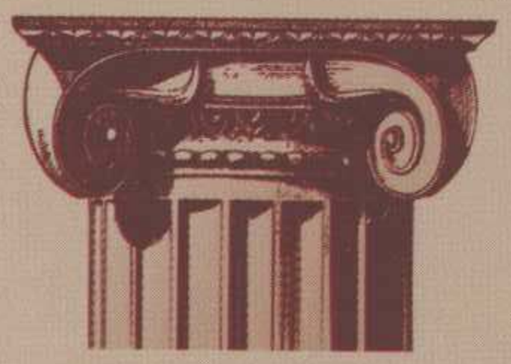
法律理论前沿丛书
FALÜ LILUN QIANYAN CONGSHU

[美] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈◎著
Brian Z. Tamanaha
郑海平◎译

一般法理学：以法律与社会的关系为视角

A GENERAL JURISPRUDENCE OF LAW AND SOCIETY



中国政法大学出版社

内容简介

《一般法理学：以法律与社会的关系为视角》是一部从法学理论和社会学理论的角度探讨法律-社会关系的著作。在西方的法学传统中，法律常常被理解为反映社会中的习俗和道德的一面镜子，它的功能在于维持社会秩序。以这种获得了广泛接受的理解为主线，塔玛纳哈教授在本书对西方传统理论中关于法律-社会关系的论述做了回顾，并从理论和经验的层面对这些传统的理解提出了批判。以此为基础，他试图在本书中构建一种用于研究法律-社会关系的新的、一般性的理论框架。同时，塔玛纳哈教授也阐述了如何利用这个框架对当今世界上各种情境中的法律-社会关系加以研究、理解和批判。

塔玛纳哈教授在“法律与社会”学领域做出了杰出的贡献。在这本书中，他试图为法律与社会间的关系建构一个一般性的理论框架。这一努力为一般法理学开辟了一个新的维度，意义重大。该书的出版在西方学术界产生了较大的影响，其中文版的面世也必将使更多的中国读者得以深入了解塔玛纳哈教授的理论努力及一般法理学理论。

——邓正来（复旦大学特聘教授）

这是一部对传统的西方法学理论提出挑战，并在批判的基础上建构新的研究框架的著作。传统的西方法律理论中有一种流行的观点，即法律就像一面镜子一样反映着社会生活，其使命在于维护社会秩序。塔玛纳哈教授对这种流行的观点提出了批判，因为他在非西方社会的实践中看到的完全是另外一回事：法律讲的是一套，社会的运行完全是另一套。甚至对于西方来讲，法律与社会的分离也是经常出现的现象。但作者的任务并不仅仅在于批判，他试图将法学、社会学、政治学和人类学的理论熔入一炉，从法律与社会间的关系这个角度建立一种新的一般法理学。中国正处在社会转型的过程中，在我们追求“法治国家”的目标时，认真读一读塔玛纳哈教授的这本书，是很有益的。

——朱景文（中国人民大学法学院教授）

塔玛纳哈在这本书中提出了一些新颖、激进、而且引人深思的观点……我认为这是一部非常重要的著作。

——威廉·退宁（William Twining）（伦敦大学学院法学院教授）

上架建议：法理学

ISBN 978-7-5620-4271-6

9 787562 042716 >

定价：28.00元

法律理论前沿丛书
FALÜ LILUN QIANYAN CONGSHU

一般法理学：

以法律与社会的关系为视角

A GENERAL JURISPRUDENCE OF LAW AND SOCIETY

[美] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈◎著
Brian Z. Tamanaha
郑海平◎译

中国政法大学出版社
2012·北京

图书在版编目（CIP）数据

一般法理学：以法律与社会的关系为视角 /（美）塔玛纳哈著；郑海平译.

—北京：中国政法大学出版社，2012.5

ISBN 978-7-5620-4271-6

Ⅰ.①法… Ⅱ.①塔… ②郑… Ⅲ.①社会法学-研究 Ⅳ.①D90-052

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第074197号

书　　名　一般法理学：以法律与社会的关系为视角

YIBAN FALIXUE YI FALÜ YU SHEHUI DE GUANXI WEI SHIJIAO

出版发行　中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088信箱8034分箱　邮编100088

http://www.cuplpress.com（网络实名：中国政法大学出版社)

58908325(发行部) 58908334(邮购部)

编辑统筹　综合编辑部　010-58908524　dh93@sina.com

承　　印　固安华明印刷厂

规　　格　880mm×1230mm　32开本　11.25印张　290千字

版　　本　2012年9月第1版　2012年9月第1次印刷

书　　号　ISBN 978-7-5620-4271-6/D·4231

定　　价　28.00元

声　　明　1. 版权所有，侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

编 委 会

顾问委员会（以姓氏拼音为序）

布赖恩·比克斯（Brian Bix，明尼苏达大学法理学教授）

布赖恩·Z. 塔玛纳哈（Brian Z. Tamanaha，华盛顿大学法理学教授）

科斯塔斯·杜兹纳 （Costas Douzinas，伦敦大学人权法教授）

大卫·戴泽郝斯 （David Dyzenhaus，多伦多大学法理学教授）

劳伦斯·索伦 （Lawrence B. Solum，乔治城大学法理学教授）

罗伯特·阿列克西 （Robert Alexy，德国基尔大学公法学教授）

芝侬·班考夫斯基（Zenon Bankowski，爱丁堡大学法理学教授）

陈弘毅（香港大学法学院教授）

舒国滢（中国政法大学法学院教授）

颜厥安（台湾大学法学院教授）

朱景文（中国人民大学法学院教授）

主　编

许章润（清华大学法学院教授）

於兴中（康奈尔大学法学院教授）

学术编委（以姓氏拼音为序）

陈柏峰　陈林林　陈景辉　谌洪果　丁　利　丁晓东
范立波　高　杨　侯　猛　胡水君　柯　岚　李桂林
李　娟　雷　磊　雷　勇　毛国权　泮伟江　钱向阳
桑本谦　孙文恺　孙国东　王凌皞　王　旭　汪庆华
徐　斌　徐继强　杨　贝　岳　林　张书友　张芝梅
张　翀　张　艳　章永乐　郑海平　翟志勇　支振锋

执行编委

毕竟悦　李诚予　伊卫风

丛书宗旨

21世纪以来，当代法理学研究已经进入了百家争鸣、平起平坐的“无王期”。一般法理学、社会－法律研究、法律与文学、后现代法学、经济分析法学等新兴学派极大丰富了法理学的内容和视野。这些理论不仅拓宽了法理学的研究范围，也将为法学领域的其它学科带来全新的视野。

丛书力求突破学派与门户之见，全面介绍当代法律理论各种流派的前沿观点，打造具有国际化视野的法理学丛书，展示社会理论、人权理论、文化理论、环保主义、文学理论这些思潮给法学带来的全新影响，体现当代法理学中学科交叉、理论结合实践的视角，以图为当代中国的社会与法律转型提供新的理论资源。

丛书由11位海内外资深法理学学人担任学术顾问，负责为丛书推荐优秀选题和书目，并由中国国内70后的法理学青年学人组成学术编委会，计划推出国外法律理论的前沿译著和中国法理学学人的优秀专著。丛书在编务上将充分集思广益，尊重各位学术顾问和学术编委的批评建议，谨慎选择主题、书目和译者作者。译著选择认真负责、译文过硬的译者从事翻译工

作，严格把关翻译质量，力争将每本都做成精品。专著采用学术顾问和编委匿名审稿制度，纯以学术价值为选择标准，不拘一格选拔人才。

《法律理论前沿》编委会谨识

致 谢

感谢“美国法律文库”前任项目编辑、中国政法大学国际合作与交流处张翀女士为促成丛书出版和前期准备所做的出色工作，没有她的最初规划和积极协调，这套丛书不可能顺利出版。感谢香港张陈钟律师行钟国昌律师、西北政法大学校长助理汪世荣教授、教育部考试中心命题二处戴一飞博士、北京博珩第零文化发展有限公司贺维彤先生为丛书出版提供的协助。哥伦比亚大学约瑟夫·拉兹（Joseph Raz）教授、牛津大学威廉·退宁（William Twining）教授、哈佛大学邓肯·肯尼迪（Ducan Kennedy）教授、南加州大学安德雷·马默（Andrei Marmor）教授也对丛书出版表示了关心并提出了宝贵意见，在此一并致谢。

《法律理论前沿》编委会谨识

中文版序言

这本书的中文版能够面世，我感到很荣幸。同时，我也感谢郑海平先生为了翻译本书所作出的努力。

为了写这篇序言，我重读了本书。我的想法是难以用几句话说清楚的。有些观点，我现在也许可以论述得更好；有些观点，我现在则有点怀疑；还有一些本来也许应该探讨的问题，我却未能在书中加以探讨。但是，总体而言，我对本书还是很满意的。这本书对西方法律理论中的两个基本的假设——法律像一面镜子一样反映着社会，其功能在于维持社会秩序——提出了批判。它并不否认法律事实上可能常常是社会的一面镜子，或者法律常常发挥着维持社会秩序的功能。它只是主张，这些假设在许多社会情境中是不成立的；倘若能够对这些情境加以研究，将大大地丰富我们对于法律与社会的关系的理解。这就是对本书核心论点的一个简要总结。

我不想对书中的内容作任何修改。尽管我是这本书的作者，但这本书有它自己独立的存在。此时的我，也仅仅是一个读者。

对于本书中文版的读者，我有几句简单的话要说。本书中讨论的理论家、文献，以及观点，几乎完全是西方的。本书的核心主张之一就是：这些观点是有缺陷的，因为它们是以西方人对于

法律的理解为基础的，而这种理解在许多情境下并不成立。遗憾的是，我本人也未能摆脱这个局限——对于西方理论传统之外的思想家和著作，我并不是很熟悉。对本书的一个完全合理的批判是：如果没有普适的知识作基础，就不可能构建任何普适的法理学。我不知道中国人怎么理解法律以及它与社会的关系。所以，如果我所构建的框架不能将中国人对这些问题的理解纳入其中，也完全是可能的。我希望本书中文版的读者们能够指出这些缺陷，并且提出一个更好的框架。要构建一个有着广泛的适用范围的法理学框架，其途径无疑是多种多样的。

布赖恩·Z. 塔玛纳哈

2011 年 11 月 20 日

编者介绍

在探讨法律与社会的关系的各种理论中，往往包含着一些已经获得广泛接受的假设。在本书中，布赖恩·Z. 塔玛纳哈对这些假设提出了质疑。在其前一本书《现实主义的法律－社会理论》的基础上，作者在本书中进一步地检讨了当代许多学者持有的两个重要观点：一个是本书作者所说的镜像命题（mirror thesis），即“法律是反映社会生活的一面镜子”这种说法；另一个则是法律的社会秩序功能理论——通过制定和实施规则，以及解决纠纷等，法律发挥着维持社会秩序的功能。因此，本书对一些已经获得广泛接受的观点——法律反映着一个社会中的习俗和道德，并且发挥着维持社会秩序的功能——提出了质疑。

塔玛纳哈教授打破了这种传统的观点，认为这种观点建立在关于西方社会的法律的一个错误的假设之上。他认为，这种观点不仅不符合西方社会的法律制度，而且也不能解释由于全球化以及地方性法律制度的传播而引起的种种现象。他的目标就是要构建一个一般的理论框架，以便将这些复杂的情况都能容纳进来。在这样的尝试中，他不仅利用了法学理论，而且广泛采用社会和政治理论，以及社会学和人类学的理论。

这本书代表了一次大胆而且信心十足的尝试。对有些人来

说，本书的观点可能有许多值得商榷之处，甚至有些挑衅意味。但这并不足以否认它的重要性，因为它针对的是社会－法律研究中最根本的一些问题。

凯斯·哈金斯

Keith Hawkins

序　言

尽管本书从性质上来说是一部理论性著作，但最初促使我构建一般法理学（general jurisprudence）的，并不是理论研究，而是我在密克罗尼西亚做律师的经验。密克罗尼西亚的法律和我在法学院学到的法律是截然不同的。我在法学院学到的法学理论告诉我：法律是反映社会生活的一面镜子，它的主要功能在于维持社会秩序。一般而言，法律规范来源于、并且反映着特定社会的习俗和道德。这些理论的问题在于：虽然密克罗尼西亚的法律完全是从美国移植的，而且大多数法律从业者（正如我一样）也是移居国外的美国人，但一个显而易见的事实是，这些理论既不能解释也不能描述密克罗尼西亚的法律。

在那里，人们的习俗和价值观与他们的法律系统和法律规范有很大的不同。举几个例子［这些例子主要来源于密克罗尼西亚的雅浦（Yap）州］：虽然他们保留着种姓制度（caste system），但是他们的法律却禁止歧视；他们的文化强调“合意”，但是他们的法律制度却采取了对抗的模式；他们认为，防止和打击犯罪需要社区自身作出反应，但国家却垄断了使用暴力的权力，而社区的反应则被当做是非法的；他们生活中的财产权包括占有权、使用权、社区共有（community ownership）等，但是他们的财产

法体系和担保法却建立在诸如不限定继承的不动产（fee simple）、终生所有权（life estate）、承继所有权（remainders）等普通法的概念之上；他们采用了民主政治体制，但在大多数竞选中，不会有人投票反对候选人，因为任何一个候选人实际上首先需要经过权威领导的批准；他们的官方法律文本使用的是英语，但许多人根本不会说英语（更不用说那些更为复杂难懂的法律语言了）；法院判决中充斥着以美国的普通法和宪法分析为基础的论证，但这些论证对密克罗尼西亚的大多数人来说是难以理解的；许多人不懂法律，并且害怕法律、规避法律；国家法律在维持社会秩序方面并没有发挥多大的作用（see Tamanaha 1993b）。对于那里的人们来说，法律好像是一个与自己没有多大关系的、异己的存在；法律关心的主要是政府的运作，只是在偶然的时候才以某些不受欢迎的方式干涉他们的生活。 xii

有了这样的经验，当我重返学术界时，才发现我原来以为很特殊的现象其实并不奇怪。法律移植，无论是通过殖民的方式强加还是自愿地接受，其实都是很普遍的现象。我在密克罗尼西亚所遇到的情况，在世界上其他地方也存在。虽然各地的情形千差万别，但它们有一个共同点：西方关于法律与社会的“标准”理论并不能解释那里的现象。有人可能认为，因为这些极端的例子只存在于非西方的社会中，所以不值得重视。但是，我们不应该忘记，无论从人口还是从地域上来说，西方只占这个世界的相对较小的一部分。

目前，没有一种理论能够以一种令人满意的方式解释这些现象。事实上，这些现象在很大程度上被法学理论家们忽视了。造成这种现状的原因很明显：这些理论是西方法律学者们创造出来的，而这些法律学者（正如我一样）是通过观察他们自己的社

会中的现象而得出结论的。

但是，如果我们进一步细究，如果我们去观察那些由移民构成的社区、“血汗工厂”，以及西方大城市存在的那些无法无天的“黑社会组织”，我们就很容易发现：这些“标准”的理论甚至不能解释西方社会自身的情形，尽管它产生于西方社会。如果考虑到全球化的影响，以及在地方的和跨国的层面不断涌现的各种形式的法律，西方法学理论的这种不足就更为明显了。虽然法律社会学以及法律人类学等研究领域的学者们已经注意到了这些现象，但是他们并没有利用法学理论来解释这些现象，而他们自己也未能提出一些可以解释这些现象的可行的理论。与此同时，法律理论家们仍然重复着那种使他们感到满意的陈词滥调——法律是社会的一面镜子，它的功能在于维持社会秩序。他们无视复杂的、支离破碎的现实，而将不符合他们的理论的现象统统当做微不足道的例外情形或者变体。

问题（同时也是挑战）在于：我们能否将所有这些复杂而多样的现实纳入一个统一的框架。如果没有这样一个框架，我们永远无法理解密克罗尼西亚、西方以及介于二者之间的种种情形，也不可能通过比较它们而得出一些有益的成果。这就是我们需要一般法理学的原因。我们没有理由认为，只有一种适合于西方社会的基本理论，而没有（或者有无数的）理论可以解释其

xiii 它地方的情形。在没有一般法理学的情况下，我们却不得不接受这样的现状。

一般法理学的特点及问题

“一般法理学”是对**现实**法律的研究。它的正当性在于这样一种理念：“法律是在所有社会中都可以发现的一种社会机制，它体现为一系列类似的特征”（Gavison 1987：28）。其基本的观

点是：在所有的法律制度之间存在着一些共同的要素和概念，这些共同点是它们之所以成为法律体系的内在要求；而一般法理学的任务就是发现并分析这些要素和概念。一般法理学对于理解、比较和改善世界各地的法律具有重要的意义。大约在两个世纪前，实证主义者杰里米·边沁（Jeremy Bentham）和约翰·奥斯丁（John Austin）首先发起了构建一般法理学的尝试，此后这种尝试被诸多学派继承。但遗憾的是，尽管学者们为此作出了种种努力，但这一目标迄今尚未实现，而且许多学者事实上已经放弃了这种努力。[1]

除了 H. L. A. 哈特（H. L. A. Hart），以及近来的威廉姆·退宁（William Twining），晚近以来很少有法学理论家试图构建一般法理学。“在英语国家，虽然存在着一些例外，但传统的实证主义、规范法律哲学、批判法学研究、后现代主义以及法律的经济分析，似乎都经历了一个狭隘的、向内看（inward – looking）的阶段”（Twining 1996：119）。造成此种近乎“自恋”的现象的原因之一，就是传统西方法理学者们热衷于构建一个普适的一般法理学的做法往往包含着一些令人难堪的言外之意：这种做法似乎有点像过去的帝国主义。当前很流行的文化相对主义和后现代主义都强调地方性，而认为不存在什么具备普遍性的东西，对建立普适标准的做法也保持怀疑。“当前，‘宏大叙事’的方式已经不合时宜了，人们更倾向于考虑某些具体的语境”（Marcus and Fischer 1986：8）。特别是后现代主义，更是坚决地反对任何企图构建一般标准的尝试：

xiv

---

〔1〕 对于“一般法理学”的历史及主要组成部分，退宁做了非常精辟的阐述。见 Twining（2000：chap. 2）。

宏大理论和普世性的叙事必然导致对现实的扭曲和对智识的压制。那些所谓“普适的真理”，往往不过是一些遮蔽现实的、虚假的教条。如果我们承认［历史的］偶然性和不连贯性，我们同样应该承认知识的地方性和具体性。任何所谓全面的、内在一致的观点，说得好听一点，是为了掩盖复杂的现实而制造出来的一些在短期内可能有用的虚构（fiction）；说得不好听一点，就是为了掩盖权力、暴力以及等级而制造出来的一种具有压迫性质的虚构。（Tarnas 1991：40）

另一个阻碍因素是：由于当前存在的各种法律理论以及社会理论都有它们各自的预设、概念、术语和目标，似乎很难在这样的基础上构建一般法理学。我们已经习惯于种种具体而驳杂的理论，而对任何宏大的理论都嗤之以鼻，认为那不过是一种愚蠢的自信或者幼稚的幻想罢了。

但是，如果放弃构建一般法理学，我们可能为此付出沉重的代价。没有这样一个理论，我们就会缺乏一种整体的感觉，难以发现不同语境之间可能存在的共同模式以及它们之间的关系，也难以观察到整体的或者相关联的发展趋势。事实上，今日我们面对着的种种令人困惑的、看似相互矛盾的变化（譬如在世界范围内的法律全球化，以及在各个地方兴起的法律多元主义），都使得构建一个统一的理论框架显得更为必要。

在这里，我将简要回顾过去学者们为了构建一般法理学而作出的努力，以及他们所受到的批评。这样有助于说明我与他们在方法上的不同。让我们先回顾一下奥斯丁和哈特的观点——他们分别是一般法理学最早的和晚近以来最有影响力的倡导者：

我用“一般法理学”指称那种致力于阐明各个法律体系共

有的原则、概念以及特征的科学。这里所说的“法律体系”，专指那些比较完善和成熟的、因而也富有教益的制度。（Austin 1954：367）

本书的目标是提出一个关于法律是什么（what is law）的理论，该理论不仅具有一般性，而且具有描述性。说它具有**一般性**，是因为它不局限于任何一个具体的法律体系和法律文化，而是要对“法律”这种复杂的、具有规则特性（因此也可以说具有“规范性”）的社会和政治制度作出阐释和厘清。说它具有**描述性**，是因为它在道德上是中立的，它无意以道德或者其他标准对这种一般性的描述中出现的法律形式和结构加以证立和评价；尽管我承认，如果要对法律提出任何有用的道德评价，我们就必须首先清楚地了解这些法律的形式和结构。（Hart 1994：239～41）

这两段引文揭示了通常所说的一般法理学的主要特征。第一，它从两个不同的层面来看待法律：一个是何为“法律”（即对法律性质的分析）；另一个是对法律概念（legal concepts）的分析（这往往是重点所在）。第二，这些试图构建一般法理学的学者们关注的并不是某一个具体的法律制度，而是许多甚至全部的法律制度。正是这个特征使它成为一般的或者说普遍的法理学。第三，它只关注各个法律制度之间的共同要素。这一点与第二个特征其实是相同的，但在理论上可以将它们分开。第四，这些理论家（除了边沁以外）的分析立场在价值或道德上是中立的。正是以上四个特点，招致了其他人对一般法理学的种种批评。

有人提出了两点批评：第一，我们能否构造出一个概念来识别何为“法律”；第二，通过这个概念识别出的要素是否存在于所

有地方的法律中（或者至少在法律的各种表现形式中）（see Bix 1999a：chap. 2；M. Moore 1992）。“一般法理学假设存在一种被称为‘法律’的东西，它表现出一系列特征，这些特征存在于所有的法律制度之中”（Burton 1989：751～2）。这个假设引发了法律理论中一些很复杂的、至今也未能得到解决的难题（see Raz 1998）。

此外，有人怀疑那些英语国家的法律概念究竟能否被翻译成其他语言和法律制度中的概念（see Barberis 1996）。另一个批评是：因为一般法理学只关注各个法律制度共有的概念，那么符合条件的概念和法律制度就相对较少。奥斯丁的理论难以令人满意的原因正在于此。他的法理学是构建在一系列他认为的“必要的法律概念”的基础上，包括权利、义务、自由、损害、救济、合同责任，以及主权等。最后，他总结说，他的理论只适用于“成熟的”法律体系（主要是指西方的大陆法系以及普通法系）；既然如此，他的理论与其说是一般法理学，不如说是对某种特殊法理学的扩展。退宁提出另外一个批评，“无论是普适主义者（generalists）还是特殊主义者（particularists），都犯了‘过于狭隘’的毛病，因为他们都**只是**讨论法律概念……也就是说，他们只是说一些‘法言法语’（law talk），但不是‘对法律的讨论’（talk about law）”（2000：37）。对法律概念的过分关注使他们不能从社会学的角度观察法律。

无论是观察法律体系还是法律概念，如果要追求“共同性”，确实是令人气馁的。“如果一般法理学只是描述所有的法律制度都具备的共同的特点，那么这种描述必然是非常空洞的，因为事实上各个法律体系之间存在极大的不同，而法律制度的重要性恰恰在于其细节”（Twining 2000：41）。此外，杰里米·沃

尔德伦（Jeremy Waldron 1995：649）也提出一个批评，“在如此抽象的层面上讨论［法律］，几乎是得不偿失的；用一种单一的理论（或者概念）概括所有的现象，往往会导致对现实的扭曲”。

最后，一般法理学能够或者应该在道德上中立的说法也遭到了质疑。约瑟夫·拉兹（Joseph Raz 1994：219～21）认为：当一个人为了研究而挑选法律的一些特征时，他往往会作出一个评价性的（尽管不一定是道德方面的）判断，即哪些社会结构是重要的。约翰·菲尼斯（John Finnis 1995：469）也指出：如果将法律理解为一个工具，那么，对法律的任何描述性分析都“不可能不对法律的目的和用途作出评价”。在他看来，法律必然具备能够为人类带来一个良好的道德秩序的目的性、规范性。所以，任何企图描述和理解法律的尝试都必须包含对法律在多大程度上实现了这些目标的评价。

以上种种批评和质疑都是非常有力的。从过去的失败中吸取教训，我在本书中构建一般法理学的时候将努力避免前面的问题，尽管并非所有这些问题都能够避免，譬如对法律这个概念的分析就无法回避。本书的第6章和第7章中采用了一条新的进路来分析“法律”这个概念，以期推进对这个问题的讨论，并使一般法理学能够取得更为丰硕的成果。

在本书中，我不再将一般法理学建立在一系列“共同概念”的基础之上。有人认为，当今世界各个法系之间存在许多共同的概念。就算这种说法是成立的，我们也不应该只是关注“概念”，因为这种做法将会使我们遗漏许多重要的、有意义的现象。相反，本书中构建的一般法理学将主要关注法律与社会的关系。这样就扩展了研究对象的范围，也要求我们吸收各个研究领域的

思想，包括社会理论、政治理论、社会学、人类学，以及法律理论。这个研究对象，以及这里所采用的跨学科的研究方法，使得本书所构建的一般法理学处于四种法律研究的交叉地带——法律理论、社会－法律研究、比较法、法律与发展研究，它从这四个分支吸收营养，同时也对它们作出贡献。

xvii

本书所构建的一般法理学也将摒弃过去那种只关注“共同点”的做法。这样做的原因包括两个方面：第一，各个法律体系之间的“共同点”其实是很少的；第二，正如研究各个法律体系之间的共同点一样，研究它们之间的差异也会给我们带来许多很有意义的启发。所以，本书中提出的一般法理学将按照一定的标准来识别各个法律制度之间的共同点以及差异，而这样做的目的在于理解、比较和评价。这种进路将沟通“一般”与“具体”之间的差异。具体的做法是：将那些对具体情境的考察结果纳入一般的框架，同时依据一般的标准来比较各种不同的情形。

最后，本书中的一般法理学既包括评价性也包括描述性的因素。该框架的目标之一，就是要阐明法律－社会关系的主要特征，这就要求我们选择一些特征而放弃其他。本框架的另外一个目标，是检讨以往的法学理论关于法律－社会关系这个问题的主要观点，从这个意义上来说，本书的讨论包含一些评价性的目标。我希望一般法理学的成果能够发挥评价性的作用（就像哈特和他的一般法理学一样）。而且，任何一种有助于澄清法律在某些方面的特征的框架都可以帮助我们理解法律以及它与社会的关系。但是，换个角度来说，我构建的一般法理学（正如哈特的一般法理学一样），并不是评价性的——它不关心诸如“法律是否符合道德”这样的问题。当然，曾经有许多认为法律与道德之间存在密切联系的观点，本书也将对这些观点加以细致地分析。此

外，我们还可以从另外一个角度说本书中的一般法理学是描述性的：我是以社会科学的、实事求是的态度来采集相关信息的。

尽管我在许多方面都抛弃了传统的策略，但我追求的目标与传统的一般法理学所追求的目标是一致的：构建一个可以被适用到所有制度、所有情形的理论框架。对于反对构建一般法理学的学者们提出的诸多理由——这种尝试不可能成功，帝国主义的倾向，没有什么实际价值——我的回答只有一个：请看本书中的尝试究竟有没有价值。 xviii

本书内容提要及致谢

第 1 章将构建一个关于法律－社会关系的理论框架。这个框架建立在一系列核心概念之上，包括镜像命题，法律在维持社会秩序方面的功能，以及实证法、习俗、同意、道德和理性之间的关系。本书的其他部分将围绕这些概念展开。

第 2 章主要讨论西方社会学理论与法学理论中关于法律－社会关系的七种主要的思想流派。当然，本书对这些理论的讨论，主要集中在与第 1 章中提出的框架相关的议题以及内容上。与其他此类性质的概述一样，这一章所覆盖的内容是很有限的；但是它将涉及几乎所有探讨过这个问题的主要的思想家和那些关于法律与社会的理论。

第 3 章和第 4 章将从理论上对第 2 章中列举的那些传统理论提出质疑；第 5 章则是从经验的角度对前述理论的挑战。这三章中包含的内容主要有：法律的进化理论、社会契约论、法律职业者的影响、殖民化和全球化的后果，以及理论上关于法律－社会关系的重大转变。第 3、4、5 章不仅对那些关于法律以及它与社会的关系的假设提出挑战，而且质疑人们通常对于“法律”的性质，以及作为一个分析性工具的“社会”这个概念的理解。

第6章提出了关于“法律”这个概念的因袭主义进路（conventionalist approach），同时将法律实证主义系统地重构为我所说的社会－法律实证主义（socio－legal positivism）。这里对于法律实证主义的详细讨论实际上承认了法律实证主义对于一般法理学的贡献，同时也是对我先前一本书《现实主义的社会－法律理论：实用主义以及法律的社会理论》的进一步阐释。那本书最重要的命题之一，就是要将那些对于法律的社会科学研究的洞见与法学理论结合起来。我所谓的社会－法律实证主义就是要以一种综合的方式来实现此目标。

第7章在因袭主义进路的基础上进一步深化了关于法律多元现象的非本质主义版本（non－essentialist version of legal pluralism）。这一章主要是对于法律多元现象的社会学分析，从而补充了以法律讨论为主的第6章。这两章共同提出了一条理解当今社会中的各种法律现象的新进路。该进路在一定程度上偏离了传统的法律实证主义和法律的社会学进路，但同时也可以说是对二者的延续。

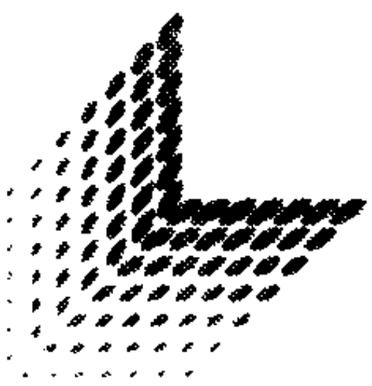
第8章将前面的所有讨论连接起来，提出了一般法理学的基本要素。这一章用一个新的概念［“社会域”］取代了“社会”这个概念。同时也提出了一个关于社会秩序渊源的分类和一个关于法律的分类。它提出了统一的标准，以及建构一般法理学的一些核心问题。它也提出了一系列关于法律－社会关系的假说，以便指出可能产生有益成果的研究方向。

前面的论述是渐进的。它首先描绘了那种已经获得人们广泛接受的、关于法律－社会关系的标准图景。第二步是对这个标准图景提出质疑，使其瓦解。然后，它提出一个构建“法律”这个概念的新进路和一般法理学的理论框架。因为本书很大一部分

是对旧有理论的批判和重构，所以可以说它是一般法理学的一个比较详细的起点，是一个基础，但不是完整的一般法理学。由于那种关于法律与社会关系的错误假设是很有影响力的，而且我们头脑中已经接受了那些阻碍我们更加敏锐地把握二者之关系的概念性工具，为了构建一般法理学，我们就必须首先建立这样一个基础性的框架。

我感谢诸多的机构和个人。特别是，我要感谢邀请我做专题讲座的牛津社会－法律研究中心（Oxford Centre for Socio－Legal Studies）和蒂尔堡大学的法理学研究所（the Institute for Jurisprudence at the University of Tilburg）。在这些演讲中，我阐述了本书中的一般法理学的初稿。在这两个场合中我所收到的反馈信息，对我完成这本书的写作也是特别有帮助的。同时我也感谢下列法学院的师生：西北大学法学院（Northwestern University School of Law）、埃默里大学法学院（Emory Law School）、天普大学法学院（Temple Law School）、罗格斯大学法学院（纽瓦克）［Rutgers Law School（Newark）］、印第安纳大学法学院（布鲁明顿）［the University of Indiana School of Law（Bloomington）］，以及西英格兰大学法学院（Western New England School of Law）。在我将本书的部分内容向他们阐述的时候，他们提出了许多很有帮助的批评。此外，我感谢约翰·埃克拉（John Eekelaar），菲利浦·托马斯（Philip Thomas），詹姆斯·林德格伦（James Lindgren），以及巴贝尔·党白克·雍（Bärbel Dorbeck－Jung）博士，感谢他们对这本书的早期草稿中的许多部分给予的批评。我也感谢保罗·克吉思（Paul Kirgis）所给予的尖锐的批评——他的批评使我认识到了几个严重的分析性问题，并努力去解决它们。我特别感谢威廉姆·退宁和布莱恩·比克斯（Brian Bix），他们认真地

xx 通读了本书的草稿，并且提出了细致的批评意见。我感谢圣约翰大学法学院（St. John's University School of Law）允许我在2000年春季学期少教一门课程，从而使得我有时间完成本书的写作。我感谢罗拉·普莱瑟（Laura Fraher），她在研究方面为我提供了出色的帮助。尽管本书的写作是按照一系列连续的规划完成的，但很荣幸的是，本书的部分章节已经发表在《牛津法学研究杂志》（*Oxford Journal of Legal Studies*）和《法律与社会期刊》（*Journal of Law and Society*）上。感谢这两个期刊允许我在本书的第6、7章中重新使用已经发表的内容。然而，有必要指出，这两章的内容包含着对已经发表的文章的一些重要修正：部分是因为本书的结构要求对原文作出一些调整，部分是因为我在那些文章发表之后对原文的论证进行了进一步的深化。最后，我的家人在本书的写作过程中作出了诸多牺牲，在此我也衷心地向他们表示感谢。



目 录

CONTENTS

丛书宗旨 …… (1)

致 谢 …… (3)

中文版序言 …… (4)

编者介绍 …… (6)

序 言 …… (8)

第 1 章 法律 – 社会框架 …… (1)

镜像命题，以及法律维持社会秩序的功能 …… (1)

法律 – 社会关系的三元图示 …… (5)

第 2 章 西方法学理论中的法律与社会 …… (12)

古典法学理论 …… (12)

自然法传统 …… (18)

法律实证主义传统 …… (26)

习俗 – 文化传统 …… (32)

“法律与社会组织”传统 …… (38)

“选择性镜子”传统 …… (48)

工具主义传统 …… (54)

第 3 章　削弱镜像命题 …… (62)

两种正当性“神话”，以及一种不同的
法律起源论 …… (64)
法律职业和法律知识的影响 …… (88)

第 4 章　法律 - 社会关系的重大转变 …… (95)

启蒙运动的主要背景理念 …… (96)
实证法组成部分的三个变化 …… (107)
作为法律渊源的习俗的衰减，以及向
程序性同意的转变 …… (110)
从实质道德到程序理性——法治 …… (119)

第 5 章　反对镜像命题 …… (131)

法律移植 …… (131)
全球化的影响 …… (148)
重提“差距问题” …… (160)

第 6 章　关于法律的社会 - 法律实证主义进路 …… (164)

哈特对“法律”这个概念的界定中
存在的内在张力 …… (167)
社会 - 法律实证主义的起点预设 …… (190)

第 7 章　关于法律多元现象的非本质主义进路 …… (210)

“法律多元主义”这个概念的问题 …… (212)
法律的定义，以及功能主义分析的问题 …… (216)
桑托斯的理论中的法律和法律多元主义 …… (222)

托依布纳关于法律多元主义的自创生进路 …… (228)
法律多元主义的因袭主义版本 …… (236)
打破僵局——回顾法律人类学 …… (246)
第 8 章 一般法理学的要素 …… (252)
界定研究领域——“社会域” …… (252)
社会秩序渊源的分类 …… (255)
以“标签”的形式对法律分类 …… (275)
一般法理学研究的核心起点 …… (281)
最初的探索之外 …… (287)
避免正当化的尝试 …… (293)
开端 …… (294)
参考文献 …… (295)
索 引 …… (319)
译 后 记 …… (330)

第1章

法律－社会框架

要构建一般法理学，首先必须对法律－社会关系的特点提出一个总体性的框架。然而，这并不是一件容易的事。无论以哪种方式开始，都可能招致许多正当的反对意见。这个关系是如此复杂而混乱，以致很难对它作出一个简单的概括；同时，也可以从许多不同的角度来理解这个问题，而每一个角度都能够展示这个问题的一个方面。作为理论探讨的出发点，当前唯一的办法，就是对这个问题加以简化。这样我们就可以得到一个关于法律－社会关系的可行的分析框架，该框架包括两个部分：第一部分由关于法律－社会关系的两个核心命题构成：法律是社会的一面镜子，其功能在于维持社会秩序。第二个部分则由三个元素构成：习俗/同意、道德/理性、实证法。本书的讨论将围绕这两个部分展开。之所以选择它们，是因为它们在关于法律－社会关系的理论探讨中往往处于核心地位。每一种关于法律与社会的理论都涉及其中至少一个部分。本章将概述这两个组成部分，以便为后面的探讨提供一个框架。

镜像命题，以及法律维持社会秩序的功能

在西方法学理论发展史上，曾经涌现出一大批异彩纷呈的理

论，包括希腊的经典法律理论、自然法理论、法律实证主义理论，也包括进化的、历史的、马克思主义的、社会学的以及工具主义的法律理论，不一而足。它们之间存在许多区别，并且它们也试图对许多问题给出各不相同的答案：如何定义法律，法律有哪些形式，法律存在或有效的标准是什么，法律与道德的关系，法律代表的是主权者的强制还是人民的合意，法律是不是必然与国家相联系，等等。尽管在这些理论之间存在许多差异，但它们都有一个共同的预设：**法律是社会的一面镜子，它的主要作用就是维持社会秩序**。这个被广泛接受的预设包含两个不同但紧密联系的观点。

第一个观点：法律是社会的一种反映，或者说，是社会生活的一面“镜子”。这个假设已经获得了如此广泛的接受，以致许多社会学家以及法律学者们常常在未经论证的情况下就作出这样的断言，似乎它是不证自明的。“所有的法律制度

2 都与社会上的流行观念、目标以及目的有密切的联系。法律**反映**着它所在的那个时代的思想、社会、经济，以及政治环境”（Vago 1981：3）。“最能**反映**各个时期的时代精神的，莫过于法律理论”（Ullmann 1969：p. vii）（着重号为本书作者所加）。但事实上，理论家们并没有认真地思考过法律究竟是否反映社会这个问题。法律哲学家肯特·格里纳沃尔特（Kent Greenawalt 1992：165）就是一个例子：“一个社会中的法律是否反映主流的文化规范？从某种意义上来说，提出这个问题就是回答了这个问题。除非法律是由一个异己的力量强加的，一个社会中的法律就**反映**着该社会中人们的生活方式和道德观念”（着重号为本书作者所加）。正如哈特（Hart 1961：199）所说：“每一个现代国家的法律都受到那些获得了广泛接受的社会道德和观念的影响……法律**反映**道德的方式数不胜数，目前对这个问题的研究还不够深入……”（着重号为本书作者所加）。或者，用法史学家同时也是社会

学家劳伦斯·弗里德曼（Lawrence Friedman 1996：72）的话来说："法律制度并不是漂浮在没有时间、没有空间、没有社会背景的文化真空之中；它们必然**反映**着那些发生在我们的社会中的事。从长远来看，它们的形态取决于社会的形态，就像一个手套的形态取决于一个人的手的形态一样"（着重号为本书作者所加）。奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes 1962：21）更用他热情洋溢的语言宣称，"这个被称为'法律'的抽象，正如一面神奇的**镜子**，通过它，我们不仅可以看到我们自己的生活，而且可以看到历史上所有人的生活！"（着重号为本书作者所加）本书将这种观点称为镜像命题。在过去的两千年里，镜子是一个具有强大说服力的比喻，在哲学（see Rorty 1979）、文学和艺术（see Torti 1991；Grabes 1982），以及社会科学（see Haglund 1996）领域都得到了广泛地使用。在法学中，镜像命题则为法律在社会中的地位提供了一幅令人欣慰的图景。

第二个观点：通过实施那些在社会交往中产生的规则，以及解决纠纷等，法律发挥着维持社会秩序的作用（see Tamanha. 1995a；Akers and Hawkins 1975）。法律对于社会秩序是至关重要的，这一论点"支持着现在所有的关于法律的一般理论"（Collins 1982：10）。正如镜像命题一样，无数的社会学家和法学家将法律与秩序联系起来。汉斯·凯尔森（Hans Kelsen 1945：19）相信，就其性质来说，"法律是一种强制性的秩序"。在欧根·埃利希（Eugene Ehrlich 1975：24）看来，"法律就是秩序"。大卫·达德利·菲尔德（David Dudley Field 1995：713）则指出，"哪里没有法律，哪里就没有秩序，因为秩序不过是惯常性、或者符合规则的另一个名称罢了"。本杰明·卡多佐（Benjamin Cardozo 1924：140）认为"法律是秩序原则的表现，作为社会成员，人们的行为以及关系必须符合这些秩序"。埃德加·博登海默（Edgar Bodenheimer 1957：195）说："在法律与

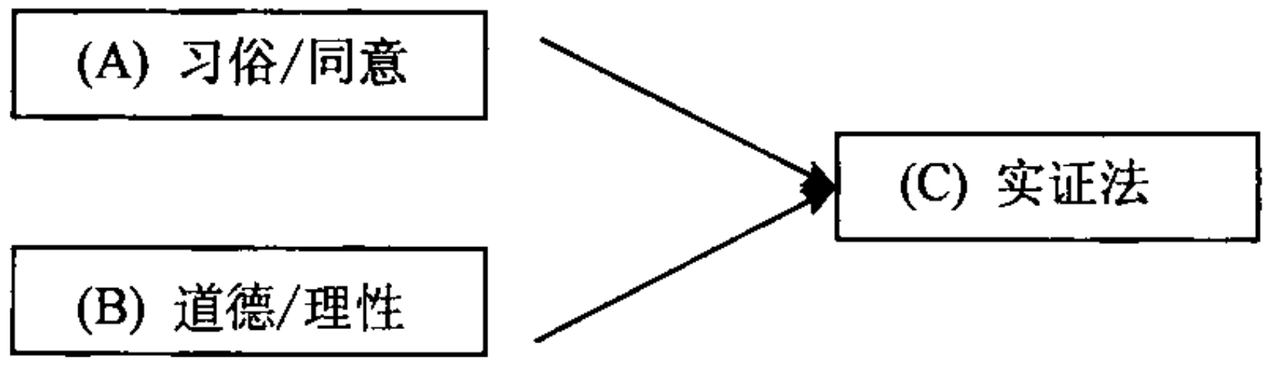
人们对秩序、常规和确定性的不懈追求之间存在着密切的联系，这一点是很难否认的。法律与秩序之间的这种密切的联系，在集体生活中是显而易见的。”甚至亚里士多德（Aristotle 1988：162）也宣称，“法律就是秩序。”伊雷代尔·吉恩克斯（Iredell Jenkins 1980：162）对“法律是秩序的一个原则”这个问题做了广泛的研究之后，也得出了相似的结论：“这几乎是一个被普遍接受的、不容置疑的真理，而且它很少被系统地检验过。一个人几乎可以在任何法律文献中都能发现这种观念，而且在所有的情况下，这几乎被当做是一种既不需要论证也不需要解释的、不证自明的事实”。即使在法学理论之外，法律与秩序之间的必然联系也是功能分析的一个基本准则，而功能分析在关于法律的社会学研究中是很常见的。“最后，所有能够说明这种密切联系的证据中最好的一个，就是这样一个事实：**‘法律与秩序’**（law and order）实际上已经不是一个短语了，而成为一个单一的词语了”（p. 10）。本书将第二种观念称为“法律的社会秩序功能”。

第一个观点假设了法律与社会的同一性；第二个观点则假设法律在社会中的主要功能。这两种观点是相互联系的——正是因为法律反映着社会，它才能非常有效地维持社会秩序（Jenkins 1980）。它们还在另外一个方面相互联系——它们构成了两种让我们感到舒适的、但同时也是近乎幼稚的想法。混乱可能带来的威胁，让我们感到害怕，这就使得法律带有了一点英雄主义的色彩：人们把法律当做是一种救世主和保护者；而镜子的比喻则使得它成为**我们**的救世主，**我们**的保护者，我们应该认同它而不是害怕它。

在本书中，我将对法律的镜像命题和法律的社会秩序功能理论加以描述和探讨，并检讨其有效性。本书的一个目标，就是要用一种怀疑的眼光来检讨这些关于法律及其与社会之关系的观点。

法律－社会关系的三元图示

本框架的第二部分是对法律－社会关系的一个全景式的勾勒。它将由三个基本元素构成：（A）习俗/同意；（B）道德/理性；以及与前二者相关的（C）实证法。几乎所有关于法律－社会关系的西方理论都由这些元素混合而成，尽管每一种理论中这些元素的具体组合以及强调的重点略有不同。下面是关于这种关系的一个图示：



该框架的核心在于（A）与（C）以及（B）与（C）之间的关系，即“习俗/同意”与实证法，以及“道德/理性”与实证法的关系。当然，（A）和（B）之间的关系也是重要的。另外，在（A）和（B）内部的两个元素之间，也存在联系。接下来的三章将阐明这些元素的内容以及它们之间的相互关系。这里只需要做一些简短的概述。

“实证法”，通常是指由一个制度化的权威机构制定并执行的规则。其典型的例子就是国家的法律。当然，“实证法”这个概念也适用于其他一些公开发布的、由专门机构负责执行的规范。法学理论中的“命令”或者“意志”理论（尤其是法律实证主义）就是对实证法的描述。该理论强调规范由权威机构认可并公布，并由强制力保障其实施的特性。在一个具体的环境下，何为“法律”的问题，往往是一个与法律官员以及机构的活动相联系的事实问题。单独而言，实证法代表的是权力与权威；它

的正当性（legitimacy）取决于它与“习俗/同意”以及“道德/理性”相符合的程度。正是这种符合（而不仅仅是实证法所代表的权力），使人们有义务遵守实证法的命令（see Hart 1961：80）。

“习俗/同意”是指那些认为实证法与习俗、惯例，以及习惯等社会上的惯常做法存在密切联系的理论。关于实证法与“习俗/同意”的联系，有以下几个基本的命题：①从历史上来看，实证法最初是从主要由习俗和习惯控制的社会秩序中逐渐演化出来的；②实证法的内容来源于习俗及惯例；③那些违背习俗和惯例的实证法不会产生实效[1]，或者不具有正当性；甚至可以更进一步地说，④习俗、习惯和惯例**就是**法律。“那些被我们称为‘法律’的现象，无论过去、现在还是将来，永远都是习俗”（Carter 1907）。为什么将习俗与同意联系起来？习俗往往具有悠久的历史，得到了广泛的传播，获得了人们的认同，并且持续存在，所以说它代表了“同意”（Pollock 1961：145）。譬如，布莱克斯通（Blackstone）就认为，普通法“不过是获得了全社会普遍认可的习俗而已”（quoted in Boorstin 1996：113）。这种认为习俗具有“同意”的性质的观点，至少可以追溯到古罗马时代。“习俗就是人们默示的同意；由于人们长期的使用，习俗深深地植根于社会”（Roman source，quoted in Watson 1985：44）。这种观点在中世纪也颇为流行，“中世纪的法学家们几乎毫无例外地将习惯性规则对人们的约束作用归结为人们的默许”（Ullmann 1969：63）。那些与习俗一致的实证法也因为获得了人们的认可而更容易得到人们的遵守，因而也更为有效。可是，有时候习俗与同意也可能发生背离，这会对法律产生很大的影响。对此，我们将在第4章中讨论。

---

〔1〕 亚里士多德（Aristotle 1988：39）曾说：“除了通过习惯，法律没有别的权力来命令人们服从它。”

“道德/理性”是指那些认为实证法与道德和理性之间存在密切联系的理论，其中最突出的一个例子就是自然法学派。这些理论也包括几个基本的命题：①在原始社会中，实证法与道德和习俗是混合在一起的，后来，通过制度化（institutionalization），实证法逐渐从习俗与道德中分离出来。②实证法的发展是文明的标志，因为它意味着人们开始用道德的、理性的手段来维持社会秩序。[2]③道德与理性是实证法的源泉（此论断不仅适用于普通法[3]，而且适用于大陆法[4]）。④符合实证法的行为从道德上来说也是正确的。⑤违背道德和理性的实证法是不正当的，无效的，甚至根本就不是法律（某些自然法学派就坚持这样的主张）。⑥道德是实证法不可缺少的一部分。[5]还有一种更为极端的观点：⑦道德原则就是法律；或者说“法律从总体上来说就是人类的理性”（Montesquieu 1991：7）；“法律是不受主观愿望影响的理性”（Aristotle 1988：78）；“法律就是最高的理性”（Cicero 1998：103）。那些与“道德/理性”相符合的实证法必须得到遵守，因为它是正当的、正确的，是符合上帝的意志的。在

---

〔2〕“从这个角度来看，法律的实证化，以及与之相伴的法律与道德之间的分离，可以说是理性化过程（rationalization process）的结果。”（Habermas 1996：71，114.）

〔3〕罗斯科·庞德（Roscoe Pound 1912－13：115 n. 5）引述了这种看法：“因为理性是法律的生命，也就是说，普通法本身是并且只是理性。普通法是理性的绝对完善；凡是违反理性的，必然也不符合法律。”

〔4〕参见 K. Zweigert and H. Kotz（1992：88），“《法国民法典》的思想基础，是启蒙运动时期人们对理性的这样一种信念——只要能依据一个全面的计划对法律规则加以重构，就能使社会生活形成一种合理的秩序”。Pound（1912－13：115），“（人们）认为，实证法就是理性在人和人之间的民事关系中的应用；在欧洲大陆，因为其内在的合理性，《民法大全》（Corpus Iuris Civilis）可以说是这方面的一个代表。”Kelly（1992：311）认为，尽管人们将《法国民法典》颂扬为理性的产物，事实上该法典的大部分内容不过是将那个时代已经存在的规则法典化而已。

〔5〕在当代持此种观点的理论家中，德沃金（Ronald Dworkin 1986）或许是最为著名的。另外，富勒（Lon Fuller 1958，1964）也认为，法律作为一种有目的活动（purpose activity），不可能与道德完全区分开来。

“我们可以通过理性发现道德”这样的论断中，道德与理性是紧密联系在一起的。正如“习俗/同意”一样，“道德/理性”在后来也发生了分离，给法律带来很大的影响。对此，我们也将在第4章中讨论。

这两种因素（A 和 B）与实证法的关系在性质上大致相互对应，这并不是偶然的，因为二者都被用做证成或者批判实证法的标准。例如，中世纪的法学理论认为，立法就是要“发现”那些“与普遍的理性以及古老的习俗相一致的”准则（Ullmann 1969：102）。但这种相互对应的性质并不意味着它们是相互补充的。在高度抽象的层面看，二者代表了两种相互竞争的证成方法：一方面是经验（地方性的）；而另一方面则是理性（普适的）。有时候，人们会用理性和道德来批评习俗和惯例。但是在通常情况下，人
7 们认为这二者以及它们和实证法之间是相互支持的关系。例如，许多人（其中一个典型代表就是布莱克斯通）认为普通法不仅反映着风俗习惯（因而可以使其获得人们的认可）[6]，同时它也包含着理性和道德因素[7]：它既是“古老的、不成文的戒律和习俗的汇编”，又是“理性的至高境界”（Postema 1986：5，11）。有些理论家认为自然法是习惯法背后的推动力（Kmiec 1995）；也有人认为，习惯法是自然法存在的证据［格劳秀斯（Grotius）在分析国际法的时候就是这样］。而且，“最高的权威”认为理性和习俗是不可分离的（Pollock 1961：145～6）。数百年来，西方法学理论都将习俗和理性联系起来，使得二者浑然不可分割（Whitman

〔6〕 人们在社会生活中遵守的那些习俗，被认为是“英国法的基石之一”，“所谓的普通法，就是指这些习俗……英国法的主体，正是从这些一般性的习俗、原则和公理中诞生的”（引用16世纪英国律师圣·杰曼（St. Germain）的话，参见 Kelly 1992：185）. 另外，可参见 J. Austin（1913：270－1），尽管奥斯丁并不认为所有的普通法都建立在古老习俗的基础上。

〔7〕 参见 Patterson（1940：415）（柯克“大力颂扬英国的普通法，认为它既代表了当地的习俗，又是理性的化身”）；Pollock（1961：148）（普通法的商事习惯法“宣称其权威并非来自任何一个地方性的法律，而来源于普遍的理性和合理的习俗”）。

1991)。那些经历了时间考验的习俗代表着历史智慧的结晶(Boorstin 1996：113~17)。而且，从因袭主义的角度看来，道德自身不过是某一社会群体内部的一种惯常做法，这一点可以通过“伦理习俗”(ethical custom)和“道德习惯”(moral habits)这些短语反映出来(Pound 1959b：273，274)。奥斯丁则将道德和习俗合并起来，并冠以“实证道德”(positive morality)之名(Austin 1913：60~1)。由此可见，尽管西方许多法学理论在讨论实证法与习俗、道德的关系时往往强调习俗或道德中的一个，但也有理论将二者都容纳进来。

这些要素和实证法之间的关系并不是单向的。也就是说，“习俗/同意”和“道德/理性”并不能决定实证法的内容。柏拉图和亚里士多德早就指出实证法的教育功能；而后来的法学家以及社会学家们也认为法律在一定程度上塑造着一个社会的习俗和道德。法律有时候会在支持或者反对主流的社会习俗及道德方面起到“先锋”的作用。更进一步，晚近以来实证法自身就成了证明其正当性的理由，而无需“习俗/同意”或者“道德/理性”来支持。对此，我们将在第4章中论及。所以，这三种要素各自代表了解释为什么法律具有约束力的三种不同的理论(Pound 1938：457)。

然而，在更多的情况下，人们认为这三者的关系是非常密切的。例如，许多法学以及社会学理论都假设在社会的发展过程中存在一个史前阶段，那时候，三种要素——法律、习俗和道德——同时存在，并未发生分离(see Pound 1959b：218~19；Luhmann 1985：81~3)。“在一个很长的时期内，道德与习俗都和法律混合在一起”(Durkheim 1993：97)。在这个阶段，从某种意义上来说这三者是合为一体的，或者至少可以说它们还没有表现出各自独立的特性。依据这种理论，首先，当人们意识到“应该做……”的时候，法律/道德便从习俗中分离出来；后来，因为法律具有了制度化的制裁方式，它便逐渐从道德中分离出

来。“道德和法律只是集体的习惯，或者说是获得了整个社会认可和遵守的惯常的行为模式……它们就像是人类行为的结晶”（p. 67）。“一般来说，习俗是法律和道德共同的最古老的‘祖先’（Chroust 1944：35）。”

三者之间的密切联系还可以从词源上看出来。在古希腊语中，nomos 起初是指“习俗”，后来指“法律”（尽管它仍然保留着“习俗”之意）（Ostwald 1986：84～136）。在 5 世纪的雅典，*nomoi* 这个词并不区分法律还是道德上的概念，所以它不仅指习俗、“一种生活方式”，而且指可以被控告的犯罪，以及道德上的恶行（Janet Coleman 2000a：24）。相似地，*ius*（拉丁语）、*Recht*（德语和荷兰语）、*Droit*（法语）、*Diritto*（意大利语）都既指“法律”又指“道德上正确”（Pound 1959b：14～18）。这些模糊的用法使我们不难感知：这三个元素是紧密联系的，甚至是同一的。

这三个元素在功能上是可以相互替代的。在许多情形下，三者都被贴上了“法”（law）的标签，譬如“习惯法”、“自然法”等。同样，它们被认为是规范秩序和社会控制机制的不同类型。无论它们是被刻画成法律、规范还是社会控制机制，它们在维持社会秩序这一功能上是可以相互替代的。与此相关，这三个元素之间也存在一定的紧张关系：每一个元素的支持者往往认为他们所支持的因素是最强大、最正当、最重要的。

最后，这三者在很大程度上还与西方法学理论史上的三个相互竞争的流派相联系。“习俗/同意”大致与 19 世纪风靡一时的历史法学派相吻合；“道德/理性”与哲理法学派（特别是自然法学派）相联系，该学派经历过几次盛衰起伏，曾在中世纪，以及 16 世纪到 18 世纪占据主导地位；实证法则与分析法学派相联系，该学派在 19 世纪和 20 世纪产生了很大的影响。这三大学派相互竞争的事实也在一定程度上说明了与它们相联系的三种元素之间的紧张关系。

有必要指出，前面的叙述中贯穿着一个内在的线索：关于法律-社会关系的理论通常都认为这三者之间存在着多层面的、**紧密的联系**。但是，这只是表面现象，这三者之间也存在一定的**紧张关系**。这种紧张关系在法律的正当性这个问题上表现得尤为突出。“习俗/同意”与“道德/理性”都可以作为判断实证法的正当性的标准，但正是这一事实使得它们可能相互冲突：当三者发生分离时，它们便可能相互争夺权威。然而，研究法律-社会关系的学者们向来倾向于强调三者的密切关系，从而使得它们的冲突在大多数情况下被掩盖。

做一个简单的总结。西方的法学和社会学理论认为：“习俗/同意”，“道德/理性”和实证法三者之间的关系是复杂而深刻的。它们有共同的起源；它们相互反映，相互影响，甚至它们的有效性也是相互决定的。“习俗/同意”与实证法的关系，以及“道德/理性”与实证法的关系在许多方面（尤其是在正当性问题上）是相似的。尽管总体上来说它们是相互支持的，但它们之间也存在一定的紧张关系：为了权力和权威的资源而相互竞争，在调整的范围上相互重叠，而且每一个元素都与不同的法学理论相联系。这三个元素之间的相互关系将构成考察法律-社会关系的一个背景。

在下一章中，我将概述西方关于法律-社会关系的法学以及社会学的主要理论。在阅读的过程中，读者需要留意两个有共同预设的、相互联系的观点：法律是社会的一面镜子，其主要功能是维持社会秩序。因为那是第2章探讨的核心问题。这个三元框架是对镜像命题的详细描述：实证法（就像一面镜子一样）反映着它所属的那个社会的惯例性做法和道德规范。正是因为这种“反映”的特性，法律能够有效地维持社会秩序。在法学以及社会学理论中，这些观点以及它们的种种变体，都是很有说服力的。

第2章

西方法学理论中的法律与社会

古典法学理论

这一节主要讨论古希腊及古罗马的法学理论；由于篇幅所限，这里（以及本章其余部分）的讨论，主要集中于那些与前面提出的“法律－社会”框架相关的方面。由于这个分析框架是以我们现代人的理解为基础的，用它来分析古代社会可能不太恰当。好在希腊人似乎也像我们一样理解实证法（或者“成文法”），即把它看做是国家的权威性命令——当然他们所指的“国家”是城邦，而非我们今天的民族国家。例如，在色诺芬（Xenophon）看来，“法律就是那些掌握着城邦统治权的人们经过深思熟虑之后要求人们做的事情”（quoted in Cairns 1949：34 n. 14）。在古希腊的法律思想中，法律“本质上是由政治权威发布的命令或者禁令”（Kelly 1992：18）。柏拉图（Plato 1980：732a）将法律理解为“由立法者颁布的命令”。可以说，这些思想是19 世纪奥斯丁提出的法律命令理论（command theory of law）的萌芽。

柏拉图和亚里士多德都认为法律的根本功能是维持社会秩序。[1]亚里士多德（Aristotle 1988：124）指出，“在一个良好的政体中，最重要的事情莫过于悉心培养公民守法的精神，特别是在那些细小的事情上；如果违法的行为不能得到及时制止，这些行为最终将会毁掉这个国家。”古希腊哲学家们普遍认为，“法律的目的在于维护一种有序的、理想化的现状。所谓法律秩序，就是要使每个人都能够在理想的希腊城邦中各就其位”（Pound 1959a：29）。然而，柏拉图和亚里士多德都希望秩序应该是**良善的**。他们认识到，法律常常被用来维护那些占统治地位的精英们的特权。[2]“宪法反映了一个社会中的权力的分配；与宪法一样，法律也被用来维护占统治地位的群体的利益。”[3]柏拉图（1980：715b）反对这种倾向，他主张法律应该“为整个城邦的利益服务”。亚里士多德（1988：68～9）也指出，一个“真正的政府”必须有良好的法律，即那些以“公共利益”为目标的法律。他（p. 100）还指出，为了安定，法律必须有利于中产阶级的利益。

在古希腊思想家们看来，实证法与习俗之间存在着紧密的联系。这种历史的联系不仅表现在词源上（参见前一章的论述），而且也被认为是不断进化的。“在希腊以及其他许多民族的历史上，‘法律’这个词最初往往包含着两层含义：一是由权威机关制定的行为规范；二是那些古老的、并且对人们的行为有一定约束力的习俗”（J. W. Jones 1956：28）。Nomos 最初是指“习俗、

---

〔1〕 关于这个问题的讨论，请参见 Aristotle（1988：162）；Cairns（1949：43，93－4）；Jones（1956：46，73）；Kelly（1992：17）.

〔2〕 这种观念，可以从以下书中得到印证：Plato（1980：714c－e）；Aristotle（1988：159）；Jaeger（1944：240－1）；Kelly（1992：19）；Cairns（1949：106－7）。尽管柏拉图和亚里士多德在这个问题上也存在分歧，我在这里的讨论中主要关注他们的共同点。

〔3〕 Cohen（1995：39）阐述了亚里士多德的观点。

习惯、惯例”（p. 34），后来则指制定法（Ostwald 1986：85～93）。这个词也被用来“不加区分地指称习俗和法律”（Foster 1949：116）。柏拉图（Plato 1980：680a）认为，原始社会是由风俗和习惯统治的，不需要也不存在实证法。实证法是伴随着两个因素出现的：一是文字的发明；二是具有不同习俗的家族和部落联合成为更大的群体——这时就需要由“立法者”决定哪些习俗对大家都有约束力（681a～d）。柏拉图相信，实证法出现以后，法律和习俗在最根本的层面上依然是相互混合的。那些不成文的习俗“是每一个政权的纽带，将所有成文的规定联系起来，包括那些对未来事项的规定……如果这些不成文的习俗能够得到人们习惯性地遵守，它们就可以为后来的成文法提供可靠的保障”（793b～d）。它们是“极端重要的”，是“将一个国家（的人民）联系在一起的纽带”（Jaeger 1944：248）。柏拉图（Plato 1980：793b）认为，尽管“不应该用制定法来要求人们遵守那些习俗”，但制定法也不可以完全不顾习俗。“任何一个人，如果他想建立一个城邦国家并且使这个国家的人民团结起来，那么他就必须兼顾［法律和习俗］”（Jaeger 1944：248）。

亚里士多德认为实证法与习惯法在功能上是可以相互代替的，尽管后者更为重要。“与成文法相比，习惯法在人们的生活中发挥着更为重要的作用，也往往涉及更为重要的事情”（Aristotle 1988：78～9）。而且，他强调，人们之所以要服从法律，在很大程度上是因为习惯在起作用（pp. 39，175；see Cairns 1949：98～100）。这样，与柏拉图一样，亚里士多德认为立法者应该教育人们养成良好的行为习惯。

13

依据这些观点，实证法不能从根本上背离它所在的那个社会的风俗和习惯，否则政权就可能被颠覆。法律和习俗之间的密切联系，表现在许多方面。习惯和风俗可能促进（也可能限制）法律的良好运作，而法律也会对流行的风俗习惯起到一定的支持（或者限制）作用；当然，在柏拉图和亚里士多德看来，风俗习

惯事实上要比实证法更为强大。希腊思想家们显然已经意识到：不同的社会往往有不同的规范，而这又反映了不同的习惯、习俗和价值（see Ostwald 1986：250～66）。

希腊的经典法学理论也非常重视“道德/理性”与实证法的关系。前面已经指出，柏拉图和亚里士多德认为法律在维护社会秩序方面发挥着极为重要的作用。在柏拉图看来，道德与实证法是相互联系的，因为“法律可以被理解为一个社会关于如何恰当地分配痛苦以及快乐的**制度化的决断**”（Cohen 1995：46），而立法的一个重要作用就是要教导民众，使他们懂得哪些行为是符合美德的（Plato 1980：874d～e，722d；Jaeger 1944：216～17）。同时，古希腊的思想家们还认为实证法起源于理性和“神意”（Foster 1949：116～17）。正如阿那克西美尼（Anaximenes）所说，“法律是由一个国家中共同的合意而确定的理性，它规定人们在处理具体事情时应该如何行为”（quoted in Cairns 1949：34 n. 14）。德摩斯提尼（Demosthenes）也讲到，“所有的人都应该遵守法律，这主要是因为：每一项法律都是上帝的创造和礼物，是智者的指示，是对错误行为的（自愿或者不自愿的）纠正，是对一个国家内的所有人都有约束力的契约”（ibid.）。在《法律篇》的开头，柏拉图（Plato 624a）就将法律的制定归功于神。而在后来的一些章节中，他又将法律与理性联系起来（714a，875c～d）。亚里士多德（1988：78）则声称，“谁让法律来统治，谁就是让神和理智来统治；谁让人来统治，这就在政治中混入了兽性的因素。人的欲望就像是一只野兽，而统治者（即使是最好的人）常常因为激情而丧失理智。法律恰恰是免除一切情欲影响的理智的体现。”他（1988：175；1985：14.2）认为，为了保持一个社会的良好秩序，法律必须体现道德和正义的原则，并且要让人们从小就接受这些原则的熏陶。

我们可能都很熟悉古希腊的这些法律理论（尤其是柏拉图和亚里士多德的观点）；这恰恰反映了我们对这些理论的继承，以

及柏拉图和亚里士多德二人的影响。他们最早对镜像命题作出了较有影响的阐述，强调实证法与“习俗/同意”以及“道德/理性”之间的密切关系。当然，对于实践中这种联系究竟有多么紧密，他们并没有作出明确的表述。他们也是最早强调法律的社会秩序功能的思想家。此外，他们的思想也为后来社会契约论和进化论这两种关于法律起源的理论奠定了基础。最后，还有必要提及他们对后世法律理论的另外一个方面的影响：他们都回应了智者学派（Sophists）对于法律的批判。智者学派认为，法律是为了维护强者的利益而制定的，往往压制并反对个人的利益以及天赋（Foster 1949：45～50，127～9；Ostwald 1986：260～6）。“智者学派的目标，就是要剥掉覆盖在法律上的道德权威的外衣”（Foster 1949：127）。而柏拉图和亚里士多德则试图“重新树立法律的道德权威”（ibid.）。从此以后，为实证法的正当性提供辩护，实际上也就成为西方法学理论中从未间断的一个传统。

在结束对经典法学理论的讨论之前，我将概述罗马法律传统的三个方面。第一，罗马人对于法律的理解，带有强烈的实证主义色彩。“对罗马人来说，法律是立法机构刻意追求的目标。法律也是罗马人民，或者是皇帝（人民将最初的权力转让给了皇帝）的意志的体现”（d'Entreves 1994：66）。正是在这种背景下，《查士丁尼法典》宣称，“皇帝的意愿具有法律的效力”（quoted in Aquinas 1993：90. 1. obj 3）。考虑到罗马社会中国家权力以及立法机构的增长，这样的强调是可以理解的。从历史上来看，在立法权力的上升和法律“意志”理论的流行之间，似乎存在着对应的关系（Pound 1912～13：128～9，145）。第二，伴随着罗马帝国对其他地方的征服，罗马法开始承认市民法（civil law）和万民法（ius gentium）之间的区分：前者只适用于罗马公民，后者则适用于所有人，并且促进了国际交流及交易的发展（往往涉及贸易、合同等）（see Stein 1999：12～13；Janet Coleman 2000b：105～6）。此外，罗马的法学家们还创设出

另外一个种类，即自然法（ius naturale），用以指称自然的准则。罗马法学家乌尔比安（Ulpian）这样描述三者之间的区分：市民法是城邦的具体的法典；万民法是出于人类交易的需要而产生的共同的法律；自然法是自然的律令（Fears 2000：40）。

第三个方面，涉及西塞罗（Cicero）的贡献。西塞罗是将经典的希腊法律理论与中世纪兴起的自然法理论（将在下一节讨论）连接在一起的人物。在他的自然法理论中，西塞罗借鉴了斯多葛学派的哲学思想（Fears 2000：21）。他（Cicero 1998：103）将法律定义为“植根于自然的最高理性，它命令人们做应该做的事，并禁止人们做不应该做的事”。法律并不是由人制定的，而是由上帝制定的；它具有永恒的、普遍的适用性（pp. 68，124）。人们通过理性而获得关于这种神法的知识。“既然没有比理性更好的东西，而且它在人心和神心之中都存在，人和神就有了某种根本的共同之处：他们都具有理性。但那些共同拥有理性的，还必须拥有正确的理性。而且既然正确的理性就是法，我们就必须相信，人也与神有共同的法”（p. 105）。“因为自然为我们提供了共有的认知能力，而且将其播撒于我们的心智之中，所以我们可以将高尚的行为归于美德，并将可耻的行为归于邪恶”（p. 112）。可以看出，西塞罗认为，人们可以通过理性而发现普遍的自然法。作为对他的这种观点的一个辩解，他回应了一个显而易见的反驳意见：在不同的社区中，法律往往也是极为不同的。他从三个方面作出了回应：制定的法律，必须要适合当地的具体情况（pp. 64 ~5）；其中有些法律是不正义的；智慧的人，知道哪些是真正的法律（pp. 125 ~6）。特别值得注意的是，西塞罗认为，人们制定的实证法律必须服从神法，不正义的法律“根本就不是法律”（p. 125）。“在一个社区中，有些法规不能被称为法律，即使那里的人们已经（在不顾这些法规的有害特性的情况下）接受了它。因此，法律意味着，必须要根据与万物中首要的和最古老的——自然，相一致的原则来区别正义与不正义”

(p. 126)。不正义的法律，“比一伙强盗在聚会时通过的规则，更不配被称为法律”(Cicero，quoted in Foster 1949：190)。

在西塞罗之前，亚里士多德也区别了自然法和实证法。“自然的［法律］在任何地方都具有同样的效力，无论它表面上看来是否如此。［人为制定的］法律，一开始它以何种方式规定并不重要；而一旦被规定，它就不再是无关紧要的了”(Aristotle 1985：5.74)。他并没有试图调和二者可能的冲突，也没有谈及在二者冲突的情况下哪个更为重要。[4]亚里士多德似乎将二者视为法律和正义的两种相互独立的源泉。所以，当西塞罗宣称神法的优越性时，他迈出了一大步。这一步具有潜在的革命意义：它提出了一个标准，每个人可以通过自己的理性来发现这个标准，进而利用这个标准来评价实证法，并且决定是否遵守实证法。

自然法传统

托马斯·阿奎那(Thomas Aquinas)在13世纪中期写的《神学大全》(Questions 90～97)，可以说是自然法思想之原点(locus classicus)。他(Aquinas 1993：90.4.c.2)把法律定义为“为了公共福利而作出的合理安排，由那些负有管理社会之责的人制定。”他认为这个定义包含了所有的法律。在此基础上，他区分出了四种形式的法律：永恒法(上帝为整个宇宙创造的模范)；自然法(反映了上帝的理性，植根于人的本性)；神法(《圣经》所揭示的那些准则)；人法(实证法)。在这里，我们

〔4〕 约翰·W. 琼斯(John W. Jones 1956：45)指出，斯多葛学派确实讨论过这个冲突，尽管并没有取得多少进展：“只有在人们理解并认可自然法或神法，并将其视为惟一具有权威的法律的情况下，才可以说人法是存在的。”与琼斯不同，约翰·凯利(John Kelly 1992)则指出，古希腊的思想家们并没有讨论过一项实证法是否会因其不符合自然法而归于无效。关于这个问题，有待于相关领域学者的进一步研究；在这里只需要指出，在讨论古希腊的法律理论时，凯利重点参考了琼斯的论述。

只是讨论他对于人法，以及人法与自然法和习俗之间的关系的观点。

在阿奎那看来，人法（实证法）的目标是通过维护和平以及协调人们的行为而维护社会的秩序（see Finnis 1998：222～8）。他写道，“人法的目的是国家的暂时安定；为了实现此目的，法律强制性地禁止那些可能扰乱国家和平的邪恶行为”（quoted in Finnis 1998：224）。阿奎那（Aquinas 1993：96.4）断言，即使对于某些不正义的法律，如果不遵守这些法律就会导致混乱的话，人们还是应该遵守法律。他反对那种认为个人可以根据自己的观念来判断某项实证法律是否符合自然法的看法。

初看之下，自然法理论往往给人一种形而上学的印象。但事实并非如此。在自然法兴盛的大部分时期，“那些主张自然法的思想家们认为维持社会秩序是一个极端重要的问题”（Schneewind 1998：12）。被誉为“现代自然法之父”的格劳秀斯曾说过，“维持与人类智慧相一致的社会秩序……是法律的源泉”（quoting Grotius，p. 72）。作为当代对阿奎那学说的权威解释家和自然法的支持者，约翰·菲尼斯（John Finnis 1980：147～56，266～70，276～81）从协调群体中个人的行动和维护社会秩序的角度来定义实证法和公共福利（common good）。他把自然法定义为，“维持人类生活和人类社会秩序的一系列实践理性原则。”（p. 280）

阿奎那（1993：90.1. rep. 3）将实证法定义为“主权者意志的要求”，他认为强制对于维持法律的有效性是必要的。“强制的权力属于全体人民，或者属于代表社会的负惩罚之责的公共官员。所以，只有全体人民才有制定法律的权力”（90.3. rep. 2）。在他看来，要使人们服从实证法，有两条途径：权威和强制（96.5）。尽管强制是必要的（因为社会上总是存在一些邪恶的人），但是义务的主要来源却是权威。只要实证法是正义的，并且是符合理性的，那么它就具有权威性（90.1. rep. 3）。通过积

极地利用实践理性，人们可以发现自然法的准则，因为上帝在创造人类之初，就将这些准则深深地置于人性之中（see d'Entreves 1994：43～4）。实证法是，而且应该是，这样一个“发现”过程的结果（Aquinas 1993：91.3）。

不正义的实证法缺乏权威。强制也许会迫使人们服从那些不正义的法律，但是人们并没有义务服从（除非是在前面提到的那种如果不服从就会即刻导致混乱的情况下）。在这个问题上，阿奎那（96.4. sec.4）曾经提出过一个让法律实证主义者和自然法主义者们争论不休的话题，“此类‘法律’……只不过是暴力的行为，而不是法律，正如奥古斯丁（Augustine）所说，‘不公道的法律看起来就**不是法律**’。”“所以人类的任何一种实证法律之所以具备法律的性质或者特征，就是因为它起源于自然法。但是，如果某些时候它与自然法相冲突，那么它就不再是法律，而是对法律的一种颠覆”（95.2）。正如前一章中讲到的，西塞罗也作出过相似的判断。

法律实证主义者约翰·奥斯丁（John Austin 1995：158）对这种观点提出了严厉的批评。“说那些违反神法的人类法律都没有约束力，纯粹就是胡言乱语。即使那些背离了上帝意志的、最有害的法律，也一直得到了司法机关适用。”许多法律实证主义
18 者也认为，从**道德**上来说，人们没有义务遵守不正义的法律。但是奥斯丁（1913：73）坚持认为，“一项法律，只要它存在，它**就是法律**”（see Hart 1958）。法律实证主义者们认为：因为自然法学者以是否符合自然法为标准来判断实证法是否有效，他们混淆了法律和道德的效力源泉，“他们［自然法学者］不承认一个道德上错误的法律具有法律的效力”（Raz 1974：100）。

约翰·菲尼斯（1980：20～5）认为前面的批评是对阿奎那以及其他自然法理论家们的误读。在他（Finnis 1996：201）看来，阿奎那在《神学大全》中“肯定性地承认了法律的实在性”，同时阿奎那也认识到法律的存在与内容并不取决于它是否

符合道德原则（p. 204）。与菲尼斯不同，另一位自然法学者亚历山大·登特列夫（Alexander d'Entreves 1994：46）则认为，必须对阿奎那的话进行“严格的字面解释”。他指出，自然法有许多不同的变种；以阿奎那为代表的本体论自然法是非常极端的，他确实否认违反自然法的实证法是有效的法律（p. 177）。考虑到阿奎那当时并没有特别地关注我们今天所谓的法律“有效性”的问题，我们很难确切地知道他在这个问题上究竟是什么看法。无论如何，自然法传统中的其他许多人都将实证法是否有效与它是否符合自然法联系起来。中世纪的法学家们就提出，“法律的有效性取决于它是否符合神法或自然法”（Ullmann 1969：54）。事实上，早在阿奎那一百多年前，教会法学者格拉提安（Gratian）就说过，“无论是宗教的还是世俗的法律，如果可以证明它与自然法相违背，就必须将它完全抛弃”（quoted in Berman 1983：147）。而屡次遭到奥斯丁（Austin 1995：157～9）批判的布莱克斯通则在他的《英国法释义》中写道，“自然的法律……当然比其他任何一种法律都应当得到遵守……人们制定的任何一项法律，如果它违背自然法，它就是无效的；人类法律全部的权力和权威都直接来源于自然法”（quoted in Boorstin 1996：49）。最近，朗·富勒（Lon Fuller 1969：197）在《法律的道德》一书中，以及在与哈特的论争中，都坚持认为法律包含着一些必要的最低限度的道德因素：缺少这些因素的“法律”，实际上“不仅仅是邪恶的法律，而且根本不是法律”。

关于法律的有效性来自何处的争论，重要的也许不是结果，而是这个争论持续存在这一事实。它反映了“道德/理性”与实证法之间持续的、内在的紧张关系。实证法的特点在于：它是“道德/理性”的产物（描述性的），但同时它又受到来自“道德/理性”立场上的批判（评价性的）。人们赋予自然法的这种优先性看起来好像是在强调自然法的批判功能，但是在实践中它也一直“被用来支持各种各样的意识形态”（Friedmann 1967：

19

96）。人们经常认为，这些自然法原则和自然权利不仅来源于现存的社会秩序，而且可以用来证明这种秩序是正当的。

阿奎那（1993：91.3）对“习俗/同意”与法律之关系的论述与柏拉图的看法有点相似：“法律最初是从自然产生的；那些被认为有用的标准逐渐被确定下来，进而成为习惯；此后，这些从自然产生并得到习惯确认的规则，逐渐成为法律的一部分，受到人们的敬畏和尊崇”。他（97.2 rep.1）也注意到，“法律从习俗那里获得了巨大的力量……所以不应该轻易地改变法律”，“因为要改变人们的习惯是很困难的”（97.3. rep.2）。法律往往反映了一个社会的“共识”和认可（97.3. rep.3）。所以，阿奎那相信“［人们］习惯性地遵守和有意地制定都是有效的立法方式。二者的背后都是人类的理性和意志；只不过在后一种情况下这种理性表现为文字，而在前一种情况下则表现为行动”（Kelly 1992：138）。阿奎那认为“习俗是最主要的法律渊源”（Postema 1986：45）。他赋予习俗一种优先性，“如果［人民］是自由的，并且能够制定他们自己的法律，那么，人们服从一项法律的原因，更多是因为这项法律符合他们的习俗因而也得到了他们普遍的同意，而不是主权者的权威。除非经过人们同意，主权者并没有权力制定法律”（Aquinas 1993：97.3 obj.3）。但是，社会上确实存在某些很糟糕的习俗，所以这些习俗“应该受制于法律和理性”（ibid.）。正如柏拉图和亚里士多德一样，他（95.1）也相信实证法可以教育人们做善良的事。同时他（95.3～4，96.1～2）也相信实证法是，而且应该是其所在社会的习俗的一种反映。

所以，在阿奎那看来，实证法部分地来源于习俗，并且从这些习俗中获得其效力。通常情况下，它不会与习俗发生实质的冲突。有时候，实证法的权力和正当性没有习俗那么强大；但在另外一些时候，实证法不仅可以，而且应该被用来改变那些不符合理性的习俗。至于这三者之间的关系，阿奎那实际上把“习俗/

同意”与实证法放在同一层面上（此二者在特定的场合下相互妥协），而“道德/理性”则被置于二者之上。当然，三者都应该受到尊重。实际上，在阿奎那以前，格拉提安就已经构建出这样一种分层秩序（see Berman 1983：145～7）。

让我们暂停下来，回顾一下我们在这里考察的问题：在西方法学理论传统中，“实证法是社会的一面镜子，它发挥着维持社会秩序的作用”这个论断获得了广泛的认同。然而，在一个特定的方面，自然法传统偏离了那种认为在法律与社会（至少是地方性的社会）之间存在紧密联系的观点。这是因为，自然法有一种普适化的倾向（Friedmann 1967：86）。“自然法的理论家们从来也不承认法律只体现了某个特定的群体或者社会的标准”（d'Entreves 1994：79）。自然法理论要求**历史**上所有的法律制度（尽管承认在某些时候或者某些地方可能存在一些例外）都具备一些共同的、反映了自然法原则的核心价值。之所以如此，是因为自然法是建立在理性和人性的基础之上的，而这二者都被认为是普适的（因为它们都是由上帝赋予人类的）。所以，自然法理论家们一直试图发现这个普适的法律。[5]即使菲尼斯这位从实践理性（而不是从人性）出发来理解自然法的学者也提出了这样一个“非常自信的论断”：他所发现的那些基本的、作为实证法基础的价值，是“所有的人类社会”共有的（Finnis 1980：83）。

就自然法的识别而言，约翰·洛克（John Locke）有不同的看法。在他（1990：183～5）看来，许多社会的法律认可某些很糟糕的行为，实际上是很难在这些法律之间找到统一性的。

> 如果人类的合意（consensus）被认为是道德的统治（rule of morals），那么，要么不存在所谓的自然法，要

〔5〕 伊夫·西蒙（Yves Simon 1965）声称，人类学家们证明了这种普适性（universality）的存在。但凯·尼尔斯（Kai Nielson 1959）则持相反的观点。

么这种法律就会因地而异；某一种行为在一个地方被认为是美德，在另外一个地方却可能被认为是恶行……人们总是受到社会主流观念的引导，而且他们也总是选择那些与他们的民族的习俗相一致的行为，即使那些行为在其他民族的人看来可能是邪恶的（而且这样的看法也并非没有道理）。所以，一个地方的人认为是符合自然法的，在其他地方的人看来可能恰恰违背了自然法。

