



世纪文库

# 法社会学

[德] 尼克拉斯·卢曼 著

上海世纪出版集团



世纪出版

上架建议：法学 社会学

ISBN 978-7-208-114



9 787208 114562 >

定价：69.00 元

易文网：[www.ewen.cc](http://www.ewen.cc)

文景网：[www.wenjingbook.com](http://www.wenjingbook.com)

# 法社会学

[德] 尼克拉斯·卢曼 著 宾凯 赵春燕 译

世纪出版集团 上海人民出版社

### 图书在版编目(CIP)数据

法社会学 / (德)卢曼著;宾凯,赵春燕译. —上海:上海人民出版社,2013  
(世纪人文系列丛书.世纪文库)  
ISBN 978-7-208-11456-2

I. ①法… II. ①卢… ②宾… ③赵… III. ①社会学—研究 IV. ①D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 122664 号

责任编辑 贾忠贤  
装帧设计 陆智昌  
美术编辑 高 熹



世纪文景

### 法社会学

[德] 尼克拉斯·卢曼 著  
宾凯 赵春燕 译

出 版 世纪出版集团 上海人民出版社  
(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)  
出 品 世纪出版股份有限公司 北京世纪文景文化传播有限责任公司  
(100013 北京朝阳区东土城路 8 号林达大厦 A 座 4A)  
发 行 世纪出版股份有限公司发行中心  
印 刷 浙江新华数码印务有限公司  
开 本 720×1 000 毫米 1/16  
印 张 30.25  
插 页 3  
字 数 358,000  
版 次 2013 年 8 月第 1 版  
印 次 2013 年 8 月第 1 次印刷  
ISBN 978-7-208-11456-2/C·438  
定 价 69.00 元

## 世纪人文系列丛书编委会

主任

陈 昕

委员

丁荣生	王一方	王为松	毛文涛	王兴康	包南麟
叶 路	何元龙	张文杰	张英光	张晓敏	张跃进
李伟国	李远涛	李梦生	陈 和	陈 昕	郁椿德
金良年	施宏俊	胡大卫	赵月瑟	赵昌平	翁经义
郭志坤	曹维劲	渠敬东	韩卫东	彭卫国	潘 涛

## 出版说明

自中西文明发生碰撞以来，百余年的中国现代文化建设即无可避免地担负起双重使命。梳理和探究西方文明的根源及脉络，已成为我们理解并提升自身要义的借镜，整理和传承中国文明的传统，更是我们实现并弘扬自身价值的根本。此二者的交汇，乃是塑造现代中国之精神品格的必由进路。世纪出版集团倾力编辑世纪人文系列丛书之宗旨亦在于此。

世纪人文系列丛书包涵“世纪文库”、“世纪前沿”、“袖珍经典”、“大学经典”及“开放人文”五个界面，各成系列，相得益彰。

“厘清西方思想脉络，更新中国学术传统”，为“世纪文库”之编辑指针。文库分为中西两大书系。中学书系由清末民初开始，全面整理中国近现代以来的学术著作，以期为今人反思现代中国的社会和精神处境铺建思考的进阶；西学书系旨在从西方文明的整体进程出发，系统译介自古希腊罗马以降的经典文献，借此展现西方思想传统的生发流变过程，从而为我们返回现代中国之核心问题奠定坚实的文本基础。与之呼应，“世纪前沿”着重关注二战以来全球范围内学术思想的重要论题与最新进展，展示各学科领域的新近成果和当代文化思潮演化的各种向度。“袖珍经典”则以相对简约的形式，收录名家大师们在体裁和风格上独具特色的经典作品，阐幽发微，意趣兼得。

遵循现代人文教育和公民教育的理念，秉承“通达民情，化育人心”的中国传统教育精神，“大学经典”依据中西文明传统的知识谱系及其价值内涵，将人类历史上具有人文内涵的经典作品编辑成为大学教育的基础读本，应时代所需，顺时势所趋，为塑造现代中国人的人文素养、公民意识和国家精神倾力尽心。“开放人文”旨在提供全景式的人文阅读平台，从文学、历史、艺术、科学等多个面向调动读者的阅读愉悦，寓学于乐，寓教于心，为广大读者陶冶心性，培植情操。

“大学之道，在明明德，在新民，在止于至善”（《大学》）。温古知今，止于至善，是人类得以理解生命价值的人文情怀，亦是文明得以传承和发展的精神契机。欲实现中华民族的伟大复兴，必先培育中华民族的文化精神；由此，我们深知现代中国出版人的职责所在，以我之不懈努力，做一代又一代中国人的文化脊梁。

上海世纪出版集团  
世纪人文系列丛书编辑委员会  
2005年1月

## 目录

作为观察者的法哲学和法律社会学(代译序)/ 1

第二版序言/ 37

导 言/ 39

第一章 法社会学的经典起源/ 50

第二章 法律的发展:以社会理论为基础/ 68

2.1 复杂性、偶在性和期望的期望/ 71

2.2 认知期望和规范期望/ 79

2.3 失望处理/ 90

2.4 制度化/ 100

2.5 期望脉络的同一化/ 115

2.6 作为一致性一般化的法律/ 129

2.7 法律和物理暴力/ 141

2.8 结构和越轨行为/ 149

第三章 作为社会结构的法律/ 182

3.1 社会和法律的发展/ 182

3.2 古代法/ 195

3.3 前现代高级文明的法律/ 212

3.4 法律的实证化/ 234



**第四章 实证法 / 261**

- 4.1 实证的概念与功能 / 261
- 4.2 法律的分出和特定化 / 271
- 4.3 条件程式化 / 279
- 4.4 决定生成程序的分化 / 284
- 4.5 结构变化 / 292
- 4.6 实证性的风险及由此产生的问题 / 300
- 4.7 正当性 / 308
- 4.8 实证法的执行 / 317
- 4.9 控制 / 329

**第五章 通过实证法的社会变化 / 356**

- 5.1 可控的社会变化的条件 / 359
- 5.2 类型结构 / 383
- 5.3 全球社会的法律问题 / 390
- 5.4 法律、时间和计划 / 401

**结论 法律系统与法律理论 / 423**

**附录 第一版结论：法律理论的问题 / 434**

**参考文献(选摘) / 445**

**索引 / 458**

**译后记 / 471**

# 作为观察者的法哲学和 法律社会学(代译序)

大概卢曼自己会这样认为,如果没有“二阶观察”这一束概念闪电,西方古老的知识论传统仍然还处在万古长夜之中。

卢曼知识论的一个核心概念是差异(Differenzen),差异带来信息,信息制造“惊讶”。卢曼自己的社会学就是通过不断制造新的概念差异而形成一波又一波的理论惊讶。与当代其他社会学流派相比,卢曼社会学所制造的一个关键差异则是:把“观察者”嵌入到社会理论内部。卢曼在比勒菲尔德大学(Universität Bielefeld)社会学系的告别演讲中认为,在他之前的社会学或社会理论,无论是贯彻实证主义路线的经验社会学还是以反对实证主义著称的社会批判理论,都没有认真对待“观察者”这个问题。卢曼认为自己原创的社会系统论才是第一个能够逻辑自治地处理观察者问题的社会学理论。尤其是20世纪80年代以后,卢曼受到马图拉纳(Humberto Maturana)和瓦瑞拉(Francisco Varela)的自创生(autopoiesis)理论、冯·福斯特(Heinz von Foerster)的二阶观察(second-order observation)理论,以及斯宾塞·布朗(Spencer Brown)的区分(distinction)理论的影响,特别把“观察者”升华到其理论构造中的核心高度。这个概念深刻影响到卢曼后续的社会学观察,并通过“观察者的观察者”这一社会学棱镜,对政治、经济、法律、科学、宗教、教育、媒介等社会子系统展开长达数十年的观察。

二阶观察下的社会学,实现的是自我指涉(Selbstreferenz)的社会观察操作。在卢曼看来,社会现象与其观察者之间的自我指涉关系或

反身性关系，在西方知识传统中一直处于被遮蔽的状态。社会学一百多年的历史仍然是这个问题被遮蔽的历史，即便对于以知识的生产制度和生产过程为研究对象的知识社会学而言，知识的自我指涉问题也是其致命的盲点。

20 世纪六七十年代，当帕森斯理论由盛转衰之时，在卡尔·波普与阿多诺之间、帕森斯与马尔库塞之间发生过关于社会科学的实证主义和批判理论的两度著名论战。卢曼认为，无论社会学的实证主义还是批判理论，虽然它们在研究纲领上水火不容，但二者有一个共同的缺陷，即都假设了一个既不受观察对象影响，也不会影响到观察对象的独立观察者——这个观察者隐身在观察对象之外的优越位置。追溯西方知识的整个传统，可以发现，这个享有观察特权的观察者的实质就在于，思想者们一直没有摆脱运用主体/客体、存在/非存在这两个差异来观察世界的单调处境。

作为 20 世纪中叶社会学王者的帕森斯，就不曾窥破社会科学知识“自我指涉”的玄奥。曾经跟随帕森斯学习过的卢曼，在 1980 年之前一直是帕森斯的跟随者与对话者，前期卢曼几乎总是以帕森斯的问题意识和理论框架作为自己思想攀援的脚手架，出版于 1972 年的《法社会学》(*Rechtssoziologie*)这本书的问题群和概念选择就清楚呈现了二者之间千丝万缕的师承关系。但是，后期卢曼的理论超越性也正是以批判帕森斯作为起跳点，一针见血地指出了帕森斯理论中对观察者问题和自我指涉问题的遮蔽。

帕森斯反对实证主义的意图是鲜明的，他尖锐批判了实证主义把观察对象物化的研究范式，自觉承袭了韦伯理解社会学的传统，把社会的基本单位设定为行动，并从行动者的主观意愿、社会规范、客观环境(手段和条件)之间的突现(emergence)关系着手构造社会行动。但是，帕森斯并没有完成把自己的批评对象甩到身后的雄心。针对帕森斯把社会学中的行动系统和社会系统处理为“分析性实在论”(analytical realism)，卢曼认为，一方面，帕森斯自觉意识到理论作为

观察者在构造观察对象上的主观性，但是另一方面，又把行动系统和社会系统看成是被观察的僵死“对象”。帕森斯理论的盲点在于，他仍然没有摆脱西方知识论传统上仅仅把“主体”当成观察者(即当成惟一的自我指涉系统)的窠臼，没有看到社会诸系统本身也是真实的观察者，是诸多具有自我指涉能力的、不断从事着意义再生产的“活的系统”。因此，虽然帕森斯意在通过“意愿性理论”(voluntarism)颠覆实证主义和功利主义的社会学传统，并且通过构造行动者之间的“双重偶在性”(double contingency)这个概念触摸到了二阶观察和自我指涉的外缘，但是仍然没有把心理系统与社会系统看成相互独立且相互观察的关系，也没能充分理解社会诸系统之间的相互观察的关系，因而与社会系统论的二阶观察这一知识观失之交臂。正因为如此，从卢曼的社会系统论视角看来，帕森斯社会学只不过是运用理论上的操作技术掩盖主体/客体这一观察模式的更为精巧、更为高级的实证主义。

观察者问题最初是以社会学知识的反身性呈现出来的。社会学研究的反身性问题在霍桑效应(Hawthorne Effect)中就初露端倪，墨顿(Robert K. Merton)社会学中的“自证预言”(self-fulfilling prophecy)或“自毁预言”(self-defeating prophecy)理论也在这个问题上初试啼声。这些实验和理论尝试去揭示观察者与观察对象之间相互作用的复杂过程，试图打破社会学研究者与研究对象之间二元割裂的神话。在20世纪后期的社会理论和社会学大家中，哈贝马斯(Jürgen Habermas)关于知识与兴趣的讨论、吉登斯(Anthony Giddens)关于结构二重性与反思性监控的理解，以及布迪厄(Pierre Bourdieu)的实践社会学，都相当自觉地触及了社会科学知识生产的反身性问题。但是，在卢曼看来，这三位社会学家的行动社会学取向以及由这种取向必然导向的社会批判立场，却让他们陷入了改造社会的误区。卢曼批判了马克思在《关于费尔巴哈的提纲》中那个著名的“第十三命题”，他认为，社会学的本分在于解释社会，而不是改造社会。卢曼认为那些拥有改造社会热情

的社会理论家，虽然已经点破了社会科学的反身性作用，但是并没有把这种知识论坚持到底。因为，如果立足于批判和改造社会，那就必然要在其相应的理论参数中埋下这样一个预设：自诩自己拥有在社会之外观察社会的特权地位。卢曼的自我指涉知识论却主张任何社会观察者都只能在社会之中观察社会。卢曼面临的挑战是，如果坦率承认社会科学的这种自我指涉性质，那就必然会遭遇“悖论”（Paradox）问题；如果承认了悖论在知识生产过程中的不可避免，那是否必然走向相对主义和非理性？

这涉及哈贝马斯与卢曼的一个关键争论：关于启蒙与理性的判断。哈贝马斯声称接过康德的旗帜“继续启蒙”，卢曼则针锋相对地声称“社会学的启蒙”。哈贝马斯继承了自苏格拉底以来欧洲思想中的一个核心见解，即人类的理性可以让人类自己决定自己的命运；虽然哈贝马斯不再坚持人类可以在类似自然法那样的实质标准上达成社会共识，却认为人类可以在追求理想商谈条件的过程中逐渐逼近程序正义。这种程序正义所蕴含的理性力量包含了一种社会自我批判的力量，可以矫正经济系统和政治系统由于运用金钱和权力这些策略性的沟通工具所导致的压迫和痛苦。当然，哈贝马斯前后期的主张也是有所变化的，前期的“公共领域”理论渲染了法兰克福学派关于社会“解放”的激进色彩，而在后期，则有向自由主义靠拢的趋势，但其间仍然变奏着批判理论的基调。在哈氏后期的《事实性与有效性》（*Faktizität und Geltung*）这一被公认为其巅峰的作品中，法律成为打通生活世界与金钱、权力两个系统的枢纽。法律的功能是把源于生活世界的正当性传导给金钱和权力系统，保障公民的平等权利，防止各种形式的暴力和压制。

哈贝马斯在知识论上提出了著名的“践言冲突”（*Performativer Widerspruch*）理论，这是哈贝马斯创制出来打击德里达、福柯等后结构主义代表人物的致命武器。哈贝马斯认为，后结构主义的旗手们最终都滑向了相对主义和非理性的泥潭，而这必然导致这些理论家们的

自我否定。因为，“践言冲突”意味着，当德里达、福柯等人在否定理性、肯定知识的相对性时，他们的论断本身就被自己的论断给否定了。哈贝马斯因此也批评了维特根斯坦和海德格尔的哲学，认为他们也在相对主义的道路上走得太远，一旦把这种相对主义的逻辑运用于他们自身，最终必然导致他们自己的理论也无法获得辩护。通过这种归谬法，一切相对主义都在“践言冲突”这个照妖镜下现出原形，哈贝马斯也因此间接证明了自己坚持启蒙理性主义的正当性。这个论证结构的设计堪称高明、打击堪称精准。卢曼所认为的现代社会中心已经消散，只存在社会功能分化之下的系统理性，而不存在能够代表整个社会统一性的大写理性的观点，如何能够抵挡住哈贝马斯这一致命武器的攻击呢？

卢曼的社会学启蒙，摆明是与哈贝马斯的“理性启蒙”唱反调。在卢曼看来，哈贝马斯无非是指出了德里达式的后结构主义或者维特根斯坦式的语境相对主义的自我指涉——以相对主义指向相对主义。自我指涉在亚里士多德以来的西方知识论中就是遭到禁止的，被公认是思维错误的一个判准。同哈贝马斯相比，卢曼对当代知识社会学作出的更大贡献，就在于颠覆了这个强大的知识传统，认为自我指涉不仅不是需要删除的知识丑闻，反而正是所有知识再生产的动力机制。卢曼曾揶揄地说，就知识自我再生产的悖论和自我指涉问题而言，“即便福柯也没有把这个问题搞清楚”。

正是通过尼采、马克思和弗洛伊德在 19 世纪后期的那些早期努力，才引发了 20 世纪的新实用主义、现象学诠释学、后结构主义等哲学思潮对绝对主义、理性主义及其替代物的摧毁。至此，寻找终极支撑点的信念逐渐消失。卢曼的悖论观和建构主义知识论则是这一思想趋势在 20 世纪后期最彻底的表达。在《社会的社会》(*Die Gesellschaft der Gesellschaft*)这本黑格尔式的巨著中，卢曼通过把无意识定位于所有观察之上，包括观察他自己，提供了一个彻底激进的无意识观察——不能加以最终地和基础性地说明的无意识。因

此，一个寻找终极责任的理论就不再需要。卢曼通过把所有观察者都设定为既处于一阶观察的位置又处于二阶观察的位置这个同时性悖论，阐明了终极观察者缺位的理论，由此，卢曼抛弃了古典思想传统中的绝对主义，但是，令人惊讶的是，他又没有陷入相对主义的泥淖。

曼海姆(Karl Mannheim)是古典知识社会学的集大成者，他发掘了马克思关于社会科学知识与意识形态相关联的观点。社会存在决定社会意识，由于阶级利益的分化，不同的阶级会产生不同的意识形态，而社会科学知识总是要表现出意识形态上的党派性。曼海姆关于意识形态的核心观点是：意识哲学在一个无限多样化的和混乱无序的世界中确定了经验组织体，其统一性的保证是有领悟力的主体统一性。但这并不意味着，在意识体验世界的过程中，意识自发地发展了能使他理解世界的组织原则，而是说，社会科学的研究必须要有一个意识形态的前见，我们以为是凭借我们自己的眼睛去看和凭借我们自己的头脑去想所形成的知识，其实离不开我们生活于其中的社会环境的影响，知识是社会建构的。这种理论必须一开始就假定，存在着这样的思维领域，在这个领域中，不可能想像有脱离于主体的价值观和地位而存在的、与社会背景无关的绝对真理。现代知识论所重视的相对性并非仅仅是历史相对性，而是主张知识的社会建构性所导致的相对性。

卢曼不满足于曼海姆式的意识形态分析，虽然他并不否认曼海姆关于任何知识都和某种意识形态相关联的洞见。卢曼的理论无意克服意识形态，相反倒是说明了意识形态是不可避免的，但是他还想走得更远。卢曼认为，自从20世纪20年代开始，知识论在两个方面出现了停滞。首先，即使忽略马克思“阶级理论”的内在困境，当时的阶级问题也只是一个局部现象，曼海姆作出的贡献是把阶级理论与意识形态的关系一般化，他认为阶级概念应该能够被任何形式的社会立场所替代，因而没有不包含意识形态的知识。但是，卢曼认为，“立场”

和“存在的相对性”还不能使问题真正细化。其次，曼海姆承接马克思意识形态批判所开启的知识社会学仍然面临着一个古典知识论没有解决的认识论难题。知识社会学不能解决这样一个悖论：当知识社会学陈述任何理论都是相对的、没有终极真理时，那么知识社会学的这个陈述本身是否是真理呢？不论如何回答，当问题指向知识社会学自身时，都会遭遇像“说谎者悖论”那样的两难处境。如果知识社会学也是相对的，不是真理，那么知识社会学关于知识与意识形态之关系的陈述也是不可靠的，因之知识社会学最终便只能落得个自掘坟墓的下场——这与哈贝马斯所谓的“践言冲突”非常近似。

卢曼认为避开知识社会学的困境，认识论问题还有一条更可靠的解决途径，即“在自我指涉的系统中，认识论问题被看作是观察观察的问题，描述描述的问题，运算运算的问题”。卢曼认为，这也就是冯·福斯特的“二阶控制论”(second-order cybernetics)，当然也可以称为建构主义知识论。

卢曼所要批评的是知识社会学极端相对主义的一面，对于卢曼来说，真理是偶然的，但不是相对的。在这一点上，卢曼和美国哲学家罗蒂(Richard Rorty)有相似之处，虽然二者得出这一结论的论证过程非常不同。罗蒂认为：“教化哲学家必须摧毁具有一个观点这个概念本身，而又避免对有观点一事具有一个观点。”用自己持有的观点去摧毁其他所有观点，这其实就是卢曼所指的知识社会学面临的悖论。罗蒂所说的教化哲学家们——维特根斯坦和海德格尔，相当漂亮地摆脱了这个逻辑困境，因为，“他们成功地运用这一立场的理由之一是，他们不认为，当我们说什么时，我们就必定在表达关于某一主题的观点。我们可以只是说着什么，即参与一次谈话，而非致力于一项研究”。罗蒂和卢曼都反对相对主义，都不否认某种形式的“真理”，但是这种真理不是存在论或者主体哲学中的“客观真理”。对于罗蒂来说，“教化哲学的目的是维持谈话继续进行”，而对于卢曼来说，社会功能子系统的同一性就在于维持一个沟通与下一个沟通的不断联



结。在罗蒂强调哲学谈话之“封闭性”的时候，卢曼强调系统运作的“封闭性”。在这种封闭单元中，对罗蒂而言，所谓的真理是指“该语句可无矛盾地应用于自身”，对卢曼而言，真理则是指沟通在适用系统的二元符码上始终保持逻辑一致。这样的真理并不指向一种绝对性，但是对参与对话的当事人或进行沟通的系统来说，又确实具有“社会秩序”的约束力，而且这样的真理指向了无限变化的可能性。

在罗蒂与卢曼之间所作的对比，顺便还能推导出卢曼与实用主义之间的关系。英籍卢曼专家迈克尔·金(Michael King)就曾指出卢曼对德国19世纪具有实用主义倾向的哲学家法伊英格尔(Hans Vaihinger)的呼应，他认为：就像之前的凯尔森，卢曼的法律思想打上了法伊英格尔牌新康德主义哲学的深刻烙印，卢曼认为个体认知和法律系统只能从假设、悖论的前提获得有效性基础，而不能通过指涉到本体论的形式获取这种有效性。法伊英格尔的新康德主义被认为是“现象主义、实用主义在德国的表现”。卢曼看到，世界是充满逻辑矛盾的幻想的庞大组织，思维只是用来处理感性感觉的使用方便的工具，“真理就是合目的的谬误”。我们必须满足生活中的这种合目的的假象，因为这对生命的生存是有用的，我们以假为真，设定它为真。法伊英格尔认为法律人就是通过法律在自身内部对世界进行虚构，并把这个虚构的世界当成是真实世界，比如拟制“法人”这个概念；而且，这种虚构必然是有用的，是能够带来好处的，所以，法律人在法律世界中创造了属于自身的真实并服务于外部世界。

卢曼的社会理论与法伊英格尔的这种实用主义真理观之间存在着某种内在联系，但是，卢曼关注的不再是人的意识过程与意识对象的关系，而是系统与环境的关系。卢曼的真理观与实用主义哲学的真理观由此产生了差异，比如，卢曼并不认为真理和人的功利需要之间存在直接的因果关系；并且，法伊英格尔并没有像卢曼那样看到在系统与环境之间的这个悖论性关系，卢曼正是从建构主义知识论的“区分”逻辑出发，才发现了“悖论”的生产性，而且认为正因系统/环境

关系中存在着悖论以及系统试图克服这个悖论的不断努力，法律系统才能够拥有自我生产的动力。

卢曼这样描述悖论：一个产生了区分的盲点，因此也使观察在第一位置变得可观察。因此，悖论产生于对观察的观察，或者说二阶观察。那么，什么是观察呢？卢曼说：观察意味着产生一个区分，并指示出区分的一边(而不是另一边)。根据卢曼的建构主义知识论，没有差异，或者说没有区分，就无法进行观察。所以，观察者在进行观察操作时，必须根据“形式”和“区分”把世界划分为两边，比如善/恶、真/假、存在/非存在、合法/非法，等等。但是观察者不能同时看到区分的两边。卢曼说：每个观察者为了指示一边或另一边的目的而运用区分；从一边跨越到另一边需要花费时间，因此观察者不能同时观察两边。而且，当观察者正在运用区分时，观察者不能观察到区分的统一，如果要观察这个区分的统一性，观察者必须给出一个与一阶区分不同的区分。

对此，卢曼有一个简洁的表述：观察不能观察自身。观察者既不能同时观察自身，也不能观察到导致观察者在第一位置作出区分的形式的统一。在观察期间，观察者必须假定，在其中作出区分的一边代表了整体，而不仅是整体的一部分。对此，可以这样理解，当观察者在世界中观察对象时，观察者必须把世界一分为二，即观察者/对象，或者用卢曼的系统论术语来表达，就是“系统与环境”——卢曼也用另一个术语，里面/外面。观察者自身把对象设定在自身之外，对象此时成为了被观察者，观察者会把这个对象看成(虚构为)全部世界的集合。但是，当观察者如此观察时，观察者却站在对象之外，也就是说，只要进行观察，观察者就始终不能观察到作为观察者的自身，那么那个被观察的对象就不是真正的全部“世界”——世界应该是观察者与观察对象的统一，然而观察者却不能看到这个统一，不然就什么也看不见。

如果把观察过程看成既“结构化”又“解构化”的操作，那么就需要一个媒介——“意义”(Sinn)。卢曼的“意义”概念受到了胡塞尔先

验现象学的启发。胡塞尔认为，可以把意义构想为现实性和可能性的同时呈现，现实性处于一个可能性的“视域”（Horizon）中。对于意义系统而言，无论是意识系统还是社会系统，其内在动力学都在于“现实操作”和“可能操作”之间不断切换的关系。用斯宾塞·布朗的区分理论来表达就是：现实性/可能性的区分是一个区分“再入”（re-entry）自身区分的形式。通过系统不断的“再入”操作，系统不断维持和改写自身的意义，而且这个过程也就是充满自我指涉和悖论的过程。卢曼说：一旦我们观察“再入”，我们就看到了悖论——再入既是同一个区分，又不是同一个区分。

从区分到区分的转移，就是不断地“再入”和“跨越”，不断地再生产被标示/未标示的空间，这就引发了悖论的自我再生产过程。这一过程包含相互呼应的两个方面：首先，一旦任何观察系统（包括细胞、意识以及社会）进行观察，世界就被被标示和未被标示的区分裂开来，这个过程一直可以延续下去，也就产生了系统的复杂性和自主性；其次，系统可以在自身中——而且也只能在自身中——再生产环境的图像。斯宾塞·布朗说：“我们可以认为这个世界无可质疑地是它自身，但是，为了试图把它自身看成是一个对象（即没有不同于它自身），同样无可质疑的是，世界必须使它自身与自身区别开来，因而也就是虚假的自身，在这样的条件下，世界总是部分地逃离自身。”部分不再能够代表整体。我们传统中象征统一的部分（比如统治阶级的世界观象征了整个社会世界观的统一）必须被一个差异所代替，即每当观察时，总是再生产不可观察性。“观察者的位置是未标示的状态，在这个未标示的状态之外，观察者跨越了一个边界以作出一个区分，而在这个未标示的状态中，观察者发现自己不可能从其他东西中区别出来。”观察者只能通过进一步的区分被指示出来，这就是观察系统的“创造”和“自我生产”。

卢曼把系统的悖论性生产运用于解释系统与现实的关系。卢曼从建构主义知识论的角度出发批判了“实在论”（realism）。他们认为，

信赖存在着某些认知“实在”(reality)的途径,即相信存在着以某种非悖论方式认知客观实在的途径,那是一种谬误。因此,对那些没有看到自创生理论与建构主义知识论之间关系的学者来说,他们肯定忽视了“悖论”这个概念对于系统存在的重要性。那些把理解世界的方式描述为“建构”的人,因此,“被迫开始悖论性地理论反思:正是无知的系统才能知道;或者,我们能够看到只是因为我们不能够看到”。进行认知或理解的系统必须奠基于一个在先的区分,当观察系统处于观察过程中时,系统不能看到这个区分。这个逻辑上而不是时间上在先的区分不可避免地使“客观实在”对作为观察者的系统来说变成不可触及的,当我们指向那些所谓的“客观实在”时,“客观实在”已经处于区分的标示一边,因而是被建构的。认知必须处理“仍然无知的外在世界,并且作为一个结果,必须看到‘认知’不能看到其不能看到的東西”。无论是个人还是社会系统,都只能通过不知才能知道,只有无知才能有知。卢曼指出了这种知识论的一个必然后果:当一个观察者持续寻找一个终极实在、一个结论性的公式、一个最后的同一性时,观察者将看到悖论。

每个系统的“盲点”(blinden Flecks)就处于这种悖论情境之中,因为,系统不能认识到,被看成是全部实在的东西,不过只是实在的一部分,而实在的整体是不能接近的。通过系统操作,系统重复并持续地确认关于外在世界的图像,以及在那个被建构的世界中其自身的处境。因此,系统持续掩盖着自身存在的悖论,但是也因此创造了系统自身的复杂性。在这一过程中,系统的自我生产既没有陷入绝对主义,也没有陷入相对主义,而是对这二者的克服和超越。

## 二

在德国语境中,法律系统针对自身所展开的观察,最早呈现出法

学(Jurisprudenz)或法律科学(Rechtswissenschaft)——二者在德语中含义相当——的知识形态，那是为了满足实践和教学的需求；随后出现了抽象度更高的法哲学(Rechtsphilosophie)，但是法哲学仍然属于法律职业家们的自我理解，即便在比较超脱的教学领域的法哲学研究，也仍然与法律实务、法律改革保持着千丝万缕的联系。在 20 世纪后半叶，出现了视野更为开阔的法律自我观察，包括解释学、制度理论、系统理论、修辞理论和论证理论，等等，一般被学者们统称为法学理论(Rechtstheorie)。

为了深入理解以上法学理论发展的内在逻辑，我们要用到卢曼理论的一个重要区分：自我观察(Selbstbeobachtung)与自我描述(Selbstbeschreibung)。

所谓法律的自我观察，是指运用法律系统自己的结构和操作——包括先例、原则、概念、法条、学说等——把单个的立法、司法或订立合同等法律操作活动协调起来，这必然涉及运用合法/非法这个法律二元符码(Code)以对法律沟通作出要么合法、要么非法的评价。法律自我观察的最高形式是法律教义学，即法学或法律科学，也就是通常在法学院传授的刑法、民法、行政法等各部门法。

法律的自我观察当然也是一种二阶观察，即对观察者进行观察。比如，走向法庭的双方当事人都援引了对自己有利的规范，这些规范既包括立法文件或司法判例，也可以包括习惯、行业规范、学说，等等。争议双方都会理直气壮地认为自己站在了“对”的一边，而把对方置于“错”的一边。在此，双方都运用合法/非法这个法律符码对已经发生的争议事项给予观察。就卢曼的法律系统论而言，这类观察也可称为一阶观察。审案法官要对争议双方所给出的已经内含合法/非法评价的对立规范给予二次评价，必然要排除一方规范的合法律性而肯定另一方规范的合法律性，这也就是为中国法律人所熟悉的“一裁两断”。值得注意的是，法官的评价所运用的二阶观察框架与作为讼争当事人的一阶观察者所运用的观察框架是完全相同的，即仍然是合

法/非法这个符码或区分。所以,法官的裁判不但处于卢曼所谓的观察观察者的二阶观察位置,而且属于法律系统的自我观察。由于自我观察是法律系统把同一个观察区分再次运用于自身的沟通活动,在逻辑上必然会出现自我指涉(Selbstreferenz),因而也会产生悖论。

法律系统的基本单位是沟通,而沟通之间的可联接性是法律系统是否能够维持系统/环境区分的关键。关于社会系统的基本单位,前期卢曼曾在“沟通”(Kommunikation)和“行动”(Handeln)之间徘徊过,后期卢曼经过极为复杂的理论论证,断言社会系统的基本单位不是行动而是沟通,也因此彻底走出了帕森斯以行动社会系统为基本单位的概念束缚。从卢曼的“时间社会学”上看,每个沟通都是一个事件,事件的特征是方生方死,沟通的特征因而也是倏忽而逝。如果后面一个沟通衔接不上前面一个沟通,那么社会系统就死亡了。卢曼前后期之间呈现的一个理论转向是,其早期在评价系统的生命力时强调社会子系统对全社会所承担的功能,而后期则更为强调社会系统中前一个沟通与后一个沟通的可联接性——现代社会的功能分化正是为了在复杂社会条件下提高社会系统各个沟通之间的联接可能性。就法律系统的生存而言,就是要保持法律沟通之间持续不断的联接,这个任务是由处于法律系统中心地位的法院来提供的。法院以合法/非法这个符码不断在各种内含了合法/非法评价但相互之间又充满了竞争性的社会规范之间作出二阶观察式的选择,就是要在既有的选择前提(比如法条、先例等)下维持前后法律沟通之间的连续性。当然,法院为此会付出代价,即要承担“禁止拒绝审判”这个双重否定的功能义务。即便在法律出现漏洞的时候,法官仍必须找到既有法条或案例与诉争案件之间的衔接可能性。立法者在制作法律决定时则面临更为宽松的约束条件,往往可以回避掉这个烫手山芋,比如以立法时机不成熟为由拒绝立法。

我们所直观到的法庭上当事人之间的唇枪舌剑,在社会系统论看来,其实是社会各子系统从经济、政治、科学、艺术等领域不断向法

律系统提交各种竞争性规范的过程。各个社会子系统提交的各种竞争性规范，呈现的是各种社会规范之间在横向上的冲突关系，这被卢曼称为规范的“社会维度”。法院要在之前的沟通(法条、先例、学说等)与当下的沟通(对诉争案件的裁判)之间保持联接性，呈现的是法律系统内部各种规范之间的纵向关系，这被卢曼称为规范的“时间维度”。法律规范以程式(Programme)的形式从人格、角色和价值中分化出来，并呈现出“如果……那么……”的条件形式，这被卢曼称为规范的“事实维度”。在法律系统的进化过程中，需要不断经历一个“变化—选择—稳定”的循环过程，社会维度上所呈现的规范之间的横向冲突提供了规范“变化”的契机，然后经过法庭程序这个处理“时间维度”的装置对竞争性的各种异质规范进行“选择”，最后以重新设置的条件程式的“事实维度”形式“稳定”下来——这个过程不断循环前进，就是实现“规范性行为期望的一致性一般化”(kongruent generalisierten normative Verhaltenserwartungen)这一法律功能的法律演化进程。

法学学者们让自己处于一个虚拟的法官视角来观察法官的观察，也就是教义学(法律科学)的观察，这是法律系统中另一种类型的二阶观察。法教义学相对于立法、司法或订立合同这些同属二阶观察的法律沟通而言，具有更高的反思性，但是其承担的社会功能仍然是提高前一个法律沟通与后一个法律沟通之间的可联接性。比如，与法官并肩思考，以法学者不受裁判的程序性限制的时间优势为已决案件提供更具正当性的理由，供将来的司法活动所用。

法哲学是法律系统内一种具有更高抽象性的沟通形式，在法律系统中反思系统自身的统一性(Einheit)。法哲学借助的是正义、自由、正当性等这些概念装置，属于法律系统的自我描述(Selbstbeschreibung)，与法律教义学旨在维持诸法律沟通之间可联接性的自我观察不同。卢曼认为自我描述是创造文本的过程(Vertextung)，即为法律系统的连续沟通过程生产出沟通前提。自我描述作为法律系统的一种沟通类型，

其自身就是法律系统的一个“部分”，但是又要对法律系统的“整体”给予描述。也就是说，自我描述的沟通活动既要在系统之外展开观察，又要处于被观察对象的系统之内，既要把法律系统“论题化”，自身又是论题的一部分，这就是自我观察所面临的悖论。立法、司法或法教义学这些法律系统自我观察活动的任务是衔接每一个立法或裁判沟通，把这些沟通归结到法律系统内部而不是环境之中，以保证每个沟通操作的“有效性”。这类“二阶观察”活动虽然也存在着自我指涉的悖论，具有反身性，但还不具有反思性，因此与法哲学所面临的部分/整体这个层次的自我指涉悖论存在着差异。法哲学几乎不会介入法官的个案裁判活动，而是一种反思性活动，也就是把自身包含在自己描述的对象之中，这与语言学中自己包含自己的同己词(*autological word*)现象类似。当然，作为法律系统的自我描述，法哲学仍然属于法律系统的“内部”视角，仍然承认法律系统内部沟通的有效性，承认合法/非法这一分配二元值的效力，并为系统成功的持续沟通制作前提(而不只是生产来自系统外部环境的信息或刺激)。

在欧洲的法哲学史中，相对于卢曼所谓的分层分化社会和功能分化社会，法律的自我描述分别是自然法和法律实证主义。自然法对法律统一性的描述经历了“自然”和“理性”两个阶段。近代之前，在“规范期望”与“认知期望”之间并没有作出严格区分，宗教、政治、法律与科学之间没有发生知识领域的分化，人间法与自然世界统一于共同的自然规则，人法的正当性来自于天道或自然。随着近代以来的社会变迁，在霍布斯、洛克、卢梭等思想家对法律的自我描述中，“自然正当”被转换为“自然权利”。社会契约论背后的假设是人间法不同于自然律：人法是意志法，属于应然范围；自然律呈现为因果性，属于实然范围。社会契约论肯定了社会自身的选择能力，但是这种选择性并非恣意，而是以人人共享的理性作为奠基石。人法的统一性不再指向神道或者天道，而是指向人皆有之的理性，自然法转换为理性法。在德国，普芬道夫、沃尔夫、康德都持有同样的信念。



随着功能分化时代的到来，政治从宗教中分离出来，经济从家政中分离出来，法律也从其他社会领域分化出来，资本主义市场成为经济运行的主导方式，法治国成为主导的政治法律形态。法律领域最显著的变化是法律决定不再需要终极意义上的理由，法律正当性的基础不再依赖于实质性的标准。法律可以任意变更，法律的内容是恣意的，这尤其体现在奠基于民主制度的立法活动上。当然，这种恣意并不会走向卡尔·施米特(Carl Schmitt)所谓的决断主义，而是要受到法律系统自身那些沟通前提的限制。这就是法律的实证化。外部的统一性支点消失之后，法律的统一性还能立足何处呢？这里就是罗陀斯，就在这里跳吧。法律实证主义作为对法律实证化的自我描述，认为法律的有效性基础不能外假他处，而在于法律自身，法律自己为自己奠基。德国概念法学就是这种把法律自我指涉的实证性推向极端的表达。

法哲学家为了解决 19 世纪末期就已经初露头角的福利国家问题，必然要突破与自由放任主义相对应的法治国框架，软化与早期资本主义相对应的法律形式化特征，也就是迈向韦伯所谓的法律实质化。德国的自由法学和利益法学登上法学知识创新的舞台，就是法学家们面临社会结构变迁在法学语义上所作出的回应。耶林(Rudolph von Jhering)在《为权利而斗争》中发展出来的目的法学夺自由法学之先声，开始尝试摆脱概念法学的绝对封闭性。他认为解释法律必须结合实际社会生活，由此发展出了向法律外部寻求正当性的法律自我描述。康托罗维茨(Herrmann Kantorowicz)步耶林自由主义之后尘，于 1906 年出版了戏仿耶林书名的《为法学而斗争》一书，批判概念法学的法典万能观，主张法官有权在法律出现漏洞时自由发现社会生活中的活法加以补充。法国科学学派的代表人物惹尼(Francois Geny)主张科学的自由探究(libre recherche scientifique)，在处理法律外部指涉与内部指涉的关系问题上，与德国同时期的自由法学有着近似的诉求。

如果耶林和康托罗维茨还是希望法律系统通过外部指涉再返回到法律内部，因而仍然属于法律系统的自我描述，那么，随后的埃利希

(Eugen Ehrlich)则在外部指涉中一去不回头,他希望在社会组织的规范中找到真正可以与国家法并列甚至取代国家法的多元法律世界。虽然有人把研究法律与地理、人口、习惯之间相关性的法国思想家孟德斯鸠推崇为法律社会学的鼻祖,但是,孟德斯鸠的研究方法大量借助思辨和松散的推理,还没有严格的经验科学取向。埃利希是欧洲最早自觉借助经验科学的逻辑和观察力介入到社会规范研究的学者之一,因而被尊称为法社会学的创始人。但是,埃利希的法律多元主义观认为国家法是派生性的,其主要研究焦点集中在社会生活规范自身及其变迁上,并没有对法律实证化这一重大的现代性主题作出回应。因而,卢曼在评价埃利希的自由法学时,认为其对法律与社会的关系这个最重要的法律社会学问题“没有多少推进”。

为了克服自由法学向法律外部寻求正当性资源的努力走过头的倾向,赫克(Philipp Heck)倡导的利益法学把“利益”重新拉回到法律内部。他认为法律就是法共同体内部互相对抗的物质的、民族的、宗教的、伦理的诸种利益之合力,法律漏洞不能以自由发现活法的方式加以补充,而应详细考察现行实证法,探求立法者所重视的利益,并加以衡量判断。因此,利益法学一方面承袭了自由法学在法律自我观察上的外部指涉,但又试图克服自由法学过于强调外部指涉而或多或少忽视法律指向自身的缺陷,可以说是对法学自由主义某些激进取向的矫正。与欧洲自由法学和利益法学运动几乎同步的是,20世纪初的美国法学家庞德(Roscoe Pound)、卢埃林(Karl Llewellyn)和霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)等人掀起的法律现实主义(legal realism)思潮,这一思潮成为法律系统在自我描述上摆脱兰德尔(Christopher Columbus Langdell)形式主义法律观的肇始。

德国的自由主义法学、利益法学以及美国的法律现实主义(以及当代的法律经济分析和法律政治分析),它们所具有的一个共同特征是在法律系统外部寻找法律统一性的象征物,探究影响法律正当性的社会因素,在时间性上则共同呈现为在制作法律决定时于当下考量将来的

“后果主义”。在传统法哲学中，为了识别“有效法”，像英国奥斯丁(John Austin)这样的法律实证主义者一度诉诸国家(主权者)；德国的胡果(Gustav Hugo)和费尔巴哈(Paul Johannes Anselm von Feuerbach)诉诸理性，英国的柯克爵士和德国的萨维尼则向历史求助。这些法哲学共享的特征是，在想像法律的统一性时，把时间箭头都拨向了过去，过去具有正当化当下的权威力量。伴随着社会福利国家到来的是法律不确定性的增加，法条崇拜丧失了社会结构的基础，后果主义作为法律论证方法和裁判方法代替了法律形式主义的垄断地位，法律系统开始通过虚构将来的后果而正当化当下的法律决定。但是，属于法律系统外部指涉策略的后果主义，可能面临过度实质化的危险，并让法律决定陷入不确定状态。为了重新掩盖这个瑕疵，呼吁限制法官自由裁量权的声音随之高涨，法律系统相应创造了一个新的自我描述方式：通过程序性过程正当化实质决定。哈特、富勒、德沃金、哈贝马斯殊途同归都走向了程序主义，在这种达成集体共识的知识生产活动背后，其实都是对社会结构变迁的敏锐回应。

程序主义的精髓在法律实证主义中获得了忠实地贯彻。但是，在卢曼看来，法律实证主义的程序主义在描述现代实证法上并不完全成功，这尤其体现在处理法律的封闭性与开放性的关系问题上所表现出来的理论纠结。

一方面，法律实证主义窥视到了程序主义法制观中的自我指涉，并把这种自我指涉与法律的绝对封闭性等置，其最高形式就是凯尔森(Hans Kelsen)的纯粹法学。凯尔森纯粹法学隔断了法律系统与其他社会子系统的联系，否定法律指涉到政治、经济、宗教的可能性，当然也更没有为这种外部指涉指出可能的实现路径。凯尔森临终前仍然固执地念叨着的“规范决定着规范”，就是对功能分化时代充盈着程序主义精神的法律实证化特征的准确概括。在英国，哈特(H. L. Hart)的分析法学是20世纪中叶英语世界法律自我描述的最高成就。哈特的《法律的概念》一书同时在哲学系和法学院讲授，并被分别称为法哲

学(Philosophy of law)和法理学(Jurisprudence)。哈特坚持了法律实证主义“分离命题”这一核心观点,即法律与其他社会领域(道德)的分离,这被哈特自己表述为“法律与道德之间只存在偶然的的关系”——这也是法律自我指涉最经典的表述之一。

另一方面,凯尔森与哈特由于理论构造上的缺陷,都无法把法律实证主义的逻辑坚持到底。他们无法承受把法律统一性建立在法律自我指涉之上的心理负担,无法正视由于自我指涉所造成的逻辑悖论。凯尔森努力通过“基本规范”(Grundnorm)来消除“规范决定规范”的法律悖论,为法律的统一性寻找到一个哪怕是虚拟的基础。基础规范的作用在功能上与奥斯丁的主权者相似,试图在法律系统之外为法律统一性找到一个稳固的支点。即便哈特曾在回应罗斯(Alf Ross)的观点时专门讨论过自我指涉的问题,但对悖论问题的深层逻辑他几乎毫无触及。哈特的承认规则(rule of recognition)本身也并不是一套法律规范,而是处于法律有效性之外。用哈特自己的话说:构造和识别哪些规则属于法律的承认规则本身并非法律规则。承认规则仅是一种社会事实,即官员针对什么是法律所展示出来的态度。虽然哈特的法哲学被看作具有描述社会学的特征,但是,就哈特处理法律与社会之关系的方式来看,他基本上没有能力也没有兴趣深究法律自我指涉与外部指涉的相互关系。这个问题对于脱胎于思辨哲学的分析法学而言可能显得过于复杂了,对于挖掘这个深邃的矿藏而言,哈特工具箱中的边沁功利主义和维特根斯坦语言哲学显得力不从心。

作为哈特论战对手的美国法学家富勒(Lon L. Fuller)和德沃金(Ronald M. Dworkin),都由于对法律奠基于道德之上的泛泛主张,而往往被划归为新自然法的学派阵营。然而,细察富勒所谓作为法律内在道德的八条程序自然法,其实非常类似于哈特的承认规则,也同样是识别法律规则之有效性的筛子,是选择规则的规则。富勒与哈特一样,都放弃了把法律的统一性描述为一套实质标准的自然法思想,

而是转向了程序性的标准，他们都发现了现代实证法的一个秘密：法律自己观察自己的自我指涉(或二阶观察)特征。但是，与哈特相比，富勒的论证质量明显逊色很多。富勒的八条自然法过于刚性，他在自觉转向程序性规则(或原则)这些二阶规则时，又不自觉地把这套二阶规则实质化，还原为类似自然法的一阶规则。哈特处理得要高明很多，他揭示出承认规则富于可变性，但无意给出其具体内容，这种羚羊挂角的表达技术正好吻合了现代实证法的高度可变性特征。

至于德沃金的法律整全性(integrity)思想，早有敏锐的学者指出了其并非什么自然法，而是更为精致的实证法。德沃金关于司法推理所包含的“符合”(fit)与“正当化”(justify)这两个关键步骤的论断，其实就是对法律活动所固有的自我指涉与外部指涉之间相互交织关系的含蓄表达。德沃金的“权利论”表明了其意在克服法律实证主义过于封闭的法律自主性，试图把法律与法律之外的社会因素(尤其是政治道德)连接起来。但是，在其政治哲学与法哲学的衔接上，却暴露出了与罗尔斯、哈贝马斯近似的缺陷。在试图调和自由主义与社群主义的价值观上，他们都以高歌理性的方式完成了关于现代政治统一性的描述。当然，这些理论家们主张的不再是自然法或理性法意义上的实质理性，而是推崇现代民主制下的程序理性。但是，当他们把这种理性推崇到无以复加的至上地位时，其理论自身所隐含的悖论却无法得到揭示。德沃金综合吸收了法律实证主义、哲学解释学、新古典经济学和社群主义哲学等最新成果，形成了超越哈特分析法学的理论气势，并尝试着手处理法律自我指涉与外部指涉之间的相互关系。但是，由于分析工具的迟钝以及理论构造上的先天缺陷，德沃金最终只能摇摆于法律封闭性和开放性的精神分裂之间，无力进入卢曼所谓“法律系统是既封闭又开放的，开放性以封闭性为前提条件”的复杂性观察。

与法哲学相比，20世纪后半叶先后出现的法律理论(Rechtstheorie)，最主要的贡献是与社会科学结盟，对法律系统的自我描述更加精细，因而也具有更为自觉的内部分工意识。法律理论试图引进法律之外的区分

