

法律的存在與法律的內容

——從克雷默的哈特說起

王昱博*

摘要 馬修·克雷默對哈特的詮釋，體現了一般法理學研究中存在的一個普遍問題：即對“法律的存在”與“法律的內容”這一組關鍵區分的忽視。前者聚焦於法律的性質等二階問題，後者則關心法律的一階問題，指向法律對行動的具體要求。通過與道德哲學的類比，可以清楚看到二者在論題和方法上相對獨立。區分此二者，不僅能有效解釋克雷默式哈特理論所無法闡明的“理論爭議”現象，還可以拓展法哲學的論域，明確法律的存在如何限制法律的內容，並提供法哲學方法的新可能。

關鍵詞 馬修·克雷默 哈特 法律的存在 法律的內容 承認規則

一、導論

馬修·克雷默（Matthew Kramer）教授對哈特的導論，經由楊建教授精到的翻譯，為中文世界的讀者提供了英美法哲學新進展的窗口。克雷默在本書中提到了許多有趣的對哈特的發展，包括而不限於討論承認規則的制度化層面與承認規則本身的關係，^[1]以及授權規則和內在觀點的關係等等。^[2]

這篇文章的目的並非重複克雷默的洞見，而是就他的討論做一些延伸和反思。我希望能借由對他的討論，呈現一個目前一般法理學研究中存在的普遍問題：絕大多數討論者沒有清晰區分兩個觀念——法律的存在（the existence of law）和法律的內容（the content of law）。我會試圖表明，前者關乎法律的性質等等一系列二階問題，而後者則是一個類比規範倫理學的一階規範性問題。一旦我們明確了這組區分，我們便能夠幫助哈特以及其他實證主義者構建一種對法律的更好說明，特別是對於理論爭議現象——也就是所有有能力的爭議者都同意所有的社會事實，但是卻依然爭議法律是什麼這一現象——的更好說明。這個區分同樣可以幫助我們拓展法理論的目標，使我們關注法律的存在這一被忽視的系列問題。

* 王昱博，武漢大學法學院弘毅博士後，法學博士。

[1] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第118-124頁。

[2] 參見同上註，第60-66頁。

文章首先借由克雷默對語言和法律的類比，呈現法律和語言中均存在“被人當作規則”和“規則”的區分。接下來文章論證，克雷默的哈特並未做出這個區分，從而無法說明理論爭議現象。在這個過程中文章也會評述克雷默的論證步驟，並且考慮他的反駁。然後，文章借由與道德哲學的類比，進一步澄清，“被人當作規則”和“規則”的區分其實是“法律的存在”和“法律的內容”的區分。文章論證，哈特如果接受這組區分後，能夠成功說明理論爭議現象。最後，文章提示，對法律的存在問題的關注可以幫助我們明確對法律的內容的限制條件。文章也試圖呈現一種不同於克雷默對於哈特的方法論解讀。

二、規範和實踐的關係：語言、法律和理論爭議

我將討論克雷默對哈特的承認規則的解讀。克雷默認為哈特是一個包容性實證主義者。這關聯到包容性實證主義與排他性實證主義的爭議。暫且放下這個爭議，讓我們接受克雷默對哈特的分類。我們都可以同意，哈特是一個實證主義者，正如克雷默指出的，“包容性實證主義者與其他法實證主義者一樣，均認為每項法律在任何法域內的地位都從根本上奠基於官員們的實踐之中。”^[3]

但是，什麼叫做每項法律的地位都奠基於實踐？我們可以從一個通常對哈特的理解入手。哈特在很多時候被認為持有“規則的實踐理論”（the practice theory of rules）這樣一種觀點。^[4]規則的實踐理論是關於社會規則是否存在的理論。一條社會規則的存在由某種一致性實踐和實踐者的反思批判性態度所決定——也就是說，有了一致性實踐，且人們具備某種態度，也就是將實踐當作自己的行動標準批評自己與他人的行動，我們就可以說一條規則存在。進一步地，依賴哈特所提供的雙重規則理論作為框架，可以說明每項法律的法律身份均由實踐決定。^[5]雙重規則理論指的是，法體系由初級規則和次級規則共同構成。初級規則是關於行動的規則——即告訴人們應當或者禁止做什麼。而次級規則是關於規則的規則。^[6]其中，最為重要的次級規則是承認規則，因為承認規則是篩選哪些規則是法律規則的判準，可以決定一個社群中是否存在法體系。^[7]如此一來，說明承認規則是社會規則，就意味著法體系本身就是由實踐或者社會事實決定。那麼，被篩選出來的這些具體初級規則，也就被社會事實所決定。

由於承認規則在這些主張者看來，就等同於具體的接受規則的實踐，這意味著規則就是實踐。克雷默反對這種看法。他在一個註腳中確認了這一點：承認規則不是實踐，而是“內生於”（immanent）或者固有於法律確認實踐中的一組規範。^[8]為了說明這個內生於實踐的規範不同於實踐，克雷默使用了語言實踐和語言規則的關係來類比法律規則（主要是承認規則）和法律實踐的關係。^[9]他的主張是，一個自然語言中的句法和語義規則確實是由語言實踐構成的——沒有語言實踐，也就是人們的信念，態度和言語行為，就不存在相應的句法和語義規則。然而，這些句法和語

[3] 參見同上註，第201頁。

[4] See Joseph Raz, *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, 1990, p.50-59; See Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, p.35-59. 對規則實踐理論的批評，See Kevin Toh, *Erratum To: Four Neglected Prescriptions of Hartian Legal Philosophy*, 34 *Law and Philosophy* 333, 335-347 (2015).

[5] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.91-99.

[6] 對初級規則和次級規則關係的不同分析，參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第91-95頁。

[7] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.94-95.

[8] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第101頁。

[9] 參見同上註，第35-37、109-110頁。

義規則不同於實踐，而是作為某種內在於實踐的、指引且構造人們的語言行動的規則。在法律上，法律體系的規範和法律實踐的關係也是如此。法律實踐是包括了人們的信念、態度和行動的實踐，某些規則內在於這些實踐，在這個實踐中指引並構造人們的行動，信念和態度。克雷默的主張是，這些規則是某些抽象的規範實體，不同於實踐。^[10]但是他並沒有給出充足的理由說明這些抽象的規範實體的確存在。他只是規定了，的確存在這些實體，然後說出它們和實踐的關係。

我承認克雷默的主張，即實踐不同於規則是正確的，但是為什麼我們需要如此強的形而上學主張即規範性實體存在——更何況是一個沒有提供充足理由的主張——才能說明規則和實踐的關係？在我看來一個更合理，也更清晰的立場可以避免這種沒有必要的過強的主張，但依然允許我們談論規則和實踐的不同。

什麼是規則內在於實踐呢？^[11]為更好理解，我們可以借助一個認識論工具——最佳解釋推理（Inference to the Best Explanation，以下簡稱IBE）。IBE的要旨非常簡單，存在一些資料（data）有待說明，理論家提出理論假設（hypothesis）來說明這些資料。如果一個理論假設比其他理論假設更好，我們就說這個理論假設最佳說明了這些資料，因此非常有可能是真的（likely to be true）。決定什麼理論假設更好的標準有很多，但是常見的標準——也被稱為說明的優點（explanatory virtues），^[12]至少包括說明的充分性（explanatory adequacy）——能正確說明的資料更多、說明的深度（explanatory depth）——能給出更深層次的說明以及能提供更融貫的說明（coherence），等等。IBE在哲學中被普遍使用，^[13]而我認為在此處如果用IBE來理解克雷默對哈特的詮釋，可以

[10] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第36頁。我不想做這種形而上學上過於厚實的承諾。

[11] 感謝審稿人指出，此處的IBE和“內在於實踐的規則”之間可能存在距離。換句話說，對實踐的最佳說明，可能是外在於實踐的。這個批評是否成立，取決於“內在於實踐”的意思。如果“內在於實踐”是指從實踐出發，對實踐本身的性質說明，無關於實踐者的意向和信念，IBE看起來可以幫助我們獲得這些說明。正文主張IBE可以說明規則內在於實踐，是因為IBE是從實踐出發，獲取對實踐的最佳說明。這些最佳說明在哈特這裏，恰巧是規則。奧斯丁的“命令”在這個意義上，當然也是一種相競爭的、試圖內在地說明實踐的理論假設。但是歸根結底，IBE所提出的不同理論假設，從這個意義上講都是內在於實踐，使得我們理解實踐為何如其所是的東西。

會出現距離的地方，主要是“內在於實踐”的第二種可能意義，即實踐不僅被規則統治，還要求實踐者意識到這一點。如此一來，“內在於實踐”的規則是實踐者的信念，而信念和對實踐的IBE之間可能存在縫隙。對此的回應是，首先，哈特和克雷默都會支持內在於實踐的第一種意義。語言使用者很可能並不清楚規則內容，但卻被語言規則實際統治，語言規則當然可以被稱為是內在於語言實踐的。其次，要求一個實踐中的人明確意識到統治實踐的規則，才說這些規則是內在於實踐的，看起來是一個對規則內在於實踐的過高要求：這似乎要求語法規則必須被母語使用者意識到，這些語法規則才能算作內在於語言實踐，但是顯然根據作為漢語母語使用者的經驗，我們並非有意識地適用語法規則，但我們也不會反對這些語法規則事實上統治了漢語實踐，從而也是內在於實踐的。因此無需“內在於實踐”的第二種意義這麼強的看法。

[12] 對此的概述，See James R. Beebe, *The Abductivist Reply to Skepticism*, 79 *Philosophy and Phenomenological Research* 605, 609-610 (2009); Alvin I. Goldman & Matthew McGrath, *Epistemology: A Contemporary Introduction*, Oxford University Press, 2015, p.21-22; Brian Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, 76 *The University of Chicago Law Review* 1215, 1239 (2009).

[13] 感謝審稿人指出，IBE的諸多標準之間存在排序問題。此處利用IBE只是為了說明，哈特不必依賴克雷默所預設的規則實體，也可以達到相同的說明效果。詳細說來，哈特對法律的IBE的理論假設，就是規則，只不過這裏的規則沒有形而上學的承諾，而只是一個理論假設。這可以減輕論證負擔，但是論證效果一樣：說明法律實踐。IBE的標準排序是一個複雜話題，但是至少有一些標準優於另一些標準，而且在科學及哲學討論中被廣泛應用，因此IBE並非僅僅是修辭。具體論證“說明的充分性”是一個更重要的標準的，See Michael Strevens, *The Knowledge Machine: How an Unreasonable Idea Created Modern Science*, Penguin UK, 2020, p.89-197.

