

哈特是法律非认知论者吗？

——以反对内在陈述的优先性为中心

骆意中

内容提要:法律规则为人们的行为提供理由,但是如果法律陈述仅仅是对事实的描述,那么这种理由似乎无法为人们依据法律而行为提供动机。法律非认知论,尤其是表意主义将法理解为对特定规则接受的表达,而非对事实的中立描述。因此,法律陈述是不可认知的,不存在真假的区别。但是,将哈特的法理论认定为表意主义会面临两方面的困难:其一,表意主义需要证明内在陈述较之于外在陈述的优先性,但是这种论证将与哈特对法体系和承认规则性质的看法存在冲突;其二,将伦理学中的表意主义类比运用到法理论中,将忽视法与道德的不可类比之处,尤其是不能够解释法作为人造物的本体论属性。因此,无法将哈特的理论理解为表意主义,故而无法将其认定为法律非认知论者;同时,法律非认知论者将“法是什么”解释为“法被当成什么”,这种将法的本体论与认识论相分离的尝试至少在目前仍然是不成功的。

关键词:内在陈述 表意主义 人造物 政治义务

骆意中,上海师范大学哲学与法政学院讲师。

引言

当代分析法学的讨论处于“后哈特—德沃金”争论的阶段,而这一阶段中最重要的问题是法的规范性。非常粗略地说,传统法实证主义认为,客观存在的社会事实决定了法律的存在,我们做出的各种法律陈述的真假可以通过(最终)追溯到某种社会事实的存在来判断。因此,存在某种“阿基米德点”,使得实证主义者在不参与法律的规范判断时能够“跳出来”中立地描述这些陈述,并且识别其真假。但是,德沃金认为,对于法是什么的认定需要进行诠释,因此无法简单地通过援引某些社会事实来达成。在法是什么以及某一

法律陈述是否为真的判断中,必然会引入价值判断。因此,他完全否定了法实证主义所呈现出来的一阶和二阶二元分立的理论样态。当我们在做出所谓的二阶判断,即判断某一特定法律陈述是否为真时,必然会因为引入价值判断,而将这个二阶问题变回为一阶问题。^[1] 因此,如果这种二元分立的结构无法维系,那么仅靠社会事实显然无法决定法律陈述的真假,同时价值中立的描述也是不可能的。近年来,有学者将哈特的法理论解读为一种类似元伦理学中“非认知论”的理论,来尝试在他的框架下回答规范性的问题。这种对哈特的解读认为,法律陈述并不表达一个或真或假的可知信念,而是表达了人们某种不可认知的态度或者情感。根据这种解读,法是什么这一问题无法通过援引事实来回答,这就不再是哈特理论所面临的威胁,因为法是什么仅仅表达了某种不可认知的态度。这种理论最为系统的辩护者是凯文·拓(Kevin Toh),他任教于伦敦大学学院法学系,研究领域包括法理学、道德哲学和宪法理论。在近十五年的文章中,拓非常全面地展现了想要将哈特认定为非认知论者所需要处理的问题。而本文的目的就是批判性地重构拓对哈特的解读,并且反对拓在哈特框架下所提出的法律非认知论。

为了达到这个论证目的,第一部分将简短介绍哈特的两种法律陈述,以及拓的理论依赖的、阿兰·吉巴德(Allan Gibbard)所主张的规则接受的非认知论。第二部分将会通过命题的形式,重构拓对哈特非认知论的诠释。第三部分则将对整个论证链条上最重要的一步论证即内在陈述相对于外在陈述的优先性提出反对。由于文章目的所限,这部分对法律非认知论的批判是选择性的,大致遵循的原则是,集中处理作为法理论的非认知论所面临的困境,而不去处理道德非认知论本身面对的挑战。在第四部分中要处理的是拓尝试将法的形而上学问题与法律陈述的真假判断问题相分割的补强论证。

一 内在陈述与表意主义

(一)哈特的两种法律陈述

哈特的法律体系由初级和次级规则结合构成,初级规则涉及的是个人所必须做或者不能做的行为;次级规则是关于初级规则的规则,规定了初级规则被确定、引进、废止、变动的方式。次级规则的引入是为了解决仅仅存在着初级规则的简单社会结构中的三个缺陷:不确定性、初级规则的静态性格以及无效率。为了应对这三个缺陷,次级规则中相对地包含了承认规则、变更规则以及裁判规则。其中承认规则是最为重要的次级规则,因为它最终决定了法的效力,将法与其他规则区分开,并奠定法体系的基础。根据哈特的定义,承认规则“会指出某个或某些特征,如果一个规则具有这个或者这些特征,众人就会决定性地把这些特征当作正面指示,确认此规则是该群体的规则,而应由该社会的压力加以支持”。^[2] 因此,对哈特而言,任何一个法体系的存在以及法律的效力来源都是因为,

[1] 关于德沃金反对二元论的论述,参见 David Plunkett, Scott Shapiro, Law, Morality, and Everything Else, Vol. 128 (1), *Ethics*, 37, 52 (2017); 陈景辉:《法理论的性质:一元论还是二元论?》,《清华法学》2015年第6期,第25页;郑玉双:《价值一元论的法政困境》,《政法论坛》2018年第6期,第153-160页。

[2] [英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第89页。

在特定的社会中,作为次级规则的承认规则被接受,并被用来识别初级规则。

在两种规则构成的法律体系内,人们会做出具有规范效力的法律陈述,将初级规则作为他们行为的理由、批评他人违法的根据、或者司法机关惩罚违法者的正当性来源。当人们做出法律陈述时,和做出道德陈述一样,会使用很多规范性的语词,比如“合法”或者“非法”,“应当”或者“不应当”,以及最常见的形式“法律规定如何……”。法律陈述和道德陈述同属于规范陈述,因而不同于对客观世界的描述性陈述,比如“椅子是木质的”,那么,如何去理解法律陈述以及其中的语词,就成为了法理论需要解决的问题。根据哈特对法律陈述的细分,存在两种法律陈述——外在陈述和内在陈述,它们分别表明两种观点——“外在观点”和“内在观点”。粗略来说,内在和外在针对的是,陈述者究竟是否处于一个陈述的效力范围之内:当一个人做出一个内在陈述时,他或她受到该陈述中法律效力的约束;而当他做出一个外在陈述时,他或她仅仅在描述或者报告该陈述的内容,而并没有受到这一陈述规制的意图。^[3]

因此,如果某人做出一个法律陈述却并不表达对该法律规则的接受,则他从外在视角做出了外在陈述;反之,如果这一陈述包含了对该规则的接受,那么则是内在陈述。内在法律陈述依赖“对规范的接受”这一理念,所以,在做出“你不应该酒后驾车”这一内在法律陈述时,我们作为该法律规则管辖下的主体,表达了对这条法律规则的接受;通过这个法律陈述,我们对这条法律规则作为不在酒后驾车的理由,或者批评他人酒驾的根据,表达了接受。对哈特而言,构成社会规则的社会实践包含两个面向:大部分团体成员规律性遵守的行为范式,以及对这种范式的规范性态度——“接受”。这一规范性态度“体现在个体这一持续性的倾向上:把被规律性遵守的行为范式作为自己将来行为的指引,同时也作为批评的标准,这一标准可以正当化对他人服从的要求以及对服从所施加的各种形式的压力”。^[4]

