



法律思想史名著译丛

*Das Recht der Gesellschaft*

# 社会的法律

[德] 卢曼 著

郑伊倩 译

 人民出版社

当 · 代 · 西 · 方 · 学 · 术 · 经 · 典 · 译 · 丛

社会的法律

*Das Recht der Gesellschaft*

ISBN 978-7-01-007869-4



9 787010 078694 >

定价: 59.00元

 当代西方学术经典译丛

*Das Recht der Gesellschaft*

# 社会的法律

[德]卢曼 著

郑伊倩 译

 人民出版社

责任编辑:洪 琼 陈亚明

图书在版编目(CIP)数据

社会的法律/[德]卢曼 著;郑伊倩 译. —北京:人民出版社,2009.6  
ISBN 978-7-01-007869-4

I. 社… II. ①卢…②郑… III. 法律-研究 IV. D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 055553 号

社会的法律

SHEHUI DE FALÜ

[德]卢曼 著 郑伊倩 译

人民出版社 出版发行  
(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京龙之冉印务有限公司印刷 新华书店经销

2009 年 6 月第 1 版 2009 年 6 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:27.25

字数:460 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-007869-4 定价:59.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

原书名:Das Recht der Gesellschaft

原作者:Niklas Luhmann

我社已获 Suhrkamp Verlag 许可在中华人民共和国境内以中文本独家出版发行

著作权合同登记:01 - 2008 - 4991

## 译者前言

尼克拉斯·卢曼是德国当代著名的系统论社会学理论家,他的论著以深奥艰涩著称,随着时代的变异和理论研究的深入,他应用系统论研究社会问题的系列成果以及他的独创性和富有洞见的思维,在西方越来越受到人们的重视,其影响在日益扩大。近年来,中国学术界也开始关注卢曼。《社会的法律》是他理论系列中的一部重要著作。

卢曼是一个博学的、形成了其独特理论体系的学者。他的理论体系有别于一般社会学理论,也不同于一般系统论。他用自己的一套自成体系的理论方法涉足人类社会的各个领域。他在有关社会系统以及社会各分系统的几本代表理论著作中不仅阐述了他对社会和社会各分系统的演进与发展的实践和理论的理解,而且分析了与各个领域相关理论的发展和现状。他不仅提供了大量历史的和理论的信息,而且他自己的理论也颇具独创性和启发性。用他自己的说法是填补了以往各种理论的不足之处。尤其是他针对现代社会及其各分系统发展趋势和出现的问题,对未来的发展前景和理论任务提出自己的观点,这些都很值得我们思考。

《社会的法律》共有十二章。在第一章“法律理论的基本状况”中,卢曼首先分析了迄今为止法律理论的发展和近代以来各种法学理论的大致倾向和不足之处。接着他概述了自己既有别于把社会学所应用的理论搬到法律上的一般流行的法律社会学,又不同于一般系统论的系统论法律社会学理论的要点。在第二到十一章中,他分别从法律运作自成一体性、法律的功能、规则化和程序化、或然性信条——公正、法律的演进、法院在法律系统中的地位、法律论证、政治与法律、结构性联系、法律系统的自我描述等各个方面详细论述了迄今为止各种法律理论以及他自己对社会的法律这一特殊社会现象的认识。在最后一章“社会和社会的法律”中,他着重论述了现代社会出现的问题以及由此可能对法律在社会中的作用带来的后果。

卢曼认为他的理论特点在于以区分为出发点。他认为每一种观察和描述都必须以一种区分为基础。迄今为止的各种法律理论使用了不同的区分,形成了不同的“形式”,从而构筑了不同的对象。古代欧洲的自然法以等级差别为区分,17世纪和18世纪的理性法以有用/无用/有害的功利视角为区分,启蒙运动推进了暴力/文明的区分,后来被实在/(价值)效力、规范/事实区分所取代。卢曼认为这些区分中没有一种区分是从观察和描述对象的意义上来定义法律的形式。而卢曼理论的出发点首先是系统与环境的区分。他把法律系统视为社会系统的一个分系统,而社会及其环境都是法律系统的环境。他认为一个系统的统一性只能通过系统本身,而不是通过该系统环境中的诸因素产生和再生产。他通过运作上的自成一体性、自我生成、自涉性、自我参照等概念,通过对正当/不正当二元规则化和程序化的区分,法律的功能/法律为其他职能系统提供服务的区分,法律论证中法律渊源(简译为法源)/法律效力、多样性/信息冗余、自我参照/外部参照等区分,法律系统公正信条中相同/不相同的区分,立法/法律审判和成文法/判例法(或成文法/活法)的区分,法律理论中自我观察/外部观察和自我描述/外部描述的区分等一系列区分的分析,论述了法律如何能够从社会中分立出来,在自成一体的运作中自我生成地演进,按照(不是必然的而是或然的)公正信条履行自己的使规范性期望稳定化的功能,发展自己的论证技术和论证理论,同时也不断发展作为自我描述和外部描述的法律理论。

卢曼通过关闭(Schließung)即自成一体性(Geschlossenheit)/封闭(Abgeschlossenheit)的区分,规范上关闭/认知(审理)上开放、自我参照/外部参照的区分论述了法律系统与社会和政治以及其他社会性系统的关系,证明了法律系统既是一个运作上自成一体的、自我生成的、自涉性的系统,同时它又通过“结构性联系”与其环境发生着高选择性的信息交换,以此从自身出发有选择地吸收外部的刺激,适应社会和政治的变迁。法律系统既是一个铁面无情的、能抵御环境压力的独立的自成一体的系统,同时也是一个有适应能力的开放的系统,这正是法律系统能够从社会中分立出来同时又能独立地不断演进的原因。

最后,卢曼着重论述了社会和社会的法律关系问题,尤其是随着全球化发展,现代社会的动态变化,人类面临的各种危机,这些危机的不可预测性和现代社会本身的时代结构性问题,以及这一切对法律在现代社会中的作用会带来什么结果的问题。最后他得出结论说,不能假设即时占优势地位的职能系统结构性权衡机制能够长期保持它现有的状态。“职



能区分是进化的产物,因此,很有可能法律系统目前所具有的重要性和社会本身以及多数职能系统对法律良好运转的依赖,不过是一种欧洲的反常现象,这种现象在世界社会的进化过程中将会自行削弱。”

该著作中论及从古到今的各种法学理论,很多地方引用了各国学者论著中的概念和段落,涉及德、英、法、拉丁文、希腊文、西班牙文、日文等多种语言。在翻译过程中我得到了很多同事和朋友的帮助,其中有丁冬红、郭大为、李文堂、扬宁、张爱平、陈美芬、吕裕阁、吴明祺等教授,在此我向他们表示衷心的感谢。另外,本书得以顺利出版,我也要十分感谢人民出版社陈亚明女士和洪琼先生,他们认真细致的编辑修改给予我很大的帮助。由于卢曼理论的抽象晦涩和我的能力局限,很可能有些地方的翻译有待商榷,恳请专家们多多指教。

郑伊倩

2009年2月

## 前 言

从专业划分角度来看,本书可以作为——既是广义的同时也是狭义的——法律社会学(Rechtssoziologie)来读。本书整体是一种社会理论,不是局限于某个特定方面的社会学社团门派或者某些讲座用以命名的专门社会学。毫无疑问,法律在社会中占有一个重要位置,因此必然会有一种社会理论来专门研究社会的法律。由于在社会中,而且只有在社会中还出现各种要求苛刻的法律表述形式,因此这种研究也必然涉及法律语义学的精细区分以及在法律中所作出的每一项决定,即使它只不过是有关可以出售的苹果的直径或者各种啤酒所含的成分。任何奥秘,任何所出现的特殊情况都不可能排除在社会学的相关领域之外,而选择什么则完全由社会学理论自己决定。

当然,这一点可以有不同的含义。如果本书选择把与社会这个囊括一切社会事物的、包罗万象的系统的关系作为参照,那么与制度理论、行为理论、某种职业社会学等的思想萌芽相比较,局限就在于此。局限并不意味着不允许其他来源的概念存在;但是它们应处于什么位置则由社会理论来决定。所选择的概念(譬如运作自成一体、功能、规则化/程序化、职能区分、结构性联系、自我描述、进化等)应该在现代社会的其他职能领域中也都能被应用(至于是不是成功还有待证明)。如果这种把抽象概念应用于完全不同的领域,如政治和宗教、科学和教育、经济和法律的整个尝试成功的话,那么就会出现这样的推测:这种在不同之中的一致并非偶然,而是表达了现代社会的特点。之所以如此,正是因为这样一种状况不是源自法律的“本质”或者任何一种其他的“本质”。

鉴于这一证明目的,本书的研究把以法律为依据的交往理解为社会的实现,因此它们始终以两种系统参照为前提,即使在没有明确这样说的地方也是如此,这两个系统就是:法律系统和社会系统。本书的研究沿着这一方向还跟踪了已经出版的关于经济和科学的研究成果。<sup>①</sup>计划要把

以后出版的有关方面的研究成果也纳入考察范围。

我自己有关法律系统课题的著作可以回溯到很久以前。最初我是把它们作为与一种按进化论构思的法律社会学相类似的出版物作计划的,这种法律社会学必须以系统论的观点为前提,但是不可能把它们完全囊括在内。<sup>②</sup>前一段时期尤其在芝加哥西北大学的法律学院和纽约授业座(Yeshiva)大学卡多佐(Cardozo)法律学院的逗留,使我有机会了解习惯法的思维方式。我在这里向美国同行对我的帮助表示感谢。尤其是借一些报告和会议的机会我从批评中受益匪浅。还有对尚不完善的关于法律的“自我生成”(Autopoiesis)概念的批评意见对本书中的论证斟酌也有影响作用。<sup>③</sup>我希望能够成功地排除迅速滋生的误解。不言而喻,任何一种具有鲜明特点的理论都会引起理由充足的反对意见。但是人们也许可以回忆一下犹太法典注释的一个特点:重要的是把不同的意见提高到一个合适的水平,并且作为传统而加以保持。

尼克拉斯·卢曼

1993年6月于比勒费尔德

# 目 录

译者前言 .....	郑伊倩 1
前 言 .....	尼克拉斯·卢曼 1
第一章 法律理论的基本状况 .....	1
第二章 法律系统的运作自成一体性 .....	17
第三章 法律的功能 .....	63
第四章 规则化和程序化 .....	85
第五章 或然性信条——公正 .....	113
第六章 法律的演进 .....	126
第七章 法院在法律系统中的地位 .....	156
第八章 法律论证 .....	178
第九章 政治和法律 .....	214
第十章 结构性联系 .....	232
第十一章 法律系统的自我描述 .....	261
第十二章 社会和社会的法律 .....	291
注 释 .....	311
索 引 .....	406

# 第一章

## 法律理论的基本状况

9

### 第一节

在法律世界中理论研究并不是什么特殊的事情。无论在罗马民法传统中还是在习惯法传统中都有不同形式的法律理论的发展。<sup>①</sup>这种需要部分产生于法律教学,部分并主要产生于司法实践本身。最初涉及的是参与诉讼者的法律论据,后来也涉及而且主要涉及说明法庭判决的理由,在这一联系中涉及法庭使用的前后一致性。案例经验和概念必须备案,以便可供重复使用。这种需要有一种双重结构(对此我们在下面还将作详细分析)。一方面概念和理论必须简练明确,以便在重复使用时能够完全一致。另一方面它们是在不同的情景中被重复使用,用于新的案例,但是必须确保含义结构保持不变。通过第一条途径产生出一种归纳,通过第二条途径使含义不断丰富,其中一个制约着另一个。

然而,司法实践本身产生的法律理论所包含的内容不是科学系统语境中的理论概念所表达的东西。毋宁说它们是必须作出能站得住脚的判决这一必要性的副产品。可以毫不夸张地说,这里方法论的思考先于理论性反思。理论对素材进行分类,把与司法实践相关的不清楚的材料分成问题和案情相接近的类,以便能够对判决过程起限制和指导作用。比如说,如果所涉及的是调节作为法律上承认的利益之间冲突的利益冲突(例如土地征用法、紧急状态法、危害人身权的责任),就可以建议发展出“权衡利益关系”的规定,这些规定不是一开始就把相关利益归类为不合法的。如果涉及的是把某个“非法获得的财富”转给相应地受损害的一方,实践马上会陷入到处潜藏着暗礁的水域。在那里无法按原则来把握航向,但是必须发展出可以重复使用的规则,并且通过可以普遍适用的观点来加以论证。<sup>②</sup>

10

概念抽象和理论系统化的第二个主要渊源是法律教学。关于法律教

学对法律系统中判决实践的意义,人们有不同的评价。<sup>③</sup>但是无论如何教育系统中的培训是为从事法律职业作准备的。它可以比工作岗位上所能应用的知识有更多的抽象,更多的一般性判断,也可以有更多的“哲学”。为培训目的准备的理论材料使人们经常错误地理解法律论证的说服力对文本和案例的依赖性,也就是法律合理性的“局限”性。<sup>④</sup>法律理论的每一发展总是要注意在系统中的承兑性。美国法律学院与美国律师协会有密切联系。在德国,法律考试是“国家考试”。大学人员方面或文字内容方面的影响会给法律系统中的实践带来变化,有时候法庭判决中会引用教材或专著中的内容,但是无论如何必须是在系统中可以应用的变化,而且是某种业已存在的东西的变化。学术研究当然也必须注意类似的局限,不过这是在一种完全不同的系统中。

- 11 在司法实践或法律教学中产生的“法律理论”是除了现行法律文本之外的、作为解释成果而出现的法律形式。从这一意义上来说它们是法律系统自我观察的产物,但绝对不是描述系统的统一、法律的意义、法律的功能等,以便从中得出形成期望的结论的反思理论。

因此,不能把法律系统内对法律理论、法律教义、法律原则和概念的研究理解为仅仅是职业性的对批评的防卫,是防御,起着标志性的、证明自己合法的作用。<sup>⑤</sup>毋宁说这里居首位的是力求概念上的严密性,对原则、概念或判决规定的普遍可适性的检验,也就是“扩展”<sup>⑥</sup>,以及然后纠正过分普遍化——主要通过规定/例外格式。但是在系统内恰恰这一点可以被理解为是对公正的研究,从而把它归于某个表明法学家工作之意义的价值概念之下。合法性确认问题首先产生于为此必须进行的选择,也就是说首先产生于已经表现出来的结果的或然性。

- 直到大约30年前才开始有人明确地要超越这一状态,既不局限于教义理论,也不局限于“法哲学”的努力。他们用“法律理论”(单数)这一表述来表达他们的要求。<sup>⑦</sup>人们企图在这一标题下把逻辑学和解释学的、  
12 制度上的(后实证主义的)和系统论的、修辞学和论证理论的研究(或者总之是具有这些背景的研究成果)综合在一起。当时还看不出一个明确的眉目。法律教义理论与一般意义上的法律理论的区分逐渐被人接受<sup>⑧</sup>,但是人们并没有因此而放弃把法律理论归于法律系统内部视角的做法。无论如何在一般的法律理论中认为规范概念作为基本概念是不可放弃的。<sup>⑨</sup>作为基本概念——这是意味着作为自我定义的概念,作为简明概括的自我参照基准。规范是规定应然的,因此必须把规范与事实加以区分并以此作为主要区分,而事实就是从规范出发可以被判定为符合规



范或偏离规范的东西。随着这一确定,法律理论就把自己归入了法律系统。<sup>⑩</sup>这里涉及的始终是以旧的基本论点进行抽象和寻找学科间联系的法律系统的反思理论。所谓旧的基本论点就是:如果人们想要把握规范的内在价值、它的应然含义、它的要求的特点,就不能从事实中“引申”出规范,也不能把规范作为事实来描述。当然,如果按规范性之内涵也可以这样做,但是这样做也就证明了法律理论是一种反思性研究,这种反思性研究是想搞清楚,法律按其自我理解究竟与什么有关。

13

哲学家们以前一直是与抽象问题打交道,这些问题是那么抽象,以至人们无法设想,法学家或被纠缠于法律问题中的外行会对此感兴趣。例如这样的问题:为什么人们有义务遵守法律。<sup>⑪</sup>毫无疑问,对这个问题在法律系统中肯定认为应该作出正面的回答,否则法律系统就变得更软弱了。另一方面却有极限情况和例外情况(反抗权!)。虽然在法律系统的实际运行中这只不过是出于即时的原因(这一点归根结底适用于任何问题),但有关义务问题的理论说明也是很有帮助的。

法律理论抽象化的趋势,通过把不同的法律制度或法律制度类别(例如习惯法的法律制度和主要法律方面有成文法的法律制度)的比较研究,获得了进一步的推动。在进行法律比较中重要的一点是,必须与对具体的法律制度的评价保持一定的距离,但是又必须参与法律的自我肯定,也就是说譬如不能怀疑法律必须得到贯彻,一个法令必须按情况予以具体化,对某些特定的文本的解释理由有好和不大好之分等。<sup>⑫</sup>在这里可以观察到一种世界性法律文化萌芽的产生,这种文化为差别留下很大的回旋余地,但是却又很重视它自身的标准,而且在这方面不允许有干预。

14

这里也谈及法律理论。但是严格的科学分析赋予理论概念一种完全不同的、构成对象的功能。任何一种科学研究都必须从一开始就确定其对象。它必须能够表述它的对象,也就是说能够鉴别它的对象。这一点与人们在认识论问题上如何选择,也就是说与追随现实主义理论还是追随唯心主义或者结构主义理论无关。随着对象的确定,在多元的科学联系中同时存在着这种可能性,即各种理论,尤其是各门学科为其对象作不同的规定,因此相互之间无法进行交流。即使它们使用同一名字,例如在我们所说的情况下使用“Recht”(法、法律、权利、公理、正义、正当——译者注)这个词,却表达着完全不同的意思。有可能连篇累牍充满了“争论”,但是毫无结果,至多磨快了自己的武器,各抒己见。

尤其在法律科学和社会学的关系中这种情况似乎司空见惯。法律科学涉及的是一种规范性秩序,而社会学则按照不同的理论方向涉及社会

行为、制度、社会性系统——也就是涉及实际存在的、至多引起人们对其进行预测和解释的东西。人们依然可以保留对这种区别的确定,但是必须克服学科之间以及学科内各种理论之间彼此老死不相往来的状态。一般法律理论或基础课所教授的东西只限于介绍有些什么:美国和斯堪的纳维亚型的现实主义法学和分析法学,社会学法学(soziologische Jurisprudenz)和法律社会学(Rechtssoziologie),理性法和实证法学思潮以及这些流派晚期各不相同的衰落,经济学法律分析(ökonomische Analyse des Rechts)和系统论。人们不得不放弃想把它们统一起来的企图。

15 也许今天人们至少可以彼此就这一点达成共识,即不值得为有关法律的“本性”或“实质”而争论<sup>⑬</sup>,人们感兴趣的是法律的界限问题。<sup>⑭</sup>于是又遇到了以下熟悉的问题:这一界限是分析出来的还是实际存在的,也就是说是由观察家决定的还是由客体决定的?如果回答说是分析出来的(有些人错误地认为,这可以通过科学理论来完成),这就是承认每个观察家有权拥有自己的客观性,因而又陷入只能证实学科间无法进行对话的状态。因此我们的回答是:“由客体决定。”归根结底就是说:由法律自己决定什么是法律的界限;也就是说由法律自己决定什么属于法律,什么不属于法律。于是可能产生意见分歧的焦点又转移到了另一个问题上:这是如何发生的。

即使人们力求学科间和国际间有共同出发点的努力能够达到这一步,但是对此能够发表意见的理论的选择范围也是很小的。我们可以把它综合为四点。

16 (1) 今天描述事物如何在与环境的关系中产生其自己的界限的理论就是系统论。当然可能还有别的理论产物,但是即使已经有的话,它们也十分隐蔽。<sup>⑮</sup>因此也(还)无法断定,所见到的它们是否就是变化了的系统论的分支,或者是对互相竞争的各种翻版的承认。

(2) 说法律界限“纯粹由分析”决定的这种观点在这种行动方式中虽然不能被接受,但是还没有由此取消以下断定,即所说的一切都是通过某个观察家说出来的。<sup>⑯</sup>认为客体的界限由客体本身决定的理论也同样是某个观察家的理论。但是这位观察家如果要把握一个在自己的界限内自我决定的客体,或者仅仅把这作为研究课题的话,他必须在一个二阶层面上来组织他的观察。他必须把他的客体作为一个观察家,也就是说作为一个以系统和环境区分为依据的客体来观察。

(3) 通过观察型系统这一概念,系统论开辟了一条通向一种极其一般化的结构主义认识论的道路,以此人们不仅能够把握专门有关认知的



系统<sup>⑰</sup>，而且可以把握任何一种使用了自我生产的观察，以调节自己与没有直接运作联系的环境的关系的系统——也就是像宗教、艺术、经济、政治等系统——尤其是法律。<sup>⑱</sup>要把如此不同的、多元联系的结构综合在一起，这当然必须通过一种二阶观察理论来完成。

(4) 涉及这方面可以看到两种可能性，并且相应地区分出对法律的一种法学观察方式和一种社会学观察方式（法律始终被视为一种自我观察型的系统）。社会学家从外部观察法律，而法学家则从内部观察法律。<sup>⑲</sup>社会学家只遵循他自己系统的约束，例如这个系统可能要求他作“经验性的研究”。<sup>⑳</sup>法学家也只遵循他自己系统的约束，这一系统也就是法律系统本身。因此社会学法律理论归根结底是对法律系统的一种外部描写；但是只有当它把法律系统作为一个自我描述型系统来描述时它才是一种符合事实的理论（但是法律社会学中至今还几乎没有对此做过尝试）。法学法律理论归根结底是法律系统的自我描述，但是这种描述必须考虑到，自我观察和自我描述只有在与其它东西相区分中才能把握其对象。它们必须能够识别其对象，也就是区分出其对象，才能够把自己归属于对象。这里一度出现了像“法律与社会”这样的有疑问的提法，这种提法助长了以为法律是存在于社会之外的错误看法。<sup>㉑</sup>正因为这个原因本书的题目《社会的法律》是经过深思熟虑的。

17

对学科间对话之内涵所作的上述简单评论已经涉及尚未解决的理论问题的核心。我们先谈到这里，并且指出，相应的社会学法律理论虽然可以利用外部描述的优势，即可以不必受制于对内部规范、习惯和理解前提条件的尊重，它可以，更正确地说它必须从不同的角度进行研究。但是另一方面它也不能把客体搞错了，这就是说：它必须按法学家所理解的客体来描述客体。它的客体是一个自我观察和自我描述型的客体。参与客体的自我观察和自我描述事实，是进行科学上合适的、现实的、我甚至想说与经验相对等的描述的前提，否则人们必须有勇气对法律系统中有自我观察和自我描述这一点提出异议。

18

## 第二节

以上思考迫使我们承认，凡是作为法律理论而存在的，完全都是在与法律系统自我描述相联系中产生的。这些理论研究尽管随时准备进行批判，但是它们首先是尊重法律的，并且愿意受相应规范的约束。这一点既适用于从判案实践中产生的、其规定都是涉及可以普遍适用的视角点

(例如关于保密的原则)的狭义的法律理论,也适用于论述法律内在价值之产生和法律系统自律性意义的法律系统的反思理论。如果把那些从实践中似乎是自然产生的倾向性表述为规范的戒律,那么这些倾向性都可以归结到人们对判决前后一致性的要求。可以说这是对外来影响的抵御(“不受个人权势的影响”),或者也可以说是对相同案情作相同处理的法律内部的公正准则。很显然,对这些标准还必须进一步作详细说明,也就是说要作进一步区分,例如主要相关人与非主要相关人之特点的区分,或相同案情与不同案情的区分。这里要借助概念和理论来工作,来确定因果联系的条件,证明行动中的主观因素(故意、过失)或者区分在签订或执行合同中可能出现的各种错误形式。这一理论发展的整个材料给外行人造成了一个既是合理的同时又是混乱的印象。

今天法学家本身倾向于保持距离。他们从法律结构的后果出发,即带着“在此过程中会出现什么情况”这一问题来评价法律结构。当然,只要是考察经验性后果,他们就不可能知道会出现什么情况。就此而言,以后果为依据不过就是法律实证性的体现,亦即按自己的估计进行判决的能力的体现。无论如何它不是理论概括的原则。前后一致性问题首先不过就是信息冗余问题。并没有要求逻辑上的严密或者自我保证无矛盾性。毋宁说是用一种信息来减少其他信息需要,也就是减少判决的意外效应,获取信息并使得人们可以推测出这些信息将导致何种判决。法律应该尽可能是可预测的,或者是一种人们能够预见其效果的手段。最理想的情况就是一个提示就可以得出判决,就像详细分析一块所发现的骨头就能确定它是哪种动物的骨头一样。

信息冗余与生活事实和诉讼案件的多样性是相矛盾的。进入法律系统考察范围的事实形式越多样,就越难以保持十分的前后一致。正因为如此,旧法律十分强调形式。如果再加上“内心因素”、“动机”、“意图”,那么就必须对监督概念作修正。这一点也同样适用于法律诉讼程序朝着要求更高、更加间接的证明可能性方向发展。认为法律必须不仅在事实上而且在效力问题上自己负责证明,这种看法从历史的角度来看并非是不言而喻的,仔细想一下,这甚至是对法律的一种令人吃惊的苛刻要求。因为事实上这涉及一种自相矛盾的化解,涉及自我组织,涉及社会自治的贯彻。这一突破似乎是在12世纪完成的。<sup>②</sup>自中世纪以来这一发展取得了很大成就,但是也带来了相应的可靠性方面的损失,对这方面的损失限定条件法学(Kautelarjurisprudenz)不得不通过预先研究判决中的问题来对付。

关于这一切,本书开卷只能旁注性地提一下,后面我们还要回过头来再谈。此刻我们感兴趣的只是总体地看一下这种理论发展的后果。这种理论发展产生了许多法律理论,但是没有一种法律之理论(即有关法律的理论——译者注)。它导致判例法在有关具体问题的理论中得到了反映,但没有恰如其分地把法律理解为一种自我生产的统一体。其结果是,有多种多样的理论,但没有一种对法律本身的自我表述。以这种方式可以考虑到司法实践中的前后一致性需要(信息冗余需要),但是必须借助未经分析的抽象从“教义”上提供基础或者以教义基础理论为前提条件。

以上看法并不是对迄今为止的理论发展及其合理性水平的批评。相反,毋宁说似乎可以看到,至今缺少专业性合理意义上的信息加工。<sup>21</sup>因此我们认为这不是对合理性的兴趣转移,而是我们把自己局限于这样的问题:如何才能把法律理解为一个统一体;我们将应用系统论手段来研究,当人们给作为系统的法律的统一性下定义的时候,人们所做的是什么。

当然这不是一个新问题。有一系列典型的研究方式,但是这些方式——这对我们来说应该是一个警告——对司法实践本身没有什么值得称道的影响。<sup>22</sup>也许是最有影响的而且也是最传统的法律统一性思想体系把法源或法律类型分成几个等级:永恒法、自然法、实在法。它可能是以分阶层的社会系统和相应的分等级的世界结构为依据,但是教条地设定了等级秩序的必然性,因此使自己无法看到多样性之统一性这一自相矛盾,于是所谓统一性就只能是等级差别本身了。

18世纪由于等级制的崩溃和结构描写越来越具有暂时性和历史性<sup>23</sup>,促成统一性的差别从等级秩序转向了进步。按照休谟、卢梭、兰盖、康德和其他一些思想家的观点,法律是暴力的历史性文明化。达尔文却坚决反对谈论什么“较高和较低”,由此阻挠了进步思想,也剥夺了黑格尔精神形而上学的影响力。

同样在18世纪至19世纪法律理论中也出现了意想不到的竞争,先是在社会统计的形式中,接着在各种各样彼此迅速相区分的社会科学中。在此之前法律教师一直认为自己是负责描述社会的<sup>24</sup>,所以他们理所当然像对待一个法律概念那样来对待“社会”,并且按照某种契约模式来思考社会的起源。社会科学的竞争却表明了法律教师是多么受自己思想的束缚。今天把社会作为法律机构来描述这种做法在方法论上已经衰落并且被否定。法学家不得不求助于实在法理论,但是这种理论遇到了合法性确认问题。因此从19世纪中叶以来人们又回到了价值的效力上,即使

21

22

(或者也许正是因为)这些价值不会对具体办案产生任何影响,但人们对此不会有争议。<sup>27</sup>现在主要的区别是:实在和效力,为了获得效力人们不再接受内容性的规定,而只接受诉讼程序性的规定。这样似乎就有可能把法律的统一性转入到论证规定之中,或者更简单地转入到一种需要商议的利益平衡之中。值得注意的是,所有这些尝试都与法律有一定的距离。这是可以理解的,而且可能不会改变。因为法律中不会对法律的统一性作出裁决,法律的统一性是通过法律问题的裁决才产生和再生产的。所谓的经济学法律分析似乎是第一次打破了法学可以使用的问题理论与统一性描述之间这一矛盾。<sup>28</sup>经济学法律分析提供了一种从某种很特殊的意义上来说是合理的、同时也非常容易掌握的利益计算。这种做法尤其在美国导致了理论和法学令人吃惊的接近——当然是容忍了简单化,只有这种简单化的做法才使它们有可能被应用到各种实践领域,但是它们的影响一直只限于司法实践本身。根据长期以来从纯粹个人主义角度理解的功利主义的经验、对个人优先向社会优先凝聚问题的经验以及划分行为效用和法规效用的经验,人们采取了足够的预防措施。忽视上述凝聚问题的论点认为,人正是从个人主义出发,能够计算出对公共利益有利的或不利的解决办法(公共利益在这里显得很不自在)。但是仍然还有很多问题没有解决。也许最重要的一点是:人无法预算未来。也就是说究竟效益计算将来被证明是对的还是错的,这对效益计算结果的法律效力来说是没有区别的。就像所有那些要把法律的统一性以某种形式(形式就是标准化的区分)引入法律的尝试一样,这一尝试也是建立在一种自相矛盾的化解(展开、隐形化、文明化、非对称化)之上的。另外对期望将来究竟被证明是对还是错漠不关心,这是冒险行动的典型特点。因此,经济学法律分析证明了法律判决就是承担风险。

23 这些思考激励了我们去展望其他的可能性,而不进入具体的辩论。<sup>29</sup>我们所使用的主要区分是系统与环境的区分,这一区分是所有系统论新翻版的基础。显而易见,其主要好处在于,社会(及其环境)作为法律系统的环境进入了考察范围。经济学法律分析只能把社会作为一种——不管它是多么间接进行调解的——利益平衡的一般系统来加以考虑。<sup>30</sup>系统论可以创造出丰富得多、具体得多的社会描述,尤其是用于社会的其他职能系统。这样法律系统的社会内部环境就显得极其复杂,其结果是法律系统只能面向自己:面向自己的自律性,自我确定的界限,自己的规则和高选择性的过滤机制,这种过滤机制的膨胀有可能会危害系统,或者甚至剥夺系统的结构规定性。



系统论法律分析和经济学法律分析一样有其不足之处。与前面所概述的各种法律理论相比这两种分析都是新的;但这是从一种完全不同的意义上说的。系统论的缺点(如果的确是一个缺点的话)在于它的内在的高度复杂性和相应的概念抽象性。它的思想涉及范围是跨学科的,而且用科学学科(例如物理学、生物学、心理学、社会学等大学科)通常的手段只能对它部分把握。没有一个法学家能够在这里获得恰如其分的了解,由于发展迅速更谈不上能够跟上发展步伐了。这并不排斥应用,但是这种应用毋宁说是零敲碎打、星星点点的,毋宁说是偶然的,更多是以刺激的形式而不是以逻辑推理的形式而出现。因此我们尤其要放弃这样的观念,即把法律理论视为一种指导实践的理论,我们应该把法律系统作为一种进行自我观察和自我描述的系统来描述,也就是说它发展自己的理论,而且必须是“结构主义”的,即不进行任何在系统内反映外部世界的尝试的理论。

不言而喻,系统论首先要进行它自己的主要区分,即系统和环境的区分。因此它总是必须说明系统的参照基准,从这一参照基准来看有点不一样的就是环境。假如人们对系统的自我描述能力进行观察,就必然会导致法律系统的自我描述和外部描述的区分。虽然在“法律理论”这一标记下可以要求两种视角的统一,但是一旦要对理论研究成果做进一步说明的时候,恰恰从系统论角度出发必须考虑把它们重新分开。

这种方式的系统论描述的意义首先在于,在法律理论与社会理论之间建立一种联系,也就是在于社会理论对法律的反思。欧洲社会从中世纪以来发展出了在国际比较和文化比较中极其严密的、应用率极高的法律协调机制,以至人们甚至可以把社会本身定义为法律机构。在这里人们主要考虑的是,在中世纪就已经有许多职位是由教士们担任的,这些教士不一定学过神学,但常常却是学过教会律法(作为替代学历);其次是想到与此有密切联系的法律对现代国家发展的意义和财产权对现代经济发展的意义——也就是想到从与其他职能系统之间结构性联系的角度来分析的法律机构。等级制社会向现代社会的转变是凭借法律来完成的(在这里革命必须被看做是法律突破,也就是说同样必须被看做是法律的形式)。我们没有任何理由来假设,这种干预社会生活、渗透并调节社会生活的法律文化在现代社会中能够保持和持续下去。只要看一下发展中国家(而且是具有工业等的发展中国家),就足以使人们对此产生怀疑。<sup>⑩</sup>现在人们对当代法律系统中的超负荷现象讨论得很多。这种超负荷现象也许是一种过渡现象,它产生于对法律规定严密性的旧要求与新

条件的结合。人们只要想一想要把风险问题或生态问题纳入法律形式是多么困难就行了。但是在这些问题上应该如何进行判断,如果要认识法律在现代社会中的地位价值,并且记录下已经开始显现的变化,那么哪一种理论能够帮助我们呢?当然不是向源自亚里士多德或后亚里士多德(理性法)的自然法回归,也不是以本身缺少鲜明轮廓的“伦理”为依据的那些尝试<sup>②</sup>,但也不是经济学法律分析,后者对其必须在其中实现的社会所给出的信息太少了。

- 26 今天系统论分析如果被充分理解的话可以说是唯一的选择可能。<sup>③</sup>系统论分析首先要求用从一种区分出发进行解释来代替从原则(公正、利益计算、暴力)出发进行解释,这里的区分就是指系统与环境的区分。但是渐渐地又表现出这样做还是不够,而是还必须进行一系列区分,这些区分必须是互相非常协调的;除了系统与环境的区分外主要还有进化论的变化/选择/重新稳定之间的区分,交往理论的信息/通知/理解的区分,还有更为基本的运作和观察的区分。我们将有选择地使用由此产生的概念目录,并且在适当的机会进行介绍。此刻我仅仅想指出这些理论类型。对一个错综复杂的社会即使人们不得不放弃相应的复杂性(必不可少的变化),也只有通过一种复杂的理论才能作出恰如其分的描述。同样,要对社会的法律进行评判也唯有此路可行了。

### 第三节

- 出于一般认识论的理由,我们的出发点是每一种观察和描述都必须以一种区分为基础。<sup>④</sup>为了能够说明某事物(打算进行研究,把它立为课题),必须能够先把它区分出来。如果观察和描写把某事物与所有其他事物区分开了,这就是在表述客体了。相反,如果把某些事物与某些特定的(而不是与其他的)对立概念相区分,那就是在表述概念。因此只有当人们能够区分各种区分时才能够形成概念。对法律的理论理解把至少是这种意义上的概念形成作为前提,对此在这里我只是作了非常简单的概述。<sup>⑤</sup>
- 27

让我们再来回顾一下上面所介绍的法律理论的各种思想倾向,就能看出它们使用了不同的区分,由此也形成了不同的“形式”<sup>⑥</sup>,从而构筑了不同的对象。

古代欧洲的自然法以一种静止的世界结构进行思考,相应地以被理解为等级差别和质量差别的上下区分进行思考。这种层次(来源和质



量)等级制的依据就是宇宙起源学中万物本质的普遍的等级制,法律是在这种等级制中作为一种特殊的本质而被区分出来的。这意味着自然法不仅直接建立在对自然的认识(就像今天的物理学)之上,而且连同产生自然法的等级制一起都是以通过二值逻辑所表达的本体论的世界理解为依据。因此可能会被看做对立面的东西变得模糊不清。不正当(*das Unrecht*)就不是正当(*kein Recht*),不正当和不对(*Nichtrecht*)在理论上无法进行区别(尽管并不是每一行动都会提出法律问题),而这种无法区分又加深了法律制度之必要性的印象。

17世纪和18世纪的理性法更加强调利益视角(福利视角),利益视角使阶层划分的重要性相对化。在这里起决定作用的区分已经是有用/无用/有害。自由要求只有在这样的前提下才有效,即:人的行动有很大的空间,在这一空间范围内每个人都可以促进自己的利益,但不能损害任何他人的利益。当今经济学法律分析被理解为这一思想的延续,并且考虑了迄今为止所出现的思考。先验哲学的概括化公设则把这一想法归结为一个原则。

28

与此同时,启蒙运动用来为自己促进进步辩护的时间区分推进了暴力和文明的区分。后一种区分在其出发点“暴力”(vis, nicht potestas 是暴力不是权力)中已经包含有一种法律所特有的萌芽。与此相应从托马西乌斯(Thomasius)以来自然法仅仅还被理解为可以强制实行的法,并且通过内/外区分与道德划清界线。在这一形式中暴力/文明区分已经趋向于只承认实在法。但是(18世纪新创的)<sup>②</sup>文明概念还包括整个社会发展(也包括教育、劳动分工的优越性),从而使法律理论有赖于一种文明进步的前提条件。与旧的自然法相比较,在联系历史和向(一直还受论证控制的、理性地思考的)实在法归结的趋向中可以清楚地看到法律系统对18世纪已经开始显现的现代社会条件的适应。

暴力/文明区分在18世纪就已经遭到攻击,一开始这种攻击并没有起到作用。<sup>③</sup>随着进步信仰的丧失,暴力/文明区分也衰落——不一定作为区分本身,而是作为有充分说服力的法律基础理论——并且被实在和(价值)效力的区分所取代。凭借这一区分法律可以从社会生活事实中分立出来,坚守自己的“精神”存在,要求拥有一种特殊文化领域的自主权。这在法律理论中导致了学派之争,即概念法学与利益法学之间的争论,并且进一步导致了合法性(*Legalität*)和合法性确认(*Legitimität*)的区分,后者是通过与价值相联系而定义的。

29

在这一背景前提下人们就能理解,早期的法律社会学是通过规范与

事实的区分而开始,同时拉开了距离。<sup>③</sup>对于法律工作者来说这始终是不言而喻的,即他必须对事实和事实联系作出判断,“社会工程”对他的要求越高就越是如此。因此法律科学被归结为一种规范科学的做法,导致了要求有一种法律社会学作为辅助科学来补充立法和法律应用——按某些人的说法就是作为“法律事实之研究”。<sup>④</sup>这在社会学本身中没有得到多少共鸣。社会学在贯彻其学科独立性要求时,更多是把社会本身作为使规范普遍适用的、以规范取向(宗教、道德、法律)为依据的事实来表述。<sup>⑤</sup>无论如何从社会学的角度(也包括法律社会学)完全不可能借助规范与事实的区分来说明社会学的对象领域。

30 经过了这样一个使用多种区分来表明其特点和界线的漫长历史以后,人们面对着这样一个问题:如何才能保留已获得的认识,同时发展出一种新的法律理论。人们可以想到尝试一下通过调解以前所应用过的区分来达到这一目的。但问题是哪一种超验的区分能够做到这一点。法律工作者理所当然要注意其判决的后果,而且根据这些判决对哪些利益有利或有害对它们作出不同的评价。法律当然要区分规范和事实,区分实在的和有效的。只不过这些区分中显然没有一种区分能够被用来一方面说明法律、另一方面又说明一些别的东西。显而易见,这些区分中没有一种区分是从观察和描述的对象意义上来定义法律的形式,而是人们不得不以此为出发点,即法律本身产生了这些区分,以便借助这些区分来指导自己的行动,用观察能力来武装自己的行动。传统所给予我们的不是构成法律的区分,而是在法律运行本身中产生的、在当时的应用中获得有限成效的区分。

谈到法律的区分这一问题,我们可以谈谈自己的观点。如果能够成功地把法律描述为一个自我生成、自我区分的系统,就能解决上面提出的任务。这种理论纲领的内涵就是:法律是自己生产它所应用的所有的区分和表述,法律的统一性不是别的,而是就在于自我生产即“自我生成”这一事实。与此相应,社会应该被视为使之成为可能并持续下去的社会性环境。有代表性的反对意见却认为,这样最终会导致法律完全脱离社会,导致一种法律唯我论。事实恰好相反。对此人们只能通过完全接受系统论中的最新发展才能说明,但是由于高度抽象的复杂的超前思考,这又加重了我们所建议的理论倾向的负担。与此相对照,这些超前思考使得迄今为止所有的法律理论显得过于简单。但是假如这正好是这些理论的问题所在,假如现在不可缺少的正是这种以某种原则或某种对法律起决定作用的区分为基础,那么除了用具有更高的维护秩序的潜力和更高

的结构复杂性的理论来尝试以外就别无他法了。我们在本书所进行的研究线索中不一定出现这种情况。但是一旦出现这个问题,那么对于解决这个问题来说任何其他的替代可能性都是适用的。

31

#### 第四节

与法律学、法哲学或旨在应用于法律系统本身,或者总而言之要吸收和加工在法律系统中才明白的含义的其他法律理论不同,法律社会学的对象是科学本身而不是法律系统。尽管它与法律理论的表述非常接近(因为它终究是与法律相关),但是我们必须看到这一差别。这首先意味着,以下篇章的分析要严格避免涉及规范的内涵。表述要完全停留在社会学可以确认为是事实的东西的层面上。从这一意义上来说所有的概念都有一个经验的参照。当然这并不意味着,我们只局限于那些通过一般手段意义上的经验研究而揭示或才能揭示的表述。对此来说已得到承认的方法所能涉及的范围太窄了。<sup>④</sup>

因此更为重要的是,在选择概念的时候要特别注意这些概念是说明当时可以观察到的事实,即使这些概念所表述的内容的层次不一定只局限于通过经验可以检验的假说。换言之,我们要避免关于理念世界的表述,即凯尔森(Kelsen)所说的没有经验参照的特殊层次的价值、准则或“应然”的表述。(对于社会学家来说)不存在法律之上的“法律理念”。(对于社会学家来说)也不存在凌驾于实际实行的法律制度之上的、可以由此出发来检验法律究竟是否是法律的、作为一种特殊的效力层次的“超法律的法”的观念。<sup>⑤</sup>毋宁说法律是自我检验的,如果不是这样,也就不成其为法律了。所以在法律系统中有可能被视做“超法律的法”的东西是根据宪法等法律的实证性规范产生的,没有后者就不可能被视为法。规范这一概念与一种特定形式的实际期望有关,这种期望形式必须或是心理的或是作为所意指和可以理解的交往含义可以被观察到的。这些期望是存在着的——或者不存在。如果人们想说它们是存在的,人们不一定要追溯到一种自在层次的规范性的应然,而是仍然只能追溯到期望,也就是追溯到规范地期望应该规范地期望的期望。

32

我们确实不是从一种规范的意义上来理解效力概念,就好像它内含着凡是有效的就应该有效的意思。我们截断了任何向“更高层次”应然价值归属的追溯。法律只要是由效力标志表明它为有效,这个法律就有效——假如不是,它就无效。

最后,功能概念也并不是包含着规范性的或仅仅是目的论的意义混合。它所涉及的无非是一种限制性的比较视角,从社会系统的角度来看,是涉及一个问题,这个问题的解决(通过这一种或另一种法律变化)是更高程度系统复杂性之进化的前提。

33 法律理论本身偶尔也曾大胆地尝试去做这种坚决面向事实的自我描述,大概是受了20世纪上半叶的行为主义或“科学联盟”运动(unity of science-Bewegung)的影响。但是更详细的分析很快导向了论证的薄弱处,至少是导向恰好在期待法律理论给出一种深入标准性之中的表述的地方所存在的矛盾心理。例如卡尔·奥利弗克罗纳(Olivecrona)以“法律的约束力”为标题作为他的纲领性专著《作为事实的法律》<sup>④9</sup>的导言,试图筛去自然法或关于国家意志的实证主义理论中的所有的神秘。但是凡是严格注意法律事件现实性的人,似乎还不曾对这个问题做过这样的表述。法律并没有约束的权力,法律不过是由交往和赋予这样一种意义的交往的结构沉积所组成。我们也将谈到“时间连接”(Zeitbindung),但是仅仅把它理解为用另一种说法就是:语言通过确定的词语含义,使之将来也可使用,从而起着连接时间的作用。

如果我们坚持认为规范与事实的区分是法律系统内的区分,这只不过是与一种所谓“为法律”的法律理论划清界线的另一种表达。通过规范与事实的区分,法律理论被归入了法律系统之中。对于科学来说这种区分——作为区分!——是无关紧要的。或者换一种说法:这里所谈到的规范与事实的区分是一种事实,也就是在法律系统中出于有可能事后发生的原因而作这样的区分这一事实。科学系统只与事实打交道,把事实和概念相区分,就像把外部参照与自我参照相区分一样。因此指出下文中概念和表述的不规范性质,这归根结底没有多大意义。

## 第五节

34 一般流行的法律社会学主要应用经验的方法,以此表明自己属于社会学,并且把社会学中所应用的理论转用到法律上。与此不同,我们的出发点是:法律系统是社会系统的一个分系统。<sup>⑤0</sup>因此下文中的分析也自认为,甚至首先自认为是对社会理论的贡献。同样与一般流行的对法律的社会科学分析相反,我们所感兴趣的首先不是社会对法律有哪些影响。在“法律与社会”研究中流行的一个问题是法律是某种或多或少被置于社会影响之下的、已经建构好了的东西为前提的。至于法律究竟怎么

会在社会中成为可能这样一个前问题,在这里却既没有提出也没有作出回答。下一章就是研究这一问题的。我们的前提是,一个系统的统一性只能通过系统本身而不是通过该系统之环境中的诸因素而产生和再生产的。对社会本身来说是如此,对社会的法律系统来说也是如此。尽管我们自始至终把系统参照系“法律系统”作为以下分析的基础,但是必须从一开始就明确,这一系统与纷繁复杂的社会系统的关系是多方面的。一方面社会是其法律系统的环境,另一方面法律系统所有的运作始终是在社会中的运作,亦即是社会的运作。法律系统通过把自己在社会中分立出来使社会得到实现。也就是说,法律系统以自己的运作(同时也是社会的运作)把一个特殊的方面置入了社会之中,由此在社会中产生了一个法律的社会内部环境,以至人们可以问,这一环境何以能够对法律产生影响,同时又不会导致法律与社会彼此不再能够相区分。

35

如果我们从严格运作的基本思想出发,这里所存在的法律与社会之间双重关系的问题也就会清楚了。这就是说,一个系统的统一性(包括系统的结构和界线)是通过系统的运作产生和再生产的。我们也可以说系统的“运作自成一体性”。这不仅适用于社会系统,也适用于法律系统。产生和再生产社会系统的运作方式是有意义的交往。<sup>④6</sup>由此可以说,法律系统是社会的一个分系统,因为法律系统也是采取交往的运作方式,也就是说它所能做的无非就是在含义媒介中通过交往形成形式(条例)。至于这之所以成为可能,并且在一个长期的社会文化演进中成为不言而喻,则是社会系统的功绩。这保证了法律系统例如无论是纸还是墨水,人还是其他机体,法院楼或法院楼中的房间还是那里使用的电话或电脑都不是系统的一部分。<sup>④7</sup>这一外部界线已经由社会建构好了。谁要是企图与一部电话进行交往(“停止响铃!”),这就是把系统搞混乱了,因为人们只能是借助电话进行交往。

也就是说法律系统是以处于由社会划定界线的保护中的交往形式进行运作的。它当然必须对系统中应该被看做专门法律交往的东西给予特别的记号。对这个题目我们还将作详细探讨。在这里我们感兴趣的仅仅是,我们借助这一运作自成一体的系统的理论,达到了一种处于符号学和语言分析长期以来所进行——包括应用于法律——的那场争论之彼岸的立场。<sup>④8</sup>关于符号或语言,可以追溯到索绪尔(Saussure)的法国传统更强调结构主义的方面,而可以追溯到皮尔士(Peirce)的美国传统则强调实用主义的方面。前者的重点在语言符号应用所受到的结构性强制上(不管例如哲学家想要什么样的思维独立<sup>④9</sup>)。而后者则强调说话者的意向,

36

亦即奥斯汀(Austin)和塞尔(Searle)所说的“语言行为”。

到目前为止无论是结构主义的还是语言行为学的法律分析都没有显示出是卓有成效的。<sup>⑤</sup>很清楚,法学家在涉及语音学和句法等内容时(语言学的主要兴趣在这里),使用的是日常标准语言,只不过贯穿着一些专门的表达方式或一些在法学讨论中具有与日常用语不同含义的话语。单纯从语言角度来看,人们永远不会想到把法学讨论看做是“独立的”或者是一个运作自成一体的系统,法学讨论当然也是在社会中进行的。问题仅仅在于,如果人们没有受过这方面的专门教育就不可能理解它。这不仅包括对含义的理解,而且也包括甚至首先包括对某些表述意向和后果的理解。

37 直到从语言学分析转向交往理论分析的过渡,才为法律理论和法律社会学打开了通向它们所感兴趣的问题的途径。这使结构主义者和语言行为学理论家之间争论的影响相对化。争论的双方都只把握现象的某些局部方面。无论是表述行为还是结构,对于交往来说都是不可缺少的。但是交往本身并不仅仅局限于表述行动。它还包括信息和理解。在结构和运作之间存在着这样一种循环关系:结构只有通过运作才得以构成和变化,反过来运作又必须通过结构才得以专门化。从两个方面来说,关于社会是运作自成一体的交往系统的理论是更加包罗万象的理论。如果把法律系统理解为社会系统中的一个分系统,那么无论是实用主义还是结构主义争夺领先地位的可能性都被排除了。

既然这样一种理论以这种方式介入了法律理论、语言学和符号学的争论问题,那么这种理论究竟是否还能被认定为是社会学或法律社会学呢?对这个问题我们尽管可以不必去回答。这样一种类型的社会学研究完全是在跨学科责任框架内进行的,因此很难把它简单地划归哪个专业。关键在于敢于跨出抽象的步子,而这在当时的社会学本身很少受到鼓励。

## 第二章

# 法律系统的运作自成一体性

38

### 第一节

本章的讨论课题在法律理论文献中属于法律“实证性”标题之下。自从边沁(Bentham)反对习惯法混乱的论证理论的论战以及法哲学反对企图从先验论角度论证法律原则的不实际做法的论战以来(费尔巴哈、雨果),现代法律把自己描述为实在法。<sup>①</sup>有争议的仅仅是,有效法律是否需要有一个更高层次的依据或者“合法性确认”。这种合法性确认在法律内部的地位很模糊。当然我们可以从政治和道德的角度来评判现行法律;但是如果一种法律系统除了实在法以外还包含有其他的不需要实证的法,就会出现一种对抗实在法的反抗权,对此人们当然是惧怕的——除了极端主义者以外。

理论讨论必然会涉及这些问题,我们将在关于法律系统的自我描述一章中再来谈这些问题。但是“法律实证主义”的根本问题并不在于合法性确认问题,更不在于与自然法和理性法的区别,而是在于实证性概念缺少理论基础。它也许可以作为概念在法律系统反思理论联系中起作用,但是对于科学应用来说它缺少足够的接续能力。

实证性概念引出了一种通过判决概念进行的阐明。实在法是作为判决而生效的。这导向了对一种任意的、完全由执行权力决定的判决可能性意义上的“专断论”(Dezisionismus)的批判。但是这进入了死胡同,因为最终每个人都知道,在法律中从来不可能也永远不可能任意进行裁决。因此在这种理性中肯定存在着什么问题,据我们推测,毛病可能就在于实证性概念的不足之处。

39

虽然在自然法传统背景中实在法被称为“任意的”<sup>②</sup>,但是这种说法要放到不可变法与可变法这一主要区分的背景中去解读。如果可变法被称为是“任意的”,这只不过是意味着,它不能从不可变的(上帝的、自然

的)法中引申出来,而是必须适应时代的变化和具体情景;但正是这一理由排除了它在某种情况下任意产生的可能性。<sup>③</sup>不可变法与可变法之区分仍然坚持自然法领先的旧观点——不过是以一种已经根本不再能够说明道理的方式。如果把自然法与实在法区分开,并且又不得不通过“宪法”来规定实在法本身中的不可变性,虽然自然所给予的不可变法的不可变性保证已不再存在,但是这并不意味着可以允许有更多的随心所欲,而是仅仅意味着法律为调节任务提供了自己的可变性。

人们可能会问,实证性概念究竟应该把什么东西排除在外。这可以追溯到中世纪宇宙起源学所保证的等级制结构思想体系,在这种思想体系中除了调节意外事故的实在法以外还存在着自然法和神法。如果放弃这种思想体系,实证性的相反概念就消失了,只留下了无言名状的对现实的不满。

40 从18世纪以来取而代之的是,按照所涉及的是外在的还是内在的压力而区分法律和道德。<sup>④</sup>这一点人们可以接受,但是这仅仅证明了法律是实在法和人们(没有直接的法律作用)也可以从道德角度进行判断,除此以外它没有给法律理论带来任何变化。但是如果实证性概念本身(在理论上)缺乏说服力,那么这种(无可非议是有意义的)实在法与道德的区分也无济于事,而只会引起争论,争论必须接受法律与道德的区分,而不是可以接受这一区分。<sup>⑤</sup>

不管人们如何评价迄今为止研究法律实证性联系问题的这些尝试,它们没有解决这样一个问题:如果用另一种概念来表述那个用“实证性”不能充分表达清楚的问题,是不是会好一些。下面我们想借助系统论手段来尝试一下。在这里我们所理解的“系统”,不是像有些法学家所理解的互相制约的规定的联系,<sup>⑥</sup>而是实际进行的运作的联系,这些运作必须是作为社会运作而进行的交往,不管附加了什么标志来说明这些交往是法律的交往。但是这意味着:基本的区分不应该到一个规范类型学或价值类型学中去寻找,而应该到系统与环境的区分中去寻找。

41 向一种系统/环境理论过渡,必须进行第二次的、从一开始就应该搞清楚的区分。通常情况下法律理论涉及专门属于法律的结构(规定、准则、文本)。这也同样而且尤其适用于实在法理论,例如它显然适用于哈特(Hart)法律理论中的“承认规则”。<sup>⑦</sup>什么是法律,什么不是法律,这个问题只有在涉及某些特定规章的说明时才被提出。相反,如果人们想追随在最新的系统论中培育出来的激情,就必须从结构转向运作。<sup>⑧</sup>于是基本问题就是,运作如何产生系统与环境的差别,以及——由于这必须有循

环性联系——运作如何能分辨出哪些运算是属于一起的,哪些不是。为了每次都能对运算进行高选择性的联结就必须有结构,但是法律的现实性并不在某种稳定的观念性中,而是完全在生产 and 再生产专门法律含义的运算中。此外我们的基本出发点是,这必须始终是法律系统自身的运算(人们当然可以从外部观察到)。正是这一点而不是任何其他东西说明了运算上关闭(operative Schließung)\*的论点。如果愿意适应认识论的术语,也可以说是“运算上的结构主义”。

## 第二节

42

与环境相区别系统可能意指什么,对这个问题在系统论研究中有争议。如果要避免热力学熵定律的情况,系统论的一切表述都必须说明系统与环境的差别,或者无论如何要从这一区分的形式出发。旧的系统论最开始建议“开环系统”的形式。这一论点的攻击点是熵定律的以下认识:对其环境封闭的系统逐渐与环境相趋同,亦即融合,因为它们失去了能量,按热力学的说法不可逆转地被置于热寂之中。因此为了建构复杂性,为了产生和保持负熵态,它们必须与环境不断进行交换,或者是能量交换,或者是信息交换。表述得更形式化一些就是:这些系统按照一种转换功能的标准把输入转换为输出,这种转换功能使这些系统能够自我保持在一个通过进化达到的复杂性水平上。

运作自成一体的系统理论尽管在概念上常常另有侧重(例如关于“信息”),但是它与上述原则是不矛盾的。<sup>⑨</sup>输入/输出格式就允许一个系统可以把自己的输出作为输入来应用。<sup>⑩</sup>

后来的理论发展使这一反馈渠道“内化”,并且声称这种反馈渠道是必要的。理论的进步在于认识到一个系统内在复杂性的建构只有在运作自成一体性的基础上才是可能的——这种建构也常常被表述为“噪音秩序”的条件。<sup>⑪</sup>人们常常愿意用大脑的运作自成一体作为例子来说明这一点。一种更为理论性的论证可能会指出,在组成部分的数量和不同性方面哪怕想稍微有一点超出,都必须在人们放弃以下做法的前提下才是可

43

\* Schließung 是动词 schließen 的动名词,意为关闭,闭合。文中与此意思相同的多数地方卢曼用该动词的过去分词 geschlossen 或其名词 Geschlossenheit,意为闭合(的)、自成一体(的)。卢曼把该词与 Abgeschlossenheit 相区别,后者意为封闭、隔绝。我把 Schließung 译为关闭, Geschlossenheit 译为自成一体(性), Abgeschlossenheit 译为封闭(性)。——译者注

能的,即放弃任何时候都把每个成分与任何其他成分完全彼此相连接。这就要求首先必须对实际的连接进行选择<sup>⑫</sup>,而这又是以选择的内部条件限定为前提。有选择的连接对组成部分进行“资格审定”,只有这样才使谈论系统自己的组成部分、系统的界线或分立等具有意义。

44 运作自成一体的系统理论也是一种系统与环境相区分的理论。因此自成一体性(Geschlossenheit)不能被理解为封闭性(Abgeschlossenheit)。它不是反对而是以它自己的方式强调系统与其环境之间存在着紧密的因果关系,因果形式的互相依赖关系对于系统来说是结构性必然的。我们只要想一下地球上生命的错综复杂、高选择性的物理条件就清楚了。退回到这些常识之后似乎是很荒唐的。因此在系统论中早已明白,以物质或能量为基础的开放性(对环境的依附性)并不违背信息上或语义学上的自成一体性的论点。<sup>⑬</sup>相应地我们要区分因果封闭性(孤立)和运作自成一体性。系统运作自成一体性理论在为其对象下定义时从系统和环境的因果关系中进行抽象。

因为首先必须搞清楚(即使想要调查系统和环境的互相依赖性也是如此),究竟应该去观察什么。应该被称为运作自成一体的是那些依靠自己的运作网而产生自己的运作、并且在这一意义上再生产自我的系统。<sup>⑭</sup>表述得婉转一些也可以说,系统必须以自己为前提,才能够随着进一步的运作及时地进行它自己的再生产,或者换言之就是,系统通过事后和事先采取自己的其他的运作生产自己的运作,只有通过这一方式才能确定什么属于系统,什么属于环境。

45 自我生成这一概念带来的创新把对自我参照型结构的设想应用到系统的基本的(对于系统来说不再能继续分解的)运作层面上,并由此应用到所有在系统中对作为统一体的系统发生作用的东西上。也就是说不再仅仅涉及系统自我规定和结构改变意义上的自我组织,也不再仅仅涉及旧的自我调节意义上的自律性。与此同时有一束新的光线投射到老问题上,也就是投射到结构与运作(过程)以及规范与行动或规定与判决的关系上。

自我生成概念的刺激作用和对广泛的批评性讨论所起的推进作用主要在于:这个概念的革命效应与它的解释价值处在一种相反的关系之中。这一概念只是说:只有当一个系统能够保持它的自我生成的时候,这个系统的要素和结构才可能存在。而关于在系统与环境之间结构性联系的共同作用中所产生的结构的种类问题,它却什么也没说。自我生成是作为“不变量”出现的。它在各种类型的生命、各种类型的交往中都始终如

一。如果法律系统是一个特殊类型的自我生成的系统,那么这对任何法律制度都同样适用,只不过与把该系统的运作划归该系统的规则有关。但是这还没有说明系统发展出了哪些规范性的程序。<sup>⑮</sup>

如果我们以自我生产的运作为出发点,从中就可以得出,一切所发生的都是发生在当下。这也意味着:一切所发生的都是同时发生的,过去和将来也都永远而且只能是同时与本案件有关联,是各个时期当下运作的  
时间视界,并且只能在当下加以区分。它们之间的循环连接是在各个时期现实的运作中产生的,所以对此所必要的结构也只有在使用中才有现实意义——或者没有。系统借助结构从一个运作过渡到下一个运作——  
同时这是以极不相同的方式进行着。

46

这适用于对这一事实的任何一种观察,不仅适用于系统外的观察,也适用于系统内的观察。因为观察也是运作;一个观察者只有当他进行观察的时候他才在观察,当他没有进行观察的时候他也就不在观察了。他能够把稳定的结构与事件性的运作相区分,把不运动的与运动着的相区分,但是只有当他这样做的时候,他才能记录下结构的变化。因此从他自身来说他是一个受时间条件约束的系统,而且是受他在各个时期的当下通过自己的区分作为其观察之视界而构筑的时间的约束。

没有例外——对科学来说没有,对法律系统来说也没有。因此关于规范的稳定、效力的持续和改变等问题所涉及的完全是一种次要现象。这更适用于另一个问题,即法律系统在其自我生成中——从而在其动态的稳定性中——是否以及在多大范围内不受其结构日常变化的影响,也就是能够“经受得住”结构变化,或者甚至可以利用结构变化来实现自己的自我生成。这个问题也是随时间而变化的(不是通过结构选择而一劳永逸地得到解决),而且毫无疑问,这将继续下去。永恒的不确定性必须保持在可承受的界限之内,所涉及的问题是如何。

结构只有通过被应用于连接交往事件才具有现实价值;规范只有通过直接或间接被引用才具有现实价值;期望只有通过  
在交往中表达出来才具有现实价值。因此系统最佳的、最大的适应能力在于简单的遗忘,在于不再重新应用产生结构的期望,因此文字的发明起了破坏作用。一旦人们使用了文字,使文字记载成为可能,系统就不得不听任它自己的记忆摆布。遗忘变得更加困难,人们必须想到随时随地可能发生的规范的引用。由此产生了在中世纪和现代早期就已经可以清楚看到的对文字形式的憎恨<sup>⑯</sup>,同时也导致了作为对新问题之反应的补偿机制的发展,这就是:(1)法律知识和可能要与——案件情况相关的——文本打交道的专

47

业性技能的发展；(2)接受在系统本身中通过专门为此准备的程序而实现的规范变化,作为对遗忘功能的对等物。

但是所有这一切都没有改变这一基本状况:系统只有在它的运作中才具有现实性;只有正在发生的才发生,无论在系统中还是在其环境中所发生的一切都是同时发生的。

48 如果人们要进行一个以此来表述的系统论研究项目,这就要求在表述自我生成的、再生产的运作的时候达到足够的精确性。在生物学领域内可以把在有关这方面的生物化学研究基础上达成的一致意见作为前提——甚至很多生物学家持有这样的看法:自我生成这一概念是一个一般概念,因为它只不过是人们在运作方式中也许可以描述得详细得多的东西提供了一个词。<sup>17</sup>对于社会系统理论来说不可能有这样一种一致意见作为前提;尤其是当人们想把法律系统描述为一种自我生成的、运作自成一体的社会系统的时候更是如此。法律科学本身作为文本科学,在这方面不需要做任何说明。法律社会学多数都满足于不确定的行动或行为概念,并且通过对行动者的思想和意向、行动的“意指的含义”(韦伯)的假设来补充法律专有的内容。我们认为这样是不够的。我们对与法律有关的运作的对应心理的形成以及对这种对应心理可以通过经验(众所周知不可靠地)进行检测这一点毫无异议。但是谁要是有意地依照法律来行事,就肯定知道,他在这样做时心里想的是什么。他肯定会涉及一个已经建构好的社会的系统即法律,或者这一系统的文本沉积。这里首先必须回答这样一个问题:哪些运作产生了作为法律的法律。心理系统只观察法律,它们并不产生法律,否则法律就会深深地被封锁在黑格尔有一次所说的“内心思想之阴暗的深处”。<sup>18</sup>因此把心理系统即意识或者甚至整个人看成是法律系统的一个部分,或者仅仅看做是法律系统的一个内在要素,这都是不行的。<sup>19</sup>法律的自我生成只有通过社会行动才能实现。

49 因此自我生成的系统受它们的运作类型的约束,无论是为以后的运作的产生还是为结构的形成都是如此。换言之,运作和结构之间不存在“本质的不同”或“质料的不同”。在细胞的生命过程中酶是数据,同时也是生产要素和程序。在社会系统中语言也是同样情况。因此法律系统描述的出发前提不应该是规范(我们将把规则与程序相区别)具有不同于交往的实质和性质。与法律相关的交往作为法律系统的运作始终具有作为生产要素和作为结构保持者的双重功能。它们为继续运作设置了接续条件,并且共同确认或修正对此起决定性作用的限制(结构)。就此而

言,自我生成的系统始终是从它们自己置身于其中的状态出发的历史性的系统。它们自始至终做着一切它们所做的事。所有的重复都是为了人为地把结构固定下来。说它们是历史性的也是因为它们的结构应归因于它们运作的接续,因而是沿着分岔和多样性的方向进化。<sup>②9</sup>人们作为观察者可以区分状态规定和结构选择的功能,但是不能在运作上把这两种功能分开。运作作为自我生成的要素其统一性就在于它是为两种功能服务的。

50

因此运作概念受到了超乎寻常的注意,从时间角度来看运算是事件,亦即在其实现的瞬间就又消失的、有意义的可能性的实现。运作作为事件不可能持续存在,尽管有一个对于观察它们来说必不可少的极短的持续时间(例如:宣布判决的时间)。由于不可能持续存在,也就不可能有变化。一切持续性,一切可变性,每一种结构都必须在系统中先被生产出来,而且是通过系统作为自己的运用来支配的运作被生产出来。换言之,不存在外来的结构决定。只有法律自己才能说什么是法律。在这里结构的生产是循环进行的,由于为了能够通过与其他运作的相互联系来规定自己,运作本身又是以结构为前提的。不仅由运作生产运作,而且通过这些结构为依据的运作产生的结构的凝结和确认也都是自我生成的实现。在这一观点下我们把法律系统也称为由(自己的)结构规定的系统。

实际上可以把运作描述为产生一种差别。某种东西在运作后不同于运作前,经过运作不同于没有经过运作。我们可以想一想向法院提起一个诉讼,或者想一想在日常生活中提出一个法律问题。正是运作的这种区分效果在有足够的持续时间和运作结果互相联网的情况下产生了系统与环境的差别,或者像我们所说的那样把一个系统分立出来。这应该被理解为一种纯粹事实性的事件——这与谁在观察这一事件以及借助哪些区分来观察和描述它这一问题无关。对一种运作可以用完全不同的方式来观察和描述——例如把起诉描述为辱骂,描述为社会关系彻底破裂的原因,描述为是法律允许的,描述为一种统计计数联系中的单位,描述为记录和写上一个文件登记目录号码的理由等。如果人们想知道如何观察一个运作,他就必须去观察观察者。

51

由于区分和观察可能性的这种多元性,我们必须在概念上分清运作和观察。从另一方面来说观察本身也是一种运作,我们所说的有关运作的一切也都适用于观察。<sup>③0</sup>观察作为运作创造了一种新的系统状态。它也有助于自我观察型系统的自我生成并通过自我生成实现分立。此外,我们必须考虑到这些事实情况,在其中系统的基本运作就内含着一种观

察,也就是说没有同时进行的自我观察,系统的基本运作就根本不可能发生。在这种情况下不能任意地选择观察模式,而是通过运作类型学来确定观察模式。因此只有在进行运作时把信息、通知和理解区分开,并且由交往过程自己决定,它在继续进行的过程中将与这三个要素中的哪一个相联系才能实现交往。<sup>②</sup>对于法律专门的运作来说,我们认为必须按照正当和不正当区分的尺度来进行自我观察。

52 如果我们作进一步的思考,一个自成一体的系统也可以被表述为自我参照的系统。在这种说法中必须把参照理解为表述,这种表述与一种使各自的(同样也具有参照能力的)另一方也能继续存在的区分相联系。就此而言,自我参照内含着外部参照,反过来后者也内含着前者。通过运作上的区别而产生的(从而对于观察者来说是可视的)系统,在与环境相区分中表述自己,并由此把已经发生的事情纳入到观察之中。在这里观察本身仍然是系统的一种运作(否则就是外部观察了),这种运作在其实实现的瞬间从它自己方面来说只有通过使用这种(而不是另一种)区分才能区别出来。作为运作来说,观察以及借助自我参照和外部参照的区分进行的观察也都是“盲目的”,因为它在进行区分和描述的时候,不能把为此所使用的区分与其他的区分相区别并且予以说明。

观察和自我参照这两个概念是互相包含的,因为一方面,一个观察者只有当他能把自己与他的观察手段、他的区分和表述相区分,也就是说不会再把与自己对象相混淆的时候他才能进行观察。另一方面,正是为了这一目的就需要自我参照。所以路易斯·考夫曼(Kauffman)说得很对,他说:“无论如何一种区分包含在自我参照的存在之中。自我显现和对那个自我的一种示意可以被视作与自我的分离。任何区分都包含了那个在进行鉴别的人的自我参照。所以自我参照和区分观念是不可分的(因此在概念上是同一的)。”<sup>③</sup>尽管如此,观察和自我参照概念通过人们把它们与各自不同的相对概念相区分而获得不同的形式。概念规定的循环被截断了。观察与表述相区分(区分与表述相区分),自我参照与外部参照相区分。按照与各自对立面相区分的运作概念也彼此相区分,我们可以用观察和自我参照来表述各自不同的东西。法律系统作为一个其运  
53 作受自我观察约束的系统,能够把通过运作而再生产的系统与环境的区分重新引入系统之中,并且借助系统(自我参照)和环境(外部参照)的区分来观察自己。这一系统的任何外部观察和描述都必须注意系统本身具有自我参照和外部参照的区分。

此外要把握住这一点:自我参照总是把系统称为客体,而不是称为概

念。这只不过是说,该系统与一切其他的系统而不是与某些特定的其他系统相区分。这是与不确定的(只有通过系统自己减少复杂性才可确定的)环境关系相对应的。也就是说系统不仅仅把自己作为系统,作为社会系统,作为与其他实体相区分的法律系统来描述,而是作为自己进行自我描述的东西来描述,不管可能还会发生什么。

最后在这些预备性思考的框架内应该注意到,自我参照可以通过不同的形式来实现。一个系统的基本运作只要是依靠自我观察,就必须有自我参照的参与作用。一个自己面对接续可能性之选择范围的系统(我们说:有意义的诉讼),必须在确定下一步运作的时候能够把自己的运作与其他事实情况区分开来。一个社会系统必须在实现它的自我生成过程中同时也形成一种鉴别方法,以便能够确定哪些以前的和以后的事件属于交往(具体地说是:自己系统中的交往)而哪些不是。自我参照和外部参照的区分在这里就是自我生成本身的要求,这意味着:系统在运作时从侧面观察着一个同时存在的环境,它不仅仅是通过一种控制论的监控方式以系统内自己运作的效果为转移。

我们必须把系统自我参照尤其是自我描述更高形式的要求与此相区别。这里是指系统中对作为统一体的系统的鉴别以及对系统属性(它的含义、功能等)的描述。这一点如果是指自我描述的话,也可以仅仅被视为系统本身的运作,视为许多运作中的一种。我们将把在系统中系统的这些模式或文本的制定也称为反思。在这样一种理论结构的基础上人们很容易认为,这种类型的自我描述很可能具有一种附属性的意义,它们的重要性将随着系统的分立以及社会所允许的区别形式而变化。

54

在这一前提下,只有当相互再生产——并由此再生产系统——的运作显示出某些特定特点的时候,才能谈论自我生成和运作自成一体。它们构成了只有借助系统的运作自成一体才可能存在的自然发生的统一体;它们作为这样的统一体完成了独特的复杂性减少——不仅系统之环境的复杂性,也包括系统本身的复杂性。在完成这一过程的事实中已经存在这样的情况,即:并不是所有存在的东西都能被考虑到的,替代这种全部联系的是有选择的并有承载能力的联系和自我生成地再生产的互联网络。

### 第 三 节

假如人们想要从这些指导思想出发来确定法律系统自我参照型运作

55

方式的特点,就会出现一系列的规定。<sup>②4</sup>一种运作性的思想倾向不可能把法律系统的统一性理解为一个文本的统一性或者许多文本的前后一致性<sup>②5</sup>,而是只能把它理解为一个社会性系统。社会性系统与其环境相区分的运作可以被理解为交往。<sup>②6</sup>同时与此有密切联系的社会概念被理解为由所有交往组成的庞大的系统,在这一系统的环境中不存在交往,而是只有另一种类型的事件。

这种概念倾向具有深远的影响。根据这一倾向,人们必然把所有的社会性系统都理解为社会的实现。据此,法律系统也是一个属于社会的、实现社会的社会性系统。像“法律与社会”<sup>②7</sup>这样的标题不是指两个互相独立、彼此对立的对象,而是必须从区分理论角度来重新进行表述。重温一下前面谈到过的这个重要论点:法律系统是社会系统的一个分系统。<sup>②8</sup>也就是说社会不是简单地是法律系统的环境。一方面就其本身中包括了法律系统的运作这一点而言,它不仅仅是法律系统的环境,而是更多;但另一方面从法律系统也与社会系统的环境有关系这一点来说,它还小于法律系统的环境,尤其是法律系统还涉及人的精神和身体状况,而且还按照法律系统宣布为法律上相关的方面而与其他物理的、化学的、生物的事实发生关系。

56

作为社会性系统以及作为社会的实现,法律系统的运作具有一些不仅仅在法律系统中实现的特点。<sup>②9</sup>这一点适用于交往本身所具有的一切特点,例如能够表达思想和理解通知行为与信息之间的区别,这尤其适用于交往与意识之间结构性联系的机制,适用于对注意力的捕捉,亦即适用于语言。<sup>③0</sup>只要法律系统使用语言进行交往,它就总是以有系统外的联系可能性为前提,新闻界可以对新的法令和判决进行报道;法律问题也可以成为人们日常交谈的话题。虽然法律系统不能作为系统与社会交谈,但是它的界线对于交往来说是可以穿越的。所以它也能够理解、把握和从内部加工社会中在没有想到法律的情况下所说的事情。它仅仅以此为前提:交往在运行着,它可以被理解或误解,可以被接受或遭到拒绝。

因此,在这一背景下关于法律运作的专门特点的问题变得更为迫切。我们回忆一下理论所提出的关于必须符合这方面对精确性要求的指示。一个运作上自成一体的、自我生成的法律系统的理论有赖于能够对这个问题作出满意的回答。

下面所进行的整个研究都直接或间接地与这个问题有关,因此在这里暂时不作详细的说明,而只是大概说一下基本特征,并且把它们放在它们的联系中进行论述。它们的基本出发点是一种纯粹同义反复的、形式

性的、内容空洞的回答,它仅仅表明,所有进一步的分析将作为“解开”一个同义反复(而不是作为从公式中进行逻辑推论)而出现。这里的“解开”是沿用塔斯基(Tarski)和勒夫格伦(Löfgren)的说法,意思是借助区分打破一种同一性(法律就是法律),而在这些区分中区分本身之统一性(区别于不同性之间的区分)代替了同一性。<sup>④</sup>也就是说我们最初只坚持这一点:一个运作上自成一体的法律系统通过法律运作与法律运作的循环性联系而分立出来。这个系统像任何一个自我生成的系统一样在不断的自我联系中运作。为了使自己的运作能够具备法律运作的资格,必须搞清楚,迄今为止它做过些什么,或者为了使自己的运作具备法律运作的资格它还将做什么。

57

这种在表述中(在观察者看来是)同义反复的表达方式对于司法实践来说根本不是什么问题。它可以把现有的法律作为依据。即使并且恰恰当法律有变动的时候,总是可以知道或者可以确定哪些地方有变动。对这个问题从来不可能作这样的回答:全变了!即使在“革命”中也不可能。而且关键从来不在于开始,不在于对法律历史起源的回溯。在合法性确认的神话背景中,亦即某种特定方式的自我描述背景中说,法律起源的意义在于使某种形式的循环中断——例如上帝给了人类十戒律,作为部落社会共同的取向,或者上帝任命最高法院,从而使正当变为不正当的复仇的恶性循环中断。司法实践始终都是在一个具有历史地给定的法律情景中运作,否则它根本不可能想到要把自己作为司法实践区分出来。与此相应,历史地看根本不存在法律的开端,而只存在完全可以相信以前也是按法律规范行事这种情景。所以毫无疑问,法律是作为一个自我生成的系统而演进的。为此所需要的时间始终是一个处在时间之中的、处在各个时期当下之中的结构;在一个历史学家的客观化的视角中至少可以询问一下,能够提供这样一种被视为可信的结构的条件是什么。例如肯定有过这样的冲突,在冲突中赢家可以宣布他的胜利为法律,因而对将来有约束力。或者引用卢梭著名的《论人间不平等的起源和基础》第二部分开头的话来说,就是“人间不平等的起源首先与丧葬制度有关,人们会认为这块地是我的,因为我被葬在这里。这种认识很容易被人们理解,由此逐渐形成了部落团体。”<sup>⑤</sup>

58

从另一种意义上来说,法律系统也是一个历史性的机器,也就是说,每个自我生成的运作都在改变系统,把机器置入另一种状态,由此为下一步运作创造了改变了的前提条件。在海因茨·冯·弗尔斯特(Foerster)的术语中这不是一种(如果它不出错或坏了的话)始终以同一种重复方

式把输入转换为输出的普通机器,而是这样一种机器,这种机器在每一次操作中把它自己的状态带入游戏之中,所以通过每次操作都建构出一种新的机器。<sup>59</sup>只有在这一背景下才产生了以下公设的意义,即:法律系统的运转应该是可预测的,它应该像一部普通机器那样运转,并且人为地(例如通过从时间中抽象)进行相应的装配。

能够认出法律是法律的这种可能性,足以让司法管理作为社会的自我生成运行起来,但是它不足以把法律系统关闭起来,也就是说使法律系统完全依赖自我联系。法律仍然置身于一般的社会秩序之中,仍然有赖于也为其他职能服务的结构(例如家庭,例如披着宗教外衣的道德),尤其是社会阶层划分和根深蒂固的城乡差别仍然对它起着参与决定的作用。从古代文明给我们留下的证明中我们能够看出对这种依赖性的观察和一种对抗运动。当穷人在理的时候国王或城市法庭应该保护穷人不受富人欺侮。但是在农村人们不信任城市的司法机构,他们宁愿依靠自己的犯罪侦探学,依靠个人的智慧和地方上的压力。而在城里却几乎找不到一个人会从继续存在的依附关系(家族、当事人关系)中站出来对主人提出起诉或对主人指证。亚里士多德对立法与法庭判决分开的论证就证明了这种条件的继续存在,同时也证明了人们为使它们中立而作的努力。法庭判决就其本身来说总是可能受到社会压力、法官及其家人爱憎态度的影响。从立法层面上来说,由于人们对法律应用的未来情况很难预料,因此几乎不可能考虑到这种地方分治主义,所以必须有立法和法律对法官的约束。<sup>60</sup>法律置身于社会既定的结构之中,只有通过法律专门的区分才能够实现中立,而不是通过统治者的绝对命令或者通过宗教对救世机会的限定。这些批评性的推动和语义学的发展表明了,司法必须从社会中独立出来。但是如何才能实现独立呢?

首先而且主要可以肯定的是,它是通过法律自己承认占主导地位的社会结构,并且以上升为法律的区分形式反映这种社会结构来实现的。例如在古代欧洲,贵族不仅享有不同的法律地位和不同的权利,尤其在诉讼程序上也不相同,而且从一般规律来说,当贵族与平民打官司中出现情况不明朗、没把握的时候就判贵族有理。<sup>60</sup>随着社会结构的发展,法律制度自发地适应社会结构的形式也不断发生变化。<sup>60</sup>这里随着情况越来越复杂,这种同构现象和语义学上的相符性不断减弱,规范与全社会的联系抽象化,一般地说,已不再能从它们的调节目的中看出。但是解决问题的形式仍然没有变:法律系统被分立出来,以便能从自身出发考虑社会结构连同通过法律系统内部的预防措施对社会依附关系的整体性重构所造成

的各种后果问题。

对于一个法律系统的分立和运作上自成一体来说,现在看来还有另外两个很重要的成就,这两个成就是互相促进的,它们就是:(1)法律功能专门化,也就是说针对特殊的社会问题;(2)通过一种拟定一个正值正当(Recht;有理、正当——译者注)和一个负值不正当(Unrecht;无理、不正当——译者注)的格式使法律系统二元规则化。与过去一种以劳动分工的好处为依据的职能区分和专门化的设想不同,这里仅仅以职能为依据是不够的。这一点从以下事实就可以得出:把功能作为联系视角点总是要求可望获得有同等功能的其他可能性,也就是超越系统界线。但是人们也看到,“法律功能”在实践中作为论证视角点根本不起任何作用。有可能与这一点相接近的是民法概念“原因”(causa);但是“名目和原因”(nomen et causa)在古代法律中仅仅是申诉起诉理由所需要的,因此在今天,原因也只不过是个别法律概要的解释视角点。法律本身并不需要原因。因此,如果一个法学家想知道,某种交往是否属于法律系统,他总是必须考察一下,看这里究竟是否涉及正当/不正当的划分,也就是涉及法律规则的领域。只有两方面的成就即功能和规则一起才造成了专门法律的运作能够与其他交往清楚地相区分——只在边缘处界线有点模糊——并且由此从自身中再生产自己。

61

我们将在本书的两章中详细介绍这两个成果,在这里只能大概说一下。职能专门化限制了作为系统的运作进入考察的对象。它涉及的是法律系统的运作,这从它把规范作为运作的依据这一点上可以看出。二元规则化则涉及对系统运作的观察,从它给运作配以正当或不正当的值这一点上可以看出。这一区分人为地起着作用,而且它也是一种在系统本身中产生的人为的安排(人们很重视论证的循环性)。通过规范性只不过确认某些特定的期望即使在令人失望的情况下也能够被坚持。这里就已经存在着有关按照期望/失望格式作相应区分的指令。就此而言法律系统的每一个运作都是一种以形式为依据的、以区分为引导的观察,它不是简单地接受所发生的事情。但是只有对这样的观察进行观察,只有按照正当/不正当格式的标准进行评判,才能把不顾现实地顽固坚持期望的意图划归正当范围。我们也可以说,把一个运作自成一体的法律系统分立出来,其前提条件是这个系统能够在二阶观察层面上运作,并且不是偶尔的,而是持续性的。法律系统的一切运作,包括原始区分的运作以及仅仅确认期望之失望的运作,都是从这一层面出发受到控制的。<sup>⑤7</sup>凡是以正当/不正当这个控制格式不能把握的东西也就不属于法律系统,而是属于

法律系统之社会内或外的环境。

62

如果具备了上述前提条件,法律系统就作为自我生成的系统而确立。它建构并再生产假如没有运作自成一体就不可能存在的自然发生的统一体(包括它自己),它以这种方式做到了独立地减少复杂性,即鉴于有很多可能性或者不予理会,或者予以驳回,总之是不予考虑而进行的一种选择行动,但并没有因此而使自我生成中断。

哈罗德·贝尔曼(Herman)收集了很多证据,证明了在11—12世纪就已经以整个法律文化的一次“革命”的形式完成了这种向法律系统自律的转变。<sup>③④</sup>这也许同时可以说明,与全世界相比较欧洲的“偏离”,即法律对欧洲社会的日常生活和社会发展所具有的不同寻常的意义。

#### 第四节

63

根据弗朗西斯科·瓦雷拉(Varela)的建议可以把一个系统的运作自成一体性表述为“自律性”(Autonomie)。<sup>③⑤</sup>戈登·帕斯克(Pask)断言说:“电子计算机系统拥有计算它们自己界线的自律性。”<sup>④⑥</sup>而在社会科学讨论中,毋宁说这种概念用法导致了混乱。<sup>④⑦</sup>尽管如此,我们并没有重新把自我生成的自律性概念完全踩在脚下,而是把它保留了下来,那是因为正是那种混乱促使人们作出思考。

如果人们要保留对这一概念的传统的、与“惯例”相联系的说法<sup>④⑧</sup>,那么认识上的收获(或者别人也许会说:断言)就是以下论点:系统的结构只有通过系统的运作才能够产生,并且每次都要根据案情来决定可用或不可用,可记忆或可忘记。自律性从字义上来说就是自我限制(Selk-limitierung)。如此来看,自律性并不等同于运作自成一体性,而是运作自成一体性的一个结果。<sup>④⑨</sup>

64

与此相对立,传统的法律学理论不是从运作出发,而是以人为出发点。因此法律系统的自律性是通过法官的以及可能还有律师<sup>④⑩</sup>的独立性来保证的,而独立性的定义就是不受外界压力的影响,人们即使不能以先验的方法,但无论如何可以通过终身制职务和不受自己组织的指令约束等途径躲避开外界的压力。<sup>④⑪</sup>没有人会对这种保证在制度和政治上的重要性有争议,不仅仅德国在1933年以后,而且在世界各地人们都有这方面的经验教训。政治可以对法律系统的自律性从各个方面起破坏作用,但是这对概念来说并不能说明什么(如果人们在咖啡里不是加糖而是加盐的话,那么味道不好的最终原因并不是咖啡)。问题是究竟何为

自律性,才能使它以特定的方式得到保障而不受危害,而且必须得到保障(在上述咖啡的例子中就是把糖和盐分别放在明显不同的容器里)。

社会学家倾向于认为,人面对其社会环境的诱惑或压力能够保持自律性,这是一种“神话”,或者是一种意识形态。<sup>④6</sup>如果概念上没有搞清楚,人们就从这一困境中退回到不可使用的“相对自律性”概念。<sup>④7</sup>一种分等次的自律性概念在社会学中很流行<sup>④8</sup>,但是恰恰没有给经验的研究提供任何提示(除了要避免荒唐的事情这一提示外)。在近期的法律社会学著作中,人们以此作为对“国家指导”或类似的激进马克思主义思想倾向失望的反应。<sup>④9</sup>按照这一观点,经过自我抉择的历史法律变得复杂了,从而变得相对自律。<sup>⑤0</sup>但是这并不有助于对自律性概念的澄清。依附性和独立性的程度问题仍然悬而未决。对于自律性概念来说因果关系也起不了决定性作用,因为只要离开足够的距离来进行观察,对一切内部的运作总是也能说出外部的原因,所以这种理解可能会破坏这一概念,这样可能就连“相对自律”也谈不上了,一切都可能取决于观察家选择哪些原因和哪些结果来进行考虑。所以我们宁可选择以自我生成概念来强化的自律性概念,也就是说或者存在或者不存在,不允许有中间的调子。至于说不排除“或多或少”的说法,这只不过是预防性的补充说明。但是引用这类说法必须在概念上有所不同,比如涉及自我生成的、运作自成一体的并且自律地运作的系统的复杂性。

65

如果我们更详细地考察一下,“相对自律性”可能意指什么,那么我们可以看一下莱姆佩特(Lempert)的一种说法。据他说法律的相对自律性就是“法律系统宁愿期望依靠自己胜于期望依靠一些外界的社会、政治或伦理系统的标准来指导法律制定或实施程度”<sup>⑤1</sup>。关于这一说法也可以有不同的解释。但是无论如何这涉及的是我们所说意义上的“自律性”,因为“期望”是一种内在的行为。问题仅仅在于法律系统如何来平衡内部参照与外部参照这互相包含的双方。我们的论点当然是,如果法律系统认为环境不仅作为事实的领域,而且也在于其“标准”因而值得重视,那么为此法律系统需要一种内部的合法性确认。在第六章中我们还要回过头来谈这一问题。

66

## 第五节

如果我们以这种方式来描写法律系统运作自成一体性、自我生成的自我再生产和自律性,由此被把握的是哪些交往以及该系统把自己的界

线划在何处？

在使用法律系统这一概念的社会学著作中通常只想到有组织的法律运行,也就是说首先想到法院和议会,还可能会想到根据代表的标准建构法律关系的行政管理机构以及沟通求助法律者与法院之间联系的律师事务所。按照这一观点在法律系统中从事活动的实际上只有法律工作者<sup>67</sup>。困难主要在于,谈到系统这一概念时人们通常想到的是作为成员的人,至少是想到某些特定“角色”。而被一辆汽车冲撞,却不是法律系统中的一个角色,甚至不算法律系统中的一个事件,虽然很明显这确实涉及法律,而且也许正是由于人们坚持(认为)他有权在一个有标记的人行横道上过马路而要让汽车停车,所以被撞了车。这是不是法律系统中的一个事件?合同是不是法律系统范围内的运作?如果参与者根本没有注意到他们订有合同,因为他们错误地认为,签订合同必须有书面形式,那么此类合同还是法律系统内的运作吗?如果一个罪犯在警察面前躲藏起来了,这是一种法律行为吗?一项发明由于它可以登记为专利,是不是就是一个法律行为?这类问题源自法律关系的普遍性。一切行为都或是被允许的,或是被禁止的,但并非因此一切行为都是法律系统内的运作。

我们的根据仅仅在于我们想到社会性系统是由交往组成的,这些交往都与其他交往彼此相联系,并由此获得它们自己的意义,建构它们自己的接续能力。因此,为了能够说这里存在一种法律运作,至少必须有一种交往,而不仅仅有某种行为或者甚至不过是有可能会导致警察干涉的一个大楼的危险情况,或者羊停在马路上(这种事在英国和苏格兰法律上判决是不一样的)之类的事情。但是很显然,并不是每一种交往都是一种法律运作,否则法律系统又与社会相等同了。也不是每一次法律概念或有法律背景之话语的使用都是一种法律行动——例如:在餐厅里说“请结算”。在诸如此类的用语中法律仅仅是人们日常生活或其他职能系统诸多联系中的一个方面。属于法律系统本身的仅仅是以法律规则为依据的交往,仅仅是声明应划分“正当”和“不正当”值的那类交往,因为只有这样的交往才寻求而且坚持法律系统中的循环性联网;只有这样的交往才需要把这一规则作为自我生成的开放性形式,作为法律系统中进行下一步交往之需要的形式。这种情况在日常生活中可以由于各种各样的原因而出现。一位当局首长对一个看到她的丈夫由于得不到晋升而苦恼所以来找他、要求提拔她丈夫的妇女说:“我没有权利与您谈论公务上的事情。”他这样说是为了摆脱她的纠缠;但这仅仅是他的动机,而这一交往本身按照我们的理解是一种法律系统范围内的交往。要求对法律作

67

68



某种修改的建议也是如此,只要人们提及需要修改的规范,这种建议就成为一种法律系统范围内的交往——即使这一建议是来自于政治集团、利益团体或社会运动。例如我们可以想一下那些为了争取改变禁止堕胎的规定,争取把保护环境的条文写入宪法以及美国争取民权等所作的努力。

法律系统概念内涵的这种扩展<sup>53</sup>得出了重大的研究实践的结论。单纯从数量上来看法律系统主要是在有组织的职业内部核心之外行动。在法律日常活动中占主导地位的条件完全不同于用法学家眼光所想象的条件。在这里也同样适用强硬的规则秩序:或者正当或者不正当——尽管存在着由此而产生的希望也许能有所通融的种种愿望——否则法律就不成其为法律了。除此以外人们必须注意,法律知识不是按条文形式排列的,而是只能联系具体情景进行学习和记忆。人们在有限的环境中对合法进行的事情有经验,也许对人们力求要避免的“问题情况”也有经验。每个房主都知道什么是黑工——不管打黑工是从税收法或社会福利法的角度考虑有利可图,或者仅仅是想减少一些由官僚机构造成的麻烦。除此以外由于规则的二值性,在日常生活中法律往往并不可靠,不像法学家所认为或所希望的那样可靠。每次通过法律进行的交往都很快陷入不可靠性之中,甚至通往律师或法院的途径也只能给人以有条件的而不是肯定可预见的形式的可靠性。因此甚至连诉讼程序也被人们觉得是具有不确定性的诉讼程序,而且所做的一切都是为了证明这一点。(而法学上相反的表述却是:法官的无成见性和不偏不倚性。)在司法之外的法律系统日常活动中也不存在规定/案件关系,而更多的是与法律打交道方面的经验价值,而且首先是避免相应的令人不愉快方面的经验价值。

69

然而,就是这一点也必须被理解为法律系统范围内的事实情况,因为不确定性就像依靠与法律的随情景而变的联系一样,都是二元规则化的后果,而且它们仅仅在提出了法律问题的时候才出现。系统的运作上关闭正是通过系统内部存在这种不同的视角因此存在属于组织内部的对观察者的观察才得到证明。法律系统是而且很可能一直是由于无数不同的、但始终仅仅是内部的原因才会被触动。也许可以用弗尔斯特(Foerster)的话来说,面对外来的诱因,法律系统是“一视同仁地规则化”,或者也许最好是说“铁面无情地规则化”<sup>54</sup>。也就是说不存在把法律交往输入法律系统,因为根本不存在任何法律系统之外的法律交往。这是从输入型描述向关闭型(closure-type)描述过渡的一个结果(瓦雷拉)<sup>55</sup>,而且这是以下论点的一个结果:只有法律系统自己才能造成它的关闭,才能再生产它的运作,确定它的界线,而且在社会中没有任何其他的主管机构可

以说:这是正当,这是不正当。

我们发现,与负值(不正当)相联系和与正值(正当)相联系有着相同的归属效应。关键在于交往是被置于通过规则进行的调节之下。但是关键当然并不在于词语,而是在于对所意指的含义的理解。

为了保证运作自动归属系统,从而保证系统的运作上关闭,这要求有一个唯一的规则作为排除其他的规则化和第三、第四、第五种规则值的二元格式化<sup>60</sup>,当然这不是要阻止对其他区分的使用。规则在系统中代表系统的统一,这不是通过一个最高准则来保证的,因为这样做最终也许会导致一种无止境的追溯,或者像我们将会看到的那样归结到一种自相矛盾。规则本身不是准则,它不过是社会自我生成的一种认识和划分方法的结构。每当要对正当或不正当进行鉴定时,这类交往就被归入法律系统。否则它就不可能被认作是属于法律系统的,也不可能是有接续能力的。社会的法律是通过参照规则自我实现的——而不是通过一种(像以往那样假言的或定言的、理性的或实际的)生产规定(Erzeugungsregel)。

正当/不正当规则只有在二阶观察层面上,也就是说只有通过观察者的观察才能把握。这个规则是铁面无情的,不管一阶观察者——即行动者和他们的对象——是否已经按照正当和不正当把他们的世界关系进行了分类。如果他们自己在那里对正当或不正当进行臆想,并且把自己的想法告诉他人,观察者对相同的事实可能会作出不同的评价。如果他们根本没有想到正当或不正当,而是想着别的,二阶观察家也会使用正当或不正当二值。与(操作上肯定不可缺少的)期望的规范性和联系历史地存在的、可以作为法律来解释的结构相区别,这个规则有两个特点:它是普遍适用的,不管交往中出现什么;它通过把它的统一性转述为区分,使系统的关闭成为可能。

71 就期望进行规范性诉讼也是偶尔可能的。规范性诉讼力求在直接对事实情况作出意思相同的描述中达成一致。这在二阶观察层面上也是可能的和必要的。一个系统可能观察到另一个系统对某些事实采取了合乎规范的态度,例如对海洋中的海藻,他从海藻的增长中得出结论说:必须寻找并找到应对此负责的人。观察这一观察者的观察者可能从中得出他自己的结论,例如认为这种观察方式的滋长在政治上很令人担忧(或值得注意)。按照他自己的系统联系标准他认为这是自由的。由此他把自己纳入被其他观察者(也包括被他观察的观察者)观察的互联网中。但是仅仅这一点只会导致社会自我生成的继续,而不会导致在社会中法律系统运作上的关闭。法律系统在社会中运作上关闭只有在二阶层面并且



只有通过只能在这一层面上才能掌握的格式化才能出现。<sup>57</sup>

只有当二阶观察的这一形式(区分)的产物循环性相互联系(并且可以做得好像一直就是如此)的时候,法律系统才能凝聚为自我生成的自成一体性。<sup>58</sup>这种情况肯定早在古代地中海区域的一些城市文化中就已经存在,而且只存在于城市文化中,这肯定也不是偶然的。这并不排除“野生的”(有些人说是自然产生的)规范化——就像在科学中制造出一种二阶观察层面却没有消灭妖魔一样。<sup>59</sup>因此,尽管不能没有一个法律专门问题,但仅仅把法律的功能归结为专门从事规范性期望的诉讼,仍然不能充分解释法律系统在进化过程中(从社会中)的分立。<sup>60</sup>只有规则化为法律的普遍化提供了一个相应的概念<sup>61</sup>,它可以应用于一切案件,而且通过任何交往都可能会受到触动,这并不取决于原始的观察者的机动是什么。

72

正当/不正当规则不能应用于自身,否则一定会产生一种自相矛盾来破坏继续观察。但是人们可以对它进行区分和表述。可以撇开规则的应用而去尝试系统之外的协商一致。冲突互动系统与参与的人员或组织之间的统一性为抉择离开法律系统提供了基础。然而,即使这样的抉择也必须由法律系统在维护自己要求的条件下来调节。例如不可能完全放弃对法律系统的参与(奴隶制),而且法庭外的协商一致如果要有法律效力就必须具备某些特定的条件。人员、互动和组织共同使交往进入法律系统然后又从中出来成为可能。相反法律系统是铁面无情的。它并不追求想尽可能多地吸引交往并且把它们保留在系统中的帝国主义式的利益。它不是一个有吸引力的系统。它只是说明,当需要应用法律的时候,也就是说,当要就正当和不正当做出裁决的时候,就必须按照我的条件来做。只有在这一意义上系统才是一个运作上自成一体的、受结构限定的系统。

最后应该注意,并不是每一次提及正当/不正当规则二值都会使交往成为法律系统范围内的运作。例如人们可以在法律课上谈论法律案件或者在新闻报刊上报道法庭审理和判决,但并不是交往在对法律二值进行处理。这种交往明显是处在其他的功能联系之中,而且当法律教师或新闻记者让人看出他是在发表自己的意见的时候才是如此。当法律教师或报纸明确地是在“自己的事情范围内”谈论问题的时候,人们马上就能看出区别来。

73

与逻辑学家所必然要求的以及凯尔森所认为的不同,法律系统的统一性不是法律系统运作的前提。它既不能被理解为原则,也不能被理解为准则。没有一个判决必须提到它,更不用说证明它。没有一个法律称

统一性是其调节的一个组成部分。统一性是随着每一次成功的运作被再生产出来的,就像一个生物系统的统一性是通过细胞的交换被再生产一样。但是统一性本身不可能是系统的一个运作,因为系统的运作通过它自己的完成又会改变属于统一性的东西。所以法律不需要为它的运作的完成再有一个具有通过一个可参照的最高准则(基本准则)、一个最高法律(宪法)或最高的主管机构来保证法律统一性这一功能的等级结构。这些表述作为系统内的、对系统的描述可能是很有意义的。我们下面还将再回过头来谈这个问题。但是这些表述并不能决定法律系统中交往的成功,也就是说被理解并且被遵循。这一系统的统一性不可能被引入系统之中。

但是这并不意味着不存在自我参照基准。只不过替代并“体现”以统一性为参照基准的是以规则为参照基准,以正当与不正当区分为参照基准,以及假设那些被用来解释此规则的期望具有一种规范性的效力。替代直接参照的是一种间接参照,但这种间接参照足以保证系统内系统运作的接续能力。换言之,这里有可应用的统一性指示器,所以一个运作自成一体的法律系统在社会上的分立可以从这些指示器信号的变化中读出,尤其可以从法律效力的本体的和自然的根据向法律完全实证化的过渡中看出。

74

当然,即使在这里,“正当”、“不正当”、“准则”等词语的使用也常常是多余的。我们已经跨出了形式主义的、在某种程度上似乎不可思议的法律运行时代。但是人们至少应该能够暗示对方并且明白,这里所涉及的是一种交往,这种交往需要对抗现实的、以法律为依据的效力,并且以正当与不正当互相排斥为前提。这种情况完全可能在日常交往中发生,因为在现代社会中不存在奴隶,每个人都有参与法律的权利,因此也有使用法律标志的权利。虽然对法律问题有约束力的判决只能通过与有集体约束力的决定的政治职能相结合,以保证与执行权力机构的联系才能实现,但是这绝非意味着在议会和法庭这一狭小范围之外不会出现大量的法律交往,绝非意味着没有这些机构的介入,即没有任何政治监督,也就是通过合同不会产生大量的实证法律。

虽然系统的统一性不可能是系统运作的要素(或者为了这一目的不得不通过专门的区分来体现),但是人们可以对它进行观察和描述,这种观察和描述只能通过一个本身必须是一个自我生成系统的观察者才能实现。这里可以是一个外部观察者(例如科学),或者法律系统本身。与此相应我们区分外部观察和自我观察。关于这个题目我们也将后面一章

中作详细探讨。<sup>62</sup>在这里只须说明一下自我观察/自我描述与系统运作自成一体性的关系。

如果我们要观察法律的统一性(也就是把法律作为其运作和结构的整体来观察),就必须把它与其他东西相区分。此外对统一性的描述当然不可能就是对所有组成部分及其相互关系的描述,它只能通过缩减和简化来完成。这两点既适用于外部观察也适用于内部观察。无论是为此目的所选择的区分还是简化工作都是那个在进行观察的系统的工作。人们也常常说,观察(尤其是通过观察所决定的计划、调控和理论反思等的运作)是以法律系统的一种“模式”为前提的。<sup>63</sup>无论如何所描述的不是系统的整体现实。为了表示必要的归纳,我们想把作为一种观察和描写之对象的统一性称为同一性。

75

外部观察者——例如亨利希·冯·克莱斯特(Kleist)、弗朗茨·卡夫卡(Kafka)和瓦尔特·本杰明(Benjamin)——对法律系统的鉴别有可能完全不同。如果人们想知道如何不同,就必须去观察那个观察者。法律系统在它的自我观察和自我描述中自由度比较小,但是作为补偿的是,它能获得更可靠更好的信息。它必须随着自成一体的系统的运作来进行观察和描述,也就是说,要给观察和描述本身一个规范的地位,并且归入正当/不正当规则。例如它肯定会说:区分正当与不正当是对的,而外部观察者也可能恰恰认为这是不合理的。因此,关于运作自成一体的、自我参照的系统的理论不仅仅是一种客体的理论,而是它也把握被如此描述的系统的反思成果:它把该系统描写为一个自我描述型的系统。

## 第六节

76

把系统描述为运作自成一体的,这只给出了一个比较片面的图像,我们还必须对此加以纠正。通过运作上的关闭,在一个领域中构成了一个统一体,这个领域对它来说就成了环境。无论这个环境的存在还是它的重要性都没有被否定。正相反,系统与环境的区分正是那个使我们能够在与任何其他东西相区别中描述一个系统或环境的形式。因此我们没有误入歧途,以至荒谬地断言,在我们这个行星上还没有社会、没有人类、没有物理的和化学的特殊条件的时候就已经有法律了。只不过系统只有在自己成就的基础上,只有在由于我们称之为自成一体性的那种循环性联网才成为可能的自己运作的进行中才能与这个环境建立关系。或者简言之,开放性只有在自成一体性的基础上才是可能的。

旧的关于向环境开放的系统论用因果来解释这种开放性,并且把独立的观察者作为认识系统与环境关系之规律性的前提。这一点至今仍然是毋庸置疑的。一个观察者当然会按照自己的标准和自己所处的优越地位的尺度来确定系统与环境关系中的因果关系或可能性,例如法律中对社会上层成员的优待。而我们却是以法律究竟如何运作和它如何观察它自己的运作及其效果这一前问题为出发点。于是问题就转移到有关通过系统使系统与环境的区分“内化”的形式问题,或者更为形式化的表达是:关于区分重新进入到通过区分而被区分了的事物内部的问题<sup>77</sup>以及关于系统通过这一运作所开辟的可能性之想象空间的问题。

77 为了清楚地证实这一区分在内部的使用,我们将区分自我参照和外部参照,也就是说,一个具有相应观察能力的系统能够在自我参照和外部参照之间作出区分。我们自己通过这一术语处在(不同于旧的开环系统论)一个二阶观察层面上。我们在观察该系统如何在进行观察以及它在此期间如何进行自我参照和外部参照的区分。

与通常对自律性的理解不同,我们把因果依赖性/独立性的问题(对这些问题观察者有可能根据对原因和结果的不同选择作出不同的评价)和总是以作为观察者的系统为前提的参照问题严格加以区分。在我们看来外部参照还不能算是对系统自律性的限制,因为参照始终是一种在系统中通过内部联网才可能实现的,也就是说必须是从规范上可以看出系统自己的运作。<sup>78</sup>所以观察的行动借助自我参照与外部参照的区分首先也只能表明系统本身的特点,而且恰恰是在自己对自己的自律性的应用中。

78 根据我们是注意以期望的规范方式记录的功能还是注意正当/不正当规则,我们找到了法律系统区分自我参照与外部参照的不同形式。关于功能,我们可以确认,法律系统的运作在规范上是关闭的,同时在认知上(kognitiv; 认知上; 审理上——译者注)又是开放的。<sup>79</sup>对这一表达简练的划分形式的理解遇到了很大的困难,尤其是涉及自律性和因果性的环境依附关系。<sup>80</sup>所以对这一形式需要作进一步解释。

认为规范上关闭的论点主要是针对以为道德可以在法律系统中直接发生作用的概念。在许多旧的法律制度中这一点是通过格式化来排除的——后来又通过公正(Gerechtigkeit)和公平(Billigkeit)的区分来平衡。在现代社会中,道德在法律系统中直接发生作用变得愈加不可能了,其理由十分清楚。法律系统必须保证它的判决尽可能前后一致,也就是在这方面能够作为统一性起作用。相反道德评价却是典型多元的,在不可能



达成一致的时候,可以通过门派分立即形成不同派别的办法来解决。<sup>68</sup>但这只有在道德家不能自己拥有法律权力的条件下才适用,只有在管辖属地和平安宁的条件下才能适用。说得更详细一点就是法律系统必须考虑以下事实:虽然道德规则作为二元格式在全社会范围内都是同一个规则,但是道德程序也就是区分好与坏或善与恶的标准就不可能一致了。从道德角度对法律提出批评始终是可能的,而且也不可能期望道德在任何情况下都会要求人们服从法律。<sup>69</sup>但是从中还不能得出结论说,相应的理由在法律上具有说服力;尤其不能想象与法律相对抗的道德能够得到普遍一致的认同。尤其当涉及有争议的道德时更是如此。<sup>70</sup>

79

道德情感细腻敏感恰恰有赖于道德判断不会直接造成法律后果,否则在法律系统本身中就必然会有各种不同的道德意见互相扯皮。这种情况从18世纪以来已经广为人知,只不过通过人类学的表述(譬如借助内在压力和外来压力的区分)而被掩饰,因此它的社会意义很容易被人们忽视。此外当然毋庸置疑的是,道德的和法律的论据观念是可以达成一致的。但是对这种一致(以及所有相应的论据)的实际意义不应估计过高。它在大量的法庭判决中,尤其在日常生活的法律取向中根本不起作用。<sup>71</sup>

只有当法律有别于道德交往的变幻不定,并且能够根据法律自己的效力标准与后者相区分的时候,才能把事实情况也进行专门分类,并且在法律联系中起关键作用的人员的整体性判断划清界线。有关认知(审理)性问题方面的开放直接有赖于系统在规范上的关闭,而且只有当在系统本身中对不同情况制定了相关标准的条件下,认知(审理)性问题方面的开放才能朝着更大的不同性和特殊性方向发展。

80

如果人们要分析一下规范性期望与认知(审理)性期望的联系,亦即自我参照与外部参照的联系,就必须回到二阶观察层面上,即提出这样的问题:期望是如何被期望的?<sup>72</sup>如果在二阶观察层面上鉴于所出现的法律问题人们产生了规范性的期望(否则这一运作就不属于法律系统范围内),那么人们在观察这种期望时也会作不同的选择。只要能够把观察的层面分开,也就是说把原因进行分门别类,人们就可以从规范角度或者也可以从认知(审理)角度期望规范性的期望。一方面人们可以规范地期望规范性期望应该被坚持并且得到贯彻,全社会对法律系统的支持主要取决于是否能够做到这一点。但是另一方面人们也可以期望,规范性期望能够保持学习适应能力,也就是说能够在认知(审理)联系中(例如可以看一下法律应用出现的后果)有所变动,即使(从三阶观察来看)也

许并不应该变动。就像现代社会的所有职能系统一样,法律系统也只有在二阶观察层面上才获得相应的复杂性。但是这并没有改变自我生成的再生产的基本运作层面在规范性期望模式中自成一体。

因此,规范上的关闭不仅仅意味着而且理所当然也意味着,即使面对失望规范也必须保持稳定。仅仅从违反规范中还不可能产生出适应性的改变规范的学习,这只会引起人们产生这样的问题:如何从系统内部使这种对抗现实的强硬的失望态度成为可能并且予以保证。答案在于系统自我生成的互连网络。规范是通过以前和以后的实践,通过规范本身(不管人们会给予怎样的灵活解释范围)在其中凝结的运作上的连续而得到坚持的。这在具体实践中既不能排除法律系统内违抗法律的行为,也不排除法庭上的违背法律的判决。但是被宣称为违背法律有可能会影响系统以后的运作——或者以撤销一项尚未有法律效力的判决的形式,或者在以后参照判决先例时不再予以考虑。因此规范上的自成一体也就是系统以依法/违法格式不断进行的自我观察之间的联系。规范也要不断学习,不断改变,这种可能性始终存在,或者在内部由于不再能被接受的法律后果而引发,或者从外部由于社会对某些具体规范含义的评价发生变化而促成。但是法律系统的任务不是去建立知识联系并且在认知(审理)上也闭关自守,而是建立规范上的联系。认知(审理)上的开放始终处在把具体案件或变化了的规范纳入系统正在进行和以后继续进行的判决实践之中的自我生成条件之下。仅仅作为对政治系统“必须服从的命令”的反应的为所欲为行为,在法律系统中被视为破坏法律的行为——尽管由于缺少权力保护,这种抵制常常毫无结果。

一个经常并且在广泛的相关领域内都受到这种干预的法律系统——谁会对这种现象的存在有争议<sup>③</sup>——是在腐败状态中运作。它根据自己的规范能够认识到,它不能抵制政治压力。它坚持合法性形象,它也绝对不会放弃规范;但是它通过一种预先规定的区分,通过一种不予受理价值宣布合法/不合法规则不再有至高无上的地位。认为应该允许机会主义地去迎合有贯彻能力的精英人物的戈特哈德·冈特(Gotthard Günther)曾经表述过这一观点。于是在为此而挑选出来的案件中先对究竟是不是应该应用法律这一问题进行预审。在这一过程中可能会达到这样的极限状态,在这种极限状态中法律系统只不过是偶尔的、孤立的作为以自身为依据的系统发生作用,而在现实中无论在内部还是在外部都使人觉得法律系统仅仅是一个权力工具而已。这一界线在哪里,这很难通过抽象方式来发现,因为信任或不信任都是作为概括性机制参与其中的。在极端情

况中也就谈不上自我生成的关闭,更谈不上与规范相联系的认知(审理)上的学习了。

即使在极端情况下或者在我们的法律文化中被视为极端的情况下,人们也可以依据规范的司法看出正常情况应该如何。纳粹分子尽管在政治上大肆渲染国家与法律的统一和要以元首原则为基准,但他们没有取消保证法庭自律性的法院组织法第一条。他们用受新观点约束代替了受法律约束的内容,他们千方百计采取法律手段让他们所不喜欢的法官离任,建立特别法庭;这些做法已经足以让政治意志在法律中起作用。关键在于在任何可以想象的冲突中政治要占上风。虽然法庭被当做实现元首意志的形式,而且职权上的安排也相应受到政治干预——甚至每个案件都可能拿到特别法庭上去审理,但是即使这样也没有允许政治干预日常的诉讼程序。当时有一本很有权威性的教科书中说:“从概念上和本质上来讲没有独立的法官就不存在法律判决。如果法院的独立性被取消或受到损害,法院的声誉,人民对法官和法律的信任都会遭到破坏。”<sup>⑭</sup>而且确实也不可能涉及要取消法律的职能能力。虽然我们~~我们~~现在认为当时根本不存在独立的司法,但当时的观点却与此不同,它以法律系统中取向的变化以及这一变化自我生成地实现的可能性为出发点。<sup>⑮</sup>自我生成不是法律可被接受性的政治标准,也不是它的伦理标准。<sup>⑯</sup>

83

以上分析表明,以规范上关闭和认知(审理)上开放的形式体现的自我参照和外部参照必须共同作用,而且必须在规范上关闭的基础上共同作用。如果有可能促使现行法律有所改变,并且能把这些变化纳入法律规范互为依据的互连网络,系统就可以把这一学习任务让给偶然,也就是说让系统中没有预见到的外来推动去完成。压力可以被吞入,放到以后去调整——例如对犯罪行为不予追究可以归结为检察机关的酌处原则,或者法庭判决的不执行归结为避免不安定这一更高的法律价值。系统的自我生成无论在法律中还是在社会中以及生命中都是一个相当强硬的原则——正因为它只能要么继续进行下去,要么停止。但是这并不意味着它不可能遭到破坏。人们从系统必须承担的那种学习任务中可以看出警告信号。自由国家连同它从来没有重新再达到的法律文化不是毫无目的地散布这样的说法:专制国家是通过君主的“强权命令”进行统治的<sup>⑰</sup>——目的就是要反其道而行之,贯彻另一种法律原则,即分权原则。

当人们面对巨大的历史断裂和危害,甚至面对那些法律职能系统分立原则不能或不能完全得到贯彻的地区问题时,无论如何不能忘记正常情况应该如何。正常情况可以具有很不相同的结构,即很不相同的规范

84 内容。规范上关闭和认知(审理)上开放相结合的典型形式就是条件程序形式。<sup>⑧</sup>这种形式要求这样来表述规范性的判决规定(这种规定从其自身来说只能在系统内部确立),以致人们可以从(审理上必须搞清楚的事实中推断出判决。如果事实 a 存在,依法判决 x;如果事实 a 不存在,就不能作出判决 x。<sup>⑨</sup>具有这种效果的事实材料形式是通过规范的表述来规定的,因此是通过系统内的运作规定的。在罗马民法中就已经大量使用专门的司法术语,这些术语与日常生活中的语言使用有区别。<sup>⑩</sup>即使那些看起来像是从道德价值中沿用过来的表述,例如“bona fides”(善意;真诚,信誉;正当)用在法律中也有其专门的法律含义。<sup>⑪</sup>至于某些条件程序让输入的事实究竟是否存在,这通过规范是无法判断的,而只有通过认知(审理)才能搞清楚。

因此,法律系统可以去了解外界的事实,但仅作为由内部产生的信息,这就是说,仅作为“产生差别的差别”(贝特森, Bateson),而系统状态中的差别必须是与法律应用相联系,归根结底也就是与规则相联系。85 换言之,法律系统不能让规范与环境相联系,但可以让知识与环境相联系。但即使这种从环境中获取知识也是一种纯粹内部的运作,而不是信息“传递”的过程(贝特森的“产生差别的差别”这个二元信息概念就是这个意思,这一概念表明,一个信息恰恰在于一个系统鉴于一种差别而改变自己的状况)。<sup>⑫</sup>因此“认知(审理)上开放”无非就是意味着系统在外参照的态度中产生相应的信息,把它们与环境中的区别相联系。

只有在系统之内(而不是作为客观存在的事实情况)才进行规范上关闭和认知(审理)上开放的区分。法律系统自己把这一区分变成了法则。因此道德本身并不具有法律上至关重要的意义——它们既不是作为规则(好与坏,善与恶),也不是通过它们的具体评价与法律有关系。“Non omne quod licet honestum est”(不是一切因为被允许就是崇高的),这一点保罗(Paulus)就已经知道<sup>⑬</sup>,还有奥利弗·温德尔·霍姆斯(Holmes)也知道。<sup>⑭</sup>虽然法律可以从道德中或其他社会来源中沿用一些规范性的规定,但是必须经过明确的形式转换。<sup>⑮</sup>而所有可以被视为知识的东西则与此相反。例如在生态问题上法律系统就要靠把科学成果作为依据。这可以归结到对统计核算与经验方法之间区别的理解。但是对科学研究水平所作的错误判断在法律系统中只有成为法律错误时才是至关重要的;当科学研究成果不可靠的时候(科学界完全可以承认这一点)就任凭法律系统采取“政策性决定”、举证责任调整等等临时措施。<sup>⑯</sup>如果事实情况在法律上是至关重要的,法律系统就不能把它们当做不是事实



来对待。但是事实不能改变规范,或者换言之:仅仅从有人违抗法律这一事实中不能得出结论说:法律不是法律。正是基于这种规范上的关闭,法律才对无数环境情况和事件开放,环境情况和事件在系统内通过系统才具有信息价值。法律能够而且在有些情况下必须学会,有些行为表现是一种心理疾病的征兆,对于法律应用来说意味着不能负刑事责任、无刑责能力等。

因此在法律系统中规范与事实的区分获得了在任何其他职能系统中都没有的重要意义。<sup>87</sup>值得注意的是,这不是在于规范或事实本身起重要作用,因为这一点在所有的社会领域中或多或少都是适用的,而关键在于任何其他领域都不像在法律系统中那样,这一区分起着决定性的作用。还有,认真和精确在把区分的双方互相区分和避免混淆中也起着极其重要的作用。因为这一区分在系统中代表着自我参照和外部参照的区分,也就是在系统的每一个运作中都反映出系统与环境之差别的方式和方法。正由于这一原因,即使有也不能让一种允许从事实(或者是:理性意识的事实)中推断出规范或者反过来从规范中推断出事实的逻辑存在。

如果考虑到自我参照和外部参照的区分涉及的是一种可以连接双方的形式统一性,那么我们就理解以下结论:双方都必须对日益增长的社会复杂性作出反应。一方面法律系统在其规范结构中变得更加复杂。有些人认为,这一点从由实质内容的概括化向诉讼程序规则的转移(程序化)中可以看出。<sup>88</sup>但是认知(审理)方面以及在认知(审理)领域内提示对法律外标准的注意也具有越来越重要的意义。在这里究竟是要注意法律外的标准(伦理准则、良好风俗、某些职业的地方性习惯等),还是注意知识总体(技术发展水平、科研发展状况),这在原则上没有什么区别。<sup>89</sup>此外,每次都要对这样一种提示究竟是否存在作认真考察。这不是仅仅从那些具有道德含义、在法律外也很流行的术语(善意、忠诚和相信、理性实践等)的使用中就可以得出结论的。<sup>90</sup>这也同样适用于提示对知识总体情况(技术发展状况、科研发展状况)的注意,在这里仅仅使用一些在科学中所使用的词语(例如“风险”)是不够的。但是如果已经有这样的提示,法律出于法律内部原因就有义务去注意各门科学的研究成果或者对数据的科学加工,即使没有明确提示,法律系统也可以自己看到这样做的必要性。例如假如已经有死亡率统计表,法官就不能再单凭自己的任意判断来估计人的寿命。“习惯法”也一样,自从有了在其中对正当和不正当做出判决的诉讼程序,“习惯法”不过就是一种法律内部对这种方式的承认和提示;今天,习惯法也只有法官把它作为判决依据的范围内才

适用。这里始终涉及的是总体引证自身高度复杂的环境事实,其结果是,在法律诉讼程序中专家和作鉴定的组织的意见很起作用,甚至常常对官司有决定性的意义。<sup>⑧</sup>

一再成为讨论热点的问题是:法律是否需要有一个道德的“依据”。尤其在美国的习惯法中经常被设想是这样的:当遇到疑难问题的时候,法官不得不依靠他所认为的法律界同行的“道德精神”。<sup>⑨</sup>对与此相联系的问题我们已经指出过。<sup>⑩</sup>很清楚,这里没有使用经验性的民意调查方法,而仅仅是法官自己在思考,他所认为的别人的道德观应该是什么。要测试的情况可能是(这里人们只能作自相矛盾的表述),法律是否承认不是从法律自身中产生的遵纪守法的道德框架;如果法律承认这些框架,那么它们就是从法律中产生的;如果不是,法律也就不承认它们。要想避免这种自相矛盾,就只能通过再进入形式,也就是通过承认以道德为依据的外部参照是法律系统自身的运作。

前面我们谈到了法律出于内部原因有时要沿用外界的标准、准则和规范。这些思考也同样适用于对法律规范化的外部原因,即隐藏在背后的利益、意图和次要意图、动机等的考虑,尤其在立法领域中。在这里也要在法律系统内部进行筛选,在需要对规范作解释的情况下什么需要考虑,什么不可以考虑。并不是立法者的一切动机在法律上都是可用的。我们从来没有在一个法庭判决中看到某个法律应该归因于某种政党的政治手腕,或者归因于最近反对党对大事的态度表现出政治上前景看好的价值这种情况。即使在美国著名的关于作为宪法解释之准则的“原意”的讨论中,也从来没有人认真地想过做一下历史性研究,而总是只围绕给道德狂热者的积极解释划定什么界线的问题。

无论是引用外界的准则还是考虑实际上可以确定的立法动机,这一切都不能作为反对法律系统运作自成一体性和自律性论点的理由。这也同样适用于法庭在解释法律文本时明显地以使用日常语言为基础的情况。<sup>⑪</sup>在所有这些情况中都既不是证明两者之间无差别化,也不表示法律社会意义的减弱,而是一种互相渗透。这应该意味着,法律是以环境建构并且减少复杂性为前提,然后又从自己方面去利用其结果,但并不去分析该结果的产生过程(如果要分析就从单纯法律的视角去分析)。<sup>⑫</sup>这既不会导致抹杀系统的界线,导致系统之间互相重叠,也不会必然导致整个社会的重心从法律系统转移到其他职能系统。这里原则上涉及的是一种在系统之间的交往中进行的、完全正常的、吸收不可靠性的过程(就像大脑利用神经细胞的化学分子排列,而并不是作为自己的运作去排列神经细

胞)。人们从以下事实中可以看出,法律系统的自律性并没有受到影响:那些必须要延伸到法律系统之外并且法律系统赋予这种延伸一种在法律系统之内承担责任的、大多很窄的接续价值的判决,一般都是一些法律中特殊的判决。此外法律上授权这样做的同时也要为错误承担责任,例如关于对所估计的费用的量在技术上可行性方面所出的差错,在这些情况中技术界根本不承担责任。在所有的认知(审理)运作中法律系统都有权要求允许合法出错,并且当发现错误时由自己决定是否要采取什么措施。<sup>⑥</sup>

法律不得不认可允许在法律判决中出错是合法的,这表明,即使在参照外部标准的认知(审理)中也始终是涉及法律系统内的运作。社会学关于知识在法律中应用的调查研究涉及范围就更加广泛得多了。<sup>⑦</sup>从这些调查中可以看出,专家的知识在应用于司法或政治行政决策程序的过程中放弃了其科学性的重要部分,被加工成在决策过程中可以在时间紧迫而必须简化的情况下得出结果。在法律系统中这主要意味着,知识被宣布为事实材料知识,人们可以根据法律规范从中直接推导出判决。换言之就是知识被纳入了法律预先规定的形式之中。<sup>⑧</sup>它宣称被宣布为规定的决定是从事实中得出的,以此来支持法律效力的权威性。虽然科研单位自己也知道,有些研究人员有时候过分渲染推荐自己的研究成果<sup>⑨</sup>,但是形式与背景的区分是很清楚的,它们的区别在于,在纯科学内部的介绍中如实说明研究成果的应用范围并且承认还存在着不确定性,这恰恰被用来作为对付批评,保护研究成果的战略;相反,法律系统却主要重视自己的判决能站得住脚,它可能会放弃关于任何知识的基础都具有不可靠性、有赖于理论的前提等等的说法,因为它只对与法律相关的具体材料感兴趣。一个典型的例子就是,当法律责任、可罚性、担保和赔偿等等问题有赖于科学表述可靠/不可靠的时候,人们就会对此提出更高的要求。这就是说,对事实情况的要求高低是预先由预料中的法律结果来调节的。因此对知识的使用区分为科学的使用和法律的使用,并且按照知识是在哪个互连网络中被认可为可用,将相应地得出不同的表述形式。

最后预先要注意的是,规范/认知(审理)的区分不等同于系统与环境的区分。一方面法律可以把环境规范的简单事实(例如宗教的狂热)作为事实予以承认,此外它也可以在解释性论证的范围内或者立法的自我纠正范围内学习,也就是在认知(审理)上对信息进行加工。但是这并没有改变以下事实:不管怎么公开表示有学习的诚意,但是自我参照是通过不断重复回到坚持规范的不可随便改变、坚持对抗现实的规范稳定性

91

92

才得到保证的。只是因为有必要遵守合同这一规范,才会在关于合同的内容、签署合同双方的真实意愿、发现错误的可能性等方面提出很高的学习适应要求。<sup>⑩</sup>

此外,系统和环境始终是同时存在的,系统形式的任何一方都不可能没有另一方而存在。但是通过把这一区分内化为自我参照与外部参照的区分,系统为自己的(永远只能是自己的!)运作获得了参照的“主导地位变换”的自由,即重点从自我参照向外部参照转移和返回来的自由。具体判决的问题可以主要在于弄清事实或者主要在于对规范的解释。也就是说从运作到运作的过程中系统可以在内部参照和外部参照之间来回移动而不必跨越自己的边界线。由此也可以通过观察的时间性格式化来分解(从来不是;取消!)不可避免地给定了的世界与运作的同时性。人们可以给过去的或未来的事实以现在的意义。系统获得了同步的能力。

法律的自我生成表现在期望之规范方式的绝对必要性上,而期望是法律交往诉讼程序的基础。实际上这是通过与现行法律相联系而进行的,现行法律引导着坚持要求和被授权进行的判决。第二个可靠系数在于把正当与不正当二元格式作为参照依据。但是如果每一次外部的或内部的正当/不正当规则值的划分都标志着法律系统的自成一体,那么自我参照和外部参照的区别,自成一体性和开放性的区别又该如何体现呢?

我们的回答是:借助规则化和程序化的区分。

在规则的层面上系统的开放性仅仅存在于直接自我参照中,也就是说任何运作任何时候都可能具有正当和不正当这两种值。这里涉及的是——区别于任何以一种好的(自然的、完美的等)结局为目的的目的论——处于时间维度中的开放性。这里不可能终结,而只能接续。但正是这一点迫使人们总要面对这样一个问题:如何划分正当与不正当值?在这方面什么是正确的或不正确的?对这个问题作出裁决的规定(不管给解释留有什么样的活动空间)我们称之为程序。在这里我们想到的是法律法令,但也想到法律系统的其他判决前提,例如司法实践中的裁决先例对自我的束缚。通过规则化保证了系统的运作自成一体性。而在程序化的层面上则可以确定,法律系统应该在哪些方面以什么理由来进行诉讼审理。在越来越复杂的社会中面对事先无法确定的环境条件,这可能会导致非常容易接受新事物,但是只要在系统中有一个(而且只有一个)在社会上任何地方都可以使用的规则来体现法律的统一性,就永远不会导致法律统一性的瓦解。

最后人们也许会提出以下问题:那么在实践中是否会存在而且非常

明显地存在社会迫使它的法律系统改变自己的情况。<sup>⑩</sup>人们可以想一下美国民法运动的效应或者在劳动保护和消费者权益保护方面不断增长的风险意识。<sup>⑪</sup>难道不应该承认,法律系统正面临着(用“批判法律研究”运动的语气所表述的)出于对其“合法性确认”的担忧不得不对如此强大的社会压力让步?<sup>⑫</sup>如果这是一个权力问题,而不仅仅是一个(认知上的)学习适应问题,那么这种情况与人们所理解的“法治”就不相协调,它使与此相应的交往不再能够被看做法律系统的交往。幸运的是,任何社会运动和任何大众媒体的宣传活动都不能改变法律。除了法律系统自己选择它在考虑公众舆论变化时所采取的形式外,任何变化都是不可能的,例如法律可以禁止在公共机构中有种族隔离现象或者实行产品担保等。今天在有大量报刊杂志和电视的条件下,这样一种转向比法律必须适应资本主义经济条件的时代要快很多很多。<sup>⑬</sup>相应地摆动的幅度也可能更加无规律、更快地需要重新纠正,而且相应地从舆论的变化到法律变化的因果关系也更容易被人理解。人们对可以从因果关系角度来描述事实情况这一点也不应该有任何争议。但是这始终还要以变换题目为前提,而且也不排除在法律内部适应的困难太大(例如允许就环保问题提起公诉),因此法律系统不能向外界过分的要求让步。法律系统本身是社会的机构,当需要把一种观点的变化纳入法律形式的时候,就要使用这一机构。只要不是毁坏社会赖以实现法律变化这个工具本身,法律系统的自我生成并不阻碍这样做。这种自我生成只是必须以这种或那种方式继续下去。从法律制度来看必须要有一个过滤器,这个过滤器就在于把舆论变化当做学习的契机,即在认知(审理)上接纳,而不是直接强迫接受新的规范。

94

95

## 第七节

法律系统运作自成一体的原则是无例外地有效的。它不是一个规范原则。这里不存在法律系统中应受制裁的那种违抗行为。所以假如一种交往不是根据正当/不正当规则来衡量,它也就不会是违法的,而且更不是不可能的,只不过它不属于法律系统范围,而是只能被看做是法律系统环境中的事实。(至于它是否属于另一个职能系统。则应按那个系统的规则来判定。)换言之,这种“认可”完全在于系统与环境的区别。这种无例外性也适用于当法律系统按照宪法法律/其他法律进行区分的时候。它包括宪法法律在内,否则宪法法律为何是法律呢?虽然宪法是以一种

补充法规给其他的法律附加上符合宪法/违反宪法的色彩<sup>96</sup>。当然宪法法律在很大程度上需要解释,而且这种解释必须超出字面意思。因此宪法解释始终面临着这样一个问题:宪法所既定的含义应该由什么来决定。人们可能会怀疑,规范的解释方法是否也涉及宪法,还是宪法法律/规范法律的区别也使解释的着眼点有所区分。在这个意义上常常会涉及更高的例如道德的或者甚至伦理的准则,因为通过其他途径(即在文本内)是无法作出判断的。<sup>97</sup>看起来好像不言而喻要与更高的法打交道的宪法解释者,为了能够从他们的不确定性中解脱出来,他们不得不追溯到更高一层的东西。

似乎在与此相对照中(例如有些人推测在意识形态的对照中)人们发现了以下原则:宪法不等同于世界观、宗教、道德、意识形态这些社会思想。<sup>98</sup>在德国这一原则的吸引力主要来自纳粹给人们的经验教训,纳粹原则上把法律与世界观之间保持一定距离当做自由主义法治国家的残余而唾弃。<sup>99</sup>然而经过稍加细心的分析我们很快就发现,这一不等同性与向价值回归之间所谓的矛盾是可以化解的。不等同性换一种说法也就是多元性。虽然这首先仅仅意味着宪法把世界观一政治上的分歧作为政治领域来接受,而不是作为有利于这一方或那一方的法律文本来选择。但是此外在宪法文本中也可以找到许多不同的价值,却没有一个跨越这些不同价值之冲突的强有力的规定,人们只要想一下自由和平等。对这一点应该这样来理解:宪法为了对这些冲突进行裁决,必须以一个运转良好的法律系统为前提,也就是说依靠内部而不是依靠外部,由此它间接地、但是在实践中却直接地证明了,法律在所有它所表述的内容中都是依靠它自己,而一切“沿用”无论是社会上流行的价值还是“更高的”价值,都只不过是用来为表述裁决状况服务的。它们从法律出发,又回到法律之中。

这种趋势尤其清楚地表现在联邦德国。尽管宪法法院避免把自己的意见说成是德国人民的道德信仰,但是它把具有古典自由主义色彩的基本法解释成一般价值纲领,以便不失去对德国向有目的规划的福利国家发展进程的法律监督。一般地说,无论在哪儿,规范性价值概念从语义上来说都是来源于时尚(当然首先是在哲学中),而现在和以往人们都可以在宪法法院的法律判决中——以及政党的宣誓纲领中——找到它们。在这两个地方,人们都利用价值概念中所存在的可能性,即通过与价值相联系证明自己的合法性,同时为自己保留对价值冲突作裁决——从而一切裁决!——的可能性。那么从中是否可以得出结论说,在法律系统和政治系统的关系中存在着一种无差别化的过程?

