

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

德意志古典法学丛编

黄涛 吴彦◎主编



吴彦◎编

20世纪法哲学发微

——德意志法哲学文选（三）

The Development of Legal Philosophy in the 20th Century:
Essays on German Legal Philosophy (III)

刘鹏 王小钢 等 / 译



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

德意志古典法学丛编

20世纪法哲学发微

——德意志法哲学文选（三）

如果说20世纪之前德意志法哲学的发展从根本上受到观念论哲学逻辑的支配，那么从20世纪开始，则注入了一些新的要素。法哲学开始朝两个方向发展：一个是专业化，另一个是多元化。他们逐渐丧失了从总体上和宏观上把握法律的能力。此种对于法的碎片化理解直接促成了一些针锋相对的“立场”。这些立场在德意志法哲学发展之初是不曾显现的。他们各自立足于自己的视野而对法进行了一种“去总体化”的解构。在这些立场之中，突出地表现出以下四种路向：一是技术路向，二是政治路向，三是自然法路向，四是社会学路向。本卷所选文献便围绕着这几种不同的法哲学进路，它们同时也构成我们这个时代思考法律的几种基本方向。



Intellectual
Property
Publishing
House



ISBN 978-7-5130-3675-7



定价：39.00元

责任编辑◎倪江云
装帧设计◎张冀

西方传统 经典与解释
Classici et Commentarii

HERMES

德意志古典法学丛编

黄涛 吴彦◎主编



吴彦◎编

20世纪法哲学发微

——德意志法哲学文选（三）

The Development of Legal Philosophy in the 20th Century:
Essays on German Legal Philosophy (III)

刘鹏 王小钢 等 / 译



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

20 世纪法哲学发微：德意志法哲学文选（三）/吴彦编；刘鹏，王小钢等译. —北京：知识产权出版社，2015. 8

（西方传统：经典与解释—德意志古典法学丛编）

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3675 - 7

I. ①20… II. ①吴… ②刘… ③王… III. ①法哲学—研究—德国—20 世纪
IV. ①D909. 516

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2015）第 172018 号

责任编辑：倪江云

责任校对：董志英

装帧设计：张 冀

责任出版：卢运霞

西方传统：经典与解释—德意志古典法学丛编

20 世纪法哲学发微

——德意志法哲学文选（三）

吴 彦 编

刘 鹏 王小钢 等译

出版发行：知识产权出版社有限责任公司

网 址：<http://www.ipph.cn>

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

天猫旗舰店：<http://zscqcbbs.tmall.com>

责编电话：010 - 82000860 转 8335

责编邮箱：nijiangyun@cnipr.com

发行电话：010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真：010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷：北京科信印刷有限公司

经 销：各大网上书店、新华书店及
相关专业书店

开 本：880mm × 1230mm 1/32

印 张：8.25

版 次：2015 年 8 月第 1 版

印 次：2015 年 8 月第 1 次印刷

字 数：214 千字

定 价：39.00 元

ISBN 978 - 7 - 5130 - 3675 - 7

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。



HERMES

在古希腊神话中，赫尔墨斯是宙斯和迈亚之子，奥林波斯众神的信使，道路与边界之神，睡眠与梦想之神，死者的向导，演说者、商人、小偷、旅者和牧人的保护神——解释学（Hermeneutic）一词便来自赫尔墨斯（Hermes）之名。

缘 起

自严复译泰西政法诸书至本世纪四十年代，汉语学界中的有识之士深感与西学相遇乃汉语思想史无前例的重大事变，孜孜以求西学堂奥，凭着个人的禀赋和志趣选译西学经典，翻译大家辈出。可以理解的是，其时学界对西方思想统绪的认识刚刚起步，选择西学经典难免带有相当的随意性。

五十年代后期，新中国政府规范西学经典译业，整编四十年代遗稿，统一制订新的选题计划，几十年来寸累铢积，至八十年代中期形成振裘挈领的“汉译世界学术名著”体系。虽然开牖后学之功万不容没，这套名著体系的设计仍受当时学界的教条主义限制。“思想不外乎义理和制度两端”（康有为语），涉及义理和制度的西方思想典籍未有译成汉语的，实际未在少数。

八十年代中期，新一代学人感到通盘重新考虑“西学名著”清单的迫切性，创设“现代西方学术文库”。虽然从选译现代西方经典入手，这一学术战略实际基于悉心疏理西学传统流变、逐渐重建西方思想汉译典籍系统的长远考虑，翻译之举若非因历史偶然而中断，势必向古典西学方向推进。

九十年以来，西学翻译又蔚然成风，丛书迭出，名目繁多。不过，正如科学不等于技术，思想也不等于科学。无论学界译译了多少新兴学科，仍似乎与清末以来汉语思想致力认识西方思想大传统这一未竟前业不大相干。晚近十余年来，欧美学界重新翻译和解释古典思想经典成就斐然，汉语学界仅务竞新奇，仅限时下“主义”流变以求适时，西学研究终不免以支庶续大统。

西方思想经典即便都译成了汉语，不等于汉语学界有了解读能力。西学典籍的汉译历史虽然仅百年，积累已经不菲，学界的读解似乎仍然在吃夹生饭——甚至吃生米，消化不了。翻译西方学界诠释西学经典的论著，充分利用西方学界整理旧故的稳妥成就，於庚续清末以来学界理解西方思想传统的未尽之业意义重大。译界并非不热心翻译西方学界的研究论著，甚至不乏庞大译丛之举。显而易见的是，这类翻译的选题基本上停留在通史或评传阶段，未能向有解释深度的细读方面迈进。设计这套“西方传统：经典与解释”，旨在推进学界对西方思想大传统的深度理解。选题除顾及诸多亟待填补的研究空白（包括一些经典著作的翻译），尤其注重选择思想大家和笃行纯学的思想史家对经典的解读。

编、译者深感汉语思想与西方接榫的历史重负含义深远，亦知译业安有不百年之积之而可一朝有成。

刘小枫

2000年10月于北京

“德意志古典法学丛编” 出版说明

19 世纪下半期以降，实证主义和历史主义催生了法学的专业化和技术化，法学视野日趋狭窄。在 20 世纪的法律思想中，实证法学、社会法学、经济分析法学占据了法学的大半江山，现代法学十分“自觉地”排除有关制度与德行的思考，规范主义振振有辞，鄙夷有关法理之学的哲理思考，法学最终沦为律师的技艺。

德意志古典法学有关政法之理的思考极其深刻，其对共同体秩序的反思，对制度之品质的思考，足以令专业化的法律人汗颜。德意志古典法学想要揭示一切社会现象的本质，揭示人类的本真的政治存在，它将制度设计与共同体的美好生活关联起来，为反思社会现象提供基本尺度和范式。不仅如此，现代法学中的大部分观念及概念，早已在德意志古典作品中埋下伏笔。

德意志古典法学哲学化色彩成分极重，而非当今有板有眼之学术论文。凡此种种，均给阅读和理解带来了巨大困难。长期以来，对于隐藏在德意志古典大家作品中的政治法理，学人们仅停留于引证片段字句，未能有深入细致之钻研。本丛编不从意识形

态的宏大叙事入手，亦不从流行的概念体系入手，而从德意志古典作品中政治法理的疏释入手，讲述政法学问和道理，引导有关政治法理之独立思考。

政法之理如人生之理，离不开深刻的哲学反思，诚如个人向往美好的人生，一个社会、一个国家亦会向往美好的共同体生活。尤其是在亟亟于变革的当下中国，我们完全有必要反顾德意志古典政法思想的印迹。

古典文明研究工作坊

西方经典编译部丁组

2012 年 9 月

编译者导言

如果说 20 世纪之前德意志法哲学的发展从根本上受到观念论哲学的逻辑的支配，那么从 20 世纪开始，或者说从 19 世纪后半叶开始，则注入了一些新的要素。法哲学开始向两个方向发展：一个是专业化，另一个是多元化。

专业化的趋向依赖于这样一个基本条件，那就是最基本的价值秩序已经被坚实地确立起来。此时，德国不再面临着建国的问題，或面临着建立一种新的现代价值秩序的问题。经由几百年的反思、辩驳和实践，一些最基本的价值以及一些最基本的制度安排被普遍地得到承认。尤其是 1900 年《德国民法典》的颁行，在根本意义上标志着一个新的法哲学时代——法的实证主义时代——的到来。它的胜利并非学说本身的胜利，而是它所关涉的对象——实在法——已经将自然法所倡导的那些原本革命性的要素——人的平等、自由以及由此衍生出来的人格平等、契约自由、财产神圣等诸多原则——整个地吸纳进来并将其法典化。自然法的“独立”生命自此也开始消亡。它的很大一部分已经被作为实在法秩序的一部分而现实地存在了。人们对于终极价值的

关注也开始逐渐让位于对于实现这些价值的手段的关注。耶林学说中所谓的“作为达致目的的手段之法”充分体现了这样一种基本趋向：法的技术化。

法哲学发展的另一个趋向与上述趋向密切相关。专业化的趋向造就了一批只着眼于实在法的职业法律家。他们逐渐丧失了从总体上和宏观上把握法律的能力。此种对于法的碎片化理解直接促成了一些针锋相对的“立场”。这些立场在德意志法哲学发展之初是不曾显现的。它们各自立足于自己的视野而对法进行了一种去总体化的解构。

在这些立场之中，突出地表现出以下四种路向：一是技术路向，这是法实证主义所基本采取的，它也构成了这个时代被攻击的主要靶子——后三种路向在某种意义上都是在反对它的基础上衍生出来的；二是政治路向，它是法实证主义在反对自然法以便获得自身之独立性时所普遍采取的一种立场。但是把法奠立在主权者意志基础之上的一个最大危险就是它随时都有可能被政治（意志）所吞噬。因此在法实证主义获得胜利之后，去政治化便是它的另一项任务，这在凯尔森那里得到了鲜明的体现。但是，在实在法一方面试图驱逐道德（理性），另一方面试图驱逐政治（意志）的时候，它所表现出的那种极度技术化的特征以及由此种特征所型塑的极度枯竭化和机械化的生活却让人感到失望。重新将总体意志凸现出来以使其担负一些理想性的元素（政治法学），以及重新寻找潜藏在背后的已经被实在化了的的价值（自然法学），便逐渐成为两种反实证主义的基本努力。

因此，从这个意义上看，此时的自然法路向的法哲学与之前的自然法哲学已经存在根本性的差异，它是在反实证主义的逻辑下被规定的了（施塔姆勒、拉德布鲁赫）。尽管他们仍然打着“复兴”或“返回”的口号，尤其打着复兴康德一系自然法理论的口号，但如何处理它自身与实在法之间的关系却一直成为一个无法解决的根本性问题。基于此，在恶法非法问题上的看法成为

判定立场的基本标准，而这在之前的法哲学中是不曾被凸显出来的。

至于第四种路向，则是社会学的路向。它是后黑格尔时代思想界的一个普遍倾向。法作为构成社会的一个基本要素，对于社会的解释必然伴随着对于法的解释。它试图通过理解法的发生学和功能学，以试图掌握和控制法律以便将其作为工具来服务于人类的目的。在这个意义上，它与技术路向的法律理解有着某种共通之处。

本卷的选译便围绕着这几种不同的法哲学进路。它们同时也构成了我们这个时代思考法律的几种基本方向。

吴彦

2012年冬于复旦江湾

目 录

缘 起 / *i*

“德意志古典法学丛编” 出版说明 / *i*

编译者导言 / *i*

法律形式性与选择自由

——道德视野下的耶林建构主义 / 1

([奥] 亚历山大·索梅克 著, 姚远, 李丹阳 译)

谱系学与法理学

——尼采、虚无主义与法的社会科学化 / 15

([美] 玛丽安妮·康斯坦伯 著, 刘鹏 译)

马克斯·韦伯法律理论的阐释

——形而上学、经济学以及宪法的铁笼 / 73

([美] 斯蒂芬·菲尔德曼 著, 王小钢, 王雪麟 译)

政治的概念

——理解卡尔·施米特宪法理论的一个关键 / 129

（〔德〕恩斯特·沃尔夫冈·伯肯弗尔德 著，邹益民 译）

商谈与民主

——《在事实与规范之间》中合法性的

正式与非正式基础 / 150

（〔美〕威廉·雷格 詹姆斯·博曼 著，孙国东 译）

康德式的建构主义与重构主义

——罗尔斯与哈贝马斯对话 / 187

（〔美〕托马斯·麦卡锡 著，邹益民 译）

尼克拉斯·卢曼的法概念 / 212

（〔德〕拉尔夫·德莱尔 著，王琦 译）

参考文献选要 / 244

译者简介 / 250

法律形式性与选择自由

——道德视野下的耶林建构主义

[奥] 亚历山大·索梅克 (Alexander Somek) 著
姚 远 李丹阳 译

如果把作为概念主义最极端表达而闻名的耶林法律形式性观念视为一种权利理论，那么这一观念便有了意义。通过这样一种视角，我们就能理解耶林晚期的方法论自我批判，即他通过反思权利体系所赋予的选择价值来缓解概念建构主义的倾向。

计划的意义

罗马法教授鲁道夫·冯·耶林主要因为两种不同的法律理论而闻名遐迩。人们通常认为第一种理论代

表“建构主义”的最极端表达。很多人又认为他的第二种理论——法律被描绘为人类目的之理性追求手段——代表了与前一理论的决裂。^①

在下文的论述中，我将着力于耶林第一种理论的最重要方面，也就是他的法律形式性观念。^② 然后我将提请读者注意耶林作品中的一种潜在连续性。鉴于这种连续性，我们可以看到，看起来与最初那种法律形式性观念“决裂”的东西至少在某一方面也是该观念的结果。

法律的普遍形式

耶林的法学规划主要见于《罗马法精神》第二卷第二部分（耶林，1858 年）中讨论法律推理的一个大师级章节和他的论文《我们的任务》（耶林，1857 年）。他着手探索这样的问题：是什么给了法律在外行民众眼里如此奇怪的外观。他认为，可以在被他称为“法律技术”或法律推理的技艺（古典意义上的“ars”或“techné”）的东西中找到理由（耶林，1858 年，页 322、页 325、页 377）。尽管耶林似乎只是试图说明“法学家”的视野与外行人的视野有怎样的区别，但显然他希望阐述，在以法律专业技能及其显著“技术性”风格为认识媒介的社会中，人们如何认识特定情况下何谓法律。^③ 在这样的社会——众所周知是“现代”社会中，法律技术标志着认识法律的模式。该技术存在

① 这第二种理论仿佛标志着与第一种理论的决裂。它早在 1861 年发表《论民法学建构》（重印于 1884 年，页 6-17）时就已经出现了。

② 丰富的二手文献引证，参见：索梅克，1992 年，页 128-148。

③ 既然这样一来，此处的重点在于认识何谓法律的法律方式，那么就没必要区分法官、律师甚或这里更重要的法学教授的各自视野。

与否是一个历史发展的问题。

从耶林的论述中基本上可以得出，在他看来法律技术是普遍性的东西（耶林，1858年，页323-325、页376）。法律技术首先出现在古代罗马法里，这一事实纯属历史偶然。^①就像数学定律在任何时间和地点都一样，法律分析的规则也是如此。那么，耶林还声称法律技术并非“外在于”法律的概念，就毫不奇怪了。相反，一旦法律体系达到某种程度的复杂性，技术就成为一种必然的发展。否则，恐怕法律体系将会土崩瓦解。

因为法律技术反映了社会中对特定情况下何谓法律进行权威性认识的模式，故而法律技术也影响到法律实际上是什么。法律体系对于法律的指涉方式，为法律的实体赋予了一种技术形式。形式不是异在于法律的东西，^②它是法律所内在固有的。耶林说，使得外行人无法掌握法律的不单是那一堆法律素材；外行人其实是因为“素材的种类”（《素材的技艺》：同上，页325）才感到难以理解法律。这样一来耶林就强调，被人们作为“法律”来沟通的东西承载着技术的烙印。^③

吊诡的是，这意味着技术不仅把法律沟通与有关世界的其他人类谈话方式（比如哲学）分离开来，并且也把它与习惯法素材和制定法素材本身分离开来。关于法律是什么，掌握法律技术的人^④比起特定时空下的对法律实体具备大量信息的人^⑤知道得更多。

① 耶林好像是借用爱德华·柯克的观点，主张法律技术包含着历代的智慧因而包含着积累起来的经验（耶林，1858年，页331），但该主张很难符合严格意义上的普遍性命题。不过，假如我们把这样一种积累过程理解为发现唯一普遍法律技术的历史语境，那么就没有矛盾了。

② 按照耶林（1858年，页353）的看法，形式是在素材之中的。

③ 从这里可以得出，法律专业技能不取决于或源自一头扎进素材所表达出来的诸细节。毋宁说它是对技术的一种训练有素的掌握。

④ “所有时空下的真正法学家说着同样的语言”（耶林，1858年，页326）。

⑤ 有趣的是，这种指涉何谓法律的特定模态便把法律体系与其实体分离开来。该悖论将伴随着我们对耶林法律形式性观念的考察。

可操作性

法律技术的要义在哪里，它的核心又是什么？它的要义在于促进审判。没有它的话，法律将缺乏适当的可适用性。这就解释了法律为什么必定承载着技术的烙印（同上，页 353），因为对社会施加影响是法概念的题中之意。不管法律的实体是什么，能在实践中得到适用是每个法律体系的一种“绝对理想”，确切地说是一种“高级伦理价值”（同上，页 339）。它的实现应当是“难以避免的”、势不可挡的和雷厉风行的（同上，页 335）。从根本上讲，这就是耶林对规范性的理解。规范的这种命令模态不过是它的通俗表达（同上，页 385 - 386）。

鉴于法律本身内嵌着的理想，亦即耶林所谓的“可操作性”，法律必定是自我指涉性的。法律拥有一种法律的方式来认识何谓法律，因为法律素材的规范性意义是根据可操作性准则建构起来的（同上，页 334）。就其核心而言，技术是纯形式性的。它关注法律获得实现的能力（同上，页 335）。^⑨ 可操作性是一个形式妥当性的问题，也就是说，它关心法律思想将法律素材转化为赋予偶然法律实体以生机的理性方式（合目的性）。^⑩

下文我将把法律技术的这一核心称为“法律形式性”，即使那不是耶林的术语。它代表关于某一情形中可以做什么或不可以做什么的法律沟通模式。从社会体系理论来看，法律形式性可被理解成体现为法律体系在运作上的自主性（卢曼，1993 年，

^⑨ 这样一来，既然形式内在于法律，法律形式性其实就是有关在法律的实现行为中（至少是当它成熟到一定程度时）“法律是如何思考的”。

^⑩ 不过，耶林在侃侃而谈时提到，技术的发展也依赖于法律的实体（耶林，1858 年，页 338）。耶林在第二阶段的作品中把这种实体称为目的（同上，页 337）。

页 62)。要是没有形式性，就没有法律。

实 体

法律技术的要义是帮助法律专家驾驭法律的实体（耶林，1858年，页 341）。然而鉴于前面的讨论，人们可能会困惑：到底能把这种实体设想成什么东西呢？实体是依形式的形象来创设的，这不就是形式性的要义吗？那么，要是没有指向可操作性的形式，怎么会有实体呢？

事实上，当耶林提及“实体”时，他考虑的不仅是那一大堆法律素材，例如一批完全未经整理的法院判决。他在一个地方似乎相当清晰地反思了这样一个问题：几乎未被法律指涉模式影响的实体可能是什么样的东西。在把他的建构主义作为法学的“高级类型”来捍卫时，他不吝笔墨地把它与所谓“低级类型”区分开来（同上，页 386-389）。这种低级类型的法学只关注法律技术的“初级阶段”，也就是对规则的解释以及通过使用原则来提取规则的一般意义。^① 参与并源出于解释过程的规范性建构物，亦即规则和原则，正是耶林在提到“实体”时所想到的东西（同上，页 387）。但这只说到了事情的一半。实体是分有形式性的法律沟通所指涉为“法律”的东西。这可能也是在先法学建构的结果。这么来理解的“实体”，便指示着一种相对而言有缺陷的概念整合模式，该模式涉及在指涉的时候法律想要达成什么。因此，“实体”最丰富的含义是某种假设的东西（参见：同上，页 361）。它是法律形式性阙如时法律样态的象征。这方面最明显的——同时也是假设的——例子，便是乱七八糟的狭隘

^① 有关“集中”，参见：耶林，1858年，页 379-383。

规则的过剩现象，这些规则支配着在蜿蜒的类推之路上遇到的各种特殊情形。

简化：建构体系

法律形式性支配着“单纯的实体”。对实体的支配是通过简化（同上，页 360）亦即通过减少复杂性来达到的。

简化既具有量的面向，也具有质的面向。在量上，一大堆素材被化约成某些核心元素。为此目的所使用的技术主要是“分析”和“集中”。^① 分析旨在将法律允许或命令的关系层面上屡次出现的规范性元素分隔开来，如意思表示、对价、错误等。只有当抽象元素已经屡次出现时，分隔才是可能的（同上，页 362 - 363），例如，在每一个合同中都存在对胁迫的例外。那么就可以将这种例外分隔出来作为合同法的一般元素。集中旨在使得规则的一般组成部分与原则相符（就此而言，它是一种“低级学说”的技术：同上，页 343、页 379 - 384、页 386）。

但耶林注意到，只有以质的简化为目标时，量的简化才是有意义的。如果按照单一模子来铸就（同上，页 345）进而成为一个体系并呈现出令人着迷的建筑学外观（同上，页 343 - 344），法律在质上就是简单的。要为实体塑造出具有体系性的外观，这里所涉及的必要操作被耶林称为“法学建构”（同上，页 346、页 384、页 397）。建构主义学说的操作，要求有想象力、发明力和创造力（同上，页 398）。学说演变为艺术。法学家表现得像建筑师一样。

在此，我要稍作停顿并思考，鉴于适用是一种涉及指涉特定

^① 专心于这种浓缩，是法律的低级类型的一个元素。

案件下的相应法律的过程，对适用而言建构意味着什么。对法律的指涉，显然是以对整个体系的影射或期待为中介环节的。对何谓法律的每一次指涉——事实上是以获取有关该法律的恰当体系位置的“供述”为目标对“实体”进行“拷问”（同上，页411）——是以对法律体系的指涉为中介环节的，而在指涉的那一刻法律体系仍在建构过程中。

通过将法律的实体转化为一个融贯体系的元素（同上，页402），建构所做的不仅是提供看待法律素材的另一个视角。法律被提升到一个“更高的形体状况”（同上，页388）。法律体系的本体论承诺因此改变了。以规则——其一般意义由原则来把握——形式表现出来的法律在实验过程中变得更富流变性（同上，页401），而且在该过程中规则的规范性以法律制度的样式获得了重新体认。而通过法律概念的使用，法律制度的意义也就变得可以理解了（同上，页387、页390）。^⑬ 最终，法律被转化为一个制度体系。

规范性因此通过形态的更改而得以保持。伴随着行动的相应法律后果，人们的可为或不可为绝不是一个简单的令行禁止的事情，而是立即被纳入对法律制度的描绘之中。比如，倘若某所有者的财产遭到他人的过失毁损，那么在毁损这一逻辑环节，私有财产权便转化为针对侵权人的损害赔偿请求权。在法律建构的过程中，涉及保护所有者利益的侵权责任的那些侵权法规则，被化约成一种法律制度的私有财产的一部分：在遭遇损害的情况下，针对侵权人的请求权取代了财产权。对于我这里的论述，研读过卡拉布雷西和梅拉米德的经典论文（卡拉布雷西和梅拉米德，1972年）的人或许并不陌生。事实上，按照耶林最初的计划，这种法律经济学不过是建构主义而已——事实上它兴许代表甚至

^⑬ 我曾提过，规则和原则是低级学说类型的规范性构造物。原则表示出规则的规范性内容。制度和概念则与高级学说相伴。

第二阶段的耶林都可能赞同的那种建构主义。在耶林最初的世界里，在制度由其体系位置来规定的范围内，法律概念意味着具有相应法律后果的法律制度。简言之，建构是对制度的体系性刻画，而与此同时，它又是通过使用法律概念将法律制度彼此区别开来的体系创造过程。

普遍的法律字母表

耶林有关形式性论述的费解之处，在于他使用了两种类型的隐喻，其一来自语言学，其二来自化学。有一处甚至隐含地涉及医学（“解剖学”和“药学”：耶林，1858年，页392）。^① 耶林把语言学和化学的隐喻用到量的和质的简化的中介环节，并因此确立起分析与建构之间的关联。

法律制度的建构手段是法律字母表。如果我正确地理解了耶林的话，该字母表是由法律概念组成的。字母表的“字母”，亦即概念，表示着完备的或不完备的制度（同上，页372）。^② 完备的制度是那些引起法律后果的制度。它们不需要与其他制度结合起来。反之，不完备的制度则被预设为要与其他制度并行以产生后果。例如，一则买卖契约是一项完备制度，一旦双方当事人缔约，就产生了履行的义务。另一方面，无效虽然就其自身而言是一个法律后果，却是不完备制度的一个例子（同上，页372）。无效预设着存在某种被判定为无效的东西，如承诺。不过这个例子表明完备性之归属是这样一个问题：不完备制度的哪种结合被

① 《罗马法精神》第一卷（耶林，1852年）中已经用上了“解剖学”和“生理学”。它们在《罗马法精神》第二卷第一部分（耶林，1854年）中再次出现，尽管只是以微弱的方式。

② 耶林谈到了自足的和不自足的元素。

赋予法律效果，亦即成为可在特殊法律体系内得到实施的结合类型。在我们的法律体系中，只有可能在某些条件下无效的承诺才算是一种完备制度。在概念层面，这样一种完备制度显然可能被分解成作为它组成部分的那些不完备元素（例如，“合意”以及表示错误和胁迫的情况）。

完备元素和不完备元素的区分是重要的，因为它与法律形式的普遍性相关。耶林也把完备元素称为“具体”元素，把不完备元素称为“抽象”元素。前者能够在特定时空语境中被赋予生命，而后者虽然依赖与其他元素的结合，却能够广泛适用（同上，页 370、页 372）。如果我对耶林的理解是正确的，建构的未来推进会要求将看起来完备的制度分解为不完备的制度（同上，页 375、页 393）。一种普遍的法律字母表，将从这样一种化约的推进中产生出来（同上，页 375）。普遍法律字母表的实现，不仅相当于选择自由的完善体系（我将在下文探讨这一点），而且会给出针对一切现存法律体系的相同分析框架。由于这样建立起来的普遍可转化性，我们便可以通过指明国家立法所认可的不完备法律制度的结合，来说明各国法律体系之间的差别（同上，页 376）。例如，在禁止奴隶制的法律体系中，合成为完备财产制度的那些不完备制度，不会与人身转让相结合。相反，与成为一个自然意义上的人具有法律关联的“自我所有权”，会与不可转让性规则并行。

法律元素之研究

耶林还把制度称为“法律元素”（同上，页 372、页 377 页、页 388），有一处甚至称为“原子”（同上，页 377）。事实上，

他的建构主义——这也被他称为“自然历史的方法”（同上，页 397）——的要点，是在讨论制度时就仿佛它们是化学元素，亦即可以说是能被创造、改变和毁灭的分子。例如，在建构财产这种“元素”时，就涉及对规范标的取得和转让的规则进行体系性描绘，以及识别财产能与什么元素结合起来。例如，财产可以与契约结合，但不能拿人作标的。耶林想提请人们注意这样一些过程，在其中由于逐渐增长的分化，新元素从旧元素中脱胎出来，从而增加了体系的复杂性。

显然这带来了如下问题：法律概念如何以及在什么方面被认为是在分隔法律元素？有人以为可以按照法律制度声称的目的来定义法律制度，耶林对此表示反对（同上，页 391）。法律元素可能有五花八门的实际用途，这样一来，可以想见的目的多样性将导致几乎无法给出定义。毋宁说，法律元素必须被理解为不可胜数的人类目标的实现手段（同上，页 392）。因此，对法律研究的正确理解，是把它看作“有关法律为生活目的而准备的手段理论”（同上）。于是，对法律元素的分类应当依从它们的“结构”——也就是主体、客体、行为、后果等——而不应当依从它们可能派上的用场。

这样一来，结论便是，融贯的法律制度体系是手段的王国。大多数情况下，法律后果的不同掌控着分化的增殖（同上，页 355）。其实，正是带着描绘现存实体和避免矛盾的目的对法律制度间的区别进行的工程筹划，^⑩ 为体系赋予了融贯性（同上，页 309 - 405）。描绘法律元素之间的区别，是建构主义事业的核心。

^⑩ 有关“建构机制”，参见：耶林，1858 年，页 407。

形式性的形式：选择的自由

所有这些可通过考虑如下这一点获得更好的理解，即把法律制度构想成“各种元素”，它是由特定的终极事物所催生的。换言之，建构主义除了促进审判还有另一项主要旨趣。耶林有关完备体系和不完备体系的体系，归根结底是一种权利体系（同上，页393）。元素被设计用来说明那些掌控权利创设、变更或中止的条件。元素要么是权利自身，要么至少是用于恰当地创设和保护权利的不可或缺的组成部分。权利毕竟是能够服务于多重目标的手段。就此而论，耶林谈到“手段的理论”是完全准确的。

因此，从事法律建构就是要把法律描述为一种权利体系。在19世纪的法学家眼里，这样的体系本质上是一种有限选择自由的体系。例如，主体通过行使他们权利的能力，比如缔结契约的能力，可以实现或协商获得稀缺条件下他们想要的东西。主体被赋予转让物品的能力，还被赋予从事特定活动的自由。再者，权利赋予权利持有者一种自由裁量权，以决定其是否想要维系受保护的利益。从最根本上讲，权利体系是与权利持有者之选择自由相对应的体系。法律体系的要义是从法律上尊崇人们的有限选择。^①

^① 这无论如何乃是耶林对他那个时代的法律理论的重构。参见：耶林，1871年，页320。

建构主义的自我批判

参照上述背景，我们或许就能弄清耶林为什么后来对建构主义持这样一种批判的态度。他的批判——最早出现在《罗马法精神》第三卷（耶林，1871 年）和一本杂文集（耶林，1884 年，页 6-17）里——有两个维度。一个维度显而易见，因此经常有人提起，而另一个维度更为隐蔽且令人惊讶地常被人忽视。

第一个维度涉及耶林对演绎推理的冷嘲热讽。我们可在《罗马法精神》第三卷里读到，耶林把如下观点痛斥为胡说八道，即某些法律限制出自“概念上的必然性”或“不可能性”。有关法律制度或概念所生“逻辑结果”的主张，是法律形式性的副产品。一旦我们把法律元素分隔开来，并且（甚至更重要的是）诉诸法律概念对其加以描绘，它们便凭借其属性而体现出某种不可变的本质。这样一来，如下情况便是“不可思议的”，即动产占有者可以仅靠新旧占有者之间的合意进行变更而无须转移对标的的物理控制，因为“占有的概念”或“占有的本质”要求物理控制。耶林非常怀疑这种演绎推理。就因为法定权利的自愿转让与债的确切含义（被理解成两造之间的法锁）相冲突所以该转让一般而言是不可能的，这样的主张显然很荒唐（耶林，1871 年，页 310）。这种“逻辑膜拜”和法律推理数学化的做法，出自对法律本质的误解。不是生活从属于法律概念，相反，是法律概念服务于生活的利益。^⑩ 逻辑顶多算是在没有对事实情形之异同进行较为周密分析时得到结论的有用权宜；尽管如此，我们务必用我们的道德情操和实践理性所指示的东西来不断审核出自法律概念的推论。

^⑩ 这话的德文是：“Das Leben ist nicht der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Lebens wegen da.”（耶林，1871 年，页 312）

这样来理解的话，有关一种利益或原则高于另一种利益或原则的评价，是法定权利的真正渊源（同上，页 312-314）。

但是实践理性为什么应当具有相关性呢？这不是在纵容低级法学推理吗，不等于从崇高的建构主义堕落到笨手笨脚的肆意解释吗？但我们不应忽视，合目的性建构的实践衡量尺度可以从建构主义议程之内合法地主张其相关性。这就是耶林的批判的第二个重要维度。上文我已经提到过，对作为建构主义者的耶林来说，法律是一套权利体系。尽管如此，他所争辩的要点是，他那个时代的法学家和哲学家误解了权利，他们只是简单地把权利当成了赋予或限制选择自由的工具。耶林说，在他同时代人的眼中，权利体系掌控着这样一些条件，一个人选择欲求的东西据此应被视作具有法律约束力的意志行为。耶林花了一些笔墨解释说，单纯将意志转化为有约束力的法律行为，这是错误地看待权利观念的方式。事实上耶林认为，将权利体系的要义化约到为有限选择自由条件下的任何自由选择物赋予法律约束力，这是站不住脚的观点（同上，页 326）。如果除了请求者支配他人的愿望（“精神性的法律享受”：同上），即便没有任何利益可以归于请求者时选择也引发一项请求，那么法律推理就是在鼓励单纯地享受一个人自己的社会能力。法律被扭曲为压服的工具。结果，选择自由的无羁行使消损了“真正的自由”。众所周知，耶林建议将权利构想为法益，而非给予源自深沉人类意志的东西以应有认可这样一种主要模式。正是为着所满足的利益和需要或（更宽泛地说）所产生的效用时，才能限制选择自由的行使。

我的叙述到此为止。耶林对道德上漠然的建构主义的驳斥，可被理解成源自对法律形式性的内在批判。

我再补充一句，自耶林以来德国民法传统便维系着与其建构主义遗产的起伏关系。形式性的内部结构纵然魅惑人心，其使用却一直受到合目的性推理以及利益与社会关怀之平衡的监控（Esser, 1970 年）。

参考文献

- Calabresi and Melamed. 1972. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harvard Law Review* 85:1089 – 1128.
- Esser. 1970. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt: Athäneum.
- Jhering. 1852. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 1. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- . 1854. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 2, 1. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- . 1857. Unsere Aufgabe. *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 1:1 – 52.
- . 1858. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 2, 2. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- . 1871. *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. 3. 2nd. ed. Leipzig: Breitkopf & Härtel.
- . 1884. *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*. Reprint, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Luhmann. 1993. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp.
- Paulson. 1992. Supplementary Notes. In Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*. Trans. S. Paulson and Bonnie Litschewski Paulson. Oxford: Clarendon.
- Somek. 1992. *Rechtssystem und Republik. über die politische Funktion des systematischen Rechtsdenkens*, Vienna: Springer.

谱系学与法理学

——尼采、虚无主义与法的社会科学化

[美] 玛丽安妮·康斯坦伯 (Marianne Constable) 著

刘 鹏 译

在《偶像的黄昏》一书中，尼采展示了一种亦可被读作某种法理学史的形而上学史。尼采表明了那种“真正的”(real)或“真实的”(true)的理想世界是如何——经由柏拉图主义、基督教世界(Christendom)、康德主义以及功利主义——让位于某种“显明的”(apparent)现象世界，这种现象世界本身最终引发了人们进一步的反思。本文表明，作宽泛解释的20世纪法律思想是如何也从法律的诸理想转向某种将法律当作可观察的社会现象这一理解的。本文贡献了如下启示，即法律思想中向“显明”世界的这种转向提出了与尼采在《偶像的黄昏》中所提出的诸多相似问题：社会学的法律(sociological law)

是指向了一种对西方法律传统的虚无主义解构抑或超越这一法律传统的令人愉悦的可能性？

“真正的世界”如何最终成为一种寓言^①

——关于一个谬误的历史

1. 真正的世界，对于那睿智的、虔敬的，亦即有德性的人乃是可达致的——如此这般的人寓于其中，他即该世界。^②

（关于“真正的世界”这一理念相对合理的、简明的、令人信服的最古老形式。誉自“我，柏拉图即真理”这一命题。）

2. 真正的世界，对于当下乃是无法达致的，但却许诺给睿智的、虔敬的，亦即有德性的人（“许诺给忏悔的罪人”）。

（“真正的世界”这一理念的发展：这一理念变得更精细、更诱人、更加难以理解——它变成了一个女人，也就是它变成了基督教的……）

3. 真正的世界，无法达致、无法证实，是不能被许诺的，除非只被看作某种慰藉、某种义务，亦即某种命令。

（在根本上还是那同一个古老的太阳，但却是透过薄雾和怀疑论而放出光芒；“真正的世界”这一理念变得崇高、苍白，北方式的，科尼斯堡式的。^③）

4. 真正的世界——是无法达致的？在任何条件下，都从未达致过。并且如果从未达致，也就是未知的。因此，也

① [中译者按] 这里作者引用 Hollingdale 的英译本所使用的是英文“*Myth*”一词，但在后文中作者使用的英译本引文用的则是“*Fable*”一词，并附上了德文原文，所以本译稿全文统一采用“寓言”这一译法。

② [中译者按] 原文中用采用斜体予以强调的内容，本译稿采用加楷体字以示强调。

③ [中译者按] 这里尼采暗讽住在柯尼斯堡的康德。

就不存在慰藉，不存在救赎，不存在义务：我们怎能对某种未知的东西负有某种义务？

（拂晓泛灰。理性首次困倦。实证主义的报晓。）

5. “真正的世界”——一个不再具有任何用处的理念，甚至不再是一种义务——一个变得无用、多余的理念，因此是一个被驳倒的理念：让我们废除它！

（天大亮；早餐；快活和良感 [bon sens] 的回归；柏拉图因羞愧而脸红；所有的自由精神进入狂欢。）

6. 我们已经废除了真正的世界：剩下的是什么世界？可能是显明的世界。……但是，不！我们已经将显明的世界连同真正的世界一并废除了！

（正午；影子最短之时；该最长谬误之终结；人类的顶峰；查拉图斯特拉登场。）

——弗里德里希·尼采^①

“当你把龙从其洞中拖至平地并置于阳光之下，你就可以数清它的牙齿和爪子，并且知道它的力量究竟有多大。但是把它从洞中拉出来仅是第一步。下一步要么杀死它，要么驯服它并使之成为一个有用的动物。对于法律的理性研究而言，现在的胜任者或许是熟稔文本的学究，但未来的胜任者则当属深谙统计学之人和精通经济学之士。”^② 1897年1月，在一次献给波士顿大学法

^① Friedrich Nietzsche, *Twilight of the Idols*, 40 - 41, trans., R. J. Hollingdale (London: Penguin, 1968), 译者的脚注已省去。对该书原文的页码引用已在本文的圆括号中注明。

^② Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law,” 10 *Harv. L. Rev.* 457, 469 (1897). “Black letter law” 以一种带有某种贬损意味的方式指涉法律教义。“这一术语来自一种已被长久放弃了的惯例，该惯例运用一种哥特式的铅字样打印普通法作品，因此一位 Black letter lawyer 乃是普通法传统中的一位饱学之士，并且顺理成章的是，法律和法律推理的一个主要要素就是尊重传统。” A. W. B. Simpson, “Law Reasoning Anatomized,” *Law & Soc. Inquiry* 639 (1988).

学院新讲堂的致辞上，奥利弗·温德尔·霍姆斯如是说。

对于我们这些生活在一个具有环境意识而没有龙的时代的人而言，可能会对如下问题感到好奇：为什么霍姆斯一定要以某种方式处置一条龙呢？我们会问：为什么不让设想中的龙躺在洞中呢？然而，对传统的被动接受——该法律传统，如果不是该神话故事传统——恰恰是最高法院大法官霍姆斯所不允许的。对于霍姆斯而言，那条龙即指法律，必须要么被除掉要么被变得有用，而担当此任的是那位社会科学家。

在距霍姆斯致辞 100 年后的今天，霍姆斯关于法律与社会科学联姻——即使并不总被认为是一场“爱的结合”^⑥——的宣言敦促着人们获知：法律那条龙如今变成了什么样子？虽然霍姆斯对当时的某些法律状况口诛笔伐——他视这些状况为法律规则的形式主义和从现实惯例中接受法律之做法所带有的偏狭，我们当代的论者却视如下状况显而易见：

法院经历了一场名副其实的革命；这些法院现在不仅造法，而且还制定社会政策，并且现在的公共机构几乎没有一个领域仍能免于法院的有效行政监督。人们典型地基于各种立法事实或社会事实来预测司法活动。因此，在过去的 20 年（现在是 35 年）间，社会科学和法律的关系不仅变得亲密起来，而且已经得以常规化。^⑦

情况似乎是法律这条龙已经被驯服，并且经由社会科学的力

^⑥ John M. Wisdom, "Some Remarks on the Role of Social Science in the Judicial Decision-making Process in School Desegregation Cases," 39 *Law & Contemp. Prob.* 142 (1975), cited in Michael J. Saks Charles & H. Baron, eds., *The Use/Nonuse/Misuse of Applied of Social Research in the Courts* 12 (Cambridge, Mass.: Abt Books, 1980) ("Saks & Baron, *Use/Nonuse/Misuse*").

^⑦ Paul L. Rosen, "History and State of the Art of Applied Social Research in the Courts" in Saks & Baron, *Use/Nonuse/Misuse* 11.

量而变成了社会科学的佳偶。

但是，让我们更加仔细地检视一下法与社会科学的关系。从某个角度看，二者之间确实显现出某种亲密合作：法律意见往往参照了社会研究；社会科学家们在法庭上以专家证人的身份作证；法律人在陪审团选举方面依赖各种社会科学顾问；法律学生修习数量方法方面的课程；各种法律期刊刊登关于审判室里的数量经济学方面的文章；并且社会科学家和法律人对审判室里社会科学研究的各种误用和滥用感到痛惜，从而对如何提高对社会科学的法律运用作出解释。

然而，从另一个角度看，人们或许会问：是否这亲如一家的这一幕是表里如一的？各种法与社会科学期刊上的大量文章继续指出：司法决定的作出者单方面地不受社会研究的影响。^⑧ 进而，为诸多社会研究者、法史学家以及某些律师和法哲学家所采纳的实然与应然之间的界分似乎将关于证实和描述各种事实和价值的科学或理论关切与关于应当做什么的法律和实践关切分离开来。换言之，那套“实然问题”——“法律是什么？”以及“为什么不同个体和社群遵守法律？”——自孟德斯鸠以来各种理论家和研究者所致力研究的问题，区别于“法律应当是什么？”以及“为什么人们应当遵守法律？”——某些法律执业者和法哲学家所一直关切的“各种应然问题”。

更有甚者，近来对实然/应然之区分的各种挑战——在某些论者看来这一区分与社会科学和法之间的分离相平行——增添了如下感觉：无论是常规化合作抑或严格的分离都不足以捕捉法与社会科学近来关系的复杂特征。诉诸尼采的著作能使人们开始抓住那些复杂性并开始思考 20 世纪美国法律思想中法与社会科学之间关系的某些内在困难。此处谈到的“法律思想”可以被宽

^⑧ See, e. g., J. Alexander Tonford, "Law Reform by Courts, Legislatures and Commissions Following Empirical Research on Jury Instructions," 25 *Law & Soc'y Rev.* 155 (1991).

泛地解释为包括了法律理论与法律哲学，法律教义，以及关于某种法律的社会理论和社会研究，这种法律乃是在社会学、社会心理学、政治科学、经济学、史学和人类学的支撑下得以发生的。有人提出这样一种论辩，即虽然在某种意义上上述这些领域被公认为是迥然相异的，然而在这些领域中一种对法律特有的现代理解形成了，这种理解将被冠以“社会学的”之名并且将被展示出来以对应某个时代的“实在法”，尼采的著作为理解这个时代提供了洞见。

本文的要旨本身并不属于社会学的。而是，本文将现时代中的法律这一问题看作是一个法律的种种现代理解从中产生的历史可能性问题。但是本文亦非智识史，这不仅是因为本文并不寻求评论法律中或关于法律的学术中所持有的对法律已然或可能表达的各种观点，还因为本文赋予 20 世纪法律思想的这种“分期”结构不应被理解为关于年代表的一个严格主张，而毋宁被理解为有助于以哲学的方式关注当下的各种可能性。

正如彼得·波考维茨（Peter Berkowitz）所言，对于法律工作者（jurists）和法理学家（jurisprudes）而言，当今哲学地提出这一法律问题最为常见的一种方式区分作为实然法律的实在法和应然的法律。波考维茨继续谈道：“这一简单、初步的公式使得如下这一问题开放出来：实然的实在法与应然法之间的冲突性后果，即城邦法（the law of city）与神法之间的冲突性后果，亦即人类正义与依照自然何谓正当或由理性所支配的何谓正当之间的冲突性后果。”因此，这一问题被移交给发生在实证主义者和自然法学家之间的一场争论，对此波考维茨写道：“在实然的或生效的法与应然或应当统治的法之间的这一区分构成了一系列广泛又迷人的观点的基础，这些观点与正义、善和智慧之起源或根基有关。”^① 正

^① Peter Berkowitz, “On the Laws Governing the Free Spirits and Philosophers of the Future: A Response to Nonet’s ‘What Is Positive Law?’”, 100 *Yale L. J.* 701, 703, 704 (1990).

如前文所示，由于本文的关切并不在于为法律或正义立基或使法律或正义建立在牢固的基础上这样的问题，而毋宁是要理解现时代的法律并思考它的某些内涵，因此本文并不参与这一为人熟知的自然法/实在法论战。而是要展示今天关于法律貌似林林总总的现代观念是如何在不同的意义上无一例外地把法的本质当作社会建构——置身于社会之中的人的创造，亦即人之意志的产物。

借用尼采简要而著名的形而上学的六阶段史，在《偶像的黄昏》中这六阶段史被直译为“‘真实的世界’如何最终成为一个寓言”[Wie die “wahre Welt” endlich zur Fabel wurde]或“关于一个谬误的历史”，本文一方面旨在向法与社会科学领域中不熟悉法与社会科学关系的人表明法与社会科学的关联方面，另一方面旨在贡献一种有关尼采思想与法之相关性的理解。具言之，本文表明了20世纪的法律思想——这种法律思想尽管可能是破碎的，但它经常追溯它的动力（倘若不是它的起源）至霍姆斯的洞见——是如何与尼采形而上学史的最后几个阶段相对应的。尼采形而上学史的前五个阶段可以被当作是对如下道路的勾勒：在这条道路中法理学像形而上学一样，一直长期经由理性在寓于某个“真正世界”（wahre Welt）的各种真理中寻求自身的根基，这个“真正世界”外在于，超越于（meta），甚至与这一世界（this world）的“生活”相对立。正义分别取决于城邦睿智公民的美德，取决于具有不可获致的彼岸世界（world beyond）之神性的自然法，取决于康德绝对命令的道德法则，取决于经验主义者和功利主义者的实在法，以及取决于经济学家和哲学家们的社会政策和分配正义。对尼采而言，力争这样的正义表明了一种逃离自身状况的需求和欲望，就如同一个人转向一个幻想的更好世界，这个世界被信为“真正的”。但是在尼采看来，在形而上学史的每一阶段，在其“趋向真理的意志”之中摧毁种种虚无主义生命——否定幻象的理性尝试只不过错误地导致了下一阶段幻象的开始。

在尼采看来，理性谬误史的终结，亦即形而上学史的终结在于虚无主义——在于不仅彻底废除经由理性错误建构起来的各种“真正”世界，还彻底废除与这些“真正”世界相辅相成的“显明”世界。对尼采而言，这种虚无主义带来了超越虚无主义的令人愉悦的可能性。这种双重废除类似于批判法学运动的转换视域和实用主义以及解释法律思想对实然与应然之区分的否定、对理论的与实践的之区分的否定，对可观察的或显明的与“真实的”和“真正的”之区分的否定。^⑩ 但是如下问题仍然存在：是否可以在当下法律思想中发现这一超越虚无主义的令人愉悦的可能性，正如用尼采的话来讲，这种令人愉悦的可能性废除了以“真理”或“实在”名义出现的“真实世界”或“真正世界”。^⑪

因为，一如我们所将看到的，在法理学史的第四和第五阶段，法的社会学接管了如下任务：抓住种种现象或表象中的所谓实在。正由于此，法社会学的知识开始构成关于知觉和信念的“真理”。并且由于法社会学关注表象，所以正义便不再是关注的对象。不论是设立基础抑或宣称设立基础之不可能性，社会学的确提供了通往某种法律的进路，这种法律从对正义的关注中抽身出来并和“诸社会现实”勾连起来，有关这些“社会现实”的法社会学自发地提出质疑。应当注意：对于尼采而言，“真正

^⑩ Hollingdale 指出将德语“wahre Welt”（引自《偶像的黄昏》中的那一标题）译作“real world”和将“Wahrheit”译作“truth”之间的关联。Nietzsche, *Twilight* 40, translator's first footnote.

^⑪ Joseph William Singer 写道：“近来，法律学者们广为谈论虚无主义。这种情况在法学教授的对话中要比在学术作品中更为显见。当在法学期刊中的确出现对虚无主义的指涉时，这些指涉是含混的且通常只是一带而过。”他指出：“我并不试图用哲学家们使用虚无主义一词的方式来使用这个词。这些哲学讨论与法律理论家们对‘虚无主义’的当下论争无甚关联……这些理论家（包括我自己）没有一个非常关注那一哲学作品《偶像的黄昏》，至少就他们出版的作品来看是这样。”Singer, “The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory,” 94 *Yale L. J.* 1, 4 text at n. 7 (1984). 与之相反，通过展示关于现代法之虚无主义的论争与法的社会学研究之间的联系，本文以有关尼采使用“虚无主义”的哲学讨论的方式使用虚无主义一词。

的”世界对应着人们通常所说的“理想的”世界；“显明的”世界对应着现在多为人们所称为“现实”的“现象”世界。由此，有关法律的现代思想发现了自身所面对的尼采形而上学史之最后阶段的难题：“但是，不！我们已经将显明的世界连同真正的世界一并废除了。”

接下来，本文的第一部分通过对《偶像的黄昏》篇首的细读为作为一种法理学史的尼采形而上学史提供了一个初步的引介。本文的第二部分通过各种关联（references）阐明了这种形而上学史第四和第五阶段的展开，这些关联将20世纪早期法律理论的种种关切与尼采关于“真正的”（超感知的并且现在被当作理想的）超越世界与显明的（现在常常被当作“真正的”）现象世界的理解勾连起来。本文的第三部分从几个现代例子着手来描述法与社会科学，应然与实然，真正世界与显明世界的当下关系。这些例子显示了社会学的法与法律思想的各个面相，正如尼采形而上学史第五和第六阶段的形而上学，这些法律思想暗示了一种特殊的虚无主义。本文的第四部分处理现代法的不同可能性问题。

尼采的问题

在尼采的《偶像的黄昏》一书中，“关于一种谬误的历史”出现在“苏格拉底的问题”和“历史中的理性”这些篇章之后。这一谬误史的前四个阶段对应着尼采所理解的柏拉图主义、基督教世界、康德主义以及实证主义或经验主义。这里的每一种教义或“主义”都有一种属于它的特定真理、正义和实在，这种特定的真理、正义和实在充当了“这一”世界的基础。“生命”与感觉的世界，即生成的世界、毁灭的世界、变化的世界、时移的世界，亦即繁衍与生长的世界被看作无价值的、次要的，仅是表

象。在尼采看来，正当各种“真正世界”提供指导此世生活的表面标准的时候，这些被守持其教义的哲学家和教士们当作基础来判定这一世界的“真正世界”乃是“道德—视觉的幻象”（moral-optical illusion [s]）——它们被从与显明或现实世界的对立当中构造出来。在尼采看来，受这些真理或真正世界的吸引使得我们“通过‘另一种’即‘一种更好的生活’的幻觉效应在人生方面报复我们自己”（页 39）。对尼采而言，在某种真正世界与某种显明世界之间的划分本身乃是“衰退生命的一种症状”，亦即一种如下生命的症状：这种生命无法依靠自身得以旺盛，并且在这种生命中，幸福和本能不再合而为一。（页 39、页 34）

在尼采看来，苏格拉底乃是对上述状况作出诊断的开山鼻祖，亦即他第一个预言了什么“已经开始成为迫切的普遍要求：人不再是自身的主人，亦即各种本能之间正变得相互敌对”。苏格拉底为治愈本能之专断所发明的那种表面治疗已经变得扭曲，这种治疗即理性之反专断，成了古希腊人最后的权宜之计。尼采宣称，当时的古希腊人“只有一个选择：要么衰败，要么——孤注一掷地理性（be absurdly rational）。”（页 33）

于是柏拉图对苏格拉底公式般的效仿——“理性 = 美德 = 幸福”——表明了一种病理学状态下的道德主义，在尼采看来，这必然是一种既由颓废构成又被颓废信仰的道德主义，在这种颓废中柏拉图也找到了他自己。柏拉图和其他追随苏格拉底的哲学家、道德主义者“想象：通过对颓废开战，他们自己可以由此逃避颓废”。然而，尼采继续谈到，“这超出了他们的能力：他们选作一种权宜之计亦即选作一种解救的东西，其本身不过是对颓废的另一种表达——他们改变了颓废的表达，他们根本没有取消颓废本身”（页 33 - 34）。因此，对尼采而言，苏格拉底——被视为传受理性的拯救能力——乃是“一种误解”。的确，

包括基督教在内，改善（improvement），整个这种道德

一直以来都是一种误解。……最刺眼的阳光，即不计代价的理性（rationality at any cost），即明媚的、冷冰冰的、谨小慎微的、有意识的生活，亦即舍弃本能，敌视本能，其本身只不过是某种形式的疾病，或者说是另一种形式的疾病——绝非返回“美德”“健康”以及幸福的路径。……不得不与自己的本能搏斗——这乃是颓废的公式：只要生命在不停向上攀升，幸福与本能就是一。（页 34）

接下来，对尼采而言，“苏格拉底的问题”不仅对应着作为问题的苏格拉底，而且对应着由苏格拉底——他的一生伴随着把理性误当作救星^⑫这种可能性的出现——引入的问题，还对应着由苏格拉底诊断的问题，即表征早期高贵雅典时代之终结的虚弱和颓废。在早期高贵雅典时代，权威一直是“公认惯例的一部分”，并且人们不诉诸理由而是发布命令。尼采写道，“不论在哪里权威都仍然是公认惯例的一部分，并且人们不‘诉诸理由’而是发布命令。”“那位辩证论者（dialectician）乃是一种小丑：人们嘲笑他，并不认真看待他。苏格拉底就是那位使自己得到认真对待的小丑：当他使自己被认真看待时，真正正在发生的是什么？”（页 31）

让我们把现在人们对苏格拉底的敬意与对待瑟赛蒂兹（Thersites）的态度对比一下，后者是《伊利亚特》第二卷所描绘的一个“骂骂咧咧、喋喋不休的人”。与苏格拉底相似，瑟赛蒂兹既放肆又丑陋。在与特洛伊人战争的某一刻，当爱琴海的英

^⑫ 在尼采看来，苏格拉底自己很可能认识到理性不是救星。尼采写道，“所有自欺者中最精明这位”的“赴死勇气”的“智慧”：“苏格拉底想要死——雅典人并不想这样，正是苏格拉底自己拿起了毒药之杯，……‘苏格拉底不是救治者（physician）’，他对自己柔声说：‘值此情形之下，独自赴死乃是一种解救（a physician）。……苏格拉底本人只是一种流传已久的疾病……’”（Nietzsche, *Twilight* 34, ellipses in original). See also Plato's *Crito and Phaedo*.

雄阿伽门农与阿基里斯产生内讧时，瑟赛蒂兹，这个曾经批评过奥德修斯和阿基里斯的人，大肆嘲讽阿伽门农对女人和黄金的贪婪并号召爱琴海的部队放弃战争、返回故土。奥德修斯斥责了瑟赛蒂兹，警告并殴打他——士兵们对此放声大笑。¹³ 今天——被某些人精准地勾勒为一个所谓权威危机的时代——人们对待现代瑟赛蒂兹们的这种认真——与古希腊相反，被肯尼斯·伯克（Kenneth Burke）一语道破：

那么，瑟赛蒂兹有何了不起？

他鄙视他的整个部落

（被权力、智慧和英雄的爱所奴役，所有这三者：对应着阿伽门农、尤利西斯¹⁴和阿基里斯），

造就他的那位吟游诗人憎恶他，

最污秽的人，出言反对这场史诗战争？

瑟赛蒂兹有何了不起？

致敬——

向圣徒瑟赛蒂兹。¹⁵

柏拉图的《游叙弗伦》（*Euthyphro*）——毋庸置疑 19 世纪尼采对该对话的熟悉程度要远胜于对 20 世纪伯克著作的熟悉程度——已然表明尼采所理解的古希腊高贵之崩溃以及使苏格拉底成为“必然”的各种条件。在这篇早期对话中，苏格拉底和游叙弗伦在法庭的台阶上彼此相遇。苏格拉底被指控不敬神——腐化雅典的青年并创立新神。游叙弗伦则正在控告他的父亲允许杀

¹³ Homer, *The Iliad*, Loeb ed., Book II, lines 211 - 277.

¹⁴ [中译者按] 尤利西斯是奥德修斯的在拉丁文语境中的名字。

¹⁵ Kenneth Burke, *Language as Symbolic Action* 110 - 11 (Berkeley: University of California Press, 1966), citing his own *Book of Movements* 25. 我感谢 Fred Antczak 让我注意到另一个文本中的这一段落。

死另一奴隶的这名奴隶在等候其惩罚的过程中去死。游叙弗伦宣称自己正在做的是虔诚之事，苏格拉底请求游叙弗伦在虔诚方面指点自己，为的是他或许能够和那些自己的控告者据理力争，为自己辩护。苏格拉底的提问清楚地表明了游叙弗伦不能为虔诚提供一个可辩护的定义。虽然晚近的一些学者指出，对话的此处最终缺少一个就苏格拉底而言关于虔敬的令人满意的定义，同时指出苏格拉底的提问方式旨在主张：就听者/读者而言，苏格拉底的对话产生了怀疑论——如果不是就游叙弗伦而言，他确实看上去似乎有点愚钝——但尼采的文本将暗示出：苏格拉底一旦登场，早期雅典人诸价值的变质和伴随这种变质的怀疑论就业已开始了。也就是说，在尼采看来，“高贵的”游叙弗伦起诉他父亲这一诉讼情形表明了一种尼采将之与古希腊人相勾连的更为古老的权威和传统的在先崩溃。

尼采确实承认，作为辩证论者，苏格拉底的确拥有一种“冷酷的（pitiless）工具”，借助这种工具，一个人可以戏弄僭主并让自己的对手“证明其并非一个白痴：[这位辩证论者]激怒了对手，与此同时使对手感到无助。这位辩证论者使其对手的智慧油尽灯枯”（页32）。但是在尼采看来，将辩证法作为一种武器并被迫给出理由的这一选择仅在如下条件才会发生：人们“再无其他武器可用：人们必须增强自己的权利：否则一个人不会使用辩证法”（页32）。对古希腊人来说，拥抱显明的苏格拉底的“治疗”并且寻求通过理性来主宰各种本能的这种做法，对尼采而言，意味着古希腊人的“本能”已经陷入如此混乱不堪，以至于“人不再能主宰自己”（页33），也就是命令和服从不再合而为一。这种命令与服从的分离与各种本能的紊乱和退化同时发生。这种本能的紊乱和退化使得理性成为必然，因为没有理性，相互对抗的各种本能将会摧毁自身。于是，理性与作为命令者的意志这一问题的出现相依相随，并引入了如下一系列二元划分：实然与应然，显明世界与真正世界，实在法与更高法（higher law）。

接着，在“苏格拉底问题”之后出现了源于“哲学中的‘理性’（Reason）”的一系列界分：各种显明世界与真正世界，感觉与概念，生成（becoming）与存在（being）。尼采声称，在每一对界分中，理性在如下两个意义上赋予后者特权：作为因果关系上的起因和作为善，因此后者是“道德的”。尼采写道：“我们支持理性的偏见迫使我们假定统一、同一、持存、实体、起因、质料。”这种“谬误”乃是被逻各斯所鼓吹的，即被“行为和行为者”这种语言所提倡，或被主语和谓语的语法所提倡，在这种语法中处处可见在其关于“作为一般起因之意志”的理解中对命令和服从的界分，并且这种语法将其对意志的信仰投射到一切对象上。也就是说，通过把一种对意志的信仰强加给这个世界，这种语言或理性的形而上学假定了“自我—实体”（ego-substance）并创造了“存在”（being）这一概念，与对待意志相同，这种语言或理性的形而上学把构成起因的权力和价值赋予了“自我—实体”和“存在”概念。同样，这种形而上学也创造了对尼采而言最宏大的概念“上帝”。上帝作为最高意志存在（Supreme Willing Being）既是其自身的起因，又是最真正的存在。尼采宣称：“在这一开端，伫立着最致命的谬误：意志乃是产生某种效果之事。”（页 37-38）

在《偶像的黄昏》稍后的一节中，尼采讨论了这种将意志当作起因的谬误——进一步分崩为四大谬误，这里无须展开。人们只需注意，通过瞄准这种谬误的开端，尼采指出了苏格拉底及其思想不是颓废的起因而是颓废的“症状”。（由此，被米歇尔·福柯这样的晚近作家所采用的所谓“谱系学”的历史方法才得以引入。）“‘真正的世界’如何最终成为一个寓言”的第一阶段似乎是接着“位于开端”的这种谬误——而不是这种谬误的结果——在这种“位于开端”的谬误中，意志被用来产生效果。^⑩

^⑩ 下文未作注释的引用乃是出自本文开篇所引用的尼采著作的节选。

(甚至连“接着”这样的语言也是成问题的，因为在尼采历史中的任何给定阶段，特别是正如在本文的第三部分可以清楚地看到，总是已经瓦解为下一阶段或最后的阶段。)

尼采写道，在第一阶段，理性提供了通往某种“相对合理”的实在或真理的进路，在这种进路中，柏拉图的“理念”(eidos，通常被译作“形式”)虽然作为一个可理解的知识对象，但尚未采取命题的形式。真理和正义位于生活在城邦中的睿智且有德性之士所及范围之内。但是柏拉图已经认为，德性必然伴随着某种特定种类的知识或理性，并且德性不仅在于正当的行动。尼采写道，柏拉图“已经将‘善’的概念当作最高的概念”；“在现实面前，柏拉图是一个懦夫，结果，他逃进理想当中”。尼采写道，由此看来，柏拉图可算作“先驱式的基督徒”，并且，在基督教品格最致命之处，柏拉图就是那种被称为“理想”的含混性和迷人性，这种“理想”使得如下事情成为可能：“古代那些更高贵的品性误解了自己并踏上了通往‘十字架’之桥。……那么在‘基督教教会’这一概念中，在基督教教会的结构、体系和实践中，有多少仍属于柏拉图的成分。”(页 106 - 107)

尼采继续写道，基督教教会所寻求的正义在此岸世界是无法获致的；在第二阶段，基督的救赎承诺将正义和正当移交给彼岸世界。正义不再取决于公民的德性而是取决于某种神法或自然法。但是在尼采历史的第三阶段，正如康德所指出的，“神的……”和彼岸世界既无法被证实也无法被许诺。即便如此，经由对道德之可能的诸条件的思考，康德设定了道德律。他将道德理解为义务或责任，即理解为个体的绝对命令。通过融入被公认为不可知的物自体的本体世界，这些个体乃是值得被尊重为“目的本身”的意志主体，而不仅是受表象之现象世界的因果律所支配的经验存在。正如上帝赋予的意志自由构成了任何如下判断之可能的的基础——关于基督原罪者之罪的判断，某种“知性自由”(intelligible freedom)构成了康德“良善”意志的基础。(在康德

的“神的意志”中，与之相对，人们可以发现某种命令和服从的统一，这种统一使得道德自由与道德必然或道德责任变得无甚关联。并且，这种统一与尼采所勾勒的早期雅典人的权威具有相似性。^① 尼采写道，对康德而言，由于上帝不再“赋予一个人其品性”，人类意志之善的光芒只能无力地“穿透薄雾和怀疑论”；取而代之的是，“他自力”为之。（页 54）也就是说，在尼采对康德的解读中，人自身自由地意愿“善”，或者用康德的话来说，理性活动为自身立法。

对于尼采第四阶段的“实证主义者”而言，留待他们去做的是指出康德的道德律——如同神法，康德自己承认神法是不能被人的理性所获致的——不能充任此岸物质世界之个体的一项指导原则；康德式的义务在经验上仍然是不可知的。^② 与康德相对，经验主义提供了一条通往某种法律的进路，这种法律外在地植根于经验。可以这么说，实在降身于尘世，感觉的地位在评价当中有所上升，正如功利主义，喜爱科学知识（页 36），这种科学知识接受“感觉证据”，即通过诉诸感官快乐的可欲性和感官痛苦的不可欲性来确定通往尘世幸福的手段。人们将不在彼岸世界而是在此

^① 在康德看来，命令乃是“表达如下二者之间关系的公式，这二者即为：意欲之客观法则与这种或那种理性存在的意志——例如人的意志——之主观不完善”。对于人而言，“仅理性自身尚不足以确定意志”，因为“意志也要面对各种主观条件（某些冲动），这些主观条件并不总与那些客观条件协调一致”。因此对于人而言，“被认作客观必然的行动在主观上乃是偶然的，并且依据客观法则来决定这样一种意志乃是必需的。”（页 80）然而与之相对，“对于诸如上帝这样的一种存在，理性绝对无误地决定着意志，”并且“被认作客观必然的行动在主观上也是必然的——也就是说，由此，意志成了这样一种权力，它仅选择独立于倾向的理性所认为的那种具有实践必然性的行动，也就是符合善的行动”（页 80）。对于“这种神的意志（the divine will）而言，并且一般来说，对于某种神圣意志（a holy will）而言，毫无命令可言：‘我应当’这一表述在这里乃是不合适的，因为‘我愿’本身就已然与那种客观法则相一致”（页 81）。Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysic of Morals* 80–81, trans. H. J. Paton (New York: Harper & Row, 1964).

