



郑永流 主编

法哲学与法社会学 Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

论丛

2013年卷 (总第18卷)

德国法哲学讨论之现状 / [德] 乌尔弗里德·诺伊曼

非人类的权利?

——在政治和法律中作为新行动者的虚拟行动者和动物 / [德] 贡塔·托依布纳

《法律论证理论》后记(1991): 对若干批评者的回应 / [德] 罗伯特·阿列克西

卡尔·拉伦茨(1903年~1993年)

——一位伟大的德国法学家的生平和作品 / [德] 米夏埃尔·马丁内克

对批评的一个回应

——《认真对待权利》附录(下) / [美] 罗纳德·德沃金



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

图书在版编目(CIP)数据

法哲学与法社会学论丛. 第2卷 / 郑永流主编.
—北京: 法律出版社, 2013. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5393 - 6

I. ①法… II. ①郑… III. ①法哲学—研究②社会法学—研究 IV. ①D90②D90 - 052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 218708 号

法哲学与法社会学论丛(第2卷)

郑永流 主编

责任编辑 董 飞
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2013 年 10 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 26.5 字数 387 千
印次 2013 年 10 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5393 - 6

定价:55.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

德国法专题

德国法哲学讨论之现状 / [德] 乌尔弗里德·诺伊曼 / 1

人类学决策十字阵视野中的尊严、权利与

法哲学 / [德] 温弗雷德·布鲁格 / 19

社会人权 / [德] 约格·诺伊纳 / 47

非人类的权利?

——在政治和法律中作为新行动者的虚拟

行动者和动物 / [德] 贡塔·托依布纳 / 69

肖像权的起源:法学建构与早期图片

科学法 / [德] 法比安·施丹豪尔 / 106

国际宪政主义的功能性进路 / [德] 安妮·范·阿肯 / 139

《法律论证理论》后记(1991):对若干批评者的

回应 / [德] 罗伯特·阿列克西 / 166

个案所有情况之权衡

——一个不为人知的现象 / [德] 托马斯·里姆 / 191

原则理论的洞见、错误和自我误解 / [德] 拉尔夫·波舍 / 226

卡尔·拉伦茨(1903~1993年)

——一位伟大的德国法学家的生平和

作品 / [德] 米夏埃尔·马丁内克 / 271

论 文

法律原则的历史、方法论视角及其法理学

——民法基本原则重述 / 唐晓晴 / 303

译 稿

对批评的一个回应

——《认真对待权利》附录(下) / [美] 罗纳德·德沃金 / 360

访 谈

道德领域及法律领域中的规范性与

客观性 / [以色列] 戴维·恩诺克 / 405

本卷作者名录 / 414

引证体例 / 416

Contents

Symposium on German Law

The Contemporary Situation of Debates in German

Legal Philosophy /Ulfrid Neumann / 1

Dignity, Rights, and Legal Philosophy

within the Anthropological Cross of

Decision-Making /Winfried Brugger / 19

Social Human Rights /Jörg Neuner / 47

Rights of Non-humans? —Electronic Agents and Animals as

New Actors in Politics and Law /Gunther Teubner / 69

The Origin of Portrait Rights: Legal Construction and The

Early Image Science Method /Fabian Steinhauer / 106

A Functional Approach to International Constitutionalism:

The Value Added of a Social Science

Contribution /Anne Van Aaken / 139

The Postscript (1991): A Reply to Some

Critics /Robert Alexy / 166

Balancing all the Factors of Cases—An

Unknown Phenomenon /Thomas Riehm / 191

Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory

of Principles /Ralf Poscher / 226

Karl Larenz(1903 – 1993)—The Lifetime and Works of a

Great German Juris /Michael Martinek / 271

Papers

The History, Methodological Perspective and Jurisprudence of

Legal Principles /Tong Io Cheng / 303

Translations

A Reply to Critics; the Appendix of *Taking Rights Seriously*

(Part Two) /Ronald Dworkin / 360

Interview

Normativity and Objectivity in the Fields of Morality and Law /

David Enoch / 405

List of Authors / 414

Citation Rules / 416

德国法哲学讨论之现状^{*}

[德] 乌尔弗里德·诺伊曼^{**} 著 张青波^{***} 译

一、趋势

如果要用一句话来形容德国法哲学^①当代的讨论状况,可以说:这一状况的特征是,法哲学“庞大”学派之间的争执退场,而与之相对应的是,个别实质问题正在增长的意义。当然,今天在不同法哲学路向之间还