绝对不是！仅仅从组织层面来看这两者的区分仍然保持不变。连接内容规定的自我参照的互连网络也彼此有区分。法律系统在很大程度上服从前后一致性的要求，政党纲领当然从表面上看是针对反对党而变化的。正是这一系统的差别说明了由于无论是法律系统还是政治系统都必须不断地对价值冲突作出裁决而产生的问题。它们表现在例如关于宪法法院的“民主的合法性确认”问题上。法律系统在这个层面上脱离了清楚的教条概念，代之以法院受它自己裁决的约束，要想改变这种约束必须十分谨慎。在政治系统方面也产生了类似的情性效应——停留在习惯了吸收不可靠性的形式中，停留在熟悉的冲突线上以及人们已经适应的风险上。<sup>⑩</sup>通过世界范围的比较，这样一种互相商妥的办法也许能得到“及格”的分数。但是人们几乎不愿意承认，随着按职能划分系统而产生的特有的合理化之可能性也因此消失了。

98

## 第八节

法律系统就像其他职能系统一样，也拥有一个在运作的变幻中产生系统统一性的标志。与我们将在第十一章中详细探讨的反思理论不同，这种标志涉及的不是对系统的描写，而是一种运作性的功能，就是说，这个标志不是完成观察的连接，而是完成运作的连接——尽管毫无疑问一切运作都可以在系统内被观察和描写，也包括系统标志本身。运作性标志化比观察更深刻，它对于从运作到运作的前进，亦即对相互关系的产生和接续运作的发现是必不可少的——不管观察者对此可能会作何种区分和描述。我们之所以选择“标志”这一概念，是因为这是涉及在运作的多样性中保持和再生产系统的统一性。在法律系统中，这一任务是由法律效力这一标志来完成的。<sup>⑩</sup>为了不至于产生误解，我们先简单地说一说效力。

效力就像货币一样是一个没有内在价值的标志。它绝对不是示意一个法律、一个有法律效力的判决或者一个合同的质量。它不接受任何必须得出效力“较好或较差”之结果的质量鉴定。即使在布鲁塞尔的欧共体委员会关于第三次修改该委员会有关允许采取的确定私人饲养爬行类动物性别的方法的规定之规定也可以有效或无效，尽管这里还不清楚究竟有没有应用这一规定的情况以及这一规定是否也适用于动物园里所饲养的爬行动物。“效力”就像货币一样仅仅标志着交往的承兑，也就是标志法律系统之交往的自我生成。这绝对不排除宣布违背习俗的合同或者

99

违背宪法的法律不具有法律效力<sup>⑭</sup>——但不是根据规范的内在质量,而是根据规定法律效力之条件的现行法律。

正是在这一点上还需要与哈贝马斯进行讨论。<sup>⑮</sup>哈贝马斯(Habermas)坚持要对法律效力(也许可以表述为:效力的有效性)作规范性的合格认定,认为只有这样才能使法律系统以及政治系统具有合法性。首先这是极有见解的。但是人们怎么能够兑现这一要求呢?哈贝马斯在这里引进了一种详细制定的“商谈伦理学”。其基本前提是:“有效的就是那些一切可能的相关人员作为理智协商的参与者都会表示赞同的行动形式。”<sup>⑯</sup>但是对这样一种区分有效/无效的标准,在法律上无法进行检验,无法进行法庭判决,它在法律系统本身内无法实行。只要简单地看一下“生态方面”所报道的骇人听闻的事情,就足以让我们清楚这一点了。<sup>⑰</sup>因此它只起到了法律虚构的作用。<sup>⑱</sup>人们也许以为,只要遵守法治国家所通用的诉讼程序规定,这个要求就会得到实现。由此出发可以发展出一些诉讼程序规定方面的改进——而这一点是显而易见的,不管这些改进措施的实行/不实行是否对法律效力会有影响。整个系统对每个法律规范进行规范性的有效/无效检验,这显然不可能转化为可操作的程序。效力是通过一种把没有的东西理想化而确立的。

法律虚构的合法性之不可避免证明了,不受规范束缚但可以加以条件限定的效力概念,能更好地解决系统与判决之间复杂性不一致问题。从理论上来看,这种把效力视作法律统一性之标志的观点,代替了关于法源的问题,从而也代替了所有的“实证主义”法律理论的出发点。<sup>⑲</sup>法源概念把问题哄抬得太高了。例如这一比喻导致萨维尼(Savigny)明确反对把合同视做“法源”的观点。<sup>⑳</sup>除此以外,法源这一概念暗示了一种外部参照基准(萨维尼认为是“人民”,其他人认为是政治上获胜的“权威”,即职务权威),早期法律社会学则更倾向于认为是“民间方法”、“活法”之类,即早先存在的期望秩序,成文法不能改变它们,却可以把它重新制度化。<sup>㉑</sup>相反,效力标志的概念完全可以被设想为一种纯粹内在的、在系统中循环的含义统一性。最终法源概念被视为论证的形式。在某些法律应用情景中有人怀疑某人所依据的法律是不是确实具有法律效力,在这些情况中,法源概念被当做标准来使用。而法律效力这个运作标志却涉及法律状况的改变。因为任何改变,无论是通过立法还是通过合同,都只有当人们认为某个法律迄今为止一直不起作用时才能实现。

至于法律系统是否应用法源的论证形式来消除怀疑,这成了一个经验性的问题。对这一点人们可以予以确认。而效力语义的意思却并不止

于此。人们肯定还要问,效力的形式,也就是说有效与无效的区分有哪些作用。向一种自我参照的、运作自成一体的系统理论的过渡迫使人们进行这一理论修正。效力是法律系统的一种“固有价值”,它产生于系统自身运作的循环进行之中<sup>⑭</sup>,它不能在任何其他地方使用。

尽管法源概念还在被法学家们使用,但是在法律理论中它早已被那些也许可以被称为有外化趋势的自相矛盾的化解(或同义反复的展开)形式所取代。这里紧跟着逻辑学和语言学的发展,涉及需要一种以法规来调节法规之效力的超层次。凯尔森(Kelsen)的“基本准则”就提供了这样一种理论,哈特(Hart)的“第二性的承认规则”提供了另一种理论。对这样一个问题也许最有说服力的回答是回到法学家们实际的语言使用上。<sup>⑮</sup>这些思考的出发点是:一切法律都是有效的法律,没有效力的法律就不是法律。因此确认效力的法规不可能是现行的法规之一。在法律系统中,根本不可能有一种规定所有的法规之可用或不可用的法规。这个问题只得通过对一种外来基础的示意而被“神化”。于是语言,也就是一般意义上的社会,成了一个有说服力的出路,因为归根结底,法律是社会语言共同体中的一个分领域,就像所有的科学语言最终都必然包括在日常语言中一样。通过区分多层次的调节,使“法律就是有效的法律”这一同义反复得以展开,其现实的基础就在于社会分化的事实,也就是在于在社会系统中分立出一个法律系统。

只不过从逻辑上来看,多层次概念本身不是一个合适的手段,因为一旦人们要询问多层次的统一性问题,把语言或调节划分为多层次这本身又会变得很荒谬。但是这个问题仅仅对一个必须使用区分来表述某个事物(这里指现行法律),并且在使用区分时又不能同时观察区分之统一性的观察者来说,才是一个问题。所以我们把问题转到运作的层面上,并且把法律效力的标志仅仅看做从一种法律状态向另一种法律状态过渡的完成,也就是仅仅看做前一种现行法律状态和后一种现行法律状态之差别的统一。<sup>⑯</sup>

法律效力标志作为法律的统一性标志超出了认知性的(审理性的)和规范性的问题之区分。它在涉及这一区分上有一种产生矛盾心理的状态。被这样理解的效力不是认识的先天条件(尽管没有效力就不会有法律认识的对象即法律)。它根本不具有关于法律的一种认知性表述的形式。<sup>⑰</sup>它也不是一种外在原因即一种超验的、先验的或内在的权威性(国家的)效力根据之作用的结果。它只不过是运作与系统归属性发生关系、归属于本系统其他运作之联系、同时再生产这种联系的形式。它是参

与系统统一性的形式。

效力不是规范<sup>⑫</sup>，不是基本准则，也不是超准则。<sup>⑬</sup>它不是一种为失望的情况而设计和预防失望的期望。<sup>⑭</sup>在法律系统中适用的，对此就不应该适用：有效——或者就无效。因此法律系统可以改变现行法律而不违背自己的规范。无论如何，法律的改变不会因法律的效力要求而受阻碍，而至多受到程序规范的限制，程序规范调节并由此来限定，如何才能产生法律效力，也就是说如何才能改变法律。在宪法法律中甚至有规范规定，某些特定的规范包括它自己是不可改变的。这导致了一种被讨论得很多的自相矛盾。<sup>⑮</sup>这种禁止变动的规定本身又似乎是可以改变的——并且在无止境的追溯中如此继续。因此对这个问题从规范角度是无法控制的。人们不得不把它朝着政治的方向“神化”。这就是说：需要政治警觉性。换言之就是：人们可以通过以下方法来展开这种涉及法律变化方面的自相矛盾，即通过区分规范性和效力，然后从政治上考虑，通过修改宪法中的变动禁令来制定有效法律（在这里这个过程的性质作为破坏规范是自相矛盾的，所以没有结果）。

因此，虽然效力不是规范，但它是一种形式。效力标志作为形式表明了两个方面的差别：有效和无效。在乔治·斯潘塞·布朗（Brown）的概念语言中，有效是形式的内侧，无效是外侧。系统从形式的这一面穿越到另一面需要时间——无论是它让规范从有效状态转入无效状态或者反过来，还是它在观察和描述规范的时候，从确认它们有效转向确认它们无效或者反过来。在任何一种情况下，都只存在作为两面形式的形式，而且任何一面都不能没有另一面而存在。在任何一种情况下两种表述，即正面的和反面的表述，都是系统内部运作的结果，并且与内部状态有关联。即使无效，例如某个合同或某个法令的无效，也是法律系统的一种状态，而不是其环境的状态。正如在所有的标志中一样，在这里也会发生恶性的相反情况。有可能运作在设想某些特定效力的情况下进行着，后来却发现错了；或是在某些特定效力的前提下判决产生了长期的约束力（例如对资本的约束），但此后不久法律改变了，有效转为无效。

此外还应该注意，效力标志是对法律系统自己的活力的反映，并且只有当法律系统分立到能够自己改变自己的时候才需要效力标志。还在中世纪的时候，人们就把法律的合法性（假如可以这么说的话）看做是既定的，看做是认识的问题——即使是涉及立法。<sup>⑯</sup>法源主要在于人们深信，某些东西是合法的，是人类共同生活某些必不可少的秩序的一个部分（舆论法庭、舆论压力）。某种已经有法律意义的国王、侯爵和城市的调



解实践可以被理解为这种必不可少的秩序之一,也就是说它不是效力概念(或者法源概念)与法律的产生有联系这一原则的例外,更谈不上是这种联系的原因了。<sup>⑳</sup>直到中世纪后期,神学唯意志论(主要代表人物奥康姆 Ockham)为另一种把意志和权威作为根据的处理问题的方法开辟了道路。因此今天还在使用的法律效力标志是现代语义哲学的成果。

效力标志被用于帮助法律系统的规范性期望。它鉴定规范为有效或无效。但是,只有当一种法律状况被改变时才出现这种情况。尽管观察者可以自由地在任何他所选择的时间去确认哪些法律有效,哪些法律无效。因此他把效力看做是(有时间限制的、可废除的)持续。效力理论,亦即那种把效力归结于一种开端即一种原因,归结于上帝的意志或者其他权威机构的理论,就是这种观察者的理论。据此法律系统也可以自己观察自己,即在接受现状或改革的联系中进行自我观察。但是通过这种方式永远不可能“看出”系统的统一性。每一次观察都必然是再生产已经被生产了的复杂性,因此必然是有选择地进行的。有效的东西不断改变的实际过程不在观察之列,为了使人们相信效力的根子就在这里,需要作大量的理论工作。

106

因为效力不是别的,它无非就是在一切运作中共同起作用的连接标志。它不能逐条逐项地被批准生效,而只能是互相批准生效,也就是说只能通过引用现行法律为依据。<sup>㉑</sup>效力造成了系统内的接续能力。理所当然必须作为一切其他认可之前提的认可只存在于此中——如果它们要作为有法律效力的认可而被接续的话。没有效力的规范在系统中就没有任何作用。最好的证明是:没有人会去尝试这么做;没有人会声称,某些法律规范虽然没有效力,但是却能帮助他得到他的权利。这些推动自然而然变成或者围绕法律效力或者围绕改变现行法律的争论。负值无效只不过是为了说明效力条件的反照值,但不是被用来产生自己的接续可能性的。有效/无效形式与正当/不正当规则的区别就在于此,正当/不正当规则也是按照正/负两面构成,但可以预见,不正当行为可以得出特定的合法结果,例如处罚、为损害承担责任或者某些行动被裁定为法律上无效。刑事囚犯在一定情况下也有他们可以享受的权利<sup>㉒</sup>,此外,每个人当他无理的时候都有权利要求通过合法方式来确认他为无理。因此正是为了能够来回穿越正当/不正当规则的界线,人们才需要效力标志。为了提供接续可能性,必须与现行法律相联系。这不仅仅为了说明某些期望或行为是合法的,而且也同样为了说明某些期望或行为是不合法的。

107

因此,按照帕森斯的观点,人们也可以把效力称作一个循环性标志,

这个标志随着每一次的使用向下一步运作前进——就像经济中的支付能力或政治中的集体约束力。这个标志从一个运转到另一个运作,并且只存在于这种不断的再生产过程之中。它不是一个“持续状态”的标志,好像实际的法律事件过程只是从其旁边流逝。它是系统的动态稳定性的标志,这种动态稳定性表现在承前启后之中。明天的效力,尽管标志的作用依旧,但它已经是另一种效力,因为今天已作了某些裁决。我们已经说过:法律是一部历史性的机器,它随着每一次运作而转变为另一部机器。

语言学概念“词形变换”(shifter)表达了类似的东西。这里所涉及的是一种符号(语言学上最好的例子就是人称代词),这种符号只有在与使用这一符号的过程相关时才可以使用,因此它随时随地都在变换它的对照<sup>⑬</sup>,这就必须要求放弃固定的外部对照,但恰恰以此表达了系统内存在着的一种固定关系,即那种通过这种变换在与环境相区别中以有控制的动态形式建构自己的固定关系。

当然不是每一次法律交往都是在这—意义上传递效力的,例如单纯的申报合法要求就不是。它必须是涉及法律上有效的决定。但是这种决定不仅仅是立法者和法庭的决定,而是广泛地也存在于社团建立和涉及并且改变权利状况的合同之中。<sup>⑭</sup>也可以是单方面有约束力的声明(例如遗嘱),但不是单纯的造成法律后果的事实——如某个留下遗产的人之死或某种应受处罚的行为。类似经济系统中的货币支付,在法律系统中效力转移也不等于系统运作的总体;但这里是涉及完成系统自我生成的运作,没有这些运作就不可能有运作自成一体的法律系统的分立。

在系统中为系统而写的法律理论,总是一再努力把只能被描写为循环性的法律效力带人一种不对称的形式之中。例如1787年美国宪法起草人尽管敢于对宪法的概念和文本有新的构思,但是他们还是很重视宪法只是“构成”人民的统一和政府的工具,而不是“构成”整个活动所围绕的个人权利。<sup>⑮</sup>个人权利只不过是被承认,并且为了在法律系统中被使用而进行了分类。但是如果人们去描述这一描述,那么就很容易看到,这只是一—种在系统中用来处理效力的表述形式。

哈特在寻找另一种出路。他把法律内部的等级化(等级理论)看做是必不可少的,不可能终结的,但是他也反对通过示意法律以外的或自然法的效力根据,把效力问题外化。他的替代建议就是众所周知的两种规则的区分:义务规则和承认规则。作为这一答案之代价就是放弃承认规则的任何效力要求(因为这只会导致必须更新承认规则)。一条承认规



则“既不能是有效的也不能是无效的,而是被单纯认可为是适合以这种方式使用的”。<sup>⑭</sup>这具有在休谟名下对理论史有开创作用的那种解答的一切优点和缺点。首先它没有解决应该如何理解一个由义务和习惯组成的,一个由有效的和不再有效的(但也不是无效的)法规组成的系统的统一性(哈特的“第一性规则和第二性规则的结合”)。这正是自我生成概念所要解决的问题。在任何情况下涉及的都是系统内的循环性联网的运作——我们更宁愿说“承认的实践”——即使系统把效力根据外化,这种外化也仍然是一种系统内的运作。在二阶观察层面上无法避免循环定义,因此只能允许有暂时的不对称性存在。任何时候以前曾经有效的都可能被视为正当或不正当。

古典等级制的效力理论总是以一种持久的即可以多次使用的刻度为前提。为了寻找和确定效力的根据,目光可以从上到下再从下到上进行搜索。而这里所主张的暂时性的效力理论就使这一前提失去了。效力成了一个每时每刻都要重新制定的系统产物。所以它只能通过运作的循环性联网以尽可能少的信息消耗(信息冗余)来保证。也就是说系统生产着它自己的个性。因为时间在它迫使人们进行的选择基础上是一种个体化的因素:人们只能有一次从1移动到2,而永远不可能重来一次。

110

从等级制转向时间,使人们放弃用“至高无上的”规范对效力进行规范性的论证。任何对效力的规范性论证都会消失在一个无止境的追溯之中;或者换一种说法:它似乎不得不以自身为前提。因此唯一的、绝对必要的效力基础就存在于时间之中,更具体地说,存在于社会及其环境的一切实际运作的同时性之中。因为现实发生的一切都是发生在现在——而不是发生在过去或将来。涉及现实性,时间视野是空洞的视野,它们只被用来为当下指明方向,并且随着当下而变换。但是同时性却意味着,人们既不能够造成也不能够知道什么东西在同时发生,人们只能依靠猜测、想象和虚构。效力标志的效力就是建立在这种无能为力之上的。除了无检验地想象,在给定的时刻中由法律系统及其社会的和心理的环境的其他运作来证明效力标志以外别无他法。所以唯一的效力检验就在系统效力状态成功的不断变化之中,在从运作到运作的不断接续之中,在系统的自我生成之中。作为系统这种不断自我证明的副产品,产生了被观察者描述为复杂性的东西。对此除了方法和对生产方法的限制以外没有其他的最终原因。

## 第九节

除了法律效力的形式标志以外法律系统还有第二种表达其运作自成一体的可能性,即平等原则的形式。<sup>111</sup>自古以来这一原则就属于任何一种法律文化的基本观念。它得到普遍承认,就好像它与生俱来就是不言而喻的。平等是法律系统最抽象的优先原则,是判断纠纷事件正当和不正当的最后标准。在这一功能中平等也可以叫做“公正”。<sup>112</sup>对此不能再去询问进一步的根据,这是使我们眼前有一个高层次理论意义形象的可靠标志。但是这与运作自成一体有何关系?首先我们注意到,没有人断言一切都是相同的或者一切都应该被变成相同的。

毋宁说平等是一种形式概念,它的存在有赖于它的对立面即不平等的存在。没有不平等,平等就没有意义,反过来亦然。假如相同的事物应该得到相同的处置,那么不同的事物就应该得到不同的处置;否则的话,在某些方面不相同的事物就不可能根据它本身的具体情况有时被当做相同的来处置。假如人们放弃平等的准则概念,就会得出亚里士多德的以下规则:相同的应该得到相同的处置,不相同的应该得到不相同的处置。因此,这里所涉及的是一种观察格式,这种观察格式只不过导致了规范和优先的发展,但并不是它自己就规定了平等的优先地位(假如要规定一切罪犯都应该得到相同惩罚,这似乎没有什么理由)。因此平等形式是为了使人们注意到不同性,这种不同性在所揭示的差别范围之内可以得到相同的处置,直到这种相同又引起了对不同性的观察和描述。与任何比较一样,这种比较也是为了使人们发现不同性,接下来的问题就是:这些不同性是否不允许有相同的处置。而这个问题才是法律发展中具有实际意义的问题。

112 由此出发,平等可以从一种形式转为另一种形式。于是相同的处置就成为一种如果出现案情不相同就可以有例外的规定。相同处置就其本身来说就有充足的理由,而不相同处置就需要进行论证。两面形式的对称性通过规定/例外格式变成了不对称。

然而使系统关闭的是形式而不是规范:“区分是最佳的限制。”<sup>113</sup>相同/不相同的区分包括一切,甚至包括其自己,因为平等原则也必须平等地用于一切案件。在作进一步观察时人们会看到一种自相矛盾化解程序。平等原则的普遍性(限制)意味着,在使用平等原则的时候只有相同情况,而没有不相同情况。这样来看的话,平等原则是在系统内代表系

统。它不需要有任何进一步的理由,因为它仅仅描述了系统的自我生成。逻辑的诡计(或者从自相矛盾跳入到可操作规定之不对称性中的逻辑跳跃)就在于把形式解释为规范。<sup>138</sup>

平等形式是形式性的,因此它能够最佳地适应社会系统不断变化的区分形式。在分阶层的社会中,不同的社会地位就是不同待遇的理由。Unde oportet quod etiam leges imponantur hominibus secundum eorum conditionem(因此法律也应当根据人们的地位身份来裁量)。<sup>139</sup>在按职能区分的社会中只是联系点被改变。现在不相同的是为了职能系统能够履行其职能,在职能系统内部运作中必须被作为不相同来处置的东西。但是现在平等形式已经不再意味着根据类同和差别来认识实质,而是通过不断重复地问某些情况是相同还是不相同,以使整个系统处于动态之中。<sup>140</sup>

此外,今天必须把平等原则在政治上的使用和法律上的使用区分开。政治上要求对人一视同仁,法律则要求案件得到平等处理。宪法的平等规定作为法律规范,有可能导致政治上的平等在法律上被解释为案件处理的平等/不平等;但是,政治上永远不可能完全做到这一点,因为政治过高地要求接受新的平等推进,并且把它们转换为法律(并由此才转入法律案件)。

113

平等/不平等格式产生了一种对标准的需要。但是它自身并没有规定必要的标准。平等本身不是平等的标准(就像真理不是真理标准一样)。在自然法中,主要是从理性原则出发,而从16世纪以来的习惯法却更多地是靠区分的历史连续性。在这里人们的出发点过去是(现在也是):总是存在着一个把案件分为应得到相同处置或不相同处置的法律裁决传统。在这一传统中,法官可以找到相同/不相同格式的具体化形式。当他要进行法律裁决时,他必须遵守这一传统;但是恰恰这一点允许他,如果他发现了——也许可以这么说——可以被视为相同的不相同,并且能够对此进行有说服力的阐述时,他就可以自己来进行区分,把案件分类,以便作出不同处置。这种实践的“理性”就在于“使用”相同和不相同的两面形式,而且经验表明,这使理性得以把连续性和创新不断地重新相结合。<sup>141</sup>一个建立在原则基础之上的自然法(理性法)则相反,它往往推理不充分并且对原则的解释缺乏确凿性,因此可能更倾向于苛刻要求立法者既要完成制典的任务,又要完成创新的任务,立法者可以向大学里的学者咨询。<sup>142</sup>但是不管法律演进是通过什么途径完成的,其结果都是借助相同/不相同格式被观察并且更精细化。相同/不相同格式是一个演进性的区分格式,这主要是意指一种产生更多的相同性和更多的不同性的格

114

式。在这里新的案件如果被看做是不相同的案件,它们就被置于一个规定之下,这个规定可以从这些案件中又各自产生出一系列相同的案件。相同/不相同格式是在它自身中进行再生产的。它被视作系统的区分原则。而区分始终意味着:一种历史不可逆转的秩序的建立。公正概念表达了这一过程的自我评价。这给了传统进行回忆、赞扬和指责的可能性。

假如人们把一种系统论的概念作为基础,就会显露出完全不同的视角。于是人们就能理解以下情况以及这种情况是如何出现的,这就是:冲突材料、具体案件中纠纷的平息、被驳回的或被证实的权利要求等不再仅仅被作为历史事件来回忆,而是作为对下一步实践的规定而进行总结和反思,从而使法律系统的自我生成得以实现。由于新的案件既可以被视为相同,也可以被视为不相同,因此仅仅靠传统还不能确定以后的裁决。但是可以接受的是,在同一个系统之内以前的和以后的裁决的循环性联网——也就是我们称之为运作自成一体性的东西。什么是正当,什么是不正当,只能从对以前的裁决进行的分析以及在比较小的范围内对未来裁决可能性的预见中得出,平等的两面形式为此给出了线索。这意味着:当要裁决不同案件应该得到相同的还是不相同的处置的时候,只需要注意系统内部通常是如何进行区分的。

从这一意义上来说,平等所关心的恰恰是不同性,与此相应不平等不同于不同性。不同性肯定在天堂里或者在神话般的原始共同体中就存在。按照古代的概念,不同性是造物之完美的一个要素,而不平等是由于原罪或者按照自然法的理论是由于对财产的有差别的使用才产生的。<sup>149</sup>相同/不相同的观察格式有别于单纯承认不同性,这个格式是一种普遍适用的同时又是高度专门化的格式。它开创了一个系统的历史,导致了只适用于这个系统用来表述自己裁决标准的确立(和改变),就此而言,在运作自成一体的系统中一般可以观察到以下事实:系统不可能从外部引进它们的结构,而是通过自己的运作来构建、改变自己的结构或者把它们遗忘。

最后,上述分析使我们可以把平等的权利归入人权的一般规范领域,甚至干脆把它看做人权的典范。与此同时,我们从法理上的、为了司法实践的目的而需要的解释中解脱出来。人权与情况的错综复杂有关,也就是说主要与职能区分的效应有关。人权是现代社会结构上强制实行的对未来开放的一个确切的相关概念。假如个人必须各自以不同的方式保持与所有职能系统的联系,而同时只有根据职能标准才能裁定,什么可以被看做是相同的,什么是不相同的,由此从职能系统内部来调节他们是否被

包括在内——也就是假如所有这一切都属于现代社会结构性的至上命令,人们就不可能预言,谁应该说什么或谁应该做什么奉献。在这种情况下,关于人的“本性”和关于从这一本性中逻辑推导出来的权利的想象,至多不过是裁决论证中的画中美景而已。从功能上来说,人权是为按系统各不相同的、自我生成的再生产向未来开放服务的。任何划分,任何分类,尤其是任何政治上把人进行分类都不能限制未来。因为人属于该系统之环境,而未来对现在来说都是不可预测的,它只能产生于社会的自我生成和结构流动。

116

以上分析仅仅涉及平等问题的一个方面,也就是迫使系统生产自己标准的平等形式的语义。与此无关还有另一个问题:在系统内行动能力的平等。这里涉及的不是自律问题<sup>⑭</sup>,而是参与问题。显然,随着社会阶层的区分,人们在法庭面前的机会是变化的,影响立法的机会也是变化的,这是因为在资金储备、语言能力和互动能力,或者也在所谓的仪态等方面随着社会阶层的区分而出现的差别是变化的。<sup>⑮</sup>既不从法律的功能也不从系统的自律性角度来看,与法律联系的可能性以及在法律中行动能力的差别是起作用的。至于它们是否以及如何影响法律系统的演进,这一点很难确证——除非根据具体案件或者在专门的问题领域内。<sup>⑯</sup>法律系统内部争取机会均等的努力(例如通过诉讼费用方面的穷人权利机制)由于在现代社会中也绝对存在着阶层区分而受到限制。此外,社会下层的首要利益并不是产生于社会下层的地位,也不是出自利益本身。一个法律案件不可能仅仅因为相关人属于受歧视的阶层而得出不同的裁决——除非是法律本身预见到这种情况。

117

## 第十节

我们在论述法律系统运作自成一体性方面已经耽搁很长时间了。这是不可避免的,因为只要人们还没有完全搞清楚究竟这里说的是怎么回事,就没有办法着手进行经验性的工作或因果的说明。系统论首先提出了对描述的精确性和可区分性的要求。但是这并不意味着它的启发潜力就此枯竭,它的研究就此终止。<sup>⑰</sup>下一步我们就要询问一下这一运作自成一体性的结构条件。这里的出发点是以下推测:必须有结构性的预防措施,以提高规范性期望实现的可能性,否则论述肯定不会距离自明性很远,而是停留在人际交往最基本的结构中。<sup>⑱</sup>

我们想论述一下在法律演进过程中以极不相同的、历史地随文化而

118

变化的联系形式相互渗透的两个不同条件。一方面法律的要求必须十分具体,从而使重新使用、重复、凝结和确认性的扩展成为可能。另一方面法律必须有充分的贯彻可能性,否则人们最终会学会向现实屈服。法律不能停留在仅仅向那些权利期望没有得到实现的人证实他的期望是正确的<sup>④9</sup>,而是必须采取一些措施,使他的权利或者真正地、或者补偿性地得到贯彻。

法律期望的具体化首先是一个社会的记忆问题,然后逐渐成为一个限制那些作为未来处理案件之前提而必须保存的东西的问题。它最初依靠的是活着的人的记忆,依靠回忆,然后是依靠书面记载。在这里记忆不单单是过去事实的储存,它首先是对利用信息的一种组织。是这种组织而不是过去事情的实际存在,对在具体的、每次都是在当下才能实现的运作中的使用起着决定作用。通过区分当下和过去而进行的暂时的重构只不过是一种辅助手段,这仍然是一种记忆的结构。记忆通过与起源、长时期的延续、得到证实等相联系,使它自己的产物具有合法性;但是,当然它也可能只在实际中运转(例如人们不必去回忆是什么时候学会抓住门把开门,或者假如开不了那就是门锁住了;很简单就是这样)。因此也可以说,记忆保存了系统循环性生产方式的内在价值。<sup>⑤0</sup>

119 只能进行口头交往的社团在他们的记忆中依靠的是心理系统,也就是依靠心理系统的回忆能力以及可信地交流所回忆起来的、别人没有经历过的或已经忘记了的事物的能力。在这里年龄具有权威作用。众所周知,这导致了规范观念的变更和它们对新情况的适应。这里所预料的无把握性不是很高,因为可以通过规范化来建构的活动余地不是很大。

一旦有了文字,系统记忆就失去了容易遗忘、不再能重新回忆起或者重新构思出一个合适的过去的可能性。系统记忆通过文字记忆被强化,同时不再受心理条件的限制。对这个最初的文字问题可能印象最深的分析我们在犹太法典中可以找到<sup>⑤1</sup>;而且是在完全针对犹太法典进行的区分形式之中。犹太教经文法典是在西奈山上被启示的,也就是说它是一个由宗教规定的文本。它是启示给能听到启示的摩西的,是启示给能看见所发生的事情的民族的。它为书面流传和口头流传而启示,以此保证了文本基础的可信性,同时也保证了不断适应的能力和磨去原来的锐气。<sup>⑤2</sup>传统不仅可以传给后世一致意见,也传给后世不一致意见,既传下可以导致裁决的多数派意见,也传下被反驳的观点,这些观点也是以启示录为依据,启示录含义的模糊性正证明了它的宗教性质。<sup>⑤3</sup>不言而喻,这是后来时期所作的区分,主要是在第二圣殿被破坏以后的时期。这些区

分非常清楚地表明了法律原始的自相矛盾通过与此相联系的区分而被解决,如果可以把几千年来归根结底不得不在没有国家的情况下解决问题的传统作为经验的依据,那么这个传统表明了,这里确实存在着一种在特殊条件下稳定的处理问题的方法。但是任何想适应它的企图都陷入到自相矛盾之中,从而陷入处理问题行为的自由之中——同意或者表示异议。因此毫不奇怪,在这种情况下犹太作者比其他人更容易承认法律使用中存在的自相矛盾。<sup>⑮</sup>

因此,文字似乎就是通过区分来表述系统统一性的起因,而要表述区分的统一性就只能陷入自相矛盾。即使在人们没有这么明确地把握这一点的地方也能看到,法律系统都是以修正作为对文字记载的反映——或者通过解释的自由,或者通过确立改变法律的程序,也可以通过向迄今为止法律尚未涉足的领域扩展。<sup>⑯</sup>系统记忆的物质基础对法律发展本身也有明显影响<sup>⑰</sup>——当然只有当法律规范已经十分具体化的时候才会这样。可回忆的仅仅是已得到证明的法,而不是简单地所声称的法;仅仅是一个案件的规范方面,而不是在有争议的事实中的成功的论证;也就是说仅仅是真正使法律的自我生成得以连续,并且可以为此而重复使用的东西。这是一项面对整个回忆和遗忘的偶然性进行高选择的任务,以致使一种有专门作用的制度化保证经受住了考验,凡是有这种保证的地方它都在演进中得到贯彻。除了直接进行纠纷裁决以外,这一点也成了法官职务的一种更多是间接的、长期的职能。<sup>⑱</sup>假如这方面成功了,就可以再想到立法,这就是说想到把法官的裁决变成有约束力的程序。

121

对值得保留的规范作任何具体说明,都首先会使它们在令人失望的情况中无法得到贯彻。因为如果失望者的期望规定得太具体,以至没有人能够对相应的情景有身临其境的感受,没有人必然会考虑到自己可能会陷入同样的境地,那么支持这位失望者的兴趣和积极性应该从何而来呢?因此支持必须依靠普遍的参与,必须作为支持者的支持义务而发展,必须通过建立小团体从属大团体的等级制而不断扩大,<sup>⑲</sup>最后被纳入到分立的政治保证形式之中。这要求把政治的职能专门化为作出有集体约束力的决定(包括对不受法律约束的空间,例如关于战争与和平的决定),以及通过监督控制肉体暴力的使用予以保证。

122

针对第一种现象,这并不意味着法律系统和政治系统是一个系统。但是它们依靠特殊的结构性联系形式互相联系。在这方面最有意义的和影响最广的发明之一是古罗马执政官的职务,执政官必须说明他批准一个起诉,即委托一个法庭进行纠纷裁决并授予执行判决保证的条件。<sup>⑳</sup>后

来从这些形式的重复使用中发展出了罗马法的诉讼法制度,从教学和案例实践对这种制度的解释中又发展出我们现在所知道的罗马法。现代的宪法构成了一种功能上相类同的机制,关于这一点我们还将进行详细阐述。

其结果是,进化的这一分支兑现了设置在这一分支中的允诺,导致产生一个由政治保证执行、通过法律来实现的高度复杂的规范性期望体系。当然这并不意味着社会生活的幸福水平真的提高了,更谈不上法律确切地反映了实际可以达到的社会状态。抵抗现实的规范性结构就是与此相对立的,政治对法律的保证当然也保证不了所有的期望都得到实现。人们不得不转移到为期望不能实现而进行的补偿上,主要是转移到刑罚和罚款上。但是毋庸置疑已经达到的就是:在法律系统为运作自成一体而分立出来的基础上产生了独特的复杂性。

## 第三章

# 法律的功能

124

### 第一节

在这里提出法律的功能问题是与社会系统相联系的,换言之它涉及通过专门法律规范的分立和最终通过一个特殊的法律系统的分立要解决社会系统中的什么问题。由此首先排除了这是从心理学和人类学角度提出问题。<sup>①</sup>这并不意味着从心理学和人类学角度提问是错误的而予以否定,而是心理学和人类学的问题是经验地把人只视为个体,对人、意识、人性的一般性表述是很难进行检验的。相反我们这里所说的社会是指一个完全可以通过经验观察到的、具体存在于日常交往之中的、尽管极其错综复杂但又是具体的系统。所以我们不必去寻找和证实可以对无数不同类型的系统进行概括的表述。

涉及社会系统,人们可能对离开了相应的运作和职能系统的分立究竟存在不存在以及在何种意义上存在“联系问题”和功能有争议。这里很容易陷入仅仅给出同义反复回答的危险(但是这也可能被当做功利主义的或实用主义的思想倾向)。我们通过抽象来回避这个问题。我们以比描述法律本身更为抽象的不同概念来描述法律功能的相关问题。逻辑学家也许会把这说成是同义反复的“展开”,也就是把一个自我参照的循环化解为可互相区分的诸多同一性。下面所阐明的假说则认为,法律是解决在社会交往中出现的一个时间问题,即每当人们通过正在进行的交往——或者以表述形式,或者以“实际行动”形式——不能解决问题,而是在交往内容的时间性延展中把期望作为依据,并且把期望表述出来的时候出现的时间问题。法律的功能与期望有关,而且当人们是依靠社会而不是依靠个人的时候<sup>②</sup>,就涉及交流期望和在交往中使期望得到承认的可能性。“期望”在这里不是指某个个人现时的意识状态,而是指交往含义的一个时间视角。

125

这里强调作为法律功能之基础的时间维度,以此我们与以前的法律社会学理论相对立。后者用“社会监督”或“整合”等概念强调的是法律的社会功能。<sup>③</sup>在选择这些主要用来理解社会系统的概念时,人们冒着错误理解法律特点的危险。<sup>④</sup>集中于一个唯一(或者首要)功能的好处的代价是由于有同等功能机制的存在而压力太大,其结果是,法律的分立仅仅在职业或组织的层面上能够被把握。

不言而喻,法律的社会重要性是毋庸置疑的,但是它的整合作用却似乎很令人怀疑。对于这一点尤其在法律批判研究运动中以及其他受马克思影响的批评家们曾经再三指出过。我们通过把问题转移到时间维度来避开这一争论,我们认为法律的社会意义就在于如果期望能够得到持久保证,法律就会有社会结果。

很显然,社会的运作需要时间。即使单个交往仅仅持续很短的时间,甚至根本没有持续,而是在它们实现的瞬间立即消逝,它也是依靠通过时间上的循环性联网,也就是说已经实现的交往和未来的接续可能性相联系起来规定自己。就此而言,任何交往只要它决定着下一步的交往应该从哪一种系统状况出发,就都起着连接时间的作用。<sup>⑤</sup>我们应该把为了重复使用而把含义固定化,例如像词语、概念、如实表述等固定含义与此相区分。<sup>⑥</sup>我们把一个交往系统的这种自我规定称做语义学。只有为了重复使用而把语义固定化才能导致我们下面所说的狭义的连接时间。<sup>⑦</sup>

交往含义的重复使用是根据双重要求产生的,作为这种双重要求的结果就是最终出现了语言上固定的含义和分立的社会交往。交往含义的重复使用一方面必须在使用的表述上凝固化,以便能保证在一种新的上下文联系中也能被认出是同一种表述。由此产生了可重新认同的稳定性。另一方面它们必须使重复使用的含义十分精确,使它用在其他上下文联系中也能显得很恰当。由此产生了从现象学角度可以证实的示意过多现象,示意过多使人们对每一种具体含义的确定都无法定义,并且使以后的每一次使用都面对选择的压力。<sup>⑧</sup>我们这里以极其抽象的形式描述了含义的起源。<sup>⑨</sup>只有参与完成这一凝结和确认之逻辑过程的人,才能参与语言的交往,并且把他的意识与社会的运作相连接。

在一种很不明确的概念中,人们谴责这种情况是语言强权或语言暴力。<sup>⑩</sup>但是这里似乎还应该回答以下关键问题:对于在一个高度复杂的系统中权力无处不在的现象,我们能作何解释?我们避免使用如此强烈的言词和在这类言词中所表述的成见。但是我们坚持认为,在这一层面上时间连接并不是没有社会后果的,尤其当我们要深入研究规范性期望以

及法律职能领域的时候。

使重复成为可能并且随之而产生的凝结和确认,限制了符号与被表述的自在物之间关系的任意性所造成的活动空间。由此产生了即使人们也许可以有另一种说法但也必须接受和遵守的正确表述和恰当使用语言的规范。“人种方法论”的研究表明,制裁开始只存在于交往的自我纠正尝试中。<sup>①</sup>规范限制了限制或然性的或然性,亦即限制加强对任意使用标记的有效限制。正如杜尔凯姆(Durkheim)所强调的,替代这种基本规范性的唯一可能性就是社会反常状态。对/错、可接受/不可接受、正常/偏离或最终的正当/不正当的格式化随着社会秩序内部一分为二就已经存在了。即使是被反面评价的区分的另一面也仍然是在可理解范围内的;恰恰有关这方面人们可以而且将会进行交流。对一种只有通过规范才可能有的偏离可能性的反面评价,为时间连接所造成的社会代价以及在一定情况下应该承担这些代价的人下了定义。这些代价是在系统内被证明的,没有把它们留给环境而不予理会。

在法律系统中,当然不是仅仅涉及对交往的交流式评价,而是——在这一基础上!——就法律所把握的并且被规范化了的一切行为方式进行交流。但是即使这一点也是以表述的非随意性条件为基础的,而且在这里也必须以确定和考虑“不正当”的形式来补偿时间连接。

129

当人们以及只要人们为了保证这种时间连接不得不也支持根本不合实际的、甚而会令人失望的期望时,社会问题就会急剧上升。谁要是抱着这样的期望,就肯定在尚不知道将有谁以何种方式参与冲突的情况下预先对冲突作出裁决。时间连接预先决定了社会的偏向性。行为的自由即使实际上没有受限制,但是在期望层面上预先受到了限制。那些——不管是出于何种个人的、境遇的或物质的原因——想要违反期望的人从一开始就处于不利地位。法律是有区别对待的。它判决对这个人有利而对另一个人不利——而且是对一个具体情况还不可视的未来而言的。

这一时间连接问题通常都被法律所具有的一种动力功能所掩盖。这一点也存在于法律期望的“应然”标志中。人们期望那些被法律剥夺了权利的人——例如杀人犯和小偷——能够学习,期望他们能适应社会,尽管这并不关乎他们自己的生命,并不涉及他们自己的财产,而是涉及他人的生命和财产。<sup>②</sup>但是这仅仅是因为人们在考虑到未来的时候,由于未来所固有的不确定性,所以想做得稳妥一些。

法律功能与未来的这种联系说明了所有法律制度的标志化需要。法律规范所涉及的是一整套通过标志而一般化的期望的结构。这里不仅给

130

定了一般化的、不随情景为转移的指示,而且也总是包括代表某些不可视而且不可能变为可视的东西——这里指未来——的标志。社会随着标志化产生了特殊的稳定性和特殊的敏感性,这一点从宗教领域中可以看出。人们依赖标志,正是因为人们无法看见标志所意指的东西。标记——这为我们给标志概念下了定义——作为标记而返回自身,它被称为标记。但是以此不能够真正排除现实的发展有可能完全是另一种样子,并且最后使人们感到失望。于是多数情况下其效应超出了原有的动机。

因此,法律的时间联系既不仅仅在于被区分为可变的和不可变的规范之效力的持续时间,也不在于法律固有的历史性。<sup>⑬</sup>它也不在于法律“材料”即人的行为是存在于空间和时间之中的。它在于规范的功能,即在于人们力图使自己至少在期望的层面上适应尚不可知的、天生是不确定的未来。因此,随着规范的变化,社会本身在其中创造一个不确定的未来的范围也在变化。

很显然,在对抗现实而稳定化的期望线上,时间连接的提高与人们在社会习俗范围内可以作为愿望而提出的前提是相矛盾的。规范性时间连接的扩大和加强在社会维度中产生了一致意见/不一致意见的新的原因。它通过把情景定义为人们必须对赞成或反对期望作出决定,从而造成了自己的抉择状况。就像“贴标签方法”的信奉者所说的,它造成了反常现象。它当然也产生了一致性。结果是,它导致一致意见/不一致意见的两面形式连同因它而引起的社会紧张关系。结果是,它导致出现分裂,出现分歧连同分歧所具有的典型后果,即根据人们走什么样的道路而各自产生一种历史,很小的始初原因由于偏离的加强可能会产生巨大的影响。

一般地说,这一分析表明了时间连接不可能没有社会代价;或更为一般地说,时间维度和社会维度从含义上来说由于它们内含于一切有意义的体验中,所以虽然通过分析可以把它们进行区分,但是从经验角度来说却无法把它们互相孤立。因此法律对我们来说是一个与时间维度和社会维度之间这一矛盾关系问题有关联的形式,它使我们能够在社会复杂性日益提高的条件下也能经受住这一矛盾关系。至于在什么样的框架内以及还需持续多久,这个问题不可能预先决定。但是法律形式是处在两种区分,即期望的认知性/规范性模态和正当/不正当规则这两种区分的结合之中。法律所有的对社会的适应都是在这一框架内运作,改变法律规范的实质性含义即“内容”和调节“正确”划分正当/不正当二值的程序,以便把时间连接和达成一致意见/不一致意见的能力保持在一个互相可以结合的范围之内。由于实质范畴就是要完成这一平衡功能,所以不存

在对法律的实质性定义。代替这种实质性定义的是系统参照系“法律系统”。

## 第二节

通过前一节的分析,关于法律的功能问题按照人们如何表述联系问题而被置于两个不同的轨道上。抽象地看,法律与期望的时间连接所造成的社会代价有关。具体地看则涉及通过调整期望在时间上、具体内容上和社会上的普遍化使规范性期望稳定化的功能。<sup>⑭</sup>法律使人们能够知道哪些期望得到社会的支持,哪些没有。有了期望的这种可靠性,人们就可以比较冷静地面对日常生活中令人失望的事情;人们至少可以放心自己在自己的期望中没有表现不得体。如果人们能相信法律,他很可能会给自己带来有风险的信任或者可能不信任。<sup>⑮</sup>这主要意味着:人们有可能生活在一个人的或互动性的信誉保障机制已经不再能够充分发挥作用的错综复杂的社会中。<sup>⑯</sup>因此法律对通过信号传递的信任危机也缺乏抵抗力。假如法律不再受到尊重或者不再尽可能得到贯彻,其后果将远远超出违法行为所直接造成的后果,系统必须采用更为直接的信誉保证形式。总之我们的出发点是,法律仅仅完成一种功能,这种功能当然又可以继续被分为各种问题以及各种副功能。<sup>⑰</sup>通过分析人们虽然可以根据作

132

133

134

我们的法律功能定义,为规范概念(或更详细地说:为期望的规范性模式概念)得出了特定结论。与一种很流行的法律理论不同,在这里这个概念不是通过说明其特殊的本质特点来规定,而是通过区分,也就是通过对在失望的情况下可能出现的行为的区分。<sup>⑱</sup>一般地说人们或者放弃令他失望的期望,或者保留期望。如果人们预先就估计到有这一区分,并且预先就对两种可能性之一做了规定,那么在第一种情况下他就规定他的期望是认知性的,在另一种情况下就规定为规范性的。<sup>⑲</sup>因此规范概念描述的只是形式的一面,这种形式还有另一面。没有那一面规范概念不可能出现,它必须与另一面相对,并且对过渡可能性保持开放。它是一个观察者的选择结果,在经验上只有在用这一形式进行区分的时候才能变

成现实。

把规范定义为对抗现实而稳定化的行为期望这种功能概念,并没有对遵守规范或不遵守规范的动机预先作判决。相反,如果规范应该实现它的功能,恰恰不应该去考虑这一点。规范有可能被遵守或不被遵守,因为还没有人知道它。(规范一旦公布有可能会引起反抗或规避的动机。)它可能被遵守或不被遵守,因为它给出了信息——例如交通法或环保法中关于一些具体状况的危害性;它不被遵守,那是因为人们相信自己的信息胜过相信规范所传递的信息。人们是否认为这规范有根据(合法等等),或者认为这规范与道德评价是一致的还是在这方面是中立的,或者甚至是违反道德的,这一切可能也起着一定的作用,但是这种情况很少出现。一种行为也有可能没有任何规范调节的情况下——例如由于互相施加压力——而按人们所希望的那样进行;如果人们要想对行为过程施加影响,那么不仅仅规范,首先可能是正面鼓励或者甚至特殊的不安全感都可以作为可使用的手段。

135

制裁期望当然也起着作用。今天人们可能都会赞同不能用制裁威胁来定义规范概念,更不用说实行制裁了。但是对制裁的希望仍然属于人们可以确认他的期望是不是符合法律精神的信号手段;与此相应,如果没有那些人们有权期望的制裁,就有可能造成影响超出具体案件本身的严重后果,当某些本身不可视的事物——这里指未来——的信号受损害时,就常常会出现这种后果。

很多法律理论排除了这一种或那一种遵守法律的动机<sup>②</sup>,但是由此走入了危险地带。这些问题在经验上的重要性以及它们对规范政策的重要意义是毋庸置疑的,但是我们必须坚持,规范的功能不在于对动机的指令(否则会有太多的偶然和太多的有同等功能的机制参与),而在于恰恰要预防这种现象的对抗现实的稳定化。规范并不允诺符合规范的行为,但是它保护抱有这种期望的人,同时在互动中给他提供有利条件,尤其在对规范本身无可争议的情况中。它通过很多方法促使自己得到贯彻。规范能不能抵挡得住完全向着不同方向发展的现实,这是只有这个理论才能提出的非常有意义的问题。在一个还保留着奴隶制度、大规模剥夺政治对手的财产、严格限制宗教自由的社会中,简言之,在1776年左右美国社会人权发展的历史表明,这是可能的。

因此这里所说的规范的可贯彻性问题可以被视为规范投影的稳定条件。如果没有任何实现的希望,规范就很难被坚持。如果人们除此以外把调节行为本身看做是法律的第二功能<sup>②</sup>,与单纯的对抗现实的期望保

证相比,就会有许多(完全不同的)有同等功能的机制参与进来。很难预见,与这一功能相联系一个自我生成的系统如何才能做到运作上关闭。

136

把法律的功能规定为另一方面的规范性期望的确立和稳定化,这也并没有向我们允诺任何东西。这类规范性期望也是把法律与行为相联系,即人们常常把法律设想为对行动可能性的限制。但是法律同样也能完成赋予职权,让人们进行某种没有法律就根本不可能有的作为的功能。我们可以想一想,在私法中根据产权、合同或有限责任的法人形式所产生的可能性。还有,所谓“法治国家的”行政法今天似乎已经不大可能被理解为对一个最高当权者为所欲为的限制,而是越来越成了一个委人以没有法律根本不可能有的(有条件限制的)行动全权的法律。在这两种情况中(现实情况是由混合形式构成)都是以期望的规范性结构为前提——无论是限制还是赋予职权。协调一致在于保证能够在一个与每个案件实际发生的具体事实保持一定距离的情况下形成恰当的期望。还有另外一个方面,我们也偏离了传统法律理论的处理方式。我们不是通过一种特殊的规范,即不是按照分为种和类的实在宇宙的标准来规定法律,而是把规范视为一种普遍适用的稳定化功能的形式,这种形式只有通过法律系统的分立才获得专门法律的性质。这是自我生成系统理论得出的一个结论,这种理论假定这种类型的系统自己生产它们自己的要素,并且通过自己的要素生产它们自己的结构。<sup>②</sup>当然,也有无数不具有法律性质的规范性期望,就像也有无数不具有科学性质的真理或者无数不具有经济性质的物质(例如干净的空气)和许多不含政治性质的权力。职能系统的形成从社会日常生活中只抽取某种有问题的期望;它只不过是进在进化过程中交往不成功的可能性不断上升这一现象的反映。鉴于从现存的结构中可以看出这种状况有上升的可能性,因而形成了自我生成的系统。这类系统在进化中的分立是以现有领地为前提的,正是由于这一原因自我生成的系统有别于日常生活中不言自明的事情。

137

由于规范性期望确实无疑在任意增长(作为习俗,作为单纯的道德要求,作为一旦违背就会被发觉的习惯),法律负有使规范性期望稳定化的职责,这只能通过对值得保护的期望进行选择来实现。占主导地位的法律理论可能也是以此为出发点的。经过更深入的研究就会得出另一种结论:道德(或者其反思形式:伦理学)不适合作为法律规范效力的依据。<sup>③</sup>当人们遇到解释方面问题的时候,可以把社会上所谓已被公认的道德评判作为依据,这对具体案件的论证是有利的。道德总是具有显著的雄辩性质。但是如果要使规范性期望有成功和稳定的机会就不能以道德

为依据了,为此必须把应该纳入这一保证范围的规范变成法律;如果尽管有这种可能性但是没有这样做的话,那么人们必然会问:为什么不?

138 因此,关于一个规范是不是一个法律规范的问题,人们只能通过对产生这一规范的互联网进行观察才能确定,也就是通过对通过它的运作而作为系统分立出来的那种生产联系进行观察。只有通过(在系统中重复)使用规范性/认知性格式中的规范性一面,规范性期望才能与单纯的设想、打算、交往尝试相比获得某种可靠性。只有这样才达到能够真正地凝结出稳定的期望,即人们在既不能通过对未来有充分的把握,又不能通过学会求助于其他替代可能性来提供充分可靠性的生活状况中所能坚持的稳定的期望。尽管我们知道,正常形式的期望与规范形式的期望是互相紧密联系的,即使没有确定无疑地被规定为无例外的期望,也不会因个别干扰而被破坏。就像在那些因夏天的好天气而出名的地区偶然下一些雨不会改变原有形象一样。换句话说,也有拒绝学习可能性的非规范性形式。行为越显得与自由选择不同——而这是复杂性日益增长的必然效应——人就越不能再满足于正常/规范的混合形式。于是必须把抵制其他行为参与可能性的规范分立出来。在社会进化过程中,发展的界线取决于对任意确立规范之可能性的限制——开始可能总是与消除规范规定中的随意性成分或取消其合法性相联系。恰恰因为总是有正常/规范的混合形式先行(有别于不熟悉的、没有意料到的、出人意料的东西),所以法律可以从这些发展界线上看到过去,就好像一直就有法律似的。法律从来没有“开端”。它可以与原有的传统相连接。当社会使法律的分立成为可能的时候,法律就可以自我关闭,成为一个自我参照的系统,而且可以用早已存在着的规范材料进行工作。

139 法律使规范性期望稳定化的功能远远超出了调解冲突概念所能把握的内涵。期望发生冲突,也就是说在交往中互相对立,这已经是一种特殊情况,而且是一种大多在法律之外进行调解的特殊情况。<sup>②4</sup>因失望而采取行动的人也可能完全承认对方是对的,尽管如此他还是这么做。我们可以想一想刑法领域或由于没有能力而不能履行合同的情况。即使在这些情况下也必须证明期望是合理的,或者可以通过转换为另一种形式,例如转换为一种惩罚形式。如果在这类情况下也谈冲突的话,就会使冲突概念没有必要地过度延伸。有争议与无争议的失望之间这种区别,对于法律演进具有很重要的意义,因为法律正是从对法律发生争执的原因中发展它的特殊手段。其结果是,法律不仅消除冲突,而且也产生冲突;因为人们也可以通过引证法律来拒绝过高要求和对抗社会压力。<sup>②5</sup>但是法律

始终以能预见可能会有偏离的行为——不管以什么动机为基础——并且不让这种偏离行为影响期望的贯彻能力为前提。如果让这一特殊规范性要素遗漏掉,仅仅一般地把法律的功能描述为对关系网的调节——也包括用非规范性手段的调节——<sup>②6</sup>,这只能说明人们没有看到法律的特殊性,也许还不如观看超市里商品陈列计划或者航空交通电脑网计划,或者观看作为法律制度一部分的语言本身那么仔细。

140

如果人们改变一下分析的联系问题,就会发现其他的可能性,发现其他有同等功能的机制。我们已经谈到关于任何时间连接都不可避免地带来社会代价,或者更为抽象地说关于处于时间维度和社会维度中的规定的协调问题。这种说法使我们能够看清楚,并不是整个问题的重担都压在法律的肩上。然而,在这里也必须为过去的社会假定一种混合形式,这些混合形式在复杂性渐渐提高的进化过程中瓦解于分立之中。对此有两个例子,其中一种有同等功能的机制是组织在紧缺概念之下的。如果人们设想物品和劳务供应一直限制在一个不变数量形式内,那么任何人要获取紧缺的口粮都会与其他人想获取的利益相冲突。谁要是自己享用了,就必然要他人作出牺牲。这在远古世界资源丰富的社会中相对来说损害可能不会很大,有一些扩张性社会(例如欧洲中世纪社会或殖民地美洲社会)可以通过扩张领土来缓解物资数量有限的问题。但是随着经济越来越与货币使用相联系,并且由此把自己作为运作上自成一体的系统分立出来,上述条件就发生了变化。一方面正像亚里士多德所说的那样,以货币形式积累经济价值的可能性不再有任何界限。这也意味着,人们用金钱可以保证长期的和各种各样的利益,而不必去顾忌他人眼下的困难。与实物财产不同,现在可以用不确定的形式来制约未来。凝结在地产上的政治经济道德丢失了。另一方面货币创造了新类型的恒量,并且通过通货膨胀和通货紧缩使这种恒量得到认可。社会对他人的考虑只剩下了一种从其本身来说当然是严格的形式,即人们想要什么都必须付钱。<sup>②7</sup>

直到近代,人们才把处理紧缺情况时社会在制定限定条件中出现的这些问题看做是法律问题。产权,即同时也承认他人有相应机会的对获取物资机会的分配,被看做法律概要,社会被看做以契约形式共处的财产所有者的社会。<sup>②8</sup>但是在这一格局中,很难实现雇用劳动,因为——不管人们可能听到什么样的说法——这里没有一个与货币经济相联系的劳动权利。产权的经济功能也同样没有受到法律的调控,尽管这种功能像所有行为一样可以是法律判决的对象。紧缺和行为期望的规范化,形成了

141

时间连接和社会性之间不同形式的矛盾,因此也成为不同类型的问题。在越来越复杂的社会中这两者的区分得到了贯彻,因此当社会进展到经济系统和法律系统分立的时候,这两个系统也就各自成了自成一体的、自我生成的职能系统。

第二个例子似乎还没有达到可以作出裁决的成熟阶段。关于这方面的讨论刚刚才开始几年,它的语义尚处于准备概念阶段。我们把它放在“风险”这个关键词下进行阐述。该词是意指不得不承受不利后果可能性的决策,这种后果不是以对其耗费可以说出理由的冲销入账的费用形式出现,而是以可能或多或少令人难以置信的损失形式出现,为此人们也许会把决策视为造成损失的原因而严加批评,并且进行追究。

142

问题在于这些损失不仅仅涉及冒风险作决策的人,也不仅仅涉及从其好的结果中得利的人。在这里,我们也面临着一种有社会代价的时间连接形式,但却是一种完全不同类型的形式。规范化产生一种按照一致/偏离格式的区分,获取紧缺物资是按照受优惠/受歧视格式相区分,而这里则是决策者与相关者的区分。按照人们把自己看做是决策者还是相关者,对风险的感觉、对风险行为可行性的估计和对风险的接受都是有区别的。现代社会对未来的感觉越深入到对决策依赖性的视野,决策者与相关者之间的鸿沟就越明显;人们也就越应该清楚地认识到,原来根据完全不同的问题而制定的法律和财政的调节手段在这里已经不够用了。<sup>29</sup>

在上面所说的各种情况中,尤其在这里,相应的冲突被拉到当下。人们等不到未来,而是现在就已经被认为是正当的或被称为是不正当的,现在就已经是富的或穷的;现在就已经按照人们是处于决策情景中由于种种原因无法躲避风险,还是生活在担惊受怕中,害怕决策者作为“正常事故”<sup>30</sup>、作为突然的或不知不觉降临的灾难、看起来或多或少是无法避免地造成的后果而对风险有不同的感觉。因此我们称之为时间视角和社会视角之间的矛盾的东西是一个在各个时期之当下的现象。社会代价与时间连接是同时产生的,即使以后的经验也许会改变对它们的评价。

143

因此这些方面的区别导致了对未来估计的区别。在法律中,撇开革命和政变的特殊情况,在某种程度上人们可以有安全感,觉得尽管法律有种种变化但是已获得的权利总是受到尊重的。在经济领域这一差别保持不变或甚至更加尖锐化的情况下,存在着由经济本身所限定的由穷变富或反过来由富变穷的变动可能性。而在风险视角中,未来却表现为完全是另一种情况——一方面以它的不确定性,另一方面以使一切东西都“在此后”变得“无法认出”的剧烈的灾难形式。这些差别也许能够预示,

尽管对于法律和经济来说分立为有着各自独立的规则、运作自成一体的系统是成功了,但是人们无法看到,如何能够以相类似的系统形成形式对风险行为所造成的社会后果作出反应。

### 第 三 节

如果涉及要设计某种东西,这种东西即使在没有相应地得到实现的时候也有效,谁能来做这件事?如果涉及产生、保持和改变有越来越多前提条件的抵抗现实的期望,那么必须以什么为前提?这个问题从功能规定一直延伸到它在系统内的实现,它归结于两个互相内含的系统参照系:社会和社会的法律系统。

回答以系统确立的系统与环境的区分为前提。使期望规范化的系统是通过把一种区分规划到环境之中来自我证明的,这种区分只能以事先规划的方式才能实现,没有系统就不可能实现。这是通过制定规范来实现的,对这些规范不管是好还是坏人们都可能会偏离。于是究竟是不是按照系统中预先规定的规范运作,这对于系统来说是有区别的,不管环境如何选择,系统都稳定地保持在它的可能性界限之内。

法律作为自我生成的、运作自成一体的系统,坚持独立地保证自己职能的履行。当然这不可能以这样的方式来实现,即系统运作之再生产的一切经验条件都是在系统本身中产生的;因为这样就会意味着把世界包含到系统之中了。同时法律作为由结构决定的职能系统必须保持其运作的功能,并且从内部预见到自己职能工作的连续性。从“内部”就是指:以自己的运作形式。

如果人们作为(外部的或内部的)观察者来描述这一点,那么只有下述同义反复的表述才适合:法律就是由法律规定为法律的东西。这一同义反复可以“展开”,即可以分散到不同的期望。如果人们注意运作的构成性(确定期望的)效应,就会看到反射作用关系:人们规范地期望自己应该规范地期望。换言之,法律对自己不是无动于衷的。它不仅仅要求被尊重。它把认知性期望和规范性期望的区分作为规范性期望的对象。它的运作是反照性的,也就是说期望的模式不是任意决定的,也不是由简单的社会习俗决定。它是在法律系统自身中预先确定的。所以系统是在二价观察层面上自己监督自己——这对其他的职能系统来说也是分立和运作上关闭的典型条件。<sup>①</sup>因此法律并不是简单地靠强有力的政治支持才能站住脚以及或多或少得到贯彻,假如人们能够期望可以规范地期望

规范性期望,这完全靠的是法律。就此而言,法律不是按等级制从上面决定的,而是多元制地、平行地,即在互相并列的循环网络中决定的。

总而言之,可以这样来表述循环性自我证明的最一般形式。但是以此阐述的情况从经验上来说是否也确切?假如这只有在很严格的限制条件内才适用,那么情况会怎么样?

我们必须用区分来回答这一问题。

145

作为对观察进行总体性观察的条件,即制定一个包罗万象的、可以被可靠地期望的正当/不正当规则的前提条件是:在法律系统中产生了一个受法律约束的、作决定的小领域——或者为了确立法律,或者为了改变法律。这里所涉及的是一种有组织的分系统,即一个通过成员/非成员的区分而分立出来的、其成员在他们的成员角色中负责按照(在组织内部可以改变的)系统的程序,即按照法律规范进行裁决的系统。<sup>32</sup>对法律系统的这个裁决系统,我们只有称呼其互相区分的子系统的名称,即法院和议会(或者按分权论中的说法是:司法机关和立法机关),但是没有称呼这一系统统一体的名称,因此我们就说法律系统的有组织的裁决系统。

这一系统组织了一个自己的循环性联网运作的领域。它鉴于未来的法院裁决而改变法律。它以现行法律为依据,从中又可以生产出观察可能性和改变法律的理由。<sup>33</sup>为了区分这一裁决联系的限定条件(仅仅是为了这一原因!),这一系统把自己描述为等级制的——无论是机构上还是规范上。但在任何情况下都是法律裁决的循环性互相再生产占据首位。

146

为了这一领域,为了法律系统的这一裁决系统,人们发展出了结构完善的反照形式。它们采用了双重模态化的形式,它们使制定规范过程规范化,把对这一可能性的使用局限于这一系统中所必要的使用。人们最熟悉的事情就是诉讼程序规定的规范化,诉讼程序规定如果受到尊重,就能导致所产生的决定本身具有规范性效力。极限情况就是作为法律自律原则之具体体现的单纯的裁决权规范:凡是由被委以裁决权的人所裁决的,都因此而成为法律。另一方面以下规范是必不可少的:不管裁决如何受到法律规定的限制,残余的不确定性(无论是在法律解释中还是在事实的确定中)只能通过裁决权规范来排除。就此而言,法律的整个裁决系统是建立在规范化的相互反照之上的。这不是涉及一种与其他事实并列的事实。这是涉及(体现在具体规范中的)在系统中系统统一性的表现,即涉及职能管辖权之广泛性的相关概念。

这一结构的职能能力是显而易见的。它体现在人员、楼舍、卷宗和地址之中,非社会学法律理论就集中在这些方面,并且研究了这一生产联系

的实证性。社会学家则可能会注意到,这里只不过谈到了法律系统的一个子系统,只讨论了法律的裁决系统,而没有注意到规范化之双重模态化的其他领域。因为同样的现象也存在于裁决系统的准备阶段。在非法律组织成员的日常生活中也会形成涉及对规范性期望的规范性期望。例如,自认为自己的权利受到损害的人从规范角度期望他人支持他的要求。至少他不愿意相信,其他人实际上对此事并不关心,因为在他看来他们“应该”支持正当的一方而反对不正当。也可能发生这样的事情:有第三者期望当事人会为自己的权利力争,不应简单地默默忍受自己的权利受损。<sup>⑭</sup>法律系统作为整体来看是在规范性地期望规范性期望这一可靠基础上运作的。它在其运作的相互反照的基础上分立。只有这样,法律在裁决系统中行使职权的行动才能在社会上实行并且被接受。只有这样,法律裁决机关才具有比它们以往在多数高度文明社会中所具有的更多的含义:它是在一个按家庭组合的社会中的法人形式的外人,其结果是人们在找法院之前总是先在邻里之间进行调解,或者找村子里或行会内部自己的仲裁机构。只有这样才能对抗这种在进化过程中毋宁说很可能出现的结构,发展出一种对形式性法律的信任以及广泛地、有区别地使用法律。从而把日常生活问题结构化。

147

但是,在经验上法律的这一基础究竟如何?对这一问题的回答取决于哪些条件?

我们设想一种双重效应。一方面现行法律在组织上和职业上的严谨对规范性投影的任意滋长起着限制和惩戒作用。人们可以确定或让人确定,从官方意义上来说什么是正当或不正当。社会越分化——在旧世界中这与城市化的进程相联系——对这种归结的依赖就越厉害。另一方面在法律系统中分立出一个裁决系统,这对规范地期望规范性期望的普遍积极性可能会有负面作用,甚至可能出现在反照作用中腐蚀自身基础的趋势,最终只能作为受政治支配的组织而保持下来。在古老的高度文明国度中可以清楚地观察到似乎是不可或缺的裁决中心的这种孤立现象,这种孤立和中心与外围的区分形式是一致的。在现代社会,即使日常生活中以法律为依据在很高程度上得到了贯彻,但是几乎已经无法在运作上,几乎已经无法通过贯穿整个系统的对规范性期望的规范性期望的相互反照来达到系统的统一。裁决系统无法把规范地参与期望的条件带入有约束力的裁决前提形式之中。它虽然可以给个人赋予权利和义务,但不能保证所有其他人参与期望(或者甚至不能保证与这种参与期望相关的期望之可靠性!)。它不能看到规范性期望中互相证明这一前提(这里

148

不仅仅涉及“一致意见”，而且涉及要求！），不能像对待法律上重大事实情况那样对待这一前提。它对规范性期望的这种制度化仍然漠不关心。对法律来说这不是很重要。没有人可以把他人强硬地（或者不）坚持认为要坚持规范性期望这一点作为理由来利用或者甚至对此提起诉讼。裁决系统的界线不让这种信息通过，而是把它们筛选掉了。因此在“现行法律”的官方表述中缺少这一成分。法律系统的裁决组织不能控制它们自己陷入一种动机化法律文化之中；因此当它们自己工作的这一社会基础开始逐渐受到腐蚀的时候它们也没有发觉。

149 与此相应，裁决系统在建构自己的复杂性时没有考虑到这一双重模态化。如果任何裁决都不依赖于这种模态，那么相应的事实情况都不会被记录下来，不会被人回忆。甚至连反思法律实践的法律理论也不知道这些事实情况。它至多用一些模糊的表述如“法律意识”或者同样不明确的区分如成文法/活法的区分等来描述它们。有关在民众中法律知识和法律意识传播的经验调查，缺少一种对我们的课题来说有充分说服力的理论性提问。<sup>⑤</sup>在逻辑学中——由此从研究的技术角度来看——规范性期望的问题也没有受到重视，一般的二值逻辑对处理二阶观察情况有着几乎无法解决的困难，至多只能通过（迄今为止还不很发展的）情态逻辑结构来表述它们。由此，这个问题就没有进入交往——除非作为关于日常生活中行为方式之争论的基础。

最终在有组织的裁决系统中建立的相互反照正是为减轻日常生活的负担服务的。人们不可能而且也不需要依靠他人的规范性期望来知道自己是有理还是无理。关键是法官如何进行判决。面对他人的压力人们可以把诉讼的前景或证明的困难作为依据——就像律师在与他的当事人的关系中一样。这是自我证明的实用主义的态度，它们检验与法律相联系的交往形式究竟是否被广泛使用。裁决系统接收事物的界线作为前置界线影响了法律系统的外部界线本身，即影响人们参与关于划分正当与不正当之交往的积极性。法律是以抽象的形式为个人服务，即从个人动机、对他有影响的压力，或反过来他的孤独状态等社会联系中进行抽象。

社会不得不以这种方式为它把法律系统从其社会联系中分离出来，并且把单个的人宣布为个体而付出代价。一种平衡效果就是形成了以对规范性期望的规范性期望为依据的、但是不能采取法律形式的强烈的规范性期望。它们作为政治要求而出现，在某种情况下作为社会运动而出现。它们的语义使用的是价值概念，有时也用“伦理学”这一标题——就像是表明它们与法律之间的距离。凡是在反现实的对抗中可能出现

的东西,在这里找到了一条直接通向政治决策中心的渠道。法律系统只能把这类现象划分为合法或不合法的行为,它可以通过利益和概念互相适应的灵活手段从内部对自己的刺激作出反应。关于这个适应手段我们将在后面一章中谈到。这有可能表现为在政治上和职业上或多或少是可以实现的。但是人们对法律形成的真正社会渊源,即对以规范性期望为目的的规范性期望却并不作裁定。

150

## 第四节

履行法律功能之规范形式的最重要结果就是在这一形式中设置的法律与政治的区分。<sup>④</sup>很显然,这两个系统是互相依靠的,这使人们很难看出两者在职能上的区分。法律靠政治使自己得以贯彻,没有贯彻的希望就不可能存在各方面都有说服力的(可假定的)规范稳定性。政治则从它自己方面利用法律,以不同的方式达到政治集中权力。但恰恰这种协作是以两个系统的区分为前提的。

只要稍微想一想就不难看出这样一种区分的出发点。政治利用权力手段,政治权力表现在占优势地位的、以强制手段胁迫的指令权力之中。一旦各种政治倾向以一种使计划斗争转变为可贯彻决定的转换形式统一为一个有集体约束力的决定,就可以强制人们服从这一决定。<sup>⑤</sup>相反,规范性的“应然”则不是以权力优势为前提,更不是以表述相应期望的那个人的优势地位为前提。<sup>⑥</sup>在古代高度文明的国度中,尤其在伯里克利和欧里庇得斯的雅典,保护穷人对抗富人和有权势的人被视为法律的一个主要职能,或者至少当时可以这么说。在中世纪,有时也可以区分开政府权力(*gubernaculum*)与诸侯的司法权(*iurisdictio*)。法律越不可能对抗权力,最好越是保持沉默,目视天空:涉及他人行为的期望之交往有不同的形式。

151

从霍布斯以来,法律与政治的这种区别被表述为(专制)国家与(在有国家前就存在的,即“天赋的”)个人权利之间的对立。但是这种说法缺乏充分的说服力。从基督教教义史的角度来看,“天赋”权利这个表述形式不过是一个受时代精神制约的过渡性语义,不过是不受政治控制的法之产生的象征,一旦为这一事实情况发展出实在法的充分形式,这一象征也就成了多余。这是通过一条漫长道路逐渐实现的:通过承认契约自由,承认可自由占有的财产,从18世纪开始通过承认不是由政治掌权者的谕令而建立的社团可以自己立法。当这一切都得到保障的时候,就可

以把“主体权利”非自然化,把它们重构为仅仅是客观法(包括宪法)的映照。但是这之所以成为可能,完全是因为规范性期望不再依靠地位优势使自己生效。法律工作者的职业兴趣可能就在于得到了从下面进行辩护的可能性。

152 法律维持秩序的功能之独特性在于,主要是要知道人们可以合法地对他人(和对自己)有什么期望;或者讲得通俗一点就是:抱什么样的期望才是得体的。期望的不可靠比经受意外和失望更让人无法承受。杜尔凯姆所说的社会反常状态就是与期望的不可靠有关,而并不是涉及实际行为的情况。当然,期望和行为是相互起稳定作用的,但是规范能够产生比从行为角度获得认可更大的可靠性,这是规范对社会交往自我生成的特殊贡献。

我们再来看一下法律执行这个讨论的热点问题。从政治角度来看,这是涉及已经做了规定的作为或不作为是否可以通过动用权力来强制执行。其中一种法律社会学就是追随这种政治优先的视角,它首先主张采取制裁暴力,而且根据出自18世纪的格式把作为外部强制力的法律与作为内部强制力的道德相区分。<sup>⑨</sup>此外,例如以边沁为代表的一种观点也是如此,这种观点认为期望的可靠性在于按照期望行动。但是如果稍微思考一下就会注意到一些奇怪的现象。如果法律的功能在于靠权力和制裁来保证所规定的作为或不作为的贯彻,那么实际的法律运行就会经常甚至多数情况下不能自己运转。法律最终就会变得越来越残缺不全;或者不如说:法律与政治计划的不能充分实现有关。那么为何要有正当/不正当二元规则呢?为何除了刑法以外,判决、执行法律要靠起诉人个人的积极性呢?为何要有准许规范这一重要领域,把法律的建构让给个人意志,使他能够预见到他可能采取的行为在法律上的至关重要性?

153 这些事实情况迫使人们把法律执行问题的中心从行为转向期望,同时在有效地贯彻有集体约束力的决定意义上把法律与政治相区分。法律的功能仅仅在于能够保证期望的可靠性,而且恰恰是鉴于可预见的、无法阻止的失望。当然这一方向的转变只是部分地解决问题。因为期望的可靠性也常常由于以下原因而受到危害:虽然期望已披上法律的外衣,但是是一种与期望相符的行为却无法实现而且没有任何实现的希望。法律不可能不断地说:虽然你是对的,但可惜我们帮不了你的忙。法律至少必须提供对满足要求的补偿(惩罚、赔偿等),并且使其得到贯彻。但是即使这样它也不能保证被判罚款的人有偿付能力,<sup>⑩</sup>政治系统也不会把代替被告偿付以帮助法律得胜视为自己的任务。

当然,政治与法律职能上的某些合作也是必要的——但这恰恰是建立在有不同职能的基础之上。<sup>④</sup>假如政治真正能够达到有效地和无例外地贯彻有集体约束力的决定这一目的,法律就会处于一种自相矛盾的境地。一方面它不会再看到问题,因为不必再考虑会出现失望,但同时它可能会由于政治系统而在自己的期望中感到失望。换言之,把法律执行限制在使肯定会失望的期望得以实现所必要的手段上,此外又保持法律系统与政治系统的职能区别,这是有其充分理由的。

## 第五节

154

下面我们以法律为例讨论一下与功能区分相联系、从而间接地与现代社会的描述相联系的功能理解中所存在的一个普遍问题。人们常常听到关于“功能丧失”的说法——例如家庭或宗教的功能丧失。然而,这可能仅仅是建立在一种表面的失望之上的。人们把一种非常广的、囊括所谓社会领域一切事物的功能概念投射到过去,从而在历史比较中确定限制。这种方法对通过相应的系统分立所达到的专门职能效率的上升避而不谈。

在继承帕森斯理论观念的利昂·梅休(Mayhew)那里就可以找到对法律系统的这样一种理论观点。<sup>④</sup>在这里与帕森斯理论结构中规范性调节的一般意义相应,法律的功能被评价为是高等级的。法律保证社会监督和个人归属于社会(主要通过平等准则)。假如今天人们企图挽救以下论点,即通过法律对社会进行尽管是有限的调控(而不仅仅是法律系统的自我调控),或者假如人们认为,不仅仅在其程序和教义层面<sup>④</sup>,而且也在并主要在其功能层面上可以观察到法律系统的一种变化<sup>④</sup>,那么同样的问题会以另一种方式出现。

155

按照人们公开地或隐蔽地以何种功能概念为基础,现代法律系统的分立作为问题情况而出现。以传统的、希望法律对社会起整合作用的期望来衡量,法律系统的分立是功能丧失的表现,是“与其他分立的社会系统联系不够的表现”。<sup>④</sup>因此,尽管有明确的司法判断,但是法律却没有能够做到有效地对抗经济的、也包括家庭的、邻里的等等利益,来有效地贯彻民权运动,尤其在种族平等方面。<sup>④</sup>不管这一点说得多么有道理,但问题仍然在于究竟是不是必须把这理解为功能失灵,或者不如去考察一下传统的或者未来学的功能规定(尤其是放在经验的视角下来考察)也许更为正确。坚持一种广义的、强调实证性的功能规定,显然会导致人们不

得不对现状发出抱怨。人们可以这样希望,甚至把这看做是社会学的任务(不同于把这谴责为在一个本身该被否定的社会中随大流的法学)。但是概念太透明了,因此结果所表明的并不比人们用来指导调查研究的先入之见更多。假如讨论停留在这一水平上,那么相反的立场也无非是其他成见的表达。<sup>④7</sup>

要超越这种事先就设定基础的论战是很不容易的。功能规定中的谨慎和有助于达到这一目的整个上下文联系中概念上的精确性提供了一种可能性。这就要求不要把社会监督或社会归属、应然、价值、平等、一致意见、强制、时间、抵抗现实的稳定化等在一定情况下能有助于给法律功能作规定的概念,作为不加分析的抽象来接受,而是要对它们作进一步分解,并且把它们纳入到更为复杂的概念联网中去。这当然并不阻碍任何人仍然推断出一种(不过是更为复杂的)意识形态的掩饰策略,并且把(别人的)理论归结为这种策略。但是如果一种先入之见的负效应也还有助于促进科学理论发展的话,它也许还比较能让人忍受。

## 第六节

引用另一种区分也许有利于关于“法律的调节作用”的讨论。我们必须把法律为它的社会内部的环境尤其是为社会其他职能系统所提供的服务与法律的功能区分开来。功能产生于与作为统一体的社会系统的联系之中。法律系统是为了一种特定的功能才分立出来的,如上所说,这里涉及的是人们可以依靠某些特定的作为期望(不是作为行为预测)的期望。但是与这一功能相联系的还有对法律系统的社会内部环境来说或多或少是重要的、或多或少是难以取代的其他类型的服务期望。只有在有职能区分的政体下,功能和服务这两个方面才能互相区分,而且不顾以下事实,即现在人们对职能系统所提供的服务的期望也是以功能为基础,而不是以功能载体的地位或伦理或一种一般性的社会道德为根据。<sup>④8</sup>

在分析法律功能的时候必须把两个视角放在一边,这两个视角现在可以作为法律可能提供的服务来讨论,这就是调节行为和解决冲突。不仅规范性期望的可坚持性,而且还有无数其他的社会功能,尤其是日常生活的行为协调,都有赖于人们的行为确实能像法律所规定的那样,也就是比如在结账离开旅馆的时候确实能够付账,确实能遵守交通规则,尤其是确实能做到不对他人施以肉体暴力的威胁。即使人们能肯定这些期望是合理的,但仅仅有这一点还不足以达到高要求的行为互补的社会标准水

平。社会的其他互动系统或组织系统或职能系统在这方面都依靠法律的帮助。

但是这仅仅是一种服务,这从以下事实中可以表明,即:法律之外的系统有无数同等功能的机制来保证作为其他行为之前提的理想行为。<sup>④9</sup>例如信用卡系统也是为在法律监督之外保证付款服务的。没有信用卡,有些服务(例如汽车出租)常常就不再提供。或者在美国,加油站必须事先付了相应的钱才给汽车输一定量的汽油。显而易见,这些形式的发展是因为法律对有些行为不能提供保证或不能提供充分保证。联系到社会基层集团影响和非政府组织的发现来看,法律对行为规定的贡献常常被估计得很小。<sup>⑤0</sup>但是这当然只对非常特殊的情况有效。在现代条件下几乎无法想象,法律可以大范围地由这些动力来源所取代。

158

另外,对于把行为调节理解成法律为其他职能系统提供的服务来说很重要的一点就是,这绝对不是像霍布斯所想象的那样仅仅涉及对“天赋自由”的限制。毋宁说法律从它的方面也创造了自由,对这种人为的自由在其他社会性系统中又可以加以限定条件,即以各系统自己的方式加以限制。例如拒绝帮助和过高的纳税要求而自己积累资本的自由;或者加入某个组织或在不利条件下拒绝参加该组织的自由;或者拒绝一个家庭所苛求的对家庭有利的婚姻对象而追求建立在“爱情”基础上的婚姻自由。还有发表不合适的意见和对这种意见进行批评(但只能事后进行)的自由。在很多方面其他系统为形成系统自己的形式所使用的“手段”都是建立在受法律保证的拒绝可能性之上,即建立在法律保证人们可以躲避他人以道德或理性等名义施加强制适应压力这种可能性基础之上的。因此当18世纪和19世纪出现这种情况的时候,人们会认为法律的真正职能在于保证自由,这不是偶然的。

159

调解冲突的服务也与此相类似。在这方面社会在其很多社会性系统中也是依靠在发生冲突的情况下可以让法律系统介入。这尤其适用于驳回不合理期望和示意固执己见者通过法律途径解决问题的权利。另一方面应该指出的是,法律并不一定解决原来的冲突,而是只解决它自己能够建构的冲突。<sup>⑤1</sup>在日常生活中冲突的深层结构和冲突动机以及由谁开始的问题在这里并不被考虑。因此法律裁决或法律强制进行的调解对实际存在的冲突的影响很难通过法律进行监督。此外对通过法律调解来解决冲突的需要本身范围就很窄小,尤其在当事人很希望能继续保持他们的关系,所以害怕通过法律来解决冲突的时候。正因为如此,在亲密关系中,尤其在家庭中存在着那么多的肉体的或心理的暴力。也正因为如此,

社会的依附关系,例如在劳动岗位上的依附关系常常使人们无法就可起诉的权利进行交往,或者宁愿通过其他方式来解决问题,或者让冲突稳定为持久性冲突,大家都伺机以待。

160 日本在广泛采用法律外解决冲突的机制方面尤其出名。甚至很有限的需要民事法庭解决的案件也通过法律外解决冲突来解释。<sup>52</sup>在英国甚至连像打猎和偷猎这样重要的事情也不会去麻烦法院。当然,随着立法权力的扩大,尤其是公法整治的扩大,对习惯法的渠道太窄、与法院打交道不方便等现象的批评也日益增多。<sup>53</sup>这种为法律减轻负担的现象可能与人们把社会调解或遵守团体内的规矩作为社会秩序来接受有关系。假如不再是这种情况,与法院打交道不方便就会使小团体的包容与大群体的排斥之间的矛盾尖锐化,从而无论对法律服务还是对法律功能来说都成为问题。<sup>54</sup>对这个问题我们在社会与法律那一章还要详述。

因此功能与服务的区别主要在于具有同等功能的机制所涉及的范围。对于保证规范性(就此而言不是理所当然的)期望来说法律是不可替代的。但是人们所期望的行为则在很大程度上可以通过正面鼓励来达到,法律形式只是当进展过程中出现了干扰的特殊情况下才是至关重要的。冲突可以通过很多方式基本得到解决或裁决,而法律只不过是多种可能性之一,尽管是一种履行可谓储备货币式的功能,并且提供一种对自由的最后保障的可能性。功能与服务的区分是由于法律系统的分立才出现的。因此上面所说的调节行为和解决冲突等方面必须区分没有分立的法律系统的社会和有分立的法律系统的社会。这两种情况有很大的区别,即使在“解决争端”的功能视角下自然也有极其不同的情景可以相比较。<sup>55</sup>

161 在部落社会或“农民社会”的农村地区,很大程度上不得不在与正式的法律和法庭没有关系的情况下自己解决问题。遇到法律问题的时候,一般情况下都是采取调解争端的方法,这种方法把要交往的着眼点置于这一目的之下。这里涉及的是有利于生存和可实施的处理,而不是(或主要不是)宣判正当或不正当。<sup>56</sup>方法中已经包含了可以在地方上达成一致意见的着眼点。争执双方要面对这样一个问题,即他们想如何在当地继续生活下去。在现代情况下,调解的方法却是在如果调解不成功就可能引起法律争端这种威胁视角下进行的。(诉诸法律)就像是玩火,对结局无把握,要付出代价并且拖延时间;但是人们也总是会考虑到法律保护权利的可能性,而且可能达成一致的形式是有效法律的形式,这种形式本身又开辟了当需要的时候可以起诉的可能性。调解方法依靠的是使规范

性期望稳定化这一法律的基本功能,但是它可能会从这一形式获得更多的社会价值,这种价值作为法律提供的服务对相关的心理的和社会的系统是有益的。

如果人们想把法律系统的功能和提供的服务联系起来进行评论,就可以把法律视为一种社会的免疫系统。<sup>67</sup>随着社会系统复杂性不断提高,规范投影之间的矛盾也日益增加,而社会更多地依靠能为这些冲突找到“和平的”解决办法,否则交往媒体和职能系统的发展以及例如“城市”的发展都会停滞不前。这种情况当然完全可能出现,而且在很多情况下也是这样发生的。但同时也存在着使系统加强对这种病症的免疫能力的可能性。在这里人们不知道而且也不可能预见什么时候以及出自什么原因使某人想到采取冲突的方针,并且用另一种规范投影来反对一种规范投影。就像在免疫学中对这种情况也不存在具体准备好的回答。法律系统并不预见什么时候发生冲突,情况会是什么样,有谁参与,冲突有多剧烈。法律系统的机制旨在“不依赖于人的威望”而起作用。这种机制需要时间才能建立起免疫反应。事实情况太复杂了,所以反映在心理和心态作用中的环境推动和在社会系统中贯彻的解决问题的方法之间不可能逐项逐条都相对应。而且也只有当有朝一日找到的解决办法能够减少新的“感染”可能性或缩短处理时间的时候,才谈得上免疫系统。

162

因此,涉及法律功能问题已经有一系列的论据表明,法律系统的分立一旦开始,就将由自己来证明自己。我们看到,不协调一致的规范投影的增多已经达到了极点,以致对规范性期望的规范性期望中似乎是自然生成的相互反照作用已经不再提供解决办法,而是必须由法律中的一个有组织的裁决系统的分立来取代,这个裁决系统就把注意力引向了自己,并且发展出一个合法有效的规范的网络,只要裁决系统得到足够的政治支持,它本身就是以这一网络为依据的。另一个视角是,一个职能系统一旦形成,就能够区分开功能和提供的服务,在服务范围内有许多与规范性期望有同等功能的机制,而在功能范围内却没有(或者实际上几乎没有可实现的)有同等功能的机制。最终,一个与难以意料在受干扰情况下所出现的事情相比较复杂性比较少并且有自己历史的免疫系统具有的优点,也使人们能够认识到分立的理由。

假如涉及的是这样一个讨论得很多的问题,即:为什么向现代社会的发展是在欧洲发生,而不是在中国或印度发生,那么对所有这些视角点必须给予更多的重视。如果我们把比较集中于12世纪或13世纪,并且集中于欧洲和中国,那么在人口的因素、工艺技术的发展、文字的传播和生

163

活富裕程度等方面毋宁说都是欧洲处于劣势的。但是欧洲在罗马民法成就的基础上拥有一种发达的法律文化。很大一部分教士实际上就是(教会法的)律师。英国在这些基础上独立地发展出一种习惯法。各种城市法被收集起来制定成法典并且被作为范本而接受。意大利各城市的主权斗争主要是围绕着法律上的自治而进行。在这里合法权利比任何其他地方都深得多地渗入到日常生活关系之中。人们可以对抵抗现实的稳定化的行为期望有比在文明比较中标准水平更高的估计,尽管还不能很肯定实际的行为是否符合期望。社会秩序有可能被卷入较大的不确定性之中,但与此同时至少还仍然可以确定,以哪些期望人们可以把法律作为依据,在哪些点上冲突会作为法律冲突而出现,这些冲突在必要的时候不得不通过“最高法庭”即战争来裁决。不管人们如何评价宗教、货币经济和地方差异在这一联系中的意义,但是都不应该忽视,一个重要的发展过程是在法律中,在于法律上为更大的复杂性和不确定性作好了准备。

看到所有这一切,人们似乎还不能说功能专门化的优点就像一个进化的机制那样起作用。为了作历史性的解释,需要有一个结构更为复杂的进化论。<sup>⑤</sup>此外,仅仅从功能中还不能得出以下结果,即:法律实际上也能够作为一个自我生成的系统而自成一体,并且进行自我再生产。为此还必须有些特定的结构发展,这个问题我们将在下一章从规则化和程序化的(区分)视角来进行阐述。

## 第四章

# 规则化和程序化

165

### 第一节

仅仅说明功能还不能充分描述法律系统。从前一章我们就看到,由此还没有弄清楚法律系统在进行自我再生产和与环境划清界线的时候是以什么为依据的。因此在社会学系统论中无例外地谈到功能和结构,并且认为结构规定是必不可少的,因为关于功能的说明还留下了太多的问题没有得到解决。<sup>①</sup>法律理论本身也遇到这一问题。例如边沁认为法律的功能归根结底在于使期望得到可靠保证,取向价值是通过“命令”来保证的,即通过一个由政治授权的有执行能力的立法机构。命令产生了服从与不服从的区分。或者用古人的话来说,当西塞罗自问,究竟什么是“法”的时候,他首先想到(援引专家的话)的是:“ratio summa insita in natura, quae iubet ea quae facienda sunt, prohibetque contraria.”<sup>②</sup>(“法是自然中固有的最高理性,它命令做该做的事情,禁止违抗”)这里所涉及的显然是一种法律所专有的区分。在下面的表述中,规则(der Code)这一概念就是承担这一角色的。与“命令”相比,这一概念不是解决效力的渊源问题,因为正如我们所看到的法律效力的渊源就是法律系统本身。规则概念的内涵比结构概念要窄(虽然规则绝对是结构),它借助规则化(Codierung)与程序化(Programmierung)的区分把注意力更多地引向结构的发展。

前一章所描述的法律的功能产生了一种二元格式,根据这一格式规范性期望——不管源自何处——或者得到实现或者失望。这两种情况都会出现,法律就相应地作出不同的反应。然而这里没有解决当人们遇到令人失望的行为从自己方面对照规范并且坚持认为自己有理的时候该如何处理;更不用说仅仅声称犯了法或者对是否该把某行为算在某肇事者身上等问题有争议的情况了。在此类情况中对照这一项或那一项规范也

166

可能得到社会的支持,或者人们也可能求助于偶然的机制(神意裁决等),以便在社会对双方都支持的情况下来调解冲突。<sup>③</sup>但是这样一来法律功能的履行就总是有赖于不受法律支配的社会结构,或者依靠一些窍门,这些窍门截断了上述依赖性,但它们是以牺牲法律可预见性和法律规定之可能的严密性为代价的。

社会的演进通过一种抽象来超越这种状态,这种抽象通过另一种类型的区分提炼出显而易见的、与每一种期望都有联系的实现与失望的区分。但是与以往一样,关键在于规范性期望究竟是得到了实现还是令人失望。正是在这一视角下对事实情况进行的直接观察承担了法律的功能,而且是无法排除的。但是这种观察又通过二阶观察加以补充——所以我们说是“提炼”——后一种观察以为此目的而分立出来的法律规则为依据,并且保留审查期望或令人失望的行为是(曾是、将是)合法还是不合法的权利。

虽然从逻辑上讲正当与不正当的二元格式化是居于首位的,因为它是法律系统可以被鉴别的依据,但是从历史的角度来看这种格式化是一种后来出现的成果,并且是以一种事先已经存在的规范状态为前提的。<sup>④</sup>

167

二元规则化这种解决办法之被选择并且在演进中得到贯彻,这绝对不是不言而喻的。也有可能恰恰这种办法被认为太危险而被规避,有些高度文明的国度建议在进行规范投影中要采取谨慎态度,从而对坚决遵照法律办案持否定的评价。<sup>⑤</sup>于是在政治上把平衡作为优先原则,社会的统一被描写为和谐而不是差别。法律系统仅仅成了处理一些不听教诲行为等情况的技术性紧急办法,而没有被分立为一个独立的职能系统。它的重点是刑法以及官吏组织法和管理法。而对社会一般成员来说则最好尽可能对法律避而远之,并且把与法律发生瓜葛视为不幸。

168

因此,仅仅从出现规范性冲突,并且由于这类冲突造成的损失促使人们努力去解决冲突这一事实中还无法解释严格的二值规则化。相反,每一个纠纷调解人都力求缓解矛盾,力求避免对情景作出只能是这一方或那一方有理的定义。他的高于纠纷双方的优越地位和他的不偏不倚的立场恰恰表现在他没有责任必须最后偏袒某一方而反对另一方。<sup>⑥</sup>正是这类冲突的出现和从中产生的独立的(多数是有地位优势的)第三者的意义,使法律严格的二值规则化一开始被视为不可想象,在这里演进常常是反对这种可能性的,虽然它尽管如此最终还是使二元规则化得到了贯彻。

恰恰这一点是欧洲传统的典型特点:人们在法律中设置了一个二阶观察的层面,由此出发不是调解直接的规范投影,而是把规范投影置于另

一种区分之下。这一区分使法律具有一种规则化系统的形式,并且使法律可以在法律自己所规定的条件下被自由地应用。

在按照逻辑进行的回顾中我们可以把实际可能的发展描述为法律之同义反复的展开或自相矛盾的化解。我们也可以把这简称为法律的非同义反复化或非自相矛盾化。这可以划分为以下步骤。

(1)早就一直作为 Recht(法、法律、正义、公理、正当、权利——译者注)出现的、被称为 Recht 并由此与其他事物相区分的東西被重叠,由此再一次被肯定,从而变为同义反复:Recht 就是 Recht;(2)这一同义反复通过使用一种否定变成一种自相矛盾:Recht 就是 Unrecht(不正当、错误、无理——译者注);(3)在社会系统中这种自相矛盾开始是意指两者的出现不可避免地互相有联系,一个人的 Recht 就是另一个人的 Unrecht,但两个人都是社会共同体的成员。这一形式通过再一次否定变成了一种对立的形式:Recht 不是 Unrecht;(4)由此有理的或无理的那个人也只能或必须从时间的和社会的角度来确认这一状态。把有理的人说成是无理,这是逻辑上所不允许的矛盾。(5)这一矛盾最终通过限定条件而被排除,于是同义反复被展开或自相矛盾被化解。如果具备了法律系统程序所规定的条件,Recht 就是 Recht,或 Recht 不是 Unrecht。在这一程序化(自我结构化)的层面上系统才能经受住时间的变化并且使自己不以偶然出现的冲突为转移,而由自己来确定什么可以被视为可裁决的冲突,从而作为案例中演进的“动力”起作用。后面一章我们将谈到,这一点最终导致法律系统越来越多样化,多样化与信息冗余之间的关系成为持久的问题。

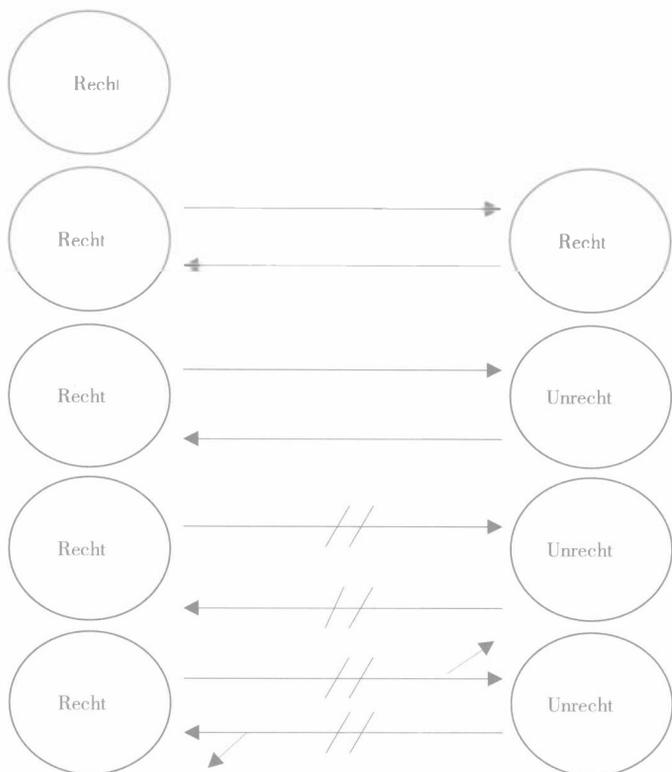
169

为了更清楚地说明这个问题,我们用下面的图示来总结一下上述同义反复的展开过程。

为了谨慎起见还应该补充一点:这当然不是一个系统建构中的经验步骤,更谈不上是法律系统的历史状态。这里涉及的是对系统自我生成的逻辑反思,这种反思恰恰应该说明系统的结构不可能从逻辑中引申出来,同时也说明了这在经验上是不可能的。法律系统之所以成为可能并不是因为它可以从逻辑所要求的公理中推断出来<sup>①</sup>,而是因为系统的自我生成是在十分特殊的历史条件下进行的,由此建构了一个可以借助上述区分进行自我描述的系统。

170

也就是说把正当和不正当如此鲜明地、不可调和地互相区分,最初人们觉得这很引人注目,并且觉得这并非是不言而喻的。然后人们看到法律演进以何等规模对从其中存在的挑衅所采取的态度中产生出来。罗马民法中最主要的范畴之一,即债权似乎就是从以下事实产生出来的:某



人,或者由于不正当行为,或者由于合同而犯了错,这一犯错不得被纳入到一种法律形式,以便受到合法处理,——作为约束,作为被具体化为一笔应该兑现的偿付债务的约束。<sup>⑧</sup>侵权法和合同法连同它们的典型化形式都是作为这样一种债务的发展形式,即作为债务法而产生的。

这并不意味着正当与不正当相混淆。相反,在每一笔债务上都要重新确认,哪种行为是正当的或不正当的。也就是说必须把法律规则的两个值,正值和负值互相分开,尽管这两个值总是一起参与作用,而且相分开也必须作为相联系的方式起作用。尽管人们不可能问和回答,正当与不正当的区分本身是对还是不对(因为这个问题会导致自相矛盾),但是人们必须以区别来工作。不可忽视的是,在这里自相矛盾本身通过避免和掩盖自相矛盾的努力而变成了一个独创性的原则。<sup>⑨</sup>人们不得不通过其他的区分来完成正当与不正当的区分。例如可能出现某人要为损害他人财物承担责任这样的情况。如果造成损害者的行为触犯了法律,这样做是理所当然的——这等于“受损害者是物主自己”(“casum sentit dominus”)或“行使自己的合法权利不得损害别人”(“qui suo iure utitur ne-

minem laedit”)这类常规的例外。换言之,法律不能禁止自己使用,或者对自己使用进行惩罚或判以承担责任后果。一个人只有当“非法损害他人财物”(“damnum iniuria datum”)的时候才会被传审。<sup>⑩</sup>这一点最初是不言而喻的,而且也是十分明白的。但是当法律受法律政策影响的倾向加剧时,人们就考虑,要把它纳入到一定情况下必须承担赔偿义务的范围内,在这个明白无误的划分线上肯定会有太多的行为被禁止。换言之,直接贯彻正当/不正当格式的教条与风险现象不相适应。<sup>⑪</sup>作为对这个问题的回答发展出了有关危害人身权责任的法律概要<sup>⑫</sup>,它让人们发展出肇事者必须为无过失所造成的损害分担责任的条件、规定和理由,也就是说有些人对合法的行为也可能要承担责任,其理由就是:同意有可能会造成损害行为的人也必须承担赔偿损害的责任。

172

第二个例子取之于国家容忍违抗法律行动的范围。<sup>⑬</sup>“国家权益之上原则”论一再强调的教诲之一就是,一个君主必须对有些一旦加以追究就可能会导致无法控制的不安定局面,亦即有可能会危及和平和统治的违抗法律行为不予理会。<sup>⑭</sup>19世纪人们就在书上看到,和平是基于某种“对法律绝对要求的忽略”之上的<sup>⑮</sup>,而且归根结底可以把浪漫主义运动评价为对正当/不正当二元规则之统治地位的暂时性的、最后的、有目的的反抗。<sup>⑯</sup>“不谋私利的违抗法律行为”<sup>⑰</sup>,也就是为了某种思想理念而攻击作为二值格式的法律规则的行动是当今值得注意的事情,今天在遇到类似问题的时候人们建议用“民事不服从”这一轻微违法行为概念。如果不仅仅某些外部的思想理念或主管机关拒绝法律规则,而且要求法律本身也这样,那么这个拒绝法律规则的问题就会变得尖锐起来。这是怎么回事?在主管当局知道的情况下长时间地违抗法律的人最终是否可以要求某种时效或者信任保证?在历史发展进程中这方面的问题也变得日益紧迫,历史发展越来越导致主管机关不能十分了解法律(或事实情况),或者不能使法律得到完全贯彻,或者把对法律强制的不予理会纳入到一个一揽子谈判计划之中,以此来达到某些通过其他方式所不能达到的目的。<sup>⑱</sup>鉴于正当与不正当的混合(界线不清),必须重新规定在这样

173

一种情况下什么样的正当/不正当的混合为正当或不正当。但是这样一来法律就变得受某个时刻的约束,因为只有法院裁决的时刻才能看出应该如何根据法律来评判这样一种行为。

很明显,如果法律系统本身要穿越正当与不正当的规则界线,也就是要打破二值的互相排斥,必然需要时间,也就是必须能够根据自己的程序区分过去的和以后的法律状况。如此来看,效力标志的暂时化与贯彻严

格的二元规则效力是互相联系的:为了使法律系统得以分立,两者必取其一的实质上的强硬必须通过时间的推移,也就是说通过时间上前后相继中的不同来平衡。分立需要系统的动态化。

从始终伴随着法律发展的这些事实中<sup>①</sup>不应该得出结论说,正当与不正当严格对立的意義減弱了。这就等于从自相矛盾的隱形化得出了自相矛盾不存在的結論。人們只有從以下認識出發,才能理解在這些事實中可以看到演進的發展,這就是二元規則化區分的風險形式所起的作用,就像系統自己對自己持續地進行刺激。

## 第二節

從實踐方面很容易把握二元規則。沒有這一優越性二元規則不可能實現制度化。根據人們對形式的一般看法,當兩種值互相排斥的時候,人們可以同時看到它們。只要有一個補充規定,即凡不是正當的就是不正當的,或者反過來,凡不是不正當的就是正當的,就可以使系統關閉。然而這一格式化的優越性掩蓋了複雜的邏輯結構。我們想用再進入,即公式二次再代入這一邏輯數學概念來表述這種邏輯結構。

在正常情況下公式是這樣構成的:人們只在一側(也就是在公式的內側)觀察到再進入,因為另一側作為無標記的狀態只是為了劃清界線才放在一起。這在範例上也適用於系統與環境的區分,區分只能在系統內進行,而不是在環境中進行。<sup>②</sup>從邏輯上講這種不對稱並不是強制性的,因為再進入概念僅僅說明,一個空間通過一條切線(形式的標記)被分成兩半,由此才產生了一個代表世界的特殊的空間,這個空間就是為了讓區分再進入被區分的事物而準備的。<sup>③</sup>對於規則化的功能來說僅僅一側的再進入是不夠的;因為從運作上來說這意味著,形式的界線是不能穿越的,因此正當中的不正當只能是夢想。任何穿越界線的運作都會消失在另樣的不確定的空間中,而且永遠不會再返回。因此,只有當人們在形式的兩側都為再進入的可能性做好準備,才能從自我參照中產生對稱,然後這種對稱又可以通過限定條件而重新變成不對稱。<sup>④</sup>

系統形式的不對稱和規則形式的對稱必須在系統內共同起作用。系統形式的不對稱保證了即使當系統的運作以環境為依據的時候系統也能保持其自成一體性。而規則的對稱性則保證了人們可以經常穿越標示規則的界線。當系統確定不正當的時候,它不能簡單地對不正當行為聽之任之,而是必須找到能夠合法處置不正當行為的可能性。換言之,不正當

行为是合法行动的必不可少的引发信号。不仅正当值而且不正当值都必须能够被理解为规则化领域内的整个规则的实现,理解为与对立值相对的值。人们也把这样一种结构称为“互相联网的对立面”。<sup>②3</sup>我们还将看到,从一种值向另一种值过渡的简便性和技术性以及同时又避免规则化范围之内发生任何值之间的冲突,这一切都是建立在上述基础之上的。(换言之:规则值之间的冲突成为系统之间的冲突,而不是系统内部的冲突。)

所有这些思考都是以自我参照和区分之间的联系为前提的。前者必须有后者才存在,反过来也是如此。只有自我参照的系统才能进行区分(观察),因为它们必须把区分或借助区分所表述的东西与自己相区分,反过来当然自我参照是以自我参照和外部参照的区分为前提。我们在考夫曼那里可以看到这样一句话:“总之,自我参照与区分观念是不可分的(因此才有概念上的同一)。”<sup>②4</sup>任何复杂性的增加都不能取消这一基本条件,也不能“辩证地”扬弃它,而只能表述它。因此,每当我们尝试去观察世界中的世界统一性或者作为观察之基础的区分之统一性的时候,都陷入到一种自相矛盾之中。所以法律只有通过一种自相矛盾的展开,即通过引入进行鉴别的区分才能确立。<sup>②5</sup>

176

因此,一个二元规则化的系统之统一性只能以一种自相矛盾的形式来描述。它通过运作不断地被再生产出来,但是在系统中却观察不到——除非以简单化的结构形式,对此我们将在第十一章中进行论述。它不能被观察到,否则它必须为在此把这一规则应用于自身;也就是它必须裁决,进行正当与不正当的区分究竟是对还是不对。在法律中就像以其他的方式也在逻辑学中一样,系统的自相矛盾就是系统的盲点,正是这一盲点才使得观察行动成为可能。<sup>②6</sup>可以说,自相矛盾代表了系统中同样观察不到的世界。它是看不见的原因,其后果是,一切论证都带有教条的性质,包括下述论点:不言而喻,引入正当与不正当的区分是对的,否则根本不可能存在有秩序的司法管理了。

因此,规则本身就是导向化解自相矛盾——即似乎只能作为规则所特有的观察问题而存在的自相矛盾——的第一步。规则要求作为区分而不是作为被区分事物的统一性而得到贯彻。我们所理解的规则就是:法律应用一种二值格式建构自己的运作,并与其他事实相区分。<sup>②7</sup>规则是带有许多前提条件的结构,这种鲜明简单的结构可以被归结于双稳定性的成果。这是意指可以具有两种状态(正/负,1/0,在/出等)、从中产生其下一步运作的系统。这种系统具有内置的区分、具有内置的形式,它的运

177

作能够把自己下一步运作的接续点从一侧移向另一侧——用斯宾塞·布朗的术语来说就是“穿越”行动。成就在于具备两个而且只有两个不能同时使用的接续点。它们不是以系统具有观察、自我观察、自我参照与外部参照的区分等可能性为前提的(不言而喻这在法律系统中是存在的)。双重稳定性使系统可以通过自己的运作有限度地对高度复杂的环境作出反应,而不一定要使自己顺应环境。这一切贯彻于一切并由此出发的继续发展之中,不会再改变。因此二元规则,即正当和不正当的二元规则,是具有双重稳定性的形式,并由此保证了系统不仅在确定正当行为的时候,而且也在确定不正当行为的时候都能够安排自己的下一步行动——不考虑正/负的区别,而正负区别却表明,人们只能以正当而不能以不正当在系统中确立地位。

从逻辑上看,双重稳定性以排除既不能划归第一种值也不能划归第二种值的第三值(或表述)为前提。在这一前提下两种值都可以通过单纯的否定而改变,而不需要对值作任何“解释”。运作上这一排除是通过产生一个环境来进行的,对于这一环境来说上述这种“既不/也不”是可以设想的。因此,与斯宾塞·布朗主要使用核算不同,区分的另一侧不是自在之处(eoipso),即永远不可具体化的“没有标记的空间”,而是系统把它的规则,把它的主要区分作为两面形式置入这样一个“无标记的空间”中。也就是说系统对它的规则形式的两侧都能作具体说明;但是只能以这样的方式:恰恰由此产生出一种排除效应,这种效应把被视为在系统中无法作具体说明的其余部分的世界变成环境。<sup>②</sup>

178

借助二元规则有了一个正面的值,我们称之为正当,以及一个负面的值,我们称之为不正当。当一种事实情况符合系统规范的时候就使用正值;当一种事实情况违背系统规范的时候就使用负值。我们所说的“事实情况”是由系统自己建构的。系统不承认任何可以给它规定什么是“事实情况”的外部主管机构,虽然这个概念既可以表述系统内的事实也可以表述系统外的事实。实际操作确认正当与不正当值的“司法权”是系统内部的事务。法律之外不存在对正当与不正当划分的处置权。这是一种很一般的看法(当然在其理论评价的联系中却得出了不一般的结论)。也可以把它概括如下:每当一个运作要对正当与不正当做出处置的时候,系统就把它视为系统自己的运作,并纳入继续运作的互联网关系之中。当然这里还可能存在这样的问题:在多大范围内保证前后一致性(或者信息冗余)——例如中世纪在宗教法、民法和地方法律习惯的关系中缺少统一审判权的情况下。



规则化的维持秩序效应和区分效应建立在它的二值性之上。这首先意味着法律系统不可能是一个有目的论倾向的、追求一个好的结果,当达到目的之后就停止运作的有目的的系统。换言之,系统的统一在系统内不是作为应该达到的最终状态的目的而出现。系统中可能有目的取向,但仅仅是对单个事件而言,例如为制定一个法律或作出一个法庭判决而进行的单个程序,或者是以订立合同为目的的合同商议。这些互动的程序或协议一旦达到目的也就终止了。然而这种目标设立和终止的前提是,法律并不会也随之而结束和终止。相反,法律中的单个事件分立、目的标记、时间区分恰恰是建立在法律系统本身还要继续运作下去,程序或协议的结果被纳入了继续运作的条件联系之中这一基础之上的。<sup>⑳</sup>假如法律本身随着程序而终止,人们就根本不可能会让程序开始。因此法律是一个无止境的历史,一个自我生成的系统,它生产要素,只是为了能够不断继续生产其他要素,而二元规则化就是保证这种再生产的结构形式。

这一点也表现在以下方面:每一次证实正当或不正当的裁决,在以后的应用中又可以产生或者合法或者不合法的事实状况。如果在一个有法律效力的判决中被判为胜诉的人亲手去执行这一判决,这就成了不正当;而虽然因不正当行为而坐牢的人,在监狱里也有要求得到食物,得到人道待遇等的权利。每一次选择这一种或那一种值的运作都以此为规则,开辟了根据这种或那种值判断以后运作的可能性。这无非意味着,法律系统从时间上来说也是一个在其自成一体性的基础上开放的系统。因此一个分立的、以自己的规则为依据的法律系统的标志就是:它让紧接着不正当行为之后总是出现合法行为,就像一再出现的、在使用正当值的过程中有陷入不正当的可能性一样,二种情况都是服从内部的规定,并且以此来证明自己。这里不再像在部落法律秩序中那样,只是给受伤害者以补偿,或者调解群体之间的冲突。

二值性(区别于单值性)不仅仅是运作上自成一体的系统保持开放的最起码的条件,它同时也是(区别于多值性)能够进行裁决的一个条件,从而也是审判权的一个条件(参见第七章)。任何想增加规则值的企图都会马上使裁判状况复杂化,以至法律系统的运作——不管“多值逻辑”对此有何看法——在经验上不再可能有充分把握。这种倾向的尝试据说在中世纪和近代早期曾经有过。一种情况是,人们承认教会或世俗君主的利益高于一切,使法律受到“贬低”,于是就好像有三个值:正当、不正当和共同利益。有争议的是,这不是一种自然法规范,如果是的话,那么自然法规范是不是也为违抗自然法的行为辩护。<sup>㉑</sup>另一种情况是

以下“国家权益之上原则”戒律：如果对违抗法律的行为进行追究，从政治上考虑这可能太危险，可能会导致骚乱、内战或强权贵族阶层的反抗，因而对违抗法律的行为不予追究或不予理会，于是就好像有三个值：正当、不正当和维护政治统治。<sup>④1</sup>但是这些例子同时也表明了，此类结构并没有被扩展到形成一种公认的三值形式，否则这显然会导致司法实践完全无所适从。毋宁说在法律实施中确实有缺陷的情况下应该把问题在法律内部截住并且使之化解——或者通过承认一种违抗法律行为具有合法性这种自相矛盾形式，或者通过特别法、例外法或者特许一种特别权利（*ius eminens*）等形式。第三值的后补地位不能简单地与正当和不正当并列放在价值表上，它至多有与二元规则对立，但与此规则相对要求获得一种抵制值的地位<sup>④2</sup>，也就是一种使人们可以在某些特定情况下拒绝在正当与不正当之间进行裁决或拒绝这种裁决强制之约束力的价值地位。在这里我们正处于古代和中世纪关于法律是否能够使自己免除被使用这个问题的讨论尾声。对这一点今天尤其在禁止拒绝审判的规定得到实行和贯彻以后必须予以否定。今天已不再像在罗马雄辩术中或者中世纪的法律理论中那样，抵制值代表一种更高层次的价值。<sup>④3</sup>也就是说，人们不可能通过抵制此规则迫使规则接受更高的准则。相反，这里仅仅涉及一种逻辑形式，即当社会系统必须在许许多多有着不同规则的系统不迷失方向，而自己又不拥有一个超规则的情况下它不得不选择的一种逻辑形式。<sup>④4</sup>

181

允许规则自我抵制，这种结构是自相矛盾的，因为它还要为自我抵制的行为要求合法性（而不是违法性）。正因为如此，人们通过法律效力层面上的区分来化解这一自相矛盾，这一点必须与在直接观察中采取同义反复形式的另一种情况相区别。任何一个职能系统都可以再一次把自己的二值性表述为对第三值的排除，在社会联系中这意味着，它有权利在无

182

条件接受自己规则的前提下拒绝其他职能系统的规则。但是由此受到限制的只不过是选择可能性，而不是应该逐条逐项得到尊重的价值的重要性。在法律系统中我们还将详细看到，与此相适应的是规则化与程序化的区分，由此在规则层面上被排除的“其他值”，在程序层面上又可以发挥作用；当然前提是它们只是被用来为正当与不正当之间的裁决限定条件。

一个规则的统一表现在对一个值进行判断的时候不可能不考虑另一个值。可以说这打破了一种直线性的法律意识。人们始终必须以此为出发点：在某种特定的情景中，不管对正当或不正当如何深信不疑，总是可

能有另一个值参与进来。因此把事实与某一值相对应,要以对反面可能性的审查和反驳为前提——就像在科学中,只有当人们声称对一个定理已经作了检验,说明它不是错的,才能够说这个定理是对的。当然,在这类问题中没有绝对的可靠性,也没有一个主管机关能够——似乎必须说不以自己主观意志为转移地——确定,什么定理对于任何一种可能的立场都适用。但是这种无终极性可以在系统中得到补偿——或者通过已被承认的一切科学表述的假说性,或者通过法律效力机制依据法律禁止在同样前提下进行复审。

通过这种方式规则“解开”了自相矛盾。这个自相矛盾在于:系统的统一性存在于两个彼此不相容的值中,也就是说一种区分有两个方面,这两个方面从时间上来看是同时与本案件有关,但是不能同时使用。第二值的介入使人们不一定凭最初的直觉,从自己认为正当的东西出发采取下一步运作(或者假如这样做,就要冒风险)。因此第二值是一个反面值、一个监督值,它使所有的正当由于包含着不正当而成为或然的。每一次规则值的划分都是或然运作的或然结果,因而这必然是一种原则上也可以得出另一种结果并且要对此进行权衡的判决。

183

这一论点可以换一种表述,即规则化以在系统内可以进行二阶观察为前提。这并不排除一阶层面上的运作,即不进行相互反照的对正当或不正当的断定。而这也是在系统内的系统的运作。但是我们在第二章中提到,系统的关闭只有通过系统内的一切观察都经受一种二阶观察才能实现。

规则的关闭是通过简化从一种值过渡到另一种值,即“穿越”界线的过程而实现的。正当更多的是与不正当相关联,而不是例如与爱相联系。我们可以把这种对有效的规则化的需要称为规则的技术化。这意味着,“穿越”行动可以像一种技术操作那样来完成,这种技术操作的成功只取决于很少的条件,既不取决于整个世界的精神,也不取决于完成这一过渡的“主体”的个人特性。<sup>⑤</sup>如上所说,规则的二值本身不需要解释。即使没有关于世界和人类的知识,人们也能知道并且预见,在具体事件中以什么为根据来判断某件事情是有理或无理;人们只须能够尊重法律系统中被确定为有决定性作用的条件,并使用相应的世界知识和人类知识就行了,人们首先必须去翻阅法律书,而问题只是在于:在哪里?

正因为如此,正当/不正当规则的技术化有极其人道的一面。因为对于大多数有理并且坚持认为自己有理的人来说仅仅证明自己有理是不够的,他们还必须把他们的对手置于无理之中。常常很难说这里的原始动

184

机是什么。规则通过把正值和负值顺利(即技术上的)联结使这一点显得仿佛是自动发生的,与很在意他的对手被判无理的人相比人们不必有特别的表现。

技术化可以被理解为合理判决的条件和要求。但由此使合理性要求受到规则形式的限制。可以说这是专门“法律的合理性”<sup>⑤6</sup>,但是不能从中引申出以下结论:这是整个社会的合理性。因此在这里使用“合理性”这一概念是有问题的。然而能够做到的是:在温和宽容的范围内可以确定,进行正当和不正当二值划分的时候是否不知不觉出了错误。这又是使在系统中建立一种监督错误的等级制度即专门负责这方面任务的各级机关成为十分有意义的前提。唯有如此最终才能实现以下设想:同时采用许多方法,但得出的判决精神基本相同,因此不管上哪个法院,由哪个法官来进行审判,都不会对结果有影响或者影响很小。这个问题虽然在实际工作者和法律社会学中引起极大的注意,而且显然在某种情况下有可能成为关键问题,但是即使出现异常现象,而且人们在了解法律和事实情况的基础上可以具体说明由谁来作判决会有区别以及在哪些具体方面会有区别的时候,规则的技术化也能够经受住考验。<sup>⑤7</sup>

185 与直接的规范投影相区别,规则使人们可以把很不相同的质归结为一种形式。这使法律评判独立于很多社会的评判,并且同时为各种属性的结合开辟了广阔的活动余地。例如世界上存在着善良的但无能的人,或者有能力的但性恶的人<sup>⑤8</sup>——有别于上面所说的以和为贵的高度文明国度中存在的可能性(也有别于依靠好的属性或坏的属性相结合的欧洲传统的善恶概念<sup>⑤9</sup>)。当然这并不意味着不可能再去“接纳”社会的评判,但是这种接纳必须是系统内部能够被认可的,与系统内部可以相连接的,从自我生成角度来说可以应用的。

186 假定这一切都符合了,仍然还存在着对此规则的两种可能的解释。一种解释认为,此规则把世界分成两个部分:正当与不正当。与此相关的一切都或是正当,或是不正当。人们在作这样的观察和描述的时候,对此规则的一面作了详细说明,而把另一面作为残余范畴,即当法律的形式设定后作为“无标记的空间”(斯宾塞·布朗)留下的部分放在一起。对此又可以有两种解释,即可以或者把正当或者把不正当视为规则的“内侧”,而把另一部分视做“外侧”,即残余范畴。选择哪一个的问题可以通过对允许或禁止某事的规范表述得相对不确定来予以纠正。也就是说系统的“程序”(我们马上会回到这一问题上)可以把它们具体说明的工作更多地放在规则的这一侧或者更多地放在另一侧,在民法上更多地鉴定

有理的一方或者在刑法上更多地鉴定无理的一方。<sup>④</sup>不确定的一侧就好像是为了解释和论证的目的而存在的“多样化汇合”(“variety pool”),也就是说,尽管有这种诸状况的反映,但是究竟是以准许为出发点还是以禁止为出发点,这仍然是一种表述的区别,一种政治的区别,一种语义的区别,也是对疑难案情的法律处理的区别。

然而,这种把此规则视为世界模型、视为普遍规则的说法并不是唯一可能的版本。这是一种在法律系统本身中所实行的、仅仅通过法律系统的中介来建构社会行动(交往)的版本。另一种版本的出发点是把社会视为囊括和包含一切交往的系统。假如人们把这一系统参照系作为基础,就有许多各有其不同规则的分系统,它们各自的规则只有从分系统的角度来看才有权要求一种职能特权和普遍效力。我们想一想经济系统的所有权规则,想一想教育系统的淘汰规则,或者政治系统的权力规则,就能够明白区分范围了。这些规则只有当带有系统标记的时候才对社会有效。社会只要求能够把这些各有其专门的正值和负值的区分互相区分。它自己并不需要自己的规则,因为它的运作自成一体性和它的界线是通过能够把交往与非交往相区分而得到保证,并且可以按情况来进行确定。今天它面临的不是这个问题,而是它作为一个预定有很多规则而且这些规则本身都是普遍规则的系统该如何来描述自己。按照存在/不存在格式进行观察的传统的二值逻辑和本体论描述手段已经不够用了。采用科学的真/非真规则作为社会自我描述形式也不行(这并不排除科学从自己方面来描述社会),因为这一规则仅仅是一个社会职能系统的规则。由此产生的情况常常被贬为不可能反映整体,例如里奥塔得(Lyotard)的后现代主义思想中就是这样表述的。但是根据冈特的观点也许能够推断出,社会为了自我描述必须采用转接性运作(transjunktive operationen),使每一个职能系统同时都必须使用一种抵制值,以抵制其他系统规则的干扰。<sup>④</sup>这不同于严格的多值取向的系统,它不能被理解为把一种第三值纳入规则之中,而是应该理解作为一种二阶观察,亦即理解为法律要求只用自己的规则而不用任何其他规则,尽管社会中肯定还有其他的规则。因此这似乎不过就是一种在分系统层面上对社会系统职能区分的反照。

187

### 第三节

法律系统的规则具有排除法律系统完全以规则本身为依据的属性。换言之,规则概念不是旧的原则概念的后继概念,或者它至多是部分继承

旧的原则概念。我们想从两个角度来说明单纯规则化的这种关闭不全的缺陷:时间角度和实质角度。

188 从时间角度来看,规则是而且永远是恒定不变的。如果把它与其他价值,例如效益价值或者维持政治权力的价值进行交换,人们就处在另一个系统中了。也不能给它添加其他的值,即使出于更多是实际的原因。就此而言规则代表了法律系统生产和再生产它自身统一性的方式和方法。它代表了同样也是只能或者成功或者不成功的系统的自我生成。它有一种相应的坚固性。换言之,规则并不给系统提供适应其环境的可能性。一个规则化的系统或者与环境相适应——或者它不存在。社会或者能够给自己创造一个分立的法律系统——或者不能。在这个方面不存在中间的答案。

从实质角度来看,规则是一种同义反复,用于自身则是一种自相矛盾。这就是说:仅仅依靠规则还不足以产生信息。同义反复产生于规则的两个值,借助一种没有任何意义的否定可以互相交换。正当不是不正当,不正当不是正当。但是,否定是一种以被否定物的一致性为前提而且不允许改变这种一致性的行动。就此而言,人们也可以把规则称为优先值单纯的复制。它说明,正当不能是不正当,不正当不能是正当。只有当这一点得到保证的时候——作为相反的例子是一再发生的希腊悲剧,它正好反映与这一成果相反的情况——才能从上述意义上谈及技术化。而自相矛盾则出现在人们把此规则用于其自身的时候,也就是提出在正当与不正当之间作抉择是正当还是不正当这一问题的时候。法学家们(和逻辑学家们)一般都说这是正当的,但这一回答没有解决在这一情况中作为与正当相反的概念,作为也可能出现的不正当起作用的究竟是什么。另一种回答,即这是不正当的,这一回答从相反意义上产生了相同的问题。在一种情况中正当被称为是法律上合法的,在另一种情况中正当却被被称为是法律上不合法。但是关于两种说法的统一性问题,关于规则的统一性问题却没有被提出过。我们想说,这个问题被隐性化了。这只不过是一个更为一般化的论点的变种,这个论点就是:人们借以进行观察的区分本身不可能被描述,而是作为盲点即作为观察本身之可能性的(非理性)条件为观察服务的。对这个想要隐瞒这一点的观察者进行观察的人(这在法律系统本身中可以通过理论性反思而发生)只能看到同义反复和自相矛盾。<sup>42</sup>他破坏了他自己的观察可能性,因此就只能观察到这一点了。

至今仍然还有人信奉的一种历史悠久的传统,试图通过向“更高”层

次精神创造的追溯,即通过等级化使自己从这些问题中解脱出来。据说为此所引用的最高审级或最高价值,一方面是代表不变性(永恒性,自我保存能力),另一方面通过一种发散产生低层次的区别。在逻辑学和语言学中也主张这种非对称化技术,并且通过前缀“meta-”(超一)来表示。当然这种解决办法今天已不再被无批判地接受了。<sup>④3</sup>于是我们就去寻找按另一种原则设置的解决这个问题的形式。

我们在系统内部规则化与程序化的区分中找到了这种形式。仅仅规则化本身就可以被视做解开法律之同义反复/自相矛盾的形式,当然仅仅是换一种表达这一问题的形式。规则借助其二值性成为进一步限定条件的前提,即限定调节应该使用两个值中哪一个的那些可能性条件的条件。<sup>④4</sup>没有规则,程序就没有了对象。但是从规则化中仅仅产生一种补充需要,一种德里达(Derrida)所说的“补充”(Supplemente)的需要<sup>④5</sup>,一种对十分明确的指示的需要。因为正当与不正当并不是自行成为确定正当与不正当的标准<sup>④6</sup>,所以必须有其他的视角来说明,正当与不正当的规则值是不是以及如何划分得正确或错误。这种补充语义我们想把它称为程序(在法律中与在其他规则化的系统中一样)。

190

规则单独是不可能存在的。当一种运作被纳入到一种规则之下并由此归属一个系统的时候,不可避免会出现这样的问题:应该是两个值中的哪一个与之相对应。这意味着,一个规则化的系统产生了对下一个视角点的寻找。它或者在这方面获得成功,或者陷入并消失在自己规则的同义反复/自相矛盾之中。因此需要“某些”视角,以便通过非同义反复化/非自相矛盾化使自我生成得以进行,首先可以考虑的是那些可以从传统中接受的或者作为传统重构的视角点。<sup>④7</sup>只有一种精心制定的程序才使一种有可能从其他标准的角度来考虑接受或拒绝标准的“评论性”讨论成为可能。<sup>④8</sup>

因此可以概括地说,规则产生了程序。<sup>④9</sup>或者毋宁说规则只有借助另一种区分,即借助规则化/程序化的区分才能够自我生成地变成建设性的区分。它们是一种形式的一个方面,这种形式的另一面就是系统的程序。只有通过这种复杂的系统中这种复杂的区分之区分,被观察者描述为系统之同义反复/自相矛盾的展开过程才会开始和结束。规则使系统的每一次自我规定都要面对相反的可能性,也就是说不可能终结、不可能最终完成,就此而言它们保证了系统的自我生成。仅仅有规则还不能使这样一种自我规定成为可能,因为它们让一切可能性都存在。系统的自我生成的自我规定只有通过规则化与程序化的“区分”才能实现。

191

在现代社会之前的社会中,我们也看到规则化与程序化这种区分。但是它在这里有一种特殊的应用联系。在二元格式化中存在一种抽象化和强行实施僵硬的二选一的风险,这是社会上很难忍受的,今天已经有人建议(尤其在远东国家),视情况(in situ)可以不使用这一格式。但是这又意味着放弃社会系统运作的完全法制化。从中世纪以来,欧洲建议采用另一种方法。人们接受了正当/不正当规则化的风险<sup>⑤</sup>,但是使用了程序化的层面,以便使法律与社会重新一体化。程序化层面作为法律与社会之间可能发生的矛盾的平衡层面起作用。相应的产物就叫“自然法”。<sup>⑥</sup>通过自己采用一种规范形式(即让人们能够区分完美与腐败)的自然概念把社会上认为是不言而喻的东西,首先是那些涉及劳动分工和财产分配方面的社会差别或特权的不言而喻的东西纳入到法律之中。虽然无论是贵族还是财产都被视为实在法的概要,因为它们明显是受特别规定的约束,但是为此进行辩解的论证却是以人类社会共同生活的本性为依据的。直到17世纪社会契约论才预示着一种可以从特定的社会形式中抽象出来,转向对不能通过契约调节的人权或者立法权力的固有合理性和自我维护的界线等的探索。

192

向一个具有充分发展的职能区分的社会系统过渡,有可能放弃这一意义上的自然法。现在程序层面是为规则本身中所规定的要求服务的。它作为规则化的补充,有助于限定性语义以一个规则并且仅仅以一个规则为依据。因此,现在只存在法律系统本身中产生的“实在法”。社会整合的要求被放松了,或者被转入了裁决程序之中。此外又通过其他的职能系统在各自的规则和专门为此而设置的程序引导下在运作上自成一体来进行调正。

只有在二元规则化的前提下才会出现法律所特有的正确性问题,因为只有在这一前提下才存在法律所特有的或然性。凡是正确的只有通过自己的程序才能被确定为正确。虽然始终存在着拒绝法律规则本身、转而联系其他规则进行裁决的可能性——例如经济规则或者道德规则,但是从这里出发不能直接通向法律。假如法律需要一种科学的或道德的(或者经济的、审美的)重新评价,这可能会使法律完全失去效力。因此对于法律来说不存在它自己不能解决的合法性确认问题。在诸程序的相互关系中有各种协调问题。有新法破旧法的规律,也有为了考虑宪法法律优先而存在的此规律的例外。但是由此依然只能以法律程序结构的要素为依据。关于程序本身的正确性问题没有任何明显的意义——除非如上所说在拒绝法律规则的情况下。<sup>⑦</sup>

因此,通过规则化和程序化的区分可以解决法律系统暂时的不变性和适应能力的问题。系统只有在其规则的结构形式中是不变的,并且始终是适应的。相反,在其程序层面上它可以允许变动,而不必担心会破坏一致性。这也包括有关不可变性的决定(例如宪法规范的不可变)。就像正确/错误范畴一样,可变/不可变范畴也只有对系统的程序来说才需要加以考虑。在规则化层面上这种区分已失去了其意义,因为这里只涉及属于/不属于系统的问题。

193

为了程序化目的,必须突破只存在于规则二元性之中的规则的明确性。规则值必须被作为可能性来解释,或者换一种说法就是:作为可以采取各种形式的媒介来解释。不言而喻,这不能是随心所欲的。由于这种媒介只能通过它的形式才能够再生产自己,所以总是给定了一个基本的历史情况。因此每一次形式的确定都是法律的变化,而任何程序的变化都必须注意从历史具体的(现存的)系统归属属性中产生的限制。程序必须适合于——但是适合在这里是另一个概念——引导正当或不正当二值的划分。当然,在法律中程序的层面也始终涉及法律的功能,即保持规范性期望稳定性的功能。在这种表述中我们不再涉及永恒法、自然法和实在(可变)法的等级,但是这里所概述的理论以某种方式为此提供了一种替代:不变性和不容商讨性由规则来代表,可变性和这一意义上的实证性则由系统的程序来代表。在任何一种情况下都是涉及法律系统内部的机构,而法律系统的内部机构却依靠包罗万象的社会系统及其环境作为对其可能性的制约。关于适应性问题,可以这样来表述:系统在通过程序变化而实现的自己的适应能力条件中始终是适应的。

194

规则化和程序化的区分最终使人们能够区分法律可靠性这个一般问题的两种不同的表达形式。法律可靠性首先在于要保证,如果人们希望的话事情只依据法律规则来处置,而不是根据例如权力规则或者任何法律所不能把握的利益来处置。这个问题在以往所有的社会中都很严重,今天在有些发展中国家,甚至在一些已经明显迈入了工业化门槛的第三世界国家中仍然是一个严重问题。<sup>⑤</sup>但是应该把这个情况与以下问题相区分,即能否根据系统的程序预见到法庭的判决。在这里不可靠性程度是很高的,有时候只能保证尽可能按照法律规则标准来裁决法律案件,在这种情况下不如采取“其他替代性的”解决冲突的途径。

## 第四节

面对可预料的异议,面对21世纪初“社会工程研究”和20世纪60年代的计划狂热以来法学家们已经习惯地想到的所有一切,我们必须坚持这一点:法律系统的程序始终是条件程序。<sup>54</sup>只有条件程序才能引导自我参照与外部参照随时相结合。<sup>55</sup>只有条件程序才使系统面向环境具有一种认知性(审理性)的、同时在系统内可以用来进行推论的形式。罗马的格式化诉讼程序以“si paret”(如果)开始。与此相反目的程序模式则适用于例如投资决策,或者某个医生的诊断,或者某个行政管理机关的计划决定。但是目的程序不能对法律诉讼中应该考虑的事实给以足够的限定。<sup>56</sup>对于法律系统来说目的程序化不能予以考虑,或者像我们马上要看到的那样至多在与条件程序相联系中才能予以考虑。<sup>57</sup>

条件程序补充了现有的“自然”因果性。它们在通过相应系统的分立以保证产生效应的前提下可以有更多的产生区别(加强偏离)的原因。法律系统通过使自己条件程序化,把自己作为一架普通机器来建构<sup>58</sup>,正因为它必须从以下这点出发:环境并不与此相一致,社会本身像一部历史性的、反映各个时期固有状态的、也就是说不是普通的机器那样在运作。<sup>59</sup>

条件程序形式是社会发展中伟大的演进成果之一。在美索不达米亚采用文字以后不久,人们就在智者预言文本、医学文本和法律文本中发现这种形式。<sup>60</sup>在一个迅速发展的世界中这些文本给人们提供了想象有固定联系形式的秩序之可能性,而且在(按照今天的概念)取决于知识或规范调整的那些领域内也是如此。早在人们可以通过逻辑说明把表述归结为法则或原则之前,早在有这种两个层面的思维方式之前,人们已经把如果—那么格式的判决制度保证操作得非常熟练,这种制度保证建构了一个可能性的空间,并且能够被相应的专家们所掌握。因此有可能存在一种法律审判的早期形式,它以这种方式与以前的制度相联系,并且——如果可以这么说的话——由于形式上相类似在一般知识领域中也得到合法认可。

这种条件程序形式通过一种上下文联系变化,经受住了一切其他的社会区分。它使一个二元规则化的法律系统的分立成为可能,并且在这一系统中履行把规则二值与案件相对照的调节功能。在这里也停留在如果—那么形式上。<sup>61</sup>条件程序规定了人们赖以判定某事为正当或不正当

的条件。它用这些条件来对照过去的、现在可以确证的事实。其中也包括法律事实,也就是说通过查问某个法令是否以及何时被宣告为有效。起决定性作用的是:正当和不正当值的划分取决于在判决时刻可以被视为过去的事实。就此而言,法律系统始终作为事后的系统,亦即作为事后插入的系统而运作的。这并不排除要看到未来,而且也不可能不看未来,因为至少按照近代的理解,时间始终是过去与未来之区分的统一。存在着预见性的、预防性的法律协议,例如在拟定法律和合同的时候。于是就需要具体的未来方式的时间。也就是说人们设想对联系文本中可能出现的法律纠纷应该如何进行判决,于是就力图事先为这一判决规定限定条件。

条件程序当然并不意味着事先就已经确定这些条件会出现。很多法律存在于准许规范中,这类规范并不肯定将来会不会被使用。但这也是条件程序,因为它们规定了根据其在可能发生的情况中如何使用准许规范(尊重或不尊重所规定的限制)的情况判断一种行为究竟是合法还是不合法的条件。因此,条件程序绝对不是传统的规定,按照条件的选择它们也可以是高程度地向未来开放的程序。

198

通过条件程序形式仅仅排除以下情况:在作判决的时候尚不确凿的未来的事实对正当与不正当的判决起决定性作用。而这恰恰是目的程序自我规定的形式。但是近代目的概念的主观化导致了简单化,这种简单化亟须加以纠正,否则就无法理解有些人对把目的程序引入法律所持的保留态度。简单化表现在争论中背离了古代欧洲(亚里士多德)的传统,把目的仅仅视为当下的想法(意向),而古代欧洲的传统则把目的设想为一种运动的最终状态,并由此设想为从运动角度来<sub>看</sub>的未来。<sup>②</sup>显而易见,随着社会的进化为未来开辟了更多的可能性,这种自然的目的论思想必然被取代。但是由此所接受的意向性目的概念的形式本身并不能把握时间维度的错综复杂,它仅仅从这样一个视角来把握时间维度的复杂性,即它把目的描述为一种以目的为取向的系统之<sub>当</sub>下的状态。这主要有以下好处:有别于传统,人们把目的设置视为可选择的,即视为或然的。然而这种思想用目的概念的这种意向化掩盖了当下的未来与未来的当下之间的区别,这一区别随着对进步的信任度下降以及随之而来的对合目的的解决问题办法的信任度下降而变得越来越重要。目的程序掩饰了未来存在的问题,即未来的当下与当下所能规划的未来不相符。因此韦伯以及今天的例如哈贝马斯不相信单纯目的合理性的有效性,这是完全有道理的,尽管人们也许会怀疑,采用其他的合理性形式是否能够解决问题。

199

我们(至少暂时)还依然同意目的概念与当下相联系的观点,所以把目的程序视做指导行动的系统结构。但是我们必须更清楚地看到,目的概念涉及一种只能用一种双重模态化的时间概念才能表述的双重差异,也就是涉及可达到的状态与在另一种情况下所出现的状态之间的差异和(在可达目的的范围内)当下的未来与未来的当下之间的差异。也许人们可以说,目的概念标志着这些差异的统一。至少它掩饰了相应的区分,由此使(对目的而言相对的)合理的决定成为可能。目的程序由此把当下的未来和未来的当下之间矛盾的风险拉到当下。它们冒着未来的当下与作为前提的当下之未来不相符的风险。用来平衡这一风险的手段则有经常性的事后调整、储备(偿付能力储备金)或者在进行其他可能性选择的时候优先考虑可靠性等。今天人们称这为“风险管理”。而法律系统的程序从萌芽状态开始就结构不同,它们既不具备冒风险的功能,也就是说不具备使只有在承担风险情况下才能获得的机会得以实现的功能,<sup>63</sup>也没有为这种情况保证在系统合理性方面达到一个可接受程度的手段。

200 受条件程序形式的约束与法律的功能即抵抗现实的期望稳定化是相联系的。正是因为期望不能实现,期望才被纳入了规范形式。这种用(期望之)可靠性代替(实现之)不可靠性的做法要求结构上的补偿。于是人们不能让今天必须坚持的期望在将来究竟是否合理这一问题取决于未来,而是现在就要知道或者在作决定的时候就能确证这一点,而这只有在一种条件程序形式中才能得到保证。

尽管如此,法律中也有目的程序,以经验为依据的法律社会学家以此想把这里所主张的理论视为“已被反驳了的”。<sup>64</sup>但是我们应该先仔细分析一下这一断言。

很显然,在任何情况下都不涉及只有未来才能裁决什么是正当、什么是不正当这一意义上的“真正的”目的程序。在越来越没有经验可循的环保方面的立法中,如果事实表明,所有措施的目的以所预计的方式不可能达到,或者根据最近所了解的事实情况资金耗费显得缺乏充足理由,因而这些措施都必须被视为是违法的,这就会导致官司败诉。问题的一个方面,即关于未来的当下将带来什么问题毋宁说是被掩盖了。法官可以(而且不得不)无视未来的这一面。他是遵照法律完全依据他在作裁决的当下所看到的未来,也就是依据他按照尽可能细心获取的事实情况所认定的当下的未来而进行裁决的。希望他在作裁决的时候能够以经验的规律性或者至少能以统计上可靠的高概率为依据,这种高概率例如能够告诉他一个孩子在父母离婚后最好留在孩子对其有很大依赖性的父

母一方。随着对这种科学理论的批评,一个具有同等确凿性的世界崩溃了。<sup>65</sup>在反复经历了这样的经验以后,人们可能会怀疑,科学是否能够成功地预见过去与未来之间的必然联系,以便法官能够以此为依据——就像以规范为依据一样,避免作出错误的(或者可能会引起争议的)判决。假如这一方法不行,那么如果说法律要根据如何才能最佳达到预定目的——在我们的案例中就是对孩子有利,在正当与不正当之间作出必须是十分适当的裁决,这又意味着什么呢?

法官可以当一个治疗师,他试图让离异的父母至少还能共同关心孩子。20世纪青少年司法审判权的改革就是从这种道德拯救的视角出发进行的。<sup>66</sup>或者法官承担一个企业顾问的角色,他力求阻止已经被批准合并的诸公司仍然占有控制市场的地位。但是我们马上就看到,这样一来他虽然还是法官,但他已经不再能够在法律系统里运作了。<sup>67</sup>用一种事后调控的控制论来装备目的程序,这不适合法律系统,或者它有可能在每一次作判决的时候不过是在重复同一个问题,即未来并不为某事今天是否合法或违法的问题提供充足的信息。

首先,向福利国家发展的政治倾向导致了公共管理以及在极小范围内也包括法院都是由立法者规定他们的目的表述。<sup>68</sup>目的取向很可能是很有意义的政治视角,但是用在法律系统上却有很多不宜之处。一方面目的程序对达到目的情况的反应不可能很敏感,另一方面目的程序从法律技术上来说太不严谨,所以不能有效排除滥用或抵制目的达到。这同样而且恰恰适用于那些局限于表述目的的法律。<sup>69</sup>从法律角度来看称之为目的仅仅意味着,只有当所采取的措施符合以目的为取向的标准,例如理由恰当或者手段选择具有可替代性等标准,这些措施才是合法的。法律上的或者在司法实践中制定的目的规定,至多能够提供一些线索,指导人们去了解导向正当与不正当判决的限定条件。因此条件程序必须(或多或少)是按每个案件来组织的,并且通过经验可以推测,法官首先看到的是他假定其为合适的公式化的“措施”。目的使他可以无视副作用,这在某种程度上也适合那些在青少年刑法中能够代替惩罚的措施。作判决的时候对目的考虑越多,裁决错误的概率就越高;因为未来是未知的,对于法官来说也是如此。目的考虑使他要冒受经验批评的风险,只有职务权威和必须作裁决的强制才使判决有效。

因此,法律判决框架从来不是一种目的程序,目的程序要求为一个——或者是自由选择的,或者是预先确定的——目的寻找合适的手段,同时要遵守在程序中所规定的限制,例如对所允许的费用限制或者法

律界限的限制。一开始作为有效的文本总是有一个如果—那么的结构作为基础。只有当解释这一文本中出现问题的時候,法律系统才能够从这一程序应该达到什么目的这样的考虑出发,关于这个问题下面我们还将详细论述。在这里恰恰是条件程序保证了目的程序中不允许任何人享有的目的设想的自由。<sup>⑩</sup>

在极端情况下条件限定归结为一种司法管辖权规范。法律就是法官认为是达到目的的合适手段、有最后约束力的东西。但这仍然是一个条件程序,因为法律只有当法官合法地履行职权,也就是当他是一个法官的时候才是法律。于是司法实践回归到被观察者描述为同义反复的东西中:法律就是法律称之为法律的东西。程序功能似乎趋于零。即使这样,法律系统的自我生成也不会受到危害,因为这里仍然很清楚,当人们想知道何为正当、何为不正当的时候,应该观察谁。自我生成是通过规则来保证的,而不是通过系统的程序。因此问题只能是,如果法律程序的具体条件限定被建构在内部的目的程序所替代,那么这在法律系统中以及与其社会环境的诸系统互相渗透的关系中会产生哪些结构上的后果影响。

204

此外法律坚守条件程序,这绝对不排除其他职能系统的目的程序反过来以法律为依据,例如政治系统的目的程序要以宪法法律为依据,教育系统的目的程序以义务教育、学校制度、父母的权利和义务等为依据,经济系统的目的程序要以所有权为依据。但是这并不意味着目的本身被法律化。毋宁说法律仅仅提供了有条件限定的可靠性(如果可靠性没有条件限定,就不可靠了),以便使其他的系统能够有更大的目的选择范围。因此,从整个社会来看,成功就在于目的程序与条件程序的共同作用。<sup>⑪</sup>但是这种共同作用的前提是:诸系统和它们的程序类型是互相区分的,正因为如此,这种共同作用才卓有成效。

## 第五节

用程序化补充规则化,前者给后者充实内容。规则化与程序化的区分使我们可以把规则本身同义反复化,把它视为形式上的二值交换关系,并且使系统尽管如此还具备裁决能力。它把不变性与可变性相结合,也就是把不变性与增长可能性相结合。一旦规则本身(主要通过法院组织)被确立,一个规则形成的过程就开始了,这个过程采取自我生成的形式,并且自动给自己输入营养。

在这里我们可以看到二元规则原先的自相矛盾被解开。法律工作者

可以遵守规则并且忘记他是在一个二元规则化的系统中工作,但不是完全。规则二值之区分的统一性问题返回到系统之中。这有可能以无法裁决的形式出现,在这种情况下不得不由智慧女神雅典娜来帮助雅典的最高法官。这个问题后来通过禁止拒绝审判被纳入了法院组织法之中,以致它从自己方面起着增长原则的作用,并使判例法得以普遍化。第七章我们还将谈到这个问题。除了这种主要是诉讼法方面的情况外,还有一个实体法方面的问题,从这个问题上我们可以看到已被排除的自相矛盾又回到系统之中以及如何回到系统之中,这个问题就是滥用法律问题。

205

这里所说的问题并不是像看了一些法律书就可以推测的不确定性之类的棘手问题,这类问题不过是一些在案例实践中与法规相关的附带问题,我们可以不必对它们太在意。滥用法律问题出现在法律主权问题上,仅仅这一情况<sup>⑳</sup>就示意它有更深层的原因。事实上在滥用法律这一问题上又显示出系统内区分之同一性的自相矛盾,从而使人觉得,对原始的自相矛盾的种种排除、展开和化解都只不过是自欺欺人而已。

这里可以再一次引用斯潘塞·布朗的以下表述:在“形式法”的术语中涉及的是那种无法计算的、形式“再进入”形式的情况。正当/不正当之区分在正当这一侧本身内又出现。也就是说它二次显现,但不是并列或相继出现二次,而是二次出现在一次运作中。正如概念的名称所示意的,斯潘塞·布朗似乎是想到一种运作的时间顺序排列。而这种把运作分隔为时间顺序的做法就是解决问题,使问题非自相矛盾化之方法的一部分。因为再进入是通过原始区分把区分复制到它自己内部而使用原始区分的。

被排除的自相矛盾所留下的“痕迹”之“复出”也使它的问题复出<sup>㉑</sup>,但是以法律上更易把握的形式。就像斯潘塞·布朗所说的穿越原始区分也可以在不知不觉中(完全通过运作)完成,但不是进入到自身中之区分的“界标”。法学家也可以不去考虑,每一次设置正当都会产生与之相对的不正当,但是他能够看到,司法实践中存在着从法律上看有问题的、在某些情况下不得被称为不正当的使用法律的情况。鉴于使用情况的不可预见性,必须给法律配以一定程度多余的可能性,而且必须一直保持这种状态。被滥用的法律仍然是一个法律承认的法律,只是某些特定的使用形式必须被排除。这可以例如通过一个规律/例外格式而发生,或者通过以下论点:法律形式是为特定目的服务的,虽然也可以与内容一起用于附带目的,但是必须在原本目的得到保证的情况下。例如只要保证国家货币供应的主要目的,就可以允许把税收用于经济政策或者生态调控功

206

能,而且这是合法的。(从这一例子中可以看到,安排在次等地位的目的范畴给了我们很高的、但不是无限制的解釋弹性)又如一个戏剧的观众或者一本小说的读者可以观察或洞察,在演示的故事中人是如何欺骗自己和互相欺骗的。他甚至能够知道,他自己(在偵探小说的情况中)被引诱上了错误的线索。但是只有当他没有想到这个故事本身就是虚构的,没有一种现实会与之相符的情况下他才能观察到这一点。形式中的形式替代了形式,这一替代的自相矛盾就是:这里涉及的既是同一种区分,又不是同一种区分。

207

## 第六节

随着把规则应用于自身的问题而产生的自相矛盾仅仅通过程序化还不能够被消除。规则化开创的程序化用第二次区分来补充系统的主要区分,这第二次区分就是正确或错误应用正当与不正当划分之标准的区分。于是就产生了实际内容复杂性的普遍化。系统可以学会学习,可以试用标准,必要时可以换标准。它在含义的实质内容范围中发展(即使它在第二位才使用时间概念,例如时效)。但是仅仅如此人们还不能进行裁决(更不能通过逻辑推理进行裁决)。<sup>②4</sup>由此产生了以下问题:人们是否也能以完全不同的方式把必须作出裁决这一规定用于解开自相矛盾。

事实上就是这样发生的。法律系统拥有推迟裁决和一段时间在不确定性中运作的可能性。<sup>②5</sup>由于未来始终是不确定地置于人们眼前,所以法律系统利用这一时间视野自己来产生并保持不确定性,希望以后能作出(现在还不能裁决的)裁决。这里与科学系统的认识领域十分类似,涉及的是一个自己制造的不确定性,因为不是对世界本身产生怀疑,而仅仅是应该划归哪个规则值之下这个问题在当下尚不清楚。法律系统给自己制造了这一不确定性,因为它自己许诺,到一定的时候会消除这一不确定性。因此它也可以规定一些在暂时不作裁决的前提下调节事情发展过程的法律上明确的条件。

208

正如人们所看到的,我们讲的是法律调节的诉讼程序。诉讼程序是以一种有时间限制的小插曲形式组织的,从起诉开始,以判决终结。因此开始和结束是每一个诉讼程序系统的结构要素,每个诉讼程序系统通过开始和结束而各自独立。在这里开始和结束是由诉讼程序自己产生的,是在诉讼进行过程中互相照应的标记。不言而喻也有观察者(起诉人、被起诉人、法官、法院、书记员、报纸、各种好奇者)伴随着诉讼程序的整

个过程,事先和事后都在观察着一件事情的开始或结束。但是外部观察者能够观察到的仅仅是包括自己的开始和结束在内的诉讼程序的自我组织。换言之,引入诉讼程序的不是诉讼程序之外的世间的事件——一个事故,个人气恼,一个犯罪行为。有引入诉讼程序的外部动力,但是外部动力只是以在诉讼程序中可以被认定为开始的形式而行动起来的,这才是诉讼程序的开始。如果在诉讼程序中不能确定它已经开始,诉讼程序就不会开始。

我们特别重视这一人为的状态,因为它把开始和结束从诉讼程序所涉及的冲突中凸显出来。不言而喻,对于法律纠纷来说多数情况下是谁开始闹纠纷这个问题并不重要。关键仅仅在于是谁有理。正因为如此,诉讼程序必须自己产生它自己的时间独立性。提起诉讼本身不能作为法律状况的原由或指示器被纳入程序之中(尽管在法律系统的环境中人们常常是这样判断的)。

只有很严格地注意这一点,人们才能明白,法律系统的规则化和诉讼程序是互相联系的。只有使正当与不正当的划分成为可能但又使它悬而未决的规则才能够产生诉讼程序赖以存在的不确定性。但是诉讼程序把这种不确定性作为自己自我生成的媒介加以利用。它利用这种不确定性来刺激参与,鼓励参与,使人们看到将来的机会(但不是结果),从而促使参与者共同起作用,也促使他们认可,直到他们最终成为自己之参与的俘虏,并且很少再有可能事后对诉讼程序的合法性产生争议。<sup>⑥</sup>不管在哪个具体方面,残余的不确定性就是作为诉讼程序得以持续之前提的共同东西——是除了开始与结束和案卷标记之外的唯一不可变的东西。

法律系统严格的二元规则通过这种方式增加了一个第三值,也就是二值划分的不确定性值。<sup>⑦</sup>也就是说,正当与不正当之区分的统一性这一自相矛盾并不是通过正值加倍得到化解(法庭有确定正当与不正当的权利),也不是像面临“痛苦的选择”(tragic choices)这种情况那样通过把负值重叠而得到化解(不管是正当还是不正当,这样来裁决无论如何是不正当的)。相反,通过裁决的不确定性值,规则被表述为统一体,这是一种严格意义上的自我表述。而这正是通过设置一种时间差别,即通过未来化而发生的,也就是说不是作为法律系统的效力规定,而是为了产生一个作为单个诉讼程序区分出来的、其结束是可预见的插曲。

具有通过推迟裁决产生不确定性这一功能的诉讼程序属于最有意义的进化成果之一。它们并没有触动二元规则化,也就是说并没有把任何其他

210 它们使人们能够把正当与不正当的规则区分应用于诉讼程序本身。为了调控诉讼程序的进行过程,人们制定了与实体法严格相区别的专门的诉讼法。诉讼法从正面设定了规范,以便促使诉讼过程向着与事实相符的裁决目标进展。因此,诉讼程序不合法也就是违背这方面的规范,但是即使这种诉讼规范形式也有其另一面,也就是它保留了不确定性。从它自身来说可能对此作了正面的规范,例如通过关于法官的公正性标准,但是推动诉讼程序进展的所有规范和措施本质上也都表示出“还不”的意思,它们明确表示,诉讼程序还未结束,结果还不确定——直到诉讼程序最终自己宣布结束。

因此,这又是一次区分,这次是实体法与诉讼法的区分。于是法律的统一也必须证明自己是这一区分的统一。这通常是通过一种目的论的、有目的取向的诉讼程序设想方案来进行。但是由此人们陷入了目的论思想的所有弱点,这些弱点有可能使它们自己的失灵即它们自己的反面没有任何意义。诉讼程序中所存在的结局的不确定性,只不过是一种由合理裁决之困难所决定的令人遗憾的伴随现象。但是由此诉讼程序记录自己形式的媒介就从视线中消失了。因此,把法律诉讼程序仅仅视为以目的为取向的、工具主义的理论,无论如何是缺乏说服力的。但是认为诉讼程序是努力实现公正或者是规定达到一种理智的一致意见的条件的那种理想化看法,也仅仅表述了诉讼制度的表面现象。此类理论的任何一种翻版都陷入这样一个问题:不能实现这些正面期望的诉讼程序难道就不是诉讼程序了?如果它们不是诉讼程序,那应该是什么?只有在法律系统自我描述范围内人们才能接受这种类型的理论,这种理论用一种规范化的形式来表达它们的善良意愿,并且满足于把偏离称为对规范或对诉讼程序理念的违背。社会学分析不能停留在这一点上。它总是还要去询问形式的另一面,询问当一个观察者把某种东西描述为诉讼程序的时候他所使用的区分。而这又会导致回到一种自相矛盾的形式,这里是指一种把规则的自相矛盾转换为一种更小的小插曲形式的自相矛盾。于是人们就看到某种在规范与异常或者理想与现实格式中所看不到的东西:特殊的前景多元性;没有开始或最后的一致意见,甚至不带任何观察者个人感情色彩的诉讼程序;还有存在于不确定性中的易感性以及法律系统继续运作之前提条件的创造性转换机会,等等。

211

没有任何其他的规范秩序会发展出这样一种贯穿整个诉讼程序的相互反照关系。人们只有在法律中才能找到它,而在例如道德中就找不到它。也许这两种规则化的决定性区分标准就在于此,这一区分标准使法



律有别于道德,能够成为一个自我生产的系统。<sup>⑳</sup>只有法律才具有从哈特以来讨论得很多的第二性规则,只有法律才能合法地怀疑自己,只有法律在其诉讼程序中拥有使它能够合法地确认某人为不正当的形式,而且只有法律才知道法律问题之暂时的不可裁决性所具有的每一种既不被包括在内又不被排除在外的边缘价值。道德只能以说明理由的讨论形式,也就是只能以一种伦理(ethik)的形式,以一种其取向价值不确定的、语义学的抽象形式来处理把规则应用于自身的问题。

## 第七节

作为这一章的结束我想再一次强调一下已经多次阐述的观点。法律自我生产建立在一种统一的运作方式之上,根据这种统一的运作方式虽然可以使生产与结构保持(结构变化)互相区分,但是不能使它们互相分离。<sup>㉑</sup>因此,人们并不认为规则和程序(规范)是具有固有性质的事实,就好像它们像理念一样是凌驾于交往之上的一种固有的存在。它们只有在交往中才可以被观察到。规则使人们能够区分属于/不属于该系统,而划分正当与不正当的程序是对有效/无效进行判断的对象。观察者可以把它们表述和描述为结构,但是从经验角度来看它们始终只能与系统的运作一起存在。它们是系统自我生产的要素,而不是自为地存在的事实。相反的观点例如柏拉图的理念论则把规则的产生归因于文字。书面文本确实使人们容易产生这样的想法,就好像写在物质基础即纸上的东西是自为地存在的,于是理念论就与此相应记录下这样的认识:不能把世界的本质简单地说成是纸,归结为纸。事实上,文字对于社会各系统来说都不过是一种交往的生产方式,它对参与生产的结构之形式有很大影响。生产和结构形成只能一起完成(因为系统本身是它们的统一体并且使这种统一成为可能),如果把时间也纳入观察,这一点就很容易理解。为了使自已获得时间(由此就有了未来,从而有了不确定性),法律系统设置了诉讼程序。法律系统以各个具体事件互相联系的形式进行运作,并且为此建构了一种能够与环境的时间或多或少同时进行的特殊的时间。因此,法律系统借助规则化和程序化的分立也有严格时间性的一面。它把法律系统中所处理事件的发生都置于规则之下,规则使法律过程不取决于某事何时或如何开始,何时或如何结束。关键问题(或者无论如何根据特定的法律规定)并不在于一个纠纷何时开始或由谁开始。关键问题仅仅在于谁有理或谁无理。否则就会被纠缠到无止境的往事之中,而对

这些往事就像治疗师所说每个人都按自己的方式进行“点穴”。因此时间意义上的分立之条件就是,过去的事实及其前后顺序的重要性完全取决于法律系统程序本身所要涉及的或要排除的材料。什么事情是如何开始的,这是法律系统自己的构筑。(我们只要想一下诸如土地登记簿或时效之类的机制,它们使法律证明简易化并把对过去历史的回顾限制在很小范围内<sup>④</sup>)

对过去适用的,对未来也适用。至少就关键在于系统自己的界线规定这一点来说过去与未来的相互关系是相对称的。至于未来,人们首先会想到法律效力这一概要。但是前面已经充分阐述的不可使用目的论视角这一点也同样属于这一情况,因为目的论的视角严格地说似乎必须把任何约束都推迟到所追求的状态出现的时候才起作用。法律系统以这种确定无疑的时间上的自我司法阻止了无法预见和无法控制的外部条件的干预。或者换一种说法就是:一种法律制度想要实现分立和运作上关闭并以此构成成为一个法律系统,它就必须对社会互相依附关系在时间上的联系范围加以控制,并且按照自己的规定截断这种联系。但是这也意味着必须承受与社会环境时间上的高度不一致。在法律中存在着与社会其他领域中不同的过去和不同的未来。

于是为此又有了补偿性的机制,其中主要包括法律系统随时可以找人谈话以及与此相联系关于处理和解决法律问题具体情况的详细说明。这些机制使人们在情况发生变化时总是能够重新开始,并且从其他角度重新考虑已经处理过的事情。

## 第五章

# 或然性信条——公正

214

### 第一节

法律系统的统一性在法律系统中主要是以运作连续的形式而存在,这种运作连续以自我生成的形式再生产着法律系统。运作可以观察其系统的归属性,也就是区分系统与环境。这一区分使自我参照亦即对这个自我表述型的系统作出区别于所有其他系统的表述得以实现。

然而,以这种形式把自己描述为处于一种环境之中的法律系统太复杂了,因此人们很难做到对它的把握完全符合现实——因为它存在于处于不同时间范畴的运作之中。每个运作所产生的自我参照的循环都必须按照时间顺序一步一步重复,由此它展开成为同一系统不断继续的运作之无止境的线条。系统也是以这种方式与本身发生关联,于是表现为具有复制在自身内的运作上自我参照基准的自我参照型系统。<sup>①</sup>

为了通过重复使这一形式得以形成,系统必须能够认出运作的重复的运作,也就是能够对它们予以认同。它必须在任何其他场合都能做到这一点,也就是使其普遍化。斯潘塞·布朗把这一复杂过程理解为系统循环性联系的运作的凝结和确认。<sup>②</sup>凝结以同一性为前提,并把同一性留传下去。对这些同一性的确认造成了与总是不同的情景的兼容性。这一点通过含义媒介使同一性与横向幅度之间的统一体验,即由含义所规定的主要事实与大量对其他可能性之示意的统一体验成为可能。这又导致了在与含义打交道中的“经验”,这种经验不可能完全被纳入可以定义的概念之中。正如尤其在意识理论中一再确认的那样,法律系统依靠一种自我关系,这种自我关系在反照中不能完全被把握,因为它必须自己来进行所有的反照,也就是必须始终处在进程中和留在进程中。这一问题的解决就在于每次都只能是“局部性的”参照之中,也就是存在于与每次特定的、作为“现行法”起作用的文本的联系之中。如上所述<sup>③</sup>,法律效力

215

的形式标志在这里为系统联系起着媒介作用,但并不在内容上表明系统的特点。

另一种思考也得出了类似的结果。由于任何一种观察都必须以一种区分为基础才能够表述观察的对象,因此观察本身的统一性就没有得到表述——除非采用另一种区分,而对后一种区分来说也存在同样的情况。<sup>④</sup>观察——然后尤其是观察者——只有把自己作为自相矛盾的统一,作为必须作为区分起作用的东西的统一才能观察到自己。

因此,二元规则的统一性始终只能被设想为是自相矛盾的。这种自相矛盾可以通过不同方式被“展开”,也就是说转译为一种新的区分。这例如是以二阶观察的形式,即通过(另一个)观察者与他的工具化相区分而进行的。因此可以说(就像我们所做的那样),法律系统而且只有法律系统才应用正当/不正当规则。这一解决办法有显著的好处。首先它使我们能够按照需要来具体解释关于观察者(法律系统)和他的规则(正当/不正当的区分)的表述,使人们最终能够忘记,区分的最终统一总是只能作为自相矛盾而存在。这一自相矛盾在它的展开和规定过程中隐形化。

216 第一次增补是规则化与程序化的补充区分。可以加上条件程序作为“补充”(德里达)。如前一章所述这使规则得以技术化,把规则归结为二个值(正/负)的形式上的交换关系,此外在一种可以与此相区别的区分的内容领域内具备究竟应该划归正值还是负值这一问题的具体标准。在这里,整个法律理论参与战斗,以便弄清楚每一次为了区分二值的划分是正确或错误应该使用哪些标准。人们以这种方式达到了理论上系统化的、上升为规定和原则的实在法,并且可以对此感到满意了。于是关于法律公正性的传统问题就失去了任何实际意义。公正既不能被作为第三值添加在正当与不正当旁边,也不是表述法律系统某一个程序,就像除了建筑法和道路交通安全法、继承法和版权法以外还有一个公正法似的。最终导致人们把法律的公正问题仅仅视为伦理问题,视为以道德手段来论证法律。于是人们就更加努力,以求为伦理在法律中保持一席之地。<sup>⑤</sup>或者人们认为,公正是一个整个社会的原则,它适用于所有的生活领域,只不过在法律中采取了一种特殊的形式。<sup>⑥</sup>

尽管对公正的道德要求具有伦理性质这一点无可争议,但是法律理论不可能对这一答案感到满意,法律理论可以说把公正理念交给了伦理学,满足于从自己方面来与伦理学相结合。我们完全承认,在法律系统中也引用道德规范,从而使道德规范法律化,但是对这一点必须专门根据法

律文本进行证明。它不是仅仅从对法律判决必须说明理由这一要求中得出的结论,问题在于法官令人惊诧的意见与在法律系统具体规定中引用最新技术知识或者尽可能最好的专家认识这两种情况处于同一层面上。

217

但是,正因为如此法律系统绝对不能放弃公正理念,只不过对这一理念在理论中的位置必须重新进行思考。这里涉及的是在系统中系统之统一性的代表,正是为了这个原因我在谈论这个题目前用了这么长的引言。“效力”涉及的是在系统中流通的、使运作互相联系的标志,这种标志使人们回忆起可以循环性重复使用的运作的结果,而公正问题则涉及的是系统的一种自我观察和自我描述。自我观察和自我描述在二元规则层面上最终导致一种自相矛盾(因为它不得不断言正当与不正当的同一性),而没有解决在系统的程序层面上是否能够有一个统一投影,即一个所有程序的程序。人们很容易在这里推测出公正理念的内涵,其他方面的自我描述是以理论形式(也可以说是可以讨论的)来完成的<sup>⑦</sup>,而公正理念显然尤其具有准则的性质。在古老的欧洲传统中这一准则被理解为社会和谐,并且与整个社会相关,而社会又被理解为通过法律来规范的共同生活。这并没有导致任何可具体化的训令,因为一个按照法律来建构的社会这种前提是不现实的。但是即使让公正准则适应分立的法律系统,它的重新具体化也仍然是不确定的。法律系统希望自己不管遇到什么情况都能够坚持公正。“公正”议题也表述了一个视角点,从这一视角出发能够通过探索法律自己的(但既不是自然的,也不是通过判决引入因而可以通过判决撤回的)法律系统自我监督形式这一问题来克服传统型自然法和实证主义法律理论之间的差别。<sup>⑧</sup>但是如果系统把这一准则用于自我表述,它就无法具体说明这指的是什么,除非它把自己的运作鉴定为不属于系统。

218

因此我们首先通过区分来限定公正问题:自我参照,但不是作为运作,而是作为观察;不是在规则层面上,而是在程序层面上;不是以理论形式,而是以一种(对失望很敏感的)准则形式。所有这些都意味着,也可能有不公正的(或者较为公正或较为不公正的)法律系统存在。无论系统运作上的自我生成还是必须是不变的规则都不可能是“公正”的。这一界限对于精确说明问题很重要。但是由此实证地规定了哪些具体东西?如何才能使这种与一种自我参照的准则进行的自我对照具体化?系统如何能够在一种同时也可以系统内使用,而且随时随地都可以使用的规范性程序中表达自己的统一性?

