

内化法律之路

——以内化禁止性规则为切入点

汪 雄

内容提要:法律作为一套外在的规则体系,存在规则制定者与遵守者的二元对立,为化解这种对立,本文先将法律限缩为禁止性规则,并将其分为自然禁止性规制和实证禁止性规则。然后借鉴康德的形式道德理论说明服从自律要求是遵守自然禁止性规则的原因,再通过演化博弈理论将遵守实证禁止性规则的动机还原为对利益的追求,分别提出内化两种规则的理论进路。从此法律就不再是对人的外在强加,而变成了自愿选择。

关键词:内化法律 自然禁止性规则 实证禁止性规则 自律 自利

汪雄,中国政法大学法学院博士生。

法科学子一步入课堂就被告知法是出自国家的由国家强制力保障的社会规范。作为一个遥远的立法者的意志的体现,法律的产生、废止和消亡似乎与作为个体存在的人的意志无关。但是,一旦经过正式的立法程序制定和公布,法律就产生了,不管作为个体的人知道还是不知道,愿意还是不愿意。法律作为一种外在的规则体系突然套在了个体的头上,人类给自己锻造了一副“枷锁”。这也许就是“秩序的代价”。在《人类不平等的起源和基础》一书中,卢梭解释了为什么要锻造这个“枷锁”。^[1]之后,这位启蒙运动中的浪漫主义者通过《社会契约论》中的人民主权理论论证了只有人民自己并且按照人民自己的意愿锻造“枷锁”,人民才能保有自由,自由、秩序与枷锁(强迫)最后才能可以达到“和谐一致”。他通过“主权者——政府——人民”构成的平衡结构论证了法律统治与意志自由的一致性。^[2]因为在这个平衡结构中,主权者与人民是“一体两面”、“合二为一”的,主权者的意志就是人民的意志,主权者制定的法律就是人自己制定的法律,服从这种法律并不是服从一个外在的秩

[1] [法]卢梭:《人类不平等的起源和基础》,李平沅译,商务印书馆2009年版,第12页,译者前言。

[2] 正如卢梭在《纽沙代尔手稿》中写到:“人是自由的,尽管是屈服于法律之下。这并不是服从某个人,因为在那种情况下我所服从的就是另一个人的意志了,而是指服从法律,因为这时候我所服从的就只不过是既属于我自己所有、也属于任何人所有的公共意志。一个主人可以允许这一个人而拒绝另一个人;然而,法律则不予以任何考虑,法律的条件对人人都是同等的,因此就既没有主人,也没有奴隶。”[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2009年版,第20页,注释②。

序,而是贯彻自己的自由。

就像后世的批评者们指出的,这一逻辑主要有两个漏洞:第一,个体的意志如何成为公意?虽然卢梭认为主权不可以被代表,认为“代议制”违背意志自由,^[3]但他在对接个体意志与公意时走的是一条抽象的哲学思辩道路,其中的跨越与断裂太大。一旦公意发生了错误,不管是有意的错误还是无意的错误,主权者的意志就不再是人民的意志,这时,相对于人民而言,主权者制定的法律就是一个外在的强加!第二,假设公意与个体意志一致,那也面临着一个问题:公意如何能穷尽大千世界的复杂情况,从而制定一部没有漏洞的法律?显然,人的理性是有限的,^[4]法律不可能完美无缺。按照卢梭的逻辑,对于法律漏洞的弥补必须等待新的公意,否则,主权者为弥补漏洞擅自制定的法律就是对自由的侵害,就是强迫。为尊重人民的意志自由,法律就面临一个永远无法弥补的滞后性缺陷!

显然在外在法律的模式下,存在“制定规则——遵守规则”的二元对立,^[5]这种对立必然导致规则制定者与规则遵守者的对立。在规则遵守者看来,规则制定者是“他者”,来自“他者”的规则必然是一种外在的强加,对这种外在规则的遵守必然是被迫的。因此,必须开启一条内化法律之路:一种是康德式的自律内化;另一种就是出于自利的内化,这是一种不纯粹的自愿守法。前者通过对外在法律中自然法则的内化来达致,后者可以通过对外在法律中实证法则的内化来实现。

一 论题:从禁止性规则切入

(一)什么是内化法律

法律是客观存在的规则体系,它本身无所谓“外在”与“内在”,只是相对于社会的个体而言,能被个体内心接受的法律是内在性法律,反之,不能被个体内心接受的法律就是外在法律。

在本文的语境中,内化法律是指:将不被公民接受的法律转化为能被公民接受的法律。“我们不应该在看到规范的外部有效性或实效性的同时忽视规范的内在有效性或正当性,或者把规范的有效性归结为规范的事实性问题。”^[6]所以,本文要做的是找出法律的内在有效性,即从法律规则的内部构成和其起源中寻找人们接受它的内在根源。

(二)将法律限缩为法律规则

为了解决守法的难题和法律在社会中的弱实效问题,所以对内化的对象必须作两点限定:第一,内化的对象不是约束行政机关、司法机关或其它国家机关的行为的法律,而是约束公民的行为的法律,包括一些私法规范、刑法规范或规制行政相对人的行政法规范。第二,由于法典中(作为私法的《物权法》也不例外)混含着约束公民行为的规范和约束国家机关

[3] 卢梭曾经挖苦道:“英国人自以为是自由的,他们是大错特错了。他们只有在选举国会议员期间才是自由的;议员一旦被选出之后,他们就等于零了。”[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2009年版,第120页。

[4] Herbert Simon最早介绍有限理性,指的是人类的认知能力不是无限的这一明显事实。参见Christine Jolls, Cass R. Sunstein, Richard Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics”, 50 *Stan. L. Rev.* 1478 (1998)。哈耶克更是提出了“理性不及”的问题,批驳了“理性的自负”。[英]哈耶克:《法律,立法与自由(第一卷)》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版,第6及第12页。

[5] 支振锋:《法律的驯化与内生性规则》,载《法学研究》2009年第2期,第146页。

[6] 童世骏:《关于“重叠共识”的“重叠共识”》,载《中国社会科学》2008年第6期,第64页。

的规范,所以,内化的对象不是法典,而是法律规范,在普泛意义上,笔者把它们统称为法律。

一般认为,法律是由法律概念、法律规则和法律原则组成的。本文所要论述的是人们对约束其行为的法律的态度及其转变的可能性,而法律原则和法律概念不直接约束人们的行为,只有法律规则才包含有明确的行为模式,才能直接约束人们的行为。作为普通的公民,大多数情况下,他所感受到的是来自法律规则对他意志的影响,他对法律是接受还是认同的姿态实际上是对法律规则的姿态。所以,本文在论述内化法律时,所说的法律指作为法律规则存在的法律。

(三)将法律规则限缩为义务性规则

以法律规则的内容为根据可将法律分为授权性规则、义务性规则和复合型规则。本文将重点放在考察一般公民对约束其行为的法律规则的态度上,而授权性规则并不对人们的行为造成硬性的约束,相反,权利规则总是更多地关联着人们交往行为中的自由。所以,对这种公民态度的考察就应该是对义务性规则的态度考察。进一步而言,如果将义务性规则论述清楚了,权义复合性规则则可以类推适用。所以,本文虽然论述的是内化“法律”,但是却将法律限定为“义务性规则”,这样的限定不仅有理论方面的考虑——由规则本身的性质决定的;也有实践方面的考虑——义务性规则在约束人的行为方面最具有代表性,作此限定,能极大地方便文章的论述。

