



法律与社会丛书



魔阵·剥削·异化

——托依布纳法律社会学文集

[德] 贡塔·托依布纳 著
泮伟江 高鸿钧 等译



清华大学出版社



内 容 简 介

托依布纳是继卢曼之后,关于法律系统理论当代最重要的代表性人物,当代德国乃至西方著名的法律社会学家。

本书是关于托依布纳理论法律社会学研究的文集,作者自己精选已经发表的重要文章10篇,涉及的内容有托依布纳的法律自创生理论、法律全球化理论、法律现代性理论、卢曼的法的系统理论研究与应用、正义问题研究、法律移植问题研究、回应性法研究以及其他重要的关于法律与社会理论和实践问题的研究等。

本书对于深入理解托依布纳法学理论学术价值和运用其中的某些有益要素服务于中国法治发展,具有重要的意义。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

魔阵·剥削·异化:托依布纳法律社会学文集/(德)托依布纳著;泮伟江等译. —北京:清华大学出版社,2012.8

(法律与社会丛书)

ISBN 978-7-302-29501-3

I. ①魔… II. ①托… ②泮… III. ①法律社会学—文集
IV. ①D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 178069 号

责任编辑:方 洁

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市李旗庄少明印装厂

经 销:全国新华书店

开 本:155mm×230mm 印张:26 字数:355 千字

版 次:2012 年 8 月第 1 版 印次:2012 年 8 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:45.00 元

产品编号:037659-01

目 录

托依布纳法的系统理论评述——中译者导言	1
第一编 法律全球化	29
“全球的布科维纳”:世界社会的法律多元主义	30
组织—冲突:在全球法的片断化中对法律统一性的徒劳追求	61
法律刺激:英国法中的诚信条款或统一法律目的如何止于新的 趋异	118
第二编 超国家的宪法	153
社会宪政:超越国家中心模式宪法理论的选择	154
匿名的魔阵:跨国活动中“私人”对人权的侵犯	182
第三编 法律与经济组织	211
企业法团主义:新工业政策与法人的“本质”	212
顽固的生产体制:资本主义多样性中经济和法的共同演化	243
第四编 法律作为自创生系统	265
反思性的法——比较视角中法律的发展模式	266



法律异化——论第 12 只骆驼的社会剩余价值	316
礼物的经济学——正义的实证性：系统理论与解构理论的 相互烦扰	346
自我颠覆的正义：法的偶联性公式，或是超越公式？	365
编后记	407

托依布纳法的系统理论评述——中译者导言

泮伟江

一

毋庸讳言,过去的二十年多年是中国法学理论发展最开放、最富有激情和想象力,呈现出爆炸性增长态势的黄金时期。中国法学理论界在这短短二十多年为中国的法学界和社会科学理论界所提供的知识增量和理论刺激,以及不断涌现的优秀青年法学理论研究者的数量之多与之优秀,都是有目共睹的。犹如暴露在一盏巨大无比的知识探照灯下,整个现代西方法律理论论域的任何一个角落似乎都已经被照射到了。这极大地提升了法学在整个中国人文社会科学中的信誉与影响力。

当然,希望的种子已经播下,但未来这些种子能否真的生根发芽,茁壮成长,成为参天大树,开花结果,却有待于时间的积淀和艰苦的努力。与当下中国的法治转型与社会转型问题的艰巨性和深刻性比较起来,当下中国法学理论的这种发展,根基还是很单薄的,相关的理论积淀与研究的深度、广度,仍然有待于进一步的展开。相对于过去二十多年,未来的二十年或许将显得更加平静和深沉,那种知识的躁动和激情将变成一种冷静的、不断向下挖掘的辛苦劳作。果真如此,则未来中国的法治与法律理论的发展,仍然值得期待。

显然,未来中国法律理论,必须在两个方面进行细致和深入的研究与挖掘:一方面是对已然被发现的整个现代西方法律理论的脉络和理路进行系统、全面和深刻的阐述、观察和评价,将其真正转换成中国的和汉语的现代法学理论资源;必须同时进行的另一方面工作,则是

