

司法中的主题词

左卫民 谢鸿飞*

内容提要:法律主题词指称的是法律要求的、典型的社会事实,它与社会事实之间是词与物的关系。在司法中,法律关注的是指称行为性质的主题词,而不是具体行为的细枝末节。法律主题词把现实生活中有鲜明个性的行为归结为同一种抽象行为,它虽然是人为创造的,但有重构社会生活的力量。

关键词:法律主题词 法律语言 案由

一、问题

我们首先从一个案例出发。在现代社会中,它们不过是一些惊鸿碎片而已,是日常生活中大量发生的例行化事件。正是因为它们太普通、太平凡,以致于我们都习以为常,视为理所当然,但恰恰因此,可能会麻木了我们对理论和实践的反思。

原告张某持一工程结算单,起诉被告杨某给付劳动报酬。该工程结算单是由被告的施工员出具的,原告在工程结算单上签了字。被告对此予以认可。原告已经分五次从被告处领取了10070元。在再审过程中,对本案的定性出现了争议。一种意见认为,本案的性质是劳动报酬纠纷。被告应当承担证明自己已经付清款项的责任。另外一种意见认为本案应按欠款纠纷解决,原告必须提供有法律效力的债权文书。因为原告无法就此举证,因此应当承担败诉的后果。

在这个案件中,法院对案由的不同认定会导致截然相反的审理结果(适用不同的法律规范,主要涉及到举证责任)。如果我们认为法律是一门科学,法律实践是适用真理般的规律解决现实问题的活动,不受任何价值观和社会因素的污染,对这一问题的解决是相对简单的:对案由的认定必然是或此或彼。但我们必须承认,法律规则处理的是具体的、人与人之间的争端,因此它的客观性——无论是何种意义上的客观性,都不可能与自然科学相比,解决法律适用的争议的结果,常常是一种知识与权力对另外一种知识与权力的征服。本文不从部门法的角度讨论在目前的法律体系和司法实践中,本案应适用何种法律规范,而是通过这两个例子,

* 左卫民,四川大学法学院教授;谢鸿飞,中国社会科学院研究生院博士研究生。

从案例中出现的“主题词”角度,讨论在司法中,词与物的关系是如何建立的,^[1]自然事实和社会事实被如何予以界定的,也就是说法律是如何将这些事实纳入到法律范畴中的,以及这种范畴对社会生活产生了何种影响。

二、什么是司法中的主题词

在“最高人民法院关于印发《人民法院公文处理办法》的通知”的附录中规定了“人民法院公文主题词表”,一共有379个,其中刑事审判138个,民事审判64个,经济审判34个,行政审判66个,海事审判17个,审判程序60个。这里以民事案件的主题词为例。

“人民法院公文主题词表”一共列举了64个民事案件的主题词。这些主题词大致可以分为两类:一类是在归档时用以区分法院各审判庭审理的案件,如“民事审判”、“民事案件”、“民事纠纷”、“民事权益”等。另外一类是用以区分民事审判庭内部审理的各类案件,如“抵押”、“不当得利”、“扶养”、“遗产”、“继承”、“遗嘱”等等。在这一类主题词中,如果案件之间的相关性比较高,主题词中还有总与分的逻辑关系,如主题词“知识产权”是上位概念,而“著作权”、“专利权”、“商标专用权”则是下位概念。“人身权”是上位概念,“健康权”、“姓名权”、“肖像权”、“荣誉权”、“名誉权”等则是下位概念。由此可见,司法中的主题词是指法律对某类纠纷性质的界定。

民事案件的主题词囊括了注释民法学的主要内容,把它们连在一起,就形成了一个相对完善的民法学体系。刑事案件的主题词也如此。如果考虑到在现代社会中,合法律性已经成为法治的一个基本要求,法官必须在具体的法律规范体系下司法,在法律适用中也有一系列的技术,诸如避免法官适用一般性条款,而忽视具体法律规范的适用。可见,法律主题词构成了法院处理案件活动的中心。在诉讼文书中,法律主题词常常被称为“案由”。

