

法律的驯化与内生性规则

支振锋*

内容提要：法律应该被遵守。但遵守既可能来自守法者对义务的自觉，也可能来自守法者所感受到的制裁威胁。当守法主要源于威胁时，社会就会被撕裂为施法者与守法者两个相互对抗的阵营，法律也会成为暴政与奴役的工具。结合传统中国的某些思想资源、哈特的规则理论以及哈贝马斯的沟通行为理论，尝试弥合在守法行为中从“被威胁”到“有义务”之间的鸿沟，是内生性规则的理论诉求。

关键词：法律强制 法律遵守 内生性规则

引言：现代社会的法律风险

古语云，“法乃不祥之器”，〔1〕“刑法凶丑”，〔2〕所以“刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚”。〔3〕不惟吾邦，西方法学家也有人将法律看作是必要的恶。法律才真的是那怪兽利维坦。〔4〕一方面，它通过设框立范来保障一定的社会秩序，通过一定程度的强制力来威慑潜在的离轨者、惩罚现实的违反者；另一方面，集中化了的强制（比如强力为某个统治集团所垄断）在被滥用时，又会成为阶级、种族、民族、阶层、集团等群体之间的压迫工具。〔5〕因此，它既可能是公正的，又可能仅仅是一个按照统治集团的利益进行管理的偏狭和独断的制度。如果承认现代法律体系的存在本身便是一种风险：集中组织起来的权力，可以前所未有的地压制许多人而不顾及这些人的意愿，〔6〕那么如何驯化这个怪兽，使得法律的强制力在保障合理秩序与维护公民自由之间保持明智的平衡，就成了法学家们苦思冥想的课题。

* 中国社会科学院法学研究所助理研究员。

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

〔1〕（明）丘濬：《大学衍义补·慎刑宪》。

〔2〕《抱朴子·用刑》

〔3〕《四库全书·政法类·法令之属按语》

〔4〕当然，法律并不完全是消极的、灰暗的。例如：哈耶克区分了“法”与“立法”，专门谈到了“法”与自由的紧密联系；卢曼从社会交往的预期角度理解“法”，看上去也感觉不到“刑”的那种杀气腾腾。现代民主条件下，法律成为制约和规范政治权力的重要手段，其实也改变了法律作用的方向。

〔5〕H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 201.

〔6〕同上书，第202页。

强力可以迫使服从，是人们遵守法律的原因之一。但这并不理想。基于此，本文首先区分被强迫与有义务这两种遵守法律的原因，接着试图利用规则的内在方面理论来削弱法律的强制性以初步驯化法律；然后接引传统中国的某些思想资源并结合哈贝马斯的沟通行为理论，试图通过“内生性规则”的理论设想来寻找一个削弱规则之强制性、官方性的可能，从而进一步驯化法律。这样的理论努力必定要涉及到政治哲学和法哲学中的合法性、正当性、规范性与有效性，以及社会哲学的某些问题，但由于它们并非本文的主题，在论证中仅将之作为理论背景来处理。

一、从被强迫到有义务：守法的反思性内在态度

（一）道德不能驯化法律

历史上对法律的驯化主要是通过两种方式进行的。一是教化，如汉魏之后古代中国的法律道德化，以及西方自然法传统；二是支配，既包括对法律的支配，即对立法与执法的控制，也包括守法者的自我支配，即认为自己应该守法的反思性内在态度。

有人主张法律必须符合上帝、理性或者道德，自然法思想大行其道。从安提戈涅以来，西方的自然法故事可谓喋喋不休。阿奎那之后，经典如布莱克斯通断言：“自人类存在之日起便有上帝亲自制定的自然法，其所具有的约束力理所当然地高于任何其他法律。这种约束力无时不有，无所不在，所有与之抵触的人类法律均归于无效。至于那些有效的人类法律所具有的全部的强制力和权威性，也都直接或间接地源于自然法。”〔7〕直到1951年登特列夫写作《自然法：法律哲学导论》时，还在扉页上引用帕斯卡尔的名言：“这个世界上居然有人在摒弃了上帝与自然的一切法律之后，自己制定法律，严格遵守，思之未免令人讶异。”〔8〕

二战后，一方面由于民族国家独立之潮风起，另一方面也由于纳粹作为民选政府及纳粹官员以法律之名所为的倒行逆施，加之20世纪60年代遍及欧美的社会运动对传统基督教信仰的冲击，更重要的是法律实证主义的打击，都导致用普世的理性、正义与上帝来证成与驯化法律的传统自然法路数遭到了挫折。但复兴中的自然法在剥离了神圣律条之后又找到了新的资源，那就是道德，于是道德就成了这些传统价值的最大公约数与代名词。〔9〕特别是在德国对前纳粹官员的审判困局中，被指控者认为“他们是无辜的，因为他们的所作所为根据其行为进行时的纳粹德国法并不是非法的”，〔10〕法庭却反驳，“由于触犯了基本的道德原则，他们所依据的那些法律不具有法律效力”。〔11〕法庭的主张体现了古典自然法传统的伟大力量，他们试图用道德来作驯化法律的工具。

几千年来，法律与道德的关系早已成为一桩学术史与思想史的公案，只是在二战甫息的20世纪中期它更为揪人心肺而已。如果不是二战中纳粹凭借所谓“法律实证主义”的肆虐，自然法已经没有了还手之力。事实上，自然法学在20世纪中叶之前已经成为一个千疮百孔、狼狈不堪的体系。第一，它“恶法非法”的理论无法解释现实中许多邪恶的法律都在被有效地执行这个事实。第二，如果法律必须符合道德，不符合道德的法律不是有效的法律，那么是不是说只有道德

〔7〕 [英] 威廉·布莱克斯通：《英国法释义》，游云庭、缪苗译，上海人民出版社2006年版，第53页。

〔8〕 [意] 登特列夫：《自然法：法律哲学导论》，李日章等译，新星出版社2008年版。

〔9〕 比如，在富勒那里道德甚至具有了全新的程序性的含义，以至于哈特认为那“不仅是他自己，也是其读者犯糊涂的根源”。参见 [美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，以及 [英] 哈特：《朗·富勒：〈法律的道德之维〉》，载 [英] 哈特：《法理学与哲学论文集》，支振锋译，法律出版社2005年版，第364页。

〔10〕 [英] 哈特：《实证主义及法律与道德的分离》，载前引〔9〕，哈特书，第82页。

〔11〕 同上书，第82页。

就可以了呢？推演下去，许多不符合道德的法律就不应该被遵守，从而轻则导致法律虚无主义，重则导致无政府主义甚至道德乌托邦。^[12]

于是，法律实证主义应运而生。边沁早已批评具有崇高道德理想的自然权利是“高跷上的胡言乱语”。^[13] 奥斯丁也说：“认为所有人类制定的法律，在与神法相互冲突时，都会是没有约束力的，也就是说它们不会是法律，那将是十足的胡言乱语。那些最为有害的法律，并且因此与上帝意志最相冲突的法律，它们都一直并且将继续是为司法审判机构当作法律来强制执行的法律。”^[14] 对他们而言，法律就是主权者的命令，“一个政治上的服从行为（就这里所说的意义而言），就是遵循一个统治者所表示的意志去做的行为”，“上级意志的口述表达就是命令”。^[15] 但“法律命令论”，又引起了新的问题。

