

中德法学论坛

Jahrbuch des Deutsch – Chinesischen
Instituts für Rechtswissenschaft der Universitäten
Göttingen und Nanjing

南京大学-哥廷根大学中德法学研究所 编

第2辑

2003



南京大学出版社

Verlag der Universität Nanjing

中德法学论坛

南京大学—哥廷根大学中德法学研究所编

第 2 辑

2003

南京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中德法学论坛[2003]/南京大学—哥廷根大学中德法学研究所编.
—南京:南京大学出版社,2004.11
ISBN 7-305-04049-5

I.中… II.南… III.①法律—中国—文集 ②法律—德国—文集 ③比较法学—中国、德国—文集 IV.D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 081549 号

书 名 中德法学论坛[2003]
编 者 南京大学—哥廷根大学中德法学研究所
出版发行 南京大学出版社
社 址 南京市汉口路 22 号 邮编 210093
电 话 025-83596923 025-83592317 传真 025-83328362
网 址 <http://press.nju.edu.cn>
电子信箱 nupress1@public1.ptt.js.cn
sales@press.nju.edu.cn(销售部)
印 刷 江苏新华印刷厂
开 本 787×960 1/16 印张 22 字数 420 千
版 次 2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷
ISBN 7-305-04049-5/D·479
定 价 50.00 元

* 版权所有,侵权必究

* 凡购买南大版图书,如有印装质量问题,请与所购
图书销售部门联系调换

目 录

法理及综合

- 法和道德:从社会学视角进行观察…………… 托马斯·莱塞尔著 肖怡译(1)
- 以人类胚胎干细胞为例研究胚胎保护的法律问题
…………… K-A. 施瓦茨著 印晓慧译(12)
- 20 世纪的中国法制建设和发展 …………… 孟文理著 曾见译(32)
- 近代中、德等国法院体制与法官资格、待遇及社会地位之比较…………… 张仁善(51)
- 从德国视角看中国司法改革…………… 伯阳著 丁勇译(69)
- 德国法学教育的新动态——国际化、调解和斡旋
…………… 赫尔塔·多伊布勒-格梅林著 杨阳译(83)

民法

- 德国给付障碍法改革 …………… 克劳斯-威廉·卡纳里斯著 丁勇译(90)
- 合同缔结中的错误 …………… 马尔特·迪塞尔荷斯特著 唐莹译(127)
- 论合同法上的实际履行制度…………… 陈立虎 刘春宝(153)
- 联合合同撤回问题研究…………… 孟 翰(162)
- 情妇遗嘱是否违反善良风俗——德国联邦最高法院“情妇遗嘱案”评析
…………… 邵建东 丁 勇(182)

商法

- 探究中世纪“统一商法”的法律本质 …………… 阿尔布雷希特·科德斯著 周晨译(199)
- 独立董事和审计委员会 …………… 克里斯蒂安·基希纳著 吴宏译(213)
- 德国设立中的有限责任公司及其法律责任研究…………… 刘 爽(218)
- 论德国管理层收购的瑕疵担保责任制度…………… 孙 宁(238)

经济法

- 世界贸易组织法律框架下中国金融市场的开放——兼论我国金融
监管法律制度的完善…………… 王 莉(259)
- BOT 项目若干法律问题研究 …………… 乔子欣(279)

欧盟法、国际法

WTO 的合法化:以仲裁程序为目标改造争端解决程序

.....	马丁·内特斯海姆著 吴宏译(301)
世界贸易组织争端解决机制对欧洲反倾销法的影响.....	葛永平(312)
欧盟理事会制度析论.....	孙 俊(324)
编者的话.....	(343)

