

论法律上的“应当”

李旭东

(华南理工大学法学院, 广州 510006)

摘要:“应当”是法律科学中最重要的关键词之一。讨论法律上的“应当”, 首先应该关注法律上的“应当”与道德上的“应当”的关系问题。作为行为评价尺度, 法律上的“应当”具有普遍的标准, 而道德上的“应当”则不具有; 作为社会约束机制, 法律上的“应当”具备合法的强制力量, 而道德上的“应当”则不具备; 作为不同的评价体系, 二者可以同时发挥作用。法学上的“应当”也影响着法律上的“应当”, 二者是“使用”与“提及”的关系。

关键词:“应当”的范畴; 法律上的“应当”; 道德上的“应当”; 法学上的“应当”

中图分类号: D90-055 **文献标志码:** A **文章编号:** 1002-462X(2008)01-0110-05

法学给人印象最深的是, 它常常使用“应当”命题来表达其规范性要求。“应当”是法律科学中最重要的关键词之一, 本文对法律上的“应当”给予了初步分析, 希望由此增进人们对法律科学的理解。

一、法律上的“应当”与道德上的“应当”

讨论法律上的“应当”, 首先应该关注的是法律上的“应当”与道德上的“应当”的关系问题。法律科学和道德科学都是研究人之行为的规范科学, 它们具有非常密切的关系, 尤其在专业词汇上有许多相同之处, 如“权利、义务、责任”和“应当、可以、必须”等基本词汇, 都是法律科学和道德科学共同使用的。但是, 法律科学和道德科学仍然有明显的区别。就“应当”来说, 法律上的“应当”不同于道德上的“应当”, 尽管人们平常使用“应当”时并不会在前面加上“法律的”或“道德的”的定语。对属于不同科学领域的“应当”, 应该在学理上做出明确界定。通常对法律上的“应当”的理解困难, 很大程度上是由于作为日常用语的“应当”受到法律和道德两大规范科学的共同影响, 许多时候无法准确地区别法律和道德的影响, 从而使“应当”的含义比较含混。

日常语言词汇的模糊性, 在其成为专业词汇时就有了问题, 这种现象给法律上的“应当”的理解增加了困难。不过, 这种困难可能有着复杂的原因。首先, 法律与道德存在着密切的关系, 是否有必要像纯粹法学家那样对其进

行清晰的划分, 是一直存在争议的。对“应当”一词经常出现的有意无意的含混使用, 也是对法律与道德之间密切联系的一种体现; 其次, 虽然法律上的“应当”只有在与道德上的“应当”进行比较时才能准确理解, 但这并不表示必须时时严格划分法律与道德的界限。

康德认为: “一切立法都可以根据它的‘动机原则’加以区别。那种使得一种行为成为义务, 而这种义务同时又是动机的立法, 便是伦理的立法; 如果这种立法在其法规中没有包括动机的原则, 因而允许另一种动机, 但不是义务自身的观念, 这种立法便是法律的立法。至于后一种立法……必须是强制性的, 也就是不单纯地是诱导的或规劝的模式。”^[1] 康德的区分是比较经典的, 给后人认识法律和道德提供了一个基本的思维范式。我们就从这里开始讨论法律上的“应当”与道德上的“应当”。

1 作为行为评价尺度, 道德上的“应当”不具有普遍的标准, 法律上的“应当”却具有普遍的标准

首先, 法律上的“应当”在现代社会日益成为一种普遍性的行为评价尺度。需要指出, 这个判断是严格地针对一种现代社会而言的, 即以现代民族国家这样大规模的人类团体为组成单位的一个社会。曾经有过高度同质化的人类社会, 例如雅典的城邦、中国的家族, 道德上的“应当”在其中是作为普遍标准的。在现代社会中, 道德上的“应当”与法律上的“应当”都可以作为评价行为的标准, 法律作为行为的评价标准, 就以法律上的“应当”为标准, 这是一个普遍的、客观的标准。而道德上的“应当”的情况则发生了变化。现代社会中, 人们的道德观念多元化了, 不再存在唯一的、绝对的道德系统, 因此, 道德上的“应当”也就丧失了普遍性和客观性。对人的行为的道德评价, 可能存在多元的道德标准, 因而道德上的“应当”的客观性则成为一个复杂问题。在此种情况下, 法律标准因其