（二）命令与规则

还是先回到对奥斯丁法律命令理论的检视上。^[16] 哈特曾以奥斯丁的法律命令学说为范本，型构了这样一种法律指令理论：所谓法律，就是主权者所发布的以威胁为后盾的普遍性指令，这些主权者对内至高无上，对外独立自主，并在一国之内获得普遍性的习惯性服从，而不服从任何人。哈特接着严厉地批判它，^[17] 说它忽略了在有义务去做某事的观念与仅仅被强迫去做某事的观念之间所存在的差别。^[18] 对哈特来说，某人是受到强迫去做某事的，这个陈述成立的条件是：当且仅当某人感到除非做出某一特定的行为，否则将遭受不利后果，并且做出这一行为目的是为了避开这一不利后果。而且，从某人被迫遵守这个陈述，人们可以确切地推断该人事实上确实遵守了另外一个人。^[19] 受到强迫的这两个特征当中的任何一个，都不适用于受义务约束（即拥有一项义务）。

说某人具有遵守另一人的义务（与仅仅被迫遵守相反），既非声称该人对在不遵守的情况下所会遭受的不利后果具有的信念，也不是在断言该人的实际行为。义务之存在，独立于受义务约束的个人是否确信，他们若不遵守便会祸端临头。而且，从这一陈述也不能推出，一个具有遵守某条规则之义务的人，事实上确实遵守了这条规则。因此，在被迫遵守某人与具有遵守的义务之间，存在着区别。法律命令理论（主要是其变种“法律指令理论”）为受到强迫的现象提供了一个充分的说明，却无法将受到强迫与拥有义务区别开来。

哈特提出了两种情形：在一种情形当中，持枪的歹徒说“交钱不杀”，而另一种情形当中，收税人则说“交钱，否则送你去坐牢”。在前一种情形，持枪歹徒与其受害者之间并不存在有效

[12] 参见朱学勤：《道德理想国的覆灭——从卢梭到罗伯斯庇尔》，上海三联书店 2003 年版。

[13] John Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, Vol. II, Edinburgh: William Tait, 1843, p. 53.

[14] John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 5th ed., revised and edited by Robert Campbell, Vol. I, London: John Murray, 1885, pp. 214—215.

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

[16] 参见 [英] 约翰·奥斯丁：《法学讲演录》第 1、2、3 册，支振锋译，中国社会科学出版社 2008 年版。

[17] 学界一直盛传哈特对奥斯丁的批判。这种论断其实并不准确，哈特的确批判了奥斯丁，但他所批判的主要是基于奥斯丁法律命令理论（command theory of law）而自行型构的法律指令理论（order theory of law）。细心的读者只需对比一下《法律的概念》与《法学讲演录》前 6 讲的英文原文，即可发现这一问题。

[18] 实际上，哈特对感觉被强迫与感觉有义务所做的区分，也并非于典无据。洛克在讨论自然法与实在法之间所存在的联系时，也强调了一种类似的区分：“毫无疑问，与借助自然法相比，实在的民法（civil laws）以其本质或强力或者其他任何方式，都没有拘束力；是自然法来命令对上位者（superiors）的服从并保持公正和平。因此，如果没有这种自然法，也许规则就能够通过强力或者借助武装力量的帮助去迫使众人服从，但这是将他们置于一种他们并不承担的义务之下。” See John Locke, *Essays on the Law of Nature*, edited by W. Von Leyden, Oxford: Clarendon Press, 1954, p. 119. 实际上，Randy Barnett 也指出了这个方面。See Randy E. Barnett, *The Structure of Liberty: Justice and the Rule of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1998, p. 19.

[19] 前引 [5]，Hart 书，第 82 页。

的法律关系；而在后者，收税人与纳税人之间存在着有效的法律关系。然而，如果法律指令理论是正确的，只根据被迫遵守的术语就能够对法律做出充分的说明，那在持枪歹徒与收税人之间就不存在可行的法律上的区别。所以，规则而非命令才是理解法律的关键，因为义务这一法律现象中的核心因素的存在，表明创设或者施加了这一义务的“规则的存在”。〔20〕没有规则人们将无法解释义务，而没有对义务的说明，人们就不能给出一种能将收税人与持枪歹徒区别开来的对法律的解说。〔21〕

（三）规则的内在方面

经过对奥斯丁式法律命令说的一系列抽丝剥茧的批驳，哈特断定这个学说是一个失败的记录。他认为命令显然不能产生义务，而只有规则才能，并指出规则才是理解法律的关键。更重要的是，他通过对规则与习惯的区分，提出了其社会规则的理论，只有社会规则才会产生义务。在一个社会 S (society) 里，“在情形 C (circumstances) 之下，X 应该做某事”这样一个社会规则 R，其产生大致如是：

- （1）在情形 C 下，S 中的大多数成员 X 都常规性 (regularly) 地做某事；
- （2）（1）的前提下，如果 S 中的某个或者某些成员 Y 中有人没有去做某事，那么他或者他们将会面临来自 X 们的批评；
- （3）在（2）的基础之上，成员 Y 中可能也有人认为 X 们的批评是正当的，并且他们自己也认为自己不去做某事的行为是应该受到批评的，是一种离轨行为；
- （4）这些批评性反应自身在整体上不会成为 S 中成员们的批评对象，如果有人对之做出批评，那么这些人也将成为被批评的对象；
- （5）此时，（1）中的规律性行为就成了一种遵循规则 R 的行为，R 就是社会规则；
- （6）S 的成员开始将会有这样的陈述，“在情形 C 下，X 应当去做某事是一个规则”，并且他们将会用这个规则 R 来证成自己的行为，并证成对其他人偏离该规则 R 之行为的批评；
- （7）对于 R 这个规则的存在而言，Y 的人数必须要小于 X 的人数。

可以看出，在（1）的情形下，R 还不是规则，这是一个确保规则形成、存在与被广泛遵守的前提条件，在（2）的情况下，规律性行为开始具有了标准性，成为行为的标准，到了（3）中，人们已经对标准产生了反思性接受。在第（4）个层面上，规则实际上已经出现。那么社会规则又是如何成为法律规则的呢？根据哈特的设想，在一个原始的、只有施加义务性社会规则的前法律社会里，由于这些规则具有不确定性、静态性以及分散的社会压力的无效率性，我们就要引进第二性的承认规则、改变规则与裁判规则。〔22〕其中承认规则的功用在于确认一条规则是否属于某个法律体系，从而确定其是否具有法律效力；改变规则授权给个人或者特定机构从而去引进新的或者废止旧的第一性规则；而裁判规则的作用在于，就某些情况下第一性规则是否被违反做出权威性裁定。可以看出，承认规则是一个法律体系的基础，改变规则实际上为法律世界引入了立法机关，裁判规则则是引入了司法机关。在完成了两种规则的结合之后，从前法律世界过渡到法律世界，再经过承认规则的识别，这里的规则 R 就可以成为一个法律体系中的法律规则，成为一个行为标准并因而具有规范性。

在只有第一性规则的前法律世界，社会显然没有分化出官方阶层，那些社会规则必须为整个社会所普遍地接受并服从。这种接受则带来了法哲学上的一个重要发现——内在观点。正是对规

〔20〕 前引〔5〕，Hart 书，第 84 页。

〔21〕 H. H. Hill, *H. L. A. Hart's Hermeneutic Positivism: On Some Methodological Difficulties in The Concept of Law*, 3 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 123 (1990).