(框架)来观察法律,为法律系统的统一性寻找新的支点,包括法律解释学、法律论证理论、法律系统论、法律修辞学等法律自我描述形式。

卢曼认为,法律理论虽然百花齐放,嫁接了其他社会科学领域的最新成果,但是,其所运用的基本区分是“事实/规范”,而不是社会科学的“事实/概念”,因而仍然属于法律系统自己对自己的反思。例如,在欧洲法学界具有广泛影响力的托依布纳(Gunther Teubner),曾经是卢曼的挂名弟子,他把卢曼发展出来的自创生理论运用于法律分析,但并没有因此迈上法律社会学之路,而是把属于社会学的法律自创生理论内插到法学中,成为社会系统论在法学界的代言人。托依布纳有着清醒的学科归属意识,曾对自己的学术身份明确表态,认为自己终究是一个法学家,而不是社会学家。托依布纳讨论的主题是私法和宪法等部门法问题,但其恢宏的学术抱负以及理论构造上的抽象性已经跳脱出部门法的具体性限制。他把社会系统论“再入”到法学内部之中,对法律系统的自我描述给出了相当杰出的表述。在处理法律系统的封闭性与开放性的关系上,跻身于当代琳琅满目的法律理论市场,托依布纳应该说对法律系统统一性供给了最为逻辑自洽的描述。值得强调的是,在托依布纳的法学取向与卢曼的社会学取向之间存在着学科上的分水岭:托依布纳虽然也会使用系统/环境、自我指涉/外部指涉等系统论特有的区分,但是其展开理论观察所运用的基本区分却是“合法/非法”,因而属于法律系统内部的自我观察和自我描述;而卢曼观察法律时也会使用系统/环境、自我指涉/外部指涉等区分,但其展开观察的基本区分是科学系统中的“真/假”符码,在学科属性上则落入到科学系统之中,属于对法学的外部观察。

### 三

就像其他社会学分支一样,法律社会学也可以在马克思、韦伯和

涂尔干这三位古典大师那里找到其源头。

马克思首要的研究主题在于资本主义制度批判，法律问题只是这一批判主线的派生性论题。对于马克思而言，虽然社会其他领域不能简单化约为经济关系，但是，从“归根结底”的意义上说，无论是婚姻家庭、休闲还是文化消费都可以最终从资本主义市场关系中找到深层逻辑。马克思强调了资本主义生产关系的不稳定性，并由此揭示了法律从市场和国家中分离出来的相对自主性：法律的功能在于保卫私人产权和契约交易。比如，公司制度就是由法律构造出来的经济关系，意在形成一种对公司股东而言只负担有限经济责任的法律状态；商事法、保险法、银行法等法律制度的作用就是为经济关系正常运转提供所需要的背景框架。法律对资本主义的贡献在于两个方面：一方面是构造一个市场经济融贯运转的制度平台，另一方面则是输出权利、责任、物权、契约自由等一套具有掩盖资本主义剥削本质的意识形态。马克思是最早以社会科学为工具，系统批判资本主义所有制以及附着其上的法权关系的社会理论家，他揭示了资本主义法权关系的历史性和相对性，而且还宣告了这种法权关系在共产主义社会必然消亡的预言。马克思对资本主义法律制度展开的尖锐批评，对形式平等之下所掩盖着的实质不平等的揭露，对解放叙事的振臂高呼，等等，为后来被看成是法律社会学大家庭中一分子的批判法学、女权主义法学、种族批判法学、后现代法学等提供了丰富的思想资源。

韦伯的法律社会学则是在探索“西方独特性”这个现代性问题的背景下对法律所展开的提问：法律为资本主义秩序的平稳运行提供了什么保障条件？这一问题明显与韦伯所说的统治正当性的三种类型有关：卡里斯玛型、传统型和法理型。现代工业资本主义社会作为一种非人格性的抽象社会，其政治权威的统治正当性不能再建基于卡里斯玛型和传统型上，而是必须过渡到法理型统治。随着资本主义市场经济的成熟，政治统治的正当性也更加依赖于逐渐演化出来的官员职业化和行政科层制。职业化和科层制让政治过程更加理性化，更加具

有无所偏袒的公正性外表，因而也赋予了政治支配以正当性。但是，这种正当性还很不充分。只有当法律的形式化达到了相当的高度，并以宪法形式保障了权力分立和权力制衡，政治权威的正当性才得以巩固。因法律高度形式化所形成的法律自主性，让法律操作迈向了理性化和可预见性，并因此为经济过程的安定性和可计算性提供了支撑。与马克思被认为是法律批判理论的奠基人不同，韦伯对法律这种程序化机制从社会诸领域中分化出来的客观描述，以及其关于法律促进了资本主义市场经济安全性、提供了民主政治正当性的观点，被后世学者看作是自由主义法律社会学的肇始。

涂尔干的社会学也被归类到自由主义阵营。涂尔干几乎不用“资本主义”这个词汇，但是他的问题意识与马克思和韦伯类似，即现代社会如何可能。涂尔干反对像马克思那样期待通过社会革命颠覆资本主义私有制，但是又对追逐私人利益所造成的社会失范、阶级冲突等负面后果非常担心，并认为经济生活需要一种道德秩序来保障——即他所谓的契约的非契约性。在传统社会解体、共同体意识衰退的新时代，当宗教和自发道德从社会生活中退出以后，凭借什么样的社会纽带才足以抵消工业社会和个人主义可能造成的社会瓦解？涂尔干的名言是：古老的诸神已经衰老和死亡，新的诸神尚未降临。涂尔干发现，现代社会中的个人一方面更为独立自主，但另一方面也对他人形成了更高层次的依赖。从机械团结过渡到有机团结的工业社会，一种世俗性的道德成为了社会纽带的新源泉，而法律在其中扮演了重要角色。法律现象对于涂尔干的理论构造而言是相对次要的——用卢曼的话说就是：在涂尔干的社会学中，系统分化类型是决定性的，法律的形成则是第二位的。对涂尔干的社会理论而言，法律的作用就在于提供了从传统简单社会向现代复杂社会过渡时一种能够测量道德变化的观察指针。当人类社会从机械团结迈向有机团结时，人类欲望的约束机制也就从以惩罚为主的压制性法向以补偿为主的恢复性法转换。相应于此，从传统社会的共同体道德中释放出来的个人自由，又重新受



到了基于社会分工的职业伦理的限制。在涂尔干看来，工业社会的法律保障了个人自由，同时又避免了个人追逐私利时可能造成的失范和阶级冲突。因此，有学者指出，涂尔干社会学中弥漫着浓郁的自由主义精神和“个人崇拜”情结。

在古典三大师之外，梅茵(Henry Maine)也给法律社会学的童年时代打上了深刻的印记。梅茵在其法律史的名著中把传统社会向现代社会转变的趋势浓缩为一句极具传播性的短语：从身份到契约。这句短语更为深层的意义则在于指出了现代的法律从政治主权中分离出来的自主性。梅茵批评了边沁和奥斯丁关于法律不过是主权者命令的理论，并提供了一个替代解释：法律是为私人缔约者之间确立边界关系的中立裁判。但是，梅茵并没有完成法律与国家之间相互关系的自由主义模型，因为他还没有明确指出法院在个人与国家之间居中解决冲突的职能。

另外，与孔德、涂尔干一道被共同追认为法国社会学创始人的社会心理学家塔尔德(Gabriel Tarde)，被卢曼看成是最早运用“差异”构造社会理论的社会学前辈之一，他从犯罪学的角度对法律社会学的早期发展作出过贡献。塔尔德从心理学出发为认定刑事责任标准提供了两个支点：一个是自我同一性(the identity of the self)，另一个是自我和自我环境之间的社会相似性(social similarity)。就此，塔尔德把被后世学者们发展为传播理论的“模仿学说”运用于刑事社会学：在他看来，犯罪现象是人对人施加影响并在个人内心引起心理变化的结果。在当代，塔尔德虽然已经被很多社会学教科书忽略了，但是，正是由于他对龙勃罗梭(Cesare Lombroso)的天生犯罪人展开系统批判以后，犯罪社会学的视角才从生理学问题转换为社会问题，因而为刑法社会学作出了拓荒性贡献。

卢曼认为，社会学古典大师们虽然各自的理论兴趣和知识禀赋存在着显著差异，但是，他们的理论却呈现出一个共同的背景假设：都运用了社会进化论的观点来看待法律与现代性的关系问题。在工业社

会和资本主义降临以后,法律不再是由类似自然法的高阶规范和原则所决定,而是由其与社会的关系所决定。这种关系不能在法律渊源的位阶意义上得到解释,并不是以社会取代自然法,而是把法律与社会理解成一种相互关系,这种关系服从于进化变迁,并能如自然因果关系一样获得经验验证。传统社会关系瓦解并向功能分化社会转变,这一进化趋势被古典大师们彻底构想为一种社会复杂性的增长。随着现代社会经济进程的复杂性和其他社会行为的理性化,法律适应了这一社会变迁的要求,同时也促进了这一进程。更高的社会复杂性需要更具可变性的适应能力:社会生活在可能性上更为丰裕,而法律必定与更为多变的条件和事件形成结构性相容。不过,卢曼认为社会学古典大师们其实对法律社会学的贡献有限,因为他们几乎没有触及现代性所面临的一个最重要的法律现象:法律的实证化。所谓法律实证化,在卢曼看来,是指在现代功能分化的复杂社会中,会出现法律自己改变自己的自我选择能力,也就是后期卢曼所谓的法律自我指涉和二阶观察问题。

在西方学界(尤其在欧洲学界)的通说中,法律社会学真正诞生的标志应该追溯到波兰裔俄籍法学家里昂·彼得拉日茨基(Leon Petrazycki)、奥地利法学家埃利希以及美国法学家庞德,他们被共同追认为法律社会学的奠基人。有些欧洲学者也把涂尔干与俄国的尼古拉斯·蒂玛谢夫(Nicholas Timasheff)包括在这份荣誉名单内。

在欧洲法律社会学核心圈层中,彼得拉日茨基作为法律社会学之父的地位大概是最无争议的,虽然他已经被许多西方学者淡忘了。彼得拉日茨基几乎是最早运用社会科学(尤其是心理学)工具对法律现象展开研究的法学者,并影响了欧洲其他数位社会学先驱,包括埃利希、蒂玛谢夫和古尔维奇(Georges Gurvitch)。彼得拉日茨基可以算是广义上的斯堪的纳维亚学派成员,他与该学派的主将哈盖尔斯特罗姆(Axel Hägerström)从心理现象分析法律的进路有相似之处,但他更加自觉地运用社会科学方法,强调知识对象的可观察性,而不再诉诸哲

学思辨。严格说来,彼得拉日茨基的法律社会学并没有运用太多的社会学方法,而主要运用了认知心理学与道德哲学的方法。从心理学出发分析法律现象,彼得拉日茨基在实证法(positive law)与直觉法(intuitive law)之间作出了区分。他认为,实证法就是指由外在于个人的权威所制定的法律(国家法),而直觉法的特征则在于不同的人具有不同的法律认知和法律体验,而且这种体验与外部权威无关。彼得拉日茨基的直觉法影响了埃利希与古尔维奇,并与二人的“活法”(living law)和社会法(social law)存在着概念上的家族相似,都是与国家权威机关所制定的正式的实证法相对的非正式法,具有自发性、习惯性、弹性和非成文法性,并与实证法相互发生着影响。相比于实证法,彼得拉日茨基更为关注对直觉法的研究,他也因此成为法律多元主义(legal pluralism)的开创人。有学者把彼得拉日茨基与卢曼进行过有趣的对比,认为彼得拉日茨基的法律演化观是从实证法迈向直觉法,而卢曼的法律演化观则是从习惯法迈向实证法。

从卢曼的法律系统论看来,无论是彼得拉日茨基还是埃利希,他们虽然在研究方法上比起法律社会学古典三大师更自觉地运用了社会科学方法,显得更为精致,但是,其研究视域却比古典三大师们狭窄很多。与古典三大师对法律的关注其实都是要解决更为宏大的现代性主题相比,彼得拉日茨基和埃利希都基本上丧失了俯瞰社会总体的“社会理论”抱负,而陷入了专门化、技术性的法律社会学研究,这为以后的法律社会学遗忘社会本身(以及现代性主题)而聚焦经验研究开启了实证化传统。当然,对卢曼来说最为关键的还是,彼得拉日茨基与埃利希这两位所谓的法律社会学奠基人,由于他们的法律多元主义倾向而把实证法本身边缘化,忽视了实证法与社会之间的相互作用这个理论主干,尤其没能抓住在现代社会中最为重要的法律实证化现象,因而对法律社会学贡献非常有限。

虽然法律社会学已经有一百多年的历史,但是,卢曼认为,与家庭社会学、组织社会学、政治社会学、分层和流动等其他社会学

分支相比,当代的法律社会学研究和教学仍然相对滞后——比如,在西方大学的社会学系中就很少开设法律社会学的课程。从人员构成来看,法律社会学研究者在知识背景上参差不齐,而且,研究者更多出自法学院,而不是来自社会学系。相应于此,法律社会学的研究纲领呈现出与其他社会学分支所不同的松散性,其学科归属也处于悬而未决的争论中。有学者理所当然地把法律社会学归结为社会学的子学科,但另有学者却把其归结为在社会学与法学两大学科之间所形成的张力之下的跨学科领域,更有甚者,比如英国学者科特雷尔(Roger Cotterrell)就认为法律社会学既不属于社会学,也不隶属于法学,而是一个相对独立的新兴研究领域。所以,无论是把法律社会学等同于经验研究,还是把法律社会学简化为美国式的“法律与社会”(law and society),都无法俯瞰到法律社会学知识地图的整个版面。

即便在英语世界内部,美国与英国法律社会学的研究生态也不尽相同。在美国,法律社会学就呈现过法律现实主义、法律与社会运动、批判法学、女权主义法学以及种族批判法学的眼花缭乱的形态,广义上的法律社会学甚至可以扩展到法律经济分析、法律心理学,等等。在英国,法律社会学的主打样式则是“社会—法律研究”(Socio-Legal Studies),就像学者特拉弗斯(Max Travers)所认为的那样,它属于社会政策研究的领域,所关注的重心在于法律现象对于政府治理的影响。“社会—法律研究”采用的研究方法也显得多样,既有实证研究方法,也有解释性的进路,还有人种志(人类学)的方式,这倒与中国当下的研究状况有些相似。

法律社会学的松散性还表现在其覆盖了那些几乎没有什么内在逻辑关联性的各种观察方式,比如,在法律文化研究、比较法律社会学研究、法律多元主义、法律全球化、法律与后现代主义等这些所谓的法律社会学大家族内的成员之间就很难找出可以通约的最大公约数。在这些研究视角中,既有从法学内部借助社会科学方法跳出“书本上

的法”，但最终目标还是在于从社会反射回法学内部，并企图对法律以及相关规范性制度加以改进的热切努力；也有纯粹从法学外部，采用实证研究方法对行动中的法以及法律与社会的互动关系加以科学说明的冷静描述。这些法律社会学家族的成员们所运用的社会学工具花样百呈，既有问卷、访谈等常规手段，也有内容分析、诠释性深描、参与式观察等方式，既有定量研究，也有趋向于扎根理论(Grounded Theory)的定性研究。他们的研究框架选择也几乎触及了所有社会学流派，包括冲突理论、批判理论、交换理论、符号互动理论、常人方法学、谈话分析、系统理论，等等。

卢曼总结说，从法律社会学登上现代学术舞台至今，法律社会学的经验研究仍然没有摆脱这样三种进路：一种进路是研究法律人，即基于法律职业来研究法律人的角色，卢曼认为这种角色理论和职业社会学的研究进路完全可以被复制到医生、企业家、牧师、军人和建筑师等职业之上，因而与法律社会学并没有什么必然的理论关联；第二种进路是把第一种方案推向纵深并加以精细化，研究作为承担法律裁判工作的司法主体的小群体行为，比如，通过问卷和访谈确认社会分层和意识形态偏见等变量如何影响法庭上的判决创制过程；第三种进路则是运用现代传播理论把关于法律的舆论(而不是法律本身)变成核心课题，这种研究进路希望澄清公众对法律的流行态度或者公众对于立法机构、执法机构以及司法机构的流行态度。在卢曼看来，这三种法律社会学的经验研究进路相互割裂，缺乏研究纲领上的融贯性，比如，法律职业或法律角色分析对于法律舆论研究不会有所助益，而法律舆论研究成果也不会为司法裁判过程铺设研究前提。最为重要的是，这三种经验研究都无法处理像法律这样具有高度复杂性的社会巨系统，与法律系统本身的复杂操作过程交臂失之，只能萎缩为以发现线性因果关系为乐趣的实证研究。

在前期卢曼的研究工作中，他对于经验社会学的批评主要是基于其从系统论中摄取的复杂性(Komplexität)概念。就社会学研究而言，

复杂性被理解为体验(Erleben)和行动(Handeln)的可能性总和,这些可能性一旦被现实化,就会构造出一个意义脉络——法律就是诸多意义脉络中的一种。卢曼区分了三类复杂性:第一类是非结构化的复杂性,其中,所有可能性都是随机的和均质的,对这种复杂性的研究主要采用处理大数据随机样本的统计方法;第二类是复杂性有限的结构化的小型系统,其中,可能性的数量相对有限,并且可能性之间的相互排斥或限制达到了某种程度,对这种复杂性的研究,典型的处理方式是把作为研究对象的小型系统从其他社会关系中分离出来,在满足“其他条件不变”(ceteris paribus)这个类似自然科学实验的理想要求以后,通过问卷和访谈确认几个有限的变量,并尝试在这些数量有限的变量之间建立因果性的关联;第三类是高度复杂的结构化巨系统,其中,可能性数量巨大,某种特定可能性的实现可能阻止其他可能性,同时那种特定可能性的现实化需要过去已经建构出来的可能性作为前提条件。

在上文提及的法律社会学的三种经验研究进路中,无论是针对法律角色、法律职业的研究进路,还是针对司法主体的小群体研究进路,再或者是针对法律舆论的研究进路,其研究对象要么属于非结构化的复杂性,要么属于复杂性有限的结构化的小型系统。因此,在这三种经验研究中,通常所运用的研究方法就无非是问卷、访谈、参与式观察、统计,等等。然而,这些经验研究方法的一个致命缺陷是把法律排除在高度复杂的结构化巨系统之外,并成为了对法律内在操作逻辑茫然无知的社会科学。卢曼甚至调侃说,经验研究的动力并非来自理论发展的内部逻辑,而是由于更容易争取到政府或其他社会机构所提供的研究经费和职位。

卢曼认为,法律社会学的经验研究与法学的不同在于,虽然二者都把法律系统作为观察对象,然而,经验研究是在法律系统的外部进行观察,所使用的基本区分是“真/假”,法学是在法律系统内部进行观察,所使用的基本区分是“合法/非法”。按照卢曼的说法,法律社

会学的经验研究兴趣主要是通过统计方法得到满足的，其对个案不加关注；法学则是从单个案件的裁判入手以提炼出一般性规则，或者把规则适用于个案。在把经验研究的统计方法运用得如鱼得水的法律社会学学者中，布莱克(Donald Black)可算其中的佼佼者。布莱克认为法学与法律社会学之间的差异表现在如下几个方面：1. 在关注焦点上，是规则与社会结构的差异；2. 在处理方式上，是逻辑与行为的差异；3. 在运用范围上，是普适性与可变性的差异；4. 在观察视角上，是参与者与观察者的差异；5. 在研究宗旨上，是实践性和科学性的差异；6. 在研究目标上，是裁判与解释的差异。

布莱克的法律社会学认为，社会学家不应被法律所声称的形式化程序所迷惑，而是要揭示身份、性别、贫富、亲疏等社会因素对于法律实践的影响。根据诉讼参与者之间的社会地位(或社会分层)是相同还是不同，关系是亲密还是疏远，是个人还是组织，法律的运用会有明显的差别。与法律人的关注重心在于案件裁判是否做到了“同样情况同样处理，不同情况不同处理”的形式性标准不同，社会学家关注的是统计数据上的差异，并试图找到解释统计差异的原因。法律人的兴趣在于寻找能够支撑个案裁判的正当性理由，法律社会学家却往往只对具有统计意义的能够产生预测力量的因果发现着迷。

法学家对于个案之间的差异异常敏感，而社会学家则会忽略掉个案之间过于精细的差异，尽可能抽象出数量充足的符合科学验证所需要的“相同”样本。正如卢曼所给出的示例那样，对于律师而言，此谋杀案不同于彼谋杀案，此强奸案不同于彼强奸案。律师们很清楚黑人妇女遭到白人男子强奸的案子不同于白人妇女遭到黑人男子强奸的案子，但是他们往往并非径直以种族因素作为裁判理由，而是会给出一套法律内部演化出来的区分标准。人们可能会说法律人使用这些区分标准是为了掩盖自己的偏见，不过，卢曼认为，当社会学家把本来不同的案件视为相同的案件，并以此收集到足够数量的“相同”样本时，其筛选样本的标准其实也隐藏了偏见。因而，法律社会学不会比

法学更加价值中立、客观。

法律社会学有自己的观察盲点,就如卢曼所言,其无法看到自己无法看到的东西。比如,法律社会学无法看到其展开观察所运用的区分本身,不然就会面临悖论:社会学不会追问自己所运用的“真/假”这个区分本身是真的还是假的,否则会落入与“说谎者悖论”相同的处境。社会学新功能主义代表人物亚历山大(Jeffrey C. Alexander)以不同的方式表达了类似的心得:社会学是一个科学连续系统,其一端是假设、模式、概念、定义等非经验性的理论,另一端则是经验性的事实。社会学运用“概念/事实”这个区分展开观察时,概念会因为新的事实刺激而改变内涵,事实也会由于概念的调整而发生透视变化——蒯因(Willard Van Orman Quine)对经验主义两个教条的批判以及其整体论哲学也得出了与此相同的结论。比如,法律社会学在研究“社会运动”时,“社会运动”就是理论与事实相互作用的化合物,研究者首先要给出“社会运动”的定义标准,然后筛选出符合这个标准的社会事实,对于不同的社会学研究纲领而言,由于判断标准并不相同,提炼出来的“社会运动”的事实当然也就不同。如果社会学研究者追问这套以证明或证伪为目的的研究活动所依托的理论纲领是真还是伪时,就会要么陷入到套套逻辑,要么陷入到自相矛盾的悖论之中。

除此之外,卢曼认为,还有一个更为要紧的问题,即信奉经验研究的法律社会学并不能理解这样一个事实:法律系统是一个操作封闭的、自我再生产的、自我描述的系统。与法学的内在视角相比,法律社会学的外部视角在对待法律规范上显得更为超脱,不再关注法律规范的有效性问题,而是把法律和社会各自操作作为属于经验研究的独立变量。经验研究就是要在法律与社会的各种变量之间发现相互作用的因果性关系,而且,这种因果性知识在经验上还是可检验的。涂尔干曾说过,社会学并非旨在发现社会的道德实在,而是试图揭示人们构想道德实在的方式;与此类似,法律社会学也并非意在发现具有约束力的法律规范,而是要么探求法律规范背后的社会因素,要么追踪法



律规范引发的社会效果。正是这样的经验社会学，把法律处理为一种社会事实，或者说处理为一种僵死的对象（而非自我再生产的“活”的社会子系统），同时，也把“社会”处理为与此并列的僵死的社会事实。卢曼认为，作为法律社会学的主流研究范式，这种经验研究致力于探究“法律与社会”的关系，却无力发现“社会中的法”，即忽视法律系统自我再生产的内在逻辑，并因此必然导致研究质量上的某些遗憾：一方面，在这种经验社会学之中，法律自身缺席了；另一方面，与法律的缺席相关，各种法律社会学的经验研究之间缺乏内在的融贯性。卢曼对此所作出的明快反应是，将其理论创作后期最重要的法律社会学著作命名为《社会中的法》（*Das Recht der Gesellschaft*）。

在法律社会学的经验研究之外，还有一种介于法律社会学和法学之间的研究范式：批判法学。对法律的批判古已有之，即便无须归宗认祖到柏拉图，至少从现代社会理论的鼻祖圣西门开始，就对资本主义社会展开了激烈的抨击和揭露，并期望以美好的“实业制度”代替这个“黑白颠倒的世界”。由此，混合了描述与规范两种互为冲突成分的社会批判理论就登上了近现代知识生产的舞台。也正是出于这种社会批判情结，圣西门对为巩固资本主义制度而存在的法律表示出了憎恶。曾担任圣西门私人秘书的孔德也接过这个信念，在其社会发展三阶段论中，认为法律是从作为第二阶段的形而上学阶段中流溢出来的精神，必然会随着实证阶段的到来而消亡。

在20世纪初，犯罪社会学可能是最早响应马克思的理论而对资本主义法律制度展开批判的知识活动。来自德国的刑法社会学家鲁舍（Georg Rusche）与基希海默尔（Otto Kirchheimer）二位学者在其合著中研究了惩罚的社会结构，他们不满足于当时盛行的把犯罪问题还原为生理学或心理学的诸多理论，认为经济条件才是影响犯罪与惩罚的关键因素，因而把马克思的社会批判理论延续到了刑事社会学领域的研究。通过对英国社会中惩罚犯罪之历史所作的考察，他们的结论是，随着资本主义对劳动力的大量需求，早期对罪犯实施的酷刑

转变为把罪犯作为劳动力投入到满足资本主义市场需要的生产活动中。他们运用的这种历史社会学的研究范式深刻影响了福柯，并被后者发展为针对刑罚历史变迁的知识考古学；贯穿于惩罚与社会结构分析之中的社会批判精神，则预言了半个世纪后批判法学的到来。

毕业于威斯康星大学的奎尼(Richard Quinney)是美国 20 世纪最为出色的犯罪社会学家之一，他认为，刑法和刑事惩罚制度是资产阶级控制下层阶级的工具，而下层阶级破坏社会秩序则是由于他们遭到资产阶级的剥削、压榨后在经济上陷入贫苦，而且，这些因被剥削而走向犯罪的下层阶级又通过犯罪向社会其他成员实施“剥削”——由此，不断再生产出资本主义的社会关系。奎尼的犯罪学理论大量吸收了马克思、恩格斯关于资本主义阶级冲突的观点，充满了社会批判的力量，因而被称为政治上激进的犯罪社会学，其观点也经常被后来的美国批判法学家们所引用。

20 世纪 70 年代在美国兴起的批判法学，对现代西方法律制度以及相应的法学研究展开了激烈批评。按照卢曼的学科分类，批判法学运用的基本观察符码仍然是“合法/非法”，所以属于法律系统的自我观察和自我描述。但是，批判法学对法律概念的理解以及强调“行动中的法”的研究方法，都从社会学汲取了丰富的营养，因而被一些有名的法律社会学教科书纳入到广义上的法律社会学阵营。批判法学并非一个拥有统一纲领的严密流派，除了狭义上的批判法学，还包含了后马克思主义激进法学、女权主义法学、左派自由主义法学甚至后现代法学等复杂的思潮。但是，这些各具性格的思潮有一个共同的特点，即对由法律所塑造的不平等性、压迫性展开揭露和批评。批判法学的旗手昂格尔(Roberto M. Unger)、肯尼迪(Duncan Kennedy)、楚贝克(David M. Trubek)以及亨特(Alan Hunt)都试图把资本主义法律制度的政治功能从其自由主义意识形态中剥离出来，认为表面上具有政治客观性和中立性的资本主义法律其实处处充满内在矛盾，并因此成为

社会压迫的工具。由此，批判法学家们主张法律改革和政治改革，甚至还有学者倡导激进的社会革命。

批判法学希望借助社会学的研究工具为人们提供一幅社会生活中真实的法律图像，以替代自由主义法学的虚假描述。对于批判法学而言，社会学研究工具不仅具有描述的价值，而且也是批判资本主义法律的道德载体，这种研究取向使得法学家们的批判法学与社会学家们的法律社会学拉开了距离。楚贝克曾撰文批评了法律社会学的经验研究，认为这种迷恋“数据”的研究进路其实是对既有政治价值观的非批判性默认，因而是对社会病态结构的巩固。楚贝克认为，批判法学与经验社会学相反，其理论任务在于揭露现存法律制度背后的世界观。他说：正是人们的世界观赋予了社会互动以意义，因此改变人们的意识就是改变世界本身——这就是批判法学的信条。正因为如此，批判法学的意识形态批判也就成为了一种拥有社会改造力量的行动社会学。

运用卢曼式的系统论框架来分析批判法学，可以发现，批判法学透过有权力/没有权力这个政治操作的二元符码来观察法律系统内部的沟通，以政治系统内部生成的目的程式(Zweckprogramme)取代了法学内部的条件程式(Konditionalprogramme)。批判法学与法律经济学、法律心理学有共同之处：都是运用法律之外的二元符码来观察法律系统的操作过程。卢曼认为，这些表面上的外部观察方式其实并非在社会之外，而是社会迈入功能分化阶段之后法律系统透过其他系统的二元符码对法律作出的自我描述。批判法学、法律经济学或法律心理学表面上与法教义学的内部观察拉开了距离，但是，其所运用的基础性观察符码仍然是合法/非法，其最终还是属于法律系统本身的沟通——他们不过是在穿上了政治学概念、经济学概念以及心理学概念的外衣之后，又重新返回到法学内部而已。在批判法学当中，法律/政治(或系统/环境)这个区分只不过是“再入”到了法律系统内部，真正的政治沟通仍然处于法律系统之外的环境中。因而，批判法学并

不能实现其解构现代西方法律的初衷,反而是被法学有条件地加以过滤和吸收,最终被溶解为法律系统自我描述的一分子。批判法学期望站在社会之外,占据一个不为其他系统观察者所观察的特权位置,以“真理在握”的姿态对法律系统展开道德谴责和政治批评,但这只是批判法学误把他乡当故乡的幻觉。批判法学不过是观察者之一,最终也会被拉回到社会之内,并为其他理论系统所观察。不过,无论是批判法学还是法律经济学,在把法律/政治或法律/经济这些区分“再入”到法律系统内部之后,都会以政治学和经济学的概念刺激法学概念的自我再生产,并因此增加法律系统回应外部环境的复杂性,这也正是它们的理论贡献所在。然而,卢曼特别强调,这种刺激所产生的后果是偶在性的,并不会使得系统对环境更加“适应”。因此,以政治平等的批判立场或者利益最大化的经济诉求改造法律系统,并不能真如社会改革家们所愿的那样创造一个更为美好的社会。在卢曼看来,对于法律系统自身而言,正义不过是一个“偶在性公式”(kontingenzformel)。

综上,基于二阶观察之上的知识论对于功能分化社会的真正贡献之一,就在于提供了观察各个社会子系统之间如何展开相互观察的理论框架。如此观察的一个重要结论是:每个社会子系统可以通过暴露作为“他者”的其他社会子系统的沟通偶在性,反思到自身的偶然存在条件。这无疑可以增加功能系统自我再生产的反思性,引导系统在制造系统/环境的差异上迈向更大程度的复杂性。无论是法律社会学中的经验研究还是批判理论,都不过是系统之间的相互观察或自我观察(自我描述)。通过法学研究、立法决策、司法裁判等法律系统内部的沟通活动对法律社会学的观察展开进一步观察,法律系统可以吸收法律社会学的研究成果。比如,托依布纳就借助“关系网络”这个社会学概念的刺激,在法律内部提炼出了“网络目的”(Netzzweck)、“契约网络”(Vertragsnetz)与“合同结合”(Vertragsverbindung)这些法学装置,为德国法院突破先前的学说和判例提供了新的正当性理

由。这样，法律之外的观察视角被折射到法律系统内部，法律系统之前那些被认为在正当性上确定无疑的概念、原则或理由可能因此遭到怀疑，并通过进一步的悖论展开过程产生出回应外部环境刺激的新的概念、原则或理由。当然，这种指向外部环境的指涉活动，仍然属于法律系统的内部沟通，即必然递归性地运用合法/非法的二元符码指向自身之前的沟通。如此，卢曼回应了在法学与社会科学之间如何展开跨学科研究的当代难题，其深刻性和融贯性应该说是前无古人的。

宾 凯

2013年5月写于美国德州奥斯丁

## 第二版序言

出版本书第二版时，主要内容未作修改。如果把在第一版到第二版之间发表的参考文献包括进来，就需要彻底重写。另外，如果要使该书适应我今天的表述方式，就必须对文本多处细节进行调整。在我看来，这些改写方案不足以令读者受益，所以没有理由耗费额外的劳动。而且，其他引证过该书的出版物也还在坊间出售。考虑到这些理由，我不打算对这本书大动笔墨。

只是出于某一点考虑，才值得对本书稍加修正。这本书的大纲遵循了进化的、历史的视角，这样的安排实质上是与法社会学的研究状况相适应的。从过去到现在，还没有出现过系统理论视角的法律社会学。这导致了一个印象，即关于法律的系统论思考还徘徊在法律大门之外。因此，本书第一版是以“法律理论的问题”作结。现在我乐意修正这个假设。

甚至在一般层次上，进化论表述和系统论表述也是互为前提的，因为，只有在偏离性的系统再生产的基础上，进化才是可能的。还有，由于自我指涉系统 (selbstreferentieller Systeme; self-referential system) 研究领域的贡献，一般系统理论在过去 10 年中已经取得长足进展。我们多少可以谈论一下范式转换，即以自我指涉概念取代环境开放性概念，并因此使系统之开放与封闭的结合成为可能。这些新洞见也提升了对法律系统的社会学研究的水平。在本书中，对于规范期望和认知期望之间的关键区分尤其可以用于揭示这一点，并可以用于描述法律系统如何处理其自治问题，即，作为规范封闭系统的同时又作为认知开放系统进行操作 (operiert) 的问题。

这一思想也改变了法律科学和法律理论的社会学特征。为了表明哪些理论视角正在逐渐凸显，我以法律系统和法律理论为主题改写了

法社会学

本书结语，以替换第一版的结论。除了这一改动外，我只在参考书目中添加了几个最新资料。

尼克拉斯·卢曼

1983年5月于比勒菲尔德

人类所有集体生活都直接或间接地为法律所塑造。正如知识一样，法律是存在于社会条件中的基础性的、全方位渗透的事实。不可能找出这样的生活领域，不管是家庭、宗教团体、科学研究活动，还是政党内部网络，可以游离于法律之外而获得持续的社会秩序。集体性社会生活包含了规范性规则，这些规则排除了其他可能性，而使得人们的诉求具有了一定的成功率。虽然法律的技术性表达程度以及法律左右行为的程度随着不同地域而变化，但情形总是如此。无论何地，最低数量的法律指引总是不可或缺的。

更加令人惊讶的是，法律在这方面的现实几乎不为社会学家所关注。“法社会学”（Rechtssoziologie）很少出现在大学课程中，即使开设了相关课程，这个任务也更多是由法学家，而不是社会学家担任。虽然在法学理论中探讨法律的各种（社会）基础时会考虑到这种联系，但把这个主题与社会学理论中的最新进展建立联系的工作，总体上来说是不到位的，法社会学领域的经验研究范例还屈指可数，虽然在过去几年中这种研究旨趣逐渐升温。与其他领域的社会学研究相比——比如家庭社会学、组织社会学、政治社会学、分层和流动、角色理论等——法社会学显得异常滞后。可能有人会自问究竟是否存在着社会学视角中的法社会学这样的东西。在第一届德国社会学大会上，坎托罗维茨（Hermann Kantorowicz）对到会的全体社会学家宣称，法社会学只能由法律人以兼职身份才能搞出丰硕成果。<sup>[1]</sup>“丰硕的”尚未兑



现，至今也只是这些法律人的一种期盼，他们只是乐于能够在制作裁定、撰写判决书以及法律政治咨询上有所获益。

为什么法社会学对于社会学家来说困难重重？

对于社会学家来说，明摆着的问题是，在法学的左右之下，法律已经发展得十分复杂。据说，不经过艰苦卓绝的专业性钻研，就不可能深入这些法律材料。一个人如果对既判力之扩张(Rechtskrafteerstreckung)、抗辩(negatorische Klage)、行政行为的双重效力(Verwaltungsakt mit Doppelwirkung)、先期抵押(Plangewährleistung)、交通安全责任(Verkehrssicherungspflicht)等概念的含义无知，就是一个不能对法律事务做出判断的外行。进而，可以这样说，如果不能理解法律人使用的概念、符号和论证方式，就不可能从社会学角度推进对法律的研究。例如，如果某人不能判断法官的论证和决定是对或错，他如何能够检验法官的社会背景是否影响了其判决？以及，法官是否创制了一个在法律上说是可接受的，但又具有重大突破的判决？

社会学家的另一个心理包袱与这样一个事实有关，即法律直接或间接地影响了生活的所有领域，如果要分离出法律这种专门现象，实际上存在着经验上的困难。因而，被设想为观察这些交错关系的法社会学，不仅要吸收法律知识，而且应该在保持社会学学科属性的同时，给法律人提供一般的信息来源。在实践中，这个任务简直无从着手。像家庭社会学、组织社会学、政治社会学以及势头正猛的科学社会学等专门社会学获得的成功，不能归因为运气好，因为这些专门社会学把各社会系统看成是在社会现实中确立了其自身边界的主题。在别的例子中，如青年社会学或分层与流动社会学，也被给予了相对易于处理的主题界定。但是，在那些没有清晰边界的研究领域中，专门社会学家发现他们处于一个岔路口，要么需要寻找一般社会学理论，要么则陷于停顿。知识社会学试图把认知取向的问题转换为专门社会学题材时，就面临这种局面。就法社会学试图把规范取向的问题转化为专业社会学领域内的问题而言，这种局面在法社会学中也出现了。

知识社会学与法社会学两者之间存在着平行相似的情形，我们随后将论及。<sup>[2]</sup>

目前，存在着以一种特殊方式避开这些困难的趋势。一方面，法社会学的学科独立性要求一种指向法律的特殊关系。并不是每一个光顾商场却由于楼梯过分光滑而摔倒的顾客，都会使法社会学家仅仅由于交通安全法规设定了一个业主责任就对此感兴趣。只有当从事某些行为的角色或某些行为所指向的角色在法律事件中成为关键人物，或者针对法律变化做出了反应，或者成为法律问题或相关问题的问卷调查对象时，这些行为才会被法社会学家关注。另一方面，可以肯定的是，以此方式，法律自身因为其复杂性以及其具有总是可能被指涉到的无所不在的背景因素这种社会功能而呈现出的全面性就被取消了。这样，法律就从法社会学中消失了。<sup>[3]</sup>正是由于这个原因，引发了各种(替代)研究可能性，其中某些可能性正在成为法社会学中新的经验研究的焦点。<sup>[4]</sup>

一个替代方案是把焦点从法律转向法律人。以此方式，社会学家抵达了熟悉之地。与新近社会学的核心概念相关，社会学家可以研究法律人的角色。因此，社会学家面临着各种法律人角色的表演：法官角色、辩护律师、行政律师、商务律师、企业律师。社会学家可能对法律人之间的相互影响、他们的职业统一性感兴趣，尤其重要的范例是，可能对他们之间到底有多少共同因素这样的问题感兴趣，这些共同因素促进了他们的功能互惠性、削减了他们的冲突以及实现了他们之间的相互控制。角色理论深化了角色期望如何相互协调以及哪些预防性措施和行为策略有助于消除角色期望冲突的问题，例如，如何使得一个辩护律师既能充分代表客户利益，又能忠于法律。

这种反思基于从职业角度对法律人的研究。因此，对职业生涯的研究成为了焦点，也就是说，关注的问题变成了这样：某些特性(社会背景、教育成就、年龄、特殊角色的成功、宗教派别、政治归属等)在给定的时间和空间中如何在各种职业间分配。换种表达方式则是：

谁，具有哪些特性，何时出现，出现于何处。另一方面，社会学家可能会就某种职业的专业化程度进行追问，认为要么这种职业拥有并非普通大众所能够掌握的知识，要么从业机会是与一种专业精神特质相关联的。

4 这种研究的导向、概念和方法<sup>[5]</sup>并不需要事先澄清法律自身及其社会功能。相同的研究方式也可以运用于医生、企业家、神学家、士兵和建筑师等。角色和职业的特殊主题只是有助于刻画一个狭窄的研究领域，并提供某些边际性的前提条件——例如对于医生来说的死亡问题，以及，以不同的方式，对于士兵来说的死亡问题，或者对于律师来说的冲突问题。这种研究类型并不拥有与法社会学的理论关联，只不过与角色理论和职业社会学有关，正是从后者中，这种研究方法获得了刺激，并且，扩展了其可一般化的结论。

第二种研究进路与此相似，试图澄清与法律裁判有关的小群体行为，即司法主体行为。这一进路采用了如今已在各种不同情境下（比如在产业社会学和实验人群中）尝试和证明过的问卷调查和小群体研究技术。司法主体被认为等同于“自然实验对象”，是一个可以相对隔离操作的对象，一个可观察的小系统，因此被看成是可以对其社会地位、好恶、互动频率、克服内部不同意见的能力等因素的影响进行观察。换句话说，可以通过问卷和访谈确认这些变量。迄今为止，这种研究进路的主要兴趣集中在非常有限的问题上，即，社会分层和意识形态偏见如何影响了法庭上的判决创制过程，或者，如何才能中立化它们。<sup>[6]</sup>在判决中，谁的意见以及这些意见基于哪些因素发挥了作用的问题，取代了当事人所涉利益的公正与不公正问题。从这种分析角度出发，不仅是法律，包括实际的判决创制过程、司法互动以及法律探讨都从研究视野中被删除了。<sup>[7]</sup>

5 第三种研究进路则表现为，充分利用现代公共舆论研究技术取得的进展，把关于法律的舆论，而不是法律，变成了研究的核心课题。这种研究进路希望搞清楚在大众生活中与法律知识传播相关的问题，

例如，大众对法律的流行态度，大众对那些服务于法律的机构的流行态度——尤其是司法机构。<sup>[8]</sup>因此，这种研究进路的重点课题在于，法律知识是否随着阶层地位而变化，年龄、教育、性别、团体成员资格等是否造成面对特定法律问题时的态度差异。这种研究进路在回答以下这些问题时显示出了实践意义：大众如何了解到法律的改变，法律改变如何产生影响，法律改变是否对社会行为产生了预期效果，这些法律改变是否由于缺乏信息、因袭传统或利益对立而遭致失败。<sup>[9]</sup>不过，从效果上看，它只是回答了被圈定的问题，而不是实际的舆论，更不用说行动意愿了。<sup>[10]</sup>

可以看出，这些研究进路的认知价值分别与法律的各种论题相关联。租赁法知识的传播与继承法知识的传播导致的结果当然不一样。关于本国雇佣法的社会影响的研究几乎不可能用于预言针对青少年酗酒进行防范的法律后果。在其他法规和控制机制已经存在的情况下，同样的法律是否具有不同效果的问题也是难以获得确定答案的。可以看出，由于法律自身的复杂性，经验社会学研究的边界被划定得非常狭窄。法律论题间的显著差异使得一般化理论的提炼出现了困难，而事实上社会学研究的典型目标就是进行理论的一般化，即指出关于相互作用的各种行为的总体关联和假设。

这样，我们就返回了本文的出发点。在最新的法律—社会研究中，绕过法律这个困难主题的探索并非一无所获。这些研究应该获得更多成果。当前，这些视角各异的研究进路既不应该遭致否定，也不应该被中断。但另一方面，很明显，这些研究尝试却并不适合社会学，恰恰法律自身出现缺席。因此，这些形形色色的研究尝试缺乏内在的融贯性。<sup>[11]</sup>职业角色分析对于舆论研究不会有助益，舆论研究不会给司法判决过程提供假设。就此，这些研究仅仅能够观察到一些粗疏的联系，例如，来自上流社会的教育良好的法官不会作出一个回应人民声音的判决。只有通过将法律重构于法社会学中，也就是建立一种严格意义上的法社会学，才可以对这类经验研究进行令人信服的

整合。

然而，这样一种方案并没能避开所谈到的困难。相反，这种方案引发了困难。因此，我们必须正视这些困难的核心问题，即使我们不能发现一种简单的解决方案，但至少可以尝试为这个问题的解决方案铸造一个清晰的概念框架。

今天我们知晓的法律秩序，是一个巨大的、结构复杂的实体。复杂性(komplexität)在这里以及下文中，应该被理解为在体验和行动中的可能性总和，这些可能性一旦被现实化，就会达至一个意义脉络(Sinnzusammenhang)。就法律而言，不仅包括了法律上被许可了的，而且也包括非法的行动，只要它们是指向法律的，例如，规避法律。<sup>[12]</sup>可能性领域中的复杂性可大可小，这要看可能性的数量、异质性和相互依赖性。而且，复杂性可以结构化，也可以非结构化。<sup>[13]</sup>完全非结构化的复杂性的例子不多，星云\*算是一种，其所有可能性都是任意的和均质的。当可能性之间的相互排斥或限制达到某种程度时，结构化的复杂性就出现了。相容性问题或共存问题随着结构复杂性的出现而出现。某种特定可能性的实现可能阻止其他可能性，但是，另一方面，也容许新的可能性建构出来，那种特定可能性需要这些新的可能性作为前提条件。因此，一个“宪政国家”或多或少有效排除了行为类型的数量，但是，也容纳了新的行为类型，比如宪法诉讼(Verfassungsklagen)。如果没有宪政国家，也就没有宪法诉讼，并且二者在结构上(偶在地)相互依存。在此意义上，一个社会系统的复杂性随着结构化而增加，尽管诸可能性之间相互制约，但对于意义选择来说，可获取的可能性总和却增多了。从进化论的观点看，正是可能性的策略性排斥乃建构更高秩序的手段，这些更高秩序可以容纳的不是恣意的可能性，而是更多可变的可能性。

很明显，在诸社会系统中，如果来实现高级的、结构化的复杂性

---

\* 英译本将星云(Urnebel)译为原始等离子体(primaeval plasma)。——译者注，下同

的成就，法律如果不是具有决定性的、也是具有基础性的作用。然而，一个致命的问题是，我们还缺少适于诸社会系统的研究工具。毫不夸张地说，在具有高级的、结构化的复杂性的系统中，科学发展正陷入瓶颈之中，它确实只能被非常缓慢地拓展。每门科学都面临这种困境，对于社会科学而言尤甚。<sup>[14]</sup>

今天，在可以把握的方法库和理论库中，要么假设了一些小型系统，例如，在复杂性有限的小型试验组中，只有少数变量发生关联，这里，“条件不变”（*ceteris-paribus*）的要求可以得到满足；要么假设了大量相似的随机分散因素，这些因素可以通过统计方法来处理。因此，要么是有限的、结构化的复杂性，要么是高度的、非结构化的复杂性。然而，在高度复杂的结构化巨系统这个最重要的研究领域中，8我们却缺乏研究工具，虽然功能主义和控制论至少已经领悟到了问题所在，并试图着手解决这个问题。

上文提及的在推进经验法社会学的努力中，这种情形被清晰地反映出来，而且也说明了其中的缺陷。它们要么通过使用角色、职业、职业生涯、判决过程、舆论或态度等概念来处理结构化的小型系统，要么处理由相似元素构成的相对非结构化聚合，这样就排除了把法律作为一个复杂巨系统的情况。我们现在明白了迫使我们选择这些研究方法的缘由：这是由科学发展的现状决定的，即缺乏处理结构化复杂性巨系统的理论工具，而且在短期内这一情况无法取得突破。

在迄今所及的小型系统和相对非结构化聚合的研究领域中，方法论工具被史无前例地清晰化、精炼化，并磨砺得相当高级。在这个事实下，问题就变得更为尖锐了。这些已开发出来的方法论工具虽产生了一些研究成果，却不能适用于我们感兴趣的巨系统领域。与 19 世纪经典法律—社会理论赖以建构的那些标准相比，今天我们相应要求的是可求证的方法论基础、概念上的精确性和经验上的可控性。例如，这种要求就表现在对理论陈述的“操作化”需要中，而这却不可能由时下盛行的任何大型社会系统理论来满足。在这些条件下，法社会学

还存在着哪些可能性？

我们希望尝试着把这个在目前科学状态中几乎明显不可解决的高级结构化复杂性的问题捕捉为研究主题。对于法社会学而言，这意味着以法律作为一个社会系统的结构是如何可能的问题当作开端。根据上面勾画的观点，一个社会系统的结构具有调节系统复杂性的功能。在上述最后的那个例证中，系统复杂性总是结构性地(偶在地)实现的复杂性，但是，另一方面，这一系统结构也依赖于其自身的复杂性，因此那些不大可能的风险结构，比如法律的合法修订，就已经假定了高度的系统复杂性。与更复杂的系统相比，简单复杂性具有不同的结构性需求，但是其建构和维持必备的结构的可能性也更低。例如，简单社会就有着一个被传统决定的、相对具体、易于知晓的法律。而在社会发展到高级复杂性的过程中，法律必须变得更为抽象，以维持针对情景多样性的概念的解释上的弹性，甚至必须由决定来进行改变，也就是成为实证法。在此意义上，一个社会的结构形式和复杂性程度互为条件。

9 因而，作为结构的法律和作为社会系统的社会必须在相互作用的关系中被观察和研究。除了事实面向，这种关联还有一种时间面向，并因而产生了一种社会和法律的进化理论。正是与这一观点相关，这些概念、理论和经验研究才具有了法律—社会学的色彩。而也正是透过这一点，以下的见解才找到了它们的融贯性和统一性。

在**第一章**，我们将发现，经典法社会学的概念在其开端，要比我们今天理解的更为高深。因此，在**第二章**中，为了筑牢和阐明理论基础，我们必须关注法律发展的基本机制，并澄清规范应该被理解为什么东西，以及在社会生活中规范性应然(normatives Sollen; normative ought)\* 会实现哪些功能。新近的心理學、社会心理学和社会学研究

---

\* 对于大部分术语，译者在给出德文本原文的同时，会在其后给出英译本的相应译法，以备读者需要时进一步查询。

已经向我们提供了相当宽广的视野，覆盖并超越了在法律渊源学说中以及在各种前法律和法律规范类型之间作出区别时通常呈现的视野。第三章中，在已经打造出来的问题框架的基础上，我们可以勾勒出一个社会进化和法律发展的大致轮廓。指导性的原则将是这样一个假设，即，社会复杂性的增长需要并促进了法律结构的变迁。这导致一个洞见：现代工业社会必须把法律作为可以随着决定而改变的实证法来建构。被旧的法社会学所忽视的法律实证性构成了第四章的主题，同时，在其中，现代法律秩序和法律机制的具体问题以及现实的法律—社会学研究的问题背景获得了处理。第五章涉及源于法律实证性的社会结构变迁的可能性、条件和困境问题。以此方式，如果我们牢记法社会学的理论基础和研究领域，我们最终可以就已经被反复讨论的法律科学、社会学和法社会学之间的关系问题得出一些结论。

---

[1] 参见 *Rechtswissenschaft und Soziologie. Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages 1910*, Tübingen, 1911, S. 275 - 309 (278)。

[2] 朱利·斯通(Julius Stone)对存在一门独立的知识社会学持怀疑态度，并给出了解释理由。参见 *Social Dimensions of Law and Justice*, London, 1966, pp. 28ff, “die Möglichkeit einer eigenständigen Rechtssoziologie”。

[3] 保罗·特雷普(Paul Trappe)在西奥多·盖格尔(Theodor Geiger)所著《法律社会学导论》(*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied-Berlin, 1964)一书的导言中强调了这一点。另参见 Paul Trappe, *Zur Situation der Rechtssoziologie*, Tübingen, 1968, 尤其是 S. 19f。

[4] 对此问题的跨国研究参见 Renato Treves (Hrsg.), *La sociologia del diritto*, Mailand, 1966, 相关英文译本见 Renato Treves and Jan F. Glastra van Loon (Hrsg.), *Norms and Actions*, The Hague, 1968; 以及 Renato Treves (Hrsg.), *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Mailand, 1968。更具实践性的研究，也可参见 Gottfried Eisermann, “Die Probleme der Rechtssoziologie”, *Archiv für Verwaltungssoziologie-Beilage zum gemeinsamen Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg*, 2, no. 2, 1965, S. 5 - 8。

[5] 一些例子可参见 Walter Richter, “Die Richter der Oberlandesgerichte in der Bundesrepublik. Eine berufs- und sozialstatistische Analyse”, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 5, 1960, S. 241 - 259, 以及 Ralf Dahrendorf, “Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht”, *Ebda.*, S. 260 - 275; Walter Richter, *Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft*, Stuttgart, 1968; Klaus Zwingmann, *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin, 1966; Johannes Feest, “Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der



juristischen Elite”, in Wolfgang Zapf (Hrsg.), *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, München, 1965, S. 95 - 113; Wolfgang Kaupen, *Die Hüter von Recht und Ordnung*, Neuwied-Berlin, 1969; Walter O. Weyrauch, *Zum Gesellschaftsbild des Juristen*, Neuwied-Berlin, 1970; Wolfgang Kaupen and Theo Rasehorn, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, Neuwied-Berlin, 1971. 关于辩护律师, 可参见 Jerome E. Carlin, *Lawyers on Their Own. A Study of Individual Practitioners in Chicago*, Brunswick, N. J., 1962; Erwin O. Smigel, *The Wall Street Lawyer. Professional Organization Man?*, New York-London, 1964.