收稿日期: 2007-09-20

基金项目: 教育部人文社会科学研究项目“法律方法与法律思维研究”的阶段成果(05JJD820003)

作者简介: 李旭东(1970-), 男, 山西昔阳人, 讲师, 法学博士, 从事法学理论研究。

普遍性和客观性的优点,也可以作为对人的行为进行道德评价的一个基本标准。即使如此,法律仍然不能代替道德。哈特在《法律的概念》中,对道德区别于法律的这一特点也作了阐述。“法律反映或符合一定道德要求,尽管事实上往往如此,然而不是一个必然的真理。”^{[2]82}法律上的“应当”在一个现代社会中具有更普遍的作用,但不能代替道德的存在,道德上的“应当”自有其发挥作用的范围。这就是道德上的“应当”与法律上的“应当”的另外的区别。

其次,道德上的“应当”主要涉及人的内心动机。在现代社会中,这一点日益明显,即道德与伦理的分类越来越成为理解道德的重要视角。如果不对伦理和道德的关系做出一个合理的分别,就难以清楚认识道德上的“应当”与法律上的“应当”的联系。而法律治理在许多情况下仅仅要求人们行为上的合乎要求,而并不对人的内在动机提出要求。因而,因抱有法律信仰而守法的人和因畏惧法律制裁而守法的人,虽然在道德评价上其内在动机差距甚远,但都是合法的行为。法律对于内在动机并不做过多的评价。这倒不是说内在动机没有意义,而是法律对此缺乏管理的兴趣。哈特区分了关于法律的内在观点和外在观点,“因为就规则来说,有关的可能是:或者仅仅作为一个本人并不接受这些规则的观察者,或者作为接受这些规则并以此作为指导的一个群体成员。我们可将这些主张分别称为‘外在观点’和‘内在观点’。”^{[2]90}但内在观点与道德观点还是不同的。

第三,道德不同于法律之处还在于它有更高的要求。“道德所包含的远不是在社会群体的现实实践中,道德承认的责任和义务。责任和义务只是道德的基石,即或是社会道德的基石,在它之外还有超越特定社会共有道德的其他形式的道德。”^{[2]178}法律是一个普遍的、客观的、确定的行为标准,因而它对所有人都是同一的、不变的,法律制度的前提就是确认所有的人都有同一的法律人格,他们都能够享有并承担同样的权利或义务。但道德并不是如此,在普通的道德规则之上,还存在着美德范畴。对于法律规则,一个平均水平的尺度已经足够,但对于道德规则,它有着多重的尺度。对于尤其重视道德伦理的中国,则更是注重对道德境界的细致划分。

法律可以在现实的要求下做出一种无奈的“恶”的决定,而道德的两难判断之所以存在,就是因为任一选择都是“恶”的,无法被人们道德直觉所接受,但是法律判断就会很直接地以功利等标准做出选择。哈特说:“道德上邪恶的规则可以仍是法律,这并不为两种邪恶之间的选择提供借口,这种选择在极端情况下是必须做出的。”^{[2]207}