每个法律主题词都对应着一种特定的社会事实。在日常生活中,人与人之间会发生种种社会关系,但是这些事实只有一部分是法律事实。一种社会事实是否能成为法律事实,取决于法律的规定,取决于立法者认为是否重要,是否值得法律调整,因为任何一个国家都不具有调整一切社会事实的司法能力。一旦法律对某种社会事实进行调整,相应地,法律就必须对这些事实进行命名。通常所说的命名是指,对某一现成的对象,用一个语词称谓它。也就是说,词语与物之间存在着一个等式,在等式的一端是物,另一端是词。词与物之间的关联好象是在贴标签一样。因此,命名建立了一个对象和一个语词之间的联系。这一联系之所以能够建立起来,是因为此名必然区别于彼名,命名的独特意义是它于各种命名的关联中显现出来的。在人类语言没有达到尽头以前,如果命名不会带来过大的社会成本,这种可能性是永远存在着的。比如我们用“承揽”来称呼一方完成工作,并交付工作成果,一方支付报酬的行为。这样,法律上就建立了当事人之间的这种特定社会事实和承揽之间的等式。法律上对这种社会事实的命名就成为法律中的主题词。

司法中的主题词与法律中的主题词基本一致,只不过在范围上比法律主题词要小一些而已。当然这也取决于主题词这一概念的界定。比如象“预期违约”这一词,如果我们细分的话,

[1] 本文中使用的“物”一词,仅仅是出于表述的方便。主要是指某类法律上的行为事实,如合伙、买卖、抢劫、盗窃等。在法学中,“物”通常指人可以控制的、有某种经济价值的有体物或无体物,是构成法律关系的一个要素。

可以作为一个主题词,如果不细分的话,它就属于违约责任的一种了。鉴于此,本文也用法律主题词一语代替司法主题词。

依据最高法院发布的文件,结合法院的司法实践,这些主题词的主要作用是:

首先是程序上的,即决定案件由法院内部的具体庭处理。按照中国民事诉讼实践的操作规程,法院受理一个案件后,首先对案件进行定性,即对案件的性质进行分类,决定由哪个庭审判。比如一般借贷案件(主题词为借贷合同)由民庭审判,而借款合同(主题词为借款合同)则一般由经济庭审判。这种定性依据的实际上主要是主题词,即初步考察案件的性质,确定案件是属于何种性质的争端,然后分配给各庭审理。

其次是对诉讼文书的作用。在法院制作的文书中,无论是对外的文书,还是内部的文书,基本上都有这种主题词。如合议庭评议笔录、开庭笔录中,第一项内容往往是“案由”,即法律主题词。在法院文书归档的过程中,法律主题词决定了案件的案卷归类,以及保存期限、销毁程序等细节。法律主题词的运用,有助于提高法院档案工作的效率。

更重要的是,司法中的主题词还对案件的实体审理结果发挥着重要的影响。前文所举的两个案例就是适例。审判庭在审理过程中,会根据案件的具体情况讨论决定案件的性质,如承包合同纠纷、拖欠工程款纠纷、继承等等。除了前文所举的案件以外,还有一些这种例子,比如对同一个合同,认定为是买卖合同还是承揽合同,^[2]适用法定违约金的比例是不一样的;又如对一个犯罪行为,定性为抢劫还是敲诈勒索,对案件的处理结果也有很大影响。

三、司法主题词出现的原因

人天生有一种解释世界的冲动,他需要把社会中混乱的事物统一起来,赋予事物一个稳定的秩序。正是在这个意义上,卡西尔说,人不是理性的动物,而是符号的动物,^[3]这不仅因为人生活在符号构造的意义世界中,还因为人本身无法容忍意义的混沌和无序,他必须建构一套符号体系,以便获得一个解释世界、解释他人和解释自己的概念框架和知识系统。哈耶克认为,所有人,要想使他们的感知变得有条理,在一定程度上都要依赖语言。^[4]因此,人必须借助概念才能够生活,尽管他可能没有意识到。在自然语言中,人们完全可以清晰地辨认自己的行为,了解自己行为的意义,社会生活中的意义体系不会因此而紊乱。即使是在法律极度渗入社会生活的今天,绝大部分人也并不知道多少法律术语,但这并不妨碍他们的正常生活。在日常生活中,通过日常用语,人们之间的行为能够最大限度地协调,意义能够最大限度地交流和沟通。

