



当代法学名著译丛

转变中的法律与社会

原著 诺内特
塞尔兹尼克

翻译 张志铭

中国政法大学出版社



国防大学 2 061 3423 5

当代法学名著译丛

转变中的法律与社会 迈向回应型法

原 著

诺 内 特

美国加利福尼亚大学伯克利分校法学教授

塞尔兹尼克

美国加利福尼亚大学伯克利分校法学教授

翻 译

张 志 铭

中国社会科学杂志社副编审

中国政法大学出版社

1994·北京

(京) 新登字185号

转变中的法律与社会

Zhuǎnbiàn Zhōngde Fǎlù Yǔ Shèhuì

原 著 诺内特 塞尔兹尼克
翻 译 张志铭
出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路41号 * 100088)

责任编辑 宋军 贺卫方
承 印 国家统计局印刷厂
经 销 新华书店
版 次 1994年4月第1版
印 次 1994年4月第1次印刷
开 本 850×1168毫米32开
印 张 5.25
字 数 120千字
印 数 3000册
定 价 6.50元

ISBN7-5620-1302-0/D·1254

Translation of: LAW AND SOCIETY IN
TRANSITION; TOWARD RESPONSIVE
LAW by P. Nonet and P. Selznick

Translated by Zhang Zhiming
Published by China University of Politics and
Law Press

41 Xue Yuan Road, Beijing 100088, China

The original copyright informations as follows:

© 1978 by Philippe Nonet and Philip Selznick.

All rights reserved.

For information address Harper & Row,

Publishers, Inc. 10 East 53d Street, New York, N. Y.

10022.

First edition.

Library of Congress Card Number: 77-18341

ISBN 0-06-090605-7

本译本的翻译和出版已获许可
中文版版权属当代法学名著译丛编委会

转变中的法律与社会
迈向回应型法

当代法学名著译丛

“当代法学名著译丛”的翻译和出版得到了日本国冈松庆久家族基金的赞助，特此铭记，以表谢意

“当代法学名著译丛”编辑委员会

编 委 (以姓氏拼音为序)

程 远 高鸿钧 贺卫方 季卫东
梁治平 刘广安 齐海滨 申政武
王 晨 王亚新 王志安 夏 勇
张志铭 朱苏力

主 编 季卫东

副主编 张志铭 贺卫方

丛书编辑 丁小宣 宋 军

“当代法学名著译丛”

总 序

现代法制的建设能否成功，不仅取决于政治的力量，也有赖于学术的质量。因为无论是总结本国的实践经验把它抽象为普遍适用的规范，还是借鉴外国的成功方法以缩短摸索的过程或减少失误的代价，都需要能保证择优决策的见地，从而也就需要在法律、制度及其社会效果研究上的理论造诣。

那么，怎样才能提高法律学术的质量呢？主要途径不外乎三条：弘扬文化遗产、进行知识创新以及输入海外学说。而在中国，要实现法学的创造性发展，首先必须大力采撷世界上先进的研究成果，咀嚼其章句，玩味其技巧，消化其原理。

众所周知，中国法家的传统是“法无二解”、“以吏为师”，法解释的技术和法现象的学说因而不得昌明。尽管在两汉时代民间曾有过律学之盛，魏晋以降国家也设了律博士之制，但是，随着德治精神浸润整个社会，律学日渐式微。依法治国的制度构思，在宋朝中叶一度回光返照之后，便无以为继，终成绝响。从那时起直至近世，在中国士大夫的普遍心态以及传统学术的整体格局上，律学的地位可以说是无足轻重。这与文艺复兴后西欧知识界崇尚

法学的风气适成对照。由于历史文化传统的这种缺陷，要振兴中国的法律学术，不得不特别致力于译译和钻研西方典籍。

外国法学名著的汉译，可以追溯到 1839 年，当时，林则徐出于办理外交、周旋列强的需要，约请美国医生伯驾（Peter Parker）翻译了瑞士法学家滑达尔（E. de Vattel）的名著《万国律例》（Le Droit des Gens）的有关章节。美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）翻译的《万国公法》于 1864 年问世，该书以及此后其他若干法律译著的陆续出版，极大地促进了西方法律知识在中国乃至日本的传播。