为了在下文中把它与非认知论更清楚地关联起来,可以将哈特的内在法律陈述表述如下:

L:如果一个陈述表达了对于特定规则的接受,那么这个陈述是法律陈述。

这个命题后半部分的表述是,满足该认定的陈述是“法律陈述”,而没有细化到是“内在法律陈述”,这是因为,在后文讨论拓的论述中,这一陈述的最终意义是鉴别法律陈述与非法律陈述的标准,也即给出一个判定法是什么的最终依据。在这一问题上拓认为,外在陈述依附或者寄生在内在陈述之上,因此,在此处直接使用“法律陈述”这一表述。同时,更需要注意的是该命题中的这三处表述,它们是整个命题是否成立的关键元素:第一,法律陈述“表达了”某种态度,因此不只是对某些事实的描述,而这种表达将成为法律非认知论的重要理论根据,因为表达直接提供了依据法律来行为的动机,而不是描述。第二,一般的法律陈述表达了对法律“规则”的接受,但是在最终层面,关于承认规则的陈述表达了对何种规则的接受,将会直接决定法律非认知论是不是可行的。因此,如何确定特

[3] 参见[英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第97、84页。

[4] [英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第255页。

定规则的范畴也是问题的核心。第三,如果存在某种不需要接受却仍然具有规范性的陈述,那么,这种陈述的存在会使得“接受”不再是必要的。在拓将哈特和吉巴德理论进行对比进而将哈特归入非认知论者的讨论中,这三点将是关键。

(二)理性的表意主义

吉巴德所有论述的出发点和根本关切是“人如何生活”,这一问题被他等同为“如何理性地生活”。生活的诸多面向使得对理性生活的关切需要解释何种行为、感受或者信念是理性的,因而吉巴德在构建关于理性的论述时,所涉及的方面比传统关注行为理性的实践哲学更为广泛。同样,吉巴德的道德非认知论依附于他关于理性的非认知论之上,根据他的论述,在讨论理性的时候,意味着我们在对该问题进行心理学分析。具体而论,“认为一件事情是理性的,表示接受允许它的规范。”^[5]在规范接受的理性分析框架下,吉巴德通过怨恨和内疚两种感情来确定道德问题的领域:当且仅当行为人对自我的某一行为感到内疚,并且其他人因此对他感到怨恨是理性的时候,该行为在道德上是错误的。如果忽视道德判断属于理性判断这一前提,很容易以为,吉巴德对道德判断的这一定义似乎规定了使得道德论断为真的某种条件,但这是一种误解。对道德判断的完整表述应该是这样的:“当我们在说行为 ϕ 在道德上是错误的时,意味着行为人对行为 ϕ 感到内疚,以及其他人对该行为感到怨恨是理性的;‘行为人对 ϕ 感到内疚是理性的’表达了对允许行为人对行为 ϕ 感到内疚的规范体系的接受,同时‘其他人对 ϕ 感到怨恨是理性的’表达了对允许其他人对行为 ϕ 感到怨恨的规范体系的接受。”^[6]

吉巴德的道德判断因为理性陈述的不可认知而成为基于规范接受的非认知论:“杀人在道德上是错误的”并不代表,有某种因素使得杀人在道德上是错误的这一论断为真,而是因为我们接受的规范体系允许对杀人行为拥有特定的心理状态即怨恨或者内疚是理性的。吉巴德的理性表意主义以及道德非认知论的基础是形而上学的自然主义,他认为自然事实是唯一存在的事实,而没有规范或道德事实存在;规范判断和道德判断通常模仿事实判断的方式。但吉巴德并非想要削弱规范或者道德体系对我们如何生活的重要性,或者主张道德怀疑论;相反,他认为道德判断以及其他规范判断对人类情感和行为的协调与合作至关重要,因此在生活中需要使用道德语言和判断以及其他规范的论断。这种形而上学的立场要求吉巴德对规范判断、规范的接受等分析都要在事实层面进行,不能够依赖任何规范或者道德的因素,因为这些因素对他的理论而言是不存在的。用我们所熟悉的休谟命题也即应然/实然的二分来说,吉巴德整个理论的论证以及每个概念分析的推进都在实然领域进行,从而避免从“是”推导出“应当”的悖论。^[7]

类似于哈特法律陈述的三个元素,同样可以将吉巴德关于道德陈述的论述表述如下:

M:如果一个陈述表达了对于特定规则的接受,那么这个陈述是道德陈述。

[5] Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings*, Harvard University Press, 1990, pp. 7, 46.

[6] Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings*, Harvard University Press, 1990, pp. 45 - 47.

[7] 关于吉巴德如何在事实领域展开论证, See Allan Gibbard, *Wise Choices, Apt Feelings*, Harvard University Press, 1990, pp. 8, 25 - 26, 55 - 75。

相比于哈特的法律陈述 L, M 中的三个元素更为确定,尤其是规则的范围;吉巴德通过管理怨恨和内疚这两种情感的规范予以确定,因而,对道德陈述的鉴定相对是清晰的。因此,究竟哈特的法律陈述能不能在元规范层面与吉巴德非认知论的框架相容,这取决于如何论证命题中的三个元素,而拓给出了自己的答案。

(三) 法律陈述的间接分析

不可否认的是, L 与 M 两种规范性陈述在结构上存在着极大的相似性,这也为拓将哈特归入表意主义的非认知论提供了重要的支持。根据哈特的论述,法官或者其他人在使用没有被明述的承认规则来鉴定某些特定的规则是不是法律时,他们做出的陈述是依据内在观点而得出的内在陈述,而“使用这些承认规则的人,以此表明了他们接受承认规则作为引导”。^[8] 据此,拓认为,哈特内在陈述的论断恰好具备了表意主义的三个元素,因此,他认定法官或者其他人在援引承认规则时所做出的内在陈述证明了,哈特主张一种类似于表意主义的法律非认知论。所以,

(AH) 当且仅当以下两个条件同时满足,一个陈述者做出一个法律陈述:

- (1) 他(她)表达了对于其所属共同体法律体系的承认规则 R 的接受;
- (2) 同时,他(她)预设 R 被其共同体其他成员所普遍接受并遵守。^[9]

