

从社会事实到法律规范^{*}

))) 作为社会实践的法律

支振锋

内容提要: 为什么要遵守法律? 一种法哲学传统认为是由于法律所内蕴的自然、神谕、理性及道德等内容, 而法律实证主义则认为法律本身就是行动的理由, 并试图将法律的规范性溯源至主权者创制法律的行为这一社会事实。因此, 它的一个理论任务就是论证如何从社会事实推出法律规范。边沁、奥斯丁与哈特都分别进行了努力, 但都各有缺陷。而如果以承认规则作为理论工具, 以社会成规论与共担合作性行动理论作为运思资源, 就可以很好地论证出社会实践如何产生法律规则, 从而为这个法哲学的元命题提供一个具有解释力的说明。

关键词: 规范性 社会成规 共担合作性行动 社会实践

支振锋, 北京大学政治学博士后研究人员, 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

法律是人类社会的一种独特现象, 它们是规则或者规范, 规定行为进程, 表明违规后果,^{1 12}因而具有约束力或规范性。或者说, 是法律为人们提供了进行某种行为的理由。然而, 法律何以具有规范性, 人们为什么要遵守法律, 这不仅是一个经验的日常问题, 实际上也是法哲学的根本性元命题。对此元命题的深层追问, 是古往今来的法律思想家所必须面对的课题。本文尝试对此元命题进行追问。首先, 本文将从法哲学史的角度进行一个简单的回顾, 以此为背景指出哈特的社会规则论是对此问题一个有解释力的论证, 但也存在不足; 其次, 通过刘易斯的社会成规论与布拉特曼的共担合作性行动理论来论证法律的基础是社会实践, 从而试图基于实践哲学将法律规则立基于深厚的社会事实之中; 最后, 对哈特的承认规则进行再解释并以之链接事实与规范, 进而试图为法律规范性的发生提供一个具有解释力的说明。特别指出的是, 本文虽然从西方经典的法律思想文本切入, 但最终的目的并不是引进西方/先进的法理学理论, 而是试图追问一个问题, 一个法哲学的元命题: 为什么要遵守法律? 易言之, 法律的规范性是从何而来的?^{1 22}

* 本文为作者主持的中国社会科学院重点课题5法的规范性与权威: 法律实证主义的新发展6(课题编号: YZDN)的成果之一。

1 12 [英]丹尼斯·劳埃德著, M. D. A. 弗里曼修订: 5法理学6, 许章润译, 法律出版社2007年版, 第13页。

1 22 本文只是这种追问的一部分, 对此问题的继续追问可参见另一篇拙文。支振锋: 5法律的驯化与内生性规则6, 5法学研究62009年第2期, 第135-149页。

一 社会规则论及其不足

法律的规范性由何而来,从根本上说有两种模式四种类型的回应。第一种模式基于法律的规范性是否来自于人,有两种回应。在法实证主义未诞生时,尤其在边沁、奥斯丁之前,人们往往认为法律是由于自然、上帝、神谕、道德或理性而具有规范性的,从安提戈涅的悲怆呼声到纽伦堡审判中的强词狡辩,¹³²都是这种可被一言以蔽之归入/自然法⁰的法律传统的经典显现。这种自然法是以诉诸某种/高级法⁰的超验存在为分析特征的,¹⁴²而不管它所代表的是本质、神谕还是理性。¹⁵²直到1951年登特列夫写作《自然法:法律哲学导论》⁶时,他还在扉页上引用帕斯卡尔的名言:“这个世界上竟然有人在摒弃了上帝与自然的一切法律之后,自己制定法律,严格遵守,思之未免令人讶异。”⁶²而被视为法实证主义者的凯尔森,则将一个法律规范之效力回溯至预设的基础规范上。¹⁷²随着韦伯意义上近代化除魅的展开,自然法危机重重,也开始了一个除魅的过程。正是作为对自然法危机的回应,作为/自然法之子⁰⁸²的法实证主义由有/法理学中的路德⁰之称的边沁所开创并更彻底地为法律除魅。¹⁹²而影响更大的则是约翰·奥斯丁,他将法律从依然紧紧束缚着它的道德僵尸中释放了出来,¹¹⁰²其法学理论分析只集中于存在的实证法。也即,法的规范性只能源于人,其存在与有效性不依赖于自然法。¹¹¹²法律乃人为的与实在的而非超验之物,乃是其实质所在。

然而,就第二种模式而言,倘若法律乃人为之物,其规范性来源于人,那么它是来源于何人以及怎么来的呢?这又有两种回应。边沁与奥斯丁认为法律就是主权者的命令,“一个政治上的服从行为(就这里所说的意义而言),就是任何遵循一个统治者所表示的意志去做的行为”⁰。“上级意志的口述表达就是命令”⁰。¹¹²²后来在奥斯丁的发扬下,这种对法律的看法成为著名的/法律命令论⁰。在奥斯丁看来,实在法的本质特性就是/由主权者所直接或间接设定的,用来针对某个或者某些对该实在法的创制者处于服从状态的人⁰。¹¹³²哈特从各个方面都发现了这种主权者命令说的不足,¹¹⁴²并在超越奥斯丁命令论的基础上提出了认

132 [英]丹尼斯·劳埃德著, M. D. A. 弗里曼修订:《法理学》, 许章润译, 法律出版社 2007年版, 第3章。

142 Brian Bix / Natural Law Theory⁰, 载于 Danis Patterson ed., A Companion to the Philosophy of Law and Legal Theory (Oxford: Basic Blackwell) 1996), p. 223.

152 陈景辉:《法律的界限》, 中国政法大学出版社 2007年版, 第18页。

162 [意大利]登特列夫:《自然法:法律哲学导论》, 李日章等译, 新星出版社 2008年版。

172 [奥]凯尔森:《纯粹法理论》, 张书友译, 中国法制出版社 2008年版, 第81-88页。

182 借用颜闾安语。参见颜闾安:《法与实践理性》, 中国政法大学出版社 2003年版, /再访法实证主义⁰。

192 H. L. A. Hart / The Demystification of the Law⁰, 载于 Hart Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory (Oxford: Clarendon Press 1982) p. 29.

1102 Sheldon Amos The Science of Law, 5th edn (New York: D Appleton 1881) p. 4.

1112 [德]格尔·德·克莱因海尔、扬·施罗德主编:《九百年来德意志及欧洲法学家》, 许兰译, 法律出版社 2005年版, 第35页。

1122 [英]边沁:《政府片论》, 沈叔平译, 商务印书馆 1995年版, 第134页注释。

1132 [英]约翰·奥斯丁:《法学讲演录》(三), 支振锋译, 中国社会科学出版社 2008年版, 第539页。

1142 比如, 现代社会不存在奥斯丁式的主权者, 命令) 服从模式不能解释主权者更迭时的情境, 以及它抹杀了法律的多样性。参见 H. L. A. Hart The Concept of Law, 2nd with a postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press 1994), chapters 2-4 另请参见 Brian Bix Jurisprudence Theory and Context 4th (Sweet & Maxwell Limited 2007), p. 37.

识法律的社会规则论。

以奥斯丁的法律命令说为范本,哈特型构了一种法律指令理论:法律就是主权者所发布的以威胁为后盾的普遍性指令,这些主权者对内至高无上,对外独立自主,并在一国之内获得普遍性的习惯性服从,而不习惯于服从任何人;然后又严厉地批判它忽略了在有义务去做某事的观念与仅仅被强迫去做某事的观念之间所存在的差别。¹¹⁵²他以两种情形的区别为例:持枪歹徒说/交钱不杀0与收税人说/交钱,否则送你去坐牢0。在前一种情形,持枪歹徒与受害者之间并不存在有效的法律关系;而在后者,收税人与纳税人之间存在着有效的法律关系。如果法律指令理论是正确的,只根据被迫遵守的术语就能够对法律做出充分的说明,那在持枪歹徒与收税人之间就不存在可行的法律上的区别。

特别是,主权者的一个命令为何能一直受到遵守,当老的主权者死去或解散后,为什么人们会服从其继任者?显然指令理论说明不了这种法律的持续性与连续性,而只能是由于某种继承规则的存在。义务这一法律现象当中的核心因素的存在,表明了创设或者施加了这一义务的/规则的存在0。¹¹⁶²因此规则而非命令才是理解法律的关键。没有规则,人们将无法解释义务,而没有对义务的说明,人们就不能给出一种能将收税人与持枪歹徒区别开来的对法律的解说。¹¹⁷²既然规则并非超验的意志,亦不仅仅是主权者的命令,那么它只能产生于社会之中。生活中人们遵循的很多规则并不一定是源于某些机构的,而人们可能也意识不到对他们的遵循,这些规则大部分是社会规则。规则预示着人们通常会如此行为,但它也不同于习惯。哈特在对两者进行区分的基础上指出,在一个社会 S里,/在情形 C之下,X应该做某事0这样一个社会规则 R,其产生大致如下:

(1) 在情形 C下,S中的大多数成员 X都常规性地做某事;

(2) 在(1)的前提下,如果 S中的某个或者某些成员 Y中有人没有去做某事,那么他或者他们将会面临来自 X们的批评;

(3) 在(2)的基础之上,成员 Y中可能也有人认为 X们的批评是正当的,并且他们自己也认为自己不去做某事的行为是应该受到批评的,是一种离轨行为;

(4) 这些批评性反应自身在整体上不会成为 S中成员们的批评对象,如果有人对之做出批评,那么这些人也将成为被批评的对象;

(5) 此时,(1)中的常规性行为就成了一种遵循规则 R的行为,R就是社会规则;

(6) S的成员开始将会有这样的陈述,/在情形 C下,X应当去做某事是一个规则0,并且他们将会用这个规则 R来证成自己的行为,并证成对其他人偏离该规则 R之行为的批评;

(7) 对于 R这个规则的存在而言,Y的人数必须要小于 X的人数。¹¹⁸²

我们可以看出,在(1)的情形下,R还不是规则,而是一个确保规则形成、存在与被广泛

1152 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 82

1162 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 84

1172 H. H. Hill, H. L. A. Hart, *shemenuatic Positivism: On Some Methodological Difficulties in The Concept of Law*, (1990) 3 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*

1182 马默 (Andrei Mamor) 对此也有一个归纳,虽然精彩但不精细。参见 Andrei Mamor / *Legal Conventionalism*0, 载于 J. Colman (ed.), *Hart's Postscript: Essays to the Postscript to the Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 194-195。另外,哈特以人数的多寡来表征 X 与 Y 之间的对比,并不到位。准确地说,应该是两个群体在实力上的对比。比如,双方拥有的政治资源、社会资源与知识资源甚至武力资源的对比等等。