对转型期中国现实的描述、理解与把握。这两个方面的工作必须同时进行,并且互相关照,形成一种类似诠释学循环的问题结构。

将这两方面工作联结起来,最终形成的一个核心问题,就是如何理解和把握当下中国正在进行的,每个人都被深度裹挟于其中的三千年之未有的变局,以及中国的法治转型与当代中国的急速发生的社会转型之间的关系。这个问题虽然已经被中国的法学理论论辩深刻地提出来,并进行了初步的分析,但仍然没有得到令人满意的和有理论分量的分析与提炼。既有的法律理论研究,或者过于执著地固执于纯粹规范性的法学视角,而失之于忽略转型期规范与现实越来越深的背离与断裂的现实处境,或者过于狭隘地从这种规范之无力的现实处境出发,无视当下中国社会结构现代性转型的大势所趋,对虽然不那么令人满意,却对当代中国社会转型具有巨大潜在意义的现代法治建设完全拒之门外。在对现代法治的热情拥抱与冷酷拒绝的顾此失彼的两种可能性的犹豫不定之间,当代中国法律理论界逐渐耗尽了宝贵的理论热情与天真单纯,而逐渐变得疲惫不堪而老态龙钟。这或许可以解释最近几年中国法律理论界日益沉寂的现状。

要走出当下中国法律理论研究与论辩的这种尴尬局面与两难处境,对二十多年的法律理论论辩做深入细致的盘点和梳理,尤其是对论辩过程中启发和支持各种论辩立场的元理论问题进行更加开阔和全面的检讨,从而为新的法治转型的中国问题的论辩提供更加坚实的法律理论的基础,就是重要而必不可少的。

二

就本书译者的陋见而言,在最近中国法律理论界的论辩和理论积累中,有一个很大的缺憾,就是过于受制于西方法学理论话语与论辩的局限,而没有发展出一种令人满意的关于法律与社会相互作用以及共同演变的基础理论。这样一种基础理论应该既不单一地局限于规范性和自主性的法律概念与理论的范围内,对急速进行的社会变迁及其对法律提出的要求和挑战不闻不问,也并非是从外在于法律的社会

视角将法律完全化约为社会的“镜像”，从而根本性地消除现代法治体系的各种相对于社会的自主性与规范性，将“各种法律关系中的法本身趋于剩余化与边缘化”。〔1〕这种法与社会的理论：

不仅仅要关注在历史的不同阶段或者不同文化中法律的种种面目，还要关注化身在这些千变万化面目中的法律本身；不仅要理解，法律过程同时也是社会过程、经济过程或文化历史过程，更要理解，在现代社会中，法律过程为什么没有变成上述这些过程的“附庸”或者所谓的“附属现象”，法律过程作为法律过程又是如何发挥作用的，并借此产生法律的社会后果与政治后果。〔2〕

因此，一种更加全面的法与社会理论，必须“思考所谓的‘法律’与‘社会’之间的内在联系，将法律作为社会理论的核心部分，而非应用领域，并通过这种联系，同时为法学理论与社会理论提供‘理论想象力’与‘经验感受力’”。〔3〕

正如前述，要构建这样一种关于法律与社会共同转型与演变的基础理论，就不能仅仅局限于规范性的法律教义学的知识体系，甚至也不能仅仅局限于各种法理学的理论视野之中，而必须深入历史学与社会理论的深厚传统之中，深入探讨自西方中世纪后期以来整个社会的现代转型的脉络，探寻西方社会现代性转型的深层逻辑。这样一种对西方现代性的历史传统的寻根与理论总结，当然必须与中国清末以来的社会转型的历史脉络与理论反思结合起来，也必须与清末以来中国的法律改革与法律移植传统结合起来进行分析。

这就是高鸿钧教授多年来提倡并身体力行的法的社会理论研究的旨趣所在。本书的策划和翻译，也是在这种思路的指导下所进行的微小尝试。之所以选择翻译德国法律理论家托依布纳教授最近三十