拓将哈特非认知论的结构表述为“内在陈述的间接分析”或者“侧面分析”。之所以称之为“间接分析”是因为,该分析并不直接针对包含规范性语词的陈述的含义,或者说并不是对内在法律陈述本身进行分析,而是分析当我们通过这些规范语词做出法律陈述时我们的状态。换言之,直接分析的待分析项是内在陈述本身,而间接分析的待分析项是“将内在陈述归于陈述者的理论陈述”。^[10] 所以,对承认规则内在陈述的间接分析,并不是直接通过描述的方式对内在陈述本身的含义进行分析,而是将“表达接受的心理状态”这一理论陈述归于做出内在陈述的人,从而侧面地分析这一规范性陈述。

驱使拓对内在陈述进行间接分析的根本原因在于,他认为对哈特而言,法律陈述是规范的,其最重要的功能在于指引人们的行为,而满足这一功能需要法律提供行为理由,并且法律陈述本身能够提供行为动机。^[11] 法律非认知论者认为,如果法律陈述仅仅描述某些既存的社会事实,这无法将一个规范性的判断与行为人的动机必然相关联,从而与法律的行为指引功能自相冲突。因此,拓认为,这个冲突使得我们将哈特的法律陈述解读为表意主义并由此构建法律非认知论变得更加合理,因为“严格来说,我们可以说明,为人们行为提供动机的并不是人们所认知的规则,而是接受这些规则时的心理态度,并且这些心理态度可以在完全不考虑规则本身的情况下得到解释。”^[12] 因此,在表达对法律规则的接

[8] [英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第96页。

[9] See Kevin Toh, Hart's Expressivism and His Benthamite Project, Vol. 11 (2), *Legal Theory*, 75, 88-89 (2005).

[10] Kevin Toh, Hart's Expressivism and His Benthamite Project, Vol. 11 (2), *Legal Theory*, 75, 81 (2005). 直接和间接分析的区别同样来自于吉巴德, See Allan Gibbard, *Thinking How to Live*, Harvard University Press, 2003, p. 193.

[11] 参见[英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第86页。

[12] Kevin Toh, Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy, Vol. 33 (6), *Law and Philosophy*, 689, 702 (2014).

受时,我们的心理态度本身就已经为我们依据这些规范行为提供了动机。

二 法律非认知论

在铺垫了内在法律陈述、表意主义以及对法律陈述的间接分析之后,本部分将要重构拓对哈特的法律非认知论的论证,这一论证将把拓在近年来的一系列文章中的核心主张以命题的形式展开。命题的形式能够让我们看到将哈特认定为非认知论者以及证明非认知论所需要的每一步,这会为后文对拓的批评找到更准确的标靶。

正是因为规范性陈述本身需要提供行为动机这一论点,才促使拓对哈特予以表意主义的解读,从而给予法律的行为指引性质一个更好的说明。因此,在对法律非认知论的完整论证链条的重构中,这一论点可以被合理地视为论证的起点:

NC1: 法律陈述作为规范性陈述必然为人们的行为提供动机。

元伦理学中有一个关于道德心理学的核心争论,即道德判断有没有独立提供行为动机的能力,或者在道德判断之外需不需要独立的欲望来提供行为的动机,这也就是道德动机的内在论与外在论之争。在动机的内在论中,最为熟识的自然是威廉姆斯的“内在理由”学说。威廉姆斯(Bernard Williams)认为,如果一个人拥有做某件事情的理由,那么他必然拥有做这件事情的动机。这种必然性是因为,在行为人既有的“主观动机集合”中,已经存在做这件事情的动机性的态度。^[13] 因而,可以将 NC1 转述为:

NC2: 法律陈述必然是内在理由。

但如同上一部分对哈特法律陈述的介绍所言,法律陈述至少具有两种形式,内在和外在法律陈述。在外在法律陈述中,陈述者透过外在观点描述的法律规则时,并不对特定规范表达接受的心理状态,例如,当陈述荷兰的法律允许吸食软性毒品时,我们只是在如实地介绍这一法律规定,而没有表达我们接受相应的规则。^[14] 根据实证主义的主张,一个法律的规范性陈述的真假只需要援引特定的社会事实就能够判断。换言之,社会事实能够成为一系列规范性陈述的唯一根据,这也是许多人所主张的法实证主义的核心命题,即“社会事实命题”。^[15] 拓完全反对这一核心命题,其原因是,他认为“是”和“应当”的间隙导致我们无法完全从事实中得出具有规范性的法律陈述。所以,“如果我们需要对规范性的宣称进行辩护或者证成,那么,在事实根据之外还需要一些规范的根据……无论事实性的前提 F 如何表述,如果需要从 F 中推导出某些规范的结论 N,那么我们不得不引入一个附加的前提,诸如:(1) 如果 F,那么 N。”^[16] 根据拓对社会事实命题的反对,如果外在陈述描述一个社会事实,这一类陈述不可能是规范性陈述。如果我们认为法律陈述是规范性陈述,那么,法律陈述则只可能是内在陈述。因而,可以由此从 NC2 推

[13] See Bernard Williams, “Internal and External Reasons”, in his *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981, p. 102.

[14] 可能引起读者困扰的是我一直在说表达对“相应”或者“特定”规则的接受,这是因为在之后的批评中我们会看见拓对法律陈述究竟表达对什么规则的接受并没能做出清楚的界定。

[15] See Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford University Press, 2001, p. 75.

[16] Kevin Toh, An Argument against the Social Fact Thesis, Vol. 27 (5), *Law and Philosophy*, 445, 465-471 (2008).

导出：

NC3：外在陈述不是具有规范性的陈述。

根据拓的间接分析，法律陈述本身并不存在真假，我们所分析的是陈述者在做出法律陈述时不可认知的心理状态。但是，为什么在解读哈特法律陈述的意义时，不能以外在陈述为标准，而应该接受法律陈述的间接分析呢？原因就在于拓认为，无论是极端的外在陈述，抑或拉兹的超然性陈述，其意义都依附于内在陈述。因而，即使前两者的意义能够通过援引事实来确定，但最终这些事实仍然依赖于不可认知的心理状态的表达。所以，结合前面三个命题，如果我们认为法律陈述具有规范性，那么内在陈述是法律陈述的唯一形式，并且在确定一个规范性法律陈述的时候，最终依赖的是具有优先性的内在陈述：

NC4：内在陈述对于外在陈述和超然性陈述具有优先性。

因为外在陈述和超然性陈述依附或者“寄生”在内在陈述之上，所以认定哈特究竟是不是非认知论者，仅仅取决于对内在陈述的分析。因此，我们可以整合所有的内在和外在陈述，并最终得出：

NC5：法律陈述中的规范性语词表达了陈述人对于特定规范的接受的心理态度。

因为所有的规范性法律陈述都是内在陈述，并且内在陈述表达了不可认知的对规则接受的心理状态，那么应该认定哈特支持了表意主义的法律非认知论，也即：

NC6：哈特主张了表意主义，从而主张了法律非认知论。

至此，我非常简要地重构了拓将哈特认定为表意主义的非认知论者的论证链条。接下来的两部分中，我将针对论证链条中 NC1 到 NC5 命题本身的正确性，以及命题之间的推导关系来证明，为什么认定哈特为表意主义者是错误的，从而得出哈特不是法律非认知论者的结论。