在认识到不同人群的法律之间往往有很大差别之后，许多自然法理论家（包括洛克、阿奎那和菲尼斯）就试图解释这种现象产生的原因：由于人们的原罪，或者他们容易为激情控制这一弱点，他们不总是能够发现自然法；只有那些真正有智慧并且经常利用其理性的人才能够发现自然法原则（当然，什么是“真正有智慧”，并不是很清楚。须要记得：阿奎那认为烧死异教徒的做法是正当的，他也相信男女生来就不平等，而且他对犹太人抱着不友好的态度）（Janet Coleman 2000b：83）。这些理论家也认为，道德原则允许在许多合理的对象之间作出选择（Finnis 1996：203）。当自然法经过特定环境的过滤而变为实证法或道德规则的时候，它也会发生许多变化，从而反映当地的习俗和惯例（Aquinas 1993：95. 2. rep. 3；95. 3. 1；96. 2）。而且，自然法并不规定社会生活的每一个方面、每一个细节：譬如，它不关心人们应该在道路的左边驾驶，还是在右边驾驶这样的问题（Finnis 1980：28）。自然法理论家们认为，这些因素可以解释为什么不同地方的法律体制之间往往存在很大的不同（Finnis 1980：202）。

21

根据自然法理论，人类社会（或者至少那些享受着开明立法者带来的好处的人类社会）的实证法在某些方面具备一些共同性，这些共同性建立在普遍的理性和人性的基础之上；同时，不同社会的实证法也表现出许多不同之处，反映了不同的气候、文

化、地理和其他许多相关因素。从这一点上来说，镜像命题完全适合于自然法传统。

在结束对自然法传统的讨论之前，有必要提及格劳秀斯的贡献。格劳秀斯在17世纪就大胆地提出自然法只是建立在人的理性的基础之上，而与上帝是否存在以及是否有权威无关。正因为这一点，罗斯科·庞德（1912~13：124）认为，格劳秀斯的作品“把法理学从神学的统治中解放出来。”“如果说16世纪的法学家们讨论的主题是神学，那么17世纪、18世纪的法学家们则主要讨论人性和社会的本质”（p. 125 n. 45）。在一个由于科学的兴起而对神学提出种种挑战，进而导致宗教的权威不断下降的年代里，格劳秀斯将自然法理论重新植入理性主义的传统。这种对理性主义的强调，与宗教改革之后个人价值得到认可相伴而生。“这种与权威的分离，使得个人［对圣经］的解释取代了教会的统一解释”（Pound 1959a：476）。正是这种种发展相结合，才使得传统的根植于神学的自然法理论，转变成现代的、建立在个人主义和理性的基础之上的自然权利理论（see d'Entreves 1994：53~62，70~2）。并不是格劳秀斯一个人导致了这个转变，但是他的作品促成了这种转变。也正是由于这个原因，他被称为“现代自然法之父”。值得注意的是，与自然法思想不同，自然权利理论对于发现所谓的“实质的道德原则”保持怀疑。先前的［自然法］道德和政治思想家总是试图发现某些“终极之善”（ultimate good），而格劳秀斯则抛弃了这种做法（Schneewind 1998：73）。自然权利理论的主题是抽象的平等、意志自由和追求自己认为的那种“善”（无论它是什么）的权利。第4章将讨论这一发展所带来的影响。

22

就对这里的分析来说，格劳秀斯的作品在另外一个方面也是非常重要的：它奠定了现代国际法的基础（Pollock 1961：144~5）。但是，他因为强调“习俗/同意”和“道德/理性”而事实上排除了实证法。在格劳秀斯看来，希望生活在一个和平的环境

中，这是人的本性的一种需求。可以通过两种方式发现人性的原则：一种是由因及果的演绎推理（a priori），即通过理性来分析我们的社会性；另一种则是由果溯因的推理（a posteriori），即观察那些文明国家已经接受的习俗（Friedmann 1967：115）。这就引起是理性还是习俗对法律的发展起决定作用的争论。但波洛克（Pollock 1961：145～6）认为格劳秀斯的理论中并没有什么矛盾之处："实际上，最高权威认为理性和习俗是不可分割并且相互补充的。"与此观点相一致，格劳秀斯认为国际法的效力来源于人们的同意和理性，而国际公约和共同惯例（以及由这些惯例而产生的习惯国际法）正反映了这种同意和理性的存在。这样，格劳秀斯的理论就排除了实证法，因为实证法中有一个有权力实施制裁的强制性权威（而国际法则缺乏这种权威），而这个强制性的权威并不是法律必须具备的一个方面（Pound 1912～13：126）。

对此，法律实证主义者的回应是坚持他们对"法律"的定义，认为国际法不是"恰当称谓的法"（Austin 1995：123）。取而代之，奥斯丁（p. 160）称国际法为"实证国际道德"（positive international morality）。哈特（1961：226）则认为国际法"近似于一个原始法或者习惯法的体制"，属于"前法律"的阶段。

法律实证主义传统

约翰·奥斯丁和 H. L. A. 哈特分别是法律实证主义早期和当代的两个最有影响力的理论家。但是在他们之前，还有一个人值得关注，那就是托马斯·霍布斯（Thomas Hobbes）。霍布斯是一个非凡的人物。他不仅是一个自然法学者，而且是一个法律实证主义者，尽管这两个学派通常被认为是对立的。对此，我将在第4章中进一步讨论。同样重要的是，霍布斯认为社会理论、政治

理论，甚至更为广泛的社会科学，都必须把社会秩序作为一个核心的问题来看待（Wrong 1994：chap. 2）。而且也正是他，将法律与社会秩序联系起来。他（1996：chaps. 13 and 14）以一种悲观的态度看待人类的处境，他认为人类从本质上来说是贪婪的。人们总是渴望得到利益、安全和荣誉（p. 83）。正如罗伯托·昂格尔（Roberto Unger 1975：65）所说，在霍布斯看来，人们“不仅希望得到，而且希望得到比别人更多的东西”；除了物质的东西，人们还渴望得到权力，但是“某些人的权力就是另外一些人的‘无权力’（powerless）”。这些欲求不可避免地导致人们为了稀有的资源而斗争——即“每个人对每个人的战争”（Hobbes 1996：85）。他的结论是，自然状态下人们的生活是“孤独、贫困、污秽、野蛮又短暂的”。（p. 84）

霍布斯（chap. 14）从人类的本性推导出了他所说的自然法原则，包括寻求自我保护与安全地生存的权利。他认为，为了获得安全，人们联合起来组成公民社会，并将事实上没有限制的立法权交给一个全能的主权者。“法律就是主权者的命令”（pp. 179，175）；主权者不受法律约束，而是在法律之上（176，215）。人们保留的唯一的基本权利，就是在主权者不能维持社会秩序的时候改变主权者。而且，在霍布斯看来，正义是由实证法律的要求所决定的。“立法者所要求的，就是善；而他禁止的，就是恶。除了他的命令，就没有所谓的正确和错误”（quoted in Doolan 1954：3；see Hobbes 1996：85）。因此，霍布斯实际上否认了自然法可以作为实证法的实质性标准。

霍布斯对实证法的看法对风俗习惯也有不利的影响。亨廷顿·凯恩斯（Huntington Cairns 1949：261）指出，霍布斯“忽略了中世纪人们对法律的理解，即法律主要是社会中人们的生活习惯的表现，而非统治者的命令”。霍布斯（1996：69）敏锐地观察到那些往往是工具性地利用习俗和理性的做法，“他们就会忽而讲习惯，忽而讲理性，只看哪个对自己有利。当自己的利益

需要时，他们会放弃习惯；而一遇到理性对自己不利时，他们又反对理性。”在霍布斯的理论中，实证法的最高性是毋庸置疑的。“法律家们认为习惯不是法律；除了那些合理的习惯之外，不良的习惯都应当被废除。至于哪些是合理的，以及哪些应当废除，则要由立法者——主权议会或君主加以判断”（p. 177）。

法律实证主义者们对习俗的态度往往是模糊不清或者是不屑一顾的。这种态度在一定程度上反映了习俗不断地对实证法的权力和权威提出挑战这一事实。在言（立法）与行（习俗、惯例）的斗争中，后者明显地占据了优势。在民族国家尚未巩固的中世纪，法律最基本的来源就是习俗。对那时候的人们来说，“法律不是被创制或者创造的，而是国家或者地方的生活的一部分。法律主要是习俗，立法行为并不是表达什么意志，而是对那些已经得到人们普遍认可并且具有拘束力的惯例的记录”（Kelly 1992：139）。庞德（1912～13：128～9，145）认为，法律实证主义观点出现的时代，恰恰是立法权不断上升并且国家权力得到巩固的时代。

霍布斯以后，奥斯丁（在边沁的影响下）[6]将法律定义为主权者的命令。“每一项**法律或者规则**……都是一个**命令**”（Austin 1995：21）。“每一项实证的法律（或者每一个由我们严格地使用‘法律’一词所指称的对象），是由一个主权者或者主权者群体，以直接或者间接的方式，针对政治社会中的一个成员或者若干成员而制定的。在这个社会中，法的确立者是至高无上的”（p. 165）。而“主权者”是指“特定社会中的大多数人都习惯性地服从”的确定的“共同优势者”（common superior）；该“共

〔6〕 在奥斯丁之前，边沁就提出了法律的命令理论，以及法律与道德的分离，而这些则构成了法律实证主义的核心内容。菲利普·斯科菲尔德（Philip Schofield 1991）认为，在法律实证主义理论家中间，奥斯丁之所以比边沁更为著名，是由一系列因素导致的，其中的因素之一，就是边沁对普通法提出了尖锐的批判，而奥斯丁在这方面则保守得多。

同优势者”却“并不习惯性地服从一个确定的人类优势者”（p. 166）。其他种类的规则，譬如道德与习俗，并不是“恰当称谓的法”。正如所有的法律实证主义者一样，奥斯丁认为法律的根本功能就是维持社会秩序。

前面已经提到，奥斯丁坚持法律与道德的严格分离。“一个法律，只要是存在的，它**就是法律**，无论我们多么不喜欢它”（Austin 1913：7）。但是，他（1995：141）同样认识到“实证法与道德，实证法与上帝之法，以及实证法与习俗，往往是一致的”。实证法受到一个社会中的道德和习俗的影响。但它们仍然是不同的。道德和习俗只有在“获得主权者的认可”的时候才可以说是实证法的规则（ibid.；see also 1913：34～7；1995：72～3）。在此之前，它们仅仅获得了习惯或观念的认可（Hart 1961：84～5）。

奥斯丁对习俗的描述也不全然是否定的。在一个可以说是镜像命题的典型描述中，他（1913：272）写道，“如果人民是开明而强大的，习俗（正如法律一样）通常符合他们的利益和愿望。如果他们是无知而软弱的，习俗和法律对他们通常都没有什么好处。”但是，在他所举的例子中，习俗却扮演了一个不甚光彩的角色。他指出，在中世纪的欧洲，奴隶制度主要就是依靠习俗而得以维系的。“在欧洲许多国家，正是通过直接的立法才使得许多人摆脱了奴隶的身份；而在过去，习俗以及依据习俗而制定的法律使得他们一直处于奴隶的地位”（p. 273）。这里，实证法起到了变革习俗的作用。

奥斯丁（1995：Lect. II）认为，存在上帝为人类设立的神法，人们可以通过功利主义的推理来发现这种神法。他（p. 158）认为人们可以不遵守那些与神法相抵触的实证法（尽管他在这个问题上的立场不是很坚定）。另外，他相信，所有“成熟的”法律制度都具备一些共同的概念和原则（1913：147～59）；这些概念产生于功利和必要性，同时也根植于人性以

及特定社会的组织形式（p. 151）。“如果没有这些共同的概念，我们就难以合乎逻辑地构想一个法律体系（或者一个相对较为文明的社会的法律体系）”（p. 149）。他的一般法理学，正是构建在这些共同概念的基础上——包括义务、权利、自由、损害、惩罚以及赔偿等。

这样，奥斯丁对法律的看法恰恰符合我总结的西方法学理论中的核心观念，即法律是社会不可分割的一部分，其主要功能在于维持社会秩序。他的主要贡献，就是为“实证法”提供了一个相对明确的定义，将我所构建框架的左边的元素（“习俗/同意”以及“道德/理性”）和右边的元素（实证法）明确地区分开来。奥斯丁不同意左边的元素也代表了一种法律。他认为，“习俗/同意”和“道德/理性”可能对实证法提供“原材料”；但只有经过国家法律机器的**认可**，它们才能够成为实证法。

与奥斯丁相比，哈特的经典著作——《法律的概念》——使得法律实证主义建立在更为稳固的基础之上。我将在第6章中详细探讨哈特的观点。就目前而言，没有必要详细地区分哈特和奥斯丁的观点。在这里，只需要指出，在法律的定义这个问题上，哈特对奥斯丁提出了批判。如前所述，奥斯丁将法律定义为“由强制支持的主权者的命令”。哈特认为奥斯丁对于法律的看法太像是“明火执仗的持枪抢劫情境”（gunman writ large）。在“法律”的概念中纳入“主权者”这个因素是难以令人满意的，因为这不符合现代民主国家的情况，在现代民主国家并没有什么“不受约束的命令者”能够获得其他人习惯性地服从；而且，“命令”这个说法也不恰当，因为许多规则事实上是授予人们权利的，而并不是强制性地命令人们去做什么。[7]

取而代之，哈特认为一个法律制度是两类规则的结合：初

〔7〕 哈特对奥斯丁的观点的批判，主要集中于该书第二、三、四章，并且在第77页做了总结。

级规则（主要是规定义务的）和次级规则（包括承认规则、审判规则和改变规则）。在初级规则下，“人们被要求去做或者不做某种行为”；次级规则“规定人们可以通过某种特定的方式，引入新的初级规则，废除或者修改旧规则，或者以各种方式确定这些规则的作用范围，控制它们的运作”（Hart 1961：78～9）。用一种更为简洁的方式来说，初级规则主要是用来约束社会中人们的行为，而次级规则主要用来约束法律职业者在发现和适用初级规则时的行动。哈特认为，除了这两种规则之外，一个法律制度还必须具备另外两个条件：初级规则必须得到公民的普遍遵守；法律官员们必须接受并且遵守次级规则。只要满足这些条件，就可以说一个社会中存在法律制度。

对于道德与法律之间的关系，哈特的看法在大多数方面与霍布斯和奥斯丁的看法是一致的。他对人类本性的理解，与霍布斯的理解没有多大的差别；从这个理解出发，他（p. 195）推导出一些可以普遍适用的“自然法的最低限度的内容”，包括对人身、财产以及诺言的保护，这种保护是“国内法必不可少的特征”。与奥斯丁一样，他（p. 199）强调“每一个现代国家的法律处处体现了公认的社会道德和广泛的道德理想的影响”。这也可以看做是镜像命题，用哈特自己的话说，“法律**反映**道德的方式是数不胜数的”（ibid.）。

对于习俗，哈特的看法也与奥斯丁相似，尽管有一个重要的区别。在哈特看来，原始社会中只有初级规则，因此缺乏法律制度。当有了次级规则之后，他们“从前法律（pre－legal）世界进入了法律（legal）世界”（Hart 1961：91）。哈特（pp. 44～7）也认为，习俗通过承认而成为实证法的一部分。但是，与奥斯丁不同，哈特认为习俗“在大多数现代法律制度中占有真正的、尽管是质朴的地位”（p. 26）。而奥斯丁则更多地承认了习俗对实证法的影响。

这个差别是很有启发意义的，它反映了实证法在经历了几个

世纪后的重大变化。霍布斯对习俗不屑一顾，认为实证法并不必然是习俗的一种反映。哈特更进一步地指出：二者之间已经产生巨大的鸿沟。“在现代社会中，习惯并不是一种非常重要的法律‘渊源’”（Hart 1961：44；see also Friedmann 1967：251）。如果我们仔细地研究现代国家的立法机关所创制的那些典型的法律和规定的话，就会发现哈特的说法确实符合事实。

习俗－文化传统

研究法理学的学者们似乎很喜欢将过去的法律思想分为各个流派加以讨论；在本书中，其实我也遵循了这种做法。但是以往的学者却没有单独地提出“习俗－文化”这一传统。这种缺失主要是因为学术传统和“贴标签”过程中的历史偶然性。这一传统——以及下一节中将要讨论的梅因（Maine）——与我们通常所说的“历史法学派”有诸多相似之处。当然，我在这里要强调的不是历史，而是该派的代表人物萨维尼（Savigny）在法律－社会关系这个问题上的主要观点。这一传统与前面提到的两个传统（自然法传统与实证法传统）大致构成三足鼎立之势，它们分别对应于我们提出的三元框架中的三个元素。当然，必须指出，这种对应并不是绝对的。从比较广阔的层面上来看，这一传统涉及一个社会的文化，包括同时具备“习俗/同意”和“道德/理性”的习惯性道德（customary morality）。但是，这一传统强调的重点仍然是那些作为法律渊源的习俗和惯例，所以在这里将“习俗”与“文化”并列是合适的。

在法学界，通常认为孟德斯鸠是早期的一个比较法学者（Zweigert and Kotz 1992：49），并且是法社会学的一位先驱（Ehrlich 1916：583）。而萨维尼则被认为是历史法学派的创立者，同时也是法律实证科学（positive science of law）的创始人之一（Reimann 1990：851～8）。但是，孟德斯鸠和萨维尼都认为

法律是一个社会中的习俗和文化的产物，因此法律与习俗和文化之间存在着密切的联系。除了这两位学者的作品，这里还将讨论欧根·埃利希，这位通常被认为是开创了法社会学的人物(Ziegert 1980)。可以说，他的观点代表着习俗－文化传统的顶峰。

孟德斯鸠在18世纪中期写了《论法的精神》，那正是格劳秀斯的自然法理论颇为流行的时代。孟德斯鸠（1991：1～5）对于自然法的看法与霍布斯的看法极为相似（尽管不像霍布斯那样强调“恐惧”的因素）：在自然状态下，人们特别关心社会的和平。他强调实证法在不同的国家存在很大的差异：

> 为某国的人民制定的法律，理应十分贴切地适用于该国民众。如果这些法律竟能够适用于另外一个国家，那只是极其偶然的事。它们应该与业已建立或者将要建立的政体的性质及原则相吻合；无论这些法律是规定政体的组织及运作形式的政治法，还是为了维护其政体而制定的民事法。它们应该与国家的自然状态相联系；与气候的冷、热、温和宜人相关；还与土壤的品质、位置和面积有关；法律与诸如农夫、猎人或者牧民等各种人民的生活方式息息相关。此外，法律必须与政体所能够承受的自由度相适应；还要与居民的宗教、气质、财产、人口、贸易、风俗，以及习惯相关（Montesquieu 1991：7）。

孟德斯鸠继而详细地讨论了法律与以下诸种因素之间的关系：政体、气候、土壤条件、商业，以及道德和习俗等。他的讨论涉及的国家的范围也非常广，包括诸如古罗马、法国、德国、美国、中国、西班牙以及许多中东国家。

孟德斯鸠的观点在当时产生了非常大的影响（Kelly 1992：

273～4），实际上可以看做是对那些基于理性的法律普适主义的一种挑战。他主张，当人们将理性应用到不同环境的时候，就会产生不同的结果（Stein 1980：15～16）。所以，实证法是，而且应该是多种多样的，因为它们反映着各个民族的不同的文化与生活环境。他认为法律与社会之间存在着辩证的关系，“法律被社会塑造，同时它也塑造着社会”（Ehrlich 1916：586）。另外，他认为法律发展的历史有助于解释社会的结构（ibid.），这种观点
29 与后来的法律进化论者（legal evolutionists）的观点颇有些相似。总之，孟德斯鸠的观点可以说是镜像命题的一个典型代表，尽管他认为法律反映的不只是习俗和道德，而是包括社会及其自然环境的全部。

在孟德斯鸠发表《论法的精神》七十多年之后，萨维尼发表了他那本闻名遐迩的小册子：《论立法与法学的当代使命》。这本书，以及他所引领的历史法学派，对哲理法学和法律实证主义提出了挑战。“从根本上来说，历史法学既从司法至上（juristic supremacy）的角度反对主权者的矫揉造作，又从法学知识和经验——‘科学的法’——的角度反对用抽象的‘哲学’方法来研究法律”（Kelley 1990：253）。要理解萨维尼的观点，必须将它放到当时的历史背景下。那时候，德国刚刚摆脱了拿破仑的占领，民族主义的情绪高涨（Pound 1923：19）。那也正是启蒙运动所倡导的理性主义引起人们的积极回应的时代（p. 43）。当时一个著名的说法就是卢梭（Rousseau 1974：34）的那句话，“很明显，没有必要再问谁有权力制定法律，因为法律都是‘公意’的表达”。萨维尼的直接目的，就是反对那种模仿《法国民法典》制定《德国民法典》的提议，尽管当时许多人都非常羡慕《法国民法典》所具备的理性精神。萨维尼断然否认那种所谓的依据理性发现的、可以普遍适用的自然法。他（1831：134）认为，自然法理论家们太容易自我迷恋，“［他们］以为我们所具有的那些特征，乃是人类普遍具有的”。

正如上一节中我强调法律实证主义者们如何反对习俗一样，在这里我将主要讨论萨维尼如何站在习俗的立场上反对法律实证主义者们的观点。在萨维尼看来，法律实证主义的命令理论——“所有法律，就其具体形式而言，都奠立于明确的立法的基础之上”（Von Savigny 1831：23）——并不能揭示法律真正的源泉。因为从“人类信史展开的最为远古的时代”开始，“法律就已经秉有自身确定的特性，其为一定民族所有，正如其语言、行为方式和最基本的社会组织体制”（p. 24）。法律反映了“一个民族的共同信念，人们对其内在必然性（inward necessity）的共同意识，从而排除了所有偶然的和任意的因素”（ibid.）。“在法律与民族的存在和性格之间存在有机的联系……法律随着民族的成长而成长，随着民族的壮大而壮大，最后，随着民族对于其民族性的丧失而消亡”（p. 27）。所有种类的法律——习惯法、制定法、判例法——都是民族的法律意识的产物，而此种意识乃是一个社会内在的创制法律的力量（see Ehrlich 1975：446～8）。所以，历史法学派的“第一主张”，就是“法律是被发现的，而不是被创制的”（Pound 1923：16）。这些思想都可以包容在法律是民族精神（volksgeist）[8]的反映和产物这个论断中。可以说，这是对镜像命题的最为肯定、最为完整的表述。

30

因为法律在其发展过程中与社会之间表现出一种有机结合的状态，萨维尼主张用历史的方法来研究法律，以便发现法律的根本原则，并将其系统化。有点悖论意味的是，尽管萨维尼（1831：59）声称德国从前的法律“恒久地提醒着德意志诸族不可分离的团结一致”，但事实上当时德国的法律主要是由“共同法”（ius commune）*构成的；而作为中世纪罗马法的产物，共同

---

〔8〕 尽管萨维尼使用了这个词语，并且人们也往往将它与萨维尼联系起来，但它最初实际是由普赫塔（G. F. Puchta）创造的（Reimann 1990：583）。

* Ius commune 是指文艺复兴后的以古罗马法为基础，同时也吸纳了教会法以及欧洲各民族的传统法等因素而建立起来的欧洲法律体系。——译者注

法在当时为大多数欧洲国家接受。对此，作为研究罗马法的伟大学者，萨维尼当然是很清楚的（pp. 54～5）。为了解决这个明显的矛盾，萨维尼声称罗马法已经融入到德国人的生活中了。另外，他还认为，法学家（法学教授以及有学识的法官们）在这个过程中发挥了重要的媒介作用。他声称，尽管法律最初的形式是由惯例性质的做法演化而来的习惯法，但是，随着时间的推移，法学家们开始在法律的发展中发挥越来越重要的作用，他们用技术化的法律术语维护法律的发展（p. 30）。于是，法律就具有了双重的生命，而法学家们则代表了公众意识。

作为一位研究罗马法的学者，萨维尼与“德意志民族主义者”（Germanists）的取向有所不同：后者“以一种传统的方式理解‘法律是民族的习俗’”（Reimann 1990：868）。依埃利希（Ehrlich 1975：175）的说法，后来的研究表明，“法律规范通常并不是从大众的意识中产生的，尽管法律格言（legal maxims）可能是一个例外。法律规范是法学家们根据法院判决中作为判决依据的规范而创造的”。萨维尼的批判者们认为，他主张的那种过于强调习俗和民族精神的做法会导致一种保守的路线，会阻碍法典的编纂和修订（Reimann 1990：877），同时会提升法律学者们的角色和地位（Patterson 1940：413）。萨维尼的历史主义实际上就是要维持现状。

从概念上来说，从“法律起源于人们的习惯做法，因而可以从这些习惯中发现法律”，到“这些做法事实上就是法律”，只是很小的一步。埃利希（Ehrlich 1975：462）迈出了这一步，尽管他声称是“从萨维尼和普赫塔的思想中自然地推出它们的逻辑结论”。他（p. 24）解释到：

31

> 法律并不必然是由国家创制的，也并不必然充当法院和其他裁决机构裁决的基础，或者构成依据此种裁决而施加的法律强制的基础。不过，这里保留着法的第四

个特征，人们必须以此为出发点：法律乃是一种秩序（ordering）。

在埃利希（pp. 455 ~71）看来，“法律”是由人们在日常生活中遵守的规则组成的——那些引起并且维持各种组织（诸如家庭、村庄、公司、商业组织、职业团体、俱乐部、学校以及工厂等）内部秩序的习惯性做法及惯例。这就是“活法”（living law）。“法律从本质上来说就是社会生活的一种形式”（Ehrlich 1916：584）。对埃利希来说，这些都**是**法律——不仅仅是法律的渊源，而是**法律**——无论它们是不是已经获得国家法律制度的认可。如此一来，埃利希就对那种认为只有国家才有权力创制和执行“法律”的观点提出了直接的挑战，也就是对当时流行的实证主义法学提出了挑战。

从某种意义上来看，埃利希的结论是对镜像命题以及法律的社会秩序功能理论的一种尖锐的批评。他指出，在某些地方和某些问题上，实证法规范往往与主流的社会规范没有多少联系。社会秩序更多地是通过“活法”来维系的，而不是国家的实证法（see Tamanaha 1995a）。埃利希的理论为后来法律社会学区分“书本上的法律”与“生活中的法律”的做法奠定了基础。

但是，换个角度来看，埃利希的作品也可以说是对镜像命题和法律的社会秩序功能理论的一个扩充。事实上，他主张：如果实证法不能反映社会的规范，而且又不能有效地维持社会秩序，它就不能再优先地主张自己是**唯一的**法律。“法律”这个标签必须被收回；或者，至少应该将这个标签贴到那些“活法”（即事实上满足了这些条件的规范）之上。本书第7章将要讲到法律多元主义者，实际上就是继承了埃利希的观点。

在这一节的最后，我将指出存在于习俗-文化传统和自然法传统之间的几点对应之处（对此，前面实际上已经有所讨论）。这两个传统分别代表了我在前面的框架中提出的“习俗/同意”

和“道德/理性”，它们是与实证法相对应的。孟德斯鸠和萨维尼对于那些渗透到实证法中的习俗－文化的描述，恰恰与那些认为实证法中充满了由于理性和人的本性而生发出来的道德原则的
32 看法相对应。无论从目的还是效果来看，这两个传统中的观点都是相当保守的，也就是说它们都是要维持现状，因为它们都暗示着实证法应该是那样，尽管他们提出的理由不尽相同。与自然法传统坚持自然法是判断法律是否有效的标准相对应，埃利希认为“习俗/同意”也可以作为判断法律是否有效的标准；事实上，二者都声称，至少与实证法相比，他们所主张的（自然法或者“活法”）才是**真正的法律**。当它们向实证法提出这个挑战的时候，它们都表现出一定的批判的潜力。但是，从历史上来看，它们更多地被用来为实证法辩护，而非批判。

“法律与社会组织”传统

这一部分主要讨论以下思想家的作品：亨利·梅因爵士（Sir Henry Maine）、埃米尔·涂尔干（Émile Durkheim）、马克思·韦伯（Max Weber）。跟前一节中讲到的那些人相似，他们也常常被划分到不同的学派中。梅因被认为是历史和进化法学派的一个重要人物，同时也是一位早期的人类学家。[9]涂尔干是功能主义社会学（Functionalist Sociology）的领军人物，而韦伯则是解释主义社会学（Interpretive Sociology）的杰出代表。这三个人的共同之处在于：他们都对社会组织的性质与法律的形式以及实质之间的紧密关系做了非常有影响的论述。进化论法理学与这一传统的关系最为密切。迄今讨论过的许多理论都带有一点进化

〔9〕 有些人类学家质疑梅因的研究是否属于人类学这个研究领域。不过，大多数人类学家都认可这一点。譬如，在1986年，梅因的《古代法》被收入亚利桑纳大学出版社出版的“人类学经典文库”（the Classics of Anthropology Series）。

论的色彩，因为它们都假设实证法起源于那些史前的、文字出现以前的习俗。法律进化论将法律描述为一个从相对低级的、不完善的阶段向高级阶段不断进化的过程，其每一个阶段都是确定的，并且或多或少地带有些“普适”的色彩。[10]需要指出的是，本节所讲的法律与社会组织传统，并不限于进化论（事实上韦伯并不主张进化论）；本节所强调的重点，在于法律与社会组织之间的紧密联系。

梅因1861年发表《古代法》，这本著作在当时产生了很大的影响（Stein 1980：85）。在梅因（Maine 1986：4～29）看来，法律的发展经历了几个阶段：前习惯法（根据具体情况而作出决定）、习惯法（主要由贵族阶层维持）、法典化。尽管他研究的主要是罗马法和英国法，也在一定程度上涉及古希腊的法律以及印度法，但梅因声称他的结论是普遍适用的。他主要关注的是古代社会与现代社会的巨大区别。“可以说，古代社会的基本单位是家庭，而现代社会的基本单位则是个人”（p. 121）。在古代社会，家庭是最基本的团体；家庭相结合就成为宗族和部落；部落联合而成为国家，所以早期国家的公民认为他们属于共同的家族（p. 124）。因为社区是基本的单位，由（或者针对）一个群体中的一个人所为的犯罪行为往往被视为由（或者针对）他所属的那个群体所为的犯罪。“一个人的道德水平的提升或降低，似乎也意味着其所属群体的道德水平的提升或者降低”（p. 122）。一个社区的内部关系是由“**地位**”（即一个人在其所属群体中的身份）决定的。“法律就是父母的命令”（p. 121），或者更准确地说，是父亲的命令，因为妻子和子孙都受他控制。

下面就是梅因（pp. 163～5）最著名的那段话：

33

〔10〕 关于法律进化思想的一些出色的介绍性著作，包括 Stein（1980）；Elliot（1985）以及 Hovenkamp（1985）.

所有进步社会的运动在有一点上是一致的。在运动发展的过程中，其特点是家族依附的逐渐消失以及代之而起的个人义务的增长。“个人”逐渐取代了“家族”，成为民事法律所考虑的单位。不同社会的前进是以不同的速度完成的……但是无论前进的速度如何，变化是很少受到反击或者出现倒退的……我们也不难看出：用以逐步取代源自“家族”的各种关于权利义务上的互惠关系的，究竟是个人与个人之间的什么关系。这种关系就是“契约”。在以前，人的一切关系都是被概括在“家族”关系中的。把这种状态作为历史上的一个起点，从这一个起点开始，我们似乎是在不断地向着一种新的社会秩序状态移动，在这种新的社会秩序中，所有的关系都建立在“个人”的自由合意的基础上……我们可以说，所有进步社会的运动，到此为止，都是一个“从身份到契约”的运动。

梅因的作品遭到来自各方面（包括法理学和人类学）的不断批评，批评的理由也是多种多样的：诸如研究方法上的缺陷、明显的混淆、不能被后来的研究证实等（see Stein 1980：99～115）。但是，他的影响是极其深远的。而且他对于我在这里的研究来说也极为重要，因为他认为法律对于社会组织具有极其重要的作用。社会的发展与法律的变革相伴相生，相互促进；法律的发展**就是**社会的发展。通过观察法律关系，可以理解社会秩序的特点。而且，只有通过考察一个社会的法律，才能理解那个社会。

34

作为社会科学家中“一位毫无争议的巨人”（Hunt 1978：60），涂尔干在这条道路上走得更远。他（Durkheim 1983：34）写道：

事实上，社会生活之所以能维持下去，就必然要通过一定的形式组织起来。法律只是这个组织中最稳定、最精确的元素。一般来说，倘若社会中人们的生活范围得到了扩展，那么法律也将相应地得到扩展。所以，我们完全可以通过法律来发现社会团结的各种基本的形态。

在涂尔干看来，法律不仅仅是社会的有机组成部分，而且也是现代社会正常运作的一个基本条件，在维持社会秩序方面发挥着核心的作用。

涂尔干在社会－法律的发展这个问题上的看法，受到了梅因的影响（Lukes 1973：30），尽管他们的观点在某些方面存在重大的分歧。涂尔干认为，从原始社会到现代社会是一个从“机械团结”到“有机团结”的转变过程（Durkheim 1972：123～54）。原始社会的特征在于其同质性，在于那种覆盖社会生活各个领域的“集体意识”；“社会生活主要是由几乎完全一致的信仰和行为构成的，而这种一致性也显得特别强烈”（Drukheim 1973：67）。所有的事情都是以集体利益为导向的。严格来说，个人的人格并没有遭到压抑，因为“在历史上这个阶段，**个人是不存在的**”（p. 80）。由于这种同质性，这个时期的社会团结是“机械的”。与原始社会不同，现代社会则出现了劳动分工，人们从事着不同的专业活动，形成了相对较小的、有共同信仰和价值观的群体。“集体意识”仍然存在，但它的范围已经大大缩减，而其关注的重点也转向了人与人之间的关系（pp. 69～85）。这一阶段的社会团结是“有机的”，因为社会是由那些因社会活动的性质而形成的次级群体（subgroups）的相互依赖关系而团结起来的，这就像一个有机体只有依赖其各个器官的相互协调才能良好地运作一样（pp. 70，77～9）。法律取代了“集体意识”，将有机社会的各个部分整合在一起。

35 这两类性质的社会各有不同的法律。“因为法律再现了社会团结的主要形式，我们只需要对不同的法律加以分类，就可以理解它们各自对应的社会团结的类型”（Durkheim 1983：37）。以法律惩罚的性质作为标准，涂尔干指出：原始社会的法律是“压制型法”（主要是刑法），而现代社会则是“恢复型法”（民法、程序法、宪法）（pp. 39～58）。这种不同的原因在于：在原始社会，犯罪往往被看做是对“全体”的冒犯，因而会引起强烈的群体反应；而在较为发达的社会中，伤害往往被认为只是对个人的侵害，所需要的也只是调整侵害者与受害人之间的关系。

在法律与社会的关系这个问题上，涂尔干（p. 34）认为法律与习俗，以及法律与道德之间，都存在极为密切的联系：“法律**反映**……社会生活的一部分”（着重号为本书作者所加）。他（1993：82）对这个关系的描述与孟德斯鸠的见解极为相似，“法律依赖于各种客观的以及主观的因素。它不仅与一地的自然环境、气候、居民的数量等相关，而且也与一个民族的偏好、观念以及文化相关。”“通常，习俗并不与法律相冲突；相反，习俗乃是法律的基础”（Durkheim 1983：35）。依据罗杰·科特威尔（Roger Cotterrell 1999：91）的分析，涂尔干认为“法律是社会表达其道德本质（moral essence）的主要形式，而道德本质则是指那些能够整合和团结整个社会的独特的道德特性。”

由于涂尔干将法律描述为一个社会中“集体意识”的表现，他就不是很重视法律与道德之间发生冲突的可能性（Lukes and Scull 1983：6）。正如阿兰·亨特（Alan Hunt 1978：69～70）观察到的，“涂尔干将法律与社会团结之间的关系比作镜子与被反映物的关系。这个理论依赖于一个未经证实的假设：法律体现了一个社会中所有规范系统的内容。同时，该理论也排除了法律规范与其他规范体系之间发生冲突的可能性；而即使承认这种冲突，也往往将它当做暂时的、反常的现象”。这种无视法律与道

德，以及法律与习俗之间可能发生冲突的做法，是镜像命题不可避免的。

涂尔干的功能主义（Functionalist）分析的启示意义还体现在另外一个重要的方面。许多著名的理论家通过社会学的功能主义视角来研究法律，也就是探讨法律作为社会的一个有机组成部分所发挥的必要的作用。塔尔科特·帕森斯（Talcott Parsons）认为，法律发挥的作用，在于将社会中的各个子系统（subsystems）整合在一起（see Cotterell 1992：80～92）。尼克拉斯·卢曼（Niklas Luhmann 1985：82）将法律视为“一个社会系统的结构，它依赖于规范行为预期（normative behavioral expectations）的一致普遍性（congruent generalization）”。他们都认为，法律在一个社会/社会系统中发挥的核心作用就是维持社会秩序。所以，法律必然存在于所有社会中。[11]卢曼对此作出过简练的总结：“法律作为一种稳定人们的行为预期的方式，在每一个社会都是存在的。倘若没有法律，社会交往就不可能发生”（1982：124）。

从一定意义上来说，这种功能主义分析进路代表了西方法学和社会学理论中最常见的那个预设：法律是社会的一面镜子，它的功能在于维持社会秩序。卢曼所谓“倘若没有法律，社会交往就不可能发生”的说法，可以说是这种预设的一个典型表述。有人可能认为，将法律当做社会整合的一个不可或缺的方面，并不是对卢曼理论的精确描述；因为卢曼的自创生理论将法律当做一个自我指涉的封闭系统，而这常常是与法律的自主性联系在一起的（see Luhmann 1982：chap. 6；Lempert 1987）。然而，这种自主性只是社会内部的一个分化系统的自主性；在这种情况下，法

---

〔11〕 帕森斯可能对这个说法加以限制：法律存在于所有的已经分化的社会（differentiated societies）中。

律对作为一个整体的社会仍然发挥着重要的整合功能（Luhmann 1985，1989）。[12]用卢曼（1982：128）自己的话来说，“法律系统的自主性对于整个社会的秩序具有重要的意义。”

特别值得注意的是，社会功能主义分析理论是以一种“先验”的（a priori）方法来界定法律的角色和性质的：它在理论上预设了法律在一个由理论家们构建的社会系统模型中发挥的作用。所以，这种功能主义分析不能解释，甚至也不能想象这样一种情形：有时候，虽然法律在维持社会秩序方面几乎没有任何作用，但它在其他方面仍然能够有效运作，而且社会系统也并未崩溃。本书后面的章节将使我们看到：这种情形绝不是虚构，而是真实存在的；这也就意味着，仅仅从功能的角度来理解法律，是远远不够的。

在社会科学以及法律社会学中，韦伯的地位和影响都在涂尔干之上（Hunt 1978：93）。韦伯具有法学教育背景，他（Weber 1954）在一个复杂的分析框架内对法律与社会的关系作了细致的社会学研究。正如前面对其他传统的讨论一样，这里对韦伯的讨论也仅限于那些与本书主题相关的研究。与梅因和涂尔干相似，韦伯相信法律类型与具体的社会安排有密切的联系。但是，他避免了进化论的分析，而将其分类描述为“理想类型”，也就是对许多积聚在一起的特征的一种抽象。他对于法律与社会的关系的研究非常细致，而且特别强调造成某个社会现象的多因性（see

〔12〕 科特维尔（Cotterrell 1992：86）认为，由于卢曼越来越强调分化（differentiation），他已经不再坚持认为法律发挥着整合社会内部各个子系统的作用。这种解释并不符合卢曼自己的阐述（Luhmann 1982：128）：“我们可以看到，一个独立的法律体系的发展，不仅在一定程度上保证了规范适用的合理性和独立性，而且为作为一个整体的社会在功能和结构方面的分化提供了必要的法律‘工具’。”虽然卢曼（Luhmann 1985：287）后来更加全面地转向自创生分析（autopoietic analysis），但他继续从“功能”的角度讨论法律。

Milovanovic 1989：30～5）。在韦伯看来，一个社会中影响法律发展的因素包括宗教，政治，经济，以及法律职业团体自身的利益，等等。

韦伯（1954：61～4）指出了法律思想的四种基本类型。[13]其中一个主要的区分就是“形式”与“实质”的区分。如果在作出决定时考虑的仅仅是法律自身，那么就可以说该法律制度是形式的；与之相对，如果在作出决定的时候，不仅要考虑法律，而且要考虑诸如宗教、道德、政策以及其他因素，这个法律制度就是实质的。而形式的法律制度和实质的法律制度又可以进一步划分为理性的和非理性的：理性的制度依赖于逻辑分析以及对规则和原则的适用；而非理性的制度则不是这样。那些依据神谕（oracle）作出进行裁判的原始程序是：①**形式非理性**的——说它是“形式”的，是因为它是一个严格遵循特定程序的、封闭的系统；说它是“非理性的”，是因为据此作出的决定并不依赖于逻辑分析（p. 77）。②**实质非理性**法律指的是那些基于各个案件的具体情况而作出的决定，其关注的重点是判决的结果，同时也会综合考虑法律以及法律之外的许多因素。韦伯给出的一个典型的例子就是“卡地司法”（khadi－justice）：说它是“实质的”，是因为决定依赖于对法律之外的因素的考虑；说它是“非理性的”，是因为它并不局限于对规则的逻辑适用（p. 228～9）。③宗教法律系统则是**实质理性**的——在作出决定的时候依据的是神圣的教义以及道德规范，并且是以结果为导向的，因而可以说它是“实质”的；同时它也具有决疑、推理和论辩的性质，因而可以说它是理性的（pp. 205～6）。④最后，**形式理性**法则是指现代西方的民法——它既是形式的，又是理性的，因为决定完全依赖于将一系列的规则和原则以一定的逻辑方式适用到具体的案件中（p. 64）。韦伯认 38

〔13〕 我对这些类型的理解，从克隆曼（Kronman 1983：75～95）的阐述中获益良多。同时，楚贝克的著作（Trubek 1972a）也很有用处。

为，形式理性法特别适合资本主义经济体制的需要，因为它能够使法律的决定具有高度的稳定性和可预测性，进而使人们能够依据法律对各自的行动作出规划（pp. 39 ~ 40，228 ~ 9）。

就这里的分析来说，韦伯的论述是非常重要的，因为他对本书关注的现代社会中的三个因素（习俗、道德和实证法）都做了非常严密的分析。他对法律的定义类似于法律实证主义者的定义，即经过公众认可的、制度化的规范（pp. 5 ~ 6）。实证法规范可能符合也可能违背“习俗/惯例”。“尽管人们可能通过制定法律规范而改变现有的习俗和惯例，但更常见的情形是：一项法律之所以能够得到人们普遍的服从，是因为它符合人们的习俗和惯常做法，而非因为其强制力”（pp. 34 ~ 5）。那些已经确立的习俗“不可能被长期忽视，除非情势所迫或者当局干预，或者因为这些法律实施机构并不熟悉当地人们的生活（譬如，一个地区的法律是由异族统治者强加的）”（pp. 72）。

对于习俗与实证法关系的这种叙述，已经为人熟知了。但在现代社会形式理性的法律环境下，情况则变得更为复杂了。韦伯（Weber pp. 307 ~ 8）描述了形式理性的法律如何导致法律判决与公众对法律的期望和理解之间的差距：

> 现在，我们已经看到，由于严格的职业法律逻辑，当事人的期望往往落空……在更大的范围内，这种冲突源于以下两个不可避免的矛盾：一方面是要求具备逻辑一贯性的法律思维；另一方面，则是以经济利益为目的，并且将此作为自己期望基础的私人……但是，“律师的法律”（lawyers’ law）没有，也从来不会与外行人的期望一致，除非这种法律完全放弃自身固有的形式特点。

正是由于技术、形式和逻辑等内在于法律发展中的因素，形

式理性的法律不可避免地与一般的习俗和道德产生了距离。在一定程度上，这种距离是人为创造的，或者至少可以说是对形式理性的强调而必然导致的一个后果。人们要追求结果的可预测性和稳定性，为此不得不付出的代价之一，就是法律的决断往往偏离外行人的正义观念。“形式正义，由于其自身具有的抽象的性质，使得它往往与实质正义的理想相冲突”（p. 228）。事实上，那些实质的（无论是不是理性的）法律体系能够更好地作出符合主流道德观念的判决，因为它们总是能够将宗教以及道德的考虑纳入决策过程。正是因为形式理性的法律体系与人们的期望的这种背离，社会中常常存在一股反对形式主义的力量，具体表现为人们对实质正义或者平等的追求，目的性司法（purposive adjudication），陪审团的使用，以及那种更为关注案件的具体事实而不是法律规则的“自由法”（free law）判决方式（pp. 307 ~21）。

现代法律的这个特点引发了一个重要的问题。既然形式理性的法律常常不符合人们的期望，人们为什么还需要这样的法律呢？韦伯认为这与正当性（legitimation）问题相关。他（pp. 334 ~7）指出，要向民众论证政治 - 法律秩序的正当性，不外乎三种途径：①传统；②魅力型或者先知型的宣告；以及③建立在理性基础上的合法性（rationality - based Legality）。[14] 韦伯认为，在现代西方，正当性最常见的形式是“合法性”，即“人们默认那些形式上正确、并且以他们习惯的方式制定的法律”（p. 9）。之所以说“合法的”就是“正当的”，是因为法律是以理性的方式制定的规则体系。“那些限制正当权威的权力的规则之所以具有效力，并不是因为它们的内容，而是因为它们的形式——它们是依据一定的程序而制定的规范”（Kronman1983：45）。说得更直接一点，“形式理性的权威的正当性在于其实在性”（p. 55）。也就是

〔14〕 在较早的一段中，他（pp. 8 ~9）提到了第四种正当化的方式——自然法。但对此他并没有深入展开。

说，实证法（假定它具备了形式理性的条件）是可以自我正当化的；它之所以正当，恰恰是因为它具备了理性的合法性。[15]但是，韦伯指出，即使满足了“合法性”的法律制度，也不一定是良好的制度，因为这种制度也可能被那些“依仗暴力的、或者冷酷无情的”少数人控制（p. 9）。

韦伯对正当化的讨论，有助于我们理解本书框架中的三个元素之间的关系。在西方的传统法律理论中，实证法正是因为它符合“习俗/同意”和/或者“道德/理性”而获得了正当性。但是，随着形式理性的发展，实证法逐渐成为证明其自身正当性的理由。

“选择性镜子”传统

与前面的两个传统一样，在法理学通常的分类中也不包含“选择性镜子”传统。该传统包含一些初看起来似乎没有多少联系的思想流派；而且所有这些流派都可以被纳入我们下面将要讨论的另一个传统——工具主义传统。但是，在这里，有必要将它们理解为具有共同进路的一个传统加以独立考察。这些流派的一个共同点在于：它们都认为法律只是反映了社会中某些（而不是所有）群体的利益和价值观，即他们的道德和习惯。马克思主义可以说是该传统中最为著名而且也是最为深刻的。马克思主义的诸多派别都认为法律关系“**反映**并且从法律的层面上规定了一个社会中最根本的经济关系”（Stone 1985：50，着重号为本书作者所加），而且法律的根本功能在于为了

---

〔15〕 韦伯（p. 64）例举了形式理性的以下特征：①法律判决必须是将［抽象的］规则适用于具体的“事实情势”；②在每一个案件中都必须能够通过逻辑规则推演出具体的判决；③法律规则体系应该接近于“天衣无缝”（gapless）的程度；④任何不能利用合理的术语（rational terms）在法律上加以建构的［事实或问题］，都不具有法律意义；⑤任何一种社会行为，都可被视为对法律规则的遵守或违反。

保护统治阶级的利益而维持社会秩序（Cotterrell 1992：106～14）。

实际上，法律反映并且保护社会中特定群体的利益这个主张并不是马克思最先提出来的。前面已经提到，柏拉图和亚里士多德都已经认识到这种可能性。而特拉西马库斯（Thrascymachus）则更为直白："正义代表的，只不过是强者的利益"（Plato 1991：Book I，344）。亚当·斯密（Adam Smith）也在马克思和恩格斯之前提出了这种观点：生产中的经济关系在很大程度上决定了法律的特点（Stein 1980：111）。斯密（1978：208）将法律的产生与财富的积聚和保护直接地联系起来：

> 当一部分人拥有大量财富而另一部分人却一无所有的时候，就有必要扩张权威机关的管理范围，有必要制定稳定的规则来保障富人的财产不受穷人的侵犯（如果没有法律的话，这种侵犯就会不断地发生），并通过法律规定什么样的行为构成对财产的侵犯，以及在哪些情形下侵权者应该受到惩罚。从这个角度来看，可以说法律和政府是富人们联合起来压迫穷人的工具；以便维持财富方面的不平等；如果没有政府的压制，那些穷人们就会公然地使用暴力手段剥夺富人们的财富，直到大家在财富方面变得一样的贫穷。

斯密的观察与恩格斯（Engels 1942：156～7）的描述是一致的："由于国家是从控制阶级对立的需要中产生的，同时又是在阶级冲突中产生的，所以，它通常是最强大的、在经济上占统治地位的阶级的国家，这些阶级借助国家而在政治上也成为占统治 41
地位的阶级，因而获得了镇压和剥削被压迫阶级的新手段。"

"经典马克思主义理论家们并不是很在意法律"（Collins 1982：107），这主要是因为他们认为法律只是第二位的：

> 人们在自己生活的社会生产中发生一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系，即同他们的物质生产力的一定发展阶段相适应的生产关系。这些生产关系的总和构成社会的经济结构。这种经济结构是法律的和政治的上层建筑的真正基础，并有一定的社会意识形式与之相适应。物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。不是人们的意识决定人们的存在，相反，是人们的社会存在决定人们的意识（Marx 1970：20）。

在这个表述中，几乎任何不属于经济基础的事物都是经济基础的一种反映。意识形态的上层建筑（包括法律）既维持又掩饰阶级统治关系，而经济制度也是建立在这种统治关系之上的。马克思（1998：21）写道，“你们的法，不过是你们［资产阶级］将你们的意志通过法律［强加于］所有人罢了，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件决定的。”这样，法律思想就“充斥着占统治地位的意识形态”（H. Collins 1982：71）。

但是，就像恩格斯那样，大多数马克思主义者认为，“事实上，法律很少以赤裸裸的、不受控制的、纯粹的统治阶级意志的面目出现”（reprinted in Campbell and Wiles 1979：39）。法律的权威在很大程度上来源于它中立的外表，来源于它给人们带来的这样一种感觉——它中立地反映了共同的、多元的（而不是经过筛选的、特定的）利益。“对于统治阶级来说，树立一个意识形态的烟幕来掩盖他们在‘国家’这个保护伞下的霸权，对他们是有利的”（Pashukanis 1989：140）。从这个角度来看，法律具有一定的独立于经济基础的自主性，它有自己的特征、利益和逻

辑要求，因此也会在偶然的情况下导致一些不利于统治阶级的结果。[16]但是，法律仍然是在经济制度的总体框架内运作的（Mamut 1993：3～10），归根结底，法律的目的在于，“表现、调节和维持一个社会中的统治关系的总体性质”（Sumner 1982：258；see H. Collins 1982：47～52）。 42

在法律与社会的关系这个问题上，马克思主义者的观点相对来说比较明确。他们认为实证法就是国家法，它在资本主义国家的作用就是在阶级冲突的洪流中维持社会秩序（H. Collins 1982：45）。法律、道德和习俗都是上层建筑的一部分，所以基本是由同样的经济基础决定的。处于统治地位的意识形态与占主导地位的生产方式相联系（Marx and Engels 1947：39）。[17]“这些意识形态最初表现为习惯性的规则和道德标准。由于法律规范只是对这种占主导地位的意识形态的更精确更直接的表达，它就必然在某些方面与道德和习俗等行为规范重合”（H. Collins 1982：87）。“所以，这种‘直觉性的知识’（intuitive knowledge）或被视为‘理所当然的道德’（taken－for－granted morality）与资本主义社会具体的法律制度之间存在着紧密的联系”（Kinsey 1978：219）；而实证法的规则常常“起初表现为习惯”（Mamut 1993：8）。这显然是一个选择性意义上的镜像命题。

当无产阶级在先进知识分子们的领导下取得革命胜利并且掌

---

〔16〕 在这里的阐述中，我融合了两种相互竞争的马克思主义法学进路。工具主义（instrumentalist）进路将法律视为统治阶级的一个工具；而结构主义（structuralist）进路则将法律刻画为社会中的一个相对自主的子系统，尽管在终极意义上它是为统治阶级的利益服务的。我在这里更侧重结构主义进路，因为它更有说服力，而且也获得了更多人的支持。对于马克思主义法学进路，卡门卡的研究很有启发意义，可参看 Kamenka（1983）.

〔17〕 柯林斯（Collins 1982：50）解释了马克思主义者如何看待这个过程：“统治阶级利用其优势地位向全社会宣扬其世界观和价值观。如果这种意识形态的宣传是成功的，则每个人关于对与错、理性与非理性，乃至美与丑的观念，都是在吸收了统治阶级的代言人所宣扬的观念之后形成的。”

握政权以后，法律与习俗之间将存在一定的差距，因为前者反映了新取得政权的阶级的利益，而后者反映的依然是革命之前的阶级关系。所以可能存在一个过渡阶段，在此阶段资本主义法律的某些方面还可以继续存在。但是，在新的无产阶级国家，人们将积极地利用法律来改变那些陈规旧俗，以便树立与社会主义理想相一致的道德观。根据马克思的设想，最终，社会中“不再需要法律，而社会关系只是由习俗来调整”（Brierly and David 1978：254～5）。

批判法学运动（Critical Legal Studies）的学者们接受了马克思主义思想的主要观点，但他们严厉地批判那种“庸俗的”或者工具性的马克思主义（即将法律看做是**直接**地实现统治阶级利益的工具）。批判法学运动的拥护者们更多地是从意识形态的角度来看待法律的：尽管有人宣称法律的首要特征在于中立地解决社会纠纷，但实际上法律体现的价值主要是统治阶级的价值，而法律也不过是社会中的精英阶层获取权力资源的一种方式。正如罗伯特·戈登（Robert Gordon 1990：419）所言，“（法律意义）系统是由精英们构建起来的。他们知道：为他们的统治地位寻找借口是符合他们的利益的。所以，他们在界定‘权利’的时候，往往试图加强现存的财富以及权力分配的等级结构”。批判法学的大多数学者采纳了前面提到的马克思主义法律观的结构主义版本，赋予了法律一定程度的相对自主性：“在解决一些具体的纠纷以及一些影响较小的问题的时候，法律可能表现出一定的自主性；但是从长远来看，法律在总体上取决于社会中强势群体的利益”（Tushnet 1977：105）。显然，这就是选择性镜像命题的描述。

批判种族理论（Critical Race Theory）的主张者们持有相似的观点，只不过他们用“种族统治”替代了“阶级统治”。“庸俗”批判种族理论“对那些不利于有色人种的政治和法律决策提供了理论上的解释——这些决策仅仅**反映**了白人们的利益”

（*Crenshaw et. al.* 1995：p. xxxiv，着重符为本书作者所加）。一种更为精微的观点则是：法律在构建“种族”本身。“法律生产种族权力的方式是多种多样的，不只是通过那些以种族为基础而作出的决策，或者通过缩小反歧视法的救济范围，也通过其他许多法律规则来延续种族统治的结构和做法，尽管这些规则可能与反对歧视完全没有关系”（p. xxv）。种族主义深深植根于社会，法律使得这种种族主义得以表达和延续。

批判女性主义理论（Critical Feminist Theory）同样采纳了选择性镜像命题的进路，以此来解释男性统治。“尽管女性主义法学理论家们之间存在许多分歧，但他们至少在一个问题上达成了‘统一战线’：他们都相信社会是由男性主导和统治的”（Weisberg 1993：p. xvii）。法律反映并且维护着这种父权社会。“如果说批判法学的基本主张是资本主义社会的法律制度最终是为了维护现存的资本主义制度，那么女权主义的批判理论也有一个类似的主张：一个由男性统治着的社会中的法律制度，是为了维护‘男性至上’的社会秩序”（Polan 1993：419）。法律的“男性特征”（maleness）表现在许多方面：侵权法中的“合理的男人”（reasonable man），法庭上的对抗制，一个家庭内由男性统治的公共/私人领域的区分，法官和议员大多都是男性，以及强调分权（而不是相互信任和关爱）等“具有男性特征的法理学”（masculine jurisprudence），等等（see Bender 1988；West 1988）。“法律的整个结构——等级式的管理；争斗型的、对抗式的诉讼模式；以及对于理性的过分强调——都使得法律从本质上成为一个具有父权特征的机构”（Polan 1993：425）。这种具有父权特征的法律反映了家长制社会的性质，忽视并且压抑着女性的利益和价值。

批判主义法学的左派将法律描述为具有选择性的镜子，这种做法在现代并不鲜见。法律的经济分析学派主张效率优先，可以说也是一个例子：“法律的许多领域，特别是普通法的财产、侵

权、犯罪以及合同等领域，都将‘效率’作为一个重要的分析概念”（Posner 1992：23）。作为法律的经济分析学派的领军人物，理查德·波斯纳（Richard Posner）认为这种特别重视“效率”的做法与社会中特定阶层的主导观念有一定的联系。“法律的许多规则都体现了对效率的追求（尽管从法律的字面上我们也许看不出来）。这种现象并不奇怪，因为许多法律规则都起源于19 世纪——在那个时代的受教育阶层中流行的思想，就是以古典经济学为基础的自由放任主义”（ibid.）。特别是，许多法官都深受此种意识形态的影响（Posner 1990：359）。之所以说对于法律的这种描述是“选择性的”，是因为它忽略了习俗对于法律的影响，并且总体上没有考虑到社会的道德价值［尽管波斯纳（pp. 374 ~87）认为“效率”本身符合某种特定的正义观］。

虽然选择性镜子传统与法律实证主义并没有直接的联系［而且马克思并不赞成实证主义者的法律命令理论（Marx and Engels 1947：60）］，但是，由于法律实证主义强调主权者“意志”的作用，并且主张严格区分法律和道德，这就容易使人们认为法律只是反映了一部分人（而不是所有人）的意志。我们可以将这一节讲的“选择性镜子传统”与下一节的工具主义传统看做是过渡阶段的两种法律观：它们既是镜像命题在现代的表述；同时，它们也在一定程度上偏离了镜像命题。

工具主义传统

前面已经讲到，可以将选择性镜子传统看做工具主义传统的一个例子，因为该传统认为法律是实现特定社会利益的工具。但是，这里所要讨论的工具主义进路，比选择性镜像命题更为宽
45 广。可以很肯定地说，工具主义传统在 20 世纪后期的法学理论界占据了主导地位，正如在过去的几个世纪中哲理法学派、分析法学派和历史法学派曾经在不同的时期占据过主导地位一样

(see Summers 1982)。依据工具主义进路，法律是，而且应该是实现个人利益或者社会利益的一个工具。这就是“社会工程”法律观。通常认为，边沁（Jeremy Bentham）和耶林（Rudolph von Ihering）是工具主义传统的创始者，但当下该进路的影响与法律现实主义者们有更直接的关系（至少在美国是这样）。这里将讨论耶林、边沁，以及法律现实主义者们的贡献，以及工具主义在现代的两个变种：公共选择理论和法律人类学的过程学派(process school)。

前面已经讲到，边沁是一个早期的法律实证主义者，同时他也是功利主义理论最为著名的代表人物。虽然实证主义和功利主义都可能与工具主义有一定的重合之处，但二者并不必然导致工具主义的法律观。工具主义者（例如耶林和许多法律现实主义者）常常采用法律实证主义的“命令理论”：“法律是实现社会和个人利益的工具”，这个论断隐含着一个预设——法律可以被人为地创制或公布（Pound 1912：144～5）。尽管从理论上来说，一个人可能在坚持工具主义法律观的同时摒弃作为一种道德理论的功利主义，但耶林是一位功利主义者，而且许多法律现实主义者也采纳了功利主义的观点（see Summers 1982：41～59）。边沁和耶林都怀疑并且反对那些认为法律代表了一些绝对价值的观点，包括自然法或自然原则［边沁将自然法理论称为“高跷上的谬论”］，萨维尼的历史理想主义（historical idealism），布莱克斯通那种将普通法当做是理性的化身的看法，以及形式主义者们的概念法学。边沁认为，所谓的普通法的两大基础——古老的习俗和自然的理性——实际上不过是为了掩盖那些法律家们的主观偏好、活动和利益而编造出来的神话（Postema 1986：chap. 8）。庞德（1908：609）表述了在工具主义者中间颇具代表性的一个观点：“我们并不是依据那些由预设的人性原则而得出的推论来建构制度；我们要求制度具备实际的用处，并且满足人类的需要。”

在边沁（Bentham 1982：12）看来，“功利”这个词“意味着任何客体的这么一种性质：由此，它倾向于给利益相关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福……或者防止利益相关者遭受损害、痛苦、祸患或不幸”。在他看来，法律的制定和实施都是为了使一个社会中的福利总量最大化（See James 1973：6）。在计
46 算社会的福利总量时，他认为社会是“一个虚体”（a fictitious body）（从这个意义上来说，他是一个方法论上的个人主义者）。“社会的利益是什么？就是那些构成该社会的成员的利益的总和”（ibid.）。法律是“一个社会工具，立法者用它来实现所有社会行动中最伟大的目标——最大多数人的最大的幸福”（P. King 1986：41）。如此一来，能否促进社会福利的最大化，就成为评价政府和法律的标准。当他拿这个标准去评价普通法的时候，他发现普通法在这个方面极为不足。边沁批判普通法国家的法律职业者们，同时他也批评普通法程序的模糊性、技术性以及那些不合理的程式。“他声称，‘法律技术’的同义词是‘收费敛财’（fee - gathering）。法律职业阶层的利益与社会中其他人的利益是不同的；案件数量的增加和法律程序的复杂化都符合律师们的利益，因为那意味着他们可以收取更多的费用”（p. 34）。他开出的药方，是用一部以理性的方式制定的法典取代普通法，这部法典的根本准则就是要促进幸福的最大化。“边沁对于法律批评的伟大而恒久的贡献在于：他坚持认为法律规则的价值依赖于它引起的社会后果”（F. S. Cohen 1937：25）。

正如边沁站在法典化改革的立场上批判布莱克斯通对于普通法的辩解，耶林也站在法典化的立场上攻击萨维尼的保守的历史理想主义。针对萨维尼所谓法律随着习俗和民族的集体意识的发展而发展、因而只能被“发现”而不能被“创造”的主张，耶林在他的《作为目的之手段的法律》中指出，法律发展背后的推动力是人们的目的。在耶林看来，法律与法律规则起源于人们的特定目的，而其存在也恰恰是为了实现此目的，但是因为时间

的流逝以及法律理论家们对法律的神秘化，这一点常常被忘却。边沁和耶林的主要区别在于，后者对“社会”更为敏感：“我们所有的生活……是为了共同的目标而一起工作；在这个过程中，每个人所做的事情，不只是为他自己，亦是为他人……‘人类生活’与‘社会生活’是同义词”（Von Ihering 1968：67）。在耶林看来，社会不只是边沁所谓的“个人的集合”。法律可以协调个人利益和社会利益，因为只要个人在社会中过一种高尚的人类生活，个人利益和社会利益就是一致的。正如他最有影响的作品的题目所揭示的，法律是一个用来实现个人目的和社会目标的手段。法律的目的是“维系社会生活的基本条件”（p. 345）。要判断一项法律规则是否实现了它的目的，唯一的途径就是观察它所引起的实际后果。在耶林看来，“首要的问题是，一项规则或者判决在现实中如何运作”（Pound 1908：610）。

霍姆斯，这位法律现实主义的先驱，也坚持工具主义的法律观，这一点在他的《法律之路》中体现得尤为明显。在那篇文章中，他（Holmes 1897：465）指出了“在法律的发展中，唯一起作用的力量是逻辑”这种观点的谬误之处。他批判哲理法学，因为该学派总结出一些自以为是不可质疑的概念；他也批判历史法学将传统神圣化，以致不顾当下的政策。霍姆斯（Holmes p. 469）主张对现有规则的价值保持“开明的怀疑”，并进行“认真地反思”，“当一个法律的每一条规则都明确地指向特定的目的，并且那些目的为什么值得追求也得到（或者即将得到）说明的时候，这个法律就会更加理性、更加文明”（ibid.）。

现实主义者们批判的具体对象是概念形式主义（conceptual formalism），或者说“概念法学”。该理论认为，那些包含着内在的结构、元素和含义的抽象的法律概念有独立的存在。在法律现实主义者们看来，形式主义这种“超验的谎言”阻碍了那些通过立法来解决社会问题的尝试（F. S. Cohen 1935）。这种极端的形式主义的一个臭名昭著的

例子，就是以违反合同自由为理由宣布那些旨在保护雇员的法律违宪。[18] 庞德（Pound 1908：616）[19] 在分析这类案件时，从工具主义角度提出了批评：

> “合同自由”被认为是逻辑推理的基础。法院在将此类推理应用到实际情形时，未能追问这样的推理会产生什么后果，也未能注意到，这样做的结果恰恰与“合同自由”的初衷背道而驰。

法律现实主义者们的工具主义，以及他们对于抽象概念的批判，在很大程度上受到约翰·杜威（John Dewey）和威廉·詹姆斯（William James）的实用主义哲学的影响，包括从经验出发的、后果主义的倾向（See Summers 1982：26～34；Tamanaha 1997：26～57）。杜威（Dewey 1941）写道，“法律完完全全是一个社会现象”（p. 76），评价法律的标准必须“从它引起的后果中寻找”（p. 84）。“毫不奇怪，当此种哲学在美国兴起之后，法律理论就越来越多地将法律视为一个供人类使用的工具，而不是毫无偏见地分析和研究的对象”（Summers 1982：31）。现实主义者们的这种工具主义法律观得到了广泛的传播，今天很少有法学理论家会否认法律是一个实现社会目的的工具。至少美国的情况是这样。

就本书所构建的法律－社会框架而言，工具主义理论家们并没有系统地阐述框架中的那些元素，而且他们内部的观点也很不统一。总体来说，“边沁认为法律反映了一个民族的生活

---

〔18〕 参见 Lockner v. New York, 198 us 45 (1905).

〔19〕 在这里，我将庞德也纳入“现实主义者”之列，尽管他的观点在有些方面与“现实主义者”并不相符。正如 F. S. Cohen（1937：8 n. 5）观察到的，在庞德的社会法学与卢埃林（Llewellyn）的现实主义法学之间，有许多重合之处。

状态”（Rosenblum 1978：19）。与萨维尼相反，耶林（Von Ihering 1915：11～19）则否认法律是从习惯中“轻而易举、不费周折地形成或者被制定的”；他认为法律是在权力的斗争中产生的；所以，即使习俗可以成为法律的渊源，也要经过不同习俗之间的“优胜劣汰”。现实主义者们对习俗并没有多少研究，但他们的言论表明他们认为习俗比法律更强大，所以法律必须在根本上与习俗保持一致（Llewellyn 1962：401～2）。因此，当卢埃林参与到《统一商法典》的制定时，他努力使该法典中的条款与主流的商业惯例相符合。至于道德，他们总体上也认为法律应该反映主流的社会道德。他们是法律改革家，希望法律能够更有效地实现社会利益；大多数情况下，这些利益被认为是显而易见的。

在这里，还有必要提及边沁、耶林和现实主义者之间的另外两个共同点。第一，与前一节中提到的选择性镜像命题的理论家们相似，工具主义者们致力于对法律现状的批判和改革。也就是说，他们不再像过去几个世纪里的那些传统的法律理论家们一样做现存社会秩序的美化者、辩护者。第二，边沁、耶林和现实主义者们认为他们的理论将法律建立在一个更为可靠、更为科学的基础之上。他们相信知识的科学模式，并且努力模仿；他们是以经验主义为出发点的。他们努力收集关于法律行为的实实在在的事实，[20]以便使法律变得更好。从这个意义上来说，尽管他们批评现存的法律，但是他们不是无政府主义者，也不是革命家。他们最终的目标是改善法律，使其能够更为理性、更为有效地实现社会利益。

在本章的最后，我还要简单地讨论另外两种工具主义理论：公共选择理论和法律人类学的过程学派。公共选择理论最近在美

〔20〕 卢埃林（Llewellyn 1962：29）认为，就这种从科学的角度理解法律行为的做法而言，边沁和耶林是霍姆斯和现实主义者的先驱。

国的法学理论中非常引人注目。虽然该理论有许多不同的版本，但它们的基本观点是一致的：立法是不同的自利群体相互博弈、相互竞争的结果。[21]现代社会是由许多私人群体构成的，每一个群体都企图支持那些符合他们的利益的立法。立法由那些在竞争中获胜的群体控制，而这些群体会直接从制定出来的法律中获利。显然，这种观点与传统的共和观念（即立法者们是为了公共利益而立法的）是不同的。对这种利益群体理论的一种比较激进的解释是：那些占有财富的群体永远是这场竞争中的胜利者，因为经济实力是制胜的关键，富人们可以“收买”那些自利的立法者们。而另一种相对温和的解释则是：立法的结果“**反映**了相互竞争的利益群体之间的均衡”，这种均衡促进了稳定，也反映了一个社会中不断变化着的政治偏好（Farber and Frickey 1991：17，着重号为本书作者所加）。这两种解释中，往往是那种比较激进的解释占据了主导地位，由此导致一个结论：社会作为一个整体，会因为这类立法而变得更糟。所以，法院应该狭隘地解释那些违反了“公共利益”的法律（尽管这样会引发谁来决定什么是“公共利益”的问题），甚至在某些时候将其完全摒弃。

这里之所以关注公共选择理论，是因为它糅合了我在前面讨论过的几种理论传统。它带有工具主义的色彩，因为它将法律描述成实现特定利益的工具。也可以说它是自由主义思想的产物，因为它怀疑超验的道德观，它不相信人类可以从众多相互冲突的利益中发现那唯一的“公共利益”（pp. 58 ~ 62）。这样，先前那种通过法律的实质内容来理解法律的做法——法律有实实在在的内容，这些内容取决于社会中的习俗和道德规范——就成了批判的对象。依据公共选择理论，法律是一个空荡荡的容器，其内容取决于那些在这场立法程序的竞争中获胜的群体。

法律人类学的过程学派在很大程度上并不属于本书构建的法

---

〔21〕 对于公共选择理论的一个出色的阐述，可参见 Farber and Frickey (1991).

律－社会框架的一部分。[22] ［西方传统主流理论的］追随者们假设法律的功能在于通过实施共同规范以及解决纠纷来维持社会秩序，这种假设通常是从社会的角度来看待法律的；但是，法律人类学的过程学派的倡导者们则更关心从那些诉诸法律的个人的角度来理解法律。毕竟，在那些为了自己的利益而援引法律的人中间，有几个考虑过社会秩序的问题？从这个角度来看，法律很显然常常被个人当做一个工具来实现特定目的：引起冲突，保障安全，攫取优势，为自己或者他人辩护，报复，在社会舞台上展现自己，争取权力资源、社会地位以及财富，等等。这就是为什么将这个理论归为这一类的原因。从这个角度来看，法律规则与其说是社会秩序的固定规则，不如说是可变的，是可以被那些追求各自目的的人们解释、操纵和利用的。过程学派的研究表明，“法律制度是人类活动不断创造的产物，这些人具有不同的、不断变化的、相互冲突的动机和利益：解决纠纷或者加剧纠纷，将法律当做一种实现社会正义的工具或者压迫他人的利器，在法律的帮助下与对手和解，或者将对手彻底消灭”（D. Cohen 1995：23）。当这种将法律视为一个工具的看法被推到极致的时候，法律的地位也就沦为一个可以有无数用处的工具（无论这些用处是好是坏）。

51

〔22〕 关于这条进路的一些代表性著作，可参见 Roberts（1979）；S. F. Moore（1978）. 另外，对这种理论的一个很有见地的总结和应用，见 D. Cohen（1995）.

第3章

削弱镜像命题

前一章主要回顾了西方历史上的法学和社会学理论，其中也穿插讨论了一些现代的理论家以及理论，譬如自然法传统中的菲尼斯，实证法传统中的哈特，习俗/文化传统中的法律多元主义者，法律与社会组织传统中的卢曼，“选择性镜子”传统中的法律经济分析学派、批判法学运动、批判种族理论和批判女性主义运动，以及工具主义传统中的公共选择理论等。当然，上面的列举并不是很全面。譬如，自由主义理论家德沃金（Ronald Dworkin 1986）认为，法律不只是反映，而且必然包含社会中的一些政治道德方面的基本原则。此外，像诺内特（Philippe Nonet）和塞尔兹尼克（Philip Selznick）（1978）等法社会学家一样，昂格尔（Roberto Unger 1976）也对法律与社会组织之间的密切联系提供了一个新韦伯式（neo - Weberian）的描述。这样的例子是很多的。几乎所有的西方法学或社会学流派都认为法律与社会之间存在密切的联系。而“法律反映社会，其功能在于维持社会秩序”的说法，不仅获得了广泛的接受，而且似乎已经成为一个不证自明的命题。

在对于镜像命题的一个很有见地的讨论中，威廉·埃瓦尔德（William Ewald 1995：492～6）认为镜像命题有两种版本：强势版本（strong versions）认为“法律是并且仅仅是X”，或者“完

全可以用X来解释法律”；弱势版本（weaker versions）则认为“法律与X之间存在密切联系”。同时，他认为法律反映的对象可能包括许多不同的事物，也就是说，X可以指经济、文化、政治、气候或者地理，以及这些因素的某种组合。孟德斯鸠的理论可以说是一个强势版本，因为他认为法律反映的是多种因素的组合。马克思的理论则可以看做是一个从经济角度切入的强势版本。事实上，在上一章中谈到的理论中，没有一种理论支持镜像命题的最严格的形式——“法律是并且仅仅是……”它们都承认法律在改造社会方面发挥着一定的作用。也就是说，法律不只是反映社会，而且在某些时候也能够促进社会的变革。另外，前面提到的大多数理论不仅包括规范性的因素（法律应该反映社会），而且包括描述性的因素——法律并不总是反映社会的，某些时候它也可能与社会中的习俗和道德观念抵牾。但是，上一章讨论过的理论都至少包含镜像命题的弱势版本。

当今许多理论家仍然相信镜像命题。但是，我已经指出，尽管“选择性镜子”传统和工具主义传统仍然具有镜像命题的色彩，但它们已经在一定程度上偏离了镜像命题，至少它们不再像自然法学派那样将镜像命题视为理所当然。在本章和接下来的两章中，我将更加详细地描述这种发展趋向。第5章将通过一些具体的、经验性的例子来质疑镜像命题的有效性以及其适用范围。本章和第4章则主要从理论的层面削弱镜像命题。具体而言，本章将从两个方面揭穿镜像命题的不可靠的假设：第一部分将阐述在西方理论中很流行的两种关于法律起源的“神话”，然后对它们提出质疑；第二部分则主要讨论职业法律人垄断法律知识所造成的影响。

两种正当性“神话”，以及一种不同的法律起源论

法律进化的神话

在西方的法学和社会学理论中，关于法律起源的进化理论是很有影响力的。前一章中谈到的许多理论家（例如柏拉图、阿奎那、梅因、涂尔干、哈特，以及卢曼），都认为人类社会的两种统治方式——习俗与法律——是先后出现的。尽管这些理论在细节上存在差别，但它们通常都有这样一个假定：在人类社会形成之初，主要是靠习惯和习俗维持秩序的；同时，道德、宗教或者某种神秘的信仰，也发挥着一定的补充作用。后来，实证法——作为一种制度化的规范实施机制——逐渐从前政治社会（pre - political society）的习俗秩序中产生。实证法的出现，反映并且代表着社会分化过程中一个不可或缺的阶段。公共领域和私人领域的分离，最终导致了国家的产生，而实证法也正是在这个过程中出现的。昂格尔（1976：58）把这种进化的过程描述为“变化中的社会组织”。

在阐述法律的进化过程时，人们最常引用的例子是罗马法。“总体而言，罗马的社会思想是伴随着从口述文化到书写文化的转变而产生的。其社会背景是从农业社会到城市社会的转变：农业社会主要由不成文的习俗以及神法和宗教信仰统治着，而城市社会则主要依靠世俗的法律维系——这些成文的世俗法律不只适用于原来的贵族家庭的成员，而且适用于一般的平民，到后来它
53 甚至扩展适用于被征服地区的人民”（Kelley 1990：37）。在这个进程的开端，社会的核心单位是家庭，而习俗则是人们日常行为的准则；在这个进程的末段，社会的核心单位则是国家，而法律则成为人们行为的准则。可以这样概括这个过程：最初，人们在日常生活中总是不假思索地遵循传统的做法；后来，人们逐渐有

意地利用法律来实现自身的目的，并且建立了一种体现人类意志的、以法律为基础的秩序。这个转变并不是很彻底，因为习惯和习俗仍然在社会生活的许多方面发挥着重要的作用，而且习惯法规范在许多情况下都获得了实证法的认可；但是，毫无疑问的是，实证法最终获得了至上的地位。

下面是亚里士多德（1988：1252b～1253a）对这个进化过程的描述：

> 家庭是人们为了满足日常需求而自然地建立的组织……当若干家庭为了实现某种日常需求以外的目的而联合在一起的时候，就形成了第一个社会——村庄……当许多村庄为了满足人们的生活需要，以及为了生活得更美好而结合成一个完全的共同体，大到能够自给自足的时候，城邦就产生了。所以，如果说社会早期的形式是自然地形成的，也可以说城邦是自然地产生的，因为城邦是早期各种社会形式的终点；当一个事物达到其终点的时候，也就显示了其自然本性。
>
> ……
>
> 因此，城邦是自然的产物，而人依其本性就是政治动物。如果一个人由于其本性（而不是出于某种偶然）而不需要国家的话，他要么就是超越了一般人性的圣人，要么就是一个鄙夫——他就像荷马所斥责的那种人：
>
> 无族、无法、无家之人……

之所以说亚里士多德的描述是一种典型的进化论，是因为它强调这个进化过程是不可避免的，而这个过程的最终结果则是一个由法律统治的国家——在那里，法律是判断是非的标准。

这个进化的过程不仅发生在法律领域，而且在经济、社会和

政治等方面也有一系列相应的变化。对此，亚里士多德的理论已有一些暗示，而后来的理论家们则做了更为详细的阐述。经济方面，最初，家庭是一个自给自足的经济单位，为人们提供日常生活必需品；后来，村庄成为基本的生产和消费单位，同时也发生了一些在村庄内部的熟人之间的交易；最后，产生了城市或国家，人们从事着各种具有不同作用的经济活动，个人成为基本的生产和消费单位，由此使得远距离的、陌生人之间的交易也成为必要。

社会方面，这个进化过程表现为一个从集体到个人的重大转变。最初，人们是作为他们“生于斯，长于斯”的那个“关系社会”的一部分而存在的，每个人在社会中都具有一定的地位和身份（例如母亲、姐妹、女儿、妻子、亲戚、仆人等）。在生活的各个方面，人们只是接触那些“抬头不见低头见”的熟人，而这些熟人的数量是很有限的。而在这个进化过程的末端，人们是作为个人存在的，他们通过自身的努力和成就来塑造自己在社会中的地位和身份。一个人可以决定他与哪些人交往；每个人在其一生中都会接触许多人，但是除了家庭成员之外，其他大多数人都不过是他生命中的匆匆过客，很少能与他形成终生的紧密关系。因此，社会从一个由固定等级和血缘地缘等关系联结起来的群体，转变为一个由自由而平等的个人构成的群体。

政治方面，最初，家庭是核心的政治单位，而每一个家庭内部，又是由家长不容置疑的权威统治的。父亲的权威来自他作为一家之长的地位，几乎不需要其他任何理由。而在一个村庄内部，最初可能存在一个集体或者部落的领导。后来，人们的活动范围超出了村庄，逐渐形成了更大的政治单位，譬如省份。最后，则形成了国家。国家有常备的统治工具，形成了公共领域和私人领域的分离。国家由主权者统领，而主权者权威的来源，也在历史的长河中不断变迁：最初，这种权威可能来自所谓的神灵（例如“君权神授”）或者君主个人的魅力，后来，则逐步转变

为被统治者的同意。

在关于进化论的描述中，法律的发展是很重要的一个方面。塔尔科特·帕森斯（Talcott Parsons 1966：26）认为，制度化的法律体系的出现是“从过渡阶段的社会到现代社会”的“最关键的发展”，或者说是“分水线”。在协调人们的行为预期，维护社会秩序以及解决纠纷等方面，法律都发挥着重要的作用。通过保护人们的财产权（劳动成果），财产法允许并且鼓励人们从事有益的生产活动；通过保护和执行合同，法律使得人们能够放心地和家庭之外的人进行交易；刑法能够维持社会秩序；作为一个中立的第三方，法官作出的决定对纠纷双方当事人都具有约束力。在社会发展的最初阶段，那些以实现一定的“共识”和“和解”为目标的习俗化的机制，就足以解决这些问题；但是，随着社会的发展，习俗就显得不足了（see Unger 1976：48～86）。许多社会学家［包括涂尔干和哈贝马斯（Habermas 1996：66～81）］都认为，在功能分化的社会里，由于价值的多元化以及陌生人之间交往的增加，法律发挥着整合社会的重要作用。

这种整合作用，是通过以下两种方式实现的：第一，法律协调个人的行为；第二，作为一个背景性的机制，法律将社会生活的各个子系统（诸如道德、政治、经济等）衔接起来。在下面的这段话中，哈贝马斯阐述了法律如何同时在这两个层面上运作：

> 法律并不像后常规阶段的道德那样仅仅表达一种形式的文化知识，而同时构成社会之建制系统的一个重要成分。法律同时一身兼二任：既是知识系统，又是行动系统……*（1996：79）

---

* 该段译文参考了［德］哈贝马斯：《事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世俊译，三联书店2003年版，第96页。特此致谢。——译者注

从交往行动理论的角度来看，我们可以说，法律这个子系统，作为一个已经具有反思性的合法秩序，属于生活世界的“社会”这个成分。这个成分只能与文化和人格一起通过交往之流而得到再生产，同样，法律行动也构成一个媒介，法律建制、主体间分享的法律传统、解释和遵守法律规则的能力，同时都是通过这个媒介而得到再生产的。作为社会这个成分的一部分，这些法律规则构成了较高层次的合法秩序；但是它们作为法律符号体系、作为通过法律社会化而获得的能力，也体现在另外两个生活世界成分之中。所有这三个成分（文化、社会和人格）都同源地参与到法律行动的产生。法律包括所有趋向于法律的交往，为此法律反思地指涉直接在建制化过程中实现的社会性整合功能。但是，法律代码不仅仅同生活世界的旨在社会性整合的理解性功能界已实现的日常语言媒介相联系，它还赋予来自生活世界的信息以一种能为权力导控之行政和货币导控之经济的专业代码所理解的形式。就此而言，法律语言，不同于局限于生活领域得到的交往，可以起全社会范围内系统的生活世界之间交往循环之转换器的作用。*（pp. 80～81）

所以，在这个后传统（post－traditional）、后习俗（post－custom）的“除魅”的时代里，法律是一种将个人与（作为一个系统的）社会联结起来的粘合剂。

进化论从不同的角度证成了法律的正当性。首先，它假设法律秩序是从习俗中演化出来的，由此保证了前者与后者之间的连贯性。正如卢曼（1985：83）所描述的，“法律的发展不应该被

* 该段译文参考了［德］哈贝马斯：《事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世俊译，三联书店2003年版，第97～98页。特此致谢。——译者注

理解成从‘前法律社会’到‘法律社会’的转变过程，而应该理解为法律逐渐与习俗等区分，并在功能上获得独立的过程。”“‘习俗’，用乌尔比安的话来说，‘是人们对那些建立已久的惯常做法的默示的同意’；是祖宗之法的遗留或者重构……”（Kelley 1990：90）。在进化论的神话中，由习俗维持的秩序往往被认为是获得了人们默示的同意，而这种同意似乎也在不知不觉间被转移到新近出现的法律秩序上。这种神话将习俗到法律的演化描述为一个自下而上的自然发展的过程，认为法律和司法机构产生于社会，乃是人们合意行动（consensual actions）的产物。实证法的规范与习俗规范是一样的，只不过法律是通过一个不同的、制度化的机制实施的。这种观念在法律人类学家中间的流行，很大程度上与保罗·博安南（Paul Bohannan 1967：47）的理论相关，他将法律定义为经过重构的习俗，此种重构是为了帮助司法机构将这些规范适用到具体案件中。在中世纪，对于法律的这种看法是很常见的，“那时候，人们往往认为，实证法之所以具有正当性，是因为它来源于现有的习俗”（Berman 1983：145）。依据这种进化论，习俗经历了一个“逐步结晶化”（gradual crystallization）的过程，最终成为实证法（Kelley 1990：91）。正是因为法律与习俗之间的这种关系，才有人提出“法律来源于事实”的观点（pp. 92，100）。

其次，进化论还以某种更为有力的方式为法律的正当性提供了理由：它不仅指出法律是良善的或者有用的，而且指出法律的出现是社会发展中非常关键的一个环节。法律是社会的持续存在和发展所必需的。如果没有法律，社会将分崩离析、混乱不堪。与涂尔干一样，哈贝马斯（Habermas 1996：113）声称：“法律的出现，乃是为了弥补由于传统道德秩序的崩溃而产生的不足。”这样，法律就被描述为必需的、重要的、无可替代的，甚至具有了某种史诗般的意味。

最后，正如其他的进化理论一样，关于法律的进化论也用

“进步”之类的语言来描述法律的出现和发展，因而为法律提供了一定的正当性。与先前的社会控制机制相比，法律代表了一种进步：作为一种实施社会政策的工具，法律更为有效和灵活；而且，法律还体现了人们的自由意志，将人们从传统的不合理的束缚中解放出来。当社会生活由习俗或宗教主宰的时候，人们往往受制于“祖先”或者“神意”；但是，当实证法占据主导地位的时候，人类社会发生了一个重大的转变——从此以后，人们能够通过法律来控制自己的生存环境了。而且，依据这种“进步”的观点，现代社会的法律赋予了个人更大程度的自由和平等。这样，我们就站在了历史发展进程的一个顶峰，而法律则是最让我们自豪的成就之一。“法律代表着最接近完美的文明”（Ullmann 1969：p. vii）。

社会契约的神话

第二种关于法律起源和正当性的神话则是社会契约论。该理论的主要倡导者包括霍布斯、洛克、卢梭（see Morris 1999），以及晚近以来的罗尔斯。与进化论相似，社会契约论也可以追溯到早期的西方法学思想。“希腊人似乎已经相信了这样的假说：与先前的自然的人类结合（natural human associations）或者自然社会不同，国家和法律起源于人们为了自我保存而达成的契约，所以邦国不过是个契约的产物而已”（Janet Coleman 2000a：36）。但是，与进化论不同，社会契约论并不主张法律是在社会发展的过程中逐渐自然地产生的；相反，社会契约论认为法律是人们在某一时刻有意识地作出的一个约定。依据此约定，他们创立了一个合法的统治权威，并且同意服从此权威。当然，对于达成契约的具体时间，有不同的说法，如所谓的“自然状态”，或者［罗尔斯所说的］“原初状态”。

该理论与进化论的另外一个不同之处在于：社会契约论从一

开始就假定个人是自由而平等的，并且将个人作为其关注对象。[1]个人是依据其意志而行事的理性主体。由于资源的匮乏、人们普遍的贪欲，以及有限的利他精神等，人们是大致平等的；正是在这种大致平等的基础上，人们联合起来并且自愿放弃了一部分自然自由，从而生活在法律之下，以便以一种有序的方式追寻各自的利益。尽管主张社会契约论的思想家们对“自然状态”的描述各有不同，但他们的最终结论是一致的：理性的人们更喜欢生活在有法律的状态之下。为了使人们免于“一切人与一切人之间的战争”，或者至少是避免长期的动荡不安或者不断爆发的战争，法律就成为必要。这样一来，社会中每个人的“同意”，不只是法律的构成因素，也是法律的正当性所在。从那些“订约”的人们的角度来看，通过契约而产生的国家乃是他们的国家，在此过程中产生的法律则是他们的法律，该法律体现了他们的愿望和利益，而且法律权力的来源和范围也是由人民决定的。

戈歇（Marcel Gauchet 1997：173）在阐述他对现代国家的理解时，曾这样描述社会契约论所传达的图景：

> 理想状况下，主权者用一个具有反思能力的集体权威取代了原来那种许多共同体（communities）共存的混乱状况。由于这个集体权威是建立在其成员主动参与社会的基础之上的，那么可以说，在这种情况下，组织人类共同生活的秩序，不再是由某种外部力量强加的，而是通过社会成员的共同意志而形成的……这是权力在现代国家所具有的新的表现形式：通过它，公众实现了主体间的沟通；同时，主权得以统一运作，使得公众在几乎所有方面都与它保持一致，并且完全符合它自己的组建原则——它的建立契约。

---

〔1〕 博比奥对这两种进路进行了阐述和对比，参见 Bobbio 1993：1－25.