〔1〕 李猛：“法律与社会”，载《北大法律评论》第2卷，第2辑，391页，北京，法律出版社，2000。

〔2〕 同上书，392页。

〔3〕 同上书，393页。

年关于法律与社会关系的最重要的理论法律社会学论著,并将其汇编成册出版,最重要的考虑,就是认识到由卢曼奠基,而由托依布纳等人参与的法的社会系统理论运动对上述问题所做的重要贡献,及其对当下中国法律理论界以中国法治转型困境为背景所进行的理论论辩的重大借鉴意义。

卢曼的法的社会系统理论也许是目前西方社会理论发展史中对西方的现代性经验的阐释最成熟与最深刻的现代性社会理论。但由于其“过于冷静”的分析品质和“过于宏大”的问题视野而带来的在外人看来“过于复杂”的内部理论结构,使得许多法律理论研究者往往对其望而却步。目前,不但国内社会理论研究领域和法学研究领域对卢曼的关注甚少,敬而远之,即使是在国际社会理论界和法理学领域,对卢曼的研究也是远远不够充分的。尽管许多人都认为卢曼社会理论的深度和质量,远在哈贝马斯之上,但卢曼在国际社会理论界被接受的程度和知名度,仍远不及哈贝马斯。当然,最近几年,情况已经慢慢地发生了改变,越来越多的卢曼著作,正在被翻译成英文出版,而英美与德国各大学以卢曼社会理论为背景或主题的研讨班,也正方兴未艾。

的确,以笔者最近五六年研习卢曼的法的系统理论的经历而言,其中的艰辛和努力,实在难以与外人道也。然而,越是深入和坚忍地深入到卢曼的法的系统理论的内部,尤其是透过各种严格被界定内涵、外延的系统理论的概念,逐渐深入卢曼深层的理论动机和问题视野时,那种豁然开悟与一目了然的震撼与激动,恰恰是这种艰苦与努力的最恰当的回馈。在对卢曼的法的社会系统理论与一般社会系统理论的艰难研读中,译者逐渐形成了一种强烈的感受,就是卢曼的法的系统理论与一般社会系统理论,对于长期困扰中国法治转型问题的中国法律理论界具有重大而直接的借鉴意义,对于解决当下中国法治建设过程中所面临的种种疑难杂症,也有着不可替代的启发性,能够为法治建设的中国难题提供许多直接有用的观察角度与理论工具。

卢曼的社会系统理论的一个可能的贡献,恰恰就在于对发端于西方中世纪中后期(最早或许可以追溯到公元 11 世纪末到 12 世

纪初),以古希腊的哲学、古罗马的政治与法律遗产,以及基督教思想与西欧封建制度为背景的现代性经验的最激进,也许也是最正面和最全面细致的基于内在视角的总结与反思。卢曼对西方现代性经验的这种反思与总结当然是在整个西方社会理论与概念系统的基础上进行的。就问题意识而言,通过对帕森斯的社会系统理论的继承与改造,卢曼继承了早期经典的社会理论家涂尔干与韦伯的问题视野,并对这三位经典的社会理论家的理论进行了激进的改造与扬弃。就内部理论构建而言,卢曼工作的基础是胡塞尔的意识现象学,与同时代最重要的哲学家与社会理论家海德格尔、福柯、利奥塔、列维纳斯、德里达、哈贝马斯等共同分享了胡塞尔意识现象学,同时也共同地对胡塞尔的意识现象学在解释社会维度时的根本缺陷表示不满,因此共同构成了欧洲战后的哲学与社会理论的理论主流。此外,卢曼的社会系统理论还广泛地吸收了马图拉纳与瓦芮纳的生物自创生理论与乔治·斯宾赛·布朗的形式法则理论等现代生活学与逻辑学的最深刻的研究成果。