更好地看到他所詮釋的哈特的要點（我也認為這是哈特本人的意思）。克雷默自己也同意哈特所做的工作需要被說明的優點所評價，^[14] 因此這裏用 IBE 的解讀他不會反對。

語言和法律的 IBE 是如下的形式：我們可以觀察到一系列的語言實踐和法律實踐——它們是資料。為了最佳說明這些資料，需要提出理論假設。對於語言學家而言，理論假設就是語言規則。對於法律理論家而言，理論假設就是行動依賴的標準——可以是命令、規則或者指令等等。如果一套規則可以最佳說明已有的資料，我們就說這套規則最佳說明了人們的實踐，也就是人們為什麼會有這一系列的語言實踐或者法律實踐。那麼，這些規則就可以說是內在於這些實踐的。

如此一來，奧斯丁的工作之所以失敗，就是因為他提出了不夠好的理論假設——法律是以強制為後盾的命令。奧斯丁的假設，正如克雷默指出的，無法說明存在授權規則的實踐，存在習慣法的實踐，以及法律實踐的存續。^[15] 而哈特的理論假設——法律是由初級和次級規則構成的雙重規則體系，則可以提供對這些資料很好的說明。因此，哈特的理論比奧斯丁的更好，提供了一個對法律的最佳說明推理。

在拒斥了命令理論的基礎上，讓我們進一步設想語言學家和法律理論家的工作。語言學家的理論假設是實際上指引人們的語言行動的語法和句法規則——這允許這一可能，即適格的母語使用者在使用語言的過程中，並非有明確意識到這些規則，但他們卻在被這些規則默示地指引。^[16] 類比下來，法律理論家的工作也就是試圖明確實際上指引人們法律行動的法律規則——當然，不同於語言，適格的法律人通常明知實際上指引行動的規則是什麼，但是往往他們並不有意識地知道，這些規則是以何種方式被組織起來的。明確規則如何被組織，從而最佳說明人們為何以目前所看到的方式從事法律實踐，就是法律理論家的工作。

這就意味著，雖然在形而上學的層面上，如果實踐不存在，實踐中被使用的規則當然也不存在，但是，在認識論的層面上，被人們使用的規則依然不同於實踐本身。我們具備關於一致性實踐的知識並不能必然得出關於被使用的規則，以及這些規則如何被組織起來的知識——得到這些知識需要依賴 IBE。當然，實踐本身變化，被使用的規則也會變化。但被人們實際使用的規則依然不同於一致性實踐。明確了這個形而上學和認識論的區分，能夠幫助我們更好地理解被使用的規則和實踐的關係，且不必承諾克雷默的過強的形而上學前提。^[17]

現在，讓我們來看克雷默的結論。克雷默對法律和語言的類比，得出區分實踐和被使用的規則的做法是正確的。這個區分使我們遠離了一個錯誤，即把實踐中的規則等同於實踐。然而，一旦接受了克雷默的這個類比和區分，我們似乎完全可以依賴都凱文（Kevin Toh）的看法，做一個更進

[14] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第18-19頁。審稿人指出，克雷默或許不會同意我這裏的改進。但是，克雷默如果承認他的哈特的理論目標就是更好理解法律實踐，且他也用同樣的理論優點（只不過用了不同的語詞）來衡量哈特優於奧斯丁的地方，那麼我和他的唯一不同僅僅是他預設了規範性實體的存在，而我不需要預設這一點。通常而言，一個好哲學意味著預設越少，而解釋力越強——可以說明更多現象等等。看起來最佳說明推理優於克雷默的預設之處也在這裏：說明的內容同樣多，但是預設更少。克雷默當然可以不贊同我的做法，或者抗議他只想做形而上學意義上的工作，但是看起來是他需要額外理由，說明為何我們有理由接受一個預設更多，但是解釋力一樣的理論。

[15] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第37、42-77頁。

[16] 對此的說明，See Peter Railton, "We'll See You in Court!": *The Rule of Law as an Explanatory and Normative Kind*, in D. Plunkett, S. J. Shapiro & K. Toh eds., *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, p.5-6.

[17] 在這個意義上，我在這裏對規則和實踐的關係的說明，優於克雷默。我的說明符合另一個說明優點：我的說明是更簡單的（parsimonious）。我沒有預設規範性實體這種形而上學上需要額外論證的東西，但是我達到了和克雷默同樣的論證效果。

一步的區分：被人當作規則（*treated as rules*）和規則（*rules*）。^[18] 容我詳述。

（一）“被人當作規則”與“規則”

讓我們回到語言和法律的類比。先來看看語言規則。我們可以確定的是，在關於語言的類比中，我們至少可以區分“被人當作語言規則”和“語言規則”，而這個區分對用於說明語言現象中的爭議是有幫助的。無需多言，什麼被人們當作語言規則，完全由語言實踐決定——上述 IBE 所得出的結論，就是被人們當作語言規則的規則實際上是什麼；這些規則最佳說明了語言實踐。但是這些被當作語言規則的規則，要嚴格區別於真正的語言規則。

容我用一個例子澄清這個區分。譬如說，漢語實踐中愈加不再區分“的地得”這三個助詞。教育部在被人普遍接受為漢語規則的闡述中說明，“《中學教學語法系統提要（試用）》提出[的地得]在中小學教學中不再做硬性區分”。^[19] 但是這意味著漢語規則的確不區分“的地得”了嗎？我們並不清楚。但至少我們不能確定地說，漢語規則的確不分“的地得”，否則我們無法解釋人們關於到底是否應該區分“的地得”爭議得不可開交的實踐。^[20]

對於爭議是否在漢語中應當區分“的地得”的各方，他們均很清楚目前的語言實踐的確傾向於不再區分“的地得”，但是他們卻在主張，區分“的地得”是漢語的正確用法，或者不區分“的地得”是漢語的正確用法。這意味著，他們在主張，區分或者不區分“的地得”是否是漢語規則。或許有人會說，他們在主張的其實是漢語規則應當是什麼，而非漢語規則是什麼。但是這個說法是錯誤的。一個主張“應當區分‘的地得’是漢語規則”的人，並沒有讓步或者同意說，目前對於“的地得”不加區分的實踐是對漢語規則的正確實踐。他反而在說，目前的實踐是錯誤的，不區分“的地得”是糟糕的中文，是不符合漢語規則的。而他在主張，真正的漢語規則是什麼。這似乎是一個可靠的觀察。

換句話說，爭議雙方都同意語言實踐的存在，也同意對這個實踐的最佳說明就是“不區分‘的地得’”。但他們卻依然在爭議，語言規則到底是什麼——他們在爭議的，就是語言規則的內容。這個現象告訴我們，“被人當作語言規則”和“語言規則”之間，存在一個裂隙。

由此擴展：即使在非常有能力的母語使用者之間——也即，他們完全清楚語言使用的具體實踐情形以及使用者的信念（*beliefs*）及意向（*intentions*），他們也完全有可能爭議，在某一個具體情形中的語言規則的內容究竟是什麼。這意味著，實踐，信念和意向並非能完全決定語言規則的內容。我們能夠通過信念，態度和實踐所確定的，只有被人們當作的語言規則是什麼。但是這裏的被人們當作的語言規則和語言規則之間依然可能不匹配。^[21]

為何會存在這個不匹配？原因很簡單：“被人們當作語言規則”的東西，本質上就是對一致性實踐的最佳說明，其只是對人們的心靈狀態的事實匯報（*report*）——即他們實際上將某條規則當作規則並依賴其行動。這和說存在某一事實是一樣的。必須強調，雖然這裏提到了規則，但是說“一條規則被人們普遍接受”，其實只是說了一條規則被一群人相信作為規則這個事實。這個陳述只是匯報了，這個世界上存在這樣一個集體性的信念。需要額外強調，即使這個信念的內容是“應

[18] 對這個區分的介紹，See Kevin Toh, *Legal Philosophy à La Carte*, in D. Plunkett, S. J. Shapiro & K. Toh eds., *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, p.231-232. 本文通過法律和語言的類比，提供了另一種支援這個區分的理由。

[19] 參見http://www.moe.gov.cn/jyb_hygq/hygq_zcx/moe_1346/moe_1364/tnull_31495.html, 2025年5月25日訪問。

[20] 參見《“的地得”，能不能用對了?!》，http://www.zgix.cn/2023-04/20/c_1310712305.htm, 2025年5月25日訪問。

[21] 審稿人指出，語法規則和被當作語法規則不太可能是一個自上而下的社會實踐。我完全同意，但是需要強調，這裏做語法規則和法律規則的類比的原因恰恰提示我們，法律的內容不全是由自上而下的社會實踐給出的。語言規則的爭議現象以及下文的理論爭議現象告訴我們的，恰恰是這一點。

當如何行動”，陳述看似包含“應當”，其實仍然是一個事實匯報。原因在於，陳述匯報的是信念，而信念在屬性上是事實，是對世界的表徵（representation），無法給出“應當如何做”的規範性要求。^[22]“我認為應當如何行動”是對我信念的匯報；“實際上應當如何行動”是真正的規範性要求，這是兩件不同的事情。即使他們在一些情況下會發生內容上的重合，即“該怎麼做”的內容相同，但這不意味著這兩件事在性質上是一樣的。知道世界上存在某種集體性的信念，並不能告訴我應當如何行動。用大白話說就是，其他人都相信應該做 A，不意味著我應該做 A。

人們在爭議區分“的地得”是不是漢語規則的時候，隱含了一個重要的、規範性的面向，即爭議者都認為對方和自己在爭議應當或不應當區分“的地得”。通過對這個爭議的觀察，我們可以進一步明確，這裏的應當，不由任何社群中的具體事實決定——爭議各方都是有能力的母語使用者，他們完全明白社群中的具體語言實踐。他們在爭議的並不是一個社群裏事實上人們在怎麼用語言，或者人們實際上接受的規則是什麼；他們在爭議的其實是應當如何使用語言——也就是語言規則的內容究竟是什麼——這種規範性問題。因此，“一條規則被人們普遍使用或當作語言規則”這個陳述並不能告訴我們語言規則本身是什麼。這個陳述能得出的結論只有一個社群中存在一群人相信並遵循某規則這個事實。

類比到法律之上，這意味著我們可以具備這樣一種規則和實踐的關係：存在一部分被人當作規則的規範，這些規範內在於實踐——沒有實踐就不存在被人當作規則和規範體系的東西。法律實踐中，我們可以通過 IBE 得出，某一個被人們普遍當作承認規則的規範，可以最佳解釋法律實踐。然而，被普遍當作承認規則是一個事實匯報——這件事情無法給出獨立的規範性主張。正如我們在語言實踐中觀察到的，其他人普遍將一條規則當作規則這一事實，並不能告訴我，我應該如何行動——也就是如何使用語言。在法律中也同理。可以想像，一個社群中的法律人都對於該社群的一致性實踐瞭若指掌，法律人們同樣也對該社群的其他法官究竟相信什麼規則——即群體具體的一致性信念是什麼如數家珍；但是，這些法官完全可以在此基礎上進行討論，適用於本案的規則究竟是什麼。另一個例子就是教義學爭議。教義學者很明確其他學者、法官和律師對於具體的法律概念譬如侵權、犯罪等有一些信念和實踐，他們也對這些信念和實踐瞭若指掌，但是他們依然會爭議，對這些法律概念的正確理解是什麼。看起來這個“被當作規則”和“規則”的區分的確在法律實踐中存在。文章第三部分將進一步精細化這個區分。