2 作为社会约束机制,道德上的“应当”不具有法律上的“应当”必然具备的合法强制力量

法律上的“应当”与道德上的“应当”的分化,与现代社会的深入分化有关。现代社会中的人,已经是一个具有多样发展可能向度、可以进行多样化选择的人,这就使法

律上的“应当”与道德上的“应当”有了深刻的分化。存在主义哲学对现代社会的人之丰富可能性和不确定性有着深刻阐述。从社会控制的角度来看,只有法律上的“应当”才能够具有合法的强制力量。伦理学者也认识到,虽然道德上的“应当”也是有强制力的,但它拥有的不是一种合法的强制力^[3]。哈特对这种复杂性有所阐述,他认为,从行为人受到最小的到最大的社会压力依次可以排成一个序列,道德处于压力弱的一端,法律处于压力强的一端,当然还有许多其他次要的压力形式。社会中存在着各种规则,从它对人们的强制性力量大小来看,依次可以排列为:良心的自责、道德的谴责、习惯的评价,以及以国家强制力量为后盾的法律规则。法律的上位概念是社会规则。“当对服从的普遍要求是坚定的,且对越轨或扬言越轨的人施加的压力是强大的时,此时,规则就被认为或说成是设定义务的。”^{[2]88}法律就是这样一种具有最严格的、必然的压力的社会规则,因为只有法律上的“应当”可以动用国家的合法强制力量。虽然在实践中,法律上的“应当”的实现主要依靠行为人自觉的守法行为,但是也还要依靠法律上的“应当”隐含的动用国家强制力的可能性。

相比之下,现代社会中道德的强制力量逐渐在减少,虽然在早期社会中道德也曾拥有非常强大的合法的强制力量,但在现代社会,道德已经主要诉诸人的道德自觉。道德上的“应当”在道德多元化之后,更加缺少使用强制力量的合法性,更加主要地依靠对信守某种道德观念者的内心的说服。这一点,对于道德上的“应当”对社会控制的作用方式是有重要影响的。现代社会中的人,一般地,每个人都属于法律的“臣民”,听从法律上的“应当”的命令;但每个人又都有自己信从的道德“命令”,现代社会不只存在一种道德上的“应当”,而存在许多道德上的“应当”。可以这样说,只有一个对所有人都普遍成立的法律上的“应当”,但却不存在对所有人都普遍成立的道德上的“应当”;每个人各有其道德上的“应当”,社会中存在的是多元分立的道德上的“应当”,而不存在有权威性的、唯一的道德上的“应当”。法律则不然,其管辖范围日益普遍和确定,其地位日益显赫起来。

3 作为不同的评价体系,道德上的“应当”与法律上的“应当”可以同时发挥作用

凯尔森严格地区分了道德与法律。他认为,道德和法律不可以发生矛盾,因为只可以有一套规范发生效力,即只有法律规范可以发生效力,道德规范不能在法律中发生效力。不能从一个正义的“应当”推出法律上的“应当”,区分这两个领域始终是一个重要方面。“一个规范效力的理由始终是一个规范,而不是一个事实。探求一个规范效力的理由并不导致回到现实去,而是导致回到由此可以引出第一个规范的另一个规范。”^{[4]125}这一认识虽然是正确的,但这种简单的解释容易产生误解。可以这样阐释凯尔森的观点:人的生活可以同时面对许多不同的外在评价

尺度,比如法律、道德、宗教、政治、审美等等,每一种尺度都对人的生活有它自己的评价。当使用一种尺度时,其他尺度必须停止作用,尤其不能混淆不同的评价尺度。作为法学家,他所使用的评价尺度当然就是法律,就是法律上的“应当”。凯尔森在强调了法学家对生活的法律角度的评价是唯一科学的法律评价之后,如果再补充一下,道德学家对生活的道德角度的评价也是唯一科学的道德评价,进而,某某学家从某某科学角度对生活的评价都是唯一科学的某某评价,这样就不会造成大的误解了。因此,世界上存在着众多的评价尺度,包括法律科学的评价尺度,它们可以共同保持着一种不冲突的存在。这种不冲突,主要是逻辑上的不相冲突,而非在生活中的不能共存,它们完全可以在同一时空中存在,就如同人的五官各有分工,它们可以共同认识世界。不同学科片面地对现实世界的科学认识,也是可以共存的。这些评价尺度根据自己的科学性特点,可以相对独立地保持自己的独立价值。

因此,凯尔森所要着力反对的是,一种对待法律的“常识”观点。在常识世界中,人们采取了常识态度,混淆了各科学领域。生活本身就是混沌一体的,常识观念也是很有用处的。然而一个倾心于自己专业科学性特点的专家,如作为一个法律科学家的凯尔森,他是不允许常识观念过分扩张的。作为法律科学的后学,我们同样赞成在作了此种解释之后的纯粹法学。