简而言之,卢曼的一般社会系统理论将西方现代社会描述和理解成一个功能分化的社会(Funktionale Differenzierung),整个欧洲社会演化的路径则是分成三个阶段,即片断式分化的社会、层级式分化的社会与功能分化的社会。社会复杂性程度的演变则构成了社会演化的主要动力。也就是说,所有的社会系统都存在于多维度的社会环境之中,因此必须应对社会环境的各种复杂性压力。因此,为了在一个多重复杂性的环境下生存,社会系统必须发展出一种系统内部的机制以降低系统生存的环境的复杂性。当旧的系统内部机制在日益增加的环境复杂性压力下崩溃时,具有新的内部结构与机制的社会系统就会取而代之,从而形成新的社会系统的范式。在现代功能分化的社会中,政治、法律、经济、宗教、教育等诸社会功能子系统是通过一种自反性的、具有运作封闭性和认知开放性的社会系统结构来应对现代风险社会日益增强的复杂性压力的。因此,卢曼的法的社会系统理论认为,现代法律作为功能分化的现代社会的一个子系统,其系统内部的结构与作为其环境的社会系统并不存在一种点对点的直接对应的反应机制,法律系统要维持自己的自主运作,就必须建立起必要的运作

性封闭,从而使得法律系统内部与其环境建立起一种不对称的复杂程度。借助于生物学的概念来说,只有当社会的变迁能够被法律系统的触角所感知,并且法律系统通过内部的程序化运作对外在环境的变迁进行内部消化与处理之后,法律系统才能够通过内部结构的改变对外部环境的变迁做出反应。

因此,法的社会系统理论非常精确地指出了法律系统与其社会环境之间非常复杂和微妙的互动关系。在法的社会系统理论那里,法律系统拥有相对于社会系统的运作自主性,但并非对社会的变迁无动于衷,而是通过内部的程序性运作发展出一种认知的开放性,从而对外部社会环境的变迁保持足够的敏感性和适应性。在法的社会系统理论看来,法律的这种相对自主的封闭化运作,使得现代法律系统拥有一种任何其他社会系统都无法替代的功能,即对现代抽象社会的运作赖以以为基础的、对人际交往和系统间交往而言具有基础性意义的相互之间的“稳定的对预期的预期”。

卢曼的法的社会系统理论与一般社会系统有助于我们正确认识当下中国正在进行的社会转型的性质以及现代法律系统建构对于此种社会转型所具有的可能意义。首先,我们要认识到,随着中国日益进入发源于西方的抽象的现代西方意义的世界社会,中国社会自身也变得越来越多元与抽象,越来越依靠于各种抽象社会的复杂系统的程序化运作来应对各种各样的现代性挑战^[1]。其次,我们更要认识到,如果无法建立其足够稳定和自主运作的现代抽象的法律系统,则这种

[1] 中国开启于20世纪70年代末80年代初的以“改革”与“开放”为关键词的牵涉政治、经济、文化、社会的全方位的改革过程,通过经济发展优先的战略,取得了举世瞩目的成就,也大大地消除了新中国成立以来所面临的贫困和社会发展停滞等问题。然而,经济的发展带来了利益主体和利益冲突的多元化,又极大地刺激了社会的变迁,使得社会变得日益复杂与多元,从而对政治与法律的社会治理提出了更加尖锐的挑战。然而,当下我国政府对日益升级的社会复杂性的准备和应对却明显不足,由此形成的复杂性负担已经日渐侵蚀我国政府统治的合法性。对此,韦伯曾在法律社会学中做出了非常明确的揭示:“基于市场共同体关系与自由契约的经济理性化,以及借着法创制与法发现来调节利益冲突的日益复杂化,在强烈地激发法律分门别类地理性化发展,并且促使政治团体往组织化机构的方向发展。”[德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,26页,桂林,广西师范大学出版社,2005。

抽象社会之建立与维持的根基,即“自我”(Ego)与“他我”(Alter Ego)之间稳定的对预期的预期就难以建立。最后,考虑当下中国社会正在经历的激烈社会变迁,而作为一种现代社会功能分化系统之一的现代法治系统的建设,恰恰就是这种社会变迁的一个重要组成部分,因此这个建设中的现代法治建设的封闭性(自主性)显然就不能过于绝对,必须具备最基本的回应社会转型与变迁的能力。如果这个正在建设中的法治体系无法有效地回应转型社会的激烈变迁所提出的挑战,那么现代法治体系的必要自主性也就无法有效地建立起来,更勿论其所承担的“确保预期的预期”的基本功能的实现了。