[6] 参见格伦登·舒伯特(Glendon Schubert)所著的一篇旧文献“Behavioral Research in Public Law”, *The American Political Science Review*, 57, 1963, pp. 433 - 445; 还可参见 Fred Strodtbeck, Rita M. James and Charles Hawkins, “Social Status in Jury Deliberations”, *American Sociological Review*, 22, 1957, pp. 713 - 719; Fred Strodtbeck, “Social Process, the Law and Jury Functioning”, in William M. Evan (Ed.), *Law and Sociology*, Glencoe, Ill., 1962, pp. 144 - 164; Glendon Schubert, *Quantitative Analysis of Judicial Behaviour*, Glencoe, Ill., 1959; Glendon Schubert (Hrsg.), *Judicial Decision-Making*, New York-London, 1963; Ders. (Hrsg.), *Judicial Behavior. A Reader in Theory and Research*, Chigago, 1964; Ders., *The Judicial Mind*, Evanston, 1965; Harry Kalven and Hans Zeisel, *The American Jury*, Boston, 1966. Joel B. Grossman and Joseph Tanenhaus (Hrsg.), *Frontiers of Judicial Research*, New York, 1969; 论文集“Jurimetrics”. *Law and Contemporary Problems*, 28, 1963, pp. 1 - 270, 以及“Social Science Approaches to the Judicial Process”, *Harvard Law Review*, 79, 1966, pp. 1551 - 1628. 最新综述参见 Hubert Rottleuthner, *Zur Soziologie richterlichen Handelns*, Kritische Justiz, 1970, S. 282 - 306, 1971, S. 60 - 88.

[7] 伍德福特·霍华德(J. Woodford Howard, Jr.)把最后一种观点作为明确的批评靶子, 参见氏著“On the Fluidity of Judicial Choice”, *the American Political Science Review*, 62, 1968, pp. 43 - 56. 学者们已经注意到对于法律自身的极度复杂性的忽视, 例如 Wallace Mendelson, “The Neo-Behavioral Approach to the Judicial Process. A Critique”, *American Political Science Review*, 57, 1963, pp. 593 - 603; Theodore L. Becker, *Political Behavioralism and Modern Jurisprudence. A Working Theory and Study in Judicial Decision-Making*, Chicago, 1964; and Lon L. Fuller, “An Afterword: Science and the Judicial Process”, *Harvard Law Reviews*, 79, 1966, pp. 1604 - 1628.

[8] 例子可参见 Torgny T. Segerstedt u. a., “A Research into the General Sense of Justice”, *Theoria*, 15, 1949, pp. 323 - 338; Arnold M. Rose and Arthur Prell, “Does the Punishment fit the Crime? A Study in Social Valuation”, *the American Journal of Sociology*, 61, 1955, pp. 247 - 259; Walter F. Murphy and Joseph Tanenhaus, “Public Opinion and the United States Supreme Court”, *Law and Society Review*, 2, 1967, pp. 357 - 384; Don C. Gibbons, “Crime and Punishment. A study in Social Attitudes”, *Social Forces*, 47, 1969, pp. 391 - 397; 也可参见 Acta Sociologica 杂志 1966 年 10 月第一期的多篇报告, 以及关于法律效力三步假设的波兰调查, 参见 Adam Podgórecki 所著论文, “Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts”, 载于 Ernst E. Hirsch and Manfred Reh binder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Köln-Opladen, 1967, 尤其是第二篇: “der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie”, S. 271 - 283 (278ff).

[9] 一个很好的例子出自 Vilhelm Aubert, “Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung”, in Hirsch and Reh binder, a. a. O., S. 284 - 309.

[10] 对于舆论研究的批评被孤立起来, 没有引起重视, 缺乏讨论, 对此问题的综述可参见 Irwin Deutscher, “Words and Deeds. Social Science and Social Policy”, *Social Problems*, 13, 1966, pp. 235 - 254.

[11] 有学者对此表示遗憾，具体参见 Jack P. Gibbs, “The Sociology of Law and Normative Phenomena”, *American Sociological Review*, 31, 1966, pp. 315 - 325 (315)。相关评论还可参见 Heinz Sauer mann, “Die soziale Rechtsrealität”, *Archiv für angewandte Soziologie*, 4, 1932, S. 211 - 237.

[12] 对这个问题的澄清，参见本书第 154 页。

[13] 在系统理论文献中，无序复杂性与有序复杂性之间也存在相似的区别，有机体是有序复杂性的一个范例，具体例子可参见 Ludwig von Bertalanffy, “General System Theory. A Critical Review”, *General Systems*, 7, 1962, pp. 1 - 20 (2)。我对“复杂性”概念作出过详细阐述，参见 Jürgen Habermas and Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie — Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt, 1971, S. 292ff.

[14] 参见 Warren Weaver, “Science and Complexity”, *American Scientist*, 36, 1948, pp. 536 - 544。针对社会科学这一更为狭窄的领域，可参见 Claude Lévi-Strauss, *Anthropologie structurale*, Paris, 1958, p. 350。对这方面持乐观态度的观点，可参见 F. E. Emery, “The Next Thirty Years. Concepts, Methods and Anticipations”, *Human Relations*, 20, 1967, pp. 199 - 237。

## 法社会学的经典起源

自从 19 世纪后半叶出现了社会学后，我们才有可能谈论法社会学。这并非一个草率的观察，而体现了一种术语严格性。社会学为法律研究打上了科学旨趣的烙印，这明显不同于老欧洲关于社会与法律之间关系的传统认识。

古典学术传统把社会与法律的关系理解得更为具体些，从 18 世纪步入 19 世纪后，这种学术传统衰落了，随之诞生了社会学。<sup>[1]</sup>在古典学术传统中，法律已经以人际关系的形式存在着，具有恒定的性质，与社会亲密关系(友谊)和等级关系(支配)一起，不可或缺地与其他正式的社会生活领域交织在一起。正是因为法律的这种自然—真实的内容(der natürlich-wahren Vorzeichnung)，政治制度中才有可能形成具体的自由——而不是相反，即与法律相关的恣意抽象的自由。在自然法思想中，人类社会的生活聚集看上去呈现的不是一种充满了恣意内容的抽象的规范性应然，也不是呈现为功能上不可或缺的各种规范，而是一套具有确定内容的规范，其宣称似乎具有自然的起源和真理性。当这种传统思想把社会构想为一种法律关系，甚至是一份契约时，它并没有感觉到有什么不妥。<sup>[2]</sup>然而，那些认可法律秩序的功能性和必要性的法社会学家则不会再这样想像法律。

这就是社会学与传统思想拉开距离的地方。处于自然法末期的理

性法，在“契约”概念的帮助下，已经为法律的社会学解释的到来铺平了道路。在此，人变成了抽象主体，契约变成了一个使人类生活的社会维度成为可能的范畴，偶在性(Kontingenz; contingent)存在于每一种契约形式中。人类关系的偶在性虽然还是以法律的形式被思考，却是以抽象激进的方式出现，在此基础上，任何法律都有可能存在。<sup>[3]</sup>因此，这不是返回到对个人信念的具体的法律约束形式，而是把契约这个主题扩展为社会的化简机制，而社会其实就是一种社会系统。这样，迈向社会学之路的曙光就在眼前。

11

与自然法相比，在社会学看来，社会与法律之间同样存在着不可隔断的关系，但是，这种关系更为抽象，给变化留下了空间。社会学也能接受每个社会都有一套法律秩序的论点，<sup>[4]</sup>但是，却不认为存在着某些在所有社会都同样有效的法律规范。在历史的和比较的人种志研究中，包括 19 世纪的那些研究，在其视野所及的地方，看不到什么恒久不变的规范，最多不过是存在着一些抽象原则，而这些原则实际上非常空洞。因此，法律虽说是必要的，但是在其运行中，却是一种偶在的社会建构。正是这种偶在性，这种在不同可能性中进行选择的相对性，成为法社会学的研究主题。

这似乎只是一种定性描述，或者说是老欧洲思想浮光掠影的抽象扫视。然而，在这种抽象描述中，自然法被取代，摆脱了普遍有效的法律规范这种迷思，一种更为超脱地对待法律的视角因而脱颖而出。社会的存在不再是奠基于某些规范的有效性，而是，法律和社会必须被看成是全然属于经验研究的变量，这些变量以某种方式发生着相互作用。为了不含偏见地决定哪些社会应该拥有哪类法律，必然要抛弃所有社会都命中注定只能接受某种特定类型法律的假设。因此，社会学不再受到社会生活自身的规范取向的束缚，或者说被迫共享社会生活的规范取向，不再到更为高级的规范或无可置疑的原则那里寻找能够证明社会生活有效性的理由。就如涂尔干反讽性揭示的那样，正是以此方式，社会学发现的并非是某些社会的道德实在，而是道德

学家们构想道德的方式。<sup>[5]</sup>

12 正是这种与法律的内在视角及其道德基础保持距离的研究方法，凸显出我们称之为**法社会学经典起源**的那些学术努力。由于维持了这种距离，以及能从不同视角对道德进行考察，这些努力可以被认为是社会学式的。而且，它还获得了这一假设的支持，即社会及其与法律的关系的实证性因果知识在经验上成为可验证的。这种知识是在历史—进化的框架下表述的。进化论思想提供了可以使自然法相对化、世俗化以及时间化的可能性。至此，进化被看成是一个因果过程，但是，就进化的含义而言，它仍然被构想为一个“进步”这样的道德范畴。在社会发展中，法律被赋予中心位置，但它并不是一种驱动性或政治发展筹划意义上的力量，而是社会既定条件的一种形式和表达。虽然各种经典法社会学都有自己与众不同的贡献，但从中可以找出三个共同假设，这些假设把经典法社会学与自然法区别开：（1）作为规范结构的法律与作为事实生活和关联行动的社会并不等同（法律不是社会）；（2）法律和社会被构想为两个独立变量，同时，它们变动的情境被解释为处于进化之中——在 19 世纪，这主要被理解为有规律的文明进程；（3）在这些前提下，在法律与社会之间建立可被经验验证的关系假设成为可能，通过观察变化的情境，这些假设可以得到证明。

然而，就现有的标准来看，为经典法社会学所开创的理论进路奠定坚实基础的工作仍然没有得到深化，尤其是法律与社会自身及其发展的关系问题还没有得到澄清。因此，一个后果是，不同研究者观察到社会和法律发展的不同侧面，并过于夸张地强调社会发展与法律发展的相互独立性。只有把经典法社会学的各种理论进路并列考察，我们才能发现其中存在的假设、类型及其局限。我们挑选马克思、梅茵、涂尔干(Emile Durkheim)和韦伯作为经典法社会学的代表，而像帕森斯(Talcott Parsons)和埃利希(Eugen Ehrlich)这样的临界例子则不在入选范围。<sup>[6]</sup>

卡尔·马克思的社会学说是对现代社会发展的一个基本教义所作

出的反应：社会的主导性意义从政治转向了经济。马克思认为，满足需要的物质性是超越历史的人类真理，通过把经济指向人类满足需要的物质性，他将经济看成是最为重要的社会力量，并在这个框架下构建了一种自然—法律的(naturgesetzlich; natural-legal)、辩证的社会发展理论。在他看来，社会发展的动力来源于满足物质需要的生产力和生产关系的变迁，换种方式说，则是来源于在生产和需求满足的发展过程中积累起来的社会矛盾。<sup>[7]</sup>在把各种机会不平等地分配给个人并由此形成矛盾冲突的过程中，法律起到了决定性作用：法律赋予并保护财产权。通过财产权，法律将需求满足的机会融入到基于继承关系的家庭利益以及可以作出决定的能力之中，后两者必须随生产力的发展而变化。如果整个法律制度都根据所有者的利益而设计并由他们操控，那法律变革只能以**革命**的形式来完成。随着社会进程的推移，把需求满足(分配)从生产决策(计划)中分离出来的财产权社会化最终成为可能，并以理性替代客体化的、利益导向(阶级导向)的法律。

马克思的社会与法律学说是对那些需求满足和决策过程中紧密的、主观性的、地方性的制度的松解——人们完全可以以这一视角来解读(虽然关于马克思的各种主流解读以及受其激发产生的二手文献都没有认识到这一点)。由此，我们也可以得出一些可靠的结论，并揭示马克思法社会学的片面性。一个结论性的见解是，这涉及**结构上可容纳的可变性措施的增加**的问题。法律对此担负的任务在于：超脱于具体利益关系之上的产品的生产和分配，必定相互促动变化，并因而得以理性化。相应的，其目标则应是获得一种与不断增长的社会复杂性和可变性相匹配的法律结构，并由此为问题解决提供了更大范围的选择机会。从根本上来说，马克思的观点无法解释为什么经济过程中的主导性功能可以被家庭所延续，并且必定与追逐跑车、美女、别墅和游艇有关。留给我们的问题是，是否只有在这一方面法律才决定了社会系统的复杂性。当然不是。这里，暴露了马克思法社会学见解的局限，同时也揭示出这样一个问题，而这个问题只能由奠基于抽象基

础之上的关于社会的社会学理论来明确阐释。

梅茵爵士(Sir Henry Sumner Maine)对这同一个问题有自己不同的见解，<sup>[8]</sup>他把从传统向现代社会转变的法律发展概括为“**从身份到契约的运动**”。<sup>[9]</sup>身份和契约的概念并没有假定一种逻辑化的、独一无二的法律制度，而只是表明存在着许多建构法律秩序和分配权利义务的基本原则，这些原则可以从各种社会结构的背景中感受到，并受到其制约。在以亲属关系原则为基础的社会和以家庭、宗族为基础的分层社会中，某人与法律的关系依赖于这些社会的成员资格和身份秩序。身份决定了权利能力，身份并没有把权利能力同等赋予所有人，而是根据某些具体确定的权利和义务，以及根据通过社会身份差异而分配的有限自由，来做出不同的分类。因此，封建社会后期以家庭为导向的社会结构非常具体地规定了权利和义务的分配，比如，谁可以同谁结婚，谁可以打猎，谁可以经商，谁可以成为步兵或骑兵，等等。并且，这样的社会从如此分配方式中获得了其自身明确的实在性。

随着时间的推移，社会发展体现为社会系统复杂性的增加，尤其是经济规模和经济独立性的增加，促成了法律关系的极大松动。这导致了紧密的、传统型的、纯粹地方性的法律结构的瓦解，那些不适应现有权利和义务分配的社会结构条件遭到淘汰。政治支配取代了性别和宗族的旧有秩序，因此可以确保更多的自由和流动性。“婚姻权与商事权”(ius connubii ac commercii)得以扩展，并最终普遍地与权利能力相一致。在18世纪末，随着封建秩序的衰落，人变成了抽象人格上的法律人，“因为他是人，而不因为他信仰的是犹太教、天主教、新教，也不因为他是德国人或意大利人，等等”。<sup>[10]</sup>因此，把权利的分配与某个具体而固定的社会结构联系起来的方式瓦解了。新的分配手段被称为契约。从这个富有自由含义的概念来看，这只是让一些社会类型变得更显然，包括有助于陌生人之间迅速达成理解，控制相互损害的规则，以及功能性司法活动的可计算性。社会因此能包容那个框

架下的任何事物。

结构上可容纳的可变性措施的增加这个公式也适用于“从身份到契约的运动”。根据主要的支撑条件，契约可以自由地、可变地被处分，这种介入力量促进了社会结构和具体法律发展之间的关系。法律不再像从前那样直接与社会分化的主导形式纠缠在一起，<sup>[11]</sup>因为这会给社会分化的稳定性和法律公信力\*带来更大风险。就此而言，契约概念以一种片面的——因此也是不恰当的——风格强调了那种去中心化处置(*dezentralisierte Disposition; decentralised dispositions*)具有的伸缩性。这也表明，从法律适应复杂性不断增长的社会的结构性需要来看，这种观点只解决了一部分问题。

能把个人意志和需求计算转变为契约这个中心主题，显然缺乏任何社会结构的基础。过了一代人后，这个主题在法社会学中引发了一个新的、更为深刻的、真正具有社会学属性的推力。涂尔干挑起了一个关于契约的非契约性(因而也就是社会性)基础的激烈论战。<sup>[12]</sup>在劳动分工的社会中，契约调整的扩展并没有改变这样一个事实：法律作为一种道德规则，是既定社会“团结”的表达。所需具备的团结形式，也就是法律，由相应的社会分化形式赋予条件。法律随着社会自身的发展而改变。涂尔干把这种社会发展看成是从块状分化向功能分化(*segmentärer in funktionale Differenzierung*)的社会渐进重构。块状分化把社会分割为相同或相似的意义复杂性单位，即，家庭和氏族。功能分化则通过劳动分工把整个社会区分为作为其部分存在的具有专门功能的诸系统，这也就是社会复杂性增长的方式。在主导性的块状分化中，社会通过共享以道德规则形式存在的集体良心获得整合，破坏这些道德规则将遭到压制。在功能分化中，集体代表的共同性消解了，被“有机性”团结所取代，这种团结类型促进了社会各部分的协调，类似于有机体。因此，法律从压制性制裁转变为恢复性制裁，这

16

---

\* 英译本将“公信力”(Überzeugungskraft)译为“明显的逻辑”(apparent logic)。



种制裁只是试图消除损害，为的是重建社会各个部分的功能，而不再是针对破坏集体良心所做的报复。因而不再需要公愤 (colère publique)，但社会分化和各个分支系统的充分专门化是损害的限制及其计算的前提条件。涂尔干相信，他可以经验性地呈现这样一种社会重建过程，同时，通过社会结构和法律之间的同步变化，验证二者之间的关系。这是一种建立在宏观社会系统水平上的经验性法社会学主张。<sup>[13]</sup>

由于我们接受了在结构上促成复杂性的视角，我们发现涂尔干的法社会学在某些关键方面也存在问题。对于涂尔干，系统分化类型是决定性的，法律的形成则是第二位的(虽然与系统分化密切相关)。从对如何实施法律制裁的追问出发，法律问题被摆在了中心位置，<sup>[14]</sup>但是，它仍然是以片面的、因而是粗疏的方式被加以处理。恢复性制裁更为可变，尤其是可以为人所把握，因此比压制性制裁更具社会适应能力。恢复性制裁可以对法律过错的各种后果进行判断。但是，适应能力和选择多样性的获得只是现代社会法律必须达成的诸多成就之一。

对马克思、梅茵和涂尔干的法社会学进路进行概括，可以发现，他们共享一个深刻的进化论问题视角，而这一视角至今还没有引起足够的关注。同时，这还显示，每个经典作家的理论兴趣(当然不只是理论兴趣)所关注的只是进化论的某些局部问题。当对他们进行比较研究后，显然，对他们取得的成果给予补充是必要的。当我们进一步迈向马克斯·韦伯时，情形也没有什么不同。

17 如果我们把视野限制在韦伯全部著述中那些与“法社会学”有关的部分，<sup>[15]</sup>透过充斥其中的大量历史细节，我们可以发现一种重要的洞见，即作为欧洲以及现代社会发展之基本特征的理性化问题。“世界的祛魅”、更为理性和世俗化条件的出现、“资本主义”经济的形成，等等，都是从法律中获得了前提条件，并产生了相应后果。由此必须对法律进行从以实质性为主(从幸福论或功利主义出发的伦理性

内容)向以形式性为主(在概念上抽象而明确,在经验上可以最佳应用)的特征的重塑。

单从古典的“形式性”与“实质性”这两个概念上,我们还无法充分理解韦伯对此的真实含义。人们可以给予这两个范畴以反方向的强调,即出现了仪式性形式主义的松解,从而使得法律具有了实质上的弹性,可以更好地适应那些无法预见的情景。相反,韦伯实际上看到的是这样一种发展,其使得法律规范的结构得以分出\*并具有了独立性,换句话说,法律避免了与其他社会结构和社会期望的融合,准确地说,就是有了特定的功能。正是这一过程导致了法律使用中所充斥的个人恣意因素(卡迪司法[Kadijustiz])、不为外人所知悉的传统习俗和道德对司法的制约开始被剔除。以此方式,基于可靠的、安全的以及可计算的机会而展开的远距离、大范围的投资活动才能出现。只有在复杂的目的/手段关系链条被组织起来,并能在各个方面经受住破坏,这种投资活动才有可能发生。总之,个人必须确信其具有抽象的可计算的机会。在复杂性不断增长的社会环境中,旧有的具体信任形式、关于人员与情境的切身知识被取代,机会必须保持可计算性。正是因为重构了这套法律模式,福利目的才可以随之建立起来,福利目的的实现依赖于经由法律进行纲领化的行政这种可计算机制,正如今天我们看到的那样。

就此而言,可以很容易看到韦伯的观点与之前提到的那些社会—法律分析之间的联系。例如,关于决策能力的观点——其通过财产权得以有效保障;关于契约的论述——其促进了无需丧失确定性的可变性以及陌生人之间的沟通;或者社会分化的主题——其需要法律机制越来越多地专门化和非人格化,并将制裁机制限制在对损失作出补偿的范围内。韦伯的分析虽然有着远较此处提到的更为丰富的具体素

---

\* 分出(Ausdifferenzierung)强调的是法律从社会其他诸领域中分出来,英译本将此译为 differentiation 没有传递出这一意义,下同。

- 18 材，但仍然由于其关注中心的关系而呈现出一定的片面性，另外对其理论基础，韦伯也缺乏充分的考虑。总之，他缺乏一个能够取代个人行动理性的社会理性概念。

塔尔科特·帕森斯从涂尔干和韦伯那里找到了构筑一般社会学理论的出发点，这种理论可以被称为宽泛意义上的法社会学，因为这一理论试图依据社会结构的规范本质来界定社会诸系统。因此，我们值得从帕森斯的视角再次审视涂尔干和韦伯。<sup>[16]</sup>

帕森斯强调，涂尔干和韦伯的思考角度尚不足以准确评价法律，而一门独立的社会理论的首要基础恰恰就是围绕这个问题形成的。根据帕森斯的观点，功利主义，就其自然主义/个人主义的利益导向立场来看，不可能解决社会价值“加总”的问题。涂尔干通过社会规范的客观实在性主题来反对功利主义。无论是把社会作物质主义的解释，还是把历史作结构符号的解释，都不能抓住规范与利益之间的一般联系。帕森斯认为，韦伯针对这种进路设想了一套社会行动分析以及以之为基础的理想型分析。在这两种分析中，韦伯试图通过规范识别出行动的预先规则，而不是把法律化约为一种强制的最低形式，或者化约为一种物质利益（其自身不是规范性调节的，而是“基础性”的）的意识形式表达，或者，化约为一种历史—阐释性解释的对象。

在对规范性应然这种独立的社会实在进行判断中，涂尔干认为，这些社会实在整合了社会秩序，不仅决定了规范行为，而且决定了越轨行为，甚至决定了在自杀问题上的“失范”行为。他的论述也正是限定在这一范围之内，况且，他对法律概念的阐述也不明确。因此，受涂尔干影响，尤其是在法国学者那里（虽然与之程度不同，但帕森斯也是如此），法社会学消融在一般社会理论之中。<sup>[17]</sup>

- 19 韦伯的情形似乎与之相反。他的法社会学已经取得了一种更富成果的形式。但是，韦伯对于法社会学概念的理论贡献没有被限制在这种狭窄的进路中。<sup>[18]</sup>韦伯的“法社会学”并非指韦伯关于法律的社会

学。<sup>[19]</sup>他的真正成就就在于对行动的主体相关性概念的激进回归。人类行动不再被描述为本体性的自然特征，而是通过“意义”来定义，因此行动被理解为是一些必须通过行动主体来确认的内容。因为行动是由主体来选择的，所以首先是偶在的，也就是说，行动可以是不同的内容。因此，这是可能的，也是必需的：社会秩序不再被理解为对与需求相关的自由的限制，而是被理解为对行动的偶在性的限制，或者说，一旦某个行动者把自己充满意义的行动与他人的行动关联起来，并因此理性地细化他的行动时，社会秩序就被理解为刺激自身化简自身的努力。只不过，对于在认知理论语境中的偶在问题的回答，韦伯运用的是新康德主义的文化概念——即价值性地看待行动者，而在旧社会学中[回答这一问题]\*使用的则是支配概念。结果，由此发展出一门关于规范性应然的社会理论的可能性，一开始就没有被充分利用。<sup>[20]</sup>

为了有所推进，提出一种特殊的、令人惊讶的主张是有必要的，即涂尔干和韦伯基本上已经倡导过的那种社会学理论主张。帕森斯也有相同的想法，他知道如何才能取得硕果。这里，无需评判帕森斯关于涂尔干和韦伯在科学性—历史性上所做的解释。为了试图证明一种交融关系，帕森斯为其社会理论设立了动机和质料(Motiv und Material)的概念，它由此超越了涂尔干的规范现实主义(Normrealismus; normative realism)和韦伯的意义主观主义(Sinnsubjektivismus; subjectivity of meaning)，并从一开始就处于较高的抽象水平上。

帕森斯吸收了涂尔干社会规范结构的客观性和韦伯主观行动的偶在性[观念]。一旦数个可以主观地选择其意义的行动者想要在给定的情景中以一种相互关联的方式行动，行为的相互期望就必须被整合起来，这可以通过持续的、可以学习的以及可以内化的规范稳定化而实现。否则，两个主体之间具有决定意义的“双重偶在性”就不能得到

---

\* [ ]中的内容为译者根据翻译需要添加的，下同。

克服，“期望的互补性”也不能建立起来。<sup>[21]</sup>帕森斯试图宣称每个持续的互动都预设了规范的存在，没有规范就没有系统。

这种观点能够得到多大程度的肯定？对于法社会学来说，又究竟会发生什么呢？

对于社会系统中规范的不可或缺性，这种观点给出了富有说服力的理由。不过，当帕森斯经过最初的犹豫之后<sup>[22]</sup>宣称社会系统的结构是由规范期望**构成**时，<sup>[23]</sup>他的观点就显得夸张了，因为，在此，异质结构就被从社会系统中排除了。这个观点强化了社会系统作为功能分析性概念的性质，导致了社会系统被化约为规范关联的行动。这一观点是片面的，这个观点无法在社会学范围内被矫正，而只能通过一种无所不包的行动科学得以矫正。因此，规范性结构和其他（认知性）结构之间的关系问题，就被消解为具有不同分析成分的各个系统（文化、  
21 社会系统，人格系统，有机系统）与行动系统之间的关系问题，这是一套问题转移的技术，标志着帕森斯的理论特征。澄清规范性应然的具体功能的可能性，以及澄清嵌入在偶在性之中的法律的可能性，就因此变得模糊不清，而不是前途光明。

除了当前欠发达的法社会学，我们认为还有一种与社会系统理论相融合的发展过度的社会学。在过去几年，结构与系统发展之间的关联凸现出更大的重要性，在此，通过凝结在象征化稳定性中的文化系统而实现的一般化成就处于领导地位。<sup>[24]</sup>除了其他进化成就，比如语言、书写、科层统治以外，法律也被提及（即，政治性的司法独立和普遍适用的规范），但是，在这方面的阐述还很难令人满意。自马克思以来，对这个领域的分支知识进行综合的工作既没有超过也没有抵达期待中的那种清楚明白、令人信服。

为了可以结束此种鸟瞰，我们必须再次回顾涂尔干和韦伯的同时代人埃利希。在基本视角上，埃利希与他同时代的前沿法学家共通的地方是看到了纯粹概念法学的不足。概念法学一般认为，每个法律案件都能在演绎基础上通过一个综合性的概念规则系统被决定。早期工

业社会的经验对于需要考虑的事项持开放态度，并使得对社会变迁的持续适应问题必须通过法律来处理，而不能只是以注释和概念分析手段来应对，不过与社会学法学的代表人物<sup>[25]</sup>相比，这种经验对于生活于布科维纳(Bukowina)的埃利希来说却不那么典型。与耶林(Rudolf von Jhering)、赫克(Philipp Heck)或庞德(Roscoe Pound)这些对终结了利益的规范解释的社会学化的法律科学感到满足的法学家们不同，<sup>[26]</sup>埃利希在其《法律社会学的基本原理》(*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913)<sup>[27]</sup>中，试图发现法社会学中的法律科学自身。在他看来，法律实际上是对社会关联中的行为的系统安排。法律来源于社会生活，其主要焦点集中在社会自身及其变迁。在法学家眼中，比较起来，那些导致了概念和教义的法律，甚至是国家决定的法律，都是次要的、派生的、片断的和言词的现象。如果碰到疑虑，对于法学家法和国家法的处理都必须返回实际上活着的、原初的社会法中。

22

这一理论进展警醒了法学家，而不只是对社会学家有影响。从社会学视角来看，法律是社会的法律并随着社会而变化，这是显而易见的。因此，法学家法和国家法就被看作是社会之中而不是在其之外的法律建构。但是，被埃利希看作过时观点的国家和社会的分离实际上正是社会中真正的角色分化和系统分化。埃利希在社会学上所持的想法，以及他对前法律的社会生活中的“法律现实”的研究，从理论上说仍然是不充分的，相对而言也没什么产出，并且，埃利希的法律概念也不清晰。<sup>[28]</sup>然而，他对教条思想家惯用的法律概念的审查以及对于法律专门化<sup>[29]</sup>的尚有疑问的自治都提供了与角色分化问题相关的有趣发现。不过，通过对法律的社会功能、性能以及在复杂社会中法律控制的不可或缺的依据的观察，其尚需加以补充。

相对自治和法律术语中的内在法律(Eigengesetzlichkeit; inherent laws)，立法的可控性问题，法律功能的专门性，法律对社会影响的接受性，法律由某些团体所掌握的权力价值，法律理性和自治化的程度，以及必需的工作、实践、成本、智识的耗费，等等，所有这些统统是

23 社会学感兴趣的话题。对这些领域，埃利希几乎没有任何推进。最令人印象深刻的成就是比较法在教义上的发展，其将法律制度、法律格言、规范、论证规则等在功能上化简为与系统相关的问题解决手段。<sup>[30]</sup>也就是在此，法律理论具有了功能上的抽象性，涉及法律教义的“朴素式”的运用。但是，法律教义是从什么地方获得其问题的？在《外国私法和国际私法杂志》（*Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*）中，这个任务以前是被分配给了法社会学，它是比较法的“元语言”。<sup>[31]</sup>但是，这一杂志却不为社会学家所阅读。

法社会学在其经典起源中的连续特征可以归纳如下：法律并非由自身决定，也并非在高阶规范和原则的基础上被决定，而是由其与社会的关系所决定。这种关系不能在法律渊源的位阶意义上得到解释——社会不能在此取代自然法，虽然法学家埃利希非常接近这种观念，它只能被理解为一种相互关系，这种关系服从于进化变迁，并能像因果关系一样获得经验验证。进化被彻底构想为社会复杂性的增长（或至少是暗含的假设），虽然更多强调的是部落联系的瓦解和功能分化的转变，以及现代社会经济进程的复杂性和一般行为的合理成功的条件。因而，法律呈现为这个发展进程中的一种共同决定的和相互依存的要素。通过使自身适应变迁的要求，法律促进了这一进程。不过，这些要求针对的是对更高的社会复杂性和可变性的适应性：社会在可能性上更为丰裕，其中的法律必定与更为多变的条件和事件形成了结构性相容。

24 然而，这种经过综合加工的指导性原则并不等于古典法社会学的理论，它不过是把各种不同理论类型中或多或少共同体现出来的不证自明的背景加以明晰化而已。在社会理论和法律理论中，当需要把社会发展和法律发展关联起来进行充分抽象的讨论时，还缺少适宜的概念工具。这必然导致我们已经讨论过的那些偏颇分析，在各自不同的理论路线上，这些分析揭示了相互分离的、既非全面又非实质性的侧

面。很明显，现代工业社会中最具特色的现象——法律的**实证性**——仍然没有被触及。<sup>[32]</sup>自从19世纪以来，在普遍历史中，通过立法改变，法律第一次变成了法律自身的内在成分，并且被看成是规范的一部分，法律被看成是原则上可变的。这种立场的变化其实是与法社会学的出现同时进行的。不过，对于立法，马克思只是将之看作阶级统治的工具，而涂尔干则几乎没有注意到它，<sup>[33]</sup>韦伯与埃利希则仅仅是在运用法律的机关和法庭的层面来看待它，甚至还有帕森斯，他把法律系统的自治（因此是政治性指导的实证性的对立面）当成是决定性的进化成就：在他们那里，真正的法社会学还是被绕开了。法社会学和立法之间的关系如果说不是公开敌视的，也是相互隔膜的、冷冰冰的。<sup>[34]</sup>消除对立法者万能的法律科学主题的迷信（立法者万能的思想试图以法律人的逻辑表明，只有立法的内在法律条件才可能对法律有效性提出反驳理由）被认为是足够充分的。直到今天，有关法律实证性的社会学理论甚至还没有冒头的迹象。关于实证主义的争论被留给了法律人，在他们手中，这些争论不可救药地局限在与实证法的合法性基础密切相关的法律问题上。

我们已经揭示了古典法社会学失败的原因，并在其中提出了最为重要和富有启发性的问题。古典社会学缺乏理论基础，没有发展出符合时代的社会理论。如果从法律与不断增长的复杂性发生联系的观点来理解这个问题，就可以认识到法律实证性的功能及其不可避免性。在以下两方面，相应的基础仍然缺乏：

一方面，在某种程度上，法律形式，即应然的意义和作为社会系统的结构性成分的法律功能，其基本发展进程仍然没有得到清楚阐述。那种系统论的考虑将在下一章中讨论，而且，这会立即引向尚未被古典法社会学所知晓的问题域，这个问题域只能借助一套抽象的概念工具以及借助对行动、期望、互动及其在结构上高度复杂的系统建构的最新研究才能表达清楚。

另一方面，在法社会学肇始之初，社会理论正在衰落。斯宾塞



(Spencer)是不可信的。以19世纪的生物学进展而把社会类比为有机物的老欧洲观点是富有争议性的。这些争论在一些错误的立场下展开,很不幸,其中的关键之处至今仍然朦胧不清。这不是要拒绝进行不适当的类比,例如,把货币流通与血液循环相类比,把犯罪与社会机体的疾病相类比。也不只是由于社会有机体隐喻难以处理社会系统在结构上的高度可变性,也就是说,不能理解法律的实证性。而决定性的一点正在于,有机体总是被感知为一个活体,这些活体由活的单元构成,因此在整个生命形式和各个单元之间存在着总体性。<sup>[35]</sup>不过,这也意味着,社会被看成是由活的单元构成的生命整体,即社会由具体的个人构成。老欧洲的社会哲学和法哲学的人性及其可靠性正是建立在这个基础上,即,试图把社会和法律构想成与具体的人相关。

26 对于社会学来说,这种最初的思想已经被证明是不充分的,是过于琐碎了。如果社会学试图成为一种分析性和抽象性的科学,其在由社会系统所确定的问题边界中就只能维持一种对具体个人的选择性兴趣。然而,这就是为什么当涉及社会和法律现象时其显得困难重重的原因。西美尔(Simmel)和冯·维泽(Von Wiese)的新社会学,借助于刻意分析性和严格概念化的程序,在没有社会学或者把社会学化约为社会关系丛的情况下,似乎可以克服这种困难。抽象性上的兴趣更多瞄准的是可以运用于所有社会关系的方法论和概念,但这种抽象进路却不能用于描述像社会这样无所不包的系统。正是由于方法论上的原因,富有成果的研究仅仅出现在微观社会学的范围内。盖格尔(Theodor Geiger)的《法律社会学导论》(*Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*)<sup>[36]</sup>作出了很大的努力,将法社会学重新看作对规范中介(normvermittelter; normtransmittet)的因果关系的经验性研究。然而,新近的系统论和进化论的思考似乎再次开启了返回法社会学经典主题的可能性,即,社会与法律之关系的主题。在第三章中我们将论述这一观点。正是系统论和社会理论对社会发展过程中的法律形式和法律变迁进行了反思,只有把二者结合起来,才能显示出在法

社会学中理解法律实在性的前景。

[1] 关于这方面很好的概论，可参见 Manfred Riedel, “Zur Topologie des klassisch-politischen und des modern-naturrechtlichen Gesellschaftsbegriffs”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 51, 1965, S. 291 - 318. 尤其参见 Joachim Ritter, *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt, 1969.

[2] 克里斯蒂·沃尔夫(Christian Wolff)在《自然与国际法之原则》(*Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle, 1754, S. 3)一书中写道：“社会无非是众人之间的契约，在社会中人们联合起来追求最佳成就。”

[3] “一般主体”(bürgerlichen Subjekts)的这种不可超越的以及不得通过革命来取代的极端性就是伯纳德·威姆斯(Bernard Willms)研究的话题，参见氏著 *Revolution und Protest oder Glanz und Elend des bürgerlichen Subjekts. Hobbes, Fichte, Hegel, Marx, Marcuse*, Stuttgart, 1969; 以及 *Funktion-Rolle-Institution. Zur politiktheoretischen Kritik soziologischer Kategorien*, Düsseldorf, 1971.

[4] 另一个问题是，是否由此形成了一个狭义的法律概念，可以把古代社会看成只有习惯和习俗的前法律社会，这种前法律社会不具有狭义法律的形式。与此相对照，还可参见本书第 68 页。

[5] Emile Durkheim, *De la division du travail social*, 2. Aufl., Paris, 1902, p. 7.

[6] 正是在这个抽象层次上，“法社会学史”才有意义。更为详尽的阐释，可参见 Julius Kraft, “Vorfragen der Rechtssoziologie”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 45, 1930, S. 1 - 78; Nicholas S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge, Mass., 1939, pp. 44ff; 或者 “Growth and Scope of Sociology of Law”, in Howard S. Becker and Alvin Boskoff (Eds.), *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, New York, 1957, pp. 424 - 449.

[7] “矛盾是不稳定的，是导致变迁的初始力量”这个未经验证的假设，至今仍然支配着马克思主义学者，甚至还影响了系统理论的表述，对此，可参见 Oskar Lange, *Wholes and Parts. A General Theory of System Behaviour*, Oxford-Warschau, 1965, pp. 1f, 72ff.

[8] 在观念史中，梅茵关于进化和社会的立场，参见 J. W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge, 1966, pp. 137ff.

[9] 参见梅茵的《古代法》(*Ancient Law*)。这个观点与人类早期社会的关系，以及与现代观念的关系，参见 *The World's Classics*, London-New York-Toronto, 1954, p. 141. 近期关于这个问题的讨论，参见 Manfred Rehbinder, “Status-Rolle-Kontrakt. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft”, in *Festschrift für Ernst E. Hirsch*, Berlin, 1967, S. 141 - 169; 该书的简写版可参见 Hirsch und Rehbinder, a. a. O., S. 197 - 222.

[10] 参见 Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 209. 该书同时对威胁到主权国家的世界主义作出了警示。

[11] 当然，也存在着例外。对于自由国家和社会来说，最重要的例外就是基本法这种制度。在经典学说中，无人讨论过基本法直接指向社会功能分化这一观点，在法社会学分析出现之前，学者们还没有达到这种认识。参见 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965.

[12] 参见 Durkheim, a. a. O., 尤其参见 p. 177ff.

[13] 在近年的研究中，这个论题不得不忍受苛刻的批评和深度修正，可参见 Richard

D. Schwartz and James C. Miller, "Legal Evolution and Societal Complexity", *The American Journal of Sociology*, 70, 1964, pp. 159 - 169.

[14] 在下一章中,我们会看到,解决失望的问题对于法律发展而言相当重要,参见本书第 80 页以下及第 90 页以下。即便在涂尔干的研究中,说理论证也被化约为纯粹生理上处理失望经验的问题。参见 a. a. O., p. 64f.