必须指出，正是社会契约论使得这种关于［集体权威与其成员之间的］同一性（identity）的图景得以不断延续。戈歇（p. 58）还观察到，“诸如社会契约论之类的现代个人主义理论，几乎是与现代国家的绝对权力同时出现的。”

对前述两种理论的批评

上述两种神话，主导着西方人对于法律的理解与认识。这两种神话之间，并不存在必然的冲突。某些理论家（如卢梭）在解释法律的起源时，认为进化论以及社会契约论都包含着合理的因素。甚至，一个人可以将进化论看做是对法律发展的一种概括性描述，而将社会契约论看做是对某些社会中的某个制宪时刻（constitutional moment）的真实描述，或者是为了分析某项政治或法律格局的正当性而提出的一个假设。从某种意义上来说，进化论的终点（即个人主义）恰好是社会契约论的起点。这两种神话流行的时代，恰恰是个人主义大行其道的启蒙运动时期。同时，它们都是由西方理论家们倡导的，这些人往往以为他们自己的社会中的政治、法律和社会的发展就是人类社会发展过程的一个缩影。尽管政治哲学家们通常将这两个神话描述为对法律起源的两种可以相互代替的解释（see Bobbio 1993），许多人事实上
59 同时接受了二者。这两种神话看起来似乎很可靠，以致许多人感到不得不相信它们。

我之所以将它们称为“神话”或“传说”，是为了强调一点：它们都是不符合实际的。进化论者们不得不在假设的基础上臆测，因为他们理论的出发点就是一个史前的、无文字记载的阶段。洛克（1980：s. 101）就承认这一点，“在世界上任何地方，对于政府是如何出现的，都缺乏文字记载；事实上，文字的使用，是在一个民族进入文明社会之后很长一段时间，并且享受到了其他更为必需的技艺所提供的安全、便利和充裕的生活之后，才开始的。直到那时，他们才开始追述他们的创建者的历史，而

当他们已无法记忆这段历史时，他们才追本溯源。因为**国家**和个人一样，通常**对于自己的出生和幼年情况是不清楚的。**”*对于这个时期的社会和法律状况的描述通常都是毫无事实根据的，最多也只有一些蛛丝马迹。许多描述不过是依据罗马法的发展而作出的一些猜测。但是，这样的臆测实际上是预设了所要证明的结论：进化事实上发生过，并且进化论是对法律发展阶段的可靠的描述。

很难解释究竟是何种机制导致了公共法律机构的诞生。[2]对于进化论和社会契约论的一种很流行的解释是：在一个社区中，必须存在一个能够实施规范和解决纠纷的中立的第三方；如果没有这样一个第三方，那么对规范的违反就会导致私人之间相互报复的行为。在这种状况下，纠纷不能得到解决，从而威胁到集体的团结甚至生存。依据进化理论，随着时间的推移，这个中立的第三方逐渐以法律的形式得以制度化；而依据社会契约论，这个制度化的过程是通过一个契约而完成的。这种解释的问题在于，法律人类学家的许多研究已经表明：那些小规模的社区往往通过多种手段（包括自力救济以及政治途径等）来实施规范或者解决纠纷，而在这些社区并没有产生公共的法律机构。

另一种解释则主张，促使公共法律机构诞生的社会机制是社区之间的互动交流。这些社区各有不同的规范和利益，它们之间就存在贸易纠纷以及对土地和其他资源的纷争，这样就有必要通过一个中立的第三方来调停纠纷。遗憾的是，这种解释并不符合历史。在不同群体的互动过程中，它们很少能够自愿地创建并永久地服从一个作为中立的第三方的公共权威。国际法一直处于很

---

* 该段译文参考了［英］洛克：《政府论》（下篇），叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆1997年版，第62页。——译者注

〔2〕 近年来学界对法律进化理论的讨论，可参看詹金斯的著作（Jenkins 1980: chap. 8）. 詹金斯在其书中对法律产生的过程做了一些解释，下面的讨论将是对他（以及其他一些学者）的理论的总结和反思。

不发达的状态，足以证明这种解释是不太可能的。虽然国际社会确实创立了一些公共机构（譬如世界贸易组织），但这样的机构是很少的，而这也恰恰说明了这种状况的出现是多么艰难。

最后，一种比较流行的解释将注意力集中到更大规模的社区，并将劳动分工或社会分化作为实证法产生的原因。“现在，在社会分化之后，法律规范仍然能够存留下来；如果其他的社会整合机制都消失殆尽，法律仍然能够将这个复杂的、离心的社会整合起来，从而使社会免于崩溃”（Habermas 1999：937）。法律取代先前各个成员共享的价值，发挥了整合功能，从而避免了社会的崩溃。但是这种说法实际上只是循环论证。实证法的出现被认为是社会分化最重要的一个方面。正如帕森斯（1966：25）所说，“独立的法律制度的产生也许是社会分化的一个最重要的表现”。既然实证法是现代社会分化的一个主要的方面，就不应该说它是这种分化的一个结果，否则就很难回答法律为何以及如何在这样的情形下产生。这种解释具备所有的功能主义解释都具备的那种“魔力”（magical quality）：由于社会需要一种以系统为基础的整合机制，于是法律便自然而然地扮演了这个角色。但是，功能主义理论承认社会生活中存在可以发挥同样功能的替代机制，所以这并不能解释为什么要由法律（而不是其他机制）来满足由于社会分化而产生的功能需要。功能主义者们若要避免此问题，唯一的选择就是把法律定义为“任何能够在社会中起到整合作用的机制”。这种做法在许多功能主义者那里并不鲜见。但是，这样做的后果之一就是“法律”这个标签包含了各种各样的现象，进而产生一个无法克服的问题：难以将法律与其他足以维持社会秩序的机制区分开来。对这个问题，在第 7 章中将会有更为详细的讨论。在这里，只需要指出：功能主义者对法律起源的这种解释从实质上来说是难以成立的。如果社会可能因为共同价值的丧失而走向崩溃或者“失范”，那么法律和法律制度也难有立足之地。只有在一个有内聚力的社会中，法律制度才能有

效运作。

但进化论的问题并不仅仅在于它是一种臆测，而且在于：缺乏支持这种理论的证据，甚至有相反的证据证明它是虚假的。[3] 即使（法律之外的）一般的进化论，正面的“证据也是严重不足，事实上这样的证据基本上是不存在的!”（Maniacs 1987：71～2）。而能够证明法律进化论的证据更是少得可怜。“人类学得出的一个主要结论是：必须拒绝任何一种所谓的普遍的法律进化论。即使那些在社会和经济方面处于同一发展水平的社会，它们的法律制度之间也可能存在极大的差别；这些差别是如此之大，以致我们不得不同意霍贝尔的结论，‘法律的成长，并不是一个直线的进化过程’。在特定的文化发展水平与特定的法律技巧或者法律观念方面，并不存在必然的联系”（Stein 1980：104）。

法律的进化理论还必然包括这样一个假设：社会是相对孤立地发展的，很少受到来自外界的干涉和影响。这个假设显然是不太可能的。如果承认外界的影响这个事实，那么我们就可以得出一个结论：即使传统的进化理论是真实的，它也只能适用于几种非常有限的情境，因为外界的影响必然会使法律的发展脱离那种假想的、不受外界影响的进化过程。世界历史上，这种因为外界影响而导致法律变迁的例子，比比皆是。

进化论在初期之所以看似可信，是由于以下事实：它迎合了，而且根植于关于原始生活是什么样子的成见，以及这样一种常见的观念——原始（或者非西方）社会与现代（或者西方）社会相比，就像一个小孩与成人的关系。在进化理论特别盛行的19世纪中后期（Manicas 1987：52～72）（梅因和达尔文的著作

〔3〕 科特维尔详细地讨论了对于涂尔干的法律进化理论的种种批评，具体可参见Cotterrell（1999：chap. 6）。科特维尔为涂尔干的理论提出的辩护包括：涂尔干讲的并不是一个真实的历史过程；他使用的概念是社会学的（而不是法学的），所以也不能用法律分类来检验。就涂尔干的理论而言，科特维尔的辩护也许是正确的；但它并不足以否认那些对［法律］进化论的批判的有效性。

也恰恰是在这个时期产生的），受过教育的［西方］人自然而然地“认为他们的一切生活方式，包括他们关于理性以及科学的观念，乃是历史不可阻挡的进步的一部分；而判断‘进步’的标准，也产生于这个历史”（MacIntyre 1990：24）。即使今日，依然有许多人坚持此种观点。

还有一点需要强调：戳穿进化论这个神话，并不是否认法律与社会的关系可能会随着时间的流逝而发生变化，也不否认不同社会中的法律表现形式可能存在很大的不同。我在这里的论点主要是：并不存在普遍的法律发展模式，并不是每一种变化都可以被看做是一种“进步”；有理由怀疑那些对法律的功能主义分析以及对法律－社会关系的传统的看法；许多时候，法律事实上并不是来源于主流的社会习俗；“进化论”并不能解释世界上现有的大多数法律制度的起源。

跟“进化论”的神话相似，社会契约论的“自然状态”是否存在也是值得怀疑的：没有人观察到过“自然状态”，也不存在事实证据。正如大卫·休谟（David Hume 1966：22）所说，“人类本性的这种状况是否真实地存在过……是值得怀疑的。”他指出：自我们出生的那一刻起，我们就属于某个家庭，属于某个已经存在的社区，而很少作为一个完全自主的个体而存在。伊曼努尔·康德（Immanuel Kant 1991：79）认为，不能将社会契约论描述的环境当做一种社会事实，“因为那是不可能的。”

对社会契约论的最有力的批评来源于自然主义（naturalist）或者社群主义（communitarian）进路，它们否认社会契约论的起点——个人主义。由于人类的自然本性，我们是生活在社会之中的。这种自然的社会是有序的，而非“一切人对一切人的战争”。将一个人与其他人，以及更大范围的社区与国家联系起来的，并不是“同意”，而是语言、文化，以及由社会责任、实践以及各类机构共同组成的聚合体（complexes）；我们每天都生活在这个聚合体中，倘若没有它，我们将无法生存。国家与法律并

不是在社会之外独立存在的，也不是在某个特定的时刻通过“订约”而产生的。马克思对此已有论述，“一个文明社会中，人们之所以团结起来，是出于人作为人的某种自然的需求，以及人们的利益……如果认为只有通过国家才能将社会生活组织起来，无疑是一种政治迷信。事实的情形恰恰相反：国家是通过社会生活而组织起来的”（quoted in Pashukanis 1989：91～2）。

对社会契约论的另外一个为人们所熟知的批评是：倘若要订立一个有约束力的契约，则必然首先存在某些社会的和法律的规范；也就是说，“自然状态”不可能没有法律和社会秩序（MacIntyre 1998：136～40）。相似的批评也适用于罗尔斯所阐述的那种假想的社会契约论。为了作出某种选择，“原初状态”的选择者们必须对社会上的习俗和道德观念有所理解；而这些观念越是深厚，人们选择的结果也越有可能受到这些观念的影响。

另一个常见的批评是：社会契约论所讲的“同意”并非真正的同意，因为人们从来也不曾真实地作出过那样一次选择。虽然有些国家（如美国）的宪法的起草和制定看起来好像是一个真实的订立“社会契约”的过程，但美国宪法体现的也不过是当时殖民地的人民选举出来的代表们的同意而已，并不是所有人的真实的同意。更何况，像这样的制宪过程是很罕见的（在美国只发生了一次）。也就是说，后代的人们并没有机会真实地表示他们的同意。至少在洛克看来，“同意”必须是每个人真实的同意。但洛克很快就认识到，这种真实的同意几乎是不可能实现的，于是他（see 1980：s. 119）提出了“默示的同意”（tacit consent）这个概念，认为人们的某些行为代表了他们对一个社会的政治体制的同意，这样的行为包括拥有财产，在道路上行走，以及居住在一定的领土范围内等。然而，并不能仅仅因为一个人居住在一个地方而认为他同意了当地的法律和政治体制。一个人没有离开一个地方的原因可能有很多：譬如，这个人缺乏足够的财力来支付旅费；或者，他舍不得离开亲朋好友以及辛辛苦苦积

攒起来的财产，因为放弃这些财产是一种巨大的损失。如果这样理解“默示的同意”，那么将会对社会契约论产生三个方面的不利影响：要么这里所谓的“同意”是很微弱意义上的那种同意（当人们在道路上行走的时候，很少有人会认为他因此而表示了对某种政治体制的认同），因而人们服从的义务也不是很强烈；要么这种“同意”是因为受到强制而作出的（如果不同意，就必须付出很高的代价），但这不可能是真正的同意，因为真正的同意应该是自愿的选择；要么这里的“同意”毫无意义，虽然主张社会契约论的理论家们使用这个词，但他们并不是指真实的同意（see Simmons 1993：chap. 7）。

可以将以上对社会契约论的批评概括为三点：“自然状态”从来不曾存在过；那种“完全自主的个人”的说法是不现实的；人们并没有真正地表达过“同意”。但社会契约论的主张者们则认为：这些批评是不着边际的。在他们看来，“自然状态”和“社会契约”只是为了评价我们当前政治体制的正当性而提出的一些假想（see Kant 1991：79）。正如罗尔斯（Rawls 1971：13）所说：

> 从严格意义上来讲，任何社会都不可能是人们为了实现合作而自愿地形成的组织……然而，一个能够满足这种（假设的社会契约）要求的社会，可能非常接近这样一种自愿的组织，因为它可以被看做是自由而平等的人们在公平的条件下作出的选择。从这个意义上来说，社会成员是自主的，而且，那些社会义务也是他们自己为自己设定的。

洛克一再提及实际的（包括默示的）同意，而不是假设的同意；因此，洛克不大可能接受罗尔斯的这种辩护。而且，这个辩护并不能反驳这种观点：那种假想的“订约”场景并不符合

我们的本性，因此，这个假设的结果将会与社会契约理论家们所设想的结果不同。

更重要的是，一旦承认人们通过“订约”而表达的“同意”只是一种假想的同意，而且“订约”本身就是理论家们幻想的产物，那么，就可以说，社会契约论中涉及的“同意”和“契约”，都是虚假的。约翰·斯图尔特·密尔（John Stuart Mill 1985：141）一针见血地指出了这个问题，“社会并不是依据一个所谓的‘契约’而建立的……而且也没有必要为了说明人们的社会义务的来源而创造出‘社会契约’这样一个概念。”就算能够依据这个假设的契约而推导出“人们有遵守法律的义务”这样的结论，这种义务也只是虚构的。如果某种义务是真实地存在的，那么它必须是“出于某种实际的需要，而非假设的契约”。

哈贝马斯的法律商谈理论（discourse theory）可以说是社会契约论在当代最为成熟的变体。该理论用人们的同意来论证法律的正当性；但由于这种同意是假设的（而非真实的），他的理论也（在无意中）暴露了这种假设的危险。哈贝马斯（1996：104）认为，“法律的正当性最终依赖于一种交往性的安排（communicative arrangement）：作为理性交往过程中的参与者，在法律面前平等的主体必须能够考察某种受到质疑的规范是否或者能否**得到所有可能受到该规范影响的人们的同意**。”由于存在一致性的要求，该系统是一个真实的自由系统，“受法律统治的人们，同时也是制定法律（即决定他们自身权利）的人”（p. 104）。可以举一些比较具体的例子来说明什么情况下法律是正当的：当那些无家可归的人们在半夜被警察从公园里的长椅上赶走的时候，他们却承认［那些禁止人们在公园过夜的］流浪法令（vagrancy laws）得到了他们的同意；或者，一个即将被执行死刑的人承认那些犯了十分恶劣的罪行的人应当被处以死刑。这些例子是为了说明，尽管哈贝马斯一再强调某项法律必须获得“所有公民”的认可（p. 135），但他**实际上**并不要求**一致的**同

意，甚至也不要求**真实的**同意。他的交往原则只是代表了某种规制理想（regulative ideal）。这样一来，和其他的社会契约论一样，他的理论的实际效果就是：在“同意”的名义下为法律现状的正当性辩护，似乎法律并不包含任何强制的意味（Tamanaha 1999）。

当然，对社会契约论，还存在其他的批评（see Morris 1999）；但就本书的目的而言，我们无需对它们进行详细的考察。法律的进化理论认为法律是紧随在习俗秩序之后出现的，而社会契约论则将“同意”看做是人们制定并服从法律的原因。就此而言，它们都强有力地支持了镜像命题。依据这两种理论，法律是**我们的**法律，**我们的**创造物，是包含在社会生活中的不可或缺的一部分。相似地，这两种理论都认为法律在维持社会秩序方面发挥着根本性的作用。依据进化理论，倘若没有法律，则社会就会崩溃；而依据社会契约论，我们之所以达成契约，就是为了避免社会混乱所带来的威胁。

至此，我们已经看到：西方法律与社会理论中用来解释法律起源和正当性的两种观点，其实都是不可靠的“神话”。这是非常耐人寻味的。虽然启蒙运动最显著的特征之一就是对各种迷信（或者说“神话”）的破除，但这两种“神话”居然都是在启蒙运动时期流行起来的。事实上，可以用以下方式解释这种现象：理论家们对那些陈旧的理论（如镜像命题）加以包装，为其披上“科学”（进化论）或者“理性的自由意志”（社会契约论）的外衣，似乎就是为法律的正当性提供了新的依据。

关于法律起源的一种不同的说法

这里，可以考虑一种不同的解释（以下称为“替代性解释”）：一个强人或者军阀、一帮歹徒、某个部落、某个联盟，或者某种外来力量，控制了一个地区的政权，制定了一系列规则，并且用专门的强制机构来实施这些规则，从而有效地约束了

其控制范围内的每一个人。这些规则的主要目的，在于维持统治集团的财富和权力，并且剥削普通大众。这些规则调整许多事项，包括被统治者之间的关系——其中最简单的调整方式，就是允许那些已经存在的习俗继续发挥作用，只要这样做不损害统治集团的利益，并且也不违反该集团制定的规则。在这种情况下，则可以说：在这个地区，那些由统治者强加的规则，就是**法律**。社会中的人们可能并不喜欢这些规则，所以总是避开它们；但 66
是，在无法规避的情况下，他们就会遵守（而不是违反）这些规则。他们这样做的原因可能有很多种：他们可能害怕统治者的制裁，可能缺乏别的选择，可能只是出于某种“惰性”而不愿意挑战统治者的权威，可能是因为他们认为法律不会对他们的实际生活产生太大的影响。甚至，他们可能认为，由于法律代表了强人或者强势集团的意志，所以它具有一定的正当性。在这种情况下，统治集团的权威，似乎来源于其强权。这种情况完全是可能的。譬如，耶林（Von Ihering 1968：191）曾经指出，在人类社会早期，“人们并不像如今的人一样用怀疑的眼光来看待强力（force）；他们认为强力统治是很正常甚至是很自然的，没有什么值得谴责或者鄙弃的。他们深受强力之影响，以致在他们的眼中，强力乃是世间唯一伟大的东西”。依据这种关于法律起源的理论，法律并不必然是从现有的习俗性秩序中演化而来的，也不存在某个订立“社会契约”的时刻。那些由制度化的机构制定和实施的规则，可能与习俗性的秩序相互竞争甚至相互冲突，尽管当权者可能试图淡化这种冲突，并声称他们制定的法律是为全体人民的利益服务的。

许多理论家可能不愿意将这种由强权者制定的规则称为法律。与哈特一样，他们可能将此类规则斥为“明火执仗的持枪抢劫情境”。在他们看来，法律必须获得**“公共”权威**的同意或认可。然而，这种反对意见恐怕是难以令人信服的。它包含着几个预设：第一，法律必须经过公众的“同意”；第二，在这种替代

性解释所描述的情境中，民众不会同意由统治者制定的规则；第三，强权不太可能为统治提供正当性；第四，他们心目中典型的法律——西方国家的实证法——获得了公众的同意。事实上，这些假设不一定成立。就连哈特（1961：113）本人也承认，只要一个法律体系的初级规则能够得到大多数民众的服从，并且次级规则也能够得到官员们的遵守，那么，这个法律体系就是存在的，哪怕那些规定人们义务的初级规则并没有获得公众的“同意”。这种替代性解释中所描述的情形，恰好满足哈特理论中的要素。

而且，这个反对意见忽略了一点：“公共”权威这个概念本身是很有争议的。有时候，社会中的一小部分人可能在“公共”利益的伪装下，使得他们的利益凌驾于其他“私人”的利益之上（Pashukanis 1989：134～50）。事实上，任何制度化的当权者，都乐于宣称他们代表的是“公共”利益。前面讲到的进化论和社会契约论都是建立在公/私区分的基础之上的，都假设这种区分是真实存在并且可以识别的。相反，关于法律起源的这种替代性解释，则更多地将这种公/私区分看做是理论家们的一种矫饰。它承认这样一种可能性：由一部分人构成的一个小群体，可能利用“公共”利益这面大旗，来实现他们的私人利益。在一项针对中世纪欧洲的法律体系的研究中，巴特莱特（Robert Bartlett）指出，“公共/私人暴力的区分，不过是君主们在权力斗争中使用的一个修辞性的武器罢了”（quoted in Cohen 1995：17）。同样，在帕舒卡尼斯（Pashukanis 1989：1936）看来，封建社会初期，并不存在公共/私人的区分；直到后来，当这样的区分对统治者有利的时候，他们才承认了这种区分。从历史上来看，国家经常干涉私人领域，而私人公司也曾行使公共职能、从事公共活动。例如，在大约公元前2000多年的巴比伦时期，“国家与私人的角色是融合在一起的”（Jay 2000：24）。而在17世纪，荷兰的东印度公司则执行许多“公共”职能：“建立防守堡

垒，维持武装力量，进行谈判，以及签订条约”（p. 139）。另外，在中世纪的欧洲，地方性的主教、国王、领主，以及地方统治者，往往都同时参与政治、法律、宗教以及经济等事务（Berman 1983：chaps. 1 and 2）。类似的例子，在现代社会也并不鲜见。所以，尽管公/私领域的区分对于法律进化论和社会契约论都具有极其重要的意义，但它事实上是很不可靠的。

尽管这种关于法律起源的替代性解释可能令人感到难以接受，但它完全是可能的。亚当·斯密曾经在他的著作中提到这种可能性。而在柏拉图的《理想国》中，特拉西马库斯（Thrasymachus）更是详尽地论证了这一观点，“从历史上来看，统治者和统治阶级创造出了‘正义’这个概念，是为了实现他们自身的利益”（MacIntyre 1998：34）。亚里士多德（1998：1324b）也指出，“在有些国家，法律和宪法的目的，就是赋予某些人专制的权力，使他们能够统治其他人”。马克思主义者们则宣称，法律乃是组织化了的暴力，其目的在于维护统治阶级的利益（Pashukanis 1989：134～50）。耶林（1968：185）则走得更远，“如果对各个民族的法律的起源加以考察，就会发现许多这样的例子——强者通过利用手中的权力，为弱者制定了法律。”在耶林看来，法律与强力是不可分割的，强者的优势地位正是靠强力而得以维系的。“法律是从强力中产生的；同时，法律作为强力的一个工具，其本身的发展也可以被看做是**关于强力的政治**（the politics of force）。所以，强力并没有将统治地位让给法律，而是将法律当做维护其统治的一个工具，而它本身也变成了**合法的暴力**（legal force）”（p. 187）。耶林并不否认，虽然法律是维护强者统治的一个工具，但它也可能转变为对强者自身的一种限制：统治集团可能意识到，如果法律经历这种转变，将会对他们自身的合法利益产生有益的影响。事实上，对于这种转变（**如果它果真发生的话**），除了耶林的解释外，还可能有另外一种解释，那就是观念的变迁力量（transformative power）：随着时间的推移，

这种“法律代表‘公共利益’”的说法可能对那些控制着国家机器的人产生一定的影响——这可能是因为他们需要至少在某些场合兑现自己的“承诺”，以便使其他人相信他们所说的话；也可能是因为他们逐渐真实地认识到这些话的正确性，进而依其行动。

与进化论和社会契约论那种缺乏证据以及分析性基础的状况不同，这个替代性解释有直接的、充足的证据。它能够解释［殖民国家的］国家法在殖民运动的过程中向世界各地传播的情形（对此将在第5章中说明），同时也能解释历史上或者当前的那些由权威主义、极权主义以及由军事统治主导的国家的法律。莫拉尔（John Morrall 1960：13～14）就曾经描述过中世纪初期这种状况的复兴：

> 在西罗马帝国崩溃之后，在那些作为继承者的日耳曼王国中，国王并不是一个地域国家的元首，而更像一个部落头领；甚至，将他们比作黑社会头子也不算过分——他和他的心腹一起，控制着被他们征服的地区。他们会保护生活在这些地区的臣民，使其免受来自其他黑社会头子的侵袭；而这些臣民们则需要向他们缴纳金钱以及其他类型的“保护费”。
>
> 在中世纪，这种通过交“保护费”而获得保护的做法，是人和人之间的法律关系的一个很重要的方面。

当国家相对较弱的时候（譬如一个刚刚成立的国家，或者那些曾经沦为殖民地的国家），往往可以比较容易地控制这个国家及其法律，并利用这些法律来维护当权者的利益。

这种替代解释的人性背景是人类的贪婪——就是霍布斯所讲的那种对荣耀、物质享受，以及权力的欲望。但是，这种解释并没有采用霍布斯的那种解决方案——人民大众为了维持秩序而自

愿地遵守法律。相反，它指出这样一种可能——那些有组织的、 69
自利的主体控制了国家主权或者披上了“公共”行动的外衣，然后将他们制定的规则强加于被统治的群体。另外，这种解释摒弃那些认为法律产生于不断分化的过程的观点，而提出一种新的可能——某些（来自内部或者外部的）权力集团征服了一个地区，然后颁布并且开始实施一系列法律；他们这样做，很可能是为了巩固其统治地位，尽管他们可能宣称这些法律是为受其统治的人民服务的，并且代表了人类社会发展的最高成就。

有必要指出，这里的论点，并不是那种极端的观点——法律从来不是从习俗中产生的，或者，法律从来不是人们在一个新成立的政治共同体中刻意创制的。这里的观点只是：从历史的角度来看，前面这两种情形，出现的频率远远低于这种替代性解释中所描述的情形。如今，世界上大多数国家的法律体系，往往是通过两种方式形成的：一种是外部力量的强加；另外一种，则是在面对外来压力的情况下，国内的统治集团为了应对危机而创制了一个法律体系。值得注意的是，虽然罗马法的发展常常被认为是法律进化论的一个典型例子，事实上也可以将它看做是这种替代性解释的一个主要例子——在罗马帝国扩张的过程中，罗马法常常被当做一个工具来统治这些国家或地区的人民。

尽管这种替代性解释中描述的情形完全是可能的，但法律理论界对它的关注程度却远远低于对法律进化论和社会契约论的关注。即使在那些讨论到此种可能的理论中，它也通常被当做一种例外而非常态。几个世纪来，当理论家们讨论法律的起源时，往往将其理想化，似乎不愿承认法律起源中的“阴暗面”。这反映了一个事实——理论家们常常试图维持现状，因而乐于为法律的正当性辩护。对于这种现象的一种比较不客气的解释就是：理论家们通常属于社会的精英阶层，而法律秩序对精英们是有利的，所以他们愿意为这种秩序辩护。如果对这种现象做更为善意的解释，则可以说：理论家们确实担心社会秩序的崩溃，所以他们在

法律进化论和社会契约论中阐述了这种崩溃的可能，并且将法律作为防止此种崩溃的一种方案。也许，社会上的每一个人，包括那些穷人以及弱势群体，都更愿意生活在一个有秩序的环境中；而在理论家们看来，法律似乎就是避免那即将到来的混乱的最后一道防线。特别是，启蒙运动以来，这些理论家们的担心似乎更为迫切，因为启蒙运动导致了世界的“除魅”——许多人不再信仰上帝。对于这种情形，洛克表现出深深的忧虑，“在人类历史上，诺言、契约，以及誓言等，都曾有效地约束人们的行为；可是，对那些无神论者来说，这些都没有约束力。上帝已死，已经在人们的心中死掉，这也导致了世间一切的消失”（quoted in Gauthier 1999：73）。如果不存在上帝，为什么还要做好人、行善事？历史学家贝克尔（Carl Becker 1932）认为，这个问题，是18 世纪的哲学家们面对的最为迫切的问题。如果没有宗教的“鸦片”，如果穷人们不再相信他们死后会在天堂得到好报，那他们为什么还要忍受现世生活中无休止的痛苦呢？在一个财富和权力分配极端不公的社会，他们为什么还要服从那些维护此种不公的法律？许多理论家认为，在人们已经不在乎神的赏罚的情况下，如果人们遵守法律，可能是出于两种原因：要么他们害怕法律的惩罚，要么他们相信法律是公正的。国家法律机器的强制，就是要让人们害怕法律；而理论家们提出的诸如法律进化论以及社会契约论之类的理论，则使法律看起来具备了一定的正当性。

在欧洲，基督教的世界观曾经在一千多年间占据主导地位；而自启蒙运动以来，这种主导地位逐渐被一种新的世界观取代，这种新的世界观对“人”予以了更多的关注，倡导自由、平等、博爱，以及人的权利等观念。这种世界观的转变，为法律进化论和社会契约论这两种“神话”奠定了基础。当上帝退出历史舞台的时候，人却信心十足地登上了舞台，宣告了一种“以‘人’为中心的新宗教”的到来（Becker 1932：139）。在以神为主导的宗教已经丧失的情况下，人们需要找到一种新的信仰，“在许

多人看来，将国家和法律作为一种新的崇拜对象，似乎是一个很好的选择”（quoting de Bonneville，Becker 1932：156）。

著名的道德哲学家阿拉斯代尔·麦金太尔（Alastair MacIntyre 1998：17）在谈到法律进化论和社会契约论时，曾指出导致二者产生的一个共同的因素——（理论家们）对人性之幽暗的担心：

> 可以将道德解释为两种力量之间的必要妥协：一方面，自然状态下的人常常会产生侵害他人的冲动；另一方面，他们也常常担心自己可能受到他人的侵害，有时候这种侵害甚至可能是致命的。为了共同的利益，人们联合在一起，确定了一些约束彼此行为的规则，并且创立了一些强有力的机构来制裁那些违反规则的人。有些规则构成了道德，另外一些规则构成了法律。对于这个过程，可能有许多种不同的表述，但所有这些表述的核心命题，却是很一致的。而且，更为重要的是，在所有这些表述的背后，都贯穿着这样一种观念：与那种个人可以随心所欲地活动的、“自然的”人类状态相比，社会生活无论在时间还是在逻辑上都是后来才出现的。

法律进化论和社会契约论在理论界的流行，反映了人们（特别是法学理论家们）对人类欲望以及纷争的深深忧虑。本书第8章将会对社会秩序的渊源作出比较细致的分析，但愿那里的分析能够使那些坚持法律进化论和社会契约论的理论家们摆脱这两种“神话”。

这种替代性解释通过权力来解释法律。这与法律实证主义有一定的联系。当然，没有一个法律实证主义者描述过这里的替代性解释中描述的情形。不过，法律实证主义者们提出的法律意志 71
理论（will theory of law），隐含地支持这种替代性解释。依据严

格的法律实证主义理论，实证法就是由法律职业者们通过确定的规则而创制或者辨别，并且贴上了“法律”这个标签的任何现象。显而易见，依据这种理论，国家法与它所在的那个社会之间，并不需要存在特别的联系。实证法并不必然反映社会中的习俗和道德价值。法律实证主义将法律与道德区分开来，恰恰包含着前面这种意味。不过法律实证主义者们似乎不愿意明确地承认这一点，于是常常声称：法律与道德在大多数情况下是一致的。尽管如此，我们已经看到：由于法律实证主义认为，实证法从根本上来说是一个权力系统（a system of power），它就隐含着颠覆镜像命题的潜力。

法律职业和法律知识的影响

前一节中主要分析了我们熟悉的、同时也是很有说服力的两个“神话”。正是这两个“神话”，使得“法律是社会的一面镜子”这种未经证实的说法得以不断延续。在这一节中，我们将讨论一个更为平常的话题：那些垄断了法律知识、并且控制着法律制度运行的法律专家们。社会的投入（比如习俗和道德）要变成具体的法律，就必须经过法律专家这个媒介。所有的媒介都会对最终的结果产生一定的影响。法律专家也不例外。

第 2 章中已经提到，法律理论家们已经意识到法律专家（如律师、法官、法律学者，以及其他利用法律知识或者参与到法律对话中的人们）的作用。梅因曾经谈到那些在习惯法时代垄断了法律知识的贵族阶层。萨维尼也认识到了法学家们在传承法律技巧方面的作用。与其他社会学家相比，韦伯更加强调律师们的职业利益；同时，与边沁、恩格斯、卢曼、昂格尔以及波斯纳相似，韦伯也很重视法律理性对于塑造法律的作用。由一个法律职业群体垄断法律知识是一个真实的社会现象；在“外行人”与法律职业群体之间，似乎已经形成了一个无法逾越的鸿沟。

自从法律职业出现以来，人们对律师阶层的担心似乎就从来不曾中断过。罗纳德·R. 凯利（Donald R. Kelley 1990：130～1）描述了人们对于律师们的抱怨，这种抱怨早在罗马时代就已经存在；而到了中世纪，虽然法律职业已经稳稳确立，但这种抱怨依然不绝于耳：

> 用乌尔比安的话来说，法学家们仍然是“法律牧师”（priests of the law）。然而，牧师们总是令人怀疑的，尤其是当他们同时也是社会和政治精英的时候。就像那些放高利贷者以及雇佣兵们一样，律师们往往是社会中的人们嘲讽及斥责的对象。西塞罗曾批评律师们“卑鄙而又唯利是图”。不仅如此，由于律师们的职业本性，他们往往口是心非，为了实现自己的利益而不顾社会的道德。路德（Luther）那句名言——“一个律师不可能是一个好的基督徒”——反映了当时许多人的看法。
>
> 事实上，法律职业的状况在一定程度上反映了中世纪后期欧洲的道德乃至社会状况。就像教会法学家控制着教会一样，律师们也控制了世俗的机构……在1300年，欧洲大约有20个大学比较系统地开设法律课程；到了1500年，这样的大学的数量上升到80所左右。尽管从事法律职业的人们常常存在许多意识形态方面的差异，但由于他们使用共同的专业术语以及［研究和实践的］方法，他们就在国际范围内形成了一个很有内聚力的群体，并且能够与教士阶层抗衡。与教士不同，法律职业者们代表世俗的力量，并且具有反对教士阶层的倾向。法律职业之所以能获得如此成功，很大程度上与约翰·道森（John P. Dawson）所说的“专业人士的胜利”（triumph of the professionals）有关：在各级政府中，法

律专业人士垄断了司法职权；同时，他们建立起了一系列法院系统，而他们则在这个系统内担任不同的角色。

在法国大革命中，人们对律师的愤慨可以说达到了一个狂热的顶峰。依据当时流行的说法，人们之所以要制定一部以理性和一般原则为基础的《法国民法典》，就是因为这样一部法典能够被广大的民众理解，从而使他们摆脱律师们的控制（pp. 226～7；Merryman 1985：28）。在英国，边沁也提出了相似的论点。他批评普通法是一个［由律师们结成的］合伙（partnership），“其目标就是为了［法律阶层的］共同利益而最大限度地榨取人们辛勤劳动的成果”（quoted in Postema 1986：273）。威廉·莎士比亚（William Shakespeare）则用一种夸张的手法表达了人们反对律师的那种情绪，他的剧本中的一个角色说，“我们应该做的第一件事情，就是处死所有的律师。”〔4〕即使在今天，那些描述律师们“精神败坏”的笑话也数见不鲜，可见人们对于律师的不信任并没有明显地消减。

由法律职业阶层垄断法律知识和对话，这种现象从三个方面对镜像命题提出了挑战。一旦法律职业者们控制了国家法律机器的使用，他们就能够利用这个机器为自己谋取利益，因为外界很难监督他们的行为。不必要的程序，复杂的起诉条件，模糊的法律语言，要求某些事情必须由律师办理的规则，对进入法律职业的严格限制，对于诸如广告之类的竞争行为的限制，法律职业内部的行业自律，以及其他许多技巧，都符合每一个律师以及作为整体的律师行业的利益，这种利益不只是经济上的，也是政治上的。与边沁相似，韦伯（1954：202～3）曾对普通法系统中的这种趋势作了描述：“一旦法律从业者（特别是那些已经进入这个垄断行业的律师们）控制了法律教育，就会有一种经济因素

73

〔4〕 William Shakespeare, Henry VI, Part 2, IV. 2.

（即这些从业者们的金钱利益）使得他们竭力阻碍法律发生变化；或者只是用一种纯粹经验性的方式缓慢地改变法律，使其适应时代的变化，而不愿意通过立法或者科学的方式使法律变得更为理性。”许多复杂的交易都需要律师们的参与，而这种参与（在每一项交易中一般包括两个律师）是要收费的；甚至，在许多情况下，人们不得不咨询律师，这样就使得律师们拥有了权力。尤其是当法律与社会的习俗或道德相去甚远的时候，律师们的优势就显得特别明显了；因为在那样的情况下，对当事人来说，律师们的协助是不可或缺的。

对镜像命题提出了挑战的第二个方面，是法律知识体系的专业化。特别是在形式理性的法律制度下，法律知识具有其内在的逻辑和要求，这就使得法律越来越远离人们通常的理解。这样，法律知识也就会不可避免地对人们的生活产生影响。对此，韦伯（p. 307）曾经发表过一段颇有见地的论述：

> 我们已经看到，严格的法律专业逻辑，往往使得当事人的期望落空。如以法律的抽象命题来裁剪生活现实，一味强调遵循法律科学阐述的“原理”和只有在法学家想象的天地里才有的“公理”，这种失望也是不可避免的。

例如，那些用于解释法条的各种解释技巧（文义解释、立法目的、内在一致、遵循先例等），可能导致在那些外行人（有时甚至包括立法者本身）看来是违反“直觉”的结论。另一个例子，则是普通法中为了满足诉讼程序以及法律推理的要求而发展起来的法律拟制（legal fiction）。法律知识越是专业化，它在形式和结果方面就越有可能偏离它所在社会的普通大众的期望。对这个问题，韦伯（p. 278）的分析可能最为深刻：“从［商人们］对商业利益的期待来看，纯粹的逻辑建构往往导致非理性的、不 74

可预测的结论。正是因为这一事实，纯粹的逻辑性质的法律受到的最常见的一个批评，就是它‘离生活很遥远’。从逻辑上对法律加以系统化，可以说是法律理论家们内在的智识需求所导致的结果。”

第三个方面是，法律的发展可能脱离其自身运作的社会环境，而更多地成为各个国家的法学家们相互沟通的产物。也就是说，法律专家们可能更多地受到来自其他社会（而不是他们自身所在的社会）的法律专家和法律知识的影响，因而也与后者有更多的相似之处。这种现象可能产生的影响不容忽视，对此我们将在第 5 章中予以详细阐述，这里只是一个初步的介绍。我们在前面已经谈到过的共同法，也就是曾经在中世纪后期统治着欧洲的“普通法”，可以说是一个很好的例子。在经过几个世纪的沉寂之后，罗马法之所以能够在 11 世纪后期复兴，主要归功于以博洛尼亚（Bologna）为起点的法学家们的努力，正是他们将罗马法传遍欧洲（Berman 1983：123～7）。他们的努力非常有成效，即使在今天，我们仍然可以从欧洲各国的法典中发现罗马法的影子（Zimmermann 1994）。同样的现象正在商人习惯法身上发生。对此，下文将有更进一步的阐述。

前面讲到的三种可能性，虽然各有不同，但它们都使得实证法越来越多地代表法律专家们的利益和意见；与此同时，它们也使得实证法至少在一定程度上脱离了其所在的社会环境，而不仅仅是反映社会的一面“镜子”。当然，也存在一些阻碍这种进程的因素。通过立法而进行的积极干涉就可以使法律在一定程度上与社会的发展同步（或者至少与立法过程中的政策目标相一
75 致）；当然，正如韦伯（1954：203）观察到的，由于法律职业阶层在解释和适用法律过程中的“阻挠”，这种立法的干涉并不总是成功的。而且，由于法律职业者们也是生活在社会之中的，他们的决策和行为也会（至少在一定程度上）反映主流的社会价值。有必要再一次重申，我并不是说法律根本不反映社会价

值。这种说法显然是有点极端了。这里只是一种温和的提醒：由于法律的体系化以及法律知识自身的内在逻辑，我们不应该不假思索地认为法律就是社会的一面镜子。

关于本节所讲的对于法律知识的职业垄断所产生的后果，法律从业者和法律理论家们可能提出质疑。法律就像政治一样，似乎必然是“地方性的”，因为法律处理的乃是日常生活中的事情。然而，我们应该承认，各门学科知识的专业化以及由此产生的影响，并不限于法律领域。在对现代性的研究中，安东尼·吉登斯（Anthony Giddens 1990）描述了现代社会的一种普遍的现象：专家知识体系的“脱域”（disembedding）。“脱域”意味着“将社会关系从地方性的条件下‘抽离’出来，并在无限的时空内将其重构”（p. 21）。吉登斯（pp. 27 ~ 9）认为，法律是出现了“脱域”现象的专家系统之一。这些系统往往与一些专业的、外行人难以理解的知识体系相关。这样，大多数人就不得不信赖（或者至少是依赖）这些知识体系，以及在具体情形下代表这些知识体系的专家们（律师、法官或者法律理论家）（pp. 79 ~ 92）。

在他最近的一本著作中，阿拉斯代尔·麦金太尔（Alasdair MacIntyre 2000：91 ~ 2）表达了他对法律职业的一些忧虑，其中提到了我在前面讲到的许多问题：

> 我们的文化是一个由专家们主导着的文化。这些专家们声称要帮助我们，可实际上我们往往成为他们的受害者。其中最显著的例子或许就是律师。当你认为自己受到伤害并且想得到救济的时候，当你被诬告而你想避免不公正的惩罚的时候，或者，当你为了成就一些事业而需要和别人谈判的时候，你往往不得不找律师。虽然这些律师们是“代表”你的，但他们可能说一些你压根就不会说的话，可能在你的名义下签署一些你根本不

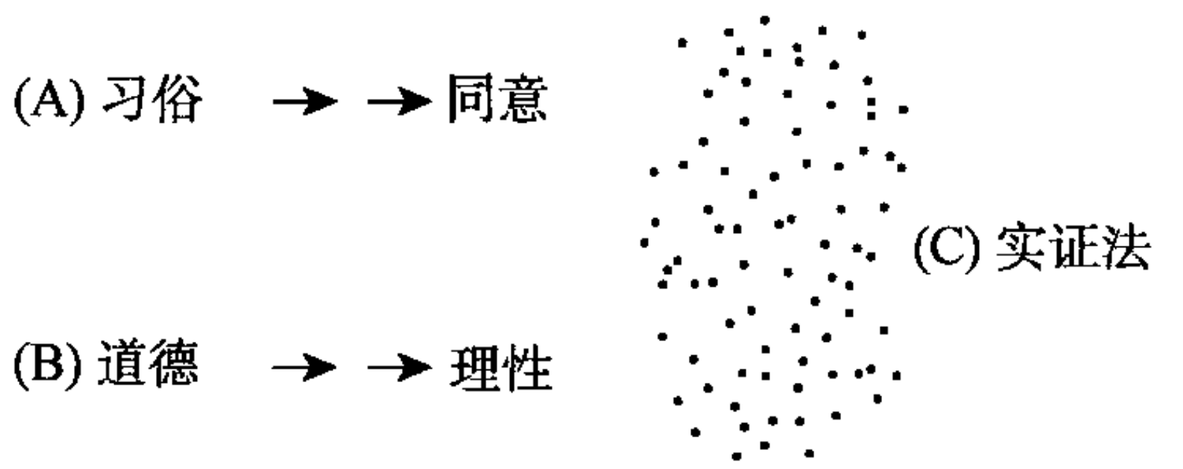
想签署的文件，或者以某种让你反感的方式做事……就这样，律师引导你按照法律的程序行事；而法律程序是如此之复杂，以致你不得不怀疑：这些程序最重要的作用，就是要迫使外行人聘请律师。

如果前面这段话还不足以说服你，不妨考虑一下医学。医学知识和技术的进步有其内在的动力，而这种发展又在社会、经济、道德和政治等方面引起了一系列的后果——可以通过技术延长晚期病人的生命，提高婴儿的存活率，以及遗传监测和克隆技术的发展。在这个过程中，常常有人怀疑：某些技术和疗法之所以能够存在，主要是为了个体医生或者整个医学界的利益。不知情的病人和家属，往往不知道医生以及医学研究者们意欲何为。医学界主张“行业自律”；医生们热切要求划分“合法行医”的界限。医生们为他们的行动提供的最常见的解释，就是“公共利益”。如果以上这些现象可能会使我们对医学知识和医学界的做法（尤其是这些做法是否反映了主流的社会价值）产生担忧的话，同样的结论也适用于法律。

第4章

法律－社会关系的重大转变

理论家们探讨和理解法律－社会关系的方式已经发生了重大的变化。这种变化是几个世纪以来哲学、政治、经济、社会以及文化等领域发生的一系列变化所导致的。本章将讨论这些变化中的几个关键的方面。第2章中讲到的工具主义传统，是这种变化的一个结果，同时也是促成这种变化的因素之一；另外，第3章中提到的许多问题（特别是那些与启蒙运动相关的问题），也与此变化有密切的关系。本章以及前一章中对镜像命题提出的理论上的挑战，可以通过修改第1章中提出的法律－社会关系框架而表达出来：



对这个框架表现形式的修改，是为了表达两个基本的观点：第一点涉及左边的两个元素（即“习俗/同意”和“道德/理性”）的内在关系。在（A）元素中，有一个明显的、从“习俗”到“同意”的变化趋势；而在（B）元素中，则包含一个从“道德”向“理性”的转变，这种转变可以从形式或程序的方面

看出来。第二点是，框架左边的元素（即“习俗/同意”和“道德/理性”）与右边元素（实证法）之间的距离更远了。造成此种变化的原因主要有两个：法律职业家们成为左边元素和右边元素之间的一个不透明的中介；而实证法也获得了更强的独立性，不再像过去一样依赖左边的元素来证明它的正当性。考察这些转变，并且思考它们可能带来的影响，将会帮助我们用一种批判的眼光来看待镜像命题。

启蒙运动的主要背景理念

科学与启蒙运动

对启蒙运动最恰当的理解，就是一系列的思想和态度：崇尚科学和理性，相信它们能够使人类更加了解自己真实的生存环境；驱除迷信和愚昧；从传统的枷锁中解放出来；控制并且塑造我们自己的命运，使我们过上一种更加文明的生活（see Tarnas 1991：chaps. 5 and 6）。自从牛顿物理学兴起以后，由于人们认识到科学能够帮助人们理解自然，科学便获得了前所未有的地位。与工业革命相关的技术进步，更使我们相信：科学是知识的一种源泉。科学的模式开始主宰其他领域，包括道德和哲学。科学和理性带来了“永久的、普适的、客观的真理”（MacIntyre 1990：65）。这个时期的最大特征，就是彰显了知识和进步的重要性。

尽管人们在谈论启蒙运动时往往强调理性的重要性，但对启蒙运动有深入研究的厄尼·卡西勒（Ernst Cassirer 1951：5~6）却告诉我们，那个时候人们对“理性”的理解，与现代人的理解，是很不相同的：

> “理性”成了这个时期最能够将人们团结起来的一

面旗帜，它代表了那个时代的人们渴望和追求的目标，也代表了他们取得的最高成就……18 世纪的人们强调理性的统一和永恒。无论时间、地点，以及文化方面存在多大的差异，对所有能够思考的主体来说，理性都是不变的。宗教教义、道德信条，以及各种理论观点，都是可变的；但在所有这一切当中，可以发现一个确定而永恒的因素，那就是理性。然而，对于我们当代人而言，理性这个词，早已不是如此简单了。

卡西勒解释说，与 17 世纪的人们相比，18 世纪的人们对于理性的理解是不同的。17 世纪的人们主要关注如何构建思想的体系。“真正的哲学知识似乎只能通过以下方式获知：从最高的存在和最高的、靠直觉而获得的确定性出发，将关于这种确定性的知识传播到所有派生的存在（derived being）以及派生的知识”（Cassirer 1951：6）。相反，在 18 世纪，在科学背景下的理性拒绝了那种抽象的体系，而更加致力于发现“现象本身的规律”（p. 9）。从这个意义上来说，与其说理性是数学那样的逻辑，不如说它是对现象以及关于现象的假说的分析，其目标在于发现这些现象之间的联系，并从大量的经验性材料中总结出一些基本的原理。

卡西勒（p. 13）还指出了那两个世纪的另外一个关键的不同点：17 世纪的人们对理性的理解是以宗教世界观为背景的，而 18 世纪的人们对理性的理解则以科学世界观为背景：

在 17 世纪的伟大哲学家们（如笛卡尔、马勒伯朗士、斯宾诺莎，以及莱布尼茨）的宏大的、形而上学的理论体系中，理性代表着“永恒的真理”，即那些同时被人和神感知的真理。凡是可以通过理性获得的知识，同时也是上帝的启示。每一种理性的行动都是人们参与

> 到由神主宰着的世界的一种方式，这种参与为人们打开了智慧之门。而在18世纪的人们看来，理性已经失去了那层神圣的外衣。理性不再是先验地存在的“天生的观念”（innate ideas）之总和，因此通过理性发现的也不一定是事物的绝对本质……理性并不是思想的宝库，真理也不是那个宝库中一枚闪亮的金币；理性只是一种智识上的力量，它能够帮助我们探索和识别真理。

在此，我们无须对这些观点进行详细的说明。启蒙运动时代的观念至今仍然影响着西方人的世界观，尽管这些观念经历了种种挑战：托马斯·库恩（Thomas Kuhn）、保罗·费耶阿本德（Paul Feyerabend），以及其他许多理论家对科学进步观提出了质疑；量子力学和相对论打破了对自然界的机械的看法；关于“后现代”讨论的兴起，以及浪漫主义和新纪元运动（New Age），都对科学和理性进行了反击……所有这些，都使人们认识到，科学并不能解释一切问题。事实上，科学自身也遭到了一些批判，不再像现代社会早期那样居于一种高高在上的位置。与此同时，其他所有的知识体系（包括宗教、哲学和道德）也都遭到至少是同等程度的批判。相对来说，科学的地位仍然是较高的。科学具有实际的用处，往往能够产生具体的成果，这是其他许多知识体系所无法比拟的。

但是，正如卡西勒指出的，当今人们对于理性的理解与启蒙运动时期人们的理解是不同的。理性地位的下降，对法律和道德也产生了深刻的影响。对此，我们还将在下面进行讨论。在这里，我们主要讨论霍布斯和休谟的学说，前者的写作时间是在17世纪中期，而后者则在18世纪中期。他们对道德和理性的看法与他们各自所处时代的主流观点相悖，但也正是因为这一点，他们对法学理论的贡献，至今犹存。

霍布斯对“终极之善”的摒弃

霍布斯一直是一个充满矛盾的人物。在他生前，他的观点同 80
时遭到自由派和保守派的批评：一方面，因为他主张主权者应该拥有绝对的权力，他受到自由派的批评；另一方面，因为他认为主权者的权力来源于被统治者的同意，而且人民有终极的自卫权，他也受到保守派的抨击（see Hampton 1999：41～57）。从现代的观点来看，霍布斯是开创了社会契约论的重要人物之一，而社会契约论则可以说是自由民主社会的理论基础；但是，他却出人意料地得出了一个带有浓重的权威主义色彩的结论。这不能不说是一种尴尬。霍布斯的另外一个奇特之处在于：他既是一个自然法理论家，同时也是法律实证主义的先驱；而从法学理论的角度来看，自然法理论和法律实证主义的观点在许多方面是相互冲突的。就这里的分析来说，霍布斯的重要性并不在于他的实际影响，而在于他对于一些关键问题的思考方式，这种思考方式在后来的许多理论家那里成了一种主流。

与传统自然法的进路相似，霍布斯（1996：86）也认为，可以通过理性来发现自然法：“自然的法律（law of nature）是通过理性发现的一个公理，或者一般性的原则。”但是他很快就在一个重要的方面背弃了自然法传统。在霍布斯以前，关于自然法与道德的思想总是包含一些实质性的内容。也就是说，“自然法有一个最重要的假设”，那就是：“若要回答‘我们应该如何生活’这个问题，就必须说明一个人怎样才能在其能力范围内实现最高的善”（Schneewind 1998：57）。霍布斯（1996：65）摒弃了这种进路，他说：“并不存在那些古老的道德哲学家们所说的‘终极的目标’（finis ultimis）或者‘最高的善’（summum bonum）。”这是因为，“一方面，不同的人有不同的欲求，所以他们对于‘善’也有不同的理解；另一方面，由于人们在知识等方面的差异，他们对于如何实现某种可欲的目标，也往往有不同

的见解”（p. 66）。霍布斯主张的是一种“极端的主观主义”：确定是非善恶的标准，是由文明社会以及这个社会的法律决定的（Postema 1986：48～51）。

意大利法学家诺伯托·博比奥（Norberto Bobbio 1993：118～119）阐述了霍布斯在理性与自然法的关系这个问题上的独特的思考进路：

> 与其他自然法理论家对自然法的定义相比，霍布斯对自然法的定义的最显著的特征在于他对**理性**有不同的理解……在他看来，理性只具备形式的价值，而不具备实质的价值。理性并不能直接揭示事物的本质，而只能教我们根据特定原则推导出一些结论……对理性的应用，也并不在于获得某些实质的知识，而只是一种思考的方式。也就是说，在霍布斯看来，理性具有工具性……对于其他自然法理论家来说，“自然理性”（*naturalis ratio*）或者“正确的理性”（*recta ratio*）这些概念本身就规定了何为善以及何为恶。相反，在霍布斯看来，理性只是告诉我们：就某个特定的目的而言，什么是好的或者坏的［手段］……从霍布斯的功利主义的观点来看，人类的最高目的是和平。而对其他自然法理论家来说，最高目的则是道德之善。

霍布斯认为，自我保存是最为重要的，其他一切都是为这个目的而服务的。他用理性来分析应该如何实现这个最重要的目标，于是由自然法推出了实证法的必要性：实证法是实现自我保存以及和平的一个工具。但是，与传统自然法的进路不同，霍布斯反对将自然法作为判断实证法是否有效一个标准。这样，他就“抛弃了经典自然法理论中的一个重要观点”（Schneewind 1998：93）。霍布斯（1996：230）认为，“不存在不正义的法律”，这

是因为，实证法是判断一件事情是否符合正义的标准。在他看来，尽管主权者仍然受自然法的约束，但是，一旦实证法律体系建立起来，自然法的主要作用也就只是限于指导人们的良心了。除此之外，它没有其他的用处。这就是为什么说霍布斯既是一个自然法理论家，又是一个实证法律主义者。

自从霍布斯以后，人们似乎就很少用“最高的善”之类的概念来讨论道德了——当然，这种变化不是霍布斯一个人导致的。这种转变的顶点，就是自由主义。与霍布斯相似，洛克——这位最为全面地阐述了当今自由民主制的基本元素的理论家——也认为，“谈论‘最高的善’这样的概念是没有多大意义的，就像是争论‘苹果、酸梅、还是坚果更适合制作佐味品’一样。最大的幸福，在于享受那些令人愉快的东西，而避免那些令人痛苦的事；然而，‘对于不同的人来说，这些［痛苦和快乐］往往意味着不同的东西’。所以，我们不可能找到一种能够获得所有人认可、同时还能指导所有人的行动的‘最高的善’”（Schneewind 1998：143）。由此可以得出的一个结论就是：最好的政治和法律制度，应该是中立的框架；在这个框架之内，每个人都可以追求他所理解的“善”的目标，只要在这样做的过程中不妨害他人同样的权利即可。这样，实质的自然法原则，就被转变为不包含实质内容的（content－empty）自然权利：自由和（形式）平等。最好的法律的唯一作用在于维护秩序，而对于其他的事情则不再过问，由人们自己作出决定。对这种观点的最简洁、最有力的阐述，就是密尔（Mill 1985：68）的《论自由》。在该书中，他认为，法律不应该干涉个人的私人道德行为——“在一个文明共同体中，权力能够违背任何成员的意志而对他进行正当干涉的唯一目的，在于防止他对他人造成伤害。”

休谟关于理性与事实/价值区分的观点

这里之所以要提及休谟，主要有两个原因：第一，他主张用

一种工具性的眼光来看待理性；第二，他提出了事实/价值的区分。就第一点来说，他认为“理性是，而且应该是激情的奴隶，它只能服从激情的统治”（Hume 1978：415）。理性通过逻辑推理的方式运作，或者被用来推导出一系列盖然性的结论。它并不能为人们的行为提供动机，也不能控制人们的意志或欲望。“简单来说，理性只与‘手段’有关，而与‘目的’无关：它只能告诉你如何做一件具体的事情，却不能告诉你应该做什么事情。激情决定了目的，而理性只能决定手段。手段服从于目的，因此理性也服从于激情”（Mounce 1999：69）。理性只是一种工具。霍布斯也主张用一种工具主义的眼光看待理性。但与霍布斯不同，休谟将这种观点纳入其哲学体系，因而严重地贬损了理性的价值。“纯粹的理性所具有的一切权威都是篡夺而来的，是不正当的，也是不自然的。理性已经失去了其统治地位；即使在它自己的领域——知识领域——它也退居其次了”（Cassirer 1951：305）。

对于理性的这一看法，直接影响到“可以通过理性来发现实质道德原则”这一论断是否成立：

> 就以被公认为罪恶的故意杀人为例，你可以从各个角度考虑，看看你能否找到某种所谓“**邪恶**”的事实或者真实的存在。无论从哪个角度看，你大约只能发现一些激情、动机、意志和思想。这里再没有其他事实。无论你怎样考虑这个问题，你都不能发现“邪恶”。除非等到你反省自己内心，感到自己心中对那种行为的一种谴责的情绪，你永远也不能发现邪恶。这是一个事
> 83 实，不过这个事实是感情的对象，而不是理性的对象。它在你心中，而不在对象之内。因此，当你断言某种行为或者品格是“邪恶”的时候，你的意思只是说，由于你的天性，你在思考那种行为或者品格的时候产生了

一种谴责的感觉或者情绪。(Hume 1978：468)

与激情一样，道德也是一种感觉，而非理性。“善和恶的区分，并不能仅仅通过考察对象之间的关系而发现，也不能通过理性而感知”（p. 470）。

休谟关于事实/价值（或者“是”/“应该”）的区分同样具有重要的意义。简言之，他的基本观点是：那些关于事物的事实状态的陈述与那些关于规范性义务的阐述从性质上来说是不同的，一个人不可以从前者推出后者。在这两者之间，有一个逻辑上的障碍。那些关于事实的论断是描述性的，而关于价值的判断是规范性的。并不能由某件事情正在发生或者已经发生而推出它应该发生。如果要从事实性的观察转变到规范性的论断，必须证明事实的正当性。

从哲学、文化的角度来看，休谟的理论深刻地影响了人们对于理性、道德以及二者关系的理解。他指出了理性适用范围的有限性，将它从先前那种道德真理的预言者的宝座上拉了下来，使其沦为一个工具。然而，从长远来看，休谟指出理性适用范围的有限性以及区分事实/价值的主张，对道德的影响要远远地超过其对理性的影响。

道德从此陷入了一个困境，至今也未能挣脱出来（尽管休谟并不是造成此困境的唯一的人）。这里的问题，并不是洛克早先提出的那个问题——既然人们已经不相信上帝，为何还要做好人、行善事？这里涉及的，是另一个不同的问题：何为“善”？如果神的指示已经不能为我们提供关于何谓道德以及“善”的知识，人们还能从哪里获得这种知识？在当时的人们看来，最明显的一个选择，就是理性，即那种与启蒙运动和科学精神相关的、用来研究人的性质和行为的理性。然而，诉诸“理性”的做法，又导致了新的问题——这就是那个困扰了启蒙运动时期的哲学家们的难题：“如果自然是善的，则这个世界上就不存在什

么邪恶；如果这个世界上存在邪恶，则自然就不是善的”（Becker 1932：69）。当然，如果“邪恶”这个词还有意义的话，我们就不能说这个世界上不存在邪恶。

事实上，自从启蒙运动以来，这个问题就从来没有得到过满意的回答：用什么标准来区分“善”和“恶”。显然不能以“上帝”为标准。“自然”也不合适——由于自然的本能冲动，人们常常做一些在大多数人看来是邪恶的事情：从大规模的战争到小规模的家庭暴力，类似的暴力和镇压现象在人类历史上非常普遍。我们不能简单地说，这些现象都是反常的或者例外的。许多启蒙思想家认为文化是不断进步的，所以那些发展程度较高的文化有它自己的道德标准（Cassirer 1951：268）。然而，这恐怕只是一种自吹自擂。此类“道德”往往不过是惯例性质的；世界各地存在多种多样的文化，很难说哪种文化“发展程度较高”，因为在这个问题上并不存在独立于文化的判断标准。

而且，任何试图从人们通常（无论是出自人的本性还是惯例）所做的事情上得出一些标准的做法都可能混淆事实/价值的区分（see Finnis 1980：33～42），使人们无法意识到那些可能有益于改善人类生活状况的道德理想。这种做法将现状视为理想。一个明显的替代方案，是将那些对人类的生存（假设这种生存是一种道德上的善）必需的规则作为标准。但是这样做只能得出一些“最低限度的道德”，即那些对人类的生存必需的、数量很有限的基本规则；这些规则没有多少让人振奋的理想内容，甚至可以与许多邪恶的事情并行不悖（see e. g. Hart 1961：189～95）。或许可以将这个标准适当地提高一点，譬如将“人类的生存”改变为“人类的繁荣”。但这马上就引起一个新的问题：如何确定“繁荣”？这又需要一个新的标准。另一个替代方案，则是通常所说的功利主义，将“善”理解为人们欲求的东西或者幸福，然后构建一个以“幸福最大化”为目标的道德体系。但功利主义理论也有许多问题：享乐主义的倾向，缺乏一种量化和评价人

们的欲求和幸福的方法；而且“功利主义”本身也有许多不同的解释。最为严重的一个问题则是：功利主义允许人们为了实现自己的目标而将他人当做手段（尽管有些功利主义理论家认为这样做有一个前提，即“无害原则”），这种看法实在是令人担忧的。最后一个替代方案则是驱除了宗教色彩的自然法进路，即我们所有人（或者至少那些有智慧的人）都知道何为道德之善，或者说，何为符合道德的行为是不言自明的。然而，这种观点恐怕是很难成立的，因为“在现代社会，一个最明显不过的事实是，人们在道德问题上往往存在很多分歧”（MacIntyre 2000：93）。而且，倘若我们每个人都知道何为道德之善，倘若这种指示是我们的自然本性的一部分，为什么这个世界上还有这么多的罪恶呢？

这样，我们就绕着由启蒙思想家和休谟提出的那个悖论绕了一个大圈子。前者驱除了宗教，而后者则驱逐了理性。一旦迈出了第一步，我们就不可避免地走向今天我们所面临的悖论。在启蒙运动以前，那些关于“善”的实质性的原则和知识都是通过宗教而获得的，上帝为人们规定了“善”的准则。启蒙运动时期，理性（作为一种能够帮助人们分析事物的模式及其关系的工具）被用来分析人性和文化。但是，这样的分析只能得出有限的几条“最低限度的规则”，而对于何为实质上的道德之善这个问题的分析则很少有智识上的贡献。人们曾信仰代表着“神意”和道德的大自然；而现在，这种信仰日渐式微，人们完全从经验（而非道德）的层面上来理解自然（Cassirer 1951：246）。自启蒙运动以后，上帝死了，大自然被认为是“道德中立”的，而理性也不过是一个工具。除了文化中的那些惯例性质的东西之外，人们似乎不能从其他任何地方获知道德和道德规范的内容；而且，对这个问题，人们似乎也不能找到任何解决之道。

有意思的是，对于前面提到的各种分析道德的进路的批判——譬如，[“自然”和“理性”]不能解释恶的存在；[“最

低限度的道德”］缺乏理想；［功利主义］可能产生令人忧虑的后果——都是以道德为基础的。当前，道德领域的讨论依然如火如荼，尽管这些讨论似乎没有共同的基础，也缺乏统一的标准。造成这种情况的原因，可以从“价值的主观性”这个角度来理解（see Unger 1975：76～81）。之所以说价值是主观的，是因为：一个人是否接受某种道德价值（假设这些价值是在社会中产生并且已经获得一些社会成员的认可），往往取决于这个人的感受或者个人信仰，而这些感受和信仰往往是“社会化”过程的产物。无论是从文化还是从个人的角度来理解，道德规范的内容都不是可以通过理性方式获知的、可以被普遍地适用的客观“真理”。

与启蒙运动同时，西方国家对世界上其他地方的探索和殖民化的过程也印证了这些观念：

> 遍布世界的探险家们不只扩展了欧洲人对世界地理知识的了解，也增进了他们对世界上其他地方的文化和历史的了解。随着这些领域的信息不断增长，欧洲人逐渐认识到：从时间上来说，人类历史的起源远远比他们先前的设想更早；无论过去还是现在，除了欧洲之外，世界上还有许多很有影响力的文化，这些文化所包含的世界观，往往与欧洲人的世界观极为不同；现代西方人的地位和价值观，既不是绝对的，也不是永恒的，甚至也不是安全的。（Tarnas 1991：330）

综上，可以从以下几个方面来理解现代法律所处的社会环境：无论是在社区之间还是在社区内部，道德价值都呈现出多元化的趋势；个人之间，以及个人的内心深处，都体现出欲求和观念的多元化；人们失去了先前对上帝的信仰；“理性”不具备任何实质性的内容，它只是作为一个工具而存在，既不能为我们提

供道德准则，也不能辅助我们在现有的道德准则之间作出选择。

最后，有必要指出休谟如何看待他的观点对他那个时代的普通法的影响。那时候，许多人认为普通法来源于自然理性（natural reason），而这恰恰是休谟竭力驳斥的。但休谟却从习俗和传统的角度来支持普通法。事实上，可以将休谟的理论看做是镜像命题的一个强势版本：他认为“法律是从作为社会基本架构的惯例和习俗中成长起来的，因而它与惯例和习俗之间存在密切的联系”（Postema 1986：84）。在休谟看来，法律的功能在于为社会生活创造一个稳定的环境，特别是要协调人们相互之间的行为，这也说明了为什么法律应该符合社会上主流的习俗。与霍布斯一样，休谟也是一个因袭主义者，他认为“正义”与法律规则以及法律制度功能的发挥有密切的联系（ibid.，chap. 3）。从某种意义上来说，他在这个问题上的看法是否正确，取决于镜像命题是否成立。

实证法组成部分的三个变化

在说明前面观点的重要意义之前，我将在这里讨论三个联系不是很紧密的变化，它们改变了实证法的构成要素，并且削弱了实证法与习俗以及道德之间的联系。

第一个变化是，那些用于调整经济活动的法律在法律体系中所占比例的上升。人们早已认识到这样一个事实：法律与经济制度之间存在着联系。与那种简单的“以物易物”的交换方式相比，以货币和市场为媒介的远距离的交易需要不同的法律规则。相似地，与那些通过中央计划的方式来决定生产和分配的社会不同，一个建立在自由市场原则基础上的社会也需要不同的法律。尽管法律与经济之间存在着密切的联系，但直到最近，西方法学理论对此并没有予以足够的重视。在早期的理论家中，孟德斯鸠比较重视一个国家的经济活动与其法律之间的密切联系。马克思

87 和恩格斯则指出：总体而言，法律是由经济基础决定的，而那些具体的法律（例如劳动法）则是为资本家们的利益服务的（see Cain and Hunt 1979：62～107）。帕舒卡尼斯（Pashukanis 1989：40～1）进一步拓展了这个观点，他指出：法律是市场体系的产物，其形式和实质与相应的市场体系相适应；这就导致了一个重大的变化——“使得人和人之间的关系转变为法律关系”。韦伯则指出，资本主义市场经济制度强调财产的重要性，以鼓励人们从事生产活动；同时这种经济制度也强调契约，以便使人们能够计划他们各自的活动，并且能够相对安全地从事远距离（无论是时间还是地域）的交易（see Trubek 1972a）。特别是，韦伯认为市场机制需要一定的可预见性，而形式理性的法律恰好能够满足此种需求。

当一个社会中的经济活动主要是“以物易物”式的简单交换的时候，那些调整经济活动的规则可以而且往往是习俗和道德的一部分。但是，在一个更为复杂的社会中，大量与经济相关的法律是很难从一个社会的习俗中发掘出来的。例如，我们不可能在社会的习俗中找到那些与公司相关的法律——事实上，“公司”只是一个法律上的拟制物。同样的分析也适用于其他许多方面的法律：禁止垄断行为的法律，以及与证券相关的法律，等等。经济主体（例如公司）以及商业交易逐渐从习俗和道德中分离出来，并且获得了它们独立的特性。韦伯（1954：96）认为，“经济活动为法律的发展提供了动力。对于法律经验以及专业知识的不断增长的要求，以及由此导致的法律理性化程度的不断提高，几乎总是与商业活动的重要性的增长以及商人们社会地位的提升联系在一起的。”从现在的状况来看，韦伯的观点不仅没有过时，反而更加正确了。这些与经济活动相关的法律可能对人们的道德观念产生影响，但除了法律中包含的那些体现商业惯例的规则，这些法律在很大程度上已经不再是社会习俗和道德的一部分，而是具有了独立的特性。现代西方社会的法律，大抵

如此。

第二个变化则是现代国家行政法的增长。行政法通常包括调整性的活动（例如环境保护，消费者保护，食品和药物的安全，对于通信、交通和移民等领域的调整）或者社会性的项目（例如社会福利，危机应对措施等）。这类法律主要是为了实现社会政策，而与社会上流行的习俗没有多大关系，与道德也只有某种间接的联系。这些决策从性质上来说往往是技术性的，也就是说，它主要是为了发现和实施能够实现某种特定目标的最佳路径；或者，这些决策是政治性的，是为了平息当时的利益纷争。在现代的许多社会福利国家，行政性的法律法规是整个法律体系的很重要的一部分。

第三个变化则是那些与政府机构相关的法律法规的迅猛增长。“法律并不仅仅用于调整人们行为的规范，它也越来越多地被用来规范国家的权力运作”（Habermas 1996：144）。现代法治国——即通过法律来治理的国家——将大量的立法和司法资源用于调整国家的结构和活动。在许多国家，政府的每一个机构都有一系列的法律规则作为其运作的制度框架，这些规则或者授予该机构某项权力，或者指令该机构采取某项措施，或者禁止该机构实施某种行为。法律和法规的数量不断增长，其具体规定也越来越详细：不只是规定政府可以做什么或者不能做什么，而且规定政府做事的具体方式。现代政府是法律的创造物（就像是公司一样），至少在西方国家是这样的。通常，这些用于调控政府行为的规则，与社会上主流的习俗和道德观念并没有多大关系。

在过去几十年间，由于前面提到的三种变化，虽然西方实证法的发展是非常引人注目的，但是这些新的法律大多与社会习俗没有多少联系，而与道德之间也往往只存在一些间接的联系。最初，实证法可能在很大程度上关注社会的习俗和道德，因为它所调整的，主要是发生在村庄里的那些日常琐碎的事件。但是在过去的两百多年里，法律调整的对象已经发生了重大的变化。行政

法以及那些与政府自身相关的法律大量涌现，可以说是晚近以来才有的发展。与之类似，那些与商业活动相关的法律也急剧增长，其调整的范围和细节也日益扩张。现代社会立法数量的增
89 加，与习俗和道德对法律的影响的下降，恰好形成明显的对比。

作为法律渊源的习俗的衰减，以及向程序性同意的转变

在第 2 章中，我们已经讲到，20 世纪的法学理论家们已经认识到，西方社会的实证法与社会习俗之间的联系正变得越来越弱。哈特认为，在现代社会，习俗只是一种边缘性的法律渊源。相似地，在与萨维尼的辩论中，埃利希指出：实证法事实上并不来源于、而且也不反映所谓的“集体意识”和主流的社会习俗；相反，实证法几乎完全是由法学家们创制的。埃利希的“活法”理论，以及他对“行为规则”（人们实际遵循的习俗和惯例）和“决策规则”（法院适用的规则）的区分，都是为了强调实证法与实际的社会习俗之间常常存在断裂。

习俗对实证法的影响下降，是由多种因素促成的，包括法律专家们的出现，以及国家法律在构成方面的变化（前面对此已有论述）。在这里，我将阐述对这种现象的两种主流的解释：第一种侧重于一些具体的因素，第二种则侧重于思想领域的变化。在阐述这些因素之后，本节将重温历史上的一些与普通法相关的理论，以便说明这些因素的影响。这一部分的主旨，就是要证明一点：与实证法律相联系，存在一种从实质性习俗向程序性同意的转变。

具体的因素，与存在于习俗和实证法之间的种种紧张的关系相关。例如，在中世纪后期的欧洲，人们试图将习俗和习惯法纳入实证法体系。然而，那却是一件很艰难的事。在那个时期，国家权力的建立，要求法制的统一——也就是要在全国范围内适用

统一的实证法，哪怕仅仅是在纸面上的法律。“一个国家的形成，不只有利于立法的复兴，而且也有利于在一个广阔的范围内建立统一的管辖权”（Bloch 1967：43）。历史上，特别是在西方殖民扩张的过程中，这种情况曾多次出现。在广阔的土地范围内，习俗往往是很多样的；在这样的环境中实施的统一的实证法，难免与主流的社会习俗产生一定的距离。所以，当人们试图将习俗纳入实证法的时候，往往必须选择其中的一部分习俗，与此同时也就不得不排除另外一些习俗。另外，习俗往往具有多样性和地方性，而且很多习俗是很难用规则的形式表达出来的。这样，实证法就难以忠实地反映习俗。不妨举一个例子：在20世纪50年代至70年代，在各殖民地摆脱殖民统治之后，许多人企图将各殖民地的习惯法制定为成文的法律。尽管这样的尝试是出于善意，但它们大多都失败了。另外，在中世纪的欧洲，一旦将习惯法“用文字的形式制定为成文法，就不可避免地导致其多样性和灵活性的丧失”（p. 44）。当习惯法被纳入成文法，它们就被固定下来了；此后，它们的发展就更多地受到它们所处的法律环境——而不是不断地变动着的社会生活——的影响（Ehrlich 1975：121～36）。而且，像《法国民法典》那样的法典，通常只包含一般性的原则；用抽象的原则来表述习惯法，往往并不合适。

另外，前面已经提到，由于习俗往往已经获得了民众的广泛接受，而且人们通常难以改变那些已经习惯了的行为方式，社会中的习俗就不断地挑战实证法的权威。在这种情况下，以下三种主张往往都符合实证法的利益：第一，强调实证法律体系与习俗相比的优越性（实证法“慷慨”地将习俗吸纳进来，或者允许那些不能用法律强行改变的习俗继续存在）；第二，贬低习俗的正当性（譬如，将习俗说成是“无知的产物”）；第三，减弱实证法与作为其渊源的习俗之间的关系（譬如，说实证法是“理性的产物”）。所以，早期的一位研究英国法的学者“一再强调

二者之间的差别：一方面，是那些地方性习俗的‘令人沮丧的多样性’；另一方面，则是皇家法院井然有序的司法实践”（Bloch 1967：43）。于是，下面这种情形就很常见了：当实证法符合社会习俗或者需要习俗支持的时候，那些支持实证法（特别是那些新近制定的法律）的法律理论家们就声称实证法是依据习俗制定的；而如果实证法不符合习俗，或者不需要习俗的支持，则他们就否认习俗对实证法有任何影响。可以说，实证法与习俗或者所谓的“习惯法”之间，始终是这样一种机会主义的关系。正如凯利（Donald Kelley 1990：106）所说：

> 当习俗被纳入成文法律的时候……虽然据说它仍然获得了民众的“认可”和默许的“同意”，但它事实上已经不再与社会有紧密的联系，而越来越多地被法律和政治权威掌控……从“习俗”到“习惯法”的真正意义在于：它标志着……法律专家们又控制了一个新的领域。可以说，这正是20世纪“法律科学”（legal science）复兴的意义；在这个复兴的过程中，与市民法以及教会法一样，习俗也成为法学家们垄断的“权力话语”军火库中的一个新的武器。

“习惯法”这个名称有一定的误导性。事实上，何谓“习惯法”，往往是法律专家们说了算的。用一种更为直接的方式来说：尽管那些支持实证法的人**声称**实证法确认或者认可习俗以及习惯法，但事实却可能完全不是这样。

91

导致习俗和实证法的关系发生变化的思想因素，可追溯至启蒙运动时期。18世纪被称为是“批判的时代”（age of criticism）（Cassirer 1951：275）。启蒙运动的哲学就是“反对一切知识领域的惯例、传统，以及权威”（p. 234）。“最初，启蒙思想将两种现象做对比：一方面，是以‘传统’为代表的信仰体系，它

之所以能够长期存在，往往是因为权威及集体的压力压倒了理性；另一方面，则是与理性一致的信仰体系——即使有人对它提出质疑，它也能证明自身的可靠性”（Barnes 1995：119）。依据这种观点，习俗代表的是最糟糕的、未加反思的行为。习俗和传统“往往遮蔽事物的真相；而即使它们偶然能够传递真相，也往往是令人怀疑的，仍然需要独立于传统的理性来细加考究”（MacIntyre 1990：65）。这样，人们开始用怀疑的眼光来看待曾经与成文法相媲美的习俗，似乎它只是历史上遗留下来的一些残迹，与现代的法律体系格格不入。

当这种以个人为取向的人文主义新思潮在社会上占据主导地位的时候，法律也就越来越被看做是一个受我们的意志控制的、可以用来实现我们的目标的工具，而习俗和传统则被看做是它的对立面。这反映了人们在理解实证法与习俗的关系方面的一个重大的转变。本书前面的章节曾多次讲到先前人们对习俗与实证法的关系的理解：习俗是实证法的一种渊源，与实证法有平等的效力，对实证法是必要的，是实证法的“祖先”，习俗代表民众直接的同意，得到了民众广泛的支持。“用巴尔多鲁（Bartolus）和巴尔杜斯（Baldus）的话来说，‘习俗代表着民众的意志（或者反映了民众的观念）’”（Kelley 1990：147）。同时，习俗扮演着“三重角色”——“法律的创制者、解释者、废除者”（p. 133）。它“植根于常识，或者，用盖尤斯（Gaius）的话来说，‘自然理性’”（p. 91）。事实上，格劳秀斯也曾说过，可以通过观察那些文明民族共有的习俗来识别自然法原则；而这些共同的原则，恰好证明根植于人性的自然理性的存在（Stein 1999：99）。然而，自启蒙运动以后，习俗代表的不再是民众的理性和普遍的同意，而是历史上遗留下来的、愚昧的枷锁。 92

不过，这个转变并不是很彻底——诸如“习俗代表了民众的同意”之类的观点，并没有完全消失。例如，社会学家莱维·布吕尔（Levy Bruhl 1964）曾写道：“从本质上来说，制定法和习

俗并没有区别：二者都是群体意志的表达”（translated and quoted in L. L. Fuller 1975：95）。特别是法律人类学家，常常以近乎浪漫的方式将习俗与民众的“同意”联系起来。尽管如此，现代社会的总体趋势仍然是：与习俗相比，经过民主程序制定的实证法更有理由宣称它代表了民众的“同意”；也正是因为这一点，当习俗与实证法发生直接冲突的时候，后者往往占了上风。

为了进一步说明这些变化，以及由习俗向程序性同意转变的总体趋势，下面将举一个具体的例子：关于英国（和美国）的普通法理论的演进。普通法理论对本书的论题具有重要的意义，因为它对法律的描述与镜像命题颇为相似。下面这几段引文，是吉哈尔德·鲍斯提摩（Gerald Postema 1986）对普通法与社会关系的经典理论描述：

> 普通法是共同的、古老的习俗，是“不成文的公理与习俗的一个古老的汇编”，它镌刻于人民的心中。（quoting Blackstone，p. 4）
>
> 普通法之所以具有权威，是因为它的规则和实践都与它所属的这个民族的生活与历史紧密相关……普通法反映了民族共享的价值观，以及人们对于“合理性”（reasonableness）以及“公共之善”（the common good）的理解。（pp. 6～7）
>
> ［普通法所确立的］秩序并不是由外界的某种力量创造或者强加的，而是人民共同的生活的表达……从这个意义上来说，普通法是以人民的同意为基础的。与那种通过某个立法代表而表达的同意不同，这里的同意有着更为深厚的基础。每个人都会认识到，调整他的生活的那些规则，是属于他自己的，规定了他的生活的样式和意义；而且，由于这些规则已经成为生活的一部分，它们看起来好像完全是自然的。（pp. 16～17）

如果要用一句话来概括法律是什么，那么，依据普通法理论，可以说：法律就是表现在一个民族的共同生活与实践中的社会秩序的一种形式。（p. 38）

更为仔细的观察将揭示一些很有意义的变化。最初，尽管事实上普通法包含大量诺曼法的残余，但人们普遍认为社会习俗是普通法的主要渊源。虽然普通法的很多方面是后来才产生的 93
（p. 19），但“到了16世纪，‘普通法来源于古老的习俗’这种说法已经完全被法律职业者们接受了”（Kelley 1990：22）。“梅特兰（Maitland）认为，普通法曾有三个阶段的发展：首先是‘社会中共同的智慧和经验’；然后是‘被确认的惯例’（established customs）；最后，这些习俗和惯例在法院获得了司法认可”（Hogue 1966：190）。但是，后来发生了一个虽然细微但却意义非凡的转变：普通法反映的不仅仅是社会的习俗，更多的是司法传统的“习俗”；人们将普通法视为**法律实践自身的习俗**。[1]为了缓解这种从社会习俗到司法习俗的转变所引起的断裂，有人提出：法官们仅仅是代表社会来发现和表述法律。另外一个使得这种转变变得较为容易的因素是，当人们讲到“习俗”的时候，往往是大而化之，很少对这个概念作出更为细致的探究。然而，庞德（1911：604）在20世纪初期就指出：普通法学者们“已经意识到，法律代表的往往不是公众行动的惯常模式，而是根植于纯粹的司法传统的司法决策和司法认知的惯常模式。”[2]

有一种看法产生于此种转变，并且进而促成了这种转变：普

---

〔1〕 斯坦因认为，与其说这是一种转变，不如说这里涉及的是两种不同的法院。他指出，地方法院确实是适用地方性习俗的，同时普通法院也发展出它们自己的“习俗”。这也许是一种准确的历史性陈述，但这一区别并不是以理论的方式提出的。

〔2〕 另外，参见 A. W. B. Simpson（1994：133）. “从以下意义上来说，可以将普通法体系视为一个惯例性质的法律体系：它是由律师群体共同遵守的做法及他们共同接受的观念构成——这些观念指导他们对摆在他们面前的纠纷做出理性的裁决”。

通法代表了产生于理性的进步的司法实践。自启蒙运动以后，所谓“习俗符合理性”的断言，往往被人们嗤之以鼻；但如果说法官的实践符合理性，则往往能够获得人们的接受。“这种观点将普通法描述为一种建立在原则之上的**理性的科学**（至少可以转变为这样一种科学），从而使反思理性（reflective reason）在法律中有了更为广泛的应用”（Postema 1986：33）。[3] 和其他一些学者一样，曾经担任过哈佛大学法学院院长的兰代尔（Langdell）声称，这些原则包含在普通法的案例之中，人们可以通过类似于科学推理的方式发现法律规则和原则。“在 19 世纪的英国，主流的观点仍然是布莱克斯通在《英国法释义》中阐明的：法律主要是指普通法，而普通法则起源于古老的习俗，并且在数百年间因为人们的实践理性而得到不断地完善”（Stein 1980：69）。[4] 所以，普通法同时具备了两个方面的正当性：它不仅符合习俗，而且符合理性。同时，随着人们逐渐认识到普通法中渗透的是司法（而不是社会）的“习俗”，在习俗与理性之间，后者就显得更为重要。

正是因为把普通法描述为（经过人们同意的）习俗和司法理性，法律职业者们才能够抵抗来自立法的侵蚀。在普通法的理论中，立法者从来也没有占据过主导的地位，因为立法被看做政治的产物或者是政治斗争的权宜之计，不如普通法所宣称的那种无所不包的理性架构。但这种对普通法的美化并不能消减来自反对者的抨击，特别是边沁对于法律职业者以及普通法的无情讽刺，以及美国的法律现实主义者们的批判。后来，面对严峻的社会问题，随着国家官僚机构及其活动范围日益扩张，人们也越来

---

〔3〕 鲍斯提摩指出了与普通法相关的“理性”的两种含义：具体的法律推理（特别是类比推理），以及以一般原则为导向的推理。参见 Postema（1986：30～8）. 在这里，我是在第二种意义上使用“理性”这个词的。

〔4〕 关于这个问题，惠特曼写过一篇很有启发意义的文章。见 Whitman（1990）.

