

## 法实证主义理论中的“人类形象”\*

许小亮

**内容提要:**法实证主义理论中的“人类形象”着重于“个人”的分析与建构。由于哲学基础和方法论立场的不同,此种对于“个人”的分析与建构存在着很多差异:边沁和奥斯丁的功利化表达立足于经验哲学和功利主义;凯尔森的符号化表达立足于新康德主义哲学;哈特的去功利化表达则是在面对现代道德哲学的挑战时所作出的让步。通过对“个人”的形象在法实证主义理论中的学术史考察,我们可以展示出法实证主义的人学维度。

**关键词:**法实证主义 人类形象 功利主义

许小亮,清华大学法学院博士生。

### 一 引言

对于人类而言,法律不是异类的事物,法律要想获得其生命力,必须同人类相似。<sup>[1]</sup> 在这个意义上,任何一种法律理论都必须在其自身的理论建构中树立特定的“人类形象”,以证明其理论是与所谓的“人类的本质”相似;或者说,是以这一“人类的本质”作为其理论前提的,进而获得其理论的正当性。于此,法实证主义亦莫能外。

对于法实证主义的思想家们来说,无论其所捍卫的主题或其享有的前提预设是什么,“个人”始终是他们认识和分析法律的起点。这也就是说,法实证主义理论中的“人类形象”始终是以“个人”的面貌出现的。在他们那里,所谓“个人”是他们分析和建构法律体系及法学理论的一个逻辑上的设定,并不带有任何的主观价值判断。因为,在法实证主义者的理论体系中,价值判断本身就应该被排除的。<sup>[2]</sup> 所以,这里所谓的“个人”在很大程度上仅仅具有逻辑上的意义,而并不具有伦理价值上的意义。

法实证主义者正是以“个人”为逻辑基点,并且通过他们各自对“个人”的不同理解,建构了不同的法理论体系,并展示了这些理论体系背后的“人类形象”。之所以在不同学者间出现了相当大的差异,乃是由于各个学者对于作为逻辑基点“个人”的不同定位和理解,也

\* 本文是国家社会科学基金重大项目“学习实践科学发展观重大问题研究——以人为本与中国法制发展”(项目编号:08&ZD001)的子课题“以人为本的法思想史考察”的阶段性成果。

[1] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第294页。

[2] 参阅许小亮:《法实证主义的方法论特质》,《中外法学》2008年第3期。

即对于特定的“人类形象”的不同理解。因为,这实际上深刻地影响着学者们对于个人的行为、动机、目的和偏好的认知,从而就使得学者们在解释法律体系和建构法学理论的过程中所展现出来的基本脉络以及具体细节,可能存在着相当大的不同。从边沁和奥斯丁的“功利化”的个人的“人类形象”,到凯尔森的作为“符号”的个人的“人类形象”,再到哈特的“去功利化”的个人的“人类形象”,这一在“人类形象”名义下的法实证主义的历史变迁深刻地展示了法实证主义的发展脉络。

## 二 个人的功利化表达——边沁与奥斯丁的立场

边沁与奥斯丁思想中的“个人”作为其理论的逻辑起点,不仅具有理论上的抽象性,而且具有经验上的真实性。在边沁与奥斯丁那里,个人的存在不仅是一种逻辑推导的抽象前提,而且还具有真实性。换句话说,个人不仅仅是抽象的,而且还是具体和现实的。而这种具体性和现实性主要是通过“功利化”的个人所展现的。边沁和奥斯丁主要是从以下两个方面来描述和论证作为“功利化”的个人的合理性和必要性的:人格同一性、幸福和经验理性。

### (一) 个人功利化表达的逻辑前提——人格同一性

前文已经指出,边沁与奥斯丁的“功利化”的个人强调个人的真实性更甚于抽象性。而就我们的日常经验来说,真实必须是可以被感知的,而不仅仅是只能被理智把握的对象。而人们的感知则来源于人们的意识,因此,真实性的个人的存在离不开人的意识的存在,更重要的是,意识是自我的意识,是具体存在的个人的意识。意识与自我或者说个人是须臾不可分离的。只有一个具有意识的个人,才能够“感觉到快乐和痛苦、幸福和患难,因此,这个意识扩展到什么地方,则这个自我便对自己关心到什么地方”。<sup>[3]</sup> 所以,真实之所以可能,就在于个人的意识的存在,并且,这种意识能把当下和过去以及未来同一起来,这种同一是自我的同一,是作为独立而真实的个人的同一。这种意识的同一性就是洛克所谓的人格的一性。并且这种同一性成为功利原则的基础,于此洛克有着明确的表述:“刑和赏之所以合理,所以公正,就在于这个人格的同一性。因为人人所关心的只是自己的苦难,至于同那种意识不相连属的任何实体,则不论它变成什么样子,都无关系。”<sup>[4]</sup> 因此,功利化的个人的前提就在于人的意识的统一性或人格的同一性。这种人格同一性决定了无论是什么人,其对于快乐和痛苦的同样的感受都可以被计算为同等的分量,在快乐或者说幸福程度上,每个人和其他人都在同等精确的程度上被看待。这也就揭示了功利主义者所遵循的第一原则,即在所有人之间达致完全的平等,这在下面这句话里表现得最为明显:“每个人的价值都被计为一,没有人的价值能超过一。”<sup>[5]</sup> 这也就意味着,人格同一性这种快乐或幸福得以被客观化的计算的前提和基础,是因为每个人都具有人格的同一性或者说意识的同一性,所以,就其内在性而言是无须被关注的,我们所要关注的只是外在于人的可以被计算的快乐或痛

[3] [英]洛克:《人类理解论》,关文运译,商务印书馆1959年版,第317页。

[4] 同上。

[5] 这句话见于密尔的论述之中,哈特在引述本句话时,其注释指向密尔的著作。而密尔的注释则指向鲍林所编辑的《边沁文集》第3卷,第459页。但是经笔者查阅,并未在边沁的上述论述中发现此句,特此说明。参阅 John Stuart Mill, *Essays on Ethics, Religion and Society*, in *Collected Works*, Volume X, Routledge & Kegan Paul; University of Toronto Press, p. 257; Jeremy Bentham, *Plan of Parliamentary Reform*, in *The works of Jeremy Bentham*, Vol. 3, edited by John Bowring, London: Simpkin, Marshall & Co., 1843, p. 459.