〔22〕 前引〔5〕，Hart 书，第 92 页以下。

则的这种内在观点，为前法律世界带来了和谐。因为针对规则，人们可以站在观察者的角度而本身并不接受之，也可以站在该规则所调整之群体一个成员的角度去接受这些规则并将之作为自己行为的指南。这就是对规则所采取的内在观点与外在观点。对持极端外在观点的观察者而言，他们的陈述将充满着可观察行为的常规性、预测、可能性和征兆等措辞；群体对正常行为的背离，不过是可能到来之敌视的征兆。在某些时候，他们还会用因果关系来表示行为与结果之间的关系，比如关于法律的“预测论”。而对于持内在观点的参与者来说，违反规则的离轨行为，不仅仅是预测敌视反应将随之而来的基础，也是批评离轨行为的正当理由；在此种情况下，行为与结果之间并非因果关系，而是归责（imputation）关系。对于一个群体来说，有些持外在观点的成员，仅仅是在担心惩罚的情况下才遵守规则的。因此在任何时刻，在依照规则而运行的社会中都存在这两类人之间的紧张关系，而且在一个规则之治的社会中后者必须是少数。^[23]

对规则的内在观点说明了规则内在方面的存在。的确，单纯的强力并不能创制法律。一个制度化了的恐怖也许能够强制性地导致服从，正如一个持枪劫匪可能强迫我们交出钱财一样。但是，除非这个体系还能满足一个进一步的条件，否则它就不能成为一个法律体系。哈特说，这个进一步的条件就是官员们的态度。只有当官员们对法律采取一种内在观点时，才能获得一个法律体系。^[24]实际上，哈特在被强迫与有义务之间所做的区分，也蕴含了服从与接受之间的不同。在一个人服从法律时，他无需认为，不管对于其自身还是对别人，他所做的都是正确的：他无需将他的所作所为视为对社会群体行为标准的满足。相反，一个接受了法律的人在单纯的服从法律时，则认为他依据法律所做的事情是正确的。接受就是对法律采取了内在观点，正如哈特所言，所必需的是，对作为一般标准的某些特定行为模式应该有一种批判反思的态度，而且这种态度本身应该体现在批评（包括自我批评），对与之相符合的要求，以及对这些批评、要求被证成的承认之中。而所有的批评、要求和承认，都能在“应当”、“必须”以及“应该”、“正确”和“错误”等规范性术语中找到它们的典型表达。波斯特玛也认为，“法律就像其他类似的社会实践一样，不仅是由各种错综复杂的行为互动所构成，也由参与者的信念、态度、判断以及理解所构成。这种实践具有参与者们的一种‘内部的’‘内在观点’。”^[25]

对规则的内在观点说明了规则内在方面的存在。在一个前法律社会里，第一性义务规则可能都是社会规则，但在进入法律社会之后，情况就发生了改变，可能有许多法律规则反而不是社会规则。因此，社会规则的内在方面还必须能够被扩及法律规则才行。这个过渡是通过承认规则来完成的。夏皮罗在分析哈特理论时指出了一个重要方面：即便在不存在一个社会实践的情况下，也可以说一个规则 R1 是存在的，只要存在另外一个社会规则 R2，该规则要求群体的成员去留意规则 R1。以哈特式的术语来说，当一个第一性规则被一个第二性规则“赋予了有效性（validated）”时，它就存在了。举例言之，由于关于行人违章的规则由该法域的承认规则赋予了效力，

[23] 前引 [5]，Hart 书，第 88 页以下。

[24] See Richard Holton, *Positivism and the Internal Point of View*, 17 *Law and Philosophy* 597 (1998).

[25] Gerald J. Postema, *Jurisprudence as Practical Philosophy*, 4 *Legal Theory* 329, 332 (1998); See also Brian Leiter, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, 76 *Texas Law Review* 267, 295 (1997). 内在观点是对规则之接受的一种实践性态度。它并不意味着那些接受了规则的人们接受了它们的道德正当性，而仅仅意味着他们倾向于根据那些规则来指引与评价行为。根据夏皮罗的看法，内在观点在哈特理论中扮演着四个角色：1) 它明确了一个特定种类的动机，某人可能会以这种动机来对待法律；2) 它构成了社会与法律规则存在的主要条件之一；3) 它解释了法律实践或者话语的可理解性；4) 对于法律陈述之自然而然的可接受语义学，它提供了一个基础。相应地，以制裁为中心的理论也因为三个原因而成为不可接受的：1) 它们是短视的，因为它们无视或者混淆了人们在服从法律时所具有的动机之一；2) 它们不能说明法律体系的存在；3) 它们不能说明法律实践或者法律话语的可理解性。See Scott J. Shapiro, *What is the Internal Point of Law*, 75 *Fordham Law Review* 1157-1158 (2006).

因此它是存在的或者在法律上是有效力的。此类陈述的理由取决于这样一个事实：法律官员们对其承认规则采取了内在观点。因此，内在观点的存在就保证了所有法律规则的存在。如果不是设定官员们对承认规则采取了一种规范—接受（norm—acceptance）的态度，就不可能存在承认规则，也因此法律就不能作为一个概念性问题而存在。^{〔26〕}显然，内在观点能够说明为何社会规则——最终是法律，能够为群体的成员赋予行动的理由。

在两种规则相结合的法律世界，显然并没有道德的必然地位。所以拉兹才说哈特是一个伟大法哲学传统的继承者与火炬手，这种传统视法律的存在与内容为社会事实，它与道德或者任何其他价值之间的联系都是偶然的与不稳定的。^{〔27〕}在极端情况下，可能只有政府官员中才存在对规则的内在观点。这个社会中的人们也许会像待宰的绵羊般悲惨可叹，但它仍然是具有法律体系的。^{〔28〕}如何避免绵羊被送进屠宰场，内在观点为我们带来了希望，但它仍然不够。

二、法律现象的基本特征

法律的存在使得人们的很多行为不再是可随意选择的，而是具有义务性的。法律的这一特点，很早就经验的层面上为许多法律思想家所认知。法律设定行为的标准，违法将可能受到制裁，其背后往往有国家强制力的保证。^{〔29〕}法律的“强制”特征，常常也被许多法律思想家看成所谓的法律本质，比如奥斯丁就将制裁视作理解法理学的关键。“人们普遍认为，制裁、强制与强力在法律中扮演着重要的并且实际上也是必要的角色，而且，对这些方面的理解，是对法律及法律体系之正确理解的根本。”^{〔30〕}的确，人们很早就注意到，法律有两个基本的特点：第一个是指导人类行动的规则的特点；第二个是强制力量的特点。^{〔31〕}在欧洲，这种思想发展的极致就是奥斯丁的法律是主权者的强制命令学说。在美国，无论是霍姆斯的“坏人论”，还是庞德的社会法学，^{〔32〕}也都肯定了强制力在法律中的地位。即便对于哈特，其理论也是承认法律具有强制性的，比如他认为，为了使得服从法律的人不被牺牲，因此法律就有必要去强迫不服从的少数人服从。可以说，无论强制性是否为法律的本质，它都肯定是法律现象的一个基本特征。

法律的核心要素是两种规则的结合，这就蕴含着两个重要方面的内容。第一，规则蕴含着标准，无论是单纯的社会规则，还是第一性义务规则，规则的存在都意味着它必定要成为人们行为所依据的标准。人们不仅要根据规则来调整自己的行为，而且偏离规则就意味着会遭受人们的批评，并且对规则的偏离本身就能证成这种批评。据此，标准性就成了法律现象的另外一个基本特征。第二，在哈特看来，这两种规则的结合，就像车轮的发明一样对人类具有极其重大的意义，它标志着人类从前法律世界前进到了法律世界。人类进入法律世界的标志就在于在单个的个体之

〔26〕 前引〔25〕，Shapiro文。

〔27〕 Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 210.