越多地将法律看做一种实现社会目的的工具。在此情势下，普通法由于其保守性难以满足社会的需求，通过立法机构制定实证法就变得更为普遍了。最后，当那条古老的解释规则——“对那些不符合普通法的制定法，必须作狭义解释”——被抛弃的时候，普通法的弱点也就暴露无遗了。

刚才提到的那条解释规则的抛弃，可以被看做本节主题——从习俗到程序性同意的转变——的一个表现。以下是对这个过程的一个简短的总结：在启蒙运动以前，人们之所以认同并且服从法律规则，是因为这些规则符合习俗。而后，人们认识到：习俗代表的，更多是未经思考和批判的惯常做法，而不是同意；普通法与习俗的联系其实是很不明确的。而休谟对理性的批判则使得人们越来越怀疑是否可以通过司法推理来发现实质原则和规则。边沁和现实主义者的批判更进一步地助长了这种怀疑。人们越来越多地将法律视为一种由人的意志支配的工具，而与习俗没有多大关系。这样一来，对实证法的同意也由习俗转变为民主制度，因为正是这个程序使人们选举出制定法律的代表。这就使得普通法成为一种不甚自然的混合物，正如昂格尔（1996：115）描述的：

> 当民主制度出现并且影响到法律的时候，普通法也就发生了变化，不再是先前那种在民主制度之外的普通法了。倘若要与民主制度共存，则普通法就不可能只是代表在一个由习俗统治着的、自然而稳定下的环境下逐渐积累起来的一些规则。同样，它也不可能只是那些用来调整自由的市场经济和社会的私法体系的基础……从民主的理念和实践来看，我们不能再用解释普通法的方式来解释制定法，也不能继续坚持“必须狭义地解释那些不符合普通法的实证法”这一原则。

尽管存在这些问题，尽管普通法失去了先前那些正当性的基础，但它仍然在不断地演进。当然，与立法相比，普通法的演进受到更多的限制。从这个意义上来说，普通法是过去遗留下来的一些仍然具有活力的遗产。尽管前面是以普通法为例子的，其实大陆法也经历了相似的发展（当然，大陆法更重视法典，而不是法官）：法律正当性的根据逐渐由符合习俗转向依据理性而发现的原则，然后又转向民主。在许多大陆法系国家，法学家以及他们起草的法典依然具有相对较高的权威。然而，即使在这些国家，立法机关也发挥着越来越重要的作用，这就使得先前那种观点——法典是全面的、无懈可击的——再也难以令人信服。

有必要指出这个转变的最后一个方面：如何区分作为法律渊源的习俗和民主。虽然有人声称，习俗和民主都体现了人们对法律的“同意”，但这两种“同意”事实上是很不相同的。当我们说实证法规范直接从主流的社会习俗中演变而来的时候，这种“同意”是直接的、实质的。相反，通过民主而表达的“同意”则是间接的、程序性的。也就是说，民众并不直接投票决定法律的内容（也许立法的全民公决是一个例外），而是通过形式的投票程序选举代表，然后由这些代表通过投票程序制定法律。尽管在投票的过程中，人们似乎表达了“赞成”或者“反对”的意见，但这两个层次的投票实际上掩盖了人们投票时的许多复杂的动机，而对于某项法律的实质内容的同意或者反对只不过是其中的动机之一，甚至也不是最主要的动机。尽管哈贝马斯等理论家试图将民主程序解释为对法律内容的同意，但更为恰当的做法或许是将选举和投票视为政治负责制的一种形式。在人民选举（或者罢免）立法机关的代表与这些代表制定法律这两种行为之间，往往存在很多的“隔离层”。所以，不可以简单地认为代表们制定的法律的实质内容获得了人民的同意。与实证法直接地反映习俗的时代不同，这种向间接的、程序性的同意的转变，意味着我们再也不能简单地假设法律是社会关系的一面镜子。

镜像命题的支持者们也许仍然能够指出两个使法律符合社会的习俗和道德的因素：如陪审员这样的外行人的参与，以及诸如“公平”和“合理”这样的比较灵活的司法标准的适用。但这些和过去的做法实际上是很不相同的。先前，当习俗被认为是一种法律的时候，一个社区的人们常常被召集起来对某一习俗是否存在作证（Stein 1993：83）。相反，今天的陪审团通常只对事实问题作出决断，而不会决定法律。而且，正如韦伯（1954：321）观察到的，“陪审员以及类似的‘外行法官’的使用，并不足以阻碍法律中技术因素的不断增加，因此也不足以改变由法律专家们主导的局面。”诸如“公平”和“合理”这样的标准确实需要借助主流的习俗以及社会观念来解释，但这些概念往往已经被赋予了特定的法律意义，并且受到法律的限制。就算这些机制存在并且是有效的，也并不足以否定我在这里的主要观点：在现代社会，习俗与实证法之间的关系已经发生了变化，存在一种从习俗向程序性同意的转变。

从实质道德到程序理性——法治

这里所要讨论的最后一个转变包括相互联系的两个方面：道德与理性之间的关系发生了重大变化；实证法与实质道德之间的直接联系也被切断（至少是在很大程度上被削弱），而被实证法与程序理性的联系取代，从而使得实证法日益远离实质道德。我将依次讨论这些变化。

本章的第一节中已经提到，在西方传统中，道德与自然法都和理性联系在一起。诸如“可以通过理性发现实质道德原则”之类的论断在道德哲学中是很常见的（see Schneewind 1998）。依据基督教的世界观，理性与道德之间的联系是直接的：上帝将理性植入人心，以便使他们发现道德。伏尔泰将这个现象比作上帝赋予蜜蜂合作的那种本能：“他［上帝］赋予人类某些根深蒂固

的直觉，这些直觉就成为人类社会的永恒盟约和最高法律”（quoted in Cassirer 1951：245）。后来，虽然这种宗教的色彩逐渐淡化，而人性获得了更多的关注，但可以通过理性发现道德原则的论断仍然常常被人们提及。“从自然法的角度看，‘自然’和‘理性’是正当性的实质标准”（Weber 1954：290）。

前面已经提到，经过休谟以及后来的学者们对理性的批判，人们不再相信可以通过理性推导出实质道德原则或者自然法原则。这种观念与科学进步相结合，就形成了一种分裂：一方面是代表可以证实的知识之源泉的科学和理性，另一方面则是代表人类信仰和崇拜的道德和宗教。[5]曾经浑然一体的道德和理性之间，从此产生了一个鸿沟，无以弥合。理性往往被当做一种工具，而道德也沦为主观偏好或文化的产物。依此逻辑，道德似乎也具备了某些惯例性质，人们可以像对待习俗那样对待道德。如哈贝马斯（1996：95）所言，“文化传统与社会化的过程逐渐成为反思的对象以及公共讨论的话题。当这种情况出现的时候，那些关于道德生活已经确立的做法和解释也就成为惯例，这些惯例区别于那些经过公众有意识地反思和独立判断的决策。”

道德和理性的分离引起了一系列的变化，在法律领域的一个根本性的转变就是从实质道德向程序理性的转变。在此转变之前，人们往往从实体的角度来看待实证法与道德之间的关系，特别强调法律要与道德规范的**内容**相一致。哈特说过，法律实证主义者们认为“许多法律规则的内容反映了道德规则或原则”（1958：596）。而自然法思想家们则更加强调“法律的实质内容，以及评价此内容的实质性标准”（Summers 1984：65）。但是，作为前面描述的发展的一个方面，法律逐渐与实质道德分离，“最终，人们都认为法律是理性的产物，是世俗权力的一个

〔5〕 理查德·塔纳斯观察到一种相似（尽管不完全相同）的分裂。见 Richard Tarnas（1991：375～8）.

工具，而与终极的价值和目的无甚联系”（Berman 1983：198）。正如理性被视为一个没有实质内容的工具一样，法律也遭遇了同样的命运。

这种从实质道德向程序理性转变的顶峰，就是法律成为它自身正当化的理由。为了理解这种转变的缘起以及性质，在这里我们将讨论“法治”这个概念，以及富勒、韦伯和哈贝马斯的理论，他们每个人都代表了这个转变的一个方面。

从被人们（包括法律理论家、社会科学家、政治学家以及社会大众）讨论的频率来判断，“法治”这个概念可以说是20世纪末人们在证明法律的正当性时最常引用的一个口号。尽管这个概念的确切含义仍然不是很确定，但人们对它的基本特点还是达成了一些共识。狭义的“法治”，意味着政府依法而治，政府是在法律之下的。“这个意义上的法治的理想状态可以用‘政府由法律统治，而不是由人统治’这句话来概括”（Raz 1979：212）。理解“法治”的方法之一，就是将它与其反面的状态对比：在一个“非法治”的国家，那些在政府名义下活动的个人（包括法官）往往恣意妄为、无所忌惮，而大多数人则受到控制甚至蹂躏。相反，在一个“法治”国家，政府无论做什么事，都必须遵守那些通过正当程序制定的法律。这些法律至少应该具备以下特性：一般性，不溯及既往，公开性，明确性（pp. 214～18）。[6]

考虑到这本书的目的，这里需要强调的关键的一点就是：这个意义上的“法治”概念，**从实质上来说是空的**。“显然，法治这个概念只是一个形式概念。它没有说明法律如何被制定：由暴君、民主的多数，或以其他方式制定。它也没有说明基本的权利、平等或正义”（p. 214）。所以，法治与那种包含最为不道德 99

〔6〕 拉兹还列举了法治的另外一些特征，但我在这里只是提出其中最为核心、必不可少的内容。

的法律的体制不仅是兼容的，甚至可能受其利用。“从理论上来说，一种根植于践踏人权、普遍贫穷、种族隔离、性别歧视以及宗教迫害的非民主性法律制度，在总体上可能比任何更为开明的西方民主法治体系更符合法治的要求”（p. 211）。“与其他工具一样，法律拥有一种具体的优点：它在道德上是中立的。也就是说，它只是一种工具，可以被用来实现各种目的”（p. 226）。

在进一步阐述这种现代的工具主义法律观之前，有必要将它与启蒙运动之前的那些理论观点做一比较，以便更好地理解这种转变所引起的深刻变化。通过分析理论家们的描述，沃尔特·厄尔曼（Walter Ullmann 1946：3）指出，中世纪人们的法律观深深地受到基督教道德哲学和亚里士多德主义的影响：

> 对于“法律”这个概念的理解，核心在于人类与上帝的关系。上帝被认为是万物之源；人类是由上帝创造的，同时也受到上帝的法律——宇宙的永恒法律——的统治。人们似乎可以清楚地感受到，神的意志和理性是一种生生不息地统治着世界的力量。这种思想的要点包括：宇宙是一个和谐而有序的整体；构成宇宙的各个部分浑然不可分割；上帝创造了宇宙，并且是宇宙的最高主宰。人类行为被认为是有目标的，是为了某种确定的目的……同时，由于人类与上帝的关系具有一定的内在的道德特性，将道德观念转变为法律就至关重要了……对亚里士多德的《伦理学》以及基督教信条的引用，仅仅是这种论理方式的一种表现，同时它也使实质道德植入根本的法律准则。这样，法律的自主性也就遭到了否定。

这种状况与现代的法治理想之间的差距是非常大的——最为明显的莫过于，后者缺乏实质的道德内容。而且我们也不难理解

为何这种充满了宗教色彩的法律观在今日世界难有立足之地。显而易见，那种理想化了的宇宙秩序和道德法则与今日的社会现实是格格不入的。 100

相似地，富勒对于法律的描述，也就是他所谓的“合法性原则（principles of legality）”，从实质上来说也是空的。在富勒（1969：33～94）看来，由于其性质，法律必须具备以下特点：①一般性；②公开性；③不溯及既往；④能够被人们理解；⑤内部没有自相矛盾之处；⑥法律的要求是可以被人们遵守的；⑦相对稳定；⑧公布的法律与适用到实际生活中的法律是一致的。富勒认为，他对法律性质的描述在法律的实质目标这个问题上是中立的——也就是说，法律可以被用来实现许多不同的目标。但他却声称这八项条件构成了“法律的内在道德”（pp. 220～4）。而对于这种道德的具体内容，富勒却语焉不详。他在不同的场合讲到，这种道德包括：合法性原则有助于实现人类目的或其他道德目标（p. 205）；它帮助人们制定未来生活的规划（p. 210）；它便利了人们的社会交往（p. 223）。这样，他的基本观点似乎是：合法性原则使人们“有机会遵守法律”（Summers 1984：37）。这种道德的另外一个方面在于，合法性对暴君施加了一定的限制，至少使他不能完全恣意地使用权力。尽管他承认他所描述的合法性与实质的道德之善或者正义有一定的联系（L. L. Fuller 1969：157～9；1958：636），但富勒指出，“‘法律的内在道德’这个概念从本质上来说是程序性的”（quoted p. 71）。此外，虽然富勒主张法律的道德不包含实质内容，他还是称自己属于自然法学派（Summers 1984：62）。他“曾经说过，他的理论是一种程序自然法，这是与实质自然法相对而言的”（quoted in Bix 1999a：76）。因为承认法律秩序中的理性的作用，他毫无疑问属于自然法阵营中的一员（Summers 1984：63）。

在前面的章节中，我们已经简单提到韦伯关于形式法律理性的理论，他认为这种形式理性是现代西方的民法制度独有的特

征。韦伯指出，形式理性的法律制度是在这样的情况下存在的："首先要利用逻辑分析将案件中与法律相关的事实筛选出来，然后，要确定由法律概念构成的、高度抽象的法律规则的含义，并将其适用到具体案件中"（Weber 1954：63）。说这类法律是"形式"的，是因为判决完全建立在法律规定的基础上。与"法治"以及富勒对于"合法性"的描述一样，韦伯所讲的形式理性的法律从本质上来说也是空的——它能够与任何实质规范兼容并且共同发生作用。他指出，与形式理性相对的是实质理性的制度，即那些旨在实现实质正义的制度（pp. 61～4）。一个"形式的法律制度并不考虑那些建立于'善'以及'分配正义'这样的观念之上的道德理想"（Kronman1983：95）。形式的法律只是用来实现人类目标的一个工具。法律的形式的、理性的方面——它的理性化以及系统化——使得法律判决的结果更具有可预见性，从而使人们能够更好地规划他们的生活，进而扩展他们的自由以及参与交易之能力（Weber 1954：chap. 11；Hayek 1973）。形式理性制度的正当性来源于理性合法性（rational legality）本身——"只有法律－理性权威利用实证原则来证明其自身的正当性"（Kronman 1983：55）。哈贝马斯（1996：73）这样描述韦伯的理论："正当性仅仅依赖于行使政治权力时经过的法律媒介：法律规则的抽象性和一般性，司法机构的自主性，行政机构具有'理性'的结构并且依法运作。"

哈贝马斯对法律正当性的论证也是从理性开始的，更确切地说，是他所谓的交往理性（communicative rationality）。正如其他所有实质为空的进路一样，他使用的"理性"这个概念也"不再直接提供一幅关于法律和道德理论的蓝图"（Habermas 1996：5）。哈贝马斯之所以选择这条进路，与前面提到的问题相关：一方面是世界的"除魅"；另一方面，是现代社会的多元性——在现代社会，"统一的世界观，以及那些曾经将集体中的人们凝聚起来的伦理，都统统瓦解了"（p. 448）。如果人们不能在何为道

德之善的问题上达成共识，则他们至少需要一种程序——当不同的价值观发生冲突时，可以通过此类程序来决定哪种价值观“胜出”。这正是哈贝马斯的商谈理论（discourse theory）所探讨的问题。前一章关于社会契约论的讨论中，已经讲到商谈理论。依据此理论，法律之所以具有正当性，是因为那些受法律约束的人同时也是制定法律的人；而且，由于所有受某一项法律影响的人都一致同意该项法律（至少理论上如此），则不存在强制。就这里的讨论而言，哈贝马斯的理论又一次展现了从实质道德向程序理性的转变。哈贝马斯这样描述自己的进路：“可以将实证法的正当性理解为程序理性”（p. 453）。与富勒相似，哈贝马斯相信：如果一项程序能够满足商谈理论设定的那些条件，则可以通过此程序得出道德上正确的结果。[7]

尽管以上理论家们的进路各有千秋，但他们在一些根本问题上的看法是一致的：他们都将法律视为一种工具，并认为人们可以通过理性来发现法律。他们对法律的研究，并未对法律的实质内容做任何预设。他们都特别关注法律的程序性和形式性。确实，他们对于法律的描述——工具性的、形式的、从实质上来说是空的——反映了休谟对理性的看法。他们以各自的方式描述了判断法律正当性的标准：从是否符合道德原则或主流习俗，转变为“［基于］合法性的正当性”（legitimacy of legality）自身（see Dyzenhaus 1996）。[8]他们认为法律自身的性质就足以证明其正当性，而无需考虑法律的具体内容。用合法性来说明正当性，是现代社会道德多元主义的一个产物。

也许有人会认为合法性（以及法治）与镜像命题并不冲突，

〔7〕 哈贝马斯在其著作中写到，可以通过这样的程序得到“理性的结果”。但他所谓的“理性的结果”，似乎意味着道德上的正确性。在与本书作者的一次私人通信中，哈贝马斯确认了这一点。

〔8〕 在一篇针对哈贝马斯的法律观的非常出色的分析性文章中，戴泽豪斯使用了这个术语，并讨论了一些与这个术语相关的话题。见 David Dyzenhaus（1996）.

因为那些以民主的方式制定的法律反映了主流的道德观。法律仍然是一面镜子，只不过现在它是以一种间接的方式获得了此种性质。哈贝马斯的商谈理论实际上就是沿着这条进路发展的。大卫·戴泽豪斯（David Dyzenhaus）认为，“对于极端的民主体制来说，重要的是它们能够使实证法至少**反映**大多数人的愿望以及喜好”（p. 161，着重号为本书作者所加）。依据这种观点，民主和法治都是工具性的。“民主是发现人们的偏好的最佳工具，而实证法则是使这些偏好得到落实的最佳机制”（ibid.）。正如本节以及前一节的讨论已经揭示的：随着实证法越来越远离习俗和道德，民主制度越来越成为现代社会中镜像命题的载体，因为它代表着社会中大多数人的“同意”。

前面已经提到，赋予民主这样重要的地位是很有问题的。这里只是做一简单回顾。这种怀疑的最基本的一点就是：作为现代民主最常见的方式，代议制民主（与那种几乎被完全忘却的直接民主相对而言）实际上是值得怀疑的。“自从 18 世纪后期以来，应该由‘人民’来制定约束他们的规则，这种观念可以说是现代国家**意识形态的**一个主要特征。说这种观念是一种意识形态，是因为‘代议制政府’并不是民主，这一点实际上也是 18 世纪的思想家们承认的”（Manicas 1987：34）。事实上，许多政治理
103 论家们之所以认为代议制民主是优越的，恰恰是因为它可以使那些经过选举产生的精英们控制民众的激情（ibid.）。而且，正如公共选择理论所揭示的，不能简单地认为那些代表们投票时考虑的是具体的法律议案是否反映了选民们的看法；他们更关心的，可能是能否获得巨额的竞选资助。在政治领域中，自利以及选票交易的行为，可以说是家常便饭。同样，也不能认为大多数人的意见必然获胜。在许多西方国家，有时候选举的参与率低得令人吃惊——超过一半的选民不参加选举的情况并不鲜见。在这样的情况下，就有理由怀疑选举过程的可靠性。另外，在一个多元的社会中，至少有一个或者多个群体的意见不能在法律中得到体

现；这些群体的人数可能超过那些主张得到认可的群体的人数。最后，大量的立法实际上是法律职业者们（如法官、法学家以及立法委员会）努力的结果，而根本不是民主的，最多也只是经过了民主机关的形式审查而已。总之，有充足的理由怀疑镜像命题。

第二个可能的回应是：镜像命题依然是成立的，只不过法律反映社会的方式发生了一些变化。自由主义的法治观反映的不再是道德信仰的实质内容，而是一种自由主义的文化，体现了在一个道德多元已经成为不可逆转的趋势的年代里，人们对各种观点的宽容。这就引发了一个问题：与法治相关的这种文化是不是真的已经成为一种主流的文化价值？也许各种文化都是主张道德多元的；在这种情况下，人们在立法和司法的过程中，只能采用形式化的程序，而对于依据这些程序可能得出的实质结果不做任何预言。

然而，即使在那些承认道德多元主义，并且试图将此种现象纳入其法律理论的理论家们中间，仍然有人坚持实质的镜像命题。这里的一个例子就是杰里米·沃尔德伦（Waldron 1996：1566）。他在一篇文章中认为，康德的理论具有现代法律实证主义的一些特点：

> 康德主张：我们必须认识到，除了我们之外，这个世界上还有其他人的存在；我们不能仅仅把他人当做道德上关心或者尊重的对象。他们是和我们相协调、相竞争的、具有道德思想的主体。当一个人思考诸如“正义”之类的问题的时候，他必须认识到其他人也在思考这些问题，而且其他人也像他一样坚信自己的结论具有客观性……

104

然而，如果有理由认为，在某些问题上，一个社会需要并且只需要一种能够得到所有成员尊重的共识，那

么就需要有一种能够**发现这种公共意见的途径**，并且说明为什么一个人必须服从这种意见，而服从的理由不应该依赖于这个人对这种意见的道德判断（着重号为本书作者所加）。

这一段话表明：在某些问题上，法律必须从诸多意见中选择一种而放弃其他。那么，当它宣称“公共意见”在诸多意见中胜出时，就有问题了，因为那无异于镜像命题（除非将“公共意见”定义为“任何在诸多意见的竞争中胜出的那个意见”）。不妨指出加了着重号的话包含的两个假设（它们使得前面的论断更有说服力）：第一，存在一些传播得非常广泛的意见，以致可以将它称为“公共意见”；第二，可以通过民主的程序发现这种公共意见。

这个问题的意义是不可低估的，因为沃尔德伦以此为基础而提出一个观点：人们有义务遵守实证法，而无需通过一个外在的标准来判断它是不是符合正义；即使需要判断，这种判断也是一个与是否应该遵守实证法不同的问题。如果我们意识到康德（1991：81～7，143～7）本人也认为应该“绝对”禁止公民对法律的抵制，这个争论的意义就更为明显了。康德主张“严厉地惩罚”那些抵制法律的人（即使他或她真心诚意地认为法律是不公正的），因为这样的抵制摧毁了法律秩序，而且没有人能够解决与“法律是否公正”这个问题相关的纷争。如果沃尔德伦的断言更为直白——人们不得不依据形式化的程序作出一个选择，而最终的获胜者并不一定是正义的，也不一定代表公共意见——那么，要得出人们必须遵守法律的结论就不那么容易了，也许这些义务在某些情况下必须对正义的诉求作出让步。由这些洞见——法治从实质上来说是空的，代表们的民主选举只是对规则的程序性的同意，而他们制定的法律也仅仅是经过形式性的投票而形成的决策——可以推出一个重要的结论：法律完全可能不

反映社会的习俗和道德。让我再重复一遍：我并不认为法律从来不是社会的一面镜子，我只是主张，我们不应该将镜像命题视为当然。

所以，现代的法律理论往往将法律描述为一个空空的容器。立法过程的正当性在于通过民主而表达的同意（这也是现代法律反映社会的一种可能的机制），而法律自身的正当性则依赖于它维持社会秩序的能力，以及按照形式的要求适用法律的程序。尽管仍然存在从实质角度分析法律的观点（其中最著名的或许就是德沃金“作为整合的法”理论），但毫无疑问的是，在理论家中间，形式的程序正义观已经占据了主导的地位。同时，研究表明，即使那些对法律没有多少了解的人，当他们评价某个案件的处理是否正当的时候，他们也往往很重视程序正义（Lind 1998）。假设这些研究是正确的，对这种现象可能有两种解释：或者是理论家们成功地将这种程序正义的法律观念传播给了公众；或者是这种程序正义观独立地渗入公众意识，这可能是随着启蒙思想的传播，人们越来越认识到现代社会中由于价值的多元性而不可避免地导致的道德多元性。

在这种形式主义的法律观占主导地位的同时，法律理论发展中也呈现出一些反形式主义的趋势。昂格尔、诺内特、塞尔尼兹克、阿蒂亚和伯尔曼等人已经指出：当代西方法律制度正在发生一个转变——从严格的规则适用转向对实质正义越来越多的关注（see Tamanaha 1997：236～40）。同时，行政法的增长也使得法律理论和实践越来越强调对各种利益的平衡，以实现特定目标为导向的推理，以及对包含着一定裁量权的标准的使用等。

在这个方面，有一个令人惊异的发展趋势：“司法权力的全球扩张”，即“先前主要是由立法部门和行政部门制定公共政策，而现在司法部门在制定公共政策方面发挥着越来越重要的作用”（Tate and Vallinder 1995：2）。这种发展的一个主导因素，就是对立法的司法审查的扩张。审查主体包括宪法法院，以及超

国家的法院，如欧洲法院和欧洲人权法院等（see Sweet 2000）。宪法性的司法审查并不必然意味着程序主义法律观的崩溃，因为这种审查通常是对宪法的解释和适用，而宪法本身则是一个实证法。然而，那些使人权法规范直接变成现实的司法判决，事实上将实质的道德标准纳入法律；在这一点上，它与自然法有点相似。

在观察到法院正在发挥越来越重要的作用之后，有人便断
106 言，“在当代政府中，法官们的思想最能**反映**民众的观念”（Shapiro 1995：61，着重号为本书作者所加）；也有人声称，“大多数到法院任职的人的思想，往往反映了那些政治高官们总体上一致的意见”（Jacob 1996：390，着重号为本书作者所加）。镜像命题，似乎总是这样无处不在。

目前，很难判断这些发展会不会改变在当今理论家们中间占据主导地位的那种工具主义的、程序性的法律观。也许这种观点目前正处于巅峰，不久它将走下坡路，只是理论家们尚未认识到那些可能导致这种观点破灭或者重构的因素。但是，不必过早地唱响挽歌。要埋葬这种观点绝非易事。在一个多元主义盛行的年代里，关于道德、理性和法律的种种争论似乎让我们难以回到先前那种方案：从实质道德的角度来看待法律。至于这种没有实质内容的、形式化的法律究竟能否持续下去，则需要我们拭目以待。

第 5 章

反对镜像命题

尽管镜像命题是很强大的，但对这个命题的质疑和反对也一直存在。本章将从社会 - 历史的角度对前面讲到过的两种假设——法律反映社会的习俗和道德，法律维持社会秩序——提出质疑。这里的讨论将包括三个部分：第一部分主要讨论法律移植，第二部分是法律全球化，第三部分则是“差距问题”（gap problem）。这一章主要从经验层面对前面两章的理论分析加以补充。这三章共同构成了对于第 2 章中列举的那些观点的一种回应。

法律移植

毫无疑问，法律移植（无论是自愿地借鉴还是被动地接受）对镜像命题提出了一个问题：那些从其他地方移植来的实证法律，怎么可能反映接受移植的社会中的习俗和道德？法律移植也对法律的社会秩序功能这个命题提出了挑战，因为这个命题隐含着一个假设：法律之所以能够有效地维持社会秩序，是因为它反映了社会中主流的习俗和价值观念。

本部分将讨论关于法律移植的两个不同的思想流派：以艾伦·沃森（Alan Watson）为代表的比较法学者，以及那些研究法律的全球传播的学者（特别是法律人类学家）。由于这些理论

家具有不同的背景，他们采取的研究进路也不尽相同，尽管这些进路之间也存在一定的相似之处。

沃森和比较法学者们

沃森是一位著述丰富的法史学家和比较法学者。他在一系列的著作中对镜像命题做了强有力的批判："人们通常认为法律与社会之间存在着动态的因果关系，而正是这种关系使二者处于和谐共存的状态；然而，事实上这种因果关系并不存在"（Waston 1983：1136）。[1]他（pp. 1131～42）认为："许多法律并不能满足社会中人们的需要和欲求，当前关于法律发展以及法律与社会的关系的理论，都因此而变得不太现实"。沃森（1985：119）认为，法律"在很大程度上是自主的，因此并不是由社会的需要决定的。"为了支持这种观点，他提出了两项基本主张：①从历史上看，法律的发展（无论是在西方还是在其他地方），大多是法律移植的结果；②通过协调其所在社会环境中的经济、政治等因素，法律文化能够决定和控制法律发展的方向。这两项主张是相互联系的。"在很大程度上，来自不同社会的立法者往往共享某些共同的法律文化"（Watson 1983：1157）。这种共同的法律文化的一个核心的方面，就是对法律权威的尊重："法律人往往遵从习惯。他们倾向于把法律规则当做目的本身。在修改法律的时候，他们要么对修改的程度做低调处理，要么借鉴国外的、具有很高的声誉或者权威的法律制度"（Ewald 1995：449）。这种共同的法律文化的另一个方面，则是将法律视为一个专业化的领域，正如沃森（1985：119）所言，"（法律精

〔1〕 爱德华对沃森的理论做了很有启发意义的分析。爱德华将沃森的理论分为两个版本：弱势版本和强势版本。弱势版本仅仅质疑本书前面讲到的那种强势的镜像命题；而强势版本则主张法律具有自主性，可以将它与社会隔离开来。爱德华认为，弱势版本是对沃森理论的一种更为合理的解读，尽管他承认，沃森明确地讲到可以将法律与社会隔离开来。参见 Ewald 1995.

英们）认为法律自身就足以证明其正当性；法律之所以为法律，就是因为它具备了‘法律性’（lawness）。”正是因为各个国家的法律职业者们往往都持有这种观念，他们才对法律移植表现出一种偏好，这进而可以解释为什么“法律的变化往往具备了跨国的性质”（Watson 1983：1157）。

沃森（1987）认为，在过去，立法——作为将主流的社会价值纳入法律制度的一种直接的方式——在法律发展的过程中所起的作用相对较小。他（1985：58）还指出，“在很大程度上，习惯法并非来自于当地人们的惯常做法”。在那些小规模的社区中，人们解决纠纷的典型方式并不是严格地适用法律规则，而是依据“公平”的原则作出决定。即使在判决的过程中引用了“习惯法”，实际情况也往往是：可以对“习惯法”作出若干种不同的解释——“习惯”本身是不明确的，或者尚未得到明确的表述，所以事实上是判决创造了习惯法。他（pp. 43～65）甚至主张，所谓的“习惯法”往往是从其他地方移植来的。因此，即使那些宣称以习惯法为渊源的实证法——这显然是镜像命题的一种强势版本——也无法逃脱沃森的怀疑和批判。

对法律（特别是罗马法）的发展作了详细的研究后，沃森总结道：

> 法律在很大程度上具有其自身独立的生命力。也就是说，在下面两组事物之间，并不存在必然的、非常紧密的联系：一方面，是法律、法律体系、法律机构，以及法律规则；另一方面，是某一特定社会中的统治精英或普通民众的需要和欲求。如果存在这样一种紧密的联系，则法律规则和法律机构等，就很难移植；即使能够移植，它们所发挥的作用也将受到严重限制。（Watson 1978：314～15）

法律……首先是法律人（lawyers），特别是法律创

制者（lawmakers）的文化。这里的“法律创制者”，是指那些控制着已经获得接受的法律改变规则的机制的人，可能包括立法者、法学家，以及法官。法律的发展取决于他们的文化、社会、经济，以及政治的因素，只有通过他们的意识才能够影响到法律的发展。（1985：118）

在两个方面，韦伯可以说是沃森理论的一个先驱：韦伯曾经描述过法律职业——作为一个由法律专业人士构成的，有他们自身利益的团体——是如何出现的；他还指出，法律知识有其自身的内在逻辑。另外，沃森的理论也与卢曼和托依布纳（Teubner）的自创生理论有一定的相似之处。最明显的一个方面就是，他们都认为，虽然外部环境能够对法律产生影响，但这些影响都是经过法律话语（legal discourse）这个媒介的过滤之后才实现的。不过，至少在一个方面，沃森与其他几位理论家是不同的：韦伯、卢曼和托依布纳都认为法律已经深深嵌入社会生活，成为其中的一个方面（本书前面章节对此已有论述）；沃森则不同意，他认为法律与社会之间可能存在根本性的断裂。他（1983：1137）毫不含糊地承认，他的观点“实际与其他学者在法律与社会这个问题上的所有研究成果相冲突”。沃森认为，其他学者在研究这个问题的时候都受到功能主义观点的误导，以致他们无法看清现象的本质。传统的法律学家和法律人类学家不愿意承认这样一种可能：那些重要的法律规则可能发生很大程度的功能失调。在他们看来，如果承认了这一点，理论家们就不可能在社会学和人类学的研究成果的基础上提出任何关于法律发展的理论（ibid.）。

沃森并不否认社会对法律的影响。他（1985：118）承认，立法者们的观念也会受到社会中的价值观念的影响。法律规则的发展“通常（但不总是）根植于社会或者社会精英们的生活，包括社会、政治、经济等方面的因素”（1983：

1135）。他（1993：116）也承认，“当法律被移植到一个新的环境中的时候，它常常（尽管不总是）会发生一些改变；外部的社会环境必然会影响到法律的解释和适用。”尽管如此，沃森（1985：17）还是坚持他的观点：“社会的‘投入’与法律精英们的‘产出’之间，往往没有多少关系”。

尽管很少有理论家完全赞同沃森的观点，但比较法学者们还 110
是越来越关注这样一个事实：随着社会主义法律体系的衰落以及政治和经济自由主义在世界范围内的兴起，以自愿接受的方式发生的法律移植也在加速发展（see Ajani 1995；Wiegand 1991）。“又一次，法律跨越了地域、文化和语言的界限，开始在世界范围内的不同法律体系之间传播”（Jagtenberg，Orucu，and de Roos 1195：1）。那些专门研究法律移植现象的比较法学者得出了一个结论：所有的法律制度都是域外因素和本土因素的混合物（see Orucu 1996；Kocourek 1936：229）。在这些理论家们看来[2]，如果法律在移植之后经历了足够长的时间，则接受国与输出国的社会、文化等方面的差异可能越来越小，移植来的法律与本土的法律也可能紧密地结合在一起；而从实践的层面来看，这种结合也可能很好地适应法律所在的社会环境。[3]相反，如果法律移植后经历的时间很短，而接受国与输出国之间的社会文化差异非常大，则实证法体系中各种（外来的和本土的）元素可能难以很好地结合在一起，而且实证法与社会的习俗与规范之间也可能存在很大的差别。需要指出的是，大多数研究这种因为移植而产生的“混血”型法律的学者，并不像沃森那样急于得出一个关于

---

〔2〕 埃辛·奥赫绪（Esin Orucu 1996）对此类混合型的法律做了比较透彻的分析。另外，参见 D. Goldberg and E. Attwooll（1996）.

〔3〕 所以，尼尔·麦考密克（Neil MacCormick 1993：355）才会说，由于苏格兰法包含着大陆法、普通法，以及本土性习俗，它“神奇地适应了‘抽象的苏格兰’（metaphysical Scotland），也许是因为它本身就是型塑‘抽象的苏格兰’这个短语所表达的民族精神的因素之一”。

社会与法律的关系的结论。迄今为止，他们研究的重点主要是法律制度本身，而不是法律与社会的关系。

在进入下一节的讨论之前，这里将简要地讨论马克·格兰特（Marc Galanter 1972）对印度接受英国法之后的 150 多年间的法律与社会关系的研究。在这期间，印度先是受到英国的殖民统治，后来获得独立。与其他殖民地的情形类似，在印度独立之前，以及在寻求独立的过程中，常常可以听到这样的抱怨：移植来的法律不符合当地的文化和价值。然而，在独立之后，殖民时期的法律几乎完好无损地保留了下来。殖民时期的法律体系得到了“一个富裕而且有巨大社会影响力的律师阶层”（p. 61）的支持；这些律师们抵制对原有的法律体系加以改变。事实上，对印度的法律职业者们来说，移植来的法律已经完全转化为印度本土的法律了。正如印度的一位检察官所说：

> 在过去的一百多年间，印度著名的法学家以及法官们已经发展出一套适合印度本土环境及其特殊需要的法律规则，尽管这些规则是以英国的普通法和制定法理论为基础的。正是在英国法律原则的基础上，我们构建了现代的印度法律体系；虽然这些法律起源于英国，但无论从法律规则本身还是从法律的实际运作来看，它们毫无疑问都是印度的。（quoted in Galanter 1972：63）

尽管这位检察官对移植来的普通法大加赞美，但传统的纠纷解决机制还是在人们的支持下得到了一定程度的复兴，使其能够与国家法律体系在社会中同时存在。不过，这种新近复兴的“传统体制”事实上吸收了官方法律体系的一些因素，因此与历史意义上的那种“传统体制”存在不少差别（p. 64）。而且，村民们往往为了实现个人利益而有选择地利用这种国家法律与传统体制共存的状态。这样一来，不只是法律适应了社会，而且社会中人

们的做法也因为法律而改变；这种“双向适应”的现象，是镜像命题难以解释的。

格兰特（p. 66）这样总结他的研究结论：

> 印度的经验使我们有理由质疑长期以来为我们熟知的、关于何谓“正常的”法律体系的一些观念：从历史的角度来看，法律深深植根于社会，与它所处的社会和文化相适应，而且具有内在的目的特性。这些观念表达了人们对法律的一些期望——法律能够将历史与现实联系起来，法律符合社会中人们的价值观念及信仰。
>
> 印度的经验则提供了一些相反的结论：即使缺乏历史的根基或者历史的延续性，移植来的法律仍然可能在接受国深深地扎根，使得本土原有的法律不太可能“卷土重来”；现代类型的法律体系可能在很大程度上独立于其所在的社会和文化环境。所以，即使法律与社会主流的文化观念之间存在很大的差距，它依然可能在相当长的时期内保持繁荣的局面。一个法律体系内部可能存在许多不一致的内容——在不同的层次和不同的机构中，往往存在许多不同的规范及实践。
>
> 这些现象表明：有必要对我们熟知的那些关于何为“正常的”法律体系的观念加以修正。

然而，法律理论家们却几乎完全地忽略了这种现实。关于法律与社会的一般法理学必须识别并且承认诸如此类的情况，因为这种情况事实上比我们通常所承认的要普遍得多。 112

殖民化以及法律人类学家的发现

第二种以法律移植为研究对象的思想流派则将注意力集中到法律在殖民化进程中扮演的角色。法律人类学家对这方面的研究

做出了很大的贡献。他们关注的对象主要是非西方国家的法律，特别是国家法律之外的或者本土的法律。尽管他们承认镜像命题适用于西方（即法律反映了西方的文化价值），但他们指出：那些移植的法律并不反映殖民地的习俗和价值。特别是，他们强调本土的法律体系与国家法之间的关系。最后，法律人类学家们在研究与解释这种现象的过程中发展出了一个关键概念——法律多元主义。

欧洲对于非西方文化的殖民进程开始于 15 世纪后期，在 19 世纪后期达到顶峰。而到了 20 世纪 70 年代，除了有限的几个殖民地之外，大部分地区的殖民统治都已经结束。各个殖民地之间往往存在许多差异[4]；但总体而言，在最初的两个世纪里，殖民者们的目标主要是掠夺殖民地的资源和传播基督教。实际的征服或殖民控制往往限于沿海地区或者其他比较容易接近的通商口岸。而传播到殖民地的法律，也主要是出于经济利益的考虑。这方面有一个公私功能混合的典型例子，即英国和荷兰在 17 世纪初设立的东印度公司：该公司获得了皇家特许状，有权制定和执行法律，以便保障他们的经济利益（Leue 1992）。

最初，从某一国家移植的法律主要管辖由该国移居到殖民地的居民。“18 世纪末期以前，欧洲的殖民者们并没有试图依照他们国家的法律来管理殖民地的人民。同样，他们也没有大规模地用欧洲的法律来统治殖民地人民”（Fisch 1992：23）。大多数情况下，要在殖民地人民中间推行法律是既不必要也不现实的，而且从经济上来说也是低效率的。“因此，殖民地原有的大多数法律制度都未受到冲击，除非这些法律直接影响到欧洲的商人、传教士、移民以及官员们的生活”（Mommsen1992：4）。法律的管辖权遵循的是“属人原则”——所有

113

〔4〕 关于法律与殖民化之关系，我参考了一些很优秀的历史研究文献，包括 W. J. Mommsen and de Moor（1992），以及 Fisch（1992）。

涉及殖民者的案件（包括殖民者与本土居民之间的案件）都由殖民者所在国的法律管辖。

到了18世纪中后期，情况开始发生变化。殖民统治已经逐渐由沿海深入内陆；同时，越来越多的本土居民来到日益增长的经济和贸易中心工作，由此导致了殖民者与本地居民之间更深入的交往。大多数殖民者对殖民地（特别是农村地区）的人民实施“间接统治”：通常情况下，殖民者会借助当地的权威势力来统治，并且尊重习惯法；但必须遵循“抵触条款”（repugnancy clause）——倘若当地的习俗与一般的（即殖民者的）“正义”观念相冲突，则不可使用当地的习俗（Fisch 1992：27～33；Mommsen 1992：6～10）。这项政策的结果，就是一种法律的“双轨制”。当时，有人从道德上论证此种制度的合理性，而且也有许多人认为这种政策是开明的。但这种政策显然更有利于殖民者：通过当地的精英来统治，可以增进社会的稳定；但在涉及殖民者的重大利益的问题上，则可以保持西方法律的优势地位（Mommsen 1992：10～11）。在对殖民地人民的掠夺过程中，许多法律都发挥了重要的作用。例如，劳工法规定，那些违反劳动合同的人（主要是雇员）可能被送进监狱；普遍的税收迫使殖民地的人们为了挣钱而不得不在殖民者开办的工厂中劳动；土地改革使得那些由殖民者拥有和经营的采矿及农业企业能够购买和使用土地（Chanock 1992）。总之，殖民法律的目的在于“维护殖民者的政治统治，掠夺殖民地的自然资源及人力资源，并将此类行为合法化”（Von Benda－Beckmann 1992：318）。宗主国是一个经济上的食肉动物，而实证法则是其爪牙。这种法律根本不可能是对殖民地社会的一种反映。

对此，有人可能提出一个反对意见：因为实证法在一定程度上承认习惯法的有效性，所以可以说，法律仍然符合主流的社会

习俗和规范。然而，实际情况要复杂得多。[5]要将习惯法纳入国家的法律体系，通常有三种基本的做法：以法典的形式将习惯法编纂起来；国家的法院把习惯法当做一种类似于普通法的法律渊源来使用；或者由一些非正式的“本土法院”以及“乡村法院”来执行习惯法（Tamanaha 1989：102～6）。所有这些做法都存在缺陷，而最基本的一个问题则是：一旦将这些习俗性的规范和程序从它们原来的生长环境中剥离出来，它们将不可避免地（至少在一定程度上）丧失其原有的品性。“本土的规则并不能作为直接决定纠纷结果的‘法律’。相反，这些规则本身被当做可以谈判的对象，或者可以利用的资源”（Comaroff and Roberts 1981：13～14）。通过回顾已有文献，可以发现以下问题：

> 假设可以将习俗性规范从其他类型的社会规范中分离出来，这些规范也处于不断的变化之中；规范之间可能存在冲突，有些规范自身包含相互矛盾的内容；规范的表述可能是“模糊而不确定的”；规范可能包含许多偶然性的因素或者“例外”，人们的实际行为往往并不符合规范的规定；许多时候，如何将抽象的规范运用到具体的案件中，并不是很清楚；有时候，一个社会中可能同时存在若干种规范秩序。（Tamanaha 1989：103～4）

所有这些问题，都反映了传统的规范体系的灵活性。许多这样的传统规范体系并不像西方国家的法律那样以规则为导向（尽管法律实证主义者们对美国的普通法也提出过类似的批评）。习

---

〔5〕 对殖民化过程中法律的移植所引起的后果，可参看 B. Morse and G. Woodman (1987), A. Allott and G. Woodman (1985), and S. B. Burman and B. E. Harrell – Bond (1979).

俗性的规则体系往往都体现出高度“语境化”的特征。在选择、解释和适用规范的过程中，许多习俗性的规范体系往往需要考虑当事双方（无论是个人还是团体）的相互关系以及交往历史。许多时候，使双方在某些问题上达成“共识”比严格地适用既定的规则更为重要。正是因为诸如此类的因素，那些（以法典化以及司法判决等方式）被纳入国家法律体系中的习俗性规范往往获得了与原来不同的含义，而且其运作方式也与先前不同；同样，那些非正式的“乡村法庭”的运作方式也不同于先前存在的本土机构。“可以说，习俗制度的本质，在于它们解决问题的过程，但这种过程现在已经不复存在了——先前那些用以指导这个过程的灵活的原则，在新的政治条件下，变成了对规则严格而机械的适用”（Chanock 1985：62）。

因此，被纳入国家法律体系中的习惯法与社会中存在的习俗性的法律和规范并不是一回事。让这幅图景变得更为复杂的是，越来越多的法律人类学家指出：许多被称为“习惯法”的规范往往与习俗和传统没有多大关系；相反，它们是为了维护特定时期的殖民者或者本土精英们的统治而人为地创造出来的（Chanock 1992，1985；Snyder 1981）。依据这种观点，“习惯法”是殖民体系下的一种人为的产物，是一种用来掩人耳目的幌子——一方面，习惯法这个标签暗示着它符合殖民地的本土规范，因此具备了一定的正当性；另一方面，它却掩盖了“习惯法”只是一种新近的产物这一事实。

无论现实多么复杂，在 20 世纪五六十年代去殖民化（decolonization）的进程中，习惯法的复兴是当时颇有吸引力的口号之一。然而，实践中的情况往往是：在殖民统治结束之后的很多地方，移植来的法律通过“过渡条款”而完好无损地延续了下来；除非被明确废止，这些法律仍然发挥着作用。于是就导致了一些不太正常的现象：例如，在印度尼西亚摆脱荷兰的殖民统治几十年之后，荷兰的民法典在这里依然有效；而且该法典使用的是荷

兰语，尽管印度尼西亚人民中只有很少一部分人能够理解荷兰语。这种现象并不鲜见：在殖民统治结束后的很长一段时间里，许多殖民地的法律使用的仍然是殖民者的语言，而在这些地方，往往只有少数的精英才熟悉这种语言。事实上，自 20 世纪 60 年代开始，在许多刚刚摆脱殖民统治的地方，对西方法律的借鉴有增无减。造成这种情况的原因是多方面的：国际援助机构的影响和推动；跨国的银行、公司等，在投资时往往要求他们所熟悉的法律规则；“法律与发展”运动的参与者们的建议和行动；部分是由于受到韦伯的观点——形式理性的法律最适合资本主义的发展〔6〕——的影响（Trubek 1972b），当时许多人认为西方法律是现代化进程中不可缺少的一个方面（see Tamanaha 1995b）。

在殖民统治大致结束之后，研究法律与社会的法律人类学家们提出了“法律多元主义”这个概念。它被称为“后现代法律观的核心概念”（Merry 1992：358），是法律社会学与法律人类学的一个新兴的研究对象（Griffiths 1995：201）。法律多元主义有两个不同的版本（Griffiths 1986；Merry 1988），第一种（传统的）版本用于描述殖民地的统治机构试图将习惯法规范纳入国家法律体系的尝试，这一点在前面已有讨论。这种“法律多元主义”，其实只是指：一个单一的国家法律体系包含了若干不同性质的法律规范和机构（see Hooker 1975）。

第二种（较新的）法律多元主义，则是这样一个观点：在一个社会中，有许多“法律”秩序在发挥作用，国家法只是其中之一，而且往往并不是最强大的那一个。这个版本的出现，主要归功于那些研究国家法之外的社会控制体系的人类学家们。在研究殖民地以及后殖民地社会中的法律时，他们很快就注意到这样一些现象：国家法的适用范围和影响都是很有限的；国家的法律规范对社会中的许多人来说是陌生的，甚至与他们实际遵守的

〔6〕 C. A. 琼斯提出了不同的见解。参见 C. A. Jones (1994).

规范相冲突；国家法在维持社会秩序方面的作用也很有限。从功能主义的角度来看，法律是用来维护一个群体内的秩序的，因此可以说，在这个社会体系内还有其他“法律”体系在运作。埃利希的“活法”理论突出了人们在日常社会行为中遵循的原则，可以说是这种法律多元主义观的一个先驱和思想源泉。由此出发，法律主义者们很快就得出了一个（逻辑的）结论：无论是在西方国家还是在非西方国家，法律多元都是一种社会现实。依据这种新法律多元主义，非国家的法律秩序是多种多样的：习俗性的规范和机构在现代社会中依然发挥着社会控制的功能；诸如公司和大学之类的机构也具有制定规则和实施规则的权力；在小范围的社会群体（如工会、运动协会、社区组织、商业团体、俱乐部，甚至家庭）内部，也存在着各种各样的规范秩序。

就这里的分析来说，这两种版本的法律多元主义都是相关的。前一种法律多元主义描述了先前（以及当今）世界上的许多殖民地很常见的现象：大多数实证法是从其他地方移植过来的；虽然殖民统治已被推翻，但殖民地的法律依然是用宗主国的语言制定的，只有律师以及社会精英们才能够了解这些法律的内容，而社会上的大多数民众则不知道，甚至也无从知道这些法律。[7]在这样的环境中，实证法并不能反映社会的习俗和价值。就算在一定范围内能将习惯法纳入实证法的规范体系，也不能从根本上改变这种现状，因为能够被纳入的习惯法规范往往是很有限的，而且往往只限于少数的几个领域（如家庭关系等）。另外，正如在前面已经提到的，这些被纳入的习惯法规范究竟是否真正地反映社会生活中的习俗和价值，也是值得怀疑的：在习惯法被纳入国家法律体系的时候，其原有的性质可能遭到一定程度的扭曲；或者，有时习惯法只是一个幌子，其实质可能是一些新创造出来的东西。在殖民统治之后，那些用来剥削殖民地人民的

〔7〕 关于此类情形的一个较为详细的研究，参见 Tamanaha（1993b）.

法律工具往往被本地的精英们（包括律师）控制，成为他们谋取自身利益的工具。

有人可能认为法律多元主义与镜像命题并不冲突，因为它反映了非西方国家内部的多元现象，包括许多鲜明的对比：城市和农村、受过教育的人和没受过教育的人、富人和穷人、新兴经济和传统经济、现代与传统，以及同时并存的多种语言及群体。依据这种新的观点，可以将传统法律多元主义描述为选择性镜子传统的一种变体：在一个社会中，法律往往成为一些群体以牺牲他人利益为代价而谋取自身利益的工具，而且获得利益的群体往往由极少数人构成——有时候仅仅是法律职业者们。在选择性镜子传统中，国家法是维持社会秩序的一种重要的机制。但依据新法律多元主义，至少在非西方国家，国家法在维持社会秩序方面并没有发挥多少作用，甚至国家法也并不构成社会生活不可分割的一个方面。实证法不仅不能反映社会的习俗和价值，而且它自身在社会生活中也仅仅扮演一个边缘性的角色。

所以，就这里的分析来说，新法律多元主义是极其重要的，因为它揭示了一个现象：在非西方国家（或许也包括西方国家的某些场合），国家法往往并没有多大的作用——它往往遭到人们的忽略，或者并没有产生什么实效。特别是在非西方国家的农村地区，基本看不到国家法律机器的影子，因此国家法律的弱点也就显露无遗。即使在西方国家，这种弱点在某种情况下也是很明显的：在纽约市的血汗工厂里，似乎没有人来关心那些保护劳动者权利的法律法规；在洛杉矶的中南部，国家法律只有一些微弱的表现；在遍布世界各地的中国城（Chinatowns），居民往往按照他们自己的规则来生活，而对国家的法律则保持一种“敬而远之”的态度。在许多这样的地方，国家的法律在很大程度上并没有发挥维持社会秩序的作用，而且也并不反映人们的生活习俗以及主流的社会价值观念。

法律移植的影响

作为对于法律移植问题讨论的一个总结，我将在这里绘制一个表格，以便说明法律移植所造成的后果。以前面已经讲过的理论家（如梅因、涂尔干、韦伯以及昂格尔等）的理论为基础，这个表格由一系列“理想类型”构成。

	传统社会	现代社会
社会方面	基本的单位：家庭 集体主义取向 以“出生”为基础的社会分层 多向的关系（multiplex relations） 弥散的角色（diffuse roles） 共同的价值观 不存在公/私区分	基本单位：个人 个人主义取向 以成就为基础的分层 单向的关系（simplex relations） 具体的角色（specific roles）多元的或者“失范”的价值观 存在公/私区分
法律方面	由习俗统治 基于“身份”的关系 对“义务”的强调 以“惩罚”为导向 非理性的（譬如神谕裁判） 实质正义 以形成“共识”为目标 私人制裁 尚未制度化	由法律统治 基于“契约”的关系 对“权利”的强调 以“补偿”为导向 理性的 法律正义 通过规则来确定输赢 公共制裁 已经制度化

上表中，“传统社会·社会方面”代表传统社会中的社会组织；“传统社会·法律方面”则是与这种形式的社会组织相适应的法律形式。“现代社会·社会方面/法律方面”则分别代表了现代社会的社会组织和法律的特点。上表中表示的这种差异，除

了可以用“传统”和“现代”这两个词区分外，也可以看做是“集体主义”与“个体主义”，“非西方社会”和“西方社会”，或者“礼俗社会”（Gemeinschaft）和“法理社会”（Gesellschaft）之间的区别。不难看出，这个表格代表了镜像命题的一个强势版本——在上面那一行描述的社会特征与下面一行的所描
119 述的法律特征之间，存在直接的联系，后者反映前者。

对于上面表格中列举的分类和关联，可以提出许多具体的或者抽象的反对意见。譬如，以下说法可能都是成立的：在许多传统的社会，存在补偿性的法律，而现代社会的法律也包含着强烈的惩罚性因素；某些传统社会也相当严格地依据规则决定赢家和输家，而现代社会的法律也并没有忽略实质正义以及“共识”的重要性；传统社会也包含个人主义的因素，而在现代社会的某些地方，社群主义的取向占据了主导地位。对于这种传统/现代的对比的最猛烈的批评，则指向它所隐含着的进化论以及种族中心主义——它似乎意味着，现代社会比传统社会更为优越、处在更高的阶段。在这里，我并不打算为前面表格中的内容的“正确性”辩解；事实上，我同意其中的一些批评。特别是，我必须明确指出：我不认为右边（现代社会的社会组织和法律）比左边（传统社会的社会组织和法律）更为优越。就这里的讨论来说，无论对左边还是对右边，都不包括价值判断。

就前面的表格来说，还有一个问题值得注意。任何以其他法学和社会学研究者的理论为基础而提出的表述，往往都包含一个假设：这些研究者对于法律－社会关系的表述从根本上来说是正确的。然而，本书第2章对各种理论的检讨，以及第3章和第4章提出的批判，已经显示：许多这样的理论往往是理想化的描述，缺乏实际的证据。现代社会早期，许多关于“传统社会”的描述都不是实际的田野调查的产物，而是来源于理论家的臆测，或者探险家以及传教者们的游记或者日志。不能仅仅因为许多理论家的描述大致相似，就认为这些描述反映了真实的情况。

这些理论家们往往受到彼此的影响；而且，他们也深受他们所处的那个时代（特别是在进化论达到其全盛时期的19世纪）的观念和态度的影响。

尽管我已经意识到了这些问题，但我依然绘制了前面这个表格。这样做是为了用最简明的方式展示传统社会与现代社会在法律等方面的差异。可以将它们看做是从其他理论家的理论中抽象出来的理想类型，其目的是为了说明最纯粹的（因此也可以说是不存在的）情况。在这里，只需要指出，这个表格是对法学以及社会学理论家们在这个问题上的一个合理的表述，而且其中涉及的观点至今仍然在理论界占据主导地位。譬如，著名的法史学家、社会学家弗里德曼（Lawrence Friedman，1994：125）在最近的一篇文章中写道，“现代的法律预设一个由独立的、自主的个人构成的社会。而过去的许多法律体系则往往表现出强烈的集体主义倾向——法律分析的基本单位是家庭、氏族，或者其他类型的群体。”学者们仍然认为，至少在现代亚洲社会，“关系”往往比法律更重要，即使在商业领域也不例外（C. A. Jones 1994）。

120

让我简短地阐述这里的观点：当法律在两个组织形式相似的社会之间移植的时候，前面表格中描述的基本关系不会发生变化。然而，当法律是从一个现代（或者西方）社会移植到一个传统（或者非西方）社会的时候，就是把具有表格右下角方框所描述的特征的法律“移植”到具有表格左上角方框所描述的特征的社会组织上。显然，在这样的情况下，法律和社会都会发生变化：由于移植来的法律和法律机构提供了一种新的权力资源，传统（或者非西方）社会中的个人就会利用这种资源来规避或者挑战传统秩序，由此导致社会关系发生变化（see Tamanaha 1989：94～6）；同时，法律要在一个完全不同的社会环境中运作，其自身也难免发生变化。例如，日本的法律主要是从德国移植来的，在二战后也受到美国法的影响；但由于日本的文化传

统以及价值取向等，这些移植来的法律和日本社会的关系，与德国或者美国社会的情况是绝然不同的（see Chiba 1989；Sanders 1996）。法律职业者们的训练以及性质也许能够使法律更好地适应社会，但更多的情况下事实并非如此。同时，面对移植来的法律，社会中的人们（以及各种机构）也会作出反应，往往改变他们的行为方式和态度。尽管法律和社会都会发生许多变化，但这并不意味着二者必然会协调发展；许多情况下，二者的变化不是同步的。

全球化的影响

全球化概述

当前，几乎没有哪一个新话题能够像“全球化”一样引起法学以及社会学理论家们的关注。从本质上来说，全球化意味着
121 世界正在以各种方式连接起来。交通的发展使得人们可以在一两天之内到达世界上任何一个地方，因此缩小了空间的距离；交流方式的创新（譬如传真以及互联网），使得人们可以在全球范围内即时交流，从而缩短了时间的距离。美国主导着世界的流行文化以及消费文化：好莱坞、麦当劳、可口可乐，以及耐克等，遍布世界各地。跨国公司和国际联合企业的生产设施分布在世界上各个地方，它们的产品也在全球市场上销售，因此很难说它们究竟属于哪个国家（see Walker and Fox 1996；Thurow 1995）。庞大的国际金融市场内，每天都有大量的股票交易以及外汇交易——这些交易规模巨大，超出了单个国家的控制能力；同时，这些交易的联系非常紧密，其中任何一个市场的重大变化，都会立即波及其他市场（Held 1995：127～34）。跨国的商事交易随处可见。一种“全球经济”已经形成，它“实际上没有具体的领土基础或者界限，它甚至能够决定或者限制那些大国所能够做的事”

（Hobsbawn 1994：277）。一个国家的环境问题（譬如滥伐森林，化石燃料的焚烧，氯碳化合物的释放，农药的使用，核废料的处理，河水以及海洋的污染，过度捕捞），不可避免地影响到其他国家，有时甚至是整个世界（Seita 1997）。在全球化的背景下，地方的事件会产生全球性的影响，反之亦然（Giddens 1990：64）。桑托斯（Santos 1995：263）区分了这些现象，将它们分别称为“全球化的地方主义”（globalized localism），即一种地方性的现象（譬如英语或者可口可乐）成为全球性的现象；以及“地方化的全球主义”（localized globalism），即地方的条件（例如环境）受到来自其他国家的影响。

所以，全球化表现在许多领域（特别是经济领域），并且包括许多方面：世界各地之间的联系更加紧密，［核武器等可能产生的］全球范围内的破坏性后果，有意的“接轨”或者无意的“融合”。在许多方面，它意味着全球范围内的统一、融合、相互影响，以及相互联系。

社会学家吉登斯（Giddens 1990：70～8）指出了全球化的四个制度性的层面：第一，出现了一个全球性的政治秩序，这个秩序由那些以地域为界限的、垄断了暴力之使用的民族国家主导（尽管也有许多非国家的政治主体参与到这个秩序中来）；第二，形成了一个全球性的、由跨国公司和银行主导的资本主义经济体系，包括商品和货币市场；第三，形成了一个世界性的军事秩序，包括武器在全球范围内的流动，军事知识（技巧和训练）的传播，以及国家之间的军事结盟等；第四，出现了工业发展的全球传播，包括技术的转让、生产的转移，以及国际劳动分工的发展。在吉登斯看来，在这四个层面的背后，是依赖于通讯——特别是大众媒体——的文化全球化（cultural globalization）。

虽然吉登斯的分类可能存在一些缺陷（譬如，这四类之间的界限并不是很清楚），但他用一种简明的方式勾勒出了全球化的几个不同的层面，因而是很有用的。不过，在这里有必要指出他

在这个框架中忽略的一个方面——法律。与文化一样，法律也以各种方式支撑着全球化各个方面的发展，如国际公约、私人之间的合同、调控市场的法律、法律机构的移植，以及宪政法治理念的传播等。如果可以说文化为全球化的不同方面提供了思想基础，则法律就是这个基础的一个方面。法律与政治和经济相伴而行；特别是，在相对陌生的（政治和经济）主体的交往或交易中，法律更是发挥着重要的作用。

已有越来越多的文献开始分析法律与全球化之间的关系，〔8〕包括《全球法律研究杂志》（*Journal of Global Legal Studies*）的创刊。有些专门研究这个问题的学者将“法律全球化”定义为“全世界［的人们］生活在同一规则体系下的程度”（Shapiro 1993：37）。如果按照这个标准来衡量，目前的法律肯定不是、而且在短期内也不太可能变成“全球性”的。但是，法律朝这个方向发展的趋势却是很明显的。譬如，当前常常可以听到这样一个论断——某些普适的人权规范高于国家法律（see Bianchi 1997；Weiner 1992）。具体的事例，包括纽伦堡审判、波斯尼亚和卢旺达战争罪犯的审判，以及近年来国际刑事法庭的创建。除此之外，还有许多反映了此趋势的例子：世界贸易组织（WTO）和关税及贸易总协定（GATT）创制了一系列用于规范全球贸易的规则和程序；超国家的组织（如联合国和欧盟）的创建；在国际范围内具有约束力的条约（如海洋公约）的签订；以及诸如《跨国公司行为法》（Code of Conduct for Transnational Corporations）之类的国际规范性文件的起草。

然而，有时也会发生一些“反潮流”的事情——民族国家发生分裂，以及因为种族或民族问题而产生许多纷争（see Weiner 1992）。这样的例子包括：卢旺达内部的种族屠杀，以及美国

〔8〕 在这方面，威廉·退宁写了一本极其出色的著作：《全球化与法律理论》（Globalisation and Legal Theory）（2000）.

日益增长的两极分化和种族冲突。有些研究者认为，“从最基础的层面上来看，全球化并不意味着同质化。恰恰相反，它意味着种族、民族，以及阶级等方面的差异的加剧”（Greenhouse 1994：23）。正如桑托斯（Santos 1995：262）所言，“全球化的进程既不是线形的，也不是清晰的，相反，它充满了矛盾和不均衡。这明显是一个辩证的过程：全球化和地方化同时发展，并且二者都在不断地变换新的形式。”所以，研究全球化的学者们观察到一个近乎悖论的现象——世界同时经历着“融合”与“分裂”（Barber 1993：121～7）。

这些发展的影响之一，就是削弱了国家的主权和自主性（这是两个不同的概念）。主权是一个政治概念，包含对内和对外两个方面。对内方面是指，国家在其控制的领土范围内有“最高的、绝对的”权威（Held 1995：100）。然而，国际人权的发展，削弱了民族国家的对内主权；另外，当一个国家加入一个超国家的组织（如欧盟）的时候，其对外主权亦受到限制（see Wilhelmsson 1995）。“结果就是，人类交往的许多领域都逐渐脱离了单个民族国家的控制”（Albrow 1996：63）。逐步发展着的跨国法律机制，正在越来越多地限制着民族国家先前拥有的控制其领土范围内的事务的能力，导致了“对于‘主权的丧失’的哀叹”（ibid.）。

就这里的讨论而言，自主权是指“民族国家实际拥有的独立制定和实施政策的能力”（Held 1995：100）。在全球化背景下，各国这方面的能力都受到一定的限制。例如，在海湾战争以及波斯尼亚战争中，需要多国协同行动；为了控制货币投机，也需要多个国家共同干预市场。特别是，那些前东欧国家和发展中国家，它们的自主性往往受到更为严重的限制。例如，在世界银行和国际货币基金组织为发展中国家提供贷款的时候，往往要附加一些诸如“结构性调整”（structural adjustment）或者“善治”（good governance）之类的条件，特别是以下几项：削减政府开

支，实施私有化，取消货币的固定汇率，发展自由市场，以及推行法治（see Tamanaha 1995b；Greider 1997：34～5）。这些要求会对那些国家的社会、政治、经济和法律等产生深刻的影响。

历史学家埃利克·霍布斯鲍姆（Eric Hobsbawn 1994：576）将这种新的现象描述为对民族国家的“钳子般的榨压”（pincer – like squeeze）：

> 民族国家正在遭受来自上下两个层面的侵蚀：一方面，它的许多权力和功能正在被超国家的组织取代；尤其是当那些大的国家或帝国分裂为许多小国的时候，这些小国往往根本无力抵御来自超国家组织的压力。另一方面，私人保安的兴起，以及那些与［国有］邮局争夺生意的私营快递公司等现象，也说明民族国家正在丧失它曾经在其领土范围内垄断的权力和特权。

值得注意的是，民族国家大多是自愿地接受了这些对它们的主权和自主性施加的限制，尽管这里的“自愿”往往是出于某种需要，而非自愿地“选择”。马丁·阿尔布劳（Martin Albrow 1996：52～68）是一位对全球化及其影响的研究方面领军级的理论家，他认为：标志着“现代”的终结以及全球化时代的到来的关键事件，恰恰是民族国家在经济、政治、文化和法律等方面丧失了对那些新出现的社会组织的控制能力。当今世界的情势，已经不允许民族国家独立地选择自己的道路。

与这种“融合”与“分裂”同时发生的悖论现象相对应，目前有两种比较流行的政治理论：一种是“自由的国际主义”（liberal internationalism），极力颂扬这种新的、统一的世界秩序；另一种则是“新的中世纪主义”（new medievalism），认为“国家正在日益消减，世界正朝着超国家、次国家或者非国家的方向发展”（Slaughter 1997：183～4）。此外，国际法和比较法学者

安妮·玛丽·斯劳特［Anne – Marie Slaughter（p. 184）］提出了第三种理论模型：

> 一个新的世界秩序正在形成。与“自由的国际主义”和“新的中世纪主义”所描述的情形相比，这种新的世界秩序虽然声势不是那么浩大，但却更有实质内容。国家并不是正在消失，而是正在逐渐被分解为若干相互独立的、各自承担不同功能的机构，譬如，法院、行政机构、立法机关等。一国的机构，常常与其他国家的类似机构联系起来，于是形成一个密集的关系网，进而构成了一种全新的、跨政府的秩序。这种关系是为了应对当前的许多国际问题，如恐怖主义、犯罪、环境恶化、洗钱、银行破产、证券欺诈等；同时，这些问题的持续存在，也使得这些机构间的持续合作成为必要。

近年来的许多事件表明，这三个理论模型都有一定的道理；它们都在某些方面反映了当今世界的发展趋势。

然而，前面讲到的那些具体的例子表明：全球化这种现象，以及它对法律的影响，往往随着国家，以及涉及的具体事项的不同而不同。全球化主要发生在西方国家。而且，关于全球化的讨论，与其说是对正在发生的现象的描述，不如说是某些人对未来发展方向的预测或者偏好（see Twining 2000）。譬如，有时候，当学者们讨论人权的直接影响时，似乎把它当做一种已经发生的事实；但是，由于现实中许多国家的反对，以及具体实施机制的缺失，国际人权远未成为现实。同样，当国际法学者们讨论“新国际经济秩序”（NIEO）的时候，也是类似的情形：虽然这些话题倡导更为公平的国际经济体系和资源分配，但现实依然遥远。权力仍然主要由民族国家掌控（尽管各个国家掌控的程度不尽相同）；而国际法体系仍然依赖于民族国家的权力、政治利益，以

及默许。虽然全球化的发展趋势是真实的（特别是在经济领域），但我们很难知道或者预测它的进展速度以及它对法律－社会关系可能产生的长远影响。

这里将重点讨论法律全球化的两个相对比较成熟的方面：与商事交易相关的跨国法的发展，以及跨国法律文化的形成。

跨国商业法律

越来越多的研究者已经开始关注那些调整跨国商业交易的法律。这类法律有很多：诸如《维也纳国际货物买卖合同公约》、《国际投资纠纷解决公约》、《国际统一私法协会国际商事合同通则》，以及《跟单信用证统一惯例》之类的公约；商人们在跨国交易中遵循的习俗、惯例和一般性原则；格式合同中通常包含的条款［特别是国际商会发布的《国际贸易术语解释通则》（INCOTERMS）］；国际贸易的参与者们常常利用国际仲裁机构来解决纠纷，而且这些仲裁机构也发布了越来越多的仲裁决定。[9] 在一些理论家看来，这些与经济贸易相关的各式各样的法律，共同构成了一种跨国的普通法（transnational common law）（Friedman 1996：75）。

这些法律之所以值得特别关注，是因为：尽管它们是以各个国家的法律制度和规则为基础的，但它们在许多重要的方面表现出独立于国内法律的特性（De Ly 1992：209，272～91，319～20）。它是由从事国际贸易的商人和律师们在实践中逐步发展起来的，往往混合了普通法和大陆法的许多因素，而且其形式也与任何一个具体的国家的法律没有直接的联系（Trakman 1983：23～44）。事实上，国际贸易的参与者们之所以选择使用国际仲裁，就是为了避免单个国家的法律系统和传统的冲突法规则（see Sassen 1996：37～8；Dezalay and Garth 1996）。有些情况下，

〔9〕 关于此类法律的一些背景，参见 De Ly（1992）；Trakman（1983）；Grosheide（1994）；Gessner（1994）；Bonell（1992）；Jokela（1990）.

双方当事人也可能诉诸国内的法院，但国内法院通常都会尊重国际仲裁机构的裁决（De Ly 1992：80～131）。在仲裁者解释合同的时候，往往更多地考虑跨国贸易的习惯性做法以及当事人的本意，而不是国内法律的规定。这样，就产生了“一系列关于国际贸易的规则，这些规则往往与单个国家的政治和法律体系没有直接的关系”（Grosheide 1994：74）。“这样，虽然不存在全球性的立法者或者执行者，一种全球性的商业法律体系还是发展了起来——尽管这个体系依赖于各个国家业已存在的法律和司法机构”（Shapiro 1993：39）。

研究者们（主要是欧洲的研究者）[10]将这种跨国商业交易法称为新的商人习惯法（new *lex mercatoria*）。传统的商人习惯法，是在17世纪地中海沿岸的商业交易中产生的（尽管有人认为它的发源可能更早一点）。最初，它是由一些独立于国家法律和法院体系的仲裁机构发展起来的；这些机构通常位于市场或者商业中心，其仲裁员通常是由商人们选出来的、具有商业经验的人（Trakman 1983：7～21）。裁决主要根据商人们所遵循的不成文的规则和惯例作出，尽管有时候也会参考罗马法。后来，随着欧洲国家的兴起，这些商人习惯法逐渐被吸纳到国家的商业法律体系中（Merryman 1985：12～13，98～9）。当前新的商人习惯法，将来也许会像传统的商人习惯法一样被纳入国家法律体系，或者，它也可能被纳入一个覆盖范围更为广泛的国际（或者跨国）的[11]法律体系。不过，就目前来说，这些法律还是独立的，

〔10〕 根据德扎雷等人的研究，英美律师倾向于反对适用商人习惯法，因为他们认为它过于学术化。参见 Dezalay & Garth（1996：39～42）.

〔11〕 就分析的融贯性而言，“跨国的”（transnational）这个词比“国际的”（international）可能更为合适。在“国际法”的语境中，“国际”这个词强调国家之间的关系。而“全球化”（globalization）则意味着国家权力的削弱，一个世界体系（world system）与个人之间的关系，以及跨越国界的个人与个人之间的关系的发展。参见 Walker & Fox（1996：380）.