三 承认规则的性质与法体系

首先需要澄清的是，哈特从来没有用“非认知论”来表述自己的主张，并且拓也并没有能够在哈特的文本中，寻找到直接支撑哈特是非认知论者的论述。^[17] 不过也正因此，我们的讨论才是有意义的。其次，如果说要给予上述推理最为彻底的否定，最应该被推翻的是内在理由这一观点，或者彻底否定 NC1，转而认为规范性陈述本身不必然需要提供行为的动机。但如引言中所提到的，本文切割讨论范围的原则是着眼于哈特的法理论，而不去讨论诸如道德非认知论和内在理由的问题。因而，本文只能搁置对前三个命题的回应，直接从 NC4 开始，考虑这样一个问题：即便哈特的内在陈述代表了某种非认知论的主张，对他的整个法律陈述理论的认定难道就应该仅仅以内在陈述为准吗？因此，我将通过反对 NC4 来表明，哈特并没有采纳非认知论的立场，主要理由是：非认知论的认定与承认规

[17] 哈特在何种意义上使用“非认知的”，See Matthew Kramer, Hart and the Metaphysics and Semantics of Legal Normativity, Vol. 31 (4), *Ratio Juris*, 396, 408 (2018)。

则的性质相冲突。

拓对哈特的分析具有很强的合理性,并且在很多情况下能够自洽,这是因为哈特的确在许多论述中暗示了内在陈述之于外在陈述的特殊性,但问题在于这种特殊性不能被理解为拓所需要的优先性。比如,哈特在说明效力和实效的关系时就认为,我们对法体系内规则的效力做出内在陈述,而这一陈述建立在对法体系具有实效的外在陈述为真的基础之上,但是,这并不意味着关于效力的内在陈述就意指实效的外在陈述。虽然通常当法体系不具有实效时,关于法律效力的内在陈述是没有太大意义的,却并不总是没有意义的,也不意味着我们不能理解这种内在陈述。最常见的例子就是我们仍然会谈论罗马法的效力,虽然这一法律体系早已没有实效了,但在缺失外在陈述为真这一条件时,我们还是能够理解这一法律体系关于效力的内在陈述。^[18] 也正是因为类似的论证,拓支持 NC4,即内在陈述对于外在陈述和超然性陈述具有优先性,他对优先性做出了如下的解释:“为什么集中关注内在法律陈述?这是个合理的担忧,并且很可能是基于正确经验评估的担忧。我只能这样回应:我的推测是理解内在法律陈述的性质对理解外在法律陈述和超然性内在法律陈述都是必要的。我假定内在陈述的意义是首要的,是因为外在陈述以及超然性内在法律陈述的意义可以被理解为依附于内在陈述的意义之上。”^[19]

基于内在陈述的优先性,拓认为哈特拥有充分的理论资源,来应对拉兹超然性陈述的挑战,因为对外在陈述和超然性陈述意义的分析“依附于”内在陈述的意义。所以,当我们做出一个超然性陈述时,类似于上文内在陈述 AH 的结构,我们模仿了内在陈述对规则接受的心理状态,并且预设相同的规则被特定社群一般性地接受并遵循。法律陈述的核心形式是内在陈述,而外在陈述和超然性陈述依附于这一核心形式之上,前者对于后两者拥有说明性的优先性。^[20] 可以说内在陈述的优先性对拓的整个论证而言是最为重要的,这至少体现在两个方面:第一,如果对什么规则是法律的认定只需要依赖外在陈述,那么“接受”对法律陈述而言就不再必要,而拓类比法律陈述和道德陈述的三个要素中就出现了一个重大的缺陷;第二,如果内在陈述的优先性被推翻,那么 NC4 之后的所有论证都不具有意义,因为这意味着哈特的元规范立场不能仅仅以内在陈述为标准。^[21]

但是,拓的论述会与哈特所明确阐述的法律体系的观点产生冲突。根据哈特的论述,当法官在做出关于某一法律规则的效力陈述时,这是官员对法律效力的内在陈述,表达了

[18] 参见[英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社 2006 年版,第 98-99 页。

[19] Kevin Toh, “Legal Judgments as Plural Acceptances of Norms”, in *Oxford Studies in Philosophy of Law (Vol. 1)*, Oxford University Press, 2011, p. 110.

[20] See Kevin Toh, Raz on Detachment, Acceptance and Describability, Vol. 27 (3), *Oxford Journal of Legal Studies*, 403, 460 (2007).

[21] 有学者认为哈特持有认知和非认知的混合立场,或者出现过改变:参见 Scott Shapiro, What is the Internal Point of View, Vol. 75 (3), *Fordham Law Review*, 1157, 1169 (2006); [美]夏皮罗著:《合法性》,郑玉双、刘叶深译,中国法制出版社 2016 年版,第 130-132 页;Shivprasad Swaminathan, A Tale of Two Harts, Vol. 23 (1), *Legal Theory*, 27, 40-48 (2017)。

对特定规则的接受,因而这一陈述并不仅仅是对裁判结果的预言,更是裁判理由的一部分。在做出关于法效力的内在陈述时,法官预设了承认规则的存在,如同上文所提到的,法效力的内在陈述依赖于法体系具有实效的外在陈述为真的基础之上。但是,法效力的探寻必然会在某个节点停止,这个节点也即哈特所说的终极规则:“然而在此,关于效力的探寻必须停止:因为我们所触及的这项规则,尽管跟前面的行政命令和法律一样,都可以提供判准以衡量其他规则之效力;但是与它们不同的是,我们却再无法找到另一条规则,可以提供判准来衡量这项规则的效力。”^[22]此时,初级规则的效力问题转变成了在特定社群中是否存在被普遍遵循的承认规则这一事实性外在陈述的问题,例如以英国的法体系为例,哈特如此表述内在陈述到外在陈述的转化:“当我们所说的不再是:因为某项法律符合‘凡女王议会通过者即为法律’这项终极规则,所以它是有效的;而是:在英国不论法院、政府官员、或一般人民都使用这条最后的规则作为终极承认规则;当我们这样说的时候,我们已经从主张法体系内某项规则有效无效的内在法律陈述,转换到该体系观察者所做的外在事实陈述。”^[23]

对内在陈述的优先性更为致命的一点是,哈特不仅认为法效力的内在陈述在某个节点会停止并成为外在陈述;更重要的是,我们不可能对承认规则做出内在陈述,因为承认规则的存在是事实问题,只能对其做出外在陈述。或者说关于承认规则的法律陈述仅仅存在外在陈述这一种方式。哈特非常明确地强调了这一点:“主张承认规则存在的说法,只能是一种外部的事实陈述。尽管当体系内其他从属于承认规则的规则,可以在已被人们普遍漠视时继续有效,或说继续‘存在’,只因它单单符合承认规则之判准,承认规则存在的形态,却必须是法院、政府官员和一般人民,在援引其所含判准以鉴别法律时,所为之复杂但通常是一致的实践活动本身。承认规则的存在是事实问题。”^[24]