既然归纳社会事实的任何语言都有甄别和交流的功能,使人的行为清晰可辨,何以还需要法律主题词来界定社会事实呢?我们认为,这主要基于三个原因,一是常识语言的局限性;二是追求国家法制的统一;三是法律共同体的兴起。

常识语言的一个局限是,它总是借助于特定的情景,因而,它表达的是具体互动的情景和

[2] 这主要发生在由承揽人提供原材料的场合。因为材料和加工都由承揽人提供,因此可以将其判定为是一种特殊物的买卖合同;但这种合同的目的重在获得特定的工作成果,因此它可以说是承揽合同。

[3] 参见[德]卡西尔:《人论》,甘阳译,上海译文出版社1985年版,第34页。

[4] 参见[英]哈耶克:《致命的自负》,冯克利译,中国社会科学出版社2000年版,第7章。

事实,这种表达是依赖于经验的,而经验又无法脱离主体,主体的感受越深,语言就越无法实现表意功能。可能正是因为如此,罗素、卡尔纳普、奎因等人主张哲学必须用科学语言表达,而后期维特根斯坦的哲学以及牛津学派否认理想语言,仍然主张将哲学局限于日常语言。但法律与哲学毕竟不一样,它必须解决现实问题,因此必须把日常语言中模糊的、容易引起歧义的因素剔除出去,用精确的语言来表达,使司法工作可以依据主题词组织活动,有可能使各种诉讼类型化、程式化,而且不用再辨析日常语言的意义,这样就保证了司法工作的效率。

另一方面,日常语言往往是地方性的。在回答“如何理解他人的理解”这一问题时,吉尔兹指出,任何一种知识都是根植于地方性意义体系中的,超出地方性知识就没有发言权。这种知识是微观的。“地方性”不仅只是地点、时间、事件等,更是一种地方特色,一种事情发生经过地方特性并与当地人对事物的想象能力相联系。^[5]而现代社会的理性化程度达到了它在历史上的极致。依据韦伯的分析,系统化、逻辑化、理性化波及了社会生活的各个方面,乃至人的生活方式。具体到法律领域,就是形式理性法律的高度发达。在形式理性法律的框架下,地方性知识表征了非理性、混乱和零散,与体现理性的、统一的秩序和总体性的追求格格不入。在政权建设的过程中,现代民族——国家已容不下这种地方性知识了,官方语言将统一方言。现代国家的统一在很大程度上是通过法律进行统一的。在资产阶级革命后,一个重要的任务就是法典编纂,而法典编纂的主要目的就是为国家的统一。形式理性的法律之所以是形式理性的法律,法律术语的运用是一个重要的前提条件。它通过对人们之间的某类行为进行归类,把这些行为纳入到一个统一的意义体系之中。通过它,人与人之间的交往实践被重新命名和组织。这种命名是以国家权力为背景支撑的,它是强制性的、不容其他分类体系抗拒的。它改变了地方性知识纷繁芜杂的局面,在重要的社会关系上,创造了一个看起来好像是统一的世界图景。现代权力的基本策略是分类学、目录和统计学,法律主题词也是其中之一,它体现了现代国家对理性和秩序的追求。

但对同一社会事实的界定,法律和社会的界定常常是不一致的。在秋菊的案子中,两种界定就出现了巨大的反差,秋菊代表着地方性知识在法律术语和命题中的命运。最终,国家大一统的法治话语战胜了地方性知识,一切地方性知识都消融在法律体系里,没有一丝痕迹。现代法治正是通过秋菊这种人不断完成的。没有秋菊这种人,现代法治工程是无法完成的,因为只有把地方性知识对象化的过程中,法治话语的意义才凸显出来,法律也才能够悄悄地向生活世界拓殖。这或许也是现代社会自身反思自身的表现之一。