[15] 参见 Johannes Winckelmann(Hrsg.), *Rechtssoziologie*, Neuwied, 1960; 同时可参见《经济与社会》(*Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, Köln-Berlin, 1964)的相应段落。

[16] 关于帕森斯理论的全面论证,可参见 Talcott Parsons, *The Structure of Social Action*, New York, 1937, 以及 "The Place of Ultimate Values in Sociological Theory", *The International Journal of Ethics*, 45, 1935, pp. 282 - 316。关于法社会学部分的讨论,则可参见 "Unity and Diversity in the Modern Intellectual Disciplines. The Role of the Social Sciences", in Talcott Parsons, *Sociological Theory and Modern Society*, New York, 1967, pp. 166 - 191。

[17] 关于涂尔干的遗作,可参见 Emile Durkheim, *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, Paris, 1950; René Hubert, "Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit", *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, p. 43 - 71 (尤其是 S. 55ff); 关于这一趋势的更多评论,可参见 François Terré, "La sociologia giuridica in Francia", *La sociologia del diritto*, Renato Treves, dir., Mailand, 1966, p. 303 - 343 (p. 310ff)。

[18] 有学者认为,韦伯的法社会学过于狭窄,并拘泥于教义学,参见 Georges Gurvitch, *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, Neuwied, 1960, S. 37ff。帕森斯对此作出了不同判断,他在自己的著作中把韦伯的法社会学置于中心位置,参见 Talcott Parsons, "Wertgebundenheit und Objektivität in den Sozialwissenschaften. Eine Interpretation der Beiträge Max Webers", in *Max Weber und die Soziologie heute. Verhandlungen des 15. Deutschen Soziologentages*, Tübingen, 1965, S. 39 - 67 (S. 54ff)。

[19] 这种解释来自于一个事实,即,在其“法社会学”中,他把法律的经验社会学和法律的法学规范性概念截然分开,并与他的行动概念混淆。相关内容参见 "Rechtssoziologie", a. a. O. (1960), S. 53ff。

[20] 更多讨论参见本书第 79 页及以下。

[21] 对此问题的基础性讨论,参见 Talcott Parsons and Edward A. Shils (Eds.) *Toward a General of Action*, Cambridge, Mass., 1951, pp. 14ff, 105ff。对于这一主题的批判性讨论,参见本书第 73 页及以下。

[22] "共同的文化,或者符号系统(保证了期望的互补性),对于他人而言,在某些方面(!)不可避免地具有一种规范性质",参见 Parsons and Shiles, a. a. O., p. 105。帕森斯的理论呈现出一种缺乏具体性的风格,这对帕森斯而言很典型,当然也是策略性的。这种具体性的缺乏使得关于社会系统结构中的规范成分可以扩展到多宽的问题仍然悬而未决。

[23] "社会或任何人类社会系统的结构,是由规范性文化的诸模式构成的(不只是受其影的响)。这些规范性文化模式在社会系统中获得制度化,并在单个社会成员的人格中内化(虽然与制度化的方式不同)",参见 Talcott Parsons, "Durkheim's Contribution to the Theory of Integration of Social Systems", in Kurt H. Wolff (Ed.), *Emile Durkheim, 1858 - 1917*, Columbus, Ohio, 1960, pp. 118 - 153 (pp. 121ff)。规范与结构等同的理由常常被批评者所误解,误解的例子可参见 Joachim E. Bergmann, *Die Theorie des sozialen Systems von Talcott Parsons. Eine kritische Analyse*, Frankfurt, 1967。这源于帕森斯的一般行动系统理论。借助这一理论,帕森斯视社会系统(与文化人格和有有机体相对)具有特定的整合功能,并因此具有规范性结构。对于帕森斯而言,不同的结构类型分别对应于整个

## 第一章 法社会学的经典起源

行动系统的各个子系统。

[24] 参见 Talcott Parsons, “Evolutionary Universals in Society”, *American Sociological Review*, 29, 1964, pp. 339 - 357, 以及 *Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs, N. J., 1966; *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, N. J., 1971。

[25] 比如, 当代美国东部的法官和法学家们: Oliver W. Holmes, Roscoe Pound, Louis D. Brandeis 以及 Benjamin N. Cardozo。

[26] 来自德国的评论, 参见 Johann Edelmann, *Die Entwicklung der Interessenjurisprudenz*, Bad Homburg-Berlin-Zürich, 1967。

[27] Neudrunk Berlin, 1967。对于系统性的基本概念的介绍, 参见 Manfred Rehbinder, *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1967。

[28] 这方面最显著的努力(参见 *Grundlegung*, a. a. O., S. 131ff) 体现为从失望体验的角度定义法律的本质, 即, 针对对破坏行为所作出的身体性或社会性反应的角度定义法律——由于这种观点不清晰, 遭到了法律人的嘲笑和拒绝。可以把涂尔干的早期思想(本书第 56 页)与下文中给出的理由进行比较(本书第 82 页以下, 第 90 页以下)。

[29] 参见埃利希未完成的后期著作: Eugen Ehrlich, “Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes”, *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, 67, 1917, S. 1 - 80。此文的重印本参见 *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin, 1967, S. 203ff, 以及 *Die juristische Logik*, Tübingen, 1918。

[30] 参见 Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956。

[31] 参见 Ulrich Drobnig, “Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 18, 1953, S. 295 - 309。更为详尽的阐述, 参见 Jerome Hall, *Comparative Law and Social Theory*, O. O., Louisiana State UP, 1963。深入评论参见 Andreas Heldrich, “Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung”, *Rechtszeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34, 1970, S. 427 - 442。

[32] 值得注意的是, 黑格尔已经强调了资本主义社会的法律或多或少变成了实证法, 并且他认为这是不言而喻的事情: “并非以新的法律内容创设一个体系, 而是根据法律确定的一般性来理解法律的实质内容, 即, 通过精神来理解法律。”参见 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 211。这一表述直接针对的是萨维尼(Savigny)对于“我们时代的立法职业”所持的担心, 但是却表明了黑格尔所认为的法律实证性并没有包含不断变化的含义。

[33] 值得注意的是, 狄骥(Léon Duguit)试图在涂尔干的社会学基础上发展一种实证法理论, 但是他误解了典型风格的实证性现象。实证法对于狄骥而言, 不过是对作为社会团结直接结果的前实证性法规范(règle de droit)的简单反映, 参见 Léon Duguit, *L'état, le droit objectif et la loi positive*, Paris, 1901。与此相似, 也可参见 Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908。

[34] 埃利希认为, 制定法(Gesetzesrechts)的进步是以法官法(Richterrechts)为代价的: “很难说清这源于何处, 但是, 无论如何, 这不是一种令人愉快的演变。”参见 Ehrlich, *Grundlegung*, S. 330。

[35] 把有机体概念作为类比基础的著作, 可参见 René Worms, *Organisme et société*, Paris, 1895。

[36] 第一版, Kopenhagen, 1947; 最新版, Neuwied-Berlin, 1964。

## 法律的发展：以社会理论为基础

至今，尚无能够挺进法律现象纵深的法社会学。我们将快速回顾这方面的当代成就。在某些法社会学中，“应然”被看成是一个可经验的前提条件，或者说，“应然”被看成了法律生活的基本“事实”，然而，应然实际上并不具备可供进一步分析的经验性。<sup>[1]</sup>这样，通向蕴藏着丰硕理论成果的问题库的通道被堵死了。剩下的惟一可能性，只能是对不同类型的社会关系进行区分，以及，对产生这些社会关系的情境和场所进行研究。从纯粹事实性的习惯[对习惯的观察不涉及有什么要求或者责任的感觉]出发，我们可以把习俗和道德区分开，道德涉及值得尊重的、具有评价性内涵的行为，一旦道德被违反，应然的性质就会显露出来。接下来是道德规则，它可以被看成是对预先规范性表达的期望(Erwartungen; expectation)，这些期望具有的内在义务感属于规范的一部分。最后，则是法律，法律由一些特殊的限定性特征所定义，要么涉及那些有义务裁决纠纷的专门角色，要么涉及对违法行为施加惩罚的准备活动，要么是这两个特征的结合。<sup>[2]</sup>

不可否认，以这种规范分类作为研究参照框架具有事实上的妥当性和某些理论价值。不过，这种分类的价值很有限，与其他可能的分类相比也没有优势，尤其是不能洞察上述不同类型的社会关系在功能上的相互作用以及各自的发展方式，更不用说与其他认知结构、社会

分化等的联系了。这种分类迫使我们假定古代社会是在无法律的条件  
下展开的。<sup>[3]</sup>这就引出一个问题：是否无法律社会中的习俗与有法律  
社会中的习俗并非全然不同。对于那种认为法律来源于习惯和道德的  
法律发展理论而言，在当今条件下，这种分类也不够充分。这种分类  
意味着把法律的形式定义确认为法律概念的基础——例如，所谓法律  
就是指附加有其他特征的对应然的体验。不过，它却不能为这样的定  
义提供任何理论基础。

28

为了深入挖掘，首先必须分析所谓的应然这类事实。不加深思地  
把所有规范性的应然看作是法律的基本条件，或者简单承认其在事实  
经验上不可定义，这样处理问题都显得有些不够到位。实际上，追问  
应然性的意义还是可行的——或者更准确地说，追问应然性的功能。  
这种应然性的符号告诉了我们什么？体验，或者更进一步说，期望，  
通过应然性而得以体察，这意味着什么？在什么条件下以及为什么这  
种应然性会被选择出来？什么主题因此被遮蔽了？什么行为类型从中  
凸显出来？

这类问题涉及对体验及其符号化的分析，所以很容易被贴上“心理  
学”的标签，因而也容易被弃置不顾。<sup>[4]</sup>但这是一个严重的误解。在今  
天的社会科学中，心理学还原论已经日薄西山。<sup>[5]</sup>心理学还原论的支持  
者相信，与社会学相比，作为研究个体行为的科学，心理学可以达到一  
种更高的理论抽象性。但他们没有看到的是，就像社会学一样，心理学  
也是一门研究高度复杂性系统的科学。另一方面，在心理学、社会心理  
学和社会学的最新进展中，从本体论层次上彻底区分这些学科的课题领  
域——即，区分个人与社会，或者，区分体验和行动——已经变得不太可  
能。因为那会陷入到一个错误中：把有机体之间相互分立的观念（从其  
环境来看是如此）强加给人格（心理学的研究对象）或社会系统（社会学  
的研究对象）。取代这种观点的应该是，必须从有意义（*sinnhaften*;  
*meaningful*）的体验和行动领域出发，人格和社会系统在其中形成非常不  
同的结构化的意义脉络（*Sinnzusammenhänge*）。<sup>[6]</sup>正因为这些系统的指

29

涉(当然,这些系统有赖于人类有机体的存在)是不同的,因而人格和社会系统可以区分为不同的体验处理结构,同时也把心理学和社会学区分开来;然而这些系统赖以形成的“质料”却是相同的。探究人格系统(或者特定个体人格)的特定体验和行动之功能的问题,就是心理学考虑的问题,也就是考虑其特定的结构前提。而与此相反,当人们将体验和行动在社会系统的功能化和结构化的脉络中加以主题化时,实际上就是将其置于社会学之中了。

30 由此可以看出,存在着一个前心理学和前社会学的研究领域,在其中,基础性概念和机制必须得以澄清,对于社会理论和人格理论来说这都至关重要。许多科学家都对这个领域作出过贡献,尽管他们研究兴趣各异(现象学家、心理分析家、社会心理学家、认知学家、社会学家和系统论科学家)。在这个领域中,为满足秩序需求而存在的法律的起源问题也可以得到澄清。同时,法律生产的结构和过程的基础也只能在这一领域中寻找。这一问题及其解决机制与人类的世界情境是被有意义地构造的这样一个事实有关。就这一研究领域的相关机制而言,只要不是指向某个特定的心理系统或社会系统的发展,研究就可以被称为“基础性”的。因此,这个概念覆盖了法律形成的普遍恒定的条件和构成过程,这些条件和过程是每个高度复杂的现代社会不言而喻的前提——而不只是古代法律系统的特性,<sup>[7]</sup>也不只是小群体面对面的互动过程才有的特性。<sup>[8]</sup>

由于问题领域的复杂性,我们必须把研究分解为几个部分。2.1,从一开始,我们就试图奠基于偶在性和复杂性(Kontingenz und Komplexität; contingency and complexity)的概念之上,来思考人类共存的意义取向问题,并揭示偶在性与复杂性的过度负荷必须通过发展期望结构来加以控制的观点。2.2,例如,可以通过认知期望结构与规范期望结构的分化来控制这种过度负荷,分化的根据在于当遭遇失望情境时是否进行学习。2.3,规范期望是指即便期望落空也要坚持下去,此一问题以及由此引起的稳定化条件被纳入到一个失望过程中。从

期望连续性的意义上来说，这确保了时间上的稳定性。除了时间性条件，还需要关注期望一般化的社会性条件和事实性条件(zeitlichen, sozialen und sachlich Bedingungen; temporal, social and material conditions)。\* 2.4, 社会性条件在制度化(Institutionalisierung; Institutionalization)的标题下得到处理。2.5, 随后, 事实性条件在期望脉络的同一化(Identifikation von Erwartungszusammenhängen; Identification of Expectation Systems)的标题下加以处理。2.6, 只有在这些前期研究的基础上, 法律作为一致性(即, 在各个维度间保持协调)一般化期望结构(kongruente Generalisierung von Erwartungsstrukturen; congruent generalization of structures of expectation)的功能才能得以定义和描述。2.7, 根据这一功能, 我们可以澄清在社会结构条件变迁下法律究竟是如何依赖于物理暴力(physische Gewalt; physical violence)的。2.8, 本章将以对结构与越轨行为(abweichendem Verhalten; deviant behavior)之关系的考察结束。

31

## 2.1 复杂性、偶在性和期望的期望

人类生活在一个意义建构的世界中, 仅凭人类的机体性质无法清楚地揭示人类与这个世界的相关性。世界包含着体验和期望的广泛可能性, 但是, 只有有限的可能性能够被意识所认知、被处理为信息或被行动所俘获。在体验即时的、给定性的内容中, 会出现一些指向其他可能性的迹象, 这些可能性具有复杂性和偶在性。我们理解的**复杂性**是指, 与已经获得了现实化的可能性相比, 总是还有其他更多的可能性存在。我们理解的**偶在性**是指, 在即将来到的下一步体验中, 被指向的可能性总是有可能与期望中的可能性不一致。某些迹象随后看

---

\* 时间性、社会性、事实性均与卢曼提到的三个维度相关, 以下皆同。



来可能是欺骗性的，因为这些迹象指向了某些不存在的东西，或者，尽管迹象预见到了某些东西，但这些东西最终还是没有出现，再或者，针对实际体验展开的活动步骤最终并没有产生预期效果（例如，某甲出发去某地会晤某乙，而某乙却已经不在那儿了）。从实践上说，复杂性意味着被迫选择，偶在性则意味着遭遇失望的风险以及冒险的必然性。

从这种存在论的情境中，会发展出加工体验的适当结构，并会把将来体验中相互关联的复杂性和偶在性问题也纳入其中，并因此对复杂性和偶在性加以控制。<sup>[9]</sup>在体验和行动中对选择进行优化的各种条件在诸系统中获得结构化，即便遭遇失望，这些条件也仍然保持相对稳定。这些条件确保了体验相对于因果压力、直接激励、刺激以及满意度等而言的某种自主性，因而在一个选择可能性十分丰富的宽广领域中仍然可以作出选择。提炼可重复使用的规则的技术、针对这些规则选择适当体验的技术，以及自我维护的技术等代替了直接确信和满足。在选择行为方向的层次上，与环境相关的期望得以建构并稳定化。选择性操作虽不可避免，但同时也获益良多，因而，即便遭遇失望，维持结构的动机仍然是主导性的。也就是说，即使曾经摔倒，我们也不会放弃对稳固、坚实的地基的期望。

32

呈现在体验中的其他可能性的复杂性和偶在性，从结构上说就形成了所谓的“世界”，经过试错而产生的免于失望（*enttäuschungsfester*；*enttäuschungsfest*）的选择形式则是所谓的意义（*Sinn*；*meaning*），意义的同一性可以得到维持——也许，可以被分别看成是事物、人、事件、符号、价值、概念、规范，等等。正是在这个层面上，期望得以建构。在这个复杂、偶在并获得结构化的期望世界中，除了其他诸种意义，还存在着他人，这些他人，作为类似自我的原初体验和行动的源头，或者，作为异我（*alter ego*），进入到我的视线中。某种不确定性因素也因此进入到世界中，而世界则包含了终极意义上的复杂性和偶在性。对他人而言已经现实化的可能性对我而言也是可现实化的，它们也是我的可能性。例如，财产权只有被看成是对这种相互可能性关系的限

定，才是有意义的。<sup>[10]</sup>通过体会他人，我获得了属于自己的具体可能性，因为，我无须把他人的体验完全现实化为我自己的体验，就可以体验到他人体验的内容。因此，我获得了采纳他人视角的机会，并以这些视角取代我自己的视角，以他人的眼光看问题，以他人的耳朵聆听报道，因而迅速扩展了我自己的体验领域。由此，我自己的直接意识选择性获得了极大增长。<sup>[11]</sup>

这种增长的代价在于，风险会潜入进来：意识领域中的单一偶在性增长为社会世界中的**双重偶在性**(*doppelten Kontingenz*; *double contingency*)。<sup>[12]</sup>为了把我自己的可能性理解和采纳为他人的视角，就只能把主我(Ich; I)看成是异我(*anderes Ich*; *other I*)。因此，这就必须保证他人的体验与我的体验具有同一性。然而，我必须承认，他人像我一样可以自由改变自己的行为。对他人而言，这个世界同样是复杂和偶在的。他可能犯错误，他可能自欺，他也可能欺骗我。他的意图的实现可能就意味着我的失望。粗略地说，采纳他人视角的代价就是不可靠性。

33

在单一偶在性层次上，免于失望和稳定化期望的结构或多或少会建构出来，例如，白天过去就是黑夜，房屋明天依然会矗立在原地，丰收指日可待，孩子们终究会长大成人，等等。与单一偶在性相比，双重偶在性却需要不同的、更为复杂的期望结构，这种期望结构密切依赖于**期望的期望**(*Erwartungen von Erwartungen*; *expectation of expectations*)这个前提条件。鉴于他人的自由行为，期望领域的风险和复杂性都变大了。因此，期望结构必须以更为复杂多变的形式来建构。他人的行为不可能是可以预见的确定性事实。必须把他人的行为看成是他人的选择，是在各种可能性中进行的。然而，这种选择依赖于他人的期望结构。因此，为了找到既可协调又可证实的问题解决办法，就不仅需要预见他人的行为，而且需要预见他人的期望。为了控制社会互动情境，不仅每个人都在**体验着**，而且每个人还要能够**预见到他人对他期望着什么**。<sup>[13]</sup>在双重偶在性的情境中，所有社会体

34

验和行动都具有双重关联性：在一个层次上，是直接的行为期望，即，某人对他人行为所持期望得以兑现或落空；在另一个层次上，则需要判断某人自己的行为对他人的期望而言意味着什么。规范性的功能——也就是法律的功能——只能出现在这两个层次的结合中。

能够预见到他人期望的人——例如，可以预见到何时浪漫爱情会结晶为婚姻的期望，并且能够预见到这些期望归属于谁，就能够成功适应充满丰富可能性的环境，并在很大程度上摆脱失望。他能够在—一个抽象层次上处理更高的复杂性和偶在性。只要他自己的各种动机不相互冲突，他就能够通过调整内部行为去适应各种必要条件，也就是说，几乎不需要沟通。他无须通过言语来表达和呈现自己，圆熟的社交手腕可以省去多余的言辞，他节约了时间，因而可以在那些复杂的、行为具有开放性的社会诸系统中便利生活。他能够把那些耗时而精细的沟通过程(受到更多约束的自我呈现的过程)节约下来，留给更为重要的冲突时刻，并为此选择所要讨论的话题。

这种无须语言的默契是日常互动中的基本事实。参与这种互动的能力类型和能力水平，界定了某个人在某个社群中的成员身份，并在某种程度上决定了他的社会地位和成就。互动不仅是协作，也包括以此方式被引导的冲突行为。<sup>[14]</sup>期望结构相对于这种(协作/冲突的)对比关系更具基础性，根据某人预见到的他人的期望是持友善还是敌对立场，期望结构会引导其在友善或敌对行为之间作出选择。很明显，只有通过期望的期望这种方式，社交手腕才变得可能，因为，手腕不只是他人的期望的兑现，而且，还是某种行为的实现，通过这种行为，A呈现为B需要的伙伴，并使得B也愿意呈现为A眼中的伙伴。这些行为只能由那些能够预见到他人期望的人来选择。而且，冲突也几乎来源于期望的期望，并在此基础上影响决策。不是A体验到B已经作出的敌意行为并对其作出反应，也不是A期望到B将要采取敌意行为而先发制人；而是，A期望到B期望到了来自A的敌意，因而倾向于把B的行为定义为敌对性的，这有可能使A采取敌对行为，但也

有可能不是这样。一开始仅存在于 A 对 B 的期望的期望中的猜测的敌意，随后可能会转化为越来越多的敌对性行为，并最终变成有一个真正犯错的一方。

虽然体验的社会性反射、视角之间的交互性以及你对我具有的构成性意义等这些研究主题可以追溯到德国的观念论传统，但只有到了当代，日常生活中相互勾连创建的期望结构这个问题才会脱颖而出。<sup>[15]</sup>前面的论述对世俗生活中的日常行为的复杂性只是给予了蜻蜓点水式的描述。需要深入思考的是三阶、四阶层次的反身性 (Reflexivität; reflexivity)，即期望的期望的期望和期望的期望的期望的期望，等等，以及各种各样的主题，形形色色的人群，不断变换的情境。例如，只有在三重反身性中，某人不仅通过社交手腕维持了他人自我呈现的瞬时可靠性，而且还维持了期望的可靠性。例如，妻子总是给丈夫留下冷菜冷饭，而且预见到她丈夫也对此有所预见，丈夫必然会从自己的角度预期他的期望的期望：只有这样，他才可以明白，当他超出了妻子对他的预见而对热菜热饭产生期望时，不仅可能引起麻烦，而且会破坏从妻子角度看到的他的期望的可靠性，一旦这样，就需要向一个新的平衡状态移动。在新的平衡中，他必须预见到他的妻子对他的期望：他是一个喜怒无常、无法预测的人。

期望可能上升为复杂的排斥问题，这从人际关系里引发的一系列意外事件中可以找到源头。这些结构的复杂性功能是为了增加心理系统和社会系统的复杂性，扩展体验和社会系统的生长空间，以便个人能在情境不断转换和条件不断变化的复杂世界中应对自如。但是，意义取向上实际被赋予的能力却因此承受了过多的负荷。在持续不断的体验边界内，事实上不可能追踪到如此之多具体细微的期望结构，也就是说，不可能把它们持续保存在头脑中并加以控制，更不要说，我们会经常感到筋疲力尽或心不在焉，或者，处于饥饿、干渴或忙碌的状态。<sup>[16]</sup>虽然，在小型、持久的社会系统中，比如在家庭、朋友圈、

旧式的同事关系或某些小型军事单位内部，至少，在简单社会系统的问题情境中，与具体期望相联系的社会反身性是可能的，但是，无论从心理学还是社会学来说，缩略(Verkürzungen; abbreviation)、化简(Vereinfachungen; simplification)、减轻负荷等都是必不可少的。

随着期望更具复杂性和交互性，偶在性和出错的风险增大，简化、减负就变得至关重要了。当我试图去落实期望的期望时，我在解释他人的期望的时候可能出错，并因此而令他人失望。他人的期望可能是不现实的，他人的期望也可能被我合理或不合理地假定为不现实的、不可履行的。我们可以直接同意或是反对某些期望，但是，我们也可能合理或不合理地期望着他人合理或不合理地同意或反对我们的期望，我们还可能合理或不合理地期望着我们的伙伴合理或不合理地期望我们同意或反对他们的期望。为了对互动过程以及引导这一过程的诸系统进行科学分析，清晰分解不同期望层次的可能差异以及各自的辩护性解释策略和冲突行为策略，是非常重要的。<sup>[17]</sup>当然，这不可能在日常生活中完成。由此，基本取向的化简(Orientierungsvereinfachungen; simplifications of orientation)必须能够免疫于出错的风险。换句话说，化简必须能够完成其结构化功能，即使化简错误地解释了现实或现实的体验。

心理系统的化简似乎主要基于这样一个事实，即，对他人的期望进行期望的活动是由心理系统自身执行的，是对其环境作出的反应  
37 (很大程度上说，是被迫这样做的)。由此，心理系统及其问题的一致性就逐渐地转变成了一个越来越狭窄的选择原则，心理系统期望着他人被期望的期望，为的是确认而不是否定某人自己心理系统的同一性。<sup>[18]</sup>借助灵活的解释框架，那种期望的期望可以免疫于来自他人实际期望和行为的反驳。如果免疫是成功的，对满足心理需要而言，自我定型化和他人的定型化就变成功能等价的了：我们可以把自己看成是进攻性的，或者，也可以假定他人是进攻性的，无论在哪种情况下，我们都可以通过敌对行为释放心理紧张。心理学家称之为取向投

射(Orientierung projektion)。经过加工的投射经验能接近现实的程度，是与选择范围的宽度、选择数量的多少以及特殊心理系统的抽象能力和复杂性等有关的。面对周围的社会环境，如果心理系统能提供的自身复杂性不够充分，投射就变成了病态的。<sup>[19]</sup>

我们由此可以作出一个合理假设：特定的心理风险以及对期望进行期望的功能障碍正是出现在此处。也可以这样推定，正是在这里，投射体验常常表现为规范期望的形式。更深入的细节讨论必须留给研究人格的心理学理论，为了建构自我意识的人格，心理学必须研究期望的规范性功能。从另一方面看，法社会学的兴趣则在于是否以及在何种条件下，哪些内在心理条件和心理机制能够从规范的社会稳定化条件和机制中分化出来，并因此不再把法律的功能仅仅看成是来对付恐惧的。<sup>[20]</sup>

38

**社会诸系统**运用的是一套不同[于心理学]的化简形式。它们在客观上稳定化有效的期望——根据这些期望，“某人”可以引导自己。期望可以被转换为应然的语言形式，但是也可以依附于特征界定、行动定位和经验法则，等等。具有决定性的是，化简通过概括性缩略(eine generalisierende Verkürzung; a generalizing abbreviation)而实现。

“星期天探望时间为 11:00 到 12:00”，这个规则是匿名的，因而被纳入了非人格领域，也就是说无须考虑谁期望谁没有期望。这是一张时间表，从一个星期天到下一个星期天，无须重新确认就可以一直适用。这张表在事实内容上是如此抽象，覆盖了行为特征互不相同的各种来访者与受访者的相互期望。这不只是为了让行为具有更大的可预见性——即便第一眼看起来也不是这样：谁知道什么人将访问谁啊——而且还是为了对期望的期望实行调节。人们知道可以依据这条规定探访(或者，在一个给定情境中，只能留下一张来访卡)，他们可以期望受访者的合作行为，或者，至少期望受访者期望着那样一种期望的期望，因此受访者知道如何行事：比如，受访者不会质问拿来来访卡的门卫这是什么意思；受访者不会把门卫当成来访者；也不会央

求门卫把真正的来访者带进来，等等。

如果我们只是遵循主流观点，纯粹从行为期望出发，仅看到意义调节复合体 (regulativer Sinnsynthesen; regulatory syntheses of meaning) 确保那些遵守期望的行为，那么，就还没有完全把握住意义调节复合体的功能。这些意义调节复合体在期望的期望的反身性层次上体现出十足的分量，因此，创造了期望的确定性，并由此产生了自我行为的确定性以及他人行为的可预见性。对于理解法律而言，弄清上述差异是至为重要的。<sup>[21]</sup> 因为，无论是借助于纯粹的心理策略还是社会规范，确保期望的期望的确定性都构成了所有互动的基础，而且，与兑现期望的确定性相比，它也更有意义。<sup>[22]</sup>

在通常情境下，匿名行为复合体 (Anonymisierte Verhaltenssynthesen; anonymised behaviour syntheses) 使得相互关联的具体期望无须呈现为有意识的活动。为了整合各种具体期望，这些匿名行为复合体就像缩写符号那样发挥作用。指向规则的取向取代了指向期望的取向。这种匿名行为复合体进而吸收了来源于期望的出错风险，或者，至少是降低了出错风险。正是由于规则，人们才可能面临这样的事实，即，违反规则的人就是行动上出错的人；这里的差异在于，不是把违反规则看成是(某人自己的)期望出错，而是看成(他人的)行为出错。因此，规则把复杂性和偶在性的负担从意识中卸载下来。当然，我们也必须考虑到相反的情状。在实际经验和行为中绕过那些规则永远是有可能的，只要人们有能力实际而具体地对期望进行期望或对期望的期望进行期望。在此情境下，为了稳定期望，规则可能折回到通过具体协商达成一致的进路，互惠性理解则提供了修改规范、改变行为或背离规范的基础。在小型社会系统中，简单规范结构的灵活性主要依赖这种既能顺应情境又能背离情境的双重可能性。<sup>[23]</sup> 规范有效性的基础实际上就在于，不可能在任何时候把每个人的每种期望都纳入考虑。因此，规范有效性的基础根本上就在于期望领域的复杂性和偶在性，而其功能就在于对此进行化简。

## 2.2 认知期望和规范期望

与体验领域中的复杂性和偶在性的联系，赋予了各种具体期望以及为调节和整合这些具体期望而进行的抽象活动以**结构**的功能。不过，我们一直使用的是未经解释的结构概念，现在就需要对之进行讨论。

结构通常被认为具有一种相对恒定的性质。这样说没错，但是，它不够清晰，也没有多大的启发性，也就是说，妨碍了对更有价值的问题的探讨：为什么需要相对恒定性。为了可以界定这一问题，我们以功能来定义结构，即，通过对**双重选择性**(doppelter Selektivität; double selectivity)的促进来对选择性进行强化。在一个意义建构的世界中，把各种选择步骤关联起来是有益处的，甚至是至关重要的。在日常沟通过程中，这种关联正是通过人们从巨量的可能性中选择一条信息来完成的，而且，信息接收者并不把信息看成选择，而是看成某种事实或他的某个选择条件，即是说，使各个选择都以先前选择的结果为前提。<sup>[24]</sup>这个选择过程把个人解放出来，个人不必对各项选择都独立地一一进行测试。结构通过使选择依赖于选择而把这种解放效果储藏下来。结构通过选择行为限制了选择的范围，这些选择行为大都是无意识进行的。首先，结构选择那些可以加以选择的[可能性]。其次，结构把理念转换为具体，把宽泛转换为狭窄。通过使结构适用于结构自身，结构使得选择重复操作两次，并因此变得更具威力。对此，最好的例子就是语言，语言通过结构，即，通过一个可能意义的“符码”(code)这样一种先前选择(Vor-Wahl; pre-selection)，使得迅速、流畅和充满意义的言说选择成为可能。

在沟通过程中，结构在一开始是以共同假设的形式出现的，也就是说，并非开始于对结构的真正意义进行有意识的沟通。<sup>[25]</sup>因此，在



人们眼中，结构显得模糊而含混。结构的选择性仍然是潜在的，并且也因此而具有可靠性。结构主要是通过**筛选替代性**(Abblendung von Alternativen; screening of alternatives)而达成化简的目标。因而无须从一开始就清楚阐明作为共同假设的结构。但是，尽管在日常生活中结构被非批判地接受，而没有被人们察觉为选择性决定，但社会学分析却必须把选择性——实际上也就是所有结构的非自明性——纳入其结构概念中。也就是说，与日常生活中的人们相比，[对社会学分析而言，]结构对现实进行了更为复杂的、更具替代性的描述。正是由于不同可能性背景的存在，结构才可以上升为主题和问题。<sup>[26]</sup>

这就涉及选择，即便结构选择并非有意识地进行，而只是一种习惯。总是存在着其他可能性，当期望遭遇失望时，这些其他可能性就现身了。正是因为存在着期望落空的可能性，而不是因为兑现期望的规律性，期望的现实指涉才证明了自身的存在。<sup>[27]</sup>结构把一个范围缩小了的可能性区间设定为可期望的。考虑到世界的真正复杂性，结构其实具有欺骗性，因为结构无法完全抵挡失望出现的可能。结构以欺骗的方式把来自于复杂性的**持久**压力转变成**偶尔**的失望体验问题。当失望偶尔出现时，事情可以以具体的方式操作。以心理系统来看，我们因此可以说：结构在对恐惧进行管理。

失望体验内在于结构之中，这不仅因为知识在时间上的不确定或者一再不幸出现的人类的邪恶，而且也因为结构引发的(情境)具体化问题。这意味着，在评价结构的确定性时，总是必须把失望问题考虑进来。<sup>[28]</sup>因此，对于结构的理性化而言，总是必须调整对复杂性的容忍度与对失望的负荷度之间的关系。为了让结构既可维持又可修改，就不仅需要界定意义外延以确保结构的稳定性，比如辨识自然法、罗列规范，而且还要预设处理失望的机制。

依赖于既需要稳定性(持续性)但又易于遭遇失望的结构，注定会

带来风险问题。尤其，在复杂性和偶在性不断增长的世界中，如果面对期望落空社会的社会系统不能提供两种可相互替代的反应可能性，风险问题就会在(人格)取向上引发难以承受的紧张和压力。尽管失望已经显而易见，而且必须作为体验的对象而进入到现实的图景中，<sup>[29]</sup>但仍然存在着这样的选择：或者是改变遭遇了失望的期望的可能性，根据眼下的令人失望的现实进行调整；或者是继续维持期望，以一种对失望的现实进行抵抗的态度继续生活。根据应对失望呈现的不同态度，我们可以[把这两种反应可能]分别称为**认知期望**和**规范期望**(kognitiven oder normativen Erwartungen; cognitive or normative expectations)。<sup>[30]</sup>

在这种相当另类的表述中，认知性与规范性之间的区别既非语义学上的界定，也非语用学上的界定，既与那种可求证的定理体系(das begründende Aussagensystem; an axiomatic system of propositions)无关，也不是基于信息性陈述或指导性陈述(informierenden und direktiven Feststellungen; informative or directive statements)的不同，<sup>[31]</sup>而是属于解决某种特定问题的功能性界定。这种区分与被预期的处理失望的类型有关，因而对阐明法律生产的基本机制具有非同寻常的意义。当期望一旦遭遇失望就去适应现实时，这种期望就被体验为认知性的。而规范期望则与此相反：当某人并没有遵循期望行事时，我们并不会因此放弃期望。例如，我正在等候一位新秘书。这个情境就包含了认知性期望和规范性期望两种成分。她可能年轻、漂亮，有一头金黄头发。我对这些事实抱持一种认知性的期望，如果女秘书带来的信息与我们的期望不一致(失望)，我必然会对失望进行适应，比如我不再坚持认为她的头发是金黄色的，而是问她是否染过头发。但对于她需要完成的分内之事，我却抱持着规范性期望。如果我对她应该完成的分内之事感到失望，这并不会令我得出我抱持的期望是错误的这个结论——这种期望就因此而被定型，任何与此期望的不一致都只能被归咎于行动者。因此，我们可以把认知期望的特征归纳

为并非刻意为之的学习，而规范期望则意味着不必从失望中学习。失望的可能性是有可能可预见到的：我们都知道自己生活于一个充满复杂性和偶在性的世界，在这个世界中，他人可能会令我们失望。但是，从一开始，失望的可能性便被看成是与期望无关。这种无关性并非是一种先天性的自然经验——就像我们知道即便一幢房子已经倒塌了，但另一幢房子仍然会矗立在原地那样；而实际上，这种无关性只能缘于一种象征性的中立化(symbolischer Neutralisierung; symbolic neutralization)过程，因为就其本身而言，作为期望的期望不会对其是否可以兑现的后果无动于衷。

因而，规范就是**反事实稳定的行为期望**(kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen; counterfactually stabilized behavioural expectations)。规范的意义具有无条件的有效性，因为这种有效性的体验和制度化可以与规范实际上是否得到遵守无关。<sup>[32]</sup>“应然”的潜在含义主要就是指向这种反事实的有效性期望，然而“应然”这个符号却没能成功揭示期望的这种性质。值得感叹的是，“应然”的意义和功能实际上恰恰就在于此。<sup>[33]</sup>

44 虽然具有反事实的取向，应然(Sollens; ought)较之于存在(Seins; being)而言，它在意义上具有的事实性并不见得会少些。无论是期望兑现还是落空，所有期望都具有事实性。事实性就包含了规范性。通说中的事实性与规范性之间的对立因此消解了。这样的对立实际上是一个错误的概念建构，就像把人和妇女对立起来一样：在此情况下，妇女处于不利位置，而在另一种情况下，“应然”处于不利的位置。真正与规范性对立的不是事实性，而是认知性：在遭遇失望时，我们只能在规范性和认知性两种立场中作出有意义的选择，而不是在规范性和事实性之间作出选择。

所以，值得重视的一点是，我们不应牵强地把认知期望和规范期望之间的区分转换成古代关于存在和应然之间的事实性(或逻辑性)对立，而是应当首先理解做出这种区分的功能。当面对生活中的失望

时，这种区分提供的是两种虽有不同但功能等价的策略——我们可以学习或者不学习。两种可能性都有助于我们克服失望的情境。因此，两种可能性虽然彼此相对，但却实现了相同的功能。由此，我们有理由得出这样的结论：不只是“相似”的行为才能完成相同的功能，相互对立的行为也可完成相同的功能。这为给各种失望情境找出相应解决办法提供了一条便捷通道。我们可以根据某个期望被实现的机会和重要程度而决定维持还是放弃这个期望。

通过认知期望和规范期望之间的分化，社会可以对适应现实还是维持期望进行折中性的排列组合。社会可以把行为期望制度化为人性的：只要适应带来的利益是主导性的，那么社会成员改变期望以适应现实的行动就不会遭到指责。如果社会的稳定性和期望整合更值得追求，那么社会就会把期望落实到规范性领域，并加以明确表述。

正是凭借这种双重策略，结构面临的许多失望风险可以被降低，并被转换为处理问题的前提形式。因此，高度复杂性和偶在性就变得可以容忍了。从这种视角出发，我们可以给出一个重要的假设，并在接下来的两章中来讨论这个假设。随着社会复杂性增加，结构性的风险也会相应增加，这种更高的风险又会由认知期望和规范期望之间更强的分化来应对。存在和应然之间的分化，或者，真理与法律之间的分化，并非什么先验的世界结构，而是一项进化成就。

一开始，我们就必须假设，对于初级期望和简单社会而言，认知期望和规范期望以各种含混和不确定的情形出现。对于保持期望的人而言，最初并不存在迫使他采取这种或那种期望的抽象强制力。对失望的偶然体验可以被一种值得信赖但又不会与个别失望相冲突的期望类型所吸收。<sup>[34]</sup>由于认知性与规范性之间的分化只能由失望情形来

45

决定，所以，如果只有很少的期望会遭遇失望，那么，事前的决定就是不必要的。日常生活中面对面的谈话常常在一种标准的距离下进行，即，谈话伙伴不会试图相隔 100 米谈话，也不会拉近到 5 厘米谈话，<sup>[35]</sup>这个事实被简单地期望着，无须有意期望，甚至无须考虑失望

的可能性。另一个例子是，对通常的精确性要求日常互动会进行自然而然地自我调节。当对“早上好”这样的问候作出回应时，不会去追问这是指哪个早晨，早晨到什么时候结束，早晨有多好，好在什么地方等这些问题。<sup>[36]</sup>说到底，许多行动都是有可能的，但会显得荒唐，并因而已经被排斥在正常范围之外。<sup>[37]</sup>日常生活中大量理所当然的事实都呈现为未经表达的、发散性的期望形式，这种期望形式一旦遭遇失望，则显得悬而未决。在行为期望之外，还存在着意义上更为狭窄的失望情形，这种失望首先被体验为招致负面评价的人格条件或特征，随之而来则会被看成是或多或少有与反常行为有关的潜在的不确定性：如陌生长相、肮脏、疾病、生理缺陷，等等。<sup>[38]</sup>

不可否认，无论期望多么理所当然，也无论期望模糊到何种程度，都难免会遭遇失望。经过事后的规范化，失望的情形会引起规范建构表达。<sup>[39]</sup>人们会对此意识到：不能放弃这种期望，必须对被期望行为提出妥当性主张。因此，我们必须从失望的角度去思考法律的发展。但是，通常情况下，人们更容易把实际上引发了失望的行为看成是一种干扰，把它当作例外情形隔离起来。一旦失望反复出现，显然已不可避免，就有可能被“规范化”。<sup>[40]</sup>在我们的文明中，有一个理所当然的规则：一个人不应在他人作陪时打瞌睡，而是应该看起来兴致勃勃，除非出现了允许打盹的特殊情形（比如火车旅行）。<sup>[41]</sup>换句话说，人们会勉强找出一个话题，至少假装这样。尽管如此，偶尔违反这个规则并不会把规则凸显出来，而是会使打盹的行为显得怪异、反常和不适当。这一规则还没有被规范化。也没有规范迫使我们专注谈话主题并作出妥当回答——例如，当被问及现在是几点时，不大会回答：“下雨了。”违反这类期望会被想像为乖张、误会、搞笑。如果反复违反期望，则会被看成是低能。违反这类期望由此并不会导致规范化(Normierung)，而是会导致常规化(Normalisierung)：干扰要么被解释所化解，要么转变为可期望的。<sup>[42]</sup>比较典型的是，当严重违反期望的情形频繁出现时，人们就会选择宣告引发失望的行动者为精神

不正常，<sup>[43]</sup>并把该行动者排除于社会成员共同体之外——这些共同体成员的体验和期望才代表了对这个世界的解释。这说明，在这个领域中，人们常常把对期望的违反看得像是对真理的背离，像是欠缺理解世界的的能力一样。这一事实状况表明，认知期望和规范期望还没有分化。

把反常解释并处理为病理性——如果还不算是精神失常的话，就预设了期望基础的自明性和未分化性。这种反应是指在面对面的顺畅互动中出现的明显违反规则的情形。打破规则的情形实际上并不常见，一方面是因为打破规则会非常显眼，另一方面是因为打破规则是很严重的事情，会让所有在场的人震惊，并把这些人抛出自己的日常行动框架之外，就好比在狱警眼皮下犯罪，一开始就显得愚蠢。在这个背景下，精神病学和道德哲学显现出非同寻常的交错重叠，美国学术界相关的研究尤其多见。<sup>[44]</sup>当精神治疗变得更为人道也更为普遍后，看上去就有可能将总是很宽泛的日常行为道德包括进期望领域之中，而反常行为可以被解释为对日常道德行为的“内在”扰乱。这种反常行为无法通过道德谴责产生一种象征上的轰动性，而只可以如此处理，即把该行动者看成一个身不由己的破坏性行动者，这样，对他自己和他人而言，反常行为就得到了解释。

48

最为理所当然的行为期望，也就是说，最低层次的行为期望，其性质不应被想像为与通常所谓的社会—法律规范类型有关。<sup>[45]</sup>这种行为期望与纯粹的事实习惯也绝不相同。基本层次的期望，其最为显著的特征既非其事实性，也非其无惩罚性的习惯，而在于其未分化的特性——期望的认知成分和规范成分尚处于难以觉察的浑然一体状态。除此之外，我们可以指出把这种前规范性层次的期望与规范区分开来的五种特征：（1）期望的兑现假定了一种高度的理所当然，以至于违反期望似乎也并不是什么严重的事情，或者仅被看成是无意识的。在这种反常行为背后发现不了什么人类刻意的追求。（2）所以，不存在把反常行为拉回到正确轨道上的努力。行为者被贴上例外的标签，并

被分离出去。他被赋予反常的角色，被看成是[共同体]之外的人，不修边幅，喜怒无常，精神病态，等等。<sup>[46]</sup>对失望的反应不是试图消除反常行为，而是把反常标示出来，通过把反常归为例外而使反常行为稳定化，使其不再对规则发生影响。<sup>[47]</sup>因而，惟一可被期望的事情是，反常行为仍然与其反常性保持一致，反常行为可以被预见。

49 (3) 常规化过程适应于特殊情境的具体条件，并导致了**规范实施的个别化**，而不是指向适用于所有情形的普遍标准。<sup>[48]</sup>(4) 常规化过程的出现并不需要一个**面对将来的时间计划**，也就是说，没有时间序列的约束。常规化过程并非瞄准行动，而是瞄准条件。常规化过程无须将来的概念，因而较容易使用。不过，对于参与者而言，与实施规范和惩罚的机制比起来，常规化过程具有更为长期的影响效果。(5) 常规化过程的特征是，反常或规范都不能被**类型化和标签化**，常规化过程与盗窃、违约、同性恋、不当行政行为、逃税无关，而是与手表丢失、妻子的新装、上级生病等有关。换句话说，与那种并非增进期望之持续性的个别情形有关。分类和标记的欠缺导致了这样一个后果：不可能定型化，<sup>[49]</sup>而且，一桩接一桩的例外怪事很难被看成具有内在的一致性。因此，反常行为很少被感觉到具有威胁性。失望被一个一个地分散处理。由于经验处理的个别化，替代性的建构还没有出现。

从这种规范性—认知性期望尚未分化的情形出发，我们可以辨别出那些在主题和类型上得到更为严格细致界定的行为期望。这样做的优势在于，那些并非理所当然的期望也是可期望的。一旦理所当然的保护有所欠缺或不足，那么对失望的期望就变得很重要了，并且，人们事先如何对期望作出反应的问题也急切需要通过学习还是不学习来解决。正是在期望不再是理所当然的地方，才出现了认知期望和规范期望的分化，因此，这种分化是对理所当然的替代。

不过，事前决定的风险是很高的——对于简单社会而言是太高了，因为，这意味着在不具备关于将来的情境知识(包括具体细节、行为可能性或达成共识的几率等)的约束下，人们就必须事前决定是否应

该坚守遭遇失望的期望。认知期望和规范期望的分化要求，把这种风险因素建构到期望结构中，并有意识地加以控制。人们不再简单面对一个无法透视、含混复杂、变化莫测的“自然”，而是把复杂性和偶在性的双重问题转移到期望结构自身中，因此期望结构也必须忍受这种双重结构带来的矛盾性。当它们在现代科学的真理结构中得以制度化时，对于认知期望而言，就意味着重新返回到把现实仅仅看成是一系列假设的状态，并且可以对这些假设不断修正。对于规范期望而言，就意味着返回到像国家法显示出来的那种反事实性投射(kontrafaktische Projektion; counterfactual projection)。就认知期望来说，这种分化需要一些手段以确保在遭遇失望时被清楚标明的方向，即学习，能迅速出现；<sup>[50]</sup>就规范期望来说，这种分化需要一些手段以确保在遭遇失望时可坚守期望，并被证明这是合理的。对这两种期望而言，渗透在进化性成就中的原则是相同的。这个原则是，期望结构的内在复杂性增加了，而且在普遍层次上变得更为充分。

50

除此之外，无论在认知还是规范领域内，都需要进一步发展降低风险的策略。对于认知期望而言，仍然存在不学习的可能性。对于规范期望而言，仍然存在着学习的可能性。降低风险对两种相互对立的期望类型来说都十分重要，而且，通过把两种相互对立的期望类型隐蔽地嵌入到对方中，降低风险才得以实现。解决问题的方式就在于对这种必须如此这般持续潜在的矛盾性加以容忍。

即使我们抱持认知期望而时刻准备学习，但也并非每个失望都能被调整。大多数时候，我们最初拥有的是一套解释和附加假设，这些解释和假设都是对期望的维持，并把失望解释为例外。总之，一个人不可能很快抛弃已经被反复验证的期望或者在认知结构中处于核心的期望。规则/例外的图式、常规和反常的事件发生的观念，以及一个复杂的不可否定的世界图像的建构(由一套抽象的基本假设所支持)，等等，确保了即便在认知期望中我们也可以不受失望的干扰。<sup>[51]</sup>即便在现代科学专业范围内——原则上它是条件性的和可修正的，单个的



反驳实验也不太可能推翻一个相当巨大的认知结构，因为这个认知结构会对规范期望进行调整。<sup>[52]</sup>

51 相应的，规范期望也不能完全宣称其就是拒绝学习。对一再落空的期望的内在坚持也有其限度。当禁止停车的标志牌被许多停放在此的轿车所包围时，这时受鼓励的不再是规范期望，而是认知期望，也就是说人们会看看周围是否有警察。而且，各种规范表达的弹性也促进了适应过程，比如，讨论甚多的“法官造法”就属于这种情况。甚至于在法律中，也有越过法律的学习（apokryphes Lernen；apocryphal learning），在拥有实证法的非常复杂的社会中，存在着合法的法律变动——也就是正当性的学习。

逻辑学家会对这样的矛盾感到失望，甚至无法进行思考。然而，社会学家却必须承认，他们的工作就是要去平衡各种制度。把矛盾包含进制度可能性中并不会否定意义的主导方向。意义的主导方向总是提供了调整行为的基础。当我们在规范期望领域内遭遇失望时，仍然坚持自己的期望并且坦率承认这一点（或者，在认知期望领域内遭遇失望而顺应事实），不会被人当成笑柄。但是，在那些导致了相当难于界定的行为的情形中，则会出现各种可接受的替代可能性。正是通过这种方式，在处理失望上既相互对立又功能等价之策略的可获得性就具有某种优势，即，根据情境做出学习还是不学习反应的优势。

在认知期望和规范期望的结合问题上；除了融为一体和鲜明对立两种情形外，最后，我们还要提到第三种形式。这依赖于以上处理过的可能性，即，期望的期望。各种期望的分离和结合使得对立的期望类型之间的相互连接成为可能，并可以形成使得学习与不学习的可能性都得以满足的期望链。A 可以认知性地期望 B 会抱持认知性或规范性的期望，A 也可以规范性地期望 B 会抱持认知性或规范性的期望。<sup>[53]</sup>就这两个层次的反身性而言，存在着四种可能的结合方式：、认知—认知，认知—规范，规范—认知，规范—规范。于是，在多层的反身性之中就存在着更多的可能结合方式。

当今，对于这些结合可能性的论述尚缺乏完整的背景研究材料。因此我们不知道在各种期望领域中主要存在哪些结合方式。我们只好把研究范围限制在两种图式的用法上，其相对易于考察，而且也为后面的研究所必需。

通过规范性的期望的期望的过程 (normatives Erwarten von Erwartungen; the process of normative expectation of expectations), 期望类型可以被纳入到规范调整的范围。在失望情形下应该学习还是不学习的问题显得如此重要，以至于不能留待每个人去判断。对期望类型的选择必须被制度化。例如，教师对学生会抱持行为礼貌、听话、清洁、衣着恰当、短发等期望。至于这些期望究竟是认知性还是规范性的，那就是规范期望的对象了，规范期望控制着这种类型选择，必要时还试图进行修正。学校领导、家长以及公众不只是对教师的期望保持被动关注，也不只是对教师的武断期望采取学习态度，如果某位教师认为学生应该穿白衬衣或制服，他们就不会接受教师的这一期望，在当代，如果教师试图禁止红色衬衫或长发，那他也不会得到支持。从这个例子中可以看出，对规范期望或者认知期望之类型选择的规范性调整也是可以改变的，随着时间流逝，规范可以从更为规范性的期望转变为更具认知性的期望(或者相反)。<sup>[54]</sup>这样，非规范性期望也会被规范化了，并对期望者而言变得可期望。为了避免冲突，当他被规范性地期望着具有认知性期望时，他就必须抱持认知性期望。

只有在规范期望和认知期望的类型选择是可期望的情况下，相应的类型分化才能得以实现：正是在这种条件下，社会层次上的期望类型的分化才能获得调整，并因而可以被预见。因此，他人期望的可期望性是人类共同生活的基本成就。只有在这个基础上，以拒绝学习的规范期望类型来处理失望的期望系统才得以在专门的领域扩展。

而另一种相反的结合方式，即规范期望或认知期望被认知性地期望着。这种期望类型的结合却并不是社会调控的主要方式，而是属于

个人学习的范围。在面临他人的期望时，无论这些期望属于规范性还是认知性，个人都准备学习。他不会生产规范，而是关注惊讶，并且，当他人改变了规范期望或认知期望的表达时，他随时准备对新情况进行适应，例如，当通过了一部新法律、当法官作出了一个未曾预料的司法判决，或者当日常生活的规范性习惯被改变了，以及，当时尚改变或道德松弛时，等等。我们将会看到，正是在实证法条件下，这种规范结构的纯粹认知性和可变性的基础才具有根本意义。

至此表达的思想，揭示了一个关于法律形成条件的相当复杂的领域，与此相比，法律学说中关于通过更高规范为规范有效性奠基的那些观点就显得过于简单了。对于通过高级法源来进行推理的观念，我们以期望的期望的反身性过程取代了这种由上至下的推理。这些反身性过程包含了认知期望和规范期望之间的分化，并且，通过不同的组合对各种不同条件作出了适当的回应。因此，我们现在只是为理解法律的生产过程而勾勒出了一个起点。免于失望的规范性期望最初只是一种投射，或者说，是一种主观构想。但我们现在就必须更为细致地研究那些涉及规范投射的失望处理机制。因此，我们下面将离开主要属于认知性的期望结构领域——它们应该由知识社会学来进一步研究。