(四)将义务性规则限缩为禁止性规则

义务性规则一般被分为禁止性规则与命令性规则。阿列克西认为命令、禁止和允许这三个概念是道义论或道义逻辑中的基本概念,它们可以相互定义。^[7]在不考虑规则构成要素中的条件假设和法律后果的情况下,禁止性规则的行为模式是禁止 X 作为或不作为。这个行为模式可以反过来表述为:命令 X 不作为或作为。因此,只要内化禁止性规则或命令性规则就可内化义务性规则,本文任选禁止性规则作为内化的对象。这样,内化的对象——法律就被最终限缩为了禁止性规则(见以下限缩的过程图),所以,只要能将“禁止性规则”内化,就可以将“法律”内化。

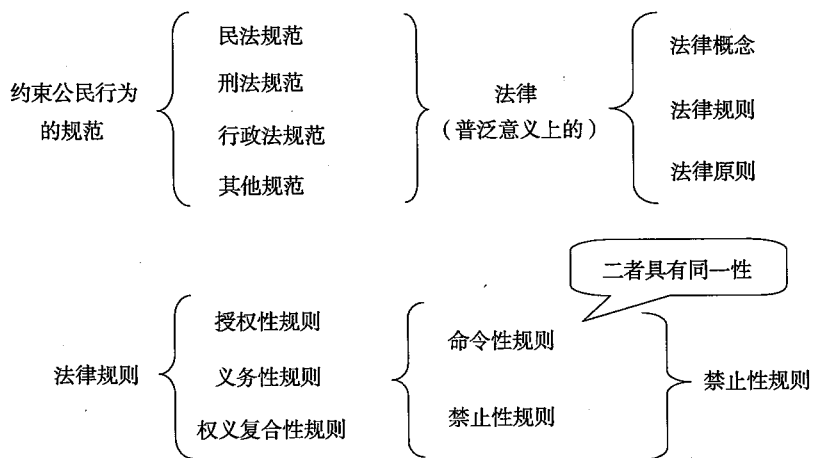


图 1:从法律到禁止性规则的限缩图

[7] Robert Alexy, A Theory Of Constitutional Right, Tran. by Julian Rivers, Oxford :Oxford University Press,2002, pp. 128 - 131.

(五)对禁止性规则的分解

康德在《道德形而上学》中对外在法律^[8]作了一个分类：“有一些法律，对他们的责任即便没有外在的立法也能被理性先天地认识，他们虽然是外在的法律，但却是自然的法则；与此相反，离开了现实的外在立法就根本不赋予责任的法则，则叫做实证的法则。”^[9]区分二者的标准是：在没有外在立法的情况下，理性能否先天地认识到这些法律对他们的责任，即能否先天地认识到这些法律。能够先天地被认识到的外在法律被归于自然法则；反之，则应被归于实证法则。有两点需要交代的是：第一，由于理性对外在法律的先天认识只能出现两种情况：要么能认识，要么不能认识，所有能被认识的外在法律都是自然法则，剩下的不能被认识的都可被归入实证法则。这里有一种非此即彼的关系，没有中间状态存在的可能性，所以自然法则和实证法则的分类可以穷尽所有的法律；第二，康德将法律分为自然法则和实证法则，上文已将法律限缩为禁止性规则，因而，本文借鉴康德的分类将禁止性规则分为自然禁止性规则和实证禁止性规则。

1. 自然禁止性规则

一条外在法律摆在那里，我怎么知道它是实证禁止性规则还是自然禁止性规则？这得运用你的理性作类似道德律那样的推导。自然禁止性规则是这样被推导出来的：“如果每个人都不遵守这个规则的要求，将这个规则所禁止的事情当作行动的准则，这个行动的准则如果最后导致自否定或自我取消，就说明这个行动准则是不道德的，而禁止这个不道德的准则的禁止性规则就是道德的，就可以判定禁止这个准则的规则是自然性的。在不考虑这个禁止性规则是否已被外在立法者明文规定的情况下，我们可用理性推出它是道德的，这就是理性的先天认识过程。”^[10]

2. 实证禁止性规则

另一方面，实证禁止性规则是这样被推导出来的：如果不遵守禁止性规则的要求，每个人将这个规则所禁止的事情当作行动的准则，如果这个准则最后不导致自否定，我们就无法得知这个准则是否是道德的，也无法得知禁止这个准则的规则是否是道德的，理性就不能先天地对这个禁止性规则作出评价，就不能先天地认识到这个禁止性规则。只有国家制定法对这个禁止性规则作出明文规定，理性才能后天地认识它，它就是实证禁止性规则。以下本文将分为两部分，一部分是通过“自律”来内化自然禁止性规则，一部分是通过“自利”来内化实证禁止性规则。

[8] 康德语境中的“外在法律”到底指什么？这是一个复杂的问题。首先，康德使用了形容词“外在”，这个“外在”与本文意义上将“外在”作为一般公民对法律的态度是否相同，我认为答案是否定的，因为在康德的文本中找不到“外在”作为态度的证据。所以，本文只是在形式上借用了康德的“外在法律”的用法。其次，康德语境中的“法律”到底指什么？在剑桥版的《道德形而上学》中，使用的是词汇“external laws”，见 Immanuel Kant, *The Metaphysics Of Morals* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), p. 17；沈叔平将“external laws”译为“外在的法律”，[德]康德：《法的形而上学原理》，沈叔平译，商务印书馆1991年版，第27页，而李秋零却将它译成了“外在的法则”，[德]康德：《康德著作全集第6卷》，李秋零、张荣译，中国人民大学出版社2007年版，第232页。康德是在最广义意义上使用“leges”，即含有普遍规则的意思，李秋零先生在翻译的时候为了兼顾这层意思，将其译为了“法则”。但是，为了用语的前后一致性，本文使用的是“法律”的译法。

[9] [德]康德：《康德著作全集第6卷》，李秋零、张荣译，中国人民大学出版社2007年版，第232页。（引文有改动）。

[10] 汪雄：《论康德的守法观》，载《武汉大学学报（人文科学版）》2010年第4期，第417页。

二 通过“自律”内化自然禁止性规则之路

(一) 自律要求的形成

1. 康德的形式道德理论

康德的道德哲学作为义务伦理学的一个分支, 是任何道德哲学的探讨都绕不过去的一个关隘。他的整个道德哲学是寻找纯粹实践理性^[11]的先天规律, 并探讨意志的纯粹自律何以可能。^[12] 在提出其道德哲学之前, 他先对以往的道德哲学作了一场清算。目的论的道德哲学认为存在一些最高的人类生活目的, 对这些善的目的的不懈追求就是道德的, 由这些目的支配的人的行为就是道德的。这些目的包括幸福、快乐、效用等等。康德对此是极为不满的, 他认为幸福、快乐、效用等都是些经验性的来自情感上的病理性刺激, “经验性的原则在任何时候都不适合成为道德法则的根据。因为如果道德法则的根据取自人性的特殊构造或者人性所处的偶然情形, 那么, 道德法则应当适用于一切理性存在者所凭借的那种普遍性, 即由此责成理性存在者的那种无条件的实践必然性, 也就丧失了。”^[13] “人性的特殊构造”就是人的一些感性欲念、动物性欲望, 这些欲念、欲望都是偶然的、不牢靠的, 如果以此规定人的行动, 那么行动必然随着欲念的变动而变动。所以康德认为目的论道德哲学不能提供道德的最高原则。至于德性论道德哲学, 康德不仅认为它是“空洞的”, 而且, 它还容易纠缠于循环论证中, “不能避免把应由它来解释的德性暗中预设为前提”。^[14] 接下来, 康德就开始着手建立他自己的道德哲学。