^② See John Stuart Mill, “General Remarks,” in *Utilitarianism* ch. 1 (orig. pub. 1863) (New York: William Collins s Sons & Co., 1962) (“Mill, *Utilitarianism*”).

岸现象世界的未来中感知运用这种“科学”——该科学的原则就是功利原则或被如此界定的幸福最大化原则——的结果。

就功利主义者寻求一个更好的未来世界以及通过尝试对各种快乐和痛苦的理性计算来确定（也就是，既提供政策的根基又提供对政策的判断）治理政策而言，功利主义仍然继续着尼采所描述的意志的形而上学传统。在第四阶段中，效用被当作判准用以变革此岸世界之实在法提供功利主义和实证主义的眼光。

虽然像约翰·斯图亚特·密尔（John Stuart Mill）这样的功利主义者们仍然容许援引道德、“德性”或应当这样的语言，只要这样的语言符合功利主义者们的目的，^①但尼采第五阶段的诸自由精神（free spirits）和在其他著述中被尼采称为“自由思想家”的那些人却承认这些理想之无益并转而取消以这些理想为参照依据。早些阶段中的“真正世界”这一用语在尼采文本第五阶段的引文中乃是作为纯理念而出现，即用语上发生了一个转变：这一用语的有效性和价值在此岸世界中已化为乌有。在尼采看来，正是在这里出现了针对终极苏格拉底理性的巨大曙光；正是在这里，出现了向“好的”或“普通的”“感觉”（“良感”）的回归，在这种良感中，柏拉图“由于羞愧而脸红”，在降于尘世的过程中，他的“善”“理念”已经走到尽头，暴露无遗。

在柏拉图主义被倒置之处，尼采自己的诸自由精神现在“肆无忌惮”起来。这些自由精神欢呼这一虚无主义的到来，因为他们期望这一虚无主义成为对先前阶段虚无主义的超越。在对虚无主义的这种超越中——既是对虚无主义的超越，并且这种超越本身又是一种虚无主义——诸自由精神预见到对一种欣欣向荣的健

^① 的确，通过如下宣称，密尔容忍一些已获得的欲望——德性位于其中，即宣称“虽然功利主义标准容忍并准许那些已获得的其他欲望直至某个临界点，超出这一临界点，这些欲望将更有害于而不是有助于一般幸福，但功利主义标准命令并要求以最大可能的力量培养德性之爱以作为对一般幸福而言的首要之事”。Mill, *Utilitarianism* 291 - 92.

康生活的确立和加强，这种健康生活必然不会只是为了维系自身而诉诸某个虚幻的“别的”世界的标准。自苏格拉底已降，一直以一种“衰退、衰弱、疲倦和受谴责的生命”——这种生命通过不断地诉诸一个更真实的“真正世界”和一种致力于“改进人”的道德贬低了自己——为症状的这种疾病和颓废即将终结。

在尼采看来，超越形而上学的这一时刻既是“这一最长谬误的终结”，同时也是“人类的顶峰”。这一时刻的时间乃是“当下”，即这样一个时刻，在查拉图斯特拉关于同一之永恒复归（the eternal return of the same）的教诲中，这一时刻不再是某些哲学家们所认为的“遥遥无期”（the eternal “too late”），这些哲学家深受各种僵化的理性范畴所宰制。取而代之的是，一个时代到来了。在这个时代中，生命意志（the will to life）再次确认了生成、创造、变化的快乐；在这个时代中，命令与服从再次合而为一；在这个时代中，权力意志（will to power）胜利了——并且在这个时代中，意志不再是基于那个人类对其负责的基础而“产生某种效果的某物”，而是，取而代之，意志再次成为“升华”能量的有力“奔涌”，这种能量属于一种狂醉的（intoxicated）脉动生命。

权力意志的胜利伴随着一系列二元界分的终结，这些界分既包括各种显明世界与真实世界的界分，也包括其他的一些二元界分，正是由于某些特定的条件使得这些二元界分成为必然。在这些条件中，理性被吁求作为强化虚弱与颓废生命的一种手段以及克制相互冲突的直觉的一种工具。^② 在尼采看来，随着这种谬误

^② 正如海德格尔所说，尼采的措辞有时的确“回归到最日常的意见，也就是回归到机智，即某事物是真实的，是因为且在如下意义上，它对于那种被大肆吹捧之事乃是有用的，这种被吹捧之事就是人们所说的‘生活’。但是尼采的措辞意指完全不同对象。保障永恒是必要的，但并非因为它产生某种裨益；知识对于生活是必要的，因为它使自创生成为一种必然并不断实现着这种必然，因为知识本身发布着命令。并且知识发布命令乃是由于它源于某种命令”。Martin Heidegger, *Nietzsche*, vol. 3: *The Will to Power as Knowledge and as Metaphysics* 118, trans. Joan Stambaugh et al. (New York: Harper & Row, 1987) (“Heidegger, *Nietzsche*”).

的终结，理性和直觉将一起与幸福合而为一；不再要求任何手段或工具来产生幸福，并且——在对宣称只要这样做，你将会幸福这一道德的一种倒置中——美德将成为幸福的“结果”。（页48）

然而，马丁·海德格尔在有关尼采的论述中强调了尼采形而上学史的现代或最终阶段中真理本质之嬗变的另一个方面。在海德格尔看来，尼采对柏拉图主义的倒置，即使不是令人沮丧的，也并非令人愉悦的。^① 随着对无法达致、不可认知以及最终无用的德性、自然法和道德律的拒斥，如尼采所示，在现代性对一个可达、可知、有用世界的拥抱中，这种倒置的确彰显了自身。正如福柯所指出的，这一“社会的”世界通过构成社会科学知识领域的各种规律或法则展示出自身，这种社会科学的知识反过来告知人们统治的社会政策。^② 然而海德格尔警告：与其说这一新世界预示了对虚无主义的同时解构和终结——尼采将之与对形而上学的愉悦超越勾连起来，毋宁说这一新世界乃是虚无主义的一种“完成”，在这种虚无主义中，令人心力交瘁（all-consuming）的“权力意志”由于遮蔽并遗忘了其自身的虚无主义，从而完成了形而上学。简言之，在海德格尔看来，在将一切永久变形为生成的过程中，由于发布命令本身成为绝对，尼采的权力意志丧失了对此世之在（the being of the world）的洞见。

〔海德格尔的断言要比其乍看之下远为复杂。海德格尔这一断言乍看之下的简单版本——由于尼采将另一个或真正（超感官）的世界与存在勾连起来并将这一的显明世界与生成勾连起来，由此在取消真正世界和显明世界之后，剩下的仍然是这一生成世界，因此并非存在——无法揭示这种复杂。这一简单版本无

① *Id.* at 157.

② See Michel Foucault, “Governmentality”, *Ideology and Consciousness* 5 – 21 (1979); and Michel Foucault, “Politics and Reason,” in Lawrence D. Kritzmen, ed., *Politics, Philosophy and Culture: Interviews and Other Writings, 1977 – 1984*, at 57 – 85 (New York: Routledge, 1988).

法解释这种复杂，因为生成无法与任何先前的世界保持同一，因为这些世界已然被取消了。在取消真正世界和显明世界之后，剩下的乃是生成，并非任何种类的世界，或者毋宁说，剩下的乃是就其已处于生成之中而言的唯一世界。也就是说，生成——或权力意志或尼采有时所说的“生命”——已经全权（非因果性本体论上的优先）控制，如果人们愿意接受这一用语。然而，追问“控制了什么”无甚意义，因为这一追问将“控制的对象”视为独立于生成或权力意志的某物。一个事物是无法以这种方式独立的，因为任何事物的存在均依赖于生成。但是当生成以这种方式成为存在的总体时，存在就无法与其所系的存在者区分开来——并且正是在这里存在海德格尔所称的形而上学，即对存在与存在者之间的本体论区别的遗忘。需要注意的是，这种本体论区别与尼采形而上学史中对真正与显明世界之间的区分并不一样；尼采和海德格尔都承认，自柏拉图以降，“真正的世界”一直被支配性地、精确地看作某个存在者，即便不是“那个最真正的存在者”。海德格尔宣称，西方哲学自柏拉图以来一直是形而上学的并且“在权力意志这一思想中，尼采预先处理了关于现时代之完满的那个形而上学根基。在这一权力意志思想中，形而上学思考提前完成了自身。尼采，这位权力意志思想的思想家，乃是西方最后的形而上学者。”^②]

此处不宜对海德格尔对尼采的这种解读做详尽考察。出于如下两个问题的考虑，本文设置了以上步骤。第一个问题关涉尼采思想与现代法律的相关性。人们可以哲学地思考这一问题，无须要求与尼采各阶段的著作进行严格的年代表对应。例如，人们可以探寻，在什么意义上，关于现代法律的思想是苏格拉底所勾勒的作为治疗颓废之“不计代价地理性”的信条的继承人，以及探寻这一信条显示一种西方的“改善道德”（morality of improve-

② Heidegger, 3 Nietzsche 8.

ment) 之不同方面的路径。在什么意义上, 现代法律继承了尼采所说的伴随意志或命令与服从的直觉——认识法律之直觉——之衰退的“疾病”? 在什么意义上, 现代法律符合一种虚无主义的“误解”和“谬误”的症状——这一谬误在对真正世界和显明世界的双重取消中达致顶点? 以及, 第二个问题, 在什么意义上, 法律和社会科学的确一同成为尼采形而上学史最后阶段的典范, 人们可以追问, 是否法律和社会科学指向了尼采所说的超越虚无主义的可能性——抑或是否它指向了海德格尔所描述的形而上学的完成, 即某种形而上学的完成仍然遮蔽了它自身作为形而上学的本质特征? 在本文第二和第三部分提出第一个问题有助于审慎地阐释第四部分中的第二个问题。

20 世纪的法律理论

美国法律理论的史学家们将 20 世纪的前三分之一描述为一场转变, 即从“法律形式主义”和“机械法理学”转向“社会学法理学”和“法律现实主义”。^① 通过驳斥他们所认为的那种不成熟地依附于各种不变的普世原则和一种无视各种社会需求的演绎逻辑, 20 世纪早期的法律理论作者和法官们呼吁罗斯科·庞德——哈佛法学院的新近院长——所说的“将各种 [法律] 原则和法律教义转向它们所规制的各种人类状况而不是转向被假

^① See Edward A. Purcell, Jr., *The Crisis of Democracy*, chs. 5 (“The Rise of Legal Realism”) & 9 (“Crisis in Jurisprudence”) (Lexington: University of Kentucky Press, 1973) (“Purcell, *Crisis of Democracy*”); John Henry Schlegel, “American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience,” 28 *Buffalo L. Rev.* 459 (1979); G. Edward White, “From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century of America,” 58 *Va. L.* 999 (1972).

定的第一原则”。²⁵

1908 年，庞德将霍姆斯针对 1905 年洛克纳诉纽约案提出的异议拥戴为“美国至今‘对……社会学法理学的最佳解释’”。²⁶在洛克纳案中，根据“契约自由”，²⁷大多数法官使得一项管制面包师工作时间的州法律无效。在其异议中，霍姆斯坚持：“一部宪法并不旨在体现某种特定的经济理论，不论是家长主义以及公民和国家之间有机关系的经济理论还是自由放任的经济理论。”他论辩称：争论的焦点在于“多数人将其意见体现在法律中的正当性”，并且他暗示：法院依赖“一般性主张”来判决“具体个案”的做法充当了如下功能，即使得代表“某个支配性意见之自然结果”的理性立法无效。²⁸

正如托马斯·格雷（Thomas Grey）所指出的，有关霍姆斯的观点林林总总，不一而足。一直以来，霍姆斯被以赞赏的眼光看作是兰德尔式的法律形式主义的批判者，被更为矛盾地看作一位社会达尔文主义者以及被批判为一位道德不涉的实证主义者。虽然某些论者将霍姆斯认作一位复杂的法律思想家，其他论者则暗示：在霍姆斯作为“汇集警句”（eclectic aphorism）的设计师的背后，存在“诸多混乱的、彼此脱节的理念”。格雷本人为将霍姆斯理解为一位法律实用主义者的益处作出论辩，在某种程度上，格雷承认“这推进了法律理论的一种新实用主义进路”。²⁹根据本文的论旨，与理解在什么意义上霍姆斯的追随者们将自身看作是在追随霍姆斯这一问题相比，理解霍姆斯这个人的传记“真相”这一问题显得不甚重要。对于我们的目的而言，霍姆

²⁵ Roscoe Pound, “Liberty of Contract,” 18 *Yale L. J.* 454, 464 (1909), cited in White, 58 *Va. L. Rev.* at 1004.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905).

²⁸ *Id.*

²⁹ Thomas C. Grey, “Holmes and Legal Pragmatism,” 41 *Stan. L. Rev.* 787, 787 (1989).

斯——在某些方面正如苏格拉底在尼采的《偶像的黄昏》中招致的误解——极有可能成为关于他自身思想的一个“误解”，但是在本文中，霍姆斯正如人们眼中他的工作之所示。在本文中，霍姆斯可能最经常被援引为“某些令人铭记的反形式主义法理学标语”^⑩的作者，这一论断本身就是对事实的表露。

社会学法理学和法律现实主义都继承了霍姆斯对如下司法倾向的挑战，“这种司法倾向将一般性的社会主张宣称为真理并且在具体个案中从这些一般性的社会主张出发向下推理。”^⑪在上述运动中的这些社会学法理学者和法律现实主义者追随霍姆斯“法律的生命从来都不是逻辑：它一直都是经验”^⑫这一智慧并使其声名远播。对于霍姆斯而言，这种赋予未来法律以生命的“经验”将在现实世界的知识中寻求。通过在一种“死法”（dead law）的传统和科学之间作出区分，霍姆斯表达了他对某种法律的信仰，这种法律对可能即将成为一种传统的科学极为关切：

法律，就其有赖于研究而言，正如其一直以来被人们所称的那样，的确是通过前人（the dead）的法律来治理今人（the living）。在相当大的程度上，毋庸置疑，当下的人应被如此治理乃是不可避免的。过去为我们提供了词汇表并确定了我们想象的限度；我们无法摆脱它。对于将我们的当下所为与过去已然所为之间的融贯性显示得清楚明白这样的事也存在一种独特的逻辑上的愉悦。但是，当下具有一种在其自身所能的范围内治理自己的权利；并且应当被始终牢记的是：与过往保持历史的融贯性并非一项义务，而仅是一种必需品

^⑩ *Id.*

^⑪ White, 58 *Va. L. Rev.* at 1003.

^⑫ Oliver W. Holmes, *The Common Law* 1, ed. Mark Dewolfe Howe (Boston: Little, Brown & Co., 1963).

(necessity)。我希望，当这种思想结出果实时，这个时代正在来临。一个理想的法律体系应当从科学中提取自身的前提条件和立法证成。正如其当下所是，我们依赖传统，或模糊的情感，或我们从未想到以其他方式行事这一事实作为我们规则的唯一担保，我们以尽可能足的信心强制执行这些规则，好像正是这些规则使得被揭示的智慧具体显现出来。^⑬

正如格雷所论辩的，霍姆斯主张与过去保持融贯性“仅是一种必需品而非一种义务”乃是旨在“重复以下观点：法律总是被设置的 (situated)”，以及指出“与过去保持融贯性并非绝对命令——法律乃是一种旨在满足当下和未来各种人类需求的功能性工具”。^⑭ 霍姆斯在前面宣称，法律将理想地“从科学中获取其自身的前提条件和立法证成”，这一主张与其在法院为使法律教义——比如关于契约——更加“客观”所作出的努力相吻合。^⑮

对于霍姆斯的追随者而言，显而易见的是，指引法律的那种经验将在这个可知的世界中寻求，在一种其中许多由社会科学来提供的知识中寻求。通过指出“所谓的法律正义”与“社会正义”之间的区分，庞德宣称：“对于一种新取向而言，当下时机已经成熟，……在此前教授和解释法律的过程中我曾大胆地将这种取向称为社会学的取向。”庞德主张：“现代的法律教师应当同时是一位社会学、经济学和政治学的研究者。他应当不仅知道法院判决的内容以及法院判决所依据的原则，还应当尽可能地了解这些原则所应当适用的各种社会的和经济的情形及条件；他应当知晓大众思想和感受的状态，正是这一状态产生了这些原则必

^⑬ Oliver W. Holmes, “Learning and Science,” Speech 1895, in *Collected Legal Papers* 138–39 (New York: Harcourt, Brace & Co., 1920) (“Holmes, *Collected Papers*”).

^⑭ Grey, 41 *Stan. L. Rev.* at 807.

^⑮ Morton Horwitz, *The Transformation of American Law, 1870–1960* (New York: Oxford University Press, 1992) (“Horwitz, *Transformation*”).

须实际操作的环境。”³⁰ 正如尼采形而上学史中的实证主义者追问康德的“真正世界是无法达致的？”社会学法理学追问由霍姆斯的前辈们构想的各种抽象法律原则“是无法达致的？”并再一次用尼采的话来回答，“在任何条件下，都是无法达致的。并且如果是无法达致的也就是不可知的。因此，也就不存在慰藉，不存在救赎，不存在义务：我们怎能对某种未知的东西负有某种义务？”通过拒绝法律形式主义或“自动售货机式的正义”的抽象法律原则和演绎逻辑，由此，虽然与早期的实证主义者相似，保留了对实在法改革的承诺，但社会学法理学寻求将分析从法律教义转向法的各种社会效果。

20世纪二三十年代的法律现实主义承续了社会学法理学的这一立场，有过之而无不及。法律现实主义者们所秉持的各种观点以及他们“运动”的历史使如下做法几乎成为必然，即带着难以界定法律现实主义这样一个训诫来开始讨论法律现实主义。如今法律现实主义这一称谓被以林林总总的方式加以挪用这一事实也使得关于这一称谓的清晰定义是值得怀疑的。卡尔·N. 卢埃林（Karl N. Llewellyn）——在传播“法律现实主义”这一术语之含义方面最富成效的一位——在某种意义上将法律现实主义的根基向上追溯至他视为庞德对社会学法理学尚未完成的吁求。在1931年针对庞德对法律现实主义的批判所作的回应中，卢埃林坚称：法律现实主义不是一个“学派”，也不想成为类似的学派，即使他承认法律现实主义是一场正在进行当中的关于法律思想和法律工作的“运动”。通过确认法律现实主义者的九个共同出发点，卢埃林宣称其中有五个出发点是法律现实主义运动所独有的：“出于研究的目的，实然与应然的暂时分离”；对传统规则的“不信任”——虽然不是“在任何给定的情形中都必

³⁰ Roscoe Pound, "The Need of a Sociological Jurisprudence," 19 *Green Bag* 607, at 614, 609, 611-12 (1907).

然对其作出否定”；与过去相比，将不同的个案和法律情形分门别类地划分到更为狭窄的范畴当中；“坚持据其效果来对法律的任一部分作出评价，以及坚持发现这些效果这一努力本身所具有的价值”；以及，最终，“对持久地、纲领性地攻击上述路线上的法律问题的一种坚持”。^⑧

举例来说，法史学家莫顿·霍维茨（Morton Horwitz）论辩称，历史学家们过于倚重众所公认的卢埃林关于法律现实主义的有限检视和陈述。霍维茨宣称，卢埃林在 1931 年并不能提出如下问题，即什么将成为关于法律现实主义的含义和重要性的全部未来讨论的检验标准。霍维茨宣称，在某种程度上，以这种方式关注卢埃林的结果已经在社会学法理学和法律现实主义之间划分了一条过窄的界限。他写道，“这两种知识运动，”“应当被理解为一战前后激进法律思想的子范畴（subcategories），并且法律现实主义应当首先被视为对正统法律思想之改革主义攻击的一个延续。”^⑨即使庞德眼中的法律现实主义者对法律规则之实践影响的极端排斥使得这些法律现实主义者失去了庞德对他们的支持，^⑩并且即使法律现实主义将关注的焦点从法院—中心改革转移到制定法和执行的变革，特别是在罗斯福新政之后，霍维茨宣称，法律现实主义在本质上仍然继续着对赋予社会学法理学以特质的古典思想的激进（Progressive）攻击。^⑪

也就是说，霍维茨将“一种关于理性和道德的怀疑论”确认为法律现实主义与“其战前改革主义前辈们”的“最重要差异”。霍维茨写道，“……法律现实主义一代……已经失去了许

^⑧ Karl N. Llewellyn, “Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound,” 44 *Harv. L. Rev.* 1222, 1233–34, 1226–28 (1931).

^⑨ Horwitz, *Transformation* 170–72.

^⑩ See Roscoe Pound, “The Call for a Realist of Jurisprudence,” 44 *Harv. L. Rev.* 697 (1931).

^⑪ Horwitz, *Transformation* 170–72.

多战前对理性的信仰，在战前对理性的信仰中，理性既作为道德理解的一种可靠来源，又作为对法律的一种有力的内在指导。”^①虽然法律现实主义者对完全客观的道德知识持一种怀疑论态度，不过许多法律现实主义者仍诉诸社会科学，特别是经济学、统计学和心理学，以解释和预测法律行为和法律过程。正如霍姆斯认为未来属于精通统计学和经济学之士，以及像庞德一样，^②卢埃林暗示：经济理论为发现法律做了多少以及它能在多大程度上产生效果这样的问题提供了“不可思议的洞见”。海蓓·E. 叶特马（Hessel E. Yntema）和杰莱米·弗兰克（Jeremy Frank）相信：对司法判决的统计学研究能够证明法官的主观性并证实法律现实主义者的主张。^③

卢埃林进一步论辩称，法律的语言与真正的（现实的）世界几乎不带有任何关系。正如他写道：

关于法律最富成果的思考的那一倾向正朝着将法律视为一种机器（许多各式各样的机器）稳步前进，这些机器有其目的，并不以自身为价值所归；关于这些问题更清楚的显现包括朝向如下目标的转变：一直下降（ever-decreasing）的对语词的强调；以及一直下降的对可观察的行为（在这种行为中应当包括任何可证实的或然态度和思想类型）的强调。^④

① *Id.* at 170.

② Rumble 指出：“庞德和布兰代斯（Brandeis）都倾向于引用 Arthur Henderson 的陈述‘一个没有研究过经济学和社会学的法律人极易成为一个公共的敌人’。” W. E. Rumble, Jr., *American Legal Realism: Skepticism, Reform, and Judicial Progress* 11 (Ithaca, N. Y.: Cornell University Press, 1968) (“Rumble, American Legal Realism”).

③ Purcell, *Crisis of Democracy*, 86-87 (cited in note 20).

④ Llewellyn, “A Realistic Jurisprudence—The Next Step,” in *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* 3, 39-40 (Chicago: University of Chicago Press, 1962); reprinted from 30 *Colum. L. Rev.* 431 (1930).

由此，对于卢埃林而言，正如在霍姆斯传统的某个版本中所示，“官员们对争议所为之事即为法律本身。”^⑮ 对于弗兰克也一样：“在法院对这些事实作出裁判之前，关于这一问题的法律尚不存在。”^⑯ 或者，像叶特马所宣称的：“关于一种法的统治而非人的统治的理想不过是一个梦。”^⑰

然而即使法律现实主义者对法律原则和理想秉持一种怀疑论的态度，与关切社会目的和手段的新政氛围相适应，他们再次保留了对规划、技术专家治国和专业技能的信任。实际上他们力主并力图展示——虽然更多是以尼采“自由思想家”和“末人”的方式而非其“自由精神”的方式——被视为更高原则之喉舌的法律，如同真理，如同尼采形而上学史第五阶段的形而上学的“真正世界”，乃是“一个不再有用的理念，甚至不再是一种义务——一个无用的、多余的，因此是被驳斥的理念：让我们取消它”。正如尼采嘲笑热爱形而上学谬误的科学，法律现实主义者嘲笑法律：通过确认所谓的正义规则和原则，法律热爱谬误而非真理或正义。

20 世纪三四十年代后期产生了一场反对法律现实主义的回应，在这场回应中，法律现实主义遭到了各种各样的指责：相对主义、极权主义、反民主的观点。在法律现实主义者看来，法律已经成为社会学家朗·富勒（Lon Fuller）所称的“法的纯粹事实”，^⑱ 其中正义和应当隐退了。虽然法律现实主义者本人否认他们排斥法律或正义可能性的任何道德目标，法律现实主义已经明显地“置身于流沙之中”。^⑲ 法律现实主义的早期同情者转而

^⑮ Karl N. Llewellyn, *The Brumble Bush: On Our Law and Its Study* 3 (2nd ed. Dobbs Ferry, N. Y.: Oceana, 1951), cited in Purcell, *Crisis of Democracy*, 83. 与霍姆斯相比较：“关于法庭事实上将做什么的预言，并且没有比这更可炫耀的事情了，就是我所意指的法律。” Holmes, *Collected Papers*, 173 (cited in note 29).

^⑯ Purcell, *Crisis of Democracy*, 83.

^⑰ *Id.* at 89.

^⑱ *Id.* at 162.

^⑲ Schlegel, 28 *Buffalo L. Rev.* at 459.

反对富勒所说的“法律实证主义”所复制的东西，富勒在某种程度上指责这种实证主义受了霍姆斯的“巨大影响”。^⑩ 富勒将这些法律实证主义者描绘为道德怀疑论者，他们将法律研究限定为他们在经验上所能知晓之事。

正如爱德华·普赛尔（Edward Purcell）所论辩的，在富勒看来，法律学者面对着在如下二者之间的一种选择：现实主义者的法律实证主义或一种否认实然与应然区分的自然法。这一选择“并非在具体的实在法或推断一种无法达致的理想之间的选择。而毋宁是在两种不同理论模式之间的选择——一种理论模式试图将并不存在的‘实然法’（law that is）与其所宣称的一种形而上学的‘应然法’（law that ought）分离开来，另一种理论模式试图在过程当中理解法的全部范围和本质，即法的某种本质必然包含某种实然和应然。”^⑪ 由此，富勒在法的社会学中提供了一种早期的对实然与应然之（重新）统一——或崩溃——的清楚表述，即将一种宣告的目的引入尼采的“显明”（理解为事实）世界与“真正”（理解为理想）世界之间的区分。

当然在法律实用主义当中也可以发现这种统一或崩溃。有些人已经将这种法律实用主义追溯到霍姆斯或庞德的社会学法理学，其他一些人则将其当作——经由霍姆斯和庞德——法律现实主义的一个方面。^⑫ 格雷论辩称，美国的实用主义可以通过如下方面“与其所脱胎的科学经验主义”区分开来，即这种实用主义既是“对置身于现存实践之研究的实际说明又同时对这些实践的目

^⑩ See Purcell, *Crisis of Democracy* 162 ff.; Jan Vetter, “The Evolution of Holmes, Holmes and Evolution,” 72 *Cal. L. Rev.* 343 (1984); and Lon Fuller, *The Law in Quest of Itself* (Chicago: Foundation Press, 1940) (“Fuller, *Law in Quest*”).

^⑪ Purcell, *Crisis of Democracy* 162-63, citing Fuller, *Law in Quest* 4-6.

^⑫ See, e. g., Grey, 41 *Stan. L. Rev.* (cited in note 25); See also Rumble, *American Legal Realism* 4 (cited in note 38), tracing the impact of pragmatism on legal realism by way of James’s and Dewey’s “marked effect upon Pound and, to a lesser degree, upon Holmes.”

的具有工具意义。”在格雷看来，“实用主义的突破在于拒斥了一切心一身二元论”，因此摆脱了“内在于柏拉图式的一基督教式的一笛卡尔式的一洛克式的心—灵（mind - soul）这一惑人观念的各种哲学悖论，这一观念将实体和实体众多相互冲突的角色杂糅在一起…… [这些角色包括决断的能动器官这一角色]”。^{⑤③}

然而，通过对法律现实主义的批判，20 世纪 50 年代的法律学者和 20 世纪 60 年代的法哲学家远没有因为法律现实主义的实用主义洞见而拥护它。恰恰相反，“法律过程”学派对它所理解的法律现实主义的“结果导向的法理学”持有异议，并且强调过程的制度安排对于防止法官自由裁量的裨益。^{⑤④} 当 1961 年法哲学家哈特（H. L. A. Hart）在《法律的概念》（*The Concept of law*）^{⑤⑤} 中也质疑法律现实主义的规则怀疑论时，与富勒相反，他是在一种承自约翰·奥斯丁（John Austin）的法律实证主义的名义下来提出这种质疑的，由此哈特肯定了实然与应然的区分。当所谓自然法和实在法的拥趸（例如富勒和哈特）宣称其反对法律现实主义的不同理由时，关于法律的含义的争论似乎回到了它的传统哲学框架：仍被经常描述为自然法学者——坚持一种更高的道德法则乃是衡量人定法之合法性的准则，与法律实证主义者——提供诸如程序性规律或主权者命令这样的事实的、非道德标准作为检验法律的效力及其存在的判准——之间的分歧。通过回答“法律是什么”这一问题，自然法学者——返回尼采形而上学史的第二、第三阶段——诉诸一种更高的法并主张一个不正当的人定“法”不能成为法律。通过将法的存在问题和有关正义和道德问题区别开来，

^{⑤③} Grey, 41 *Stan. L. Rev.* at 793, 797, 798.

^{⑤④} See Henry Hart, “Supreme Court 1958 Term Foreword,” 73 *Harv. L. Rev.* 84 (1959); Henry M. Hart & Albert M. Sacks, “The Legal Process” (unpublished, 1958); G. Edward White, “The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change,” 59 *Va. L. Rev.* 279 (1973).

^{⑤⑤} H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1961) (“Hart, *Concept of Law*”).

法律实证主义者将法的概念限定为既存的人定法。

但是事实上争论的术语已经发生转移。一方面，不论出于何种自然法、实在法视角，哲学家、法律学者和社会学家明确地拒绝接受法律现实主义，他们都同样分享了对一种作为这一世界——具有可观察表象的现象世界——的制度或惯例之法的社会学知识的信仰。通过处置对这一世界的各种善（goods）的分配，甚至诸如约翰·罗尔斯（John Rawls）这样表面上的非实证主义哲学对“正义”的考量乃是“经济学的”。进一步讲，法律现实主义并没有被遗忘。在对“书本中的法律”和“行动中的法律”之区分（庞德的公式之一）⁵⁰的研究中，在将研究旨趣转向日常生活中的法当中，在对教义的批判性法律研究当中，20世纪七八十年代的社会学家和法律人明显遵循了法律现实主义的洞见。本文下一节将展示，现代美国法律及关于法律的思想坚持朝向一种社会的科学或知识这一法律现实主义指向——按其字面含义，即一种对“社会学”的捍卫。

法与社会学诸真理

今天，即使法律学者、法律社会学家、法哲学家之间在实然与应然之分离、真正的与显明的之分离的可分性和可欲性方面存在诸多差异，这些差异正在一种共同世界观的严重谬误中消退。这种世界观在于一种对上述问题和社会学答案之真理的承诺，即一种出自对作为社会现象之法律进行观察所得的知识。这种观点在将法律视为一个治理国家（a governmental state）之规制政策的当代理解中表现出来，法律作为规制政策植根于各种事实和价值或某个

⁵⁰ See Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action," 44 *Am. L. Rev.* 12 (1910). 对于这种研究的例子，参见 Richard Abel, "Law Books and Books about Law," 26 *Stan. L. Rev.* 175, 185-89 (1973).

人群的各种可观测的规律。这种观点也在关于未来的某种眼光中显示出来，在这一眼光中，未来，虽然不总是被这样表述，趋向于社会学家所称的“社会学的社会”，在这种社会中正义消失了。

以下的讨论远没有穷尽这一问题。它仅是从法哲学、社会研究、法律意见、批判法律理论和解释社会学中搜集一些例子，这些例子共同被认为展现了一系列的进路以表明，在尼采思想的语境中，形塑了上述以及其他法律著作的“社会学”如何能被理解为是对虚无主义的现代展开——再一次在不甚严格的年代学意义上。

哈特当下的著名著作《法律的概念》的序言立即指出法律在社会中的处境和哲学在社会学中的处境。虽然哈特的这一著作首先是为法理学的研习者设计的，⁵⁷ 但哈特这一著作的计划乃是要“为某种自治的法律体系的独特结构提供一份分析并为作为不同类型社会现象的法律、强制、道德之间的相似和区别提供一种更好的理解”。⁵⁸ 由此，哈特写道，这一著作“也可被当作描述社会学的一个尝试”。⁵⁹（该著作的核心在于哈特对一个法律体系的两个最低条件的确认——成员们遵守依据第二性规则为有效的行为规则；第二性规则本身被使用它们的官员们所接受。）

与哈特相反，虽然哲学家德沃金的目标并非严格的描述，但在某种非历史的、社会学的法律观的界限内——这种法律观中的法律指的是国家法或证成政府强力之物⁶⁰——他也提出了他对“作为整体的法律”的“解释”。⁶¹“政府有其诸多目标”，他写道：

⁵⁷ Hart, *Concept of Law* v.

⁵⁸ *Id.* at 17; 强调标记为作者所加。

⁵⁹ *Id.* at v.

⁶⁰ 虽然有时这种观点被归于马克斯·韦伯，但这种做法具有误导性。韦伯承认其分析的历史方面，他主张：“今天，通过暴力的法律强制乃是国家的垄断”（强调标记为本文作者所加）。Weber, 1 *Economy and Society* 314, ed. Guenther Roth & Claus Wittich (Berkeley: University of California Press, 1978).

⁶¹ Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986) (“Dworkin, *Law's Empire*”).

政府将其所垄断的集体强力运用于这些或其他目标。我的意思是，我们关于法律的讨论大体上假定了：法律实践最抽象和最根本的要害之处在于以如下方式指引并限制政府的权力。法律坚持：无论强力对于眼中的目的是如何的有用，无论这些目的是如何的有益或高贵，强力都不得被运用或应当受到抑制，除非得到个体权利和责任的准许或要求，这些个体权利和责任源自过去关于何时集体强力为正当的政治决定。^⑫

实证主义的社会科学家和“人类科学”的解释主义者都责备哈特和德沃金，虽然二人之间存在差异，但二人都抱持一种混同法律和正义的“非现实主义”——并且在实证主义者看来，是“不科学的”——的规则法理学。然而，正如我们即将看到的，这种被这些实证主义和解释主义的批评者所分享的“现实主义”显示出一种类似的，即使不是同一的，对法律和正义的混同。这些批评哈特和德沃金的实证主义和解释主义批评者所具有的现实主义把法律和正义转换为社会现象，即转换为“纯粹”表象，在这种表象中，正义吊诡般地消失了。

作为实证主义社会科学的一个极端例子，唐纳德·布莱克的《社会学的正义》^⑬展示了某种版本的虚无主义的展开。通过诉诸作为严格“科学”的社会学，布莱克视法律为某种“量化可变的”“施加于某个个体或群体的政府权威”或“政府的社会控制”。^⑭正是由于“纯粹法律社会学”自身仅关注“法律现实——各种事实——并且完全忽略一切具有批判性质的问题”，^⑮布莱克本人坚持他曾指责他者所混淆的如下区分：事实与价值、实然与应然、科学与政策。布莱克指责他归于哈特和富勒的那种

^⑫ Dworkin, *Law's Empire* 93.

^⑬ Donald Black, *Sociological Justice* (New York: Oxford University Press, 1989).

^⑭ *Id.* at 8; ch. 5 n. 5.

^⑮ *Id.* at 3.

非现实主义的规则法理学并批判那些试图摆脱法律中的甄别的那些人。他宣称，那种力求摆脱甄别的做法在社会学的意义上乃是不可能的，因为法律不可避免地随着社会变量而改变，并且甄别乃是“法律之本性行为的一个方面，就像鸟儿飞翔、鱼儿游泳一样符合本性”。^⑥

虽然没有明确赞同特定的改革，布莱克对那些对法律改革抱有兴趣的人作出如下建议：

不应试图使法律更平等，而应平衡不同的社会变量或使法律“去社会化”或至少使法庭“去社会化”。在布莱克看来，这种去社会化最终要求“排除人”（他们的名字、他们的出场、他们在录像磁带里的陈述，他们的声音）因为人意味着通过“社会信息”（或有关社会变量的信息）对“审判”造成了“污染”。

对于布莱克而言，对法庭去社会化的最后一步包括去除法官和陪审员并“关闭法庭”，以支持电子审判和计算机“依程序处理控诉、证据并选择相应的处置”。^⑦

布莱克改革在其中达致顶点的这种法理学虚无主义——没有人、没有法庭、没有法律——反映了布莱克将实然/应然的区分推向极端。《社会学的正义》以如下与海德格尔“关于技术的问题”^⑧产生离奇共鸣的语言作结，布莱克写道：

社会空间仍处于被发现和探索当中。……社会学的知识将确定不移地继续增长，以一种不可知的命定的方式遍及整个世界。我们只知道社会科学改变了社会。社会行动越来越成为一种对社会学的自觉运用。社会学的力量是无法限制

^⑥ *Id.* at 21 - 22.

^⑦ *Id.* at 69 - 71.

^⑧ Martin Heidegger, *The Question Concerning Technology and Other Essays* 3 - 35, trans. William Lovitt (New York: Harper Torchbooks, 1977).

的，作为一种新形式的生成能量，其用处超出了人们的想象。一个社会学的社会。

这必定是人类进化的一个新阶段。^⑥

但与海德格尔不同——后者对技术提出质疑，布莱克似乎欢庆法律进入“一个社会学时代”的这一开端，“在这一时代生活将不可避免地发生变化”。^⑦ 源于实然和应然之区分的“社会学社会”不过是这样——这样一个社会，其中社会科学观察者将正义的在场（或任何应然）当作“价值”或仅是价值感知的事实，即一种布莱克——作为持这种观点的一个例子——不愿承认其“实在性”的感知。

罕有他者明确分享布莱克关于实然与应然的激进分离或布莱克观点导致的对法律和正义的双重取消。^⑧ 但至少某些关于法律的社会研究含混地暗示了一种对法律的理解以及对一个与布莱克相近的“社会学的社会”之可欲性的理解。就法院采用这种研究而言，这种采用显示了对法律的一种尝试，这种尝试旨在以“显明的”、可观察的、社会学世界的各种真理来取代被社会科学取消的这一应然、正当以及正义的“真正”世界的各种真理。

例如，^⑨ 关于陪审团之经验研究的一个观察显示了这一替

^⑥ Black, *Sociological Justice* 103.

^⑦ *Id.* at 4.

^⑧ 关于布莱克虚无主义的更多讨论，参见 Marianne Constable, “Sociological Justice and Jurisprudential Nihilism,” 11 *Oxford J. Legal Stud.* 114 (1991).

^⑨ 相关细节，参见 Marianne Constable, “What Books about Juries Reveal about Social Science and Law,” 16 *Law & Soc. Inquiry* 353 (1991), concerning Harry Kalven, Jr., & Hans Zeisel, *The American Jury* (Chicago: Chicago University Press, 1966; rev. ed. (Phoenix, Ed., 1970), printed 1971; Midway Reprint Ed., 1986) (“Kalven & Zeisel, *American Jury*”); Rita J. Simon, *The Jury: Its Role in American Society* (Lexington, Mass.: D. C. Heath & Co., 1980) (“Simon, *Jury*”); Reid Hastie, Steven D. Penrod, & Nancy Pennington, *Inside the Jury* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1983) (“Hastie et al., *Inside the Jury*”); Valerie Hans & Neil Vidmar, *Judging the Jury* (New York: Plenum Press, 1986); Saul M. Kassin & Lawrence S. Wrightsman, *The American Jury on Trial* (New York: Hemisphere, 1988) (“Kassin & Wrightsman, *American Jury on Trial*”); and John Guinther, *The Jury in America and The Civil Juror: A Research Project Sponsored by the Roscoe Pound Foundation* (New York: Facts on File Publications, 1988).

代。一方面，陪审团研究假定“法律”关于人类行为做了一些假设；另一方面，陪审团研究旨在纠正这些假设。但是即使这些研究诉诸中立性和事实与价值的二元界分，这些研究却证实了一种特定的法律观：一种法律实证主义的法律观，在这种法律观中法律就是官方法，并且在这种法律中，效力而非道德才是问题的焦点。然而通过将自身展现为严格的经验研究，^⑩ 这些研究不是简单地问“陪审团做什么？”而毋宁是在问“陪审团遵守法律吗？”（例如，一些研究将陪审团的表现与作为基准的法官的表现加以比较。^⑪）以及甚至问“我们怎样能使陪审团遵守法律？”这些研究对陪审团审判提出改进意见，旨在使陪审团更有效，更能够被公众接受，或更好地与“法律”保持一致。虽然并非所有的研究者都这样将法庭、法官和官员当作衡量陪审团表现的标准，但他们将如下观点看作是理所当然的：“法律”指称的是出自法庭的规则或法官的指令。^⑫

与此同时，由于这些研究者将法律与官方的显明标准勾连起来，从而陪审团研究也将正义视为一种感知或表象。在陪审团研究中，正如在关于正义的各种感知的社会—心理学研究中，^⑬ 正

^⑩ 这些研究做了各种各样的尝试以求摆脱“印象”“直觉和个人经验”“修辞”“轶事”“先见”“情感”，以及将事实性问题与价值性问题区分开来，将经验性问题与政治性或伦理性问题区分开来，将现实性问题与理想性问题区分开来，将经验性问题与理论性问题区分开来。

^⑪ Kalven & Zeisel, *American Jury* 10.

^⑫ 例如，Simon, *Jury* 147, 指出：“法律中的专家”尊重陪审团的意见。Hastie 等人诉诸案件审判记录来建立一套系统的原则以衡量陪审团的表现。Kassin and Wrightsman 构建了他们的理想：陪审团应当通过观察法律共同体的意见来指引自己的行为。以这种方式，他们引入了这样一个问题：“法院想让陪审员们遵照其法官的指令。将这个合理的假设作为出发点，我们会问：为什么这些陪审员会执着于这些心理学上不健全的沟通方法？”（*Inside the Jury* 144.）

^⑬ See e. g., E. Allan Lind & Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice* 91-92 (New York: Plenum Press, 1988); E. Allan Lind et al., “In the Eye of the Beholder: Tort Litigants’ Evaluations of Their Experiences in the Civil Justice System,” 24 *Law & Soc’y Rev.* 953 (1990); Tom R. Tyler, *Why People Obey the Law* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1990).

义表现为公共信念或对某个体系的公共信赖，该体系必然赋予这种信赖以合法性或使其——再次——显得正当。这些研究看似提出了各种无害的建议以增强正义的表象：例如，他们建议通过以下方式增强陪审员的记忆，用书面的指令代替口头的指令，允许陪审员记录，给陪审员提供录像和图表，以及在审判开始和结束的时候给陪审团予以指示。然而，正如建议引进关于目击证据之可靠性的社会科学发现以指引陪审团作出决定，那些增强陪审员记忆的建议预设了：依社会科学行事的陪审团要比依“常识”行事的陪审团更为可取。^⑦

通过如下方式来分析陪审团的裁判过程：例如，将审判描述为一种心理学上的刺激，确认对陪审员审判任务之需要所作出的处理以及概括陪审员所表现的认知过程的后果，^⑧ 上述研究将陪审团——其裁决乃是与被认为出现在社会科学中的那种处理极其相似的一种“信息处理”的产物——当作理想型——既是在韦伯的意义上又是在“规范”的意义上。某一个研究将陪审团描述为“测谎仪”和“发现事实的机器”。^⑨ 另一项研究宣称：对陪审团审判之正当性的法律讨论聚焦于那些“深思熟虑的产物”，也就是聚焦于陪审团的裁判以及作为个体的陪审员对“作为刺激物的审判和深思熟虑之经验的智性且评价性的反应”。^⑩ 审判本身变成了“一种对各种概率的研究”，例如“面对一系列来自法官、律师和出庭证人的巨大信息输入，……陪审团必须在它能够实施审判之前取得、理解、储备以及恢复与裁判相关的所

⑦ 更多有关以社会科学取代常识的直接建议，see, e. g., John Monahan & Laurens Walker, "Social Authority: Obtaining, Evaluating, and Establishing Social Science in Law," 134 *U. Pa. L. Rev.* 477 (1986); and Laurens Walker & John Monahan, "Social Frameworks: A New Use of Social Science in Law," 73 *Va. L. Rev.* 5559 (1987).

⑧ Hastie et al., *Inside the Jury* 15.

⑨ Kassin & Wrightsman, *American Jury on Trial* 66, 120.

⑩ Hastie et al., *Inside the Jury* 59.

有信息。遵从一种流程图式的生活绝非小事”。^① 上述研究的最终目标变成这样一种陪审团，其“知觉、记忆、信息和决断过程”最接近于社会科学——一种旨在纠正官方法的错误假设的科学——的程序。

因此，正义的这种“消失”不仅伴随着布莱克对实然与应然的严格界分，也伴随着来自社会研究发现之法则的替代，不无悖论的是，这种社会研究的确诉诸正义的表象或感知。并且暗含在这些社会科学作品中的这种社会知识的特权也扩展至古典意义上的法律。例如，司法推理越来越接近社会科学。非但如此，甚至即使法官和法庭忽略了社会研究的这些细节——往往依据法与社会科学作品中的控诉来作出判断——法庭会有根据地采取法的各种社会科学进路。

让我们来看另一个与陪审团相关的例子，遴选陪审团的法律要求陪审团成为一个“具有适度交叉部门的共同体”。^② 这种要求并非指涉能力相当的人或邻人，亦非指涉一个陪审团的任何特定的实质构成。^③ 取而代之，它指涉的是一种遴选陪审员的方法，一种在被理解为——用福柯的术语——情势之科学（the science of the state）的统计学中取得根基的方法。陪审团的统计学模型将这一共同体看作由具有不同价值的个体所构成的群体，陪审团正是从这一群体当中选拔出来的，并且这一模型将陪审团视为这一群体的一个代表性样本。法庭不要求任何特定陪审团的构成反映这一群体的构成乃是与一种统计学进路保持一致的，因为正如每个统计学人所知，一种标准的分配或一种完美代表性的样本乃

① Kassin & Wrightsman, *American Jury on Trial* 66, 119.

② Taylor & Louisiana, 419 U. S. 522 (1975).

③ See *Batson v. Kentucky*, 106 S. Ct. 1712, 1717 n. 6 (1986): “我们从未持有如下观点：宪法的第六修正案要求‘现实中被选中的小陪审团必须反映该共同体并反映出该人群中各种不同的群体。’的确，鉴于我们社会的异质性，不可能将某种比例代表的概念应用于小陪审团”（出处已略去）。

是一个群体众多随机样本的理想平均值并且在任何随机选取的特定样本中——或任何特定的陪审团——都是无法预期的。因此，这种交叉部门的要求在任何给定的情形中都不要要求一个具有完美代表性的陪审团；这一要求仅要求一个陪审团遴选程序以准备从这一相关群体中抽取可靠的、随机的样本。^④

法院不仅在陪审团法律方面采取了“统计学”进路，在各种歧视案件中也是如此。它们不仅在陪审团规模方面承认社会研究，在其他各种更具“价值—负载”的问题方面亦复如此。例如，在 *Plyer v. Doe* 案中，最高法院坚称：依据《宪法第十四修正案》的平等保护条款，^⑤ 德克萨斯州的一条制定法拒绝将来自当地各学校辖区的州基金用于非法移民的孩子的教育这一做法乃是违宪的。作为其论辩的一部分，最高法院诉诸社会科学来证实

④ 我在其他论著中更为详尽地讨论了出于统计学目的的可靠性及其在陪审团遴选中的类比。简而言之：首先，从中抽样的群体必须接近该人群。近年来，立法和州法院已经要求将潜在陪审员群体扩展至投票人注册名单以外的范围：司机注册名单、纳税名单，诸如此类。其次，该人群中的每一个人必须拥有一个被选中的同等概率，并且每一个参加遴选的人必须在独立于任何其他个体之遴选的条件下被加以遴选。在 20 世纪 60 年代和 70 年代，尤其是被任命的蓝带陪审团被取消了。在 20 世纪 70 年代，对法官的自由裁量权施加了各种限制以排除在宣誓如实陈述之前存在的潜在陪审员并限制各种可能的借口。在 20 世纪 80 年代，各种不容置疑的挑战的合宪性——或缺乏正当理由的挑战，用统计学的术语来说，这些挑战可能使抽样发生“偏斜”——遭到了攻击。最后，一个样本必须覆盖的范围足够大。在 20 世纪 70 年代，联邦最高法院考量了陪审团规模这一问题。通过转向社会研究，最高法院发现“没有证据表明在六人陪审团的条件下，陪审团裁判的可靠性下降”，并且最高法院坚持六人陪审团是合宪的。Williams v. Florida, 399 U. S. 78 (1970)。几年后，情况再次转为“最近的经验数据”宣告了五人陪审团是不合宪的：“现在这些数据对越来越小的陪审团所产生的结果的精准性提出了质疑。统计学研究表明，随着陪审团规模的减小，宣判一个无辜者有罪（1 号类型错误）的风险正在上升。由于在这一规模陪审团的条件下，没有宣判一个有罪者有罪（2 号类型错误）的风险有所增加，所以一个理想的陪审团规模可以被当作这两种风险相互作用的一个函数来加以选择。” Ballew v. Georgia, 435 U. S. 223 (1977)。See Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law and Knowledge* (Chicago: University of Chicago Press, 1994)。

⑤ *Plyer v. Doe*, 457 U. S. 202 (1982)。

其关于民主价值与教育密切相关的主张：“作为灌输基本价值——这些价值对于继续一个民主政治体系乃是必要的——这些公共学校的历史感知已经被社会科学家的观察所证实，”最高法院这样写道。^⑩

在其他类似的案件中，最高法院展示了福柯——作为其中的论者之一——将之与现代“规制”（governmentality）勾连起来的那种类型的理性（rationality）。福柯宣称，理性规制，并非与外部法则保持统一——无论是上帝的、自然的还是人的法则，而是使国家的理据与一种继续社会秩序的旨趣结盟。被理解为现代国家之权力的现代法律表达了那种即使不是强化也是维持的需要，即维持被视为人口的那一单元所特有的经济学、人口学和生物学的各种规律。作为人口规律的知识，社会科学和统计学的主题乃是告知并证成法律，法与社会科学成为关于处理人口的不同利益——人口的健康、安全和福利方面的利益——的社会政策。^⑪

立法和行政机构长期以来一直被当作各种论坛，其中技术专长被用来处理相互竞争的利益。鲜为人所注意的是法院对各种技术与日俱增的依赖，这些技术与追求“事实”和“价值”的二元划分以及各种社会规律或“规范”^⑫的社会科学进路相似。审

^⑩ *Id.*

^⑪ 关于这种类型的理性的例子，福柯在“规制”和“政治与理性”两篇文章中有所讨论，see the essays collected in Graham Burchell, Corlin Gordon & Peter Miller, eds., *The Foucault Effect: Studies in Governmentality* (Chicago: University of Chicago Press, 1991), and Marianne Constable, “Sovereignty and Governmentality in Modern American Immigration Law,” 13 *Stud. L. Politics & Soc’y* 249 (1993).

^⑫ “规范”是一个特殊的词，具有多种不同含义。足以引人注意的是，该词的不同含义在法的社会学当中似乎经常难以区分。一条社会“规范”可以标示一种能被观察到的行为的趋同，一种“常态”（通常的），或对某一应当加以践行的（被视为“规范的”）规则或惯例的接受。See Georges Canguihem, *The Normal and the Pathological* 125 (orig. pub. 1966; New York: Zone Books, 1989), discussing Lalande’s medical dictionary.

判中对专家证人越来越多的使用,⁹⁹ 法律作品中法与经济学的激增,⁹⁰ 以及对诸平衡判准⁹¹的司法依赖都暗示了不同的路径,其中社会科学的各种进路——即使社会研究没有捕获——甚至使这一“最低危险的分支”⁹²深深着迷。与之相似,采用无瑕疵汽车保险所隐含的风险处置,侵权法中侵占的严格责任学说取代传统的疏忽责任学说,以及“危险性”的提出都是如此。在赋予某种精算正义的出现以重要性方面,“危险性”乃是一个引人关注的重要问题。在这种精算正义中,缺少社会研究,法律——或法律过程与行政政策——将是不可能的。⁹³

⁹⁹ 从技术上讲,目击证人将证实事实(而非意见或法律)。最普通的专家证人证明医疗、心理、经济和工程方面的问题。(我也已经知道这样一些例子,在这些例子中,法律教授在关于[非涉外]法律的“事实”问题方面提供了证据,虽然我尚未证实这些例子。)

⁹⁰ 法与经济学最著名的捍卫者是理查德·波斯纳法官, *The Economics of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1982) 一书的作者并有大量其他著作。Coase 和 Calabresi 富有原创性的著作在 30 年前首次以一部优秀著作的面目出现。自此以后,法与经济学的文章不仅在《法与经济学》期刊和《法学研究》期刊中,而且在所有主流的法律评论中都已经变得司空见惯。

⁹¹ 虽然诸如此类的平衡性判准在法律的某些特定领域非常常见,但它们在法律期刊中所得到的讨论却相对较少。But see Louis Henkin, “Infallibility under Law: Constitutional Balancing,” 78 *Colum. L. Rev.* 1022 (1978); Donald H. Regan, “The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause,” 84 *Mich. L. Rev.* 1091 (1986); T. Alexander Aleinkoff, “Constitutional Law in the Age of Balancing,” 96 *Yale L. J.* 943 (1987); and Barbara Ann White, “Risk – Utility Analysis and Learned Hand Formula: A Hand that Helps or A Hand that Hides?” 32 *Ariz. L. Rev.* 77 (1990). 让我们回想一下侵权责任中博学的汉德“公式”和反垄断法、宪法领域中的利益平衡。一个平衡性判准包含了一种“利益评价”以使得判决看似是对“各种价值”进行精细的成本—收益分析的结果。

⁹² Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis: Bobbs – Merrill, 1962).

⁹³ Jonathan Simon, “The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law and the State,” 17 *Socialist Rev.* 61 (1987). See also Francois Ewald, “Norms, Discipline and the Law,” 30 *Representations* 138 (spring 1990), 以及对于法国一种担保法律秩序之出现的令人印象深刻的分析,参见 Francois Ewald, *L’Etat providence* (Paris: Bernard Grasset, 1986).

各种实证主义版本的社会学将其迄今为止的主张描述为对现象世界的科学观察，即出现在这个世界的各种事物的事实性知识以及就此而言各种间接感知（reported perceptions）的事实性知识。法院和行政官员基于相似的事实与价值的知识所作出的决断，无论在多大程度上是无意识的，包含了各种法的社会科学进路。就法律官员采取社会科学进路而言，作为社会科学主要问题的表象世界步入“真正”世界——超越的形而上学世界，亦即已经被社会科学所拒绝或至少被社会科学宣称为不能用的正义世界——所空出的位置。在“真正”世界这一问题上，从那种超越世界到这一现象世界的这种现实主义取代加强了对法律的一种理解，即将法律理解为是在贯彻不同的价值和规范，亦即将法律理解为各种政策，这些政策乃是经验上可确定的事实加价值的总和并被设计用以实现未来的社会改善。

现在，这一阶段的“正义”变成了依据各种社会价值^①对人类社会的各种“善”（goods）的分配。对于关切这一分配的政治哲学家和公共事务理论家而言，正如前文所提到的社会研究者，正义乃是一个“感知”问题。这一分配正义问题就是要提出某个公众所认同的各种分配机制；达致正当或，再次是，看似公正的各种安排的各种一致点或认同点。罗尔斯的《一种正义理论》（*A Theory of Justice*）就是这项工作的一个极为贴切的例子。通过批判功利主义，罗尔斯宣称追随某种康德的思想路线，但是，从其所出发的有限资源的情势来看，显而易见的是，他的旨趣在于

^① See Michael Walzer, *Spheres of Justice* (New York: Basic Books, 1983), 注意到被当作“善”（或这个世界中我们赋予其以价值的那些东西）的东西的多样性，这些“善”（或这个世界中我们赋予其以价值的那些东西）受经由政治安排之分配的支配。这些“善”（或这个世界中我们赋予其以价值的那些东西）包括：“成员身份、权力、荣誉、礼仪上的显赫、与生俱来的优雅、亲属关系与爱、知识、财富、人身保险、工作和休闲、奖赏和惩罚，以及大量被更为狭隘且物质地理解的善——食物、居所、衣着、运输、医疗、每种商品以及所有被人类所搜集的奇特之物（画作、稀有的书籍、邮票）。”

改善这一现象世界的状况。对罗尔斯而言，正义乃是社会制度的首要美德，并且正义提出了与协作、效率、稳定有关的各种明显是非康德式的问题。罗尔斯的纲领旨在找到一条道路，从而在如下竞争性主张中进行选择和排序，这些竞争性主张与具有社会价值的各种资源的分配有关。他主张，他的两个原则就是处于某个平等初始位置的自由且理性之人所将选择的原则，并且，他敦促我们这些读者思考如下问题：这一初始位置及其所推导出的两个原则是如何与我们深思熟虑的确信相符的。^⑤

虽然罗尔斯的哲学更为明显地植根于这一社会世界而非康德的世界，这仍然使罗伯特·昂格尔在区区三页醒目的文章^⑥中对罗尔斯的“社会契约理论”提出了一种批判：这一理论逃避了某种回归的定位，即或者回到功利主义，或者回到所谓康德的道德理论，并且这一批判将法理学引入了尼采历史的最后阶段。在某种层面上，昂格尔的评论是为人熟知的；这些评论与对处于罗尔斯初始位置的个体（正如这些个体有时被称为“POPs”）境遇的现实所做的抽象有关，这些个体会依据他们所拥有的善的观念以及他们事实上的社会位置选择某个无知之“幕”背后的正义的两个原则。这些评论也与具有风险规避（risk-averse）倾向的POP所被赋予的“经济”理性有关。

然而，在尼采历史以及昂格尔吁求“去稳化权利”（destabilization rights）的语境中，昂格尔的批判呈现出更为重要的意义。昂格尔写道：即便功利主义和社会契约理论宣称其旨趣在于这一世界的各种问题，这两种理论却都“分享了一种选择自我（a choosing self）的观念，这种选择自我的种种关切可以在对其所从

^⑤ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971) (“Rawls, *Theory of Justice*”).

^⑥ Roberto Mangabeira Unger, *The Critical Legal Studies Movement* 99-102 (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1983) (“Unger, *Critical Legal Studies Movement*”). 在下面的几页中，对于这一著作的大部分引用将在文本的圆括号内标出。

属的诸具体社会世界的抽象中加以界定”。在匆忙避免选择可能导致的不确定性当中，功利主义者和社会契约理论家“限定性地界定了构成该方法首要渊源（data）的需要和直觉，事实上那些经过如此限定的所有结论已然隐含在对诸多出发点的勾勒当中”。出于如下需要，即需要一个单一的、具有同情心的旁观者或权威以计算整体的快乐，功利主义使多样性和复杂性陷入绝境，尤其在各种矛盾并冲突的欲求的意义上（页 99 - 100）。正如罗尔斯对功利主义的评论，功利主义没有认真对待不同个体之间的差别。^①然而，契约论者所建构的各种“理想选择”情境也同样具有局限，昂格尔写道：他们“回避人们自我兴趣的偏狭，甚或回避其自身关于善的观点的偏狭”。甚至像罗尔斯这样“敏锐的契约论者”——罗尔斯把强加于理想选择情境的特征界定为我们既存道德直觉与关于这些道德直觉的批判性反思之间的一个先前互动的正当结果——“在先前一个阶段的分析当中做了否则其将在后一阶段不得不做之事：他预测了其出发点中所隐含的结论，虽然他为后一阶段主张一种权威，这种权威会被之前的预测削弱。”换言之，昂格尔论辩到，正如某些女权主义法律学者所指出的，罗尔斯“作为公平的正义”同样没有认真对待个体之间的差别。取而代之的是，通过与差别所暗含的风险和冲突隔绝，即使不是在制度性安排之中，至少是在部分由这些安排所形塑的选择者的欲求和信念之中，“作为公平的正义”的正义的两个原则，再次强加了已然或多或少存在的统一“理想”。^②

再如某些女权主义法律学者，昂格尔反对这种温和的改革主义理论的各种机制，因为在从具体世界到特定理想的抽象之中，这些机制诉诸的理想限定了转变的视域。昂格尔发现，在这些机制当中，这一“真正的”世界已经变得太现实主义了。换言之，

^① Rawls, *Theory of Justice* 27.

^② Unger, *Critical Legal Studies Movement* 99 - 102 (并未点名指向罗尔斯).

已然存在的这一世界已经将尼采历史中的“真正”或“理想”殖民化到这样一个程度，即现在理想几乎不再主张改进或改变这一世界。昂格尔写道，现代法学家及其哲学家已经试图回避将法律教义转变为一个“围绕正当且可能的社会生活形式而展开持续斗争的竞技场……他们以一系列暴力的、专断的智识限定为代价回避这一问题，这些限定的最终结果是要把法律教义转换为一系列无休止的论辩把戏”（页 18）。法理学仍然诉诸理性（现在被认作 rationality）从而使自身陷入各种形而上学理想的网中，但是现在这些理想乃是与各种既存条件相勾连的——昂格尔宣称，即与市场 and 公共秩序的稳定性和确定性相勾连的（以及与权威且/或白种人且/或男性的支配相关联的，其他论者如是宣称）。

因此与第五阶段的社会政策相反，昂格尔所描述的这种批判法学研究运动寻求“一种为社会的固定秩序的松绑”，以使得“这种社会世界的任何部分都无法脱离去稳化斗争（destabilizing struggle）”（页 23）。正如昂格尔所述，通过提出一种针对自由法律主义的反纲领，批判法学研究宣称：有关权利和正义的先前观念已经过时，并吁求取消“真正的”世界：“让我们取消它！”批判法学研究和尼采第五阶段的那些思想一同呼唤先前的“实在”。但是，与指出形式平等之现实局限的社会研究者和拒绝空洞道德——这种道德打着小型改革（minor reform）的旗号——的政治理论家（尼采的“自由思想家”）不同，这些批判法学研究运动的学者和尼采的“自由精神”一道承认：取消真正世界开启了激进变革。

因此批判法学研究运动的学者们进入了尼采历史的最后阶段，置身于历史之中，他们承认有关权利和正义的先前理论所具有的先前用益。昂格尔写道，“在近代西方历史中曾有这样一个时代，在具有贵族和社团主义（corporatist）政体的前革命的欧洲”，

当最具影响的学说主张：一般性的法律，特别是宪法，

应当成为对社会划分和社会等级之秩序的一种表达和辩护。……现代法律思想史最重要的变动或许是从上述观念转向如下理念：宪法和法律应当将人与人之间可能发生的基本交往描述为财产所有者和公民，而不考虑不同个体在既存社会当中所占据的地位。根据这种现代观点，权利体系将超越真正的社会秩序。权利将会运行，要么如同这一真正的社会秩序并不存在，要么如同这一真正的社会秩序可以被某种纯粹的权宜之计所充分驯服且证成，这种权宜之计出于权利界定的目的对这一真正的社会秩序视而不见。（页 24）

然而，现在现代法律思想威胁将重新强加一种怠滞且僵化的社会结构，批判法学研究运动对此谈道：

批判法学研究运动已经致力于法与社会的关系这一观念的另一场变革，这场变革也同样潜在地体现在视域和重要性的如下转向上，即转向漠视社会等级和社会地位的各种权利。现在宪法和法律将被视为仅对前革命理论之要求的翻转。法律和宪法成为对社会划分和社会等级之计划的否定而非再次确认。批判法学研究运动之权利体系——在其每一个分支当中该体系都被当作一个整体——的理想目标旨在充当一个反纲领以反对任何有关社会角色和社会等级之机制的继续和再生，这些社会角色和社会等级可免受各种日常可见形式的挑战。（页 24）

通过寻求民主和经济的替代形式，昂格尔转向了“极端说”（deviationist doctrine），这一学说包括一项关注四种权利类型的制度性纲领。其中之一为“去稳化权利”，这种权利“主张瓦解社会实践已确立的各种制度和形式，这些社会实践的制度和形式已经取得了免受挑战的权利，并鼓励对现有社会划分和社会等级的

固化，这种社会划分和社会等级乃是整个宪法所试图避免的。”（页39）昂格尔宣称，整体而言，这一纲领既非反自由主义的，亦非劣自由主义（adulterated liberalism），而是他所称的“一种超自由主义”（a superliberalism），这种超自由主义将有关国家与社会、免于由意志所形成的社会关系之统治和依赖的自由这些自由主义命题推向如下要点，“基于这一要点，上述自由主义命题融合为一个巨大的雄心：构建一个更少异于自我的社会世界，其中自我可以总是打破其自我精神构成或自我社会构成的生成性规则并且将其他规则和其他构成置于它们各自的位置之上”。（页41）

就此而言，即使其他批判法律学者不同意昂格尔的超自由主义纲领，他们却分享了昂格尔对社会的如下理解，即社会乃是“被构建和想象的，而非仅被给予的”（页18）。并且进而言之，将社会理解为出自一个无限生成和变形的自我的建构和想象，就此而言，这个自我不必依赖理性。例如，通过将其立场称为“非理性主义”，约瑟夫·辛格将其立场与实用主义勾连起来并辩称：

当我们放弃法律体系具有一个基础——一个“理性基础”——这一理念，我们便不再留有任何东西。我们只留有了我们自己。……我们在与他人共同生活的语境中想象一种更好的生活并致力于实现它。某种想象的实践是比当下实践更好抑或更差，这是一个道德判断的问题。它不是一个寻找某个立于其上的基础的问题，也不是一个发现真理的问题。它乃是一个确信的问题。……我们将不得不为我们所作出的决定承担责任。⁹⁹

通过诉诸“非理性的、对他者的同情性知识”以求对法律展开批判，鲁宾·韦斯特（Robin West）关注“对于公民共和主

⁹⁹ Singer, 94 *Yale L. J.* at 66 (cited in note 8).