地方性知识与法律之间的冲突看来好像与法律主题词没有多少联系,事实上并非如此。因为主题词界定的是一类社会行为,而在生活中,人们总是按照典型的社会行为(一种理想类型)来组织活动的,这种“典型”、“理想型”的外在表现就是一种称谓。在这种称谓中,抽离了行为的个别因素,留下的只是行为中的普遍性的、反复出现的因素。如几个人合伙买车,按照地方性意义体系,当事人可能把它称为“搭伙”,在法律和司法中,则以“合伙”这一主题词称之。虽然每一个搭伙(合伙)行为的具体情况可能不一样,但无论当事人还是法院,都会意识到这是一个搭伙(合伙)行为。

任何话语与实践实际上都必须以非话语与实践为前提并受它的制约。法律主题词之所以

[5] 参见[美]吉尔兹:《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平编:《法律的文化解释》,三联书店1994年版,第73页以下。

成为国家治理实践的要求,一方面,与国家对于案件管理的要求有密切关系,正如韦伯指出,现代理性化的科层制的特征之一就是书面管理、案牍文书制度。法律主题词的统一运用,统一了案卷的格式,使上下级之间的监管和评价更为便利。另一方面,与法律职业的兴起密切相关。正如福柯的分析所揭示的,知识的生产和流通只有依靠作为社会权力网络的知识团体才有可能。法律职业化以后,以法律为生的人要获得职业的正当性地位,就必须尽量把生活用语驱逐出法律的门外,因此法律才能够获得一种专业地位,以使法律职业与其他职业区分开。依据福柯的权力与知识观,命名实际上是将语词强加于事物的行为。^[6]从这个角度看,虽然法律主题词所指涉的社会事实是每天都在生产、复制着的,但无论是国家,还是法律共同体,要取得对这种社会事实的垄断性的裁判和解释权力,就必须通过对社会事实重新命名,通过主题词对社会生活进行重构。

四、司法主题词对司法和社会的影响

法律主题词对司法的作用主要表现在,统一诉讼格式,组织诉讼活动。对社会的影响主要是使社会事实客观化,类型化,甚至直接建构某种社会事实。

在司法中,每个诉讼都是以法律主题词为标准,重新组织社会事实,因此法律主题词为法官和当事人的活动建立了一个背景框架。它界定了案件的情景边界,在边界以外的事实概不属于诉讼审理的范围,比如一个关于确认所有权之诉的案件不可能同时解决债权问题。因此,在司法中,法院会根据在审判中的情景,给不同案件中的行为、情景和个人加上不同的符号,如“罪行”、“责任”、“合同”、“财产”等等,并使人们认为,这就是对事实的正确表达。^[7]

法律主题词创造了一个独立法律世界,它与生活世界之间呈现出重合又分离的复杂情景。法律世界渊源于生活世界,但它又是独立的,与生活世界有不尽相同的逻辑。法律主题词提供了使社会事实理性化、程式化的力量。

苏力列举了一个基层法官审理的一个合伙案件。在审判中,法官在询问被告时,所用的术语经过了搭伙——入伙——合伙的变化。苏力认为,废弃搭伙这一概念并不是因为原被告之间的关系不是搭伙,而是因为格式上,搭伙概念与有合法性的现行民法理论和实践不相称。因此,如何建构争议与答案与如何解决案件无关,与利益分配甚至分配结果是否公正都无关,而仅仅与司法要求的那种合法性要求有关,与司法概念术语的统一性有关,换言之,与司法的格式化有关。^[8]搭伙、入伙与合伙并不会影响对本案案由的认定,即不会影响本案的定性。但是,在前文所举的案件中,法官对同一个事实的认定将会影响本案的结果。在这一案件中,结算单上记载了原告所做的工,以及应得的报酬,而被告也予以认可,现在被告没有支付这笔款项,原告起诉为什么不能叫欠款纠纷?按照一般的理解,借款纠纷发生的前提是借钱的行为,然后才可能谈得上还钱的问题。如果是因为其他原因产生的债权债务关系,那么,就属于其他合同纠纷或者侵权纠纷,但是不属于欠款纠纷。但是在劳动报酬纠纷中,实际上被告方也是因为欠原告的工钱而被起诉的。^[9]

[6] See Foucault, *Discipline and Punish*, tr. by Alan Sheridan, N. Y. Vintage Books, 1979, p. 27.

