

论奥斯丁对社会契约论的批判

■齐延平 彭宁

奥斯丁的学术志趣在于解构社会契约论,终止对主权合法性来源的追问,将属于立法科学、伦理或道德科学的东西从真正的法理学领域中驱逐出去,以保证法理抽象研究和概念分析的准确性。独立的政治社会—主权—法律义务,是奥斯丁批判社会契约论的理论链环。其要害在于社会契约论本身要解决的问题,是独立的政治社会的合法性问题,而非法律义务问题,因而我们认为奥斯丁误解了社会契约论。当然,我们更愿意相信,他是为了完成其纯粹法律科学的第一步而进行的有意误解,其未完成的学术研究计划的第二步,也就是构建纯粹法律与实际道德、原则间的有机关系,足可透露在其理论整体架构中道德的位置。

[关键词] 奥斯丁; 社会契约论; 法律义务

[中图分类号] DF03 [文献标识码] A [文章编号] 1004-518X(2014)03-0130-10

齐延平, 山东大学法学院院长, 教授、博士生导师, 中国法理学研究会秘书长;

彭宁, 山东大学法学院硕士生, 《山东大学法律评论》编辑。(山东济南 250100)

社会契约理论在西方法学思想领域渊源甚久,最早可以追溯到古希腊时期的智者学派,它描绘了一幅法律诞生之前的自然状态,为了走出自然状态进入文明社会,国家和法律就诞生了,统治的合法性建立在个体的同意和授权之上,政府的权力来源于自然权利的让渡。然而,古典自然法学派在18世纪的英国,首次遭到了兴起中的实证法学派的挑战,奥斯丁开启的法理学进程就是明显的代表。在明确界定法理学的范围和法的定义之后,奥斯丁也探讨了法的起源或者说是政府的合法性基础问题,在他看来,各种形式的社会契约论完全是没有必要的假设,多此一举。对此,我们不难发现奥斯丁潜意识里对自然法传统的摒弃,然而,奥斯丁对社会契约论的否定,却并未引起当时的自然法学者以及他们的后继者们的回应,暂且不论这种否定的声音恰当与否,这一“集体沉默”的现象本身就足以引起我们的注意。

从当前的学术环境来看,反思和批判已然成了理论探讨和学术争论的重要内容,我们逐渐习惯了不断质疑和挑战,无论是对传统典籍还是西学经典,抑或对于当今国内外学者的论著。当然,理论的生命力本身就在于推陈出新,只有敢于对前人的理论提出质疑,新的观点和新的思想才能够产生。然而,许多批评意见,包括那些著名理论家们提出的,并没有对所谓的批判对象有个全面的了解,没有顾及作为批判文本之外的许多东西。因此,我们在质疑前人的理论或他人的观点之前,不妨先试着“重读”而不是急匆匆地进行“解构”。仔细梳理奥斯丁对社会契约论的批判,我们会逐渐提出这样的问题,即奥斯丁否定社会契约论的理据何在,其背后隐藏着怎样的理论资源,这些理论资源在他构建的体系中是否连贯,以及既然我们总是处于特定的学术背景或传统之中,那么前人的理论又是如何为后来者所运用的? 本文

将以奥斯丁对社会契约论的批判为视角,努力探求这一批判背后所存在的误解和建构成分,以期能够进一步澄清奥斯丁法律思想中的某些观点,并对理论发展本身做些有益的反思。

一、奥斯丁对社会契约的理解

17、18世纪受启蒙运动影响的欧洲正处于社会契约理论非常流行的时代,霍布斯、洛克、卢梭等思想家们纷纷著书立说为日益兴起的资产阶级革命运动造势,在他们看来,政体的基础应该建立在社会契约之上,人民的同意赋予统治以合法性。最早形成系统的社会契约思想的是格老秀斯,他认为那些联合在一起或者他们臣服于某个或某些人的人,或者明确允诺或者从交易的本质中可以得出允诺,他们将遵守那一群体或被授予权威的大多数人的法令。大多数人的法令就是订立社会契约的产物,它基于群体的同意而产生。霍布斯提出的社会契约理论对后世政体的建构影响深远,他假设了一种“每个人对每个人的战争”的自然状态,自私自利、相互猜忌、贪婪等等就是人的本性,为了自我保存,人们开始放弃与生俱来的自然权利,将权利让渡给一个统一的人格组成利维坦,这一过程就好像是由每个人对每个人说,“我将照管自己的权利授予这个人或这个群体,同时其他人也像我一样放弃权利并授权它的所有行为”,最后一个统一的政治共同体诞生了。^①后来的洛克和卢梭也都提出了社会契约理论,只不过他们对人性的看法,没那么悲观,甚至非常向往纯朴的自然状态。不同于霍布斯的社会契约理论,成为维护现存政体合理性反对公民不服从的工具,他们的社会契约思想是为当时的革命运动改造社会寻求理论支撑。即便如此,社会契约这个概念本身在这些思想家们的构想中还是大体一致的,即主权者的权力来自于每个人自然权利的让渡,主权者承诺保护臣民的人身和财产安全,维系社会稳定。

社会契约赋予了主权者统治臣民的权力,同时约束臣民服从主权者的统治,也即臣民有服从主权者的义务,这种义务是臣民自身同意的。在奥斯丁看来,这种将臣民服从主权者的义务建立在假定的原始社会契约或基本市民契约之上的做法完全是多余的,这些主张社会