义至关重要的理想共同体，以及对于自由功利主义至关重要的理想个体，以及与公民共和主义和自由功利主义相互竞争的对自由、福利、容忍、培养、平等至上主义、个人主义、社群至上主义的各种承诺，”但是韦斯特发现这些道德确信“并非基于理性，而是基于爱，不是在头脑中培养起来的，而是在心中培养起来的”。^⑩

如同上述批判法律学者，那些通过提出各种个人且/或寓言式叙述以吁求一种关于法律的新的思考方式的论者也同样暗示了这一世界以及法律的可解释性和被建构性。正如庞德所指出的社会学法理学的“心理学阶段”，对于现代批评家和类似的诠释主义者而言，法律“和所有的心理创造一样……已经并将永远持续为一个生成过程”。^⑪对这些学者而言，法律不再是一个理性问题（并且某些学者主张法律从来不是一个理性问题），然而它却是心灵的一种产物，即社会想象、欲望以及意志的产物。

在这一点上，批判法律学术运动、解释主义与最近的某些女权主义法理学联合起来。一般化再次成为棘手的工作，因为这一工作——正如法律现实主义那样常常被解释主义奉为其起源——展示了某种异质性，这种异质性已成为“当代有关法律的批判性论辩所为人熟知的一个特征”。^⑫要妥当地思考女权主义学术需要另作文章加以讨论。如果强要将女权主义的工作与尼采联系起来，人们可以运用在人们所认可的那些脉络的女权主义法律思想和罗尔斯、昂格尔以及解释主义者的法律进路之间的相似来暗示

^⑩ Robin West, “Displines, Subjectivity, and Law”, in Austin Sarat & Thomas R. Kearns, ed., *The Fate of Law* 119, 155, 157 (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1991) (“Sarat & Kearns, *Fate*”).

^⑪ Roscoe Pound, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence,” 25 *Harv. L. Rev.* 489, 505 (1912).

^⑫ Austin Sarat & Thomas R. Kearns, “Editorial Introduction,” in Sarat & Kearns, *Fate* 5 (“Sarat & Kearns, ‘*Editorial Introduction*,’”).

女权主义法理学与尼采历史的相应阶段的联系——但这是否构成对女权主义最公正的解读乃是可以质疑的。不过，如若强要做这种联系，比如人们可以从朱迪斯·G. 格林伯格（Judith G. Greenberg）确证的女权主义的三个主要模式开始：“同/异”模式、“支配”模式和“后现代”模式。^⑩ 有人或许会争辩，首先，女权主义通过诉诸女人和男人之间的相似且/或差异来谋取平等性这一现象提出了与罗尔斯所提出的相似问题，后者通过诉诸抽象的或去蔽的 POPs 来证成应当用来治理社会的作为公平的正义的两个原则。正如对罗尔斯及其批评者一样，对同/异女权主义而言，这一问题可被说成是有关实际差异的地位和认同。对这些思想家而言，形式平等的“理想”在这一世界乃是不可获得的，并且这一“理想”必须被加以修正以处理现实问题。问题在于，什么被当作现实的，即被当作确切可知的特征或差异。其次，女权主义的“支配”模式，在某些方面与昂格尔相似，挑战了同/异女权主义，进而承认：甚至非一致性平等被修正过的理想也不再代表有意义的变革：那些理想本身，作为其无法背离的现存——压迫性——条件的人为产物，乃是无益的。^⑪ 最后，正如格林伯格所指出的，“后现代”女权主义“与解释有关”。就此而言，这种女权主义展示了对话语构成性特征的附属性，以及对视角多元化的承诺，这些视角——虽然方式多种多样——刻画了大量解释工作的特征。

本文无意处理这种视角的多元化。例如，某些论者建议，受

^⑩ 格林伯格也注意到“生动的女权主义者”（feminists of color）的存在，这些女权主义者通过这些或其他进路展开研究。See Judith G. Greenberg, “Introduction to Postmodernist Legal Feminism,” in Marry Joe Frug, *Postmodernist Legal Feminism* (New York: Routledge, 1992). Frug 本人描述了女权主义法律学术的四种进路，通过将“相同”模式和“差异”模式归为分别与“平等说”和“平等理论”相关，从而将二者区别开来。

^⑪ See, e. g., Catharine A. Mackinnon, *Towards A Feminist Theory of the State* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1989).

人本主义激励的解释主义工作从法律被社会建构的品格中推断出一种为各类人所“共享的共同体”，即使更具社会科学指向性的工作贬低或否认这一共同体的广延性。只需指出以下问题就足够了：在解释主义的社会法（sociolegal）工作中，不论社会的构成性品格表达什么，这项工作大多显示了现实主义令人质疑的统一以及自我—变形意志（self-transforming will）令人质疑的统一，这种自我—变形意志标志着现代“社会学的”法律思想。

换言之，“解释性的社会法研究”^① 宣称——有时被误认为明确地与某种规则法理学相对——要现实地解释法律：首先，按照社会所理解的那样——“意识形态”——解释法律，不论特定的个体或群体是否这样认识法律——且/或，其次，将法律解释为一种有效的权力——解释为社会控制。但是，在理解解释主义如何集中体现了尼采法理学史“最后”阶段这一方面，比现实主义更为重要的是自我—变形意志（self-transformative will）这一观念——这种意志或法则当然是社会的，但这种意志或法则也同样是自我—生成和产出的（self-produced and producing），在恒久变化当中以及，最重要的，在某种意义上该意志或法则超越了理性。

奥斯丁·萨拉特（Austin Sarat）和托马斯·科恩斯（Thomas Kearns）的解释主义工作激进地阐述了对法律的这种理解。虽然，在1990年一场“后经验主义”学术的讨论中，萨拉特曾确认“科学作为一种说服工具”，^② 但一年后萨拉特与科恩斯转向了拒绝社会科学的解释性批评者。^③ 二人写道，这些批评者“对

^① See *Law & Soc. Inquiry* 135-80 (1990), containing a “Review Section Debate” on “Intepretation in Sociological Research.” See also on “post-realism,” John Brigham & Christine B. Harrington, “Realism and Its Consequences: An Inquiry into Contemporary Sociological Research,” 17 *Int’l J. Soc. L.* 41, 55-57 (1989)

^② See Austin Sarat, “Off to Meet the Wizard: Beyond Validity and Reliability in the Search for a Post-empiricist Socioloy of Law,” 15 *Law & Soc. Inquiry* 155 (1990).

^③ Sarat & Kearns, “Editorial Introduction” (cited in note 98).

如下问题即便不是信心十足却也充满希望：法律可以且应当被重新想象、重新设计和被拯救”。虽然，萨拉特和科恩斯暗示他们所提出的这一工作“驳斥了任何这样的主张：今天的批评者不可避免地是无所建构的和虚无主义的”，但他们的驳斥却建立在对当下某些法律学术之虚无主义的“含混的”且非哲学的理解之上。^⑩

如果人们取而代之依凭尼采对虚无主义的理解，萨拉特和科恩斯自身“趋向某种暴力法理学”的解释工作便显示了那种具有某种自我变形力量的虚无主义（the nihilism of a self-transforming force）。用斯坦利·费希（Stanley Fish）的术语来说，这种自我变形力量乃是仅针对自身需求的一种法律回应，或用尼古拉斯·卢曼（Niklas Luhmann）和贡塔·托伊布纳（Gunther Teubner）的术语来说，这种自我变形力量乃是一种自创生的（auto-poetic）法律。

萨拉特和科恩斯从吸取并调整罗伯特·科沃（Robert Cover）的如下主张出发：法律乃是“在暴力性的组织化社会实践的语境中所加以理解的解释”。^⑪ 科沃指出了如下问题：法律不只是一个政策问题或价值的实施问题，而必然隐含了对各种社会规范的强制执行。^⑫ 萨拉特和科恩斯通过着手于他们之后称为“法律的暴力”（他们对“暴力”[violence]和“强力”[force]的区分是不甚清楚的）这一问题，继而论辩：

理性和强力无法共享对人类动机的控制。当二者在冲突中遭遇，仅有一者可以获胜，并且一旦给定法律所使用的强

^⑩ *Id.* at 4-5. 关于当下法律学术中虚无主义含义的含混性，参见前注8。

^⑪ Robert Cover, “Violence and the Word,” 95 *Yale L. J.* 1601, 1602 n. 2 (1986).

^⑫ [中译者按] 科沃这里使用的词是“enforcement”，特别突出了该词所隐含的“force”的意味。

力、痛苦和暴力的等级，法律，在其所想的任何地方，都有胜利的保障。因此，情况似乎是：法律的暴力并不十分符合人类动机这一观念——的确，法律的暴力时常与之发生冲突。人类动机这一观念被建构成一种规则法理学，并且对于我们而言，正是这种规则法理学继续着人类动机这一观念。^①

通过表面上试图论辩“从法律对合法暴力的垄断到面对这种垄断对人类动机的大规模侵蚀”，萨拉特和科恩斯主张：与“某种法律的工具概念”相比，在法律的暴力当中有更多的东西处于危险之中。他们借助法律的暴力“来讨论法律暴力的普遍文化残余以及法律暴力使自身渗入意识和条件反射的方式”。他们写道，法律强力的每一种情形都“冷酷地提醒我们社会生活被造就和继续的那种方式。”^②

然而甚至当萨拉特和科恩斯指出对人类动机的这种侵蚀的时候，在他们工作中处于危险境地的法律——的确不只是一种观念——也不过是彻头彻尾的工具。经由法律，那种为某种暴力所要求的“精心的社会组织”被创建了。这种暴力在“日常法律主体的事实性经验当中”以及“在法律官员的意识和惯习当中”被加以感知。^③ 并且反之，正是经由暴力，法律乃是有效的。“一经设立，法律便是通过强力得以持续的……作为一种暴力机构，这种暴力都以某种被称作更高秩序的名义扰乱、瓦解、变动各种先前存在的关系和惯例。这种秩序在残忍的暴力演示中以及在暴力的征服行动、殖民行动，亦即暴力的‘文明化’行动中

^① Austin Sarat & Thomas R. Kearns, “A Journey through Forgetting: Toward A Jurisprudence of Violence,” in Sarat & Kearns, *Fate* 268.

^② *Id.* at 270, 269 - 70.

^③ *Id.* at 272 - 73.

展现其自身的‘更高性’。”^⑩ 法律既是某种暴力的原因又是这种暴力的结果。这种暴力自身既是法律的结果，又是法律的原因。

萨拉特和科恩斯诉诸尼采以断言：暴力是“一种缺乏形式的、邪恶的行动乌托邦和未加深思的直觉，通过审慎的思考，所有的法律——自然的或实在的法律——都是堕落”。^⑪ 然而，在尼采看来，未加深思的直觉点出了某种古代法律传统的高贵性。在将法律当作命令的这种古代传统中，理性以及行动者与行动的分​​离既不是必需的，也没有被得以认知。在尼采看来，如果自然法和实在法代表了一种堕落，这种堕落正是随着引入理性而发生的。然而，正如当萨拉特和科恩斯在为抵制与“法律的暴力可以为理性所驯服”这一官方叙事中“意气相投的观念”^⑫ 而论辩时所承认的那样，近来为他们所讨论的法律的暴力并非“优于”理性。通过专注于“法律为暴力而非理性所征服的方式”，他们展示了法律乃是一个“原原本本的暴力行动者”以及一个“强力和强制的规制者”。^⑬ 他们的想象正是某种暴力性法律的起因性力量。这种暴力性法律摆脱了理性，并且与尼采式贵族未加深思的直觉不同，这种暴力性法律需要某个救星或治愈。萨拉特和科恩斯趋向这种需要所伴随的绝望在他们论述科沃著作的论文中变得非常明确。他们写道：“甚至在暴力的阴影下，科沃也对法律充满了希望”，但是

我们对此不抱有多少希望。科沃致力于承认法律的暴力

^⑩ Austin Sarat & Thomas R. Kearns, “Introduction,” in Austin Sarat & Thomas R. Kearns, ed., *Law's Violence* 3 (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992) (“Sarat & Kearns, ‘Introduction’”).

^⑪ Austin Sarat & Thomas R. Kearns, “Making Peace with Violence: Robert Cover on Law and Legal Theory,” in Sarat & Kearns, *Law's Violence* 211 (“Sarat & Kearns, ‘Making Peace’”).

^⑫ Sarat & Kearns, “Editorial Introduction,” at 12.

^⑬ Sarat & Kearns, “Making Peace,” at 214; *id.*, “Introduction,” at 3, 4.

并通过某种对法与社会的关系的各种命题的重构来调和或驯化法律。然而，我们担心法律的暴力会阻碍这种重构。用科沃自己的语言来说，他相信法律可以在未成为“法律受害者”（jurispathic）的情况下具有杀戮性。我们并不分享这一信念。^①

当然，虚无主义并不等同于绝望（正如同希望并不意味着虚无主义的缺场）。但是，萨拉特和科恩斯表达的这种绝望（就像他们所转向的批评者所抱持的希望）的确伴随着一种虚无主义的社会学法理学。这种社会学法理学否认在各种真正世界和显明世界、实然与应然之间的界分，却承认某种威胁将成为绝对的法律/强力。在他们将法律当作那种暴力性的特定社会现象的重新想象（借用他们的术语）中，萨拉特和科恩斯发现自己无法证实那种更好的、非法律受害者的法律，正是由于这种法律，他们感到了那种对某种救星或治愈的需要。在逃避被他们视作这一世界的法律的需要中，萨拉特和科恩斯的虚无主义显露无遗。作为逃避理性和人类动机的起因性力量或效力（并且这种起因性力量或效力甚至征服和命令理性与人类动机），法律的暴力成为一种循环且永恒的命令，即一种始终缺乏命令者的命令。法律的暴力威胁将成为其自身的命令者或限度，也就是说法律的暴力威胁将成为不受限制的或绝对的。

总而言之，今天人们在各种不同领域所谈论的“法律”乃是从属于某个可观察世界的社会现象，这个可观察的世界乃是社会学的恰当主题。德性、神法或自然法、道德法则和实在法勾勒了尼采形而上学史前四个阶段的法理学。社会政策和分配正义对应着尼采形而上学史的第五个阶段，其中“真正世界”的正义似乎被显明世界的正义所取消了。对哲学家和研究者而言，对于

① Sarat & Kearns, “Making Peace,” at 214 - 15.

那些将社会学知识当作法律的真理以及对于那些生活在一个接受这些真理的社会中的人而言，法律变成了社会学认为法律应当成为的东西：全民的规范（在规范的双重意义上）；对风险和利益的管理；由官方强制执行的政策——基于对国家暴力之正义，换言之，实在法之正义的信仰。社会学——无论作为科学抑或作为解释，作为法律抑或作为哲学——通过信念和表象的语言，即“正当性”“价值”“规范”“分配”和“政策”这样的语言，讲述着实在法的真理——在这些语言中，“正义”与“真实的”世界消失了。

通过进入尼采历史的第六阶段，批判法律学者承认先前实然/应然和表象/实在两种二元界分的崩溃。结合先前对真正世界的取消，这些二元界分的崩溃，如同它们的实用主义统一，引发了“剩下什么？”这一问题。这一问题——即使如同社会学所宣称的那样迄今为止是不可回答的——提出了一个比迄今所提出的某种公认的学术分类更为重要的问题。该问题关注这样一个世界，该世界的法律为社会学所确定，并被社会地建构——不论是通过想象还是暴力，抑或其他最终无法达致的自我变形力量。

世界剩下什么？

在尼采看来，形而上学历史的终结就是那一历史最久的谬误的终结，这一谬误就是意志被用来产生效果。现在，是否法理学——此处被理解为关于法律的思想——已经到达了它的终点？

社会学确实取消了那一真正的世界。所剩下的是什么呢？那种显明的世界吗？当然，仍然存在某种社会学的协作和某些人所称的关于行政治理之精算正义（actuarial justice）的生产。一种分散的权力关系网络取代了早期被以各种方式确认为法律来源的集

中主权或意志。最近批判法律运动的变形性超自由主义（transformative superliberalism）以及解释主义者的社会构成和社会控制“信念”。这两种思想都属于与强大的“权力意志”负有某种相似性的因素。“权力意志”作为各种复合的创造性力量，在尼采历史的终点，指出了这种意志谬误的变形。这种意志谬误勾勒了此前所发生的历史。

然而在尼采看来，在这一谬误的终点，查拉图斯特拉登场了。在查拉图斯特拉看来，“国家就是所有冷酷怪兽中最冷酷怪兽的名字……国家以各种善与恶的口吻说谎；并且无论它说什么，它都在说谎——并且无论它拥有什么都是它盗取来的。……甚至它的肠子都是虚假的。混淆善与恶的各种语言：我给你这一符号作为国家的标志。”查拉图斯特拉忠告：“在国家终结之处——看那里，我的兄弟！你没看见它吗，超人（the overman）的彩虹和桥梁？”^①国家的终结向查拉图斯特拉透露了“超人”，一种非人类的物种或种族，即一种具有强大权力意志的自我超越性存在，该存在的状况使得该存在不被或没有被理性和谬误所需要。

然而，对于现时代的人类而言，即对于那些将其知识和实在精确为统计学、国家法和社会学社会（sociological society）的规律和规制之法的人而言，法的社会科学化或法的社会学化再次表明了——有人猜想——人类脆弱的诸种情况和重新肯认意志的诸种情况。现代法律的建构性或变形性力量，即现代法律急于通过其社会学想象创建和重建自身——不论是在精算正义中抑或通过各种新制度，不论是通过公共政策抑或通过去稳化权利——泄露出一种逃避现代状况的欲望。现代法律的权力有赖于一种社会组织的统治，这种统治的确既非神圣主权的产物，也不完全是人

^① Friedrich Nietzsche, “On the New Idol,” *Thus Spoke Zarathustra*, trans., Kaufman (New York: Viking Press, 1954).

类意志的产物。但是它也不是某个超人的强大权力意志。这种统治乃是社会学的统治，即具有“社会”属性之知识的统治，亦即一种将自身当作或使自身成为最高权力的知识和权力。

社会学把社会创造当作当下所是和将来所是的全部。在其他方面，社会学将任何代表其自身的东西——科学、宗教、历史——转化为社会建构现象。它将法律当作社会建构——既当作社会创造和社会想象的产物，又当作社会创造者和社会生产者。通过这种仅对具有社会属性之物的社会学承认和作为知识的社会学之特权的联合，社会学提供了并与此同时成为社会的法则。

在变身为法则的过程中，社会学并未由此成为神圣的或道德的，即使它的确表明了其与神法和康德的道德法则作为其中一部分的形而上学传统的连续性。社会学成为实在法的顶点，这种实在法对应着尼采历史第四阶段的现实主义和经验主义，并且如同神法和道德法则，这种实在法延续了始于形而上学开端的这一致命谬误，即意志产生效果这一必然谬误。不过，一种特定的实在法或命令恰恰有赖于统治现时代的社会学统治。因为社会学否认普世法律（law to all）的地位，这种法律不属于社会的领域，并且坚持不关注任何无法自我命令的对象。社会学的法（sociological law）威胁将成为绝对命令——作为其自身命令者的戒律。对于法理学史而言，社会学的法威胁将成为被海德格尔当作尼采形而上学历史大功告成的东西：绝对主体性的永久变形和生成。^⑫

虽然霍姆斯通过言及“当我们研究法律的时候，我们不是在

^⑫ 这并不是说社会学的法是尼采式的权力意志；当尼采言及作为强大权力意志的生命意志时，尼采所理解的“生命”与社会学主义的“社会的”并不相同。这一主张仅是：社会学的法深受海德格尔对其当作尼采权力意志的东西的批判之害。海德格尔对尼采的这种解读还有待解决。与这种解读相反，Philippe Nonet 在“什么是实在法？”[100 *Yale L. J.* 667, 669 (1990)] 一文中也认为法律实证主义与现代的法律有关，更确切地说，与“这一历史运动有关，通过这一历史运动，命令的权力升至法律最高渊源这一等级”，但是 Nonet 也精确地展示了尼采如何是“法律实证主义的思想家和先知”。

研究某个神秘之物，而是在研究某个为人熟知的职业”，来开始他的演讲，他却以一个如下的主张作结：

该主张关涉法律更遥远且更具一般性的那些方面……这些方面赋予法律以普世性的旨趣。正是经由 [法律的这些方面]，你不仅成为你的职业中的一位伟大的大师，而且你将你的主题与普世性的问题勾连起来并捕获了来自无限的一个回声，即对无限之深不可测的进程的一瞥，亦即来自那种普世法律的一个线索。^①

霍姆斯的这些理念或许暗示了普世性法律，但是伴随着霍姆斯所趋向的那种社会科学化的法，“来自无限的那个回声”乃是尼采所描述的那种虚无主义形而上学的一个变种。这些合理的提示乃是那些我们逃避过去的永远乐观的欲望。对于某个幻想的未来而言，过去就是我们的现在。情况就是这样，当然，对于这一事实我们没有理由不听取这些提示；反之，不听取这些提示正是威胁要使社会学成为绝对法则。对于听取这些提示的人而言，亦即对于那些愿意留意查拉图斯特拉呼吁关注国家终止之处的人而言，某种并非社会学之法的东​​西显示了自身。

① Holmes, 10 *Harv. L. Rev.* at 457, 478 (cited in note 2).

马克斯·韦伯法律理论的阐释

——形而上学、经济学以及宪法的铁笼

[美] 斯蒂芬·菲尔德曼^① (Stephen M. Feldman) 著

王小钢 王雪麟 译

在法律学者之中，安东尼·克朗曼 (Anthony T. Kronman) 和戴维·楚贝克 (David M. Trubek) 提出了各自对马克斯·韦伯法律理论的领先性解释。克朗曼和楚贝克都赞同两个重要的观点：从根本上说，韦伯的理论存在矛盾之处；并且韦伯的理论主要关涉诸

^① 斯蒂芬·菲尔德曼 (Stephen M. Feldman) 是塔尔萨大学 (the University of Tulsa) 法学院副教授。1986 年获斯坦福大学法学硕士学位 (J. S. M.)；1982 年获俄勒冈大学法律博士学位 (J. D.)。作者感谢戴维·楚贝克 (David Trubek)、理查德·德尔加多 (Richard Delgado)、约翰·哈特·伊利 (John Hart Ely)、马克·图什内特 (Mark Tushnet)、马克思·普朗克研究所的盖罗·伦哈特 (Gero Lenhardt of the Max Planck Institute)、汤姆·阿诺德 (Tom Arnold)、塔亚·班克斯 (Taunya Banks)、戴维·克拉克 (David Clark) 和劳拉·菲尔德曼 (Laura Feldman) 对初稿提供的颇有助益的评论意见。

如合同这样的私法主题。本文将对以上两种观点进行辩驳。立足于韦伯的新康德式的形而上学和他的经济行动的社会学范畴之上，本文表明，韦伯的法律理论从根本上说并不矛盾；与之相反，韦伯的法律理论探究西方社会自身（包括其法律体系）内部所固含的不一致。此外，韦伯的洞见可以应用到现代宪法学之中。韦伯式理论揭示现代宪法充满着程序与实体（形式合理性和实质合理性）之间不可调和的张力。在很多涉及平等保护和美国宪法第十五修正案的种族歧视案件的背景下，美国联邦最高法院对约翰·哈特·伊利的强化代表性理论（John Hart Ely's theory of representation - reinforcement）的采纳表明最高法院对形式合理性的坚定追求，这也使少数派的实质价值和需求无法得到满足。

马克斯·韦伯的社会学是对西方自由主义制度和思想的现代主义批评。韦伯发现了自由主义所存在的二元对立：自由意志与决定论，合理性与不合理性，形式与实质，以及事实与价值之间的对立。他追踪了这些二元对立，探究了它们的效益，然后无情地揭露了它们的成本。然而，当韦伯从事他的工作时，韦伯特意地并且自觉地接受了自由主义的世界观：韦伯是“绝望的自由主义者”。^②

在最近几年中，学者们重新发现了韦伯的法律理论。^③ 在法

^② T. Bottomore & W. Outhwaite, "Introduction," in Karl Lowith, *Max Weber and Karl Marx* 16, trans. H. Fantel (London: George Allen & Unwin, 1982) ("Lowith, *Weber and Marx*"); David M. Trubek, "Max Weber's Tragic Modernism and the Study of Law in Society," 20 *Law & Soc'y Rev.* 573, 592 (1986).

^③ See, e. g., Anthony T. Kronman, *Max Weber* (Stanford, Cal.: Stanford University Press, 1983) ("Kronman, *Max Weber*"); Donald N. Levine, *The Flight from Ambiguity* (Chicago: University of Chicago Press, 1985) ("Levine, *The Flight*"); Wolfgang Schluchter, *The Rise of Western Rationalism* (Berkeley: University of California Press, 1981) ("Schluchter, *The Rise*"); Harold J. Berman, "Some False Premises of Max Weber's Sociology of Law," 65 *Wash. L. Q.* 758 (1987); David Campbell, "Truth Claims and Value - Freedom in the Treatment of Legitimacy: The Case of Weber," 13 *J. L. & Soc'y* 207 (1986); Sally Ewing, "Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber's Sociology of Law," 21 *Law & Soc'y Rev.* 487 (1987); Trubek, 20 *Law & Soc'y Rev.*; David M. Trubek, "Reconstructing Max Weber's Sociology of Law," 37 *Stan. L. Rev.* 919 (1985) (reviewing Kronman, *Max Weber*).

律学者之中，安东尼·克朗曼（Anthony T. Kronman）和戴维·楚贝克（David M. Trubek）提出了各自对马克斯·韦伯法律理论的领先性解释。^④ 克朗曼和楚贝克都赞同两个重要的观点：第一，从根本上说，韦伯的理论存在矛盾之处，反映了他的显而易见的“智性上或者道德上的精神分裂”；^⑤ 第二，韦伯的理论主要关涉诸如合同这样的私法主题。^⑥ 本文将对韦伯的法律理论进行一种新的解读，对以上两种观点进行辩驳。韦伯从根本上说并不矛盾；与之相反，他探究了西方社会及其法律体系内部所固含的不一致和张力。此外，尽管韦伯本人集中关注合同法，但是他的法律洞见可以应用到现代宪法学之中。他的理论让我们从内部去研究宪法：韦伯式的批评采纳宪法的当下概念，认可这些概念的优势，但是接下来强调这些概念所存在的非人性化的缺陷。尤其是，韦伯式的理论揭示现代宪法充满着程序与实体（形式合理性和实质合理性）之间不可调和的张力。然而，由于韦伯式的批评接受当下宪法的诸多概念，它拒绝为当代宪法学提供革命性或者乌托邦式的替代方案。与此相反，韦伯只是提供了绝望的视角。

本文的第一部分主要探寻韦伯的新康德式的形而上学和他的经济行动的社会学范畴。^⑦ 对这两个基础的理解是正确理解韦伯

^④ See Kronman, *Max Weber*; Trubek, 20 *Law & Soc'y Rev.*; Trubek, 37 *Stan. L. Rev.*; David M. Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism," 1972 *Wis. L. Rev.* 720.

^⑤ Trubek, 20 *Law & Soc'y Rev.* at 575 (quoting Kronman, *Max Weber* 185) [克朗曼写道：“在韦伯的文章中存在……的东西，几乎可以描述成一种智性上的（或者道德上的）分裂，一种在不可调和的观点中的摇摆，这有助于解释为什么他在左翼和右翼中都能找到支持者和贬低者。”]；cf. Jurgen Habermas, 1 *The Theory of Communicative Action* 253 - 54, trans. T. McCarthy (Boston: Beacon Press, 1984) (“Habermas, *Communicative Action*”). (韦伯的法律理论是相互矛盾的。)

^⑥ See Kronman, *Max Weber* 96 - 117; Trubek, 37 *Stan. L. Rev.* at 933 - 35; Trubek, 1972 *Wis. L. Rev.* at 752 (韦伯的理想类型不应该被应用于新的背景下); see also Ewing, 21 *Law & Soc'y Rev.* at 497 - 502.

^⑦ See *infra* text accompanying notes 10 - 46.

法律理论的先决条件。韦伯的形而上学（第一个基础）体现了他对西方自由主义制度的批评，使得他强调这些制度所存在的内在的或者结构性的张力，比如在抽象的可计算性和终极价值与需求的满足之间的张力。韦伯的经济行动范畴（第二个基础）与他的法律思维范畴相类似。当讨论经济行动和法律思维时，他界定了四种范畴：形式合理性、形式不合理性、实质合理性和实质不合理性。尽管这些范畴之间存在一致性，但是可以发现韦伯对于法律思维范畴的描述是不确定和晦涩的，然而对于经济行动范畴的描述则是清晰和精准的。因此，首先探讨经济行动范畴的定义和这些范畴彼此之间的联系，有助于理解法律思维的范畴。

本文的第二部分在第一部分讨论韦伯的形而上学和他的经济行动的社会学范畴的基础上解释韦伯的法律理论。^⑧ 第二部分首先界定韦伯的法律思维范畴——形式合理性与实质合理性，以及形式不合理性和实质不合理性，然后集中关注韦伯的主要论题之一：法律形式合理性的与日俱增。在进行这一讨论的过程中，将会探究法律与经济之间的因果关系以及形式合理性与实质合理性之间的张力。

本文的第三部分将说明韦伯的法律理论在现代宪法理论和审判的语境之下的重要意义。^⑨ 第三部分首先将宪法中程序导向理论（process-oriented theory）的历史发展与韦伯关于形式合理性法律思维与日俱增的展望联系起来。继而集中关注程序导向理论

⑧ See *infra* text accompanying notes 47 – 124. 在这一部分，我认为韦伯大部分是一致的，但是他并不总是完全地一致。关于韦伯少数不一致的部分，See *infra* text accompanying notes 80 – 86. 尽管如此，我依然主张韦伯在基础上并不是相互矛盾的；相反，他在基础上是前后一致的。换言之，韦伯法律理论的核心并没有充斥着不可调和的矛盾。

⑨ See *infra* text accompanying notes 125 – 214.

的典型范例，亦即约翰·哈特·伊利的强化代表性理论^⑩，以及美国联邦最高法院如何将这种理论适用到种族歧视案件之中。通过强化代表性理论，最高法院试图仅确保政治过程的公平和开放，以达到避免将其自身的实质价值强加于社会的目的。第三部分最后以对程序导向理论的韦伯式批评作为结论：最高法院对程序公正的追求会导致形式合理性，但是它同时也必然会导致实质不合理性以及对终极价值和需求的抑制。

韦伯法律理论的基础

韦伯研究工作中最重要的目标（贯穿于他各种各样的著作中的总体思路）是探究西方社会与日俱增的理性化。韦伯将这种与日俱增的理性化界定为（在本质上）计算人之手段和目的之能力不断增加。在韦伯看来，随着西方社会不断祛魅，变得越来越世俗化，可计算性也不断增加；随着人类从神秘力量的束缚中解放出来，他们开始转向利用技术手段来理解和掌控他们的世界。^⑪ 韦伯作品集旨在探究资本主义和法治如何促成这种日益俱

^⑩ See John Hart Ely, *Democracy and Distrust* (Cambridge: Harvard University Press, 1980) (“Ely, *Democracy and Distrust*”). 从解释主义的视角对伊利理论（和其他“现实主义”理论）的批评，see Stephen M. Feldman, “The New Metaphysics: The Interpretive Turn in Jurisprudence,” 76 *Iowa Rev.* (forthcoming). 伊利的理论为孙斯坦（Cass Sunstein）具有影响力的以共和为基础的宪法理论打下了基础。Cass Sunstein, “Naked Preferences and the Constitution,” 84 *Colum. L. Rev.* 1689 (1984). 对孙斯坦理论的评论，see Stephen M. Feldman, “Exposing Sunstein’s Naked Preferences,” 1989 *Duke LJ* 1335.

^⑪ See Max Weber, *From Max Weber: Essays in Sociology* 139, ed. H. Gerth & C. Mills (New York: Oxford University Press, 1946).

增的理性化，反过来又是如何被这种与日俱增的理性化所影响。^⑫ 此外，他探究西方社会的基础是他的新康德式的形而上学。

新康德式的形而上学

韦伯对社会学的定义显示了他对新康德式形而上学的信奉。他将社会学界定为“社会学是一门对社会行动进行解释性理解，并据此对社会行动的过程和结果进行因果性解释的科学”。^⑬ 在韦伯看来，当“行为个体将其主观意思付诸实际行为——无论这是公开的或者隐蔽的，疏忽的抑或是默会的”的时候，一个行动就产生了。^⑭ 当“某种行动的主观意思考虑到他者的行为并据此

^⑫ See Reinhard Bendix, *Max Weber: An Intellectual Portrait* 391 (Berkeley: University of California, 1978) (“Bendix, Weber”); see, e. g., Max Weber, *Economy and Society*, ed. G. Roth & C. Wittich (Berkeley: University of California Press, 1978) (“Weber, *Economy and Society*”). 韦伯强调西方社会的理性化及其优点也许是他有时被不公平地认为是自由主义的辩护者，支持相关的资本主义的兴盛和科层制的统治地位的原因。See, e. g., Gerald E. Frug, “The Ideology of Bureaucracy in American Law,” 97 *Harv. L. Rev.* 1276, 1297–1300 (1984) (认为韦伯是科层制的辩护者); Herbert Marcuse, “Industrialization and Capitalism in the Work of Max Weber,” in *Negations* 208 (Boston: Beacon Press, 1968). 这种对韦伯的解释是以作者对马克思（马克思是反对资本主义的标志）清楚的和有意的反对为支撑的。See, e. g., Max Weber, *The Methodology of the Social Sciences* 68 ed. E. Shils & H. Finch (New York: Free Press 1949) (“Weber, *Methodology of the Social Sciences*”) 尽管韦伯不同意马克思的观点，但是韦伯和马克思在一些观点和目标上还是保持一致的。最重要的是，韦伯和马克思都批判资本主义。韦伯承认他自己和马克思都认为，当资本主义提高了对于市场中手段和目的的理性的计算能力时，它削弱了对真正人类需要的理性的满足。See Karl Marx, *The Marx–Engels Reader*, ed. R. Tucker; 2nd ed. (New York: W. W. Norton & Co., 1978) (“Marx, *Reader*”); Richard Schmitt, *Introduction to Marx and Engels* (Boulder, Col.: Westview Press, 1987); Max Weber, *Max Weber Selections in Translation* 252–53, ed. W. Runciman (Cambridge: Cambridge University Press, 1978) (“Weber, *Selections*”); see also Lowith, *Weber & Marx* 48 (cited in note 1).

^⑬ Weber, *Economy and Society* 4 (emphasis added).

^⑭ *Id.*

将这种主观意思导入这种行动的过程之中”时，这种行动就具有社会性。¹⁵

这些定义显示出了韦伯对位于西方自由主义思想内核处的张力或者二元对立所抱有的根本性的、直接性的支持。他寻求对行动意义的理解，个体主观地将这种行动意义付诸其行为，同时他还寻求解释这种行动的原因和结果。因此，韦伯有意识地试图跨越在自由意志（相信对于意义和行动的主观创造）和决定论（相信人之行动缘于某种原因）之间的隔阂。他在《社会科学和社会政策中的客观性》一文中写道：

我们希望，一方面理解在当代表现形式中个体事件的相互联系和文化意义；另一方面从历史角度理解导致这种情况而非其他情况的原因。¹⁶

然而，韦伯并不简单地认为他可以填补自由意志和决定论之间的裂缝。相反，他只是明确地确认用来支持他填补这个裂缝的

¹⁵ *Id.*

¹⁶ Weber, *Methodology of the Social Sciences* 72 (emphasis in original). 关于自由，韦伯认为人类个体选择他们自己的价值，并且这种选择的能力必须最终确保自由的实现。举例来说，韦伯写道，“人类将意义和重要性强加于”无限现实，以及人类“天生具有对世界的采取谨慎的态度以及赋予其重要性的能力和意愿”。*Id.* at 81 (emphasis in original). 这些关于人类意志和自由的陈述解释了克朗曼最近描述韦伯是相信价值的积极性的。See Kronman, *Max Weber* 16 – 22. But see Nancy L. Schwartz, “Max Weber’s Philosophy,” 93 *Yale L. J.* 1386, 1392 (1984) (reviewing Kronman, *Max Weber*) (批评了克朗曼的观点)。但是，韦伯没有单一地接受人类自由的概念。他自觉地反抗自由与宿命论之间的张力，甚至质疑人类自由的含义。他主张很多人都相信人类自由是与不可计算性或者不合理性等同的：如果一个人的行为是不可计算的，那么他就是自由的。Max Weber, *Roscher and Knies: The Logical Problems of Historical Economics* 120, trans. G. Oakes (New York: Free Press, 1975) (“Weber, *Roscher and Knies*”). 但是，韦伯认为，人的自由不如自然的过程那么具有可计算性。举例来说，天气预报“要比我们所熟悉的人的行为的计算更加确定”。*Id.* at 121. 另外，根据韦伯的观点，只要人类的行为可归因于一个具体的动机，这个行为相比较于自然事件，不合理性就会减轻。*Id.* at 125, 191 – 98. 甚至，不可计算性，“是疯子的原则”。*Id.* at 125.

形而上学承诺。他主要用一种康德式的方式来描述现实以及我们对于现实的体验，这根源于笛卡尔式的主客体对立。¹⁷ 因此，和康德一样，韦伯特意假设了存在一种“无限现实”（infinite reality）¹⁸，亦即一种“无意义的无限”（meaningless infinity）。¹⁹ 因此，每一个事件，都源于无限个原因；一个人不可能了解某个特定事件的无限个原因。韦伯举了个例子来说明这一问题，在暴风雨中，一块巨石从悬崖边落下，碎裂为成千上万块碎石。他问道，人们是否能够回答一些关于这个事件的问题：“这块巨石碎裂为多少块碎石？这些碎石是怎样形成各种形状的？这些碎石又组成了哪些群组？”²⁰ 他的回答是，虽然这个事件并非“难以解释”（inexplicable），但是一种真实的因果“回归”（regress）还是相当不可能的。²¹ 此外，韦伯补充：“想要穷尽地调查某个具体现象因果关系的全部真相不仅在实践中不可行

¹⁷ See Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, in *Kant Selections*, ed. T. Greene (New York: Charles Scribner's Sons, 1929) (“Kant, *Critique of Pure Reason*”) cf. Levine, *The Flight* 143–44 (cited in note 2) (on Weber and Kant); Schluchter, *The Rise* 13–15 (cited in note 2) (on Weber and Kant). 韦伯认为现代认识论源自康德。Weber, *Methodology of the Social Sciences* 106. 关于对主观和客观世界笛卡尔式的反对, see Richard J. Bernstein, *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis* 115–18 (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983); Frederick Coppleston, *A History of Philosophy* 55 (Garden City, N. Y.: Image Books, 1960); Rene Descartes, *Meditations* (1641), trans. J. Veitch, in *The Rationalists* 97, 112–27 (Garden City, N. Y.: Anchor Books, 1974). 这种世界观代替了一种更为统一的观点, 也能在亚里士多德那里找到根源。Cf. Alasdair MacIntyre, *After Virtue* 52–61, 81–82, 2d ed. (Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1984) (17 和 18 世纪拒绝了亚里士多德)。理查德·罗蒂 (Richard Rorty) 写道: “17 世纪接管了哲学的理念之幕认识论 (the veil-of-ideas epistemology) ……导致了新的哲学流派的产生——将主体与客体再次放在一起的体系。这种调和成为此后哲学思想的目标。” Richard Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* 113 (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1979).

¹⁸ Weber, *Methodology of the Social Sciences* 72; see *id.* at 78.

¹⁹ *Id.* at 81.

²⁰ Weber, *Roscher and Knies* 122.

²¹ *Id.*; see *id.* at 194, 196.

——而且这简直是胡闹。”²² 因此，在韦伯看来，单一的因果关系或者化约的方法不能解释社会的发展；相反，我们必须将社会理解为缘于包括法律、宗教和经济等多种因素复杂相互作用而产生。

如果现实是一种“无意义的无限”，每一个事件都源于“无限的因果网络”（infinite causal web）²³，那么韦伯接着问道，人们的生命如何能够变得有意义，人们如何能够客观地了解事物呢？他又一次采纳了康德的观点：“所有经验知识的客观有效性无一例外地都有赖于按照某些范畴对既有现实进行有序整理，这些范畴在特定意义上（就其体现了我们知识的前提假设而言）是客观的。”²⁴ 也就是说，人类只是通过特定的范畴或者前提假设来体验和理解无限的现实，这些范畴或者前提假设是人类自身强加于现实之上的。直接知悉无限的现实是不可能的：所有的经验和理解都是通过这些范畴和前提假设来过滤得到的。因此，韦伯明确且有意地接受了康德式的——根源于笛卡尔的——在思维主体和无限现实的客观外在世界之间的基本对立。此外，韦伯也明确且有意地接受了康德的所谓“哥白尼革命”：无限现实的客体并不直接塑造人类知识和经验；与之相反，人类将形式和结构强加于经验客体之上。²⁵

然而，韦伯和康德在一个问题上有着截然不同的观点。康德认为，经验和理解的范畴内在于人类思维或者理性之中。在康德看来，这些范畴是一成不变的：他们不会随着历史的变迁和文化的不同而改变。²⁶ 然而，韦伯认为，这些范畴或者前提假设随着

²² Weber, *Methodology of the Social Sciences* 78 (emphasis in original) (cited in note 11).

²³ *Id.* at 84.

²⁴ *Id.* at 110 (emphasis in original)

²⁵ See Kant, *Critique of Pure Reason*, 3-5, 14-27, 43-66.

²⁶ See *id.*; cf. D. W. Hamlyn, *A History of Western Philosophy* 217-28 (New York: Viking, 1987) (概括了康德的论点).

文化的不同而改变，因为这个原因，韦伯比康德主义更加趋向于新康德主义。²⁷ 一如韦伯所言，“我们是文化的存在”²⁸：“在每一个事件中，只有一部分具体现实对我们来说是有趣的和有意义的情况下，秩序才会被带入这种混沌之中，因为只有这部分具体现实关涉我们据以接近现实的文化价值。”²⁹ 因此，对于韦伯来说，只有通过我们的范畴和前提假设才能体验和感知现实，但是这些范畴和前提假设是在文化中建构起来的，因而也取决于文化背景。³⁰

韦伯对于新康德式形而上学的承诺也反映在他的文章当中。因为韦伯特意接受了在思维主体和外在的无限现实之间的基本张力，他能够更加容易地确定和发现在西方社会内部存在的许多其他特定的二元对立或者张力。举例来说，他写道：“在法律历史的早期，流行着一个重要的二元论，亦即群体之间自主创制的法和群体成员之间争端解决规范的二元论。”³¹ 换言之，韦伯在法律历史的核心处找到了一个二元论或者一种二元对立，这个二元论存在于两个方面的对立：一方面，主观创造出来，用以调整不同社会群体或者社区之间活动的法律；另一方面，植根于悠长（time out of mind）传统，用以调整某个群体内部不同成员之间

²⁷ See Jürgen Habermas, *Communicative Action* 154 (cited in note 4); Schluchter, *The Rise* 13–15; F. Dallmayr & T. McCarthy, “Introduction” in F. Dallmayr & T. McCarthy, ed., *Understanding and Social Inquiry* 19 (Notre Dame, Ind.: University of Notre Dame Press, 1977). 对新康德主义的普遍探讨, see Frederick Copleston, *A History of Philosophy* 361–73 (Garden City, N. Y.: Image Books, 1965).

²⁸ Weber, *Methodology of the Social Sciences* 81 (emphasis in original).

²⁹ *Id.* at 78 (emphasis in original).

³⁰ 因此，至少在社会学领域，纯粹的客观知识是不可能的：“意义是参考客观地“准确的”意义或者在形而上学的意义上是‘真实的’，都是绝不可能发生的。” Weber, *Economy and Society* 4.

³¹ *Id.* at 696.

关系的预先存在的或者自然的规范。^⑳

韦伯对于西方社会内部存在的张力极为敏感，这种敏感是隐藏在韦伯著作背后的生命力。由于这种敏感，他能够认识到并且明智地主张，资本主义同时具有显著的优势和去人性化的缺陷。此外，他能够合理地得出这样一个结论，即“正义的形式和实质原则之间存在难以解决的冲突”。^㉑ 韦伯对于西方社会的全部分析实际上是与这些显而易见的矛盾心理联系在一起的，就韦伯自己而言，这并不矛盾，尽管克朗曼和楚贝克持有相反的观点。^㉒ 与此相反，这些分析证明他对于新康德式形而上学的承诺是坚定的和持久的，并且表明他坚持致力于批评西方自由主义思想内核处的结构性张力。

^⑳ *Id.* at 1006; *see id.* at 1006 - 7. 韦伯新康德式的形而上学是作为他分析社会现象时所使用的“理想类型”的基础。*Id.* at 20 - 22. 理想类型是一种“对个人的具体模式的仔细观察和体系上特性描述，具有独一无二的重要性，例如基督教、资本主义等。” Weber, *Methodology of the Social Sciences* 100. 韦伯通过强调对特别现象的观点，形成了他的理想类型，并且用这种观点将具体现象的各个方面合成为统一的分析结果。*Id.* at 90. 因此，没有理想类型能够“在现实中的任何地方被完全找到，这是一个乌托邦。” *Id.* (emphasis in original.) 韦伯对新康德主义关于经验和知识的见解的主张为他创造出理想类型提供了便利。如果一个人接受了韦伯的观点，那就是所有的现实都是通过人类的范畴和前提假设来经历和了解的。换言之，或者通过人类的构建，个人可以很容易地想象和接受精神上的构建，作为启发式的手段来帮助分析社会现象。韦伯写道：“无论是谁接受了知识和历史现实能够而且应该作为‘客观’事实的‘前提性的’范本的观点，都将否定理想类型的价值。” *Id.* at 92.

韦伯用他的理想类型来分析和解释历史现象。他能够界定和强调历史的各个方面——也就是说，赋予历史的社会行动以意义——因为他关注的是历史现象是在哪里与理想类型同化，又在哪里分离。他写道：“历史研究所面临的任务是，在每一个个体事件中，决定理想—结构与现实近似以及分离的范围，举例来说，就是一座城市的经济基础被分类成‘城市—经济’。” *Id.* at 90. 此外，理想类型是容许他将不同的历史现象进行彼此对比的通常的起源：历史事件可以在一个普遍的背景之下进行比较和解释。因此，理想类型为韦伯对于历史现象的主观意义以及这些现象的原因和结果的分析提供了便利。特别是，他构建了理想类型使他去探究不同社会中合理性的程度和形式，去考虑对于现代西方社会和资本主义独一无二的特性的发展的解释。

^㉑ Weber, *Economy and Society* 893 (cited in note 11).

^㉒ See Kronman, *Max Weber* 185 (cited in note 2); Trubek, 20 *Law & Soc'y Rev.* at 575 (cited in note 1); *supra* text accompanying note 4.

经济行动的社会学范畴

韦伯把经济行动界定为四种范畴：形式合理、形式不合理、实质合理以及实质不合理。³⁵ 随着手段和目的的可计算性的增强，经济行动形式合理性的程度也在逐渐增强。³⁶ 对经济活动手段和目的的计算——定量计算继而进行比较——越多，该活动的形式合理性就越强。为了达到形式合理性的最高水平（韦伯称之为“目的合理的社会行动”），³⁷ 某个个体必须以诸如机会成本（抛弃某一目的而选择另一目的所支付的成本）以及边际效用计算（根据紧迫性程度对各种目的进行评级）等因素为基础合理地选择某个目的或者目标。在选择某个目的或目标之后，个体必须合理地选择最有效率的手段来达到这个选择了的目的。³⁸ 由于形式合理性的核心是可计算性，形式不合理的标志则是不可计算性。在个体在行动时没有计算其手段和目的之优劣程度的意义上说，这个经济行动是形式不合理的。

³⁵ Weber, *Economy and Society* 85 - 86.

³⁶ See *id.*

³⁷ 对德语单词 *zweckrational* 的翻译，是存在争议的。Compare Max Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society* 1 - 2, trans. Rheinstein & E. Shils (Cambridge: Harvard University Press, 1954) (“Weber on Law in Economy and Society”) (将这个德语单词翻译为 *purpose - rational*), with Weber, *Economy and Society* 24 (将这个单词翻译为 *instrumentally rational*). 我使用了“目的合理性” (*purpose - rational*)，因为它能够最佳地表现出与价值合理社会行动的区别，价值合理社会行动只涉及对手段的合理选择，与目的合理社会行动对手段和目的的合理选择相反。See Weber, *Economy and Society* 26; Gero Lenhardt, “On Legal Authority, Crisis of Legitimacy and Schooling in the Writings of Max Weber” 4 - 5 (unpublished manuscript from the Institute for Research on Educational Finance and Government, R. Meyer trans., Nov. 1980).

³⁸ Weber, *Economy and Society* 26.

实质合理性建基于经济行动满足某些终极价值或需求的程度。^⑨ 因此，实质合理性的程度与可计算性的程度并不一致。伴随着个人行为所满足的（衍生于诸如内在道德架构、宗教信仰或者政治承诺等来源的）个人终极价值或需求的程度增加，实质合理性的程度也不断上升。然而，如果一个经济行动不能满足这些终极价值和需求，那么该行动是实质不合理的。

领会了韦伯的经济行动之形式和实质合理性的基本区分，我们就可以清楚地理解他的很多著作。举例来说，一如之前所探讨的那样，韦伯著作的首要目标是探寻西方社会与日俱增的理性化，这种理性化的增加体现为对个体行动手段和目的计算能力的增强。形式和实质合理性的区分显示，当韦伯辩称西方社会变得越来越合理时，他的意思是形式合理性的程度一直在增强。此外，实质合理性的程度有别于形式合理性的程度，这也是韦伯最重要的观点之一。因此，形式合理性的增长并不必然导致实质合理性的增长。实际上，他的分析暗示，形式合理性有时与实质合理性成反比：在一些情况下，经济行动形式合理性的增强不可避免地导致实质不理性！在这个语境下，“不可避免”并不意味着形式合理性在每一种情形下都导致实质不理性，毋宁说普遍的形式合理性在多数情况下最终确实导致实质不理性。^⑩

当韦伯讨论资本主义的兴起时，他阐述了形式和实质合理性之间的反直觉的联系。根据韦伯的说法，资本主义经济体的经济行动形式合理性程度是最高的；金钱和资本核算使资本主义企业

^⑨ See *id.* at 85 – 86.

^⑩ 举例来说，韦伯在一些场合写道，实质和形式合理性在科层制的组织中产生了“不可避免的冲突”。*Id.* at 980.

获得了最高程度的计算能力。^① 在某种意义上说，人的自由实现了最大化：就人们可以计算出不同经济选择的优劣并且选择最有利的做法而言，人们是自由的。然而，韦伯强调，尽管能创造出高度的形式合理性，资本主义最终会导致实质不合理性。^② 资本主义企业的目标是赚取利润，而非满足人们的终极价值或需求。实际上，能够获得满足的需求仅是拥有资源（金钱）购买产品的个体的那些需求。^③ 因此，资本主义的好处是可计算性及由此带来的高度的形式合理性，但是资本主义的代价是不能满足人类终极价值和需求及由此带来的高度的实质不合理性。

① 资本主义大体是以对金钱的使用和资本核算为特征的。首先，对金钱的使用允许个体排除实物的交换——美元可以兑换成商品；其次，产生了资本核算的可能性，大幅度地提高了经济行为形式合理性的程度。See *id.* at 80 – 87. 金钱的核算反映在“预算的安排”上：“对商品的持续的利用和采购，无论是通过生产还是交换，都满足了自身消费或者采购商品供其他消费的经济上的统一。” *Id.* at 87. 因此，这种“预算”“系统地陈述了会计学上定期对效用或者为了获得这种效用而采取的手段的需要，能够用什么方式被期望的收入所覆盖。” *Id.*

韦伯进一步主张，对金钱的使用导致了资本核算的可能性。资本核算是独一无二的，因为它直接导致了经济上的“利润的产生”。*Id.* at 91. 利润的产生“是以寻找新的权力或者持续地、反复地控制商品为机会的行为”。*Id.* at 90. 换言之，市场企业家们运用资本核算的手段，不停地渴望和为利润而努力，不仅是为了采购商品而消费。*Id.* at 92.

② 举例来说，在韦伯看来，资本主义必然需要生产手段中对工人的征用以及销售训练。*Id.* at 137 – 38. 韦伯认为，在资本主义的公司中，为了提高可计算性，在科层制的组织当中，权力变得越来越集中。因此，工人们离生产手段以及管理手段越来越远，必然要屈从于科层化工厂中的当权者。工人们不能质疑上级的规则：他们必须立刻单地去遵守。工人们被当作是客体，而不是主体：他们实质上的需求和愿望没有得到满足（或者最好的是，只是被恣意地满足）。See Weber, *Selections* 252 (cited in note 11).

此外，根据韦伯的观点，资本主义所压迫的不仅是工人，还有资本家他们自己。韦伯写道，资本主义“预示了人与人的战争”（Weber, *Economy and Society* 93）；自由资本主义的市场体系是以自治主体之间严酷的竞争为基础的。（*Id.*）在经济市场当中，个人必须遵循最大化的成功或者遭受“经济毁灭”。Weber, *Roscher and Knies* 193 (cited in note 15). 因此，甚至是生产手段的拥有者，如果他或者她想要生存下来，就要被迫一直去计算和获取最高可能性的利润；拥有者的实质价值和需求的满足就被压在了这些对利润的渴望之下。Cf. *id.* at 253. （在很多实例中，一位“老板”能够通过真实地声称佣金的提高将会摧毁公司来对一位要求更高佣金的“工人”进行回应。）

③ 韦伯主张“有效的需要”，而不是实际上的需要，决定了资本家生产什么样的商品。Weber, *Economic and Society* 108 – 9.

反讽的是，资本主义迷人的一面（其高度的计算能力）衍生出其可憎的一面（对人类价值和需求的压制）。^⑭ 尽管从某种意义上说，资本主义似乎使人类自由得到最大化；从另一种意义上说，它却逐渐削弱自由：个体不能够追求和满足他们的终极价值和需求。形式上合理的技术曾经仅是获得实质上合理的目的之手段，现在却已经奇怪地变成目的本身。^⑮ 此外，资本主义整个体系自身不断地再生。在《新教伦理与资本主义精神》一书中，韦伯写道：

清教徒曾想要从事一项职业工作；而我们则被迫这样做。因为当禁欲主义从修道院的密室中出来步入日常工作，并且开始支配世俗道德时，它便在建设现代经济秩序的巨大宇宙中发挥着它的作用。现在，这个秩序受到机器生产的各种技术、经济条件的束缚，这个秩序以其不可抗拒的力量决定着今天从出生起便处于这种机制之中的每个个人的生活，而不单是那些直接参加经济营利活动的个人的生活。恐怕在最后一吨化石煤炭燃尽之前，它将一直这样决定着个人生活。按照巴克斯特（Baxter）的观点，对外在物的关心，应该只是像一件披在圣徒肩上的“随时可以卸下的薄斗篷”。然而，命运却使这件斗篷变成了铁笼。^⑯

韦伯认为，西方社会中居于资本主义核心的经济行动形式合理性日益增强的趋势，是系统性的普遍存在——甚或是不可阻挡的。韦伯因此主张，实质不合理性同样不可避免：资本主义对于手段和目的的计算在很大程度上忽略了所有个体的最终价值和需求。

韦伯对资本主义的分析结果自然而然地源自他对新康德式形而上学的信奉。韦伯的形而上学集中研究于在主体与无限现实之

^⑭ See Trubek, 20 *Law & Soc'y Rev.* at 593 (cited in note 1).

^⑮ 韦伯写道：“通过社会主义，所有的资本主义都被看作‘事物对人的统治’，换言之，通过某些手段的目的（对需要的满足）的统治。” Weber, *Selections* 253 (cited in note 11); see Lowith, *Weber and Marx* 47-48 (cited in note 1).

^⑯ Max Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* 181, trans. T. Parsons (New York: Charles Scribner's Sons, 1958) (“Weber, *The Protestant Ethic*”).

间的基本张力，因此也有助于他对西方的社会及思想内部所存在的其他张力和对抗（包括资本主义内部所存在的张力）的认识。资本主义以促进个人在自由市场中的自主权为前提，但是资本主义却在逐渐削弱人的自由。资本主义的强大之处在于其拥有能够实现经济行动形式合理性最大化的力量，然而形式合理性的普遍增长却不可避免地导致实质不合理性。但是，韦伯并没有更进一步地断言，由于这些内部张力的存在，资本主义注定要失败。那种结论应该是马克思的乌托邦主义。^⑩ 与此相对照的是，韦伯强调西方社会与日俱增的形式合理性（资本主义只是西方社会的表征之一）已经建立起了一座“铁笼”。因此，他的分析可以衍生出他的结论：资本主义中存在各种吊诡的张力，这些张力连结在一起形成了一个无法逃离的监狱。

韦伯的法律理论

法律思维的范畴

韦伯对于法律思维范畴的描述是令人困惑的，不严密的。^⑪

⑩ 韦伯不同意马克思关于西方社会未来的预测。尽管马克思看到了工人们在资本主义的车轮下不可避免地生存——与自我、社会以及生产手段相疏离——他还展望了一种历史的不可避免的革命——资本主义因此而消亡。在共产主义社会中马克思想象在革命之后，每个人都将自由并且自我满足：“对我来说在今天或者另一个明天做些什么变成可能，早上去打猎，下午去钓鱼，晚上饲养家畜，晚饭后进行评论，就好像我有一种意识，而不必变成猎人、渔夫、牧羊人或者评论家。” Marx, *Reader* 160. (cited in note 11).

韦伯抨击了这种马克思式的将未来展望成浪漫的乌托邦式的幻想。See Weber, *Economy and Society* 1401 - 2 (cited in note 11); Weber, *Selections* 256 - 59 (cited in note 11); see also Lowith, *Weber and Marx* 47 - 48 (韦伯对马克思作为空想家的否定) 韦伯对马克思屈服于乌托邦主义的诱惑进行的批判是尤其严厉的，并有些许讽刺的痕迹，因为马克思自己因屈服于同样的诱惑，对一些同时代的人进行了挑剔。See, e. g., Marx, *Reader* 497 - 99.

⑪ See Weber, *Economy and Society* 656 - 57.

但是，一如先前所述，他对于法律思维的范畴和经济行动的范畴在称谓上是相同的。^{④⑨} 与经济行动一样，法律思维的四种范畴，分别是形式合理性、形式不合理性、实质合理性和实质不合理性。第二部分主张，韦伯试图使法律思维的范畴和经济行动的范畴不仅在称谓上保持相同，而且在内容上也趋向一致。如果这是正确的，那么通过韦伯对经济行动范畴所做的清晰描述可以弄清他对法律思维范畴的令人困惑的、未完成的描述。^{⑤⑩}

韦伯写道，在“只考虑案件事实的清晰的一般特征”的意义上，法律是形式合理的。^{⑤⑪} 韦伯似乎强调清晰性（减少模棱两可的表述）和一般性对于形式合理的法律体系是十分必要的。另一方面，当他集中关注经济行动时，强调的是可计算性，认为伴随着对于手段和目的可计算性的增强，经济行动形式合理性的程度就会随之增强。^{⑤⑫} 然而，他对法律思维的清晰性和一般性的强调与对经济行动的可计算性的强调并不是相互对立的。与此相对照的是，在法律思维领域，韦伯试图暗示伴随着法律规则清晰性和普遍性的增加，司法判决的可计算性会随之增强。他相信当法律规则的一般性增加时，这些规则所适用的案件数量也会随之增加，而且只要这些规则是清晰的，它们在案件中的适用在理论上也就会是清晰的和可预测的。因此，司法结果的可计算性与法律规则的清晰性和普遍性是直接相关的。所以，在大多数情形下，法律思维的形式合理性是随着可计算性程度的提高而增强的。对

^{④⑨} Compare *id.* at 85 – 86 (经济行动的范畴) with *id.* at 656 – 57 (法律思维的范畴).

^{⑤⑩} See M. Rheinstein, “Preface,” in *Weber on Law in Economy and Society* at xv (cited in note 36); Rheinstein, “Introduction” in *id.* at xlviii; Trubek, 37 *Stan. L. Rev.* at 919 – 20 (cited in note 2).

其他试图破解韦伯法律思维的范畴包括 Bendix, *Weber* 398 – 400 (cited in note 11); Kronman, *Max Weber* 72 – 95 (cited in note 2); Levine, *The Flight* 150 – 62, and Schluchter, *The Rise* 87 – 89 (both cited in note 2); Trubek, 1972 *Wis. L. Rev.* at 727 – 31 (cited in note 3).

^{⑤⑪} Weber, *Economy and Society* 656 – 57.

^{⑤⑫} See *supra* text accompanying notes 34 – 35.

韦伯形式合理法律思维范畴的这种阐释，不仅与形式合理经济行动范畴的理解相似，而且与他对西方社会与日俱增的理性化的一般描述相似——与日俱增的理性化一般意味着与日俱增的可计算性。在法律思维领域，形式合理性与可计算性之间的一致性意味着，在理论上，一个形式合理的法律体系在很大程度上不会产生引起争议的司法结果。^⑤

韦伯把形式合理的法律思维区分为两种不同的形态。关于第一种形态（所谓的外部形式合理的法律思维），他写道：“法律上相关的特性在本质上都是被感知的，即它们像感知材料（sense data）一样，是可以被感知的。”^⑥ 因此，案件的结果明显是根据特定的可感知事实是否存在来决定的。举例来说，如果一份合同没有采用书面形式，那么它不能强制执行。如果一份遗嘱

^⑤ 纯粹地作为逻辑的一项内容，无须法律思维形式合理性程度的提高就可以提高可计算性。也就是说，韦伯暗示当且仅当法律规则的清晰性和一般性提升时，形式合理的法律思维就会增强。此外，如果清晰性和普遍性增加，那么可计算性也会增长。但是韦伯并没有在逻辑上排除可计算性可能增加的可能性，不是因为清晰性和一般性的增加，而是由于其他因果因素。也就是说，韦伯并没有明确地强调当且仅当法律规则的清晰性和一般性提升时，形式上合理的法律思维就会增加。这种逻辑上的观点与韦伯的陈述紧密结合，那就是资产阶级想要一部可计算的法律，但是并不必然需要逻辑形式合理的法律思维。Weber, *Economy and Society* 855.

另一方面，这种逻辑上的可能性与韦伯对经济行动的分析相反，并且韦伯并没有解释为什么在经济行动中形式合理性应当同法律思维中的形式合理性区分开来。更重要的是，韦伯在英国对于法律训练的探讨强调的是“经验型法律训练”，see *infra* notes 97–98 and accompanying text，并没有创造形式合理的法律思维因为它创造出了容易操控的法律——“转来转去，解释和展开只为了使之与多种多样的需求相适应。” Weber, *Economy and Society* 787. 这种可操控的法律将不会是可计算性的。因此韦伯暗示可操控性是形式合理性直接成反比，并且因此，可计算性与形式合理性成正比。但是，又一次单纯地作为逻辑的一项内容，韦伯明确地陈述只有不存在可计算性时，才会存在可操控性，那么也不存在法律思维的形式合理性了。换言之，无论何时存在形式合理的法律思维，可计算性也就存在，但并不是反之亦然——可计算性的提高不能在逻辑上必然导致形式合理性的增强。但是，在他的论文“科学作为一种使命”中，韦伯毫不含糊地说，渐增的合理性一般意味着渐增的可计算性。See *supra* note 10 and accompanying text.

^⑥ Weber, *Economy and Society* 657.

没有两个及两个以上的人见证，那么它也不能强制执行。关于形式合理法律思维的第二种形态（所谓逻辑形式合理的法律思维），韦伯写道：“当事实的法律上相关特性可以通过对意义进行逻辑分析而得到揭示，而且以高度抽象的规则为形式的高度确定的法律概念得以形成和适用之时，我们就发现第二种形态的存在。”⁵⁵ 换言之，因为法律体系是由概念上有序的、逻辑上一致的和抽象的规则所组成，所以司法结果的可计算性是很高的。正如韦伯所述，第二种形态的形式合理法律体系容许“通过逻辑的方式将若干个法律上有效的规则进行整合，并理性化为一套由抽象法律命题构成的内在一致的复合体”。⁵⁶

在韦伯看来，“当智力无法控制人们制定法律和发现法律的手段之时，例如当人们只能求助于神谕或其替代物之时”，法律思维是形式不合理的。⁵⁷ 当智力无法控制法律制定和法律发现之时，当必须求助于神谕或者类似的不合理来源之时，法律就变得不可预测。又一次与经济行动的范畴相似，韦伯认为，当法律变得不可预测之时，当司法结果变得不可计算之时，法律是形式不合理的。

如果“法律问题的判决受到——不同于那些通过对意义的抽象阐释进行的逻辑上的归纳而获得的——规范的影响，那么法律思维是实质合理的。这种由实质合理性占据控制地位的规范包括伦理义务、功利主义和其他权宜之计的规则，以及政治格言”。⁵⁸ 这种对法律思维实质合理性的描述几乎与对经济行动实质合理性的描述如出一辙。⁵⁹ 因此，对于法律思维和经济行动这二者来说，随着个人活动越来越满足其终极价值或需求（这些终极价值

⁵⁵ *Id.* at 657.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.* at 656.