## 第二节

在寻找这些问题的答案中,我们的出发点是:公正理念可以被理解为法律系统的或然性信条。由此我们不必费劲去确立一个价值概念,这一原则就上升到可以与其他职能系统中其他类型的或然性原则相比较的层面——例如科学系统中的界限原则(也就是否定之可能性),<sup>⑨</sup>经济系统中的紧缺性原则,<sup>⑩</sup>宗教系统的一神理念,<sup>⑪</sup>或者教育系统中的教养或学习能力等理念。<sup>⑫</sup>或然性信条概念由此代替了公正定义中无数其他更高层次的概念——例如德性、原则、理念、价值。<sup>⑬</sup>但是它又不能完全代替这些概念,因为正如我们要说明的,只有外部观察者才能够谈论或然性信条,而系统本身必须以一种能够清楚表明公正是戒律,系统必须把它视为理念、原则或价值等这样的方式来描述公正。在系统内部这一或然性信条是无可争议的,用阿雷达(Aleida)和阿思曼(Assmann)的话来说它是“被尊为圣训”的。<sup>⑭</sup>

通过或然性信条概念我们首先从自然法的公正概念之前提并不存在这一洞见中得出结论。<sup>⑮</sup>自然本身从任何可理解的意义上来说都不是公正的。或者换言之:从“顺应自然”中不可能得出像曾经作为自然法传统之内在基础那样的公正结论。作为进化的结果自然中可能存在着一种相容性意义上的衡平。应用于法律系统也许可以意味着法律活动要符合一个衡量纠纷和违法行为的准则尺度。但是从中不能得出结论说,与此相关的规范和判决都是“公正”的。秩序是演进的实际结果。每一种准则性理念都必须对此保持一定的独立性,也就是不仅仅要求自动(=顺应自然的)适应,而是更多,<sup>⑯</sup>否则它作为准则就是多余的了。<sup>⑰</sup>鉴于这一情况,如果正如自然法信奉者要我们相信的那样,以自然为依据是批判现行实在法的唯一可能性,那真是太不幸了。<sup>⑱</sup>我们不必采用自然法今天赖以骗取某种程度承认的这种诡计。或然性信条概念给我们指出了另一条道路。

关于这个信条自我定义的假设代替了关于自然的假设。或然性信条有一个循环性论证的形式——而它们自动产生的、不能继续分解的原始性正在于此。<sup>⑲</sup>它们与不可确定性和可确定性的区别有关联。它们的功能在于,穿越这一界线并且要求具有为此历史地给定的可信性。这一点我们也可以用自相矛盾和同义反复的展开这一逻辑概念来表达,或者也可以用一种源自观察系统的理论概念来表达,这种理论用一种区分来代

替只能被描述为自相矛盾或同义反复的统一性,由此把不可观察的东西变成可观察的东西。

不可确定性/可确定性范畴不是涉及现实地存在的(已被把握的、被表述的)事实,而是涉及处理事实情况的其他可能性,所以说是“或然性”信条。一个通过信息使其内部运作得以进行的系统总是看到还有其他可能性。就法律系统来说,随着系统转向法律实证化,这种或然性取向在不断加强。因为由此法律实证化使一切法律规范和一切判决、一切理由和论据都可以采取另一种形式——这里毋庸置疑的是,已发生的事情之如何发生的事实是不变的。

221

或然性信条不能根据其功能来确认自己的合法性。穿越从不可确定性到可确定性的界线必须在不知不觉中进行。换言之,这一功能必须是隐蔽地完成的。把它们公开出来就会显露出始发基础的自相矛盾,也会显露出不可确定性和可确定性被固定在同一形式之中,也就是被视为同一东西的自相矛盾。使这种根本性的自相矛盾隐形化这一功能本身又必须被隐形,这是通过或然性信条的自动参与,并且在系统中得到相应的证实而发生的。

公正也是如此。<sup>①</sup>

由于法律系统的功能就是使规范性期望稳定化,所以人们很容易想到也可以把公正作为准则。在这里我们必须避免把这一信条视为一种选择标准(用我们的语言来说就是某个特定程序);<sup>②</sup>因为这样一来公正准则就会与系统的其他选择标准并列,从而失去了它在系统内代表系统的功能。这也意味着,在不能预见从中将得出什么样的判决和公正准则将有利于哪一种利益的情况下就必须接受公正准则;但是具体案件的判决实践,直至对立法方面解决问题办法的建议,似乎更多是凭着某些调解不很公正这种印象,而不是通过公正准则的使用。<sup>③</sup>

222

关于公正性的传统思想中或然性信条与选择标准这一区分常常被忽视——尤其是当公正被视为德性并且要求每个被期望有德性的人都能做到公正的时候。但是紧缺也不是判断经济决策合理性的标准。上帝归根结底也是“多样性的创造者”,<sup>④</sup>而不是多元世界诸多要素中的一个要素——除非人们是意指世俗中对上帝的崇拜或意指教士们有关“上帝所喜欢的”(并由此规定的)生活方式的忠告。

或然性信条也不能被理解为更高准则或者关于人们所期望的系统发展方向——例如有更多公正、更多教养、少一点紧缺意义上的发展方向——的说明。这类表述可能在某些特定时期尤其在18世纪下半叶曾

经让人觉得很可信,但是现在它们已经成了特定的历史性解释,这种解释只有当人们想无视那些任何强制性采取某些特定选择方向可能带来的系统内的消耗、负面效应、功能紊乱、风险、偏差加强等后果的时候才能有效。

在这里,准则无非是意指抵抗现实的、在失望的情况下也能坚持的效力要求。公正准则的特殊问题在于一般化与重新具体化之间的关系。系统的任何具体运作,尤其是任何结构,都不能被排除在应该公正这一期望之外,否则准则就失去了与系统统一性的关系。另一方面公正准则在具体案件中给出了一个方向,单纯从运作属于法律系统这一事实中不可能得出它是公正的这一结果。

223

在一个历史悠久的、至今仍然有约束力的传统中,公正这一或然性信条的最一般形式表现为平等。人们把平等视为包括一切公正概念、但其意义与合规律性或前后一致性相类似的一种一般性的、形式性的要素。<sup>②④</sup>在这里平等就像对于或然性信条来说必然如此那样被视为一个自我证明为合法的“原则”。也就是说公正不需要进一步的论证。此外通过“或然性信条”表明,公正既不包含关于法律之本质或本性的表述,也不是论证法律效力的一个原则,也不是使法律显得值得被优先选择的一个价值。与所有这些假设相比较,或然性信条概念完成了一种抽象,正因为如此它与形式性的平等原则相一致,形式性的平等原则也同样既不是表述一种事物的本质,也不是表述一种根据,也不是表述一种价值。或然性信条仅仅是一种寻找只可能以程序形式才能获得法律效力的理由或价值的格式。任何对由此所提出的问题的回答都必须<sub>在</sub>法律系统之内通过动员它的循环性联系才能找到。它不可能从外部输入。平等最初只是表述一种形式概念,这个形式概念既包括又排除不平等。在另一种由亚里士多德开创的理论发展中这一形式的另一面即不平等可以被置于公正原则之下,即作为对不同的案件应作不同处理的要求。只有这样这一系统信条才成为整体,也就是它对法律系统的所有判决来说都是至关重要的。<sup>②⑤</sup>当然,现在被或然性信条掩盖的自相矛盾也显现出来了;因为系统的统一性要求对相同的案情作相同的处理和对不同的案情作不同的处理,因此统一性就表现在相同与不相同的差别之中。

224

无论作为差别之统一性这一自相矛盾的化解还是作为使人们可以不表述区分的另一面而只表述区分的一个方面的形式概念,公正原则——如果可以这么说的话——对于系统来说都是太恒久了。按照不同的历史情况这一信条可以具有不同的特色。所有的或然性信条都有一个核心含

义,这一核心含义在不同的社会结构条件下补充不同的新的具体说明,这一点也适用于公正之平等原则。例如亚里士多德的平均分配公正思想是以一种分为不同阶层的社会为前提的,在这种社会中毋庸置疑人都按照其作为自由民/非自由民的出身以及按照其社会地位而互相区分。<sup>②6</sup>由此出发就有了衡量一个人可以拥有什么的明确标准。于是像“各人应得的”(suum cuique)这样的说法也有意义<sup>②7</sup>,因为属于一个人的东西并不是对所有的人来说都是相同的。如果这一结构前提消失了<sup>②8</sup>,这一或然性信条也不得不回归到一种似乎是超历史的抽象状态,于是必然会去寻找新的根据——例如用与职能系统相联系来代替与地位相联系。<sup>②9</sup>

鉴于判决要前后一致这一要求具有的这种历史性的和社会结构性的相对性,我们必须通过另一个特点来予以补充。如果只存在少数几种判决可能性,前后一致性就可以通过比较简单的手段来达到。但是在有着分立的法律运行的发达社会中却不是这种情况。因此只能谈论与前后一致的判决具有相等复杂性意义上的公正。<sup>③0</sup>相等性(Adäquität)产生于法律系统与社会系统的关系,从这一意义上也可以说是法律系统的“应变性”(“Responsivität”)。<sup>③1</sup>在自我生成系统理论内部合适的术语就是“易受刺激性”(易受触动性、敏感性、共鸣)。法律系统在自己的复杂性中虽然不能考虑到所有的社会事实情况,它必须像任何系统在与环境的关系中一样减少复杂性,通过铁面无情的高墙保护自己的复杂性结构。但是内部对环境的重构也可以同样是或多或少错综复杂的。这样一种内部的复杂性只有当它与判决的前后一致性还能相协调的时候才符合公正的要求。我们将在有关论证的那一章中用多样性/信息冗余这一对概念再来谈这一问题。

225

226

### 第三节

在历史发展过程中,公正问题最初可能出现在互相提供劳务的关系中。人们不能要求得到比自己提供的劳务所应得到的或者损害人所应赔偿的更多。这可以从部落社会中的互惠原则意义中引申出来。<sup>③2</sup>亚里士多德把这一原则发展为双方关系(从中世纪以来是交换)中的一种特殊类型的公正,<sup>③3</sup>今天一些作者仍然停留在这一观点上。<sup>③4</sup>在贵族社会中互惠原则通过以下形式来适应变化了的~~了~~结构,即地位较高的人的功劳以受恩宠方式得到较高的评价,除了没有人能够真正得到上帝的恩赐。<sup>③5</sup>而在更为复杂的社会中只要劳务价值不是通过市场价格来决定,对它的估价

就会成为问题,由此互惠原则失去了它的实际意义。除此以外有许多角色,尤其是职业性角色,也包括法官的角色,都不能被包括在互惠原则有效范围内。<sup>④</sup>把他们纳入到互惠原则有效范围在今天就意味着“腐败”。因此现在互惠已不再能够以一种准则来代表系统的统一了。

以文本、概念、教义为依据的法律运行同时也使对公正问题的另一种解释成为可能。现在公正可以通过另一种方式与平等形式相结合,也就是与相同的案情得到相同的判决(因此不同的案情应该得到不同的判决)这一规律形式相结合。简单地说人们也可以把公正表述为判决的前后一致性。

与交换公正和同时存在的分配公正相比,这里完成了一个抽象步骤,这一抽象步骤的前提是存在着一个建构法律案件的分立的法律系统。这里已不再仅仅涉及某人所得到的东西——通过交换或分配所得——是否计算得公正,而是问题在于法律系统所处理的一个具体案件是否得到公正的判决。由此公正的尺度和在极端要求之间保持中立的旧要求失去了其意义。比较 viewpoint 从计算所提供的劳务的“或多或少”转移到在系统内判决再生产的互联网络中视为相同或不不同的案件上。与此相应它必须被抽象化。一个法律案件的统一性在于与某些有待解释的文本段落的关系以及要求对他们的冲突进行判决的双方当事人的关系之中。判决法律案件的基础就是这个案件在考虑其他案件和裁决规定的情况下可以分清界线,而裁决规定只有当它们能够前后一致地区分相同和不相同案情的时候才能够被视为是公正的。这意味着公正不再能够或者仅仅对道德或伦理目的来说还能够被作为“德性”来表述。

判决一致这一原则与在社会中流行的其他价值判断没有联系,例如它与参与者是富还是穷,是不是过着一种无懈可击的合乎道德的生活,是否急需帮助等问题无关。<sup>⑤</sup>只有当这些 viewpoint 被编入到实在法程序结构中,也就是作为“事实情况的特点”而必须加以考虑的时候,这些 viewpoint 才起作用,否则就不起作用。<sup>⑥</sup>只要这一程序结构发展得对价值反映还不够敏感、还不够有区分和复杂,人们就总是要附加上一种平衡概念即公平(衡平)。然而这一概念是以一般由诸侯掌握审判权范围内的特别司法管辖权为前提的(或者在与此相类似的宗教结构中:玛利亚的可依据性<sup>⑦</sup>)。因此“自律的”裁决人之最终统一性仍然是以被展开的自相矛盾的形式——公正和公平,或者以德性概念:正义和仁慈——被编制程序的。它也可能例如在英国会导致不同的司法管辖权并存,其中有一种对法律发展起着特殊的作用,被称为“衡平法”。但是随着法律的继续发展

越来越转向立法,同时法庭需要越来越大的解释自由,“衡平法”逐渐被废弃。<sup>④</sup>

随着立法不断增加,关于公正的思考进入了今天的阶段。由于立法是改变法律的,所以它与判决前后一致性的要求必然相矛盾。它使法官有可能根据某个法令生效前或者生效后作的判决而对相同案情作出不同判决和对不同案情作出相同判决。对这种破坏前后一致性的情况有一些预防措施,例如过渡性的预防措施,但是原则上立法依靠的是一个结构变化很快的社会,因此暂时性的分歧不一定被(或几乎不被)觉得不公正。其理由被推诿到政治系统,人们相信政治系统是以良好意图实现变化的(例如在“改革”标题下)。

229

今天人们把公正仅仅视为伦理的或情感性的原则,或者仅仅视为当与其他价值发生矛盾必要的时候就不得不退居后位的价值,这种倾向可能就是法律系统本身中这种暂时的不公正的反映。于是对判决要前后一致和具有足够复杂性的要求被视为对公正理念特点表述不充分<sup>④</sup>(但是这不能成为从未重视公正理念的理由)。因此也就不难理解,有人力图寻找跨越法律系统和政治系统的公正理念表述。但是在“价值”语义中公正只能被视为其他价值中的一种价值,也就是说,只能留到具体情况中去权衡。法律系统的这一或然性信条问题不可能以这种方式得到解决。

一种出路可能是:把这个或然性信条看做仅仅是为法律系统的中心即审判权的核心领域设置的,因为只有在这里不可裁决的事情之可裁决性这一自相矛盾才变成现实。<sup>④</sup>于是产生法律效力的一切边缘形式,无论是签订合同还是立法,都由于它们与其他系统范畴、与经济和政治的紧密联系而被排除在外,虽然它们在法律系统内产生法律效力。它们依靠源自其他系统的良好秩序,即使没有公正监督也绝对不是任意产生的。法律内部不能排除法律保护和禁止拒绝审理,这就足以公正原则创造一个全系统范围的现实基础。

230

重新强调公正,以保证它在当今条件下运行的另一个理由产生于福利国家转向目的程序的倾向。目的程序使手段选择合法化,由此产生了不平等。它的政治合法性在于包括在内原则(Inklusionsprinzip)。每个通过目的程序而获得好处的人都将通过该程序获得好处,而受损害的可能又是大家——也就是作为纳税人。人们也许会想到把这种庞大的政治上的再分配平衡机制看做“分配公正”的情况,但是这里缺少自然法的基础,代替自然法基础的是政治决策的或然性,政治决策不仅仅由于再分配

原则而可以被视为公正的。尽管人们普遍相信,而且社会心理学的调查结果也表明,不幸或者是罪有应得,或者说明需要帮助<sup>④3</sup>,但是这种把复杂的、主要由结构所造成的问题简单地一分为二,显然是对实行干预政策的国家要求过高了。尽管如此,这种观点似乎是一种相应政策个人主义化的相关概念,并且说明了福利国家在政治上不存在接受问题。这种公正观更多地使人们回忆起莱布尼兹(Leibniz)有关白痴周围的次序或完美的观念(*ordo seu perfectio circa mentes*),<sup>④4</sup>而不是想起法律系统所能够兑现的东西。

231 由此产生的问题至少在德国涉及的是宪法管辖权。<sup>④5</sup>宪法管辖权是指对偏离价值现象的监督,但它仅仅用(可能是)另一种任意判断代替一种任意判断。宪法管辖权本身的合法性(既是法律的又是政治的)<sup>④6</sup>赖以根据的政治系统和法律系统之间的界线变模糊了。因此,回忆一下正当/不正当规则的“补充”和或然性信条公正的重新具体化之需要,条件程序也许是有用的。<sup>④7</sup>对法律上重要关系限定条件的抽象是能够区分“相同”与“不相同”并且得出不同结果的前提条件。条件程序化不仅是鉴别“相同”与“不相同”的一个辅助手段,它是公正理念能够被纳入平等形式(=合规则性)的条件。因此平等不能在限定条件所示意的关系内部去寻找<sup>④8</sup>——既不是旧的交换和劳酬公正意义上,也不是把事实与事实特征作比较的意义上<sup>④9</sup>,而是它存在于有条件限定的关系互相联系的形式之中,存在于条件程序中“条件”的相同/不相同之中。

232 假如这一点是对的,就不排除目的程序也要服从公正监督。但是这似乎不会导致价值权衡,而是导致再限定条件。于是公正就不在于目的程序的合目的性,也不在于它们内在的限制,例如费用便宜或资金相当。公正在于例如规定一个目的程序必须具备哪些特点才能被采用,例如不在于法律措施(允许、禁止等)有利于环境保护,而是在于一种环保政策与法律相协调。

鉴于因政治原因立法对法律干涉越来越多和目的程序不断增加而存在的这些问题,人们就能够理解公正原则所面临的危机了,这种危机用自然法已不再能够消除,它既不能通过向伦理回归,也不能通过价值权衡来克服。向伦理回归和价值权衡只不过把问题转移到实在法的“合法性确认”问题上。但是由于只有实在法本身“有效”,也就是说可以使用法律效力标志,所以人们不必去询问法律外的标准,而是只询问法律内的标准。<sup>⑤0</sup>这些标准是通过以下问题提出来的,即人们如何才能做到尽管复杂性日益提高在法律中还一直能够保持判决的前后一致性,也就是说把相

同案情与不同案情区分开来。一个在这一意义上公正的法律完全可能在伦理上也是被优先考虑的。但是正如一种悠久的传统所告诉我们的,这绝对不是不言而喻的。公正与道德判断或伦理反思的清楚界线不仅是一个法律系统自律性的问题,它也保证了法律在进行道德判断的时候保持法律的独立性,尤其是保证了在判断法律问题的时候可以从道德角度提出不同意见。它是人们终究能够知道以下问题的前提,即当有人提出公正之伦理道德性质问题的时候究竟涉及的是什麼。

#### 第四节

233

关于平等/不平等这一问题的形式贯穿了一个有两千多年历史的传统。它作为在文本中存在的形式一直保持着一致。这使我们很难看出这一形式从远古社会历史地进入结构完全不同的现代社会的过程中必然发生的变化。为了概括地说明我们的分析,我们再一次回到自然法的问题上。

在自然法的联系中人们的出发点是:事物按其本质是互有区别的,也就是自然而然地或者相同,或者不相同。人们不可能支配本质。它们被视为是可以认识的,而且被视为通过一阶观察方法就可认识。谁要是有不同的判断,就肯定是错误的。需要确定(例如借助辩证方法或者中世纪的提问技巧来确定)的问题仅仅是,谁是错的,谁是代表正确的、具有专门知识和权威性的意见。

仍然自认为是自然法的近代理性法已经与这一传统脱离了关系。理性法把自由和平等这些单个权利概括并统一为基本的、与生俱来的“人权”。在这里被假定为“自然”的东西(完全不同于自然科学中的自然概念)并不包含关于自然内在限制的信息。相反,关于某些人天生比其他优越的观念(这种观念根据经验是很容易理解的)遭到人们用与生俱来的自由和平等的原则予以反驳。但是这些原则不适宜用来解释现行法律,<sup>①</sup>而是陷入了与整个法律秩序的矛盾之中,因为法律规范终究只能被表述为对自由的限制<sup>②</sup>和不平等处置的缘由。自由否定了必然性,由此获得了通过偶然也就是通过历史的巧合来规定自身的可能性。但是这是以有秩序的即有限制的系统为前提,这种系统可以出于时机的理由来规定自己。纯自由似乎只能与必然性相同,是一个自相矛盾的概念。在一切方面都平等就会扬弃人们为了能够对相同或不相同进行裁决而必须作为前提的同一性,因此这同样是一个自相矛盾的、宣告自己为不可能的

234

观念。

235 在现代社会中,这一自相矛盾之展开的最重要形式是通过一种历史性区分进行工作的。它表现在自然状态与文明状态的区分中。在一般人权的层面上自由就是对外来限制的排除,平等就是对不平等的排除。只有这样这些权利才能在抽象中被理解为区分和表述。但是这又导致回到旧的自然法的自相矛盾之中,即法律只能作为对法律的偏离而出现。这一自相矛盾的化解是通过区分再进入已被区分的对象之中而进行的。自由必须承认法律上承认的限制,平等必须承认法律上承认的不平等。自由和平等的“另一面”被纳入了法律之中,区别本身成为可以具有两种区分的两个方面的法律调节之对象。由此重新证实了法律系统的分立,因为调节必须在法律系统范围内进行,这必然要涉及法律上有效的限制(因此不仅仅涉及理性的限制)和法律案件的不同性,而不是涉及人的不同性。但是通过这种自相矛盾的展开,整个法律被假设为是或然的,即实证的,而把出发点表述为原则或权利或价值,也仅仅是为了掩盖这一点。<sup>③</sup>法律的基础不是一种作为原则基础的理念,而是一种自相矛盾。

236 如果人们把掩盖自相矛盾的这一面纱揭开,就会清楚地看到,对公正的假设被视为和如何被视为或然性信条。人们不得不接受以其各个时期的表述形式出现的或然性,但是正因为如此才能通过法律变化来帮助自己。与此相应,法律把自己作为二阶观察的前提,以便能够在自由/限制或者相同/不相同的联系中作出不同的处理。对于现代社会来说,与之相应的就是普遍的行动自决形式。为了与作为主要区分形式的职能系统的分立保持同步,社会调整自己去适应一种二阶观察方式。为了使自己在高要求的、仿佛是人为的情况中能够不迷失方向,人们必须去观察观察者。这可能对一切职能系统都适用,<sup>④</sup>适用于人们也许可以称之为现代理智性商谈的东西,也适用于法律系统。

每一次对法律问题的裁决——关于这个问题我们在有关法律论证一章中还要详细探讨——都必然与其他判决相联系,因此它必须观察法律如何被其他观察者观察。这可能是立法者,那么起决定作用的是立法者的变革意向,或者可能是法庭判决,那么起决定作用的是法庭判决对案件问题如何下定义和他们以哪些考虑来论证他们的判决。一种周密的、也在理论上被讨论的、总结出这些“判决理由”(“rationes decidendi”)的文化,首先从在法庭判决中有效的先例约束理由中发展出习惯法。

在这一联系中平等/不平等的区分,也就是公正地处理案件的问题获得了一种新的、与时代相符的功能。人们开始也许会推测,一个在二阶观

察层面上运作的系统有保守的倾向,也就是说有根据被观察的观察者曾经如何判决来进行判决的倾向。因为从本性上来说人们不希望出现矛盾,如果一切都是或然的,因此一切都可能是另样的,那么正因为这一原因,像以前那样做有可能达到同样好的效果。这一点尤其适用于把变化机制以法令和契约形式分离出来,在法院组织中实行一种审级制的法律系统,这种审级制很容易导致或者甚至迫使下级法院以上一级法院的法律宣判为转移。通过公正这一或然性信条要纠正的正是这种在法律中尤其表现突出的以先例判决为转移的倾向。

237

正因为判决必须作为或然的、必须真正作为裁决来进行,因此要裁决的案件在与判决先例的比较中究竟相同或不相同这个问题对于法官来说是一种挑战。相同/不相同格式从某种程度上来说把一种区分引入完全有理由(例如出于法律可靠性的原因)倾向于重复的系统。正是一种对外运作上关闭的系统必须在内部阻止封闭。不言而喻,这首先是通过改变判决的效力基础机制即法令和合同而发生的。但是这些机制依靠的是对很不可靠的未来之很不可靠的假定,因此需要作第二次更正,即一种预防性更正,这种更正鉴于通过已成为过去的东西所呈现出来的具体情况,重新产生未决的判决状态。与必须一再重新进行的区分相联系、在相同/不相同的视角下进行的比较看来就是完成这一功能的。审查立法者或者合同签订人的意图只不过是一种可能的探测,通过这种探测可以审查对立法者(始终是重构的)意向的解释是不是与他们的意向在一条线上(也就是与他们的意向是“相同的”)。此外还可以进行回顾性的和瞻望性的判决比较,以便在变化中保持前后一致,并且使判决继续被观察。

因此,被这样理解的公正完全是专门适应二阶观察方式的,说它是为法庭设想的观察模式,立法者始终只是为此提供新的审查材料,这种说法是有道理的。

238

## 第六章

239

# 法律的演进

### 第一节

240

人们对从古以来法律的发展史了解得比较清楚,但是对所掌握的资料却没有从理论角度进行加工。按照今天的观点,这一任务只有进化论思想才能承担。但是进化概念在文献中(也包括使用这一概念的与法律有关的文献中<sup>①</sup>)用得很模糊,而且尤其在对进化论思想的批判中被扭曲。18世纪,人们首先在休谟(Hume)、卡姆斯(Lord Kames)和弗格森(Ferguson)那里找到具有类似现代进化论特点的有关法律演进的表述(例如:无计划性、事后对成果的认识、渐进的发展、偶然的推动、单个案件判决中所获智慧的积累),但是他们的表述缺乏一种清晰的区分理论的结构。19世纪上半叶历史法学派的著作也有类似情况。<sup>②</sup>在今天的文献中引人注目的是,研究比较具体的法律问题或者研究单个法律概要“演进”的作品<sup>③</sup>在使用进化这一概念的时候缺乏理论精确性,而另一方面把达尔文的变化/选择/稳定化格式<sup>④</sup>用于法律系统又不够专门化。我们将把达尔文的进化论作为依据来使用进化概念,达尔文的进化论尽管有需要改进的地方,但仍然属于近代最重要的思想成果。<sup>⑤</sup>但是,我们并不把这一理论来源表述理解为类比论证,而是理解为对一种可以有不同使用的一般进化论的提示。<sup>⑥</sup>我们宁愿选用这一理论,因为它是以区分理论开始的。它所研究的课题不是作为从开始到今天之发展的历史的统一性,而是仅仅研究了无计划结构变化之可能性的条件和对多样性或复杂性不断上升这一现象的解释。

系统论的最新发展使得这个问题的提出和解决不是变得容易,而是变得更加困难了。因为如果人们必须从系统的自成一体性和结构规定性出发,就更难理解:(1)究竟如何会发生结构变化;(2)为什么有时候(而不是必然地,或者是必然地)人们能够识别出变化的方向,例如在生活方

式的多样化或社会系统复杂性上升意义上的变化方向。但是随着研究问题的深化,对能够解决问题的理论体系的要求不断提高,从而对某些作为进化论的理论研究能够作一些贡献的标准也不断提高。很清楚,只有当差别和适应同时在系统和环境的关系中持续存在的时候,进化才得以实现,否则进化的对象就会消失。但是这并没有说明进化究竟是如何实现的。

解释这一问题的形式是变化与选择的区分。当这一区分是作为现实的差别(例如一方面是遗传特征发生变异或者遗传基因重新组合,另一方面是生存持续)而发生时,区分就必然产生一种形式多样化,这种形式多样化无论对始初状态来说还是在各种类型的相互关系中都会产生偏离,这些偏离作为不同的环境条件又会反过来影响进化本身。所有其他的、甚至对于达尔文来说很重要的“自然选择”的表述在我们看来都是次等重要的。因为对进化论的这方面和其他方面的研究今天越来越转到关于进化论与系统论的关系问题上,或者更确切地说转到关于变化/选择与系统/环境的关系,即一种理论之不同的、需要互相协调的形式选择问题上。<sup>⑦</sup>只有当人们要说明该如何理解听凭环境进行选择的系统时,才能谈到系统外部选择意义上的“自然选择”。 241

由此提出了这样一个问题:一个系统的哪些属性才促使进化得以实现。我们对这个问题的回答是从系统的运作自成一体性及其在与世界的关系中受限制的特殊复杂性中产生的选择压力。我们不必去研究物理领域,也就是原子、太阳、星系、化学分子等的形成是否也有进化,自我生成系统这一概念应该是我们的主导线。因为这里很容易看到,作为一切进化之绝对必要条件的保持自我生成能力也是通过结构变化才能做到,或者通过结构变化才能协调一致。因此,只有当各种条件都已具备并且有条件地(而不是必然地)互相连接的时候才会出现进化,这些条件就是: 242

(1) 一个自我生成的元素在与迄今为止的再生产模式比较中有所变化。

(2) 对由此产生的可能有的结构之选择成为继续再生产的条件。

(3) 动态稳定性意义上的系统的保持稳定,也就是在这一变化了的形式中继续进行自我生成的、由结构所决定的再生产。

以更为抽象的形式来表述就是:变化涉及的是元素,选择涉及的是结构,稳定化涉及的是自我生成的再生产的系统的统一。所有这三个组成部分构成必然联系(不存在没有元素的系统,也不存在没有系统的元素

等),而一切进化的不确定性归根结底在于,尽管如此对这三个组成部分可以有不同的侧重,但问题是如何侧重?

243 我们在这里无法调查,是不是也可以用这一理论来表述社会的进化。我们把这作为前提。<sup>⑧</sup>但是接下去的问题是:在一个不断演进的社会系统内部是否还能有其他的演进,例如法律系统的演进。<sup>⑨</sup>这个问题与以下问题是并立的,即从严格意义上来说是否可能在自我生成的系统中再有自我生成的系统,或者由此而存在的对一个本身是一个自我生成的系统之内部环境的环境的依赖性是不是与自我生成概念相矛盾。更具体地说就是:社会与一个外部环境相交流,并且由此与外部环境相区分。法律同样也与社会自我生成相交流,并且由此使社会的自我生成得以实现。社会使用语言,法律系统也使用语言,只不过在理解条件上有一些不同。社会依靠与意识系统的结构性联系,法律系统也是如此。那么这种依赖性是不是排除有关法律系统独立演进的设计?<sup>⑩</sup>

244 在我们看来,认为法律系统独立地自我生成的论点必然导致承认法律系统的独立演进。<sup>⑪</sup>这里我们只想再重复一下,运作上自成一体的概念并不排除演进。演进并不是复杂性连续不断地逐渐上升,而是一种结构变化的方式,这种结构变化方式完全可以与跳跃性突变(“灾难”)和长期性停滞(发育停滞)相联系。<sup>⑫</sup>当然,发生突变必须具备很多前提条件,必须存在“预先适应性的发展”。<sup>⑬</sup>法律系统也是如此,法律系统根据在二阶自我观察层面上通过正当/不正当规则化调节规范性冲突的长期经验而使自己得以确立。早在法律规则实现严格的二元化并且由此实现合乎逻辑的技术化之前,已经存在着以条件程序形式出现的丰富的法律材料。<sup>⑭</sup>因此,如果观察者被指示要密切注意法律系统,如果实际操作的条件程序已经具备了调节正当与不正当之划分的功能,并且对履行这一功能已经成熟,人们就能够知道所说的是什么意思(和不是什么意思)。在这一前提下,当法律系统在社会系统出现职能区分的新情况中必须坚持自己的自律性的时候,就出现了一个对演进的推动。<sup>⑮</sup>而当一个自我生成的系统一旦自我关闭,或者在一种彻底改变了的社会联系中不得不坚持自我关闭,并且重新改变自我关闭之形式的时候,这不是作为有计划的重组,而是通过现有机制的演进式重构而实现。<sup>⑯</sup>

单纯把系统论与进化论这样结合当然是不够的,而是必须能够说明,在这一系统层面上的演进是如何实现的。如果这一点成功了,也就能够进一步论证关于法律系统独立地自我生成的假设。

## 第二节

在我们开始调查法律系统中变化、选择和稳定化的进化功能如何相区分之前,我们必须弄清楚,法律系统的结构究竟是如何固定化,以至它的结构能够发生演进。这里很容易想到文字上的固定化,但是经过更进一步的询问就会发现,这里涉及的是相当复杂的问题。<sup>①7</sup>

文字作为社会的记忆,它具有保存知识以备以后在难以预料的情况下需要使用的時候可供自由选择的好处。当然,在发明文字以前社会的社会系统中也存在记忆功能。人们通常以为这些社会完全靠的是个人的心理记忆。但实际情况并非如此。更确切地说社会的记忆存在于对知识的口头传述中,也就是缓慢地使用心理记忆材料,一个接一个地激活这些记忆材料,也就是必须有时间慢慢获取知识,尽管时间在流逝。<sup>①8</sup>这种仅仅是暂时性的记忆形式之严重缺陷尤其表现在必须通过联系整个无争议的现有知识材料储备来消除不确定性和争执的那些领域中,也就是占卜和法律领域中。在这些领域中人们早已转向其他的知识储存形式,也就是画图记录,这种画图记录在不可预料的情况下可以通过专门的处理方式重新被激活。

就像口头交往的声音一样,文字是物理学、感觉意识和交往亦即物理的、心理的和现实之间的结构性联系机制,只不过口头交往的声音是短暂的。在这方面文字的作用不仅仅在于它所表达的内容,而是首先在于文本的分立,于是文本就能够作为不同意见之形成的同一基础。在这里文字以一种基础为前提,即以一个作为一种“无标记的和可以作标记的无限性”的“空白场所”<sup>①9</sup>,也就是一种通过标记的产生和区分可以向“有标记场所”方向过渡的、特意准备的“无标记场所”为前提。<sup>②0</sup>只有在可以作标记的媒介中才可能作标记,而这种标记互相联系的可能性产生了一种作为文本而出现的形式形成之媒介。

这种物理性的媒介/形式的形式使文字具有与其在交往中的使用完全相独立的或者相脱离的稳定性。就其物理特性来说文字属于交往系统的环境。以这一特性它不可能是社会交往的构成性要素。用皮亚杰(Piaget)的话来说,交往系统“吸收”文字只不过是把它作为信息来利用。<sup>②1</sup>吸收仅仅涉及含义,而不涉及文字的物理性。<sup>②2</sup>正因为如此文字能够保持稳定性,这种稳定性不会阻碍在系统自成一体的互相交往联系中有区别地提取信息,而且使系统能够在重复使用含义中保持自己的同一

性。文字使含义内容的重复使用变得容易,使人们更加不容易忘记(尽管忘记就其本身来说是很有益的)。<sup>23</sup>

247 文字使交往不再受信息传递的时间束缚,从而也不再受信息传递者的意向束缚。究竟是否取决于信息传递者的意向现在成了解释的问题。情景上的和意向上的一目了然消失了,它们必然被表述的清楚和对解释的指示所取代。一切参与交往者,也包括信息传递者本人,都必须被视为“不在场”。<sup>24</sup>

文字早在被用于交往之前就已经被用来记载值得记忆的信息,而法律事实属于文字发展和使用正好适用的最早的情况。<sup>25</sup>根据今天的认识,这种情况不是那么适用于法令,因为法令概念必须是在一种文字文化中才发展出来的。这种情况一开始仅仅适用于与权利相关的各种互动关系,例如遵守劳务义务的履行、合同、遗嘱,总之是上面被归纳在法律中的效力变化概念之下的一切。最新的研究指出了早期文字与占卜活动之间的紧密联系。<sup>26</sup>占卜活动企图为极不相同的生活境遇对不可知的事情的问题给出回答。<sup>27</sup>一方面人们设想,文字归根结底是在使占卜解释的形式固定化之基础上产生的。<sup>28</sup>另一方面文字在占卜联系中的应用随着在美索不达米亚向音符过渡使文字得到了最初的、在全社会范围内的传播。<sup>29</sup>法律问题在这些早期高度文明的国度中作为占卜问题而出现,也就是作为搞清楚发生了什么事情,以及在有利的和不利的情况很相似的情况下区分有过错和无过错的问题而出现。<sup>30</sup>法律以这种方式参与为占卜目的而发展出来的复杂程序和合理化以及专业性的专家鉴定。在上述情况中文字都是被用来记载为此所必要的知识服务的。已被发现的文字证据,例如著名的《汉谟拉比法典》抄本,也不是今天意义上的法律,不是通过它们而生效的法律的文字记载。它们的那种如果/那么形式完全与占卜的标准规则相一致,在这里则被用来解决案件问题,也被用来为司法实践服务。<sup>31</sup>概括性的判例法和分为有利(吉)和不利(凶)标记的二元规则首先是为占卜目的创造的,相应的复杂结构连同它的学识丰富的文字材料也很适用于法律。

248

换言之,早在人们把文字记载视为效力条件之前已经有借助文字而发展的法律文化和相应的专家鉴定了。罗马的口头约定也还是一种对单方面有约束力的声明,这种声明按形式是口头进行的,但也可以用文字记录下来作为证据。而且即使有文字记录也并不马上放弃在场的证人。<sup>32</sup>文字有很大的优越性,它能够使人们看到在口头争吵中双方感情冲动的情况下非常容易发生的差错,这一点正说明了早期在法律事务中使用文

249

字的原因。鉴于这一原因,文字也被用于预防性的文字记录,以防发生冲突。(当然,在古代讨论中也一再有人提到文字比在场人之间口头交往提供更有利的伪造和欺骗的可能性)直到比较晚的时期文字表述才开始也履行“公告”和公布法令以便老幼皆知的功能。为了能够具体发现偏差,只要有几个懂文字的专家就行了。公告的功能是以广泛传播的文件为前提的。

口头文化在记忆中依靠的是严格的(但又始终是虚构的)重复,例如以宗教仪式形式进行的重复,而文字文本给其在不可预见的情景中使用以更大的自由,当然也受制于在撰写文本的时候必须更加谨慎。文字文本必须本身是容易理解的,并且给解释余地设定界限。尤其是它们必须避免自相矛盾,并且有足够的稳定性。阿斯曼称这为“从以重复为主向以记忆为主过渡,即从仪式上的联系向文本上的联系过渡”。<sup>③③</sup>还在一直可以追溯到文字文化开始的时期,人们就在法律事务中使用了文字,如上所说,首先是用以发现和看清楚可能发生的偏差。在所有拥有文字的文明国度中都是如此。为了这一目的只需要把文件短时间地保存到事情的档案上。因此文字形式最初并不具有这样的意义,即保留一个文本,以备不可预见的未来使用,也就是为将来自由的主动的解释作备用的意义。<sup>③④</sup>直到后来文字才被用于完成进一步的功能,也就是被用来使人们能够看清楚法律的变化和法律的证明,只有这样文字才由于它自己比较容易被确认而成为法律的效力条件。只有在这一意义上才有成文法(*iex scripta*)和不成文法(*iex non scriptae*)之区分,关于不成文法很可能也有文字记录,如审讯对话、法庭记录、专家鉴定汇总,等等。<sup>③⑤</sup>

250

在精心推敲的法律文化出现之前也有些“律法”是用文字逐字逐句记录下来的,例如我们可以想一下“十戒律”。这需要有附加措施来排除怀疑,因为很难避免人们对书面文件发生怀疑(仅仅由于它使人们有时间进行思考这一点就是一个充分理由)。为了解决这一问题,人们把一种宗教的补充语义注入文本之中,主要是示意一种不可达到的(或者是已过去的,也就是说今天已不再能够达到的)、带有相应的创世神话色彩的效力渊源。替代一切在已知中求未知的占卜活动之背景语义的是一种新的宗教,这种新宗教用上帝的意志来衡量人的行动,予以承认或者抛弃。与世俗的事务来往不同,对于这一宗教来说文字成了可信的文本,这文本在已知中预示未知,在启示中预示秘密,在内在中预示超验。<sup>③⑥</sup>

251

与此相对,“政治”法令,例如梭伦等贤明立法者的政治法令之书面固定形式是进化晚期的产物。它以一种使其得到合法承认的程序为前

提,并且提出了由于书面文本在选词中过于语义单一因而不能充分把握作为法律所应具备的要求而造成的各种问题。因此紧接着梭伦律法之后发展出关于更高等次的不成文法(ágraphoi nómoi)的学说<sup>37</sup>,紧接此后是一个寻找“更高等次”、“超法律”法律基础的漫长传统。当然,有固定评价的口头传述是在有了文字之后,也就是有了书面与口头区分之后才谈得上的<sup>38</sup>。就此而言,任何强调口头传述和把它尊崇为圣徒录的做法都是有文字社会的历史倒叙(例如摩西律法的口传部分就是犹太教法典的来源)。

法律作为文字开始生效(我所说的效力就是第二章第八节中所说意义上的效力),这对于所有在此之前存在的口头交往社会的法律应用来说都是一个灾难,这意味着要转向另一种稳定性原则,所有的含义视野都要发生深刻变化,其中包括为了消除和重新允许有或然性而出现的对宗教的新的需要。很清楚,文字的使用与社会从区节区分转向阶层区分的过程是同步发生的,这种转向更促进了文字的使用。结果是造成了物质性的和符号性的(修辞学的)潜在势力空前地集中于一个社会上层,或者在缺少精英人才的情况下就集中于一个统治官吏阶层。<sup>39</sup>但是这种解释很肤浅,它无法说明今天的情况。不言而喻,一切交往形式都是与各个时期社会系统的区分形式紧密相连的。正如把法律问题纳入占卜联系之中所说明的,向城市形成和等级制过渡,向王国形成和门当户对的内婚制过渡,这远远不是一个特殊的法律系统分立出来的充分理由,法律系统的分立是随着罗马民法的制定以及后来在中世纪实行法律系统化才得以实现的。但是,只有当文字以很容易掌握的(音符和字母)形式供人们使用的时候,才创造出使法律文本能够与其他文本种类相区分的媒介。直到这时法律才能够在真正意义上独立,即它不仅使用文字,而且以一种与其他文本相区别的文本为依据。鉴于这种后来出现的历史状况,我们必须进一步分析一下法律书面化究竟带来了什么结果。

当我们把某个思想内容用书面形式记录下来时,它要经历一个反复阅读、凝结和含义扩展的过程。“原来的符号加上它的阅读要素构成一个扩展结构,这个扩展结构由符号和某种形式的对符号的回答所组成。这就是文化演进的实质。”<sup>40</sup>正是由于这种扩展,进化机制才能抓住机会和进行选择。尽管对文本解释(解释学)与(达尔文所说的)进化的条件联系问题几乎还没有人进行过探讨<sup>41</sup>,但是,就像在系统的自我生成中一样,显然在对原意的解释性发挥中可以看到比较迅速地对(同样是无头绪的)环境变化作出反应的可能性。



无论如何,通过文字既扩大了法律的应用,同时也使法律的应用受到了限制,并且变得集中——从此以后法律就一直在自问:为了谁?法律被纳入文字形式,并以此作为形式而分立出来。人们现在很容易把它区分出来,但是这并不意味着由此就很容易确定何为法律了。它不再能够被自由地用来限定在社会中能够得到支持的规范性期望。它也不再能够简单地根据一方所能提出的“证人”人数来确认。“法典把法编纂成典,它把法圈在一个新的形式之中,并且与一个新的解释者阶层一起守卫着它。”<sup>⑫</sup>另一方面文字的作用恰恰建立在这一基础之上,即人们能够洞察到文字符号并不是法律本身,它只是表达了法律。文字的进化就像语言的进化一样产生了一种差别。它有赖于区分的运行良好,能够避免符号与含义相混淆,并且在社会交往中人们能够估计到,其他人也能掌握这一差别。文字很容易被复制,也很容易被销毁,所以不能完全取决于符号的人工制品。那么又为何要用文字呢?为何要把已经表述的话用符号复写出来?或者问得更确切一些就是:在书面交往和口头交往中固定化的这一差别,其“特殊价值”是什么?

我们应该先问一下,人们使用文字是对哪一种需要的反应。我们看到,引起这种需要的除了对获取回忆材料的兴趣以外还有规范性问题。这种需要与对失望的预见是相联系的,正是对失望的预见才提供了以规范化格式交流期望的理由。由此时间差别就变得尖锐,它必须被逾越。一种说明某种期望是符合法律或者不符合法律的信息必须二次(或多次)被作为信息使用:在它投影的时刻和每当使人失望的行动迫在眼前的时候。于是人们把劳动成果例如像印第安人用绳子打结的形式记录下来,以便以后对某人所提供的劳务不至于产生怀疑。法律也是为了可以重复被作为信息来使用,而在一般情况下一种信息经过多次交流就会失去信息的价值。换言之,规范性期望所期望的、通过文字形式来平衡的正是这种难以达到的对抗现实的稳定性。由于人们无法知道期望是否能够实现,由于人们不愿意当期期望失望的时候学会放弃,所以通过以法律为依据的形式能够在需要的时候更新信息,看来是有好处的。

如果仅仅满足于指出文字符号的稳定性,这似乎太简单了。在动态稳定的自我生成的社会交往系统中,人们对含义的稳定性本身并不感兴趣。问题在于对同一信息的新的兴趣的预见,而不是简单地在于持久的东西比暂时的东西好。首先使这种把现在与将来相联系的需要成为现实的就是规范投影,而把文字用于认知性期望(alētheia 即避免忘记意义上的)则要晚得多,其前提是文字符号例如通过音符文字对口头表达方式

的多样性有高度适应的能力。

总之,这并不意味着文字保证了法律所力求达到的可靠性。否则就不可能发生法律系统的演进了。当规范性期望以后不能实现或者人们想到它们以后可能不能实现的时候它们是否也能被承认为合法,这一不确定性并没有被消除,它只是转换了形式。文字只不过用一种新的差别即符号与含义的差别来替代。一个书面文本被接纳到有意义的交往联系中,也就是被读、被引用等,无非就是开启和组织对可能包含的意思的示意。这也是归纳和产生复杂性即通过归纳产生复杂性的双向过程。在含义媒介中重现媒介与形式的差别。于是又出现了新的区分,在这些区分中文本为一方,并且使人们可以通向另一方,这就是文本与解释的区分,文本与背景的区分,字面意思与意指意思的区分。正是这些互相交织在一起的区分把文字记载的法律——包括而且恰恰是那些幸而保全下来的传统的书面材料——置于进化之中。

用文字固定下来的文本给借助新的区分不断地重新观察法律提供了契机。这些区分限制了解释任务。在这一形式中考虑到法律的效力,例如它不能通过解释来修正一种明确固定的意思(例如一个期限规定)。

256

另一方面关于是不是涉及一个明确固定的意思这个问题本身也是一个解释问题。<sup>④</sup>因此解释也是在其自我限制中才是自律的。它是对整个法律而言,而不是仅仅负责没有明确固定含义的那些部分。

因此,一切用文字固定下来的法律都是需要解释的法律。人们一旦认识到这一点,就要求文本能够把它的解释自动化,例如规定应该由谁来解释以及应该如何进行解释。法律包括固定文本正是通过对这个“谁”和“如何”的选择来适应社会的演变,并且当人们可以支配立法的时候也是通过这种方式来改变文本的书面形式。<sup>④</sup>任何现时有效的文本都是解释的前提,文本始终处于解释联系之中。就此而言文本建构了一种新的媒介,也就是与文本相联系的解释的总和,在这一媒介中可以沉积出新的形式,或者作为使人迷惑的、几乎吸引全部注意力的争论(例如可以想一下美国宪法解释关于“原意”的争论),或者作为被“占主导地位的意见”所接受的、通过文本解释途径而获得的理论。

直到人类社会跨入立法开始操纵法律的演进并且还很难看清其影响的现代社会之前,一切法律的演进,尤其是独一无二的、有二千年历史的罗马民法的演进,都是通过文本和解释的区分才成为可能,这一点对其结果的形式起着决定性的影响。

## 第 三 节

就像自我生成的系统本身一样,进化的前提条件也是进化的产物。这也适用于上面所说的文本与解释的差别。但是对元素的影响(变化),对结构的影响(选择)和被纳入到复杂系统之再生产联系的自我生成之中(再稳定化),这三者的区分是作为社会演进的产物自动产生的。法律演进之独立性的关键在于法律系统运作上的关闭。当我们表述具体的演进机制的时候,也必须看到历史的这种历史性。

对法律的演进起决定性作用的变化涉及预料之外的规范性期望的交流。这肯定多数是在事后发生的,起因在于一种在回顾中表现为对一种期望失望的行为。这个情况使案情发生之前还没有的、作为社会交往之结构的规范显现出来。<sup>④5</sup>从事实中产生法律(Ex facto ius oritur)。我们在历史回顾中所能想象的一切社会一旦有了规范性的期望就会出现这种情况。这种类型的变化从来不依靠社会能够在规定和行为之间作出区分。只要人们根据行为特点看出拒绝的原因,并且能够成功地把它表达出来,这就足够了。当结构的反作用确实可以被确证的时候,结构形成和结构变化几乎是不可能相分离的。在简单社会中问题是通过建构一种与之相适应的历史来解决的,变化和选择不可能相区分,作为期望而贯彻的东西取决于无数情景条件和社会结构条件。甚至今天如果不管出于什么原因要排除以现行法律为依据,人们看到的也正是这一结构,即这样一种倾向:通过指控和反指控、把其他的事实拉进来、重新排列因果关系等方法首先造成矛盾心理,亦即对抗只有一方有理因而另一方必然无理的思想。<sup>④6</sup>原因在于指控在形式的另一面始终与自我辩护同时存在——反过来也一样,这一基本机制服从于表面上看来是确定无疑的客观的正当/不正当规则;同时又在究竟哪一个规范适用这一案件的问题上出现矛盾。在这样一种与规范相联系问题上出现矛盾的倾向中可能就存在着进化的出发点,进化就是试图摆脱从中产生的要搞清楚上述问题这一压力。

人们往往在很简单的情況中却无法区分,破坏秩序的那个人究竟是不管出于什么动机就是要破坏秩序,还是他这样做是因为他认为自己是正确的。如果他被捕了,他会竭力为自己辩护,并且以此对一种可期望的秩序的再生产或更改发生参与作用。<sup>④7</sup>但是在缺少一个分立出来的、以书面文本形式固定化的法律结构的情况下,如果不允许被视为破坏秩序者的那个人要求有自己的权利,就无法把法律冲突与简单的失望相区分。一

259 切社会机构(首先当然是家庭和宗教)之间多元作用的联系使得固定规则的形成变得很困难,因为需要动用这些机构的情况各不相同,差别很大,因而无法进行比较。<sup>48</sup>这最初与诉讼程序规定的不足和诉讼程序倾向于进行随机应变的纠纷调解无关,而是有可能制止纠纷的各种视角点多元作用参与的结果。由此造成今天的观察者可能会有这样的印象:在这种社会中并不存在法律,或者只有镇压性法律,只有刑法。<sup>49</sup>因此,文字的使用并不是从“上面”,即从最重要的规定或法令的固定化开始的,而是从“下面”,也就是从有充分理由坚持某些事情,例如遵守诺言或坚持履行合同义务开始的。正因为如此,中东的交易法超越这一界线的早期发展和(看起来完全与此相独立的)罗马民法的发展给人们留下了更深刻的印象。

260 法律的演进基于最初几乎无法实现的无争议的和有争议的失望情况的区分。因为只有当人们通过口头上把冲突表述出来,当违法者为自己辩护,力图让人承认他的行为是例外,或者甚至坚持自己的权利的时候,才可能产生一种二阶观察。因为只有在这种情况下才必须进行裁决,谁是有理的,谁是无理的。只有这种情况才逐渐导致问题尖锐化,或者也导致规定/例外格式的发展。还在部落制社会中就已经产生了解决这一问题的协议方法和与此相联系的裁决需要,尽管那时还没有能够作出有集体约束力决定的“政治”权威,还没有以书面文本为依据的论证的互联网络。

人们也可以用更抽象的表达方式来描述这种始初状况,这就是语言和法律的进化成果使社会不仅仅像一群生物那样从结构上适应它的环境,而且使社会除此以外能够暂时性地适应暂时性的情况。突然爆发的冲突必须一件一件地解决或者缓解。这并不一定需要有强硬地贯彻的一个案件接一个案件沿袭下来的判决规定,更别说是与环境相适应的规范了。越来越多问题的积累导致了对稳定依据的需要,这些稳定的依据有可能以多种方式来发展,例如以从实际情况中总结出来的预测知识的形式,或者以规范性原则的形式。这两种情况中都产生了上面所说的与文字进化的联系。现在已被证实的进化成果必须能够为暂时性的问题提供可以沿用的(信息冗余的)解决模式,也就是能够把可变性与稳定性相结合。

261 因此,任何继续发展的前提是,能够就解决规范性冲突的问题进行协议的互动系统必须互相分立<sup>50</sup>,只有这样才有可能进行交往。交往最初可以是简单地力求达到调解的目的(与最后导致签订合同的协议相类似)<sup>51</sup>。当具备了进一步的条件的时候,也可以力求做到能够确定谁有理

和谁无理,于是问题就比仅仅平息阿基里斯的愤怒要复杂得多。这涉及能够对正当和不正当做出裁决的诉讼程序。根据这一任务形成了一种不随情景而变化的、可以重复使用的视角点的含义,通过这些视角点人们可以从变化的原因中来证实法律。在这里关键也在于期望的可坚持性中。只有在发生偏离的情况下期望才会变成规范,只有在有变化的情况下才会产生对可重复使用的选择视角点的兴趣。

在这方面人的头脑中缺少像古代自然法所假定的那种“自然的”视角。如果法律以一致意见为基础这一点应该被理解为任何时候所有的人都同意每一个规范的话,那么没有一个社会能够做到使它的法律以一致意见为基础。这样一种意识状态的固定化不仅不可能达到,而且即使达到也是不可能被确认的。因此,一致意见不是法律效力的前提条件,它会排除任何演进。演进取决于如何解决社会达成一致的问题而不是一致意见。司法管辖权规范以及限制司法管辖权规范的诉讼程序的演进正是以此为目的。以前人们不得不以假定一致意见和成功地做到无视不同意来运作。诉讼程序能够使人们做到,只要有几个人(法官、立法者)认为规范的效力对所有人都有约束力并且相应地作出决定就够了。与单纯假定一致意见相比,这种“几个人代表大家”的原则能够使规范更加具体化,从而对法律问题和现有规范的不足之处反应更敏感。但假定一致意见并不因此成为多余,只不过要搞清楚(在有些情况下会产生疑问),由谁来阐述这些假定以及它们与什么相联系。

262

很显然,诉讼程序和连同诉讼程序一起的“几个人代表大家”的原则之产生并非是没有前提的。其前提就是:即使不再有等级制可以让有名望的家族和上层社会中其他等级(贵族、城市贵族社会)轮流担任这一角色,但也至少要有一个具有出类拔萃角色的社会阶层存在。另外还要加上文字和掌握文字的演进过程。只有经过中世纪教会结构的迂回曲折的道路,才做到司法人员的角色越来越不是由出生来决定,也就是说经过个人奋斗而高升的人也可以担任这一角色。而只有在已经实现的社会职能区分的保护下,“几个人代表大家”的原则才被司法人员中立的原则即由法律系统代表社会所取代。

我们继续往前探索。首先在法律系统中有目的地分立出来、力求作出裁决的那种小插曲意义上的诉讼程序的演进,导致选择过程变得更加清楚,更具有可视性。由此不断进化的变化功能与选择功能相分离。变化承担着(经常是不成功的但有时候却很有说服力的)改变法律的作用,没有这种变革就不可能发生演进性的变化。选择则负责确定,哪些视角

点与法律相符。

263 与古代社会形态的决定性决裂发生在这样的时刻,即人们在为了判决选择而分立出来的法律诉讼程序中不再仅仅作特别的(ad hoc)论证和不再仅仅从个人偏见出发(ad hominem)进行论证。那些对于解决冲突的权宜之计来说非常合适的论据即使没有被禁止也已被看重了,它们被视为不符合法律因而被拒绝。由此通过宣誓和宣誓者保证人来确证合法权利的原则也消失了。由此也放弃了权宜之计所具有的所有灵活性优点,对此人们必须看到并且给予肯定。因此,要抑制特别论证和从个人偏见出发进行论证,最初这是难以想象的,正因为如此这里是一个演进的关键性门槛。因为现在代替它们的是对法律专门概念和判决规定的表述(以及以后对这种表述的回忆)。引证古老的“律法”例如梭伦变法或者罗马民法也可能很有帮助,但是在法律运行中这很快被证明为或多或少是虚幻的参照。起关键作用的不是合法性确认的方式,而是通过某种方法做到禁止特别的和出于个人偏见的论证。因为这样可以抵挡来自法律外的社会结构,当然首先是由社会各阶层所决定的地位及亲戚、朋友、律师当事人等关系对法律运行的直接影响。尤其从所允许的论证形式以及对论证形式像以往一样最初是形式主义的和传统主义的限制中可以看出法律系统的分立。法律诉讼程序的分立仅仅是演进可能性的一个条件。对在法律系统中进行论证的时候联系法律材料的方式方法的详细说明是法律系统演进的真正体现,是向着一个独立的、也能与道德和习惯意识以及词语的日常含义相区分的法律文化的突破。<sup>⑤2</sup>

264 总而言之,如果不允许进行特别的和出于个人偏见的论证,就会产生一种以另一种方式来满足的论证需要,即主要是沿着受可被认同的现有规范约束和发展出可以假定对其他案件也适用的概念和判决规则这一方向发展的论证需要。只有当这种实践操练得十分熟练的时候,法律系统中才能够接受公正的概念。公正的概念要求相同案件得到相同的判决,不同案件得到不同的判决,至于什么案件根据哪些规定可以被看做是相同或不相同,这个问题则由法律系统来解决。<sup>⑤3</sup>从长远来看,其结果就是分离出一种稳定的概念和准则、原则和判决规则,这些概念和准则、原则和判决规则部分被格式化,部分受到批评性处理,形成了可以使法官拒绝特别论证和出于个人偏见的论证的法律材料。<sup>⑤4</sup>

只有在一种情况中,即罗马民法中,才在这一基础上达到了使法律在它的自我参照概念中不受直观事实所左右,从而使法律内在的演进成为可能的那种抽象。<sup>⑤5</sup>紧接此后才出现了一种在中东法律文化中和雅典可

能找不到的发展:精通法律的人即法律职业工作者的特殊角色从社会中分立出来。这种分立最初在罗马贵族中,也就是在没有专门的官职或者与角色相联系的收入基础的前提下实现。<sup>58</sup>完全的、包括在经济上和赋予职务垄断权的职业化是在很晚以后才有的,首先出现在中世纪宗教法、习惯法领域和早期现代领土主权国家。

265

构成法律特有的进化基础的是偏离性发展,而推动这种偏离性发展的是罗马案例实践的不一致,这尤其表现在执政官给由他任命的法官的、作为判案前提的不同指示中。这种谕令形式的指示材料被收集在一起,出于现实原因被重新进行编纂和加工。由于这方面的工作越来越复杂,需要有相应的专门知识,以便参与这项工作的人(当然不是今天意义上的法律职业工作者)可以使用。因此法律知识(法学)最初无非就是一种有关正在发生的事情的知识,并且试图通过分类、后来也借助格言形式的表述达到(正规的)对总体的把握。在这里并不是必须具备这样的前提,即在很有帮助的抽象领域中已经有一个本身就很容易理解的秩序,尽管在中世纪人们已经开始如此来读如此产生的文本材料,并且对这种文本材料本身的(也就是不以案例实践的要求为转移的)严密性一再进行检验。人们有这样一种观念,即认为效力作为系统对于罗马民法来说始终是陌生的。尽管如此,概念材料连同把它们凝结为格言的倾向在中世纪已经发展到它们可以被作为基础;从此以后法律教义才成为一种开始反过来对法律本身的演进发生作用的稳定因素。<sup>57</sup>

罗马民法向着更为复杂的、概念与案例和案例与概念相互协调的法律发展方向前进——肯定不是偶然的——首先是通过适用于法律系统和经济系统结构性联系的法律概念,即所有权和合同实现的。<sup>58</sup>只要是一切主要的生活要素,例如妻子和儿女、奴隶和牲畜、房屋和土地,都可以概括在“家庭”这一概念之下,就没有必要有一个特别的所有权概念。<sup>59</sup>在很长一段时间中人们似乎满足于把所有权理解为占有,理解为对自己东西的支配权,并且保护财产不受干预,也就是查处犯罪者或者强迫他们交出偷拿别人的东西或赔偿受害者遭受的损伤。直到比较晚的时候才产生了所有权与占有的截然区分,也就是在同样也应当以它自己的方式受到保护的表面的占有关系背后产生了一个纯粹法律的结构。直到此时才能够借助对事实占有的保护来实现以下目的,即权利不能作为以暴力确立(所谓的)法律状况的理由,而是只能通过法律途径来得到贯彻。只有这样,法定所有权才不会取决于权利所有者个人的身体强壮和有战斗力。<sup>60</sup>只有这样才能实现把民法与刑法清楚地分开,并且有可能使所有权成为

266

267

各种不同的契约形式——尤其是贷款——的相关要素,于是就可以在诉讼程序中脱离占有问题来进行争辩,谁是某物的所有者。

作为财产所有者,人们不仅与侵犯者相关,而且也与每个人相关,与每一个有义务尊重所有权、在可能的条件下有可能获得所有权或者获得其他合同权利——例如使用权——的法律系统参与者相关。因此,所有权的普遍意义以及与法律系统的关系并不在于可以任意处置自己的东西(包括滥用)。这恰恰也保证了作为对物的支配的权力(或者承认这种权力为事实)。更确切地说普遍意义存在于与系统的联系之中,也就是说只要不是法律系统本身规定的限制,每个人都应该把财产所有者作为财产所有者来尊重。它在于涉及任何一份财产的时候任何他人都不是财产所有者。

在合同法领域内也有类似的区分在不断演进。这里不容易看清楚的是最终合同成为责任的产生原因,而不再简单地被视为易手交换。也许可以说合同被双边关系化;它成为合同双方之间关系的调节原则,尤其成为在劳务提供受到干扰情况下的调节原则。交易本身已不再使人感兴趣,或者最多作为产生某种特定类型合同(实物抵押合同)的法律条件。合同本身代替了交换,它调节合同本身的实现。

毫无疑问,这一点总体上今天还在运行,而且由于可以不与在司法实践中发展出来的、需要改进的判决规则相联系,而是与现行的法律相联系而变得更加简便。但是,这种不言而喻的感觉麻痹了人们对论证形式的注意,论证形式可能会重新陷入接近特别论证和从个人偏见出发进行论证的危险,例如作为各种法律教义之特洛伊木马的“利益权衡”。

无论在变化中还是在选择中,都不涉及由外部产生的法律变革。演进不是计划程序。发生法律纠纷可能出自很不相同的原因,即使不是多数,但也常常是基于说不清楚的原因。法律系统控制不了导致纠纷从而必须由法庭来裁决争端的原因。法律诉讼程序也不是为改变法律服务,而是为说明法律服务。就像习惯法中所述,诉讼说明法律。即使人们寻找并找到了按照法庭的印象是新的判决规则,即使人们意识到迄今为止的司法实践不再令人满意,因为作为其前提条件的情况已经发生了变化,也只有涉及具体方面的结构变化,但是没有对作为系统的法律系统的计划或调控。因此,法律的逐渐转型不是有目的活动的结果。它产生于不断被再生产出来的变化与选择的差别之中,它是进化差别逐渐生效的沉积。因此,最初不必把法律的可变性纳入法律的自我描述之中;不必对它进行反思。它是自动产生的。

与此相应,纠纷的裁决并不完全是在旧法与新法之间的抉择。安提戈涅神话描写的是一种例外情况。认为新法可能比旧法更好这种观念是很晚以后对已经实行了很长时期的实践的反思。最初即使对已有的法律知识也至多是十分小心谨慎地加以扩展,即通过类推方式进行论证<sup>⑥1</sup>,把案例经验扩展到新的案例。演进在这里就像在其他领域一样,不是有目的过程的结果,而是一种非有意设定的副产品,是一种渐渐生成的结果。<sup>⑥2</sup>在一个采用这种法律运行的社会系统内部已经设置了使法律系统能够分立出来的二阶观察的层面。在法律诉讼程序的形式中已经有一个层面,由此出发可以按照规范性期望是否符合法律来证明或反驳规范性期望。正当/不正当规则已经被使用,这种规则化的效果也如期而至<sup>⑥3</sup>,这就是在法律系统中沉积出一种程序化的语义,当人们需要法律价值划分标准的时候就可以使用。但是选择功能还不能与法律的再稳定问题相区分,它的运作是与一个被假定为稳定的法律相联系,是根据旧法进行辩护,或者在以此还不能解决问题的地方就会联系自然或上帝给定的秩序。即使像在后来的罗马帝国中已经有一个范围很广的干预法律的皇帝告示(赦令)实践,法律系统也是以极其迟疑的态度给了这一现象一种特别的地位。<sup>⑥4</sup>

269

然而,司法实践和为司法实践作准备的学说,并不以概念上表述不清的立法研究为转移,而是与现有法律稳定性的联系越来越松懈。这开始于斯凯沃拉(Quintus Mucius Scaevola)共和国的晚期,在上一代法律职业工作者已经转向用文字记录他们的协商活动的结果之后。为主要是辩证形式的概念形成所做的最初努力(这就是说通过“类别”的抽象)与一种不再仅仅针对具体案件的学说是同时开始的。<sup>⑥5</sup>正是由于把法律意见(不仅仅法律)用文字记录了下来,人们发现,传统法律已不再适应<sup>⑥6</sup>,并且试图通过概念上的系统化来保护它,这是进化变革中保守倾向的明显证据。<sup>⑥7</sup>这些努力随着罗马法学古典时期文本材料的迅速增加,随着对法律概念和有助于把法律应用到具体案件的判决规则的阐述而发展。在一个法律规范和法律意见已经用文字记录下来,但是由于没有足够的文本,所以仍然以口头方式传述的社会中,也就是在书籍印刷推广之前的社会中,这种法律知识常常采取有韵律的格言形式,人们把它们汇编成集,并且为了在法庭口头辩论中使用而学习。<sup>⑥8</sup>这些部分摘自法令大全,部分借用其他权威人士的习惯用语,变成便于学习的法律准则,作为看起来是古老的思想财富在司法实践中也可以被用来贯彻变革的要求。<sup>⑥9</sup>

270

271

法律知识赋予实践以稳定性,依据案例经验在已经作出裁决的旧案

例与新案例的谨慎比较中不断发展。可以作为比较视角点的有概念的分类、与法律原则的对照、已经被论证和被证明的、被重复使用的判决规则。方法主要是对类比法推论的有效范围一再进行新的探试——也就是说既不是从原则中进行演绎,也不是归纳概括,因为目的不是要找到可以普遍化的规则,而是要得出可以论证的案件判决。在这一过程中新的适当的判决不一定是由已有的法律知识所规定的。完全有可能恰恰从已有的案例备案中看出现在有待裁决的案件的新特点。就像在进化联系中典型的情况那样,固定的结果不仅是一个进化阶段的终结,也是能够看出和具体说明以后变化的前提条件。

当司法实践为了时间上的连续而自我关闭,当它由自己所得出的规则来指导自己,以及具体案件中的任务就是用规定衡量案件、用案件衡量规定的时候,进化选择就获得了一个很专门的形式。每次判案时都要问,从规定来看这个案件与其他案件是否相同。如果相同,就可以(而且只能)“归为一类”;如果不相同,就必须从这个案件中发展出一个新规定。正是这种司法实践成为以下戒律的理由,即不能把公正简单地理解为平等理念,而是应该理解为规范性的平等形式,也就是说理解为区分相同与不相同,对相同案情作相同处理,对不同案情做不同处理。

按照如何作出这个(正是这个!)裁决,法律的演进从控制论角度来说沿着正或负反馈的方向发展。法律系统或者在现有规则的基础上保持稳定,这些规则一再被重复使用,这可能会引起法律之外的矛盾;或者它偏离现有的基础,通过总是新的区分和穿越(用习惯法的术语来说)来建构更高的复杂性。只有在后一种情况中才产生结构上(不仅仅是诉讼程序上)的再稳定问题,也就是产生以下问题:系统是否以及如何能在复杂性越来越高的情况下还能自我生成地运转,并且例如对于使用者来说一直保持着足够的吸引力,以至终究还会导致法律案件的产生。

最初受口头传述和口头作用方式约束的有说服力的法律知识格言化,随着印刷出版的文献影响越来越大而消失。被视为不可透视的中世纪的法律连同它的注解和解释,连同它的特权和所实施的具体责任,连同实体法所依据的令状和诉讼的程序结构,渐渐地都变得可视了。书籍印刷使其他类型的文本获得了传播的机会,它们同样是为印刷而写的。除此以外印刷使以往只是口头传述的法律材料的收集、有选择的记载和传播成为可能。<sup>①</sup>有了书籍印刷才产生了简化、系统化和方法论研究的可能性,从而产生了这方面的需要,这种需要从此以后对欧洲大陆的法律科学产生了重大的影响。<sup>②</sup>同时,书籍印刷也给了人们专门用于习惯法的以

下可能性,也就是能够去思考面向案件的司法实践之独特性和人为性以及历史性与合理性之间的合法性确认联系,也就是过渡到一个对司法实践的自我观察和意识形态上的、到18世纪则是“民族的”自我欣赏阶段。<sup>⑦</sup>

总而言之,到这时我们才可以谈论一个注意概念系统化和历史沉积的法律教义。这一从案例实践中抽象出来的(但是对实践反应并非不敏感的)语义材料,为我们提供了阐明结构问题的可能性。我们可以用它来拒绝不可结构化的判决;但也可以用它来论证判决,使判决符合长期以来所流行的概念。在很多情况下通过这种方式使概念上可命名的法律概要的影响范围在一个典型进化型的“偏离加强”过程中逐渐扩大<sup>⑧</sup>:从自我证实的小开端中产生出有很大影响的机制;由于它们总结了大量的判案经验,它们的意义几乎无法用定义形式来描述。只有实际工作者才“理解”它们的重要性。

274

直到将近19世纪末,人们才转向拒绝作为概念法学的这些东西,并且越来越不加掩饰地把变革视为或者是立法者或者越来越多地是法官行使职权的规范,并为之辩护。于是人们可以自由得多地使用一般性的区分手段,这当然对后来沉积为具有程序功能的法律语义学的东西有很大的影响。

通过一种具有鲜明特征的、属于法律系统的(不能与拉丁语学校中所教的自然法相混淆的)法律教义的分立,稳定性功能也分立了出来。法律诉讼程序可以吸收变化,并且使它们对将来的法律判决具有结构性的意义。但是即使这一点成功了,还总是存在着这样的问题:这一点究竟是会对法律教义产生影响,还是仅仅作为随时可以改变的法律,或者通过先对法庭判决起作用,而后进入法律系统。换言之,产生了选择功能与稳定功能的区分,其中为稳定化服务的东西发射出自己特有的变革推动。还在17世纪的时候政治系统的变革已迫在眉睫,变革总是会引来反抗、起义和内战的危险。<sup>⑨</sup>但是法律系统已经达到了一种动态的稳定,这种动态的稳定使具有深远影响后果的变革成为可能——例如在所有权概念中,在主体权利概念中,在非正式合同的可起诉性范围中,尤其是在与中世纪相对的关于“公法”的革新观念中。<sup>⑩</sup>

275

只有通过一种精心制定的法律教义,才能把法律的稳定和再稳定从某些特定规范的简单的(因而多数是以宗教为根据的)效力转向规范的严密性。教义保证了法律系统在其自身变化中证明自己是一个系统。所以也有人说“系统的方法”。<sup>⑪</sup>这里不能误以为这不需要系统统一性的反

276

照,不需要在系统内以系统的整体精神为依据<sup>①7</sup>,而是只需要努力做到前后一致地解决“相类似的”案件问题。传统法律如果在相近的法律观念联系中能够站得住,它就与改变了的法律一样有效。前后一致性标志就是:解决问题的办法可以在教义上结构化。这又使人们能够认出不可结构化的解决办法,而且当判决结果与已经改变了的法律情感或者对可接受的案件解决办法训练有素的眼光相违背的时候,人们就能感觉到这是问题。正是一种法律教义或者与此相应的一种涉及范围很广、从许多法庭判决中总结出来的判决理由知识使人们能够发现缺点,并且——并不总是成功——寻找更好的结构的可能性。法律获得了从自己的缺点中学习成长的机会,例如涉及原则上被承认的、在法律上已固定化的过失责任原则方面,在有限范围内也允许判以无过失责任——可以是因为主观上的无过失者造成了一种有危害性的状况,或者是因为只有它具有避免损害的监督可能性和其他可能性。<sup>①8</sup>在教义性重构的基础上,中世纪晚期人们想到信誉原则(Prinzip der bona fides)可以填补传统的罗马契约形式和相应的起诉权(actiones)制度中的空白,以致任何不违反法律的合同都可以被承认为合法要求:无对价的口头合同产生责任(ex nudo pacto oritur obligatio)。于是在18世纪对资本积累和责任限制的关注寻找并找到了不能放在旧的社团特权法中的法人的法律形式。我们可以把这理解为法律对不断变化的需要状况的适应,但是这绝对不是意味着环境对法律系统起着决定作用。相反,法律系统只认识自己屏幕上的缺点,而且只能使用自己的合适手段来予以弥补。<sup>①9</sup>环境可能会使法律系统犯错误,并且搅乱是非观念,但是这些错误也是系统内部的问题形式,因此对这些问题的解决自然也受人们相信在现行法律范围内可以建构的东西的约束。

277

从法律系统来看这种通过弥补缺点而实现变革的形式也包括立法。发现了一个缺点,人们就会问:不改变法律是不是能够弥补这一缺点,还是必须改变法律?这样一种“消除混乱的规则”,在习惯法中至今还至少被视为解释法律的准则。<sup>②0</sup>它要求人们把法律视为一个系统,也就是视为前后一致的实际解决问题方法的整体,当遇到问题时可以从这些解决方法中选择一种,在解释法律时假定立法机关就是要这样进行,或者最终当法官找不到合适规定的时候就补上一个适合案件的、可以普遍适用的规定。从这一意义上来说,现行法律本身就是变革的动力,但也是为了保持稳定=前后一致=公正而拒绝变革的动力。无论如何以这种方式发生的法律演进,既不能被理解为是盲目的,也不能被理解为纯粹是有意向性的<sup>②1</sup>;尤其不能被理解为是对外界推动的逐一反应。演进是以部分通过

变化对外界推动作出反应,部分再利用稳定来推动变革的方式螺旋式前进的,就像下图所示那样:



这种不是连续的而是螺旋式的演进模式,使人们能够提出关于法律演进条件的演进式变化问题。首先我们可以发现,法律稳定和再稳定的机制本身已变成动态的了,并且从它自己这方面推动着法律变化。法律不再等到人们发生了争执才去寻找一种公正的、符合法律的解决办法,而是它自己通过对日常生活的调节性干预产生出成为冲突理由的情况。法律自己推动着自己前进。

278

具体地讲,这种演进形式变化的原因首先在于19世纪和20世纪立法真正变得有效。这与政治制度民主化和按照宪法为政治对立法施加影响开通渠道是紧密相连的。政治在法律系统中引发了大量要被吸收、理解和加工的新指示的涌现。虽然当时在程序中分专业管辖范围进行审核,看哪些政治愿望可以通过现行法律来实现,还是必须以改变法律为前提。就此而言,法律系统还像以前一样是作为一个系统参与其中;就此而言,还像以前一样作为变化而起作用的仅仅是法律系统作为刺激感觉到的、可以为此寻找一种形式的东西。但是变化机制本身已发生了变化。政治的“呼声”变成了一种更为广泛、今天似乎已经占主导地位的对变革的推动。推动法律变革并且在一定情况下宁愿采取新法规的理由不再是已出现的冲突,而是政治追随它自己的目的,并由此造成分歧,在一定情况下这种分歧可能会发展为冲突。如果一个国家要求在入境的时候填写特定的表格,并且例如在美国要回答有关自己所属种族的问题,这不是解决冲突,而是在这个问题上可能会产生冲突,造成对那个人不利的地位。如果没有这一法规也许根本不会有冲突。法律的变化机制通过自己制造的冲突循环性地被加温,而法规本身已经说明了该如何来解决冲突。

在这种情况下法律的演进不得不依靠解释。解释通过审核对一种规范的哪一种理解在与其他规范上下文联系中是相适合的,以此进行严密性检测。多数情况下法律已经不再像18世纪和19世纪大制典那样主张要注意严密性。与此相对,司法管辖权有了更大的解释自由。但是鉴于现有文本,它几乎无法利用这种自由来重新达到严密性。人们对法律解释的方法进行了广泛讨论——这一点也表明已经出现了鸿沟<sup>②</sup>——但是这种法律解释方法对论证具体案件的判决没有任何意义。(为什么法庭在进行判决的时候要把自己固定在一个特定的方法上)出路在于容忍多

279

种解释,在于弱化传统教条,在于使用不确定的法律概念和权衡性的表述形式,通过这些表述形式法院能够达到看起来很合适的特别解决办法,但却不能完全做到司法实践前后一致。立法者使用这些表述形式,是因为他自己无法看清,在哪些限制下尽管有了新规范也能保持前后一致性。

规范几乎不再关注前后一致性,这同时说明了它们很容易被改变,也就是说作为具体规范被改变。更改法律成了正常的事情,规范的平均有效时间不断缩短,规范常常只是暂时性生效或者因期待更好的认识而推迟生效。实质上的前后一致性已经无法再达到,于是通过时间上的不恒久来平衡(这可能显得较少令人痛苦,较少不公正)。

280 卡尔—海因茨·拉多尔(Ladewig)<sup>④</sup>曾经认为,在这种情况下已经无法再保持法律的统一性,它已被一种(价值和利益)多元主义的法律思想所取代。但事实与此相反,法律系统和以前一样在自我生成地再生产自己,它不会与其他秩序相混淆。在一种我们将在第八章中详细阐述的术语中我们可以这样说:由此法律系统的多样性(可能采取的运作的次数和形式多样性)不断增加,而信息冗余(信息经济学、可开拓性、错误的可视性等)却越来越减少。法律由此似乎变得更强大,而且在这一意义上变得“对错误更宽容了”。<sup>④</sup>但是与此同时对于需要法律的环境系统来说,它却失去了透明性和可靠性。正因为如此,人们一再提出关于法律的合法性确认问题,提出这个问题既有现实意义又毫无希望,令人既悲愤填膺又心中无数。

281 作为这一演进的结果,对于法律系统来说只剩下了实在法——道德哲学也许会对此有不同评价——这就是说:只剩下由法律系统自己通过拥有法律效力的标志而生效的法律。这完全不以法律传统的具体形式为转移,无论是欧洲大陆的民法还是英国的习惯法都是如此;也不以制定新法或者把旧法编纂成典的立法者的工作规模为转移。在习惯法中例如表现在19世纪巩固优先权约束中,也就是说表现在边沁和奥斯汀所建议的法律实证主义不可能得到贯彻的地方。<sup>⑤</sup>毫无疑问,现行法不能被理解为逻辑上完善的系统,因为任何逻辑系统都不可能论证它自己没有矛盾。但是对这个不完善性问题的回答并不在于外部的效力保证,而是在于不断生产法律文本,从法律文本中可以看出,什么东西被视为法律,什么东西不被视为法律。因此系统的“理性”并不是通过原则保证的善,而是在于在每一个情景中都要问一下,现行法在已经成为问题的方面是否应该改变。因此法律效力并不是建立在统一上,而是建立在差别上。这种差别看不见,也“找”不到,而是存在于不断进行着的再生产过程中。

## 第四节

前一节关于法律向着系统的、运作自成一体方向演进的论述中有一个很重要的方面需要加以纠正。我们可以停留在以下论点上：法律是自发地演进的，社会环境不过是参与操纵引起变化和可能发生的变革选择的偶然推动。在与环境联系中，法律的敏感性主要表现在具体的法律概要，例如刑法上所记录的是非观念，或者以诉讼可能性为主要内容的民法形式，或者最终与现代领土主权国家的发展相平行，表现在（最初与民法和自然法几乎无法区分的）以现代宪法法律为制高点的公法的产生中。但是除此以外是否还有超出这种法律多样性而对法律系统起决定性作用的社会条件，它们使法律系统最终能够运作自成一体、完全通过自己的运作使自己的结构专门化，并且由于内部可认识的原因而改变自己的结构？

我们推测，霍布斯（Hobbes）所说的肉体暴力的无所不在问题就是这样一种条件。从正面来说这意味着，如果法律应该做的不仅仅是限制肉体暴力，那么法律就必须以有保障的和平为前提。这意指法律的演进有赖于政治系统的同步演进，政治系统首先通过没收财产剥夺了社会对肉体暴力权力手段的支配权，并且在这一基础上巩固自己的权力。<sup>⑥</sup>

从很原始的意义来说，法律总是与解决有可能通过暴力来解决的冲突有关；但是由于法律经常引起双方都不得不依据法律来解决的冲突，而且法律越发展，这种现象就越经常出现，所以法律本身成了第一号的冲突根源，法律也就更与解决有可能通过暴力解决的冲突有关了。正是这一点导致了诉讼程序方面的演进成果，在诉讼程序中从某种程度上来说法律是在受自己的审判。但是仅仅这一点还不能使我们把刑法和民法分开，并且使诉讼程序在进行裁决时不受哪一种判决有可能得到执行这一问题的左右。单纯靠双方宣誓者保证人的人数，单纯靠对执法诚意的可见性，这以前可以作为执行法律的指示器。如果撇开古代城市和罗马帝国法律秩序中的某些孤岛，这种作为法律象征的、把暴力纳入法律之中的做法，一直到中世纪鼎盛时期都属于正常情况，而且是法律语文学和法律自我参照性继续发展中的桎梏。<sup>⑦</sup>从这一意义上来说，由于随时准备采取暴力，法律曾经一直受法律上无法控制的社会环境之结构的束缚，首先当然受部落社会中家族和宗族的束缚。这必然阻碍了法律语文学精确化的发展，阻碍了对总是有所不同的案件中办案经验的凝结和确认以及（影响法律判决的）法学对概念教义上前后一致性的关注。

283

只有在政治(中世纪则最初是宗教和以宗教法手段组织的教会)履行对肉体暴力的监督任务并保证和平的条件下才有可能克服继续演进中的这一障碍;这也包括法定权利的合法性一旦被确认它们就能够得到贯彻。<sup>⑧</sup>于是结构联系问题就可以专门集中并局限在政治与法律的关系上——或者把这两个职能系统理解为居首位的起凝聚作用的统一体,或者通过宪法的特别机制把这两个系统联系在一起。<sup>⑨</sup>可以说演进在“寻找”法律系统结构性联系问题的解决办法,即那些不会阻碍法律系统演进的解决办法,或者换言之,通过法律系统特殊的演进使法律内在复杂性的建构成为可能的解决办法。

284

如果这种开放的要害在于暴力问题,人们就一定能够观察到,按照这种演进的推进对暴力的依赖采取了另一种形式。事实上就是这种情况。应受惩罚的行为现在首先不是被理解为对一个受害者的伤害,受害者可以进行自卫或者要求赔偿,而是被理解为违背了刑法。由此在17世纪,尤其在18世纪才可能出现一个规模空前的向刑法化的推进——所谓为了公共利益——这一发展情况又把现代犯罪理论(贝卡利亚等)提到议事日程上,要求建立刑事犯移民地,并且敦促公民社会以职业道德和道义愤来进行自律。只有通过立法者才能把法律保护之客体的值得保护性纳入法律之中。所以直至今天也还是:法无明文不为罪(*nulla poena sine lege*)。以暴制暴的不正当被突破,或者转到了作为唯一有权这样做的主体国家身上。最初国家还需要用诸如“害人反害己”之类的理由来说明“一些不通过诉讼程序就处以死刑的理由”<sup>⑩</sup>,但是随着17世纪地区正常和平的实现,这一不经诉讼而判决的保留权也被证明是多余的,至少在法律秩序能够正常维持的情况下是多余的。

那么是不是可以说在一个自我演进的法律系统分立过程中法律以暴力打破了它自己的和平秩序?无论如何可以看出,当把法律用于它自身的时候,法律是自相矛盾的,而且也是这样被表述的。<sup>⑪</sup>外部参照——与实际占统治地位的暴力相参照——必须被拒绝,代之以自我参照,而自我参照必须以另一种方式与环境协调,现在则意味着与掌握政治权力的人的主要意志相协调。

从11世纪以来,欧洲在罗马法的文本基础上发展出一个与刑法相分离的民法,它最初分为宗教法和具有相应司法管辖权的世俗民法。<sup>⑫</sup>在这一领域内也必须禁止觉得自己的权利受到损害的人直接采取暴力行动。他必须放弃暴力,转为走法院诉讼的途径,否则就不可能有法律文化的发展了——当然这种取代只有当法院判决能够完全得到执行,而且判决不

会因对权力地位的考虑而被歪曲的时候才会令人信服。如果人们看到演进中不可能有这样的~~发展~~，这里也可以看到一种奇怪现象：法律必须能够自己确认和排除违抗法律的行为，它必须用自我调节的证明程序，即一种被接受到系统之中的按照法规来确认不合法的这一自相矛盾，来代替使它保证自己适应环境的权力测试。正当/不正当二元规则的统一性这一自相矛盾不是必须被“神化”，不是必须通过外化来化解，而是必须在法律内部来展开。

285

解决的办法对我们来说是那么熟悉，以至我们几乎都看不出这个问题来了。然而，还在近代早期（例如由于1525年农民战争和路德对此的反应）运转良好和运转不良的司法管辖权与以暴力手段获取权利之间的联系已经完全显现出来了。<sup>③</sup>今天我们可以从流传下来的正当防卫法/紧急状态法的异常情况中重新看出这一问题。还有一些允许在法律所规定的条件下违抗法律的残留情况和边缘情况。这些允许使用肉体暴力而不采取法律形式通过法庭诉讼程序来解决问题的情况都不是偶然的。凡是有暴力参与的地方，总是出现法律规则化的自相矛盾——不过是以一种马上在法律内部就展开的、通过限定条件来调节从而不再表现出自相矛盾的形式而出现。

用进化论的语言来表述就是，这种分析证明，自我生成和结构性联系是一切进化的前提条件。演进只能利用必须作为其前提的系统的自我生成。因此，在古典进化论的变化/选择/再稳定之区分内无法避免循环性的表述，而环境的推动被视为与正在演进的系统相关的、由这个系统沿着一定发展方向进行加工的偶然事件。如果人们此外还采用了结构性联系概念（关于这个概念我们在后面一章中将进行系统阐述），还可以描写通过哪些形式才能把这些“偶然事件”互相沟通，这些“偶然事件”在系统中可以被视为刺激，并且作为问题可以提供与系统相当的（自我生成地运转的）解决办法。对于法律的演进来说，肉体暴力的问题似乎能履行这种批判性的、使演进成为可能或破坏演进的功能。

## 第五节

286

上述思考还没有解答一个在进化论讨论中起着重要作用的问题，这个问题就是：进化造成的结构的建设和废除是否表现出特定的模式，或者完全是随意的。对这个问题人们已经用进步这个概念做了回答。如果不把进化视为进步，这就成为一个新问题了。因为这样人们就必须提供一

种后续观念,或者把进化论完全与那种对通过进化而产生的秩序所作的任何描写相分开。

人们效仿达尔文,常常满足于从进化论角度来说明,社会究竟是如何达到一个如此高度发达的、有区分的法律文化的。<sup>④</sup>在这里,进化产生的法律概要(所有权、合同、公司权利能力、主体权利、法律诉讼形式等)都是作为既定的前提,不必再对它们作进一步分析。进化论则解释了看起来似乎不可能的成就,即那么远地偏离初始状态这种现象究竟是如何成为可能,并且能够被视为正常现象的。同时,这样一种解释内含着以下结论:没有进化就不行,一切计划和改进法律的意向虽然有助于推动法律的演进,但是它们不能对结果起决定性作用(即使能,则不如说是起一种非结构意义上的作用)。

试图说出更多东西的理论往往明显地具有类似进步的性质。进化的理由往往也被用来伪装一种不言而喻会被接受的理论优势。人们声称,进化有利于促进与该理论相符的结构发展,以此来证明理论。例如海纳(Ronald Heiner)<sup>⑤</sup>就是这样证明了信息不全问题的解决办法。克拉克(Robert Clark)<sup>⑥</sup>也是这样证明了以下观点:进化促进了节省交易费用和其他费用的机制。<sup>⑦</sup>但是这里又出现了许多老问题(也许正因为如此经济学的法律进化论今天要在社会学中寻找支持),首先是参与者根本不按预先设计的意思进行计算,而且人们不可能真正知道,参与者头脑中量化的结论是如何形成的,<sup>⑧</sup>此外还有与未来的不可知和任何时间连接所造成的不可避免的社会代价等相联系的种种问题。<sup>⑨</sup>

系统论的出发点虽然没有使人们与自己的理论保持距离(这是非常流行的观点),但是它似乎使人们获得了一种更为复杂的分析手段。<sup>⑩</sup>人们可以从这一点出发,即进化使高度复杂的系统的形成和保持成为可能,而在这些复杂系统旁边(或者在这些复杂系统中)结构比较简单的系统也有生存的机会。进化不必有什么特殊的意义或目的,就能够导致在结构高度复杂和相应地运作多样化的情况下也能够实现其自我生成的系统的形态形成。它们必须在内部能够相应地有区别,从而能够清楚地看出意外发生的更高复杂性的产生——法律系统的演进在这里正好可以作为证明——而结果首先是,在法律本身中人们已经开始抱怨法律太复杂,并且要寻找补救办法。进化开始对自己造成的结果作出反应。但是除了事实发生经过就是如此以外这还有什么“更高的意义”吗?是不是会像18世纪人们曾经一度所认为的那样通过这种方式来实现“文明”,或者甚至某种“精神”?

今天几乎不再有人断言,复杂性本身会改善一个系统的适应机会。为了证明这一假说,人们似乎应该找到也考虑到复杂性对自身危害的补充论据。我们满足于能够达到更高复杂性这一无可争辩的事实,现代社会的法律尽管有各种各样新发展的抽象、概括化、简单化,但比以往社会形态的法律要复杂很多,这一点当然是毋庸置疑的。

这一事实的另一种表述就是:只要可能,进化就会使几乎难以想象的事情变成正常事情——难以想象的事情就是指偏离初始状态的程度。<sup>⑩</sup>但是这种说法并不比为进一步研究清楚以下问题而提出的问题获得更多东西,即一个系统是如何使它自己的机构适应日益增长的复杂性,或者换言之:复杂性如何作为选择压力起作用,并且为此产生出合适的、有相应复杂性的结构——或者阻碍继续演进。

系统的运作上关闭和对环境铁面无情的规则化是对这一问题的最主要的回答。环境被排除在外面,除非系统自己按照自己的信息加工可能性标准,认为需要对环境加以考虑。为此系统必须发展出能够区分自我参照和外部参照的能力。我们还将看到<sup>⑪</sup>,今天这是在已经发展出一个有同等功效的法律教义前提下,以概念与利益之间的区分形式实现的。<sup>⑫</sup>

289

属于具有同等复杂性的成果的还有法律效力标志与历史起源(本源意义上的历史起源)和外部参照基准(自然或作为自然而存在的理性意义上的外部参照基准)相脱离。我们从放弃直观性的视角来表述占有与所有权的区分和交易与合同的区分。在自我描述中法律系统也是自律的。在这里有效的原则始终是:必须以系统内部的立法与法律判决的区分为依据。这使立法者很难而忠于法律的法官则不可能对外界的友情、个人关系、对地位的顾忌等作出让步。<sup>⑬</sup>18世纪专制主义“管辖权”统一观念的瓦解和向分权制过渡使这一趋势进一步发展,对系统内部立法与审判之间的互相联系进行了重新组织,一方面允许在法律中增加不确定的法律概念或政治性的“表述方式上的妥协”,另一方面允许法官在提示相关立法的前提下拒绝法律改革。作为这一成果的结果,法律整体可以被表述为是自我生产的,表述为实在法,而法源论(不管这一概念有什么新的含义)在19世纪和20世纪中被大大改革,以致不仅立法而且判例,也包括习惯法(只要法庭采用它)以及最终甚至法律教义本身<sup>⑭</sup>似乎都可以作为法源而出现。

290

复杂性的暂时化这一概念还开拓了其他的洞见。在很多方面与人员或空间相关的限制被与时间相关的限制所取代。<sup>⑮</sup>新法使旧法作废<sup>⑯</sup>,因此甚至严重的暂时的不一致也可以不被觉得不公正。这种情况所引发的

讨论都被政治化了。

另一个吸收复杂性的机制可以用多样性与信息冗余的区分来描述。关于这个问题我们将在第八章做详细论述。在这里先指出一下,如果法律系统放弃对判案要前后一致的严格要求或者为此找到可以与更大的多样性相结合的新形式的话,法律系统就可以处理更多更多样的案件。把是否要求助于法庭的决定权留给当事人,这一直是这一联系中的一个重要的平衡因素。罗马法除此以外还对可予审理的案件之数目和类型加以限制。所有法定权利的可起诉性(19世纪的一个概念!)和日益广泛地承认个人意志对法律的重要性,使法律适应了现代社会的要求。只要个人意志被视为决定权利的根据,人们就认为可以放弃对前后一致性的维护(即公正)。猛烈攻击这种现象的抗议造成了政治压力,由此制定了很多限制自由的法律。我们只要想一下劳动法或者社会福利方面的立法就行了。其结果是,无数具体法令之间的前后一致性就更成问题了。还在人们尚未做完在这种条件下以何种形式才能重新获得信息冗余的实验之前,又提出了一个新问题,即为了公共财产的利益和专门为了有效处理生态问题的利益而对承担责任的个人“提起公诉”的问题。

这种演进使分立和复杂性建构成为可能,并且一旦达到目的就通过继续演进来表现这种分立和复杂性的建构。演进的结果就是,今天法律系统中的结构与部落社会中的情况有很大偏差。关键性的差别在于法律状况个人化。近代法律演进最重要的成就即主体权利的表述形式可能就是由此出发的。<sup>④</sup>通过这一表述形式,人们找到了在法律技术上可以使用的解开自由之自相矛盾(即把限制自由的必要性作为自由的前提条件<sup>⑤</sup>)的途径,也就是要包含被排除的东西,使任意的行为法律化。每个人都可以在他的主体权利框架内任意行动,他的动机不受法律监控;如果人们要对此加以限制,就必须(并且能够)使这种打算具有限制主体权利的法律形式。18世纪末所达到的其他成就都是以此为前提的,并且通过这一点来实现以后的普遍化——例如不分地位与出身的普遍权利能力以及当需要的时候可以赖以改变自由这一空白形式之法律界线的法律实证化。还有法律诉讼程序的普及(和通过这种普及使整个居民都同等地被包括在法律中)也是建立在这一基础之上的。因为对于实体法与诉讼法的区分和联系来说必须做到的是,可以从实体法中知道,谁可以作为原告和谁应该当被告。刑法也排除了部落社会中所通行的集体责任和集体补偿义务或赔偿权。甚至任何一种等级制的组织都必须与此相适应;对于这些组织来说法人这一法律形式是用于它们作为统一体参与法律系统这

种情况的。

由于我们已经习惯了这一形式,当人们看到它的不寻常情况,看到它在演进中出现的难以置信的情况时,就需要作出一些努力。因为首先法律应该想法获得社会对抵制现实的期望的支持;而且冲突调节也变得很不正常,它剥夺了个人获得任何战友、朋友、亲戚或他所属的并且在其中他有可能获得声望和成就的团体(例如同业工会)等社会支持的可能性。个人被孤立了,他独自面对法院,因此只能依靠法律系统本身的帮助。纠正机制(例如在实体法中为了限制个人支配权力以保障家庭利益的委托遗赠;在诉讼程序范围内对法律保护的保障或者还有职业道德观念和协会对职业道德观念的监督)必须以这种个人化为前提,并且以此为出发点。如果不是法律状况的个人化使社会束缚、责任和援助期望瓦解,法律系统的分立就不可能实现;只有当这一模式在演进中得到贯彻的时候,人们才会觉得,社会对法官直接施加影响是腐败现象,并且普遍觉得,采用社会学统计方法所揭示的社会对法律的非法影响<sup>⑩</sup>是一个问题,在这里就像在其他职能系统中一样,通过把“人”个体化和现代个人主义在语义上的相关概念来适应社会变化的这种迂回途径,被证明是职能系统得以建构特殊复杂性并且把关于包括在内/排除在外的裁决纳入自己范围之中的前提。

293

通过弥补基本模式的僵硬在法律系统中实现了进化并且总的来说令人满意的东西,随着政治系统力图把法律当做调节工具来使用而成了问题。政治稳固目的必须分解,分解为能够与有权利能力的人相关的形式。尤其是在把生态问题和调节目的转化为环保法过程中我们看到,绝对个人化与现实情况多么不相适应。这主要在于很难弄清楚,受社会制约的行动对生态造成的影响应该归咎于谁。由于这些困难,如果必须通过对个人起激励作用的义务和权利来解决所有问题的话,就根本不可能获得显著效果。例如,人们对为了公共利益而提起“公诉”的问题进行了讨论,而实体法中可界定的立场却与此并不一致<sup>⑪</sup>,这次讨论收获就不大。首先这一例子表明,个人化形式完全是法律演进自己的产物,它不是由社会内部的或者社会外部的环境所决定的。这与我们的以下理论观点相一致,即说自我生成的系统之演进是为系统适应既定环境服务,不如说它是为探测自我生成给复杂秩序的建构开放的活动空间服务的。

这里只能大概讲一下,具体研究结论将在后面详细阐述。这里暂且先介绍一下我们的假定:在演进中调节结构变化转化为系统内部之适应的中间变量不是经济效益,而是复杂性。

## 第六节

对法律进行历史考察中最困难的问题之一就是本章最后一节所要谈的内容。是不是可以说,由于法律系统在演进中所产生的特有活力,法律系统的社会意义,尤其是它的规模在不断增长?从绝对数字来看当然是这样。法律工作者比以前多了,法律比以前多了(虽然不同地区在方式方法上有很大区别,这从日本和美国的比较中可以看出)。<sup>⑭</sup>相应地人们的厌恶情绪也在不断增长,人们抱怨法律调节太多,扼杀了一切自由积极性,要求减少法律调节,采取法庭外解决冲突的方法,反对官僚主义。但是人们也很容易反驳这种看法,认为这种过分现象,或者表面上的过分现象在所有的职能系统中都存在,从政治系统到教育系统,从科学研究到经济界的货币媒介。哈贝马斯在谈到另一个问题的时候曾经说到过生活世界殖民化。换言之就是,职能系统在日常生活的重要性在不断上升,在很多方面存在着要求“回归自然生活”的反向运动,但是他们几乎从来没有达到过自己的目的。在一般情况下从中产生了自相矛盾的现象,即反向运动也不得不使用职能系统的结构手段,就好像生态植物应该由人工培育似的。简政必须有审查规定和审查过程,这又会给行政增加负担。

“太多”的印象只不过是表面印象,问题主要不是在绝对数字,而是在比例关系上。由于有些资源——首先当然是时间——是有限的,因此人们必须能够确定,某个职能系统的增长是否要花更多的时间,更多的金钱,更多的自然资源、能源、动力,等等,从而影响了其他方面的用途。这295把经验研究导向了几乎无法解决的问题。因为人们该如何来确定,假如不是因为法律过多现象给资源增加了负担,那么会有哪些其他用途呢?首先要在这样一种调查计划中以假定总量恒定不变为出发点这是不现实的,因为整个社会的规模和复杂性都增长了。随着社会交往可能性的增长,满足需要的可能性也在增长。

对于一般流行的经验社会学来说似乎理所当然应该从人口数字出发来检验人均法律工作者或法律事件(例如法令、法庭诉讼)的数字是否增长。<sup>⑮</sup>这种方法也将陷入重重困难,因为人们对相关的单位(一个法律工作者的实践范围应该有多大,一个法令应该有多重要,一个法律诉讼应该有多复杂?)只能任意确定。尤其由于通信媒体和技术的发展,人口数不再是至关重要的显示器。关键可能在于交往单位的数字,而且单纯从数量上计算交往单位的数字,而不考虑质量及后果,在这里也似乎是无意义

的。即使多数人有这样的印象,即法律系统在飞速膨胀,并且渗入到越来越多的,以前受习惯、社团、社会监督等等制约的社会领域,但人们无法证明这种印象是科学的假说。

应该说这是一种契机,可以促使我们在现有的研究水平上当谈到演进变化的时候放弃有关法律系统统一性的表述。人们确实可以确定,在法律系统的演进中结构发生了变化,形成了新的演进成果,也许人们对案情审理的期望也在变化,例如利用更好的诉讼技术和指证技术,减少形式主义,而且“内心的”事实(动机等)也能够成为法律上应该考虑的重要因素。从这一意义上来说,弗里德曼(Friedman)<sup>⑪</sup>的论点也是可以理解的,他的论点就是:对命运衡平功能意义上的公正的期望在不断变化。我们还可以更进一步概括地说,法律系统的完全分立导致了自己规则的普适化,它再也看不到任何从事物本性出发(例如作为家庭内部的事务)可以不被纳入法律调节范围之中的事情了。<sup>⑫</sup>什么事情要由法律来调节,什么事情不由法律来调节以及应该应用哪些法规来调节,现在这完全是法律系统自己的事情;只要从细节上作些必要的修正,这一点也适用于其他已经分立的职能系统。限制只有作为自我限制才能够得到实现。但是所有这些表述都是而且一直是关于系统的结构及其变化的表述,它们不可能返回去对法律的社会意义的增加或减少作出断言。在最后一章中我们将再一次谈到这些问题,但是我们会不会作出任何预言。进化概念本身就是排除预言的。

## 第七章

# 法院在法律系统中的地位

297

### 第一节

一般系统论思考以及经验研究都证明了以下假说：一个系统的分立要求有一个同时发展的内部区分。<sup>①</sup>一个建立在交往基础上的社会系统的分立即使在最原始的开端（在氏族家庭形成之前）也只有在具备了以下条件的情况下才是可能的，即人们能够把参与者之间的互动与社会相区分，也就是在参与者中发生的事情对社会的重要性必须在互动关系范围内进行考虑，但只能有选择地进行考虑。因此我们不得不推测，法律系统也只有作为有区分的系统才能够分立出来。但是由此并没有决定内部区分的形式。

所谓“内部区分形式”就是指通过分系统之间的关系表达整个系统秩序的形式，例如整个系统是一种上下级的等级秩序。内部区分也意味着但不仅仅意味着从每个分系统出发来看任何不属于系统的东西都是环境。这一点已经通过系统这一概念作了确定，因此对于系统论来说这是不言自明的。此外，系统自己的内部区分秩序还要求分系统之间的关系也是或者在平等的基础上（分区节）或者以各种不同的不平等形式（等级制是其中的一种）来调节的。包罗万象的系统（这里所说的就是法律系统）的整体秩序表现在以下事实中：分系统的一般性系统/环境关系是受系统与系统关系的秩序规定限制的。而后一种关系能够根据在整个系统的演进中所达到的和能够把握的复杂性而预见不同的自由度，即不同的整合密度。在复杂性水平不高的情况下只需要分区节就可以了。法律系统中有许多互相平等的并且作为平等的单位而互相尊重的法院。但是除此以外长期以来还形成了建立在不平等基础上的区分形式——例如法院和律师，法院和立法议会，它们在不平等的基础上把更多的不同性和更大的自由度引入系统。这个例子表明，不同的区分形式并不一定是互相排

298

斥的。<sup>②</sup>因此,各个时期主要的不平等形式必然就有义务来调节,什么地方需要和可以有多少其他的区分形式——例如贵族社会中有按阶层区分的家族,但是在每个阶层范围内存在着诸多地位相等的家族。

从这一规定出发我们来探讨一下法律系统内部区分的形式。这个问题不能通过指出不同的法律领域和有相应区分的历史变迁来回答。也就是说这个问题所涉及的不是诸如公法和私法、行政法和宪法、实体法和债务法之类的区别,更不是涉及对法律材料的原则上的划分,例如以罗马法的人/物/诉讼格式进行的划分。这种类型语义划分的发展并不是与系统的复杂性程度无关;但是它们不能够说明在法律运作上系统的形成。

我们也不同意一般流行的成文法和判例法的划分法。这种区分按其形式来说是由实证法理论规定的,并且提出了以下问题需要讨论,即人们应该从一种法源出发,还是从多种法源出发。对此可以进行讨论,但是如果追溯到抽象的理论基础就不可能得出裁决;人们可以推测,与其说理论的抽象有利于进一步探索法源问题,不如说它使问题相对化。对于我们来说区分理论是涉及甚至首先是涉及法律系统的一个分立的系统即法院的地位问题。但是问题在于当法律系统把法院分立出来的时候,法律系统必须采取哪一种区分形式。

299

## 第二节

第一个立足点我们是通过对于系统的自我描述来说很熟悉的立法与法律审判的区分而获得的。这一点很容易明白,尤其因为在古代欧洲传统中这一区分明显地是以分立为理由的。亚里士多德在一个中世纪重新被人引用的文本段落<sup>③</sup>中说,问题在于使法律审判不受法官的亲戚和友情关系所左右,即不受一个已经按阶层以及按照城市/乡村划分的社会中的区节划分所左右。亚里士多德认为,解决的办法就是把司法管理本身分为立法和法律审判两部分,因为立法者必须规定一般性的规范,这些规范由于规范的一般性和将来应用规范情况的不确定性,立法者很难看清这些规范对朋友和敌人、亲人和不熟悉的人会有何影响。因此只要用法律来约束法官,以便阻止他做出对朋友有利对敌人不利的判决就可以了。“不看人”这一说法所表达的无非就是这个意思。

众所周知,在罗马还产生了一种人民立法和限制执政官行使审判权力的补充区分,即以法律形式规定政治权力为法律服务的条件。由此社会阶层的影响主要转移到法律知识上,也就是转移到(最初都属于贵族

300

阶层的)法律专家的答辩性指导上。直至近代开始相当一段时间以后,人们还一直坚持这样的观点:立法和法律审判是一个统一任务的两个变元,这个统一任务就是原则上由政治权力负责而在领地国家中则由侯爵负责的司法审判权。<sup>④</sup>因此,对抗占统治地位的等级制度和家族制度的这种法律区分仍然受制于当时尚不明确的政治系统的自律<sup>⑤</sup>。法律是否能够得到实施以及针对谁,这仍然是一个社会地位问题,毫无疑问,地方司法审判权牢牢掌握在(当然经常不在场的)贵族或城市法院的手中。<sup>⑥</sup>

301 一种变化征兆从16世纪后半叶开始尤其到17世纪已经明显可见。它们表现在“立法者的权力”被视为现代早期主权概念的要素,并且进一步要求有贯彻现代领土主权国家秩序理念的相应职权。<sup>⑦</sup>几乎没有人注意到,对立法的理解已经从管辖权(由法律“说”,什么是合法)转移到了“主权”联系,并且在这一过程中有几百年之久法律主权与政治主权的观念互相混淆。法律概念的重要性要求把部分职权纳入立法职权范围——例如废除和改变法律的权力,具体案件中越法(废除部分条款)的权力,批准越法“特权”的权力,尤其在今天所谓的“疑难案件”中解释法律的权力。<sup>⑧</sup>正是这些原因产生了领土主权国家法律制度的改革和统一的必要性。

因此,最初只是对似乎是中央集权主义的法律责任观念作了新的规定。从等级制国家向专制主义国家的政治变迁产生了专门术语上的变化,并且利用这种变化逐渐架空旧的参与权利。直到18世纪才发生了彻底的变化,到那时候立法与法律审判的区分才达到今天所具有的意义。首先边沁在谈到对法律改革的特别关注时,要求把立法和审判清楚地分开,当然也不能够因此而真正触动习惯法。<sup>⑨</sup>“管辖权”这一概括性的职权概念被取消。不管自然或理性的原则还会说什么,人们现在都坚定不移地从实在法立场出发进行思考。回顾过去,人们有这样一种印象,就好像一切法律判决受社会左右的风险都应该由两级法院共同承担,这样就可以把风险减少到可以承受的程度。立法与审判的区分不是对分立的反映,而是对已经分立的系统的或然性的反映。

302 立法与审判的区分建立在相应的方法区分之上,也就是以职权规范的演进及其限制性的附加条件为前提。在这一基础上我们可以从区分的两侧看这一区分,也就是把它表述为两面可用的不对称物;法律系统可以立足内侧,(不必为此离开社会)而放弃外侧,实现自己的自律性。法官应用法律,遵从立法者的指示。立法者如果不注意新法律与整个法院裁判前提相适应以及如何与之相适应,他就会“陷入迷茫”(埃瑟 Esser)。

这最终有可能导致把区分表述为一种法律系统进行自我观察,而且是在二阶观察层面上进行自我观察的控制循环圈。法官必须力求去理解立法者的意图,即理解后者是如何观察世界的。由此发展出相应的“解释”立法者意图的方法。而立法者也必须能够设想,案件以何种形式到达法庭,在法庭上被审视和被处理。18世纪在尚未与社会相分离的“公民社会”国家概念基础上选择了另一种表现形式。当时旧的宇宙起源学的等级制世界结构阴影尚在,在这一框架内不可能想到把法律与最高统治权相分开。立法与审判的关系是按照一种等级制的形式建构的,等级制被理解为指令等级制(不是归属等级制,不是整体与部分的关系)。法院则被理解为立法的执行机关,司法方法学被理解为推论法。两者间的联系应该通过逻辑来保证,因而应该通过规范联系的格式化来保证。从莱布尼茨开始人们对相应的方案进行了讨论。今天人们才知道,现实与上述说法并不相符<sup>⑩</sup>;但同时也理解,只有借助一种使双方得以沟通的统一方案,才能把立法与审判清楚地相区分。因此,人们强调法律是一个可以从一种原则出发进行建构的多样性意义上的系统,而方法就是不允许出现偏差的推理。于是人们要求所谓有立法权的紧急仲裁,作为处理那些(例外地)出现解释性问题的案件的临时措施,因此人们并不认为把法律系统构思为完全与政治制度相平行(或者甚至相一致)是一件困难的事情。

303

但是现实很快就驳斥了这种一元论的区分思想。<sup>⑪</sup>无论如何从最高法院说明判决理由的方式中还可以看出这种等级制权力划分观念的残余影响——尤其在法国。<sup>⑫</sup>法院无法避开法律解释和通过法律解释认可的成见。“受法律制约”本身也成了法官解释的对象。必须由法庭来决定,在多大范围内他们可以通过解释来处理案件;当问题处理不能够令人满意的时候,到什么程度他们不得不要求通过立法改变法律。只有这样一种法官任务观才能够使禁止拒绝审判规范化,并且要求法庭必须自己来裁决向法庭提交的所有案件。

19世纪以后变化增多,最终导致等级制模式瓦解,但是并没有对这一模式从原则上提出质疑,更谈不上用向另一种区分形式过渡来替代。法官在与立法者的关系中所享有的解释权扩大了——尤其作为大规模制典已经过时的后果。法庭还越来越多地要解决解释合同(解释签约者的意图)的问题。人们对各种各样解释法律的方法进行了讨论,但是越来越谈不上严格的推理。法官处于双重要求之下:他要对每一个具体案件进行裁决并且要公正地裁决,这至少意味着,在具体案件中要做到公平,也就是要应用同样的规定。在这里法律解释也必须符合在审判中自己发

304

展起来的规则。裁决强制以及与它携手并进的、由此而产生的寻找(终是有疑问的)裁决理由的自由受到公正视角的限制。而这种强制、自由和限制的三元关系生产着法律。随着越来越多的成文法产生了越来越多的判例法。

19世纪最初为这一发展进行辩护的有以下假说:立法者作出了合理的行动,对他的文本可以作相应的解释。<sup>⑬</sup>这种假说使人们能够在立法和审判的关系中还继续保持等级制形式,但同时又使法官参与文本的生产。侧重点在保证上下一致的方法上。由此产生了其他类型的教义注解本——尤其是关于以一种有用的虚构形式出现的法律制度“完善性(无漏洞性)”的理论和把法律的字面和精神相区分,起到了暗中给判例法形成放行的作用。最终当人们甚至把语序学和修辞法也视为方法以后,又出现了<sup>305</sup>对过分强调方法的法律理论的批评。<sup>⑭</sup>人们坚定了这样的观点(尤其在英国的“现实主义”法律理论中):最终只有被法院视为法律的东西才作为法律起作用。“判例法”被承认为一种特殊类型的法源。<sup>⑮</sup>从此以后渐渐产生了这样的认识:立法与审判之间的关系不应该被理解为不对称直线的,而是循环性的,是对裁决自由空间的互相限制。<sup>⑯</sup>尽管如此,关于立法者在等级上高于法官的观念依然如故地占据统治地位,因为法官——应该补充说:就像一切人和立法者本人一样——受法律的约束。如果不是这样,又从何谈论“民主”呢?

应该如何解释这种描述滞后于实际情况的现象呢?我们推测,这是因为人们尚未充分理解法院在法律系统中的特殊地位,所以我们先来谈一下这个问题。

### 第三节

立法与审判相区分的重要性在于:法院审判工作的特点即使不是完全但也主要是在这一区分范围内决定的。与立法相区别,这里涉及的是通过对具体案件的裁决来“应用”法律。<sup>⑰</sup>如果由于这种裁决的缘故发展或证实了一般性的裁决规则、原则和法律理论,这就像是副产品,只不过是遵循法律的结果,是法律要求必须说明判决的理由(民事诉讼法第313条)。即使四周困厄丛生,任何法院都不得自行开始诉讼。以此既保证了法院的审判活动始终是“具体的”,同时使法律规定也得到相应的发展,虽然人们确实看到“判例法”在某些方面可能比成文法要重要得多!

人们借助立法和审判关系的不对称,并且借助相应的概念手段,例如

关于法源的理论,企图避开去揭示假如人们不得不承认法院自己“创造”自己所“应用”的法律因而有可能产生的循环。<sup>18</sup>首先法院判决的特殊风格作为法律“知识”——法源理论甚至把法源也视为认识来源<sup>19</sup>——是为一种关系的非对称化服务的,这种关系在另一种情况下只能被视为“循环性的”。但是假如法院在无法“找到”合适法律的时候根本不必进行裁决,而是只要说“案情不清”就可以不了了之,那么循环就根本不会出现。但是这对于法院来说是不允许的——而且是法律上不允许的。与系统的运作上关闭和回避一切直接参与环境的行动相对应的是,在系统内部必须进行裁决。人们不能把法律系统的状况视为与世界状况一样。系统/环境的区分在法律系统中被视为是未解决的问题;在经历了对这一状况的长期体验和发展出了使人们能够处理这种情况的法律机制以后,法律系统把自己置于了裁决强制之下。

307

但是法院必须做的事情即裁决究竟是什么?

裁决作为一种行为对每个人来说都是熟悉的,此外法院的裁决要明确、公开,而且如果可以这么说的话要有尊严,因此,多数情况下人们不会提出有关这一过程之特点的问题。判案理论文献对此也研究不深,因为它主要是研究(最小判决之连续性意义上的)判决过程的合理性或经验问题。只有关于法律论证的文献才真正以涉及判决的理由或以影响为前提。但是如果判决本身不是又一个(有目的的?)论据,那么它是什么呢?

假如人们要在这里引入一种精心制作的判决理论,就会打破对法律系统的研究框架。但是由于法院判决在整个系统中占有一个中心位置,因此重要的是至少在一定程度上能够理解,法律系统本身在这一点上成了不解之谜。

毫无疑问,裁决总是涉及其他选择可能性,它包含着至少二种或者常常是多种可供选择的途径,这些途径本身可能又包含着只有通过裁决才可能产生的状态、事件和以后的裁决,这些状态、事件和以后的裁决如果没有裁决就不会实现而只能有限地被预见,而涉及下一步裁决则原则上是不可预见的。但是裁决本身不是它面临的其他选择可能性的要素,不是其他途径。如果人们因此必须进行推测的话,裁决就是被其他选择之替代可能性排除在外的第三者。是它构成这种替代可能性的区分;或者更明确地说,它是这一区分的统一,即一种自相矛盾。只有当存在某种原则上不可裁决的(不仅仅是尚未裁决的!)事物的时候才可能有裁决。<sup>20</sup>否则裁决就是已经被裁定了,只不过还必须被“认出来”而已。<sup>21</sup>

308

这种自相矛盾存在于被排除的第三者与它为了被排除(=可以裁

309

决)而建构的其他选择可能性的实际关系中——就如一个观察者不可能是他借以描述某个事物的区分,而是必须把自己作为自己观察的盲点排除在外。此外还要加上一个时间问题。<sup>②</sup>众所周知,一个系统只有在它运作的时刻它才存在,它可以从一个与这一时刻同时存在的(也始终意味着无法监督的)世界出发。<sup>③</sup>时间上的延展只有通过把当下作为区分,即作为过去与未来之区分的统一而插入其中才成为可能。而由此就把当下变成延展到非现时之中的时间的盲点。由于这是可能的,人们可以把当下用作裁决的时刻,让对过去而言不再能够改变和对未来而言还可以改变的事物凝固起来,并且把同时性的世界纳入一种既定的选择可能性形式之中。涉及过去/未来的时间视野,由于它们必然是非现时的,所以人们可以采取选择的态度,通过这种选择性它们构成了其他选择可能性,这种可能性又使人们能够把这种情景理解为裁决的情景。裁决只有在以这种方式被暂时化的情况下才能够出现。否则只能听任人们在每一当下中去体验世界自己所显示的状态。

对裁决的这种分析得出了令人怀疑的、尤其对于法学家来说可能无法接受的结果。它说明:裁决不是由过去(当然包括已颁布的法律、已做过的事情)决定的。裁决是在它自己的、对它来说只有在当下才可能的结构中运作。另一方面它又对未来的当下产生后果。它打开或关闭没有它就不会存在的可能性。裁决以不可改变的过去和可以改变的未来为前提,而正因为如此它把决定关系颠倒了过来。它不能由过去来规定,但是它试图为未来作出一种区分,这种区分当然不可能起决定性作用,因为未来还要继续进行裁决。因此,尽管由此可能会有种种问题,但是人们完全能够理解,法院很注意自己判决的后果,力图通过对判决后果的评价来证明判决的合法性。只不过从严格意义上讲他们不可能知道自己判决的后果(因为有其他判决的干扰和信息不全),也许主要是这一原因致使人们产生这样的幻觉:判决应该而且可以至少在法律系统中由在诉讼程序中所把握的过去来决定。

310

由于这种种原因,判决是一种本身不可能成为议题而无论如何只能是不可思议的自相矛盾。权威性、装饰、限制窥视秘密、人们可以引用的文本、法庭的出场和退场——所有这一切都各就各位,必须阻止判决的自相矛盾作为自相矛盾而出现,由此暴露出可以合法地对正当和不正当做出裁决这一前提同样也是一种自相矛盾,而系统的统一性更是只能被视为自相矛盾了。

可能这就是为什么法律系统只有借助区分才能把它自己的统一性落

实到运作中以及不能把系统中的诸如正当与不正当、规范与事实或者(通过判决的)效力与(通过论证的)理由等区分归结到一个原则、一个来源、一种理性。其结果意味着:法律系统只能以这种不可思议的裁决形式来处理它的效力标志;此外还意味着,虽然它可以听便法院作出很多裁决,但是也必须随时准备当正当=不正当的自相矛盾通过其他办法无法解决的时候能够强迫自己进行裁决。

#### 第四节

这使我们找到一条导向更深入并且将突破迄今为止讨论水平的线索。不一定签订合同,不一定颁布法律(只要在具体案件中宪法没有这样的规定),但是法院必须对每一个递交到他们这里的案件作出裁决。人们把相应的规范称为禁止拒绝审判,这一表述中的双重否定从逻辑上说是很有启发性的。<sup>24</sup>

罗马法和中世纪的法律只为某些作了明文规定的诉讼( actio, writ ) 311  
提供法律保护<sup>25</sup>,而在向近代过渡中这已经成为不言而喻,即法院对每一项起诉都必须通过裁决作出回答,即使法律上没有明文规定(例如在有名的《拿破仑民法典》第4条中<sup>26</sup>)。通过这一必须自己负责保证进行裁决的准则,法官可以从旧的帝国监督中得到解脱,进入政治上的独立。<sup>27</sup>只有这样,把审判权逐渐也扩大到公法事务才能显得有意义。<sup>28</sup>单纯从事实上来看,用法律问题在日常生活出现的频率来衡量,需要法院来为争端作出裁决的案件是很少的。<sup>29</sup>但是这不能成为借口,来反对认为由法院 312  
调解争端的可能性具有结构性意义的看法。因为有诉诸法院的可能性,这使人们觉得,任何放弃诉诸法院和法庭外达成协议的解决问题办法都是应该优先考虑的——不管人们如何评价它们的“自愿性”。<sup>30</sup>

对法院的审判强制之出台正值康德哲学宣告实践先于认识的时代,这可能完全是偶然巧合,无论如何不是很容易证明二者之间有直接的联系。但是随着现代社会结构越来越显露,产生了一种复杂性意识,这种意识排除了按照逻辑或者仅仅从理论上来解决世界问题的要求。存在状况迫使一切都变得简短了。对世界或者对文本无休止的解释必须中断。人们必须对抗有更好知识的可能性,做得就像已经有了某种可信赖的东西;或者至少这可以用来说明采取行动的理 由。在这种倾向于实用主义的世界描述背景下,禁止拒绝审判这种特殊形式也就不再需要有更深刻的理由说明了。更何况它与正在兴起的法律实证主义也很协调一致。因为当

采取行动的压力迫使人们缩短了对知识的探寻,也就不可能再要求判决的效力有持久性,而是必须为新的怀疑、更好的认识和规定的改变打开方便之门。<sup>③1</sup>

313

“案情不明”(non liquet)单纯从逻辑上来讲是不可能排除的,这一点今天恐怕已经是毋庸置疑的了。<sup>③2</sup>世界并没有为逻辑秩序和逻辑可推导性提供任何保证。禁止拒绝审判也不是产生于法律约束使人们别无选择的缘故。否则一旦在寻找法律和解释中出现了无法解决的问题时,就只能听任法官认定“法律中有漏洞”而拒绝进行审判。因此,如果法律系统应该被建构得职能上无所不包,同时又有裁决能力,它就需要在制度上有预防措施。这个普适性和有裁决能力相结合的问题在禁止拒绝审判中得到表达,而且是以对法律系统来说很合适的一条规范形式来表达,这就是:法律系统拥有在紧急情况中对抗现实的效力权利。

有一些著作专门研究了因禁止拒绝审判而产生的实际困难。不言而喻,这样一种规定只有在以下条件下才可能得到实施,即允许作出不涉及有争端的事情本身、或多或少只是形式上的裁决,主要是通过关于举证责任的规定、误期、无管辖权、诉讼程序规定或者更为具体的习惯规定(*de minimis non curat praetor* 无监护执政官的最低限),或者美国宪法中著名的“政治问题”原则<sup>③3</sup>等来达到。这可能会使法学家产生这样的问题:什么时候利用这些规避可能性(法律条文等的漏洞)才会导致违反禁止拒绝审判的规定(三重否定!)。<sup>③4</sup>更为重要的是把法官的法律知识培训任务与这一禁止规定联系起来进行分析。<sup>③5</sup>人们甚至可以把现代关于“法律基本原则”的讨论(罗马人没有必要有这些)视为禁止拒绝审判的副产品。<sup>③6</sup>

314

一个类似的问题在习惯法中是放在“疑难案件”(“hard cases”)标题下进行讨论的。<sup>③7</sup>社会学家必须首先看到,这种案件在数量上只占法院所要裁决的全部案件中很小一部分。但是对于法律发展和伴随着法律发展并为之说明理由的法律理论来说,恰恰这类“疑难案件”具有决定性的意义。因为这里所涉及的是那些现有的、毫无疑问地有效的法律规范使用逻辑上准确无误的推理方法都无法得出明确判断的案件;也就是那些通过无可争议的现有法律知识不足以弄清对裁定谁为有理、谁为无理起决定作用的事实情况的案件。尽管如此,法庭也必须对这些案件作出裁决。这意味着,他们必须为确定他们的裁决并说明裁决的依据发展出裁决规则,而人们对这些规则的效力可能当时就有争议而且永远会有争议。他们不能以无争议地有效的法律为依据,而是不得不创造、假设这样的法

律,并以此为前提,但却不可能以此方式来保证超出案件裁决法律效力以外这种裁决程序是否也有效。正因为如此,人们发展出了以优先考虑为基础的判决(Präzedenzentscheidungen)要受“判决理由”约束的法律原则;但是这只是部分解决了困难,并且把困难转移到了什么是“判决理由”以及如何才能确认它这一问题上。<sup>38</sup>有关这个问题人们就道德理由对判决“疑难案件”的影响进行了讨论。<sup>39</sup>这虽然可能会导致判决规定的“可替代性”,但是在今天的条件下几乎不可能达到对它们的效力基础无可争议。<sup>40</sup>此外,以道德为依据有(令人难以承受的)弊端,这就是不得不否认在判决强制压力下被否定的法律观点具有道德依据。<sup>41</sup>

315

在法律系统分立出来之前也存在这个“疑难案件”问题。<sup>42</sup>当时这类“疑难案件”是通过神意判断来裁决的。今天法官从道义上对民众的道德信念的坚信似乎能够起到同样的作用——同样的不可预见性,但是具有好得多的有助于法律形成、从而把不可预见性转为可预见性的可能性。不管法律理论现在对这种强调道德的做法有什么看法:假如人们要把法院置于审判强制压力之下,就不能同时要他们的论证逻辑去经受无止境的追溯或逻辑的循环。如果他们是坚持原则的,人们就一定会原谅他们。

法院在他们的实践中已经习惯了只局限于为说明判决理由所必要的东西。当他们必须作出判决并为此说明理由的时候,要把应用自己的规定限制在对于判决具体案件来说必不可少的最低限度之内。要避免废话。有时会出现所谓(法官在判决的时候表述的非决定性的)“附带意见”,也就是即兴发言,而且可能对于表明法庭的法律政策意向来说是很有意义的。这尤其对于最高法院来说就好像是对未来案件的告诫。但是在有优先考虑约束的法律制度中,或许在事后分析中,人们在“判决理由”和“附带意见”之间作了明确区分,以便把约束作用局限于真正产生法律效力的东西上。这种自我约束于“本质东西”的理由,就在于审判强制和由此所决定的分立出判例法之必要性的联系。

316

审判强制和作出令人信服的裁决之可能性,二者之间的区别主要表现在法律效力概要上。法律效力又出现在一个特定的时刻。不管裁决如何有疑问,而且可能以后还持续有疑问,通过法律效力它可以摆脱持续被质疑。这使得把对判决后果的考虑纳入到判决和判决理由说明这种做法既是无害的同时又是有风险的——说无害,是因为在作出有法律效力的判决的瞬间其后果还在未知的将来;说有风险也正是由于这一原因。出乎意料之外出现或不出现的后果不可能再使判决有所改变。判决有可能事后被证明是错误的冒险,但尽管如此它是有效的,而且它不同于法律,

它也不可能鉴于出现新的后果而改变。

因此,单纯承认“判例法”只能停留在问题的表面。古典的等级制分解为互相影响的循环性关系也是这样。很显然,涉及的问题是法律系统如何才能阻截内在的自我过高要求,尤其是:如何以及在哪里。这只能导致重新回到禁止拒绝审判在逻辑上和结构上的意义。我们该如何看这一把如此多的东西置于运动之中的禁止呢?这仅仅是简单地涉及许多规范中的一条规范,即诉讼法中的一条规定吗?

不仅仅如此,这一点从以下事实中可以看得很清楚,这就是它涉及的是一条把自己本身也纳入其应用范围内的自涉性的(*autologisch*)规定。自涉性是一种针对自己的表述。只要存在着审判强制,不审判就被排除,因为它违反了这一规定。或者人们至少必须能够引用这一规定来强迫这一规定自我应用。<sup>43</sup>但是通过谁呢?通过法院自己吗?

自涉性这一事实提示我们注意到一种深层的自相矛盾。法院必须在无法作裁决或者至少不能在有说服力的合理性标准范围内作裁决的地方作出裁决。假如他们不能,就必须强制自己能。如果找不到相应的法律就必须去发明。我们还将看到,出路就是论证,论证的后果人们无法知道,因为它的后果将在未来才出现或者也可能不出现。无法裁决的裁决这一自相矛盾必须以这样或那样的方式被解开,也就是转化成人们能够把握的区分,例如裁决与后果的区分或法律原则与应用的区分。

法院必须作出裁决,这是法律领域的结构、法律思维和法律论证的出发点。<sup>44</sup>正因为如此,超越法律的价值关系意义上的“合法性确认”在法律中最终起不了任何作用。正因为如此,一切都取决于人们可以引以为据的以前的判决如果没有被改变的话就能保持不变。正因为如此,已判决的案件只要没有法律中所预见的例外规定干预就不会受到攻击。正因为如此,必须把法律理解为一个从自己本身出发的关闭的领域,在这个领域中即使在极端的社会紧张局势下也能够进行“纯粹的法律论证”,由法律论证自己来决定,可以允许有哪些解释活动余地以及在什么情况下必须拒绝变通。

这种裁决强制的结果我们从法庭进行诉讼的形式中可以看得分清楚,而在极端情况下则从盎格鲁撒克逊的反诘问制度中可以看到。这里有两个方面控制着场面:选择视角点的高选择性和精心维持的结局之不确定性。<sup>45</sup>以系统的审判规则(程序)为依据,指导着对选择视角点的详细说明。结局的不确定性则意味着,完全取决于本身还有待于作出判断的正当与不正当的规则值,而不是除此以外也取决于例如道德的或

政治的或功利的视角。一个罪犯只要没有被判刑,他就是无罪的;无论是法官还是律师都应该注意,不要从道德角度先入为主地作出判决。<sup>④6</sup>人们期望律师在法庭前代表他的当事人的利益,不管他对他有何看法。这就是法律系统分立和判决预先结构化的条件,判决的关键完全在于系统的规则与程序的关系。与此相应,宪法对法律系统的保障其最终意义在于诉讼程序的保证;因为宪法保障当然不可能让每个人都有希望像他所想的那样最后判决他为有理。

方法上的弱点、“确凿性的降低”<sup>④7</sup>、教义准线的崩溃及其被权衡性表述形式所替代,尤其是立法与审判的界线越来越不清楚以及调节问题根据它们是否以及在哪些情况下可以政治化而来回变动——所有这一切都是审判强制的后期后果,在一个越来越复杂的社会中,由于几乎在所有的社会领域中结构变化速度加快,因而审判强制的影响越来越大。对法院的很多抱怨和最新的社会学法律研究重点在这个方面获得了重要的意义。这涉及旧的对法院负担过重和诉讼时间太长的抱怨以及关于通向法律的途径(是说通向法院,而不是通向合同或通向立法者)的最新研究;这也涉及以下问题:假如审判强制的直接结果是,只有很窄的问题方面,即在一个通常很宽的、引起冲突、使冲突加剧或减弱的因素范围中很窄的几个方面才可以受到法院审判,那么法院诉讼究竟还是不是解决冲突的合适机制呢?最终还涉及只按照单个的“人”(无论是活人还是法人)来设置原告和被告的角色,而不考虑参与者常常是某类状况相同的案件的代表,但是可以作为个人来处理;在这方面已经开始对其他选择和改革的可能性进行充分的讨论<sup>④8</sup>;但是讨论似乎不敢触及事情的核心,不敢触及使法院比法律系统所有其他机构都显得突出的审判强制。

319

无法裁决的裁决,这一自相矛盾寻找并找到了——如果可以这么说的话——可接受的化解形式。我们用来描述这一情况的表述听起来是反面的声音,但实际意思并非如此——就好像有更好的可能性,只是人们没能抓住它。更重要的问题是:该如何来描写这样一种法律系统,在这种系统中越来越清楚地显露出它的自我论证的自相矛盾,而且人们也能够看出非自相矛盾化问题出现的地方:判决。

## 第五节

320

首先我们再重复一下:无论法令还是合同,它们都不处在法律裁决强制之下。人们可以在法律系统中通过对这些形式的选择改变效力状

况——或者让它改变。只有法院在这方面有特殊地位。法令或合同可能出于政治或经济的原因对于判决来说是必不可少的,但这是另一种类型的强制,面对这种强制的法律系统可以自由决定,它们是不是以及在何种情况下成为法律上至关重要的。相反,法院却必须出于法律的原因对每一项提交给他们的起诉作出裁决。只有法院负有处理系统中自相矛盾的责任,不管人们愿意如何具体地来描写。只有法院必须在必要的时候把不确定性转变为确定性,只有他们必须在必要的时候行使宣告无适用原则的职权。只有他们被迫作出裁决,因而享受可以把强制转变为自由的特权。任何其他的司法机构都没有这样一种地位。

但是自相矛盾是法律系统的圣地,是它的多姿多态的神性:作为多元的结合(*unitas multiplex*)和作为形式之再进入形式,作为已区分的东西的同一性,作为不可确定性的可确定性,作为自我合法性确认。系统的统一在系统中可以通过区分表达出来,这些区分掩盖它们所揭示的东西,从而在这一功能中成为主导性区分。结构上这是通过区分,通过系统中的系统与其环境之区分的多种形式而发生的。因此解开自相矛盾问题是区分问题的关键,而且从区分形式出发自己调节,哪些语义获得或者失去了可取性。<sup>④9</sup>

321 假如法院的确负有通过禁止拒绝审判所要求的同时又被伪装起来的化解法律系统自相矛盾的任务的话,这就打破了把法律系统的区分描写为指令等级的可能性。因为法院并不给立法者任何指令。他们至多规定了法院能够理解、接受和实行的东西的前提条件,以此他们不过就是使自己的存在有效。因此人们不得不用中心与外围的区分替代等级制模式。<sup>⑤0</sup>

322 根据这种区分,审判权的组织是作为法律系统之中心的分系统。只有在这里人们才能够利用组织系统的特点,即可以决定把成员包含在内还是排除在外这一特点,以产生对法官的特殊约束。因为担任法官职务就是意味着要服从不是对普通人有效的行为限制,尤其在产生新的法律规定中,必须坚持通常所流行的有关这方面的方法上和内容上的标准。<sup>⑤1</sup>只有通过组织才能够保证必须/能够对一切法律问题作出裁决这一权利的广泛应用。法律系统中一切其他的非法庭工作领域都属于它的范围。这适用于人们一般称之为“私人”活动的行动即签订合同,也适用于立法。对外围来说不存在行动强制。在这里各种利益都可以表现,并且按照各自的力量来贯彻,而不必区分合法利益/不合法利益。正因为如此,外围很合适作为对社会其他职能系统——无论是经济界、家庭生活或政

治——的对抗区。从合同法出发常常可以间接地发展出无数由私人产生的新的法律形式,主要有各种组织内部的法律,此外还有作为利益集团和其他大组织之间临时性集体协议结果的法律,专门从市场角度对一般规定所作的解释,有关一般经营条件的法律以及其他诸如此类的法律。<sup>⑤</sup>还有屈服于政治压力而出台的立法,并且以越来越大的范围渗入到“没有法律的空间”——例如渗入家庭生活、学校和大学或医生/病人关系的内部。在外围中刺激被纳入法律形式——或者没有。这里系统由于不是必须作出裁决而保证了它的自律性。这里保证了法律不是简单地作为听人随意摆布的法律而继续起作用。中心需要这种保护——正因为它是在互相对立的前提下运作。因此与立法者和合同签订者相比,法院是在审理上更为自我孤立的条件下工作。我们只要想一下那些证明程序手续。此外通向法庭的途径也必须畅通无阻,并且组织得有高选择性。提交法院裁决的案件只占法律问题中极小的比例。但是一旦告到法院并且当事人坚持要通过法庭解决,法院就必须作出裁决,不管多么容易或者多么困难,也不管其结果多么保守或者多么有创见性。

此外,这种按照中心和外围进行划分的形式的一个意义在于获得一种社会必要的充分的一致意见(或者在于维持一种相应的虚构)。<sup>⑥</sup>当法庭被置于审判强制压力下的时候,他们就不可能同时再取决于一致意见。因为他们必须对所有的案件作出裁决,包括那些法律效力不是建立在可靠的一致意见基础之上的案件。法院所利用的一致意见表达形式(民众的道德精神、一切具有公道公正思想的人的礼仪感觉)都显得单调陈腐,在诉讼程序中也不对此进行审查,而是按照一种合法虚构进行处理。对一致意见的要求被转移到外围,或者以一种合同形式,或者以通过政治上形成一致意见而产生的法律形式而实现。但是这是以在解释合同和法令的时候采取一定的谨慎态度,也就是在新产生判例法中采取一种谨慎态度为前提的,而对此不可能给出一般性的标准。

没有外围中心就不能运作,没有中心外围也不能运作,所以这一区分并不表述等级或社会重要性的差别。哈贝马斯用一种很恰当的表述把法庭诉讼程序称为“法律系统之分析的遁点”。<sup>⑦</sup>这绝对不是导致法庭比立法结构更重要这一后果的等级制结构模式内部的地位倒置,这一点恰恰是必须避免的。就像在任何一种区分形式中一样,这里仅仅要保证互相对立的事情(审判强制和没有审判强制)能够同时发生而且互相补充。区分的形式保证了自相矛盾的展开——而别无其他。但是这决定了,法律系统在为了履行一种特殊的社会系统职能而需要具有广泛职权的情况

下是否能够做到运作上的自我关闭。

324 最后,对于中心/外围之区分形式的上下秩序关系来说,能够说明问题的是,只有在中心的范围内才允许有其他的区分形式——不管是按区划划分,还是按上下秩序划分。只有法院是等级制,只有法院横向按照不同的区域或者专业负责范围进行区分。这也造成了区分形式的不对称。因为外围不能再作进一步区分,不管业务范围有多大。虽然已经有委托立法并且由此在法律系统内划分等级的明显迹象,但以此仅仅是授予一些委托,而不是产生独立的自我生成的分系统。与此相反,一个初级法院即使没有州法院也能运转;而高级法院则是从自己的法律出发进行裁决,或者根据特别职权,或者作为终审法院,以从下面上来的业务范围为基础进行裁决。不管对中心内部的区分如何解释,它都与主要职权的统一并不矛盾,而是以这种统一为前提,并且加强这种统一。

325 这种把(具有循环性反馈联系的)等级制格局转换为中心/外围格局的区分,其理论上的主要收获可能在于让法律的和合同的效力生产并列存在,互相联网。<sup>⑤</sup>这与通常流行的也被法院(与“判例法”一起或者不包括“判例法”)所接受的法律理论处于尖锐的矛盾之中。按照这一理论,合同(总是包括类似的私人法律产生手段,例如遗嘱、组织建立,等等)仅仅是无数法律机制中的一种。某种程度上它属于法律系统的语义学,而不属于它的句法。但是这种看法早已不再符合实际了。在20世纪20年代人们已经注意到“综合条款”法,并且提到“自制的经济法”。<sup>⑥</sup>在此期间,组织内部和组织之间以及大团体之间、大团体与国家 and 地方自治团体之间的大量关系,都以这种方式被纳入了一种有时也能够被法律系统视为有约束力的法律形式之中。除此以外很大一部分立法(例如反垄断法)在此期间也与这个法律生产领域有关联。没有合同就无法理解法律对日常生活的渗透;如果人们还想把合同想象为两个面面对私人的,根据市民阶级法律典型程序,订立一个个人的合同这样一种领域,那就完全属于老古董了。

不言而喻,与以往一样法令和合同按其法律形式和法律作用来说是有区分的,否则把两者相区分就没有意义了。但是法律通过这种外围的敏感性与哪些职能系统相适应这一问题也同样重要或者更为重要。对此起决定性作用的是对不平衡抱有更大的宽容和放弃审判强制,这种放弃使法律的外围变得更加突出。

## 第六节

现在我们已经很清楚法律系统中审判强制、法院组织和法院中心地位之间的联系,这引导我们对法律系统的运作自成一体性进行新的观察,也就是从时间性和实质性的视角来进行观察。

裁决可以完全抽象地被理解为一种过去与未来之联系的中断和重建的形式。凡是在进行裁决的地方,过去不是自动地延伸到未来(作为实质或者本性,作为不可能性或者必然性),而是联系被切断,让给了裁决,裁决只存在于当下,而且始终有可能是另样的。要问的是:社会怎么能够作这样一种中断冒险以及怎么可能把这一风险交付给社会的一个分系统即法律系统来负责?