在此之前讀者會問，即使這個區分是存在的，為何我們需要這個區分？畢竟，哈特的一部分文本提示我們，承認規則的存在就是由一致性實踐所確定的，^[23]那麼為何需要額外區分“被人當作的承認規則”和“承認規則”？這兩件事情在哈特這裏難道不是一回事嗎？在這裏有兩點回應：第

[22] 這是一個元倫理學上的普遍被接受的區分。對此的說明，See Mark van Roojen, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, Routledge, 2015, p.143-146. 中文的簡要說明，參見王昱博：《權威指令與法律的行動指引——以被保護的理由為視角》，載舒國滢主編：《法理——法哲學、法學方法論與人工智能》第9卷第2輯，商務印書館2023年版，第51-54頁。感謝審稿人指出，規則內容的爭議和我們應當做什麼之間存在一個可能的距離，也就是說，即使作為真正的規則內容，可能依然不同於通盤考慮上應該如何做。審稿人指出，可能存在這一情形：絕大多數人對規則內容沒有爭議時，我們依然應當背離規則。對此有兩種可能解讀：第一種，我應當背離所有人相信的規則內容X——這沒有問題，這恰恰證明，我的背離意味著在我看來真正的規則是另外一條Y，即使所有人都同意規則內容是X。第二種，我應當背離法律內容X，因為道德內容要求Y。這更複雜。目前看來，我們的理論爭議現象和對規則內容爭議的現象似乎提醒我們，我們在進行的本質就是一個規範性爭議，因此，正如我下文提到的，我們應當採用的方法同樣是規範倫理學的規範論辯，才能獲知法律的內容，因此，第二種情形看起來較難可能出現。但是具體的討論涉及到法律的內容和道德內容的關係，此處沒有空間進一步展開。

[23] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.110. “承認規則的存在陳述只能通過外在陳述來說明。”

一，哈特除了在很少的地方提及承認規則的存在是由一致性實踐確定的之外，在其他地方都強調規則和一致性實踐的區別。正如都凱文所指出的那樣，哈特不一定真的認為承認規則就是一致性實踐或者被接受為承認規則的東西。^[24] 第二，如果採用這個區分，我們可以看到一個更佳版本的哈特。接受了“被人當作承認規則”和“承認規則”的區別，我們可以很好地說明德沃金所正確提出的理論爭議現象——即有能力的爭議各方都同意一致性實踐，但卻依然在爭議法律是什麼。目前其他人對理論爭議現象的說明，包括克雷默的方案，都是不成功的。

第一個回應主要是註釋學（*exegesis*）的工作。^[25] 本文中，我將集中於第二個回應。讓我先檢討克雷默的哈特對於理論爭議現象的說明。我將說明為何他的哈特不能說明理論爭議，而利用在此處的區分的一個更精確版本，哈特則能夠說明理論爭議。

（二）理論爭議與克雷默的哈特

首先，讓我們看看德沃金所提出的理論爭議現象。簡要說來，理論爭議指的是法官們同意全部的社會事實——包括人們的一致性行動，信念和態度，但是依然爭議法律是什麼。^[26] 前面提及的語言規則的爭議，也和理論爭議非常類似。理論爭議現象的存在意味著，至少在一些情形中，法官們試圖以一致性實踐之外的因素決定法律的內容。

該現象似乎在法律實踐中普遍存在：譬如說，在中國大陸“于歡案”中的爭議各方，都在為“正當防衛”提供不同的說明——有人主張正當防衛不包括對他人生命健康權的防衛，有人主張正當防衛不僅包括防衛他人生命健康權，甚至包括防衛尊嚴權。^[27] 但是我們很難在先前的法律判決和法條等社會事實中，找到這些支持對正當防衛的特定理解的看法。沒有人否認法官和律師都對這些先在的一致性實踐，包括法官和律師群體對於法律的一致性信念有充分的瞭解。因此，他們是在同意所有的實踐的基礎上，爭議正當防衛是什麼——也就是法律規則究竟是什麼。如果我們接受“被人當作規則”和“規則”的區分，我們似乎能很容易地說明理論爭議現象。也即，爭議的參與者們即使明確被人當作規則的內容是什麼，他們依然可以爭議，規則是什麼。如果哈特能不用實踐說明“規則”，看起來哈特就能說明理論爭議。

然而，克雷默卻認為，哈特的規則——特別是承認規則——即使不同於實踐，但其內容依然由實踐所構成。這個想法被克雷默強調，“官員在某些法律規範的存在及其內容方面共享著某些態度、信念以及行為模式，這一事實確立了該規範的存在並固定了其內容。”^[28] 這意味著，承認規則的內容確實由官員的一致性實踐——也就是官員共享態度、信念、行為——這一事實構成。雖然克雷默之後立刻承認，官員可能集體性地誤解承認規則的內容。這意味著官員可能系統性地錯誤理解了他們的實踐所確定的規則。不過，法律的內容在克雷默看來最終依然是由實踐所決定的——他也允許官員們的系統性錯誤變成一致性實踐後，最終成為決定什麼是有約束力的法律的要素。^[29] 因此，克雷默的意思是說，承認規則的內容最終依然是由一致性實踐構成或者決定的。

[24] 參見[美]都凱文：《哈特的表達主義與他的邊沁工程》，徐舒浩譯，載舒國滢主編：《法理——法哲學、法學方法論與人工智能》第6卷第1輯，商務印書館2020年版，第222-223頁。

[25] 參見同上註。

[26] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press, 1986, Chapter 1. 對理論爭議的說明和辯護，參見王昱博：《重構理論爭議：邁向表達主義法理論》，載《北大法律評論》第20卷第2輯，北京大學出版社2019年版，第124-153頁。

[27] 參見《最高檢公訴廳負責人就于歡故意傷害案有關問題答記者問》https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1695954。2025年5月25日訪問。

[28] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第160頁。

[29] 參見同上註，第161頁。

如果克雷默的意思是說，存在一條被接受的承認規則這件事是由實踐決定的，我和他之間沒有爭議。但是，他在這裏說的是，承認規則的內容也是由實踐所決定的。那麼，似乎從上文理論爭議的討論看來，克雷默的哈特依然無法說明理論爭議。在理論爭議相關案件，如在“于歡案”中，官員看起來在完全知道一致性實踐和其他官員對規則是什麼的信念的基礎上，依然會爭議什麼是法律。這就意味著，承認規則的內容不只是由一致性實踐決定。克雷默的哈特如何解釋這一點呢？在他看來，最終決定承認規則內容的東西，依然是人們的一致性實踐，因此，在爭議各方都理解一致性實踐的基礎上，我們很難明白為何他們還會進一步發生爭議。

不過，這個結論來的太快。克雷默對承認規則的看法，做了很多修正。正如克雷默所承認的，對承認規則的共識——也就是官員一致性的信念，並不意味著官員具備完全統一的共識。首先，承認規則是一系列判準構成的。因此，指望官員在一個非常複雜的法體系裏，就一切判準都形成一致是不切實際的。克雷默主張，官員可以在很多次要判準上產生分歧，但是如果我們要將一個規範體系算作法體系的話，官員必須在——最重要判準或者主要判準上，不存在分歧。^[30]如他所說，“如果官員們之間就確認何種規範可以算作法律的主要標準相互趨同，他們可以對其他的標準存有分歧，而不危及體系的一致性與穩定性。”^[31]這意味著，官員可以在所謂的次要判準上發生爭議——在這些部分中，同意所有一致性實踐，但是依然爭議什麼決定了法律的內容。那麼看起來按照這種對於承認規則的理解，克雷默的哈特依然可以說明理論爭議：理論爭議只是發生在次要判準上的爭議，而主要判準依然由一致性實踐所決定。

但是，這個修正本身是不清楚的。首先，我們並不確定什麼是主要判準、次要判準以及它們之間的區別標準。一種可能性在於，如果存在一個判準的等級序列，主要判準的意思就是等級最高的判準，授予其他判準效力。但這並非唯一的可能。克雷默在一些時候主張承認規則包括一系列判準，而承認規則之所以是統一法體系的標準的原因在於，這些判準被某些排序規則安排。正如克雷默所承認的，“這些規範以及它們之間的排序形成一個總體性的承認規則”。^[32]那麼，按照這種看法，看似決定什麼規範可以算作法律的最重要判準，恰恰應該是對不同判準的排序規則——因為只有具備明確的排序規則，我們才能知道哪個判準是最優先適用的。重要的是等級序列，而不是等級本身。我們已經發現，至少有兩種不同的對什麼算作主要判準的解讀。我並沒有主張何種解讀是正確的。重要的問題在於，我們似乎並不清楚主要判準和次要判準的區分實際上在指什麼。

讓我們暫且放下這個不清楚的區分，克雷默的主張意味著對於承認規則的主要判準（不論這是什麼意思）而言，必須存在某種最低限度的共識，構成承認規則的內容，否則，我們就沒有法體系。因此，構成這些主要判準的，依然是官員的一致性實踐——包括他們對將什麼視為承認規則的共同信念，也就是共識。在另一篇為哈特辯護的論文中，克雷默進一步主張，維持這些主要判準由共識決定的原因主要在於，共識決定了法體系的存在。由於只有官員就主要判準存在共識，我們才能確定一個法體系在適用於很多具體的案件中的判決結果是一致的，而這種一致性保證了法體系的存在。如果官員就法體系的主要判準發生爭議，這將意味著在很多具體案件中的判決結果是不一致的，由此威脅到法體系本身的存在。^[33]克雷默認為如果允許理論爭議發生在關於承認規則的主要判

[30] 參見同上註，第109-110頁。

[31] 參見同上註，第109頁。

[32] 參見同上註，第112-113頁。

[33] See Matthew H. Kramer, *In Defense of Hart*, in W. Waluchow & S. Sciaraffa eds., *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, p.47-49. 值得一提的是，其它一些實證主義者如約翰·加德納（John Gardner）對於哈特有不同辯護，即承認規則只是篩選出具備法律身份的規則，而不關心法律的具體適用。See John Gardner, *Legal Positivism: 5½ Myths*, in J. Gardner ed., *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in*

準是什麼的情形中，法體系就不再存在了，理論爭議發生的基礎也就沒有了。因此，理論爭議只能發生在對次要判準的爭議上，而這一點並不會威脅到克雷默的哈特。^[34]

General, Oxford University Press, 2012, p.23-24.感謝審稿人對此處的詳細意見。審稿人的意思是，克雷默可以同意加德納的法律身份理論的看法，構建一套脫離具體單獨法律判斷的，對法律的內容的一般化說明，從而說明理論爭議。這裏的“法律的內容”，不同於後文對此概念的理解，只是一種法律的身份，被篩選出來的規範體系需要借助解釋才能作用於我們，並告訴我們“應該如何行動”。由此，理論爭議本質上只是對法律解釋的爭議。讓我將同意這種一般化說明法律的內容的看法，叫做弱化版本的實證主義。