* 本文是作者2009年9月18日访问中国政法大学时所做的学术报告。

** 乌尔弗里德·诺伊曼(Ulfrid Neumann),德国法兰克福大学刑法、刑事诉讼法、法哲学和法社会学教授。

*** 张青波,中南财经政法大学教师。

① 对于联邦德国法哲学之发展,参见 Ralf Dreier, *Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ein Rückblick*, in: Robert Alexy (Hrsg.), *Integratives Verstehen. Zur Rechtsphilosophie Ralf Dreiers*, Tübingen 2005, S. 215 – 223; 另参见 Ulfrid Neumann, *Rechtsphilosophie in Deutschland seit 1945*, in: Dieter Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt am Main 1994, S. 145 – 187 (缩略版载: *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science. Law and Politics between Nature and History*, Vol. 2, 1998, S. 267 – 282)。包括前德意志民主共和国法哲学家在内的清点载于: ARSP-Beiheft Nr. 44 (Robert Alexy/Ralf Dreier/Ulfrid Neumann [Hrsg.], *Rechts-und Sozialphilosophie in Deutschland heute. Beiträge zur Standortbestimmung*, Stuttgart 1991)。

存在原则上的讨论,而我将马上提到这些讨论之若干者。但它们却缺少以前争执的激情;继而代替激烈争执的是和平的并存。真正的、部分也是以个人的尖刻所进行的争论,已经转移到了个别实质问题上了。这里,占据突出地位的是对帮助他人死亡、^②对人类遗传基因学和生育药物^③的争论,以及新近对这一问题的争论:个人根本的基本权在例外情形是否必须退让于公共的安全利益。^④

这些问题域——帮助他人死亡、人类遗传基因学、例外情形中的个人基本权,不仅是法哲学的主题,它们同样属于道德哲学的关涉范围,而又属于实证法和实证法之科学——法教义学的关涉领域。这样就谈到了德国当下法哲学讨论的又一个特征:法哲学一方面和道德哲学,另一方面和法教义学之间的界限变得可穿越了。在与道德哲学的关系上,这一发展与法哲学转向实践哲学相关联,而在学术专业分工的层面上,这一转向,在专业哲学家对于法哲学问题越来越大的兴趣中,变得清晰可见:这里,于尔根·哈贝马斯^⑤是最有声望的例子,但绝非唯一的例子。^⑥ 在科学期刊市场上,“法与伦理学年刊”的创立也反映了这一发展。^⑦

② 对此的法哲学论文如 *Norbert Hoerster*, *Sterbehilfe im säkularen Staat*, Frankfurt am Main 1998; *Arthur Kaufmann*, *Relativierung des rechtlichen Lebensschutzes?*, in: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 2001, S. 841ff.; *Reinhard Merkel*, „Früheithanasie“. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001; *Ulfrid Neumann*, *Moralphilosophie und Strafrechtsdogmatik*, in: *Alexy/Dreier/Neumann* (Hrsg.), *Rechts- und Sozialphilosophie in Deutschland heute*, ARSP-Beiheft 44 (1991), S. 248ff.

③ 参见 *Jürgen Habermas*, *Die Zukunft der menschlichen Natur*, 2002; *Otfried Höffe*, *Medizin ohne Ethik?*, 2002; *Reinhard Merkel*, *Forschungsobjekt Embryo. Verfassungsrechtliche und ethische Grundlagen der Forschung an menschlichen Stammzellen*, München 2002。

④ 参见载于其中的论文: *Gerhard Beestermüller/Hauke Brunkhorst* (Hrsg.), *Rückkehr der Folter. Der Rechtsstaat im Zwielicht*, München 2006。

⑤ 参见尤其是 *Habermas*, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1998 (1. Aufl. 1992)。

⑥ 另参见如 *Otfried Höffe*, *Politische Gerechtigkeit. Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Frankfurt am Main 1987; *Wolfgang Kersting*, *Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart*, 1997。

⑦ *Jahrbuch für Recht und Ethik* (Annual Review of Law and Ethics), hrsg. von *B. Sharon Byrd*, *Joachim Hruschka* und *Jan C. Joerden*, Berlin, Bd. 1 (1993)ff.