[7] 参见[美]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第255页。

[8] 参见苏力:《纠缠在事实与法律之中》,《法律科学》2000年第1期。

[9] 拉伦兹在一般意义上详细地讨论了法律事实的构成,参见 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, fünfte Auflage, Springer-Verlag, 1983, s. 266ff.

正是通过将不同的社会事实安置在不同的法律主题词下,法律和司法有可能使社会事实逐渐理性和类型化。它之所以有这一力量,是因为它取消了具体社会事实的语境。而在日常生活中,语言总是语境性的。^[10] 吉尔兹的文化概念也是时间——空间——意义三维的,具有时间与空间的维度。但在法律主题词的组织框架下,具体情境、个人的具体特征都消失了,时间和空间平面化了,不再具有任何意义。可见,它的意义是超越时空的,它更多地是指向自身,即自我指涉,很难说它指向的是具体的社会事实。而且它往往是独白式的,而不是对话式的,它强行把社会关系纳入到自己的话语体系中。在法律主题词中,没有历史,没有空间,有的只是单纯的意义。这种意义是法律上的,职业的。在法律主题词的世界里,一切被法律视为关键性的、重要的行动都成为一个个的术语,在法律世界中井然有序地排列着。苏力指出,在法律世界中,人们的日常行动从前台撤退了,成为一种背景,注释着法律概念和命题。^[11] 在司法中,以司法主题词与以日常用语为组织事件的原则有很大区别,对事件的叙说方式、组织、重点都存在着重大差别。正如韦伯所说,在司法中,无法用法律语言合理地解释的因素,在决定法律问题的过程中属于不相干的因素,不应当予以考虑。^[12] 毕伯进一步认为,在法律术语与生活术语相疏离的情况下,即使使法典大众化,人人都可以理解法典和运用法典,这些努力仍然是徒劳的,它无法改变法律是一门专门知识的性质。法律的形式主义特征仍然会继续向前发展。由此可见,法律的形式化特征与外行人的稳定预期存在着矛盾。^[13]

主题词是如何通过司法活动使社会关系被格式化的呢?这个问题首先关系到法律主题词界定的社会事实与生活中的事实关系。

如前所述,法律主题词指称的是社会事实,主题词与社会事实之间是词与物的关系。这一问题基本上可以还原为名与实的关系。关于两者的关系,古代中国有很多非常睿智的看法。如孔子的“名不正,言不顺”;墨子的“取名于实”;管子的“名生于实,按实而定名”等等。依此,词与物之间是一种对应关系,词语是透明的,词是意义单一的媒体和中介,它的意义是客观的,词语界定着一个与人自身截然分开的客观领域。这相当于福柯在《词与物》一书中提到的文艺复兴时期的知识结构。但是,这一知识型很快就湮没了。^[14] 实际上,中世纪唯名论和唯实论者之间的争议就已经透露出了名不是实体,而仅仅是一个符号的思想。在现代国家的司法中,“实”衰微了,司法中必然要抽象出行为的性质,用一个法律主题词去指称它,法律关注的也仅仅是主题词而已,对每一个具体行为的细枝末节,法律不予以考虑,它们在司法中是没有任何意义的。法律主题词界定的社会事实只是一种法律要求的、典型的社会事实而已。因此,在司法场域中的当事人和法官生活在两个世界里:一个是具体的生活世界,在其中,他对事件有肉身化的感知;另一个是抽象的法律世界,在其中,他想象和裁剪着事实,使它们符合精美、整齐划一的法律术语和命题体系。在两者之间,存在着相互争夺和征服,虽然在面对面的语境中,双方可能有对话,但是我们更多看到的是征服与反抗。就象马克思、齐美尔眼里的货币作用一

[10] 参见[美]亚历山大:《社会学二十讲》,贾春增等译,华夏出版社1999年版,第191页以下。

[11] 参见前引[8],苏力文。

[12] Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Vol. 2, tran. by Parsons et al., eds. by Guenther Roth Claus Wittich, Univ. of California Press, 1978, pp. 657-8.