主 编 邵建东 方小敏

Inhaltsverzeichnis

<i>Thomas Raiser</i> , Recht und Moral	(1)
<i>Kyrill-A. Schwarz</i> , Aktuelle Fragen des Embryonenschutzes am Beispiel der Forschung an menschlichen embryonalen Stammzellen	(12)
<i>Ulrich Manthe</i> , Die Rechtsentwicklung Chinas im 20. Jahrhundert	(32)
<i>Zhang Renshan</i> , Vergleichende Untersuchung der gerichtlichen Institutionen sowie Qualifikation und Stellung der Richter in Deutschland und China in der Neuzeit	(51)
<i>Björn Ahl</i> , Die Reform der chinesischen Justiz aus deutscher Perspektive	(69)
<i>Herta Däubler-Gmelin</i> , Die neue Ausbildung junger Juristinnen und Juristen in Deutschland: Internationalität, Streitschlichtung, Mediation	(83)
<i>Claus-Wilhelm Canaris</i> , Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen	(90)
<i>Malte Diebelhorst</i> , Zum Irrtum beim Vertragsschluss	(127)
<i>Cheng Lihu / Liu Chunbao</i> , Das Erfüllungsprinzip im Vertragsrecht	(153)
<i>Meng Han</i> , Der Widerruf bei verbundenen Verbraucherverträgen	(162)
<i>Shao Jiandong / Ding Yong</i> , Bewertung der BGH-Entscheidung zum „Geliebten- Testament“	(182)
<i>Albrecht Cordes</i> , Auf der Suche nach der Rechtswirklichkeit der mittelalterlichen Lex mercatoria	(199)
<i>Christian Kirchner</i> , Independent Directors and Audit Committee	(213)
<i>Liu Shuang</i> , Haftungsverhältnisse in der Vor-GmbH mit rechtsvergleichenden Überlegungen zur Rechtslage in China	(218)
<i>Sun Ning</i> , Die Gewährleistungshaftung des Verkäufers beim Management Buy-Out	(238)
<i>Wang Li</i> , Die Liberalisierung des chinesischen Finanzsektors nach dem Beitritt Chi- nas zur WTO	(259)

<i>Qiao Zixin</i> , Rechtliche Fragen des BOT-Modells: Insbesondere am Beispiel der VR China	(279)
<i>Martin Nettesheim</i> , Legitimation der WTO: Reform des Streitbeilegungssystems durch Einführung eines Schiedsverfahrens	(301)
<i>Ge Yongping</i> , Die Einflüsse des WTO-Streitbeilegungssystems auf das europäische Antidumpingrecht	(312)
<i>Sun Jun</i> , Der Rat der Europäischen Union und seine aktuelle Entwicklung	(324)

Schriftleitung: Ass. Prof. Dr. Fang Xiaomin , Deutsch-Chinesisches Institut für Rechtswissenschaft

法与道德：从社会学视角进行观察

托马斯·莱塞尔

这是托马斯·莱塞尔教授在2003年10月31日所作的退休演讲。文中提到,任何一种人与人之间持久的社会关系都是受到规范调整的。社会规范可以分为有约束力的规范和无约束力的规范。其中,根据其效力来源和适用范围的不同,有约束力的社会规范又可以进一步分为宗教规范、道德规范、法律规范和礼仪规范。道德规范和法律规范是现今社会中最为重要的两种。尽管它们在强制程度和调整范围等方面有所区别,但在一定程度上也具有共同的根源和内容。

托马斯·莱塞尔(Pof. Dr. Thomas Reiser):德国洪堡大学法律系教授,著名公司法学家、社会法学家

Der vorliegende Beitrag ist der Abschiedsvortrag von Herrn Prof. Raiser. Nach der Meinung des Autors ist jede dauerhafte soziale Beziehung zwischen den Menschen normativ geordnet. Nach ihrer Geltungsquelle und ihrem Geltungsbereich sind unter den verbindlichen Normen vier Arten zu unterscheiden: religiöse, sittliche, rechtliche und konventionelle. Sittliche und rechtliche Normen werden als die zwei Wichtigsten in der heutigen Gesellschaft betrachtet. Obwohl sie Verschiedenheiten in ihrem Zwangsgrad, Anwendungsbereich, usw. aufweisen, haben sie in gewissem Maße auch gemeinsame Wurzeln und Inhalte.