## 2.3 失望处理

可以降低复杂性和偶在性的、选择性的期望结构为我们生活所必需。正是鉴于此，期望的不被实现才会成为一个问题。它可能会使我们感到正面或者负面的惊讶——对于相关的期望产生疑问，而并不考虑对个别事件的影响。情境在不断发生变化。现在，非常清楚的是，期望仅仅只是一个期望。即使一个愉快的惊讶，比如意外收到一份礼物，也有其不如意的一面。这样的惊讶威胁到的是期望的连续性，而

与一个具体事件产生的利弊无关。这种惊讶导致的威胁可能会毁灭已有期望在化简复杂性上的成就，使人们重新注意到原初可能上的复杂性以及可以采取其他行动的偶在性，并且最终会使人们贬低至今已经累积下来的经验和确定性的历史。失望导致不确定性。有问题的一面无法通过在个别事件上造成的利弊之间的平衡而得到解决。如果期望不能为新的确定性所改变或替代的话，就必须通过期望呈现的象征性过程以及处理失望经验的象征性过程，使期望本身在**一般性**功能水平上进行重建。

这种从具体事件上延伸开来的惊讶，会通过规范性期望的失望而显示出其反应的强度。<sup>[55]</sup>失望激发了行动，它不会简单地让事情过去以此了事。某人遭致失望后，他的体验就会呈现为情绪化特征，并常常被传递给机体系统，触发心理过程，尤其在行动可能性受到阻碍时更是如此。他会处于兴奋状态。心理(如果不是有机体)机制就因此被动员起来以化简被激发的紧张感。在社会系统中，处理失望的方式也同样不可忽略。失望处理不会只是给个人带来焦虑或放松。一旦遭致失望的人在焦虑状态下的行为变得无法预见，那么就会出现双重危险：一方面，他可能为了恢复一个期望而导致更多的失望，为解决一个问题而引发更多问题；另一方面，他可能在焦虑中大发脾气，忘乎所以，并因此破坏他的自我表现的连续性和可靠性，为捍卫某个期望而冒丧失其人格的社会同一性的风险。这会令他显得荒唐可笑，给他造成无法恢复的损失。正是这个原因，社会系统必须监管并疏导期望遭遇失望的过程，这不仅是为了有效执行正当的期望(比如法律规范)，更重要的是为了创造反事实的、可修复失望的规范性期望的可能性。当出现了预期之外的现实状况时，抱持期望的人必须对此有所准备。否则，他就没有勇气抱持规范期望，也就丧失了确定性。疏导和冷却失望是结构稳定化的任务。

54

在规范与惩罚之间的惯常区分遮蔽了维持期望和处理失望之间的基本关系。如果用惩罚性准备来界定某些规范，比如法律规范，那是

不够的，我们还必须看到，规范性体验的建构就是为了在遭遇失望时能够预见到可能采取的行为。个人在遭遇失望时仍然需要维持他的期望。如果期望没有兑现，那么，如何处置这种情况就必须是可以预想的。即便遭致失望，期望仍然是可以确信的。对于遭遇失望的行动者而言，期望未受破坏是保证其自我表现的一个基本要素，也是他将来行为的背景。遭遇失望的期望不能蜕变成一个错误或认知失误，又或者，令人难堪的幼稚，而必须在世界中找到一个位置，一个意义指涉，一个持续的价值。正是由于这个原因，社会援助就很有必要。

55 大量的规范违反情况由于没有引起人们的注意，已经丧失了或被剥夺了象征性意义。这既涉及鸡毛蒜皮的事情，<sup>[56]</sup>也涉及重要的事项。<sup>[57]</sup>这种漠视不是针对事实，而是针对规范。这有助于人们在面对反常情状和麻烦信息时不卷入其中，进而保护遭遇失望的行动者使其避免被迫作出反应。这样的保护与这一事实有关：可以消除规范的不是事实，而是沟通。

如果反常[或越轨]变得非常明显，以至于不再可以忽视，或者，如果利益格局不再有助于共同隐瞒，那么，更多的合作条件就必须被考虑进来。根据涉及的是遭遇失望的个人之体验还是行动，这些合作条件可以分成两类。遭遇失望的个人必须把失望看成是事实，并可以理解和说明这个事实，同时，需要一些特别的行为可能性，通过这些行为可能性，他可以表达遭致落空的期望的持续有效性。

甚至于，引起失望的行为实际上被体验为反常这个事实，也是对规范的确认。因此，这就涉及对认识分歧上的归责(*der Zurechnung der Diskrepanz; attributing blame for the discrepancy*)形式问题：不是抱持期望的人作出了错误的预期，而是导致失望的行动者错了，至少，是行动反常；<sup>[58]</sup>抱持期望的人无须澄清误解，而是导致失望的行为变成了调查对象。由此，规范或多或少得以保存，而规范破坏者几乎总是有错的一方。虽然这种分歧实际上是由双方共同引起的，而纯粹的因果式观察无法对其进行严格的责任分配，不过正是由于在期望

层次上的初始约定，才可以进行清楚的归责，并为行动设定了一个基础，也就是指出了处理此类事件的一个方向。法律人倾向于把归责的基础理解为肇事者的“能力”，比如，法律能力、刑事责任能力、缔约能力、罪责能力，等等。似乎肇事者的选择是由他自己决定的，而不是由期望决定的。规范只是规范，导致失望的“起因”被归结到了反常的行为上。<sup>[59]</sup>

56

因此，这样的事件不仅只是被隔离出来、被个别化和个人化，而且还同时变成了一个针对失望进行解释的连接点。解释失望的功能就在于将已经无可争议的成为事实的失望在世界中进行安置，就如其只会发生一次一般。失望必须被整合到已知事实之中，并成为可理解的。因为，尽管人们可以进行反事实的期望，但从原则上说，这并非绝对。不过，对失望的说明还是有可能破坏规范。因此，需要把导致失望的事件与期望拉开距离。期望和事件必须象征性地相互隔离。由此，事件才不会威胁到期望并破坏其连续性。这些观点与科学上可加以证明的阐释无关，因为，这些观点并非试图阐释失望具有的规律性的、由情境决定的可期望性，而是相反，是对失望事件的例外特征的解释。

对失望的一个可能解释是，把一个意外事件归因于超自然力量的影响，用魔力、死者复仇或正义之神的惩罚等来解释它。不同类型的解释都指向了行动者的邪恶意图，指向了他的“内心”存在，指向了他的罪过。像敌人或陌生人之类的角色特征，也具有类似的作用。它们的现代替代品则是一些伪科学概念或者伪科学定律。导致失望的行为会通过行动者的“自卑情节”、儿童期挫折、阶级地位、系统压制等获得解释。更多的例子可以在一些否定性的陈词滥调中找到，比如，“政客”、“犹太”、“讼棍”（Justiz; justice）、“当代青年”、“资本主义和垄断”<sup>\*</sup>——这些都被看成是引起失望的源头。对引发失望的源头的否定性评价表明的是这样一种事实现象：规范需要被保护以避免

57

---

\* 类似的说法出现于下文，参见本书第 315 页。

批评。<sup>[60]</sup>进而，对失望存在着许多因情境而变化的解释，比如，工作失误可以通过科层制下的“过度劳累”获得解释。那些乍一看来是犯罪的行为都可以作为纯粹意外获得解释。在所有这些情形中，通过把引发失望的事件转移到非常规领域或否定性领域，落空的期望可得以稳定化。因此，遭致失望的行动者就可以通过一种投射性的期望的期望\*而自我逃避：他会这样期望——没有人会认真地期望。他会由于如此的理由而改变其期望。

尽管存在着五花八门对失望的可能解释，但是，对其进行选择却不是任意的，而是被社会的社会系统的结构性实在所预先限定。在认知结构中对这些解释进行的捍卫显得尤其明显。借助于其他类型的应然观念——比如对于失望者感到失望的道德的违反，尚不足以对失望作出解释，因为这些解释事实上无法支持某人自己的期望，反而会使自己的期望显得偶在和可疑。无论如何，反常是一种事实，它只有被处理为一种不包含应然价值的事实才可能被消解。因此，对失望的解释取决于认知合理性的社会渊源，同时，也依赖于被接受的特定信念域，不管是巫术、宗教还是科学。

另外，以上结论的重要性还在于，每个信念域支持的解释并不具有同等的作用。例如对于这一事实——为什么恰恰是轮到了我或者我的期望遭遇失望？巫术和宗教上的解释都提供了非常具体的论证理由。<sup>[61]</sup>而对失望的人格化解释——比如意图或罪过，也起到了部分的效果。不过对此来说，那些充满否定性套话的科学化或一般化解释则无法令人满意。因此，为什么在没有父亲的环境下长大的青年会盗窃我的轿车？——这就是一个无解的问题。只有在一个期望结构获得充分稳定化的社会中，那些解释才是充分的，由此，共同过失、幸运或不幸，等等，才能被接受为是对失望的解释。<sup>[61a]</sup>

---

\* 投射性的期望的期望(ein projektives Erwarten von Erwartungen)指的是一种寄希望于未来的非现实的期望。

最终，我们必须考虑到，不是所有解释类型都会与规范化的期望类型相容。一旦认知期望和规范期望发生分化，这种分化也会对失望的适当解释形式产生选择效果。因此，我们势必要排除一些对失望的解释类型，或者是把它们留给认知惊讶的领域。类似这样的限制甚至在简单社会中也可以看到。如果针对的是部落成员的邪恶行为，即，涉及的主要是规范性调整的期望领域，那些通常的解释手段一般就不会被使用——比如巫术或邪灵附体。<sup>[62]</sup>把犯罪看成是“天意”的宗教解释虽然不会被绝对地排除，但是它却需要解释系统具有高度的抽象性并具有分层的、位阶的规范结构；因为，将违法者看作“上帝之鞭”<sup>\*</sup>而进行脱罪的提议当然会遭到排斥。[同样，]在现代的法律秩序中，对反常行为进行科学解释也遇到了无法克服的障碍。从原则上说，科学解释可以具有巫术解释一样的普遍可接受性，因为，把每个行为的原因归结为行动者无须负责的社会因素或心理因素，这不会引起任何问题。但是，这种解释在规范性领域却会受到严格限制，且只能在极端情形中运用，而一般会替代以一个基本是拟制的解释，即个人罪过的说法。

不管如何选择对失望的解释，解释的功能就在于当面对诧异的事件时使期望得到稳定化。这不只是一个进行诠释的问题。如果期望在遭致失望后无法得到表达，那么从长远来看，那样一种稳定化就几乎不可能。一种不断遭遇失望而得不到表达的期望会渐渐萎缩。期望因此被悄然遗忘，甚至最终不会被期望者记起，他们可能只会偶尔回忆到他们“实际上”有过的期望。如果失望发生在社会情境中，即，如果被他人感知到，那么由于缺乏表达而引起的这种衰退就会加速。因此，由于存在相互期望的期望，决策上的压力就会紧跟而来。当旁观者看到了问题，随后就会对他们的期望的期望感到不确定，并因此期望着要弄清遭遇失望的人的期望。另一方面，从遭遇失望的人自己的

---

\* “上帝之鞭”(Geißel Gottes)是公元5世纪罗马人对匈奴王阿提拉的恐惧式称呼。



立场出发，他也期望着旁观者会期望着弄清他的期望，因此就会感受到压力——需要作出坚持还是放弃期望的决定，并且要去**表明——他已经做对了**。典型的情况只有在特定的情境下或者与这种情境紧密联系的条件才是可能的。当遭到公开侮辱时，作出的反应只有在那个特定时刻才是可能的。任何犹豫都可能使所作出的反应要么是不正当的，要么就无法取信于人，因为，旁观者也同时建构了他们自己的期望的期望，而不愿自己有所失望。<sup>[63]</sup>在各种不确定的期望的期望之间发生的相互作用常常会转变为时间上的压力，不过，这强化的仅仅只是一个终究会存在的问题：遭致失望的人不能无视现实，即使他愿意这样做；但另一方面，他又不能卷入并接受现实。因此他就会置身于一种行为可能性受到严格限制的困境中。如果他不希望放弃自己的期望，他就必须将失望作为其行为的主题，并以此方式加以对待，也就是表达出期望的连续性来。<sup>[64]</sup>

60 对于解释而言，口语表达在解释和反应之间架起了桥梁。在大多数日常情境中，这就足够应付了。伴随着规范性期望的失望，论证就会出现。解释、辩解、道歉和借口等被要求、被给予和被接受。<sup>[65]</sup>在引发了怀疑、难堪和反感的争议中，口头解释可以迅速使大家达成一致。大家共同关注的问题在于，试图拯救处于危险中的规范，或者填补规范和行为之间的沟壑。反常行为被象征性地消解。我们都顺从了规范，至少表明了：规范还可以看成是持续有效的；反常行为尽管反常，仍然有其可靠的一面。不修边幅或规规矩矩、刨根问底的限度、撒谎的程度、与之前行为保持最低程度的一致性、文明标准、认知性对待的事实、某人自己的表情(脸红!)，等等，这些相关的行为会随着情境变化而变化，尤其是随着参与者之间的熟悉程度而变化。对于借口和道歉进行言语上的调整是由认知性—规范性期望承担的——如果不是纯粹由规范期望来承担的话。比起那些规范而言——它们要进行调整以防止其受到损害，这种言语上的调整具有更为重要的意义——对道歉不恰当地强调可能反而是一种更严重的冒犯!<sup>[66]</sup>

然而，所有这些都只是假设了当规范被违反时存在达成一致的机会，至少，存在对被违反规范的基本意义达成一致的可能性。通常，那些一致性无法达成，或者说无法足够快地达成，即便达成也困难重重，尤其当与规范相左的行为意图已经直截了当时更是这样。因此，一个人只是孤独地拥有他自己的规范。在这种困境中，能运用的最重要和最典型的手段是**惩罚**(Sanktion; sanction)。遭致失望的个人会通过眼神、姿势、言辞、行动等惩罚引起失望的人，不管是为了激发他朝被期望的妥当行为靠拢，还是仅仅为了在遭遇失望后宣示其期望。他企图使他的期望产生向过去回溯的影响，或者，针对将来展示他维持期望的决心。这就是为什么当规范被界定为对失望施加惩罚所作的准备时，它就显得比较容易理解的原因。<sup>[67]</sup>不过，可能性的储备却由此大大受到了限制，这是由于这样的认识错误，即认为期望的坚持(Durchhalten)较之于其实现(Durchsetzen)更为重要。“惩罚理论”特别倾向于将被期望的内容和导致失望的内容截然对立的假设，并倾向于忽略许多二者交错重叠的个案——比如，常常为了恢复被违反的规范而不惜牺牲真相。然而，为了实现反事实性稳定化，除了借助惩罚措施之外，还存在着其他功能等价策略。<sup>[68]</sup>我们简单举几个例子就可以让某些替代选择项被看得更清楚。

61

我赴约去一个咖啡馆会见朋友，如果没有遇到他，我不仅感到我的认知期望受到了打击，而且我的规范期望也会遭遇挫折。他应该在那儿啊！现在，需要某些处理失望和期望的“措施”。对我来说，存在着各种处置失望和期望的可能性，而不是只能实施惩罚。例如，我可以向服务员打听朋友的情况，并通过嗓音中的失望、焦虑和担心来表达我的期望规范。如果服务员认识我并知道我正在茫然等待时，这种作出反应的方式尤其值得推荐。由此，我向他显示出我是一个行为正确的人，甚至，表明我遵守了规范。其他人作为听众也可能会卷入进来，或者，他们会对被违反的规范加以确认。在此，可以设想这些人乐意投入到现场情境中，而无须违反规范者本人听到现场的任何谈话

62 内容。不过，我也可以转向违反规范的那个人，打电话给他，或者在以后会面时责备他。随之而来的是上面提到过的道歉：我可以接受来自朋友的道歉，无须施加任何惩罚，朋友的道歉就表明我的期望从原则上已获得了正当化。这个道歉也可能是假装的，我可能会知道这是假装的，他也可能知道我知道这是假装的，但是，只要存在这样的共识就可以了：一般说来，下次会面的约定将得到遵守。

在处置失望的既定情境中，还可以实施一种非语言性的策略。我可以马上离开咖啡馆，让迟到的一方吃点苦头。在这种行动中，我们也可以发现一种故意实施的惩罚。不过，在这种情境下，惩罚无须对方认可，无须给以辩护，无须对方明白这到底是惩罚还是被伤害。我也可以继续坐在咖啡馆，通过延长等待时间来证明规范的意义。我还可以把这件事当成负面舆论到处传播，如果说这不是为了强调规范，那至少也能得到社会对此负面舆论发出的批评。<sup>[69]</sup>让大家知晓导致失望的行为、把失望行为升级为负面舆论、顾影自怜、凸显规范的遵守或破坏、策略性地接受他人的借口、自我平息情绪、忍辱负重<sup>[70]</sup>、自我折磨式地扩大所受伤害以及对他人所受伤害表现出有节制的幸灾乐祸，等等——存在着多重可能性使已有规范得以表达，而这些表达需要不断适应新的情境。因此，即便不能通过实施惩罚来捍卫规范，其他更为温和的措施也同样可以在生活中帮助规范发挥作用。

63 另一种处理失望的类型位于不理睬(Nichtbeachtung; ignoring them)和惩罚之间。人们可以把引发失望的行动者看成是不受规范影响的人——即不能共享相同的荣誉观或法律，认为他们不属于自己这个种姓或阶层，所以也就无须认真对待这类人。对这些人不可能施加惩罚，或者，由于其他原因，惩罚对他们不具有任何象征性意义。<sup>[71]</sup>在这种情况下，人们要么可以利用既有的制度性屏障与其保持距离，要么发挥高超的处事艺术：见机行事，摆出凛然不可侵犯的样子，装着心无旁骛，等等。

在日常生活中，当遭遇失望时所有人都可以选择不同的解释方式和

反应类型。因此，大量规范投射就得到了予以贯彻的机会，而无须依靠共识能力、一致性或融贯性。遭遇失望者的行动潜力、其控制情绪的能力、推迟行动的可能性、期望结构中的规范位阶、恒定的情境条件、达成共识的可能性，等等，这些因素都决定了人们究竟会选择哪种行为表现。在这些因素中，所挑选的解释系统也很重要，其有助于调节[失望行为]与认知性之间的关系。这些丰富的适应可能与日常生活中全面渗透了规范的期望类型(dem durchgehend normdurchsetzten Erwartungsstil; the thoroughgoing norm-entrenched style of expectation)相一致。反过来这类期望类型也是必不可少的，因为人格也总是依赖其在选择能力上的规范稳定化。因此 也就会出现规范的过度生产，也就是说，较之于在社会系统中可被整合并因此成为法律的那些规范而言，还存在着其他更多的相对稳定的、持续的规范投射。

规范期望的必然的过度生产，或者说社会规范结构的高度多样性和相互冲突性，这个主题对于法律进化理论而言具有基础性的意义。如果人们仅仅是从在这些现象上已经成形的法律的立场出发，或者由此进行不充分的特征界定，就会存在误解并且看不到一些决定性的洞见\*——即会把期望看成是纯粹主观性的、非正式的特性，会认为规范投射还不是真正的法律，至多是法律的初级形式。而实际上，即便作为对社会发展的认识而言，这种初级形式论也不充分。因为，这个理论不能解释，在法律获得长期发展后，为什么初级形式仍然存在。〔72〕对此，现代进化理论提供了一种更加有说服力的解释，我们将在 3.1 节中讨论这个论题。

规范期望对更为复杂之系统的发展作出的贡献，与期望可能性过剩(Überziehen der Erwartungsmöglichkeiten; overdraw on possibilities of expectation)这一趋势有关，也与其反事实性意图有关。它是由于社会生活方式的需要，会出现规范期望的多样化，并进而引起生产过剩。

---

\* 英译本此处存在部分漏译。

这种机制首先促成了法律的形成，所以具有根本意义。不是因为高阶规范正当化了低阶规范，也不是因为永恒的东西给非永恒的东西提供了支持，而恰好相反，正是因为这一机制才促成了产生规范期望的各种可能性。正是由于这些可能性，法律才能够成为选择性结构。这种机制的根本性正是体现在其较高的复杂性上，而这却来自其不完美的特性：其不稳定性、主观多样性以及其具有的矛盾和冲突。

同时，这种分析也表明了某些不足。至此，我们还只限于对一组针对时间稳定性、在期望层次上防范失望的机制进行考察，对于具有高度变化性的系统而言，这些机制只可以满足初步的需要。仅就这一组机制而言，一致性问题、消除冲突的问题，甚至规范结构的功能特定化问题，等等，都还无法实现。我们还必须留意被选择为法律的期望的选择及稳定化过程。在接下来的几部分，如果我们考察社会维度和时间维度，以及考察期望体验中的事实—意义维度(sachlich-sinnhafte Dimension; factual-meaningful dimension)，那么我们将会对之有所发现。人们会根据社会共识的达成而选择社会中需要什么规范投射，由此，进化性选择实现了制度化。这样，规范就会在一个融贯的意义脉络中被承认、被强化和被澄清，并且它可以由于解释和辩护而产生共识，并可以容忍制度化机制上的缺陷。这样一来，事实—意义上的同一化(sachlich-sinnhafte Identifikation; factual-meaningful identification)会将这些成就推向进化性的稳定。

## 2.4 制度化

规范性体验涉及的不单单是实现可靠性和社会整合。我们已经阐明，不稳定并非坏事，而是符合日常生活需要的规范性条件，同时，也是法律发展的前提。每个社会都需要根据其各自的复杂性程度为规范期望的充分多样性创建空间。社会会结构性地促进这一点，如通过

角色分化。因此，规范投射之间会相互冲突，一个规范的兑现会导致另一个规范的失望，等等，这些情形都是很正常的。当代社会学正确地把期望之间的矛盾以及对无处不在的冲突的容忍看成是社会系统的正常状态；事实上，当代社会学已经把冲突看成系统在过度复杂的环境下维持存在的前提条件。

这当然不是说，社会就可以放弃寻找解决或化简冲突问题的任务。规范期望当然不可以暴露在失望的任意破坏之下，对于结构性地持续生产的失望的容忍肯定是有限度的。实际上，规范性必须大体上有所掌控，由此才可能成功。对此，我们在**行为期望制度化**（Institutionalisierung von Verhaltenserwartungen; institutionalization of behavioural expectations）概念之下来探讨发挥作用的机制的复杂性。我们将会列出这一范围，在此之中，各种期望依托于假定的**第三方的期望的期望**。<sup>[73]</sup>

65

至此，我们所做的分析都立足于一种包括期望者（们）和行动者（们）的二元模型。其中，行动者要么遵照期望行动，要么违反期望。这种基本模式可以包含无数个人，但是却只有两种立场，即，期望方和行动方，因此复杂性较小。两种立场之间的关系当然具有某种社会性。但是，如果我们现在考虑到法律的社会维度，如此简化处理就显得不够。当关系更为复杂时，共同体验的第三方的可能性就必须被考虑进来。

只有对简单、短暂的社会系统而言，我们才能假设以某些行动者代表一个具有期望统一性的成员团体。当然，我们还必须考虑到期望的期望的机制，这种机制意味着，行动方也对期望方持有某些希望。如果没有那些行动期望，行动者就不能预见到期望者正在期望着他们采取什么行动。双方共同参与到这种期望和行动的关系中，并持续改变他们最初的取向。而且，随着各种期望主题或行动主题的在事实[维度上]的分化，各种现实化的旨趣也会发生分化。一个人不可能在所有时间期望着所有东西都能实现，正如一个人不能实现所有被期望的行动那样。各种实际的期望和行动就是在如此地变换，并显现于那些潜

66

在的共同体验者的面前，而这些共同体验者实际上同时还会被其他事情分散注意力。这对于所有介入到某个主题中的人而言都是如此，以此方式，每个人对于其他人来说都是一个潜在的正处于共同体验状态的第三方。

正确理解期望、行动以及第三方在场的交叉性和同时性是很重要的，因为下文的讨论就是在此基础上展开的。一个社会系统中的每个参与者实际上就同时履行着所有这些功能。我们已经从期望和行动中发现，我们谈论的不是不同的角色，而是持存的系统状态。同样，此方式也有助于理解第三方在场的功能和状态。作为第三方的个人，最初并非一个被创造出来的纯粹出于观察立场的特定角色，而是，他同时从事着其他事项，是一个有可能加入到共同体验、共同决策、共同谴责和共同行动之中的人。一个人作为第三方出现，并不是出现在其他人的期望和行动的此时此刻的现实中，而是出现在这样的期望视域——在此视域中他实际上有可能会成为共同的体验者。

虽然第三方具有的中立化、客观化和减轻论证负担的功能是经典社会学理论的一部分，但是这种功能却很少可以与观察者角色清晰地分开。<sup>[74]</sup>实际上，观察者只是一个被具体化想像出来的第三方，他的位置是不稳定的，随时会受到影响，并随着具体情境发生变化。因此，我们就不可能把他单独看作制度的象征。<sup>[75]</sup>实际上，更有可能的是未知的、匿名的第三方，他的可能性的意见具有制度的内容。直接的观察者起到的只是那没有现身的[第三方]的替身的作用。不过，这也指出了一个重要问题：如何让第三方成为实际上的共同体验和意见沟通的观察者。但我们很难让第三方去有意识关注其他人的期望和行动，因为，第三方有自己的事要做。第三方需要被引诱、激励、指引才会扮演观察者角色，如果有必要，还需要向他们发出提供判断的请求。这与闲言碎语形成的习惯极为相似。为了唤起第三方的兴趣，人们可能必须去触发。这也就是全职身份作为无利害关系第三方的优势所在——比如对于法官的角色，对于他而言，在场比能力更重要：随

叫随到。

与此相关的第二个问题具有相同的基础：针对过度复杂的世界而对注意力进行的限制。当对期望进行社会整合的问题出现时，甚至社会学家一般也会提到**共识**。在自然法思想衰落后，法律有效性就被认为是以共同的信念为基础。<sup>[76]</sup>经过仔细考察后，这个假设也无法成立：什么人会在什么时间思考《德国民法典》第 1753 条的内容\*？当人们谈论共同信念时，所指的经验事实到底是什么？共识问题需要用比过去更为严格的方式来考察，并应把互动支撑机制考虑进来。如果仅仅放弃那种把共识看成具有根本性的成就的旧观点，而代之以把共识看成一种经验变量并因此具有有限的必然性的观点，这还是不够的。<sup>[77]</sup>另外，我们还需要考虑到现实体验的有限能力及其面临的可能主题上的多样性。现实性的共识，如果可以被理解为同时性的、同意义性的体验的话，那么，在这一条件下，它就只能是一种罕见的体验。而实际上，人们甚至不可能对意义的具体丰富性有足够的体验，更不要说是达成完全的共识了。

因此，从根本上说，问题并不在于增加事实上的共识。这只会降低对其他主题的关注力，并会很快使之耗尽。行为期望的制度化无非意味着，更大程度地发挥最低限度的同时性、同意义性之体验的作用，并将这种体验同等分配于具有社会重要性的意义载体和时机，使得共识可以根据需要而被期望、被调用。尤其重要的是，能够覆盖既有的共识储备，因而，就人们的现实体验而言，“一般社会共识”只需要在某些方面、某些时期得到满足。因而，制度的作用就不在于创造共识，而更多地在于对共识的节制运用。这种节制运用主要是通过期望的期望达成的期望共识而实现的——这一共识的存在只是一种假设，通常甚至并不需要对其进行具体的检验。人们之间快速、明确的

68

---

\* 《德国民法典》(BGB)第 1753 条的内容(一般以《联邦法律公报》[*Federal Legal Code*]为准)为死后收养的规定，在此与文章内容并没有实质性联系。



选择沟通只能通过这种制度化手段才能实现。即便情境和参与者发生变化，相互理解的基础仍然存在，而不必重建基础。甚至当出现陌生人时，给定的制度也可以假定有共识存在，无须事先的清楚约定，行为期望就可以在最低限度上达成一致。下面，我们还需要进一步详细描述，这些对于人类社会生活而言至关重要的成就是如何出现的。

制度化机制首先出现在注意力不够的问题上。每次社会互动都需要对意义进行选择以产生共同关注的主题。然而，每个意义隐含的内容又比通过沟通明确表达出来的内容要多。因此，为了能够有意义地行动，就必须预设一个可被社会接受的特定情境，从而可以沿着某个特定方向展开，而同时为当下的参与者分配不同的角色。由于不可能所有人都同时发言，于是就需要选择一个或更多参与者作为领导，领导者就变成了注意中心，他们可以让自己的沟通内容被听到。一开始，每个人都有机会提出反对意见，但是，如果他真的想要参加互动的話，他就不可能不间断地对所有沟通内容提出明确的反对。如果他自己不能成功引导主题选择性地发展，那么，他能做的就是，要么通过破坏互动来表达全面抗议，要么接受社会互动中假定的共识性基础及其选择过程，而他对这些共识及其选择过程只能产生细微影响。持续参与就会形成总体性共识，不论参与者是否乐意，由于其他参与者也会对此形成相应的期望，这些共识性的内容就具有了约束性。沉默就代表同意(*Qui tacet consentire videtur*)。正是因为人们置身其中，所以才能参与其中的互动。因此，隐含的、未清晰表达的、被认为是理所当然的事实就这样形成了，这个事实极大地降低了意见的多样性，而这种多元意见本来是可能被表达出来的。从原则上说，限制规范投射多样性的选择机制就是以此方式建构起来的。

当然，我们还不能草率地认为这种制度上的化简就代表了社会强制，更不能说是行为的社会决定论。制度性化简仅仅是发生的事实而已。这种制度性化简确实发挥着作用，但并非通过排除其他意义可能性而产生强制效果。规范投射上相当大的可变性、特定的反常的可能

性，尤其是为适应环境变化而改变的可能性等仍然不会受其影响。行为前提的主题化及其改变并不会与那些确定的重大利益势不两立。一般说来，制度化机制并不会简单地稳定特定的规范期望，而是首先在于提供某些连续性条件，而这些连续性条件的规范性或认知性状态可能仍然是未加界定的。反常和犯罪亚文化的形成也是基于这一方式。<sup>[78]</sup>就此看来，制度化概念的特征不在于其社会强制性，不在于实际上可实现的共识的传播，也不在于期望的规范性——虽然它并不排除这些特征。制度化的功能在于对行为压力和风险的有效分配，由此使得习惯性的社会化简方式有可能得到维持，并在短期内赋予某些规范投射相对更多的机会。

如果一个人抱持的期望与这个制度冲突，他就会承受由于反对已经被假定为理所当然之事的压力。他必定时时会与其他人已经达成一致的行为基础相冲突。这因此影响到了他的自我呈现，他即便没有成为危险人物，也变得惹人生厌。他要冒创新的风险，失去事先稳定化期望的保护。他的期望出乎预料地蹦出来。他必定会把一些悄然形成或者公开表达的已被接受的预设转变为一个主题或问题，把这些预设推向众人关注的中心，并可能摧毁它。虽然，这种情境中的在场者可能以完全不同的目的利用这个情境，或者在不同的方向上发展这个情境。不过，他必须成功占据人们的关注中心，如果他只是对其他在场者低声耳语他的质疑，或者，当相应情境转换后对该情境表示嘲笑，那还远远不够。因此，对制度化期望的批评导致了领导权的挑战，并诱发了那些不考虑实质内容的抵制。这其中蕴藏着高风险，而且常常令人沮丧。这种批评声音可能获得满堂喝彩，成为某种潜在的共同牢骚的代言人，但是，在大家面前，他还是不得不承认，他很可能是惹是生非。

除了以上问题，还存在言语化和清晰表达的问题。制度可能默默无语地成长。为了改变制度，言词是必需的。为了瓦解制度，制度的攻击者就必须找到正确的词语或思路。他必须能够提出反对制度的论

70 证理由，多数情况下，还需要提供替代的方案。因此，他不能依赖具体的体验和测试，而只能依赖抽象观念；不能依赖活生生的生活，而只能依赖苍白的其他存在(Anderssreens)之可能。如果制度在其期望、原则和结构的表达上已经明显显出可以变更的迹象，这种攻击就可能导致制度的瓦解。但是，即便这样，复杂性的负担还是落在攻击者的肩上。他再造了社会偶在性和多元可能期望的“自然状态”(status naturalis)，这种自然状态无法再维持下去，需要提供新的化简形式。

无论何时，那些表现反常或触动了变革的人都会使自己成为注意焦点。他暴露了自己。当人们可能悄无声息地、心不在焉地遵循着制度化期望时，制度反叛者却呈现出一种非常个性化的、单方行动的图景。他的行动引人注目，他的个性解释了这种反叛性，而制度却无法提供相应解释。敢于使自己特立独行的人，就会面对一种危险的自我呈现，最终会令自己暴露在窘迫的局面下。当面临制度化期望时，人们眼前会出现一种典型的选择激励机制：要么待在安全边界内继续悄无声息，要么以一种危险的方式凸显自己。这种选择机制不会消除反常行为、冲突或要求变化的主张，总是有那么一些个人和团体正是在危机中看到了实施重大行动的挑战、激励或机会。不像规范性的应然，这种选择机制并不强求服从；不过，它也会激励那些受到这种反叛性的影响但又不愿冒险的人，并因此在制度意义下将沟通机会结构化。这就给现实期望的多样性强加了一种统一意见的印象，因此使得期望具有可期望性。

这种通过期望的期望的制度化运行的选择机制，可以被一般化的对待，超越即时的互动系统，超越发生于在场者之间的关系。只有在这种条件下，上面提到的期望方与那些从事着其他事务的第三方之间的分化才可能出现。也只有在这种条件下，文化上具有重要意义的各种制度表达才会出现，这些制度表达超越了单个情境、情境历史和初级互动系统。以在场为基础的沟通就变成了以社会存在为基础的沟通。一旦某个人准备成为士兵、丈夫或市镇委员会成员，或准备参加

一个舞蹈班，买一幢房子，他的承诺就不仅对那些在此情境下出现的人负有义务，而且是对所有人承担义务。虽然在其他情境中这些义务很少被提及，但是他不能对局外人否认他已经有妻儿子女，有房子，有党派身份，等等，因此，他也就被束缚在各种制度性承诺中。所以，对适当行为的期望的期望不仅来自于在场的利益相关人，而且也来自局外人，或者，来自其他可能涉及的人——这里，无须持续控制现实体验的可能性，也无须对于充满风险的革新达成一致同意的可能性。

71

现在我们可以更清楚地认识到，就行为期望的社会稳定化而论，它不只是涉及宣称的个人期望之间形成的共识问题。这种共识太容易瓦解了，因而不具有时间上的稳定性。这种颇有吸引力的想法只能激励那些负有行为期望的人，比如，那些必须清扫道路、安排葬礼、申报收入的人。但这还不够。这种对必要的共识加以严格的专门化和局域化(soziale Lokalisierung; societal localization)的做法，必然把制度性稳定的共识降低为事实上充满波动性的共识，把那些环绕制度的沟通屏障降到最低，并总是可以随心所欲地废除已有制度。

“是”或“不是”因此依赖于情绪、情境、个性或“伙伴式”的协作。由此，在相当陌生化的环境下，长期期望、期望学习和预期期望就变得不太可能，至少非常困难。正是因为不确定性、匿名性、不可评估性、相关第三方的不可接近性和难以信任，等等，才保证了制度的可靠性和同质性。这有赖于所有指涉点的中立化，使得特定第三方可以拥有不同的具体期望。<sup>[79]</sup>

因此，制度并非依赖于在各种明确表达的意见之间所达成的实际一致，而是有赖于对制度有效性的过高估计。只要大多数人都相信其他人赞成制度，甚至是当几乎每个人都假定几乎其他每个人都假定其他几乎每个人都赞成制度时，制度的持续性便得到保证。由此，与实际达成的共识相比照，高度稳定性和高度敏感性建立了起来。通过选择机制而建立在实际体验的流沙之上，在很大程度上，制度可以独立于对主题和观点的实际体验的事实性分配，独立于个人偏好、情绪和

自发冲动，也与在场还是离场无关，并因此塑造了这些过程的期望结构。在第三方期望的期望的层次上，制度获得了超然的稳定性，不再轻易退回到具体的意见和行为。制度的期望确定性有赖于把即兴产生的意见内化——在正常状态下我们不会挑战这些制度假定；有赖于一种对意涵和其他可能性认识上的无知；有赖于大多数反常的潜在性存在，以及，有赖于那样的一种沟通——它可以标示出反常性的期望并对之给予社会响应；而最为重要的是，它还有赖于对事实上的共识机会的掩盖。虽然制度并非一堆完全脱离了现实支持的飘忽不定的纯粹观念，但是，在很大程度上制度的同质性却是虚构的，因此人们对关于事实的沟通就非常敏感。<sup>[80]</sup>这就解释了为什么通过公众问卷调查（即便大多数人对问卷的回答表明了对现有制度的认可）展开的舆论研究和无休止的沟通以及各类金赛报告（Kinsey Reports）可能会对制度造成破坏的原因。仿佛铜墙铁壁的制度顷刻间发生坍塌，就像我们在法国大革命时代看到的那样。

对制度发挥作用的方式和功能的描述并没有把我们引向“解决问题的答案”，而是把我们推进到了一堆有待解决的问题，而且，对任何社会系统的运行而言都是如此。只有在以下的方向上，我们才能预见到伴随社会复杂性增加而增加的困难：随着各种可能的体验和行动的增加，操纵、替代、隐藏实际共识的必要性将服从于更加苛刻的条件。我们不再可能期望作为确定期望的任何第三方共识，甚至，不再可能预见新的期望类型。例如，人们不再知道农民对于高等教育发展方向的偏好，家庭主妇对于法庭构造的偏好，教师对于批发市场条件的偏好。对现实观察而言，我们甚至必须假定那些意见不存在或无法想像，能够生产出来的只可能是对意见的制度性虚构。这就指明了政治的必要性。随着相关第三方规模的增加，向他们咨询变得不可行，随之出现了一个威胁，即，制度丧失了有限的适应性。当规模增大后，替代解决方案就必须被生产出来，以建立假定共识的可预见性、弹性和可变性——而在初级互动系统中这些东西是自动获得保障的。

进一步的分析可以从发展律上导出——涂尔干法社会学就奠基其上。<sup>[81]</sup>随着社会功能分化的增加，对于所有人都有效的期望数量在减少，而只对特定角色和部分系统有效的特殊期望的数量则以几何级数增加。换句话说，某些一般化期望必须被许多特殊期望所取代。如果不考虑其他后果，这种发展以双重方式对制度化机制施加了压力。总的说来，我们必须能够期望更多期望，期望的差别性必须保持可信。对于这些问题究竟应该如何解决，那些至今还只是基于小规模群体理论而开展的研究则只能提供很不完整的画面。<sup>[82]</sup>

如果期望对于所有人都以同样的方式有效，制度化就更容易实现，因为，在期望者、被期望者和第三方的角色之间，不存在绝对的区分，而只是情境性的区分。<sup>[83]</sup>每个期望者本人就可能处于一种被期望的情境，比如，作为一位外出购物、接受注射、参加礼拜或逆来顺受的妇女。这位妇女的期望受到她的自我利益的限制。亲身参与意味着无法遮遮掩掩，这就对附着于制度之上的信念力量作出了贡献，这种信念力量来源于内在的节制和理性。但是，如果我们依赖于由第三方持有的期望，因为这些第三方从来不会进入到那些他们需要兑现期望的情境，那么，这个[由亲身参与产生的信任]基础可能会丧失。例如，如果某人自己洗车，那么[作为第三方的他人]就不会知道那个人会把自己弄得多么水淋淋。我们注意到，在阶层分化(der hierarchischen Differenzierung; hierarchical differentiation)的时代，统治阶层不再知道人民的工作条件并因此提出过分要求。今天，我们更多知道的是相反的情况：人们不再知道统治阶层的工作条件，因而提出过分要求。而且，大量的水平分化(horizontale Differenzierung; horizontal differentiations)发展了出来，对于一个法官而言，判断修补一座大钟需要多长时间已经非常困难，同样，一个电工会发现估计案件审理时限也很困难。随着被期望的期望的数量和相互差异的大大增加，已经很难对第三方的合理期望进行期望了。第三方失去了作为指涉具体行为期望的异我的功能。第三方倾向于全面的、有些夸张的，甚至是松弛的期望，这些期望的无能是

74 非常明显的。因此，宏观社会制度就丧失了其规范所宣称的可信性，虽然它们仍然存在，但却只是被当作认知性现实而被期望着，对这些认知性现实来说，人们要么通过学习来获得适应，要么，就从这种认知性现实中退出。

尽管如此，为了可以进行约束性的选择，以及，为了使行为期望获得社会稳定化，制度化机制必须在这些条件下保留下来，甚至必须提高其效能。制度化第三方的**亲自参与被匿名性**所替代。不过，正是以此方式，制度的适应能力才成为一个问题。制度现在不再是一个匿名建构的惰性体，而必须是明确的、可以沟通的、可以适应的、可变更的。为了达到这个成就，制度就需要找到代言人。为了实现这一点，那些直接或间接需要的结构和过程的总和，就只能通过一个全包围的社会理论(eine umfassenden Gesellschaftstheorie; all-encompassing theory of society)来进行不充分地描述。<sup>[84]</sup>对于法律的制度化而言，其中三个特殊的进化成就值得注意：个人如何使自己受到**契约**的约束，紧密的**参照群体**(Bezugsgruppen; reference groups)如何从相关的具有共同期望的第三方中分离出来，以及，**制度化功能的制度化**如何获得。下面，我们开始转入这三种选择可能性上。

当我们思考**契约**问题时，纯粹从法律上思考问题的局限性尤其引人瞩目。哪个规范是契约这个词语的依据？这一问题会递减为一个套套逻辑的假设(tautologischen Postulat; tautological postulate)，或者必然成为一种抽象断言——如果每个人都可以食言，那么我们将立身何处？虽然这样说没错，但我们不会从中获得任何洞见。甚至，涂尔干关于不是个人意志服从于契约而是社会赋予个人以义务的理论，<sup>[85]</sup>在这个问题上也没有什么突破。从法社会学的观点来看，问题不在于“**契约必须信守**”(pacta sunt servanda)这一说法的出处何在，而在于考虑这种特定义务形式如何以及为什么能够从大量的自我约束的初级机制中发展出来，以及，为什么采取了法律的形式。

总之，从根本上说，义务来自于在任何他人面前的自我呈现。<sup>[86]</sup>

就像我们知道的那样，甚至仅仅在场就是一种介入。在社会中的每次亮相和每个行动，都在他人那里触发了可以从认知性转变为规范性的持续期望。如果一个人在做自我介绍时说自己不抽烟，他就不能没有任何解释或托词就开始抽烟。他必须保证自己的同一性。这种义务的基础在于，每个人的同一性是在期望的期望的社会互动语境下进行建构的，因此，每个想要维持自己同一性的人都必须认为，他人——他自己对于那些他人而言也是“他人”——仍然坚守了他们自己的同一性：如果这些他人中有某位丧失了其自身的同一性，其他他人的同一性也会受到威胁。<sup>[87]</sup>对某种确定行为(*expressis verbis*)抱持明确期望的人，激发了这种初级机制，并促使他人对他们自己的期望给予规范性解释，以及，对可能的失望进行描述。

在法律义务的狭窄范围之外，我们也可以发现这一特定词语[即契约]所产生的约束，并在更为广泛的语境下获得制度化，同时被规范性地进行期望。在行为具有许多其他替代可能性的地方，例如，当大量的选择自由被制度化，因此需要把高度的复杂性快速而清晰地化约为共同行动原则时，对这种情形的需要就显得尤其突出。<sup>[88]</sup>与此相比，在创造规范期望纽带契约并没有什么特别之处，特别的在于，契约为参与者提供了解释表达的形式，通过缔结契约方彼此的意思一致而限制了任意性。<sup>[89]</sup>最终，契约的优势尤其\*在于从规范秩序中消除了调整的必要性。意思一致只要得到满足，就具有其自身的理由，不需要假设，也不需要创建规范。契约在法律上有效，但是只针对契约所调整的事项，而不是具有反复适用的普遍约束力。

从法律史的角度看，契约\*\*绝不意味着它就已经发展成为在参与人之间设定将来义务的工具，要等到更晚时才会呈现出这种功能。甚至，在当代，互不履行契约产生的责任后果也可能被看成是有问题的

\* 英译本误将“nicht letzt”(尤其是)译为“not in the end”(最终不是)。

\*\* 英译本此处的“contrast”(对比)应为“contract”(契约)的笔误。



事情。<sup>[90]</sup>即便一个可靠的、可达成的以及“仅具”契约性的义务可以实现，法律制度的契约功能也不仅仅限于此。法律契约功能并非主要体现为一种义务，而是更多表现为选择义务的自由（因此创造新的义务），其中包含了需要加以控制的风险，这种风险也是契约进化的成就。制度化第三方从解决特定纠纷的全面担保人的角色中分离出来。同时，义务的废除和修订机制被详细制定，其适应能力获得了提高。因此，只需要根据规则制定一份协议或通知。<sup>[91]</sup>同时，规范期望的制度保证，即，第三方的共同期望，还必须保留下来，但是，不再与具体的期望有关，而是与一般的期望有关。

77 从制度化的初级机制来考虑，这种进化成就应该是一个高度不可能性事件。不过，规范期望的多样性和过度生产已经足以使这种机制获得稳定，虽然在刚起步的时候可能发展缓慢，只有有限的选择自由。<sup>[92]</sup>获得这种成就的不可能性就在于自由选择的制度化，在于结构上对变化性的承认。第三方必须对期望给予支持，而且第三方对期望的内容不施加影响，第三方无须参与这些期望的创造，而且参与者可以随时终止这些期望（甚至是在对这些期望抱持高度热情后）。这样一种要求在第三方和期望方之间假设了一种相对疏远的距离。进而，期望方的意思一致对第三方无所不在的影响被一种形式上的抽象考虑所代替，同时，出现了一种把第三方置于期望担保人位置的机制。非常重要的一点是，只有在第三方的制度化功能被转变为像法官这样履行这些前提条件的特殊角色时，把契约扩展为法律制度才得以可能。<sup>[93]</sup>我们以后还会回到这个话题。从一开始，我们要明确的就是：契约的发展会在制度上对制度化行为期望的抽象度、弹性、适应能力和可分化性作出贡献。这些贡献正是以初级制度化机制为基础，是对这种机制的改变而不是破坏。

摆脱初级制度过于具体且缺乏变化的困境的更优方式，则在于对那些被视为相关共同体验的第三方进行范围限制。因此，期望着的个人会把自己导向一个较为亲近的“参照群体”[或关系群体]，这个参

照群体提供了持久有效的集体性的(但并非自整个社会的层次上)视角。或者,以相反方式表述:大量的第三方被排除了,他们的期望不具有制度相关性,因此可以被忽略。

形成那些参照群体的各种机制,通过这些机制而实现制度化的期望的实际范围,那些条件——它依赖的以及与此相反的实际的共识被掩盖和同质化的条件,人们的期望可以被规范期望(而不只是被认知期望)的程度,人们必须与实际的互动系统保持一致以促进必要的沟通和机会的程度,与各种互动系统发生关联以及参照群体内部的分化引发的社会问题,等等:这些至今都还有待研究,并且随着不同的情境发生变化。似乎是,随着社会分化的加剧,个人趋向于要么选择更高的社会阶层作为参照群体,要么选择和他自己的阶层相同的人群作为参照群体,并且,只有在存在上升机会的时候,人们才会选择更高的社会阶层作为参照群体。因此,正是在社会之中,才会出现相关联的共同体验的壁垒。只有贵族能够审判贵族,只有法律人才有能力判断违反“统治意志”是否具有合理性,只有医生可以确认某人的死亡是否基于人为的医疗失误,只有在“上层社交圈”(besseren Kreisen; better circle)中大家才会明白丢勒的《野兔》\*“没有待在”钢琴上是什么意思。人们只有在期望的期望层次上从具体互动系统中分化出来后,那些参照群体才会出现,这种分化的功能则在于产生了局部性的并因而可分离出来的制度化。<sup>[94]</sup>

78

在一些分化社会中,许多期望秩序立基于更为狭窄的参照群体。对于法律形成而言,以及对于法律适应社会的法律发展而言,这种狭窄的参照群体没有任何决定性意义。也许这与一个事实有关:对于纯粹的规范体验而言,接纳陌生人作为参照群体是非常困难的。尤其是,法律的社会关联性在这种意义上将超越参照群体的特定化。<sup>[95]</sup>为