怎样才能建立一种纯粹自律的道德哲学呢? 康德认为, 必须摆脱一切欲求能力对意志的影响, 必须把属于感官世界的原因性抽象掉, 不能将人的情感性的偏好作为行动的理由, 以便使理性纯粹地和自由相结合。例如, 以快乐和享乐作为行动理由的话, 就将人的意志置于感觉的操控之下, 放逐了人的理性, 放弃了意志的自由, 将人降低为了一种动物性的存在。因此, 康德提出了纯粹实践理性的定理: “将欲求能力的一个客体(质料)预设为意志的规定根据的一切实践原则, 全都是经验性的, 并且不能充当任何实践法则。”^[15] 如果以作为欲求能力的质料^[16]为规定根据的实践法则不能充当任何实践法则, 那么就只有一条形式主义^[17]

[11] 实践理性包括纯粹实践理性和(一般)实践理性, 前者将定言命令作为行为的规定根据, 后者将假言命令作为行为的规定根据。

[12] 根据康德自己的说法, 他的“道德三书”的任务分别是这样的: (1)《道德形而上学之奠基》要给出一种清除了一切经验的和人类学因素的纯粹道德哲学, 寻找并建立最高道德原则。或者换种说法, 暂时先使人认识职责(Pflicht)原则, 指定职责原则的一个特定公式, 并为之辩护。该书是《实践理性批判》的前驱, 为后者预先清理出一个非经验的场地。(2)后者的任务则是指出纯粹实践理性之存在, 并出于这一意图批判其全部实践能力。康德说, 《实践理性批判》是《道德形而上学》的唯一基础。(3)后者将是概念出发, 是对普遍道德原则的先天认识的体系, 另外, 后者还研究如何将这些原则运用到人类学上去。庄振华:《康德伦理学中的形式、质料问题——以《实践理性批判》为中心》, 载《云南大学学报(社会科学版)》2009年第6期。

[13] [德]康德:《康德著作全集》(第4卷), 李秋零译, 中国人民大学出版社2005年版, 第450页。

[14] [德]康德:《康德著作全集》(第4卷), 第451-452页。

[15] [德]康德:《实践理性批判》, 邓晓芒译、杨祖陶校, 人民出版社2003年版, 第24页。

[16] 在康德伦理学中, 质料即是欲求能力的对象, 而且质料性的实践原则正因其是质料性的, 就都是经验性的, 并且受制于自爱与自身幸福的原则。庄振华:《康德伦理学中的形式、质料问题——以《实践理性批判》为中心》, 载《云南大学学报(社会科学版)》2009年第6期。

[17] 对于形式原则, 康德的定义是:抛弃所有主观目的的实践原则, 就是形式原则; 当它们具有主观目的时, 就是物质原则, 也就是说, 这些实践原则是以某些诱因作为其实践的基础。林火旺:《伦理学入门》, 上海古籍出版社2005年版, 第113页。

的道路等着康德了,因为,“如果我们把一切质料、即意志的每个对象(作为规定根据)都排除掉,那么在一个法则中,除了一个普遍立法的单纯形式之外,就什么也没有剩下来。”^[18]那么,这个单纯的形式是什么呢?经过一番演绎后,康德提出了他的纯粹实践理性的基本法则:“要这样行动,使你的意志的准则任何时候都能同时被看作一个普遍立法的原则。”^[19]这就是康德的著名的道德法则(道德律),在这里,“准则”是意志的主观原则,一个人可以为了暂时的利益、偶然的感受去行动,这时,决定这个行动的策略就叫准则。准则可以是盗窃,也可以是帮助别人,个人可以随心所欲地设定一个准则作为自己的行动理由。

而“普遍立法的原则”就是法则,它是具有普遍性和必然性的准则。怎样发现法则呢?根据道德律,如果你的行动所依据的准则被普遍应用的时候能被实施、被贯彻到底,不会导致自我取消或自否定,它就是一条法则。康德举的例子是说谎,说谎可以是你行动的准则,但它却不能成为一个普遍的法则。法则之所以具有普遍性和必然性是由于法则拒绝了任何情感性的刺激(例如,不考虑作为准则的说谎能否给自己带来额外利益),将一切质料(例如,对利益的追求)都摒弃在行动的理由之外,将自己怎样行动留给了理性的自由判断。

2. 对不道德行为的判定

理性是如何自由判断的呢?是这样的:行为人在行动前,运用理性来判断一下:行动的准则能否成为一条法则,能成为一条法则,理性就应该将它付诸实践,反之,则不付诸实践。由此可见,这是一种纯形式的判断。这个判断的过程是怎样的呢?如果 A(action)代表一个任意行为, Ma(maxim of action)代表 A 的准则, GMa(general maxim of action)代表 A 的普遍化形式, ULa(universal law of action)代表 A 的法则,这个判定过程表述如下:

- ① Ma 是被随机挑选的
- ② 并且 A 可以无条件地得到实施
- ③ 如果 GMa 不能成为 ULa(无条件地)
- ④ 则 A 不符合定言命令

∴ ⑤ A 是不道德的

如果行为人任意选定一个 Ma_1 (借钱不还)作为自己行为的准则,而由这个准则支配的行为 A_1 就是:在借钱时明知自己不会还钱,但仍以日后还钱为条件骗取他人钱财的行为。因为定言命令的要求是“准则”任何时候都要被看成一个“法则”,所以,这个 A_1 不符合定言命令的关键是看 GMa_1 能否成为 ULa_1 。那么将 A_1 普遍化之后的 GMa_1 能否成为一个普遍的法则呢?

假设特定社区有 N 个理性存在者(理性存在者的通俗表示为“人”),那么 A_1 的普遍化有两种方式,第一种方式是,任意一个人 P_n 能够针对同一人 P_1 将 A_1 无限地实施下去或者 P_n 能够针对不同的人将 A_1 实施 N 次或 N 次以上;第二种方式是,社区中的所有人,从 P_2 — P_n 都能够针对同一个人 P_1 或者不同的人 P_n 无障碍地实施 A_1 。如果这两种方式都能在任何时候无条件地完成, A_1 就能得到普遍化地实施, GMa_1 就能成为一个普遍的法则。那么,这两种方式都能在任何时候无条件地完成吗?答案显然是否定的。

反之,选定 Ma_2 (有借有还)作为自己行为的准则,在 A_2 (在借钱时承诺以后还钱,实际

[18] [德]康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,杨祖陶校,人民出版社 2003 年版,第 33—34 页。

[19] [德]康德:《实践理性批判》,第 39 页。

上,在债务到期后也履行了债务)可以无条件地得到实施的情况下,GMa₂能成为 ULa₂(鉴于上面已经给出了“借钱不还”的论证过程,这里省略“有借有还”的论证),所以 A₂符合定言命令,所以就可判定 A₂是道德的。

3. 对道德行为的选择

康德的定言命令判断行为是否道德就是判断行为之存心(动机)是否是一种纯粹的存心。由于这个定言命令的判断形式是先验的,在行动之前,我们都可以去判断自己即将采取的任何行动是否道德。并且,这种判断的过程也是纯粹的,这个过程纯粹性是由其形式性来保障的。^[20]所以,在判断之前和判断的过程中,不会有任何外在意志的强加,当行为者运用自己的理性判断自己即将采取的行为是不道德时,下一步是实施这个行为还是实施一个道德的行为,就完全取决于行为者自己的自由意志。自由就是可以选择,可以为恶,也可以为善,在可以为恶的时候选择了为善,这就是意志的自由运用。

既然在行动之前可以用这个判断形式来辨别行为的善恶,那么在行为之时,行为人一定知道行为的性质是善还是恶。在可以为恶的情况下,还坚持为善,道德感就在这里得到了彰显。道德感得到了彰显是因为行为人在为善,那么在可以为善的情况下,行为人为何要为善呢?是因为必须得服从定言命令。那么,为什么要服从定言命令呢?是因为人要自由。不服从定言命令,人就不是自由的。为什么只有在服从中人才是自由的呢?因为,如前所论证的,不服从定言命令的行为最终会导致自我取消、导致自己不能实施自己预先设定的行为,这种自我取消的状态就是一种不自由的状态。只有服从定言命令,人才能将其理性贯彻到底,贯彻到永恒,这种理性的不导致自我取消的永恒贯彻就是自由。