从某种程度上来说其理由是:不言而喻会有争议。是赢还是输,这始终是一个悬而未决的问题。这个理由迫使人们行动。但是这并没有说出一个运作上相对自成一体的系统是如何把过去与未来重新连接起来的。

法庭以所面对的案件的格式重构过去。只有对于案件裁决来说必要的材料才被纳入考虑范围——多余的不要。帮助他们限制信息需要的正是现行法律。它被设想为材料,即也同样被视为过去的产物。认为从法律中可以推断出案件判决这种理想观念对于实践来说似乎意味着:仅仅通过过去就可以解决问题,而把未来交付给逻辑的必然性/不可能性。人们似乎完全可以测算出未来,即根本不必作裁决。但是,众所周知事情并非如此。实际上法庭必须设计未来。这是以这样的形式发生,即法庭设计自己在未来同类案件中也将遵守的判决规则,它可以是解释法律的规定,但也可以是从案件抽象中直接得出的规定,尤其在习惯法中就是如此。<sup>⑤</sup>这里始终涉及发明对将来也应该有约束力的限制。也就是说:通过把(不言而喻随着判决而消逝的)当下作为未来之当下的过去来建构,由此系统就在时间上自成一体。判决以未来形式被严格地置于规定之下,并由此被遵守。

326

这种作为过去与未来之中介的形式要求有一个第二时间,一个其中心在当下的、在当下建构的、随着当下而变化的时间。这并不因以下事实而改变,即虚构到现实中去的活动空间在现实中根本不存在,因为在现实中始终只发生实际所发生的,而且现时所发生的一切都是同时发生的。但恰恰这一点也表明了,被视为差别的时间始终是某个观察者的构思。这就是说社会必须把不同的时间观察同时化,而且这是在通过相互作用

327

给接续可能性加以限制的规定条件下发生的。在完全撇开逻辑推理问题的情况下,这一点可能是要求法庭不断为未来的判决产生规定的主要原因。“分解功能面对当事人和过去进行争辩。丰富功能面向全社会和未来提供法律规定。”(艾森贝格 Eisenberg)<sup>58</sup>

从实质性视角来看引人注目的是,只有法院才有监视法律判决前后一致性的任务。<sup>59</sup>这是以二阶观察的方式,即以观察法律判决(或者是法令,或者是合同,或者是法庭判决),而法律判决又是从自己方面观察法律的方式发生的。这方面的专业术语就是:解释。对现行法律的解释虽然在就拟订法律和拟订合同进行的思考中也起作用,但仅仅是为了找出拟订之活动空间的界线。法院以另一种意义来进行解释,即是论证性的,目的是为了说明他们自己的判决的合理性。这里使用二阶观察层面,以便测试迄今为止对法律的观察的前后一致性可以在多大程度上与加工吸收新信息或与优先考虑改变法律相结合。假如“法律科学”中的学术理论和研究也在作类似的努力,那么这是在由法院对正确的法律判决进行重构意义上的努力。但是尽管人们一再作出努力<sup>60</sup>,却没有发展出一种令人信服的法学上的立法科学,因此无论是法学家还是非法学家(例如哈贝马斯),今天还仍然坚持法律是一切法律判决合理性之基础这一观点。

328

## 第七节

进化女神显然很有勇气,她的勇气总是比一个有预见的计划者可能的勇气更大。她中断了整个社会对法律判决的预先规定,而没有可替代的。尽管如此,法院必须进行裁决。他们不可能指靠自己突然想出什么使人豁然明了的办法来,也不可能指靠他们能够很有把握地知道该如何进行裁决。该怎么办呢?

在形式上法庭是这样做的:他们在法律系统中(这一点是毫无疑问的)作出的判决完全是由现行法律所决定的,判决是作为对法律的认识或者对法律的应用而作出的。法律有足够的规定(例如举证责任规定)来保证在一切案件中都能够这样做。因此,我们对能够做到这一点是不能有怀疑的。我们从写成文的文本中看到这一点。但是这还没有回答下一个问题:这是如何成为可能的。

一个社会学家必然会更为具体地问:用什么来替代整个社会对法律判决的预先规定,例如对当事人的社会地位或者对当事人的社会关系网

的考虑?众所周知,通常流行的回答(这里首先可以想到法律批评研究运动的基调和他们的“新马克思主义同行”)就是:它们并没有被替代,它们仍然像以前一样在起作用。但是这种说法太操之过急了,起码它没有进行过历史比较,不管人们通过一种“潜在结构分析”,或者用一种简单地把现象归于原因的新划归法可能会发现或者提出什么<sup>①</sup>,但以下问题依然存在,这就是:如果涉及的是社会要保证法院的独立性和禁止拒绝审判,那么需要有哪些社会机制?

329

我们的回答是:法律职权的组织化和职业化。

占主导地位的法律社会学观点把这视为法律系统的界线。按照这一观点,法律系统通过组织和通过职业化分立了出来。求助法律系统也就是求助有组织的诉讼程序和求助于职业性的、在系统中起作用的咨询。但是假如人们放弃这一观念,而用一种单纯从运作角度对系统形成和界线划分的理解来替代<sup>②</sup>,那么组织和职业等现象从某种程度上来说可以自由地被用于其他理论上。通常流行的观点把目光引向了社会对法律系统潜在的、首先是由阶层所决定的影响。该如何来想其他的限制来源呢?如果人们与此相反把一种在自我生成结构意义上的扩大了的系统概念作为基础,就会看到来自其他方面的对判决活动空间的限制,这就是组织和职业。

组织这一事实的作用首先在于,法官通过组织成员的身份有责任地进行工作。人们部分通过职务监督,部分通过同僚集体,期望法官完成他们的“工作”。<sup>③</sup>与此相联系还有一个时间结构:一个接着一个。由此产生了约定的(或者“指定的”)互动日程安排。组织成员的身份也意味着设立了限制法官在互动中的行为界线,越出界线就可能要受到公务监督的控诉。组织意味着犯错误必须保持在“法律所允许的”框架以内。人们可以反对一种占主导地位的意见,可以反驳最高法院,但是必须有可被接受的理由(在这里我们预见到组织和职业必须共同起作用)。此外,假如最高法院驳回了某人的申诉,人们就不能始终坚持同一种不同意见——仅仅为了迫使当事人接二连三地向最高法院提出申诉。人们可以把一个试验气球放上去,假如气球破了,就只得作罢。最终组织意味着有不同的职位,不同的薪金,即不同的职业生涯。根据人们在什么地方以及如何对职业生涯作出抉择——职业生涯在每一动作中始终要靠自我选择和外部选择的共同作用——就产生了对意见的顾忌,可能还产生超出一个组织成员所应有范围的工作动机。

330

另一方面组织之所以很重要,是因为它消除了裁决对法官的收入和

地位的影响。法官可能受到新闻界的攻击,但这不会影响他的职位和收入。尤其由于对后果的估计在近代司法实践中具有越来越重要的意义,所以很重要的一点是:不能让法官对他的判决后果承担责任,而是由组织来承担这里所存在的风险。<sup>64</sup>因此由组织保证的不承担责任也使复杂的裁决变得容易些了。

331 如何才能对可能性空间加以限制,以此使(1)独立性,(2)必须以法律文本为依据(只受现行法律的约束),(3)禁止拒绝审判这三者的结合成为可能。从这个问题的视角来看组织和职业具有同等的功能,这一点也使人们理解,在地区比较中可以发现各地的组织形式很不相同,各地的职业也有很不相同的特点<sup>65</sup>,这使人们觉得可以相信,组织上的合法性和职业上的团结互助之相对重要性,随着时间的推移也可以发生变化——今天似乎更多的是朝着法律职业的不同特点与组织有密切关系这一方向变化。<sup>66</sup>

关于职业作为社会生活的秩序形式所具有的特殊意义以及司法工作方式的职业性等方面经常有人描写,而且描写各不相同<sup>67</sup>,因此我们在此可以不必重复。假如人们从以下视角,即如何使既是独立的又担负着审判强制压力的法院工作成为可能这一视角来考察现实和研究,那么我们首先注意到的有两个特点:司法人员的专家威信以及他们的共处能力;前者使司法人员能够在具有高选择性的狭窄的法律联系框架内进行操作并且驳回当事人或者争执双方一切超越这一框架范围的愿望<sup>68</sup>,后者则使司法人员之间即使在当事人或者争执双方的争执失去控制的时候也能够保持形式上的和平相处。<sup>69</sup>此外与法院相关的功能有两个方面,其中第二个方面越来越重要。一方面司法人员(律师,但也包括法官本人)要准备对法律争端作出形式性的判决;另一方面他们在谨慎从事的框架内极大部分时间忙于把法律手段用于尽可能使争执不要发生,这种预防性工作在很多律师的实际工作中,尤其在私人组织或公务部门的司法人员那里占据很大的比重。<sup>70</sup>此外在社会学家看来不足为奇的是,在律师中也反映出社会阶层的划分(尽管范围比较小),例如以收入差别的形式或者根据所承接案子的典型当事人的社会地位进行的律师等级的划分。<sup>71</sup>除此以外,律师尽管主观上感觉是独立的,但是也可能会考虑在政治上要与政党政策的重点相联系。<sup>72</sup>

假如人们不很注意法律系统自我生成的制度方面,而是更多地注意它的运作方面,那么组织和职业对有关系的和没有关系的事情的影响看起来就像是真正的法院工作周围的缓冲区。法院可以在它们的保护下把

他自己改变法律效力状况的判决表述为对现行法律的解释和应用。

最后,法庭诉讼程序的工作也是朝着这个方向进行的。<sup>⑬</sup>法庭诉讼以接受审理开始,特别注意裁决的不确定性,由此逐步诱导参与者发挥参与作用,对角色、各自所起的作用、冲突点分别作具体说明,直到最后“逻辑地”从诉讼程序中得出判决。随着在参与者的参与作用下把交往范围逐渐缩小,同时也逐步吸收了反对意见,结果是:只要法律手段是合法的,判决以后还可能受到攻击的只有判决本身。此外人们还可以尝试的只能是:通过政治途径迫使法律系统修改现行法律。

333

## 第八节

假如人们完全以整个社会系统为取向,那么看来在区分中心与外围时所使用的是一种很陈旧的、肯定是现代以前的区分形式。人们想到的是城市与乡村的区分——可以通过地理位置来区分。<sup>⑭</sup>由此可以正确地断定,今天社会系统的区分已不再根据中心和外围的格局来进行——除非人们仅仅从经济和技术发展的视角来定义社会<sup>⑮</sup>;即使这样也要指出,现在这种中心在地理上的稳定性也很小。<sup>⑯</sup>所有这一切都说明了,世俗社会按中心和外围的划分主要采取的是职能区分的原始形式,而且随着这一形式而变化。

但是这并不排除甚至也许恰恰能够使中心与外围的区分形式在各职能系统内部重新盛行,而且随着等级制形式在这里日益被证明为过于受束缚而越来越盛行。假如事实确实如此,那么法律系统的状况也就不是个别现象了;我们也许可以通过与其他职能系统中相应的发展状况相比较来证明这一分析。

334

我们从经济系统开始,在这里我们看到完全可以与此相比较的结构。这里负责处理自相矛盾的是银行。<sup>⑰</sup>只有银行才有出售自己的债务而赢利的可能性。只有银行面临必须刺激经济界既节约用钱同时又花钱的问题。银行的功能建立在以下基本事实之上:经济交易活动是通过付款进行的,每次付款根据其货币价值同时产生着有支付能力和无支付能力。与此相联系的时间问题是通过有支付承诺的交易来平衡的,也就是通过银行承诺回付存款和要(客户)承诺归还贷款,银行从差额中获取利润以维持自己的生计。与此相联系的是货币量增多的功能,也就是又一个自相矛盾,即货币量在经济系统中既被看做是恒量,同时又被看做是变量,而且是在主要由中央银行监察的限制条件框架内运行。

就像法律理论一样,经济理论对这一情况也重视不够。自古以来人们认为经济系统的重点在于贸易,从19世纪以来则认为也在于面向市场的生产,因而忽视了货币理论。实际上储蓄银行(它们与法院的区别就在于此)是一种比较新型的组织。直到18世纪获得货币依然首先是通过国家借债。法院的建立标志着法律系统分立的开始,而对于经济系统来说不如把银行理解为终结,理解为在金融市场领域内也存在的、从外部已经不再能操控(而只能刺激,当然也能破坏)的经济自我生成的产生。

随着投资(似乎还必须加上投机)的合理计算越来越不再完全以个人资金为基础,而是尽可能以个人资金和贷款的混合为基础,银行系统逐渐发展为经济系统的中心。只有这样经济才能适应在此期间它所达到的系统的复杂性。生产、贸易和消费属于该系统的外围,就像法律中的情况一样,这并不排除循环性联网,而是恰恰以循环性联网为前提。银行系统可以与法律系统相提并论,因为只有银行系统通过中央银行、商业银行和客户的区分形成一个等级制的结构,而生产和贸易只在各个组织内部,而不是作为职能系统形成等级。

在政治系统中也存在相应的情况。在这里,系统的中心由国家组织所占据。国家组织负责生产有集体约束力的决定。这里要化解主权的自相矛盾,即通过(隐藏在“集体”这一词中的)以下期望:决定也对决定者本人有约束。他必须能够约束自己,但也必须同时有能力解除约束,改变他的自我规定。今天这是通过插入一段时间间隔,通过具体的(首先是符合程序的)限定条件和通过对改变来说必不可少的政治上一致意见的最低要求而实现的。<sup>336</sup>正因为如此国家不再像18世纪那样是公民社会本身,也不再像19世纪那样就是政治系统。它现在仅仅是政治系统的中心,其前提条件就是以政党形式出现的政治分派和有纪律约束的外围活动过程以及达成一致意见和政治上相关利益的日常调解过程。政治外围为了能够履行它们的输送功能,必须比国家具有更大的自由。不可能做到每一条发表出来的意见,每一种施压企图,每一步政治棋子都马上变成有集体约束力的决定。这里也必须在系统内部能够让互相对立的东西同时存在并且互补,为此所找到的形式也是中心与外围的区分。

对于维持这一秩序起决定性作用的是保持中心与外围的区分。这一区分的系统内界线是以担任职务者为标记,并且在超越界线的政治权力循环中被再生产。否则就不可能有国家与政党的区别,不可能有议院外活动团体,不可能有政府与反对派的区别,不可能有争夺政治职位的竞争,总而言之,不可能有民主。但是人们也可能把它倒过来:随着政治系

统只有在它的“国家的”核心领域中还可以建立等级制的组织,而作为整个系统必须转向中心与外围的区分的程度,政治系统的民主化逐步提高系统的复杂性。

我们还可以举出很多这方面的例子<sup>⑨</sup>,但是以上例子对于我们认识这一形式来说已经足够了。复杂性问题的解决可以通过回到一个看起来比较简单的“区分形式”来解决,即通过承认中心与外围的区别。说中心是代表系统的统一(就像在希腊城市代表过好日子和人的完美的可能性),这肯定是不合适的。这里涉及的不是统一性的代表,而是系统自相矛盾的展开。有助于达到这一目的是需要采用不可能作为整个系统的形式而实现的形式,即组织和等级制;与此相联系的是把与此不能相容的功能与过程——也就是为变化和适应环境压力而保持开放——推到系统的外围。并不是现代社会所有的职能系统都遵循这一模式;但是对这种模式的适合不仅仅在法律系统中作了尝试,因此也不能用只有法律中才存在的特殊性来解释。

## 第八章

# 法律论证

### 第一节

论证也是一种具有两面的形式。当然这里涉及的不是好的和坏的、有说服力的和不大有说服力的论证,因为这在两种情况中反正都是论证了。更确切地说对于理解论证来说首先关键的是应该看到,人们以此不可能达到的,不可能造成的是什么。而这就是:动摇法律的效力标志。任何论证都不能够改变例如一个法令或者一个合同或者一个遗嘱或者一个有法律效力的法院判决等有效法律,使新的权利或者义务具有效力并以此来规定其本身又可以被改变的前提。不能够这样,这是减轻论证的负担,是为另一种纪律而免除论证的责任。同时,这种对效力的依赖关系也是法律论证的前提,它使法律论证局限于通过法律过滤了的法上,而不会由于道德的或者其他的成见而自由摇摆。<sup>①</sup>

效力运动和论证,两者的运作当然不是毫无关系的,否则人们就不可能认出这是涉及同一个系统的运作。它们通过结构性联系即通过文本而互相关联。在文本形式中系统才有可能通过自己的结构互相协调,但并不以此就事先规定,有多少和哪些运作会引起某些特定结构重新被使用,某些特定的文本被引用,或者改变它们。只有这样人们才能够提出并承受相同的案情应该得到相同的判决(公正)的理想要求。

339

由于文本是论证与法律效力之间联系的中介,因此文本,尤其是法令文本在其规范的(或专业特殊的)含义中对法律论证具有突出的重要性。<sup>②</sup>文本使简单化的自我观察成为可能。在规范性的审判过程中法律系统不把自己当做(在一个环境中的)系统来观察,而是视为互相提示的法律文本的集合。众所周知,法学家也把这称为一个“体系”。近来人们不是那么严格地也说到“交织物”。凡是作为文本而被考虑的都是由在系统中这一代表系统的功能调节的。这可以是法令和法令注解,当然也

可以是法庭判决或者一种确定的司法实践的其他文件。<sup>③</sup>关键是系统能够使内部的联系“现实化”，也就是能够以此来限制每一次当下的运作的可能性。找到与判决相关的文本要求有专业能力，因此是司法能力的一个中心（但常常被忽视的）要素<sup>④</sup>，因为只有当人们找到了相关的文本才可能进行解释和论证。

作为一阶观察——也许可以说在法律系统的“壁龛”中——法律系统的运作通过文本获得了正确判决案件或者仅仅是给出正确的法律咨询或者在法律上聪明地（从法理角度）处理问题的（相对的）可靠性。人们认为，通过文本所规定的现有规范形式就可以正确地应用法律。在这里，现行法律就是按照它的精神进行判决的充分依据。有文本的字义就足矣。至于解释，则被理解为后来对文本的合理化；或者理解为立法者自己已经作出合理判决这一前提的兑现。<sup>⑤</sup>比较旧的解释论则以在解释中必须与文本保持一致为基本出发点。今天我们还可以读到：“解释应该被理解为用其他的符号来说明‘同一事情’。”<sup>⑥</sup>当然，文本基础的一性本身就是一件解释的事情（只要人们不是满足于单纯的材料）。因此今天不如把解释理解为根据旧文本生产新文本，理解为对文本基础的扩展，在这里原文本仅仅作为参考。总而言之解释就是生产更多的文本。

两种说法，即文本不变以及文本在其他文本中扩展和新构，都可以在一阶观察层面上进行。而论证只能在二阶观察层面上产生，也就是当出现应该如何<sup>341</sup>在交往中把握文本这一问题的时候。<sup>⑦</sup>只有在二阶观察层面上才会提出以下规定，例如：对文本不能单纯从字面上理解，而是应该理解其含义。<sup>⑧</sup>于是人们在读文本的时候要观察自己（或他人），并且产生怀疑。这里的原因多数是因为根据文本而作出的判决往往会导致不尽如人意的结果——或者自己的利益没有得到充分实现，或者造成文本撰写人不可能想到的那些后果。于是鉴于有多种可能性，人们不得不去寻找一个有说服力的理由。人们必须找到理由，即作为文本之基础的裁决规则，并且对此加以论证。<sup>⑨</sup>

在文本解释中就已经有可能向一种二阶观察过渡，也就是当人们提出文本说的是什么意思这一问题的时候。<sup>⑩</sup>在这里必须把文本想象为交往，把可推测的文本的合理性想象为（主要是立法者的）制作文本之意向的合理性。<sup>⑪</sup>论证理论超出了这个界线。它从论据对交往过程具有的说服力的角度，亦即它们在交往中的胜诉力角度来评价论据。<sup>⑫</sup>这一点可能在很多情况中很容易估计到：在<sup>342</sup>规定中虽然只写着狗必须被系在绳索上，但是没有人会认真去怀疑，这样一来那位先生也必须被系在绳索上了。

但是只有在交往中(或者在已经历过的交往中)才会有人提出这种怀疑。这是以作为自我观察过程的交往为前提的,并且与此相联系来安排二阶观察。人们必须去研究预先就一个文本的存在和合理解释其含义的任务达成一致意见的前提,但是又不受人们(不能真正观察文本的作者)强加于文本作者的意向之约束。以立法者的意向进行论证仍然是可能的,但这只是许多论证形式中的一种。

正由于对文本的这种依赖性,法律赖以通过论证来观察和评价它自己的规定的最主要区分就不能只归结为一种形式。这里一方面涉及在解读表述现行法律的文本时出现的错误,另一方面涉及这种或那种解释的理由。在论证中只可能涉及第二种情况,只可能涉及理由说明,对于法学家来说这一点通过论证这一概念就已经是确定了的,不需要作进一步思考。<sup>⑬</sup>我们暂且还得停留在这种观察方式上,因为通常被命名为“论证理论”的东西都不超出这一观察层面。它只不过是努力争取在这一层面上提高质量。

343 第一眼所注意到的是:这里涉及的是一种二元性质,类似于愉悦(理由)和不悦(错误)。这里涉及的不是那种单纯通过否定另一面就能够产生这一面的对称互换关系。(避免错误还不能算是好的论证,而好的论证即使人们不大愿意承认但也很可能包含着逻辑性的错误<sup>⑭</sup>)这种二元关系中任何一个方面自己本身又是一种观察形式,这意味着一种区分。对于错误情况来说人们很快就会认识这一点。这里可以区分有错误/无错误论证,而错误有可能或者在于违反了逻辑,或者在于事实前提被证明是站不住的。由于在这里(也只有在这里)逻辑起着监视错误之手段的作用,对理由与错误之区分的描述作为质的(不可还原的)二元同时内含着一种关于逻辑在法律论证中的作用的表述。它既不能被用来论证判决的理由,也不是由于这一原因而毫无意义。它有另一种功能,与另一种形式相联系。

如果人们在这里也要询问一种有两个方面的形式的话,那么更难的是关于理由的表述。什么是理由的另一面?一种无理由?无理由?人们究竟能不能穿越这一形式的界线到达无理由,并且逗留在那里?或者这另一面无非就是使描述它的人能够反映一切论证的或然性或者甚至反照论证的无根据性,也就是论证的自相矛盾的“反照价值”?如果是这样的话,那么这种作为理由说明的一阶观察的形式难道没有使论证太快地面对自己的自相矛盾这一缺点?太快?

无论如何我们看到,论证(和帮助论证的一般流行的论证理论)满足

于一种替代区分,这种替代区分不仅会使自相矛盾隐形化,而且还产生几种其他的混乱状态,也就是满足于好的和坏的(或者说得客气一点不太好的)理由的区分。这一区分引出了关于区分好与不太好的理由的标准问题,并且借助这个有关标准的问题,论证理论把自己带入了论证过程——不言而喻,在好的方面,对标准当然也必须加以论证。为此服务的是被赋予能够进行自我论证之属性的“理性”结构。

这些结构连同它们特有的自涉性(Autologie)(理性就是自我合乎理性的,它是它自己的谓词)在此期间已变得非常透明,因此在这一联系内部已经没有太多可说的了。人们可以在它里面畅游——尽情享受。于是,人们当然必须无视许多在此期间已属于可靠的现代思想成果的东西。在逻辑的错误监控领域内人们肯定像以前那样认为,逻辑公式可以被视为先天的、学问深奥的东西,而不仅仅视为可以用其他计算来替代的某些特定计算的要素。在经验的错误监控领域内似乎仍然必须从古典自然科学出发,古典自然科学是以客观上可确证的自然法则为前提的,而不认识(科学)观察与通过观察所建构的现实的循环性联网。<sup>15</sup>在论证活动本身领域内人们必须放弃以下看法,即认为一切原则都是陈腐的,应该由和/或这一基本区分的自相矛盾来取代。为了避开这些问题,申诉理由的论证理论似乎渐渐转向了诉讼程序原则。<sup>16</sup>于是作为“论证理论”而出现的主要是为合适的诉讼提供合适的论据,而不多考虑司法人员在实际情况中事实是如何进行论证的。<sup>17</sup>在此期间已经对明显归属这一纲领的“诉讼程序化”问题进行了广泛的讨论。<sup>18</sup>但这并非意指要从理论上转向方法,至少不是指能够保证每个步骤的可靠性(无问题性)和事先规定人们用来达到预期目的的论据次序排列意义上的方法。就像在古代修辞学中一样,许多东西暂时被留给了熟练的技巧和裁决,或者简单地留给偶然去解决。

起关键作用的毋宁说是把时间与次序、策略以及学习可能性纳入到对情景的定义之中。甚至以旧的方式出现的原则似乎也越来越被证明是被简单化的行为所规定。例如当克劳斯·京特(Klaus Günther)建议把“适合性”作为在应用情景中检验规范的原则时,他把不偏不倚和应该考虑情景中的一切情况这两个规定综合在一起了。<sup>19</sup>但是这两点现在都已不再是实际标准了,它们不过是产生内容上尚未确定的或者仅仅是可限定范围的判决的方式或行为的规定而已。另外人们还注意到这类规定的可信性与它们的不可应用性有着相当直接的联系。因为人们如何才能做到对情景中的(仅仅是情景中的?)一切情况都考虑到呢?<sup>20</sup>

344

345

346

这类理论对人们实际上所看到的法律论证本身起不了任何作用,没有留下什么印象。用法律论证靠案件的不同性来滋养自己,并以此达到高度专门化,这种专门化不再能够化解为一般原则(例如公正)。它们达到了对问题和区分的高度敏感性,但是在实践中并不把自己理解为“应用方法论”(因为这会产生不必要的意见分歧),而是理解为根据目前的案件而进行的对差别的揭示。<sup>②1</sup>同样,伦理学理论,不管是哪一种,或者最近开始成为时髦的经济学分析,也不能够把握实践中的论证视角。<sup>②2</sup>论证虽然常常是通过很一般的概念,例如债务或责任担保或合同或没有正当理由的变富,但是这些概念之存在靠的是它们可以在无数不同的上下文联系中被重复使用,它们使人们能够把具体的判决理由置入到一个熟悉的总联系之中,但是它们并不是“毫无疑问地”、不需要具体说明就可以应用的。在这里类比法推论就成了沟通案件不同性之间的桥梁。<sup>②3</sup>由此保护并重新证明了办案经验和已经做了规定的期望,同时也把办案经验和已有了规定的期望小心地扩展到新案情,假如这还没有说服力,就把它作为认识新情况和根据新情况产生适用于尚未有规定之情况的新规定这种自由的基础。<sup>②4</sup>法律论证可能会认为,它的活动的整个产品是“合乎理性的”,但是这并不意味着它是从理性原则出发进行推理;也并不意味,它是建立在所有人都具有的思维能力之基础上的。当科克(Coke)在一篇著名的文章中反驳他的国王(詹姆士一世)把他自己的理性作为依据的时候,他就是这样认为的,他说:这肯定是“人为的理由”,也就是职业经验和职权。<sup>②5</sup>

347

348

谁要是把论证理解为引证理由,就必须看到,对理由也要进行论证。谁要是必须对理由进行论证,就需要有能够站得住的原则。<sup>②6</sup>谁要是提起原则,归根结底就要提到同样也承认该原则的系统的环境。尤其是当这些原则被“道德的”或“伦理的”或“理性的”附加物武装起来的时候。假如一种论证理论是这样设计的,它就不可能接受法律系统运作上自成一体的论点,而且会倾向于从论证实践本身中找到反对这一论点的理由。这种观点会从经验和道德的角度来强化自己,这也许恰恰能够说明关于运作上自成一体这一定理的讨论之艰辛。<sup>②7</sup>但是,难道原则就能够放弃互相区分了吗?如果不能,那么假如不是由法律系统自己来作区分的话,该由谁来作区分?人们也可以推测,用一种原则(按照比例、适度、价值权衡等)即使不是一直但也经常能够论证互相对立的判决。对一个原则的说明仅仅意味着把区分再代入到系统之中。最后,原则在它的静态表述中掩盖了系统运作的暂时性,在系统日常实践中不断地重复和修正、凝结



和确认、辨别和否决。这可能有助于在随着时间的推移规定发生变化的地方虚构统一,也就是为了前后一致而表现出不一致。<sup>⑳</sup>即使人们从法律系统运作上自成一体的定理出发,也可以考虑在论证实践中使用原则,正如在我们作进一步分析中清楚地看到的那样,人们似乎也可以把原则视为信息冗余形式,这类形式似乎能够与系统的任何多样性程度相连接。

随着原则信仰的逆历史潮流性和遁逃到缺乏说服力的诉讼程序训令的不可行性越来越清楚地显露出来,只剩下法兰克福学派风格的果断的放弃——或者寻找其他的结构更丰富的观察可能性。也许可以想到提出关于论证的“可能性之条件”的问题,同时用一种可以拉开更大距离的手段来代替理性的自涉性(Autologik)。假如要使这一点成功,当然必须能够十分精确地说明,这应该如何(也就是说通过哪一种区分)来实现。

## 第二 节

如果我们带着特殊的理论兴趣回顾一下最近几十年在“论证理论”标题下所获得的成就,我们只能找到很少有帮助的东西。<sup>㉑</sup>在法律方法论中主要值得注意的启发是研究彼此没有联系的、古代和现代早期的思想成果,例如立证法、修辞法、辩证法和解释学等概念。在这里忽视了这些形式理论与一种虽然已经拥有书面文本但仍然以口述为主的文化以及对一种通过文字所暗示的可疑性的最初反应之间的联系。我们现在的情况已经不再是这样的了。第二个毋宁说主要是由哲学的“语言学转向”引发的、关于规范化论证的规范理论浪潮,几乎没有波及法理学本身,而仅仅停留在“批判性的”远离实践的状态。完全否定这些努力虽然也同样收获甚微,但是无论如何能够把目光转向其他的可能性,这是有意义的。

349

首先我们需要有一个论证概念,这个概念并不是在定义中就包含着理由说明的要素,而是给我们提供了探讨理由说明之可能性的条件和理由说明之作用的可能性。<sup>㉒</sup>我们还想再谈一下把论证自我表述为提供所谓有说服力的判决理由这种论点。弄清楚提供的这些理由必须可以被重复使用这一点是很有帮助的。在具体案件中发明这些理由的时候它们就必须与一个互联的论据网络相联系。具体案件必须被纳入以前的和以后的判决联系中。这可以通过类比但也可以通过区分而实现。暴露出来的问题与人们以往所想的问题不同。在上述两种情况即类比和区分中法律论证(这一点使论证区别于反思理论)面对的不是系统。用古老的亚里士多德的术语来说,论证不是 de toto ad seipsum(从整体到自身),而是 de

parte ad partem(从部分到部分)。<sup>③①</sup>这相当于同样也是一种古老的说法:人们使用了技术效果好的、在修辞学和教育学中都得到了证明的以例子为依据的做法。<sup>③②</sup>这些例子都是从有待判决的案情出发来寻找的,有时候是通过一种独特的解读法而形成,无论如何不是系统地推理出来的。规定的形成是这种论证方式的结果,而不是前提。

恰恰由于具体案件是在它所特有的论证互联网络中被理解的,它不可能向前或者向后进入空白。它必须以此为前提,即在此之前有案件被判决过,以后还有案件要判决。从这一意义上来说(区别于与系统统一性的联系)案例技术的论证也完全是系统性的;或者也可以这么说,案例技术在自己的层面对系统的自我生成作出贡献。情景本身连同它们有选择的与过去和未来的相互联系,都是随着时间推移而变化。只有在这一前提下才能够谈得上必须重复使用规定,必须重复对类似案件作出裁决。因此在进一步观察中表明,重复是一个相当难的、与单纯复制有明显区别的过程。<sup>③③</sup>

因为重复始终是在不同的情景中进行的。按照相同的应该得到相同的处理,只有不相同的才得到不相同处理的公正要求尺度,案件可以被构筑为可比较的。但是这种相同/不相同的探针必须进入到现实中去,在现实中每个具体的情景都是一种不同的情景;仅仅由于它必须考虑到有不同的先例判决,有不同的历史这一点就能说明情景的不同了。因此,重复是处在双重要求之下(恰恰在这里反映了公正要求的是什么):规定必须一致并且尽管案情不完全一致但要证明它们有同一性。重复要求凝结和确认,归结为可确定的同一性和普遍性。法院判案实践正是这样进行的,无论在研究先例约束中,还是在解释法令文本中都是如此。<sup>③④</sup>

因此其结果就是,人们不能期望有某种应该作为一种理论之前提的东西,这种理论把司法实践理解为固定规定(或者是自己创造的判例法)的应用。毋宁说论证的依据是处于不断运动之中的,因为它们互相之间的保证本身是随情景而变化的。<sup>③⑤</sup>恰恰这一点也正是以下事实的原因,即法院论证实践的发展导向一种专门法律语义学的分立,也就是从实证反馈控制论意义上来说使偏离越来越大,或者从语言学意义上来说对使用通俗语言现象矫枉过正。因此我们发现,运作上自成一体的过程不仅仅在具有法律效力的层面上存在,而且在论证层面上也能够看到。这里也涉及进化。

这与借助不适宜作为论据而且也根本不可能进入到论证交往之中的概念来表述法律论证差不多。因此,我们对论证概念的表述完全不以论

证的理由有多好这一问题所左右,而是借助三种区分:(1)运作/观察;(2)外部观察/自我观察;(3)有争议/无争议。据此,法律论证是这三种区分形式中各自一个方面的联系,也就是在其循环性自我生成的联系中对过去的或者经历过的关于正当或不正当规则值划分的意见分歧作出反应的法律系统的自我观察。<sup>④</sup>说法律论证是观察,因为这里涉及的是根据区分来区别案件或者案例类。说它是自我观察,因为观察行动是在法律系统本身内进行的。而说它是由争议引起的交往,则是因为使用效力标志或者单纯的阅读法令都应该被排除在论证概念之外。

352

尽管有这种限制,这一概念也包含不能胜任论证功能的理由——例如像这样的理由:地主总是对的,党总是对的,军方总是对的。因此,除此以外我们还必须探讨一下使履行论证的系统功能成为可能的条件。<sup>⑤</sup>

每当涉及“可能性的条件”或者“功能”的时候,就有一个二阶观察者参与进来。<sup>⑥</sup>在二阶这个层面上我们可以问,一个系统如何使它自己的自我生成包括它的自我观察(也就是自己观察自己)成为可能,而这个问题的答案是另一种手段,这种手段在一阶观察层面上使用不是很有意义。

根据原本出自于对技术感兴趣的信息论思考,我们区分信息和信息冗余。信息是消息由于提供了有限或无限数量的其他可能性而具有的意想不到的价值。信息冗余(循环性地)产生于在自我生成的系统的运作中对信息冗余的需要。一种运作减少了其他运作的选择价值,例如一个定理缩小了相关论文的选择范围。其效果是:对继续运作的选择变得又容易又难——说容易,是因为选择范围小了,说难,是因为现在有可能会提出要求更高的选择标准,这些标准不容易达到,甚至在有些情况下只有通过小心翼翼地重新扩大选择范围,允许有更多的信息进来才能够达到。信息冗余就是排除对其他信息的需要(兴趣),它本身不是信息。它使铁面无情成为可能,不仅在系统的互动中,而且也在并且首先在与环境的关系中保持铁面无情。

353

法律的语言使用风格发展出高程度的信息冗余(格式化、可重复性),对这一点经常有人加以批评。<sup>⑦</sup>然而,最初这仅仅涉及修辞表达手段。无论如何不能把格式化的东西与概念上能够表达精确或者定义能够与事实相符这一要求相混淆,而后者却常常是法律概念所缺少的。毋宁说语言表达形式是系统自己语言使用的结果。它就像是自发地产生于某些表达形式不断被重复使用,在此过程中凝结为一个同一的核心,但同时又不断添加上始终是不同的情景的含义幅度。我们在一种古典的表述中看到这样一段话:“法学是把原始的司法原则与人的利益关系的不确定

的多样性相结合的时代的集合理性。”<sup>④</sup>

夏皮罗 (Martin Shapiro) 指出了信息冗余对法律系统中独立进行的 (不是通过指示等级制由组织协调的) 判决之间的协调所具有的意义<sup>④</sup>, 但是他没有在一阶观察与二阶观察之间作出区分。由此他突出了对于一阶行动来说很重要的认识和避免错误的方面。没有信息冗余就看不出 (由于传递系统运转不良造成的) 信息丢失, 因此也就不能对此加以纠正。一个系统要处理的信息越多, 就越要依靠有足够的信息冗余, 以避免由于重要信息没有被考虑到而出错误——但是难道人们不是也同样可以说它使错误合法化吗? 因此可以看出, 一个系统通过固定的信息冗余可以对抗信息的超负荷, 但正是以这一方式可以在区分和表述中达到新的精确性程度。因此, 信息冗余不仅仅排除信息, 它也通过使系统的敏感性专门化而生产信息。于是以这种方式系统获得了在没有相应地做好准备的环境中不可能有的信息。减少复杂性是为提高复杂性服务的。

这样一种发展肯定要求面对系统的环境保持高度的铁面无情。在环境中流通的交往只有很少一部分在法律系统中具有信息价值。但是把对信息冗余的需要完全解释为对抗环境噪音的手段, 这似乎太简单化了。同样, 系统的单个运作也必然是互相孤立的, 然后才有选择地相联系。因为即使规模很小的系统——更不要说法律系统了——也不可能做到使所有的运作与所有的运作都有联系。结构的复杂性始终有赖于组成部分之间有选择的互相联系, 因此也有赖于对抗内部产生的嘈杂声, 只不过这是事物的另一面。信息是一种为系统制造区别、改变系统状况的区别 (贝特森)。对应该具有这一潜力的信息之选择就是信息冗余功能。虽然系统的运作按照其意向是服务于信息加工, 也就是说服务于为了其他运作不断地把信息转化为其他信息, 但是像一个影子陪伴着这一过程的是系统信息冗余的再生产。夏皮罗谈到过一种只能接受极少量新区别的“保证趋势”。<sup>④</sup>在另一种具有进化论背景但也有新生理学或感觉论 (结构主义) 背景的概念语言中, 人们也可以把信息冗余表述为组织信息加工的引力机制。<sup>④</sup>虽然这个概念的定义还不是很清楚, 但是从理论的上下文联系中我们可以看清楚两点: 在有可能是“混乱”的前提条件下保持运作能力以及通过局部性联系使重点得以形成, 而不必为此依靠与系统的统一或整体相联系。在进化论联系中这意味着, 引力机制的形成不能归结到能够说明其含义的开端或原因, 而是偶然产生的, 然后在其后果中被记载下来。就此而言, 法律系统是一个历史性的系统, 不存在它现在所是的那种状态的最终原因。在意识或交往理论的联系中这意味着, 引力机制

作为“价值”而起作用,以至人们宁愿遵守它们,否则失去秩序即“混乱”将会使人无法忍受。

因此,从协调的视角来看信息冗余是系统的一只“看不见的手”。<sup>④</sup>但是另一只组织上指示等级制的看得见的手并非是可以从上述比喻中推测出来的反面情况,而是一种应用情况,因为最高审级的指示也可以通过信息冗余来进行,只不过给了在系统中流通的信息以一种特殊形式(主要是在指示的掩护下人们可以不必对选择承担责任)。因此,看得见的手(例如立法者的手)也是为看不见的手服务的。在所有的运作中都可以区分出对系统信息冗余的有目的的选择和无目的的再生产,不表现出这双重方面的运作就不能被视为属于系统并且再生产着运作联系的、互连网络的运作。其他的法学家则使用 Institution(制度、惯例、条例——译者注)这一概念来表述法律内部对审理法律问题的限制。<sup>⑤</sup>但是他们没有把限制与论证清楚地加以区分。被划归在这一概念之下的有“惯例”(custom)和“实际理由”(practical reason),它表述的是以理性为依据的实践论证的习惯。就此而言,这个概念负有一阶观察司法实践自我解释的责任。当我们说到信息冗余时,这有一个好处,即用一种作为对其他变化(我们马上就会看到:有待判决的案件的)之反应的变化来替代惯例性(institutionell)争辩的现实。此外,我们可以避免在一个概念中把“惯例”和“实际理由”相混淆,并且能够保持更大的距离来观察法律论证的论证效果。这样人们就一直可以坚持,限制可能联系的范围(Institution)是论证可能性的条件(Institution),也就是说信息冗余是法律论证之可能性的条件。

356

根据这一说明我们可以放弃只看到在发现和避免错误方面所存在的问题,尽管这可能是法学家最关心的事情。从一个要把法律系统的运作方式(不仅仅是运作的理由、目的和正确性条件)作为研究课题的二阶观察者的视角来看,这里是涉及在许多判决之间的关系中建立前后一致性,在这里任何一个判决都不能够给其他判决的总量下定义,划定界线,更不要说从内容上来认识了。必须有什么东西来“取而代之”,才能阻止系统分散为很多相互之间没有任何关系的单个判决,只有一个观察者在由他所选择的视角下才能够认出它们是一个可限定的量(例如某种或某类)。建立足够的信息冗余是对这一问题的回答。因此,假如公正在于判决的前后一致<sup>⑥</sup>,我们也就可以说,公正就是信息冗余。<sup>⑦</sup>以此它区别于其他的判决理想,例如认为在对尽可能多的信息作出评估的条件下能够达到单个判决最佳化的那种判决理想。

357

公正这一系统概念当然不可能逐个地在每个单个判决中实现。与几乎一切研究这一课题的作者的看法相反,它也因此逃避了被归于道德或者对这种归于道德做法的伦理学评价。取而代之——又是“取而代之”——的是,关键在于避免错误,即避免明显的不一致。<sup>48</sup>根据这种看法,错误就是系统可能发生的不公正表现在运作上的征兆。但是错误也可以作为认识的形式,这种形式使人们能够与被视为有错误的他人的判决保持距离,也就是对不可能一切判决都绝对前后一致这一事实作出反应。<sup>49</sup>像以往一样,根据这种观点,错误仍然是一阶观察的一种认识模式,在这种观察中人们试图避免错误或者把错误推给别人,但是不问一下观察之可能性的条件,不问一下信息冗余的构成。然而对于一个二阶观察者来说,这个产生和保持足够的信息冗余问题成为关注的中心,他认为可以看出,除了这一种保持信息冗余的系统命令外还有其他的系统命令。否则人们如何能够解释系统的增长或者社会对它的法律的(不断通过批评加以修正的)宽容呢?

358 但是,难道问题仅仅在于每个系统都必须解决的对信息加工能力的限制吗?这里涉及的是赫伯特·西蒙(Simon)所意指的受约束的合理性<sup>50</sup>,还是哈耶克(Hayek)<sup>51</sup>或林德布洛姆(Lindblom)<sup>52</sup>所说的分散处理复杂性的必要性?不能达到前后一致仅仅是因为没有一个地方拥有对此必要的信息(即必须包括关于一切有赖于这些信息的判决和一切其他可能性的信息)吗?如果仅仅由于这一缘由,那么解决办法就是把系统所研究的课题彻底简单化。

359 如果人们认识到信息冗余不是系统自我生成所依赖的唯一条件,那么很清楚,这条路是走不通的。第二个条件我们称之为多样性,这是意指系统可以认同为属于自己的并去实施的运作的数量之多和不同性。<sup>53</sup>信息冗余和多样性初看起来是互相对立的要求:信息冗余是人们为了能够对信息进行加工而已拥有的信息,而多样性是人们还缺少的信息。<sup>54</sup>一个系统的多样性越大,就越难以从一个信息量小的运作推断到其他运作,就越难以根据对系统的几个运作的认识来识别系统甚至作相应的描写,就越会不得不产生并加工更多的意外事件,链条就会越长,系统就需要越多的时间。这样对照还远远不够。企业经济学已经设想了规定约束与可变性之间的替代关系<sup>55</sup>,但是我们还可以超越这一看法。因为存在着不同的产生信息冗余的可能性,也可以是一种信息冗余形式比其他的信息冗余形式能够与更多的多样性相结合。这适用于例如以下类型的按顺序排列的条件程序:假如具备了x、y、z,就可以有效地建立起一个有自己的法

人的公司。在由此而拥有的权利能力基础上,公司(像任何有权利能力者一样)只要达到了必备的条件就可以获得权利。凡是声称自己有权利的人就可以起诉并打赢或打输官司。就像上述例子所表示的那样,程序的次序排列导向条件的局部性的、“多元结构”的联网,这些条件也可以用于构成另一种联系。(在这个例子中人们建立一个有权利能力的公司,并不仅仅是为了以它的名义进行起诉,而是也为了例如积累资本和承担有限责任)

尽管法律系统可以组织关于案件类型或者关于法律概要或原则的回忆,而且所有这一切可以同时并列进行:在每一个案件中为了建立联系必须局限于一种“松散的联系”。<sup>⑤6</sup>在一个超复杂关系中进行的判决只能在少数方面可以用于其他判决,反过来也一样。在任何一次判决中有关法律的必要信息都必须限制在一个小范围内,否则人们不可能为不同的事实情况准备不同的判决可能性。但是这个要求并不是一种固定的系统标准——一种消极的公正意义上的标准。毋宁说这一标准是随着还可以与自我生成相联系的、只有通过松散联系才能够保持联系的系统的复杂性一起变化的。

360

换言之,多样性和信息冗余是能够携手并进的事实。如上所说,增进的可能性通过类比进行试探,在试探中或者把现有规定普遍化,或者为被视为新的因此尚未处理过的情况形成新的规定。在演进过程中有时候能够成功地找到具有更高结合潜力的法律形式。<sup>⑤7</sup>但也可能在某个时候发现,曾经非常成功地适应高度多变性的系统的信息冗余却要考虑,有些运作类型已经失去意义(例如个人代表法律的形式),反过来也可能不再能够应付在此期间变得十分重要的问题(例如“公共财物”问题或者对可承受的环境条件的共同关心问题)。<sup>⑤8</sup>或者也可能会显示出,用更适合普遍化的其他区分视角来代替在多样性压力下可能会产生太多令人怀疑的情况的区分视角,这是合目的的——例如通过危害人身权的责任来担保自身有危险性的对象,作为对一项在另一种情况下不得不颁布的禁令的补偿。<sup>⑤9</sup>因此,多样性与信息冗余之间的关系是一种不确定的、同时是历史地形成的秩序,而系统正是通过这一关系的变化(主要不是单个法律概要的变化)再生产它自己(总是以某种方式而产生的)对环境的适应。

361

信息冗余和多样性这两个概念超出了可供法律论证使用的框架。它们表述了互相对立的要求,这组对立要求不能被纳入到判决理由的矛盾形式之中。信息冗余和多样性从一个前后不一致的视角说明了与法律论证有关联的东西。以此它们扩展了对于批判法律研究运动来说很典型的

以下论点:法律系统对有关自己的根据的原则所作的预先规定是有矛盾的,以便它能够更好地适应资本主义的情况。还有比这更为一般的看法:一个已分立出来的法律系统必须保证运作自成一体性和高度敏感性,同时在它的自我观察层面上保证信息冗余和多样性。但是在要求方面的这种明显对立恰恰没有被带入到一种不断重复出现的论证矛盾形式之中。相反,这种出发点在过渡到可能的论据的过程中被掩盖了,并且通过一个原则与规则的互连网络改变了形式,以至判决冲突只有在局部地方还可能出现,只在个别的案件或案件类中需要解决。因此,局限于系统的内部观察和自我描写的法律理论,可以放弃信息冗余和多样性这样的概念。当然,由此它们也就放弃了对法律系统赖以正确建构它的世界的运作结构的理解,而这里存在着把论证专门术语与在法律系统之外也流通的表述相混淆的危险。我们将以“利益”为例再来论述这个问题。

### 第三 节

信息冗余虽然不是通过逻辑推断出来的规定性,用黑格尔的术语来说它不属于必然性领域,而是属于偶然性领域,因为一种信息的规定性并不设置另一信息的规定性。但是这里涉及的是一种极有准备的偶然,因而涉及的是一种仅仅取决于少数信息的系统的规定。同样,文字也不是已具备判决条件的法律决定。我们在讨论文本概念时已经纠正过这种偏见(如果它是一种偏见的話)。<sup>60</sup>文字仅仅是一种产生文本本体与解释、法律文字与含义之差别的形式。没有一种现行法律的文字固定形式会产生解释需要。二者是同时作为一种两面形式而产生的。一旦文本被写成,立即就产生解释问题。

尽管有无限多的、历史上可以追溯到很久以前的有关解释的视角和方法方面的著作,但是我们可以避开在这一标题下研究这一课题。说到解释,人们会想到一个读者的社会行为,这个读者全神贯注于文本,显然不愿意被他人打扰。人们不强迫他中断阅读就无法把他拉入交往之中。他只能或者看书或者参加交往。今天正常情况下人们在看书的时候总是沉默的。当一个人给别人朗读的时候,他只是作为文本的器官在工作,而不是作为文本的解释者。

至于当一个读者一旦终于离开了书本的时候,他在思想深处想的是什么,对此我们不必感兴趣。当他开始进行解释的时候,他就是在准备论证。<sup>61</sup>他可以先以一种自我对话的形式(不是以与文本对话的形式!)或

者以说出来的、口头或书面表达出来的思维的形式模拟交往,就像是尝试着进行交往。于是如何进行有说服力的表达的标准就已经在操纵他。这里涉及的已不再是“不明确的地方”,而是涉及人们在交往中在哪些情况下可以与哪些文本相联系的问题。<sup>62</sup>因此,假如我们把每一种推理,包括一种严格符合逻辑的证明,都视作社会行为,我们就不会失去任何东西。<sup>63</sup>甚至完全以读者与文本的关系为对象的解释理论也在社会关系中寻找对解释之“客观性”的第二保证。<sup>64</sup>

因此,把解释学、辩证法(对话体)和修辞学相分开的古典的做法把人引入歧途。它强调的是我们可能会忽视的区别。<sup>65</sup>人们可以设想,解释只是把在交往中可以用于论证的东西读进文本中去或者从文本中取出。假如文本本身就能保证所有读者在任何情景中都能够对它有相同的理解,它就不需要解释了。解释不是为了自我说明,而是为了在交往联系中使用,就像总是有选择地报告结果、理由、论据一样,也像要保证能够推进下一步论证总是会促进对专家的需要和承认一样。假设参与交往的人看到了同一个文本,文本的书面形式不一定保证使解释的大胆妄为有界线,但是大概能够保证一种交往插曲有统一的社会联系。它为获得新的形式,也就是对文本的一种特定解释的好的理由建构了一种社会媒介。<sup>66</sup>只要人们离开字面意思,也就可能离开文本的字面意思。以此人们才建构出字面理解和含义理解之间的差别,只要解释不破坏文本的促进统一的作用,这是可能的。

364

法律解释/论证有一种加强这一联系的特点。它必须能够为正当与不正当的裁决提出建议或者说明理由,因为在法律系统中可以强制作出判决,法院不能拒绝审判(这说明了法院在系统中占有中心地位的理由)。因此所有发表对文本的解释的法律论证都与判决相关联,而且与他人事情中的判决相关联,因此它必须以交往为依据。<sup>67</sup>

365

此外,这说明了论证理论在习惯法中有着特别肥沃的土壤。欧洲大陆的法学家必须解释法令并且在评注中能够读出“占统治地位的意见”是什么,所以他一直觉得自己首先是读者和解释者。相反,在盎格鲁撒克逊的法律中主要涉及的是对判案先例的评价。人们必须先弄清楚以前所判决的案件中的判决理由是什么<sup>68</sup>,因为作为解释者人们当然不受判决本身的法律效力的约束,然后应该判断并论证眼前的案子与以前的案子是否有区别。这不是产生于判决规定,而是产生于事实情况的比较。因此人们并不仅仅是简单地应用可能需要解释的规定,而是要裁决,是否有区别,而且必须为这种在有区别与无区别之间所作的裁决说明理由。

366

但是对欧洲大陆与盎格鲁撒克逊法律文化之间的这种区别不应估计过高。在盎格鲁撒克逊的法律中当然也涉及法令解释问题<sup>69</sup>，在欧洲大陆的法律中论证也要求对始终是新的、始终是不同的案件判决说明理由。在这里仅仅法院等组织通过允许上诉的原则，就迫使人们不断去分析其他法院已作过的判决。<sup>70</sup>这始终涉及既可以普遍使用又可以特殊使用的判决理由。在这里普遍只不过是意味着判决规定可以用于某种特定类型的一切案件，它必须被反馈吸收到现行法律之中，而未来按照这一规定进行判决的案件之数目始终是不确定的。<sup>71</sup>此外它们也可以是高度特殊化的规定，这些规定只能逐渐逐渐地普遍化，或者也可能不会被普遍使用。<sup>72</sup>在这里无论解释还是论证就其本身来说都不可能改变现行法律的状况。这里涉及的不是对法律效力这一标志的把握形势，而是要弄清楚，在什么条件下才能够把握法律效力标志的交往（不言而喻合同的经济原因和立法的政治原因除外）。由于论证仅仅具有这种准备性的功能，所以被允许有更大的自由度。它似乎只证明责任，而不承担责任。尽管如此，如果它起到了限制最终必须作出的裁决之选择范围的作用，它就是系统的运作。有效的文本和论证的理由，这一双重结构使人们能够把论证的规范上的矛盾感觉转化为一种区分（不是黑格尔所说的“扬弃”意义上的）：论证本身不是一个规范性的过程，它可以令人失望，并且从失望中学习。但是它的收获可以凝结为规范性规定或原则，因此在回顾中法律教义本身也可能被视为“法源”。

367

与此相应，论证根据其自我理解是陈述某种解释先于其他解释的理由。在这里随着获得或者没有获得有决定性意义的成功，理由被表述为好的理由，合乎理性的理由。它们在传统中就叫做“rationes”（理由）（rationes decidendi 判决理由、reasons 原因等）。如上所说，关于这些理由的可论证性最终只有“理性”通过自己参与其中才能够给出说明。其结果是，合乎理性的论证这一实践导致了给法律本身以一种深思熟虑的理性的性质，一种经过检验的好的理由之凝结的性质。尼尔·麦克科米克（Neil MacCormick）把这种联系称为“惯例”（Institution）。<sup>73</sup>这里也包括对于一种正规的论证来说肯定还有比在理由本身中所说到的更多的标准——例如职业标准、举止优雅的标准、简洁的标准，尤其要避免可笑的举止。<sup>74</sup>其结果是：从所有这些人们恰恰也从违章中学习的监督过程中产生出一种原则、判决规则、教义以及包括被否定的替代结构的传统，这一传统成为立法尤其是法庭上的法律形成可以从中取其所需的储备库。其结果又是文字——亦即又是可解释的。这一结构关系网的现实性并不在

于一种自为地存在的观念领域中,而是完全在于使用或者忘记这一结构关系网的系统的实际交往行动之中。

这样一种判决视角结构——我们称之为法律教义——的应用也可以有创新。<sup>⑥</sup>人们后来会发现,以前确立规定的时候把某些情况忽视了,或者甚至犯了论证错误。这可以成为重构当时所意指的意思或者甚至实行新规定的契机。过失责任通过危害人身权的责任来补充<sup>⑦</sup>,当人们看到这还不足以有效分担损害的时候就进一步通过最有可能监督防止损害者的责任来补充。引用已被证实的原则和规定,最初是为了说明理由,而遵守传统所体现的前后一致性使原则和规定的引用更加具有重要意义。但是现行法律所具有的作为好的理由的性质并非不会消退。它有可能通过论证,尤其是通过新的区分而被怀疑,正如我们所知,这是因为法律是成文的法。规定和理由通常作为统一体出现,但是当新出现的问题或者社会的“价值变化”对法律系统发生了足够刺激的时候,就有可能使规定和理由瓦解。但是每当有人提议一种新的解决办法时,这种解决办法总是显得似乎是更好的办法,否则它不可能替代旧的。而这总是以一种系统内的评价为基础,因为只有这样法律才能表现出它高于自己的优越性。<sup>⑧</sup>仅仅依靠外部刺激是不够的。即使法令这样做也不是以一种论据的形式,而是它们仅仅规定了什么是应该在未来有效的。法律论证完全是一种系统内部的交往。法律之外的任意的胡思乱想不可能具有至关重要的意义。仅仅由于它没有处于生产关于正当与不正当的裁决和必须对此作出回答的压力之下这一原因,就能说明它不可能具有重要意义。

368

这些考虑可以把一场广泛的法律理论、法律史和方法论的讨论作为依据,而人们至今几乎没有注意到,理由也会产生差别<sup>⑨</sup>,并且通过它们所排除的东西又指向自己本身。伯纳德·鲁登(Bernard Rudden)<sup>⑩</sup>把这称为“建构在内部的结果”(“inbuilt consequence”),但是对这一想法没有追踪太远。也许这种过于逐条对应的理由观阻碍了对这些事实状况的认识。因为理由不是可以简单表述的视角点,而是综合复杂的思想过程,这种思想过程同时也说明了它们的排除效果的理由。<sup>⑪</sup>只是考虑到它们的重复使用或者作为重复使用的后果,它们才被凝结为规定,以便它们的同一性能够被认出并被引用。同时,重复使用又确认了这个理由对其他判决也适用,从而使这个理由获得了一个普遍性的、更为丰富的意义。<sup>⑫</sup>这些确认的收获又可以从它自己方面被凝结为原则,原则并不解答它们从自身方面与什么相区别,而是被视为或认为是最终的判决视角点。<sup>⑬</sup>要使这样的原则达到成熟程度需要时间,尤其需要许多案例经验。它们的说

369

370

服力通过在不同的事实情况中得到证实而增长。当这一切都达到以后,就不再那么容易否定在传统王国内已经被确认的理由,并用新的理由来取而代了之。传统使人们能够清楚地看到,什么情况下才必须作另一种判决。因此,在多数情况下只是补充新的视角点——或者作为继续有效的规定之例外,或者作为迄今为止尚未处理过或者仅仅做过错误处理的案件所制定的新原则。现有的法律并不是在其原则中发展,而是在原则上认为应该要排除的方面继续发展。已经有效的东西从它的反面做了修改。论证使系统越来越复杂,这为以后所进行的概念上的(法律教义上的)系统化产生了明显的后果。

尤其是习惯法的司法技术十分注意对判决起决定作用的规定(不仅仅法令),它使这种排除效果变得很清楚,作为双方代理人的辩护律师(barrister)要对此进行考虑,他们通过判断理由说明来权衡互相对立的规定的利弊,为此作出自己的贡献。审判法庭上的意见分歧不能被掩盖,而是要公布于众<sup>③</sup>,以便理由的争辩结构可供将来使用。与此相比较,在欧洲大陆的法律制度中法律论证毋宁说更具有一种要求正确注释的特点。当然,尤其在近代对这种区别不能估计太高;<sup>④</sup>此外还应该考虑到,即使一直被坚持的具体案件中的争辩也绝对不会使某个有充分根据的规定具有明显可见的排除效果。

371

根据以上所说,我们应该清楚地看到,理由必须对有些东西保持沉默,这就是它们的信息冗余。它们只通过区分中已经被表述的一面来使用区分,而不是通过没有被表述的一面。凡是没有被表述的,也就不能被使用。它作为要保持沉默的东西不能起到一个标准的作用。或者相反,<sup>⑤</sup>这引发以下问题:要保持沉默的东西假如甚至不能用于“解构”法律论证,那么是否以及如何能够用于批评呢?<sup>⑥</sup>

看起来无论如何不是人们所说的:我自己也不知道如何。解构并不导向重构,而是至少按照“刨根问底”(hit the bottom)的规律导向一种治疗需要。人们可以拒绝忠告,直到人们自己才空计尽。但是该由谁来救治法律系统呢?该由谁在这段时间中履行职能呢?

假如人们更加仔细地注意到一切表述都取决于区分,包括对“解构”的表述,人们也就到达了一个比较熟悉的领地。<sup>⑦</sup>区分允许“穿越”。人们可以问,哪些判决排除哪些判决,哪些理由排除哪些理由。人们可以在区分的另一面设置一种表述,由此把区分本身作为一个在两面都可以有具体表述的观察手段来加以区分。尽管这仅仅导向对区分的表述,而对这一表述所必要的区分的另一面则保持沉默。人们也许可以继续和不断

继续问下去:立法与法律审判的区分又与什么相区分。解构学家永远不会无事可做。但是在他们的目光下法律系统一步步发展出一种区分建筑学,以此法律系统力求完成每次判决中提出的在多样性与信息冗余之间作调解的任务。假如对区分的两面都可以作具体表述,而此事的发起者以此使人看出,他本人对某事保持着沉默,就可以进一步提出问题。这只不过是以下论点的另一种说法:一个系统只能在系统内运作,而不能在环境中运作。

372

#### 第四节

理由说明是一个观察者所做的区分。在法律论证联系中观察者观察一个文本,并且通过对文本的解释为一个自己的论证设计方案创造了自由空间,这个自由空间又把其他回过来起限制作用的视角点纳入观察之中。也就是说观察者不能以介绍他认为比较好的东西为满足。即使抽象的价值权衡也必须从文本的角度加以论证,否则它就失去了法律依据。价值权衡只有在有意图要借助法律本身来重新限制解释自由的时候才能够创造解释自由。仅仅有好的理由还不够,人们还必须证明这些好理由是符合现行法律的——例如通过把一条规范分成两种不同的解释,然后把其中一种解释应用于说明理由是有根据的。只有在证明了它符合现行法律的时候,才能够使人们去关心这些好的理由究竟怎么好。

但是这还没有弄清楚,究竟论证通过理由说明来完成什么样的功能。文本观察者的表述就像是要促使比较好的理由获胜。他作为法律系统的参与者有责任把当事人的要求表述为是可以判决的。他不能满足于让人们只注意他的优越地位或他的利益。他是处于一种系统特有的形式强制之下,这种强制来自于系统是二元规则化的,而且作为规则只承认正当与不正当二值。对于作为系统知情人的他来说这可能是对的,但是这还没有能够回答关于论证的功能问题。为了给这一问题找到一个答案,我们借助已经谈到过的多样性与信息冗余的区别来观察文本观察者。以此我们到达了三阶观察的层面。我们观察,在观察人们如何最佳地理解一个文本的那些人是如何进行观察的,文本的字面意思在一阶观察者看来没有提供令人满意的判决。我们不再能够满足于较好或不太好的理由,而是提出以下问题:究竟为什么要进行论证?为了继续追踪这个问题所必要的区分由于分解太厉害,所以在系统内部的二阶观察层面上不能应用,它就是与系统相联系的多样性与信息冗余的区分。

373

理由就是信息冗余的标志。<sup>374</sup>就像效力标志着自我生成(的统一),从而使系统的统一具有运作能力一样,好的理由使系统的前后一致性(或者用价值术语来表达:公正)得以贯彻。这一论断几乎不会有矛盾,但是对它还需要作进一步阐述。

随着理由问题的提出,效力标志同义反复式的自我参照被分解,被展开,被非同义反复化。它最初意味着:凡是有效的由于它有效所以有效。然后人们就会推想,对此必须有一个充分的理由。但是对于这一推想人们可以通过提出有效的东西究竟是否有根据这一问题来作进一步探讨。从一种把效力视为使用相应规范之理由的语义重复中发展出关于效力之根据的问题,对这个问题例如在“法源”理论中做了回答。但是这里一直还保持着:凡是没有根据而要求具有效力的东西是无效的。

374

当人们去测定公正之超标准的时候,也就是超越了申诉理由型的论证的自我描述。但是这一标准不适用于在法律效力问题中帮助得出判决,因此它(只)被视为伦理的标准。效力问题被分解为法律与伦理的区分,其后果是,公正要求在司法实践中可以被视为对法律无损害但在论证中不能使用。相反,如果人们把公正要求解释为判决前后一致性的要求(相同的案件应该得到相同的处理,不同的案件应该得到不同的处理),<sup>375</sup>就可以把前后一致理解为信息冗余,由此理解为一种区分的一个方面,这种区分的另一面即多样性显然就会阻碍在法律世界中做到公正。通过多样性与信息多余的区分补充获得的就是,认识到事物还有另外一面。这不是文本解释者可能会以为的例如不大好的理由或者没有根据的(独断性的)判决之类,而是要求系统有充分的(在现代条件下则是高度的)多样性。

要求判决的法律案件每次都是具体的,因而是不同的。它们向系统提出挑战,要求系统考虑它们的不同性。论证接受了这一挑战,把它转换为信息冗余——或者通过简单地与可应用的判决程序相联系,或者通过鉴于有很多应用可能性而进行试探、凝结和确认的规定来补充判决程序。因此,论证是为了信息冗余,为了减少信息和意外而使用选择权;但它是在应对办案实践中所提问题的特殊性时这样做的。其结果是,这可能会促使系统朝着以下方向演进,即为更高的多样性提供充分的信息冗余,从而越来越接近莱布尼兹所设想的可能世界中美好的世界模式。

375

一个把自己交付给自己的信息冗余来支配的系统,可能会放弃对环境给出的刺激和意外作出反应的可能性。多样性就是从这个方面来补充系统,并且阻止顽固坚持在已习惯的轨道网中行驶。但是法律案件及其

特殊的问题而造成的交往的数量之多和形式多样本身并不代表系统的环境。法律案件和与此相关的交往仅仅在系统中为了系统才存在。像信息冗余一样,多样性也是系统的多样性。多样性和信息冗余的区分是系统作为在一个环境中的系统的运作形式。对系统如何从语义上建构它的环境这一问题,我们必须借助其他概念来回答。<sup>⑩</sup>

对于法律系统的运作来说就较好的理由的说服力进行交流是很必要的,不管参与者在心理上有什么体验,也不管显得多么“不真诚”,也不用去考虑法官的心理动机<sup>⑪</sup>——除非法律本身认为这种心理动机是至关重要的,例如当怀疑法官有偏见的时候。(即使这样,通常不一定必须证实有偏见,而是只需要证实有怀疑的可能性)甚至律师的道德也稳定地表现在以下方面,即交往中律师必须总是表现出很相信对他的当事人有利的理由,而且不能是出于任意的理由,而是只能发生在法律论证的框架内。这种交往方式的观察者(也就是我们)可以把它视为具有双重性的:它既是必然的,又是或然的。它对于系统来说是必然的,而它又是或然的,因为案件的多样性迫使人们不断进行新的思考,系统仅仅依靠信息冗余还不能解决问题。由此人们就能够理解,一切理由必然具有非必然性,从而理解文字具有自相矛盾的但有益的效果。

谁要是把论证仅仅理解为在避免错误的前提下寻找好的理由,他就是在描写一个通过论证而自我规定的系统。只有当人们同时也能考虑到通过法律案件而产生多样性的时候,才能把系统理解为是自我组织的,有学习适应能力的。<sup>⑫</sup>在这里,以前的法律系统应该被理解为高度信息冗余——或者根据一种同意/拒绝以法律形式解决冲突的极端形式化的抽象概念;或者根据一种也同样能够使一切必然地与一切相联系的极端矛盾的观念。<sup>⑬</sup>一旦自我组织和学习适应发生,系统就开始进行信息冗余与多样性的区分,以此建构自己的复杂性。我们还将看到,系统通过与其他职能系统的结构性联系加速了这一过程的发展,最终导致自我参照(概念)与外部参照(利益)之区分的内化。

从寻找根据向多样性/信息冗余格式的过渡,也就是从二阶观察向三阶观察的过渡,排除了坚持通常用以表述论证理论的行动理论的前提,迫使人们向系统论过渡。论证现在看起来已经不再是或多或少成功的行动(虽然应该承认它在二阶观察层面上可以被这样描写),而是在一个复杂的系统中大量的、同时发生的事件,它们没有明确的分界线,根据一定的文本形成类,但是不形成等级,也没有涉及整个系统的目的。就像从一架飞机中向外看微波荡漾的论据之云海。总体的意义不可能从单个运作的

目的中看出,也不能被视为这些单个目的的总和,而是只能被视为反正是在进行论证这一事实功能。而正是这一点必然在多样性和信息冗余概念中表达出来。

## 第五节

理由必须得到论证,这一点是确定无疑的,因为有比较好的和比较差的理由。此外理由也排除某些东西,这也需要进行论证。<sup>⑧</sup>但是由此还没有确定,如何才能论证理由。只要文本的字面意思非常明确(例如最高车速限制为每小时100公里),这就不会有问题。但是在每一次超出字面意思的解释性论证中就会提出“如何论证”这个问题。<sup>⑨</sup>

在古代欧洲的法律中,这个问题是通过求助于上帝的智慧和意志(也就是通过主要由神学家负责的对上帝的观察)来解决的。假如人们不愿意这样做,而且这种反感情绪在现代早期日趋上升,就通过规范性的(即有可能变质的)自然概念涉及人,这里的自然则是指人自己的理性。在格劳秀斯、普芬道夫、洛克和他们的同时代人看来这是不言而喻的,即人的本性对于经验的(自然的)认识来说是可以达到的,同时它作为认识的源泉也可以为永恒的、超地区(国际间)通行的法律服务。但是这种观点与当今的看法是相对立的。法律效力和法律认识当时还没有像后来例如在卡姆斯和休谟那里那样完全历史化。人的本性像一切自然一样是认识上帝意志的来源。于是随着把人的本性即理性作为依据,与此同时开始了一种无疑是民族性的法律发展。<sup>⑩</sup>

自然与理性今天仍然是持久性理由背景的尊称。但是毫无疑问,从经验上来看实际论证是以对法律判决后果的评判为依据的,或者更确切地说是以对使用不同规定可能产生的不同后果所作的评判为依据的。自然法也是从法律规范对社会有利的角度考虑的,<sup>⑪</sup>当然也基于这样的合理推测:这种有利也有可能是可怀疑的。<sup>⑫</sup>有利仅仅是自古以来所通行的考虑其他可能性的最高准则,它以这样的形式出现:假如不是这个规定有效,而是另一个规定有效,情况会怎么样。<sup>⑬</sup>甚至衡平法(aequitas)在君侯司法审判权范围内也起着纠正因量法过严而造成无法接受的后果的作用。<sup>⑭</sup>然而,这几乎并没有为鉴于某些法律结构或者判决规定造成的特殊后果因而在理论教义上有所发展提供活动空间,而是仅仅起了区分可变法和不变法相关概念的作用。在此期间根据所希望或者不希望出现的后果来检验法律这一点作为唯一有说服力的原则得到了贯彻,在法律理论

中也似乎已被一致接受<sup>⑩</sup>,并且通过对判决的认真分析得到证明。<sup>⑪</sup>尽管如此,仍然存在这样一个问题:当我们对判决后果进行观察的时候,我们是在观察什么?

人们经常把论证中对判决后果的预见与法律判决的目的程序化相混淆,而这是一个很容易避免的概念紊乱,因为法官既不拥有资金也没有贯彻目的所需要的冒险积极性。<sup>⑫</sup>至于说到法律技术,对于立法者来说也同样如此,虽然只要他参与政治系统,他当然就有贯彻具有相应政治风险的政治目的的自由。<sup>⑬</sup>与此相对,系统论的描写则要求首先把系统内与系统外的后果相区分。<sup>⑭</sup>

380

系统内的后果就是法律后果,应该要注意这种后果,这是不言而喻的。这是一切应该论证的法律判决——不仅过去的而且也包括未来的判决——互为依据的一个正常要素。假如人们就判决理由和使这些判决理由普遍化的规定进行讨论,应该检测在应用这一规定的情况中哪种行为是合法的或者违法的。<sup>⑮</sup>假如涉及的例如是这样一个问题:在一个自选商店里把商品陈列在货架上是否就是提供合同,因而把商品从货架上拿走是否就是缔结合同,那么就应该考虑,在这种情况下把商品再放回货架,从法律上来说这已经不再可能,另一方面拿走不付款的商品不是盗窃行为,而仅仅是没有履行合同义务。<sup>⑯</sup>律师会认为这种结构的后果让人无法接受,而根本不会考虑这样一个经验问题:假如这一种或另一种法律结构有效,那么从经验角度来看在自选商店中人们一般会采取什么举止。这样一种判断不需要经验预测。它并不承担相应的不可靠性的负担。在作判决的时刻人们可以在已有的法律认识基础上以一般流行的可靠的法律观点进行判断。这里涉及的非就是通常流行的要注意判决的前后一致性,注意提供充分的信息冗余。

381

然而,问题在于是否事情这样就可以;或者从检验角度来看法律是否对此满意。在多数争论性论证的情况中问题不会提得如此明确。内部/外部后果的区分之间有着明显的界线,这一点简单地被忽视了。但即使作了这种区分,也仍然还有这样一个问题:在不同的法律结构之间进行选择是否总是只以法律后果为根据。如果这种或那种解决办法的结果不是那么明显,那该如何进行选择?接下去的问题是:如果行动者以这条或那条规定为依据,实际效果会怎么样?在这里人们很难完全不去考虑以下问题:行动者是否会这样做。遇到冒险抢救他人的生命或财产之类问题的时候就可能会产生这样的问题:那位抢救者自己受了损害,他是否应该得到补偿。看起来实行这样一条规定是符合当事人利益的,因为假如

382

抢救者不得不冒着要自己承担风险去救人的话,他就会三思而后行;或者例如在众所周知的油轮遇难情况中,那个拖油轮的人就要事先长时间地协商条件,而这往往就会延误时机。但是谁能够保证法官对抢救者行为的外行理论会作出准确的判决?只要想一下即使在已经过去的事件中要去追究后果的原因有多困难(例如把车祸统计的结果追究到所允许的车速的改变),我们就能看出,法官在这里上了多大的当。有经验保证的预测假如要把有关方面的科学水准作为基础,这几乎总是不能达到目的,<sup>⑩</sup>或者其结果意义甚微。<sup>⑪</sup>因此,几乎无法想象一个法官能够把一个法令放在一个为某种目的而使用的手段的视角下进行检验,或者仅仅如此来进行解释。虽然法院总是倾向于这样做,而且无可非议他们有权给他们的推测赋以法律效力。从经验研究的标准来看,以后果为取向无非就是具有法律效力的想象而已。

383

在法律理论的视角中很容易即使不是抱怨但几乎把法律转向社会政治的功能描写为法律特有的合理性的衰退。<sup>⑫</sup>甚至在法学著作中有时也指出,人们对后果考虑所造成的后果缺乏考虑。<sup>⑬</sup>在这里,社会学家——不同于对法律系统负有责任的法学家——很幸运,他可以去不去考虑这些建议。<sup>⑭</sup>他可以在一个二阶观察者的视角中观察论证的趋势,因而可以推断,从经验出发对后果进行预测的倾向更有利于系统的多样性,而不是有利于信息冗余,在与社会上流行的、不断变化的优先考虑的关系中表现出来的应变性代替了传统上称之为公正的东西。

从某种程度上来说,法律系统对论证反思悠久历史的反映是不正常的:越要寻找必然性,就揭示越多的或然性。<sup>⑮</sup>越要避免发生论证的自相矛盾和避免承认理由的不可论证性,论证就越从可靠转入不可靠,从过去转入未来,从可确定性转入仅仅是可能性。如果最终仅仅涉及对后果的评估,任何人都可以肯定,别人也不会有更可靠的判断。于是论证的自相矛盾采取了比较容易被接受的时间上自相矛盾的形式,即把未来变成当下的形式。但是,实际上由此发生的是系统多样性的提高和对重组剩余信息冗余的挑战,而这一点似乎并不能提供另一种依据或者更好的依据。

人们也许可以推测,在未来中隐藏着随着二元规则化而被排除在外的第三值。从持续两千多年之久的关于未来或然性的讨论中可以得出,这一点适用于真/假格式,把“不可确定性”作为第三值纳入逻辑之中的最初尝试其根源就在这里。在法律中“如果……会怎么样”的计算似乎导致一个类似的问题(不言而喻,即使以科学为根据,这一点也不会被排除)。科学靠的是(可纠正的)预测,相反,法律靠的是(不可纠正的)判

决。这一点既不可能避免也不能通过把问题推迟而绕过去。把这种时间结构表述为法律的合法性确认问题,并把它像精灵一样封在瓶子里,这同样也可能会有问题。相反,比较合适的做法是看到每一种二元规则化的人为性。世界不是建立在这一基础之上的——不是通过行动,也不是通过逻辑斯,也不是通过造世的文本。它在每一次观察中都是通过使用区分回归到不可观察的东西中。这种观察方式至少有以下好处:它使人们能够在采取其他解决办法可能只会产生不幸结果的地方看到变化联系。法律二元规则化的人为性必须以“如果……会怎么样”的方式得到补偿,必须以这种运算形式重新被纳入系统之中。也就是一种自相矛盾的管理形式:二值规则化需要两个以上的值。

384

## 第六节

我们已经说过,好的理由总是必须作为对一个毫无疑问具有法律效力的文本的可能有的解释来进行申诉。一切法律论证都必须证明与现行法律相一致,只有以一个对此合适的(或者被变成合适的、被正确解释的)文本为依据才能够使论证理由的质量起作用,并且内在逻辑地代表论证的结论。“只有当能够把一个判决纳入法律形式的那些论据中的有关部分得到贯彻之后才能够推断出结论。”<sup>⑭</sup>对这一复杂过程的一种简短的表述就是:法律工作者从概念中进行推理。

更确切地说,概念正是在这种论证过程中产生的,尤其是在每次都有所不同的判决状况中多样的重复过程中产生的。文本不是概念,而是客体(虽然自然会有一概念)。概念只有通过对其起规定作用的区分从自己方面作出明确说明,也就是从自己方面进行区分,能够在处理文本的过程中产生出来。而这正发生在论证中。在某些方面起关键作用的与不起关键作用的相区分;不起关键作用的并非就是“一切其他的”,而是对问题的另一种理解,另一种解释,会导致另一种法律后果的另一种判决规定。论证产生了理由与后果的次序排列,就像任何次序一样,这种次序也是为区分的保存和再使用服务的。<sup>⑮</sup>概念使人们能够自由选择使用已经得到证明的区分,而不必回头去看这些区分产生的次序,它们在自己的层次上组织新的、突然出现的区分。于是我们就可以得出以下结论:在条件发生变化的情况下可以撤销一个合同,其后果不同于恢复合同,必须区分占有权与财产权、蓄意与过失、犯法与过失,因为只有这样才能使条件与结果(因与果)有不同的联系。

385

借助概念可以把区分储存起来并且可以用于很多判决。换言之,概念收集信息,并由此产生系统中所需要的信息冗余。<sup>⑩</sup>当一个法官审理一件关于一个被打碎的花瓶要求赔偿的诉讼案的时候,如果他在法律书中“花瓶”一词下去寻找,就不会有多大收获。<sup>⑪</sup>法律系统是从事高级阶段信息冗余组织工作的,为此需要法律自己特有的概念。在发达的法律概念文化中撰写的文本也必须表述得概念精确,否则就难免会产生误解。由此法律语言逐渐地与日常语言相偏离。

因此,概念是真正的历史性的手工制品,概念为在处理法律案件时重复使用历史经验提供帮助。与此相应,用概念进行论证就是历史性的论证(即使没有引用旧的文本),概念法学就是历史法学。它的加强信息冗余的功能就是建立在这一基础之上的。与此相对,概念分析是受革新推动的。这产生于案件通过被纳入通常流行的概念含义之下是否能够得出合适的判决这样的怀疑之中。<sup>⑫</sup>这种情况在习惯法中比在欧洲大陆的民法中看得更清楚,<sup>⑬</sup>但是在两种法律制度中都存在。

无论是规定还是概念,它们在重复使用过程中的产生都要经过凝结和确认的双重过程。为了能够被重新认出,概念必须是可辨认的。它们获得了判决理由(*ratio decidendi*)和附带意见(*obiter dictum*)、委托、重刑罪、行政行为、强行责任担保、基本权利对第三方的影响等成千上百个名目。同时在它们被重复使用的过程中它们的含义不断丰富——主要是通过用这些概念来表述的大量的规定,或者在使用概念中产生并且以返回来又进一步说明概念的方式方法来解决大量的法律问题而不断丰富。例如关于委托,需要弄清楚,是否可以全权委托行使某种权利,而又不转让这一权利;为了具有法律效力是否需要委托的权利作具体说明和具体说明到什么程度,以及如何才能对这一必须做充分规定的要求作概括性(!)的规定;委托的权利从其本身来说是否可以被委托等,这些规定就成为这一概念的构成要素。假如人们不愿意对这些规定表示赞同,就可以按照目的需要选用另一个词,如果可能的话,就选用另一个概念。因此从这一意义上来说概念中储存了经验,它们随时可以被调出来,虽然概念本身并没有表述这些经验(否则就成了文本了),而仅仅是在需要的时候可以回复为现实。

对法律概念讨论极为不利的是,概念完全被理解为逐个地、由可以说明的特征所规定的。与此相应,认为概念的效力基础就在概念联系的“系统”中,或者在表明系统统一性的原则中。这使人有这样的印象,好像概念是自发地有效的,这种印象由于19世纪出现的认为法律教义本身

就是法源的观念而进一步加强。因此,当人们在法律理论上放弃法源这一概念以后,需要对法律概念与法律教义之间的关系加以澄清。

教义肯定不是一个“系统”,而且无论在社会学的结构意义上还是在法律的结构意义上都不是出自一个原则。毋宁说它是对法律中概念性论证之必要性的总表达;或者也可以说是保护概念以对抗不断的、最终是无止境的法律政策的“追问”,也就是制止刨根究底的争论的规定。<sup>⑳</sup>这种致力于前后一致性的努力可以归结为一种“对非政治性实践的梦想”,而且“很容易陷入到法律与事实和利益状况相异化的危险之中”,<sup>㉑</sup>这一点是很明显的,但是这并不意味着要反对概念,而是说明还需要有其他概念性的即其他自我参照的取向来平衡。

概念就其本身来说还不是对判决的指示。它们是法律结构的建筑材料,这些材料本身进入了条件程序之中,条件程序的实践重要性反过来又对概念轮廓发生作用。概念表述(“非法行为”、“非法所得”)可以表达不满,并且说明对行为的要求;但是接着下一步就总是要取决于有哪些限定条件来调节概念的应用。就此而言,法律教义不仅仅坚守它的教条性。它不仅仅以自己本身、自己的历史性证明、自己对批评的敏感性为根据,它也通过使用上的联系而得以坚持,这种使用联系没有概念性规定就很难能够被表述为是可重复的。因此概念批评要求返回到应调节的问题上,一直返回到面对关于有同等功能的结构问题。

同时我们也清楚,法律概念并不直接具有能够得出逻辑结论的功能,尤其不能说只有这一功能。相反,最迟从索绪尔的语言学以来就可以说法律概念就是区分,而不是其他东西。它们通过对可以被视为类似并由此被视为可以类比的东西限定界线,使人们注意到差别,并且以此来进行法律论证。曾经为后来被称为“概念法学”的奠基作出的贡献多于任何其他一个文本的古典专论,即萨维尼的《占有法》(1803)<sup>㉒</sup>的贡献就在于阐述了财产权与占有之区分的意义和作用。概念通过这种方式对可以作为法律问题(*quaestio iuris*)而提出的东西作了明确说明,但是并没有由此建立一种不用进一步思考就能够得出判决的自动机制。这与逻辑没有丝毫关系。一个概念上精心制作的网络使人们能够看出错误,但不是逻辑性错误,而是偏离某一概念已有明确规定的含义。因此,概念使人们有可能对错误进行监督,但是它们主要对运作的成功条件进行超出字义的限制。它们的使用必须形式一致,也就是与它们自己和它们所标明的区分相一致(就像语言的词语一样)。它们构成法律系统信息冗余的第二个可超出文本使用的可靠网络。概念一旦被制定出来,当法律文本使用它

们的语言时,法律中就几乎再也不可能有不受概念约束的论证了。人们可以采用新的区分,使概念进一步精确化、分解,或者也可以例如为类似婚姻的生活共同体寻找新的总概念。但是反对概念就像企图仅仅靠价值和利益判断来解决问题一样,是毫无意义的。

## 第七节

也许人们夸大了对法律概念统一化的关注,法律概念统一化被视为现代社会法律实证化进程中的一种对抗外界影响的免疫反应。也许法律系统判决中出现的问题也使人们感觉到需要有更多的多样性。总而言之,随着帕图斯(Pathos)和一个更多是为了实用而不是为概念清楚,更多是针对合目的性而不是主要针对规定的汹涌澎湃的知识分子运动的推动,1900年左右,一种新的法律理论登台了。在德国它是依据耶林(Jhering)作为“利益法学派”而出现。<sup>123</sup>在美国很快有人响应<sup>124</sup>,与社会工程学、社会政治学、结构主义以及后来的现实主义法学思想相结合。<sup>125</sup>法律的功能(法律的“目的”)被归结为保护利益——保护合法利益的形式,也就是说被归结为一种同义反复的形式。<sup>126</sup>与美国的判例法相联系,法律的一种自我预测被视为法律效力,它使有经验的参与者能够预见,哪些利益在哪里以及如何能够被引入到法律的动力之中。不难看出,这不过就是对充分的信息冗余的关注。在德国由于刚刚通过制定民法法典,所以更多涉及的是民法教义的一种新翻版,这种新翻版立即找到了理由,针对比较自由的解释理论,强调解释要受法律的约束。

390

随着这一运动出现了新的区分和与这一运动相适应的对迄今为止占统治地位的法律理论的关注。在德国这一运动被贴上了“概念法学”的标记;正像人们今天所知道的,<sup>127</sup>它带有一种对论证表述的毋宁说粗暴的简单化。<sup>128</sup>在美国运动的目标还指向分析结构主义,但另外也以强烈的“社会性”内涵反对社会达尔文主义和反对关于法律功能在于保证最大限度个人自由的论点。<sup>129</sup>重要的是,面对把概念法学和利益法学相对立的简单化做法,我们应该也注意到这个关于自由的论战,因为只有这样才能够看到理论的变迁只不过是另一种形式代替了法律之外部规定性的形式,即用利益代替了自由。

391

利益概念是以理论争论形式被引入的,而且至今还是这样来描述理论史,虽然是以更恰当的形式,但它仍然掩盖了一个重要的事实。起决定性作用的当然不可能仅仅是利益,尤其当人们一再强调法律并不创造利

益,而只是承认利益的时候。<sup>⑬</sup>问题在于,法律认为哪些利益是值得保护的以及法律如何来裁决每一次的利益冲突。然而,如果人们要知道这一点,就必须去观察法律本身(现实主义者可能会说:必须预见到法官的行为),而不是利益。人们必须了解对此必要的信息冗余。人们一般不大愿意承认这一点,但是遁逃的表达形式也相应地变得很不确定。一个法官认为:“假如你问他(法官)如何才能知道,什么时候一种利益比另一种利益更重要,那么我只能回答说,他必须完全像立法者那样去获得他的知识,从经验中,学习中和反思中,简言之,从生活本身中获得知识。”<sup>⑭</sup>我们已经看到,虽然对后果的预见使这个问题变得更加复杂,但是原则上几乎同样没有解决问题。利益信条使司法实践趋向于受环境的左右,按照这一信条最好的法律似乎必须是尽最大可能实现利益。它没有固有的价值。<sup>⑮</sup>但是正因为如此反而使人们不清楚,如果人们不允许像以法官的生活经验为依据这样的不确定性起作用(谁愿意听凭法官任意摆布!),那么法律应该把什么东西作为与利益相对的概念,作为与利益相对的形式的一面。

392

当然人们可以说:公共利益、共同福利、整个“公共财产”也都是一种利益。那么什么东西不是利益呢?最终法律本身也成了利益。用卡多佐(Cardozo)的话来说就是:“最基本的社会利益之一就是法律应该始终如一和不偏不倚。”<sup>⑯</sup>因此,法律本身就是在其环境中反映其环境的利益。它观察着它如何被利害相关者观察。然后它必须准备进行利益权衡。那么法官的常识和生活经验如何在这里起帮助作用?即如何帮助法律既考虑环境的利益,同时使其他的利益也能够得到合理考虑。其结果是要抛弃许多法律教义的严格和概念的监控,因为对司法实践的灵活性和责任感的要求在不断提高。埃瑟在谈到最高法官的判案实践的时候说:“人们越来越多地完全视具体情况和记录来解释适当的责任和义务要求,并以此作为判决依据,而很少使用教义。”<sup>⑰</sup>在另一个谈到其他问题的地方他又说:“人们显然没有跨出表述评估的阶段。”<sup>⑱</sup>

393

## 第八节

使用系统论手段并不难重构这里所揭示的问题。一般来说论据可以区分为形式性论据和实质性论据。<sup>⑲</sup>形式性论据最终都是与系统、文本、或者也与形式规定(例如公证的规定)相联系,这些形式规定的目的是防止向实质性论据倾斜。而实质性论据则涉及(在法律系统内被接受的)

在法律系统外也得到承认的考虑。<sup>⑬</sup>法律系统通过形式性论证进行自我参照,通过实质性论证进行外部参照。形式性论证在各个层次上最终都必须导向一个判决,并且防止陷入到错综复杂的世俗关系之中。实质性论证则要防止法律系统因此而自我孤立。如果从一个二阶观察者的角度来看这一区分,我们就会看到,有一些完全是实质性的理由也可用于形式性论证,但是这些理由没有被吸收到论证中去;实质性论证也有限制规定,并且与直接的可理解性和说服力相联系,也就是说与在下一瞬间又有可能被怀疑的条件相联系。

通过这一区分我们可以把与概念的联系表述为形式性论证,而把与利益的联系表述为实质性论证。概念就是储存起来的处理法律案件的经验,但是这些经验不再作为经验被吸收和评论。而利益则示意环境关系自我组织的催化剂。不言而喻,尽管存在着这双重参照,但是论证仍然是一种系统内的运作——无论它是一种形式性的或概念性的观察,还是一种实质性的或与利益相联系的观察。因此,在法律系统中利益始终被视为能够导致有根据的判决的法律系统运作必须考虑的条件,尤其在冲突案件中。凡是以另一种形式来表述其利益的,例如作为单纯的愿望或者优先权,就不能被看做法律系统的参与者。在法律系统的观察方式中利益在其自然状态中是等值的。法律系统使它作为关于利益的信息而接收的东西均质化,它努力的方向是最后作出判决,因此它只关心是不是涉及值得保护的利益,以及在有冲突的情况下哪些利益必须牺牲。论证中必须表明的就是这一点,仅仅是这一点。

通过利益概念法律系统为内部目的建构了一种外部参照。这一概念示意的是某种作为环境必须被视为前提条件的东西,但其前提是必须与系统内部的信息加工可能性相符合的信息获取严密性形式来进行。一种利益的统一性总是可以被再分解(例如为了救治目的),但它始终是一个系统内部的结构。<sup>⑭</sup>这一点也适用于反思性表述,也就是适用于以下情况:是法律系统建构了环境对法律系统的关注,也就是对司法的可靠性、形式上的统一性、可预见性和不偏不倚性的关注。

但是人们也可以把系统运作的自我参照作为出发点。自我参照以法律概念的形式表达出来,法律概念限制着在系统内有前后连接能力的、通过效力标志的流通能够相互联系的结构。这并不意味着与概念相联系的论证就总是在兜圈子。<sup>⑮</sup>虽然归根结底概念是以一种同义反复和法律系统运作普遍的循环性联系为基础的,但是概念恰恰又起着化解这一同义反复的作用,把它分解为不同的同一性,使人们可以与之相联系来区分法

律问题。

如果系统中使用的每一概念都是一个法律概念,并且完成自我参照的非同义反复化的功能,这就能清楚地表明,对于法律系统来说利益概念也是一个能够强制系统(只有这个系统)区分合法和非法利益的概念。如果系统拥有足够的观察形式(区分),它自己就能够从环境的角度出发来观察自己,并且从自己的角度出发来观察环境。它可以把这一种或那一种参照作为基础。虽然它不能把这两种可能性归结为唯一的一种(所谓“客观的”)参照,但是它可以在二者之间来回穿越<sup>140</sup>,以便从另一个参照中吸取能够起限定作用从而导向一个有依据的判决的视角点。

概念法学/利益法学的争论与很早以前科学理论上的唯理论(笛卡尔式)与经验论(培根式)之间的争论有某些相似之处。在这里人们也是经过了一番努力,很不情愿地放弃了“争论”,得出了以下结果:科学系统的实际运作需要这一区分的两个方面。相应的结果也适用于法律系统。

396

在耶林那里可以清楚地看到,绝对不能把强调利益保护理解为建议不要概念的法庭审理。对“概念法学”的批评主要是针对它的系统思想,而不是针对概念工具本身。在这个方面人们从系统推理转向了法律技术——这里既有批评,同时又给予承认。<sup>141</sup>众所周知——至少以前曾经是——仅仅从利益状况中不可能得出判决。<sup>142</sup>然而在争论中仍然没有搞清楚区分的意义。归根结底这是一种对区分的区分。区分概念的方式不同于区分利益的方式。但是在这两种情况中都是系统内部进行的区分,而且只对法律系统本身的运作有意义。概念的目的在于使“法律问题”精细化和限制类比推论,而在利益中首先涉及的是区分法律上应该优先考虑的利益和法律上应该置后考虑的利益。这一区分的好处在于即使被置后考虑的利益也被储存在系统的记忆中,以便在必要的时候可以复查一下,当出现了新情况后把这一利益置后考虑是否仍然合理。<sup>143</sup>用巴雷尔(Barel)的一个概念也许可以说把利益“潜藏起来”。<sup>144</sup>这使整个裁决具有一种归根结底是自相矛盾的意义。利益冲突在一个层面上得到了裁决,而在另一个层面上却被视为无法裁决,这是由于被置后的利益后来又被回想起来的时候可能被视为应该优先考虑,而这种回想恰恰是由于它被置后而造成的。即使而且正是因为利益法学把立法者的判决理解为支持或者反对利益的判决,通过利益形式它保留了在立法者未曾考虑到的新状况中进行重新评估的权利。就此而言,利益法学与严格目的论的法律解释相区别,后者只询问立法者的目的,以便在有冲突的情况下实现这些目的。但正是这种对重新评估权利的保留是以此为前提的:法律系统

397

把利益首先设想为从自身中产生的、只有在法律评判中才被区分为优先或置后的权利。

398 从教义和方法角度来看从这些考虑中首先得出的结论是,把“利益权衡”这一信条作为法律原则这种做法必须被放弃。<sup>④5</sup>用拉丁语的格言来表述就是 *In hac verbi copula stupet omnis regula* (在这里口头交往使一切规则都失灵)。从方法上来说这种信条必然会失败,因为人们期望得到可操作的指示这一希望不可能得到兑现。在实践中它只能作为韦伯所称的法官司法的序言。<sup>④6</sup>从宪法上来说,即使它并不直接违反宪法,但也是值得怀疑的。因为从对基本法第 1 条第 1—3 款的评价中可以得出,除非法律本身(不是法官自己!)预见到对冲突情况可能有的不同判断,否则法官必须把利益视为是同等重要的。换句话说,“利益权衡”这一信条不是有效的法律。它与对事实情况把握中存在的问题相联系,<sup>④7</sup>而不是与判决的法律依据相联系。换言之,它完全存在于系统的外部参照范围内,而没有做每一次判决所必须做的事情:在外部参照与自我参照之间进行调解。从利益法学向评估法学的过渡<sup>④8</sup>以及从利益权衡向调解权衡的过渡,考虑到这种批评,至少是因为评估不应该从利益中得出,而是法官必须根据法律规定本身来进行评估,<sup>④9</sup>或许应该说法官本应这么做;因为每个判决理论家马上就都看到,在法律对价值冲突案件进行评估时,司法实践被过分要求全面,然后却又被指示要以利益为依据。另一方面人们又找到这种评估的形式性的表达形式,对这种表达形式无法检测,它没有太多根据地滥用一些吓人的概念(例如“对社会的危害”),并且很快就不再与系统的论据相联系,尤其是不再努力尝试让法律教义所提供的表述形式去适应新型判案力求达到的结果。而且现在“实质性的”合理性通常也是联系社会所能接受的评估来定义。<sup>⑤0</sup>在判决理由中修辞性的空话成分越来越多。这与人们都竭力要哗众取宠这种政治“民主”风格很相称。

399

至于历史上是否有引人注目的强调司法实践要突出外部参照(手段性的、实质性的、与利益相关的)或者自我参照(形式性的、分析性的、概念性的)的观点,这个问题还有待于作进一步调查。<sup>⑤1</sup>无论如何没有一个系统在外部/自我这一形式中可以完全无视其中任何一面,因为这样做就会扬弃这一形式本身。假如人们把论证的可能活动空间归结为这一形式,即归结为自我参照(=形式性的)和外部参照(=实质性的)之区分这一形式,就能清楚地看到,实际上并不存在自我参照的“自然的”(自然的?)优先地位。当时反对源自亚里士多德自然学说的古老的自我保守(*conservatio sui*)观点在系统论中被纳入了自我生成概念之中(这一概念

不表述系统的优先权,而只表述系统的存在)。这就给了人们把自我参照/外部参照问题视为一个可以有不同侧重面的系统的持续问题。关键在于区分。于是人们可以联系法律系统(或者其他系统)某些特定的历史状况来调查一下,是否存在着倾向的转变——例如韦伯所预见的从形式性的合理性向实质性的合理性转变,或者与此相反,今天人们经常要求回归到更强调形式的、以法律和公正(相同性/不相同性)为依据的判决标准。<sup>④</sup>

外部参照与自我参照的关系——人们可以从大家熟悉的个人意识范  
400  
例中看到这一关系——是在含义媒介中运作、高度发展的系统的一个基本问题,它不等同于多样性与信息冗余之间的关系问题。尽管如此人们还是可以推测,利益这一外部参照概念甚至使法律系统本身也可以“外化”,也就是说可以归结为某种利益,从而使法律系统具有比通过归根结底是空洞的概念性高雅技术所能具有的更多的多样性。假如真是这样,而不是因为社会或宗教或政治所规定的限制使利益的可交流性改变了方向,人们就完全可以理解,利益语义的出现标志着对具有更高程度多样性的制度的需求——这一需求在经济理论中早已存在,在政治理论中自17世纪以来就存在,在美学中是18世纪,而在法律理论中却很晚才出现,也就是在终于得到贯彻的法律实证化开始发生作用以后才出现。

## 第九节

如果我们把解释、论证和理由说明视为法律系统内部的运作,那么逻辑推论也应该归于这一概念之下。这是通过一种特殊形式的可靠性,或者更精确地说是通过逻辑必然/逻辑错误这一形式来表现的。在这里逻辑操纵着运作,以至使每一次都能够明确地划归形式的这一面或另一面。但是为此所必须具备的前提条件却阻碍着逻辑能够进行论证。从哥德尔(Gödel)以来他自己就知道这一点。而从中得出要批评逻辑推理的结论,甚至得出推理在法律中不具有重要意义的结论(结论!),这似乎也同样是错误的。但是必须改变对逻辑学任务的表述。

在系统论联系中,或者更具体地说在组织信息冗余的联系中,逻辑具  
401  
有一种特殊的功能。从反面角度来说其重要性在于,它使(逻辑形式的另一面)对错误的证明成为可能。它对错误很敏感。因此对法律论据的逻辑重构是一种反驳即重组论证理由的技术,尤其是为了得出另一种判决。除此之外逻辑也具有正面作用。它类似于对判决结果的预测,有助

于沟通刺激。当不管出于何种原因,规范性期望受到干扰并且被怀疑的时候,逻辑就能够指出,在改变规范性期望的情况下还有什么必须改变的。虽然众所周知把认知性期望贯彻到规范性期望中并不是逻辑必然的,人们不能从事实中推导出规范,但是假如事实对规范已经有足够触动的话,人们就可以借助逻辑认识到,法律系统中某一规范的变化,某一规范被“宣布无效”等会有哪些后果。逻辑提供了常常超出凭直觉可认识的东西,并以此也为反对某种因某个具体案件而要改变法律的论据提供指导思想。

这一点也有其另一面,因为人们通过逻辑也能看到没有被涉及的东西。例如,把当家权转到某个富妇的丈夫身上会对婚姻法造成影响,但是不是也会对贸易法有影响?换言之,逻辑会使法律系统对抗变化造成的一切不可预见的远程影响,从而使变化比较顺利地得以实施。按照阿什比(Ashby)的说法就是:逻辑使法律系统保持“超稳定性”。<sup>153</sup>

应用古典的“逻辑中心论”(logozentrisch)的论证观念也可以做以下设想,即合乎理性的论证投影到法律系统的统一性上,也就是说能够保证“正确的法律”。论证对具体情况和文本的依赖关系至多使论证能够达到“局部”合理性。因此政治的合理性也始终不过是战略的合理性,而经济的合理性受财政结算或预算的制约,财政预算对可达目的和有意义的信息使用有极大的限制作用。论据即使意思十分明确,也不能保证某一种特定的解释问题的方法被验证为毫无疑问的最佳解决办法,从而导致唯一正确的判决。恰恰在法庭商议实践中常常表现出不同的判决可以得到几乎同样充分的论证。于是人们就会面临这样的情景:通过论证无法得出明确决定,而是用西蒙的术语来说允许有多种不同的“令人满意的处理办法”可供选择。<sup>154</sup>判决是可以作出的,但必须通过二级标准(或者在没有作为多数决定的统一标准情况下)才能够作出。换言之:通过无论如何精心选择的标准,法律系统无论在整体上还是从具体情况来说都不能保证达到真正合理的状态——即使对在职业上可以达到好的、明智的论证有高要求的情况下也是如此。无视这一点的商谈理论(例如哈贝马斯的商谈理论)既不能适应法庭论证手段高度发达的特点,也没有达到它的目的。它不能把由论据造成的信息需要重新输入法律系统之中,而是不得不使用法律虚构方法,以便在遵守某些特定的诉讼程序条件前提下最终使理性获胜。

我们对有关运作上可达到同时又具有进取性的合理性设想持保留态度,这与以下进化论的论点是一致的:复杂性并不是进化的自然目的或理

性目的,而是一个随着进化而出现的副产品。<sup>⑤</sup>因此,论证与把复杂性这一资源作为工具来使用无关,而是涉及法律系统如何在随着进化而不断增长的复杂性中还始终能够胜任自己的职能,也就是说,如何在持续保持与环境的关系中还始终能够运作上自成一体地再生产自己。

## 第十节

403

最后,我们再一次回到一个我们已经多次提到的视角点上。我们说过:论证始终要在二阶观察的联系中才能理解。这里始终涉及对某个论据的表述——为其他观察者。由于法律系统是为(总是在实践中简化了的)论证作准备,它表现出职能系统一般所特有的典型特点。<sup>⑥</sup>经济根据价格而运作,因为这使人们有可能观察观察者是如何观察市场的。政治根据公众舆论而运作,以便在公众舆论的镜子中观察它的运作在其他观察者眼中的反应。艺术家则通过对决定艺术创作的形式的选择来准备艺术创作,因此观察者们能够观察到,他是如何观察其艺术创作的。教育者则被设想为具有进行教育的意图,否则人们就无法从系统特有的角度来观察他是如何观察他的学生的;反过来他的学生被想象为孩子,以便人们能够想象出一种媒体,在其中可以观察到教育者如何选择他进行教育的形式。这类例子不胜枚举,因此在18世纪随着许多职能系统的重要性不断上升,互动理论——例如以会谈规定的形式——转向了对观察者的观察,也就不是偶然的了。

当这种核心运作向二阶层面的转移以这种方式与职能系统的分立相互制约的时候,人们就可以推测,从一种社会理论的立场来看,这属于现代的结构特征。<sup>⑦</sup>于是单个具体的职能系统的特点就退居后位了。对于这种状态是如何达到的这个问题,各个系统都有其不同的(但又可以相互比较的)回答。但是无论如何要达到(或力求达到)这一点,这看来是系统得以分立的前提条件。因此在法律系统中必须进行论证,因为在分立的条件下系统必须力求依靠自身(而不是依靠世界),这就要求那种在二阶观察层面上循环性联系的闭合。

404

这些见解导致了关于相应系统的反思理论如何来描述这一事实情况的方式方法问题。或者更精确地说就是:反思理论如何来确定它们的观察是有意义的,即使它们仅仅观察了它们的观察。这样一种自我描述与自我定义的互相协调要求有确定无疑的重点,这就是说要规定“无懈可击的标准”(霍夫施塔特 Hofstadter)。因此,经济(或用哈耶克的话来说

就是经济理论)把由市场决定的价格与信息加工的合理性相结合;政治把公众舆论与民主相结合,或者教育系统把教育意图与好的意图相结合。法律系统的论证文化在它的自我描述中也是建立在这种相互约定的规则上。这些规则具有无疑不能够再作进一步追问的不对称的形式。这里涉及“对一种规范的应用”,在需要论证的地方涉及“对一个文本的解释”。也就是说涉及非常特殊的区分。人们在细心观察实际工作方式中发现了循环。规范完全是通过它的应用才产生的,无论如何是通过应用才具有明确的含义。正是解释才决定需要解释的东西,由此解释就完成了—一个解释循环;而且在这里同时要做到能够有充分的理由来说明,为什么需要作解释。

405 就此而言,我们仍然还是停留在我们所熟悉的现代方法论讨论的领域内。但是,假如所有这一切——循环周转——的发生仅仅是为了使一种二阶观察成为可能,那么该怎么办呢?如果这一推测应该得到证实,那么归根结底涉及的是为了组织观察关系而制定规范文本。于是人们就要与进行了“时间抽象”的文本打交道,这些文本虽然不能保证所有的观察者有朝向同一方向的观察方式,但是它们能够通过应用专门的形式(区分)制定出足够的规定,以排除任意性(也就是衰退,即熵)。这种规范文本就像复杂的电脑程序一样,虽然它们可能不会再允许去观看具体进行着的运作过程,也可能不会再保证观察结果的同向性,但是它们也许可以达到如此专门化,以至当有理由考虑对文本本身做修改的时候,人们能够看出这一点。它们使系统能够对相关的刺激作出反应,而不必对系统自己的运作进行全面检查。

406 假如这些考虑使我们真正能够达成一致意见的话,我们就会看到,近年来方法的讨论已经在寻找类似的道路。其中包括较早的有关法官从是否符合宪法规定角度对法令进行检验的思考,这些思考通过解释绕开了在立法过程中废除旧法和立新法的艰难道路;<sup>⑭</sup>这适用于以弗里德里希·米勒(Friedrich Müller)的结构主义法律理论为出发点的著作;<sup>⑮</sup>尤其是拉多尔(Ladour)所阐述的专门有关商谈和组织的多元联系主义和相对主义法律观。<sup>⑯</sup>如果愿意涉足社会学的话,可以想想吉登斯(Giddens)的“结构”概念,或者涉及哲学,则可以想一想维特根斯坦的语言游戏概念(只要语言游戏可以被理解为观察者为观察者举办的活动)。这里并不缺少有倾向性的提示。但关键是:应该不仅仅看到古典规范、文本和方法规定的瓦解现象,而是看到更多。也许我们看到一种新的秩序形式正在产生,这种形式完全转移到二阶观察层面上,并且由此出发来决定,对它

来说什么是有接续价值的,因此可以被视为现实。

这里还要补充的一点就是,法律工作者的职业正是由于他们把法律系统落脚在二阶观察层面上,所以高估了解释/论证的意义。人们必须重新考虑到这里涉及的是一个二元规则化的系统,关于有效/无效的判断是最终起决定作用的运作。因此,一方面法律技能的杰作就在于从文本中生产文本,在于解释和论证,而且要做到这一点关键在于要确认事实、证明问题,等等。另一方面,当两方面都进行了论证以后,律师在官司中就已经输掉了一半。就像在治疗病人的系统中总是有些病人死去,而另一些人通过治疗活了下来,这就是该职业的风险一样,律师也必须面对这样的事实,即他的论证即使考虑很周全,但不一定对最终的决定性判决起决定作用。因此在该职业的习惯中人们有时可以观察到某种有讽刺意味的、与理念和论证材料有距离的现象,同时注意到最终导致判决的东西(例如司法习惯和传统)。最后的理由始终只是倒数第二位的理由。

## 第九章

# 政治与法律

407

### 第一节

系统论者一般都以必须把法律系统和政治系统相区分为基本出发点。<sup>①</sup>这是涉及社会系统中两个不同的分系统。这一点只有在人们接受自我生成这一概念,并且坚持一切社会性系统的自律性和历史个性的条件下才有效。但是从另一种可能还占优势的观点来看,由于政治与法律之间有着显而易见的密切联系,人们对这一点又是有争议的。

一种认为法律系统是一个自我生成的、运作上自成一体的系统的理论,其前提是:这一系统可以自己与社会上一切其他的职能系统相区分,因此,这一系统的外部观察者如果他愿意实事求是地进行观察和描述的话,一定会遇到在该系统中产生的这一区分。但是要使人们对这一点大体上清楚了,在一个问题上又会遇到困难,这就是政治与法律的关系问题。自近代早期以来就形成的悠久的传统使我们在这里只看到一种统一的政治—法律系统。这主要由于国家职能是一个既是政治的又是法律的概念。<sup>②</sup>自苏亚雷斯(Francisco Suárez)、霍布斯和普芬道夫以来这也是已经确立了的自然法理论。另一方面我们在关于法律的功能这一章中,已经谈到过把政治和法律的功能与贯彻方式相区分的必要性。

408

世界上标志欧洲发展的特点之一,无疑在于特别强调以在罗马发展起来的民法和对民法基础的自然法表述为基础的社会共同生活的法律前提。在中世纪,这排除了法律和政治相统一的观念,没有这一基础就不会发生以教皇为中心组织起来的教会反对有神权政治倾向的帝制的革命了,而且可能也不会发明“立宪制国家”的宪法法律约束了。<sup>③</sup>当现代国家开始从政治上加强的时候,法律也同时存在,部分作为地方上可查证的习惯,部分作为正式制定的、分为很多法律概要、写成文字的可教可学的法律。曾经有过封建法和市政法、国王法和尤其从中世纪鼎盛时期以来

的教会法与世俗民法的划分,这一划分也表现在相应地有区别的司法管辖权中。从法学上来看,16世纪时期还没有“公法”,也没有一个能够反映人们所追求的领地权力统一的统一的法律概念(dominium 支配权、imperium 绝对统治权、iurisdictio 属地管辖权)。无论如何人们无法想象把属地管辖权与绝对统治权分开,因为对于那个时代的正常思维来说这似乎意味着在一个没有法律的地区中的绝对统治权 and 没有贯彻能力的属地管辖权。法律以空前的规模渗透了社会上至关重要的问题,同时也减弱了这一区分的意义。甚至“potestas”(权力、权限;统治权;支配,统治——译者注)这一概念从某种意义上来说也沟通了这些鸿沟,但又不能渗透到具体的法律手段中去;这一点也同样适用于对“主权”的新理解。

就在这里,过了很长时间之后,按照法律发展主要是从司法实践出发,还是主要从大学课堂教学或者立法者的法律商议出发,也就是主要涉及判例法还是法律教义或者编制成法令形式的法律,区分出各地区不同的欧洲法律制度。这一选择或多或少直接的原因可能就在于同时发生的政治变迁之中;但是法律特有的发展和法律问题状况的特殊性又排除了把政治上的秩序观念直接复制到法律之中的做法。<sup>④</sup>不言而喻,政治会影响具体的判决,但是从结构上来说,政治似乎主要是影响对法律系统借以刺激自己的作用形式的优先选择。

鉴于迅速增长的复杂性和与此相联系的法律的不可靠性,近代早期的领土主权国家最初认为自己的任务是统一自己领地中的现行法律以及司法组织,把它置于中央控制之下,以此来巩固自己国家的统一,<sup>⑤</sup>这就是领土主权国家对主权的理解(有别于中世纪)和它的政治巩固。主权或者管辖“权力”(potestas)概念掩盖了以下事实:有两个很不相同的(政治)权力概念参与其中,即能够做到让人们服从指令的总的的能力概念和法律权力概念,后一种权力概念表达了权力以法律形式,也就是以始终是特殊的形式出现并得到贯彻。统治的两个方面相结合之所以不可缺少,主要是因为当时作为地方行政管理只有司法管辖权。因此从16世纪下半叶以来主权在实际中主要意味着:政治上由中央统一管理监督司法管辖权,废除地主的、教会的或社团的、建立在各自法律基础之上的司法管辖权;它意味着使用高压手段来登记和统一地方上的特别法;它意味着接受罗马民法的语言表达形式和概念性的成果——即使不是作为现行法,但也是作为法律课的基础;它意味着不断增加的立法工作。<sup>⑥</sup>因此援引弗里茨·诺伊曼(Fritz Neumann)的说法也可以说是一种“政治法律概念”,<sup>⑦</sup>而且在这里可以看到政治明智和法律效力之间的一种传动体系。

409

410

411

在理论上最迟从 16 世纪下半叶以来随着布丹(Bodin)、苏亚雷斯、普芬道夫等,人们以一种政治与法律按自然法统一的概念为出发点。<sup>⑧</sup>这一观念基于以下假设:只有通过政治与法律的统一,个体才能够成为权利主体,并由此成为一个建立在分工和合同基础上的经济之产生的前提。有关这个问题最明确的表述是由霍布斯提出的。个人以前不过是会杀和被杀的实体,由于有了理性的武装,他们已经可以对此有所预防,他们通过“授权”君主任意制定法律而成为人为的、第二本性意义上的人。只有通过这种方式才能建立起权利与义务的统一,所以个人的文明应归因于法律与政治的统一,因而法律与政治的统一与个人的个体存在是密切相连、不可分割的。作为这一把政治与法律一体化的组织上和语义学运动之结果的是 18 世纪和 19 世纪伟大的制宪,以及最终确立了这样的观念:国家的职能在于按照法律尺度即在法律框架内保障自由。

412

政治与法律这种结合的主要动力可能是把欧洲推入百年内战的反抗权问题。这一联系在霍布斯那里得到了比任何其他地方都更清楚的表述。<sup>⑨</sup>霍布斯的洞见就是:法律不可能从自己出发以它自己的未成文的传统、法学家“人为的理由”、个别人认为应属于自己的权利的有根据性等潜在力量来保障和平。恰恰当每个参与者都可以根据自己的自然理性或者在以书面文字呈现的法律材料中寻找根据的时候,法律就可能会破坏自己的前提,即和平。这尤其适用于一种正在消亡的社会结构前提,即贵族在自己(有武装的)庄园的基础上可以把自己对正当与不正当的判断作为依据。尤其当人们沿袭中世纪的思维不能清楚地把宗教、法律与道德相区分,而是在一种含义联系中把三者合为一体,因而宗教和道德问题一下子可以转入法律问题并且在这一领域中发生争论的时候。<sup>⑩</sup>而且只有当人们利用现有的理论知识时,才真正使用反抗权——人们可以说,侯爵也是平民,作为平民他也应该受法律约束;或者人们把国王与暴君相区分,并且在贵族中形成派别来决定选择这两种情况中的哪一种。除了政治与法律的统一,除了建立以为了法律目的而接受“权力”之名的政治权力为基础的法律社会以外,还有其他能够解决这一显而易见问题的办法吗?<sup>⑪</sup>而且除了在政治保证的法律效力基础上的这种特殊活动方式以外,法律如何才能以其他方式来制止互相争斗的要求各方肆意妄为呢?

后来出现的对契约结构循环性论据的批评不得不使反抗权重新复苏。例如休谟认为,对政府的约束基于承诺之上,承诺虽然可以被视为契约,但这种契约根植于人的本性之中。<sup>⑫</sup>论据被转移到经济上的财产利益领域;他说一个不能够代表和保护这一作为社会本身之基础的利益的政

府必然会遭到合理的反抗。自古以来,论据都是以有德性和腐败这一古老的格式为根据,<sup>⑬</sup>但是现在人们从中得出的不再是实在法的结论,而是政治的结论。而且还出现了把这种“腐败”现象描写为“不符合宪法”的倾向——尽管最初并没有文本基础。<sup>⑭</sup>

413

因此,只要没有现代意义上的宪法,反抗问题始终是现代国家的核心问题,即法律与政治相对抗的情况;一切坚持法律与政治相统一的理论其潜在动机就在于此。或者换一种说法就是:在当时占统治地位的前提下,法律系统与政治系统的差别只能被理解为对行使政治权力的合法反抗。

除了要废除反抗权的实际政治目的以外,主张法律与政治相统一的观点也迎合了要找到法律自我纠正的基本立足点这一要求,或者借助旧的严格依法和公正的区分,<sup>⑮</sup>或者借助使以豁免、特权直到自行破坏法律等形式出现的偏离法律的做法也合法化的普遍权利。<sup>⑯</sup>说得更一般一些就是:自发使用正当与不正当区分的自相矛盾在涉及具体情景中存在的权力状况时,就不再能够简单地外化了,而是转移到体现在统治者“人”身上的高一级的法律与政治的统一上。但是这仍然是一种显然很脆弱的、困难的解决办法,它的说服力有赖于统治者是一个他应该是的那样的人:敬畏上帝的、理智的、愿意接受法律本身对他的规束的。

414

然而,通过这一方式,政治交往与法律交往之间运作上的区别并不能真正达到统一,从反抗权角度来看,领土主权国家的现代政治体制不可能接受臣民依据法律来干预政治,也就是说来破坏安定。政治系统要求一致,也就是在涉及政治规定和职能方面应该作为政治来培育的一切都要要求一致。法律系统恰恰也是这样。法律系统也不能允许有例外。由科克领导的伦敦议会与斯图亚特皇族的争论就是涉及这一问题。因为只要还有一个机构可以独立于法律而拥有对生命、人身和财产的支配权,法律就不可能存在,因为一切法律的可靠性都可能因此而被完全改变。这就是在习惯法中产生了民法的原因,这里所涉及的也无非是职能系统的运作自成一体性问题。

因此,自成一体要求(或关闭企图)最初是针对自成一体性要求的。但在这一对立中同时也显现了关键性的视角点。由此所达到的对政治与法律之间联系的理解最终被综合在“法治国家”模式之中。在“法治国家”模式中法律与自由的条件联系以及法律与自由相互攀依上升的能力被确定下来,由此可以被用于交往。<sup>⑰</sup>人们以此对社会系统的一种历史状况(具体地说是法国革命以后的历史状况)作出反应,从这一历史状况中

415

可以十分清楚地看到,通过理性和道德的标准已经不再能够达成一致意见。替代它们的是必要性与自由的区分和它们的结合——部分在教育模式中(作为国家委托任务),<sup>⑩</sup>部分在法治国家模式中。作为法治国家的国家同时也是一个法律机构,是一个对法律负有政治责任的机构,也就是说它对法律的贯彻及其在适应不断变化着的情况和政治上可实现的目标中继续发展负有政治责任。

416 对法律政治体系的这种表述模式可以在几乎感觉不到的、只有通过“宪法问题”才表现出来的过渡中实现民主化。这些把“公民”纳入法律和政治联系之中的形式开始发生分歧——恰恰是因为它们现在以系统专有的一般概念,例如权利能力、国籍、选举权等为基础。<sup>⑪</sup>与此相关的有关政治和法律的争论贯穿了整个19世纪。争论涉及对法律施加政治影响的法律形式,同时也涉及对公民的法律保护,使之不受与以往一样通过政治来实施的统治者强权的伤害。争论最初没有触及统治者的权力,因为它们所依赖的正是法律和政治的国家性这一前提。从19世纪以来,政治概念几乎完全被理解为与国家相关联。这使得旨在成为国家领导人为了贯彻其政治目标而有组织的、通过其成员组成可以互相区分的政党的产生成为可能。同时法律也提供了一个政治塑造可能性的领域。除了通过税收和制定财政预算之外,法律成了贯彻政治目标的重要工具。与此相应的是关于立法和法庭判决上/下属等级关系的观念。<sup>⑫</sup>其后果就是规范材料大泛滥。法律规范成了以往政治的沉积,而且越来越难以把它们保留下来为新的政治抱负服务。现在法律可做的事情不再产生于冲突的出现,为了对这些冲突作出判决必须发展出可以普遍适用的规定,而恰恰是法律通过实现政治目的的企图制造了必须要解决的冲突。由于在社会交往中不断再生产出动用政治改变法律的可能性,而且法律本身由于议会立法的合法化而使上述可能性合法化,由此在司法实践中经常出现这种状况,即必须区分究竟是通过“主动”解释法律来改变法律,还是等待新的政治意见形成。总而言之,法律实证化和政治民主化是相互支持的,而且对今天作为政治系统和作为法律系统而存在的东西有着很大的影响,以致人们很难再看出两个不同的、甚至运作自成一体的、相互独立的系统。但是恰恰政治民主化最终要求保护个人的权利,包括而且主要是要保护他的符合宪法的权利。

417 事实上统一论从未达到这样的地步,以致人们不得不说:凡是政治上法律所允许的事情都是政治自己完全从政治角度出发所决定的;也从来没有导致这样的观点:法律无非是阻止政治向过于轻率的情绪屈服的政

治固有的惰性要素。鉴于习惯法和罗马民法的传统,也鉴于以下意识,即这里涉及的是历史的、以法律理念检验史为根据的结构,人们似乎不能够接受认为法律不过是昨日政治的观点。但是如果不是这样,那么又该如何理解在统一的系统中对政治的法律限制呢?“法治国家”这一表达形式显然掩盖了这一问题。这种模糊性可能更有利于保存自然法思想,或者要那些不再相信这点的人接受承认政治体制合法性的要求。但是今天这些思想几乎找不到有说服力的论据了,如果人们把政治和法律视为两个互相分立的功能系统的话,就可能会放弃它们,或者改换一下表达形式。

因此,针对强大的、有牢固传统的貌似有理现象,本章和下一章的基本出发点都是认为,这里涉及的不是一个单一的、可以用国家概念来指称的系统,而是两个不同的、各自运作自成一体的、具有各自不同的职能、各自不同的规则和各自不同的受规则制约的程序的系统。在国家概念中和专门“法治国家”格式中所构思的统一观从历史角度来看是可以理解的。它或多或少适用于一个阶段,在这一阶段上法律系统中的法律实证化不得不借助一种归结于(政治)国家的法源理论才得以贯彻,而政治系统必须获得一个活动空间,以对抗已确立的(首先是等级制的)结构,以便政治能够作为有集体约束力的决定的连续性程序而得到贯彻。随着这一目标实现的程度,统一观日益失去了说服力。法律系统即使在“法治国家”形式中也可以没有最高统治者;它根本无法安置最高统治者,它也不需要最高统治者,因为它是以其他方式来化解它的自相矛盾。<sup>②</sup>但是它必须根据审讯来进行判决。政治系统在主权这一表述形式中,归根结底在人民主权这一表述形式中,使它的规则的自相矛盾达到了顶峰。但是最高统治者是概念的一种内涵,他不一定要作裁决;他在裁决/不裁决这一问题中也是拥有独立主权的。而人民的概念把自相矛盾转移到一个根本不能作裁决的统治者身上。至于这里是否要作裁决以及如何作裁决,这是政治问题。国家概念变成一个制约政治系统和法律系统在各自发展中所表现出来的现象的人为的框架。绝对不可以把政治设想为对合法确定的宪法的日常性解释,尽管政治目的可能主要在于产生“商谈”(“talk”)<sup>③</sup>,并且以宪法条例的形式(例如环保作为国家任务)可以为以后的“商谈”服务。同样,如果我们把法律系统中实际发生的事情理解为实现政治规划的工具,不管法律判决如何以政治所希望的后果为取向,都不可能从中获得正确的法律系统理论。即使涉及政治上对法官的选择和任命,也只不过是提出合适的候选人,而以此想让法院走上政治所期望的轨道这种希

419 望也必须在法院内部能够得到贯彻,因此多数会因法律系统内部的论证文化而告失败。<sup>②3</sup>即使在这里也同样出现了一种比较保守的、以信息冗余为依据的倾向和一种比较激进的、欢迎多样性的倾向,但是这与日常政治及其政党色彩没有太多关系。

总之,这里完全排除了把政治问题——例如德国重新统一和生活条件均等化等的时机和条件——作为对法律系统判决的规定,就像在婚姻纠纷、学术或宗教论争、经济投资等问题上不能这样做一样。引用美国宪法(第Ⅲ条)的表述就是:法律系统的判决只接受“案例和辩论”。要上法庭的问题必须采取可受法院审判的形式,具体地说就是:这些问题必须可以在与法律系统的历史状态即法律的效力状况的循环性联系中进行定义。法律系统既不能作为弄清事实的机器,也不能用来发现通过智慧解决问题的办法。如果《杜登词典》有约束力的话,那么出版社合同相应的附加条款中肯定对此做了规定。属于这类限制的典型例子还有,对一个法院判决的关注必然以损害主体权利的形式表现出来。<sup>②4</sup>毫无疑问,国家行政管理机构会以大大超出这一范围的方式用法律形式来制定规划——尤其是通过财政预算法。但法律系统也只有在由此产生了“案例和辩论”的情况下才会积极介入。

420 认为法治国家构成了个人的权利主体性,并且以这种方式奠定了有分工的、根据市场需要而运作的经济的基础这种观念早已被扬弃了。随着哈耶克或西蒙,人们可能看到了信息加工中的经济问题,或者通过组织中的或然性分析和互动的费用分析看到,无论如何这是一个专门的经济问题,这个问题不再能够根据有权利能力的个体来推断,虽然有权利能力的个体不言而喻始终是另一个职能系统的特殊任务的前提条件。

正是19世纪“法律实证主义”得到贯彻,新法律颁布猛增,因此初看起来似乎有政治系统越来越支配法律系统的征兆,这一切导致了一些情况发展,使人们意识到应该把法律系统与政治系统区分开。与此相应的是,不仅在习惯法的章程方面而且在欧洲大陆都意识到,即使不在法庭上产生法律,但法庭的解释自由是不可避免的。关于单纯对法律的解释,人们也清楚地看到,这里不可能涉及把在政治中进行的、最终以对某个特定的法律文本作出决定为终结的争论重新拿到法庭面前来进行争论,也不是在疑难案件中通过法庭举证来弄清某决定的政治动机。<sup>②5</sup>仅仅政治舆论形成所具有的妥协性即“契约化”<sup>②6</sup>以及新协作主义的政治条件,就排除了在政治中寻找法律上可使用的“立法者意图”的可能性。<sup>②7</sup>与此相反,法律系统发展出法律自己所特有的解释理论,在这些理论中立法机构

的意图只起着一种有限的、在任何情况中都要以文本为根据的构成性作用。

两个职能系统的分开尤其表现在不同的规则化上。假如人们还可以想象,在法律执行中关键也在于通过国家机关组织实现的政治等级制权力规则化,也就是说法律和政治是以国家这个形式获得各自的自由,那么很显然,在政府与反对派<sup>②</sup>这一格局中,权力的民主规则化在法律系统中却没有其相对应的东西。在政治系统中,一旦该系统从有集体约束力的决定方面来观察自己,就产生出关于各种其他决定可能性的设想,一旦这种反对意见可以一个决定接一个决定继续下去,关于其他决定可能性的设想就会日益增多而形成反对派。这一点在专制国家宫廷政治中有着盘根错节个人关系的“派别”中,尤其在议会民主的席位安排中就可以观察到。由于政党体系从组织上得到了巩固,所以最终从组织上保证了,不管涉及什么需要作决定的题目都会有反对派,但是反对派必须遵守纪律,不是因为存在其他决定的可能性,而是由于反对派总是希望自己能够执政,为此必须提出一个(可实现的或者至少可以获得多数同意的、在政治上可接受的)纲领。执政党/反对派格局成为系统的“形式”,成为政治系统的“规则”,其意义在于:这一形式有内部的一面,这个规则有其积极的可接续的一面,即“在行动所在的一面”,但是这个内部的一面之所以是它所是,只不过是存在着保留其他替代可能性的另一面。而在法律系统中其他替代可能性则完全受到不同的待遇,它们是分散的,完全取决于具体案件,取决于法律规定,这里不存在任何“牢固的”反对派的萌芽。即使有的话,人们也不会把它们视为法律形式,而是视为政治形式。

421

不言而喻,尽管两个系统分开了,但不能排除它们之间有着密切的因果关系,而且只有当人们能够把一个系统与另一个系统相区分的时候,才能够确定这种因果关系(这里我们还可以补充说:只有当不同系统自己能够互相区分的时候,人们才能结合实际来确定它们之间的因果关系)。而且关于各系统在其各自的“结构变化”中,即在其各自的结构发展中互相依赖这一点的认识,也只有在假定它们为分立的基础上才能得到更好的解释。为此我们在下一章引用了结构性联系这一概念。

422

## 第二节

现在我们必须对“法治国家”这一限定性概念作一些更具体的观察。<sup>③</sup>这一概念是一个可以让我们把两个互相对立的视角作为一个统一

体来表述,并且作为文明的成就来庆贺的模式,即对政治权力的法律限制和法律的政工具化。

从法律系统及其功能来看不允许存在没有法律的空间,不允许有法律不能涉及的行为方式,不允许有不能控制的独断专横和暴力活动的飞地。这一点在盎格鲁撒克逊的领域内也被称为“法律的统治”(rule of law),<sup>④</sup>因此用赫尔曼·菲纳(Herman Finer)的话可以表述如下:“法律和(法律的——N. L.)统治覆盖在同一块土地上。”<sup>⑤</sup>如果不得不允许法律上不可确定性存在的话,那么这种不可确定性必须是法律上可以认同的,因此它被宣布为法律所预见到的自由——或者作为个人经济行为(财产的使用,合同的签订等)的自由,或者作为例如以所谓“政治问题”原则的形式出现的政治决策的自由;<sup>⑥</sup>最终或者作为法律处理自己本身问题的自由,即决定是否要对权利起诉的自由。因此,从法律角度来看法治国家是法律(或者换一种说法:法律的自律性、法律系统的分立)具有普遍社会意义的结果。与此相应产生了一个国家决策的法律“框架规定”,最终产生了一个法律上的国家概念,作为从政治系统角度来看应该具有集体约束力的所有决定的集合点。从法律系统角度来看只有当决定是合法的时候,决定才有效,假如它们是违背法律的,它们也就无效。

尤其德国的法治国家理论几乎都不涉及本来意义上的政治及其制度民主化的问题,而是把保护个人权利和对行政管理的法律约束放在首位。因此在一部教材巨作中写道(这是根据书的目录唯一谈到法治国家这一题目的地方):“人们把一个其行政管理机构的职权严格受法律限制并且只有在符合法律的情况下才能行使职权的国家称为法治国家。”<sup>⑦</sup>因此可以说,德国人对法治国家的理解具有某种远离权力的倾向,是一种“有框框的思维”,甚至对政治系统的民主化抱有某种保留态度。<sup>⑧</sup>这可能与19世纪要让保守阶层也接受法治国家思想这一必要性是相联系的。<sup>⑨</sup>回过头来看这种在国家概念的使用中引人注目的政治上的节制也可以被解释为:正是在这里才明确了法律系统的立足点。

政治系统是在另一个完全不同的领域中运作。它试图让公众舆论的形成凝聚成可以作出有集体约束力的决定。有集体约束力的决定通过政治可能性媒介按照政治标准寻找一种政治能够解决即摆脱其问题的形式。法律由于它的实证性=可变性,提供了规定形式和使问题非政治化的可能性。它可以保证,即使政治在此期间已转向了其他问题,仍然可以继续专门法律的标准下处理事情。政治的转向是根据议会中所流行的观念进行的,但也是在行政管理的实践中,尤其是并且越来越重要地是在

对国家内部的法律有约束作用的国家契约实践中进行的。在所有上述情况中,我们还不能从有集体约束力的决定的政治作用中得出结论说,决定是合法的,是不违背法律的。对这一点可以事先进行审核,而且多数情况下也是事先进行审核的。但是这种由法律工作人员进行的预审本身就已经是一种法律系统内部的运作了,不管它是在哪个机构和组织联系中进行的。我们完全可以想象,政治系统会不自觉地在违背法律的情况下作出决定,或者做出从法律角度来看有点冒险的行为,这种情况经常会出现。冒险是逾越系统界线的很好的显示器。

从法律系统角度看,法治国家这一表述形式是一个很了不起的同义反复(重复上面的引文:“法律和统治覆盖在同一块土地上”),虽然这是一个“反对”政治干预的同义反复,而从政治系统角度来看法律是使政治目的有可能产生并得以实现的一个工具。<sup>④</sup>有可能产生并得以实现——这是指如果不是法律系统提供了媒介与形式的区分,在其中可根据政治推动来规定和改变作为现行法的形式,那么政治系统根本不可能以我们所熟悉的形式存在。尽管法律在这一方面是独立运转的,也就是说只做它自己要做的事情,但是它是除了经济的货币之外,搞政治即从政治上决定哪个法应该有效(或者与此相应地决定该如何来使用政治上可支配的钱)这一可能性的最重要的条件。可以设想一下,没有这一条件,政治作为一个系统就会崩溃。如果仅仅为了决定为什么以及如何使用肉体暴力,人们根本不值得建立一个带有各种政治党派和议会外活动的庞大机器。政治能够大大扩展其活动可能性的领地,这应该归功于法律和钱。政治的自我表述,政治雄辩术,良好意图的表述和对敌手之罪行的揭露,都是从这些葡萄藤获取葡萄酒的。

425

法律系统用法治国家这一表述形式仅仅描述了自己,因此实际上最好是说“法律的统治”。与国家的联系说明了只有当政治能够保证和平,也就是阻止自由行使权力的时候,法律(尤其是私法)才能够得到发展。鉴于许多地区尤其是美洲大陆大城市中的现状,指出这一点有非常现实的意义。在破坏法律和政治腐败之间可能有一种反向联系,这种反向联系以低要求来维持社会秩序。

对于自称为国家的政治系统来说,法治国家这一表述形式也同样表述了复杂性提高的一个条件。只有当而且只要政治系统让法律为法律,并且自己遵守法律,也就是不违法使用权力的时候,法律才能够作为政治活动场所来使用。因此,根据系统的参照基准,法治国家这一表述形式有着不同的含义,但是它是以一种表述形式——或者也可以说用一个格

426

式——表达不同的东西,由此我们也可以说,无论是政治系统还是法律系统,各自没有对方就都不可能是现在之所是。

我们也许可以概括地说,法治国家这一表述形式表达了政治与法律之间互相寄生的关系。政治系统得益于另一个地方即法律中把正当与不正当的区分规则化并进行管理。反过来法律系统也得益于另一个地方即政治系统中保证了和平、保证了明确规定的权力区分以及随之而产生的可迫使法庭作出判决的强制。所谓“寄生”,在这里无非就是指依靠外部的区分而生长的可能性。<sup>⑩</sup>

### 第三节

通过职能区分,职能系统可以自由地自己决定自己的状态和结构,也就是说产生各个系统自己的时间。至于什么东西在什么时间被回忆或者被预见的问题,系统与系统之间都是各不相同的。这同样也适用于人们希望达到的交往与交往互相连接的速度和对此作出反应的匆忙与不大匆忙之间的区分。这些区别可以从进行有组织交往的地方看出,但是它们也表现在而且常常突然表现在跨组织的时间序列中。经济通过价格变化对价格变化作出反应之快以特殊的方式与科学能够提出所期望的新的研究成果之慢相对照——毋宁说这是一个长期性和一鸣惊人(即事后影响)之间的关系在把握着方向的领域。

427 现代社会中普遍存在的这种时间上不协调的问题,对于法律与政治的关系来说具有特殊意义。在现代政治系统中政治总是处于紧迫的时间压力下,而且处在从内容上来说几乎是范围无限宽广的(但又是由它自己所决定的)一大堆议题之中。它通过加速和推迟、从内部了解情况和依靠权力来操控这一区分等手段作出反应。与此相比较,在涉及法院审判工作方面,法律系统由于受到对谨慎细心和必须能够说明理由等要求的限制,所以反应很慢。不仅案件判决的产生是这样,案件判决的结构影响和通过法院审判活动而改变法律就更是如此了。通过概念和规定形成经验,并使经验继续传下去,这需要有几百年的时间。这里议题范围也很广,随着复杂性不断提高类似案件重复出现的可能性越来越小。假如人们把日常通过大众媒体来促进的政治的自我激励与判例法进行比较,那么不可克服的时间差异明显可见。由于时间原因,两个系统之间的联系实际上被割断了。

假如法律同时又是政治最重要的构成要素之一,而且政治系统经常

要面对来自其他职能系统方面需要立即作出决定的新情况,当然就不能听之任之了。在这种形势下立法就成了全社会时间平衡的一个重要机制。在足够的政治压力下立法可以相当快开始并结束。对于政治来说,颁布一个法律(即法律系统沿着政治所期望的方向作出反应)已经成了各个时期占统治地位的政党的政绩标志。法律系统对新法律一般很少有反对意见,因为这不是涉及对自己经验的加工,不是涉及对现有法律的改变,而是涉及新法律。立法的加速机制(始终存在着用或不用这一加速机制问题)当然取决于人们不知道或者无法知道这个法律在司法实践中会发生什么情况。<sup>⑳</sup>立法者会对该法律的“影响作用”有他的设想,但这只是设想,而不是信息。在这里起作用的也同样是一切加速行动的以下主要前提,即人们不可能知道未来。<sup>㉑</sup>

428

时间因素在很大程度上指挥着并扭曲了对系统的观察和描述。尤其在大众媒体时代存在着优先考虑接受新事物的趋势。媒体不报道日常生活,因此在法律颁布后我们无从知道(除非根据专门的调查研究或者根据非常专门的环境知识),这些法律的影响效果究竟如何(包括应该知道,谁没有使用相应的塑造可能性)。我们不断听到颁布新法律的消息。人们很容易理解,法律系统宁愿从立法角度来看问题,甚至把立法与法庭审判之间的等级关系作为出发点。<sup>㉒</sup>而这又会导致像以前一样很难做到把政治系统和法律系统看做两个互相分开的系统。纠正这一错觉似乎可以成为法律社会学的一项任务。但是这绝对不是意味着要否认或者低估两个系统关系中的相互依赖关系。相反,人们只不过需要找到专门的描述形式,它能够更清楚地表达,在现代社会中政治与法律如何以及为何相互作用,并由此在两个系统中都引起(各自极不相同的)结构变化。以下论点也许有助于我们理解这一点:立法作为政治向法律转换的场所,作为对政治的法律限制场所,它承担着全社会平衡时间差别的重要作用。

429

上述观点可以通过下述观点来补充<sup>㉓</sup>:从法律角度来看是使用法律,而从政治管理角度来看却毋宁说是一种为了一定目的的、解决问题的行为。<sup>㉔</sup>尤其从把行政管理无限地扩大到福利国家和最新的生态环保任务以来,越来越少涉及案件中出现的权利问题,却越来越多涉及人们力图要施加影响和改变的状况,例如保持水和空气的纯净、工业移民、逃学和酗酒、方便交通或疏导交通;从法律角度来看这一切都不是涉及个别违法行为,而是在某种程度上涉及持续性的违反常规的行为,或者天天重复出现的违法行为。在这里时间也是至关重要的,在这里也是以一种在法律系统范畴内找不到相应形式的方式进行的。

430

因此,管理机构与它要对其行为施加影响的相关人群的联系发展出了自己的成功与不成功的标准。联系随着重复出现而转变。因此,首先产生了可要求的东西和互相尊重与合作的条件和界线、达成一致所及范围等的道德标准。只有当在这一合适的协作网络中出现矛盾和破裂的时候,才会导致法律介入,才会导致要明确指出法律上通过强制手段可以达到的和不可达到的事情。在这里和在其他地方一样,法律是被作为原始关系失败的阻截网。转向法律有可能是出于法律上很不具体的、常常甚至是无法认定的动机——例如由于缺少互相尊重的表示(尤其是官僚们与其当事人之间社会地位的差别有可能在这里刺激了人的敏感)。但是动机不是论据,它们潜藏在法律审判前后的交往中,至多在社会学分析中才能够被揭示出来。