⁵⁸ *Id.* at 657.

⁵⁹ See *supra* text accompanying notes 38 – 39.

或需求源自诸如内在道德架构、宗教信仰或者政治承诺等多种来源，但是并不源自法律体系本身的规则和原则，实际上与这些规则和原则无关），实质合理性的程度就会增强。

最后，“判决受到特定案件中的具体因素（对这些具体因素的评价建立在伦理的、感情的或者政治的基础之上）所影响，而不是受到一般的规范所影响”，在这种意义上说法律思维是实质不合理的。^⑩ 在这里韦伯似乎想要对两种判决进行区分：以一般规范或者终极价值为基础的司法判决，以及以任何其他因素（包括法律规则）为基础的判决。换言之，如同经济行动一样，司法判决的作出，当不能满足终极价值或者需求，而是被其他因素（这些因素对特定案例来说通常是任意的和独特的）所影响时，是实质不合理的。^⑪

与日俱增的法律思维形式合理性

如同他早先利用经济行动的四种范畴来分析西方社会中资本主义的经济发展一样，韦伯利用法律思维的四种范畴来分析西方社会中的法律发展。正如他早先所论证的——经济行动形式合理性程度的不断增强已经成为西方社会的标志一样，现在他证明的是——法律思维（尤其是逻辑形式合理法律思维）形式合理性

^⑩ Weber, *Economy and Society* 656 (cited in note 11).

^⑪ See *supra* text accompanying notes 38 – 39. 我对韦伯法律思维范畴的分析发现，它们要比很多其他分析所发现的范畴要更简单，但是更复杂。See, e. g., Kronman, *Max Weber* 72 – 95; Levine, *The Flight* 150 – 62; Schluchter, *The Rise* 87 – 89 (all cited in note 2). 在某种意义上，根据我的解释，韦伯的范畴是复杂的，不是因为它们的错综复杂，而是因为它们的雅致。举例来说，Schluchter 主张韦伯使形式法律与实质法律相对抗，不只是使形式合理法律与实质合理法律相对抗。也就是说，根据 Schluchter，韦伯谈论的法律是更加形式上的，而不是其必然地在形式上变得更合理。See Schluchter, *The Rise* 87 – 89. 另一方面，Levine 通过主张韦伯含蓄地将客观合理性和主观合理性区分开来使韦伯的范畴复杂化。See Levine, *The Flight* 150 – 62.

程度的不断增强。^{⑥2}

在韦伯看来，能够证明法律形式合理性提高的范例存在于合同法领域。他辩称西方社会已经由“身份性契约”^{⑥3}（status contracts）发展到“目的性契约”^{⑥4}（purposive contracts）。依据一份身份性契约，一个人能够“成为某人的孩子、父亲、妻子、兄弟、主人、奴隶、亲戚、志同道合的同志、保护者、委托人、追随者、下属、臣民、朋友或者很一般的同志”。^{⑥5}因此，一份身份性契约实际上容许一个人变成另外一个人，使得他或她在社会中的身份或角色发生重大改变。^{⑥6}此外，韦伯强调，大多数身份性契约的基础在于对神秘或者神圣力量的依赖，这种力量支撑着新的“友爱的”关系，并且在“不友爱的举动”的情况下通常会带来惩罚的威胁。^{⑥7}

另一方面，目的性契约“既不会影响到当事方的身份，也不会产生新的同僚之谊，其目的仅是某种实际（尤其是经济的）履行或者结果，举例来说，如同物物交换那样”。^{⑥8}典型的目的性契约就是“金钱契约”。^{⑥9}这类契约从最初只包括直接交换，最终发展成为“指向未来的允诺要素”。^{⑦0}在韦伯看来，金钱契约推动了法律的世俗化，逐渐削弱了法律交易所一直依赖的神秘基础。^{⑦1}一如之前所述，伴随着世界逐渐变得世俗化或者祛魅

^{⑥2} See *supra* text accompanying notes 34 – 46.

^{⑥3} Weber, *Economy and Society* 672.

^{⑥4} *Id.*

^{⑥5} *Id.* 韦伯还称这些契约为“亲善契约”。*Id.*

^{⑥6} 韦伯进一步指出，一份身份性契约“意味着个人在地位或者身份上‘获得’与之前所拥有的身份不同的地位。” *Id.*

^{⑥7} *Id.*

^{⑥8} *Id.* at 673.

^{⑥9} *Id.* at 674.

^{⑦0} *Id.*

^{⑦1} See *id.*

化，可计算性与日俱增，^⑫ 从身份性契约到目的性契约的过渡与法律思维形式合理性的增强是一致的。

目的性契约的产生和发展，与市场交换经济的发展相关联，导致了现代契约自由概念的产生。在韦伯看来，现代合同法中高度的逻辑形式合理性意味着，个体可以准确地预测或者计算各种可能安排方案的可能结果。^⑬ 换言之，现代合同法已经增进了人的自由。超越合同法的范围，韦伯概括道：“法律形式主义使法律体系变得像一台技术合理的机器在运作。因此，它能够保证在这个体系中的个人和群体获得相对最大化的自由，并且大大提升他们预测自身行动法律后果的可能性。”^⑭ 因此，在韦伯看来，至少从某种意义上说，法律思维的逻辑形式合理性的增强使人的自由得到了最大化。在这一点上，韦伯同意众多启蒙运动和后启蒙运动思想家将人的自由与理性等同的观点。^⑮

西方社会当中，法律和经济发展中的相似处——法律思维和经济行动这两者的形式合理性程度的逐渐增强——给韦伯带来了两个重要的问题。首先，法律和经济之间有着什么样的因果联系？其次，法律思维形式合理性程度的与日俱增是否与实质不合理性程度的与日俱增相一致，这是否与经济领域中形式合理性程度与实质合理性程度之间的反直觉的联系相类似呢？

法律与经济之间的因果联系

韦伯对法律与经济之间因果关系中的两个方面很感兴趣：法律如何影响资本主义的发展，以及资本主义如何影响法律形式合

^⑫ See *supra* text accompanying note 10.

^⑬ See Weber, *Economy and Society* 729 (cited in note 11).

^⑭ *Id.* at 811.

^⑮ See Levine, *The Flight* 51 (cited in note 2).

理性的发展?⁷⁶ 韦伯拒绝了马克思的历史还原主义进路,不同意将法律发展或者经济发展化约为简单的单一因果关系。⁷⁷ 与他对新康德式无限现实的信念相一致,韦伯主张法律思维和经济行动与日俱增的形式合理性是由一个由诸多因果关系构成的复杂网络促成的。⁷⁸ 因此,他认为,举例来说,为了理解法律的发展,人们必须认识到政治、经济以及法律自身的影响。

韦伯对促成奴隶制走向衰败的多种因素的界定,鲜明地例证了法律发展的因果复杂性。他集中研究一般性的经济趋势,比如资本主义雇佣劳工的发展问题,以及更具地方性的经济发展问题,比如美国南方自由土地的耗竭问题。他还集中研究宗教在不同社会当中所扮演的不同角色,认为某些宗教信仰促进了奴隶制的衰落,但并不必然促进这种衰落。而且,他还研究政治承诺如何促进奴隶制的衰败。举例来说,美国南方种植园主与北方制造商之间的政治分歧加速了内战的到来和美国奴隶制的瓦解。最后,他集中研究法律发展的某些方面(也就是对自然法的信奉)如何强有力地促进了奴隶制法律制度的衰败。⁷⁹ 实际上,韦伯认为,一个法律体系可以自我反思,因而影响其自身的发展:“在

⁷⁶ 早期在《法律社会学》(*The Sociology of Law*)中,韦伯概要地叙述了他对于这些论题的回答的结构。See Weber, *Economy and Society* 654-55.

⁷⁷ 在韦伯看来,马克思除去了西方社会大的历史发展而单单研究经济力量的相互影响。马克思认为,法律、宗教以及其他社会的方面都只是上层建筑的一部分:社会的基础是经济。这种物质的生产情况塑造了法律和宗教的关联,但是法律和宗教并没有很重要地塑造经济。See Marx, *Reader* 4-5, 157 (cited in note 11). 韦伯强烈地不同意这种历史的唯物主义,写道:“这种所谓的‘历史唯物主义的概念’……作为对历史真实因果性解释的准则,应该断然地拒绝。” Weber, *Methodology of the Social Science* 68 (cited in note 11); see Weber, *Economy and Society* 333-37. 这种在韦伯与马克思之间的基础性的分歧强调了韦伯的目的之一。 *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism* (cited in note 45), and “The Sociology of Law,” in *Economy and Society* (641-900) 在这些文字中,韦伯煞费苦心地描述了诸如宗教和法律这样的因素是如何影响西方社会的发展,并且,更加特别的是,影响西方社会中资本主义的发展。

⁷⁸ See *supra* text accompanying notes 10-33.

⁷⁹ See Weber, *Economy and Society* 692-93.

法律体系中运用的特定类型的技术（或者，换言之，法律体系的思维模式），对于促成某种法律制度的创制或者衰败之可能性的意义远远比人们通常相信的更加重要。”⁸⁰

韦伯集中关注法律与经济之间的一般联系，主张法律对经济的发展产生了“强有力的影响”。⁸¹ 他补充道：“法律能够……以这样的一种方式发挥作用，用社会学学术语来说，控制国家强制机器运作的盛行规范拥有这样一种能够促使某些经济关系出现的结构。”⁸² 换言之，某些方面的法律发展直接地导致了某些方面的经济发展；特别是，资本主义的发展“在一个严格形式主义审判体系下会进展十分顺利”。⁸³ 有时，韦伯将这种联系推向更远，认为形式合理法律思维是资本主义发展的因果意义上的先决条件。⁸⁴

但是韦伯放弃了这种激烈的立场，转而认为形式合理法律促进资本主义的发展，但并不是先决条件。这种放弃最为明显的例子见于韦伯论及英格兰资本主义发展的时候，⁸⁵ 英格兰的普通法体系在形式合理性上不及欧洲大陆的民法体系。⁸⁶ 韦伯写道：“在由彼此互不相同的规则和制度构成的诸多法律体系之下，现代资本主义蓬勃发展，实质上呈现出同一的经济特性。”⁸⁷ 因此，

⁸⁰ *Id.* at 687; accord *id.*, at 694 - 95. 在大多数目前的术语中，韦伯暗示法律体系是相对自治的。See Robert W. Gordon, “New Developments in Legal Theory,” in D. Kairys, ed., *The Politics of Law* 286 (New York: Pantheon Books, 1982).

⁸¹ Weber, *Economy and Society* 655.

⁸² *Id.* at 667.

⁸³ *Id.* at 814.

⁸⁴ 韦伯写道：“对于资本主义的现代形式，是以理性的进取心作为基础，不仅需要可计算的技术上的生产手段，而且需要一个可计算的法律体系和管理机构，来与形式规则相一致。” Weber, *Selections* 339 (cited in note 11). 举例来说，韦伯主张只要地方法院对土地案例有审判权，资本主义对土地的探索就是不可能的。” Weber, *Economy and Society* 823 (cited in note 11).

⁸⁵ See Weber, *Economy and Society* 891 - 92, 976 - 77.

⁸⁶ See *id.* at 814, 890 - 92.

⁸⁷ *Id.* at 890.

显然韦伯的结论是，高度形式合理化的法律思维强有力地促进了资本主义的发展，但并不是资本主义发展的先决条件。

关于经济对法律的影响，韦伯认为经济因素对法律的发展只产生了“间接的影响”。^⑧ 韦伯所谓的“间接的影响”意指何意呢？他显然试图提出两个相关的观点：一个较为一般的观点和一个更为特殊的观点。一般的观点是，资本主义能够促进形式合理法律思维的发展，但是仅靠资本主义不能创造出一套形式合理的法律体系。一如韦伯所写，“经济条件一直……在各处发挥其重要作用。”^⑨ 实际上，他说过：“经济利益是影响法律创制的最强有力的因素。”^⑩ 举例来说，在他关于合同法的探讨中，韦伯的结论是：“一般而言，私法契约重要性的与日俱增是……我们社会的市场导向在法律上的反射。”^⑪

尽管以这种方式将法律的发展同资本主义勾连起来，韦伯坚持资本主义的利益自身不能创造出形式合理的法律。^⑫ 经济制度仅是为某些法律制度的生成提供适当的环境，但是如果没有更多因素——没有来自其他制度（社会的、政治的、宗教的和法律的制度）的激励作用，那么这些法律制度的生成是不可能的。他写道：

^⑧ *Id.* at 655.

^⑨ *Id.* at 883.

^⑩ *Id.* at 334.

^⑪ *Id.* at 672. 继续他对合同法的探讨，韦伯主张，“在一种自给自足比较普遍而交换很缺乏的经济形态当中，法律将会主要规定和限定个人非经济上的关联和特权，与其他人相一致，而不是与经济情况相一致，但是与人的出生、教育或者社会地位相一致。” *Id.* at 668. 但是韦伯继续说：“在一个持续交换的市场当中，那些拥有市场利润的人构成了最重要的群体。他们的影响可以决定法律应遵循哪一种权力赋予的准则来实施。” *Id.* at 669. 韦伯在合同法之上进行了展开，他补充道：“资产阶级已经普遍地趋向于对合理的程序体系的强烈的兴趣，并且因此对一个系统化的、朴实的以及专门的形式法律产生兴趣，这种法律摒弃了过时的传统和任意性。在这种法律当中，权利可以在普遍客观的准则中排他性地找到其根源。” *Id.* at 814; *see id.* at 847.

^⑫ *See Weber, Selections* 339 (cited in note 11).

经济状况并不能自动导致新的法律形式的产生；它们仅是为创造出来的法律技术的实际传播提供机会。许多特定的资本主义法律制度都起源于中世纪，而非古罗马，尽管在逻辑的意义上说，古罗马法要比中世纪法更加理性化。^⑬

因为在经济和法律之间存在这种微弱的和间接的联系，法律体系在一些特定场合下甚至当经济发生彻底转变之时也能保持着不变。^⑭ 因此，韦伯的结论是，“在形式合理法律思维的推行中，资本主义并不是一个决定性的因素。”^⑮

在详细阐明了经济与法律之间的微弱联系之后，韦伯特别地确定经济发展如何只是“间接地影响”了法律的发展。他从根本上确定了一个因果关系的链条。^⑯ 资本主义的发展产生了对具有特别法律知识的人才（职业律师）的需要。只有职业律师能够提供资本家进行其经济计算所需的关于法律结果的准确预测。反过来，职业律师能够推动法律的日益形式合理化。特别是，训练律师的方法极大地影响了法律体系中形式合理性的程度：“法律教育的盛行形态，亦即训练法律执业者的模式，已经变得比任何其他因素还要重要。”^⑰ 因此，资本主义不会直接导致法律思维形式合理性的增强。与此不同，资本主义直接导致法律职业的发展，法律职业的发展将直接导致法律体系的形式合理性的增强。因此，资本主义只是对法律体系的发展产生“间接的影响”。

由于律师的训练方法是直接影响法律思维形式合理性程度的

^⑬ Weber, *Economy and Society* 687 - 88.

^⑭ 韦伯写道：这种法律体系能够“当经济联系正在经受彻底的转变时保持不变”。*Id.* at 333 - 34.

^⑮ *Id.* at 892; See *id.* at 720, 883; Weber, *Selections*, 339.

^⑯ See Weber, *Economy and Society* 775 - 76 (cited in note 11).

^⑰ *Id.* at 776.

最重要因素，韦伯用了相当大的篇幅来区分不同的训练方法。韦伯的主要区分是“经验型法律训练”（empirical legal training）⁹⁸与“学术型法律训练”（academic legal training）⁹⁹之间的区分。经验型法律训练是采用手艺式的方式来教授法律：“学徒在实际的法律实践过程中向执业者学习法律。”¹⁰⁰根据韦伯的观点，这种训练方法以英格兰律师学院（the English Inns of Court）的长期实践及其对法律职业的行会式垄断为典型。¹⁰¹更重要的是，韦伯认为这种经验的训练阻碍了形式合理法律体系的发展。¹⁰²

然而，学术型法律训练是将法律看作为一门科学：法律教师和学生将法律塑造成一个合理的和有序的体系，以便促进他们的学习和教育。¹⁰³韦伯写道：

通过学术型法律训练所提供的法律概念具有了抽象规范的特性——至少在原则上，通过对意义进行严格形式上的和合理的逻辑解释，使这些规范能够得以形成并且彼此区分开来。它们合理的、体系化的特征及其内容相对的不够具体，容易导致法律思维从公众日常需要的严重束缚中解放出来。被释放出来的纯粹逻辑意义上的法律学说的力量，以及由这种力量所支配的法律实践，能够极大地削弱实践需要因素在法律形成中所扮演的角色。¹⁰⁴

⁹⁸ *Id.* at 785.

⁹⁹ *Id.* at 789; *see id.* at 792 - 8029. (由名人进行法律训练，发生在中世纪的北欧。)

¹⁰⁰ *Id.* at 784.

¹⁰¹ *Id.* at 785 - 86. 关于在英格兰对专门律师和初级律师的训练，*See generally* B. Abel - Smith & R. Stevens, *Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System 1750 - 1965* (Cambridge: Harvard University Press, 1967); P. Smith & S. Bailey, *The Modern English Legal System* 92 - 131 (London: Sweet & Maxwell, 1984).

¹⁰² *See* Weber, *Economy and Society* 787 - 88.

¹⁰³ *See id.* at 785.

¹⁰⁴ *Id.* 韦伯补充道：“这种逻辑上法律的系统化成了法律理论家以及他们的追随者所固有的智力上的需要的结果。也就是说，是法律学者的典型的贵族气质。” *Id.* at 855.

简言之，学术型法律训练强有力地并且直接地推动法律思维向逻辑形式合理性的最高程度发展。

概括地说，韦伯鉴别出法律与经济之间因果关系的若干不同要素。他主张法律强有力地并且直接地影响了经济的发展。因此，高度形式合理化的法律思维极大地促进了资本主义的发展。然而，他谨慎地补充说，形式合理法律思维并不是资本主义的先决条件。另一方面，他强调经济只是间接地影响了法律的发展。因此，资本主义能够促进形式合理法律体系的发展，但是仅靠资本主义并不能产生这种法律体系。需要更加特别指出的是，资本主义创造了对职业律师的需要，对这些律师的训练方法对法律思维的形式合理性程度产生了最强有力的、最直接的影响。然而，韦伯最重要的观点也许是他拒绝了单一因果关系的简单分析。他一直保持对新康德式无限现实与无限因果网络的信奉，他坚持一个因素不能单独导致形式合理法律的发展或者资本主义的发展。取而代之的是，一个由多种因素组成的复杂网络促进大多数（如果不是全部）的法律发展和经济发展。

形式合理性和实质合理性之间的张力

在探讨经济发展的时候，韦伯主张经济行动形式合理性的增强是西方社会的标志。然后，他反直觉地发现，经济行动形式合理性的增强最终导致实质不合理性程度的提高。^⑤ 当韦伯探讨西方社会的法律思维时，他主张法律思维的形式合理性也在持续地增强，这与经济行动的发展相类似。因此，他追问法律思维和经济行动之间是否依然是相似的？——法律思维形式合理性的增强是否也同样导致法律的实质不合理性？韦伯的回答是响亮的“是的！”

一如之前所探讨，韦伯认为一个形式合理的法律体系中的高

⑤ See *supra* text accompanying notes 40 – 45.

度的可计算性提高了人的自由，这和许多启蒙运动和后启蒙运动思想家的观点是一致的。¹⁰⁶ 按照韦伯的观点，一般看来，人们能够控制他们的生活是因为他们能够像控制一架“技术合理的机器”一样控制法律体系。¹⁰⁷ 然而，韦伯一再坚持，“由于其必需的抽象特性，形式正义违反了实质正义的理念。”¹⁰⁸ 实际上，他认为法律思维形式和实质合理性相互对抗，正陷入一场“无法解决的冲突之中”。¹⁰⁹

从人之自由的观点看，形式和实质合理性之间的这种冲突意味着，尽管形式合理性可能提高自由，但这只是在某一种意义上的提高。从另一种意义上说，它实际上降低了人的自由。在这一点上，韦伯背离了大多数将理性（形式合理性）与自由等同起来的启蒙运动和后启蒙运动的思想家。¹¹⁰ 他写道：

形式正义为那些主张其形式法律利益的利益相关当事方保证了最大化的自由。但是由于经济力量的不平等分配（形式正义体系使这种不平等分配合法化），这种自由屡次导致了与宗教伦理或者政治权宜之计的实质要求背道而驰的结果……恰恰是它的抽象特性构成形式正义决定性价值，这种决定性价值不仅针对时刻运用经济力量的人，以及因而关注其未受阻的运作的人，而且针对基于意识形态理由试图打破威权控制或者出于开放个体机会和释放个人能量的目的而抑制非理性的大众情绪的那些人。对于所有这些群体来说，非形式正义仅代表滋生绝对武断和主观主义不安定的可能性……但是在意识形态上关注实质正义的所有群体实际上否

¹⁰⁶ See *supra* text accompanying note 74.

¹⁰⁷ Weber, *Economy and Society* 811.

¹⁰⁸ *Id.* at 813; *Id.* at 811, 813, 893, 976; See Bendix, *Weber* 399 (cited in note 11).

¹⁰⁹ Weber, *Economy and Society* 893 (cited in note 11).

¹¹⁰ See *supra* text accompanying notes 74.

定形式正义及其所保证的“自由”。^①

换言之，形式合理的法律思维在理论上提高了自由，因为它允许个体自主地决定他们自己的命运。只有形式合理的法律思维内在的高度的抽象性和可计算性，才能创造出在不同选择中作出带有可预测结果的决定所必需的框架。任何其他体系似乎都是武断的和主观的。然而，形式合理性滋生出实质不合理性，因为它在纠纷审判中排除了对于终极价值和需求的考量。人们陷入了形式性的铁丝网之中，不能去追求他们的真正目标。此外，形式合理的法律遮蔽了经济力量的重大影响。从不同的选择中作出决定的形式自由对于那些，举例来说，必须要在压迫性雇佣和饥饿中作出选择的人来说，仅是一场残酷的闹剧。^② 因此，在韦伯看来，在经济上处于不利地位的个体更加关注实质合理性（对于他们终极价值和需求的满足），而非形式合理法律体系的抽象可计算性。

韦伯以合同领域为例说明了形式和实质合理性之间的张力。一如之前所探讨，他辩称现代合同法的主要目标和结果之一便是提高形式合理性，以此来提高人的自由。但是他同时辩称现代合同法已经不能“带来个体自由的真正提高以塑造他们自身的生活条件”。^③ 与此相对照的是，在韦伯看来，合同法的形式合理性，与经济资源的不平等分配一起（合同法本身也有助于保护这种不平等分配），使得一些个体能够对其他人行使权力。^④ 富有的个体迫使穷困的个体缔结不平等的契约，不成比例地使富有的一方得到好处，而不能满足穷困一方的需要和价值。这些抽象的及去人格化的合同法的形式规则一直确保所有人都能够通过法治来得到

① Weber, *Economy and Society* 812 - 13.

② See *id.* at 729 - 31.

③ *Id.* at 729.

④ See *id.* at 729 - 30.

同样的判决。^⑮ 在现代合同法中，诸如经济胁迫这样的概念（这个概念能够导致合同的不可强制执行），以实质合理性（而非形式合理性）为基础，因此这些概念被认为是例外的，数量很少，也很少适用。^⑯ 合同法中盛行的形式合理性不可避免地导致实质不合理性；形式自由最终阻碍了众多个体实质价值和需求的满足。

当韦伯探讨科层化（Bureaucratization）时，他明确地将他对资本主义和法律思维中的形式合理性的探究联系在一起。在韦伯看来，无论是在私有企业还是政府当中，科层制是最合理和有效的社会组织。^⑰ 其他组织结构无法如此全面地促进最具形式合理性的手段（以达到任何被认可的目的）的识别和实施。科层制之所以如此有效，是因为它为量化和计算提供了方便，并且因此无论是在经济行动还是法律思维当中，完美地与形式合理性的实施相适应。^⑱ 以技术专家（这种技术专家以一种冷漠地并且不带感情地忽视作为生命和感觉主体之人的方式应用各种计算规则）为特征，^⑲ 科层制建构出一个“奴役的外壳”（a shell of bondage）^⑳，使得个体无力去追求他们自己的终极价值和需求。

此外，科层制与形式合理的法律规则紧密联系在一起。科层制不仅是最能够促进形式合理的法律体系的实施的组织，而且，至少在公共领域，科层制自身建立于形式合理的法律规则的基础之上。每一位科层制官员“在法律的意义有一个界定清楚的权限范围”。^㉑ 法律规则为每一位科层制官员勾画出确定的管辖权力范围。没有人因为他人的个人身份或者个人魅力要对他人承担任何责任或

^⑮ See *id.* at 699, 729 – 31.

^⑯ See *id.* at 886. See generally E. Allan Farnsworth, *Contracts* 211 – 323 (Boston: Little, Brown & Co., 1982).

^⑰ Weber, *Economy and Society* 973 – 80.

^⑱ See *id.* at 223.

^⑲ *Id.* at 975.

^⑳ *Id.* at 1402.

^㉑ *Id.* at 220.

者服从他人：与之相反，责任和服从只是来源于法律规则。^⑫

最后，在形式合理和实质合理的法律思维之间的张力，表现在科层制的运作过程之中。韦伯写道：

“法律面前的平等”以及对抗武断的法律保障之要求需要一种管理上的形式的、合理的“客观性”，这种“客观性”与源自旧式世袭支配的“优雅气质”的个人自由裁量相反。然而，如果一种“气质”（不去谈及其他冲动）在某一个别的问题上控制了大多数，这种气质对于实质正义的假定，以及指向某个具体的情形和个人，将不可避免地引发其与科层制管理的形式主义和受规则束缚的、冷漠的“实际情况”之间的冲突。^⑬

因此，科层制促进了形式合理法律思维的实施，却不可避免地干预了终极价值和需求的满足。

因此，正如他对经济行动的探讨，韦伯对西方社会中法律思维的探讨集中研究形式合理性与实质不合理性之间反直觉的联系。这种集中研究又一次来源于他的新康德式的形而上学。他坚持相信在思维主体与无限现实之间存在基本张力，为他对西方法律体系内部存在的诸多张力的认识提供了便利。形式合理的法律的可计算性排斥着对终极价值和需求的实质合理的满足。此外，再一次与经济行动一样，韦伯坚持认为法律思维日渐迈向形式合理性的趋势如此体系化地盛行，以至于这种趋势可能会变得不可阻挡：“法律是一台技术合理的机器，这种观念的传播无法避

⑫ 韦伯写道：“（在科层制中的）服从应当归功于在法律上已经确定的客观秩序。它延伸到个人可以凭借他们的命令的形式合法性，在这种秩序之下执行官方的职权，并且只能在官方的职权范围之内执行官方的职权。” *Id.* at 215 - 16.

⑬ *Id.* at 979 - 80 (emphasis in original).

免。”¹²⁴ 在韦伯看来，这座“铁笼”无法逃脱。¹²⁵ 随着西方社会法律形式合理性的程度正在大步地提高，西方社会同时不可阻挡地在实质不合理性的泥潭中艰难前行。

韦伯与宪法

韦伯的法律理论能够解释当前法律与社会的很多问题。特别的是，这一部分将说明韦伯的理论在现代宪法语境下的重要意义。如果韦伯对于历史发展的视野是正确的，那么随着法学院在法律训练领域中占据支配地位，美国应当在19世纪晚期朝着更具形式合理性的法律体系发展。19世纪兰德尔式的形式主义的发展，¹²⁶ 以及最近的程序导向理论和审判的运动（尤其在宪法中），¹²⁷ 支持了这种韦伯式的观点。对现代宪法的回顾显示出通过对程序公平的保护来着重强调形式合理性。然而，一种韦伯式的评论，揭开了在程序和实体之间的不能调和的紧张；程序导向的宪法带来的一个不可避免的结果就是实质不合理性，亦即对终极价值和需求的压制。

以程序为基础的法律理论的历史发展

关于美国的法律思维，韦伯发现：

¹²⁴ *Id.* at 895.

¹²⁵ See *supra* text accompanying notes 45 – 46. Thomas McCarthy 写道：“韦伯清晰地认为西方社会渐增的理性化和科层化是不可逆转的。” Thomas McCarthy, *The Critical Theory of Jurgen Habermas* 19 (Cambridge: MIT Press, 1978).

¹²⁶ See *supra* text accompanying notes 130 – 37.

¹²⁷ See *supra* text accompanying notes 149 – 205.

在美国，不仅根据作出判决的法院的等级地位，如同每个地方所发生的那样，而且根据单个法官的个人权威，已判的案例具有多种不同的意义。整个普通法领域都是这样，举例来说，正如大法官曼斯菲尔德的名望所说明的那样。但是在美国人看来，判决是特定单个法官中的个人创造（人们习惯以姓名称呼法官），这与欧洲大陆官方文书用语中非人格化的“地方法院”不同。^⑫

韦伯并没有特别指出他所描述的是美国法律思维的哪一段时期。从某种意义上说，他的描述至少部分地适用于全部时期。然而，他强调美国法官的个人权威和创造力，以及曼斯菲尔德大法官的名望（加上我们知道韦伯写作于20世纪初），由此显示韦伯描述的是美国的“宏大风格”（Grand Style）时期。^⑬

宏大风格是一种撰写司法意见书的方式，这种方式从19世纪早期到1870年左右一直占据统治地位。这个时期的法官并不关心与先例的逻辑一致性，却强烈关注实践结果和判决公平性。宏大风格法律家根据正义（而非预先存在的法律原则）作出判决；如果有必要，法官创造法律以实现正义。通常，宏大风格的法律判决中的意见书读起来好像是高度个性化的法官陈述。意见书的力量和决定性的功能不是先例，而是个体法官主观意志的力量。^⑭ 以韦伯的术语来讲，宏大风格时期以牺牲形式合理性为代

^⑫ Weber, *Economy and Society* 890 (cited in note 11).

^⑬ See generally Grant Gilmore, *The Ages of American Law* 19 - 40 (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1977) (“Gilmore, Ages”); Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition* 36 - 37, 63 - 72 (Boston: Little, Brown & Co., 1960).

^⑭ See, e.g., *Martin v. Waddell*, 41 U.S. (16 Pet.) 367 (1842); *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832). 在 *Worcester* 一案中，大法官马歇尔的观点读起来更像是一个历史的叙述，而不是一种当前的法律观。See, e.g., *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 542 - 43; see also “Carriers,” 1 *Am. L. Reg.* 65, 66 - 67 (1852). (作者推崇宏大风格。)

价来集中关注实质合理性。

在1870年，克里斯托弗·哥伦布·兰德尔被任命为哈佛大学法学院的第一任院长。兰德尔引入了案例教学方法，更重要的是，引进了致力于学术研究和大学教育的学术型律师，从而改革了美国的律师训练方法。此外，兰德尔还引进了法律哲学，通常称为古典正统（classical orthodoxg），很快地支配了美国法学。^⑪ 韦伯辩称，对于律师的大学毕业训练，加上学术型律师的引入，最有力并最直接地引发了逻辑形式合理的法律思维的产生，^⑫ 古典正统代表了宏大风格时期从实质合理性向形式合理性的急剧转变，这并不令人感到惊讶。

实际上，韦伯对德国潘德克顿学者的法律方法（他认为这种法律方法是逻辑形式合理的法律思维的典范）的描述与对古典正统的大部分描述显著相似。^⑬ 韦伯写道：

目前的法律科学，至少那些已经获得最高程度的方法论

^⑪ See Gilmore, 42 - 48; C. Warren, 2 *History of the Harvard Law School* 372 - 74 (New York: Da Capo Press, 1970) (reprint of 1908 ed.); Thomas C. Grey, "Langdell's Orthodoxy," 45 *U. Pitt. L. Rev.* 1, 1 - 2 (1983) 兰德尔能够被置于对19世纪中期至晚期形式主义的特性的更广泛的社会支持的情况下。Cf. Morton White, *Social Thought in America: The Revolt Against Formalism* (London: Oxford University Press, 1976). (考量了19世纪晚期和20世纪早期对形式主义的反叛。)

^⑫ See *supra* text accompanying notes 95 - 103。对于学术型律师训练是如何在欧洲，尤其在德国，与美国的学术型律师训练产生关联的，See David Clark, "The Role of Legal Education in Defining Modern Legal Professions," 1987 *B. Y. U. L. Rev.* 595, 601 - 4.

^⑬ See Christopher C. Langdell, *Cases on Contracts* viii - ix, 2d ed. (Boston: Little, Brown & Co., 1879) (preface to 1st ed.) ("Langdell, *Cases on Contracts*"); See also Joseph Beale, 1 *A Treatise on the Conflict of Laws* 147 - 49 (New York: Baker, Voorhis & Co., 1916).

Thomas Grey 暗示了古典正统或者兰德尔式的法律体系是广泛的、完整的、形式上的以及在概念上是有序的。Grey, 45 *U. Pitt. L. Rev.* at 6 - 10. 如果一个法律体系没有程序上的缝隙，那么它就是广泛的；每一个案例都能够作出判决。如果它没有实质上的缝隙，那么就是完整的；每一个案例都有预先存在的实质上的正确答案。如果在每一个案例中的结果都通过了无懈可击的或者至少是令人信服的推理来进行了不容置疑地演绎，那么他就是形式化的。如果“其实质上的底层规则能够从一个连贯体系的少数相对抽象的原则和概念中推导出来”，那么它在概念上就是有序的。*Id.* at 8.

的和逻辑合理性（通过潘德克顿学者的民法法律科学而产生）的形式，出自以下五种假设：第一，每一个具体的法律判决是一个抽象的法律命题对具体的“事实情况”的“适用”；第二，在每一个具体的案例中，通过法律逻辑的方法从抽象的法律命题中推演出判决肯定是可能的；第三，法律必须实际上或者事实上构成一个“无缝”的法律命题体系，或者，必须至少能够被看作是一个无缝的体系；第四，凡是不能以法律术语合理“建构”的东西都是与法律无关的；第五，人们的每一种社会行动都必须被设想成对于法律命题的一种“适用”或者“实施”，或者被设想成对于法律命题的一种“违反”，法律体系的“无缝性”必须导致对所有社会行动的无缝的“有序法律规制”。^⑬

同样地，古典正统致力于法律规则和原则的逻辑一致性。古典正统设想了作为一门科学的法律研究：法律学者探索不容置疑的绝对法律原则。这些原则的数量很少，能够被“分类和排列”^⑭ 成一个形式的构架，如此以至于每一个原则都有其“恰当的位置”^⑮。这些逻辑上组织起来的原则继而为从所有其他法律规则中推导无争议的结论以及为所有纠纷的司法解决提供基础。因为法律体系是无缝的，所以法官从来不必创造法律：为了作出判决，一个法官仅需要发现相关的预先存在的法律规则，并且以直接和清楚的方式适用这个规则。如果一个法律规则不能清楚地适用到事实当中，那么法官合乎逻辑并无争议地从法律原则中演绎出结论。对于古典正统来说，在寻求抽象的逻辑一致性中，正义变得并“不相关”^⑯。以韦伯式的术语来讲，一位遵守古典正

^⑬ Weber, *Economy and Society* 657 - 58.

^⑭ Langdell, *Cases on Contracts* ix.

^⑮ *Id.*

^⑯ Christopher C. Langdell, *Summary of the Law of Contracts* 21, 2d ed. (Boston: Little, Brown & Co., 1880).

统信条的法官从来不会考虑实质合理性：法律体系转而致力于孜孜不倦地追求逻辑形式合理性。¹³⁹

一如早先所提及，韦伯坚持认为，西方法律思维形式合理性与日俱增的趋势是体系化地盛行的，甚或是不可阻挡的。¹⁴⁰然而，他明确认识到法律有时被指引到“反形式的方向”。¹⁴¹尤其是，韦伯集中关注德国的“自由法律”运动，亦即对形式合理的潘德克顿学者的批判性攻击，¹⁴²但是他补充说这种对逻辑形式合理法律思维的攻击是“国际范围内”¹⁴³的。这种攻击的一个原因是对实质合理性的渴望，亦即对满足终极价值和需求的渴望。¹⁴⁴只要法律体系追求逻辑形式合理性，实质合理性就会受到挫败。攻击形式合理性的另一个原因是法律职业对科层化与日俱增的反抗。韦伯写道：“受限于对制定法和合同的解释——就像一台自动售货机器，人们把事实（及费用）放入其中，目的是使之吐出判决书（及意见书）——现代律师似乎有失身份。”¹⁴⁵

在美国，这种对逻辑形式合理的法律思维的攻击在20世纪早期体现为法律社会学，¹⁴⁶在20世纪20年代和30年代更为强烈

¹³⁹ 韦伯写道：“今天仍然普遍的，以及在法律中等待被‘适用’的逻辑上一致的‘准则’的无缝的复合体的法律概念，变成了法律思维中决定性的概念。” Weber, *Economy and Society* 855.

¹³⁹ See *supra* text accompanying notes 61 – 74.

¹⁴⁰ Weber, *Economy and Society* 894 (cited in note 11).

¹⁴¹ *Id.* at 882 – 89.

¹⁴² *Id.* at 888.

¹⁴³ *Id.* at 886, 894.

¹⁴⁴ *Id.* at 886; See *id.* at 979.

¹⁴⁵ See, e. g., Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1921); Roscoe Pound, “Mechanical Jurisprudence,” 8 *Colum. L. Rev.* 605 (1908); *id.*, “The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence,” 25 *Harv. L. Rev.* 489 (1912). See generally G. Edward White, “From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth – Century America,” in *Patterns of American Legal Thought* 99 (Charlottesville, Va.: Michie Co., 1978) (“White, *Patterns*”). (作者探讨了法律社会学和法律现实主义。)

地体现为法律现实主义。美国法律现实主义者完全地否定了这样一种古典正统的观点，即将法律视为一个由绝对的和确定的规则和原则组成的概念上有序的体系的观点。在法律现实主义者看来，法律规则和原则对法官作出判决只起到很小的作用。这些规则和原则至多只是为这些判决的合理化提供了事后解释，法官通过直觉或者通过追求外在于法律体系的价值和需求来达到这些判决。^⑩ 换言之，就审判是合理的而言，它是实质合理的，而非形式合理的。

尽管韦伯认识到法律中的反形式运动，比如德国的自由法律运动以及美国的法律现实主义，但是他推断它们只是“遮蔽”^⑪了逻辑形式合理法律思维的不可阻挡的推进，这种逻辑形式合理的法律思维“实际上不能停滞不前”。^⑫ 实际上，这些反形式运动倾向于创造出转而追求逻辑形式合理性的与其自身相反的运动。^⑬ 在美国，这种辩证的反应体现为开始于20世纪50年代并一直持续至今的法律程序运动（the legal process movement）。

亨利·哈特（Henry Hart）和阿尔伯特·塞克斯（Albert Sacks）以《法律程序：法律制定和法律适用基本问题》为题的

^⑩ See, e. g., Jerome Frank, *Law and the Modern Mind* (New York: Brentano's, 1930); Felix Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach," 35 *Colum. L. Rev.* 809 (1935); Joseph Hutcheson, "The Judgment Intuitive: The Function of the 'Hunch' in Judicial Decision," 14 *Corn. LQ.* 274 (1929); Karl Llewellyn, "Some Realism About Realism - Responding to Dean Pound," 44 *Harv. L. Rev.* 1222 (1931); see J. Herget & S. Wallace, "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism," 73 *Va. L. Rev.* 399 (1987). (主张德国自由法律运动是美国法律现实主义的基础。)

^⑪ Weber, *Economy and Society* 895.

^⑫ *Id.*

^⑬ See *id.* at 888, 895.

课程资料，成为开辟法律程序学派的先锋人物。^⑮ 哈特和塞克斯主张，理解法律需要集中关注两个因素。首先，他们集中关注制度（the institution）的概念。在哈特和塞克斯看来，社会创造和安排了不同的法律制度来解决不同的社会问题。^⑯ 法院与立法机关不同，法官偶尔创造法律，他们不能以立法者自由创造法律的方式来自由地创造法律。^⑰

其次，哈特和塞克斯焦点关注法律程序。他们推理出，构成各种不同法律制度所必需的不同程序或者过程在很大程度上界定出这些法律制度。因此，在不同的法律制度中工作的个体，受到某些程序的限制。^⑱ 限制司法判决作出的程序被称为“论证理由的详细阐述”（reasoned elaboration）。^⑲

论证理由的详细阐述要求法官总是为判决提供理由（以一种详细的、条理清楚的方式明确阐述这些理由），并且总是假定“同样的案件应当同样对待”。^⑳ 法官必须将判决与相关的法律规则联系起来，并且必须以一种与先例保持逻辑上一致的方式适用法律规则。^㉑ 此外，论证理由的详细阐述要求法官“以最好地服务于法律所表达的原则和政策的方式”来适用法律。^㉒ 最后，在

^⑮ H. Hart & A. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law* (Tentative ed. 1958) (“Hart & Sacks, *The Legal Process*”). 关于从美国法律现实主义到法律程序的转变，See G. Edward White, “The Evolution of Reasoned Elaboration: Jurisprudential Criticism and Social Change,” in White, *Patterns* 136, 137 - 44 (“White, Evolution of Reasoned Elaboration”).

^⑯ Hart & Sacks, *The Legal Process* 3.

^⑰ *Id.* at 366 - 68, 662. see Vincent A. Wellman, “Dworkin and the Legal Process Tradition: The Legacy of Hart & Sacks,” 29 *Ariz. L. Rev.* 413, 431 - 34 (1987).

^⑱ Cf. Hart & Sacks, *The Legal process* iii. (关于制度和程序的重要性。)

^⑲ *Id.* at 160 - 68; See White, “Evolution of Reasoned Elaboration,” 144 - 48.

^⑳ Hart & Sacks, *The Legal Process* 166.

^㉑ See *id.* at 164 - 67.

^㉒ *Id.* at 165.

上诉层面，通过某个案件一起进行理性论证的法官体验到一种“集体思想的成熟结晶”（a maturing of collective thought）¹⁵³，亦即一种反正会超越任何一位单个法官特质的合理结果。¹⁵⁴ 因此，论证理由的详细阐述要求以一些方式来限制法官，这些方式却不能用来限制执行官、立法者和政务官。

换言之，法律程序转回到古典正统对逻辑形式合理法律思维的追求。¹⁵⁵ 司法判决必须和抽象的“中立原则”（neutral principles）保持逻辑上的一致：¹⁵⁶ 作出个别判决的理由必须超越那个判决的直接结果。因此，在哈特和塞克斯看来，司法判决“是通过参考非人格化的判决标准来达到的，这种判决标准以同样的方式适用于任何同样的案件”。¹⁵⁷ 实质合理性，亦即对终极价值和需求的追求，不能压倒对抽象的逻辑一致性的追寻。

强化代表性理论

法律程序理论的演进¹⁵⁸在伊利的宪法理论中达到了其顶点。

¹⁵³ Henry Hart, "Foreword: The Time Chart of the Justices," 73 *Harv. L. Rev.* 84, 100 (1959).

¹⁵⁴ See White, "Evolution of Reasoned Elaboration," 145.

¹⁵⁵ But cf. Gunther Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law," 17 *Law & Soc'y Rev.* 239. (1983). (作者对法律程序的关注代表了一种超越了韦伯式的形式和实质合理性的二元论的后现代进步。)

¹⁵⁶ Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law," 73 *Harv. L. Rev.* 1 (1959); see Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* 49 - 59, 2d ed. (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1986) (1st ed. 1962) ("Bickel, *Least Dangerous Branch*").

¹⁵⁷ Hart & Sacks, *The Legal Process* 665.

¹⁵⁸ Compare Alexander M. Bickel, *Least Dangerous Branch* 49 - 59 (最高法院应当发展和强制实施中立原则), with *id.* *The Supreme Court and the Idea of Progress* 99, 165 (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1978 ed.) (1st ed. in 1970). (作者质疑了寻找中立原则的可能性。) See generally J. Skelly Wright, "Professor Bickel, The Scholarly Tradition, and the Supreme Court," 84 *Harv. L. Rev.* 769 (1971). (作者评论了Bickel的转变。)

在《民主与不信任》¹⁶⁴（本书简洁雅致）中，伊利为程序导向的宪法理论提供了一个完全的、强有力的论辩，他称之为强化代表性理论。他的目的是解决两个主要的（彼此之间相互重叠的）问题。首先，最高法院应当按照原旨主义还是非原旨主义的进路来解释宪法？其次，对国会行动的司法审查如何能够与民主调和呢？

根据伊利对原旨主义和非原旨主义的界定，宪法原旨主义的进路要比非原旨主义的进路受到更多的限制。在寻找某个宪法条款（甚至是某个开放式的条款）的含义时，原旨主义仅集中关注宪法文本和制宪者的意图。如同伊利所表达的那样，“解释宪法议题的法官应当把他们自己局限于实施书面宪法所陈述的或者显然暗示的规范的范围之内。”¹⁶⁵另一方面，非原旨主义可以自由地超越文本和制宪者的意图，利用其他实质价值来赋予开放式的宪法条款以内容。¹⁶⁶

伊利指出，至少在最初，原旨主义似乎是更加吸引人的理论，因为它显然解决了上文所述的宪法理论的第二个主要问题——使司法审查与民主得以调和。由于我们的政府是一个代议制民主的政府，当最高法院查明某个国会行为违宪的时候，最高

¹⁶⁴ Ely, *Democracy and Distrust* (cited in note 9); see also Jesse Choper, *Judicial Review and the National Political Process* (Chicago: University of Chicago Press, 1980).

¹⁶⁵ Ely, *Democracy and Distrust* 1; see, e. g., Robert H. Bork, “Neutral Principles and Some First Amendment Problems,” 47 *Ind. L.J.* 1 (1971). 伊利实际上区分了“解释主义”和“非解释主义”。我用术语“原旨主义”代替了“解释主义”，以及用“非原旨主义”代替了“非解释主义”，是为了避免将最近的司法判决中的“解释性转向”与解释主义相混淆。这种后来的解释主义的形式彻底不同于伊利对解释主义的概念。See Feldman, 76 *Iowa L. Rev.* (cited in note 9). Compare Thomas C. Grey, “Do We Have an Unwritten Constitution?” 27 *Stan. L. Rev.* 703 (1975)（作者运用伊利的方式，将解释主义与非解释主义区分开。）with Thomas C. Grey, “The Constitution as Scripture,” 37 *Stan. L. Rev.* 1, 1 (1984).（作者质疑解释主义与非解释主义之间区别的融贯性。）

¹⁶⁶ See Ely, *Democracy and Distrust* 43–72; see, e. g., Grey, 27 *Stan. L. Rev.* 703, 715–16.

法院（政府中未经选举就可以产生的分支）在理论上推翻了多数派明确表达出来的意志。引用亚历山大·比克尔（Alexander Bickel）的话，司法审查因此创造出“反对多数派的难题”（counter-majoritarian difficulty）。¹⁶⁵ 尽管如此，大部分人还是认识到我们不能单纯地采用多数派的规则，因为多数派也许会对少数派施加不公平的压迫和暴政。问题是要鉴别出那些需要予以保护的、但违背多数派意志的价值。原旨主义显然为这个问题提供了一个简单的答案：需要予以保护的仅仅是“书面宪法所陈述的或者显然暗示的”价值。¹⁶⁶

然而，伊利进一步说明宪法的原旨主义进路并不令人满意。首先，就宪法文本代表多数派的意志而言，它当然不是当前多数派的意志；宪法至多只代表早已去世的多数派的意志。因此，原旨主义本身是反民主的。¹⁶⁷ 其次，更重要的是，宪法的若干条款——比如正当程序条款、平等保护条款、特权或者豁免权条款以及《第九修正案》——表明最高法院应当超越宪法文本和制宪者的意图。换言之，制宪者自身显然意图使宪法也保护除了“书面宪法所陈述的或者显然暗示的”价值之外的某些价值。¹⁶⁸

在说明原旨主义并不能发挥作用之后，伊利探讨了传统的替代方案，亦即作为将实质价值注入宪法的开放式条款之中的手段的非原旨主义。伊利描述并且令人信服地拒绝了非原旨主义的七种不同来源和方法，这些来源和方法囊括从诸如自然法这种大家

¹⁶⁵ Bickel, *Least Dangerous Branch* 16 (cited in Note 160); see Ely, *Democracy and Distrust* 4-7.

¹⁶⁶ Ely, *Democracy and Distrust* 1, 7-9. 在伊利看来，为什么最初原旨主义看起来要比非原旨主义更好的另一个原因，是原旨主义的模型更适合我们对于法律概念的通常使用以及司法判决的作出。举例来说，当法官解释制定法的时候，他或者她被限制在起草者的语言和意图之中。法官不能自由地考虑其他的实质性价值以作为一种补充制定法文本的手段。因此，原旨主义主张，当法官对宪法进行解释时，应当受到类似的限制。See *id.* at 3.

¹⁶⁷ *Id.* at 11-12.

¹⁶⁸ *Id.* at 1, 12-14.

所熟悉的方法^①到诸如进步预测（the prediction of progress）这种大家所不太熟悉的方法。^② 伊利给出了诸多理由来拒绝这些不同的非原旨主义理论，^③ 但是这七种方法都存在一个共同的固有问题。这七种非原旨主义理论都是不确定的，因而也不能克服“反对多数派的难题”；非原旨主义不能充分地限制最高法院的价值选择。因此，伊利对自然法的有趣批评也同等地适用于其他非原旨主义的方法：“自然法的优势在于你可以援引它来支持任何你想要的东西。它的劣势在于每个人都了解这一点。”^④

拒绝了宪法的原旨主义进路和非原旨主义进路，伊利转而给出了他自己的替代理论，亦即强化代表性理论。强化代表性理论是一种程序导向的进路，这是因为它禁止最高法院作出实质价值选择：最高法院被局限于维护我们社会中的民主代议过程。只有当国会的行动是由发生故障或者有缺陷的民主过程所导致的时候，最高法院才能以违宪为由推翻国会的行动。因此，最高法院能够通过维护政治过程来赋予开放式的宪法条款以内容，但是司法审查并不破坏我们对代议制民主的承诺。“反对多数派的难题”也就得到了解决：司法审查实际上强化了民主过程。^⑤

① *Id.* at 48 - 54.

② *Id.* at 69 - 70. 除了将自然法和进步预测看作是实质性价值的可能来源或方法以外，伊利还认为法官的个人价值、中立的原则、推理的方式、传统以及社会舆论也是其他可能的来源。See *id.* at 44 - 69.

③ *Id.* at 43 - 72. 举例来说，当考虑到法院是否应该拒绝将社会广泛分享的价值（社会舆论）放入开放式的宪法条款中，伊利提出了几种批评（包括如下的批评）。对任何重要问题的舆论的存在都是可疑的，如果一种舆论过去曾经存在，它可能仅反映了一个群体对另一个群体的统治。此外，没有理由认为法院能够发现任何存在的舆论。在最高法院和国会之间，后者（被选举出来的部门）比前者更可能反映广泛分享的价值。See *id.* at 63 - 69.

④ *Id.* at 50.

⑤ *Id.* at 73 - 104. 伊利进一步辩称，宪法条文主要关注程序，由于联邦法官不需要担心重新当选的问题，使得他们能够在维护多数派的民主过程方面处于最好的位置上。*Id.* at 88 - 103.

在伊利看来，最高法院可以以两种方式来维护民主过程：通过“清除政治变化的渠道”（clearing the channels of political change）^① 以及通过“促进少数派的代表权”（facilitating the representation of minorities）^②。为了清除政治变化的渠道，最高法院必须以堵塞政治变化的渠道和永久排除政治的“出料”（outs）的方式，防止政治的“入料”（ins）维持其持续的政治权力。保持政治过程的开放是必要的，因为在伊利看来，民主是对社会实质价值作出决断的机制。最高法院并不作出实质价值选择；它仅保持政治过程的开放，以至人民——所有的人——能够民主地作出实质价值选择。^③ 因此，举例来说，通过立法机关中议席的不公平分配来否定或者削弱选举权是民主进程中的一种“典型的停滞”（a quintessential stoppage），因此最高法院必须加以阻止。^④ 另一方面，在伊利看来，若认可女性选择堕胎的权利，相当于最高法院作出不正当的实质价值选择。^⑤

最高法院通过促进少数派的代表权，来进一步维护民主过程：最高法院必须防止代表基于敌意或者偏见在体制上对少数派产生不利。^⑥ 如果某个人没有“实际上或者事实上被代表”，那么民主过程发生了故障。^⑦ 如果少数派选举出的代表仅因为他们是少数派而忽视他们的利益，那么纵使在技术上通过选举参与了民主过程的少数派还是被排斥在外边。因此，在伊利看来，当一个立法机关因某种不适当的动机（比如种族敌意）而故意歧视某个少数派，“这个体系已经发生故障”，^⑧ 最高法院应当判定立

① *Id.* at 105.

② *Id.* at 135.

③ *Id.* at 105 - 34.

④ *Id.* at 117.

⑤ *Id.* at 248 n. 52; See *id.* at 15; John Hart Ely, “The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*,” 82 *Yale L. J.* 920 (1973).

⑥ Ely, *Democracy and Distrust* 135 - 79 (cited in note 9).

⑦ *Id.* at 101

⑧ *Id.* at 137.

法机关的行为是违宪的，并以此来矫正民主过程中的缺陷。另一方面，歧视的效果不能单独导致政府行为违宪：在伊利看来，除了宪法明确规定保护以外，最高法院不应试图确保任何实质价值或者满足任何实质需求。¹⁸⁴

宪法审判的过程

最高法院在若干语境中遵循了伊利的强化代表性理论。这一部分探讨最高法院在涉及平等保护和《第十五修正案》的种族歧视案件中的程序导向进路。¹⁸⁵

在平等保护的语境中，最高法院在 1976 年作出的华盛顿诉戴维斯案（*Washington v. Davis*）¹⁸⁶ 的判决中适用了强化代表性理论。所有申请哥伦比亚地区的警察岗位的人都需要参加旨在测试

¹⁸⁴ *Id.* at 135 - 45.

¹⁸⁵ 平等保护条款是《美国宪法第十四修正案》。通过《第十五修正案》的正当程序条款，平等保护条款也适用于联邦政府；*See Bolling v. Sharpe*, 347 U. S. 497 (1954). 《第十五条修正案》是这样表述的：“美国公民选举的权利，不能被美国或者任何州以种族、肤色或者先前的奴役为由，拒绝给予或者限制。” U. S. Const. amend. 15, § 1.

最早陈述和适用强化理论的一个案例在 *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. (4 Wheat.) 316, 428 (1819)（大法官马歇尔经过推理认定，政府的结构避免了其对征税权力的滥用。）Footnote 4 of *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 152 n. 4 (1938), 预示着强化代表性理论在种族歧视案件上的适用。*See Ely, Democracy and Distrust* 73 - 74（沃伦法院采纳了强化代表性理论。）体现法院已经接受强化代表性理论的另一个情形是匿名商务条款。U. S. Const. art. 1, § 8, cl. 3; *see, e. g., South Carolina State Highway Department v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 184 n. 2 (1938).

¹⁸⁶ 426 U. S. 229 (1976). 尽管华盛顿诉戴维斯的案件判决于 1976 年，亦即伊利出版《民主与不信任》的四年前，但是强化代表性理论已经成为处理宪法问题的重要进路。*See supra* note 184. 此外，伊利在 20 世纪 70 年代发表了一些提倡强化代表性理论的文章，一些文章发表在案件作出判决之前。*See, e. g., John Hart Ely, "The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination," 41 U. Chi. L. Rev. 723 (1974); id., 82 Yale L. J. 920 (1973)*. 但是，伊利的《民主与不信任》是对于强化代表性理论最完整的和决定性的辩护。

其语言能力、词汇和阅读理解能力的书面考试。这个测试对美国黑人产生了歧视效果：考试的结果使得比白人申请者多得多的黑人申请者被排除在考虑范围之外。没有通过考试的黑人申请者提起了诉讼，指控联邦政府违背了平等保护原则（该原则通过《第十五修正案》的正当程序条款适用于联邦政府）。^①

最高法院判定这项考试符合宪法，驳回了黑人的指控。通过这样的判定，最高法院明确支持强化代表性理论中关于故意的要求：“我们的判例并没有囊括这样一个命题，即法律或者其他官方行为（在它没有反映出种族歧视目的的情况下），仅因为它产生种族歧视的效果就构成违宪。”^② 因为黑人申请者没有指控或者证明故意歧视，最高法院拒绝对政府行为进行高度严格司法审查（high-level scrutiny）。尽管该考试确实对黑人产生了歧视效果，最高法院仅适用了顺从行政部门的合理基础标准（rational-basis standard）。

换言之，最高法院认为，指控并证明故意歧视，应该能够证明政治过程已经发生故障，因而也应该能够证成高度严格司法审查。然而，由于上述民主过程没有侵染歧视的意图，最高法院没有正当理由来干预政府的行为。如果最高法院进行了干预，那么它只是用它的实质价值去代替另一个政府部门的实质价值。在最高法院看来，宪法并不担保黑人申请者获得任何特定的实质结果。^③

在随后的一些涉及种族歧视的平等保护案件中，最高法院明确地遵循了这种程序导向的进路。举例来说，在1982年作出的华盛顿诉西雅图一号学区案（Washington v. Seattle School District No. 1）的判决中，^④ 最高法院是这样陈述的：

① Washington v. Davis, 426 U. S. at 239; see Bolling v. Sharpe, 347 U. S. 497 (1954).

② Washington v. Davis, 426 U. S. at 239 (emphasis in original).

③ See *id.* at 238-48.

④ 458 U. S. 483 (1982).

当国家的权力分配将异常的负担施加在种族群体身上，以降低其制定旨在克服偏见的“特别状态”之法律的能力，这种政府行为严重地“破坏那些通常依赖其去保护少数派的政治程序的运转”。……在最为直接的意义上，这表明了司法系统在保护某些群体的利益时所扮演的特殊角色，这些群体“被贬低到一种政治上如此无力的处境中，以至于要从多数决的政治过程中获得特别保护”。^⑩

到晚近的1989年，在里士满城市诉克罗松公司案（*City of Richmond v. J. A. Croson Co.*）这一里程碑式案件中^⑪，最高法院认定不理睬少数派的方案是违宪的，法官中的多数派赞许地引证和援引了伊利的强化代表性理论。^⑫

然而，这种在平等保护案件中采用的程序导向进路的重要意义在1987年作出判决的麦克莱斯基诉肯普案（*McCleskey v. Kemp*）^⑬一案中得到最突出的体现。麦克莱斯基是一位美国黑人，被乔治亚州法院判定谋杀罪，并判处死刑。他申请人身保护令状，指控乔治亚州关于判处死刑的制定法带有种族上的歧视，因此违反了《第十四修正案》的平等保护条款。最高法院拒绝了他的权利主张。^⑭

最高法院陈述了关于故意的要求：“若要证成他的权利主张，麦

^⑩ *Id.* at 486. (quoting *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U. S. 144, 52 - 53 n. 4 (1938); *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, 411 U. S. 1, 28 (1973)); see *Crawford v. Board of Education*, 458 U. S. 527, 541 (1982). (支持宪法修正案，因为它没有因为种族的原因而歪曲政治过程。)

^⑪ 109 S. Ct. 706 (1989).

^⑫ *Id.* at 722.

^⑬ 481 U. S. 279 (1987).

^⑭ *Id.* at 297 - 99. 最高法院还拒绝了这种死刑方案是以一种种族歧视的方式实施的主张。*Id.* at 289 - 98. 并且不认为关于它违反了对残酷和异常惩罚的禁止的主张。*Id.* at 298 - 319; 319; see U. S. Const. amend. 8.

克莱斯基就必须证明乔治亚州的立法机关颁布或者维护的死刑法律是为了产生种族歧视预期效果的目的。”^① 在没有歧视目的或意图证据的情况下，最高法院没有正当理由来干涉乔治亚州立法机关作出的实质价值选择。最高法院只是维护政治过程：只有立法过程发生故障才能为最高法院提供正当理由以便作出违宪司法判决。

然而，在这个案件中，麦克莱斯基提供了关于种族歧视的引人注目的统计证据。最高法院总结了所谓的“鲍尔达斯研究”（Baldus Study）的调查发现：“在被告为黑人而受害者为白人的案件中，判处死刑估计占 22%；被告与受害者均为白人的案件中，判处死刑估计占 8%；被告与受害者均为黑人的案件中，判处死刑估计占 1%；被告为白人而受害者为黑人的案件中，判处死刑估计占 3%。”^② 在布伦南大法官所撰写的不同意见书的简朴语言中，这些证据的隐含意义是“令人不安的”。^③ 鲍尔达斯研究强有力地暗示，导致麦克莱斯基死刑的两个最重要的事实就是他的种族（黑人）和受害人的种族（白人）。^④ 尽管这个证据的力量强大，最高法院仍然作出结论，认为它仅证明了歧视的效果，并没有证明歧视的意图。在没有证明歧视意图的情况下，乔治亚州的死刑方案只是受制于宽松的合理基础司法审查（rational-basis review），因此根据平等保护条款是不违宪的。^⑤

最高法院对《第十五修正案》遵循了类似于程序导向的进路。在 1980 作出判决的莫比尔市诉博尔顿案（City of Mobile v. Bolden）中，^⑥ 最高法院维持了由三名成员组成的城市委员会的选举是符合宪法的。这个城市早在 69 年前就已经实施了分区选举

① McCleskey v. Kemp, 481 U. S. at 298 (emphasis in original).

② *Id.* at 286.

③ *Id.* at 321 (Brennan, J., dissenting).

④ *Id.*

⑤ *Id.* at 297-99.

⑥ 446 U. S. 55 (1980).

城市委员会成员的方案，但是一直没有黑人成功获选成为委员会的成员，²⁰² 尽管当本案提交法院的时候，近似 1/3 的选民都是黑人。²⁰³ 为多数派撰写意见书时，大法官斯图尔特陈述道：“只有当表面上是种族中立的国家行为的动机是歧视的目的时，才违反了《第十五修正案》。”²⁰⁴ 因此，尽管歧视效果的证据是无可争议的，多数派法官认定，当这个选举方案被采纳时，政治过程并没有侵染歧视意图。因此，这个选举方案是符合宪法的。²⁰⁵ 斯图尔特大法官补充道：“《第十五修正案》并没有规定黑人候选人必须获选的权利。”²⁰⁶

诸如华盛顿诉戴维斯、麦克莱斯基诉肯普和莫比尔市诉博尔顿这样的案件，反映出最高法院在种族歧视案件中采用程序导向的进路。最高法院愿意维护民主过程，防止歧视侵染入政治过程之中，但是最高法院不愿意强制执行或者界定实质价值，也不想确保满足少数派的实质需求或者价值。在最高法院看来，任何实质价值的选择都必须通过民主过程来作出决断。简言之，在涉及平等保护和《第十五修正案》的种族歧视案件中，最高法院时而明确时而不明确地采纳和遵循了伊利的强化代表性理论。

²⁰² *Id.* at 71.

²⁰³ *Id.* at 122. (Marshall, J., dissenting.)

²⁰⁴ *Id.* at 62. 多数派包括了大法官斯图尔特 (Stewart)、鲍威尔 (Powell)、伦奎斯特 (Rehnquist) 以及首席大法官伯格 (Burger)。大法官史蒂文斯 (Stevens) 赞成这个判决，认为歧视的效果不能单独构成宪法上的违反，但是他不同意歧视的意图应当作为决定违反宪法的标准。*Id.* at 83 - 94. 大法官布莱克门 (Blackmun) 赞成这个结果。*Id.* at 80 - 83.

²⁰⁵ *Id.* at 61 - 65. 最高法院也拒绝了平等保护条款下的主张，*Id.* at 65 - 80, and under § 2 of the Voting Rights Act of 1965, 42 U. S. C. § 1973 (1976). *City of Mobile v. Bolden*, 446 U. S. at 60 - 61.

²⁰⁶ *City of Mobile v. Bolden*, 446 U. S. at 65.

对程序导向的宪法的韦伯式批评

韦伯的法律理论隐含着对程序导向的宪法的内在批评。²⁰⁷ 这

● 宪法的程序导向理论先前受到了三种典型的批评。

第一种批评认为，宪法的程序导向的进路并不是真正的价值中立（value-free）。换言之，对诸如伊利的强化代表性理论的这种进路的支持也必然选择了某些实质价值选择，因此这个理论不能满足其自身获得成功的前提条件。See, e. g., Bruce Ackerman, “Beyond Carolene Products,” 98 *Harv. L. Rev.* 713, 737-40 (1985); Paul Brest, “The Substance of Process,” 42 *Ohio St. L. J.* 131 (1981); Mark Tushnet, “Darkness on the Edge of Town: The Contributions of John Hart Ely to Constitutional Theory,” 89 *Yale L. J.* 1037, 1045 (1980). 举例来说，一个评论家主张宪法不能不证自明地支持纯粹的民主。甚至，宪法似乎包含了强烈的反对多数派的部分。如果这是真的，那么程序理论家关注的是对民主过程的维护，而不是对其他实质性价值的界定和保护，源自这些理论家自身的对纯粹民主的实质上的默许支持。See David Lyons, “Substance, Process, and Outcome in Constitutional Theory,” 72 *Cornell L. Rev.* 745, 748, 755-56 (1987).