---

\* 阿尔布雷希特·丢勒(Albrecht Dürer, 1471—1528)是德国文艺复兴时期的著名画家。1502年,丢勒曾以水彩和水粉创作名画《野兔》。

了弄清法律术语的技术用法，比如法律概念的意义范围有多大或者推理、表述是否得体，以及，为了避免作出非法判决，法律人就需要求助于法学家们，此时，法学家群体就是一个范围更为狭窄的参照群体。随后我们将会看到，法律的职业化以及对法律职业角色的同僚控制具有重要的功能。<sup>[96]</sup>但是，这并非就是法律的制度化。法律不只是法律人的事务，尽管许多制度的形成与参照群体有关，尽管许多期望标准是在狭窄的参照群体中排他地产生的，法律仍然是一个整合全社会的手段，并且代表了所有人的期望，至少，在各个政治系统的领土范围内是这样。如果法律只能在与某些参照群体相关时才能被制度化，那么，不可避免的是，法律甚至会丧失其在宗教上的正当性。不过与失去神圣性相比，更可怕的是法律会失去整个社会的期望。

由于这些原因，为了发展出具体的法律制度，我们需要另外一种解决方案，一方面是为了产生社会复杂性和社会分化之间的差异，另一方面，也有助于促进初级制度化的过程。这个方案是指，**某些专业角色和某些社会子系统之间会发生分离，这些专业角色和社会子系统则必须作出对整个社会有约束力的法律决定。**

乍看起来，效果令人惊讶，与初级制度化相比，这个方案显得更具风险性，更不容易实施，但却运行得更加有效。现在，制度化功能由专门的个人角色来实施，取代了松散庞大且包含“每个”成员特性的各种群体，取代了阶层、同僚、朋友或伙伴的成员关系。现在，一个第三方或者数个第三方会发现自己处在一个相对优越的位置，取代了不受限制的、人格未经限定的各种第三方。“只有在作裁决的(法律)角色存在的地方，法律才会被提及”——这种解决方案为什么获得了进化上的成功？

从原则上说，这个替代方案的优势在于，第三方的制度化功能具有了**反身性**，即是说，在制度化过程起作用之前，就与制度化过程自身发生了关系。<sup>[97]</sup>为了分配第三方的规范性共识而形成的专业角色分化，具有对行为期望的制度化进行制度化的基本形式。<sup>[98]</sup>一方面，

众多匿名的第三方的可能的共同体验直接与被规范期望着的行为相关，但是，另一方面，也与形成规范期望的专业角色的行为相关。具体来看，这意味着，他必定会期望人们会对他作出如法官对他的期望的期望。或者，说得更明确一些：他期望着他的互动伙伴对他抱持的期望正是法官对他抱持的期望，实际上也就是某人会同时对二者产生期望。

这看起来不一定复杂。在实践中，实际经验把这种结构与其他结构结合起来，形成了“应然”的缩略表达。通过“应然”而被象征化的期望结构，或多或少就被隐藏起来，只有当这种期望结构被充分揭示以后，我们才能明白其在进化层次上取得成功的理由。这不仅提供了上文(第 81 页)提到过的在期望的认知能力和规范能力之间产生分化的可能性(例如，对法官的规范期望抱持认知性期望)；而且，它也将发散的众多第三方期望者的沉默的匿名性与法官那种响亮的、富有影响力的裁决实践联系起来，并在一个分化结构中获得再生产——这种分化结构存在于那些小型的、很少分化的社会系统的某一段进程中。制度化过程的反身性也使得这个过程产生内部的功能分化，并同时可以获得一些相互之间难以融贯的各种成就，比如说，抽象性、精确性、动机的确定性。这些成就均实现于一处——也就是法官的角色，并由此转换为整个期望结构。

## 2.5 期望脉络的同一化

对前法律秩序的研究，有助于揭示法律机制的功能，为此，在接下来的两节，我们将分别处理行为期望免于失望的时间[维度上的]稳定化以及对期望第三方的期望的社会[维度上的]稳定化问题。在探究法律的专门成就之前，我们必须引入另外一个维度，这涉及其内容问题和基本的问题解决机制，这是指意义的事实意义上的维度(die Dimension des

sachlichen Sinnes; the dimension of factual meaning)——在此是从行为期望方面来说的。

81 根据此前的讨论，我们可以推论出某些有利于期望扩展和稳定化的先期成就指征，也可以设想一些有助于促成期望选择的事实性意义结构的前提条件。规范性行为期望必须对某些程度上的矛盾事实产生免疫力，并对失望给予可信的认知性解释。尽管具体的陌生情境和兴趣具有高度的可变性，规范行为期望仍然必须保证共识假设取得成功，而只有在与我们生活于其中的世界经验结构紧密相连时，这种成功才可以实现。时间维度和社会维度选择性地依赖事实上之可能。为了认识行为期望意义构成中固有的问题内容，我们必须回到期望的期望这个基本问题上。

由于不能直接与他人分享意识，所以只有通过各种期望共同附着其上的共同世界的中介，期望的期望才变得可能。通过这个世界的事物、事件、可视行动以及不可视行动的象征等，他人体验的意向性指涉，以及，某人自身经验的其他可能性，就得到了描述。这就使得选择性接近其他体验的可能性变得有序，并因此包含了意义。因此，意义促进了诸种可能经验的内在主观综合(intersubjektiv zugängliche Synthese; inter-subjective-synthesis)。<sup>[99]</sup>这些意义综合避开了立即现实化所有可能性的需要，并使所有可能性为了选择而得到保存。因此，在通常情况下，这些意义综合也不需要对他人的期望进行事实上有意识地期望，不需要参与他人的共同体验。伴随着他人的体验可能会随之而来的假设，这些意义综合促进了一个从意义到意义的缩略过程。当某人递出一枚硬币时，他并不需要考虑这枚硬币在他人看来是如何的以及对此是如何期望的，只要从他人的举止中辨认出来具有一种针对互动的一般化取向就可以了。只有(总是可能出现的)干扰才会激发这个问题：他人真正体验和期望着的是什么。

与实际发生的、有意识经历的那些事情不同，由于与意义的同一起的联系，体验主题——在此指行为期望——变得独立起来。因此，这

些体验主题就不再只是一个印象，而是一个甚至当我们不想它的时候也会持续存在的主题，一个我们可以返回其中并能成为一个独立指涉点的主题。因而，行为期望可以从摹本(Abbildern; replicas)转变为样本(Vorbildern; models)，可以是“被遵从”或“不被遵从”，可以变成社会协商的对象，可以变成针对越轨进行惩罚或预防的透观点(Orientierungsgesichtspunkt; perspective)。与其他期望一起，这些体验主题可以进入到一个意义脉络中，这个意义脉络具有相互性的防护和协同，它们可以得到好的论据的支持和辩护。作为期望，而不是纯粹作为被期望的行动，这些体验主题可以被语言化、符号化、被代表和被反驳。它们可以成为信息、经验、传统和兴趣的结晶点。无论是对于个人还是对于社会性卷入的参与者，这样一种意义脉络都凭借自身获得了一种价值。正是由于这个原因，在面对偶然的个别失望时，就难以舍弃掉期望。一般而言，越轨行为没有理由取消期望在所有意义建构上的成就，人们不可能很快对之进行替换。

82

因此，在意义的事实性脉络中，我们就有动机坚持遭遇失望的期望，坚守在那些反事实性期望的地基上。意义脉络的稳定性依赖于逐渐获得的抽象。甚至，对于日常生活的互动的控制(不只是为了科学分析)，也需要一种相对脱离脉络的、易于理解的意义。当然，起初，这种意义就必须包含相当分量的具体内容，从而有利于迅速支持具体的观察。<sup>[99a]</sup>不过，其抽象性会逐渐增加，从那些关于谁、如何、什么时候、什么地方等的具体体验中摆脱出来。常规互动需要的抽象性成就随着社会发展而变化。低于这一抽象水平就落入到了病态范围。<sup>[100]</sup>在所有反事实陈述中，即在所有的规范性经验中，我们都可以探测到这种抽象性成就，从某种程度上说，这种抽象性成就必须是规范性可期望的。农夫(Fellah)可能不会想像到如果以总统的身份他会做些什么，甚至不能明白对其提出的这一问题；但是，对于中欧人而言，这种由于局限于太过具体的意义形式而导致的无能状态，就会被认为是

病态的。从这个例子可以看出，在体验的常态过程中，抽象程度与社会结构相关联，这些社会结构使得与其相关的抽象程度不能被任意改变。这意味着，在认知性期望和规范性期望之间的分化，以及，那些作为规范的并非“实存”（sind; exist）而是“有效性”（gelten; valid）的规范性期望的分出，会服从于特定的社会发展条件——这些特定的社会发展条件改变了意义取向可期望的抽象程度。

83 如果我们注意到真正的期望——在我们的上下文中，指行为期望——实际上是如何被同一化的，如何通过一个不变的意义核心在其脉络中被决定，那么，那些区分就更易于被洞察到。期望不会单独呈现，也不会单个地被期望。词语和概念的期望不应该误导我们相信事实上存在着这样一些对象：这些对象符合这样的描述，即存在着始终可以分离出来的单元。从自然中我们不可以决定“一个”期望是什么，这个期望从哪开始从哪结束，它包括了哪些细节，它容纳了哪些替代可能性等问题。期望是这样一种定位于未来的体验流中的意向性（Intentionalität; intentionality），这种体验流寻求不断变动的内容并在其变动中来体验现实。意义的同一化处于抽象的高级水平上；它们是诸多根据需要而获得现实化和细节化的期望的复合体。我们可以通过具体事物来示例这种抽象：一个桌子、一幢房子、一条山脉，等等，而且，也可以是一个熟人、一个角色、一项任务、一段旋律、一部小说或者一次法庭审判，等等。这总是与可能性期望的错综复杂有关，这些可能性期望会通过意义准则（Sinnprinzip）的同一化而被聚集在一起，随着体验而改变，并根据需要选择性地实现。意义提供了期望的脉络：它调整着从一个期望到另一个期望的转换，调整着体验和失望如何融入期望脉络，调整着以新的期望替代旧的期望的可能性。尤其是，当遭遇失望时，它还会调整期望脉络受到贬低的程度，以及为此而进行学习之可能性的类型和时间。

体验处理的这种形式是进行高度复杂的、偶在的世界图景设计的前提条件。尽管面临着对一个不可概览的世界的投射，但是，如果我

们不是把意义的同一化与单个期望关联起来，而是与更为抽象的类型相联系——这些类型被认为是持续存在的并可以作为针对个别期望的一般性规则而发挥作用，那么，相关要求就还是维持在可以实现的边界内。只有通过这种曲线解决方式，大量相互差异的期望才有可能达成事实性的一致。真实情况就是这样：所需的一致性与期望自身有关。无论在个别事项上还是在社会互动中，都必须尽量避免那些诱发相互冲突和矛盾的期望。<sup>[101]</sup>然而，一致性控制只有凭借意义抽象的帮助才能得以执行，但只能维持在表面上。“法律冲突避免”（Widerspruchsfreiheit des Rechts; freedom from contradiction in law）这个经常被引用的格言，成为了各种逻辑手段为之奋斗的目标。但是，对于获得期望的一致性而言，这个格言既非必要的，也非可争取的，亦非充足的保障。这个格言是一个极为宝贵的初级过滤器，筛掉了大量可能相互矛盾的期望，留下了可以解决的剩余期望。

84

而且，期望脉络的意义同一化促进了期望的储存和可接近性，并起到了巩固可传递的文化观念存储器的作用。人们不必一桩一桩地建构自己的期望，也不必从特殊情境的脉络中派生这些期望。人们可以根据需要，从一个事前给定的意义秩序脉络中再生产和维持这些期望。正是在这个基础上，规范体现出某种“有效性”的特征，体现出那些我们能够“拥有”的特征。并且，作为我们可以加以选择还是拒绝的类型，法律制度能够被我们所加工。<sup>[102]</sup>

期望结构的具体程度或抽象程度，在意义同一化的一般化层次上得以决定。抽象的概括性预期与较为具体的意象混合在一起，并融合在实际的意识过程中。例如，我期望着寄给我的邮件将在某天送达；我也期望着邮递员巴斯曼在早晨 8:30 左右——不是醉醺醺地——把邮件放在信箱中，它没有被搓皱，没有掉在信箱外，没有被打湿；我还期望着能够从信箱的窗口中看到是否有邮件。较为抽象和较为具体的期望形式通常并不互相排斥，也不会被体验为事实上的相互矛盾。不过，这就引发了相对稳定的意义核心在哪个抽象层次



上被固定下来的问题——通过这个意义核心，期望脉络获得同一化，体验的持续处理得以调整。例如，这依赖于是否以及在哪条分界线上期望的认知成分和规范成分可以获得分化；在何处失望的体验变得敏感并要求解释；哪些伴随性体验由于失望而遭到怀疑或变得不确定，并服从于明确的控制；可靠性需要的期望之间的相互依赖性在何处表现出来。总之：期望脉络是如何被具体而抽象地整合起来的。

85 继续我们所举的例子：如果我期望着邮递员为我提供有序的邮件送达，醉醺醺的形象将会使我对邮件送达是否正规产生怀疑。如果报纸掉在邮箱外面，被打湿了，我就会责备邮递员，而不会归因于邮箱的糟糕设计。如果我只是期望着角色的表现，期望脉络就会随着角色呈现的细节而改变，并由此增加可接受的替代性期望；另一方面，如果我只是期望着与《邮政法》保持一致，那么，只有在法律提供了行动可能性的地方，例如，提供了诉讼可能性的地方，失望才会变得相关。

更为清楚的是，那些过于具体地整合了他们的期望而且设置了规范的人，将会经历许多失望，也会遇到许多学习上的困难。他们与现实的关系将会变得不稳定，因为，他们克服失望的能力将会被过高要求，而不能通过学习过程得到放松。他们将处于持续设置那些不切实际的规范筹划的危险中，并会过度诠释他们遭遇的失望；对于他们的环境来说，由于环境并未与其共享失望，这些失望显得不可理解。伴随这种结构性被误置的情形，他们将过着收获甚少的沉重生活。由此，我们认识到，[一旦]依附于一个特定的规范期望类型，就假定了最低程度的抽象，这种最低程度的抽象处于一种具有相应的漠视 (Indifferenz; indifferent) 程度的期望脉络中。不过，太过抽象的经验处理也有其危险性，这种经验处理助长了漠然的态度，最终使得人们不能有意义地介入到环境中。我们不了解邮递员，不会和他打招呼，不会向他致以几句友好的问候，不会送他新年小礼物。在那些“太具

体”或“太抽象”的表征后面，我们之前遇到的问题——即，关于这究竟依赖于哪一种社会系统结构的问题，在哪种抽象程度下一个期望秩序可以毫无困难地建构起来的问题，等等——都被遮蔽了。

为了追踪这些问题，我们必须区别各种抽象层次，在这些抽象层次上，要使用不同的同一化原则。行为期望可能与一个具体的人格(Person; person)相关，与一个角色(Rolle; role)相关，与一个特定的程式(Programme; programmes)(目的，规范)或特定的价值(Werte; values)相关。这些多样化的可能性给期望的期望提供了一些外在化的基点，例如，我们设想一个熟人的“品格”(Eigenschaften; qualities)，而不是设想去期望这个人的具体的、不可变更的行为和期望。这些基点不是相互排斥的，我们可以同时看到人格和角色——但具体要看哪一个具有结构上的主导性。对人格与角色而言，期望脉络的依据以及说服力的来源是不同的，就像结合与排斥的可能性、期望的数目及其确定性或者可确定性、可获得的替代性也是不同的那样。

当个人的人格的一致性(Einheit einer individuellen Person; unity of an individual person)作为期望脉络的保证而起作用时，其统一就依附于一个相对具体的、表面性的意义层次上。它的期望与那些可以作为体验和行动而被归结到具体个人的东西相关。这些期望不可能简单地被传递给其他人。如果我们希望能够准确和可靠地期望，我们就必须个别化地知道这种人格。这就假定了一种共同互动和共同生活的历史，在这种历史过程中，他人已经呈现了他自己，我们必定了解他。互动不应显得过于“非人格性”，互动必定提供自我呈现的机会，而在日常接触中，这种自我呈现绝非不证自明。<sup>[103]</sup>它的期望的可靠性一般依赖于自我呈现的义务机制和社会互动中的制裁手段。

很明显，这种人格规范同一化类型尤其对亲密团体有意义，在这种规范同一化类型下，亲密团体可以在团体特性和内在特色基础上建立规范。在亲密团体之外，这种规范同一化类型是以对无法被普遍期望的出色成就的规范化而发挥作用的。<sup>[103a]</sup>那些长期表现为超额完成

任务者、斯达汉诺夫式的工人(Stachanow-Arbeiter)\*、风趣的健谈者、顶级运动员等的人,就会因其具有的能力的个性特征而获得规范化,甚至,会以一种突出自己个性的方式,把自己变得与众不同,并因此也就对他人而言不具有约束性。那些[个性化的]才能被归结于他,如果才能没有表现出来则被看作是一桩失误。我们不可预料英雄的出现,但是,如果他们被制造出来了,就不允许他们被降低到常规状态,至少,这样做是困难的。

87 与此相反,在通过**角色**对期望脉络进行同一化的情形下,个性化特征就可能被忽视。角色是一束期望,<sup>[104]</sup>这一束期望是有限的,以便一个人可以完成;不过,角色并不附着于特定的个人,而是通过多样的、可变的角色承担者来展现。角色同一性确保了期望从一个人到另一个人的传递。因而,某种抽象成就得以达成,但是期望的风险却增加了。对人格的同一化的熟知不再作为期望脉络的保证,也就是说,它必须由其他担保者来代替。正是由于那种个人化的相互熟悉,对那些相互了解的山村居民而言,在紧急情况下会期望着邻里的帮助。这种期望并非基于角色,而是出于期望中的那些个人,作为具有多样角色的一组相同人群,他们一再碰面。但如果我们期望从一个山地向导那里得到帮助,就无须对他知道太多——这是基于角色。这里,可靠性来源于角色的制度化,来源于第三方的共同规范期望,这种共同规范期望指向角色,而不是个人。也许,还存在着一种山地向导的组织或协会,这种组织或协会为了整体的职业利益而执行某些选择和监督功能。那么,如果我们信赖其中作为山地向导的“任何人”,实际上就已经预先假定了该组织的效力。

---

\* 1935年8月31日,苏联工人斯达汉诺夫(Alexei Grigorjewitsch Stachanow)在一班工作时间内采煤102吨,超过普通采煤定额的13倍。这一榜样促成了工人和集体农庄庄员提高生产定额、进一步提高劳动生产率的群众运动的诞生。1935年11月,在克里姆林宫举行全苏斯达汉诺夫工作者第一次会议,斯大林在会上发表讲话,他的讲话对开展斯达汉诺夫运动起了重大的作用。

就像人格同一性一样，角色同一性也能导致不同的期望。这很典型地依赖于一个基本观念，即，通过提供学习性和解释性帮助而起作用并划定可期望的边界。在一些角色中，某种目的起着主导作用，而在另一些情况下，则是某种内在性质或态度起主导作用。相当一些角色主要是通过位阶关系(Rangverhältnis; rank relations)来定义，而其他角色则通过成员资格来定义。根据实际目的的差别，或者根据态度观念的内容、位阶的位置排序、成员资格系统等，每一个角色都可能被进一步具体化。这些原则可以根据需要而加以组合，例如，在山地向导的角色中，对目的和态度加以组合。在各种期望脉络之间，通过其较高的抽象程度，角色提供了具体化和分化的机会，但是，具体性与差异性远远达不到人格同一化的程度，这部分原因就在于，人们仅仅是作为社会角色分化的结果而被充分个别化的。对于使期望稳定化并克服分化与具体化带来的高风险而言，社会获得了新的机会类型，即通过漠视而实现稳定化。在人格同一化的情况下，每一个错误行为都必须被道德化地处理，并使整个期望脉络面临丧失信誉的威胁，但是，对于某个角色来说，只有极少失望会被看成是与越轨有关，其余大多数失望都被忽略了，因为这些失望要么被归结给其他角色，要么被归结给个人。山地向导是否酗酒可能是很要紧的事，但是，很明显，他是否按时上教堂、欠债或者拒绝竞选社区政务委员等事情就不那么要紧了。

如果我们不再把期望脉络奠基在角色扮演者的统一性上(即使角色扮演者是可以替换的，或者，没有实现人格同一化)，而只是奠基于一条通过语言固定的、得到了制度化保证的决定规则上，那么，它就

88

可以达到更高更强、更为可变的抽象程度。因而，这里就可能存在着对于某个人或某个角色而言有效的许多决定规则，以及，存在着对于许多个人和许多角色而言可能有效的某个决定规则。期望相互作用的抽象程度，实施行动的数量及其替代选择的数量就变得几乎任意可变了。我们可能会采取这样的办法：如在铁道附近设置栅栏，或者，

就铁路网制定一份最优的时刻表并给以其年度性调整。个人或角色无需丧失同一性，规则就可以被变更。换句话说，规则有效性不受个人死亡或角色缺位的事实所影响。

如果这些规则的使用条件得以具体化，我们将把这些规则称为程式 (Programme; programmes)。一旦对相关情形更为了解，当行动和行动后果在规则的辅助下变得可期望时，情况就是如此。程式因此就具有为决定和期望提供帮助的双重功能。这可以通过目的程式 (Zweckprogramme; purposeful programmes) 或条件程式 (Konditionalprogramme; conditional programmes) 来实现：目的程式决定了某些可期望性行动的后果和副作用；条件程式制定了某些以“如果/那么”图式作为行为触发器的情形。我们将在下面详细阐述这些程式类型的差异。眼下，先确认两种程式的共同特点：可以通过这类规则把规则的制度承认转化为行动承认。根据程式采取的行动就是**正确的**行动。

如果期望脉络纯粹在一般化的抽象水平上被同一化，即，如果纯粹通过价值来同一化的话，这种行动正当化就不能实现。价值涉及行动的偏好问题。不过，对于哪些行动优先于其他行动的问题，价值无法加以具体化，因而对于期望的形成和整合只能给出一些非常不确定的起点。与程式领域不同的是，价值领域涉及哪些行动应该被许可，具有非常不确定的复杂性和较高的共识可能，因而难以变化，并充满了实践矛盾——这些正是价值在功能上不同于程式的表现。例如，当人们在支持卫生的价值时，确实可以一面倡导某种主流价值，一面却又不会可笑地遵照执行。我们只是以粗略的方式限缩了从这个视角可以看到的事件和行动的范围，至于采取什么行动来提高卫生水平的问题则仍然悬而未决。当发生价值冲突时，是否值得把卫生放在高于经济、文化、自由和人格尊严等其他价值之上，这个问题也是悬而未决的。与程式相比，价值形式太过抽象，以至于不同价值之间的关系不可能永久固定下来。只有价值观点自身，而不是各种价值之间的关系，在一个抽象和普遍有效的水平上获得了制度化。在此不存在“价值体系”

(Wertsysteme; value systems)和“价值位阶”(Werthierarchien; value hierarchies)。相应地,价值自身也不能正当化任何行动,也不能在每个程式中得到无条件地重视。某些价值的重要性通常依赖于其他价值的共同影响,并依赖于其他价值的实现情况。正是因为如此,对于决策而言,为了使正确的行动变得可期望和可实现,就需要建构具体的程式。

人格、角色、程式和价值通常代表了一般化的不同层次,这些一般化的不同层次的行为期望与一个在外部世界中固定下来的实际同一化原则联系在一起。我们可以承认这一事实:为了提供更为结构化的期望和行为的可能性,为了使这些可能性获得正当化,越复杂的社会就需要增加越抽象的期望前提。不过,如果假定一般的发展是从人格导向角色定位,或者是假定从程式化的标准向价值导向性(例如,意识形态)标准的一般发展,那都是过于简单和明显错误的。反而应该是这样,随着社会复杂性的不断增加,一般化的所有层次都得到了**强化**,都必须走向进一步分化。因此,法社会学必须回答以下问题:在这种分化趋势下,法律必须完成哪种功能,以及,在作为[社会]分化之结果的法律中,产生了哪些问题。

进而,各种意义层次都必须被看成一个整体,并相互关联。这些意义层次相互假定了各自的存在。例如,在设计和评价程式时,就必须假定价值的制度化。不过,反过来也是如此。只有当程式对各种价值的实现给予中介,并且,这些程式确保了在个案中被忽略的某些价值在其他程式中可被激活时,价值制度化才成为可能。很明显,角色就预设了扮演角色的个人。以一种社会系统的连续性要求的形式,而且,不能把这种形式完全附着于某些个人的人格,角色才建立了可期望性。角色把对他人的期望负有人格责任的人解放出来。不过,另一方面,角色也假定了,我们可以学会期望具体的上级、医生、教师等是如何构想角色并如何扮演角色的。由此,我们就知道,在这种人格向角色的变化中,我们必须改变一些期望,但并不改变所有期望,也因此涉及作出这种改变的决定时就拥有了参照点。

在此情形下，于各种意义层次之间的分化并没有导致各意义层次的相互阻隔，而且，也不意味着我们必须把实际体验的期望锁定在这个或那个层次上。分化的功能在于建立了**相对独立的可变性**。

就各种意义层次把自身区分得更为清晰的程度而言，在各种意义脉络下依次运用各种期望同一化原则并各自独立地改变这些原则就变得可能了。我们可以攻击和改变价值。例如，我们可以贬低或削弱民族性的价值或教育的价值，而不用触及角色结构或人格同一性。正是这些还会被坚持的同一性给予期望以充分可靠性，因而，在适应社会发展上，当对价值进行再评价时，同一性就发挥了顶梁柱的作用。另一方面，在价值恒定的名义下，为了与不断变迁的现实保持一致，我们同样可以对程式和角色进行再结构化。中世纪早期有一个论点：为了实现永恒(Überzeitlicher; supra-temporal)理念，**世俗时间**(diversitas temporum)现在需要其他方式。人们可以改变他们的角色，并赋予他人角色，但无须承受难以负担的不断再学习的压力，也无须遭受周期性不确定性的震荡。

所有意义层次都会被牵扯到期望的形成中。如果没有价值偏好或对于正确行动的程式，甚至简单社会也不能存在。然而，简单社会把各种意义层次混合在一起，以至于每一个意义层次的变化都会威胁到整个结构，并因此遭到强烈的抵制。简单社会的价值一旦发生变化，如涉及宗教、亲属系统、祖先或神法的价值发生变化，在角色层次上或在人格的自明性上就会缺乏替代选择项。具体行动的程式、规范和目的是如此紧密地与人格交织在一起，以至于把犯罪人从犯罪行为中区分出来，以及根据决定程式在惩罚与犯罪行为的结果之间进行配刑的计算，都变得十分困难。不法行为使行为人遭到贬损，也使整个期望结构遭到冲击。<sup>[105]</sup>中世纪晚期，要在法律义务的约束力与立法者的(持续性)角色之间建立联系仍显得困难重重，法律约束力仍然来源于对每个统治者的人身性义务，正是因为统治者这个人，才衍生了遵守法律的义务。<sup>[106]</sup>另一方面，在这种意义层次的混合中——这会使得这些意义层次保持稳定——纯粹个性化的人格和现代意义上的“良

知”也没有发展出来<sup>[107]</sup>，更不要说实现制度化了。规范性结构体现为具体的人格化，与我们今天的社会相比，还缺乏个性化。

古代社会中相对简单的结构在一种简单的道德概念中得到反映。对于古代社会，一个简单的二元结构就足够了，甚至对于逐渐融入现代社会中的古老文明也是如此。古代社会使得事实上的行动与天赋的、正确的行动对立起来：一方面是携带缺点和毛病的具体个人，另一方面是我们应当据以行动的真与善的规范。这个简单的对立以道德信念的形式保证了期望的高度可靠性。规范期望可以奠基在恒定的、正确的以及得到社会支持的确定性上。可以仅仅把失望归结到犯错误或邪恶的行动者身上。对规范性领域的功能分化的需要还没有出现，并仍然是不可理解的。<sup>[108]</sup>在这种思想图式下，对于越轨行为的社会性或功能性解释是不可能的。法律必然奠基于道德之上。

不过，如果社会复杂性作为不断增加的功能分化的结果以及作为不断增加的经验处理前提之抽象性的结果而出现，那么这个简单图式就难以提供充分的解释理由了。现在，把行为看作面对规范的惟一变量已经不再充分，正是规范自身发现自己处于变迁的压力之中。而且，在面临更多的、现在必须认可的行为可能性时，期望的可靠性主要不再是通过具体的、有说服力的善恶对比观念来加以保证。社会发展促使了各种意义形式层次更为深入的分化，这些意义层次在整体上使得期望结构更加复杂和灵活。通过人格、角色、程式和价值的分化——其中每一个都是作为期望脉络建构的不同层次而存在——二元性必须被四元图式所替代，这是现代社会的一个进化成就。至今，这个进化成就的制度化还存在着诸多尚待解决的问题。

事实上，我们对角色和人格之间的分化已经相当熟悉了。首先，现代社会生活类型的陌生性、非人格性和匿名性已经广为人知，以至于社会学以角色概念来概括这些特征。<sup>[109]</sup>但另一方面，价值和程式之间的分化至今还没有引起类似的关注。<sup>[110]</sup>关于价值理论的概念基础问题，答案显得五花八门，充满争议。对此，一些主流的看法认为，



就社会学而言，与程式的制度化相比，通过价值的制度化，我们是在背离而不是迈向了功能的特定化。因而，从更为开阔的范围来看，哪些机制把四个期望脉络同一化层次分离并提供了稳定边界，以及，在此脉络下，可以赋予法律以何种程度的重要性意义，对这些问题，尚缺乏作出有力判断的基础性研究。

93 社会结构形式的核心似乎转向了处于角色和程式之间的那些层次，这些中间层次是依据现代工业社会的发展呈现的状态而被判定的。只有在这里，社会复杂性在结构期望上才能获得充分再生产。对此，人格的识别会被看作过于具体，而价值又显得过于抽象。社会可获得的复杂性被确定在这些中间层次。从大量相互差异的角色来看，个人被个性化和流动化，即可以根据具体偏好和资格而转换。从程式来看，价值变得意识形态化，即，可以加以再评价。

这种意义中间层次的优先地位，并不意味着程式和角色就是被固定设置的，也不意味着，它们作为结构维持者就必须比价值和人格更为重要；它意味的只不过是需要的选择成就从这里得到指引。程式和角色具有动态性（优先地位并不意味着永恒不变的观念），但是，它们创造了通过自身复杂性改变自身的前提。规范和角色导向的社会结构变迁不再从“至上而下”的价值领域获得动力和原则——中世纪对于立法的理解和争论就认为，由于人性的原罪和世俗时间[的有限性]，使人法接近神法或自然法总是必需的。规范和角色取向结构的动态性不能直接从诸多个人的利益和需要中派生出来——诸多个人的利益和需要相互抵消，而且，为了导入变迁过程，它必须与政治角色融合。反而是，通过由其同一化的行为期望的高度复杂性、开放性、相互依赖性和相互冲突，等等，角色和程式持续引发对变迁的需要。角色和程式之间的相互依赖性越大，社会就变得越具有动态性，而且，努力发现时间性的、免于失望的、社会性的、制度化的行为期望稳定化的新解决办法，也就变得更加重要。

我们可以假设，随着这种核心点的建立，比起过去的社会来，法

律机制也更多转向了角色和程式层次。在法律决定过程的具体角色和程式上，法律找到了自己的重心。为了实现历史发展过程中各个期望层次之间更为严格的分离，围绕自身决定程式运转的法律角色的分化，可能是其前提条件之一。不过，这绝不意味着个人和价值对于法律而言已失去了意义，而是意味着期望脉络的同一化和可变性不再捆绑在人格的统一性上，或者不再捆绑在价值的正当化上。分化并不意味着孤立，而只是意味着相对恒定和独立的可变性。

## 2.6 作为一致性一般化的法律

94

关于法社会学理论的初步反思到此结束。这些反思探索了一个非常复杂的问题和机制的领域，在这个领域中，法律现在必须定位于特定的功能和效果。很明显，不是所有规范、制度和同一化原则都具有法律性质。对于法律而言，必须给出更为狭窄的标准，通过指涉我们已经讨论过的互动领域，我们应该对法律给以功能性和选择性定义。

为了有助于理解，我们将再次以预设的形式概括至此获得的结论：高度复杂和偶在的世界中的社会行为需要可以促进相互行为期望的化简能力，并由那些期望的期望所引导。这些期望结构可以作为**时间维度**中屏蔽失望的机制而获得稳定化。随着社会复杂性的增加，这就假定了认知性(准备学习)期望和规范性期望之间的分化，以及，假定了失望可以获得缓解的成功机制。这些期望结构可以在**社会维度**中获得制度化，即，得到被期望的第三方共识的支持。随着不断增加的社会复杂性，这就假定了对共识假设更为强大的虚构能力，而且，假定了特定角色制度化的制度化。这些期望结构可以通过**事实维度**中的同一的意义而进行外在固定，并被使用于相互确认和相互限制的语境中。这假定了随着社会复杂性的增加而在不同抽象层次之间的分化。为了对这三个维度的前提获得全面认识，在下文中，我们将涉及行为

**期望的一般化** (Generalisierung von Verhaltenserwartungen; the generalization of behavioural expectations), 并将分别讨论时间性、社会性和事实性的一般化。

由于三个维度之间那些引人注目的相互对应的问题性, 所以把三个维度容纳在一个概念中具有正当性。三个维度的共通性在于: 一般化在非连续性之间架起了桥梁, 并消除了各个维度类型蕴含的危险。因而, 规范给予一个期望以持久性, 而无须考虑规范时时面临着失望的事实。一般性共识通过制度化得到了假定, 而无须考虑某些个人不赞同的事实。意义和语境的统一性通过同一而得到保证, 而无须考虑各种期望之间的事实性差异。因此, 一般化使期望获得了针对其他可能性而言的象征性免疫力; 由于一般化促进了**无害的漠视**, 一般化功能就支持了化简过程。[111]

95 这一概念上的统一性及其性能上的相应性质并不能掩盖这一事实: 一般化对三个维度设置了不一致的条件。我们在前面已经分析过的时间性、社会性和事实性一般化机制, 是相互异质的类型。因而, 我们不能假定三个维度在一开始就相互平行地起作用; 也不能假定, 三个维度通过一种使某些相同期望持续获得一般化的自然性真理的存在而得以设置。在这种似乎与自然法观念相一致的情形下, 不可能存在法律的发展。这种假设与进化的事实相矛盾。在现实中, 就那些机制起作用的方式而言, [三个维度之间] 采用的手段存在着相当程度的差异。这些手段可以使变化多端和相互异质的期望获得一般化。这些手段之间也可能相互阻碍、相互干扰。这些抵牾在每个社会中引发了结构性问题, 并且, **法律在处理这种问题上发挥着社会功能**。

尤其在古代, 在时间性—规范性 (zeitlich-normativer; temporal-normative) 一般化和制度化的相互关系上, 各个社会之间存在显著差异。某个社会的法律确定性和法律实施是否以及在多大程度上获得了制度化 (或者被制度化地废除)——对于这个问题, 我们可以从不同社会获得不同答案。既存在着一些法律意识强、热爱荣誉、喜好争论的

人们，也存在着把和平共处及顺从作为最高美德的人们。一位人种志学家评论说：“一些人好讼，一些人厌讼。”——但是他没有对这种明显的差异作出解释。<sup>[112]</sup>在更为复杂的社会中，这种差异似乎被模糊了，或者被用个人气质来解释。与古代社会不同的是，时间一般化和一般化的差异现在呈现为另一种内在社会形式：现在，在每个社会中，相对于可制度化的期望而言，还有更多的无法制度化的规范性期望。我们讨论过一种规范过度生产的情形。这不只呈现为个人即兴、自由地创建的规范，一些虽然不能被制度化，但却被普遍持有和强烈感知的规范性期望也总是存在着。例如，处于互动中的每个人，期望着他的伙伴们能够一直维持在互动期间产生的对于某个互动参与者的看法，即便本人不在场的时候，伙伴们也是如此评价；换句话说，即使缺席也不会遭到诋毁。这种规范具有核心意义，因为每个人都是在他人眼中建构自己，而且，还因为期望的持续可期望性依赖于这些期望可以被维持这个事实。然而，这种规范只能被期望，却不能被制度化。每个人在参与到涉及第三方的谈话时，如果这些第三方不在场，他就会忽略掉他们，每个人都知道这种情况也会发生在自己身上——就连仁慈的上帝也不会彻底戳穿这种把戏。规范化和制度化之间的差异不能被消解，但是，我们可以把这种差异降低到这种程度：容许人们围绕一个虚构的同一性行进。因此，只有当缺席的人似乎也身在现场，上面那种对第三方不利的种种情形才能避免，<sup>[113]</sup>以制度化代替规范就是为了避免这类情景出现。从这个例子中，我们可以看到，在单个情景下缺乏一致性并不是不可解决的问题，虽然这的确是一个问题。

96

除此之外，针对我们所提的问题，在被正式宣称为法律规范的那些规范领域中，也存在着一些例证。这些规范甚至也常常不能被制度化——无论是因为法官不认可它们，还是因为对规范期望的坚持在日常生活中遭到了拒绝。<sup>[114]</sup>如果我们没有严格遵守某些规则，我们可能使自己显得可笑，或者，至少背离了第三方未曾言明的期望。例

如，如果道路施工正在进行，我们在机动车道上还以每小时 60 公里的常规速度行驶的话。但是，情况也可能是这样，我们中规中矩，却搞得好像自己有错。[不知情的]戴绿帽子的丈夫就是一个例子。另外，我们可以发现，在失望时对于规范化和规范表达的许多紧凑有效的反应，比如肉搏战，也不能够得到制度性支持。

97 如果我们从制度化过程的特殊性着手，还会有其他的不一致性从对立的视角上冒出来。这些不一致性不仅与规范期望有关，而且与认知期望有关。这些不一致性并没有随着两种期望类型的分化而定型。它们也涉及那些不适用于规范性规则的期望，比如在谈话时对合理的身体距离的期望；这些不一致性是否以及在多大程度上有助于摆脱失望，常常也是不清楚的。这就是古代社会的特征。就古代社会而言，我们遇到了呆板的制度化的期望秩序，这些期望制度化的秩序在面对失望如何反应的问题上会显得无章可循。这可能是因为制度化的原始机制占据了主导地位，以及屏蔽失望的规范化机制尚未充分发展的缘故。

事实性、时间性和社会性一般化之间的关系也是如此。意义的可同一化前提和事实性的漠视前提与规范性稳定化和制度化的前提之间的相互吻合绝非偶然。我们应该特别注意到，实际上可能有一种把价值和程式保持在可欲的简单形式的兴趣。即，一方面，使它们在事实性层次上实现同一化，但另一方面，却并不把它们纳入到一个可能会受到落空期望影响的固定的规范范围内。<sup>[115]</sup>由此，就会存在这样的可能，例如，表达公开的愿望，强化实现这些愿望（甚至是将其制度化）的自由，对高福利给予关注，将福利评估（如监督）作为分配基础——但并不对这些意见启动法律主张和惩罚的机制。

除此之外，诸多同一化原则都会在相当灵活的程度上与规范化和制度化相适应。例如，抽象的概念化价值也许获得了很好的制度化，但并不完全排除事实性维度，以便容纳重要规范的形成和事实性的行为指引。为了共识的达成以及随情境变化的主导性规范的持久延续，

我们常常无须过于精确地表达某种意义原则，因而要忍受事实性调节价值的一些实质损失。相反地，提高精确性的努力会危及共识的基础和主张的规范化程度。把各种期望结合在一起的事实性能力不只是带来共识，因为，这种能力总是与那些可能遭遇反对力量的选择性成就捆绑在一起。<sup>[116]</sup>

与价值的制度化相比，人格的制度化难以实现。行为期望的人格整合很难上升为一个制度。这种情况也存在于初级形式中——比如，在一些印第安部落里，酋长的角色仍然未受规则调整，而是呈现为把自己塑造为一个人格领袖，并在某段时间内找到跟随者。但是同时，酋长的例子也表明，这种方式几乎没有为社会安定性贡献什么成就。把简单个人上升为榜样的制度化个人——传统意义上的英雄或者恶棍，对于扩展这种结合的边界来说，是一个有趣的尝试。然而，这种瞄向非同寻常性上的过度的拔高也表明，个人榜样的导向并不能成为日常生活中意义重大的调节器。行为期望的社会性一般化与事实性一般化的一致性不能被简单地看成是理所当然的，也不能以任意方式实现。而是，我们将发现或多或少的问题性和依赖时间的解决方式。

98

在时间性维度和事实性维度的关系上，我们必须尤其注意到，规范化旨趣试图确立违反规范及制裁之间的联系，这个联系在开始可能显得完全没有逻辑性：诽谤与罚金事实上有什么共同之处？或者，谋杀与徒刑有什么共同之处？在其他事情中，使那种联系制度化的困难就在于这样一个事实：这样做事实上没有说服力。“以眼还眼、以牙还牙”的相互性原则，确实是最容易解决这类问题的方式。在社会发展过程中，从压制性制裁向恢复性制裁的转换<sup>[117]</sup>——就像涂尔干声称的那样，对于缓解失望来说，必须被看成是在寻找事实上更为有效的起点。

这些例子详细说明了一般化机制天然的不一致，但也进一步显示，我们确实可以发现其中有意义的相互关联的可能性，并发展为成功的进化构造。原则上，那些结合的可能性不只是依赖于一个，而是依赖

于许多个功能等价问题的解决。在时间维度上，解释失望和缓解失望，存在着一整套可能性；制度化过程拥有大量的备选方案——具体取决于哪些期望被谁期望着；而且事实性意义的形成也可以根据要求在内容与抽象程度上加以调节，而不必受到一个严格的世界的**本在**(*Sosein*)逻辑的限制。从一开始，就需要明白，可能性的充分可获得性就与伴随着结构期望的风险因素有关。为了对付风险，行动和体验过程的可变形式是可以获得的，这个事实使得风险因素降低了。不过，由此意味着的选择可能性并非可以任意执行。从一开始，这种选择可能性就由于某些兼容性需求而被限制在一个狭窄范围。单个维度的机制对于另一个相关维度的机制只是选择性地发挥作用。这些机制各自限制了其他机制的真正可能性。它们之间的必要协调创建了一套结构变动边界，这些边界确保了单个机制与其他机制的兼容性。<sup>[118]</sup>这种兼容性并没有排除越轨的期望和行动，甚至也没有排除越轨的规范筹划、越轨的制度和越轨的期望脉络同一化。但是，兼容性建构了一个更为狭窄的行为期望选择，这些行为期望在时间性、社会性和事实性维度上被一般化了，并因而享有突出的声誉和安定性。我们将把**一致性一般化的规范性行为期望**(*kongruent generalisierten normativen Verhaltenserwartungen*; *congruently generalized normative behavioral expectations*)归入社会系统的**法律**之中。法律获得了选择一致性，并因而形成了一个社会系统的结构。

如果这样定义法律，就是从功能性和选择性角度来理解法律的，<sup>[119]</sup>而不是根据与“应然”固有的本质的某种相似性来定义法律，也不是从“国家制裁”这样的特定事实性机制来理解法律。虽然不能完全排除和无视法律具有的应当和制裁的特征，但是，也不能把这些特征理解为法律的本质。无论如何，法律首先不是一种强制命令，而是促进期望。这种促进功能依赖于一致性一般化期望渠道的可支配性，也就是说是对其他可能性而言的高度无害的漠视，这种漠视大大降低了反事实性期望的风险。法律上建构的强制情境就是用于期望选择的，其在一些数量不多但是重要的个案中激发针对某些行为的强

制。从一开始，那种蕴含于法律之中的可靠性需要就与人们的期望可靠性有关，尤其与期望的期望的可靠性有关，其次，才与通过期望的行为实现的那些期望的可靠性有关。只有在社会诸系统的法律保证了期望一致性后，特定维度一般化的高级形式以及在期望的期望的反身性层次上达成的一致性才能得到发展。就此而言，法律是社会进化的必要基础之一。

因此，法律的功能就在于其选择性成就，就在于三个维度对可以被一般化的行为期望进行选择，这种选择依赖于某些时间性、社会性和事实性一般化机制的相互兼容。对既具有适宜性又具有兼容性的一般化形式的选择是法律进化的变量。从这种选择一般化形式的变化中，我们可以看到，在历史发展过程中，法律是如何对社会系统中的变迁作出反应的。

在由规范期望的时间一致性担保的处理失望的众多可能策略中，其中某些策略在发展过程中由于不再能够制度化而遭淘汰，例如，漠视、幸灾乐祸、单方吃亏、向第三方报怨、揭短，等等。<sup>[120]</sup>在更加发达的社会中，只有通过制裁或兑现期望这些克服失望的补充性规范，某个规范的正当性才能得到证明。<sup>[121]</sup>因为，正是通过兑现期望的意图和努力，假定的任何第三方共识才能得到具有说服力的展示。因此，规范的有效性就成为对制裁的充分辩护。制裁除了具有易于维持、可重复使用、在遭遇失败时可得到强化等优势外，在克服失望上，还提供了与前面那些被淘汰的策略不同的规范形式。制裁的不利之处则在于，建立制裁实际上排除了向其他克服失望的策略转换的可能性。制裁可能会以最好的方式体现了在反事实性稳定化上的纯时间取向。而且，制裁也提供了事实性调节和制度化的最佳起点。<sup>[122]</sup>在高度分化的社会中，我们已经无法以幸灾乐祸（例如，期盼着超自然力量的制裁）、同情或揭短等方式与第三方保持意见一致。因而，针对犯罪的制裁变成了维护规范优先考虑的制度和表达性手段。一致性一般化的取向对于时间维度而言就意味着运用制裁来克服失望的偏好



(也只有在此意义上才有理由——但也并非完全妥帖——将法律界定为实施制裁的准备)。

即便社会维度也不能把其全部的制度化可能性都纳入法律形式中；即便这个维度也服从于一致性视角的选择。只有在极为简单情境下的在场者意见，才能使时间性取向和事实性取向通过意义的持续陈述得以表达。在分化社会中，在场者不再是所有人的代表，他们也不再能够把那些在任何特定的时间上从事实性层次看来所谓正确的东西与复杂的意义结构分离开。只有通过特殊程序的分出——在这种程序中，经过制度化并具有集体约束力的决定被制定出来——具有制度约束力的表达才能够满足免于失望的、并在意义上分化的期望形成的需要。从一开始，制度化就必须与制度化程序关联起来，并且借此与规范自身关联起来。由此，负担了展示性、政治性和组织性等明确后果问题的特定制度化模式必须被选择出来。

102 在事实性维度中，我们发现了在社会发展过程中作为同一化期望脉络原则的人格、角色、程式和价值之间不断发生的分化。然而，并不是所有这些原则都能被放进法律形式中。再次，对于一致性一般化的需要也导致了选择。从制度化的视角来看，人格被排除了，即人格被构想为纯个人的期望综合，因为我们不再能够假定，高度人格化的期望综合对于每个人来说都是可接受的。从偏好的视角来看，被提炼出来的价值容易被制度化，但是却难于转换成规范，这一看法与主流观点不同。因为，在建构程式的时候，价值就持续地被放弃和搁置，而且，价值也不能给期望提供一个免于失望的基础。因而，法律就优先在角色和程式层次上建构自身。因为，正是在这里，最高复杂性以及最令人信服的期望一致性成为了现实。在法律发展过程中，这一趋势获得了支持和限制，正是由于制裁(作为克服失望的模式)和程序(制度化的模式)的选择在其他维度中也在发挥着作用这一事实。纯粹的价值和纯粹的人格，都无法以一种适宜的程序方式，通过跨越时间的制裁起到维持期望一致性规则的作用。面临这些前提，角色也显得

过于具体和丰富。不是我们对父亲、理发师、客人等的所有期望，甚至也不是我们对法官的所有期望，能够成为决定那些可制裁的期望的程序的对象。由于这些要求，法律就被化简为一个决定程式结构。

下表对以上分析结果进行了概括。竖列显示的是在某一个维度上的一般化可能性；横列显示的是与其他维度中的一般化可能性进行选择兼容的相关内容。符合一致性要求的机制被加上了下划线。

一般化的诸可能性

	时间性	社会性	事实性
时间性		<u>旁观者 程序</u>	<u>价值 程式 角色 人格</u>
社会性	漠视 容忍 报怨 制裁		<u>价值 程式 角色 人格</u>
事实性	漠视 容忍 报怨 制裁	<u>旁观者 程序</u>	

在制裁—程序—程式的并置中，可以得出结论，我们会遇到通常对法律进行的特征界定。通过联系于法律形成的基本过程，我们可以揭示，这些特征无须通过对法律概念进行简单地名词性定义来引入，而是可以通过社会学推导来完成。如果我们强调这些概念元素，这并非基于纯粹的约定，而是基于事实。另一方面，很清楚的是，带有这些特征的法律是一个进化成就，就特殊的法律期望这种方式的分出而言，这个进化成就的出现依赖于社会结构。从一致性一般化的功能看来，在每个社会中都存在着法律，但是，法律的结构分出程度在社会发展过程中不断变化。正是社会复杂性增加的程度以及随之而来的对