苦。人格同一性造就了“功利化”个人的工具性品格,而这也正是“功利化”个人的本质所在。所以离开了人格同一性,“功利化”的个人仅仅是一套说辞,毫无实际意义。

这一立场,在边沁和奥斯丁的著作中得到了明显的体现。在边沁看来,洛克所谓的意识或人格的同一性就是“人类身心的天然素质”,这一天然素质决定着人必定是一个“功利化”的人,即便他自己没有意识到自己是这样一种类型的人。<sup>[6]</sup> 并且这种意识或人格的自我同一性决定了边沁的功利化的个人就是上文洛克所说的个人,即是一种除了在自己意识范围内关心自己的幸福和快乐,而和其他任何实体不存在任何关联的人。也就是说,功利原则的真实性就在于其唯一性和彻底性,而不受其他任何东西的制约。这一点边沁说得更为直白:“功利原理不需要、也不承认它自己以外的任何其他约束者。”<sup>[7]</sup> 之所以不受约束,乃在于“功利化”的个人本身意识只关涉到自身,并且不会和外在于其自身的任何实体发生联系。因此,在边沁那里,“功利化”的个人赖以成立的人格同一性乃是导致其将功利原则坚持到底的根源。基于此,哈特在比较边沁与贝卡利亚的功利主义原则的时候暗示边沁的功利原则缺乏对人的尊严的尊重。<sup>[8]</sup> 奥克肖特敏锐地洞察到,这种不尊重人的尊严的根源在于“功利化”的个人这一概念缺乏自我完善的意蕴:“在这样个体的集合体中是没有自我完善的概念的,他们也不可能通过彼此的行动使自己得以完善”。<sup>[9]</sup> 也正是这种自我完善概念的缺乏,使得自我的人格同一性否认共同体概念的存在,这些“功利化”个人“不可能组成共同体,因为,共同体必须有它自己的兴趣和利益”。<sup>[10]</sup> 而这在那些基于人格同一性而产生的“功利化”的个人那里是不可能获得的。“共同体是个虚构体,由那些被认为可以说构成其成员的个人组成。”<sup>[11]</sup>

边沁这种“功利化”的个人的理念,在奥斯丁那里得到了明显的继承。在以“一般功利”作为方法来排除神、道德以及其他因素对我们对法律的理解的过程中,这种“一般功利”很大程度上就是针对“个人”而言的,因此,“功利化”的个人在奥斯丁的思想中同样明显。奥斯丁的以下论述则恰好证明了上述判断:“一般功利原则,不可避免地要求每个个人都要注意自己的利益,而非他人的利益,不可避免地要求每个个人,习惯性地关注自己精确了解的利益,从而,能够习惯性地追求自己明确知道的目标。这是一种安排,这一安排,是为一般功利原则所明确要求的。它也是人类造物主明确期待的一种安排。因为,我们自私自利的感觉,超过了且胜过了自己关心社会的感觉。我们渴望追求我们自己的具体善乐动机的持续性,以及原动力,远远是我们渴望追求我们同伴的善乐的动机,所不能相比的。”<sup>[12]</sup> 这一段言辞非常精辟地表述了“功利化”的个人的理念,毋须我们多加解释。但是,于此必须注意的是,奥斯丁对“一般功利”原则作了一个限制,即这种原则只是使个人“习惯性”地关注自己的利益和知晓自己的目标。既然只是“习惯性”的,那么,就可能有例外。所以,“功利化”的个人就不是绝对的,在此,个人的“功利性”就得到了一定程度的限制。也就是说,“功利化”个人的前提——人格同一性——受到了限制。就此奥斯丁言到:“一般功利原则,并未要求我们总是或者习惯性地注意一般的善。但是,这一原则,的确要求我们永远不要凭借与这一

[6] [英]边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,第60页。

[7] 同上,第80页。

[8] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 51.

[9] [英]迈克尔·奥克肖特:《哈佛演讲录:近代欧洲的道德与政治》,顾政译,上海文艺出版社2003年版,第75-76页。

[10] 同上,第76页。

[11] [英]边沁:《道德与立法原理导论》,第58页。

[12] [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第125-126页。

至高无上的一般的善并不协调的手段,去追求自己的具体善乐。”<sup>[13]</sup>但同样毋须多加解释的是,这样的一种限制在根本上并无损于他和边沁之间的一致性。