4 作为对主体行为的规范要求,道德上的“应当”是主体对自己所发出的命令,而法律上的“应当”是由社会公共权力机构所发出的命令

道德上的“应当”要求行为和动机的一致,法律上的“应当”则不要求对人的内心动机进行控制,这是道德与法律最大的区别。康德对此曾经有过论述,“唯一能使准则真正合乎道德并赋予它们一种道德的那个意志的决定根据,即直接的法则观念和把法则当做义务来遵守的客观必要性,应当被看做行为的真正动机,否则的话,行为的合法性虽然可以产生,但是意向的道德性就没法保证了。”^[5]不过,人们对此论点可能有明显的误解,通常会误以为法律根本就不考虑人的内心动机。应该这样来理解,只有本着善良的动机完成的行为才符合道德上的“应当”的标准。以此标准来看,无善良动机完成了有功利价值的事情不符合道德上的“应当”的标准,而以善良动机完成了有害的事情仍然符合道德上的“应当”的标准;道德上的“应当”的标准在于人的主观动机方面,只是由于一般地由于人的理性能力的积极作用,人们本着善良意愿一般能够达到积极的功利效果,但这并不能否定也有“好心办坏事”的情况。与此相反,法律上的“应当”是人们的行为符合法律规范规定的行为模式。在此标准下,内心持相反意见仍然与法律规范合作是符合法律上的“应当”标准的,内心认同法律但没有完成法律要求的行为,则是不符合法律上的“应当”标准的。哈特指出,“那些接受法律制度权威的人是从内在观点出发看待这种权威的,并以法律

和道德共同的规范性语言表达的内在陈述来表示他们对这种权威要求的看法……可是,他们并不因此就许诺一种道德判断——即从事法律上所要求之事在道德上是正确的。”^{[2] 198-199}因此,简单地说,虽然道德调整内在动机、法律调整外部行为具有一定意义,但并不能得出道德就不能调整外部行为、法律不能约束内心动机的结论。

黑格尔对道德与伦理领域作了区分,道德是个人自觉自主的领域;伦理领域是因个人具有特定的身份而不能完全由自己的意愿决定和选择的领域,在这个领域,主体必须履行他自己的责任。可以这样来认识:道德领域中的人是一个抽象的主体,他仅仅以自己独立个人的人格为基础来选择和判断;而伦理领域中的人是一个具有某种具体身份的人,他有着全部的现实丰富性,与现实世界具有的各种联系都在伦理身份中得到考虑,因此,伦理的考虑就比较复杂。法律上的“应当”对人的行为的要求更接近于伦理科学,而不是道德科学。

二、法律上的“应当”的特点

前文法律上的“应当”与道德上的“应当”的比较,使法律上“应当”的含义得到了充分体现。现在对法律上的“应当”的具体内涵再做一些分析。凯尔森认为,法律上的“应当”的内涵不仅仅是一般的“应当”,它有更广泛的含义,表达了丰富的规范性内涵,“法律规范提出命令(comm ands)、授予权力(authorizes)、表达允许(per m its)。”^{[6] 87}在后来的著作中,凯尔森还把规范的功能分为四个方面:命令、允许、授权、克减^{[6] 96}。那么,“‘应当’即是作为所有规范性功能的一个概括性表达。”^{[6] 97}下面分别进行考察。

(一) 法律上的“应当”意味着一种规范命令

关于法律,奥斯丁曾提出著名的“命令说”,即法律是主权者的普遍命令^[7]。这种观点对法律的主要特点有充分的揭示。法律是立法者向公民颁布的义务规则,公民应当按照法律的要求去行为,否则会受到法律规定的惩罚。相应地,一方的义务就是另一方的权利,所有人的权利都要以大家共同遵守法律义务来得以保障。这种对法律上的“应当”的理解是建立在“义务”观念基础上的。张恒山就曾针对“权利本位论”提出了“义务重心说”的观点^[8]。