〔28〕 前引〔5〕，Hart书，第117页。

〔29〕 比如，我国法学教科书所流行的对法的定义，“法律是由国家制定或者认可，体现统治阶级意志，并以国家强制力为后盾来保障实施的行为规范”。显然，根据这个定义，那些非统治阶级就可能只是规则的接受者，而不能成为规则的制定者。因而，存在这样法律的社会必然存在着对规则制定权的争夺，社会将可能分裂为不同的阶级、集团、种族、民族等等群体。同时，由于社会成员之间的分化，作为纯粹的规则接受者的社会群体对法律就很可能难以采取内在观点，这样的法律必定内蕴着强烈的对抗性。

〔30〕 Theodore M. Benditt, *Law as Rule and Principle: Problems of Legal Philosophy*, California: Stanford University Press, 1978, p. 142. 但是我们必须注意的是，强调两者之间的联系，未必就是认为强制或者制裁是法律的本质，我们不能混淆特征与本质两个概念。

〔31〕 [意] 托马斯·阿奎那：《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆1963年版，第121页。

〔32〕 参见[美]罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆1984年版，第17页。

中存在作为第三者的立法机关与中立的司法机关（包括作为执行机构的行政机关），这些机关当然是由第二性规则来设定的，它们就是所谓的“官方”机关。并且，由这些第二性规则所设立的官方机关来垄断立法与司法的权力，作为人民的代言人立法，作为法律的代言人司法。因此，法律就具有了第三个基本特征：官方性。当然，这里的“官方”，在哈特而言，主要指的是与“国家”有关的官方，指的是一种集中化了的权力，一种中立于一盘散沙之民众中的规则创制与执行机关。^{〔33〕}事实上，在哈特的规则理论中，作为法律体系之基础的承认规则，主要就是司法习惯性实践，或者说是司法成规。因此，承认规则既是通过法官行为显示出来的，也是在他们的裁决活动中所形成的，它既是事实，也是规范。

强制性、标准性与官方性三个特征互相补充，分别构成法律的某一个侧面。值得注意的是，第一，它们是迄今为止所有法律体系的基本特征，即便纳粹的法律体系，也能够符合它们；第二，它们要么与制裁或者制裁的威胁有关，要么与人们的义务感有关，都体现出使得人们无法再任意选择的特点。所以，共同体的成员就可能会被大致分为两个群体，制定规则者与遵守规则者，这两个群体之间也因此蕴含着对抗性。社会分裂为两大集团，它们对规则制定权的争夺就成为必然。而这种规则又导致两大后果：其一，对规则制定权的争夺如果通过暴力进行，其结果很可能是全社会丧失对规则的尊重，从而导致所谓“马上得天下”、“将相本无种”、天子也不过是“兵强马壮者居之耳”的观念；第二，规则沦为阶级、阶层、种族、民族甚至不同地域的人类群体之间压迫与倾轧的工具。

也就是说，强制性虽然是法律现象的基本特征，没有强制性可能就不会有法律秩序的存在，但强制性显然存在一个度的问题。没有强制性的法律可能不成其为法律，但强制性达到某种程度的法律秩序，也可能成为人类的一个梦魇。也许正是基于对此种后果的担忧，哈特引入了规则内在方面的理论。特别是对于承认规则而言，法律官员对承认规则所具有的内在观点，一方面使得承认规则的存在成为可能；另一方面，它也表明最起码官员及其所代表的群体对法律有一种“接受”的态度，如果官员及其所代表的群体足够庞大，以至于能够覆盖整个共同体的话，就说明参与规则产生的共同体成员数量是尽可能多的，那就有可能在客观上压制了对规则制定权的残酷争夺，从而削弱了法律的对抗性，并进而削弱了其强制性。^{〔34〕}通过引入人们对规则所具有的内在观点，哈特为削弱法律规则的强制性提供了一种可能，从而在概念上削弱了法律的强制性。

遗憾的是，哈特通过引入内在观点所进行的努力，很难削弱法律的强制性至一个令我们满意的程度。当然，削弱并不是消除，削弱法律的强制性并不意味着我们想消除法律的强制性，这里只意味着，还未最大限度上排除法律成为压迫与倾轧工具的可能。首先，就一个法律体系而言，哈特的内在观点主要是通过对承认规则的内在观点来保证对整个法律体系的内在观点的，都对承

〔33〕 国家或者政府的产生也许都不可避免地具有暴力性。在我国，自古得国者，往往皆因诉诸武力。孟子曾赞美文王凭借不足百里之地，以德治国，定鼎天下，所谓“文王以百里”。（《孟子·公孙丑上》）后世诸儒往往屈从亚圣。但顾炎武考证后发现，其实文王之国不止百里，“周自王季伐诸戎，疆土日大”。文王时，“自（黄）河以西，举属之周”，疆域早已超过三四百里。武王之时，疆域已几乎与商纣分庭抗礼，一举而克商，“宜其如振槁也”。可见，“文王何尝不籍力哉”！参见顾炎武：《日知录》卷七。

〔34〕 诺内特与塞尔兹尼克认为，如果绝对的服从达到连强制也不必的程度，那么压制也就登峰造极了。比如，在政府取得正统性时，当它促成了奥斯丁所谓的“一般的习惯性服从”时，强制就退入背景之中。言下之意，压制达到登峰造极的程度也可能使得人们感觉不到强制，因而对规则具有内在观点了。但实际上这只是个假象，诺内特与塞尔兹尼克本人也认为，这种结果可能至多是要求一种笨拙无知的同意。人类历史的经验证明，没有一个这样的政府能够长久维系。比如在中国古代史上，一时强大无匹的秦与隋都是不二世而亡的。〔美〕诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社1994年版，第34页及相关内容。

认规则具有内在观点,即便共同体所有成员都认为承认规则是惬意的,它依然不能完全保证为承认规则所识别或者承认并因而具有法律效力的其他规则也能够令人惬意;其次,承认规则主要是一个司法习惯性成规,因此对承认规则的内在观点主要是法律官员(特别是法官)的反思性接受态度,而非全体共同体成员的接受,只要法律官员们“接受”了承认规则,就在概念上保证了承认规则的存在,并进而保证了法律体系的存在。如果对承认规则采取内在观点之官员的群体及其所代表的群体并非足够广泛,不能覆盖全社会绝大多数成员的话,它就可能是仅仅属于某一个阶级、阶层、群体、集团等等,而非属于全体共同体成员。即便哈特自己也承认不能排除一个极端情况的存在:内在观点及其所特有的对语言的规范性使用(“这是一个有效的法律规则”),也许仅仅限于官员世界之中;在一个更为复杂的体系里,也许只有官员去接受与使用该体系的法律效力标准。在这样的体系中的也许是一个可悲的绵羊般社会,绵羊最终的结果也许就是屠宰场。^[35]

第一个原因揭示的根本问题是,如何保证承认规则所识别与认可的其他法律规则是为该共同体全体成员所能够接受的,也即是说,如何使得共同体全体成员能够对这些其他法律规则也具有内在观点?第二个原因所揭示的根本问题是,如何能够使得共同体所有(或者说,尽可能多的)成员都会对承认规则具有内在观点,而非仅仅法律官员们对之采取内在观点?两个根本问题所涉及的却又是同一个方面:在官方行为中产生与显示出来之司法成规性的承认规则,它本身能够在多大程度上使得全体共同体成员对之具有内在观点,以及对其所识别或承认的其他法律规则具有内在观点?