而且正在蓬勃地发展着。

跨国法律文化

跨国法律文化的产生和发展，是全球化发展的一个方面；同时，它也是促进上面提到的新的商人习惯法发展的因素之一。“法律文化”这个概念蕴含着许多不同的含义（see Nelken 1995；Friedman 1969a；1975）。在这里，它泛指那些与法律相关的观念、知识、信仰以及法律专业人士的态度。

跨国法律文化的发展，包括若干不同的方面。其中一个很重要的表现，就是那些通过到国外学习而提升自己的背景和资历的学生、律师以及法学研究者的数量的增加（see Daly 1996：301～9）。例如，美国法学院的法律硕士（LL. M.）项目，吸引着来自全世界各个国家的学生（Wiegand 1991：230～4；Symposium 1996）。“对于在美国之外的其他地方从事法律职业的人来说，在美国法学院的学习已经成为增加他们资历的一个关键的因素”（Dezalay and Garth 1996：313）。同时，也有越来越多的学生，从美国或者其他地方来到欧洲学习；一个旨在建立共同文化的泛欧学习项目（pan－European programme），使得欧洲任何一个国家的学生能够用一年的时间到欧洲的其他国家学习法律，并且获得相应学分（Gessner 1994：136）。这种现象是如此的重要，以致某些评论家将它看做一种新的“共同法”在欧洲的散播（Wiegand 1991：230～1）。此外，比较法研究的发展，也是促进跨国法律文化的形成的一个因素；这个研究领域，吸引着世界上各个国家的许多法律学者。各种比较法会议、专业协会，以及学术期刊，促进了法律学术对话，并且也形成了许多获得各国学者认同的知识
128 和术语。另一个推动跨国法律文化形成的因素，则是不少国内的律师事务所开始聘用国外律师（see Pardieck 1996）；同时，国际性律师事务所（它们中大多数的总部设在美国）的数量也在迅猛增长，而且它们在全球各地设立了分支（Taylor 1994；Daly 1996：

308～13）。特别是，许多规模庞大的美国律师事务所，凭借其客户的经济实力，往往能够对跨国商业法律的内容和形式产生重大的影响（Dezalay and Garth 1996：51～7；Grosheide 1994：75）。由于美国的种种影响，这种跨国法律文化往往有一种“美国化”的倾向，而英语则成了主要的“通用语”（linqua franca）。

促成这种跨国法律文化的最后一个因素，是由沃森提出来的：法律职业者们往往认为，法律具有某些特殊的、只有经过法律专业训练的人才能够理解的性质。这样，来自各个国家的法律人，就能够找到一种职业“归属感”。可以从司法判决的方式中找到支持这种观点的例子：

> 法官们正在建立一个全球性的法律共同体。他们有共同的价值观和利益；他们相信法律不同于政治（尽管二者之间是有联系的），他们将自己看做必须在一定程度上避免受到政治的直接影响的专业人士……国内的，以及国际的法官们之间的联系越来越多；他们越来越认识到，作为法官，他们有共同的利益和使命。最不正式的跨国司法联系，是对国外或者国际的司法判决的学习及引用。（Slaughter 1997：186）

这种引用其他国家的法院判决的趋势，可以说是跨国法律文化发展的一个具体的例子。

毫无疑问，不宜夸大跨国商业交易法以及全球性法律文化发展的程度。上面的描述已经揭示，这些发展主要（尽管不完全）发生在美国和欧洲。但它们确实是真实的发展，至少为法律的全球性影响奠定了基础，并且很可能得到进一步巩固。

全球化对法律－社会关系的影响

全球化对本书提出的法律－社会框架的影响，主要体现在两

个基本的方面：

第一，它意味着，虽然当代的许多与社会、政治和（特别是）经济相关的立法会对社会产生直接的影响，但它们在许多方面独立于社会。例如，类似商人习惯法之类的商业规则，是在商人们的实践中产生的，可以说是来源于社会的“外部”。它们通
129 常都建立于、并且取决于社会外部的经济利益；虽然它们宣称自己“价值中立”，但它们事实上包含着价值方面的预设，并且会导致价值方面的后果。另一个例子，当国际贷款或者救济机构为一些国家提供经济援助的时候，往往要求接受国进行法律、政治和经济等方面的改革。还存在其他许多（更为“自愿”的）例子：一个国家要加入关税及贸易总协定或者欧盟，往往需要进行法律改革；在国外消费者群体的呼吁下，一个国家可能通过立法来禁止童工或者血汗工厂等。在所有这些情况下，地方性的社会条件、习俗和价值观等，都对法律的创制没有多大的影响，尽管法律的实施会对它们产生影响。从更为广阔的层面上来看，如果前面讲到的趋势（即法律在更大程度上的全球化，以及跨国法律文化的发展和巩固）在很大程度上是真实的，则一个社会中适用的许多法律可能来源于其他地方，或者是因为某种外在的原因而创制的。

第二，全球化使得本书的法律－社会中的两个关键概念——“法律”和“社会”——都产生了问题。在社会理论和法学理论中，人们通常是在“国家－社会”这个组合中来讨论“社会”的（Albrow 1996：41～4）。在这个组合中，法律是一个极其重要的因素：它发挥着建构国家和整合社会的作用。法律实证主义者在概念上将法律与国家联系起来，形成了“法律－国家”的结合；而社会的边界则由国家的领土范围确定。国家垄断了合法地使用暴力的权力，并且有权决定相应社会中的法律规则。然而，全球化意味着，调整一个社会中人与人之间的关系的，并不是国家法；相反，有许多来源于国家法之外的、不同的“官方”

法律体系在发挥作用。而且，正如前面已经讲到的，法律多元主义者们认为，国家法并不是社会中运作的唯一的法律，还存在其他许多种类的法律表现形式，它们在协调人们的社会交往方面，往往发挥着比国家法更为重要的作用。这样，来自各个方面的变化，使得“法律”这个概念本身也有问题了；而法律与社会之间的联系，也可能不是人们通常所假设的那样。

同样，全球化使得“社会”这个概念也产生了问题。从古希腊的城邦到以领土为基础的现代民族国家，“社会”的范围是相对确定的：它的边界通常与主权国家的领土范围相一致，而且它也常常与享有共同的文化及语言的民族相联系。然而，随着全球化时代的到来，“社会”的边界变得越来越模糊，越来越难以识别。这与全球化的种种特征相关：时间和空间的缩小；国家贸易及其他方面的交流（包括通过媒体和因特网的交流）的增多，逐渐使得地域的边界显得无关紧要；在欧盟内部，各国公民可以自由流动。先前，社会（的范围）“在很大程度上取决于国家法律体系的管辖范围”（Cotterrell 1997：77），“法律和社会几乎可以说是相互定界的”（ibid.）。然而，当国家的法律在社会中不再享有垄断地位的时候，法律就很难继续作为一种可靠地确定社会边界的方法了。帕森斯主要是从两个角度定义“社会”的：一是垄断了“最终控制权”的国家法律体系（Parsons 1966：14～16）；另一个则是文化和规范的自足性（pp. 16～17）。在当前的情况下，似乎已经不存在同时满足这两个条件的“社会”了。所以，近来有些社会学家认为应该摒弃“社会”这个概念，也就不足为怪了（Giddens 1990：63～4；Bauman 1992：190）。

若要继续使用“社会”这个概念，其中一种可能的做法，就是将法律全球化的过程描述为“一个国际公民社会的扩展”（Sassen 1996：40）。这样，就将法律的全球化与社会的全球化联系在一起了。尽管“全球公民社会”这个概念看起来颇具魅力，但在当前条件下，全球各地的联系事实上还是

比较薄弱的，如果用“社会”这个词来描述当前的状况，可能会使这个词包含了太多的现象，以致显得毫无意义了。另一种选择，则是摒弃“社会”这个范式，而讨论一个独立的、依附于跨国商业贸易的法律框架或体系。例如，一位研究人员写道，“全球法律交流自身就是一个社会系统，其中的参与者包括国家、企业、公民以及律师；而且，这个系统也有它自身的结构及文化要素”（Gessner 1994：144）。相似地，另一位研究者则将各个国家的法律体系中与这些问题相关的方面糅合在一起，构成了一个独立的子系统：“可以将国际商事法律的这些国内因素放在一起，并将它们作为一个以特定的社会和经济条件为基础的法律子系统”（Grosheide 1994：81）。以上的两种方案，事实上仍有过分扩大“社会”这个概念的范围之嫌——这种所谓的“结构”和“体系”，缺乏具体事实的支撑，它们只是研究者们自己构建的。

总之，全球化的到来，使得传统的那种令人陶醉的、自我封闭的法律－社会框架显得过时了（Twining 1996：119～20，139）。目前，理论家们很少能够提出可行的替代方案；即使那些已经提出的方案，也没有一个获得广泛的接受。

重提“差距问题”

阅读本书的学者们，大约都听说过“差距问题”。这个问题曾经被称为“法律研究的核心问题”（Abel 1973a：189）。在20世纪80年代，法律－社会研究领域曾有过一场关于这个问题的激烈争论（Nelken 1981）。不过，后来研究者们对这个问题的兴趣逐渐淡化了。关于差距问题，事实上有两种版本：第一个版本是“书本上的法律”和“行动中的法律”的差距，也就是纸面上的法律条文和律师/法官们的实际行动之间的差距。法律现实主义者们对这个问题很感兴趣，他们认为：真正的法律并不是那

些“纸面上的”法律，而是法律职业者们实际所做的事情(Llewellyn 1930)。第二个版本则是法律规则与社会中的人们的实际行为之间的差距。那些对法律“实效”的研究，大多与这个问题相关。本书中讨论的一些问题，与“差距问题”有一定的联系。看到这种联系是很有用的；但是，不应该将它们等同，否则将很容易导致误解。

将本书中讨论的问题与“差距问题”联系起来的用处在于：第二个版本所关注的差距（即法律规则与社会中人们的实际行为之间的差距），如果确实存在的话，恰好说明法律并不是社会的一面镜子。对这个问题的研究表明：在西方社会中，这种差距是经常存在的（Abel 1973a，1978）。而关于法律“实效”的研究也说明，在发展中国家，由于法律移植所引起的问题，这种差距更为突出（See Friedman 1969b）。所以，对于“差距问题”的种种研究，可以被纳入本书的分析框架。

这些研究的另一个价值在于，它们有助于澄清镜像命题中涉及的一些问题。这里实际上包括两个层次、四个变量。第一层次涉及“法律”，包括：①书本上的法律；②法律职业者们对法律的实际应用。第二个层次，则涉及“社会”，包括：①特定社会群体中的人们所宣扬的道德和习俗；②那些群体中的人们的实际行为。最完整意义上的“镜像”是这样一种情况：书本上的法律与行动中的法律都事实上符合人们宣扬的、同时也是他们在实践中遵守的道德和习俗。任何对于反映程度（degree of Mirroring）*的研究，都必须考察这种情况是否真实存在。但倘若能研究这两个层次的不同变量之间的关系，也是很有意义的。例如，有些情况下，书本上的法律可能符合社会中的人们所宣扬的道德，但法律职业者和/或其他人的行动却并不符合这种道德。

然而，由于“差距”问题背后隐含的预设和价值取向，将

* 即法律反映社会的程度。——译者注

它与本书的讨论联系起来，可能具有一定的误导性。“问题”以及“［法律］缺乏实效”这些词语的使用，反映了研究者的某种预设：存在一个需要解决的问题；或者，应该使法律变得更为有效。在这些研究者们看来，这个问题的存在，是一种反常的现象；即使这种差距经常出现，它仍然是一种不正常或者边缘性的现象。本书摒弃一切本质主义的假设。也许，法律很少能够完全反映社会，这才是正常的状态（Abel 1973a：221）。在那些存在阶级分层的社会或者多元的社会中，前面这句话的判断几乎肯定是成立的。同样，在那些曾经沦为殖民地的国家或地区，法律往往也并不能反映社会。而且，对于这种差距，恰当的处理方法也许并不是努力让法律变得更为“有效”，而是废除法律，或者用其他方式促进法律的变革。甚至，在某些特殊的情况下，这种差距可能是解决一些复杂的社会问题的最佳方法：一方面，通过制定法律来宣布特定的规则，是有好处的；另一方面，法律职业者们在实践中却将这些规则“架空”，而社会上的人们也漠视这些规则，也是有好处的。

另一个可能引起误解的方面在于：关于差距问题的研究，通常都是针对具体的法律或者法律体系进行的；而本书对法律和社会之关系的探讨，则着眼于更为宏观的层面。本书检讨的核心命题——镜像命题——是对法律－社会关系的一种理想化的理论描述。在下面这段话中，卢埃林（Llewellyn 1930：461）用极为优美的语言描述了这种理想化的情境：

然而，有必要在这里提及一件事：法律（甚至社会）面临着一种永恒的窘境。法律之所以面临这种窘境，是因为：在人类社会的诸多机制中，它自诩“代表”了全体（the whole）。不同的社会群体，为了自身的利益，竞相争夺这个机器，企图以此控制其他群体。在这吵吵嚷嚷的争斗中，某些整体性［的利益］可能

不断地显现出来；［对他人及集体的］责任感可能超越一己之私利；于是，就有了某些明显有利于共同利益的行为。

这个断言——这种永恒的窘境——正是本书所关注的问题。

第6章

关于法律的社会－法律实证主义进路

在前面四章中，我回顾了在法律与社会的关系这个问题上的各种有代表性的理论，同时也对这些理论提出了质疑，并将它们与现实经验对比。在这个过程中，我们不仅看到了镜像命题的强大说服力，也指出了该命题的某些值得商榷的问题。另外，前面的分析也揭示了重新界定“法律”和“社会”这两个概念的必要性。在本章以及接下来的一章中，我将讨论“法律”这个概念。可以说，在法学理论中，这是最具挑战性的一个问题。正如哈特（Hart 1961：1）所说，“在与人类社会有关的问题中，没有几个像‘什么是法律’这个问题一样，被反反复复地提出来，并且由严肃的思想家们用各种各样的、奇特的、甚至近于悖论的方式予以回答。”尽管这个问题极为复杂，但倘若要构建一般法理学，我们就必须讨论这个问题。

哈特对于法律这个概念的分析以及他对法律实证主义的阐述将成为我构建一般法理学的出发点。这样做主要是基于以下两个原因：第一个原因是，哈特的一般法理学，以及他对法律概念的分析，可以说是迄今为止最为精密的。他将法律概括为初级规则和次级规则的结合。至少从表面上来看，这个概括揭示了构成法律的最基本的要素。他进而用这个概括，分析了法理学中许多令人困惑的问题。四十多年来，尽管哈特的核心分析（core analy-

sis）遭受了种种批评，但他的理论在总体上仍然是完好无损的。除了德沃金的理论之外，其他的讨论基本都只是对哈特理论的进一步完善和修正，而非完全的否弃。尽管如此，我们并没有因为哈特的理论而成功地构建一般法理学。这一缺憾说明哈特的分析中可能存在一些虽然不是很明显但却使其理论很受到很大创伤的局限。当我们用一种批判的眼光对哈特的理论加以分析的时候，我们将发现哈特对“法律”这个概念的分析进路所包含的局限。

那些试图说明何为“法律”的理论并不存在“对”或“错”，或者“真”或“假”的问题。菲利克斯·科恩（Felix Cohen）认为，“对于法律的定义可能是**有用的**或者**无用的**，但不是**真**或**假**的问题”（Cohen 1935：835）。而对法律的定义是否有用，则取决于构建“法律”这个概念的目的（see Bix 1995）。 134
哈特承认，可以通过多种方式来定义法律，“如果我们要在概念之间作出一个合理选择，那一定是因为：其中一种定义能够更好地帮助我们进行理论探讨，或者有利于推动和澄清我们的思考，或二者兼而有之”（pp. 204～5）。我认为，检验研究法律的进路的终极标准，就是看它是否能够帮助我们描述、理解和评价各种环境中的法律现象。这个标准与一般法理学的目标是一致的。

哈特（1994：239）指出，他的目标是“提出一种关于何为法律的理论，该理论不仅具有**一般性**，而且具有**描述性**”（着重号为本书作者所加）。我将指出，他的理论不仅一般性不够，而且描述性也不够。他的法律概念不能解释不同文化和不同历史阶段的法律现象，而且他的描述也不是他设想的那样中立。我承认，哈特对于初级规则和次级规则的分析是基本正确的；但是，他以国家法为典型而概括出来的“法律”概念，显得过于狭隘，因而不宜作为一般法理学的基础。我建议从更为一般的层面来理解“法律”，并将哈特的分析置于更为广阔的背景下，使它成为一个更具包容性的基线（baseline）的关键的部分。下一章中将要讲到的关于法律多元现象的非本质主义版本（the non－essen-

tialist version of legal pluralism）将会提供这样一个基线。社会－法律实证主义进路和非本质法律多元主义相结合，将构成本书的一般法理学中使用的“法律”概念的意义范畴。

将哈特的理论作为出发点的第二个原因，是出于实用的考虑。在先前的一本著作（Tamanaha 1997）中，通过利用认识论以及方法论层次的实用主义，我系统地阐释了法律理论与在“社会－法律研究”这个标签下的各种社会科学研究的进路之间可能存在的更为紧密的结合，并且试图将这种结合应用于我的研究。在这里，我将进一步深化这种尝试。传统上，构建一般法理学的目标是与法律实证主义联系在一起的。但是，许多社会－法律学者还是严肃地反对法律实证主义——尽管哈特（1961：p. v）自称他的目标是写成一本“描述性社会学”（descriptive sociology）领域的著作。另一方面，传统的法律理论似乎刻意地忽略了社会－法律研究的成果。在我看来，这种相互之间的轻视（几乎）是错误的。如果忽视了那些关于法律的社会现实的可靠的研究成
135 果，法律理论就很可能发生错误，或者变得与现实无关。哈特的描述性倾向，他对社会实践的重视，以及法律实证主义者们对法律与道德之分离的坚持，都符合社会科学的经验主义取向。我使用的“社会－法律实证主义”这个标签也表明了我的取向：我要将法律实证主义与对法律的社会科学研究结合起来，以期更好地实现哈特的目标。按照我的建议重构法律实证主义，能够为那些从事法律的社会科学研究的学者提供一个研究框架；同时，它也提供了一个桥梁，使得本书能够与法律理论家们关注的问题相契合。然而，与第一点相比，这些基于实用的考虑是次要的。关键在于：这种［法律与社会科学］结合的进路能够提供一种理论上成熟、经验上可靠的方法，从而使我们能够更好地理解法律及其与社会的关系。

下面将首先描述并批判哈特理论中的“法律”这个概念，以及他附加于初级规则与次级规则的条件。这里的批判性分析，

主要是揭示哈特同时采纳的三条进路——因袭主义、本质主义和功能主义——之间存在的内在张力。就本书而言，对哈特理论中功能主义的分析具有特别重要的意义，因为它涉及贯穿本书的一个有问题的假设——法律的功能在于维持社会秩序。在对哈特的理论加以批判之后，本章将阐述社会－法律实证主义进路的基本元素。

哈特对“法律”这个概念的界定中存在的内在张力

因袭主义、本质主义，以及功能主义

尽管哈特的分析非常清晰，但要精确地概括他对“法律”的定义，却绝非易事。有些理论家称哈特分析“法律”这个概念的进路为“本质主义”（Jules Coleman 1998：389～90；M. Moore 1998：313），而另外一些理论家则将哈特的进路描述为“反本质主义”（Green 1996：1692）；有些理论家认为哈特采用了功能主义进路（Dworkin 1977：347～9；Soper 1998：363），而另外一些理论家［包括哈特本人（1994：248～9）］则否认这种说法（Green 1996：1709～11）。还有理论家认为哈特采用的是因袭主义进路。如果将因袭主义、本质主义和功能主义结合起来，则会产生一个问题：这三者之间可能存在直接的冲突，而且它们强调的重点也各有不同。然而，不可否认的是，用这三种标签中的任何一种来形容哈特在分析“法律”这个概念时的进路，都是有一定道理的。

说哈特的进路是有**因袭主义**的，可以从两个层面来理解：首先，从一开始，他就利用“通常用语”（ordinary usage）来识别那些被贴上了“法律”这个标签的社会现象；其次，用这种方式辨别出“法律”之后，他又利用法律官员们的实践来识别承认规则（see Marmor 1998）。在这里，我将主要分析前一层次的

136

因袭主义，也就是哈特将国家法当做——或者更确切地说，“界定为”——我们通常所说的“法律”的核心标本（central case）（Hart 1961：13～17）。

在指出这个中心的或者说典型的“标本”之后，哈特转而用概念分析的方法来发掘法律的**本质**。此种概念分析主要是从国家法律可以被观察到的特征中抽象出一个结论：从最基本的层面来看，法律是由初级规则和次级规则构成的规则体系。在哈特看来，这个基于社会实践的双重规则结构最能揭示法律的制度性特征。朱尔斯·科尔曼（Jules Coleman 1998：389～90）说明了为什么哈特对“法律”的定义是本质主义的：“他从一开始就追问，法律是否必须具备某些本质特征；也就是说，是否存在某些特征，是法律或者我们通常所理解的‘法律’这个概念所必需的——如果某种社会实践缺乏这些特征，则不能将它称为‘法律’”。

也可以说哈特的法律概念是**功能主义**的，这可以从四个方面来理解。第一，他明确地从功能的角度来描述法律。在《法律的概念》中，他多次提到法律是社会控制的诸多机制之一（pp. 165，188，208）。他断言：“法律是用来控制、指引和规划人们在法庭之外的生活的”（p. 39）。即使在哈特（1994：249）刻意指出他对法律的论述不属于功能主义的时候，他实际上却承认了法律的功能：“事实上，在我看来，法律的目的仅仅在于为人类行为提供指引和评价的标准；除此之外，法律并无其他目的，那些试图发现其他目的的做法都是徒劳无益的。”说法律是一种社会控制机制，它控制并指引人们的行为，实际上就是承认法律具有这些功能（see Soper 1998：363～4）。第二，他（1961：89～96）在讨论只有初级规则的习俗社会时，指出这些规则的静态性、不确定性和无效性，并得出这样的结论：之所以不能将这些规则称为“法律”，是因为它们不能有效地实现法律维持规范秩序的理想功能。第三，他（pp. 189～95）对“自然

法的最低限度的内容”的承认，实际上是基于这样一个判断：在有限的资源和有限的利他主义的情况下，需要法律来发挥维持社会秩序的功能。第四，同时也是最重要的是，正是因为哈特是从功能的角度来理解法律的，所以他主张：一个法律体系的存在，需要满足两个条件，其中之一就是，该法律体系的初级规则必须得到公民们的普遍遵守（p. 113）。他认为，如果公民们通常并不遵守一个法律体系的规则，就很难说这个法律体系是存在的（pp. 100～1）。当然，哈特对法律的描述并不符合涂尔干所讲的那种社会学意义上的功能主义——将法律看做社会这个有机组织的一个子系统（see e. g. M. Moore 1992）。在这里，之所以说哈特的描述是功能主义的，是因为：他认为法律必然具备一定的功能，即法律是一种能够有效地协调人们的行为和进行社会控制的机制；如果不具备这些功能，则不能将它称为法律。也就是说，可以通过法律所做的事（即法律的功能）来定义何为法律。

由于同时受到这三种进路的影响，哈特对“法律”的定义中存在一定的内在冲突。通过探讨这些冲突，我们将会对哈特的定义作出一些重要的修正。

本质主义与功能主义之关系

本质主义与功能主义并没有必然的冲突。如果从功能的角度定义法律的本质，则二者恰好重合（see e. g. ibid.）。但如果从其他角度来定义法律，则可能出现两种背离：某个研究对象可能具备法律的“功能”但不具备其“本质”，或者相反。通过分析哈特的“法律”概念与这些背离之间的联系，我们将会得出一些令人惊异的洞见。

1. 具备“功能”但不具备“本质”，以及兼具“功能”和“本质”

当一个现象具备了特定功能但却缺乏相应的本质结构（essential structure）时，就会出现第一种背离。人类社会中有许多

可以指导人们的行为并且维持社会秩序的机制，其中道德规范就是一个很明显的例子；除此之外，还有诸如语言、习惯和习俗等其他许多例子。不同的社会现象可能发挥相同的功能，这在社会生活中并不鲜见（Merton 1968：86～91）。功能主义理论将此种现象称为“功能等价”（functional equivalents）或“功能替代”（functional alternatives）。尽管有许多不同的机制可以发挥法律的功能，但这并不意味着我们应该把“法律”这个标签贴到所有这些机制之上。所以，问题在于，如何从所有这些机制中分辨哪些机制具备了法律的特征。这便需要本质结构发挥作用了。

哈特以是否存在次级规则为标准将法律制度与其他社会控制机制区分开来：法律的显著特征就在于它是一种**制度化的**规范实施（Hart 1994：249）。凯尔森（1945：20）则这样描述这种差别：法律对于违法行为的应对措施中包含着一定程度的强制，此种强制是由法律秩序规定并且是社会化地组织起来的；但是对那些违背道德的行为，却往往不存在具体的应对措施，也没有专门的社会组织来执行道德规范。[1]根据拉兹（1979：105）的分析，“许多（如果不是所有的话）法哲学家们都认为，法律最显著的特征之一，就在于它是一种制度化的规范系统。”大多数社会科学家，尤其是韦伯（1954：13）和霍贝尔（1954：28），都将制度化的规范实施看做是法律区别于其他社会控制形式的特征。还有一些社会科学家则利用哈特对法律特征的阐述来判断某一项社会控制机制是否为“法律”（see Galanter 1981；Bohannan 1965）。

通过这种方式，哈特似乎成功地将法律的本质（初级规则和次级规则的制度化的构造）与功能结合起来了，而排除了那些缺乏这种构造的功能替代物。但是，尽管哈特认为可以用“次级规

---

〔1〕 凯尔斯（Kelsen 1945：18～29）认为，法律区别于其他的社会秩序渊源的关键特征在于，它是由以组织化的强制的形式规范人类行为的“技术”构成的。他（1945：19）宣称，“法律是一种强制性秩序。”相似地，“法律是暴力的组织化”（p. 21）。

则”将法律与非法律的社会控制手段区分开来，这种区分方式事实上并不是他自己设想的那样有效。例如，虽然许多主张法律多元的理论家也认同哈特对法律这个概念的界定，但他们认为社会中存在许多能够制定和实施规则的“法律”机构：公司、大学、社区组织，以及运动协会等（see Galanter 1981）。所有这些机构都通过初级规则和次级规则来实施社会控制。对于这些问题，接下来的一章中将会有更为详细的探讨。就这里的讨论而言，只需要指出：尽管这些现象从理论上来说满足了初级规则和次级规则的要求，但哈特肯定不会承认它们也是“法律”。事实上，社会生活中有大量的现象都符合哈特对法律的本质和功能的界定，而哈特本人是绝不可能将这些现象称为“法律”的。虽然这些现象在功能和本质上与法律相同，但从概念或者因袭主义的角度来看，它们都不是法律（因为人们通常并不会将“法律”这个标签贴上公司、大学等机构制定的规则）。

这些现象说明，哈特对法律的界定中遗漏了很重要的一个方面。韦伯和霍贝尔都强调，法律是制度化的、由**公共**机构实施的规范。哈特并没有明确地将这个因素纳入他对法律的定义之中；因为他将国家法作为其法理学研究的出发点，他就简单地假设实施法律的人是公共机构的官员。哈特多次提及“私人和官员”（private citizens and officials），似乎我们都知道他所说的“官员”是指哪些人。但是，由于他并没有明确地指出究竟**哪些人**可以实施次级规则（也就是说，他没有确定“法律官员”是哪些人），他的法律概念几乎不可避免地导致法律多元主义。概言之，虽然哈特的次级规则能够将“法律”与其他未能制度化的规范秩序（如道德、习俗）区分开来，但它却不能区别“法律”与其他制度化的规范系统（如公司的章程）。哈特注意到了前一个问题，但却没有注意到后者。因此他忽略了法律的一个很重要的特征。

与哈特不同，拉兹明确地讨论了如何将法律与其他形式的制度化的规范实施（如大学或者运动俱乐部的章程）区别开来。

拉兹（1976：116）断言："只有当一个制度化的体系至少在某些方面可以说是一个社会中的最重要的制度化的体系的时候，我们才可以将它看做是一个法律体系。"他（pp. 116～120）指出了法律体系的三个特征：①法律体系"宣称要调整所有的行为"，因此可以说它具有全面性（comprehensiveness）；②法律体系宣称其效力优于社会中其他制度化的规范系统，也就是说，法律在各种规范体系中具有至上性（supremacy）；③法律体系"维系并且支持其他形式的社会组织"，因此是一个"开放系统"。拉兹（p. 121）认为，正是由于这些特征，"法律为社会生活提供了一个总体框架"。

拉兹的说法有严重的缺陷。第一，并不是只有国家法律制度才能满足以上三个条件。例如，宗教法的许多制度，也声称它具有全面性和至上性，并且为其他社会团体（如家庭）提供支持。但是，拉兹不愿意承认这些都是法律。[2]第二，一个更为严重的问题是，拉兹的批评会导致这样的结论：在中世纪欧洲的大部分地区是没有法律的。在那个时期，许多种类的法律（如教会法、封建法、商人法、领主的法律、皇室法，以及实证法）同时并存，这些法律通常并不宣称它们要调节所有的行为，也不宣称它们比其他的规范体系更为优越（Berman 1983；Ullmann 1969：
140 71）。全面性与至上性的观念，往往包含着这样一种意味：国家法在其管辖范围内垄断了暴力的使用。凯尔森（1945：21）就支持这种观点。尽管这种观念在今天似乎已经被视为理所当然，但事实上它是在国家权力得到巩固以后才流行起来的；而从历史上来看，国家权力得到巩固，不过是晚近才有的事。第三，即使现代国家的法律制度也不一定都能满足拉兹所讲的条件。譬如，对

〔2〕 他承认，宗教法可能是一种"边缘情形"（borderline case）。在他较早的一本著作——《法律概念的体系》——中，拉兹指出，宗教法确实有资格被称为"法律体系"。见 Raz 1980：207. 当然，他现在是否仍然持有此种观点，尚不明确。

于私人的有些活动，法律是不能干涉的（因此法律不具有“全面性”）；而且法律也不一定“至上”，因为在某些情况下，其他的规范体系（例如宗教和道德）可能具有更高的效力。对此，拉兹的回应是：法律只是**宣称**其具有全面性和至上性，但这并不一定是事实。然而，并非所有法律体系都作出此种宣称：例如，许多国家的立法机关仅仅具有有限的立法权力，它所制定的法律也很难说是“全面”和“至上”的。特别是，当我们认识到当今许多社会往往有若干“法律”体系对同一事项有管辖权的时候，“全面”和“至上”这样的观念，就很有问题了。例如，欧洲国家的公民们往往同时受到好几种法律的管辖：国家法、欧盟法、国际公法、国际私法、人权法（国际战犯法庭，对东德边界守卫的审判）、商人习惯法、关税及贸易总协定（GATT），以及（对信徒们具有约束力的）宗教法。在这么多的法律竞相争夺权威的情况下，讨论哪种法律具有“全面性”和“至上性”，恐怕是没有多大意义的。第四，从经验的角度来看，拉兹的论断——法律为社会生活设定了一个一般性的框架——也是不太可靠的。或许是法学家们对自己的研究对象情有独钟，他们往往认为法律在社会生活的各种规范秩序中占据主导地位；但社会学家们则不同意这种观点，他们认为法律并不是社会秩序的主要渊源。由于以上原因，拉兹对法律体系与其他制度化的规范体系的区分，是不能成立的。

正如前面对公/私区分的批评所揭示的，韦伯和霍贝尔利用“公共”这个因素来区分法律和其他制度化的规范系统的做法也是难以令人满意的。为了作出必要的区别，我们必须回顾并补充哈特的分析。也许有人说，哈特“次级规则”这个概念隐含并且指示了“法律官员”的特征。但是，哈特对于初级规则和次级规则的讨论似乎预设了法律官员与公民私人的分离，因为只有法律官员才可以利用次级规则来辨别和使用初级规则。所以，在我们讨论“初级规则”**之前**，就有必要解释法律官员的出现。

141

一个可能的回应是：**第一个**次级规则指定了法律官员，然后这些法律官员便利用次级规则做事。例如，哈特（Hart 1961：93）曾经指出，最简单的次级规则是“授权个人或者群体，给群体的生活行为或者群体中某一阶层的行为引入新的初级规则或废除旧规则。”虽然这个解释是有用的，但它并不符合哈特（p. 92）对次级规则的定性——由法律官员发现和适用的规则。依据这种观点，至少有一种次级规则产生于法律官员出现之前。但是，谁有能力来解释和适用这个原初的规则？他们从哪里获得此种权威（如果不是这个“原初的规则”的话）？一种可能的回答是：人们首先依据这个“原初的规则”来选择法律官员，然后，这些法律官员又利用“承认规则”来识别和适用初级规则。

一个较好的回应或许是避免这种“先有鸡还是先有蛋”的问题，而假设法律官员和次级规则大约是在同一时代出现的，二者都根植于社会实践中。哈特（pp. 59～60）对立法的延续性的讨论可以为这种论断提供证据：

> 显然，人们普遍地接受法律，从而使法律制度得以存在，是一种复杂的现象；尤其是，官员和一般公民接受法律的方式是不同的。这个制度中的官员们可以说是通过以下方式明确地接受那些授予立法权的基本规则的：立法者们在立法的过程中遵守那些授权性的规则；法院把由具有立法资格的人制定的法律确认为法律并加以适用；法律专家们则依据那些有效的法律来指导一般的公民。而一般公民则主要是以默许那些官员们的活动结果来表达他们对法律的接受。他们以此方式制定和确认的法律，并且依据这些法律提出主张，行使权力。

在前面这段引文中，哈特并没有刻意探讨法律职业者的地
142 位，而只是探讨他们的产品或者说“结果”。这符合他通常的做

法：关注作为一个规则体系的法律，而忽略创造这些规则的人。不妨在这里将哈特隐含的意思挑明：一个法律制度的关键在于，公民和法律官员们都习惯性地将法律官员们创造的规范当做“法律”。

关于法律官员和法律机构的这种观点，起源于（因此也符合）一种社会学理论——现实的社会构建（Berger and Luckmann 1966）。正如哲学家约翰·塞尔（John Searle 1995：117）所指出的：“理解某种制度性事实持续存在的秘诀在于：直接参与其中的个人和相应社区中足够多的成员必须在相当长的时间内承认这种事实的存在。因为这些事实是由集体的认可而构成的，而它们要发挥作用也必须具备这种地位，所以人们对这种地位的持续认可是至关重要的。”

与哈特诉诸“社会实践”的做法相一致，或许可以这样说：**凡是被一个群体中的人们（包括法律官员自己）在生活实践中视为“法律”官员的人，都是“法律”官员。**对“法律官员”的这样一个界定，可以将法律的规范系统与那些非法律的规范系统区分开来。由于他们作为法律官员的地位，他们的（符合次级规则的）活动的产物，被人们当做“法律”。由法律官员们负责实施的、由初级规则和次级规则构成的规范体系，则是“法律”体系。相反，那些并非由法律官员们负责实施的规范体系，则不是“法律”体系。

在哈特看来，**最根本的**承认规则是那个用来判断一个法律体系中的其他一切规则是否有效的规则（Hart 1961：107）。而社会－法律实证主义意味着：哈特的“最根本的承认规则”需要一种关于**谁的**行动具有法律地位的社会惯例。

2. 具备“本质”，但不具备“功能”

本质主义与功能主义的第二种背离在于：有些由初级规则和次级规则构成的体系（具备“本质”）事实上并不维持社会秩序或者指引人们的行为（缺乏“功能”）。取决于一个理论如何看 143

待本质与功能的关系，可能通过两种方式来描述这种背离：如果从**概念**上将法律的本质结构（初级规则和次级规则的结合）与其功能（维护社会秩序和指引人们的行为）联系起来——也就是说，任何能够被称为“法律”的初级规则与次级规则的结合，**必然**维持社会秩序并且指引人们的行为——那么，从概念上来说，法律的本质与功能就不可能发生背离，尽管从经验上来说这种背离是完全可能的。相反，如果将法律的本质结构与其功能之间的联系看做是一个偶然的、经验性的问题，那么，在一个具体的情境中，这二者之间的关系是重合还是背离，则是一个需要具体分析的问题。如果二者出现背离的话，则可以说：在满足了法律的本质结构（譬如具备了初级规则和次级规则）的时候，法律就是存在的，即使它并未发挥其主要功能。或许这个法律体系从功能的角度来看是很弱或者不足的，但它依然是一个法律体系。

很难说哈特采用了哪一种方式来描述法律的本质与功能之间的关系。一方面，他否认他是从功能主义的进路来分析法律的。这也就意味着，他并没有在概念上将法律的结构本质与功能联系起来。但是，另一方面，他讲到，一个法律体系的存在所必需的两个最低限度的条件之一，就是公民对初级规则的普遍遵守。这个条件，以及哈特对这个条件的相关评论，都表明哈特认为法律体系从性质上来说必须能够有效地指引人们的行为并且维持社会秩序。如果一个具体的法律条文只是停留在纸面上，我们仍然可以说它是有效的；但如果一个社会中的人们普遍地不遵守某个法律体系的话，则很难说它是一个法律体系。在哈特看来，说一个无效的法律体系是存在的，纯属无稽之谈。这个对“有效性”的要求说明：哈特确实在概念上将法律的本质和功能联系了起来，如果只有前者而没有后者，则不是法律。

这一点在法律实证主义中的重要性绝不可低估。几乎**所有**的法律实证主义者都认为实效（efficacy）是一个法律体系存在的

前提条件。奥斯丁认为，“如果普遍有效的话，法律体系是存在的”（Raz 1980：5）。在凯尔森（1992：60）的理论中，这也是一个核心的要求，“用来规范人们行为的法律体系的有效性，在某种程度上取决于人们的实际行为与法律体系相符合的程度；也就是说，取决于该体系的实效。”凯尔森（1945：19）认为，实效是法律体系的一个根本要求，因为就其本质来说，“法律是一种强制性的秩序”。“法律体系的目标在于使人们……以特定的方式行为”（1992：29）。所以，只有当一个规范体系事实上构成一种强制性的秩序（即它在很大程度上具有实效）的时候，才可以说它是法律体系。拉兹（1979：152）也认为“实效”这个概念对于法律实证主义理论是极其重要的：“将法律看做一种社会事实，一种用来组织和调整社会生活的方式，这种观点是否成立，取决于前面提到的这两个命题是否成立。这两个命题的核心是：①一个法律体系的存在，与其社会实效（social efficacy）有密切的联系；②每一个法律都有一种渊源。”

所以，法律实证主义者们有一个一致的观点：一个法律体系，只有在得到大众普遍遵守的情况下，才是存在的。之所以如此，是因为法律实证主义者们都认可的两条相互联系的准则：法律就其性质而言是功能性的，其功能在于协调人们的行为和维持社会秩序；在其发挥这些功能的时候，法律具有垄断性和首要性。拉兹的分析就体现了这种信念。他（1979：167）将“法律的社会功能”分为两类：维持社会秩序，协调人们的行为。他断言，“至少在一定程度上，所有的法律体系都必然发挥一定的社会功能，尽管我们不能明确地指出它们实现这些功能的具体程度。”我们在前面已经提到，拉兹认为法律体系具有全面性和至上性，这也就意味着法律的垄断性。为了分析这种垄断主义法律观所带来的结果，拉兹举了一个例子：由于某些原因（譬如革命或者激进的社会变革），一个社会中可能同时存在两种相互竞争的法律体系，而且二者都在社会生活中产生了一定程度的实效。

拉兹（1980：208）认为，“在这场竞争中胜出的法律体系，就是**实际存在的那个**法律体系。”正是因为这种垄断主义法律观，拉兹不承认这个社会中存在两种在实效方面有所不同的法律体系；相反，他认为社会中只存在一个法律体系，而另一种则在我们的视野中消失了。

所以，在法律实证主义者们看来，依其性质，法律制度必然要有效地维持秩序，协调人们的行为，并且成为社会中最主要的制度化的力量。那么，为什么法律实证主义者们要预先设定法律的性质呢（无论这种性质是关于法律可能的功能，还是它在某些方面被假定的重要性，或者是关于法律其他任何方面的性质）？关于法律性质的这些观点是规范性的（或者用一个更有争议的词语，“意识形态的”）。从原则上来说，这与自然法学者坚持认为
145 法律与道德有必然的联系的观点并没有太大的差别。法律实证主义的奠基性的名言，就是奥斯丁（1954：184～5）的那句话，“法律的存在是一回事，法律的优点和缺点是另一回事。”尽管这句宣言式的话语是以法律和道德的分离为背景的，但在讨论法律是否具有某种功能，如果是的话在多大程度上实现这种功能的时候，也可以套用这句话。法律实证主义者们认为：让人们认识到法律“与道德无关”这一点至关重要。但是他们却排除了任何一个没有被大众普遍遵守的“法律”制度（因为从定义上来说这就不是“法律”制度）。这违背了实证主义的精神。法律的存在是一回事；而法律是否实现了它的功能，以及如果是的话，在多大程度上实现了这种功能，则是另外一回事。

对于这种预设的社会秩序功能和法律的重要性，以及由此产生的对法律“有效性”的要求，一个很有力的辩护就是：为了从众多的社会现象中辨别法律，或者仅仅是为了构建“法律”这样一个概念，我们必须首先对法律某些方面的性质作出一些预设，而具体的预设与那些被广泛接受的（因袭的）法律观是一致的。对这个辩护的全面回应有待于本章结尾以及下一章中对因

袭主义进路的完整阐述。在这里，我的主要目标是要说明为什么实证主义者不应该将“有效性”作为一个法律体系存在的条件。

反对将“普遍的服从”作为一个法律体系存在的前提条件的最有力的一个理由，就是这种观点与现实不符。我对密克罗尼西亚的雅浦的研究就是一个例子（Tamanaha 1993b）。雅浦有自己的法律体系，立法机构，法官和律师，一个规模较小的警察局，并且有完全依据从美国移植过来的法律而制定的法典。但是，法典的大部分条文从来没有被适用过，一般老百姓对法的内容及法律体系的运作几乎毫无所知，大部分的社会问题是通过传统的方式（而非国家的法律）处理的。甚至可以说，在这个小岛的大部分地区，法律对人们的生活根本就没有什么影响。控制人们日常生活的，是他们自己的文化规范，而非国家的法律。同样，社会秩序也是靠国家法以外的资源来维持的；而这些资源与法律体系几乎没有任何关系。尽管他们生活在一个独立的国家，并且有他们自己的法律体系，但对大多数雅浦人来说，法律就如同由异族统治者发出的命令一样让他们感到陌生。虽然他们的行为通常不会与法律相冲突（只有一个重大的例外——他们的文化使得一种种姓制度得以延续，而法律却禁止歧视），但不能因此 146
而认为他们是在服从哈特所谓的“初级规则”，因为他们根本就不知道，而且也很少关注这些法律。

尽管这个社会中的绝大多数人根本不关心法律体系中的大部分规则，但不能由此而认为他们的国家不存在法律体系。我曾在那里以首席助理检察官的身份工作过将近两年，其间还是相当忙碌的。他们有一个相对成熟的（尽管规模很小）的法律体系，其主要功能在于管理政府的运作。在雅浦，从法律官员们的活动来看，国家法的存在是一个社会事实。可以想象，哈特（以及其他法律实证主义者）可能会说雅浦社会中还有其他的、以文化为基础的（非国家的）“法律”体系，这些体系能满足哈特提出的两个最低的条件；但不能因为这一事实而否认雅浦国家法律体系

的存在，即使该法律体系并不能满足“有效性”的要求。哈特或许会认为，应该依据法律实证主义的标准来判断“法律”是否存在，而不应该由我们这样的法律职业者依据自己的标准来辨别法律；但是此种说法显然带有一些分析上的帝国主义色彩。而且，这种说法也潜在地与处于法律实证主义之核心的社会渊源理论（social sources thesis）相冲突。国家法律体系的存在来源于我们的社会实践，所以关键的问题是某一个社会领域的所有人是否认为它是一个法律体系，无论它是否“有效”。

哈特也许会这样回应：这样的反例是很少见的。然而，雅浦的情形，在世界各地以诸多不同的方式、不同的程度存在着。特别是，在那些曾经沦为殖民地的地方，官方公布的法律所使用的语言与人们在日常生活中使用的语言往往是不同的；在这样的情形下，就更容易出现类似雅浦的情况。事实上，在殖民运动早期，类似的情形更为普遍。第5章中已经讲到，早期的许多殖民法律体系并不曾试图对殖民地的大多数人施加控制或者规范性的权威（至少部分是因为殖民者没有能力有效地这样做）。但这些法律体系毫无疑问是存在的。同样，在西方，也可以发现一些历史的（甚至当今的）例子。埃利希（1975）曾在奥地利做过研究，他的研究显示，虽然《奥地利民法典》中包含许多规范人们的社会行为的条款，但人们在实际生活中往往无视那些规定。

除了与社会现实不符之外，对“有效性”的要求包含着一个概念上的难题。法律实证主义者们虽然承认这个难题的存在，但在坚持“有效性”的要求时，他们往往忽略了这个难题。没有一个理论家明确地指出究竟法律在多大程度上有效时，才算满
147 足“有效性”的要求。在这个问题上最明确的一个提法是：必须得到大众的一般的（尽管并不必然是完全的）服从；或者，服从不能低于某个（尚未指出的）“最低的”标准。对于此类问题，在具体界限上留有一定的余地，或许是可以接受的。毕竟，就具体的法律体系而言，我们可以根据实际情况来确定。但是，

正如上面的例子所揭示的，由于这里涉及的各种情况的复杂性，在“有效性”的程度这个问题上，人们恐怕是很难达成共识的。

反对“有效性”要求的另外一个理由是工具性的。由于“有效性”是法律体系存在的一个条件，那么理论家们就不能仅仅描述“实效”的增加或者减少，而必须指出某个界限——当实效高于这个界限，法律体系就是存在的；反之，则法律体系不存在。相反，如果仅仅是描述实效的增加或者减少，则有以下优点：比较容易理解；从经验上来说，容易为人们接受；不必明确指出那个原本就模糊不清的界限，因而可能更有启示性。不妨重新考虑拉兹举的那个例子：一个社会中存在两个相互竞争的法律体系。与其说“那个相对较为有效的法律体系是存在的，而另一个则不存在”，[3]不如说“同时存在两个相互竞争的法律体系，其中一个比另外一个更为有效”。当然，可以进行更为精致的对比和研究。例如，那个总体上不很有效的法律体系可能在某些特定的方面比另外一个体系更为有效；甚至，它有可能在将来超越对手，并且在法律体系中占据主导地位；或者，它会继续保持相对不那么显眼的角色，但依然是一种可资利用的权力资源。

拉兹（1979：104）曾经这样描述“有效性”对法律的重要意义：“如果一个法律体系是有效力的（in force），则可能说它是存在的；而且只有它是有效力的时候，才可以说它是存在的。这一点之所以重要，是因为它揭示了一个道理：一个规范系统之所以是法律体系，就在于它对人们的行为产生了实际的影响，在于它在人们的社会生活中发挥的作用。”有点讽刺意味的是，当法律实证主义者们说这些话的时候，他们似乎将其看做一种不证

---

〔3〕 实际上这种说法有点自相矛盾的意味。当我们说“那个较为有效的体系是存在”的时候，必然也就意味着那个相对来说不是很有效的体系也是存在的。否则，就没有了比较的对象。当然，拉兹在技术层面上赋予“存在”（existence）某种特殊的含义，因而避免了这种矛盾；但用“存在”和“不存在”来形容这种情况下的法律体系，恐怕是难以令人信服的。

自明的事实，就像自然法学家们声称法律必然具有道德特性一
148 样。当我在雅浦从事法律工作的时候，往往处理一系列的事情：起草雅浦政府与外国公司的建筑合同；起草法典的部分条款（尽管在实际生活中，基本没有人使用那些法典）；在各种政策和法律问题上为政府提供意见；在节日期间，象征性地代表政府出席一些庆典活动；有时还处理一些因为酗酒而引起的打架斗殴之类的事情。尽管我们这些法律工作人员在这样的社会组织中最多只是发挥着一些边缘性的作用，但如果在概念上认为这样的环境下不存在法律体系，恐怕是不恰当的，那样就会使法律实证主义者们无法理解社会中这些复杂的现象。

哈特的法学理论，以及更广泛意义上的法律实证主义，都把一般性和描述性作为其追求的目标。大众普遍遵守初级规则，这是所有西方法律体系共有的一个**具体的**特征（至少，理论家们都假设这种说法是成立的）；这使得法律实证主义者们在考察法律的要素时忽略了世界上其他地方可能存在的不同情形。然而，倘若要构建一般法理学，则法律实证主义者们必须能够解释诸如雅浦这样的地方的情形，要推动对这些情形的研究，而不是将它们当做“例外情况”而不予理睬。而且，我们也不能忽略前面讲到法律“实效”时涉及的概念以及工具性问题——考虑到这些现象的复杂性，这些问题必然会不断出现。不应该在“法律”这个概念中包括“有效性”的要求。因此，社会－法律实证主义主张：只要法律职业者（依据人们通常的理解）通过次级规则制定和修改法律体系，法律体系就是存在的，而不管它们能不能使初级规则得到广泛的遵守，也不管它们能否有效地维持社会秩序。正如法律实证主义使我们质疑法律与道德之间是否存在密切的联系一样，社会－法律实证主义使我们质疑法律是否发挥任何功能，如果是的话，究竟是哪些功能，以及具体的程度如何。

因袭主义、本质主义，以及功能主义三者之关系

前一部分我们考察了哈特的法律概念中本质主义与功能主义之间的关系。如果将因袭主义纳入考察范围的话，我们将会发现另外一些很有启发意义的张力。

1. 因袭主义与功能主义之间的背离

在最一般的意义上，正如安德雷·马默（Andrei Marmor 1998：526）所概括的，“因袭主义与传统的功能主义解释有着明显的不同。”因为功能替代物或功能等价物的存在，功能性需求 149
并不一定支持特定的惯例性质的做法。一种特定的功能往往可以通过若干种不同的惯例性做法而实现。如果社会要存在的话，就必须有一些能够维持社会秩序的机制；但这些机制并不限于制度化的法律体系（see Ellickson 1991）。在一个特定的社会情境中，一种惯例性的做法之所以能够产生，往往是包括功能性需要在内的许多（社会的、历史的）因素导致的。这一点实际上只是加强了上一节中提出的论点：构成法律体系的惯例并不一定与维持秩序或指引行为的功能相联系。[4]

2. 因袭主义与本质主义之间的一般性冲突

因袭主义与本质主义之间也存在潜在的冲突。实际上，昂格尔（1975：80）在下面一段话中表明，因袭主义可以作为本质主义的一个替代：

> 如果没有可识别的本质，我们如何区分事实（facts）和情境（situations），特别是社会事实和社会情境呢？因为事实没有自身的、内在的特性，这一切都依赖于我们对它的命名（naming）。所以，某一个物品是不是一个桌子，取决于我们对事物命名的惯例，而不是

〔4〕 汉姆皮尔对功能主义分析提出了强有力的批判。参见 C. Hempel（1965）.

某种可以察觉到的“桌子性”（tableness）。

作为社会实践和惯例的另一种说法，因袭主义告诉我们：法律不过是任何被我们贴上“法律”这个标签的现象。法律只是人类的一个社会创造物，它自身并没有固定的特性。相反，本质主义则认为，法律之所以是法律，是因为它具备某些内在的特征。

所以，从表面上来看，这两种进路好像是相互矛盾、不可调和的。但实际上，它们是可以共存的。为了缓解或者避免这种冲突，哈特是在比较狭隘的意义上使用因袭主义进路的：首先用它来确定“法律”这个词语通常所指的对象，然后通过分析这个对象来确定法律的本质要素（包括使用“法律”这个概念的人们没有意识到的一些要素）。后来，在识别一个特定法律体系中的规则的时候，哈特又重新使用了因袭主义进路，不过这时候它主要指法律官员们的社会实践，也就是说，是发现何为法律的过程中的因袭主义。

法律理论家们已经注意到，这条进路会引发两个难题。布莱恩·比克斯（Brian Bix 1999：28 n. 59）提出了一些疑问：“必要的”和“本质的”是否传递了某些额外的信息，或者这些词语只是用来修饰的？哈特所列举的那些法律的特征，或许可以被称为“我们的‘法律’这个概念的特征”。比克斯（Bix 1995：468）进而指出：与生物物种或者化学元素不同，用“本质”或者“性质”这样的话语来谈论人为创造的物品或者社会制度是不恰当的。这至少有两方面的原因：第一，许多时候，很难将各种社会现象明确地区分开来；第二，每一种社会现象往往有许多“变体”，而且社会现象是不断变化的。考虑到这些复杂的、不断变化着的情形，恐怕很难说那些与法律现象相关的概念（如“法律”）居然也具备某些必要的或者本质的要素。正如史蒂芬·佩里（Stephen Perry 1996：369～74）指出的，如果在严格

意义上使用“必要的”这个词，就不能仅仅因为观察到那些被称为“法律”的现象共有的某些特征，而坚持认为这些特征对所有的法律体系来说都是必要的——如果缺乏这些特征，就不是法律。

我的反对意见来自一个不同的方面。哈特从国家法中抽象出**唯一的**法律的概念。他已经认识到，除了国家法以外，社会上还有其他许多现象也被人们习惯性地当做法律。但是，哈特首先指出国家法是法律的典型形式，他（1961：15，165，226～31）进而以此为标准来判断其他被人们称为“法律”的现象究竟是不是法律：例如，他将习惯法（或者原始法）和国际法描述为“前法律”的现象，或者，最多也只是一些边缘性的法律现象。尽管他承认，国际法在过去的150多年里一直被认为是“法律”（虽然有些法学家反对这样做），但他还是得出了自己的结论。在哈特那里，当本质主义与因袭主义发生冲突的时候，前者具有优先的地位。他认为，人们对“法律”这个概念的通常用法反映了概念上的混淆——人们通常所说的“法律”并不一定是真正的法律，而可能是边缘的或者尚未发展成熟的法律形态，因为它们缺乏法律的本质要素。除了宣称国家法存在于世界上几乎每一个国家外（但却没有承认，同样的论断也可适用于国际法），哈特(pp. 2～3)将国家法作为法律的典型形式的另外一个主要理由是：“大多数受过教育的人”都将国家法看做法律。

问题并不在于哈特将国家法作为法律的典型形式的做法带有强烈的民族中心主义色彩，尽管确实可以对他的进路提出这样的批评。即使哈特将原始法当做法律的典型形式，我的批判也是成立的。哈特所选择的进路的问题在于：他认为必须要发掘出一个单一的“法律”概念——唯一的“法律”概念。他（pp. 4～5）首先描述了他认为是法律的“典型标本”的国家法，然后围绕 151
这个标本的重要特征展开讨论。约翰·菲尼斯（1980：9～11）将这种做法描述为“典型标本与核心含义的识别”。问题在于：

我们能不能假设，必须有并且只能有一个典型的或者核心的标本？事实上，“典型”和“核心”这些概念本身似乎暗示这个问题的答案是肯定的。这就使得我们难以想象，居然可以有几种不同的现象，它们都可以作为法律的典型标本。本质主义的这种“单型倾向”（monotypic bent）使得我们的思路走上了一条封闭的路线，不能换个角度来思考，以致忽略了一些依据因袭主义本来可以看到的现象。即使菲尼斯，这位自然法学派的领军人物，也屈从于本质主义：他（p. 280）认为自然法“只是类比意义上的法律”；进而不得不拙劣地解释道，“这就是为什么本章关于法律的讨论中避免使用‘自然法’这个概念的原因”（ibid.）。

除了这种本质主义的解释之外，对哈特的分析的另外一种解释是：他只是说原始法和国际法缺乏国家法所具有的那些核心特征，但它们也具备一些国家法所不具备的特征。如果是这样，则哈特的经典著作《法律的概念》似乎更应该以“国家法的概念”或者“国家法的元素”为书名。拉兹，作为《法律体系的概念》这本书的作者，大约理解这一点；但他依然相信国家法是法律的典型，也相信机构对于法律来说是至关重要的，所以他像哈特一样对法律的性质做了一些本质意义的论断。固然，解释国家法的核心特征是一项有意义的、同时也是很宏大的任务。但它不能为一般法理学提供一个恰当的基础，因为它太狭隘，不能解释法律现象的复杂表现，特别是（但不限于）那些非西方国家的法律现象。事实上，哈特构建的一般法理学是以一种特殊的、地方性的法为基础的（see Perry 1998：432～3）。相似地，奥斯丁的一般法理学是以那些“成熟的”法律体系所包含的“权利”和“义务”之类的概念为基础的，所以也表现出类似的缺陷。用哈特（1994：239）自己的话来说，一般法理学的目标就是要“不局限于任何一种特定的法律体系或法律文化”。

依据社会－法律实证主义，法律是人们在社会生活中创造的。法律是被我们贴上了“法律”这个标签的任何现象。在如

何识别法律这个问题上，它毫不含糊地采纳了因袭主义进路。如果一个社会中的人们惯常地将“法律”这个标签贴上多种现象，则社会－法律实证主义将承认，在该社会中存在多种具有不同特征的法律，而不会选择其中一个作为“典型”来评判其他。除了下一节将要讨论的两个命题——法律的社会渊源命题和分离命题——之外，它对这些现象的性质不做任何预设。哈特在他的著作中谈到四种类型的法律：国家法、原始法（或者习惯法）、国际法，以及自然法。在哈特看来，国家法是至上的；原始法和国际法则显得不足，这主要是因为次级规则不够发达，甚至完全缺失；至于自然法，哈特并没有认真考虑它究竟是不是一种法律。社会－法律实证主义则主张，上面讲到的每一种法律（以及其他种类的法律，譬如宗教法和跨国法）都具有真实的社会存在，因而必须对它们加以研究。

152

3. “接受”条件的问题

因袭主义与本质主义之间的最后一个方面的冲突，与哈特指出的一个法律体系存在的第二个最低限度的条件相关：法律官员们必须“接受”次级规则。“接受”这个概念，对于哈特的理论来说是至关重要的。他批评奥斯丁只关注人们服从规则的习惯，以致忽略了规则的内在方面，因而也不能将法律与“持枪抢劫的情形”区分开来。在哈特看来，法律从性质上来说是规范性的；要认识到这一点，需要理解人们对规则的内在的**接受**。“所必需的是，对作为共同标准的某些行为模式应存在着审慎的、沉思的态度，而且这种态度本身应表现在批评（包括自我批评）、要求服从以及对这种批评、要求之正当性的承认之中。所有的批评、要求和接受都在‘应当’、‘必须’、‘应该’、‘正确的’、‘错误的’等规范性词语中发现它们特有的表达”（Hart 1961：56）。哈特认为，对于一个法律体系的存在而言，公民们并不需要在这个意义上接受初级规则。当然，与一个人“可能出于害怕刑罚的结果，或出于习惯而服从这个规则，而没有想到他自己或其他人

有义务这样做，也无意批评他自己或其他人的偏离行为”的情况相比，如果人们内在地接受初级规则，可能更有利于社会的健康（p. 112）。

哈特承认，一般大众并不需要接受初级或者次级规则，只要他们普遍地遵守初级规则就足够了。但是，他（pp. 112 ~ 13）坚持认为，对于一个法律体系的存在而言，“一个逻辑上的必需条件”就是，法律官员们必须接受次级规则，并将其当做普遍的行为标准，以此来“批判性地评价他们自己的和互相间的偏离行为”。正是由于哈特的理论将法律官员们对次级规则的接受作为一个法律体系存在的逻辑上的必要条件，它就具有了本质主义的特征。

153

在哈特提出这个“接受”的条件之后，立即引起了许多争议。从他对这个条件的描述——对于服从的正当的要求、感受到的义务、反思性的批判——来看，他对“接受”这个概念的理解是比较宽泛的，接近于法律官员们对于次级规则的一种道德上的承诺（moral commitment）。然而，他并没有清楚地说明，为什么一个法律体系的存在要求这样的接受（哪怕它只是一种理想）。只要法律官员们通过共同的和相互联系的社会实践将他们的行动协调起来，就可以说一个法律体系是存在的，无论他们为什么要协调他们的行动，也不管他们在这样做的时候抱着什么样的态度。哈特也许会说，如果没有这样的接受，一个法律体系就很难长期维持下去。但那是一个经验性的（而不是逻辑的）断言，他需要用证据来证明它。

最大的问题在于，这个“接受”的要求似乎从概念上排除了腐败的法律体系的存在——在这样一个体系中，大多数法律官员之所以遵守次级规则，往往是出于自身的利益，或者是害怕不遵守这些规则可能带来的后果。但我们知道，这样的法律体系是

存在的。[5]哈特的第二个条件，似乎要求我们不应该将它们称为“法律”体系，哪怕公众惯常地这样做。正如奥斯丁指出的，当一个人按照一项司法判决而被送上绞刑架的时候，他并不能因为司法领域普遍存在的腐败而否认法律体系的存在。哈特的“接受”要求，实际上复活了那种使得法律实证主义竭力反对自然法理论的见解的某种变种。在这里，哈特的因袭主义和本质主义指向了不同的方向，而他则错误地选择了后者。

由于认识到了“接受”条件的问题，有些学者争辩到，哈特对于“接受”的要求并不是很严格的（see Shiner 1992）；特 154
别是，它在道德承诺方面的要求很少。确实，有证据表明，哈特本人持有此种观点。[6]如果这样解释，哈特对于一个法律体系存在的最低的要求包括：一般大众对于初级规则的服从（但并不必然是“接受”）；法律官员们对于次级规则的很薄弱的（几乎是不存在的）接受。在哈特看来，无论是私人还是法律官员，都不需要接受初级规则（see Payne 1982：503）。如果在一个法律体系中，没有人接受规范人们行为的初级规则，而且官员们也只是在最低程度上接受次级规则，那么，这样一个法律体系几乎可以说是“持枪抢劫的情形”的另一个说法罢了。它是一个压制人民大众的强权的法律体系。

社会－法律实证主义承认这样的法律体系是可能存在的。必须抛弃哈特关于“接受”的要求。如果赋予它实质的内容，则它与社会现实不符；如果只是从最低限度来理解这个条件，则没

---

〔5〕 对这个问题的一个很细致的经验性研究，是由庞穆珀完成的。在他的博士学位论文中，庞穆珀研究了印度尼西亚的司法机构是怎样被政治机构控制的，以及在司法领域普遍存在的腐败现象。尽管这种状况存在了相当长的时间，但印度尼西亚法律系统并没有停止运作。参见 S. Pompe（1996）. 相似地，奎格列的研究显示，在过去几十年里，苏联的司法系统的廉洁性也是值得质疑的。参见 Quigley（1990）.

〔6〕 参见 M. Moore（1998：308 n. 27）［刊印了哈特发出的私人通信，其中讨论了法律官员们是否必须相信他们的法律体系的正义性（justness）的问题］。

有理由继续要求它。依据社会－法律实证主义，如果“法律”行动者们（依据人们通常的理解）作为一个共同体，在做事的时候依据规范来协调他们的行为，则法律体系就是存在的。相互之间的协调要求他们在社会实践中有一定的共识；如果他们共同遵守次级规则，这种共识就是存在的。如果立法者制定了法律，而且法官们能够在哪些法律是有效地制定的这个问题上达成共识，并且将这些法律适用到具体的案件中，则可以说一个法律体系就是存在的。这里，不需要考虑法律官员们对于初级规则或次级规则的态度，包括他们是否接受这些规则，也不需要考虑初级规则是否得到普遍的服从，以及法律是否发挥某种功能。

哈特可能说对于法律的这种最低限度的观点（bare view）完全忽视了法律的规范性特征。对于这种说法的一种初步的回应是：如果我们能认识到无论私人还是法律官员都不需要接受初级规则，而且法律官员们也只需要在最低程度上接受次级规则，那么，即使在哈特自己的理论中，关于法律的规范性特征的内容也所剩无几了。一种更有针对性的反驳则是：社会－法律实证主义并不否认法律体系通常得到法律官员们很大程度的接受；它只是没有把这种规范性的因素纳入对法律的定义之中。法律通常宣称它具有规范性的权威。但是这“并不意味着人们应该（或者事
155 实上）认可这一点”（Schauer 1994：504）。公民或者法律官员们是否事实上对初级规则或次级规则感受到某种道德上的义务，是一个经验性的问题，需要在具体的个案中去研究。哈特认为，如果要理解法律的规范性特征，就必须考虑内在观点。在这一点上，他是正确的。但通过假设“接受”的存在，他预设了研究的结果，却是错误的。

社会－法律实证主义的起点预设

前面讨论了哈特同时诉诸因袭主义、本质主义和功能主义所

导致的内在矛盾。这里主要阐述社会－法律实证主义对哈特理论的批判与继承。社会－法律实证主义继承了哈特的因袭主义进路以及他对社会实践的关注；但是由于它摒弃了哈特理论中与因袭主义相冲突的本质主义和功能主义的方面，它就更为彻底地坚持因袭主义。此外，它主张用因袭的方式来识别法律职业者，这是哈特理论中没有的。它沿用哈特对于国家法律体系的最核心的概括，即初级规则和次级规则的结合。但是，它摒弃了哈特理论中的两个要求：公众必须服从初级规则，法律官员们必须接受次级规则。它并不预设法律可能具备的功能。同样，它也不预设法律可能具有的规范性特征。它将哈特的理论重新定性为对国家法律的一种抽象[7]，而不是法律的“概念”。国家法只是法律若干种类中的一种，也只是法律的诸多表现形式中的一种。其他种类的法律并不一定需要机构的存在，也并不一定能算得上“体系”。最后，在抽象的过程中提炼出来的元素，仅仅是一些特征——这些特征是可以变化的，而且某一特定种类的法律的特征也可能包含若干变种——而非本质主义的元素。

关于法律现象的这种进路有助于实现实证主义者构建一般法理学的目标。这条进路的优势在于：它对于法律的预设很少，因为它用因袭的方式识别法律，并为此后的概念分析和经验性研究留下了很大的空间。它并不明确地界定法律是什么，而只是探究人们如何讨论法律。它并不假设法律做什么，而研究人们利用法律做什么。它为如何识别法律提供了一个框架，并且承认“法律”这个标签可能被贴上许多不同的现象；除此之外，它将其他一切

---

〔7〕 在我先前的一本著作中，我阐释了我所说的“国家法律的社会理论”（social theory of state law）。虽然这条进路沿用了哈特所说的初级规则和次级规则并将它们当做两个关键的方面，但它的范围更广，包括了与法律相关的社会实践与机构。（参见 Tamanaha 1997：chaps. 5 and 6）. 就这里的分析来说，我将仅仅提及哈特所说的初级规则和次级规则，尽管我所倡导的社会－法律实证主义进路将更具有扩展性，正像我在前一本著作中所描述的。

都留给实际的社会实践。如果法律确实是人类社会的一种创造物，那么只有一种灵活的、开放的进路才能够将法律的诸多形式和表现都容纳其中。

两个基本的命题

1. 分离命题

社会－法律实证主义继承了将大多数法律实证主义者连接起来的两个根本性命题：分离命题（separation thesis）和社会渊源命题（social source thesis）。依据经典的分离命题，法律与道德之间不存在**必然的**联系。这个理论起源于法律实证主义者：他们为了反对自然法理论，提出道德上的良善不是一个法律有效的条件。与之相关，他们还认为，道德规则或者原则并不必然具有法律的地位。分离命题是一个有限的、否定的理论。也就是说，它否定了自然法的观点。但是它没有提出关于法律与道德之关系的肯定性的论断。它并不认为法律与道德之间没有关系，而仅仅指出：二者之间不存在**必然的**联系。哈特认为，“现代国家的法律在许多方面受到社会中的道德理想的影响”（1961：199）。那些“软的”（或者“包容性的”）法律实证主义者们（包括哈特本人）也承认，某些法律制度可以通过次级规则将法律与道德原则的一致性作为其有效性的前提，或者赋予道德原则以法律的地位（see Jules Coleman 1998）。[8]依据这种观点，至少从理论上来说，一项法律制度可能只包含一个承认规则：坚持正义（do justice）（ibid.）。但是，承认许多法律制度事实上与道德有关系，并不能否认这样一种可能（同时也是一种历史事实）：曾经有过许多
157 罪恶的法律制度，但是，它们仍然是“合法”的。

社会－法律实证主义赞同分离命题，但它在两个重要的方面

---

〔8〕 并非所有法律实证主义者都同意这种观点。关于这场争论的综述，可参见 Bix（1999b）；Leiter（1998）.

有所扩展。第一个扩展是，这里的分离命题不仅适用于道德，而且适用于功能：也就是说，法律与道德或者功能之间没有必然的联系。许多形式的法律或者法律体系可能事实上具有功能性的效应，但是，这并不意味着法律必须指引人们的行为或者维持社会秩序。更进一步，社会－法律实证主义的分离命题认为：某些种类的法律（或者法律体系）可能没有发挥良好的功能，或者没有发挥任何功能，甚至可能扰乱社会秩序。

对分离命题的第二个扩展，与它的适用范围相关。传统上，法律实证主义者们只是将这个分离命题适用于国家法，也就是那种在他们看来是最典型的法律。社会－法律实证主义将分离命题适用于法律的所有表现形式或者种类。可以这样表述这个经过修正了的分离命题：**法律的任何表现形式或者种类都与道德或者功能没有必然的联系**。

不难看出，这个分离命题可能适用于国际法或者习惯法。但是，乍看起来，它好像根本就不能适用于自然法，因为自然法理论是从道德的角度来定义法律的。本节下面的部分将详细解释分离命题怎样才能适用于自然法理论。就这里的讨论而言，只需要指出：这种适用不只是可能的，而且是应该的。

自然法理论有许多种类。[9]其中一类是由道德现实主义者（moral realists）建构的，他们认为，存在独立于人类信仰和行为的客观的道德标准。另外一类，则认为可以从人类的本性和生活条件中推导出自然法。以菲尼斯为代表的那一类，则建立在理性和实践理性的基础上。还有一类则与宗教传统（特别是天主教）相联系，认为自然法起源于上帝。所有这些种类的自然法理论，在讨论自然法的性质时，往往都要提到它的功能和道德诉求。无论采取哪种立场，他们都面临一个基本的问题：如何识别自然法

〔9〕 对于各种自然法理论的一些很出色的综述，可参见 Bix（2001）；M. Moore（1992）.

的原则。为了解决这个问题，他们想出了种种办法：包括神启，或者理性的推导，或者诉诸不证自明（self - evidence），或者以那些主流的社会惯例为基础的证据。这种种努力的结果，是人们
158 对自然法原则的内容有了各种不同的说法，但没有一种达到了确定的程度或者得到了普遍的认同。这种不确定性，以及我们对于解决这种问题的信心的缺乏，可以说是本书第 4 章中讨论过的启蒙思想留给我们的遗产之一。尽管我们不能绝对地否认这个认识论问题可能得到解决（也许有一天上帝会突然降临，并且澄清这个问题；即使果真有这样的奇迹，依然会有人质疑——我们怎么能确定那是真正的上帝呢?）但下面这一断言应该是没有问题的：我们也许永远也不能对自然法原则作出一种基础主义者（foundationalist）的描述——这里的“基础主义”不仅意味着这些原则是真实的，而且意味着我们能够确定地知道它们的真实性。[10] 这也就意味着，即使某种自然法理论是正确的——也就是说，它阐释的原则确实反映了客观的道德——我们也不可能很确定地知道它是正确的。这种无法克服的不确定性为“分离命题”的适用留下了空间。对于自然法原则的阐释，无论哪一种版本，都不**必然**与道德或者功能相联系。

自然法理论所面临的认识论问题表明，可以将“分离命题”适用于自然法，但这本身并不足以说明我们应该这样做。这里有一个更有说服力的理由。一个也许会让自然法理论家们懊恼的事实是：历史上的许多邪恶的行为，都是在自然法的名义下实施的[11]（当然也有许多好事是在自然法的名义下实施的）。韦伯

---

〔10〕 史尼温（Schneewind 1998）这部出色的著作从历史的角度回顾了道德哲学（特别是自然法）的发展历程。对于如何识别自然法原则，有许多种方法，包括理性的推导以及“不证自明”等。但在读完关于这些方法的描述之后，不得不得出的一个结论是：此类问题是永远也不可能得到解决的。

〔11〕 罗姆蒙（Rommen 1998：134～135）指出，曾有极权统治声称它们是自然法的代表。

（1954：288）认为，“事实上，自然法也曾被用来为各种形式的压制性权力提供正当性。”正是出于对这种可能性的警觉，所以应该将“分离命题”应用于自然法。并非所有的法律都是符合道德的；同样，当一个人宣称他是依据自然法行事的时候，这一宣称本身也不足以确保他的行为是符合道德的。涂尔干（1993：94）曾针对宗教作出过一个相似的论断：“毫无疑问，并不能仅仅因为宗教理想具有宗教的特征而认为它符合道德理想；相反，它往往包含着不道德的（immoral）或者与道德无关的（amoral）因素。”如果我们将国家法（以及习惯法、国际法、宗教法）与它的道德或功能分离开来并且细加考究，我们也应该用同样的方法分析自然法。这是因为，与其他种类的法律一样，自然法也可以被用来实施邪恶的行为。

2. 社会渊源命题

社会渊源命题认为，法律是一系列社会实践的产物。这些实践导致了法律的产生；通过这些实践，我们可以识别法律及其内容。也就是说，法律的“存在是一种事实”（Hart 1961：77）。社会－法律实证主义采纳这种社会渊源命题。这种理论不仅符合“法律是一种人为的社会创造物”这种观念，而且也符合法律－社会理论在研究法律时的经验性的、社会学的取向。

社会－法律实证主义对这种社会渊源理论的修正，与它对分离命题的修正相似，将会被用到所有种类的法律上，包括习惯法、国际法、跨国法、宗教法和自然法等。它们的具体形态和特征，可能与哈特对国家法的描述不同；我们可以通过研究构成这些法律的社会实践而理解它们的特征（无论它们的特征是什么）。法律的所有这些表现形式和种类都是社会的产物。其存在也是一种社会事实。

这里存在一个相似的问题：似乎很难用社会渊源命题来分析自然法，特别是那些认为自然法独立于人类的惯例、或者自然法来源于上帝的主张。这里的关键是：尽管自然法的原则**可能**来源

于非人类的源泉（就像那些宗教信仰者们所相信的），但它还是通过人类的社会实践而表现出来的。自然法是一种真实的社会存在，由那些信仰它的人们的一系列观念和社会实践构成。与国家法不同，自然法通常并不构成一个具体的体系，但它仍然是一种真实的存在，并且以各种方式和国家法发生联系。

让我举几个与自然法有关的简单的例子。有些反对堕胎的人相信，根据上帝的自然法，堕胎就是谋杀无辜的生命。所以，那些允许堕胎的法律是无效的，那些实施堕胎的医生是杀人犯。依据这样的推理，惩罚那些实施堕胎的医生，是为了保护他人，而且也可以看做是对他们那种违背自然法的邪恶行为的正当惩罚。
160 还可以举一个正面的例子，那就是马丁·路德·金（Martin Luther King）的行为。他认为，那些支持种族隔离的法律，违背了自然法，所以他主张“非暴力反抗”：要违反这些法律，但同时接受（尽管不是心甘情愿地接受）国家的惩罚。自然法也以其他的方式表现出来，譬如那些自然法理论家们的行为，以及那些被纳入实证法律中的一般的文化信仰（这方面的一个例子，就是美国宪法——它吸收了“自由”以及“正当程序”的理念）。这些真实的情形，表现出自然法的多种多样的存在，以及它与国家法的互动。正如菲尼斯（1980：23）所观察到的，自然法的原则“不仅仅体现在道德哲学或者伦理学，以及‘个人的’行为之中，而且也体现在政治哲学、法理学、政治行动、司法活动，以及公民的生活之中”。

理解如何将社会渊源命题适用于自然法，是很重要的。简单地说，它可以被用来解释自然法是如何在社会中产生的，以及如何识别自然法，但不能被用来证明自然法原则的真实性（truth）。[12]大多数自然法学者关注的是后者，而不是前者。菲尼

〔12〕 感谢布莱恩·比克斯（Brian Bix），他促使我对这个问题加以阐述；另外，感谢保罗·科杰西（Paul Kirgis），他坚持不懈地质疑使我对这个问题有了更深入的理解。

斯提出的一个区别，或许有助于厘清这一点。在他（p. 24）看来，自然法的原则“没有历史”。“作为原则，哪怕它们在实践性的思维（practical thinking）中被普遍地忽视、误用、蔑视，哪怕它们获得的认可微不足道，它们依然是有效的”（ibid.）。他的著作《自然法与自然权利》关注的，正是这种意义上的自然法——它将自然法当做真实的原则（true principles）来分析和探讨，而不管它们是否以及如何在社会实践中表现出来。同时，菲尼斯也承认，可以从社会－历史的角度来理解自然法（尽管他并没有采取这条路）：“那些主张自然法原则存在的观点、理论或学说，却是有历史的——一部关于（自然法原则的）起源、上升、衰落、复兴、成就，以及责任的历史”（ibid.）。社会－法律实证主义正是通过后一条进路将社会渊源命题应用于自然法，尽管具体的做法存在一个很重要的区别。在前面一段引文中，菲尼斯关注的，乃是从社会－历史的角度来研究自然法，而如果用社会渊源命题来分析自然法，关注的重点则是自然法原则在社会中的生产与识别。当然，二者之间存在一定的联系：后者可以说是前者的基础和“前奏”。

社会渊源命题通常认为，“法律的存在和内容是由特定的社会领域中的人们的行为事实决定的——关于他们的行为、历史、制度、信仰和态度的事实”（Lyons 1993：77）。毫无疑问，自然法的原则是在社会实践中产生，并且是在社会实践中被适用、被讨论的。所以，社会渊源命题也可以适用于自然法。这种适用意味着，至少在一定程度上，可以从社会－法律实证主义的角度来研究自然法。尽管菲尼斯的书可能是关于那种“非历史的”（a-historical）自然法的，但他和他的书无法回避的一个事实是：他和它都存在于历史之中，而且参与到了这个关于自然法的社会－历史的对话中。

一个自然法理论家可能会说，我在这里提倡的进路是有缺陷的，因为法律实证主义作为一种理论，关注的不只是法律的识

别，也包括法律的创制或者变迁。菲尼斯可能说，自然法原则是在那些用于识别它们的社会实践之前就存在的，而且完全独立于这些实践而存在。所以，它们并不是由那些社会实践创造的。对于这种说法的一个比较强硬的回应是，并不存在菲尼斯所说的那种形而上学意义上的自然法。自然法原则正是在社会实践中创造出来的。除了那些实践之外，并不存在抽象的自然法；换言之，一切与自然法相关的问题都可以通过社会－法律实证主义进路加以研究。一种较为温和的回应，则试图避免作出关于自然法的真实性的判断，而假设自然法完全是由社会实践构成的，进而通过社会－法律实证主义进路来探究自然法。从某种意义上来说，这条进路涵盖了自然法原则的真实性这个问题。

一个自然法理论家可能进一步反驳：如果社会－法律实证主义包含对实证法规则的识别，那么它就不可能涵盖真实性的问题，因为真实性是自然法原则是否有效的终极标准。然而，由于前面已经讲过的认识论问题，自然法理论家们就不得不在未确定真实性的情况下识别自然法。事实上，许多主张自然法原则的理论家往往预设他们所提出的原则的真实性。社会－法律实证主义不能确定自然法原则是不是真实的，但它可以描述那些自然法理论家们是如何讨论真实性这个问题的。社会－法律实证主义可以而且必将关注人们（包括但不局限于理论家）在识别和创制规范过程中的社会实践。

一个法律实证主义者也可能提出一个反对意见——这种识别方式过于不确定。法律实证主义的要求之一，就是对法律的识别

162 必须具备一定程度的清晰性和确定性。然而，这个要求是在讨论国家法的那种被假定的指引人们行为的功能时提出的。而自然法的一个特征就是：尽管（而且也许是因为）这种模糊的特性，它依然焕发着生机。而且，“软的”或者“包容性的”法律实证主义者已经认识到，“法律是什么”这个问题，可能依赖于对某些复杂的道德问题的解决（这可能是“承认规则”的要求），而

这正是把社会渊源命题应用于自然法时的情形。

自然法理论家们也许会提出这样的批评：社会－法律实证主义进路遗漏了自然法的某些根本的方面。这些批评是有道理的，但它并不能否定这一点：这条进路有助于我们对自然法的研究产生新的洞见。虽然一种经验性的视角不能涵盖自然法的每一个方面，但它能够使我们从一种新的角度研究作为社会实践的一种聚合体的自然法。将社会－法律实证主义应用于宗教法、国际法以及其他种类的法律的时候，也可以得出同样的结论。

法律的社会理论，以及社会－法律实证主义的方法论

我在先前的一本书中详细地阐述了“法律的社会理论”（social theory of law）（Tamanaha 1997：chaps. 5 and 6）。我之所以选择这个标签，是为了强调法律的社会存在（social presence），以及社会行动者们是如何通过他们的有目的的行为来创造法律的。该理论指出，法律是一种社会建构（social construction）。社会－法律实证主义采用了相同的观点。很明显，这种社会渊源命题很自然地与那些强调法律的社会存在的进路相联系。这里将简要介绍法律的社会理论以及它的研究方法的几个核心的方面。

在方法论方面，法律的社会理论与哈特的进路一致：只有通过公民和法律官员（如果存在这样的人的话）的内在观点才能够理解他们的行为（see Tamanaha 1996）。用社会科学的术语来说，这就是“解释主义”（interpretivism）。与哈特不同，除了最低的要求——行为者们必须意识到他们的行为与法律有一定的联系——之外，社会－法律实证主义不会预设内在观点还有其他任何要求。与哈特的另一个区别在于：社会－法律实证主义认为外在观点也值得利用，也就是要观察人们的行为模式，因为这些行为有助于解释相关行动者的态度。这些行为模式也有助于考察他们的行为是否与他们对其行为的解释相一致，是否实现了他们宣称的目标，而这些都与对镜像命题的考察有一定的关系。用社会 163

科学的术语来说，这就是“行为主义”（behaviourism）。尽管内在观点和外在观点（以及解释主义和行为主义）在社会科学中往往被描述成相互对立的，但实际上它们是相互补充而不是相互排斥的；在研究法律的社会存在时，我们必须同时利用二者（Tamanaha 1997：chap. 3；2000）。

法律的社会理论用解释的方法来理解社会行为，也就是说，尽管有时候人们是在未经思考的情况下根据习惯或者某种行为模式而做事的，但行为者们通常都清楚地知晓他们的行为的意义。那些共享的主体间的观念和信仰，也就是阿尔弗雷德·舒茨（Alfred Schutz 1962）所讲的社会的类型化（social typification），使得那些基于共同的行为预期的集体行动成为可能。信仰和知识的聚合体导致了解释性共同体（interpretive communities）和意义系统（meaning system）的产生，而这些解释性共同体和意义系统又指导那些通过教育、培训、参与等方式获知了这些知识体系的人的观念和行为（Tamanaha 1997：142～52）。参与者们在活动的时候往往考虑主体间的意义系统。巴里·巴恩斯（Barry Barnes 1995：85）概括了交往的过程。