第二种批评是，即使一种程序导向的进路将避免实质价值选择，我们不当仅遵循这样一个步骤。相反，宪法应当集中关注实质价值和需求的界定和保护。维护政治过程对于作出实质价值选择来说是次要的。See, e. g., Suzanna Sherry, “Selective Judicial Activism in the Equal Protection Context: Democracy, Distrust, and Deconstruction,” 73 *Geo. L.J.* 89 (1984); Laurence Tribe, “The Puzzling Persistence of Process-based Constitutional Theories,” 89 *Yale L. J.* 1063 (1980). 举例来说，一位评论家主张应当关注哪一阶层的人（美国黑人、外国人、女人或同性恋者）需要特别的司法保护，而不是关注立法机关对一个确定的阶层是否进行了有意的歧视。Sherry, 73 *Geo. L. J.* at 119.

最后一种对于程序导向进路的批评是，社会的和经济的的不平等显然会扭曲公平的程序。对于失望地处在社会经济范围中较低层次的少数人来说，公平的程序可能导致不公平的结果。但是公平的程序趋向于偏离任何对于实质性结果的批评，因此使这些少数派处于被压迫的境地。换言之，宪法的程序导向的进路，可能使社会的不平等得以继续。See, e. g., Richard Delgado, “The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature,” 132 *U. Pa. L. Rev.* 561, 568-71 (1984); Richard D. Parker, “The Past of Constitutional Theory—and Its Future,” 42 *Ohio St. L.J.* 223 (1981); cf. Charles Lawrence, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism,” 39 *Stan. L. Rev.* 317 (1987). (急切的需要忽略了无意识的种族歧视。) See generally Derrick Bell, *Race, Racism and American Law* 2d ed. (Boston: Little, Brown & Co. 1980). (少数派想要获得权利和机会，当那些与大多数白人的利益相一致时。) 延续这种批评，一些评论家对种族歧视适用程序导向的进路进行了攻击，因为其接受了一种“加害者的观点”——换言之，因为其关注的是政府的官员。如果一个政府官员没有将故意的歧视放入政治过程，那么这个政府行为就没有考虑任何对不占优势的少数派施加的歧视的影响。法院通过关注政府官员或者歧视的加害者，忽略了受害者的困境，这些受害者也许是通过经济上的不平等，而被锁在一个不占优势的位置的少数派群体中的一员。Delgado, 132 *U. Pa. L. Rev.* at 571; Alan Freeman, “Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine,” 62 *Minn. L. Rev.* 1049, 1052-57 (1978); see Martha Minow, “Foreword: Justice Engendered,” 101 *Harv. L. Rev.* 10, 83-84 (1987).

韦伯的法律理论展示了程序导向的宪法的额外的、强烈的批评。韦伯式批评的力量来源于其对目前构想出的宪法的基础结构的接受，以及对宪法判决中充斥着不可调和的张力这一评论得出的结论。See *supra* text accompanying notes 207-14.

种批评是内在的，因为它完全接受当代宪法学基本的和特有的二元论：程序与实质，亦即价值选择手段与价值本身之间的区分。换言之，作为一种内在批评，韦伯式分析接受今天通常构想的宪法结构。这种韦伯式批评带来的仅是绝望的结论：韦伯的理论隐含着宪法的程序导向的进路不可阻挡地导致实质不合理性，不能满足实质价值和需求。在种族歧视案件的语境下，韦伯的理论隐含着集中关注程序不仅造成种族歧视的继续，而且使之变得不可避免！²⁰⁰

从韦伯式的观点来看，程序导向的进路是宪法中逻辑形式合理法律思维的典型。²⁰¹ 强化代表性理论将宪法化约为一个清晰的一般规则：最高法院应当维护政治过程。这条规则的简洁雅致是

²⁰⁰ See *supra* text accompanying notes 39 (关于“不可避免”的含义) 楚贝克主张，个人应当谨慎地将韦伯的理想类型应用于新的背景之中。See Trubek, 1972 *Wis. L. Rev.* at 752. 甚至，韦伯不能将他的社会学理论应用到宪法中，并且绝大部分，只有当公法问题与私法问题发生重叠时，他才会去处理公法问题。See Weber, *Economy and Society* 641-44, 655, 710-13 (cited in note 11). 但是，韦伯确实推动了“一战”之后《德国宪法》的编写。See S. Turner & R. Factor, “Decisionism and Politics: Weber as Constitutional Theorist,” in S. Lash & S. Whimster, eds., *Max Weber, Rationality and Modernity* 335 (London: George Allen & Unwin, 1987). 更重要的是，我对法律思维范畴的抽象支撑的探讨 (See *supra* text accompanying notes 12-33) 暗示，它们能够应用到那些超越韦伯所明确关注的西方的法律制度中，超越这些韦伯所明确关注的；一个类似的形而上学构成了当下宪法的基础的形而上学。See Feldman, 1989 *Duke L.J.* at 1347-49; *id.*, 76 *Iowa L. Rev.* (cited in note 9). 此外，韦伯的范畴与当前宪法思维的范畴之间的紧密的结合支持了韦伯的理想类型的可适用性。See *supra* text accompanying notes 208-14.

²⁰¹ See *supra* text accompanying notes 50-55. 我并不是想说程序导向的进路成功地将宪法简化为一个可计算或者可预测的领域。我强烈主张没有任何进路能够完成那样一个任务。See Mark Tushnet, *Red, White, and Blue* 1-187 (Cambridge: Harvard University Press, 1988); Paul Brest, “The Fundamental Rights Controversy: The Essential Contradictions of Normative Constitutional Scholarship,” 90 *Yale L. J.* 1063 (1981); Feldman, 1989 *Duke L. J.* at 1347-49; *id.*, 76 *Iowa L. Rev.* 然而，如果我们接受了韦伯式理论的形而上学基础以及当下宪法的相似的形而上学基础，如果我们接受了实体和程序的分离，那么程序导向的进路在理论上应当使形式合理性最大化。但是对这些假设或者基础的接受是有疑问的。See *infra* note 214. 韦伯式批评的要点是，这种批评是内在的；它接受了目前构建的宪法的结构，并且进一步强调在这些结构当中内部存在的张力。

很有吸引力的：最高法院从来不需要陷入实质价值的飞沙走石困境之中，从来不需要作出任何艰难的选择。与此相对照的是，最高法院只是集中关注对实质价值作出艰难选择的手段。在种族歧视案件中，最高法院只是追问歧视意图是否侵染入政府行为之中。最高法院从受害者的困境中脱身作出宪法判决：这些受害者包括（在“华盛顿诉戴维斯”一案中）明显带有歧视效果的书面考试将其排除在聘用考虑范围之外的失望的黑人申请人，（在“麦克莱斯基诉肯普”一案中）面临死刑惩罚并且明知同样情况下的白人被告可能不会面临此种命运的黑人刑事案件被告，以及（在“莫比尔市诉博尔顿”一案中）即使 1/3 的人口均为黑人也从来没有选举出一位黑人作为城市委员会的成员的市民们。这些案件的实际背景被放到一边，置于幕后，至多仅作为歧视意图的证据。

然而，韦伯式的分析承认，这种程序导向的进路使宪法变得简洁和可以预测。韦伯强调逻辑形式合理的法律思维具有这种优势。^①最高法院的任务被极大地简化，由于它只要仅探寻是否存在歧视意图，而非难以解决的实质价值。当最高法院将自身局限于维护政治过程，而不是界定和强制执行实质价值的时候，律师和评论者能够更加容易地预测司法行为。因此，在某种意义上，以程序为基础的宪法通过提高最高法院、律师、评论者和政府官员的可计算性来提高人的自由。举例来说，如果某个政府官员准确地知道什么能做而什么不能做，那么他或者她可以自由地筹划未来，可以把握任何行为所可能导致的结果。关于种族歧视，政府官员知道只要他或者她的行为没有可识别的歧视意图的痕迹，那么这种行为没有违反平等保护或者《第十五修正案》。政府官员不需要担心他或者她的行为所带来的实际效果。

^① See *supra* text accompanying notes 61 – 74. 然而，任何人可以质疑，逻辑形式合理的法律思维是否实际上具有这种优势。See *supra* note 208.

但是韦伯的理论强调了一个重大的问题：宪法的程序导向进路必然地意味着实质价值和需求最终得不到满足。在种族歧视的案件中，最高法院对强化代表性理论的坚持使对占劣势的少数派的持续欺压成为必然。程序导向的宪法意味着雇佣机会的丧失（“华盛顿诉戴维斯”案）；它意味着在政府中的真正代表权的缺失（“莫比尔市诉博尔顿”案）；它有时甚至意味着死亡（“麦克莱斯基诉肯普”案）。程序导向的进路不仅容许这些实质不合理的结果——而且它必然导致这些结果。

此外，韦伯的理论隐含这种命运是不可逃脱的：我们陷入一座宪法的铁笼。由于韦伯明确主张西方社会的法律思维的形式合理性程度将会永远与日俱增，他的理论隐含着，在宪法中，我们对程序导向的学说和审判的信奉程度正在变得越来越强烈。只要我们的信奉程度继续增强，实质价值和需求就肯定不会得到满足。即使我们最初只是将其作为一种达到公平的实质结果的手段而求助于程序导向的宪法，这种手段也已经奇怪地演变成为目的。公平的程序本身已经变成最终的目标和价值，因而会遮蔽并且不可避免地干预对其他目标和价值的满足。^①

然而，为什么我们不能简单地拒绝形式合理性，转而去追求实质合理的法律结果呢？换言之，韦伯辩称对形式合理性的信奉如此盛行以至于对实质合理性的长期追求变得不可能，也许韦伯在这一点上是错误的。韦伯无疑会回应强调说，由于美国长期致力于学术型法律训练，美国尤其不大可能抛弃逻辑形式合理的法

^① See *supra* note 44 and accompanying text; see also Ely, *Democracy and Distrust* 181–83 (cited in note 9); Thomas C. Grey, “Procedural Fairness and Substantive Rights,” 18 *Nomos* 182 (1977). 我并不是说公平的程序从来都没有导致公平的实质性目的；有时它事实上确实导致了。但是，当公平的程序本身变成了目标，问题就产生了。那么对程序公平的追求必然地只会导致程序公平：实质性的结果有时是公平的，有时则不是（因为实质上公平的结果不再被积极地追求）。因此，对程序公平的不适当的关注不可避免地导致了一些实质不合理的结果。

律思维。^⑩ 此外，即使美国的法律体系能够转型改而致力于实质合理性，韦伯式的分析也隐含着，这种转型了的体系将会不可避免地导致形式不合理性，因而会导致一种人之自由（一种与形式合理性相一致的自由）的丧失。在韦伯看来，形式和实质合理性之间成反比的关系是不可避免的。同样地，伊利对非原旨主义宪法理论的批评为找到一种可行的关注实质价值的理论的可能性打上了问号。^⑪ 最后，在种族歧视的语境下，任何集中关注实质价值的理论都需要解释并且以某种方式克服美国社会中盛行的文化种族主义。^⑫

因此，韦伯式批评的结论是现代宪法充斥着形式与实质合理性（程序和实质）之间的不可调和的张力。这种韦伯式的批评

^⑩ 任何人可以理性地主张法律思维在通过对法律的主观和客观的态度来限定的极限中摇摆，反映在笛卡尔的对主体和外部世界的分离。See Feldman, 1989 *Duke L. J.* at 1347-49（在宪法当中笛卡尔式的要么/要么理路；我们要么拥有客观的知识，要么一无所知。）；*id.*, 76 *Iowa L. Rev.*；*cf.* Morton J. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860*, at 29-30.（Cambridge: Harvard University Press, 1977）（19世纪早期看到一种实质对形式产生的优势）；Gunther Teubner, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law,” 17 *Law & Soc’y Rev.* 239, 241（1983）。（作者追问，法律思维是在对抗性的原则中摇摆呢？还是在一个方向上普遍演化？）

^⑪ See *supra* text accompanying notes 170-73. 甚至伊利的批评家们都承认他对非原旨主义的攻击带来的影响。See, e.g., Paul Brest, “The Substance of Process,” 42 *Ohio St. L. J.* 131（1981）；Tushnet, 89 *Yale L.J.* 1037, 1057（cited in note 206）. 韦伯自己怀疑，如果拒绝形式合理的法律思维成为可能，那么是否会导致实质合理的结果。See Weber, *Economy and Society* 893（cited in note 11）；Sally Ewing, “Formal Justice and the Spirit of Capitalism: Max Weber’s Sociology of Law,” 21 *Law & Soc’y Rev.* 487, 510（1987）；see, e.g., Stephen M. Feldman, “Felix S. Cohen and His Jurisprudence: Reflections on Federal Indian Law,” 35 *Buff. L. Rev.* 479（1986）.（在美国印第安的法律中拒绝了拘泥于形式的方式，并没有导致实质上的公正。）

^⑫ See Kimberle Crenshaw, “Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law,” 101 *Harv. L. Rev.* 1331（1988）；*cf.* Charles Lawrence, “The Id, the Ego, and Equal Protection: Reckoning with Unconscious Racism,” 39 *Stan. L. Rev.* 317（1987）.（急切的需要忽略了无意识的种族歧视。）See generally Derrick Bell, *Race, Racism and American Law*, 2d ed.（Boston: Little, Brown & Co., 1980）（当某些权利和机会与大多数白人的利益相一致时，少数派想要获得这些权利和机会。）

是一种内在的批评。它接受当下的宪法概念，承认它的优势，强调了固有的不一致性，并且没有提供解决方案。韦伯详细说明我们当下宪政现实的无望：我们生活在一座铁笼当中，只有绝望，没有逃脱的机会。⁴⁵

结 语

马克思·韦伯的社会学是对西方社会的现代主义批评。韦伯分析的基础是他的新康德式的形而上学：他对思维主体和无限现实之间存在的张力的集中关注，促进了他对西方制度和思想中存在的诸多张力的考察。举例来说，契约自由，通过可计算性的与日俱增提高了人的自由，但同时通过阻止个体满足他们的价值和

⁴⁵ 人们可以主张，如果我们能够重新构建基础结构，我们就能逃出这座铁笼。尤其是，我们必须逃脱出在宪法中笛卡尔式的要么/要么理路：要么拥有客观的知识，要么一无所知。See Feldman, 1989 *Duke L. J.* at 1347-49. 逃脱的途径也许存在于解释的变化当中。See *id.* at 1349-56; *id.*, 76 *Iowa L. Rev.* (cited in note 9); Joan Williams, "Critical Legal Studies: The Death of Transcendence and the Rise of the New Langdells," 62 *N. Y. U. L. Rev.* 429 (1987). 关于对诠释学与解释的变化的探讨，See Richard J. Bernstein, *Beyond Objectivism and Relativism: Science, Hermeneutics, and Praxis* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1983); Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, trans. J. Weinsheimer & D. Marshall, 2d rev. ed. (New York: Crossroad, 1989) (最早在1960年在德国出版；第一次英文翻译是 Hans-Georg Gadamer, *Truth and Method*, trans. W. Glen-Doepel (New York: Crossroad, 1975)); Richard E. Palmer, *Hermeneutics* (Evanston, Ill.: Northwestern University Press, 1969); Richard Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature* (Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1979); P. Rabinow & W. Sullivan, "The Interpretive Turn: Emergence of An Approach," in P. Rabinow & W. Sullivan, eds., *Interpretive Social Science - A Reader* 1-21 (Berkeley: University of California Press, 1979).

关于将解释的方式应用于对我们的法律体系进行经验上的社会科学的研究的困难，see David Trubek & John Esser, "'Critical Empiricism' in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box?" 14 *Law & Soc. Inquiry* 3 (1989).

需求降低了人的自由。简言之，韦伯坚持以一致的逻辑集中关注西方社会中存在的各种张力。他对法律思维的分析与对经济行动的分析类似，这也反映了这种一致性。在这两种分析中，韦伯的结论是令人沮丧的：西方社会的形式合理性正在不可避免地与日俱增，但是同时又不可避免地陷入实质不合理性的困境。

韦伯的法律理论对现代宪法理论和审判具有重要的意义。当前宪法主要学说之一是伊利关于强化代表性的程序导向理论，最高法院在包括关于平等保护和《第十五修正案》的种族歧视案件的若干情形下适用了这种理论。遵循伊利的程序导向进路，最高法院在理论上拒绝作出实质价值选择，将自身降格到维护作出实质价值选择的手段——民主过程。然而，对强化代表性理论的韦伯式批评可以得出如下的结论：在宪法审判中采用程序导向的进路可能会导致形式合理性的最大化，但是它同时不可避免地增加了实质不合理性。在种族歧视案件中，强化代表性理论使少数派的实质价值和需求得不到满足。因此，我们被封锁在一座宪法的铁笼当中，像一只跑步机上的仓鼠一样，猛烈地追逐着形式合理性，却一直在生产着实质不合理的结果。

政治的概念

——理解卡尔·施米特宪法理论的一个关键

[德] 恩斯特·沃尔夫冈·伯肯弗尔德

(Ernst - Wolfgang Böckenförde) 著

邹益民 译

本文集中关注的不是卡尔·施米特这个人而是他的作品，特别是他的政治概念对理解他法律与宪法理论的意义。让我从一个简短的个人记忆开始吧。

当我研习法学第三年的时候，我阅读了施米特的《宪法学说》（*Verfassungslehre*）。我读到了如下论述：国家是一个民族（a people）的政治统一体，^① 宪法中的法治成分是非政治成分。^② 我对这两个观点迷惑不解。我从格奥尔格·耶利内克（Georg Jellinek）那里得知，国家从社会学角度看是个有目的的社团单元

① Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (Berlin, 1928), at 2, 125 *passim*.

② 同上, at 200.

(corporative unit)，而从法律角度来看意指以领土为基础的法人 (corporation)。我业已积累了关于“有机的”国家理论尤其是奥托·冯·祁克 (Otto von Gierke) 的国家理论的某些知识，他把国家视为一个有机体和一个实际存在的社团法人 (corporative personality) 而非仅是法律上的拟制。^③ 以这些理论为依据，我感到不能够理解施米特的国家是一个民族的政治统一体这一观点，因为在这些理论中这一政治方面在很大程度上消失了。只是到后来，通过阅读和研究施米特的论文《政治的概念》 (*Der Begriff des Politischen*)，我才逐渐学会理解上述观点。从而我发现这篇论文以及在其中阐发的对政治的理解，包含了从总体上理解施米宪法理论的关键。我将在下文说明这点。

—

让我们从这一政治概念的一般内容和核心要点开始吧。考虑到由这篇论文引发的论战和面对它所产生的广泛反响，人们必须从大量误解中拯救施米特的核心要点。讨论并反驳这些误解——这些误解部分源自施米特发表这篇论文针对的智识和政治情景，部分反映了对任何严肃理解的蓄意拒绝——要求另辟一章。因而我在这里把自己限于提出两个常见的有影响的误解。

第一个误解涉及施米特在《政治的概念》中阐发的敌友区分。这个误解是认为这个区分服务于把国家之内 (within state) 的内部争论 (domestic debate) 转化成敌友关系，并且可能的话创造一个相应的现实。这似乎阻碍任何和平地 (虽然可能是好战

^③ Otto von Gierke, *Das Wesen der menschlichen Verbände. Rektoratsrede* (Berlin, 1902), at 8ff.

地) 寻求妥协和一致, 以及寻求对国内政治和社会秩序的类型。第二个误解认为, 施米特的论文在于建构一种关于政治和政治行动的规范理论, 从而敌友区分以及所导致的军事冲突成为政治的目的和内容。这个广泛的误解在很大程度上型构了对施米特的政治概念的论战。施米特可能真的没有明确同那种解释保持距离, 然而能够借助于施米特的文本对那种解释轻易进行反驳。^①

施米特有关政治的概念的核心要点和学术意义显现于这一事实中, 即这一概念集中关注的不是政治的现象学标准而是“政治”或更确切地说是政治之内 (within the political) 强烈程度的现象学标准。知道并认可这一标准是任何有意义政治行动的前提。依据施米特, 这个正在被讨论的标准是, 被视作且被确定为一种现象的政治可能产生敌友间的极端对抗, 亦即一种包括为冲突甚至武装冲突作准备的对抗。正是从这种内在的可能性出发, 政治得到它的现象学上的定义。我在其他地方^②把政治作如下界定: 政治并非在于一个确定的对象领域, 而是人民间的公共关系, 亦即一种由潜在地导致敌友区分的结合或分裂的特定程度所表明的关系; 为这一关系提供依据的内容能够从人类生活的任何领域或区域中产生。

正是从这一界定中, 政治概念的第二个核心要点变得有意义——这个要点很大程度上是含蓄地阐述的, 直到这一点在新的1963年版《政治的概念》的导论中得以明确。这一点或这一主张, 即国家是一个民族的政治统一体。

① Carl Schmitt, *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corrolarien* (Munich, 1963) (hereafter *Der Begriff*), at 34 - 35: “战争绝对不是政治的目标或目的, 甚或绝对不是政治的内容。然而, 战争是一种真的可能, 甚至是一个恒久的既存前提, 这一前提以特定的方式决定了人的行动和思想, 并因而导致了特定的政治行为。”在这本书的1933年版本的第17页中, 也能找到这种陈述, 尽管缩略了并稍有不同。

② Ernst - Wolfgang Böckenförde, “Staat - Gesellschaft - Kirche,” in *Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft*, vol. 15 (Freiburg, 1982), at 82.

根据施米特的政治观念，作为政治统一体的国家意味着一个包含政治的安定的统一体。尽管国家要保护自己以反对其余外部的政治统一体（a pacified unity encompassing the political），但是它的内部区分、对抗与冲突处在敌友区分的水平下。这就是说，所有这些内部关系被人民的相对同质性所包含，而某种对团结（友谊）的意识把人民结合在一起。内部冲突因而被整合进由国家强制力的垄断而保证的和平秩序中。这相应地意味着，正如施米特本人所指出的那样，国家之内的政治（political within the state）不同于对外政治，只在次要的程度上才是“政治”（political）。^⑥ 古典意义上的国内政治（dometic political）旨在通过尽力把冲突和论争保持在和平共存的框架内从而在共同体之内达成一种良好秩序。因而国家作为政治统一体的目的在于对内部对抗、紧张和冲突进行相对化以促进和平的论战、解决方案以及最终的决断，这些与论辩和公共商谈的程序标准相一致。

然而，针对广泛的误解，我想强调国家之内的内部政治领域绝对没有完全从政治的概念中分离出来；“政治”这个词在那种情形中也并非在完全不同的意义上使用。相反，上述对政治的界定也适用于内部政治，即使只在衍生的意义上。一方面，只是在次要的水平上，政治的概念才适用于内部政治；另一方面，这种内部适用逻辑上源于一般意义上政治的判准。这一点的理由如下。关于如何型构共存秩序的冲突也在政治统一体内发生，即使这种统一体得到保护免受敌友区分的强度。在那种情形中，人民彼此分分合合公共地形成群体。考虑到政治并没有构成一个就其本身来说封闭的领域，这种区分能够潜在地在各种公共生活领域里发生，如文化、经济或对外政策领域等。决定性的要点只是这种区分不必达到敌友关系的强度。然而，这种区分现象能在施米

^⑥ Schmitt, *Der Begriff*, supra n. 4, at 30f. 也参见这本书 1963 年版本的导论，同上，at 10f.

特的意义上被称作政治，因为如果合理的政治和冲突管理失败的话，这种区分可能能够逐步增强到终极的强烈程度上。例如，在俾斯麦时代的普鲁士和德意志帝国（the German Reich）发生的“文化斗争”（Kulturkampf）差点儿进行敌友区分。它甚至上升到国家与人民的罗马天主教部分间的存在上的冲突。俾斯麦是个足够精明的政治家，从而看到帝国的存在本身处于危险中。因而他寻求同天主教徒的和解，不管他们对俾斯麦来说可能显得有多难对付。像这样的事情能够潜在地在每个生活领域里发生。政治冲突升级能够在关于大学改革、教育或者——或许再过些年——垃圾处理的问题上发生。

从逻辑的观点看，似乎适当地把这一点描述成“政治的二阶秩序（second order）概念”，因为这一概念同政治上的敌友界定相关而非完全从其中分离开来。就像施米特所说的那样，政治既非完全从国家的已确立的政治统一体之内缺失，也不限于对外事务领域。面对一直潜在的逐渐升级的敌友区分潜力，政治也出现在国家之内，即使它在常规情形下不明显显现出来。

这也就是说，一旦政治统一体得以确立，它就从来不能被视作当然的，而必须通过人民的成问题的实际合作而保持和承认自己。政治统一体可能受到来自外部的也即来自外部敌人的和来自内部敌人的威胁和攻击而处于危险中。把政治领域整合和驯化成包容一切的国家秩序可能受到质疑；政治统一体可能变得不稳定，以至于发生隐蔽的或公开的内战，而这终将会消解作为政治统一体的国家统一体本身。为了克服那种威胁，人们必须稳定国内秩序并且对存在的或隐约出现的紧张和冲突采取先发制人的行动。尤其需要的是避免能够导致政治团结（政治“友谊”）崩溃的冲突升级和分裂的强度。政治团结以人民的相对同质性为基础。一项合理的政策因而是由对政治特定性质的理解产生并由它决定的。

如果到目前为止我所说明的的确是把国家界定为一个民族的

政治统一体的精确意义的话，那么能够得出宪法性法律（constitutional law）的某些后果。宪法性法律因而能够作为决定上述意义上政治统一体的存在、维系和行动能力的有约束力的规范秩序和形式而出现。宪法性法律的特定目的是并且也必须是促进、保持和支持国家作为政治秩序和统一体。挑战甚或破坏那种秩序的对宪法性法律的解释因而将是矛盾修饰法（oxymoron）。在此意义上，宪法性法律是真正的政治法：它并非只是间接地和偶然地处理政治，而是直接处理政治统一体的存在、形式和行动；可以说，它的目的影响了政治这一引力领域（the gravitational field）本身。^①

二

在这一部分，我试图表明施米特的政治概念以及相应的对国家作为政治统一体的描绘，如何促进对施米特宪法理论中关键概念、陈述和命题的理解。我也试图表明这些概念、陈述和命题——尽管有理解它们的适当性和连续性的问题——如何获得它们的内在理由和融贯性。我不想预测对施米特借助于这些概念和陈述所追求的目的是否也能够通过不同的手段而达到（甚至更好）进行的讨论。我想表明施米特概念的系统一致性，这种一致性常被论者们否定，然而对我来说似乎在施米特宪法理论中具有关键的重要性。

埃伦·肯尼迪（Ellen Kennedy）已经指出了这一事实，即施米特的《宪法学说》和第1版《政治的概念》大致在相同的时间写成。因而《政治的概念》的特征反应在《宪法学说》中并

① 参见 Ernst - Wolfgang Böckenförde, "Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft," in *Recht und Staat in sozialen Wandel. Festschrift H. U. Skupin* (Berlin, 1983), at 317 and 330ff.

不令人惊奇，即使施米特并没有明确提出这一点。国家作为一个民族的政治统一体，法治成分是宪法的非政治部分——这些命题的确在施米特的《宪法学说》里提出过而没有进一步说明。可是，这个事实本身难道不指向的是这一根本预设，亦即这一一般性的智识框架？并且这不仅适用于施米特的《宪法学说》而且也适用于他论述宪法问题的整个著作，难道是不可能的么？

我现在给出七个阐明这一命题的例子，这一命题即《政治的概念》蕴含了从总体上理解施米特宪法理论的关键。

主权的概念和主权在宪法性法律中的不可避免性

这一陈述为人所周知：“主权者是决定例外状态的人。”^⑧ 政治统一体通过取代紧张、对抗和冲突性的利益而构成并维系自己；它努力追求统一性和共同性（community）以相对化并整合这些冲突。然而，这一点要发生的话，需要可能作出终局决断，亦即不能进一步上诉的决断。因而包括作出终局决断这种权威的主权是国家作为和平统一体的必要权威。^⑨ 主权也促进了对例外状态（英译者注：在德语中，例外状态 [Ausnahmezustand] 意指紧急状态 [state of emergency]）是否适用，以及如果适用，那么如何处理例外状态的决断。在主权概念中，这种权威被阐述为一种法律资格；亦即，主权者有作出那一决断的宪法“权利”。这种可能性完全显现在对政治统一体的极端危害中，也即显现在既不能预先加对其以界定也不能借助于特定情形对其进行限制的情境中，因为在那种极端情境中政治统一体的存在本身处于危险中。E. R. 胡贝尔（E. R. Huber）在讨论中已经提到了意味着同

^⑧ Carl Schmitt, *Politische Theologie*, 2d ed. (1934), at 11.

^⑨ 同上, at 20. 因而施米特写道，在法律上界定的主权并不意味着对强制力或权力的垄断而是对决断的垄断。也参见 H. Heller, *Die Souveränität* (1927), in *Gesammelte Schriften*, vol. 2 (Tübingen, 1971), at 120ff. and 185ff.

样现象的“拯救权利”（*right to rescue*）^⑩。施米特认为主权既不能受法律手段限制也不能被放弃，除非国家本身作为自我维系的政体不再存在。^⑪ 是否存在其本身或在特定情形下妨碍对主权进行完整阐明的对权力的实际限制或者某些政治义务，是一个不同的问题。那种限制永远存在并且依赖政治冲突的发展以及权力关系的变化。然而，那些实际限制并没有质疑从法律角度理解的主权。并且即使主权在法律上得以废除、放弃或整合，从而主权者的终局决断权威消失了，这也不会是主权本身的终结；相反，它将意味着主权者转换成另一者，即转换成其本身将主张且如果需要的话将运用这种主权权利的更包容的政体。^⑫ 一个以前独立的政体将因此而变成一个依附的政体，亦即能够限定在另一个政体的保护下仅决断内部冲突的政治权威。^⑬

国家与宪法间的关系

不是形成国家的宪法，相反而是促进创立宪法的国家，是施米特政治思想的前提。作为一个政体——一个权力和和平的政体，垄断国内事务中的强制权力——国家是某种事实上被赋予的东西；它事实上首先被作为权力的集中而赋予。除此之

⑩ 参见 E. R. Huber 在 H. Quaritsch, ed., *Complexio Oppositorum: über Carl Schmitt* (Berlin, 1988), at 33ff. 中的论文。

⑪ Schmitt, *Der Begriff*, supra n. 4, at 39; 也参见 Heller, supra n. 9, at 185ff. 这是施米特联邦（confederation）理论的起点，这一理论依赖于这一假设，即由于联邦之内的同质性，在联邦和国家层面间的存在性冲突并不会发生；因为主权的问题能够处于未定之中。参见 *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 370ff.

⑫ Schmitt, *Der Begriff*, supra n. 4, at 51 - 54. 主权的丧失将等同于终局政治决断的丧失。就那种情形而言，施米特写道：“如果一个民族缺乏在政治领域维持自己的力量或意志，政治并不因此而消失。消失的仅是一个弱的民族” [作为一个政体]。同上，at 54.

⑬ 那种情形的经典法律概念是保护国；政治的概念是领导权。

外——并且这对我似乎尤其重要——民族的相对同质性也是事实上被赋予的，而非由遵守宪法产生的规范前提或某种东西。这种同质性构成和平的统一体以及运用垄断的国家权力的基础和前提。尤其重要的是国家权力本身必须被公民所接受。法律上的宪法（the legal constitution）——以及对它的规范上的理解的服从和适用——并不构成国家；情况更多是这样，即国家作为政治统一体是宪法有效性（validity）的前提。这并非否认国家借助于它的法律上的宪法而获得一个确定的形式，即一个更精确界定的对政府行为的调整，因而也获得一种更高程度的稳定性。然而，国家的存在和实质本身并不源自它的宪法。^①

宪法及其构成

宪法不是一个契约而是一个决断。宪法更精确地是一个对政治统一体类型和形式的决断。^② 就像施米特在《宪法学说》中说明的那样，一个宪法契约只有在既存的政治统一体间才有可能，这些政治统一体因而建立起国家联盟或国家联邦（a confederation or federation of states）。^③ 这一点的主要例子是由德意志同盟（the German Confederation）、北德意志同盟（the North German Confederation）、瑞士邦联（the Swiss Confederation）或者新英格兰各州间的邦联条例（the Act of Confederation）所缔结的那种联合契约。然而，在国家之内，基本形式和秩序不可能依赖于契约，因

① 国家与宪法间的关系已然蕴含在宪法概念中，因为这一概念意味着对政治统一体方式和形式的决断，政治统一体的存在本身因而是预设的。参见 *Verfassungslehre*, supra n. 1, at § 3 I, at 21f. 这并没有排除这一可能，即在特定的历史和政治情形中，制定宪法的行为同建立国家政治统一体的行为是同时发生的。一个例子是国家分裂的行为。然而，这并非必然的情形，并且也并非与创立伟大的典范宪法如 1791 年《法国宪法》或 1787 年《美国宪法》相一致的情形。

② 同上，at § 3, 20 and 21 - 23.

③ 同上，at § 7, II, 62ff.

为在那种情形中统一体——因而国家作为政治统一体——的原则和保障将不再存在。如果人们坚持这种政治和法律意义，依契约的宪法将只有作为在国家内部的独立自主的政治力量间的契约才有可能。然而，如果是这样的话，国家统一体的原则和保障将是非常成问题的。在这些情况下，问题是宪法的修正和改变，以及关于宪法论战的决断如何是可信的——除非人们假定“中庸之道”（*juste milieu*）或“太平时代”（*halcyonic days*）的相对平静，亦即将促进永久和无害的妥协的情形。^①

考虑到国家作为政治统一体这一概念，施米特在宪法的政治构成与非政治构成间的区分，亦即常常被批判且不容易理解的区分，能够具有意义并获得其内在的合理性。这也适用于对法治作为宪法非政治成分的描述。肯定会产生法治成分是否意指共和国政治秩序的一部分这一表面上的关键问题。然而，施米特意义上的政治是奠定、促进且型构政治统一体作为统一体的东西：取代冲突和对抗以提供形式和组织，并提供和维系发挥作用的政治秩序的结合的强度。这包括了对国家活动的合法化，亦即在民主国家中源于人民的合法化。然而以阻碍、平衡、解放且或许多样化的方式影响国家统一体的那些宪法构成——基本权利、权力分立和对自主的经济和商业活动的调整——不能称作施米特意义上的政治，因为它们为了个人的非政治和服务于自由的目标，相对化

^① 因而施米特对宪法二元论如典型的立宪君主制进行了持续批判。这种批判已然能够在 *Verfassungslehre*, supra n. 1, at § 6 II 5, 53ff. 中找到。这种批判在施米特的 *Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches* (Hamburg, 1934) 中更严厉，在这里施米特把普鲁士的宪法冲突当作一个例子，以表明君主立宪制是相对立的政治合法性原则间的持久妥协。就另一种不同的观点而言，参见 E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. 3 (Stuttgart: W. Kohlhammer, 1963), at 1-20. 就此而言，重要的是 Rainer Wahl 的论辩，即宪法审查和君主立宪制不能完全相吻合。参见 Rainer Wahl, "Der Vorrang der Verfassung," *Der Staat* 20 (1981): at 485ff.

并且限制了国家这一政治统一体。

从这个观点看，主张宪法内部政治构成对法治原则的优先性不是跳跃而是逻辑上的步骤。那些建立国家机构、型构国家活动且确立对促进和维持政治统一体的活动、继续和保卫来说必要的程序的规定，胜过为了私人和社会自由而限制国家活动的那些成分。因为那些私人和社会自由不能以政治的方式构成任何东西；它并没有创造政治结合。相反，源于宪法各个成分的自由化和个体化意味着削弱政治统一体以及它根本的同质性而非意味着是政治统一体的必要和整合性部分。^⑩ 换言之，法治的宪法保障必定附加上现存的政治统一体和形式。它不能够独立于那种政治统一体而存在；它也不能够通过主张对政治统一体的一般优先性而取得实效。因而只有既存的且发挥作用的^⑪政治统一体才可能保障个人的权利和自由；正是政治统一体在它们面对人们的危害和侵害时保护并继续它们。^⑫

宪法学与“宪法的守护者”

从政治的概念这个角度看，我们能够理解施米特的一般性命

⑩ 这并不同施米特在 *Legalität und Legitimität* (Munich, 1932) 中的命题相矛盾，即面对魏玛共和国的危机，应当维护《魏玛宪法》的第二个主要部分并剔除纯粹技术性的和功能性的合法律性体系的矛盾和虚构，这种体系由第一部分发展而来。考虑到宪法的第二部分不仅包括基本的自由权（在私人和社会权利的意义上），也包括“共同体生活的秩序”，应当维护的宪法部分只有在发挥作用的“政治”秩序框架内才能变得有实效，施米特因而要求恢复这一秩序。

⑪ 政治哲学家们如托马斯·霍布斯和伊曼纽尔·康德般不同，共同认为国家和由国家所确立的主权集中有必要保护个人免于遭受他们同胞的危险和威胁。参见 Thomas Hobbes, *Elementa philosophica de cive* (Oxford: Clarendon Press, 1983), at chaps. 5 and 6 - 7; Thomas Hobbes, *Leviathan* (New York: Cambridge University Press, 1991), at chap. 17; Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten* (New York: Cambridge University Press, 1991), at pt. I, § 44; Immanuel Kant, *Ideen zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, vol. 9, Weischedel, ed. (Hamburg, 1954), at 40f.

题，即真正的宪法司法是政治司法。^① 回想一下，宪法性法律就其内容而言是政治法。宪法性法律不仅在通过调整和型构政治统一体内的共存而总是关涉政治这种意义上是政治法；而且在界定国家活动的条件、程序、授权和限制的意义上，也在界定为了继续和保护国家这一政治统一体而进行的选择和授权的意义上是政治的。^② 因此，宪法性法律在其本身的内容和目的上与政治相关，它相应地从政治中获得自己的限定。宪法性法律必须正借助于这种政治上的限定而加以解释和运用；而且这种解释和运用本身是特定政治行为的部分。

因而，宪法司法不可能从政治分裂和相应危险中分离出来的安定领域，亦即一个依从于终局性的其本身在政治论战中颁布的法则的法学概念所表明的观念。这种非政治的法学只有在法则经历了政治的意志形成过程和决断过程后才处理它们。考虑到那一决断的结果，这些法则一般上（潜在地）从政治分裂中分离出来，并且考虑到它们的终局内容而加以解释和运用。法官本人只服从法律，并且除此之外完全是独立的，并没有变成一个政治行动者。^③ 相较之下，宪法司法必须就宪法性法律亦即决定和程序上调整政治统一体及其行动能力的法律的内容和解释作出裁

^① Carl Schmitt, "Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung," (Berlin, 1920), in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (Berlin, 1928), at 73ff. and 97ff. (hereafter *Reichsgericht*). Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung* (Tübingen, 1931), at 26 - 34 (hereafter *Hüter*). 施米特所说的宪法司法指的是司法对本原意义上宪法冲突的决断，即对关于有关政治这一引力领域的冲突的决断，例如对同政治权力及其运用的争夺、维持、稳固和质疑有关的冲突的决断。

^② Böckenförde, *supra* n. 7, at 320f.

^③ 在政治系统这一框架内，法官被要求独立于以前对法律内容的可能的政治争斗而对法律进行解释和运用。法官不是“用不同的手段形成政治，”而是必须仅参照既存的法律秩序背景。这正是法官任务和角色的“政治”品质。参见 Niklas Luhmann, "Funktionen der Rechtsprechung im politischen System," in *Dritte Gewalt heute Schriften der Evangelischen Akademie Hessen Nassau*, vol. 4 (1969), at 9f.; Ernst - Wolfgang Böckenförde, *Verfassungsfragen der Richterwahl* (Berlin, 1974), at 89ff.

判。宪法司法因而必然进入政治这一引力领域，在这一领域中，能引发冲突的结合和分裂是潜在的。如果宪法司法以适当地合目的的方式承担它的任务，那么它不可避免地是“政治的”司法。要避免误解，“政治司法”并不意味着它是纯粹的党派政治。

对施米特来说，按照普通司法标准运作的法院不能作为宪法的守护者。²³ 为什么不是呢？《政治的概念》又给了一个提示。法院就像它在欧洲宪政史中发展的那样——在其任务、功能以及它的行动者的自我理解中——从政治这一引力领域中分离出来。它只应要求而发动（没有原告即无法官）；法院受所提诉求的限制（*ne ultra petita*）；并且它依从那些不由法官创立而是通常在法律上规定的成文法中给予的规范而运作。法院必须适用法律而不被要求或允许追求更一般性的政治目标或目的。相反，宪法的守护者必须作为一个政治机构而运作。²⁴ 考虑到宪法型构了政治统一体的法律形式，宪法的守护者同时是政治统一体本身的守护者。这一点也来自施米特对国家与宪法间关系的理解。²⁵

伴随而或许发生的问题是，在魏玛共和国时代卡尔·施米特与鲁道夫·斯门德（Rudolf Smend）在何种程度上就这一点或许达成一致。如果人们仔细阅读施米特的《宪法与宪法性法律》（*Verfassung und Verfassungsrecht*）的话，将会注意到施米特在那本书中从来没提到宪法司法。宪法并不是作为由法学和司法支持的法律体系的一部分而出现的；相反，宪法调整国家获得生命（*life*）和实在的整合过程。人们有意识地把包括司法在内的法律运作和法律体系从国家权力体系中分离出来，因为它们追求一种不同于由国家进行的政治整合的价值理念。²⁶ 斯门德对宪法解释

²³ Schmitt, *Hüter*, supra n. 20, at 48ff.; Schmitt, *Reichsgericht*, supra n. 20, at 97ff., including the postscript at 108.

²⁴ *Hüter*, supra n. 20, at 132ff.

²⁵ 同上, at 2.

²⁶ Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht* (Berlin, 1928), at 98 and 152f.

的特定目标所作的论述，即整合的最大化和对宪法本身的灵活调整，²⁷ 并不涉及法院。法院不保障整合过程，整合由国家进行，且整合程序也形成了宪法的一部分。

政治领域的独立及同私人和社会领域的相对分离

如果我正确地理解施米特的国家理论的话，那么贯穿他工作的一条明线是这一命题，即为了保持政治统一体，必须把政治领域集中到国家及其机构；因而国家必须拥有对政治的垄断。这显示在三个方面。

首先，构成一个不由国家调整的自治领域的基本权利只属于私人的、非政治的领域。必须拒绝基本权利蔓延到政治领域以避免政治领域的分解，通过这一分解，国家机构将变成私人和社会自我表现（self-manifestation）的工具。

基本权利在《宪法学说》中的总体结构内占据的地位确证了这一看法。²⁸ 在前政治和超政治的人权意义上的基本权利被限制在严格理解的个人主义的自由权利上，亦即限制在孤立个人的权利上，这些权利界定和保护他/她的私人领域。在这些权利中，有关于信仰和良心的权利、个人自由权、私人家庭不可侵犯的权利、通讯秘密权和私有财产权。结合个人自由的这些权利和其余权利——意见、表达和新闻自由权、集会和结社自由权——的下一组权利有一些模棱两可，因为它们的社会性质标志着转化到政治领域。依据施米特，这些权利必定被看作是真的基本权利，“就个人并没有走出纯粹的社会领域，且个体间的自由竞争与自由论争得到承认而言。”²⁹ 然而，这些权利能轻易地失去它们“非政治的性质”（!），并因而不再是作为与对权利进行宪法上

²⁷ 同上，at 78ff. and 137 ff.

²⁸ 参见 *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 163 - 170, 尤其是框架性的概述，at 170.

²⁹ 同上，at 165.

分配的原则相一致的前政治自由而加以保障的个人自由权。^⑩

明确同这些权利分离开来的是政治参与权。它们不属于作为拥有私人利益的前政治主体的个体，而是把他或她作为政治民族的一个成员即作为公民（citoyen）而加以对待。^⑪ 因而施米特明确批判毁灭民主中政治合法性（legitimacy）的公共性质的秘密投票，因为它把个人当作私人（homme）而非作为政治民族的成员和部分聚集起来；它因而有——并且这是这种批判中不完全明确的关键点——瓦解政治统一体的危险。政治统一体本身从而受到私人和社会利益的压制而未得到保护。^⑫

其次，不能阻止国家干预这些基本权领域。基本自由通过直接影响政治统一体的基本前提，例如人民的相对同质性，而或许变得同政治相关。从我对《宪法学说》的第一次解读中，我仍然记得如下评论：“关于影响大众的电影（cinema movies）的政治问题如此重要以至于没有国家能够不控制那部强大的心理——技术机器。国家必须在政治上将它中立。假定政治是不可避免的，中立性意味着国家必须运用电影服务于政治秩序，即使国家或许缺少为了社会——心理同质性而公开把它们作为一种整合手段加以运用的勇气。”^⑬

这一评论的具体背景是为了可能对电影进行审查而设的条件进行的论证，这一条件在《魏玛宪法》中（Article II 8, Sec. 2）被奉为神圣的，并且实际上在 1920 年的一部法律中得以实施。在施米特的从 1932 年到 1933 年即魏玛共和国最终危机年代的论

⑩ 同上。

⑪ 同上，at 168ff.

⑫ 这种批判首先出现在 *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 2d ed. (Munich, 1926), at 22f. (hereafter *Geistesgeschichtliche Lage*) 中。这一批判又简要和明确地出现在论文“Der bürgerliche Rechtsstaat,” *Abendland* (1928): 202, 以及 *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 245f. 中。Smend 在 supra n. 26, at 37, n. 4 中清楚地赞同这一表达在 *Die geistesgeschichtliche Lage* 中的批判。

⑬ *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 168.

著中，他的论述甚至更加坦率。这一背景或许是由新媒体所进行的大规模操控的实践经验。施米特在那个时候写道，不管一个国家或许多自由，但是它从来不能把这些新的大规模操控和建立公共集体意见的手段让给另一个机构。³¹ 施米特含蓄地（尽管不明确地）认为，否则国家将屈服并且不再作为政治统一体而存在。人们可能感兴趣把这种洞见运用到像电视这样的当代媒体；但是这会在另一篇论文中得到讨论。³²

又一篇评论能够在《国家法手册》（*Handbuch der Staatsrechts*）中找到。（施米特总是对那篇评论自豪，并且也对鲁道夫·斯门德立既注意并重视这篇评论而自豪。）在这篇论文中，施米特把《魏玛宪法》的第 135 条归为宗教自由——与安许茨（Anschütz）相反——而非归为反宗教信念（an antireligious conviction）的自由。³³ 国家同作为它自身存在的前提条件的人民的相对同质性相关，不可能对宗教或非宗教完全中立——在不可知论的意义上。

最后，必须把经济和社会利益集团限制在它们的特定领域并防止它们控制国家的政治运作。针对政治多元主义，国家本身也必须得到保护。对施米特来说，对有组织利益集团的政治代表是不可能的。利益集团的政治影响会削弱或质疑作为政治统一体的国家——除非并且直到这些集团承担作为政治决断担纲者的直接

³¹ Carl Schmitt, "Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland," (1932 - 1933), 再次出版于他的 *Verfassungsrechtliche Aufsätze* (Berlin, 1958), at 360; 也参见 *Machtposition des modernen Staates* (1933), at 368f.

³² 参见 K. Eichenberger 在 "Beziehungen zwischen Massenmedien und Demokratie," *Festschrift Leo Schürmann* (Freiburg/Switzerland, 1978), at 405ff. 中令人印象深刻的冷静的稳健分析。

³³ Carl Schmitt, "Inhalt und Bedeutung des Zweiten Hauptteils der Reichsverfassung," *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 2 (1932), at 584; G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*, 14th ed. (1933), remark 4 with 2 referring to Art. 135.

责任。³⁷ 一种社团国家 (stato corporativo) 对施米特来说本来是可设想的。那种国家依赖于宪法承认行业协会 (guilds)、工会或其余组织起来的集团是政治决断和政治责任的担纲者。施米特必定要批判并且实际上也的确批判过间接权力 (indirect power) 对政治的占有, 不管这些权力是社会经济上的还是宗教上的且教派的。间接权力出于工具性的目的把它们的控制延伸到国家的政治运作而不对政治决断负责。³⁸ 因而他原则上反对每一种间接权力 (potestas indirecta), 包括教会的间接权力。³⁹

国家之内“中立权”(pouvoir neutre)的必要性

就需要保护和实现的国家这一政治统一体而言, 需要一种其本身愿意并能够达成一致和整合相冲突的且对抗性的利益的包容一切的 (encompassing) 的参照点。这是中立权力的任务和作用。⁴⁰ 需要中立权力以避免冲突利益和其余潜在的对抗上升到敌友区分并因而变成对政治统一体本身的威胁。在建立作为权力与和平统一体的国家秩序的时候, 人们不一劳永逸地放弃政治分裂的可能; 取决于各种情境, 有害的政治分裂可能永远重现。为了防止这一点, 人们需要一种在包容一切的规模上的秩序和一致的政策。然而, 那种政策不能由同特定 (即使在法律上是被允许

³⁷ 参见 *Der Begriff*, supra n. 4, at 40 - 45; 也参见 Carl Schmitt, *Staatsethik und pluralistischer Staat* (Berlin, 1930); Carl Schmitt, *Positionen und Begriffe* (Berlin, 1940), at 133ff. and esp. at 136 - 142.

³⁸ Schmitt, *Hüter*, supra n. 20, at 71: “然而, 多元主义意味着被组织起来的社会权力的多数, 这些社会权力超越了国家的不同的领域, 也超越了乡村或大都市的边界。这种社会权力尽管缺乏国家性, 然而却操控了国家的意志形成。”

³⁹ Carl Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (Berlin, 1938), at 117: “对于间接权力来说, 最重要的是它模糊了命令和政治危险、权力和责任、保护和服从间的关系。间接权力对它的间接然而有效的权力行使不负责任, 有政治权力的所有优势而规避了它的所有危险。”

⁴⁰ *Hüter*, supra n. 20, at 114f., 132ff.

的) 对抗性利益紧密相关的政治力量来施行。

施米特在他的著作《宪法的守护者》(*Der Hüter der Verfassung*) 中, 寻找那种中立权力, 最终(在魏玛国家之内) 在公共服务和帝国总统中找到了。^① 这一评估是否仍然适用于魏玛共和国的最后阶段是个事实问题(*quaestio facti*)。我在此感兴趣的是法律问题(*quaestio iuris*), 亦即那种对于任何国家秩序的继续和行动能力来说的中立权力——不管它实际上在宪法中的定位如何——的不可避免性。

施米特的代表概念

虽然施米特的代表概念难以理解并且需要另一章来阐述, 但我在这里不略去这一问题。在施米特的作品中, 代表总是同人民的政治统一体即国家^②相连; 代表并不意味着对相对国家而言的社会的代表或对社会中利益的代表。而且代表的主体并非国家中的人民(*the people in the state*), 而相反是政治上统一起来的和组织起来的人民(*the political united and organized people*), 即国家本身。^③ 显然, 这一点来源于这一想法, 即只有国家本身(政治统一体) 能够代表, 并且除了国家代表之外的任何其余代表将必定消解政治统一体。

代表概念——就我所知, 施米特最后一次在《宪法学说》中提到这一概念——可能并没有得到确定的理论阐述。人们可追踪这一概念发展的不同阶段, 这些阶段有不同的细微差别, 也有不同的阐述。这一概念首先出现在《罗马天主教与政治形式》(*Römischer Katholizismus und politische Form*) 中, 随后出现在

① 同上, at 149ff. and 156ff.

② 施米特在其论著中, 有时把“民族”与“人民”作了区分, 有时把二者等同使用。[中译者按] 本译文按照不同的语境, 把 *people* 译成“民族”或“人民”。

③ *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 212 and 210.

《精神史状况》（*Die geistegeshichichtliche Lage*）的一个长篇脚注中，最后出现在《宪法学说》（在此，施米特也同斯门德进行论战）中并详细地得到论述。^①（莱布霍尔茨（Leibholz）论代表的任教资格论文在1929年才发表，因而施米特在写他的《宪法学说》的时候，还不能得到这本书。）

人们必须考虑到，社会利益和集团的代表构成了代表概念的一个问题，这一点在《宪法学说》中已得到阐明；对利益集团的代表甚至没得到考虑。另一个问题是民主代表，通过民主代表，公民在他们共同拥有的东西方面被代表以获得政治统一性。^② 施米特以相当静态的方式设想代表；它意味着对某种不可见然而是真的的东西的代表，这种东西因而变得可见。^③ 代表因此作为像某种已然存在的东西的化身（picture）而非积极产生统一体和共同性意识的过程而出现。^④

但是，在《宪法学说》的一章中，人们也发现这一洞见，即人民的政治统一体并非自然赋予的而是政治努力的目标：“每一个政治统一体必定在某种意义上加以整合，这种整合不是由自然赋予的而是依赖于人的决断。”^⑤ 这种论述近似于斯门德的整合学说，然而又不同，因为施米特意义上的整合总是源于决断。施米特进一步写道：“代表产生统一体，然而它所产生的总是民

① *Römischer Katholizismus und politische Form*, 2d ed. (Berlin, 1925), at 25ff. (涉及人的尊严和对精神原则的代表); *Die gestesgeschichtliche Lage*, supra n. 32, at nn. 3 - 43 (把代表运用到政治领域); *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 204 - 16 (作为一个宪法概念的代表的的发展)。

② 参见 Ernst - Wolfgang Böckenförde, *Demokratie und Repräsentation* (Hannover, 1983), at 21 - 26.

③ *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 209: “代表意味着使某种不可见的东西成为在公共上可见的因而呈现出来。”也见 Böckenförde, *Demokratie und Repräsentation*, at 207.

④ 对代表过程的论述，参见 M. Draht, “Die Entwicklung der Volksrepräsentation,” (1954), in H. V. Rausch, ed., *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und der Repräsentativverfassung* (Darmstadt, 1995), at 260ff. (esp. at 275ff. and 292ff.).

⑤ *Verfassungslehre*, supra n. 1, at 207.

族在其政治状态中的统一体。”^⑩ 因而这里的重点很大程度上在于积极的行为，这意味着，适当地说，代表是用于政府行动者的，因为只有他们才能够是积极的。更准确地说，重点是严格意义上的统治（government）而非管理（administration），因为代表用于那些集中体现并具体化政治存在的精神性原则的那些人。^⑪ 在这一背景下，施米特引用了洛伦茨·冯·施泰因（Lorenz von Stein）。但是施米特也提到了 19 世纪关于两个代表的二元论，即一种对相对于其本身尤其是在对外事务和国际外交中代表国家整体的君主的人民的代表。^⑫ 这意味着人民根本就不是代表，甚至不是代表的一个要素？另一个问题是如何构想民主代表？这个问题之所以产生是因为代表作为一个宪法概念，总是同作为整体的国家统一体相关。然而，如果这样的话，人们必然对如何设想在国家或议会之内的人民代表感到惊奇。对我来说，似乎是在这一点上，很多问题仍是开放的并期待一个回答，我在此不能够提供。

三

本文的目的是展示施米特的《宪法理论》，而非对其进行批判性地争辩。我尽力对这本书进行分析并——反对常见的机缘论指责^⑬——表明从系统观点看这本书的逻辑一致性。系统的观点对我来说似乎的确是基本的。到目前为止，我只是提出施米特理

⑩ 同上，at 214.

⑪ 同上，at 212.

⑫ 同上，at 210f.

⑬ Böckenförde 在此提到了 Karl Löwith 所写的一篇文章。他指责施米特宣传一种激进的政治决断论（机缘主义），它消解了时间和经验的延续性本身。参见 Karl Löwith, “Der okkasionaelle Dezsionismus von C. Schmitt,” in *Gesammelte Abhandlungen. Zur Kritik der geschlichen Existenz* (Stuggart: Kohlhammer, 1960), at 93 - 126. ——英译者注

论的基本概念、区分和主张对于理解国家的实在 (the reality of state)、国家生活 (state life)、国家存在 (state existence) 和国家秩序 (state order) 是否是适当的这一问题, 并没有去回答它。对我来说, 似乎应该在对施米特的作品进行系统分析的基础上对这个问题进行论争。让我在结尾提示一下我认为对于那种论争来说关键的两个方面。第一个方面同施米特的政治判准以及他的国家作为政治统一体这一概念是否正确相关。第二个方面同自由——个人自由以及政治自由——对国家的统一体和秩序的重要性相关。施米特的定义是否是适当的? 尤其是考虑到作为国家统一体和行动能力的基础的民族的相对同质性和团结的确立和发展。

商谈与民主

——《在事实与规范之间》中合法性的正式与非正式基础^①

[美] 威廉·雷格 (William Rehg)

詹姆斯·博曼 (James Bohman) 著

孙国东 译

尤根·哈贝马斯 (Jürgen Habermas) 的《在事实与规范之间》(*Between Facts and Norms*) 一书是一部复杂且多面相的 (multifaceted) 著作。在该书中, 哈贝马斯不仅为我们提供了一种法律哲学, 而且也展示了一种针对复杂社会的审议政治理论 (a theory of deliberative politics)。按照审议政治拥护者的理解, 只

① 作者想要对 R. Randall Rainey, Larry May, William O'Neill, Timothy Clancy, Mark Burke 和 Thomas McCarthy 对本文较早版本的评论表示感谢。

[中译者按] 要特别感谢威廉姆·雷格和詹姆斯·博曼授权移译此文以及其在移译过程中的释疑解惑。威廉·雷格, 美国圣路易斯大学哲学系副教授, 哈贝马斯《在事实与规范之间》一书的英译者, 主要研究领域为社会—政治哲学、当代德国哲学, 以及论证理论和审议民主理论。詹姆斯·博曼, 美国圣路易斯大学哲学系教授, 审议民主理论的主要理论家之一, 主要研究领域为社会—政治哲学。

有其遵循了某种公共讨论和辩论——在这种讨论和辩论中，公民或其代表者超越其自我利益和被限定的观点而考虑着公共利益或公共善（common good）——时，政治决策才具有合法性。^②然而，哈贝马斯怀疑这种卢梭式“公民共和主义”（civic republican）的民主理论的变种。审议民主的这些解释表明：政治决定表达了一个同质性（homogeneous）政治共同体或“公意”（general will）的实质性价值与传统。^③在当代多元化的民主中，这些主旨并不易于接受；而且在某些情形下，实现这些主旨的尝试完全是灾难性的，并会败坏激进民主之理想（radical democratic ideals）的名声。^④因此，哈贝马斯的挑战就在于，他要表明：在复杂且多元的

^② 比如说，参见 Joshua Cohen, *Deliberation and Democratic Legitimacy*, in *The Good Polity*, eds. A. Hamlin and P. Pettit, Oxford University, 1989, pp. 17–34; James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, New Haven, 1991; John S. Dryzek, *Discursive Democracy: Politics, Policy, and Political Science*, Cambridge University Press, 1990; 关于审议与代表的关系，参见 Cass R. Sunstein, “Interest Groups in American Public Law,” *Stanford Law Review* 38 (1985): 29–87; 关于对议会中之审议的一个细密研究，参见 Joseph M. Bessette, *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government* (Chicago: University of Chicago Press, 1994). 关于对复杂且多元社会中审议民主的解释，参见 James Bohman, *Public Deliberation* (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1996).

^③ 卢梭在其《社会契约论》（*Contract Social*）中对“公意”的说明有时被我们用此种方式加以解释。关于哈贝马斯的批评，参见 BFN, 100–104. 关于哈贝马斯早期对卢梭的批评，参见 Habermas, “Legitimation Problem of the Modern State,” in *Communication and the Evolutions of Society* (Boston: Beacon, 1979), p. 186. 关于共和主义及其影响的历史概览，参见 Frank Michelman, “The Supreme Court 1985 Team – Forward: Traces of Self-Government,” *Harvard Law Review* 100 (1986): 4–77 和 “Political Truth and the Rule of Law,” *Tel Aviv University Studies in Law* 8 (1988): 281–291. 哈贝马斯把本杰明·巴伯（Benjamin R. Barber）、米歇尔曼（Michelman）、迈克尔·桑德尔（Michael Sandel）和查尔斯·泰勒（Charles Taylor）都包括进“公民共和主义”，而大多数社群主义者（communitarians）也可以包括在内。

^④ 在晚近的事例中，较为典型的是南斯拉夫；在那里，新建立的国家已经以种族为依据界定了公共善，并基于种族性（ethnicity）而颁布了宪法。当然，许多公民共和主义的论者并不要求同质性达到如此压制性的程度；比如说米歇尔曼在“法律的共和”（*Law’s Republic*, *Yale Law Journal* 97 (1988): 1493–1537）一文中，努力形成一种多元性即包容性的公民共和主义；也可以比较 Taylor, “The Politics of Recognition,” in *Multiculturalism*, ed. Amy Gutman (Princeton: Princeton University, 1994), pp. 25–73.

社会中，激进民主的核心理念——具有合法性的法律是由服从于这些法律的公民创造的——何以能够仍是可信的？

“无主体沟通”（subjectless communication）这一反直觉的（counterintuitive）概念是哈贝马斯试图在不诉诸统一的人民意志（unitary popular will）的条件下维护一种对理想化的民主审议之阐释的关键所在。在本文中，我们的目的是：将审议概念进一步解释并阐发为维护激进民主之核心理念的一种方式。首先，通过详细阐述商谈理论（the theory of discourse）（这一理论为哈贝马斯提供了一种较之公民共和主义更为复杂的对审议的解释），我们对上述问题进行情境化的讨论。这样，人们就可以将“无主体沟通”这一概念理解为：在民主审议和决策过程中，引入了社会复杂性的更深层次维度。然后，我们将争辩说：哈贝马斯对这种模式的强烈认识论解释（epistemic interpretation）在处理当代价值多元主义之时带来了困难；这些困难激发了一种较弱的审议民主的认识论观念，而这一观念为不断出现的分歧（disagreement）与妥协（compromise）提供了更大空间。较之于哈贝马斯自己为现代社会“不可避免的复杂性”提供的那种强烈的共识性理想策略，修正这些民主的认识论理想本身似乎更为合理一些。在结论部分，我们将论述一种较弱版本的民主原则，并表明其对当下情势之经验分析的益处。我们认为：这种较弱版本的民主的一致理想（democratic ideal of agreement）仍一以贯之地属于认知主义（cognitivist）路向；同时，我们将为批评现实中民主安排的失败以促进公共审议这一学术努力提供一种更好的工具。

一

作为对审议式民主的一种解释，哈贝马斯的《在事实与规范之间》一书在面对功能分化即多元化社会的内在复杂性之时，试

图为合法性提供一种强烈的规范性解释。^⑤ 在其意欲超越集体决策之合理性（rationality）的功利主义解释及其政治工具观的意义上，民主合法性的审议模式具有强烈的规范性色彩。比如说，社会选择理论（social choice theories）典型地将合理公共选择（rational public choices）理解为个体偏好（preferences）的聚合；困扰这一进路的那些悖论——特别是当其运用于大范围选举之时——是人所共知的。^⑥ 依据审议政治观，公民（及其代表者）在先于决定的公共论坛中检验其利益和理由（reasons）是至关重要的。审议过程迫使公民通过如下方式来证成或辩护（justify）其关于最好结果的观点：诉诸共同利益，或者依据公共辩论中“所有人都接受”的理由进行争辩。仅将某个给定的偏好表述为自己的偏好并不能——仅通过这一偏好本身——使他人倒向自己。^⑦ 因此，对集体决定的确保在某种意义上应当反映对公共善

⑤ 哈贝马斯批判性地沿袭了尼克拉斯·卢曼（Niklas Luhman）的社会复杂性观念。对民主同功能分化的特殊问题和复杂性之关系的一个清晰陈述，参见 Danilo Zolo, *Democracy and Complexity* (University Park: Pennsylvania State University Press, 1992), 特别是第3章；关于对哈贝马斯现代社会“不可避免的复杂性”之主张的批评，参见 Bohman, *Public Deliberation*, 第4章。关于对那种位于民主怀疑论背后的宏观社会学（macrosociology）的批评，参见 Bohman, *New Philosophy of Social Science: Problems of Indeterminacy* (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1991), 第4章。

⑥ 这些问题主要与人们对投票结果的解释有关。关于对进一步阅读文献的简要介绍，参见 Ian Mclean, “Forms of Representation and System of Voting,” in *Political Theory Today*, ed. David Held (Stanford: Stanford University Press, 1999), pp. 172 – 196；更详尽的入门性的导引，参见 William H. Riker, *Liberalism Against Populism: A Confrontation Between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice* (Prospect Heights, Ill. Waveland, 1982)。关于社会选择的观念与审议模式的争论，不仅可以参阅 Riker，还可以参阅 Joshua Cohen, “An Epistemic Conception of Democracy,” *Ethics* 97 (1986): 26 – 38；Russell Haudin 的 “Public Choice versus Democracy” 和 Thomas Christiano 的回答 “Social Choice and Democracy”，均载于 *The Idea of Democracy*, eds. David Copp, Jean Hampton, and John E. Roemer (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), pp. 157 – 172 and 173 – 195；以及 Jack Knight and James Johnson, “Aggregation and Deliberation: On the Possibility of Democratic Legitimacy,” *Political Theory* 22 (1994): 277 – 296。

⑦ 参见 Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy,” pp. 24 – 25。

的某种解释；而这种公共善是由公共理由——一般性地确保每个人参与到审议过程中的那些理由——加以证成或辩护的。在给定的时间、知识范围内并且在被认为是“理性的”（reasonable）安排下，如果公民自己参与到审议中，或者如果其代表者作出了所有公民都将会同意的决定，那么结果将被视为民主的。^⑧

在这个方面，审议政治观预设了对下述问题的一种阐释：公共审议何以使得某种结果更具有合理性？答案是：所给出的理由必须满足公共性的条件；也就是说，这些理由必须让每个人都确信。^⑨ 如果这种解释在某种意义上是“认识论的”（在下述范围内，亦即审议帮助决策者形成了所有那些为手边事情所影响而不能参与决策之人都能接受的、对公共善的某种解释，审议提升了结果的合理性），人们不应当大惊小怪。依据其是否恰当地反映了这种公共善，我们就可以对决定作出“正确”与否的评价——至少在一种宽泛的认知意义上。根据一种“认识论”的民主观，某种具有合法性的政治系统应当依据那种锻造了审议并增长了达致正确（或有效、真实）决定之机会的程序来运行。^⑩ 人们不必假定存在先验的发现程序而把正确决定看作是“就在那里”（out there）的一种真理。事实上，审议理论家们通常证成

^⑧ 关于《美国宪法》中的代表理论，参见 Bessette, *Mild Voice*, 第2章；关于对复杂社会中代表角色的一个解释，参见 Robert Dahl, *Democracy and its Critics* (New Haven: Yale University Press, 1989), pp. 311 - 341。

^⑨ 关于对那些使公共理由获得确信之机制的一个更为详尽的解释，参见 Bohman, *Public Deliberation*, 第1章。

^⑩ 除了 Cohen 的“Epistemic Conception”以外，还可以参见 David Estlund, “Making Truth Safe for Democracy”, in *Idea of Democracy*, eds. Copp, Hampton, and Roemer, pp. 71 - 100。Estlund 争辩说，认识论的解释不一定是威权主义或精英主义的。关于对哈贝马斯于《在事实与规范之间》一书之前依据民主的认识论观念而形成的有关民主之著述的一个解释，参见 Bohman, “Participating in Enlightenment: Habermas’s Cognitivist Interpretation of Democracy”, in *Knowledge and Politics*, eds. M. Dascal and O. Gruengard (Boulder, Colo.: Westview Press, 1988), pp. 264 - 289。关于哈贝马斯对 Cohen 观点的一般性的积极评价，参见 *BFN*, 304ff。

或辩护的一个观点是：是程序性理想，而不是结果构成了正确性的决定性因素。^①人们也不应当过于实质性地看待这种公共善，似乎审议首先涉及对已然共享之价值或政治理想的一种真实据有（appropriation）。虽然这种据有可能是（作为政治文化必要背景的）那幅图景的一部分，但是以此来捕捉诸如议会机构中的立法程序等当下建制（institutions）下审议的复杂性一般都过于简单化了。

在这一语境下，哈贝马斯的“商谈民主理论”可以被看作是一种程序性和复杂性的认识论解释，因为它依据理由—说明程序（reason-giving procedures）的复杂性来解释审议的合理性。这种解释从如下观念出发：只有在其可以由好理由公开支持时，信仰和行动（action）才具有合理性的特征。更准确地说，合理观点和决定的形成必须依赖于真实性、正确性等有效性主张——这些有效性主张能够或者至少能够在所有拥有有力理由且具有沟通资质的人面前获得证成或辩护。^②理由的交流因而就把人们推向了商谈——而在商谈中，参与者力图仅依据更好的论据而达成一致。这种商谈的合理性激发特征依赖于这样的一些理想化的程序性条件：它们把“好理由”和“更好的论据”限定为那些历经了那种免于强制且向所有有言说能力之人（competent speakers）都开放的论证过程而保留下来的理由和论据。^③

正如我们将要看到的那样，哈贝马斯的解释具有内在复杂性，

① 参见科恩（Cohen）的“Deliberation and Democracy”，以及“Epistemic Conception,” p. 32；在此，科恩依据“审议的一种理想程序”界定了正确性的标准。Barber也界定了一种政治知识的过程观，*Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*（Berkeley: University of California Press, 1984），pp. 167-198.