## (二)个人功利化表达的现实展开——幸福和经验理性

作为逻辑前提来说,“功利化”的个人立基于人格的同一性,但就其现实性来讲,“功利化”的个人必须向一定的对象靠近或追求一定的目标,并且在这一进程中展现自己,只有这样,“个人”才能够被真切地感知和认识。更进一步,仅仅作为一种逻辑起点的“功利化”的个人在现实生活中是没有任何意义的。而要在现实生活中具有意义,只能在特定的境遇中通过特定的方式展开,在展开的过程中获得意义。在边沁和奥斯丁那里,这种特定的境遇就是快乐和痛苦,特定的方式就是经验理性。这种特定的境域,在边沁看来是毋庸置疑的,“自然把人类置于两位主公——快乐和痛苦——的主宰之下。只有它们才指示我们应当干什么,决定我们想要干什么。是非标准,因果联系,俱由其定夺。凡我们所行、所言、所思,无不由其支配:我们所能做的力图挣脱被支配地位的每项努力,都只会昭示和肯定这一点。”<sup>[14]</sup>既然快乐和痛苦是“功利化”的个人所以展开的境遇,那么功利原则就可以被重新表述为“最大多数人的最大幸福”。这种表述在边沁看来,“只是为了简洁的缘故”,或者说为了让普通人更易于理解的缘故。因为“功利一词不像幸福和福乐那么清晰地表示快乐和痛苦概念”。于此必须注意的是,所谓“最大多数人”是以“个人”为逻辑起点的,“最大多数人”只不过是所有“个人”的加总,离开了“个人”的“最大多数人”是没有任何意义的。“如果为了集体性质的善,而牺牲每个单独个人的善,那么,一般的善,也就将被这一牺牲所摧毁。”<sup>[15]</sup>所以,即便是边沁和奥斯丁使得原来的“个人”在抽象逻辑优先性的意义上更多地具有了现实性的色彩,其基本立场仍是没有任何的动摇。

既然“个人”是在快乐和痛苦所支配的情境中来展开自己的行为,那么,个人如何来判断什么是“快乐的”?什么是“痛苦的”?或者,采取什么样的行为才能获得“快乐”,避免“痛苦”?这一问题实际上涉及到我们对“快乐”和“痛苦”的理解。如果我们将“快乐”和“痛苦”理解为精神意义上的,那么,我们对“快乐”和“痛苦”的判断以及对自己的选择只能依赖于我们的思辨理性。这样就要求我们从一个不变的原则出发演绎出一整套的标准和行为规范体系。而人们对这种不变原则的诉求非常容易陷入伦理和道德的范畴。一旦陷入这样一种范畴,对功利原则本身的坚持实际上就无法彻底了,或者说功利原则本身就受到了限制。因此,在边沁和奥斯丁那里,快乐和痛苦不可能是或者主要是精神意义上的,而更多地必须立足于现实的层面,也就是说,快乐和痛苦更多地来源于我们的现实的感觉或感受,尤其是对“与利益相关的”事物的感觉或感受,这一点,边沁说的非常清楚明白:“功利是指任何客体的这么一种性质:由此,它倾向于给利益有关者带来实惠、好处、快乐、利益或幸福(所有这些在此含义相同),或者倾向于防止利益有关者遭受损害、痛苦、祸患或不幸(这些也含义相同);如果利益有关者是一般的共同体,那就是共同体的幸福,如果是一个具体的个人,那就是这个人的幸福。”<sup>[16]</sup>既然是现实的,那么必然是可以实际计算的,或者说可以预见的。而这正是经验理性所具有的两个重要的特性,因此,功利原则的贯彻在这一意义上必须依赖于经验理性的运用,并且经验理

[13] [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,第126页。

[14] [英]边沁:《道德与立法原理导论》,第57页。

[15] [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,第125页。

[16] [英]边沁:《道德与立法原理导论》,第58页。

性的可精确计算性以及可预见性与我们在日常生活中对快乐和痛苦的现实感觉是不存在根本冲突的,或者说是一致的。甚至,功利原则和我们的日常生活经验是须臾不可分离的,因此也是不存在任何对立的,任何认为功利原则与日常生活经验对立的观点,不是一种毫无根据的想象,就是一种刻意的误解。奥斯丁深刻洞察到了这一点,并就此言道:“认为功利理论的意思,在于将精确估算行为后果的行动方针去替代前面所说的日常感觉,是荒谬绝伦的,是不值得一驳的。这种观点的错误是十分明显的,显示了这种认识思考方式的鲁莽草率。将精确估算行为后果的行动方式,和日常感觉对立起来,等于是将船舵和风帆对立起来,等于是将船舵和吹拂风帆的微风对立起来。精确估算行动结果的方针,是一种行动的指引。这种方针,与日常感觉并非是势不两立的。我们显然可以认为,没有精确估算结果的感觉,是盲目的,是反复无常的,而且极为任性。反之,没有感觉的精确估算,是缺乏生命力的,是迂腐陈旧的,或者未老先衰。”<sup>[17]</sup>从奥斯丁的这一段论述中我们还可以看出,经验理性作为“功利化”个人在日常生活展开是有着至关重要的作用和意义的。正是经验理性的运用,才使得“功利化”的个人在一定程度上摆脱纯粹的逻辑优先性,而向现实生活迈进。

综上所述,在边沁和奥斯丁的“功利化”的个人之所以能够成为他们政治和法律体系的逻辑起点,或者说这种“功利化”的个人之所以可能,乃在于以下两个方面:其一是个人所具有的人格同一性;其二是“最大多数人的最大幸福”为其展开提供了一个特定的情境,并且,经验理性为其在这一情境中的展开提供了可能。但同时必须指出的是,“功利化”的个人的这种现实性虽然在很大程度上更有利于我们认识到特定的“人类形象”是如何在法律体系的建构中起作用的,更重要的是,是如何在法律概念的阐述以及法律思想的形成中逐渐展开的。但是,这样一种现实性还是对原先所具有的纯粹的逻辑优先性构成了挑战,从而也威胁到了这种逻辑优先性本身所具有的特质,尤其是这种逻辑优先性对于这一“人类形象”所赖以存立的“个人”的个体性的维护受到了挑战。因此,当这种现实化逐渐超越其边界的时候,这一“人类形象”本身也逐渐在转变。这一点,在凯尔森将个人视为一种“符号”的个人这一观念中得到了明显的体现。