当然,这里要区分两种自由,第一,如上所述,在行为之时,人有可以为善也可以为恶的自由,这种自由在康德那里叫“自由的任意”,康德对此解释道:“那种不依赖于感性冲动、也就是能通过仅由理性所提出的动因来规定的任意,就叫做自由的任意。”^[21]彻底由感性规定的行为就是不自由的,例如肚子饿了就吃饭,吃饭在康德那里连自由的任意都称不上。自由的任意必须存在理性的应用,例如,为了不劳而获,就盗窃。盗窃是建立在理性运用的基础之上的,免受惩罚痛苦的感性欲求会阻止人去盗窃,理性在这里就克服了这个感性欲求而选择了盗窃。这个选择就是自由的任意。第二种自由叫“自由意志”。如果用上面的定言命令的判准模式对盗窃判断,就可得出盗窃会导致自我取消与最终的不自由,因此,对盗窃的选择只是一种暂时的自由。所以,盗窃所体现出来的自由的任意就不是真正的自由。“自由的任意由于只是片段地使用理性……所以它所获得的自由也只是片段的……是由感性的自然所决定并会因此而改变的,因而最终仍然是不自由的。”^[22]那真正的自由是什么呢?是自由意志,“自由意志则要求不受感性的干扰而逻辑上一贯地使用理性,使理性具有了超越一切感性欲求之上的尊严,所以它所获得的自由才是真正一贯的、永恒的。”^[23]当人判断出盗窃行为是不道德时,他就知道自己得到的只会是暂时的自由,所以,他就必须选择一种永

[20] 但是,“存心伦理学”不即是“形式伦理学”。同样是基于“为义务而义务”的存心,一个行动者可能直接采取一项实质原则(譬如“上帝的诫命”或“民族的荣耀”),另一个行动者却可能根据形式原则(定言令式)来决定其行为的目。李明辉:《儒家视野下的政治思想》,北京大学出版社2005年版,第97页。

[21] 转引自邓晓芒:《康德哲学诸问题》,生活·读书·新知三联书店2006年版,第194页。

[22] 邓晓芒:《康德哲学诸问题》,第195-196页。

[23] 同上注,第196页。

恒的自由,他就必须选择服从定言命令,在服从定言命令中获得永恒的自由。“作为一个理性的、从而属于理知世界的存在者,除了按照自由的理念之外,人绝不能以别的方式设想他自己的意志的原因性。”^[24]以自由作为原因性的意志就是自由意志。自由意志是经过定言命令判定了行为之后的对服从定言命令的选择,道德就作为一个服从的后果自动地产生了。

所以,“道德上的人格性不是别的,就是一个理性存在者在道德法则之下的自由。”^[25]道德法则之下的自由就是意志自由,他保证了人格的一致性,从而体现出了道德上的人格性。这里,将选择道德行为的原因推论为行为的人格性,而人格性是区别于动物成为人的一个前提条件,是人的必然,所以,对道德行为的选择就成为了一个必然。

4. 自律要求的形成

既然选择道德行为成为了必然,那么服从定言命令就成为了一个内心的自觉要求,定言命令就在自己的内心形成了一个自律的要求。在行动之前,用上述的判定公式检测出了即将采取的行动不道德时,定言命令就要求自己不得实施这个不道德的行为,这个“不得……”就是一个要求自己不作为的约束。反过来,这个不得也可转化为“我应当……”即要求自己作为一个约束。那么这个约束为何是“自律的”,而不是“他律的”呢?

如前所述,这种约束来自于一种必然性,一种人作为理性存在者拥有自由意志的必然性。诚如邓晓芒先生所言:“自由使我具有了一个‘理知世界’成员的资格,并以这种资格面对感官世界的种种诱惑而凌驾于其上,构成了‘我应当……’这一定言的先天综合命令。”^[26]人作为理性存在者,他的理性使得他必须运用理性将自己的理性贯彻到底,必须使自己的理性进入上文所说的那种永恒的自由状态中,而不仅仅满足于片段式的自由,否则,就不能说他拥有理性。而上文也已经论证了,对永恒自由的追求(贯彻)只能以服从定言命令为前提。^[27]所以,自由不仅是‘理知世界’的成员的资格,还是服从定言命令的原因。而自由,只能是自己对自己的命令,不可能存在外在的强加,所以,因这种自由带来的约束(服从),只能是“自律”。

(二) 内化自然禁止性规则

1. 运用理性先天地认识这个自律要求

先天地认识,就是指不依赖于来自经验的知识,就可形成自己的判断。与之相反的是后天地认识,是指必须借助已有的经验才能形成自己的判断。例如,投一枚硬币到自动售货机,就可预言期望中的商品将会被吐出。这预言是来自于已有的经验,不管这经验是直接经验(自己昨天投过一枚硬币,得到了期望中的商品),还是来自间接经验,间接经验可以来自别人先前的传授,也可以来自售货机上面的“使用须知”,或其它。

“自律要求”就是:为了人之人格性和尊严,理性对通过定言命令判断出的不道德行为的自我约束。那这个“自律要求”是怎样被先天地认识到的呢?首先,就像前面演示过的那样,由于定言命令就是一种形式推理,就是形式逻辑,邓晓芒先生曾言:“‘先天的’一词外延

[24] [德]康德:《康德著作全集》,第460-461页。

[25] [德]康德:《康德著作全集》(第6卷),李秋零、张荣译,中国人民大学出版社2007年版,第231页。

[26] 邓晓芒:《康德哲学诸问题》,第89页。

[27] 这里似乎存在一个“矛盾”,即:为了自由我们服从定言命令,既然我们必须“服从”某某东西,那我们还能称自己是自由的吗?之所以看似有矛盾,是因为我们混淆了上文中的“自由的任意”与“自由意志”,不服从定言命令的自由只是“自由的任意”,服从定言命令之后才能进入“自由意志”的境界。所以,不存在矛盾。

最大,不但包括‘先验的’和‘超验的’,而且还包括一切先于经验的知识,如数学和形式逻辑。”^[28]作为形式逻辑的定言命令在实践之前就可被理性先天地用来检测自己即将采取的行为,检测结果就可被先天地认识到。如果行为是不道德的,对永恒自由的追求就会在自己的内心形成一个要求——不得践行不道德的行为。这个自我约束的形成过程也是不依赖任何感官性的刺激或外在的经验,不管行为人所处的社会是否有这种和“自我约束”相一致的风俗习惯、规章制度和法律法规,通过理性就可将这种约束推导出来,这种认识或推导过程是先天的。

2. “自律”成为遵守自然禁止性规则的原因

如前所述,自然禁止性规则是可以被理性先天认识到的规则,它的认识过程与“自律”的先天认识过程是一致的。现在,只要论证了“自律”是遵守自然禁止性规则的原因,就可以得出结论:遵守自然禁止性规则就是对自由的自觉追求的结果,而不是对外在经验性的东西的服从。那么,“自律”如何能成为遵守自然禁止性规则的原因呢?