因此,无论关于初级规则效力的法律陈述是否依赖于内在陈述,在最终层面上,这一系列内在陈述的真值条件都依赖于承认规则是否存在的外在陈述是不是真的。当我们在说“依照法律,你应该做某事”的时候,这一陈述表达了对相应规则的接受,但是在终极的层面上,这一陈述存在真假之分,而其真假依赖于承认规则是不是事实存在。当然,面对如此明显的反非认知论的论证,拓做出了自己的回应,其方式是否定承认规则是被体系化的。

拓认为,承认规则的法律陈述只能是外在的,这是哈特的“非受迫性失误”,因为哈特过于轻易地接受了一个虚假的两分:法律陈述要么是断言规则,即具有效力的内在陈述,要么是描述某种事实的外在陈述。也由此,哈特认为效力仅仅对被体系化的规则才适用。但是拓认为哈特应该放弃这一预设,因为存在着这样一种可能性:承认规则将法律规则体系化,但是承认规则自身是没有被体系化的,因此如果承认规则不属于这一法律体系,那么承认规则仍然存在着有效和无效的问题,我们可以对其做出规范的、内在的

[22] [英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第101页。

[23] [英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第102页。

[24] [英]哈特著:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第104页。

陈述。^[25] 但是,这种回应方式显然不符合哈特对法律体系的认定,因为承认规则作为次级规则本身就是法律体系中的一部分,并且更重要的问题在于哈特所论述的:关于法律效力的探寻必须在某处停止。如果承认规则本身如托所说存在有效无效的可能性,从而存在承认规则的内在陈述,那么承认规则将不再是法律规则效力的终极判准,一定存在着某些因素最终使得承认规则变为有效。而此时,这些决定承认规则效力的因素才是真正的承认规则。所以,托的这一回应仅仅是延迟了承认规则唯一的陈述方式是外在陈述,而不能真正提供其内在陈述的可能性。

上述内在陈述的优先性与哈特所明确表述的承认规则的性质之间的矛盾,以及对承认规则内在陈述的否认表明,托未能为 NC4 提供令人信服的辩护,那么就没有理由认为,应该仅仅以内在陈述来判断哈特的元伦理学立场,从而没有理由认为哈特是表意主义者。

四 法律陈述与道德陈述的差异

(一) 法与“被当成是法”

如果上文对哈特的理解是正确的,那么,法在最根本层面上作为某种既存事实存在,或者说这一事实就为我们判断特定法律陈述的真假提供了事实标准。如果在形而上学中,法的存在是既存事实,但是我们在做出关于法的陈述和判断时,这些事实却对陈述的真假没有影响,而仅仅表达陈述者的某种心理状态,这种形而上学与认知论之间的割裂同样需要证明。可能是因为意识到了这一问题,托在最近的一篇文章中,一方面承认法的存在由事实判断,而另一方面却仍然主张法律陈述的真假却不由事实来决定,从而辩护非认知论的主张。但是,我将论证,托将吉巴德理论中对规范的接受与哈特内在观点中的接受相类比是一个错置的论证,并且他将道德规范与法律规范相类比时,忽视了法的一个重要性质,即法是人造物。因此,两种规范体系中所存在的不可类比之处使得他的论证无法支持法律非认知论。

托认为,所有哈特以降的法实证主义者都采纳或者预设了这样三个命题所构成的推理链条:

(L1) 一个社群是否具有法体系或者是不是被法体系所管辖,仅仅取决于该社群中特定社会事实的存在。

(L2) 某一特定的规则是不是法(或者一项法律规则)仅仅取决于该社群中特定社会事实的存在。

(L3) (一阶的)法律宣称是真的或者正确的仅仅取决于相关社群中特定社会事实的存在。^[26]

[25] See Kevin Toh, Hart's Expressivism and His Benthamite Project, Vol. 11 (2), *Legal Theory*, 75, 90-91 (2005).

[26] See Kevin Toh, "Legal Philosophy à la carte", in *Dimensions of Normativity*, edited by David Plunkett, Scott Shapiro & Kevin Toh, Oxford University Press, 2019, pp. 227-228.

但是他认为,这三个命题并不抱团为真,也就是说即使 L1 为真,也不能推导出 L3 为真。L1 是一个关于特定社会是否存在法或者法体系的命题,该命题的真假能够通过承认规则是否存在的事实问题得到回答,但这并不能得出,法律陈述或宣称的真假同样也取决于特定事实是否存在。因此,拓企图将法存在的本体论问题与法律陈述的真假问题相割裂开,他论证的方式仍然是通过将法与吉巴德的道德规范理论相类比。如本文第一部分提到的,吉巴德认为,一个社群是否存在道德规范体系,取决于是否存在一系列规则来管理人们对某些行为内疚或者怨恨的情感。因此,吉巴德完全能够主张类似于 L1 的道德命题 M1,也即特定社群是否存在道德规范体系仅仅取决于社会事实。在此基础之上,如果该社群的成员对某一行为感到怨恨,并且这种情感依据相应的规则来说是理性的,那么,我们就可以将这一规则识别为道德规范。因此,吉巴德同样也可以接受类似于 L2 的道德命题 M2,即某项规则是不是道德规范只取决于社会事实。但是问题在于,吉巴德明确反对从 M1 和 M2 中推导出 M3,即反对一个道德陈述的真假仅仅取决于社会事实。所以,拓认为,即使 L1 和 L2 正确,法实证主义者也无法从这两个命题中推导出 L3。

导致这一推导无法进行的问题出在 M2 和 L2 上。在道德领域中,无法从 M2 推导出 M3 是因为,即使某项规则因为社会事实被识别为道德规范,但是这并不能保证该规则在道德上是正确的或者是真的;因此,拓认为,与 M2 相对应的法律命题并不是 L2,即某项规则是不是法仅仅取决于社会事实,而应该是:

L2a: 某项规则不是“被当成”法,仅仅取决于社会事实。

换言之,某一特定社会中被承认规则所认可的规则并不是法,而仅仅被该社会中的成员当成是法,因此,也就不难理解,他们依照这些规则所做出的陈述并没有真假,而仅仅表达了将这些规则当成是法的态度。所以,即使承认规则的存在只是外在陈述的事实问题,这种外在陈述所描述的也只是某种实践在该社会中被当成是法体系的终极规则,而无法表述什么就是法的终极规则。但如果要推导出 L3,仅通过援引被当成是法的规则是无法做到的,而必须依赖事实上是法的那些规则才能做到。哈特和实证主义者只能得出 L2a,但是这与 L3 之间仍然存在着逻辑缝隙,所以这个推理无法成立。

(二) 法律的观点与接受

拓的这一最新论述能够帮助我们更好地理解他所辩护的法表意主义,尤其是当我们借用现有的、熟悉的理论资源之后,可以更好地呈现出其理论的整体面貌。依据他的论述,某一合法国家现行有效的法律体系为公民的行为提供实践理由,这些法律通过赋予特定行为合法或者非法的属性,从而给予公民这样做或者不得这样做的理由。但是这些理由并不一定具有事实上的道德效力,而是因为从“法律的观点”看来,我们将法律所给予的这些理由视为具有效力的道德理由,但是法律的观点并不保证法律所给出的理由一定就是道德理由,这一观点有可能会犯错。依据科尔曼的表述来说:“法是一个关于如何将合法性的属性附加在内容之上,而使得对法律指令的道德描述变得正确的观点。”^[27]因

[27] Jules Coleman, *Beyond the Separability Thesis*, Vol. 27 (4), *Oxford Journal of Legal Studies*, 581, 596 (2007).