遵守的前提条件,在(2)的情况下,常规性行为开始具有了标准性,成为行为的标准,到了(3)中,人们已经对标准产生了反思性接受。在第(4)个层面上,规则实际上已经出现,而且这种社会规则只能是义务性与约束性的。那么社会规则又是如何成为法律规则的呢?根据哈特的设想,在一个前法律的原始社会里,只有这些施加义务的第一性社会规则,由于这些规则具有不确定性、静态性以及分散的社会压力的无效率性,我们就要引进第二性的承认规则、改变规则与裁判规则。¹¹⁹² 其中承认规则确认一条规则是否属于某个法律体系,从而确定其是否具有法律效力;改变规则授权给个人或者特定机构从而去引进新的或者废止旧的第一性规则;裁判规则就某些情况下第一性规则是否被违反做出权威性裁定。可以看出,承认规则是一个法律体系的基础,改变规则实际上为法律世界引入了立法机关,裁判规则引入了司法机关。在完成了两种规则的结合之后,从前法律世界过渡到法律世界,再经过承认规则的识别,这里的规则R就可以成为一个法律体系中的法律规则,成为一个行为标准并因而具有规范性。而反思性的接受态度也是法哲学上的一个重要发现,它是人们对规则所具有的内在观点。¹²⁰² 对规则的内在观点说明了规则内在方面的存在,及单纯的强力并不能创制法律。哈特在被强迫与有义务之间所做的区分,也蕴涵了在服从与接受之间的不同。接受就是对法律采取了内在观点,对作为一般标准的某些特定行为模式有一种批判反思的态度。波斯特玛也认为,法律就像其他类似的社会实践一样,不仅是由各种错综复杂的行为互动所构成,也由参与者的信念、态度、判断以及理解所构成。这种实践具有参与者们的一种-内部的-内在观点。¹²¹²

但是,除非这个体系还能满足进一步的条件,否则它就不能成为一个法律体系,这个条件就是官员们的态度。只有当官员们对法律采取一种内在观点时,我们才能获得一个法律体系。¹²²² 在一个前法律社会里,第一性义务规则可能都是社会规则,但在进入法律社会之后,情况就发生了改变,可能有许多法律规则反而不是社会规则。因此,社会规则的内在方面还必须能够被扩及法律规则才行。这个过渡是通过承认规则来完成的。夏皮罗在分析哈特的理论时指出了一个重要方面:即便不存在一个社会实践,也可以说一个规则R1是存在的,只要存在另外一个规则R2,它要求群体的成员去遵守规则R1。以哈特式的术语来说,当一个第一性规则被一个第二性规则/赋予了有效性O时,它就存在了。这个规则往往就是承认规则。如果不是设定官员们对承认规则采取了一种规范)接受的态度,就不可能存在承认规则,也因此法律就不能作为一个概念性问题而存在。¹²³² 显然,内在观点能够说明为何社会规则)))最终是法律,能够为群体的成员赋予行动的理由。在哈特看来,正是内在观点避免了奥斯丁式实证主义无法从/习惯性服从O中推出规范性

1192 H. L. A. Hart *The Concept of Law*, 2nd (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 92-117.

1202 H. L. A. Hart *The Concept of Law*, 2nd (Oxford: Oxford University Press, 1994) pp. 88-91.

1212 Gerald J. Postema, *Jurisprudence as Practical Philosophy* (1998) 4 *Legal Theory* 329-332. 另请参见 Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, (1997) 76 *Texas Law Review* 267, 295 n. 126. 内在观点是对规则之接受的一种实践性态度,它并不意味着那些接受了规则的人们接受了它们的道德正当性,而仅仅意味着他们倾向于根据那些规则来指引与评价行为。内在观点在哈特理论中扮演着四个角色:(1)它明确了一个特定种类的动机,某人可能会以这种动机来对待法律;(2)它构成了社会与法律规则存在的主要条件之一;(3)它解释了法律实践或者话语的可理解性;及(4)对于法律陈述之自然而然的可接受语义学,它提供了一个基础。参见 Scott J. Shapiro, *What is the Internal Point of Law?* (2006) *Fordham Law Review*, pp. 1157-1158.

1222 Richard Holton, *Positivism and the Internal Point of View*, (1998) 17 *Law and Philosophy* 597.

1232 Scott J. Shapiro, *What is the Internal Point of Law?* (2006) *Fordham Law Review*, p. 1165.

的缺陷, 因为后者显然无法从 / 被强迫 0 的事实产生出有义务的观念。

而承认规则作为社会规则, 显然具有规则的内在方面, 必须为全社会、特别是官方所广泛地接受并作为识别其他规则之效力的依据。发源于边沁的传统实证主义者, 将法律效力鉴别的基础 (效力标准) 定位为主权者的法律创制行为之社会事实问题, 并且因此拒斥那种认为法律的效力是其真理性或者道德正确性之作用的观点。哈特将其注意力由法律创制制度转向了法律适用制度。作为一个法律体系中根本性效力标准的承认规则, 存在于官方的法律适用的实践之中; 并且承认规则的权威 (赋予理由或者产生义务的力量), 立基于它被官员以及法律事业中的其他参与者视为正确司法裁决的一个公共的、共同的标准。¹²⁴² 也就是说, 普通法律规则的有效性 (并且因此也是规范性的重要性) 能够最终被追溯至一套效力标准, 这套标准不是作为能够为某些进一步的效力规则所鉴别出来的规则而存在, 而是作为体现在官员、法律参与者以及也许还有其他人之法律适用与法律解释行动中的社会规则而存在。这个非常复杂的、被组织起来的一套效力标准, 就是承认规则。¹²⁵² 因此承认规则的存在形态, 虽然可能被规定在宪法中, 但它只能是法院、政府官员以及一般人民在援引其所含标准以识别法律时所进行的虽然复杂但通常是一致的实践活动本身。一言以蔽之, 承认规则既是规则也是事实, 它沟通了事实与规范。¹²⁶²

可见, 在哈特这个精妙的法律理论体系中, 社会规则是承认规则的理论基础, 承认规则又是法律体系的基础。但问题就在这两个地方发生了。第一, 在情形 C 下, 为什么 S 中的大多数成员 X 会常规性地做某事, 也即常规性是怎么形成的? 第二, 第 (2) (3) (4) 描述了反思性内在态度 (内在观点) 的出现, 然而, 这种内在观点具体是怎样产生的? 以及第三, 如何区分遵循规则的情形与遵循一个被普遍接受的理由的情形。可以游戏规则与被普遍接受的游戏策略为例, 游戏规则界定什么是一方有权去进行的移动棋子, 什么是赢与什么是输; 策略则是一些行为原则, 它们是将棋下好的小窍门,¹²⁷² 而哈特的社会规则好像并未明确区分规则与策略。如果没有了社会规则, 承认规则自然也就成了镜花水月, 哈特甚至整个法实证主义的理论大厦便会轰然倒塌。事实上, 他最有力的批评者罗纳德 # 德沃金就是试图这样去做的,¹²⁸² 并且也的确构成了重大挑战。

二 社会实践的结构

面对德沃金的批评, 哈特的回应主要显现在 5 法律的概念 6 的 / 附文 0 之中。¹²⁹² 在试图回避德沃金对社会规则论的批评时, 哈特的立场有所后退, 他说这早已不能被理解为一个普

1242 参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, 1982 (11) *The Oxford Journal of Legal Studies*, pp. 167-168.

1252 参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, 1982 (11) *The Oxford Journal of Legal Studies*, p. 166.

1262 参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd (Oxford: Oxford University Press), 1994, p. 111.

1272 参见 G. J. W. Wamock, *The Object of Morality* (London: Methuen & Co. Ltd. 1971), pp. 43-46.

1282 [美] 罗纳德 # 德沃金: 5 认真对待权利 6, 信春鹰、吴玉章译, 中国大百科全书出版社 1998 年版, 第 41-86 页。

1292 [英] H. L. A. 哈特: 53 法律的概念 4 附文 6, 支振锋译, 载 5 清华法学 6 第五辑, 清华大学出版社 2005 年版, 第 1-31 页。现在看来, 这个译本问题较多, 需要着力修正。

遍性的解释, 而只能被理解为一个特殊的仅仅适用于成规性¹³⁰²规则的情形。他明确了承认规则的创生, /仅仅是一个为特定法律体系中之法官和法律人们所接受的成规性规则⁰。¹³¹² / (承认规则) 实际上是一个司法上的习惯性规则, 只有在法院加以接受并加以实践, 用以识别和适用法律时, 它才是存在的。⁰¹³²² 这种习惯性规则, 显然就是成规。因此承认规则就是社会成规。这样, 在其原初的界定之中就被添加了一个关键性的要素: 遵循一个作为社会成规之规则的理由, 存在于其他人也遵循它的事实之中。根据 R, 存在一个行为常规性的事实, 就为 S 的成员视 R 为一个行为理由并且也去遵循它, 提供了关键的重要理由。

更重要的是, 既然承认规则是一个成规, 而成规又只能在社会实践之中才能形成, 那么法律的基础就只能是基于社会实践的。这就是所谓作为社会实践的法律,¹³³² 法律体系的基础在于承认规则, 而承认规则的基础又在于社会实践。因此, 法律以及法律体系的基础就是社会实践。正如德沃金所言, 哈特的独特贡献就在于, 他认为在范例性法律体系中最为基本的第二性规则或者一套规则是仅仅通过成规而获取其力量的; 而承认规则之所以能够成为一套基本的第二性标准, 仅仅是由社会实践所认证的。¹³⁴² 如此, 他就为法律乃人为而非超验之物找到了更为坚实的理论支撑。

然而这并没有回答上述三个问题: 社会成规是什么, 它是怎么形成的并何以回答反思性内在观点的发生? 以及, /法哲学家们不厌其烦地说法律是一种社会实践。但是, , 在何种意义上可以说法律就是社会实践?⁰¹³⁵²

因此我们首先要对社会实践进行分析, 它的结构主要包括参与者与互动两个部分。¹³⁶² 在美国法学学者马太看来, 当我们说法律是一种社会实践时, 其一, 我们是在说, 法律应该根据人们所做的事情来理解。这就是当我们说法律是一种社会实践时所具有的含义。其二, 我们是在说, 法律应该根据人们所一起做的事情来理解。这就是当我们说法律是一种社会实践时所具有的含义。因此我们需要解释的就是, 在众多的法律体系里, 人们一起做的是什么, 以及他们是如何一起来做的。这里的关键词是 /一起⁰, 其严格的意义指的是, 这种行动有某种系统性统一, 比如一群音乐家在一个乐团或者管弦乐队里一起演奏; 而非三五条金鱼在鱼缸里 /一起⁰游水。¹³⁷²

当哲学家们试图解释社会实践时, 他们大部分的力量都在试图去解释, 当我们从严格意

1302 Convention成为哈特后期思想中的重要术语, 也是哈特后嗣所着力论述的一个术语。但在具体译法上, 学界颇有争论, 中国台湾学界一般将之译为 /成规⁰, 而大陆学界则有译为 /惯习⁰或者 /习惯⁰的。比如, 我在 53 法律的概念 4 附文 6 中, 就将之译为 /惯习⁰。译成惯习当然可以, 但结合这个术语所适用的语境, 以及哈特及其后嗣实证主义者对之所寄予的厚望, 译成 /成规⁰显然更合适一些。参见庄世同: 5 再访 Hart 的承认规则 6, 载 5 当代基础法学理论: 林文雄教授祝寿论文集 6, 台北学林出版公司 2001 年版, 第 75- 109 页。

1312 参见 H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2nd Oxford Oxford University Press, 1994, p. 267.