一致性一般化规范性行为期望的要求，使得法律的结构分出走向深入。仅仅是从命令和禁止的视角出发，或者从自然欲望的抑制或外部强制的视角出发，都不能使法律得到充分理解；以此方式就无法理解在获取法律形式和取向诱导上的自由这一宽广领域。法律主要有助于促进复杂的、高度条件化的行动，而且，只有当那些行动的偶在性前提获得了一致性一般化，法律才能发展起来。

在第三章中，我们将进一步详述在社会发展的不同阶段解决一致性问题的可能方式。在这里，我们关心的是法律的功能是如何通过选择上的兼容性结构来实现的。从功能及其进化的、可变的和结构性特征的视角来看，我们可以进一步检验是否以及在多大程度上，在社会发展的各个阶段，法律可以被其他功能等价性成就所替代——例如，被语言、真理或逻辑所替代。功能性定义必须被给以相对宽泛的表达（就像其通常所做的那样），当涉及社会中某些实现功能的具体的结构和过程时，它仍然具有不确定性。因此，澄清法律概念的边界就显得尤为重要了。法律概念与行为期望有关，而不纯粹是和谐性的审美问题，虽然和谐也非常重要。法律概念与他人行为的期望有关，如此，就不纯粹是某人自己在行为、目的或经济上的理性问题，当然，行为理性、目的理性和经济理性也可以被一致性一般化，<sup>[123]</sup>虽然是以不同的方式进行。最后，法律概念或多或少与分出的规范性期望有关，而不是与那些通过科学真理和方法来调整的认知性知识有关。这些划界已经包含了这一发现，即，甚至在简单社会中，习惯领域和法律领域也绝不重叠，虽然精确的划界只能在具体的经验性层次上获得——生产和装饰陶罐的方式与手段几乎不会揭示出法律特征；对于法律来说，更为贴切的例子是，以某种方式磨尖牙齿的期望，以某种方式分享战利品的期望，或者，以特定方式掩埋死者的期望，等等。

我们在法律、语言和语言附属物（例如，拼写规则）之间划定清晰的界线就更为困难了。<sup>[124]</sup>虽然从直觉上看这一点是很清楚的：法律不同于语言，但是，也要进行一点反思才可以发现其中的关键差异。

存在着一些关于正确的拼写和写作的规范性的、一致性一般化的行为期望。然而，这些期望的功能只是建构了一个交换视角和促成一致性的可能性领域。这些可能性既非针对他人行为的可期望性，也非针对他人期望的可期望性——获得的不过是他人的纯粹语言表达的可能性。这仅仅与通过语言来调整的如何言说有关，而与言说什么则不相关。语言使教唆杀人成为可能，而法律则不许可这样的行为。选择自由通过语言建立起来，但是，正是法律调整了实施这些自由的范围。正是通过语言，世界被作为一个复杂和偶在的选择区域建构起来，根据这个选择区域，对他人期望的期望就变成了一个问题。因而，法律对语言的依赖具有双重性。法律与通过语言沟通与建构起来的其他可能性世界相关联，而且，为了在这些可能性中进行选择，法律利用了语言。<sup>[125]</sup>不过，语言自身却不能成为这种选择机制。由于语言有意义地展示了这个世界的复杂性和偶在性，所以，语言就不可能再成为指引和(社会性地)解释这个世界的可能性领域中的体验和行动的准则。否则，语言就会摧毁语言试图通过化简所代表和维持的东西。比起单独的语言来，正是语言和多姿多彩的选择机制(尤其是真理和法律)之间差异的稳定化，才进一步把人类从动物中区分出来。

105

以上思考揭示，我们仍然没有把握住能够深刻定义法律的那种特征，即，把法律视为社会系统的结构而起作用。对这种功能而言，法律需要化简的技术，这种化简技术远远不止是正确言说的规则。凭借语言的帮助，正确言说规则把允许言说、思考、行动的内容从那些所言、所想、所做的领域中选择出来。与此相比，期望的一致性在法律中则被用于一种更为狭窄的选择，这种选择并不是把语言生产的东西删除掉，而是把那些东西作为可能性抓取出来，并使其服从于另外的化简。规范结构的秩序成就具有的特殊矛盾性就体现在此处。我们将在下一节中回到这个问题上来，即，规范结构既赋予遵循秩序的行为以意义，也赋予越轨行为以意义。

现在，我们把法律定义为一个社会系统的结构，这个结构依赖于

规范行为期望的一致性一般化。就全包围的社会系统(umfassenden Sozialsystem; all-embracing social system),即“社会”而言,我们将在下一章对法律的这个定义给出必要的限制。不过,就这个法律概念的进化而言,我们必须增加一些评论。

实际上,概念阐释不会影响到这样一个看法,即,法律的形成是一个进化成就,以及法律就是在这种漫长的历史发展过程中分出了其概念。我们并非在重复一个流行话题,即认为,在人类历史中——甚至在当前的跨文化比较中——就已经存在着一些没有法律的社会(即没有国家强制性机器的社会);<sup>[126]</sup>而是,我们关于法律的功能性概念使这一点变得清楚了:在每个意义建构的社会中,法律完成了某种必要功能,因此总是存在着。法律的发展不是被理解为从前法律社会向法律社会过渡的过程,而是法律逐渐分出和功能独立的过程。在这一发展过程中,法律逐渐担当了为法律决定和法律制裁创造特殊角色的重要功能。但是,这一功能并非法律诞生的标志,这只是法律分出过程中的一个重要环节,是法律从语言、真理、艺术和理性实践中清晰分离出来的环节。只有这样看,法律的这种功能才能得到正确理解。

在我们的法律概念中,包含了连续的、可变的元素。我们把人类社会中每个必须以某种方式完成的一致性一般化功能理解为是连续的。相应于法律概念,法律机制的功能分出程度,以及其他结构和过程形成的程度,在进化层次上也是可变的。进化的动力来自于不断增加的社会复杂性,这种复杂性使各个一般化维度之间的差异变得更加明显,因而就要求法律在一致性一般化取向上取得更多成效,即,更具有选择性,具有更高的功能专门化程度。我们在社会复杂性的条件中,在特定的法律角色和法律程序的分出机制中,在法律的期望结构不断获得独立的过程中可以找到法律进化的线索。这种独立性使得法律结构从与语言、世界整体解释、真理、理性实践的相互交织中,以及与其他规范领域尤其是道德的相互交织中,分离了出来,获得了越来越多的自由。这个从法律形成的基础机制的复杂性分析中提炼出来

的理论框架，将指导我们关于第三章和第四章的讨论。在这两章中，我们将研究社会发展过程中法律如何作为社会结构而发挥作用，以及，当代实证法对应的社会条件。

## 2.7 法律和物理暴力

各个维度的要求会相互形成选择上的限制，并因此大大限制了法律之可能的范围。这一见解如要获得巩固，我们还必须指向法律（与其他的规范投射相区别）奠基其上的那些缓解失望的各种形式。我们已经看到，行为期望的混合类型——并非奠基于学习过程或不学习过程——可以采取许多“规范化”方式对干扰作出反应。甚至，拥有纯粹规范期望的个人也可以有全套的手段来缓解失望。当然，不是所有这些可能性都可以获得一致性一般化，即，可以作为规范、制度建立起来，并在事实性脉络中得到认同。由于目标是达成一致性，我们就必须作出选择，并倾向于选择那些获得了行为期望的时间性、社会性和事实性一般化支持的缓解失望方式。在处置违法行为时，这一要求使得**物理暴力**（*physische Gewalt*；*physical violence*）具有了优势。

107

通常，我们是通过物理暴力的手段来定义法律的，或者，更明确地说，法律是指，当有人违反规范时即以社会认可的正当方式使用物理暴力。<sup>[127]</sup>这个视角不只是综合了被权威认可的暴力运用和由国家机关执行的暴力运用，而且包括了被正当化的私力救济这种更为基本的情形。这个定义有助于区别法律和其他规范。然而，在回答由这个定义所引起的所有问题上，它就显得不够清晰了。因此，我们倾向于通过功能，即一致性一般化，来定义法律；通过审视这个功能，我们可以回答这个问题：为什么以及在多大程度上需要假定物理暴力的优先性。

需要对一致性一般化进行整合，即让规范化、制度化和意义脉络围绕一些相同的期望被创造出来。因而，对于维持期望的法律而言，

失望不仅提出了一个(纯粹时间性)的问题,除此之外,也提出了一个在各种一般化机制之间形成融贯性的问题。这不只是期望的可期望性问题,也是通过共识和意义确保这些期望的可期望性具有可靠性的问题,而且这种可靠性必须满足那些由失望所导致的更为苛刻的要求。法律由此才不会走向崩溃,因为它显示出某个期望更具生命力、更恰当、更具有共识性。如果期望的法律性质没有丧失,冲突情形就不会让这个问题悬而未决:在形形色色的期望中,哪一个会得到制度化第三方共识的支持。这样,缓解失望的模式就会进入我们的视野,这种模式至少为遵守共识假设——如果说不是共识本身的话——赋予了明确的后果。这就是物理暴力承担的任务。

为了弄清事情为何如此,我们必须先排除掉两个根深蒂固的错误解释。

108 这里,物理暴力吸引我们的不是像身体运动、身体伤害、机体损伤或致死等那样的物理效果。令我们感兴趣的是其具有象征性意义的方面,这些方面伴随着物理的一机体上的表现,并会影响到决定。物理暴力,只有作为更多可能性象征的一般化,才能在社会系统中获得深远的意义。甚至在肉搏战的直接互动中,涉及的也是争斗当事人、他们的目的和风险、他们希望避免的东西、他们能够避免的东西、他们的生和死等事项;概而言之,涉及的是在某个意义层次上获得象征化和持续处理的身份同一性。例如,以一方认输结束争斗仍然是时时存在并为各方所追求的可能性。<sup>[128]</sup>而且,物理暴力的权威价值并非基于其唤起的物理后果和后续影响,正好相反,是基于其有助于避免使用物理暴力的象征性一般化。物理暴力的宣示性表达、象征性执行等,不过是为了达到那个目的而特别加工过的表演;物理暴力是作为一种表演而发挥作用,并非是通过物理性地执行那些物理后果而发挥作用。

因而,物理暴力不应被看成是与(物理性)强制(Zwang; coercion)等同的东西。物理暴力的意义可以体现为促进期望实现的手段,即,

激发了动机，但这并非其全部意义。甚至，就被期望的行动应该显示出某种独立性而言，物理暴力的实际运用却可能是不适当的强制手段，至少是不经济的手段。从一开始，物理暴力主要是期望的证明和展示手段，而不是其实现手段。只有当我们把这点考虑进来，在简单社会中主要体现为压制性和复仇性的暴力运用才能被理解为与法律有关。例如，几乎是普遍存在的血亲复仇制度指向的就并不是惩罚肇事者（亲属甚至可以代替肇事者受死），也不是指向以搏斗形式解决冲突（复仇是被秘密实施的），亦不是指向替代性赔偿的执行（替代性赔偿只是为了替代血亲复仇而被发明出来的），而是**坚决维护一个常常为社会所期望的、几乎是义务性的、受到伤害的期望。**

由于是在生死攸关的风险下运用物理暴力，遭致失望的一方证明了他自己一直在坚持他的期望；这样，他使自己所属的圈子对他的同一性保持信心，最终，他使社会相信法律仍然是有效的。对于简单社会而言，我们似乎想像不到还会有任何其他方式可以消解这种被强烈体验到的具体违法事件。一个不愿意使用物理暴力捍卫自己权利的人，就失去了拥有那些权利的正当性，因为，正是那种时刻准备运用物理暴力去捍卫权利的状态维护了权利。<sup>[129]</sup>当然，在现实中，那些依托于暴力运用的特定规范性动机不可能完全从其他动机中清晰区分出来。<sup>[130]</sup>如果对这一点忽略不计，那么，在简单社会中，物理暴力就以一种今天难以想像的方式<sup>[131]</sup>成为法律存在的证明。<sup>[132]</sup>通过展示法律和存在的同一性、法律和生活的同一性，无数〔使用物理暴力的〕威胁都证明了法律的存在；<sup>[133]</sup>这些威胁不是证明违法行为的过错，也没有提供作为运用法律规范之前提的事实，而是展示了法律自身的存在。〔物理暴力〕不是制裁手段，而是宣示。物理暴力象征着法律形成机制的一致性，并把这种一致性带入决定后果中。只有在法律发展过程的后期，在复杂的制度前提条件下，一致性的象征化与后果才被区分开来，在后面我们将会对此进行详细讨论。

109

我们需要详细阐述这个似乎把法律抛给了暴力的令人不安的观



点。物理暴力依赖于人类的物理性。我们不能从人类的群居生活中把这个可能性删除掉。如果物理暴力不是如此这般，那么，法律就不可能仍然是法律了。确实，如果缺乏物理暴力，[规范性]投射以及对于理想法律的主张仍然可以得到维持，而且，通过持续的容忍、抱怨，或在秘密圈子中培育这种抱怨，处于期望中的一方的确可以保持住期望，但是，确保他人期望的期望(尤其是第三方期望的期望)的复杂机制将无法存在，或者，必定会被投射性经验(projectives Erleben; projective experience)所代替。相反，物理暴力却可以把自身作为单个行动或是作为非法律意图的行动和法律分离开来，这时，物理暴力就不再是支持某人期望的持续建构物。因为，当物理暴力建立期望并使这些期望保持一致时，物理暴力就创建了法律。因而，不能把物理暴力仅仅看成是执行显然有效的法律的辅助物；就像过去的法律象征符号表明的那样，物理暴力就是在社会中展示法律和呈现法律的。物理暴力使秩序的选择性变得清晰可见。

我们必须有勇气看到这一点。只有这样，我们才能理解为什么法律进化受到展示物理暴力的历史的影响。<sup>[134]</sup>物理暴力像难以摆脱的魅影一样伴随着法律，但是，在更为复杂的社会中，与这种法律和暴力之间的关联性捆绑在一起的某些问题可以被更容易地解决。

这里，涉及两个核心问题：在历史意识的前沿，在长期争端和系列复仇中，以及在可以极大削弱相对简单社会的经济和政治力量的掠夺行为中，我们常常可以看到那些令人难以忍受的大屠杀以及物资资源遭到毁坏的后果。这些后果给出的证据，一再促使人们去尝试发现一种使用物理暴力的规则。

另一个问题可能不是那么显而易见，但是，随着社会复杂性的不断增加，却逐渐获得其重要性。作为一个权威基础，物理暴力具有结构上的高度独立性特点。比如，我们可以将之与基于其他角色的依附性、功能上的相互作用和干预能力的权力(Macht; power)进行比较，与基于预先支付和感恩义务的权力相比较，与基于人格独立性的权力

相比较，与基于高等阶层的权力相比较，等等。〔相对而言，〕物理暴力之上附着的巨大自由就变得相当明显了。物理暴力在很大程度上独立于系统结构，因为，物理暴力仅仅以力量优势为前提，而并非特定的等级秩序、角色语境、群体身份、信息分配以及价值判断等。只是在实施物理暴力涉及组织上的相互支持时，才意味着它需要某些社会依赖。物理暴力也几乎是可以被普遍运用的，即，在很大程度上与时间、情境、对象以及那些与行动相关的意义语境等无关，而且，物理暴力的目标也可以独立于现有结构。因而，物理暴力自身无须像法律规范和情境那样被分化，而是仍然保持在**可统一组织的状态**，无论法律变得多么复杂。

由于物理手段的高度自由性，物理暴力对于人类社会的进化、创新以及高度组织化具有无可估量的重要意义。<sup>[135]</sup>但是，同时，对于社会的结构连续性来说，物理暴力也具有某些特定的危险。物理暴力可以支持或推翻现有秩序。物理暴力自身并不能保证对那些期望的支持——这些期望可以被纳入到制度性结构之中，或者，至少可以有意义地改进制度性结构。物理暴力也可以表达和维系那些令支配秩序失望的规范性期望。作为暴力，它对以上两种用法都保持中立性。<sup>[136]</sup>在社会的社会系统中，物理暴力的这种矛盾性是无法排除的一部分。不过，随着社会结构的变迁，物理暴力也呈现为各种不同的形式。在不断增加的复杂性前提条件下，物理暴力同时确保了进化性和连续性。

在对失望作出强烈反应的各种形式中，具有长期支配地位的自然形式，是受害者及其宗族施加的某种惩罚性的、常常是致命的（不受限制的）行动。<sup>[137]</sup>这种私力救济不能仅仅被看成是法庭和警察认为的遭遇失望时采取的紧急措施，私力救济首先直接表达的是法律和暴力之间的关系。法律在遭到侵犯的地方现身；为了平息由此可能引发的怀疑，那种违反法律的过度反应有时似乎也是必要的。就我们现有的研究而言，我们已经发现了反应方式呈现出摆脱恣意的趋势；否则，我

112 们几乎不能把过度反应与破坏法律的行为区分开。然而，由于法律自身需要通过暴力获得具体展示，这种缓解失望的制度在减少复仇和争端上就只能提供有限的可能性，当这个制度走得过头时，就变得不再可靠了。首先，规则的起点不在于对报复程度的限制，而在于报复的前提和形式。报复必须是一种理性化的暴力，例如，德国北部的人们关于行动前的警告，以及，菲律宾的伊弗高(Ifugao)及其他部落的一些人在协商企图失败后采取最后措施的情形，都是如此。但是，暴力的理性化虽然可以控制作出反应的自由度，但是却并没有触及到法律制度的核心。同时，为避免复仇而寻求补偿的努力也必须被反制度性地组织起来，并且涉及到参与当事人的羞耻感。在实践层次上，以上描述的负功能性后果无法通过制度本身来扭转，而只能通过清晰展示迫使被征服一方屈服的权力落差来解决。

我们可以从“咒誓”(Eides; oath)制度推导出古代法律正是以暴力制裁的形式展示和证明了自身。一开始，咒誓不过是把关于法律的暴力争斗转移到巫术层次，它不是面对借助一个或多个证据发现真相并作出法律决定的法官进行发誓，而是面对着将会被击败的对方发誓。<sup>[138]</sup>关于咒誓这里根本就不需要进行决定，咒誓自己决定自身，不过并不是以裁判的方式，而是以咒誓的直接效力发挥作用：以某人的格为担保，依赖于对巫术力量的形式性运用。咒誓因此就是法律的证明，因为当其可以取消物理暴力时，实际上就是如此。不过，与物理暴力相对，咒誓更有利于实现向发现真相和作出法律判断的程序性工具的转换。因而，在后来的高级文明中，咒誓仍然保持了其作为制度具有的连续性和同一性，但是却改变了其意义和功能。<sup>[139]</sup>

113 在社会发展的过程中，不断重建法律和暴力之间的基本关系似乎与两个公认的完成重大进化所必需的前提条件相关联。一个前提条件是运用物理暴力有关的决定活动的政治性集中，对物理暴力的运用渐进(明确地说，只有在现代)而广泛地落入了“国家”的掌控。这就预设了法律决定角色和执行角色的分化(这意味着相对复杂的社会发

展)，并且，对于每个案件，某些期望的优先性得到了如此明显的保证——这些期望在组织化的决定过程中是作为法律而被建构起来的——以至于，我们越来越不需要以暴力行动作为展示法律的手段。在〔以前属于物理暴力〕的地方，出现了裁决。处罚的执行退到了幕后。公开实施物理暴力实际上已变得不必要。无论在什么地方，只要再次出现物理暴力，都会成为令人难堪的事情——这是政治失败的标志。在现代社会，甚至出现了有意“激怒”统治者运用暴力的行为，一旦如此，统治的正当性将面临拷问。

支持法律的赤裸裸的暴力就因此而显得尴尬，但暴力并不会因此完全隐退，只不过是失去了自己象征和担保法律的功能。我们由此就引出了不断重构法律与暴力之间关系的第二个重要前提条件：对法律的担保必须以不同的方式建立起来，即以更加抽象、具体和分化的形式来建立。物理暴力的替代物表现为这样一种观念，即，法律是一个由相互融贯的各种抽象表达规范形成的结构，并且这些规范可在单个案件上获得解释。对于简单社会的法律秩序而言，这个观念是陌生的，是不可思议的。自从这个观念诞生以后，直到现代，事实问题和法律问题才得以区分。并且，随着这个区分的出现，众多不同的信息源也被区分开来。这种分化赋予了法律创制程序以伟大的自治：这种程序既非由规范决定（或者，由制定规范的人决定），亦非仅由事实决定（或者，由那些知道事实的人决定）；<sup>[140]</sup>现在，法律存在的保证就表现在对这种差异的消解上，表现为把针对事实问题和法律问题的回答结合起来，并呈现为决定。

这些特征——对它们的详述将在后面展开——使我们认识到，物理暴力的驯化需要相当复杂的基础，从进化角度说，这属于小概率事件。我们不可能对这种发展涉及的多重交织的路径进行逐个追踪。<sup>[141]</sup>与这些特征的创生相比，更令人感兴趣的是那种使各种创生条件系统化、稳定化和独立化的结果。无论如何，这个结果可以用法律一致性的后果与象征化之间的分离这个形式来表达。

对于实现行为期望的一致性一般化而言，运用物理暴力的准备与法律期望都同样必要——对于个人的对抗活动来说是必要的，更为重要的是，对于在期望的期望水平上激发对于法律的总体信任来说也是必要的。在一个变得更加复杂的社会中，在每个小圈子外，没有人能够真正估计到究竟哪些具体动机影响了他人。因而，对于动机而言，我们需要可以高度一般化的手段，这些手段会在每个案件中起作用，并赢得信任。<sup>[142]</sup>以上所提及的物理暴力的结构性自由，作为一个保证机制被塑造进了期望结构中。人们正是基于此而依赖于组织化的暴力，因为它会在未知条件下，适用于潜在的任何人。组织化暴力对于情境的漠视正是与情境信息的缺乏相一致的。甚至那些又长又复杂的期望链条——这些期望链条不能从任何特定位置加以监督，就像经济中的劳动分工秩序需要的期望链条那样——也要在这样的前提条件下才是可期望的：在由法律所确保的期望（无论内容如何）遭致失望的任何情形下，无须依赖于失望一方的身体实力、他的朋友和亲人的团结性、他的财富和政治关系（即，无须依赖于个案中无法预见的因素），物理暴力就可以被使用。以此方式，对于未知的、可变的内容而言，“法律秩序”给予了抽象的担保，即，成为可以被期望的。法律机制的一致性在于这样一种期望：其他人期望着通过运用物理暴力而使法律得到保证。<sup>[143]</sup>因此，假定的制度性共识就在于与社会道德的最低重叠，即，这种共识与道德和个人之良心决定的高度分化相一致。

115 尤其是在高度复杂的现代社会中，比起兑现期望的保证来，对期望的可期望性给予担保就更为重要。在期望遭到破坏的情形下，经常会出现一些次优方案、一些次级辅助手段以及一些替代和补充可能性，这些替代和补充可能性能够以专门的方式被组织起来并得到实现。不过，对于期望的可期望性的担保，总是依赖于运用物理暴力这个终极手段。然而，比起简单社会来，物理暴力的这种功能已获得了更为清晰的特定化，也可以被更容易地从法律的象征性展示这个任务中分离出来。物理暴力的保障性已经变成了法律中匿名的、理所当然

的内容，并因此而不再采用那种期望的成功地自我肯定的形式。一方面，它与未知的、可变的内容相关，即，它失去了意义的具体指涉；另一方面，它也不再依赖于实力和情境。那种锁定了人们注意力的、令人紧张期望的不安时刻，不再出现在肉搏战的结果中，而是包含在参与者遵循的决定过程的结果中。将暴力作为在自我肯定中挑战命运的神秘解释被一种作为（合乎法律的）目的正当化手段的无害解释所替代——其中，目的涉及的是哪些东西可以被合乎法律地决定。总之，暴力已失去了其象征性，并把这种象征性让渡给了裁决。现在，秩序的选择在裁决中变得明显了。

物理暴力从展示功能中退出，意味着必然会对紧张暴烈的互动情形施加大量的限制。暴力从社会展示中退出。<sup>[144]</sup>早在〔古希腊，〕希腊人就对他们取得的城邦成就感到骄傲：当我们在大街上行走时，无须佩戴武器。与法律情形相对的暴力情形，在复杂社会中，其所占比例变得极低。<sup>[145]</sup>因而，相应的暴力负担就减少了：犯罪人的数量，那些作为死亡者、伤残者、孤儿和寡妇的无辜受害人的数量，在互动结构中带来功能性损害的数量，等等，也都减少了。法律使自身适应功能分化社会的要求，如果说不是适应了人性的诫令的话。这些功能分化社会的要求并非使得暴力对于法律不再必要，亦非消除了暴力与法律的对立，而是，在社会行动结构中，这些要求分别给予暴力与法律以不同级别的重要性。

## 2.8 结构和越轨行为

116

行动系统不是通过现有法律而是通过期望脉络使得自身结构化。<sup>[146]</sup>期望结构面临着失望的冲击。这就是其实际寄身的地方。就那些敢于对复杂性给予最不自然（因为规范性期望是反事实性的）的化简的规范性期望而言，情况尤其如此。导致规范期望失望的原因并非

总是由于他人的行动难以预料，更为重要的还是这个事实：他人的期望无法预料，并且，他人会在这种难以预料的期望中维持自身的同一性。因而，某人的期望变成了另一个人的失望。规范投射与规范投射之间相互对抗。法律自身处于纷争之中。通过把不平等的机会分配给各个规范期望，制度化机制虽确保了这些规范期望的高度整合，但是，却并没有阻止规范的过度生产。

这里，实际上会存在着一个纯粹越轨的领域，其将自身看成是毫无规范可言的，并以纯粹认知性的期望指向支配性的规范秩序，以便更好地采取反规范的行为。然而，如果一个罪犯被要求参与沟通，即使他不对自己的规范给予合理的说明，他也会赋予他自己的价值观以理由并阐发这些价值观，因为，如果不是这样，他就不能展示自己，并因此在这个系统中丧失了自己的将来。<sup>[147]</sup>甚至一个承认了不应盗窃的小偷，针对他涉及的案情和惩罚，也会声明自己盗亦有道（这不只是寻找借口！）。因此，失望不是仅对主流秩序才发生，而且也会发生在罪犯身上。年轻人扰乱了秩序，因为秩序扰乱了年轻人（谢尔斯基 [Schelsky]）。缓解失望的问题会在此两方面都被生产出来，不过，这要体现策略、机会和后果问题的不同配置。

从原则上说来，存在着一些难以避开的困境，即使这些困境可以被大事化小。这依赖于这样一个事实：法律生活中的参与者，必须为各种情境下的自我呈现和认同寻求一个共同的将来。最终，这有赖于结构和时间之间的关系。行动系统通过一个瞄向开放将来的结构指引着这些过程。结构引导了这些选择，而无须去除结构的选择性特征，即，无须摧毁其他选择可能性。正是时间，而不是选择，通过把事件转变为过去并由此消除掉不同的其他可能性，摧毁了可以变得不同的可能性。通过使将来保持开放，又使得在选择中保留了其他选择的可能性。因而，这就需要忍受一个开放的将来，或者，忍受世界中的偶在性。在结构化的意义期望中，将来和过去就呈现出不同，它们被割裂，由此，时间就作为复杂性的秩序维度而被展现出来。如果失去了

作为秩序维度的时间，社会就不能达到其高度复杂性——这不仅是在这一意义上，即其通过计划而建构了一个事件序列（计划只有在事实性复杂程度和社会性复杂程度很低的情形下才有可能）；而且也是由于，它会使用结构和过程来处理惊讶。

对于一个开放的、具有丰富可能性和偶在性的将来而言，其代价是遭致失望的可能性和结构的不可靠性。表达出来的复杂性和偶在性越高，就应该考虑到事件和将来变化的越多的可能性，而且，期望结构在吸收不确定性和失望的功能上的负担也会越重。

我们可以在法律发展中大致回溯一下这种时间视域和结构性成就的相互联系。在简单社会中，人们不会体验到也无需担心开放将来的制度化问题，无需担心存在着不能现实化的过剩可能性问题。甚至在语言中，对此进行充分表达的可能性也是匮乏的。<sup>[148]</sup>就这个程度而言，法律制度还没有作为将来选择的建构物或者对可能失望的制约而被概念化。<sup>[149]</sup>在这个发展阶段，首要功能不是时间整合问题，而是社会整合问题。在这种情景下，越轨被体验为脱离了秩序，脱离了把人们维持在一个共同体中的那套关系，而不只是破坏了制度化的矫正常式。自杀、驱逐、刺字与施加于部族及其子孙身上的难以化解的诅咒和厄运，等等，就是这些越轨体验的征候性表达——但还不是那种惩罚，可以用来激励和矫正行为，或者遭遇失望后仍然表达着规范的有效性。<sup>[150]</sup>

118

在古希腊思想中，尤其在亚里士多德的思想中，一个有意识反对这种古代制度的形式被构想出来。<sup>[151]</sup>古希腊城邦的具体制度仍然是一个解释的指涉点和基础，但是，从中发展起来、已经获得稳定化的崭新进化成就也显露了出来：**伦理—政治制度**。关键之处还在于人类区别于动物的地方：[人类]拥有语言，并因之具有可以在善/恶区分的指导下行动的可能性。<sup>[152]</sup>将来包含在法律之中，这种法律可以从咒誓形式中推导出来。<sup>[153]</sup>伦理制度假定了人就是一个可以在善和恶之间作出选择的行动者。这种选择被看成是偶在的，但又不是任意



的；更确切地说，是被一个对于善的本体论基础上的偏好所引导的。伦理，在其漫长而多元的传统中，已经试图获取对于善的偏好的诠释和基础，但不是制度依赖的结构性的条件的诠释和基础——这些制度把自己看成是面对着善和恶的行动可能性。社会复杂性之间的相互联系还是存在，但时间性上的把握和期望的规范结构问题仍然还没有被触及。越轨行为甚至在科学中也遭致道德上的谴责。因而，只有弃绝支配老欧洲传统的伦理观察方式，社会学才能打通其进入规范性领域的路径。

对越轨行为的另外一个同样重要的前社会学解释来自于社会的实际发展，来自于由于社会复杂性的增加、宗教抽象性的增加和“个人焦虑”的增加而导致的对失望的解释。<sup>[154]</sup>伴随着个人与上帝之间个人化宗教关系的犹太—基督传统，个人的罪过(Schuld; guilt)观念发展起来了，随后，作为一个可能的、支配性的失望解释而获得了制度化。这就导致了把罪过看成是一个(“内心”)事实，而不是，例如，作为规范结构的问题。甚至，今天的刑事科学和法律史也是这样对待罪过原则的，即，似乎这是与事实发现相关，或者似乎与发现犯罪的现实缘由相关，即，是与“进步”联系在一起的。<sup>[155]</sup>不过，对于揭示进化成就的真正功能而言，罪过污名与美德赞扬一样无济于事。这种制度的难得成就，这种新的原则，不只是以新的方式阐释了动机的方式或手段，尤其还在于，罪过意味着赦罪[或拯救](Erlösung; absolution)，即，罪过在时间维度上终结了由越轨行为所引起的后果。

在基督—宗教的观念世界中，这种赦罪主题的出现及其意义体现了一个重大制度成就的重要表征。在此，为了理解罪过和赦罪的功能，我们必须回顾较为远古的法律秩序。它们的结构在替代可能性上显出典型的贫乏，以至于，当某些人落在了秩序之外的时候，常常无法找到矫正和恢复的可能性。<sup>[156]</sup>一个突破了乱伦禁忌或约定俗成的择偶规则的人，就把混乱带入了生活赖以存在的经过明确定义的关系

系统中。在一个角色上丧失声誉的人就不可能在另一个角色上找到伙伴。甚至对于广泛存在的血亲复仇制度而言，也几乎没有办法处理罪过，因而就不能实现一个自然意义上的终结。<sup>[157]</sup>这些结构现实被转换为体验，它们呈现为原罪神话，或者呈现为对性关系的诅咒。通过《旧约》和希腊悲剧，这些原罪神话和性关系以早熟的，甚至是颇成问题的想像形式影响了我们。作为制度化第三方的古典悲剧合唱队，吃惊地旁观着剧情的演变，并以赋格曲的形式对遭到破坏的现有秩序表达出感伤、叹息和抱怨。但是，合唱队并没有根据罪过程度而介入到剧情中来操纵结局，并没有因此而改变结局。只有在相对复杂的社会中，对于由越轨行为所激发的灾变，才开始能够着手设定一种终结方式；对于把越轨行为重新导入到秩序轨道上来说，这些复杂社会在处置手段上具有丰富的替代可能性；在这些社会中，可以展望到一个可变的将来，至少在某些方面是如此。只有在这些发达社会中，罪过和赦罪才能够作为越轨行为的体验和处置模式而被制度化。<sup>[158]</sup>通过罪过形式把惩罚的原因移进了“内心”，这同时象征着，需要另外一种社会角色和利益的中立化，并且，需要从同源的外在的因果因素中分离出来。为了实现这个成就，我们就必须找到一种无疑是悖论性的、（在早期的法律看来）难以想像的方式，以便不再是从受害一方的失望而是从肇事一方的失望去理解制裁的真正法律原因。

就像伦理学不能被转述为社会与法的结构理论一样，其体验罪过的功能也同样不会变成正当的目的。库恩(Helmut Kuhn)是这样陈述这个障碍的：“‘深度’忏悔弥补了罪过，但良知却不会知道这个结果。”<sup>[159]</sup>但是，为什么？为什么我们不能接受对一个更为理性的赦罪实践的再三要求？为什么那些加尔文非理性主义被用于破坏赦罪的确定性？韦伯以降，就出现了许多推测：对于为实现代社会成就而奋斗的世俗性而言，这种动机具有阻碍作用。<sup>[160]</sup>在此，我们无法继续深入讨论这个问题。即使我们不能高估赦罪中的宗教信仰的动机价值，我们也能从其显露的方式中推导出社会结构：赦罪对于实践理性

计算的阻碍，象征着社会确实需要作为失望的事实和解释的罪过机制，但不能仅仅令罪过机制发挥一种纯粹向赦罪过渡的中介功能。

总的来说，越轨行为的前社会学概念仍然附着于一个既定偏好结构之上，并以善的(被规范期望的)行为和恶的(失望的)行为之间存在的那种自然、本质的区别来解释这个偏好结构。但是，这样做并没有从其自身把这个既定偏好结构看成一个问题。只要我们假定法律义务的统一性，而不是分析法律的诸维度和功能，那么就只存在一种否定法律的可能性，即违法(Unrecht; law-breaking)。<sup>[161]</sup>然后，某人自己所持有的规范就会与恶之间呈现出黑白分明的冲突，由此，善/恶之间的矛盾与规范/事实之间的矛盾被混淆在一起。与这种内在的偏好相脱离会起什么作用？——此问题从来就没有被明确追问过。与此相比，越轨行为的现代社会学<sup>[162]</sup>已取得了相当出色的成就。因为，现代社会学打开了一些视角，由此突破了伦理科学和规范科学的边界，即使还没有从理论上真正驾驭这些问题。

与道德哲学相比，越轨的社会学分析在很大程度上依赖于“象征性中立化”(symbolischen Neutralisierungen; symbolic neutralisation)。这至少包含在两个方向中：只有当研究摆脱了道德判断的视角，并且，越轨行为以及针对其所作的判断不会招致谴责(这是在纯粹科学方法的水平上进行的)时，社会学分析才是可能的。另外，社会学分析要求将越轨的可谴责性客观化和分离出来，并且不会影响解释语境；因为，只有这样，我们才能通过指向被评价的起因，或者指向一个结构化系统的总体而解释越轨行为。换句话说，对解释的选择可能既没有因为被解释事件的道德性而受到主观的阻碍，也没有因之受到客观的阻碍。这就预设了一个高度发展的、可以进行有区别地否定的能力。

122 现在，我们不再怀疑这些论断：越轨行为也是社会性引发的，得到了社会过程的支持，并遵循那些经过研究便可以发现的社会行为规则；因此，越轨行为不只是简单的“非社会”行为，也不是奠基于邪恶的冲动之上。对于引发越轨行为的原因问题，这个见解已经给出了一

个新的推力，并导致了在社会系统中揭示结构性矛盾的努力。系统以建构偏好的方式生产着越轨行为的原因和动机，以作为众多适应结构的可能性之一。<sup>[163]</sup>所以，越轨行为被看成与系统结构存在着常态关联，而不再被看成是令人惋惜的、可以追溯于人性的叛逆性成分——这应该被看成是由一些社会系统作出的结构性决定产生的结果，越轨行为随着这些结构性决定而变化，也通过这些结构性决定而变化。自从萨瑟兰(Sutherland)以来，这已经得到了强调：过程，尤其是那些引起越轨行为的学习过程，与那些导致遵循规范的过程非常相似。从这个意义上来讲，越轨也是一种“正常”反应。<sup>[164]</sup>

越轨行为理论已经得到了发展，但这不是基于系统结构而是基于互动过程的发展。这种理论把越轨想像为贴标签。贴标签出现在互动中，依附于互动过程中的象征性需要。因此越轨不具有行动的自然或道德(义务!)性质，而是一个在互动的历史过程中获得的象征性表达，这个过程允许参与者通过积极的或消极的身份认同来展示自身，并对其自身行为中可能不合时宜的方面进行中理化。<sup>[165]</sup>因此，正是在互动事件过程中，才形成了“越轨行为”的实际内容。<sup>[166]</sup>标签理论超越了一个旧观点，即，社会环境通过心理过程的中介而激发了越轨行为。标签理论则声称，越轨的感知与界定，是一种纯粹的社会现象。这种研究可以被整合到系统结构理论中，如果我们考虑到互动过程并不会完全如其所愿地来建构越轨，而是必须或多或少使其自身严格遵循更大的系统框架的条件的话——简单地说，就是因为这个原因：不然的话，在持续互动中，沟通困难将变得过于沉重。法社会学可以着手处理这些观念。法社会学显示，只有从一致性一般化的行为期望出发，对越轨行为的归因以及对罪过的归结才能达到足够清晰的程度。因为，只有在这个条件下，“**社会控制网络**”才能运转。<sup>[167]</sup>

对社会系统中越轨的结构性和程序化之限制的这些思考，还需要这样一个主题来补充，即，在某些方面，越轨行为也实现了一个正功能，这不仅难以避免，而且也是有用的——例如，作为使规范感知更

加鲜活的刺激，作为对支配性秩序的仪式性确认的刺激，作为革新的源泉，甚至，作为社会系统的“多样性库存”（variety pool）<sup>[168]</sup>等而存在。<sup>[169]</sup>这些观点并不意味着给予越轨行为以正当性辩护，而只是说，越轨行为不会被取消，否则，某些问题会得不到解决，因而就必须进行进一步重构。

从各种理论源头中（如系统论、互动理论、象征性表达理论、功能主义，等等），已经发展出对于越轨行为新概念的多元贡献，并呈现出了不同的色彩。不过，如果我们重塑结构概念的话，它们就会组成一幅拼图，并显示出斑斓的画面。

对越轨行为的所有社会学解释都具有一个重要的共同特征，这个特征基于如下事实：不只是规范遵循，而且还有越轨行为，都被看成是结构化社会系统的一个元素，即被包含在系统中。但是，规范遵循与越轨行为的区别并没有标示出系统与环境之间的界限；<sup>[170]</sup>这个区别是一个系统内的分化。社会系统不只是由“善”的行动构成。符合期望的行动和偏离期望的行动都与期望结构存在着有意义的关联——无论是通过行动者自身，还是通过那些与行动者共同体验着的、对行动者的行动给予解释并赋予行动以规范期望主张的那些他人，情况都是如此。用马克斯·韦伯的话来说，就是：使行动指向一个秩序而不是服从这个秩序，对于秩序的有效性而言具有决定性意义。<sup>[171]</sup>

因此，行为的越轨特征不只是被看成系统内的，而且，同时也被看成是系统关联的，这使得理论变复杂了，而人们对此尚没有进行过全面的考察。就此，我们必须考虑（至少）三种二元区分：遵循规范的行为和越轨行为，内在的（系统性质的）行为和外在的（环境的）行为，以及，认知期望和规范期望。这些二元区分不能显而易见地、自动地建立起一致性；另一方面，它们之间也不是任意建立关系的。系统边界不能在遵循规范的行为和越轨的行动之间直接发生分化，也不能根据内在因素和外在因素的分化而直接实现规范期望和认知期望之间的分化；另一方面，对于期望类型和处理导致失望的行为而言，它们并

不缺乏意义。<sup>[172]</sup>

自身设定边界的社会系统仅有遵循规范的行为和越轨行为之间的简单二元区分是不够的，而是也需要进一步容纳在环境中被同样期望着的行为意义，但是，这些环境中的期望并不能整合为系统自身的规范。在英国，人们在道路的左手边驾车的事实，对于我们的交通系统而言，就是未获得规范化的环境行为，然而却并不是不可期望的。在我们的经济系统中，家庭使用什么牙膏并没有被规范化，以至于，就我们的经济而言，从一支牙膏换到另一支牙膏并不是反常行为，但是，却是一个经济系统必须通过学习过程去加以适应的事件。另一方面，在家庭中，这可能意味着规范期望的失望：如不让孩子使用甜牙膏，而由某种被认为是更有利于健康的海盐类牙膏来代替。如果缺少外在和内在关系之中的认知期望，一个社会系统就不能运转，但是，通过规范期望，社会系统可以产生出一个对行为前提而言更为狭窄的选择范围——对规范期望的遵循义务只会被延伸到被看成是系统自身一部分的行为上。只有在与这种更为狭窄的选择范围发生关联时，在遵循规范和越轨行为之间的分化才是有意义的。

这种分化自身——不只是规范期望以及与规范期望相关的行动——是一个系统内的结构。<sup>[173]</sup>规范期望容纳了（至少，在一个具有更多替代可能性的、更为复杂的社会中）对复杂性和偶在性的深度化简。不过，获取这个优势的代价在于，这种选择只是对系统相关的行为才有效，这种选择并没有精确地决定将来，而只是建构了规范遵循和越轨行为之间的替代转换关系。这种替代转换关系，这种规范遵循和越轨行为在道德上的分离（具有遵循规范的固有偏好），同样是选择成就上的“内在视角”。无需使自己变成一个课题或者问题，这个替代关系就把自己纳入到了系统之中。由此，在日常行为中，我们并非把自己导向这个替代性，而是导向规范遵循或越轨行为之间的替代性的内部。因此，这种差异被处理成是固有的。在系统中，我们将拥有规范遵循和越轨行为之间的选择，这种选择的实施是沿着遵循规范的

行动路线而推进的；不过，通常，我们不会追问这种选择的选择问题。规范遵循和越轨行为之间显而易见的选择可能性遮蔽了这种选择的前提性选择。因而，结构自身被移到了问题之外。结构被看成是一个前提条件，至少，在通常行为中是如此。除此之外，我们也可以假定，如果没有对支配性规范结构的某些依赖的话，就不可能在根本反法律的基础上来巩固越轨亚文化。<sup>[174]</sup>越轨行为因此只能偶尔发生，尽管全都是自我正当化的，但也不能实现其自身的一致性一般化期望结构，而是必须把对自身的定位与支配性秩序联系起来。受到这一限制，善行或恶行的道德偶在性就掩盖了社会系统那更具风险的结构偶在性。对于理由的寻找是从个案到个案而被处理的，而且正是通过哲学家的思考，我们才会进入关于善的德性或恶的可能性的推理，不过却错过了关于这种道德分离的结构功能的问题。以此方式，结构实现了自身建构的“二元选择”功能，<sup>[175]</sup>因为，结构把道德分离自身的特定起点选择与涉及道德分离的行为选择分离开来。道德分离把不能忍受的、无法处理的复杂性转变为可以处理的问题——这样，恶就有权利对被善所化简的世界给予反抗，如果它想要这样做的话。

只有当我们超越老欧洲的伦理自然法传统，其中包括法社会学理论中的越轨行为社会学理论这个片断，而且，只有当我们已经从选择的角度澄清了关于社会系统的规范结构的功能，那么，法律进化理论中最重要的特性才会被相互连接到一起。法律发展不能被理解为德性和理性不断递增而实现这个意义上的进步，不能被理解为逐渐把越轨行为斩草除根的过程，也不能被理解为我们今天所知道的不流血的司法，等等，即，不能被理解为朝向某种独立于各自的社会结构而且永恒有效之理想的运动。因此，我们必须在社会系统自身的层次上和结构变迁的脉络中来看待法律发展。

如果我们关于系统边界脉络和规范性结构选择的思考是正确的话，那么，我们就应该可以假定，在社会发展的过程中，对于多样而明晰的**系统边界**的不断增长的需要就会将法律机制置于特定的条件约

束之下。确实如此，法律发展已经如此地依赖于边界，同时，也容纳了边界的清晰和固定。事实上，在法律发展中，我们已经把领土边界作为系统边界的象征。然而，领土范围的划分实际上可以追溯到最简单的社会，并且，确实只有在政治支配出现以后才会现身。<sup>[176]</sup>不过，只要社会主要还是作为一个亲属系统而获得结构化，那么，其系统边界就不能清晰地与某块领土挂钩。亲属网络跨越了地域并且具有不确定性，因而也不稳定，由此，其重要的稳定化机制就体现为，比如，退出的可能性，或者，为了解决冲突而激活更广的亲属关系。<sup>[177]</sup>与此相比，法律却可以在领土边界内得到培育并被特定化，而无需考虑游牧民族、山地民族、野蛮人和异邦文化等环境因素，对于他们而言，只适用于某人自己的法律既不能、也不应当是有效的。<sup>[178]</sup>对于发展高级法律形式而言，对于法律在决定能力和适用惩罚上的协调而言，领土边界是一个核心的前提条件——主要不是体现为物理意义上的，而是在于其体现了期望选择领域受到限制的象征性意义。只有在领土边界内，期望的规范性，因而，也就是规范遵循和越轨行为的分离，才能够具体地得以实施，并随之建构起来。<sup>[179]</sup>甚至到了今天，虽然，实际上的强制理由早已消失，并且，社会已经不再以领土划分自身的边界，但是，法律规范的更高发展类型也还是只有在领土边界内才有效。

只有在得到确保的系统边界内，把认知期望和规范期望分开才是可能的，并且，依据规范遵循和越轨行为的分离而事先建立独立于情境的规范期望处理机制也才是可能的。同时，规范被内在地固定下来并得到澄清，在此情形下，我们必须表明是愿意学习还是不愿意学习。当我们立身于如此环境时，我们就依附于一种具体的、规范期望和认知期望相互混合的类型，尤其在不考虑侵袭和干扰的情况下更是如此。自我确认(Selbstbehauptung; self-assertion)是一个同时指向环境和学习规则的规范。不过，在家庭、氏族和部落之间相互不干预的这种古代原则，随着社会分化和规则需要的增加，就必然逐渐转向更



远的“政治外”(außenpolitische)边界。由此,区分规范期望与认知期望的领域也随之被扩展。这种首先使法律呈现为一个独立文化成就的分化,假定了会通过系统边界获得保护,也依赖于不断增加的系统分化,并随之发展。只有在宽广而分化的社会中,精心制作的法典、详细阐述的道德需求以及更为抽象的宗教定位原则才是可以被期望的。如果政治外边界还不足以满足对规范化的需求,那么,“万民法”(Völkerrecht)就开始出现了——这是一个征兆,表明社会是一个超出了政治范围的更大框架,这尤其体现在婚姻活动和商事活动上。

从我们对规范结构之功能的分析中,得出的最重要的结论落在了**结构与时间**的关系上。通常使用的结构概念是通过定义解决这个问题。当把结构定义为行为方式的不变性时,就遮蔽了结构与时间的关系问题。因而,时间问题只能以(恒定!)结构的问题形式来表达。这样的表达如果不是自相矛盾的话,那么在概念表达上也是含混不清的。就像我们将会看到的那样,这是很不够的。<sup>[180]</sup>

另一方面,如果我们关注到结构的功能和选择性,我们就会有这样一个视角,在此,结构和时间关系能够被界定为可变的,即具有进化可变性。一个社会在将来和过去之间分化的可能性,尤其是这个社会所能容纳、主题化和制度化未来的开放程度,取决于这一社会结构可以接受和吸收不确定性的程度。在这一章的导言中我们已经指出了这一点。现在,我们可以更清楚地看到,在规范遵循和越轨行为已经实现了与道德分离的地方,一个开放的、不确定的将来是如何转变为当下(gegenwärtige; present)行为之基础的。