> 交往过程中持续的交流既要求又促成认知和理解方面的共识，这些共识表现在共享的知识、文化，以及能力等方面。正如神经细胞之间持续的互动以及信息的传递和接受对于个人的认知来说是必不可少的一样，人与人之间持续的互动以及信息的传递与接受对于集体层面的认知来说也是必不可少的。

必须认识到的一点是：尽管共同的规范和知识使得社会沟通成为可能，但它们并不能决定人的行为。它们为那些知道并且遵守这些规范和知识的社会行动者提供了一些方法和能力；但是，由于规范的不确定性和知识的开放性，社会行动者们往往为了实

现他们的利益或者他们在某个特定交往环境中的欲求而战略性地利用这些规范和知识。“规则并不是独立于它们的用处而存在的。它们的准确含义（或者说真实的含义）是在它们被使用的过程中逐步确定的”（Wilson 1983：113）。

法律的社会理论是通过一系列有意义的行动和反应来理解法律的存在的，而这些行动和反应的法律意义则是由相关的行动者（无论他是法律专业人士还是外行人）赋予的。在下面这段话中，尼尔·麦考密克（Neil MacCormick 1986：50）描述了使一个合同得以形成的行为：

> 它［合同］之所以能够成立，是因为这里的行为属于法律认为能够有效地制定一个合同的行为。这类行为的重要意义在于，个人的某些法定的权利和义务，依赖于合同的存在。更进一步，人们有时候企图主张权利或者要求（他人）履行义务，而这样做的程序是由另外一些法律规则确定的。所有这一切，都依赖于某些组织化了的群体——法律职业群体、法院，以及执法人员。这些群体的功能在于实施此类规则，而且他们的实际行动也确实在很大程度上符合已经公布的规则。

法律的社会理论将机构看做是人类交往行为的聚合体（complexes），它往往有一些物质的基础（如办公室大楼等）。这种观点的一个很好的例子，可以在赫伯特·布鲁默（Herbert Blumer 1969：58）对象征性交往主义（symbolic interactionism）的阐述中找到：

> 它将（大的社会组织）视为在各自行动中相互联系的人们之间的安排。人们的位于不同点（points）上的行动之间，形成了组织化的、相互依赖的关系。在每

一个点上，参与者们必须面对其他人的组织化的行动，并对他们自己的行动作出相应的调整……它并不试图通过组织的原则或者系统的原则来解释组织及其构成部分的行动，相反，它通过研究参与者们在不同点上界定、理解以及应对具体情境的方式来寻求解释。将这些关于相互关联的行动的知识连接起来，就构成了一幅关于组织化了的聚合体的图景。

另外一个关键的概念是“社会实践”（social practice）。社会实践指的是那些通过人们共享的（内部异质的）规范和行动模式连接起来的、包含意义和行为两个方面的活动。

> 参与一项实践意味着承认那些标准的权威，以及我自己的行为的不足（以那些标准为参照）。也就是，要用那些当前流行的、部分地界定实践的标准来衡量我的态度、选择、偏好，以及品味。（MacIntyre 1984：190）
>
> 在实践之内思考（to think within a practice）意味着，对于什么样的行为是可行的和恰当的，一个人可以由他作为社会实践的一个参与者的身份而“自然地”感知到，并不需要更多的反思。（Fish 1989：386～7）

也可以从内部批判实践；它们有自己的历史，并且可以变化。它们常常包含可能指向不同方向的规范。它们由具有不同才
165 智和观点的人构成。许多社会活动（譬如下棋，以及对法律进行理论研究）都可以从社会实践的角度来观察。许多机构是由实践的聚合体（complexes of practices）构成的，这些机构与实践之间存在着相互依赖、相互支持的关系。

“社会实践”这个概念是一个启发式的工具，一个能够帮助我们实现研究的目的而将特定社会域中的活动分离出来的工具。

只要我们记住前面这一点，这个概念就为我们识别不同种类的法律提供了一个极佳的出发点。只要存在生产“法律”的社会实践，法律就是存在的。哈特大约也赞同这一点。

取决于研究的具体目的，可以从若干不同的概括性层次来研究前面讲到的法律的社会理论的各个方面。例如，可以通过某一个法院，一个检察长的办公室，或者二者的结合，来理解机构。同样，也可以通过不同的概括性层次来理解“实践”：一位律师（或者一位法官、一位法律理论家），或者在更为具体的层次——一位刑事辩护律师，一位税务律师，或者一位专门处理离婚事务的律师。法律意义系统（legal meaning system）既可以指涉所有受过法律训练的人，也可局限于某个特殊的专家领域。关键的一点是：无论是在一项具体的研究中，还是在比较性的研究中，选取的概括性层次必须保持一致。

哈特将初级规则和次级规则当做国家法的最基本的元素；如果在法律的社会理论的背景下审视这两类规则，则它们会显得不同。从一个角度来看，它们代表着被削减到了最基本的层次的法律机构的元素（事实上，在这样基本的层次，几乎可以说，任何种类的机构都是由规则，以及关于规则的创制和运用的规则构成的）。然而，如果从那些构成法律的实践角度来看，初级规则和次级规则可以被看做那些构成判决、辩护以及立法的实践之一部分的规范的次级类别；它们与许多种类的规范、态度、性情，以及无须思考就遵循的行为习惯相并列（see Tamanaha 1996）。从后一种视角来看，初级规则与次级规则与其说是有约束力的命令，不如说是法律决策过程中的一些元素。取决于具体研究的目的，可以有选择地利用这两种视角——机构的，或者以实践为基础的视角。

法律的社会理论的要旨在于：密切关注人们（无论他们是不是专业法律人士）究竟利用法律做什么，以及那些隐匿于他们的行为背后的观念。正是这些观念、信仰和行动，决定了法律被用

166 来做什么，并且构成了对法律的反应，或者法律所引起的结果。在下面这段话中，约翰·杜威表述了他的法律哲学思想（Dewey 1941：76～7），也揭示了贯穿于法律的社会理论的精神："这里的立场是，法律完全是一种社会现象；它的起源、目标、以及适用，都具有社会性……这一立场意味着，必须不仅将法律看做影响其他活动的一个因素，而且它本身也是一种社会过程。"

因袭主义在法律的识别以及类别建构过程中的应用

这里仍然存在一个问题：根据社会－法律实证主义进路，如何才能发现那些包含着"法律"（而不是其他东西）的社会实践。可以用哈特的因袭主义（但必须去除其中本质主义的因素）来回答这个问题：**法律就是人们通过他们的社会实践辨别出来并且当做"法律"的任何现象。**

"对因袭主义者们来说，可以有无数的方式将特定的事物分为不同的类别，并且用一些一般性的词语来表示这种类别"（Unger 1975：93）。就法律而言，它通常是指国家法，而且往往是在某种更为具体的层面上识别的，譬如纽约州的法律，或者美国联邦的法律。但是在某些特定的社会域，特别是那些后殖民化（post－colonial）的社会中，人们也常常讲到习惯法和土著法［或者更为具体的阿达特（adat），或者雅浦习惯法，等等］。而在另外一些社会域中，人们可能提到宗教法［或者更为具体的伊斯兰法、或者塔木德（Talmud），或者罗马天主教教会法］，或者自然法。在有些社会域中，所有这些法律都被提到。所以，何为法律，是由一个社会域中的人们通过他们的习惯用法决定的，而不是由社会科学家或者理论家们预先设定的。

这种用于识别法律的因袭主义进路可能引发若干复杂的问题和反对意见。第一个问题在于：**哪些人**有资格通过他们的社会实践将某种现象视为法律。答案：**一个特定群体中的任何成员都可以识别何为法律，只要其做法符合惯例**。并不需要由法律官员们

来识别法律；事实上，法律的某种具体的表现（譬如自然法）可能完全不需要法律官员。同样，识别法律的人也并不必然是社区中的一般成员；当某些自封为“法律”官员的人试图将他们的意志强加于更为广泛的群体的时候（这可以说是对某些犯罪集团或者组织在“法律”的名义下做事的一种抽象的描述），也构成了法律的一种表现形态。传统法律理论将国家法视为惟一的法律。与此不同，这条进路承认这样一种可能——在一个特定的社会域内，可能存在若干群体竞相争夺与法律相关的“话语权”。如果要在识别法律的过程中坚持因袭主义，就必须对法律种类的多样性保持开放。

另一个相关的，并且也必须得到解决的问题是：一种现象要成为“法律”，需要**多少**人的认可。一般来说，尽管可以选择一些其他的分界点，但最低限度的要求是：**足够数量的人基于足够的信念将一种现象当做“法律”；他们依此信念而行事，并且在特定的社会域中产生了一定的影响**。毋庸置疑，这个标准是很模糊的；它的目标，只是为判断何为法律设定一个“下限”。依据这条非本质主义进路，法律就是人们的社会实践中认可并且当做法律的任何东西。这个一般性的标准，正与前面这个论断相一致。这个标准并不是没有意义的——如果一个疯子认为他的每一个愿望都是一项法律，这条进路并不承认这样的“法律”。由于这条进路是依赖于社会实践来识别法律的，它就能确保那些被当做“法律”的现象至少具备一定程度的持续的社会存在。那些短暂的、或者个别人怪异的识别法律的方式，并不构成社会实践。

因袭主义的这条相对较低的标准可能难以让所有理论家感到满意：第一，它可能使一个社会域中的法律的种类大大增加；第二，它似乎赋予了社会域中的社会行动者们很大的权威来决定法律是否存在。这两个顾虑都是没有必要的。法律的种类并不会频繁地大量增加，这是因为，在社会实践中，人们通常不会轻易地

将“法律”这个标签贴上一种现象。更重要的是，就算那些用来识别法律的种类的社会实践可能大量增加，理论家们也不应该逃避这种可能性。如果确实存在这样的情形，那将是一种有趣的、必须加以研究和关注的社会发展。“如果我们的概念并不符合基本的现实，一个更重要的问题就是，我们为何以及如何创造了那些概念”（Wachterhauser 1994：148）。

同样，虽然因袭主义进路赋予了社会行动者以识别新的法律种类的表面上的权威，但这并不足以使我们感到困扰。社会行动者们本来就具有这个权威，因为法律是而且一直就是一种社会的产物，因袭主义仅仅是承认了这一事实。因袭主义之所以看起来有点难以接受，是因为它对社会学和法学理论家们的权威提出了挑战——以往，这些主张本质主义的理论家们似乎有权威告诉其他人法律是什么。正如齐格蒙特·鲍曼（Zygmunt Bauman 1989：53）观察到的，“对于谁有权威来发表意见的关注，乃是学术生活中人为创造的”。不能仅仅为了消除这种顾虑而拒绝识别法律的因袭主义进路。而且，正如下一章将要讲到的，社会分析家们仍然可以创造第二层次的建构（the second level constructs）或者分析性种类（analytical categories），也可以从事经验性的调查和分析性工作。

社会理论至少承认（如果不是“认可”的话）理论概念（theoretical concepts）与日常概念（lay categories）之间的区别：

> 在构建它自身的概念及类别的时候，社会理论依赖于社会理论家们自己的知识：社会成员主体间共享的日常知识中的分类，乃是社会学理论构建的分类的原型；而理论分类在社会中得到认可和应用所需要的工作，在很大程度上是由社会参与者们完成的……另外，还必须认识到：理论家们在这里所采用的概念和分类虽然有别于社会参与者们的概念和分类，但二者并未完全隔离开

来——从某种意义上来说，前者依赖于后者。（Barnes 1995：224）

社会－法律实证主义者采用因袭主义进路来识别法律，只不过是承认了已经存在的事实。

这种识别法律的因袭主义进路也引发了与识别法律的语言学进路（linguistic approaches）相关的两种反对意见。第一种反对意见是，存在许多指涉“法律”的情况：“自然的法律（laws of nature），科学的法律（scientific laws），上帝的法律（laws of God），以及思想的、逻辑的、或者语言的法律等”（Raz 1994：180）；“道德之法”（moral law），“社会学的法律”（sociological law），“国际法”，“教会法”（ecclesiastical law），“语法的‘法律’”（law of grammar）（Finnis 1980：6）。对于传统的识别法律的进路而言，这个反对意见是很难驳斥的；但对这里所倡导的因袭主义进路而言，情况则略有不同。与主流的单一种类的、本质主义进路不同，社会—法律实证主义承认并且建立于这一事实：“法律”这个词语可以指涉多种现象。所以，本质主义在追求唯一的“法律”概念的过程中所遇到的巨大障碍，对于社会－法律实证主义来说根本不算一个问题。

仍然需要作出某些区分，以辨别社会理论家和法律理论家所关注的那些涉及“法律”的话语，但那在实践中通常也不是一个问题。语境和惯例足以让这些词语的意义稳定下来，使得我们能够作出必要的区分。就前一段中提到的各种“法律”而言，毫无疑问我们并不关注科学的“法律”或自然的“法律”（这与“自然法”是不同的），我们也不关注思想的、逻辑的、语言的、语法的或者社会学的“法律”；同样毫无疑问的是，我们关注道德之法、国际法、教会法，以及上帝的法律（如果它是指自然法的话）。就一般法理学所研究的法律而言，可以提出一个粗略的标准：任何被因袭地称为“法律”的、并且带有一些**权威**性诉

求的现象（这种主张并不必然带有任何规范性的意味）。就因袭
169 主义进路而言，这就是“法律”这个标签所包含的最低限度的、[社会上的人们所]共享的语义上的内容。单独地使用这个宽泛的标准，可能是不够的——譬如，“语法的法律”可能满足这个标准。但是，考虑到这里的语境是法理与社会学研究，则不难排除那些超出了一般法理学的研究范围的关于“法律”的话语。如果存在一些边缘情形，则应该将它们纳入研究的范围，因为它们作为边缘情形这一现象本身就很有意思，并且值得分析。这是一条实用的进路，它认为意义是人们在交流情境中[对某一词语]的惯常用法与具体的行动语境（contexts of action）相结合的产物。

第二种反对意见，则与翻译的不确定性有关。Law[法律]是英语中的一个词语。在对其他的文化或者社会进行研究的时候，可能很难找到一个与 law 相对应的确切的词语，并保证它能够涵盖英语中的 law 所指称的同样的或者全部的现象（Bix 1999a：10～11）。这确实是一个问题。Droit 和 recht，以及其他许多与 law 对应的翻译，往往都有某些微妙的含义，而这些含义可能是英语中的 law 这个词语所不能涵盖的。但这是在不同语言之间翻译时普遍存在的一个问题，而且这个问题在人类跨语言交往的历史中已经在一定程度上被克服了（当然，这是一个程度的问题，取决于具体的情境；而且，误解常常也是存在的）。与翻译相关的问题，并不是因袭主义进路的一个障碍。这些问题的存在意味着我们应该谨慎，但并不意味着翻译是不可能的。而且，当今的某些现象，譬如国家法和国际法，几乎可以说是无处不在的，而且也获得了广泛的认可，所以翻译起来还是相对比较容易的。

尽管这两个问题（特别是第一个问题）使得许多法律理论家转向其他标准来识别法律（譬如法律被假定的目的、功能或者其制度性质），社会－法律实证主义则可以避免此种命运，因为

它承认法律的多样性，并且对各种类型的法律保持一种开放的态度。在因袭主义进路下，某一现象被认为是“法律”，并没有什么非同寻常的意义。所以，社会－法律实证主义就不必像传统的理论家们一样因为“法律”这个词所包含的重大意义而不得不艰难地决定什么是（或者什么不是）法律。

这种因袭主义进路开创了一条用来理解和观察法律现象的新途径，它可能使我们获得许多新的洞见。开辟一条新路的代价之一，就是必须面对一系列复杂的问题，包括前面已经提到的那些，也包括其他一些问题，譬如类型建构（category construction）的问题——下一章将会对这个问题加以讨论。这些问题可能使我 170
们大开眼界并且受益无穷，而不是使我们退回本质主义的法律概念的理由。

在民族国家兴起之时，本质主义的法律概念是合适的。有点悖论性质的是，这种法律观是在20世纪中期才在哈特那里得到了最纯粹的表述，而那时国家的垄断性权力已经走向衰落。以国家法为模型而构建的法律概念所包含的洞见已经得到了全面的探究。如今它已经成为一个障碍——在即将到来的时代，法律的各种形式有不断增长的趋势，而本质主义进路则成为我们理解这种趋势的一个障碍。

第 7 章

关于法律多元现象的非本质主义进路

在关于法律的社会科学研究中，法律多元现象已经成为一个重要的话题。当前的许多杰出的社会 - 法律学者——特别是马克·格兰特（Marc Galanter）、彼得·菲茨帕特里克（Peter Fitzpatrick）、罗杰·科特维尔（Roger Cotterrell）、贡塔·托依布纳（Gunther Teubner）、博温托·迪·苏萨·桑托斯（Boaventura de Sousa Santos）、萨利·安格尔·梅丽（Sally Engle Merry），以及千叶正士（Masaji Chiba）——都已经明确地将法律多元主义作为他们研究的重要问题之一。法律多元主义曾被称为“后现代法律观的一个核心概念”（Merry 1992：358），“重构法律 - 社会关系过程中的一个核心话题”（Merry 1988：869），而且，“能够识别在全球范围内运行的、真实的法律现象”（Teubner 1997：3）。“就法律的社会科学研究而言，这个新的范式，就是法律多元主义”（Griffiths 1995：201）。那些主张法律多元的人认为，无论在什么地方，法律“就其性质而言，必定是多元的”，“如果不承认［这种现象］，就是思维方面的落后”（ibid.）。“当前，人们已经如此普遍地接受了多元主义，以致我们根本不必再论证它的真实性，而可以假设它是成立的”（Riles 1994：641）。

在第 5 章中，我们介绍了法律多元主义的两种不同的版本：传统版本的法律多元主义是指将习惯法纳入殖民地或者后殖民地

的法律体系中；而较新版本的法律多元主义则指，在所有的社会领域，都存在多种（而不只是一种）“法律体系”。越来越多的理论家采纳了这种新的法律多元主义。他们主张，所有社会都存在法律多元的现象；在一个社会中，存在多种“法律”体系，这是很正常的现象。

尽管当前这种主流的法律多元主义很受欢迎，但它存在一个根本的缺陷。表现之一就是，近20年来，尽管许多理论家对法律多元主义这个概念的研究颇有信心，但迄今仍然很少有具体的成果。问题的根源在于，主张法律多元主义的理论家们对法律的性质有一些本质主义的预设。特别是，研究法律多元现象的主流进路包含两个本质主义的假设：第一，法律是一种可以定义的、单一的现象；第二，法律从其性质来说是功能性的。这种本质主义进路导致了无法克服的分析性难题，阻碍了法律多元主义这一观念的发展。

上一章中提出的因袭主义进路同样承认法律多元现象，但它与主流的进路存在很大的区别。具体的区别，将会在本章下面的部分得到阐述。在这里，只需要指出它们最明显的差异：本质主义进路首先识别出一种单一的现象——“法律”；然后指出，在每一个社会中，这种现象都有多种表现形式。相反，因袭主义进路则指出，每一个社会领域中，都同时存在多种不同种类（和表现形式）的法律。本章下面的部分将说明，这种因袭主义进路能够避免本质主义进路面对的那些巨大的难题，并为理论家们提供一个可以用来分析当今社会中存在的种种错综复杂的法律现象的概念性工具。

本章的目的主要有三个：第一，为了构建一般法理学而阐述研究法律多元现象的因袭主义进路；第二，批判主流的法律多元主义进路，进而深化社会－法律研究；第三，前一章侧重于法律理论，而本章则侧重于社会学理论，将二者结合起来，体现了本书的一个一般性的目标——将法律理论与社会－法律研究结合起

来。本章第一节将回顾主流理论中的法律多元主义这个概念，以及使它陷入困境的分析性和工具性问题。第二节将指出导致这些问题的根源。接下来的两节，分别讨论桑托斯和托依布纳对法律多元主义现象的研究；他们的理论，可以说是近年来在这个领域的研究中最为成熟的。接下来一节，将阐述研究法律多元主义现象的因袭主义、非本质主义进路。最后一节，将重温法律人类学领域的一个古老的论争——是不是所有社会都存在法律。

“法律多元主义”这个概念的问题

主流的进路存在的分析性问题，包括相互联系的两个方面。法律多元主义者们都同意一个基本的命题——每一个社会领域的法律都具有多元性。然而，他们在其他的问题上则存在很大的分歧，因为他们对于“法律是什么”这个最基本的问题尚未达成共识。例如，约翰·格里菲思（John Griffiths 1986：38），这位
173 竭力倡导法律多元主义研究的学者，将法律定义为“‘半自主的社会领域’的自我调整”；格兰特（1981：18～19）则受到哈特的启发，将规范区分并重构为初级规则和次级规则；桑托斯（1995：114～15）则用更为精致的语言定义法律：“在一个特定的社会群体中，被认为是与‘司法’有关的一系列制度化的程序和规范性标准，其作用在于通过辩论性的对话和强制力的威胁来防止和解决纠纷（尽管它事实上也可能造成纠纷）”。在“法律”这个基本概念上缺乏共识，是这里的分析性问题的第一个方面。

由于人们对于“法律是什么”这个问题有许多不同的理解，“法律的存在具有多元性”这样的论断就使得问题更加复杂化了。法律多元主义者们不能在何为法律这个问题上达成共识，这是毫不奇怪的。毕竟，法律理论家们为了定义法律而作出过无数尝试，但至今仍未能实现这个目标。然而，除非解决“法律是什

么”这个问题，“法律多元主义”这个概念就缺乏一个坚实的基础。有理由相信，与其他法律理论家相比，法律多元主义者更有可能成功地解决这个问题。其他的法律理论家在定义法律的时候通常都企图得到一个抽象而绝对的结论：“……**就是**法律”。尽管法律多元主义者们也采取了这条进路（因而使他们的分析也具有了一些本质主义的色彩），但他们毕竟是社会科学家，他们可能为了研究社会－法律现象而从不同的角度来定义法律，而这样的定义则可能成为共识的基础。

法律多元主义者们还同意另外一个否定性的命题：“并非所有与法律相关的现象，或者与法律相似的现象，都与政府相关”（S. F. Moore 1986：15）。法律多元主义者们最核心的主张就是：许多规范秩序并不依附于国家，但它们仍然可以被看做是法律。前面已经提到，这些非国家的规范秩序包括很多种类：在一个国家的法律体系之外，某些本土的规范和机构可能发挥着社会控制的功能；公司和大学具有制定和实施规则的权力；即使那些相对较小的社会群体（如商业团体、社区组织、工厂、体育协会，以及家庭），也有它们的规范秩序。但是，用这样一种宽泛的方式定义法律，可能导致一个不太恰当的结论：所有形式的社会控制都是法律。对此，我将在下一节中进行详细阐述。正如萨利·梅丽（1988：870）所说，“表面上看来，我们在讨论‘法律’，可实际上我们却是在描述‘社会生活’。二者的界限究竟在哪里?”以上就是这个分析性问题的第二个方面。

值得钦佩的是，法律多元主义者们并不回避这个难题。认识到社会生活“是由相互重叠、相互补充的规则构成的一个巨大的网络”，格兰特（1981：18 n. 26）继而发问，“我们如何将‘本土法’与社会生活区分开来?”桑托斯（1995：429）也承认，“对于法律的这样一个宽泛的定义很容易导致法律的琐细化——法律似乎是无处不在但同时也是无迹可寻的。”托依布纳（1997：13）则观察到，“事实已经证明，我们很难（甚至不可

能）找到一个能够将社会规范与法律规范区分开来的标准。”这个问题的复杂性，可以从梅丽的一项研究结论中看出来。在对相关文献做了一番分析之后，梅丽（1988：870）总结到，“近来的研究对‘法律体系’这个概念的定义是十分宽泛的，它不只包括由国家支持着的法院和法官，而且包括**非法律**性质的规范性秩序”（着重号为作者所加）。这个“法律体系”居然包括“非法律”的因素！这恰恰反映了法律多元主义者们所面临的困境。尽管梅丽倡导法律多元主义这个概念，但她（p. 879）不得不承认，“用‘法律’来指称国家法之外的各种形式的秩序规范，使得分析变得异常混乱”。

有些法律多元主义者认识到我们无法将法律与社会规范完全区分开来，于是提出“所有的社会控制都**或多或少**地带有法律的性质”（Griffiths 1986：39），或者，“任何规范秩序都可以从法律的角度加以描述”（Macdonald and Kleinhans 1997：40）。这条进路试图用含糊的说法来规避一个无法解决的问题，但因为这样的说法违背了人们通常的理解，所以很容易导致混淆。不仅“法律”这个概念变得很模糊，而且其他形式的规范秩序（如道德规范、风俗、习惯，甚至餐桌上的礼节）似乎也都变成了“法律”。同时，这样的做法使人们产生一种怀疑：从本质上来说，法律多元主义实际上是在理论上对许多现象加以“重命名”，将人们司空见惯的一种社会现象——社会生活中的规范秩序具有多元性——转变为一种看起来似乎很有新意的理论：社会中的法律具有多元性。

综合以上内容，可以看出，法律多元主义面对着两个很复杂的分析性问题：第一，对于如何定义“法律”这个概念，理论家们尚未达成一致意见；第二，法律多元主义者们提出的种种定义，都存在一个棘手的难题——不能将法律与其他的社会规范区分开来。

工具性的问题与分析性问题有密切的联系。如果不能在“法

律是什么”这个问题上达成共识，并且不能将“法律”与社会生活区分开来，则我们将很难重新界定法律与社会的关系。只有在基本概念上达成共识，才有可能对社会现象进行细致的区分；否则，我们就不可能有效地采集信息和数据。而且，当前法律多元主义的种种版本，往往将许多不同的现象糅杂在一起，特别是将规范体系与法律体系合并在一起，由此导致了一系列问题：分类不明确，信息不完整，难以展开细致的分析。结果，“法律多元主义”这个概念的使用价值也大打折扣。

尽管存在这些问题，法律多元主义却至少在一个方面取得了成功：抵制通常所说的“法律中心主义”的意识形念。依据法律中心主义，“法律是，而且应该是国家的法律，它由统一的国家机构执行，排斥其他的任何形式的‘法律’”（Griffiths 1986：4）。法律多元主义者们认为，法律中心主义是一种虚假的意识形态。例如，格兰特（1981：18）指出，“‘法律中心主义’使得我们无法理解‘本土法’”。法律多元主义者们恰恰是要破除此种意识形态。格里菲思（1995：201）的描述使这种追求带有了一种英雄主义的色彩，“一小撮革命者们对业已确立的法律中心主义发起了一场意识形态的战争……直到他们期望的范式转换得以实现（至少在法律社会学和法律人类学领域）”。随着越来越多的社会理论家摒弃法律中心主义而来采纳法律多元主义，法律多元主义者们当然有理由感到欣慰。

然而，社会科学和社会理论的历史表明，许多理论往往过早地宣布自己的胜利。无论有多少理论家支持法律多元主义，前面已经指出的分析性问题和工具性问题依然存在并且难以解决。特别是，长期以来，法律多元主义者们无法将法律规范与社会规范区分开来。这一事实意味着，当前的法律多元主义进路的前景不容乐观。要发现这些问题的根源，就必须仔细分析法律多元主义者们是如何定义“法律”的。

法律的定义，以及功能主义分析的问题

对于如何定义法律这个问题，社会科学家和法律理论家们争论已久，这个探索的过程被比作是“对圣杯（Holy Grail）的追寻”（Hoebel 1954：18）。但是，目前尚没有任何一种提议获得足够多的支持。对于这些尝试为什么失败，我在另外一本书中已有深入的探讨（see Tamanaha 1995a）。在这里，我将对其中的一些基本的问题加以概括。

可以将那些对“法律”加以定义的尝试分为两类：或者通过社会群体中具体的行为模式来理解法律，或者通过制度化的规范实施来理解法律。值得注意的是，二者都是从功能主义的角度来理解法律的，即它们都关注法律在维持社会秩序方面的作用，尽管有一点不同：前者侧重于那些体现在人们有秩序的行为中的规范和机制；而后者则侧重于那些针对破坏社会秩序的行为所作出的制度化的反应。

就在前一种观点（即通过有秩序的行为来理解法律）而言，埃利希和马林诺夫斯基的理论是最有影响力的例子。他们的基本观点是：法律由一个社区、组织或者社会中的人们惯常性的行为或者实际的行为模式构成，因此也可以通过这些行为或者行为模式来理解法律。埃利希（1975：24）断言，“法律就是一种秩序。”相似地，马林诺夫斯基（1926：14）认为法律就是“部落生活……的一方面”。他们都毫不含糊地指出，“法律”并不必然要求法院或者其他机构的存在。相反，只有通过人们在社会生活中实际遵守的习惯性的做法才可以理解法律。而这些行为的实施机制则在于“社会关系”（Ehrlich 1975：64），在于“义务的串联——这种义务往往体现在那些在很长时期内形成的互利互惠的网络关系中，这种网络关系覆盖了社会生活的许多方面”（Malinowski 1926：67）。

这样界定法律，缺陷是很明显的。法律实证主义者科恩（Cohen 1960：187）指出，“依据埃利希的理论，法律与以下种种现象都融合在一起了：宗教、民族习俗、道德、行为礼仪、处世之道，以及社会上流行的做法，等等。”一位评论家指出，埃利希通过秩序来理解法律的做法“与人类学家们所说的‘文化模式’非常相近”（Shur 1968：37）。相似地，人类学家萨莉·法尔克·穆尔（Sally Falk Morre 1978：220）也指出：“马林诺夫斯基所使用的‘法律’这个概念是如此之宽泛，以至很难将它与社会生活中人们相互之间的义务关系区分开来。”正是因为存在这个问题，大多数社会科学家（尽管并非所有的法律多元主义者）都没有采用埃利希和马林诺夫斯基这种通过社会秩序的模式来定义法律的进路。

问题的根源在于，一种具体的行为模式之所以能够形成并且得以延续，往往是许多因素共同作用的结果：除了科恩提到的那些因素之外，还有诸如语言、习惯、共同的文化、社会惯例、人们之间的互惠关系，等等。埃利希和马林诺夫斯基是从功能主义的角度（如维持社会的秩序）来定义法律的。但如果存在功能等同物或者功能替代物，则他们的做法就无法将法律与其他能够维持社会秩序的机制区分开来。卢曼（1985：82）在分析法律时使用的功能主义进路就是现代的一个例子。卢曼从协调人们的行为预期的角度来定义法律。但他很快就认识到，如果这样定义法律，则很难将法律与习俗区分开来；而且，他承认，“倘若要区分法律与语言以及语言的附属规则（如拼写规则），则更为困难。直觉告诉我们：法律和语言是不同的。但是，要发现这二者之间的关键的区别，则需要更为深入的思考”（p. 81）。显然，这个问题也是由于功能等同物的存在而导致的。

177

倘若要将法律与其他维持社会秩序的机制区分开来，则必须找到除了法律可能发挥的功能之外的某种只有法律才具备的特征。那恰好使第二种定义法律的进路，即强调制度化的规范实

施，进入我们的视野。许多理论家，包括卢曼（p. 83），为了避免第一种进路存在的问题，就转向第二种进路。霍贝尔、韦伯，以及哈特，都采纳了第二种进路。我们已经讨论过哈特的法律观，即通过（用来规定义务的）初级规则和（用来识别和适用初级规则的）次级规则来理解法律。下面两段分别是霍贝尔和韦伯的观点：

> 如果对一项社会规范的忽视或者违反通常会引起来自某个个人或者组织的有形暴力的强制或威胁，而且该个人或者组织实施此种暴力的特权获得了社会的认可，则可以说这项规范是法律规范。（Hoebel 1954：28）
>
> “有保障的法律”（guaranteed law）这个概念，意味着某种强制机构的存在，也就是说，有一些人肩负着一项专门的职责——为了实施规范而动用社会的强制工具。（Webber 1954：13）

必须强调的是，上面两段中对法律的定义，都是从国家法的核心特征中抽象出来的。哈特和霍贝尔都毫不含糊地承认，他们对法律的定义都是以国家法为基础的；而韦伯则接受过法律教育。事实上，三位理论家都将**国家法**预设为“法律”，并以此为基础来分析法律的基本特征。

在讨论第二种进路的问题之前，有必要指出这两种进路的两个关键的相似之处。在分析法律时，它们都表现出功能主义倾向，尽管它们之间存在一个区别：第一条进路从已有的秩序模式出发，向后推理，在寻找秩序渊源的过程中发现了法律（同时也找到了语言、习俗以及交互性等）；而第二条进路则将国家法当做法律的典型，并假设其主要功能在于实施规范，而且假设法律是一个社会中的规范性秩序的最重要的源泉。第二点相似之处在于，二者都用一些单一的标准来定义法律——前者的标准是“维

持社会秩序”，而后者的标准则是“制度化的规范实施”。二者都假设法律是某种单一的现象。任何可以被称为“法律”的规范，都必须符合这些标准。在本章中，我将指出，这两个方面的共同之处，体现了这些理论家们在定义法律时的“本质主义”倾向。

相对来说，第二种进路得到了理论家们更为广泛的认可，但许多理论家对这条进路仍然不甚满意，所以它也未能得到完全的赞同。一些理论家认为，在定义法律的时候强调暴力和强制，有过于狭隘之嫌，因为有些形式的法律并不需要强制。而且，如果“法律”的定义中要求某些专门适用规范的机构，则可能导致这样的结论——某些社会是没有“法律”的。哈特就承认这一点：依据他对法律的定义，那些没有次级规则的社会是前法律（pre - legal）的社会。在有些社会中，纠纷双方往往可以在没有第三方参与的情况下达成妥协，或者规则的适用似乎并没有起到主要的作用，或者，人们在发生纠纷的时候往往诉诸斗争、自力救济或报复。这样一来，那些认为“所有的社会都存在法律”（S. F. Moore 1978：215）的社会科学家（包括许多人类学家）和理论家（包括功能主义者）都必须拒绝对于法律的这种定义。

对许多理论家来说，第二条进路之所以不可以接受，还存在另外一个原因：社会生活中存在许多由初级规则和次级规则构成的规范系统，如大学或者运动协会等，但许多人并不把这些规范系统当做法律（see Galanter 1981：17～18）。虽然霍贝尔的定义中指出法律规范必须由公共机构来实施，但“公共”二字的含义往往是很不确定的，有些机构既可以被看做公共机构，也可以被看做私人机构，这取决于一个人采用的具体视角。这样，“公共”这个因素就不能作为一个可以将法律规范与其他规范清楚地区分开来的标准。正是由于这个原因，前一章中讨论如何识别“法律官员”的时候，我建议不要使用“公共”这个因素，而采用一种因袭主义的进路。

与马林诺夫斯基一样，功能主义分析学者们提出了为什么拒绝前面提到的第二条进路的另外一个理由。问题的根源在于：制
179 度化的规范实施并不是社会秩序的主要渊源（see Searle 1995：90～4；Tamanaha 1995a）。前面对功能替代物的讨论中已经提到，存在包括文化、习俗、习惯、相互性，以及语言等多种可以作为社会秩序渊源的机制，而许多这样的机制并不包含制度化的规范实施。所以，马林诺夫斯基（1926：14）强调，法律的存在“并不要求任何独立的机构”。如果像功能主义那样认为法律就是维持社会秩序所必需的任何规范，那么就不可能从“机构”的角度来定义法律，因为它对于社会秩序来说并不是必需的。

第二种进路还面临着另外一种挑战，这种挑战仍然与功能主义相关，不过角度有所不同。那些采纳了第二条进路的理论家们企图表达这样一种观念：法律（特别是国家法）的核心功能在于实施规范。但法律还经常被用来做其他许多事情：赋予人们某些权利；赋予个人某种地位；调整社会财富的分配；以及象征性作用；或者被当做一种工具，用来实现诸如骚扰、控制、报复、辩护，以及攫取权利等目的。如果在理解“法律”的时候，仅仅关注在发生破坏社会秩序的行为之后的规范实施，则前面提到的法律的种种用处都将被遮蔽。相对而言，哈特的理论对法律非功能（non－functional）的一面也保持一种比较开放的态度；但是，正如在前面已经指出的，从根本上来说，哈特是通过法律的社会控制功能来理解法律的。这条进路最大的盲点或许在于这样一种假设：法律总是具有功能性的。事实上，在许多情况下，法律的存在以及人们对法律的使用，往往导致对社会秩序的破坏，或者使混乱的状况得以长期延续（see Schur 1968：84）。

以上种种原因使得理论家们难以对“法律”这个概念加以统一的定义。迄今为止的种种尝试可以分为两类，但它们都未能成功地定义“法律”，而且也不可能将二者结合起来，因为第二种进路认为必须有某些机构来实施法律，而第一条进路则否定了

此种必要性。在判断法律是否存在这个问题上，这两种进路也采纳了不同的标准（Tamanaha 1993a：205～11）。

这样，就可以解释困扰着法律多元主义者们的两个分析性问题了。他们之所以不能对“法律”这个概念加以统一的定义，是因为这些学者们研究这个问题的出发点是不同的，而且他们对构成“法律”的要素也有不同的理解。特别值得注意的是，那些认为所有社会都存在法律的学者必须否认对法律的第二种定义；而那些认为国家法是最典型的法律的研究者们，也必须否认对法律的第一种定义。当前，第二种定义获得了更为广泛的认可。

对法律的两种定义都未能将法律与非法律的规范明确地区分开来；这样，法律多元主义者们不能做到这一点，也就不足为怪了。第一种定义不能将法律与其他的维持社会秩序的功能替代物（如语言、习俗、道德规范以及礼节等）区分开来。而第二种类的定义则不能将那些可以被称为“法律”的制度化的规范实施（如国家法）与诸如运动员协会之类的制度化的规范实施区分开来。

由于这场争论包含着内在的逻辑冲突，而且两派学者在法律的基本预设方面也存在着巨大的差异，这个僵局是无法打破的。唯一的解决方案，就是放弃造成这种僵局的两个本质主义假设。同时，也必须放弃另外一个假设——法律是某种单一的现象，可以对它加以明确的界定。本节的讨论已经阐明为什么必须放弃本质主义的假设；接下来的三节将讨论为什么必须放弃第二种假设。而如果通过因袭主义进路来理解法律，则能够避免这些假设。

最后，有必要对那些采用了第二种类定义的法律多元主义者作一简短的评论。法律多元主义的一个重要目标就是要反对法律中心主义。然而，法律多元主义者似乎没有意识到：将法律定义为“制度化的规范实施”，这本身就是法律中心主义思想的一种

产物。哈特和霍贝尔都承认，他们所主张的法律的概念是从国家法中抽象出来的，这样做体现了一种观念：可以将法律看做一种单一的现象，而国家法则是法律的典型“标本”。由此看来，虽然法律多元主义者们试图在一定程度上打破将国家法作为“中心”的局面，但他们采取的进路实际上增强了国家法的影响。

举个例子，在中世纪的西欧，在国家权力确立之前（甚至在国家权力确立之后的很长一段时间里），曾经存在过极端的法律多元现象。在许多领域，往往同时存在着地方性的习惯法，日尔曼（或者蛮族）的习惯法，罗马法的遗迹，罗马天主教教会的法律，商人的法律，城市的法律，各地的领主、地主或者国王的法律，等等（see Berman 1983；Ullmann 1969）。特别是习惯法，往往具有多种形态。“在同一个王国、城镇或者村庄，甚至在同一个家庭内部，往往有许多不同习惯法。9 世纪的里昂大主教亚哥巴德（Agobard）曾经说过一段或许略微有点夸张的话，‘这种现象是很常见的：五个人聚在一起的时候，他们很快就会发现，他们居然生活在不同的法律之下’”（Morrall 1980）。并不能将所有这些法律都概括为“制度化的规范实施”。因此，若将法律定义为“制度化的规范实施”，则所有这些被当时当地的人们看做法律的现象都不能算作“法律”。这样，就削弱了法律事实上的多元性：只有那些具备了国家法的抽象特征的规范才可能被当做“法律”。即使今天，这种影响依然存在。例如，如果以制度化的规范实施作为标准，则自然法的整体，以及国际法的许多很重要的方面都不能算作“法律”。因此，虽然采纳了这条进路的法律多元主义者们声称他们是反对法律中心主义的，但事实上他们却在无意中助长了法律中心主义模式。

桑托斯的理论中的法律和法律多元主义

从本质主义以及功能主义的角度来定义法律和法律多元现

象，往往存在许多问题。下面将简要分析一些具体的例子，以便更好地说明这个问题。桑托斯对法律多元主义（特别是全球化背景下的多元主义）的论述，也许是迄今为止最为精致的。他（1995：428～9）这样定义法律："在一个特定的社会群体中，被认为是与'司法'有关的一系列制度化的程序和规范性标准，其作用在于通过辩论性的对话和强制力的威胁来防止和解决纠纷（尽管它事实上也可能造成纠纷）"。由于这个定义强调制度化的程序，规范性的标准，以及强制力的威胁，它与韦伯和霍贝尔提出的定义（制度化的规范实施）有一定相似之处。最主要的不同在于，韦伯和霍贝尔强调法律是由**公共**机构制定和实施的。桑托斯对法律的定义是以功能主义为出发点的：法律的功能在于通过实施规范和解决纠纷来维持一个群体内的规范性秩序。同时，他的定义也可以说是本质主义的：他具体地指出了在他看来那些体现了法律本质的特征——任何缺乏这些特征的社会实践都不是法律。

桑托斯（p. 429）承认，这样一种宽泛的定义"很容易导致法律的琐细化"，因为从字面上来说，这个定义意味着法律是无处不在的。尽管他承认，依据他的定义，"社会中存在许多种类的法律秩序，"但他试图对这些法律秩序的范围加以界定，具体的做法是将注意力集中到"资本主义社会中社会关系的六种结构性集合体（structural clusters）"（ibid.）。第一种是**家内法**（domestic law）："在家庭内部的社会关系中产生，并且逐渐积累下来的一系列规则、规范性标准以及纠纷解决机制"（ibid.）。第二种是**生产法**（production law）："工厂和公司的法律，用于调整雇佣劳动关系日常生活的规范标准，包括工厂规则，车间规章，以及雇员行为准则等"（p. 432）。第三种是**交易法**（exchange law）："市场空间的法律形态——调整生产者之间、生产者与商人之间、商人之间，以及作为一方的生产者与商人和作为另一方的消费者之间的市场交易的贸易管理、规范性标准等"（p. 434）。第四种是**社区法**

（community law）（“最复杂的法律形式之一”）：“它可能被掌权者利用，也可能被受压迫的群体利用；可能助长帝国主义的侵略心态，也可能为那种受压迫的、防卫的心态提供辩护；它可能起源于固定的，不可逾越的权力支配关系，也可能只是在缺乏此种权力支配关系的社会环境中运作”。（ibid.）第五种是**地域法或国家法**（territorial or state law）：“公民的法律；在现代社会，这种法律居于法律星座的核心”（p. 435）。第六类是**体系法**（systemic law）：“世界范围内的法律形式，即用来调整世界范围内的核心/边缘关系以及国家之间的关系的规范和规则性标准的总称”（p. 436）。尽管桑托斯将法律划分为不同的集合体，但他已经认识到，这些不同的法律集合体往往相互重叠、相互依赖。特别是国家法，它对其他的法律集合体都有影响。国家法往往有一种扩张的倾向，它是“惟一能够自我反思的法律形式，也就是说，它是惟一的自认为是法律的法律形式”（p. 429）。

桑托斯的理论是非常精致的，在这里，不可能对它作出详尽的重述或批判，而只能提出我个人对它的一些看法。与其他所有的关于法律与社会关系的理论（包括我所倡导的理论）一样，检验这些理论的终极标准，就是看它能否（或者在多大程度上）解释社会中的法律现象。在这个方面，桑托斯的理论有一个很明显的缺陷：它似乎将法律看做一种事实上无处不在的现象。面对法律多元主义经常遭受的那个质疑——“法律与社会生活的界线究竟在哪里？”（Merry 1988：878）——桑托斯的回答事实上就是：社会生活大部分都是法律。通过全面地对社会现象加以重新命名（relabelling），桑托斯事实上给社会生活抹上了一层“司法”的色彩。导致他的理论无所不包的原因之一，就在于他提出的各个集合体之间的界线往往是含糊不清的。尤其是“社区法”，似乎没有任何具体的、可以识别的内容，这就使得我们很难判断某一种具体的社会现象究竟是否属于社区法。而且，有时很难判断一种集合体与另外一种集合体的界线何在，这就加剧了

他的理论给人的感觉：法律是无处不在的。

除了这些一般性的问题，他的进路还存在一些明显的、比较具体的问题。桑托斯将一些社会规范也纳入“法律”的范畴，其中一个例子就是他（Santos 1995：429）所谓的家内法。他认为家内法是“非正式的，不成文的，深深嵌入家庭关系之中，甚至很难察觉它有自主的一面。”这种说法似乎并不符合他对法律的定义。调整家庭内部关系规范是否为“制度化的、以强制力为后盾的程序和规范性标准”，是一个尚无确定答案的问题。非正式的、不成文的、深深植根于家庭关系中的“法律”，听起来颇似前面提及的对法律的第一种类的定义（即那种关注人们的行为模式的定义），而桑托斯对法律的定义明显属于前面提到的第二类（即强调制度化的规范实施）。桑托斯研究法律的进路不可能同时采纳前面提到的两种对法律的定义，因为它们指涉的是从实体上来说完全不同的两类现象（see Tamanaha 1997：111～14）。

而且，将“法律”这个标签贴上家庭内部的、非正式的、不成文的规范，究竟有什么好处（无论是分析的，还是工具性的），也是值得怀疑的。使用这个标签并不能帮助我们分析家庭内部的关系；相反，由于这样的用法对大多数人来说是陌生的，它可能引起混淆。而且，这种说法在政治上也是很有问题的。譬如，尽管美国的国家法禁止家庭暴力，但直到不久以前，美国许多社区的主流文化实际上默许丈夫对妻子的暴力。如果依据桑托斯的分类，似乎可以说：家庭暴力是被“国家法”禁止的；但依据“家内法”，则是可以接受的。甚至可以说，家庭暴力是“家内法”的内在要求，因为桑托斯对法律的定义中包含“强制力的威胁”，而家庭暴力则可以说是一个家庭内部强制力的最明显的例子。因此，“家内法”这个概念可能让那些反对家庭暴力的人感到不安，因为“法律”这个概念往往带有一些象征性的意味：符合法律的，往往也是正当的。例如，为了论证家庭暴力 184
的正当性，第一个人指出，此种行为符合“家内法”；而另一个

人声称，他的父亲以及他的朋友都认为殴打妻子是正当的，无论国家的法律有什么样的规定。显然，前者的论证更有说服力。

这个例子揭示了一个问题：许多惯例性质的做法其实是很糟糕的。许多法律多元主义者往往倾向于反对国家法，美化非国家的规范体系——例如，他们抨击法律中心主义。桑托斯自己承认，每一种“法律”或者“法律多元主义”的概念都必须通过其政治价值来判断，特别是其消除压迫的能力；而恰恰是在这一点上，他的概念很可能被滥用。事实上，桑托斯已经认识到法律多元主义中所包含的那种浪漫主义的倾向（see Twining 2000：228）。他很清楚，非国家法律的某些形式可能很糟糕。他主张依据政治标准来区分和评价不同种类的法律。问题恰恰在这里，因为政治方面的影响总是取决于具体的情境，而不能一致地适用于所有的情形，也不能在制定框架前就预先确知。那些出于政治原因而不分青红皂白地批判法律中心主义的人，恰恰犯了这个错误。因为国家法律在许多情况下可以被用来实现一些良好的目标——譬如，人们可以用国家法来消减那些压制性的规范和做法所造成的压迫。

然而，问题并不仅限于此。依据桑托斯的理论，同一规则可能属于好几个集合体，这就可能导致严重的混淆。这里涉及的不仅仅是边缘性的法律现象，而是涉及法律的核心形式（core instances）。商人习惯法（Lex mercatoria）就是一个很好的例子。桑托斯（1995：434）明确地将商人习惯法列为交换法的一个例子。然而，它显然也是全球法的一个主要的例子，因此也属于桑托斯的分类中的体系法。他（p. 436）对商人习惯法的论述并不足以澄清这个问题：“总体而言，商人习惯法或者是交换法与生产法的混合而运作，或者作为交换法与体系法的混合而运作。”可以看出，桑托斯认为，商人习惯法既是交换法又是体系法。那么，说它是二者的**混合**有什么意义呢？混合意味着两种不同元素的结合，但它对法律各个种类的构建似乎意味着商人习惯法同时

属于二者。但他因为使用了一个析取命题，从而引发了更多的问题。因为商人习惯法是在全球范围内运作的，所以，从性质上来说，它好像是体系法的一种形式；然而，前面“或者……或者……”的说法意味着：当商人习惯法是交换法与生产法的混合的时候，它就不是体系法的一种形式。或许桑托斯可以通过进一步的努力来澄清此类混淆。然而，这些（以及其他可能出现的）例子再一次引发了一个争论已久的问题——用这样的方式看待法律，往往引起很大的混淆，它的弊端可能超出了它所带来的好处。

事实上，很难说将下列种种现象都纳入“法律”的范畴究竟有什么好处：家庭内部的社会关系，公司的“法律”，调整雇佣关系的种种规定以及规范性标准，市场的“法律”，那些被统治者、受压迫的群体或者具有帝国主义侵略欲望的群体所利用的规则，世界范围内的“法律”形式，国家法，等等。考虑到它们种种复杂而多变的表现形式，这些现象之间的不同之处远远超过了它们的相同之处。如果说它们之间有什么根本的共同特征的话，那就是：它们都牵涉到规则。可以用“规则体系”（rule system）的概念来概括这个共同的特征，并且可以断言：许多社会领域都体现出规则体系的多元性。这样的概括并不会造成任何信息的丧失。而且，这样的概括不会导致那种与人们的直觉背道而驰的结论——大部分社会生活都是法律。相反，从这个概括推导出来的结论是不会有什么争议的：社会生活中，规则体系是很普遍的（see Winch 1958）。

桑托斯（1995：115）意识到了他的观点可能遭受的这些显而易见的批评，但他轻率地否定了这种批评的合理性：“或许可以追问：为什么要将这些相互竞争并且相互补充的社会秩序机制称为法律而不是‘规则体系’、‘私政府’（private government）或者其他名称？这个问题只能用另一个问题来回答：为什么不这样做呢？”事实上，与其将它们称为“法律”，不如将它们称为

“规则体系”等，因为“规则”之类的概念能够使我们对这些现象进行更为细致的区分，因此也有利于发掘更多的信息。

桑托斯（ibid.）认为他的观点有一种重要的价值：“对法律的一种比较宽泛的理解，以及对现代社会中存在的多元法律秩序的关注，有助于分析现代法律作为一种社会调整机制的全面影响，同时也有助于展示法律将人们从传统的束缚中解放出来的潜力”。如果这种解放的潜力是一种重要的考虑，那么，就必须重视分析和分析性工具的清晰度及说服力。在这个方面，桑托斯对法律多元主义的分析还难以让人满意。

托依布纳关于法律多元主义的自创生进路

贡塔·托依布纳认为，法律多元主义者对法律的定义存在两个问题：他们不能将法律与其他类型的社会规范区分开；而且，仅仅用某种单一的功能来定义法律，有过于狭隘之嫌。对这两个问题，他的解决方案是一个“话语的转变”（linguistic turn）。依据自创生理论，法律包括所有使用“合法/非法”这种二元符码的沟通。这条用于识别法律的进路排除了那些“单纯的社会惯例或者道德规范，因为它们并不是以合法/非法的二元符码为基础的”（Teubner 1992：1451）。

在这里，有必要详细地引述托依布纳（Teubner 1997：14～15）对法律多元主义的描述：

> 如果能够实现这种“话语的转变”，那么我们关注的焦点就会从结构转向过程，从规范转向行动，从统一转向分化；而就法律原型（legal propruim *）的识别而

---

* 托依布纳在原文中使用的是拉丁语 Lex propium。关于这个术语的翻译，参考了张嘉尹教授《系统理论对于法全球化的考察》一文，特此致谢。——译者注

言，最重要的则是从功能转向代码。这种转变能够使世界范围内的法律多元主义更具活力，同时，也能够将“法律”行动与其他的社会行动区分开来。对法律多元的定义，不再是“一个特定社会领域存在的多种相互冲突的规范”，而是“通过合法/非法的二元符码来讨论社会行动的沟通过程的多样性”。纯粹的经济性质的算计、传统或者道德规范、交易的惯常模式等，都被排除在外。但是，如果这些非法律的现象在沟通过程中以合法/非法这种二元符码表现出来，它们就应该被纳入法律多元的研究中来。正是这种对法律代码的直接或者间接的引用，构成了法律多元这种现象：包括国家的官方法律，也包括非官方的法律（如调整世界市场的法律）。

为了避免误解，我必须立即补充一点：这种合法/非法的二元符码，并不仅仅适用于民族国家的法律。这绝不是“法律中心主义”。它坚决地摒弃任何一种认为某一种法律（如民族国家的官方法律、联合国的法律以及国际组织的法律）具有某种优越性的主张。相反，它认为社会中存在多元的法律话语（legal discourses）。

对一个从事跨国贸易的商人来说，“法律”可能包含在许多不同的“法律话语”之中：这种“话语”可能是关于国家法的，可能是关于“私性正义”（private justice）规则的，也可能是关于“私政府”所确定的规则的（这些“私政府”在全球社会领域的行动和结构的相互构建中发挥着重要的作用）。决定它们的地方性、国家性或者全球性的，并不是民族国家的法律，而是关于有效性主张的象征性表述。法律多元现象的多样化层次，总是导致规范性的预期。但要注意，这里所说的法律多元，并不包括单纯的社会习惯或者道德规范，因为

187 它们并不是建立在合法/非法这个二元符码基础之上的。它们可能发挥多种功能：社会控制、解决冲突、稳定人们的预期、调整社会关系、协调人们的行为、规训人们的肉体和灵魂，等等。在地方性和全球性的法律多元现象中，决定何为“法律原型”的，既不是结构，也不是功能，而是二元符码。

与先前定义法律的尝试相比，托依布纳关于法律或法律多元主义的理论所具有的优点恰恰是他在前面这段文字中指出的。它用一种相对更为明确的标准将法律与非法律的现象区分开来；同时，它对法律可能具有的各种功能也保持开放的态度。它并不像先前讨论过的那些理论一样企图通过法律的本质特征来定义法律（当然，正如下面的讨论将要揭示的，它可能是另外一种意义上的本质主义——它对法律的性质作出了一系列功能主义和自创生的预设）。托依布纳只是说：法律是人们用合法/非法的二元符码进行讨论的任何现象。

这条新颖的进路能够为我们对法律及法律多元主义的理解提供许多有益的洞见，但它也包含着若干严重的缺陷。首先，它未能避免某些与功能主义分析相关的问题；其次，该进路区分法律现象与非法律现象的方法，也有一些问题；最后，仅仅通过“沟通”来理解法律，恐怕也是很有问题的。但是，这些问题，大多与他的自创生理论相关，而与他提出的这种识别法律的具体方式无关。

自创生理论最初是由卢曼提出的。这种理论的性质从根本上来说是功能主义的。本书中多次用到 functionalism［“功能主义”］这个词。为了避免混淆，在这里有必要将这个词的两种不同的含义明确地区分开来。第一种是社会学领域所说的“功能主义”（Functionalism，以大写的 F 开头）［以下简称“大功能主义”］。这条进路的公认的创始者是涂尔干。他的基本观点是：

社会可以被看做是一个由若干相互依赖的子系统构成的有机体，这些子系统对社会这个整体的生存发挥着重要的功能。而第二种“功能主义”（functionalism，以小写的f开头）［以下简称“小功能主义”］则是指那些通过法律在维持社会秩序以及协调人们的行为预期等方面的功能来理解法律的做法。换言之，依据“小功能主义”，法律就是它所做的事情，而法律所做的事情就是维持社会秩序。所有主张“大功能主义”的理论家都认同“小功能主义”法律观；但那些持有“小功能主义”法律观的理论家并不一定都赞同“大功能主义”，事实上大多数都不赞同。而法律概念的种类并不能依据这样的方式区分开来。例如，马林诺夫斯基主张“大功能主义”，而埃利希则主张“小功能主义”。

在当代主张“大功能主义”的理论家中，卢曼是最为著名的（see Barnes 1995：37）。在卢曼（1985；1982）看来，法律是社会中的一个自主的、分化的子系统。他认为，法律的功能在于协调人们的规范性行为预期，而在这个过程中它也发挥着协调社会秩序的作用（1985：82）。尽管托依布纳的自创生理论与卢曼的理论有诸多差异，但他们都认为法律与社会之间存在紧密的功能性联系。托依布纳（1988：212）写道：“在我看来，‘法律与社会’之间历史性的联系必须被理解为一种结构上耦合的（structurally coupled）自创生系统的共同演化。”这样，尽管与大多数法律多元主义者相比，托依布纳对于法律可能发挥的作用保持一种更为开放的态度——“社会控制，解决纠纷，协调行为，以及规训人的肉体和灵魂”（Teubner 1992：1451～2）——而且他也没有使用其中任何一种功能来**识别**或者**定义**法律，但他仍然认为法律从根本上来说具有功能性。对此，他在前面的一段引文中已有明确的表述，“法律多元的多样化层次，总是导致规范性的预期”；而且，他对法律的各种功能的讨论都以法律对人们行为的控制和协调为中心而展开。

依据自创生理论（以及经典功能主义理论），法律对于整个

社会系统的存在和正常运作都是必需的。因此，托依布纳的进路无法摆脱所有以功能为基础的分析进路所具有的局限。它遮蔽了那些从性质上来说并不具有功能性的法律可能引起的效果或者后果。“一种功能主义的理论仅仅关注那些能够帮助我们理解系统的均衡功能的运作及其效果”（Barnes 1995：40）。而且，尽管它承认，在有些情况下，法律可能在一定程度上出现难以正常运作的情况，但它不承认这样的一种可能性——当法律作为一个整体出现“功能失调”的时候，社会并不必然走向崩溃。所有的功能主义理论都面临一个共同的问题：诸如“社会的崩溃”，正常或非正常的状态，均衡或者非均衡的状态等概念，都是有问题的，而且也很难将这些概念具体化（see Maniacs 1987：158～60）。正是“法律对维持社会均衡具有关键性的作用”这种观点，使得对法律的这种定义具有了本质主义的色彩；这种理论将法律－社会关系的某些最根本的特征当做法律（作为一个自创生系统）性质的一部分。

从较深的层次来看，托依布纳分析法律的进路包含着一定的矛盾：一方面，他依赖因袭主义来辨别法律（法律是人们用合法/非法的二元符码来表示的任何现象）；另一方面，他又从功能主义的角度来理解法律与社会的关系。这两方面的结合可能使托依布纳的理论包含着某种内在的冲突，因为“因袭主义与传统的功能主义对社会现象的解释是明显不同的”（Marmor 1998：526）。前面对哈特理论的讨论中已经提到这一点。由于存在功能替代物或者功能等价物，惯例性质的做法不一定能满足功能的需求。一种特定的功能需求可能由许多惯例性质的做法来满足，无论这些做法是否被视为“法律”。而且，也没有理由假设那些被视为“法律”的社会实践事实上发挥了自创生理论认为法律应该发挥的作用。某种因袭的做法在一个特定社会领域的出现，以及人们对它的命名，往往是包括功能需求在内的社会、文化和历史等许多因素共同作用的结果。托依布纳在其理论中做了一个不

甚可靠的假设：一个因袭的“代码”能够正确地辨别“法律”——那些在功能上与社会形成了“结构性耦合”的现象。

托依布纳对法律的描述所存在的问题，并不仅限于它通过功能来定义法律的倾向。尽管他提出了一个能够将法律与非法律的现象区分开来的比较新颖的方法，但这种方法也存在严重的缺陷。第一个问题在于：哪怕仅仅是在一个简单的对话或者仅仅是在一句话当中，他用来区分法律与非法律现象的方法可能并不能实现其目标。可以设想这样一个情形——两个从事股票交易的人，在是否利用内部消息进行交易的问题上，进行了下面的对话：

史密斯（Smith）：“在明天 NEWCORP 公司的收购完成之后，该公司的股票价格至少会上升 50%，甚至可能达到 100%。如果我们现在购买的话，我们将会赚几百万。”

琼斯（Jones）：“你说得对，如果我们这样做，我们可以轻而易举地使我们的资产翻一番。但这样做是非法的，我们可能被发现。我们甚至可能被送进监狱”。

史密斯：“虽然这样做是非法的，但我们被抓获的可能性很小。如果这样做，我们很快就会暴富；所以，冒险是值得的”。

琼斯：“虽然我们可能不会被送进监狱，可这样做仍然是非法的，也是不道德的。做违法的事，本身就是不道德的。而且，即使利用这样的信息并不违法，我们这样做对其他人来说都是不公平的。犯罪以及做不道德的事情，永远都是得不偿失的。”

前面这段对话，除了琼斯对道德的敏感程度似乎有点夸大之外，总体来说是很现实的。那么托依布纳将如何解析这段对话中

190 包含的“沟通代码”呢？在分析这个问题之前，有必要指出：如果有些读者认为前面这段话并不是“法律”的一部分的话，说明这些读者未能理解自创生理论的一个特征——该理论是极端地依赖于沟通的。

> 依据合法/非法的二元符码来描述社会行为的**任何做法或者话语**都可以做看做法律体系的一部分，**无论这些行为或者话语出自何人或者何种场合**。从这个意义上来说，法律体系并不限于正式的法律机构的活动。（M. King 1993：223～24，着重号为本书作者所加）

在前面的这段对话中，对话的两人谈到了合法/非法的二元符码，因此，从理论上来看，这个对话可以被看做法律系统的一部分。

史密斯的第一段话完全是一种经济上的计算，所以这段话涉及的是经济，而非法律。琼斯的第一段话，首先讲经济，然后转向法律，所以他的第一句话并不是法律子系统的一部分，但第二句和第三句则是。

史密斯的第二段话首先讲法律，然后讲经济。事实上，这段话还是比较复杂的，因为在第一句话中他不只谈到“非法”，而且谈到“被抓获的可能性很小”。他是从交易成本的角度来讨论违法行为的，这就使这句话同时具有了法律和经济两个方面的性质。

同样，琼斯的第二段话也比较复杂。他在第一句话中同时提到了法律和道德。而且，第二句话（做违法的事，本身就是不道德的）将法律与道德的“沟通代码”糅合在一起了。相似地，第三句话（犯罪以及做不道德的事情）更是同时包含道德、法律与经济三个方面的因素。

可以将这个本来已经很凌乱的情景进一步复杂化：假设史密

斯是股票与交易委员会的一个便衣侦探，他与琼斯对话的目的在于查清琼斯是否涉嫌内部信息交易。甚至可以更进一步假设琼斯知道史密斯的真实身份和目的。这正是他为什么表现得很正经的原因。由于托依布纳认为无论直接还是间接地提及合法/非法这个二元符码的沟通都是法律的一部分，而且琼斯和史密斯二人在整个对话过程中实际上都意识到了合法/非法的问题，所以似乎可以将整个对话过程都当做法律。

这样，从自创生理论的角度来分析，一个原本很简单的对话就变得异常复杂了。这个对话中的每一句话是否可以被看做“法律”的一部分，是一个可以争辩的问题。主张自创生系统的理论家们认为，“一项沟通可能同时存在于若干系统并且在每一个系统中都具有意义”（p. 224）；所以他们可能并不会因为这样的分析而感到为难。但是，它确实让我们产生这样的疑问：法律多元主义者们采纳这种自创生理论究竟有什么意义？托依布纳提供了一个能够相对明确地将法律与非法律的现象区分开来的标准，但这个标准同样包含着复杂的分析性问题，而且这条标准可能将某些在大多数人看来并不是法律的现象——譬如前面这段对话，以及对话中的某些部分——也包括到“法律”中来。

托依布纳对法律多元主义的分析进路还存在一个问题：该理论认为法律体现在沟通的过程中。如果仅仅通过沟通来理解法律，则无法看到法律的实质性的权力和效果。正如托依布纳（Teubner 1997：12）自己承认的，当我们以“沟通”为中心来理解法律的时候，惩罚就“退到了幕后”，“不再像过去一样在法律的定义中占据核心的地位”。也许惩罚并不是法律所必需的，但承认这一点并不意味着我们应该走向另外一个极端——在讨论“法律”时完全忽视惩罚的作用。事实上，国家法之所以具有权威，至少部分原因在于强制力的威胁。如果像自创生理论一样将法律概括为沟通，则纯粹的暴力将被排除在法律之外——暴力最多只能被看成是作为沟通的法律所引发的一种效果或者后果，或

者是法律的环境的一部分。然而，至少就法律的某些表现形式（特别是国家法）而言，有必要提出某种更为恰当的分析性工具——一方面要承认实质性的权力对法律的存在具有核心的作用；另一方面，则要排除那些边缘性的现象（譬如两个人针对某种犯罪行为的讨论）。

以上对托依布纳理论的所有批评都牵涉他的理论的基础——自创生理论和功能主义。但是，这些批评并不是要否认托依布纳在理论上的贡献。前面已经提到，托依布纳是通过社会行动者们的理解来界定法律的——法律包括所有涉及合法/非法的二元符码的沟通。尽管托依布纳将此称为对法律的一种“定义”（ibid.），但将它看做一种用来辨别法律的标准，或许更为恰当。这个标准依赖于社会行为者们使用“法律”这个词语的具体方式。这一点，恰好也是非本质主义的、因袭主义进路的基本洞见。

法律多元主义的因袭主义版本

本质主义，以及作为替代的因袭主义

在过去的一个多世纪里，法律理论家和社会科学家们都试图从“法律是……”的角度来界定“法律”这个概念。通常，他们会从法律的制度化特性、法律的功能等角度提出一个比较抽象的定义，诸如：法律是制度化的规范实施，法律是制度化的纠纷解决，法律维持社会秩序，法律协调人们的行为预期，法律整合社会关系，法律是政府的社会控制机制，等等。该进路代表了一种本质主义的法律观，因为它预设法律是一些可以被概括到一种公式化的描述中的现象。从这些尝试中，从事社会－法律研究的学者们逐渐认识到：世界上存在许多种类的规范和规则体系，有许多实施规范的机构，许多解决纠纷的办法，也有许多协调人们

的行为、整合社会关系，以及维持社会秩序的机制。

尽管每一种说法最初都是为了给法律一个“定义”，但最好还是将它们理解为一些以功能为基础而对法律所作的分类。只要去掉每个定义前面的“法律是”这几个字眼，这一点就显而易见了。这些“定义”立即转变为“种类”，例如：“制度化的规范实施”（如棒球俱乐部、公司、国家法等）；“制度化的纠纷解决”（包括社区调解、商业仲裁、国家法等）；“对行为预期的协调”（如习惯、语言、国家法等）；“政府的社会控制”（由政府支持的教育和宣传，税收政策的调整，以及国家法等）。在每一个种类中，国家法都是其中的成员之一。这只能说明，国家法是有多种用途的。尽管不同种类的构成部分之间可能有重叠（如国家法），但任何两个种类都不能完全重合，因为每一种类都由不同的元素构成。而且，除了国家法，没有其他任何一个元素同时属于这些种类。这些研究表明：每一类都不仅仅限于国家法；同时，也没有任何一类能够包含国家法的各个方面（须要记得，国家法可以做、而且事实上被用来做许多没有包含在前面种类中的事）。

前面已经多次提到，如果从功能的角度来定义法律，往往要么过于宽泛，要么过于狭隘。说它们过于宽泛，是因为它们往往包括公司以及家庭内部的规范性调整，这样就使得“法律”这个概念实际上包含了所有的社会调控机制以及制度化的规范实施。说它们过于狭隘，有两个原因：第一，通过一种具体的功能（如社会控制）来定义法律，就会将法律可能做（或者被用来做）的其他许多事情排除在外，进而人为地阻碍了我们对于法律的其他功能的研究和观察。第二，这些定义常常排除许多通常被认为是法律的现象。例如，自然法、宗教法以及习惯法等，往往缺乏专门的实施机构，也并不一定致力于维持社会秩序，因此并不符合这些“法律”的定义，尽管人们通常将它们视为法律。

这些试图从本质的角度定义法律的尝试之所以失败，应该对

我们有所启发——我们提出以及回答“法律是什么”这个问题的方式可能存在一些缺陷。这个问题之所以如此棘手，根源在于这一事实：法律完全是一种文化建构。何为法律以及法律的功能是什么，这些问题不可能被概括到一个单一的概念或者定义之中。法律就是那些被我们贴上了“法律”这个标签的各种各样的、发挥着各种功能的现象：在较为概括的层面上，它包括自然法、国际法、国家法、宗教法，以及习惯法等；而在比较具体的层面上，“法律”的种类则近乎无限——例如商人习惯法、马萨诸塞州的州法、巴洛兹人（Barotse）的法律、纳粹德国的法律、纽伦堡审判、世界人权宣言，以及国际法庭，等等。尽管这些现象都被贴上了“法律”这个标签，但它们并不是某种单一现象的变体，相反，它们是很不相同的现象，各自做并且/或者被用来做许多不同的事情。不存在“法律是……”；存在的只是不同种类的法律，只是那些被称为“法律”的各种不同的现象，以及法律的不同的表现形式。

如此说来，现有的种种对于“法律”的定义不能概括法律的本质，也就不足为怪了——法律没有本质。所以，一个非本质主义的法律概念要求我们将法律看做一种空洞的（empty）现象，
194 或者至少不应该预设任何内容和性质。但是，如果没有内容，就根本不可能有概念。所以，要构建一个法律的概念，是一项不可能完成的任务。我们需要的，是一种识别法律的方式；但这种方式不是一个概念（“法律”），而是一个类似于托依布纳所采纳的具体的标准。让我再重复一遍：法律就是人们在社会实践中识别并当做“法律”的任何现象。如果说这条分析法律的进路看起来有点奇怪的话，是因为我们的思维已经习惯于本质主义进路。读者可能对这条进路不太适应，因为他们觉得法律的定义必须更为明确更为具体。事实上，从法律的种类以及表现形式来看，法律总是具体而明确的。但是，法律表现形式的独特的内容取决于社会行动者们，而不是理论家们，这些理论家们往往认为被他们

称为“法律”的那种单一的现象是一个具有一些本质特征的抽象概念。

所以，当一个社会领域中的人们在具体的社会实践中承认两种或者更多的“法律”的时候，就存在“法律多元”的状态。这种情况是很常见的。在一个很重要的方面，这条进路与大多数法律多元主义的进路不同：依据典型的法律多元主义进路，当说到法律——譬如“制度化的规范实施”或者“半自主社会领域的自我调整”——是“多元”的时候，通常是指在一个社会领域中存在多种形式的制度化的规范实施（公司、运动俱乐部），或者许多自我调整的半自主社会领域（如服装行业、大学或者家庭）。这种多元性指涉的，是一种单一的基本现象的多种表现形式。与之不同，我认为“法律”这个标签可以被贴上许多非常不同的现象——它有时（但不总是）涉及机构或者体系，有时（但不总是）与具体的行为模式相联系，有时（但不总是）使用暴力。所以，我讲的多元性指的是被贴上了“法律”这个标签的现象的多样性，而通常所讲的法律多元主义则是指某种现象（即他们定义的“法律”）的多元性。

195

分类构建

在这里，有必要讨论在用这种因袭主义进路识别法律时，可能产生的一些很复杂的影响。在此之前，出于方便的考虑，我沿用了哈特提出的一系列概念：原始法或习惯法、国际法、国家法、宗教法、自然法，等等。然而，这些概念从某种意义上来说是不恰当的：它们往往给人一种错觉，似乎以上种种被称为“法律”的现象之间存在某些共同的特征。事实上，将它们当做不同种类或许是可以接受的，但这种分类的基础只是它们共有的标签，而不是任何共同的特征。如果仔细考察社会领域中的因袭用法，我们将不难发现：那些被贴上了同一个标签的现象之间可能没有什么共同之处。例如，某些原始法可能包含制度化的规范实

施，而另外一些原始法则缺乏这种特征。当然，实际情况要复杂得多，因为没有一个群体认为他们的法律是“原始法”。那只是法律和社会学理论家们使用的一个标签而已。“习惯法”也有许多不同的表现形式；在有些地方，只有在获得国家法认可之后，它才被当做法律。“自然法”这个标签下包含的现象也很复杂。最后，国际法从某种意义上来说根本不构成一个独立的法律种类，而只是法律的一种表现形式（只由一个元素构成的一类）。这些问题值得我们认真对待。问题不仅仅在于我们可能只是在拿苹果和桔子作比较，而且在于，用语的不一致可能使我们将某些原本没有什么共同特征的现象归为同一类。

一个关键的分析性区别（analytical distinction）将有助于避免这些问题。在具体研究的时候，必须区分两个层次的概念：那些被研究的人们所理解的概念，以及从事这项研究的理论家们所理解的概念。从阿尔弗雷德·舒茨（Alfred Schutz 1962：5～7）和克利福德·格尔茨（Clifford Geertz 1983：57～8）所提出的解释理论（interpretive theory）的角度来看，后者属于“第二层次的建构物”（“second level” constructs）：这些概念是由社会科学家或者理论家们构建出来的，体现了他们的利益和观念。这些第二层次的概念是以第一层次的概念（即那些被研究的社会行动者们的理解）为基础的，但并不局限于第一层次的概念。

本书中的一般法理学将构建（至少）两个系列的、性质不同的种类：第一系列由因袭地使用的标签构成，而第二系列则以抽象出来的特征为基础而构成。由于这两个系列的种类都是由理论家们创造出来的，因此可以说它们都是第二层次的建构物。它们的区别在于：它们是以不同的方式建构起来的。第一系列主要关注外行人对法律的理解，而第二系列则更多地体现了理论家们
196 对法律的基本特征的概括。二者的出发点是相同的：从因袭主义的角度来理解法律。然而，正如下面的讨论将要揭示的，它们走向了完全不同的方向。以第二层次的特征为基础，还可能构建出

其他的分类。不过这里主要讨论这两个系列，这样做的原因在于：迄今为止，理论家们通常都致力于构建第二系列的种类。这样做固然是有价值的，但是，一般法理学要求我们必须关注第一系列的法律种类。

第一系列的种类由因袭地使用的“法律”标签构成：例如，国家法、自然法、习惯法、本土法、国际法、跨国法、宗教法，以及可能存在的其他的任何法律种类。所有被认为是国家法的现象都被归为国家法，所有被认为是宗教法的现象则被归为宗教法，依此类推。这些都是因袭的分类。有必要指出，除了它们被贴上同一个（一般性的）标签之外，每一种类内部的各个成员之间并不必然存在其他的共同特征；事实上，它们可能与那些被因袭地归为其他种类的成员之间存在共同特征。即使如此，仍然有必要承认和研究为什么这些现象被贴上同一个一般性的标签，因为这一事实本身就具有重要的、特别是比较法上的意义。

第二系列的种类是这样得到的：首先，要从那些被因袭地贴上了“法律”这个标签的现象中抽象出一些基本的特征；然后，再将这些特征加以组合。只有在理论家们研究了那些被因袭地贴上了“法律”这个标签的各种社会实践和现象之后，这些以特征为基础的种类才能够形成。当理论家们的研究足够成熟的时候，他们就可能将这些种类发展成为类型学。以抽象出来的特征为基础的类型学和种类是一种分析性工具，用于实现构建这些种类的理论家们的目的。由于这些种类是以社会实践为基础，并且是从核心的特征中抽象出来的，就可以在同一层面上对它们加以比较。例如，第二系列的种类可能包含“公共的、制度化的规范实施”这样一个种类。但是，这与哈特、霍贝尔和韦伯所讲的“公共的、制度化的规范实施”是不同的，因为它并不是法律的一个概念或者定义。它是为了实现某种分析性目的而以国家法的抽象特征为基础而构建起来的种类，它只是许多种类的法律中的一种。197

在这个过程的终端，将是一系列以标签为基础的种类，以及以共同特征为基础的种类。这两个系列都必须对新成员保持一定的开放性，这是因为：社会行动者们总有可能在将来创造出一些包含“法律”这个词语的新的标签；他们也总有可能将“法律”这个标签贴上新的、具有不同的本质特征的社会现象（其中一个例子就是晚近发展出来的“本土法”这个标签，它在少数群体为自己的权利而斗争的过程中具有特别显著的意义）；而且，从第二系列的种类中抽象出来的特征往往取决于理论家的利益，而这些利益是可能发生变化的。在这两个种类内部以及在它们之间进行对比，很有可能产生大量的、有价值的研究成果。例如，具体的经验研究表明，国家法的某些表现形式可能缺乏由国家法派生出来的那些种类所具有的特征。可以举一个更为具体的例子：现代西方许多国家的行政法往往涉及对各种利益的平衡，并且被用来实现各种政策性目标的工具，因此并不一定就是初级规则和次级规则的结合，或者制度化的规范实施。

与现有的法律多元主义进路相比的优点

这条进路克服了前面讨论过的法律多元主义的主要缺陷——不能将法律规范和社会规范区分开来。法律是一个社会领域中的人们在他们的社会实践中因袭地称为“法律”的任何现象。任何没有被一个社会领域中的人们习惯性地视为“法律”的，都不是法律。举个例子，家庭内部的规范性关系，或者两个人关于“非法行为”的对话，只有在一个社会领域中的人们因袭地将这些现象称为“法律”的情况下，才可以被当做“法律”。事实上，那个困扰着现有的法律多元主义的问题，在因袭主义进路下并不是一个问题，因为这条进路根本不需要对法律加以“定义”。相反，它判断法律存在与否的标准，完全依赖于一个社会领域中的人们如何识别法律。与之相关，这条进路还有一个优点：它既不是过于狭隘，因为它不排斥任何被人们视为“法律”

的现象；也不过于宽泛，因为它仅仅包括那些被特定社会领域的人们认为是“法律”的现象（当然，从某个特殊的角度来看，它可能有过于宽泛之嫌，下文对此将有更为详细的讨论）。 198

因袭主义进路的优点还表现在另外一个方面：它能够使学者们在这个领域的研究中作出更为细致的区分。当法律多元主义者们谈到“规则体系多元主义”或者“规范多元主义”的时候，他们不能**同时**讨论“法律多元主义”，因为这样就会把后者与前者混为一谈。这种混同在桑托斯的理论中就有所体现，他承认“法律”多元也可以被称为“规则体系”的多元。同时，法律多元主义者们常常将法律多元与规范多元等同：“多元的法律或者规范秩序的共存，可以说是现代社会的一个普遍现象”（C. Fuller 1994：10）。然而，由于不能将法律与规则体系以及规范体系区分开来，法律多元主义者们在研究一个社会领域中的各种现象时，往往大而化之，缺乏细致的分析。

依据因袭主义进路，确定“法律是什么”的标准也发生了一个根本性的转变。例如，某些种类的法律（如习惯法以及自然法）虽然可能并不构成“规则体系”，但仍然可以被视为法律；而那些没有被因袭地称为“法律”的规则体系（如大学以及运动协会的规则）则不是法律，尽管它们是规则体系。这样，就可以将法律与规则体系区分开来。相似地，许多种类的规范（如大多数道德规范）并不构成通常所说的“体系”。所以，规范与规则体系不同，而规则体系又与法律不同。这样，学者们就可以根据不同的标准来确定规范多元主义、规则体系多元主义，以及法律多元主义，并且可以同时讨论三者，研究它们之间的关系——譬如是否有重合或者互动，如果是的话，这种互动是以什么样的方式发生的。如果采纳了因袭主义进路，那么我们不仅可以说存在法律种类的多元，而且可以说存在规则体系种类的多元，以及规范性调整机制种类的多元（“规范性调整机制”包括社会谴责，规则体系，以及“法律”的大多数表现形式）。这条进路有

助于更为全面地考察社会现象的复杂性。

这条研究法律和法律多元现象的进路能够使我们以一种新的视角重新审视那些旧的问题。例如，可以提出一个很有意义的问题：在一个特定的社会领域中，为什么“法律”这个标签被贴上了某种具体的社会现象？这种社会现象与其他被贴上了“法律”标签的现象之间存在什么关系？“法律”这个标签是否带有某些政治的、道德的、象征性的利益或者好处？这方面的一个很好的例子，就是通常所说的“习惯法”。在后殖民化的社会中，国家的法院常常引用他们所说的“习惯法”。我们在第5章中已经讨论过，不少法律人类学家认为，至少在某些情况下，所谓的“习惯法”规范往往是在殖民地的法律体系中
199 人为地创制出来的。这些社会中的人们也常常将某些规范体系称为“法律”，尽管这些规范与国家的法律体系所认可的规范可能并不完全相同。此外，这些社会中的人们也遵守某些习俗，尽管没有任何人将这些习俗视为“习惯法”。法律多元主义者们将国家对习惯法的认可称为“传统的法律多元主义”；他们摒弃了这条进路，而采取了所谓的“新法律多元主义”的研究（这正是本书所批判的）。对法律多元主义的这种人为的区分，缩小了研究对象的范围，同时也限制了可能提出的问题。而关于法律多元现象的非本质主义进路则从一个新的角度探讨这些问题，超越了新/旧法律多元主义的区分。社会学研究者们可以提出这样的问题：谁（社会中的哪个群体）在什么样的环境下，以什么理由判断什么是“习惯法”？“习惯法”与国家法是什么关系？它与社会中流行的习俗是什么关系（如果存在某种关系的话）？在一个特定的社会领域中，还可以对其他种类的法律（譬如宗教法、自然法，以及商人习惯法等），提出类似的问题。

宗教法是另外一个很有启发意义的例子。前面已经提到，桑托斯为分析法律多元而提出的六个法律聚合体中，他并没有专门

讨论宗教法，尽管宗教法在当今许多社会是真实地存在的。在某些社会（譬如伊朗以及阿富汗这样的神权国家），宗教法就是国家法；在另外一些地方，国家法吸纳了宗教法中的一些规范（如爱尔兰共和国），甚至承认宗教法实施机构（如以色列）；在许多社会，宗教法完全在国家法之外独立存在（例如过去以及现在的教会法），对民众来说是一种可以与国家法相抗衡的法律权威。假设特定社会域中的社会实践将这些现象视为“法律”，我在这里提出的法律多元主义进路将承认所有这些形式的法律，并且主张对它们进行具体的研究，包括它们与它们所在的社会领域中的其他形式的法律之间的关系，以及它们与其他社会领域中的各种法律的关系。