1322 参见 H. L. A. Hart, The Concept of Law, 2nd, Oxford Oxford University Press, 1994, p. 256.

1332 参见 Matthew Noah Smith, The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law? 2006 (12) Legal Theory, pp. 265- 292.

1342 参见 Ronald Dworkin, Hart and the Concept of Law 2006 (119) Harvard Law Review, p. 100.

1352 参见 Scott Shapiro, Legal Practice and Massively Shared Agency (unpublished manuscript) at 1, 该文可见于 http://www.law.yale.edu/yep/papers/shapiro_paper.doc (最后浏览日期为 2007 年 2 月 28 日)。

1362 Dimitrios Kyritsis / What's Good About Legal Conventionalism: A Case of Philosophical Eclecticism, pp. 2- 8 载于 <http://www.nyu.edu/global/org/fellowsscholars/documents/gfkyritsispaper.pdf> (最后浏览日期为 2007 年 2 月 12 日)。

1372 这里的有些例子仿自马太与波斯特玛。参见 Matthew Noah Smith, The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law? 2006 (12) Legal Theory, p. 269; Gerald Postema, Law's Mebody, 2003 (7) Association, p. 227.

义上来说一起做些什么事情时,正在进行的是什么。那么,就可以公正地说,关于社会实践的哲学,主要就是一种对社会实践之中的系统性的统一的探寻。正如哲学家布拉特曼在对共通意向与共担合作性行动给出一个分析时所言,问题是当一些不同的个体都享有一些意图的集合体时,是什么给了这种共享以系统性的统一。¹³⁸² 这一点非常值得分析,因为那些并非是一个超级参与者之各个不同组成部分的个体,是如何运作才能一起去做某些事情的,并且这种一起做事的行为还表现出了那种系统性的统一,依然是一个谜。而在社会规则的形成中,正是系统性统一导致了人们行为的常规性。

当我们说法律的基础是社会实践时,我们的说法有些类似于如下的意思:法律有一些基础性的组成部分,这些部分应该被理解为某些被有机而系统地统一在一起的行动。也许,承认规则就是一个应该被理解为某种社会实践的实体。毋庸置疑的是,立法、法院以及诸如警察、狱政等行政部门,在很大程度上就是一些社会实践,并且因此是一些被有机而系统地统一在一起的行动。我们没有一个单独的术语,它能够非常恰适地涉及所有方面,并且仅仅只有法律的这些组成部分才是社会实践。也许可以勉强使用“法律制度”这个术语来指法律的某些特征,但这并非一个完美的解决方案,因为的确存在一些不能被最佳地理解为社会实践的法律制度,以及的确有一些法律的特征,它们虽然可以作为社会实践来分析,但却不能被最佳地理解为制度。一种将法律制度作为社会实践而进行的分析,因此就涉及既要给那些构成制度的行动一个说明,也要给那些构成行动的系统性统一一个说明。¹³⁹²

我们知道,在进行了成规主义转向之后,哈特认为,每一个法律体系都是建立在一个法律官员之间的成规性实践之上的,在该法律体系中,这个成规指定其成员的标准。将那些观点结合在一起的“实践”这个术语,正是它们与哈特法律理论之间联系的证据。然而,对于一个产生义务的实践而言,它是怎样才能做到这一点的?对于这个问题,哈特未及解决便已驾鹤西归。的确,尽管有许多实践都会创生义务,但并非所有实践都可以;因此,如果我们将法律实践视作一种的确能够产生此种规范性作用的实践,那么也就必须去解释此一事实。当然,这里的“社会实践”应该作一非常宽泛的理解,以包括所有不同且广泛的关于目前所流行之法律实践的性质与结构的观点。

在回答这个问题时,已为分析法哲学家们所运用的进路,不是运用大卫·刘易斯(David Lewis)对成规的分析,就是运用迈克尔·布拉特曼(Michael Bratman)对“共同意向行为”或者“共担合作性行动”的分析来阐明为何法律就是社会实践。但是,这里有一个模糊之处。当法哲学家们说法律是一种社会实践时,他们这样议论究竟是为了什么?哈特认为,承认规则处于法律的基础地位,并且只有当其为相关官员所实践时,承认规则才是存在的。那么,法哲学家们所面临的一个神秘难解之处,就是去说明一个承认规则为相关官员所实践的含义是什么(一个指向内在观点的手势显然是相当不充分的)。¹⁴⁰² 很明显,成规主义主要是一种关注法律本质的理论。它的目标在于陈述法律存在的必要条件,法律在这里是一种独

1382 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press 1999), p 110.

1392 参见 Matthew Noah Smith, *The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?* (2006) 12 *Legal Theory*, pp. 269- 270.

1402 参见 Matthew Noah Smith, *The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?* (2006) 12 *Legal Theory*, p 266.

特的规范体系,其要旨在于指出法律是一种社会问题而非道德问题。

什么是法律实践的本质?哈特并未特别着重去描述产生与维持法律实践的那种形式的互动。对实现他的目的而言,只要宣称存在着一个承认规则)))以及一个法律体系,这个承认规则存在于所有参与者适用同样的法律效力标准并且发展出了针对适用同样标准之实践的适当态度的情形中(这种态度,他称之为/接受0),就足以实现他的目的了。他认为,一旦这样一种被确定了的行为模式就位,新来者若要领会到在此实践之中他们的职责是什么,只需意识到它就行了。对于这一点,他后来解释道:

在一个既定的法律体系中,法官在就职时会发现,尽管有着广泛的空间留给他自由裁量,但仍然有一个已被十分坚定地确定了裁判实践,根据该实践,该体系的任何法官都被要求在案件裁决中适用那些通过特定的标准或渊源而被识别出来的法律。这个既定实践被理解为决定着法官职位的核心职责,并且,不遵循这个实践将会被视为对责任的违反;在上诉到较高级法院而获得修正可能的情况下,人们不仅可以赞同对这种违反的批评,还可以反其道而行之。也将被理解到的是,对服从的需要也将被视为正确的,并且应该被视为理所当然之事而给予满足。法官们不仅会在每一个案件发生时遵循这个实践,而且还会在这个意义上事先认同它们。¹⁴¹²

但他却并未阐明既定的实践是基于什么而发生的,也未注意到去分析那些支持接受态度的理由的结构。当然,他并不认为这些理由必然是道德理由。相反,他也承认,效忠于一个体系也许可以基于许多不同的理由:长远利益的算计、无私地关注他人利益、一种未加反思的或者传统态度,或者仅仅是乐于盲从。¹⁴²²但是,在进行裁决时,这些理由都是不相干的,他们只需遵循那些根据效力标准被识别出来的有效规则就足够了。也即,在认定了案件事实之后,规则本身而非规则的内容构成了裁判的理由与依据,这就是一种与内容无关的理由。

但是,就实践这种事实如何能够产生规范,以及产生某些特定种类的义务而言,哈特的解释实在是太过保守了。它必须以某种方式来充实法律实践的结构:参与者及他们之间的关系。在这个问题上,有两种观念最经常性地被调用:合作与共同行为。

三 社会实践的理论模式

(一) 社会成规

在哈特刚刚发表其《法律的概念》⁶时,就对社会成规之概念的分析而言,还很少哲学上的关注。但是当8年之后大卫·刘易斯开创性的著作《成规:一个哲学性研究》⁶发表时,情况有了惊人的改变。尽管该理论的某些要素早在休谟与边沁的著作中已经有所体现,但它主要是源于托马斯·谢林(Thomas Schelling)与大卫·刘易斯。¹⁴³²其最为主要的观念是这

1412 参见 H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory* (Oxford: Clarendon Press, 1982), p. 158.

1422 参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 203.

1432 Thomas Schelling, *The Strategy of Conflict* (1963) Oxford: Oxford University Press; David G. Lewis, *Convention: A Philosophical Study* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1969); Chaim Gans, *The Normativity of Law and Its Coordinative Function* (1981) 16 *Israel Law Review*, p. 333. 另请参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies*, p. 165.

样的:存在着某些被称为“协调难题”的情境,在其中每个参与者都必须从一系列专门备选的行为中进行选择,选择的直接后果不仅取决于他自己的选择,也取决于别人的选择。尽管每个人都可以无条件地做出选择,但每个人的选择战略往往都是以他对其他人选择的期待为条件的,并且所有人都有同样的认识。在该情境中,有问题的要素源于至少两个适当协调)))均衡的存在,也即是说,对所有人来说都有两套选择,在已被选择之后,它们中至少有一个将会做得更糟,如果任何一个参与者都做了不同的选择的话。

根据刘易斯的分析,当一些参与者在关于其相互影响的行为模式上拥有了一个特殊的优先选择结构时,一个典型的协调难题就发生了。也即是说,在一套给定的环境之中,在参与者们所面对的诸多二选一的行为选择之间,比起按照其自己之根据任何特定的选择之一来行为的优先选择,每一个以及所有参与者都有一个更为强烈的优先选择去按照其他参与者的意愿行为;于是,一个典型的协调难题就发生了。绝大部分的协调难题,通过在各参与者之间的简单协议(同意按照任意挑出的一个选择来行为),都能够很容易地得到解决;并因此能够获得在他们之间行为的统一性。然而,当一个特定的协调难题反复循环出现时,并且协议很难达成时(绝大多数是由于大量参与者的涉入),一个社会规则就很可能出现,并且这个规则就是成规。易言之,成规是作为对反复循环出现之协调难题的解决方案而出现的。正是在那些协议难以达成或者根本不可能达成的情形中,成规不是作为一个协议的结果,而是作为此一协议的替代选择才出现的。并且值得注意的是,与其他类型的博弈论情境不同,协调难题的解决并不要求以制裁为后盾的解决方案。根据刘易斯的分析,成规性规则的全部意义就在于在一个无数人中所进行的行为上获取统一性。毕竟,每个以及所有参与者的支配性选择就是正如其他参与者所愿的那样行为,这正是协调难题的意义所在。因此,如果相关的参与者认为其他人不会也去遵循同样的成规性规则,那么他们就没有理由去遵循这些成规性规则。因此,作为协调难题解决方案的成规,其基本原理非常容易地揭示了,为何遵循一个成规的理由取决于其他人也遵循它的事实。

刘易斯的分析还能够解释,为什么以及在何种程度上,成规性规则被正确地认为是任意的。协调难题的基本结构就是,在相关参与者面前至少有两个二选一的行为选择;以及正如在这些二选一之间一样,与他们选择其面对的特定选择中的任何一个这种优先选择相比,参与者们对于其行为的统一性,有一个更为强烈的优先选择。因此,从参与者自己的视角来看,在任何相关的二选一之间所做出的选择,在很大程度上是任意的;他们乐于遵循任何一个选择,只要它能够获得他们之间行为的统一性。

刘易斯的分析很快成为对社会成规进行分析的哲学主流。¹⁴⁴²在任何协调难题中,凡是帮助参与者们决定特定的协调)))均衡的就是一个解决方案。在一个随着时间流逝而不断复现的协调难题的情境中,在参与者们的行为中将会出现某些特定的常规性。当这些常规性(部分上)是解决方案时,它们就是协调性规范。例言之,对于一个国家来说,采用某个共同的交换单位比起采用某个具体的单位更重要,即便某个也许比其他的更好。或者再比如,对计算机而言,运行能够兼容的操作系统比采用任何一个特定的操作系统都要好。因此也许我们可以说,采用了某些特定的交换方式或者某个特定的操作系统,成规就已经出现。一

¹⁴⁴² 参见 Andrei Mamor / Legal Conventionalism, 载于 J. Colman (ed.), Hart. s Postscript Essays to the Postscript to the Concept of Law (Oxford: Oxford University Press 2001), pp 199-201.