此,当我们在陈述“偷税违法”的时候,其完整的表述事实上是:“从法律的观点看来,通过将偷税行为认定为违法,法律担保偷税行为在道德上是错误的。”并且在陈述“偷税违法”时,我们无需接受“偷税在道德上是错误的”这一道德判断,而完全可能从法律的观点做出一个拉兹所谓的“超然性陈述”,无论接受,反对偷税或者对其道德属性漠不关心,我们都可以做出“偷税违法”这样一个法律陈述。所以,法律的观点和拓的表意主义结合起来似乎能够更清楚地表达这样一种理论:从法律的观点看来,我们将某些指令和规范当成是现行有效的法体系,但是这并不意味着这些指令和规范就是法,因此,依据它们所做出的法律陈述只是表达了对特定规范的接受这一不可认知的心理状态。

由此看来,拓的法体系所呈现出来的状态就不再陌生,而是非常接近日常生活中的游戏规则或者虚构小说。例如,在足球比赛中,裁判会判定球员的行为“犯规”,并且我们会说球员不“应该”做出特定的举动。这些规范陈述和行为所依据的是人为创制的一系列规则,并被当成足球中具有效力的规则。因此,我们以此所做出的任何一种陈述,仅仅在被当成是有效的规则体系内部才存在正确和错误之分,比如我们会说裁判做出了一个错误的判决,但是一旦脱离“这些规则被当成是有效的”这一前提,那么这些陈述就无所谓真假。我们可以总结出虚构小说、游戏规则和法体系之间具有的共性:第一,它们都是人造物,都是人类有意识地创造出来,具有特定的目的或者功能的事物,而这一性质在道德规范上存有争议;其次,它们都构成某种封闭的体系,人们从“足球的观点”、“小说的观点”或者“法律的观点”来接受特定体系,并且将其当成是具有效力的;第三,既定的前提使得体系内的陈述为“真”,加上引号是因为,依据这些规范所做出的陈述并不一定在事实上是真的,而仅在这些前提之下或者体系之内为真。因此,法被理解为权威所虚构的既定规则体系,“从法律的观点告诉我们事情应当是怎样的,或者我们应当怎么做。而在现实中的法体系中,法因为造法者所言而成真,因为与虚构小说以及其他表达的人造物一样,法也属于对事情如何表述就使得事情是怎样的领域之一。”^[28]

拓将法的形而上学与法律陈述的真假问题相割裂的主张,在法律的观点和虚构主义的帮助之下就很明确了。首先,承认规则的存在是事实问题,但是承认规则并不是法的终极规则,而仅仅被特定的社会当成是终极规则,类似小说和游戏规则中既定的前提一样;其次,法具有效力或者法律陈述为真仅仅是因为人们接受了法律的观点,将法当成是特定社会中指引人们行为、作为裁判依据的规则,因此,当偷税被法律规定为违法,那么“你不应当偷税”这样一个法律陈述则为真,但是其为真的程度仅仅限于法体系之内。^[29]这与“除守门员外的球员不得用手触碰皮球”类似的陈述一样,它们为真的程度仅仅限于其既定的前提之内,因为一旦回到真实的世界中,可能会发现没有道德规范规定任何人不得用手触碰皮球。这样看来,拓认为法仅仅表达了对特定规范的接受而不存在真假的观点似

[28] Andrie Marmor, *Law as Authoritative Fiction*, Vol. 37 (5), *Law and Philosophy*, 473, 493 (2018).

[29] See Andrie Marmor, *Law as Authoritative Fiction*, Vol. 37 (5), *Law and Philosophy*, 473, 493 (2018); Stephen Finlay, David Plunkett, “Quasi-Expressivism about Statements of Law: A Hartian Theory”, in *Oxford Studies in Philosophy of Law* (Vol. 3), Oxford University Press, 2018, p. 54.

乎就具有非常强的解释力了。

但是,如果法表意主义呈现出上述的理论结构,那么我们可以进一步将表意主义与哈特的理论划清界限。法作为人造物的性质需要与道德规范体系相区别,同时法对人们道德生活的影响明显不同于游戏规则和小说,因此又需要与同样作为人造物的其他社会制度相区分。本文第一部分曾表明,拓将哈特认定为非认知论者是因为其法理论与吉巴德的道德表意主义具有如下的结构相似性:

M:如果一个陈述表达了对于特定规则的接受,那么这个陈述是道德陈述。

L:如果一个陈述表达了对于特定规则的接受,那么这个陈述是法律陈述。

但如果上述分析是正确的,那么哈特内在陈述中的“接受”相较于其他法理论而言不与吉巴德的理论具有更多的相似性,因为此时“接受”更合适的表述是“被当成”。也就是说,我们把某种因素当成是判断某项规则是不是法的标准,但是似乎任何一种理论都可以填补这种因素。例如,我们完全可以将这一结构运用在自然法理论上,从而判断“某一社会将上帝的命令当成法律”,并且拓同样可以认为,该社会中的法并不是法,而仅仅被其成员当成是法。但是,这显然弱化了哈特对接受和内在观点的凸显,如果我们将承认规则理解为官员通过内在观点接受特定规则所形成的实践这样一个社会事实,那么拓其实想要表达的仅仅是,当我们做出法律陈述时,我们表达了对官员的接受所形成的社会实践的接受。^[30] 第一个接受才是对哈特的法理论而言重要的接受,而后面这一个接受事实上仅仅等同于“被当成”。所以,哈特的法理论并没有特别类似于表意主义的理论框架。

关于“接受”的第二点更为重要:因为法律的一个重要的特质在于,一个合法的法体系对其管辖权范围内的人具有效力。无论一个人是否将有效的法体系当成是法,我们仍然会认为他或者她受到该法体系的拘束。这一点就与游戏规则或者虚构小说产生了很大的区别,因为你完全可以处于某一项游戏规则的体系之外,或者完全不受小说所既定的预设的约束,但是你却不可能处于对你具有管辖权的法体系之外。无论一个人是否接受其法律,我们都可能会认为他负担了一项依据法律行为的道德义务,但是我们并不会认为他在生活中会受到足球规则的约束,除非他自愿参与到了这项游戏中。因此,比起接受而言,更重要的是接受的是什么规则,以及接受的规则本身是否具有道德属性,从而使得接受不再重要,或者说无论我们是不是把特定的规则当成是有效的,它都能对我们产生道德要求。

(三)人造物与规则

当我们更仔细地审视拓的法律非认知论究竟表达的是对何种规则的接受时,不仅其理论本身的漏洞会更加明显,并且他将法与道德规范相类比的论证方式也就更值得怀疑。这种类比忽略了法作为人造物的性质,从而忽略了两种规范体系中重要的不可类比之处。我将通过以下三个方面来论证这一点:

第一,拓的法表意主义中并没有告诉我们当人们做出一个法律陈述时,他们所表达接

[30] See John Gardner, *The Legality of Law*, Vol.17 (2), *Ratio Juris*, 168,175 (2004).