但是，中国学者自身有意识地精选海外法学不朽之作翻译出版的努力，却是在百日维新失败之后，以严复翻译孟德斯鸠的《法意》为典型。这时，邻邦日本早已后来居上，对荷兰、英国、法国和德国的法规和理论进行了较系统的研究，并据此确立了制度建设的方针措施。从 1877 年起，翻译和研读西方法律文献的热潮席卷东瀛列岛，不过十余年便有一批法律俊才脱颖而出。清末立宪期间修订法律馆编译的《法学名著》就包括了不少日本法学家的论述。沈家本为该书作序，其中对比中日两国研究西方法学的不同态度、不同结果，感慨万端，跃然纸上，直到 20 世纪即将结束的今天，他那沉重的叹息声仍在撞击着我们的的心灵，引发着我们的反省。

值得欣喜的是，我国近年来，一大批翻译、介绍和研究西方法学经典的颇有份量的出版物纷纷问世，透露出“春江水暖”的消息；由几位广受尊敬的前辈法学家指导和推行的“外国法律文库”的编译工作，还显示出了“极高明而道中庸”的恢弘气象。

为承继前贤鸿图，我们，一群分布在国内和海外的法律学徒也集结起来，愿以绵薄之力，推动沟通东西学术、接轨国际法制的时代大业。在中国政法大学出版社的热忱支持下，我们创办了“当代法学名著译丛”。

这套翻译丛书拟分为三辑：(1) 有代表性的理论流派的主要著述，(2) 有典型性的政法制度的精辟评介，以及(3) 有实用性的法庭技术的学理研究。我们根据学术价值和现实需要、并兼顾与国内已有译著的互补性设定了本项目的选题基准，空间范围是西欧、北美和东亚的发达国家，时间范围是1970年以后，质量范围是原著有广泛的影响和公认的重要性（基本上按照在学术文献中引用的频度来衡量），不拘泥于经典作品。有必要说明，之所以拿1970年作翻译对象的底线，是因为从那时起开始发生全球性的社会结构大变动，西方各国的法律体系和法学体系也相应地进行了反思和改组；与此串连的新趋势、新思潮，既是当今中国与世界对话的语义背景，也必将关系到今后中国制度建设的走向。如果我们不想在法律领域中扮演堂·吉珂德式的角色，那就必须对正在形成的世界性社会秩序的本质进行有深度、更系统的理解和把握。

译事不容易。与其他学科相比，法理文献的翻译尤其困难。因为法律是文化现象的一部分，与整个社会结构有着千丝万缕的对位联系；其可视性、即物性又较弱，属于用抽象概念构筑的符号性体系。从德国和日本大规模输入国外法学成果的历史过程可以认识到，生造词汇和误解原文的现象在一定阶段是难以避免的；即使译者通过研读，对原著已达到了融会贯通的境界，在表述上仍然可能使人感到艰涩。尽管如此，我们还是要竭力防止误译，并在完全忠实于作者本意的前提下，争取行文的流畅隽永。值得庆幸的是，在编辑“当代法学名著译丛”过程中共襄苦差的朋友们，都学有专攻、娴于外语，对所从事的事业又情有独钟，相信这些条件可以保证翻译和出版的效率与质量。

有人说过，在理解原著、推敲精义方面，从译事中获益最大的是译者本人。这是治学的经验之谈，也表现了一份“只管耕耘、不问收获”的淡泊。当然，如果我们的工作不以“著文以自娱”为

限，还能够进一步为改革和建设新制度而丰富思路，为识别和批判谬误而提供利器，那么为之欣庆者就远远不止是这一些有心回馈祖国的书生了。

“当代法学名著译丛”编辑委员会 谨识

社会变革的法律模式（代译序）

季卫东

社会在不断地变动和发展，反映并用以调整社会关系的法制也必然要相应地改变自身。从实用主义的视角来看，旧的法律手段如果已经不能够解决当前的社会课题，就应该摸索新的方法。但问题是，当代社会瞬息万变，而国家对经济的干预导致了法制在规模和功能上的扩张，从而给守法与变法的两难境遇更渲染了一层紧张的气氛。有鉴于此，要使法制既不固步自封又可预测筹划，究竟应该采取什么样的政策呢？这正是诺内特和塞尔兹尼克在这本著作中要阐述的主题。