—

诸位中的一些人可能认为,在这个地方讨论法与道德,而且还要对这个讨论附上从社会学视角进行观察这样一个挑衅性的要求,是一个冒失、甚至几乎鲁莽的话题。因为,这个题目历来就属于哲学的领地。也许,您在听到这个题目时想起了亚里斯多德,他告诉我们,除了勇气、谨慎、慷慨和诚实外,正直是人的社会美德之

一;或者想起了康德,他在《道德的形而上学》中将法的理论和道德理论相提并论;或者想起了与之同一时代的凯尔森、哈特、路曼等实证主义法学家,他们坚持严格区分法和道德。

此外,众所周知,绝不只有哲学家、法学家一直以来也有思考法与道德关系的理由。正如您所熟知的,当适用《民法典》第138条、第157条、第242条、第817条、第826条、《商法典》第346条、《反不正当竞争法》第1条和《刑法典》第228条等一般条款时,这种关系扮演着核心角色。因为,在这些一般条款中,有的援引交易习惯,有的则援引善良风俗。

然而,如果我们认为这个题仅限于哲学和法学的思考,我们对它的研究就远远不能深入,尽管为此付出了科学的努力。所有人都会遇到法和道德的问题,受过教育的和没有受过教育的,在他们的日常生活中,这些问题迫使他们对此作出思考。因此,正确的出发点应该是,每个人对这个问题都有看法。我们法学家就是太容易忘记,法恰恰不仅是法律人的事,而是所有不像鲁宾逊那样独自生活在孤岛上的人的事。

当然也包括一个宣称要进行社会学观察、却从来不是狭义上的社会学家的人。

如果我们牢牢记住这个题目无处不在,我们就很接近法社会学了。因为,社会学就是这样一门科学,它将其兴趣集中在社会中的人究竟想些什么、做些什么,并且运用社会学的经验,也就是通过观察、提问和——在必要时——实验得出结论。

因此,人们可能会期望法社会学上的经验性调查为我们这个题目带来有趣的结论,而我现在却不能向诸位提供这样一个结论。因为,不存在这样一个笼而统之的结论。这在方法论上极为困难。如果人们只是抽象地问法和道德的区别,得到的也就只会是泛泛的答案。事实上,我在准备这篇演讲时曾向几个人提出过这个问题,但很快就放弃寻找答案了。

与此相反,一个有望提供内容上具有说服力的调查就不能局限于对法和道德关系的泛泛而谈,相反地,它必须涵盖一系列涉及这种关系的专门问题。这样的提问当然是存在的。我可以举德国重新统一后关于新联邦州的人们对西部普遍认同的社会道德以及强加给他们的西部法律的看法的调查为例。第二个例子是萨尔茨堡法社会学家约翰内斯·皮希勒尔二十年前在奥地利进行的、关于特定的,尤其是出自宪法的现行法律规范如何与人们的道德观相契合合并,因此得到他们的认可的调查。^[1]

相反,原则性地问法和道德的关系会引向社会理论的领域。在下文中,我要关注的是对法和道德关系的一些理论上的思考。它们是并列的、相互独立的,还是甚至于彼此矛盾的行为模式?或者它们具有共同的根源?甚至还可能,具有至少是

部分的共同的内容?在研究中重要的或许并不是找出这些共同的内容,而是——与此相反,正如普遍情况那样——找出它们之间的不同和矛盾?

为了寻找这些问题的答案,我将在第一部分对法和道德概念上的区分以及包含于其中的前提作一些阐述。第二部分将简要说明这种思维上的区分在我们现今福利社会中的意义。在第三部分,对我来说最为重要的一部分,我将关注两个领域共同的内容和根源。

二

首先,让我们来看看我们使用的概念。在开始所有相关思考之前必须确定,任何一种人与人之间持久的社会关系都是受到规范调整的。人们在绝大多数情况下都按照已经存在的、并为其环境所承认的行为模式行事。遵守这些行为模式使其免于在每一种新的环境下都必须重新对其行为作出决定,它由此就完成了一项减轻负担的任务。它降低了——按照路曼的术语——原则上可能的行为选择的复杂度。同时,它也是人们相互交流与合作的基础。因为交流与合作是以同伴对自己行为的反应的可预测性为前提的。在这种意义上,已有的行为模式以有利于其可预测性的方式限制了同伴行为的任意性。