契约的理论家们,根本就没有弄清楚义务的来源问题。奥斯丁认为主权者和臣民之间的义务有三种来源,即神法、实际存在的由人制定的法和实际存在的社会道德,并且它们分别可以设定宗教义务、法律义务和道德义务。在此,针对社会契约这一假设,他主要提出了两点反对意见:其一,无论是哪种义务形式都不可能是基于社会契约而产生的,社会契约对这些义务没有影响,即使有也是有害的影响。相反,一个在法律上有约束力的契约,其效力来自于实际存在的由人制定的法,因此不是契约产生了法律义务而是法律的存在产生了契约。其二,将社会契约还原为单个要约和约定的模式,实际上由于大多数民众不可能详细知晓契约的目的和内容,一个希望对方履行的“期待”并不能在人们头脑中形成,也就是说,社会契约在真实的社会环境中是不可能达成的,除非每个成年人都具有健全的头脑,并且聪明睿智、判断准确,以便能够完全理解成立政府的主要目的和其他从属性目的。所以,奥斯丁认为社会契约论者的假设不仅不符合严格的实证逻辑,而且违背了历史事实,它是完全虚构的,是政治理论家们为达到他们各自的目的进行理论玄思的结果。

其实,从严格意义上讲,社会契约注定是虚构的,因为契约本身不会存在于社会秩序尚未建立起来的自然状态之中。最早的契约概念起源于古罗马法,当时的契约带有严格的形式主义色彩,契约的效力完全系于形式之上,表意人和受意人之间的约定是神和人之间的“誓约”,直到罗马法后期才出现了抽象的合意。因此,契约不能在真空中运作,它总是存在于现行的法律体制之中,然而正是这一点,对于用契约模式来建构政治义务和统治合法性的基础来说恰恰是缺乏的,因为他们自身就是所有社会生活的假定基础。^②现实中可能出现的情况是,多数人完全可以没有障碍地抛弃已经建立的政府,因为这样的政府根本就不能给民众带来福祉,用奥斯丁的话来说,这样的政府是违背功利原则的,不能增益于最大多数人的最大幸福。并且对于这个建立政府的“合意”,奥斯丁还可以站在“恶法亦法”的立场上说,主权者极大地损害了臣民的利益和幸福,但却没有触犯这个国家的任何一条法律。

其实对于社会契约的虚构性,提出这一学说的理论家们可能也意识到了,这从他们尽力避免使用“契约”一词来描述当时的人们脱离自然状态的过程,以表明他们也没有考虑让这种协定真能具有法律上的可实施性。从这点来看,奥斯丁的指责不无道理,既然社会契约诞生于一种前法律状态,它又如何能够产生约束主权者和臣民的义务呢?一方面,良好的公民不可能出现在宪政结构塑造他们之前;另一方面,良好的公民又必须先于政体的创造以赋予其合法性,于是社会契约理论就会面临一个自身无法解决的难题。^{[1](P29)}既然借助社会契约这一桥梁形成主权者已建立政府的自然法学派做法被证明或确信是虚构的,何不两步并作一步,直接将国家和法律的合法性基础建立在主权之上?!奥斯丁在批判社会契约理论的同时就流露出这样的意图,而这也正好印证了他那著名的“法律是主权者命令”的经典命题,主权者在这特定的社会中具有正反两个方面的特征,即所有人必须习惯地服从一个特定的一般性的优势者,同时这个特定的个人或者特定的群体,必须没有习惯性地服从另外一个特定的个人或群体。但是,这种将出发点“后移一步”的做法,其实是强行终止了对主权合法性来源的追问,这是奥斯丁研究法理学问题的一种自我设限,在他看来,只有将那些属于立法科学、伦理或道德科学的东西,从真正的法理学领域中驱逐出去,才能最终保证抽象研究和概念分析的准确性。

二、奥斯丁对社会契约论的批判进路

从上文的分析中,我们不难看出,奥斯丁对社会契约的解构,其实隐含了一个非常巧妙的策略,即将对主权合法性来源的追问,置换成对义务从何而来的关注。正是这种“视觉错位”使奥斯丁能够将社会契约问题引入自己的话语逻辑之中,并顺利地展开貌似非常严谨的概念分析和论证推理。

(一) 独立的政治社会背景的存在

社会契约论者认为,主权者和臣民之间的义务是以两个基本命题为起点的,即“自由先于义务”和“权利是基本的”。^③在他们看来,处于自然状态下的人都具有绝对的基本权利和行动自由,这种权利和自由是先天存在

的,是人类固有的。为了避免遭受恐惧的威胁,大家开始成立政府以保卫自由,此时人们就要服从政府和主权者。但是,如何化解基本权利和自由固有的假设与服从政府的内在矛盾呢,社会契约论者们求助于同意理论,缔结契约者们的一致同意产生了义务。奥斯丁认为,这种同意产生的义务是完全虚构的结果,脱离了法理学研究的客观范围,因此,应当将这种义务放到他所研究的“一般法理学”的领域中进行分析。

后世对奥斯丁的描述往往将其与命令、义务和制裁等概念联系起来,一项严格意义上的义务产生于主权者发布的一项命令,义务的背后总是存在着不履行将要遭受的不利后果即制裁。然而主权者自身并不能受任何义务的约束,否则就违背了主权自身所具有的特性,同时也就不再存在一个独立的政治社会了,而沦为其他社会的从属性部分。在这里,奥斯丁的一贯逻辑是义务只能由主权产生,原因在于只有这样才能保证一个独立政治社会的存在。也就是说,命令、义务和主权等等,这些概念之间并非完全独立而是紧密联系在一起。同时这也是奥斯丁对传统定义模式不满的回应,那种形式化教条式的方法是非常简略和短少的,总是缺少很多东西,而且其中还缺乏内在的连贯性;于是,奥斯丁致力于提出一种连贯丰富的具有内在一致性的新的定义模式。^{[2](P215-216)}可以想见,奥斯丁定义下的义务,只有在与其它概念相互联系之中才能得到理解,主权产生义务也只能在独立的政治社会之中才能得到理解,离开了这一特定的背景,义务是不存在的,至少就法律上的义务而言。