最后，与现有的研究法律多元的进路一样，这条进路也反对将国家法视为唯一的“法律”。这条非本质主义的进路承认那些与国家很少或者没有联系的法律形式。这些法律形式之间也没有什么等级之分：只有通过实际的调查研究，才能够确定它们在特定的社会领域中的实际影响。而且，这条进路对以下问题没有任何预设：特定法律的长处或者短处，以及它是否有效，是否正常发挥其功能，等等。

事实上，这条进路的一个优点在于：除了“法律没有任何本质”这个否定性的预设之外，它对法律没有其他任何预设；或者更确切地说，它并不预先确定人们会把“法律”这个标签贴上哪些社会现象。这也是为什么称它为“非本质主义”的原因。所有的一切都有赖于经验性的研究。这条进路还有一个优点：由于它对法律的内容没有什么预设，这就使得研究者在分析和评价的过程中能够保持一种比较客观而冷静的态度。它要求研究者以一种批判的、非情绪化的眼光来审视法律的各种表现形式和种类。每一种被贴上“法律”这个标签的社会实践都将受到仔细的研究，无论将这个标签贴上这些实践的是什么人：“黑社会”性质的犯罪团伙，狂热的革命家，那些声称要执行“上帝的法

律”的宗教原教旨主义者，或者是掌握着国家机器的官员。由于这条进路没有什么预设，而且使研究者与被研究者之间保持一定的距离，所以它能够帮助研究者对各种类型的法律进行批判性的评价，而这种评价恰恰是一般法理学所需要的。

打破僵局——回顾法律人类学

这条用于识别法律的因袭主义进路避免了以往那些企图对法律加以定义的尝试所包含的局限，而正是这些局限导致了人们在寻求法律的统一定义方面的僵局。然而，这并不意味着因袭主义进路一定能够成功地打破这种僵局。考虑到这个问题的复杂性，那样的想法未免有点幼稚。与其他进路一样，这条进路也有其弱点。在前面一章中，我们对其中几个比较严重的问题已有阐述：若要将一种现象当做法律，需要有哪些人以及有多少这样的人将“法律”的标签贴上这种现象？“法律”这个词的哪些用法可以说是因袭使用的？如何找到“法律”这个词在其他语言中对应的词？对于这些问题的回答能否让人满意，有待于这条进路的具体实施及其实际效果。

另外一个反对意见则来自那些认为法律必然包含着某些道德内容的人们（包括法学理论家）。例如，他们会强烈地反对将那些被犯罪团伙称为“法律”的现象当做法律。对于这种反对意见的回应是：毫无疑问，一个法律理论家完全可以从道德的视角来评价法律；但是，社会－法律实证主义在研究法律现象时采取的是一种描述性的进路，这符合它的社会－法律研究背景。经验告诉我们，尽管法律的许多表现形式（包括国家法）都宣称它们包含某些道德的内容，但这并不完全符合现实。因此，就法律的经验性研究而言，不应该在法律的定义中包括道德方面的要求。

在社会科学内部，反对意见可能来自至少两个不同的阵营。

“大功能主义者”（Functionalist，大写 F）不可能接受这种因袭主义的进路，因为他们在定义法律的时候做了许多预设，而因袭主义进路则抛弃了所有这些预设。本书前面的章节已经从不同的角度对这种“大功能主义”理论提出了批评，指出了它作为一种分析性框架所包含的一些缺陷。因此，在“大功能主义”与因袭主义这两条进路之间，是不可能达成妥协的。而那些从功能的角度来理解法律的“小功能主义者”（functionalist，小写 f）也可能对因袭主义进路持有一些怀疑的态度，因为他们已经深深地受到“法律具有功能性”这种观点的影响。但他们还是可能接受因袭主义进路的。正如在前面一章中强调的，我在这里的论点并不否认法律的各种表现形式（特别是国家法）常常在社会生活中发挥着重要的功能。这里的论点仅仅是：不应该将法律的功能包括到法律的定义中来，而且也不能完全通过功能来理解法律。由于因袭主义进路与“小功能主义”对于法律以及法律多元现象有许多相似的观点，所以有理由相信，“小功能主义者”可能采纳因袭主义进路。

社会科学内部的第二种反对意见可能来自那些认为“所有社会都存在法律”的人，特别是一些法律人类学家。因袭主义进路意味着，倘若某个社会群体中没有人使用“法律”这个词，那么这个社会中就没有法律。这样，似乎某些社会中就可能没有法律。考虑到传统社会中是否存在与我们今天所说的“法律”这个词相对应的翻译，这种可能性就更为现实也更为复杂了。在这里，有必要对这种潜在的反对意见加以回应，这不仅是因为这种回应本身是必要的，而且因为这里的回应能够揭示一个很有启发意义的现象：法律人类学在早期的阶段，曾经在许多方面与因袭主义相似。若能澄清这种联系，将有助于增强因袭主义进路的说服力。 202

首先，有必要对“所有社会都存在法律”（S. F. Moore 1978：215）这个论断加以初步的分析。除非是在“大功能主义”理

论——将法律看做所有社会系统中的一个必要的子系统——的语境下，“所有社会都存在法律”这个论断只是代表了一种政治上的观念（即使这个论断是由社会科学家提出的）。是否所有的社会都存在法律，既是一个概念问题，也是一个经验问题：首先要确定“法律”这个概念究竟指什么，然后通过经验性的研究来判断它所指称的现象在一个社会中是否存在。然而，“所有社会都存在法律”这个论断通常是在“法律”概念形成或者确定之前就已经被提出了。从这种（政治）观念出发，会导致很重要的概念上的后果：在试图定义法律的时候，持有这种观念的人不得不寻找某些在所有社会都存在的标准，否则就违背了“所有社会都存在法律”的论断。这对理论家们来说是一个很沉重的负担，因为他们不得不寻找某些在所有社会中都存在的普遍现象，但由于空间以及时间上的差异，这样的现象可能是很难找到的。

曾经有一段时间，特别是在人类学产生之初，在政治上来说确实有必要提出“所有社会都存在法律”。本书第 3 章中已经提到，在进化论盛行的 19 世纪中期，经历过启蒙运动的西方往往得意洋洋地将自己与那些“未开化”的民族作比较，而法律则被当做西方最具有代表性的成就之一：“没有法律，就没有文明，也没有秩序”（Field 1995：713）。那时候，这样的观点非常流行。也正是在这样的背景下，有些人类学家认为有必要证明：即使在那些“原始”的社会中，也存在法律。马林诺夫斯基的经典著作《蛮族社会之犯罪与风俗》，就是这方面的一个例子。

然而，社会已经发生了变化，如今很少有人会将法律与文明等同起来。而即使对于那些仍然坚持此种观点的人，也许可以用某种更好的方式回应他们：不妨提出某种用来衡量文明的更为恰当的方式，譬如一个社会如何对待该社会中最不幸的那些人。无论如何，通常情况下，大多数人已经抛弃了那些企图衡量文明程度的尝试，因为这样的尝试不可避免地带有种族中心主义的色彩。所以，从政治上来说，已经没有必要坚持认为所有的社会都

存在法律了。

在这样的背景下，我们可以直接面对那个经典的问题：在“原始”的社会中是否存在“法律”，以及与之相关的翻译问题。 203
当今世界上的每一个国家都存在法律，而且 law［“法律”］这个概念在世界上的大多数语言中也都有对应的翻译。这些翻译（包括当地语言中用来指称国家法的词语）都能够满足因袭主义进路的要求。所以，对于“法律”这个概念已经存在的翻译能够使我们辨别那些非英语国家的法律；而对于那些可能存在争议的情形，比较妥当的做法是将它们也包括进来。

然而，如果研究对象是已经消失了的、历史上的社会，或者所谓的原始社会，则情况就有所不同了，因为那些社会中的人们并没有将“法律”这个词翻译到他们的语言中——翻译是后来才有的事。若要翻译，或者在这样的社会中找到与英语中“法律”相对应的现象，必须首先对“法律”加以定义，指明其特征或者功能。否则，就不可能在本土的语言中找到任何对应的词语或者现象。因此，在这样的情景下，因袭主义进路是不能适用的。

尽管这个限制表面上看来似乎是因袭主义进路的一个缺陷，实际上它却展示了这条进路的自洽性，因为它恰恰与法律人类学家在 20 多年前得出的结论相吻合。在 20 世纪五六十年代，每一个法律人类学家在其著作中往往要么给出一个“法律”的定义，或者采用一个已经存在的定义。为了确定**法律**人类学领域的研究对象的范围，这种定义被认为是必要的。在经过许多尝试（see S. F. Moore 1978：218～23）之后，理论家们还是不能在法律这个概念上达成共识，而关于法律概念的争论也逐渐被当做一种没有意义的游戏，“不能产生什么实际的成果”（Nader 1965：5）。到 20 世纪 70 年代中期，法律人类学领域的研究者们才形成了共识，“就目前来说，有一个事实似乎是很清楚的——‘法律’这个概念不应该成为我们的理论框架的核心”（Abel 1973b：224）。

从那以后，“法律”人类学家们很少会说他们的研究对象是“法律”，相反，他们通常都明确地指出他们关注的主要是诸如纠纷解决机制以及维持社会秩序的机制等现象。这方面的一个比较突出的例子，就是西蒙·罗伯特（Simon Roberts）的《秩序与纠纷：法律人类学导论》（1979：9），他在这本书的序言中写道，“虽然这本书的副标题中提到‘法律’二字，但必须承认，这本书并不是关于法律的”。那时候，法律人类学领域中对“法律”这个概念的争论实际上已经停止了；直到后来关于法律多元主义的讨论中，这个争论又重新得以延续。

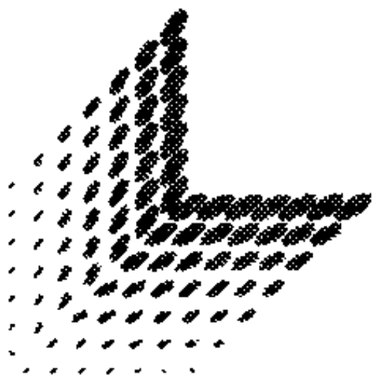
必须注意到，虽然法律人类学家放弃了对“法律”这个概念的争论，也不再声称他们研究的是“法律”，但他们的研究对象并没有发生实质的变化（例如，制度化的规范实施，制度化的纠纷解决机制，社会秩序的渊源等），而且他们仍然将他们研究领域称为“法律”人类学（正如罗伯特所说的那样）。这样，法律人类学家似乎就面临着一个特殊的困境：他们不得不否定他们自己。

前面已经提到，理论家们应该放弃用“法律是……”的方式对法律加以定义，然后将该论断的剩余部分当做以功能为基础的分类。虽然法律多元主义者们并没有明确地提出这个主张，但他们实际上却这样做了。他们所面临的困境揭示了一个命题：追问“原初社会”是否存在“法律”，这是一个**错误的问题**。可以用许多方式来回答这个问题。这也就意味着，提出这个问题的方式可能是不恰当的。我们或许可以问某一个原初社会中是否存在制度化的纠纷解决机制，因为这是从功能的角度描述社会现象，因此可以在不同的语言、文化以及社会组织形式等环境下加以比较。

但是“法律”这个概念，或者说**我们的**“法律”这个概念，是不同的。正如其他许多概念一样，“法律”这个标签也被贴上了许多现象；我们使用这个概念的方式以及目的往往是不同的，

有时候甚至是相互冲突的；被贴上“法律”这个标签的现象，有些仅仅出现在某些社会中，而另外一些则出现在所有社会中；无论是对于普通人还是对社会科学家或者理论家来说，在决定是否将某种现象当做“法律”的时候，政治因素往往起到很重要的作用。或者，让我再次重申这里的基本观点：“法律”这个概念没有本质。每一个英语词典对于“law”［法律］的解释都包括很多条目：习俗、国家颁布的规则、一般性的原则、宗教规则，等等。所有这些条目描述的对象都可以被看做法律。而且，它们各自包含判断“法律”是否存在的标准，很难在抽象的层面上将这些标准结合在一起。或许，最初“法律”这个词只包含一个意思（尽管希腊语中的 nomos 和 nomoi 事实上已经包含好几个不甚明确的意思）。然而，在长期的使用过程中，人们以比喻、类比或者其他方式将“法律”这个概念扩展使用到其他许多社会现象，而且不再包含任何比喻的意味。这样，因袭主义，或者从因袭主义角度来理解的法律多元主义，就成为我们识别和理解法律的唯一选择。

所以，不能用这里所讲的因袭主义来识别“原初”社会中的法律，理由跟法律人类学家们声称他们研究的对象不是“法律”是一样的。有些理论家通过秩序模式来理解“法律”，有些则通过制度化的规范实施来理解“法律”。由于出发点的不同，他们之间的分歧是无法消除的。当法律多元主义者们试图像过去的那些学者们一样从本质主义和功能主义的角度对法律加以定义的时候，他们就面临着同样的问题。法律多元主义者们声称他们已经能够识别“法律”现象，这往往是出于某种政治上的考虑；但他们事实上并不能识别“法律”。另外，最初促使法律人类学家们提出原始社会是否存在法律这个问题的政治上的考虑，也不复存在了。因此，没有必要在这个问题上继续纠缠。



第 8 章

一般法理学的要素

界定研究领域——“社会域”

在第 5 章中，我们已经指出“法律”和“社会”这两个概念存在的一些问题。而第 6 章和第 7 章对因袭主义的阐述，实际上重构了“法律”这个概念，并且发现了法律多元现象的存在。这里将不再试图重构“社会”这个概念。关于这个概念的文献已经清楚地表明，“社会”这个概念作为一个分析工具是非常有用的，可以用它来指称那些在某些重要方面（如语言、文化、政治、地理）存在共同性，并且与外界相对隔离的群体或社区。在现代条件下，随着全球化的扩展，几乎世界上任何一个角落都受到了外来的影响，并且大多数社会域内部也存在着不同程度的多元现象。这种情况使我们再也难以找到一个与外界完全隔离的群体。过去那些清晰可见的界限变得模糊不清了。这并不必然是一个新的现象。那些把社会看成一个统一的整体的观点，恐怕向来都是含混不清、难以令人信服的，它们更多地反映了社会理论家们的臆想而不是社会现实（see Wrong 1994：223 ~6）。考虑到本书所要达到的目标，“社会”这个概念还存在另一个问题：它的界限是与“群体”这个概念联系在一起的。如果一项研究的核

心是“社会”，它就不会很关心群体内部或者群体之间的关系，但这些关系对于理解法律是至关重要的。

我有意地回避了“社会”这个分析性概念——这确实让我有点难堪，毕竟，这本书的书名是《法律与**社会**的一般法理学》，并且这个书名也确实反映了贯穿本书的一个基本主题。由于这个概念在表达本书的中心观点方面的无可比拟的价值，我将继续在最通常的意义上使用“社会”这个概念；但是同时也创造了一个更易于接受的技术上的替代性概念——“社会域”（Social Arena）——作为一般法理学的一个要素。

一般法理学的起点，是一个定位概念（orienting concept），以确定研究的边界。在理论文献中，可以找到不少能够满足此需求的概念，譬如萨莉·法尔克·穆尔的“半自主的社会领域”（semi – autonomous social field），皮耶·布迪厄（Pierre Bourdieu）的“场域”（field），以及诺伯特·艾里亚斯（Norbert Elias）的社群组构关系理论（figuration theory）等。但是，就这里的研究而言，所有这些概念都有一个共同的问题：每个概念都是一个相对比较成熟的理论的一部分，也就不可避免地带有一些与特定理论的研究对象相关的特征。例如，“半自主的社会领域”有创造规则的能力，“场域”具有一定的自主性，“社群组构”则由相互联系的网络关系构成，并且有不断变化的平衡点。也就是说，这些概念已经带有许多预设，可能遮蔽研究者能够观察到的现象。

就本书的一般法理学而言，定位概念仅仅是用于界定研究领域的一种方式。它应该可以被适用于许多不同的层次以及不同的情境。为了避免理论上的混淆，在本章中我将使用一个相对比较简单明了的词语——“社会域”。在任何一项研究中，研究者可以结合具体的目标，用任何可欲的方式来界定社会域的界限，只要这样做符合一个条件：在同一项研究（或者其后续研究）中，当研究从一个情境转向另一个情境的时候，必须保证前后两个

“社会域”的边界是一致的。否则，研究者就很难保证其收集到的信息来源于相似的社会域。

如何具体地界定一项研究中的社会域，往往需要认真的思考；但这并不必然是一项很艰难的任务。例如，可以将一项研究的社会域界定为民族国家。这样就比较简单，因为民族国家的边界是相对比较清楚的。同样，那些低于国家的行政区划，譬如省、地区、城市，以及村落等，都有可以识别的政治或地理界线，也可以用来界定研究的社会域。当然，如果研究的社会域并没有既存的、明确的边界，情况就比较复杂了。比如，一项研究中，可能通过以下方式来界定社会域：一个地方性的牧业社区（e. g. Ellickson 1991）；一个地方性的商业社区（e. g. Macaulay 1963）；一个大城市中的血汗工厂（e. g. Moore 1978）；捕鲸行业（e. g. Ellickson 1989）；那些从事珠宝批发业务的国际商人群体（e. g. Bernstein 1992）；那些依靠商人习惯法来解决纠纷的商业；以及那些由流浪者、黑社会组织、或者摩门教徒构成的社区（无论这种社区是地方性的、还是跨国的）。有些社会域可以通过地域、活动、群体的种类，或者前三者的混合，或者其他类型的混合来界定；有些社会域是地方性的，或者是跨地区的，甚至可能超出民族国家的界限；一个社会域可能只与特定的群体相关，也可能包含许多群体。

在界定一个社会域的时候，主要考虑的因素应该是具体研究的目的。也就是说，“边界”的划分，要能够将那些与具体的研究相关的内容包括进来，而排除那些无关的。须要记得，就概括和抽象的程度而言，存在许多不同的层次。例如，在搜集与血汗工厂相关的信息的时候，研究可能在若干不同的层次展开：仅限于西方大城市中的血汗工厂；不只包括西方的，也包括非西方的大城市中的血汗工厂；不只包括城市中的，也包括农村地区的血汗工厂；以及那些在一定程度上规避了国家控制的劳动密集型产业区（包括但不限于血汗工厂），等等。

让我简单地总结前面的内容。本书中提出的一般法理学的基本定位及定界工具是“社会域”。它不包含任何实质的内容及预设。这个概念具有很大程度的灵活性，这恰恰是其优点。在一项具体的研究中，在确定如何划定社会域的界限时，主要考虑的因素是该项研究的目的。唯一的限制，就是要确保界限的明确、一致。如果前面这些话听起来都很含糊的话，部分原因在于：在进行实际的调查研究之前，社会域这个概念不包含任何实质的内容，其具体的细节由从事实际的田野调查的人来确定。与“场域”以及“社群组构”这些概念不同，不存在任何与“社会域”相关的理论。它只是本书使用的一个探索性质的工具。

社会秩序渊源的分类

秩序的问题

“在社会理论中，‘秩序的问题’可以说是一个主要的，甚至是唯一被反复探讨而历久弥新的话题”（Wrong 1994：37）。社会学从其产生之初，就是为了解释社会秩序的渊源，这种情况在政治科学和人类学中也不同程度地存在。秩序被称为“一切社会科学的最根本的问题”（Rule 1988：224）。它在关于法律的理论探讨中也居于核心地位。

我在第 1 章中指出：几乎在世界上任何一个地方，法律都被认为是维持社会秩序的。至少从霍布斯对“自然状态”的生动而恐怖的描述开始，几个世纪以来，在人们讨论法律与社会的关系的时候，“社会秩序的问题”一直占据着主导的地位。霍布斯对我们的最大贡献也许在于：他让我们认识到，如果没有法律，就没有秩序。他认为，在自然的状态中，混乱是“常态”。如果 209
一个社会要长久存在，它就必须消除或者至少减少这种混乱；而法律就成为一个被经常吹捧的解决方案。现在，认为法律对于社

会秩序具有重要作用的观点，已经获得了人们广泛的接受，对此几乎无需论证了。

贯穿本书的一条线索，就是要质疑那种认为法律与社会秩序之间存在密切联系的假设。当然，这种质疑并不容易为人们所接受，因为我们大多数人已经习惯了那个假设，以致在我们的意识中，“法律与秩序”似乎就像“锤子和钉子”一样形影不离。它们一起出现，往往使我们觉得非常自然、正确。但是，锤子除了砸钉子之外还可以有其他的用途；许多能够熟练使用锤子的人，却不一定能很熟练地砸钉子；有时候锤子会砸歪甚至毁坏钉子；锤子也有许多象征的或者比喻的意义；我们也可以用其他的东西砸钉子（当然，如果把“锤子”定义为“砸钉子的任何东西”，那么这里的讨论就毫无意义了）。对于法律与秩序之间存在密切关系的假设，本书中也提出了相似的批评。我已经指出，这种假设遮蔽了我们的视野，使我们不能看到法律做或者被用来做的其他许多事情。我也指出，法律的许多具体表现形式在维持社会秩序方面只发挥着边缘的作用，甚至根本就没有什么作用。而法律要发挥作用的话，实际上依赖于一个已经存在的社会秩序。有时候，法律可能会危害社会秩序。基于这些原因，功能主义关于法律的社会秩序功能的说法是难以令人信服的。但是，我一再强调，我并不否认法律在维持社会秩序方面事实上经常性地发挥作用；我想说的只是，不应该假设法律与社会之间存在必然的联系，而且法律在维持社会秩序方面的作用也不是我们通常认为的那么强大。

但是，要削弱法律与秩序之间这种假设的联系并不容易。基于这种认识，在这一部分我将首先对社会秩序渊源（sources of social order）做一个分类。这将使我们看到：虽然法律在维持社会秩序方面发挥着一定的作用，但社会中还存在其他许多种维持秩序的机制。当然，在这个问题上有大量的文献，我在这里只能做一些基本的概括。

必须指出，这里对于社会秩序的讨论，并不是严格必需的；只是因为法律与秩序之间的联系获得了人们广泛的接受，我才在这里对这个问题加以详细的讨论。事实上，我更喜欢韦伯的进路——完全避开对社会秩序这个问题的讨论。在自霍布斯以来的主要社会科学家中，韦伯比较特殊的一个方面在于，他没有提出任何关于社会秩序的一般理论：

> 他观察到，历史上的许多社会都是时分时合，而其中的制度和机构也不断地变迁。历史中似乎没有什么永恒的东西，而只有持续不断的战争、冲突和变迁：国家的征服与分裂；贸易、金融的扩张和收缩；宗教、艺术主题的不断变换。在所有这些变化的背后，是人类社会的具体基础（concrete basis）——那些依靠共同的情感和信仰而结合起来的人类群体：家庭、家族、教会或部落的成员、朋友、社区。所以，韦伯的［社会］分层理论的核心，是一种关于群体如何形成的理论，它对于那些能够将人们团结起来的条件提出了一系列的假设。通过研究人们如何通过制度化的组织结合为群体，进而形成社会，可以发现这些条件。（Collins and Makowsky, quoted in Wrong 1994：222）

从这个角度来看，关注的焦点不应该是“秩序的问题”，而是那些有利于或者不利于人们团结的因素。“有序”或者“无序”这样的概念，并不能很好地描述实际的情形。然而，出于人们长期以来对“秩序问题”的关注，这里将对它加以讨论——尽管下面对社会秩序渊源的分类可能使关于这个问题的讨论向韦伯理论的方向发展。

关于“秩序”这个概念的一些基本问题

在进行分类之前，有必要讨论关于“秩序”这个概念的两个基本的、复杂的、并且也是可以质疑的问题；同时也有必要对分析的层次做一说明。所有这些问题起源于另一个看似很复杂的问题：当我们说一个社会域是“有秩序的”的时候，究竟指什么？在霍布斯的经典论述中，秩序就是指没有或者很少有冲突。但是，这条进路没有多大的意义。那种没有冲突的、或者完全是冲突的纯粹状态，很少出现；即使出现，往往也只是局部性的、暂时的状态。

在法学和社会学的进路中，理论家们谈到“秩序”的时候往往是指行为的惯常性、举止的模式、可预测性以及稳定性等。塔尔科特·帕森斯（1937：91）将这些称为“事实秩序”（factual order）。这种秩序的对立面是随机性、偶然性、不可预测性以及混乱。此种关于社会秩序的进路，与自然科学对于惯常性（regularities）的关注有一定的相似之处。与“事实秩序”相对应，还存在“规范秩序”（normative order），即“与规范系统相联系”的秩序。当人们都服从一些共同的规范的时候，就产生了一定的规范秩序。帕森斯指出，一个从规范的角度看来很混乱的
211 社会域，仍然可能表现出事实上的惯常性。例如，当发生大规模的社会暴乱的时候，暴乱者与警察的行动其实也有一些模式。他认为社会秩序的关键是规范秩序，而非事实秩序。

这两条用来理解“秩序”的进路难以令人满意。从它们包含的现象的范围来看，“事实秩序”过于宽泛，而“规范秩序”过于狭隘。如果从一定的抽象层面来观察，就不难发现：诸如吃饭或者睡觉的模式之类，也都表现出事实惯常性。而“混沌理论”（chaos theory）告诉我们：即使在混乱之中也可以发现秩序的模式。“可以说，在混乱之中，也存在秩序”（Davies 1992：193）。但是，在这些层面上发现的惯常性并没有多少信息价值，

也就是说，它们对于社会调查者来说没有什么意义。将注意力集中到“规范秩序”上也存在问题。这种做法排除了那些并不具有规范性质的社会秩序的渊源。另外，它过于强调人类行为对于规范的服从，以及社会域的规范的同质性，但却排除了这种可能性——在一个正常运行的社会域里，冲突（包括规范之间的冲突）是一种正常的状态。“对帕森斯理论的最常见的一个批评是：在解释社会秩序的时候，他过于强调一个群体内部在规范方面的共识，或者说群体内部成员之间共享的价值和道德观念；与此同时，他并不重视一个社会中一部分人对另一部分人的统治，以及统治阶层为了维护统治而对其利益作出的理性的调整”（Wrong 1994：38）。

为了吸收二者的长处但却避免它们的缺点，也为了避免陷入将“事实秩序”与“规范秩序”对立的争论，这里将间接地定义“秩序”这个概念。在最一般的意义上，说一个社会域是“有秩序”的，就是说那个社会域中的人们在相互的行为中实现了**实质性的合作**。这条进路的一个好处在于，它与法理学者和那些对法律感兴趣的社会学家们关心的问题存在着紧密的联系，因为这些学者们认为法律的社会秩序功能在于协调人们的行为预期。这样，通过强调对人们的行为的协调，就可以排除许多无关的事实常规性，但同时又不局限于对规范的服从。它强调的是一个社会域中人们的行为是如何协调起来的。从这种最小主义（minimalist）的角度来理解，除了“人们合作的行为比不合作的行为更有效”这个基本的观点之外，说一个社会域是“有秩序的”并不必然带有规范的意味。也就是说，不能因为社会域呈现 212
出一定的秩序状态就说它是好的或善的。一些人采取协调一致的行动，结果可能恰恰是对社会域中其他人的蹂躏；或者，这种协调也可能通过不断地使用无情的、不正义的暴力镇压来维系。某个特定的法律秩序是否是善良的或者正义的，与这个社会域是否有秩序，是两个不同的问题。同时，这个进路也不排除在一个社

会内存在着持久的、潜在的冲突；当然，如果这种冲突爆发，人们的行为将再也难以协调，这个社会域也就不再是有秩序的了。

刚刚提到的这种现象会引起另外一个复杂的问题：在一个什么样的点上可以说一个社会是**有秩序的**？究竟人们的行为在多大程度上协调的时候，才可以说一个社会是有秩序的？在哪个点上，可以说一个社会域是无序的，甚至到了崩溃的状态？这些问题是没有确定的答案的。功能主义理论和经济学理论经常用“均衡”（equilibrium）这个概念——一个平稳的或者稳定的状态——来描述一个有秩序的情境。但是，“均衡”这个概念是很难让人满意的，原因主要有三个：第一，一个社会域可能在无数的状态下保持稳定并且持续存在。甚至也可以想象一个相对无序但仍然是稳定的状态。实际上，只要一个社会域的秩序还没有彻底崩溃，功能主义分析几乎可以认为任何一种状态都体现了“均衡”。第二，对均衡状态的描述，必须是在一定程度的抽象层面上进行，这样就会导致一些不确定性。可以想象这样一个社会域：每个人都知道在白天出去是安全的，但在晚上出去则非常危险（或者某个城镇的某一地区是安全的，但是另外一个地区则非常危险）。我们可以说，白天是有秩序的，而晚上是缺乏秩序的；我们也可以说，整体的状况是有秩序的，因为存在很明确的、可以预测的安全期间（或领域），使得人们可以相互协作，做他们各自的事情。第三，“均衡”这个概念意味着存在一个分界点，也就是从有秩序（或者无秩序）状态转变到相反状态的时刻。但是社会现实的复杂性使我们根本不可能发现这样一个点。正是因为这些问题，所以，除非存在极端的情况，为了谨慎起见，我们最好避免使用某个社会域是“有秩序的”或者“无秩序的”这样的说法。

在讨论社会秩序渊源的分类之前，还需要做一件事，就是要区分秩序的不同层面。在对秩序问题的一个比较全面的分析中，丹尼斯·荣格（Dennis Wrong 1994：第 6、7 章）指出，许多理

论家未能认识到秩序问题的两个不同的层面，即他所谓的“霍布斯问题”（hobbesian problem）和“马克思问题”（marxian problem）。[1]霍布斯所讲的那种“一切人对一切人的战争”，强调的是一个社会中**个人之间**的关系。而马克思所讲的阶级斗争则强调一个社会中不同**群体之间**的冲突，这种冲突甚至可能扩展为社会与社会之间的冲突或者战争。尽管在讨论秩序的问题时，我们往往倾向于从霍布斯所讲的那个角度来理解，但是大多数社会冲突和混乱都发生在不同群体之间（包括民族、种族、宗教、政治、社区以及国家等群体之间）。必须注意，造成这两个层次的有序或者混乱的因素是不同的。正如荣格（p. 209）所指出的，“如果没有群体内部的团结，就不可能发生群体之间的冲突”。正是因为意识到了这一点，历史上那些精明能干的政治领袖，有时候会故意制造外部（他所在的群体与其他群体）的冲突，以此来促进内部的团结。在下面的分类中，我主要（但不完全是）关注一个群体和社会内部的个人之间的秩序的渊源，这与法律的基本取向是一致的；但是我们必须意识到这种差别，不能忽略不同群体之间的冲突。

分类

下面关于社会秩序渊源的分类，[2]主要关注在社会行动情境中协调人们行为的那些因素。这些因素可以分为六类，其中第一类又包括两个次级类别（subcategories）。在这里我将按照假定的它们对社会秩序贡献程度的大小降序排列；当然，在具体的社会行动情境中，这些因素如何搭配起来，以及它们的比例如何，往

---

〔1〕 与荣格一样，我用了小写字母，以此表明：霍布斯和马克思并没有使用“霍布斯问题”和“马克思问题”等术语。

〔2〕 可以用许多不同的方式来构建关于社会秩序渊源的分类。埃里克森（Ellickson）（1991：123～36）提出的一个分类方法，可以作为本书中构建的分类的一个颇有启发意义的替代，尽管二者存在很大的不同。

往随着具体情境的不同而不同。在下面的阐述中，我们将逐渐看到，这些被人为地分割的种类，在实际的社会生活中往往是融合在一起的，所以不应该过分地强调它们之间的区别。我将用尽可能简练的方式阐述这些分类。实际上，除了第一类之外，其他的种类对我们来说都是很熟悉的，因而也不需要非常细致的描述。

1. 未阐明的基质（The Unarticulated Substrate）

这一种类由那些虽然存在，但却是在人们**无意识**的情况下协调人们的行为的因素。从某种意义上来讲，它们使得行为成为可能；甚至可以说，它们就是正在实施中的行为。无论从哪个意义上来说，它们最明显的特点在于：它们通常都没有被人们明确地表述出来，它们往往是不显眼的，甚至并未进入受其影响的行动者的意识。这一类包括两种基本的变体：一种比较关注“行为”，另一种则比较关注“解释”。

强调行为的版本认为，人们的许多行为是通过共同的习惯、行为模式、习俗，以及那些无须思考就遵循规则的做法来协调的。就像哈耶克（1973：18）所说，“人们往往是在未经思考的情况下采取行动，而不是在行动之前就理解。我们通常所说的‘理解’，不过是指人们在遇到特定情形的时候，能够以某种有利于其生存的行为模式来应对周围环境的能力。”理解来自那些成功经验的积累和传播。“这种发展的结果，主要并不是明确表达出来的知识，而是这样一种知识：虽然可以将它称为‘规则’，但人们却无法用语言将它表达出来，而只能在实践中遵循”（Ibid）。特别是由于维特根斯坦（Wittgenstein）（哈耶克的亲戚，也是与哈耶克同时代的人）的影响，后来人们越来越认识到那些无须思考就遵循规则的行为的重要性和普遍性。维特根斯坦（1958：s. 201）曾指出，“人们可能在不需要解释的情况下就理解一个规则”，所以，“‘遵守规则’是一种实践”（s. 202）。依据这种观点，社会生活的大部分，是由人们共同遵循规则的行为构成的。

强调解释的版本则主张，人们的许多行为是通过种种“介质”而得到协调的：共同的语言、解释性的框架或者建构、社会的类型化、思想、概念和信仰……所有这些，可以被称为“主体间的生活世界”（intersubjective lifeworld）的背景。[3]这就是研究社会行为的现象主义进路。除了不像哈耶克那样关注行为外，哈贝马斯（Habermas 1996：22）对这条进路的描述与哈耶克的描述极为相似：“交往行为的这种背景可以说是渗透一切的，但同时它又是隐匿不明的，许多时候人们甚至不会察觉到它的存在；它也可以被看做是一种具有高强度但却不完善的知识和能力。一方面，我们在日常生活中总是不由自主地使用这些知识；另一方面，我们无须对这些知识加以反思，因此也不会知道我们拥有这些知识。”这种版本强调共同的语言和概念对我们如何看待这个世界以及如何在这个世界上行动所产生的影响（这种影响有时甚至是决定性的）。

尽管这两种版本关注的侧重点有所不同，但不应该过分夸大它们之间的区别。哈贝马斯承认实践的重要性；而哈耶克和维特根斯坦也都承认语言在建构和沟通方面的重要作用——语言本身就是行为的一种形式。在大多数情况下，实践同时包括“意义”（meaning）和“行动”（doing）两个相互联系、不可分割的方面。（Tamanaha 1997：168～75）。对大多数理论家来说，主张其中一种版本并不意味着必须要排除另外一种。而且，无论一个理论家强调的是哪一种，这两个版本在较深的层次上是相互补充甚至是不可分割的。所以，接下来我将指出它们的共同之处。

两种版本都强调它们（实践以及解释性建构）使人们的行动和感受成为可能；它们在社会中得到广泛的传播和普遍的认

---

〔3〕 对于生活世界的一个出色的现象学解释，可参看 Alfred Schutz（1962，1967）. 对于解释理论（interpretive theory）的概述，可参看 Tamanaha（1993b：76～103）.

可，为人们的许多日常行为提供了基础，尽管它们通常只是在人们的潜意识中运作的。它们所描述的现象，大多都可以被看做“受规则支配”（rule governed），尽管这些规则并没有得到有意识地表述和遵守。如果我们能够将注意力放到这些实践以及解释性框架上，我们就可以将它们“显题化”（thematized）；在这样的情况下，它们就进入了我们有意识的思考，而此前则不存在这种情况。但是，我们通常并不会有意识地思考它们；我们只是不假思索地行动，或者只是在大脑中将它们匆匆带过。它们联合在一起，就构成了协调人类行为的、未阐明的基质。它们是所有有意的（intentional）行为，以及所有社会行为的概念性背景。[4] 它们使得大范围内的共同的行为模式得以形成，而这些行为模式帮助人们在无须思考的情况下就能预期他人的行为，由此形成了人们之间的互动。如果没有它们的贡献，则人们的行为就不可能得到协调。

2. 共同的规范和角色

共同的规范在协调人们的行为方面发挥着重要的作用。许多社会学家（特别是涂尔干和帕森斯）都认为共同的规范是维持社会秩序的关键。可以说，在刚才提到的“未阐明的基质”中，都包含着共同的规范这个因素：规范是在那些未阐明的基质之上，从人们的社会实践中产生的。荣格（1994：48）认为“习惯－期望－规范”三者之间存在内在的联系，它们是“随着时间的推移而依次出现的”。“简言之，人们在交往的过程中会逐渐形成一些习惯；这些习惯使人们对彼此的行为有了一定的预期。一旦一个人意识到这种预期，他或她就会感到自己有义务按照习惯行事，至少不可以任意行事”（Ibid）。前一类中讲到的行

〔4〕 约翰·塞尔（John Searle 1995：129～47）使用的“背景”（background）这个概念，与我在这里所说的“未阐明的基质”有很大的相似性。基本的区别在于：他的“背景”概念的涵盖范围更为宽泛。

为，属于一种遵守规则的行为的模式；而规则一般都具有规范性。所以，不可能将这一类与前一类截然分开。

但是，有必要对规范在协调人们的行为方面的作用加以单独分析。规范会使人认识到自己**应该**按照某种特定的方式行事；而这一类关注的恰恰是，人们的行为在多大程度上受到这种意识的影响。不妨换个角度来分析这个问题：当一个人违反了规范或者企图违反规范的时候，他往往会产生一种负罪感，或者感受到来自社会的谴责；而如果他是按照规范行事的，则他会认为自己的行为得到了社会的认可。所以，可以用这种方式将这一类与前面一类区分开：至少在某些时候，行为人意识到他有义务依据规范采取某项具体的行动。与前面的一类一样，某种特定的价值之所以能够有效地协调人们的行为，部分原因在于它得到了人们广泛的认同。这也就意味着，至少在相似的情况下，接受同一规范的人们会以相似的方式行动。共同的规范使人们对彼此的行为有了更可靠的预期，因而能够促进人们的合作。需要注意的是，共同的规范协调人们的行为，这本身就是一种好处；至于规范本身的好坏，则是另外一个问题。有些规范甚至将协调和协作规定为一种社会责任。

尽管规范和角色（roles）之间存在许多区别，但它们又是相互联系的，并且具有许多共同性，这正是为什么可以将它们纳入同一类的原因。它们都在社会中产生，并且获得了人们的接受；它们都规定了人们的义务；它们都使得人们的行为具有了一定的可预期性；而且，它们都促成了社会行动者之间行为的协调。可以将角色理解为与某种特定的地位或者情境相联系的一系列规范和行为模式，这些规范和模式以一种能够为大多数人理解的方式指引人们的行为。

在这里，有必要提防一种对于规范以及角色的遵从主义（conformist）看法，以及前一类中讲到的对于实践以及“以规则为导向”（rule - oriented）的过分强调：

正如罗伯特·埃杰顿（Robert Edgerton）指出的，社会中存在多种多样的规则：有些规则包含着对规则的例外，有些则不包含例外，还有关于规则的例外的规则。温奇（Winch）的观点，属于传统的关于遵守规则的遵从主义模式。埃杰顿这样描述这种遵从主义“规范理论”：“无论何处，人们不仅遵守他们的社会中的规则，而且使这些规则成为他们自身的一部分，几乎与他们完全不可分割了。”然而，有些理论家以规则的不确定性为理由对这种观点提出了质疑——也就是说，人们事实上常常不遵守规则，并没有把规则当做他们自身的一部分，并且常常为了他们各自的利益而策略性地利用规则。埃尔文·戈夫曼（Erving Goffman）的著作代表了这种策略互动主义（strategic interactionalism）。依据这种新的视角，规则是灵活的、可协商的，并且包含许多例外。（Bohman 1991：64～5）

在上面这段话中，詹姆士·博曼（James Bohmam）指出了一种经常存在的可能：社会行动者们可能策略性地利用规范和规则。不同但相关的一点是：规范内部往往由许多异质的成分组成，于是，即使在同一规范背景下，也可能产生完全相反的行为路径。这可能是因为行动者对规范有不同的解释，也可能是行动者们为了自身的目的而策略性地选择利用了某些规范。不应该过分强调人们对于社会规则的遵从，以致排除了个人的策略性行为。

3. 自利的工具性行为

就解释人们的行为而言，规范主义和工具主义通常可以被看做是相互竞争的两种进路；但它们都对人类行为产生了显而易见的影响（see Rule 1997：114）。所以，这一类和上一类在次序上是可以相互调换的。通常，工具主义行为是指，为了实现一个特

定的目标而行动，或者说是以特定目标为导向的行动。因为规范时常影响（甚至决定）人们的目标，所以有时可能很难将这一类与前面讲到的那一类完全分开。“在许多人解决协作问题的时候，结果往往是遵循某个惯例；而且，遵循惯例符合企图将利益最大化的理性经济人的利益”（Barnes 1995：18）。从这个论断中，不难看出这一类与前一类的联系。 218

就这里的分析而言，为了突出这一类与前一类的区别，可以强调自利的工具性行为这一方面，即通常所说的以利益最大化为目标的“经济行为”。在这个相对比较狭隘的意义上，这一种类主要关注那些为了实现个人利益（包括财富和福利）的最大化而采取的行动。这种将人看做理性经济人的看法，遭到了许多批评：人们的许多行为并不是理性的；人们常常受到偏见的影响，而且他们常常依据“灵感”或者“常规做法”行事；由于知识和时间的限制，人们通常都是在“受约束”的情况下作出决定的；人们行为的动机，并不总是财富和利益的最大化；以这样狭隘的工具主义来理解人们的行为，有过分简化之嫌，在现实中的用处也很有限。尽管所有这些批评都是有道理的，但并不能因此而否认人类行为中有很大一部分都属于自利的工具性行为（尽管并非所有的行为都是这样）。

工具性行为和社会秩序的联系在于：在资源分配与个人的欲望之间并不完全对称的情况下，这种工具性行为势必会使人们参与到交易中来，而这些交易能够使有限的资源更好地满足人们的需求（James Coleman 1990：chap. 2）。在一个社会中，个人之间这种大量的交易会导致一个虽然没有计划但却很有秩序的聚合体。这种聚合体不断运行，又能够促进参与者的利益。市场理论正是建立在这种假设之上。哈耶克（Hayek 1973）认为，这种不受限制的工具性行为会逐渐导致自发秩序——尽管这种自发秩序是一种无意造成的后果。而这种自发秩序反过来又为工具性行为的进一步成功提供了一种更为有利的环境。这就是社会秩序如何

产生的“无形之手”理论。工具性的行为能够促进个人之间的合作，因为实现一个人所追求的目的的最有效的方式之一，就是与其他企图实现各自目标的人合作；而要实现合作，人们除了可以相互协商之外，也可以形成“自利的交互性”（self – interested reciprocity）和相互支持的行为（包括结成“同盟”之类）。从这个意义上来说，合作对所有人都是有益的。

当然，自利的行为也可能导致冲突。譬如，两个人都想得到
219 同一种稀缺的利益（无论这种利益是物质方面的还是荣誉方面的）。经济学理论指出，如果交换是可能的话，人们就会去交换；但如果交换不可能，人们就会在规则的范围内为了获得某种利益而相互竞争。但是，有时候人们会以违反或者规避规则的方式来满足自身的欲望。从经济学的角度看，规则（无论是道德的、习俗的还是法律的）以及由于违反规则而造成的后果（无论这种后果是实实在在地发生的，抑或只是预期可能发生的），都被看做是采取一定行为的“成本”。依据这种理论，虽然有时候冲突可能爆发，但是，总体而言，开明的自利（包括对违反规则可能造成的后果的畏惧）使得理性的经济人通常能够以和平的方式来追求他们自身的利益。同样值得注意的是，在某些情况下，工具性的行为会阻碍合作，而导致次优的结果（sub – optimal outcomes）。这方面经常被引用的一个例子就是“囚徒困境”：虽然合作会产生最好的结果，但个人的利益却使他们选择了不合作。

4. 同意（Consent）

同意意味着“合约”（agreement）。如果人们在“同意”的基础上采取行动，则意味着这种行动是他们有意而为的，并且是明确地协调起来的（尽管有时候双方可能以默示的方式达成“合约”）。同意使得人们能够采取一致的行动，这在我们的日常生活中是很常见的。同意的基础是共同的价值观（人们之间的信任，以及那种将遵守约定看做一种义务的观念）和工具性的行为（对契约的依赖使得契约方都能够获得利益），所以它与前面提

到的种类有密切的联系。尽管合意的交换可以说是“同意”的一个典型例子，但它并不是这一类的全部。“同意”的适用场合有很多：诸如一个午餐约会、求婚、订婚，以及谁首先走进一个没有灯光的房间，等等。一个最初是通过合约而产生的行为，如果得到不断地重复，就会逐渐变成习惯性的，到后来则演变为一种规范性的，这时候就与最初的那个“合约”没有什么关系了。大量的社会行为，无论是平凡琐碎的抑或是具有非凡意义的，都是通过同意而得以协调的。

5. 爱、利他主义、同情、群体认同，以及社会本能

这一类实际有点“兜底”的性质。它包括自利行为以外的其他一切感情冲动，无论这种感情冲动来自何方。这种感情冲动会导致这样一种需要或者说欲求：和别人在一起，为别人做事，并把自己当做共同体中的一员。这里隐含着一个判断：成为社会中的一员，体现了人的社会本性，从某种意义上来说是很“自然”的。此类诸如利他主义之类的因素，拉近了人们之间的距离，并且促进了人和人之间的合作。这一类的许多方面，可以通过规范来理解；但如果仅仅从规范的角度来理解它们，则过于狭隘了。社会生理学家认为，这些感情通过生物遗传而植入我们的本性，并且反映了某种“自然选择”，就像蜜蜂和蚂蚁所具有的那种合作的天性一样。心理学理论则指出了另外一种可能的解释：婴儿对成人的依赖。无论这种感情或者冲动究竟来自哪里，它们是真实地存在的，这一点无可否认。这一类的具体表现，有时候也会破坏社会秩序——不妨想一想三角恋，或者那种导致群体间相互冲突的狂热的种族主义——但总体而言，它们能够促进人们之间的团结。

在本节开始的部分，我已经强调过，这些种类之间存在着内在的联系，它们共同协调着人们的行为。将它们分开讨论，只是一种人为的做法，而且这种做法带有潜在的误导性。为了纠正这个问题，读一读亚当·斯密在《道德情操论》中的一段文字，

或许是很有帮助的：

> 人只有在社会中才能生存，人的天性使他能够适应身处的环境。人类社会的所有成员都需要互相帮助，也可能随时互相伤害。在人们能够互谅互让、互敬互爱、互相帮助的地方，社会就会繁荣兴盛、充满温馨。温情和爱将大家联系在一起，仿佛生活在一个温暖的大家庭中。
>
> 然而，即使这种必要的帮助不是出于大公无私的动机，即使人们之间缺乏爱和温情，即使社会没有多少幸福安乐的气氛，它也一定不会消亡。就算没有人与人之间的关爱，依靠大家的共识，社会仍然可以由一种类似商人之间的关系来维持。虽然在这种社会中，人没有必要对别人表示感谢，但是社会仍然有一种普遍的共识，可以依靠功利主义的互惠行为而延续下去。（quoted in Rule 1997：14）

在这段话中，斯密至少是含蓄地提到了前面讲的、除第一类之外的其他所有种类的社会秩序渊源。

6. 强制以及强制的威胁

最后一类，涉及强制和强制的威胁，它们也是协调人们行为
221 的一种机制。强制是指，一个或者一群行动者对他人施加压力，迫使他人按照特定的方式行事。施加强制或强制威胁的时间，可以在行为之前，也可以在行为之后。例如，作为强制的一种形式，制裁常常（尽管不总是）在行为之后施加的。在这种情况下的强制，就不同于前面提到的其他种类，也不同于强制的威胁，因为前面提到的种类和强制的威胁都是在行为之前发生的。另外一个区别在于，前面的种类中，除了第一类外，都是以大致自愿的方式协调人们的行为的（第一类“未阐明的基质”和

"自愿"与否无关），而强制和强制的威胁所导致的协调往往是非自愿的；前者是协调人们行为的"内部"渊源，而后者则是"外部"渊源（Tamanaha 1997：115）。强制和强制的威胁有多种多样的形式：自救（包括直接实施的威胁或者报复）；来自社会的谴责（譬如竖起的眉毛、流言蜚语，以及避而不见等）；有组织的暴力实施（如科处罚金、流放、监禁，甚至死刑等）。这些制裁，可能由许多不同的主体实施，如家人、朋友、同事、暂时结成的团体（如试图执行私刑的暴民组织），以及国家的法律机器等。

日常稳定性，以及对霍布斯假设的否定

以韦伯和埃利希为代表，许多理论家认为，各种群体［特别是那些诸如机构之类的稳定的、有组织的行动聚合体（complexes of action）］是形成社会秩序的关键因素。通常认为，公民社会依赖于社会团体：俱乐部、工会、商业协会、工厂、大学、公司、家庭、邻里社区、国家，等等。可以将社会理解为由无数的大大小小的聚合体构成的总体；而这些聚合体又是由相互独立、相互交叉、相互影响的社会网络及社会行动构成的。前面构建的分类，不仅具体地指出了那些协调群体和机构内部成员之间的关系的因素，而且指出了那些协调各种群体和机构相互之间的关系的因素。它们共同构成了协调人们行为的背景性纽带。但前面对它们的描述，仍然停留在相对比较肤浅的层次上，并没有详细地解释它们为什么存在，以及如何存在等相关的问题。很显然，完全可以构建出新的或者不同的种类（譬如"文化"、"社会化"等）。无论如何，前面指出的种类足以代表那些促成社会秩序的基本的渊源。 222

在这里，有必要指出另外一种起作用的因素。前面讲到的种种社会秩序渊源所产生的累积效应，就会导致一种新的、比其他因素（以及其他所有因素的结合）更能促进社会稳定的现象。

由于目前尚没有一个术语描述这种现象，我暂且将它称为日常稳定性（fixity of the mundane）。在现代城市社会，人们生活在相互依赖的网络之中；除非到荒郊野外离群索居，我们就不能脱离这些网络。这些网络构成了我们日常生活中极其平常的方面。我们生活在这些环境中，却很少留意它们。“在新近电子技术广泛传播之前，人们已经在许多方面紧紧地联系在一起了。譬如，如今人们在很大程度上依赖于以下种种事物：通过电而获得光和热，自来水供水系统，汽车和畅通的道路，电话通讯，定期的垃圾收集和处理，等等”（Wrong 1994：233）。我们所有人共同创造了这些网络，同时我们也共同生活在这个网络中。例如，为了使汽车正常行驶，我们需要购买汽油；加油站的汽油是某位卡车司机用一个大油罐车从炼油厂运来的；而炼油厂的原油是用轮船从海外运来的；在海外生产原油的地方，又是利用输油管、油泵等装置获取原油的；这些装置，可能是在世界上其他地方生产的，如此等等。超市中的商品，我们穿的衣服，我们家里使用的饮用水，以及我们住的房子等，它们的起源，都可以追溯到很遥远的（常常是跨国的）地方。在所有这些过程中，都有许多人做他们日常的事情，以此挣钱，然后去花钱。存在许多类似的网络，尽管它们的构成人员以及物质装备都不断地发生着变化，尽管它们可能经受了战争以及其他严重的破坏，但这些网络本身却在几个世纪中持续保存了下来。这些网络的普遍性，我们在创造这些网络的过程中的作用，以及我们对它们的依赖，都导致一种一般性的惰性（general inertia），这种惰性有助于防止大规模的社会混乱。每一个网络在每一个节点上都依赖于其他许多网络。即使这个网络结构的一小部分遭到破坏（譬如那些地方性的劳工、人事、宗教、经济、种族等方面的冲突所引起的情况），它的其余
223 部分仍然发挥着作用。它要么彻底崩溃，要么继续存在并保持相对的稳定性。这个网络越坚固——也就是说，它存在的时间越长，覆盖的范围越广，我们越依赖它，它越能够得到其他网络的

支持——它也就越稳定。（尽管互联网的脆弱性，以及停电导致的混乱，都说明我们对于某些网络的依赖可能会导致社会的暂时混乱。）

只有在打乱这种日常稳定性之后，才可能导致社会的彻底崩溃；这并不容易发生，因为只有在由于群体之间的冲突而导致大规模破坏的情况下，这种日常稳定性才可能被打破。但是，群体之间的大规模斗争要求斗争双方内部各个成员的行为都有很高程度的协调，即使这种状况也不一定导致社会的彻底崩溃。当然，如果斗争双方持续战斗，直到双方都被毁灭的时候，这种结果就会出现。尽管在这里我们将日常稳定性的现象与现代市民社会联系起来，但是这里所描述的影响在其他社会环境下也是存在的——当然，在不同的社会条件下，其影响的程度是不同的。在一个家庭或者一个小村庄的内部，也存在防止社会混乱的日常稳定性。

如果上面关于社会秩序的分类以及日常稳定性这个概念是正确的，那么霍布斯显然错了，“无论何时何地，无论是从语言的、认知的，还是从文化的或者实践的角度来看，人与人之间的关系总是有秩序的”（Barnes 1995：67）。自然的社会状态中有序的因素远远超过无序的因素。用一种更为肯定的语气来描述这种观点：**自然的社会状态是有秩序的，尽管存在一些像小插曲一样的冲突，零零散散地分布在不同的层面上**。哈耶克提出了一个关于自发秩序的具有自然性质的理论（naturalistic theory）：由于这种自发秩序能够使采用它的群体具有适应上的优越性，所以这种秩序能够存在并且发展（see Grey 1986）。与社会契约论所讲的那种刻意创造的秩序不同，哈耶克所讲的自发秩序不是人类有目的地创造的产物；它是社会中的人们无数有目的的行为的产物。哈耶克的论述还需要前面提到的关于社会秩序的渊源来补充，包括未阐明的基质，日常稳定性，以及大量的、有意创造的、有秩序的交往。所有这一切的结果，就是一个秩序与一定程度的冲突共

224 存的状态。

法律如何？

在前一节关于社会秩序渊源的讨论中，我们几乎没有提到法律。而在列举社会秩序源泉的分类中，法律（特别是国家法）也仅仅被提到过一次；而且即使在那里，它也只是作为更为宽广的“强制”这一类的一个例子。如果可以想象一个不存在国家法律（但存在其他社会秩序渊源）的社会域，那么我们就可以认识到：法律（特别是国家法）并不是维持社会秩序所必需的。即使法律在某些情况下是必需的，它也往往不是最关键的那一个元素。

而传统的那种关于法律－社会关系的假设恰恰把事实颠倒了。若要发挥作用，国家法必须依赖于其他的社会秩序渊源。如果没有一个既存的、稳定而有效的基本秩序，国家法律制度就不可能存在，也不可能被构建。这种基本秩序是由那些共同的习俗、工具性的行为，以及人们的同意等因素维系的。用一种更为肯定的方式来说：只有在那些已经在很大程度上存在秩序的地方，法律（无论是哪一种）才可能存在。当社会中出现普遍混乱的时候，即使法律官员们可以有效地协调他们的行为，法律也往往是无能为力的。在暴乱的场合下，这一点就显而易见了。“如果违法的人数太多，警察也发挥不了什么作用”（Searle 1995：91）。最后，就日常社会行为而言，人们在做某一件事的时候很少会想到法律及其规定，这也就意味着，法律在协调人们的日常行为方面发挥的作用也是很有限的。因此，从最根本的层面上来看，尽管法律（无论哪一种）可能对维持社会秩序有所帮助，但它并不是社会秩序得以产生的原因；相反，法律预设了秩序的存在。

以“标签”的形式对法律分类

在这一节中，我将用因袭主义者们常用的“贴标签”的方法对法律进行大致的分类。与上一节的分类一样，这里的分类仍然是对复杂事实的简化。由其性质决定，因袭主义符合人们通常的理解，而且这些种类的许多方面在本书前面的章节中已经提及。所以，这里基本不需要很详细的描述。

下面列举的七种类型既不是一成不变的，也不是毫无遗漏的。这主要有两个原因：①惯例是不断变化的，随着时代的发展，“法律”这个标签也会被贴上新的、不同的现象，而那些旧的用法可能不再合适；②“法律”这个标签也有一些比较模糊的用法，譬如那些只是适用于非常有限的范围内的“法律”［如吉卜赛法律（gypsy law），以及黑社会组织的法律（mafia law）］，我在这里不研究这些现象，但是如果有人要调查这些社会域的话，就应该将这些现象纳入考察的范围。这个分类关注的，主要是那些在社会域中惯常性地发挥着作用的法律种类。尽管这里的讨论不得不在比较抽象的层面上进行，但是我们不应该以抽象的方式思考法律的种类，而应该结合它们对具体社会域的实际影响来理解；最重要的，则是它们实实在在的社会存在（social presence）。

国家法

尽管从历史上来看，国家法被当做一种“法律”的历史并不是很长，但它在现代社会可以说是无处不在的。在许多社会域，国家法被认为是最典型的法律；特别是在西方社会，它往往是（尽管不总是）最强大、最普遍的法律。国家法是由国家及其法律官员们制定或认可的法律。一个国家的法律体系有不同的层次和分支，最常见的包括联邦、州、省、城市等。传统上国家

法等同于民族国家的法律，但现在并不一定是这种情况。许多时候，国家法的具体表现并不一定包含“国家法”这几个字眼，而是诸如“美国最高法院”，“纽约州修正法”（the Revised Statutes of the State of New York）等具体的标签。它们之所以属于这一种类，是因为它们不只与国家的法律机器有密切联系，而且处于这个机器的内部。各个国家的法律制度从性质上来说都是不同的：它渗入人们生活的程度和范围，法律传统的影响，法律机构的权力，它所关注的事务和活动，它独立于政治活动者的自主程度，法律职业者们的数量和团结程度，它的规范的渊源，以及它是否以“法治”为取向，等等。

习惯法

正如前面的几章中已经提到的，习惯法是一个充满争议的概念。法律人类学家们在如何定义“习惯法”的问题上各持己见。有些人认为习惯法是为了实现殖民化的利益而创造的，是一种政治产物。而另外许多法学家和社会学家则赞同富勒（1975：92）对于“习惯法”的定义：“从人类交往中直接产生的行为规则，这些规则使得人们能够对彼此的行为产生一定的预期”。我已经指出，这条进路的问题在于它不能将习俗和习惯法区别开来，并且往往将社会生活的许多方面都纳入“法律”的范畴。

依据因袭主义的进路，并不需要定义“习惯法”。在判断某项规范是不是“习惯法”的时候，唯一需要考虑的是：那个特定的社会域中的人们是否使用“习惯法”这个概念（而不是理论家们是否承认它是“习惯法”）。在以前的殖民地国家，对“习惯法”这个概念的使用并不鲜见（see Tamanaha 1989）。通常情况下，与前一类一样，这个标签往往是比较具体的，如雅浦习惯法，或者“阿达特”（Adat）；而且这个标签中往往包含“习惯法”（或者它在其他语言中对应的翻译）这个词，因为这是它在那些国家法认可习惯法的地方被认定为“习惯法”所必

备的条件。有时候，一个社会域中的习惯法由那些社会行动者们依据一定的非形式化或者制度化的方式实施，并且在国家的法律系统之外独立发挥作用。而更多的情况下，习惯法获得了国家法的认可，并且作为一种规范的种类或渊源而独立存在。有时候，习惯法的两种形式和用法在同一个社会域中同时存在。

依据这里所采用的因袭主义进路，在一个社会域中的习惯性的规范或做法，并不能仅仅因为它事实上发挥了作用而被认为是一种习惯法。如果只是某个人类学家或者法律理论家将“习惯法”的标签贴上这些规范或做法（因为它符合该研究者设定的标准），从因袭主义的角度来说它并不是习惯法，即使后来的实证研究表明那个社会域的人们确实这样称呼它（这种情况事实上曾经发生过）。只有当这个社会域中的人们用“习惯法”（或者那个社会中相应的翻译）来称呼它的时候，才可以说它是习惯法，尽管它也可能被贴上一个更加具体的标签，譬如“阿达特”。否则，它可能是习俗或习惯性规范，但不是“法律”。即使在那些习俗比国家法律规范更加强大、得到更广泛地遵守的地方，这个论断依然是成立的。这一点的重要性在于：它又一次展示了因袭主义进路可以解决那些在法律多元主义者们看来最为困难的问题——如何将法律从习俗和道德中区别出来。这里的问题并不在于某个具体的习惯是不是法律，而在于某一个特定的规范聚合体是“习惯法”还是“习惯”。这个问题的答案取决于那个社会域中的人们对这些概念的通常理解。如果一个社会域中的有些人认为某些规范的聚合体是“习惯法”，而另外一些人则认为只是“习惯”，这时候就可能产生问题。但这个争论对于因袭主义进路来说并不是一个分析性的问题，而只是这个社会域中的人们对于“习惯法”和“习惯”之间的区别的一个有趣的争议。这个争议反映了那个社会中的人们对于该区别的政治意义和象征性意义的理解。对此，后文还将有讨论。

前面的论述再一次表明：因袭主义的很重要的一个方面，就

是要探讨为什么人们将“法律”这个标签贴上某种特定的现象，这样做是否会给他们带来什么好处。这也就意味着，必须要分析“法律”这个标签所蕴含的意义。

宗教法

这一类包括那些与宗教有直接联系的法律。最明显的例子就是伊斯兰法，希伯来法以及天主教的教会法。[5]与前面的情形一样，在这里将宗教法纳入考察范围的原因是某个社会域中的人们认为某些宗教规范是“法律”。换个角度来看，这些也许就是基督教价值，而不是人们通常理解的“法律”。天主教的法律之一就是一个人不可以离婚（尽管有一些例外的情形）或者杀害生命。与前一类一样，当人们对一个社会域中的某一项规范究竟是宗教价值还是宗教法存在争议的时候，那是一个关于信息的争论，而不是一个分析性的问题。正如国家法与习惯法的关系一样，宗教法有它自己独立的制度存在；同时它也经常与国家法交织在一起，或者融入国家法，有时候它甚至就是国家的法律制度（神权国家就是这种情形）。

国际法

从某种意义上来说，这一类与其他种类不同，因为其他种类都是由具体事例（specific examples）构成的一般分类（general categories），而国际法则是一个具体的成员（specific case），至少

---

〔5〕 这里涉及的一个初步的问题是：某种事物［例如“科学神教”（scientology）］能不能算作宗教。与因袭主义相一致，对这个问题的回答是：以研究中所涉及的人群的理解为依据来确定。如果有足够多的人用“科学神教法”（Scientology Law）来描述特定的规范，则那些规范就可以算作一种宗教法。

它是以这种方式产生的。*通常认为，国际法是一个单一的体系，尽管它是分散的、不确定的。但是，也可以说国际法是由一些联系不是很紧密甚至根本没有联系的要素构成的一般分类，这些要素包括（但不局限于）国际私法、国际公法、人权法以及由战犯法庭、国际法院等机构组成的混合体，等等。无论它具有什么性质，在过去的几个世纪里，国际法显然已经获得了“法律”的地位，尽管它的制度性特征依然比较弱（但这种特征也在不断地增长）。与习惯法和宗教法相似，国际法也独立于、并且有时候也被吸纳到具体的国家法律制度中。或者相反，国际法有时也从国家法、习俗以及习惯国际法中吸收一些规范和制度。

尽管人权被认为是国际法的一个分支，但有必要对它们进行单独的分析，因为它们有独立的特征，使它们超出了“国际法”通常指涉的范围。支持人权的机构正在不断涌现。此外，诸如大赦国际（Amnesty International）之类的非政府组织也正在不断发展，这些非政府组织已经开始向政府以及公司施加压力，促使它们消除危害人权的现象。在许多情况下，对违反人权的行为所施加的惩罚，以及施加惩罚的机构，并不一定与法律有直接的关系。例如，道义谴责以及经济抵制（耐克、李维·斯特劳斯、迪斯尼等）是最常用的强制形式，这些强制有时是非常有效的。那些诸如公平劳动协会（Fair Labor Association）等自愿结成的民间组织，也在不断地发展它们自己的规则、标准，以及实施方式。目前，它们还不是国际法的一部分，但将来它们可能被吸纳到国际法之中并获得法律的地位。

---

* 这句话读起来有点拗口，而且其含义也不甚明确。译者为此专门请教了塔玛纳哈教授，他的解释如下：国家法是一个一般的类别，其中包括中国法、美国法、德国法等“成员”；同样，宗教法也可分为伊斯兰法、希伯来法等；而国际法则不同，它不可能被进一步“分解”。——译者注

跨国法

跨国法是一个相对较新的种类，不过它也正在得到越来越多的认可。这与它不断加速的发展是相称的，而此种发展又与（特别是商业方面的）全球化进程有直接的联系。跨国法与国际法的区别，主要表现在两个方面：跨国法超越了国家的边境，这与国际法植根于主权国家的情形不同；同时，由于它是在国际法传统之外独立发展的，它并没有大量地接受那些现存的国际法规则。当然，确实存在这种可能性：随着人们惯常理解的变化，在一定的时候，这两者也许会在“全球法”这个概念下合二为一。跨国法现有的一个典型例子就是商人习惯法。商人习惯法有它自己独立的体系（尽管其制度化的程度很低），但它以各种方式与国家法、国际法，以及特定社会域（例如商业领域）的习俗发生联系。

土著法

作为一种标签，“土著法”有时候是可以与习惯法互换使用的。在法律多元主义的背景下，人们有时用这个标签来指称那些规范秩序的私系统（private systems）。这两种用法，特别是后者，并不是很常见。“土著法”这个标签最常见的用法，是与种族或者少数族群寻求政治独立的运动相联系的。正因为这一点，可以说“土著法”是对国家法律制度的排斥而不是融合。在许多情形下，这种法律是一种象征性的存在——也就是说，它主要是以国际、国家或者地方性的政治对话中的诉求的形式存在的——而没有具体的制度化的存在。这里之所以要提出这一点，并不是要否认土著法的存在；恰恰相反，这是要指出，它是以一种完全不同于我们通常对法律的理解的形式存在的。在某些社会域，人们可能同时提到习惯法和土著法。在这样的情况下，则可以说，这两种法律都是存在的。它们之间，以及它们与国家法律制度（以

及其他法律种类）之间的互动，应该是很有启发意义的。 230

自然法

在这里所列出的法律种类中，自然法在具体表现上是最为多样化的。与其他种类（除了土著法）不同，它没有制度化的存在，尽管可能有一些机构［例如学术研究的哲学部门，或者由教会主办的主日学校（Sunday School）等］支持它并使它长久存在。在许多社会域，人们相信自然法并且据此行动，所以它有相当大的影响，可以说是一种社会存在。过去，自然法与宗教法（特别是天主教）紧密地联系在一起；即使今天，在许多社会域，二者依然存在许多联系。但是自然法还有一个独立于具体的宗教法的传统。它在两种情况下表现得最为强烈。第一，当人们因为感受到了自然法的命令而不遵守其他法律（例如国家法）、习俗或者道德的时候。非暴力反抗运动就属于这种情况。第二，当自然法被明确地融合到国家法体系中的时候。在有些情况下，自然法也会表现得更加主动更加有力：在纽伦堡审判的时候，法院以违反自然法原则为由对战犯实施处罚，就是一个例子。

一般法理学研究的核心起点

两个问题，两个标准

至此，我们已经探讨了法律与社会的一般法理学的大多数基本要素。最后需要指出的一个关键要素，就是可以使它普遍适用的标准，这个标准可以将一般法理学的研究成果纳入传统的法律与社会理论中，而且会使它的成果具有累积性。为了实现这个目标，我们必须回到本书开始时提出的那个框架和主题。

刚开始的时候，我指出在关于法律与社会的理论中有一个常见的假设：法律是社会的一面镜子，它的功能在于维持社会秩

序。这个假设包括两个虽然不同但是相互联系的观点：法律是社会（特别是社会的习俗和道德）的一面镜子这个事实，恰恰是它何以能够有效地维持社会秩序的原因。第1章中的背景介绍和第2章对西方法学理论的回顾都是为了表明这两种观点以及它们
231 的各种形式的变体在西方法学理论中的影响力和说服力。第3～5章讨论了那些能够使我们对这两种假设（特别是镜像命题）产生怀疑的一些理论和事实。第6章将“分离命题”扩展应用于对法律功能的分析。而本章中关于社会秩序渊源的讨论则是对法律在维持社会秩序方面的假设的进一步质疑。通过回顾所有这些论争，我们有理由怀疑法律是社会的一面镜子以及法律的主要功能是维持社会秩序这两种观念。

一般法理学将不再简单地将这两种观念视为正确的假设，而将它们转变为两个问题；进而，这两个问题又可以作为两条标准。这样，这两种观念就成为我们构建一般法理学的起点。在一个特定的社会域中，这些最初的核心问题包括：①**在何种程度上，法律（国家法、习惯法、国际法、宗教法、自然法、土著法等）是反映主流的习俗和道德的一面镜子**？②**在何种程度上，法律（国家法、习惯法、国际法、宗教法、自然法、土著法等）有助于维持社会秩序**？我们可以（而且应该）针对一个社会域中的所有种类的法律提出这两个问题。

要量化地评价法律的反映程度（即第一个问题）和维持秩序程度（第二个问题）是不可能的，但是我们可以在相对较广的范围内作出可靠的评价，譬如可以分出以下五个等级：无、低、中、高、非常高。当然，也可以说这更多的是质（而非量）的评价。

除了法律反映程度和维持秩序程度，还有一系列与之相关的问题需要考虑。很明显并且很重要的一个问题就是：法律的反映程度和维持秩序程度是否相关？还有其他许多可以探讨的问题，例如：反映程度的高或低有什么社会影响（包括对法律和特定的

社会域的影响)？如果法律维持秩序的程度较低，它（无论哪一种法律）实际有什么用处？法律（无论哪一种）是不是只是在某些方面或者某些问题上才反映社会？在反映程度与关于法律的正当性的主流观点之间是否有联系？在反映程度与法律职业者对法律知识的垄断之间是否有联系？为什么在一个社会域中某些现象被贴上了“法律”这个标签？这个标签是否带有一些修饰性的、或者象征性的好处？在一个社会域中被称为“法律”的种种现象之间有什么联系？在这个社会域中，它们各自在反映程度以及维持秩序的程度方面有何不同？哪些种类的法律（如果存在的话）最能够反映该社会域的习俗及价值？为什么？可以提出很多诸如此类的问题。当然，具体提出哪些问题，取决于研究的目的，以及法律和社会理论家们关注的、与一般法理学相关的具体问题。

在考察法律的社会秩序功能的程度时，也应该考虑前面的分类中所指出的种种秩序的渊源，以及它们与一个社会域中的各种法律之间的互动关系。那样我们才可能知道那些秩序渊源是否与各种法律相互影响。如果能够同时观察秩序的渊源与各种法律这两个方面，并且将研究成果结合起来，我们对于某一社会域的法律与社会的关系的理解就会得到进一步深化。

这两种观念，不仅可以作为核心的问题，而且可以作为一般法理学的一些标准。我们可以在一个连续体（continuum）上创造一系列的“刻度”：无、低、中、高、非常高。其中一个是衡量法律的反映程度的标准，另一个则是衡量法律维持社会秩序的程度的标准。这些标准可以作为对一个社会域与另外一个社会域进行比较研究的基准。针对每一个社会域中的研究都可以提供关于那个社会的一些信息。

正是因为这种研究框架可以用来搜集**所有**种类的社会域以及**所有**法律制度的信息，所以它才可以作为**一般**法理学的基础。与其他的尝试不同，它并不局限于某些特定的体系，或者只是西方

的法律制度。事实上，这个一般法理学是为了解释世界各地的万花筒似的法律现象，特别是那些经历过法律移植的非西方国家的法律，这些法律曾经长期被法律理论家们忽视。能够将这些纷纭复杂的法律现象纳入一个理论框架并加以理解，这是第一次。这个理论是可能被普遍地适用的，因为它并不像奥斯丁和哈特的理论那样建立在一些概念和共同性的基础之上——这种对概念和共同性的追求必然使他们的理论显得过于狭隘。相反，这里的目标是依据一个共同的标准来发现那些不同之处，然后再观察这些不同所造成的结果及影响。通过观察这些不同之处以及由此造成的后果，我们会得到许多有用的信息（至少不会比仅仅观察那些共同之处而得到的信息更少）。

随着我们搜集到越来越多的社会域的资料，我们也许会发现一些关于（各种）法律的反映程度和维持秩序程度的模式。迄今我们还没有发现这些模式。但是，有理由相信，随着研究成果的积累，我们能够发现一些可以广泛适用的、关于法律与社会之关系的概括，这些概括将承认在不同的社会中，法律与社会的关系可能是不同的，而这些不同又会产生一系列的影响。即使我们不能发现一些重要的模式或者可靠的概括，使用这个框架仍然具有无可比拟的好处。当前，因为缺乏统一的框架，对法律与社会的关系这个问题的研究是如此的混乱，以至根本不可能形成知识的积累，也不可能在此基础上成功地构建一个一般的理论。

有必要指出我在这里提出的这些标准的另外一个影响。与主流的观点相反，在法律与社会的关系的问题上，不存在什么“正常”与“不正常”，或者“适当”与“不适当”之类的区分。通常情况是：法律（无论哪一种）与社会之间的关系总是千变万化、异常复杂的，而其结果也是利弊混杂，难有定论。那些企图将这里的标准改造为现代进化论，并且将他们自己摆在一个“高级”的位置上（无论他们选择了哪个位置）的人们，无疑没有抓住问题的关键。

234

本研究的意义以及一些基本的假设

将两个曾经被广泛接受的假设转变为两个问题，然后进一步转变为两条标准，从观念上来说只是很简单的一小步，但实际上却是非常有价值的。它的价值来自于这个事实：许多法学及社会学理论都将它们的理论大厦建立在这两个假设的基础之上。

让我们以描述性/规范性这个中枢作为一个例子。许多理论认为法律**是**而且**应该是**社会的一面镜子，法律**是**而且**应该是**维持社会秩序的主要机制之一。假设我们对许多社会域做了广泛的研究，并且发现国家法对社会中的习俗和道德的反映程度最多只是“中”，而通常情况下只是“低”。这就从经验上证明那些认为国家法的反映程度很高的理论是不充分的，至少可以证明它们的适用范围是很有限的，而且我们也可以据此怀疑那些理论的价值。假如我们发现，在许多社会域，国家法在维持社会秩序方面所起的作用只是“中”到“低”，这就从经验上证明那些认为国家法在维持社会秩序方面发挥核心作用的理论是不充分的。这些就是描述性这一方面可能产生的一些理论上的后果。进一步，假设我们发现，在有些社会域中，国家法的反映程度和维持秩序的程度都是“低”，但它的运作却是很有效的，而且在其他方面也发挥着重要的作用。我们也可能发现，如果国家法在维持社会秩序方面发挥着很重要的作用，则它常常与一般大众发生疏离。诸如此类的发现，使我们有理由质疑据说是存在于描述性和规范性之间的联系的真实性和可欲性。相反的发现，则有助于证实这种联系的存在。

有一点值得注意：许多理论家之所以颂扬法律的镜像命题以及它在维持社会秩序方面的功能，是因为这些观念为法律提供了正当性。这些观念使得人们相信：法律是人民的法律，使人们免于遭受潜伏在社会生活中的混乱爆发时可能引发的、可怕的破坏性后果。如果能够从描述性以及规范性的角度削弱这两种广为流

传的观念，那么我们将会看到，西方法学以及社会学理论中关于正当性的主流的理论形式，就像第3章中讨论过的关于法律起源的两种“神话”一样，在很大程度上是为法律（特别是国家法）的正当性辩护的。

基于第3章和第5章的信息，这里将对一般法理学的研究可能得出的一些结论提出一些初步的假设，并且也提出一些值得探讨的问题。它们是：

235

- 与那些主要通过从其他地方移植的法律及其规范相比，土生土长的法律制度（无论是国家法、习惯法还是其他种类的法律）及其规范的反映程度较高，这一点是很明显的。当然，还有其他一些因素影响法律的反映程度，例如，移植后经历时间的长短，法律从业者在什么样的传统中接受训练，等等。
- 在法律（无论是哪一种）反映程度较低的地方，其维持社会秩序的作用也相对较低。但是，在那些反映程度较高的地方，人们却又不太需要法律（无论哪一种）的干涉：因为其他社会秩序渊源的影响，人们实际上会自觉地做法律所要求的事，哪怕没有法律的强制。
- 在法律职业者通过专业化而垄断了法律（无论哪一种）知识的情况下，法律的反映程度相对较低。
- 如果**国家的**法律职业者通过专业化而垄断了法律（无论哪一种）知识，那么随着时间的推移，他们在制定法律的时候就更倾向于移植其他地方的法律，因而也更容易（通过跨国的法律文化的传播而）受到其他地方的法律制度的影响。
- 如果法律职业者对法律的垄断程度很高，那么非法律的（外行的）社会行动者就不太容易接近或者控制法律（无论哪一种）；如果垄断程度很高，而且法律

反映社会习俗和道德的程度又很低，那么外行的社会行动者接近或者控制法律的程度就更低。

·如果反映的程度较低而垄断的程度较高，法律（无论哪一种）就更容易成为某些特殊的群体——特别是一个社会域内部的那些经济上或者政治上的精英（通常包括法律职业者们）——获取利益的工具。

·如果垄断的程度较高，法律（无论哪一种）将试图自我正当化（self－legitimating），比如指向它自己的性质（特别是那些具有形式理性的法律），并且利用“法律”这个标签所包含的象征性权威（symbolic authority）。

·如果一个社会域中存在多种法律（无论哪些种类），人们将会以一种工具性的方式利用这些法律共存的状态；也就是说，人们（不仅是法律行为者，也包括一般的大众）为了实现他们各自的目标，会战略性地诉诸其中一种或者另外一种（或者两种）法律，甚至会利用不同法律之间的冲突；在这种情况下，法律的反映程度（无论是高还是低）就会成为人们的策略性选择中考虑的因素，也可以作为争论的一个理由。

236

通过以上这些初步的、简单的假设，我们应该不难发现本书提出的一般法理学涉及许多重大的社会问题和政治问题，而且具备很强的批判能力。这个理论之所以强大，就是因为它以法学家和社会学家的一些核心主张作为直接的批判对象。

最初的探索之外

尽管对这个问题的广泛而系统的研究才刚刚开始，但是以前的研究已经足以说明：在许多社会域和许多问题上，国家法（也许其他形式的法律也不例外）的反映程度和维持秩序的程度都是

相当低的[6]。当然，在另外一些情形下，这些程度也可能是很高的。在有些情况下，法律对于某些方面或者某些问题的反映程度可能在“中”到“高”的范围内，但是在另外一些方面可能就比较“低”了。许多社会域中的国家法是从其他地方移植来的，而即使那些产生于本地的国家法也往往经过了法律知识和法律专家们的“过滤”。通常，社会秩序的维持主要依赖于前面的分类中提到的法律以外的社会秩序渊源。这是社会科学家们都知道的事实，但是法学理论家们却似乎常常忽略或者忘却了这一点。如果这些论断是正确的，那么，无论是从经验上还是理论上来说，都必须在某种程度上对镜像命题和法律的社会秩序功能理论加以修正。这就是为什么我认为这两个问题只是作为初步的探讨，尽管它们是很重要的。

这两种关于法律的观点在几个世纪前就出现了，并且一直占据着主导地位，塑造着（同时也限制着）我们对于法律的性质以及法律与社会的关系的理解。但是社会已经发生了变化。同时，法律（包括各种形式的法律）也发生了变化，而人们利用法律的目的和方式同样发生了变化。即使曾经存在过一个小型社会，那里的法律（无论哪种）确实反映着当地的习俗和道德，并且维持着社会秩序，但有许多迹象表明：这种令人感到舒适的
237 描述已经不合时宜了。不过，只要这两种陈旧的理论——镜像命题和社会秩序功能理论——仍然在关于法律的理论中占据主导地位，理论家们就可能对这些变化视而不见。

从这第一步出发，这里应该提出一种关于法律及其与社会的关系的新理论。除非经过实际的调查，我们不可能精确地预见可能出现哪些新问题。当我们的视线从社会秩序功能上转移之后，我们将会发现一些新的研究领域，这些新的领域将改变我们对那些被贴上了“法律”这个标签的种种现象的理解。

---

〔6〕 埃利克森的研究证实了这两点，参看 Ellickson（1991）.