在法哲学和实证法、法教义学愈发的合作关系上,^⑧我看到了双重原因。一方面,它由存在于法的新规整领域之明显哲学反思需要所致。帮助他人死亡、人类遗传基因学和生育药物之问题,几乎不能以传统的法律范畴把握,遑论来解决。这里,法学(法教义学)依赖于法哲学(如同道德哲学)。^⑨另一方面,法教义学和法哲学的接近趋势,符合了学术上法律人教育中的发展,其中,法哲学渐渐被视为“教义学”学科(民法、刑法、公法)的“基础学科”。当然,法律系教席的配置在这里也起了作用。迄今流行的将法哲学教席和至少一个教义学科之合并——这在其他国家毋宁说是例外,在今天变成了唯一的模式;据我所知,今天在德国还有唯一的一个教席(在哥廷根),它仅仅为法哲学与国家哲学所设置。

二、讨论主线

即使今日德国法哲学之讨论更多地由个别问题,而非一定学派之对立所塑造,它仍有争执的主线,由此区分出了各个阵营。

1. 法实证主义与法道德主义(自然法)

在一边是法实证主义,^⑩另一边是法道德主义^⑪之间的争执,总还起着核心的作用。核心的问题是:在程序上正确制定的法,在所有情况下都有法的约束力吗?或者说,对于极度不公正的法,不仅必须剥夺其道德约束力,而且也必须剥夺其法的约束力吗?众所周知,这是一个在国际层面上进行了的讨论,但在德国它有两个特点。

^⑧ 载于由 Robert Alexy 主编的论文集: Juristische Grundlagenforschung (Stuttgart 2005, ARSP-Beiheft Nr. 103), 其中收录了 2004 年 9 月于基尔召开的国际法哲学与社会哲学协会德国分会会议论文。

^⑨ 这对立法也相当有效,为了准备道德上敏感领域的法律规整,它越来越多地任命所谓的伦理委员会。

^⑩ Norbert Hoerster, Verteidigung des Rechtspositivismus, 1989.

^⑪ Robert Alexy, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in: Ralf Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts (ARSP-Beiheft Nr. 37), Stuttgart 1990, S. 9–26.

(1) 语义学而非本体论

今天这一讨论不同于联邦德国前十年在自然法和法实证主义之间的辩论。那时候涉及的是本体论问题,^⑫也就是这个问题:是否在实证法“之上”有一个规范秩序,其带有规范上的优先性,并因此能够剥夺相违背之法律的法的约束力。构成意识形态背景的是为了基督教会和政治天主教义的如下要求而斗争;^⑬其世界观不仅通过议会立法,而且在必要时通过法院司法,违背法律而得以实现。今天的争论不仅离开了这一意识形态关联,而且也离开了本体论的提问。这个问题不再作为本体性的,而是作为规范性的问题讨论。这个问题就是,是否内容上极度不公正的法律,也应该被看作是有约束力的法规范。正如双方都明确注意到的,这是一个由法概念之定义,并由由此而来的概念确定所决定的问题。^⑭

这一合意很大地消解了这个争论的激烈性,即使人们当然对下述问题并不一致:是否较好的理由支持法实证主义抑或法道德主义的立场。使阵线进一步缓和的是,法道德主义者和法实证主义者都不仅将实定规则,而且将不成文的法原则承认为实证法的组成部分。因为通过这些法原则,实质上道德内容能够被引入法秩序,这个关于法的道德浸染之争论就化约为了构造性的问题:是否通过法原则产生了法与道德的联系,如同法道德主义者主张的那样,或者是否法原则作为法原则在这时也仅仅呈现了法的内容,当它们在内容上和道德原则相一致时。这当然在范畴上是一个重

^⑫ 就此而言标志性的是 *Arthur Kaufmann* 的早期论文,他后来远离了本体论开端。对于本体论立场参见如 *ders.*, *Naturrecht und Geschichtlichkeit* (1957), in: *ders.*, *Rechtsphilosophie im Wandel. Stationen eines Wegs*, Köln/Berlin/Bonn/München, 2. Aufl. 1984, S. 1 - 21; *ders.*, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961 (2. Aufl. 1976). 对于考夫曼后来告别(实体)本体论 *ders.*, *Vorwort zur 2. Auflage*, in: *Rechtsphilosophie im Wandel*, S. VII。