问题的关键在于承认规则,但哈特的承认规则显然主要体现在官方行为当中,因此问题的核心就指向了法律的官方性。正是由于规则官方性的存在,就必须存在一个集中的官方实施法律并在必要时进行制裁的体系,也就仍然会存在着规则提供者与接受者的二元对立。从规则接受者的角度来看,它就仍然摆脱不了外迫性,从而也不能在更大程度上削弱法律的强制性。因此,为了避免社会成为一个虽然有法律体系存在但依然是可悲的绵羊社会的状况,就必须在哈特的基础上继续努力。只有当内在观点在一定程度上削弱了规则的强制性之后,继续削弱规则的官方性,才能真正削弱规则的强制性及与其相关的两极对抗性。诺内特等人已经敏锐地看到,“压制的一个共同根源是统治精英可以利用的资源的贫乏”,^[36]因而真正要防止这一点,就必须保证两点:法律官员之外的绝大多数人都能够参与承认规则的形成,从而使得承认规则不仅能够体现官员们的内在观点,还必须能够体现绝大多数社会成员的内在观点。要做到这一点,就不仅要求对规则所具有的某种批判性反思态度,还要从规则的发生上着力,不仅要对规则采取内在观点,更要使得法律规则成为下文所述的“内生性规则”;从哈特注重描述之关注“是”的法律理论跳出,也去关注“应该”与“建构”的法律理论,在作为司法成规主要体现法官行为的承认规则中继续深入,使得法官们在形成承认规则时也必须尊重与体现共同体所有成员的意愿。

三、内生性规则

(一) 发现立法中的沉默者

揆诸人类法律发展的历史,对法律的强制性可以有更直观的认识。这里的关注点有两个,一是法律体系的内在组成,二是人与法律的关系。

实际上,在只有第一性义务规则的前法律世界,由于这些规则是由习惯发展来的,就产生规

[35] 前引[5], Hart书,第117页。

[36] 前引[34], 诺内特、塞尔兹尼克书,第36页。

则的共同体内部而言，人们与规则的关系可能会高度和谐。然而，当国家与社会分离，第二性规则诞生，人类便进入了法律世界中的官僚法阶段。昂格尔以古代中国与伊斯兰世界为例，^[37]认为这种官僚法具有高度的压制性。显然，这种官僚法作为某个垄断了规则制定权的集团专有之物，对于统治集团之外的普通百姓，这些规则往往是外在于他们意愿而强迫施加在他们身上的。在这个过程中，如果用一个并不准确的图式来表示，我们可以大致看到法律发展的一个简约化过程：法律是生活——法律就是某些行为标准——法律就是规则——法律就是禁令。规则主要是一种压制的手段，阻止共同体的异己分子去为某些行为。虽然有一些第二性规则赋予人们进行某些私法意义之行为的可能，但法律主要还是体现为统治集团对被统治集团所发布的禁令。即便在多元集团出现，开始进入法秩序与法体系的阶段，规则也非所有人都参与制定的产物。这样的法律，就全面地具备了上文所总结之强制性、标准性与官方性的基本特征。这样的法律以规则为中心，表现为制定规则与遵守规则的二元模式，以及制定规则者与遵守规则者两个阵营对规则主导权（主要是制定权与执行权）的争夺。无论制定规则者集团人数多寡，对于那些因未能争夺到规则制定权的被迫遵守者来说，那些制定出来的规则都可能是外迫的，是强制性的。

然而，在人类法律的强制性不断得到强化的同时，也可以发现一个其强制性在不断被削弱的逆向性趋势。正如塞尔兹尼克从针锋相对的富勒（Lon L. Fuller）和哈特的理论中所发现的最大公约数所表明的：政府的威慑命令不是法律概念的核心，因此强制不是法的内在组成部分，只是法的外在支持条件之一；因而不应该把强制作为法律现象的基准。^[38]法律强制力开始呈逐渐弱化的趋势。这一点从对人类法律的历史经验性考察也可发觉。在大约进入昂格尔所言之法律秩序与法律体系的阶段之后，^[39]人类法律又出现了一个对上述简约过程的逆反过程。在创制法律时，创制者能够动用越来越多的资源，也有越来越多的人参与规则的制定。一言以蔽之，法律开始发现立法中的沉默者：发现统治集团内部的边缘分子——发现女人——发现少数族裔——发现弱势者——发现“弱势”文明与“后发”国家。比如，由于被压迫者的反抗，压迫集团在创制其独断的规则时逐渐面临巨大的压力，为了稀释压力，压迫集团也不得不学着与被压迫者分享包括规则创制之内的各种权力，这种分享可能是通过类似中国古代的科举制来扩大统治集团而实现，也可能是通过西方封建社会领主允许城市存在的契约而实现。最开始，无论中西，规则的创制者往往都是成年男人的事情。在中国古代，女人干政被喻为牝鸡司晨，乃不祥之兆，在西方也曾经存在家父权与丈夫权，女人在政治上只能是男人的附属物，毋庸提什么对创制规则的参与。但从19世纪中后期特别是20世纪之后，给予妇女平等的选举权成为一场源于西方波及世界的浪潮，妇女在参政与参与立法上的权利都受到了前所未有的重视与保护。在立法过程中发现女人的同时，人们也发现了少数族裔、弱势群体甚至弱势文明，特别是在当代的许多大型移民社会或者民主国家之中，不因民族、种族、肤色、政治倾向、宗教信仰而影响对参与政府和参与立法权利的分配，已经成为众多国家的宪法承诺与法律实践，甚至已成法律生活的正常样态。在某些国家与地区，甚至对少数族裔与弱势群体还要给予特别的保护，进行所谓的反向歧视。同时，在国际法律体系内，发展中国家也开始不甘于仅仅充当国际法律规则的被动接受者，而是积极参与国际法规则的创制，争当国际法规则的参与者或提供者。

（二）内生性规则的提出：一个未完成的结语

显然这是一个可喜的进程，是一个规则创制者在实质上不断扩展的过程。通过规则创制者范

[37] 参见 [美] R·M·昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社2001年版。实际上，昂格尔在其著作中颇多对中国问题的误解。比如，古代中国法律不仅包括律令，应该还包括礼。

[38] 季卫东：《社会变革的法律模式（代译序）》，载前引 [34]，诺内特、塞尔兹尼克书，第1页。

[39] 季卫东：《现代法治国的条件——读〈现代社会中的法律〉》，载前引 [37]，昂格尔书，第286页。

围的扩展,某个阶级或者集团对规则创制权的垄断被逐渐打破,越来越多的共同体成员能够参与规则的创制或者对规则创制有着制度性的影响,从而使得规则更能代表他们的意愿,他们也因此更能对规则采取内在观点。因此,这个进程的目的地就是达致我们所言的内生性规则。值得注意的是,在进入所谓的后现代社会之后,人们越来越生活在非中心化的媒介中,现代的那种大的权力结构已经不复存在,法律在局部、在人与人之间具体地被经验着,由此,法律与社会就不再按照抽象的、一般的宏大叙事去理解,而是通过人们的经验和遭遇去把握,因而,法律与社会研究就不再集中于社会制度、民族国家这些宏大叙事,而是转向地方的(或局部的)、事实上的、个人之间的层面,转向特定事件的特定经验及其独一无二性。^[40]这样的社会,一方面,人与人的联系前所未有的紧密,国家的力量更是前所未有的渗透到人世生活的几乎所有领域;另一方面,却是我们要前所未有的与那么多的陌生人接触,前所未有的地关注个人的私密,灯红酒绿之后,我们却发现自己迷失在钢筋水泥构建的城市森林里,或者被关在防盗门背后的笼子里。国家越来越强大的同时,市民社会却也在同步发育,人民大众不再是杂乱的马铃薯,而越来越多地参与各种组织与社群,分享权力。