(二) 抽象方法与概念分析

于是,我们发现奥斯丁似乎并没有弄清楚社会契约论者真正关注的是什么,虚构社会契约的目的就是为了探究政府或者说是独立政治社会的起源,而义务则是建立这一独立政治社会的必要前提。如果已经有了独立政治社会这样的背景,讨论义务的起源问题,也就没有意义了。这样看来,奥斯丁确实难以招架经验上的质疑。

重新回到奥斯丁的文本,我们发现奥斯丁对法理学的描述几乎都是围绕着一个个概念而展开的,从命令、义务、主权到不同类型的法的界定,无一不是建立在高度抽象的基础之上,这一点迥异于他的英国同行。因为他的论

文不是提供“一份关于实体法知识”，读者根本就不能从他那儿认识到那个时代的英国普通法，在他的书中，像什么“案例引证和事实类型区分都找不到”。^[4]因此，奥斯丁采取的是一种所谓的“由上至下”(top-down method)的抽象方法，这种抽象的方法试图从事实中得出原则和规则，并进行系统化和组织化，能够将更多的东西归纳进来，总结出不同社会体制以及落后的社会体制和成熟社会体制之间的大致相同之处，以达到他建立一般法理学的目的。从这里，我们可以看出，奥斯丁运用的是概念分析的抽象方法，通过定义的方式来发展和建构一个概念，这与那种经验式的方法是两个不同层面的描述，那些对奥斯丁提出指责的批判者们，其实错误地理解了他描述的目标，“把他的概念式描述作为经验的，并通过适用错误的检验来挑战它们(奥斯丁提出的概念)”^[5]。从奥斯丁对社会契约的批判中，我们看到的就是对义务如何产生的概念之间的逻辑演绎，并且主权产生义务在这种逻辑分析框架中是能够成立的。

奥斯丁对抽象分析和逻辑演绎的运用，还受到了罗马法的影响，这点从他通过对契约或协议如何能够成立这样的微观视角的分析，就可以窥见一斑。其实，奥斯丁曾经特意前往德国为他的学术研究做准备，在波恩，他大部分时间都在学习德语和民法，当时的德国正处于哲学法学派和历史法学派激烈论战的时候，但是任何一个学派都没有对奥斯丁产生压倒性的影响，相反倒是后来它们之间的相互妥协使得奥斯丁受益颇多。^{[31](P49)}然而，奥斯丁并没有对当时的萨维尼过度迷信，也没有像后来的梅因那样，将英国的普通法作为历史法学派的研究对象，相反，奥斯丁是一个非常笃定的功利主义者，他对罗马法的学习和利用很大程度上只具有分析工具意义上的价值，即使他借用像契约、协议等这些罗马法上的实体性概念，其目的也是服务于他对英国普通法进行系统化的任务。

之所以没有从英国普通法自身出发，而是利用了罗马法，主要是因为至少在他看来，相比于英国法，罗马法表现出明显的简洁、连贯和富有逻辑性。^{[41](P48)}因此，当他将社会契约作为一个概念来分析的时候，就大量引入了罗马法上的词汇，比如约定(convention)、单项(unilateral)

约定、双向(bilateral)约定以及《学说汇纂》中的语句。在他看来，成立独立政治社会的契约，不符合约定和承诺的内容，因为主权者的承诺并不能在臣民的头脑中形成具体明确的期待，这样的约定显然是不能成立的。即使是默示合同的假设也是一厢情愿的虚构，因为实际上对于那些心怀不满的臣民来说，他们根本就不会默默地承诺，将会服从他们所厌恶的政府。这种体现罗马法背后的民法法系思维方式，对当时的英国法律圈子来说，是非常陌生的，他的作品尤其是后半部分的演讲集(main course)甚至遭到了集体抵制。

然而，奥斯丁终究不是虔诚的罗马法信徒，他对罗马法的研究，完全是处于建构一种抽象的形式化和系统化的法律体系，在波恩短暂的逗留，根本不可能让他掌握罗马法全部的实体内容和复杂知识，因此他没有注意到许多罗马法词汇的细微差别之处，甚至没有注意到一些关键概念的决定性语境。其实，罗马法本身并非像他所想的那样完美无缺，而是充满了逻辑矛盾和概念混乱，罗马法对契约的认识，经历了一个非常漫长的过程，其复杂程度远非奥斯丁在批判社会契约的运用时那么简单。具有讽刺意味的是，正是奥斯丁对罗马法功利性的利用，才让他最终完成了使法律成为一门科学的系统化任务。