另一项观察告诉我们,这些行为模式有两种形式。它们或者建立在纯粹的习惯和常规的基础之上,或者带有义务的性质。如果一项行为具有普遍性,它就被认为是正常的或者是符合常规的;如果一项行为遵从于被认为具有约束力的规范,它就被认为是符合规则的。同样,按照路曼的术语,应该区分认知性的行为期待和规范性的行为期待。这种区分非常重要,因为日常用语对两者不假区别。法社会学把不具有约束力的行为模式称为习俗或习惯。勿庸置疑,法属于有约束力的行为规则,但还存在着其他具有约束力的行为模式。这些行为模式被包含在道德这一概念下,对照这两个概念也就昭示着它们的区别。只是,这个区别在哪里呢?

为了找到答案,我们必须绕道而行。因为道德这个概念并不明确,它在各种各样的意义上被使用。它可能是指日常生活中的道德,即制止人们彼此之间不合礼节往来的良好言行规则。法社会学称之为礼仪。道德也可能有宗教的背景:此时它是指这样的行为方式,其约束力来自宗教的宣告或教义,对其的违反由神来惩罚。最后,还存在着一种受哲学伦理支撑的道德,我们通常把它与道德律和道德的概念联系在一起。

作为结论,可以用一个简单的示意图来描述将要在下文中指导我们的概念框架。上位概念是社会规范。存在着有约束力的规范和无约束力的规范。在有约束

力的社会规范中要区分四类:宗教的、道德的、法律和礼仪的。它们因其效力来源和适用范围的不同而彼此区别:礼仪规范适用于人们生活的社会环境;共同生活的人们要求遵守这些规范,并且施加社会压力。宗教规范是在各宗教共同体内部由神创设和监督的。道德规范以人们善的本性为基础,它们是——按照康德的理解——每个人对自己的义务,它的适用范围及于所有人。关于法律规范的效力根源,我先这样简单地说:它们适用于各法权共同体内部。

在按这个思路继续论述之前,请允许我讲几句题外话:诸位可能会问,在我们现今的世俗社会讨论宗教规范还有什么意义。在德国,它们对于法律制度已经变得非常无关紧要了。然而,犹太教和伊斯兰教教义的情况至今仍明显不同。不过,《法兰克福汇报》前不久报道的一个事件却说明了一个信仰基督教的国家宗教规范的影响还有多大。我认为这个事件非常典型,以至于我在此想要引用它。^[2]报道是这样的:

美国亚拉巴马州的首席法官罗伊·莫尔在其他法官都不知情的情况下,在法院楼的圆室里塑起了一尊巨型花岗岩雕塑,其形状看上去像一本圣经。翻开的书上是“用大写字母书写的、以美国杰出人物关于上帝和法律的明言警句围绕着”的十诫。莫尔为其行为辩解道,这座雕塑旨在表明美国法律的道德基础。但是,这尊雕塑很快就遭到了公众的反对。反对者一直诉至华盛顿的最高法院,并取得了胜利,法院判决移走雕塑,因为美国宪法禁止国家支持某种特定的宗教。尽管如此,莫尔和他的追随者们还是——用《法兰克福汇报》的话说——“以一种狂热的决心”死守着雕塑,有的人绝食,有的人威胁道,如果移走雕塑就撞死在它上面。夜复一夜,数以百计的人们聚集在法院楼前,为莫尔和他坚持到底的意志祈祷。莫尔自己解释道,他不能违背自己的良心,为此宁肯忍受严刑和免职。最终,法院的其他八位法官让物管搬走了雕塑,冲突到此算是解决了。《法兰克福汇报》评论员评论道:“在此案中,双方在一决胜负的过程中表现出来的激情和毅力可能是罕见的。但是,它的核心,即国家和上帝的关系,对美国却是生死攸关的,因为美国是一个笃信宗教的国家。信仰在一定程度上是美国日常生活的一部分——这在世俗化了的欧洲已经难以想象——而且它的重要性不是在减少,而是在增加。”

三

题外话到此为止。我们再回到由我的题目提出的关于法区别于其他社会规范的特征这个问题上来。回答这个问题着实困难。一般会从语法入手,而这本身又是不准确和不确定的。在科学中人们永远都得想到,每个人都是按照其知识结构