此外,管理当局清楚地知道,如果法律强制正好符合政治上所代表的利益,这种法律强制就可能有深远的政治影响。在某地落户的工业或农民、葡萄农或渔民,即使在立法者作出了某项其后果无法预料的决定以后,也会要求对同样可以被优先考虑的利益予以考虑。如果管理机构对此有足够的政治敏感性,它就会由此得到很好的建议,尤其在那些破坏法律和损失之间的联系不是马上可以被认识,或者只有根据人为的检测才能够被认识的情况中更是如此。因此,对基层管理部门即“街区官员”来说,有一种通过新闻界或者有影响的利益相关者通向上司的“第二条公务途径”,人们可以推荐一些保护性战略,尤其是书面报告或者表格形式的保护性战略,它们能够保证,如果出什么问题的话,他们本人不至于发生什么事情。<sup>④</sup>从法律角度来看立法与法律应用之间存在着紧密的、只要通过解释和证明问题就能够沟通的联系,而从政治角度来看两个决策层的水平线却相距甚远。

431

鉴于这些事实情况,把使用法律视为主要的政治管理,这显然是错误的。我们已经不再是处在现代早期的情景中,那个时候所谓地方行政管理除了法院几乎没有别的。19世纪所制定的对行政管理的法律约束至今仍然是毋庸置疑的,但是它仅仅提供了在出现困难的时候求助法律的可能性。甚至今天对以法律形式颁布的纲领的“贯彻”情况进行跟踪、对相关缺点提出批评或者把它们归咎于典型的官僚主义错误行为等分析,常常也受认为法律必须被“执行”这种偏见的影响。然而国家政府和行政管理从上到下都是一种政治系统的组织,它实行的是政治而不是法律——尽管随时都可能会提出这是合法还是不合法的问题。但是一旦提出这个问题,它们的系统参照的交往也就要改变了。

## 第四节

从经验上来说,关于政治系统与法律系统的关系既是各自分立又加强联系的论点,可以通过调查研究政治对法律的影响得到验证。当然,此类调查研究必须在理论上认真作好准备,尤其要落脚在运作层面上,而不是落脚在人员层面上。其中一个问题是:法律工作者通过大学学习和职业活动是不是为政治活动作了专门准备。另一个问题是:他们在政治联系中是否还作为法律工作者起作用,也就是说主要是注意对决定作正当或不正当值的划分。

常常有人以为,政治实际上掌握在法律工作者手中,但他们很少就这一观点作明确论述。他们指出,行政管理职业生涯中存在着所谓“法律工作者的垄断”,或者说有影响的议院外活动集团在华盛顿都有(有影响的?)律师事务所为代表<sup>④</sup>,但是他们并没有说明,这一影响以哪种技能为基础以及在哪个职能系统中真正能够起作用。我们可以看到,法律工作者对(职业性的)承认对立方的这种争论性协商形式已经习以为常,他们与政治的关系比其他学术职业与政治的关系更加公开。<sup>⑤</sup>但是这并不意味着,他们对政治的影响是建立在法律问题在政治上起着决定性作用这一基础之上的。就像在工业中高级职位或者公司偏爱某些律师或律师事务所一样,好的形象、在互动中甚至在电话机旁处理事情的能力、综合知识、组织能力包括在相应职位上的知名度,这一切往往比法律知识本身更为重要。有可能而且肯定经常发生这种情况,即法律问题划定了政治可能性的框架,如果人们触及这一界线,就需要借助于法律论证和法律裁决。但即使到了这一地步,人们准备冒什么样的法律风险,这仍然是一个政治问题。<sup>⑥</sup>这里应该记住,当法律工作者就政治与法律的联系方面提供咨询的时候,有可能会带来或阻止就法律问题作简短交谈和交流的可能性,政治没有必要停留在这些问题上,而且应该记住这一事实:从根本上来说这涉及的是不同的事情。

对华盛顿的法律事务所进行的调查证明,人们过高估计了法律事务所对政治的影响。<sup>⑦</sup>毫无疑问,有钱的当事人可以找到“比较好的”律师事务所,但是这些事务所的影响究竟应该归结于法律论证(如果确实到了这一地步的话),还是应该归结于当事人的政治重要性,这个问题仍然是悬而未决的。<sup>⑧</sup>这也说明,把这种聘用律师来与政治机构联系的做法划归在法律系统范围内不如划归在政治系统范围内,至少这并不特别需要

432

433

法律专门知识。经验调查证明,职业自述和实际关系网之间存在着很大的差异,<sup>49</sup>但是不能由此就得出结论说,律师不能区分政治问题和法律问题。通过对关系网的分析可以清楚地看到政治的片面性,这种片面性本身不可能是由法律问题决定的,而是证明了非法律性的自我选择,这种非法律性自我选择是与无偏见的律师形象相矛盾的。<sup>50</sup>仅仅作为法律工作者的地位,无论如何不是交际主要在政治系统中进行而是在法律系统中进行的可靠显示器。但是,如果一个法律工作者不能区分法律问题和政治问题,或者错误地把政治问题当做法律问题来处理的话,那么他在这个领域内无论如何是不可能获得成功的。

434 另一种从经验上检验两个系统分开之假说的可能性是:人们打算发明一些重要的法律条文,并且探讨这些发明究竟是否以及在什么条件下能够在政党政治体系中成为一个政治议题。例如名义代理权,这种名义代理权是建立在以下基础之上的,即某人给人或者容忍一种假象,或者不知道这种假象的实际产生(三种选择可能性),而另一人却通过这种假象被授予了全权;又如在缔约中出现了过失,人们可以对此提出起诉,即使议定的合同内容反对这样做。在实际中似乎不可能发生这样的事情,即当出现这类问题的时候它们也许会被当做政治问题提出来。同样不可能的是,在这类案件中法院会不考虑自己的法律发展,而要人们去注意受政治影响的立法者。

不管作为一个整体的“国家”在外观上可以让人们作何种推测,但是在运作层面上两个系统之间总是存在着很大的区别,因此,最好是接受两个系统运作上自成一体的设想。如果说在具体案件中可以看出两个系统之间的联系,那么可以把这些联系解释为两个系统内部选择方式的重合,而且从这一意义上来说可以解释为(就像以往经常有的)偶然。这一解释当然也必须通过各个系统内部的分析才能实现,否则这一理论构思就会导致不经检验就把相反情况即自己的反驳也包括在内。

## 第五节

尽管政治与法律之间有着紧密联系这是毋庸置疑的,但这无论如何不能成为说明只有一个系统的理由。相反,对它们的恰当表述要求我们把两个不同的系统参照基准作为出发点。

在这里不一定排除(而且也不能排除),个别运作在一个观察者看来同时具有政治的和法律的意义。在议会中通过一个法律,可以被记载为

一个以求达到有效一致意见的长期努力最终取得的政治成功,同时它也改变了法律的效力状态,成为对法院的指示,也是对每个在相应的意义领域内想知道何为正当、何为不正当的人的指示。然而,观察者在这里可以把一个事件视为统一体,这并不说明两个系统就是统一的。一旦人们把相关运作与其他运作的循环性联网纳入观察之中,具体运作的统一性就又被分解了。这种统一性仅仅是一种不考虑时间的虚构的统一。因为一项法律的政治前史完全不同于该法律所要干预的并且确定这样一种法律变动可能性之条件的、原先存在着的法律状况。从政治上来看它是一段“协商”史<sup>⑤1</sup>,是唇枪舌剑的历史,一段在政府与反对派格局中的运作协议,包括民意测试的次要意图在内的公众意志的表达等的历史。在政治上事情可以在一个政党或政府的工作报告中提出,通过象征性的立法仪式形成决议。但是这完全不依赖于这项法律的法律影响或者实际上由法律所赋予的影响。<sup>⑤2</sup>此外,我们可以想一下以下情况所具有的重要的政治意义,即一项法律修改已经作了计划并且被提议,但是在法律系统本身中却没有得到相应的体现,因而没有得到实现。

435

对两个系统之间的这种不一致性,无论通过立法者本身还是通过宪法法院<sup>⑤3</sup>对立法程序作多么详细的法律规定,都不可能有所改变。这种法律规定作为法律调节仍然是法律系统的结构。它也许能够推动和刺激政治交往,并且示意人们去找法律咨询。但是法律模棱两可的地方有可能被利用,这对于政治来说是一种政治风险。这里所表现出来的违背法律的现象本身并不重要,而是只有当这同时还涉及政治上的失败,让政治对手赢了分的时候才会变得十分重要。这一区分的原因就在于系统的自我生产,也就是说在于每个系统都通过它自己的运作网络系统来定义,什么东西可以在这些运作网络系统中作为共同起作用的因素。如果关于国家及其与法律相关的主权的古典学说以及相应的以政治为基础的法律实证主义理论对它有另一种看法,那么人们必须作为系统的观察者来观察它们,并且对它们的视阈提出疑问——例如历史地看到使这类对紧密联系的描述具有说服力的当时的社会系统状况。如果人们相反接受一种系统论的描述方式,并且把运作上自成一体的系统理论作为描述基础,就不得不以系统的区分为出发点。

436

两个系统的运作是分别被认同的,因为两个系统都是自己生产自己并以此来决定它们自己的界线。在这里它们各自借助自己的规则。在政治系统中借助的是区分各个时期占上风的势力(执政权力)和它的下属(统治者/被统治者)以及在政府/反对派格局中执政权力的规则化。在

法律系统中规则化建立在形式完全不同的正当与不正当的区分之上。相应地区分出调节正负二值划分的程序,并相应地区分出识别系统归属性和在同一系统中接续能力的前提条件以及确定从本系统角度来看什么是系统,什么是环境。假如这种区分和归属系统的能力失灵,那么其后果就是混乱和极端简单化。于是每一次法律判决,每一次合同签订就会同时也是一种政治行动,或者反过来,一个政治家连同他的交际也会成为仅仅是在解释或者改变法律状况,因此相应地必须举止十分谨慎。

437

系统内部使用的系统统一性标志也是有区别的。如果要标示属于法律系统,尤其涉及变动计划时,人们依据的是“现行”法律。这一点我们在前面(第二章第八节)已经阐述过。相反,如果涉及的是政治系统,那么鉴别的表述形式就是“国家”,<sup>⑤4</sup>而这一点也恰恰当人们要把变动要求划归哪个系统的时候尤其显得至关重要。这并不排除国家概念也是一个现行法律的概念。但是当人们把法官和警察、老师和官方医生称为国家官员的时候,这不仅仅是意指调节他们关系的法律,而且也意指他们的行为可以在政治上成为一个议题——有别于私人门诊大夫或私人“保镖”的行为。当然,这里要是发生了骇人听闻的事情,也有可能导致按照法律规定提出政治要求,这当然也同样是对国家提出的要求。

如果我们由此出发追溯国家这一概念的传统语义,就会看到政治与法律之间相应的断裂之处,尤其在涉及要避免动乱和骚乱问题的时候,也就是涉及(国内)安定的时候。在古老的治国理论中允许诸侯为了维持其权力(从而维持安定),既可以自己破坏法律,也可以对破坏法律行为视而不见即不予理会。<sup>⑤5</sup>这种理论基于一种伦理自然法的联系,在这种联系中(鉴于当时的状况)把维持安定看得很高,甚至高于在某些情况下破坏法律。18世纪末,当这种包罗万象的合法性确认语义学崩溃以后,这个问题又重新复苏。休谟就已经注意到,“单个法律行为常常与公共利益相对抗;如果它只是单个法律行为,而没有其他法律行为跟随,那么其本身有可能对社会很不利”。<sup>⑤6</sup>因此,绝对坚持自己权利的做法即使不被视为不正当,也被视为可能会带来可怕后果的破坏和平的行为——例如克莱斯特小说中的米夏埃尔·科尔哈斯。<sup>⑤7</sup>弗里德里希·斯勒格尔(Friedrich Schlegel)在《时代的标志》一书中写道:“没有彼此对绝对权利要求的放弃,任何建立在持久独立性基础上的和平形式都是无法想象的。”<sup>⑤8</sup>在古老的要求人们自我节制的公正概念中所概括的东西,早在中世纪—现代早期的和平与正义(pax et iustitia)表述形式中衰落了,而且随着伦理自然法的依据以及作为这种依据之基础的王室统治的崩溃,失去

438

了与最终统一性的任何关联。不管浪漫主义如何再一次力图阻止,“对立”概念逐渐确立。为了让昂内克逃避德国法庭的审判,苏联军事飞机把他劫走,以及可以说完全可以理解的德国方面的抗议(1991年3月)表明了,这个问题并没有失去其现实意义。

但是这并不一定意味着对立是最后的结论。如果人们从诸如和平、公正这样的目的表述形式转向系统分析,就会产生更为丰富的联系可能性。系统的分开就可以被视为是提高相互之间依附性的前提条件,而社会则被视为这一联系之可能性的前提条件。

政治系统的民主化和法律的实证化只有在相辅相成和互相促进中才能发展。下一章中我们将看到,这一点是以两个系统的分开和一种结构性联系机制为前提的。

## 第十章

# 结构性联系

### 第一节

系统论越强调自我生产的系统运作上自成一体,以下问题就越显得紧迫,即在这一前提条件下系统的环境关系是如何形成的。因为无论环境的现实还是环境的因果关系都不能被否认(否则就无法谈论区别、分立,等等)。运作上自成一体仅仅意味着,系统的自我生产完全是通过自己的运作进行的,系统的统一只有通过自己的运作才能够被再生产出来;反过来说就是:系统不是在自己的环境中运作,也不是通过自己的运作与自己的环境发生联系。

这一基本观点在理论上的好处在于,它否定了关于“系统与环境之间的关系”这一说法迄今为止所占有的不寻常的优势。<sup>①</sup>“结构性联系”这一概念提供了对这一问题的回答。<sup>②</sup>它是作为与运作上的联系(即通过运作使运作互相联系)相对的概念,也是为了与——如果可以这么说的话——无视或不重视系统界线的持续性因果关系的说法相区分而这样命名的。

441 运作上的联系有两种不同形式。一种叫自我生产,它存在于通过系统的运作生产系统的运作之中。另一种则建立在总是应该作为前提条件的系统与环境的的同时性之上。它允许系统的运作与那些被系统划归环境的运作发生暂时性的联系,也就是说例如通过偿付来履行一种法律约束,或者通过颁布一项法令标志政治上的一致意见/不一致意见等这种可能性。但是通过这种认同而达到的系统与环境之间运作上的联系总是只能持续在事件发生的那一段时间。它们不能持久,而且是建立在认同性的某种双关性上,因为从根本上来说单个事件上的同一性始终是通过单个系统之间的互网络产生的,因此经济上的偿付完全不同于法律上的偿付,前者是鉴于钱可以重复使用,后者是鉴于偿付所造成的法律状况的

改变。

然而,如果一个系统总是以自己环境的某些特点为前提,而且在结构上依赖于此,那么就应该说存在着结构性的联系,例如:无论如何钱是被接收了;或者可以期待,人会确定钟点时间。因此结构性联系也是一种形式,即一种两面形式,也就是一种区分。它所包括的(发生联系的事物)和它所排除的事物一样重要。因此结构性联系的形式由此限制并方便了环境对系统的影响。细胞通过细胞膜只接收某些特定的离子(例如钠和钙),而不接收其他离子(例如铯和锂)。<sup>③</sup>大脑通过它的眼睛和耳朵仅仅在一个很窄的物理波段中与其环境相联系(无论如何不是通过它自己的神经生理的运作);但是正因为如此它们使有机体对环境具有难以想象的高度敏感性。限制是共鸣能力的前提条件,减少复杂性是建构复杂性的前提条件。

结构性联系使系统既分开又相联系,这一点我们也可以通过与时间性相关的类比处理和数字处理的区分来表达。<sup>④</sup>各系统在共同的时间中均速地老化,这并不依赖于时间的测量,从这一意义上来说它们是可类比的。但从数字显示上来说它们同时又各自显示着自己的时间状况,显示出相应的不同的快慢速度,与它们的过去或将来的时刻有着较长或较短的联系,或者在各自系统内作为单个事件而建构的事情可能有不同的持续时间长短。尽管如此,对所有事物来说时间本身的进程是匀速的,这一点保证了不依赖于运作的结构性联系的保持,但同时又可以把不同的区分带入这一时间中。其结果是例如对于经济(或者政治)目的来说法律程序常常速度太慢,因此几乎不可能被作为决策机制来使用。

442

由于系统是通过它自己的结构来定义,并且只有通过它自己的运作才能够量化,即具体化,环境中的事件不管它们自己的系统归属性是什么,都不能够作为“输入信号”来干预该系统,即使在结构性联系领域中也不能。或者换句话说,系统不具有一种始终以同样的方式把输入信号转换为输出信号的转换功能,即使它是通过条件程序自我建构,它也不具有这种功能。<sup>⑤</sup>因此,结构性联系在系统本身中只能引起刺激、意外和破坏。“结构性联系”与“刺激”这两个概念是互相制约的。<sup>⑥</sup>

刺激也是系统的一种感受形式,而且是一种没有环境联系的感受形式。当环境刺激系统的时候,环境本身并不受到刺激,只有观察者才能够说“环境刺激了系统”。系统本身仅仅把刺激记录在自己建构的银屏上,例如以在发生争端的案件中谁是有理的这个问题的形式。异常、意外、失望都是以在自身中显示出异常、意外、失望的期望为前提的,这些结构是

443

系统之历史的结果。刺激概念与关于系统自我生产的自成一体性和结构限定性的论点并不矛盾,相反它正是以这一论点为前提的。

现在的问题仅仅是,一个系统如何才能发展其敏感性,如何才能发现某些地方不对。它必须在内部为此做好准备,因为如果人们没有在期待着刺激的话,那么即使有刺激也不可能被认同为刺激。而可期待性从其本身方面来说又是以人们在受干扰的情况下能够尽快找到解决办法为前提的,而且这种解决办法不会阻止而是让人知道以后的运作。

刺激概念首先要让人们注意,尽管而且恰恰由于有结构性联系,互相联系的系统对刺激反应的快慢是不同的。共鸣速度取决于系统结构,因此也取决于各系统的历史。因此,结构性联系只保证在单个事件发生中系统与环境的同时性,但不保证同步。<sup>⑦</sup>而且共振波在互相联系的系统中也可以有不同的长度,不同的复杂程度。因此,即使像我们在下面要说明的那样,法律系统与政治系统和经济系统是通过极其专门的机制(宪法、财产权、合同)发生结构性联系的,这里也不存在对永恒协调的保证,而是只保证彼此让对方感到意外的充分的特殊性。

444

兼备包括和排除双重效果的结构性联系有利于刺激的集中,并且在可能性范围内为可能发生的不测事情作好准备。只有在这样一种基础上系统才能够发展限于可控制的运作范围内的敏感性。在大脑和一切有赖于大脑的系统结构(生理系统、社会系统)的事例中,甚至还会出现不断受到刺激、尤其当刺激不起作用的时候更加经常受到刺激的内部不安定的系统。但这种情况(而且恰恰这种情况)也是以系统的一种不变的规则化为前提的,是以拒绝一切不是通过结构性联系而传递的环境刺激为前提的。

从这一意义上来说,社会的交往系统依靠的是与意识系统的结构性联系。<sup>⑧</sup>只有通过意识(而不是通过例如化学的、生物化学的、神经生理学的方式)社会才能够受其环境的影响。只有通过这一方式才有可能在以交往为基础、运作上自成一体的社会系统中发展出高度的复杂性,而且交往行动甚至还包含了一种只有在意外这一形式中可能具有现实意义的因素,即信息。从生理上消灭生命和意识,这不会刺激交往,而只会使交往终止。

期望的规范性形式会对意外情况作出明确的反应。它是以意识系统和交往之间的联系(但恰恰不是一致)为前提,而且考虑到从中会不断产生对期望的失望。它以法律形式准备好了阻止这种不断出现失望而导致结构失效的阻截结构。由此我们在这里又一次重复并强调了上面关于法

律功能所说的观点。法律的形成是社会系统的一种功能,它与一个产生于这一系统与其环境的结构性联系之中的问题有关联。

当为了完成这一功能而分立出一个专门的法律系统的时候,情况就发生了变化。社会交往和以往一样仍然与意识系统相联系,在意识系统中可能发生的事情也和以往一样对社会交往起着刺激作用。但是由于法律系统的分立,在社会系统中又增加了一种新的系统/环境关系,即法律系统与其在社会内部的环境的关系。在法律系统中也发生交往,法律系统也受意识系统的刺激,但是除此以外又增加了为法律系统与其社会内部环境中的各社会性系统之间的关系发展新的结构性联系形式的可能性。

445

但是,不管在复杂性方面有哪些进步,结构性联系从来不把环境的规范引入法律系统。它们仅仅起着刺激作用。“结构性联系”这种形式更不是规范议题,就好像也可以对它作出规定似的。虽然那些从法律系统的视角来看负责这一工作的机制(我们将谈到财产权、合同和宪法)可以采取法律形式——但这不是它的结构性联系的功能。我们必须把结构性联系设想为是既有的。它与建设系统内在的结构并且以系统内在的结构为依据的运作形成直角关系。

在这里也同样适用以下一般规律,即只要法律系统无限制地受到它的社会环境的压力,它就不可能集中于某些特定的干扰。一切可以想象的的压力都对法律起着瓦解作用,它们或者无视法律,绕过相关的法律,或者在有些情况下促使法律系统把正当宣布为不正当或者把不正当宣布为正当。如果在社会各分系统相互之间的关系中没有结构性联系,法律在现代语言使用意义中就是腐败的。

这个概念有着明显的贬义。但是我们必须看到,问题不仅仅在于要反对腐败,要制定反对腐败的规范和使这些规范得到贯彻,更深层的问题在于,在与其他分系统的联系中哪些结构性联系才能替代腐败,同时又能够减少或者通过联系增加环境对法律系统的影响。

## 第 二 节

446

一个社会建立哪些结构性联系才能够把它的各分系统互相联系起来,同时又限制联系,以保持区分,这显然取决于区分的形式。因此,只有当社会系统职能上的区分达到了使职能系统的分开和联系成为一个问题,而且能够把由部分组成的整体的统一这一自相矛盾转移到结构性联

系上并由此获得形式,才能够产生把法律系统与社会的其他职能系统相联系的结构性的联系。当人们能够确定在职能区分的实现过程中真正产生了新的结构性联系机制的时候,这一理论就能够在经验上得到验证。<sup>⑨</sup>

只要社会按区节(部落)区分,看起来就只能有法律和权力之间结构性联系的一般机制,关于这种机制我们在法律的演进这一章中已经论述过。<sup>⑩</sup>规范性期望不考虑其可行性就不可能实现,而可行性则随着各个案件参与者分属不同的集团而变化。“宣誓者担保人”能够(而且只能)发誓,占有物必须受到保护,法律是达到这一目的的手段。因此,在经济和法律之间不存在专门的结构性的联系问题。所有权不能与亲缘关系相区分,<sup>⑪</sup>而合同如果的确谈得上是合同的话就包含在互动关系框架内的一般性的补偿义务之中。<sup>⑫</sup>早期希腊和罗马的法律就表现出这种状态的痕迹。447 当时基本上还不需要一个特殊的所有权概念,因为有 *oikos/familia* (希腊语:房子/家庭——译者注)就够了,而契约除了高度形式化的特例以外,一般都是在交易本身中存在的,交易完成后不可能再出现什么法律问题,因为显然是社会的习俗决定着您的所有。<sup>⑬</sup>

当社会过渡到以等级区分为主的阶段,区分模式本身中就有了这种方式的结构性联系,但是这种结构性联系只能起到有限的作用。它们赋予上层社会以优先权——就像在所有事情中一样,在法律关系中也如此。问题只能是:作为政治权力之基础的土地占有和相应的“老式财产”与通过经商而很快获得的财富之间的关系该如何处理。这个问题不可能在法律中进行裁决,与此相应在罗马民法的一个特殊案例中,法律的发展竟然与这个问题毫无关系。<sup>⑭</sup>各等级之间互动关系的调节主要是一个家庭经济问题(包括庄园经济),因此在这种社会形式中,结构性联系的主要任务都是由“整个家族”机构来承担。<sup>⑮</sup>直到社会向职能区分过渡才为不同448 职能系统之间的结构性联系创造了条件。

其前提条件看来就在于与等级制不相容的经济系统与政治系统的区分中。直到中世纪为止,政治和经济都是共同依赖于土地占有的资源。土地中体现了许多主要的结构性特点,例如:(1)人为的、可变的可分性;(2)持存物的持久性;(3)收入和收入剩余的自我更新;(4)代代相传的家族连续的基础;(5)可以通过暴力夺取,但不能通过偷和骗而获得。在一个机制中这种结构性优点的聚合说明了依赖于于此的“政治经济”具有明显的稳定性。然而,在中世纪就已经开始了这种统一性被货币经济迅猛发展腐蚀的过程。例如土地被用作借贷担保,这改变了财产的法律形式,并且迫使土地可以买卖。<sup>⑯</sup>但是由于以下情况,所有权这个法律概念在概

念上的发展却受到了阻碍,即在中世纪的赐予和捐赠经济结构中,无论是教会还是世俗统治者都对地产非常关心,因此相应地建设起互相竞争的司法管辖权和法律体制。但是通过经济发展把经济利益从土地转向了货币,并且把地产仅仅视为经济上的收入来源和借贷基础,于是就发生了这一冲突。

从中世纪晚期以后,在欧洲(货币)经济的发展问题已经不再能够在领地国家层面上得到解决了。<sup>①7</sup>直到18世纪,这类现象都是通过对人的本性的设想来描写,并且以单个国家财富增多的“重商主义”政策来回答。经济系统的自律性最开始从(国际)贸易中可以看出,因此货币流通、劳动就业、产品质量、富裕生活都被视为附属性的变量。它们影响着君主的财政,而君主的财政又意味着政治的行动自由,就此而言,贸易也可以被描述为“政治交易”。<sup>①8</sup>但是从引人注目的伦敦议会受沃波尔“贿赂”事件中可以清楚地看出,这种金钱对政治的影响从而对法律的影响必须被禁止,<sup>①9</sup>与此同时应该允许经济利益对有关所有权、结社和合同自由的法律发生影响。关键在于要建立并使用正确的渠道。一直到18世纪下半叶在某种程度上达到了这一点,人们已经认识并且接受经济系统与政治系统原则上不等同的时候,机构才找到了使各分系统之间的结构性联系成为可能的形式。

449

直到18世纪下半叶,一种专门经济的观察方式得到了贯彻,在此之前所有权和契约一直都是以自然为依据。<sup>②0</sup>如果我们更详细地观察一下,在这两种情况中起作用的都是平等/不平等的格式——在某种程度上是作为把自然所要求的東西程序化的区分。对于所有权来说这就是意味着,人虽然生来平等,即都是“赤条条来”,但由于人人都想得到更大的好处,社会发展导致了不平等。<sup>②1</sup>不平等部分来自经济原因(劳动分工、对积极性高的人奖励),部分出于政治理由(统治者与被统治者之区分的必然性)。而在契约思想中却坚持缔约者的平等,<sup>②2</sup>这是指意志决定之自由的平等(当然不是指占有关系的平等)。直到19世纪在社会主义阵营中人们才去询问,鉴于工厂的组织和无产阶级不得不靠劳动谋生,这种自由究竟如何才能实现。而在自然法传统中以及在由这一传统所决定的经济理论中,人们却对这种能够把所有权的平等和缔约者之间的平等结合在一起的社会结构感到十分惊奇。但恰恰这一点在旧欧洲语义学中成为制度公正的标志。

450

但是应该考虑要有相应的限制。还在18世纪的时候,所有权概念中没有考虑到对市场机会的自由利用,<sup>②3</sup>当时在“文明社会”的背景中该概

念的政治内涵还太强。虽然财产已经不再被视为统治的必不可少的条件,但似乎还是被看做使公民对通过代表发挥政治参与作用表示合法关心的唯一事情。正如我们在下面想要说明的那样,直到1800年左右所有权利和契约这两个法律概要才被修改,以便能够与经济系统相联结。大约451 在同一时期,为政治系统和法律系统之间的关系产生了一个新的宪法概念。只要等级关系还占统治地位,在法律系统和政治系统的关系中就不可能有结构性联系,只存在法律上对等级差别的承认和以下规律:如果贵族与平民打官司,当遇到事实情况和法律情况不明朗的时候应该让贵族胜诉。<sup>②4</sup>法律制度和已经分开的政治统治之间的冲突以契约的法律形式来调节(或者在某些情况下被解释为好像这是在很久以前就已经发生了的)。宪法替代了社会契约或国家契约的表述形式连同“大宪章”类型的契约调解的传统。<sup>②5</sup>在此以后人们才获得了自由,来揭示旧的社会契约论是一种辉煌的同义反复:在契约的法律约束前提下制定法律约束。<sup>②6</sup>

引人注目的是,通过所有权/契约和通过宪法完成的这两种联系都与法律系统相关,法律系统正是以这种方式为经济系统和政治系统的区分作出了贡献。直到20世纪人们才清楚,在经济系统和政治系统之间也是有结构性联系的。我们可以在中央银行机构(1800年左右还被通过国家借贷来提高货币供应量所掩盖)以及税收中看到这种联系,税收使政治上(也就是说非营利性质的)限定部分货币流通,以求达到一定的经济后果成为可能。但是这个议题超出了我们的研究范围。我们这里只限于论述经济与法律(第三节)和政治与法律(第四节)的结构性联系。

452

### 第 三 节

当法律对经济类型的需要和利益作出反应的时候,它已经是在二层面上处理经济了。正如我们在谈到所谓的利益法学时所看到的那样,<sup>②7</sup>法律可以为“利益”提供一个固有的概念,但这已经是发生在它自己的运作互关系网之中。由此经济利益被“均一化”,它们被剥去了它们专门的经济的重要意义(例如它们的货币价值),而被同一地抽象为赤裸裸的利益,这种利益按照法律规则又被分为法律上受保护的/法律上不受保护的利益。这是以经济系统和法律系统在上述意义上具有结构性联系为前提的,但并不说明是如何联系的。利益概念比主体权利概念<sup>②8</sup>更清楚说明,法律系统建构了一个高度敏感的、对来自经济界的信息的接收站和交换站,但是还没有说出是通过什么方法来保证高度的相互刺激在

两个系统中能够被吸收。因此,法律社会学只在这个层面上进行探索,以便研究经济利益对法律的影响或者反过来法律对经济利益的约束,这种研究方法扭曲了经济与法律的本质关系,尤其扭曲了使这一区分成为可能的社会条件。<sup>29</sup>

问题在于不同职能系统自我生成之间的区分和联系。对于一个独立的、自我生成的经济系统的分立来说,符号性一般化的交往媒介即货币是决定性的条件。<sup>30</sup>一旦交易可以用货币来清偿,并且这样做了,货币之完全的和有规律的可重复使用(不同于商品或劳务小范围的和无规律的可重复使用),使一种自我生成的互网络成为可能,在这一互网络中我们既可以通过付款放弃支付能力,也可以在他人手中再生产支付能力。不管货币最初是为为什么目的而发明的,它只有在这一支付联系中才具有交往的意义。同时必须存在足够宽阔的重复使用可能性的范围,即大量的商品、劳务、最终还要有很多市场,以便使人们觉得接受货币是值得的。于是付款就成了一个明确的一致信号,说明这是涉及一个经济系统的运作,不管在特定的交易联系中用货币支付的是什么。凡是与货币无关的过程都不属于经济系统——从汗流浹背挖掘自己花园周围的沟到在自己厨房里洗碗,除非人们干这些事是为了节约人员开支和家用电器耗费。

分立出来的货币经济对法律提出了很高的、但(这是起决定性作用的!)无法付款的要求。为了使处于自我生成形式之中的经济成为可能,法律要有效完成自己的职能,而不是经济的职能。也就是说法律不应该属于经济系统的可以买卖的商品或劳务,否则在货币使用中就会发生对以货币为媒介的交易之可能性的条件必须进行交易和付钱这样的怪圈现象。恰恰这种消极的(因此难以想象的)条件是通过结构性联系的机制来完成的,联系随着各系统的分开和各自有自己的运作自成一体性,这种结构性必须是互相协调的。为此所找到的形式就是所有权和合同。

在经济系统中和在法律系统中一样,也有必须能够经受住一切结构变化(例如价格变化)的自我生成之最低条件,以便自我生成的再生产能够继续进行。但是这里涉及的不是规范性条件,而是实际条件。在法律系统中正当与不正当必须是互相排斥地可区分的。在经济系统中则每一次都必须能够确定,谁对某物品(在广义上说也包括货币和劳务)拥有支配权,谁没有支配权。就像法律规则作为系统的可限定性之条件超越一切程序一样,经济的规则化也是一种必须与各种物品分配方式都可以相结合的要求,否则物品就会失去其作为物品的性质。

通常把经济上可限定性这一前提称为“Eigentum”(财产,财产权,所

453

454

有权)——最好用英语的“property”(物权,财产,财产权,所有权),因为它的含义更广。“所有权”是根据一种专门的区分,即不同的财产所有者的区分,对物进行观察的一种形式,它可以意味着对物的统治、支配可能性或其他含义。因此所有权的含义在于,必须一致同意这一要求中断了。某些特定的交往得以成功的关键是财产所有者的同意,而不是任何其他人的同意。如此专门化的交往范围是什么,这由所有权的内容来规定,或者通过与特定的客体的关系,或者通过其他方式。用系统论来表述起决定性作用的就是对称被破坏。

455 区分财产所有者的一个要求就是限制暴力夺取,必要的时候通过法律来加以认可。<sup>①</sup>这不一定以某个特定的法律概念为依据。所有权这一观察格式在法律系统和在经济系统中可以有不同的表现形式,因此它很适合作为经济和法律的结构性联系。经济系统的规则化构成了这一系统的内在价值,并使这一系统得以运转,而不去管法律系统把哪些限制与所有权概念联系在一起,以及法律系统是否和如何在古典格式中区分人/物/诉讼(文摘1.5.1.),或者在今天区分物权和债务权。经济就是简单地通过使用所有权规则(Eigentumscode)来加强它的所有权规则,假如不能作相应的区分就只能导致不再可能有经济系统的存在。

因此,既有经济内在意义又有法律内在意义,即具有双重意义的所有权,只有作为结构性联系的机制才能获得恰如其分的理解,恰如其分在这里是指:从整个社会角度来看。这一联系使经济内部的运作对法律系统起着刺激作用,法律系统内部的运作也对经济系统起着刺激作用,但是这并没有丝毫改变两个系统的自成一体性,并没有丝毫改变经济在因法律而变得困难的条件下追求利润或者进行有利可图的投资,以及法律系统在因经济而变得困难的条件下追求公正或者尽可能前后一致的判案。在古典自然法理论中,例如洛克,就曾经明确地说过,所有权使任何法律制度都变得不公正,但是人们恰恰以此获得了经济上的好处。

因此,单纯保护财产权本身还不是导致向市场经济(“资本主义”)制度过渡的机制。<sup>②</sup>经济必须自己发生转型,才能够提供迫使法律系统必须面对并受到触动的问题材料和案情材料。

456 但是即使撇开这一点,所有权也只是最基本的区分。除此以外在一切经济交易中,所有权状况在交易前后都必须是可区分的。交易要求对区分作区分(不仅仅单纯是资产的转移)。这种对区分所作的区分本身又必须在时间上是可稳定的,虽然(而且正因为)它本身是一种暂时性的区分。讲得更简单一点就是:必须可以确定,而且在以后的时间流逝中仍

然可以确定,谁在交易后与以前的财产所有者有区别,谁没有区别。这一要求也有一个法律名称,即“合同”,在经济中称之为交易。没有一个不属于任何系统的中立的名称。但是这里也存在着一种结构性联系的机制,因为假如不能对区分作这种区分的话,在这里经济系统和法律系统也有可能大大萎缩(即缩小为不能使用的剩余财产)。

自我生成是以运作为基础的系统活力,从这一意义上来说是动态的稳定性。因此并不是通过简单的保护占有状况,使阶级社会中占统治地位的的利益能够与经济相分离,而是仅仅通过交易活动的互相联网,也就是说借助货币。其结果就是:在一切交易活动中作为前提的财产本身都是以货币来估价的。当达到了经济分立的状态,第二符码货币就对第一符码财产起决定性作用,越来越多的财产根据通过交易有可能实现的价值或者暂时不能流动仅仅作为投资资本而确定的价值来估价。这一发展使地产失去了其作为家庭式(oiketischer)政治统治形式的政治重要性,它迫使与此同时产生的国家转向税收。<sup>③</sup>

这些思考导致了对经济系统和法律系统之间结构性联系进行一种历史的、动态的分析,从而导致对法律史的研究。法律以它自己的概念和程序迟缓地对一个以货币为基础的经济系统的分立作出反应。之所以迟缓,主要因为一直到现代国家充分发展以前,法律必须同时履行财产的政治职能。<sup>④</sup>尤其地产是为物品生产地境内生活必需品分等级的供应服务的;与此相应,不同的法律地位也与地产相联系。<sup>⑤</sup>英国在11世纪后期开始出现一种特殊的发展情况,即在封建法律秩序框架内,通过国王总财产的合法认可地产被划归个人,进行书面登记,并且作为一种权利可以买卖。<sup>⑥</sup>显然,这一发展的前提就是一种关心国家税收和司法管辖权监控的强大的君主权力。在欧洲大陆我们也可以看到,尽管时间延续得比较长但情况类似的发展,而且这种发展是在没有受到罗马法直接影响的情况下进行的。<sup>⑦</sup>概念上的相应变化是后来在其他地方才发生的。直到中世纪晚期,巴尔多鲁(Bartolus)才明确地把“支配权”(dispositio)这一特点当做货币经济的特洛伊木马注入了财产概念,于是从内涵上改变了这一概念。不管一开始人们觉得这多么荒谬:对财产享受和使用(fruitio, usus意义上的)恰恰可以在于放弃财产。随着人们可以自由地商议这方面的条件,放弃财产变得越来越容易。支配权让人们去注意到法律上比以前更难与之相适应的合同法结构。

民法中的财产权概念朝着个体财产所有者可以被明确标示和拥有支配权以及把这一财产权也扩大到地产这一方向的发展大约经过了二千年

457

458

之久,而这一过程在19世纪至20世纪整整一百年的殖民地时期却显示快得多。当支配权包括纳税义务和借贷可能性都可以调节的时候,一个财产所有者就必须是被命名而且用书面形式明确表明的,于是常常很分散的、由习惯确认为合法的、完完全全本土的土地使用形式失去了合法性。<sup>38</sup>财产所有者常常没有具体的使用目的,其结果是,无论旧类型还是新类型的土地使用者现在都是不受法律保护的(外来)定居者——不受法律保护,因此也没有与货币经济的联系。现在所需要的结构性联系就是起划定界线分出内外的作用。<sup>39</sup>

459 在涉及一种也许可以称之为合同合法化的发展情况时,我们也可以观察到类似的情况。与其他的互动关系形式相区别——无论在古代社会还是在现代的“律师委托制”中<sup>40</sup>——合同参与者的不相同不被纳入对应尽义务的评估之中。合同的法律效力就有赖于此,所以合同很适合作为结构性联系的机制。

合同是社会历史演进最重要的成就之一。没有合同不可能有例如分企业经营的经济,因此也不可能有经济合算的贸易。<sup>41</sup>但是这究竟涉及的是什么,是一种什么样的成就呢?

合同能够使一种特殊的区分长期稳定化,而对其他一切漠不关心,包括不参与合同的人和经营单位是否会对此感到意外。为了区分而对其他漠不关心——这是合同形式的优势,是它的特殊的观察关系,是造成一种区分的区分,是信息。<sup>42</sup>法院监视着这种造成对其他漠不关心的效果——而这正是为什么只要没有其他约束手段(即市场)出现,法律系统就很难让合同放任自由的原因。

460 不管人们对古代东方的交易法知道多少和如何看,我们现在所知道的双边合同是罗马民法二千年演进的结果,而且正如人们从中看到的那样,它是各个时期法学家们所能设想的最艰巨的思想成果之一。尤其值得注意的是,买卖合同的问题从实体法的联系(保护财产权转移,防止第三者插手)转为债务法的联系。这里的问题是借助一种法律结构(从今天回顾的角度来看大概可以理解为合同)来阻止和分摊干扰及其后果。因此,从债务的产生原因角度来看合同概念是有重要意义的,在充分发展的契约理论中,有关法律系统的这个方面也谈到合同概念。<sup>43</sup>从本质上来说这里涉及的是,按照在这种情况下对合同参与者行为的标准期望,公正地处理互动关系中出现的对应尽义务的干扰。<sup>44</sup>因此,一开始根本没有一般的合同概念,而是只存在这样的问题:对应尽义务关系中的哪些干扰可以根据一个合同提出起诉,即把一个实体法的责任担保作为判决基础。

而且无论在古希腊的法律<sup>④5</sup>还是在罗马法中,都不存在对无正式形式之协议的普遍法律承认(nudum pactum;无诉权的特殊协议),<sup>④6</sup>甚至在罗马发明民法上有效的买卖合同以前还从未有过一起因没有履行买卖合同而提出起诉的案子。<sup>④7</sup>直到中世纪以后很久,合同法仍然是起诉形式和各个时期有其自己的名称并且根据其特殊条件来处理的合同类型的集合概念。“causa”(起因,原因,约因)只不过是对此的另一种称号。合同是“conventio nomen habens a iure civili vel causa”(“以民法或约因为名的协议”)。<sup>④8</sup>因此近代合同法与正在发生变化的经济关系相适应,是以约因理解朝着合同的目的和缔约者相应的约束意愿的方向而变化的形式进行的,直到最后在德国普通法中去掉了单独的约因条款,而仅仅取决于合同缔结者的意愿声明和动机。现在完全从表述形式上来定义,一个合同无非就是关于合同缔结者意愿声明的协议。<sup>④9</sup>

461

这一发展直到19世纪才终结。人们看到:法院非常迟缓地出台了他们赖以能够根据合同缔结对公正处理应尽义务中出现的干扰作出自己判断的概念技术手段,但最终却又代之以根据所推测的合同缔结者的利益对合同缔结者的意愿进行解释。在教会法中运行的、最终使单纯的无诉权的契约(但从来不是单纯的、作为形式上达成一致的声明的无偿合同)可产生追诉权,这整个发展的法律根据归根结底就是人必须遵守诺言这个一般的“自然法”规则(fides:诚信,信用,忠实)。

在习惯法中相应的发展前后不很一致,值得注意的法律演进之独立性的证明之一就是:像德意志帝国这样的经济发展较落后的地区却比市场经济和商业发展较先进的英国得出了更为激进的结论。其主要原因是:真正限制合同自由的不是缺少私法手段,而是政府对土地交易、商品生产、贸易和劳务权利的监管。因此,在德国最初是通过谨慎的、把特权普遍化的手段获得成功。<sup>⑤0</sup>在英国,取消这些限制比欧洲大陆早。<sup>⑤1</sup>因此在私法中合同法的区别最初几乎没有什么影响。涉及习惯法方面,这种区别可能在于:企图保留其传统监控手段的法院居于更为重要的地位,当然大学里的教学研究和教科书传统所起的作用比较小。在这里随着中世纪商业的发展,合同这一法律概要也开始发展起来,其发展方式就是违法问题从刑事法转入了具有起诉权的合同法。<sup>⑤2</sup>到16世纪末通过“consideration”(补偿,对价)理论把动机因素引入了合同法,也就是说对已经兑现的或可望兑现的对偿作出有约束力的承诺。<sup>⑤3</sup>与法学概念有明显距离的休谟,在谈到历史性社会发展理论的时候,他主张一种先进的合同思想,他认为出于认知心理学的原因为这是很必要的,他说:“转让,或者可见的

462

463

物品转让,既是民法的要求,也是自然法的要求。”<sup>54</sup>直到19世纪初完全面向未来的、通过绝对不是人为的因素预先判断的、完全以合同缔结者的意愿为基础的合同在英国才得到了承认。<sup>55</sup>直到现在,英国才接受古老的交易法契约理论的法律结构性替代,即一个合同是通过两个互相达成一致的意愿声明,即通过提供和接受而产生的。<sup>56</sup>直到现在才有真正意义上的对未来有约束力的合同,也就是即使合同缔结者双方中的任何一方都还未曾按合同处理过问题也同样有法律效力的合同。直到现在合同法才成为一个涉及范围广泛、按照教科书进行讨论的议题。<sup>57</sup>

464

随着合同自由的制度化,经济与法律的结构性的联系获得了其现代的(但不能说是完善的)形式。经济可以协商交易,而不必考虑可能采用的合同类型的狭窄网络。<sup>58</sup>如果出现了法律问题,经济可以集中去注意禁令或者规避禁令。反过来,法律系统也获得了继续其自己的自我生成的相应自由。它获得了可以回过去解释合同缔结者的意愿,把一些考虑不明确的东西纳入到合同含义中<sup>59</sup>,通过“补充性解释”增加进一些合同内容或者把某些合同内容作为违反“好的习俗”从合同中删去(民法典第157,138条),并且把这些在司法实践中得出的结果汇编成按案情分类的规定,例如写入民法典第242条的注解附录等的自由。通过这种方式人们可以在很大程度上又重新获得了因准许“合同自由”而放弃的监控。这种解决办法在第一次世界大战以后的经济危机中经受住了考验。当时很多合同通过法院适应了当时的状况——例如通过用“不可能履行合同义务”的概念来代替“经济上不可能”的概念。<sup>60</sup>从法律系统的前景来看,合同现在是、将来也仍然是在发生争端的情况下事后可以进行审议的责任产生形式,而经济系统在交易模式中不断改变着自己的状态,由此产生的后果实际上法律几乎不可能监控得了,更谈不上“操纵”了。

465

最值得注意的、而在财产权和合同自由制度化之后却几乎不被人注意的法律系统与经济系统的结构性联系之一就是:有关故意造成损害责任的法律中重要的例外——一种造成很多后果的法律特权,这种特权允许当他人<sup>在经济竞争范围内获得成功的时候</sup>,故意损害他人。人们可以自己开始进行生产,开一个自己的商店,虽然他知道或者听凭他人由此可能会在收益上受到损失,也许甚至不得不关闭企业,而且这一点是发生在(在民法典第823条框架内)原则上承认已建立的和正在经营的工商企业的权利情况下。这种允许损害他人的特权受到保护,因为经济系统是建立在竞争基础之上的,人们至少可以推测,没有竞争可能不会得到同样好的结果。此外,这个例子也表明了这一事实在法律系统和经济系统中

所表现的形式之不同。对于法学家来说,很难认识到这里所涉及的是一个与诸如财产权和合同等概要有同等重要性的原则,相反在经济系统中竞争却被视为基本结构。

此外,如果人们注意到经济系统和法律系统中对财产权和合同之间联系的不同处理态度,就会认识到结构性联系既是相分开又是相联系的。在经济系统货币经济条件下,财产权的价值主要(对于经济理论来说几乎完全)在于在交易中的使用。价值就是交换价值。相反,法学家却习惯于把由财产权产生的法律要求与由合同产生的法律要求相区分。如果要放弃这一区分的话,民法就要改革了。当然人们可以问,宪法法律在对保护财产权所作的解释中是否也必须使用这一区分,或者在这里是否已经对经济现实有了更多的开放(不管在法律上有哪些结果)。<sup>①</sup>但是系统分立无论如何阻止了把经济的观察方式自发地搬入法律(尽管有各种各样的“经济学法律分析理论”),而且无论如何人们可以问,法律系统中把财产权要求和合同要求严格加以区分,这是否仅仅是传统,仅仅是由于看不清变化的后果才坚持这样做,或者坚持这种区分是否像以往一样有其充分的理由。

466

这一区分的一个原因可能在于,合同作为有法律效力的要求之来源给了个人意愿支配政治权力的力量。虽然政治权力并不参与合同,但它是为贯彻合同要求服务的。只有当人们理解了法律系统以及当涉及使用肉体暴力的时候也包括政治系统都是受个人意愿制约,也就是说受经济制约时,人们才能认识到这一形式的大胆。“法律效力”这一标志的使用改变着法律系统本身的状态,并且要求政治系统负责担保,因此,这一标志是局部性地为其动机不受法律监控的限定条件开放的。其后果就是系统多样性的极大提高以及可统计的民事诉讼案件的数量大大增加。<sup>②</sup>当涉及一个合同的产生是否具有法律效力这一问题时,有最后决定权的始终是法院。系统的开放建立在它的运作自成一体上。它通过经济系统和法律系统之间结构性联系的扩大而实现,而且正如以上概述的历史所说,是通过一种不是马上屈服于问题压力,而是在自己系统内通过小的变化,逐步总结经验,极其谨慎小心地前进的方式来实现的。尽管如此,财产权概念和合同法的这种结构改变,其影响是无法估量的,最重要的结果之一也许就是:为了对民主作出反应而起调节作用的国家不得不使它的干预采取限制财产权使用和合同自由的(因为是间接的)有疑问的形式。

467

如果把另一个职能系统即政治系统纳入考察范围,就会表明,这一系统在很大程度上与经济系统和法律系统的结构性联系形式相关,因为政

治上对货币流通量(关键词是税收)和立法的限定是对看不清楚的具体情况起有效作用的最重要的、甚至是唯一的政治手段。<sup>⑬</sup>在中世纪这个问题还不是很紧迫,因为财产支配权(dominium)也就等于政治统治权,因此与司法管辖权没有区分。18世纪作为对政治上解除财产权约束的反应,形成了两种不同的适应新情况的方案:(1)从内容上对“专制”政治权力作出规定,由重农派对财产进行合理的、并由此受到限制的管理;(2)英国,尤其在北美受财产权约束的人民政治代表理论。<sup>⑭</sup>在一个很短的时间内,即在这一时刻产生了现代的宪法概念,就好像政治可以局限于观察以及必要时调节法律和经济之间的关系。但是法律系统和经济系统开放性的互相刺激对政治系统有着不可抗拒的吸引力。直到19世纪中期“合同自由”这个词才开始流行,<sup>⑮</sup>而在此之前人们不过就合同性意愿声明的约束作用进行过讨论,“合同自由”这一新概念的发明似乎是为了抵抗国家的干预,尤其在劳动法和反垄断法中。<sup>⑯</sup>法律系统和经济系统之间的结构性联系成了政治权力之媒介的媒介,即成为可以通过有集体约束力的决议被纳入政治上可接受的形式之中的各种可能性之间的松散联系。为了能够达到所希望的经济效益,法律上对财产权使用和合同自由有了越来越严格的限制。最近以来,政治系统对这一可能性的界限进行了试验,即带着这样一个问题:干预至多达到什么程度,可以不危及这两个系统的自我生成,即不危及货币和法律的自我调节能力。此外,在此期间有足够清楚的教训说明,以这种方式可达到的效益从来都与政治意图不相一致,因为这种效益始终是由系统自我参照的运作方式和结构规定性所决定的。但是对于政治系统的自我生成来说却似乎不大能这么说,因为对于它来说起关键作用的是有集体约束力的干预意图的交流,而不是很晚以后才出现的或不会出现的实际效益。

#### 第四节

财产权和合同自由的扩大只能解决现代化社会的部分问题,只能给后来称为私法的领域提供刺激。在政治系统与法律系统的关系中产生的是完全不同的问题,与此相应,在现代领土主权国家得到贯彻后,人们开始比以往更加严格地把私法与公法相区分。<sup>⑰</sup>在与法律的关系中,政治系统的另一种情况可能最早表现在以下事实中,即尽管剥夺了等级代表的各种政治权力,但是等级阶层的区分比经济对政治发展起着更大的限制作用。只要农业关系还在经济中占优势,贵族对于农村中的劳动组织和

价值取向来说仍然是政治上不可缺少的。庄园经济以及与此相联系的地方司法管辖权从 11 世纪开始扩展到整个欧洲(斯堪的纳维亚除外)。对于货币经济来说,是谁在履行这一职责并不重要,但是在政治上贵族的这一地位是不能忽视的,不管他是亲自履行这一职责还是让他的代理人来承担。但是欧洲各国的情况有很大区别,主要是由于商业化、资本形式和国家负债的程度很不相同。在进步比较快的情况下,人们可以想到使财产所有者本人具有影响作用的代表立宪制。在德国则不可避免地或多或少要考虑王室与等级代表之间的关系。<sup>68</sup>

从 16 世纪以来才真正实现了以下发展,即不仅使贵族在财政上陷入 470 困境(由此使贵族依附于政治),而且通过建立与等级制度相平行的“国家”,使整个等级制度走向没落。这一发展依靠的是(前一章中所论述的)政治、法律和社会的内在含义的统一,但是这并没有阻碍职能领域新的区分形式的产生。最终结果是:“国家”成为政治系统和法律系统结构性联系的载体——当然必须具备以下特殊条件,即国家拥有一部宪法,宪法使实在法能够成为政治塑造手段,同时使宪法法律成为规范政治的法律工具。这种通过立宪制国家进行联系的形式使双方,即政治系统和法律系统,都有可能实现更高的自由度,并且明显地促进了各个系统内部的活力。

直到将近 18 世纪末,人们——才在欧洲周围,在北美国家——发明了以新的方式保证法律系统与政治系统之间结构性联系的形式,也就是从此被称为“宪法”的东西。<sup>69</sup>当人们能够成功地做到把法律与政治的相互影响局限于国家宪法中所规定的渠道,并且在这一联系框架内扩展可能性,宪法才作为实际成就而存在(区别于单纯的文本)。由此人们才能从这一结构性联系形式中看到确实有效地排除了其他可能性。所谓其他可能性,具体地说有:利用经济上的法律地位(财富,法律上对政治上重要机会的控制)获取政治权力<sup>70</sup>、政治恐怖、政治腐败,等等。只要政治系统与法律系统这两个方面可以通过“个人”强制权力、恐怖手段和腐败行为发生联系,那么无论是政治系统还是法律系统,即使人们还能够把它们相区分也不可能达到高度的复杂性。因此,通过宪法对双方接触范围的限制,极大地增加了双方相互的刺激——使法律系统有更多的可能性以法律形式记载下政治决定,政治也有更多的可能性利用法律来贯彻政治目的。于是对于双方来说,问题就在于以哪种结构形式才能使多样性达到如此高程度的增长。因此人们几乎可以说,民主是法律实证化和由此产生的随时改变法律之可能性的结果。

这当然不是发明从18世纪下叶以来叫做宪法的那种机制的动机。这不是人们能够预先计划和期望的。以此命名并履行着联系职能的这一进化发明应该归因于一种特殊的历史背景,而且似乎并非偶然地也归因于当时北美的政治形势。<sup>①</sup>在北美革命后的情况中,人们不仅仅是或从来不是首先要彻底建立新的法律或者改革司法。规范材料是现成的,与自然法的联系被视为是既定的。毋宁说这里涉及的是要消除由于摆脱了对英国王室的依附而产生的真空。人们必须在各州和最终在全国层面上建立主权国家,以书面形式通过的宪法是十分明确并且立即生效的合适工具。与民法经历了两千年的发展相比,这一变化是突发性的,而且是以一种有计划的革新形式发生的。“constitution”(拉丁文:政体,法规,宪法——译者注)这个概念虽然有自己的历史根源,它一方面表述一个个体或一个政治实体的(健康的或有病的)状态,另一方面也表述帝王的谕令、侯爵的法令、规章、条令,等等,它们具有法律效力。但是政治上和法律上的语言使用是并行发展的。只有在英国,人们通常把“constitution”说成是国家法律和政治制度的主要原则。<sup>②</sup>只有政治变化,即北美和巴黎的革命以及在德国帝国对司法的监督被废除,才导致这两个概念传统统一为一体。从此以后人们把宪法理解为一个作为实在法本身之根据并由此出发来决定如何组织政治权力和以法律形式按照法律上既定的限制来施行政治权力的实在法。<sup>③</sup>

从法学角度来看,具有这样一种地位价值的宪法只能是一种自涉性的文本,也就是说一个自己把自己预先规定为法律之一部分的文本。<sup>④</sup>这种预先规定例如以一种冲突法规的形式发生,首先通过宪法把自己作为新法律打破旧法律这一规律之例外;其次通过宪法自己调节自己的可变性/不可变性;第三由宪法来规定,法律是符合宪法还是违反宪法以及通过谁对此进行监督;最后通过宪法本身包含了宪法的宣告,以上帝的意志或人民的意志为依据表示出来。制定宪法的历史背景和意图如果确实有的话是通过解释规定才返回到宪法之中的。<sup>⑤</sup>

对于这一切特点,最先并且立即在法律判决中加以实施的美国人<sup>⑥</sup>自己一开始也不是很了解的。正是这种自涉性的内涵没有任何传统榜样可循。此外,宪法结束了法律的那种旧的、对过去开放的状况,而代之以对未来开放。这意味着,即使那些符合历史性效力要求的论据现在也必须用宪法进行衡量,<sup>⑦</sup>另一方面,宪法使法律经常性变化的程序规范化。为此它对在议会中进行商议、以法律形式进行表述的立法作了预先规定。<sup>⑧</sup>

法律系统完全有理由把宪法视为一个可以加以解释和应用的现行法律。从法学上来看,创新就在于这一法律的实证性,在于把宪法法律与其他法律的区别构筑到实在法之中。这也适用于而且特别适用于冲突法规和有可能出现的修改禁令。因此实在法也可以使自己永久化——这对于中世纪来说是一种不可想象的、无论如何是一种很值得怀疑的想法。由此划分为神法、永恒的以及可变的自然法和实在法的这种传统的法律等级制就被扬弃了。它们的宇宙学的和宗教的基础彻底崩溃。取而代之的是宪法表达了法律系统中一切法都不得不自负其责。人们最初可能以为,尤其在私法领域内可以依靠稳定的习惯法或民法的传统形式,首先当然可以依靠 property(产权、物权、所有权)或民法的 Eigentum(财产、财产权、所有权)这些法律概要。尤其在 18 世纪民法与宪法法律有着十分紧密的关系。但是后来宪法法律渐渐地也包括概念上获得了相对于这些规定的独立性。于是它就只能以自己为依据了,它把对立原则引入宪法法律本身,例如把不可修改性引入一个本来是可变的法律中;或者直接引用对于法律来说只有在与现行法律规范相联系和现行法律规范允许的情况下才可以引用的“价值”或“道德”原则。<sup>79</sup>在 18 世纪已经出现了“unconstitutional”(违反宪法)这个概念。<sup>80</sup>但是一旦人们开始把符合宪法/违反宪法与合法/非法相区分,宪法就凸显出来了。于是每一项法律规范,无论是旧法还是新法,条例还是法令,都有可能是违反宪法的,只有宪法本身不会。也就是说现在法律有了一个通过自我豁免来保证的宣布自己为违法的机制。因此毫不奇怪,杰弗逊(Thomas Jefferson)最初认为,实际上对于颁布一个宪法来说人民所起的作用并没有那么大,<sup>81</sup>人们仍然必须通过规范的法律来规范地改变法律。

474

475

我们还应该注意到的重要一点是:由于人们对这一成就在专门法律方面的内容认识不足,反而方便了这一成就的贯彻。它不是被作为法律问题而是作为统治权问题,作为最高政治权力问题来进行讨论。于是人们就可以成功地做到使宣布个别法律为违反宪法的法院不能自己去指责国家领导,甚至不能为了自己去指责立法,<sup>82</sup>因此它们只能停留在它们自己专门的法院职能范围之内。把问题转入到——在主权标题下因自己在自我参照和自相矛盾的基础方面存在的问题而有着自己烦恼的——政治系统之中,使得法律系统合乎逻辑的革命化即转向自我参照的自成一体性这一过程得以在不为人注意的情况下进行;或者说,它起码使法律系统统一性的反思在尚未发展出适合新形势的专门法律手段之前可以不必马上去考虑这一“灾难”。

476

大约在二百年前,大致从布丹开始,相应的问题就已经在政治系统中成为一个紧迫问题。这时主权已不再像中世纪时那样被仅仅理解为在政治事务中对皇帝和教皇的独立,而是理解为领地范围内国家权力的统一,也就是说包括对内最高统治权。宗教内战的政治形势迫使人们不再能够依靠贵族自己的判断来解决宗教、道德和法律问题。贵族自己的判断被视为任意的,其后果是以任意对抗任意,由此造成的进一步的后果是:任意只能作为最高统治者的任意,也就是说只有在国家中的一个位置上似乎才是可接受的。但是由此人们陷入了国家理论从此以后不断进行探索的问题,即人们如何才能消除最高统治者的肆意妄为——“由于安定原则……”(“quod principi placuit...”)不再从王侯德性的方面被读解,而是被理解为肆意妄为的通行证——以及如何才能使最高统治者受到合理规定的约束,尤其是受到他自己诺言的约束。国家理论陷入了要约束必然是不受约束的权力这一自相矛盾之中。<sup>43</sup>把可刺激性的增长使系统具有动态稳定性这一成就作为自相矛盾来把握的、也许最成功的论述应该归功于施莱格勒(Friedrich Schlegel),他说:代表制宪法“无非就是写成文字的不安定、受阻的革命、受约束的专制国家”。<sup>44</sup>

477 在这里我们不可能对这一矛盾的历史具体发展情况作进一步探讨。<sup>45</sup>我们只是确认,任何最高统治地位——无论是上帝的还是主权国家的最高统治地位——都要依靠一种不可表述的规定。今天也依然如此,但是这绝对不是像在专制国家时期人们所认为的那样,意味着在任何情况下都可以随心所欲地做决定。通过现代宪法国家所要扬弃的并导致具有不同身份的职位划分的,正是这种把最高统治权视为可以任意妄为的解释。这首先是通过分权原则来实现的,而在实际中则是通过法律系统与政治系统的区分,各自具有不同的解决自相矛盾的办法来实现。固定的等级制的分层形式必须扬弃(无论是在这里,还是在逻辑学中)。它只能由内/外区分的双重化来代替。宪法讨论的热点问题是那些无法说清楚它们的效力究竟应该归于法律系统还是它的环境的问题。但这也是而且以后仍然是系统内部的双重性,这种双重性根据这两个系统如何把这个允许刺激进入的地方加以规范化,在法律系统或政治系统中有着各不相同的意义。从社会学角度来看,由此确立了一种结构性联系的机制,这种机制必须通过各系统内部的解释才能够对参与的系统起作用。在近代语义学更广的范围中这归根结底就是从上/下区分转变为内/外区分。由此所有的“原则”都依附于系统,也就是说或然的。替代它们的最终表述是以下规律:构成系统统一性的规律是不可表述的。

因此,对于我们所说的情况来讲关键在于认识到,自我参照问题和自相矛盾在每个系统中都是以各自不同的方式出现的,在政治系统中不同于在法律系统中。这就是为什么各系统自我参照的进行和各系统自相矛盾的化解都是通过结构性联系机制来调解,而不是通过在系统本身中找到的超规定或者合乎逻辑的解决办法。这也意味着,问题及其解决方法的不可透视性、不可交流性、不可讨论性等都是系统内部操心的事情,而这正是通过人们可以称之为宪法的超结构意义的东西而发生的。

478

我们可以概括地说,宪法打开了法律自我参照问题的政治解决途径和政治自我参照问题的法律解决途径。它是“国家”的宪法,因而是以作为应该被拟定的现实客体的国家为前提的。不是单靠文本,而是只有宪法国家才能够完成联系职能——不管是被理解为形式上的人民,还是机构、组织或者仅仅理解为“政府”。<sup>⑥</sup>对国家起着构成性决定作用的宪法在两个系统中有着各自不同的意义,对于法律系统来说宪法是最高法律,是基本法;对于政治系统来说宪法是一个政治工具,一个具有双重含义的政治,即工具性(改变状态的)政治和标志性(不改变状态的)政治的工具。这两种说法尽管从语义上来讲似乎是自相矛盾的,但是由于两个系统的运作自成一体它们又是相容的。只有在各系统自己的表述中,状态通过各个系统的运作而变化。有可能通过这种方式宪法的法律含义和政治含义会分歧越来越大,这一点在相互刺激的不断增加中可以看来越来越清楚。同样也可以想象,而且在很多发展中国家可以观察到,宪法仅仅作作为标志性政治的工具,因为人们还不能成功地做到使法律系统在运作上关闭,能够抵御政治或其他社会力量的直接影响。尽管如此,我们还是可以看出结构性联系的现代模式,即使仅仅作作为真实的(即还在运转的)假象。单纯标志性的使用宪法有助于政治做得就好像法律会限制并刺激政治,并且把实际的力量对比留给内部交流。<sup>⑦</sup>但是从完整的意义上来说作为“进步”成就的“宪法”,只有在政治系统和法律系统职能上相区分和运作上关闭的前提下才能够完成它们的职能。而这一前提正是由于它的潜在性和人们对它的错误认识才使这一成就的进化成为可能。近代人们所理解的宪法概念是在人们以为可以把政治作为法律秩序来论证这一持续很久的(中世纪的)幻觉的保护伞下发明的。而且人们发现,宪法的实施具有掩盖以下事实的作用,即对政治系统最高统治权的真正限制是由政治精英之间的争权夺利决定的。

479

实际上所发生的情况是一部相互刺激的影响史,这种相互刺激从长远来看影响着两个互相联系的系统通过结构的废除和建设而发展的方

向。政治系统由于有促进法律改变的可能性而不断受到自我刺激。法律实证化成了政治行动的巨大潜力,而政治就是不断地对这些可能性进行选择。当要促使法律作出某项改变的时候,这就是政治。政治系统可以通过不同方式对这种倡议作出反应,但不是通过完全不把这些倡议视为系统自己的运作。因此,对于政治系统来说法律实证化就意味着对政治的高要求,尤其在结构上决定实行民主制度的情况下。

480 法律系统也同样要经受政治倡议的刺激,它必须不断把这些政治倡议纳入立法、行政调节和法律判决(包括宪法法院的法律判决)的程序之中。事实清楚地证明,这改变了根据法院判例和发展十分缓慢的法律教义来检测前后一致性的传统形式。这种传统制度被置于一种阐述“基本价值”或者(在美国)道德原则的宪法解释之下,从而为在一个案件接着一个案件中价值权衡的改变打开方便之门,由此被剥夺了最高权力的地位。表面坚固的法规制度受一种不固定的、始终是临时性利益权衡的法律判决所操纵,也就是说相对稳定性受原则上的不稳定性操纵。<sup>⑧</sup>在上面所引用的术语中这就是意味着;系统的多样性增加了,信息冗余的保持就成了问题,为此必须要试用一些新的形式——例如利益权衡的附加条件。

起决定性作用的是——“结构性联系”这一概念就说明了这一点——互相刺激的加强仍然有赖于同一机制的排他性效果。只有互相独立才能够使一种特殊的互相依赖关系不断上升。<sup>⑨</sup>在必须与社会系统联系中才能被理解为职能区分的这一条件下,系统通过外延解开了它们自我参照的循环性结构。法律系统通过提供立法的可能性使自己经受政治的影响,政治系统则通过民主化使自己抵御把改变法律的倡议变成决定的诱惑。于是两个系统的自我参照通过迂回途径把环境接纳进了系统之中。通过这种方式在向上看已经失去任何可依靠的东西以后,等级制的非对称化就成为多余的了。

481 作为这一发展的结果,今天讨论的问题是:古典的立宪制机器是否应该以及如何才能适应向福利国家的发展。<sup>⑩</sup>1800年可以作为英国习惯法和欧洲大陆民法之基础的民法形式的清晰明了已经不复存在。关于基本权利的含义和作用的观念越来越朝着应该被理解为政治方针一般价值纲领的方向改变。于是判决的问题不再以政治越框的形式出现,而是表现在要解决不断新出现的价值冲突中。通过说明该如何对这些冲突进行裁决,宪法司法管辖权对政治的干预越来越多,例如它还指示哪些地方可以节省开支等。这一发展情况证实了福利国家的政治贯彻力,尤其证实了不该遭受的命运打击必须由集体给予补偿这一理念。<sup>⑪</sup>宪法的最初职能

即限制政治的职能已不被人们注意。尽管人们看到福利国家是一种政治自由发展的现象,<sup>⑳</sup>但是并没有从中得出结论说,必须按照宪法的职能来对抗这种发展趋势。毋宁说宪法对福利国家实际情况的适应在于保证中央银行的独立性和给国家举债规定固定的界线。

## 第五节

向社会性系统首先是职能区分的过渡,要求在各职能系统之间的关系中建立新型的结构性联系,即能够考虑到各职能系统的自律性和运作上自成一体性的联系。通过这些机制,职能系统仍然保留在社会中;由于它们必须作为交往系统来运作,它们根本不可能脱离社会。因此,结构性联系的发展要与新的职能自律性相一致。前者与后者相辅相成,缺一不可。

482

这一表述完全没有考虑到始终还存在着社会系统外部关系即社会系统与心理系统之间关系的结构性联系,心理系统的意识是交往之必不可少的环境。由于法律系统本身必须进行交往,它当然与社会系统的这一心理环境有直接关系。它直接(而不是通过某些其他的社会机构间接地)影响着参与者的意识。因此,如果相应的交往不应该由于缺少动力而停止的话,法律就必须能够由此出发来刺激体验和行动。能够得到在自己的正义感中被证实或不被证实的权利,这可以改变命运,无论如何这不是一件无关紧要的事情。从这方面来说朝着职能区分方向改建,要求联系机制也发生相应的转变——原因在于每个职能系统现在必须自己来定义把意识或者包括身体行为(例如法院审理中的到场、纪律性、对行动的限制、注意力的表现等)纳入考虑范围的条件,而且除了语言以外几乎不再能够依靠一般性的社会秩序规定了。如果法律系统必须要考虑已经分立的诸如货币经济、私人家庭、有政治纲领的国家组织等分系统,并且必须参与相应的结构性联系的话,它也必须改变关于它与意识系统之关系的表述。<sup>㉑</sup>

近代的法律发展是通过以下途径来改变有关它与意识系统之关系的表述,即把一般性的、与社会基础的有关相互关系的规范抽象为主体权利的法律概念。<sup>㉒</sup>由此法律效力形式上不取决于对职能联系起决定作用的地方性的相互承担义务,同时也不再受贵族的地方守护神和周围人压力的束缚,人们可以借助法律来抵抗周围人的压力。法律效力只承认由法律系统本身的法律效力史所限定的条件。旧的互相承担义务退入了一种

483

现在已经讨论得很多的感恩道德之中。<sup>⑤</sup>权利和义务的具体混合形式被瓦解,人们不必为了公正而因 A 对 B 拥有的合法权利就必须相应地使 B 对 A 也拥有合法权利。这种把补偿对称化为权利和义务的同义反复对应关系之前提是(这种前提的实现在社会上则有可能很不相同):每个人不分等级出身都可以获得相应的权利以及必须履行相应的义务。显而易见,这要求在以前所说的由公民地位所决定的权利(民法)范围内区分开私法和公法。它要求解除古罗马“法律”概念的前提,即在具体的权利关系中预先规定与权利相应的约束。<sup>⑥</sup>

484 我们可以清楚地看到,17 世纪中叶以来向“主体权利”法律概念的过渡<sup>⑦</sup>对上面讨论过的结构性联系机制即财产权以及人们对宪法的期望有多大的影响。只要人们敢于用自然法来表述,人权(或至少公民权利)可以被视为任何重视法律这个名称的法律制度必须尊重的既定事实。可以想象,不承认这些自然法的个人权利也就没有法律了。在一定范围内,这一概念对 18 世纪的革命运动起到了古代君主/暴君区分所起的承认反抗合法性的作用。在这一背景中作为自决的个性发展之基础的对财产的自然权利获得了同时也满足经济政策所要求的地位。替代对财产使用具体约束的是认为个人对财产的合理使用会自动增加共同福利,因为合理性现在就是意味着按照经济系统的条件而运转。但是如果以“自然”为参

485 照依据越来越显得苍白无力,或者仅仅作为没有经过反思的专门法律用语还在继续被使用的话,那么这一限制条件还有什么意义呢?

在康德和萨维尼那里,我们就看到古老的互惠准则,但是现在这一准则不再被表述为感恩戒律(因为无论在真理问题中还是在爱中,对经济伙伴或者对国家不再抱有感恩心情恰恰成了与系统相对应的行为戒律),而是被抽象为一种每个主体可以自己规定其约束力(不接受外来权威)的一般伦理法则。<sup>⑧</sup>旧的形式被概括化,仅仅是为了能够应付更为复杂的条件。但是这一解决办法没有持续很久,到 19 世纪中叶它就在主体权利与客观法之间的效力关系问题上,也就是在法律系统的统一问题上碰了壁。

因为关于主体权利之客观效力的观念不过是一种被掩盖了的、被展开的自相矛盾——至少在人们把客观/主观的区分视为至关重要的情况下。由此,人们可以把正当和不正当的同一性这一基本的自相矛盾转为以另一种区分即一种更加无害的自相矛盾为依据,只要法律技术上运转良好,只要在合法性确认方面主要是涉及社会是否能够以及如何能够保证个人自我实现之自由,这种转向就运转良好。与此相对,法律理论构思

的困难就显得不很重要。理论只是把这视为符合实际的构思任务。

直到司法管辖权在公法事务中不得不补充对主体权利的考虑以后,随着福利国家的发展和在“团结友爱”这一新名称之下互惠变成了一个政治口号和一个实际上轮廓不清楚的法律原则以后,<sup>⑨</sup>在法律教义中才开始出现裂痕,互惠准则越来越只被视为道德原则。如果人们认识到互惠论的理由观一直还非常适合在此期间已经渐渐为人们所习惯了的社会结构,那么也就不难理解,为什么长期以来人们还一直坚持这些观念了。这表现在例如合同模式对于理解经济和现代婚姻,对于有关“国家”执政方面公民参与要求的产生等来说是相当合适的。但是这种合适超出了在法律教义联系中能够应用的语义范围。教义本来只能讲述自己的困难,一方面试图阐明作为自然法学说之前提的自然概念,<sup>⑩</sup>另一方面也试图从与客观法相区别的角度来确定主体权利。<sup>⑪</sup>对于这里所意指的、但无法表述的东西,我们可以用系统参照基准和应该作相应区分的结构性联系的区分来说明。

486

意识/交往的普遍联系连同它在参与社会、个人的期望态度、刺激的深度等方面的结果,关系到社会系统的一切领域,因为没有交往和没有意识参与交往我们就一事无成。就此而言,在现代个人主义发展中这一关系的转换,比调节和限制各个职能系统之间相互刺激作用的机制具有更为根本的意义。刺激在个人意识中积聚,产生社会效果,这种效果来自社会不同职能领域,并且反过来对这些领域产生刺激,而个人不必与作为整体的社会发生关系或者甚至融入到作为一种对一切生活关系负责的团结友爱共同体的社会中。因此,从个人角度来看,与整个社会的关系只能是负面的,包括保持距离和自由的好处。至于说到法律,主体权利这一法律概要与这种状况是相符的,就像合同这一法律形式一样,这种法律形式使个人能够高选择地暂时满足暂时性的需要,而他的社会地位却并不因此受到直接影响。在客观法所规定的主体权利形式中,法律系统注意到把人纳入法律系统之中所出现的问题——这个问题正是由于系统形成把心理行为和社会行为的结合排除在外而产生的结果。

487

如果是这种情况,那么这就可以说明——完全与发生这一转折的历史术语无关——在这里应该有新发展的连接各个职能系统的联系形式与个人权利的法律概要是相一致的。宪法除了作为“政府的工具”这一功能以外还明确地被用来作为贯彻“人权法案”的工具。同样,人们也经常说到18世纪从个人主义角度对财产权作了重新构思。尤其新个人主义和法律上权利与义务的分开,对论证征税的理由,即对经济系统与政治系

统的联系也起了影响作用。<sup>⑭</sup>因此,至少在最初阶段,法律系统在广泛范围内起着阻截系统的作用,即阻截社会朝着职能区分方向的重组给个人带来的后果。为了补偿一切固定地位的丧失,个人被赋予了主体权利。根据这一思路产生了以社会福利权利来补充单纯的自由权利,用参与权补充单纯的防卫权,就好像这个问题在同一个法律形式中仅仅通过补充就可以得到解决似的。

那么是不是可以说,如果个人被赋予了权利,他们的权利受到了保护,个人就会对他们的社会感觉良好,感到满意了呢?以前导致产生这个问题的只有从总体来说不公正的物资分配,而今天还增加了越来越大的对未来的担忧和因他人的冒险行为而受连累,面对他人的冒险行为,法律权利只能提供极有限的保护。法律技术上的困难是众所周知的,例如涉及生态问题造成的长期性的间接损害,或者与已经出现的或直接面临的损害没有具体联系的对预防措施的关注等情况。法律技术方面的解决办法至今主要是通过危害人身权的责任这一自相矛盾的法律概要而出现的,这一概要允许行动,但是规定也要为合法(!)造成的损害承担责任。这里也存在法律从个人生活重要性和个人信息中退出现象。于是法律不再是表述人们应该做或允许做的事情。它仅仅表达了:如果运转好就好,如果运转不好就不好。主体权利的作用仅仅在于为受到损害的时候可以追究法律责任的权利下定义,但它没有起到人们原本可以赖以把担忧委托给法院的防卫权形式的作用。

总之,人们可以称为主体权利之“另一面”的东西具有越来越重要的意义,这就是对主体权利范围的划分和使用,尤其是通过主体权利与法院发生的联系都是有限制的,而保护他人不受第三者干预就在这一限制中。主体权利被理解为一种具有两面的形式之标记,它提供了双重意义的自由保证:为权利拥有者和为那些通过主体权利不会对其有任何损害的人。

在巨大的生态威胁压力下,这种细致的平衡有可能遭到破坏。更有可能这种平衡会失去意义,从而由一种强大的国家调节活动所替代或者补充,而宪法越来越屈从这种国家调节活动。<sup>⑮</sup>这当然就意味着法律失去了对个人意识与社会交往之间结构性联系具有的意义,于是法律也可能失去当需要调动意识,例如在政治上需要调动意识的时候能够为自己调动意识的可靠性。于是法律系统可能会需要能够产生有效压力的轰动事件和一种特大的“大赦国际”,以便维持任何个人都不再会自发地去关心的法治国家。

在这种情况下,主体权利有一个方面将具有越来越重要的意义,这个

方面迄今为止在法律理论教义中几乎完全被忽视,即使用社会福利权利来补充自由权利也没有把握住它。按照哈贝马斯的观点应该把主体权利原则纳入到法律合法性确认之中,<sup>④9</sup>对这种法律合法性确认的担忧也没有把握住另一个越来越重要的问题。这个问题就是:主体权利也保证由个人自己来决定,究竟是否愿意行使他的权利。<sup>⑤0</sup>在这一决定中起作用的可能是单纯的心理观念,但同时起作用的还有社会关系网中的区别,例如周围人的意见、经济风险的大小或者人们愿意为这种伤脑筋的事情花费多少时间的问题。还有只要还存在从政治上对行使主体权利的决定施加影响的可能性,那么人权的实现也受此牵制。打官司对于个人来说是最重要的干扰。从个人生活方式合理性的立场来看,卷入官司很少会有什么意义。“参与”还是“退出”——这就是这里的问题。<sup>⑤1</sup>

490

只要主体权利受损害是起诉的前提,那么就必须在这个方面使个人的意识状况与法律系统中的刺激之间也建立起结构性联系。换言之,法律系统依靠的是从法律角度来看必然被视为偶然的推动;由于起诉取决于事实问题(证明问题)的程度,如果人们以为法律能够自己来操纵这种对推动的依赖性,那只能是一种幻想。虽然在这个重要方面从运作自成一体的意义上来说法律是独立的,但是它不是一个只要不出毛病,就把自己的输出用作输入的控制机器。

主体权利成为人们对法律冷淡、当事人不到庭的理由。它们不仅保证了参与法律的自由,也保证了远离法律的自由。其他职能系统,尤其是国家政治调节机器越多利用法律,并且力求在法律形式中寻找成功的保证,那么与这一不稳定的、看不透的主观环境相联系的这种形式的干扰作用有可能就越大。

## 第六节

古老的欧洲传统接受了罗马法的社会概念,把社会本身理解为契约,尽管是一种符合作为一个社会存在物的人的本性的契约。也许可以这样来解释:单纯在不可避免的社会联系中活动就可以被理解为契约的缔结,由此产生的结果人们只能以一种从合法观点来看不允许的、对抗个人行为的召集令状(*venire contra factum proprium*)的形式来避免。但是如果社会本身的统一就是以其法律形式为基础的,就不能把法律仅仅理解为社会系统的一个分系统。更确切地说法律秩序与社会阶层等级制是相平行的,是作为法律等级制,作为神法、自然法和实在法的等级结构而建构的。

491

从中世纪鼎盛时期以来其他可能的解释就是有机体比喻,即把社会描述为一个政治机体。这种观点假定社会不是一个人为的结构,而是一个自然的结构。但是自然概念包含了双重可能性,即自然的(完美的)和腐败的状态,在社会统治结构中则存在着“君主”和“暴君”这两种可能性。自然概念内在的支持完美、反对腐败的规范性的选择可能性就被理解为法,即自然法,而且这是建立在一个在中世纪腐败现象日益泛滥的情况下始终作为前提条件的法律的上帝起源与理性的统一基础之上的。<sup>⑩</sup>因此在两个互相对立的结构,即人为的(契约)和自然的(有机体)结构中共同的前提就是:认为社会就是一种法律秩序。

492

直到18世纪人们才认识到,这种思想已经不再符合现代社会的情况。休谟大概是论述这一观点方面给人印象最深的作者。和以往一样这种观点认为,没有法律的社会是无法想象的,但是在这里,社会本身作为历史产物而出现,法律与由此产生的变化相适应,它是在社会中随着社会而发展的。如果现代商业社会大秩序不再可能接受周围的社会监督,法律就必须与之相适应,并且宣布,允诺,包括对陌生人的允诺都具有法律约束力。<sup>⑪</sup>允诺的约束力不是产生于自然,也不是产生于道德。它是一种比较晚才出现的历史约成。财产只有在得到财产所有者同意的条件下才可以被使用。由此才可能有比单纯的权力或受地方约束的财产关系更灵活因而更好的物资分配方式。<sup>⑫</sup>此时法律的主要功能就是保护财产<sup>⑬</sup>,因为这一点(从而经济)被视为社会得以存在的条件。我们称之为法律结构性联系之形式的东西,即财产权和合同以及从其他角度来看也包括宪法,在18世纪过渡时期中被视为文明社会的必要形式,现在看来对它们的过高评价曾经是使它们得以贯彻的一个条件。

与古典法学中社会概念的明确性相比,现在人们不是很清楚,究竟应该如何理解社会。尽管制定了各种内部结构,但是缺少一个系统统一性的概念。社会分析的历史化虽然使人们可以进行表述,但是不能填补这个理论空白。因此人们仍然说“文明社会”。如果要考虑更高层次的区分,这就要求对还能够用来表示统一性的标志作相应的概括,而在这方面,理论最初没有跟上。理论说服力仅仅在于可以标出与以前社会的历史间隔,并且把这作为社会发展的结果来表述。

19世纪流行的阶级社会术语也没有提供令人满意的结论,所以对此仍然有争议。它认定统治集团的思想就是占统治地位的思想,法律系统的发展不可能脱离占统治地位的思想。统治论对这一事实的看法可以援引下面一段比较长的引言来说明:“很少有占统治地位的文化阶层的一

般价值判断与现有法律价值判断相矛盾。通常情况下法律价值判断至少在一部分居民中得到赞同。当然有意见分歧。即使没有任何法律价值判断的情况下也很少能够达到确实无疑的普遍一致意见。规律就是判断的不同性。”<sup>⑩</sup>如果我们把这段文字作为整体来读,就会得到这样的印象:由于根本不存在或者只是很少存在“占统治地位的文化阶层的一般价值判断”,所以第一个句子中所说的矛盾几乎就不存在。“规律就是判断的不同性。”法律利用自己的自律不是为了产生和贯彻自己的反面文化。<sup>⑪</sup>毋宁说问题在于被普遍接受的价值判断一般都涉及具体价值,并且在价值冲突中瓦解。但是法律恰恰主要与价值冲突有关系。因此,法律的自律——最好研究一下罗马法——的产生原因就在于在冲突情况中提出了“法律问题”,这个问题代替了想达到或产生一种对社会价值一致意见的无希望的努力。根据处理法律问题要前后一致以及在回答法律问题中方法程序上要尽可能严密这一任务而发展起来的概念上和组织上的机制,导致了法律系统的分立。于是只有通过结构性联系才能触及法律系统的固有价值。这意味着人们只有在该系统的固有价值中才能刺激它。

493

通过这种方式,法律系统虽然不可能与普遍被接受的社会价值判断割裂开来,一旦法律内部所允许的东西偏离社会价值判断——可以想一下性犯罪刑法、非婚同居、同性恋、堕胎等方面——就会在法律系统中引起刺激,由此推动人们开始去寻找其他的、在当前的判断状态中看起来“更好的”解决问题办法。但是另一方面必要的信息冗余,也就是在法律系统中作为案件处理的平等、公正等来培育的东西却抑制了这一发展。假如允许堕胎,这就限制了有关人的基因物质试验的争论所依据的论据;这不一定是政治上的限制,但很可能是法律上的限制。

494

这些思考的结果就是,放弃了认为统治阶层借助法律贯彻其价值观念的简单粗浅的“权力”概念,但也放弃了削弱这一观点的葛兰西的霸权和相对自律性概念。因此,究竟人们是否能够接受法律系统和社会阶层划分之间结构性联系的关系,这似乎成了问题。但是这一观点会出现矛盾。无论如何在这一理论领域中人们必须放弃上与下和目的与手段这种简单的二元术语,把发展分析引入更为开放得多的进化论联系之中。

显而易见,社会系统借助自我生成的职能系统与结构性联系的区分才得以实现,并由此与一个环境划清界线,在与这一环境的关系中又实现完全不同的结构性联系(即与意识系统的结构性联系)。<sup>⑫</sup>因此,我们既不能说社会是作为它的各个职能系统的总和再生产自己,也不能把实现结构性联系的形式(在我们所说的领域内也就是宪法或财产权和合同,

或者 19 世纪术语中的国家和社会)视为社会秩序的代表。毋宁说起决定性作用的是自我生成的职能系统的实现和同时起着增长、控制和排除等刺激作用的结构性联系的建立,这两方面只有在一起才能够演进。

495

通过这一方式产生了马图拉那(Maturana)称之为“结构趋势”的东西,即有协调的结构发展,在我们的议题领域中也就是朝着福利国家、法律实证化和根据预结算计划分散调节经济的方向发展的趋势。政治、法律和经济(这里不谈其他系统)的职能系统各自动员自己的可能性,加强相互刺激,以便能够保持足够的兼容性。今天社会主义经济转向市场经济,一党制转向多党制和计划制度转向承认主体权利的制度(首先是财产权)等各种尝试,都证明了要通过追补计划的途径来达到以上述方式产生的发展是多么的困难。

# 第十一章

## 法律系统的自我描述

496

### 第一节

一切想了解 and 认识法律的努力都是在社会中进行的。它们受而且始终受交往的束缚,因而也受语言的束缚。前面几章中从自己方面使用语言进行的阐述都是以此为出发点的。明确指出这一点是要说明一个视角点,对这个视角点法律理论并不总是有足够的考虑。它包含着一切法律理论交往的历史制约性。一切法律理论交往都必须放在各个时期的社会条件下才能被理解。不仅它的对象即法律,而且包括它本身,都是随着各个时期的社会让它的法律交往所服从的结构而变化的。例如,今天人们不可能否认,我们可以回顾一个漫长的法律发展史。这要求今天想要弄明白何为法律的法律理论必须进行不同寻常的跨时代和跨社会的抽象,同时能够理解历史的不同性,包括这一历史上后来出现的紧迫的抽象任务本身的特殊性。

这并不排除当法律系统已经在社会中分立的时候从外部来观察法律系统,在进行这种观察时要避免受该系统的功能、原则和规范的束缚,但是必须为此选用另一种系统参照和另外的约束。例如我们可以从政治系统的角度出发,把法律系统描述为政治的工具;或者从教育系统出发把它描述为一种省时有用的课堂教学法问题;或者从经济系统出发把它描述为研究的对象。任何描述方式都不可避免地受在运作的同时进行自我描述的法律系统的约束,从而受它的区分的约束。总之,任何从外部进行的对法律系统的观察和描述都应该归因于不断再生产交往的社会。换言之,在一个把分系统(在这里就是法律系统)分立开来的社会中,不可否认可以从内部和外部来描写这些系统。无论是自我描述还是外部描述都是可能的。社会区分的结构使得人们能够把它们区分开来,而且这样做是有意义的。同时这也使外部描述影响内部描述,反过来内部描述也影

497

响外部描述,因为即使在社会内部各系统之间界线分明,但跨系统的交往作为社会的实现仍然是可能的。

对这些联系的认识使我们的任务变得更加困难。只有把法律系统描述为一个进行自我描述的、一个内含理论的系统,对法律系统的外部的、科学的描述才可能与对象相符合。<sup>①</sup>因此,社会学的描述必须包括法律理论对法律基本问题——例如公正概念——所作的阐明努力。当然也涉及法律理论本身。它必须或者选择法律外的描述方式,在这里回答有关它自己的理论基础问题;或者它必须把自己视为一种该系统的自我描述,这种描述自己要求具有规范性的效力,否则就不能算属于该系统;于是就提出了以下问题:这种在系统中除了其他论据以外也拥有一种论据地位并且可以被作为论据来观察的、要求具有约束力的这种权利要求在多大程度上可以得到贯彻。

498

为了能够把这样一种复杂情况考虑在内,我们必须赋予自我描述概念以精确定义,并且使它有足够的区分能力。为此我们首先必须把观察与描述区分开来。自我观察无非就是把单个具体的运作归入法律系统的结构和运作,也就是说主要是区分在一个交往中究竟是不是涉及正当或不正当的问题。这不再是问题,而是日常交往的事情。假如涉及自我描述,也就是涉及在系统中对系统统一性的描述,就会遇到完全不同的问题;因为这里不仅仅涉及通过所采用的参照基准不断保证接续能力,而且是涉及对进行自我反思的系统中的统一性进行反思。

就像描述概念一般所规定的那样,这一运作企图制定文本,也就是说制定可重复使用的继续交往的前提条件。一种自我表述(“文本化”)就是把自我描述运作在其中进行的系统作为议题。因此这不是系统的任何一种运作,而是明确地有这种意图的运作。就此而言我们也可以用一种古典的表达方式把它称为反思。这是一种描述,这种描述在反思中进行补充反思,它本身属于它所描述的系统,因此必须符合相应的要求,要有所顾忌,具备归属特点。用一种出自语言语义学的概念也可以说,自我描述就是完成一种自涉性的(*autologisch*)(自己指涉自己的)文本。

499

自我描述尊重由于它属于它所描述的系统而产生的限制。例如法律系统的自我描述不可以对系统有权在正当和不正当之间作区分表示怀疑,或者对人们必须遵守“有效的”规范有争议。但是这并不一定意味着,自我描述文本就像法令一样对系统的日常实践起调节作用,毋宁说这是不可能的,“实际上很难想象,会有很多治安法官在法庭上忙了一天以后还会去查阅神学家们的总结性论文”。<sup>②</sup>但是人们可能会以此为出发

点,即法律实践是以能够回答系统的含义问题为前提,并且以一种假定形式(不是作为信息)作为判决的基础。

这些要求,即与进行自我描述的系统的同一性相联系和自涉地把描述包含在被描述对象之中,把反思理论与一般法律理论——例如有关在签订合同中动机错误之不重要性以及可能发生合同伙伴不能看出的错误等诸如此类情况的法律理论——相区别。在传统中自然法理论所具有的一般地位和法律工作者为了论证他们的判决理由所引用的依据之间存在着明显的有严格规定的区别。今天人们用法哲学(近来也有称“法律理论”)和法律学的区分来标明这一区别。我们这里对这些学术上的区别不再作进一步探讨,但是我们坚持认为法律系统自我描述的特殊任务不在于高度区分的判决理由,而是在于表述法律系统的统一性、功能、自律性和铁面无情性,只有很少的几点可以使从一种联系转到另一种联系成为可能,例如自由/主体权利/诉讼权的联系。

除了这一区别,自我描述就像一切描述一样是具体进行的、取决于系统和上下文联系的运作。它们不是反映“实在”的事物,而是构思与它们的假设相符的事物。这就是我们对今天讨论得很多的斯坦利·菲什(Stanley Fish)的新实用主义解释论的看法。<sup>③</sup>因此,自我描述始终是在已经被接受的、另一个观察者有可能认为是自我描述所特有的限制范围内进行运作的。其次,自我描述必须在它们自己所描述的并以此而实现的系统中划定一个界线,超越这个界线和返回这个界线它们可以观察到一些不同情况和它们自己。由此产生的问题至少从费希特以来已广为人知。这是涉及把区别置入到一个系统中,这个系统正是应该以这种方式不仅得到实现而且被认同。结果始终是一个能够化解的自相矛盾。<sup>④</sup>它始终需要有一个陪伴这个过程的对自相矛盾的掩盖,一个与这个过程相平行的隐形化,接受随着运作本身而产生的不可见性。尤其在法律系统中就是到达某个点不得不放弃继续追问根据问题。在进行自我描述过程中系统必须以自己本身为前提——并且接受自己。<sup>⑤</sup>

不言而喻,自我描述以作为文本形式的文字为前提。但是只要书籍还比较稀有,不是很容易得到,区分的可能性就受到限制。公正的要求与整个社会有关系,它涉及遵守人们所处的自然位置,涉及政治统治的行为。它对任何一种“机体”都适用,因此不仅适用于医学,同时也适用于法律。只有借助印刷术才产生大量的文本,从而使进一步区分成为可能。以前也有过专门的法律文本,但是只有印刷术才使一种在法律系统本身中分立出来的反思——最初是在哲学这个传统名义下,即法哲学——成

501 为可能。因此,自我描述的运算是印刷出来的出版物;由于某种(肯定是与法律没有关系的)原因而不能印刷出版的,也就没有机会对系统的自我描述发生影响了。

## 第 二 节

如果人们想先从外部着手来描述法律系统的自我描述,那就很容易按照用自己的规范所进行的鉴别来描述。人们期望参与者的行为必须遵守法律系统的规定,不管他们的主观动机是什么,他们的内心想法、他们的抱负、他们的兴趣等是什么。在社会中可能有和可期待有很多交往方式,但是如果它们不能够被划归,法律系统就必须被搁置一边,在法律系统内部也远不是任何交往都有助于自我描述的。

任何一种描述都不可能不是描述它的客体,但是自我描述的内部约束超出了这一界线。因为自我描述必须把自己本身归入它所描写的系统,而这只有通过接受系统固有的约束并把它们作为议题才能完成。否则自我描述就不能证明自己是自我描述,不能把自己与外部描述相区别。换言之,它不能在原则上对此有争议,即遵守规范和举止行为要符合法律系统规定这一点是对的。<sup>⑥</sup>期望稳定化功能被解释为行为指示,但仅仅是解释。这不是简单地涉及其他的规范,也不是涉及“更高的”规范,而是涉及理由,不是涉及合法行为的良方,而是涉及行为理由的说明。尤其对于系统来说具有重要意义的规范/事实的区分所侧重的不是事实性而是规范性。这就意味着,仅仅把规范视为事实(即实际的行为期望)对于法律系统来说是不能接受的。相反,人们(在规范对于社会的延续是必不可少的一无可争议的背景下)更喜欢对规范性的一种同义反复的表述:规范表述的是应然。如果法律社会学坚持认为规范直接来自于事实的话,它就会被谴责为歪曲了规范的特性。<sup>⑦</sup>由于规范/事实的区分对于系统本身来说是最重要的(因为系统是通过规范而自成一体的),因此任何把规范“归结于”事实的做法都是不能被接受的。<sup>⑧</sup>

502 对这种表述还需要作补充。它考虑到法律系统的规范性程序,但没有考虑真正使系统的同一性得以确立的系统的二元规则化。没有这一规则化,法律系统中不可能确立判决强制,也不可能对自己的职能负有完全的社会责任。不归结为二种可以互相转换的值,在系统中就没有可行的逻辑。<sup>⑨</sup>就连通常使用的论证技术也要依靠规则化。这种论证技术无可争议地认为,除了正当与不正当再也没有其他的规则值了,人们可以通过

为自己观点的正确进行辩护,同时证明对方观点的不正确。例如它是对一种特定的事实情况只能有一种正确的判决,在重复出现的情况中就应该重复同样的判决为前提,因此它不可以加工对相同案件作出不同判决的经验(或者必须把它视为情况不相同而进行重新构思)。否则系统的自我描述就不可能向系统内部的人说清楚,他们所期望的是什么。

换言之,法律系统的自我描述必须以此为出发点:在法律系统中总是与争论性的交往有关,而且这不是从错误不可避免的意义来说的,而是法律系统的功能和二元规则化的结果。由此又产生了另一个每种自我描述都必须服从的表述强制。法律系统中的一切交往都必须表现出可以导向判决的风格,而且是导向一个有充分理由的判决——理由就在于可以引证现行法律。像在经济系统的买卖协议中那样,简单地表达出自己的愿望、兴趣、优先考虑,这是不够的,<sup>⑩</sup>而是必须寻找和找到合适的表述形式来暗示,作出与系统相符的判决——可以冠以合理的、理智的、公正的等头衔——是可能的。<sup>⑪</sup>不管对事实、规定和原则如何有争论,法律系统都必须被称为裁决者。交往可以对每一项规范持有批评态度,但是在批评的同时它必须提出一项替代建议。它不能简单地主张无秩序的、自由的任意妄为,或者不提出任何建议。它必须尊重在系统的中心即在审判权中必须作出裁决这一强制要求。因此,法律系统的自我描述也首先必须考虑一切争论都必须显示出论证风格这一要求,否则它就不是法律系统的自我描述。不管人们力求达到的是什么,他必须是在法律系统内并且联系法律系统的证据材料进行论证。关键并不一定在于是不是对一切问题都有一个最终正确的回答,但是人们必须就像有一个这样的回答那样来进行交往,虽然并没有上帝给定的答案(etsi non daretur Deus)。

与阐述判决要求或判决本身之理由的正常的系统交往不同,系统的自我描述可以回避表态支持某方。对应该让生产者商品的毛病和由此造成的损害承担责任还是让买主承担风险问题进行判断,这不是系统自我描述的事情。在这类情况中比较容易对这一种或另一种解决办法表示同意(尤其在上面所说的情况中保险费肯定应该转到买主头上)。只有放弃在有争议的情况中表态,才能使法律系统的自我描述去研究它自己的问题,即搞清楚,如果一个系统要对今后出现的所有问题都给出一个回答,并且强迫系统的一切运作都要以有这样的回答为出发点,那么其内涵意义是什么?

论证材料可以换,而判决强制不会改变。人们必须这样来描述法律系统,以便使力求找到一个正确回答的努力是有意义的——即使对是否

503

504

505 有这种正确回答的怀疑在日益上升。总是不断有人费尽心机建议原则性的回答——即使不再是上帝的意志,也应该是最高限度的福利。这种描述把人们指向法律系统之外的阿基米德点,指向宗教或经济,这可能不是偶然的。这也同样适用于边沁或奥斯汀把政治掌权人的最高指示权力作为法源的建议。尤其凯尔森的纯粹法学也是追随这一模式,他把问题说成是法律认识问题,所以试图以科学上流行的格式,通过一种作为假说引入的前提来解决问题。科学取向的这种优势以完全不同的方式表现在近几十年以来叫做“法律理论”的反思形式中。<sup>⑫</sup>在这里,法律系统的自我描述借助跨学科理论来进行论述,例如语言学、符号学、解释学、社会学、人类学等。因此四个方面的成果,即与宗教、经济、政治或科学相联系,把法律系统的统一性描述为争论之可能性的条件<sup>⑬</sup>和争论之可裁决性的条件,这四个方面的成果和一切尝试都利用有职能区分的现代社会所提供的有说服力的依据,即向另一个职能系统的追溯。

人们很容易通过这种方式利用社会系统的职能区分,以便通过外部参照来论证法律系统的统一性。按照戈德尔的观点甚至逻辑学也说明了逻辑系统不可能从自己本身出发来论证自己的无矛盾性(作为自己的统一性的标志),而是必须从外部获得这方面的条件。但是法律系统的自我描述却面临这样的事实,即它在自己的社会环境中发现了好几种连接可能性。我们把宗教、经济、政治和科学称为迄今为止在法律反思理论中所利用的各种可能性。于是产生了这样的问题,即人们如何能够在法律系统自己的基础上在这些可能性之间作出抉择,或者是不是只能历史地逐一进行试验,从而加以应用。人们很容易想到用联系社会的整个系统来代替这种外延方式。但是这就会意味着反思理论必然会变得复杂得多。因为法律系统本身就是社会系统的分系统,因此它在指向社会的同时也指向社会内部的环境和它本身。也许在这一以系统论为依据的形式中可以找到最终有说服力的问题答案,但是迄今为止人们还没有尝试过使用这种论证方式来获得对于法律系统自己的运作来说明显可见的成果。

506 不管人们选择哪一种原则,内行的观点说明,这方面已不再有其他的替代可能性了。人们或多或少可以实现这个原则,很可能最大限度的福利实际上就像在上帝的爱的设想中没有原罪的生命一样是不可能的。但是作为原则来说,这个原则与有着相同功能的其他表达形式并没有区分。因此人们必须“盲目”遵循它。但是如果一个人观察到另一个人在遵循一个原则,那么在实际中又会发生什么情况呢?

系统论的批评对付这个问题轻而易举。一旦当人们把系统与环境的区分作为基础的时候(这是上面所提到的理论所没有做的),很快就能够认识系统的统一性不可能在这一区分中,它既不可能在系统里找到,也不可能系统的的环境中找到。寻找阿基米德点<sup>⑭</sup>是对以下不可能性的反应,即不可能在系统内有说服力地超越通过争论体现系统统一性,因此把它转移到环境中去也同样是不可可能的。<sup>⑮</sup>从外部来看系统是一个运作上使用区分的网络。用朱利亚·克里斯特瓦(Kristeva)的说法就是“没有统一性的多功能是可能的”。<sup>⑯</sup>对这个问题只能用运作与观察/描述的区分来回答,才能把系统的统一性理解为在运作进行过程中无法观察到的运作的结果。于是一个系统的自我描述也就是该系统许多运作中的一种,如果人们想知道该系统是如何描述自己的,就必须观察这一运作,并且在观察进行观察中自己本身也在被观察。

这里表现出要放弃任何有关统一性问题的答案。人们不再去关注统一性问题,而是把注意力转向系统限制效力和论证手段的方式和方法。今天的“制度化”法律理论强调的正是这一点。<sup>⑰</sup>这种理论以这种方式解释我们的基本观点,即系统的自我描述必须符合人们要在系统中寻找问题答案所必须具备的条件。这使人们能够接受以下观点:人们不得与一个“开放的结构”(open texture)共存,<sup>⑱</sup>对有些争论无法通过论证作出裁决。<sup>⑲</sup>关键是系统自己限制了活动空间,它不得以纯粹职权规范为依据,并且纯粹实际地使用效力标志,从而从自己方面为以后的运作提供基础。<sup>⑳</sup>以系统的自成一体性为依据代替了以系统的统一性为依据。

507

### 第三节

古代欧洲的自然法太久远了,离我们那么遥远,以至这个距离对于今天的意识来说从来都不是很清楚的。另一方面,在今天的法律思维中,人们只有看到反思理论是以及如何从自然法中产生出来并且遇到了对今天的讨论起决定作用的问题,才能理解反思理论。这尤其适用于那些至今还(或重新)引证自然法进行论证的案件。

从社会结构上来看,自然法一个重要的出发点是:法律—政治机构,尤其城市国家或较小的领地国家,与远远超出边界之外的贸易之间的矛盾。从这一矛盾中不断产生关于外来人在本城市中的法律地位问题,对这些外来人不能简单地使用为本国公民制定的法律,用罗马语的说法,这涉及万民法(ius gentium)的问题。中世纪一部重要的学说汇纂超出了这

508

一范围,它把动物也包括在内,以此把自然法与万民法(一切人的法)相区分。<sup>②1</sup>这种通过动物的间接方法在论证实践中很重要,因为它使一直保持到近代的传统能够说明偏离类似兽性的自然法的理由:把婚姻视为对自然繁殖本能的偏离,把奴隶制视为对自然自由的偏离,财产权是对自然共有制的偏离,简言之,文化被视为对自然法的偏离。在这一讨论思路中自然法绝对不可能被设想为高价位的法(还有其他的!<sup>②2</sup>),更谈不上被视为道德原则的法律形式了。如果涉及的是与一个道德的法律原则相联系,那么毋宁说在中世纪使用的是衡平法(aequitas)这一表述形式。<sup>②3</sup>

509 深入研究这种依据论证,人们发现第二种思想。以亚里士多德为依据,尤其从中世纪鼎盛时期以来自然法是以自然中存在着能够认识自身的本性(本质)为前提的。理性找到了它的位置,并展现为自然中的本性。所以,当在中世纪人们提出要求认识自我的时候,这并不意味着认识自己个人的特点或主体性,而是认识在相类似实体中的被理解为世界灵魂的具体体现,理解为神的形象,理解为上帝创造的生灵的固有本性。<sup>②4</sup>尤其是把人想象为“微观宇宙”的想法意味着,人通过自我反思可以认识整个宇宙。<sup>②5</sup>在德国新教徒的后亚里士多德主义中这种观念仍然很活跃,即认为人们在自省中能够认识在神学—道德—政治—自然法中有效的规范。<sup>②6</sup>普芬道夫就已经——尽管是用一种世俗化的因而变得不是很明确的过程要认识自己的天赋权利,但是值得注意的是,现在涉及的已经不再是对自己的本性的认识,而是对自己的权利的认识。<sup>②7</sup>还有以梅兰克森(Melanchthon)为代表的现代早期的其他作者把自然欲望与天赋权利相区分。<sup>②8</sup>他们的理性把人们引向认识到自己天生是在社会中生活,依靠相互协作,从而引导到把法律视为社会得以存在的前提条件。同样也很容易认识到,这样还没有使所有的法律问题都得到澄清。一方面自然赋予单个人或不同的群体以不同的特权——也是而且正是为了共同生活的目的。这产生于追求自己目的的合理性。由此产生的后果是:必须调节对于公共福祉来说至关重要的问题。<sup>②9</sup>此外有关自然的认识对有些问题没有给出回答。这些“adiaphora”(希腊语:不一致)需要调节。<sup>③0</sup>但是这种现象从自然出发也是很容易理解的;同样也属于自然的是:行动要有目的取向,而且必须与很不相同的自然条件和社会条件相适应。就此而言,对实在法和有权威性的立法的需要是从自然本身中产生的。<sup>③1</sup>自然法本身产生了自然法与实在法的区分。因此,法律的效力形式问题通过一种重新进入得到解决:自然法与实在法的区分被复制到自然法之中;只有在这

510

一条件下才能够在一种严肃意义上谈论自然法的法律根据。人们经常说实在法的法律性质是以自然法在相应的调节问题上的铁面无情为前提的。因此,自然法在中世纪的宇宙世界观中被视为是更高层次的。但是在讨论中同时也仍然存在着“兽性的”自然法概念,按照这种概念,人类社会的发展是偏离自然(法)状态的,是违背自然法的。因此,无论在中世纪还是在近代早期的法律系统,自我描述中自然法与实在法的关系都会引起矛盾心理。人们在非常认真地谈论自然法的传统中找不到今天法哲学家们所期望的东西,即自然法是实在法的根据。<sup>②</sup>在与民法的关系中自然法或者是铁面无情的,或者是对偏离有所准备的。作为结论性的观点是:这两种法的类型都是与上帝的创世计划相符的。

尽管人们不得不承认法律并不是任何细节上都是自然法,在各个国家和不同时期都可以有不同的但是符合自然法的法律制度,但是自然法仍然被视为法律的效力基础,这是因为世界秩序的本性和人的本性要求有法律。由此产生的结果是:由于实在法是从自然法中引申出来的,所以它也同样是合理的。反过来违反自然法就根本不是法律,而只能是法律的腐败。<sup>③</sup>如果这样一种腐败根本不是法律(就像暴君不是国王一样),也就不能要求别人服从,如果不要求服从也就是允许反抗了。

511

我们看到这一理论从符合自然的完美/腐败格式中得出了自然法的一切派生法之有效/无效的结论。它根据是选择这一面或另一面来确认服从或反抗为合法——但这一切都要在这样的前提下:没有恶意或者不可化解的价值冲突参与其中,而是始终只涉及正确认识或者错误认识问题。

这一点在现代领土主权国家中是不能被接受的,虽然人们还没有完全放弃上帝会影响最高统治者这一希望,并且把这一期望作为法律根据的最终表述形式。但是16世纪末左右,人们把司法实践的目的解释为是权威性的法律公告在进行裁决。<sup>④</sup>这时期的宗教主要以国内战争的形式为对此作出反应的法律和宪法发展作出贡献。此外,鉴于现代领土主权国家的立法工作不断增加以及它们的论证需要,受自然约束已经仅仅被称为人的理性本性了。自然法几乎直接成了理性法,与此同时,对理性本性的认识逐渐被有关作为法律根据的理性原则的讨论所替代。<sup>⑤</sup>但是理性法早已一直是革命法,因此在革命以后——或者至少人们这么认为——得以实证化。它被吸收到宪法法律之中。因此突破表现得不像实际所发生的那么厉害。另外有利的是,在美洲的英国殖民地中,人们可以根据当地具体的社会条件把自然法和实在法更进一步混合作为出发

512

点。<sup>36</sup>此外理性看起来明确地一致承认,领土主权国家法律制度要与各个国家的具体情况相联系,它们的区别也是理智的。因此,最初人们对自然法不仅仅是效力基础而且也是整个法律的认识基础这一点没有任何争议。<sup>37</sup>随着法律实证化程度的不断提高,这一点也在不断变化。立法工作迅速增加。人们注意到了这个问题,但并没有觉得这是法律新根据的问题。<sup>38</sup>这时法律完全从自身看到了改变的需要(不言而喻是因为受到外部的触动),而力求对此进行反思的理论无论如何还可以把价值概念作为依据或者提出合法性确认问题。这要求做新的综合尝试。因此,1800年

513 左右,新的实证法哲学(可能是在某种程度上与康德有联系的休谟的影响下)论述了立法决定和司法实践经验原则之间的联系,其次才是从历史证明中推断出理性的结论。<sup>39</sup>同时期的法典编纂可能为此提供了观点材料,同时也为这样一种综合的可能性起了保证作用。在这一背景条件下人们对萨维尼与蒂鲍(Thibaut)之间的争论就能够理解了。<sup>40</sup>这一切在现代已经是不可逆转的发展了,今天的论证实践几乎已不再谈论人的本性的理性赋予人的正确的东西,而是更多地谈论在实在法调节的情况下可以期望的合乎理性的行为——例如作为交通参与者应有的行为或者作为一个消费者应有的注意。<sup>41</sup>总而言之,与传统的法律思想基础的决裂并不是那么明显,以至于像在相应的认知领域中那样激发出特殊的认识性的反思。<sup>42</sup>

17世纪和18世纪的新自然法是反对传统秩序的,它强调个人对自己利益的权利,从这一理解出发宣布除了自决权以外自由和平等也是天

514 赋人权。在历史背景中这一点不难理解,如果我们想到由于政治上广泛的贵族化和名目繁多的特权和豁免(作为迄今为止普遍有效的法律的例外),贵族已经不再能够被理解为自然法,而是只能被理解为国家要素(虽然“出生”、“种族”等像以往一样被看重或者更确切地说比以前更加被强调)。<sup>43</sup>这使得通过个人的自然权利来表述等级中立的原则成为可能,于是这一原则不再是指旧的意义上的自然法,而是指对实在法的限制和由宪法保证的对实在法之限制的界线。宪法现在成了为了限制对与生俱来(野性)的自由和与生俱来的(作为社会不可能实现的)平等的限制所必要的东西。<sup>44</sup>

关于偏离自然法之合法性的老问题,对这个大致上可以用集权主义和个人主义来表述的变化也作出了相应的反应。对这个问题现在是通过

515 契约结构来回答的。通过社会契约、国家契约和个人契约,即使没有完全牺牲但也限制了天赋的自由。对自由的强调包括自由地即通过契约放弃

自由,同时也认可放弃专制国家中的反抗权和主体自辩。<sup>④5</sup>因此在这里个人自由和由国家治理的(和平)社会的文明成果也被设想为符合自然法的对自然法的偏离,因此是自相矛盾的。

另一个变化涉及的是个人对法律的态度合理性。在自然法体制下只有尊重法律和遵守法律指令才是合理的。个人没有违抗法律的机会,尤其是这对一切都同样有效,不考虑个人的性格和具体情况。对个性的考虑只能体现在法律本身中,首先当然是通过地位、角色、契约义务的区分。在实在法的庇护下,这一前提也发生了变化,因为法律本身不再表达对个人有约束力的合理性,在边沁的功利核算中,对于个人来说主要的好处可能在于可以突破法律规范,或者至少不再能够从对一切人合理中推断出对个人合理。于是在今天的合理选择论中,即“新政治经济学”或者经济学法律分析中得出的结论是,对法律的合理性必须在一个二阶观察的层面上来进行计算:只有当法律达到了这样的程度,即法律制定得对于个人来说遵守法律是合算的时候,法律才是合理的。

这一思考表明了法律的实证化是与语义上和结构上的革新相联系的,这种革新力求使社会适应更高度度的个人的个性,并且在合理地通盘考虑宇宙的或宗教的或地方的条件的基础上放弃个人行为。把自由权称为人权的新说法也正是以通过领土主权国家实现的法律实证化为背景的。<sup>④6</sup>这尤其适合认为个人就是主体的主张;它适用于以个人为中心的现代文学,特别是现代小说;它适用于新的人口统计学和也是从18世纪下半叶以来用从进化论角度解释的生成孤立(generative Isolation)替换自然物种旧思维中的群体概念(Population)的理论;在相同的社会改革背景中由于相同的原因它也适用于法律的实证化。<sup>④7</sup>

总之,法律实证性成了现代社会法律自我描述的习惯用语。由于这是一个传统的术语,这大大地阻碍了人们的反思。贬低的声音和对“更高”意义的期望都没有被有效地压制下去。从“人的意志”出发(区别于从事物本性出发)对实在法进行的人道主义人类学的论证失去了它的明确的参照基准。这是指谁和指什么?普遍意志这一表述形式正是表达了这种困惑。另一方面很难放弃传统的唯意志论,因为最终涉及的是要对论证理由和扬弃法律效力作出抉择,而整个社会理论都还是以人为本进行论述的。意志的任意性问题仍然没有得到解决,或者被转移到了代议制民主的政治要求中。但“实证性”词义的优点在于它处在各种区分的交叉点,因此可以玩弄对立概念的交换。实证不是自然的,而是被设置的,因此应该被作为裁决来观察。实证不是抽象思辨的,而是以在事实和

516

517

法律中可以证明为有依据的。实证不是消极的。19世纪在强调实证性中尚未解决的这些区分互相转换,<sup>49</sup>这可能就是“实证主义”取得成功的秘密所在。但是原则上已经很清楚,只有通过实证化,也就是说只有通过系统循环性的关闭,才能够使一个受法律保护期望的特殊体系从社会通常流行的规范形成之整体领域中分立出来。面对这种状况,人们只能在两种可能性中进行选择:或者在伦理上或者在其他方面感到不满意,从而要承担证明以下可能性的负担,即通过其他的超法律方式也可以做到明确规定某些特定规范内容为有约束力。

如果说尽管有了这一切发展,但是今天人们仍然在说自然法,那么在自然概念和自然科学中缺少这方面的任何前提。这一概念所要回答的论证需要肯定不可能通过盲目继承传统桂冠得到满足。这尤其适用于被自然所替代的有康德色彩的先验的理性概念,从这一概念中只能得出康德预先就给自我裁决能力偷偷塞进去的东西。<sup>49</sup>使人感到惊奇的是,今天那么容易不需要上下文联系就可以使用这些桂冠,并且用它们来阻止反思或者滥用于支持某些单纯的断言。<sup>50</sup>正是这种伴随着中世纪法律制度的产生,伴随着向领土“主权”国家的过渡、专制主义、开明的专制主义和最终通过宪法法律实现的人权实证化的自然法思想,证明了自己是有政治适应能力的。如果人们今天希望能够有一种抵御纳粹主义或者类似的恐怖统治可能重返的保障,那么只能说,系统的这种自我描述形式的历史给我们提供的是相反的教训。即使人们追随哈贝马斯,也为我们的“后传统”时代坚持要求法律应有一种符合理性的合法性确认,并且试图通过一种商谈理论指出通向这一目的的道路,但是这与法律的自然法(就此而言也就是僵化的)根据是不相一致的。<sup>51</sup>

撇开语义上的陈腐过时不谈,这里还缺少当时能够使自然法、公共福利和公正之间的联系显得有说服力的社会结构基础。在古老的贵族社会世界中法律制度的基础可以在公正中找到。公正一方面是对社会共同生活的合适的、良好的(有德性的)态度,另一方面它是每个人按照他在社会中的位置所应该得到的东西,这种位置被视为是固定不变的。因此,公正就是人的(等级、政治、民事)社会本性的合理的完美,因而是一种知识的对象,在这种知识中人们虽然可能搞错,但是不可能作出不同的评价。在这里作为社会结构前提的是,即使在社会冲突中人们也可以进行评价,而且从现有的法律中仍然可以看出,不是当事人的其他人会如何以及在必要时会按照哪些规范来判断这一冲突,而且即使表述这一裁决需要有专门法律知识也是如此。在这样的前提条件下人们也就可以用纯粹虚构

的法律效力根据来工作,例如关于远古时期的、长期以来在实践中得到证明的法律起源的创世神话或假想。<sup>⑤2</sup>

这种表象世界在向现代社会过渡中失去了它的社会结构前提。尽管人们作了各种努力想保持它或者使它重新复活,<sup>⑤3</sup>但是它不可能以原来的面目再现。在疑难案件中社会的相互映照最终不能达成一致意见,而是导向意见不一致。吉登斯精辟地说:“相互映照搅乱了推论。”<sup>⑤4</sup>现代早期由霍布斯引起的争论问题,即理性是存在于法律规定和原则本身中,还是相反仅仅在于遵循有权威性的人定法这个问题,过了19世纪也没有能够幸存下来。<sup>⑤5</sup>相反,现代社会的法律理论提供了两种不同的自我描述模式,第一种的要点就是,人是不可能达成一致的。我们在法律理论中也可以称为“实证主义争论”之争论的每一方都是以另一方的不足之处为依据,而不去思考自己的不足之处。

519

#### 第四节

对一种与时代相适应的法律新思考的需要,在16世纪就已经清楚地表现出来了。起因是宗教统一崩溃以后,政治国家秩序的重组以及它在帝国理念中的政治实现。法律本身由此空前地成了国家秩序和国际秩序的保证——或者至少像维多利亚(Victoria)和苏亚雷斯这样的改革家想要达到的目的。人们所追求的政治制度与法律制度的统一,在神学上只能用旧的唯意志论手段来进行论证。<sup>⑤6</sup>用得很多的社会契约论和统治契约论存在的问题是,它们不能够最后废除在统治者(有可能)毁约的情况下人民的反抗权。因此,用得很多的另一种选择就是以神学为依据的直接论:上帝直接派遣统治者来直接行施权力。这双重“直接”起着决定性的作用:不是建立在由人民委任统治者的基础之上的、仅仅是被代表的权力;也不是以某种方式受一致意见或仅仅受等级代表参与作用约束的权力行使。但是这个答案从其本身来说是有风险的,即完全要靠神学法学家的协作,而且存在着以下问题:上帝在派遣毋宁说是笨的、喜好战争的、不公正的或者效率低的统治者的时候究竟在想些什么?

520

另一个重要的卓有成效的变化是由习惯法的反思努力提供的,这些努力在英国从17世纪以来一再被作为民族特点而庆贺(完全不去注意有多少宗教法和民法的思想财富流入了习惯法)。这种反思从爱德华·科克和反抗国王的处理权要求开始,它已经得出了实证主义法律理论的结论,尽管还披着自然法和历史的外衣。<sup>⑤7</sup>这里第一次出现了明确的法律效

521

力的历史化。鉴于一个悠久的连续不断的法律传统,法律效力不可能追溯到某个历史上可确定的起源,而是只能到由于总是有新的案情所以必须通过对现有规定进行权衡来进行裁决这一历史传统中去寻找。<sup>58</sup>不管始初的法律来源是什么,法庭对法律所进行的持续不断的验证使法律成了“习惯法”。

从18世纪下半叶以来实证主义在语义上和结构上都有了准备。<sup>59</sup>它建立在(除了英国以外)认为国家和法律相统一的假设基础之上。<sup>60</sup>自然法和理性法都有赖于第二手思想成果,有赖于可以动员起来反对这种解决秩序问题之办法的一切合理思考。1800年左右法律理论也转向了实证主义。<sup>61</sup>这并不排除(今天也不排除)面对立法者太不规范的动作,面对例如不公正的法律,人们认为有必要建立法律自己的法律自我监督标准。<sup>62</sup>

522

在它的宇宙学基础崩溃以后,今天理性派从系统自己的论证手段中总结出系统的自我描述,以此为根据并立足于系统内,断言确实存在着好的(和不太好的)理由、作为法律系统应然价值的合乎理性的原则或最终价值等这样的东西。<sup>63</sup>讨论集中在罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)的著作上。<sup>64</sup>困难在于,对以理性为根据的裁决基础的希望与现代社会高度发展的社会相互反照性是相矛盾的。<sup>65</sup>因为随着对他人的其他形式观察方式的理解不断上升并且成为文明举止的必然要求,对有说服力的共同信念基础的希望却在不断下降。因此,理性论越来越不过是在论争中为自己作辩护,断言放弃最终的共同的理由或价值将使一切都不得不听凭任意妄为的摆布。凡是否认这一点的,都被视为有破坏性的,视为虚无主义者、无政府主义者、宿命论者、机会主义者、实证主义者。于是很容易使人怀疑或者公开宣称,这样的理论有可能会、在一定的情况下确实会认可社会上任何一种犯罪行为为尤其政治犯罪为合法。

实证主义派认为,这种说法完全是信奉原则者转移注意力的计策。信奉原则者恰恰对实证主义者感兴趣的方面视而不见。当涉及要把他们从司法实践中抽象出来的原则重新具体化的时候,他们不愿意看到他们自己陷入其中的困难。于是,最终的归宿(reductio ad unum)失灵了,人们在许多原则上,在许多互相冲突的好的理由和价值上都崩溃了,骂别人的话返回到自己身上,即不得不采用机会主义的方法。信奉理性者对理性之统一作用的失灵、对系统无法得出逻辑的结论这一现象不能作出反应。他们对应该如何好几个原则(例如合同中规定的责任或因债务造成的责任)或者好几个价值之间作出裁决的问题没有给出回答。而实证主义

者却能够说出如何来,这就是:通过与现行法联系来进行裁决。

523

最初这自然会导致这样一个问题:作为法律究竟什么是有效或无效。对这个问题我们已经以我们的方式通过在自成一体的系统中循环性效力标志的理论作出了回答。但是这是一种外部的描述,而不是应受法律管辖的系统的自我描述,因此人们必须把法律的实证性与作为在系统中起作用的自我描述的法学实证主义相区分。<sup>⑥</sup>法学实证主义借助法律渊源(简译为法源)这一概念来回答效力问题。<sup>⑦</sup>虽然渊源这个比喻包括用于法律上也是出自远古时代,而且还被用于自然法的事实情况。<sup>⑧</sup>但是最初人们似乎更多想到的是要做到公正处理案件。<sup>⑨</sup>对于罗马时期和中世纪时期的法思想来说,规定仅仅是关于陈述理由的令状(*brevis rerum narratio*)。<sup>⑩</sup>存在于事物本身中的法、被视为公正的法是起决定性作用的。因此谈不上作为应该由此推导出的裁决之前提条件的规定本身还需要一种承认它们为合法的渊源。直到随着近代契约论(格劳秀斯、霍布斯)和以这一理论为根据的国家立法权威性以及国家法典编纂和新规定的制定具有越来越重要的意义,渊源比喻的联系和含义也在发生变化。<sup>⑪</sup>直到现在

524

它才成为抽象的法律规范之有根据的效力概念。

理论上的得益是显而易见的。渊源概念使得人们可以简单地鉴别出有效法律,省却了任何有关法律之本性的、法律之本质或者划清法律与习惯、法律与道德之界线的标准的追问。<sup>⑫</sup>它使人们不管使用法律的具体案件情况如何都可以认同法律是有效的,而且不取决于参与的人员。<sup>⑬</sup>(至于刑不上大夫,<sup>⑭</sup>这仍然是不言而喻的,但是这并不涉及效力问题,而是仅仅涉及法律执行问题)然而,渊源这一比喻导致了与作为渊源一词之原意“来自何处”这一含义的决裂。<sup>⑮</sup>这个比喻只有当人们不去追问来源之前是什么和是什么产生来源前和来源后之区分的时候才能起作用。从长远来说这一计策不能令人满意,但是对于一个过渡时期来说它起到了它的作用。不满意已经表现在与此并列出现了一个非常相似的区分,并且用一种明显相类似的比喻承担了论证理由的负担,这就是理由和论据的区分。这一出发点至少提供了看起来比理性法更好的精确化的可能性,而且据说习惯法的实证主义者表明,这一出发点并不排除论证文化,而是把它包括在内。

525

法律发展本身,特别是19世纪作为对法律完全实证化的反应在习惯法中出现的前例约束的发展,<sup>⑯</sup>使得进一步扩展渊源概念成为必要。<sup>⑰</sup>不仅立法连同通过立法所代表的职权,而且法院判例也被视为渊源。于是人们区分了成文法和判例法。这首先意味着,法律实证主义放弃了受法

律外的法源即有贯彻能力的政治权力约束,取而代之的是接受了只要“有理由依据”就能进行裁决的法源——不管这是用什么名称。<sup>⑧</sup>于是也就不难理解着手研究这些理由说明,并且对它们进行严格分类的法律教义也被视为法源了。因为法院引用——在有些国家中这种现象比另一些国家更多——有名望的法学教师的渊博知识的成果、教科书以及其他的出版物,在必要的时候还请他们作为顾问参与裁决。

526 法源论使人们可以避免追问法律的本性问题。当然,必须还要提供一个替代这个问题的东西,于是法源概念本身又成了不明确的了。就像在理性根据中一样,这里又涉及多数派的统一问题。与理性原则论相区别,实证主义理论在这里还能作出反应,也就是通过提出有明确优先考虑倾向的冲突规定。在一个通过解释,即通过合乎理性的论证(!)常常可以消除的矛盾情况中有效的是法令,而不是裁决,有效的是判例法而不是学术观点。因此这个问题是可以解决的。只有法源这一概念才标出了停止自我描述和禁止继续发问的点。这一概念之可用性的扩大达到了人们也可以这么说的门槛:法律系统本身就是法源。但是只有外部观察者才能够这样说。法律系统本身靠的是不对称,靠的是中止规则、靠的是对称中断,即人们通过“渊源”这个比喻想要做到而又可以不把意向(或“功能”)本身称为理由,称为“最初来源”的那种对称中断。人们不可以公开地进行同义反复的也即无用的论证。因此涉及效力,法源的比喻具有或然性信条的功能,就像从理性法角度来看的物质上的公正概念。它把同义反复转换成一种论证顺序,使某种从外部看起来是人为的、或然的东西在系统内部的视角中呈现为是自然的和必然的。

527 只要宪法有效而且在原则上没有争议,实证主义也可以与宪法相联系,并且避免进行超出宪法范围的法源参照。当外部依靠的宗教(上帝)、经济(最大限度的福利)、政治(有贯彻力的国家权力)或科学(法律的认识之可能性的条件)已经不再有效的时候,这似乎是一种所能提供的解决办法。正如前一章中所说,宪法是一种自涉性的文本。自我描述是一种自涉性的运作。二者在这一点上是一致的,即它们不可避免地在它们自己的对象即法律系统中占有一个位置。可以观察到的这一联系的后果可以归结到宪法解释的某种双语性。例如人们谈到主体权利、诉讼权、责任限制等法律技术概念方面的、简言之应由司法证明为合法的基本权利。如果是涉及对于法律系统自我描述来说似乎必不可少的语义上的升格,就是基本价值。强调应由司法来证明为合法,这与法院在法律系统中占据中心位置是相符的。价值语义则表达了,法律效力的意义不仅仅

在于此,而是在一切变幻不定的效力之上可能需要有一个表述必然基础——按现代的说法就是自由共存的必然基础——的意义层次。为了适应这一区别,并把它体现在法律之中,人们也把宪法提高到凌驾于自身之上,并谈到“超宪法性”。<sup>79</sup>但是除了认为在一切确定性之上肯定还有一些不确定的东西,在一切或然的东西之上还有一些必然的东西这一观点的自我证明之外,人们没有达到更多的东西。

理性论和实证主义可以从以下这点上被看出是法律系统的自我描述,即它们不回避对结果负责,而是在系统中——即所谓“实际地”——承担责任。从理性高处像降落伞一样抛下对正确法律的提示;或者至少人们认为从地球上拿望远镜可以看到这个情况。通过引证理性,引证一切循规蹈矩合理思维的人的认识或通过类似的表述形式,人们唤起了这样的印象,就好像在法律中涉及的是一种强行达成一致意见的方法程序。这当然不能走得太远,因此不可避免还要有实证法的固定点发挥作用。然而哪些文本,哪些还需要去获取的基础呢?实证主义者相信他们可以赖以区分有效法律和无效法律这样一个有区分能力的概念意义上的法源。至于这个基本出发点在系统中多大程度上可以导致不同的结构和不同的结构又导致不同的结果,这只有从具体案件中才能看出。今天人们知道,文本不过是一种解释的结果,而这种解释从其本身来说又必须根据文本被证明是必要的。无论如何这不是外部的描述,不是社会学理论。

最后我们必须提一下最近二十年来已经显露出来的讨论涉及点的明显转移。像以往一样总是有两方相对立,因为对于争论来说这是不可或缺的,但是争论的题目已经换成关于法律效力的根据问题了。坚持以前的实证主义立场的人现在坚持认为,判决最终必须以后果考虑为根据。人们也经常说物质权衡或者利益权衡。说这是实证主义的,因为法律裁决,无论是法官的,还是立法者的,即使对利益判断错了或者出现了与判决的时候所想象的不同的后果,但它始终是有效的。对立方争辩说,有一些法律内容不允许作这样的权衡,而是无论如何必须被坚持。温弗里德·哈塞默(Winfried Hassemmer)为此举了禁止严刑逼供的例子,对这条禁令人们必须遵守,即使通过对有可能作证的人进行逼供可能会阻止糟糕事情发生,也必须遵守这条禁令。<sup>80</sup>从这一意义上来说存在着一种——始终是历史的因此本身是或然的——法律文化的“不可随意支配的”法律原则。这里涉及的已不再是法源实证主义,也不是以自然或理性为依据的理由说明。毋宁说人们也许可以认为,这里几乎已经是用法律中信息冗余的必要性进行论证了,或者至少是用表达法律与人的关系的固有

价值在进行论证,而这些固有价值却已经不再能够被用来作为平衡外部的和内部的参照基准的信条了。

529 为了也能够从外部来把握这种始终有争论的反思理论,把实证主义理论和理性论,或者权衡一元化和坚持不可随意支配性与论证法规效力的根据相联系,可能会很有帮助。<sup>④</sup>这使我们可以把一个相应地受限制的系统概念作为在系统中观察系统的模式来使用。与此相对,外部观察者可以通过系统的运作(包括自我观察/自我描述)的特殊方式来定义他没有参与其中的系统。这并不一定排除系统把这样一种运作上自我生成的思想概念吸收到它的自我描述之中,也许是作为对称中断之外化的一切其他形式的替代。但是这样就更难在系统中与系统把它固有的自相矛盾/同义反复化解为规范效力的方式方法相一致,而且对反思理论与系统其他运作的关系也必须作出新的规定。无论如何,外部描述的本来的目的并不是要引起这种反响。外部描述作为学术性描述,它的前提和目的在科学系统中。

撇开这些还没有尝试过的跨越内部描述与外部描述区别的可能性,给人留下的印象是,有人断定,在现代法律系统中显然有两种不同的反思理论,它们之间的区别是无法消除的,这就是理性法的和实证法的反思理论,一种是按照原则进行反思(尽管最近最多不过还剩下诉讼程序的原则了),另一种是按照法源进行反思。前一种情况的不足之处在于缺少在有冲突的原则之间进行裁决的效力根据。后一种情况的不足之处则在于缺少作为现行法被使用的东西的最终依据的说明。在这两种系统自我描述的基本思想中没有一种能够考虑到系统内的系统统一性。效力与说明理由的根据不能互相一致,因此人们不得不为这两种反思理论中哪一种应该被优先考虑而进行抉择。

但是,这仅仅是一个系统自我描述的问题。外部描述则可以满足于这样的断定:就是这样!

## 第五节

把这个争论问题束之高阁,可能是对目前状况很切中的描述。但这不一定是对法律系统如何反思它自己的统一性这个问题的最终回答。实证性和理性是(或者曾经是)18世纪用来试图把握一种新情况(认识其新特点)的传统表述形式。在此期间已经过去了二百年,今天传统的自我描述形式已经成了巴歇拉尔(Bachelard)所说的“认识障碍”。<sup>⑤</sup>它们的特

点是太简单、太划一和对主要的视角点评价过高,而且有可能今天其他的理论视角占上风,于是人们就可以先不去理会,它们究竟可以用于系统的自我描述还是(像这里一样)用于对系统的自我描述的外部描述。

鉴于实证性和理性这两种表述形式在系统内部使用中经受了考验,外部观察者首先会去寻找一种解释。一般来说引人注目的是,在实证法时期法律认识转向了对观察者进行观察的形式。在欧洲大陆的法律制度中涉及的是对立法者意愿的解释。法令的形式和以前的法律状态的变化形式足以让人们假设一种意图。对立法者来说,他不仅仅是颁布了一个法令,他想以此来达到某些特定的目的,因此借助一种或好几种区分来观察世界。如何才能了解这个观察者的观察,尤其是这种观察如何才能能在法律变得陈旧的时候转入到变化了的情况之中,这成了方法问题。但是在这里从来不涉及实际的(社会学的)动机探索,而是始终只涉及具有法律意义的、可以被视为理性可认识的理由。

在盎格鲁撒克逊的习惯法中,19世纪向法律完全实证化的过渡是通过承认前例判决的约束而完成的。这不是指机械地强制接受判决前提。毋宁说作为判决先例而被考虑的判决为了以后的判案而被观察,这是鉴于它们的“判决理由”,人们是否应该以及在何种程度上应该遵循判决先例,也都是以此为依据的。<sup>63</sup>习惯法在美国情况中占主要地位的观念是:律师必须观察法官,以便了解他是如何观察和裁决案件的。<sup>64</sup>这是(有很多翻版代表的)现实主义法学的征兆。所有这一切法律实证性的翻版都绝对不排除以法律原则为依据。但是所谓法律原则现在只能被理解为在对观察的观察中保持稳定的东西。于是,从某种程度上来说,法律原则就是一个在对观察者进行观察的层面上保证了其自我生成的系统的“固有价值”。否则这又该如何理解呢?如果人们不再能够知道,其他人是如何以法律为取向的,那么任何法律科学就都停止了。更宽的时间幅度——无论是旧的法律,或者将来的法院判决——在各个时期现实的当下都只有通过二阶观察才能实现。否则对人们来说只留下了一种可能性,那就是做人们正在做的事情,即依靠在坐人的互动,希望获得成功。

观察者视角的这种分歧之基础在于系统区分——尤其在于律师事务所、法院、各组织中的法律部门和与社会环境有着各自不同外部界线的立法机构之间的区分。观察水平逾越差别达成一致的可能性是通过法律工作者接受相同的培训和通过相应的职业社团得到保证的。尽管如此,仅仅用“职业化”来解释结构上的成就,这似乎太不够了。<sup>65</sup>毋宁说职业教育是从比较古老的社会形态中产生的解决办法,今天只不过还起着有限

531

532

的帮助作用。今天法律系统的问题在于运作上的关闭,在于由此造成的不可避免的系统的自律和自我生成转移到一种(自我满足的)二阶观察层面。然后下一个观察者将观察因袭主义或结构主义,但是这并不意味着他看到的是任意妄为。

从结构上说今天系统自我描述的条件可以被描述为一种自成一体的、运作上完全依靠自己本身的职能系统的分立和把一种二阶观察贯穿于系统之中。二者是互相联系的。由于系统是自成一体的,它必须把它赖以建构和观察法律事务的自己的一切运作置于自己的观察之下。

533 理性成了系统自我参照的标志。实证性成了观察者能够一致地观察同一事物即各个时期现行法律的表述形式。反过来说就是人们通过实证性来强调,一切法律都是以人们作为裁决(也就是说:鉴于有其他可能性)来观察和回忆的裁决为基础的。而理性还指出,在这样一种选择压力下必须有最终论证自己理性本身的根据。这两种表述形式都为了自我描述的目的而掩盖了这一事实,即系统是在没有超验支柱的情况下操作的,没有那种宇宙的 *periéchon* 和没有任何上帝的干预性指示。它们同时也掩盖了系统依靠的不是这些,而是无数直接的和间接的结构联系,而这些结构联系本身并不适合作为法律效力的根据。人们所尝试的例外——主体和主体对理性的意识和体现法律实证性的宪法——掩盖了法律系统的社会依附性和从广义上来说的生态依附性。为了能够给反思提供一个根据,它们必须以极端的方式凝结出自我参照和外部参照的统一问题。但是一旦人们注意到这一点也还可以被观察和描述,这些表述形式便失去了它们自身中的支柱,于是就互相对立,就好像争论可以代替一种理由说明。

理性成了掩盖人们并不知道更多,但是想告诉别人他认为某些观点为正确的箴言。通过引证一般理性(而不是自己的经验),人们把自己置于被观察的地位。这意味着“我的论据是可以看到的”,而且这可能是绝对的。法律效力的实证性也有这种功能。只要人们从现行法出发,就把自己暴露在被观察的视线之下,人们通过 *de lege lata* / *de lege ferenda* (根据大法/根据野法)的区分来区分观察,并且示意分歧太大、太具批评性的观察者去注意改变法律的可能性。因此,法律的实证性也可以被理解为允许法律有变动。受“更高原则”约束的旧形式被一种需要不断重新商议的约束与变化的结合所替代。*de lege lata* / *de lege ferenda* 的区分解开了法律之所以有效正是因为它可以被改变这一自相矛盾。

一旦系统在二阶观察层面上自我参照地自成一体,这些表述形式也

可以被视为对观察者进行观察的指导。最终的问题必须从“什么”形式转入“如何”形式,于是人们不再问:理性说的是什么?或者什么是对此起标准性作用的法源基础上的实在法?现在提的问题是:系统如何去做它所做的事?它是如何在环境的持续刺激下把运作一个接一个连接起来的?