在第 2 ~5 章中，我们讨论了法律与社会的关系可能已经发生的一些重大的转变，有必要对这些转变在理论上加以说明。三个不同的发展——国家法的形式化和程序化，国家机器和市场的迅猛发展，以及二者在全球范围内的扩展——看起来已经改变了（特别是）国家法以及它与社会的关系。

对于市场，法律关注的主要问题是：交易的可靠性和可预测性，占有和处分财产的能力，新的商品形式的开发，以及发生冲突时调整人们的关系的途径。也就是说，**法律是市场和交易背后的形式化的基础**（当然，即使在这种场合，与其他的社会秩序渊源的作用相比，法律的作用仍然是次要的）。如果当前的这种趋势能够继续下去，我们就有理由相信，一个具有统一的法律规则和制度的全球性商业法律体系将会出现，这种统一性可能通过以下方式实现——借鉴、模仿，以及强加等。随着市场的扩展以及跨国公司的实力和控制范围的增长，这种强加的情形可能在全球范围内变得日益普遍。在这个方面，（大多数种类的）法律将受到这些跨国公司和市场的支配，甚至由其决定。那些与市场和交易相关的法律与总体的社会秩序没有直接的关系。除非受到政治的或者强大的非政府权威的积极干预，这些法律反映的习惯和道德只是那些商人们的或者与商业相关的习惯和道德。在这种受市场支配的法律中，“同意”这个概念似乎完全是不合适的，因为只有市场才是最终的决定者。交易是通过契约的方式完成的，但是交易的法律形式通常并不是这样。重要的不是如何做事，而是按照统一的规则来做事。东道国的税收政策往往决定交易的具体形式。检验这类法律的关键标准在于它们是否增进财富和效益，同时降低交易成本。如果这些预测成为现实，那么从理论的角度来看，我们就应该以一种不同的方式来看待和解释那些与市场相关的法律。在全球市场中适用的法律，虽然可能与日常生活中的法律有一定的重合，但它们在目标、用处以及功能方面也有许多不同之处。

238

随着国家机器的增长，国家法也开始扮演新的角色，并且具有了新的目的。这种情况在社会福利国家尤为明显。国家法越来越成为**政府官僚制度的基础**，成为**一种做事的方式**。当国家通过法律与那些私主体（private actors）一起参与到社会域的活动中的时候，就可以说**法律成了一种用于实现特定目的的工具**，其运作方式与那些作为规范实施的法律是很不相同的。在法律维持社会秩序时，它主要是以一种否定的形式（即禁止某些社会行为）运作的。但在这种新的形式和角色中，国家法为了实现特定的目标而积极地行动；它关注的并不是人们的社会行为，而是政府要依法办事。行政法就具有这种特性。在这个方面，它与我们对于法律的传统理解是很不同的。这个过程与习俗、同意、道德和理性都没有多大的关系；而传统对法律的看法——制度化的规则适用和执行——也不能很好地描述这个过程。这个过程关注的更多是工具性的成功（即实现政策的目标）和利益的平衡。随着各级政府官僚数量的增长以及他们活动范围的扩张，这种形式的法律也将增长，而当前关于国家法的理论很难（甚至根本不能）解释这种现象。作为政府行动的手段和形式的法律与日常生活中的法律也是很不同的，这些不同表现在许多方面：目标、作用以及功能等。

第三个发展——法律的程序化和形式化——是与国家法不断地和习俗、道德相分离的过程联系在一起的。在那些移居国外的律师以及在国外接受过训练的法律专家们（这些人都是跨国法律文化的成员）的推动下，起源于西方的法律制度和规范（国家法、国际法、跨国法），特别是法治和形式民主（formal democracy）得以在全球范围内移植，这种移植往往无视地方性的文化以及制度性条件。作为典型的西方的法律运行方式，形式化和程序化在性质上来说是没有实质内容的。与市场相似，法治有它自己的准则、影响以及后果。在这种合法性形式（form of legality）以及形式民主得以传播的地方，国家法与当地的风俗习惯以及道德

239

往往存在很大的差别；而整个过程也很难说有什么“同意”的因素。而且，国家法律往往可以成为实现某些群体的利益的工具，尤其是法律官员、法律专家，以及其他有能力控制政治选举过程、立法或法律程序的群体。这种由法律职业者们设计的形式的、程序性的法律存在一个问题：它往往使得法律与社会域中人们通常的理解发生背离。这些问题并不仅限于那些非西方国家。西方国家也日益多元化，其内部也往往分裂为许多不同的利益群体。法律正在变成一个独立的、由专家们控制的系统。程序法能否继续维持其中立的立场，是值得怀疑的。晚近的一个趋势——法治国家往往越来越多地强调实质正义——暗示着国家法正在向一个形式化程度相对较低的方向转变，这也许反映了社会日益分裂的状况对国家法提出的挑战。

这三个方面的发展意味着国家法（也许其他种类的法律也一样）正在变化，逐渐分为至少是三个不同的领域（市场、政府/行政、社会关系），而这些领域内部又有诸多变化。这种变化本身很难说是“好的”还是“坏的”。问题在于：我们在理论上的理解落后于这些发展。那些关于法律与社会的关系的陈旧观念——镜像命题和社会秩序命题——仍然让我们洋洋自得，殊不知现实中的法律已经发生了巨大的变化。

但是，在法律理论中需要作出的最大的改变，也许并不是因为（国家）法律发生了这些变化；理论家们研究这个问题的视角，其实早就应该转移了。镜像命题和法律的社会秩序功能理论主要是从社会（而非个人）的角度来观察法律的。但那只是问题的一个方面，而且也许是没有多大意义的一面。所有法律都是社会的产物，并且是一种真实的社会存在。大多数诉诸法律（无论是哪一种法律）的人所关心的并不是社会秩序，而那些法律职业者们（特别是律师）从事法律活动时的情况也是如此。从一个外行人的角度来看，（国家的）法律经常被看做一种权力资源。从律师的角度来看，（国家的）法律是他们的商业竞技场：

他们主要是从工具性的角度看法律规则的，法律可能是实现他们特定目标的一个障碍，也可能是一个可资利用的工具。那种过分地强调法律的社会秩序功能的理论观点，并不能说明人们诉诸法律时的想法和动机。人们诉诸法律，以及法律的实际运作，常常制造冲突并使之延续。下面这两种观点之间并不存在必然的冲突：法律（无论哪一种）可能是由社会中的一部分行动者（为了他们自身的利益而）创制的；但一旦创制出来并且得以延续，该项法律就可能为其他人的行动提供一个背景性的框架（尽管他们各有不同的目的），因而有益于维持社会秩序。而且法律也可能潜在地对社会秩序产生帮助，而无论具体的个人是否以此为目的（正如功能主义者主张的）。当然，这一切都需要进一步的研究。除非我们能够仔细地考察那些诉诸法律的社会行动者的动机和行为，否则我们就很难理解这一切。法律人类学的过程学派是唯一包含了这种观点的进路，尽管这个学派很小并且可能已经走向了衰退。虽然第2章中讲到的工具主义传统将法律看做一种工具，但那主要是从实现一定的社会目的的意义上来说的。最后，关于法律与社会的理论必须理解并说明人们（无论是法律职业者还是外行人）对于法律（无论是哪一种）的战略性选择，并将其纳入理论范围。

镜像命题和关于法律的社会秩序功能的理论，在现代的环境下已经显得有点过时和片面了。应该驱除罩在法律（无论哪一种）身上的那种神秘色彩，而将它理解为一种工具或手段，一种权力资源。虽然使用法律的人往往标榜“正确”和“良善”之类的旗号，但法律事实上与习俗、同意、道德、理性以及它在社会中的功能没有必然的联系。如果这样理解，法律（无论哪一种）就没有什么神圣之处了。尽管这条进路看起来有点愤世嫉俗的意味，但事实并非如此。当然，它确实不赞同以往那些法学理论。我之所以要构建一般法理学，动机之一，就是要让人们对法律有更为现实的理解。

避免正当化的尝试

历史上的法律与社会理论中有许多关于法律的正当性的讨论，或者更准确地说，有许多理论家们企图将法律描述成正当的。这就是我所说的“正当化的尝试”（legitimation enterprise）。许多法学家或社会理论家们也许会这样反驳：他们之所以要建立起一系列的检验法律的正当性的标准，是为了对法律加以批评，是为了通过揭示法律的不正当之处而促进法律的改革，而不是为法律辩解。但事实往往并非如此。例如，自然法理论应该说是所有关于正当性的尝试中最具有批判性的，因为它主张只有那些符合自然法的实证法才是有效的。但是，事实上自然法更多地被用来支持国家法的正当性。那些与习惯法、习俗、道德、理性或者自然原则相适应的国家法或国际法，往往成为人们讴歌的对象。这些做法使得那些正当化的尝试令人怀疑。正当化的理论可能被用来批判法律，但它也可能被用来为现状辩解。无论是什么原因，正当化尝试的这种批判的性质在大多数情况下都被掩盖了，而这种尝试也往往成为对现存法律制度的一种辩护。通过历史地考察这种尝试，我们会得出一个结论——应该放弃这种尝试。

我清楚地知道这个论点有悖于大多数法学家和社会学家的信念。确实，除了选择性镜子传统和工具主义传统，西方法学理论中最常见的一个主题就是对法律的正当性的论证。我并不否认法律应该**是**正当的。我只是认为，那些关于法律的正当性的理论探讨并不一定能使法律变得正当（see Tamanaha 1999）。正是因为这个原因，同时由于我主张的一般法理学对于法律（无论哪种）的基本取向是描述性的，在这里我将避免正当化的尝试。其他的理论家们可能利用我在本书中的研究成果展开关于正当性的讨论。虽然一般法理学可能有那样的用处，但它并不是一般法理学本身的一部分。

“法律”这个概念往往暗示着某种权威，或者说是“正当的权力”（rightful power）。那是振奋人心的。不需要在理论上进一步证明法律（无论是哪种形式的法律）的正当性。法律的各种具体表现、法律规则、法律制度、法律实践以及法律上的主张，都必须能够直接地回答它事实上究竟是不是好的或者正确的。必须细致地审视那些增加了人们的苦难的法律适用或者其他任何在法律名义下进行的活动，考察它们是否符合“正当”这个标准，无论它们是不是反映了社会的习俗或者道德，也无论它们是否有益于社会秩序。每一个问题的答案都取决于具体的情形。关于正当性的问题永远都是具体的。一般法理学所能做的，最多是将某个具体的情形纳入一个更广阔的背景下。一般法理学能够帮助我们理解社会中的法律（无论哪一种）现实。至于这个现实是否符合我们的愿望，是否符合正义，则不是一般法理学所能回答的问题。

开端

本书并没有完成一般法理学。这只是一个必要的起点。本书仔细地分析了过去那些企图理解法律与社会的关系并构建一般法理学的尝试，并分析了它们的缺陷。对那些理论的讨论，为我们理解法律与社会的关系提供了一些非常有价值的洞见。本书希望能够吸收过去和现存的那些尝试的长处，同时要避免它们的缺点。

社会－法律实证主义、关于法律与法律多元现象的因袭主义进路、“社会域”的概念、两个核心的问题和标准……本书中使用的这些概念，从一定意义上来说都是空洞的（empty）。对于法律（无论哪一种）与社会的关系究竟如何，它们并未提供多少细节。它们只是识别出了一些关键的特征，并指出了研究的对象和方式。更为艰难的工作，尚待以后的努力。

参考文献

Abel, R. (1973a), 'Law Books and Books About Law', *Stanford Law Review* 26: 175~228.

—— (1973b), 'A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society', *Law and Society Review* 8: 217~347.

—— (1978), 'From the Editor', *Law and Society Review* 12: 489~98.

Ajani, G. (1995), 'By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe', *American Journal of Comparative Law* 43: 93~117.

Akers, R., and Hawkins, R. (eds.) (1975), *Law and Control in Society* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall).

Albrow, M. (1996), *The Global Age: State and Society Beyond Modernity* (Stanford, Calif.: Stanford University Press).

Allott, A., and G. Woodman (eds.) (1985), *People's Law and State Law: The Bellagio Papers* (Dordrecht: Foris Pub.).

Aquinas, T. (1993), *Summa Theologiae*, trans. R. J. Henle (South Bend, Ind.: University of Notre Dame Press).

Aristotle (1985), *Nicomachean Ethics*, trans. T. Irwin (Indianapolis, Ind.: Hackett Publishing Company).

—— (1988), *The Politics*, trans. E. Barker (Cambridge: Cambridge University Press).

Austin, J. (1913), *Lectures on Jurisprudence* (R. Campbell edition) (London: John Murray).

—— (1995), *The Province of Jurisprudence Determined*, W. Rumble ed. (Cambridge: Cambridge University Press).

—— (1954), *The Uses of the Study of Jurisprudence*, ed. H. L. A. Hart (London: Weidenfeld and Nicols).

Barber, B. (1993), 'Global Democracy or Global War: Which Comes First?', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1: 119 ~ 37.

Barberis, M. (1996), "Universal Legal Concepts: A Criticism of 'General' Legal Theory", *Ratio Juris* 9: 1 ~ 14.

Barnes, B. (1995), *The Elements of Social Theory* (Princeton: Princeton University Press).

Bauman, Z. (1989), 'Hermeneutics and Modern Social Theory', in D. Held and J. B. Thompson (eds.), *Social Theory of Modern Sciences* (New York: Cambridge University Press).

—— (1992), *Intimations of Postmodernity* (New York: Routledge & Kegan Paul).

Becker, C. (1932), *The Heavenly City of the Eighteenth Century Philosophers* (New Haven: Yale University Press).

Bender, L. (1988), 'A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort', *Journal of Legal Education* 38: 3 ~ 37.

Bentham, J. (1982), An *Introduction to the Principals of Morals and Legislation*, ed. J. H. Burns and H. L. A. Hart (London: Methuen).

Berger, P., and Luckmann, T. (1966), *The Social Construction of Reality* (Garden City, NY: Doubleday).

Berman, H. J. (1983), *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Berstein, L. (1992), 'Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry', *Journal of Legal Studies* 21: 115 ~ 57.

Bianchi, A. (1997), 'Globalization of Human Rights: The Role of Non-state Actors', in G. Teuber (ed.), *Global Law Without a State* (Brookfield, Vt.: Dartmouth Publishing).

Bix, B. (1995), 'Conceptual Questions and Jurisprudence', *Legal Theory* 1: 465 ~ 79.

—— (1999a), *Jurisprudence: Theory and Context*, 2nd edn. (Durham, NC: Carolina Academic Press).

—— (1999b), 'Patrolling the Boundaries', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 12: 17 ~ 33.

—— (2001), 'Natural Law Theory: The Modern Tradition', in J. L. Coleman and S. Shapiro (eds.), *Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy* (Oxford: Oxford University Press).

Bloch, M. (1967), 'The Feudal World', in N. Cantor and M. S. Werthman (eds.), *Medieval Society*: 400 ~ 1500 (New York: Crowell).

Blumer, H. (1969), *Symbolic Interactionism* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall).

Bobbio, N. (1993), *Thomas Hobbes and The Natural Law Tradition*, trans. D. Gobetti (Chicago: University of Chicago Press).

Bodenheimer, E. (1957), 'Law as Order and Justice', *Journal of Public Law* 6: 194 ff.

—— (1973), *Power, Law and Society* (New York: Crane Russak)

Bohannan, P. (1965), 'The Differing Realms of the Law', American Anthropologist: 67: 33ff.

—— (1967), 'The Differing Realms of the Law', in P. Bohannan (ed.), *Law and Warfare* (Garden City, NY: Natural History Press).

Bohman, J. (1991), *New Philosophy of Social Science: Problems of Indeterminacy* (Cambridge, Mass.: MIT Press).

Bonell, M. J. (1992), 'Unification of Law by Non-Legislative Means: The UNIDROIT Draft Principles for International Commercial Contracts', *American Journal of Comparative Law* 40: 617 ~ 33.

Boorstin, D. (1996), *The Mysterious Science of the Law* (Chicago: University of Chicago Press).

Brierly, J. E. C. and David, R. (1978), *Major Legal Systems in the World Today*, 2nd edn. (NewYork: Free Press).

Bruhl, L. (1975), 'Soiologie Du Droit', trans. and quoted by L. Fuller in 'Law as an Instrument of Social Control and Law as Facilitation of Human Interaction', B*righam Young University Law Review* 1975: 89 ~ 96.

Burman, S. B., and Harrell-Bond, B. E. (eds.) (1979), The Imposition of Law (New York: Academic Press).

Burton, S. (1989), 'Law as Practical Reason', *Southern California Law Review* 62: 747~93.

Cain, M. and Hunt, A. (eds.) (1979), *Marx and Engels on Law* (New York: Academic Press).

Cairns, H. (1949), *Legal Philosophy From Plato to Hegel* (Baltimore: Johns Hopkins Press).

Campbell, C. M., and Wiles, P. (eds.) (1979), *Law and Society* (New York: Barnes & Noble Books).

Cardozo, B. N. (1924), *The Growth of Law* (New Haven: Yale University Press).

Carter, J. C. (1907), *Law: Its Origin, Growth and Function* (New York: Da Capo Press).

Cassirer, E. (1951), *The Philosophy of the Enlightenment* (Princeton: Princeton University Press).

Chanock, M. (1985), *Law, Custom, and Social Order* (Cambridge: Cambridge University Press).

—— (1992), 'The Law Market: The Legal Encounter in British East and Central Asia', in W. J. Mommsen and J. A. de Morr (eds.), *European Expansion and Law* (Oxford: Berg Publishers).

Chiba, M. (1989), *Legal Pluralism: Toward a General Theory Through Japanese Legal Culture* (Tokyo: Tokai University Press).

Chroust, A. (1944), 'The Philosophy of Gustav Radbruch', *Philosophical Review* 53: 23ff.

Cicero (1998), *The Republic and The Laws*, trans. N. Rudd (Oxford: Oxford University Press).

Cohen, D. (1995), *Law, Violence and Community in Classical Athens* (Cambridge: Cambridge University Press).

Cohen, F. S. (1935), 'Transcendental Nonsense and the Functional Approach', *Columbia Law Review* 35: 809~49.

—— (1937), 'The Problems of a Functional Jurisprudence', *Modern Law Re-*

view 1: 5 ~ 26.

—— (1960), *The Legal Conscience* (New Haven: Yale University Press).

Coleman, Janes S. (1990), *Foundations of Social Theory* (Cambriage, Mass.: Harvard University Press).

Coleman, Janet (2000a), *A History of Political Thought*, i. *From Ancient Greece to Early Christianity* (Malden, Mass.: Blackwell Publishers).

—— (2000b), *A History of Political Though*, ii. *From the Middle Ages to the Renaissance* (Malden, Mass.: Blackwell Publishers).

Coleman, Jules (1980), 'Efficiency, Utility, and Wealth Maximization', *Hofstra Law Review* 8: 509 ~ 51.

—— (1998), 'Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis', *Legal Theory* 4: 381 ~ 425.

Collins, H. (1982), *Marxism and Law* (Oxford: Clarendon Press).

Collins, R., and Makowsky, M. (1972), *The Discovery of Society* (New York: Random House).

Comaroff, J. L., and Roberts, S. (1981), *Rules and Processes: The Cultural Logic of Dispute in an African Context* (Chicago: University of Chicago Press).

Cotterrell, R. (1991), 'The Durkheimian Tradition in the Sociology of Law', *Law and Society Review* 25: 923 ~ 45.

—— (1992), *The Sociology of Law* (London: Butterworths).

—— (1997), 'A Legal Concept of Community', *Canadian Journal of Law and Society* 12 (2): 75 ~ 91.

—— (1999), *Émile Durkheim: Law in a Moral Domain* (Stanford, Calif.: Stanford University Press).

Crenshaw, K etal. (1995), 'Introduction', in K. Crenshaw, et al. (eds.), *Critical Race Theory* (New York: New Press).

Daly, M. (1996), 'Thinking Globally: Will National Borders Matter to Lawyers a Century From Now?', *Journal Institute to Study Legal Ethics* 1: 297 ~ 342.

Davies, P. (1992), *The Mind of God* (New York: Simon and Schuster).

De Ly, F. (1992), *International Business Law and Lex Mercatoria* (Amsterdam: North Holland).

Dewey, J. (1941), 'John Dewey', in *My Philosophy of Law* (Boston: Boston

Book Co.).

Dezalay, Y., and Garth, B. (1996), *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (Chicago: University of Chicago Press).

Doolan, A. (1954), *Order and Law* (Westminster, Md.: Newman Press).

—— (1972), *Emile Durkheim, Selected Writings*, ed. A. Giddens (Cambridge: Cambridge University Press).

—— (1973), 'The Division of Labour in Society', in R. Bellah (ed.), *Emile Durkheim on Morality and Society* (Chicago: University of Chicago Press).

Durkheim, É. (1983), 'The Division of Labour in Society', in S. Lukes and A. Scull (eds.), *Durkheim and the Law* (New York: St. Martin's Press).

—— (1993), *Ethics and the Sociology of Morals*, trans. R. T. Hall (Buffalo: Prometheus Books).

Dworkin, R. M. (1977), *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

—— (1986), *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Belknap Press).

Dyzenhaus, D. (1996), 'The Legitimacy of Legality', *University of Toronto Law Review* 46: 129~80.

Ehrlich, E. (1916), 'Montesquieu and Sociological Jurisprudence', *Harvard Law Review* 29: 582~600.

—— (1922), 'The Sociology of Law', *Harvard Law Review* 36: 130~45.

—— (1975), *The Fundamental Principles of the Sociology of Law* (New York: Arno Press).

Ellickson, R. (1989), 'A Hypothesis of Wealth-Maximizing Norms: Evidence from the Whaling Industry', *Journal of Law, Economics, and Organization* 5: 83~97.

—— (1991), *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Elliot, E. D (1985), 'The Evolutionary Tradition in Jurisprudence', *Columbia Law Review* 85: 38~94.

Engels, F. (1942), *The Origin of the Family, Private Property and the State*,

in the Light of the Researches of Lewis H. Morgan (New York: International Publishers).

d'Entreves, A. P. (1994), *Natural Law: An Introduction to Legal Philosophy* (New Brunswick, NJ: Transaction Publishers).

Ewald, W. (1995), 'Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants', *American Journal of Comparative Law* 43: 489~510.

Farber, D., and Frickey, P. (1991), *Law and Public Choice: A Critical Introduction* (Chicago: University of Chicago Press).

Fears, J. R. (2000), 'Natural Law: The Legacy of Greece and Rome', in E. B. McLean (ed.), *Common Truths: New Perspectives on Natural Law* (Wilmington, Del.: ISL Books).

Field, D. D. (1995), 'Magnitude and Importance of Legal Science', in S. B. Presser and J. S. Zainaldin (eds.), *Law and Jurisprudence* (St. Paul, Minn.: West Publishing).

Finnis, J. M. (1980), *Natural Law and Natural Rights* (Oxford: Clarendon Press).

—— (1995), 'Laws, Problems of the Philosophy of', in T. Honderich (ed.), *Oxford Companion to Philosophy* (Oxford: Oxford University Press).

—— (1998), *Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press).

—— (1996), 'The Truth in Legal Positivism', in R. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism* (Oxford: Clarendon Press).

Fisch, J. (1992), 'Law as a Means and as an End: Some Remarks on the Function of European and Non-European Law in the Process of European Expansion', in W. J. Mommsen and J. A. de Morr (eds.), *European Expansion and Law* (Oxford: Berg Publishers).

Fish, S. E. (1989), *Doing What Comes Naturally* (Durham, NC: Duke University Press).

Foster, M. B. (1949), *Masters of Political Thought*, i. *Plato to Machiavelli* (Boston: Houghton Mifflin).

Friedman, L.

—— (1969a), 'Legal Culture and Social Development', *Law and Society Review*

4：29～44.

—— (1969b), 'On Legal Development', *Rutgers Law Review* 24：11～64.

—— (1975), *The Legal System*：*A Social Science Perspective* (New York：Russell Sage Foundation).

—— (1994), 'Is There a Modern Legal Culture?', *Ratio Juris* 7：117～31.

—— (1996), 'Borders：On the Emerging Sociology of Transnational Law', *Stanford Journal of International Law* 32：65～90.

Friedmann, W. (1967), *Legal Theory*, 5th edn. (New York：Columbia University Press).

Fuller, C. (1994), 'Legal Anthropology, Legal Pluralism and Legal Thought', *Anthropology Today* 10：9ff.

Fuller, L. L. (1958), 'Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart', *Harvard Law Review* 71：630～72.

—— (1964), *The Morality of Law* (New Haven：Yale University Press).

—— (1969), *The Morality of Law* (New Haven：Yale University Press).

—— (1975), 'Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction', *Brigham Young University Law Review* 1975：89～96.

Galanter, M. (1972), 'The Aborted Restoration of 'Indigenous' Law in India', *Comparative Studies in Society and History* 14：53～70.

—— (1981), 'Justice in Many Rooms：Courts, Private Ordering, and Indigenous Law', *Journal of Legal Pluralism* 19：1～47.

Gavison, R. (ed.) (1987), 'Comment', in *Issues in Contemporary Legal Philosophy*：*The Influence of H. L. A. Hart* (Oxford：Clarendon Press).

Gauchet, M. (1997), *The Disenchantment of the World*：*A Political History of Religion* (Princeton：Princeton University Press).

Gauthier, D. (1999), 'Why Ought One Obey God? Reflections on Hobbes and Locke', in C. W. Morris (ed.), *The Social Contract Theorists*：*Critical Essays on Hobbes, Locke and Rousseau* (Lanham, Md.：Rowman & Littlefield).

Geertz, C. (1983), Local Knowledge (New York：Basic Books).

George, R. (1992), 'Natural Law and Human Nature', in R. George (ed.), *Natural Law Theory* (Oxford：Clarendon Press).

Gessner, V. (1994), 'Global Legal Interaction and Legal Cultures', *Ratio Juris* 7: 132~45.

Giddens, A. (1990), *The Consequences of Modernity* (Stanford, Calif.: Stanford University Press).

Gleick, J. (1987), *Chaos: Making a New Science* (New York: Viking).

Goldberg, D., and Attwooll, E. (1996), 'Legal Orders, Systematic Relationships and Cultural Characteristics Towards Spectral Jurisprudence', in E. Orucu, E. Atwool, and S. Coyle (1996), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing* (Boston: Kluwer Law International).

Gordon, R. (1990), 'New Developments in Legal Theory', in D. Kairys, *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 2nd edn (New York: Pantheon Books).

Grabes, H. (1982), *The Mutable Glass: Mirror-Imagery in Titles and Texts of the Middle Ages and English Renaissance* (Cambridge.: Cambridge University Press).

Green, L. (1996), 'The Concept of Law Revisited', *Michigan Law Review* 94: 1687~1717.

Greenhouse, C. (1994), 'Democracy and Demography', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21: 21~29.

Greenawalt, K. (1992), *Law and Objectivity* (New York: Oxford University Press).

Greider, W. (1997), *One World, Ready or Not: The Manic Logic of Global Capitalism* (New York: Simon & Schuster).

Grey, J. (1986), *Hayek on Liberty* (Oxford: Blackwell).

Griffiths, J. (1986), 'What is Legal Pluralism?', *Journal of Legal Pluralism* 24: 1~55.

—— (1995), 'Legal Pluralism and the Theory of Legislation —With Special Reference to the Regulation of Euthanasia', in H. Petersen and H. Zahle (eds.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Brookfield, Vt.: Dartmouth Publishing Company).

Grosheide, F. W. (1994), 'Legal Borrowing and Drafting International Commercial Contracts', in K. Baele-Woelki, F. W. Grosheide, E. H. Hondius,

and G. J. W. Steenhoff (eds.), *Comparability and Evaluation* (Norwell, Mass.: Kluwer Academic Publishers).

Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms* (Cambridge, Mass.: MIT Press).

—— (1999), 'Between Facts and Norms: An Author's Reflections', *Denver University Law Review* 76: 937 ~42.

Haglund, P. (1996), 'A Clear and Equal Glass: Reflections on the Metaphor of the Mirror', *Psychoanalytic Psychology* 13: 225 ~45.

Hampton, J. (1999), 'The Failure of Hobbes's Social Contract Argument', in C. W. Morris (ed.), *The Social Contract Theorists*, (Lanham, Md.: Rowman & Littlefield).

Hart, H. L. A. (1958), 'Positivism and the Separation of Laws and Morals', *Harvard Law Review* 71: 593 ~629.

—— (1961), *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press).

—— (1994), *The Concept of Law*, 2nd edn. (Oxford: Clarendon Press).

Hayek, F. A. (1973), *Law, Legislation and Liberty*, i. *Rules and Order* (London: Routledge & Kegan Paul).

Held, D. (1995), *Democracy and the Global Order* (Stanford, Calif.: Stanford University Press).

Hempel, C. (1965), *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in the Philosophy of Science* (New York: Free Press).

Hobbes, T. (1996), *Leviathan*, ed. J. C. A Gaskin (Oxford: Oxford University Press).

Hobsbawn, E. (1994), *The Age of Extremes: A History of the World, 1914 ~ 1991* (New York: Vintage Books).

Hoebel, A. (1954), *The Law of Primitive Man* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Hogue, A. (1966), *Origins of Common Law* (Bloomington, Ind.: Indiana University Press).

Holmes, O. W. (1897), 'The Path of the Law', *Harvard Law Review* 10: 457 ~78.

—— (1962), *The Occasional Speeches of Justice Oliver Wendell Holmes*, e-

d. M. Howe, (Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press).

Hooker, M. B. (1975), *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws* (Oxford: Clarendon Press).

Hovencamp, H. (1985), 'Evolutionary Models in Jurisprudence', *Texas Law Review* 64: 645~85.

Hume, D. (1966), *An Enquiry Concerning the Principles of Morals* (La Salle, Ill.: Open Court).

—— (1978), *A Treatise of Human Nature*, ed. L. A. Slby-Biggs and P. H. Nidditch (Oxford: Clarendon Press).

Hunt, A. (1978), *The Sociological Movement in Law* (Philadelphia: Temple University Press).

Jacob, H. (1996), 'Conclusion' in H. Jacob *et. al.* (eds.), *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective* (New Haven: Yale University Press).

Jaeger, W. (1944), *Paideia: The Ideals of Greek Culture*, trans. G. Highet (New York: Oxford University Press).

Jagtenberg, R., Orucu, E., and de Roo, A. (1995), 'Introduction', in Jagtenberg *et al.* (eds.) *Transfrontier Mobility of Law* (Boston: Kluwer Law International).

James, M. H. (ed.) (1973), 'Introduction', in *Bentham and Legal Theory* (Belfast: Northern Ireland Legal Quarterly).

Jay, P. (2000), *The Wealth of Man* (New York: Public Afairs).

Jenkins, I. (1980), *Social Order and the Limits of Law: A Theoretical Essay*, (Princeton: Princeton University Press).

Jokela, H. (1990), 'Internationalism in Private International Law', in D. Clark (ed.) *Comparative and Private International Law* (Berlin: Duncker & Humbolt).

Jones, J. W. (1956), *The Law and Legal Theory of the Greeks* (Oxford: Clarendon Press).

Jones, C. A. (1994), 'Capitalism, Globalization and Rule of Law: An Alternative Trajectory of Legal Change in China', *Social and Legal Studies* 3: 195~221.

Kamenka, E. (1983), 'A Marxist Theory of Law?', *Law in Context* 1: 47.

Kant, I. (1991) *Kant Political Writings*, H. Reiss (ed.) (Cambridge: Cambridge University Press).

Kelly, J. M. (1992), *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press).

Kelley, D. R. (1990), *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Kelsen, H. (1945), *General Theory of Law and the State* (New York: Russell & Russell).

—— (1992), *An Introduction to the Problems of Legal Theory* (Oxford: Clarendon Press).

King, M. (1993), 'The Truth About Autopoiesis', *Journal of Law and Society* 20: 218 ~ 36.

King, P. (1986), *Utilitarian Jurisprudence in America: the Influence of Bentham and Austin on American Legal Thought in the Nineteenth Century* (New York: Garland Publishing).

Kinsey, R. (1978), 'Marxism and the Law: Preliminary Analysis', *British Journal of Law and Society* 5: 202 ~ 27.

Kmiec, D. W. (1995), 'Liberty Misconceived: Hayek's Incomplete Relationship between Natural and Customary Law', *American Journal of Jurisprudence* 40: 209 ~ 27.

Kocourek, A. (1936), 'Factors in the Reception of Law', *Tulane Law Review* 10: 209 ~ 30.

Kronman, A. T. (1983), *Max Weber* (Stanford, Calif.: Stanford University Press).

Leiter, B. (1998), 'Realism, Hard Positivism, and Conceptualism Analysis', *Legal Theory* 4: 533 ~ 47.

Lempert, R. (1987), 'The Autonomy of Law: Two Visions Compared', in G. Teubner *Autopoietic law: A New Approach to Law and Society* (Berlin: W. de Gruyter).

Leue, H. J. (1992), 'Legal Expansion in the Age of the Companies: Aspects of the Administration of Justice in the English and Dutch Settlements of Maritime Asia, *c.* 1600 ~ 1750', in W. J. Mommsen and J. A. de Morr (eds.) *Euro-*

pean Expansion and Law (Oxford: Berg Publishers).

Lind, E. A. (1998), 'Procedural Justice, Disputing and Reactions to Legal Authority', in A. Sarat *et al.* (eds.), *Everyday Practices and Trouble Cases* (Evanston, Ill.: Northwestern University Press).

Lisska, A. (1996), *Aquinas's Theory of Natural Law Revisited* (Oxford: Clarendon Press).

Llewellyn, K. (1930), 'A Realistic Jurisprudence—The Next Step', *Columbia Law Review* 26: 175~228.

—— (1940), 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method', *Yale Law Journal* 49: 1355~1400.

—— (1962), *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (Chicago: University of Chicago Press).

Locke, J. (1980), *Second Treatise of Government*, ed. C. B. Macpherson (Indianapolis: Hackett Publishing Co.).

—— (1990), *Questions Concerning the Law of Nature*, ed. and trans. R. Horowitz, J. Strauss, and D. Clay (Ithaca, NY: Cornell University Press).

Luhmann, N. (1982), *The Differentiation of Society* (New York: Columbia University Press).

—— (1985), *A Sociological Theory of Law* (Boston: Routledge & Kegan Paul).

—— (1989), 'Law as a Social System', *Northwestern University Law Review* 83: 136~50.

Lukes, S. (1973), *Émile Durkheim, His Life and Work* (Harmondsworth: Penguin).

——and Scull, A. (1983), 'Introduction', in S. Lukes and A. Scull (eds.), *Durkheim and the Law* (New York: St. Martin's Press).

Lyons, D. (1993), *Moral Aspects of Legal Theory* (Cambridge: Cambridge University Press).

Macaulay, S. (1963), 'Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study', *American Sociological Review* 28: 55~67.

Macdonald, R. A., and Kleinhans, M. M. (1997), 'What is Critical Legal

Pluralism?', *Canadian Journal of Law and Society* 12: 25~46.

MacCormick, N. (1986) 'Law as an Institutional Fact', in N. MacCormick and O. Weinberger (eds.), *An Institutional Theory of Law* (Dordrecht: Klewer Pub.)

—— (1993), 'Law', in P. H. Scott (ed.), *Scotland: A Concise Cultural History* (Edinburgh: Mainstream Publishers).

MacIntyre, A. (1984), *After Virtue: A Study in Moral Theory* (Note Dame: Ind.: University of Notre Dame Press).

—— (1990), *Three Rivals Versions of Moral Enquiry: Encyclopedia, Genealogy, and Tradition* (Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press).

—— (1998), *A Short History of Ethics* (Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press).

—— (2000), 'Theories of Natural Law in the Culture of Advanced Modernity', in E. B. McLean (ed.), *Common Truths: New Perspectives on Natural Law* (Wilmington, Del.: ISI Books).

Maine, H. S. (1986), *Ancient Law*, ed. A. Montagu (Classics of Anthropology Series; Tucson: University of Arizona Press).

Malinowski, B. (1926), *Crime and Custom in Savage Society* (New York: Harcourt, Brace & Company).

Mamut L. S. (1993), 'Questions of Law in Marx's Capital', in C. Varga (ed.), *Marxian Legal Theory* (New York: New York University Press).

Maniacs, Peter T. (1987), *A History and Philosophy of the Social Sciences* (Oxford: Basil Blackwell).

Marcus, G. E., and Fischer, M. M. J. (1986), *Anthropology as Cultural Critique: An Experimental Moment in the Human Sciences* (Chicago: University of Chicago Press).

Marmor, A. (1998), 'Legal Conventionalism', *Legal Theory* 4: 509~31.

Marx, K.

—— (1954), *The Communist Manifesto, Part* Ⅱ, ed. S. T. Possony (Chicago: H. Regnery Company).

—— (1970), *A Contribution to the Critique of Political Economy* (New York: International Publishers)

—— (1998), *The Communist Manifesto* (Oxford: Oxford University Press).

—— and Engles, F. (1947), *The German Ideology*, ed. R. Pascal (New York: International Publishers).

Merry, S. E. (1988), 'Legal Pluralism', *Law and Society Review* 22: 869 ~96.

—— (1992), 'Anthropology, Law, and Transnational Processes', *American Review of Anthropology* 21: 357 ~79.

Merryman, J. H. (1985), *The Civil Law Tradition* 2nd edn. (Stanford, Calif.: Stanford University Press).

Merton, R. K. (1968), *Social Theory and Social Structure* (New York: Free Press).

Mill, J. S. (1985), *On Liberty*, ed. G. Himmelfard (London: Penguin Books).

Milovanovic, D. (1989), *Weberian and Marxian Analysis of Law* (Brookfield, Vt.: Gower Publishing Company).

Mommsen, W. J. (1992), 'Introduction', in W. J. Mommsen and J. A. de Moor (eds.), *European Expansion and Law* (New York: St. Martin's Press).

——and de Moor, J. A. (eds.) (1992), *European Expansion and Law* (New York: St. Martin's Press).

Montesquieu, B. De (1991), *The Spirit of Laws*, rev. edn. trans. T. Nuget, revised by J. V. Prichard (Littleton, Colo.: Fred B. Rothman & Co.).

Moore, M. (1992), 'Law as a Functional Kind', in R. George (ed.), *Natural Law Theory* (New York: Oxford University Press).

—— (1998), 'Hart's Concluding Scientific Postscript', *Legal Theory* 4: 301 ~27.

Moore, S. F. (1978), *Law as Process: An Anthropological Approach* (Boston: Routledge & Kegan Paul).

—— (1986), 'Legal Systems of the World', in L. Lipson and S. Wheeler (eds.), *Law and the Social Sciences* (New York: Russell Sage Foundation).

Morrall, J. B. (1980), *Political Thought in Medieval Times* (Toronto: University of Toronto Press).

Morris, C. W. (ed.) (1999), *The Social Contract Theorists: Critical Essays on Hobbes, Locke and Rousseau* (Lanham, Md.: Rowman & Littlefield).

Morse, B., and Woodman, G. (eds.) (1987), *Indigenous Law and the State* (Dordrectht: Foris Publishers).

Mounce, H. O. (1999), *Hume's Naturalism* (New York: Routledge).

Nader, L. (1965), 'The Anthropological Study of Law', *American Anthropologist* 67: 3~32.

Nelken, D.

—— (1981), "The 'Gap' Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review", *Windsor Yearbook of Access to Justice* 1: 35~61.

—— (1995), 'Disclosing/Invoking Legal Culture: An Introduction', *Social & Legal Studies* 4: 435~52.

Nielson, K. (1959), 'An Examination of the Thomistic Theory of Natural Moral Law', *Natural Law Forum* 4: 44~71.

Nonet, P., and Selznick, P. (1978), *Law and Society in Transition: Toward a Responsive Law* (New York: Octagon Books).

Orucu, E. (1996), 'Mixed and Mixing System: A Conceptual Search'. in E. Orucu, E. Atwool and S. Coyle, *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing* (Boston: Kluwer Law International).

Ostwald, M. (1987), *From Popular Sovereignty to Sovereignty of Law: Law, Society, and Politics in Fifth-Century Athens* (Berkeley: University of California Press).

Pardieck, A. (1996), 'Foreign Legal Consultants: The Changing Role of Lawyers in Global Economy', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 3: 457~79.

Parsons, T. (1937), *The Structure of Social Action* (New York: McGraw-Hill Book Company).

—— (1966) *Societies: Evolutionary and Comparative Perspectives* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall).

—— (1980), 'The Law and Social Control', in W. Evan (ed.), *The Sociology of Law* (New York: Free Press).

Pashukanis, E. B. (1989), *Law and Marxism: A General Theory*, trans. B.

Einhorn (Worcester, UK.: Pluto Press).

Patterson, E. (1940), *Jurisprudence: Men and Ideas of Law* (Brooklyn, NY: Foundation Press).

Payne, M. A. (1982), 'Law Based on Accepted Authority', *William & Mary Law Review* 23: 501~28.

Perry, S. R. (1996), 'The Varieties of Legal Positivism', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 9: 361~81.

—— (1998), 'Hart's Methodological Positivism', *Legal Theory* 4: 427~67.

Plato (1950), *The Republic* (New York Everyman's lib. edn.).

—— (1980), *Laws*, trans. T. Pangle (New York: Basic Books).

—— (1991), *The Republic* (New York: Random House).

Polan, D. (1993), 'Toward a Theory of Law and Patriarchy', in D. K. Weisberg (ed.), *Feminist Legal Theory* (Philadelphia: Temple University Press).

Pollock, F. (1961), *Jurisprudence and Legal Essays* (New York: St Martin's Press).

Pompe, S. (1996), *The Indonesian Supreme Court: Fifty Years of Judicial Development*, on file with author.

Posner, R. (1979), 'Utilitarianism, Economics, and Legal Theory', *Journal of Legal Studies* 8: 103~40.

—— (1990), *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

—— (1992), *Economic Analysis of Law*, 4th edn. (Boston: Little Brown).

Postema, G. J. (1986), *Bentham and the Common Law Tradition* (Oxford: Clarendon Press).

Pound, R. (1908), 'Mechanical Jurisprudence', *Columbia Law Review* 8: 605~23.

—— (1911), 'The Scope and Purpose of Sociological Jurispurdence', *Harvard Law Review*, 24: 591~619

—— (1912), 'The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence (Ⅱ)', *Harvard Law Review* 25: 140~68.

—— (1912 ~ 13), 'Theories of Law', *Yale Law Journal* 22: 114 ~ 50.

—— (1923), *Interpretations of Legal History* (New York: Macmillan Company).

—— (1938), 'Fifty Years of Jurisprudence', *Harvard Law Review* 51: 444 ~ 72.

—— (1959a), *Jurisprudence, Vol. I* (St Paul: West Publishing Company).

—— (1959b), *Jurisprudence, Vol. II* (St Paul: West Publishing Company).

Quigley, J. (1990), 'Law Reform and Soviet Courts', *Columbia Journal of Transnational Law* 28: 59 ~ 75.

Rawls, J. (1971), *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press).

Raz, J. (1974), 'Kelsen's Theory of the Basic Norm', *American Journal of Jurisprudence* 19: 94 ~ 111.

—— (1979), *The Authority of Law: Essays on Law and Morality* (New York: Oxford University Press).

—— (1980), *Concept of a Legal System* (New York: Oxford University Press).

—— (1994), *Ethics in the Public Domain* (New York: Oxford University Press).

—— (1998), 'Two Views of the Nature of the Theory of Law', *Legal Theory* 4: 249 ~ 282.

Reimann, M. (1990), 'Nineteenth Century German Legal Science', *Boston College Law Review* 31: 837 ~ 97.

Rheinstein, M. (1954), *Max Weber on Law in Economy and Society* (New York: Simon & Schuster).

Riles, A. (1994), 'Representing the In-Between: Law, Anthropology, and the Rhetoric of Interdisciplinarity', *University of Illinois Law Review*, 1994: 597 ~ 650.

Roberts, S. (1979), *Order and Dispute: An Introduction to Legal Anthropology* (New York: St Martin's Press).

Rommen, H. (1998), *The Natural Law: A Study in Legal and Social History and Philosophy* (St Louis: B. Herder Books).

Rorty, R. (1979), *Philosophy and the Mirror of Nature* (Princeton: Princeton University Press).

Rosenblum, N. (1978), *Bentham's Theory of the Modern State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Rousseau, J. J. (1974), 'The Social Contract', in *The Essential Rousseau*, trans. L. Blair (New York: New American Library).

Rule, J. B. (1988), *Theories of Civil Violence* (Berkeley: University of California Press).

—— (1997), *Theory and Progress in Social Science* (Cambridge: Cambridge University Press).

Sanders, J. (1996), 'Courts and Law in Japan', in H. Jacob *et. al.* (eds.), *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective* (New Haven: Yale University Press).

Santos, B. de Sousa (1987), 'Law: A Map of Misreading Toward a Postmodern Conception of Law', *Journal of Law and Society* 14: 279~302.

—— (1995), *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in Paradigmatic Transition* (New York: Routledge).

Sassen, S. (1996), 'Towards a Feminist Analytics', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 4: 7~41.

Schauer, F. (1994), 'Critical Notice', *Canadian Journal of Philosophy* 24: 495ff.

Schneewind, J. B. (1998), *The Invention of Autonomy: A History of Modern Moral Philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press).

Schofield, P. (1991), 'Jeremy Bentham and Nineteenth-Century English Jurisprudence', *Journal of Legal History* 12: 58~88.

Schur, E. M. (1968), *Law and Society: A Sociological View* (New York: Random House).

Schutz, A. (1962), *The Problem of Social Reality* (The Hague: M. Nijhoff).

—— (1967), The Phenomenology of the Social World (Evanston, Ill.: Northwestern University Press).

Searle, J. (1995), *The Construction of Social Reality* (New York: Free Press).

Seita, A. (1997), 'Globalization and the Convergence of Values', *Cornell International Law Journal* 30: 429~91.

Shapiro, M. (1993), 'The Globalization of Law', *Indiana Global Legal Studies* 1: 37~64.

—— (1995), 'The United States', in C. N. Tate and T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power* (New York: New York University Press).

Shiner, R. A. (1992), 'The Acceptance of a Legal System', in D. M. Patterson (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory* (Boulder, Colo.: Westview Press).

Simmons, J. A. (1993), *On the Edge of Anarchy: Locke, Consent, and the Limits of Society* (Princeton: Princeton University Press).

Simon, Y. (1965), *The Tradition of Natural Law* (New York: Fordham University Press).

Simpson, A. W. B. (1994), *The Common Law and Legal Theory*, *Folk Law: Essays in the Theory and Practice of Lex Non Scripta*, ed. A. D. Rentlen and A. Dundes (New York: Garland Publishing).

Slaughter, A. M. (1997), 'The Real New World', *Foreign Affairs* 76: 183ff.

Smith, A. (1978), *Lectures on Jurisprudence*, ed. R. L. Meek, D. D. Raphael and P. G. Stein (Oxford: Clarendon Press).

Snyder, F. (1981), "Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal", *Journal of Legal Pluralism* 19: 49~90.

Soper, P. (1998), 'Two Puzzles From the Postscript', *Legal Theory* 4: 359~80.

Stein, P. (1980), *Legal Evolution*; *Story of an Idea* (Cambridge: Cambridge University Press)

—— (1999), *Roman Law in European History* (Cambridge: Cambridge University Press).

Stone, A. (1985), 'The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype', *Law and Society Review* 19: 39~67.

Summers, R. S. (1982), *Instrumentalism and American Legal Theory* (Ithaca, NY: Cornell University Press).

—— (1984), *Lon L. Fuller* (Stanford, Calif.: Stanford University Press).

Sumner, C. (1982), 'The Ideological Nature of Law', in P. Beirne and R. Quinney eds., *Marxism and Law* (New York: Wiley).

Sweet, A. S. (2000), *Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press).

Symposium on Globalization (1996), *Journal of Legal Education* 46: 311 ~ 41.

Tamanaha, B. Z. (1988), 'The Role of Custom and Traditional Leaders Under the Yap Constitution', *University of Hawaii Law Review* 10: 81 ~ 104.

—— (1989), 'A Proposal for the Development of a System of Indigenous Jurisprudence in the Federated States of Micronesia', Hastings *International and Comparative Law Review* 13: 71 ~ 114.

—— (1993a), 'The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism', *Journal of Law and Society* 20: 192 ~ 217.

—— (1993b), *Understanding Law in Micronesia: An Interpretive Approach to Transplanted Law* (Leiden: Brill Publishers).

—— (1995a), 'An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law', *Oxford Journal of Legal Studies* 15: 501 ~ 35.

—— (1995b), 'The Lessons of Law and Development Studies', (Review Article) *American Journal of International Law* 89: 470 ~ 86.

—— (1996), 'The Internal /External Distinction and the Notion of a Practice in Legal Theory and Sociolegal Studies', *Law and Society Review* 30: 163 ~ 204.

—— (1997), *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and a Social Theory of Law* (Oxford: Clarendon Press).

—— (1999), 'The View of Habermas From Below: Doubts About the Centrality of Law and the Legitimation Enterprise', *Denver University Law Review.* 76: 989 ~ 1008.

—— (2000), 'Conceptual Analysis, Continental Social Theory, and CLS: A Response to Bix, Rubin and Livingston', *Rutgers-Camden Law Review* 32: 281 ~ 306.

Tarnas, R. (1991), *The Passion of the Western Mind: Understanding the Ideas That Have Shaped Our World View* (New York: Harmony Books).

Tate, C. N. and Vallinder, T. (1995), 'The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics', in C. N. Tate and T. Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power* (New York: New York University Press).

Taylor, G. (1994), 'U. S. Firms are Export Machines: Sale of Legal Services Abroad Soars in 90s', *National Law Journal*, May 30, 1994.

Teubner, G. (ed.) (1988), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (New York: W. de Gruyter).

—— (1992), 'The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism', *Cardozo Law Review* 13: 1443 ~ 62.

—— (1997), 'Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society', in G. Teubner (ed.), *Global Law Without a State* (Brookfield, Vt.: Dartmouth Publishing).

Thurow, L. (1995), *The Future of Capitalism* (New York: Penguin Books).

Torti, A. (1991), *The Glass of Form: Mirroring Structures From Chaucer to Skelton* (Rochester, NY: D. S. Brewer).

Trakman, L. (1983), *The Law Merchant* (Littleton, Colo.: F. B. Rothman).

Trubek, D. (1972a), 'Max Weber on Law and the Rise of Capitalism', *Wisconsin Law Review* 1972: 720 ~ 53.

—— (1972b), 'Towards a Social Theory of Law: An Essay in the Study of Law and Development', *Yale Law Journal* 82: 1 ~ 50.

Turkel, G. (1979), 'Testing Durkheim: Some Theoretical Considerations', *Law and Society Review* 25: 721 ~ 38.

Tushnet, M. (1977), 'Perspectives on the Development of American Law: A Critical Review of Friedman's 'A History of American Law', *Wisconsin Law Review* 1977: 81 ~ 109.

Twining, W. (1996), 'General and Particular Jurisprudence ~ Three Chapters in a Story', in S. Guest (ed.), *Positivism Today* (Brookfield, Vt.: Dartmouth Publishing).

—— (2000), *Globalization & Legal Theory* (London: Butterworths).

Ullmann, W. (1969), The Medieval Idea of Law (New York: Barnes & No-

ble).

Unger, R. M. (1975), *Knowledge and Politics* (New York: Free Press).

—— (1976), *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory* (New York: Free Press).

—— (1996), *What Should Legal Analysis Become?* (New York: Verso).

Vago, S. (1981), *Law and Society* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice - Hall).

von Benda - Beckmann, F. (1992), 'Symbiosis of Indigenous and Western Law in Africa and Asia: An Essay in Pluralism', in W. J. Mommsen and J. A. de Morr (eds.), *European Expansion and Law* (Oxford: Berg Publishers).

von Ihering, R. (1915), *The Struggle for Law* (Westport, conn.: Hyperion Press).

—— (1968), *Law as a Means to an End*, trans. I. Husik (New York: A. M. Kelley).

von Savigny, F. (1981), *Of the Vocation of Our Age for Legislation and Jouris-prudence*, trans. A. Haywad, originally published in 1814 (New York: Arno Press).

Wachterhauser, B. R. (1994), "Gadamer's Realism: The 'Belongingness' of Word and Reality" in B. Wachterhauser (ed.), *Hermeneutics and Truth* (Evanston, Ill.: Northwestern University Press).

Waldron, J. (1995), 'The Dignity of Legislation', *Maryland Law Review* 54: 633 ~65.

—— (1996), 'Kant's Legal Positivism', *Harvard Law Review* 109: 1535 ~66.

Walker, G., and Fox, M. (1996), 'Globalization: An Analytical Framework', *Indiana Global Legal Studies Journal* 3: 375 ~411.

Watson, A. (1978), 'Comparative Law and Legal Change', *Cambridge Law Journal* 37: 313 ~36.

—— (1983), 'Legal Change: Sources of Law and Legal Culture', *University of Pennsylvania Law Review* 131: 1121 ~57.

—— (1985), *The Evolution of Law* (Baltimore: Johns Hopkins University Press).

—— (1987), 'Legal Evolution and Legislation', *Brigham Young University*

Law Review 1987：353～79.

—— (1993), *Legal Transplants*: *An Approach to Comparative Law*, 2nd edn. (Athens, Ga.: University of Georgia Press).

Weber, M. (1954), *Max Weber on Law in Economy and Society*, ed. M. Rheinstein (Cambridge, Mass.: Harvard University Press).

Weiner, M. (1992), 'Peoples and States in a New Ethnic Order?', *Third World Quarterly* 13：317ff.

Weisberg, D. K. (1993), 'Introduction', in *Feminist Legal Theory*: *Foundations* (Philadelphia: Temple University Press).

West, R. (1988), 'Jurisprudence and Gender', *University of Chicago Law Review* 55：1～72.

Whitman, J. Q. (1991), 'Why Did the Revolutionary Lawyers Confuse Custom and Reason?' *University of Chicago Law Review* 58：1321～68.

Wiegand, W. (1991), 'The Reception of American Law in Europe', *American Journal of Comparative Law* 39：229～48.

Wilhelmsson, T. (1995), 'Legal Integration as Disintegration of National Law', in H. Petersen and H. Zahle (eds.), *Legal Polycentricity*: *Consequences of Pluralism in Law* (Brookfield, Vt.: Dartmouth Publishing Company).

Wilson, J. (1983), *Social Theory* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall).

Winch, P. (1958), *The Idea of A Social Science and Its Relationship to Philosophy* (Atlantic Highlands, NJ: Humanities Press).

Wittgenstein, L. (1958), *Philosophical Investigations* 3ed edn., trans. G. E. M. Anscombe (New York: Macmillan Publishing Co.).

Wrong, D. H. (1994), *The Problem of Order*: *What Unites and Divides Society* (New York: Free Press).

Ziegert, K. A. (1980), 'A Sociologist's View', in E. Kamenka and A. Erh-Soon Tay (eds.), *Law and Social Control* (New York: St Martin's Press).

Zimmermann, R. (1994), 'Roman Law and European Legal Unity', in A. S. Hartkamp, M. W. Hesselink, E. H. Hondius, C. E. du Perron, and J. M. B. Vranken (eds.), *Towards a European Civil Code* (Boston: M. Nijhoff).

Zweigert, K., and Kotz, H. (1987), *An Introduction to Comparative Law*, 2nd rev. edn., trans. T. Weir (Oxford: Clarendon Press).

索 引

Abel, R., R. 亚伯, 131, 132, 203

Acceptance requirement, "接受"的要求, 152~5

Agobard, 亚哥巴德, 181

Ajani, G., G. 阿占尼, 110

Akers, R., R. 阿克斯, 2

Albrow, M., M. 阿布洛, 123, 124, 129

Allott, A., A. 阿洛特, 113

Anaximenes, 阿那克西美尼, 13

Anthropology of law, 法律人类学, xii, 45~50, 56, 59, 92, 107~9, 112~17, 175~80, 198~9, 200~5, 226, 240

Aquinas, T., T. 阿奎那, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21

Aristotle, 亚里士多德, 3, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 40, 52, 53, 67, 99

Atiyah, P., P. 阿蒂亚, 105

Attwool, E., E. 阿托沃尔, 110

Augustine, 奥古斯丁, 17

Austin, J., J. 奥斯丁, xiii, xiv, xv, 7, 11, 17, 18, 22, 24, 25, 26, 27, 143, 145, 152, 153, 233

Autopoiesis, 自创生理论, 73, 109, 186~91

Baldus, 巴尔杜斯, 91

Barber, B., B. 巴伯, 123

Barberis, M., M. 巴博瑞斯, xv

Barnes, B., B. 巴恩斯, 91, 163, 168, 187, 188, 218, 223

Bartlett, R., R. 巴特莱特, 67

Bartolus, 巴尔多鲁, 91

Bauman, Z., Z. 鲍曼, 130, 167

Becker, C., C. 贝克尔, 70, 83

Behaviorism, 行为主义, 162~3, 214~15

Bender, L., L. 本德, 43

Bentham, J., J. 边沁, xiii, 24, 45, 46, 48, 49, 71, 72, 73, 94, 102

Berger, P., P. 伯格, 142

Berman, H., H. 伯尔曼, 18, 19,

56，67，74，98，105，139，180
Bernstein，L.，L. 伯恩斯坦，207
Bianchi，A.，A. 边奇，122
Bix，B.，B. 比克斯，xv，100，134，149，150，156，157，160，169
Blackstone，W.，W. 布莱克斯通，5，7，18，46，92，94
Bloch，M.，M. 布朗克，89，90
Blumer，H.，H. 布鲁默，164
Bobbio，N.，N. 博比奥，57，58，80
Bodenheimer，E.，E. 博登海默，3
Bohannan，P.，P. 博安南，56，138
Bohman，J.，J. 博曼，217
Boorstin，D.，D. 布斯汀，5，7，18
Bourdieu，P.，P. 布迪厄，206
Brierly，J.，J. 布莱尔利，42
Burke，E.，E. 伯克，94
Burman，S. B.，S. B. 伯曼，113
Burton，S.，S. 伯顿，xv
Cain，M.，M. 凯恩，87
Cairns，H.，H. 凯恩斯，11，13，23
Campbell，C. M.，C. M. 坎贝尔，41
Cardozo，B.，B. 卡多佐，3
Carter，J.，J. 卡特，5
Cassirer，E.，E. 卡西勒，78，79，82，84，85，91，97
Chanock，M.，M. 卡诺克，113，114，115
Chiba，M.，M. 千叶正士，120，171
Chroust，A.，A. 克鲁斯特，8
Cicero，西塞罗，6，15，16，17，72
Cohen，D.，D. 科恩，13，50，67
Cohen，S.，S. 科恩，46，47，133，176
Coleman，James，詹姆斯·科尔曼，218
Coleman，Janet，珍妮·科尔曼，8，14，21，57，136
Coleman，Jules，朱尔斯·科尔曼，135，156
Collins，H. H.，柯林斯，2，41，42
Colonization and law，殖民化与法律，112～17，146，226
Comaroff，J. L.，J. L. 科马洛夫，114
Common law，普通法，86，92～5
Comparative law，比较法，xiii，xvii，107～11，127～8，196～7，230～6
Concept of law，法律的概念，xv，xvi，xviii，16，23，24，26，31，36，38，133～4，170，173，175～81，184，192～4，202～5
conventionalist，因袭主义者，135～6，138，142，145，148～56，166～70，172，180，188～9，191，192～4，198，200～5，224～30
Hart and，哈特，133～55
Conventionalism，因袭主义，135～6，148～56，166～70，180，188～9，

191，196，198，200～5
Cotterrell，R.，R. 科特维尔，35，36，61，130，171
Crenshaw，K.，K. 克琳萧，43
Critical Feminist Theory，批判女性主义法学，43
Critical Legal Studies，批判法学研究，xiii，42～3
Critical Race Theory，批判种族理论，43
Custom and law，习俗与法律，4～10，12～13，19～22，23～5，26～32，33，35，38，40，42，44，45，46，48，52～7，65～6，71，86，89～96，108，113～17，137～9，174，186，227，241
Customary law，习惯法，180，113～15，166，193，195，196，198～9，226～7
Daly，M.，M. 丹利，127，128
David，R.，R. 大卫，42
Davies，P.，P. 戴维斯，211
Dawson，J.，J. 道森，72
De Ly，F.，F. 德里，126
Democracy，民主，49～50，95～6，102～4，238～9
Demosthenes，德摩斯提尼，13
D'Entreves，A.，A. 登特列夫，14，17，18，20，21
de Roos，德若斯，110
Descartes，笛卡尔，79
De Sousa Santos，B.，B. 桑托斯，121，123，171，172，173，174，181，182，183，184，185，198，199
Dewey，J.，J. 杜维，47，48，166
Dezalay，Y.，Y. 德扎雷，126，127，128
Discourse theory，商谈理论，64～5，101
Doolan，A.，A. 杜兰，23
Durkheim，E.，E. 涂尔干，8，32，34，35，37，52，55，56，61，118，137，158，187，216
Dworkin，R. M.，R. M. 德沃金，6，51，105，133，135
Dyzenhaus，D.，D. 戴泽豪斯，102
Edgarton，R.，R. 埃杰顿，217
Efficacy of law，法律的实效，143～8
Ehrlich，E.，E. 埃利希，2，27，28，30，31，89，90，116，146，176，221
Elias，N.，N. 艾里亚斯，206
Ellickson，R.，R. 埃里克森，149，207，213，236
Elliot，E. D.，E. D. 埃利奥特，32
Engels，F.，F. 恩格斯，40，41，42，44，71，86
Enlightenment，启蒙运动，69～70，78～86，91，93，158
Essentialist approach to law，研究法律的本质主义进路，135，136，137～55，171～2，178，180，181，188，192～4，204～5

Evolutionary view of law，法律进化论，32～6，52～7，58～65
Ewald，W.，W. 埃瓦尔德，51，107，108
Farber，D.，D. 法伯，49
Fears，J. R.，J. R. 费尔斯，15
Feyerabend，P.，P. 费耶阿本德，79
Field，D. D.，D. D. 菲尔德，2，202
Finnis，J.，J. 菲尼斯，xvi，16，17，18，20，21，51，84，151，157，160，161，168
Fisch，J.，J. 费希，112，113
Fischer，M.，M. 费舍，xiii
Fish，S.，S. 费诗，164
Fitzpatrick，P.，P. 菲茨帕特利克，171
Force and law，强力与法律，65～71
Formal rationality and law，形式理性与法律，37～40，73～4，87，96～106，235，238～9
Foster，M. B.，M. B. 福斯特，12，14，15
Fox，M.，M. 福克斯，121
Frickey，P.，P. 弗瑞坎，49
Friedman，L.，L. 弗里德曼，2，120，126，127，131
Friedmann，W.，W. 弗雷德曼，19，20，22
Fuller，C.，C. 富勒，198
Fuller，L. L.，L. L. 富勒，6，18，92，98，100，226
Functional view of law，对于法律的功能主义看法，135～49，155～7，175～81，187，192～4，201
Functionalism，功能主义，32，35～6，60～1，109，137，148～9，176～7，178～9，191，202，209，212，240
Gaius，盖尤斯，91
Galanter，M.，M. 格兰特，110，116，138，171，173，174，175，178
Gap problem，差距问题，131～2
Garth，B.，B. 盖斯，126，127，128
Gauchet，M.，M. 戈歇，58
Gauthier，D.，D. 高蒂耶，69
Gavison，R.，R. 盖维森，xiii
Geertz，C.，C. 格尔茨，195
General Jurisprudence，一般法理学，xii～xvii，25，111，133～5，148，151，155～6，168～9，200，230～6，240～2
Gessner，V.，V. 金斯纳，127，130
Giddens，A.，A. 吉登斯，75，121，122，130
Globalization，全球化，120～2
and law，和法律，122～5
Goffman，E.，E. 戈夫曼，217
Goldberg，D.，D. 戈德堡，110
Gordon，R.，R. 戈登，43
Grabes，H.，H. 格雷贝斯，2
Gratian，格拉提安，18，19
Green，L.，L. 格林，135

Greenawalt, K., K. 格里纳沃尔特, 2
Greenhouse, C., C. 格林豪斯, 123
Greider, W., W. 格雷德, 124
Grey, J., J. 古瑞, 223
Griffiths, J., J. 格里菲思, 115, 171, 172, 174, 175
Grosheide, F. W., F. W. 格劳斯德, 126, 128, 130
Grotius, 格劳秀斯, 7, 17, 21, 22, 28, 91
Habermas, J., J. 哈贝马斯, 5, 55, 56, 60, 64, 88, 96, 97, 98, 101, 102, 214, 215
Haglund, P., P. 罕格拉登, 2
Hampton, J., J. 汉普顿, 80
Harrell - Bond, B. E., B. E. 汉瑞邦德, 113
Hart, H. L. A., H. L. A. 哈特, xi-ii, xiv, xvii, 2, 14, 18, 22, 25, 26, 27, 51, 52, 66, 84, 89, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 159, 162, 165, 166, 173, 177, 178, 179, 180, 189, 195, 196, 233
Hawkins, R., R. 霍金斯, 2
Hayek, F. A., F. A. 哈耶克, 101, 214, 215, 218, 223
Held, D., D. 汉尔德, 121, 123
Hobbess, T., T. 霍布斯, 22, 23, 24, 26, 28, 57, 79, 80, 81, 82, 86, 208, 209, 213, 221, 223
Hobsbawn, E., E. 霍布斯鲍姆, 124
Hoebel, A., A. 霍贝尔, 61, 138, 140, 175, 177, 178, 180, 181, 196
Hogue, A., A. 胡果, 93
Holmes, O. W., O. W. 霍姆斯, 2, 47
Homer, 荷马, 53
Hooker, M. B., M. B. 胡克, 116
Hovenkamp, H., H. 霍文坎普, 32
Hume, D., D. 休谟, 62, 79, 82, 83, 85, 86, 95, 97
Hunt A., A. 亨特, 35, 37, 87
Indigenous law, 本土法, 229
Instrumental view of law, 工具主义法律观, 40 ~ 1, 44 ~ 50, 94 ~ 5, 98 ~ 106, 238, 240
Instrumental view of reason, 工具主义理性观, 80 ~ 6, 98, 102
International law, 国际法, 150, 152, 162, 193 ~ 5, 196, 228
Interpretivism, 解释主义, 32, 162 ~ 6, 214 ~ 15
Jacob, H., H. 雅各布, 106
Jaeger, W., W. 耶格尔, 11, 12, 13
Jagtenberg, R., R. 詹特伯格, 110
James, M. H., M. H. 詹姆斯, 46

James，W.，W. 詹姆斯，47
Jay，P.，P. 杰伊，67
Jenkins，I.，I. 詹金斯，3，59
Jones，C. A.，C. A. 琼斯，115，120
Jones，J. W.，J. W. 琼斯，11，12，16
Kamenka，E.，E. 卡门卡，41
Kant，I.，I. 康德，62，63，103，104
Kelley，D. R.，D. R. 凯利，29，53，56，71，74，90，91，93
Kelly，J. M.，J. M. 凯利，6，11，16，19，24，28
Kelsen，H.，H. 凯尔森，2，138，140，143
King，M. L.，M. L. 金，160
King，M.，M. 金，46
King，P.，P. 金，160
Kinsey，R.，R. 金赛，42
Kirgis，P.，P. 科杰西，160
Kleinhans，M.，M. 克雷汉斯，174
Kmiec，D. W.，D. W. 科米西，7
Kocourek，A.，A. 考克雷克，110
Kotz，H.，H. 克茨，6，27
Kronman，A. T.，A. T. 克隆曼，37，39，101
Kuhn，T.，T. 库恩，79
Langdell，C.，C. 兰代尔，94
Law and economics，法律与经济学，xiii，44
Legal officials identification of，法律官员的识别，138～41
Legal pluralism，法律多元主义
new，新［法律多元主义］，115～17，129，138～9，171，172～5，180～1，182
old，传统［法律多元主义］，115～16，171，199
Santoss approach，桑托斯的进路，181～5
Teubner's approach，托依布纳的进路，186～91
Legal positivism，法律实证主义，xi-ii，xvi，xvii，xix，4，11，14，17～19，22～7，29，31～2，38，44，45，70～1，80～1，98，103，129，134～5，140，143～8，152～4，156～62
Legal profession，法律职业，37，46，71～6，94，108～10，120，127～8，231，235，236，238～9
Legal Realists，法律实用主义，45，47～9，94，114，131，176
Legitimation of law，法律的正当性，4～9，14，17～19，32，39～40，48，56～7，65，67，69～70，94～6，98～106，158，231，234，240～2
Leiter，B.，B. 莱特，156
Lempert，R.，R. 莱姆珀特，36
Leue，H. J.，H. J. 洛伊厄，112
Levy Bruhl，L.，L. 莱维·布吕尔，92
Lex mercatoria，商人习惯法，74，

125~9, 140, 184, 229
Liebniz, 莱布尼兹, 79
Lind, E. A., E. A 林德, 105
Llewellyn, K., K. 卢埃林, 47, 48, 49, 131, 132
Locke, J., J. 洛克, 20, 57, 59, 63, 64, 69, 81, 83
Luckmann, T., T. 卢克曼, 142
Luhmann, N., N. 卢曼, 8, 36, 51, 52, 56, 71, 109, 176, 177, 187, 188
Lukes, S., S. 路克斯, 34, 35
Luther, M., M. 路德, 72
Lyons, D., D. 莱昂斯, 161
Macaulay, S., S. 马考利, 207
MacCormick, N., N. 麦考密克, 110, 163, 164
Macdonald, R. A., R. A. 麦克唐纳, 174
MacIntyre, A., A. 麦金太尔, 61, 63, 67, 70, 75, 78, 84, 91, 164
Madonna, 麦当娜, 121
Maine, H., H. 梅因, 27, 32, 33, 34, 37, 52, 61, 71, 118
Maitland, 梅特兰, 93
Malebranche, 马勒伯朗士, 79
Malinowski, B., B. 马林诺夫斯基, 176, 178, 179, 187, 202
Mamut, L. S., L. S. 满马特, 41, 42
Maniacs, P. T., P. T. 满尼克斯, 61, 103, 188
Marcus, G. E., G. E. 马库斯, xiii
Marmor, A., A. 马默, 136, 148, 189
Marx, K., K. 马克思, 40, 41, 42, 44, 51, 62, 86, 213
Marxism and law, 马克思主义与法律, 40~3
Merry, S. E., S. E. 梅丽, 115, 171, 173, 174, 182
Merryman, J. H., J. H. 梅利曼, 72, 127
Merton, R. K., R. K. 默顿, 137
Mill, J. S., J. S. 密尔, 64, 82
Milovanovic, D., 米洛瓦诺维奇, 37
Mirror thesis, 镜像命题, 1~3, 9~10, 13, 20~1, 25, 26, 28~30, 31, 32, 35, 36, 40~4, 48, 49, 51~2, 65, 71, 72~5, 77, 86, 92, 96, 102~6, 107~11, 112~20, 131~2, 163, 230~7, 239~40
Mommsen, W. J., W. J. 蒙森, 112, 113
Montesquieu, B. de, B. 孟德斯鸠, 6, 27, 28, 29, 31, 35, 51, 86
Moore, M., M. 穆尔, xv, 135, 137, 154, 157
Moore, S. F., S. F. 穆尔, 50, 173, 176, 178, 202, 203, 206, 207
Morality and law, 道德与法律, 4~

10，13，15，18～19，22，24，25，26，28，35，38，40，42，44，45，48，52，71，80～8，137～9，152～5，156～9，174，186，227，241
Morrall，J.，J. 莫拉尔，68，181
Morris，C. W.，C. W. 莫理斯，57，65
Morse，B.，B. 莫尔斯，113
Mounce，H. O.，H. O. 孟恩思，82
Nader，L.，L. 纳德，203
Natural law，自然法，5～7，15～22，23，26，27，28，29，31～2，45，80～6，97～8，100，105，136，144，147，151，156～62，181，193～4，195，196，198，230，240～1
Nelken，D.，D. 奈尔肯，127，131
Nielson，K.，K. 尼尔森，20
Non－essentialist approach to law，研究法律的非本质主义进路，134，151，172，193～4，200，204～5
Nonet，P.，P. 诺内特，51，105
Orucu，E.，E. 奥赫绪，110
Ostwald，M.，M. 奥斯瓦尔德，6，8，12，13
Pardieck，A.，A. 帕迪克，128
Parsons，T.，T. 帕森斯，36，54，60，130，210，211，216
Pashukanis，E. B.，E. B. 帕舒卡尼斯，41，62，66，67，87
Patterson，E.，E. 帕特森，30
Payne，M. A.，M. A. 佩恩，154
Perry，S.，S. 佩莱，150，151
Plato，柏拉图，7，11，12，13，14，19，40，52，67
Polan，D.，D. 伯兰，43，44
Pollock，F.，F. 波洛克，5，7，22
Pompe，S.，S. 庞穆珀，153
Posner，R.，R. 波斯纳，43，71
Posterma，G. J.，G. J. 鲍斯提摩，7，19，45，72，80，92，93
Pound，R.，R. 庞德，6，7，8，11，14，21，22，24，29，30，45，47，93
Primary and secondary rules，初级规则和从次级规则，26～7，66，133，136，137～43，146，148，152～5，165，173，177
Public Choice Theory，公共选择理论，49～50，103
Public/private distinction，公/私区分，52，54，59～60，66～9，112，118，140
Puchta，G. F.，G. F. 普赫塔，30
Quigley，J.，J. 奎格利，153
Rawls，J.，J. 罗尔斯，57，63
Raz，J.，J. 拉兹，xv，xvi，98，99，138，139，140，143，144，147，151，168
Reason and law，理性与法律，4～10，13，15，18～19，22，23，28，37，72，86～8，91，93～4，

96 ~ 106, 241
Reimann, M., M. 瑞曼, 28, 30
Religious law, 宗教法, 139, 140, 157 ~ 8, 162, 166, 168, 180, 193, 199, 227 ~ 8
Riles, A., A. 瑞利斯, 171
Roberts, S., S. 罗伯特, 50, 114, 203, 204
Rommen, H., H. 罗姆蒙, 158
Rorty, R., R. 罗蒂, 2
Rosenblum, N., N. 罗森布勒姆, 48
Rousseau, J. - J., J. - J. 卢梭, 29, 57, 58
Rule, J. B., J. B. 如奥, 208, 217, 220
Rule of law, 法治, 98 ~ 106, 124, 238 ~ 9
Sanders, J., J. 桑德斯, 120
Sassen, S., S. 桑森, 126, 130
Schauer, F., F. 绍尔, 154
Schneewind, J. B., J. B. 史尼温, 17, 22, 80, 81, 97, 158
Schofield, P., P. 斯科菲尔德, 24
Schur, E. M., E. M. 舍尔, 176, 179
Schutz, A., A. 舒茨, 163, 195
Searle, J., J. 塞尔, 142, 179, 215, 224
Seita, A., A. 塞塔, 121
Selznik, P., P. 塞尔兹尼克, 51, 105
Separation thesis, 分离命题, 17 ~ 18, 24, 145, 146, 152, 156 ~ 9, 231
Shakespeare, W., W. 莎士比亚, 72
Shapiro, M., M. 夏皮罗, 106, 122, 126
Shiner, R. A., R. A. 沙纳, 153
Simmons, J. A., J. A. 西蒙斯, 63
Simon, Y., Y. 西蒙, 20
Simpson, A. W. B., A. W. B. 辛普森, 93
Slaughter, A. M., A. M. 斯劳特, 124, 128
Smith, A., A. 斯密, 40, 67, 220
Snyder, F., F. 辛德, 115
Social arena, 社会域, 206 ~ 8
Social contract theory, 社会契约论, 57 ~ 8, 62 ~ 5
Social order, 社会秩序, 1 ~ 3, 8, 10, 11, 14, 16 ~ 19, 23, 24 ~ 5, 31, 34 ~ 6, 40, 42, 50, 52 ~ 8, 136 ~ 8, 140, 142 ~ 9, 157, 175 ~ 81, 187, 192 ~ 3, 203 ~ 5, 208 ~ 24, 230 ~ 6, 239 ~ 40
Social sources thesis, 社会渊源命题, 146, 152, 159 ~ 62
Social theory of law, 法律的社会理论, 162 ~ 6
Socil - legal studies, 社会 - 法律研究, xvii, 131 ~ 2, 134 ~ 5, 159,

169，171～2，192，201
Sociology of law，法社会学，xii，xv，xviii，xix，28，39，109，115，131～2，140，159，162～6
Soper，P.，P. 萨珀，135，136
Spinoza，斯宾诺莎，79
Stein，P.，P. 斯坦因，14，28，32，33，61，91，93，94，96
Stone，A.，A. 斯通，40
Substantive view of good，away from，关于善的实质理解，背离，21～2，23，80～6，96～106
Summers，R.S.，R.S. 萨默斯，45，48，98，100
Sumner，C.，C. 萨摩，42
Sweet，A.S.，A.S. 斯威特，105
Tamanaha，B.Z.，B.Z. 塔玛纳哈，xi，2，31，48，65，105，114，115，116，120，124，145，155，162，163，165，175，179，183，215，221，226，241
Tarnas，R.，R. 塔纳斯，xiv，78，85，97
Tate，C.N.，C.N. 泰特，105
Taylor，G.，G. 泰勒，128
Teubner，G.，G. 托依布纳，109，171，172，174，186，187，188，189，190，191，194
Thrasymachus，斯拉雪麦格，40，67
Thurow，L.，L. 萨罗，126
Transnational commercial law，跨国商人法，128～9，229，237～8
Transnational law，跨国法，120～30，196，229
Transnational legal culture，跨国法律文化，72，74，108～10，127～8，235，238
Transplantation of law，法律移植，108～20，146，233
Trubek，D.，D. 楚贝克，27，87，115
Tushnet，M.，M. 图施奈特，43
Twining，W.，W. 退宁，xiii，xv，xvi，122，125，130，184
Ullmann，W.，W. 乌尔曼，2，5，6，18，57，99，139，180
Ulpian，乌尔比安，15，56，72
Unger，R.M.，R.M. 昂格尔，23，51，52，55，71，85，95，105，118，149，166
Vallinder，T.，T. 万林德，105
Vago，S.，S. 瓦戈，2
Vinogradoff，维纳格拉多夫，7
Voltaire，伏尔泰，97
von Benda－Beckmann，F.，F. 本德－白克曼，113
von Ihering，R.，R. 耶林，45，46，48，49，66，67，68
von Savigny，F.K.，F.K. 萨维尼，27，28，29，30，46，48，71，89
Wachterhauser，B.R.，B.R. 沃特尚塞，167
Waldron，J.，J. 沃尔德伦，xvi，

103，104
Walker，G.，G. 沃克，121
Watson，A.，A. 沃森，5，107，108，109，110
Weber，M.，M. 韦伯，7，32，37，38，39，51，71，73，74，75，87，96，97，98，100，101，109，115，118，138，140，158，177，181，196，209，210，211，221
Weiner，M.，M. 韦讷，122，123
Weisberg，D.K.，D.K. 威斯伯格，43
West，R.，R. 韦斯特，43
Whitman，J.Q.，J.Q. 惠特曼，7
Wiegand，W.，W. 威甘德，110，127
Wiles，P.，P. 威尔斯，41
Wilhelmsson，T.，T. 威奥松，123
Wilson，J.，J. 威尔逊，163
Winch，P.，P. 温奇，185
Wittgenstein，L.，L. 维特根斯坦，214，215
Woodman，G.，G. 沃德曼，113
Wrong，D.，D. 荣格，23，206，208，210，211，212，213，216，222
Xenophon，色诺芬，11
Zimmerman，R.，R. 泽梅曼，74
Zweigert，K.，K. 茨威格特，6，27，28

译后记

自己的第一本译著即将面世，心中多少有些激动。简单写几段，算作“纪念”罢。

这本书的翻译，开始于2006年秋天，当时我还是中国人民大学的一名本科生。那时的我，虽然不过20岁出头的样子，但已然能够感受到我们这个时代的许多中国法律人所特有的某种“惆怅”：一方面，对宪政法治的理想充满了向往；另一方面，也对中国的现实感到忧虑，甚至愤慨。也正是因为这种“惆怅”，当我第一次读到这本书的序言时，便被深深地吸引住了：其中讲到密克罗尼西亚“有法不依”的情形，与我国的状况何其相似！也许是因为“初生之犊不怕虎”，我很快就决定将这本书翻译为中文。

当时的我所没有想到的是，这本书的翻译和出版会花上五六年的时间。虽然在2008年8月之前我已经初步完成了全书大约2/3的翻译，但那年秋天我赴美留学，翻译的事便也被搁置了下来。在美国攻读J. D. 学位的3年期间，由于课业的压力，我几乎完全无暇投入该书的翻译。直到2011年夏天回国，我才有了比较充裕的时间对先前的译稿进行整理、完善。

回顾过去五六年的生活，我发现自己一直游走于理想与现实之间。就个人而言，我理想的生活很简单，就是读书、做学问。

可是，面对升学、就业甚至“生存”的压力，身处一个世俗且浮躁的世界，许多时候我也很难静下心来读书。就社会而言，我的理想是建立宪政法治秩序，因为我相信那样一种政治秩序能够让中国的大多数人过上相对较好的生活。然而，生于当下之中国，看着权力一次又一次凌驾于法律之上，我亦常常感到困顿而无奈。

无论未来如何，我想我还是会坚守理想的。这一辈子，我会不断地“学”，不断地“问”，因为求知和思考让我感觉自己还活着，而且不是麻木地活着。我会以一个“文人”的姿态投入中国的宪政法治建设，因为我相信，为大多数人的良好生活而贡献一些（哪怕仅仅是智识上的）力量，将会使我的生命更有意义。也许理想与现实之间的差距会使我感到痛苦，但我宁可忍受这痛苦，也不愿意浑浑噩噩地度日。在痛苦的苏格拉底和快乐的猪之间，我永远选择前者。

这本书的中文版能够顺利出版，得益于许多人的帮助，在此我想向他们表示谢意。感谢中国人民大学法学院的韩大元院长、冯玉军教授，为我回国后的研究和生活提供了许多帮助，使我能够在一个较为宽容、便利的环境中完成本书的翻译。感谢“法律理论前沿丛书”的主编许章润教授、於兴中教授，能够将该书纳入丛书，大大便利了本书的出版。感谢中国人民大学法学院的朱景文教授和复旦大学社会科学高等研究院的邓正来教授，二位老师在百忙之中为这本书写了推介性评语，实为本人（以及本书）的荣幸。中国政法大学出版社的彭江、张翀、刘海光、闫帅乾编辑，为该书的出版做了许多工作，在此也向他们表示感谢。

同时，我也想向所有曾经关心过我、帮助过我的人表示感谢，尽管我不能将他们的名字一一写在这里。事实上，我已经在

草纸上列了一长串的人名，但大脑中依然有许多名字不断涌现，以致我不得不放弃这种努力。熟悉我的人大约都知道，我在生活中基本是一个“文弱书生”，不善于处理那些比较实际（也比较世俗）的事情。在我成长的道路上，有许许多多的老师和亲友为我提供了鼓励和帮助，使我没有因为到处“碰壁”而灰心丧气；特别是我的父母，许多年来含辛茹苦，为我的成长和学业提供了无尽的支持。对于他们，我永远心存感激。

书就要出版了，除了激动，我也有点诚惶诚恐。尽管我已经尽了最大的努力来认真对待这本书的翻译，但限于自己的学识水平，其中难免有不妥之处。我真诚地希望读者在阅读的过程中不吝赐教。

郑海平谨识

2012 年 5 月 20 日