(三) 边沁对奥斯丁的影响

奥斯丁对法律现象的抽象分析，很大程度上受到了边沁的影响，针对当时英国混乱和嘈杂的法律环境，到处充斥着历史的偶然和程序的巧合，边沁投入大量精力到法典化改革和体系化运动之中，并且受到当时兴盛的科学及其方法的影响，导致一股“科学之法”(a science of law)之风吹进了法学领域。因此，边沁认为任何一门科学的材料包括法理学，都能够被用来做科学的分类，“正因为此，在一个国家的法理学中达成的一致意见不会在另外一个国家有太大的变化”，最后，要想完成英国法律的法典化，必须形成科学化的分类体系，边沁本人的著作中随处可见这种将事物分门别类的痕迹。^[6]这种不厌其烦的分类，其实就是一种逻辑建构的过程，它通过将整体分解为部分，将抽象概念分解为具体事物，从具有一定普遍性的种类中解剖出个体间的差异，试图穷尽对某

一研究对象的所有分类。受此影响,奥斯丁开始学习边沁的做法,超越普通法任意和不连贯的规则进行法律重构,探索粗糙表面之下的有机方法,为达到这样的目的,第一步就是要展现出一幅有机联系的图景,从依赖性和从属性的部分到整体,从特殊到一般,目的就是重新规整、分类和建构英国的普通法。^{[5](P13)}因此,在奥斯丁的法理学中,他将法分为四类:分别是神法或上帝法、实际存在的由人制定的法(Positive law)、实际存在的社会道德以及隐喻意义上的法。前两类才是人们常说的准确意义上的法,他们具有命令的性质;在实际存在的社会道德规则中,那些由舆论确立的法或规则就不是法,而是舆论本身;隐喻意义上的法则不是法。

不同的法对应着不同的义务,准确意义上的法所产生的义务产生于优势者和劣势者之间,它不会受到社会契约的影响,因为即使没有这种社会契约,主权者也会设定这样的义务,以便达到成立政府的目的。实际上,社会契约能够产生影响的,就只能是那种由舆论设立的实际存在的社会道德或伦理规则,并且这种舆论并非与独立政治社会同时产生,而是在独立政治社会形成之后逐渐发展起来的。^{[6](P364)}退一步讲,即使社会契约能够形成约束主权者的义务,这也仅仅只能代表一种社会舆论而非准确意义上的法,国家和法律终究还是不能够从社会契约中产生。其实,这种对法律现象进行分类的做法,建立在普遍概念或观念的一些一般性基础之上,它是对生活事实和法律架构高度抽象的结果,为了对这些现象有更精确的认识,分类化是必要的,但是“对这种必要性的确认并不意味着法律的所有细节都是一个法律体系本质的必要显现”。^⑦尽管通过分类的做法,奥斯丁否定了社会契约能够产生义务的说法,但他还是承认存在唯一或者几乎是唯一的情形,一个原始契约能够产生约束主权者和臣民的义务。只不过在这种情形之下,这种社会契约似乎具有了巫术的性质,它能够达到这种约束主权者的义务犹如来自主权者一样的神秘效果。反观边沁对社会契约的看法,他同样对社会契约论者的论调,即“这些契约无论是由谁订立的都应该得到遵守以及人们有义务受契约约束”嗤之以鼻。在他看来,这些假设的承诺,根本经不起历史事实和日常经验的推敲,唯一能够

说明人们为什么必须服从主权者的理由,是一种服从的习惯,因为服从可能造成的损害小于反抗可能造成的损害。而奥斯丁眼中的主权者正是作为民众习惯性服从的对象,并且其自身并没有习惯性服从其他的某一个人或一个群体。

三、对奥斯丁批判的质疑与反思

在霍布斯、洛克、卢梭等人看来,原始社会契约是自然状态下的人们,为了寻求和平与安全而达成的一项政治协议,它是整个文明社会的开始。奥斯丁认为,这些社会契约论的假想者们,都是出于各自的目的,来思考最高统治政府得以存在的性质问题,尽管他们对社会契约的假设有许多不同之处。然而,他认为他们之间还是存在一些相同的说法,即臣民对主权者的义务或者说是宗教意义上的义务,都是这份原始契约的创造物。而且这些天真的作者们还幻想原初时期的主权者,就是这份契约的允诺一方,并由此得出,主权者对臣民们的义务或宗教义务,也由这同一份协议产生。所有的社会契约论在奥斯丁那儿,几乎就被这样化约为一份主权者和臣民之间的双务合同,其中合同的缔约主体,分别是主权者和臣民,而合同的内容,则是最大限度地增进人类的共同幸福。

(一) 谁是社会契约的订立者

然而,霍布斯等社会契约论者真的是这样主张的吗?让我们暂时先回到这些社会契约论者的思想文本,其中最具代表性的社会契约论,莫过于霍布斯的主张,他非但不认为这种所谓的社会契约是虚构的,还举出某些原始部落的状况来说明社会契约的真实性。

霍布斯认为由于人性中存在着求利、求安全和求荣誉,人与人之间不可避免地就会相互竞争、相互猜疑和争夺荣誉,最终陷入每一个人对每一个人的战争状态;因为每个人都具有运用自己的力量保全自己的自然权利,为了自我保存,人们之间相互让渡自己的自然权利以建立主权和政府。在他看来,这种信约在单纯的自然状态下是无效的,因为每个人都可以出于合理怀疑而不履行,相反,如果有一个共同的并具有强制执行契约的充分权利与力量,才能最终保证这份契约的有效性。^[7]

(P96-105) 为此,霍布斯还特意区分按约建立的主权和以力取得的主权,前者是因为人们之间的相互畏惧,而后者是因为人们畏惧某一个人。也就是说,社会契约是处于自然状态下的人们之间订立的,而主权者是为了保证这份社会契约得以执行而存在的,它是为了社会契约而生,但本身并不属于缔约人。