### 三 个人的符号化表达——凯尔森的贡献

如果说,边沁和奥斯丁这些立足于经验的理性主义者在运用“人类形象”之时通过一系列的前提预设使个人摆脱了诸多“束缚”以便其在逻辑上能够成为我们认识和理解甚至建构法律的起点,那么凯尔森则通过其所坚持的“纯粹”法学立场背后所隐而不显的新康德主义对于“人”的理解彻底将“人类形象”消融在对法律规范的本质及一系列与制度相关的问题的讨论之中。正是这样一种消融,使得我们很难理解凯尔森的法学理论背后所具有的对于“个人”的定位。因为,综观其著作,我们看不出其是以“个人”为出发点来展开其法律理论的。但如果我们深入于凯尔森纯粹法学背后所蕴藏的新康德主义思想,问题就在一定程度上能够得到展现。事实上,凯尔森是将人视为一种“符号”意义上的个人,并且以这种“符号”意义上的个人为其既定的前提预设,也就是说,对这种“符号”意义上的个人不加任何思考和讨论就作为其理论的起点。那么,这种“符号”意义上的个人究竟意味着什么呢?或者

[17] [英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,第66页。

更确切地说,凯尔森所预设的“符号”意义上的个人内涵是什么?其与之前的“功利化”的个人的本质区别是什么?所有这些,都构成了我们深入理解凯尔森思想的关键。

### (一)个人符号化表达的思想基础——新康德主义

和凯尔森同属于新康德主义马堡学派的卡西尔——同时也是该学派的代表人物——对于“符号”意义的个人有着精彩的阐述。卡氏认为,作为符号的个人有着如下的特性:首先,作为符号意义的个人不可能具有理论逻辑的优先性,而必须接受其所生活的世界,所以,符号意义上的个人更多地具有实践逻辑上的优先性。因为“人不可能逃避他自己的成就,而只能接受他自己的生活状况”。<sup>[18]</sup>其次,符号意义上的个人所生活的世界不再仅仅是一个物理的世界,也就是说,经验理性在符号意义上的个人所生活的世界中不再居于首要的地位;人更多地是生活在一个由符号所构成的世界中。<sup>[19]</sup>而人类文化更多地表现为符号的形式,因此,“对于理解人类文化生活形式的丰富性和多样性来说,理性是个很不充分的名称……因此,我们应当把人定义为符号的动物来取代把人定义为理性的动物。”<sup>[20]</sup>这样一种对人的界定并没有使理性丧失其作为人类固有特性的一个方面。符号意义上的个人包含而不是排斥理性意义上的个人。

就此而言,符号意义上的个人要理解我们所生活的世界,或者要理解其自身,则必然从其所表现的不同形式出发来理解。因此,我们认识外部世界和自身的出发点就不再是逻辑意义上的抽象,也不再是具有现实性的对于外部世界的认知或感受。而是界于这两者之间的“符号”或者说形式。正是在这样一个意义上,人所面对的不再是一个想象的世界,也不再是一个实在的世界,而是一个符号的世界。将这种思想运用到法律中,实际上就得出了这样一种立场,即法律本身既非一种纯粹的逻辑抽象,也非一种现实性,而是一种符号,一种形式意义的存在。我们对法律的理解只能是对法律所表现的形式理解。而这种形式,具体来说,就是一个个的法律规范;整体来说,就是整个法律制度。所以,当这种符号意义的个人由一个文化概念转变为一个法律概念的时候,符号意义的个人要想认知自己在法律规范世界中的意义所在,就必须将自己预设成一种能够理解规范并进而遵从规范的个体。甚至,符号意义的个人要想获得对自身的理解,首先必须从一种客观化和普遍化的符号中——在法律领域中就表现为客观化和普遍化的法律规范和法律制度——出发来获得真正的理解。就此而言,“符号”意义的个人是依存于规范与制度的,只有通过对于规范与制度的分析才能展现“符号”意义的个人。因此,“符号”意义的个人也就是制度化的人,凯尔森在其法律思想中对个人的预设乃是一种“制度人”。于此,凯尔森是以法律规范自身作为逻辑起点,而不是以抽象的或具体的个人作为逻辑起点来研究法律。所以,整个法律体系和法律思想是围绕着规范本身而进行的展开,而非是个人在其中的展开。个人只是在规范的展开过程中得以隐约体现。换句话说,个体意识与法律规范或制度,在凯尔森那里,已经融为一体了。

### (二)个人符号化表达的意义阐释——法学作为精神科学的证立

也只有从“符号”意义上的个人这一立场出发,我们才能理解凯尔森的下述立场:正因为这样一种“符号”和“形式”意义上的立场,凯尔森明确拒绝两种法学研究的路径:一是对于超越符号和形式的表达能力的传统的形而上学的自然法学说,换句话说,通过这种排斥来