受的规则究竟是什么,而这是一个重大的遗漏问题。无论吉巴德的表意主义能否被辩护,规则范畴的问题对他来说都是明确的。通过对管辖内疚和怨恨的规范的接受,吉巴德可以很清楚地区分出什么是道德陈述,以及为何道德陈述能够被认定为是一类独特的陈述。但是,在拓的法律表意主义中,类似于管理内疚和怨恨的规则范畴则是不明确的。拓在认定哈特为表意主义者时所给出的界定是“在做出一个内在法律陈述时,陈述者表达了他对组成法律体系的规范的接受”。^[31] 但是这种对规则范畴的限定方式太过于粗略,并且逻辑上很难自洽。我们至少可以提出两方面的批评:首先,在一些场景下拓似乎认为,我们对某一具体法律规则所做出的法律陈述表达了对该规则的接受,但是问题在于,判断何种规则是法律规则本身就是需要通过内在陈述来完成的。拓当然可以说,我们对特定法律做出相应的法律陈述时表达的是对符合承认规则的那些法律规则的接受,但是问题只是被延迟,却没有被解答。因为可以继续追问,对承认规则做出的法律陈述表达了对什么规范的接受呢? 对这一问题的回答不可能再是“对组成法律体系的规范的接受”,因为承认规则本身就是识别法与非法的判准,这种回答方式会落入循环论证的嫌疑之中。并且如同前文提到的,拓似乎并不认为承认规则是法律体系的组成部分,而仅仅是将规则体系化的体系外的规则。这将会引出第二个相关的批评,当某一特定的法律陈述与其他规范性陈述相重合时,我们究竟如何区分。比如,“你不应该杀人”这一陈述可以是道德陈述也可以是法律陈述。承认规则所负担的工作正是通过事实来帮助我们识别什么是法律陈述,但在拓的理论中,始终没有限定规则的范畴来告诉我们,究竟法律陈述所表达接受的特定规则是什么,从而使得这些陈述是法律陈述,而不是道德或者其他规范陈述。

第二,任何一种可行的法理论都需要安置法是人造物的特质,更准确地说,法是制度化的公共人造物事实。“人造物”是指法是人们有意所创造出来,服务于某种目的或者承载某种功能,并且意图被人们这样所认知的事物。^[32] 法的这一性质在哈特的论述中同样得到了确认,他认为任何法体系中的所有规范都是由特定的人们单独或者合作创造的,或者说道德规范(例如关于正义的规范)“只有由特定的人们,例如法院,将其创制成为法律规范,这些规范才成为法律规范。”^[33] 公共的人造物则是指,法律被创制的目的能够被受到法律影响的人们所知晓并接受,这也被称为法律的意图沟通或者表明的功能。^[34] 因此,在理解法作为一类人造物时,我们能够借助其创制的意图来判断某种规范是不是法律规范,这也意味着并非任何规范都能够被一个社会“当成是”法律。道德规范不具备人造物的性质,因此没有任何既定的意图或者目的供我们来识别道德规范。还是以足球规则这种人造社会制度与道德来对比。足球规则对于足球这项人类所创造出来的运动是构建性的,虽然对具体的条文存在争议,但是这些规则服务于人类参与这项运动的目的本

[31] Kevin Toh, Raz on Detachment, Acceptance and Describability, Vol. 27 (3), *Oxford Journal of Legal Studies*, 403, 405 (2007).

[32] See Kenneth Ehrenberg, *The Functions of Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 30 - 32.

[33] H. L. A. Hart, *The Concept of Law (2nd Edition)*, Oxford University Press, 1994, pp. 94 - 96.

[34] See Kenneth Ehrenberg, *The Functions of Law*, Oxford University Press, 2016, pp. 135 - 136.

身,因此通过诉诸这些规则和规则所承担的功能,我们可以说“足球是每方 11 名球员参与的运动”这样一项陈述是真的。所以,足球规则形成了既定的封闭体系,在确定了创造这项人类活动的目的或者意图时,我们能够在这一体系内对所有陈述的真假予以判断。但是,道德规范却不由人的意图所创制,因此不存在相对明确的意图来识别这些规范。当拓在类比道德与法的时候,他认为吉巴德的理论同样可以主张特定社会是否存在道德规范(M1),以及某种规范是不是道德规范(M2)都可以由社会事实决定,但符合这些社会事实的陈述却不是真的道德陈述(M3)。换句话说,一个社会中被当成是“道德”的规范不一定是真的道德规范。然而,这显然是值得怀疑的,这种认为不同社会具有不同“道德规范”的预设显然具有很强的相对主义倾向,依据某一社会的“道德规范”所做出的陈述并非真的道德陈述的原因很可能在于,这个社会对道德规范设定了错误的标准。因此,在本体论上,道德规范并不能以人造社会制度的方式被确定下来。所以,通过 M1、2、3 与 L1、2、3 的类比来达到法律非认知论的方式忽略了两种规范体系在形而上学上不可类比的地方。