法律直接地要求行为人为某种行为,最明显的命令是禁令,即禁止性命令,法律以禁令的方式规定禁止实施的行为模式,它使用“禁止”、“不得”、“严禁”等词汇要求行为人不为某种行为。虽然奥斯丁的“命令说”已经不再被坚持作为法律的概念,但命令也仍然能够说明相当一部分法律的特点。命令还包括“必须”,它通常表示一种法定的责任,即使不使用“必须”一词,法律也可以表达这种对当事人的明确要求,违反“必须”命令则会受到法律的相应制裁;法律可以以“应当”式命令要求当事人为某种义务,当事人违反义务会使自己有可能受到权利人或公权力的追诉。“命令”模式的法律观,说明了法律的主要特点,

但它仍然面临许多不能说明的问题。但是,这种对法律的理解却表达了对法律根本特点的认识。即使在多元化、民主化的时代,法律的暴力因素已经降低到了最低点,合法的强制力量仍然是法律能够执行的最终基础。只是对“命令说”的内涵需要在新的社会特点下做出连续性解释和创造性表述。因而,应承认命令模式已经不能再充当说明所有法律问题的一个理论模式。张恒山提出应当以新的社会模式来理解法律,他以一种三人社会模式作为理解法律的基础,这一主张值得参考^[9]。

(二) 法律上的“应当”意味着对公民和政府的授权

法律可以将某些权力授予行为人,他们可以此权力去实现自己的利益。授权主要包括两种对象:一是公民和法人;二是政府权力机构。法律可以“应当”的方式表达授权,也可以“可以”的方式授予权力(利),授予权力(权利)使权利(力)主体获得了法律支持的正当权利(力)。

理性主义者都希望法律能够制定得非常完善,他们认为,“法典”是一个理想的、周延的、可操作的、可预期的、包括了人的所有行为规则的法律大全,理想的立法者也是一个能够制定理想法典的立法者。但是,在法制建设进入一个新的阶段之后,人们逐渐开始更加合理地对待自己的法典理想了。因为根据人的本性,人和社会都是处于不断发展和变化之中的,人是唯一没有固定的本质的动物,他能够不断地面对新的环境,开辟新的生活空间和生存领域,从工业革命以来的社会发展实践也证明了人类社会的不断发展,使所有相信人能够完全预测、把握自己未来的法典理想遭到了失败。哈耶克努力阐发的就是这个基本的洞见,即人的理性是有限的。^①因此,对法律的传统想象不再成立,于是对法律概念的新的理解开始出现,这也就是英国法学家哈特《法律的概念》提出的对法律的新认识。哈特认为,以命令式“应当”模式理解法律是不完整的。法律的功能不只是向人们颁布一些以惩罚为后果的义务性规则,法律的功能还要更广泛。他以对法律规则的两种划分,提出了对法律功能的另外的观点。法律除了具有“命令式”这种第一性规则之外,还存在第二性规则,第二性规则即是关于第一性规则的规则,它是设定政府权力、赋予公民权利的规则,哈特具体地将第二性规则分为三类:承认规则、改变规则和审判规则^{[2] 198-199}。

如果说,“命令式”的“应当”为公民制定了必须遵守和执行的法律责任,在此范围内,公民只有遵守法律,执行自己的义务;而授权式的“应当”则为政府权力设置了合法的来源,为公民的权利提供了法律保障。前者是公民必须做的;后者是公民可以选择做或不做的自由领域。对政府来说,对于公民的义务,它有负责监督、管理的职责;对于公民的权利,它有义务保护,并提供方便。法律就不再仅仅是政府和权力者治理公民的工具,而是公民保护自己的利器。这一点是对法律功能最重要方面的揭示。