首先，這種看法與法律人對法律的內容的理解相背離。根據這種版本，法官們的爭議本質上只是對法律解釋的爭議。然而，此時的法律與我們具體行動的關係，就變成了“法律的內容+解釋”才能與我們應該怎麼做有關。那麼這種弱化版本的實證主義所主張的“法律的內容”就不再和具體的司法實踐和法律人的一般見解相符合。教義學者、法官和律師所爭議的法律的內容，關心的就是對每一個具體的行動者而言，個案之中他們應該如何做的問題。我們很難想像教義學者會告訴我們，按照民法你不該高空拋物，這是一個法律規則，但是具體這個規則和你在行動上該不該高空拋物，還是兩回事。這非常反直覺。我們期待的情況當然是法律能夠為行動給出具體的指引。即使依賴解釋，律師在對當事人給出的法律建議和法律結論，也絕不是“法律規則是如此這般，但具體這件事是否應該做，要看別的可能解釋”，而是“根據法律，你這件事是被允許的，或者另一種可能是這件事是被禁止的，你可能由此承擔的法律後果是什麼。由此，你應該怎麼做才不承擔或者少承擔法律後果”。注意，律師給出的第二種建議，雖然談到了不同的法律的內容的可能性，但是這是律師在給出不同的對“法律要求你應該如何做”的爭議，並依據這種爭議中各個選項，給當事人合理的建議，而不是一個我們並不清楚和我們有何關聯的“法律規則”或者法律體系。

進一步，如果法律的內容必須依賴解釋才能與每一個人的具體行動有關，那麼我們在何種程度上能夠說明，法律的內容對每一個人的行動指引呢？正如哈特所強調的，法律要給“無知的人”或者“困惑的人”提供指引。“法律的主要功能是，在法院之外，以各種方式被用來控制、引導和計劃我們的生活。” See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.40.中文翻譯參見[英]哈特：《法律的概念》（第2版），許家馨、李冠宜譯，法律出版社2011年版，第39頁。如果我們承認法律的內容具備行動指引功能，那麼按照這種弱化版本的實證主義理論，法律的內容只有通過解釋才能告訴我們“應該怎麼做”，那麼重點就變成了我們應該如何理解“解釋”。但正如主張這種弱化版本的實證主義者所強調的，實證主義不承諾某種特定的解釋——這些解釋可以是源自權威的淵源如司法解釋，也可以來自道德要求。See John Gardner, *Legal Positivism: 5½ Myths*, in J.Gardner ed, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford University Press, 2012, p.42-47.如果是這樣，法律的內容和人們行動的關係似乎就變得非常模糊——因為我們並不知道到底要依賴何種解釋規則才能得出確切指引。

實證主義者進一步的回應可能是，法律體系是一個高度複雜的規範體系：這意味著絕大多數有效規範通過相互參照能夠給出具體的行動指引。譬如說複雜的商事規範。但是，即便設想如此，具體情形並非理所當然。的確存在無法給出具體行動指引的情形：在侵權法中，一個裁判所依賴的核心概念就是“普通合理人”（ordinary reasonable person）。而這個概念在面對不同的情形中會有不同的意義，且法院在每一情形中給出的具體詮釋規則，在很大程度上都是不同的——一些情況下，普通合理人指的是我們周圍的普通成年人，另一些情況下，普通合理人指的是“某一特定年齡階層的普通合理人”。See *Mullin v Richards* [1998] 1 All ER 920.對於一個法院之外的個人來說，他並沒有這些具體解釋法律的必要知識，也不會明白這些具體的詮釋規則在個案中的運用的差別。如果把法律的內容限定在具備有效身份的規範上，我們又如何能說法律對他的行動提供了指引呢？如果是這樣，我們就不再明白一個社群中存在法律的意義對每一個實踐者而言意味著什麼。因此，如果對法律的內容的一般化說明沒辦法落在具體的裁判結果上，這個一般化說明的意義看起來是存疑的。

接受此種關於內容的一般化說明，對克雷默的討論更有威脅，因為克雷默的論證恰恰在於，我們需要具體的判決結果的一致性，這是他所稱的法體系的底線（bottom line）。在這個意義上，即使法官對一般意義上的法律的內容沒有爭議，因為解釋規則多種多樣，也完全可能得到各異的判決，或者至少無法確定官員對承認規則的共識一定能得出一致的判決結果，從而威脅法體系的底線。因此談論一般意義上的法律的內容，反而會進一步削弱克雷默的論證。因此，克雷默不太可能接受上述弱化版本的實證主義。

[34] 感謝審稿人指出，克雷默的哈特所認同的承認規則，就是共識——一個純粹的社會事實。我在這裏想稍作澄清：我所反對的克雷默的看法，恰恰就是用事實來說明承認規則是什麼，因為這會使得承認規則失去規範性——也就是失去告訴我們“應當如何行動”的能力。事實無法告訴我們應當如何做。這也是為何本文在前面

這個論證是有問題的。首先，我承認如果要說一個法體系存在，人們必須在具體案件的判決結果上存在相當程度的共識。如果判決結果是任意的，的確無法說明存在一個法體系。然而，在承認規則內容上的分歧，哪怕是最為根本的分歧，也並不見得會威脅到具體案件的判決結果上的共識。

既然法律體系是規範體系，不如讓我們來看一看同為規範體系的道德系統。道德討論中，對最根本的道德原則的爭議——後果論與道義論的辯論看起來是無休無止的。這裏的道德原則，我跟隨倫理學家，將其定義為最根本的決定何種行為是正確還是錯誤的原則。^[35] 這些原則決定了個案中正確的行動標準。但是對這些根本原則的爭議，並沒有發生在我們日常的倫理實踐中。日常倫理實踐裏，往往持有不同根本原則或者規範倫理學立場的人，也會同意對同一種行動的評價，只不過他們的理由不同。譬如說，在“不能殘忍對待他人”或者“不得殺人”這些行動標準上，不論是後果論還是道義論者，都會同意這些行動標準。只不過，後果論可能會認為殘忍對待他人和殺人給世界帶來更多的糟糕後果，^[36] 而道義論可能會認為殘忍對待他人和殺人是違背了某些普遍的原則。^[37] 但是雙方都會在絕大多數具體規範判斷上達成一致。

同樣在法律之上，具體案件的共識的存在，無法反推承認規則由共識決定。教義學學者無時不刻在爭議具體的規範性概念是什麼意思，怎麼適用才是正確的——即使他們在絕大多數情形中都會得出相同的裁判結果，但他們的理由完全不同。例如，持有不同對於“過失責任”理論的侵權法法律人，會主張不同的判斷何為過失行為的原則。法律經濟學派會主張按照社會財富最大化原則來判斷一個行為是否過失，^[38] 而康德主義矯正正義理論家，會主張按照康德的獨立觀念來判斷。^[39] 看起

做出“被當作規則”和“規則”的區分。審稿人強調，在克雷默看來對承認規則的共識——或者作為共識的承認規則本身，決定了法體系的存在。然而，正如正文的批評所示，克雷默主張的理由是，只有對承認規則的共識，才有對具體案件的共識，而這是法體系的底線。我不反對這一底線，我反對的是克雷默主張的理由。正文意在說明，不需要對承認規則的共識，也存在法體系，因為即使人們對承認規則充滿爭議，對具體案件判決結果的共識還在。這意味著克雷默對承認規則共識的看法存疑。審稿人指出，克雷默強調的對承認規則共識才能具備底線，是一個現實情況而非邏輯必要性，正文中我也試圖用侵權法等部門法的現實情況反駁。

另外，本文也反對將哈特的承認規則視為事實的看法。我在這一點上贊同Kevin Toh的解讀，也即哈特在這裏犯了一個不必要的錯誤，至少和哈特在《法律的概念》的其他地方，對於規則和事實區分的強調不符合。承認規則就是法體系的終極規則，不存在有效無效。但是將這個終極規則當作事實，這可能是一個錯誤。參見[美]都凱文：《哈特的表達主義與他的邊沁工程》，徐舒浩譯，載舒國滢主編：《法理——法哲學、法學方法論與人工智能》第6卷第1輯，商務印書館2020年版，第220-223頁。

[35] See, for example, Stephen Darwall, *Philosophical Ethics: An Historical And Contemporary Introduction*, Routledge, 2019, p.8.

[36] 例如邊沁的功利原則就可以如此主張。See Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, The Athlone Press, 1970, p.11-16.

[37] See *Kant: Groundwork of the Metaphysics of Morals*, translated by Mary Gregor & Jens Timmermann, Cambridge University Press, 2012, 4:429. 康德的人性公式就要求，“在行動的時候，不論是對你自己，還是對任何其他人，總是同時把人性作為目的，而絕非僅僅作為手段。”

[38] See Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 *The Journal of Legal Studies* 29, 33 (1972); Yotam Kaplan, *Economic Theory of Tort Law*, in Dagan, H., & Zipursky, B. C. eds., *Research Handbook on Private Law Theory*, Edward Elgar Publishing, 2020, p.273, 275.

[39] See Arthur Ripstein, *Private Wrongs*, Harvard University Press, 2016, p.102-116. 對此的分析和批評，參見王昱博：《拒絕嚴格責任？——反省康德主義侵權法理論》，載《交大法學》2023年第4期，第55-62頁。要澄清，這篇文章中我將康德主義侵權法理論和財富最大化理論，都看作關心侵權法的性質的理論；但是康德主義侵權法理論同樣可以看作是提供了對法律的內容的主張的理論——即告訴我們法律規則究竟是什麼，正確的侵權法規則是怎麼樣的，等等。由於侵權法哲學的方法論討論並不完全清晰，在這裏有多種詮釋的可能。至少里普斯坦的康德主義侵權法理論，會支援一個提供法律的內容的理論。這允許里普斯坦說明和現行的侵權法實踐衝突並非問

來，康德主義矯正正義理論和法律經濟學派的看法在根本上是不一致的——一個認為侵權法按照矯正正義原則和康德法權來安排法律體系，這意味著在他們看來的侵權法體系不會包括嚴格責任相關規則；^[40] 另一個認為侵權法按照財富最大化原則來安排法律體系，由此，只要嚴格責任規則可以最大化財富，侵權法當然包含嚴格責任規則。由於他們所確定的規範並不相同，他們也極有可能承諾在克雷默那裏不同的承認規則的主要鑒別標準。但是這是否影響他們在具體案件中的共識呢？並非如此。支持不同理論的法律人，都會在絕大多數情況下就裁判結果達成一致。他們都試圖說明，一些侵權法歷史上重要的裁判結果就是正確的結果，只是他們都給出不同的理由來主張這些結果的正確。例如說，他們關於何種行動是過失行為這個裁判結果達成一致——他們都同意客觀過失責任，即依賴一般合理人的判斷來決定某行為是否是過失行為。^[41] 這意味著，他們完全可以在具體裁判結果上同意，而這和對於承認規則內容的爭議不衝突。

完全有可能的情形是，即使對於承認規則的內容存在大量的爭議，我們依然可能說一個法體系乃至於一個被普遍實踐的規則體系存在。克雷默對於承認規則的內容必須依賴於共識的看法，看似是沒有充足理由支持的。因此，克雷默的哈特似乎依然難以說明理論爭議現象。