因此,如何处理现代法律的自主性与回应性,对于中国法治建构来说,就具有核心的重要性。卢曼的法的社会系统理论所区分出来的运作的封闭性与认知开放性,对于如何处理中国法治建设的运作封闭性(法律的自主性)与认知开放性(法律回应社会变迁的能力)之间的关系,提供了极好的理论借鉴。

三

托依布纳的法的自创生理论代表着对卢曼的法的社会系统理论的重要发展。尽管有着法学教育的背景,卢曼的志趣却并不局限于法学理论领域,而是接续涂尔干—帕森斯的传统,试图建构一种一般的社会系统理论。托依布纳的思考则一直停留在法学理论领域,并且基于法学理论内部的问题意识,援引和吸收卢曼的一般的社会系统理论。因此,尽管对西方现代法律的观察和思考在卢曼的理论中占据了重要的位置,卢曼的法的社会系统理论更侧重于与卢曼一般的社会系统理论之间的衔接与统一,因此其话语方式、写作路径和思考问题的视角,与通常的法律理论的概念、话语和思维方式有相当大的差距。由此带来了许多人为的理解障碍。毕竟,从事法律理论研究的人未必要需要细致和全面地深入到整个社会理论的脉络之中才可以开展工作。如此一来,托依布纳在整个法的系统理论中的重要性就显现出来的。托依布纳的视野相当开阔,对整个欧洲战后的社会理论传统的了解,

可谓如数家珍,却又坚守法律理论家的本分,将自身的理论研究限定在“理论法律社会学”或者“社会学法学”的范围之内,将卢曼的一般的社会系统理论和法的社会系统理论的概念、语汇、逻辑转译和应用到法律理论界所熟悉的论辩和话语之中。因此,托依布纳也许是我们熟悉和理解法的社会系统理论的一条独特路径。

托依布纳的学术经历和学术背景相当多元和复杂。托依布纳早期求学于哥廷根大学法学院,1970年在图宾根大学法学院获得博士学位,1974年在加州大学伯克利分校学习一年,获得了硕士学位,1977年通过教授资格论文,成为法学教授,此后先后任教于不来梅大学、意大利佛罗伦萨的欧洲大学学院、英国伦敦政经学院和法兰克福大学法学院。国际化和多元的学术经历恰恰对应着托依布纳不按常理出牌,以私法理论起步,却又醉心于法的社会理论研究,具有开阔的比较法和国际视野的学术风格。

对托依布纳的大名,国内法学界早已不陌生。他的一篇早期成名作与代表性著作,即《现代法中的实质要素和反思要素》^{〔1〕}与《法律:一个自创生系统》^{〔2〕},分别被翻译和引入到中文世界,已经10年有余,国内法学界也早已出现不少针对这两部作品的初级研究性文献。通过这两个作品,托依布纳被国内法学界看做法的系统理论的重要代表,看做后自由主义法时代最重要的法律理论家之一。^{〔3〕}

略微令人感到遗憾的是,这两部作品都是托依布纳较早时期(20世纪80年代末左右)的作品,而此后托依布纳近20年的法律理论研究,既更加丰富和深化了其中的核心思想,也部分地扬弃了这两部作

〔1〕〔德〕托依布纳:《现代法中的实质要素和反思要素》,载《北大法律评论》,第2卷,第2辑,579~632页,北京,法律出版社,2000。

〔2〕〔德〕托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京,北京大学出版社,2004。

〔3〕国内法学界对于该书在整个法的系统理论中的认识与理解并不清晰。该书译者的译者序言,更注重的是该书对于国内学界理解法的系统之基本概念的“启蒙”作用,而对于该书作者意图偏离卢曼之法的系统而独树一帜的创新苦心,则不够重视。此外,国内学者评论或引用该书时,也多是从说明和阐释法的系统理论的一些基本概念的角度切入的,同样对该书在法的系统理论的政体脉络中的位置,以及该书对托依布纳著述脉络中的位置,缺乏体察。这不能不说是一件遗憾的事情。