② 参见 Habermas, *The Theory of Communicative Action*, 2 vols., trans. Thomas McCarthy (Boston: Beacon, 1984; 1987), 1: 1-42, and 273-337.

③ 关于对这些程序性理想化的一种概述，参见 Robert Alexy, “A Theory of Practical Discourse,” in *The Communicative Ethics Controversy*, eds. Seyla Benhabib and Fred Dallmayr (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1990), pp. 151-199.

因为不同类型的主张必须在不同类型的商谈中兑现(redeemed)。然而，在探究这些问题之前，值得我们注意的是：这种合理商谈的概念如何在事实上以强烈认知主义且共识性的方式来界定有效的结果。大体而言，哈贝马斯的商谈概念似乎暗含如下观点：一旦满足理想条件，对类似正确答案之事物的完全共识就具有可能性。在其道德商谈——其属于正义的诸规范(norms of justice)，亦即根据人们之间的相互尊重来调整人际关系——的概念中，这种认知主义的维度最为强烈。当且仅当每个服从这些规范的主体基于其在某种理想且不受限制的商谈——在这种商谈中，参与者真正努力取得某种合理的一致——中所获致的公正判断都能同意之时，这些规范才能获得证成或辩护。他所提出的、那种在此适用的对话性的洞见(insight)概念不能被限定为个体的头目(head)：其头目确信就等同于其他人也确信。^① 每个个体的确信仍然是规范有效性或正确性的一个必要条件。当然，这必然是在任何现实的商谈中都无法实现的一种规范性理想。正如我们随后将要争辩的那样，在现实的政治商谈与辩论中，就现实中的同意或不同意的情形而言，这种理想状态会带来问题。

依哈贝马斯之见，政治合法性既不能被化约为道德商谈，也不能被化约为对共享价值的实质性反映。政治决定的有效性及其所必需的合法性主张要比古典自然法模式所提供的更为复杂：其不仅要依赖于道德性的理由，而且也依赖于哈贝马斯所谓的“技术—实用性”理由与“伦理—政治性”理由，甚至是协商与妥协。^② 毋庸置疑，这种精确的混合将依赖于处于讨论中的特定问题的复杂性。

为了阐明这种合理商谈的内在复杂性，我们不妨把下面的事

① 对这一点的更深入讨论，参见 William Rehg, *Insight and Solidarity: A Study in the Discourse Ethics of Jürgen Habermas* (Berkeley: University of California Press, 1993), 第一部分。

② 关于对商谈和协商的下列描述，参见 *BFN*, 151 - 168.

例作为一种理想化的、各种各样的商谈在其间缠夹不清的思想试验。设想一个社会正在考虑采取一种整全性的健康保健计划。首先，让我们看看某个特定次群体（subgroup）的公共审议。我们假定：在历经一番道德商谈之后，该群体的每个人都同意，健康保健制度的某种修订在道德上是符合要求的——当下的健康保健制度不符合许多公民的最低限需要，而且其代表一种不正义，亦即违反了对每个人的基本尊重（更确切地说，我们可以假定：他们同意，每个人健康保健的需要为那些家境富裕的人们施加了某种待完成的仁爱义务）。让我们假定：他们也同意，一种中央管理的制度即单一承付人制度（single-payer system）符合其自我理解及其所在特定社会的价值观，比如说，（与依赖于私人组织的福利形成对比的）公共福利供应的广为共享价值。他们上述一致中的、那个将共享或重叠的文化价值与认同（identities）聚合起来的方面就是哈贝马斯所谓的伦理—政治性商谈的主题。这也许最接近于哈贝马斯所假定的那种实质性公意或价值同质性（homogeneity of values）概念。由于其只不过是一种事实上的价值重叠共识（overlapping consensus），这一概念是无伤大雅的。最后，我们假定：该群体自己的专家已经在某种技术—实用性商谈中就实现政府管理的健康保健计划的最佳政策与策略达成一致。他们每个人都同意：这种单一承付人制度是实现使健康保健计划具有普遍性和充分覆盖面这一道德目的的最有效手段。为了简化这一问题中的问题，我们假定：该次群体在个体的特定利益、需求和偏好层面上没有巨大的差异。因此，在每种类型的商谈中，该次群体的成员都能够就每人都合理确信的某种解决方案达致完全的共识。这种一致的强烈认知主义特征在于这一事实：“同样的理由能够”“以同样的方式”使每个人“确信”所给出的解决方案是正确的（页 339）。换言之，在某个问题可以由商谈加以解决的范围内，它应当——至少原则上——赢得一致的同意，而且其可以持续的修正，直到达成这种一致。

现在，让我们拓宽我们的思想试验，引入更为复杂的情形。让我们假定：存在不同的次群体，其特定的利益和价值观使得他们（在正义和较广的共享认同和价值所设定的要求内）支持稍微不同的道德、伦理和技术解决方案。即使我们假定在这一设想的社会中的每个人都具有善意（都寻求公共善且以理性的方式行事），也可能会存在诸多差异，而这些差异则会阻碍我们达致诸如我们在同质性次群体中所勾画的那样的一种强烈共识。在这个意义上讲，为了寻求公平的妥协，不同群体之间必须相互议价（bargain）。在每个群体都有机会影响结果的意义上，这种妥协将是公平的（确切地说，这种平等的具体展现方式是一个难题）。值得注意的是：只要其在诸次群体之间穿梭并在诸次群体内部存续，这些具有较强认识论色彩的商谈性一致就为妥协设定了某些特定限制；也就是说，妥协必须不能违反正义的要求或不能破坏所有群体共享的伦理价值，而且应当在技术上具有可行性。只要符合这样的条件，最终结果就应当在道德上是正义的、在伦理上是本真的（authentic）、在技术上是合算的（expedient），而且对所有人是公平的。

人们顺便可能会注意到哈贝马斯的另一种复杂性：这种结果应当在法律上与预先存在的立法法令、司法先例和行政惯例（practices）保持一致，亦即要符合这样的要求——这种结果必须在法律商谈中产生。这种重要的一般性要点在于：即使这些进一步的复杂性也似乎没有改变这种全体一致的反事实性（counterfactual）理想（除非法律商谈可能属于例外情形）。只要其建基于所有人都认为公平的诸条件之上，妥协就应当赢得所有有关人员的同意——即使他们同意的理由各异。尽管这些妥协属于最低形式的一致，但是在下述意义上，它们也是民主：其符合那种掌控着所有公共审议的相互勾连商谈（interconnected discourses）的一般性原则。尽管参与某种妥协的诸当事人不是由于同样的理由而同意，但他们都同意那些同样的政策。这样，我们也许不必

对哈贝马斯的“民主原则”依据全体一致来界定某种具有合法性之结果的方式大惊小怪：只有那些得到已经在法律上组织起来的、商谈性法律制定过程中的所有公民同意的法律才能声称具有合法性（页 110）。

哈贝马斯对全体一致的诉诸表明：尽管其具有内在复杂性，但这种商谈理论的分析仍要诉诸某种抽象且单一的（singular）理想化集合。这些理想化要素不能在经验上实现。但是，恰恰是由于它们界定了合理性，它们必须总是以某种方式对公共审议的真正过程产生某种经验性影响——如果这种商谈是合理的并因之符合合法性之预期的话。比如说，根据哈贝马斯的民主原则，如果某种结果的形成过程将某个受结果影响的群体排除在外，那么这一结果表面上就是值得怀疑的。但是，这种商谈合理性概念的强烈共识性和理想化特征产生了这样一个问题：在一般而言排除了共识的复杂和多元的情势下，人们何以能够保有理性的这种强烈理想呢？与其民主决策的“双轨模式”（two-track model）一道，哈贝马斯的无主体沟通概念意味着要完成这样一种看似不可能的任务。根据这种双轨模式，在复杂和多元社会中，如果制度化的决策程序遵循了“双轨模式”，法律决定和政治决定就能够在某种审议民主的意义上具有合理性，并因之具有——作为法律决定和政治决定之承受者的公民所理性赋予的——合法性。这些法律决定和政治决定必须：（1）对某种非正式的、活跃的（vibrant）公共领域开放，并（2）恰当形成，以支持相关类型之商谈的合理性，且确保这些商谈有效实施。也就是说，诸建制中的政治决策必须对不受约束的公共领域开放，而且要以诸如及时、有效（和融贯）这样的方式形成。在接下来的一节中，我们会更为细致地解释这种模式，并说明为什么哈贝马斯将其作为应对社会复杂性问题和公共参与难题的一个答案。

二

哈贝马斯对商谈的区分解释不仅将合理性置于一套历史与文化实践之中，而且也为其提供了理性本身之中的某种内在复杂性。但是，如果这种理想化的解释可以服务于审议和决策的真实程序，它也必须满足社会复杂性的需要。接下来的讨论我们将首先集中于形成立法性决策的审议，因为这是审议民主主张必须首先证明自己的地方。但是，无论是由某个立法机关还是由人民投票所作出的有关法律的决定都几乎从未获得普遍性的共识或哈贝马斯之理想所谋划的直接参与。在此，复杂社会中的参与问题是一个更为基本的问题。在现代社会的任何论坛或特定机构中，公民都不能真正作为一个整体来到一起审议（页 170）。商谈过程本身不可避免地会分化为不同的论坛；这些论坛包括：家庭或工作中的面对面互动（interaction）；各种各样的非正式社团或市民社会（civil society）不同层面组织中的较大会议〔俱乐部、职业协会、工会和问题导向的运动（issues - centered movement）等〕；经由公共媒体产生的信息与论据的散发；以及政府机构（institutions）、专业行政机构和决策机构的复杂网络（页 359 以下）。在处理异议难题（the problem of dissent）之前，一种可信的合理审议概念必须以某种方式妥善处理在当下社会条件下真实商谈的复杂与分裂现实。

在应对这种复杂性之时，审议民主观必须以某种特定的张力把三个术语结合在一起——这即是说，它必须把审议、决策与公民（citizenry）勾连起来。社会的庞大规模（sheer size）和复杂性使得人们将审议如此多地委托给了代表者，以至于很难说这种解释是“民主的”。一个相反的错误可能会低估社会的复杂性，

并把审议主要定位于公共领域。在此，人们没有充分考虑到这种审议的制度性要求——这些制度性要求对有效决定的形成而言是必要的。^⑩ 而第三种错误则会高估官僚控制的可能性，进而侵蚀人民主权与决定之公共控制的根基。复杂性的事实似乎为审议民主呈现了一种韦伯式的困境：要么决策机构以民主审议为代价而获得有效性，要么它们以有效决策为代价而保有民主。在上述情形中，公民资格（citizenship）、审议和决策都未能勾连起来，从而使得公共领域变得软弱无力或者使得政治机构的权力变得物化（reified）。

哈贝马斯以一种“双轨模式”解决这种三变量难题（three-variable problem）——根据这种模式，议会（Parliament）和国会（Congress）为弥散于公共领域且涉及所有公民的、较广泛即去中心化的“无主体”沟通提供了一种制度化的中心。按照这种观点，制度化决策端赖于某种审议的广泛和复杂过程。也就是说，审议不只是那些信息更为丰富的代表者的任务，也不只是那些仅将意志权力（power of will）委托给代表者作为其代理人的积极公民（active citizens）的任务。^⑪ 正如我们将要看到的那样，这种审议的“无主体”或“匿名化”特征源于社会复杂性的本质。在此，我们要注意的是：哈贝马斯希望

^⑩ 在汉娜·阿伦特（Hannah Arendt）的共和主义中，哈贝马斯看到了这种错误的趋向，*BFN*, 146-152；另请参见其“Hannah Arendt: On the Concept of Power,” in Habermas, *Philosophical - Political Profiles*, trans. F. Lawrence (Cambridge: 1985), pp. 173-189. 关于对宪法中审议与民主之张力的一种解释，参见 Bessette, *Mild Voice*, 第1~2章。

^⑪ 参见 *BFN*, 170-186. 关于对美国双轨制度系统的解释，参见 Bruce Ackerman, “Neo-Federalism?” in *Constitutionalism and Democracy*, eds. J. Elster and R. Slagstad (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), pp. 153-192. 另请参见 Ackerman, *We the People*, vol. I (Cambridge: Harvard University Press, 1991). 关于有别于合同法的本人—代理人之用法将代表理解为委托（delegation）的一种形式，参见 Bernhard Peters, *Integration moderner Gesellschaften* (Frankfurt, Germany: Suhrkamp, 1993), pp. 284ff.

为现代政治模式呈现的是一种同时具有民主性、审议性和有效性的模式。

为了搞清哈贝马斯的模式在回应社会复杂性的挑战之时是如何解决这一问题的，区分三种类型的多元主义是有助益的：程序性角色（procedural roles）的多元性、商谈视角（discursive perspective）的多元性，以及实质观点和论据的多元性。哈贝马斯的模式至少在某种程度上明确承认了这三种形式的复杂性，并将其表述为：要为每种类型的制度性困境——这些困境既威胁到了民主程序的公共性，也威胁到了公民的主权者地位——提供一种解决方案。

程序性角色的多元性涉及那种类似于贯穿审议和决定诸层面的劳动分工的事物。“所有成员必须都能够参与商谈，即使不必然以同样的方式参与”（页 182）。在某一给定的商谈中，人们如何清楚说明这些不同的角色，不仅依赖于问题和某个特定政治系统的结构方式，也依赖于理论性的视角。也许，最明显且最重要的区分是“弱公众”与“强公众”[使用南希·弗雷泽（Nancy Fraser）的术语]之间的区分。这与哈贝马斯模式的两个主要部分——非正式的公共领域与正式的决策机构——相对应。也就是说，弱公众是指其“审议实践仅在于意见形成（opinion formation），而且也不包括决策”的那些人；而诸如议会这样的强公众则可以达到有约束力的决定，而且是被制度化地组织起来如此行事。^⑩ 由于公民间或也通过投票来决定事务，这种区别并非不容变通（hard - and - fast）；而且，官员的一般性选举也是一种

^⑩ 参见 Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy,” in *Habermas and the Public Sphere*, ed. Craig Calhoun (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1992), pp. 109 - 142; 此处是在页 134. 哈贝马斯在 *BFN*, 373 借用了弗雷泽的分析。

决策，常常与问题的审议相联系。^①

通过吸收伯恩哈德·彼得斯（Bernhard Peters）晚近著作中的思想，哈贝马斯用“中心”与“外围”之间的区分为诸公众之间的关系引入了一种更为细密的分析。他根据行动者或建制接近政治机器之“中心”，进而接近在建制中形成的决策权力之顶点的方式，将制度性角色加以区分（页355以下）。处在中心的是与政府的其他分支一道具有执行权力的那些建制，处在外围的则是包括各种各样的非政府组织和团体在内的意见形成公众。在某种类似的框架中，人们可以根据其决定权与对审议之影响力的大小来进一步区分诸地位（positions）。^②而政治权力——作出有约束力决定并执行政府行动的能力——主要位于中心，亦即其影响整个社会。在该书中，影响力指涉的是支配选民、说服国会成员等的的能力。受敬重的公众人物、院外游说者、政府监察员，以及像妇女选民联盟（League of Women Voters）这样的组织是具有不同寻常影响力之地位的例证。由于其为没有时间研究问题和候选人的选民们提供了信息捷径，他们较引人注目的地位（higher-profile position）实际上是为公共审议服务的。在某种意义上讲，通过为信息较为闭塞的选民获得信息提供便利，他们使得商谈过程中的更广泛参与成为可能。^③成本的这种降低并不是没有带来某种限制公共沟通的特定危险。当诸如企业法人（corporation）这样的“私人政府”为了自己的目的而试图提出并利用与信息成本有关的问题之时，对信息之民主共享的威胁可以产生于

^① Samuel L. Popkin, *The Reasoning Voter: Communication and Persuasion in Presidential Campaigns* (Chicago: University of Chicago Press, 1991) 提供了一种标示投票者在总统选举中的推理之特征的“低信息”合理性（“low-information” rationality）的详尽解释。

^② 在 *BFN*, 363-364 中，哈贝马斯似乎暗示了这种区别。

^③ Popkin, *Reasoning Voter*, pp. 47-49. 关于基于信息分散角度对民主的各种分析，参见 *Information and Democratic Processes*, eds. John Ferejohn and James Kuklinski (Urbana: University of Illinois Press, 1990).

外围；或者，当官僚机构仅允许那些——巴克拉克（Bachrach）和巴拉兹（Baratz）意义上的——产生“非决策性事务”（non-decisions）的信息公开之时，这些威胁也可能出自于中心。^②

由于与不同社会地位相联系，商谈视角的多元性反映的是现实商谈的内在分化。也就是说，人们可以期待处于不同社会地位的人和团体不仅强调特定的竞争性利益，而且也强调有些不同的价值观和给定问题的不同方面，甚至是不同类型的有效性。如果合理的实践审议意味着某一问题的所有相关方面和视角都要在达致某个决定之前予以考虑的话，那么，我们在此必须处理与前文提到的劳动分工有些不同的劳动分工；也就是说，人们要达致较之于程序角色的公平分配更为密切的、信息的协同共用。^③这不只是对那些特定利益的某种区别。比如说，就健康保健的改革而言，人们会期待保险公司（及其华盛顿的院外游说者）强调与改革有关的财政问题，而医生应当按照医疗问题和职业自主的精神作出其公开的贡献。换言之，一并考虑的话，利益中的差异可以激发人们更宽泛地去寻求那些与某一问题有关的相关信息和更好论据。

这种形式的多元主义并非完美无缺。在每一个特定的视角中，利益都可以以扭曲审议过程的某种方式而隐蔽起来。这样，诸公共利益团体就可以质疑这些“专家性”解释（expert account），其所采取的方式是：通过考察信息真相是否根据其现时利益被遮蔽起来而质疑这些信息联合的类别。一旦这些信息可为公众接近并共用，较之于这种被主张的专家意见（expertise）所

② 关于对“非决策性事务”在公共沟通中何以能以限制的方式加以解释的一个说明，参见 Bohman, “communication, Ideology, and Democratic Theory”, *American Political Science Review* 84, no. 1 (1990): 93-104.

③ 关于信息共享（information pooling）的概念，参见 *Information Pooling and Group Decision Making*, eds. B. Grofman and G. Owen (Westport, Conn.: JAI Press, 1983).

具有的能够经受公众审查之品质，人们对这些信息的信赖更少地来自这些程序角色和劳动分工。尽管如此，也并不是每个审议者都能够从每个方面来判断这些争辩的好处——这总比他们决定自己医疗诊断之正确性的能力要求更高。在上述这些情形下，制度性安排在如下范围内是民主的——这些安排把有关“专家意见”的证明负担定位为：要依据其被完好确证的知识宣称（well-warranted knowledge claims），而不是其专业性权威来形成有说服力的公共论据。

就这种多元主义产生了冲突性论据而言，它也引发了第三种形式的多元主义。但目前我们感兴趣的是：与信息的共用相类似的某种合作的可能性。如果这种合作的观念是合理的，那么它就暗含着对非正式公共领域中的无主体沟通的某种有趣解释。我们可以认为，信息和视角的公共分配包含着某种沟通（或商谈）合理性，但这种合理性不是下述理想化意义上的：要求每个公民都作出完全理解。公共领域的复杂性暗含着大量联系松散且碎片化（fragmented）的商谈——在这些商谈中，各种各样的个体之团体通过讨论获得了关于某些争议的公正洞见。但是，这些团体可以不完全理解另一个团体的观点。因此，他们对公共善不会具有一种完全和决定性的洞见。无主体沟通的观念因而表明：公共理性（public reason）是发散的商谈网络的一个突显特征。更具体地说，如果人们作出如下假定，亦即对任何给定的问题或争议而言，都存在（与不同的有效性领域、不同的利益立场和价值观相适应的）许多不同考虑，那么，就会“存在”个体以不同方式、在不同程度上加以运用的某种公开性的“理由潜势”（potential of reasons），并且会存在强调效率的某些考虑，以及其他道德性的考虑等。就沟通渠道向这些不同的公众开放而言，人们可以设想：这些理由是“人为流动起来的”，并且经由将其相互陈述的个体和团体而“互动”起来。这暗含着一种以审议的方式缠结起来的“聚合”观念。也就是说，人们可以把非正式

的“公共意见”（public opinion）理解为一种理由的“聚合”——这种聚合伴随着人们对某个争议的逐渐认识而发展起来。^④ 在这种沟通结束之时所获得的某种民意测验（an opinion poll）也就具有了某种特定的理性特质：在公共领域具有开放性和活跃性的意义上，这种聚合应当更有可能反映那些更重要即更合理的理由；人们不需作出如下假定：每个人、甚或任何单个个体都拥有某种——建基于正如商谈理想本身所要求的那样、对所有相关考虑事项都加以把握的——洞见。^⑤ 因此，哈贝马斯把这种公共意见称为“匿名性的”，因为它不是被置于任何个体或任何个体的团体之中。对沟通网络本身而言，它是“去中心化的”，亦即其暗含着与商谈性一致的极度理想化形态不同且更弱的一种公共性观念。

在视角多元主义的条件 下，政治生活通常可能并不像这种信息共用景象所表明的那样具有如此的合作精神。相反，更为常见的是，人们将不同的社会地位与另一种进一步的多元主义——实质观点与论据的多元主义——相联系。确切地说，正是这种“多元主义的事实”使得多数决原则对事实上的审议的结束具有必要

④ 如果“聚合”的此种用法听起来新奇的话，也并不是没有先例；参见 David Estlund, “Democracy without Preference,” *Philosophical Review* 99 (1990): 394–423. 在该文中，作者争辩说，聚合的机制不一定与基于公共利益的审议对立；这也是约翰森（Johnson）和奈特（Knight）“聚合与审议”（Aggregation and Deliberation）一文之论据的主要点。晚近关于信息聚合和孔多塞陪审团定律的著作也具有类似的特色（参见注释 22 和注释 25）。

⑤ 在 *BFN*, 362–363 中，哈贝马斯对此作了谨慎的评论；另请参见页 341：“实践理性在多大程度上根植于沟通形式与制度化程序，它就在多大程度上不需要仅甚或主要体现于个体或个体行动者之头目的活动中。”理性公共意见的可能性在学术文献中产生了争论：Bessette, *Mild Voice*, pp. 21–218. 对此持相当怀疑的态度，而巴伯（Barber）的《强民主》（*Strong Democracy*）则持非常乐观的态度，特别请参阅第 10 章。菲仕金（Fishkin）的“审议性意见调查”（deliberative opinion poll）的观念表征着一种中间立场，请参阅其 *Democracy and Deliberation*, pp. 1–13, 81–104. 一种规范性的公共审议理论并不必然采取反怀疑论（anti-skeptical）的观点。

性。正如我们将要看到的那样，这就产生了比哈贝马斯似乎意识到的问题更多的问题。但是，单单这一问题并不必然会侵蚀哈贝马斯对商谈的强烈共识性解释。如果更好的论据——是指在理想条件下将最终达致完全共识的论据——更有可能是支配多数的那些论据，多数主义的决策就与理想的共识相兼容。这听起来是与我们正好阐发过的无主体沟通概念是兼容的。在此，以认识论方式加总的（cast in epistemic terms）孔多塞陪审团定律（Condorcet's Jury Theorem）也许提供了一种或然性的类比。²⁰ 但是，如果严重违反了非扭曲商谈的那些条件，多数甚至也不是理性共识的可能指示器。因此，竞争性论据、价值和利益的多元化事实上是一种重要保证，因为它使得多数带来某种虚假共识的可能性更低。在存在竞争性的对抗公众（competing counterpublics）——或者用弗雷泽的话说，从属性的对抗公众（subaltern counterpublics）——的意义上，下述情形发生的可能性就更低一些：那些虚假论据和将某些团体排除在外的尝试畅行无阻。除了这种批判性的功能外，多样化的公众甚至在平等主义和文化多元主义的社会中也扮演着某种重要角色，因为它们

²⁰ 根据孔多塞对投票的数学分析，如果某团体中普通个体投票者有超过50%的可能性对某个问题进行“正确的”投票，那么随着团体规模的扩大，多数进行正确投票的可能性会马上趋近于100%（certainty）。对孔多塞投票之可能性的一个检讨分析，参见 Duncan Black, *The Theory of Committees and Elections* (Cambridge: Cambridge University Press, 1958), pp. 159–180. 关于将孔多塞定律运用于审议民主观的可能性，参见 Bernard Grofman and Scott Feld, “Rousseau's General Will: A Condorcetian Perspective,” *American Political Science Review* 82 (1988): 567–576; David Estlund, Jeremy Waldron, Bernard Grofman, and Scott Feld, “Democratic Theory and the Public Interest: Condorcet and Rousseau Revisited,” *American Political Science Review* 83 (1989): 1317–1340; 关于孔多塞式分析与意见领袖（opinion leaders）的兼容性，参见 Estlund, “Opinion Leader, Independence, and Condorcet's Jury Theorem,” *Theory and Decision* 36 (1994): 131–162.

帮助公民们形成自己的认同，并为其需要找到恰当的表现形式。²⁷

现在，我们可以更为精确地阐述：本文已经详细论述过的商谈性理想化何以能够被纳入与真实公共审议的关系中。泛而论之，恰恰是“商谈结构”的存在为相当混乱的角色混合、地位混合和论据混合赋予了某种认识论特征，以至于通过假定所形成之政治决定的合理性可以使它们得到证成或辩护。哈贝马斯所谓的这种“结构主义进路”不是将公共理性置于某种公意——其必须由经验性的多数加以表征，或者由代表机关加以识别——之中，而是将其置于那种将公众与立法机关勾连起来的商谈结构之中。²⁸ 就哈贝马斯模式中的两个主要部分——非正式的公共利益与正式的决策——而言，这具有稍稍不同的意蕴。但在上述两种情形中，基本观念都是要培育下述意义上的沟通过程，并谋划下述意义上的制度性程序：至少使政治决定更有可能建基于那些在

²⁷ Fraser, “Rethinking the Public Sphere,” pp. 122 - 128. 在此，由于同样的理由即市民社会具有不充分性，“对抗公众”也是不充分的。乔舒亚·科恩和乔尔·罗格（Joel Roger）（“Secondary Association and Democratic Governance,” *Politics and Society* 20 (1992): 393 - 472.）所忽视的一点是：只有其存在于一个开放的市民社会中，公众的多样化才是民主的。我们不仅要区分“强”公众和“弱”公众，而且要区分专业化的公共领域和“市民化的”公共领域。审议政治端赖于一个较大的亦即将所有公民联合起来的公民化公众（civic public）的存在。

²⁸ “这种模式（商谈论模式）将结构主义的进路带入下列方式中：在这种方式中，制度化的意见形成和意志形成（opinion - and will - formation）同 culturally 动员起来的公共领域中的非正式意见形成（opinion - building）勾连起来。这种联系之可能，既不是因为人民的同质性和人民意志的同一性，也不是因为理性——被假定能够简单地发现某种潜隐的同质性普遍利益的理性——的同一性……如果在沟通中流动起来的此种公民主权在公共商谈的力量中发挥作用，而这种公共商谈又源自自主的公共领域但在程序上民主、政治上负责的立法机构的决定中形成的话，那么信仰和利益的多元化就不是受到压制，相反不仅在可修正的多数意见中，而且也在妥协中得到了释放和认可。这样的话，一种完全程序化的理性的统一性就退回到公共沟通的商谈结构之中了。”（*BFN*, 186, 另请参见页 184 - 186）

某种对所有人都开放且免于强制的商谈中所出现的理由之上。²⁹

让我们以公共领域开始我们的讨论。依哈贝马斯之见，为了使民主运行良好，一种活跃的公共领域必须“不仅发现和识别问题，而且也要令人信服、富有影响地使其成为讨论议题，为其提供解决方案，并且造成一定声势，使议会组织接手这些问题并加以处理”（页 359）。这种描述为民主的公共领域提出了四种大体上可以实现的功能性要求。（1）公共领域必须像公民们在其日常生活中接受的那样广泛接受相关的问题（页 364 - 366）。（2）为了具有接受性，公共领域必须根植于某种健全的市民社会和某种开放即多元化的文化之中。正如在该书中的用法一样，“市民社会”指涉的是为个体提供他们可以在其面前清楚表达自己经验、需要和认同之受众的、各种各样的非正式的自愿性社团。³⁰ 上述两个条件确保每个人都有可能被吸纳进公共商谈之中，也就是说，保证每个人都具有某些启动通道来表达他或她的关切与建议。（3）这些不同的社团所形成的各种各样的非正式公众必须至少部分地对彼此开放，以使论据和观点的交流能够在公共领域发生：“原则上讲，在普遍性的、由其与政治系统之关

²⁹ “政治统治的实施是由法律导向并合法化的，而这些法律是公民自己在商谈地构成的意见形成和意志形成过程中制定的……遵循（民主）程序而获得的这些结果总是要具有合理的可接受性，乃是因为其导源于形成网络并被制度化的沟通形式……而这些沟通形式确保所有相关的问题、主题和贡献（contributions）都被提出来，并基于可最佳地获得的信息和论据在商谈和协商中进行处理。”（*BFN*, 170）

³⁰ “市民社会是由那些大体上自发形成的社团、组织和运动所构成的，而这些社团、组织和运动感受并调和在私人生活领域产生共鸣的全社会问题（societal problems），对这些问题进行提炼，并以放大的形式将这些生活领域的反应传达给公共领域。社团组织网络使得那些旨在解决涉及普遍利益的商谈在组织化的公共领域的框架内制度化，而正是这些社团网络构成了市民社会的核心。”（*BFN*, 336，另请参见页 367 - 373）关于市民社会的概念，请特别参见 Jean Cohen and Andrew Arati, *Civil Society and Practical Theory* (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1992)。在该引证中，哈贝马斯根据他们的识见区分了公共领域。

联所界定的那种公共领域之内的边界具有渗透性。”^⑪ 这些条件表明：如果没有某种统一的公共领域，单单市民社会对审议民主而言是不够的。如果没有某种包罗万象的公共领域将这些“偏私的社团”（partial societies）联合起来并避免“宗派危害”，那种丰富的社团生活并不会促进审议。^⑫ 惟有凭借这种方式，论据才会受到那些相反论据（counterarguments）和那些变换性公民之观点（transform citizens' views）的质疑。（4）最后，公共领域必须相对地免于沟通中的严重扭曲和障碍的影响。这至少意味着：在关键时刻，公共领域必须有可能动员自己，并将争议提上议事日程。这也意味着：在论据和信息的传播中扮演中心角色的大众传媒不能轻易为强劲的社会利益所控制、限制或扭曲。^⑬

因此，通过各种各样表达关切、提出论据和建议的非正式的组织化通道，活跃的公共领域确保公共商谈没有将任何公民及其观点排除在外。如果公共领域带头将审议吸纳进去，那么，正式的立法机关就会聚焦于这种为了决策的审议。这种聚焦有两个方面。首先，在某个运行良好的系统中，所有相关的信息、论据和观点都应当（在研究人员、政府统计部门和院外游说者等的帮助下）汇集于立法机关。其次，与从事其他职业的公民相比，议员

^⑪ BFN, 373, 另请参阅下列文字：“在复杂社会，公共领域……代表一种高度复杂的网络，而这一网络又分成了大量相互重叠的领域：国际的、国内的、地区的、地方性的以及亚文化的……而且，根据沟通的密度、组织的复杂性和所涉范围之不同，公共领域又可以区分为不同的层面……尽管存在许多种类的分化，但所有这些由日常语言所构成的局部公众（partial publics）之间是相互渗透的。”（BFN, 373 - 374）

^⑫ 沿着这些思路对公共领域理论家的一个批评，参见 Bohman, *Public Deliberation*, 第2章。

^⑬ “大众传媒应当把自己看作是某个开明公众的受托人——大众传媒同时既预设、也要求并强化了该公众的学习愿望和批评能力；像司法机关一样，它们应当独立于政治因素和社会因素；它们应当公平地对待公众的关切和建议，并……将合法化和更为激烈之批判的要求带给政治过程。”（BFN, 338；关于大众传媒，另请参见页368和页376 - 380）关于公共领域、社会运动和议程设置（agenda - setting）的动员，参见页380 - 384。

们应当能够更为集中、更为细致地考虑这些相关的论据。^④ 在运行中，公共领域中所包括的公民参与因之被转换为议会和其他审议机关中对论据的包容（inclusion）。^⑤ 我们不妨将其进一步表述为大致同某个运行良好即活跃的公共领域之条件相平行的四个条件：（1）对那些更为广泛分布的公共商谈而言，立法机关必须是开放或“通透的”（porous）。社会批评家们进而可以履行这样的任务：将新的论题和解释引入到立法性公众的商谈之中。（2）为了确保观点和利益具有充分代表性，这种开放性为立法机关的构成设置了某些特定的技术性条件。这些条件将确保：公共意见恰当地引导着决策。（3）立法人员（legislators）之间必须以审议的方式行事，存在真正的论据交流，以使得将较弱的论据淘汰出局，而较好的论据胜出并支配多数（比如说，参见页 307 和页 340）。（4）最后，重要的是：要设置一些祛除私利和权力之扭曲性影响的程序性机制，以使较有力的论据在决策时事实上居优的可能性增大。^⑥

^④ 参见 Bessette, *Mild Voice*, 第 8 章；但是，正如贝塞特所言，即使议会的个体成员也为影响立法之信息和论据的复杂性和数量困扰而不堪重负（页 156）。在这个意义上讲，议会审议和决策并没有完全脱离去中心化的无主体沟通的条件，参见 *BFN*, 184。值得注意的是，哈贝马斯是根据发现和辩护的不同来阐述这种聚焦功能的：强公众中的那些制度化的民主程序的意义“更多地在于处理它们，而不是发现和识别它们——其更多的是为问题的挑选和竞争性解决建议的选择提供辩护，而不是敏感于看待问题的新方式”（*BFN*, 307）。

^⑤ 哈贝马斯将这一点看作是与伦理商谈和道德商谈大体上明显有关：“只有当其对流动于商谈性地构成的公共领域中的建议、论题和贡献以及信息和论据保持开放、敏感，并能接纳它们之时，代议性商谈（discourses conducted by representative）才能够满足所有成员（公民）平等参与这一条件。”（*BFN*, 182）“代表仅意味着：在进行议会代表选举之时，人们被期待要基于对边缘群体之自我理解和世界观的包容，提供尽可能宽的诠释视角。”（*BFN*, 183）

^⑥ 哈贝马斯将这最后一个条件称之为“逆导控的”（countersteering）；参见 *BFN*, 327 - 327。“导控”是由“系统”权力并因而是非沟通性权力所实施的；“逆导控”源于沟通性地产生的权力。这种权力被假定能够越过系统权力施加给商谈、进而最终是审议结果的限制。

三

现在，我们大致知道了哈贝马斯审议民主的基本模式：民主程序应当允许某种基础广泛即无主体的公共沟通在制度上成为通向社会影响力所支持的具体决定的通道；在商谈结构掌控着上述整个过程的意义上，过程本身是合理的（rational），并且其结果对所有公民而言是理性的（reasonable）。

然而，存在两种对这种理性（reasonability）的解释方式。一种解释是强调审议程序本身。但是，本文已经讨论过的、达致一种趋向全体一致之民主原则的商谈理论所强调的是：把结果视为所有公民在理想上都会聚合到一起的那种结果。尽管这种结果是被建构的，而不是被发现的，它也相当于一种类似于“正确答案”的事物，或者至少暗含着某种公共理性的单一性（singular）概念。^①从这一观点看，恰恰是在追求关于正确答案的共识中，商谈过程才有意义。即使我们拒绝政治问题具有某种单一正确答案的观念，哈贝马斯的解释至少也要求：审议应当勘定符合那些可接受的道德、伦理和实用性条件之解决方案的范围。如果恰当安排这些一般性的限制，解决妥协或让步所带来的任何进一步分歧就具有了可能。（在健康保健的争论中，商谈范围的普遍性要求所担当的正是对公共妥协的某种限制。）这样，沟通结构与程序性设计对政治就具有一种合理化的影响，因为它们帮助选民或

^① 参见 Bohman, “Public Reason and Cultural Pluralism: Political Liberalism and the Problem of Moral Conflict,” *Political Theory* 23 (1995); 具有“单一性”的公共理性的名称来自约翰·罗尔斯的《政治自由主义》(John Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1993), 页 220. 在该书中, 罗尔斯争辩说, 只存在一种公共理性。

其代表人至少开始在认知上具有说服力的结果上聚合起来。尽管哈贝马斯的模式对事实的即情境化的审议所面临的复杂性与多元性作出了相当多的让步，但它在理想层面上却毫不妥协。去中心的即“无主体的”公共审议的合理特征仍然依赖于同样的商谈理想化——带来了同多元性和复杂性事实间张力的那种理想化，比如说，即使在道德争议上都有妥协的需要。换言之，事实中的多元性被“变型”（transsubstantiated）为理想化的全体一致，并借此被合理化。³⁸ 这种分歧的转型（transformation）似乎要求作出三种非常强烈的关于论证（argumentation）的假设——当适用于政治审议时，每一种假设都向严肃的质疑开放。³⁹

首先，就全体一致在政治领域（arena）具有可能性而言，哈贝马斯必须假定：在不同类型的商谈之间，不存在任何棘手冲突。由不同政治视角之价值观间的冲突所造成的这些问题已经是晚近相当多哲学关切的焦点。举例来说，道德理论家已经考察了在公正道德、幸福欲求和人际联系需求之间（比如说，朋友之间）棘手冲突产生的可能性。在法律理论与政治理论中，人们考虑了个体权利与集体利益之间或自由与平等之间产生冲突的可能性。⁴⁰ 在

³⁸ 这种转变招致了对共识理论的普遍批评，参见 Bernard Manin, “On Legitimacy and Political Deliberation,” trans. Elly Stein and Jane Mansbridge, *Political Theory* 15 (1987), p. 342.

³⁹ 对其所遵循之假设的批评，参见 Thomas MacCarthy, “Practical Discourse: On the Relation of Morality to Politics,” in *Ideals and Illusions: On Reconstruction and Deconstruction in Contemporary Critical Theory* (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1991), pp. 181–199; David Ingram, “The Limits and Possibilities of Communicative Ethics for Democratic Theory,” *Political Theory* 21 (1993): 294–321; MacCarthy, “Legitimacy and Diversity: Dialectical Reflections on Analytic Distinctions,” *Habermas on Law and Democracy*, eds. Michel Rosenfeld and Andrew Arato (Berkeley: University of California Press, 1998) 和 Bohman, “Public Reason and Cultural Pluralism.”

⁴⁰ 比如说，参见 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978); 在道德理论中的论述，参见 Stuart Hampshire, *Morality and Conflict* (Cambridge: Harvard University Press, 1983), 以及大量有关“关怀伦理学”（ethics of care）的文献。

政治语境中，哈贝马斯的商谈理论处理这些冲突的途径是：要么乐观地区分不同类型的那些具有“自我选择性”（self-selecting）的争议，要么建构某种（道德商谈在顶端，接下来是伦理商谈等的）商谈等级。^① 正如哈贝马斯晚近已经承认的那样，如果这些机制失败，人们必须只能依赖制度性的程序来决定问题。^② 但是，这种程序不是建基于某种有权就不同类型商谈间的争议作出公断的元商谈或超商谈（meta - or superdiscourse）之上。这种超商谈将呼唤今天已不再可能的、具有统一性的实践理性；正如哈贝马斯所言，我们“不能单一地谈论实践理性”。^③ 虽然实践理性的多元化观点在当下道德理论和政治理论中普遍存在，^④ 但它似乎仍为哈贝马斯提出了一个特定的难题；因为它侵蚀了哈贝马

① 参见 *BFN*, 1555, 159f., and 167; 另请参阅 Habermas, “Reply to Participants in a Symposium,” in *Habermas on Law and Democracy*, pp. 428 - 430.

② Habermas, “Reply to Participants in a Symposium,” pp. 429 - 430.

③ 参见同上, pp. 428 - 430; 另请参阅 “On the Employments of Practical Reason,” in *Justification and Application*, trans. C. Cronin (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 1993), 特别是第 16 页以下。在后一本著作中，哈贝马斯争辩说：“不存在我们为了辩护不同论辩形式之间的选择可以求助的任何元商谈（meta - discourse）。”（页 16）但是，哈贝马斯并没有根据某种逻辑性的自我选择来解决这一问题，他为此提供了一种对这些问题的实在论解释：“这些问题把自己推给了我们；它们具有某种限定权力的地位……”（页 17）

④ 在其《答讨论会参与者》一文中，哈贝马斯特别回应了贡塔·托依布纳（Gunther Teubner）的立场。但是，关于“不可调和的诸价值”间冲突，当下存在许多哲学讨论，除了罕布夏（Hampshire）的《道德与冲突》（*Morality and Conflict*）以外，比如说参见 Bernard Williams, *Moral Luck* (New York: Cambridge University Press, 1981); Michael Walzer, *Spheres of Justice* (New York: Basic, 1983); Thomas Nagel, *The View from Nowhere* (New York: Oxford University Press, 1986); Nagel, *Equality and Partiality* (New York: Oxford University Press, 1991) 以及 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986), 特别是第 13 章。为了在此论证我们的观点，我们无须为价值不可通约性（value incommensurability）的强式论题辩护；价值多元论仅要求：存在互不兼容的诸价值，并且文化多元论强调了这些价值之间的冲突。关于“不可通约的”价值与“不相兼容的”价值之间的区别，参见 Steven Lukes, “Understanding Moral Conflict,” in *Liberalism and the Moral Life*, ed. N. Rosenblum (Cambridge: Harvard University Press, 1989), pp. 133ff. 价值的不可通约性排除妥协（妥协要求有可能创造某种共同的通用之物），而不兼容性则不然。

斯政治共识观的根基，而这种政治共识观预设（presupposes）了人们有可能就不同类型商谈的选择和那些需要在公共领域进行审议之问题的判准取得全体一致。不夸张地说，这个层面上的争议就是没有着落的论据（arguments without a home）——不存在任何能够商谈的方式对这些论据加以裁定的场所。如果它们被证明不只是例外情形（occasion exceptions），那么合法性的共识基础就将会受到侵蚀。

其次，第二个假设与第一个有关。哈贝马斯的这一观念——民主的结果至少在原则上允许全体一致的同意——表明：公民们总是能够将争议的合理商谈方面与其要求妥协的方面清楚地分开。在《在事实与规范之间》1994年的“后记”中，哈贝马斯在回答其批评者时从不同类型之商谈的区分转向了问题的“分析性方面”：“政治问题常常是如此复杂，以至于其要求同时处理实用、伦理和道德方面。”^⑤ 正是因为道德和伦理争议仍可以由商谈中的适格（competent）参与者——至少在分析上——分开，冲突才可以避免。公民并非必须在其道德操守（moral integrity）或其作为某个给定国家之成员的自我理解上妥协（页135-138，页182）。而且，如果技术—实用方面是由专家处理的，专家们大可不必向其职业操守妥协。在最坏的情况下，身份确认（identity）的更具体性的价值和方面，或者某人特定的利益，可能不得不屈从于道德和伦理—政治考量。至少在原则上，每个公民所具有的、那种将问题的不同方面分开的能力使得他们可以不向其最深处的价值观妥协，并避免诸价值之间的严重冲突。

上述第二个假设可能会侵蚀商谈理论处理当下多元主义问题的能力。而且，它甚至会低估哈贝马斯商谈理论本身所暗含的分歧潜势（potentials for disagreement）。因为哈贝马斯认为，道德观点内在地与需要之解释（need-interpretation）、并因之与“伦

^⑤ Habermas, “Postscript,” in *BFN*, p. 452.

理”价值有关。更确切地说，道德规范所调整的是所有涉及利益平等的情势，以及与几乎所有下列可信观点有关的情势：将每个个体利益中之平等事项的确定与个体理解和评价那些利益的方式分开是困难的。但是，正如哈贝马斯也主张的那样，如果人们不能总是期待在实质价值和认同问题上达成全体一致——特别是当这些价值不是由整个团体所共享之时，就为道德商谈中那些抵制论证性解决方案之分歧的出现打开了大门。这表明：在有关正义的某些争议上，公民们发现自己处于不可调和但却合理的分歧之中。^⑩ 现在，依哈贝马斯之见，在下述两种意义上，参与者能够克服这些冲突：他们能够离析出冲突的个殊主义渊源，并达致某种公平的妥协；或者他们能够将争议构想在更为抽象的层面上，以使源于公正性或中立性观点的解决方案具有可能性。诚然，正是法律的合法性要求公民假定这些解决方案至少在原则上具有可能性。^⑪ 但是，在亚文化的伦理价值（sub-cultural ethical values）和特定认同影响着对正义与公正之解释的情形下，共识似乎要求不同的团体首先解决那些位于其竞争性正义观背后的伦理性差异——这是一项人们不必承担、但在原则上却具有可能性的任务。但即便抛开这个问题不论，人们也可以质疑：期待公民将其道德认同视为哈贝马斯所谓的抽象性要求是否具有可能性或合理性呢？

最后，哈贝马斯强烈地假定存在有关正确答案的理想化聚

^⑩ 参见 McCarthy, “Practical Discourse,” pp. 182 - 192. 在《合法性与多样性》（*Legitimacy and Diversity*）一文中，麦卡锡（McCarthy）沿着这一思路对哈贝马斯展开了更为猛烈的批评；一种更乐观的观点，参见 Rehg, *Insight and Solidarity*, 第4章；对哈贝马斯而言，参见 *Theory of Communicative Action*, vol. I, p. 20 和 “Wahrheitstheorien,” in *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns* (Frankfurt, Germany: Suhrkamp Verlag, 1986), pp. 166 - 174.

^⑪ 参见 Habermas, “Reply to Participants in a Symposium,” pp. 390 - 404. 抽象的事例比如说：某个社会通过将属于所有团体的某种非人身权利（impersonal right）认可为宗教自由的方式来解决不同宗教实践之间的冲突。在《答讨论会参与者》一文中，我们读到的是：此种抽象的公正标准是“共存的不同团体的平等权利”。

合——即使在不完全审议的情形下。甚至在非理想的即事实的认识性条件下，公共意见的聚合似乎也是需要的。如果立法机关内的审议和投票者之间的审议是为了提高多数决之结果正确的概率，那么，人们似乎必须非常强烈地作出如下假定：某个团体内的不完全审议影响着多数意见围绕着正确观点摇摆。经过一段时间的辩论，投票者——甚至是议会中的投票者——可能仍不能完全地把握相关信息和论据。即使这种不完全的审议具有开放性和包容性，它也并不必然能提高更好的论据居优的概率。在审议和信息不完全的欠理想条件下，根本就没有任何保障可以使公民的多数将聚合于此处的任何观点——如果存在这种观点，该观点是正确的观点——得以存在。甚至，在更进一步的反事实性假设——公共商谈是意识形态无涉的（ideology-free），亦即免于沟通中无法察觉的扭曲——条件下，这种聚合也并不能相伴而生。即使这些好论据是可资利用的，但单单这种不完全性本身就可能使得审议缺乏说服力。那么，人们可能会说，哈贝马斯所谓的真实的去中心性（decenteredness）与理想化的聚合之间的关系要求苏格拉底式的假设：多数聚合于更好论据的可能性与审议的数量或时长（length）成正比。^⑩

四

如果前述的诸假设在许多要点和不同层面上应当被证明是困难的（特别是考虑到当下文化多元性的多元主义），那么，人们有充分的理由为认识论化的审议（epistemic deliberation）提供一

^⑩ 如果某人想诉诸审议（并且不仅根据制度化的设计）来解决不稳定性问题的话，也需要此种强烈假设；参见 Knight and Johnson, “Aggregation and Deliberation,” pp. 278 - 285.

种较之哈贝马斯更弱的解释。这种较弱的解读并不否认这一点：公共理性在某些方面和特定问题上具有独特价值——事实上，它预设了这一点，以至于公民仍然能够在—一个公民性的公共领域（a civic public sphere）内进行审议。但是，仅在某个共同的公共领域一起审议并不预设理想化的聚合——即使是在原则上。因而，较之那种较强的全体一致解释，这种较弱的解读为包括道德多元论在内的多元主义提供了更大的空间。

一种较弱的解读的关键在于：要考虑到，某个政治决定的合法性不需要公民审议者（citizen – deliberators）作出如下这种强烈假设——他们的审议过程更有可能使得审议结果是每个人将最终、理想化地聚合的那个结果。毋宁说，对他们而言，作出这样的假设足矣：在给定的审议条件下，结果和决定允许同那些具有不同的、至少不是不理性之心智的他者进行某种不间断的合作。实际上，如果审议过程满足了至少下述三个密切相关的条件，公民们就有充足的理由作出这种具有可修正性的假设。首先，非正式与正式审议的商谈结构使得下述事情的发生较不可能：不合理的、站不住脚的论据决定着审议结果。其次，结构化的决策程序允许人们有可能修正论据、决定甚至程序，而这种修正要么具有被击败立场（defeated positions）的特征，要么提升了这种被击败立场被倾听的机会。最后，审议性的决策程序具有广泛的包容性，以至于少数人可以理性地期待：他们能够在迄今仍不能具有影响力的很多方面影响着未来的结果。当然，上述条件并不是合理合作的一种完好解释——因为，为了解释合理合作，人们还必须引入不合作的代价和基本权利的保障。但是，正如我们将争辩的那样，它的确拓宽了人们对下述合法性的规范性解释，亦即认可那些不仅建基于策略性算计（strategic calculations）之上的诸妥协形式的合法性。

无论如何，上述第一个条件表明：本文所略述的那些不同建制和公众首先具有某种消极的、进而批判性的功能。这即是说，

这些不同的建制和公众意味着，通过如下方式，它们将辩论提升到一种公民化和公共化的层面：确保那些对偏见的简单和粗暴迎合能够公开地受到挑战 and 破坏，保证微妙的以及不是如此微妙的（not - so - subtle）强制将被暴露与质疑，并确保不合理的排除性机制（exclusionary mechanisms）将会被根除与矫正。在许多问题中，对这些措施的有力追逐便足以产生积极的共识。但是，这个条件不必产生共识，理性的分歧可能仍然会持续下去。然而，其要点在于：所有那些非理性的分歧以及非理性的一致都将被根除。

通过根除那些对恐惧、偏见和无知的非理性迎合，许多公民可能转换其偏好和信仰，并采取实质上不同的立场。但是，这依赖于很多经验性因素，并不必然总是这种情形。相反，它可能也是这种情形：人们仍然保留其原初的观点，只是现在为更好的因之更为理性的、仅加剧既有冲突的那些论据所支持。换言之，商谈结构在根本上提升了辩论的层次——即使它们并没有产生一致。就活跃的公共领域包含着将非反思性观点交付批评的各种各样的论坛和公众而言，就制度化的控制甄别着那些反对就事实 and 不同要素的代表性包容进行仔细、公开审查的论据而言，就大众传媒并不缺乏辨识力（myopic）而言，建议和候选人要想基于空洞的矫言饰行（rhetoric）而获胜应当更为困难。借用罗伯特·古丁（Robert Goodin）的话讲，使理由公开可能会“洗涤”（launder）这些理由，亦即通过公共测试（public testing）来“滤清”（filtering）关于冲突之公共审议的“输入”（input）。^①

^① Robert Goodin, “Laundering Preferences,” in *Foundations of Social Choice Theory*, eds. J. Elster and A. Hylland (Cambridge: Cambridge University Press, 1986), pp. 75 - 102. 针对偏好公开的效果而进行的此种“净化”（cleansing）或滤清不可过高估计，它只限于可为参与者识别出来的坏理由和坏论据；然而，许多偏见和虚假的意识形态性信仰也可能仅通过被公开的方式而广泛地通过这种滤清。而且，这种滤清可能仅强化了那些被广泛分享的偏好和那些被公开接受的虚假信仰。此类现象以及其他在沟通中存在的、共同体范围内（community - range）的潜伏约束要求社会批评家和社会运动将它们作为公共商谈的一部分。

第二个条件即可修正性呈现出许多不同形式，其中之一已经内含于第一个条件中了。正是由于对诸理由和结果的公共测试实际上“洗涤”了多数观点，使得少数有可能影响那些为结果提供辩护的整套理由（the set of reasons）。因此，合理审议由公共性导引这一事实可以造成对实体论据的某种修正；即使这种修正不会在共识中终止，它也能使诸立场更为聚合，以至于某种道德上的妥协成为可能。我们即刻会阐明这一点。然而，人们常常将这种可修正性简单地同较早结果的改变——其改变的途径是经由程序的反复（或者经由取而代之的另一个程序进程的引入）——联系起来。民主的程序典型地在很多不同方面都考虑到了可修正性这一点，诸如定期选举、法律上诉、法律审查和宪法修正等。^⑩ 最后，可修正性也触及程序本身：为了使少数在面对可能破坏合作的偶存（contingent）社会事实和人口学事实（demographical facts）之时可以重新形成平等权力，人们可能会修正民主的程序。如果这些事实使得少数永远固定不变，那么民主的建制就不是约翰·罗尔斯（John Rawls）意义上的“良序的”（well-ordered）；它们将不会为相互合作所必需的政治平等提供保证。在这些形式的每一种情形中，可修正性都具有这样的效果：“迫使多数要考虑少数，至少是在一定的程度上。”^⑪ 比如说，罗斯福新政（New Deal）中的平等保护条款的外延就包括有助于救济那些破坏政治程序中平等参与之社会不平衡的诸经济权利。^⑫

对某人（被击败）立场加以考虑的可能性，以及其他形式的可修正性，指向了第三个条件：包容性（inclusivity）。比如说，经由实体上的修正，少数的立场在型构多数决之结果方面就

^⑩ 在《回答讨论会参与者》一文（页 395）中，哈贝马斯也以一种一般性的方式承认了这一点。

^⑪ Manin, “On Legitimacy and Political Deliberation,” pp. 360 – 361.

^⑫ 这一点为阿克曼（Ackerman）所争辩，参见其 *We the People*, 1: 38ff.

具有作用。推翻多数的未来可能性意味着：少数不再永远被排除于决策之外，并且程序性修正的引入恰恰是为了通过提升选举的平等性来确保这种可能性。一般而言，更具包容性的审议程序和决策程序使得公民更有可能克服其辨识力缺乏症（myopia）和种族优越感（ethnocentrism）。由于他们已经知道为了维护公开性和平等性其决定必须被修正，公民们将会以一种包容性和未来取向的方式来评价其民主实践。他们也将会把自己看作是可能占据少数立场的人；即使他们现在占据着多数立场，单凭这一点也并不能增添其论据必然就是更好论据的认识论力量。

这种较弱的认识论观念为超越哈贝马斯所预想的利益平衡的诸妥协形式提供了某种空间。在此，我们将会简要阐述：在下述范围内，亦即审议允许公民们看到某种相反的观点不仅是——至少以任何显见的方式——建立在自我欺骗或偏见的基础之上，某种“道德上的妥协”何以可能。这使我们更容易找到这样一种共同框架：其为每个群体基于不同的理由而接受，但却又允许相对立的诸团体维护社会合作。^⑤ 道德上的妥协试图为正在进行的审议改变框架，其途径是采取如下方式：每个人能够从自己不同的视角来继续推进合作。在这里，“框架”的含义既包括有用理由之集合（the pool of available reasons），也包括审议本身的程序——这两个要素通常只有在分析的意义之上才可以区分开来。因而，为了超越诸通行解释的不一致，成功的道德性妥协必须扩展有用理由之集合的范围，并且必须在程序上体现公正性。

事实上，这就是历史上的制宪会议运行的方式。制宪会议并没有形成一套单一的即融贯的原则，而是拼凑成复杂的妥协，甚至产生了冲突性的价值观。比如说，联邦党人与反联邦人一道为我们建构了宪政上的制衡框架，其所采取的方式是诸如同时反映他们各自的原则，等等。第三方调停也可以阐明促成道德性妥协

⑤ 参见 Bohman, “Public Reason and Cultural Pluralism.”

的策略（devices）种类。比如说，戴维营协议（the Camp David accords）可以被看作是一种成功的道德性妥协——在该协议中，卡特总统（President Carter）并没有采取抽象原则的方式。在谈判论题（text）之变化所推动的沟通中，卡特总统逐渐建构了取而代之的另一种框架。一旦这种策略克服了最初的不一致，用新的合作规则和新的辩护形式来共同商讨新的道德框架就具有了可能。就这种妥协形成程序而言，饶有兴味的是：它并不要求某种被假定的背景性共识；每个当事人都可以依据其自己的价值观和原则更改其论题，并且其结果并不必然以不偏私性（impartiality）所暗含的那种方式而弱化观点的多样性。论题恰恰就是正在进行之审议的框架；在每一轮审议中，论题必须作出足以确保双方合作得以继续的改变。^①

总而言之，人们期望：当政治决定关涉到哈贝马斯不允许妥协的正义难题之时，合作和妥协的这些机制（mechanisms）变得尤为重要。比如说，假定在我视为正义的问题上，我的投票处在少数之列。如果开放讨论的缺乏使我相信多数在很大程度上为激情、偏见或无知所支配，或者被控制着大众传媒接近此事的强权利益所操纵，那么，无论是基于对合理审议的强式解释还是弱式解释，我都有足够的理由来质疑结果的合法性，我对结果的遵从至多也是很勉强的。但如果相反，在投票之前存在对问题的开放且诚实对待，那么，我就有较少的正当理由来质疑结果的合法性。即使我仍然不同意多数的观点，但是我至少知道：他们的立场可以被公开争辩。而且，产生妥协的那些程序也允许少数基于取向未来的考虑——诸如新型联盟关系的修正或建设等——而接受决定。然而，如果我把哈贝马斯民主原则中的全体一致要求照单全收的话，我似乎总有正当理由来质疑所有多数决结果的合法

^① 对戴维营谈判中此种策略运用的一个出色解释，参见 Howard Raiffa, *The Art and Science of Negotiations* (Cambridge: Harvard University Press, 1982), pp. 205 - 217.

商谈与民主——《在事实与规范之间》中合法性的正式与非正式基础性——无论它经过了怎样的充分辩论，或是如何地可以改变。形成对照的是，如果我接受对合法性的某种较弱解读，我就可以争论——在此种情形下对理性争论开放的——结果的最终正确性，并且仍然承认：在其不属明显不理性的范围内，结果仍具有合法性。我还可以理性地预期：这些结果在未来是可以改变的，因此，我接下来的合作和参与甚至会有效地促成这些改变——如果我的理由获得公开确信的话。

五

形成道德性妥协的商谈过程暗含着哈贝马斯审议民主观所关注的复杂性和多元主义问题的一个解决方案。在《沟通行动理论》（*The Theory of Communicative Action*）一书中，哈贝马斯谈到了这种需要：“逐步颠覆沟通行动概念得以增进的强烈理想化。”^⑤ 沟通合理性理论“去理想化”（de-idealization）的这一过程对其更进一步地分析现实社会情势的复杂性而言是必要的。然而，我们必须在“并没有为了互动之协调的分析而牺牲所有理论视角”的条件下进行这种颠覆。《在事实与规范之间》一书代表了哈贝马斯本人通过理解法律的媒介地位（the intermediate status of law）所达致的进一步尝试。在其民主原则的形成中，他对全体一致的坚持反映了其维护其理论视角的决心。然而，这种坚持不仅在理论上是不必要的，而且就一种适合于当下社会条件的民主理论而言，其在经验上也是令人难以信服的。我们已经争辩说：哈贝马斯并没有充分地展开其“颠覆理论之理想化”的谋划——这始于他将理想条件下的全体一致的同意等同于政治商

^⑤ Habermas, *The Theory of Communicative Action*, 1: 30.