且此等成规存在,它们就是自足的,因为人们宁愿符合而不是无视这些成规,因为它们能够帮助解决协调难题,为行为提供理由,这正是法律的根本作用。¹⁴⁵²

基于刘易斯的理论,作为对哈特理论的丰满,波斯特玛首先发展出了其独特的法律成规论。他假定,法律实践是一种模式的规范性期待,这些期待是作为对一套反复循环出现之协调难题的回应而出现的。我们之所以要有法律,是因为我们寻求/指引行为与构造社会互动,藉此为理性的参与者们提供据之可指导其自身行为之理由⁰,但是,在这样做时,我们却会碰见一系列的协调难题。¹⁴⁶²而法律是一种寻求解决方案的方式,并因此化解这些协调难题。更为具体地讲,法律以一种或者两种方式来构造社会互动。以他之见,社会成规论关注的是这样一种通常现象,某人行为的结果)))以及该人在可选择行为中的偏好)))有赖于其他人做什么,个人决定之间会存在相互依赖性。从大的方面来说,社会互动是人们对一种环境的回应问题,该环境包含的是其他人对他们环境的回应,它自己就包括了第一组的回应。因此,社会互动问题就具有如下的结构性特点:

(1) 战略性互动:各方的结局由所有人的行为共同决定;因此任何一个参与者行为的结果都依赖于所有其他人的行为,并且,/每个人的最佳选择依赖于他期待别人如何去做,并且依赖于他了解其他每一个人正在猜测他自己可能会如何做。⁰¹⁴⁷²

协调难题是战略性互动问题的一种特殊情况。假定我在北京,而你在上海。你给我发电报,/飞到北京参加明天的会议:在机场接我。⁰设若进一步,我们在稍后分别发现,有两班来自上海的飞机能够及时抵达北京并且按时参加会议:一班从上海浦东机场起飞,抵达北京的首都机场;另一班从上海虹桥机场出发,到达北京的南苑机场。那么我们必须通过某个行为做出决定,以便我们能够在北京的某个机场会面。你决定预订哪个航班,取决于你希望我在哪个机场接你,而我决定去哪里接你,则取决于你订了哪个航班的机票。我们没有一个人真正关心在哪里见面,但我们都希望能够见面而不是错过。¹⁴⁸²从这个例子我们可以看到,战略性互动的情境在日常生活中是普遍存在的。这些情境要求各种形式的集体行动或者合作行动,抑或要求规制以去解决它们所提出的问题。有时候我们成功地解决了问题,有时候我们会失败。时常地,我们指望法律或者基本的法律制度去帮助解决此等问题,或者去支持、认同,或者去提高那些被非正式获得之方法的效率。然而,法律与裁决的过程本身就常常产生战略性互动的问题。因此,战略互动合作的模式,才可能会启发法律的某些方面以及

1452 参见 Leslie Green, *Positivism and Conventionalism*, (1999) 12 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* pp 41- 42.

1462 参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* p 187. 另,/ coordination problems)也可被译为/ 综合难题⁰,指的是不同的人在进行某些行为时,如何可能进行合作。协调难题的经典例子是走路靠哪边。这种事情关键是所有人都同意,至于到底做什么选择倒并不重要。而确立了这么一个规则后,我们就不必每次上路时都要算计一番。比如,如果人人都同意(不管是明确同意还是默许)了某种惯例,我们就不必胡乱猜测其他参与者。这就节约了我们的行为成本。值得关注的是,菲尼斯也提及了协调难题。在他看来,协调难题的解决只能有两种方式:一种是合意,一种是权威。但菲尼斯认为合意已经超出了政治共同体中实践可能性的范围,因此只能通过权威来解决合作问题。只是,权威也必须是一定条件下的权威。参见 John Finnis, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press, 1980), pp 246, 252. 本书中我们对菲尼斯的看法未予讨论,因为他是在并不相同的意义上讨论协调难题的。

1472 Ullmann-Margalit, *The Emergence of Norms* (Oxford: Clarendon Press), 1978 p 78.

1482 这是一个仿自波斯特玛的例子。参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* pp 172- 173.

法律所特有的实践推理的模式。¹⁴⁹² 通过三个进一步的特征,协调难题可以区别于其他导致战略性互动的的原因。

(2) 利益的大致一致: 每一方都希望能够从合作而非不合作之中获得更大的好处。

(3) 互为条件的优先选择: 当且仅当其他各方也选择了它们(或者是适当的回应性行为),某些特定行为与其他行为相比才能被优先选择。

(4) 模糊性: 对于所有参与者的行为来说,至少有两个行为的结合,被每一个参与者算做是/成功的合作。

第三个特征讲明了第一个与第三个的含义: 在并且只有在既有理由的一致又有决定的相互依赖时,当且仅当相互回应的行为为其他参与方所选择时,可供选择的行为才能为某一方所优先选择,并且反之亦然。当然,它们之所以被选择,是由于它们表现了各方行动之间的成功合作。因此,第二与第三个特征使得战略性互动问题成了一个关于合作的问题。而第四个特征则使之成为一个协调难题,因为在真正的协调难题中,至少有两个(协调)))均衡,也即是说,一旦所有行为之间达成了结合,那么没有一个参与者会希望其他任何一个参与者(他自己或者其他人)已经单方面地进行了不同的行为。

对协调难题的解决,建立在每一方对相互性合作性期待充分利用的基础之上。这些相互的期待是由共享的或者重叠的经验所导致的,以及是由某人自己对他人设身处地的设想所导致的。既然我所做的取决于你将要做的,在一个理想的情境中,我将试图体会你在决定将会如何去做时的实践推理。并且,既然我知道你想做的取决于我要做的,在体会你的推理时,我就必须确定什么是你期待我做的。机场事例表现了最为纯粹也最为简单的协调性问题。只是,尽管协调的解决必须是相互有好处的,但它们并不需要平等地做到这些。

时常,由个体所组成的各群体都面临重新发生的协调难题或者面临这样一种需要: 需要去将一个连续的本质的各种复杂的行动协调起来,在一个相当重要的时间段内,该本质要求许多相互联系着的决定。为了回应这些需要,群体中成员们之行为的某些特定常规性(也即是成规)就会发生,这种常规性或者是自发性的,或者是通过某个外在参与者的/立法行动而产生的。在一个共同体中总有一些重复发生的情境,这些情境要求相互协调的行动,在这些情境中的行为的常规性,就是成规;在此社会里,对合作的需要以及有着普遍遵从的事实都是众所周知之事。

更为精确地说,在一处居民 P 中的人们,在某个不断重复发生的情境 S 中所采取之行为的一条常规性 R,当且仅当是在任何 S 的特例下,就是一个成规。

(1) 在该处居民 P 中,下列情况都是众所周知之事:

(a) 在居民 P 中,存在对 R 的普遍性遵从;

(b) 居民 P 中的绝大多数成员,都期望居民 P 的绝大多数其他成员都遵从 R;

(c) 几乎居民 P 的每一个成员都宁愿任何一个人去遵从而非不遵从 S 中行为的某个常规性,在假定有着对那常规性之普遍遵从的情况下;

(d) 几乎 P 的每一个成员都宁愿有着对某个常规性的普遍遵从而不是普遍的不遵从(也即是,没有对任何常规性的普遍遵从);

¹⁴⁹² 另请参见 Geraki J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* pp. 182- 183.

(2)为何在 S 中 P 的绝大多数成员都遵从 R, 部分的原因是在 1(a) - 1(d) 所获得的。¹⁵⁰²

可以看出, 成规并不仅仅是行为的常规性, 更不是共同体成员在某个行为模式上的偶然的趋同性, 而毋宁说是由一个相互期待的体系以及在一个共同意识到的对合作性行动之需要中所产生的常规性, 并且它支援了这个体系与此一需要。因此, 也许会涉及对其他人行为的预测, 但是它们并非基于对被观察到之常规性的归纳推理, 而是基于一套期待以及对实践推理模式的体会。¹⁵¹² 而且, 情况可能会这样, 在某个成规里的一个参与者也许会具有与成规无关的理由去根据成规行为。比如, 在某些情形中, 也许正是对其中某个均衡或者行为进程 (明显的) 道德诉诸, 使得对那个行为的选择成为非常明显的。而在另外某些特定情形下, 一个参与者也许会诉诸那些并非明显成规性的考量, 这可能也是成规的一部分。¹⁵²² 也有可能是, 一个人也许相信, 为成规所要求的那些行为基于其他依据也是可以证成的, 不排除会有不止一个完整且独立的理由或者观点去支持同样的行为或选择。¹⁵³²

成规也许经过了整理编纂, 被给予了一个规范的表述, 并且法典编纂也许可以切实地使得协调更有效率, 但是清晰的表述却并非必要。在一个共同体里, 就成规在某些具体事例中究竟要求的是什么, 也许甚至会有某些实质性的分歧。为了达致合作, 所需要的仅仅是在对常规性的各个描述之间具有较大范围的重叠 (并且在相互的期待之间并无明显的交叉), 也由此, 便提供了需要协调的标准情境。但是, 如果对常规性的理解存在着几种可能性, 它们会不会冲突呢? 当然, 但是也无需担忧。它仅仅是用一个 (部分地解决了的) 协调难题来提出另外一个协调难题。另外需要指出的是, 成规的继续存在及其所提供的行为理由, 都与常规性的源起以及所涉行为的道德性质无关。它也许是产生于协议或者合同, 但它也同样可以产生于偶然。能够说明其继续存在与有约束力之特征的, 仅仅是它在解决重复发生或持续存在的协调难题上表现出了成功。如果, 由于环境的改变或者被广为坚持的优先选择的改变, 或者共享经验之构造的破坏 (成规就基于其上), 它在大多数情形中不再能够成功, 那么它就会被废弃或者被视为无用的俗套。

1502 这个解释是从刘易斯那里借取某些要素的。参见 David K. Lewis *Convention: A Philosophical Study* (Cambridge Mass: Harvard University Press, 1969), pp. 42, 78. 比较另外一个说法。在任何协调难题中, 凡是帮助参与者们决定特定的协调)) 均衡的就是一个解决方案。在一个随着时间流逝而不断复现的协调难题的情境中, 在参与者们的行为中将会出现某些特定的常规性。当这些常规性 (部分上) 是解决方案时, 它们就是协调性规范。也即是说:

在一处居民 P 中的成员们, 在某个不断重复发生的情境 S 中所采取之行为的一条常规性 R, 当且仅当是在 (几乎是) 任何 S 的特例下, 就是一个协调规范:

在该处居民 P 中, 下列情况都是众所周知之事:

由于下列原因, (几乎) 每一个人都遵从 R:

(2a) (几乎) 每一个人都期望 (几乎) 所有其他每一个人都遵从 R;

(2b) 在 (几乎) 所有人都遵从 R 的条件下, (几乎) 每一个人都宁愿任何人都遵从 R;

(2c) (几乎) 每一个人都宁愿人人都遵从 R 而非不遵从任何 R。

在时间 t 中, 如果一个合作规范在 t 之前就贴切地解决了同样的 S, 那么它就是一个成规, 如果它被确定在 t 之后去解决所有类似的 S, 那么它就是一个法令。参见 Ullmann-Margalit *The Emergence of Norms* (Oxford: Clarendon Press, 1978), p. 76.