一、伯克利学派

作者之一塞尔兹尼克（1919生）在1940年代曾师事默顿（Robert K. Merton）专攻组织理论。1960年代他转而研究法律现象，从针锋相对的富勒（Lon L. Fuller）和哈特（H. L. A. Hart）的理论中发现了一个最大公约数：两者都认为政府的威慑性命令不是法的概念的核心。由这一点引伸出来的结论是：强制不是法的

内在的组成部分，而只是法的外在支持条件之一；因而不应该把强制作为法律现象的基准。他认为，法的概念的核心是“权威”，包括哈特所谓的“第二级规则”——权威性决定的规则，以及富勒所谓的“合法性”——法的道德成就以及减少规范制定和适用过程中的恣意的合理性条件。由此可见，塞尔兹尼克着力于法的“应然”而不是“实然”；但是他的深刻之处在于始终意识到人们把理想转化为制度并付诸实施的社会过程往往带来出乎意料的结果，因而对热烈的人文主义理想也投注着冷峻的现实主义眼光，力图从方法论上将价值追求和经验实证结合起来。这种思路在他的代表作《法、社会及产业的正义》（尤其是关于法与道德进化的第一章）中表述得很明确。另一位作者诺内特出生于比利时，后留学美国，主要在塞尔兹尼克的指导下研究法的政策论，以代表作《行政的正义》一书获得博士学位。现在他们都是加利福尼亚大学伯克利分校法学院的教授，长期主持着“法理学和社会政策研究项目”。

塞尔兹尼克、诺内特以及伯克利“法与社会研究中心”的一群学者，在最近三十年间不断地探求能够说明法是怎样适应社会需求、解决现实问题的理论。在他们的学术宗旨中，存在着强烈的改革动机和应用倾向。其研究方法不是大规模的集体共同作业，而是采取松散的协作方式，每人都保持着各自的个性；但是从整体上看又有统一的特色。例如，研究的课题集中在合法性的社会基础、在开拓性统治中法的作用、以及大规模的民间组织与国家制度的关系方面；强调针对社会现实问题提出对策，使法学研究与政策性研究联系在一起，等等。诺内特把这样的一种共通的学术方向谨慎地称为“伯克利观察法”（Berkeley Perspective），在广

义上我们也不妨以学派视之。产生这种思潮的社会背景是：1960年代后期以来美国社会发生了剧变，越南战争的扩大和挫折导致了社会的信仰危机，贫富分化、环境污染、城市荒废、犯罪激增、民权运动风起云涌……大量的社会问题导致了国家正统性的削弱，于是产生了用“软性法治”取代“硬性法治”的要求。诺内特和塞尔兹尼克所提倡的回应型法的模型，也正是对那一时代呼声的回应。

伯克利学派对社会问题的忧患意识决定了它对法制效果的关注以及兼济天下的情怀。这一特点与帕森斯（Talcott Parsons）的社会系统论和布莱克（Donald J. Black）的法律行为论是互相对立的，与法律实证主义的一般立场也不同，因而它不仅遭到了强调学术的客观性、价值中立的理论家的批评，而且一些法律学者（如 Carl A. Auerbach）也提出了异议。诺内特从务实和求真知的角度对它们进行了尖锐的反驳，强调在理论上分析、记述、评价具有不可分割的连续性。应当承认，在强制与合意、国家权力与民间自治的关系上，在合法性与法条主义的区别上，在个人的理性与合作的道德的统一上，伯克利学派虽然提出了许多重大问题，也展现了富于启示的思路，但却还没有给我们一个肯定的结论。

二、法律的三类型论

这本书的标题表明，作者的目的是要改造法制，设定一个符合社会变革需要的规范性模式。其基本构思是：使实质正义与形

式正义统合在一定的制度之内，通过缩减中间环节和扩大参与社会的方式，在维护普遍性规范和公共秩序的同时，按照法的固有逻辑去实现人的可变的价值期望。从法制的进化过程来看，这种“回应型法”的出现是具有某种必然性的。他们把社会上存在的法律现象分为三种类型：“压制型法”、“自治型法”以及作为改革方向的“回应型法”。有必要提请注意的是，这三种类型的法与其说是历史发展的经验总结，毋宁说是按照理想型（*Idealtypus*）的方法建立的用以分析和判断同一社会的不同法律现象的工具性框架。与诺内特和塞尔兹尼克的分类型法适成对照，昂格尔（Roberto M. Unger）在早些时候提出的关于互动习惯法、官僚管理法和法治体系法的三类型论则是以不同社会的特定的历史条件为前提的。因而，前者势必求同，即承认不同类型之间移动和相互渗透的可能性，对某一法体系不持固定的看法而愿进行多元主义的分析；后者则要存异，即更倾向于强调不同类型之间的区别和独立进化的因素。