或許克雷默會反駁，理論爭議中，人們爭議的其實是法律應當是什麼，而非法律規則是什麼。對此存在兩點反駁：其一，正如我們看到過的，語言實踐中，爭議“的地得”是否應當區分的各方，並不是在爭議語言規則應該是什麼，而就是在爭議漢語的語言規則是什麼——他們在爭議的是漢語的規則、或者規則的內容是什麼，而不是已經知道了漢語的規則，而在爭議應當用什麼規則。如果克雷默不想放棄他對語言和法律的類比，他就應當接受人們的爭議確實是關於規則內容是什麼，而非應當是什麼的爭議。其二，在“于歡案”這類法律案件中，爭議的各方也並沒有在主張“正當防衛”應當是什麼——他們就是在爭議什麼是正當防衛規則的內容——這些內容是否包括尊嚴權，等等。因此，應該承認，在法律和語言規則的爭議中，各方的確在爭議規則的內容是什麼。克雷默的哈特依然無法說明理論爭議現象。

那麼，如果哈特要能說明理論爭議，他應該怎麼做呢？正確的路徑在之前已經提示過。我將在下一部分給出詳細的論證。

三、法律的內容和法律的內容

為了說明理論爭議，我們接下來的問題是，爭議的“規則”是什麼性質。其實答案已經呼之欲出：因為理論爭議現象的存在，人們即使同意所有的社會事實，也依然會進行上述的爭議，那麼這就表明，這些人所爭議的規則內容，其實並非是一個關於事實的爭議，而是一個規範性爭議（normative disagreement）。規範性爭議意味著，各方在爭議的是關乎對具體行動的允許，禁止和要求。這些爭議的核心，是我們應當如何行動（what we ought to do）。這裏的應當如何行動，就是爭議中的對規則內容的主張。讓我們將這個爭議稱為對法律的內容（the content of law）的爭議。這也就是我們前面提到的“被人當作規則”和“規則”區分中，“規則”的更精準表述。

法律的內容就是法律對我們行動的要求。這裏的法律指的就是實在法，而不是法律應當是什

題。See Arthur Ripstein, *Private Wrongs*, Harvard University Press, 2016, p.20-21.

[40] See Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Oxford University Press, 1995, p.177.

[41] See Arthur Ripstein, *Private Wrongs*, Harvard University Press, 2016, p.102-116; Richard A. Posner, *A Theory of Negligence*, 1 *The Journal of Legal Studies* 29, 31-34 (1972).

麼。^[42] 按照這種看法，對法律的內容的陳述（statement），是對“根據法律，你應該、禁止或被允許做某事”的陳述。這個看法看起來非常直觀。其符合法律人日常對法律的內容的理解。譬如說，律師和法官都會對當事人說明，“根據（現行的）民法要求，禁止從建築物中拋擲物品。”不論是爭訟之中還是之外，我們不斷地討論法律對行為人行動的具體要求。一旦我們明確了這些具體要求，似乎我們就能夠通過這些要求對行動進行評價並歸屬特定行動以相應後果。延續上面的例子，律師和法官會對已經確定從建築物拋擲物品的當事人說明，“從建築物中拋擲物品或者從建築物上墜落的物品造成他人損害的，由侵權人依法承擔侵權責任。”注意，這些後果的歸屬，依賴於法律的內容對具體行動的允許，禁止和要求。因此，法律的內容關乎的核心，是我們應當如何行動（what we ought to do）。

在一般法理學的討論中，法律的內容成為了理論化的核心。爭議的各方所關注的一個核心問題是，法律的內容由何決定。^[43] 其中最為典型的兩方是實證主義者（positivists）和非實證主義者（anti-positivists）。實證主義者主張，法律的內容完全由社會事實（social facts）——也就是人們的心理學事實和行動事實（如一致性實踐）所決定。^[44] 實證主義的這種看法的典型就是前述的規則的實踐理論。克雷默的哈特避免了規則的實踐理論的錯誤，但是依然承諾了規則內容由一致性實踐這個社會事實所決定。非實證主義者主張，法律的內容部分由社會事實，部分由價值事實（特別是道德事實）所決定。^[45]

發展到今天，這個爭議已經相當複雜。^[46] 下文並非要介入這個爭議，而是將說明，目前被當作核心的法律的內容的爭議，恐怕忽視了其他同樣重要的一般法理學議題。下面，先讓我進一步澄清法律的內容的性質，再讓我引出被忽視的議題。

（一）法律的內容的性質

根據上述對理論爭議的描繪，我們自然而然可以得出，法律的內容就是一個關於我們應該怎麼做的規範性內容。這意味著，理論爭議其實是在爭議規範性內容是什麼。因此，當我們做出關於法律的內容的法律陳述，這些陳述是對規範性內容的表達，會對我們的實踐推理產生直接影響。

[42] 感謝陳景輝教授在討論中對實在法概念的強調提醒了我。

[43] 對爭論的簡介，See Liam Murphy, *What Makes Law: An Introduction to the Philosophy of Law*, Cambridge University Press, 2014, p.1-2.

[44] See Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, p.39-40, 47-48; Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, p.60-83; Brian Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, 76 *The University of Chicago Law Review* 1215, 1221 (2009); Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, p.151.

[45] See Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press, 1986, p.65-68; Mark Greenberg, *How Facts Make Law*, 10 *Legal Theory* 157, 157-198 (2004).

[46] 實證主義主張法律的內容由社會事實決定的看法，有相當程度的合理性：因為法律的內容是實在法的內容，而“實在法”至少在直覺看來，高度依賴過去的歷史事實——也就是社會事實。但是，這種看法會面對一些困難。司法實踐中很多法官援引價值事實來確定法律的內容——譬如說著名的里格斯訴帕爾默案，法官援引“任何人不得因其非法行為獲利”這一原則來作出判決。See Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, p.23. 反實證主義者咬定實證主義者無法提供對這些司法實踐的替代性說明，而應當將其作為如其所示的樣子接受下來，從而決定法律的內容的，就不僅僅是社會事實，而應該包括價值或者道德事實。由此，他們進一步主張，如果實證主義的框架是依賴雙重規則理論和規則的實踐理論，那麼這些替代性說明的失敗就證明了實證主義的失敗。面對挑戰，實證主義者只好進一步補強，通過援引不同版本的慣習理論，說明某些一致性實踐依然可以產生出某些價值事實。See Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton University Press, 2011, p.60-83; Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, 2003, p.151.

直接影響的意思是，這個陳述本身就會給出我們相關的動機或者理由——這個陳述本身就能夠作為一個獨立的實踐推理的規範性前提。這些獨立的規範性前提的例子就是“不應當殺人”，“不得殘忍對待他人”這樣的前提。只要我們生活在人類社會中，我們就可以依賴這些前提直接得出行動結論——即我應當或者不應當做什麼。這就是規範性內容的特點。直接影響區別於間接影響：一個陳述對實踐推理有間接影響意味著該陳述需要依賴其他獨立的規範性內容才能在實踐推理中發揮作用。

用一個例子來說，一個人陳述“不應當殺人”就對實踐推理產生直接影響，能夠獲得實踐結論。而一個人陳述“公眾審美認為我應當減肥”，則只能對此人的實踐推理有間接影響。這個陳述內容本身並不能直接給此人理由減肥——原因在於，公眾審美只是社群中的共同信念，而共同信念，哪怕是內容為“應當如何行動”的信念，本身並不能告訴我“應當如何行動”。如果行動者基於公眾審美而行動，真正的規範性前提是行動者認同（endorse）公眾審美，而非公眾審美這個共同信念本身。公眾審美最多只在實踐推理中有間接影響——只有行動者在乎或者認同公眾審美，這個信念才能發揮影響。本文主張，對法律的內容的陳述的核心情形，是類似於“你不應殺人”這樣的，對實踐推理產生直接影響的規範性陳述。核心情形的意思是，如果不存在這個情形，法律實踐就不會是現在所看到的樣子。核心情形與其出現的頻率無關，而和性質有關。

在推進之前，讓我做一些澄清。首先，本文並不否認在許多情形中，人們在主張“X是違法的”的時候，人們得出實踐結論所依賴的規範性前提是其他真正規範性前提，譬如說關於後果的考慮：“做X會受到的懲罰大於做X的收益，因此我不應做X。”但是，這並非實踐的全貌。我們在社交網絡和日常生活中會看到人們做出這樣的陳述，“你犯法了你明白嗎！”直覺上，這個陳述就似乎具備規範力量，能給陳述者以及其他人不去做這件違法事項的動機或者理由。而這個動機或者理由的來源，似乎至少按照這個陳述本身來看，並非來自於一個社群中的共同信念，或者某些其他的外在因素，如懲罰或者違法後果，而來自於該陳述本身，特別是“犯法”一詞所具備的規範性力量。

如果將這個直覺理論化，就像哈特所指出的，法律實踐之所以不同於習慣和強制的核心在於人們會在法律實踐中做內在陳述（internal legal statements），以此批評反思自己和他人的行動。^[47]而這種內在陳述之所以特殊，恰恰因為其獨立於“其他人也這麼做”的習慣，以及相應的法律後果。^[48]先說後果：人們做出內在陳述“你應當X”時，並不是在說，如果我不做X我會受到懲罰——沒有懲罰存在時，我們依然可以想像我在國外對母國有納稅的義務。另一方面，再說習慣：內在陳述並非報告其他人都在做X，或者報告這一普遍存在的信念——即其他人都相信“應當做X”。正如一個社群中存在週六一起看電影的事實，不能告訴你你該如何行動一樣。

如我們前文強調過的，這種普遍存在的信念、共識和實踐，雖然其內容有關於具體行動，但作為信念、共識和實踐，它們在性質上和習慣並無不同，都是純粹的事實。這恰恰是哈特的洞見，也就是規則的內容並不能被還原為一致性行動，信念或者實踐本身。法律之內在陳述——也就是對規則內容表達的獨特性，不完全取決於這些類似習慣的既存的事實或者一致性信念，即使這些一致性信念的內容是“X是違法的”“X是錯的”，哪怕是“X是法律的內容”。

克雷默可能會主張，本文的上述看法似乎在主張存在一種獨立於過去的一致性信念的法律的內容。需要澄清，本文並不試圖做出這麼強的主張。本文只想說明，至少存在這樣的一種類型的法律

[47] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.56-57.可能有人會說，內在陳述本就算是道德陳述。本文對這種可能性保持開放。此處限於篇幅，無法展開討論。

[48] See *ibid.*, p.55-61, 88-91.