每个人都是理性存在者,都可以先天地认识到这个自律要求。既然每个人都能认识到这个自律要求,那么,由人联合成的群体必然也能认识到这个自律要求。而社会是由人之群体构成的,从整体上讲,社会中就形成了“自律要求”,并且,这个自律要求必然是共同的。虽然从个体的角度来看,某个人形成什么样的自律要求完全取决于他当时随机性地判定了什么样的不道德行为,具体的自律要求的形成完全是他自己独立运用理性的结果,与别人无关。但是,由于对每个人而言,认识某个自律的要求是无条件的、先天的,所以,形成于任何个体的任一的自律要求,在其他个体身上也完全具有形成的可能性。

换一种方式来看:一个自律要求就约束了所有个体的特定行为,当每个人都服从自己的自律要求时,从整体上看,社会成员的行为就呈现出一般性的特征。

又因为自律要求的形成是为了避免行为的自我取消,所以,就单个成员而言,具体行为的自律要求始终是不变的,即,与某个行为相对应的始终是那条自律要求,自律要求的不变保证了行为模式的稳定。从个体上看,一定时间段之后,那个行为就呈现出常规性的特征。

哈特(H. L. A. Hart)在《法律的概念》开篇中就提出了法律理论中恼人不休的三个问题,其中一个问题是:规则到何种程度上便成为法律?即“什么是法律规则”^[29]哈特对这个问题的回答是所谓规则的“实践理论”,这套理论认为一个群体的社会规则是由某种形式的社会实践所构成的。而这个社会实践包括两部分:“群体内的大多数成员规律性地遵同的行为模式,和对这种行为模式的独特的规范性态度,我们称此种态度为‘接受’。”^[30]“规律性地遵同的行为模式”就是判断规则存在的外在构成,但是这个构成并不能将规则从习惯中区分出来。因此需要“规范性的态度”这一内在构成使规则独立于习惯成为规则。“规范性的态度”不仅使得批评偏离规则的行为具有了正当理由,而且使得人们在接受特定规则时不会体验到任何受强制的感觉。

在康德的理论模式中,每个个体服从自律要求会使得社会成员的行为表现出一致性和常规性,在社会层面上,就显现出了“规律性地遵同的行为模式”,按照哈特的规则的实践理

[28] 邓晓芒:《康德哲学诸问题》,第3-4页。

[29] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 6-9.

[30] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 第255页。

论,出现了规则的外在构成。如果自律要求行为人对行为模式具有规范性态度,即,出现规则的内在构成,自律要求就能在社会层面上形成“规则”。所以,对自律要求的积极“追求”也是对行为模式的态度。

这样,单个的个体服从自律要求,不仅在社会层面表现出规则的外在构成——“规律性地遵同的行为模式”,而且也具有规范性的“接受”态度。到此,我们就可以得出结论:自律要求的外在呈展就是“规则”。

尽管自律要求的形成源于自由意志对自由的贯彻,但是,一旦自律要求形成之后,就会对行为人有一个义务性的要求,“对于人和一切被创造的理性存在者来说,道德的必然性都是强迫,即责任,而任何建立于其上的行动都必须被表现为义务。”^[31]自律要求的义务性特征就导致呈展于外的不仅是一个规则,而是一个义务性规则,根据上文的限定,就是禁止性规则。又因为这种禁止性规则可以被理性先天认识到,并且对它的遵守将会附带地产生道德性的效果,所以,我们可以冠以“自然”修饰它,称其为“自然禁止性规则”。

因此,就具体的个体而言,他遵守自律要求时不觉地外在地表现为遵守了自然禁止性规则。没有任何外在的设定,自律要求就成为遵守自然禁止性规则的原因。

3. 自然禁止性规则的内化

由于遵守自然禁止性规则的原因是服从自律要求,所以,遵守自然禁止性规则也是对自由意志的贯彻,也是必然的、自由的、自律的和自觉的。但是,日复一日,年复一年,人们可能只注意到自然禁止性规则在社会层面上所具有的一般性和成规性特点,而淡忘遵守自然禁止性规则背后真正的原因——自由意志对自由的贯彻——而形成一种服从自然禁止性规则的习惯,当这种服从的习惯遭到破坏时便会产生集体的批评,并将对该规则的违反看做是给出批评的正当理由。不久之后,行为者可能会将免受批评或其他集体惩罚当做遵守自然禁止性规则的原因。这样就产生了一个集体无意识的“偷换”,遵守自然禁止性规则的原因本来是为了自由式的自律,但却被偷换为害怕惩罚和社会舆论压力或道德谴责。明了遵守自然禁止性规则的真正原因需要多次地运用理性,对于喜欢放纵自己、不尚思辨的人类来说,性格的懒惰性总是会阻止理性的运用。再加上在一个成熟的社会中,自然禁止性规则必然会慢慢演变而充当规制社会的主流道德舆论,它们总是对社会成员的行为起指引和约束作用,行为人也乐意服从这些道德舆论,久而久之就产生一种习惯性的服从。在习惯性服从的过程中,行为人放弃了运用自己的理性,也放弃了自由,自然禁止性规则就开始独立为一个外在的经验知识远离自己的内心。这时,行为人遵守自然禁止性规则就仅仅是在遵守一个外在的经验体系,而不是自己自由意志的自由运用,他所感受到的就只是外在体系的强迫了。并且,正式的立法机关也会将这些自然禁止性规则写进国家制定法,并设定一个监狱、警察等国家暴力机关强制保证它们的实施,遵守自然禁止性规则就蜕变为了对权力的屈服,再也看不到自由的影子了。这就是我们社会的现状!

但是,任何一个加给我们的规则,如果它是一个自然禁止性规则,只要我们不放弃自己的理性,对那个自然禁止性规则中的行为模式作一个上文中论证过的形式推理,就可在自己心中唤起一个自律要求。只要我们永远将遵从自己的内心要求当做行动的理由,我们就永远是自由的,自然禁止性规则就永远不会构成一个外在的强加,遵守自然禁止性规则只是我

[31] [德]康德:《实践理性批判》,邓晓芒译、杨祖陶校,人民出版社2003年版,第112页。

们服从自己内心的一个附带的外在表象,此时,自然禁止性规则映射给我们的就是一个自律要求,服从自律要求依然是遵守自然禁止性规则的原因,在这种状况下,自然禁止性规则就永远被人们内心地接受,而非外在地屈服。

三 通过“自利”内化实证禁止性规则之路

(一) 实证禁止性规则的起源

实证禁止性规则是不能被理性通过形式道德的判准模式先天认识到的规则,我们既不能说它合于康德的形式道德也不能说不合于康德的形式道德,它游离于康德的道德评价模式之外,它具有去道德评价性。我们完全可以说它具有道德中立性,我们能认识到它的存在,完全是因为它出自国家法律法规的明文规定,国家为什么要对此作出规定呢?主要有两个原因,一是它们解决了人类的协调问题;二是它们克服了合作难题。

1. 解决协调问题

在社会中,一个人采取怎样的行动往往取决于与其交往的对方参与人采取什么样的行为。而人之行为千变万化,行动中的个人是很难估计对方参与人采取什么样的行为,这就存在一个协调问题,在双方当事人需要行动而不能进行事先的信息沟通或事先的沟通是非常不经济的情况下,就会产生协调博弈。“如果一个协调博弈是一个给定的经济或社会里反复出现的特征,那么,与其在它每次出现的时候都去尝试解决这个博弈,不如期待经济里的行为入建立起某种行为或惯例的均衡模式,并且每到问题出现时都加以遵循。”^[32]只要这种作为均衡模式的惯例一旦形成,它就能解决协调问题,使得双方当事人在不能进行事先的信息沟通或事先的沟通是非常不经济的情况下能够达到利益的最大化。这里以交通规则中右行规则的形成为例说明之。

假设在一个刚刚形成的社会中,还没有形成靠左边行还是靠右边行的规则。在一条不太宽敞的马路上, $D_{甲}$ 开着一辆车驶在马路中央,这时 $D_{乙}$ 同样开着一辆车从对面驶来。假设 $D_{甲}$ 只有两种选择:靠左或靠右。 $D_{甲}$ 到底是朝左边靠以躲开 $D_{乙}$,还是朝右边让以躲开 $D_{乙}$ 呢?这取决于 $D_{乙}$ 打算朝左边靠还是朝右边靠,即一方采取什么样的策略取决于对方采取什么样的策略,这就形成了一个典型的躲避博弈(见下矩阵)。