诺内特和塞尔兹尼克指出，在考虑社会变革与法制的关系以及如何纠正有法不依的偏向等问题时，关于法制改革的方向可以采取两种政策。相对于近代西方自由主义法学传统而言，一种是激进的或风险大的（*high-risk*）做法，即为了树立法制的威信而形成开放的体系，允许民众参与和批评法律，在涉及公共政策的问题上对法律与政治不加以严格的区分。另一种是稳健的或风险小的（*low-risk*）做法，强调法律自身的价值和守法的绝对性，主张法律完全独立于政治，变法只能通过既定的政治渠道去进行，而不能运用执法机关的裁量的方式。但是他们认为，现代法制所面临的改革课题决不是孤立的、偶发的，因而法律与道德、政治、强

制的关系也不能分别讨论，应该考虑这些关系是什么状况下产生以及在多大程度上互为因果。为此，需要通过经验分析抽出规定法律现象的基本变数，从这些变数与法的不同对应的方面去发现法的基本形态。法律的三类型，就是在比较了目的、合法性、规则、推理、裁量、强制、道德、政治、服从期待、参与等基本变数与法的不同对应关系的基础上建立的理论模型。例如强制固然为三种类型的法所共有，但又各有不同的表现：在压制型法中强制占主导地位，在自治型法中强制被缓和，而在回应型法中强制则退居二线、往往备而不用。可以说，这三种类型既有重叠之处，又表现出了发展的阶段性或连续性。

压制型法具有威慑力和受制于长官意志的偏向，但是并不能还原为镇压二字。一种法律是否压制性的，取决于能否不受制度约束地动用强制力，而与统治者的暴戾或仁慈并无决定性关联。正是在这一意义上，作者深刻地指出：“如果〔绝对的服从〕达到连强制也不必要的程度，那么压制也就登峰造极了”。因此，“同意”不是民主与专制的分水岭，政府的善良动机也可能在不知不觉的情况下带来压制。重要的是，在批评压制型法之前必须透彻地理解它产生的原因。抱着冷静的乃至同情的态度来研究治道，就会发现作者的下述主张颇有见地：“压制的一个共同根源是统治精英可以利用的资源的贫乏”。我们可以推而论之，在社会分工的程度不高、组织和制度的资源不足、自由选择的余地不大的场合，压制的出现和扩张就很难为主观愿望所左右。在这时，诉诸道德不仅不会解解压制，反而有可能强化压制，或者造成压制的变态。在作者罗列的压制型法的各种特征中，最重要的有两点：第一、政法合体；第二、放纵裁量。这种属性不可避免地导致了阶级性正

义和对特权者的保护，但同时也使法制具有明显的缺陷：不安定，正当化程度很低。

为了弥补压制型法的缺陷、控制率性不羁的国家强制力，必须从人治走向法治。自治型法于是应运而生。这一法律形态的最大特点是：通过设置一套专业化的、相对自治的法律制度，把决定的大权限制在一定职能范围之内。其中公正而合理的程序是法的核心。按照该模式，整个社会的秩序以普遍性的规则为准绳，政治和法律、立法和司法之间泾渭分明，在审判独立的原则下法官占据着重要的位置。这也可以说是在社会的见证之下，权与法的一笔历史性交易：一方得到实体性决策的正统性，另一方得到程序性抗衡的自主性。这种制度布局的好处是使一定的秩序在限制权力的同时获得了权威，其缺憾是由于把过多的能量消耗在维持法制的纯洁性方面而牺牲了其他一些目标的实现。不过也要看到，所谓正当性和纯洁性都是相对的，自治性发展到一定程度也铸成了自反性的契机。因为自治型法在观念层次上是权利本位的，相应地在行为层次上强化了辩护的重要性——决断必须以辩护为基础；而强调辩护意味着事实认知和法律解释方面强调当事人的自我主张，从而也意味着法律是可以讨论的、权威是可以批评的。这里包含了一项悖论：个人必须严格遵守法律，同时个人又被容许参与变革法律。我们不妨打个比喻形容其中微妙之处，自治型法让纯粹程序正义的春蚕以辩护和裁定为支点编织了茧房，但破茧而出的竟是超越程序正义的彩蛾！