^⑬ 对于西德 1945 年以来政治天主教义的再度强化参见 *Franz Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 601。

^⑭ “法道德主义”的立场是这样, *Ralf Dreier*, *Der Begriff des Rechts*, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1986, S. 890 - 896; 而从法实证主义视角看同样是这样, *Norbert Hoerster*, *Zur Verteidigung der rechtspositivistischen Trennungsthese*, in: *Ralf Dreier* (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (ARSP-Beiheft Nr. 37), Stuttgart 1990, S. 27。

大区别,但这个区别在确定有效法秩序之内容时,却不产生影响。^⑮

(2) 实践重要性

德国的讨论的第二个特性在于,法哲学的问题在法院实践中一再有相当的实践重要性,对众多被告人来说,这个问题决定了“无罪判决抑或长期监禁刑”之选择。正如已经在“第三帝国”终结之后那样,在与前德意志民主共和国重新统一之后,德国司法又面临了这个问题,是否——从它的视角看来——已覆亡之法秩序的极度不公正的法律,应被承认为有效的法。在上述两批案件中,联邦德国的司法求助于所谓的“拉德布鲁赫公式”,^⑯并且在这两批案件中,产生了与法学进行的法哲学讨论。有三个问题位于当下讨论的中心。第一个问题是,是否拉德布鲁赫的法律的不法之无约束性命题,原则上要同意;这个问题被完全压倒性地肯定地回答了。^⑰第二个问题是,是否关涉的前德意志民主共和国的规定,事实上能被评价为“法律的不法”。这是一个在讨论中有争议的,^⑱但法哲学上较不

^⑮ 参见 *Ulfrid Neumann*, *Positivistische Rechtsquellenlehre und naturrechtliche Methode. Zum Alltagsnaturrecht in der juristischen Argumentation*, in: *Ralf Dreier* (Hrsg.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts* (ARSP-Beiheft Nr. 37), Stuttgart 1990, S. 141 – 151 (S. 149ff)。

^⑯ *Gustav Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliche Recht* (1946), in: *Gustav Radbruch Gesamtausgabe Bd. 3*, S. 83 – 93 (89): “公正与法安定性的冲突可以这样解决:实证的,由设定和权力所确定的法在这时也享有优先性,当它在内容上不公和不合目的时,除非实证法律和公正的冲突达到如此不可忍受的程度,以致作为‘不正确的法’之法律脱离了公正。在法律的不法之情形与尽管有不正确的内容却有效的法律之间,不可能划定更精确的界限;但是却可以最最精确地划出另一条界限:在连公正也不被追求之处,在平等——它构成了公正的核心——在设定实证法时被有意否定之处,那里法律绝不只是‘不正确的法’,毋宁说它根本就缺少法之性。”拉德布鲁赫由此明确地得出了结论:“根据这一尺度来衡量,民族社会主义法的所有部分从未获得过有效之法的尊崇。”联邦最高法院在众多裁判中,引用了拉德布鲁赫公式而对那些被告人做出了有罪判决,尽管他们在前德意志民主共和国所实施的行为根据德意志民主共和国的法律被正当化了,法院的方式是,适用该公式而宣布这些法律无效 (BGHSt 39, 1, 15f. sowie BGHSt 41, 101, 105ff.)。在就纳粹时期之法律重整的司法裁判中,对拉德布鲁赫公式的援用在下列裁判中:BGHSt 2, 173 (177)、BGHSt 3, 357 (362ff.) 和 BVerfGE 23, 98。

^⑰ 另一方面,当然也有严格实证主义的法观念。

^⑱ 赞成者如 *Frank Saliger*, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg 1995, S. 33ff.; 否定者(就德意志民主共和国边境法) *Ralf Dreier*, *Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDR-Grenzgesetzes*, in: *Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1973, S. 57 – 70. (66)。