		D _乙 的策略	
		右行(R)	左行(L)
D _甲 的策略	右行(R)	5, 5	-5, -5
	左行(L)	-5, -5	5, 5

图 2: 交通躲避博弈

如果双方都靠左或者靠右的话,则可避免相撞,双方都呈正的收益,如果一方左行另一方右行或者一方右行另一方左行,则必然相撞,双方都呈负的收益。在双方不停车,而随机靠边避让对方的情形下,从矩阵中可以得出双方在左边相撞的几率为 25% ($D_{甲}$ 走左边的几

[32] [美]肖特:《社会制度的经济理论》,陆铭、陈钊译,上海财经大学出版社 2003 年版,第 35-36 页。

率 50% 乘以 D_Z 走左边的几率 50%)，双方在右边相撞的几率也为 25% ($D_{甲}$ 走右边的几率 50% 乘以 D_Z 走右边的几率 50%)，相撞的整体几率为 50% (左边相撞的几率 25% 加右边相撞的几率 25%)，设相撞给一方造成的损失为 B ，则在这个避让中一方的损失为 50% B (一方相撞的损失 B 乘以相撞的整体几率 50%)，设一方司机下车与对方商量左行和右行的成本为 C ，当令 $C > 50\% B$ 时，则司机是不会选择下车商量怎样避让的。由于左行或右行没有什么收益上的差别，而理性又不能预测到对方到底是左行还是右行，所以，靠哪边避让就取决于一个随机性的选择。

如果每个司机都有可能成为 $D_{甲}$ 方，也有可能成为 D_Z 方，每个司机的随机性选择会使这个避让博弈产生 3 个均衡： (L, L) 、 (R, R) 和弈局中的司机均随机选择一个 50% 靠左或靠右的概率。即，如果对方靠左行驶，则自己靠左行驶是安全的，并且最好是我能事先预见到对方靠左行驶并选择始终靠左行驶，形成一种靠左行驶的稳定策略，以将相撞的几率降为零；如果对方靠右行驶，则自己靠右行驶是安全的，并且最好是我能事先预见到对方靠右行驶并选择始终靠右行驶，形成一种靠右行驶的稳定策略，以将相撞的几率降为零。当然，还有第三种情形，即在 50% 的情况下对方靠左或靠右行驶，自己不管是选择靠左行驶还是靠右行驶，自己的效用不会有变化，所以，自己也会随机性地选择靠左或靠右，也形成 50% 对分的局面，从而达到一种博弈均衡。很明显，这种博弈均衡容易被打破，任何偶然事件致使靠左或靠右的几率少于 50% 时，这个博弈均衡就向 (L, L) 或 (R, R) 移动。具体演算如下：

令 P (probability) 表示这个新社会中某一司机随机性地遭遇交通博弈时他选择靠右行的概率。那么靠左行驶的概率则为 $1 - P$ 。 P 反应了博弈者所遵循的策略的比例。如果 20% 的博弈者一成不变地选择左行策略，对方 80% 也一成不变地选择右行的策略，则 P 等于 80%。此外，还要考虑混合策略的问题，假设，有 60% 的博弈者一成不变地选择右行，10% 的博弈者一成不变地选择左行，剩下的 30% 的博弈者没有稳定的策略，如果他们在 $2/3$ 的情况下选择右行，在 $1/3$ 的情况下选择左行，那么 P 也等于 80%。

令 U (utility) 表示某一博弈者采取某一策略给他带来的效用， U_r 表示右行策略给博弈者带来的效用， U_l 表示左行策略给博弈者带来的效用，由上面的博弈矩阵可知： $U_r = 5$ 、 $U_l = 5$ 。当 $P = 80\%$ 时，某一个采右行策略的博弈者有 80% 几率与另一采右行策略的博弈者相遇，有 20% 的几率与另一采左行策略的博弈者相遇，与朝右行的对手相遇时可避免相撞，其收益为正；反之，与朝左行的对手相遇时相撞，其收益为负。令 I 表示某一个采右行策略的

博弈者在这场弈局中的收益，则 $I = P U_r - (1 - P) U_l$ ，将效用单位代入后， $I = 3$ ；当 $P = 50\%$ 时，将效用单位代入后， $I = 0$ 。当 $P = 40\%$ 时， $I = -1$ 。参见左下方图表。

由此可见， $P = 50\%$ 是个临界点，这时不管是左行还是右行，给博弈者带来的收益都是 0，这会形成一个博弈均衡。但是，只要 P 稍微发生变动，就会改变这种均衡，使得弈局朝另一个方向发展。 $P > 50\%$ 时，采右行策略的博弈者的收益就会增长，同时采取左行策略的博弈者的收益就会减少，收益的减少会刺激越来越多原来采取左行策略的博弈

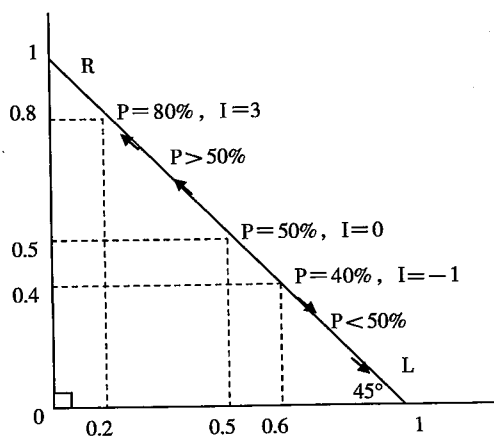


图 3: 从众效应

者采取右行策略,并促使 P 接近于 1;反之,当 $P < 50\%$ 时,采右行策略的博弈者的收益就会减少,同时采取左行策略的博弈者的收益就会增加,收益的增加会刺激越来越多原来采取右行策略的博弈者采取左行策略,并促使 P 接近于 0。

很明显,这里有一种从众效应,当 $D_{甲}$ 的对手经常采取右行或者左行策略时, $D_{甲}$ 最好也采取右行或左行策略,否则 $D_{甲}$ 就会“吃亏”,怎样才能判断出 $D_{甲}$ 的对手经常采取哪一种行动,刚开始 $D_{甲}$ 只能采取试错的手段,在经验中感知对手的策略。 $D_{甲}$ 的对手最初可能只是很随意地选择了右行作为自己的经常策略,几次失败的经历告诉 $D_{甲}$ 以后也选择右行策略以避免再次相撞, $D_{甲}$ 的选择同时也会强化甲的对手的信念,行为会得到相互的加强。由于每个人都有可能成为 $D_{甲}$,也有可能成为 $D_{甲}$ 的对手,因此这个经常性的策略会在整个社会中迅速扩散开来。当遵守这一策略的人越多时,就形成一个左行或右行的惯例。“这个惯例一旦被建立起来,如果它是一个均衡惯例的话,那么它将在这个博弈每次重复的时候规定我们的行为人的行为。这个问题的解将被制度化。”^[33] 这个制度化的惯例对每个行动者都是有利的,因为在社会交往中,它确定了行动者对对方行动的预期,避免了行动者在每次行动时都收集信息判断对方的策略,也避免了行动者在每次行动时与对方讨价还价的成本。所以肖特会说:“社会规范是社会的行为人发展来帮助他们在他人的行动上设置主观概率估计的信息装置”。^[34] 这个“信息装置”可以减少人们行动的协调成本。利益会诱使社会中的行为趋于一致。“在追求自利的个人之间的日常交往行为中,某些行为规则确实会演化出来。而一旦这些规则演化出来,我们每个人都会遵守,因为我们预期到别人也会遵守这些规则,这就是社会规范,也就是惯例。”^[35] 日积月累,某些惯例就会成为人们必不可少的生活因素,将它上升为实定法的组成部分是每个社会成员的利益诉求。