[18] [德]恩斯特·卡西尔:《人论》,上海译文出版社2003年版,第41页。

[19] 同上。

[20] 同上,第42页。

坚持法实证主义者的基本论题——法与道德的分离；二是将法律还原为事实的研究路径，因此，其不同于立足于经验论传统之中的边沁、奥斯丁以及后来的哈特。

正因为法律规范或制度本身乃是一种符号的表征，而这种符号本身又是具有“意义”的，所以，这种“意义”在传统自然法理论中所蕴涵的“自然”概念中是没有的。也就是说，法律不仅是一种规则系统，而且还是一种意义体系。“自然”本身可能造就一种规则体系，但却无法形塑一种意义体系。而这种意义体系的形塑主要依赖于“意志”。因为作为“符号”意义的个人更多地着重于人的想象和情感、希望和恐惧，并且就符号的载体语言来说，其不仅仅是概念的，“与概念语言并列的同时还有情感语言，与逻辑的或科学的语言并列的还有诗意思象的语言。语言最初并不是表达思想或观念，而是表达情感和爱慕的”。<sup>[21]</sup>而且正是这样一些因素造就了“意义”的存在。对于这些因素，我们则完全可以用“意志”一词来涵盖。而“规范是意志的表达，自然没有意志。自然是一个由因果原则联系起来的事实系统。将自然构想为一种规范性权威，也就是说，将自然作为一个拥有规范创制意志的超人存在是一种万物有灵论的迷信，或者导致一种把自然作为上帝意志的宣示的神学式解释”。<sup>[22]</sup>并且，意志，尤其是能够设定规范的权威的意志，对于规范的存在及其有效性是有着决定性影响的，因为作为规范的基本范畴的“应当”本身就依赖于意志而存在。这一点，凯尔森说的非常清楚：“没有意志就没有‘应当’”。<sup>[23]</sup>这也是凯尔森更倾向于使用“规范”而不使用“规则”的原因所在。

更为重要的是，在古人对“自然”的理解中，“自我”的意识是非常缺乏的。因为古人惧怕死者的灵魂，并且认为“生者一无所是”。“这样一种态度与野蛮人所处的实际状况相符合，他发现他自己处在与自然的诸多危险的严酷斗争之中，这些危险从各个方面威胁着他，尤其是来自更为强壮的动物的频繁的威胁……我们能够理解，在这样一种情境中是不可能生发出那种令人自豪的自我意识，这种自我意识在技术上征服自然并使得文明人脱离自然，并且尤其使人区别于动物，使得动物完全从属于他”。<sup>[24]</sup>而这种自我意识的缺乏实际上是古人将自然视为社会的一部分，而不是将社会视为自然的一部分所造成的。而现代科学恰恰做到了这一点。在这个意义上，现代科学乃是自我意识生发的根源。因此，用科学的态度去研究法律实际上已经意味着实在法本身已经充溢着自我意识，或者说个人已经孕育在实在法本身之中了。也正是法律中充溢着自我的意识，所以法律学本身不可能是充斥着事实之自然科学，而是一种精神科学。“规范是精神的实在，而不是自然的实在”。<sup>[25]</sup>所以，当我们以科学的态度来研究法律时，所针对的并非是自然事物，而是“精神的实在”。也正是这种以“精神的实在”作为其研究对象的法律科学，要求我们以“规范性”为原则来理解法律自身。因为法律规范这种“精神的实在”在两个要素之间所确立的联系是一种“应当”，而非自然法则所确立的那种“是”的联系。<sup>[26]</sup>也只有在这个意义上，被遮蔽的自我意识才能排除诸多因素——尤其是意识形态因素——的干扰而在法律规范中得以展现。也正是基于此，规

[21] [德]恩斯特·卡西尔：《人论》，第42页。

[22] Hans Kelsen, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Berkeley: University of California Press, 1957, p. 258.

[23] Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, translated by Michael Hartney, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 6.

[24] Hans Kelsen, *Society and Nature: A Sociological Inquiry*, Chicago: The University of Chicago Press., 1943, pp. 6-7.

[25] Hans Kelsen:《纯粹法学》，刘燕谷译，中国文化服务社1943年版，第12页。

[26] [奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第49页；Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, translated by Peter Heath, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1973, p. 161.

范所研究的对象并不是人的现实行为,而是人的应然行为,也就是说,具有法律意义的行为并非存在于自然世界之中,而是存在于规范世界之中。这就意味着,人们虽然生活在自然世界之中,并且依存于自然世界,但却随时可以把自然世界所给予我们的诸多束缚带到规范世界来进行审查。在任何情况下,“应当”都可能对“是”说不,哪怕是经历了长久历史检验的“是”。就此,凯尔森言道:“自然乃是一个诸多事实与真实存在的复合体,并且指向这一客体本身的认识仅仅能肯定某物是什么而不能肯定某物应该是什么。当我们发现,在特定的情境中特定的结果事实上始终或经常发生……并不能断言在特定情境下被观察到的结果应当或不当发生,也就是说……从某物是或者不是这一事实当中,并不能推出某物应该是或者不应该是。”<sup>[27]</sup>因此,自然并不能为法律科学的研究提供任何助益,根源就在于,自然本身并不能令人信服地解释法律科学的基本范畴——“应当”。所以,凯尔森明确反对将法律科学的研究还原为法律社会学的研究。因为法社会学的研究,“只是在研究存在事实,或是在研究法规的定立,以及研究服从或违反法规的人类意识中的事实时,法始成为问题。因之,其认识的对象,并不是法,而是与此相平行的自然界的现象。”<sup>[28]</sup>而与此同时,经验性的法实证主义就比较注重社会事实本身对法律的影响。这一点尤为哈特所关注。<sup>[29]</sup>正是基于此,凯尔森对于经验性的实证主义从本体论与方法论的角度进行了反驳。<sup>[30]</sup>