在霍布斯之后,卢梭也集中讨论了主权和政府起源的问题,在一次参加法国第戎科学院的征文活动中,卢梭描绘了一幅原初人类的生活场景,自从出现“第一个宣布这块土地是我的”的人之后,人类就开始了不平等的文明进程。强者的权利和先占者的权利之间,存在无穷无尽的冲突,并且由于富人们之间的相互嫉妒,他们不能联合起来对付那些因抢劫的共同愿望而结合起来的敌人,最终以战争、争斗和残杀而终结。因此,当时的人们觉得应该创立一种不偏袒任何的、人人都需遵守的公正与公平的规则,使强者和弱者同样地尽相互间的义务,“社会和法律就是这样起源的”。^⑧卢梭后来也专门回答了社会契约的问题,在他看来,社会契约所要解决的根本问题,是寻找到一种结合方式,使他能以全部的共同力量来捍卫每个结合者的人身和财产,并且由于这一结合而使得每一个与全体相结合的个人,又只不过是服从其本人,并且仍然像以往一样地自由。在这一社会公约之中,每个人的全部权利都转让给了整体。同时,就是在这一结合行为发生的瞬间,“一个道德的与法律的共同体取代了每个缔约的个人,在这个共同体中,每一个成员都作为全体不可分割的一部分将自己置于公意的指导之下”。^⑨卢梭使用了“社会公约”这个词以突出他所强调的“公意”,主权者作为这种公意的表现,就是社会契约的伴生物,它是人民的化身。因此,订立社会契约的过程,同时也就是人民主权诞生的过程。

如此看来,社会契约论的两个代表性人物,都是主张自然状态下的人与人之间相互缔约以组成公民社会,并非像奥斯丁所总结的那样,即社会契约的签订双方是主权者和臣民。尽管社会契约论在很大程度上被证明是一种理论上的虚构,不过,作为一种政治理念,其仍具有巨大的思想价值。而奥斯丁并没有对社会契约论进行细致的分析和理解,相反,他总是站在自己所主张的立场

上,来批判社会契约论,在他眼中,主权不能受到任何法律上的限制,义务不可能脱离主权者和独立政治社会而存在。

(二) 难以纯粹的主权

在奥斯丁所致力研究的法律科学之中,主权者是个核心概念,它是所有命令的发布者,同时也就成为所有法律义务的渊源。在一个独立的政治社会中,为使一个人或群体成为主权者,必须具备正反两方面的条件:一个特定社会中的每一个人,必须习惯地服从某个个人或群体,同时,必不可少的是,被服从者必须没有习惯地服从另外一个特定的社会优势者。在奥斯丁笔下,主权就是一种单纯的优势或力量(might),一个特定社会的群体必须服从主权者,否则将会遭受受害和痛苦,因此,主权的建立完全不需要借助于像自然法学家们所主张的“不可剥夺的自由”、“永恒不变的正义”、“最基本的自然权利”等空洞的口号和宣言,它直接建立在明显的社会心理事实之上。

为此,奥斯丁特别强调习惯性服从的重要性,它举出罗马帝国时期王位继承的例子,在他看来,当时的罗马政体是不稳定的,由谁出任最高执政官极大地受到执政官个人显赫的军事家族出身的影响,取决于当时公民大会的选举以及元老院的任命决定。因而,从主权的性质来看,当时的罗马政体不能持久地建立一种大多数民众习惯性地服从某一个人或群体的优势。在这里,因为奥斯丁理想中的主权者就是君主,主权在一个人的情况下就是君主自身,所以任何时候民众都能确定一个习惯性服从的对象。然而,奥斯丁显然还意识到某一个特定群体成为主权者的独立政治社会的存在,这时属于这一群体的每一个人都是主权的组成部分,就整体而言,他们是不受任何其他因素约束的,只不过当他们以个人的身份出现和行动时,就不再代表主权而是从属于主权。于是,一个人的主权和一群人的主权还是不完全一样的,两者最大的区别是一群人的主权包括了一些代表者(the electors),这些代表者组成的立法机构始终会面临一个如何组成的产生程序问题,并且这些代表者的身份不是建立在力量(might)和权势(Power)之上,而是基于代表者与被代表者之间的信任。更重要的是,这个立法

机构的运作,受制于产生它的程序的限制,由它制定的法律不能违背正当程序,否则将不再是法律。在立法会议上,出现的诸如没有达到法定出席人数、没有会议记录或者最后没有形成法定多数等等情况,都将作为违反立法程序而使法律归于无效。

从这里我们可以看到,奥斯丁的主权理论其实具有双重性,当他的主权者是由单个人构成的时候,判断法律的标准就是主权者发布的命令;而当他的主权者变成一个群体的时候,他其实是为法律确立了一个新的标准即有效性 (validity) 或正当程序 (appropriate process),此时,“法律将会通过一种识别程序被确认,这种程序建立在一些作出决定的标准之上”。^[8]这种有效性标准或者正当程序与奥斯丁对主权的假定是有内在冲突的,因为主权者的命令不受制于任何法律因素,作为一种权势的体现,它是任意的、变化无常的以及不可预测的。然而一旦这种正当程序成为检验法律的标准,法律产生的过程,势必就要公开化了,并且将会伴随着公众的参与。