品中的一些重要内容。尤其重要的是,作为法的系统理论的最重要和最具原创性的理论家卢曼,一直到 20 世纪 90 年代中后期,才写作出版了真正代表其成熟时期法律思想的法的系统理论最重要的代表作,即《社会的法律》,而一直将卢曼的社会系统理论当做自身理论研究最重要的支撑理论与灵感来源的托依布纳,受卢曼成熟时期的法律理论思想影响之深与之巨,使得托依布纳早期理论中的一些核心概念甚至基本消失于后期的写作之中。20 世纪末 21 世纪初的十多年时间里,托依布纳的理论写作一直集中在如下两个领域,即对卢曼作品进行深度解读和精微阐发,在此基础上在一般理论的层面发展和改革法的一般系统理论;另外,通过各种尝试,将法的系统理论运用到部门法研究与个案研究之中,其中最重要的一个尝试,就是创造性地将卢曼的法的系统理论运用到法律全球化问题的研究之中。因此,通过一本译著集将托依布纳前后期法律理论研究的连续性与变化体现出来,勾勒出托依布纳法律理论研究的全貌,对于国内读者了解托依布纳的整体法律思想,促进国内对法的系统理论研究最新研究成果的理解与接受,就显得很有意义了。本书就是在这样一种考虑下产生了。下面,我将结合托依布纳最近工作的这两个重点,简要地介绍一下托依布纳后期法律思想的两个重点。

(一) 对法的社会系统理论的发展与贡献

如果仅仅将托依布纳看做卢曼的法的社会系统理论的忠实阐释者,就很难把握两位法的社会系统理论的重要思想家之间的真正关系,对托依布纳来说也是不公平的。的确,卢曼比托依布纳年长 17 岁,早在 20 世纪 60 年代末与 70 年代初,卢曼就因与哈贝马斯的论战而闻名于欧洲理论界。^{〔1〕} 1974 年,卢曼的《法律系统与法律教义学》^{〔2〕}出版,卢曼在整个西方的法律理论论辩中的立场和思路已经清

〔1〕 Niklas Luhmann & Jürgen Habermas, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie—Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

〔2〕 Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer, 1974.

晰可见,托依布纳当时则刚刚在加州大学伯克利分校攻读硕士学位。当然,事后来看,这两件事情汇合到一起,对托依布纳产生了重要的影响。因为当时恰恰是伯克利学派的代表人物,即诺内特与塞尔兹尼克理论创造最活跃的时期,而诺内特与塞尔兹尼克恰恰是当时美国强调法律的社会效果与政策考量的大氛围中,相对比较强调法律的规范性与社会性面向并重的一支法的社会科学研究力量。^{〔1〕}诺内特与塞尔兹尼克著名的“压制型法——自治型法——回应型法”的范式区分^{〔2〕},也构成了托依布纳的理论法律社会学研究的重要背景。而卢曼于1974年出版的《法律系统与法律教义学》则令人印象深刻地强势回应了当时流行的美国法律现实主义与德国的利益法学的权衡理论,强调法律只能通过系统内部的运作对外部世界的变迁进行有限度的回应,因此,法律系统的社会适应性并不意味着对传统的法律教义学的突破,而必须在法律教义学工具的帮助下才能够实现。对法律与社会变迁的适应采取这样一种立场,与当时流行的美国法律现实主义与德国利益法学的理论旨趣,已经大相径庭,在当时如果不谈点利益权衡,法的交叉研究就会显得有些落伍的潮流下,也显得相当特立独行和不同凡响。当然,当时卢曼的社会系统理论大厦还远称不上成熟,其中核心的关键词自创生系统的概念仍未出现在卢曼的理论之中,卢曼建构社会系统理论的基础,仍然是当时处于较低成熟度的系统理论的版本。但卢曼对法律教义学的概念建构的认识及其在法的社会适应性方面的贡献的认识,已经有了日后运作封闭性与认知开放性之区分的影子。