[13] *ibid.* at 885.

[14] See Michel Foucault, *The Order of Things: An Archaeology of the Human Science*, N. Y.: Vintage Books, 1994, pp. 75ff.

样,法律主题词梳理了主要的社会行为,使它们变得清澈透明起来,法官只需通过辨认生活事件的主要方面,就能按部就班地把它归入到法律话语体系中。法律主题词夷平了当事人行为的种种具体差异,因此,布迪厄指出,司法语言将直接取自日常语言的要素,与日常语言所陌生的要素结合在一起。但它具有一种实现非个人性和中立性的修辞手法所具有的所有标志。司法语言所特有的语言程序,大多数有助于产生两种效果,即中立化效果和普适化效果。^[15]正如金钱越来越成为所有价值的绝对的、充分的表现形式,把客观事物的多样性统一到完全抽象的高度一样,法律主题词也把在生活世界中有鲜明个性的行为归结为同一种抽象行为,比如借贷行为、合伙行为等等。在司法的实际过程中,法官首先要对案件进行定性,在查看基本证据和诉讼请求后,即使事件是未经组织的、凌乱的片段,他也可以在主题词与诉讼事实之间建立联系。并在整个司法过程中,依法律主题词对生活事件进行重组,升华了对事实的关怀,使本来复杂的生活场景不再晦暗不明了,而是清晰可辨了。在日常生活中,语言先于行动,在司法中也同样如此。它的作用不是使行为或者情景对象化或者符号化,它首先使情景成为可能。

法律主题词只是对社会事实的一种梳理,要使它真正发挥对社会事实的格式化作用,必须通过司法潜移默化地完成。因为日常世界是人生活的最直接和最重要的现实。没有人会常常生活在法律的世界中。法律主题词的这种功能主要是通过法律的示范作用完成的。在审理实践中,法律事实和生活事实交织在一起,在法律主题词的作用下,两者甚至统一了,就象宗教仪式中生活世界和想象中的世界统一在一起一样。^[16]而法律已经成为现代社会中最为基本的社会控制手段和人们之间最普遍的行为规则。在一个人与人之间的交流非常频繁的情况下,这种信息可能会得到广泛传播。但是,不能否认的是,现代社会中法律的可见性大大减退了。法律的可见性基本上局限在法庭中,尤其是对一般的案件而言。只有那些通过媒体,尤其是通过电视传播的庭审场景,才真正对社会具有可见性。司法对社会事实的格式化是一个漫长而艰苦的过程,在这方面,它远不如货币的力量来得迅速和激烈。但社会有一种记忆功能。人类的记忆是集体行为,每种集体记忆都有相应的社会群体及由群体建构(文物、仪式、文字等)来强调。^[17]可以设想,一个社会如果没有记忆功能的话,社会将不复为社会,社会也将很难以生存。正是通过这种社会记忆,以及社会对个人具有的涂尔干意义上的“宰制性”,司法才可以使社会慢慢地格式化。

最后我们讨论法律主题词建构社会事实的作用。在结构主义看来,语言不仅仅是一种工具,语言支配人而不是人支配语言。这一思想也许追溯到高尔吉亚。语言构建社会功能表现最为突出的,莫过于宗教语言。涂尔干的“圣与俗”的区分框架,把世界一分为二,前者包含所有神圣的事物,后者包括所有世俗的事物。由此,一切事物要么是神圣事物,要么就是世俗事物。几乎任何事物都可以是神圣的,只要人们感觉它是圣的或认为它是圣的。^[18]这种分类图式在其特有的时空延展中,既构成了日常生活的逻辑,也构成了长时间的制度整合作用。它借助符号造就了许多个具有象征力量的制度框架,直接塑造着人们的日常反思活动。^[19]在索绪