有趣的问题,因此我不进一步涉及。第三个在我看来最吸引人的问题是,是否在适用拉德布鲁赫公式时,不违背宪法的回溯既往之禁令而达致对行为人的处罚,而这些人根据当时德意志民主共和国的实定(实证)法合法地行为。实践中这个问题主要涉及当时德意志民主共和国人民军的成员,他们在联邦德国的边境上,向难民瞄准发出了致命的射击。联邦德国法院对这一问题做了肯定的回答,^①而参与讨论的多数法哲学家也对此赞同。^②论证是:因为东德的法律——对难民致命地射击可能根据这种法律被正当化,作为“法律的不法”从一开始就无效,所以边境士兵的行为根据东德法就已经是禁止并可罚的了。我认为这是有问题的,并期待您的理解,如果我在此点上离开报道者,进入讨论参与者的角色。^③

乍一看联邦最高法院及其辩护者的论证令人信服。这一论证是:如果借助拉德布鲁赫公式或另一个自然法(法道德主义)论证,而否认早先法秩序之正当化法律的效力,这样并不产生刑法回溯既往之禁令的问题。因为这些正当化理由作为极度不公正的法规范,恰恰不是早先法秩序的组成部分。于是,自然法的论证只是指明了在早先法秩序本身存在的法状况。用罗伯特·阿列克西精辟的表述:“用拉德布鲁赫公式……并未回溯既往地改变法状况,而只是确定了行为时的法状况曾是怎样的。”^④

这一论证毫无疑问符合拉德布鲁赫的意图。因为对他来说恰恰涉及确定,“民族社会主义法之所有部分从未获得过有效之法的尊荣”。^⑤但这

^① 这一点对联邦最高法院无限有效(BGHSt 39, 1, 15f; BGHSt 41, 101, 105ff.)。相反,同样诉诸拉德布鲁赫公式的联邦宪法法院,将这一论证与对宪法之回溯既往禁令的限制相联系(BVerfGE 95, 96)。

^② 但批评者如Horst Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, Juristenzeitung (JZ) 1997, S. 421–434 (431)。

^③ 更为详细的Ulfrid Neumann, Rechtspositivismus, Rechtsrealismus und Rechtsmoralismus in der Diskussion um die strafrechtliche Bewältigung politischer Systemwechsel (2002), in: ders., Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2008, S. 163–187。

^④ Robert Alexy, Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993, S. 33。

^⑤ Gustav Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (wie Anm. 16), S. 89。

一确定以认识论上对法秩序之极其有问题的理想主义(本体论)式理解为前提。因为这一论证必须将一个已覆亡国家的法秩序解释为,理想存在的、由自然法和实证法规范所组成的规范体系。但这却违背了认识论上不可避免的认识:法规范只有社会的,而非理想的存在。一个可能不被争议的例子是:我们知道,在希腊城邦,奴隶制是成文和践行的法秩序之成分。不会有什么意义去主张,奴隶制的法制度“实际上”并非雅典城邦之法秩序的成分,因为奴隶制违背了自然法。同样很少有意义的是主张,根据东德法,在边境的致命射击就已经“实际上”可处以刑罚了。自然法的论证并没有本体性,而只有规范性力量。这意味着:它们能指示法官,不适用极度不公正的法律,能指示公民,不遵守这些法律。这一规范性的功能却将自然法的论证的适用范围限于当下和未来的法制度。对于法律裁判实践的指示,对过去却并非富有意义。如果将它们涉及过去的法秩序,自然法的论证不可避免地陷入了本体论。自然法论证的这种容易流于本体论之特征,并非当代德国讨论的特色,数个世纪以来伴随着自然法思维,并证成了自然法思维相对于法实证主义认识批判性的攻击在传统上的无力抵抗。但它就如同体现在一个放大镜中那样,也体现在当代德国的讨论中,因为是否证成可罚性之自然法的论证,违反抑或遵守了回溯既往之禁令,这个问题成为自然法理解的证伪试验。在这个问题上,规范性的自然法理解区别于本体性的自然法理解。

2. 法的商谈理论

今日德国法哲学中争论的第二条主线,位于法的商谈理论之代表²¹和他们的反对者之间。相比自然法学者和法实证主义者之争论,这里的状况却较不明了。因为商谈理论的批评者不能定着一个共同阵营。对商

²¹ 基础性的 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Main 1978 (4. Aufl. 2004); Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main 1998 (1. Aufl. 1992)。另参见 Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, 1988; Axel Tschentscher, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Rationales Entscheiden, Diskursethik und prozedurales Recht*, Baden-Baden 2000。