谈结果的合理性。但是，正如道德性妥协的问题所显示的那样，多元主义和复杂性的要求恰恰是要放弃潜隐于这种理想之下的诸假设。

在此，我们拟提出有关各述其理的复杂政治商谈的三个较弱假设。多元主义和复杂性并不要求我们放弃审议民主的理论或进路，但却要求我们弱化将全体一致视为民主审议的引导性原则的那些假设。

首先，在多元化的社会中，商谈类型之间的冲突、进而有关某个问题需要何种主张的争论是不可消除的。它们不是自由原则“预先承诺”（precommitment）并在公共辩论中被否弃的主题，而是处于理性分歧的范围之内。⁵⁶ 这些冲突确实产生了——其边界不断引起争论的——社会生活之范围的持久难题。在这些“疑难情形”（hard cases）和“根本上有争议的问题”中，将问题的认识论或商谈性方面同其协商性或妥协性方面区分开并不总是可能的。⁵⁷ 此类问题的事例包括关于下述问题的持久争论：公共领域与私人领域的边界，或者宗教领域与世俗领域的界分。文化身份（cultural identities）恰恰与人们如何在诸社会领域、诸理由类

⁵⁶ 将宪法权利和宪法原则看作是“预先承诺”的观点，参见 Samuel Freedom, “Reason and Agreement in Social Contract Views,” *Philosophy of Public Affairs* 19 (1990): 122–157 和 Jon Elster, *Ulysses and the Sirens* (Cambridge: Cambridge University Press, 1979), pp. 94ff. 我们所采取的这种较弱的认识论观点拒绝认为这些论据同道德多元主义所要求的审议类型是一致的。

⁵⁷ 关于一个问题被认为是“根本上有争议的”意味着什么，参见 W. B. Gallie, “Essentially Contested Concepts,” *Proceedings of the Aristotelian Society* 56 (1955–1956): 167–198. 关于更为晚近的论述，参见 William Connolly, *The Terms of Political Discourse* (Lexington: Heath, 1974). 我们既不同意 Gallie，也不同意 Connolly，我们不会得出关于政治的怀疑论结论；道德性妥协具有认识论上的价值。关于包括堕胎在内的界限之争，参见 Kent Greenawalt, *Religious Convictions and Political Choice* (Oxford: Oxford University Press, 1988). 除了看到了在关于事、人或物（比如说，关于生与死、胎儿或动物权利）之“暧昧地位”（borderline status）的必然争论中宗教所具有的作用外，格林·诺瓦特（Green Nawalt）还赋予了宗教信念（religious conviction）以一种公共性的作用——只要宗教性理由可以被“公开地理解”。

型之间作出区分的问题相关；因此，有关下述问题的争论将会出现：在多元主义的社会中，公民们如何各异地划定这些边界。

其次，第二个假设源自多元主义的第一个假设：正如哈贝马斯有时也认为的那样，民主的审议并不要求人们在如何区分问题的不同方面之区别的问题上达成一致。公民们可以从不同的视角来商讨这些问题，因为就同一主题的商谈而言，他们可以进入各种不同的商谈类型。只要公民们能够在多元化、公民性的公共领域中将诉诸理由与诉诸偏见区分开来，他们就可以良好地商讨，并解决他们之间的分歧。上述能力将使他们看到：他们之间的差异无论有多大，都是同那些至少能够被公开争辩——即使对所有的公民而言，其论据都不是决定性的——的立场相联系的。只有公民们以这种方式达致相互理解，他们才可以正确地识别：在其政治商谈中，理性的分歧何时危在旦夕，需要补救。公开地形成——其每一个都能够被公开争辩的——诸竞争性观点，而不是聚合于共识，就成为多元化公民之间对话性审议的审慎目标。这一论点可以为双方当事人提供认可人们下述需要的途径：考虑双方最终都承认其正确性的新观点的需要。然而，更为常见的是，理性的分歧可以由道德上的妥协加以解决。

最后，只要其对所有的理由开放和包容，甚至不完全的审议也代表了一种基于较弱观点的认识论收益。然而，这些收益应当消极地对待。在多元化的条件下，不完全的公共审议担当着过滤器的角色，其过滤着作为潜在冲突源泉之诸理由的可接受性。在开放的公共审议和对话以后，公民们接受那些诉诸意识形态、激情或利益之理由的可能性降低了。公民们所具有的那种从各种不同的视角和观点看待问题的能力将有助于这些在公开场合下非理性的理由丧失其鼓动力。至少，在经历了健康有力的商谈和对话以后，糟糕的论据为民主的多数所接受的可能性降低了；这样，公民们将被鼓励修正依赖于这些论据的信仰、惯例和规范——即使它们在争论中并不是原初争议的主题。不完全审议中的失败者

可能会产生诸如此类的大幅改变。就公共无理性（public unreason）和沟通中意识形态化限制的重要情形而言，这种较弱版本的民主原则也承担着识别非理性分歧的批判性功能，而并没有牺牲合作和协调的规范性分析。

在对正确性之需要的充分共识与显见非理性渊源的消除之间，存在某种形式的、并不牺牲合理完整性（integrity）的道德性妥协的空间。这也许部分地解释了：当商谈或表达其不同意见的机会先于那些不适宜的制度化结果之时，为什么公民们却更乐意接受它们。^⑤ 根据我们修正后的观点，哈贝马斯审议民主的理想有助于我们理解为什么多数决规则必须总是要在其间我们能够合作、但并不必然相互同意的自由、开放的公共领域联系起来。只要哈贝马斯修正其民主原则，并摒弃全体一致的强烈条件，他就能够解决他自己所提出的复杂性问题。只有到那时，公共资源（resources of public）亦即“无主体的”沟通才能为复杂且多元社会与激进民主理想的相关性提供一种可信的经验性辩护。因此，我们所给出的这些较弱的论据不仅更具可辩护性和一致性，而且它们也更好地实现了哈贝马斯自己所设定的下述目标：颠覆其理论的理想化色彩，重构根植于当下民主建制的合理性潜能，并在当下的条件下捍卫激进民主的遗产。

^⑤ 有关此论题之经验研究的一个调查，参见 E. Allen Lind and Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice* (New York: Plenum, 1988)。支持这一观点的经验研究的另一领域是“廉价磋商”（cheap talk）——在廉价磋商中，策略行动者之间的前行动沟通（preplay communication）增加了达致互利结果的可能性；即使没有有效的制裁，它也有助于协调参与者之间的预期。参见 James Johnson, “Is Talk Really Cheap?” *American Political Science Review* 87, no. 1 (1993): 74–85.

康德式的建构主义与重构主义

——罗尔斯与哈贝马斯对话^①

[美] 托马斯·麦卡锡 (Thomas McCarthy) 著

邹益民 译

在我们这个国度，“分析哲学”与“欧洲大陆哲学”间的分裂造成的一个令人遗憾的后果是，延迟了我们时代两大发展得最完善且差异最大的政治理论的对话。在过去的 20 多年中，约翰·罗尔斯和于尔根·哈贝马斯一直沿着他们在康德实践哲学中的共同起点而进行不同进路的研究。尽管存在诸多差异，但他们进路之间的关系仍足够密切从而使得它们间的分

^① 我想感谢 Kenneth Baynes, John Deigh, Rainer Forst, Jürgen Habermas, John Rawls, Connie Rosati 和 Paul Weithman, 感谢他们有益的讨论和评论, 尽管他们中的任何人都不完全赞同本文的观点。[中译者按] 本文的译稿, 经过徐清飞、樊安、吴彦的认真校对, 在此特致谢意! 当然, 文责全由译者负。

歧成为有教益的。人们并非完全没注意到这一点，不管是在德国还是在我国^②。在德国，论者们正在讨论哈贝马斯和罗尔斯进路的相对优缺点。英语世界中与这两种进路都有联系的理论家进行了有趣的讨论，其中肯尼思·贝恩斯（Kenneth Baynes）就这一主题写了一本卓越的著作。^③但是哈贝马斯的《事实性和有效性》（*Faktizität und Geltung*）——这本书在体系的复杂性上能同《一种正义理论》（*A Theory of Justice*）相媲美——在1992年秋天的面世和罗尔斯的《政治自由主义》（*Political Liberalism*）在1993年的面世，使人们明确认识到，这种讨论才刚开始。^④我把这些晚近的作品当作我的起点，在本文试图把罗尔斯与哈贝马斯的对话向前推进一点。我假定读者至少熟悉罗尔斯正义理论的大致框架，在本文开头的第一部分勾勒出哈贝马斯道德和政治理论进路的基本特征。在第二部分从哈贝马斯的视角出发提出一种对罗尔斯的批判。紧接着在第三部分从罗尔斯的视角出发提出一种反对哈贝马斯的论辩。当然，这种辩证交锋的意图并不是从任何一方的角度终止这种讨论，而仅是把这种讨论引向一定的方向，

^② 参见，例如，Rainer Forst, *Kontext der Gerechtigkeit* (Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1994).

^③ Kenneth Baynes, *The Normative Grounds of Social Criticism* (Albany: SUNY Press, 1992)。也参见 Seyla Benhabib, *Critique, Norm, and Utopia* (New York: Columbia University Press, 1986), chap. 8; Georgia Warnke, *Justice and Interpretation* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1993), chaps. 3, 5, 和“Rawls, Habermas, and Real Talk: Reply to Walzer,” in *Hermeneutics and Critical Theory in Ethics and Politics*, ed. Michael Kelly, (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1990), pp. 197–302. 还有在型构自己民主理论的进路过程中同罗尔斯和哈贝马斯论战的理论家。例如，Joshua Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy,” in *The Good Polity*, ed. Alan Hamlin and Philip Pettit (Oxford: Basil Blackwell, 1989), pp. 17–34; Charles Larmone, *Patterns of Moral Complexity* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987).

^④ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992); 英译本由 William Rehg 翻译，以 *Between Facts and Norms* 为题由 MIT Press 于 1995 年出版。John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971); *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press, 1993).

这一方向将在本文第四部分得到详细阐明。

—

哈贝马斯把对理性批判的焦点从各种形式的先验主体性 (transcendental subjectivity) 转向各种形式的沟通。康德将其视域局限于个体意识内, 根据总体意识 (*Bewusstsein überhaupt*), 即从意识本身或一般意义上的意识的结构来理解客观有效性。就哈贝马斯而言, 有效性同理由充分的一致 (reasoned agreement) 相联系, 而这种一致同可取消的主张有关。^⑤ 沟通合理性的关键是诉诸理由或理据——更好论据的非强制力量——以获得主体间对那些主张的承认。相应地, 可把哈贝马斯的“商谈伦理学”观念 (idea) 看作根据沟通理性对康德实践理性观念的重构。^⑥ 大致来说, 这种重构涉及从程序上重述绝对命令: 不是把那些我能够通过意志的选择 (will) 成为普遍法则的准则归于他人, 使它们成为有效的, 而是我必须把那些准则向他人提出以从商谈上检验这些准则的普遍有效性主张。重点从每个人能够不矛盾地意欲的东西转向所有人在合理商谈中能够达成一致的东西。哈贝马斯把有效性解释成合理的可接受性 (rational acceptability), 它并不

⑤ 哈贝马斯运用“有效性”作为包含主张的真理性、规范的正当性的一般性术语。在这方面, 这个词类似于罗尔斯宽泛地使用“真理”以包括“道德真理”。对哈贝马斯而言, 这个一般性的术语传达了他的信念, 即道德主张同真理主张一样能够合理地加以评判: 两类主张的客观性都同它们的合理的可接受性相连。同时, 选择“有效性”而不是更宽泛意义上的真理这一做法表明哈贝马斯想避免把这两类主张等同起来: 相关种类的证明理由有重要不同。

⑥ Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, trans. C. Lenhardt and S. Nicholsen (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1990). 对在当代道德理论语境中对商谈伦理学的精彩说明, 参见 William Rehg, *Insight and Solidarity* (Berkeley: University of California Press, 1994).

是能够以私人的方式加以证明的某种东西，而是同众多沟通过程相联系，在这些过程中人们反复权衡理由并以论辩的方式检验所提出的各种主张。

像康德一样，哈贝马斯区分了实践理性的类型以及相应的“应然”类型，这些“应然”类型同关于什么在实用上是可取的、在伦理上是审慎的以及在道德上是正当的各种问题相适应。^⑦对合理选择的计算为根据既定偏好追求不特定目标提供了相关的建议。当严肃的价值问题产生的时候，对人们是谁以及想成为谁的慎思产生关于好生活的洞视。如果涉及正义问题的话，那么要求人们对相互冲突的利益进行公平且无偏私的考量以判断何谓正当的或正义的。并且也同康德和罗尔斯一样，哈贝马斯把最后一类问题而非特定的伦理问题当作理论的适当领域。这并非是否认伦理商谈是合理的，或者否认它显示出它自己所具有的一般性结构，而是说世界的逐步“祛魅”（disenchantment）使我（单个的我或整体的我们）应该如何生活的问题向不可化约的多元现代生活开放。认为在古典伦理学的主题——幸福和美德、品质和风尚、共同体和传统——下处理的好生活问题能够从一般上并且由哲学家加以回答这一想法，再也不是合理的。关于自我理解和自我实现的问题，根植于特定生活史和特定文化中，也不能从一般上进行回答。在特定生活世界和传统的范围内对好生活的慎思并不会产生一般性的规定。如果严肃对待多元主义意味着否弃这一想法，即哲学能够选出一种享有特权的生活方式或对我（我们）应该如何生活这一问题能够提供一个对所有人有效的答案，那么在哈贝马斯看来，严肃对待多元主义并不排除一种更狭隘的一般性理论，即一种正义理论。因此，哈贝马斯商谈伦理学的目的仅是重构道德观点，从这个观点出发，关于正当的问题能够公平和无偏私地加以

⑦ Jürgen Habermas, *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*, trans. Ciaran Cronin (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1993), 尤其是 chaps. 1、2, 以及“Translator’s Introduction”.

评判。^⑧ 就像上文所指出的那样，像康德的伦理学一样，商谈伦理学被设计出来探讨每个人能够通过合理意志选择的东西也同样对每个人有约束力；但是，它把偏好框架从康德的独白的、反思性的道德意识转换到处于对话中的道德主体构成的共同体；而且用实践论辩的程序取代了康德的绝对命令。这种程序的目的在于在那些服从被讨论的规范的主体间达成有充分理由的一致。而且商谈伦理学通过要求采取一般化和互惠的视角，使同情或“理想的角色承担”这一环节成为达成有充分理由的一致的理想程序内容的一部分。^⑨

就像围绕罗尔斯的反思平衡观念的论辩过程（trajectory）所显示的那样，道德理论家的证明责任是重大的，他们希望为一种正义观念提供比我们的受推崇的政治文化的信念更为普遍的某种基础。因为哈贝马斯正想做这样的事情，因而他所提炼的同行动理论的联系是关键；这些联系意在表明我们基本的道德直觉根植于某种比由我们传统的各种特殊的东西更为深刻和普遍的某种东西之中。在哈贝马斯看来，道德理论的任务是反思性地阐明、重新界定、详尽阐发——“重构”——对社会互动规范前提的直觉把握。这种社会互动属于社会中有资质社会行动者所进行的全部活动的部分。理论家所重构的基本道德直觉，就像亚里士多德已经注意到的一样，是在人们在社会化过程中所获得的；但是，哈贝马斯论辩说，这些基本道德直觉包

⑧ 因而要是把“商谈伦理学”称作“商谈道德”或“商谈正义”，更好。

⑨ 这当然与罗尔斯喜爱的“代表设计”亦即原初状态有差别，这一设计的特征是合理的利己主义者在无知之幕后审慎地缔约。罗尔斯仅通过协商条件直接论述了“合理的”（rational），间接论述了“理性的”（reasonable）；而由于商谈在哈贝马斯理论中所起的作用，他想直接论述本人已经采取道德观点的行动者的合理且理性的协商。因而，哈贝马斯并不像罗尔斯那样依赖于合理的东西（the rational）与理性的东西（the reasonable）间的区分，而是常常互换地运用它们意指权衡言说和行动中理由的能力和敏感性。参见 Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, 2 Vols., trans. T. McCarthy (Boston: Beacon, 1984, 1987), vol. 1, pp. 1 - 141.

括一种“抽象的内核”，它不是文化上特殊的而是种类上特殊的（species-specific）。我们同类的成员处在经由社会化而被纳入互惠的社会关系网络过程中，并通过这一过程成为个体，以致个人的认同一开始就同相互承认关系纠缠在一起。这种相互依赖带有一种相互的脆弱性，这种脆弱性要求确保进行相互地考量以既保护单个个人的完整性，也保护单个个人的认同在其中得以形成和继续的个人间关系网。这两种关注——对个人不可侵犯性和共同体团结的关注——已经处于传统道德理论的核心。在康德式的传统中，对个体的尊重同每个人的自由相关。这种自由即是每个人依据他本人能够当作正当的加以接受并为了法则无偏私性上的一般利益而考虑，这些法则也是所有人基于无偏私能够同意的。哈贝马斯的商谈伦理学把对规范的论证根据放在那些服从规范的人们有充分理由而达成的一致上。在这种伦理学中，对个体的平等尊重反映在每个参加者用肯定或否定回应通过论证而提出的理由的自由中，也反映在对论辩要求中的共同利益（the common good）的关怀上。在论辩中，商谈伦理学要求每个参加者考虑到所有他人的需要、利益与情感，并给予和自己的需要、利益与情感同等的分量。因而道德和政治商谈的实际实践取决于社会化和社会再生产的形式，我们能够依赖这些形式培育所要求的能力和动机。

实际上，可能把哈贝马斯论述政治与社会的广泛论著解读成对贯彻实践商谈的心理上、文化上和制度上的前提和障碍进行的长时间考察。他在学术生涯很早的时候，在《公共领域的结构性转型》（*The Structural Transformation of the Public Sphere*）中，对自由主义的公共领域的兴起、转换以及衰退进行了历史—社会学上的描述。在这种公共领域中，对有关一般利益问题的批判性公

开讨论得以制度化。^⑩ 哈贝马斯注意到，在“基本人权”的构成性目录与这些权利实际上只限于某阶级人们间存在的矛盾。并且他把这种矛盾所产生的紧张追溯为，伴随资本主义的发展，公众主体不再限于资产阶级，进行扩充，以把那些因经济系统的兴起而系统性地位于劣势地位并要求国家调控和补偿的群体包括进来而产生的。哈贝马斯在他的其余著作中也对民主公共领域的历史起源和结构问题进行了相关讨论。^⑪ 我在本文并不关注那些讨论的细节，而是关注作为那些讨论的规范参照点的程序主义协商民主观念。

这一观念把通过诉诸一般上可接受的理由而进行论证的理念应用到宪政民主社会中自由而平等的公民间的协商。^⑫ 哈贝马斯版本宪政民主社会基本结构的核心是对政治自主，亦即对在法律—政治领域中对理性的公开运用进行制度化。考虑到社会上、文化上和意识形态上多元主义的事实，他论辩说在法律——政治领域中达成的有充分理由的一致典型地涉及上面已提到的所有三类实践推理——关于如何最便捷实现我们目的的实用商谈，关于益品（goods）、价值和认同的伦理商谈，以及关于什么是正义（公正），或者平等对待所有人利益的道德商谈。尤其是在同追求集体目标相关时，政治过程也典型地要求进行谈判与妥协。如果在谈判与妥协中达成的一致值得称为理性的话，那么谈判与妥协本身也必须受到调整以确保对利益的公平权衡。因而哈贝马斯所提的规范性民主协商观念，把谈判和实用协商连同伦理商谈和道德商谈笼统归到各种条件下，这些条件确保如下假设：程序上正确的结果是自由平等公民能够合理达成一致的结果。哈贝马斯把民

^⑩ Jürgen Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trans. T. Burger and F. Lawrence (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1989). 也参见 Craig Calhoun, *Habermas and the Public Sphere* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1992).

^⑪ 尤其参见 Habermas, *Faktizität und Geltung, The Theory of Communicative Action; Jürgen Habermas, Legitimation Crisis*, trans. T. McCarthy (Boston: Beacon, 1975).

^⑫ 关于适用的结论，参见 Habermas, *Faktizität und Geltung*, chaps. 3, 4.

主宪政国的基本原则主要看作对如下问题的回应：合理协商的那些条件如何能够既在政治上公共领域的正式政府领域，也在非正式的领域中加以贯彻。

独立的公共论坛对哈贝马斯来说是人民主权的基础。它们既不同于经济系统也不同于国家管理，相反体现在志愿社团，社会运动，以及市民社会的其余沟通网络和过程——包括大众媒体——中。从理想上看，在非政府领域中对理性的公开运用经由法律上制度化的决策程序——例如选举和立法程序——转化为合法的国家行政权。用哈贝马斯的话来说，就是“行政上可获得的权力产生于对理性的公开运用……经由民主程序而产生的公共意见本身不能够‘统治’，但是它能够把对行政权的运用引向特定的方向”。¹⁸ 在这种对政治权力以协商的方式去中心化的模式中，发现、界定和讨论社会问题的多样和多种形式的领域，以及在文化上和政治上被动员起来的运用这些领域的公众，构成了民主自治因而也构成了政治自主的基础。哈贝马斯把宪法看作一项“规划”（project），它应转变的历史情境的要求，永远是不完整的并且受到对政治自主的持续运用的约束。因为这种对理性的公开运用不可避免地是开放的也是反思的，因而我们对正义原则的理解也是如此。正是由于这个原因，哈贝马斯把他本人的思想限制在重构民主协商的条件和预设上，并把所有实质性问题留给对理性的公开运用本身。哈贝马斯关于协商民主的商谈论“排他性地关注公开运用理性的程序方面，并从在法律上〔公开运用理性〕对它进行制度化这一理念中推演出权利体系。这种理论能把更多的问题开放出来，因为它把更

¹⁸ Jürgen Habermas, “Three Normative Models of Democracy”（提交给 Annual Conference for the Study of Political Thought, New Haven, Conn., April 1993 的论文）。这篇论文和同一会议的其余论文，发表在 *Constellations* 1994 年第 1 期上。

多的问题留给合理的意见和意志形成过程”。^⑬

二

罗尔斯在《政治自由主义》中以某种非同寻常的方式区分对理性的公开运用与对理性的非公开运用。^⑭“公开”运用理性同政府和准政府的场合和集会相关，例如同议会辩论、行政行为和公告（pronouncements）以及司法机关的运作相关，但也同政治运动、政党政治甚至投票行为相关（页 215 - 16）。但是，“非公开的”理性同非政府的场合和集会——例如，同教会、大学、职业群体和市民社会的志愿团体（页 213，页 220）相关——也就是说，很大程度上同就公共事务进行沟通的私人的非正式网络相关。哈贝马斯把这种非正式网络当作政治公共领域的神经系统。非公共理性在罗尔斯提出观念的过程中肯定也不是私人理性；就像罗尔斯所说的那样，非公共理性在性质上是“社会的”并且甚或关心恰恰同样是公共理性关注的政治问题（页 220）。然而，非公共理性与公共理性间的差别并非仅是术语上的，这点能够在罗尔斯

⑬ Jürgen Habermas, “Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls’s Political Liberalism” (Frankfurt, 1993, 打印稿), p. 24. 这篇论文作为哈贝马斯同罗尔斯交锋的一部分，发表在 *Journal of Philosophy* 上。从伴随民主宪法的历史诞生以及实现它们的连续“规划”而发生的论战中，我们显然看到，我们对民主自我决定前提和条件的具体理解本身受制于政治公共领域里的讨论。民主商谈是反思性开放的；参加者可以问题化他们从事的活动本身。甚至对程序上不偏不倚的那些核心要素诸如平等考虑和平等对待的解释，也在本质上是可争辩的，这一点可在正在进行的围绕在其中公民被当作平等的相关方面的论战中看出来，例如，围绕哪些方面被看作“公共的”，哪些方面被看作“私人的”论战。至少就此而言，形式（或程序）与实质间的区分只被看作是程度上的而非性质上的。

⑭ John Rawls, “The Idea of Public Reason,” lecture 6 in *Political Liberalism*, pp. 212 - 54. 本文正文和脚注里的圆括号中的页码参照的是这本书。

对同良序社会中公民身份理想相关的公共理性的限度所作的说明中看出来。我冒着过分简化罗尔斯所作复杂和分化处理的危险，把关键点总结如下：

（1）我们正在讨论的限度适用于对根本性政治问题，亦即有关“宪政实质”（constitutional essentials）和“基本正义”（页 223 - 24，页 227 - 28）的问题进行罗尔斯意义上的公开讨论。

（2）粗略地说，限度在于把争论限制在良序社会的重叠共识中发现的政治上的正义观念和政治上的价值范围内。换言之，在对根本问题进行的公开讨论中，人们所提的针对对方的理由应当是可以合理期待所有人鉴于他们共享的政治上的正义观念而赞同的（页 224 - 25）。从反面来说，这些理由不应当是某特殊的整全（comprehensive）道德、宗教或哲学论说（doctrine）所特有的。

（3）由公共理性施加的限制既包括方法上的也包括内容上的限制。罗尔斯把这些限制描述为对探究的指引；它们包括诸如推理原则、相关性标准以及证据规则之类的东西。在此，关键也是在对基本问题提供公共理据的时候，避免依赖有争议的东西。罗尔斯详尽阐明了这点：“在提出这些理据的时候，我们只诉诸在常识中人们目前已接受的一般性信念和推理形式，以及在人们没有争议时，科学上的方法和结论……推理的知识和方法尽可能……以人们广泛接受的或公民一般上可获得的朴素真理为依据。否则，这种政治上的观念将不能够提供一个公共的论证基础。”（页 224 - 25）

（4）与这种关于公共理性限度的理念相匹配的是，可以说是这些限度在其中得以内在化的公民身份理想。这一理想的核心是同公民身份相称性有关的（civility）义务，依据这种义务，公民们在公开讨论根本的正义问题时，把他们自身看作是有义务公开运用理性的（页 217 - 18）。因而，公民成为罗尔斯意义上的“理性的”，“并不诉诸他们所理解的那种大全（the whole）真理”，而是力图表明他们的立场如何能够由政治上的价值予以支持。

在这些限度和义务中勾画出的公共理性图景有可能使拥有更坚定的民主商谈观念的理论家们停顿下来。这种图景对于哈贝马斯来说，尤其不可接受。他对公开批判和公开论证同样感兴趣。因为社会——政治批判常常探讨的是基本权利、原则和价值，从而改变现存的认识并说服公民以不同的眼光看待根本问题，因而正是理性的公开运用有时要求违背已确立的重叠共识。从这个观点看，罗尔斯的观念似乎对迫切要求基本结构变迁的公共论坛的运用施加了不适当的限制。这反映在伴随着他划分公开运用理性和非公开运用理性界限而产生的问题中。在社会生活的非政府场合——“背景文化”中，从规范上讲，我们根据我们认为相关的和有说服力的任何考量，自由地讨论基本的正义问题。这特别适用于在无数且多样化的志愿团体和运动之内的讨论，它们是良性民主生活的特征。我想这也适用于在各种公共媒体、报刊和广播中对同样问题所作的讨论，因为政治自由主义肯定不会对作家、编辑、时事评论员、脱口秀主持人等人员施加狭隘的限制。因此我们的理想社会很可能充满了在所有层面上、根据所有种类的考量对所有种类问题的公开（在这个词的通常亦即更宽泛意义上）讨论。总之，我们的理想社会很可能包含民主理论家会通常认为是良性的政治公共领域的东西。然而，如果这是一个罗尔斯意义上良序社会的话，那么在相关方面讨论中场合发生变化的任何时候，政治讨论将会彻底地被改变，即便是同样的人讨论同样的问题。例如，如果讨论被当作选举运动的一部分，或以支持一个人的方式进行，或者在议会中进行，那么只有无限制讨论的特定部分——或者用罗尔斯的话说，“单元”（modules）——是适宜的（页 252 - 253）。这种逃避策略所引发的观念上、心理上、文化上和制度上的问题是难以处理的。政治上的原则和价值真能够以这种方式从培育它们的理据环境中分离出来？特别是当我们公开地就同植根于我们不同整全性观点中的基本正义问题相关的差异进行论辩时，我们应当从这种论辩中排除对产生那一论辩的

各种考量本身的公开审查么？我们能够合理地期待个体分开他们的私人信念和价值与公共的信念和价值，以达到公民身份理想要求的程度么？依据罗尔斯，这一理想要求我们甚至不对基本的政治问题用我们的良心进行投票（页 215）。我们能够想象这样一种政治文化吗？在其中，一方面，公民通过阅读、倾听并对基本政治问题进行公开讨论而形成他们的观点，但是然后又被期待以不同的理由参与选举运动并对立法规划和行政政策给予支持。

我认为，在非正式的意见和意志形成之海与正式和准正式的商谈之岛间，显然不存在确立制度上界线的方法。我也认为不存在设置能够筛选正式和准正式的商谈之岛中所有有争议信念与价值的制度上过滤器的任何方法。并且显然没有任何一种政治上的自由主义的理论会想那么做。罗尔斯在这一点上是明确的：他谈的不是自由言说的制度界线或法律限制，而是公民身份理想所蕴含的同公民身份相称性有关（civility）的道德义务（页 217）。总之，分离艺术的负担落到个体身上。我们必须监督和限制我们自己，以知道我们什么时候在、什么时候不在罗尔斯所称的“公共论坛”里言说，并相应地引导自己的行为。在此我们似乎拥有一个反讽的康德在自律的自我与他律的自我间所作的成问题区分的变体。罗尔斯的政治上自律的自我也围绕自我克制（self-abnegation）而建构；但是必须受到制约的正是人们所拥有的最深的信念和良心的释放。就像我们所看到的那样，无论我们在公共论坛中动心想说出大全（the whole）真理的任何时候，我们必须（用罗尔斯的话来说）问我们自己：“我们以最高法院意见形式提出的论辩如何打动我们？”（页 254）正如罗尔斯注意到的那样，这必定意味着把康德——以及很多道德和政治哲学家——为正义基础所作的种种推理从良序社会的公共论坛中排除出去。我们可以进一步讲，这同样适用于由积极支持公民权利的人（例如诉诸一种宗教传统）、女权主义者（例如诉诸各种有争议的探究）、民主社会主义者（例如诉诸一种整全性的观点）和大多数

其余鼓动根本改变的社会运动所提出的某些论辩。^⑩ 我的观点仅是，这些限定凭直觉可知是有问题的。这些限定同我们受到推崇的民主公共领域中论辩的开放性的信念相冲突，甚至并且尤其当人们争论具有极端重要性的事务时。^⑪ 如果情况如此，那么可能必须要对罗尔斯理论中的其余部分提出调整。

我在本文肯定不会尝试去提出那种调整。但是我想说的是，这个问题同罗尔斯在 20 世纪 80 年代把政治稳定性问题纳入规范的正义理论（这个理论的“第二阶段”）有关。^⑫ 规范的政治理论固然同他所称的“关于可能的东西的艺术”相关。这种理论至少必须考虑到它的理念是“现实的”或是“可行的”。但是存在不同的考虑方式。罗尔斯所拒绝的一种方法是把稳定性问题很

^⑩ 罗尔斯认为“公共理性的合适限度依历史和社会条件而变化”（页 251）。这种“包容的观点”在人们所讨论的社会不是良序的时候，即在罗尔斯看来，废奴主义运动和公民权运动的情形即是如此，允许诉诸“整全的”——相对于“公开的”——理由（页 249-51）。这同社会是“或多或少”或“接近”良序的形成对比，这时适用更严格的限制（页 247-49）。如果现有的社会没有一个是良序的，正如罗尔斯有时似乎表明的那样，那么在他关于在实际存在的公共论坛中什么是可允许的观点和哈贝马斯的观点间实际存在的分裂，并不如我已经说的那么大。但是规范—理论上的差异仍存在。把这些差异归结到一点：谁决定，以及如何决定是否存在必须要抗议的“根本非正义”（页 248）或者政治斗争是否属于“确立政治正义的必要历史条件”（页 251）？哈贝马斯会论辩说这个问题必须留给参加者自己通过参与公共领域去决定；并且这实际上意指罗尔斯提出的对公共商谈的限制从来就是没有理由的。

^⑪ 罗尔斯对堕胎论战的讨论（页 243-44, n. 32）是个恰当的例子。他写道，在一个良序社会中，在公共论坛中投票或者发言反对选择权（至少在头三个月内）会“违背公共理性这一理想”，因为对涉及的政治价值的“任何合理平衡”都承认“妇女平等这一政治价值是最重要的并且要求用选择权赋予妇女平等以实质和力量”。任何会产生不同平衡的整全性论说——例如，产生的一个平衡把“对人的生命的适当尊重”这一政治价值当作最重要的并进而当作排除堕胎的——会“在那种程度上是不理性的”。就政治—理论而言，在把论辩描述为错误的或不适当的，与把它描述为不理性的且违背公共理性的理想——因而违背公民身份这一理想和同公民身份相称性相关的义务间完全不同。罗尔斯在此使他对那些价值相对分量的解释成为不仅是竞争性论辩的相对说服力的标准，也成为它们在良序社会的公共论坛里可允许性本身的标准。这尖锐地同至少是我的受人推崇的公开论辩的适度开放性的信念相冲突。

^⑫ 这是从罗尔斯对 *A Theory of Justice* 第三部分问题的处理中产生的一个重要差别。他在 *Political Liberalism*, pp. xv-xviii 的导论中评论了这一变化。

大程度上当作一个经验问题。现代社会学的历史包括了一系列的对“社会秩序问题”^①的反思。这些反思表明稳定性是无数因素（包括亲属关系结构、养育儿童的实践、社会化过程、文化价值、法律实践、政治制度、科层管理、经济上的相互依赖等）作用的结果。最重要的是民主社会中的政治稳定不仅依赖于那种罗尔斯的理论集中关注的政治上观念的统一。一个社会可以容许某些异议，如果这个社会在其余领域有充分程度的整合。总之，基本政治原则和价值的统一是否是稳定的必要条件，以及如果是，那么在何种情况下有何种程度上的统一性这一问题，不可能有一般意义上的亦即哲学上的答案。

但是，罗尔斯当然想从对稳定性的考量中获得比社会科学能够提供的更多的东西。他想使他自己和我们确信，政治上的正义观念能够是重叠共识的聚焦点，因为这将意味着这一观念不仅是权宜之计而且也能够获得自由且平等公民的有充分理由的（以各种方式）支持，这些公民是合理的也是理性的。这种理想化的合理的/理性的可接受性理念接近于哈贝马斯所谓的有效性。^②所以，必须要重新加以考虑的东西或许正是把有效性同稳定性联系起来这一方法。这一方法形成了重新审视《政治自由主义》一书中探讨的正义理论的前提。我在第三部分论述完罗尔斯或许提

① 参见，例如，Talcott Parsons, *The Structure of Social Action* (New York: McGraw Hill, 1937).

② 因而哈贝马斯能够把罗尔斯的论述当作自己的加以采用。罗尔斯论述的是“由合法性 (legitimacy) 原则表达的理想：以政治的方式同他人根据可以理性期待所有人赞同的理由生活在一起”（页 243）。但是罗尔斯这样说的意思是“能够理性期待每个人赞同的政治价值”（页 241），然而人们或许对在他们各种整全性论说中的“那些价值的更深入的且常常超验的背景”发生分歧（页 243）。哈贝马斯不会接受对这类证明理由的规范—理论上的限制，尽管如我在第三部分将要指出的那样，在实践中结果或许是多元民主社会中的公共协议通常只能以罗尔斯所称的“政治理由”为根据才能达成。但是这依然是个有影响的差别。

出的反对哈贝马斯的论辩^①后，在第四部分考虑那种方法。

三

我所考虑的反对哈贝马斯的论辩涉及罗尔斯所说理性的多元主义这一事实。就像我们已经看到的那样，哈贝马斯对协商民主的程序主义说明把政治自主理解成自由且平等的公民通过公开运用理性而进行的自我立法。这种说明把法律规范的合法性 (legitimacy) 同所有人在合理的公开协商中能够达成一致的东西联系起来。合理的公开协商平等地考虑到每个人的需要和利益。这种协商相应地被理解成不同类型的商谈——道德的、伦理的和实用的——同公平调节的讨价还价过程的交织。从理想上看，暂时证明规范、政策、规划或安排为合法的“合理推动的共识”应在所有方面都达成一致。这种理想化的民主决策观念如何能够很好地匹配正如哈贝马斯本人所理解的那样的民主政治要素？我特别想到哈贝马斯对价值多元主义的认可和对这一事实的承认，即评价性视角不可避免地影响我们的观念，这些观念同那些不仅对我们自己而言是好的也对我们是其成员的各种共同体而言是好的东西有关。那么，依据什么理由，我们期待拥有不同且常常不相容价值倾向的自由且平等的公民们能够经常就什么东西符合共同利益达成共识？在拥有不同善观念的公民间，这似乎显然常常是个同异议有关的问题。换言之，既然对哈贝马斯来说，正义问题本身必须从什么东西对所有人同等好这一角度提出，那么伦理上的分歧完全可以产生关于何为正当或正义的分歧。在价值多元

^① 更早版本的这种论辩是拙著 *Ideals and Illusions* (Cambridge, Mass.: MIT Press, 1991) 的第七章。更精致的版本将以“Legitimacy and Diversity”为题发表在 *Cardozo Law Review* 上。

主义的条件下，即使是理想化的合理商谈也无须产生合理的共识。

在上述这一点上，哈贝马斯倾向于提出两种相当不同的动议（moves）。在某些场合，他表明应当像对待利益冲突一样，把不可解决的价值冲突留给公平的讨价还价过程。²²但是他也明确知道，虽然适当的调节或许成功地均等化讨价还价权力，但是它们不能抵消讨价还价权力，也不能够把作为谈判特征的策略性互动转化为纯粹的沟通互动。所以，不能说这里所涉及的这类“理性一致”的基础在于以沟通方式达成的共识，尽管在均等的权力平衡的情况下达成的；可以说它是公平的。但是公平的讨价还价程序几乎不是协商政治的合理基础类型。在这方面，哈贝马斯明确使自己同某些自由主义观念保持距离，我们可以说，对协商政治来说的那类，他需要更“共和主义的”民主合法性观念。²³个体通常不愿意像对待利益一样对待价值，也不愿意对价值进行讨价还价这一明显的事实使刚才所述问题变得更严重。就像当代关于堕胎、色情作品、动物权利、极刑、安乐死等的分歧表明的那样，常常在基本价值上几乎没有妥协的余地。在那些情形中，我们特别诉诸解决争议的其余程序，如投票与多数规则。如果以争议的所有当事人接受为合法的方式去进行这些程序，那么结果或许同样被人们接受为民主上合法的。但是那样的话，同把这些结果描述为“合理的一致”相比，就有同样多的理由把它们描述

²² 例如，在 Habermas, *Faktizität und Geltung*, pp. 204 - 5. 我在此集中关注哈贝马斯所提的关于协商程序与结果的规范—观念动议。对民主分歧现象的另一个补充性回应出现在制度层面上，在此之上，他考虑到了诸如法律保护、代表、多数规则、权力分立之类的东西，等等。实际上，正是看待权利或法律作为规范系统和社会行动系统的双重视角界定了他在 *Faktizität und Geltung* 中的进路。但是探讨这太复杂，所以此处不论。

²³ 哈贝马斯在“Three Normative Models of Democracy”一文中相较于自由主义的和共和主义的民主概念而定位他的程序主义协商民主观念。尽管他强调超越于私人利益集聚的以沟通方式达成的共识和政治参与的积极自由，他通过强调多元主义和运用公共理性以弥合社会和文化差异，从而使自己与社群主义版本的共和主义保持距离。

为“合理的分歧”。成员接受为程序上正确的结果在他们看来并非因此就是根据事实而得到合理论证的，如果那意味着仅用赞同和反对的理由的力量进行论证的话。这里也有另一力量在起作用。并且尽管那种力量不需是不正义的，然而它也不仅是更好论据的无强制力量。

可以说，哈贝马斯的第二个动议走向了反面，亦即迈向更抽象的方向。^④ 这里的想法是当公开讨论不是产生对一般利益和共享价值的合理推动的共识，而是相反通过揭示出特殊利益是不可一般化的或者特殊价值既不是一般上可共享的也不是可以以共识的方式调整从而使分歧尖锐化时，我们通过把讨论转向更高的抽象层面——例如，从不同的偏好转移到选择自由，从对立的信念转移到良心自由，从冲突性的价值转向隐私权等——仍然能达成合理的一致。这种策略通过反思现代法律与政治系统中迈向更高抽象和一般化的趋势而获得某种貌似合理性。但是这一点并非我们在这里关注的东西。在本文中有趣的是如果哈贝马斯把这步迈地足够远，那么他更接近罗尔斯。也就是说，多元社会能够期待在社会、文化和意识形态上差异作用中确保一般上一致的抽象水平，很可能类似于罗尔斯政治上的观念的抽象水平。这肯定是个开放性的问题，但也是一个除了在实际社会的公共领域中实际尝试达成有充分理由的一致外，不可能得到回答的问题。^⑤ 但是

^④ 例如，在 Habermas, *Justification and Application*, pp. 90 - 91. 罗尔斯在 *Political Liberalism* 页 45 - 46 中运用了类似的抽象观点。

^⑤ 哈贝马斯把这看作一个经验问题：“能够从道德观点加以合理回答的问题的范围，在特定社会之内迈向多元文化主义和在国际层面上迈向世界社会的发展过程中变得更小。但是对这些少数为人们更集中关注的问题寻找答案，对于人们在这个人口越来越多的世界上的共存甚至存在来说更关键。可严格一般化利益的范围延伸到多远仍是一个经验问题。”（*Justification and Application*, p. 91）同时，哈贝马斯必须主张某种对基本权利和原则的规范——理论区分，要用这些权利和原则在合理的意见和意志形成程序中制度化“道德观点”本身。并且哈贝马斯实际上主张，以这种方式去理解的话，那么能够把正义的基本结构论证为公共协商中自由平等参与的必要前提，并且它们本身能够在人们设计出它们以确保的商谈本身中反思性地得到人们赞同。参见 Habermas, *Faktizität und Geltung*, chap. 3.

这个问题值得深入思考。

就有充分理由的一致的道德—政治意义取决于它为公开的或潜在的强制提供一个替代性方案，以作为社会协调的手段而言，显然有取代实质性共识的方案之余地。如果参加者他们自己意识到他们不同的诠释和评价视角根植于特殊的传统、惯例和经验，并且如果他们认为他们社会的政治制度和程序基本上是正义的，那么他们或许把同那些制度和程序相一致的集体决定看作合法的，即便当他们发生分歧时。也就是说，他们对发挥作用的政治上的正义观念的根本上的—致，可以合理推动他们〔在哈贝马斯所赋予的“合理的”（rational）这个词更宽泛的意义上〕同意他们认为实质上没有充分理由的（unwarranted）法律。我不明白哈贝马斯为何会想贬低这一替代性方案。他坚称以哲学作为基础的道德理论仅能够阐明道德观点，并且认为道德观点不能够穷尽整全性论说的“语义潜力”，如他所提出的那样。正是因为商谈伦理学的高度的形式性质，它与不同的实质性的关于生命意义和价值的观念相容。因为这些差异在关于共同利益的判断中占据重要地位，它们转换成关于实质性正义问题的差异，也就是关于特定的法律或政策是否平等对待所有人利益或对所有人同等好这一问题的差异。在此，我想哈贝马斯必须向罗尔斯靠拢。的确，他对民主商议条件和程序而非其结果的强调，或许可看作是已然指向了那一方向。²⁰ 但是，即使弥补这一差距，并且即使罗尔斯放松了有效性与稳定性间的联系，那么在他们的—般性理论策略上仍有重要差别。

²⁰ 哈贝马斯在晚近出版的论著中，实际上采用了类似于罗尔斯的存在于理性的整全性论说间的“重叠共识”的一个观念。他论辩说，就政治—社会学而言，围绕关于公民身份的各种理念的“政治整合”与更—般的“文化整合”间的日益分化，使得植根于宪政传统中的政治文化有可能得以发展并同其余领域的文化差异共存。这肯定要求不同亚文化间的政治基础上有一定程度的“—致”（或和谐）。参见我在“Legitimacy and Diversity”中的讨论。

四

罗尔斯告诉我们，理性的人们“为了自己的利益而欲求一个他们在其中作为自由且平等的人能够同其余人按照所有人能够接受的条件而进行合作的社会世界”（页 50）。他把这同斯坎伦（T. M. Scanlon）的道德动机原则，亦即“能够依据他人不能理性地拒绝的理由而论证我们行动的根本愿望”相联系（页 49 - 50）。就像罗尔斯理解的那样，对理性（the reasonable）进行说明的另一方面是“在宪政政体中在引导政治权力合法运用的过程中，为了运用公共理性而认可作出判断的负担并接受负担产生的后果的意愿”（页 54）。认可作出判断的负担意味着，理解理性的人们间发生理性的分歧为何不仅有可能而且可能性极大，也就是说，为何理性的分歧是对理性（reason）自由运用的常规结果，即使从长远看并且把所有情况都考虑到。根据那种分歧的很多来源或原因——评价证据时的困难和权衡证据时的差异，概念的不确定和解释的冲突，经验上与规范上的分歧，价值的多样性与对它们进行选择和调整时变量的多样性（页 56 - 57）——期待“有全部理性能力的有良知的人们，即使在自由讨论后，都将完全〔总是〕达到同样的结论”（页 58）是不理性的。这一点同我在第三部分对哈贝马斯的批判基本上一致。然而，第二部分的论辩质疑了罗尔斯自己对“就运用公共理性而言的后果”的看法，这些后果产生于对公共理性的使用中。并且在结尾的评论中，我想简单回顾的正是这个问题。

我们可以有点格式化地把理性的两个基本方面当作处于一种紧张中，这种紧张同存在于康德的两种观点间的紧张相类似。作为“参加者”，用哈贝马斯的术语来说，我们想向他人依据所有人能够合理接受的理由论证我们的行动。然而，作为“观察者”，我们注意到理性的多元主义这一事实并料想某些我们可接

受的理由对其余人来说是不可接受的。我们如何把这两种关于公开论证的观点结合起来？就像我们在第二部分已经看到的那样，罗尔斯的策略可以说是通过把公共理性限制在重叠共识的范围内而事先对这种多元主义打折扣。我在上文主张，这实际上使参与者视角失去了其适当分量，并且我也表明这种不平衡产生于罗尔斯当时把稳定性问题放进他规范一理论的进路这一方法中。

罗尔斯进路各部分间的关键联系显然可见于如下总结中：“考虑到理性的多元主义这一事实，作为公平的正义旨在揭示对政治正义问题进行论证的公共基础。既然论证是指向他人的，那么其产生于是或者能够是人们共同享有的东西；因此，我们的起点在于蕴涵于公共政治文化中的人们共享的根本理念，希望从这些根本理念中阐发出在判断中能够达成自由且有充分理由的一致的政治上的观念，这种一致由于其获得了关于各种理性的整全性论说的重叠共识的支持，因而是稳定的。”（页 100 - 101）获得公开论证的基础（页 9）这一“实践目的”推动这一策略，即从蕴涵的共享理念开始，然后经过反思性平衡把它们培育成政治上的观念。这一观念能够作为重叠共识的聚焦点，并因而提高稳定性。并且考虑到就各种整全性学说的真理达成一致“在实践上不可能”（页 63），似乎得出的结论是，那种公共理性观念将必须“在各种理性的整全性学说的观点间……保持不偏不倚”（页 xix）。因而在面临着这种实践上不可能的情形下却追求那一实践目的，规定了《政治自由主义》的策略。^② 这一点不仅在稳定性问题明确出现的第二阶段是真实的，而且在第一阶段也已然是真

② 罗尔斯的实践—政治关怀显现在“The Domain of the Political Overlapping Consensus,” in *The Idea of Democracy*, ed. D. Copp, J. Hampton, and J. Roemer (Cambridge: Cambridge University Press, 1993), pp. 245 - 69。在那篇文章里，他介绍说他的经过修改的正义理论的进路是“更现实的”，更少“乌托邦”，并且作为“改革和变革的目标”并非完全不能付诸实施（页 258）。在同一卷书里，如下论者对同我所提要点相关的主题进行了讨论：Joshua Cohen, “Moral Pluralism and Political Consensus” (pp. 270 - 91)；Jean Hampton, “The Moral Commitments of Liberalism” (pp. 292 - 313)；and David Estlund, “Making Truth Safe for Democracy” (pp. 71 - 100)。

实的：这种情况设定了寻求正义原则的条件本身。因而，“公共理性的指引和程序被看成是在原初状态中选定的，并从属于政治上的正义观念”（页 62）。²⁸ 原初状态的“厚厚的”无知之幕阻止当事人知道他们代表的那些人的特殊的整全性论说，因而原初状态模仿我们认为是适当限制的东西，这些限制针对的是那些被当作是同基本结构相关的好理由的东西。“除此之外，考虑到理性的多元主义这一事实，原初状态也要求当事人选择（如果可能的话）那些或许稳定的原则；并且因而选择能够成为各理性论说的重叠共识聚焦点的原则”（页 78）。并且，正如罗尔斯在本段开头引用的段落中表明的那样，对共识的关注从一开始就影响了反思性平衡这一方法：政治哲学家通过阐明人们潜在共享的公共理念和原则而得出共享的公开论证基础。仍然更要强调的是，正是因为这一程序始于人们共享的理念，所以它能够产生可以是重叠共识聚焦点的观念（页 90）。

我想说的是，在所有这些方面，罗尔斯实际上把某种首要性赋予观察者视角：根据理性的多元主义这一事实对稳定性的关心限制了在公开论证事务中可以算作好理由的东西的范围。罗尔斯对道德动机原则——能够作为哈贝马斯商谈伦理学的格言的原则——的理解支持了这种解读。罗尔斯说，能够向他人依据他们不能理性拒绝的理由论证我们的行动的愿望，必定需要对我们在第二部分中考察过的公共理性施加限制。“既然很多论说被人们看成是理性的，那么当根本的政治问题发生危机时，那些坚持他们认为是真的但别人不认为如此的东西的人们，对别人来说似乎仅是坚持他们自己的信念。……他们强加他们的信念，因为他们说，他们的信念是真的，而非因为这些信念是他们的。但是这是一个所有人能够同样地提出的主张；这也是一个不能由任何人对

²⁸ 并且再次：“对探究公共理性的指引……具有同实质正义原则一样的基础……对这些指南的论辩……同对正义原则本身的论辩在很大程度上是一样的也是同样有说服力的”（页 225）。

一般意义上公民有根据地提出的主张。所以，当我们提出那些主张的时候，那些本身是理性的其余人必定把我们看作是不理性的”（页 61），甚或“宗派的”（页 129）。罗尔斯在此特别关注运用政治权力去压制整全性观点。但是同样的一般性的论辩结构构成了他对公共理性作出限制的基础：既然很多论说“被看作是”理性的，那么在公共论坛中“坚持”他们“认为是真的”但是其余人不这么认为的东西的参加者是“不理性的”。政治参与者依据可以公开的方式加以论证的理由去行动的愿望，通过政治观察者承认理性的多元主义这一事实而体现出来，并显现为一种避免对根本的事情进行意识形态上的争论亦即避免成为“不理性的”的愿望。那么，在政治商谈中，理性（the reasonable）的概念取代了道德真理的概念（或者哈贝马斯意义上有效性的概念）：“在政治上的正义观念内，我们不能把真理界定为由甚至在理想化共识中依然站得住脚，而不管把其发挥多远的信念所赋予的东西。……一旦我们接受理性的多元主义是自由制度下公共文化的永久条件这一事实，那么理性的理念更适合作为公开论证基础的一部分。”（页 129）相较之下，对哈贝马斯而言参与者视角的优先性体现于他把论证同合理的可接受性相连，并把合理的可接受性恰好同“甚至在理想化的共识里依然能够站得住脚”的东西相连。

我在本文的第二部分讨论了罗尔斯对公共论坛中的商谈所设置的严格限制，现在我已经表明这些限制如何同罗尔斯把对稳定性和共识的关注融于他建构主义进路的特定方法相连。罗尔斯用因此而产生的“政治上的观念”（political conception）“一劳永逸地”消除政治议程中的某些问题，亦即宣布这些议题不是“政治决策的合适主题”，不是“正在进行的公共论辩和立法的适当话题”（页 151 - 52）。在这一点上，我认为，哈贝马斯以参与者为中心的公开论证观念有相当大的优势。这一观念把发现共同基础的任务留给政治参与者他们自己。我想就发现、创造、扩展、

缩小、转换、挑战和解构共同基础谈些看法；因为假定共享的政治上的理念和信念的储存是以某种方式给定的，亦即是要发现和阐明的，或者假定这种储存是由理论家以某种方式确定的，是实体化或者冻结正在进行的公开的政治沟通过程。这一过程的结果不能由政治理论事先确定。我认为这一点已经由正在进行的围绕罗尔斯自己的反思平衡的理论与实践而进行的争论充分明显地体现出来，这种争论是理性的，并且我斗胆估计也是不可解决的。²⁹ 这一点同样明显体现在正在进行的对他的政治上正义观念本身的争论（我们目前正参与其中）中。我们也不能把这些争论当作“纯粹的理论上的”分歧，认为它们不重要而不对他的实践目的产生影响。“对公共正义观念的完整论证”，包括“当我们——你和我——把正义确立为公平并反思我们为何以这种方式而非其余方式这样做时，我们会谈的任何事情”，应当公开地为人们所知或至少公开地为人们所获得，³⁰ 这属于良序社会的“充分公开性条件”。因此，正如可能出现的那样，如果这点将会证明“实践上不可能”终结对政治上的观念所涉及的那些问题的理性分歧，那么罗尔斯依据他自己回避策略的规定，应当把宽容原则不仅运用于“哲学本身”（页154），也运用于政治哲学

²⁹ 一个争议的根源显然是对我们基本理念和制度进行解释的传统本身是多元的、充满争议的，也是连续变化的。就达成一个统一的、稳定的政治上的观念的目的而言，罗尔斯的诠释学转向处于劣势，即一种活的传统，就像利科（Ricoeur）和其余人已经教导我们的那样，是各种解释的冲突——人们可以补充说，是允许有理性分歧的冲突的。

³⁰ 哲学上对理性的说明必须通过可以称之为“反思性检验”的东西：它们必须可以运用到它们自身而不产生自我指涉的矛盾。关于这一点，我认为在 *Political Liberalism* 中存在如下二者间的紧张：一者是用来使我们读者信服某一公共理性观念的后基础主义论辩路线；一者是理性的公民因为他们认为可以接受的理由，而不管这些理由是宗教的、形而上学的或其余整全性的，而或许信奉的命题。参见 Samuel Scheffler, “The Appeal of Political Liberalism,” *Ethics* 105 (1994): 4–22, in this issue.

本身。^①当然他明显不能这样做，因而可取的和不可取的公共推理间的界限实在要另划——或者就像在哈贝马斯的进路里那样，不划。如果不存在一劳永逸地决定哪些问题应放在或不放在政治议程上的方法，那么哈贝马斯的进路有很多可取之处。

当把对作出判断的负担的意识融于参与者视角时，那么对罗尔斯在人们不理性地坚持自己的信念的真理与理性地回避真理主张间的对立，有个明显的替代方案——也就是对真理或有效性主张进行理性地讨论。我们不被强迫在宗派主义和罗尔斯意义上的同公民身份相称性间作出选择；也有对相互尊重的选择和民主协商之内对社会、文化和意识形态上差异的包容。^②同这种选择相关的优点自苏格拉底以来一直为人们熟悉：虚怀若谷（open-mindedness），避免教条主义，愿意讨论差异倾听他人、严肃对待他人的观点并改变我们的想法，能够从他人的视角出发看待事情、亦即明智地权衡问题的利与弊，等等。这些正是对合理商谈参加者要求的美德，正如哈贝马斯所构想的那样。并且它们也是民主公共领域中不受限制协商的支持者所特别挑选的意向和态度类型。协调承诺与开放性的相互尊重的理想，与罗尔斯的伴随公民身份相称性义务的公民身份理想一样能够包容理性的多元主义和理性的分歧。并且前一理想相较于后一理想，有避免公共理性

① 政治哲学能够脱离哲学其余领域“长期存在的问题和争议”的想法部分或许依赖于，一个比对用来解决争议的反思性平衡的力量进行的有充分理由的评估更加乐观的评估。诠释—建构性的论辩同其余论辩相比，对理性分歧一样是开放的。以“我们的”更加强有力的受推崇的信念为背景检验政治上正义观念的要求，实际上是延续争议的要求，这是很多不同评估所无误显示的。这些评估是“我们”——你、我、罗尔斯、哈贝马斯和其余很多人——在进行争论后得出的。

② 术语“相互尊重”和“包容”源于 Amy Gutmann and Dennis Thompson 的一篇论文“Moral Conflict and Political Consensus”，in *Liberalism and the Good*, ed. R. Douglass, G. Mara, and H. Richardson (New York: Routledge, 1990), pp. 125 - 47. 他们捍卫的立场距离哈贝马斯的立场并不远。实际上，哈贝马斯的沟通行动论可以看作是为相互尊重的优先性提供论证的一种努力，而这种优先性正是 Douglass 和 Mara 在这本集子中的论文“The Search for a Defensible Good: The Emerging Dilemma of Liberalism”中呼吁的，页 253 - 80，尤其是页 264 - 65。

与私人理性间发生尖锐分裂的优势，这种分裂明显贯穿于罗尔斯的建构中。前一理想不是强迫公民把各种他们认为是私人的观点公开地当作理性的，或把处在背景文化中的观点，“当作完全不理性的或不真实的”（页 60），相反它鼓励公民公开提出并捍卫他们认为是理性的并与就公共问题作出决定相关的任何观点。

罗尔斯对自由主义在 16 世纪和 17 世纪发生的宗教战争和针对宗教宽容的争论中的历史起源的反思推动他就本文论旨而言而提出一种更新了的宽容模式（页 xxiii - xxvi）。竞争的救世军式的、信条的和扩张主义的每一种宗教都主张对它的超然的善观念信仰的确定性，面对它们间深度的不可解决的冲突，仅有的替代性方案要么是进行无止境的斗争，要么是在承认平等的良心自由和思想自由的自由主义制度内进行宽容实践。“政治自由主义首先深感不安的是那种不可解决的潜在冲突的绝对深度”（页 xxvi）。哈贝马斯对民主公共领域在 18 世纪和 19 世纪的历史起源的反思推动他就本文论旨而言证提出一种更新了的协商模式。^⑬ 这一模式取决于信仰与理性间的差异而非类似性。不需要把那些声称根据在于任何理性的人都能够合理接受的观点变成私人的并宽容它们。可以把它们公开地提交由它们自己提出的检验。这当然不是否认自由主义的权利和原则的必要性，分离和宽容；它正是要指出一种关于自由民主的理论必须把那些观点同同等强的公共意见形成观念整合起来。如果在作为公平的正义的良序社会中的完全自主的公民，如罗尔斯所说的那样，能够“做我们能做的任何事情”（页 70），那么他们能够在公共论坛中就根本的正义问题进行论战而不使社会陷入各种论说的战争中。罗尔斯明确把我们亦即他的谈话参加者，当作在所有重要方面是后根本主义者（postfundamentalist）和后基础主义者（postfoundationalist）。那么，在良序社会中的处于类似境地的成员没有理由应当必须勉强接受比进行无限制公开推理的协商民主逊色的任何事情。

⑬ 参见在注释 9 和 10 中引用的书。

尼克拉斯·卢曼的法概念

[德] 拉尔夫·德莱尔 (Ralf Dreier) 著

王琦译

本文讨论卢曼的法概念。本文的论题：(1)《法社会学》(1972年)中的法概念；(2)《社会系统》(1984年)中卢曼理论的范式转换；(3)《社会的法》(1993年)中的法概念；(4)卢曼理论中法律和正义的关系；(5)卢曼社会学式的法概念对法律推理和法律学的意义。本文的主张：在卢曼的后期作品里可以发现两种版本的法概念，一种是结构式的法概念，它将法定义为法系统的“结构”(structure)；一种是交往式的法概念，它将法定义为“交往的媒介”(medium of communication)。其中第一种法概念反映了卢曼早期和后期理论的连续性。尽管卢曼在《社会的法》中强调的是交往式的法概念，但是(由法之功能所定义的)结构式的法概念更具基础意义。

从法理学的角度上而言，卢曼后期的法概念超越了实证主义和非实证主义的对立，它是一种指向于司法（Jurisdiction）而非立法（Legislation）的法概念。

尼克拉斯·卢曼对他的法社会学理论进行过两次总体性的展示，一次是在1972年发表的《法社会学》（*Rechtssoziologie*）一书中，^①另一次是在1993年发表的《社会的法》（*Das Recht der Gesellschaft*）一书中。^②在此期间发生了卢曼一般理论的范式转换，这一转换同样也体现在了他的法理论当中。^③但是他的早期著作并未因此而变得过时。恰恰相反，它们不但具有独立的价值，并且对解读和补充卢曼的后期作品而言，它们也必须被参考。^④

以下，我把本文的考察对象限定于卢曼的法概念（*Rechtsbegriff*）。当然，法概念就如同焦点一样，卢曼法理论的核心主张

① 此书的第1版是以两册本的形式（页码连续）在rororo书系中（由德国Rowohlt出版社出版的一套口袋书系列——译者注）（Hanburg, 1972）面世的。在第2版中（Opladen, 1983），第1版的两册被整合进了一个双卷本中。第2版基本上是对第1版的重印（页码相同），新增了一个“第2版序言”，卢曼重新写了“结论”这一部分。第3版（Opladen, 1987）是对第2版的无改动的重印。

② 出版地：美因河畔法兰克福。

③ 卢曼理论的范式转换在20世纪80年代初萌芽初现，然后在他的代表作《社会性系统：一种一般理论的纲要》（*Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/M., 1984）一书中得到了体系性的处理。关于范式转换在他的法理论中的体现，除《社会的法》和他发表的大量论文之外，还可比较参阅《法社会学》第2版中重写的“结论”一章（参阅上注1）以及 *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsphilosophie Heft 3), Baden - Baden 1985。关于卢曼理论的发展历程，还可参阅他的论文集“*Soziologische Aufklärung*”, 5 Bde, Opladen 1970 - 90, 以及“*Gesellschaftsstruktur und Semantik*,” 4 Bde, Frankfurt/M. 1980 - 95。

④ 在法理论方面，卢曼的理论成果中除了《法社会学》之外必须提及的还有如下著作：*Grundrecht als Institution*, Berlin 1965；*Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen 1968；*Legitimation durch Verfahren*, Neuwied/Berlin 1969；*Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart u. a 1975；*Die Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1981。

都汇集于此。另外，卢曼的法概念也只有在他的一般社会学理论的整体背景中才能得到恰当的理解。我的主要兴趣在于探究：卢曼社会学式的对法概念的构想（Konzeption）是否以及在多大范围内对法律学式的法理论（juristische Rechtstheorie）而言是有价值的。要回答这一问题，首先我们必须将卢曼对法概念的构想尽可能准确地展示出来。这也是本文的主旨。关于卢曼的社会学式法理论对法律学的可用性，我将在较短的结论部分加以讨论。下面，我从一览 1972 年的《法社会学》中的法概念开始。^⑤

《法社会学》（1972 年）中的法概念

首先，我们需要解释卢曼那一阶段所使用的基础概念的指涉框架。此框架建立于一种“关于社会性系统的一般理论”当中（allgemeine Theorie sozialer Systeme），借助该理论，卢曼自始至终都在追求一种“关于社会的系统理论”（eine Systemtheorie der Gesellschaft）。^⑥ 这种理论主张，社会性系统是意义式地相互指涉的行为之全体（Gesamtheiten sinnhaft aufeinander bezogener Hand-

⑤ 对本文最常引用的卢曼著作将采用如下简写形式：RSoz = 《法社会学》（1972 年）；SS = 《社会性系统》（1984）；WissG = 《社会的科学》（1990）；RdG = 《社会的法》（1993 年）；GG = 《社会的社会》（1997）；PolG = 《社会的政治》（2000）。对庞杂得几乎难以概观的二手文献，这里仅提出如下几种书目：G. Kneer/A. Nassehi, *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Eine Einführung*, 2. Aufl. München 1994；D. Krause, *Luhmann – Lexikon. Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann*, 2. Aufl. Stuttgart 1999（附有一份内容广泛的文献目录，页 221 – 267）。

⑥ 为此奠定基础的两份纲领性文献是卢曼 1967 年在明斯特的就职演讲“社会学启蒙”以及他的另一篇论文“作为社会性系统理论的社会学”（Soziologie als Theorie sozialer Systeme）。这两份文献都刊于他的论文集：*Soziologische Aufklärung*（1）. *Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen 1970（页 66 – 91 和页 113 – 136）。也请参阅“Gesellschaft”一文（同书页 137 – 153）以及 GG 中的“回顾”部分（页 11）。

lungenen), 它使自己和一个不属于它的环境 (Umwelt) 界分开来。该理论所指涉的中心问题是“复杂性” (Komplexität) 和“偶然性” (Kontingenz), “复杂性”意味着: 可能性始终多于现实性 (es ist mehr möglich, als wirklich ist), 偶然性意味着: 任何一种现实性, 都同时具备其他的可能性 (was wirklich ist, ist auch anders möglich)。

借助于贯穿卢曼前后期理论的一项“三维度”的区分, 复杂性问题在时间维度上 (Zeitdimension) 被表达为一个存在问题 (Bestandsproblem), 在物的维度 (Sachdimension) 被表达为一个稀缺性问题 (Knappheitsproblem), 在社会维度 (Sozialdimension) 被表达为一个异议问题 (Dissensproblem)。其中, 偶然性问题分量尤重, 因为在社会性的观察领域中, 偶然性进一步表现为对期望之期望的双重偶然性 (Doppelte Kontingenz des Erwartens von Erwartung)。正是在这一基础上, 卢曼将法律定义为一种“结构” (Struktur), 该结构的功能在于降低“复杂性”和规制“偶然性”。

接着, 为了提出他的法概念, 卢曼着手分析对行为之期望这一领域 (Feld der Verhaltenserwartungen)。如他本人所坦承的, 该领域是一个原初性的、先于心理学并且先于社会学的领域 (Rsoz 29f.)。此处的出发点是对“认知性期望”和“规范性期望”的区分 (Unterscheidung zwischen kognitiven und normativen Erwartung)。认知性期望——例如期望在旅行时能够碰上好天气——是愿意学习的 (lernbereit), 也就是说, 遭遇失望的话, 它们会被放弃或者调整。与之相反, 规范性期望——例如期望不被抢劫——是拒斥学习的 (lernunwillig), 也就是说, 即使是在失望的场合, 它们也依然会被保留。由此, 从期望出发, “规范” (Normen) 被理解为时间上一致化了的、对抗事实地稳定化了的行为期望 (zeitlich generalisierte, kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen)。依卢曼看来, “应当” (Sollen) 作为一种象征, 它的意义正存在于这

一期望结构中。法律规范能够和其他社会规范相区别开来，正因为它的基础是一种在时间维度，物的维度以及社会维度上无差别的对规范性期望的一致化。时间维度上的一致化意味着：一种规范性期望不仅在此时此地，而且在未来也能得到保持。物的维度上的一致化意味着：无论涉及什么样的个人、地位、纲要或者价值，这些规范性期望在意义上都被同一化了。社会维度上的一致化意味着：规范性期望同样也会被其他人所认可，并在此意义上得以制度化（institutionalisiert）。在卢曼看来，经由上述全部三个维度上无差别的对期望的一致化所提供的对行为的保障，这正是法律的基本功能之所在。由此所得出的结论是：“现在，我们可以将法定义为一个社会性系统的结构，它立基于各个维度上无差别的对规范性行为期望的一致化。”（*RSoz* 105）^⑦ 在此意义上，每个社会性系统都有自己的法（ubi societas, ibi ius）。

接着，卢曼在一种社会理论背景下提出了如上定义的法概念，这种社会理论在时间维度上指向“社会演化”（soziale Evolution），在物的维度上指向“社会分化”（soziale Differenzierung），在社会维度上指向“交往的媒介”（Medien der Kommunikation）。《法社会学》首先研究的是“社会演化”这一面向。在将法界定为社会结构的构成元素之后，卢曼进一步研究，法从远古开始，中经步入近代之前的古代文明直到现代社会究竟承受了哪些变迁。本文此处提及的仅是此发展历程给以功能分化为主导分化形式的现代社会所带来的影响，其关键之处在于19世纪出现的法的完全实证化以及由此而来的法和道德之分离。这一后果所赖以发生的基础正是日趋强烈的法系统的分化形成，此分化形成首先体现在司法程序中，随后亦体现在立法程序中。此处“实证性”（Positivität）的意思是“法不仅经由判决（durch Ents-

^⑦ 这一定义的核心部分在“作为社会性系统理论的社会学”一文中已经被提出了（见上注6，页122）。

cheindung) 而被确立 (这意味着, 法被选择出来), 而且, 法依靠判决 (kraft Entscheidung) 而生效 (也就是说, 法是偶然的和可变的)” (RSoz 210)。真正的标准 “不在于某项一次性的裁判, 而在于持续不断地更新的法体验 (Rechtserleben)”, 也就是说, 法 “依靠判决而生效……并因此而被体验为可变的 (abänderbar)” (RSoz 209)。以判决为依据的法效力之基础就在于相应的对期望结构的调整。这一调整体现于 “合法律性的合理性” (Legitimität der Legalität) 之中。在此调整后的结构里:

每一个体都会倾向于无可反驳地期望, 第三者会规范性地期望, 所有被涉及者将会认知性地, 也就是愿意学习地调整自己以适应于经由有约束力的判决所确立的规范 (RSoz 265f.)。

尽管将法界定为特定的行为结构的定义并不会因此而受影响, 但是, 这一结构在法的实证化后所达致的形态具备了更复杂的预设条件。从法理学的角度上看, 卢曼早期对法概念的构想可以被称为法律实证主义式的, 因为他对现代社会中的法的定义融合了制定性要素 (Gesetztheit) 和实效性要素 (Wirksamkeit), 同时将正确性 (Richtigkeit) 要素排除在外。对其萌芽已经包含在《法社会学》中并在稍晚得到深化的正义理论 (Theorie der Gerechtigkeit),^⑧ 卢曼是在《社会的法》中才将它和他对法概念的构想关联起来, 而这一关联所采用的方式也使我们不能无视具

⑧ 比较 RSoz 184, 326ff. 以及卢曼: Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft, *Rechtstheorie* 4 (1973), 页 131 - 167; 此文又刊于: *Ausdifferenzierung des Rechts* (上注4), Kap. 15; 对此也请见 R. Dreier, Zu Luhmanns systemtheoretischer Neuformulierung des Gerechtigkeitsproblems, *Rechtstheorie* 5 (1974), 页 189 - 200 (亦刊于氏著 *Recht - Moral - Ideologie*, 1981, Kap. 9) 以及卢曼的回应, Die Systemreferenz von Gerechtigkeit. In Erwiderung auf die Ausführung von Ralf Dreier, 刊于 *Rechtstheorie* 5 (1974), 页 201 - 203。还可参见 N. Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik (上注4), 21, 23, 49f.