由此法律系统的自成一体成了对系统与环境关系新理解的出发点。法律理论必须——不言而喻是以它自己的方式并且以它自己的系统的统一为依据——研究法律系统功能自律的社会条件。它无论如何只能从环境角度来观察系统内部的系统统一性。<sup>⑥</sup>但是这既不能通过理性这个最终表述形式,也不能通过法律效力实证性这一最终表述形式,而是以一种可以与法哲学传统的反思成就相比较的方式来进行。

534

## 第六节

到此为止,我们都是把一个传统上被视为法源问题的问题作为出发点。法源论使我们能够在有效法律和无效法律之间进行区分,借助这一区分集中研究有效法律,就好像这就是“法律”。另一个对于近代来说即使不是更重要但也是同样重要的基本区分就是:实体法与诉讼法的区分。尤其当只有一个实在法的时候,旧的不同法源的区分就失去了意义,而为了实现法律制度的统一,实体法和诉讼法是如何互相联系这个问题对于系统的自我描述影响越来越大。<sup>⑦</sup>合法要求这个范畴的发明<sup>⑧</sup>并非是偶然正好发生在法律实证主义鼎盛时期。它用一种具有实体法和诉讼法双重功能的统一概念来代替法律(ius)与诉讼(actio)的区分。

535

这里也涉及前面所论述过的禁止拒绝审判的一个结果。<sup>⑨</sup>如果每个法律问题都可以递交法院来裁决,那么在实体法和诉讼法之间必须有一个相应的普遍的联系。这一联系是通过合法要求、主体权利和法律主体等连接概念而建立的。还在19世纪下半叶,当人们试图对这些概念的含义内容作更为详细规定的时候,认识到实际上这里仅仅涉及主体在决定是否需要法律保护这个问题上所拥有的支配权。<sup>⑩</sup>人们不能强迫一个其权利受到损害的人提出起诉并且到法院出庭,因为他可能有法律外的原因宁愿不这样做。换言之,(主体)权利概念涉及交往司法化的合法条件与法律外条件的区别,也就是说涉及法律系统的界线。在19世纪下半叶人们很可能就知道把这个法律技术与“个人主义哲学”相区分。

尽管如此,调子高昂的、强调价值的描述是以主体权利的主体为出发

536

点的。19世纪人们说法律是为人面对社会压力而应有的自由服务的,它授予人以自己进行抉择的权利。20世纪人们说法律是为实现作为一个悠久的人道主义传统的凝结给法律以规定的、并且以基本权利形式被实证化的“价值”服务的。人们在解释基本权利在宪法法律中的作用时对基本权利评价过高,基本权利被理解为法律赖以履行为人服务之义务的一般价值态度的实际证明。于是,有关法律意义的论述可以用一种符合法律技术要求的方式来表达。系统统一性的意义表现在实体法与诉讼法的区分上,表现在法律系统这两个要素的联系和完成这种联系、并同时保证把所有人都包括在法律系统之内的那些概念的崇高意义上。

直到最近二十年以来,人们才更清楚地尤其是更持怀疑态度地看到由此被排除的是什么。如果每个起诉人都必须作为“主体”或者作为法人主体(作为有权利能力的法人)出现,那么必须把法律所代表的利益人为地个体化。当不能从个体的人出发的时候,就要以组织为前提。但是实际上并非所有的集体利益都是有组织的,尤其是“利害相关者”的利益以及环境方面为了防止遭受技术造成的影响而应受保护的利益。<sup>⑨</sup>因此,其内侧是有权利能力的、有起诉权的或者可控告的主体的形式有它的外侧,这个外侧就是一切事实和利益,它们在主体体制下不能作为事实与利益本身,而是只能作为主体权利或义务的要素在法律系统中才被视为至关重要的。这种片面性可能会导致更加需要有组织来表达法律上应该注意的利益,导致即使不是在法律技术意义上涉及“组织权利”的时候,也把组织解释为有起诉权的趋势。但是由此使实体法与诉讼法相联系的夹子松动了,人们遇到了这样的问题:为什么组织可以作为它所不可能支配的权利的法人而介入;尤其是为什么这样一种法人像个人一样应该有这样做或不这样做的自由。

537

从社会学角度来看,这只能是为了给代理人赋予商议的权力。代理人可以用起诉来威胁,造成拖延,并以此促使打官司的对手与他们达成一致意见,虽然这根本不是涉及他们自己的权利。这在法律政策上可能是很有意义的,对此在这里不作判断。但是系统的自我描述把焦点集中在权利主体上的做法由此被突破了。卡尔·海因茨·拉多尔认为焦点必须转向组织多元主义。<sup>⑩</sup>但是这样一来单个的人就只不过是值得组织起来的那些利益的剩余部分了。法律系统的自我描述还像以往一样可以与价值相联系,并且以此而外延。但是价值通过组织被赋予了内在活力,人不再被视为经验地自为地活着的单个存在物,而是仅仅还被视为点,在这里表现出一切价值在不可确定性这一点上越来越趋于一致。

但是,无论是个体的人还是组织,法律系统必须使它的自我描述去适应那个环境,即一个在其中自我参照的诸系统制造出从任何一个角度都无法控制、更不可能用分等级的办法使之有序化的纷乱状态的环境。而这正是必须以对抗现实的规范性形式再生产期望的原因——如果说以前是如此,那么现在就更是如此了。法律系统本身以各种方式对此作出了反应:通过法律效力的实证化,通过从现有的互惠关系中产生的主体权利教义,通过用在一切判案中都需要进行“权衡”的价值目录单(人们几乎想说候选人名单了)来代替原则性的统一保证,以及通过把重点转移到诉讼程序的保证,这种保证的前提就是判决尚未确定,因此从机制上来看是建立在由自己所造成的未来的不确定性之上的,尽管如此它们在履行着自己的职能。

538

在这种状况中,人们是不是愿意坚持法律“实证性”的总概念和理论上的“实证主义”,这或多或少是一个语义学上要巧妙处理的问题。如果要坚持,就必须放弃认为立法具有权威性这种观念,即认为在立法后面隐藏着(等于把法律上升为超验的)效力来源的观念。确认法律合法性的既不是国家,也不是理性或历史。尽管可能有这样的理论,而且像以往一样以后也还会有,但是如果它们被视为自我描述,就会要求它们参与二阶观察的方式。它们必须学习把自己作为一个自我描述性的系统的自我描述来进行反思,否则它们就会变得与时代不相符合(哈贝马斯重要的法学研究成果之一就证明了,所有向自然历史、原则道德或者实践理性的回归都是与时代不相符合的)。留下的就是承认观察者视角不可避免地具有多样性——即使是在同一个系统内;留下的就是用未知的未来代替已知的过去是永恒不变的、始终伴随的前提;留下的是不断地产生或然性作为法律系统稳定的、在循环中不断更新的内在价值。现在还能够跟得上时代的自我描述必须处在这些框架条件之下。

## 第七节

现在要对现代社会法律自我反思的可能性作出一个最终的判断肯定还为时过早。这也同样适用于社会学理论在这一方面所能起的作用。目前来自不同方面的不可靠性征兆在增多。刚才所谈到的问题,即赋予主体以权利已经不再能够令人满意,但是它还不能缺少这个问题只不过是原因之一。另一个原因是,人们越来越把对后果的预见和用后果说明判决理由作为依据,而不能从法律教义上来解决与此相关的问题。相反,人

539

们废除了一些法律教义的内容,代之以灵活到等于什么都没有说的利益权衡或价值权衡的提法,包括人们对其抱有很大希望的法律理论至今也没有为有效巩固法律作出贡献。不同的“萌芽思想”和不同的跨学科的舶来品顽固地要贯彻自己。所有这一切暂时促使人们把这作为事实来接受,并且把这种情况解释为“后现代”现象。<sup>⑤3</sup>但是这仅仅证明了人们已经看到的事情,即法律系统在当时生产出了许多自我描述,由此产生了一致问题,对这些问题各种思潮已经不再能够达成一致意见了。

540 无论如何“后现代”这个概念导向了一条错误的道路。它低估了现代社会结构上的连续性,特别是低估了根据职能而区分的形式与以往一样丝毫不减弱的影响作用。它使过去的包括迄今为止的对现代社会法律系统的自我描述显得比事实上更加自成一体。<sup>⑤4</sup>实证性和理性(或者合法性和合法性确认),这双重视角表明了,自从人们不得不放弃法源等级制模式以来,已经不再有平衡协调的描述了。很明显,按照这种理论翻版,后现代的语义与现代的语义的区别仅仅在于后者在未来中寻找统一,而前者则在应该作为传统而被拒绝的过去中寻找统一。这个结论似乎可以得到承认,因为人们现在只能在人所达不到的时间遁点中寻找统一,而且无论如何不可能再作为现实的当下。

目前只有很少理由是支持以下期望的,即期望一般社会学理论和专门社会理论在此能够有所帮助,并且能够为法律系统的自我描述做出值得一提的贡献。与1900年左右的情况相比,这两个方面都不如说出现了一个萎缩过程,一个可以与“伟大的理论”相联系的希望的衰退过程。以上思考使这一现象看起来是可以理解的,但是不一定能够使人从中找到最终答案。

541 如第二章中所说,法律系统的自我描述是以法律系统的规则为出发点的。一般流行的、对法律运行的社会学描述则发展出了完全不同的、甚至对立的(在法学家看来颠覆性的)思考方式。它感兴趣的主要是司法实践中的区别,这些区别在法律本身中没有预见到,在法律上也不可能被确认为合法,但是也没有仅仅因为这一原因而被证明是违法的。它打破甚至无视二元规则的规定,即把法律系统的全部运作按照正当与不正当进行格式化。为此人们多数使用了统计方法。这种方法把良知留给了单个案件,但是总体上展示出与从对单个案件判决的概括中或者从对单个案件判决有效的规定中产生的情况完全不同的情况。在唐纳德·布莱克(Black)那里我们可以看到一个很好的概述。<sup>⑤5</sup>例如社会学断定,大多数法律争执根本不是在格式化的诉讼程序中达到判决,而是“通过某种其

他方式”来解决问题;社会地位起着影响作用,而且根据双方参与者的地位相同还是不相同,起影响作用的方式各不相同;法律问题在密切的、还将继续的(亲密)生活关系中处理起来不同于在比较疏远的关系中;原告或者被告是个人还是组织,这也起着影响作用,等等。当涉及要预测判决时,法学家坚持规范,而社会学家则研究案件的社会特点。法学家在法律系统自我描述的支持下立足于对相同案件作出相同判决,并且相应地对区别要说出法律上有说服力的理由;而社会学家则断定,从统计学上来看,出现了法律上无法解释的区别,为此必须寻找一个社会学的解释。法学家感兴趣的是具体案件判决的预测和它们对论证的影响,而社会学家却满足于统计上可靠的预测,当他得知具体案件根据法律进行判决时,这既不会使他感兴趣,也不会使他感到受刺激。

不言而喻,描述中的这种不同性——这对任何一个法学家来说都是显而易见的——是与对区别的敏感性不同相联系的。社会学家为了他的统计学的分析需要粗线条的范畴,这些范畴生产出很多相同的案件。他必须忽视精细。而法学家则相反,他要应用一种精雕细刻的区分技巧,以便得出在他看来是公正的结果。对于他说谋杀并不就是谋杀,强奸并不就是强奸。对于他说判决一个有色人种妇女被一个白人强奸的案件不同于判决一个白人妇女被有色人种强奸的案件,这并不是难事。他可以在案件中找到除了人种区别以外的其他区别来进行判决。可以说,他可以把他的偏见隐藏在其他范畴后面。确实如此,但是如果社会学家以很多相同案件所产生的、对进行社会批评分析很合适的标准为依据,这当然也同样是一种偏见。

542

此外,即使人们对社会学分析的科学性没有争议(这只有经过对具体的调查情况进行深入研究才能发生),它对自己对象的把握仍然很不充分,尤其在我们现在所感兴趣的这一点上。它没有考虑到以下情况,即法律系统是一个运作上自成一体的、自我生成的、进行自我描述的系统。法律系统从社会学分析中得不到任何益处,它不可能从自己方面对统计事实像在判决时必须考虑的法规一样对待。如果法律系统不“使用”社会学的调查结果,这既不需要进一步说明理由,也不应该成为某种“批评”的原因(例如“批判法律研究”运动意义上的批评)。<sup>96</sup>每一次对区分的使用都是以一种特殊的盲目性为前提,如果这是普遍现象,那么去谴责别人这一点却又要躲避引火烧身就没有多大意义了。

目前流行的法律社会学经验分析根本不是把法律系统作为法律系统来描述。它对其对象的把握很不全面。因此内部描述和外部描述之间的

543

鸿沟有可能看起来比实际上更大。无论如何一种把差别作为系统区分之后果来反思的、更为复杂的社会学理论也许能够使人们理解,为什么会是这样,而且同时从外部(社会学的)描写方面提供调解方案,通过对诸如反思或自我描述等概念所作的概念性分析使我们能够理解,如果描述本身就是它自己之对象的一部分,因此仅仅通过进行描述就会改变这个对象的话,人们就不得不放弃对一种唯一正确的、切中对象的描述所抱的期望。通过在系统中产生一种该系统的理论会改变系统本身,描述的对象通过进行描述而改变,因此还可能其他的描述,而且这类描述也许很合适。这适用于从社会学角度对社会进行自我描述,也适用于从法律理论角度对法律系统进行自我描述。在两种情况中都是通过单纯的运作条件而与无法消除的、可能有的鉴定之多元性有关系,如乔纳森·波特(J. Potter)所称“分裂成各种翻版”。<sup>⑦</sup>人们至少能够对此达成一致意见,实际上这就是意味着:不存在由于绝对正确而占优势的知识的权威性。与此相反,高要求的交往转移到对观察进行观察的层面,即二阶观察的层面。这使人们有了很大的(太大的?)自由,每个人都是使用适合他自己的格式去观察别人那里引起他注意的东西。例如可以发展出社会学对法官的社会阶层或类似阶级出身之类问题的关注,这种关注可能会导致非常切中的认识,但是不能成为判决根据。<sup>⑧</sup>这只能使那位关注这个问题的社会学家感兴趣,如果人们试图把它用到政治上(在这种情况下政治会自称是“改革”),这很可能会与法院的独立性和形式上相同的通向官职的途径等法律原则相抵触。

544

最新的理论发展也许会建议跨越这个界线,可能会把理论本身当做科学系统与职能系统反思理论的结构联系形式来使用。这是以此为前提的,即能够成功做到在这个联系点上实现结构性联系的形成机制,也就是通过包括/排除可能性来疏通刺激渠道。人们很容易看到,这是一个自涉性的方法。因为结构性联系的概念从其本身来说是一个以这种方式把自己置于其中的理论概念。各个系统——在这里就是法律系统与科学系统——的分开,运作上的自成一体和职能上的自律仍然可以保持不变。像以往一样在法律系统中涉及的是维护规范性期望,而在科学系统中涉及的是探索研究。像以往一样不能从事实中直接推断出规范,在这个问题上任何隐蔽的耍花招都有可能被禁止。还像以前一样可以通过一个挑选出来的相应的概念建立一种结构性联系的机制。于是科学系统始终会面对这样一个问题,即如何与作为科学系统之研究对象的、进行自我描述的系统打交道。法律系统从其本身来说可以用有关自我参照的系统理

论——只要它能够起到正常科学的作用——所提供的思想成果来装备自己的自我反思。但是即使这样,如何进行选择,这仍然是吸收这些成果的系统自己的事情。社会学家们会为他们自己的理论做广告。但是法学家们却知道,一种产品的广告并不意味着承诺为可能出现的毛病承担责任。

因此我们要坚持,认为理论是科学系统与职能系统反思理论之间的结构性联系机制这种观念,并没有责成人们一定要接受既定的理论。虽然在结构性联系概念中存在着适用的条件,至少以此可以看到一个不是可以随意解决的问题。但是,如果人们确实能够说明存在着适合这一任务的理论机制,那么这同时也就是表示了可能还有其他的可能性。因为凡是可能的,也就可能会有另样的。

## 第八节

545

无论是前一节中所说的法律系统自我描述的形式,还是它们通过外部观察者社会学转换位置,都没有归结到我们从不同的角度触及到的问题——自相矛盾问题。自我描述本身是一种自相矛盾的冒险行为,因为它对待内部描述的态度就好像是一种外部描述在报道客观情况。但是这只不过是这一基本问题的一种表现形式。我们还看到,当人们把系统的规则用于自身的时候,系统的规则是自相矛盾的。为公正这一或然性信条而作的努力,掩盖了这是涉及一个自相矛盾的化解。这些分析不想被理解为要“解构”法律的一切原则。但是它们使人们注意到以下基本事实,即任何有关一种区分的统一性问题,或者换一种说法,任何对观察的格式进行观察的企图都会导致一种自相矛盾,即导致在两种对立立场(正当/不正当、内部/外部、相同/不相同)之间摇摆不定。这种摇摆不定既不能构成记忆,不能产生结构复杂性,也不能保证接续能力。换言之,这样法律系统就不能运作了。

另一方面,如果它想要保证自己的自律,它就必须包括对这一自律的否定和对一切支持这种自律的习惯的否定,而不是排除它。<sup>⑨</sup>或者换一种说法,它必须包括被排除的东西,并由此违反了诸如被排除的第三者的原理、禁止出现矛盾或者没有摇摆的同一性的前提等逻辑要求。对这里所发生的(如果发生了的话)重组必须用超古典的逻辑学,即戈特哈特·冈特所说的超古典的逻辑学来分析,或者我们必须对系统本身如何处理对于它来说必然是潜在事物的方式方法进行十分详细的分析;或者系统必须具有一种拒绝值,使人们可以不去作那些最基本的区分(从真理逻辑

546

角度上来说就是真与假的区分,或者从系统论角度来说就是在以系统参照为前提情况下系统与环境的区分),<sup>⑩</sup>或者我们必须承认每一种观察行动都会有一个不可避免的盲点,这个盲点尽管可以转移到另一种观察手段上,但是不可能被消除。

人们也可以由此出发来分析要在系统中表述系统之统一性的时候所绝对必要的缩减。文本只有当它们有效时才能被纳入考虑之中。论证表述手段归根结底要在教义上用文字记载下来。对公正的肯定并不在于它作为或然性信条的作用,而是作为价值。因此系统本身中的自我肯定和自我否定的循环性联系被打断了,自我否定被排除。例如系统很明白,以正当与不正当的区分为依据,是为了正当而不是为了不正当而发生的,人们应当以此为出发点。

正如雅克·德里达在谈到哲学与文字的关系时所指出的,不可缺少的东西不是作为相同等级的,而是作为附带的、作为“补充部分”而被随之带来的。<sup>⑪</sup>对称的关系被分为主要和次要的等级。虽然人们可以通过揭示其随意性的秘密来“解构”这种解决办法,但是接着人们又可以通过证明这种做法不外乎就是导致每个系统背后总是隐藏着起源或开端的自相矛盾,来解构这种解构本身。<sup>⑫</sup>所以我们宁愿把化解自相矛盾的形式表述为使自相矛盾隐形化的形式,尽管知道,系统本身是不可能这样来克服这种自相矛盾的。我们停留在一个三阶观察者的位置上,即系统的自我观察和自我描述的观察者的位置上。于是人们发现这一基本切入点(或基本步骤)——德里达所说的这种“Différences/Différance”(差异/延异)——的无逻辑性同时也就是人们从中能够看到语义的历史适应能力即符合时代性的那个点。<sup>⑬</sup>

547

一个系统的自我论证只能是自相矛盾的,又不能是自相矛盾的。但是它通过系统和环境的区分作为区分再进入系统而自救。它可以借助自己的区分重新制造出“tertium non datur”(非给予的第三者),把为了反思系统及其界线的统一性而必不可少的多值逻辑问题留给三阶观察者。但是从中得出的一切理论只对系统本身有效。

这个问题在到此为止我们所研究的自我描述的理论和本层面上已经不可能再继续探索下去了,因为自相矛盾不能被提到,不能被作为解决了一切问题来庆祝。一切自我描述的选择性和“不确切性”又作为日常行为问题重新返回系统之中。现实,尤其是法院和议会中的法律程序,与所说的、所希望的、所愿望的相差甚远。例如法院把自己工作的意义称为使用法律。而实际情况似乎完全不一样。<sup>⑭</sup>业务工作给人的印象就好像

它似乎只关心处理自己的业务,注意力完全放在日程安排和期限、案卷和干扰上。人们必须不断地干活,总是不断地有事情要做。参与者所能感觉到的总是大大有别于与自我描述相符的东西,因此在社会学对解决系统基本自相矛盾的过程进行的分析中所注意到的机制,完全不同于单纯从逻辑上和方法上抹平矛盾。

548

外行参与者会感到受挫——不仅仅当他们没有被判为有理的时候,而且也对这事情发生的过程。在司法人员与当事人之分界线的此侧系统用受挫不造成后果来帮助自己。虽然也常常发生当事人提出“上诉”的情况,但是系统可以根据具体情况来处理。而专门从事法律工作的职业人员发展出处理这一负担的另一些形式。一方面他们有更好的比较可能性,可以互相比较,因而也比较少有机会从个人情感出发,因此,在分界线的此侧有着不同的交往,以另一种方式期望得到理解。一个重要的相关范围就是工作时间和工作条件。其次人们可以把重要性的重点转移到形式上,因为在这一范围内错误特别容易引起人们的注意。讽刺挖苦、冷嘲热讽或者幽默诙谐都属于这个职业的典型武器。人们可以通过这些形式来测试理解能力。尤其是系统在这一层面上产生了不断重复出现的对更好的装备和改革的愿望,而在系统的另一侧则可能聚集着要成为无所作为承担责任的替罪羊。

化解系统自相矛盾的文本理论形式与更多是口头的或者作为行为进行交流的日常形式之间有很大差别,以至人们无法期待,在反思理论层面上的改善(社会学化)能够提供一个解决办法。在这一层面上对系统刺激的适应始终采取“理想化”的形式,对这种形式人们不能说“不是这个意思”。改革的理由也不能被说成是法律界有影响人士自己的事情,被论证为消除职业人员认知上的不一致或者一种对“系统”的批评性“态度”的表现。不如说如果认为这种差别和相应的交往层面的分开表达了系统必须“不由自主地”(akratisch,源自希腊语——译者注)运作,也就是说对自身不拥有充分的支配权力,这样似乎更加确切。<sup>109</sup>

549

## 第九节

不管优先采用哪一种表达方式作为法律系统的自我描述和对哪些区分必须做修改,有一个负面的基本条件看来是不可避免的:系统不可能预见任何一种在任何情况下都有理或被判为有理的立场。“在任何情况下”——这意味着不考虑系统的限定条件。伟大领袖、政党等这样一种

特殊地位可能会扬弃规则化和程序化的区分。可能会存在有条件限定的特殊权利、紧急状态法权、例外权利,但是不可能有一种无条件的自我豁免权。因为对于这样一种“权利”来说无法裁决,究竟它的位置应该在系统内还是在系统外。

换一种说法就是:自律不能被理解为任意妄为。它包括禁止自我豁免,以防止任意性,并且强制系统置于历史性自我规定的法则之下。

在理论争论联系中经常出现相反的观点,关键词是“决定论”(Dezisionismus),但是这种观点很容易被视为考虑不周密而遭到反驳。

## 第十二章

# 社会和社会的法律

550

### 第一节

法律系统与社会系统的关系是本书的议题。这一关系是否反照在社会的法律系统中,这曾经是一个专门章节的题目。尽管如此,当我们的思考结束时再一次就这个问题设一个专门章节。这里不是想要做一个总结性的要点概述,而是因为在此为止的调查研究中有一个问题还没有解决,即我们把什么概念作为社会的基础和这对社会与法律之间关系的分析有什么结果。我们知道,法律是在社会中运作,实现社会,在这里履行着一种社会职能,并且为了这一职能而从社会中分立出来,进行着自己特有的、自我生成的再生产。至少这里所主张的理论说明了这一点。但是除此以外人们还应该提出这样一个问题,即应该如何来理解这一切在其中发生的社会。

到目前为止还没有一种社会理论能够对这一问题给出令人满意的回答。所谓的批判理论,特别是批判法律研究运动提供了一些看法,但是它最终为了能够坚持一种替代社会的幻想而使用了站不住脚的简单化的方式方法。对此在这里我不想作进一步评论,因为紧迫的问题是:人们可以用哪一种理论来描述那个想改变很多或者改变一切的人也必须由此出发的现代社会。

我们从改变系统论的指导性范例出发,把这个任务简单化一下。如果我们把社会理解为一个包含一切社会运作的包罗万象的系统(不管人们如何理解社会运作),那么今天已经成为古典的开放系统论把社会也理解为一个具有内在的(例如控制论的)自我调节功能的开放的、有适应能力的系统。<sup>①</sup>而进化论的表述则引导人们去设想,社会能够越来越较好地适应它的环境,例如能够越来越较好地使用自然资源来改善人类的生活状况(今天当然几乎不再能够改善人的道德完美了)。科学的进步、技术、

551

面向市场的生产以及通过民主使政治更好地适应个人意见等,为此提供了有说服力的、应该通过计划来补充的依据。例如,我们今天还可以读到这样的观点:“很清楚,社会是一个力求达到一个适应其环境的、渐进过程意义上的稳定状态的开放系统。”<sup>②</sup>

从这一社会概念出发,法律就是一种为社会适应其环境服务的调节机制,不过它是处在第二位的,因为社会本身(通过市场价格、民主协商、“经验”研究)始终能够保证它自己适应环境。然后人们可以产生出关于一种当社会遇到干扰时能够重新调节社会的“后补系统”的控制论设想,<sup>③</sup>或者人类学家把法律表述为无论如何业已存在的制度的第二次制度化,即“在另一个高度上的重新制度化”。<sup>④</sup>于是法律可以直接被理解为一种被编制为能够使某种特定状态保持稳定的控制机器中的控制机器。<sup>⑤</sup>不管具体如何实施,法律始终是支持和证明一个社会,这个社会对外呈现为有适应能力的,只需要处理内部冲突,这些冲突或者从顺应道德思想潮流的角度来看可能不算什么事情,或者从批判阶级论角度来看也可能被称为结构性的。

另外一种社会概念导致了完全不同的结论。不同的概念,不同的区分,不同的观察方式,提出不同的问题。根据自我生成的一般思想,我们的基本立场是:社会系统是一个运作上自成一体的、通过自己的运作而且只通过自己的运作再生产自己本身的系统。这意味着,社会不能够通过自己的运作与它的环境相联系。社会运作即交往并不具有使系统和环境之间能够相联系的意义,它们只为准备系统继续自己的运作所需要的条件服务。同样,环境也不能够把其他类型的运作输入系统的自我生成网络之中,就好像一种化学转化或者一个细胞的复制能够像一个句子在语言交流中起作用一样。其结果是:认知不再能够被理解为系统适应能力(或适应性)的体现,进化也不再能够被理解为系统适应能力(或适应性)的改善。<sup>⑥</sup>

由此出发,社会不再能够在旧的系统论意义上被描述为有适应能力的系统。<sup>⑦</sup>它虽然进行有关它的环境问题的交流,但是它不与它的环境进行交流。在这里就像在其他方面一样,它局限于它自己的运作,而且在继续产生接续运作中只能以现实为依据。只要可以,它就这样做,并且按照应该归因于它自己的运作的复杂性程度去做。<sup>⑧</sup>它的环境可能会刺激它,或者也可能会破坏它,但是不能决定交往如何进行。恩斯特·冯·格拉泽斯费尔德(Ernst von Glasersfeld)说:“我们可以做一切不违背世界的事情。”<sup>⑨</sup>这同时也意味着,我们不可能知道什么是违背世界的。一切知识

都是有关世界的交流结果。

但是,这也迫使人们去修正迄今为止对未来的理解。自我生成不是生存保证,更谈不上是一种进步思想概念。这个概念似乎与灾难论或混乱论有着更广的联系。生命的进化创造虽然经过了好几十亿年,却表现出惊人的稳定,而且是在很不相同的环境条件下。至于这是否也对有意义的交往的进化创造适用,对此我们无法弄清。无论如何,理论构思并不排除大规模的破坏或灾难性的退化和复杂性的减少。人们已经谈到可能会毁灭地球上一切生命的灾难,<sup>⑩</sup>但同时也强调了社会内在的活力和迅速改变结构的能力。总的来说,这种理论比旧的系统论吸收了更多的经验,这些经验是从可以看到的生态危害、这种危害的不可预测性和现代社会的特殊的时间结构中得出来的。因此未来在现在已经作为风险而出现。

554

这对理解法律在现代社会中的作用有什么结果呢?

正如已经多次强调指出的那样,<sup>⑪</sup>我们必须以此为前提,即在自我生成的系统中有可能形成其他自我生成的系统。<sup>⑫</sup>不言而喻,法律系统是在社会系统内运作的。它通过不断更新交往并与一切其他东西划清界线,通过它的每一次运作也在实现着社会。但是它通过遵循法律规则,而不是遵循其他规则或任何规则化,使自己与社会内部的环境划清界线,也实现了法律系统的自我生成。分立是分立的前提,如果通过进化达到进一步的分立,系统就成为以后产生的系统的环境。正如自我生成概念所表达的,这一切只有在运作上自成一体的自己特有的工作基础上才能够达到,而不是以把一个整体分解为部分的形式来达到。<sup>⑬</sup>

也许可以说,社会容忍了这种分立,其条件是:这种分立要保持与社会系统问题的职能上的联系。关于法律具有从制度上稳定规范性(即对抗现实的)期望的功能这种说法并没有改变。<sup>⑭</sup>相反,这对我们来说是常数,据此我们可以看到把社会视为一个运作上自成一体的社会系统这种理解所产生的结果。我们记得,在区分认知(审理)性的和规范性的期望中涉及的问题是,社会是否以及在多大程度上作为愿意学习的机制建构的,它是否能够以及在多大程度上能够使它的期望适应不断出现的失望。换言之就是,结构稳定在多大程度上完全局限在推动学习之结果明确可见的界线之内,或者在多大程度上必须补充明确地不愿随波逐流的规范性期望。对于主张运作上自成一体的系统理论来说,这个问题似乎是一个纯粹内部的问题,不存在信息从环境转入系统的现象。系统只对自己的状态作出反应,当然这是通过一种内部使用的系统与环境的区分,也就

555

是通过一种因果联系的区别来完成的。接下去的问题是：有哪些结构性的预防措施能够提高或减弱系统对刺激的敏感性，在这里对刺激的敏感性应该被理解为系统的一种受结构制约的特殊状态。

556 初看起来很容易优先考虑认知性(审理性)的即有学习适应能力的期望。实际上它们在巩固世界社会中起着引领潮流的作用。<sup>⑤</sup>今天人们还可以建立各国自己的法律系统(尽管这是在保留各国内部秩序的前提下互相承认的国际联盟中,并且是在保留违法可能性条件下的“国际法”关系的情况下),但是民族的科学甚至民族的经济系统几乎已经不再能够想象了。凡是期望表现出有学习适应灵活性的地方,人们就很难逃脱社会内部的学习适应压力,也越来越难以逃脱生态方面的学习适应压力。法律是不是因此而失去其意义了呢?

对于这样一个概括性的问题,估计人们不可能给出统一的回答。有些征兆已经表明,法律的一个主要支柱机制,即对规范性期望的规范性期望正在日益失去其意义。人们不再一定会要求(如果人们确实曾经这样要求过的话<sup>⑥</sup>)某人为自己的权利而争斗。另一方面,“人权”作为一种补救纲领空前盛行,价值观也不仅仅以一种单纯的偏爱价值或者“厌恶”无价值的形式出现,而是广泛地从规范上被要求。人不仅有价值,人也应该有价值,而且应该要求他人也有价值。价值观的规范性制度化一直延伸到道德升华的苛求纲领。据此人们应该不仅把自己的价值扩展到他人的价值上(为了穷人、受歧视者、饥饿者和“第三世界”的利益),而且还要求别人也同样通过这一价值纲领互助友爱。然而,这种对规范性期望的规范性期望形式继续游离在已确立的法律形式世界之外,而且是违背法律的。正当或不正当——人道最重要。

如果这些感受和推测在经验调查中可以得到证实,这就说明在系统中实施的法又重新偏离了“活法”。但是这里的“活法”不是地方居民群体的习惯法。人们似乎不应该到田园牧歌中去寻找它,而是不如到特殊的青年文化中去寻找它,或者也可以到在此期间已经变老了的、曾经试图要求获得穿牛仔服的权利以对抗陈规旧习的年轻人的态度中去寻找。

## 第二节

看起来法律系统本身以不同的方式对表面看来是价值变化,从根本上来说却是一个持续时间长得多、不仅仅由一代人所能决定的发展趋势作出了反应。如果我们把规范性功能的稳定(没有稳定性法律就不成其

为法律了)作为尺度,那么显示出来的是一个可以称之为规范效力暂时化的趋势。规范和体现规范的效力不再根植于宗教或自然或某种稳定的社会结构之中,而是被体会和被作为时代的投影。它们是“暂时”有效的。因此它们不仅被体验为是或然的,而且也被感觉为是认知性的。当然这并不像认知/规范之区分的批评者所认为的那样<sup>①7</sup>意味着这种区分本身不时兴了,或者在经验性研究中站不住脚了。谈不上是法律通过改变规范,对偏离行为的单纯事实本身和这一现象的频繁出现作出反应,也不存在任何负责作这种决定并且能够执行相应程序的机构。这仅仅意味着,规范是用对现实的假想来装备的,这些假想有可能在法律系统本身中被证明是错误的,或者由于情况改变而变得不适应。鉴于科学技术发展的活力,鉴于在医药药品和医疗器材技术领域中对生命有重要意义的创新,鉴于自动化数据处理的推广,鉴于培训与可以保护人们不被解雇的知识之职业上终身受用性之间的矛盾日益扩大,鉴于在经济系统中以及在“私人”领域里的某些变化,例如个人的社会地位取决于他的职位升迁,上述情况表现得尤其明显。

在这样一个动态的社会中被载入法律的期望也在不断变化。随着社会本身越来越成为那些以前被作为个人命运而接受、至多只能作为宗教议题的问题的原因,人们越来越要求社会采取预防性措施,帮助消除和补偿个人所遭到的不同损害。应该对此负责的除了政治系统以外首先是法律系统。<sup>①8</sup>另一方面由于同样的原因,要求以毋庸置疑的因而持久稳定的价值或原则为依据这种意义上的“合法性确认”,今天已经变得越来越困难了。即使那些试图坚守合法性确认术语,因而也坚持法律效力之超实证基础的人,在此期间也把他们的期望局限于诉讼程序,把合法性确认问题也完全诉讼程序化了,<sup>①9</sup>也就是说变得有时间性的了!像所有的实证主义者一样,理性实证主义者也不得不在现实的当下保证未来,并因此抱着这样的假设在工作,即坚守某些特定的诉讼程序标准,有可能在某个时刻会产生合乎理性的对结果的一致意见。人们可以推测,这也不过是一种暂时性的观点,它本身要经受时间的考验,也就是说经受以下问题的考验,即如果诉讼程序确实已经建立并得到贯彻,它们是否就能够满足人们寄予它们的期望,或者人们在这里是否也靠对现实可能性的假设来工作,这种假设虽然在哈贝马斯所概述过的“实验室条件”下也许能够起作用,但在不是在真实的、受组织和人的因素制约的现实中有有效。现在已经出现了要求回归到以前被坚决反对的坚守法规的征兆,在这里依据一种法律虚构来执行法治国家的诉讼程序成为法律合法性确认的根据。

总而言之,现代社会的法律不得不在不确定的未来的情况下运作,而恰恰在这里表现出了法律对社会的依附性。<sup>②1</sup>不仅自然参数,凡是涉及社会的就不能被视为恒定不变的(尽管人们当然可以把太阳会长期当空照耀作为基础),而且价值只要对判决起指导思想作用,也就是说作为冲突规定起作用,就不能投影到未来。一切未来都是呈现在(或多或少)可能的和(或多或少)不可能的事物的媒介之中。而这意味着对未来的估计会产生分歧,<sup>②2</sup>也不再有人可以作为精神支柱的诸如“拯救史”、“进步”或“世界末日”之类的指导思想。

正因为如此,而且因为这一问题变得越来越突出,规范性期望和对这种期望的法律保证依然保持着它们的意义。人们依然坚持各个时期当下的交往必须有明确目标,而且有赖于能够确认,哪些期望可以通过法律来满足,哪些期望不能;依然坚持法律就是要保护特别突出的期望,即要对抗现实,稳定对未来的设计;依然坚持在遇到以前曾经依靠现行法律处理过的情况时要坚持保护可信性这一总原则;依然坚持对为了改变法律状况而利用效力标志——或者以合同形式,或者以法律形式——应该有特殊要求。当然有一个问题变得越来越尖锐了,这个问题可以通过区分当下的未来和未来的当下来表述。法律本身不再可能是一旦有效永远有效这一意义上的恒久。凡是要依靠法律的人虽然可以指望得到对付抵抗和失望的支持,但是不能指望法律本身永不变化地持续有效。从这一意义上产生了一种扩大了维持治安条文法。凡是结婚的人必须考虑到离婚法和有关离婚后果的法律规定会改变。凡是进行长期投资的人不能以为,在折旧期限内税法、环保法等会一直保持像他在作出决定的时候所有有效的那样不变。因此人们必须对他所依靠的法律会改变这样的情况作出相应的考虑。在修改法律的时候也必须考虑到不仅要避免形式上的反作用,而且还要加强对那些由于修改法律而特别受影响的人的保护。

此外,这个问题也不是那么新。以前在征用权视角下就曾经讨论过,例如某人在交通繁忙的马路边上建立一个加油站,如果马路改道了,他是否可以要求赔偿。这类问题现在只可能越来越多,而且首先是出现在不是事实状况发生问题,而是法律状况发生问题的案例中。假如法律改变不是通过可能会对这些问题加以考虑的立法程序,而是通过不大可能在具体案件判决中考虑到这些问题的最高法院的指导性法律判决来进行,这个问题就会变得更加具有爆炸性。

因此,从这些思考中得出的结论是,法律系统内部的交往必须更加注意法律的内在风险。风险问题不仅仅以这样的方式出现,即法律把风险

行为判断为合法或违法。当然这这也是一个已经在很多领域内曾经导致过而且还将会导致法律变动的问题。这里越来越涉及要使责任受风险监督可能性责任的约束,以抵制对裁决者来说典型的“对监督的幻想”。但是有一个远远超出这一范围的问题,这就是法律是否能够以及如何能够接受它自己的风险。这个问题直接与法律系统的分立、运作上自成一体和职能专门化相联系。在这个方面法律系统是社会系统的反照。由于社会是有风险的,所以法律系统本身也有风险。或者更具体地说就是:法律系统必须把自己作为有风险的来进行观察和描述,因为这对现代社会来说是绝对适合的。

561

在系统论思想体系中风险概念取代了适应概念,不仅在社会整个系统层面上如此,而且在社会的职能系统层面上也是如此。实行了长达几十年之久的福利国家政策,其结果对法律系统的结构变化趋势也起了参与决定作用。它们被记载在法律之中。它们既表现在立法任务的不确定性上,也表现在法院(尤其是宪法法院)在考虑被视为似乎有理的社会评价时候的独断专行上。总的来说人们越来越多地把假设的后果用作法律裁决的标准。但是从效果上来看——例如从人们对社会的满意度意义上来讲——这并没有起到法律系统适应其社会环境的作用,更谈不上起到支持社会系统适应其环境的作用了。毋宁说要求与现实之间的距离越来越大,同时对政治所煽起的希望之失望也越来越大。<sup>②</sup>经济通过其面向市场的生产对平衡不公平现象所作的贡献可能比被政治朝这一方向逼迫的法律要大。

但是,现在所有这一切都陷入在规范网络高度的时间性的不稳定性视角之下。如果社会本身把它的未来理解为取决于决策的风险,那么法律就不可能保证安全。只不过在法律系统中风险采取了一种法律特有的形式。从外部参照的视角来看,也就是涉及利益,判决行为的风险和由此产生的对他人的危险成了同样突出的法律问题。从自我参照视角来看,也就是涉及概念,法律必须反映自己的风险。这并不是简单地意味着要承受自己的不可靠性,而是涉及要找到在风险和危险的视角下与法律系统的自我生成、与它的专门的职能、与它的规则化的特点相结合的法律形式。

562

从现实主义观点出发人们很快就清楚地看到,这样一种发展不可能通过根据新的原则制定一个总体计划的办法来实现,也不可能以把已经被证明的法律编集成法典的形式来实现。表现出来的是对具体问题的研究,“有不断增长趋势”的、很大程度上取决于偶然性的、毋宁说是非系统

性的、力求按照在政治推动的基础上或者在法律判决中问题出现的程度来解决问题的处理方式。当应该产生与社会相适应的法律概念的时候,<sup>②</sup>就通过对解决问题的办法进行再三测试,找出现代社会法律系统可能有的固有价值途径来实现。

尽管我们不谈原则,但是利用法律理论的讨论层面来加强对法律系统自我描述中时间维度的注意,这仍然是有意义的。在这一视角下我们可以把前面研究过的最重要的成果再一次总结为以下几点。

563 (1) 法律作为规范性稳定行为期望的功能可以与时间连接带来的社会代价的普遍问题相联系,而这种联系不一定在规范文本中出现,因此不一定要干扰对规范文本的解释。但是人们只有在看到期望的一切时间上的延展都会加重其未来因此而受限制的那些人的负担的时候,才会找到根据规范文本进行讨论的论证理由和合法性确认问题的根子。那么,尽管人们不能预见情况的发展和动机,却试图确定违法者为违法者,这难道不是一个普遍性的、一切法律的根本风险吗?

(2) 我们把法律效力概念从静态和相对稳定转向了动态。法律效力是一个循环性的标志,法律系统以此来标志自己瞬间的状态。如果效力状况在这方面或另一方面应该有所改变的话,就必须以此作为出发点。从中还产生了法律实证性概念,这一概念在某种程度上是表述与法律变化条件的特点相对立的价值。只要法律状况没有改变,人们就可以以此为出发点,甚至有充分的理由,这就是因为它们可以改变但是显然到目前为止还没有改变。禁止改变法律有可能会产生一种过高的压力,这种压力最终可能会通过暴力手段来开辟道路。从革命中学习走上了法律实证化和政治民主化的道路。

(3) 对后果进行判断的判决标准也把法律效力转移到时间之中,也就是转移到未来。这有双重意义,一方面作为对评判稳定性的假设,另一方面鉴于后果之出现的可能性/不可能性。在后面这个方面法律系统当时缺少风险意识。这可能由于时间问题一般总是被低估,但也可能由于司法人员的判决书当然不提供表达不可靠性和风险意识的机会,司法人员学到的就是只生产他为说明他的判决理由所需要的信息。因此,很可能他们被忠告,在判决程序层面上不要对后果预见预先提出太高的要求。因为法律系统要因此承担风险,而在风险估计方面它却既没有方法也没有程序可供支配。

564 (4) 所有这一切最终都会对理解法律所特有的合理性产生影响。在法律系统本身中人们传统上把合理性理解为立法者的合理性,<sup>③</sup>但今天

不如说是理解为理智性,而把理智性理解为判决的可论证性<sup>②</sup>——或者与原则相联系(德沃金),或者与文化智慧相联系(帕森斯),或者最终与非强制性达成的一致意见相联系(哈贝马斯)。这使按照(始终很明确的)理由说明该得出什么结论这个问题完全处于悬而未决状态。如果把时间维度纳入考虑范围,就会清楚地看到复杂性之暂时化的优点,<sup>③</sup>于是合理性就可以被理解为可限制的可能性的增多,理解为随着受时间制约的判决限制增多判决活动余地也在扩大。

以上论述同时也说明了,为什么要阻止法律系统在规范文本中适当表达内在风险。与它的规范性功能相应的是要求判决基础具有可靠性。规范文本必须在与这一功能相符中才可以被解释使用。法律系统的一切反思成果都以规范文本为出发点。内在风险以这种方式被“外化”。外部描述可以对这一现象进行观察——但不能加以指责。

尽管如此,人们还是可以把“理论”抽象层面设想为一种把在这里被称为“法律理论”的法律系统反思成果与科学系统理论成果相结合的结构联系机制。对于科学系统来说,从中产生了有刺激作用的经验,即法律系统的工作是有内在活力的,无论如何它不是“应用科学”意义上的工作(不管人们在德国特有的法学思维传统中认为什么是科学)。在科学中回答这个问题的是自我生成的系统理论,或者更确切地说是:把现代社会的职能区分描述为独立地、自我生成地进行自我再生产的职能系统的继续。自我观察和自我描述的系统的实际状态限制了(如果人们不能在经验层面上对此提出异议并且进行反驳的话)科学系统理论的可能性。正因为如此,其抱负是成为一种现代社会理论的社会学理论,不可能期望它的研究成果会被视为法律上举足轻重,仿佛可以作为现行法之基础而载入史册。对于以现行法的规范为其出发点的法律系统的自我描述来说,社会学社会理论连同它对职能系统所作的专门研究也没有提供任何可取的知识成果,但是它可能提供了刺激。因为人们也许自己会想到,法律系统在自然法的、先验的或逻辑公理的基础本身崩溃以后,可能会去关注寻找社会理论的前提。

565

### 第三节

如果我们视法律系统为把未知的未来纳入社会之中并约束未来的方式和方法,那么也可以把它理解为社会的“免疫系统”。这里也像在“自我生成”中那样(并且在与此紧密联系中)涉及一个事实,这个事实最初

是生物学家发现的,但具有更为普遍的意义。也就是说我们用类推法进行论证,而且也不是单纯从比喻角度使用这一概念,而是涉及以运作上自成一体和结构性联系的形式把建构自己的复杂性建立在减少环境复杂性之上的那些系统中的一个非常普遍的问题。每当这个问题发生的时候,一个系统不可能把它的抵御干扰建立在对干扰的预见之上。它不可能逐个对应地准备应付措施。这将会把一个无法承受的环境复杂性程度反射到系统之中。无论从正面还是从负面来说,系统与环境之间逐点对应关系都是不可能的,因为这样做会把系统与环境的区别归结为一种反射关系。免疫系统总的说来是弥补“必要的多样性”之缺少。<sup>⑳</sup>

免疫系统不必了解环境。它只记载内部的冲突,并且在逐个案件中出现的冲突发展出可以普遍适用的解决办法,也就是说为将来的案件准备充裕的潜力。它不去探索环境,而是自己概括经验,这些经验为他指示未知的干扰来源。在这里系统依靠特殊的、高选择性的结构性联系,这些联系能够使它不去注意其他一切,不排除干扰作为破坏、作为世界末日出现的可能性。只有在(从整体来看很窄的)结构性联系的领域内才发展出一个独立的、拦截和消除意外干扰的免疫系统。交往系统即社会依靠起参与作用的意识,在正常情况下意识伴随交往,感受交往,激发机体作出相应的感觉参与,充分回忆交往过的内容或者为了交往的目的假设他人的回忆。同样很正常的是,在交往中会出现与作为前提的或者(这已经变得更棘手了)已表述的期望相矛盾的表述。当出现以不回来回答不的情况时,为了干预交往人们发展出了这种插曲,因为这会造成停留在说不和通过继续交往还会加强双方说不出的企图。在这种情况下我们就说是冲突<sup>㉑</sup>(用另一个合适的词就是“争端”)。因此,冲突始终是社会中的系统,衍生的系统,这种系统有赖于社会建立了结构(期望),并且能够与结构相一致地、但也是不断革新、最终也是以冲突形式继续这些结构的自我生成。但是不存在与社会的冲突,不存在与社会的争端。<sup>㉒</sup>

免疫系统不是为纠正错误服务的,而是为减少结构性风险服务的。它不是追求一个无危害的理智实践的理想。它并不具有消除对正确事物之错误观点的功能,否则这个任务似乎很快就得到解决了(不管以什么为标准);它使社会系统能够对付由结构所决定的不断再生产冲突的风险。对一个免疫系统的需要不是对环境不适应的结果,而是放弃适应的结果。

同样适用于免疫系统理论的还有:法律从冲突原因中学习,没有冲突法律就不会产生、更新或者被遗忘。这里也可以涉及对抗法律本身的冲

突——例如由于国家调节而产生的冲突。无论如何法律不是像以前人们所想象的那样产生于事物的本性或者人的本性,而是在寻找解决冲突的办法中一旦这些解决办法不仅仅是临时性(ad hoc)的(也包括使用暴力),而是应该对不止一个案件有效的时候,法律就由此产生并且不断发展。免疫反应使用的是规范性法规的时间连接效应。因此,法规形成也就是一种具有在案件中所获得的特殊性的抗体形成。如果社会的免疫系统不被需要,它也就不会去学习,也不会去培育与干扰情况相适应的机制。也可以说免疫系统储存了一部系统自己的历史;但是它并没有使系统去适应它的环境。起因和抵御之间没有“相似性”。相反,法律规定并不是一种冲突。如果它们成了继续冲突的起因——这对于法律系统来说是很典型的现象——就会产生新的规定或者至少会产生新的写成文本的对规定的解释。

568

一种发达的法律免疫学是以法律这个免疫系统的自成一体性和自我生成的再生产为前提的。唯有如此人们才能够理解,在这个免疫系统内部产生了一个始终是历史性的、自我调节的、同时又是连续不断的发展。<sup>⑩</sup>尤其由于这种必要的关闭以及也为了阻止系统过分的自发侵犯,把法律与政治相区分是很重要的。其他的理论前提肯定得出了这样的结论,即免疫反应在周围环境中迷失了自我。这可能意味着:系统不能够自动学习。这并不排除系统与环境(法律和社会及其环境)之间的因果关系,而是以这种因果关系为前提,对这一点似乎不必再一次强调了。

## 第四节

社会与法律之间的社会联系在现代条件下出现了矛盾,对这种矛盾人们至今分析甚少,理解就更少了。也许最主要的问题在于还在继续不断增长的对个人自决权的要求,在这些要求方面古典自由主义的形式手段看来是失败了。人们越来越清楚地看到,虽然人们可以遵守每一个法令,但不可能遵守所有的法令。如果生活应该意味着按照个人自决的尺度来生活,那么违法已成了生活必然。这里所涉及的绝对不再仅仅是古典的不可避免的法盲问题。像偷税漏税或者打黑工等现象不过是不违法就不行这一事实的显示器——虽然并非对每个人来说是如此(也因为并不是所有人都必须工作或者交税),但对许多人来说是如此。如果法律要在哪里得到贯彻,就会有经济部门崩溃。尤其是如果官僚机构的执法规划得到贯彻的话,将有许多个人自我实现的可能性被扼杀。没有

569

黑工,房主就不能履行他们对其房客的义务;没有走私,在意大利海滩城市会有成千上万失业者;没有“选票兜售”,在农村地区或泰国贫民区就不可能有人参加竞选。<sup>④</sup>正如人们所知,遵法守法是工会的罢工纲领,而违法在组织中却常常被视为唯一有意义的工作行为。<sup>⑤</sup>更有效的刑事追诉使监狱陷入困境。<sup>⑥</sup>不仅警察局而且很多治安职业面临着这样的问题,即严格遵守法律大大限制了他们的工作效率,并且有可能会为不作为而道歉。在实践中行使“赦免权”的不是国家首脑,而是警察局。法律可能会延误一些重要的行动,以至于作为与不作为没有什么区别。尤其如果要期待人们普遍能够遵法守法,那么在社会中被高度评价的个人主义(解放、自我实现等)就不可能得到贯彻。这里根本还没有谈到遵法守法对个人的破坏性副作用,尤其是作为遵法守法的后果而出现的丧失勇气、消极被动、缺乏积极主动性等现象。

570

当然,对这些理由不能评价过高。不言而喻,这并不是意味着,今天只有当刑事犯才有生活机会。常常一种“积极的解释”,对虽然不是“占统治地位的”但是“可行的”法律意见的认同就会有所帮助。但是以下事实也许应该得到更多的注意,即社会所崇尚的个人层面的以及职能系统(包括法律本身)层面上的完美目标已不再是不违法就能达到的了。换言之就是,社会也利用法律来反对自己。

这个问题用古典自由主义的法律理论手段已经不可能解决,甚至不能得到相应的理解,这一点已经表现得很清楚了。法律中把“主体权利”这一法律形式作为放宽任意性的手段已经不再足以起到纠正作用,即使把法律允许权利拥有者接受自己的权利受损害这一点考虑在内也不起作用。把法律的功能规定为保证自由的手段,就像所有的功能规定一样,这几乎没有任何解释价值。这也同样适用于我们马上要谈到的人权,人权从其本身来说已经几乎不再由个人支配,因而也不再能够被理解为主体权利了。诚然,人权是现代个人主义的一个产物,但是法律中的可以不服从也同样是另一个重要产物。

如果我们更进一步注意这个问题,就会明白地区差别的一个重要原因。法律的实证性一面,也就是说各种“法律文化”之间在规范和解释方式上的区别还不足以进行一种社会学的法律比较。至少在社会学家看来,因结构而造成的违法这个问题中存在着更大的信息价值。违法作为不同的社会状况——例如福利国家的问题、组织依附性的问题、地方经济受通货膨胀制约的问题或者看起来越来越严重的个人缺乏社会积极性的问题等——的显示器有其内在的逻辑性。

人们开始转向对由本身原因而引起的违法现象的重视,这在以下观念中表现得很清楚,即人们必须通过二元规则化(而不是通过法律本身的完美状态)来使法律同一化。但是这种转向也是很有意义的,否则由于违法现象规模惊人之大和地区差别悬殊,人们几乎不再能够谈论作为世界社会一个职能系统的世界统一的法律系统了。对于这个问题在下一节中再详细论述。

571

## 第五节

不管人们愿意用哪一种社会概念,不管是用传统的自给自足闭关自守的概念,也就是在人的完美的生活(幸福)所必要的条件中的闭关自守概念,还是用交往运作自成一体性概念,毋庸置疑,在今天的情况中仅仅还存在一个唯一的社会系统:世界社会。虽然只要还没有人表述出一种有充分说服力的社会理论,这个概念的轮廓还很不清楚,<sup>④</sup>但是这不是宁愿去用比这一概念不确定得多的“国际系统”概念的理由。“国际系统”概念既没有说清楚什么是“国”,也没有讲明白如何理解“际”。既然多数社会学家反对给这个全球系统冠以“社会”的头衔,<sup>⑤</sup>那么就更不可能把民族系统(如果在这里系统概念还适用的话)称做社会系统了。<sup>⑥</sup>如果撇开对这个问题来说不合适的国界不谈,那么对于民族系统来说缺少任何划分界线的标准。

无论在地区性范围内还是在世界社会范围内,关键都不是生活条件的相似性,否则曼哈顿就不是一个社会了。对我们的目的起决定性作用的是交往的循环性联网。作为其前提的是语言的可译性,此外还有大众媒体以及“个人”通讯网在世界范围的交流;还有科学系统中认知方面努力的趋同,不管形成什么样的区域性重点或区域文化的特殊兴趣;还有建立在贷款基础上的世界经济连同它的主要产品的世界市场;还有由于现代战争造成的生态后果以一种强制性的预防措施和干预的逻辑把各国置入了解不开割不断的相互依赖关系之中的世界政治系统。<sup>⑦</sup>越来越广泛的关于工业国对周边国家进行后殖民主义剥削的控诉,以依附性或边缘化为标题的理论,这一切不管人们对它们的内容如何看,都是赞同而不是反对世界社会的证明。一切职能系统都是在世界范围内互相交织,对这一点似乎已经是无可争议的了。

572

世界社会,只要是涉及系统划分,首先都是以职能区分为特点的。它的经济不能通过政治来控制,<sup>⑧</sup>经济虽然可以促进科学,但不能使它得出

573 在科学上能够站得住的结果。最近几十年惊人的宗教复苏(就像在新教改革时期一样)可以被政治利用,但是不可能作为政治来实施。但是职能区分绝对不是意味着各地区发展均衡,更谈不上进化一致了。如果人们必须以职能系统是运作上自成一体、自我生成的系统这一点为基本出发点,那么就可以期待,它们之间的相互作用按照各自的基本条件和世界形势的发展会得出完全不同的结论。系统论(包括它的数学变数)的认识在这里也同样适用:干扰和系统遭破坏按照其发展的历史轨道,按照正(负)反馈以及按照地区特点会造成很不相同的影响。在一个按职能区分的社会中的一切都与一个具有内在稳定保证的、和谐的社会不一样。

世界社会的法律系统在许多视角点下形成一种特殊性。虽然在这里也建立了一个世界范围的职能系统,<sup>③</sup>在这一系统中所有地区人们都可以把法律问题与其他问题相区分;在这里存在着把一种法律制度翻译成另一种法律制度的规定,尤其在国际私法形式中,正常情况下当人们进入另一个陌生地区时,不必担心会被作为不受法律保护的外人对待。<sup>④</sup>也不必像中世期鼎盛时期的商人那样,担心在国外会被迫为其同乡的欠债承担责任。还有法律原则十分相同也导致了在不同法律制度下的机构也比人们最初可能推测的更为相似。有立法,有刑法与民法的区别,有财产权,有合同,有法庭诉讼程序,等等。但是尽管有这些主要是形式上的联系和一致性,我们也不能忽视地球上个别地区之间有着很大的差异。对法律社会学家提出的问题就是:应该如何来描述和理解这些差异。世界社会虽然没有中央立法和司法管辖权,但也有一个法律制度,这一点现在似乎已经是毋庸置疑的了。<sup>④</sup>

574 世界社会法律系统最重要的显示器之一就是:对侵犯人权的现象越来越重视。<sup>②</sup>(近代意义上的)人权理念是在旧欧洲自然法的崩溃以及与社会契约思想紧密联系中产生的。<sup>③</sup>一直到18世纪,“契约”始终是化解自然权利之自相矛盾,即自然权利本身没有例外从而证明自己是荒谬的这一自相矛盾的形式。<sup>④</sup>但是这个自相矛盾由此只是被转移了,重现在契约结构中。因为现在论证契约有约束力这一规则的契约效力只能得到自相矛盾的论证。然而,这恰恰是这一结构比旧的自然法优越的地方,因为契约效力现在必须建立在人们在契约中放弃了自然权利这一基础之上。<sup>⑤</sup>随着通过社会契约论——是 *pactum unionis* (联盟协定) 意义上的契约,不仅仅是 *pactum subiectionis* (隶属协定) 意义上的契约——解决了社会秩序的依据问题,人们可以给签订契约的个人追赋以自然权利,于是就只留下规定在民事状态中这些权利的形式问题了。普芬道夫想把关于自

然状态基本状况的各种不同观念(格劳秀斯、霍布斯、斯宾诺莎)统一起来的尝试,得出了促使自然的(但不一定是非社会的)人权获得突破性胜利的表述。由此传统的区分才受到攻击,或者被表述为仅仅是民法的产物。例如现在已经不再像在贵族社会传统中那样区分为有“尊严”(dignitas)和无“尊严”的人,而是人的尊严是每个人固有的,因此这也是对民法区分工作的一个限制。<sup>④6</sup>

随着18世纪下半叶在历史意识深入发展的进程中对这种契约结构的批评和否定,人们认为解决问题的答案应该到那些转交给国家的个人权利的文本化和实证化中去寻找——或者到特殊的《权利宣言》(《Bills of Rights》)中,到公告或者最终到宪法法律本身中去寻找。<sup>④7</sup>这一答案今天也失去了它的说服力。它的问题在于,它把所谓的超实在法当做实在法来实行,这种做法通过文本形式的解释基础具有的优点也只能得到很不充分的说明。而它的缺点首先是,整个文本形式的效力机器要搬到世界社会法律系统层面上只能是非常费力而且很不够的。国家法或者在国家契约基础上的法律仍旧存在。因此各个国家被赋予了尊重它们自己领土上的人权的政治责任,权利本身作为对国家的立法和执法的要求而出现。

576

不缺少文本、公约、决议,<sup>④8</sup>也不缺少文献中正面的意见表述。关于普遍主义者和相对主义者之分歧的详细讨论没有使任何人对抵制国家任意妄为的最终的法律保护所具有的意义有争议。<sup>④9</sup>实际上这种理念在欧洲是与现代领土主权国家的形成同时产生的,而随着把政治系统的国家形式扩展到世界范围,这一差别——不一定是受时间制约的自然法的依据表述方式——毋宁说变得比在立宪制之前欧洲文化上比较统一的情况中更为紧迫。正是在世界范围内事实证明了,把政治系统分散为区域国家,以便它能够更好地适应地方上的情况和利用一致意见的机会,这是多么的有意义。但同时也证明了,把法律系统留给地区政治过程的任意妄为又是多么的让人无法容忍。最初随着现代国家在欧洲的形成而体验到的政治与法律的差别在扩大,而且采取了一种已有明显变化的形式。

577

在这种情况下,人权法看起来几乎从效力基础的明确性和相应的文本的精确性中已经得不到任何好处,但是也许还能从明显破坏法律的现象中得益。鉴于各种类型恐怖活动的存在,继续讨论已成为多余。<sup>⑤0</sup>当时人们不可能确切地知道,这是以哪些规范尤其是以哪些文本为基础。<sup>⑤1</sup>市民社会及其宪法权利的自由传统还在继续。诸如自由和平等之类的基本权利还像以往一样得到承认,但同时人们却知道,它们在法律上可以有

么大的变动，<sup>53</sup>而与事实情况又是多么的不相符合。我们在上面已经说过，<sup>53</sup>它们是为通过把自我参照引入系统之中而产生并化解一种系统的自相矛盾服务的，因此只有作为实在法才获得了可实行的意义。凡是在这一自由传统被超越的地方——这一问题今天在“集体权利”领域，特别是民族、人种和在其他人种地区中生活的人种的独立和自决权领域中表现得非常突出——人们陷入了一个情况不明的领地，在这里暴力似乎又在起着最高法庭的作用。

578 这种极其令人不满的状况的一个原因，可能在于第二次世界大战以后向福利国家的发展把人权表述也拉进了它的漩涡之中。今天人们越来越把人权不仅仅理解为防卫权，而且理解为供养权，特别是在供给明显不足的情况下。为此提供基础的是一种人类学思想，这种思想认为一般的人（即撇开了地区或文化差别的人）是一种部分由物质需要和利益、部分由包括对个性发展和自我实现的关心在内的精神需要和利益构成的复合体。<sup>54</sup>因此物质供应和生活机会的悬殊可以被视为“典型的不公正的体验”，并且可以被视为界线划分标准问题的基点。<sup>55</sup>但是在这一扩大化中存在着讨论大泛滥和意识形态化的危险。<sup>56</sup>另一个问题就是，作为社会福利享受者，被考虑的不再是严格意义上的权利受伤害者，而是那些本来也许能够提供帮助的人。人权问题与社会福利工作和发展援助方面的巨大亏缺相互交织。经济（预防措施）与社会救济（补救措施）之间的差距由于地区差别悬殊已经不再能够贯彻到明确可行的法律要求中去。通货膨胀毁掉了符号性媒介的价值。当人权到处不受重视已被视为司空见惯的现象时，确实明显的、令人愤慨的、对绝对应该保护的领地——人的尊严——的严重侵犯也就不再引起人们注意了。<sup>57</sup>

579 鉴于这个问题，人们的注意力似乎转移到了世界范围内十分明显的侵犯人权现象——受国家保护的杀人灭口、强制性驱逐出境和驱逐、在国家机关知情或保护下违法性的杀人、迫害、严刑逼供。于是，运转良好的法治国家的保证从其本身来说是在职能上承认人权的对应机制，在法律技术上则使承认人权几乎成了多余。<sup>58</sup>只有在法治国家不能得到保证，国家软弱无能或者不愿意通过正常的法治国家手段消除侵犯人权现象的地方，才被理解为侵犯人权。由于侵犯人权现象范围很广，也许可以说在多数国家中都已司空见惯，所以问题首先不是在于文本表述的明确性，以便使人们能够在合法与违法之间作出裁决，而是只要注意那些最严重的事件就行了。而且与近代古典法学思想相比问题发生了转变。一方面以国家的（如以宪法形式出现的）实在法为依据已经不够了，因为实在法也可

以被用来掩盖侵犯人权现象,或者——例如在(1992年)美国联邦最高法院对马缙英(Alvarez Marchain)案件的判决中——使得违反国际法的绑架成为可能。<sup>⑤9</sup>另一方面把权利理解为主体权利,以便把是否使权利有效的决定权留给个人自己这种做法也已经不再能够解决问题了,因为在现实政治状况下人们常常不可能自由地作决定。<sup>⑥0</sup>因此不难理解,对世界法律系统的构思不应该从权利角度出发,而是从义务角度出发。最后还有国际制裁也是一个问题。个别国家,譬如美国,作为法官和国际制裁权力而出现(尽管他们自己拒绝服从美国国内人权法庭<sup>⑥1</sup>),这种现象已经不再能够被人们接受了。毋宁说应该考虑到对这个问题的关注越来越国际化,也许还应该考虑与发展政策性援助相联系,来加强对这个问题的重视。“冷战”结束后人们以为看到了这方面的新的前景。

580

只有涉及人的尊严的时候才能够谈得上明显的违法。对也被视为人权的自由权和平等权的限制是非常正常和非常必要的,因此必须允许国家法律制度有一个高度的自由活动空间(通过“法律上的保留”)。从根本上来讲,这里并不涉及一种准则(一种理念、一种价值)的统一性问题,而是涉及自由/限制和平等/不平等区分形式的自相矛盾,这些自相矛盾在各个法律制度中可以通过很不相同的方式来化解。或者换一种说法:这里涉及的是在不可确定性方面趋于一致的未来视角。尽管如此,这里似乎也有一种贯穿于世界范围的特殊的敏感性。这种敏感性我们可以从下列情况中看出,在这些情况中角色的不对称是通过外部参照而规定的,并且被视为是不可逆转的。<sup>⑥2</sup>这一点尤其适用于当种族被用来作为角色划分的因素(尤其是作为划分生与死或者饥饿与饱食的视角点)的时候。从发展趋势来看,受宗教或者意识形态影响的系统中也存在这样的倾向,即用角色本身无法支配的因素来决定各角色应有机会的分配。按照现代的观点,只有职能系统中才能够被接受的角色不对称(医生/病人,生产者/消费者,与法官关系中的原告/被告等)通过一种外部参照被普遍化,以至产生了渗透到各个不同职能系统的结构性歧视。在现代观点下,这种不光彩的现象主要不是由具体事件所决定,而是由结构决定的。所以愤慨和干预的理由很难识别,也很难与其他理由划清界线。但是看起来至少种族的视角点已经明确地被视为违反人权的了。

581

以上关于人权信条发展的概述表明,这里始终涉及的是化解一个基本的自相矛盾,这个自相矛盾的历史规定性在于个人与法律的关系问题。社会契约论赋予这个自相矛盾一种循环形式:缔约的个人受契约的约束,这只能从契约本身中得到解释。自然法理论也是循环性的,因为只有有

人们愿意对受到伤害提出起诉并且形成一种相应的规范的情况下,人们才会把人的本性作为依据。超实在法需要实证化,这是一个公开的自相矛盾,这个矛盾即使用单纯从书面文本的好处角度进行的实用主义考虑也很难掩盖。当然,如果人们说权利只有通过被伤害和相应地表示愤慨(杜尔凯姆的愤怒宣言)才能得到实现,这也是一种自相矛盾。但是也许在当今天怪陆离的世界状况中和鉴于古典的国家秩序重要意义的丧失,恰恰这种自相矛盾是符合时代潮流的自相矛盾。但是如果一切有关依据的设想最终都归结为一个自相矛盾,那么关于欧洲特殊的传统思想财富之影响力的讨论也就此结束了。人们也许会期待,世界社会由于实在让人无法忍受可以先让人骂个够,然后构思一个取决于地区性传统和区域国家政治利益的法律规范草图。

总而言之,世界法律的这种更新不会消除地区性不同的法律发展。其最重要的原因之一就是世界政治系统再一次分散为“国家”,即具体化为能够作出有集体约束力决定的国家组织的政治系统。其后果是通过宪法实现的政治系统和法律系统的结构性联系在世界社会层面上没有相应的机制。但是仅仅这一点还不能说明,为什么会地区之间差别如此悬殊的发展,甚至会导致以法律为依据的作用能力和分立成为问题。

可以推测,根本问题在于不能充分地把广大民众纳入到职能系统的交往之中,或者换言之:在于包括在内与排除在外的明显差别,这一差别虽然是由于职能区分造成的,但其结果却与职能区分不能相容并且会把它葬送。<sup>③</sup>社会学家们由于缺少其他思想概念,倾向于把这种情况即使不是表述为(受国际支持的)“阶级统治”,也称为明显的社会阶层区分。但是这些概念让人们注意到一种被承认或被接受的、被视为(尽管极不相同的)包容制(Ordnung der Inklusion)的社会制度。<sup>④</sup>人们想到家庭及其(包括隶属人员在内的)家庭全体成员的等级秩序,或者19世纪作为阶级统治模式的工厂组织。包括在内与排除在外的明显差别有着更为严重得多的后果。因为在职能区分体制下每一个职能系统都自己并且为自己调节社会的包容性。旧的阶层区分制度残余中所剩的东西只能按照包括在内/排除在外来区分。随着城市化迅速发展以及一切曾经存在于某种没有货币的、自给自足状态中的安全性被剥夺,问题变得更加尖锐。利益相关者依赖于货币经济,而又不能够对其起值得一提的参与作用。自然经济的自给自足不得被刑事犯罪或参加黑手党社会所替代。

当然,不能说在这种情况下法律已经不存在(从来不存在没有法律的社会),也不能认为实在法已经没有用了,或者国际关系、国际交往、国

际贸易等都没有法律基础了。对现象的描述必须在概念上更加多样化。可能最好的研究方法是把包括在内和排除在外的区分作为一种凌驾于一切其他规则之上的超规则。虽然有正当与不正当的区别,也有调节如何把正当或不正当与事实情况对号入座的法律程序(法令)。但是对于被排除在外的人群来说,这个问题与他们被排除在外给他们带来的后果相比已经没有多大意义了。他们受到合法或非法的待遇,按照不同的境遇和机会他们做出合法或非法的行为。这也同样适用于被包括在内的人,尤其是政治家和官僚机构的属员。这里再强调一下:这不是一个为法律准备一个替代秩序的社会分阶层的问题,而是归诸于法律制度本身的削弱。人们无法知道是不是使用了法律制度,而且即使按照包括在内与排除在外的格式来划分交往也改变不了这种状况,因为在这一格式的两侧(尽管是以不同程度“令人讨厌的”方式)都可以选出不注意这些“界线标记”的合法的和非法的行为。<sup>65</sup>换言之,由于有其他的优先考虑在先,规则化和程序化的区别就不起作用了,或者被削弱了。包括在内/排除在外区分的占优势改变了期望,社会学家习惯于把期望与整合概念相联系(通过这个概念又常常与法律相联系)。<sup>66</sup>如果我们把整合定义为限制被整合部分的自由程度,那么我们马上就看到,恰恰那个被排除在外的领域起着高度整合的作用。从负面被整合到社会之中的整合似乎太完美了。没有住址的人不能送他的孩子去上学。没有证件的人不能结婚,不能申请社会救济。文盲不管形式上是否被排除在外但是受到阻碍,不能很有意义地参与政治。被排除在一个职能系统之外妨碍了被包括到其他职能系统中去。相反被包括在内却可能使整合程度降低,即可以使人们有更大的自由,它以这种方式适应职能区分的逻辑。职能区分需要一种职能系统之间的“松散的联系”,不允许从一种作用中推断出另一种作用,而这里也存在着违法和腐败的机会。包括在内所保证的机会可以转化为个人所得的好处、状况改善、升迁发迹。

在一定范围内这属于正常情况。但是如果一个人的被包括在内建立在另一个人的被排除在外之上,这个差别就会破坏职能系统的正常运转。尤其是法律就会受到影响。因为法律系统不仅建立在系统自己的约束之上,建立在判处罚款或惩罚之上,而且也是建立在社会范围内对已被确认的违法行为的共鸣之上,这种共鸣又会促使人们去遵守法律。在整合程度高的被排除在外的人群范围中,人们除了对自己身体的控制以外,不会失去任何东西。而在整合程度低的被包括在内的人群中合法/违法的后果不能转移,而且也不值得去关心,如何按照法律专门程序的尺度对这些

价值进行确认。在(并非罕见的)极端情况下,政治家的行为究竟是合法还是违法,这对于政治和政治家的声誉从来都不起作用。权力监督组织即警察也是主要以包括在内或排除在外所赋予的地位为转移,而不是按照法律行事。如果由此得出结论说,法律系统整体上已失去其重要意义或不再起作用,这肯定是太夸张了(除了发生国内战争的紧急状况以外)。但是究竟是否要使用以及出于什么原因要使用法律规则,这是以另外一种区分即包括在内与排除在外的区分为转移的。

从发展政策的视角看起来好像把广大民众排除在分享发展带来的好处之外是发展的一个暂时性的前提条件。也许会有人说,不可能让所有的人马上分享到现代社会的所有好处。但是问题在于,究竟是不是可能在世界范围内实现一些工业国家即使已达到的福利国家的水平——仅仅从生态的原因为考虑。人们也必须想一想一切自我生成的系统所具有的极大的历史依附性。它们始终把自己的运作建立在已经构筑了的基础上,这样就既能起到加强偏离的作用(通过正反馈),也能起到减少偏离的作用(通过负反馈)。最终人们不能假设,即使占优势的职能系统的结构性权衡系统能够长期保持现有的状态。与帕森斯的一般行动系统理论不同,我们把职能区分视为一个进化的产物,而不是视为对行动概念进行分析的逻辑结果。因此,完全有可能法律系统目前所具有的重要性和社会本身及其多数职能系统对法律规则良好运转的依赖,不过是一种欧洲的反常现象,这种现象在世界社会的进化过程中将会自行削弱。

# 注 释

## 前 言

①参见 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft* Frankfurt, 1988; 同一作者的 *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1990。

②参见 Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie* (1972), 第2版, Opladen, 1983。

③参看 Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988 以及 *Cardozo Law Review* 13/5(1992)。

## 第一章

①在习惯法中人们当然可以在“rules”这一(也许更为确切的)表述下找到相应的精神财富。

②根据这个例子参看 Charles Fried, *The Artificial Reason of the Law*; 或: *What Lawyers Know*, *Texas Law Review* 60(1981), 第35—58页。

③参看 R. B. M. Cotterell, *Jurisprudence and Sociology of Law*, in: William M. Evan (Hrsg.), *The Sociology of Law: A Social-Structural Perspective*, New York, 1980, 第21—29页(第23页)。

④一种类似情况就是经济决策合理性有赖于预算或结算。

⑤这一观点曾一度引起美国的所谓“法律批判研究”运动。但是今天越来越被对法律形式社会关系的关注所替代,这种关注不再自认为是“意识形态批判的”。例如参见 Alan Hunt, *The Ideology of Law: Advances and Problems in Recept Application of the Concept of Ideology to the Analysis of Law*, *Law and Society* 19(1985), 第11—37页; Stewart Field, *Without the Law? Professor Arthurs an the Early Factory Inspectorate*, *Journal of Law and Society* 17(1990), 第445—468页。

⑥参见 Cristian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, 1985, 第86页以下。

⑦参见《法律理论期刊》(1970年以来)以及该杂志责任编辑克拉维茨(Werner Krawietz)的许多地区考察报告,例如: *Juristische Entscheidung und wissenschaftliche Erkenntnisse: Eine Untersuchung zum Verhältnis von dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung*, Wien, 1978; 同一作者的 *Recht als Rechtssystem*, Wiesbaden, 1984。在法国人们更早以前就谈到法律的一般理论,而且主要是法律原则和概念,以符合孔德所说的实证科学性的要求。

⑧参见前面提到的克拉维茨的引文出处(1978),第210页以下。

⑨参见 Werner Krawietz, *Staatliches oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung im Funktionssystem Recht*, 同一作者和 Michael Welker (Hrsg.),

Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk, Frankfurt, 1992, 第 247—301 页。我在谈到规范概念(第三章)时再回过头来谈这一问题。

⑩尽管克拉维茨在上述出处(1992)坚决地反对这一点。

⑪例如 Philip Soper, *A Theory of Law*, Cambridge Mass., 1984, 在他对相关问题的研究的导言中问:“是谁在关心?”回答是:哲学。但是这一回答不能令人满意,因为人们还会问:哲学从何处认识到这个问题的重要性?为什么它感觉到不能(像人们所希望的那样)对这个问题简单地作否定的回答。

⑫作为对法律的这种非正统评价(区别于意识形态的或纯粹个人的观点)的承认,参见“Rational Reconstruction”这一章(作为方法的要求),in: D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (Hrsg.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot, Hants. England, 1992, 第 18 页以下。例如这里不容怀疑“合法理由”是必要的,而且在其论证过程中是可以判断的;“因为随着合理重构的基础结构以一个好的或可接受的合法的范式作为理性人之决定的先决条件,合理重构也有了一个标准的要素。”(第 22 页)而且“解释完完全全是一件有关法律的基本价值的事情”(第 538 页)这一论断显然也得到了那些以此作为其研究之结论的人的肯定。(而且既然已经这样说了,谁还会作出不同的判断。)

⑬关于这种得出双重结果的尝试的最新情况,参见 Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, 第 5 页以下。

⑭André-Jean Arnaud, *Droit et société: Un carrefour interdisciplinaire*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 10(1988), 第 7—32 页(第 8 页);又参见同一作者的 *Essai d'une définition stipulative du droit*, *Droits* 10(1989), 第 11—14 页。

⑮尽管如此我们还是可以在 Ranulph Glanville, *Objekte*, Berlin, 1988 中看到一种远远超出系统论的关于二阶观察的控制论理论尝试。今天在“观察家”这一标号下聚集的各种理论倾向看来已经不再一定是以系统论的表述为依据了。例如参见卢曼及其他人的合著: *Beobachter: Konvergenz der Erkenntnistheorien?* München, 1990。也可以想一想《游戏理论》(*Spieltheorie*);但是当时还不能确切地看清楚,这一理论是否能一直与一种有结构主义倾向的系统论相区别。参见杂志 *Droit et Société* 17—18(1991);还有 François Ost, *Pout une théorie ludique du droit*, *Droit et Société* 20—21(1992), 第 89—98 页,以及 Michel van de Kerchove/François Ost, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, 1992 中提到的最新讨论情况。

⑯这是 Humberto R. Maturana, *Biologie der Kognition* 中的一种表述,引自他的 *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig, 1982, 第 34 页。

⑰参见 Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1990。

⑱关于在一种结构主义认识论中确保法律理论跨学科方面的可能性也可参见 André-Jean Arnaud, *Droit et Société: du constat à la construction d'un champs commun*, *Droit et Société* 20—21(1992), 第 17—37 页;又参见 Gunther Teubner, *How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology of Law*, *Law and Society Review* 23(1989), 第 727—757 页。

⑲内部与外部的区别自哈特以来已很流行,在此期间甚至已写入百科全书。参见 *Encyclopédique de Théorie et de sociologie du droit*, Paris, 1988, 第 197 页开始。此后有 François Ost/Michel van de Kerchove, *De la scène au balcon: d'où vient la science du droit*, in: François Chazel/Jacques Commaille (Hrsg.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Par-

is, 1991, 第 67—80 页。但是讨论中缺少一种精密的系统论的联系。

⑳假如发生了这样的事情,而且确实有激烈主张这一要求的专家代表(例如 Hubert Rottleuthner, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg, 1981),那么关键就在于对方法规则把握得多紧以及由此有多少有关法律现实的课题被排除在法律社会学之外。

㉑不同意这种“区分之谬误”的还有 Csaba Varga, *Macrosociological Theories of Law: From the “Lawyer’s World Concept” to a Social Science Conception of Law*, in: Eugene Kamenska / Robert S. Summers / William L. Twining (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz und realistische Theorien des Rechts*, *Rechtstheorie Beiheft 9*, Berlin, 1986, 第 197—215 页。但是这并不意味着必须放弃“内部”和“外部”之区分,只是必须对其理论根据进行充分论证。

㉒参见 Harold J. Berman, *Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, 德译本, Frankfurt, 第 252 页以下有关论证的条理化和(反驳)推测的使用。关于这里所提及的自相矛盾问题也可参见 Roberta Kevelson, *Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law*, Berlin, 1990, 第 35 页以下。

㉓参见 Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974。

㉔非常愿意承认有例外。在法学著作中也使用格劳秀斯或普芬道夫的自然法论据,但是不使用霍布斯或洛克的。

㉕参见 Wolf Lepenies, *Das Ende der Naturgeschichten: Wandel kultureller Selbstverständlichkeiten in den Wissenschaften des 18. und 19. Jahrhunderts*, München, 1976。

㉖参见从盎格鲁-撒克逊法律的视角进行观察的 W. T. Murphy, *The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition*, *The Modern Law Review* 54 (1991), 第 182—215 页。

㉗这一大概的说明并不是要对进步信仰以及与此相随的暴力 / 文明格式仍然有追随者这一点有争议。参见 Walter Bagehot, *Physics and Politics: Thoughts on the Application of the Principles of “Natural Selection” and Inheritance to Political Society* (1869), 引自第 4 卷, Hartford, 1895, 第 427—592 页,他把发展视为通向一个“讨论的时代”。

㉘在此期间已经编成教科书,在德国也是如此。参见 Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, 1986。

㉙参见 Karl-Heinz Fezer, *Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach*, *Juristen-Zeitung* 41 (1986), 第 817—824 页;同一作者的 *Nochmals: Kritik an der ökonomischen Analyse des Rechts*, *Juristen-Zeitung* 43 (1988), 第 223—228 页。在美国法律学校人们也相应地有明显的和不调和的分歧。对立观点可参见 Bruce A. Ackerman, *Reconstructing American law*, Cambridge Mass., 1984。

㉚此外这意味着必须考虑推迟时间,由此这一理论本身触及到最敏感的点:测算未来的不可能性。

㉛参见 Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, 1976; Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin, 1992。

㉜不如说伦理分析或“伦理委员会”今天相反是为政治上准备法律调节的协商基础服务的,并且从法律出发涉及当出现新信息或者人们对情况的评估发生变化的时候人们可以改变一切的前景。

㉝这里强调的是这一确认的历史的、绝对不排除其他可能性的性质。

⑳关于阐发这一思想的思考,参见 George Spencer Brown, *Laws of Form*, 引自再版, New York, 1979。关于区分和自我参照的内在联系也可参见 Louis Kauffman, *Self-reference and recursive forms*, *Journal of Social and Biological Structures* 10(1987), 第53—72页。

㉑不言而喻,理论的制定必须符合其他的要求,并且把概念形成置于专门条件之下,例如可以想一下在复杂性不断提高的情况下前后一致性的条件。

㉒George Spencer Brown 所说的形式作为区分两个方面的界线标志。

㉓根据 Werner Krauss, *Zur Anthropologie des 18. Jahrhunderts: Die Frühgeschichte der Menschheit im Blickpunkt der Aufklärung*, München, 1979, 第65页“文明”概念首先出现在 Nicolas-Antoine Boulanger, *L'Antiquité dévoilée par ces usages*, Amsterdam, 1766 中。“文明人”在17世纪就已经流行了。

㉔参见 Simon-Nicolas-Henri Linguet, *Théorie des loix civiles, ou Principes fondamentaux de la société*, 第2卷, London, 1967, 尤其是序言。

㉕作为经典表述,参见 Hans Kelsen, *Zur Soziologie des Rechts: Kritische Betrachtungen*, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34 (1912), 第601—614页;同一作者的 *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses zwischen Staat und Recht*, Tübingen, 1922。

㉖参见在这一标题下由联邦司法部出版的丛书;从使用者的视角所作的概述可参见 Dietrich Stempel, *Empirische Rechtsforschung als Ressortforschung im Bundesministerium der Justiz*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9 (1988), 第190—201页。

㉗与法律理论的联系是借助(当前又成为热门的)“机制”(Institution)概念而产生的。参见 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 第2版,再版, Firenze, 1962; Maurice Hauriou, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, 德译本, (Roman Schnur 编), Berlin, 1965。他们把法律渊源概念社会学化了,但是在法学上走得并不远。关于当前的讨论,参见 Neil MacCormick / Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, 1986。

㉘人们常常把这一点作为下面所表述的自我生成的法律系统理论的不足之处而提出——例如 William M. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives*, Newbury Park, 1990。但是这位作者自己的观念却又冒险地超出了人们以现有的手段为依据所能主张的经验研究可能性,以至不如根本不提特定的要求。

㉙从法学方面,参见 Otto Bachof, *Verfassungswidrige Verfassungsnormen?*, Tübingen, 1951, 载于同一作者的 *Wege zum Rechtsstaat: Ausgewählte Studien zum öffentlichen Recht*, Königstein / Ts., 1979, 第1—48页。

㉚Copenhagen-London, 1939。

㉛类似的观察方式也可参见 Adam Podgorecki / Christopher J. Whelan / Dinesh Khosla (Hrsg.), *Legal Systems and Social Systems*, London, 1985。

㉜参见 Niklas Luhmann / Raffaele De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, 1992; 关于一般的社会系统,参见 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984。

㉝对这种主要不是楼房而是人的划分的抗议有很多。关于法律社会学领域,参见 Walter Kargl, *Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs*, *Rechtstheorie* 21 (1990), 第352—373页。仅仅对这些态度作粗略的浏览就表明,他们使用人、主体、个体等概念的单数而不考虑这究竟是指谁。如果人们从经验上认

真对待以此所表述的事实情况,那么对某个个体的提示(姓名、年龄、地址、性别等)根本不可能说明社会现象。我们认为这样进行论战的人没有认真对待作为个体的人。

④⑧参见 Bernard S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London, 1985, 第 25 页以后。

④⑨参见 Jacques Derrida, *Le supplément de copule*, in: Jacques Derrida, *Marges de la philosophie*, Paris, 1972, 第 209—246 页,他以他自己的方式对这一区分进行了“解构”。

⑤⑩关于语言学、语言哲学等,参见一次研讨会的发言稿“Le langage du droit”, in: *Archives de philosophie du droit* 19 (1974)。

## 第二章

①参见 Gustav Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, 1798, 再版, Vaduz, 1971。也可参见 Jürgen Blühdorn, “Kantianer” und Kant: *Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur Wissenschaft vom positiven Recht*, *Kant-Studien* 64 (1973), 第 363—394 页。

②参见 Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 第 2 版, Paris, 1697, 第 1 卷, LVI 页以后。

③参见 David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 第三卷, 第二部分第一节, 引自 *Everyman's Library*, London, 1956, 第 2 卷, 第 190 页:“由于法律规则是人为的(区别于自然的),所以它们不是任意的。”

④显然对问题采取这种表述方式的理由是在德国比较晚接受西欧的自然法/理性法,而且它也只看自然法的建立在外部制裁暴力之上的法律这一面,而另一方面伦理则专门是指说明道德评判之理由的理论。参见 Fritz von Hippel, *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts*, Tübingen, 1957, 第 42 页以下; Werner Schneiders, *Naturrecht und Liebesethik: Zur Geschichte der praktischen Philosophie im Hinblick auf Christian Thomasius*, Hildesheim, 1971。只有当法律在这一意义上变得“强硬”时,它才能保障主体的自由,包括选择自己的道德的自由,只要法律不是自相矛盾的。

⑤有关当前的讨论,参见 David Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge Engl., 1984; Otfried Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien: Ein Kontrapunkt der Moderne*, Frankfurt, 1990。把问题提到专门法律问题的高度,为人们提供了不需要用太多的概念的出路,例如宪法解释和人权。但是这里也隐藏着对从道德角度提出法律问题的放弃。

⑥关于这方面可参见(但是与局限于语言形式上既定的规则形式而不看对行为的影响相对) Werner Krawietz, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, 1984。这里也应该考虑到法律包括许多单从语言上来看既不是规则也不是应然表述的文本,例如:婚后所生子女当以婚夫为父(*pater est quem nuptiae demonstrant*)。此外这个例子也说明了法律系统的自成一体性,因为不言而喻这里说的不是人们通常称之为父亲的孩子的生养人。

⑦参见 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961。即使这一关系很清楚,哈特也不能避免为了掌握这些规则而示意例如机构上的实际情况。

⑧这对于法律理论来说也不完全是意外的。例如 Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of Common Law*, Cambridge Mass., 1988。该书区分以文本为根据的理论和一般理论,并且(针对哈特和拉茨)选择后一种表述。

⑨瓦雷拉甚至把输入型描述和关闭型描述视为两种不同的“互补的描述模式”。参见 Hans Ulrich / Gilbert J. B. Probst (Hersg.), *Self-Organization and Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Berlin, 1984, 第 25—32 页。也可参

见同一作者的 *L' auto-organisation: De l' apparence au mécanisme*, in: Paul Dumouchel / Jean-Pierre Dupuy (Hrsg.), *L' auto-organisation: De la physique au politique*, Paris, 1983, 第 147—164 页。在这些文章中对区分论及太少,因此不能进行批评。我们的出发点是,这两种表述形式不是等同的,而是输入 / 输出描述必须以运作上自成一统为前提,否则它们就会失去转换功能的载体,并且只有在少数情况中是合适的,无论如何对于法律系统来说不合适,因为它们必须以与环境的高度的相互依赖关系为前提。

⑩使用到法律系统上也如此。参见 Jay A. Sigler, *A Cybernetic Model of the Judicial System*, *Temple Law Quarterly* 41 (1968), 第 398—428 页。也可参见同一作者的, *An Introduction to the Legal System*, Homewood Ill., 1968, 以及 Charles D. Raab, *Suggestions for a Cybernetic Approach to Sociological Jurisprudence*, *Journal of Legal Education* 17 (1965), 第 397—411 页; Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970, 第 76 页以下; William J. Chambliss / Rober B. Seidman, *Law, Order, and Power*, Reading Mass., 1971, 从政治系统的分系统观点进行论述的 Glendon Schubert, *Judicial Policy Making*, 第 2 版, Glenview Ill., 1974, 第 138 页以下。

⑪参见 Heinz von Foerster, *On Self-organizing Systems and Their Environments*, in: Marshall C. Yovits / Scott Cameron (Hrsg.), *Self-organizing Systems*, 载于 1959 年 5 月 5 日和 6 日跨学科会议记录, Oxford, 1960, 第 31—50 页。

⑫用 Yves Barel, *Le paradoxe et le système: Essai sur le fantastique social*, 第 2 版, Grenoble, 1989, 第 71 页上的说法, 没有被考虑的可能性由此被潜藏起来, 这就是说被置于仅仅是其他可替代的连接可能性状态中, 这种可能性把系统作为其可能性之条件的前提, 在必要的时候可以通过系统的运作从非现实状态转入现实状态的进化性结构变化的一个条件。换言之, 系统也回忆被它自己排除的东西。

⑬参见 Gerhard Roth, *Die Konstitution von Bedeutung im Gehirn*, in: Siegfried J. Schmidt (Hrsg.), *Gedächtnis: Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung*, Frankfurt, 1991, 第 360—370 页。

⑭人们注意到, 生产的概念从来不对产品的所有原因进行监督为前提。例如, 对于生产一张艾弗尔塔的照片来说最主要的原因就是艾弗尔塔本身。只有它是不可缺少的, 而照相机, 甚至摄影师都是可以换的。由此最主要的原因是在生产过程之外。生产的概念仅仅表述了生产和保持一种偏离所必要的东西, 即一种与在另一种情况下可能会出现的情况相偏离。另一个典型的特点是系统中可支配性的特点。只有当除此之外还能保证系统中的可支配性可以通过系统本身生产的时候, 才能谈得上严格意义上的自我生成的系统。但是这些仅仅是附加的、因此是有限制的要求, 它们不能改变, 没有一个系统能够监控只要自我生成本身存在就不能或缺的所有原因。因此自我生成的再生产始终也就是区分内部原因和外部原因的系统之界线的再生产。

⑮因此我认为所有强调自我生成概念不说明任何事情的批评者是对的。但是这对任何概念都适用, 包括譬如行动概念。有深刻影响的概念性变化的意义在于它们对理论联系所施加的适应强制。只有理论才能在其与现实的联系中进行评判。

⑯参见 Peter Goodrich, *Literacy and the Language of the Early Common Law*, *Journal of Law and Society* 13 (1987), 第 422—444 页。还可参见同一作者的 *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London, 1990。

⑰鉴于对“接受”这一概念不断有批评, 我只能再一次指出, 自我生成概念的使用不能用类比法来说明理由, 也不是有隐喻的意思。这种误解出现在 Hubert Rottleuthner, *Biological Metaphors in Legal Thought*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law:*

A New Approach to Law and Society, Berlin, 1988, 第 97—127 页。还可参见 Klaus von Beyme, Ein Paradigmawechsel aus dem Geist der Naturwissenschaften: Die Theorien der Selbststeuerung von Systemen (Autopoiesis), Journal für Sozialforschung 31 (1991), 第 3—24 页, 以及作为反批评的 Walter Kargl, Kritik der rechtssoziologischen Autopoiese-Kritik, Zeitschrift für Rechtssoziologie 12 (1991), 第 120—141 页。至于该概念是否可以用于生物系统, 这对于我们来说完全可以是无要紧要的。因此, 当人们说马图拉那和瓦雷拉把它用于社会系统歪曲了本来的含义时(例如 Ulrich Druwe, Recht als autopoietisches System: Zur Kritik des reflexiven Rechtskonstrukts, Jahresschrift für Rechtspolitik 4 (1990), 第 103—120 页(第 115 页及下页)), 这也并非是责备。也许人们可以要求一个批评者能够在该概念的抽象含义和它通过生物化学性或交往性的运作而物化之间作出区分。在社会学联系中关键仅仅在于自我生成概念是否能导向科学上能有收获的(包括经验上能有收获的)假说。此外还可参见 Richard Lempert, The Autonomy of Law: Two Visions Compared, 载于 Teubner, 同上, 第 152—190 页(第 155 页以下)。

⑱关于美学的讲座, 第 1 卷, 引自第 13 卷, Frankfurt, 1973, 第 18 页。

⑲对这一点当然是有争议的。例如参见 Christophe Grzegorzczak, Système juridique et réalité: Discussion de la théorie autopoïétique du droit, in: Paul Amselek / Christophe Grzegorzczak (Hrsg.), Controverse autour de l'ontologie du droit, Paris, 1989, 第 179—209 页; Arthur J. Jacobson, Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann, Michigan Law Review 87 (1989), 第 1647—1689 页; Alan Wolfe, Sociological Theory in the Absence of People: The Limits of Luhmann's Systems Theory, Cardozo Law Review 13 (1992), 第 1729—1743 页; David E. Van Zandt, The Breath of Life in the Law, Cardozo Law Review 13 (1992), 第 1745—1761 页。可惜关于自我生成的自成一体性的思想结论的反对者, 仅仅局限于一般地指出没有人就不行这一点上。但是这并没有对此作出判断, 即具体的人作为法律系统的组成部分是否也是其自我生成的组成部分(一种几乎无法真正想象的设想), 或者他们是否作为环境条件是不可或缺的。此外 Jacobson 揭示, “个体”根本不是指人这个活的、有意识的系统, “个人在习惯法中仅仅表现在他们通过依据体现在优先使用规范中的价值发生互动关系而展示的特点中。应用规范的个人对应用可以有很多态度(人格、情感)。态度并不重要, 重要的仅仅是在互动关系中特性的展示”(第 1684 页)。对此我们只能表示赞同。像个性这样的浓缩概念无异于 Person 的概念, 即在交往中产生的对特性的选择; 因此不是任何可以解释行为的东西。正是这种关于自我生成的系统的理论有别于人道主义的理论, 对个人进行了认真的思考。也许可以加上“认真对待个人”这样的标题。

⑳限定(Determination)当然是在系统本身中, 而不是在自我生成概念之中。那些集中精力于自我生成概念并责备自我生成系统理论缺乏表述力的批评者忽视了这一点, 例如 Walter L. Bühl, Sozialer Wandel im Ungleichgewicht: Zyklen, Fluktuationen, Katastrophen, Stuttgart, 1990, 第 189 页以后; 同一作者的 Politische Grenzen der Autopoiese sozialer Systeme, in: Hans Rudi Fischer (Hrsg.), Autopoiesis: Eine Theorie im Brennpunkt der Kritik, Heidelberg, 1991, 第 201—225 页。但是要点恰恰在于人们不能像黑格尔那样从概念中得出行动的结论。自我生成理论说明了没有运作上的关闭就不可能有自我限定——不会更多, 但也不会更少。

㉑因此一种以运作和观察区分的方式进行工作的理论始终是一种“自涉性的”理论。这就是说它完成一种描述, 这种描述不仅通过运作而且也通过观察而针对自己本身, 因此也可以依据自己本身进行检验, 或者至少不能通过有关自己本身的设想而

与自己相抵触。

②不言而喻,这并不排除其他观察方式,例如在人们说话的口音方面,但是这些观察对于系统的自我生成来说并不是必不可少的,它们始终仅仅是偶尔可抓住的可能性。

③参见 Liuis Kauffman, *Self-reference and recursive forms*, *Journal of Social and Biological Structures* 10 (1987), 第 53—72 页(第 53 页)。

④与此相应,读者必须按照他们应该在哪个层面上操作来理解他们的质疑:是针对自我生成系统的理论本身,还是针对通过交往来定义的社会系统,还是针对社会概念或者仅仅是针对把法律系统表述为在社会中的自我生成的系统。

⑤例如一直可以追溯到 17 世纪初的传统法学的系统概念。参见 Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1969, 以及强调价值是系统形成之基础的 Franz-Josef Peine, *Das Recht als System*, Berlin, 1983。起调解作用因而态度不很鲜明的 Torstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, *Rechtssysteme: Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie*, Berlin, 1988, 第 41 页: 法律系统由“规范和积极主动性”组成。

⑥详见 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt, 1984, 第 191 页以下。

⑦参见 Stig Jørgensen, *Recht und Gesellschaft*, Göttingen, 1971。

⑧参见第一章第五节。

⑨要说明的一点是,在社会系统的情况中这是不同的。交往只有作为社会的实现而存在,只存在于与社会系统其他交往的相互联系中,而在系统的环境中不存在同样的东西(其前提就是把动物中的交往理解为不同的,即不是理解为感觉的表达,不是理解为具有社会接续能力的), Gunther Teubner, “L'ouvert s'appuie sur le fermé”: *Questioni aperte intorno all'apertura dei sistemi chiusi*, *Iride* 6 (1991), 第 248—252 页,尤其要强调,这里在社会系统和社会分系统的运作关闭之间存在着本质的区别。我只是对从这一区别中所得出的结论没有作进一步研究。

⑩有关这方面也可参见 Niklas Luhmann, *Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?*, in: Hans Ulrich Gumbrecht / K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), *Materialität der Kommunikation*, Frankfurt, 1988, 第 884—905 页;同一作者的 *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1990, 第 11 页以下。

⑪参见 Lars Löfgren, *Unfoldement of Self-reference in Logic and Computer Science*, in: Finn V. Jensen / Brien H. Mayoh / Karen K. Møller (Hrsg.), *Proceedings of the 5th Scandinavian Logic Symposium*, Aalborg, 1979, 第 205—229 页。通常在这个概念中人们想到的是等级制层面或者语言学层面的区分。我们的文本将跟踪其他的更直接根植于系统论的观点。

⑫引自 Jean-Jacques Rousseau, *Œuvres complètes*, 第 3 卷, éd. de la Pléiade, Paris, 1964, 第 164 页。

⑬参见 Heinz von Foerster, *Principles of Self-Organization—In an Socio-Managerial Context*, in: Hans Ulrich / Gilbert J. B. Probst (Hrsg.), *Self-Organization and Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Berlin, 1984, 第 2—24 页(第 8 页以下)。

⑭参见 Rhetorik 1354 a32 - 1354 b15。关于中世纪鼎盛时期接受这一思想的情况,参见 Aegidius Columnae Romanus (Egidio Colonna), *De regimine principum*, 第二部分第

三册,引自 Rom, 1907,再版, Aalen, 1967,第 507 页以下,详见第七章第二节。

⑳ Estienne Pasquier, *Les recherches de la France*, Paris, 1665, 第 577 页讲述了在一个案件中国王授予一个平民贵族头衔,以便他在与贵族打官司中能够胜诉。与现行法相一致!问题只是:在这种情况下中何时有这样一个国王。

㉑ 参见我从社会系统职能区分的角度来解释基本权利的尝试: Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution; Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965。

㉒ 关于这种第二层面观察方式的产生以及它与逻辑学和科学的证明方式之产生的联系,参见 Yehuda Elkana, *Das Experiment als Begriff zweiter Ordnung*, *Rechtshistorisches Journal* 7 (1988), 第 244—271 页。

㉓ 参见 Harold J. Berman, *Recht und Revolution; Die Bildung der westlichen Rechts-tradition*, 德译本, Frankfurt, 1991。

㉔ 参见 Francisco J. Varela, *Principles of Biological Autonomy*, New York, 1979, 或者同一作者的 *On Being Autonomous: The Lessons of Natural History for Systems Theory*, in: George J. Klir (Hrsg.), *Applied General Systems Research: Recent Developments and Trends*, New York, 1978, 第 77—84 页。

㉕ 参见 *Developments in Conversation Theory: Actual and Potential Applications*, in: George E. Lasker (Hrsg.), *Applied Systems and Cybernetics III*, New York, 1981, 第 1326—1338 页 (第 1327 页)。

㉖ 有关后来的讨论,参见 Richard Lempert, *The Autonomy of Law: Two Visions Compared*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988, 第 152—190 页; Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989, 第 42 页以下, 第 87 页以下; 还可参见 Richard Lempert / Joseph Sanders, *An Invitation to Law and Social Science*, New York, 1986, 第 401 页以下。在自我生成论点的追随者中也常常有人对该词的选择提出批评,例如参见 Wolfram K. Köck, *Autopoiese, Kognition und Kommunikation; Einige kritische Bemerkungen zu Humberto R. Maturanas Bio-Epistemologie und ihren Konsequenzen*, in: Volker Riegas / Christian Vetter (Hrsg.), *Zur Biologie der Kognition*, Frankfurt, 1990, 第 159—188 页 (第 179 页)。但是这一词的选择完全与作为一种界线划分即一种区分之结果的“*nómos*”(希腊文:习惯,法规)的原本含义是相符合的,只不过必须摆脱因果性的内涵。

㉗ 此外有一种传统,在这一传统中直到康德时期(康德对法律比喻的偏爱是众所周知的)对这个概念的法学和政治的解释占主导地位。参见 R. Pohlmann, *Autonomie*, *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, 第 1 卷, Basel, 1971, 第 701—719 页中的提示。

㉘ 这也偏离了瓦雷拉,他把自律性定义为“通过内部运行和自我参照维护系统的一致性”(1978, 第 77 页)。这种把该概念转用于自我观察和自我描述的层面(而不是仅仅用于结构生产的层面)的做法,后来使 Jacques Miermont, *Les conditions formelles de l'état autonome*, *Revue internationale de systémique* 3 (1989), 第 295—314 页上把自律性理解为系统的一种想象的产物,他说,它只是作为自我参照和外部参照的超参照系(Metareferenz)(但是说同一性在这里是不是还不够?)。与此相反,我们这里一直都很重视运作与作为一种运作的观察之间的区分。

㉙ 关于律师/当事人关系,参见 John P. Heinz, *The Power of Lawyers*, *Georgia Law Review*, 17 (1983), 第 891—911 页。

㉚ 有关这方面可参见(不是严格切题,但材料很丰富) Joachim Rückert, *Autonomie*

des Rechts in rechtshistorischer Perspektive, Hannover, 1988。表示赞同的有 Klaus Luig, *Autonomie und Heteronomie des Rechts im 19. Jahrhundert*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung, 107 (1990), 第 387—395 页。Rückert 认为自律性是指“(人在一个机构联系中)面对一个现有的法律能够采取批评和不批评态度的具体能力和积极性”,同上,第 35 页。也就是说法律能不能为了它自己的自律性否定自己?或者在法律自律性标题下根本不是涉及法律的自律性,而是仅仅涉及使用法律的司法人员的社会批评责任?

④6 说“资产阶级自律思想衰退”的有 Magali Sarfatti Larson, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis*, Berkeley Cal., 1977, 第 177 页关于医生和律师的论述。也可参见第十二章(第 208 页之后)关于“权力垄断和资产阶级意识形态”。

④7 我在这里收回我过去考虑不够充分的说法。参见莱姆佩特,上述引文中(1988)以下惊人的论点,即:不排除任何东西的相对自律性概念特别适合经验的研究。但是用这一概念人们可以省却经验的研究。人们会发现这一变元总是可以得到证明。关于相对自律性(作为自明性)也可参见 Lawrence M. Friedman, *Total Justice*, New York, 1985, 第 27 页以下,但是他强调指出,归根结底是涉及有关系统之界线的定义问题。

④8 参见 Alvin W. Gouldner, *Reciprocity and Autonomy in Functional Theory*, in: Llewellyn Gross (Hrsg.), *Symposium on Sociological Theory*, Evanston Ill., 1959, 第 241—270 页; Fred E. Katz, *Autonomy & Organizations: the Limits of Social Control*, New York, 1968。

④9 参见 Marc V. Tushnett, *The American Law of Slavery 1810—1060: Considerations of Humanity and Interest*, Princeton, 1981; 同一作者的 *American Law of Slavery 1810—1860: A Study in the Persistence of Legal Autonomy*, *Law and Society Review* 10 (1985), 119—184 页; Isaac D. Balbus, *Commodity Form and Legal Form: An Essay on the “Relative Autonomy” of the Law*, *Law and Society Review* 11 (1977), 第 571—588 页(不过在这里,自律性与单个活动家的优先权相关,而不是与资本主义社会的条件相关); Alan Stone, *The Place of Law in the Marxian Structure-Superstructure Archetype*, *Law and Society Review* 19 (1985), 第 39—67 页。

⑤0 参见 Tushnett, 同上(1985)对与此相联系的从推理性论证向概念性论证过渡的描述。

⑤1 同上,第 159 页。

⑤2 法律机构这一不明确的概念也常常作为占位者,或者人们以人们所说的作为众所周知的东西为前提,或者像 Lawrence Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, 1975, 第 1 页以下那样阐述问题,以否定任何定义。

⑤3 参见 Walter Kargl 同上(1991),第 134 页以下。另一方面对 Kargl [in: Walter Kargl, *Kommunikation kommuniziert?: Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs*, *Rechtstheorie* 21 (1990), 第 352—373 页]认为政治系统概念由此变得空洞了,也就是被归结为政党政治的观点我不能苟同。完全撇开政党政治中也出现法律问题这一点不谈,每个对此有经验的人都知道,如果人们不能在政治问题和法律问题之间进行区分,那么议会中和上层行政管理机构,甚至地方行政管理机构中的实际行动都是不可能的。

⑤4 参见 *Erkenntnistheorien und Selbstorganisation*, in: Siegfried J. Schmidt (Hrsg.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, Frankfurt, 1987, 第 133—158 页(第 137 页以下)。

⑤5 参见上面注释 9。

⑤这是针对 Hubert Rottleuthner, *A Purified Theory of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System*, *Law and Society Review* 23 (1989), 第 779—797 页 (第 792 页及下页) 的责难。因为在规则化的层面上接受任何其他区分 (例如允许 / 禁止, 有效的 / 无效的法律) 都会排除通过运作明确地规定界线, 由此产生不明确性。此外帕森斯出于类似原因指出在复杂系统的建构中二元格式化所具有的速度上的优越性, 这样就可以用一个十字坐标, 但这种坐标只能带来分类 (类型构成) 的好处。

⑥这同样适用于科学和它的真 / 假规则。

⑦以此我在寻找一种不同于 Gunther Teubner 的对以下问题的回答, 即: 自我生成的 (运作上自成一体的) 系统究竟是如何进化的。我觉得 Teubner 的超循环 (Hyperzyklus) 概念仅仅把问题转移到这样一种超循环的关闭是如何得以进化的。参见 Gunther Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt, 1989, 第 61 页以下, 也可参见 William M. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives*, Newbury Park Cal., 1990, 第 44 页及下页。

⑧有关这方面有说服力的是 G. E. R. Lloyd, *Magic, Reason and Experience: Studies in the Origin and Development of Greek Science*, Cambridge Engl., 1979。

⑨这样进行论证的主要是与经济学的劳动分工论相联系而产生的理论, 这类理论为了区分还需要一种在进化中似乎是盲目贯彻的福祉成就。

⑩在这里我必须对我的《法律社会学》(1972) 一书的视角作一些修改。该书对法律的规则没有给予足够的考虑, 主要是研究区分 (特殊) 和一般化的互补关系。

⑪参见第十一章。

⑫参见 Jean-Louis Le Moigne, *La théorie du système, général: Théorie de la modélisation*, Paris, 1977。其中 Le Moigne 的一个例子就是作为一个系统之自我描述的社会总产值 (第 56 页)。这个例子同时也说明, 其中包括这样一种模式形成的前提可以有多么复杂 (和不适合)。

⑬George Spencer Brown, *Laws of Form*, 第 56 页及下一页, 第 69 页以下所说的“再进入”。

⑭不同看法参见莱姆佩特, 同上, 第 159 页, 由上面 (第 65 页及下页) 所引用的定义, 该定义在自律性概念中已经根据系统是与自己本身 (形式、程序、概念) 相联系还是与它的环境相联系而变化。上面正文中的表述形式表达了与因果确认有较大的距离, 后者实际上仅仅把结论归结到得出结论的人身上。

⑮Arthur J. Jacobson, *Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann*, *Michigan Law Review*, 87 (1989), 第 1647—1689 页 (第 1650、1685 页) 认为这一区分在法律系统中的应用在经验上并没有显著意义, 这一责难不容易理解。关键不可能在于规范性 / 认知 (审理) 性这些词的使用, 这似乎可以是不言自明的。但是如果人们收集一下此类案件, 即在其中一种出自非法学领域的形式在法律中变得重要但并没有通过法律批准, 或者在其中仅仅由于违反规范就使规范失效, 因为法官必须从违反规范中学习这方面的案件, 人们很容易对这一论点从经验上进行检验 (或反驳)。无论如何经验检验如果要证实或伪造理论的话, 它必须考虑到理论的解析力度。因此仅仅确认日常生活不用这些区分这是不够的。

⑯参见莱姆佩特, 同上, 第 178 页以下非常认真的思考。

⑰针对在美国的宪法法律中占统治地位的观点, 尤其 Robert M. Cover 指出, 少数人也有权利认为, 他们的观点作为道德是得到承认的, 因此法官不能简单地只把他们的多数人的意见视为道德。参见 *The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Nar-*

rative, Harvard Law Review 97 (1983), 第4—68页和同一作者的 The Folktales of Justice; Tales of Jurisdiction, The Capital University Law Review 14 (1985), 第179—203页。这一观点是建立在犹太教法典的犹太法律中承认少数派意见的传统之上的。

①⑨参见 Luc J. Wintgens, Law and Morality: A Critical Relation, Ratio Juris 4 (1991), 第177—201页。

①⑩还可参见 Niklas Luhmann, The Code of the Moral, Cardozo Law Review 14 (1993), 第995—1009页。

①⑪这个问题上的许多法律理论争论似乎都可以归结于人们把法律与道德的关系局限在这一问题上。当然没有人会认真地对始终存在着一定程度的理由根据的趋同性(法律的“伦理最低限”)这一点有争议。但是这一认识对在“疑难案件”中法律上有疑问的判决的特殊的理由说明帮不了多大的忙,它也改变不了法律始终必须以作为法律的法律文本为依据这一原则。

①⑫正如批评者一再指出的那样,在另一种情况下如果人们声称认知性期望和规范期望是互相排斥的,但是两者又是同时实现的,就会出现明显的矛盾。

①⑬参见附有许多证明的 Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Darstellung des Falls Brasilien, Berlin, 1992。

①⑭参见 Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, Hamburg, 1939, 第279页。

①⑮参见 Dieter Simon, Waren die NS-Richter unabhängige Richter?, Rechtshistorisches Journal 4 (1985), 第102—116页。

①⑯这一说法也是现在很流行的,其目的是力求表达以下观点,即这种制度要通过修改法律理论来拒绝伦理政治影响。这里应该明确的是:关键在于政治警觉性,而不在于法律理论的警觉性。

①⑰参见 Regina Ogorek, Das Machtspruchmysterium, Rechtshistorisches Journal 3 (1984), 第82—107页。

①⑱详见第四章第四节。

①⑲本应该是不言自明的,但是为了以防万一还是说明一下,推论法在这一使用联系中不是解释方法,文中所概述的对自我参照和外部参照相结合的要求,对于逻辑学对法律解释问题的意义没有说出任何东西。

①⑳有关这方面更详细的分析,参见 Antonio Carcaterra, Struttura del Linguaggio giuridico-precettivo romano: Contributi, Bari, 1968; 同一作者的 Dolus bonus / dolus malus: Esegesi di D. 4. 3. 1. 2—3, Napoli, 1970; 同一作者的 Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani: Interpretatio iuris, Bari, 1972。与通常强调法学专门术语的观点不同, Carcaterra 认为这里涉及的是另一种语言,这种语言也建构另一种现实,即一种“由法律所规定和规范的现实”(同上, 1968, 第210页)。

㉑值得注意的是这种法律化正表现在从“fides”(相信,诚信,信用)向“bona fides”过渡中,例如在 Aldo Schiavone, Nascita della giurisprudenza: Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana, Bari, 1976, 第147页以下在谈到法学从更古老的“地方执政团”中分立出来和有关大祭司斯凯沃拉的地方。也可参见 Antonio Carcaterra, Intorno ai bonae fides iudicia, Napoli, 1964。

㉒很显然,这种情况与过去把信息视为一种可以交易的、可转移的“数据”的观念相矛盾。因此经常有人抱怨,自我生成系统理论在这一点上不清楚;它没有说明信息

如何从外部进入内部。[例如 William M. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives*, Newbury Park Cal., 1990, 第 38 页以下 (第 42 页)。]但是它在这方面并不是不清楚,而是它把这种转移过程排除在外。

③D 50. 17. 144。更著名的是以下表述:法律戒律在这里就是:崇高的生活……(*iuris praecepta sunt haec: honeste vivere...*) (D 1. 1. 10. 1, Ulpian)。如果不想简单地被作为修辞上的夸张而予以否定,就必须从这一限制意义上来解释。

④参见以下著名报告中关于法律与道德之区别的分析: *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 10 (1897), 第 457—478 页,这个报告引发了“现实主义法学”运动。

⑤紧接着人们可能会讨论,应该对“精确的”转换提出哪些要求。代表一种比较激进的观点有 David Lyons, *Justification and Judicial Responsibility*, *California Law Review* 72 (1984), 第 172—199 页。按照 Lyons 的看法,从以下事实中就可以得出所有的法律判决都需要道德的理由依据:法律系统强迫法院在所谓“疑难案件”中,即使在现行法律中找不到明确的可用来推论的判决规定也必须作出判决。因此在禁止拒绝审判中已经内涵着对道德的示意。人们似乎对此有反对意见。即使 Lyons 说得对,但是存在着关于道德对法律之重要性的法律(而不仅仅是道德)论证,即禁止拒绝审判,有关这方面也可参见第六章第三节。

⑥有关这方面可参见附有很多证明的 R. Bruce Dickson, *Risk Assessment and the Law: Evolving Criteria by which Carcinogenicity Risk Assessment Are Evaluated in the Legal Community*, in: Vincent T. Covello et al. (Hrsg.), *Uncertainty in Risk Assessment, Risk Management, and Decision Making*, New York, 1987, 第 145—157 页。

⑦也可参见 Vilhelm Aubert, *The Structure of Legal Thinking*, in: *Legal Essays: Festschrift til Frede Castberg*, Kopenhagen, 1963, 第 41—63 页。关于这一区分的典型法律理论上的反映可参见 Christian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, 1985, 第 123 页以下。

⑧参见 Reiner Frey, *Vom Subjekt zur Selbstreferenz: Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlin, 1989, 第 100 页以下。

⑨参见 Peter Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, Berlin, 1979; Rainer Wolf, *Der Stand der Technik: Geschichte, Strukturelemente und Funktion der Verrechtlichung technischer Risiken am Beispiel des Immissionsschutzes*, Opladen, 1986。据我看这里任何地方都没有谈到对技术的示意和对好的习惯和道德的示意的结构性的相似。无论如何判断外部准则对司法之重要性的规范性规定不是始终不变的既定事情。它们本身也是服从法律的审判和立法方面发展的。提出这一要求的例如有 Gerd Winter, *Die Angst des Richters bei der Technikbewertung*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (1987), 第 425—431 页。

⑩例如有关罗马法可参见 Yan Thomas, *Le langage du droit romain: problèmes et méthodes*, *Archives de Philosophie du Droit* 19 (1974), 第 103—125 页——针对一种(当然不是真正经过周密思考的)流行的看法。也可参见关于“法律辞典的自律性”的论述,载于 Bernard S. Jackson, *Semiotics and Legal Theory*, London, 1985, 第 46 页以下。关于一件极有意义的具体案例可参见 Antonio Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964。

⑪Helmut Schelsky 对这种或者是在证明程序中进行的,或者是在制度上所计划的专家参与之后果进行了多种研究,例如参见 *Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung*, Opladen, 1980, 第 39 页以下。也可参见 Julian L. Woodward, *A Scientific Attempt to Provide Evidence for a Decision*

on Change of Venue, *American Sociological Review* 17 (1952), 第 447—452 页, 关于在纯粹科学性搞清楚和评估事实中的举证法问题的论述(当然案件涉及的不是法律上典型的、但是在政治上却轰动一时的关于因黑人强奸白人妇女而被判处死刑中的成见的调查)。

⑨参见 David Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge Engl., 1984, 或者(更为合适的) Melvon Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge Mass., 1988, 第 14 页以下。作为欧洲人, 人们会问, 美国人如何能够知道当他们谈到道德时他们指的是什么。

⑩参见 78 页及下页(原文页码——译者注)。

⑪D. Neil MacCormick / Robert S. Summers: *Interpretation and Justification*, 载于同一作者(编), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot Hants, England, 1992, 第 511—544 页(第 517 页)上说:“从这一意义上来说通常的看法既是法律的构思也是法律原则。”

⑫关于这一作为与外部复杂性总体联系的互相渗透概念, 参见 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, 同上, 第 286 页以下。

⑬这些揭示今天越来越导致宪法法律上对立法者的规定。但是这仅仅涉及立法者的错误, 而不涉及法官的错误。

⑭参见 Roger Smith / Brian Wynne (Hrsg.), *Expert Evidence: Interpreting Science in the Law*, London, 1989。

⑮Smith 和 Wynne 在上书第 3 页中说:“结果是许多法律判决领域把吸取科学或者技术专家的评估意见的法律判决作为对问题的稳定的建构和分类, 对有待裁决和不需要裁决的事情的清楚区分, 精确的判决准则(尽可能读得快, 以便裁决自动地从问题事实中引申出来), 并且使表述和审理程序有效。”

⑯参见 Susan Leigh Star, *Scientific Work and Uncertainty*, *Social Studies of Science* 15 (1985), 第 391—427 页; Brian L. Campbell, *Uncertainty as Symbolic Action in Disputes Among Experts*, *Social Studies of Science* 15 (1985), 第 429—453 页。

⑰这个例子也说明了多么需要把历史发展也考虑在内。直到 19 世纪法律才允许自己去适应解释合同签订者意愿的这种高度的学习风险。

⑱参见 Joel Handler, *Social Movements and the Legal Systems: A Theory of Law Reform and Social Change*, New York, 1978。Handler 的调查当然是集中于社会运动本身, 在这种系统参照中法律系统只是作为一种说明以改变法律为目的的社会运动成功或不成功的一种变量。

⑲George L. Priest, *The New Negal Structure of Risk Control*, *Daedalus* II 9, 4 (1990), 第 207—227 页, 该处谈到了美国民法的革命化问题。

⑳在西北大学法学院 1989 年秋季学期我所举办的法律社会学学习班 Marjorie Schaafsma 在他的报告中提出了这个质疑。

㉑参见 James W. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*, Madison Wisc., 1956; 同一作者的 *Law and Social Process in United States History*, Ann Arbor, 1960; Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law 1780—1860*, Cambridge Mass., 1977。

㉒我们将在第十章第四节中再回过头来谈这个问题。

㉓参见 Michael Perry, *Morality, Politics and Law*, London, 1988, 该书谈到向人民的道德意志回归。当 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1978 一书中谈到符合

宪法的道德,或麦克科米克谈到制度化的道德(Institutional Morality and the Constitution, in: Neil MacCormick / Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, 第 171—188 页)的时候,听起来有点持保留态度。

⑩参见 Herbert Krüger, *Staatslehre*, 2 版, Stuttgart, 1966, 第 178 页以下。Alexander Hollerbach, *Ideologie und Verfassung*, in: Werner Maihofer (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, Frankfurt, 1969, 第 37—61 页(第 52 页以下); Reinhold Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, 3 版, München, 1971, 第 112 页及下页。

⑪参见 Ernst Rudolf Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, Hamburg, 1939。

⑫还可参见 Niklas Luhmann, *Die Unbeliebtheit der politischen Parteien*, in: Siegfried Unseld (Hrsg.), *Politik ohne Projekt? Nachdenken über Deutschland*, Frankfurt, 1993, 第 43—53 页。

⑬Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 第 36 页中说:“有效是属于作为一个整体之系统的一种性质。”

⑭这是在法学思考基础上的。如果人们把违抗宪法与法律无效相提并论,这将会大大挫伤宪法法院预见到后果而从宪法法律上对立法者进行监督的勇气——对此人们可以认为值得追求,或者也可以认为有弊端。

⑮参见 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992。

⑯同上书,第 138 页。

⑰哈贝马斯归根结底只是概括了以下古老的自由规则,即每个人只要不伤害他人(=相关者不能以合理的理由来反对)都可以利用他的自由(=可以要求有效)。但是在今天的条件下(提示语:民主,分配国家,生态上骇人听闻的事情)却很难想象出哪怕一个可以使用这一规则的案例。

⑱哈贝马斯本人谈到对“合理的可接受性的推测”,同上书,第 188 页。

⑲这显然不适合通常在法律理论上关于法律效力的概念和标准的讨论,这场讨论几乎反映了所有的在法律理论中进行的争论,并且面对评判法律的其他观点,人们感到缺少区分现象的界线。参见 François Ost / Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, 第 257 页以下以及那里所推荐的文献。

⑳参见 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 第 1 卷, Berlin, 1840, 第 12 页。但是这不符合罗马民法。正是罗马人谈到了(这个提示我要感谢 Dieter Simon) 法律合同,这是指通过合同从内容上规定效力。在关于自然法对相应地扩展了的合同概念的重构中我们读到:“协议替代法律的约束”(Les conventions tiennent lieu des loix) (Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 第 2 版, Paris, 1697, 1 卷, 第 72 页)。看起来直到立法实证主义的贯彻才导致了人们不再看到法律意向和合同意向之间的紧密联系。这方面至今没有任何改变,即使对相反的观点进行了讨论——这一点尤其适用于劳动法。参见 Klaus Adomeit, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München, 1969, 第 77 页以下。

㉑参见 William Graham Sumner, *Folkways: A Study of the Importance of Usages, Manners, Customs, Mores and Morals*, (1906), 再版, New York, 1960; Eugen Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 再版, Berlin, 1967。关于转向一种双重制度化的理论可参见 Paul Bohannon, *Law and Legal Institutions*, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 第 9 卷, Chicago, 1968, 第 73—78 页。

⑪参见从一般社会理论视角进行论述的 Robert Platt, *Reflexivity, Recursion and Social Life: Elements for a Postmodern Sociology*, *The Sociological Review* 37 (1989), 第 636—667 页。

⑫例如 Alexander Peczenik, *The Concept of "Valid Law"*, Stockholm, 1972; 转载于 *Scandinavian Studies in Law*, 1972。

⑬很显然,观察者的问题并没有因此得到解决。但是如果自我转换的运作即法律的自我生成以及对此充分有效的识别方法得到保证,就可以允许观察者持有不同的理论。

⑭许多法律理论的效力理论都是以此为前提,从而不能把有效/无效的分与对法律的真和假的表述的区分相区别。

⑮制度理论通过另一种术语也得出了相同的结果。参见 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), 2 版再版, Firenze, 1962。

⑯紧接凯尔森之后,多数情况下人们会反过来问:一个基本规范在与效力联系中具有什么样的特殊地位:法律外的,假言性的,道德的?参见 Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Stanford Cal., 1964, 第 203 页以下。

⑰关于在此作为前提条件的规范概念,详见第三章第二节。

⑱参见 David R. Dow, *When Words Mean What We Believe They Say: The Case of Article V*, *Iowa Law Review* 76 (1990), 第 1—66 页。Dow 在示意《圣经》的同时在这里看到一种以宗教为依据的、因此通过思维无法化解即吸收的自相矛盾。参见 Peter Suber, *The Paradox of Self-Amendment*, New York, 1990, 及其关于一种参与民主的(即政治的!)出路的论点。在文中我们与此相反论证了任何自相矛盾都是可以通过另外的区分而展开的方式——当然不是以一种逻辑上可监控的因而是强制性的方式。

⑲参见 Juan B. Vallet de Goytisolo, *Del Legislar como "legere" al legislar como "facere"*, 载于同一作者 *Estudios sobre fuentes del derecho y metodo juridico*, Madrid, 1982, 第 939—988 页。

⑳即使对简单的以所出现的立法事实为依据的法律历史学家(例如 Joachim Rückert, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, 1988)来说,这一点也是不清楚的。

㉑类似观点可参见 François Ost/Michel van de Kerchove, 同上(1987), 第 225 页:“从有效性作为必要的、先天的义务这种观念出发,我们反对企求那种要求被确认和评估的有效性的想法。”也可参见第 228, 283 页关于循环性的论述,关于“有效性”还可参见 Michel van de Kerchove/François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988, 第 142 页以下。

㉒实践证明,这并非是没有问题的。参见 Jim Thomas, *Prisoner Litigation: The Paradox of the Jailhouse Lawyer*, Totowa N. J., 1988。

㉓参见 Roman Jakobson, *Verschieber, Verbkategorien und das russische Verb*, 载于同一作者的 *Form und Sinn: Sprachwissenschaftliche Betrachtungen*, München, 1974, 第 35—54 页。

㉔法律理论必须对以下事实作出反应,即从 18 世纪以来在对已经分立出来的货币经济的反应中效力标志也为私人所支配,尽管如此它的有效性并没有受到损失:对法律系统和政治系统之区分的又一个证明。也可参见 Arthur J. Jacobson, *The Private Use of Public Authority: Sovereignty and Associations in the Common Law*, *Buffalow Law Review* 29 (1980), 第 599—665 页; Morton Horwitz, *The Transformation of American Law*

1780—1860, Cambridge Mass., 1977, 第 160 页以下。我们将在第十章回过头来详细谈这个问题。

⑬在《人权法案》和宪法之间,如果我们在编辑上也进行一下区分——例如在 1776 年弗吉尼亚宪法中著名的人权法案以及紧接着的《政府的结构或形式》,那么就此而言是前后一致的。参见载于 Francis N. Thorpe (Hrsg.), *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters and Other Organic Laws*, 第 7 卷, Washington, 1909, 第 3812—3819 页的文本。1830 年弗吉尼亚的宪法只是引用了人权法案,并且说“应该放在宪法前面,并且在那里的关系与它与这个共和政体以前的宪法的关系一样”(同上,第 3820 页)。包括人权在内的语气强烈的宪法概念同时也使人产生怀疑,觉得这些法律相应地被贬值了,现在只不过是随着宪法本身而改变的实在法了。而宪法必须被想象为是以自我为根据的。也可参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1978 年版中的有说服力的论据。还需要补充的是,这个问题在英国的习惯法中形式上根本不可能出现,因为对政府权力的“宪法的”限制完全可以被解释为是保护个人权利的长期历史发展的结果。

⑭例如 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, London, 1961, 第 105 页及下页。

⑮也可参见 Raffaele De Giorgi, *Modelli giuridici dell'uguaglianza e dell'equità*, *Sociologia del diritto* 18 (1911), 第 19—31 页。

⑯对此我们将在第五章中再详细论述。

⑰George Spencer Brown, 同上, 第 1 页。

⑱这里很容易想到最近出现的法庭上向神学的回归。上帝也把平等原则作为化解自相矛盾的程序,但是向相反的方向。他把所有的罪人(但不是所有的罪孽)作为不相同的即作为个体来对待。对于他的平等原则的实践来说不存在相同性情况。

⑲参见 Thomas von Aquino, *Summa Theologiae Ia IIae q. 96, art. 2*, 引自 Turin, 1952, 第 435 页。

⑳例如 Guido Calabresi, *A common Law for the Age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982, 第 13 页及下页根据判例论述平等的保赔条款:“在习惯法中变化的最有力的推动就是像案件应该得到平等处理这样的大原则。”(第 13 页)类似论述——法律的经常改革——还有 Reinhold Zippelius, *Der Gleichheitssatz, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 47 (1991), 第 7—32 页(第 31 页及下页)。当然,一般来说这种促进效应是不言自明的,因此人们的目光更多地是投向阻止法律变化之贯彻的(法律的和社会的)原因。参见 Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge Mass., 1968; Dinesh Khosla, *Untouchability - a Case Study of Law in Life*, in: Adam Podgorecki et al. (Hrsg.), *Legal Systems and Social Systems*, London, 1985, 第 126—173 页。

㉑参见 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986, 第 3 页以下; W. T. Murphy, *The Oldest Social Science? The Epistemic Properties of the Common Law Tradition*, *The Modern Law Review* 54 (1991), 第 182—215 页。

㉒参见 R. C. van Caenegem 的法律工作者类型学: *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge England, 1987。

㉓有关这方面详见 Niklas Luhmann, *Am Anfang war kein Unrecht*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 11—64 页。

㉔参见 Richard Lempert, *The Autonomy of Law: Two Visions*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988, 第 152—190

页(第166页及下页),他的观点有所不同,因为他是从一个因果性的自律概念出发。

⑮参见 Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, *Law and Society Review* 9 (1974), 第95—160页。

⑯有关这方面又有许多证明。典型的例如有 Marvin E. Wolfgang / Marc Riedel, *Race, Judicial Discretion, and the Death Penalty*, *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences* 407 (1973), 第119—133页。

⑰经常可以听到希望在经验中贯彻系统论分析,这个要求是合理的;但是面对自我生成概念,这种要求自然是不合适的,而且在多数情况下不是很具体,因此人们不得不推测,只有当某人被诱入不熟悉的领域时,对经验的呼声才会有回响。尤其不合适的是,与此相联系可以听到的对系统论之抽象程度的抱怨,因为所谓的经验的研究由于方法的原因更为抽象得多,只不过他们不知道而已。

⑱今天人们关于在非常原始的(不是已经殖民化的)部落社会中行为期望的满足程度的想象是很值得怀疑的。例如参见 Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, New Haven, 1958, 再版, 1964, 第250页; Ronald M. Berndt, *Excess and Restraint: Social Control Among a New Guinea Mountain People*, Chicago, 1962。

⑲这种单纯的确证功能在某些方面是由宗教承担的,宗教由此给自己招来了解释苦难、不公和不幸问题的任务。从某种程度上来说宗教似乎正是在这种法律贯彻不足的地方,通过与新道德观念相结合,刺激在法律上不能通过制裁来满足的期望凝结而成的。这一点从面对报复原则中可把握的法律事实而提出新的动机要求中可以看出,尤其在《旧约》中。

⑳参见 Heinz von Foerster, *Gegenstände: greifbare Symbole für (Eigen)-Verhalten*, 载于同一作者的 *Sicht und Einsicht: Versuche zu einer operativen Erkenntnistheorie*, Braunschweig, 1985, 第206—207页。也可参见 *Gedächtnis ohne Aufzeichnung*, 同上, 第133—171页, 以及同一作者的 *What is Memory that it may have Hindsight and Foresight as well*, in: Samuel Bogoch (Hrsg.), *The Future of the Brain Sciences*, New York, 1969, 第19—64页。

㉑参见 Arthur J. Jacobson, *The Idolatry of Rules: Writing Law According to Moses, with Reference to Other Jurisprudences*, *Cardozo Law Review* II (1990), 第1079—1132页。

㉒参见 Georg Horowitz, *The Spirit of Jewish Law* (1953), New York, 1973; Louis Ginzberg, *On Jewish Law and Lore* (1955), 再版, New York, 1977。Geza Vermes, *Scripture and Tradition in Judaism: Haggadic Studies*, 2版, Leiden, 1973 (大大增加了注释); 同一作者的 *Scripture and Tradition in Judaism: Written and Oral Torah*, in: Gerd Baumann (Hrsg.), *The Written Word: Literacy in Transition*, Oxford, 1986, 第79—95页; Eliezer Berkowitz, *Not in Heaven: The Nature and Function of the Halakha*, New York, 1983, 第50页以下; José Faur, *Golden Doves with Silver Dots: Semiotics and Textuality in Rabbinic Tradition*, Bloomington Ind., 1986, 第84页以下; 还可参见 Ishak Englard, *Majority Decision vs. Individual Truth: The Interpretation of the "Oven of Achnai" Aggadah*, *Tradition: A Journal of Orthodox Jewish Thought* 15 (1975), 第137—152页。

㉓参见 Jeffrey I. Roth, *Responding to Dissent in Jewish Law: Suppression Versus Self-Restraint*, *Rutgers Law Review* 40 (1987), 第31—99页; 同一作者的 *The Justification for Controversy Under Jewish Law*, *California Law* 76 (1988), 第338—387页; Suzanne Last Stone, *In Pursuit of the Countertext: The Reclaiming of Jewish Sources in Contemporary American Legal Scholarship*, Ms., 1992。

⑭参见 Benjamin N. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, 1928。

⑮从这一意义上说,近代早期的警察概念是当印刷术开始起作用,亦即在1500年左右才采用,这看起来并非是偶然的,警察正是意味着在(当时还)没有被置于司法权限及其固定文本规定之下的那些领域中的调节全权(Regulierungsvollmacht)。

⑯完全与上面正文中所说的形式性的联系无关,当然也有涉及法律概念的语义学的联系。关于字母文字的影响作用可参见 Eric A. Havelock, *The Greek Concept of Justice: From its Shadows in Homer to Its Substance in Plato*, Cambridge Mass., 1978。

⑰在这里是否和从何时起以及借助哪些特殊条件,行政机构对法律纠纷作出有约束力的裁决,或者仅仅对平息法律纠纷起有效的影响作用,这仅仅具有次等重要的意义。等级社会(酋长社会)解决纠纷通常都没有由法律(即循环性)保证的约束作用。(关于等级社会可参见 Morton H. Fried, *The Evolution of Political Societies: An Essay in Political Anthropology*, New York, 1967。)即使对于 Homer 所描述的社会来说,对这个问题也不能作出把握的回答。因此人们也不能有把握地断定,究竟是行政机构产生了选择性的稳定社会之功能的完成,还是反过来功能产生了行政机构。在所有这些情况中一种成果的巩固都要取决于进化,而进化就意味着与迄今为止的状态的偏离之扩大(deviation amplification)。

⑱对氏族社会进行了深入的探索。参见 Max Gluckman, *Custom and Conflict in Africa*, Oxford, 1955; P. H. Gulliver, *Structural Dichotomy and Jural Processes Among the Arusha of Northern Tanganyika*, *Africa* 31 (1961), 第19—35页。

⑲关于在现代视角下这一机构的令人惊讶之处,参见 Franz Wieacker, *Vom römischen Recht*, Leipzig, 1944, 第86页以下。有关职务机构及其谕令实践和按照程序协商一致等的发展也可参见 Mario Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari, 1987, 第139页以下。关于与习惯法产生的完全相类似的条件的比较,参见 Hans Peter, *Actio und Writ: Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe*, Tübingen, 1957。

### 第三章

①一种明显是相对立的、在马林诺夫斯基那里得到重新确认的观点的主要代表是 Helmut Schelsky, 参见 *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, in: Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung*, Opladen, 1980, 第95—146页。还可参见 Norberto Bobbio, *L'analisi funzionale del diritto: tendenze e Problemi*, 载于同一作者的 *Dalla struttura alla funzione: Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 第89—121页(第111页以下),在这里对社会和个人的作用关系作了区分。

②从个人主义的(然后是功利主义的)视角对这个问题进行论述的一个著名作者是边沁。关于边沁对期望可靠性的论述,参见 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986, 第159页以下。

③参见 Roscoe Pound, *Social Control through Law*, New Haven, 1942; Talcott Parsons, *The Law and Social Control*, in: William M. Evan (Hrsg.), *Law and Sociology*, New York, 1962, 第56—72页,以及对没有充分评价法律的社会功能的法律社会学所作的相应的理论史的回顾;同一作者的 *Law as an Intellectual Stepchild*, in: Harry M. Johnson (Hrsg.), *Social System and Legal Process*, San Francisco, 1978, 第11—58页。还可参见 Harry C. Bredemeier, *Law as an Integrative Mechanism*, in: Evan, 同上, 第73—90页; F. James Davis et al., *Society and the Law: New Meanings for an Old Profession*, New York,

1962,第39页以下;Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, 61页以下; Donald Black, *The Social Structure of Right and Wrong*, San Diego, 1993。今天主张法律的社会整合功能的主要代表是 Jürgen Habermas。参见 *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992。在他系统地论述这一思想中典型地表现出当涉及要列举一下真正起这一整合作用的运作时人们就会陷入其中的困难。难道仅仅是交换关于能够以及如何能够通过交往达成一致意见的推测?或者仅仅是“专设机构和团体的仿佛是无主体的交往循环”(同上,第170页)?或者是在每一次机会中表述他们对被涉及者之被涉及的感叹的那些人的雄辩的同情?或者如果人们必须事先知道哪一种调节办法会让所有的相关者都赞同,那么如何才能在进行案件论证时找到“同等地既符合成员利益也符合局外人利益的调节移民问题的办法”? (同上书,第158页)

④ Paul Bohannon, *Law and Legal Institutions*, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 9卷, Chicago, 1968, 第73—78页中的“双重制度化”概念目的就在于此,但是他更多地论述的是问题而不是解决办法。

⑤ 虽然人们可以通过中断性反应,明确抵制这种时间连接,但是由此人们只是注意到在另一种情况下会是什么样。

⑥ 我们的前提是,这种含义的确是系统交往的工作,而不是意识的工作,更不是外部事实在意识中的体现。关于对这类(非常流行的)观念的批评,参见 Dean MacCannell / Juliet F. MacCannell, *The Time of the Sign: A Semiotic Interpretation of Modern Culture*, Bloomington Ind., 1982, 第152页及下页; Benny Shanon, *Metaphors, for Language and Communication*, *Revue internationale de systématique* 3 (1989), 第43—59页。然而这里所采取的立场也迫使人们放弃认为交往就是把事先拟定的意思“转到”另一系统的观念。

⑦ Alfred Korzybski, *Science and Sanity: An Introduction to Non-aristotelian Systems and General Semantics* (1933), 第4版, Lakeville, 1958年版中谈到时间连接是语言的功能。

⑧ 我们是在这种双重要求的论点方面,而不是在这一论点的解释方面追随 George Spencer Brown, *Laws and Form*, 再版, New York, 1979, 第10页上表述的观点。

⑨ 详见 Niklas Luhmann, *Identität—was oder wie?* 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第5卷, Opladen, 1990, 第14—30页。

⑩ 例如 Pierre Bourdieu 谈到象征性权力、强制关系、先于自由和强制的任何其他替代可能性的统治。参见 *Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques*, Paris, 1982。关于应用到政治的语言使用,参见 Wolfgang Bergsdorf, *Herrschaft und Sprache: Studien zur politischen Terminologie der Bundesrepublik Deutschland*, Pfullingen, 1983, 这里作者明显地对纯粹语言操作的可能性持有保留意见。这里所谈到的对妇女由于特定的语言上的性别差异而“失语”(Sprachlosigkeit)的抱怨也属于这种情况。

⑪ 参见 Harold Garfinkel, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs N. J., 1967。

⑫ 认识到这里变得明显可见的开放性和限制性,并把它作为研究课题的主要代表是霍布斯——正如人们所知,这对他那时代的法学实践没有任何影响。就像我们的测试所要说明的那样,人们要表述问题从来不是必须使用(与法律仍然很靠近的)“主体权利”的言语。通过这一抽象步骤,视野从这种与“文明社会”相联系进行表述的理论,扩展到另一种社会理论,在这种理论中政治系统和法律系统履行着分系统的职能。

⑬ 参见 Mario Breton, *Le norme e il tempo: Fra tradizione classica e coscienza moderna*, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 19 (1989), 第7—26页。

⑭ 例如 Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, 第2版, Opladen, 1983, 第40页以下。还

可参见同一作者的 *Die Funktion des Rechts: Erwartungssicherung oder Verhaltenssteuerung?* 载于同一作者的 *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981, 第 73—91 页。

⑮参见 Bernard Barber, *The Logic and Limits of Trust*, New Brunswick N. J., 1983, 第 22 页及下页。

⑯也可参见 Niklas Luhmann, *Vertrauen: Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 第 3 版, Stuttgart, 1989, 第 50 页以下; 同一作者的 *Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives*, in: Diego Gambetta (Hrsg.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, 1988, 第 94—107 页。

⑰Joseph Raz, *On the Functions of Law*, in: A. W. B. Simpson (Hrsg.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, 1973, 第 278—304 页中设计了一张关于法律功能的概览表。但是他对规范性功能和社会功能的基本区分恰恰掩盖了这里的关键问题: 期望的规范性形式的社会功能。Vincenzo Ferrari, *Funzioni del diritto: Saggio critico-costruttivo*, Roma, 1987, 第 87 页以下讨论了法律的三个不同的功能, 但是这些功能部分地大大超出了法律的范围 (社会的取向 *orientamento sociale!*), 但是他拒绝把它们综合为一种统一的表述形式, 因为由此功能概念的概念性要求有可能不再能得到满足。通常人们也常常找到法律履行许多功能这一前提——多数是以单纯开列出条目的形式。例如参见 Davis et al., 同上, (1962), 第 65 页以下; Michel van de Kerchove / François Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988, 第 161 页以下, 继 R. Summers / Ch. Howard, *Law, Its Nature, Functions and Limits*, 第 2 版, Englewood Cliffs N. J., 1975 之后。(尽管如此我们丝毫不怀疑, 不涉及法律的统一性问题的观察者可以在很不相同的功能视角下来分析法律, 因为每个规范当然都有其自己的功能)。William J. Chambliss / Robert B. Seidman, *Law, Order, and Power*, Reading Mass., 1971, 第 9 页及下页的出发点是, 法律系统是“履行多种功能, 既有明显的, 也有潜在的”, 但是他们又声称 (概念上) 没有能力把本质的东西从中摘选出来, 因此他们仍然没有搞清法律系统的概念。

⑱与此相对的是 Werner Krawietz, *Zur Einführung: Neue Sequenzierung der Theoriebildung und Kritik der allgemeinen Theorie sozialer Systeme*, 以及同一作者的 *Staatliches oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung im Funktionssystem Recht*, in: Werner Krawietz / Michael Welker (Hrsg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme: Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk*, Frankfurt, 1992, 第 14—42 页, 第 247—301 页。Krawietz 认为这种对规范概念的“行为主义的”表述没有对作为规范的规范特点给予足够的考虑。不管人们想如何理解“行为主义”, 作为社会学家, 人们不愿意放弃认为规范实际上是作为社会现实的意义结构而出现的。其他可能性也许可以说是: 根本不存在任何规范, 而是一种谬误。无论是社会学家还是法学家都不愿走得那么远。即使认为规范是一种幻想或虚构的现实的看法也不能放弃在实际经历和交往中的基础。甚至看来 Krawietz 所追随的认为规范的规范性性质只能从规范中获得的观点 (第 30 页), 也必须证明这种思想性运作在现实世界中所占有的一个位子。一个完全与此不同的问题是, 为了定义规范概念要用哪一个相反概念。如果不是乐意学习适应的认知那是什么呢? 批评并没有对解决这一问题的其他办法提出建议。无论如何应该 (这使事情变得更加困难) 同意以下观点, 即违抗规范、违反规范等是以规范概念为前提的 (人们只能否定人们一致坚持的东西), 因此并没有解决这个问题。

⑲最早建议作这一区分的是 Johan Galtung, *Expectation and Interaction Processes*, In-

quiry 2 (1959), 第 213—234 页。

⑳详见 Karl Olivecrona, *Law as Fact*, Kopenhagen-London, 1939。

㉑参见 Niklas Luhmann, 同上(注释 14)。

㉒一种相应的观点,即如果人们要想把法律规范与其他规范相区分并且给它们的特点下定义,人们并非必须从规范概念出发,而是必须从系统概念出发,这种观点也存在于其他系统理论的上下文联系中,例如在 Torstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, *Rechtssysteme: Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie*, Berlin, 1988, 第 43 页和 121 页。

㉓参见 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*, Frankfurt, 1992。

㉔如果人们在这里看到这个问题,那么也会发生对替代法律的其他可能性进行讨论,这种讨论很成问题,在讨论中根本不会再去检验,究竟什么是人们由此出发可以找出有同等功能机制的法律功能。参见法律社会学和法律理论年鉴第六卷(1980)关于“其他可替代的法律形式和法律的其他替代可能性”栏目;此外典型的有 Donald Black, *Sociological Justice*, New York-Oxford, 1989, 第 74 页以下。

㉕关于法律的这种“论战”本性,参见 Julien Freund, *Le droit comme motif et solution des conflits*, in: Luis Legaz y Lacambra (Hrsg.), *Die Funktionen des Rechts*, Beiheft 8 des *Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1974, 第 47—62 页;同一作者的 *Sociologie du conflit*, Paris, 1983, 第 22 页,第 327 页以下。

㉖Karl-Heinz Ladeur, *Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft: Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 74 (1988), 第 218—238 页(第 233 页)中作者认为,在这一方向中他看出了发展趋势。也许拉多尔不同意认为他放弃了规范概念这种看法,但是这样他就必须说明,如果规范不是抵抗现实的期望的稳定化,那么他所理解的规范是什么。

㉗有关这个课题详见 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1988。

㉘关于这一传统的衰落,参见 Niklas Luhmann, *Am Anfang war kein Unrecht*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 11—64 页。

㉙详见 Niklas Luhmann, *Soziologie des Risikos*, Berlin, 1991。

㉚是 Perrow 所说意义上的。参见 Charles Perrow, *Normal Accidents: Living with High Risk Technologies*, New York, 1984。

㉛关于经济系统,参见 Dirk Baecker, *Information und Risiko in der Marktwirtschaft*, Frankfurt, 1988, 以对借助价格观察市场进行观察为例。关于科学系统,参见 Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1990 年版,该书有关根据出版物借助真/假格式对知识论断进行的观察;关于艺术系统,参见 Niklas Luhmann, *Weltkunst*, in: Niklas Luhmann / Frederick D. Bunsen / Dirk Baecker, *Unbeobachtbare Welt; über Kunst und Architektur*, Bielefeld, 1990, 第 7—45 页;关于政治系统,参见 Niklas Luhmann, *Gesellschaftliche Komplexität und öffentliche Meinung*, 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第 5 卷, Opladen, 1990, 第 170—182 页;同一作者的 *Die Beobachtung der Beobachter im politischen System: Zur Theorie der öffentlichen Meinung*, in: Jürgen Wilke (Hrsg.), *Öffentliche Meinung*, Freiburg, 1992, 第 77—86 页。

㉜具有一个有组织的核心领域的,广泛的职能主管系统的类似结构在其他情况中也存在,例如政治系统和国家组织或教育系统和学校。



③有关这方面用控制论的反馈联系概念论述的例子有: Torstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, *Rechtssysteme: Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie*, Berlin, 1988。也可参见同一作者的 *The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence*, *Scandinavian Studies in Law* 19 (1975), 第 123—151 页。关于规则和判决的循环关系还可参见 Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956; 同一作者的 *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970。

④如果现代家庭是一个社会性系统,在其中家庭成员所做的或所经历的一切都可以作为研究课题的话(参见 Niklas Luhmann, *Sozialesystem Familie*, 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第 5 卷, Opladen, 1900, 第 196—217 页),那么这会是一个在其中人们可以很好地从经验上检测对规范性期望的规范性期望的影响和衰落的领域。如果人们接受自己的孩子在商店偷东西,认为这是单纯的认识问题(别让别人抓住你们!),那么人们是否也能接受对例如邻居方面的违法行为采取迁就态度?保险公司会如何对这个问题施加影响?等等。

⑤参见 Adam Podgórecki et al., *Knowledge and Opinion About Law*, London, 1973。关于较古老的波兰和斯堪的纳维亚的调查情况报道,参见 Klaus A. Ziegert, *Zur Effektivität der Rechtssoziologie: Die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht*, 1975, 第 189 页以下。也可参见在 KOL (KOL = Knowledge and Opinion about Law) 研究中关于理论问题的讨论,讨论同样也没有触及我们的问题;该报道载于法律社会学期刊 2—4 册 (1981—1983);或者作为对一个社会问题的近期调查,参见 Jacek Kurczewski, *Carnal Sins and the Privatization of the Body: Research Notes*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 11 (1990), 第 51—70 页。

⑥详见第九章。

⑦这很有可能会被一种通过政治促成的法律技术阻止或变得困难,这是次要问题。但是即使如此,政治意图也不能作为法律依据。有关这方面的一个很能说明问题的案例研究见 Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge Mass., 1968。

⑧D. Neil MacCormick, *Legal Obligation and the Imperative Fallacy*, in: A. W. B. Simpson (Hrsg.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, 1973, 第 100—130 页,该处以此一论据反对把“命令”视为法源的奥斯汀法律理论。

⑨这一点尽管有重要的细微差别,但是特别适合盖格尔(Theodor Geiger)的法律社会学。参见 *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, (1947), 再版, Neuwied, 1964, 以及最近的 Heinz Mohnhaupt, *Anfänge einer “Soziologie der Rechtsdurchsetzung” und die Justiz in der Rechtssoziologie Theodor Geigers*, *Ius Commune* 16 (1989), 第 149—177 页。

⑩参见 Klaus A. Ziegert, *Gerichte auf der Flucht in die Zukunft: Die Bedeutungslosigkeit der gerichtlichen Entscheidung bei der Durchsetzung von Geldforderungen*, in: Erhard Blankenburg / Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Implementation von Gerichtsentscheidungen*, Opladen, 1987, 第 110—120 页。也可参见 Volkmar Gessner et al., *Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland: Eine rechtssoziologische Untersuchung*, Köln, 1978, 以及关于前沿战略可参见 Kurt Holzschek, et al., *Praxis Konsumentenkredits: Eine Untersuchung zur Rechtssoziologie und Ökonomie des Konsumentenkredits*, Köln, 1982。

⑪也可参见 Niklas Luhmann, *Rechtswang und politische Gewalt*, 载于同一作者的

Ausdifferenzierung des Rechts; Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Frankfurt, 1981, 第154—172页。