在法律生活中,国家在持续地向社会转移权力。很多时候,调控我们生活的甚至不是国家律典,而是所谓ISO9000系列的质量认证,为我们分配互联网域名的ICANN,绿色环保组织的宣言,英超曼联皇马与NBA的组织规程,各种听证会的议事细则,甚至某个俱乐部或者行业协会的章程。许许多多NGO组织与各种各样民间自治团体与组织的涌现,使得我们发现自己处于一种不断地与身边人博弈与商谈的过程之中。我们具有了前所未有的为自己立法的权力,毋庸说各种议会制度所给我们提供的那么多参与国家立法的途径。可以说,虽然法律不可能诞生于所有人之手,但它正诞生于越来越多的人之手,成为越来越多人参与创造的产物。官方虽然仍垄断着法律的创制,但这种创制正有着越来越多的参与。在很大程度上,对于许多人而言,法律正由外在强加的外迫性规则,变成由自己参与创制的内生性规则。^[41]法律的官方性也许不能被消除,但它正在被、也应该被尽可能地削弱。

有西方学者已经模糊地关注到了这个问题,他们型构了一个从压制型法到回应型法的发展过程,^[42]其核心就在于规则创制者参与的广泛性,及可动用政治资源的广泛性。可是,虽然民间性公共秩序的概念受到重视,这个理论也触及到了内生性规则的一个侧面,但它并未明确地指明规则创制者的变化及互动趋势,因而未能对削弱法律的官方性提供更多智识。

另一位对此问题有敏锐关注的是哈贝马斯,他反对现代福利国家对社会生活的过多干预导致个人自主性的丧失,也不满日益碎片化的现代社会的种种危机。哈贝马斯提出了合法性源于自身的自由资本主义时期的形式法及有组织的发达资本主义时期的福利法两种西方现代的法范式。^[43]它们各有特点,差异重大,但也都存在某些共同的缺陷。哈贝马斯基于其沟通行为理论指出,第一,这两种范式在方法论上都是以孤立的个人主体出发,前者是歧视性的,因为它对于

[40] 参见胡水君:《卢曼的法律与社会理论》,载胡水君:《法律的政治分析》,北京大学出版社2005年版,第199页。

[41] 需要强调的是,本文所提及的“内生性规则”应与哈耶克的自发秩序相区分。哈耶克曾经说,“在各种人际关系中,一系列具有明确目的制度的生成,是极其复杂但却条理井然的,然而这并不是设计的结果,也不是发明的结果,而是产生于诸多并未明确意识到的其所作为有如此结果的人的各自行动。”参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,三联书店1997年版,第67页。可见,哈耶克的理论是一种历史的经验性考察,他指的是过去与现在,而“内生性规则”则是一种概念上的型构,它立足的是现在,指向的是未来。同时,“内生性规则”是一种社会建制化之后的产物,而自发秩序则未必。

[42] 前引[34],诺内特、塞尔兹尼克书,第16页。

[43] 高鸿钧:《法范式与合法性:哈贝马斯法现代性理论评析》,载高鸿钧、马剑银主编:《社会理论之法:解读与评析》,清华大学出版社2006年版,第321页。

事实不平等的负面效应麻木不仁；而后者则是家长主义的，因为它对于这些国家补偿措施的负面效应视而不见。^[44]第二，两者都关注个人基本权利，但它们对于基本权利的含义和内容持有一种狭隘的理解，前者把权利理解为自己可通过市场博弈去“占有”之物，后者把权利理解为可通过政府的分配而“享有”之物。在哈贝马斯看来，权利是“关系”而不是“物品”，是关于人们彼此可以“做”什么的可能，而不是关于人们可以“有”什么的分配安排。^[45]第三，这两种范式都割裂了私人领域和公共领域、生活世界与系统以及市民社会与政治国家之间的内在联系。前者强调私人的自主性、生活世界中私人生活的封闭性以及市民社会的自治，看不到公共领域的合作与协商、复杂社会中系统导控的积极功能以及政治国家与市民社会进行沟通的可能性。后者放纵了系统和政治国家的作用，对生活世界的自由、市民社会的自治和公共领域自主专断干预、肆意践踏。^[46]

在哈贝马斯看来，要克服现代法治的危机，在方法论上就必须从主体之间互动的角度出发，而不是从孤立的个人角度出发，必须从公民自己参与立法的角度出发，而不是从政府自上而下强加法律的角度出发。基于其沟通行为理论，^[47]他提出了程序主义法范式。^[48]现代社会的一个重大误区是目的理性行为占据了统治地位，这种行为以单个主体为基本单位，个人从功利出发，把他人当做实现自己目的的工具，把社会当做追逐私利的战场，把成功当做衡量人的价值标尺，结果导致了人际疏离、人群隔阂、社会冲突迭起。与此同时，结构化和体制化的经济权力和政治权力对社会进行系统整合却导致了系统对生活世界的宰制，对私人领域的破坏，并影响了公共领域和市民社会的健康发展。^[49]而在程序主义法范式中，所有利害相关的人们，借助人们语言交流的有效性和达成特定规范共识的可能性，通过平等、自由的理性协商与话语论证，通过意志协调达成规则共识，从而形成作为法律的规则。哈贝马斯说，在如此形成的法律中，每个人都既是立法者，同时又是守法者，也只有这样的法律才具有实质的正当性。^[50]因为这种规则是人们自己形成的，他们可避免被迫服从外部强加的规则；因为这种规则是相关人们在特定语境下针对特定问题形成的，它们可满足相关人们具体的实际需求；因为这种规则中包含所有相关者的价值判断，因而可避免形式法的工具理性主义和福利法的家长主义。这样的法律，一定会包含着个人的利益和要求，而且还会与社会的道德和伦理相契合，因而不仅是一种强制规则，同时也是一种意

[44] [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间：关于法律和民主法治国的商谈理论》，童世骏译，三联书店 2003 年版，第 518 页。