塞尔兹尼克与诺内特提出的回应型法的概念与卢曼提出的系统/环境的二分,这两种理论的历史效果必须要放到整个西方法律思想史的大背景下,才能够看清楚。20世纪早期,也就是韦伯、凯尔森所处的那个时期,是一个重要的分水岭。韦伯是这个关键点中的关键人物。

〔1〕 季卫东:《从边缘到中心:20世纪美国的“法与社会”研究运动》,557~560页,载《北大法律评论》,第2卷,第2辑,北京,法律出版社,2000。

〔2〕 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,北京,中国政法大学出版社,1994。

在《法律社会学》中,韦伯用理性/非理性、形式/实质这两对理想类型作为概念工具来分析西方法律的独特性问题。这两对概念可以组合成四种可能性,即形式理性、实质理性、形式非理性、实质非理性。其中最实质的区分,就是理性/非理性的区分。所谓的形式非理性,按照韦伯的理解,就是“为了顺当处理法创制与法发现的问题而使用理智所能控制之外的手段,譬如诉诸神谕或类似的方式”〔1〕,典型的代表就是原始人的神明裁判;而所谓的实质非理性,按照韦伯的理解,就是“全然以个案的具体评价——无论是其为伦理的、感情的或政治的价值判断——来作为裁判的裁决的基准,而非一般的规范”,最典型的就是伊斯兰文化中的卡迪司法,中国的传统法也被看做实质非理性法;〔2〕所谓实质理性,则是“特具别质的规范——有别于通过逻辑性的通则化(亦即经抽象的意义解明)而得来的规范——对于法律问题的判定理应具有影响力”,最典型的是印度的法律;〔3〕最重要的是形式理性,在韦伯看来,形式理性具有两种表现形式,一种是与原始法联系在一起的形式理性,即各种直观的形式性,例如签名盖章、绝不会弄错的象征性行为,现代法律的这种严苛的形式性,或许来自于早期神明裁判的神学渊源。在韦伯看来,现代法律更重要的则是另外一种形式性,即“法律上重要的事实特征借着逻辑推演而解明含义,并且以此而形成明确的、以相当抽象的规则的姿态出现的法律概念,然后被加以适用”。〔4〕这种形式理性被看做西方现代法律的根本性特征,以区别于其他文化的实质理性法、形式非理性法、实质非理性法。韦伯更是将这种形式理性法看做唯有西方(西欧)出现现代资本主义的最重要的原因之一。就裁判问题而言,形式法律体系强调法律规范对法官的拘束作用,强调法律规则的明晰性与稳定性,同时也强调法律与政治、道德等其他社会规范之间的区别与相对自主性。对应的则是19世纪以来法律的实证化倾向。奥斯汀的法律实证主义理论与凯尔森

〔1〕 韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,29页,桂林,广西师范大学出版社,2005。

〔2〕 同上书。

〔3〕 同上书。

〔4〕 同上书。

的纯粹法学,都表明了这种形式理性法的自我理解。^{〔1〕}

然而,韦伯对西方现代法律的这种理解遭遇到两个困难,一个是以遵循先例原则与类比推理为特征的英美普通法,并不完全符合他的形式理性法特征,但英美显然是最典型的资本主义社会。其次,韦伯也看到当时西欧的形式理性法已经出现了重新实质化的倾向。韦伯所提出的这一套概念,无法解释这两个现象。前者作为韦伯社会理论中的英国法问题,已经得到了社会理论研究的足够关注,而后者,即形式理性法的逐渐实质化,以其为基础而提出的法律理论,在20世纪中叶逐渐变成了西方法律思想的主流,成功地取代了德国的概念法学范式与美国的形式主义法学范式,而演变成了德国的利益法学运动与美国的现实主义法学运动。20世纪中叶恰恰也是西方社会激烈变迁的时期,传统的形式法律体系似乎无法适应社会的这种激烈变迁,法官不得不在形式法之外,通过个案权衡的方式来寻找正当的个案判决,同时,罗斯福新政之后日渐增强的福利国家趋势,也使得国家权力日益挣脱形式法治的束缚,而更多地运用各种政策性工具来回应社会的变迁。