1512 参见 Gerald J. Postema *Coordination and Convention at the Foundations of Law* (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* p. 176.

1522 参见 Gerald J. Postema *Coordination and Convention at the Foundations of Law* (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* p. 177.

1532 参见 Gerald J. Postema *Coordination and Convention at the Foundations of Law* (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* p. 177.

在波斯特玛看来,这最后两个方面为成规的动态性格提供了某种洞见。对于协调难题的本质或者其他相关环境变化时成规性规律如何变化,给出了一个解释。同样的,在成规因未能¹⁵⁴²在新情境中给出一个解决办法的情形下,我们在能够解释一个成规最终崩溃的可能性的同时,也能够解释从紧盯成规中根本转出的可能性。因此,那构成一个成规的行为常规性就可以是流动与变化的,而且成规具有力量与约束力的特征以及其穿越时空的持续性,就不仅仅是基于单纯的常规性事实,而是基于常规性被嵌入了社会互动这个持续性问题(或一个复杂的问题系列)之中的事实。¹⁵⁵²

(二)共担合作性行动

社会实践的理论当然并不止一种。但我们之所以诉诸刘易斯式的成规理论或布拉特曼式的共担合作性行动理论,并将它们视为首选的社会实践理论,是由于它们都是诉诸显而易见的信念、知识,以及或参与者的意图,来解释说明社会实践的。布拉特曼识别出两个条件,对于那些想要使其行动具有某种共担所具有的系统性统一的参与者而言,这两个条件就是必须要符合的:

11 相互回应性

每一个正在参与之参与者,对于其他参与者的意图与行为而言,都试图成为具有回应性的。这每一个参与者都知道,其他参与者也都在试图具有同样的回应性。每一个参与者都寻求根据其他参与者的行为来指引自己的行为,并且他知道,其他参与者也同样在寻求这样做。

21 对共同行动的承诺

每一个参与者对共同行动都具有一个适当的承诺(尽管可能是基于不同的理由),并且他们的相互回应性也是在追求这种承诺。¹⁵⁶²

如果某些人的行动表现出了这些特征,那么他们就是在进行布拉特曼所谓之/有共通意向的行为0。¹⁵⁷²

这是共享行动的一个弱的形式,它还达不到合作的层次。可以设想有两排厨师正在一个专业的厨房里烹饪。每一个厨师都希望其他人在厨师长面前失败,那样他就会有机会晋升,然而,没有一个人能够单独胜任,因为在一个专业的厨房里烹饪晚餐至少要两个人一起工作。于是,每一个人都只能在其他人都尽了其本职之后才能尽职,以免得厨师长看到某个人未能尽职而将其就地解雇;但是,如果有人未能尽好其本职工作,每一个人也都不会去帮别人摆脱困境。在这个例子里,两排相互竞争的厨师就不是合作性的,因为在布拉特曼称之为/共担合作性行动0的合作性行动里,有一种相互支持的承诺。布拉特曼以此种方式界定了这个条件。

1542 参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* p. 178.

1552 参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies* p. 179.

1562 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press, 1999), pp. 94-95.

1572 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press, 1999), p. 104.

31 相互支持的认同

每一个参与者都处于一个这样的认同之中, 该认同要求他去支持其他人的努力, 以使得他们能够在共同行动中胜任其本职。如果我认为你需要我的帮助, 比如在一起演唱二重奏时你需要我帮你调整音调, 或者在粉刷房屋时, 你需要我帮你找到刷子, 我应该随时准备提供这样的帮助; 同时你也同样随时准备向我提供同样的帮助, 以帮我尽我本职。这种相互之间的认同, 使得我们处于一种这样的境地, 在这种情况下, 即使我们都需要某种形式的帮助, 我们也能够成功地进行共同行动。¹⁵⁸²

这些条件的前两个))) 最好是三个, 在某个行为中都得到满足时, 那么这个行为就是一个具有系统性统一的社会实践。

那么, 这些条件中的至少两个))) 如果不是三个的话, 在关涉某个行为时, 是如何得到满足的? 通过推进其共享意图理论, 布拉特曼对此做出了解释。他的观点是, 正是借助于参与者对意图的共享, 才使得他们所从事的某个行动成为共担行动。如此, 布拉特曼即是通过诉诸共享意图, 来解释共担行动的系统性统一的。作为一种事态 (在这种事态里, 每个人意图的状态以某种方式而相互关联着), 共享意图具有三个职能或者说是角色。第一, 它们将每个人的行为意图协调起来, 从而达到共享意图的目的。第二, 共享意图规制我们的 / 辅助方案 0, 从而使得它们不会相互冲突, 或者, 按照布拉特曼的话语, 使得它们相互吻合。第三, 共享意图是一个背景, 正是针对它, 才发生了关于如何达到共享目标的商讨。

正是这些共享意图使得一个行动成为共担行动, 那么, 它们究竟是什么? 通过以一种他所谓之 / 合作性中立 0 的方式来使得各个辅助方案相互吻合, 布拉特曼非常小心地分析了打算进行某行为的共享意图。之所以如此, 他是基于这样几个理由: 第一, 布拉特曼拒绝承认存在一个超级参与者意图进行该行为的可能性; 以及第二, 布拉特曼注意到, 如果仅仅诉诸各参与者之间打算相互合作来解释共享能动性, 那将是一个循环。相反, 布拉特曼是这样来解释一个意图进行该行为的共享意图的。他根据的是, 每个参与者都指望, 所有其他相关的参与者都通过各自遵循其自身的辅助方案 (这个方案与所有其他相关参与者的辅助方案都是相吻合的), 来达到共同目的 (正在进行的该行为)。如此, 在经过浓缩后, 布拉特曼的共享意图理论简而言之就是: 当每一个参与者都打算去进行某行为并且其他参与者也同时打算去这样做时 (他们是通过其相互吻合的辅助方案而这样进行的, 并且这些辅助方案都是一个意在进行该行为的整体性方案的组成部分), 这些参与者就是拥有共享意图的。

使得共享意图成为共享的, 就在于它们的互相参考与内在相互参照性: 所有的意图都参考同一个目的, 因此是相互参考的; 而且, 所有的意图都内在地相互参照对方, 并且因此是内在地相互参照的。¹⁵⁹² 各种意图的相互参照性所根据的是这样一个事实, 也即是, 布拉特曼式的回应性, 主要并非是回应其他各方是如何行为的, 而是回应其他各方通过其相互吻合的

1582 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press, 1999), p. 106.

1592 正是这一点将布拉特曼的共享意图与单纯的塞尔所谓之我们))) 意图区别开来。我们))) 意图能够成为某一单个人的意图, 也即是, 我们可以在没有其他人 (在 / 我们 0 的范围之外的人) 具有同样意图的情况下, 去进行行为 ↓ 布拉特曼的共享意图, 通过它们共同的与内在的相互参照性, 而成为一个各意图的纽结。参见 John Searle, *Collective Intentional Actions and Actions* 载于 *Intentions in Communication* (Cohen, Morgan & Pollack eds., Cambridge, MA: MIT Press, 1990), pp. 401-415. 值得注意的是, we) intentions 作为塞尔理论的一个重要术语, 它并不能被以 I-intentions 的集合来进行分析。即使 I-intentions 添加了这个队伍里面成员的相互信任。

辅助方案而打算进行某个行为的那些意图。为了能够使我回应你的意图,我就必须在我的意图中表示你的意图;而为了你能够回应我的意图,你也必须在你的意图中来表示我的意图。布拉特曼的原话是:/ (共享意图)是一种事态,它主要存在于参与者们的态度(所有这些态度本身都不可能成为共享意图)以及他们态度的相互联系之中。¹⁶⁰² 这些连锁着的意图构成了系统性统一,正是在这种系统性统一之中,产生了相互回应与相互支撑性的行为,布拉特曼指出:/那么,我们的共享意图就履行至少三个相互联系的职能:它帮助协调统一我们的有意图行为;它帮助协调统一我们的计划;以及它能够确立起相互商讨的结构。¹⁶¹²

那些对于一个共担行动而言具有根本性的态度,布拉特曼对它们的定型化了的分析是:

(1)(a)(i) 我意图我们进行行为 J

(1)(a)(ii) 我意图我们进行行为 J。这是根据并且也是由于(1)(a)(i)与(1)(b)(i)相互吻合的辅助方案。

(1)(b)(i) 你意图我们进行行为 J

(1)(b)(ii) 你意图我们进行行为 J。这是根据并且也是由于(1)(a)(i)与(1)(b)(i)相互吻合的辅助方案。

(1)(c) 在(1)(a)与(1)(b)中的那些意图,都并非是由其他参与者所强加的。

(1)(d) 在(1)(a)与(1)(b)中的那些意图,是具有最低限度的合作性稳定的。

(2)在我们大家中,(1)是大家众所周知的事情。¹⁶²²

布拉特曼承认是那些意图的系统性为共担行动提供了系统性统一,他写道:

正是在(1)里所提出的意图之网,保证了对共担行动的认同,是共担合作性行动的典型特征。¹⁶³²

很显然,布拉特曼在这里所强调的要点,并非是保证对某个行为的认同,而是保证对那特定种类的行为)))也即是共担行动的认同。正是在(1)里所提出的那些意图之系统性(网络性),构成了共享意图,并且使得共担行动成为可能。参照布拉特曼对共担合作性行动的定义,可以更清晰地看出这一点:

对于一个合作性中立的行为 J来说,如果我们进行 J这种行为时,满足如下条件,则 J就是共担行动:

(A) 我们进行行为 J

(B) 我们是在(1)与(2)中所指出的态度在进行行为 J,并且

(C) 通过在意图与在行为中的相互回应性(为了我们的行为 J),此种态度引导我们向

(A)。¹⁶⁴²

由于条件(A)不过是增加了一个成功的条件,而(B)已经包括在布拉特曼的对于一个

1602 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press 1999), p. 123.

1612 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press 1999), p. 112.