谈理论之批评来自于系统理论、^{②5}分析法哲学和批判理性主义^{②6}的众多阵营。批评的出发点必然是不同的,这取决于批评者自己将自己归至何种路向。但是,却可以得出对商谈理论的两个核心异议。

第一个异议反对商谈理论的认知性要求,也就是反对主张一定规范可以证明为正当,而其他规范可以证明为不正当。就此而言,对商谈理论的批评与实证主义对自然法思维的批评相一致。因为后者恰恰以这一论证拒绝求助于正义的超实证尺度:公正只对信仰,而非认知,是可以企及的。

第二个异议专门涉及了这种程序,通过它,在商谈理论看来,要获得关于规范正当或不正当的决定。这个异议反对商谈理论的核心,也就是这个命题:一定的程序保障了通过商谈所获结论的正确性。这个批评是——这里我当然只能非常简化地复述:理想商谈的理想程序条件能够保障,结论不被不恰当的视角(如一个参与人社会上优势的地位)所影响;但它们不能保证,事实上所有重要的论述都被考虑到,并被适当衡量。^{②7}因此,哈贝马斯的信心——在理想商谈的特别条件下,“较好论述的无强制之强制特有地”决定性地发挥作用,并未被证立。此外还指出,评价论述为“较好”或“较差”,以及评价论述为“关系重大”或“不重大”的标准,单单从商谈规则中却不能推出。单单从程序规则中,正如批评的要旨所言,不能获得实质内容。^{②8}

3. 系统理论

我恰恰将其作为商谈理论之对立模式谈到的系统理论,作为社会学模

^{②5} Karl-Heinz Ladeur, Rechtliche Ordnungsbildung unter Ungewissheitsbedingungen und intersubjektive Rationalität, in: Werner Krawietz/Jürgen Preyer (Hrsg.), System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas, Rechtstheorie 27 (1996) (Habermas-Sonderheft), S. 385 – 414.

^{②6} Armin Engländer, Diskurs als Rechtsquelle. Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002.

^{②7} Ernst Tugendhat, Probleme der Ethik, Stuttgart 1984, S. 117ff.; ders., Vorlesungen über Ethik, Frankfurt am Main 1993, S. 163f.

^{②8} 另参见 Arthur Kaufmann, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 1989, S. 16ff.; Ulfrid Neumann, Zur Interpretation des forensischen Diskurses in der Rechtsphilosophie von Jürgen Habermas (1996), in: ders., Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2008, S. 23 – 34.

式,以其无所不包的要求远远超出了法的领域。但它对法的基础学科也有相当的意义。这一方面适于法社会学领域;这里,卢曼以其同名作品^②根本上影响了讨论,并已经在今天被看作与马克斯·韦伯、奥根·埃尔利希、特奥多尔·盖格尔他们的作品相并列的法社会学之经典作家。与此几乎可以相比较的是最初他对法理论的影响。这里首先要提到的是《通过程序的正当化》这部作品,^③它为较新的法理论研究提供了重要的推动,这种推动可以总结到“程序进路”的关键词之下。以此所意指的是,一种新的视角,相比于在法的实质内容上,这种视角,更多地是在法之产生的程序中,看到了法的合法化及其问题之解决能力。这一进路对程序法之教义学,特别是民事诉讼和刑事诉讼法也有相当意义。^④对于法理论之讨论有很大意义的还有他的作品:《法系统与法教义学》。^⑤在这部作品中,卢曼做出了在裁判的条件与目的纲要之间的根本区分。这之所以著名,主要是因为,与完全压倒性的观点相反,卢曼在这里坚持,法官应该仅仅取向于法的条件纲要,而非其裁判的现实后果。

对此,他在这场持续到今天的争论——法官是否或者在多大程度上得以在其判决时取向于判决的社会后果——之中,采取了一个极端立场。德国法哲学之代表,在他们完全压倒性的多数上,并未依从卢曼的立场。今天,法官裁判的后果取向在很大程度上被接受了,然而也只是在较窄的限度内。我只提到两点:第一,在法律的文义和立法者的意志规定了一定裁判时,法官不得援引后果而得出一个不同的判决。第二,绝不是判决的个别后果,而仅仅是一定裁判之规则的普遍后果才得以被考量。例如,对一定案情的普遍证明负担规则,可以由司法以这样的论证而倒置:普遍规则

^② Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, Reinbek bei Hamburg 1972. 2. [teilweise veränderte] Aufl. 1983, 3. (gegenüber der 2. unveränderte) Auflage 1987.