陳述，即這些陳述本身就是規範性前提，能直接影響實踐推理的結論——他們可能與過去的一致性信念有關，但是他們並不一定被過去的一致性信念完全決定。

在此基礎上，我想主張另一種對哈特的理解或者再詮釋。我認為，哈特試圖通過一致性實踐說明的，並不是法律的內容，而是另一個常常與法律的內容緊密相關的，卻未經澄清的觀念：法律的存在。這也是現有的一般法理學者常常提及但卻沒有仔細檢討的觀念。譬如說，拉茲著名地主張：法律的存在和內容，均由社會事實所決定。^[49]這一主張也被其他重要的實證主義者所接受。^[50]克雷默對哈特的討論中，也大量涉及到對於法體系的存在這樣的說法。^[51]

對法律的存在討論最粗糙的起點，是這樣的問題：何種條件下，我們可以說社群中存在法律這一獨特的規範實踐類型。換句話說，法律的存在關心的核心是法律的性質（the nature of law）以及與之相關的一系列問題。這些相關的問題，往往以這樣的方式出現。1. 形而上學問題：法律在本質上與其他的規範現象，譬如道德或者強制的關係是什麼？^[52] 2. 認識論問題：我們通過何種方式認識法律——通過經驗還是通過某些直覺？^[53] 3. 語言哲學問題：法律陳述的特性是什麼，以及法律陳述如何區別於其它類型的規範性陳述？^[54] 4. 心靈哲學問題：當人們在做法律思考時，所具備的心靈狀態（mental states）或者心理學狀態（psychological states）是什麼？^[55] 這些問題在哈特的經典《法律的概念》中均有提及，但是在日後的討論裏，理論家更熱衷於討論法律的內容的決定物究竟是什麼，而非這些問題。

如果上述對法律的存在討論起點沒有爭議的話，我們可以確定的是，目前的討論所主張的法律的存在和法律的內容的關係，有兩種理解的可能：第一，直接決定關係：法律的存在和法律的內容是不同的事情，但是法律的存在能夠完全決定法律的內容。而由於法律的存在由社會事實所決定，法律的內容也就由社會事實所決定；第二，同一關係：法律的內容和法律的存在是一回事，均由社會事實所決定。這意味著當理論家提出關於法律的存在的主張時，他們就是在為法律的內容找到決定物。^[56]

本文將在下文的論證中指出，對法律的存在和法律的內容的直接決定關係和同一關係的理解，均站不住腳。下面將跟隨都凱文的思路，借助元倫理學和規範倫理學的類比，說明法律的存在與法律的內容之間的關係。^[57]我已經在前文說明，法律的內容是一個規範性內容，因此對法律的內容的確定是類似規範倫理學對道德的內容的討論，至少需要借助一部分規範性前提和規範性論辯才能得出。而法律的存在，則類似於元倫理學對道德性質的討論，與法律的內容並非同一關係，同樣也無法直接決定法律的內容。在此基礎上，我們就可以進一步討論哈特如何說明理論爭議。最後，我將主張，法律的存在和法律的內容是一定程度上相互獨立的兩個探究，但是法律的存在可以在一定程

[49] See Joseph Raz, *The Authority of Law*, Oxford University Press, 1979, p.39-40.

[50] 例如，See Brian Leiter, *Explaining Theoretical Disagreement*, 76 *The University of Chicago Law Review* 1215, 1222 (2009); Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p.102.

[51] 例如，[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第9-10、110頁。

[52] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.6-8.

[53] 哈特討論如何通過接受承認規則獲知法律的內容請參見：H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.100-101, 103.

[54] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, vi-vii. 另外第88-91頁強調內在陳述與外在陳述的區別。

[55] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.193-200.也就是在第二部分提到過的，關於人類的心理狀態對法律的內容的影響。

[56] 感謝Martin Fischer向我指出這一點。

[57] See Kevin Toh, *Jurisprudential Theories and First-Order Legal Judgments*, 8 *Philosophy Compass* 457, 457-471 (2013).

度上限制法律的內容。

(二) 與道德哲學的類比

道德哲學家同樣也會討論道德的內容 (the content of morality) ——即道德對人們行動的具體要求是什麼, 以及道德的存在 (the existence of morality) ——何種條件下我們可以說一個社群中存在道德實踐。本文承認“道德的存在”是一個人造語詞, 使用這個詞只是為了能夠讓我們更清晰地意識到在道德中存在的這一組平行問題。

讓我們從澄清道德的存在的概念開始。我們假設, 一個社群中存在某種道德實踐。那麼接下來的問題就是, 這種道德實踐的性質是什麼——是什麼能夠解釋這些道德實踐的存在, 並能使得這些道德實踐區別於其它類型的實踐: 譬如美學實踐或者某種遊戲實踐? 進一步, 我們還會追問, 人們看似有道德知識, 我們是如何獲得的。此外, 我們還可以問, 這些道德實踐中, 人們進行道德陳述和道德思考時, 這些道德陳述和道德思考的性質如何, 以及這些陳述和思考如何相互影響。

元倫理學家已經為這些問題提供了很多種答案。一種答案是, 這些道德實踐是由某些存在於這個世界上的道德事實 (moral facts) 所說明的。^[58] 我們將這些主張者統稱為道德實在論者 (moral realists)。由於日常的道德實踐由人們的道德語言和道德思考構成, 從而, 實在論者指出, 對這些語言和思考的最佳說明就等同於對道德實踐的最佳說明。他們所提供的說明如下: 人們在他們的道德語言中使用道德句子 (moral sentences), 這些道德句子表徵 (represent) 這些道德事實, 就像我們在日常對話中說“桌子”就是關於存在於這個世界中的桌子一樣。另一方面, 人們在道德思考中通過信念 (beliefs) 表徵了道德事實, 就像我的信念“桌上有一個杯子”表徵了這個世界上存在我面前的桌子上有一個杯子的事實。由此, 道德實踐就通過道德事實得到了說明。

如此一來, 我們的日常道德陳述“對人殘忍是錯的”, 按照上述分析, 就意味著這個陳述如果為真的話, 就表徵了某個道德事實, 且人們在做這個陳述時的道德思考也表徵了相關的道德事實。進一步的, 這些道德事實使得道德實踐區別於其它類型的實踐。譬如說, 遊戲實踐中的陳述遊戲規則的語言則似乎通常並不表徵道德性質, 因此不同於道德實踐。這看起來是一個非常接近我們日常理解的道德實踐的說明。按照實在論, 如果一個社群內人們援引道德事實進行道德陳述和道德思考, 我們就可以說這個社群內有道德的存在。

或者, 按照另一種答案, 這些道德實踐並非由某些獨特的道德事實所解釋。其中一種有說服力的主張即為表達主義 (expressivism)。按照表達主義的看法, 道德語言和思考並不表徵或者報告 (report) 某些事實, 即表達某些認知的心靈狀態 (cognitive states of mind), 而是表達 (express) 某些意動的心靈狀態 (conative states of mind), 譬如說情感或者贊同, 或者對某些特定內容規範的接受。由於只是舉例, 我們可以略去表達主義所著墨頗多的表達與報告區分的技術性細節。^[59] 這裏只需明確, 表達主義認為, 為了說明道德實踐, 我們無需預設形而上學可疑的道德事實或者道德性質。我們的探究可以從所有人都接受的前提出發, 也就是對道德語言和道德思考的說明。道德語言在表達主義者看來, 不需要預設道德事實的存在也可以得到說明。

特別地, 根據一種較為成功的表達主義理論即阿蘭·吉伯德 (Allan Gibbard) 的規範表達主義, 道德語言表達了對管理無偏私的憤怒和內疚 (impartial anger and guilt) 的規範的接受, 而不是關乎於任何“道德事實”。當然, 表達主義者會面對其他的挑戰: 按照這種說明方式, 他們需要說

[58] See Mark van Roojen, *Metaethics: A Contemporary Introduction*, Routledge, 2015, p.9-35. 道德事實的意思就是個體 (individuals) 所具備某種道德性質 (moral property)。感謝潘童的評議澄清這裏的表述。

[59] 關於表達和報告的區分, See Mark Schroeder, *Expression for Expressivists*, 76 *Philosophy and Phenomenological Research* 86, 86-116 (2008).

明我們的道德推理是何以可能的——包括對道德否定句和條件句的說明。^[60]不過，刨除這些困難不談，表達主義也已經足夠回答一個社群中何時存在道德實踐：道德實踐的存在就是一個社群中人們依賴關於無偏私的憤怒和內疚的規範來管理自己和他人行動這一事實來決定的。因為關於無偏私的憤怒和內疚的規範不同於管理其他實踐的規範，這使得道德實踐區別於其它類型的實踐。

當我們明確了這兩種對道德的存在的回答後，我們再來看看倫理學家是如何處理道德的內容。這個問題由規範倫理學所討論。他們關心的問題是什麼樣的內容是道德上正確的——即根據道德，我們應該如何行動。舉例如下：你可能會說，（根據道德要求）我們應該吃素。^[61]我會給出理由挑戰你的主張——譬如，我們可能有道德義務吃一部分肉。^[62]你會進一步給出反例證明我的論證的錯誤，或者你需要上升到道德原則來說明我們應該吃素是某種更高原則的要求：譬如關心動物福利。我會進一步挑戰你的這個原則。很容易設想，如果這個論辯不斷進行下去，我們最終應該回答的問題是：什麼是決定行動正確的終極原則。^[63]我們常見的相互競爭的根本原則就是各種不同版本的道義論原則和後果主義原則。但是正如我們所看到的，我們獲得原則的過程，只能是通過不斷地實質論辯——舉出反例，給出證成。

這種確定道德內容的過程似乎不同於前面看到的元倫理學家的主張：他們在進行的討論是，什麼東西可以解釋或者說明道德實踐或者道德現象。雖然有少數元倫理學家認為他們對道德的說明理論可以同時給出實質的道德內容，^[64]但是至少就上述的兩個元倫理學的統治性理論而言，他們對道德現象的說明似乎並不必然承諾道德的實質內容。我們並不能通過對道德實踐的特定解釋，來知道正確的道德行動原則是什麼。拿吉伯德的表達主義舉例，如果說群體關於無偏私的憤怒和內疚的規範接受的實踐決定了我們應該如何做，這似乎是一個非常糟糕的對正確的道德行動的說明。^[65]道德現象或者道德的存在可以由人們對無偏私的憤怒和憎恨的表達，在一個社群中形成共識來說明，但這不意味著道德內容也是人們無偏私的憤怒和憎恨的表達的共識。那將意味著我們用某種共識來說明終極的行動標準，而這和我們對於什麼是道德正確的直覺完全衝突：道德正確的內容和原則，即使沒有任何人認同這件事情是正確的，該原則依然是正確的。

換句話說，決定道德內容的只能是某些終極行動原則，而獲得這些原則的方式是實質性的規範論辯；而決定道德存在的則是某些關於道德本質的探究。獲得這些本質的方式是，我們依賴 IBE 提出假設，觀察這些道德思考和道德語言的一系列特徵是否能被我們的假設最佳說明。探究道德內容關心的是一個實踐問題：我們應該如何行動——我們也可以將其稱為道德的一階問題；而探究道德存在關心的是一個理論問題：我們如何理解或是說明我們的道德實踐——我們也可以將其稱為道德的二階問題。原則上來說，我們似乎可以分開這兩者，即使他們有關聯。

[60] See Mark Schroeder, *Expression for Expressivists*, 76 *Philosophy and Phenomenological Research* 86, 86-116 (2008). 另外，中文文獻參見徐舒浩：《內在陳述的表達主義構造成立嗎？》，載《交大法學》2022年第6期，第58-76頁。

[61] 加上括弧是因為在日常討論中我們很少看到這個看似冗余的“根據道德”的前提，絕大多數人都會直接主張道德要求的內容，並由此進行論辯。

[62] See Nick Zangwill, *Our Moral Duty to Eat Meat*, 7 *Journal of the American Philosophical Association* 295, 295-311 (2021).