[45] 同上书，第 519 页以下。

[46] 前引 [43]，高鸿钧文。

[47] 根据他的沟通行为理论，人类的理性行为可分为四类，即目的行为、戏剧行为、规范行为和沟通行为。他从普遍语用学的角度，论证了以理解为导向的目的行为是内在于语言结构中的，是人类的正常行为，而以成功为导向的目的行为是扭曲的行为。据之，只有从主体之间的互动关系出发，以理解为导向的沟通行为取代目的行为的支配地位，才能走出误区，摆脱困境。根据哈氏的主张，沟通行为的基点在于人际理解和协作；过程就是协商和讨论程序，即沟通程序；目标就是就有关问题达成共识。因为，如果沟通理性内在于人类的言语行为之中，人类就有通过沟通达成理解和共识的可能性。为了使得沟通程序富有成效从而避免“异议风险”，他对沟通程序提出了“建制化”的要求，即提出了所谓的“理想言谈情境”：所有的人都有资格参与同自己有关事务的讨论；在讨论中所有人在地位上平等；参与者就讨论的议题自由表达自己的意见，不受任何外在限制；最受重视的是那些令人信服的理由而不是别的东西。通过沟通性商谈所追求的是理想目标是达成共识，但如果不能达成共识，仍然可以采取多数决的方式做出决断。参见 [德] 哈贝马斯：《交往行为理论：行为合理性与社会合理化》第 1 卷，上海人民出版社 2004 年版；前引 [43]，高鸿钧文。

[48] 前引 [44]，哈贝马斯书，第 458 页。

[49] 前引 [43]，高鸿钧文。

[50] 前引 [44]，哈贝马斯书，第 529 页。

义载体。^[51]哈贝马斯的理论显然注意到了对法律规则官方性的削弱,从而实现了规则制定者与遵守者二元对立模式的超越。因为,关注利害相关者对关涉其自身之法律规则之创制的参与,很好地保证了规则是内生的而非外迫的,规则的遵守者对规则能够采取一种真正的内在观点,从而为内生性规则提供了另外一个重要的理论来源。

事实上,“内生性规则”还有一个哈贝马斯虽然有所关注但却未能明确指出的方面。那就是它还能在一定程度上实现对哈特和德沃金以司法裁决为中心的法律理论模式的超越。^[52]比如,由于现代化过程中的城市化、商业化以及流动性解构了传统的“熟人社会”,导致人际关系的陌生化,我们的一切可能都是由陌生人来提供的。在这样一个陌生人社会里,人们只能诉诸于法律才能获得安全。于是,法律的领地急剧扩张,几乎无所不在。比如在美国,几乎每种事务都有成千上万条法律规则。与之相伴的则是“权利爆炸”、“法律爆炸”和“诉讼爆炸”,以及律师人数的剧增,法院不胜重负和司法权迅速扩张。^[53]这显然是一种无奈而非惬意的选择。在哈特看来,当法律走上法庭的时候,它事实上已经失败了。“作为社会控制手段之一种,法律的主要功用并不体现在私人的诉讼或者公诉活动中,这些活动虽然至关重要,却终究仍是补救法律体系失败的辅助性设置。其主要功用体现在这样的一些方式之中,在法院之外,法律以这些方式被用于控制、指导和计划我们的生活。”^[54]显然,从概念上说,“内生性规则”作为规则遵守者自己参与创造的规则,虽然可能具有较弱的强制性,甚至具有较弱的官方性,但它却可能具有更大的约束力,因为人们显然更乐意遵守自己参与创造的规则而非外在强加的规则。内生性规则可以为我们对规则之强制力与拘束力做出区分提供了可能,规则对人有拘束力,并不以其具有强制力为前提。当然,哈特的理论虽然被超越了,但并不代表要被抛弃,实际上它也能在一定程度上与哈贝马斯的理论相互补充。因为现代社会是一个专业高度分殊的社会,人们不可能具有所有专门领域的知识并参与各种创造法律的商谈,因此必须借助于专家或者专门机构,承认规则的桥梁也因此仍然是重要的。人们可以通过商谈,影响甚至参与承认规则的创制,并利用承认规则来识别与认可那些超出人们知识领域之外的法律规则,从而保证这些规则能够体现他们的利益与意愿。

传统的“制定规则——遵守规则”二元模式以及由之而带来的对规则制定权的争夺,并非一种惬意的法律规则的状态,因为这种规则往往很可能是外在于人并强加于人的。在这种法律模式下,规则处于中心的地位,人反而是边缘。我们应该努力实现一种更为惬意的法律状态,在这种状态下,人是其中心,由于以“内在观点”来看待规则,每一个人都应该参与规则的制定并遵守这种自己参与制定的规则。人既是规则的制定者,也是规则的遵守者。所以这种规则不是外迫的,而是内生的,是人们在生活的洒扫应对中为了便利相互之间的交往而做出的自然而然的选择,其作用主要在于为人的行为提供理由、指引、证成、评价,其次才是为人与人之间的纠纷提供裁决。由此,规则的使命不仅仅在于设框立范,更不能仅仅着眼于实施制裁,亦不仅仅在于消极地保证某种秩序,而毋宁说是为了实现人类和谐。

因此,“内生性规则”还可能与中国传统文化中的和谐思想和“不隔主义”有曲折勾连之处,

[51] 必须注意到在哈贝马斯的主张与哈耶克自发秩序之间的区别。因为现代社会是高度复杂的社会,在宗教或其他传统社会的整合机制失灵之后,自发秩序无法实现有效的社会整合,必须借助建制化的组织体制进行系统整合。在立法过程中,作为政治权力重要组成部分的议会不可或缺,并最终将民间的舆论加以慎思、过滤,从而形成一般的政治意志,并转译成法律代码。因此,在哈氏的民主立法程序中,作为国家权力机构之一的议会扮演了重要角色。前引[43],高鸿钧文。

[52] Ronald Dworkin, *Hart and the Concept of Law*, 119 Harv. L. Rev. 101 (2006). See also Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge Mass.: Harvard University Press, 2006, ch. 8.

[53] [美] 弗里德曼:《选择的共和国》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,“译者导言”。

[54] 前引[5],Hart书,第40页。

因为它们都是从人与人之间“关系”与互动的角度来看问题。内生性规则在创造时讲求的不是个体孤立的利益，而是在所有利害相关的人们都有权参与的前提下，借助人们语言交流的有效性和达成特定规范共识的可能性，通过平等、自由的理性协商与话语论证，通过意志协调达成规则共识，从而形成作为法律的规则的。这样的规则，与那些在孤立的原子式个人之间所适用的规则，自然有着本质的不同。从法律生活来说，和谐不仅仅是讲天人合一，也讲“人法地，地法天，天法道，道法自然”，并且追求无讼，“听讼，吾犹人也。必也使无讼乎”。〔55〕“不隔”则不仅是中国文学艺术的最高原则之一，也是中国哲学、宗教、政治、法律等领域的最高原则之一，是中国哲学区别于西方哲学的根本特征之一。〔56〕人与人的不隔，则是不隔最重要的一个方面，而人与人的不隔又与人与物的不隔以及物与物的不隔不能不隔。朱子讲，“天地以此心善及万物，人得之遂为人心，物得之遂为物之心，草木禽兽接著遂为草木禽兽之心，只是一个天地之心尔。”〔57〕有了一颗不隔之心，静安先生才说，“诗人对宇宙人生，须入乎其内，又须出乎其外。入乎其内，故能写之。出乎其外，故能观之。入乎其内，故有生气。出乎其外，故有高致。”〔58〕正是法律各主体（人）之间在心上的不隔，才使得人与人之间平等、自由的协商成为可能，它对于在形成内生性规则的过程中达成共识可能具有极大的重要性。