④②参见 Leon H. Mayhew, Stability and Change in Legal Systems, in: Bernard Barber / Alex Inkeles ( Hrsg. ), Stability and Social Change, Boston, 1971, 第187—210页; Talcott Parsons, The Law and Social Control, in: William M. Evan ( Hrsg. ), Law and Sociology, New York, 1962, 第56—72页。

④③参见 Gunther Teubner / Helmut Willke, Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht, Zeitschrift für Rechtssoziologie 5 (1984), 第4—35页; Helmut Willke, Kontextsteuerung durch Recht? Zur Steuerungsfunktion des Rechts in polyzentrischer Gesellschaft, in: Manfred Glagow / Helmut Willke ( Hrsg. ), Dezentrale Gesellschaftssteuerung: Probleme der Integration polyzentrischer Gesellschaft, Pfaffenweiler, 1987, 第3—26页; Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt, 1989, 第81页以下。他们非常感兴趣并批判地吸收了这些观念。离开一段较大的历史距离可以明显注意到, 讨论已经不再涉及有关法律的功能问题, 不言而喻就好像这个功能可以通过“社会调控”来完成似的。

④④例如拉多尔在不同的著作中把预测和建议相结合。参见 Abwägung-Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt, 1984; 同一作者的 Die Akzeptanz von Ungewißheit-Ein Schritt auf dem Weg zu einem “ökologischen” Rechtskonzept, in: Rüdiger Voigt ( Hrsg. ), Recht als Instrument der Politik, Opladen, 1986, 第60—85页; Computerkultur und Evolution der Methodendiskussion in der Rechtswissenschaft: Zur Theorie rechtlichen Entscheidens in komplexen Handlungsfeldern, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 74 (1988), 第218—238页; Lernfähigkeit des Rechts und Lernfähigkeit durch Recht (Erwiderung auf J. Nocke), Jahresschrift für Rechtspolitikologie 4 (1990), 第141—147页。现在法律的功能是“保持社会子系统和有组织的关系网的学习能力和灵活性”(同上, 1990, 第142页)。如果人们假定一种功能转变, 那么凡是被他人判断为衰败的事物在他们的眼里是更有利的。拉多尔至少有引起人们对此注意的功劳。另一方面, 上述功能表述形式似乎包括太多——也包括对企业偿付能力的预防措施、语言流利、基础研究——, 以致几乎已经不能再谈得上分立的法律系统了。也可参见 Joachim Nocke, Alles fließt—Zur Kritik des “strategischen Rechts”, Jahresschrift für Rechtspolitikologie 4 (1990), 第125—140页。

④⑤梅休, 同上书, 第188页。

④⑥详见 Leon H. Mayhew, Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination, Cambridge Mass., 1968。

④⑦有关这方面可以列举很多证明, 尤其显著的是 Günter Frankenberg, Unordnung kann sein: Versuch über Systeme, Recht und Ungehorsam, in: Axel Honneth et al. ( Hrsg. ), Zwischenbetrachtungen: Im Prozeß der Aufklärung: Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag, Frankfurt, 1989, 第690—712页。

④⑧关于在功能区分的其他情况中的相同情况, 可参见 Niklas Luhmann, Funktion der Religion, Frankfurt, 1977, 第54页以下; Niklas Luhmann / Karl Eberhard Schorr, Reflexionsprobleme im Erziehungssystem (1979), 再版, Frankfurt, 1988, 第34页以下; Niklas Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, München, 1981, 第81页以下; 同一作者的 Die Wirtschaft der Gesellschaft, Frankfurt, 1988, 第63页; 同一作者的 Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt, 1990, 第635页以下。

④⑨此外,这以其他形式作为一个旧题目而出现。以前根据提出的问题曾经讨论过法律效力是否仅仅建立在制裁的基础上,或者是否必须有法律外的刺激手段参与。参见 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3 版,第 6 次再版, Darmstadt, 1959, 第 332 页。

⑤⑩参见 Richard T. LaPiere, *A Theory of Social Control*, New York, 1954, 尤其是第 19 页以下,第 316 页以下。

⑪参见 Johan Galtung, *Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm*, *Journal of Peace Research* 2 (1965), 第 348—397 页。

⑫参见 Richard Lempert / Joseph Sanders, *An Invitation to Law and Social Science*, New York, 1986, 第 133 页。

⑬参见 Brian Abel-Smith / Robert Stevens, *Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System 1750—1965*, Cambridge Mass., 1967。

⑭参见 Volkmar Gessner, *Recht und Konflikt: Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, 1976。

⑮如果用对现代的调解方法的经验分析来论述人种学的材料,而没有恰当考虑完全不同的结构联系,那似乎是很令人怀疑的。

⑯参见经常被引用的专著 Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955, 或 Paul J. Bohannan, *Justice and judgment Among the Tiv*, London, 1957; 还有 Laura Nader, *Styles of Court Procedure: To Make the Balance*, 载于同一作者的 (Hrsg.), *Law in Culture and Society*, Chicago, 1969, 第 69—92 页。关于在 11 世纪至 12 世纪独立的法律系统的分立之前欧洲的情况,可参见 Harold J. Berman, *Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, 德文版, Frankfurt, 1991, 第 85 页。

⑰对此我们将在最后一章中再回过头来详谈。

⑱有关这方面参见第六章。

#### 第四章

①例如 Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe Ill. 1951, 第 19 页以下,第 202 页及下页,在介绍标记名字“结构功能分析”中。

②De legibus I, VI, 18。今天使用必须用“商谈”来代替“自然”。

③有关一个当前的例子可参见 Salim Alafenish, *Der Stellenwert der Feuerprobe im Gewohnheitsrecht der Beduinen des Negev*, in: Fred Scholz / Jörg Janzen (Hrsg.), *Nomadismus-ein Entwicklungsproblem?* Berlin, 1982, 第 143—158 页。

④例如还有 David Hume, *A Treatise of Human Nature Book III, Part II, Section II*, 引自 *Everyman's Library*, London, 1956, 第 2 卷, 第 203 页以下关于正义/非正义的论述。当谈到运作上自成一体的演进可能性之条件时,我们再回过头来详谈这个问题。参见第六章第一节。

⑤关于孔夫子的传统,参见 Pyong-Choom Hahm, *The Korean Political Tradition and Law*, Seoul, 1967, 第 29 页及下页,第 41 页以下,第 53 页; David J. Steinberg, *Law, Development and Korean Society*, *Journal of Comparative Administration* 3 (1971), 第 215—256 页。关于迄今为止的讨论可参见 Kun Yang, *Law and Society in Korea: Beyond the Hahm Thesis*, *Law and Society Review* 23 (1989), 第 891—901 页。关于日本对于今天的情况来说同样也会有争议的论点可参见 Takeyoshi Kawashima, *The Status of The Individual in the Notion of Law, Right and Social Order in Japan*, in: Charles A. Moore (Hrsg.), *The Sta-*

tus of the Individual in East and West, Honolulu, 1968, 第 429—448 页。有关与二元规则化的强硬保持距离的其他研究也可参见 Zensuke Ishimura, Legal, Systems and Social Systems in Japan, in: Adam Podgorecki et al. (Hrsg.), Legal Systems & Social Systems, London, 1985, 第 116—125 页。

⑥还可参见 Vilhelm Aubert, In Search of Law; Sociological Approaches to Law, Oxford, 1983, 第 72 页。

⑦此外,正如今天逻辑学所知道的,这是一个基本的循环,因为公式的存在只是为了能够进行推理。

⑧人们是否在关于按照合同签订来约束行为的这种合同设想产生之前就完全从侵权中想象出一个债务的起源,对此是有争议的。参见 Giovanni Pugliese, Actio e diritto subiettivo, Milano, 1939, 第 73 页以下,包括其他的提示。然而,值得注意的首先是一种把两种产生原因即侵权和合同都包括在内的范畴的抽象以及从根据签订合同应该履行的甚至有可能新产生“双边”义务的视角来看的合同法的发展。

⑨参见 George P. Fletcher, Paradoxes in Legal Thought, Columbia Law Review 85 (1985), 第 1263—1292 页; Roberta Kevelson, Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law, Berlin, 1990。

⑩关于 1879 年 6 月耶拿法律学科的一种认识,参见 Seufferts Archiv 37 (1882) No. 224, 第 312—319 页,这一认识的起因是一种例外情况:官方对个人受损失进行赔偿。另一个认可对合法行为的后果应负赔偿义务的例外是在紧急法中。参见 Rudolf Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg, 1895——值得注意的还因为这里出现关于“利益权衡”的详细的、在以前的法律思考中不如说是不寻常的思考,就好像当某个法律问题用正当/不正当规则不能把握的时候,就必然要有这些思考来帮忙似的。

⑪这一认识与关于继亚里士多德的《解释篇 9》之后的未来的或然性的讨论完全是相类似的,因为这里也涉及当下对关于未来或然性事件的表述是真理还是非真理问题无法作出裁决,尽管人们在当下就必须按照未来的视角来办事。

⑫有关这方面的经典专著是: Josef Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, Beiträge zur Reform des Haftpflichtrechts und zu seiner Wiedereinordnung in die Gedanken des allgemeinen Privatrechts, München, 1941。

⑬参见 Georg Hermes / Joachim Wieland, Die staatliche Duldung rechtswidrigen Verhaltens: Dogmatische Folgen behördlicher Untätigkeit im Umwelt- und Steuerrecht, Heidelberg, 1988。还可参见 Josef Isensee, Verwaltungsraison gegen Verwaltungsrecht, Steuer und Wirtschaft 50 (1973), 第 199—206 页。

⑭有关证明可参见 Niklas Luhmann, Staat und Staatsräson im Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik, 载于同一作者的 Gesellschaftsstruktur und Semantik, 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 65—148 页 (第 89 页)。

⑮Friedrich Schlegel, Signatur des Zeitalters, in: Dichtungen und Aufsätze (Wolfdietrich Rasch 编), München, 1984, 第 593—728 页 (第 700 页), 在一场针对毫无顾忌的绝对化立场的一般论战联系中。

⑯参见 Regina Ogorek, Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechts-ausschweifungen des Michael Kohlhaas, Kleist-Jahrbuch 1988 / 1989, 第 96—125 页。

⑰Schlegel, 同上, 第 598 页。

⑱参见 Keith Hawkins, Environment and Enforcement: Regulation and the Social Defi-

nition of Pollution, Oxford, 1984; Gerd Winter, Bartering Rationality in Regulation, Law and Society Review 19 (1985), 第 219—250 页。关于把政治目的约定手段作为法律权衡之框架这种现象的广泛存在,也可参见 Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Staatsswissenschaften und Staatspraxis 1 (1900), 第 5—33 页(第 17 页以下); Charles-Albert Morand, La contractualisation du droit dans l'état providence, in: François Chazel / Jacques Commaille (Hrsg.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris, 1991, 第 139—158 页, Arthur Benz / Wolfgang Seibel (Hrsg.), Zwischen Kooperation und Korruption, Baden-Baden, 1992。

①⑨参见 Niklas Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, Journal of Law and Society 15 (1988), 第 153—165 页。

②⑩这同样适用于其他重要情况——例如适用于只能被复制在进行表述的东西中,而不能复制在被表述的东西中的标记形式。

③⑪参见 George Spencer Brown, Laws of Form, Neudruck, New York, 1979, 第 56 页及下页, 第 69 页以下; Francisco Varela, A Calculus for Self-reference, International Journal of General Systems 2 (1975), 第 5—24 页; Louis H. Kauffman, Self-reference and Recursive Forms, Journal of Social and Biological Structures 10 (1987), 第 53—72 页(第 56 页及下页)。

④⑫关于自我参照、区分、需要时间的运作和为了生产对称而再进入,可参见 Kauffman, 同上(1987)。

⑤⑬例如(在批评美国流行的一种观点的上下文联系中,这种观点把“解构”视为拒绝区分的方法) J. M. Balkin, Nested Oppositions, Yale Law Review 99 (1990), 第 1669—1705 页上说:“互相互联网的反对派——就是那种也包括互相对立的思想体系之间的互相依赖、互相类似或牵制关系的反对派”。

⑥⑭同上(1987), 第 53 页。

⑦⑮例如通过一个引入公正准则的中间步骤,公正又被定义为相同案件得到相同处理,不同案件得到不同处理。

⑧⑯或者在一个有些诗意的谚语中说“一束照亮其余部分的光落在它自己在黑暗中的起点上”,见 Maurice Merleau-Ponty, Le Visible et l'Invisible, Paris, 1964, 第 172 页。

⑨⑰几乎不需要提及,这里的 Code(法规、法典、规则)概念与符号学概念并不相符。符号学用“Code”(密码,代码,符码,电码)表述一种功能或把一种表达与一种所意指的内容相联系的对应规则。例如可参见把该概念应用于法律的 Thomas M. Seibert, Zur Einführung: “Kode”, “Institution” und das Paradigma des Rechts, Zeitschrift für Semiotik 2 (1980), 第 183—195 页。但是如果是涉及一种对应规则(而不是涉及被对应的内容),那么符号学语言使用归根结底也是以一种二元结构为基础的,而这里被看好的概念建议,只有当规则本身被视为把现实人为地双重化,并以此改变被规则化的关系的两个方面的含义的时候,该概念才会超出这个范围。接着的问题是:通过这种双重化(或者通过规则的“形式”)能够得到的是什么。

⑩⑱为了以防万一,还需要说明一下,这里必须在技术上精确地理解世界或环境,并且把它们与世界中或环境中的事物和事件相区分,不言而喻,只要法律系统的规则和程序作了事先安排,这些事物和事件对于系统来说都是可以具体说明的。

⑪⑲参见 Gunther Teubner, Episodenverknüpfung: Zur Steigerung von Selbstreferenz im Recht, in: Dirk Baecker et al. (Hrsg.), Theorie als Passion, Frankfurt, 1987, 第 423—446 页中关于法律系统中“小插曲联系”的论述。

⑫⑳也可参见 Niklas Luhmann, The Third Question, 同上, 第 156 页及下页。

⑳参见上面注释 14。

㉑这个概念出现在 Gotthard Günther, *Das metaphysische Problem einer Formalisierung der transzendental-dialektischen Logik* 和同一作者的 *Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations*, 载于同一作者的 *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, 1 卷, Hamburg, 1976, 第 189—247 页或第 249—328 页上一种“转换连接”运作逻辑的上下文联系中。

㉒参见一直尚未被超越的在 Alessandro Bonucci, *La derogabilità del diritto naturale nella scolastica*, Perugia, 1906 一书中陈述的材料。

㉓关于逻辑形式还需要说明,对接受价值或抵制价值的考虑,打破了古典的二值逻辑的结构,由此也失去了受一种人本主义或伦理政治世界观的束缚,这种人本主义或伦理政治世界观与一个唯一的主导区分,亦即存在/不存在或好/坏的区别相关,出于逻辑的原因,对于观察者来说它不可能开辟任何结构丰富的选择可能性。于是就像海德格尔所指责的那样,终究在人本主义形而上学中也无法对认识的真实性(规则价值)和正确性(程序适应性)作出区分。类似的困难至今还决定着人们顽固地去寻找——或者感到失去了——凌驾于法律之上的合法性确认价值。

㉔此概念涉及的是胡塞尔在批评技术上理想化的现代科学时所抱怨的对具体主观感觉的依赖性。参见 Edmund Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die Transzendente Phänomenologie*, Husserliana, 第 6 卷, Den Haag, 1954。

㉕Schelsky, *Die juristische Rationalität*, in: Helmut Schelsky, *Die Soziologen und das Recht: Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung*, Opladen, 1980, 第 34—76 页上的一种表述。

㉖这种可能性是存在的,但是它典型地被高估了,这一点表现在关于尤其在宪法管辖权中法官政治上先入为主思想可能起的影响作用的调查中。这些调查没有得出相应的结果。

㉗参见 Siegfried Streufert/Susan C. Streufert, *Effects of Conceptual, Structure, Failure and Success on Attribution of Causality and Interpersonal Attitudes*, *Journal of Personality and Social Psychology* 11 (1969), 第 138—147 页有关高度的系统复杂性之相应效果的论述。

㉘从形式上看这里涉及的是处理多样性和信息冗余的不同模式。对此我们在谈到论证时再详谈。

㉙这只不过是关于民法和刑法之区别的一种很肤浅的想法,这一点至少可以追溯到边沁的长期的讨论就不言自明了。在任何情况下都要同时反照规则的另一面,例如在刑法中通过精心制定的关于保护受法律保护的主体的理论(参见 Knut Amelung, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972)。

㉚再一次参见上面提到的冈特,同上(1976)的两处引文。

㉛也可参见 Niklas Luhmann, *Stenographie und Euryalistik*, in: Hans Ulrich Gumbrecht / K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen einer offenen Epistemologie*, Frankfurt, 1991, 第 58—827 页。

㉜参见 Douglas R. Hofstadter, *Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid*, Hassocks, Sussex, 1979, 关于“复杂的等级制”之不可避免性的论点。

㉝应该注意的是,存在着对于系统的形成必不可少的其他条件限定形式,即首先使互相独立的变化可能性互相联系的条件互相协调,也就是当这些条件已经存在时,就使它们相互依附的那些条件限定形式。参见 W. Ross Ashby, *Principles of the Self-Or-*

ganizing System, in: Heinz von Foerster / George W. Zopf (Hrsg.), Principles of Self - Organization, New York, 1962, 第 255—278 页上关于这种条件限定基本意义的论述;转载于 Walter Buckley (Hrsg.), Modern Systems Research for the Behavioral Scientist: A Sourcebook, Chicago, 1968, 第 108—118 页。

④⑤参见 Jacques Derrida, Grammatologie, 德文版, Frankfurt, 1974, 第 244 页以下。

④⑥在 kónon, kriterion, regula 的古典语言应用中就预见到与二值格式化的联系,但是多数带有通过格式中的优先值本身来论证标准的倾向。

④⑦在第二章第三节中我们把法律系统描述为历史性的机器。

④⑧这种情况当然在古代,即早在近代社会把“批判”作为其特点之前就存在了。参见附有丰富证明的 Dieter Nönn, Rechtskritik in der römischen Antike, Bayerische Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-Historische Klasse, Abhandlungen N. F. 77, München, 1974。此外,很多中世纪和现代早期的法律批判可以归结到对用外文(拉丁文、在习惯法中也有用法文)记录材料的反对意见。

④⑨与历史进程相反,法典是直到具备了足够数量的程序化的法律材料之后才产生的,对这一点我们将在关于法律的演进这一章中进行论述。关于条件程序形式之古老也可参见下面第四章。

④⑩但是这里必须补充的是:只要不反对考虑政治权力关系。

④⑪其他的平衡形式包括在裁判权概念中,裁判权也包括避免严法化和使法律具有公平的可能性,包括可以加上第二种更为灵活的法律制度,例如在英国所使用的。

④⑫参见 Klaus Günther, Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Frankfurt, 1988, 第 332 页,在这里作者推测一种被我忽视的、只能让合适的东西通过的应用性商谈机会。他问道:“当裁决的程序和限定条件不可能很明确的时候,程序要对事实与规则二值的正确对应进行裁决,这应该是意味着什么?”回答只能是:这种裁决尽管并不总是很明确,即并不总是可以单纯通过逻辑推理得出,但它是可以程序化和限定条件的。程序必须对变化很敏感,并且自己可以改变,这一点并不排除程序在具体情况下通过人们所偏爱的解释来完成它的程序功能。找出这种解释及其在必要的时候改变解释,这是论证的事情,而不是用一种更高的调节制度来约束法律的事情。“合适”也不是更高的标准,而是一种可以用来概括法律论证之结果的概括性的表达形式,法律论证只有通过具体说明什么是合适以及为什么是合适才能完成它的功能。因为只有这样它们才能担当起程序的功能,并且在必要的时候改变它的规定。

④⑬关于巴西,可参见 Marcelo Neves, 同上(1992)。

④⑭这场讨论中一个很少被人注意的很好的出发点是:Torstein Eckhoff / Knut Dahl Jacobsen, Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-making, Copenhagen, 1960。也可参见我在 Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart, 1974 一书中论述的受到很多批评的观点。

④⑮参见上面第二章第六节。

④⑯一个在经济学决策理论中用“受约束的合理性”概念来回答的问题。但是这种回答不能照搬到法律系统,这里缺少一种对此必要的像经济企业在结算中所具有的那种对注意力限制范围的监督。

④⑰人们对此很有争议,尤其在美国的法律理论中。参见具有代表性的 Robert S. Summers, Pragmatic Instrumentalism in Twentieth Century American Legal Thought—A Synthesis and Critique of our Dominant General Theory About Law and its Use, Cornell Law Review 66 (1981), 第 861—948 页。尤其值得注意的是 Summers 区分两种“实质性理

由”：“目的理由”(goal reasons)和“正当理由”(rightness reasons),并且认为二者之间的关系是不清楚的(第914页)。看来并没有目的程序和条件程序的统一或中介形式。此外由于讨论相当混乱,我觉得有必要指出,绝不应该对法律上可以像对一切行动一样对目的程序进行判断这一点有争议。但是目的程序必须被改述为条件程序,例如:如果某人有理由追求某些特定目的,他可以在a,b,c等前提条件下进行相应的行动。

⑤⑨Heinz von Foerster, *Observing Systems*, Seaside Cal., 1981, 第210页以下所说意义上的;同一作者的 *Principles of Self-Organization-in a Socio-Managerial Context*, in: Hans Ulrich / Gilbert J. B. Probst (Hrsg.), *Self-Organization and Management of Social Systems: Insights, Promises, Doubts, and Questions*, Berlin, 1984, 第2—24页(第9页及下页)。

⑤⑨作为对此的补充也可能有试图把它们的环境带入陈规俗套机构形式之中的系统,虽然它们自己并不这样理解自己。教育系统也许有可以作为这方面的例子。它根据目的程序的标准在对已达到状况的反应中运作,但是最终要达到使受教育者能够给出正确的回答,并且最终成为可靠的人。

⑥⑩主要参见 Jean Bottéro, *Le "Code" de Hammu-rabi*, *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa* 12, 1, 1982, 第409—444页。

⑥⑪关于作为法律形式的如果—那么格式的意义,可参见 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 第45、53—54页。MacCormick把这一形式视为不可缺少,恰恰是因为法律论证是以判决的后果为依据的。

⑥⑫参见 Niklas Luhmann, *Selbstreferenz und Teleologie in gesellschaftstheoretischer Perspektive*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第2卷, Frankfurt, 1981, 第9—44页。

⑥⑬关于规范性的时间连接和风险性的时间连接之间的根本区别及其极不相同的社会后果,我们在上面(第三章中)已经谈过。

⑥⑭例如 Helmut Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt, 1992, 第177页及下页认为,法律发展超出了这些想法,并且把目的程序作为法律机制牢固地确立起来,甚至在此期间也超越了这一状况,还引发了“关系化程序”(Relationierungsprogramme)。但是由此必须更为小心地说明,目的或相互关系在法律上的重要性是如何发挥作用的。因为这种从来没有人对此有争议的政治含义规定本身并不是可执行的法律。

⑥⑮参见 Jutta Limbach, *Die Suche nach dem Kindeswohl-Fin Lehrstück der soziologischen Jurisprudenz*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9 (1988), 第155—160页。关于在相同情况下法律上帮助法国法官作裁决的办法——父母协商一致,孩子的明确意愿,现有的状况,也就是一切可确证的事实情况——参见 Irène Théry, *The Interest of the Child and the Regulation of the Post-Divorce Family*, *International Journal of the Sociology of Law* 14 (1986), 第341—358页。也可参见同一作者的 *Divorce et psychologisme juridique: Quelques éléments de réflexion sur la médiation familiale*, *Droit et Société* 20—21 (1992), 第211—228页。

⑥⑯关于今天可能占主导地位的、在社会学上也可论证的可疑判断,参见 Richard Lempert / Joseph Sanders, *Invitation to Law and Social Science: Desert, Disputes, and Distribution*, New York, 1986, 第258页以下。尤其可参见第269页以下的关于与治疗意图和对孩子人格的各个方面考虑相对立而贯彻二元规则化的论断。还可参见 Anthony Platt, *The Child Savers: The Invention of Delinquency*, Chicago, 1969。

⑥⑰Charles W. Lidz / Andrew L. Walker, *Therapeutic Control of Heroin: Dedifferentiating*

Legal and Psychiatric Controls, in: Harry M. Johnson (Hrsg.), *Social System and Legal Process*, San Francisco, 1978, 第 294—321 页, 该处从不加区分的视角分析了在一种情况中视角不断改变的那些案件。

⑥⑧参见从符合宪法的结果的视角进行论述的 Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991, 尤其是第 197 页以下, 第 411 页以下。按照格林的看法, 鉴于这种变化, 宪法只有在它们适应这些变化的情况下才能继续完成它的功能。

⑥⑨作为对这样一种法令的失败以及接着通过制定规定来进行修改的案件分析, 参见 David Schoenbrod, *Goal Statutes or Rules Statutes: The Case of the Clean Air Act*, *UCLA Law Review* 30 (1983), 第 740—828 页。Schoenbrod 强调文章中所提到的两个视角点: 目的程序对于更好地达到目的的条件缺乏敏感性以及在克服利益相关者的反抗方面存在困难。

⑦⑩参见第八章注释 104。

⑦⑪正如我们在下面将看到的那样, 这在于通过“结构性联系”来进行扩展和规范。

⑦⑫参见用一句话来概述整个传统的 Ernst Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft: Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München, 1971, 第 12 页: “统治权不仅使它的承担者具有依法行使权力的垄断权, 并且使他独自拥有为正当和不正当定义的权力, 而且在滥用的情况下也不予以制裁。”

⑦⑬关于我们在这里引用德里达的“复出”(itérabilité)和“痕迹”(trace)概念是否正确的问题不得不暂搁一边。这两个概念无论如何也与区分之基本形式的自相矛盾相关联。例如参见 Jacques Derrida, *Limited Inc.*, Paris, 1990, 第 222 页以下, 第 230 页及下页。

⑦⑭关于该如何理解“裁决”, 我们将在另外地方再谈。参见第七章第三节。

⑦⑮也可参见 John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 德文版, Frankfurt, 1975, 第 159 页以下关于人们掩盖自己在未来社会中自己的地位和利益方面的无知的论述。Rawls 把这视为愿意适应从一般视角进行判断的必要条件。这个想法可追溯到亚里士多德, 开始这只是为立法者设想的。

⑦⑯关于这种对诉讼程序的判断, 详见 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 第 2 版, 再版, Frankfurt, 1983。

⑦⑰关于真理规则我们在紧接亚里士多德的《解释篇 9》(de interpretatione 9)之后, 在“论未来的或然性”标题下找到恰恰与此相关的讨论。在这里答案不在于离开二值逻辑, 而是在于接受当下不可裁决性的自我显示价值。

⑦⑱我们的前提是 18 世纪所使用的外部强制与内部强制的区分标准已经失灵。因为一方面道德也随着所面临的不再被尊重的危险而拥有迅速起作用的外部约束力, 另一方面, 许多法律规定都是为使作为或不作为成为可能服务的, 而不是命令或者禁止作为或不作为。

⑦⑲参见上面第二章第二节。

⑦⑳这不是法律系统的特点, 而是职能系统分立的不同方式的要求, 这一点通过比较分析可以说明。参见 Niklas Luhmann, *Die Homogenisierung des Anfangs: Zur Ausdifferenzierung der Schulerziehung*, in: Niklas Luhmann / Karl Eberhard Schorr (Hrsg.), *Zwischen Anfang und Ende: Fragen an die Pädagogik*, Frankfurt, 1990, 第 73—111 页。

## 第五章

①参见 Louis H. Kauffman, *Self-Reference and Recursive Forms*, *Journal of Social and*

Biological Structures 10 (1987), 第 53—72 页, 他不仅从观察的基本自我参照中引申出系统过程目标明确的无止境的直线性, 而且引申出系统形式再进入自己本身。

②参见 George Spencer Brown, *Laws of Form*, Neudruck, New York, 1979, 第 10 页。

③第二章第八节。

④参见 Niklas Luhmann, *Wie lassen sich latente Strukturen beobachten?* in: Paul Watzlawick/Peter Krieg (Hrsg.), *Das Auge des Betrachters-Beiträge zum Konstruktivismus: Festschrift für Heinz von Foerster*, München, 1991, 第 61—74 页。

⑤我们不能接受应该在一个不同于协商法律问题的“层次”上协商公正性这种流行说法, 因为这里逃离自相矛盾的做法太快太明显地导入了一种新的自相矛盾, 即“层次”差别的统一性问题, 即又回到了系统的自我观察的问题上。

⑥例如 Heinrich Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, 第 2 版, München, 1977, 第 394 页。

⑦详见第十一章。

⑧也可参见 Arthur Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit; Problemgeschichtliche Betrachtungen*, Frankfurt, 1984, 尤其是第 31 页。

⑨参见 Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1990, 第 392 页以下。

⑩参见 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1988, 第 177 页以下。

⑪参见 Niklas Nuhmann, *Die Funktion der Religion*, Frankfurt, 1977, 第 200 页以下。

⑫参见 Niklas Luhmann / Karl Eberhard Schorr, *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem*, 第 2 版, Frankfurt, 1988, 第 58 页以下。

⑬直到近代, 与德性相联系的公正概念才被抽象出来, 有关这方面的概述, 参见 Hans Nef, *Gleichheit und Gerechtigkeit*, Zürich, 1941, 第 58 页以下。

⑭参见 Aleida und Jan Assmann (Hrsg.), *Kanon und Zensur*, München, 1987; Jan Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis; Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, München, 1992, 第 103 页以下。

⑮此外, 属于这个自然法公正概念的还有关于公正概念与人的自然爱好相关的功利主义观念(边沁)。这种观念与古典的自然法的区别仅仅在于, 它们从天生的爱好转向了后天获得的爱好。

⑯我们将在第十一章第三节中再来谈作为法律系统自我描述之形式的自然法。

⑰这个问题可以借助一个本来是为自然法的目的而发明的自然概念来处理, 这一点很清楚, 但是远远不能令人满意。自然法概念无非是表达了坚定地认为某件事是正确的意图。但是这一点人们从自我参照出发也同样能做到, 并且更清楚。

⑱一般不这样说, 但是其前提似乎是: 这是说明批评理由的唯一可能性。对此进行批评性论述的有 Manuel Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcelona, 1985, 第 121 页, 第 122 页及下页。

⑲所谓“不能继续分解”, 当然不是怀疑二阶观察能够对这样一种事实情况作出有区分的描述。参见接德里达的“补充”概念之后的 Jean-Pierre Dupuy / Francisco Varela, *Kreative Zirkelschlüsse: Zum Verständnis der Ursprünge*, in: Paul Watzlawick / Peter Krieg (Hrsg.), *Das Auge des Betrachters-Beiträge zum Konstruktivismus: Festschrift für Heinz von Foerster*, München, 1991, 第 247—275 页。

⑳谈到公正是“自我证明为合法的理想”的还有 Edwin Norman Garland, *Legal Real-*

ism and Justice, New York, 1941, 第 124 页及下页。当然,从中并不是必然得出结论说,这里只是涉及没有运作功能的名义上的统一。相反,自相矛盾的展开只有作为运作才真正是可能的。

⑳属于这种把公正视为选择标准(或者也可以说视为正义 / 非正义超规则)的观点的最著名代表有 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, 1971, 德文版, Frankfurt, 1975。这一理论给人的印象主要是它所达到的精确性。

㉑关于通过“对不公正的感觉”来建构法律秩序的论述,参见 Edmund N. Cahn, *The Sense of Injustice: An Anthropocentric View of Law*, New York, 1949。

㉒这一表述我是在 Pierpaolo Donati, *Teoria relazionale della società*, Milano, 1991, 第 221 页中找到的。

㉓旧的学说。参见 P. A. Pfizer, *Gedanken über Recht, Staat und Kirche*, Stuttgart, 1842, 1 卷, 第 57 页及下页, 该处说, 平等是“一切法律的形式性因素”。或者比较新的可参见 Chaim Perelman, *über Gerechtigkeit*, 德文版, München, 1967, 第 27、55 页。

㉔有关这方面参见上面第二章第九节。今天人们似乎已经知道, 关于对不相同的给予不相同的处理这一第二规则并不是通过逻辑推理从平等原则中就可以得出的。平等原则本身也不是不相同处置的理由。参见 Adalbert Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971, 第 53 页以下。这里涉及的是平等形式的另一面, 对这另一面不是不作标记(“一切其他的”意义上的), 而是要具体描述它, 由此使人们能把握它。正因为如此我们可以说, 通过这第二规则, 公正原则才从其作为法律系统或然性信条的功能上来说成为一个整体。

㉕关于证明, 参见 Arlette Jouanna, *L'idée de race en France au X<sup>e</sup> VI<sup>e</sup> siècle et au début du X<sup>e</sup> VII<sup>e</sup>*, 第 2 版, 第 2 卷, Montpellier [1998], 尤其是第 1 卷, 第 275 页以下。

㉖作为这一表述形式的内容前提, 参见 Wolfgang Waldstein, *Ist das “suum cuique” eine Leerformel?* in: *Ius Humanitatis: Festschrift für Alfred Verdross*, Berlin, 1980, 第 285—320 页。

㉗18 世纪末左右, 人们首先从把社会阶层的区分归结于财产所有关系以及由此所决定的新的、几乎没有权利的贫困中认识到这一点。在 Jacques Necker, *De l'importance des opinions religieuses* (1788), 引自 *Œuvres complètes*, 第 12 卷, Paris, 1821, 第 80 页及下页我们读到: “当关于财产权的法律使更多的人降低到只有极少的生活必需品, 仅仅公正就不再使人满足了。”但是代之以依靠宗教所鼓励的行善就更不合时代潮流了。

㉘最近政治学和社会学对公正问题的研究重新开始关注分配问题, 也就是停留在“亚里士多德的”联系中。关于按照资产范围进行内容分类, 参见 Michael Walzer, *Sphären der Gerechtigkeit: Ein Plädoyer für Pluralität und Gleichheit*, 德文版, Frankfurt, 1992。这可以被视为把(在资产范围内的)平等与不平等相连接的尝试。关于最近的文献, 也可参见 Volker H. Schmidt, *Lokale Gerechtigkeit—Perspektiven soziologischer Gerechtigkeitsanalyse*, *Zeitschrift für Soziologie* 21 (1992), 第 3—15 页; Bernd Wegener, *Gerechtigkeitsforschung und Legitimationsnormen*, *Zeitschrift für Soziologie* 21 (1992), 第 269—283 页。此外可参见 1987 年以来的杂志 *Social Justice Research* (New York)。值得注意的是, 迄今为止的思考都归结于在不同情况下不同的解决问题的办法, 而没有明确可见的原则。(人们只是要确定, 在各个地方是如何做的) 这似乎不能让人满意, 并且产生了以下问题, 即“公正”概念在这里是否选对了。因此我们很重视在概念上把紧缺与公正这两个或然性表述形式相分开。除此之外, 解决问题的方法取决于具体情

况,这使以下问题变得很容易理解了,即没有(法律)系统和没有(人们能够以此看出相同和不相同的)对裁决案件的历史规定,究竟还有没有公正。

⑳详见 Niklas Luhmann, *Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft*, *Rechtstheorie* 41 (1973), 第 131—167 页,转载于同一作者的 *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981, 第 374—418 页。

㉑例如 Philippe Nonet / Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, New York, 1978; Gunther Teubner, *Substantive und Reflexive Elements in Modern Law*, *Law and Society Review* 17 (1983), 第 239—283 页。

㉒参见 Richard C. Thurnwald, *Gegenseitigkeit im Aufbau und Funktionieren der Gesellschaften und deren Institutionen*, Festgabe für Ferdinand Tönnies, Leipzig, 1936, 第 275—297 页;或者观点有点不同的 Marshall D. Sahlins, *On the Sociology of Primitive Exchange*, in: *The Relevance of Models for Social Anthropology*, London, 1965, 第 139—265 页。

㉓参见 *Nikomachische Ethik*, 第 5 卷, 第 5—7 章著名的分配公正和双方相互公正的区分 ( *distributiver und synallagmatischer Gerechtigkeit* )。

㉔参见 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, 1964, 第 19 页以下。撇开这一点还有关于对互惠关系的社会意义和社会评价的内容丰富的社会心理学研究。

㉕这又有以下后果,即在中世纪作为公正之代表出现的,首先是倾向于叛逆的魔鬼。

㉖例如 Claude Buffier, *Traité de la société civile*, Paris, 1726, 第 4 卷, 第 26 页以下。

㉗今天的法哲学对这种互相脱钩现象主要持否定态度。按照宪法法律的平等原则进行的审判,通过意见民主,也就是与所谓广泛流传的评估相联系,承认它的歧视的合法性,但是这又是不受监督的。这对于法哲学来说其后果就是,人们由此达到了一种伦理上的公正概念,但这种概念本身并不能代表社会中流传的整个价值判断。关于社会的和经济的的不平等,参见 Rawls, 同上;对此我们将在谈论立法问题的时候(下面第七章第三节)再详谈。

㉘与传统的决裂正是在这里,而不是在相同 / 不相同格式中。重视连续性的作者也用一种需要充实的空洞的表达形式谈论“本质上相同的”或“本质上不相同的”。例如 Ralf Dreier, *Recht—Moral—Ideologie: Studien zur Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981, 第 277 页,或者 Henkel, 同上, 第 395 页及下页。作为批评参见 Nef, 同上, 第 105 页及下页。

㉙参见 Peter-Michael Spangenberg, *Maria ist immer und überall: Die Alltagswelten des spätmittelalterlichen Mirakels*, Frankfurt, 1987。

㉚关于与英国通过衡平法的法律发展特别接近的苏格兰的过渡情况,参见 David Lieberman, *The Legal Needs of a Commercial Society: The Jurisprudence of Lord Kames*, in: Istvan Hont / Michael Ignatieff (Hrsg.), *Wealth and Virtue: The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*, Cambridge Engl., 1983, 第 203—231 页;此外涉及英国还可参见同一作者的 *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge Engl., 1989。

㉛参见 Ralf Dreier, *Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems*, *Rechtstheorie* 5 (1974), 第 189—200 页,转载于同一作者, 同上 (1981), 第 270—285 页。

㉜详见第七章。

④③参见 Melvin J. Lerner, *The Desire for Justice and Reactions to Victims*, in: Jacqueline Macaulay / Leonard Berkowitz (Hrsg.), *Altruism and Helping Behaviour: Social Psychological Studies of Some Antecedents and Consequences*, New York, 1970, 第 205—229 页。

④④参见 C. J. Gerhardt (Hrsg.), *Die philosophischen Schriften von Gottfried Wilhelm Leibniz*, 第 7 卷, 再版, Hildesheim, 1965, 第 290 页。

④⑤参见 Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991。作为专门关于对平等原则的法律意见和审判的概论也可参见 Reinhold Zippelius, *Der Gleichheitssatz, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 47 (1991), 第 8—33 页。这里非常明显表现出侧重实质性价值权衡的倾向, 也就是说侧重根据具体情况进行重要性判断的倾向, 在这类判断中审判几乎不可避免地带有政治性质, 尽管它自认为是受“规范目的”约束的。

④⑥详见关于结构性联系那一章。

④⑦凯尔森把作为平等和条件程序化的公正关系视为一种单纯逻辑问题。参见 Hans Kelsen, *Das Problem der Gerechtigkeit*, 载于同一作者的 *Reine Rechtslehre*, 第 2 版, Wien, 1960, 第 357 页以下 (第 393 页以下)。联系德里达的“补充”概念我们要指出, 情况不是这样的。凯尔森显然没有注意到, 在他那个时代人们对逻辑与自相矛盾的关系中的哪些问题进行了讨论。

④⑧认为平等原则不是条件程序的还有 Podlech, 同上, 第 50 页。

④⑨例如 Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3 版, Heidelberg, 1963, 第 22 页以下。

⑤⑩旧欧洲传统至少在它的一个支派中更倾向于把伦理的公正概念视为是内容上为法律设置的——从公正涉及的是对他人 (ad alterum) 采取的外在的行动 (operationes, actus) 和用经院哲学的表述来说涉及按照法律负有义务的人 (sub ratione debiti legalis) 意义上来说的。

⑤⑪可以想一想在美国必然要作为前提条件的平等与奴隶制的互相兼容。关于自然平等权利的这种“远离法律”现象以及关于自然平等权利在 1800 年左右的宪法法律政治意义。参见 Ulrich Scheuner, *Die Verwirklichung der Bürgerlichen Gleichheit*, in: Günter Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848*, Göttingen, 1981, 第 376—401 页。

⑤⑫这里从有关这个课题的无数不同表述中我只举一个例子: 杜尔凯姆在他的社会规范的构成理论中提到两个不能互相归结的变元: 欲望 (désir) 和限制 (sacré, sanction)。参见论文 *Détermination du fait moral*, in: Emile Durkheim, *Sociologie et Philosophie*, Paris, 1951, 第 49—90 页, 以及 François-André Isambert, *Durkheim et la sociologie des normes*, in: François Chazel / Jacques Commaille (Hrsg.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, 1991, 第 51—64 页。这就是说 (也许解释得有点牵强附会, 因为杜尔凯姆的规范概念很模糊, 人们甚至几乎不用它) 价值评价不可能在不受限制的自由中产生, 而规范就是这一条件关系和提升关系的表述。

⑤⑬当在道德化的理性法格式中人们不仅把自由与它的对立面相区分, 而且在其本身中又按照自由和放肆作了区分的时候, 我们对通过再进入来掩饰自相矛盾这一点就看得更清楚了。自由 / 放肆的区分是当时的自然法的财富, 产生于反对霍布斯的争论, 但是也可用来证明坚持文明化的自由权利的合法性, 以消除政治疑虑。参见例如 Christian Wolff, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, Pars I, 第 150 页及下页, 引

自 Frankfurt-Leipzig, 1740, 再版, Hildenheim, 1972, 第 90 页及下页; 同一作者的 Grundsätze des Natur-und Völkerrechts, § 84 (这里: 自由 / 放肆), 引自 Halle, 1754, 再版, Hildenheim, 1972, 第 52 页。正如在引文中我们看到的, 再进入, 即在区分中再进行区分的这种自相矛盾, 既可以被用于激进批评性的目的, 也可以被用于毋宁说是保守性分析的目的。(参见 Richard Price, Observations on the Nature of Civil Liberty, The Principles of Government, and the Justice and Policy of the War with America, 第 2 版, London, 1776, 第 12 页以下。)在此期间, 批判理论也变得保守了。Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurtheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt, 1992, 第 51 页上作者继康德之后区分任意的自由和自律性。

⑤有关经济, 参见 Dirk Baecker, Information und Risiko in der Marktwirtschaft, Frankfurt, 1988; 有关家庭, 参见 Niklas Luhmann, Sozialesystem Familie, 载于同一作者的 Soziologische Aufklärung, 第 5 卷, Opladen, 1990, 第 196—217 页; 有关政治, 参见 Niklas Luhmann, Gesellschaftliche Komplexität und öffentliche Meinung, 载于同一作者的 Soziologische Aufklärung, 同上, 第 170—182 页; 有关科学, 参见 Niklas Luhmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, Frankfurt, 1990, 第 318 页以下, 第 362 页以下。无论如何需要讨论的是, 医疗系统是不是一个例外。在这里, 医生的观察主要是针对病人的身体, 他首先观察的是病人身体对药物的反应。这就是说, 病人身体是如何被区别对待的, 亦即病人身体是如何被观察的, 他是如何被观察的。这里可以考虑到心理引起生理疾病的联系。但是社会上与医生直接打交道却始终很困难, (医生) 几乎有点麻木不仁。

## 第六章

①关于一个在历史上很宽泛, 但是在语言上却有限制的概述, 可参见 E. Donald Elliott, The Evolutionary Tradition in Jurisprudence, Columbia Law Review 85 (1985), 第 38—94 页。也可参见 Gunther Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt, 1989, 第 61 页, 该处要求在概念上作进一步澄清, 示意人们去注意近期著作中的多相性 (Heterogenität)。关于人们应该以哪种系统参照为出发点的问题, 从来没有人作过统一回答, 而且有人甚至把一种社会生物学思想萌芽提出来供讨论, 参见 John H. Beekstrom, Evolutionary Jurisprudence: Prospects and Limitations of Modern Darwinism Throughout the Legal Process, Urbana ill., 1989。

②关于该学派的语言进化和法律进化比较, 参见 Alfred Dufour, Droit et langage dans l' école historique du Droit, Archives de philosophie du droit 19 (1974), 第 151—180 页。

③参见 Robert Charles Clark, The Morphogenesis of Subchapter C: An Essay in Statutory Evolution and Reform, Yale Law Journal 87 (1977), 第 90—162 页; Robert A. Kagan et al., The Evolution of State System Courts, Michigan Law Review 76 (1978), 第 961—1005 页; Ronald A. Heiner, Imperfect Decisions and the Law: On the Evolution of Precedent and Rules, Journal of Legal Studies 15 (1986), 第 227—261 页。

④提建议的例如有社会学家 Albert G. Keller, Law in Evolution, Yale Law Journal 88 (1919), 第 769—783 页。

⑤参见 Ernst Mayer, Evolution und die Vielfalt des Lebens, Berlin, 1979。

⑥也可参见 Keller, 同上, 第 779 页。

⑦进化论与游戏论近期的暧昧关系只不过是这种论断的一个例子, 始于 R. C. Lewontin, Evolution and the Theory of Games, Journal of Theoretical Biology 1 (1961), 第

382—403 页。关于群体内部的游戏可参见 John Maynard Smith, *Evolution and the Theory of Games*, Cambridge Engl., 1982。

⑧参见 Niklas Luhmann / Raffaelf De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, 1992, 第 169 页以下。

⑨生物学也遇到了这个问题,因为它要回答,是不是只有生命的整体进化才导致从化学意义上来说原则上相同的再生产方式基础上物种多样性的产生,还是如果两性再生产的条件排除某些系统的话,也可以有单个物种或群体的进化。

⑩恰恰在可以有分系统的自我生成这一点上经常有争议(究竟为什么只有在这种依赖性的基础上?),例如有关经济,参见 Josef Wieland, *Die Wirtschaft als autopoietisches System—Einige eher Kritische Überlegungen—*, Delfin X (1988), 第 18—29 页;有关科学,参见 Wolfgang Kron / Günther Küppers, *Die Selbstorganisation der Wissenschaft*, Frankfurt, 1989, 第 21 页以下;有关法律系统,参见 William M. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives*, Newbury Park Cal., 1990, 第 44 页及下页。在这里(理论上是毋庸置疑的)“经验性”证明的论据起着作用,即关于只有在人身上才能观察到行动这一假设。然而,即使对于还没有文字的社会来说也必须对此怀疑。这就等于,如果这样进行论证的话,这就排除了任何把进化论应用于生物学以外事实的可能性。

⑪也可参见 Huntington Cairns, *The Theory of Legal Science*, Chapel Hill N. C., 1941, 第 29 页以下;Richard D. Schwartz / James C. Miller, *Legal Evolution and Societal Complexity*, *American Journal of Sociology* 70 (1964), 第 159—169 页。

⑫也许这甚至是典型情况。参见 Niles Eldredge / Stephan Jay Gould, *Punctuated Equilibria: An Alternative to Phyletic Gradualism*, in: Thomas J. M. Schopf (Hrsg.), *Models in Paleobiology*, San Francisco, 1972, 第 82—115 页。

⑬黑格尔有关他的理论所探讨的过渡问题的分析,恰恰可以从这一意义上来理解,例如在关于美学的讲座中对一种符号美学之开始的表述,引自法兰克福 1979 年版第 1 卷(文集第 13 卷),第 418 页及下页。关于艺术系统自我生成的预先适应性促进,也可参见 Hans Belting, *Bild und Kult: “Eine Geschichte des Bildes vor dem Zeitalter der Kunst”*, München, 1990。

⑭详见上面第四章第四节。

⑮即使在政治系统“国家化”这种艰难的过渡时期,法律系统的自我生成也在不断进化中得到贯彻。参见 Rudolf Stichweh, *Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme (17.—19. Jahrhundert)*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 第 254—272 页。

⑯此外,法律理论讨论中在以下问题上存在着恰恰结构相同的问题,即虽然按照一般看法,偏离法律的司法实践不能形成法律以及法律错误不能被视为法源,那么是是否能够说以及如何才能看出习惯法产生了或发生了变化呢?(D 1. 3. 39: 因为没有引入理由,但首先有错误、怀疑,然后才有选择习惯,如果都相同就没有选择了。)还可参见 Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 第 1 卷, Berlin, 1840, 第 14 页上以下表述:“……毋庸置疑的事实是,在任何人对一种法律关系产生问题和意识到这种关系的地方,都早已有一个相关的规则在那里了,因此根本没有必要也不可能现在才去发明规则。”

⑰大概情况可参见 Jack Goody, *Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft*, Frankfurt, 1990, 第 211 页以下。

⑱关于作为一种“暂时性记忆”形式的“传输延迟”,参见 Klaus Krippendorff, *Some*

Principles of Information Storage and Retrieval in Society, *General Systems* 20 (1975), 第15—35页(第19页以下)。

⑲这种表述在 Julia Kristeva, *Semeiotikè: Recherche pour une sémanalyse*, Paris, 1969, 第315页上。

⑳在 George Spencer Brown, *Laws of Form*, Neudruck, New York, 1979 的术语中。

㉑这一点在文字形式、视觉形象等——就像最近所强调的那样——在交往中起着重要作用的时候也同样适用。

㉒类似的区分也发生在细胞膜中。在这里也是始终一成不变的物理客体被分类到细胞的封闭性利用和再生产联系之中。参见 Jean-Claude Tabary, *Interface et assimilation, état stationnaire et accomodation*, *Revue internationale de systémique* 3 (1989), 第273—293页。

㉓我们说“更难以”，因为写成文字的法律文本也可以被忘记或者被废弃，这主要是指发明印刷术之前。参见 Marione Breton, *La norme e il tempo fra tradizione classica e coscienza moderna*, *Materiali per una storia della cultura giuridica* 19 (1989), 第7—26页。

㉔德里达把这个想法用作他把“文字”概念极端化的起跳基础。尤其可参见 Jacques Derrida, *De la Grammatologie*, Paris, 1967; 同一作者的 *signature événement contexte*, 载于同一作者的 *Marges de la philosophie*, Paris, 1972, 第365—393页, 尤其是第376页。

㉕至于说到交易,甚至可以追溯到发明文字之前几千年就已经开始的时期,即新石器时期。参见 Denise Schmandt-Besserat, *An Archaic Recording System and the Origin of Writing*, *Syro-Mesopotamian Studies* 1/2 (1977), 第1—32页。

㉖我们保留国际流行的词“Divination”(预言),虽然德文中也有相应的词“Weis-sagung”。

㉗参见 Jean-Pierre Vernant et al., *Divination et Rationalité*, Paris, 1974。

㉘关于中国,参见 Léon Vandermeersch, *De la tortue à l'achillée; Chine, in: Vernant et al.*, 同上, 第29—51页。此外在这里我们找到一个关于文字本身也在进化的很好的例子。文字最初产生于把刻在骨头或龟板上的模子临摹下来,如果对他们作相应的分解,那么这些大多数有含义的符号就可以被作为象征符号来读,并被理解为文字。否则一种非常复杂的文字的突然产生是根本无法解释的。它是以作为“促进预先适应的”、涉及许多生活情景的、合理的预言实践为前提的。

㉙参见 Jean Bottéro, *Symptômes, signes, écritures en Mésopotamie ancienne*, in: Vernant et al., 同上, (1974), 第70—197页。参见其他有关论文,载于同一作者的 *Mésopotamie: L'écriture, la raison et les dieux*, Paris, 1987, 第133页, 第157页以下。

㉚Bottéro, 同上(1974), 第142页谈到“司法和预言的相同形式”。

㉛有关这方面,参见 Jean Bottéro, *Le “Code” Hammu-rabi*, *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa* 12, 1 (1988), 第409—444页;转载于同一作者的 *Mésopotamie*, 同上, 第191—223页。Bottéro 把汉谟拉比法典称为一种国王的自我赞美,称为一种表明如何通过法律裁决来维持秩序的政治遗嘱。

㉜与罗马不同,在商业高度发展的、热衷于并依靠远距离贸易的雅典,公元前4世纪中期似乎就已经达到这种状态,因为证人当然是一个只能在地方上使用的法律概要。参见 Fritz Pringsheim, *The Transition from Witnesses to Written Transactions in Athens*, in: *Gesammelte Abhandlungen*, 第2卷, Heidelberg, 1961, 第401—409页。也可参见 William V. Harris, *Ancient Literacy*, Cambridge Mass., 1989, 第68页以下,关于希腊法律文

字化的历史一般可参见 Michael Gagarin, *Early Greek Law*, Berkeley Cal., 1986, 第 52 页以下, 第 81 页以下, 第 121 页以下。

③③ Jan Assmann, *Das kulturelle Gedächtnis: Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen*, München, 1992, 第 17 页, 第 87 页以下 (引文在第 18 页)。

③④ 关于雅典在字母支配下这一发展本身的缓慢和建立档案问题, 参见 Rosalind Thomas, *Oral Tradition and Written Record in Classical Athens*, Cambridge Engl., 1989, 第 34 页以下, Harris, 同上, (1989)。

③⑤ 这一区分在雅典就已经被用来批评法律文字化 (主要鉴于歪曲的可能性和解释问题), 从那时起不成文法闪烁出“更高价值”的光彩。参见 John Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks: An Introduction*, Oxford, 1956, 第 26 页以下; Jacqueline de Romilly, *La loi dans la pensée grecque des origines à Aristote*, Paris, 1971, 第 27 页以下。相应的学说今天我们还可以在犹太法律中找到。据说法律是在西奈山上既是为书面传播也是为口头传播而启示的。耶和華按其本质就是时间, 因此也是未来, 他通过容忍一个没有终结的、有可能有争议的继续发展, 从一开始就很重视适应的灵活性, 即可解释性。参见 George Horowitz, *The Spirit of Jewish Law* (1953), Neudruck, New York, 1973; Eliezer Berkowitz, *Not in Heaven: The Nature and Function of Halakha*, New York, 1983; Geza Vermes, *Scripture and Tradition in Judaism: Written and Oral Torah in: Gerd Baumann (Hrsg.), The Written Word: Literacy in Transition*, Oxford, 1986, 第 79—95 页。在这里人们假定, 口头教海和流传的规定并不排除把意见记录在笔记、注释和评论中。关于习惯法中这种区分的新的表述形式, 参见 Sir Matthew Hale, *The History of the Common Law of England*, zuerst posthum 1713, 引自 Charles M. Gray, Chicago, 1971, 第 16 页。成文法 (*Lex scripta*) 被定义为“以原本的表达形式编写为文字的议会的章程或条例, 在形式、风格和用词上完全保持它们最初被制定出来时的原样”。关于不成文规定很可能也有书面材料存在, 但不是以同样方式对含义的统一和效力起标准作用, 而仅仅是它的流传形式。

③⑥ 关于这种宗教含义的表述形式, 也可参见 Niklas Luhmann, *Die Ausdifferenzierung der Religion*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 259—357 页。完全从世俗角度看, *symbolaion* (与通常流行的 *syngraphé* 平行) 在希腊文中相当于书面合同, 是指某些相分开的东西的统一性或者也是指证明这一统一性的可能性。

③⑦ 这种要求更高层次不成文法的也许最著名的案例是安提戈涅案 (*der Fall der Antigone*)。但是这个案例恰恰是针对“现代”专制政治的。关于必须解释即必须区分文本和含义的希腊法律古代方式的语言使用, 详见 Lysias, *Against Theonnestus I*, 第 6—7, 引自 Loeb Classical Library, London, 1957, 第 106 页以下。此外在吕西阿斯 (Lysias) 那里成文法 / 不成文法的区分中找到一种宗教背景的含义 (也许是出于修辞的原因), 他在 *Against Androcines 10*, 同上, 第 121 页中强调, 一项因欠债而被处的罚款由于违反了上帝的法律所以也是付给上帝的。此外, 不言而喻只有在有文字的文化中才谈得上“不成文法”。

③⑧ 参见 Niklas Luhmann, *The Form of Writing*, *Stanford Literature Review* 9 (1992), 第 25—42 页。

③⑨ Peter Goodrich, *Reading the Law*, Oxford, 1986 从中引申出法律、文字和符号约束性政治权力使用之间的连贯性联系——当然带有把权力概念本身神秘化的倾向。

④⑩ 例如 Dean MacCannell / Juliet F. MacCannell, *The Time of the Sign: A Semiotic In-*

terpretation of Modern Culture, Bloomington Ind., 1982, 第26—27页。此后不久这两个作者称这为“文化的自我解读”。

④①参见 L. L. Salvador, *Evolution et herméneutique: vers une écosystémique de la cognition*, *Revue internationale de systémique* 6 (1992), 第185—203页。

④②Goodrich, 同上(1986), 第27页。

④③参见 Karl Clauss, *Die Sens-clair-Doktrine als Grenze und Werkzeug*, in: Hubert Hubien (Hrsg.), *Le raisonnement juridique: Actes du Congrès Mondiale de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*, Bruxelles, 30. 8.—3. 9. 1971, Bruxelles, 1971, 第251—255页。

④④这个问题从概念上来说在立法不足或者很难完满的地方,即在制典解释中,今天则越来越在宪法解释中达到了顶峰。

④⑤当谈到今天社会中“人权”的演进问题时,我们将利用这一思考。参见第十二章第五节。

④⑥参见(包括有关方面的研究概况) Heinz Messmer, *Unrecht und Rechtfertigung*, Diss. Bielefeld, 1993。调查涉及通过所谓的罪犯/受害人平衡来避免对年轻人进行刑事诉讼的尝试。

④⑦在社会学文献中类似的犯罪情况是放在“调和”(Neutralisierung)标题下处理的。被处罚的人尽管承认正当与不正当的区别,而且也服从法律秩序,但是他要寻找论据(对方也有责任,对因果原因的另一种表述,等等)来“调和”他的案件中的这一区别。参见 Gresham M. Sykes / David Matza, *Techniques of Neutralization*, *American Sociological Review* 22 (1957), 第664—670页; David Matza, *Delinquency and Drift*, New York, 1964(例如第184页关于“道德假日”的论述)。这种表述形式的原因是,一个被处罚的人在其他角色中始终很守规矩,而且尤其指望别人也这样做。

④⑧对此把握很确切的有 Sally Falk Moore, *Descent and Legal Position*, in: Laura Nader (Hrsg.), *Law in Culture and Society*, Chicago, 1969, 第374—400页(第376页)上的以下表述:“社会关系越多元,它们就越具有或然性,这可以影响任何个人的行为或者互动关系。这种多元性不仅使精确表述规范变得困难,但有时候却又使这成为可能,因为纷繁多样的或然性可以在一次又一次的投掷中变幻无穷。”在这样的社会中,虽然也有接近法律性质的规则,即关于个人被纳入社会分系统的规则(包括在内),但是这些规则被视为是人天生的和后天获得的,就其本身来说并没有直接的法律结果。

④⑨对简单社会中的法律的研究主要也可以通过以下问题开始:如果没有固定的规则,甚至常常不存在区分行动的性质与规则的可能性,那么究竟是不是还能谈得上法律呢?人种学家由此出发着手研究,人们如何处理冲突和在发生口角争执的时候如何进行调停——引用或者不引用根据情况分清是非的规则。参见例如 Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955; Paul J. Bohannan, *Justice and Judgement Among the Tiv*, London, 1957; Lloyd Fallers, *Law Without Precedent: Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga*, Chicago, 1969; Philip Gulliver, *Structural Dichotomy and Jural Processes Among the Aruscha of Northern Tanganyika*, *Africa* 31 (1961), 第19—35页;同一作者的 *Dispute Settlements Without Courts: The Ndendeuli of Southern Tanzania*, in: Laura Nader (Hrsg.) 同上, 第24—68页; Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law* (1958), 转载于同上, 1964。有关更为野蛮的情况也可参见 Ronald M. Berndt, *Excess and Restraint: Social Control Among a New Guinean Mountain People*, Chicago, 1962。

⑤我们把最初肯定有同等功能的占卜暂搁一边,但是要考虑一下,(像中国那样)培育了这种取向并且在此基础上建立了他们的文字的社会,相应地就比较少有理由去发展一种无价值的法律文化。

⑥许多关于今天还可以发现的部落社会的研究表明了这一点(有关文献见上面注释49),但是这些研究几乎还没有触及到原始状态,而是有关(尤其在非洲)在高度文明影响下,尤其是在殖民统治影响下生活,因此实际上已是世界社会一部分的社会。

⑦关于这一区分过程的历史研究比较少,而恰恰对社会学观察方式的接受不如说是朝着相反方向,即强调联系而不是强调差别的方向推进;关于罗马法,参见 Antonio Carcaterra, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964; 同一作者的 *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani*; *Interpretatio iuris*, Bari, 1972; 有关习惯法,参见 Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 10 (1897), 第457—478页。

⑧伦理从来不能解决这个问题,我们的分立论据间接地证明了这一点。在相同与不相同之间进行裁决,要求通过在法律系统自我生成中已经得到证实的区分来引导。单纯伦理的、从某种程度上来说是原始道德的论证,归根结底是任意的,而任意归根结底是不公正,对此当然是有争议的。参见 David Lyons, *Justification and Judicial Responsibility*, *California Law Review* 72 (1984), 第178—199页; 同一作者的 *Derivability, Defensibility, and the Justification of Judicial Decisions*, *The Monist* 68 (1985), 第325—346页,还可参见 Neil MacCormick, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in: Laurence Goldstein (Hrsg.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, 第155—182页(第166页以下)。

⑨毋庸置疑也有例外。本书作者作为法律候补官所获得的最初经验中有这样一个例子:一个法官要求在判决书草稿中(涉及一件交通事故)写上,肇事者在战争中获得过一级铁十字勋章。以此作了修改的判决理由表述如下:高级战争勋章获得者高估了他的开车能力,如果不是好斗那就是开车不小心。但是这仍然不能使法官感到满意。他认为获得战争荣誉勋章只能作为人物的特点来提及,而不能由此引申出(可监测的)法律结论。

⑩参见 Joseph C. Smith, *The Theoretical Constructs of Western Contractual Law*, in: F. S. C. Northrop / Helen H. Livingston (Hrsg.), *Cross-Cultural Understanding: Epistemology in Anthropology*, New York, 1964, 第254—283页。

⑪参见 Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*, 2版, Graz, 1967; Mario Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma, 1987, 第153页以下。关于雅典修辞学—政治处理法律问题的情况,参见 J. Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks: An Introduction*, Oxford, 1956, 第128页以下; Hans Julius Wolff, *Rechtsexperten in der griechischen Antike*, *Festschrift für den 45. Deutschen Juristentag*, Karlsruhe, 1964, 第1—22页。

⑫参见 Harold J. Berman, *Recht und Revolution: Die Bildung der westlichen Rechts-tradition*, 德文版, Frankfurt, 1991, 该书通过类似论据看到随着11世纪至12世纪罗马文本的重新发现在社会上和组织上同时发展之基础上出现的一个决定性的转折。即使在这里动机也不是要创立法律系统,而是在于教会对可能要建立的皇帝神权政治即一种政治宗教专制政体的反抗。

⑬关于这方面详见下面第十章第三节。

⑭起初地产不是个人财产,而是家族财产。只有可移动的可操作的物才是要式移转物(*res Mancipi*)。然而这一点随着城市形成的影响发生了变化。但最初仍然缺少一

个具有决定性意义的财产权概念,也没有物权和人权的区分。人们例如把要式移转物(以及拟制买卖 *mancipatio*、财产转让 *emancipatio*)与非要式移转物(*res nec mancipi*) (例如小牲口、羊群、有体动产)加以区分。区分是与维持一种在对其来说重要的或不重要的事物中还是按区节区分的社会秩序形式相联系的。这也适用于外国人没有经商权就不允许进行拟制买卖。已经高度发达的后期共和制法学仍然首先从家庭、“家族”角度看罗马法。关于斯凯沃拉,参见 Aldo Schiavone, *Nascita della Giurisprudenza: Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Bari, 1976, 第 116 页及下页。

⑥参见 Robert C. Palmer, *The Origins of Property in England*, *Law and History Review* 3 (1985), 第 1—50 页关于 1153—1215 年期间的论述。在这里这种现代意义上的财产权非常明确地被描述为一种进化发展的结果,描述为“在偶然情况中,在导致非故意结果的行为中发展的法律的一部分”(第 47 页)。最初的动机是解决封建关系中出现的臣仆之间和臣仆与主人之间的冲突。

⑦看一下犹太法律也许可以加上:甚至通过比喻。参见 Louis Ginzberg, *On Jewish Law and Lore* (1956), Neudruck, New York, 1977, 第 127—150 页。

⑧这也适用于生物系统的进化,尤其适用于当人们把“系统内在复杂性提高”意义上的方向视为进化标志的时候。参见 G. Ledyard Stebbins, *Adaptive Shifts and Evolutionary Novelty: A Compositionist Approach*, in: Francisco Ayala / Theodosius Dobzhansky (Hrsg.), *Studies in the Philosophy of Biology: Reduction and Related Problems*, London, 1974, 第 285—306 页(第 302 页以下)。也可参见 *The Basis of Progressive Evolution*, Chapel Hill N. C., 1969。

⑨参见第四章。

⑩对这种被表述为承认的认识,乌尔比安曾作过以下著名表述:“原则起平息作用,而法规具有活力”(Quod principi placuit, legis habet vigorem) (D. 1. 4. 1. 1.), 这一认识直到现代早期才进入主权原则等级,即使到那时人们开始仍然还必须由此出发,即一个有德行的侯爵不能继续喜好随心所欲,否则他就不是一个侯爵,而是一个人们有理由反抗的暴君。

⑪参见 Schiavone, 同上,尤其是第 69 页以下。

⑫Schiavone 谈到法学中质的飞跃,而且恰恰是在内部培育的受传统约束的基础上,即“在罗马法学之产生的基础上,例如有智慧的明确的实践、自我再生产的强大支柱、形象构思和保证一个专门的高层次理论状态的逻辑机制的天赋、自律地对任何其他形式知识的尊重以及持久保持稳定的趋势”。(同上,第 86 页及下页)

⑬常常也被称为罗马原则,参见 Alfred S. Romer, *The Vertebrate Story*, Chicago, 1959。

⑭在已经拥有很高程度文字文化的所谓的“文献”社会中也就完全有口头交往,而且书面文本中也保留着口头交往所必要的形式,对此今天人们仍然是承认的。专门关于法律的情况,参见 Peter Goodrich, *Literacy and the Language of the Early Common Law*, *Journal of Law and Society* 14 (1987), 第 422—444 页。相应的情况在医学和医学研究中也可确证。参见出自萨莱诺医科学院的文章,载于 *The School of Salernum: Regimen Sanitatis Salerni: The English Version by Sir John Harington*, Salerno, Ente Provinciale per il Turismo, o. J. 这一英文版是 1607 年(!)为印刷出版(!)而拟定的。

⑮这一点完全可以从早在布丹之前行使法律主权的侯爵统治所宣布的法律根据中看出。在 Jacobus Ompalhus, *De officio et potestate Principis in Republica bene ac sancte gerenda libri duo*, Basel, 1550 中可以看到诸如“君主不受法规约束”(Princeps legibus so-

lutus est),“君主是领地中的活法”(Princeps lex animata in terris),“君主的意志先于法令理由”(Principis voluntas pro ratione habeatur)等流行的表述或者在注释64中所引用的表述,尽管无论是那时候的实际法律状况还是文本本身,都没有让侯爵可以不受法律约束。关于这种无上下文联系因而歪曲原意的原则形成的一个例子,参见 Adhémar Esmein, *La maxime “Princeps legibus solutus est” dans l’ancien droit public français*, in: Paul Vinogradoff (Hrsg.), *Essays in Legal History*, London, 1913, 第201—214页;关于这一表述的历史,详见 Dieter Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus: Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin, 1979。另一个例子是出自 D 45. 1. 108 的一种表述的使用,上面提到的出处以此来了结一件复杂的嫁妆案子。文中说“没有一个立约者能够坚持根据允诺意愿所接受的状态”(nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit), Jean Bodin, *Les six livres de la République*, Paris, 1983, Nachdruck, Aalen, 1967, 第132页的引文有错,不是 promissio 而是 obligatio,而且他从中引申出以下教条:一个最高统治者出于自然法原因不能约束自己。最后一个例子是:涉及每个人就是:所有人都应该被管理和被准许(Quod omnes tangit omnibus tractari et approbari debet)。这一警句原本涉及的多数是未成年人的案子,但是中世纪在关于团体中代表原则的讨论中被作为论据使用。

⑩尤其著名的法国《习惯法汇编》的正式编纂在15世纪早期,也就是在印刷术发明前就开始着手了,而借助印刷得到推广、修改、在法学上被研究并现代化。有关大概情况,参见 Philippe Sueur, *Histoire du droit public français XVe - XVIIIe siècle*, 第2卷, Paris, 1989, 第39页及下页。

⑪在意大利,对中世纪典型的法律文本加工进行的人道主义(也许最好说修辞学的)批评在15世纪早期,也就是在采用印刷术之前就已经开始了。在这里开始居首位的是修辞问题,而历史悠久的修辞学传统的培育为此提供了手段。参见 Domenico Maffei, *Gli inizi dell’umanesimo giuridico*, Milano, 1956, Neudruck, 1968。关于在16世纪就已经成为问题的印刷术的后果,参见 Hans Erich Troje, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, in: Jürgen Blühdorn / Joachim Ritter (Hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1969, 第63—88页;同一作者的 *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, in: Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte II, 1*, München, 1977, 第615—795页(第741页以下)。在习惯法范围内出于相同的理由,人们发现了以大陆上修辞学人道主义趋势为依据的没有成功的激情。参见 Peter Goodrich, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London, 1990, 尤其是第70页以下;此外参见同样没有成功的培根在立法方法上通过新的总结和立法方法上的科学化来给予倡议,参见 *De augmentis scientiarum* 8, 3, aphorista, 第59页以下,引自英译本,载于 *The Works of Francis Bacon*, London, 1857, 5卷(第1861页),第10页以下;同一作者的 *A Proposition to His Majesty... Touching the Compilation and Amendment of the Laws of England*, Works, 同上, 13卷(1872), 第57—71页以及 Barbara Shapiro, *Sir Francis Bacon and the Mid-Seventeenth Century Movement for law Reform*, *American Journal of Legal History* 24 (1980), 第331—360页。

⑫关于这方面和关于从培根经霍布斯和布莱克斯通直到边沁的反运动,参见 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986; David Lieberman, *The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain*, Cambridge

Engl., 1989。

⑦③关于例子即责任赔偿法和美国的正当程序条款,参见 Lawrence H. Friedman, *Total Justice*, New York, 1985。

⑦④参见 Iustus Lipsius, *Politiconum sive civilis doctrinae libri sex*, 引自 Antwerpen, 1604, 第 96 页; Jean de Marnix, *Résolutions politiques et maximes d'État*, 增补版, Bruxelles, 1629, 第 286 页以下; Johann Hieronymus Im Hof, *Singularia Politica*, 第 2 版, Nürnberg, 1657, 第 241 页以下; Estienne Pasquier, *Les Recherches de la France*, 再版, Paris, 1665, 第 678 页(“没有什么东西比作为新事物的共和国更令人恐惧的了。”)。

⑦⑤较晚时期人们在美国也能够确证,现代(资本主义)经济制度的前提条件是在法律系统中,而不是在政治系统中创造的。参见 Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780—1860*, Cambridge Mass., 1977。关于批评意见(对习惯法的特殊功绩有争议,并且指出要吸收民法传统的优点),参见 A. W. B. Simpson, *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, 载于同一作者的 *Legal Theory and Legal History*, London, 1987, 第 203—271 页。此外还可参见同一作者的 *Innovation Nineteenth Century Contract Law*, 同上, 第 171—202 页。

⑦⑥例如 Nicolai Hartmann Heino Gamm, *Rechtsproblem und Rechtssystem*, Bielefeld, 1973, 第 28 页关于系统的经常调整和问题解决的方法的论述。

⑦⑦这只是以下确认的另一种表述,即以法律的功能为依据,不足以对系统的裁决作规定。

⑦⑧关于这方面以及关于习惯法中类似的根据案情而随机应变的法律发展,参见 Edward H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, *University of Chicago Law Review* 15 (1948), 第 501—574 页。

⑦⑨参见 Alan Watson, *The Evolution of Law*, Baltimore, 1985, 出自罗马合同法的进化例子。这里让人费解的是从经济发展出发几乎无法解释的无偿合同(委任合同 *mandatum*, 寄托 *depositum*)之合同类型的形成,对此似乎有理的(法律内在的)解释说,法律也而且恰恰必须在友人之间的互相服务中提供保证,而在这种关系中,人们往往觉得坚持要把权利和义务正式用书面形式写下来这种要求太高了。此外,正是在合同这个概要中表明,法律问题不是存在于对相互之间义务的约定中,这种约定可以留给经济系统,而是在“双方互相之间”关系的持续中以及克服在合同签订后有可能意外出现的干扰中。

⑦⑩参见 Peter Goodrich, *Reading the Law*, Oxford, 1986, 第 55 页及下页, 第 117 页。

⑦⑪关于对这一区分的否定,参见 W. Jethro Brown, *Law and Evolution*, *Yale Law Journal* 29 (1920), 第 394—400 页。从社会学角度来看,反对认为关键在于意图/非意图之区分这种观点的立场,是由从行为理论向系统理论过渡所决定的。

⑦⑫参见从比较视角和相应的分类进行论述的 D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (Hrsg.), *Interpreting Statutes; A Comparative Study*, Aldersnot UK, 1991。

⑦⑬参见 *Abwägung—Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts: Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt, 1984。

⑦⑭(在第四章第四节中)已经讨论过的在判决时刻根本不可能知道而是只能通过某些方法估计的判决后果中寻找判决理由的倾向,是“宽容错误”倾向的清楚证明。后果估计有没有错,这在法律效力方面没有区别。也可参见 Anthony D'Amato, *Can Any Legal Theory Constrain Any Judicial Decision*, *University of Miami Law Review* 43 (1989), 第 513—539 页关于表面看起来很精确的“经济学法律分析”的评判。

⑧5关于18世纪至19世纪英国的这种发展,参见 Gerald J. Postema und Jim Evans in: Laurence Goldstein (Hrsg.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987 中的论文。

⑧6参见与一种关于符号性一般化交往媒介理论相联系进行论述的 Niklas Luhmann, *Macht*, Stuttgart, 1975。

⑧7参见 Berman, 同上(1991)。

⑧8例外以似乎是集中的形式在17世纪还存在,也就是对于上层贵族来说还存在;今天也有例外,就是当警察出于“公共安全和公共秩序”的原因,即为了避免更大动乱而拒绝进行干涉的时候。

⑧9这两种解决方法使两个系统相联系并通过两个系统所具有的自由度来互相区分,关于这两种解决方法可参见下面第九章和第十章。

⑨0这一表述在 Pierre Ayrault, *Ordre, formalité et instruction judiciaire* (1576), 第2版, Paris, 1598, 第90, 97页, 该著作涉及刑事诉讼。

⑨1Ayrault, 同上(1598), 第91页以下, 该处说:“任何公正的东西都像公正一样不可避免有其反面。”例子:奥雷斯特案中是父亲还是母亲谋杀。自相矛盾的化解完全是由司法上通过规则/例外格式来进行的。此外,这里必须考虑到,崇拜自相矛盾的表述在文艺复兴时期晚期的修辞学中很流行,而且不是被视为认识错误,而是被视为要求作进一步的思考。参见材料丰富的 Rosalie L. Colie, *Paradoxia Epidemica: The Renaissance Tradition of Paradox*, Princeton, 1966。

⑨2详见 Berman, 同上(1991)。

⑨3参见 Winfried Schulze, *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*, Stuttgart, 1980。

⑨4参见 Alan Watson, 同上, 1985, 关于罗马民法传统的论述。

⑨5同上(1986)。

⑨6参见 Robert C. Clark, *The Interdisciplinary Study of Legal Evolution*, *Yale Law Journal* 90 (1981), 第1238—1274页。然而在具体表述上,这种经济学法律分析中也有许多地方都很值得争议,其中包括对选择原则的确切表述。也可参见 Paul H. Rubin, *Why Is the Common Law Efficient*, *Journal of Legal Studies* 6 (1977), 第65—83页和 Jack Hirshleifer, *Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperative versus Conflict Strategies*, *Research in Law and Economics* 4 (1982), 第1—60页。这些论文虽然在成功标准问题上没有前进,但是鉴于与无效规则的斗争,肯定在经济上也是有价值的,所以它们除了考虑经济协作的好处外,还考虑了促进法律争论的好处。

⑨7参见例如 Jean Lave, *Cognition in Practice: Mind, Mathematics and Culture in Everyday Life*, Cambridge Engl., 1988。

⑨8这些论据不是反驳,它们不过是要求,在提供经验证明的时候做到更加精确以及要求更加明确的进化论的论证。

⑨9另一个比较视角也许可以是:系统论法律分析比经济学法律分析能够更好地得出针对自己的结论,并且使它们更有说服力(自涉性)。

⑩0人们也可以对抗一种可预料到的统计者的抗议,把这称为可能事情的不可能性。这无非就是意味着,说某个句子从语言上来看是绝对不可能的,与此同时,这种不可能性却是完全正常的,即这是人们所说的每个句子的特点。正因为如此,语言的产生只能从进化论角度来解释。

⑩1参见第八章第六节和第七节。

⑩2无论如何不是在与此相对的规范和事实的区分形式中,因为法律系统也可以通

过一个法律规范示意外界的规范而接受外界的规范,并且可以认为内部的事实(例如一个法令的正式公布)是至关重要的。

⑩参见在中世纪很受人注意的亚里士多德《论辩篇》(Rhetorik) 1354 b 中的观点。也可参见 Aegidius Columnae Romanus, *De Regime Principum*, 引自 Rom, 1607, 再版, Aalen, 1967, 第 506 页。

⑪关于英国和苏格兰,参见 Neil MacComick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978, 第 61 页。

⑫这排除了与人相联系来确定时间界线,例如让法令的效力或合同的效力受已经适应相应约束的人的生命时间的约束,这是一种众所周知中世纪很难摆脱的似乎是很自然的看法。

⑬值得注意的是以下后果:对于宪法来说必须认可一种例外——否则新的法令渐渐会架空宪法——以及由此产生的后果,即宪法含义的改变在很大程度上必须通过解释来完成。

⑭但是我们注意到,“主体权利”的现代形式只反映了这种个人化的一部分。因为主要还涉及由于权利受到损害或者由于其他的不允许的作为而提出的要求只能针对个人,而不能针对集团或某种社会条件联系。关于与封建制度部族结构的瓦解相联系,也与教会对已经显出征兆的政治专制的反抗相联系,在英国 12 世纪就已经表现出来的个人化的开始,参见 Brian Tierney, *Religion and Rights: A Medieval Perspective*, *Journal of Law and Religion* 5 (1987), 第 163—165 页。详见同一作者的 *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought 1150—1650*, Cambridge Engl., 1982。还可参见 Palmer, 同上(1985)。

⑮也可参见第五章第四节。

⑯再一次参见第十章第一节。

⑰参见从宪法法律的视角进行论述的 Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991, 尤其是第 190 页以下。

⑱关于地方性案例研究,例如参见 Vilhelm Aubert, *Continuity and Development in Law and Society*, Oslo, 1989。

⑲例如 Lawrence M. Friedman, *Total Justice*, New York, 1985, 第 6 页以下。但也可参见与此相矛盾的以下重要认识,即少数人的活动就能唤起有显著变化的印象(第 97 页及下页),而这产生于交往的意义。

⑳同上(1985)。

㉑由于奇特和从女权主义的利益考虑,我们注意到,在一百年前就可以把一个试图用法律来限制主人权力的社会描述为奴隶社会,至少在意大利,人们在 Félix M. de Falguera, *Idea general del derecho catalán: Su espíritu y principios que lo informan*, in: *Conferencias de derecho catalán*, Barcelona, 1883, 引自 Juan B. Vallet de Goytisoló, *Estudios sobre Fuentes del Derecho y Método Jurídico*, Madrid, 1982, 第 51 页中可以读到:“在一个人民中如果一家之主不得到法官的允许或者不经常去求教于法律就不能处理家庭事务,这个人民就是奴隶的人民……一个人如果不能管理好家政又如何能够在会议上做主呢?”

㉒参见第十二章,尤其是第五节。

## 第七章

①关于一个历史案例分析,参见 Rudolf Stichweh, *Zur Entstehung des modernen Sys-*

tems wissenschaftlicher Disziplinen: Physik in Deutschland 1740—1890, Frankfurt, 1984。

②强调这一点(但从来不是主张另一种观点)的是 Karl Otto Hondrich, Die andere Seite sozialer Differenzierung, in: Hans Haferkamp / Michael Schmid (Hrsg.), Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Frankfurt, 1987, 第 275—303 页。

③《论辩篇》I 1354 b。参见 Aegidius Columnae Romanus, De regimine principum (1277—1279), 引自 Romae, 1607, 第 506 页以下。

④参见 Pietro Costa, Iurisdicatio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100—1433), Milano, 1969; Brian Tierney, Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150—1650, Cambridge Engl., 1982, 第 30 页以下; Edward Powell, Kingship, Law and Society: Criminal Justice in the Reign of Henry V., Oxford, 1989。

⑤参见 Shmuel N. Eisenstadt, The Political System of Empires, New York, 1963 — 书中的概述。

⑥只有在重新构思国家主权的基础上才能进行批评。例如批评特别尖锐的是法学家 C. L. P. (Charles Loyseau, Parisien), Discours de l'abus des iustices de village, Paris, 1603。

⑦参见 Heinz Mohnhaupt, Potestas legislativa und Gesetzesbegriff im Ancien Régime, Ius Commune 4 (1972), 第 188—239 页; Michael Stolleis, Condere leges et interpretari: Gesetzgebungsmacht und Staatsbildung in der frühen Neuzeit, 载于同一作者的 Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts, Frankfurt, 1990, 第 167—196 页。作为一个同时代的证明, 参见例如 die Zusammenfassung von promulgatio, interpretatio und executio der Gesetze als Komponenten des ius majestatis bei Johannes Althusius, Politica methodice digesta (1614), Cap. X, 转载于 Harvard Political Classics, 2 卷, Cambridge Mass., 1932, 第 94 页以下。

⑧关于这个也被称为立法裁决(référé législatif)、为解释得不出明确结果这种情况的“依赖君主”(recourir au Prince)的办法, 参见 Jean Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, 第 2 版, Paris, 1697, 第 1 卷, 第 25 页上的著名段落。还可参见 Mohnhaupt 关于 17 世纪和 18 世纪欧洲实践的概述, 同上(1972), 第 220 页以下。

⑨参见没有公开发表的论述 Gerald J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, Oxford, 1986, 尤其是第 191 页以下; David Lieberman, The Province of Legislation Determined: Legal Theory in Eighteenth-Century Britain, Cambridge Engl., 1989。

⑩参见 Regina Ogorek, De l'Esprit des légendes, oder wie gewissermaßen aus dem Nichts eine Interpretationslehre wurde, Rechtshistorisches Journal 2 (1983), 第 277—296 页; 同一作者的 Zum politischen Selbstverständnis der Rechtsprechung am Vorabend des bürgerlichen Zeitalters — eine Fallstudie, Ius Commune 10 (1983), 第 69—95 页; 同一作者的 Richterkönig oder Subsumtionsautomat: Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt, 1986, 第 13 页。

⑪参见 Hermann Conrad, Richter und Gesetze im Übergang vom Absolutismus zum Verfassungsstaat, Graz, 1971。

⑫参见 Michel Troper et al., Statutory Interpretation in France, in: D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (Hrsg.), Interpreting Statutes: A Comparative Study, Aldershot Hants, England, 1992, 第 171—212 页。也可参见比较性评述, 同上, 第 487 页及下页, 第 496 页以下。

⑬参见 François Ost / Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, 第 355 页以下 (以及 第 97 页以下)。

⑭参见 (只是很模糊的区分设想) Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1967, 第 2 版, 1976。尤其值得一读的是对 Larenz 的分析和用裁决责任代替方法意识的尝试。在法国与此相应的是对“注释派 (école de l'exégèse)”的批评。参见 Julier Bonnacase, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, 第 2 版, Paris, 1924。

⑮关于判例法是不是真正的法源问题的争论, 参见例如 Josef Esser, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht*, Festschrift für Fritz von Hippel, Tübingen, 1967, 第 95—130 页 (否定的意见), 或者 Heinrich Wilhelm Kruse, *Das Richterrecht als Rechtsquelle des innerstaatlichen Rechts*, Tübingen, 1971 (肯定的意见)。关于认为有一个特殊的“判例法”这一观念的实际传播问题也可参见 Eduard Picker, *Richterrecht oder Rechtsdogmatik - Alternativen der Rechtsgewinnung?*, *Juristenzeitung* 43 (1988), 第 1—12 页, 第 62—75 页。

⑯参见 Tonstein Eckhoff, *Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems*, *Scandinavian Studies in Law* 1978, 第 39—51 页; Michel van de Kerchove / François Ost, 同上 (1987), 第 205 页以下, 同一作者的 *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, 1988, 第 102 页以下。

⑰关于与复杂得多的社会学上可认识的现实相对照法庭的“自我概念”, 参见 Klaus A. Ziegert, *Courts and the Self-concept of Law: The Mapping of the Environment by Courts of First Instance*, *Sydney Law Review* 14 (1992), 第 196—229 页。

⑱作为避免循环的尝试, 参见 Josef Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, 第 2 版, London, 1980, 第 187 页以下。也可参见 Tonstein Eckhoff / Nils Kristian Sundby, *Rechtssysteme; Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie*, Berlin, 1988, 尤其是第 134 页以下。

⑲参见在理论史上很有影响的 Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischen Untersuchungen*, Kopenhagen und Leipzig-Wien, 1929, 第 290 页以下。当我们读到下面这一段, 关于这是为避免循环服务的这一点就很清楚了, 即认为“法令是法源, 因为法令是被视为特别高质量的意志的表达”的这种占主导地位的观念被作为“非常矛盾”的观念而拒绝 (第 294 页)。关于后来的学派形成, 参见 Ronald Dubischar, *Grundbegriffe des Rechts: Eine Einführung in die Rechtstheorie*, Stuttgart, 1968, 第 58 页以下。接 Ralf Dreier, *Probleme der Rechtsquellenlehre: Zugleich Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Leonhard Nelsons*, Festschrift für Hans J. Wolff, München, 1973, 第 3—36 页之后, 非对称的要求也可以这样来表述: 如果法官也可以是别人的法律 (认识) 渊源, 他就不能是他自己的法律渊源: 法源这一概念必须与情景相联系或按照具体作用来把握 (第 8 页)。但是接着人们会问, 为什么法官是一个例外, 而同一个论据对于立法者就不适用?

⑳例如 Heinz von Foerster, *Ethics and Second-order Cybernetics, Cybernetics and Human Knowing I* (1992), 第 9—19 页 (第 14 页)。

㉑因此, 法庭把这一表述形式作为“认识”来选择这一点必须被视为回避问题, 也许也被视为掩盖和化解自相矛盾。无论如何不应该导致认为法律争执不需要裁决这种谬误。如果没有其他选择可能性, 法庭判决就由立法者或合同签订预先规定好; 但即使法庭判决就是这个意图, 也经常会发现其他的选择可能性。没有任何一个裁决可

以排除,作为裁决的后果必然或者可能会有其他的裁决。

⑳关于这方面以及下面的问题,参见 G. L. S. Shackle, *Imagination, Formalism, and Choice*, in: Mario J. Rizzo (Hrsg.), *Time, Uncertainty, and Disequilibrium: Explorations in Austrian Themes*, Lexington Mass., 1979, 第 19—31 页。

㉑也可参见 Shackle, 同上, 第 20 页以下论述:“现在的想法,仅仅是我们直接知道的那个时刻,正在存在着的那个时刻,把握一切存在的现实的那个时刻,一切正存在着的就是现在。”

㉒令人惊奇的是,按照这一裁决强制的结构性意义来衡量,有关方面的法律理论文献却很少——就好像这个题目通过疏忽就可以变得不尖锐了。参见 Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970, 尤其是第 84 页及下页, 第 108 页以下。

㉓这个问题在罗马法中相应地局限于某个法官拒绝受理一个本身可受理的起诉,正如在民法法典规章汇编(C. 3. 1. de iudiciis 13. 8)中的一段(区分理论上很值得注意的)表述所说的——或者因为友情,或者出于敌意,或者因桃色丑闻,或者因对另一个人做过不道德的事。

㉔文中说:“法官借口案情不明或法律依据不足而拒绝裁决,可被作为犯有拒绝审理罪予以追究。”拒绝审理(*de déni de justice*)这个法律概要更为古老得多,但涉及的是一种对付经多次警告仍然不起作用的推延审讯现象的特殊法律手段。(例如参见 Pierre Ayrault, *Order, formalité et instruction judiciaire* (1576 年), 第 2 版, Paris, 1598, 第 280 页)这是以君主有绝对的最高法律权力(司法权)的观念为前提的,因此在向按照宪法进行分权过渡后必须改变表述。此外,这必须表述得很明确,这是要对一个与此紧密相连的问题进行裁决的原因,即以下情况中的立法裁决问题,在这类情况中法官必须从这一事实出发:他面对的是一个在法律中没有做出过裁决的问题。禁止拒绝审理的结果就是立法裁决。在法国民法典第 4 条款的这句话也适合作为关于法源问题和解释问题讨论的实在法的出发点。参见 A. Bayart, *L' article 4 du Code civil et la mission de la Cour de cassation*, *Journal des Tribunaux* 71 (1956), 第 353—355 页。

㉕历史编纂学几乎完全是研究这种政治中立化和随之而来的权力扩张,而几乎没有涉及在禁止拒绝审理中的结构前提。

㉖最近关于 19 世纪德国发展情况的概述,参见 Regina Ogorek, *Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt: Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert*, in: Jürgen Kocka (Hrsg.), *Bürgertum im 19. Jahrhundert: Deutschland im europäischen Vergleich*, München, 1988, 第 1 卷, 第 372—405 页;同一作者的 *Richterliche Normenkontrolle im 19. Jahrhundert: Zur Rekonstruktion einer Streitfrage*, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 11 (1989), 第 12—38 页。

㉗例如可参见 William L. S. Feistner, *Influence of Social Organization on Dispute Processing*, *Law and Society Review* 9 (1974), 第 63—94 页关于在这种情况下单方面进行裁决所具有的意义的论述; Erhard Blankenburg, *Mobilisierung von Recht: über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, über die Erfolgsaussichten der Kläger und über die daraus ableitbaren Funktionen der Justiz*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1 (1980), 第 33—64 页; Marc Galanter, *justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law*, *Journal of Legal Pluralism* 19 (1981), 第 1—47 页。关于一个范围更宽、也包括预防性利益的概述,参见 Barbara A. Curran, *The Legal Needs of the Pubic: A Final Report of a National Survey*, Chicago, 1977。

⑩Richard Lempert / Joseph Sanders, *An Invitation to Law and Social Science*, New York, 1986, 第 138 页上认为:“完全有理由相信,大多数调解有可能达不到目的,除不存在由法院通过决议的可能性。”

⑪关于接受效力标志这种时间逻辑的表述,参见从今天的视角进行论述的 Josef Simon, *Philosophie des Zeichens*, Berlin, 1989。

⑫参见 Ilmar Tammelo, *On the Logical Openness of Legal Orders*, *American Journal of Comparative Law* 8 (1959), 第 187—203 页。

⑬专门有关这方面的论述有 Frit W. Scharpf, *Grenzen der richterlichen Verantwortung: Die Political Questions Doktrine in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*, Karlsruhe, 1965; 同一作者的 *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, *Yale Law Journal* 75 (1966), 第 517—597 页。应该指出的是,在这个冲突规则中也是涉及一种由最高法院发展的、法庭承认的法律系统的自我限制,而不是政治上强令接受的限制。

⑭参见 Louis Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris, 1965。

⑮参见 Ekkeha Schuhmann, *Das Rechtsverweigerungsverbot: Historische und methodologische Bemerkungen zur richterlichen Pflicht, das Recht auszulegen, zu ergänzen und fortzubilden*, *Zeitschrift für Zivilprozeß* 81 (1968), 第 79—102 页。

⑯参见 Schuhmann, 同上, 关于财物公正的思想。

⑰作为出发点,参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1977, 第 81 页以下, 第 90 页以下。此外,人们在现实主义法学中已经谈到“有问题的案件”。

⑱关于这个问题的论文,参见 Laurence Goldstein (Hrsg.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987。

⑲参见 David Lyons, *Justification and Judicial Responsibility*, *California Law Review* 72 (1984), 第 178—199 页。

⑳例如德沃金在上引文中借助规则(rules)和原则(principles)的区分。关于“疑难案件”的讨论和对德沃金关于所有案件都只有一种正确裁决的设想的批评,也可参见 Aharon Barak, *Judicial Discretion*, New Haven, 1989。

㉑关于这一责难(背景是犹太传统对不同意见的宗教性的合法性确认),参见 Robert M. Cover, *The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: Nomos and Narrative*, *Harvard Law Review* 97 (1983), 第 4—68 页。

㉒“当卷宗的内容令法官无法决断的时候,就把决定权交给神意裁决。”——此文在 Jean Bottéro, *Mésopotamie: L'écriture, la raison et les dieux*, Paris, 1987, 第 151 页关于大概是最早的对法律和司法给予高度关注的社会的论述。详见同一作者的 *L'ordalie en Mésopotamie ancienne*, *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa, Classe di Lettere e Filosofia*, ser. III, Bd. XI. (1982), 第 1005—1067 页。

㉓也可参见 Ludwig, Häsemeyer, *Die Erzwingung richterlicher Entscheidungen: Mögliche Reaktionen auf Justizverweigerungen*, *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen, 1972, 第 134—150 页。还可参见 1820 年 5 月 15 日维也纳决议第 29 条 (Wiener Schlußakte) (引自 Gustav von Struve, *Das öffentliche Recht des deutschen Bundes*, Mannheim, 1846, 第 108—128 页, 第 117 页), 这一条款貌似公正地、以旧法传统来思考,规定由联邦大会负责这类案件。参见(有一个历史上有意思的附注) Johann Ludwig Klüber, *Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 第 3 版, Frankfurt, 1831。

第 188 页以下。

④④对这些情况进行追踪的主要有 Vilhelm Aubert, 参见 *The Structure of Legal Thinking*, in: *Legal Essays: Festschrift til Frede Castberg*, Kopenhagen, 1963, 第 41—63 页; *Legal Reasoning in: Vilhelm Aubert, In Search of Law*, Oxford, 1983, 第 77—97 页。转载于同一作者的 *Continuity and Development in Law and Society*, Oslo, 1989, 第 111—135 页。

④⑤详见 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neudruck, Frankfurt, 1983, 尤其是第 55 页以下。

④⑥或者用 F. James Davis et al., *Society and the Law: New Meanings for an Old Profession*, New York, 1962, 第 98 页及下页的话来说就是:“直到作出判决之前不存在有罪的当事人;有罪是道德判决的事情,不仅仅是一个行为是否符合法定分类的问题。”因此人们也可以说,法律建立了自己特有的时间间距,从而建立了自己特有的时间视野,以此与道德相区分。由此人们也看到,仅仅把法律规定是否需要一个道德理由这个问题视为法律/道德问题的讨论所涉及的范围,这是多么的局限。

④⑦例如 Görg Haverkate, *Gewißheitsverluste im juristischen Denken: Zur politischen Funktion der juristischen Methode*, Berlin, 1977。

④⑧参见论述这一课题的法律社会学和法律理论年鉴第 6 卷(1980),尤其是第 142 页以下。

④⑨有关这方面的案例研究,参见 Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 三卷本, Frankfurt, 1980, 1981, 1989。

④⑩这个格式的使用即使在有社会学家参与的地方也牢牢掌握在地理学家的手中。参见 Jean Gottmann (Hrsg.), *Centre and Periphery*, London, 1980。促进把它应用到制度化联系的首先是 Edward Shils, *Centre and Periphery*, in: *The Logic of Personal Knowledge: Essays Presented to Michael Polanyi*, London, 1961, 第 117—131 页。读者很容易看出,文中我们撇开了任何空间的物化。因为空间仅仅是一种通过针对不合时宜的神经心理学的信息加工,因此对于动物和人来说是可以理解的区分来化解自相矛盾的情况。

④⑪引人注目的是,这种单纯通过组织进行的对判例法的合法性确认,在文献中很少被利用。显然,法律理论对以下这点抱迟疑态度,即把社会影响问题留给那些只能在按规定组织起来的社会系统层次上起作用的机制来解决。参见 Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of Common Law*, Cambridge Mass., 1988 书中的附注:“就像一个约定受托人一样,法官道德上有义务在他接受职务的时候服从监管他的职务行使的规定。”(第 3 页)人们也许会问:仅仅是道德上有义务?

④⑫关于这些常常被称为“多元主义”的原生物和赘生物,参见 Gunther Teubner, *Steuerung durch plurales Recht*。或者: *Wie die Politik den normativen Mehrwert der Geldzirkulation abschöpft*, in: Wolfgang Zapf (Hrsg.), *Die Modernisierung moderner Gesellschaften: Verhandlungen des 25. Soziologentages in Frankfurt am Main 1990*, Frankfurt, 1991, 第 528—551 页。

④⑬Gunther Teubner, *Ist das Recht auf Konsens angewiesen? Zur sozialen Akzeptanz des modernen Richterrechts*, in: Hans-Joachim Giegel (Hrsg.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, Frankfurt, 1992, 第 197—211 页上我们看到,作者同样对法庭保证协商一致的可能性抱有极大的怀疑。

④⑭例如 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, 第 241 页。

④⑮参见 Charles-Albert Morand, *La contractualisation du droit dans l'état providence*,

in: François Chazel / Jacques Commaille (Hrsg.), Normes juridiques et régulation sociale, Paris, 1991, 第139—158页; Arthur Benz / Fritz W. Scharpf / Reinhard Zintl, Horizontale Politikverflechtung: Zur Theorie von Verhandlungssystemen, Frankfurt, 1992。

⑤⑥关于“民间”联系中的这种表述,参见 Hans Grossmann-Doerth, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg, 1933。

⑤⑦关于这方面详细的理论讨论,例如涉及法律解释中的行为的法律方法学,或者关于如何联系对现在面对的案件有约束力的东西,找出过去的判决所依据的判决规定的讨论。但是引人注目的是,在法院的裁决理由说明中几乎没有出现这种理论方法论规定,就好像必须避免把法院的自我约束也扩展到这类问题。

⑤⑧Eisenberg, 同上,第7页。

⑤⑨欧洲大陆的法学家可能会指出,通过立法者把法律所有的方面汇编成法典。至于现在人们是否愿意把上述情况今天不再出现作为例外,以及认为通过汇编成法典也把法院归结为单纯的“应用”法律,归结为单纯例行公事进行裁决的这种观念已经被历史反驳了。

⑥①参见作为一生研究这个课题的总结的 Peter Noll, Gesetzgebungslehre, Reinbek, 1973 (第9页以下关于这一欠缺之理由的论述)。另外可参见 Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg, 1982, 以及作为20世纪80年代之特点的把问题转移到一种“法律政治学”之中的倾向(1987年以来的法律政治学年鉴)。

⑥②新的划归法,例如19世纪反对童工的人道主义运动,实际上是为加强大工业和消除小企业的竞争服务的。对本世纪生态政策的规定也可以这么说。

⑥③参见上面第二章第五节。

⑥④但是,通过法院自我调节,他们自己的工作负担中很大一部分就在于此——包括鉴于会造成加重法院和其他诉讼程序参加者负担的后果而拒绝法律上可以设想的解决问题的办法。参见材料丰富的 Lawrence M. Friedman, Legal Rules and the Process of Social Change, Stanford Law Review 19 (1967), 第786—840页(第797页以下)。

⑥⑤我们将在最后一章再来谈这个问题。

⑥⑥尤其在司法职业领域中比较性社会学研究的一个重要对象。例如参见 Dietrich Rueschemeyer, Juristen in Deutschland und den USA, dt. übers., Stuttgart, 1976; D. N. McCormick (Hrsg.), Lawyers in Their Social Setting, Edinburgh, 1976; 或者关于地方特殊性,参见 Brian Abel-Smith / Robert Stevens, Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System 1750—1965, London, 1967; John P. Heinz / Edward O. Laumann, Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar, New York, 1982。关于印度法学家的材料,参见 Law and Society Review 3 (1968)。

⑥⑦缺少有说服力的经验研究,甚至连假说也没有。但是我们可以考虑一下,政治统治集团的反对派是否在职业上起了支持作用,以及另一方面是否更多地使预防性任务更严格地受组织的约束,由此人们通过预防性措施而不仅仅在公开的争论中代表这些组织的利益。而且职业人数的惊人增长可能也加强了竞争压力,从而加强了对组织的依附性。

⑥⑧尤其从 Talcott Parsons, The Professions and Social Structure, Social Forces 17 (1939), 第457—467页,转载于同一作者的 Essays in Sociological Theory, New York, 1949 这篇有开拓性作用的报告以来。

⑥⑨这样的专家知识作为法律知识,实际上在多大程度上对(尤其是律师的)实践起决定作用以及组织知识、环境知识、联系能力、熟练经验在多大程度上起决定性作用,

关于这个问题还需要作专门的调查研究。沿着这个方向进行推测的有 Robert L. Kidder, *Connecting Law and Society: An Introduction to Research and Theory*, Englewood Cliffs N. J., 1983, 第 240 页以下。

①⑨每年各省城的《Juristenbälle》表明,这也有一个超出职业范围的社会方面。

①⑩此外,这似乎也适用于对职业能力的需要。参见 Curran, 同上, 第 161 页, 图表 427。

①⑪此外,这不必总是作为等级区别而出现。如果可以这么说的话,在律师实践之间也有质量的差别。我还记得在一次官司中油光锃亮的靴子的气味,由于律师的贵族出身,这次官司主要是为周围农村的地主服务的。

①⑫华盛顿的调查表明,这里也有律师联系专门化和职业依附性的趋势,而且有新的数据。参见 Robert L. Nelson / John P. Heinz, *Lawyers and the Structure of Influence in Washington*, *Law and Society Review* 22 (1988), 第 237—300 页以及那里示意的出自这次调查的其他出版物。

①⑬详见 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (1969), 再版, Frankfurt, 1983。还应该指出的是,批评高估了这本书中所阐述的论点的影响。这里涉及的不是广泛流传的法律“诉讼程序化”的论点,因此也不是涉及是否以及如何应该借助诉讼程序的条件达到找到真理(就像诉讼程序主义者以前所说的那样)或者承认理性的效力要求。这里根本不涉及裁决过程本身,而是仅仅涉及使社会争执(甚至有高度的经济、道德或政治内涵的争执)终究能够了结的框架条件。没有这些帮助也许法律系统也不可能贯彻禁止拒绝审理。

①⑭关于延展到大国和他们自我描写为中心、世界肚脐的情况,参见 Mircea Eliade, *Traité d'histoire de religion*, Paris, 1963; Hans Peter Duerr (Hrsg.), *Die Mitte der Welt*, Frankfurt, 1984。

①⑮这尤其适用于 Immanuel Wallerstein 很受人重视的对资本主义世界体系的历史分析。

①⑯参见 Edward A. Tiryakian, *The Changing Centers of Modernity*, in: Erik Cohen et al. (Hrsg.), *Comparative Social Dynamics: Essays in Honor of S. N. Eisenstadt*, Boulder Col., 1985, 第 131—147 页。

①⑰参见 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1988, 尤其是第 144 页以下; Dirk Baecker, *Womit handeln Banken?*, Frankfurt, 1991。

①⑱关于在建立宪法国家的相应机构和政治党派形成之前这种约束的不可想象性,参见 Stephen Holmes, Jean Bodin: *The Paradox of Sovereignty and the Privatization of Religion*, in: J. Roland Pennock / John W. Chapman (Hrsg.), *Religion, Morality and the Law (Nomos XXX)*, New York, 1988, 第 5—45 页(第 17 页以下)。人们借助一段错误引文(参见上面第六章注释 69)在自然法上排除了自我约束,因此作为唯一的出路只有合同论,合同论的自相矛盾在于必须把这种合同的约束作用建立于合同本身之上。原本的社会契约是以受宗教约束的方式具有约束力的,因为它要求作出一种牺牲,因为它要求放弃自由。有关这方面,参见 Peter Goodrich, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London, 1990, 第 56 页以下。

①⑲还有一点要指出的是,在大众媒体中一些有声望的报纸不仅仅“精英们”爱读,而且由于编辑和记者对它们的栏目和消息很熟悉,所以在街头报刊中它们也越来越被人注意。当然界线很不清楚,而且上下波动很大。如《纽约时报》,甚至《明镜》,甚至 *Le Canard Enchaîné* (?)。

## 第八章

①还有 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, 尤其是第 250 页以下, 第 286 页以下, 这里也主张一种可比较的观点, 主要论据是: 必须肯定, 法律论证也能够对不同于道德前提的前提作出反应。

②Robert S. Summers / Michele Taruffo, *Interpretation and Comparative Analysis*, in: D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (Hrsg.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot Hants. England, 1992, 第 461—510 页 (第 481 页及下页), 这里还列举了这种占优势地位的其他更为实际的理由, 与其他论证手段相比, 文本比较容易掌握, 而且比较难以对它们进行反驳。

③关于习惯法的优先考虑裁决, 参见 Michael S. Moore, *Precedent, Induction, and Ethical Generalization*, in: Laurence Goldstein (Hrsg.), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, 第 183—216 页, 这里对仅仅涉及文本这一点有争议。于是作为解释方法只留下了自由的归纳性概括。作者有这个意图——也可参见 Michael Moore, *Moral Reality*, *Wisconsin Law Review* 1982, 第 1061—1156 页上关于作者反对一种道德论怀疑的理由, 但是其结果对司法实践来说可能没有说服力, 而是不如说表明了所有论证受文本约束的优点。

④人们可以回忆, 在口头表述占主导地位的古老文化中发展的用词技巧, 正是强调了这种“创新”——完全不同于今天被作为“用词技巧”所推荐的东西。

⑤也许可以更为强调地说: 使认为立法者已经作出了合理裁决这一错误前提变成事实。

⑥例如 Josef Simon, *Philosophie des Zeichens*, Berlin, 1989, 第 232 页。

⑦与此相比较应该指出, 哈贝马斯也有类似倾向。在他沿用韦伯的视角中, 实在法的有效文本首先代替了理由说明。“法律秩序实证化的特殊功绩在于转移了理由说明问题, 即减轻了法律要从技术上把握一大堆理由说明问题的负担, 但并没有消除理由说明问题。”(Theorie des kommunikativen Handelns, Frankfurt, 1981, 第 1 卷, 第 354 页) 但是接着出现了分歧。法学家把依据不足理解为文本解释的必要性; 而为了文本解释又必须提出进一步的理由。与此相反, 对于哈贝马斯来说问题在于, “制定成法令”本身也需要说明理由, 而且这不是形式上的或功能性的(没有文本不行), 而是在内容上涉及还需要商议的后习惯法的标准。但以此哈贝马斯明显地超出了作为法律在法院有责任作出裁决的条件下所实施的和能够实施的东西。

⑧参见 Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 第 2 版, Paris, 1697, 第 1 卷, 第 XCII 页。关于今天的讨论可参见 François Ost / Michel van de Kerchove *Entre la lettre et l'esprit: Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, 1989。Stanley Fish 是对这一规则的激烈攻击而出名的; 最终这只能说明, 每一次在具体情况中与文本打交道都是有具体限制的, 但并不能由此得出结论说, 按字面的解释和按含义的解释是无法区分的。参见 Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford, 1989。

⑨Neil MacCormick, *Why Cases Have Rationes and What These Are*, in: Laurence Goldstein (Hrsg.), *Precedent in law*, Oxford, 1987, 第 155—182 页 (第 161 页), 这里准确地把这称为“二阶合法证明”(second-order justification)。

⑩在德国法律理论中, 人们在这里说到“主观”解释论。

⑪参见 François Ost / Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du*

droit, Bruxelles, 1987, 第 97 页以下, 第 355 页以下, 尤其是第 405 页以下。

⑫更流行的说法是对其他交往参与者的说服力。但是对这一点该如何进行检测呢, 除非通过交往本身。

⑬参见 Gerhard Struck, *Zur Theorie juristischer Argumentation*, Berlin, 1977; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt, 1978。

⑭此外, 由此也产生了对理论上成功的科学论据的逻辑检验。

⑮关于这一范例变化(Paradigmawechsel)对于法律系统规范应用观念所具有的意义和在法律论证中考虑“认识性风险”的必要性, 参见 Karl-Heinz Ladeur, *Alternativen zum Konzept der “Grenzwerte” im Umweltrecht-Zur Evolution des Verhältnisses von Norm und Wissen im Polizeirecht und im Umweltrecht*, in: Gerd Winter (Hrsg.), *Grenzwerte: Interdisziplinäre Untersuchungen zu einer Rechtsfigur des Umwelt-, Arbeits- und Lebensmittelrechts*, Düsseldorf, 1986, 第 263—280 页。也可参见同一作者的 *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz-Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, Berlin, 1992。

⑯参见 Rudolf Wiethölter, *Materialization and Proceduralization in Modern Law*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986, 第 221—249 页; Klaus Eder, *Prozedurale Rationalität: Moderne Rechtsentwicklung jenseits von formaler Rationalität*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 7 (1986), 第 1—30 页; 以及现在的 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 同上 (1992)。

⑰正如 Josef Esser, *Juristisches Argumentieren im Wandel des Rechtsfindungskonzepts unseres Jahrhunderts*, Heidelberg, 1979, 第 12 页上关于 Alexy, 同上 (1978) 所说的那样, “没有长期进行司法领域工作和对当前情况的了解”。

⑱参见 Klaus Eder 和 Karl-Heinz Ladeur 的论文 in: Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden - Baden, 1990。

⑲参见 Klaus Günther, *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt, 1988。

⑳对不可行性的这种责难当然只有在人们把循环论证排除在外的时候才适用, 这种循环论证只有在涉及一种已经被考虑的裁决中才要确定, 在这种情况下什么是有偏心或无偏心, 以及什么是应该考虑的情况特点。

㉑我在这里想到 D. Neil MacCormick / Robert S. Summers (Hrsg.), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot Hants. UK, 1992 一书中与法官的讨论。这一比较分析是在一个二阶观察层面上进行的, 因此它区分各种类型的解释方法。实践中对情况的敏感性很难划归到这些类型之中, 尽管它完全可以把一般性考虑和联系其他类似案例作为指导。

㉒参见 Charles Fried, *The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know*, *Texas Law Review* 60 (1981), 第 35—58 页。

㉓以下重要提示见于 Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, Cambridge Mass., 1988, 第 83 页以下 (第 94 页), 即至于是通过解释一条裁决规定还是通过案情类比来进行论证, 这是一样的, 而且完全取决于一条裁决规定表述到什么程度。关于欧洲大陆的学说, 可参见 A. W. Heinrich Langhein, *Das Prinzip der Analogie als juristische Methode: Ein Beitrag zur Geschichte der methodologischen Grundlagenforschung vom ausgehenden 18. bis zum 20. Jahrhundert*, Berlin, 1992。

㉔通过类推法进行论证, 这是一个在逻辑上不必说明理由的、毋宁说是保守的原则, 这一点一般可以被认可。在 F. James Davis et al., *Society and the Law: New Meanings*

for an Old Profession, New York, 1962, 第 122 页上我们读到:“真正的类比推理过程促进了法律中的相对稳定。”用另一种我马上要阐述的术语也可以说,类比法推论在信息冗余和多样性之间进行调节,而且正因为它在逻辑上是尚未决定的,所有它可以根据大胆的程度(或者按照人们意图要达到的结果)更多地趋向于这一方向或另一方向。

⑳也可参见谈到这个问题的 Charles Fried 的报告,出处同上。

㉑甚至企图躲避开作这样一种规定的诉讼程序论者都无法躲避提及诉讼程序原则,或者认为理性本身就是人们可以无可非议地作为依据的原则。

㉒有关这方面可参见 Cardozo Law Review 13 (1992) 第 5 册中的不同论文。

㉓这一思考我要归功于 S. C. Smith。

㉔有关概述可参见 Werner Krawietz, Juristische Argumentation in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtssoziologischer Perspektive, in: Norbert Achterberg et al. (Hrsg.), Recht und Staat im sozialen Wandel; Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 80. Geburtstag, Berlin, 1983, 第 347—390 页。

㉕这一概念变动的另一个原因在于目的论概念形成的典型的薄弱之处:它们没有给失败、腐败、不能达到目的等留有位子。甚至根据论证者的“主观”意向而变化的正常出路也导向我们已经知道的困难,例如区分目的与动机的困难。

㉖例如 Marius Salamonijs de Alberteschis, De Principatu (1513), 引自再版, Milano, 1955, 第 26 页,在这里是哲学家反对神学家。关于这一从部分到部分(hos méros pròs méros)而不联系整体的结论表述的前史,参见 Aristoteles' Analytica priora 69a 13—15。

㉗给人印象最深的对习惯法论证方式的表述之一就是: Edward H. Levi, An Introduction to Legal Reasoning, University of Chicago Law Review 15 (1948), 第 501—574 页。

㉘例如可参见 Jacques Derrida, Limited Inc., Paris, 1990, 第 230 页及下页、第 234 页及下页中 itérabilité und répétabilité (重复和复述)的区分。区别于单纯的 Reptieren(复制),在重复中要考虑到仅仅从时间的流逝中就会产生情景的区别。

㉙有关这方面也可参见 Levi, 同上(1948)根据美国法院实践中特殊的规则发展而进行的论述。

㉚在 Levi, 同上中我们读到:“规定从来都是不清楚的。”(第 501 页)“规定随着每一个案件而重新制定。”(第 502 页)“规定在被使用的时候发生变化。”(第 503 页)

㉛如果人们把规则(Codes)作相应变换,这一概念可以很容易地扩展到道德的或科学的论证。

㉜在这个地方,我们从定义上把自己与某些理论相分离,这些理论让论证概念完全按照理由的性质特点,例如理由的合理性而变化。与之相对,我们却探问系统的功能,因为我们不愿让自己的分析服从在系统本身中调动出来的理由。这当然并不排除人们应该注意并且知道珍视这一点,即律师总是力图做到合理地或者很好地(完美地、有说服力地等)进行论证。

㉝人们很容易看出,我们在这里接受康德哲学的启发,却没有把经验性/先验性的区分作为进一步研究的基础。当人们随着一阶和二阶观察的区分而获得一种后继概念的时候,就更容易放弃前一种区分了。

㉞参见 Pierre Mimin, Le Style des jugements, 第 2 版, Paris, 1970, 第 99 页以下。

㉟Edmund Burke, Reflections on the Revolution in France, Works III, 第 357 页,引自 David Lieberman, The Province of Legislation Determined: Legal theory in eighteenth-century Britain, Cambridge Engl., 1989, 第 2 页。

④① Toward a Theory of Stare Decisis, *Journal of Legal Studies* 1 (1972), 第 125—134 页。也可参见 Giorgio Lazzaro, *Entropia della Legge*, Torino, 1985。

④② 同上, 第 131 页。

④③ 例如参见 Michael Stadler / Peter Kruse, *Visuelles Gedächtnis für Formen und das Problem der Bedeutungszuweisung in kognitiven Systemen*, in: Siegfried J. Schmidt (Hrsg.), *Gedächtnis: Probleme und Perspektiven der interdisziplinären Gedächtnisforschung*, Frankfurt, 1991, 第 250—266 页。

④④ Shapiro, 同上, 第 131 页。

④⑤ 关于程序方面, 参见 Neil MacCormick, *Law as Institutional Fact*, *Law Quarterly Review* 90 (1974), 第 102—129 页, 转载于: Neil MacCormick / Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1976, 第 40—76 页 (德译本 Berlin, 1985)。

④⑥ 参见上面第五章。

④⑦ 或者以一种来自实践的说法 (即从一个一阶观察者的评价视角出发) 表述如下: “尽可能接近法律中已确定的东西, 并保持与自己协调一致。”例如在 17 世纪 Sir Matthew Hale 的一部反对霍布斯的著作中就发表了这种意见。参见 Lord Cheife, *Justice Hale in Mr. Hobbes His Dialogue of the Lawe*, in: William Holdsworth, *A History of the English Law*, 第 3 版, London, 1945, 再版, 1966, 第 5 卷, Appendix III, 第 500—513 页 (第 506 页) 上的反思。

④⑧ 正是这一理由把许多作者引向以下观点, 即认为公正只能根据反面来进行解释, 从某种程度上来说是一种法律系统的反面神学 (negative Theologie)。

④⑨ 有关这方面可参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1977, 第 118 页以下关于“出错” (mistakes) 的论述。

④⑩ 参见作为纵横交叉的发展之起点的 Herbert A. Simon, *Models of Man: Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York, 1957。也可参见论文集 *Models of Bounded Rationality*, Cambridge Mass., 1982, 尤其第 2 卷, 第 401 页以下。

④⑪ 参见 F. A. von Hayek, *Die Theorie komplexer Phänomene*, Tübingen, 1972。

④⑫ 参见 Charles E. Lindblom, *The Intelligence of Democracy: Decision Making Through Mutual Adjustment*, New York, 1965; 同一作者和 David K. Cohen, *Usable Knowledge: Social Science and Social Problem Solving*, New Haven, 1979。

④⑬ 信息冗余 / 多样性的区分是由 Henri Atlan 开始的, 并且在他的著作的上下文联系中为解释生物系统中“自组织”之可能性的条件服务的。有关方面的概述可参见 Noise, Complexity and Meaning in Cognitive Systems, *Revue internationale de systémique* 3 (1989), 第 237—249 页和 *L'organisation biologique et la théorie de l'information*, Paris, 1972; *On a Formal Definition of Organization*, *Journal of Theoretical Biology* 45 (1974), 第 295—304 页; *Entre le cristal et la fumée*, Paris, 1979。然而 Atlan 给多样性下定义, 不是联系由于系统的复杂性而使意外 (信息加工) 变得不可避免的系统的根本运作, 而是直接作为信息冗余的反概念, 即作为信息的意外价值。

④⑭ 把有或无与一个系统中信息加工的需要相关联, 这是很重要的。没有系统参照, 这一对立在任何情况下都可以有数学的意义。例如在 Atlan 那里就作为 H (Varietät 多样性) 和 R (Redundanz 信息冗余) 的相互关系。

④⑮ 参见 Erich Gutenberg, *Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre*, 第 1 卷, 第 15 页,

Berlin, 1969, 第 236 页。

⑤⑥参见 Robert B. Glassman, Persistence and Loose Coupling in Living Systems, Behavioral Science 18 (1973), 第 83—98 页; Herbert A. Simon, The Organization of Complex Systems, in: Howard H. Pattee (Hrsg.), Hierarchy Theory: The Challenge of Complex Systems, New York, 1973, 第 3—27 页 (第 15 页以下); Karl E. Weick, Der Prozeß des Organisierens, 德文版, Frankfurt, 1985, 第 163 页以下; J. Douglas Orton / Karl E. Weick, Loosely Coupled Systems: A Reconceptualization, Academy of Management Review 15 (1990), 第 203—223 页。以前在控制论中也谈到过部分功能和超稳定性, 以此来表述稳定所必要的中断。参见 W. Ross Ashby, Design for a Brain: The Origin of Adaptive Behavior, 2 版, London, 1954, 尤其是第 136 页以下, 第 153 页以下。

⑤⑦如果人们说, 进化归根结底可以减少在另一种情况下为了适应环境变化而产生的交易费用, 那是在同一条直线上, 但这是一种令人怀疑的简单化。参见 Robert C. Clark, The Interdisciplinary Study of Legal Evolution, Yale Law Review 90 (1981), 第 1238—1274 页。

⑤⑧有关这方面能说明问题的是 Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Staatwissenschaften und Staatspraxis (1990), 第 5—33 页; 转载于同一作者的 Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt, 1991, 第 397—437 页上关于宪法法律发展问题的讨论。

⑤⑨这个例子引自 Levi, 同上 (1948)。

⑥⑩参见第一节, 也可参见第六章第二节。

⑥⑪以此不是要断言, 所有从事解释理论研究的作者都是或者一定是这个意见。在真理理论领域内例如 Donald Davidson, Inquiries into Truth and Interpretation, Oxford, 1984, 德译本, Frankfurt, 1986 的研究则更为原则得多, 而且是在语言理论内分析哲学转向语言学之后。一切语言表述都必须经过解释, 在这里被视为一种非循环的意义理论, 这种理论 (由于这最终归结于一种循环) 不允许说明性解释的任务由交往本身或预先进行交往来完成。但是这种理论必须以一个主体为前提, 这个主体是一个不是被社会限定条件的出发点, 而是一个如果他能设想另一个主体的话只能偶尔参与交往的主体。在这里人们能清楚地看到, 这种语言分析哲学是以及在如何在继承先验论立场中进行论证的。

⑥⑫在传统的论证理论中记载下这种类似的“破格”的还有 Esser, Juristisches Argumentieren, 同上 (1979), 第 5 页, 该处说: “如果法庭意见形成, 甚至整个法律的意见形成是作为认知性任务和法律谈话和法庭案情评估的责任而出现, 而不是作为关于一个法律原理、文本或原则的论证性的争论, 那么对法庭裁决的论证性商谈和论证性辩护的任务的理解该有多么不同。”

⑥⑬主张这一观点的也有 (社会学) 科学理论家。参见 David Bloor, The Sociology of Reasons; Or why “Epistemic Factors” are really “Social Factors”, in: James Robert Brown (Hrsg.), Scientific Rationality: The Sociological Turn, Dordrecht, 1984, 第 295—324 页。在这里对这个观点很有争议。但是这主要是由于 Bloor 和爱丁堡科学研究协会的其他成员对社会的理解太狭窄 (而且又倾向于同义反复), 也就是说, 他们只与利益相联系。

⑥⑭参见 Owen M. Fiss, Objectivity and Interpretation, Stanford Law Review 34 (1982), 第 739—763 页以下表述: “解释……是读者与文本之间的动态的关系。”解释的界线产生于“解释性交往”的现实之中。

⑥⑮众所周知, 在修辞学范围内甚至对以下有争议的问题也进行过讨论: 如果人们要想说服别人, 是否必须对自己的论证坚信不疑。

⑥暂时切中问题的是 Alexander Hamilton, *The Federalist Papers* No. 78, 引自 Jacob E. Cooke, Middletown Conn., 1961, 第 525 页上以下表述:“在每一件案子中(当法律上出现矛盾的时候)取消和确定他们的意见和运作是法庭的职责。”(着重点是我加上的——卢曼)。

⑦此外,这要区分与法律文本打交道和与文献文本打交道,但也要区分与宗教文本打交道,宗教文本仅仅对有相同信仰的人来说才有这种性质。律师不能为自己挑选他为之进行论证或他的论证所反对的人。

⑧这一法律概要本身在很大程度上还需要解释,然后通过它的具体的规定在连续性和非连续性之间、在信息冗余和多样性之间进行调解。给出一个值得注意的恰当表述的是 Neil MacCormick, 同上(1968)。

⑨关于一种论述美国的优先考虑约束、法律解释和按照宪法对法律进行监督的(特殊自由的)论证理论,参见 Levi, 同上(1948)。在所有的案件中都不不可避免地要面临在始终是新的案情中重复使用裁决规定的问题。

⑩盎格鲁—撒克逊和欧洲大陆法律使用之间的比较在这里常常看到实践中根本不存在的区别。优先考虑取向只在其他联系中出现。

⑪这不过是“自我生产”在这一联系中的一种表达形式。系统不可能看到它自己的结束,而是不断地继续运作。

⑫随着 MacCormick, 同上(1987), 第 162 页以下的论述,人们必须在这一意义上区分可普遍化(Universalisierbarkeit)和可一般化(Generalisierbarkeit)。

⑬尤其可参见他在 Neil MacCormick / Ota Weinberger, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986 中的论文。

⑭并不是 Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 第 2 版, Leipzig, 1885 中所收集的所有的概念运用都可以在这里作为证明。例如它们不是“概念法学”的谬误的例子(因为它们也同样可以被收集在“利益法学”的范围中),而是违反司法鉴别力的例子。

⑮参见上面第六章第三节关于进化的论述。

⑯关于日本环境法中由法律审判引起的断断续续的变化,参见 Helmut Weidner, *Bausteine einer präventiven Umweltpolitik: Anregungen aus Japan*, in: Udo Ernst Simonis (Hrsg.), *Präventive Umweltpolitik*, Frankfurt, 1988, 第 143—165 页。

⑰也可参见 Peter Goodrich, *Reading the Law*, Oxford, 1986, 第 123 页上以下表述:“作为法律文本一个方面的观察,荒谬地不包含来自法律文化和职务权力外部的对文本的批评性评估,却更多地援引法律教义的范畴或者法律的合理性和公正,以便保护在它所附属的更宽的法律思潮范围之内可接受的对文本的看法。”

⑱参见 Jean-François Lyotard, *Le différend*, Paris, 1983 中关于原则性的论述。

⑲Consequences, *Juridical Review* 24 (1979), 第 193—291 页,尤其是第 194 页,第 199 页及下页。内在的结果就是“一个规则在自己内部的效应”。

⑳尤其应该考虑到,论据的顺序也常常起作用,例如对于必须强调哪些证明,即系统必须在哪些方面寻找环境联系这个问题。参见 Laurens Walter / John Thibaut / Virginia Andreoli, *Order of Presentation at Trial*, *Yale Law Journal* 82 (1972), 第 216—226 页; Michael E. Levine / Charles R. Plott, *Agenda Influence and Its Implications*, *Virginia Law Review* 63 (1977), 第 561—604 页; Charles R. Plott / Michael E. Levine, *A Model of Agenda Influence on Committee Decisions*, *American Economic Review* 68 (1978), 第 146—160 页。关于另一个方面,参见 Wolfgang Schild, *Der Straftatbegriff als Argumentationsschema*,

in: Winfried Hassemer et al. (Hrsg.), *Argumentation und Recht*, Beiheft N. F. 14 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Wiesbaden, 1980, 第 213—229 页。人们即使不赞同认为这里必然涉及“对现实之本体层次结构的反映”这一看法,也可以接受论证格式的概念(同上,第 214 页)。

⑧把凝结和确认的区分作为在重复使用过程中的一种区分的两种解读法,我是受 George Spencer Brown, *Laws of Form*, 再版, New York, 1979, 第 10 页上之论述的启发。

⑨(概念上很难说清楚的)把规定与原则相区分的必要性,主要是在关于习惯法的文献中被强调的——也许是由于裁决规定在这里起着更为重要的作用。

⑩从历史上来说还应说明的是,原先辩护书是要公示的,而判决本身却很少受人注意。使另一种书面固定形式成为必要的正式的优先考虑约束是在法律实证化过程中,即在 18 世纪中叶,尤其是从 Blackstone 的评论以后才发展起来的,而定义则是在一百年之后才出现。

⑪首先可参见 Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 第 2 版, Tübingen, 1964, 这里有与习惯法极相似的对法庭上法律继续形成的说明;同一作者的 *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis*, Frankfurt, 1979。

⑫参见 Steve Fuller, *Social Epistemology*, Bloomington Ind., 1988, 第 139 页以下有关沉默的不可测知性和人文科学中的知识问题(The Inscrutability of Silence and the Problem of Knowledge in the Human Sciences)那一章。

⑬这里要说明的是,美国人以他们面向实际的精神,把“解构”视为方法,并且试图主要在文献科学中,但也有在有些法律学校里使用这一方法。然而,这与德里达有意识地让其含义模糊并且通过以后的自我评论不断继续进行解构的该概念的原意是相矛盾的。

⑭有关“解构”与二阶观察之间可能存在的联系,值得一读的有 J. M. Balkin, *Nested Oppositions*, *Yale Law Review* 99 (1990), 第 1669—1705 页。也可参见同一作者的 *Deconstructive Practice and Legal Theory*, *Yale Law Journal* 96 (1987), 第 743—786 页。

⑮以此首先否定的是以下观点,即认为理由是作为把服从法律表述为理性原则,以便确认在此背后的政治权力之合法性服务的。美国的法律批判运动就有这种倾向。也可参见 Goodrich, 同上(1986), 例如第 122 页。凡是自认为是“持批判态度”的人,都应该发展出一种比在无区分地理解标志性的和政治的等权力基础上所能够具有的更好的区分能力。但是应该承认,好的理由也有一个社会的范围,而且更易于设想,其他有依据的规定也是从认识中得出的。如果考虑到认识常常与缺乏兴趣同时存在,那么这从其本身方面来说是容易理解的。

⑯参见第五章。

⑰参见下面第八节。

⑱MacCormick, 同上(1978), 第 17 页上作者认为:“因此,他们公开阐述的他们所作裁决的理由,必须是使得裁决显得就像是人们所预料到的那样的理由。”这里也许可以归结到一种对动机概念的社会学理解。还可参见 Austin Sarat / Willam L. F. Felstiner, *Law and Social Relations: Vocabulary of Motive in Lawyer / Client Interaction*, *Law and Society Review* 22 (1988), 第 737—769 页。

⑲在自我组织和学习问题中也存在困难,这导致 Henri Atlan 把系统理解为信息冗余和多样性之间对立关系的秩序。

⑳这一区别似乎表现在直到近代才被彻底放弃的 *iustitia*(公平,正义)和 *aequitas*

(衡平)的区分中,但是对这一点还需要作历史的检验。

④我们再一次回忆一下,理由是在它们被重复使用过程中或对此的预见中凝结为裁决视角点的论证指令序列。

⑤集中于“如何”,使我们省去研究给法律理论文献和相应的会议继续加温的两个题目范围的问题,即哪些论证方式能够导致符合理性的结果以及法庭论证是否能够完全符合逻辑性重构的问题。

⑥参见 Rodolf Stichweh, *Selbstorganisation und die Entstehung nationaler Rechtssysteme* (17—19. Jahrhundert), *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 第 254—272 页。

⑦例如参见 Thomas von Aquino, *Summa Theologiae II a II ae q. 57 a. 3*, 其中有以农艺的使用为例来说明按照其理由与按照由事物自身得出的结果进行的区分 (secundum sui rationem 与 secundum aliquid quod ex ipso consequitur)。

⑧例如 Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 第 2 版, Paris, 1697, 第 1 卷, 第 LXV 页: 实在法的公正性是它的“司法审判的特点”, 以及第 XCI 页上有关“法律的有用性, 不排除缺陷性的断定”的论述。

⑨例如 Alexandre Belleguise, *Traité de noblesse et de son origine*, Paris, 1700, 第 145 页以下。如果人们由于堕落的行为(从商)失去了贵族头衔, 随着停止这种行为没有国王的恢复名誉的特别手谕又重新获得贵族头衔, 会发生什么情况: 人们可能会有几星期在贵族和非贵族地位之间徘徊, 税收义务不明确, 等等。

⑩这已经发生在解释过程中。参见 Domat, 同上, 第 1 卷, 第 19 页上以下表述: “当按照结果来看是违背公正的时候, 自然法就是不合适的了。”或者参见以相反的、反对轻率革新的目光进行论述的(“甚至不再关心轻率的声明。”) Hale, 同上, 第 504 页的表述: “解释者必须看得比眼下的情况更远, 并且看到这样一种解释是否会导致难以补救的更大的麻烦。”

⑪参见 Adalbert Podlech, *Wertungen und Werte im Recht*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 95 (1970), 第 185—223 页, 尤其是第 198 页以下; Wolfgang Kilion, *Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung: Methodenorientierte Vorstudie*, Frankfurt, 1974, 第 211 页以下。Gunther Teubner, *Folgenkontrolle und responsive Dogmatik*, *Rechtstheorie* 6 (1975), 第 179—204 页; Thomas Sambuc, *Folgenerwägungen im Richterrecht: Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsprechung, erörtert am Beispiel des Paragraphen 1 UWG*, Berlin, 1977; Thomas W. Wälde, *Juristische Folgenorientierung: “Policy Analysis” und Sozialkybernetik: Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung der Folgenorientierung im Rechtssystem*, Königstein / Ts., 1979; Hubert Rottleuthner, *Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung*, in: *Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz. Beiheft 13 des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie*, Wiesbaden, 1981, 第 97—118 页; Hans-Joachim Koch / Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre: Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, München, 1982, 第 227 页以下; 关于刑法问题也可参见 Winfried Hassemer, *über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze*, *Festschrift Helmut Coing*, München, 1982, 第 493—524 页, 以及关于美国刑法改革的讨论可参见 Joachim J. Savelsberg, *Law That Does Not Fit Society: Sentencing Guidelines as a Neoclassical Reaction to the Dilemmas of Substantivized Law*, *American Journal of Sociology* 97 (1992), 第 1346—1381 页。

⑫特别可参见 MacCormick, 同上(1978)。

⑩最近人们看到对目的 / 手段结构的仔细分析恰恰在实用主义—工具主义法律理论中被忽视了(而且就像人们可以想到的那样是出于充分理由)。参见 Robert Samuel Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982, 第 60 页以下, 第 240 页以下, 第 255 页以下。相应地批评也在不断上升, 一直到重新对分析法学感兴趣。

⑪有关这方面, 参见 Robert Nagel, *Legislative Purpose, Rationality and Equal Protection*, *Yale Law Journal* 82 (1972), 第 123—154 页, 他有充分理由批评法庭以目的合理性标准来衡量立法者, 并且把这方面的缺点(在这些缺点后面可能隐藏着政治妥协)加在立法者身上的倾向。在更多地以“立法者的意志”进行论证而很少注意裁决规则确切表述的德国法律中, 这种警告就更适用了。法官在这里常常虚构一个不能由他自己提出的、但对他的裁决来说是很必要的目的程序, 作为政治结论。

⑫这当然没有明确的系统论概念也是可能的。例如参见 Rudden, 同上和紧接此后的 Neil MacCormick, *Legal Decisions and Their Consequences: From Dewey to Dworkin*, *New York University Law Review* 58 (1983), 第 239—258 页上有关行为后果和法律后果之区分的论述。关于法律后果和法律系统以外的实际后果的区分, 也可参见 Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, 第 41 页, 详见 Gertrude Lübke-Wolff, *Rechtsfolgen und Realfolgen: Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen?*, Freiburg, 1981。

⑬MacCormick, 同上(1983)在解释他这方面还尚未完成的(同上)1978 的论述时也是与此相应的。

⑭这个例子出自 Rudden, 同上。

⑮此外, 这也说明了法律社会学的调查研究, 然而, 在这样一个重要课题上这种调查研究却明显太少了。参见 James W. Marquart / Sheldon Eckland-Olsen / Jonathan R. Sorensen, *Gazing Into the Crystall Ball: Can Jurors Predict Dangerousness in Capital Cases?*, *Law and Society Review* 23 (1989), 第 459—468 页。

⑯从我自己的经验来看, 公务法的一项放弃终身聘用原则的修改是否会对后继人员的招聘产生后果以及如果有的话那么是什么后果这个问题在经验上很难检测, 而且只能用很受时间制约的(例如由劳动市场决定的)指示器来检测。参见 Niklas Luhmann / Renate Mayntz, *Personal im öffentlichen Dienst: Eintritt und Karrieren*, Baden-Baden, 1973 根据公务法改革委员会的委托进行的调查(1970—1973)。如果人们把其他公开讨论过的、在政治争论中重要的问题, 例如对职业道德的影响和公务员对政治的依附性等问题也纳入考察, 这就更适用了。社会科学对于司法管理的意义无论如何主要不在于保证预测, 而是更多地在于扩大提出问题的范围, 即在于对提高多样性的贡献, 这一贡献不是使重新获得信息冗余变得更容易, 而是变得更难。关于这个课题可参见材料丰富的 Paul L. Rosen, *The Supreme Court and Social Science*, Urbana Ill., 1972。

⑰例如 N. E. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason: Doctrine and Theory in the Legal Order*, Manchester, 1984 从更宽的历史视角出发进行的论述。也可参见 Helmut Schelsky, *Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen*, *Juristenzeitung* 29 (1974), 第 410—416 页; 转载于同一作者的 *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980, 第 196—214 页。

⑱参见作为一个法学家和一个社会学家的共同表述 Hans Joachim Böhlk / Lutz Unterseher, *Die Folgen der Folgenberücksichtigung*, *Juristische Schulung* 20 (1980), 第 323—327 页。

⑩ MacCormick, 同上 (1983), 第 254 页与此相反得出了以下结论:“因此,从大体上来说,凡是我称之为按后果推理的法律,主要不是集中于评估行为变化的可能性,而是主要集中于可能发生的行为以及它在研究领域占主导地位的见解中所占有的确凿无疑的规范性地位。”于是作为这一冒险的“推测性回答”的替代,它们不得不采用“陷于问题中的法律领域使之变得至关重要”的、并非无问题的“公正性”或者“错误性”的道德范畴(第 256 页)。

⑪ 参见 Raffaele De Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione: Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, Bari, 1979, 德文版, *Wahrheit und Legitimation im Recht: Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie*, Berlin, 1980。

⑫ MacCormick, 同上 (1978), 第 157 页。

⑬ 关于对因果性的一种相应解释,参见 Francis Heylighen, *Causality as Distinction Conservation: A Theory of Predictability, Reversibility, and Time Order*, *Cybernetics and Systems* 20 (1989), 第 361—384 页。

⑭ Gotthard Günther 甚至认为,从这一对迅速收集信息的需要出发,可以解释意识的演进。参见 *Bewußtsein als Informationsraffer*, *Grundlagenstudien aus Kybernetik und Geisteswissenschaften* 10, 1 (1969), 第 1—6 页。

⑮ 这个例子同时也说明一些关于禁止拒绝审理和概念性抽象之间的联系。

⑯ 以此当然不是要否定概念解释也履行教学法的功能,而且更多地是属于法律课堂(在那里法律案例只是被用来说明问题的),而不是属于司法实践。但是上面正文中是涉及一种法律系统的理论,而不是涉及教育系统的理论。

⑰ 在 Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 10 (1987), 第 457—478 页(第 469 页)上我们读到一篇完全针对法律裁决预测的报告中的以下一段话:“对法律的合理的研究,在很大程度上仍然是对历史的研究。”

⑱ 在这方面取得辉煌成就的是 Josef Esser, *Juristisches Argumentieren*, 同上 (1979), 尤其是第 20 页以下——辉煌表现在语言上的精湛技巧、对概念的概念性表述中敏感的模糊性以及问题定向的准确性。

⑲ Esser, 同上, 第 21、22 页上的表述。

⑳ 引自 Friedrich Carl von Savigny, *Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung*, 第 5 版, Stuttgart, 1837。

㉑ 参见 Cünter Ellscheid / Winfried Hassemer (Hrsg.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, 1974; 还可参见例如 Paul Oertmann, *Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1931。以前曾尝试在目的取向的视角下把法学概念性与被评估的利益视角相结合(重点依然在法学概念的功能上)的是 Gustav Rümelin, *Juristische Begriffsbildung*, Leipzig, 1878。关于 18 世纪以来方法讨论的更广的联系也可参见 Johann Edelmann, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz: Eine historisch-kritische Studie über die deutsche Rechtsmethodologie vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Bad Homburg, 1967。

㉒ 参见 Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, *Columbia Law Review* 8 (1908), 第 605—623 页。

㉓ 在此期间有关这方面有很多生物学的和理论史的研究。关于法律理论思想评述的概况,参见已经引用过的专著 Robert Samuel Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982。

㉔ 在 Roscoe Pound, *Jurisprudence*, St. Paul, Minn., 1959, 第 3 卷, 第 3—373 页上可以看到一种重复和总结许多以往公告的概念性研究。

⑫⑦参见 Horst Jakobs, *Wissenschaft und Gesetzgebung nach der Rechtsquellenlehre des 19. Jahrhunderts*, Paderborn, 1983; Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt, 1988; Joachim Rückert, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, 1988; Ulrich Falk, *Ein Gelehrter wie Windscheid: Erkundungen auf den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz*, Frankfurt, 1989; 同一作者的 *Ein Gegensatz principieller Art*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 第 221—240 页。

⑫⑧当然,即使针对论战的论战也不应该太尖锐。Jhering 的概念法学概念很明确不是反对法律中绝对有必要使用概念,而是“反对我们今天的法学的迷失方向,它不注意实际的最后目的和法律可应用性的条件,在法律中只看到一个对象,即不过问其他事情,其魅力和目的存在于它自己本身的逻辑思维赖以可以测试自己的那个对象”。此外他认为:“任何法学都是通过概念来运作,法学的和概念的思维意思是相同的,因此,从这一意义上来说任何法学都是概念法学,尤其是罗马法学,正因为如此附加语可以省略。”(Rudolf von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum* (1884), 引自第 13 版, Leipzig, 1924, 再版, Darmstadt, 1964, 第 347 页)。Jhering (同上,第 363 页)通过完全是现代的、把(大学的)法律理论与实际中的法律应用分开的做法,来解释这种朝着概念法学方向的升级。

⑫⑨Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (1922), 第 2 版, 1954, 再版, New Haven, 1959, 第 40 页以下认为,这种“最大限度的自由的个人自我肯定”被社会发展抛在了后面。而且事实上也是如此:在北美当时已经没有任何一个国家是这样的了。

⑫⑩Pound, *Jurisprudence*, 同上,第 3 卷,第 17、21 页。

⑫⑪Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, 第 113 页。

⑫⑫作为对这一点的批评,参见 Julius Stone, *A Critique of Pound's Theory of Justice*, *Iowa Law Review* 20 (1935), 第 531—550 页。庞德自己经常引用它,显然认为它是值得思考的。

⑫⑬同上,第 112 页。也可参见 Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, 第 180 页关于“对维持一种曾经发挥过作用的制度的兴趣”的论述。

⑫⑭Juristisches Argumentieren, 同上 (1979), 第 22 页。

⑫⑮例如 *Argumentations- und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen*, *Etudes de logique juridique*, 第 6 卷, Bruxelles, 1976, 第 53—77 页 (第 61 页)。

⑫⑯这一区分一般是引用韦伯的。参见 Richard Lempert / Josef Sanders, *An Invitation to Law and Social Science*, White Plains N. Y., 1986, 第 9 页以下,第 444 页以下。无论如何不应该把它与诉讼法与实体法的区分相混淆,尽管诉讼法由于它的组织判决的功能表现出比实体法有更多的形式性的成分。Patrick S. Atiyah / Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, 1987, 这里使用形式性 / 实体性的区分来比较英国的更多是形式性的习惯法和美国的更多是实体性的习惯法。这种区分在不同国家最高法院的不同解释方法比较中也起作用。参见 MacCormick / Summers, 同上 (1992), 这里把法国(更多是形式性的)与美国(更多是实体性的)作为极端情况。

⑫⑰Atiyah / Summers, 同上,第 65 页及下页中说:“一个实体性的理由应该被定义

为道德的、经济的、政治的、制度性的或其他社会性的考虑。”

⑬为了说明问题,我们再一次指出:兴趣的统一。换言之就是:通过交往确定对继续交往中的参照标准的兴趣。毋庸置疑,这是以一种在系统中不能随意改变的现实为基础的。

⑭循环论证也是一种特殊情况,Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, Stanford Cal., 1964, 第 235 页以下(第 258 页以下)在“虚幻的参照”这个一般标题下对此进行了论述,并通过例子加以证明。

⑮参见 Stein Braten, *The Third Position: Beyond Artificial and Autopoietic Reduction*, in: Felix Geyer / Johannes van der Zouwen (Hrsg.), *Socioybernetic Paradoxes*, London, 1986, 第 193—205 页。

⑯首先可参见 François Gény, *Science et technique en droit positif: Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 第 4 卷, Paris, 1913—1959。

⑰参见 Edelmann, 同上, 第 89 页及下页引证 Heinrich Stoll 的论述。

⑱Günter Ellscheid, *Einleitung*, in: Ellscheid / Hassemmer, 同上(1974), 第 5 页及下页谈到“被置后考虑的利益的解释学意义”, 并指出:“利益法学通过给出阻止被置后考虑的利益从解释视野中消失的方法上的指示, 显然在司法审判的方法中贯彻了一种比形式性更多的公正思想。”这里也可以回忆一下犹太法律传统中的预防性措施的方式: 保留法律传统中的不一致意见, 以此在需要作重新考虑的时候可供使用。上面第二章第十节注释 153 中的提示。

⑲参见 Yves Barel, *Le paradoxe et le système: Essai sur le fantastique social*, 第 2 版, Grenoble, 1989, 第 71 页及下页, 第 198 页及下页, 第 392 页及下页。

⑳参见 Gerhard Struck, *Interessenabwägung als Methode*, in: *Dogmatik und Methode: Festgabe für Josef Esser*, Kronberg / Ts., 1975, 第 171—191 页上的批评。Heinrich Hubmann, *Die Methode der Abwägung*, 载于同一作者的 *Wertung und Abwägung im Recht*, Köln, 1977, 第 145—169 页上也指出, 在进行权衡的案例中判例距离方法上足够的清晰还很远。

㉑也可参见 Hans-Martin Pawlowski, *Methodenlehre für Juristen: Theorie der Norm und des Gesetzes*, 第 2 版, Heidelberg, 1991, 第 24 页以下。