[63] Stephen Darwall, *Philosophical Ethics: An Historical And Contemporary Introduction*, Routledge, 2019, p.6-8. Darwall將這種終極原則叫做使其正確的特徵（right-making features），但我們不用過分擔心原則與特徵的區別。

[64] 譬如某些建構主義理論（constructivism），See Sharon Street, *What Is Constructivism in Ethics and Metaethics?*, 5 *Philosophy Compass* 363, 363-384 (2010). 以及我們下文會看到的德沃金的主張。

[65] See Kevin Toh, *Jurisprudential Theories and First-Order Legal Judgments*, 8 *Philosophy Compass* 457, 462 (2013). Gibbard也不可能會有這種看法。Gibbard的元倫理學傾向的規範倫理學是一種基於決策論（decision theory）的後果主義理論。See Allan Gibbard, *Reconciling Our Aims: In Search of Bases for Ethics*, Oxford University Press, 2008.

（三）法律的存在與法律的內容

明確了在倫理學中的這一組區分，再回過頭來看法理論的現有討論，我們會立刻發現，由於道德實踐和法律實踐在存在和內容上都具備高度的相似性，以下這個類比非常自然：關於法律的存在討論就可以類比前述的元倫理學討論，而關於法律的內容的討論則可以類比規範倫理學的討論。^[66]注意，這個類比的成立並不意味著法律的存在和內容和道德的存在和內容是等同的。這裏的類比是方法上的類比：我們有更強的理由採取討論“道德的內容”的方法和模式——也就是規範性論辯，來討論“法律的內容”。原因在於，正如上文所論證的，法律的內容關心我們應當如何行動這個問題，直接影響我們的實踐推理——這和道德內容具備類似的特徵。如果道德的內容問題原則上可以和道德的存在問題分開，那麼原則上，我們也可以分開法律的存在問題與法律的內容問題。同理，當我們討論法律的存在時，我們似乎有更強的理由將其視為某種類似道德的存在的討論。

詳細說來，首先，如果關注法律的存在問題，我們可以類比元倫理學的討論來說明該問題的核心。我們關心是什麼使得法律實踐不同於其他實踐，如何認識法律，以及法律陳述的性質等等。如此一來，可以根據現行的實證主義和非實證主義標籤，重新構造出關於法律性質的爭論。

首先，一部分人相信社會事實完全決定、解釋了法律的存在——我們有法院，有立法機構，有案件裁判這些事實共同決定了法律的存在。因此，當我們解釋法律在這個社群中存在，以及人們的日常法律語言和思考，我們只需要援引這些事實就可以。當然，這些社會事實到底是什麼性質，以及我們能否通過說明這些社會事實就能解釋法律的本質，這些事實如何被認知，以及法律的語言是否指涉了這些社會事實等等問題，就是進一步值得討論的二階法律問題或者元法律問題（*meta-legal questions*）。注意，實證主義者完全可以接受這個主張。他們可以說，社會事實的確說明了法律的存在：為何一個社群中存在法律這種特殊類型的實踐，而不是別的實踐。

但這不是唯一可能的說明。另一部分人可能相信社會事實單獨無法說明法律實踐的存在。法律的存在如果能夠被成功說明，還需要有價值事實或者道德事實的加入。這些人認為，只有援引價值事實，我們才能說明人們在法律實踐中的討論和思考。比如說，他們可能會認為，人們至少需要說明人們都普遍的具備一個對善好目的的追求，法律才會出現（*come into being*）——譬如菲尼斯的理論所主張的那樣，從前法律社會（*pre-legal world*）到法律社會（*legal world*）這個思想實驗中，法律參與者必須具備一種特殊的心理學狀態：他們必須承諾具備實踐合理性的內在觀點，而不是任意的內在觀點，否則人們將無法進入法律社會——也即，我們無法擁有現在所擁有的法律實踐。這些心理學狀態又被菲尼斯進一步確定為實踐合理性這個價值事實本身。^[67]由此，如果沒有實踐合理性這個價值事實，就沒有法律的存在。

但是不論是根據哪種方式的構造，即使我們同意實證主義者對法律的存在說明，即人們的法律實踐可以被某些社會事實所最佳說明，這依然關注法律的存在——是一個與法律性質有關的問題。這個討論和何種法律的內容是正確的——這個一階法律問題（*first-order legal questions*），^[68]

[66] 類似的努力，See David Plunkett & Scott Shapiro, *Law, Morality, and Everything Else: General Jurisprudence as a Branch of Metanormative Inquiry*, 128 *Ethics* 37, 37-68 (2017); David Plunkett, Scott J. Shapiro & Kevin Toh, *Introduction*, in D. Plunkett, S. J. Shapiro & K. Toh eds., *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, xi-xiii.

[67] See John Finnis, *Natural Law And Natural Rights*, Oxford University Press, 2011, p.11-15.我認為這是一個不可靠的推論。原因在於，人們普遍相信實踐合理性和事實上人們持有實踐合理性是兩回事。

[68] 審稿人指出，本文關於規則內容的討論，都過於具體，與法哲學中關於一般的規則內容的討論存在距離。對一般的規則內容的批評，參見See Matthew H. Kramer, *In Defense of Hart*, in W. Waluchow & S. Sciaraffa eds., *Philosophical Foundations of the Nature of Law*, Oxford University Press, 2013, p.47-49.

沒有直接的決定關係（雖然可能有其他關係）。顯然我們可以設想，一個社群裏的法律實踐確實是被社會事實所說明的：按照實證主義的看法，這一群法官的實踐構成了社群中存在的法律實踐。但是這群法官的實踐這個社會事實和正確的法律的內容——關心我們應該做什麼的問題，可能相去甚遠。這恰恰是理論爭議現象為我們所指出的核心。

如果我們說“我們應該怎麼做”由社會事實所決定，這個看法看似非常令人困惑；這個困惑就如同我們上文所論證的，用吉伯德的元倫理學理論說明道德的內容一樣。我們已經提到，比起其他決定行動正確的原則——譬如功利主義原則或者絕對命令來說，利用社群內部的對特定規範接受的實踐來說明什麼是正確的，似乎是一個非常糟糕的選項。畢竟，我們應該做什麼這件事是一個規範判斷，而一致性行動是一個事實判斷，按照普遍被接受的休謨原則，“是”無法推出“應當”，因此我們很難從事實判斷推出規範判斷。如果是這樣，似乎我們要討論法律的內容，更直接的方式應該是去討論什麼是決定正確法律的內容的根本原則——正如法官們和律師們以及教義學者不斷地在做的那樣，他們在個案中（至少在理論爭議的情形裏）不斷主張某些內容是正確的，依賴具體的規範論證，並以此來呈現具體的法律的內容是什麼。由此，實證主義者將法律的內容和法律的存在等同的看法，或者說明法律的存在決定法律的內容的看法，均是錯誤的——這兩件事情本質上並非同一關係，也非直接決定關係。

如果我們詮釋哈特接受法律的存在和法律的內容的區分，他可以很好地說明理論爭議。^[69]正如我們看到的哈特對於規則的內在陳述的特殊性的強調，他的寫作至少部分證明，他承認一階法律問題——也就是法律的內容由何決定這樣的問題，是一個規範性問題，不能通過一致性實踐等事實進行回答。而他的社會規則理論，以及對於承認規則的官員一致性接受的強調，都只是為了回答法律的存在問題。事實上，哈特的理論完全可以被詮釋為，其只關心何種條件下我們可以說一個社群中存在法律體系，以及相應的對法律體系的認識，法律陳述的使用和人們對待法律陳述的心靈狀態——也就是接受態度（acceptance）的問題。他對於上述這些關於法律的存在問題的回答，完全可以獨立於他對於法律的內容的回答。哈特完全可以說，雙重規則理論以及社會規則理論，都對法律的內容問題保持開放。因此，理論爭議對於這種詮釋中的哈特而言，就不再是一個難以解釋的問題。哈特完全可以同意這個現象，即官員們同意所有的實踐，但是依然爭議法律的內容究竟是什麼。因為在這個版本的哈特那裏，一致性實踐並不是用來說明法律的內容是什麼，或者由什麼決定的。一致性實踐只是用來回答法律的存在問題，用來判定一個社群是否具備法律實踐這種獨特實踐。^[70]

另一方面，克雷默試圖用實踐來說明承認規則或者至少是主要判準的內容的做法，反而和哈特的洞見發生了衝突。人們當然可以對承認規則的內容進行爭議，但是這並不妨礙他們共享一個法律實踐。他們可以同意社群中的確存在把特定規則當作承認規則的實踐，也可以說這個實踐確認了法律體系的存在，但是他們依然可以繼續爭議，承認規則的內容是什麼。保持這個區分，對於哈特至關重要：只有這樣他才能維持他所主張的，說一條規則存在是不同於實踐和習慣存在的看法，只有這樣才能保持法律的內容的規範性意涵。

這樣，我們就可以從對哈特的討論轉向一個更一般的問題。一旦我們明確，法律的內容是一階規範性問題，而法律的存在才是二階問題，也就是法律的性質等等問題，一個自然而然的建議就是

[69] See Kevin Toh, *Legal Philosophy à La Carte*, in D. Plunkett, S. J. Shapiro & K. Toh eds., *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, p.238-240.