综上所述,通过“符号”意义上的个人贯穿于其整个法律理论体系中,凯尔森实际上在法学领域完成了新康德主义意义上的学科划分,将法学归属于“人文科学”或者说“精神科学”,相对立于传统的自然科学和社会科学。从而为法学自身在整个学科体系上的独立属性以及自身所应具有的逻辑结构奠定了基础。也就是说,凯尔森通过纯粹法学的立场完成了新康德主义所追求的科学的三分,即自然科学、社会科学以及人文(精神)科学的划分。就这一点来说,凯尔森居功至伟。更为重要的或许在于,凯尔森还通过对于纯粹的法律科学的追求展现了法学在整个人类文化事业,尤其是整个人文科学或者说精神科学中的应有地位。纯粹的法律科学所关注的是人的行为,尤其是人应该怎样行为,其所关注的是行为的意义。“应当就是一个规范,也就是一个行为的意义。”<sup>[31]</sup>而正是这种应该怎样行为,或者说应当使得行为本身蕴涵了意义,使得人类文化本身所追求的价值不再是封闭的,而是开放的,不再是停滞的,而是充满活力的。人类文化所追求的价值真正地存在于我们应当如此行为之中。就像卡西尔所说的:“真正的价值并不在自然或物质之中,而在于人类自身的行为以及通过这种行为所从事的创造活动。”<sup>[32]</sup>就此而言,我们可以说,凯尔森的雄心蕴涵于其对纯粹法学的平铺直叙中:冰冷的法律科学的外衣下隐藏着强烈的文化担当!

#### 四 个人的去功利化表达——哈特的推进

作为现代英国法实证主义之代表人物的哈特,在一定程度上秉承了边沁和奥斯丁的功

[27] Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, 1991, p. 5.

[28] Hans Kelsen:《纯粹法学》,第11页。同时参阅[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,作者序第II页。

[29] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (second edition), edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 108 - 109.

[30] 具体参阅 Martin van Hees, *Legal Reductionism and Freedom*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2000, pp. 12 - 19.

[31] Hans Kelsen, *General Theory of Norms*, p. 11.

[32] [德]恩斯特·卡西尔:《人文科学的逻辑》,沈晖等译,中国人民大学出版社2004年版,第182页。



利主义原则,并以此来为个人自由辩护,尤其是在与德弗林勋爵的论战中依据功利主义原则来驳斥利用法律来强制施行道德的观点。哈特认为,“任何人类的苦楚和对自由的限制都是邪恶;正因为如此,法律对道德的强制执行才需要正当的理由。”<sup>[33]</sup>而对于这样一种正当的理由的探寻,必须遵循或者忠实于一个批判性的原则,这一原则就是“任何一个社会为了实现其正义之诉求所采用的明显令人生厌的法律强制,只有依其是为某种补偿福利计的情况下才是可以被容忍的。在那些明显不存在缺陷、过错或者邪恶的情况下,对于许多社会实践人们是不会要求提供正当理由的,尽管他们可能会要求并为这些实践作出解释,或者他们会试图去证明其价值”。<sup>[34]</sup>并且,在评论诺齐克以及德沃金的以权利为基础的反功利主义的立场时,哈特明确指出,他们的反对路径——诺齐克的诉诸人与人之间的独立性以及德沃金依赖于“平等的关怀与尊重”——“都不会成功”。他们的贡献,只不过是“标明了那些应予避开的礁石与险滩,而非那些可作收获之旅的安全航道。那航道仍有待发现”。并且,在发现一个新的令人满意的政治道德哲学的基础的过程中“依然笼罩着功利主义的阴影”。<sup>[35]</sup>即便所有这些都预示着哈特坚持了功利主义立场,但哈特的这种坚持,就如他自己所说的,功利主义只是在其探询新的政治道德哲学基础的过程中所“笼罩的阴影”。这也就意味着,哈特实际上在方法论的立场上已经偏离了边沁和奥斯丁的功利主义,也就是说,他所赖以作为其整个法律理论的逻辑起点的“个人”已经不是边沁意义上的“功利化”的个人,很大程度上,哈特所谓的个人已经“去功利化”了。<sup>[36]</sup>但必须指出的是,“去功利化”并不意味着“非功利化”,“去功利化”是一个过程,而“非功利化”是一种结果。因此,个人在“去功利化”的过程中必定还保留着“功利”的色彩。所以,对于那些完全拒斥“功利主义”理论的学说,哈特仍旧持一种审慎的态度,因为在他看来:“真理不大可能存在于这样的学说之中,这个学说是通过避免功利主义的主要缺陷而得以界定的;它也不可能存在于这样的学说之中……这个学说所有的一切都有赖于‘平等的关怀与尊重’。”<sup>[37]</sup>虽然如此,哈特还是直接面对“功利化”的个人本身所固有的缺陷,并力图对这样一种缺陷进行弥补。这主要表现在其将权利作为一种独立的价值区别于功利,以及在实证主义传统之中引入最低限度的自然法的内容两个方面。

### (一)个人去功利化表达的政治哲学基础——权利理论的挑战

就权利理论方面来说,“去功利化”的倾向已经非常明显,毋须笔者多加说明,唯需注意的是,哈特对“功利化”个人的缺陷所进行的弥补仅仅是在消极意义上的,也就是说,其并没有提出一种新的理论来替代功利主义,并且其对以权利为基础的那样一种试图替代功利主义的新的理论始终保持怀疑的态度。这一点在其对密尔、对边沁的功利原则的修正所作的评论中得到了充分体现。在他看来,密尔以功利主义为基础来论证普遍的道德权利这一尝