特有的侧重点来界定其概念的。因此,根据我们是在神学、哲学、法学还是社会学的领域里进行探讨,在这里也会发现不同的重点。即使在法社会学内部,不同的作者强调的特征也不同。

至少可以找到三种定义法的社会学概念的理论。占主流的可能是这样一种观点,它认为法的特征在于其制定和实施不是由全体社会成员来负责,而是委托给专门为此委任的专业人士,即法律人,就像把照管教会财产委托给牧师、治病委托给医生一样。马克斯·韦伯的定义非常著名:“如果秩序受到肉体的或心理的强制可能性的外在保障——这种会产生服从或报复性侵害的强制将由为此目的而专门组织起来的人员来加以适用——那么该秩序就被称为法。”^[3]

按照狭义的、带有法学色彩的理解,由为此委任的立法和司法机关根据法定程序所造之法也属于社会学上的法。显然,这个法的概念受法治和民主原则的约束,而且和常用的法学概念最为接近。

另一方面,欧根·埃利希(*Eugen Ehrlich*)认为,法的特殊性仅在于其作为一种特定的适用于一个社会联合体的规范的重要性和庄严性。埃利希认为,人们形成了一种区别法和道德的感觉:如果违反一项规范引起了公愤,则所涉及的是法,如果仅仅是不被认可,则被违反的是一项道德规范。如果说路曼在其1972年的《法社会学》中把法定义为时间适用范围上以及人和事的适用范围上一般化了的行爲期待,那么他对法和道德的区分也是不准确的。因为这个定义恰好也适用于其他规范。一些学者走得更远,他们索性就放弃在法社会学中给法和其他规范划清概念上的界线,因为对于他们来说,重要的仅仅是分析社会的规范结构。

这些理论可以这样为自己辩护:从历史上来看,区分各种规范种类是出现较迟的一种文明现象。其最重要的原因在于近现代分工社会的复杂性和其内在多样性以及与此相联系的价值观和生活方式的多元化。而在古代社会,宗教、道德和法几乎是合为一体的。就连在我们这个时代,特别是对一些教育程度较低的人来说,特定的行为规则究竟是法的要求或仅仅只是道德的要求也常常是含糊不清的。此外,对法和宗教以及对法律和道德律的区分是启蒙运动和世俗化的产物。在现代,法的特殊地位不仅仅是法治国家原则和民主观念的体现,还是这样一种经验的体现,即法是调控社会进程和组织公用公益事业的合适工具,也是实现福利国家原则的合适工具。

如果我们出于这些原因接受在社会分化、价值观多样化、法治国家、民主国家和福利国家中得到论证的实证主义法的概念,则困扰着法学家的问题也会同样出现在法社会学中。这时就得回答譬如下列问题:关于善良风俗的一般条款指向的是神学的抑或是伦理的道德律、是特定的习俗抑或是可以根据社会学的经验确定

的所有正义思考的人的观念?习惯法、交易道德和商业惯例有着怎样的法律性质?国家的法院和法院程序是否是处理各种个人和社会争端的合适机构?怎样在一个多元化的社会中让法律规范和法庭判决被公众自愿接受,以及社会为了贯彻其意志愿意使用多少成本昂贵的强制手段?社会政治调控的有效性怎样通过法来确保和改善?

这些现实问题在法社会学中也很受重视。尽管如此,我在这里却不打算继续探讨这些问题。我的问题毋宁指向——正如一开始就表明的——相反方向:所有那些在任何时间、任何地点都存在的社会规范是否具有共同的根源和一致的内容?这在某种程度上类似于法社会学上是否存在一种自然法的问题,但有一个根本不同,即它不能通过形而上学抽象推论的方式来回答,而是应该通过一种在多元化社会利用经验的检验可以实现的、并且经受得住其推敲的方式来回答。

如果能回答这个问题,就不必冥思苦想各种规范之间是怎样一种关系了。仅仅出于这个原因,这个问题就值得研究,而其意义远远超过这一点。因为它还意味着一个在全球化的背景下变得特别重要的问题得到了回答:怎样才能协调不同的伦理和宗教文化,怎样才能协调不同国家的法律规范,从而最终形成一种类似于普遍法和道德的制度,这种制度在全世界都得到承认、被各国现行法所支持,并且在必要时通过其帮助得到贯彻。这个问题有多现实,用一个例子就能说明:在一部特定的宪法——在德国即基本法——确认的基本权利之外,是否还存在着一些普遍人权,这些人权同时为道德和法所承认,因而应该在全球得到适用?