1622 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press 1999), p. 105.

1632 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press 1999), p. 102.

1642 参见 Michael Bratman, *Faces of Intention: Essays on Intention and Agency* (Cambridge Mass: Cambridge University Press 1999), p. 106.

共担行动而言具有根本性的态度之定型化了的分析之中,因此这两个条件对于我们这里所强调之共通意向的系统性或网络性,并不相关。至于条件(C),由于它将在每个参与者的信念与意图及其正在进行的行为J之间的因果性联系中显现出来,因此对我们有一定的作用。这些参与者在其意图以及在其行为之中的相互回应性,使得这些意图所具有的系统性与网络性成为可能。这里非常值得注意的是,系统性并不仅仅是/众所周知0这一事实的产物。毋宁说,它几乎完全就是那些参与者们的精神状态间相互参照性的产物。系统性的一个要求是/众所周知0,它也许是一个将理论予以完善化的附加性必要条件,但是,它在非共担行动之中也同样是普遍存在的,因此/众所周知0并非是共担行动的一个值得关注的成分。此处,我们可以考虑塞尔提供的一个例子,人们三三两两地坐在公园的草地上,突然狂风大作,瓢泼大雨,人们便会赶快跳起来躲到避雨处。在这个例证里,任何一个人意图躲到避雨处,任何一个人也都看到所有其他人在往避雨处躲,并且任何一个人正确地认识到其他每个人都有躲到避雨处的意图(并且,每个人都相信其他每一个人都躲到避雨处的意图)。因此,众所周知这个条件就很轻易地被满足了,但很显然这并非一个共担行动。¹⁶⁵²

科尔曼就是这样解释法律制度如何就是共担合作性行动、并将两者联系起来进行学理分析的,他曾说明了承认规则如何是一个共担合作性行动的。¹⁶⁶²

例如,法官们通过先例的实践来协调他们彼此的行为,并且这些就是他们回应彼此意图的方式。对于上诉法院来说,其意图就是,它的裁决对其他下级法院来说是有拘束力的。下级法院法官们对这些意图的典型回应,就是将上级法院法官们的裁决,视为对他们自己行为的限制。对法官们彼此之间相互回应性的一个最佳解释就是,他们都认同一个共同的目标:使得一个能够经受得住考验的法律实践的存在成为可能(尽管,法官们可能各自具有不同的理由,去认为一个经受得住考验的、持续的法律实践是值得期望的)。对一个先例实践的容忍,就是每个法官帮助其他人去尽其本分的一种方式,从而去实现法律实践的那些目标。¹⁶⁷²

这里参与共担行动的各方是法官,因此他们就是那些具有这一意图的人:他们要一起进行某种行为。但是,那些法官们意图一起进行的这个行为是什么呢?这就是困难所在。那些法官们所意图一起进行的,并不仅仅是适用合法性的标准;如果法官们有一个遵循承认规则的共享意图的话,适用合法性标准就是他们在一起所会做的一切。基于科尔曼的观点,毋宁说法官们意图一起进行的就是/一个经受得住考验的法律实践0之事,因为他还将官员们的目的描述为法律的创制与维持:

虽然哈特正确地识别出了法官实践的规范性结构,他却错误地像马太和杰拉德·波斯特玛一样得出结论认为:承认规则有效地代表了对偏好冲突博弈的一个纳什均衡式的解决。对创制与维持法律甚为必要的官方实践,是社会合作的一

1652 参见 John Searle, *Collective Intentions and Actions*, 载于 Cohen, Morgan & Pollock eds., *Intentions in Communication*, Cambridge (MA: MIT Press, 1990), pp. 401-415.

1662 Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001), pp. 95-102. 另参见 Matthew Noah Smith, *The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?* (2006) 12 *Legal Theory*, p. 276.

1672 参见 Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 97.

种更为一般性的形式,此种形式是我们所不熟悉的。布拉特曼对这些实践以及它们的条件的可能性,给出了一个似是而非而又相当诱人的说明。¹⁶⁸²

法官们的共担行动,就是在法律制度中对第一性规则也对诸如承认规则这样的第二性规则的适用(有时候也是创制)。¹⁶⁹²

如此,我们就确定出了是谁在从事那共担行动,以及那共担行动是什么。那么,相互关联着的意图又是怎样的呢?让我们来看互相参照着的去为某行为 J 的意图。当科尔曼指出,法官们必须明显地共享去进行某行为 J 的意图,并且在此种情形下的意图必须明显是去一起适用第一性规则的意图时,他是可以遵循布拉特曼的进路的:(当(法官们)共同参与共担合作性行动时,(他们)必须共享一种意图,这个意图汇聚在一个共同目标上))哪怕(他们的)去这样做的理由或动机都是非常之不同的。⁰¹⁷⁰²于是,这就解释了法官们意图的相互参考性。

然而,去进行某行为 J 时仅仅具有相互参考性的意图还并不够,那些参与者还必须具有内在地相互参照的意图;特别是通过一些相互吻合的辅助方案,而具有一起去进行某行为 J 的相互参照的意图。马太举例说,如果你和我都意图去一起洗碗碟,与仅仅是在同一个地方、同一个时间洗碗碟行动相对的是,我们都必须有相互吻合的辅助方案,从而才能使得我们一起去洗碗碟。比方说,我打算负责洗碗,而你打算负责烘干,我们都明白对方的意图,这就与我们都打算烘干或者都打算洗碗的情况有所不同。为了我们能够一起洗碗碟,我们中的每一个人都必须知道对方的辅助方案,那是我们所共享的一个一起去洗碗碟的更大计划之一部分。也即是说,我们中的每一个人,都必须有这样的意图,它们以某种方式能够成功地参照他人的洗碗碟意图。那么,法官们是如何成功地型构起此种意图的呢?根据科尔曼,当法官们所审理案件中的裁决与已经发布的那些说明这些裁决的意见以一种恰当的方式相吻合时,法官们的辅助方案就相互吻合了。因此,法官们的辅助方案就是通过制作裁决以及意见的提出与发布而得到表述的,并且它们也因而成了先例。

但是,正如以上所注意到的,仅仅辅助方案的相互吻合对于共担行动还并不足够,而是在它们是由于一般的去进行某行为 J 的意图而相互吻合时,才是足够的。毕竟,法官们的

1682 参见 Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 97.

1692 在马太看来,泛泛而言,法律制度是相对而言稳定的整体性社会实践,正是法律制度使得第三方正式参与者创制并且/或者适用(也即是,创造、解释以及/或者执行)这样一些规则成为可能,这些规则调整着一个有限范围的参与者,并且与第三方的正式参与者在范围上并不完全相同。因此,制度就是一些稳定的社会实践,它们(a)具有某种内在的、自我支撑的结构,这种结构保证了稳定性与整体性;(b)通过对规则的创造、传播,以及/或者执行,对于那些为该制度所调整的人提供了指引;(c)包括这样一些正式的参与者,其实践支撑着制度并且适用该制度的规则。对于这里的第三方正式参与者,可以称之为制度的官员,或者简称为官员。参见 Matthew Noah Smith, *The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?* (2006) 12 *Legal Theory*, p. 271.

因此,当一个实证主义者试图解释法律制度如何是社会实践时,他是在寻求解释官员们是如何一起创制与适用法律的。或者,以一种更为复杂的表述来说:实证主义者在试图解释,一个由许多不同的人们所构成的集体,是如何能够以这样一种方式来创制与适用法律的,这种方式表现出了一种系统性的统一,而这种系统性统一对于那些创制并适用法律的行动构成一个法律制度的社会实践来说是非常必要的。这就是布拉特曼之共通意向与共担合作性行动理论所能达到的目标。参见 Matthew Noah Smith, *The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?* (2006) 12 *Legal Theory*, p. 272.

1702 参见 Jules L. Coleman *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001), p. 97.

裁决也许只是在偶然的情况下才能以相互吻合而告终。例言之,如果我们打算一起去洗碗碟,如果情况仅仅是碰巧表明我清洗碗碟,同时你又烘干了它们,那么这显然是并不充分的。毋宁说,我必须意图去清洗碗碟,并且这必须与你要我们一起洗碗碟的意图相一致,并且要与你打算烘干这些碗碟的辅助方案相一致;同时,你必须意图去烘干碗碟,并且这必须与我要我们一起洗碗碟的意图相一致,并且与我打算清洗碗碟的辅助方案相一致。同样的,从某种意义上说,为法官们所创作的那些裁决,必须是一个整体性全面计划的组成部分,这个全面计划就是一起适用第一性规则。如此,每个法官就是在与所有其他法官的意图相一致的情况下发布一个裁决(也即是,他意图在一个适用法律的共担行动中尽其本职),这所有其他法官的意图就是,在与所有其他法官的裁决相一致的情况下适用法律。司法裁决与先例的相吻合,就是在一个法律制度中,那些作为官员的参与者的辅助方案相吻合的目的。

科尔曼最后着重解释的是,如何可能存在一些关于承认规则之内容的争议,并且此类争议不会破坏构成法律制度的共享行动。¹⁷¹²那么,一言以蔽之,科尔曼在分析法律制度时对布拉特曼式框架的运用,是与那些共享一个一起去适用第一性规则的法官们有密切关联的。此种共享意图在法官个体们的精神生活里有着一定作用,借此他们可以一种使得共同适用第一性规则变得可能的方式,去形成各种意图(也即是发布裁决与写出意见)。特别地,此一欲适用第一性规则的共享意图,考虑到了通过各个法官而各种意图的形成(也即是,创制某些特别的裁决与撰写某些特别的意见),而此处的这些意图是互相吻合的,比如,低级法院法官会意图他们的裁决与高级法院法官们的意见相一致。

科尔曼就是这样运用布拉特曼之共担行动理论去解释法律制度如何可以是社会实践的。他争辩道,法官们具有某种特定种类的共享意图,是此种意图将他们的行动扭结起来,并形成一个共担行动。结果就是,他们以法官身份做出的那些行动,具有一种系统性统一,并且正是基于这一点,法官作为其一部分的法律制度就是一种社会实践。¹⁷²²

四 结语:从事实到规范

(一)法律规范性的发生

根据哈特与波斯特玛的理论,承认规则最好被理解为伴随了一个成规,也即在官员们适用法律以及处于需要有效性法律标准的识别之境中的人们,其行为中的一个常规性;如此,为何绝大多数官员都要遵循常规性,其部分的理由就是,绝大多数官员以及市民遵守常规性并且绝大多数官员以及市民期待绝大多数(其他)官员与市民也去遵守常规性,是众所周知的共识。需要注意的是,对一个成规的遵守,并不仅仅是一个/有原则的0官方行为的趋同性问题;因为常规性的事实,以及为它所密切关注的那些期待,都被非常重要地算进了每一方的遵守理由中。比如法官,他们并非/仅仅因为他们自身0而遵循承认规则,而是因

1712 [美]朱尔斯·L·科尔曼:《5原则的实践:为法律理论的实用主义方法辩护》,丁海俊译,法律出版社2006年版,第127-130页。

1722 参见 Matthew Noah Smith, *The Law as a Social Practice: Are Shared Activities at the Foundations of Law?* (2006) 12 *Legal Theory*, pp 271-278.