[33] H. L. A. 哈特:《法律、自由与道德》,支振锋译,法律出版社2006年版,第79页。

[34] 同上,第22-23页。

[35] H. L. A. 哈特:《法理学和哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,第235页。

[36] 实际上,这种去功利化的表现在密尔那里就已经开始出现了。在密尔那里,快乐和幸福不仅是一个量的概念,而且是一个质的概念,幸福不仅仅关涉到自己,而且必须考虑他人。尤其是,在密尔那里,个人拥有一种边沁所谓的“功利化”个人所没有的“自我完善”的意蕴。分别参阅 Frederick Rosen, *Classical Utilitarianism from Hume to Mill*, London and New York: Routledge, 2003, pp. 174-180; Jonathan Riley, *Liberal Utilitarianism*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 5-6, 169-185, especially p. 181; [英] 迈克尔·阿克肖特:《哈佛演讲录:近代欧洲的道德与政治》,第80-81页。

[37] H. L. A. 哈特:《法理学和哲学论文集》,第235页。

试是失败的。主要表现在两个方面:首先,这样一种分析是本末倒置并且使得道德权利乃是法律对自由的保护的好的理由这一主张毫无意义;其次,这样一种修正使得功利原则除了表明那些道德权利的重要性以及分量而外,在界定这些权利方面起不到任何作用。<sup>[38]</sup>但哈特同时承认,密尔在修正边沁的原则之时所提出的“个人的基本善”缩小了争论的范围,并为将来进一步缩小指明了方向。对这一原则的诸多表述——“基本的人类幸福”、“我们的存在之基础的工作”——表明了那种使得普遍权利具有意义而需要的东西,这种普遍权利作为一种个人需要的并且能够合理地要求彼此之间的限制或积极的帮助,以便于人们通过独特的人类能力的发展去追寻他们自身的目标。<sup>[39]</sup>就此而言,哈特虽然对于以权利为基础的政治法律理论这一进路仍然保持着审慎的怀疑态度,但在一定程度上也承认了权利理论自身的价值,或者说,将权利理论作为区别于功利主义的一种价值来对待。哈特之所以承认权利理论本身作为一种独立于功利主义的价值,是因为,当代学者对传统的边沁式的“功利化”的个人的批评表明,边沁式的“功利化”的个人主要存在以下四个缺陷:<sup>[40]</sup>首先,就边沁式的“功利化”的个人而言,其抹杀了个体本身之间的差异性,这种差异性的抹杀很容易导致个人成为我们追求一种更高的价值的途径或工具。也就是说,边沁式的“功利化”的个人很容易陷入这样一个悖论:即以个人的福利为最初目标的进路却很容易导致个人成为手段或工具;其次,功利主义对待一切人的价值一视同仁实际上导致了每个人就其个体来说却是无价值的,其所导致的形式意义上的平等有可能导致实质意义上的绝大不平等;再次,当功利主义被一个社会奉为准则的时候,个人作为幸福或快乐的体现主体很容易隐没在社会之中,而社会却并不具有功利主义赖以成立的“人格同一性”,因此,“没有人去体验这些幸福或快乐之和”;最后,边沁式的“功利化”的个人很容易导致这样一种立场,即“人与人之间的区别于时间上的区别相比……并不具有更多道德上的重要性;好像那些个体仅仅是某个持续存在的单一实体的组成部分”。这些批评,在哈特看来,“意义深远”并且“明察秋毫”。因此,基于这些有力的批评,哈特必须对权利和功利作出一定程度上的区分,承认权利的独立价值。而一旦作出这种区分,或者说承认权利的独立价值,“去功利化”的思想已经蕴含其中了。也正是因为“去功利化”本身是一个过程,而非一种状态或结果,所以哈特始终在功利与权利之间徘徊,他并没有寻找到一个在他看来更为合适的基础。正如学者指出的:“他对于如何在多元政治哲学中调和功利和权利的主张,仍然停留在批判而非建设性阐释的层面。”<sup>[41]</sup>所以,就“去功利化”个人在其整个政治法律体系中的方法论意义,尤其是“去功利化”的个人在其整个体系之逻辑优先性这一点来说,哈特仍然“在路上”。

## (二)个人的去功利化表达的法律规则承载——最低限度的自然法内容

如果说,上述第一个方面——即在政治与法律哲学的方法论基础上的一种“去功利化”——在某种程度上还只是停留在政治哲学的层面的话,那么,在实证主义传统之中引入最低限度的自然法内容则是在具体的法律体系和法律制度中再次表明了哈特的“去功利化”的尝试,虽然这一尝试本身可能存在若干问题。

必须指出,哈特所谓的“自然法”并不是传统意义上奠基于“不证自明”原理之上的“自然

[38] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1982, p. 103.

[39] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, pp. 103 - 104.

[40] H. L. A. 哈特:《法理学和哲学论文集》,第214 - 216页。

[41] 妮古拉·莱西:《哈特的一生:噩梦与美梦》,谌洪果译,法律出版社2006年版,第399页。

法”——这些“不证自明”的原理乃是实在的规则获得正当性的前提。换句话说,哈特所谓的“自然法”只是规则自身得以存在的条件,而并不是这些规则自身存在的理由。所以,最低限度的自然法与实在规则之间的联系,只是一种因果意义上的联系。最低限度的自然法对实在规则的解释仅仅是一种因果意义上的解释。“这种类型的因果解释并不依赖于某些自明之理,也并不仰仗有意识的目标或意图为媒介:这些因果解释是由社会学、心理学或其他科学,基于观察和经验(如果可能的话),并同时利用了普遍化的方法和理论而形成的。”<sup>[42]</sup>所以,哈特意义上的最低限度的自然法并不会导致法律和任何道德内容发生逻辑上的必然关联。但是,这样一种因果解释,却表明了哈特的“去功利化”的立场,尤其是在解释实在规则时更是如此。这一点,在哈特所阐明的最低限度的自然法里面表现的非常明显。在哈特看来,以下五个方面构成了他所谓的最低限度意义上的自然法存在的理由:1)人的脆弱性;2)大体上的平等;3)有限的利他主义;4)有限的资源;5)有限的理解力以及意志的力量。<sup>[43]</sup>这五个方面,无论就其中哪一方面而言,都或多或少地表现了哈特的“去功利化”倾向。