四

据我观察,现阶段的法社会学对这个问题研究得还太少。正是因为如此,我打算在我演讲的第三部分将它作为重点并对此作一些思考。但我得先再作一次保留,我这里讲到的绝对不是业已完成的和已经得到证实的研究成果,而只是一个社会学研究项目的一些碎片。研究这样一个课题将会是一项浩大的工程。它肯定不会局限于法社会学,而是要求从社会生物学、动物生态学、民俗学到文化史、社会史、人类学、民族学的所有社会科学进行合作。

这样的—一个研究项目会是什么状况?首先,显而易见的是,它将受益于这样一种规范的定义和法的定义,这项定义——就像在埃利希和路曼的理论中一样——将各种规范之间的区别相对化,并指出所有社会规范作为和平组织人类共同生活的基本手段的功能以及这些规范是怎样扎根于人类共同体中的。

埃利希——尽管其天赋至今仍未获得应有的重视——也可以帮助我们的研究

深入一步。他以这样一种设想作为出发点,即所有社会规范都建立在一定的造法事实之上,这些事实导致并宣告了社会规范的产生。按照埃利希的观点,关于法的起源的问题就转化为这样一个问题,“哪些实际存在在历史发展过程中演变成了法律关系,以及这种演变是通过怎样的社会进程完成的”。对他来说,造法事实是指那些和社会联合体的组织联系在一起的“人类精神规则”。虽然埃利希的这些表述是针对法的产生而言的,但根据其思想的前后一致性却可以将这项表述适用于所有社会规范。所以,我想,我们可以在这个意义上把“造法事实”的概念普遍化,将其转换为“创造规范的事实”。这个想法让人想起格奥尔格·耶林勒克(Georg Jellinek)关于事实的规范力的著名公式。但他的观点更加一般化:所有社会、所有历史阶段的任何一种社会规范都产生于一定的事实,建立在它的基础之上,并且把它转化为具有约束力的规范。用现在流行的话说就是:社会规范是人的社会生物本性的产物,是人类社会的社会生活条件。

埃利希认为有四种造法事实:实践,意思表示,占有和统治,而且他认为这个范畴是封闭的。^[4]这样的论断很容易让人感到震惊,必须对它进行解释。

实践的概念涉及到人对其与他人之间交往的一定稳定性的基本需要。这一点我已经谈过了:习以为常的行为模式降低了可能的行为选择的复杂度,从而减轻了个人的负担,并且使其与他人有意义的交往成为可能。出于这种目的,这些行为模式得到具有约束力的适用也就不难理解了。法律人在此联想到法的安定性原则。

不能把意思表示理解为《德国民法典》使用的那个高度抽象的法律概念。这里毋宁是指这样一种事实,每个人作为个体都有自然的需要和目的,能够将其表达出来,并且使其相对于其他人得到贯彻。任何一个人类联合体想要繁荣,就必须尊重其成员的这种能力,并且以之为前提。但是,它也必须为这种能力设定界限,以使它和其他人的意思自由相协调。用哲学的方式来表述,这里涉及到个人自主权和一种社会制度,在这种制度下——按照康德的说法——“一个人的自由和恣意根据一条普通法则能够和其他任何人的自由并存”。^[5]这在社会科学上是一种假设,即假设人的自主权和意思表达的自由在任何地方都是形成规范制度的基础。

埃利希使用的占有的概念当然也不是今天民法意义上的占有。毋宁说它涉及到一项人类学的论断,即每个人都有占有其生活环境中的物并排除他人和共同体染指的需要和意志。这项论断首先适用于食物和衣物,之后才适用于武器、工具、首饰和个人作品。但是,人们也可以进一步断言,占有的欲望涉及所有可分实物。在此基础上,埃利希提出了由共同体将特定物规范化地分配给个人并对此予以承认和保护的观点。这在“你不应该偷窃”这条命令中表现得最为明显。这里,规范性的制度应该规定个人所有权的界限、人与人之间有形财产的分配以及由此产生