为他们视之为正确司法裁决的共同公开标准。¹⁷³² 如此, 通过以此种方式对包括在成规性规则中的内在态度的理解, 我们就建构了一个沟通关于司法实践之社会事实与名副其实的规范性考量(实质上是官员们真正义务的一些独特支类)之间的桥梁。

基于这个观点, 成规性司法责任是真正的责任, 而非仅仅是某些人们认为其应该具有义务性的行为方式。成规性规则的规范性力量, 既不是立基于其道德优点, 也非基于规则内在的合理性, 亦非法官或者任何人对这一点的确信。它仅仅是基于这样一个事实, 该规则成功地履行了其协调官员与外行人在法律识别与法律适用上的行动上的任务。官员们根本无需相信现存的承认规则是理想中最佳的, 而事实上它也无需真的如此。这符合哈特的洞见, 承认规则的存在以及法官们遵守它的义务并不取决于法官或者其他人所具有之接受规则的理由, 而仅仅在于他们的接受这样一个事实。

如此, 由于在一个有效的法律体系下对司法义务的证成, 并不取决于对那些为该体系所主张之规则、原则、权利或责任的实质性证成, 因此我们就可以在不做出德沃金那个有问题的假设(这个假设是, 法官已经接受了他所在之法律体系的特定政治意识形态)的情况下, 来说明司法义务的规范性力量。¹⁷⁴² 法律的规范性力量(权威)取决于法律的社会功能, 也即是说, 取决于法律在社会互动中的复杂行动中的位置, 而不是取决于法律规则与标准的内容(作为道德标准的真理性或者相似的正确性)。当然, 这并不意味着与成规无关的道德考量不会或者可能不会在司法推理中起作用。相反, 在成规建构的实践的语境中, 此类道德考量可能会扮演非常重要的角色, 甚至在某些情形下, 法官被授权援用与成规无关的道德关注本身就是成规的一部分。

这里, 对哈特承认规则学说的重构主要是去展开与分析一种社会语境, 正是在此语境之中, 司法实践(承认规则就是从司法实践中产生)获得其实践上的重要性。我们需要努力去了解, 在一个复杂而又连续的社会战略性互动问题中, 这些事实是如何必须加以嵌入的。正是借助于既包括官员又包括外行人之期待与优先选择的相互依赖性, 合作才是必要的与可能的。并且, 也只能借助于这些期待, 关于对有效法律规则的权威性识别的司法实践, 才享有了其所具有的规范性与法理学上的重要意义。正是此一战略性互动的框架以及一套相互纠结的期待, 表征了这么一个处于每一法律体系之基础地位上的司法实践。我们依然希望能够以成规性常规来识别承认规则, 正是成规性常规在广泛范围的情形中提供了这种行动作为合作的关注点。但是, 当常规性不再具有时, 我们也并不仅仅是无话可说。因此, 在这个框架之下, 解释规则中的不确定性、随时间的流逝规则所发生的改变, 以及适应新的与变化中的情形, 都是可能的。伴随成规可能会发生不确定性, 但是实践推理的框架与社会互动也为其提供了解决机制; 也正是在实践推理的框架与社会互动中, 成规才能具有存在性。成规就是在那些要求合作的、重复发生的情境中的行为的常规性。并且, 那些引起服从成规之

1732 波斯特玛认为, 哈特的承认规则并不是一个/法官只从自己的角度而服从的0原则, 而/必须被从内在观点视为一个公开的、共同的标准0。基于这个事实, 我们能够去论述法律体系的存在与统一性。哈特在这里的意思是, 法律体系的存在与统一, 并不简单地取决于存在一些为官员与其他人所切实接受的原则(他们从其自身的角度来服从这些原则), 而毋宁是, 取决于存在某些标准, 而这些标准被视为在本质上是公开的或共同的。参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 115-117. 另请参见 Gerald J. Postema, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, (1982) 11 *The Oxford Journal of Legal Studies*, p. 171.

1742 [美]罗纳德·德沃金: 5认真对待权利6, 信春鹰、吴玉章译, 中国大百科全书出版社1998年版, 第143页。另外参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Cambridge University Press, 1977), p. 105.

义务的因素, 最终来说并非行为的常规性, 而是战略性互动情境的结构。即便在成规性常规的显著性被遮蔽了的某些情形中, 那种语境也依然存在, 并且可能仍会产生义务。只是, 此时的任务是去找出显著性的其他方面。

要言之, 波斯特玛接续哈特的思路认为, 法律从其基础而言, 是立基于一套复杂的成规之上的, 这是一套既包括官员也包括人民之正确的法律识别与法律适用行为的成规。因此, 法律就是一个社会事实问题, 与某些特定基本制度的行为有着重要的联系。这些事实被嵌入一套复杂的社会战略性互动的网络之中。由于这种嵌入, 这些社会事实产生了具体的行为理由, 它们产生了真正的义务。于是, 法律就界定了一个实践推理的框架。借助于成规概念, 以及为了说明它们而需要的那些相互联系着的概念, 我们就弥合了在社会论与规范论¹⁷⁵²之间所存在的鸿沟。正如哈特所发现的, 调和的关键不是聚焦于识别或者有效性之标准的内容上, 而是盯住这些标准之存在与权威背后所潜在的条件。以此方式, 对于法律的赋予义务之特征直截了当的解释, 能够在无需在法律的一般理论中安置一个法律识别的规范性标准(正如自然法理论所特有的)的情况下而得以发展。也即是说, 根据这种解释, 在任何给定的法域中, 效力标准的内容完全是一个社会事实问题, 而不是一个关于批判性道德的问题。¹⁷⁶²

基于社会成规理论模型的努力, 就这样弥补了哈特对承认规则学说之阐述的不足。在社会事实、社会实践以及社会互动的框架之下, 不仅解决了承认规则的存在与效力问题, 自然也同时解决了法律的规范性问题。

(二) 合法性与正当性

法律必须被理解为是提出某些严肃的要求要我们遵从, 它的要求是强制性的: 它的要求是使我们负有服从义务, 而非建议、威胁或者劝服我们去遵从。当然, 并非每个法律都是强制性的规范, 但是所有的法律体系都包含了强制性规范, 并且它们处于其最为重要的方面之列。¹⁷⁷² 正如哈特经常所言, 法律的规范性包括对人们具有指导与评价作用的规范与标准。但是, 问题在于, 强制也在某种意义上要求一个人按照某种方式行为。于是, 法哲学史就为这样的一些主张所充斥: 法律与道德义务以及强制最终都会殊途同归, 或者它们中至多只有两者能够被识辨出来, 法律可化约为其中之一或者被化约为两者。

正如有人所认识到的, 实证主义者与自然法哲学家们所争论的这个方面, 至少在部分上是一个关于正当理由, 也即是证成的问题。¹⁷⁸² 由于其规范性, 法律(至少在部分上)往往会

¹⁷⁵² 规范论指的是, / 法律是一种形式的实践推理; 就像道德与审慎一样, 它为实践推理界定了一个一般性框架。只有当我们能够理解, 法律是如何以同样方式给予共同体成员、官员以及法律所统辖的人们行为理由时, 我们才能理解法律。因此, 任何充分的关于法律的一般理论, 都必须给法律的规范(赋予理由)品格一个令人满意的解释, 并且必须要为法律所界定的实践推理的框架与道德与审慎的框架联系在一起。0而社会论是指, / 法律是一种社会事实。什么能算得上法律以及什么算不上法律, 是一个有关人类社会行为与制度的事实问题。只有当我们将之理解为一种社会制度时, 我们才能理解法律。而只有这种社会制度能够切实地具有效力、并且指引共同体中人们的行为时, 它才能说是存在的。因此, 任何充分的关于法律的一般理论, 都必须对作为社会现象的法律给出一个令人满意的说明。0参见 Gerald J Postema 'Coordination and Convention at the Foundations of Law', (1982) 11 The Oxford Journal of Legal Studies p 165.

¹⁷⁶² 参见 Gerald J Postema 'Coordination and Convention at the Foundations of Law', (1982) 11 The Oxford Journal of Legal Studies pp 197- 202.

¹⁷⁷² Leslie Green, 'Positivism and Conventionalism', (1999) 12 Canadian Journal of Law and Jurisprudence p. 44

¹⁷⁸² B. E. King 'The Basic Concept of Professor Hart's Jurisprudence: The Nom out of the Bottle', (1963) Cambridge Law Journal p 283.

规定什么是人们/应当0或/不应当0去做的行为。而且,人们也想知道为什么他们/应当0或/不应当0以某些特定方式去行为。从一个层次上来说,这仅仅涉及了一个衡量某个特定规则的优或劣的问题。从另一个层次上来说,该论题涉及了法律义务的理由与根据。是否仅仅是,如果一个人不去遵循特定的法律,他就会遭受其不想遭受的不利后果?抑或是,法律规定了在道德上正当的行为,因此应当合乎道德地予以遵循?是否一个法律体系仅仅是一个强制的体系,抑或它是一个奠基在道德规范之上的体系?如果某些特定的法律义务有所根据的话,那么这个根据的性质决定着这些法律义务的力量。

因此,法律的规范性问题告诉我们,除非能够知道法律义务的根据或者性质,否则,一个人就不可能在法律和道德义务与强制之间进行区别。¹⁷⁹² 由于一个法律体系必须施加某些法律义务,除非一个人能够确定是否施加了法律义务,否则,他就不能确定它能否算得上一个法律体系。除非一个人能够理解法律义务的力量,否则,他就不能够衡量在法律与道德义务之间的冲突。他甚至不知道自己在衡量什么:相互冲突的道德义务,或者相互冲突的道德义务与审慎的考量,或者道德义务与其他什么之间的冲突。各个法律体系与法律都是行为与选择的规范性指南。只有理解了它们的规范性,才能够理解法律。

马太·克雷默(Matthew Kramer)也认识到,哈特所识别出的那许多关于法律概念的问题,都与法律的规范性有关。¹⁸⁰² 诸如权利与义务等都明显是规范性的,但问题是它们与事实之间缺乏直接的联系。¹⁸¹² 哈特时常强调,法律陈述不能化约为事实类陈述。在他早期的文章中,他认为司法裁判混合了法律与事实,并借此指出法律陈述并非仅仅是事实性的。¹⁸²² 在其就职演说里,他认为关于权利的陈述并非是描述性的,尽管他自相矛盾地建议通过它们的真值条件来分析它们。这些都是人们会期待规范性语言的方面。同样的,这些规范性语言也可以根据道德术语而得以形成。对关于那些法律术语的提议中的各种理论的简单一瞥,就可以印证这个假设。¹⁸³²

哈特试图为法律义务提供一种既不同于批判的道德又不同于强制的分析。因此,在批判的(或者正确的)道德与实在的或者已为一个社会所接受的道德之间做出区别,就非常重要了。¹⁸⁴² 尽管它们在许多重要的方面都不相同,但法律与实在道德都产生义务,只是它们都不必然去决定一个人应该做什么。哈特观点的核心在于这样一个主张,按照许多不同的方式,法律的义务与实在道德的义务都源于社会规则。与使用规则以去指引行为相联系的独特语言指出了法律义务的那些独特要素,而且它有助于显示,这样一些义务是如何相似于但又不同于批判的道德与被强制的。结果是,对在阐明与适用规则中使用的术语所进行的分析,是法理学与法律的核心。它指出了法律独特的规范性品格。

将哈特与凯尔森进行的对比,将会有助于理解哈特将承认规则的规范性系于社会实践

1792 参见 Michael D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy: An Examination* (London: Kluwer Academic Publishers, 1992), p. 16.