在作者看来，这种制度蜕变的结局就是回应型法的诞生。回应型法有以下四点特征：（1）在法律推理中目的的权威得以加强；（2）目的可以缓和服从法律的义务，为民间性公共秩序的概念网

开一面；（3）使法制具有开放性和弹性，从而促进法制的改革和变化；（4）法律目的的权威性和法律秩序的整合性来自更有效率的法律制度的设计。其实质是要使法律不拘泥于形式主义和仪式性，通过理论和实践相结合进一步探究法律、政策中所蕴含的社会公认准则（价值）。他们主张，在回应型法的模式下，“制度有必要由目的来引导。目的能够设立批判既存的规章制度的基准，并据此开拓出变革之路。同时，如果真心实意地贯彻目的，那么目的也自然可以制约行政裁量，从而也可以缓和制度屈服 [于社会压力] 的危险”。换言之，回应型法在扬弃和综合压制型法与自治型法的基础上，试图改变法学方法论上自然法与法实证主义二元对立的局面，赋予国家制度以自我修正的精神。因此，它既是一种社会变革的法律模式，又是一种法制变革的政策模式。作者强调在变革过程中的民间交涉、特别是规则和原理的相互作用的意义，因为正是在这里“变化的源泉得以从法律秩序之内开掘出来”，而且只有这样“才能在使法的变革较容易进行的同时维持法的连续性”。可以说，回应型法的存续与否，将取决于国家有序化机制和民间有序化机制的交涉性平衡。

三、改革的纲领与实践

本书的主张与美国的现实主义法学及庞德(Roscoe Pound)式社会学法学的研究方向基本上是一致的。诺内特和塞尔兹尼克甚至宣称，回应型法才是这些务实派法律理论的真正的纲领。因为它标志着法的进化的更高级阶段，是自治型法的继承和发展。在

一定意义上可以认为，回应型法既是普遍性的、又是特殊性的；或者说它非常近似于黑格尔所描述的辩证的状态：只有理性的事物才是现实的，只有现实的事物才是理性的。但也正是这种性质使人们不禁怀疑——它究竟是根据经验分析归纳出的切实可行的计划呢，还是在抽象思维的范畴内假设的理想模式呢？按照该纲领能够解决现实的法律问题吗？在回应型法中，作为社会变革的工具或条件的因素包括：能动主义、开放结构以及认知能力，而目的对手段的思维方式贯穿一切；这样会不会导致对行政扩张的纵容呢？作者显然没有肯定行政优势的愿望，而希望通过民间自治和民主参与的强化来保证法制适应社会需求的弹性，这种设想在制度层面上能够实现吗？

德国学者图依布纳(Gunther Teubner)从本书出发独辟蹊径，找出了有助于解决上述疑问的新思路。他首先把回应型法中并存的企画和参与这两种既相关又迥异的倾向加以抽象，概括出所谓“实质理性”和“反思理性”这样一对概念，使该模式通过“法律理性”范畴的中介作用得以稳定。然后，他导入卢曼(Niklas Luhmann)的法的自我参照性“反思机制”的概念和哈贝马斯(Jurgen Habermas)的社会“组织原则”的概念，把诺内特和塞尔兹尼克关于法律系统的“内部动态”的构思与这些涉及外部环境的法学思想结合起来。在此基础上图依布纳构筑了“反思的法”的模型。显然这个设想与回应型法的基本出发点是一致的，但是两者之间在制度设计原理上也有许多明显的差异。反思型法的改革重点不是转换法制本身的目的，而是改善法制与社会的结构性衔接方式，扩大法制的替代性选择的范围。站在实用的立场上来看，反思型法提出了更切合实际的方案，即采取间接的法治方式、提