^③ Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Neuwied am Rhein und Berlin 1969.

^④ 参见如 Jürgen Schaper, Studien zur Theorie und Soziologie des gerichtlichen Verfahrens. Ein Beitrag zur Diskussion um Grundlagen und Grundbegriffe von Prozeß und Prozeßrecht, Berlin 1985. 特别对于刑事诉讼: Ulfrid Neumann, Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 101 (1989), S. 52 – 74 (72f).

^⑤ Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1974.

不利于相对于卖方的买方或相对于出租人的承租人。但证明负担的倒置绝不能以这样的论证来进行:诉讼中的失败对于被告无足轻重,而对于原告却意味着其生计之丧失。我饶有兴趣地从我的学生张青波的博士论文中得知,后果考量的问题在中国现在的法理论之讨论中也有很大的意义。^③

回到卢曼。他的作品——《通过程序的正当化》,在德国法理论学者那里也只有很少的拥趸。从法学方面对这一作品所施加的一部分强烈批判,^④却可能很大程度上基于一个“规范主义”的误解。法律人,特别是程序法学之代表,以一种规范性意义理解“程序”概念。他们与此相一致地将卢曼的主张——通过程序的合法化基于虚构(也就是基于真实性和公正性的虚构目标),评价为玩世不恭。事实上对卢曼所涉及的却是社会学分析,而非规范性陈述。然而要承认的是,卢曼并未严格坚持明确拒绝对其作品的规范性解释,他的很多理论在这一视角下是让人困惑和模棱两可的。

卢曼后期的作品在法理论中,不再获得同样的反响了。在今天的德国,有一些法理论学者,他们拥护卢曼和系统理论的进路;然而,卢曼后期作品的广度上的影响,相比于其前期,却显然小了。这也适于全面的作品《社会的法》,^⑤其被视为卢曼法理论与法社会学分析之汇总。在反对系统理论的众多异议中,这里我只想简要提到两个。一方面,众多批评家主张,系统理论对于社会现实的可用性因此就被质疑:系统概念不能被用作经验概念,因为在社会现实中并没有就系统之同一性与界限之标准。^⑥这对于将系统稳定化之视角置于理论中心的模式来说,是一个重要的、按其

^③ Qingbo Zhang, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung-Bedeutung der juristischen Argumentation für China (erscheint 2010).

^④ 范例性的 Hubert Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 41 ff.

^⑤ Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main 1993.

^⑥ 对系统理论的批评参见此处的论文:Werner Krawietz/Michael Welker (Hrsg.), Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk, Frankfurt/Main 1993.

趋势是致命的异议。第二个异议特别反对系统理论在卢曼转而接受自创生^{③⑦}后所经历的形塑。粗略地说,自创生理论^{③⑧}意味着一定的系统,如法系统,规范上封闭地操作。也就是说,系统的结构只通过系统本身的操作而产生。例如,对于法这意味着,道德规范本身不能对司法裁判施加影响。另一方面,卢曼却看到了不同系统之间的耦合,如在法系统与经济系统之间、法与政治等之间。是否这种耦合的理论,补充抑或破坏了法系统之自治(自创生)和操作上封闭的命题,是一个迄今还未澄清的问题。

4. 其他理论

作为德国法哲学之当前流派而至少要提到的是,批判理性主义、^{③⑨}分析法理论^{④①}与法律诠释学,^{④②}它们像以往一样构成了法哲学风景之牢固成分。然而要注意到,不同阵营之间、以前部分极其激烈的讨论很大程度上消失了。这特别适于分析法哲学对法律诠释学所做的批评。在这个过程中,法律诠释学的核心命题——文本的解释以及因此,法律文本的解释总是一个创造性的过程——广泛地获得了认同。然而,恰恰在较新的作品

^{③⑦} 对此入门性的是在《法社会学》第2版(1983)中新写的结论部分(S. 354-363)。详见 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984。