强调个案裁判的结果取向和利益权衡,突出了法官的地位与作用,增加了法官的权力,短期内确实大大增加了现代法律的社会适应性,但将其内在逻辑推到极致,必然会导致对形式法律体系的全面解构,从而走向一种法律的虚无主义。这恰恰是美国法律现实主义自霍姆斯、卡多佐,中经卢埃林与弗兰克,一路的激进化,最后演变成批判法学的根本原因。卢曼显然已经洞察到法律现实主义与利益法学内在的这种逻辑悖论,因此他希望在新的知识语境与思想潮流中,重新捍卫韦伯形式理性法的基本立场。

〔1〕 值得一提的是韦伯与凯尔森关于法律社会学内容的不同理解。按照凯尔森的说法,法律社会学研究的是法律的“实效性”,而韦伯的《法律社会学》其实关注的是现代西方法律所独有的文化的与社会学的渊源与背景。因此,韦伯的《法律社会学》能够看到现代西方法律的形式化特征,以及当时已经形成趋势的法律实质化的回潮,现代西方法律的形式化特征与日趋明显的法律重新实质化之间,从而构成了一种深刻的矛盾,这种深刻的矛盾,恰恰是卢曼的《法律社会学》与法的系统理论要处理的一个重要主题,而凯尔森的理论概念设置则只能够执其一端,与偏执另一端的利益法学构成了非此即彼的对峙,反而错失了问题解决的可能性。

1972年《法律社会学》^{〔1〕}就是体现卢曼法律理论旨趣最鲜明的作品。该书最核心的关键词就是法律系统的功能。卢曼认为,现代西方法律的唯一功能,乃是维护和稳定社会的“对预期的预期”,而预期的预期的稳定之所以重要,乃是由于关系到现代社会如何可能这一社会理论最核心的问题。就此而言,虽然从社会理论的大传统来看,卢曼继承的是涂尔干—帕森斯的结构功能主义遗产,但从法律理论的小传统而言,卢曼继承的其实是韦伯的法律社会学遗产——即将现代西方法律的特性(功能)与现代西方社会的形成联系起来考虑,并且捍卫和重新解释现代西方法律的这种形式性。而捍卫与重构韦伯命题所用的概念工具,恰恰又是经过改造以后的涂尔干—帕森斯的结构功能主义理论,更准确地说,就是卢曼的“功能—结构主义”。也就是说,法律系统的功能使得法律系统必须拥有一种相对于社会环境的结构性封闭,用我们所熟悉的话说,就是法律系统的相对自主性。然而,法律系统的这种相对自主性,并不能用19世纪“实证法”的概念得到解释,而必须通过功能—结构主义的系统/环境的区分来解释。从这个角度来看,卢曼接受了19世纪经典理论家的问题意识,但扬弃了他们的理论模型,并且用更具复杂性与社会适应性的理论模型覆盖与消融了19世纪经典法律理论家的理论模型。

更具体地说,卢曼区别于19世纪经典理论家的地方在于,卢曼承认20世纪的主流法律理论家对19世纪经典法律理论家的批判的正确性,认为19世纪经典的法律实证主义理论无法解释20世纪法律重新实质化的潮流,无法解决形式法律对激烈变迁的社会现实的适应性问题。因此,卢曼既要承认法律系统的相对自主性规定了法律系统的存在方式,同时也要在此前提下发现法律系统的社会开放性问题。

卢曼对法律现实主义与利益法学最尖锐的批评,恰恰是后两者津津乐道的实用主义哲学,即将法律看做社会改造的工具——霍姆斯、卡多佐、庞德、耶林等20世纪的主流法律理论家恰恰是用这个理由来支持对形式法治的突破。卢曼则认为,这种将法律当做社会改造

〔1〕 Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 2 volumes, Reinbek: Rowohlt, 1972.