[15] 参见[法]皮埃尔·布迪厄:《法律的力量——迈向司法场域的社会学》,强世功译,《北大法律评论》第2卷第2辑。

[16] 参见[美]格尔兹:《宗教是一种文化系统》,陈耀庭译,载罗伯特·鲍柯克、肯尼思·汤普森编:《宗教与意识形态》,四川人民出版社1992年版,第75页以下。

[17] 参见[美]保罗·康纳顿:《社会如何记忆》,纳日碧力戈译,上海人民出版社2000年版,第46页以下。

[18] 有关这一问题的探讨,参见[法]涂尔干:《宗教生活的基本形式》,渠敬东等译,上海人民出版社2000年版。

[19] 参见[法]涂尔干、莫斯:《原始分类》,汲喆译,上海人民出版社2000年版,第88页以下;渠敬东:《缺席与断裂:有关失范的社会学研究》,上海人民出版社1999年版,第284页以下。

尔那里,符号本身并没有意义,只有在关系网中才获致意义。由符号构成的语言不是抽象的,而是具有现实性的客体。法律主题词虽然仅仅只是一种所指和能指结合的符号体系,是人为创造的,但是它有重构社会生活的力量。比如我们常常讨论的物权行为就是一个例子。在一个简单的现货交易中,在一般人看来,只有一个合同行为。但是在德国法学家看来,却有着三个行为,一个债权行为和两个物权行为。虽然我们可以说,当事人有交付价金或者货物的合意,因此物权行为是存在的。但很难说当事人在交付时会觉得他们是在一个独立的合同中。如果我们承认物权行为,经过长期的司法实践,法律人至少会认为即使在买一副手套这种简单交易里,物权行为也是客观存在着的。另外一个更明显的例子是“法人”,这是民法中的一个主要主题词。对法人的性质,理论界以前存在争议,有三种学说,即拟制说、否认说和实在说三种观点。我国学者基本上都赞同实在说。^[20]但是法人本身没有意思能力,只是人或者资本的聚合,它之所以成为与自然人相平行的一大类主体,是因为法律的拟制。法律这样规定以后,法人就有了独立资格,在人们的意识中,个人与法人就分开了,法人成了一个实实在在的主体。

在现代社会中,表征事物(事务)的符号更具有创设现实的功能。布希亚认为,在现代社会中,“拟仿”被描述为后现代性的特征。它不与任何实在产生关系,它就是它自身的纯粹拟像。在一般情况下,表述问题涉及到形象和基础实在之间的各种关系,但拟仿完全不同,它基本上脱离了基础关系。在我们对一个世界的表述之外,我们已经没有谈论世界、辨别真和假、现实和想象的能力。^[21]在现代社会中,所指和能指之间是一种抽象关系。列非弗尔认为,现代社会中指涉物已经衰落了。^[22]实际上我们也可以发现法律中的主题词也存在这种自我指涉的情况。比如“权利能力”、“行为能力”指涉的是什么呢?它指涉的不是人天生的某种属性,而是法律建构起来的人的属性之一。行为能力虽然总是与人的理智联系在一起,而往往可以被理解为人的某种属性,但是如果我们细细考察,就会发现实际上这并不是人的一种自然属性,因为酗酒人和浪费人这两种人本来也是有理性的,但是法律却可以规定他们没有行为能力或者限制行为能力。可见,行为能力也是法律加在我们身上的,虽然我们可能认为这是我们本来就具有的属性。可见,法律主题词会反过来影响个体对事实界定的作用,而这些词完全指向自身,实际上是无物之词。

Abstract :Legal subject terms denote legally required typical social facts. The relationship between a legal subject term and a social fact is the relationship between a word and a thing. In the administration of justice, the law concerns itself with subject terms that denote the nature of acts, rather than the minor details of specific acts. Legal subject terms generalize into one abstract act many acts in real life that have common distinctive characteristics. Although legal subject terms are man - made, they have the power to reconstruct social life.

[20] 参见梁慧星:《民法总论》,法律出版社1996年版,第118页以下。

[21] See Jean Baudrillard, *Simulacra and Simulation*, tr. by. Glaser, The Univ. of Michigan Press, 1994, pp. 87ff.

[22] See Henri Lefebvre, *Everyday Life in Modern World*, tr. by Sancha Rabinovitch, N. Y.: Harper and Row, 1971, pp. 121ff.