如此一来,主权与臣民之间也就不存在难以逾越的鸿沟了,终于,奥斯丁的主权理论暴露出了相互矛盾的破绽。他对社会契约论批判的出发点就开始动摇,既然那个发布命令的人有些时候需要接受正当程序的检验,那么又怎么能说主权是不言自明的呢?由代表者们组成的立法机构须遵循一定的立法程序,而这些程序建立在这个社会的成员对这些组织形成的公共规则,以及一些正义观念 (the public order of institutions and some conceptions of justice) 有基本的了解之上。^{[8] (P453)}可以说,奥斯丁的主权概念其实掺杂了道德的考虑,因为它与代表者或者被选举者建立起了相关性,然而代表者或被选举者却正是社会契约得以建构起来的不可或缺的关键一环。并且,奥斯丁的另一主权理论,从根本上来说,来源于一个社会中的成员具有的基本道德观念,或者是对规则和正义的诉求,而这些也正是社会契约论者们对人性的基本假设。

(三) 法律自足: 奥斯丁的谎言

社会契约论者们,在奥斯丁的实证法理学看来,总是想把道德或伦理上的义务转换为法律上的义务。奥斯丁试图通过固守主权概念的纯粹性来维护法律科学的

独立性,将伦理和道德等因素彻底排除在法律起源问题之外。遗憾的是,奥斯丁的主权理论并没有为他批判社会契约论提供一个非常牢靠的支撑点,它其实还是混入了道德和伦理的因素,至于这一点,可能连奥斯丁本人都没有注意到。在他看来,真正的法理学仅仅是一门关于实际存在的由人制定的法的科学,其他的一切都不属于此范围,而且也不应该被引入法理学的研究范围。然而,奥斯丁真的将他在演讲文集中的主张贯彻始终了吗,或者说奥斯丁眼中是否真的就只有实际存在的由人制定的法而没有其他?也许,我们对奥斯丁的认识,不应该局限于他最为后人所熟知的主张和观念,而应该对他的思想有个全面和整体的把握。

其实,奥斯丁的准确意义上的法,不仅包括实际存在的由人制定的法,还包括上帝法或神法,上帝法很多时候是不明确的,因为它不能通过像主权者这样的命令发布者来认识,而只能通过神的启示。功利原则就是了解上帝命令的标记渠道,它符合人类行为的真正趋向,这就要求“我们必须运用功利原则对我们行为就一般的善或幸福而言所产生的效果作出解释”,虽然功利并非上帝法得以产生的最好渊源,但它还是可以作为“引导我们摸向最高义务的渊源的一项指南”,也可以说,“功利原则是我们行为当下的标准,或者直接尺度”。但是,一个特定社会中的成员的行为,并不能直接以功利原则背后的一般的善作为标准,因为每个人对一般功利的理解都不一样,人们很难在每一件事情上都达成一致的共识。

因而,体现一般的善的规则就必不可少,这些规则通过主权者命令的形式发布,世俗的主权者必须接受上帝法的约束,神法是所有由人类自己制定的法的最终检验标准。像19世纪英国功利主义者一样,正是由于寻求最大快乐是人类本性构成的一部分,一般的善或快乐也就成了立法的动因,这种因果解释构成了奥斯丁主张的基础。同时奥斯丁的观念中似乎还蕴含着这样一种观念,即令社会厌恶的法律仅仅是忽视一般功利的结果。^{[9] (P159)}在奥斯丁看来,法律是什么不能与法律应该如何相混淆,后者是立法科学需要解决的问题,属于伦理或道义科学的范畴,而前者才是真正的法理学所应当关注

的。然而,对实在法或规则的因果关系的解释,似乎又在立法和实在法之间架起了相互联系的桥梁,功利原则成为纯粹法理学和立法科学得以沟通的中介,法律和主权等概念开始受到一般的善和最大多数人的最大快乐的重新审视。由此,奥斯丁严格区分法律与道德或伦理的任务也许是失败的,他的主权和法律需要与一般功利保持内在的一致性。其实,奥斯丁本人很少提及主权和法律等概念的基础或者来源问题,其原因很大程度上是一旦他将对这些概念的讨论公开建立在功利基础之上,会引发关于法律和道德的无休止的争议,而将法理学与对实在法的价值判断纠结在一起,是他最不愿看到的结果。

既然奥斯丁本人也意识到功利原则的道德维度,那么为何他还是将其纳入法理学的研究范围呢?也就是说,一方面,从适用体现功利原则的普遍规则和这些规则对人类本性的伦理反映来看,实在法因此可以说来源于自然法;另一方面,奥斯丁本人一直主张应该建立一门纯粹的法律科学,它仅仅关乎严格意义上的实在法。为解决这一矛盾,奥斯丁给出了非常实际的理由,为了便利法律体系日复一日的重复运作,有必要对实际存在的法进行分析性的说明和建构,以使社会成员能够知晓使用不同法律术语的后果。^{[10] (P656-658)}因此,为了完成这项使社会成员更好地认识法律的概念和术语的工作,法理学需要作出巨大的努力,而区分道德伦理和纯粹的法律就是最重要的一步。同时,人类的行为总是会趋向快乐和幸福,尽管功利原则并不是很明确和完善,但是它仍然是我们认识神法或自然法的必要工具。从根本上说,在一个真实的社会中,实在法不可能完全脱离神法或自然法而存在,法律也不可能彻底隔绝于道德和伦理等因素的影响。相反,法律、实在道德和伦理原则是作为一个有机体而存在的,对于一个社会整体而言都是不可分离的重要组成部分。

事实上,奥斯丁曾经计划过要写一本讨论法理学与伦理学之间的诸原则及其相互关系的理论著作,写这本书的意向在他那本演讲集中,也曾经被粗略提及,“实证法、实际道德以及构成检验两者的诸项原则是一个巨大有机整体的必不可少和相互联系的部分。对它们的一些

本质作出解释,呈现出它们共同的关系就是本书作者打算写这种书的目的”。^①从这里,我们可以看出,奥斯丁其实有一个比较宏伟的写作计划,第一步是单独分析法律是什么,这是法理学的真正研究对象,因为它只关心实际存在的法和法的存在,而不理会道德伦理因素和法的优劣问题;只有走完了第一步,他才打算开始第二个阶段的工作,将法律、实际道德和原则看作一个有机联系的整体。

(四) 理论具有误解的性质?