的冲突的解决。

统治是指这样一项论断,在人类联合体中到处都存在着上下级关系的结构,这种结构对所有规范来说都是预先设定的,并且必须被其遵守。父母和未成年子女间的关系可以作为一个基本例子。也可以想想这个例子,即为了完成某些需要多数人合作的任务而必须确定一个领导,特别是在抵抗共同体的外来敌人时。人们甚至在高等动物的群落中就发现有一个特别强大的个体被承认为动物首领。在高度发达的人类社会中,我们把统治制度称为国家。而这种统治制度的前提是,用规范把纯事实的权力关系固定下来使其合法化,并对其加以限制。

我们再总结一遍:按照埃利希的观点,实践、意思表示、占有和统治是在任何社会都存在的、作为规范性治理的基础的事实。全部的社会规范都是调整联合体内部的秩序,即在其内部适用的个体自由、所有权关系和统治结构的范围和限度。在内容方面,这些规范是一种习惯性实践的结果,而这种习惯性实践又可以归因于对一定行为稳定性的需要。

我不应该强调,埃利希不能用经验的方法证明其观点的正确性,因为一百年前还没有综合检验的工具。而在今天的社会学、动物生态学和民俗学中却拥有一系列相关的调查方式,这些调查方式已成功地对地球各处的古代人类进行了研究:从爱斯基摩人到印地安人,从非洲内陆的布须曼人到澳大利亚和南太平洋群岛的土著人。因此,我们已经拥有丰富的材料,而这些材料又证明埃利希的论点是有根据的。由于时间关系,这一点我在这里就不阐述了,但我至少会在下文中的几处将其指出来。

但是,确定存在着创造规范的事实对于我们探讨的关于所有社会规范共同内容的问题又有什么意义呢?人们会反驳说,它太泛泛而谈了,还不能作出有现实意义的具体说明。换句话说,它还没有回答,在今天高度文明化和多元化的社会中,规范的连续性、自由意志的实现、私有财产所有权和统治关系在多大程度上得到承认,以及它们应该怎样通过规范来调整;也没有回答宗教规范、道德规范、社会规范和法律规范区别的原因。这种指责具有一定的道理。

尽管如此,我们还是可以得出一些重要的结论:从经验上看,似乎不可能有人会为一种完全否定和压制习惯性实践,即保证行为稳定性、个人意思表示自由、私有财产所有权以及统治结构的制度拍手叫好,事实上也不大可能存在这种制度。我们不能想象会有一种宗教、道德或法律支持甚至要求这样的制度。如果这是正确的,那么所有相信和宣传废除所有权和统治制度的科学或政治观点就都错了。

还可以得出第二个结论:如果习惯性实践、意思表示、占有和统治是创造规范的基本事实,那么,它们也构成所有社会制度的基础和原则。这些制度包括一些为

了确保人们的和平共处和互利合作所作的必要限制。但是,在这种观点下,限制需要理由。这个论点可以表述为:所有社会规范都具有这样一种结构:首先承认创造规范的事实,再对其加以限制。限制是为了完成相同任务和目标作出的不同尝试。

如果我们在努力寻找一种全世界统一的、或者至少是能相互兼容的规范模式时以此为基点,岂不是能朝目标更进一步?