夏勇教授在研究人权概念时，也关注到了这个问题。他反对将中国传统社会不讲人权的原因归结为和谐观念，并深刻地指出，和谐乃宇宙之根本。它流布于宇宙自然和人文世界，历史上任何一种成型的社会传统都含有某种和谐成分，只是在谋求和谐的方法、和谐的程度以及价值倾向上有些差异。一个和谐的社会，应该是分与合、个体与群体、局部与整体的融合。偏向任何一方，都会造成不和谐。人权的三大精神，即人道、法治、大同，正是体现了人类和谐之道。〔59〕在后来一篇文章中，〔60〕他指出，“权利是一个关系概念”，〔61〕必须从社会关系与社会系统中理解人权，“无论西方人有无和谐意识，在客观上，权利制度和人权观念是具有和谐功能的”。〔62〕人权概念之有无，端系于中西文化之不同，“在西方文化史上，人与自然、人与人、人的灵魂与肉体，是分裂的、对抗的。权利制度和人权观念在分裂、对抗的人们中间，强调个人对自身及其拥有之物享有权力，从而建立若干权利义务规则，形成稳定的社会关系”，〔63〕而中国情形有所不同，“中国的文化传统里不存在西方那样的人与自然、人与人、人与神的分裂、对抗。先民们追求天人合一、孝悌忠义、讲究‘和为贵’，不尚争斗”。〔64〕对西方文化的这个判断，与哈贝马斯的思想有着深刻的契合：以单个主体为基本单位，个人从功利出发，把他人当做实现自己目的的工具，把社会当做追逐私利的战场，把成功当做衡量人的价值标尺；这种文化在促进西方高度发

〔55〕《论语·颜渊》

〔56〕张耀南：《论中国哲学中的三重“不隔”》，《清华大学学报（哲学社会科学版）》2007年第1期。

〔57〕《朱子语类·卷一》，“理气上”。

〔58〕王国维：《人间词话》，上海古籍出版社1998年版，第15页。

〔59〕参见夏勇：《人权与人类和谐》，载《人权概念起源——权利的历史哲学》，中国政法大学出版社2001年版，第195、196页。

〔60〕参见夏勇：《人权与中国传统》，载《中国民权哲学》，三联书店2004年版。

〔61〕同上书，第154页。

〔62〕同上书，第161页。

〔63〕同上。

〔64〕同上。

达的法治、人权文化的同时，也带来了现代法治与人权的深刻危机。^{〔65〕}要克服危机，在方法论上就必须从主体之间互动的角度出发，而不是从孤立的个人角度出发。正是在这里，对现代法治危机的克服遭遇了对传统中国和谐文化的扬弃。对于西方人来说，和谐观念有助于在其法治精神之中灌注法律主体之间的互动，以人际关系的观念置换孤立个人的观念。而对于西学东渐、法制更张已达一个半世纪的中国而言，也要“弘扬和谐精神，用人权、法治去弥补传统的不足，用和谐观念去推导新的人权理论和制度。只有这样，才能克服西方传统人权的极端的个人主义、利己主义和对抗主义倾向，同时，除却中国传统社会积贫、积弱、积乱的病根”。^{〔66〕}从本文的角度出发，在这种融会中西、贯通古今之后开出的新义，就是“内生性规则”的观念。

西方社会与文化所关注的乃是法治、权利与个人界分，而不足的则是和谐观念以及在人际关系互动的社会结构之内理解法律与社会。中国传统虽然讲求和谐，讲求仁政与爱民，但只能论其当如是，而无术使其必如是。要使之如是，一是实现人民民主，使得治于人者有权，另一方面是建构保证治于人者有权的制度，从而力图超越治人者与治于人者的二元界分，最终将治者的太平转化为天下的太平而非仅仅治于人者的太平，同时将心性的太平转化为制度的太平。^{〔67〕}从根本上来说，在宪法的层面上，体现宪法的根本法则，“其主要途径是把以人本和自由为核心的价值法则转换为政治法则和程序法则”。现代的政治法则即人民主权，它解决政治动力和政治正当性问题。现代的程序法则即程序理性，它解决程序设置和程序正当性问题。政治法则和程序法则通过在公共领域里解决价值法则的有效性问题，构成宪法制度的主要内容。价值法则、政治法则和程序法则分别体现人本与自由、人民主权和程序正义，用中国传统的术语来表述，就是分别代表道统、政统和法统。^{〔68〕}

人民主权的政治法则为内生性规则的发生提供了广泛的参与主体，而关注程序设置与程序正当的程序法则，则为内生性规则的发生提供了制度上的保证，同时，以人本和自由为核心的价值法则又是内生性规则的证成与依归。是它们的共同运作，为一个法律体系中内生性规则的产生提供了实现的可能。

Abstract: Backed by the coercible force of the state, the law sets the standards of actions and sanctions unlawful actions, so it makes many of human actions not optional but obligated. Whether because of sanction or threat of sanction, or because of obligation, even because of convenience of action, law should be abided by. However, this abidance may not only result from one's consciousness to his obligation, but also from the threat he feels. When the obedience to law is mainly due to threat, society will be torn into two oppositional camps, and the law will become the in-

〔65〕 某种意义上说，西方法治、人权文化的社会文化基石就是孤立原子式的个人分裂以及个人主义的自私自利。因此，这种法治与人权文化在一定程度上稳定了社会关系的同时，也带来了深刻的危机。除了哈贝马斯所述之外，人权在国际关系上的表现可能更糟。正因为如此，才有 Baxi 教授等著名人权专家批评西方将人权商品化，(See Baxi Upen-dra, *The Future of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2006), Agamben 对“homo sacer”概念的广为流行的当今世界却有那么多“homo sacer”的深刻洞察 (See Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, trans., Daniel Heller-Roazen, Stanford, Calif: Stanford University Press, 1998), 以及德沃金教授对美国关塔那摩监狱中虐囚的愤怒，与对西方民主共识发生分裂的忧心 (See Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2006)。

〔66〕 前引〔60〕，夏勇书，第161页。

〔67〕 夏勇：《民权学子文丛总序》，载王四新：《网络空间的表达自由》，社科文献出版社2007年版。

〔68〕 夏勇：《中国宪法改革的几个基本理论问题》，《中国社会科学》2003年第2期。在另外一篇文章里，他对这个问题有着进一步的论述。参见夏勇：《民本与民权——中国权利话语的历史基础》，《中国社会科学》2004年第5期。

strument of tyranny and enslavement. It will be a misery world that we should do our best to avoid.

As H. L. A. Hart has found in his book, the existence of modern legal system per se is a risk, that is to say, the centralized power can be inflicted on a lot of people against their will unparallelly in history. Therefore, the most important task for theorists is how to find a way to keep a desirable balance between the social order and citizens' freedom. This is a task of domesticating law.

Through reviewing Hart's rule theory by comparison with Austin's command theory, this article accounts for why a rule can generate real obligations but an order or command cannot. The secret lies in the fact that a rule has its internal point. That is to say, if we have the reflective internal attitudes to the rule, our conformance to the law will imply the acceptance of law, not obedience merely.

Legal phenomena have three typical characteristics, i. e. normative, coercible and official. The normative character shows that law is a body consisting of rules, and it is the fundamental element of law. What Hart had done is to whittle the coercion of law, which is the first step of domesticating law, but he failed to complete the whole enterprise. To finish this work, this article presents the internal-generated rule theory, attempting to bridge the gap between "being threatened" and "having the obligation". Namely, the mission of this article is to explore the legal metaproposition of *why to obey the law* through discussing the reasons to obey the law. The internal-generated rule theory is also a combination of certain traditional Chinese thoughts with Hart's theory of legal rule and Habermas' theory of communicative action.

Key Words: law coercion, law observation, internal-generated rule