透过奥斯丁对社会契约论的批判,我们发现,很多时候奥斯丁是站在一个错误的起点上来发起攻击的,他无形中为自己树立了一个便于利用和解构的对象,尽管这个批判对象很大程度上是他本身虚构或想象出来的。

就本文的分析来看,奥斯丁至少存在两个方面的误解:其一,是他对社会契约的理解。通过对霍布斯、卢梭等人的著作的解读,他们设想的社会契约与奥斯丁批判的社会契约不完全一致,社会契约论者主张从人的本性出发,认为契约是人们为了避免无休止的战争状态和自我保存而在相互之间订立的,每个人让渡自己的自然权利以求得秩序和安全。在这里,人们对主权或政治仅仅具有最低限度的理解,即建立一套规则以保护个体的财产和自由。^②而奥斯丁的理解则不同,主权者对义务尤其是法律义务来说,是先存在的,臣民之间不可能设定法律义务,它只能通过主权者的命令发布。在他看来,对于法律规则和道德规则得以存在的基本目的来说,社会契约的假设纯粹是多余的。其二,是他对罗马法及其概念的肤浅认识。虽然在奥斯丁的写作中,我们经常能发现他对罗马法的具体运用,但是种种证据表明奥斯丁对罗马法的掌握根本说不上是熟练,他仅仅是学会了罗马法中进行系统化分析的方面,以及一些他比较关心的重点词汇,部分原因是他只在德国逗留了短短的一年时间,没有足够的时间和精力对罗马法作全面的了解和研习。更重要的是,出于迫切地改造当时英国混乱无序的法律状况的目的,他对罗马法的概念和词汇进行了功利性的利用。不过,对他来说,值得庆幸的是,他的英国听众毫无疑问比他还不了解罗马法。

其实,超越对奥斯丁的分析,类似的情形并非仅仅

发生在奥斯丁身上,最后得出的结果可能是,无论是
对奥斯丁的批判,还是后来的学者对奥斯丁的理解和
认识,其实都存在着误解的成分。哈特在批驳奥斯丁和反
对传统定义模式时就偏离了奥斯丁的本意。当从日常语
言分析出发,探讨法律的概念问题时,哈特认为,奥斯丁
将命令作为构成法律的核心概念,不能说明所有法律的
特征,某一社会中的法律除了义务性规定之外,还有大
量的授权性规定,而这些显然就不能单单用命令来说
明。在这里,奥斯丁实际上将主权者建立在一个持枪人
模型(gunman model)之上,它以暴力威胁为支撑,随之而
来的问题是,在主权者的命令和强盗发出的威胁之间有
什么不同?至少在哈特看来,法律应该不同于单纯的强
制,它必须具有合法的权威,也就是法律要有他所说的
持有内在观点的人的自愿接受。哈特还指出,奥斯丁的
命令说没有顾及法律普遍性的两个维度,即法律是针
对行为的一般类型以及它适用于某一类型的人或所有
人。^{[11](P21)}然而,这些在哈特眼中的奥斯丁的缺陷明显被
放大了,有些根本就不是奥斯丁本人的观点,有些则被
哈特故意缩小了其中的意义范围。^{[12](P1491-1492)}哈特对奥
斯丁的中心批判就是那个以威胁为后盾的主权者命令
(order backed by threat),但是奥斯丁本人经常使用的却
是 command 而非 order,许多被哈特视为是奥斯丁所主
张的法律基本概念,从奥斯丁本人的观点来看其实并不
是法律所要讨论的构成要素。同时最为哈特所忽略的
情形是,奥斯丁的命令说是在一个独立的政治社会背景
下提出的,发布命令的主权者不仅具有政治上的优势,
也具有普遍性的优势。

理论并不是完全被动的,它不仅会被后来的学者
误解,而且会误解前人的理论和观点,更重要的是它还
会误解现实。理论与实践之间的张力不会因为理论构
建得多么完美和精巧而消失,任何一个理论家都不敢
宣称自己提出的理论,能够完全做到与实践保持一致。
现实的情形往往是,每一种理论都是在提供一种模型,
并用这种模型来过滤复杂粗糙的现实,于是,理论和现
实之间开始进行一场交易,“理论以其引人瞩目的价
值展示自身的力量和深度,代价是对现实的简单化处
理,以及误解甚至歪曲现实”。^③就我们所分析的法
哲学家来看,他

们越是对“什么是法”具有深刻的洞见,就越是会偏
离对实践的参与意识,想想德沃金建构的法律帝国吧,
其中的理论深度恐怕连长期从事理论工作的人一时
间都难以明白,实践中的法官就更是一头雾水,不知
其所云。

也许,理论的价值不在于它揭示了某些不为人知
的真理,而在于它向人们展现了一种新的思想,并且
这种思想在当时看来具有非常强的说服力和吸引力。
社会契约尽管是虚构的,但被当时的启蒙运动接受
了,并成功地引导资产阶级推翻君主专制和封建的等
级特权,进而建立起了保障公民权利和平等自由的民
主政府。奥斯丁对社会契约论的批判尽管有许多不
足,然而将法律作为一门科学来研究的法理学,奠定
了法实证主义的理论基础,在误解和被误解的同时,
他还是为像哈特这样的后继者提供了进行理论建构
的出发点。因此,我们可否这样说:理论的发展具有
误解的可能,而对理论或现实的误解很大程度上成就
了理论自身?