^{③⑧} 基础性的是 Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main 1989。

^{③⑨} 哲学基础见 Karl R. Popper, *Logik der Forschung*, 11. Aufl. 2005 (1. Aufl. 1934/35); Hans Albert, *Traktat über kritische Vernunft*, Tübingen 5. Aufl. 1991 (1. Aufl. 1968); ders., *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen 1978。法理论的应用见 Hans Albert, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, Baden-Baden 1993; Peter Schwerdtner, *Rechtswissenschaft und Kritischer Rationalismus*, in: *Rechtstheorie 2* (1971), S. 67ff。对于批判理性主义之代表所主张的法学与神学间的相似性,参见 Ulfried Neumann, *Rechtswissenschaft als säkulare Theologie. Anmerkungen zu einem wissenschaftstheoretischen Topos des Kritischen Rationalismus* (2006), in: ders., *Recht als Struktur und Argumentation. Beiträge zur Theorie des Rechts und zur Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft*, Baden-Baden 2008, S. 318-333。

^{④①} 参见 Norbert Hoerster, *Grundthesen analytischer Rechtstheorie*, in: *Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie 2* (1992), S. 115ff。

^{④②} 参见特别是 Arthur Kaufmann, *Beiträge zur Juristischen Hermeneutik*, Köln, Berlin, Bonn, München, 2. Aufl. 1993; 总结性的是 Winfried Hassemer, *Juristische Hermeneutik* (1986), in: ders., *Freiheitliches Strafrecht*, Berlin 2001, S. 15-40。

中,又再次尝试通过排除解释者,从法律文本的语义中获得肯定性。^⑫ 和以往一样有争议的问题是,从形式逻辑在法中的运用中能获得何种益处,^⑬总体上,这一估计在这里可以通过越来越大的怀疑来形容。

5. 法律论证理论

像以往一样,法律论证理论在德国法哲学中起到了重要作用。^⑭ 这里必须用复数,因为“论证理论”的概念与其说标志着一种特定理论进路,不如说标志着对象范围。根据要求和目标指向,可以在区分出一边是规范性(规定性)理论,另一边是描述—分析性开端。描述—分析性理论涉及重构并体系化在有关法的文本中实际所运用的论述与论证,而规范性理论则要求,准备出“正确”法律论证的模式。与这一划分相交叉的是对论证理论,根据其方法之进路所做的归类。这里的多样性从逻辑—分析性的进路——其想要根据三段论模式彻底地重构法律论证,^⑮延伸到了论题—修辞的进路^⑯——这些进路新近则与文本理论(德里达、列维纳)的后现代进路相连。^⑰ 由罗伯特·阿列克西依据哈贝马斯的商谈理论所发展的模式,其意图将法律论证规则与普遍—实践论证标准紧密联系(特案命题),同时强调了法律裁判证立的逻辑结构,在法律论证理论中还一直占

^⑫ Matthias Klatt, *Theorie der Wortlautgrenze*, Baden-Baden 2004.

^⑬ 对此详细并抽象的是 Jan C. Joerden, *Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele*, Berlin, Heidelberg, New York 2005.

^⑭ Robert Alexy, *Theorie der juristische Argumentation*, Frankfurt am Main, 4. Aufl. 2002 (1. Aufl. 1978); Elmar Bund, *Juristische Logik und Argumentation*, 1983; Wolfgang Gast, *Juristische Rhetorik. Auslegung, Begründung, Subsumtion*, 4. Aufl. Heidelberg 2006 (1. Aufl. 1988); Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986. 概览参见 Ulfrid Neumann, *Theorie der juristischen Argumentation*, in: Arthur Kaufmann/Winfried Hassemer/Ulfrid Neumann (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, Heidelberg, 7. Aufl. 2004, S. 333 – 347.

^⑮ 对这一进路代表性的是 Koch/Rußmann, *Juristische Begründungslehre*, München 1982; Jochen Bung, *Subsumtion und Interpretation*, Baden-Baden 2004; 说明性的是 Ulfrid Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt 1986, S. 16 – 53.

^⑯ 代表性的是 Katharina Sobota, *Sachlichkeit, Rhetorische Kunst des Juristen*, Frankfurt am Main 1990. 经典是 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 5. Aufl. München 1974 (1. Aufl. 1953).

^⑰ 这样的有 Thomas Michael Seibert, *Gerichtsrede. Wirklichkeit und Möglichkeit im forensischen Diskurs*, Berlin 2004.