当然,拓可以回应说,即使足球规则和法这样的人造社会事实能够形成封闭的体系,并存在既定的社会事实判断其真假,但是如果跳出这些体系之外会发现,这些规则在根本上仍然依赖于我们将这些规则当成足球规则,或者当成法律,但这不是具有适真性的判断。或者说法律规范除了被特定社会当成法之外,仍然不存在使其真正成为法的标准。但是,这种回应会引发三种质疑:其一,如之前我们提到的,把法律规范当成法,或者法律陈述表达对法律规范的接受这种看法有循环论证的嫌疑,并且无法回答如何识别法律规范的问题。其二,如果我们将这种回应再推一步,那么会发现,拓需要接受的结论不仅仅是法律陈述表达了对规范的接受,这一结论会适用于几乎所有人造物。以椅子这种因为服务于特定的人类意图而被创制出来的人造物为例,椅子承担着供人坐的功能,创造椅子时人们所具有的意图能够为所有人知道,并且椅子也因其目的和功能而被识别;但是按照拓的论述,当我们指着日常生活中常见的椅子说“这是一把椅子”的时候,该陈述不存在真假,因为这些物品并不“是”椅子,而仅仅是被我们“当成”椅子,因此“这是一把椅子”的陈述仅仅表达了我们对把什么当成椅子这类规范的接受。这似乎与我们的直觉相违背,因为这种观点相当于否定了人类的意图能够成为关于某种事物判断的标准,或者暗含了只有自然种类的概念才存在着真假之分这种观点。但是,在做出关于椅子的陈述时,我们并不仅仅是把一些物体当成是椅子,而是认为它们就是椅子。当然,此处无法进一步展开概念种类和其真假标准的论述。其三,在将法律当成是“权威的虚构”或者“法律的观点”授权了法律规则对道德规范的描述这些类似的法理论中,都能够找到把相应的规则“当成是”法律的论证结构,但是并非所有的理论都必然持不可知论的立场。那么,问题仍然在于被我们当成法的那些规范本身是否具有特定的道德属性,以及如果这些道德属性本身具有真假之分,那么法律陈述所表达的接受仍然具有适真性。因此,将法视为对特定规则的接受,即使能够准确表述出这些规则是什么,这仍然不必然得出非认知论的结论,重要的问题在于判断这些规则本身是否是道德真理。所以,法律陈述表达了对法律规

范的接受这种观点,如果能摆脱循环论证和人造物性质的质疑,仍然只呈现出一种悬而未决的状态,而悬而未决并不代表法律陈述一定是非认知的。

第三,如果法律陈述表达的是对某些具有道德属性的规范的接受,这会导向法律非认知论的立场吗?法律作为人造物,与道德规范体系不同,但是法律与其他的人造社会制度同样不同,因为法律所服务的目的和功能具有更强的道德属性。因此,在面对例如足球规则所形成的规则体系时,我们完全可以抽离于这些体系之外,认定依据这些规则所做出的陈述都依赖于接受这些规则的前提之上。但是,无论法律的目的是对强制力使用的正当化,维持社会合作,还是提供公共善,这本身都具有很强的道德属性。如果没有法律规范对行为的指引,我们将无法避免在违背特定的道德义务时,这些道德属性本身就给我们施加了把特定的规范“当成”有效的法律规范的义务。或者说,问题始终不在于我们是不是把这些规范“当成”法,或者从“法律的观点”来看待这些规范的效力,而是在于我们是不是具有道德义务采纳“法律的观点”。例如有学者认为,拓应该将法律陈述所表达接受的规范明确指向管辖权威性的制度性行为的规范,或者“管辖使用制度化强制力的规范”,^[35]但是这种补充的症结在于,如果法是实现正当的强制力使用的必要手段,或者权威的证成本身给人们施加了遵守法律的道德义务,那么守法义务作为道德上为真的命题仍然能够提供法律判断的真假。

当然,这一论证预设了两个前提:存在道德真理与守法义务。限于本文的目的,无法探讨道德真理是否存在的问题,但是至少可以看到,如果拓想要为一种完整的法表意主义辩护,那么他要么彻底采纳道德非认知论的立场,认为法律陈述是不可认知的原因在于这些陈述表达接受的道德规范本身是不具有适真性的,要么他需要反对采纳“法律的观点”的道德义务的存在,而对于这一点,本文只能给出一个框架性的回应:因为法律所服务的目的,或者用科尔曼的话来说,法律所重新描述的道德规范本身给我们施加了道德义务,而法律是满足这些道德义务的必要手段,因此,这些道德义务给我们施加了一个间接的、工具性的道德义务,从而使得我们把特定规则“当成是”法律成为了一个道德要求。如果道德判断本身具有适真性,那么依据法律体系所做出的判断也就存在真假之分。这个框架性的回应很明显依赖于康德主义的“目的一手段”原则,简言之,如果意愿某种目的,那么必然意愿实现这种目的的手段。运用到守法义务的证成上则是,如果我们对法律的目的和功能的实现负有道德义务,那么对满足该道德义务的手段,也即通过服从法律的方式同样负有道德义务。在诸如游戏规则等其他人造物社会制度中,我们能够跳出这些体系,声称依照这些规则所做出陈述有效的前提依赖于我们将这些规则体系当成是有效的,因此,在这些体系之外说某一陈述为真或假是没有意义的,因为这些陈述仅仅表达了我们对它们的接受。但是法律与道德的相互关联,以及法律对人们道德生活的重要性使得我们是否接受变得不再重要,因为如果守法义务得以证成的话,我们将法律当成是有效的就变成了一个道德要求,而这一道德要求的真假使得法律陈述也具备真假。

[35] Matthew Etchemendy, *New Directions in Legal Expressivism*, Vol. 22 (1), *Legal Theory*, 1, 20 (2016).

结 论

如果本文至此的论证是正确的,那么我们能够得出一个双重的、递进的结论:第一,虽然吉巴德关于道德陈述的理论 with 哈特的法律陈述理论具有相类似的地方,但是通过对内在陈述优先性的反对,对哈特予以非认知论的解读会与其关于法律体系以及承认规则性质的论述相冲突,所以拓对 NC4 的论述至少在哈特的理论框架下是无法自洽的。第二,拓的论证无法支持法律非认知论的立场。即使我们退让一步认为拓关于内在陈述的间接分析是正确的,并且也承认其非认知论建立在“什么是法”与“什么被当成法”的区别之上,然而,在这种情况下拓仍然只能得出法律陈述的真假判断是悬而未决的这样一个结论。换言之,如果某种规则体系被当成是法律,因而只具有一种弱意义上的规范性,但是要切断这种弱规范性与强道德规范性之间的联系,法律非认知论要么需要彻底接受一种道德非认知论,而并非仅仅是法律非认知论,要么需要彻底否定人们负担着将某些规则从法律的观点当成是法律的道德义务。至少在目前,法律非认知论所给出的论证框架仍然无法处理这两个问题。

[Abstract] Legal rules offer reasons for action, but if legal statements are merely descriptions of facts, the reasons offered cannot motivate people to act in accordance with law. Legal non-cognitivism, expressivism in particular, hold that law is the expression of specific rule-acceptance, rather than neutral descriptions of certain facts. Thus, legal statements are not cognitive or truth-apt. However, couching Hart's legal theory in expressivism faces a twofold predicament: firstly, expressivism rests on the priority of internal statements over external statements, yet this view contradicts with Hart's theory of legal system and the nature of the rule of recognition; secondly, the analogy between expressivism as a moral doctrine and expressivism as a legal doctrine ignores serious disanalogies between the two doctrines. Especially it cannot explain the ontology of law as an artifact. Hence, we cannot define the Hartian theory as expressivism and Hart as a legal non-cognitivist. Meanwhile, by reducing the question of "what is law" to the question of "what is treated as law", non-cognitivists try to separate the epistemology of law from the ontology. Unfortunately, this attempt has failed thus far.

(责任编辑:田 夫)