长期以来,“命令说”对法律概念的表述存在着严重的缺陷,自从哈特在法律概念层次上将这一点充分地揭示

出来之后,法律的概念理论就获得了生机。如果说“命令说”倾向于将法律上的“应当”理解为一种行为模式的规定,那么社会成员在法律上的“应当”面前只有亦步亦趋的两种选择:要么守法,要么违法。“两种规则说”则使法律上的“应当”提供的主体的行动自由领域大大增加,行为领域就被划分为:法律要求必须做的(责任和义务)、可以做的(权利)、没有建议而由当事人自己选择的(自由)、法律严格地自我限制不介入的(法外空间)。哈特对法律的理解显然受到了霍菲尔德法律概念理论的启示,对法律与人的行为的关系显然有了更丰富的认识。因而,法律上的“应当”也就意味着法律对自由的保障。如果说授权是法律积极地对社会成员赋予一定的权利范围,那么允许则是法律消极地对社会成员的权利范围表达一种沉默的、静止的肯定态度,是法律对某些行为给予宽容的形式。法律会以允许的方式规定行为模式,法律对此行为是允许的,就表示行为人从事此种行为获得了法律的认可,这时法律规范会采用“可以”、“得”等词汇来表达允许的行为要求。

(三) 法律上的“应当”意味着规范之间的效力联系

按照凯尔森的解释,作为一种规范功能的克减,是指“通过一个规范撤销另一个规范的效力”^{[2] 106},并且可以分为两种,即存在规范冲突的克减和没有规范冲突的克减。首先,存在规范冲突类型的克减是指在法律冲突的情况下,如何解决法律冲突。法理学的解决办法是,通过对于规范之间效力等级和法律位级的区别而解决这种冲突。凯尔森的方法则是视法律为一个等级体系,而等级体系由不同效力的规范组成,其原始效力来自基础规范。“所有这些……它们是基础规范意义的组成部分,基础规范因而也就保证了实在法作为一个体系统一性的那种统一性。”^{[4] 444}大体说来,存在着这样一些解决逻辑混乱、效力冲突的规则,这类规则也可以被认为是基础规范的有机组成部分,有时也称之为动态的基础规范。对于这些规则,凯尔森主要提到了两个:其一,上位法优于下位法原则。“任何‘高级’的法律规范就是‘低级’的法律规范的‘渊源’。”^{[4] 149}其二,“后法胜于前法”,即新法优于旧法原则^{[4] 149}。这两个原则给解决规范之间的冲突提供了具体方法。因此,“法律秩序是一般规范与个别规范根据法律调整自身的创造这一原则相互联结的一个体系。这一秩序的每个规范,都是根据另一规范的规定,并最终根据构成这一规范体系的统一体,即法律秩序的基础规范的规定,而创立的。”^{[4] 150}

其次,没有规范冲突的克减是指法律规范之间并没有相互的冲突,但在适用时,法律规范各自通过自己的适用而相应地限制了其他规范的范围。法律秩序或社会行动

① 哈耶克区分了“建构论理性主义”和“进化论理性主义”两种观念,并强调法律主要是一种人之行为而非人之设计的产物。参见[英]哈耶克《法律、立法与自由(上)》,邓正来译,中国大百科全书出版社2000年版。

的空间是在人们的行为过程中具体化的,并最终形成了具体的权利义务格局,而这种格局是始终在变动之中的。如凯尔森认为:“法律秩序不能有任何间隙。……法官也并没有填补一个实际上有效力法律的间隙,但他实际上有效力的法律中加上了一个不与任何一般规范相当的个别规范。”^{[4][166]}以判例法为例,如果之前的判例使得 1—10 之间的单位空间都是合法的,新的判例可以对它做出限定,在某种情况下,只有 2—5 之间的单位空间是合法的,这并没有规范冲突,只是具体地对既有的规范作了一种克减。具体来说,如果城市道路限速 40 公里,则城市中小学校门前的马路则可以限速更低。

三、法律上的“应当”与法学上的“应当”

法律上的“应当”具有丰富的内涵,上面的讨论只是初步的。在此,另外一种“应当”也应该被说明,这就是法学上的“应当”。法学把法律作为对象进行研究,法律上的“应当”具有指导人们行为的实际功能,而法学上的“应当”则不同,可以从以下两方面来认识:

(一)法学上的“应当”影响法律上的“应当”