2. 克服合作难题

英国生物学家道金斯曾说:“如果你对生物学有所了解的话,你就会得出一个必然的结论,所有从进化而来的东西都是自私的,包括人在内。”^[36] 如果人都是自私的话,那么人可能从事互惠行为吗? 人类能够相互合作吗? 在一个刚刚形成的群体中,人们相互之间处于陌生状态,是怎样从背叛逐渐形成合作的呢? 为解答这个问题,我们可以先来假设。

假设某大学图书馆刚刚建成,其中一间阅览室第一天开放,尚未公布阅览规则,在阅览室刚刚开放的清晨有 2 个来自不同学院的相互陌生的学生在看书。这时 S (student) 的手机来电话了, S 有两种选择:穿过长长的过道到阅览室外面去接电话或者直接接电话。假设 S 穿过长长的过道到阅览室外面去接电话的成本为 C , S 在阅览室享受安静氛围的效用为 Q 。假设 S_1 和 S_2 都有可能来电话,并且先来电话的一方如不出阅览室接电话会使对方得不到效用 Q ,并可能招致对方的报复性模仿。如果 S_1 不出去接电话,则 S_2 有两种选择:不出去或出去。当 S_2 不出去接电话时, S_1 的效用为 S_2 在室内接电话给其造成的安静损失 $-Q$,写为: $-Q$ 。 S_2 的效用为 S_1 在室内接电话给其造成的安静损失 $-Q$,写为: $-Q$;当 S_2 出去接电话

[33] [美]肖特:《社会制度的经济理论》,第 82 页。

[34] [美]肖特:《社会制度的经济理论》,第 78 页。

[35] Young, H · Peyton, “Social Norms”, Forthcoming in the New Palgrave Dictionary of Economics, edited by Steven N · Durlauf and Lawrence E · Blume, 2007. 转引自方钦:《从社会规则到个人道德——论萨格登关于惯例的演化博弈论分析》,载《社会科学战线》2008 年第 6 期,第 54 页。

[36] Dawkins, *The Selfish Gene*, (Oxford: Oxford Press, 1976). 转引自汪丁丁、罗卫东、叶航:《人类合作秩序的起源与演化》,载《社会科学战线》2005 年第 4 期,第 44 页。

时, S_1 的效用为其获得的安静 Q , 写为: Q 。 S_2 的效用为其支出的“出去”成本 $-C$ 加 S_1 在室内接电话给其造成的安静损失 $-Q$, 写为: $-C - Q$ 。同理, 如果 S_1 出去接电话, S_2 也有两种选择: 不出去或出去。当 S_2 不出去接电话时, S_1 的效用为其支出的“出去”成本 $-C$ 加失去的安静 $-Q$, 写为: $-C - Q$ 。 S_2 的效用是 S_1 的“出去”给其带来的安静 Q , 写为: Q ; 当 S_2 出去接电话时, S_1 的效用为其支出的“出去”成本 $-C$ 加获得的安静 Q , 写为: $-C + Q$ 。 S_2 的效用为其支出的“出去”成本 $-C$ 加获得的安静 Q , 写为: $-C + Q$ 。 S_1 和 S_2 之间的博弈矩阵图如下:

		S_2 的策略	
		不出去	出去
S_1 的策略	不出去	$-Q, -Q$	$Q, -C - Q$
	出去	$-C - Q, Q$	$-C + Q, -C + Q$

注: ($Q > C > 0$)

图 4: 图书馆打电话博弈

在一次性博弈中, 不管是 S_1 还是 S_2 都会采取“不出去”这一策略, 因为这时他们的收益是 Q 。又因为 $Q > -C + Q > -Q > -C - Q$, 所以, Q 是利益最大化的, 所以, “不出去”是单个博弈者的超优策略。但是, 假如 S_1 和 S_2 都要在阅览室看 4 年书, 即, 这个博弈将会进行无数次。在接下来的博弈中, 对手也为了追求自己的利益最大化, 也会采取“不出去”的策略。由博弈矩阵可知: 如果这个博弈在自利的 S_1 和 S_2 之间无次数限制地进行下去的话, 对方也会采取“不出去”的策略, 最终会走向纳什均衡 ($-Q, -Q$), 这是典型的霍布斯式的自然状态, 这将会直接导致每个博弈者的收益从 Q 降为 $-Q$ 。

当博弈进行到多次之后, 理性的博弈者会预见到如果都采取“出去”策略的话, 双方的收益将从 $-Q$ 提升到 $-C + Q$, 所以, 他们都会期望自己和对方采取“出去”策略, 即期望合作。任何一个新到阅览室的 S_n 在经过多次博弈之后也会期望与其他的 S 合作, 进而逐渐出现一种行为常规。“合作关系中之所以会出现行为常规, 仅仅因为它们会带来价值最大化。”^[37] 为了避免每一个新到阅览室的 S_n 在认识到这个行为常规之前给已经在阅览室内看书的 S 造成 $-Q$, 阅览室内的 S 便会形成一种集体诉求: 将“出去”这一行为常规明确化。“为了控制失衡成本, 人们发现将隐含规则明晰化、形式化并加以实施对大家都有益处。”^[38] 明确化的结果是公布一条禁止性规则: “禁止在阅览室内接听电话”!

有了这条禁止性规则, 阅览室内的合作就成为可能, 每个人可预期他人会合作, 从而自己也能放心地合作。因为不合作给博弈者带来的只是一次性的超额收益, 只要博弈者能预见到一次性的超额收益小于因自己的偏离策略导致博弈均衡改变后自己的收益。便宜一时, 吃亏一世, 明白了这个道理, 人们自然愿意合作。合作既然成为了每个博弈者的稳定策略, 关于合作的规则必然就会生发出来。所以, 在奥地利学派的先驱门格尔 (Carl Menger) 看来: “社会制序是从无数的经济当事人在追逐各自的自身利益所形成的‘自私的交往’中发

[37] [美]埃里克·A·波斯纳:《法律与社会规范》,沈明译,中国政法大学出版社2004年版,第50页。

[38] [日]青木昌彦:《比较制度分析》,周黎安译,上海远东出版社2001年版,第43页。

生出来的”。^[39]

将“阅览室”换成“社会共同体”，上述对禁止性规则的起源的描述依然成立。并且，社会共同体中的实证禁止性规则几乎都是通过这种演化博弈达成的一种稳定。它是社会共同体基于自身利益最大化而产生的一个合作博弈的解，社会共同体的存在和延续需要合作，各种合作难题的解决就会产生各种法律规则。“尽管法律不能脱离社会共同体的存在而发展，社会共同体却不需具有国家的特征就可以赋予自己法律规则。”^[40]其道理就在于此。

3. 实证禁止性规则源于“自利要求”

不管是合作还是协调与他人的行为，都是为了自己更好地生活或生存。“如果人们要在集体中共同生活，一定要有使他们合作和相互接触的条件。”^[41]交通规则和图书馆阅览规则只是这些条件中的冰山一角，大千世界繁复无比，从早上买早点时排队到晚上坐车回家，人们每天都得和他人合作和协调行动，否则寸步难移。为了避免博弈失败的风险和减少演化成博弈均衡之前博弈者的损失，有很多博弈中形成的规则就需要上升为国家实定法的内容从而成为实证禁止性规则，以确保博弈一方的预期不致落空。“这样，就使人们不必每天揣度、算计并周详地考虑别人要干什么和正在干什么，而只是简单地假定别人亦会遵循以前的行为模式。正是因为这一点，人类才从那种霍布斯世界的人人是强盗的野蛮或未开化社会过渡到文明社会。”^[42]