五

但仅有这个基点还不够,我们必须进一步追问:是否有证据证明在世界范围内存在着具有相同或近似内容的具体规范?我猜想答案是肯定的。但是,是哪些规范、有多少规范是内容相近的呢?现有的研究水平还不能回答这个问题。因此,我也就只能在文章结尾处举出几个例子作罢了。

首先,我举杀人禁忌为例。众所周知,这条简单的基本规则在十诫中精炼地表述为:你不应该杀人。看起来,这项禁止似乎适用于任何时间、任何社会,而且在任何地方都是宗教的、道德的和礼仪的德行观的组成部分,就像是法的组成部分一样,这也是有根据的。因为这用达尔文的进化论观点看来是显而易见的:一个团体的成员越多,它就越强大,它的生存就越得到保障。它在原则上是依赖于所有成员的。如果我所知无误的话,在群生的高等动物中就已经存在禁止杀死同类的禁令了。

但是,这个命令有限制和例外:某些社会中出于宗教原因的人祭;根据古代“以牙还牙,以眼还眼”原则对资本犯罪施行的死刑;或许还有某些形式的安乐死,紧急情况下的杀人,以及可能出于历史上最常见和最重要的原因:在战争中杀死敌人。这些例外和对杀人的原则性禁止并不矛盾,而是确认了原则和需要理由的例外之间的关系。

类似的情况适用于禁止故意伤害他人或剥夺他人自由的命令。对任何一个人类共同体来说,其成员身体的不可侵犯性和完整性及其发展自由不比成员的物理存在次要。

你不应该偷窃的命令我已经提到过了。也许,你不应该以损害他人利益的方式作伪证的命令也属于普遍适用的基本规则。程序公正的基本原则也是一样:要求法官不偏不倚以及听取对方的意见。

我把对等原则,或者用民俗学家的话来说,互利原则,作为最后一个例子。一篇关于类人猿行为的文章描述了这样一项观察:如果黑猩猩把自己的香蕉分给另一只黑猩猩,它会期待对方有所回报。对待给付可以过很久再进行,可能过几星

期,等到第二只黑猩猩有多余的香蕉时。动物生态学家在一项观察中发现,第二只黑猩猩想避免和第一只平均分配香蕉。这就在两只黑猩猩之间引发了激烈的斗争,结果是第一只黑猩猩在无其他动物介入的情况下实现了其要求对待给付的请求权。作者评论到:显然,黑猩猩也具有有一种天生的法律意识。

自19世纪末以来,民俗学和人类学研究——特别和马塞尔·毛斯(Marcel Mauss)、布罗尼斯拉夫·马林诺夫斯基(Bronislaw Malinowski)以及里夏德·图恩瓦尔德(Richard Thurnwald)等名字联系在一起——就已经显示,早在古代社会,社会和经济关系就是以互易为基础的,而这种互易是根据互利原则进行的:一个人对他人的给予将产生对对待给付的期待。A从B对其的给付中得到的利益促使其向B给付他欲得到的。这绝不仅仅适用于实物,而是还适用于无形物,如性关系、爱情、社会承认或者紧急情况下的帮助。甚至在稳定的控制与被控制关系中也存在着互利原则,在这种关系中主人亏欠奴隶忠诚和关怀。如果对待给付不能立即进行,则要举行一项象征着义务继续存在和延期给付的仪式,还有多个人参与的环形互易。如果互易成功,参加者就继续这种关系,通过这种关系他们就建立了长期联系。通过这样一种相互期待和给付的交织,团体的存在和维持就得到了确保。最后,互易的程序就一般化了,而团体成员出于自身利益的考虑开始对互易义务的履行进行监督。它们就变成了具有约束力的规范。

谁不能在这些先民的行为模式中发现至今仍然适用的规则!

为了不过度折磨诸位的耐性,我就在这里打住了。如果我还年轻而且是做就职演讲的话,诸位就可以在我的演讲中听到我设想的一个研究计划。然而,我做长期研究的时间已经过去了,借这个报告,我就要向诸位告别了。所以,把有关的问题提出来,我就应该满足了。对它们的回答就是年轻人的事了。

但在我们系开展这些研究似乎不大可能。因为我可能的接班人——我为他今天的光临感到非常高兴——和我可能不是特别接近。我想,这不在他的研究领域。所以,我在结束这个演讲时只能提醒诸位,别把法社会学完全忘记。它对我们来说太不熟悉了,但它在其理论和经验的范畴内对法律人来说实在是太重要了。

(肖怡 译 美文 校)

注 释:

[1] 普希勒:《法的接受》(Pichler, Rechtsakzeptanz),1993。

[2] 2003年8月25日《法兰克福汇报》,第35页。