㉒例如 Struck, 同上, 第 183、185 页。

㉓例如参见 Pawlowski, 同上, 第 381 页以下; 关于资产权衡也可参见第 351 页以下。Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 第 5 版, Berlin, 1983, 第 117 页以下。

㉔另一个薄弱之处可能在于从一开始就把利益权衡仅仅作为对古典传统解释方法的补充来考虑。例如 Reinhold Zippelius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, 第 2 版, München, 1974, 第 58 页及下页。但是这是以能具体说明在具体案件中对哪条现行法律规定以这种方式来解释为前提的; 或者也在于只有当法律状况导致了一种规范或义务冲突的时候才能进行一种权衡。例如关于资产权衡, 参见 Larenz, 同上, 第 388 页以下。但这是以可以具体说明哪些法律规定在具体案件中有冲突为前提的。

㉕参见上面注释 137。

㉖参见 William E. Nelson, *The Impact of the Antislavery Movement upon Styles of Judicial Reasoning in Nineteenth Century America*, *Harvard Law Review* 87 (1974), 第 513—566 页, 这里把从工具性论据转向形式性论据称为反对奴隶制运动的结果。也可参见 Harry N. Schreiber, *Instrumentalism and Property Rights: A Reconsideration of American*

“Styles of Judicial Reasoning” in the Nineteenth Century, *Wisconsin Law Review* 1975, 第 1—18 页上通过相反的例子进行的批评。有关这方面也可参见报刊杂志上对此批评颇多的 Marc Tushnet, *The American Law of Slavery 1810—1860: Considerations of Humanity and Interest*, Princeton, 1981 该书中的调查研究。

⑮ Joachim J. Savelsberg, *Law That Does Not Fit Society: Sentencing Guidelines as a Neo-classical Reaction to the Dilemmas of Substantivized Law*, *American Journal of Sociology* 97 (1992), 第 1346—1381 页上指出,这一点从制度上来看在美国前景并不被看好(对于联邦德国也可以这么说)。

⑯根据 W. Ross Ashby, *Design for a Brain: The Origin of Adaptive Behaviour*, 第 2 版, London, 1960, 第 98 页及下页。

⑰参见 Herbert A. Simon, *Models of Man-Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*, New York, 1957, 第 204 页及下页, 第 252 页以下。

⑱参见第六章第五节。

⑲关于下面所引用的例子, 参见 Dirk Baecker, *Information und Risiko in der Marktwirtschaft*, Frankfurt, 1988; Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1988, 尤其是第 93 页以下; Niklas Luhmann, *Gesellschaftliche Komplexität und öffentliche Meinung*, 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第 5 卷, Opladen, 1990, 第 170—182 页; 同一作者的 *Weltkunst*, in: Niklas Luhmann / Frederick D. Bunsen / Dirk Baecker, *Unbeobachtbare Welt: Über Kunst und Architektur*, Bielefeld, 1990, 第 7—45 页(第 23 页以下); Niklas Luhmann, *Das Kind als Medium der Erziehung*, *Zeitschrift für Pädagogik* 37 (1991), 第 19—40 页; 同一作者的 *System und Absicht der Erziehung*, 载于同一作者和 Karl Eberhard Schorr (Hrsg.), *Zwischen Absicht und Person: Fragen an die Pädagogik*, Frankfurt, 1992, 第 102—124 页; 同一作者的 *Soziales System Familie*, 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第 5 卷, Opladen, 1990, 第 196—217 页; Niklas Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1990, 多处, 尤其是第 362 页以下。

⑳有关这方面, 参见 Niklas Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, Opladen, 1992。

㉑例如参见 F. James Davis et al., *Society and the Law: New Meanings for an Old Profession*, New York, 1962, 第 163 页上以下表述: “结果是法庭解释差不多变成了文本本身概要的一部分。”

㉒参见 Friedrich Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin, 1984。

㉓例如参见 Karl-Heinz Ladeur, *Gesetzesinterpretation, “Richterrecht” und Konventionsbildung in kognitivistischer Perspektive; Handeln unter Ungewißheitsbedingungen und richterlicher Entscheiden*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (1991), 第 176—194 页。

## 第九章

①例如 Jay A. Sigler, *An Introduction to the Legal System*, Homewood III., 1968, 第 42 页及下页。(但与此相矛盾在 150 页上我们读到: “作为政治系统之子系统的法律系统典型地被用来作为政治系统的输出渠道。”)继帕森斯之后还有 William M. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives*, Newbury Park, 1990, 第 219 页及下页。不同观点可见于 Glendon Schubert 的好几个出版物中。参见 *Judicial Policy Making*, 第 2 版, Glenview III., 1974。

②有关“国家”的思想史和现实史的近期作品,参见 Perry Anderson, *Die Entstehung des absolutistischen Staates*, 德译本, Frankfurt, 1979; Gianfranco Poggi, *The State: Its Nature, Development and Prospects*, Cambridge Engl., 1990; Michael Stolleis, *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit: Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt, 1990。但是在这些著作中几乎没有把通过这一概念(指公法——译者注)所贯彻的政治系统与法律系统的统一理解为问题。

③参见 Brian M. Downing, *Medieval Origins of Constitutional Government in the West, Theory and Society* 18 (1989), 第212—247页。

④详见 R. C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge Engl., 1987。

⑤关于帝国领土主权国家,参见 Dietmar Willoweit, *Rechtsgrundlagen der Territorialgewalt: Landesobrigkeit, Herrschaftsrechte und Territorium in der Rechtswissenschaft der Neuzeit*, Wien, 1975。当时有功能相等的巩固领土主权的机制,但它们都是对法律有很强的依附性。这尤其适用于政治上授予贵族头衔,特别是与免税相关的承认贵族的法律程序。参见(以 Savoyen 为例) Claudio Donati, *L'idea di nobiltà in Italia: Secoli X IV - X VIII*, Roma-Bari, 1988, 第177页以下。这个诉讼之所以特别有意思,是因为它允许与继续存在的等级区分暂时妥协,同时又使从下面结束贵族,相当于使亚里士多德的新亚里士多德化成为可能。但是如果没有在明确说明贵族地位即在税收事务上特权方面的实际动机,这又怎么成为可能呢。

⑥关于这种尤其在法国给人印象很深的把政治主权作为法律主权来贯彻的情况,参见 Philippe Sueur, *Histoire du droit public français X IV - X VIII e siècle*, 第2卷, Paris, 1989, 尤其是第29页以下关于习惯法的论述;第164页以下关于对地主司法权的监督和第566页关于立法的论述。

⑦例如 *Die Herrschaft des Gesetzes* (1936), 德译本, Frankfurt, 1980 有关布丹和普芬道夫的论述。

⑧也有很多今天已经不再有名的作者主张这种在宗教的(上帝所希望的)和自然法的(也就是符合实际逻辑的)基础上法律与政治统一的观点。参见 François Grimaudet, *Les opusculus politiques*, Paris, 1580, 尤其短文 in: *De la Loy*。该书上说,法律是“至高的理性,是指示人们应该遵守的东西和保护相反的东西的上帝的启示,是通过有统帅能力的人公布于众的”,“因为法律是君主之所为”。以及“法律的目的是公共利益和一般人的安全”。这与个人利益有明显区别,即使是统治者本人。

⑨除了 *Leviathan* 也可参见 *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common laws*, 引自 Chicago, 1971; 还可参见 *Behemoth, or The Long Parliament*, 引自 Ferdinand Tönnies, London, 1889, 由 Stephen Holmes 写序的再版, Chicago, 1990。

⑩参见 Quentin Skinner, *The Foundations of Modern Political Thought*, 第2卷: *The Age of Reformation*, Cambridge Engl., 1978; Richard Saage, *Herrschaft, Toleranz, Widerstand: Studien zur politischen Theorie der niederländischen und der englischen Revolution*, Frankfurt, 1981。Diethelm Bötcher, *Ungehorsam oder Widerstand? Zum Fortleben des Mittelalterlichen Widerstandsrechts in der Reformationszeit (1529—1530)*, Berlin, 1991。

⑪但权威——这是霍布斯论证中新的地方——不是高于自然的能力,更不是贵族有能耐。它是建立在授权基础之上的。*Leviathan II*, 17, 引自 *Everyman's Library*, London, 1953, 第89页上的契约文本中写着“我授予……”但是通过授权而获得的依据代替了通过循环以自然为依据;因为授权是以通过授权才有依据的法律效力作为自己前

提的。

⑫参见 A Treatise of Human Nature Book III, Part II, Sect. IX, 引自 Everyman's Library, London, 1956, 第2卷, 第250页以下。

⑬参见(紧接 Pocock 之后) David Lieberman, The Province of Legislation Determined: Legal theory in eighteenth-century Britain, Cambridge Engl., 1989, 第7页以下。

⑭参见 Niklas Luhmann, Verfassung als evolutionäre Errungenschaft, Rechtshistorisches Journal 9(1990), 第176—220页(第188页及下页)。

⑮著名的和很有影响的是 Chancery 法院英国式的公平审判。关于原本相并列的法国思考可参见 Grimaudet, 同上(1580), opusculum II, fol. V II 页以下或者 François de Lalouette (L'Alouette), Des affaires d'Etat, des Finances, du Prince et de sa Noblesse, Metz, 1597, 第88页。在法国更多是朝着由立法者自己负责解释的方向发展(立法判决 *référé législatif*) , 虽然在审判中常常出现立法者没有作出裁决的案情。

⑯参见有丰富材料的 Francisco Suárez, Tractatus de legibus ac Deo legislatore, Lugduni 1619, 第2卷, 第十四和十五章第91页以下关于自然法的豁免和第六卷第369页以下关于实在法的豁免或者有关国家利益至上原则这一题目的考虑周密的论述, Scipio Ammirato, Discorsi Sopra Cornelio Tacito, Fiorenza, 1598, 第223页以下。人们经常对违背自然法的可能性发生争议, 但即使发生了这种情况, 在同一文本中也可找到对立的看法。例如 Jeremy Taylor, Ductor Dubitantium, or, the Rule of Conscience in all her General Measures (1660), 引自全集第9卷和第10卷, London, 1851/1852, 再版, Hildesheim, 1970, 2卷, I, 同上, 第9卷, 第333页以下, 尤其是第347页以下。这里说自然法豁免只能通过上帝而不能“通过任何人的权力”。但是接着又说:“自然法的准确性是可以解释的, 并且通过衡平、虔诚和必要性有可能减弱。”如果人们把维持统治本身即地位的理由视为使其他一切法得以成为可能的唯一有约束力的自然法, 那么问题就被回避了; 因为这样人们就可以论证说: 与此相偏离就会自我毁灭。例如参见 Ciro Spontone, Dodici libri del Governo di Stato, Verona, 1599, 第122页以下。

⑰“格式”(Schema)概念在这里可以很清楚地作为一种高层次的或然性排列的记录形式来使用, 或者按诺瓦利斯的说法作为自相关的相互作用。诺瓦利斯谈到“格式使一切都统一。自由只能是注定的即必然的, 必然只能是注定的即自由的”。或者:“格式处于与自己本身的相互作用中。任何事物都是通过其他事物而存在的各就其位的事物。” 二段引文出自 Philosophische Studien 1795/1796, 引自 Werke, Tagebücher und Briefe Friedrich von Hardenbergs, 由 Hans-Joachim Mähl 和 Richard Samuel 编, Darmstadt, 1978, 第2卷, 第14页。

⑱关于这个在下面不再继续论述的类似问题, 参见 Heinrich Stephani, Grundriß der Staatserziehungswissenschaft, Weißenfels - Leipzig, 1979, 同一作者的 System der öffentlichen Erziehung, Berlin, 1805; Christian Daniel Voß, Versuch über die Erziehung für den Staat, als Bedürfnis unsrer Zeit, zur Beförderung des Bürgerwohls und der Regenten-Sicherheit, Halle, 1799; Karl Salomo Zachariae, über die Erziehung des Menschen-geschlechts durch den Staat, Leipzig, 1802。很明显, 这里涉及的是由法国革命引起的改革思考。

⑲在这一背景下专门关于面对国家行为的法律保护问题的论述, 参见 Regina Ogorek, Individueller Rechtsschutz gegenüber der Staatsgewalt: Zur Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert, in: Jürgen Kocka (Hrsg.), Bürgertum im 19. Jahrhundert: Deutschland im europäischen Vergleich, München, 1988, 第372—405页。

⑳对这个模式我们已经讨论过并予以否定。参见第七章。

⑲例如以诉讼程序的形式,或者以主体权利的形式。参见第四章第六节和第六章第五节。

⑳根据 Nils Brunsson, *The Organization of Hypocrisy: Talk, Decisions and Actions in Organizations*, Chichester, 1989 该书中的意思。

㉑参见 Jessie Bernard, *Dimensions and Axes of Supreme Court Decisions: A Study in the Sociology of Conflict*, *Social Forces* 34 (1955), 第 19—27 页; Eloise C. Seyder, *The Supreme Court as a Small Group*, *Social Forces* 36 (1958), 第 232—238 页。著名的相反例子实际上只有一种情况: Roosevelt 的法官任命阻止了经常使用通过最高法院进行司法审查的手段,以反面对社会的立法,并且使法院回到 19 世纪很流行的谨慎上。有关这方面,参见从政治学视角论述的 C. Hermann Pritchett, *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937—1947*, New York, 1948。关于在(政治和经济自由主义)意识形态上的差别,每次案件裁决的心理变化(“态度”)和法律范畴化这百慕三角区中进行经验性确证的方法问题和不可靠性,参见 Glendon Schubert, *The Judicial Mind, The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Judges 1946—1963*, Evanston, 1965。

㉒关于与宪法法律还能相容的扩展可能性问题仍然在进行讨论。参见 Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991, 尤其是第 408 页以下。但是恰恰在这里给人印象深刻的是法学家为接续能力而努力的小心谨慎。

㉓在这方面始终存在着不清楚的界线和分歧。参见 F. James Davis et al., *Society and the Law: New Meanings for an Old Profession*, New York, 1962, 第 162 页以下。

㉔参见 Charles-Albert Morand, *La contractualisation du droit dans l'état providence*, in: François Chazel / Jacques Commaille (Hrsg.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, 1991, 第 139—158 页。

㉕如果确实有这样一种意图的话,那么它多数是在于经过长时间徘徊后抢救该抢救的东西。

㉖参见 Niklas Luhmann, *Theorie der politischen Opposition*, *Zeitschrift für Politik* 36 (1989), 第 23—26 页。

㉗也可参见 Niklas Luhmann, *Zwei Seiten des Rechtsstaates*, in: *Conflict and Integration-Comparative Law in the World Today: The 40th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan* Chuo University 1988, Tokyo, 1989, 第 493—506 页。

㉘参见 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10 版, London, 1968, 第 183 页以下,这里通过一种毋宁说是民族性的解释,即“英国或者像美利坚合众国那样继承了英国传统的国家所特有的解释”,起了指明方向的作用。

㉙例如 *The Theory and Practice of Modern Government*, New York, 1949, 第 922 页。

㉚参见 *Supreme Court-Entscheidung Marbury vs. Madison 1 Granch (1803)*, 第 137—180 页。也可参见 Fritz W. Scharpf, *Grenzen der richterlichen Verantwortung, Die Political Questions-Doktrin in der Rechtsprechung des amerikanischen Supreme Court*, Karlsruhe, 1965; *Judicial Review and the Political Question: A Functional Analysis*, *Yale Law Review* 75 (1966), 第 517—597 页。

㉛例如 Georg Meyer, *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, 第 6 版(由 Gerhard Anschütz 整理), Leipzig, 1905, 第 27 页。在注解中有证明说明:“这个词在近代完全是在这一意义上使用的。”因此 19 世纪法治国家大争论仅仅是围绕对行政管理工作的监督应该由民事法院负责还是应该由特殊的行政法院负责这个问题而展开的。

㉜参见 Ulrich Scheuner, *Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates*, in: Hans Dombos/

Erwin Wilkens (Hrsg.), *Macht und Recht: Beiträge zur lutherischen Staatslehre der Gegenwart*, Berlin, 1956, 第76—88页, 尤其是第80页以下关于与英国、法国和瑞士法治国家传统相对立的论述。

⑤例如 Dieter Grimm, *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt, 1987, 第298页及下页。

⑥从事这方面研究的一方面是所谓的工具研究, 另一方面是以一种更加开阔的视角自称为“法律政治学”的研究方向。参见 Rüdiger Voigt (Hrsg.), *Recht als Instrument der Politik*, Opladen, 1986、1987年以后发表的法律社会学年鉴。当前的讨论似乎在与“调控”概念相联系的概念上的不明确中搁浅。

⑦参见 Michael Serres, *Der Parasit*, 德译本, Frankfurt, 1981。

⑧这里要作一些必要修正 (*mutatis mutandis*) 的是, 这同样适用于指示方向的最高法院的裁决。最高法院裁决也可以通过后果预见而形成, 从而成为“效果研究”的对象。参见 Stephen Wasby, *The Impact of the United States Supreme Court: Some Perspectives*, Homewood Ill., 1970, 或者也可参见 Robert L. Kidder, *Connecting Law and Society: An Introduction to Research and Theory*, Englewood Cliffs N. J., 1983, 第112页及下页所论述的例子。作为案例研究可参见 Gordon Patric, *The Impact of a Court Decision: Aftermath of the McCollum Case*, *Journal of Public Law* 6 (1957), 第455—464页 (涉及公立学校中的宗教课) 或者 James Croyle, *The Impact of Judge-made Policies: An Analysis of Research Strategies and An Application to Products Liability Doctrine*, *Law and Society Review* 13 (1979), 第949—967页。

⑨这里应该说明的是, 这一思考导致了以下推测, 即现代社会的未来关系 (提示语是“开放的未来”) 可能与对于社会本身来说明显可见的结构变化的大大增加和速度加快很有关系。

⑩我们在第七章中对这一想法进行了批评。

⑪这一要求主要是在以裁决过程为依据的组织社会学研究中提出的。参见 Colin S. Diver, *A Theory of Regulatory Enforcement*, *Public Policy* 28 (1980), 第257—299页。

⑫对这方面作了很好的法律社会学分析的是 Keith Hawkins, *Environment and Enforcement: Regulation and the Social Definition of Pollution*, Oxford, 1984。

⑬这一点主要是从无数警察调查中得出的。例如参见 Jonathan Rubinstein, *City Police*, New York, 1974; Michael S. Brown, *Working the Street: Police Discretion and the Dilemmas of Reform*, New York, 1981; David E. Aaronson / C. Thomas Dienes / Michael C. Musheno, *Public Policy and Police Discretion: Processes of Decriminalization*, New York, 1984。关于其他领域也可参见 Richard McCleary, *Dangerous Men: The Sociology of Parole*, Beverly Hills, 1978, 尤其是第145页以下, 或者 Jeffrey M. Prottas, *People-Processing: The Street-Level Bureaucrats in Public Service Bureaucracies*, Lexington Mass., 1978。

⑭例如参见出自一个律师之手笔的 Charles Horsky, *The Washington Lawyer*, Boston, 1952。也可参见 Heinz Eulau / John D. Sprague, *Lawyers in Politics: A Study in Professional Convergence*, Indianapolis, 1964。

⑮参见 Elmar Lange / Niklas Luhmann, *Juristen-Berufswahl und Karrieren*, *Verwaltungsarchiv* 65 (1974), 第113—162页 (第156页以下)。

⑯为案例研究提供一个好机会的是公法改革研究委员会的报告, 巴登—巴登, 1973年版, 该报告有11个副卷本。根据委员会的名称主要涉及的是法律问题, 这里也收入了大量的法律鉴定, 以便为改革思考 (从制度上保证职业公务员等) 测定宪法法律

的活动空间。但是关于鉴定人的规定是在政治上事先分好类的,对委员会本身的推荐起决定作用的几乎完全是结构问题和组织问题。

④7参见 Robert L. Nelson / John P. Heinz, *Lawyers and the Structure of Influence in Washington*, *Law and Society Review* 22 (1988), 第 237—300 页。在总结中说:“……调查结果表明,律师在系统中占据着一个相当特殊的作为利益代表的地位,一方面这使他们能够支配实际的经济报酬和在他们的工作中保持他们的一份独立和自律,但这也限制了他们在政治机构中的影响。”

④8参见 Robert L. Nelson et al. *Private Representation in Washington: Surveying the Structure of Influence* *American Bar Foundation Research Journal* 1987, 1, 第 141—200 页。

④9参见 Edward O. Laumann / John P. Heinz et al., *Washington Lawyers and Others: The Structure of Washington Representation*, *Stanford Law Review* 37 (1985), 第 465—502 页。

⑤0参见 Nelson / Heinz, 同上,第 290 页以下。

⑤1Brunsson 所说意义上的,同上(1989)。

⑤2参见 Vilhelm Aubert, *Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung*, in: Ernst E. Hirsch / Manfred Rehbinder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Köln, 1967, 第 284—309 页的案例研究。调查涉及的是挪威一个关于家庭雇员的法令,随着这一法令的颁布,政治论争象征性地结束了,而没有检验,究竟是否还有家庭雇员以及如果还有的话他们如何能够获得他们的权利。关于另一个通过新法律从政治上设置自我限制的案例,参见 Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge Mass., 1968。也可参见 Niklas Luhmann, *Reform des öffentlichen Dienstes; Ein Beispiel für Schwierigkeiten der Verwaltungsreform* (1974), 引自 Andreas Remer (Hrsg.), *Verwaltungsführung*, Berlin, 1982, 第 319—339 页上的转载。

⑤3参见 Charles-Albert Morand, *Les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation*, *Droit et Société* 10 (1988), 第 391—406 页,这里附有对其他著作的提示。

⑤4详见 Niklas Luhmann, *Staat und Politik; Zur Semantik der Selbstbeschreibung politischer Systeme*, 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第 4 卷, Opladen, 1987, 第 74—103 页。

⑤5参见 Niklas Luhmann, *Staat und Staatsräson im Übergang von traditionaler Herrschaft zu moderner Politik*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第 3 卷, Frankfurt, 1990, 第 65—148 页。

⑤6A *Treatise*, 同上,第 2 卷,第 201 页。人们很容易把这理解为在循环性运作系统的并存中单个事件层面上的矛盾。然而,对于休谟自己来说这仅仅意味着,个人财产的使用即使在具体情况中与公共利益相矛盾,也必须从总体上得到保证。

⑤7“他那个时代的最正直同时也是最可怕的人之一”——克莱斯特在他的中篇小说的第一句话中如此描述他的小说主人翁。关于小说的背景及其与一个新欧洲推行的正当 / 不正当格式的联系也可参见 Regina Ogorek, *Adam Müllers Gegensatzphilosophie und die Rechtsausschweifungen des Michael Kohlhaas*, *Kleist-Jahrbuch*, 1988 / 1989, 第 96—125 页。

⑤8引自 Friedrich Schlegel, *Dichtungen und Aufsätze*, München, 1984, 第 593—728 页 (第 700 页)。在同一出处作者说:“……根据绝对的法概念任何战争都必然(会)是

一个生死之战。”

## 第十章

①我们意指的是一种概念意义上的。至于在数学上可以达到的是什么,则是一个完全不同的问题,并且无论如何是以这里所力求的概念上的清晰为前提的。

②关于在生物系统层面上的这一概念(细胞和有机体),参见 Humberto R. Maturana, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig, 1982, 第 150 页以下, 第 251 页以下;同一作者和 Francisco J. Varela, *Der Baum der Erkenntnis: Die biologischen Wurzeln des menschlichen Erkennens*, München, 1987, 尤其是第 85 页以下。

③这个例子在 Maturana / Varela, 同上, 第 86 页。

④关于这一区分,参见 Anthony Wilden, *System and Structure: Essays in Communication and Exchange*, 第 2 版, London, 1980, 第 155 页以下和多处。

⑤在这里我要纠正自己以前的一种说法。参见 Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Frankfurt, 1973, 第 88 页以下;同一作者的 *Rechtssystem im Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, 第 25 页以下。但是像以前一样毋庸置疑的是,一个观察者可以把输入 / 输出模式当做一个大大简化的因果模式来使用,以便搞清楚事实。但是本文中更愿意用一种更为复杂的理论。

⑥同样致力于解释运作上自成一体的系统之自我组织和学习适应现象的互相对立的概念组是 Assimilation(吸收,同化) / Akkommodation(适应,调节)(Jean Piaget)和上面已经用过的多样性 / 信息冗余(Henri Atlan)。在这里我们不可能作详细的理论比较。

⑦详见 Niklas Luhmann, *Gleichzeitigkeit und Synchronisation*, 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第 5 卷, Opladen, 1990, 第 95—130 页。

⑧参见 Niklas Luhmann, *Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?*, in: Hans Ulrich Gumbrecht / K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), *Materialität der Kommunikation*, Frankfurt, 1988, 第 884—905 页,同一作者的 *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1990, 第 11 页以下。

⑨是否以及如何看到或掩盖同时代人的新贡献,这是一个次要问题。尤其在 18 世纪,自然法这一表述形式也是为掩饰革新服务的——无论在宪法法律中还是在合同法中都是如此。我们将在下面进一步作详细分析。

⑩参见上面第六章第四节。

⑪参见 Max Gluckman, *African Land Tenure*, *Scientific American* 22 (1947), 第 157—168 页;同一作者的 *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, 第 2 版, Manchester, 1972。

⑫有关这方面的一个例子是 T. Selwyn, *The Order of Men and the Order of Things: An Examination of Food Transactions in an Indian Village*, *International Journal of the Sociology of Law* 8 (1980), 第 297—317 页。

⑬关于在希腊早期法律中没有正式的法律上可执行的担保责任的概念,参见 Fritz Pringsheim, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, 第 17 页。普林斯海姆明确强调,不能由此得出承认非正规的、达成一致的契约是法律概要这样的结论。

⑭这一点人们可以从合同法的发展中看出,合同法不仅使商业上至关重要的合同可以起诉,而且恰恰使友人之间的无偿服务(例如保管专款、委托)也具有起诉可能性,并且通过万民法逐渐把外贸也包括在内。

⑮参见很有影响的 Otto Brunner, *Adeliges Landleben und europäischer Geist: Leben und Werk Wolf Helmhards von Hohberg 1612—1688*, Salzburg, 1949; 同一作者的 *Das ganze Haus und die alteuropäische Ökonomik*, 载于同一作者的 *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, 第 2 版, Göttingen, 1968, 第 103—127 页。关于在此之前的历史也可参见 Sabine Krüger, *Zum Verständnis der Oeconomica Konrads von Meigenberg: Griechische Ursprünge der spätmittelalterlichen Lehre vom Hause*, *Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters* 20 (1964), 第 475—566 页。

⑯参见 Robert C. Palmer, *The Economic and Cultural Impact of the Origins of Property 1180—1220*, *Law and History Review* 3 (1985), 第 375—396 页 (第 386 页以下); 也可参见同一作者的 *The Origins of Property in England*, *Law and History Review* 3 (1985), 第 1—50 页。还可参见 Emily Zack Tabuteau, *Transfers of Property in Eleventh-Century Norman Law*, Chapel Hill NC, 1988, 第 80 页以下关于没收没有偿付能力的欠债人之土地的主要动机的过渡状态。

⑰参见 Immanuel Wallerstein, *The Modern World System*, 第 1 卷, New York, 1971 一书中关于国际劳动分工之发展的论述。

⑱这一表述出自 Edward Misselden, *The Circle of Commerce, or, The Balance of Trade, in Derence of Free Trade*, London, 1623, 再版, Amsterdam, 1969, 第 98 页。

⑲从 Bolingbroke's "Dissertation upon Parties" (引自 Works, 2 卷, Philadelphia, 1941, 再版, Farnborough Hants. England, 1969, 第 5—172 页) 中可以看出, 到此为止英国的宪法虽然 (以国王特权和取消所有的反抗权的形式) 解决了权力媒介问题, 但是没有解决政治上对货币媒介的使用问题。按照博林布鲁克的想法, 货币媒介起着更加难以把握的影响作用, 而且由于人们不能通过公开的革命与之对抗, 所以这种影响作用从长远来看更加严重。

⑳关于罗马法中这一概念在民法中的演进也可参见上面第六章第三节。

㉑有关这方面的提示, 参见 Niklas Luhmann, *Am Anfang war kein Unrecht*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 11—64 页。

㉒例如 Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis libri tres*, I. II, C. XII, § VIII, 引自 Amsterdam, 第 1720, 第 373 页上说: "在签约中绝对是自然的平等。" 参见限于可诉讼合同的 Samuel Pufendorf, *De officio hominis & civis juxta Legem Naturalem libri duo* l. 1 c. XV, § III, 引自 Cambridge, 1735, 第 226 页及下页。在一切试图解释究竟是如何产生不平等制度的国家和社会契约理论中, 都必须以在合同签订者之间自然的平等为前提。

㉓关于美国, 例如参见 Forrest McDonald, *Novus Ordo Seclorum: The Intellectual Origins of the Constitution*, Lawrence Kansas, 1985, 第 14 页。

㉔参见 Estienne Pasquier, *Les Recherches de la France*, Neuauflage, Paris, 1665, 第 577 页及下页有关一个案件的报道, 在这个案件中中国王通过授予平民贵族头衔以帮助他胜诉来解决问题。

㉕就此而言, "从地位到合同" (Maine) 这一历史性的描述无论如何对于私法来说是很确切的, 但是对于公法来说就不是了; 当然在这里也要考虑到, 这一区分本身是在这里所概述的发展进程中才获得它的现代轮廓的。有关这方面, 参见 Gerhard Dilcher, *Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz*, *Der Staat* 27 (1998), 第 161—193 页。

㉖参见 John Stuart Mill, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, 引自 9 版, London, 197, 2 卷, 第 408 页及下页 (Book V. Chapter VII, § 2)。

⑲参见上面第八章第七节和第八节。

⑳关于这一比较,参见 D. Neil MacCormick, *Rights in Legislation*, in: P. M. S. Hacker / J. Raz (Hrsg.), *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, 1977, 第 189—209 页。

㉑对于这种对其可能性和成就不应否定的研究来说,那个把所有的理论追溯问题都截断了的模糊的相对自律性概念就足够了。参见 Richard Lempert, *The Autonomy of Law: Two Visions Compared*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988, 第 152—190 页和上面第二章第四节。如果这确实应该作为经验研究不可缺少的前提的话,那么正因如此这种研究肯定在理论上是没有收获的。因为人们可以把任何程度的依附性或独立性称为“相对的”;这个概念不排除任何东西。

㉒详见 Niklas Luhmann, *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1988。

㉓从现代早期以来,这也适用于法律上允许的例如通过国家征用权来论证的、为了公共利益没收财产的那些本身结构不同的情况。在这里结构提出了不同的(近似自相矛盾的!)要求,因为这里规定可以进行合法干预,但尽管如此必须为此给予补偿。法学家要搞清楚 17 世纪进程中的这种情况(包括对赔偿的法律义务)。参见 Christoph Link, *Naturrechtliche Grundlagen des Grundrechtsdenkens in der deutschen Staatsrechtslehre des 17. und 18. Jahrhunderts*, in: Günter Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen, 1987, 第 215—233 页(第 221 页以下)连同其他的提示。

㉔参见有关这方面的论文“Capitalism and the Constitution”, in: Forrest McDonald/ Ellen Shapiro McDonald, *Requiem: Variations on Eighteenth-Century Themes*, Lawrence, Kansas, 1988, 第 183—194 页。

㉕参见 Joseph A. Schumpeter, *Die Krise des Steuerstaates* (1918), 转载于: *Aufsätze zur Soziologie*, Tübingen, 1953, 第 1—71 页。在这里我们只能再一次指出,税收起着经济系统与政治系统之间结构性联系的作用。

㉖不言而喻,这也是通过自己特有的手段,而不是在执行政治指令中完成的。于是就要区分绝对统治权(imperium)和支配权(dominium),与两个有等级制内涵的概念(即只是从上到下起作用而没有反对主人的权力要求)相对,提出了一个摆脱了等级制的不对称、表达权利与义务之间相互关系的概念。如果支配权被称为 ius(法,权利),那么一方面这是在一个更加一般化的概念下的概括,但同时也是一种对法律内在界线的示意,对这些界线,政治上的支配只有借助例外权利、废止某项法规部分条款的权力,也就是依据一种地位的理由(ratio status)才能超越(但也是:必须超越)。

㉗这一直延伸到现代早期。参见 Renate Blickle, *Hausnotdurft: Ein Fundamentalrecht in der altständischen Ordnung Bayerns*, in: Günter Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen, 1987, 第 42—64 页;同一作者的 *Nahrung und Eigentum als Kategorien der ständischen Gesellschaft*, in: Winfried Schulze (Hrsg.), *Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität*, München, 1988, 第 73—93 页。同时也表现出对支配利益的法律保护需要在扩大。

㉘关于对研究现状的一种新的精练的总结,参见 Carlo Rosetti, *Diritto e mercato: Le origini del capitalismo moderno*, *Rassegna italiana di sociologia* 33 (1992), 第 33—60 页。详见 Alan MacFarlane, *The Origins of English Individualism*, Oxford, 1978; Palmer, 同上(1985)。关于 17 世纪(由于印刷术的发明? 由于有区分的支配利益?)才开始的对概

念上精确性的兴趣,参见 G. E. Aylmer, *The Meaning and Definition of "property" in Seventeenth Century England, Past and Present* 86 (1980), 第 87—97 页。

⑳参见 Hans Hattenhauer, *Die Entdeckung der Verfügungsmacht; Studien zur Geschichte der Grundstücksverfügung im deutschen Recht des Mittelalters*, Hamburg, 1969。

㉑关于归结到文字(但在这里仅仅是一种表面现象),参见 Jack Goody, *Die Logik der Schrift und die Organisation von Gesellschaft*, 德译本, Frankfurt, 1990, 尤其是第 252 页以下。

㉒关于从这一脱离联系中是否发展出特有的、与国家法律没有联系的法律制度,这是一个讨论得很多的与巴西大城市的贫民窟有关的题目。至少鉴于今天的情况,肯定的观点给人的印象还是太正面了。参见 Boaventura de Sousa Santos, *The Law of the Oppressed; The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada*, *Law and Society Review* 12 (1977), 第 5—126 页;另外也可参见例如 Joaquim A. Falcao, *Justiça Social e Justiça Legal*, Florianópolis, 1982 中关于同一题目的其他论文,载于同一作者编的 *Conflito de Direito de Propriedade; Invasões Urbanas*, Rio de Janeiro, 1984。关于现实也可参见 *Brasil des Amnesty International*, London, 1990 一书中的报道。

㉓参见 Luigi Graziano, *Clientelismo e sistema politico: il caso d' Italia*, Milano, 1984; Shmuel N. Eisenstadt / Luis Roniger, *Patrons, Clients and Friends: Interpersonal Relations and the Structure of Trust in Society*, Cambridge Engl., 1984。

㉔参见 Dirk Baecker, *Die Form des Unternehmens*, Habilitationsschrift, Bielefeld, 1992, 第 195 页以下。

㉕一个有经验的律师会补充说:希望法院也会这样看。

㉖例如参见对民法的表述起决定性作用的、对习惯法也有影响的 Robert-Joseph Pothier, *Traité des Obligations* (1761) 中的表述,引自 *Œuvres*, 第 2 卷,第 3 版, Paris, 1890, 第一章, 1, 1. 节。

㉗关于 18 世纪的习惯法,参见 Peter Gabel / Jay M. Feinman, *Contract Law*, in: David Kairys, *The Politics of Law; A Progressive Critique*, New York, 1982, 第 172—184 页(第 173 页及下页)。作者强调这是如何与经济发展的要求相适应的。

㉘有关这方面针对流传很广的比较旧的看法 Pringsheim, 同上(1950), 第 13 页以下进行了详细论述。毋庸置疑的是,系统朝着更容易掌握的形式进化,并且显示出缓慢地逐渐以文字形式来代替证人的趋势。

㉙或者更确切地说:非正式的协议可以修改现有的合同,但是不能作为合同义务的依据。

㉚参见 Fritz Pringsheim, *Gegen die Annahme von "Vorstufen" des konsensualen Kaufes im hellenistischen Recht*, 载于同一作者的论文集,第 2 卷, Heidelberg, 1961, 第 373—381 页;同一作者的 *L'origine des contrats consensuels*, 同上,第 179—193 页。发展缓慢的原因可能是可以规避法律进行交易。人们可以把一笔不能马上支付的货款转为(可能有利息的)贷款。

㉛例如 Pothier, 同上,否定对 *causa* 的这种理解。

㉜人们注意到罗马法(可能在很早的时候即共和时期晚期)对合同的规定也是非常正式的,但是借助一种完全不同的区分,即 *contrahere*(缔约)和 *solvère*(解释)的区分。文摘从 *libroquarto ad Quintum Mucium* 中摘录了以下经典表述:“方式和解释应该按照缔约如何规定。”(*Proutquidque contractum est, ita et solvi debet*)(D 46. 3. 80) 人们注意到这个“*quidque*”(如何)。但是这种抽象仍然可以与对允许采用的合同类型之限制

和关于合同签订者表述意愿的不确切性相并存。

⑤⑩参见 Diethelm Klippel, “Libertas commerciorum” und “Vermögens - Gesellschaft”: Zur Geschichte ökonomischer Freiheitsrechte in Deutschland im 18. Jahrhundert, in: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848, Göttingen, 1981, 第 313—335 页。

⑤⑪Gerald Stourzh, Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates, Wien, 1989, 第 31 页及下页, 这里作者通过在习惯法中为个人权利“奠定基础”(区别于法律技术上的“结构化”)这一幸运的概念对这一点作了修改, 在习惯法中给个人权利奠定基础的后果是: 干预个人权利不仅是违法的, 而且在政治上也是值得引起注意的。此外还可参见 Dieter Grimm, Soziale, wirtschaftliche und politische Voraussetzungen der Vertragsfreiheit: Eine vergleichende Skizze, 载于同一作者的 Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, Frankfurt, 1987, 第 165—191 页。

⑤⑫这一点人们可以从要求赔偿违约所造成损失的诉讼史上看出。关于发展的时间或持续时间的讨论, 参见 William M. McGovern, The Enforcement of Informal Contracts in the Later Middle Ages, California Law Review 59 (1971), 第 1145—1193 页。

⑤⑬详见 A. W. B. Simpson, A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit, Oxford, 1975, 再版, 1987, 尤其是第 316 页以下。在今天的法律中, 人们把“对价”(consideration)理解为迫使对方做出承诺的总体条件。因此, 概念是与通过新的、与案件相联系的认识相对应的。参见 Melvin Aron Eisenberg, The Principles of Consideration, Cornell Law Review 67 (1982), 第 640—665 页。关于与欧洲大陆的发展, 特别是与约因原则(causa-Doktrin)的比较, 可参见 Max Reibstein, Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisse im anglo-amerikanischen Recht, Berlin, 1932; 此外还可参见 Eike von Hippel, Die Kontrolle der Vertragsfreiheit nach anglo-amerikanischem Recht: Ein Beitrag zur Considerationenlehre, Frankfurt, 1963。这一学说的根源可能主要在于法学家传统的对赠与的不信任。

⑤⑭例如 David Hume, A Treatise of Human Nature Book III, Part II, Sect. IV, 引自 Everyman's Library, London, 1956, 第 2 版, 第 218 页。

⑤⑮参见 Philip A. Hamburger, The Development of the Nineteenth-Century Consensus Theory of Contract, Law and History Review 7 (1989), 第 241—329 页; 此外还可参见一种认为演进是由内部的问题而不是由外部的适应要求所决定的表述。

⑤⑯参见 Patrick S. Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford, 1979, 尤其是第 419 页以下。

⑤⑰关于美国, 参见 Lawrence M. Friedman, Contract Law in America: A Social and Economic Case Study, Madison Wisc., 1965, 第 17 页及下页。

⑤⑱法律社会学很喜欢研究不重视法律的这个方面。参见 Stewart Macauley, Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study, American Sociological Review 28 (1963), 第 55—67 页。

⑤⑲Jay A. Sigler, An Introduction to the Legal System, Homewood Ill., 1968, 第 35 页上举例说明, 与工人在工作中互相之间可能会造成的损失相关的风险监督, 按照劳动合同的精神即使没有明确商定也是雇主的责任(19 世纪美国和英国的法律发展)。

⑤⑳关于无法估计的法庭论证形式发展的一般趋势, 参见 Josef Esser, Argumenta-

tions- und Stilwandel in höchstrichterlichen Zivilentscheidungen, *Etudes de Logique Juridique* 6 (1976), 第 53—77 页 (第 68 页以下)。

⑥例如联邦宪法法院通过 1985 年 12 月 18 日的决议[劳动和法律, 24 (1986), 第 157 页]否定了根据基本法第 14 条保护企业主决定劳动时间的权利, 因为这是从合同中而不是从财产权中引申出来的。参见对此持批评意见的 Rupert Scholz, *Verdeckt Verfassungsneues zur Mitbestimmung?*, *Neue Juristische Wochenschrift* 39 (1986), 第 1587—1591 页; Dieter Suhr, *Organisierte Ausübung mediatisierter Grundrechte im Unternehmen*, *Arbeit und Recht* 26 (1988), 第 65—77 页。

⑦参见 Christian Wollschläger, *Zivilprozeß-Statistik und Wirtschaftswachstum im Rheinland von 1822—1915*, in: Klaus Luig / Detlef Liebs (Hrsg.), *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition: Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstags von Franz Wieacker*, Ebelsbach, 1980, 第 371—397 页。在此期间, 尤其在长远前景方面的研究状况很不可靠, 而且肯定其他的变元诸如法院外的冲突调解对概念的修改也起着作用。参见《法律和社会周刊》24 (1990), 第 257—352 页。

⑧在这一前提不存在, 或者不是以同样的程度存在的地方, 人们可以根据案情从经验上来对此进行监督。——例如以中国为例, 参见李汉林《中国社会的基本结构》(*Die Grundstrukturen der chinesischen Gesellschaft*), Opladen, 1991。

⑨不管用如何强调的语气主张人民主权, 有一点很清楚, 即所谓“人民”指的仅仅是具有一定资产的成年男性财产所有者。在 James Burgh, *Political Disquisitions*, 第 3 卷本, London, 1774—1775, 第 3 卷, 第 272 页上说“按人的比例选代表”, 就像是在不经意中承认了真理。

⑩在英国比较早一点, 即在 1870 年左右就达到了顶峰时期(参见 Atiyah, 同上, 1979, 尤其是第 383 页以下), 而在美国到本世纪末才达到。

⑪参见很值得注意的是作为时代的文件庞德的作品: *Liberty of Contract*, *Yale Law Review* 18 (1909), 第 454—487 页。

⑫这一区分与法律系统和政治系统的区别有关系, 但是作为法律各领域的划分它不能适应两个系统的区别, 指出这一点的是 Morton J. Horwitz, *The History of the public / privat distinction*, *University of Pennsylvania Law Review* 130 (1982), 第 1423—1428 页。关于较早的德国发展情况, 参见 Rudolf Hoke, *Die Emanzipation der deutschen Staatsrechtswissenschaft von der Zivilistik im 17. Jahrhundert*, *Der Staat* 15 (1976), 第 211—230 页; Dieter Wyduckel, *Ius publicum: Grundlagen und Entwicklung des öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft*, Berlin, 1984, 尤其是第 131 页以下; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, 第 1 卷, München, 1988。

⑬参见 Gerhard Dilcher, *Vom ständischen Herrschaftsvertrag zum Verfassungsgesetz*, *Der Staat* 27 (1988), 第 161—193 页。

⑭详见 Niklas Luhmann, *Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*, *Rechtshistorischer Journal* 9 (1990), 第 176—220 页。

⑮关于这样一个棘手的题目请读者仔细阅读。当然不能也不应该排除法律立场是政治考虑中的一个要素。只要想一下法律保障的把生产场所从而也把劳动岗位转移到国外去的可能性。被宪法作为结构性联系的形式要排除的仅仅是: 把这一可能性作为建立强制权力的基础, 以此也可以去追求完全不同的目的, 即可以普遍地搞政治。

⑯甚至对此重要的“殖民地宪章”的语义学上和结构上的准备也可以根据中心/周围的区分来解释。参见 Donald S. Lutz, *The Origins of American Constitutionalism*, Baton

Rouge, Louisiana, 1988。

⑫关于语言使用的发展,参见 Gerald Stourzh, *Constitutio: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century*, in: Terence Ball / John G. A. Pocock (Hrsg.), *Conceptual Change and the Constitution*, Lawrence, Kansas, 1988, 第35—54页;同一作者的 *Vom aristotelischen zum liberalen Verfassungsbegriff*, 载于同一作者的 *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Wien, 1989, 第1—35页。Heinz Mohnhaupt, *Verfassung I*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, 6卷, Stuttgart, 1990, 第831—862页。这个概念在美国革命期间,然后在法国革命期间获得了一个新的受现实政治制约的含义,对这一点也同样无可争议,就像仍然不清楚革新究竟在哪里。问题尤其在于像基本要求、组织建议等政治概念,在法国所具有的含义完全不同于在美国,美国没有等级问题,但另一方面却有着有适应能力的殖民地宪章传统;在那里原本没有各州,而是通过宪法才必须建立州等。

⑬关于从法律视角论述这一转变,参见 Dieter Grimm, *Entstehungs- und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus*, 德国第26次法律历史学家会议文件, 法兰克福, 1987年版, 第46—76页;同一作者的 *Verfassung, Staatslexikon*, 由 Görres-Gesellschaft 出版, 第7版, Freiburg, 1989, 第5卷, 第634—643页;同一作者的 *Verfassung II*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 同上, 第6卷, 第863—899页;两个引文出处都转载于同一作者的 *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991。

⑭在这里也许可以想一下古老的神学榜样,即对世界秩序的宗教解释获得了自我解释的要素即上帝,以便能够截断无止境的追溯。

⑮参见很有争议的美国宪法法律的“原意”原则。

⑯关于司法审查,参见 *Commonwealth v. Caton*, 8 Virginia (4 Call), 第5页以下; *Cases of the Judges of the Court of Appeals*, 8 Virginia (4 Call), 第135页以下; *Barnard v. Singleton*, 1 North Carolina (1 Martin), 第5页以下,在国家层面上可参见著名的裁决 *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (1803), 第137页以下,尤其是第176页以下。

⑰关于单纯从历史中引申合法性确认要求这种观点之没有说服力,参见 Henry, Viscount Bolingbroke, *A Dissertation upon Parties*, Letter IX, 引自 *Works*, 第2卷, Philadelphia, 1841, 再版, Farnborough Hants. England, 1969, 第79页以下。

⑱如果人们能够以政治系统和法律系统的分开为出发点,也就是能够从法律系统不会因政治上的改革要求而被腐蚀这一点出发,当然肯定就不能停留在这里了。首先在美国最近几十年形成了很有成效的社会运动,他们不通过代表大会,要求对法律审判作某项修改。许多案例可参见 Joel F. Handler, *Social Movements and the Legal System: A Theory of Law Reform and Social Change*, New York, 1978。

⑲当然人们也许可以说这也适用于宪法本身,因为宪法提到人的尊严和诸如此类的表述,但是接着这里所提及的(“是不可侵犯的”)“是”形式就使人生疑。看一下关于宪法解释的大争论我们就能知道,这里以不同表述形式出现的价值、道德等(符合宪法的道德 constitutional morality、有进取的道德 aspirational morality、文明宗教 civil religion)不仅仅是作为某些规范的内容,而且是作为普遍的解释视角被推荐的,或者讲得更明确一些:它们是作为法律论证的一种关闭性的、而在另一种情况下有可能是开放性的视野的规则被推荐的。这里可参见论述特别明确的 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Oxford, 1977 (德译本, Frankfurt, 1984); 此外还可参见 Michael Perry, *Morality, Politics and Law*, London, 1988, 尤其是第121页以下。不过这些作品多数(特别在 Neil

MacCormick, Institutional Morality and the Constitution, in: Neil MacCormick / Ota Weinberger, An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism, Dordrecht, 1986, 第 171—188 页) 都缺少上面正文中所主张的宪法解释与其他法律解释的明确区分。无论如何这一区分是法律系统的一种区分。

⑩ The Oxford English Dictionary (2 版, Oxford, 1989, 18 卷, 第 925 页在违反宪法 (unconstitutional) 词条下) 给出了一个 1734 年的第一个证明。还可参见 Bolingbroke, 同上, 第 11 页 (“违反宪法的权宜之计”)——但是这里正如从整个上下文联系中所表现出来的那样, 是在谈到宪法 / 政府之区分的情况下, 而不是从宪法法律与一般法律之区分意义上使用这一概念。这个表达形式直到在美国反对认为自己是最高统治者, 因此相信永远不可能“违背宪法”而行动的伦敦议会的实践性论战中才得到较广泛的传播。直到颁布了成文宪法后这个表达形式才在为一次法庭审判辩护过程中也进入到法律判决中。第一个案例大概是 1782 年 11 月的 Commonwealth v. Caton, 8 Virginia (4 Call), 第 5 页以下。

⑪ 在他的反对与他的观点不相符合的弗吉尼亚宪法的论战 (1776) 中。参见 Thomas Jefferson, Notes on the State of Virginia (1787), 引自 William Peden, 再版, New York, 1982, 第 110 页以下。

⑫ 参见 Alexander Hamilton in: The Federalist Papers No. 78, 引自 Middletown Con., 1961, 第 521—534 页上的论据; 或者 John Marshal in Marbury v. Madison, 1 Cranch (1803), 第 137—180 页上的论据。

⑬ 参见 Stephen Holmes, Jean Bodin: The Paradox of Sovereignty and the Privatization of Religion, in: J. Roland Pennock / John W. Chapman (Hrsg.), Religion, Morality and the Law, New York, 1988, 第 5—45 页。

⑭ 例如 Signatur des Zeitalters, 引自 Friedrich Schlegel, Dichtungen und Aufsätze, 由 Wolfdietrich Rasch 主编, München, 1984, 第 593—728 页 (第 713 页)。

⑮ 关于社会理论的联系也可参见 Niklas Luhmann, Staat und Staatsräson im Übergang von traditioneller Herrschaft zu moderner Politik, 在同一作者的 Gesellschaftsstruktur und Semantik, 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 65—148 页。

⑯ 在这方面语义上的不清楚就其本身来说标志着, 这里所涉及的是一个 (从不同角度来观察的) 结构性联系的机制。

⑰ 参见 Marcelo Neves, Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falles Brasiliens, Berlin, 1992, 这里给出了一种有些不同的、非现实的、现代意义上的解释。此外可参见上面第二章第四节关于自律性问题的论述。

⑱ 也可参见 Karl-Heinz Ladeur, Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung, Berlin, 1992, 第 166、167 页, 这里强调“(宪法解释) 价值的实验性的、投影性的、旨在自我实现的性质”, 它们的“实际取向归根结底是由宪法法院临时确定, 并且一再重新被带入游戏之中”。

⑲ 此外, 这个论据 18 世纪在关于对权力划分的控制和平衡的最初表述中就已经出现了。参见 Henry, Viscount Bolingbroke, Remarks on the History of England (1730), 引自 Works, 1 卷, Philadelphia, 1841, 再版, Farnborough, Hants. England, 1969, 第 292—455 页 (第 333 页及下页)。

⑳ 参见 Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 同上 (1991)。

㉑ Lawrence M. Friedman, Total Justice, New York, 1985, 书中指出, 民法法律判决也

是追随这些观念,并以此来适应变化着的社会气候。

⑳参见 Grimm,同上(1991),第325页上其他的提示,这里断定,福利国家可能比其他国家目的更缺少宪法法律保障。

㉑一个类似的论据是在 Talcott Parsons, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, 1971, 尤其是第18页以下,第82页;这里涉及的是对“社会共同体”的一个不断提高的要求,即要求“社会共同体”借助一个法律系统,把整合(即把个人吸引进来的)作用贯彻到一般流行的人权之中。

㉒有关这方面,详见 Niklas Luhmann, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die modernen Gesellschaft*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第2卷, Frankfurt, 1981, 第45—104页。

㉓这里强调要保持这种相互承担义务的传统。参见 (Charles de) Saint-Evremond, *Sur les ingrats*, 引自 *Œuvres*, 第1卷, Paris, 1927, 第153—158页; Claude Buffier, *Traité de la soci été civile; Et du moyen de se rendre heureux, en contribuant au bonheur des personnes avec qui l' on vit*, Paris, 1726, 第177页以下。(人们很重视在小标题 *avec qui l' on vit!* 中的限制。)

㉔参见被讨论得很多的 Michel Villey, *Leçons d' histoire de la Philosophie du droit*, Paris, 1957, 第249页以下的论点和作为关于紧接此后的讨论之概述的 Karl-Heinz Fezer, *Teilhabe und Verantwortung: Die personale Funktionsweise des subjektiven Privatrechts*, München, 1986, 第111页以下。浪漫主义者在古罗马法律中也很少找到一种抽象的、与主体相关的法律解释依据。参见 Max Kaser, *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, 尤其是第96页。人们注意到概念含义的宽泛,人们对它的排除效应(例如在 *ius*(法,法律;权利)和 *lex*(法律,法令)的区分中)很难确定。从某种意义上来说概念所作的是一种法学的自律性解释,法学的任务就是在有争执的事情中搞清楚法律内容。尽管如此,可以肯定的是,主体与客体的区分不是最初人们以此来构想法律的那种形式。

㉕通常情况下霍布斯被称为有举足轻重影响的作者。但是霍布斯对同时代法学发展的影响很小。从 *facultas*(能力、才能;权力)或 *potentia*(潜力)的意义上改变对 *ius*(法,法律;权利)含义的解释,这种倾向如果不是更早那就是在16世纪就开始了。参见 Hans Erich Troje, *Wissenschaftlichkeit und System in der Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts*, in: Jürgen Blühdorn / Joachim Ritter (Hrsg.), *Philosophie und Rechtswissenschaft: Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1969, 第63—88页(第81页以下); Fernando N. Arturo Cuevillas, “Luis de Molina”: el creador de la idea del derecho como facultad, *Revista de Estudios Politicos* 75 (1954), 第103—116页;此外还可参见 Richard Tuck, *Natural rights theory: Their Origin and Development*, Cambridge Engl., 1979; Fezer, 同上, 第140页以下。关于追溯到1200年左右时期(作为第一次较大规模通货膨胀的后果:国家对财产所有者独立支配权的保证替代了封建的互惠关系),参见 Robert C. Palmer, *The Origins of Property in England*, *Law and History Review* 3 (1985), 第1—50页;同一作者的 *The Economic and Cultural Impact of the Origins of Property 1180—1220*, *Law and History Review* 3 (1985), 第375—396页。

㉖在今天举足轻重的作者中,哈贝马斯通过把对称规定的先天性从意识论分析转向语言学基础的再一次抽象,着手研究这个原则。于是他得出以下论点:语言本身为合适的使用规定了承认关系的对称,并以此论证了对社会合理性的规范性要求的理由。详见 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts*

und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt, 1992。

⑨专门有关这方面的论述,参见 Dieter Grimm, *Solidarität als Rechtsprinzip: Die Rechts- und Staatslehre Léon Duguits in ihrer Zeit*, Frankfurt, 1973。也可参见 J. E. S. Hayward, *Solidarity: The Social History of an Idea in 19th Century France*, *International Review of Social History* 4 (1959), 第 261—284 页; Jan Milič Löchman et al., *Solidarität in der Welt der 80er Jahre: Leistungsgesellschaft und Sozialstaat*, Basel, 1984。

⑩在此期间人们可能已经放弃了它,仅仅把自然法还理解为以下设想,即对道德问题可以不受观念变化的左右而进行裁决,然后人们试图为此观点寻找根据。参见 Michael S. Moore, *Moral Reality*, *Wisconsin Law Review* (1982), 第 1061—1156 页。

⑪参见 Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, 第 170 页以下。

⑫参见 William Kennedy, *English Taxation 1640—1799: An Essay on Policy and Opinion*, London, 1913, 尤其是第 82 页以下。

⑬参见 Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung, Staatswissenschaften und Staatspraxis* 1 (1990), 第 5—33 页; 转载于同一作者, 同上 (1991), 第 397—437 页。

⑭详细论述见 Habermas, 同上 (1992), 第 109 页以下。

⑮关于宗教系统,人们在“世俗化”标题下找到相关的讨论。据此,在现代社会中宗教变成了私人事情,因而成了个人抉择的问题。在这里同样无可争议的是,这种抉择也受到社会的影响;但是在一种“制度化的个人主义”条件下(帕森斯),这种影响作用已不再明确地有利于某些特定的宗教约束。

⑯在 Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge Mass., 1970 一书的著名术语中。

⑰参见 Edward Powell, *Kingship, Law, and Society: Criminal Justice in the Reign of Henry V.*, Oxford, 1989, 尤其是第 38 页以下一直深入到民间诗歌中的调查。

⑱参见休谟,同上,第 3 卷,第二部分第五节,第 219 页以下。也可参见 Annette Baier, *Promises, Promises Promises*, 载于同一作者的 *Postures of the Mind: Essays on Mind and Morals*, Minneapolis, 1985, 第 174—206 页,尤其是第 181 页。

⑲参见休谟,同上,第 3 卷,第二部分第四节,第 217 页以下。

⑳休谟很明确地这样表述,但这里涉及的是一种当时普遍流行的想法。参见附有其他提示的 Niklas Luhmann, *Am Anfang war kein Unrecht*, 在同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 11—64 页。

㉑Philipp Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1914, 第 292 页。关于对这一观点的一种与科学系统相关的较新的社会学表述,参见 G. Nigel Gilbert / Michael Mulkay, *Opening Pandora's Box: A Sociological Analysis of Scientists' Discourse*, Cambridge Engl., 1984。

㉒我们不想从原则上对此有争议,这在小范围中例如在南非或以色列也许是可能的。

㉓我们不必回到社会系统的“组织理论”上,就会发现与生物系统的一种形式上的相似性。当然,生命的运作方式与交往的运作方式很不相同,但是撇开这一点,有生命的机体内部也是以自我生成的活细胞和牢固的但又是高选择性的结构性联系为前提的。

## 第十一章

①有关对法律系统外部描述和内部描述问题的一种宽泛的论述,参见 François Ost

/ Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, 第 27 页以下 (第 30 页及下页), 第 251 页以下。在托伊布纳看来, 这同时也是可以使用自我生成这个概念的条件。参见 *Hyperzyklus in Recht und Organisation: Zum Verhältnis von Selbstbeobachtung, Selbstkonstitution und Autopoiese*, in: Hans Haferkamp / Michael Schmid (Hrsg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung: Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt, 1987, 第 89—128 页。我觉得能够看到以下这一点就够了, 即在那些其中确实能够确认有运作层面上的自我描述存在的情况中, 有必要对自我生成的系统作相应的描述。

②例如 Edward Powell, *Kingship, Law, and Society: Criminal Justice in the Reign of Henry V.*, Oxford, 1989, 第 29 页。

③关于文献性的和法学的解释可参见 Stanley Fish, *Doing What Comes Naturally: Change, Rhetoric, and the Practice of Theory in Literary and Legal Studies*, Oxford, 1989。如果说这里的文本是以一种完全不同的视角为基础的, 那么其原因就在于菲什没有想到另一种可能性, 他只是从进行描述和解释的个人出发, 而我们则认为, 基本的运作交往和相应的系统参照系就是社会性系统, 或者是社会系统, 或者是法律系统。

④关于这方面有完全持认可态度的作品, 当然, 毋宁说是在一条占主导地位的法律理论讨论的岔道上。例如可参见 Benjamin N. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, 1928; George P. Fletcher, *Paradoxes in Legal Thought*, *Columbia Law Review* 85 (1985), 第 1265—1292 页; Roberta Kevelson, *Peirce, Paradox, Praxis: The Image, the Conflict, and the Law*, Berlin, 1990; Michel van de Kerchove / François Ost, *Le droit ou les paradoxes du eu*, Paris, 1992。

⑤Pierre Bourdieu 有关一个可比较的事实情况的表述比有关描述与规定之联系的表述语气要强一些, 参见 *Ce que parler veut dire: l'économie des échanges linguistiques*, Paris, 1982, 第 149 页以下。

⑥这是那种所谓中立化论点的标志, 这种论点被视为关于违反社会常规之行为的社会学理论。参见上面的提示 (第六章第三节注释 47)。这里人们也清楚地看到外部描述与内部描述的区别。“中立化”当然不是法律系统本身中能够使用的论据, 更不是描述系统统一性的形式。

⑦例如 Werner Krawietz, *Staatliches oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung im Funktionssystem Recht*, in: Michael Welker / Werner Krawietz (Hrsg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt, 1992, 第 247—301 页。

⑧此外, 这与在这个地方经常提到的完全毋庸置疑的下述认识无关, 即逻辑不允许从事实得出规范。

⑨我说“可行”, 是鉴于发展多值逻辑的可能性, 但是这种逻辑在日常交往中会遇到几乎无法克服的困难。

⑩有关这方面上面第七章第四节、第八章第七节和第八节已经作过论述。

⑪参见认真研究了这一需要 Ronald M. Dworkin, *No Right Answer*, in: P. M. S. Hacker / Joseph Raz (Hrsg.), *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford, 1977, 第 58—84 页。

⑫也可参见第一章第一节。

⑬这一要素即使在严格以宗教为依据、与上帝的意志相联系的法律秩序中也得到重视, 无论如何不能对单纯的不一致意见本身进行谴责。参见 David Daube, *Dissent in*

Bible and Talmud, California Law Review 55 (1971), 第784—794页; 或者详见托伊布纳关于 Akhnai 炉子的传说, 这一传说出自犹太教法典, 作者用之作为他的关于法律是自我生成的系统一书的开头(同上, 1989)。

⑭在从自我参照角度论证他的功利主义法律理论的上下文联系中, Jeremy Bentham, An Introduction to The Principles of Morals and Legislation (1789), New York, 1948, 第5页上写道:“人能够推动地球吗? 能;但他必须先找到我们可以站在上面的另一个地球。”

⑮神学的解决办法仍然有以下优越性, 即它可以把上帝作为系统的一个观察者与之相联系。只不过当人们同时不得不承认这个观察者本身不能被观察到的时候, 上述优点就没有太大帮助了。正因为如此, 在普芬道夫、洛克和许多他们的同时代人看来, 最终不得不通过设想上帝很关心人能生活得好, 从而通过一种功利计算, 把上帝的意志具体化。于是人们当然就无法回避, 不得不承认上帝在创世中犯了明显的构思错误。

⑯ Julia Kristeva, Semiotikè: Recherches pour une sémanalyse, Paris, 1969, 第11页。

⑰参见具有代表性的 Donald Neil MacCormick / Ota Weinberger, Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus, Berlin, 1985。

⑱例如 H. L. A. Hart, The Concept of Law, Oxford, 1961。

⑲参见 Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford, 1978, 第229页以下反对德沃金的理由。

⑳我在 Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Neuwied, 再版, Frankfurt, 1983 中试图说明这种做法也有使抗议者可以被接受和使他们孤立或者使他们关心政治的现实的一面。

㉑参见 D. 1. 1. 1. 3: 自然法就是关于所有生物之本性的法 (Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit), 与此相区别 D. 1. 1. 1. 4: 万民法是一切民族所使用的法 (Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur)。也许最著名的例子就是, 生育繁殖的权利是本能地存在的, 但是通过万民法尤其是通过民法, 与自然法相对, 生育的权利能够受到限制。关于在报刊文章中讨论的详细情况, 参见 Rudolf Weigand, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Imerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, München, 1967, 尤其是第12页以下, 第78页以下。

㉒例如, 主要是通过法律改革而实行的衡平法 (D. 1. 1. 11. Paulu), 或者主要是为公正定义而使用的、与阶层区分有直接联系的关于各人应得归于个人的法 (ius suum cuique tribuendi)。(D. 1. 1. 10 pr. und 1, Ulpian)

㉓例如经常引用的 Johannes von Salisbury im Policraticus, 4卷, 第二章, 引自 Ioannis Saresberiensis... Policratici... libri VIII, London, 1909, 再版, Frankfurt, 1965, 第1卷, 第237页, 关于衡平法和各人应得东西的分配: 法令实际上就是这样的解释者, 即它是公布衡平的和正当的意志的 (das tribuens unicuique quod suum est: lex vero eius interpret est, utpote cui aequitatis et iustitiae voluntas innotuit)。

㉔只有这样才能理解中世纪镜子比喻的意思。镜子并没有使个人特点的单纯事实加倍, 而是显示了人按其本性所是的(也包括社会地位)。

㉕参见 Marian Kurdzialek, Der Mensch als Abbild des Kosmos, in: Albert Zimmermann (Hrsg.), Der Begriff der Repraesentatio im Mittelalter: Stellvertretung, Symbol, Zeichen, Bild, Berlin, 1971, 第35—75页。

㉖参见 Horst Dreitzel, Grundrechtskonzeptionen in der protestantischen Rechts- und

Staatslehre im Zeitalter der Glaubenskämpfe, in: Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen, 1987, 第180—214页。

⑳参见 Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* 8. 1. 11., 引自 Frankfurt-Leipzig, 1744, 第2卷, 第287页:“实际上在这里应该预先假定,人以公民身份聚合起来,到那时自然权利就会变成理智的(Enimvero heic praesupponi debet, homines in civitatem coituros iam tum iuris naturalis fuisse intelligentes)。”

㉑参见 Horst Dreitzel, *Protestantischer Aristotelismus und absoluter Staat: Die “Politica” des Henning Arnisaeus (ca. 1575—1636)*, Wiesbaden, 1970, 第197页以下。

㉒Thomas von Aquino, *Summa Theologiae* I a II ae q. 96 a 3, 参见 II a II ae q. 57。

㉓参见 Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, 第5卷, 第10章, 1134 b 18—24。也可参见 Thomas, 同上, I a II ae q. 95 a. 2。

㉔理由是:“但是人的本性是易变的,因此同样自然的是,人的能力有一天也会消失(Natura autem hominis est mutabilis. Et ideo id quod naturale est homini potest aliquando deficere)。”(II a II ae q. 57 a. 2 ad primum)

㉕也许人们可以大胆推测,这样一种观点只有在除了民法以外也有公法的情况下,也就是最早从17世纪以来才是有意义的。

㉖“由此,每一部人类的法律都没有理性立法那么重要的位置,没有自然引申而来的法规那么大。因此,如果确实某个地方法规与自然不相符,那就不是立法,而是立法腐败了(Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio)。”(Thomas, 同上, I a II ae q. 95 a. 2。)

㉗除了经常被援引的布丹以外,也可参见 François Grimaudet, *Opuscules politiques*, Paris, 1580 以下引文:法律是“至高的理性,是指示人们应该遵守的东西和保护相反的东西的上帝的启示,是通过有统帅能力的人公布于众的”。以及:“因为法律是君主之所为。”这一精练表述的过渡特征表现在同样也要求侯爵要公正,作者并不坚决坚持君主与暴君的分(fol. 3 v—4 r),并且认为违反自然法的命令(违反民法则不同)不一定要执行(fol. 5 v 以下)。但是通过受件声明(Eingangsstatement)人们回忆起奥斯汀或19世纪的其他法律实证主义者,他们当然不再与上帝相联系,而是与在立法过程之前就开始的以公众舆论为依据的政治相联系。

㉘通过与以前的传统相比较,清楚地说明了以这种方式所发生的事情。马修·黑尔(Mathew Hale)在一篇针对霍布斯的文章中还是在这一基础上进行论证的,即理性隐藏在事物的联系中,在一致性、连贯性和相对称的相互依赖性中,而且以施展人的才能(faculties)为前提。法官必须认识这种理性,即使面对法律的高度不明确和一切解决办法都不可避免的缺点(mischiefs)。他应该更多地相信有400—500年历史的传统,而不是更相信自己的理论。参见手稿 *Reflections by the Lord Cheife Justice Hale on Mr. Hobbes His Dialogue of the Lawe*, 载于 William Holdsworth, *A History of the English Law*, 3版, London, 1945, 再版, 1966, 第5卷, 附录三, 第500—513页。

㉙参见 Gerhard Oestreich, *Geschichte der Menschenrechte und der Grundfreiheiten im Umriß*, Berlin, 1968, 第58页以下。

㉚参见 Jean Domat, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 第2版, Paris, 1697, 第1卷, 第LXXIII页及下页。

㉛参见有许多关于英国的数据情况的 David Lieberman, *The Province of Legislation*

Determined; Legal theory in eighteenth-century Britain, Cambridge Engl., 1989, 第 13 页及下页。

③<sup>9</sup>关于术语方面,参见布吕多恩(Jürgen Blühdorn)论 19 世纪初德国法律理论理解中“实证性”与“经验”的联系,载于 Jürgen Blühdorn / Joachim Ritter (Hrsg.), *Positivismus im 19. Jahrhundert: Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung*, Frankfurt, 1971, 第 123—159 页——尤其是关于休谟、Pütter 和雨果之间的联系;此外详见 Giuliano Marini, *L'opera di Gustav Hugo nelle crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969。

④<sup>0</sup>参见作为再版的 Jacques Stern (Hrsg.), *Thibaut und Savigny: Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Darmstadt, 1959。也可参见 Franz Wieacker, *Die Ausbildung einer allgemeinen Theorie des positiven Rechts in Deutschland im 19. Jahrhundert*, in: *Festschrift für Karl Michaelis*, Göttingen, 1972, 第 354—362 页。

④<sup>1</sup>参见 Jutta Limbach, *Der verständige Rechtsgenosse*, Berlin, 1977。

④<sup>2</sup>Christian Atias, *Epistémologie juridique*, Paris, 1985, 第 45 页以下是这样看的。

④<sup>3</sup>关于局限于法国的贵族标准之不同性的概述,参见 Arlette Jouanna, *Die Legitimierung des Adels und die Erhebung in den Adelsstand in Frankreich (16.—18. Jahrhundert)*, in: Winfried Schulze (Hrsg.), *Ständische Gesellschaft und Mobilität*, München, 1988, 第 165—177 页。即使以此把严格意义上的“自然法”淘汰了,人们在考察当时毋庸置疑具有普遍历史性和国际性的广泛流行的贵族与平民之区分时,除了想到民法以外还可以想到万民法。但是对“万民法”始终是根据罗马法渊源进行解释。参见 Klaus Bleeck / Jörn Garber, *Nobilitas: Standes- und Privilegienlegitimation in deutschen Adelstheorien des 16. und 17. Jahrhunderts*, *Daphnis* 11 (1982), 第 49—114 页(第 90 页以下)。

④<sup>4</sup>参见 Benjamin N. Cardozo, *The Paradoxes of Legal Science*, New York, 1928, 第 94 页上以下表述:“自由作为一种法律概念,它包含着一种根本性的自相矛盾。在多数文献观念中,自由是对法律的否定,以为法律是约束,而缺少约束就是无秩序。”这一点也完全适用于平等。因此,这两种人权之间有争议的相容性之基础是:两种情况中都有一个自相矛盾要化解,不过是以不同的方式,而这又导致矛盾。换言之,人们也许可以说,两种人权自相矛盾的基本结构,具有把未来向一种对限制之规定进行规定和交流开放的功能。如果这还应该叫“自然法”,那么这个概念已失去了任何与传统中所流行的语言应用的联系。

④<sup>5</sup>关于这方面,详见 Diethelm Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn, 1976。

④<sup>6</sup>参见 Klippel, 同上(1976);此外也可参见 Winfried Schulze, *Ständische Gesellschaft und Individualrechte*, in: Günter Birtsch (Hrsg.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen, 1987, 第 161—179 页。

④<sup>7</sup>关于这一联系,详见 Niklas Luhmann, *Individuum, Individualität, Individualismus*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第 3 卷, Frankfurt, 1989, 第 149—258 页。

④<sup>8</sup>参见相关的学术讨论: Jürgen Blühdorn / Joachim Ritter (Hrsg.), *Positivismus im 19. Jahrhundert: Beiträge zu seiner geschichtlichen und systematischen Bedeutung*, Frankfurt, 1971, 第 27 页以下。

④<sup>9</sup>参见 Joachim Lege, *Wie juristisch ist die Vernunft? Kants Kritik der reinen Vernunft*

und die richterliche Methode, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 76 (1990), 第 203—226 页。

⑤⑩参见作为概述和批评的 Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 2 版, Milano, 1972, 尤其是第 159 页以下。Bobbio 从自然法学说的不断复苏中得出了以下结论:它显然没有能够成功地成长(第 190 页)。

⑤⑪Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992 (多次)如此明确表述。

⑤⑫一种在英国习惯法中一直保持到 18 世纪的修辞性套话。

⑤⑬参见 Otfried Höffe, *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Frankfurt, 1987。

⑤⑭参见 Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford Cal., 1990, 第 39 页。

⑤⑮参见 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Oxford, 1986。

⑤⑯人们经常述说这段历史。参见 I. André-Vincent, *La notion moderne de droit et le voluntarisme (de Vitoria et Suárez à Rousseau)*, Archives de Philosophie du Droit 7 (1963), 第 238—259 页; Michel Villey, *La formation de la pensée juridique moderne (Cours d'histoire de la philosophie du Droit)*, Paris, 1968; Juan B. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre Fuentes del Derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, 第 939 页。

⑤⑰把它表述为早期实证主义可能令人惊奇。主要理由是,这里涉及的是一种历史上一再重新被证实的判决实践的合理性,尽管有种种关于解释、声明、公告法律的说法,只有当法官本身有得出其他判案结果的可能性,对此一再进行检验但予以否定的时候,这种合理性才能有说服力。关于把习惯法理解为 19 世纪意义上的实在法 (= 通过判决确立的规则体系) 的困难,参见 A. W. B. Simpson, *The Common Law and Legal Theory*, 载于同一作者编的 *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, 1973, 第 77—99 页。

⑤⑱这个论据在 1713 年发表的 Sir Matthew Hale, *The History of the Common Law of Englan England*, 第四章“Touching the Original of the Common Law of England”, 引自 Charles M. Gray, Chicago, 1971, 第 39 页以下论述得很清楚。该书针对霍布斯的文章 *Reflections*, 同上, 也作了类似的论述。此外,这个论据同时也使有可能发生的外国出身问题变得无害(第 43 页及下页,第 47 页及下页)。从另一方面来说,论证的时间性也是值得注意的。虽然征服一个国家使征服者得到权利(战争是“所能是的最高的法庭”),但是紧接着的问题是:从何时起才使他获得权利,也就是何时征服才结束。回答是:只有当被征服者开始承认并使用征服者的法律制度的时候(1971, 第 48 页以下)。

⑤⑲关于当前,参见 Werner Krawietz, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden, 1984, 尤其是第 166 页及下页。

⑤⑳此外,这也解释了以前新教方面能够比较容易接受西班牙天主教理论观念的原因。参见 Ernst Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca; Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe 1955; Dreitzel, 同上(1970), 第 188 页以下。

⑤㉑在回顾中之所以对当时的情况不容易进行判断,主要是因为康德自己在道德形而上学的法律理论中没有利用他自己的批判潜力,以至康德的法律学说不得不被解读为康德反对康德。

⑤㉒无论在历史法学派中还是在实证法哲学中,都是从一开始就存在着对立法者的

不相信,这种不相信在德国通过根本没有国家级的立法者而得到支持。除了萨维尼还可参见 Paul Johann Anselm von Feuerbachs Antrittsrede: Die hohe Würde des Richteramtes, 1817。

⑬例如参见 Ralf Dreier, *Recht - Moral-Ideologie: Studien zur Rechtslehre*, Frankfurt, 1981。

⑭参见 *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., 1978; *The Law's Empire*, Cambridge Mass., 1986。也可参见哈贝马斯那里的评论性讨论,同上(1992),第248页。

⑮参见 Anthony Giddens, *The Consequences of Modernity*, Stanford Cal., 1990,第39页上以下表述:“……随着理性越来越被理解为获得可靠知识,对现代化的反思实际上越来越摧毁着理性。”

⑯参见 Hendrik Philip Visser 't Hooft, *Pour une mise en valeur non positiviste de la positivité du droit*, *Droits* 10 (1989),第105—108页。

⑰详见 Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Kopenhagen-Leipzig, 1929。关于一种更古老的不如说是传统的讨论,参见 *Le Problème des Sources du Droit Positif*, *Annuaire de l'Institut de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*, Paris, 1934。

⑱后来的人常常引证 Cicero, *De legibus* I. VI. 20。但是在这里人们只能找到一种完全是附带性的、而且显然是比喻性的对“渊源”(fons)以及此外还有在相同意义上对“人格”(caput)的应用(I. VI. 18)。关于现代早期与渊源比喻和实体比喻(Körpermetapher)相等的用法,也可参见 René Sève, *Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores*, *Archives de philosophie du droit* 27 (1982),第259—262页。此外还缺少一种全面的概念史的研究。在 Juan B. Vallet de Goytisolo, *Estudios sobre fuentes del derecho y mé todo jurídico*, Madrid, 1982 内容丰富的文集有许多提示。还可参见 Enrico Zuleta Puceiro, *Teorie del derecho: Una Introducción crítica*, Buenos Aires, 1987,第107页。

⑲参见 Vallet de Goytisolo, 同上,第60页及下页。

⑳Paulus, *Digesten* 50 17. 1。这样说,因此不是按照实存的法律规则,而是按照作为人定规则的法律(non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat)。

㉑Sève, 同上,看到16世纪这种比喻开始具有越来越重要的意义,而且与领土主权国家对法律的可视性、统一化和简单化的兴趣相联系。也可参见 Hans Erich Troje, *Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluß des Humanismus*, in: Helmut Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* II, 1, München, 1971,第615—795页,尤其是第700页及下页。

㉒参见 Atias, 同上,第80页及下页。

㉓参见 Pierre Ayrault, *Ordre, Formalité et instruction judiciaire* (1576),第2版,Paris, 1598,第10页上以下表述:“因为有法律,如同江河。为了了解其实质,不能只看它们流经的地区,而是要追根溯源。”

㉔持这种观点的不仅有论述国家利益至上原则的著作,而且还有像埃罗(Ayrault)这样的法学家(同上,第111页)。

㉕由于这一原因 Jacques Derrida, *Qual Quelle*, in: *Marges de la philosophie*, Paris, 1972,第325—363页继瓦莱里(Valéry)之后区分渊源(Quelle)和起源(Ursprung),以便可以更清楚地看到区分的问题在起源中重复。

㉖关于18世纪时期以及之前的发展,参见 Jim Evans, *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth Century*, in: Laurence Goldstein (Hrsg.), *Precedent in*

Law, Oxford, 1987, 第35—72页。

⑦以另一种方式也是：限制。主要表现在对以下观点的否定中，即认为习惯法不必通过法院承认而从本身出发就是有效法源的观点。

⑧“法律批判研究”运动和类似的按其自我理解是从社会学角度进行论证的团体的追随者，恰恰谴责法律实证主义者，说这是要掩饰他们实际上的（不管如何称呼的）政治依附性。

⑨参见 Stéphane Kials, *Supraconstitutionalité et systématique du droit*, *Archives de Philosophie du Droit* 31 (1986), 第57—76页。

⑩参见 Unverfügbares im Strafprozeß, in: *Festschrift Werner Maihofer*, Frankfurt, 1988, 第183—204页。

⑪于是上面所讨论的法源概念的普遍化也还算过得去。MacCormick, 同上(1978), 第61页上继哈特之后表述说：“应该这样来定义法律实证主义，即任何真正的实证主义者坚持认为，所有作为法律准则的准则都是这样，因为它们属于一个特殊的规则体系，而它们属于这个体系，是因为它们符合作为一个有效运作的制度的系统赖以有效运作的认识的正规标准。”哈特也停留在“承认规则”上，虽然对这一规则的说明更多地使人想到承认的实践。作为对这种通过规则联系的限制（在这种理论状况中概念仍然是模糊的）的批评，参见 N. E. Simmonds, *The Decline of Juridical Reason: Doctrine and Theory in the Legal Order*, Manchester, 1984, 第99页以下。

⑫参见 François Ost / Michel van de Kerchove, *Jalons*, 同上, 第121页以下关于立法者的合理性和主权性的论点。

⑬Evans, 同上, 第71页及下页指出，由此达到的灵活性大大减弱了与传统的决裂，这种与传统的决裂表现在向受先例约束的过渡中，即在习惯法的实证化中。

⑭这方面的启发来自世纪转换时期的实用主义。参见 Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, *Harvard Law Review* 10 (1897), 第457—478页。关于30年代的高潮主要可参见 Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, New York, 1930。

⑮这种趋势主要出现在20世纪40年代和50年代继 Talcott Parsons, *The Professions and Social Structure*, *Social Forces* 17 (1939), 第457—467页上的论述之后。但是这篇报告的目的方向是填补功利主义的社会行为论（或者今天人们也许可以说合理选择论）所遗留下的解释空缺。在文中我们用一种二阶观察的可能性之条件的问题来代替当时占主导地位的价值关系之实现的视角（李凯尔德，韦伯）。

⑯布劳恩（Spencer Brown）把这个问题隐藏在以下模糊的表述中：“我们也要指出，任何在经验上所作的区分的两面都有两种参照。第一种或者明显的参照，是与处在其中一面的价值进行参照，亦即要符合预先的规定。第二种或者内含的参照，是处在另一面的观察者的参照。也可以说外在的一面就是与其相区别应该可以被看到的那一面（同上，第69页）。”但是我们所说的系统同时也是生产区分的、自己作标记的、并且随着由此所产生的外侧设置了一个环境，从这个环境出发，也只有从这个环境出发才能被作为一个统一体来观察的系统。因此，这个系统必须通过自己的自我观察和自我描述的运作来观察自己，就好像它是外来的那样。

⑰对自我描述的影响！不言而喻，它在法律技术上（例如在诉讼法体系中）具有越来越重要的意义。

⑱参见 Bernhard Windscheid, *Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1856。

⑲参见第七章第三节和第四节。

⑩参见 Augus, Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht: Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre, Weimar, 1878。这尤其适合新创建的公法法律保护制度,在这里实体法的法律状况只有在有法律保护的情况下才需要解释。

⑪有关这方面,参见 Christian Sailer, Subjektives Recht und Umweltschutz, Deutsches Verwaltungsblatt 91 (1976), 第 521—532 页。

⑫参见 Gesetzesinterpretation, “Richterrecht” und Konventionsbildung in Kognitivistischer Perspektive; Handeln unter Ungewissheitsbedingungen und richterliches Entscheiden, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 77 (1991), 第 176—194 页。也可参见同一作者的 Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz-Selbstorganisation - Prozeduralisierung, Berlin, 1992, 尤其是第 176 页以下关于基本法讨论的论述。

⑬参见研究后现代主义的杂志 Droit et Société 13 (1989)。接着可参见 Boaventura de Sousa Santos, Toward a Post-modern Understanding of Law, Oñati Proceedings 1 (1990), 第 113—123 页; André-Jean Arnaud, Legal Interpretation and Sociology of Law at the Beginning of the Post-Modern Era, Oñati Proceedings 2 (1990), 第 173—192 页。与此比较接近的还有 Karl-Heinz Ladeur, “Abwägung” - ein neues Rechtsparadigma? Von der Einheit der Rechtsordnung zur Pluralität der Rechtsdiskurse, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 69 (1983), 第 463—483 页; 同一作者的 Abwägung - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts; Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Frankfurt, 1984 和详见同一作者的同上出处(1992)。

⑭首先可参见 Arnaud, 同上(1990)。

⑮Sociological Justice, New York - Oxford, 1989, 第 3 页以下。我把一览表(第 21 页)复印在这里,因为它使差别尤其显得清楚。

	法学模式	社会学模式
焦点	规则	社会结构
过程	逻辑	举止
范围	普遍的	多样的
视角	参与者	观察者
意图	实践	学术研究
目标	裁决	解释说明

也许还应该指出,我们的社会结构无非就是指人的社会特征之间的关系。

⑯我们在这里遇到的是 Black, 同上, 第 3 页及下页的以下要求, 即把法律视为他们的科学性要求之结果的社会学法律分析应该放弃对法律运行的一种(内含否定的)批评, 并且应该以说明和根据研究情况继续使用他们的结论为满足。

⑰参见 What is Reflexion about Discourse Analysis? The Case of Readings, in: Steve Woolgar (Harg.), Knowledge and Reflexivity: New Frontiers in the Sociology of Knowledge, London, 1988, 第 37—53 页(第 43 页以下)关于科学社会学(Wissenschaftssoziologie)的论述。也可参见 Gregory Bateson, Geist und Natur: Eine notwendige Einheit, 德译本, Frankfurt, 1982 上有关对世界的多种表述和对关系的多种表述的章节。

⑱两个事实情况的问题也就是古典知识社会学(Wissenssoziologie)止步的地方。

关于这次讨论的概况,参见 Volker Meja / Nico Stehr (Hrsg.), *Der Streit um die Wissenssoziologie*, 二卷本, Frankfurt, 1982。

⑨关于这方面,参见 Jean-Pierre Dupuy, *Zur Selbst-Dekonstruktion von Konventionen*, in: Paul Watzlawick / Peter Krieg (Hrsg.), *Das Auge des Betrachters - Beiträge zum Konstruktivismus*, Festschrift für Heinz von Foerster, München, 1991, 第 82—100 页。

⑩参见 Gotthard Günther, *Cybernetic Ontology and Transjunctional Operations*, 载于同一作者的 *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, Hamburg, 1976, 第 249—328 页 (第 287 页以下)。

⑪参见 De la grammatologie, Paris, 1967; 同一作者的 *Le supplément de copule: La philosophie devant la linguistique*, in: Jacques Derrida, *Marges de la philosophie*, Paris, 1972, 第 209—246 页。

⑫参见 Niklas Luhmann, *Sthenographie und Furalistik*, in: Hans Ulrich Gumbrecht / K. Ludwig Pfeiffer (Hrsg.), *Paradoxien, Dissonanzen, Zusammenbrüche: Situationen offener Epistemologie*, Frankfurt, 1991, 第 58—82 页。

⑬也可参见 Niklas Luhmann, *The Third Question; The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, *Journal of Law and Society* 15 (1988), 第 153—165 页。

⑭关于这方面和下面问题,参见 Klaus A. Ziegert, *Courts and the Self-concept of Law: The Mapping of the Environment by Courts of First Instance*, *Sydney Law Review* 14 (1992), 第 196—229 页。

⑮关于对教育系统和教育学的相类似的考虑,参见 Niklas Luhmann / Karl Eberhard Schorr, *Strukturelle Bedingungen von Reformpädagogik: Soziologische Analysen zur Pädagogik der Moderne*, *Zeitschrift für Pädagogik* 34 (1988), 第 463—488 页。

## 第十二章

①例如参见从未来的视角和要求更好地适应(主动适应,作适应性计划)的观点出发进行论述的 Fred Emery, *Futures we are in*, Leiden, 1977。

②这是出自一个社会学家之笔或者电脑,这个社会学家责备社会系统的自我生成再生产理论缺少对经验性问题的兴趣,但是他自己却“明显地”与本来很明显的经验事实处于尖锐矛盾之中。引文出自 William. M. Evan, *Social Structure and Law: Theoretical and Empirical Perspectives*, Newbury Park, 1990, 第 219 页。

③例如参见 Ottmar Ballweg, *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*, Basel, 1970。

④参见 Paul Bohannon, *Law and Legal Institutions*, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, 第 9 卷, Chicago, 1968, 第 73—78 页 (第 75 页)。此外人们说到双重制度化。也可参见同一作者的 *The Differing Realms of the Law*, *American Anthropologist* 67/6 (1965), 第 33—42 页。对此进行批评的有把法律更多地视为镇压工具的 Stanley Diamond, *The Rule of Law Versus the Order of Custom*, in: Robert P. Wolff (Hrsg.), *The Rule of Law*, New York, 1971, 第 115—144 页。

⑤参见 Jay A. Sigler, *An Introduction to the Legal System*, Homewood Ill., 1968 和同一作者的 *A Cybernetic Model of the Judicial System*, *Temple Law Quarterly* 41 (1968), 第 398—428 页。如果我们跟随西格勒(Sigler)还考虑到,系统的输出能够变成同一系统的输入,我们就是处在向一种运作自成一体的系统理论过渡之中。

⑥关于这种对系统之行为方式即体现和适应所作的相应批评,参见 Francisco J. Varela, *Living Ways of Sense-Making: A Middle Path for Neuro-Science*, in: Paisley Living-

ston (Hrsg.), *Disorder and Order: Proceedings of the Stanford International Symposium* (1981年9月14—16日), Stanford, 1984, 第208—224页(第220页)。

⑦有许多其他理由(但没有更激进的理由)使人们对适应持有怀疑——在生物学中也是如此。例如可参见 Stephen J. Gould, *Darwinism and the Expansion of Evolutionary Theory*, *Science* 216 (1982), 第380—387页; Richard M. Burian, “Adaptation”, in: Marjorie Green (Hrsg.), *Dimensions of Darwinism*, Cambridge Engl., 1984, 第287—314页。至于达尔文“原本”是不是适应主义者这个问题,人们可以放心地让给专业史研究。在社会学中也有不同的意见,但主要是针对系统论的。例如可参见 Anthony Giddens, *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Berkeley Cal., 1984, 第233页。

⑧以此同时也说明了,复杂性的建构(就像在生物学中:生命的多形体再生产,物种的多样性)不能被理解为对环境更好地适应。

⑨参见 Siegfried J. Schmidt (Hrsg.), *Der Diskurs des Radikalen Konstruktivismus*, Frankfurt, 1987, 第401—440页(第410页)上西格内(Siegener)关于激进结构主义的对话。

⑩关于理论思想体系,参见 Walter Bühl, *Sozialer Wandel im Ungleichgewicht*, Stuttgart, 1990。

⑪参见第一章第五节。

⑫对此的批评,参见 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, 第73页以下。但是哈贝马斯似乎是错误地判断,在自我生成中涉及的是系统与环境之区别的再生产。如果人们注意到这一点,那么在理论上绝对不排除,交往运作同时再生产着社会的外部界线(对非交往)和社会内部有法律规定的交往与其他交往之间的界线。此外,我不知道是否还有其他的理论思想体系也试图不仅考虑法律的自律性而且也考虑法律对社会的归属性。通常所流行的借助“相对自律性”概念的解决方法既不能在理论上也不能在经验上令人满意,因为它没有任何办法来进行鉴别。

⑬也不是像帕森斯那样,把行为概念展开为互相独立的诸要素。

⑭Karl-Heinz Ladeur似乎也接受了这一点,他说:“法律的功能就是在一个本身越来越成为问题的社会中能够形成期望。”——参见 *Gesetzesinterpretation, “Richterrecht” und Konventionbildung in kognitivistischer Perspektive: Handeln unter Ungewißheitsbedingungen und richterliches Entscheiden*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 77 (1991), 第176—194页(第176页)。此外拉多尔当然不仅仅谈到社会功能联系的变化,而且也谈到功能本身的变化。

⑮参见 Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, 载于同一作者的 *Soziologische Aufklärung*, 第2卷, Opladen, 1975, 第51—71页。

⑯在这里心态史的调查研究可能很合适,单纯调查“对法律的意见”、“法律的威望”等就能够搞清楚目前的状况。

⑰例如 Richard Lempert, *The Autonomy of Law: Two Visions Compared*, in: Gunther Teubner (Hrsg.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988, 第152—190页,尤其是第178页; Arthur J. Jacobson, *Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann*, *Michigan Law Review* 87 (1989), 第1647—1689页; Evan, 同上(1990), 第4页及下页。

⑱参见 Lawrence M. Friedman, *Total Justice*, New York, 1985, 尤其是第45页以下。

①9参见 Dieter Grimm (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben-sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990 中克劳斯·埃德尔和拉多尔的论文; Karl-Heinz Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz- Selbstorganisation-Prozeduralisierung*, Berlin, 1992 和 哈贝马斯同上。

②此外这也适用于符号系统,也就是说适用于一切作为一个符号被直接理解或者实际上必然被接受的东西。例如 Josef Simon, *Philosophie des Zeichens*, Berlin, 1989。

③关于这方面可以示意无数关于对概率性的日常态度、关于风险估计等的经验研究,但是对这个问题的认识几乎与概率计算本身一样古老。Jean Paul 就已经知道,“人的心……凭借概率运算在偶然事情中进行估算”。(Siebenkäs, 第七章,引自 Jear Paul, *Werke*, 第 2 卷, München, 1959, 第 226 页及下页)。希望和恐惧似乎表现得更强烈。

④今天人们对这方面的失望进行了广泛反思。参见作为很多例子之一的 Marc Galanter, *Why the “Haves” Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, *Law and Society Review* 9 (1974), 第 95—160 页。在这种情况下特别引人注意的是,法律社会学实际上只对穷人的权利感兴趣,而不对富人的权利感兴趣,就好像这种权利状况的不平等通过研究就能被消除似的(一种恰恰对于社会学家来说是很令人吃惊的不现实的想法)。参见 Maureen Cain, *Rich Man's Law or Poor Man's Law*, *British Journal of Law and Society* 2 (1975), 第 61—66 页。

⑤关于这个视角,参见 Niklas Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart, 1974, 第 49 页以下。

⑥参见关于这一前提的讨论中提到的 François Ost / Michel van de Kerchove, *Jalons pour und théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, 第 116 页以下。Ost 和 van de Kerchove 把这一前提视为为进一步进行法律批判研究的“认识论的障碍”(Bachelard)。

⑦作为一般意见之代表的 Heino Garm, *Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen*, Stuttgart, 1986。然后鉴于“悬而未决的”解释问题,人们还对纯粹逻辑性的最佳推理论证理论的不足之处进行了讨论。

⑧关于这方面,参见 Niklas Luhmann, *Temporalisierung von Komplexität: Zur Semantik neuzeitlicher Zeitbegriffe*, 载于同一作者的 *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, 第 1 卷, Frankfurt, 1990, 第 235—313 页。

⑨是 W. Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London, 1956 一书中所说意义上的。也可参见同一作者的 *Requisite Variety and Its Implications for the Control of Complex Systems*, *Cybernetica* 1 (1958), 第 83—99 页。

⑩详见 Niklas Luhmann, *Konflikt und Recht*, 载于同一作者的 *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981, 第 92—112 页;同一作者的 *Soziale Systeme*, 同上, 第 488 页以下。

⑪因此,这里不是涉及——再一次提一下相反的理论——对参与者个人状况的描述,就像生物学不能以描述参与细胞之状况的形式来研究免疫学一样。参见 N. M. Vaz / F. J. Varela, *Self and Non-Sense: An Organism-centered Approach to Immunology*, *Medical Hypotheses* 4 (1978), 第 231—267 页。

⑫关于生物学的类似观念可再一次参见 Vaz / Varela, 同上 (1978)。

⑬参见专门关于这方面的论述: Ananya Bhuchongkul, *Vote-buying: more than a “sale”*, *Bangkok Post* 1992 年 2 月 23 日, 第 8 页。

⑭参见作为一个著名的案例研究的 Joseph Bensman / Israel Gerver, *Crime and Punishment in the Factory: The Function of Deviance in Maintaining the Social System*, *American*

Sociological Review 28 (1963), 第 588—593 页。

③③参见 Heinrich Popitz, über die Präventivwirkung des Nichtwissens; Dunkelziffer, Norm und Strafe, Tübingen, 1968。

③④指出这一点的例如有 Kurt Tudyka, “Weltgesellschaft” - Unbegriff und Phantom, Politische Vierteljahresschrift 30 (1989), 第 508—593 页。

③⑤参见特别有声望的 Talcott Parsons, The System of Modern Societies, Englewood Cliffs N. J., 1971。其他人说到地方社会系统层面对全球化的反应或者全球化的趋势,就好像一个唯一的世界社会的状态虽然已经有预兆但是尚未达到那样。例如可参见 Roland Robertson / Frank Lechner, Modernization, Globalization and the Problem of Culture in World-Systems Theory, Theory, Culture and Society 11 (1985), 第 105—118 页; Margaret S. Archer, Foreword, in: Martin Albrow / Elisabeth King (Hrsg.), Globalization, Knowledge and Society, London, 1990, 第 I 页; Roland Robertson, Globality, Global Culture, and Images of the World Order, in: Hans Haferkamp / Neil J. Smelser (Hrsg.), Social Change and Modernity, Berkeley Cal., 1992, 第 395—411 页, 同一作者的 Globalization, London, 1992。

③⑥例如十分坚决地以政治为出发点的 Anthony Giddens, The Nation-State and Violence, Cambridge Engl., 1985; 同一作者的 The Consequences of Modernity, Stanford Cal., 1990, 第 12 页以下。

③⑦此外,只有在这里从“国际关系”的角度来看,世界社会才是有意义的,就像例如 John W. Burton, World Society, Cambridge Engl., 1972 一书中所做的那样。

③⑧说明这一点的不仅有通过政治实现“社会主义经济”的失败,而且还有出于政治上以我为主的理由而实行民族经济孤立政策的失败(例如巴西或者墨西哥),在国际金融系统中几乎所有国家不言自明的信用丧失(对金融系统有严重的后果),或者还有对政治上值得追求的德国重新统一之经济后果的荒诞的错误估计。虽然政治可以出于片面的政治原因就措施作出抉择,但是经济却要对其后果作出抉择。

③⑨在法学家中也完全占主导地位的看法却不同。很多情况可参见 Werner Krawietz, Recht als Rechtssystem, Wiesbaden, 1984, 尤其是第 51 页以下。但是即使法学家当然也有胆量去旅行,并且越过他们的法律制度的有效范围。

④⑩有例外,正因为如此没有特殊保护人们就不能涉足例如巴西大城市的贫民窟。也不排除可能有这样的国家,在其中白人实际上不享受任何法律保护。

④⑪有时候人们把这种法律制度与部落社会的法律关系进行比较。参见 Michael Barkun, Law Without Sanctions: Order in Primitive Societies and the World Community, New Haven, 1968。但是这不适合现代法律交往的工具。不如说通过 Gerhart Niemeyer, Law Without Force: The Function of Politics in International Law, Princeton, 1941 一书,人们可以设想下一个没有统一国家的经济资产阶级社会。从犹太法律中也可以吸取一个无国家(依附于外国的)的法律文化之两千年的历史经验。于是人们可以看到,这是如何在概念上进行工作的(例如通过义务概念,而不是通过个人权利概念),以及人们如何能够想象,政治上的“混乱”不一定归结到没有法律制度。例如可参见 Robert M. Cover, The Folktales of Justice: Tales of Jurisdiction, The Capital University Law Review 14 (1985), 第 179—203 页。但是植根于一种统一的宗教和伦理和共同的文本传统中的这种法律基础是不可能在世界范围内成为制度的。

④⑫不缺少对这种思想发展的描述性的宽泛表述。例如可参见 Günter Birtsch (Hrsg.), Grund- und Freiheitsrechte im Wandel von Gesellschaft und Geschichte: Beiträge

zur Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte vom Ausgang des Mittelalters bis zur Revolution von 1848, Göttingen, 1981; 同一作者编的 Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft, Göttingen, 1987。或者更多关心现实问题的 Ludger Kühnhardt, Die Universalität der Menschenrechte; Studie zur ideengeschichtlichen Bestimmung eines politischen Schlüsselbegriffs, München, 1987。然而在这里理论上的背景仍然不清楚。在对这一法律思想的表述中出现了“人”的概念,对此还需要作特殊的分析。但是在这里我们不能谈得太多,我们只能随着傅科(Foucault)回忆一下18世纪末单个人之语义的发明,也许还可以回忆一下哲学上也似乎是不可抗拒的“人的回归”(Wiederkehr des Menschen)——例如在1800年前后主体的重新人本化(Reanthropologisierung)中或者在法国海德格尔的“存在”的重新人本化中。从法律上来看至少有一点很清楚,这就是:这也包括外国人。

④③这就是今天普遍所接受的理论。例如可参见 Gregorio Peces-Barba Martinez, *Transito a la modernidad y derechos fundamentales*, Madrid, 1982, 尤其是第159页以下。

④④在今天的宪法中恰恰合同的这一功能是通过法律上的保留来完成的。

④⑤关于把这一思想归结到有关上帝所要求并由上帝自己实现的自我牺牲的宗教观念,参见 Peter Goodrich, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, London, 1990, 第56页以下。

④⑥Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium libri octo* 3. II. 1., 引自 Frankfurt-Leipzig, 1744, 第1卷, 第313页中说:“在人类自己的词汇中法律审判内含着荣誉(In ipso hominis vocabulo iudicatur inesse aliqua dignatio)。”也可参见同一作者的 *De officio hominis & civis iuxta legem naturalem libri duo* 1. VII., 引自 Cambridge, 1735, 第143页。引人注意并且似乎暴露了一种历史上有意识的区分意图的是这里所说的不是 dignitas(尊严),而是 dignatio(荣誉)。

④⑦关于接受法国革命后的这些思考并且由于缺少革命和宪法的前景再一次期待“自然法”能给出一种解决办法的德国翻版,参见 Diethelm Klippel, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn, 1976, 第178页以下。

④⑧参见作为概述的 Wolfgang Heide Meyer (Hrsg.), *Die Menschenrechte: Erklärungen, Verfassungsartikel, Internationale Abkommen*, 第2版, Paderborn, 1977。

④⑨Louis Henkin, *The Rights of Man Today*, Boulder Col., 1978, 第129页(引自 Kühnhardt, 同上, 1987, 第140页)认为:“文化差异……不能解释野蛮主义和镇压。”

④⑩虽然在今天听起来这很有讽刺意味,但是如果人们看一下康德的理论体系和在三个批判上下文联系中的判断力批判立场,也可以呼吁在法律鉴别能力问题上的判断力——明确地说就是,这里涉及的既不是一个纯粹认知问题,也不是一种以习惯法形式对实践理性的应用。

④⑪这不是通过联合国颁布相应的声明而改变的。

④⑫通过 Hasso Hoffmann, *Menschenrechtliche Autonomieansprüche: Zum politischen Gehalt der Menschenrechtserklärungen*, *Juristenzeitung* 47 (1992), 第165—173页(第171页)一书,人们可以在这些修改中以及在法治国家的人权约束中看到超越了自然法的人权实证化之本来意义。

④⑬第五章第四节。

④⑭这些人类学根据(在法律上)的不足显然还是存在着。例如可参见 Eibe H. Riedel, *Theorie der Menschenrechtsstandards*, Berlin, 1986, 第205页以下, 第346页以下。

⑤⑤参见 Winfried Brugger, *Menschenrechte im modernen Staat*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 114 (1989), 第 537—588 页; 同一作者的 *Stufen der Begründung von Menschenrechten*, *Der Staat* 31 (1992), 第 19—38 页。

⑤⑥参见 Brugger, 同上 (1992), 第 30 页及下页。

⑤⑦出于类似的原因, Heiner Bielefeldt, *Die Menschenrechte als Chance in der pluralistischen Weltgesellschaft*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 21 (1988), 第 423—431 页上作者建议, 把讨论集中在伤害人的尊严问题上。

⑤⑧这使我们回忆起遥远的过去在康德的论文《永久和平论》(*Zum ewigen Frieden*) 中的论点, 即一种国际的和平秩序只能期望通过共和主义的即内部以法治国家形式来治理的国家间的联盟来实现。此外, 提出的理由是以个人权利为根据的, 即流传很广的以下观念: 和平作为国际秩序, 应该通过国家之间的契约来保证。关于康德所提出问题的现实意义, 可参见 Fernando R. Tesón, *The Kantian Theory of International Law*, *Columbia Law Review* 92 (1991), 第 59—102 页。

⑤⑨必须补充说明的是, 因为缺少这样一种使人们能够把绑架的违法性在国家法庭面前作为抗辩提出的实在法基础。这个案例非常清楚地表明, 即使而且恰恰法治国家也不是对抗令人愤慨的结论的可靠保证。世界法律中的喧闹状况在这一案例中表现得特别清楚: 人们拒绝把国际法转换为国家法, 于是, 违法行为被作为合法的来处置, 否则就无法保证法律得到贯彻。

⑥⑩霍夫曼, 同上, 第 166 页及下页也怀疑作为主体权利的人权的性质, 当然是以其他的理由。

⑥⑪参见《美洲国家人权法院 1989 年第一个年度报告》, Washington, 1989。

⑥⑫这个思想我要归功于米舍瓦 (Vessela Misheva) 的一份手稿。

⑥⑬对“包括在内”(Inklusion) 帕森斯定义如下: “归属于在问题中的行动榜样或者这类榜样的集合体, 按照这个榜样行动的个人和 / 或群体开始被接受到一个广阔的团结互助社会体系中的一个拥有或多或少成员的团体中。”载于 *Commentary on Clark*, in: Andrew Effrat (Hrsg.), *Perspectives in Political Sociology*, Indianapolis o. J., 第 399—308 页 (第 306 页)。

⑥⑭对这种各阶层特有的归属性的传统的反思, 部分是关于从人类学角度赋予人 (首先是理性) 的特征, 即所有人都有特征, 不管他们的社会地位是什么; 部分是关于按照上帝的意志每个人都能得到幸福的哲学。后者主要表现在 18 世纪向其他归属原则, 即用自由和平等来改写的原则的过渡中。关于同胞的幸福和上层对他们自己幸福的反思, 参见例如 Jean Blondel, *Des hommes tels qu'ils sont et doivent être: Ouvrage de sentiment*, London-Paris, 1758, 第 119 页以下关于与一个农夫的交谈那一章。但是这里始终是以社会划分阶层为归属的格式, 而排除在外 (Exklusion) 是由属于 / 不属于一个家庭或者一个家族来决定的。

⑥⑮关于巴西的政治与宪法法律的关系的证明, 参见 Marcelo Neves, *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne: Eine theoretische Betrachtung und eine Interpretation des Falles Brasilien*, Berlin, 1992。

⑥⑯我们在上面第三章第一节中就已经与对法律功能的期望相脱离了。

# 索引

(说明:所标页码是德文原著页码;s. = 见;Anm. = 注释;f. = 及下页;ff. = 及以下几页。)

- Abhängigkeit 依赖性,依附性 s. Interdependenz  
Abwägung 权衡,考虑 279,318,528,539  
Abweichungsverstärkung 偏离加强 274  
actio 诉讼 122,290,310  
Adel 409 贵族 Anm. 5,411f.,469,514  
aequitas 衡平法 228,376  
Akrasie 不由自主 548f.  
Amplifikation 扩展 11  
Analog/digital 类比/数据 441f.  
Analogieschlüsse 类比法推论,类推 271,346,349,360,388,396  
Anfang 开始 138,212,s. Ursprung  
—/Ende 开始/结束 208  
Anomie 社会反常现象 128,152  
Anpassung 适应 177,187f.,194,240,260,262,276,284,288,293,551f.,  
561,567  
Anschuldigungen 指控 258  
Arbeit 工作 141  
Argumentation 论证 192 Anm. 52,236,262ff. 307,317,338ff.,503,525  
—Funktion von 论证的作用 372ff.  
Asymmetrisierung 非对称化 174f.,188,306f. s. Hierarchie  
Attraktor 引力机制 354f.  
Auslegung 阐明,解释 s. Interpretation  
Ausschluß dritter Werte 排除第三值 177

- Autologie 自涉性 316f. ,343,472f. ,498f. ,526,542,544
- Autonomie 自律(性)45,62fff. ,77,116,302,322,423,452 Anm. 29,545,554  
Anm. 12
- Autopoiesis 自我生成 30,45,47,50,54,62,83,109,179,187f. ,203,241,  
242,293,329,399,436,440,454,468,552ff.
- Autorität 权威性 309,364,412,538
- Axiome 公式 344
- Banken 银行 334f.
- Befangenheit 偏见 375
- Befehl, Weisung, command 命令,指令 165
- Begriffe 概念 26f. ,346;s. Rechtsbegriffe, Tatsache
- Begriffsjurisprudenz 概念法学 274,388,390,396
- Begründungen 理由(说明),依据,论证 315f. ,345f. ,349,377ff. ,s. Gründe
- Begründungsbedarf 论证需要 263
- Begründungsgebot( 裁决)理由说明要求 306
- Beispiele 举例 349f.
- Beliebigkeit 随意性,肆意妄为 s. Willkür
- Beobachten, Beobachter 观察,观察者 16,46,50ff. ,175f. ,188,342f. 351  
—intern/extern 内部观察/外部观察 16f. ,52f. ,74
- Beobachtung zweiter Ordnung 二阶观察 61,70f. ,80,144f. ,166,167,183,  
215,235f. ,260,269,302,327,340ff. ,352,357,396,403ff. ,530ff. ,  
538,543
- Beschleunigung 加速 427f.
- Betroffene 相关者 141f. ,536  
—Zustimmung 相关者的赞同 99f.
- Beweise 证明
- Bewußtsein 意识
- Bifurkation 区分,分叉
- Billigkeit 公平 s. aequitas, Gerechtigkeit
- Bindung 约束 33
- Bindung der Gerichte an das Gesetz 法院受法律约束 303,330
- Bistabilität 双重稳定性 177
- Buchdruck 书籍印刷 272f. ,411

Buchstabe / Geist des Gesetzes 法律的字面意思/法律的精神 304, 341, 362, 364

Bürgerrecht (civil rights) 民法 484

causa 原因, 起因, 约因 60, 460f.

Code 规则, 法规, 法典; 符码, 电码

—Rejektion 拒绝法律规则 172f., 181f.,

—Selbstbezeichnung 规则的自我表述 209

Codierung, binäre 二元规则化 60f., 67ff., 128, 288, 383f., 420f., 454, 570f.; s. Recht/Unrecht

—/Programmierung 规则化/程序化 93, 165ff., 215f.

constitutio 政体, 法规, 宪法

coupling 联系 s. loose coupling

Critical Legal Studies 法律批判研究运动 11 Anm. 5, 126, 328, 361, 373  
Anm. 88, 525 Anm. 78, 542, 550

crossing 穿越 s. Kreuzen

Dankbarkeit 感恩 s. Reziprozität

Dekonstruktion 解构 371f., 546f.

Delegation 代表 386f.

Deliktsrecht 侵权法 170

Demokratisierung 民主化 278, 305, 336, 415f., 423, 438, 471, 479, 480, 516

Derogation 贬低 180, 301, 413

Dezisionismus 独断论 38f., 374, 522

Differenzierung 区分

—funktionale 职能区分 60, 112f., 115f., 141, 150, 157, 192, 294, 333, 423, 446, 479, 481f., 504f., 572f., 584f.

—systeminterne 系统内的区分 297f., 323

differenztheoretische Ansatz 区分理论思想萌芽 26, 281

dignitas/dignatio 有尊严/无尊严 575

Dispense 豁免 180f., 413

dispositio 支配权 458

Dissens 不一致意见; s. Konsens

Divination 占卜 245, 247f., 260

- Edikt 谕令 265
- Eideshelfer 宣誓者保证人 262f. ,282,446
- Eigentum 财产,财产权,所有权 115,140f. ,151,191,224 Anm. 28,266f. ,  
275,446f. ,449ff. ,454ff. ,484,487,491f.
- /Besitz 所有权/占有 266
- Eigenwerte 固有价值 101,119,493,528,531,538,562
- Einklagbarkeit von Ansprüchen 权利要求的可起诉性 290
- Emergenz 自然发生 54,62
- empirische Forschung 经验研究 117 Anm. 147
- empirische Referenz 经验的参照 31f.
- Enteignung 没收财产 454 Anm. 31,560
- Entfaltung einer Tautologie /Paradoxie 同义反复/自相矛盾的展开 56f. ,  
102,112,120,124f. ,144,168ff. ,176,182f. ,190f. ,204,215,220,234f. ,  
284,310,319,320,373,395,500,514 Anm. 44,546f.
- Entropie/Negentropie 熵/负熵态 42
- Entscheidung 决定,裁决,判决,决策 307ff. ,364f. ,516
- kollektiv bindende 有集体约束力的决定 424,468,582
- Entscheidungsfähigkeit 决策能力 180,204,207,313,372,503f.
- Entscheidungsregel 裁决规则 263f. ,270ff. ,314,326,341,350f. ,365,  
523,528f.
- Entwicklungshilfe 发展援助 578
- Episoden 插曲 179,208,262;s. Verfahren
- equity 衡平,公道 228,413 Anm. 15
- Ereignisse 事件 s. Operationen
- Erfahrung 经验,体验 214f.
- Erlaubsnormen 准许规范 197f.
- erlaubt/verboten 允许/禁止 185f.
- Erwartungen 期望 32,61,125,151f. ,443;s. normative/kognitive
- kontrafaktische 对抗现实的期望 129f. ,254;s. Normen
- streitige/ unstreitige 有争议的/无争议的期望 139
- Erziehung als Staatsauftrag 教育作为国家委托任务 415
- Ethik 伦理,伦理学 25,137,150,211,216,227f. ,232,264 Anm. 53,  
346,374



Evolution 进化, 演进 114, 131, 163, 166, 168, 219, 239ff., 328, 351, 360, 374, 402, 494

—autopoietischer Systeme 自我生成的系统的进化 57f., 71f., 114, 169f., 243f.

—als Komplexitätssteigerung 进化作为复杂性提高 240

—des Rechts 法律的演进 118ff., 147, 170, 239ff.

Expertenwissen, Verwendung im Recht 专家知识, 在法律中的应用

Fälle 案件, 案情; 情况 s. Rechtsfälle

familia 家族, 家庭 s. Haushalt

Familie 家族, 家庭 146 Anm. 34, 159

Fehler 错误 184, 329, 342f., 353, 356, 357, 400f.

Folgenberücksichtigung 后果考虑 19, 280 Anm. 84, 309, 316f., 330, 378ff., 528, 538f., 561, 563

Form 形式 27, 104f., 111, 134, 174, 206, 224, 338, 342f., 441; s. Mendium, Unterscheidung

formale/substantielle Argumente 形式性的/实质性的论据

Formalismus 形式主义 376, 548

Fortschritt 进步 21, 28, 286

Freiheit als Recht 自由作为权利 233f., 291, 485, 513ff., 577f., 580f., s. subjektive Rechte

Freiheit, Recht als Garantie 自由, 作为保证的权利 158f., 391, 411, 414f., 422f., 450, 535

Frieden 和平, 安定 172, 281ff., 411f., 414, 437f.

Funktion 功能, 职能, 作用 32, 60

—des Rechts 法律的功能 124ff., 199f., 444f., 555, 562

—/Leistung 功能/服务 156ff.

funktionale Spezifikation 职能专门化 60f., 71f., 163, 555

Funktionsverlust 功能丧失 154ff.

Funktionswandel 职能转变 154f.

Gedächtnis 记忆 46, 118f., 245, 396f.; s. Schrift, Vergessen

Gefährdungshaftung 危害人身权的责任 171f., 360f., 367f., 488

Gegenwart 当下, 现在 45f., 110, 142, 198, 308, 540

Geld, Geldwirtschaft 货币, 货币经济 140, 425, 448f., 453, 456, 572

- Geltung 效力 32, 98ff. , 212, 215, 217, 252, 255, 261, 280, 310, 338f. , 366, 373, 406, 466, 485, 523, 563
- Temporalisierung der Geltung 效力暂时化 557ff.
- Generalisierung, zeitlich/sachlich/sozial 时间性的/实质性的/社会性的一般化 131f.
- Gerechtigkeit 公正 11, 18, 176 Anm. 25, 214ff. , 263f. , 272, 296, 338, 350, 356f. , 373f. , 383, 455, 494, 500, 518; s. Gleichheit
- /Billigkeit 公正/公平 78, 228
- Gerichte 法院, 法庭 121, 149, 229f. , 236f. , 297ff.
- als Organisation 法院作为组织 321f.
- geschriebenes/ungeschriebenes Recht 成文法/不成文法 250ff.
- Gesellschaft als Rechtsverhältnisse 社会作为法律关系 490f.
- Gesellschaft, stratifizierte 分阶层的社会 112, 191, 224, 252f. , 262, 299f. 447f. , 450f. , 469f. ; s. Hochkulturen
- schriftlose 无文字的社会 119, 249, 252, 258ff.
- segmentäre 区节划分的社会 160f. , 226, 252, 260, 282, 446
- Gesellschaftssystem 社会系统 34f. , 55, 124f. , 186f. , 444, 550ff.
- Gesellschaftstheorie 社会理论 7, 24f. , 492f. , 550ff.
- Gesellschaftsvertrag 社会契约 21, 192, 355 Anm. 78, 412, 450 Anm. 22, 451, 490, 514f. , 523f. , 575f. , 581
- Gesetzgebung 立法 228f. , 236ff. , 256, 269, 274, 277, 278, 280, 310, 320, 322, 327f. , 410, 420, 427f. , 480, 512
- /Rechtsprechung 立法/判例 59, 121, 289, 298, 299ff. , 416, 428
- Gewalt 暴力, 权力, 强权 281ff. , 425, 446, 454f.
- hoheitliche 领土主权 s. potestas
- in Familien 家庭暴力 159
- /Zivilisation 暴力/文明 28
- Gewaltenteilung 分权 289, 477; s. Verfassung
- Gewohnheitsrecht 习惯法 88, 244 Anm. 16, 289, 525 Anm. 77
- Gleichheit 平等; 相同性 110ff. , 223f. , 233f. , 449, 513f. , 577f. , 580f.
- Gleichzeitigkeit 同时性 45, 53, 92, 110, 308, 326, 376, 440f. , 443
- Gott 上帝 218, 222, 377, 477, 504, 506 Anm. 15, 520, 575 Anm. 45
- Gottesurteile 神意判断 166, 315
- Grenzen des Rechtssystems 法律系统的界限 15, 34, 66ff. , 149

- Gründe 理由,根据 342f. ,366ff. ,372ff. ,521f. ,525 ;s. Begründung  
—als Differenzen 理由作为区别 368ff.
- Grundnorm( Kelsen) 基本准则( 凯尔森) 102 ,103
- Grundwerte 基本价值 s. Werte
- Handel 交易,贸易 449 ,507
- hart cases 疑难案件 314f.
- Haushalt 家庭,家政,财政 266 ,447 ,457 ,583
- Hegemonie 霸权 494
- Hermeneutik 解释学 253 ,363f.
- Herrschaft 统治 409f. ,492ff. ,582f.
- herrschende Meinung 占统治地位的意见 256 ,365
- Heterarchie 多元结构 359
- Hierarchie 等级制 21 ,39 ,73 ,122 ,144 ,145 ,184 ,189 ,237 ,302ff. ,320f. ,  
323f. ,353 ,355 ,477
- Hochkulturen, Recht in 高度文明国度中的法律 58ff. ,147f. ,151 ,167 ,185
- Idealisierungen 理想化 548
- Ideen 理念,观念 212 ,219
- Identität 同一性 75 ,214 ;s. Selbstbeschreibung
- Immunsystem, Recht als 法律作为免疫系统 161f. ,565ff.
- imperium 绝对统治权 408 ,457 Anm. 34
- Indifferenz 铁面无情 353ff. ;s. Autonomie
- Individuum 个体,个人 410f. ,484 ,486f. ,513ff. ,568f.
- Information 信息 85 ,220 ,254 ,352ff. ,444 ,459
- Inklusion 包括在内,归属性,包容性 74 ,115 ,116 ,154 ,160 ,230 ,292f. ,  
321 ,415 ,482 ,536
- /Exklusion 包括在内/排除在外 582ff.
- Input /Output 输入/输出 42 ,69 ,442
- Institution 机构,制度,惯例 29 Anm. 41 ,355f. ,367 ,506f.
- Institutionalisierung 制度化 s. Unterstützung
- Integration 一体化,整合 125f. ,155 ,584f.
- Interdependenz, kausale 因果依附性 43f. ,65 ,76f. ,421f. ,428f. ,438
- Interessen 利益 394f. ,400 ,452 ,461

- Interessenabwägung 利益权衡, 利益考虑 171 Anm. 10, 268, 392, 397f. , 528
- Interessenjurisprudenz 利益法学 389ff. , 396f.
- Interpenetration 互相渗透 90
- Interpretation 解释 89f. , 247, 255f. , 278f. , 303f. , 312, 327, 340ff. , 362ff. , 420, 527; s. Hermeneutik
- invisible hand 看不见的手 355
- Irritation, Irritierbarkeit 刺激, 易刺激性 69, 175, 211, 277, 278, 285, 322, 374, 401, 405, 442ff. , 479, 493, 555
- ius 法, 法律, 权利, 权力 483, 523
- ius eminens 特别权利 180
- ius gentium 万民法 507f. , 514 Anm. 43
- iurisdictio 属地管辖权 191 Anm. 51, 228, 289, 300f. , 378, 408, 467
- Juristen 法学家, 法律工作者 264f. , 300, 406, 431ff. , 531f. , 548; s. Profession
- juristische Person 法人 276, 292
- Justizverweigerungsverbot 禁止拒绝审判 85 Anm. 85, 181, 204f. , 230, 303, 306, 310ff. , 385 Anm. 117, 535
- Kautelarjurisprudenz 限定条件法学 20, 197, 331f.
- Kapital 资本 456
- Karrieren 生涯, 升迁发迹 330, 558
- Katastrophe 灾难 252
- Kausalität 因果性 196; s. Interdependenz
- Kirche 教会 408, 448
- Klassenherrschaft 阶级统治 582f.
- Knappheit 紧缺 140f. , 218, 222
- Kommunikation 交往 35, 51, 126f. , 295
- Kompetenznorm 职权规范 146, 203, 261, 274
- Komplexität, adäquate 相等的复杂性 225f. , 288
- Komplexität
- Reduktion von 复杂性减少 54, 62, 100, 225f. , 255, 354, 441, 565f.
  - Steigerung von 复杂性提高 287f. , 294f. , 354, 471
  - Temoralisierung von 复杂性的暂时化 290, 564
- Kondensieren/Konfirmieren 凝结/确认 127, 214, 253, 282, 347, 350, 369, 386

- Konditionalprogramm 条件程序 84, 195ff. , 231
- Konflikte, Konfliktlösung 冲突, 解决冲突 138ff. , 159f. , 260f. , 278, 282, 319, 416, 566f.
- Konkurrenz 竞争 465
- Konsens / Dissens 一致意见/不一致意见 119f. , 130f. , 261f. , 322f. , 454, 519
- Konsistenzgebot 严密性、前后一致性要求 18f. , 78, 178, 225, 275f. , 279, 290f. , 327, 348, 356, 388f. ;s. Gerechtigkeit, Redundanz
- Konstruktivismus 结构主义, 结构化 16, 24, 41, 361
- Kontingenz 或然性 128, 183, 237, 383
- Kontingenzformel 或然性信条 218ff. , 526
- Kontroversen 争论 256, 370, 503f.
- Kopplungen 联系 s. strukturelle Kopplung  
—operative 运作上的联系 440f.
- Korporationen 社团 151, 276
- Korruption 腐败 81f. , 172f. , 227, 292, 412f. , 425, 449, 470f. , 491, 511
- Krankenbehandlung 医疗 236 Anm. 54
- Kreditsicherung 借贷担保 267, 448
- Kreuzen der Grenze 穿越界线 177, 183, 371
- Kriminalisierung 刑法化 283
- Kriterien 标准 189f. , 216; s. Programme
- Kritik 批判, 批评 190, 220
- Landbesitz 土地占有 448, 458
- Latenz 专利 546f.
- Legalität/Legitimität 合法性 / 合法性确认 29, 558
- Legitimation, Legitimität 合法性确认 38, 99f. , 134, 181 Anm. 34, 192, 209, 232, 280, 317, 384, 417, 489, 538, 558
- Lernen 学习 207, 376, 567f.
- Lesen 解读 362f.
- Logik 逻辑 19, 73, 84, 169f. , 302, 312f. , 326, 343, 344, 383, 388, 400, 502, 545
- zweiwertige/mehrwertige 二值逻辑/多值逻辑 180, 545, 547
- loose coupling 松散联系 359f.

- Lückenlosigkeit der Rechtsordnung 法律制度的无漏洞性 304, 313
- Macht 权力, 强权, 力量 150, 436
- Medium/Form 媒介/形式 193, 196, 255, 256, 425
- Mehrheit/Minderheit 多数派/少数派 120
- Menschen als Individuen 作为个体的人 35 Anm. 47, 48 Anm. 19, 116, 124, 537
- Menschenrechte 人权 115f., 135, 192, 233f., 484, 489, 513f., 515f., 556, 570, 574ff.
- Menschenwürde 人的尊严 575, 579ff.
- Merkregeln 格言 270
- Methode, juristische 法律方法 304, 326 Anm. 57, 530; s. Interpretation
- mischief rule 消除混乱规则, 不确切文字释义规则 276f.
- Moral 道德 s. Recht
- Code/Programme 道德规则/程序
- Motive 动机 430, 461, 462f., 466, 482
- als Auslegungsgesichtspunkt 动机作为解释视角点 89, 530
- der Normbefolgung 遵守规范的动机 134f.
- natürliche Rechte 自然权利, 天赋权利 151
- natural selection 自然选择 241
- Naturrecht 自然法 27, 28, 39, 73f., 113f., 115, 180, 191f., 217, 219f., 233f., 261, 269, 274, 289, 377f., 399, 408, 417, 448, 450, 471, 484, 486, 491, 507ff., 517f., 575
- Naturzustand / Zivilzustand 自然状态 / 文明状态 234; s. Zivilisation
- Negation 否定 188, 545
- Neokorporatismus 新协作主义 420
- Neues 新事物 428
- Neutralisierung von Unrecht 中和不正当 258 Anm. 47
- Normänderungen 规范改变 47, 81, 83, 94, 130; s. Strukturänderungen
- Normalität 正常形态 138
- normative/kognitive Erwartungen 规范性/认知(审理)性期望 77ff., 131, 133f., 144, 555f., 557
- Normen, Normativität 规范, 规范性 49, 61, 80f., 128, 133f., 150f., 221, 222, 254f., 444, 537
- Durchsetzbarkeit 规范的可行性 135f.

—/Fakten 规范/事实 12, 29, 33, 84, 86f., 401, 501f.; s. Selbstreferenz  
/ Fremdreferenz

Notwehr, Notstand 防卫法, 紧急状态法 285

Nutzen 有用 378; s. Folgenberücksichtigung

obiter dicta 附带意见 315f.

Objekte/Begriffe 客体 / 概念 26, 53, 384

obligatio 义务, 责任 170, 267, 460, 464

obstacles épistémologiques 认识论障碍 530

öffentliches Recht 公法 275, 281, 311, 408, 469

ökologische Probleme 生态问题 554; s. Umweltrecht

Offenheit/Geschlossenheit 开放性/自成一体性 76, 179

oikos 住宅, 家庭 s. Haushalt

Operation 运作 41, 50f., 441f.; s. Struktur

—/Beobachtung 运作/观察 51, 351, 506

—elementare 基本运作 45, 242

operative Geschlossenheit 运作上自成一体性 34f., 38ff., 178, 240, 241,  
281, 288, 325f., 347, 351, 414, 417, 532, 542, 565f., 568

Opportunismus 机会主义 522

Organisation 组织 145, 321, 329ff., 536f.

Organismus-Metapher 有机体比喻 491

Paradoxie 自相矛盾 23, 70, 72, 102, 103f., 120f., 170f., 176, 181, 188, 215,  
234f., 284, 308ff., 319, 320, 343, 383, 397, 413f., 418, 476, 477f., 485,  
500, 514 Anm. 44, 533, 545ff., 580ff.

Parömien 谚语 270

Parteien, politische 政党 416, 421

pax et iustitia 和平与正义 438; s. Staatsräson

Personalisierung der Rechtslagen 法律状况个人化 291ff., 319, 536f.

Physiokraten 重农派 467

Pluralismus 多元主义 279f.

“political questions”-Doktrin “政治问题”原则 422

Politik, instrumentelle/symbolische 工具性/标志性政治 478

politisches System 政治系统 281f., 293, 335f., 407ff., 467f.

- Polizei 警察 120 Anm. 155, 430
- Popularklage 公诉 291, 293
- Postmoderne 后现代派 539f.
- Potentialisierung 潜藏 43 Anm. 12, 396f.
- potestas 权力, 权限, 统治 408, 409
- Praetor (罗马) 执政官 122, 265, 299
- Präzedenzen-Bindung 优先考虑约束 280, 314, 365f., 370 Anm. 83, 525, 530f.
- Prinzipien 原则 114, 219, 315, 320, 344, 345, 347f., 369f., 387, 477, 505, 521f.
- /Unterscheidungen 原则/区分 26, 187, 223
- Privatrecht/öffentliches Recht 私法/公法 468f.
- Produktion 生产 44 Anm. 14
- Profession 职业 329, 330f., 531f.; s. Juristen
- Professorenrecht 法律教义 409
- Programme, Programmierung 程序, 程序化 93, 190; s. Konditionalprogramme
- Prozeduralisierung 诉讼程序化 22, 87, 344f., 402, 558
- psychische Systeme 心理系统 48; s. Bewußtsein
- ratio 理由 s. Entscheidungsregel
- Rationalität 合理性
- individuelle 个人的合理性 515
- juristische 法律合理性 10, 184, 340, 341, 382, 401f., 563f.
- Recht 法, 法律, 权利, 正当
- Abstraktion, Systematisierung 法律的抽象, 系统化 9ff., 272ff.
- als Befähigung 法律作为授予权利 136, 158f.; s. Erlaubnisnormen
- als Einheit 法律作为统一性 20f., 22, 34, 54, 73, 98, 146, 176f., 188, 214, 217, 279f., 310, 485, 506, 529, 534, 546
- Berechenbarkeit 法律的可预见性 58; s. Rechtssicherheit
- Form( Unterscheidung) 法律形式(区分) 30
- Irrtümer 法律错误 90
- ökonomische Analyse 经济学法律分析 22ff., 286f., 346, 466, 515
- positives, Positivität 实在法, 法律实证性 38ff., 73f., 192, 280f., 289, 291f., 301, 312, 389, 416, 417, 438, 474, 479. 510, 515ff., 538
- übergesetzliches 超法律的法 32, 251f.
- und Moral 法律与道德 39f., 78f., 85f., 88f., 96, 134, 137, 211, 232f.,

- 314f. ,318,338,474
- und Politik 法律与政治 74, 82f. , 113, 122f. , 150ff. , 229, 231, 407ff. , 468ff. ,519ff.
- / Unrecht 正当/不正当 60f. ,67ff. ,106f. ,131,152,165ff. ,372,436, 498,502,540;s. Codierung
- veränderliches/ unveränderliches 可变法/不可变法 39,130,193,378,473f.
- Rechtsänderung 法律改变 120,268f. ,279,416,533,560,563;s. Normänderungen
- Rechtsänderungsverbote 禁止法律改变 103f.
- Rechtsanspruch 合法要求;法定权利 535
- Rechtsanwendung 法律的应用 306,328,340,345,351,365,429,430f. ,547
- Rechtsbegriffe 法律概念 263ff. ,270,384ff. ,394ff.
- gesellschaftsadäquate 与社会相适应的法律概念 562
- unbestimmte 不确定的法律概念 279
- Rechtsbewußtsein 法律意识 148f.
- Rechtsdogmatik 法律教义 20,176,265,274,279,289f. ,366,367f. ,387f. , 479f. ,486,525,539
- Rechtsdurchsetzung 法律执行 135f. ,152f. ,446
- Rechtsfähigkeit, allgemeine 普遍的权利能力 291,415,483
- Rechtsfälle 法律案件 227,263f. ,271f. ,326,349f. ,374
- Rechtsgeltung 法律效力 s. Geltung
- Rechtskraft 法律效力 182,213,316
- Rechtsmißbrauch 滥用法律,滥用权力 205f.
- Rechtsnormen, strittige/unstrittige 有争议的/无争议的法律规范 166, 260,351f.
- Rechtsquellen 法律渊源,法源 100ff. ,289f. ,298f. ,306f. ,324,366,373, 387,417,523ff. ,534
- Rechtsquellenhierarchie 法源等级制 21,39,194,474,491,539
- Rechtsrealismus 现实主义法学 390,531
- Rechtssicherheit 法律可靠性 20,68f. ,194;s. triviale/nichttriviale Maschinen
- Rechtssouveränität 法律主权 146,205,271 Anm. 69,409ff.
- Rechtssoziologie 法律社会学 7,17,29,31,33f. ,125f. ,329,452,540ff. ,561 Anm. 22;s. Soziologie
- Rechtsstaat 法治国家 414f. ,417,422ff. ,489,579
- Rechtssubjekt 权利主体 410f. ,419f. ,535

## Rechtssystem 法律系统

—als Teilsystem der Gesellschaft 法律系统作为社会的分系统 34f. ,55, 124f. ,143,145,186f. ,225f. ,242f. ,444f. ,505,554f.

—Ausdifferenzierung 法律系统的分立 34,58ff. ,73f. ,133,137f. ,155f. ,162f. ,263,297,444f. ,554

—Geschichtlichkeit 法律系统的历史性 57f. ,130,273,386,496f. ,520f.

—interne Differenzierung 法律系统的内部区分 297ff.

—Selbstbeschreibung 法律系统的自我描述 210,217,268,496ff.

## Rechtstatsachenforschung 法律事实研究 29

Rechtstheorie 法律理论 11ff. ,146,148,216,499,504,539,562ff.

Rechtsunterricht 法律教学 10,73,386 Anm. 118

Rechtsvergleich 法律比较 13f.

rechtswidrige Rechtsentscheidungen 违法的法律判决 81,413f. ,437f.

Redundanz 信息冗余 352f. ,370f. ,390,493f.

—/Varietät 信息冗余/多样性 19f. ,169,260,280,290f. ,348,358ff. ,372ff. ,383,400,480

re-entry 再进入 76,89,174,205,214,234f. ,320,510,547

référé législatif 有立法权的紧急仲裁 301 Anm. 8,303,311 Anm. 26,413 Anm. 15

Reflexion 反思,反照 215,498;s. Selbstbeschreibung

Reflexivität 反思性,反照性 144f. ,162,211

Regel 规定,规则 s. Entscheidungsregel

—/Ausnahme-Schema 规定/例外格式 11,111f. ,206,260,370

—/Handlung 规定/行为 257f.

Regierung/Opposition 政府/反对派 421,436

Reihenfolge der Argumente 论据的排列次序 369

Rejektionswert 抵制价值 181,187,546

Rekursivität 循环性 50,80,101,106,109f. ,114,126,137f. ,178,227,327,349f. ,434f. ,441;s. Autopoies

Religion 宗教 118 Anm. 49,119,130,163,251,252,489 Anm. 105,511

Repräsentation, politische 政治代表 467,469

Resonanz 共鸣 441f. ;s. Irritation

Responsivität des Rechts 法律的应变性 225,281,383

Revolution 革命 512,563

- rex/tyrannus 君主/暴君 491,511
- Reziprozität 互惠性 226f. ,267,446,483,485
- Rethorik 修辞学 304,345,348f. ,363f. ,
- Richter 法官 s. Gerichte
- Richterrecht 判例法 304f. ,306,314f. ,316,409,420,525
- Risiko 风险 23,25,141ff. ,171,199,488,554,560f. ,563
- Rollenasymmetrien 角色不对称 581
- rule of law 法律的统治 422;s. Rechtsstaat
- rules of recognition( Hart) 承认规则( 哈特)102,109,211
- Sanktionen 制裁 134f. ,152
- Schichtung, soziale 社会阶层区分 116f. ,582f.
- Schlichtung 调解 160f. ,167f. ,359
- Schrift 文字 46f. ,119f. ,196,212,245ff. ,348f. ,362,375,500f.
- Sein/Geltung 存在/效力 s. Geltung
- Selbstbeschreibung 自我描述 53f. ,289,404,496ff. ,542f. ,565;s. Beobachten, Reflexion
- Externalisierung der 自我描述的外化 504f. ,526,529
- /Fremdbeschreibung 自我描述/外部描述 17f. ,24,74f. ,496f.
- Selbstorganisation 自我组织 45,376
- Selbstreferenz, Selbstbeobachtung 自我参照,自我观察 51,53f. ,73f. ,175f. ,214,339,477f. ,480,498,532
- Selbstreferenz/Fremdreferenz 自我参照/外部参照 52f. ,66,77,83,87,92f. ,195,288f. ,393ff. ,533,562
- Selbstrejektion 自我抵制 181
- Selbstspezifikation 自我说明 220
- Selektion, evolutionäre 进化选择 242,262ff.
- Semantik 语义学 127
- Sinn 意义,含义 127,214,255
- social engineering 社会工程 389f.
- Solidalität 团结互助 485f.
- Sollens-Symbolik 应然符号 129,502
- Souveränität 主权,最高统治 300f. ,335,408,409f. ,418,475ff. ;s. Rechtssouveränität
- Sozialarbeit 社会工作 578

- soziale Bewegungen 社会运动 94f. ,150,473 Anm. 78
- soziale Kontrolle 社会监督 125f. ,154
- Sozialisation 社会化 486f.
- Soziologie 社会学 14,16ff. ,21f. ,29,37,540ff. s. Rechtssoziologie  
spezifisch/universell 特殊性的/普遍性的 366
- Sprache 语言 36f. ,49,56,84,102,127f. ,353,496
- Staat 国家 407f. ,416,423,437,470,478,576f. ,582
- Staatsangehörigkeit 国籍 415
- Staatsorganisation 国家组织 335f.
- Staatsräson 国家权益至上原则 172,180,413f. ,437
- Stabilisierung, evolutionäre 进化稳定 242,272f.
- Statistik 统计 540ff.
- Steuern 税收 451,456,487
- Steuerung, gesellschaftliche 社会调控 154
- Strafe, Strafbarkeit 惩罚, 刑事犯罪行为 283f. ,292
- structural drift 结构趋势 495,561
- Struktur/Operation 结构/运作 37,41,45,49f. ,63,211f.
- Strukturänderung 结构变化 554; s. Evolution  
— Beobachtung von 对结构变化的观察 46
- Strukturdetermination 结构限定 49f. ,240,442f.
- strukturelle Kopplung 结构性联系 266f. ,282f. ,285,440ff. ,543f. ,  
564f. ,566
- Strukturfunktionalismus 结构功能主义 165
- Subjekt 主体 516,533,535f. ; s. Individuum
- subjektive Rechte 主体权利 151,275,291f. ,452,483ff. ,535,537,570,580
- Supplement 补充 189,216,231,546
- suum cuique 各人应得 224,508 Anm. 22
- Symbol, operatives 运作性标志 98f. ,130,251
- symbolische Generalisierung 符号性一般化 129f.
- Symmetrie, Symmetriebruch 对称, 对称破坏 174f. ,454,526
- Synallagma 双方关系 226f. ,267,459f. ; s. Vertrag
- Synchronisation 同步 443
- System  
— offenes/geschlossenes 开放性/自成一体(关闭)性系统 42,76f.

- selbstreferentielles 自我参照的系统 51f.
- /Umwelt 系统/环境 23, 24, 41ff., 53, 76f., 92f., 143, 177f., 297, 374f., 440f., 506, 537, 555, 566
- Systembegriff 系统概念 40f.
- Systemtheorie 系统论 15f., 23f., 376, 550ff.
- /Evolutionstheorie 系统论/进化论 240f., 551f.
- Tatsachen/Begriffe 事实/概念 3
- Tausch 交换 267
- Technik, juristische 法律技术 396
- Technisierung 技术化 175, 183f.
- Teleologie 目的论 178f., 198, 210, 376
- Terror 恐怖 470f.
- Text 文本 255f., 338ff., 362ff., 372f., 384, 405, 498, 527
- Theokratie 神权政治 408
- Theorien
- juristische 法学理论 9f.
- wissenschaftliche 科学理论 14
- Therapie 治疗 201f.
- Topik als Methode 语序学作为方法 304, 339 Anm. 4, 348f.
- Torah 犹太教经文 119f.
- Tradition 传统 113f., 119f., 190
- tragic choices 痛苦的选择 209
- Transaktion 互动 453, 456, 464
- Trivale/nichttrivale Maschinen 普通机器/非普通机器 58, 196
- Tugend 德性 219, 222, 227
- Ultrastabilität 超稳定性 401
- Umweltrecht 环保法 293, 429, 488, 536
- Unabhängigkeit, professionelle 职业上的独立性 63f.
- unbestimmbar/bestimmbar 不可确定的/可确定的 220f.
- unconstitutional 违反宪法 s. verfassungswidrig
- Ungewißheit, selbsterzeugte 自己产生的不确定性 207ff., 318, 333, 537f.; s. Zukunft

- Ungleichheit 不平等;不相同性 s. Gleichheit
- Universalismus 普遍化 72, 112, 146, 296, 313
- universell/spezifisch 普遍的/特殊的 366
- Unparteilichkeit der Richter 法官的不偏不倚, 无偏见 210 s. Befangenheit
- Unsicherheitsabsorption 吸收不可靠性 90, 98
- Unterscheidung 区分 26ff., 52, 175f., 255, 310, 342f., 371f., 384f., 542; s. Beobachten, Form
- Unterstützung, soziale des Rechts 对法律的社会支持 121f., 146f., 292, 556
- Unwahrscheinlichkeit 不可能性 169, 288
- Ursprung 起源 57f., 289, 520f., 524
- Utilitarismus 功利主义 22
- Variation 变化 257ff., 278f.
- Variation/Selektion/Stabilisierung 变化/选择/稳定 240, 242, 257; s. Evolution
- Varietät 多样性 358f.; s. Redundanz
- Verfahren, Verfahrensrecht 诉讼程序, 诉讼法 146, 208ff., 259, 260ff., 268, 282, 292, 302, 332f., 402, 534;
- Verfassung 宪法 39, 95f., 108f., 192, 256 Anm. 44, 278, 283, 290 Anm. 106, 413, 450f., 467, 470ff., 514, 526f.
- Verfassungsgerichtsbarkeit 宪法管辖权 473 Anm. 76, 481
- Verfassungswidrig/verfassungsmäßig 违法宪法/符合宪法 474f.
- Vergangenheit 过去 197
- /Zukunft 过去/未来 45, 197f.
- Vergessen als Anpassung 遗忘作为适应 46f., 119, 246; s. Gedächtnis
- Verhaltenssteuerung 行为调控 157ff.
- Verhandlungsmacht 商议的权力 537
- Vernunft 理性 184, 281, 289, 343, 347, 367, 377f., 508f., 517, 521f., 532f.
- Vernunftrecht 理性法 27f., 233f., 235 Anm. 53, 512
- Verschiedenheit 不同性 115
- Verständigung 达成谅解, 达成一致 537
- Vertrag 合同, 契约 66f., 74, 92, 100, 107f., 141, 151, 170, 237, 267, 276, 304, 310, 320, 321f., 446, 449ff., 458ff.
- Vertragsfreiheit 合同自由, 契约自由 463f., 468

- Vertrauen 信任 82,132  
Vertrauensschutz 信誉保证 559  
Verwaltung, Gesetzesbindung der 行政机构受法律约束 423,429ff.  
Voluntarismus 唯意志论 519
- Wahrscheinlichkeit 可能性, 概率 200,559,563 ;s. Unwahrscheinlichkeit  
Welt 世界, 世间 175f. ,178,384  
Weltgesellschaft 世界社会 555,571ff.  
Werte 价值; 值 22,96ff. ,182,219,223,229,231,355,393,474,481,492f. ,  
521f. ,526f. ,535f. ,537,556  
Werteabwägung 价值权衡 231f. ,372,398,479f. ,528,537  
Widerstandsrecht 反抗权 38,411ff. ,484,511,519  
Wiedereintritt 再进入 s. re-entry  
Wiederholung 重复 127f. ,214f. ,249,255,261,347,349f. ,385  
Willenserklärung 意愿说明, 意愿声明 461ff.  
Willkür 任意, 肆意妄为 38f. ,138,193,291,476f. ,516,522  
Wirtschaftssystem 经济系统 266,334f. ,449,453ff. ,561  
Wissenschaftssystem 科学系统 33,383,556  
Wohlfahrtsstaat 福利国家 202,230,467,480f. ,495,561,570,578
- Zahlungen 支付 453  
Zeichen 标记 128f. ,130,254,255  
Zeitbindung 时间连接 33,126ff. ,562f. ,565,567  
Zeitlichkeit 时间性 109f. ,125ff. ,173,182,205,212f. ,308f. ,325ff. ,345,  
347f. ,426ff. ,441f.  
Zentralbank 中央银行 451,481  
Zentrum/Peripherie 中心/周围 148,321ff. ,333ff.  
zielgerichtete Systeme 有目的的系统 178f.  
Zirkelschluß 循环性论证, 循环唯论 220,395  
Zirkularität 循环性 145,277,285,302,306,404f.  
Zirkulation, symbolisch generalisierte 标志性一般化的循环 107  
ziviler Ungehorsam 民事不服从 172  
Zivilisation 文明 28,288  
Zufall 偶然 83,166,168f. ,281,285,362,490

Zugang zum Recht 通向法律的途径 116, 213, 292, 319, 322, 329; s. Inklusion

Zukunft 未来 23, 115f., 130, 142, 207, 383f., 488, 553f., 559; s.

Folgenberücksichtigung, Risiko

—Symbolisierung der 未来的标志化 129f.

—/Vergangenheit 未来/过去 45, 197f., 212f., 308f., 325, 383, 473, 538, 539

Zweckbegriff 目的概念 198f.

Zweckprogramme 目的程序 195f., 198ff., 230f., 232, 379f.

Zweckrationalität 目的合理性 198f.