体情况地（umstandlos）将卢曼的构想归入实证主义式的法概念中去（对此详见本文第四部分）。

卢曼的范式转换（Paradigmenwechsel）

在本文此一部分，我们需要对开篇处已提及的卢曼的范式转换加以探究，因为卢曼后期的法概念只有在此背景框架下才能得以理解。如前所述，卢曼是在其大著《社会性系统：一种一般理论之纲要》（1984年）中体系性地阐述了他的范式转换。此书同时也应被看作对他的最终社会理论的导论性著作。1997年——卢曼去世前一年——《社会的社会》一书面世，由此，卢曼完成了对他的最终社会理论的整体展示。除此之外，卢曼还发表了一系列作品，在其中卢曼将他的一般理论的基础概念工具运用于各个社会功能子系统。属于此类作品的，除《社会的法》之外，还有《社会的经济》（1988年）、《社会的知识》（1990年）、《社会的艺术》（1995年）以及两部遗著：《社会的政治》和《社会的宗教》（2000年）。然而，直到最后卢曼还一直在不断改造和修正他的理论工具，但同时又保留着他早期理论的部分本质性要素，这也导致了他前后理论中一贯的部分和不一贯的部分往往严重冲突。

所谓的“范式转换”，指的其实是卢曼对一般系统理论之最新进展的借鉴，这一进展的核心在于从“开放系统的输入—输出模式”过渡到“自指涉—自创生式的、运作上闭合的系统模式”（比较SS 15ff.）。究其根本，这是一种跨学科的理论进展，围绕着它的基础概念出现了各种各样的争议，这也无足为怪。这些争论同样也反映在由卢曼本人的“自创生转向”所引发的激烈论

战之中。^① 本文无意去对此一论战进行综述，以下我将仅对上文所谈及的概念给出概要性的解释。“自指涉”（Selbstreferenz）的意思是：社会性系统在它的所有运作（Operation）中都会始终指涉自身。“自创生”（Autopoiesis）指的是：社会性系统的构成元素由该社会性系统自己持续性地生产以及再生产。“运作上的闭合”（Operative Geschlossenheit）意味着：在生产和再生产自身的构成元素时，社会性系统仅依赖由其自身运作所构成的关联网络（参阅 SS 25, 29, 478; RdG 44）。需要补充的是，“闭合性”并不等于“闭绝性”（Abgeschlossenheit）。而毋宁说，“闭合性”意味着一种以多元化的方式实现的“开放的封闭性”（offene Geschlossenheit）。对这一点我们还将以法系统为例加以阐释。

第二项概念上的改造涉及社会性系统的构成元素。起初，卢曼延续帕森斯的观点将社会性系统理解为“行为系统”（Handlungssystem）。而在范式转换后，尽管卢曼并未放弃“行为”概念，但是，现时占据中心地位的毋宁是“交往”（Kommunikation）这一概念。

那一原初性的、将社会性存在建构为特定“现实”的过程是“交往过程”。而为了能够调控自身，此交往过程又必须将自己简化为“行为”，即，必须将自身分解为“行

^① 对此请比较 G. Teubner, *Rechts als autopoietisches System*, Frankfurt/M. 1989. 21ff., 以及讨论文集 H. Haferkamp/M. Schmidt (Hg.), *Sinn, Kommunikation und soziale Differenzierung. Beiträge zu Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, Frankfurt/M. 1987. G. Teubner (Hg.), *Autopoietic Laws: A New Approach to Law and Society*, Berlin/New York 1988; 以及同由他主编的 *State, Law, and Economy as Autopoietic System*, Berlin/New York 1989; W. Krawietz/M. Welker (Hg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzung mit Luhmanns Hauptwerk*, Frankfurt/M. 1993. 亦请参见 *Theorie als Passion. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*, hg. von D. Baecker u. a., Frankfurt/M. 1987. 另外: K. F. Röhl, *Allgemeine Rechtstheorie*, Köln u. a. 1994, 452ff. Th. Raiser, *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland* (《法社会学教科书》的第2版), Baden - Baden 1995, 148ff., bes. 164ff.

为”（SS 193）。

在卢曼那，“交往”被界定为由三项选择性进程构成的综合体，即，由“传达”（Mitteilung）、“信息”（Information）和“理解”（Verstehen）构成的统一体。同一“传达”可以传递不同的“信息”，同一“信息”可以被不同地“理解”。而且，仅当“理解”出现时，并且只在“理解”的范围内（SS 203），一个交往过程才成为现实。由此，对社会性系统由什么构成这一问题，卢曼给出了一个双重式的答案：社会性系统由交往构成。但是，社会性系统之构成也离不开将交往归入行为（die Zurechnung als Handlung）（SS 240）。进一步的，“交往是社会性系统自组织的基础单元，行为则是社会性系统自观察和自描述的基础单元”（SS 241）。举个例子：一份司法判决传达了那些对其裁断具有关键意义的理由，然而这一“传达”对诉讼参与方、辩护人、其他法院以及法释义学所具有之“信息价值”可能截然不同并被它们作出完全不同的解释。而是否对该判决提出上诉，是否以及在哪些方面该判决应当被作为先例加以考量，这一系列重要问题都取决于究竟如何去“理解”这一“传达”。

卢曼范式转换的第三项要点在于他的观察理论。他的观察理论主张的其实是一种认识论上的建构主义（epistemologischer Konstruktivismus），对此卢曼借鉴了乔治·斯宾塞-布朗（George Spencer - Brown）在《形式的法则》（*Laws of Form*）一书中提出的观点。^⑩ 这种观察理论表述的是一种逻辑—数学式

^⑩ G. Spencer - Brown, *Laws of Form. Gesetze der Form* (1971), dt. Ausg. Lübeck 1997. 关于卢曼的观察理论，可比较 *WissG* 68 ff. 对卢曼观察理论极富启发性的一项阐释可见 Nassehi, *Luhmanns Theorie sozialer Systeme* (上注 5)。亦请参阅 Nassehi, *Wie wirklich sind Systeme? Zum ontologischen und epistemologischen Statun von Lumanns Theorie selbstreferentieller Systeme*, 载 Krawietz/Welker (Hg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme* (上注 9), 页 43 - 70。

的、以自身为基础的算术法 (Kalkül)。卢曼在此的出发点是一种广义上的“观察”概念，而依据这种观察概念，即便是社会性系统或者社会性系统的单个运作也可以对其自身和其环境进行观察。这里尤其令人感兴趣的主张是：社会性系统和它的单个运作在观察时都会运用某种具备自我复制能力的主导性区分范式 (Leitunterscheidung)，但同时它们却不能对所运用的主导性区分范式提出质疑，否则的话，社会性系统或者它的单个运作就会丧失自身的同一性。法系统所运用的主导性区分范式是“涉法”和“与法无涉” (Recht und Nicht - Recht) 的区分以及“合法”和“非法” (Recht und Unrecht) 的区分。因此，在法系统的交往中，我们既不能再去追问“涉法”和“与法无涉”的区分是合法的还是非法的，也不能再去追问“合法”和“非法”的区分是合法的还是非法的。在此一关联中，卢曼以多种方式对自指涉之“吊诡” (Paradox der Selbstreferenz) 进行了运用。对此下文还会论及，现在我们就不再更深入讨论了。^① 另外，卢曼的认识论上的建构主义也不在本文的考察范围内，在此我们仅简要介绍它的主要观点。建构主义的核心论点是：所有意义式运作的系统，即，所有的心理系统和社会性系统，都借助自己的主导性区分范式来建构它们自己的世界。尽管对系统内部的观察者同样也可以从某一系统外部视角出发来加以观察，但是，并不存在具有优先地位的观察者，对知识而言，也不存在所谓的阿基米德式的稳定支撑点。毋宁说，社会性之世界被社会学上的观察者所观察，并且正是通过观察被建构起来，这一世界是“无中心的” (azentrisch) 和“背景多元的” (polykontextural) (比较 SS 14,

^① 关于“吊诡”在卢曼晚期著作中的地位，参阅 G. Teubner, *Rechts als autopoietisches System* (前注9), 10ff., 以及发表于专刊的论文: Paradoxie des Rechts, Eine Debatte zu Niklas Luhmanns Rechtssoziologie, *ZfRSoz* 21 (2000), Heft 1; 此专刊已经以书的形式单独出版: G. Teubner (Hg.), *Die Rückgabe des zwölften Kamels. Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*, Stuttgart 2000.

GG 36 ff.)。

卢曼同样也将法系统描述为自指涉—自创生式的、运作上闭合的系统。但是对此有几点我还想解释一下，而这几项已经提前触及卢曼后期对法概念之构想的若干部分。首先，运作上闭合的系统之形成本身是一个历史上偶然的现象，它是法自身演化的结果，而且，这一结果是否能够持续下去尚是未知之数。法系统的分化形成预设了发达的法释义学（Rechtsdogmatik）的存在，正是法释义学使得法律判决的一致性成为可能并且确保其得以实现。按照卢曼的观点，这一前提条件最初是在古典罗马法中得以达成，较晚近自 11、12 世纪开始在欧洲重新实现。但是卢曼的主要兴趣是现代社会的法系统，它的标志性的特征——在卢曼依然坚持他的早期构想的范围内——是 19 世纪以降所发生的法的完全实证化。按照卢曼现时的观点，社会被把握为世界社会（Weltgesellschaft）。尽管长期以来，在世界范围内运作的法系统一直存在，但对法和政治而言，就起关键点而言，它们的系统始终都是在特定地区内进行分化的（regional differenziert）（比较 GG 166）。因此卢曼理论建构所针对的主要原型是地区性的、与国家性的政治系统结合在一起的法系统。

法系统通过将法的运作回溯性地指涉（rekursive Bezugnahme）本系统的其他运作来实现自身运作上之闭合。这一点在先例法上体现得最为明显，因为，先例法之建立和维持就在于将某些司法判决指涉其他的司法判决。同样，法释义学的运行也是回溯性的，因为它所指涉的是法条、先例以及教义学上的学理观点，也就是说，它指涉的是法的内部要素。与之相对，立法在卢曼看来则具有双重特征。一方面，立法依据法律规范，具体而言，依据关于立法程序的法律规范而进行并且必须使自己同现行法保持一致，在这一范围内，立法属于法系统的运作；另一方面，立法同时还意味着构建政治意愿的某一过程得以完成，在这一范围内，立法属于政治系统的运作。为把握此种双重属性，卢

曼使用了“结构上之耦合”（strukturelle Kopplung）这一概念。经由立法这一制度，法和政治在结构上相互耦合。从政治的视角看来，一次立法之通过可被执政联盟看作对反对派的胜利而大力庆贺，或者被视为政治在艰难时世中具备行动力的证明。而从法的视角看来，立法包含的是对法律变更或者对现存法律状况之确认的“传达”，这些“传达”本身又可被作出不同的解释。并且，只有在法系统的其他交往指涉立法包含的“传达”时，它们对法系统而言才是有意义的。也就是说，立法既必将在法系统中实际发挥效力，但也可能在法系统中引发混乱。

卢曼通过“中心”和“边缘”的区分（Zentrum und Peripherie）来描述法系统的内部分化，结构上之耦合这一概念也同此一区分紧密相关。结构上之耦合是调节同时也是限制、减轻环境对系统之影响的机制（参阅 *RdG* 440 以下）。^⑫ 由此，法系统和政治系统之间通过宪法制度和立法制度，法系统和经济系统之间通过所有权和契约，法系统和科学系统之间通过法学的基础理论维度来实现相互间结构上的耦合。上述所有制度，包括个别的契约缔结或者权利行使在内，都处于法系统的边缘。居于法系统中心的是法院（Gericht），因为只有法院依据“不得拒绝裁判原则”（Justizverweigerungsverbot），负有义务，对每一件提交至它那儿的案件作出裁判，同时也因为，法院在裁判案件时，必须借助一种独特的法律理性并且仅以法律规范为依据。^⑬ 立法和司法

^⑫ 关于结构上耦合这一概念，可比较参阅 *GG* 页 92 以下、页 776 以下，以及 A. Schemann, *Strukturell Kopplung. Zur Feststellung und normativen Bindung offener Möglichkeiten sozialen Handelns und Entscheidens*, 载 W. Krawietz/M. Welker (Hg.), *Kritik der Theorie sozialer Systeme* (前注 9), 页 215 - 229. 对于法与政治结构上之耦合的备受争议的构想，亦可参阅 G. - P. Callies, *Prozeduales Recht*, Baden - Baden 1999, 151f. 以及 181 ff.

^⑬ 比较 *RdG* 297ff. 作为补充，还可见：N. Luhmann, *Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem*, 载 *Rechtstheorie* 21 (1990), 495 - 473; 亦参见 *PolG* 243ff., 388ff. M. Kaufmann 在他于哥廷根大学提交的教授资格论文中讨论了从这一构想引申出来的法释义学上的有趣结论，见 *Untersuchungsgrundsatz und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Ms. 2001.

的关系意味着，我们应放弃用层级模式（Hierarchie – Modell）来理解二者之间的关系。当然卢曼并不否认，在法系统内部，法官确实受制定法约束。但是，要害在于，正是法院自己决定这种约束的内容和范围。^①

法的实证化的后果在于，现代法系统不仅在运作上闭合，而且在规范性上也是闭合的（normativ geschlossen）。这首先意味着排除了道德在法系统内的直接适用。然而另一方面，“规范性上的闭合”又包括了“认知性上的开放”（kognitive Offenheit）。法系统的运作在规范性上是闭合的，因为对案件的裁判必须仅以法律规则为依据；法系统的运作在认知性上是开放的，因为对案件的观察需指涉法系统之外的案情事实（Sachverhalte），但是，上述观察却必须遵循法系统内部的，由法定的构成要件、法律程序以及法学方法论所确立的标准。

另外，属于法律系统的不仅是产生法律，运用法律或者旨在引发某种法律后果的那些行动。毋宁说，法律系统囊括了所有导向于合法和不法这一组代码并因此使自己归入于法系统的交往，例如，一机关领导对某一为了给她丈夫寻求升职机会而来访的女士说：……我没有和您商谈公务事宜的权限。他这么说，是为了把她打发走。但这不过是他个人的动机而已。这一交往自身，按照我们通常的理解，是一个属于法系统的交往。

这样例子我们还可以毫不费劲地举出很多来。例如，一个有关家庭事务的交往，当它涉及的是对抚养权的争议时，它就变成了法系统的交往；一个教育系统的交往，当它涉及的是——已经超过了教育目的，也就是说，处在紧要关头时——对一份家庭作

① 至于国家性的政府和行政机构，和本文中一样，在《社会的法》中它们也仅是于边缘处被提到。按照卢曼的观点，它们“从上至下都是政治系统内的组织，它们实现的是政治而不是法。尽管上述论断需要有所保留，因为在任何时候人们都可以追问政府和行政机构对政治的实现是否合乎法律，但是，随着该问题的提出，毋宁说，这一交往已经改变了自己的系统指涉（Systemreferenz）”（RdG 431）。

业的评分是否合法时，它也成为法系统的交往；当一个艺术或者科学系统的交往涉及否成立剽窃这一问题时，亦是如此。法系统运作的范围，如卢曼所言，“纯从质上来看，远远超出了它的组织性—职业性上的内核区域。”（*RdG* 68）。交往将自身归入法系统，这同时也证明了法系统的基础自治性。

《社会的法》（1993年）中的法概念

在《社会的法》中找不到任何对法的明确定义。取代法的定义的是所谓的“重言”（Tautologien），如“只有法自己才能规定，什么是法”（*RdG* 50）。或者，“法是被法规定为是法的东西”（*RdG* 143）。这些重言之后又会借助“区分”的力量而得以“展开”（entfalten）。在此，我只举出在我认为最重要的几组区分。

第一组区分是“系统”和“环境”之间的区分（System und Umwelt），这一组区分有奠基性的意义。它虽不是什么新东西，但是通过和法系统运作上的闭合这一主张相结合，它现在获得了法概念上的意义。因为，由系统和环境的区分可推导得出：什么是法，什么是不法，这完全是在法系统自身内部被决定的。这也是上文所引的重言的意义之所在。同时，上述重言也在“系统和环境之差异”这一背景下实现了“去重言化”（enttautologisiert），因为它们将如下特性表达了出来，即法不会被法系统外部的因素所规定。

第二组区分是“运作”和“结构”之间的区分（Operation und Struktur）。这一区分的要点在于，运作的概念被置于结构的观念之上，由此，结构理论转化为运作理论。人们也可以说，静态理论转化为动态理论（比较 *RdG* 563）。现在，首先需要探寻

的不再是那些被归入法的“结构”（如规范、规则和文本），而毋宁是“运作”，即，“生产和再生产特定法意义（rechtsspezifischer Sinn）的那些运作”（比较 *RdG* 41）。法系统正是在运作中，而非在某种静态的观念性中获得它根本的现实性。“结构”的现实性价值仅在于：“它们被用于对交往性事件的联结化。”（*RdG* 41）所以关键问题在于：“运作如何生产系统和环境之间的差异。以及基于回溯性（Rekursivität）的要求，运作如何识别哪些运作属于它，哪些则不属于。”（*RdG* 41）

对这一问题，卢曼在另外两组区分的框架内给出了回答，它们也是我打算要讨论的第三组和第四组区分。通过第三组区分，即“功能”和“结构”之间的区分（Funktion und Struktur），卢曼首先又回到了他的早期理论。卢曼坚持，“法的功能在于：经由对规范性期望在时间维度、物的维度和社会维度上的一致化来实现对规范性期望的稳定”（*RdG* 131），而且，此功能具有构造结构的能力。^⑤ 但是，在卢曼后期理论里，法的功能现在被置于自创生系统理论的背景之中。一般性的稳定功能导致了“规范性期望的增长蔓延”（*RdG* 173）。该一般性功能只有通过“作为法系统而分化形成”才能获得特定的法之属性（spezifische Rechtsqualität）。某一规范是否属于法规范，人们只能

通过观察规范之生产的回溯性网络来查明，也就是说，通过观察经由其运作使自身作为法而分化形成的那类规范生产关系来查明（*RdG* 139）。

对此观察而言，借助“合法/不法”这一二元范式而实现的法之代码化具有构成性的意义。这也是第四组区分的主要内容，

⑤ 卢曼只是顺便提到了法系统的其他功能（或者效用），尤其是引导行为的功能和平息争议的功能，比较 *RdG* 156 ff。然而，对卢曼而言，稳定功能（Stabilisierungsfunktion）才是法的根本功能。

即，“功能”和“代码”之间的区分。对此，请允许我插入一段稍长的引文：

系统在功能上的特定化限定了能够作为本系统的运作而存在的事物。功能特定化指涉系统的运作，并且通过将运作导向于规范而使自己得以识别。二元代码化指涉对系统运作的观察，并且通过为运作分配“合法”或者“不法”的属性值（Die Werte Recht bzw. Unrecht）而使自己得以识别。“规范性”（Normativität）所确立的仅是，即使期望落空，它也依然应当被坚持。这其中已经蕴含了一组按照“期望/失望”这一范式所做的相应区分。在此范围内，法系统的运作自身就已经是一种形式导向的……观察（formorientiertes... Beobachten）。但是，首先是借助对此一观察的观察（Beobachtung dieses Beobachtens），具体来说，是借助依据合法/不法此一范式所做之评判，与事实相抗并固守期望这一意向才获得“合法”的属性。我们也可说：运作上闭合的法系统的分化形成，预设了法系统能够在二阶观察的层面上运作……而且，这种运作并非偶然为之，而是持续不断地进行。法系统的所有运作……都可以在二阶运作的层面得以调控。不能被合法/不法这一范式所把握的事物，也就不属于法系统，而只属于它的社会内部或者社会外部的环境（RdG 161）。

换句话说，法系统的运作的候选项，在一般观察的层面上，指的是导向于“失望/期望”这一范式并且在失望的场合依然会被坚持的事物。不过，仅凭此还无法确保能够将法系统的运作和其他运作区分开来。这一区分只有在二阶观察的层面上才得以实现，因为，对抵抗失望的稳定化了的期望（enttäuschungsfeste stabilisierte Erwartungen），二阶观察运用了“合法/不法”这组法代

码。对此可以用前文所举的日常生活中的交往为例来加以解释。上述交往的出发点是对规范性期望的争议。然而，这些争议不但可被迁移至相互之间最为不同的社会领域，而且，还不能断定的是，它们涉及的究竟是法律问题、伦理问题、礼仪问题、道德问题还是政治问题？抑或涉及的不过是教育学、美学或者是科学上的某些标准？它们要想成为法律上的争议，必要的是，至少参与争议的一方从“合法或者不法”这一角度来理解该争议。

法代码作为观察范式而发挥功能，这一主张启示我们顺带将卢曼的法概念同 Hermann Kantorowicz^⑩ 的法概念进行一番比较。Kantorowicz 将法定义为“全体具备可诉性（*Gerichtsfähigkeit*）的规范”，并且将“可诉性”的构成要件规定为“被视为适宜由司法组织在特定的程序中加以运用”。^⑪ 另外，在我看来，两人间的不同之处还在于，Kantorowicz 的“可诉性”概念，恰好揭示了卢曼所谓的法代码作为观察范式这一功能的中心面向。

在疑难情况下，对以法代码为导向的交往在法系统中是否具备耦合能力（*anschlußfähig*）这一问题，将由法院依据法系统的纲要来作出决定。这导向了第五组也是本文此部分要讨论的最后一组区分，即“代码”和“纲要”（*Codierung und Programmierung*）之间的区分（比较 *RdG* 93, 165ff.）。代码自身只是一个形式性的范式，它并没有规定如何分配“合法”或者“不法”这组属性值。代码的功能在于：在将特定争议理解为法律争议时，它发挥着指示器的作用。而提供对合法性和不法性的具体判准的则是法律纲要，在现代法中，尤其是成文法和合同。卢曼将代码和纲要的协同作用描述为“对重言的展开和对法之吊诡的消解”，或者是“对法之自创生在逻辑上的重述”。“法就是法或者法不是非法”这一重言将会借助“条件化”（*Konditionalisierung*）

^⑩ Hermann Kantorowicz (1877—1940)，德国法学家，通常被认为是自由法学（*Freirechtslehre*）的代表人物之一。——译者注

^⑪ H. Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, 德文版, Göttingen o. J. (1957), 87ff., 90.

而实现“去重言化”（*enttautologisiert*），具体而言，向上述重言补充进如下条件：“当法系统的纲要所设定的条件满足时。”（*RdG* 168）由此，从吊诡中引申出来的一个难题，即，“对合法和不法之区分其自身是合法的和还是不法的”（*RdG* 170），能够得以避免。吊诡在系统内将会通过区分法效力的不同层次而被不可见化（*invisibilisiert*）（比较 *RdG* 176, 181ff.）。至于此处是否或者在何种意义上存在一个吊诡，对该问题在此我们可以置之不论，同样可以暂且放在一边的是吊诡在卢曼后期著作中占据的地位。¹⁸

由此，在我们较为熟悉的轨道上出现了这一主张：一方面，现代法在它的纲要中展现了自身的实证化。纲要灵活可变，代码则保持固定不变。纲要体现了法系统的功能，并且构成了法系统自组织的形式；另一方面，法代码则提供一组观察范式，通过它，特定运作以及引导这些运作的特定规范得以被归入法系统。同时，经由代码化，法还构成了交往的象征式一般化媒介（*symbolisch generalisiertes Medium der Kommunikation*），它将激发人们去遵从在法的纲要中给定的选择。¹⁹

这里还需对《社会的法》中的法效力概念（*Geltungsbegriff*）给出一项补充说明（*RdG* 98ff.）。在前文讨论《法律社会学》的部分已经提到过，法对卢曼而言，指的始终是有效力的法（*gel-*

¹⁸ 参见上注 11。另外一个问题是，卢曼如何联系代码化来运用 Gotthard Günthers 的多值逻辑（*mehrwertige Logik*），尤其是考虑到对“代码的拒绝”（*Rejektion des Codes*）（*RdG* 172, *WissG* 301）。也就是说，问题在于是否以及在何种前提条件下可以通过援引某一第三种值，如公共福利、政治或者道德，来拒绝运用该二元代码。对此可参阅 G. Günther, *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik*, 2 Bde, Hamburg 1976/79; N. Luhmann, *Die Codierung des Rechtssystems*, *Rechtstheorie* 17 (1986), 171 – 203, 180ff.; M. Kaufmann, *Politische Gestaltungsfreiheit als Rechtsprinzip*, in *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 8 (1997), 161 – 186, 162ff.; G. Callies, *Das Tetralemma des Rechts: Zur Möglichkeit einer Selbstschränkung des Kommunikationssystems Recht*, *ZfRSoz* (2000), 293 – 314, 297ff.

¹⁹ 关于“交往的象征式一般化媒介”理论，可比较参阅 *GG* 316ff.

tendes Recht)。但是在《社会的法》中，“基于司法判决的效力”（Geltung kraft Entscheidung）这一公式被一种循环式的定义所取代，“……效力是一种在全部运作中都发挥作用的联结象征（Verknüpfungssymbol）。对效力的确认并非是点对点式的，而是回溯式的，也就是说，只能通过追溯至有效力的法来确认效力。由此，效力也引发了系统内的耦合能力”（*RdG* 106）。而且，不仅是立法结构和法院，私人也同样有权运用“法效力”这一象征，例如缔结契约、建立公司或者行使某项客观权利。由此，连效力理论也实现了从“层级”到“网络”（Vernetzung）的转换。对法效力而言，凯尔森的基本规范或者哈特的承认规则意义上的“来源检测”（Herkunftstest）现在被一种“实践检测”（Praxistest）所取代：“唯一的法效力判准在于……看它能否持续性的改变法系统的效力状态，看它能否将某一运作和其他运作耦合起来，最终在于，看它能否满足系统自创生的要求。”（*RdG* 110）^②

如果我们再回顾一番上文所介绍的一长串区分，可以发现，从“结构理论”到“运作理论”的转换在一定意义上导致了法概念的双重化（Verdopplung）。除了法的结构式概念之外，还出现了法的交往式概念，毫无疑问的是，在卢曼眼中后者具有优先性。当然，这两种概念描述的是同一现象的不同面向，而且在事实上，获得优先地位的应该是法的结构式概念。在交往式概念的意义之上，法是在法系统中作为法而被交往的事物，这意味着，法是一种交往的媒介，它在法系统中不断流转运行。法的现实性存在于如下这一进程中，即持续性地将以合法/不法这组代码为导向的交往性事件相互联结起来。由于这一导向同样需指涉作为结构的法，因此从体系上来看，结构式概念又居于交往式概念之前。法的交往式概念是“行动中的

^② 卢曼对凯尔森和哈特的讨论，见 *RdG* 页 102、页 109、页 211。有限度地允许在法系统的自描述中使用“层级模式”，见 *RdG* 页 145。

法”这一概念（*Begriff des law in action*）的某种极端化版本。当法的结构经由法的交往而被重新凝聚和确认，抑或是被修改或者续造时，交往式概念中的动态机制同样也将穿透至结构式概念。这一现象对法律家而言，作为具有灵活性的效力续造，已是司空见惯之事。

如果想为法的结构式概念寻找一个简单明了的表述形式的话，那么卢曼 1972 年提出的定义，只要稍经修正，也许就可以胜任这一任务，具体而言：法是结构，这种结构立基于对规范性期望的无差别的一致化，并且在社会中分化形成了一个承担特定功能的子系统。其他一切，尤其是法系统运作上的闭合性以及二元代码的作用，都是在此基础上通过次级定义来加以阐释。这一表述形式同时还展现了卢曼 1972 ~ 1993 年理论的连续性。卢曼后期的法概念，就其涉及作为结构的法那一部分而言，同样也是一种功能性的概念，因为它从保障行为之确定性这一功能出发来界定法律。早期卢曼对法的定义既一般性地指涉社会性系统的结构，也特定性地指涉社会的结构。与之不同的是，对卢曼 1993 年的法概念而言，关键在于法系统自身的结构。由于社会除了通过别的子系统也通过法系统使自身得以实现，在此范围内，按照卢曼后期的观点，法规范同样也属于社会总系统（*Gesellschaftssystem*）的结构的构成元素。另外，在任何没有建构起运作上闭合的法系统的地方，卢曼的早期理论都可以保持继续有效，即便——在我所见的范围内——卢曼本人并未明确认可这一点。

法和正义(*Gerechtigkeit*)

迄今为止，法和正义的关系这一问题尚未进入本文的视野。

对这一问题，我只讨论卢曼后期著作中的有关内容（*RdG* 214ff.）。^① 依照他后期的观点，对此问题可以区分出两种不同的理解方式。一方面，正义问题可以被伦理化并由此从法系统中被抽离出来，由此，此种理解下的正义问题其实构成了法和道德之关系的部分面向；另一方面，正义也可以被理解为法系统的内部问题，由此它提出了一个关于法系统之统一性（*Einheit*）的问题。卢曼在《社会的法》中更偏好上述第二种提出问题的方式。

作为第一步，我们需简略说明卢曼看待法和道德之关系的视角。对此，法系统规范性上的闭合这一主张“首先反对的就是道德可以在法律中直接发挥效力这一设想”（*RdG* 78）。卢曼并不否认，法和道德从内容上而言在很大范围内相互重合。但是，法将自身建构为承担特定功能的社会子系统，道德却由于缺乏相应的程序而未能实现这一点（比较 *GG* 396ff.，1036ff.）。道德在现代社会中不再具备整合功能（*Integrationsfunktion*），而仅具备警示功能（*Alarmierungsfunktion*）。虽然道德的代码——“好/坏”“善良/邪恶”“尊重/无视”——在全社会范围都通行，但是道德的纲要却不再具备引发共识的能力（*konsensfähig*）。尽管对法律的道德性批判依然可能，但是，我们却不能预设“对一项批评法律的道德规则能达致普遍共识”（*RdG* 79）。尽管法可以采纳来自道德的规范性设定，但是，法对道德之采纳必须通过明确的转化程序（比较 *RdG* 85）。对司法裁判而言，这意味着自始至终只有法律理由自身（*Rechtsgründe*）能够正当化对道德规范之援引。^②

^① 在他的后期著作中，卢曼以一种修正了的并且更详尽的形式承继和发展了他最早于1973年提出的系统理论式的正义构念，并且建立了它和法概念之间的关联。见上注8。

^② 比较 *RdG* 页216。至于卢曼准备沿这一方向走多远，可在对 David Lyons 观点的一段简短讨论中发现答案（*RdG* 页85f.）。于彼处卢曼设想，在疑难案件中，“禁止拒绝裁判”原则作为法律理由，已足以对援引道德规范提供充足的正当化证明。

关于法和正义的关系，首先必须加以说明的是，卢曼是站在一种外部立场来对法系统进行描述，但是这种描述同时又囊括了内部描述。也就是说，他的理论包括了一种对法系统之自描述的异描述（Fremdbeschreibung）。^③ 从外部立场出发，卢曼将正义规定为一种“偶然性公式”（Kontingenzformel）。它的意思是：所有关于何者为正义何者为不正义的观念，在历史性上都是偶然的。^④ 而从法的内部立场出发，正义概念对卢曼而言在“法系统内部代表系统的统一性”（Einheit des Systems im System）（*RdG* 217）。下面我将引证他对法系统内部视角的外部描述。

这一描述的核心主张是：“无论事实上是否如此，法系统始终希望自身是正义的。”（*RdG* 217）

在法系统中，没有任何一个运作，甚至没有任何一项结构能够被排除在这种对自身正义性的期望之外；否则规范就会失去对法系统之统一性的指涉。另外，正义性这一规范必须在具体个案中提供某种特定的运作导向，而且，单从某一运作属于法系统这一点，无法推导出，此运作是正义的（*RdG* 222）。

因此，“正义”标示出来了这样一种视角，“经由它，传统类型的自然法理论和实证主义法理论之间的差异将通过追寻法系统自己的用于对法进行自我控制的形式而被超越。”（*RdG* 217f.）由之而来的一个问题是“在系统之纲要这一层面是否不存在一种统一的规定，也就是说，是否不存在一种对所有纲要都有效的纲

^③ 这已经上升到三阶观察的层次（Beobachtung dritter Ordnung）（参阅 *RdG* 页 547）。对一阶观察，二阶观察以及三阶观察之间的区别。或者说“普通观察”，“对观察的观察”以及“对观察之可能性的前提条件的反思”之间的区别，参见 *WissG* 321f.，498ff.，544，655，668f. 以及 *GG* 1117ff.

^④ 关于偶然性公式这一概念，参见 *WissG* 396f.，*GG* 469（提供了更多例子）。

要？”（*RdG* 217）在一个历史悠久且至今仍具有约束力的传统里，此种纲要的纲要体现于“相同情况相同处理，不同情况不同处理”这一要求当中，其核心是“裁判需前后一贯”这一信条。对法系统整体而言，由此也产生了对适当的复杂性的需求。

在另一方面这意味着，特定法程序的分化形成只不过是法实现独立演化的诸多前提条件中的一个。法演化的根本推动者乃是：

在法系统中论证性地指涉法律材料的种类和方式的特定化……以及，突破至一种独立的，能够与道德、常识以及语词的日常意义实现差异化的法文化（*RdG* 263）。

直到该实践模式被反复运用纯熟，法系统才会接纳正义概念。这种正义概念要求相同案件相同裁判，不同案件不同裁判。并且它

听凭法系统自己决定，哪些案件以及基于何种规范可被视作“相同”或者“不同”。长期看来发生的结果是，一整套概念、准则、原则以及判决得以分离出来并被储存，它们——部分上形式主义地，部分上批判性地被使用——所构成的材料使得法官能够拒斥临时性的论证和人身攻击性的论证（*RdG* 263f.）。

然而，在适当复杂性下对前后判决一贯性的要求，并不应被理解为某种法伦理式的信念，而应当被理解为一种功能性命令（*funktionaler Imperativ*）。具体而言：只要法系统想在其所处之复杂环境中保证自己作为运作上闭合的系统而存在，那么，它就必须前后一致地裁断案件，而且，它也必须适当复杂地被结构化。对此命令的违反意味着“退步式的去差异化”（*regressive Entdif-*

ferenzierung), 这种“去差异化”损害时的是法系统的存在或者它的分化形成的程度。²⁵ 卢曼以现代的独裁制度 (moderne Diktaturen) 为例来阐释这一观点: 法律系统如果频繁地并且在具有广泛扩散性的那些领域受制于政治系统的权力主张, 那么它的运作:

“在一种堕落的状态中进行” (RdG 81) “除此之外, 还可能达到一种临界状况。在那种状况下, 法不过是偶然地和随机地才作为自我导向的系统发挥作用。并且在现实中, 无论在系统内部还是外部, 法系统都只会被理解为纯粹的权力工具” (ebd. 82)。

上述边界究竟在哪, 这很难抽象地划定。但是中心性的参数却可以被清晰无疑地列出, 如特定的法文化、法院的独立性、法治国、人权和公民权以及政治系统的民主化等。上述这些对卢曼而言都属于法系统的进化成果, 正是它们使得一般法系统以及特殊的现代法系统的分化形成成为可能。²⁶ 在此种绝非平凡无奇的意义上, 按照卢曼的观点, 人们可以主张法系统的一种内在固有的正义性。

卢曼还明确地描绘了在世界社会 (Weltgesellschaft) 层面上

²⁵ 这一观点卢曼在他早年关于基本权的专著中 (*Grundrechte als Institution*, 1965) 就已经着重讨论过。于彼处他将基本权之功能规定为: 保护社会分化已经达致的水平免于遭受“退步式的去差异化”, 尤其是保护个人性或社会性的自治领域的免受政治系统的干涉。将此理论运用至基本权法释义学的一项尝试, 见 R. Dreier, *Zur Grundrechtssubjektivität juristischer Personen des Öffentlichen Rechts*, in *Öffentlichens Rechts und Politik*, *Festschr. F. Hans Ulrich Scupig*, hg. v. N. Achtenberg. Berlin 1973, 81 - 106, 93ff.

²⁶ M. Mahlmann 忽视了这一点, *Katastrophen der Rechtsgeschichte und die autopoietische Evolution des Rechts*, in *ZfRSoz* 21 (2000, 亦见上注9), 247 - 277。然而, 他也正确地指出: 卢曼其实并没有兴趣去对法律史上由“第三帝国”带来的巨大灾难进行一种法社会学上的或者法理论上的分析。

的正义性难题（以人权侵害为主要内容）（比较 *RdG* 574ff.）。对此，主导性的区分是“吸纳”和“排出”（*Inklusion und Exklusion*）之间的区分。中心观点在于：从某一功能领域的被排出也将阻碍在其他功能领域的被吸纳（*RdG* 584）。

从某一功能系统的事实上的被排除——如失业、零收入、无证件、没有稳定的亲密关系、缺乏缔结契约和获得司法保护的途径，不具备将政治选举同嘉年华活动区别开来的能力、文盲或者在医药食品方面的短缺——也限制了在其他功能系统可能获得的东西，并且也或多或少的界分开了民众中的不同群体，随后这些不同群体有了各自的居住范围并由此对对方而言变得不可见（*GG* 630f.）。

卢曼预言式地探索提出了一项包括两方面的观点。一方面，可以期待的是，“世界社会通过强烈的不可忍受性使自身得以积蓄足够的力量，以构造一种不依赖于地方性传统和地域国家性的政治利益的法规范基架”（*RdG* 581f.）；另一方面，似乎可以绝对确定的又是，“法系统现今所具备之重要地位，社会自身和它的大多数功能系统对法代码的正常运转的依赖，这些都不过是一种欧洲范围内的非常现象，这种现象亦会在世界社会的演进中被弱化”（*RdG* 585f.）。

对“法理论中的实证主义之争”，卢曼在《社会的法》中明确地将其搁置一旁（*RdG* 519ff.）。这场争辩的双方是所谓的“理性阵营”和“实证主义者阵营”。理性阵营将法之效力奠基于良善依据、理性原则以及系统的终极应然性价值之上。与之相对，实证主义者阵营则借助法律渊源（*Rechtsquelle*）这一概念来回答法效力问题。依卢曼看来，这两种立场都并非尽善尽美，“理性阵营之缺陷在于，当不同原则发生冲突时，缺乏对其作出决断的效力依据；另外，实证主义阵营之不足则在于，未能对被

作为有效力的法而运用的规范提供最终的正当化证明。”（*RdG* 529）然而，无无可改变的现状是“在现代法系统中存在两类不同的反思理论，而且，它们之间的差异无法被消除”（同上）。至于社会学理论能够对此作出何种贡献，卢曼的表态较为谨慎（*RdG* 530ff.）。可以设想，经由社会学理论的努力，运作上闭合的观念能够被法系统的自描述所采纳。对此，法理论需致力于研究法系统之功能自治所预设的社会性条件，它必须承认的是：即便没有某种先验性的依据，法系统的运作也不受影响，因为法系统之运作所依赖的毋宁是不计其数的直接或者间接地对不同运作的相互耦合。由此，终极的发问方式也不再是“什么？”（*Was*），而是“如何？”（*Wie*）。

人们追问的不再是：理性究竟说了什么？抑或哪些事物能够依据对其具有决定力的法律渊源跻身实证法之列？现在应追问的是：系统究竟是如何做成它所做到的一切？更具体而言，系统是如何在环境的持续干扰下依然能实现运作间的相互耦合？（*RdG* 533）。

现在，“理性”象征着系统的自指涉性以及系统内部的“论证强制”（*Begründungszwänge*）。另一方面，“实证性”则象征着：任一有效力的法规范都得以被观察。至于人们在此状况下是否还依然坚持法之实证性这一顶层概念（*Dachbegriff*）以及理论实证主义的立场，这不过是一个语义学上的策略选择问题，“如果依然坚持实证主义的话，则必须放弃一种关于权威性地法律制定的观念，也必须放弃作为上述观念基础的一种关于效力渊源的观念（法似乎不断超越向上）。”（*RdG* 538）但是无论人们采取哪种语义学，如下一项消极性的基础条件都显得无可回避：

法系统无法规定一种在任何情况下（*auf allen Fälle*）都具备或者能够达致合法性的立场。“在任何情况下”——这意味着，不受法系统的各种条件性规定的约束。此种如超凡领袖、党派等所拥有的特权地位将会消除代码和纲要之间的区别……换句话说……系统的自治性（*Autonomie*）不应被理解为恣意性（*Willkür*）。自治性包含了对自我豁免之限制（*Verbot der Selbstexemption*），这一限制能防止任意性（*Beliebigkeit*）的发生并且将系统强制置于历史性地自我特定化的法则下（*RdG 549*）。

从具体内容上而言，卢曼的正义理论中有许多问题都依然悬而未决。对他的正义理论可以这样来理解：在其后期著作中涉及系统内部视角的地方，卢曼所选择的对法概念的构想其实是非实证主义式的，这与他的自我表白恰好相反。支持这一洞见的乃是，卢曼在描述系统内部视角时所选用的表述方式透露出来，他持的观点其实是：法系统的自描述只有注意到法在概念层面上对正义性的必然诉求，它才可被视作充分适当的。^①不过，卢曼对该主张并未进行更深入的讨论，而且他也没有由它引出如下结论：那些没有提出正义性诉求的法系统会因此而丧失它们的法属性。毋宁说，卢曼将法系统对正义性的诉求依其本性理解为一种功能性命令（*funktionale Imperative*）。法系统只要想保持运作上的闭合，就必须使此功能性命令得以实现。不过这些也仅是卢曼理论的暗示，他本人并未如此表达。由此，卢曼的构想既可被理解为哈特所主张的无害于实证主义基本立场的最低限度自然法，也可被理解为富勒意义上的通常被视为不属于实证主

① 对此可参考（未论及卢曼）R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 2. Aufl. Freiburg/München 1992, 39 ff., 129ff.

义立场的法之内在道德性。²⁸ 但是，没有得到说明的是，究竟法系统能够忍受何种尺度内的堕落败坏而不停止其作为法系统而存在。这样一项研究需要卢曼的合理性概念（Rationalitätsbegriff）。

卢曼的法概念与法学

卢曼的法概念对法学究竟具有何种意义？²⁹ 关于这一问题，我打算给出自己的若干项看法并以此结束本文的讨论。首先，需要提醒的是，卢曼的理论扎根于社会学而非法学中。社会学所提供的是对法系统的异描述，而且，该异描述并非直接就适宜被用于法系统的自描述。但在另一方面，所有在法学上关于法概念的论争中被探究的元素同时也都在社会学中出现了，即：法的“制定性要素”（Gesetztheit）、法的“实效性要素”（Wirksamkeit）以及法的“正确性要素”（Richtigkeit）。³⁰ 卢曼的法概念，就起关键点而言，是以上述要素中的“实效性要素”为导向的，这在社会学理论脉络中并不足以让人吃惊。而“制定性要素”和“正确性要素”在他理论建构的各个阶段获得了不同的型构和分类。

卢曼的早期法概念，就其一般形式而言，如果不考虑实际上

²⁸ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), 2nd ed. Oxford 1994, ch. IX 2; L. L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven 1965 (rev. Ed. 1969).

²⁹ 首先指的是对法律学式的法理论（juristische Rechtstheorie）所具有的意义，法律学式的法理论必须承担起审核相邻学科的或者跨学科的理论建构对法释义学之用处的任务。卢曼对社会学式法理论与法律学式法理论两者间关系的见解，参阅 RdG 9 ff.。

³⁰ 对此可参见 R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*（上注 26），29ff.；R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, in *NJW* 1986, 890 - 896（亦刊于氏著：*Recht - Moral - Vernunft*, Frankfurt/M. 1991, Kap. 4）。

是否被接受而只考虑大略的倾向程度，可以被归入法的承认理论中去（Anerkennungstheorien des Rechts）。^① 就其修改过了的、为现代社会的实证法量身定做的那一形式而言，卢曼的法概念从法律学的视角看来含有法实证主义的内容，其基础在于：把制定法要素和实效性要素以特定方式融合在一起，并且将正确性要素排除在外。后一种形式的法概念首先是通过他的专著《经由程序的合理化》而获得巨大的影响力。该书大概也是卢曼法学著作中最频繁被引用的一部。^②

至于卢曼早期理论和后期理论相互之间的关系，一方面，从卢曼前期著作延续至后期著作的“结构式的法概念”保持了他前后期理论的连续性，因为即便在后期著作中，这一类型的法概念依然将法定义为“结构”，而“结构”的功能在于通过对规范性期望的无差别的一致化来降低系统的复杂性和规制系统的偶然性。法代码作为观察范式，它的作用可以从规范的可诉性（*Gerichtsfähigkeit von Normen*）这一意义上来理解，由此，法代码提供了一项在法律学上颇具实用性的将法律规范和非法律规范界分开来的判准。另一方面，与之相反的是，“交往式的法概念”依其自身却几乎无法被法律学所承继运用。不过，它也富于教益性地揭示了流畅的法之效力续造这一现象（*gleitende Geltungsfortbildung des Rechts*）。同时，卢曼社会学式的规范概念也激发了法律学对规范之实效性展开分析的兴趣。

在卢曼后期理论里居于中心地位的是如下这一主张，即：法

① 这类理论的代表性观点，可参见 E. R. Bierling, *Juristische Prinzipienlehre*, Bd. 1, Freiburg/Leipzig 1894, 19: “被生活在某一共同体中的人们相互性地承认为在共同生活中必须遵守的那些规范或者规定就是法。”

② 参阅 St. Machura, Niklas Luhmanns Legitimation durch Verfahren im Spiegel der Kritik, *ZfRoz* 14 (1993), 97 - 114.

系统被构想为一个自指涉—自创生式的，运作上闭合的系统，^⑤其要害在于对系统的自治性的强调。这一构想同样也适用于社会的其他功能性子系统（经济、政治、科学、宗教等）。在此，自创生概念对卢曼的整体理论构想所具有的意义也显现了出来，具体而言，自创生将卢曼理论的一项核心主张妥切地表达了出来，即：现代社会想要实现其功能，它的每个功能子系统就必须确保自身的自主状态（Eigengesetzlichkeit）。法系统的自治性首先体现于法院在法系统内的中心地位。其次，系统的基础自治性进一步体现于法系统将特定交往归入自身这一进程。而且，它还持续性地为法院输送新的诉争材料（Streitstoff），而基于这些材料，法院将不断地对有效力的法给予重新确认、抑或是对其进行变更或续造。在这一框架里，法的正确性要素和制定性要素都被合并至回溯性地被界定的法效力概念中去。

法概念的“正确性要素”现在被置于一种关于法之内在正义性的理论背景之下来探讨。该理论主张，经由对法系统内部的自我调控机制的强调来超越实证主义立场和非实证主义立场的二元对立。显而易见，上述主张对法律学式的法理论既有描述性的意义，也有规范性的意义。该主张中那些存疑未决的问题，则是值得另外探究的独立论题。

至于法概念中的“权威制定性要素”（das Element der autoritativen Gesetztheit），卢曼的主张乃是：立法在法系统中居于系统

^⑤ 关于这一构想在社会学上是否适当的论战，见上注9。还需补充提及的是对如下问题的争论，即，法的控制功能（Steuerungsfunktion）是否能够通过自创生这一概念中得以充分把握？对此，见 G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*（见上注9），81ff.，以及 P. Nahamowitz, *Autopoietische Rechtstheorien: mit dem baldigen Ableben is zu rechnen*（对上述 G. Teubner 的评论文章），*ZfRSoz* 11（1990），137 - 155；N. Luhmann, *Steuerung durch Recht. Einige klarstellende Bemerkungen*, a. a. O. 12,（1991），142 - 146；P. Nahamowitz, *Steuerung durch Recht Sreuerung des Rechts*, ebd. 13（1992），271 - 293；N. Luhmann, *RdG* 156ff. 对法的控制功能的整体研究以及进一步例证，可参阅 Chr. Sandforth, *Prozeduraler Steuerungsmodus und moderne Staatlichkeit*, Diss. Göttingen 2001.

之边缘。从法律学的观点出发，至少在第一眼看来该观点是如此的让人困惑不解。但是事实上，通过这一观点所表达的不过是一项对法律人而言十分熟悉的事实，即如若制定法想要在法系统中获得实效，它就必须被接纳和解释，对此，法院发挥着关键作用。^④ 法律学式的法理论将这一洞见与一方面在国家哲学层面得到论证另一方面在实证法上得到规定的制定法对法官之约束力协调化。除此之外还可确定的是，法效力的层级模式在一定程度上对法系统的自描述而言是不可或缺的，卢曼本人亦不否认这一点（见 *RdG* 145）。但是，即便在法律学方面也能找到许多理据，它们有力地证明了法院在法系统内的中心地位。需要补充的是，这里所谓的法院，也包括国际经济法中的仲裁庭。

结果上毋庸置疑的是，卢曼的法概念更贴近于司法，更一般地说，它更贴近于法律职业人（*justiz - oder juristenfreundlich*）。因为，如果法是在法系统内作为法而被交往的那些事物，如果法系统的中心位置为法院所据有，并且法院的工作受到法释义学的调控和引导，如果制定法（*Gesetzesrecht*）之生效需遵循的仅是司法实践和法释义学所确立的标准，那么，对哪些事物可在法系统内作为法而存在这一问题一旦出现疑惑，有权对其作出回答的，正是法院以及法释义学。对这样一种法概念，法律人只能表示热烈欢迎。与之相对立的一种立场则主张：如果出现了上述疑惑，则应由政治系统来对其作出决断。由于哈贝马斯倾向于此种更贴近议会立法者的法概念，^⑤ 他和卢曼的理论构想之间的差异也可以在这两种不同立场的对比中得到展现。此差异向我们揭示

^④ 奠基性的文献如：O. Bülow, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig 1885；亦可参阅 U. Diederichsen/R. Dreier (Hg.), *Das mißglückte Gesetz*, Göttingen 1997.

^⑤ 参阅 J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt/M. 1992；亦可参阅 R. Dreier, *Rechtsphilosophie und Diskurstheorie. Bemerkung zu Habermas' Faktizität und Geltung*, in *Z. f. philos. Forschung* 48 (1994), 90 - 103. 关于贴近于司法的法概念与贴近于议会立法者的法概念这两者之间的区别，见 M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. Berlin 1976, 27ff.

了：对法概念的争论涉及的绝非仅是纯粹理论问题，同时，它还涉及了诸多权力问题（Machtfragen），如民主与分权原则、宪法诉讼以及由此而被提出的难题，究其本质而言，法律问题和政治问题究竟在多大范围内可被区分开来。^⑩

卢曼的法理论是他的社会理论的有机组成部分。卢曼针对社会的各个功能子系统的诸卷著作也可以被理解为他的一般理论工具的试验样品（Bewährungsprobe）。而对其法理论方面的著作而言，由于卢曼本人是法律家出身，他不但在这一领域尤其有发言权，并且从一开始就对法理论给与了极大的关注。从法律学的视角看来，卢曼的著作包含了一系列值得追随的启示。但是这些启示却处于重重理论负载的阴影之下，由于这些理论负载，卢曼为人们对他后期著作的理解设置了非同一般的障碍。^⑪

⑩ 卢曼的法释义学概念，以及他对法代码和政治代码之区分的适用范围，都可以在此关联中讨论。

⑪ 这首先指的是他的观察理论以及吊诡理论。参见 Jean Clam, Die Grundparadoxie des Rechts und ihre Ausfaltung, in *Z. f. RSoz* 21 (2000), 109 – 143, 109: “卢曼在上述两个领域从未停止过探索。而且，他沿着所有刺激他灵感的方向不断推进他的理论构建。卢曼的考虑是，为了对他的思考模式的基础内容进行阐释，他需要不断地改造他的思考模式的主要构型。无可否认的是，采用这种建构性的策略确实能够将他的许多思想解释清楚。但是总体而言，依然有大量基础性的内容处于晦暗不明当中。”亦见 Pro und Contra Luhmanns Systemtheorie 中的论据：D. Krause, *Luhmann – Lexikon* (上注 5), 72ff.

参考文献选要

[编译者按] 德国法哲学和政治哲学的文献汗牛充栋。在此挑选的文献只能说是其中一小部分。这难免会遗漏一些因编者自身兴趣和视野的局限而被忽视掉的重要文献。但即便如此，编者也尽可能把一些在本人看来重要的文献列数出来，尤其是英语世界的文献。其中卢曼的参考文献目录为王琦博士提供，在此表示感谢。

鲁道夫·耶林

Neil Duxbury, "Jhering's Philosophy of Authority", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, No. 1 (Spring, 2007), pp. 23 - 47.

Konrad Zweigert, Kurt Siehr, "Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 19, No. 2 (Spring, 1971), pp. 215 - 231.

Gerhard Wagner, "Rudolph von Jherings Theorie des subjektiven Rechts und der berechtigenden Reflexwirkungen", *Archiv für die civilistische Praxis*, 193 Bd., H. 4. (1993), pp. 319 - 347.

鲁道夫·施塔姆勒

- Isaac Husik, "The Legal Philosophy of Rudolph Stammler", *Columbia Law Review*, Vol. 24, No. 4 (Apr., 1924), pp. 373 – 389.
- Francois Geny, "The Critical System (Idealistic and Formal) of R. Stammler", in Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, The Macmillan Company, 1925.
- John C. H. Wu(吴经熊): "Stammler and His Critics", in Rudolf Stammler, *The Theory of Justice*, The Macmillan Company, 1925.

尼 采

- Tracy Strong (eds.), *Friedrich Nietzsche*, Ashgate, 2009.
- Daniel Conway, *Nietzsche and the Political*, Routledge, 1997.
- Herman W. Siemens and Vasti Boodt (eds.), *Nietzsche, Power and Politics, Rethinking Nietzsche's Legacy for Political Thought*, Walter de Gruyter, 2008.
- Mark Warren, *Nietzsche and Political Thought*, The MIT Press, 1991.
- Keith Ansell – Pearson, *An Introduction to Nietzsche as Political Thinker*, Cambridge University Press, 1994.
- Francis J. Mootz III and Peter Goodrich, *Nietzsche and Law*, Ashgate, 2008.

韦 伯

- Beetham, David. 1989. "Max Weber and the Liberal Political Tradition," *European Journal of Sociology*, 30.
- Bruun, Hans Henrik, *Science, Values and Politics in Max Weber's Methodology*, Copenhagen: Munksgaard, 1972.
- Goldman, Harvey, *Politics, Death, and the Devil: Self and Power in Max Weber and Thomas Mann*, Berkeley: University of California Press, 1992.
- Käsler, Dirk, *Max Weber: An Introduction to his Life and Work*, trans. P. Hurd. Chicago: University of Chicago Press, 1988.
- Kim, Sung Ho, *Max Weber's Politics of Civil Society*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Löwith, Karl, *Max Weber and Karl Marx*, trans. H. Fantel. London: Allen & Unwin, 1982.
- Swedberg, Richard (ed.), *The Max Weber Dictionary*, Stanford: Stanford University

Press, 2005.

Mommsen, Wolfgang, *Max Weber and German Politics, 1890 – 1920*, trans. Michael S. Steinberg. Chicago: University of Chicago Press, 1984.

Petersen, Jens, *Max Webers Rechtssoziologie und die Juristische Methodenlehre*, Walter de Gruyter, 2008.

Peter Lassman (eds.), *Max Weber*, Ashgate, 2006.

卡尔·施米特

Balakrishnan, G., *The Enemy. An Intellectual Portrait of Carl Schmitt*, London: Verso, 2000.

Bendersky, J. W., *Carl Schmitt: Theorist for the Reich*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1983.

Cristi R., *Carl Schmitt and Authoritarian Liberalism: Strong State, Free Economy*, Cardiff: University of Wales Press, 1998.

Dyzenhaus, D., *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford: Oxford University Press, 1997.

D. Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism*, Durham: Duke University Press.

Gotfried, P. E., *Carl Schmitt: Politics and Theory*, Westport, CT: Greenwood Press, 1990.

Hofmann, H., *Legitimität gegen Legalität: Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin: Duncker & Humblot, 2002.

Hooker, W., *Carl Schmitt's International Thought: Order and Orientation*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Kalyvas, A., *Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt, and Hannah Arendt*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Kaufmann, M., *Recht ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitt's Staats-und Rechtslehre*, Freiburg: Karl Alber, 1988.

Kennedy, E., *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Durham: Duke University Press, 2004.

Mauss, I., *Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

- Meier, H. , *The Lesson of Carl Schmitt: Four Chapters on the Distinction between Political Theology and Political Philosophy*, Chicago: University of Chicago Press, 1998.
- Meier, H. , *Carl Schmitt and Leo Strauss: The Hidden Dialogue*, Chicago: University of Chicago Press, 2006.
- Müller, J. – W. , *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*, New Haven: Yale University Press, 2003.
- Scheuerman, W. E. , *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.
- Schwab, G. , *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*, Westport, CT: Greenwood Press, 1989.

凯尔森

- Hart, H. L. A. , “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, in H. E. Kiefer and M. K. Munitz (eds.), *Ethics and Social Justice*, New York: State University of New York Press, 1970, pp. 171 – 199.
- Raz, J. , “Kelsen’s Theory of the Basic Norm”, in Raz, *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 122 – 145.
- Tur, R. H. & Twining, W. (eds.), *Essays on Kelsen*, Oxford: Clarendon Press, 1986.
- Vinx, Lars, *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007.
- Bindreiter, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the Implications of Kelsen’s Doctrine*, Springer, 2002.
- Ian Bryan, Peter Langford, John McGarry (eds.), *The Foundation of the Juridico – Political: Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, Routledge, 2013.
- Moore, Ronald, *Legal Norms and Legal Science: A Critical Study of Kelsen’s Pure Theory of Law*, University of Hawaii Press, 1978.
- Jochen von Bernstorff, *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Cambridge University Press, 2010.

哈贝马斯

- Baynes, Kenneth, “Democracy and the Rechtsstaat: Remarks on Habermas’s Faktizität und Geltung”, in S. White (ed.), *The Cambridge Companion to Habermas*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 201 – 232.
- Benhabib, Seyla, and Fred Dallmayr (eds.), *The Communicative Ethics Controversy*, Cambridge, MA: MIT Press, 1990.
- Bohman, James, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, Cambridge, MA: MIT Press, 1996.
- Buchanan, Allen, *Justice, Legitimacy, and Self – Determination*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- Gottschalk – Mazouz, Niels, *Diskursethik*, Berlin: Akademie, 2000.
- McCarthy, Thomas, *The Critical Theory of Jürgen Habermas*, Cambridge, MA: MIT Press, 1978.
- Rosenfeld, Michel, and Andrew Arato (eds.), *Habermas on Law and Democracy*, Berkeley: University of California Press, 1998.
- Schomberg, René vom, and Kenneth Baynes (eds.), *Discourse and Democracy: Essays on Habermas’s “Between Facts and Norms”*, Albany: SUNY Press, 2002.
- Thomassen, Lasse, *Deconstructing Habermas*, Routledge, 2007.
- James Gordon Finlayson and Fabian Freyenhagen (eds.), *Habermas and Rawls: Disputing the Political*, Routledge, 2010.
- Craig Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, The MIT Press, 1993.
- Hedrick Todd, *Rawls and Habermas: Reason, Pluralism and Claims of Political Philosophy*, Stanford University Press, 2010.

卢曼

- Margot Berghaus: *Luhmann leicht gemacht*. 3. Auflage. Böhlau – Verlag, Köln 2011.
- Peter Fuchs: *Niklas Luhmann-beobachtet*. 3. Auflage. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2004.
- Walter Reese – Schäfer: *Niklas Luhmann zur Einführung*. 6. Auflage. Junius, Hamburg 2011.
- Horster Detlef: *Niklas Luhmann*. Originalausg., 2., überarb. Aufl. München:

Beck, 2005.

Oliver Jahraus, Dr. Armin Nassehi, Irmhild Saake (Hrsg.) : *Luhmann-Handbuch: Leben-Werk-Wirkung*, Metzler Verlag, 2012.

Dieckmann Johann: *Luhmann-Lehrbuch*. München: W. Fink, 2004.

Georg Kneer, Armin Nassehi: *Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme. Eine Einführung*. 4 Auflage. Fink, München 2000.

Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi, Elena Esposito: *GLU. Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*. Suhrkamp, Frankfurt am Main 2003.

Detlef Krause: *Luhmann – Lexikon. Eine Einführung in das Gesamtwerk von Niklas Luhmann mit 27 Abbildungen und über 500 Stichworten*. 4. Auflage. UTB, Stuttgart 2005.

Klaus Dammann & Dieter Grunow & Klaus P. Japp (Hrsg.) : *Die Verwaltung des politischen Systems. Neuere systemtheoretische Zugriffe auf ein altes Thema. Niklas Luhmann zum 65, Geburtstag*, Opladen 1994.

Dirk Baecker & Jürgen Markowitz & Rudolf Stichweh & Hartmann Tyrell & Helmut Willke (Hrsg.) : *Theorie als Passion. Niklas Luhmann zum 60. Geburtstag*. Frankfurt 1987.

Uwe Schimank, Hans Joachim Giegel, Beobachter der Moderne: *Beiträge zu Niklas Luhmanns Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, 2003.

G. Kneer & A. Nassehi 著, 魯貴顯譯, 《盧曼社會系統理論導引》, 台北: 巨流, 1998。

译者简介

- 姚 远：**南京师范大学法学院讲师，主要研究领域为马克思的法哲学与政治哲学。
- 李丹阳：**吉林大学法学院硕士研究生。
- 刘 鹏：**扬州大学法学院讲师，主要研究领域为西方法哲学、西方法制史。
- 王小钢：**吉林大学法学院副教授。
- 王雪麟：**吉林大学法学院硕士研究生。
- 邹益民：**河南大学法学院讲师，主要研究领域为德国近现代思想、中国法律与政治哲学。
- 孙国东：**复旦大学社会科学高等研究院研究人员、副教授，主要从事西方法哲学和社会—政治哲学的研究，尤重哈贝马斯思想的研究。
- 王 琦：**德国柏林自由大学法律系博士候选人，主要研究领域为卢曼的法哲学和政治哲学。