[70] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.116-117.哈特通過官員接受承認規則，民眾服從初級規則的一致性實踐，說明某個實踐是法律實踐，而非道德或者強制實踐。

作為試圖理解（understand）法律性質的一般法理學，有理由關注被忽視的二階問題，以及二階探究與一階探究之間的關係。^[71]

（四）法律的存在如何限制法律的內容

下面將試圖給出一些二階探究能幫助到一階探究的路徑。我將集中討論二階探究如何限制一階探究。這其實在哈特的文本中早有提示。正如克雷默所觀察到的，哈特提出或者猜想了人類的五個基本特徵——包括物理特徵和心理學特徵。^[72] 克雷默正確地觀察到，這些基本特徵雖然被哈特稱為生成最低限度自然法的內容，但他們並不是真正的道德原則。最低限度自然法可以允許各種不同內容的規則，乃至於某些道德上不正當的規則的存在。^[73] 哈特所主張的這種最低限度的自然法和他的雙重規則理論連續。

但同時，克雷默沒有提及的地方是，由人類心理學特徵決定的最低限度的自然法也提供了對法律規則內容的限制。譬如說，哈特提到的心理學特徵，“有限的理解和意志力”（limited understanding and strength of will），就提示我們，人類基於其心理學限制，並無能力得出完全融貫的信念集合和所有推理的正確結論。^[74] 另外，關於有限的利他主義這個心理學特徵，我們也可以得知，如果一個法律體系中包括和人類特徵完全衝突的法律的內容，看起來這種法律體系很難長期存續。譬如說，一個要求人們無視自己的私人財產，無條件的利他的法律體系，不可能長期存續。

這些看起來是心理學的猜想。但這個猜想是一個合理的猜想，並能夠對內容做出合理的限定。原因在於，人們具備特定的心理和生理特徵所以才會具備特定的規範性實踐——也就是法律實踐，因此，人類的心理和生理特徵這些經驗性主張，是一個關於法律的存在問題。但是這個二階的法律的存在問題，同樣可以為一階的法律的內容提供限制。

在這個看法的背後，是應當蘊含能夠（ought implies can）這個基本原則——某個法律規範的內容的行動要求是一個“應當”，但是如果人類基於其理性能力的限制或者心理學的條件，根本就不可能做到這個“應當”，那麼很難想像這個規範會真的在爭議中被提出或主張；哪怕被主張，可以想像人們也很難同意這真的是一個法律規範。這意味著，至少我們直覺上可以看到，存在經驗條件限制哲學主張——也就是法律的內容由什麼決定——的做法，而哈特似乎也承諾這一點。正是因為特定的人類心理特徵，人們不可能同意被某些特定內容的規範所管理。這提示我們，如果法理學集中在討論法律的存在有關的一系列二階問題上，我們就能擁有更多限制和具體化一階法律的內容的工具；法理學的進步，似乎也需要借助其他的哲學、自然科學和社會科學資源。

克雷默會反駁我說，我誤解了哈特的工作，乃至於法哲學工作的性質。克雷默在第一章中，主張哈特在從事的工作的性質是哲學探究。我想提示，事情可能比克雷默所要描繪的更為複雜。

首先，克雷默承認，儘管存在模糊地帶，整體上哲學探究中的“概念性命題”還是和社會科學

[71] 感謝審稿人的意見指出，本文的行文似乎將真正的規範性要求或者法律的內容當作是法律理論或者法哲學不應處理的問題。我並沒有要做這麼強的主張。法哲學不是不可以處理真正規則內容是什麼的問題，本文只是想要強調，我們忽視了其他的可能的理論問題（形而上學、認識論、語言哲學和心靈哲學問題），而那些問題可能更有意義也更有趣。

審稿人的意見指出，本文談及的規則內容或者真正的法律規則，看起來具備神秘主義色彩。本文的確沒有直接給出關於真正的法律規則是什麼的說明。但是本文給出了一個認識論。如果規則的內容如本文的論證所示，是一個規範性內容的話，那麼真正規則的實質內容，正如與道德哲學的類比所示，就是由規範倫理學一樣的做法論辯出來的。只能通過不斷地實質論辯，獲得規則內容。法教義學在做的工作就是如此。

[72] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.194-200.

[73] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第211-215頁。

[74] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, p.197-198; Christopher Cherniak, *Minimal Rationality*, MIT Press, 1986, p.3-27.

研究中的“經驗性之普遍化”存在大量區別。克雷默接下來主張，概念性命題不受制於經驗性的證偽或矯正。反過來，概念性命題要限制經驗性命題。^[75]為了更好地理解克雷默的說法，我們可以依賴一組區分：哲學上通常將知識分為先驗（*a priori*）和後驗（*a posteriori*）。先驗知識意味著我們純粹通過推理即可得出的知識。譬如說，單身漢可以被分析為未婚男性，得出這個結論我們不需要任何的經驗探究。而後驗知識意味著我們必須依賴經驗探究——譬如說觀測，才能得出結論。譬如說科學研究的結論就是後驗知識。至少在克雷默那裏，概念性命題在核心情形是先驗的，這意味著概念性命題並不依賴經驗探究為真。克雷默的進一步主張是，哈特似乎在從事的是這樣的概念工作的核心情形。他將哈特看起來的偏離這種概念工作的主張，斥之為“離題”和“粗心大意”。^[76]

但是，我們似乎有同樣好的理由認為，哈特可以被解讀為（至少和他在前言中所談及的一樣）在從事一種“描述社會學”（*descriptive sociology*），^[77]只不過這種社會學並非我們常見的社會科學的核心情形，反而是在克雷默的區分中的那個一般性的社會科學研究與概念性命題的模糊地帶。

關於克雷默所說的模糊地帶，有必要多說兩句。正如目前關於哲學方法的最新進展所呈現的那樣，我們的哲學探究和經驗探究的距離，很可能比我們想像的要更近。^[78]至少如下的觀察是可以做出的：概念分析所依賴的核心是人們的概念直覺。概念分析如果能最好地符合我們的現有概念直覺，我們就說這個概念分析是成功的。而概念直覺是人們——至少是理論家——的判斷。判斷是一個心靈狀態。那麼我們沒有理由認為這種判斷的內容和基礎是不會受制於作為人類的心理學的限制——譬如，我們的認知能力的局限。而既然概念直覺受制於人類認知能力的限制，我們似乎可以說，關於人類心理學的相關探究，反而可能會對概念性主張提供某種限制。即某些經驗性命題，會限制概念性命題。

一個很好的例子就是發生學研究（*genealogy*）。發生學討論一件事情的成因。在元倫理學上，夏倫·斯特里特（Sharon Street）就非常著名地提出了一個極具吸引力的發生學論證：演化揭穿論證（*Evolutionary Debunking Argument*）。^[79]其核心是這樣：根據演化生物學（*evolutionary biology*），人類的道德傾向（*disposition*）——也就是用於產生道德信念的心理學能力，是被演化塑造的，正如我們的身體是被演化塑造的一樣。我們已經獲得了演化上的成功——這意味著，我們的祖先產生道德信念的傾向，得到了保留，具備不同傾向的祖先在演化中被淘汰了。這意味著人類產生道德信念的能力被演化所塑型，因此，由這些能力產生的道德信念更有可能服務於演化的目標，也就是“適者生存”（*survival of the fittest*），而非如道德實在論者所設想的，服務於獨立於心靈的道德真。這意味著道德信念不太可能跟隨（*track*）獨立於心靈的道德真。演化揭穿論證只是一個例子，但這個例子提醒我們，在哲學上，自然科學和社會科學的結論或者合理猜測，當然可以限制概念性主張（譬如說道德是什麼）的範圍。如果要反對這個主張，我們也必須說明這些經驗性結論本身不可靠。

哈特是否在寫作中體現了這個洞見呢？顯然是的。前文提及的人類的特徵為規範內容提供限制，就是一個類似的例子。我們的心理學特徵限制了我們對於特定的規範的接受，有一些規範的要求由於和我們的心理學特徵相衝突，而不可能被人接受並存續。這同樣也是一個發生學的主張。

克雷默會說，這些人類特徵都是哈特的猜想。但是我們似乎有非常好的理由接受心理學猜想

[75] 參見[美]馬修·克雷默：《哈特：法律的性質》，楊建譯，上海人民出版社2023年版，第12頁。

[76] 參見同上註，第24頁。

[77] See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2012, vi.

[78] See Timothy Williamson, *The Philosophy of Philosophy*, John Wiley & Sons, 2021, p.5.

[79] See Sharon Street, *A Darwinian Dilemma for Realist Theories of Value*, 127 *Philosophical Studies* 109, 109-166 (2006).

作為哲學論證的基礎——就像斯特里特在演化揭穿論證中做的那樣。一個更進一步的例子是，對於如同法律這樣的規範體系而言，彼得·雷爾頓（Peter Railton）的結合實證心理學的最新研究表明，我們可以設想一個社群中的人基於其心理特徵，對待規範性實踐或者規範體系的態度。^[80] 根據雷爾頓，如果一個社群中的人在這個規範體系或者規範實踐中，看不到任何（在他們眼中的）善好（worthwhile）或者要點（point），我們很難解釋這個規範實踐為何會持久的存續。人們沒有持續參與這個實踐的動機。^[81] 如果利用這個看法，我們將能夠得出，如果某些規範內容不可能在社群中的人眼中具備任何價值，這些規範內容就會被這個社群所排除——因為人們沒有動機按照這些規範內容行動。那麼進一步的關於哪些規範內容會被限制的研究，就一定需要取決於對人類心理機制的研究，也就是人類會將哪些東西看作是有價值的。這意味著，自然科學和社會科學的研究，可以幫助我們討論法律的存在，從而進一步靠近對法律的內容的正確答案。

通過這種解讀，我們已經看到，概念性主張和經驗性主張的關係遠比克雷默所描繪的更加複雜。如果我們進一步地探究法律的存在問題，我們不僅能得到一系列法律的形而上學，認識論，語言哲學和心靈哲學的新結論，也可以更好地說明法律的內容。

四、結論

這篇文章指出克雷默對哈特的詮釋，體現了一般法理學研究中存在的一個普遍問題，即忽視了法律的存在和法律的內容這一組區分。這個忽視導致了克雷默的哈特無法說明理論爭議現象。採取這個區分，哈特可以輕易說明理論爭議。而法理學的新進展，應當多多集中在法律的存在的相关討論上。我也借由法律的存在可能對法律的內容給出限制，提示了對哈特的另一種方法論解讀——哈特不僅僅在做概念工作。

[80] See Peter Railton, “We’ll See You in Court!”: *The Rule of Law as an Explanatory and Normative Kind*, in D. Plunkett, S. J. Shapiro & K. Toh eds., *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, p.9.

[81] See Peter Railton, “We’ll See You in Court!”: *The Rule of Law as an Explanatory and Normative Kind*, in D. Plunkett, S. J. Shapiro & K. Toh eds., *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, 2019, p.8-9.對此的發展，See Kevin Toh, *Legal Positivism and Meta-Ethics*, in P.Mindus & T. Spaak eds., *The Cambridge Companion to Legal Positivism*, Cambridge University Press, 2021.譯文參見托凱文：《法律實證主義與元倫理學》，鄭玉雙、暴文博譯，載《劍橋法律實證主義指南》，商務印書館2023年版。（Toh應被譯為都）

Abstract: Matthew Kramer's interpretation of Hart reflects a pervasive issue in contemporary studies of general jurisprudence: the neglect of the critical distinction between *the existence of law and the content of law*. The former focuses on second-order questions such as what the nature of law is, while the latter addresses first-order issues about what legal requirements are. Drawing an analogy with moral philosophy, it becomes evident that these two dimensions maintain relative independence in their thematic concerns and methodological approaches. By distinguishing between them, we can not only effectively explain the phenomena of *theoretical disagreements* that Kramer's interpretation of Hart cannot explain but also expand the scope of general jurisprudence, that is to have an idea about how the existence of law can constrain the content of law and to open new possibilities for methodological innovation in jurisprudential inquiry.

Key words: Matthew Kramer; H. L. A. Hart; The Existence of Law; The Content of Law; Rules of Recognition

(責任編輯：張竹成)