首先,人的脆弱性为实在规则的禁止性命令——如不得杀人——提供了充足的理由。这实际上暗示哈特在某种程度上放弃了边沁的功利主义论证路径。其次,大体上的平等这一事实,“作为法律和道德之基础,相较于其他任何事实而言,最为明显地表明了相互自制与妥协的必要性”。<sup>[44]</sup>因此,任何一种对于幸福或快乐的追求必须受制于大体上的平等这一社会事实。所以,“功利化”的个人所赖以立基的只在自身范围内考虑自己的幸福这一预设必须受制于大体上的平等这一事实。于此,哈特这里的大体上的平等乃是一种社会事实,而非一种自然事实。如果大体上的平等是一种自然事实的话,那么,哈特的结论就很难经得起霍布斯的反驳。因为,在霍布斯看来,正是因为自然意义上的大体上的平等使得自制和妥协成为不可能。<sup>[45]</sup>基于自然事实而达致相对平等的人在某种程度上更甚于边沁式的“功利化”的个人。又次,如果说前两者只是在消极的意义上否定“功利化”的个人,那么,有限的利他主义则在积极的意义上排斥“功利化”的个人。在哈特看来,人既不是魔鬼,也不是天使,正因如此,“相互自制的规则体系才是必要的和可能的”。因为,“对于那些从来都不试图伤害别人的天使来说,能够使其获得自制的规则将是不必要的。而对于那些准备破坏,且不考虑自身所付出的成本的魔鬼来说,这些规则将是无用的。”<sup>[46]</sup>再次,除了这些人本身的主体因素外,外在于人的资源本身的有限性也决定了作为社会之基本构成要素以及法律研究的逻辑起点的个人本身必定是“去功利化”的,甚至在某种程度上是“非功利化”的。因为在“功利化”个人的无限欲求面前,有限的资源是无能为力的。所以,个体必须拥有最起码的自我克制的品格,因为“生活本身随时随地都依赖这些最低限度的自制”。最后,如果说前四个方面都是对“去功利化”的论证路径的正面说明,那么人的有限的理解力和意志的力量则是从反面为“去功利化”的个人寻找理由。因为,虽然大多数人能够了解规则本身的要求,从而放弃自己眼前的利益,但始终存在那些会被眼前的私利诱惑并屈服的人。正是在这一意义上,能够促成自愿合作的规则体系本身必须

[42] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (second edition), p. 194.

[43] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (second edition), pp. 194 - 199.

[44] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (second edition), p. 195.

[45] [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第92-94页;还可参阅 Andrew Levine 的评论, Andrew Levine:《打开政治哲学的门窗:从霍布斯到罗尔斯》,张明贵译,五南图书出版公司2004年版,第25页。

[46] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (second edition), p. 196.

具有强制性,这种强制性乃是为遵守规则的人所提供的保证。<sup>[47]</sup> 而在这种强制体系下自愿合作的个人当然不可能是完全“功利化”的个人。

## 五 结 语

在“个人”的名义下,从边沁到哈特之法实证主义的历史变迁向我们展示出:这一历史实际上是“个人”的“人类形象”作为法实证主义研究的逻辑上的优先性不断消减的历史,具体表现在“个人”逐渐在法实证主义研究的视野中退居幕后,由原先逻辑上的优先性到现实上的优先性直到最后被具体的规范和制度同化。所以,到拉兹那里,个人主义无论是作为一种方法论还是作为一种政治理论都遭到了明确的拒绝和批评。<sup>[48]</sup> 在拉兹那里,法律不再是以“个人”为逻辑起点的展开,法律的优劣也不再以“个人”为基础来展开论证。说一个法律是良善的或好的,只是在下述两种情况下才是可以的:“其为行为提供了审慎的理由,并且这种理由在其时其地是明智的,以及其标识出了在社会需求的地方如此做是合适的之特定标准。”<sup>[49]</sup> “人类形象”不再是理论的基点,“人的行为”才是法律理论应该关注的对象。拉兹正是基于这一考虑,从实践哲学的基本立场出发,提炼出了“人的行为”的“二阶理由”和“保护性理由”,从而引申出了“权威”的概念,进而成为法实证主义理论的一个中心主题。

---

[Abstract] The fundamental task of legal theory studies is to establish “human image”. “Human image” elaborated in legal positivism emphasizes the analysis and construction of person. Owing to distinctions between philosophical ground and methodological position, there exist many differences in terms of analysis and construction of person among various thinkers. Bentham and Austin’s expression of utilized person is based on empirical philosophy and utilitarianism, Kelsen’s expression of symbolized person is based on neo-Kantianism and Hart’s expression of de-utilized person actually is a compromise made when facing the challenge of modern moral philosophy. We can show the humanist dimension of legal positivism through the examination of person in intellectual history of legal positivism.

---

(责任编辑:支振锋)

[47] H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (second edition), p. 197.

[48] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986.

[49] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Clarendon Press, p. 248.