注释:

① E. C. Clark, LL. D. "Practical JurisPrudence: A Comment
on Austin", Cambridge: at the University Press 1883, P143.

② 其实这些经典社会契约论者之所以虚构出一个
社会契约,其主要目的在于形成一些基本的原则约束
强大的公权力,以保障社会成员的基本人权。因此既
然这些涉及政体安排的基本原则和权利,在我们的生
活中如此重要,那么为何我们还要借助这个在某些情
况下还可能中止的契约模型呢,何不直接将“权力”
建立在“权利”之上。More statements, Please see,
Max Atkinson: "Hobbes Locke and Lousseau in Los
Angeles: A RePly", 17 Alternative L. J. 216 1992.

③ See, Jill Srauffer: "Sovereignty and Subjection:
Transcendence and Trace of the Order and Anachy in
the Positive Law", 19 Austl. Feminist L. J. 34 2003.

④ M. F. Hoeflich: "John Austin and JosePh Story:
Two Nineteenth Century PersPectives on the Utility of
the Civil Law for the Common Lawyer", 29 Am. J. Legal
Hist. 42 1985.

⑤ Robert Moles: "John Austin Reconsider", 36 N.
Ir. Legal. Q. 211 1985.

⑥ 实际上,边沁的著作在奥斯丁出版演讲集之后的

很多年,才得以正式出版,其影响力远不及奥斯丁,其中的部分原因,就是他这种对任何事物和概念都做细致分类的“学术癖”。Jeremy Betham: “An Introduction To the Principles of Morals and Legislation”, Methuen & Co. Ltd 1982, see Preface xxxix.

⑦ W. L. Morison: “Some Myth About Positivism”, 68 Yale. L. J. 228 1958 – 1959.

⑧在卢梭看来,自然状态下的人享有完全的自由,那时的人们不知道什么是欺诈和压迫、欲望和荣誉;所谓的文明化进程是人类天性开始堕落的产物,人与人之间也就不再平等了,而国家和法律正是维护这种不平等的工具。Rousseau: “The Discourses and other early Political writings”, edited and translated by Victor Gourevitch, Cambridge University Press 1997, P161 171 – 173 .

⑨ Rousseau: “The Social Contract and other later Political writings”, edited and translated by Victor Gourevitch, Cambridge University Press 1997, P 49 – 50.

⑩ Pavlos Eleftheriadis: “Austin and the Electors”, 24 Can. J. L. & JurisPrudence 446 – 447 2011.

⑪ Robert Moles: “John Austin Reconsider”, 36 N. Ir. Legal. Q. 200 1985.

⑫传统的社会契约论主张与古典自由主义其实是一脉相承的,作为一种“必要的恶”,政府扮演着守夜人的角色,公民社会才是人与人之间进行交往建立关系的真正领域。Justin Cruickshank: “Ethnocentrism, Social Contract Liberalism and Positivistic – Conservatism: Rorty’s Three Theses on Politics”, Res Publica 2000, 6(1), 1 – 23.

⑬ Brian L. Bix: “John Austin and Constructing Theories of Law”, 24 Can. J. L. & JurisPrudence 435 2011.

dence and Trace of the Order and Anachy in the Positive Law, 19 Austl. Feminist L. J. 29 2003.

[2] Robert Moles. *John Austin Reconsider*, 36 N. Ir. Legal. Q. 215 – 216 1985.

[3] W. G. Hamond. *John Austin and His Wife*, 1 Green Bag 49 1889.

[4] M. F. Hoeflich. *John Austin and JosePh Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer.*, 29 Am. J. Legal Hist. 48 1985.

[5] William MacNeil. *John Austin or Jane Austin? The Province of JurisPrudence Determined in Pride and Prejudice*, 4 Law Text Culture 18 1998.

[6] John Austin. *the Province of JurisPrudence Determined*, London: John Murray, Albemarle Street 1832, P364.

[7] Thomas Hobbes. *Hobbes’ Leviathan* (rePrinted from the edition of 1651), Oxford at the Clarendon Press, 1929, P96 – 105.

[8] Pavlos Eleftheriadis. *Austin and the Electors*, 24 Can. J. L. & JurisPrudence 453 2011.

[9] Wilfred E. Rumble. *Divine Law, Utilitarian Ethics, and Positivism JurisPrudence: A Study of the Legal Philosophy of John Austin*, 24 Am. J. Juris. 159 1979.

[10] Cornelius F. MurPhy, Jr. *Austinian Natural Law*, 39 U. Det. L. J. 656 – 658 1961 – 1962.

[11] H. L. A. Hart, *The ConcePt of Law(second edition)*, Clarendon Press. Oxford, 1994, P21.

[12] Gerald B. Wetlaufer. *Gunmen, Strawmen, and indeterminacy: H. L. A. Hart, John Austin, and The Concept of Law*, 82 Iowa L. Rev. 1491 – 1492 1996 – 1997.

[参考文献]

[1] Jill Srauffer. *Sovereignty and Subjection: Transcen-*

【责任编辑:叶 萍】