1802 Matthew Kramer, *The Rule of Recognition in the Hart of Jurisprudence*, (1988) 8 *Oxford Journal of Legal Studies* p. 428.

1812 [英] H. L. A. 哈特:《法理学与哲学论文集》6,支振锋译,法律出版社 2005 年版,第 25 页。

1822 H. L. A. Hart / *The Ascription of Responsibility and Rights*, 载于 Antony Flew (eds), *Logic and Language* (Garden City N. Y.: Doubleday and Co., Anchor Books, 1965), pp. 151- 152. 但是,哈特此文写于 1948 年。

1832 [英] H. L. A. 哈特:《法理学与哲学论文集》6,支振锋译,法律出版社 2005 年版,第 25- 28 页。

1842 [英] H. L. A. 哈特:《法律、自由与道德》6,支振锋译,法律出版社 2005 年版,第 20- 21 页。

的理论, 以及由承认规则的规范性所保证之法律的规范性。凯尔森和哈特都试图回答这样一个问题: 一个法律体系如何能够与强盗们的指令相区别? 于哈特, 这个问题导致了他对我们遵循一个规则时是如何行为的, 以及我们被强迫去做同样行为时是如何行为的))) 这两者之间在行为与态度上的各种差异的考察。这自然而然又导致了哈特对规则与法律/内在方面 0 的讨论, 这正是其法律理论的进路。凯尔森对这个问题的回答则很简单: 那些以规范性方式看待有权力之人们的行为, 并且因此在涉及官方的颁布时预设了基本规范的人, 将那些有权之人视为合法的权威; 而那些不以此方式看待的人, 将会把那些有权之人看作强盗或者其同类。某种意义上, 凯尔森与哈特两人对该问题的回答具有一定的可比性: 在有效法律的命令与强盗们的指令之间所存在的差别, 是由市民或者国民们的态度所决定的; 事实上, 这种差别就是由他们的态度所构成的。在这里, 我们也可以看看法律实证主义是如何将凯尔森与哈特连在一起的, 在分析强盗们与正当的政府之间所存在的差别时, 他们都或多或少将焦点放在有关市民反应的这个/中立的 0 问题上。他们的立场都避免了道德判断。对于强盗/法律问题, 他们略过了一个更为明显的答案, 而自然法理论家们会迅速地这样回答: 在正当的领导人与强盗们之间所存在的差别是, 前者的行为是公正的, 并且是为了公共福祉; 而后者则不是这样。

在对法律的规范性进行简单的探讨之后, 我们就可以着手讨论其有效性了。众所周知, 在自然法学者和法律实证主义者长期的争论中, 前者认为/有效规则 0 是正当的规则, 正当性规则的确要求遵守和支持。另一方面, 实证主义者传统地认为有效性或者至少规则的有效性是指, 通过了有效法律体系所设置的检验; 规则之所以是可执行的, 并不因为其内容。¹⁸⁵² 人们遵守一个规则, 不是由于它的内容, 而是由于该规则的来源。只要它是为其法律体系的效力标准所识别出的成员, 它就是有效的, 也就是应该得到遵守的。凯尔森曾经指出, 通过/有效 0 这个词语, 我们指定了一条规范的具体存在。当我们描述规范创制行为的含义或者意义时, 我们会说, 通过这个行为, 某些特定人类行为是受到指令的、命令的、规定的、禁止的或者是得到许可的、允许的和授权的。一言以蔽之, 某事应当被做, 或者不应当被做。¹⁸⁶² 由于一个规范的有效性是一种应当而非是/是 0, 因此将一个规范的有效性与其实效性相区别就是非常必要的了。实效性是一种/是的事实 0, 这种事实意味着一个规范切实地得到适用与服从, 意味着人们切实地按照该规范来行事。¹⁸⁷² 而说一个规范是/有效的 0, 却是意味着与被切实地适用与服从不同的东西, 它意味着它应当得到适用与服从, 尽管在有效性与实效性之间可能的确存在某种关联。¹⁸⁸² 只有当人类行为切实地遵守了一个规范, 或者至少在某种程度上切实地遵守了一个规范, 才能说这个一般性的法律规范是有效的。一个在任何地点都不为任何人所服从的规范, 换言之, 一个在任何程度上都不具有实效的规范, 是不会被视为有效法律规范的。一种最低限度的实效性是有效性的条件。¹⁸⁹² 当然, 这自然也意味着一个法律规范在有些时候可能是得不到服从与遵守的, 但这不影响其法律规范的地位。

1852 [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威: 法律与道德论文集》6, 朱峰译, 法律出版社 2005 年版, 第 132 页。

1862 参见 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight 译, 2nd (Berkeley: University of California Press 1967), p 10.

1872 参见 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight 译, 2nd (Berkeley: University of California Press 1967), p 10.

1882 参见 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight 译, 2nd (Berkeley: University of California Press 1967), pp 10-11.

1892 参见 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight 译, 2nd (Berkeley: University of California Press 1967), p 11.

凯尔森认为,只有通过基础规范的概念,才有可能得出有效性和规范性的法律概念。当人们无视法律的道德价值而将其视为规范性体系时,基础规范便是必要的前提预设:

如果通过类推来适用康德的认识论概念是可以允许的话,则作为为法律科学所表述的这种基础规范,就可被表征为此种解释的先验)))逻辑性条件。康德问道: /不借助形而上学,我们如何能够根据为自然科学所阐明之自然法则,来解释那些为我们感觉所察知的事实? 0以同样的方式,纯粹法学也可以问: /不借助超法律的权威资源,比如上帝或者自然,如何能够去解释某些特定事实的主观含义? 这些事实作为客观上有效的法律规范体系,是可以用法律规则来进行描述的。0纯粹法学的认识论的回答是: /通过预设基础规范,一个人应当按照宪法所规定的那样行为,也即是,应当按照宪法创制行为之意图的主观含义去行为,按照创制宪法之权威的命令去行为。0基础规范的功能就是去发现一个实在法律秩序的客观有效性。¹⁹⁰²

基础规范的存在保证了法律的有效性只能来自合法性,不可能也不需要从超越实在法规范体系的事物得出有效性,从而抛弃了法学上正当性与合法性的二元论,使得一种有关纯粹合法性的规范理论照样能够成立,能够对实在法做出科学的说明。如此,就 /不可能将 -非法- 归之于法律秩序 0。¹⁹¹²

这种对凯尔森的分析对于哈特也有其参照意义。无论是基础规范还是承认规则,其所欲解决的问题都无非是法律的有效与正当问题。根据传统自然法的理论,法律的有效性在于其规范性,其规范性又在于其合法性,而合法性却是来源于对某些法外因素的符合,比如道德、正义、上帝等等。但凯尔森与哈特的法律实证主义则否,根据他们的理论,特别是根据哈特,法律的规范性来源于其有效性,法律的有效性来源于其作为一个法律体系的成员性,这种成员性则来自于其合法性)))符合该法律体系的某个效力检测标准。如此,法律的有效性事实上与规范性合一,有效的就有规范性的,而合法性却与正当性分离,因此合法性就不一定来源于正当性。或者也可以反向认为,合法性与正当性在实际上已合二为一)))合法的就是正当的,甚至也可以认为,正当性反而是来自合法性。法律规则的成员资格、有效性、规范性与正当性,就这样都被统摄于承认规则的 /承认 0之中了。可以这样说,法律规则能够得到承认规则的识别就具有了一个法律体系成员资格,就成了有效的法律规则,就具有了规范性,而不必是由于其来自某个正当的理念(正义、上帝、理性、道德等等)而具有有效性与规范性。一言以蔽之,承认规则一方面阻断了对法律正当性的追问,区隔了事实与价值,另一方面又取代了正当性从而去证成合法性,沟通了事实与规范。因此,它集事实与规则于一身,而本身又是成规性社会实践,将法律植根于深厚的社会实践之上,自然为法律理论找到了新的活力之源。当然,在进行此工作的过程中,规则的内在方面或者对规则的内在观点,在某种意义上起到了自然法里正当性的作用,在一定意义上削弱了法律的暴虐色彩。可以说,承认规则的社会成规性本质与内在观点的结合,实现了在事实与规范之间的链接。

1902 参见 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Max Knight译, 2nd (Berkeley University of California Press, 1967), p. 202.

1912 在《上帝与国家》一文中,凯尔森的核心观点就是 /所有法律皆是国家法,因为所有国家都是法治国 0。因此国家不可能行 /非法 0,因为国家就是法律。[奥]凯尔森:《上帝与国家》,林国荣译,田立年校,载刘小枫选编:《施密特与政治法学》,上海三联书店 2002年版,第 327页。当然,他的这种合法性与正当性二分的立场能否合乎逻辑地坚持下去,则是另一回事。

[Abstract] Why must people abide by the law? One legal philosophy tradition holds that the answer lies in the nature of the God's will, reason and morality which are the inherent contents of the law, whereas legal positivism tradition maintains that the law itself is the very reason for the action, and it tries to trace the normative nature of the law to the social fact, namely the law-making by the sovereign state. One of the theoretical tasks for legal positivism, therefore, is to prove how legal norms have been deduced from the social facts. Bentham, Austin and Hart had made painstaking efforts in this respect, but none of them had succeeded in providing convincing arguments. However, if taking the rule of recognition as a theoretical tool and the theories of social convention and shared cooperative activities as intellectual resources, we can prove how social practice produces the legal rules successfully, and provide an explanatory exposition for this meta-proposition in legal philosophy.

(责任编辑:黄列)

书讯:

5法学研究之路: 3环球法律评论 4三十年摘要汇编 6

值 5环球法律评论 6杂志创刊三十周年之际, 5环球法律评论 6编辑部汇编了从 1979年到 2008年 30年间(包括其 5法学译丛 6、 5外国法译评 6阶段)所刊载的全部论文和资料的摘要汇编。

全书共汇编了从 5法学译丛 6到 5环球法律评论 6三十年来所出 154期 3000多篇文献共约 35万字的浓缩摘要。为了便于查找和检索, 本书严格按照时间顺序编列各类文献资料的信息和摘要。对于每一篇摘要所在的杂志的年份和期数都有特别列明。每一期杂志中的文献资料连续编号。此外, 本书还特别整理出了 5论文学科分类索引 6, 附于本书正文之后。

本书已于 2008年 12月由中国法制出版社出版。