法学理论通过对立法者和法官思想观念的影响而发挥作用。古罗马时代的《引证法》赋予法学家著作以合法法律渊源的地位,这种令后来法学家十分羡慕的荣耀是不再可能了。不过,由于法学理论对法律权利义务关系的研究具有积极的认识价值,因而法律科学的权威性使它能够在特殊情况下发挥作用。很多国家的法律都规定法官判决时依法律,没有法律时依习惯,没有习惯时依法理。法学研究成果就通过“法理”渠道对现实的法律事务发生了影响,尤其是著名法学家的理论,更可能对现实施加重大影响。法学家们对当代中国立法活动的影响也是有目共睹的,他们在法学理论上论证的“应当”通过立法程序被制定成为法律上的“应当”,法学上的“应当”就如此影响了法律上的“应当”。而这两种“应当”显然并不在同一意义层面表达,法学家的“应当”,即使是以一定法理为支配的“应当”,也往往体现出一种价值意味,其要求理念上正确的东西成为立法上的现实;而体现为具体立法成果的“应当”则属于规范性的要求,具有合法的规范效力,是一种法律规范的“应当”,两者是价值与规范的关系。显然,在当代中国,法学上的“应当”也更多地体现着价值内涵,体现了法学理论以一种应然的法律理念对于现实社会的一种要求,而以现行立法为依据的法律上的“应当”目前也正在逐步获得更大范围的影响。

(二)法学上的“应当”与法律上的“应当”的关系:“使用”与“提及”

哈特曾提出“内在观点”与“外在观点”两种对待法律的态度,凯尔森则提出了一种纯粹法学理论,即法学家的

态度。这样,对待法律的基本态度可以大致分为三种:严格地信仰并遵守法律的内在态度、实用主义式的不相信但合理地选择行为的外在态度、中立的静观式地研究法律的态度。前两种态度都是处于法律之中的行为人与法律本身打交道的方式,他们必须决定如何对待法律上的“应当”命令;最后一种态度则是超脱于法律上的“应当”要求之外的一种超越于法律之上的态度。比如,我们与一位朋友打交道,可能采取内在接受他的态度,也可能采取外在排斥他的态度,这是我们与自己的朋友的关系;但如果一位第三者,在一边冷静地观察、评价但并不介入我们与朋友的关系,这时,他采取的就是“法学家”的态度。用语言哲学的术语表述,法律上的“应当”与法学上的“应当”之间是一种“使用”与“提及”的关系^[10]。“使用”法律时,法律本身的“应当”内涵发挥了功能;“提及”法律时,法律上的“应当”内涵及其功能被人们客观地认识和表述。法律科学中,虽然也经常使用到法律上的“应当”如何如何,但它的作用就在于认识与研究,而不会真正地启动法律上的“应当”所蕴涵的功能。对象本身和对对象学说的区分涉及方法论问题,对象本身是本体,关于对象的学说则是认识,二者是有所不同的。

总之,“应当”表达的是规范性的命题和内容,法律科学作为一种基本的、典型的规范科学,对法律上的“应当”的研究需要更多努力,而本文只是一个初步的考虑。

参考文献:

- [1] 康德.法的形而上学原理[M].北京:商务印书馆,1991:20.
- [2] 哈特.法律的概念[M].张文显,等,译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [3] 王海明.新伦理学[M].北京:商务印书馆,2001:109-110.
- [4] 凯尔森.法与国家的一般理论[M].沈宗灵,译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [5] 康德.实践理性批判[C]//龙斌.康德文集.北京:改革出版社,1997:301.
- [6] KELSEN H. General Theory of Norms[M]. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- [7] 奥斯丁.法理学的范围[M].刘星,译.北京:中国法制出版社,2002:18.
- [8] 张恒山.义务先定论[M].济南:山东人民出版社,1999.
- [9] 张恒山.法理要论[M].北京:北京大学出版社,2006:89.
- [10] 陈嘉映.语言哲学[M].北京:北京大学出版社,2003:34-35.

[责任编辑:朱磊]