(二) 内化实证禁止性规则

1. “自利”是遵守实证禁止性规则的原因

这些禁止性规则成为国家实定法的内容之后，通过法律继承等方式流传了下来。流传越久，它与人们的距离就越远。最后，人们彻底忘记了它起源的真正原因，对它们的遵守或服从就变成了对惩罚的害怕。与对自然禁止性规则的遵守一样，遵守实证禁止性规则的原因也存在集体性的“遗忘”和“偷换”。本来，遵守实证禁止性规则的原因是为了自己的生存，长久的社会实践却将其“偷换”为了害怕惩罚。

在现代社会中，法律非经一定的程序和有权国家机关制定和颁布不生效力。仅从国家法律的产生程序上看，颁布什么样的法律似乎与人们的意愿无关，似乎是立法者意志的产物。但是，这只是一种表象，因为，“任何一个法律系统在整体上都不是被设计出来的，即使是人们在法典编纂方面所做的各种尝试，也只不过是把现存的法律系统化而已，并在这样做的过程中，对它加以补充或消除其间不一致的内容。”^[43]这就是说，国家实证法来自社会既有的规则，只不过被赋予了国家强制力。既然上面已经论述了社会既有的实证禁止性规则源于人之自利的需要，那么上升为实证法的禁止性规则也源于人之自利。另外，不管是协调博弈还是合作博弈，其博弈均衡不只一个，会出现不只一个博弈解，针对同一个问题会生发出不同的规则。这些不同的规则之间会相互竞争，只有能最大程度优化博弈参与者的规则才能得以存留并被法律化。从长久来看，规则优化了每个人的生存环境，而非某个特定参与人的生存环境。因此，实证禁止性规则仍然起源于人之自利，而人们遵守实证禁止性规则也

[39] 转引自韦森：《社会制序的经济分析导论》，上海三联书店2001年版，第38页。

[40] [美]埃尔蒙：《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，清华大学出版社2002年版，第2页。

[41] [英]雷蒙德·弗思：《人文类型》，费孝通译，商务印书馆2009年版，第120页。

[42] 韦森：《经济学与哲学——制度分析的哲学基础》，上海人民出版社2005年版，第157页。

[43] [英]哈耶克：《法律，立法与自由（第一卷）》，邓正来译，中国大百科全书出版社2000年版，第160页。

是为了自己的利益。

2. 符合自身利益的规则一定会被自觉遵守、

既然遵守实证禁止性规则的原因在于自利,如果遵守实证禁止性规则符合自身利益,对利益的追求一定会在自己的内心作为第一原因引发遵守的行动,由于这个第一因是自由意志选择的,所以,遵守行动一定是自愿的。并且,上面已经论述过,实证禁止性规则符合当下的博弈者的利益,但是,每一个社会成员都是潜在的博弈者,所以,在假定弈局会在相同或不同的成员间无限发生时,实证禁止性规则也是一定符合所有社会成员的利益的。所以:“这种作为演化稳定性的习俗在一个群体中生发出来,每个在其中的成员都会‘黏附’于它。这里并不需要有第三者来通过某种强制来维护这种演化稳定性,而是每个成员均会自觉遵守之。”^[44]

即使后来有新的规则演化出来,它迟早也会被转化为自觉遵守。因为,既有的规则体系会沉淀和扩展为一个整体,而这个整体会同化任何新生发的规则。“一旦人之合作的扩展秩序在一个社会或者世界范围内扩展开来,即型构而成为作为社会本身实存的‘整体秩序’这种作为一个整体的社会秩序显然又必然把种种具体的规则及其系统‘内在化’于它的构成之中。”^[45]当新规则被内化于整体中时,对整体的自觉遵守就同时扩及到对任何新规则的自觉遵守。“共同的习俗也会在不知不觉中被视作应当遵守的规则。”^[46]而之所以会出现这个不知不觉地“应当”,实在于这些规则符合每一个社会成员的利益。

3. 实证禁止性规则的内化

这样我们就将遵守实证禁止性规则的内在基础建立在人的自利要求之上,随着时间的推移,这种符合自身利益的遵守就演变为一种自觉的行动。“在我们生活的这个现代世界中,这些规范往往是被人遵守的,我们多多少少已经把这些规范内化于自身了。”^[47]这种内化的根基在于人们出自人的自利的本能对它的接受的态度。这种接受的态度所导致的内化,最后会使得国家的实定法的规定、国家的强制力保证、所有的刑罚或其他惩罚措施都成为多余。在这种理想状态下,即使是文盲、完全不懂法的人也会发自内心地遵守实证禁止性规则。

四 结论:栖居于法律之中

行文至此,我们已经知道,禁止性规则并非注定就只能是一个罩在人们头顶上的规则体系。只是由于种种原因(例如懒得运用理性、目光短浅等)遮蔽了人们对禁止性规则的认识,本文在祛除这种遮蔽的同时,也还了禁止性规则一个本来的面目,即禁止性规则本来是可以符合人们的“自律要求”和“自利要求”的。只要行为人在自己的内心将自律和自利贯彻到底,而不是贯彻那种虚假的自律和暂时性的自利,那么,他表现于外的行为就是一个“出乎规则”的行为,而不仅仅是“合乎规则”的行为。因为“出乎规则”的行为,是一种遵从自己内心的行为,而它的外在是否与规则的义务性要求一致则不是行为人在行为时考虑的

[44] 韦森:《经济学与哲学——制度分析的哲学基础》,第151页。

[45] 韦森:《社会制序的经济分析导论》,上海三联书店2001年版,第121页。

[46] [英]雷蒙德·弗思:《人文类型》,第120页。

[47] 童世骏:《关于“重叠共识”的“重叠共识”》,第62页。

内容。但是,只要行为人遵从内心的自律和自利要求,他的外在行为一定是符合规则的义务性要求的。至于“合乎规则”的行为,只是行为人的外部行为与法律的义务性要求一致,至于这种一致可能是因为行为人遵从内心的自律和自利要求、可能是因为行为人害怕惩罚、也可能是一种纯粹偶然的一致。一个人,当他达致真正的自律和将自利贯彻到底时,他眼中的禁止性规则就会与自己的内心要求一致,他对禁止性规则就自然只能而且惟一只能具有“接受”的态度,这时,禁止性规则就被内化了,从而内化了法律。

在“自律”与“自利”内化之路中,前者建立在纯粹实践理性之上,后者建立在人根深蒂固的本性之上。不管社会如何多元分裂,人的“纯粹理性”和“自利本性”是普遍性的,“纯粹理性”的普遍性是因为它摆脱了一切五花八门的病理性的、经验性的刺激对意志的影响,而“自利本性”的普遍性是因为追求单纯的自利就使得所有的决定只考虑单一性的、长久的利益最大化,这个最大化的值只有一个,这个唯一值就能保证它的不可争辩性和普遍性。在多元分裂的当今社会,这种普遍性摒弃了内化所可能导致的价值、立场的冲突,使得普遍性与个体内化之间能协调一致。而一旦内化在人心中,也就内化在人的日常行为中和社会交往中了。法律就不再是对人的一个外在强加,而变成了人的自愿选择。

[Abstract] Law is a set of external rules in which there exists binary oppositions between those who make rules and those who are in compliance with the rule. In order to reconcile the opposition, the article confines law to prohibitive rules. Further, it divides law into natural prohibitive rules and positive prohibitive rules. Drawing reference from Kant's Formal Moral Philosophy, the article illustrates that observing self-discipline serves as the cause of abiding by natural prohibitive rules and through evolutionary game theory, the article attributes the motive of observing positive prohibitive rules to seeking interests. A theoretical approach, therefore, is suggested to internalize natural prohibitive rules and positive prohibitive rules respectively. Ever since, law is no longer an externally compulsory means upon people, instead, it has become peoples' voluntary choice.

(责任编辑:支振锋)