129 如果我们只是拥有通过学习而进行认知性适应的可能性,一个风云变幻的、无法窥视的将来就几乎是难以负荷的;因为我们必须对“所有可能性”作好准备。因而,非常典型的是,认知性态度有赖于固定的真理和持续的去经验。只是到了晚近,只有在科学家的领域内,认知性态度才被制度化为纯粹假说性的,只有到此时,它才被认为面临着—一个开放的将来。与此相比,规范性期望可以想像一个开放

的、未被决定的将来，即，想像一种由他人引发的自由行为，因为，规范期望容纳了把预料之外的行为认定为越轨行为的可能性，并在这种可能性下发现其当下的可靠性。未来不会由于一种宿命而封闭，而会由于与道德的分离而封闭，不是作为对于过去的简单延续，而是被看成一个提供了两种可能性的替代选择——针对这两种可能性，我们甚至可以在当下调节我们自己。人们可以使自己适应于“更为可控”的越轨行为问题，而不是适应于偶在性。

因而，这是可以理解的，那些确定性在规范性态度中，而不是在认知性态度中，被发现并被制度化；因为，规范性态度使得人们可以应付未来可能性和意外惊讶的过量生产。到目前为止，法律和政治一直是社会进化的风险载体。无论“现实中的”未来是否具有确定性，在这种情况下，都是没有意义的。不过，那种确定性仍然是不可认识的（因为，时间流失得太快，无法对过去进行充分回溯）。因此，对于打开行动可能性而言，社会必须使其自身结构变得具有适应力，并且，在更大程度上，社会必须具有规范性制度化的手段。

当社会正处于功能分化的变迁方向上时，其对开放性未来的要求也就大大地增加。这就意味着，单个子系统将根据特定功能而被组织起来，并且，在其各自的抽象功能取向上，与更为发散的社会中能实现的可能性相比，产生了更多有意义的体验和行动的可能性——例如，比起与其他的社会自治领域相协调而言，政治系统产生了过剩的权力；<sup>[181]</sup>爱的需求程度不能与职业相兼容；科学产生了难以在经济上或者政治上获得赞同的真理以及实现这些真理的技术可能性；家庭必须对经济波动的可能性进行保险，等等。通过功能分化的结构原则，一个由此而获得秩序的社会连续产生着无法实现的过剩可能性。因而，在社会的时间经验中，社会将面对一个开放的未来，并对惊讶

130

现象，并阐明其功能。

以此方式，我们已经指明，指向未来的规范性模式就对相应的智力复杂性施加了限制。这种限制尤其体现在把导致失望的行为归于越轨行为的概括分类中，即，体现为一种保证可靠性的机制。古希腊人在伦理学发明之前就有的东西没有被我们注意到：在冲突中法律才会发现自己是必要的。因此，未来会受到挑战。虽然在许多情况下创新只能从已经存在的东西中以越轨的方式呈现出来，但是，甚至在一开始，创新的正当性还是遭到否定。在一个迅速变迁的、对创新怀有潜在的高度需求的社会中，这种简单的否定将不会被接受，至少，不会在没有任何控制的情况下就使这种否定获得制度化。这种社会需要发展出一种机制：这种机制甚至可以在越轨行为中发现产生新结构的机会；这种机制不会使自己被非法的甚至于不道德的表面创新所蒙骗；在这种情况下，人们不会仅仅出于义愤就对其作出反应，而是乐意从中学习。<sup>[182]</sup>比起简单的道德分离能提供的东西来，这些机制需要更为复杂和更为抽象的信息接受与处理图式。反规范的期望具有的规范性以及规范违反者的失望，也会在这种机制中找到位置。进而，它们也必须与那些仍然被无可置疑地需要的规范投射机制和失望缓解机制相兼容。换句话说，社会必须把缓解失望的两种基本策略结合起来（把学习和不学习结合起来），使两种策略并肩存在，而且以更为理性的方式并肩存在。

131 阐述初级法律创建机制的理论已经充分揭示了以上提及的那些问题，但是，却没有对新出现的问题给予回答。为了更为清晰地呈现这些新问题，以及，对有意义的问题解决方式进行认识，都需要另外补充涉及某些系统结构的前提假设——对这些系统结构而言，即便框架不断变动，法律仍然被认为是有效的。<sup>[183]</sup>对于那些前提假设的选择就是对不同理论的选择，这与我们选择哪一类社会系统无关。我们可以研究西门子公司(Siemens AG)的法律、多米尼亚人(Dominican)的法律、卡林加人(Kalinga)的法律、肯尼迪家族的法律等，并把这些法

律看作是这些系统中各种一致性一般化行为期望的聚合物。<sup>[184]</sup>不过，我们的兴趣主要瞄向的是在全社会层次上——即在作为社会系统的社会的层次上——被制度化的法律。无论如何，只有在社会自身中，法律才会作为特殊的期望结构而分出。对于期望结构的一致性一般化功能而言，只有社会才能为此发展出高度专门化的机制，而且也只有在一个漫长的充满波折的发展过程中才有可能。如果法社会学集中在社会的法律上，并把对其他社会子系统法律形式的研究留给家庭社会学、组织社会学等专门社会学，法社会学并不会有什么损失。<sup>[185]</sup>

---

[1] “‘应当’是意识首要的、不可化约的内容”，这个观点被看成是法社会学的起点，参见 Nicholas S. Timasheff, *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge, Mass., 1939, p. 68。与此相似，有学者认为这个观点无法抛弃，“显然，规范意味着人们应当从事的行为”，参见 Paul Bohannan, *Social Anthropology*, New York, 1963, p. 284。

[2] 一般来说，术语的使用和定义都随着语境而变化，参见 Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 6. - 8. Aufl., 2 Bde, Leipzig, 1923; William G. Sumner, *Folkways*, Boston, 1906; Ferdinand Tönnies, *Die Sitte*, Frankfurt, 1909; Ernst Weigel, *Sitte, Recht und Moral. Untersuchungen über das Wesen der Sitte*, Berlin-Leipzig, 1919, a. a. O., 1960, S. 63ff; Timasheff, a. a. O., S. 135ff; Geiger, a. a. O., 1964, 尤其参见 S. 125ff, S. 169ff; Torgny T. Segerstedt, *Gesellschaftliche Herrschaft als soziologisches Konzept*, Neuwied-Berlin, 1967; René König, “Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme”; 以及 Pitirim A. Sorokin, “Organisierte Gruppe (Institution) und Rechtsnormen”, 这两篇文章均载于 Hirsch und Rehbinder, a. a. O., S. 36 - 53 以及 S. 87 - 120。

[3] 参见 Alfred R. Radcliffe-Brown, “Primitive Law”, *Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. IX, New York, 1933, pp. 202 - 206; Geiger a. a. O., 1964, S. 125ff; Paul Trappe, *Zur Situation der Rechtssoziologie*, Tübingen, 1968; Jean Poirier, “Introduction à l’ethnologie de l’appareil juridique”, *Ethnologie générale*, Jean Poirier, dir., Paris, 1968, p. 1091 - 1110。可以理解，人种学家对这种研究结论提出了反对意见，参见 Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man. A study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Mass., 1954, pp. 18ff; Leopold Pospisil, “Kapauku Papuans and Their Law”, *Yale University publications in Anthropology*, N. 54, 1958; Neudrunk o. O., 1964, S. 248ff; Lucy Mair, *Primitive Government*, Harmondsworth, 1962, pp. 35ff; Max Gluckman, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955, insbes pp. 163ff, 224ff; Max Gluckman, “African Jurisprudence”, *Advancement of Science*, 18, 1962, pp. 439 - 454; and Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, New Haven-London, 1965。也可参见 Siegfried F. Nadel, “Reason and

Unreason in African Law”, *Africa*, 26, 1956, pp. 160 - 173 (161ff)。

[4] 强调法律的纯粹心理学特征, 是为了批评俄国法学者 Petrazycki, 但是却误解了法律实质, 参见 Leon Petrazycki, *Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts*, Berlin, 1907; Leon Petrazycki, *Law and Morality*, Cambridge, Mass., 1955; 以及 Karl B. Baum, *Leon Petrazycki und seine Schüler. Der Weg von der psychologischen zur soziologischen Rechtstheorie in der Petrazyckigruppe*, Berlin, 1967。另外, 可参见 Adriaan Stoop Jr., *Analyse de la notion du droit*, Haarlem, 1927。尤其还有一种在法律制度与心理冲动之间建立点对点关联的尝试, 参见 Franz R. Bienenfeld, “Prolegomena to a Psychoanalysis of Law and Justice”, *California Law Review*, 53, 1965, pp. 957 - 1028, 1254 - 1336。

[5] 霍曼斯(George C. Homans)还在声称这种理论未受挫折, 参见“Bringing Men Back In”, *American Sociological Review*, 29, 1964, pp. 808 - 818; 以及 Hans Albert, “Erwerbsprinzip und Sozialstruktur. Zur Kritik der neoklassischen Marktsoziologie”, *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 19, 1968, S. 1 - 65; Andrzej Malewski, *Verhalten und Interaktion. Die Theorie des Verhaltens und das Problem der sozialwissenschaftlichen Integration*, Tübingen, 1967; Hans J. Hummel and Karl-Dieter Opp, *Die Reduzierbarkeit von Soziologie auf Psychologie. Eine These, ihr Test und ihre theoretische Bedeutung*, Branschweick, 1971。

[6] 对此问题的常规解释(人格只能在社会互动中形成)只是抓住了部分要点, 还没有达到我们今天的认识程度, 可参见 George H. Mead, *Mind, Self and Society From the Standpoint of a Social Behaviorist*, Chicago, 1934; 更多请参见 J. Milton Yinger, “Research Implications of a Field View of Personality”, *American Journal of Sociology*, 68, 1963, pp. 580 - 592; Talcott Parsons, “Levels of Organization and the Mediation of Social Interaction”, *Sociological Inquiry*, 1964, pp. 207 - 220; Talcott Parsons, “The Position of Identity in the General Theory of Action”, in Chad Gordon and Kenneth J. Gergen (Eds.), *The Self in Social Interaction*, New York usw., 1968, pp. 11 - 23。在帕森斯最近有关一般行动理论的框架中, 他阐述了一条还原论的理论路径, 参见“Some Problems of General Theory in Sociology”, in John C. McKinney and Edward A. Tiryakian (Eds.), *Theoretical Sociology. Perspectives and Developments*, New York, 1970, pp. 27 - 68 (49)。

[7] 在涂尔干的著述中可以找到“基础性”(elementar)这个词的使用, 参见 Emile Durkheim, *Les formes élémentaires de la vie religieuse. Le système totémique en Australie*, Paris, 1912。法国人种志学家追随了涂尔干的用法。考虑到早期社会形式和古代法律系统中有意识的分化, 古尔维奇(Gurvitch)以含义稍有不同的方式表达了对“微观法社会学”的兴趣, 参见 Georges Gurvitch, *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, Neuwied, 1960, insbes. S. 128ff。

[8] 这个概念由霍曼斯给予了基础性定义, 参见 George C. Homans, *Social Behavior. Its Elementary Forms*, New York, 1961。

[9] 我们可以发现关于偶在性和动机的富有启发性的论证, 参见 James Olds, *The Growth and Structure of Motives. Psychological Studies in the Theory of Action*, Glencoe, Ill., 1956, 特别是 pp. 185ff。

[10] 这里, 我们也可以增加一种法社会学的评价: 一种法律制度(比如财产)的功能、可靠性、稳定性和正当性的条件不能完全以经济学的视角来观察, 也不能仅从不平等的非正义性的视角来评价。它们主要是与丰富的替代可能性、社会变化的程度、沟通的动员、观点交换的难易度、角色和体验转换以及选择其他可能性的程度等有关, 总之, 即谁在何种情境下被看成是异我。

[11] 参见 Donald M. MacKay, “The Informational Analysis of Questions and Commands”, in Colin Cherry (Ed.), *Information Theory*, Fourth London Symposium,

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

London, 1961, pp. 469 - 476. 重印于 Colin Cherry (Ed.), *Information, Mechanism and Meaning*, Cambridge-London, 1969, pp. 94 - 104.

[12] 经过进一步考察后, 即便简单偶在性也表明了一种事物的结构。被期望的体验的现实化不只是依赖我自己, 也依赖这个事实: 世界为我保持了这种可能性, 在我选择这一可能性时, 世界尚未改变它。奥尔兹 (James Olds, a. a. O.) 曾给出了双重偶在性概念, 并把社会偶在性看成是社会性的事例。我们遵循帕森斯对这个术语的引证用法, 参见 Parsons and Shils, a. a. O., p. 16。后期著作中的表述, 参见 Talcott Parsons, "Interaction, Social Interaction", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 7, 1968, pp. 429 - 441 (436 f)。

[13] 可惜帕森斯的期望互补理论 (参见本书第一章, 注 21) 过早放弃了这个重要维度, 因此没能给规范理论提供一个充分的基础。原因可能在于霍布斯 (Thomas Hobbes) 学说中最大化自身利益并使自己对外在和内在惩罚做出反应的行动者这个前社会学概念。对此观点的批判, 参见 Jürgen Ritsert, "Substratbegriffe in der Theorie des sozialen Handelns. Über das Interaktionsschema bei Parsons und in der Parsonskritik", *Soziale Welt*, 19, 1968, pp. 119 - 137。) 原因在于, 帕森斯抓住了通过相互惩罚进行互补学习的过程, 但是没有抓住期望的主观结构以及在其中引发了他人共同期望的主体自身同一性建构。这就是为什么对他而言期望互补性很容易变成行为一致性的原因。期望的期望的出错风险被忽略了, 导致规范起作用的冲突和差异渊源也被忽略了。对帕森斯这一观点的批判, 也可参见 Johan Galtung, "Expectations and Interaction Processes", *Inquiry*, 2, 1959, pp. 213 - 234 (225ff)。帕森斯自己对此观点之局限性的批评及超越, 参见 Talcott Parsons and Robert F. Bales, *Family, Socialization and Interaction Processes*, Glencoe, Ill., 1955, p. 74。

[14] 冲突的例子可参见 Thomas C. Schelling, *The Strategy of conflict*, Cambridge, Mass., 1960, 尤其是 pp. 54ff; John P. Spiegel, "The Resolution of Role Conflict Within the Family", *Psychiatry*, 20, 1957, pp. 1 - 16, Thomas J. Scheff, "A Theory of Social Coordination Applicable to Mixed-Motive-Games", *Sociometry*, 32, 1967, pp. 215 - 234。

[15] 心理学家和社会学家对此都很感兴趣, 这方面最为详尽并令人印象深刻的观点可参见 Ronald D. Laing, Herbert Phillipson and A. Russell Lee, *Interpersonal Perception. A theory and a Method of Research*, London, 1966。也参见 ferner Herbert Blumer, "Psychological Import of the Human Group", in Muzafer Sherif and M. O. Wilson (Eds.), *Group Relations at the Crossroads*, New York, 1953, pp. 185 - 202; Ronald D. Laing, *Phänomenologie der Erfahrung*, Frankfurt, 1969, S. 69ff; Paul-H. Maucorps and René Bassoul, *Empathies et connaissance d'autrui*, Paris, 1960, 尤其是 p. 33ff; Paul-H. Maucorps and René Bassoul, "Jeux de miroirs et sociologie de la connaissance d'autrui", *Cahiers internationaux de sociologie*, 32, 1962, p. 43 - 60; Jean Maisonneuve, *Psychosociologie des affinités*, Paris, 1966, 尤其是 p. 322ff; Thomas J. Scheff, "Toward a Sociological Theory of Consensus", *American Sociological Review*, 32, 1967, pp. 32 - 46; Galtung, a. a. O., 除此之外 (尽管涉及期望问题时有所保留), 还可参见 Max Weber, *Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 3. Aufl., Tübingen, 1968, S. 427 - 474 (441ff, 452ff, 尤其关于 "协议")。

[16] 这一点可参见 Vilhelm Aubert, *Elements of Sociology*, New York, 1967, pp. 64f。

[17] 参见 Laing u. a., a. a. O., pp. 59ff, 以及 Scheff, *Consensus*。

[18] 正如上文所揭示的那样, 这可能导致通过他人眼睛的自我理想化, 也可能以 "无辜的敌意" 的形式正当化自己解决问题所采取的进攻性。

[19] 关于这个问题, 有一些有价值的假设, 参见 O. J. Harvey, David E. Hunt and Harold M. Schroder, *Conceptual Systems and Personality Organization*, New York-

London, 1961。这些假设令我们感兴趣的原因在于,规范的投射(Normprojektionen)和应然的固化(Sollfixierungen)被看成是体验过程的一个非常具体的、不大发达的结构的标志(pp. 38ff)。总的说来,关于我们化简问题的纯粹心理学解决方式特别是在病理上显著的行为研究中取得了进展,尤其是在不受社会规范支持的病理学领域中更是如此。在针对投射性的并且是严格规范性的行为心理病理学研究中,心理学家一致认为,在此并不涉及到已被一般承认的规范,比如“你不得杀人”——没人会认为在这个规范固化背后存在反常或欠发展的人格。我们的这种思考不只是揭示了一种偏向于主导的规范性秩序的心理上的偏见,而且还告诉我们,心理上的化简机制和社会化简机制必须被看成是功能等价和相互依存的。社会性制度化的规范使得心理上导致的规范严格性去病理化。换句话说,能够以通常方式消化自身复杂性并把这些复杂性容于制度化规范中的人,可以更容易取得成功。

[20] 参见本书第 107 页及以下。

[21] 这个区分有助于我们理解,简单社会也能因为很低水平的惩罚可靠性和执行确定性而拥有法律。安达曼群岛的居民就代表了一种经典的临界案例,他们的现实中虽然没有制度化的条文,但是我们却知道他们有一些表达性的具法律属性的行动,参见英文版 Alfred R. Radcliffe-Brown, *The Andaman Islanders*, Cambridge, 1922。如果我们关注期望一致性,就如下文将简短解释的那样,我们就必须赋予那些秩序以法律地位。

[22] 参见盖格尔在“导向安全性”(Orientierungssicherheit)与“现实安全性”(Realisierungssicherheit)之间的区分,参见 Geiger, a. a. O., S. 101ff。不过,这一区分缺乏对反身性期望结构背景的解释,因而只能支持规范知识(!)的认知性期望,并把法律安全性看作是已经得到了保证,比如,当人们可以确定某人要么不曾遭到谋杀要么杀人犯已经遭到惩罚时。涂尔干的“失范”概念,即,不为规范指涉所支持的行为,也应该从这个角度加以再思考。

[23] 这种充实、修改或偏离过程的外在表现,已经被频繁观察到,出色的分析可以参见 Ralph H. Turner, “The Navy Disbursing Officer as a Bureaucrat”, *American Sociological Review*, 12, 1947, pp. 342 - 348; Joseph Bensusan and Israel Gerver, “Crime and Punishment in the Factory. The function of Deviance in Maintaining the Social System”, *American Sociological Review*, 28, 1963, pp. 588 - 593; Anselm Strauss u. a., “The Hospital and Its Negotiated Order”, in Eliot Freidson (Ed.), *The Hospital in Modern society*, New York, 1963, pp. 147 - 169; Gerd Spittler, *Norm und Sanktion. Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus*, Olten-Freiburg, Br., 1967, 尤其是 pp. 106ff。

[24] 有学者在“吸收不确定性”的标题下研究了这种与其他选择成就相连接的过程,参见 James G. March and Herbert A. Simon, *Organizations*, New York-London, 1958, pp. 164ff。

[25] 这就是为什么以更为基础性的命令概念来定义规范概念是错误的原因。无可置疑,这一点已经被盖格尔注意到了,参见 Geiger, a. a. O., S. 64f。只有在复杂的、更为详尽的前提下,依据命令创建结构才是可能的。

[26] 对于法社会学而言,这种对结构的研究结果会在下面关于失望问题的讨论中部分涉及到。我们进而期待着,当我们在所有法律中找到一种选择性成就时,自然法主题和现代法律的实证性就能获得充分说明。因此,社会法律的发展呈现为有意识的结构选择增长,以及对结构变化可控性的增长。

[27] 就这方面而言,值得参见 Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, Tübingen, 1960, S. 329ff, 其中写到了“体验”的内容。

[28] 为了在社会学框架和传统伦理框架之间进行比较,我们可以这样表述:结构与本可以作出不同选择的人类行为的偶在性事件相关。伦理问题框架的具体要素(可参见 Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, III, 1-5, V, 10)可以在以下事实中发现:“本可做出不同行为”(Auch-anders-handeln-Können)被理解为单个的决定自由并根据结构加以评

价，因此，反结构的自由行为(虽然也是自由!)则是具有可被谴责的过错性。然而，这就假设了对失望的特别解释以及缓解失望的特殊模式——对于今天的社会学理论而言，这是一个过于具体的问题框架。

[29] 这里，我们将暂时不考虑选择性的漠视和压抑这些同样重要的心理学上的功能等价策略，而只是关注有意造成的失望。

[30] 这一术语的使用来自 Galtung, a. a. O. (1959)。相似的研究进路可参见 Wilhelm Aubert and Sheldon L. Messinger, "The Criminal and the Sick", *Inquiry*, 1, 1958, pp. 137 - 160, 重印于 Vilhelm Aubert, *The Hidden Society*, Totowa, N. J., 1965, pp. 25ff, 作者比较了指向罪犯的规范期望与指向病人的认知期望。对于规范概念的混乱社会学表达的综述，可参见 Rüdiger Lautmann, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, Köln-Opladen, 1969. 以及 Jack P. Gibbs, "Norms. The Problem of Definition and Classification", *The American Journal of Sociology*, 70, 1965, pp. 586 - 594.

[31] 对于这些区分的误解和争议，参见 Alexander Sesonske, " 'Cognitive' and 'Normative' ", *Philosophy and Phenomenological Research*, 17, 1956, pp. 1 - 21.

[32] 这个规范概念与盖格尔针对科学的理论和方法上的理由所试图假设的内容不同，参见 Geiger, a. a. O., 尤其是 S. 65ff, 205ff, 他仅仅把规范看着是对替代可能性选择范围的弹性约束，人们要么遵守规范，要么接受惩罚。违反规范是不可想象的，因为规范包括对被惩罚行为的选择。同时，不服从惩罚的反常被认为是一种依据规范信赖程度而简化的说法。对盖格尔而言，不正义不可能存在，或者最多以个人判断的形式存在(因而缺乏“科学”研究价值)——要么在行为层次上，要么在规范化的层次上(S. 206)。盖格尔的法社会学在想像法律时，无须与非正义相对照，因而有意把那些感知为法律的东西排除在外，对于他的法社会学而言，这种经验不具有科学上可认知的实在性。

[33] 就我的看法而言，至今还没有针对“应当”的法社会学分析。已经出现的研究，要么把规范的社会学概念界定为统计上的规律性，与应当无关；要么直接从含混的日常用法来理解“应当”这个术语的意义，因此根据应当概念的事实性来界定规范(参见本书第二章，注1)。不过，法学家们长期争论是和应当之间的区分，虽然没有清晰的结论。参见 Peter Schneider (Hrsg.), *Sein und Sollen im Erfahrungsbereich des Rechts*, Wiesbaden, 1970.

[34] 对于期望稳定性的心理学研究已经得出结论，与那些能够容忍偶尔失望的期望比起来，不允许例外的绝对期望更加缺乏稳定性，参见 Lloyd G. Humphreys, "The Acquisition and Extinction of Verbal Expectations in a Situation Analogous to Conditioning", *Journal of Experimental Psychology*, 25, 1939, pp. 294 - 301; F. W. Irwin, "The Realism of Expectations", *Psychological Review*, 51, 1944, pp. 120 - 126; William O. Jenkins and Julian C. Stanley Jr, "Partial Reinforcement. A Review and a Critique", *Psychological Bulletin*, 47, 1950, pp. 193 - 234.

因而，我们可以发现著名的“事实的规范性力量”的根源(出自 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Neudruck, Darmstadt, 1959, S. 337ff); 如果某些期望遭到了对立期望的威胁，期望一方在遭遇失望时仍然坚持期望，那么，那些被普遍期望的内容就具有了规范性。因此，期望一方重新在规范领域保全了处于危机之中的绝对期望，并能使其更易于与对立期望结合在一起。

[35] 关于直接互动的空间分配中的其他期望，参见 Sherri Cavan, *Liquor License. An Ethnography of Bar Behavior*, Chicago, 1966, pp. 88ff; Nancy Jo Felipe and Robert Sommer, "Invasions of Personal Space", *Social Problems*, 14, 1966, pp. 206 - 214; Robert Sommer, "Sociofugal Space", *The American Journal of Sociology*, 72, 1967, pp. 654 - 660; Philip D. Roos, "Jurisdiction. An Ecological Concept", *Human Relations*, 21, 1968, pp. 75 - 84; Miles Patterson, "Spatial Factors in Social Interactions", *Human Relations*, 21, 1968, pp. 351 - 361; Robert Sommer, *Personal Space: The Behavioral Basis of Design*, Englewood Cliffs, N. J., 1969.



[36] 总的说来, 过于咬文嚼字似乎是一种精神病症状。罗杰·雷特(Roger Nett)观察到: “当代作家在精神病院发现, 与通常假设不同的是, 那些妄想狂患者很少就事论事, 而是咬文嚼字地对待已经被社会文化广为接受的正统说法。”参见氏著“Conformity-Deviation and the Social Control Concept”, *Ethics*, 64, 1952, pp. 38-45 (p. 44, Note 18)。

[37] 之所以如此, 是因为个人的显意识潜能以及清楚否认的潜能是稀缺的, 必须保留给关键的事项。

[38] 参见 Fred Davis, “Deviance Disavowal. The Management of Strained Interaction by the Visibly Handicapped”, *Social Problems*, 9, 1961, pp. 120-132; Erving Goffman, *Stigma. Über Techniken der Bewältigung beschädigter Identität*, Frankfurt, 1967。在这些情形中的典型问题是, 不履行规范的可能性并没有被忽视, 但是, 不会成为某人自己对失望做出反应的基础。那些情境冲突可以借助事故圆滑或熟人关系加以弥合, 即, 确保期望的具体可期望性。

[39] 常常用遗传学的术语解释规范形成, 参见 Geiger, a. a. O., S. 95f。

[40] 施瓦兹所谓的常规行为“指向常态定义的张力”, 参见 Charlotte G. Schwartz, “Perspectives on Deviance. Wives’ Definitions of their Husbands’ Mental Illness”, *Psychiatry*, 20, 1957, pp. 275-291 (277f)。也可参见 Fred Davis, a. a. O., pp. 120-132; Lawrence D. Haber and Richard T. Smith, “Disability and Deviance. Normative Adaptations of Role Behavior”, *American Sociological Review*, 36, 1971, pp. 87-97。

[41] 关于“介入”的必然规则, 详见 Erving Goffman, *Behavior in Public Places. Notes on the Social Organization of Gatherings*, New York-London, 1963, pp. 33ff。

[42] 对此情境而言, 这类由加芬克尔(Garfinkel)原创并加以分析的有意识破坏性实验具有指导价值, 参见 Harold Garfinkel, “A Conception of, and Experiments with, ‘Trust’ as a Condition of Stable Concerted Actions”, in O. J. Harvey (Ed.), *Motivation and Social Interaction. Cognitive Determinants*, New York, 1963, pp. 187-238; Harold Garfinkel, “Studies of the Routine Grounds of Everyday Activities”, *Social Problem*, 11, 1964, pp. 225 bis 250; 以上两篇论文均重印于 Harold Garfinkel, *Studies in Ethnomethodology*, Englewood Cliffs, N. J., 1967。

[43] 通过常规行为的镜像反射规则可以发现精神病医学“症状”的事实, 已经被更多读者知晓, 参见 Erving Goffman, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental patients and Other Inmates*, Chicago, 1962; Erving Goffman, “Mental Symptoms and Public Order”, in Erving Goffman, *Interaction Ritual. Essays in Face-to-Face Behavior*, Chicago, 1967, pp. 137-148, 以及 Thomas J. Scheff, *Being Mentally III. A Sociological Theory*, Chicago, 1966。从法律规范视角看待这个区分的特征, 参见 Vilhelm Aubert, “Legal Justice and Mental Health”, *Psychiatry*, 21, 1958, pp. 101-113。

[44] 研究重点追问的是关于什么才是精神病的社会初始条件的问题(并因此把这些问题处理成可以客观决定的事实), 相关评论参见 Heide Berndt, “Zur Soziogenese psychiatrischer Erkrankungen”, *Soziale Welt*, 19, 1968, S. 22-46; 以及 John W. Petras and James E. Curtis, “The Current Literature on Social Class and Mental Disease in America. Critique and Bibliography”, *Behavioral Science*, 13, 1968, pp. 382-398。关于反常行为的精神病解释所不断增加的重要性, 相关精彩评论可参见 Bruce P. Dohrenwend and Edwin Chin-Shong, “Social Status and Attitudes Toward Psychological Disorder. The Problem of Tolerance of Deviance”, *American Sociological Review*, 32, 1967, pp. 417-433。具体到组织环境问题, 可参见 Peter M. Blau and W. Richard Scott, *Formal Organizations*, San Francisco, 1962, pp. 188ff, 高等教育领域, 请参见 Klaus Dörner, *Die Hochschulpsychiatrie. Sozialpsychiatrischer Beitrag zur Hochschulforschung. Stand und Kritik*, Stuttgart, 1967。

[45] 参见本书第 68 页及以下。

[46] 参见 Robert A. Dentler and Kai T. Erikson, “The Functions of Deviance in

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

Groups”, *Social Problems*, 7, 1959, pp. 98 - 107。相关的例子参可见 Gerd Spittler, *Norm und Sanktion*, a. a. O., pp. 115f。在他人作出的反应中, 暗含了反常角色的假设, 参见 Michael Schwartz, Gordon F. N. Fearn and Sheldon Stryker, “A Note on Self Conception and the Emotionally Disturbed Role”, *Sociometry*, 29, 1966, pp. 300 - 305。在期望的期望中可以发现转换机制。

[47] 对由此趋于稳定化的反常的研究, 参见 Edwin M. Lemert, *Human Deviance, Social Problems, and Social Control*, Englewood Cliffs, N. J., 1967, pp. 40ff, 标题为 “Secondary Deviation”。

[48] 个别化实施具有“非正式符码”(informal codes)的特征, 相关研究参见 Tamotsu Shibutani, *Society and Personality. An Interactionist Approach to Social Psychology*, Englewood Cliffs, N. J., 1961, p. 428。

[49] 参见 J. L. Simmons, “Public Stereotypes of Deviants”, *Social Problems*, 13, 1965, pp. 223 - 232。

[50] 这种学习能力的前提条件通过科学理论或计划模式得以产生——科学理论和计划模式由各种“变量”构成, 并为使预测和失望都获得清楚描述的诸变量图式做准备。这些前提条件预设了诸特定化工作系统的相似性。

[51] 在此语境下, 上文所引(第二章, 注 34)学习理论实验尤其有价值, 因为这些实验显示出那些不允许例外的绝对期望在遭遇第一个失望时就崩溃了, 尽管这些基于概率的概念在很高程度上对失望可以免疫。

[52] 参见 Thomas S. Kuhn, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, Frankfurt, 1967。

[53] 有学者发现了这种期望建构的意义, 参见 Galtung, a. a. O., 1959, S. 220ff。

[54] 一位法官承认, 那种期望类型的规范化对于期望一方而言可能是困难的和强迫性的, 他还说, “根据德国宪法法院法(GVG)第 178 条的规定(!), 人们将无可避免(!)地把在法庭上穿超短裙看成是例外(!)”, 即, 仅以认知性术语解释这一行为(*Deutsche Richterzeitung*, 1968, S. 7)。对此问题的更多评论, 参见 Karlfriedrich Eckstein, ebda., S. 179。

[55] 可以对照关于认知期望之失望的相应研究, 下文不会展开这方面研究的讨论。相关研究参见 J. Merrill Carlsmith and Elliott Aronson, “Some Hedonic Consequences of the Confirmation and Disconfirmation of Expectancies”, *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, 66, 1963, pp. 151 - 156; Robert H. Keisner, “Affective Reactions to Expectancy Disconfirmations Under Public and Private Conditions”, *The Journal of Personality and Social Psychology*, 11, 1969, pp. 17 - 24。

[56] 这方面的研究非常丰富, 主要来自组织环境研究, 参见 Alvin Gouldner, *Patterns of Industrial Bureaucracy*, Glencoe, Ill., 1954, 尤其是 pp. 45ff; Peter M. Blau, *The Dynamics of Bureaucracy*, Chicago, 1955, pp. 28ff, 161ff; Gresham Sykes, “The Corruption of Authority and Rehabilitation”, *Social Forces*, 34, 1956, pp. 257 - 265; Joseph Berman and Israel Gerver, “Crime and Punishment in the Factory. The Function of Deviance in Maintaining the Social System”, *American Sociological Review*, 28, 1963, pp. 588 - 593; Dean Harper and Frederick Emmert, “Work Behavior in a Service Industry”, *Social Forces*, 42, 1963, pp. 216 - 225; Louis A. Zurcher Jr., “The Sailor Aboard Ship. A Study of Role Behavior in a Total Institution”, *Social Forces*, 43, 1965, pp. 389 - 400。

[57] 参见 Murray Edelman, *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana, Ill., 1964, 尤其是 pp. 44ff; Heinrich Popitz, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, Tübingen, 1968。

[58] “精神病学家不再接触病人这一事实所证明的是病人有问题, 而不是医生出了问题。”参见 Ronald D. Laing, *Phänomenologie der Erfahrung*, Frankfurt, 1969,

S. 98。

[59] 具有社会性和规范性前提条件的归责问题已经吸引了社会学家、心理学家和法学家的共同关注，基础性的讨论可参见 Felix Kaufmann, *Methodenlehre der Sozialwissenschaften*, Wien, 1936, S. 181ff; Hans Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, Den Haag, 1941; Fritz Heider, “Social perception and Phenomenal Causality”, *Psychological Review*, 51, 1944, pp. 358 - 374; H. L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, in Anthony Flew (Ed.), *Essays on Logic and Language*, Oxford, 1951, pp. 145 - 166; Edward E. Jones and Keith E. Davis, “From Acts to Dispositions. The Attribution Process in Person Perception”, in Leonard Berkowitz (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology*, New York, 1965, pp. 212 - 266; Harold H. Kelley, *Attribution Theory in Social Psychology*, Nebraska Symposium on Motivation, 1967, pp. 192 - 238; Edward E. Jones et al., *Attribution. Perceiving the Causes of Behavior*, New York, 1971。遗憾的是，对期望一方或行动者的归责问题尚无研究，研究所针对的只是受害人对惩罚方式的选择，详见 Paul Fauconnet, *La responsabilité. Étude de Sociologie*, 2. Aufl., Paris, 1928。

[60] 根据涂尔干学派的理论，这指涉到责任主体违反规范的“象征化”(symbolisierung)问题，参见 Fauconnet, a. a. O., S. 247ff。

[61] 关于这个问题的经典著作，参见 E. E. Evans-Pritchard, *Witchcraft, Oracles and Magic Among the Azande*, Oxford, 1937。也可参见 Lars Clausen, “Behauptung der Magie”, *Internationales Jahrbuch für Religionssoziologie*, 5, 1969, S. 141 - 155 (141f)。

[61a] 关于传统社会，参见 George M. Foster, “Peasant Societies and the Image of Limited Good”, *American Anthropologist*, 67, 1965, pp. 293 - 315 (306ff)。更多这方面的例子，参见 Edward A. Suchman, “A Conceptual Analysis of the Accident Phenomenon”, *Social Problems*, 8, 1961, pp. 241 - 253。

[62] 值得注意的是，只要伤害不是故意的，巫术解释就可以被接受。这被解释为超自然力量的影响，因此可以避免血亲复仇。原始社会大量运用这种方式解决问题，甚至用于解决违法行为，相关描述参见 J. P. Gillin, “Crime and Punishment Among the Barama River Carib”, *American Anthropologist*, 36, 1934, pp. 331 - 344; Gertrude E. Dole, “Shamanism and Political Control Among the Kuikuru”, *Völkerkundliche Abhandlungen*, 1, 1964, S. 53 - 62; Gertrude E. Dole, “Anarchy Without Chaos. Alternatives to Political Authority Among the Kuikuru”, in Marc J. Swartz, Victor W. Turner and Artur Tuden (Eds.), *Political Anthropology*, Chicago, 1966, pp. 73 - 87。在这些案例中，几乎没有有什么可靠的法律。针对处理失望的问题，更多关于在法律机制和巫术仪式之间的典型选择的描述，可参见 Max Gluckman, “African Jurisprudence”, a. a. O., pp. 439 - 454 (450f); and Max Gluckman, *Closed Systems and Open Minds. The Limits of Naivety in Social Anthropology*, Edinburgh-London, 1964, pp. 250f, V. W. Turner, *Schism and Continuity in an African Society. A Study of Ndembu Village Life*, Manchester, 1957。

[63] 这方面的一个很好的例子，是奥地利人延迟对塞尔维亚人的最后通牒，这导致了第一次世界大战。

[64] 初看起来，这里所述及的反应方式是不确定的，但这只是分析性抽象。在下文的讨论中，我们会注意到，就制度化规范而言，这些反应方式典型地属于认知性甚或期望性的期望。个人如果对于违反期望的行为不作出反应，他就会被看成是傻瓜或懦夫。作出反应，甚至于复仇，成为一种社会义务。受害人的反应获得规范化的方式，尤其可以在分化程度较低的社会系统中看到，在这些系统中，甚至于那些敏感的、利益无涉的第三方，也会把自己置换到受害人的情境中，因此对规范的持续性的呈现方式表示密切关注。这种条件也可在分化社会的子系统中获得满足，例如，上层阶级关于荣誉的斗争。这方面有趣的内容，详见 Frederick R. Bryson, *The Point of Honor in Sixteenth-Century Italy. An*

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

*Aspect of the Life of the Gentleman*, New York, 1935.

[65] 关于类型、初始条件、呈现技术和危险、接受条件、情境分化以及文化框架的常量等等的解释，至今尚缺乏详尽的研究资料。出色的综述可参见 Marvin B. Scott and Stanford M. Lyman, “Accounts”, *American Sociological Review*, 33, 1968, pp. 46 - 62; 重印于 Lyman and Scott, *A Sociology of the Absurd*, New York, 1970. 关于道歉的一些评论也可参见 Erving Goffman, *Interaction Ritual*, a. a. O., pp. 242f.

[66] 有意引发的冒犯在两个阶段上与此有关，包括前违规行为和预期道歉缺失。我们只关注道歉缺失的情形。推推搡搡就是一个例子。这个例子的吸引力在于，失望一方的期望是否受到威胁并因此失去防卫的问题处于悬而未决的状态。

[67] 这种观点在法学家中有其市场（参见 Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-New York, 1966, S. 24ff），但是也常常为社会学家所运用，而且方法上的考虑要多于理论上的考虑：惩罚是很容易在经验层次上识别的行为。这种路径选择主要是与法社会学看待自己的不成熟状态有关。参见 Geiger, a. a. O., 尤其是 S. 68ff; Ralf Dahrendorf, *Homo Sociologicus*, 4. Aufl., Köln-Opladen, 1964, S. 28ff; Heinrich Popitz, “Soziale Normen”, *Europäisches Archiv für Soziologie*, 2, 1961, S. 185 - 198 (193ff); Spittler, a. a. O., S. 19ff; Karl F. Schumann, *Zeichen der Unfreiheit. Zur Theorie und Messung sozialer Sanktionen*, Freiburg, Brsg., 1968; 以及，对各种定义的凝练，参见 Rüdiger Lautmann, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, Köln-Opladen, 1969, 尤其是 S. 107f.

[68] 我们与“惩罚理论”的主要区别在于我们并不是根据经验机制定义规范，而是通过功能问题定义。因此，我们让究竟是什么样的功能等价机制这个问题保持开放。这个问题的解决方式，会随着社会情境和系统的变化而改变。我们这种观点必然要求一种不同于惩罚的视角。同时，这也为我们理解特定惩罚方式所具有的特殊优势设定了一个更好的起点。

[69] 遗憾的是，关于负面舆论尚缺乏研究。这种研究本身对于社会科学领域而言却不应该是一个负面消息。参见 Hans-Joachim Winkler, “Über die Bedeutung von Skandalen für die politische Bildung”, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik*, 13, 1968, S. 225 - 244.

[70] 甚至可以发现，法官也会受召唤为那些重要却不太受欢迎的规范辩护，即选择作殉道者，相关研究参见 Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, Chicago-London, 1964, p. 197, 不过，该书作者只是从美国政治的狭窄领域的立场考虑公共损失，而没有考虑到第三帝国法官面临的那些问题。

[71] 参见 Erving Goffman, *Interaction Rituals*, pp. 225ff. 该书从避免不受欢迎的挑衅和性格试探角度指出了这种策略。

[72] 除了这一方面，层次理论对于上面提及的（本书第 68 页及以下）规范类型而言也存在相似缺陷，因为其对发展进程理论没有什么贡献。

[73] 为了描述这个概念，我们将从三个相近但不同的概念框架入手，具体的理由如下：

1) 法学家常常把制度理解为规范复合体，这些复合体的内在语境给解释提供了帮助，甚至被视为“法源”。参见 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2. Aufl., Florenz, 1946, Neudruck, 1962; Maurice Hauriou, *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*, Roman Schnur (Hrsg.), Berlin, 1965; Roman Schnur (Hrsg.), *Institution und Recht*, Darmstadt, 1968.

2) 社会学家不时把制度概念看成是与基本的人类需求有关，就长时段而言，这些基本需求只能在社会关系中得到满足，由于人类与世界的关系充满变数，所以不是在自然关系中得到满足。参见 Helmut Schelsky, “Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kultur-anthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema”, *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 3, 1952, S. 1 - 21; 重印于 Helmut Schelsky, *Auf der*

*Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze*, Düsseldorf-Köln, 1965, S. 33 - 55; Arnold Gehlen, *Urmensch und Spätkultur. Philosophische Ergebnisse und Aussagen*, Bonn, 1956; 以及 Helmut Schelsky (Hrsg.), *Zur Theorie der Institution*, Düsseldorf, 1970。

3) 在帕森斯的社会学中, 通过行动系统的文化、社会 and 人格因素的相互渗透, 制度化概念与确保互补期望的具体条件有关。规范性行为模式是制度化的对象。参见 *The Social System*, Gelncoe, Ill., 1951, pp. 36ff; Ferner, Bd. II, S. 304。与这些概念立场不同, 在下文中, 我们特别强调规范性机制与制度化机制之间在严格的分析性意义上的分化, 因为, 只有这样, 法律形成的问题性和演化才能获得澄清。

[74] 参见 Georg Simmel, *Soziologie, Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, 2. Aufl., München-Leipzig, 1922, 尤其是 S. 32ff; Alfred Vierkanndt, *Gesellschaftslehre*, 2. Aufl., Stuttgart, 1928, S. 405ff; Leopold von Wiese, *System der Allgemeinen Soziologie als Lehre von den sozialen Prozessen und den sozialen Gebilden der Menschen (Beziehungslehre)*, 2. Aufl., München-Leipzig, 1933, S. 473ff。

[75] 与之相似的考量可参见 Karl F. Schumann, *Zeichen der Unfreiheit. Zur Theorie und Messung sozialer Sanktionen*, Freiburg, Br., 1968, S. 53f。

[76] 关于这方面, 有许多素材, 参见 Hans Welzel, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage der Rechtsgeltung*, Köln-Opladen, 1965。

[77] 这在今天的社会学家中是一种通说。与规范结构尤其相关的例子, 可参见 Basil S. Georgopoulos, "Normative Structure Variables and Organizational Behavior", *Human Relations*, 18, 1965, pp. 155 - 169。

[78] 参见 David Matza, *Delinquency and Drift*, New York-London-Sydney, 1964, 尤其是 pp. 50ff。

[79] “共同支持某些社会模式的那些‘他们’, 并非像‘他们’这个术语所意味的那样具有相当的同质性。对于个人而言, 运用‘他们’代指一个想像的一致性, 不过是给行为基础提供了必要的便利。”参见 E. P. Hollander, "Conformity, Status, and Idiosyncrasy Credit", *Psychological Review*, 65, 1958, pp. 117 - 127 (126)。

[80] 这些观点都得到了关于制度性期望和实际舆论之间所存在差异的出色经验研究的确证, 可参见 Richard L. Schanck, "A Study of a Community and Its Groups and Institutions Conceived of as Behaviors of Individuals", *Psychological Monographs*, Bd. 43, No. 2, Princeton, N. J.-Albany, N. Y., 1932; Ragnar Rommetveit, *Social Norms and Roles. Explorations in the Psychology of Enduring Social Pressures*, Oslo-Minneapolis, 1955, pp. 116ff, 139ff。也可参见 Ronald D. Laing, *Phänomenologie der Erfahrung*, Frankfurt, 1969, S. 69ff。

[81] 参见本书第 56 页。

[82] 这主要基于这样一个事实: 为了经验观察上的便利, 我们主要关注在统一的群体规范下遵守规则或违反规则的条件问题, 而且, 还因为主要的规范性观点和非规范行为模式都已经被研究过了。

[83] 关于这个问题的讨论, 参见 Geiger, a. a. O., S. 72ff; 以及 Spittler, a. a. O., S. 68f。

[84] 关于社会子系统相对自治的例子, 相关的观察可以参见 Richard D. Schwartz, "Social Factors in the Development of Legal Control. A Case Study of Two Israeli Settlements", *The Yale Law Journal*, 63, 1954, pp. 471 - 491。

[85] 参见 *De la division du travail social*, 22. Aufl., Paris, 1902, p. 82 以及其余各处。

[86] 这方面的观点, 值得一读的是 Erving Goffman, *The Presentation of Self in Everyday Life*, 2. Aufl., Garden City, New York, 1959。

[87] 参见 Edward Gross and Gregory P. Stone, "Embarrassment and the Analysis of

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

Role Requirements”, *The American Journal of Sociology*, 70, 1964, pp. 1-15; Lothar Krappmann, *Soziologische Dimensionen der Identität*, Stuttgart, 1971, 该书对文献作了详尽综述。

[88] 这方面的一个很好的例子出现在立法者之间的非正式规范上, 这些规范会对每个议员进行约束, 即便并不受强制性决议的限制, 并且实际上法律还保证了他们在决定上的自由, 他们也仍然会为自己说过的话负责。这样, 他们的决定过程实际上还是有着具有确定性的、可预计的范围。参见 John C. Wahlke, Heinz Eulau, William Buchanan and LeRoy C. Ferguson, *The Legislative System. Explorations in Legislative Behavior*, New York, 1962, p. 144; 或可参见 James D. Barber, *The Lawmakers. Recruitment and Adaptation to Legislative Life*, New York-London, 1965, p. 160。这个例子引人入胜, 尤其因为其显示了, 文明社会的法律生活中那些极为现代化并准备充分的装置, 在关键领域仍有赖于整个形塑法律的初始机制, 并且, 必须在与正式法律制度相冲突的那些相对小型的社会系统中来制度化这些机制。

[89] 它们相互之间存在明显的关联, 并相互依赖, 这一点直到今天才进入到学者们的视野, 为了抓住多样性背后的统一性, 这种关联性和相互依赖性就假设了对复杂事件的抽象综合。只有在回溯中, 我们才能发展出针对将来的契约性安排, 典型的例证可参见 Emile Durkheim, *Leçons de sociologie physique des mœurs et du droit*, Paris, 1950, p. 206ff; Max Weber, *Rechtssoziologie*, Neuwied, 1960, S. 105ff; Georg Davy, *La foi jurée. Etude sociologique du problème du contrat: La formation du lien contractuel*, Paris, 1922; D. Warnotte, *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*, Brüssels, 1927; Joseph Zaksas, *Les transformations du contrat et leur loi. Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, Paris, 1939; und Pospisil, a. a. O., pp. 123, 208ff.

[90] 遗憾的是, 至今尚缺乏针对这个重要问题的扎实经验研究, 相关的考察可参见 Stewart Macauley, “Non-Contractual Relations in Business Behavior. A preliminary Study”, *American Sociological Review*, 28, 1963, pp. 55-67。“取消”酒店预定的行业惯例倒是值得我们考察。

[91] 参见 Bernald Willms, “Gesellschaftsvertrag und Rollentheorie”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, S. 275-298 (281), 该书作者把这种契约称为“自我约束的自由的象征, 其中既包含义务, 也包含义务的可终结性”。

[92] 众所周知, 甚至罗马法也不仅仅从纯粹合同信用就引申出义务并由此主张权利: 契约无对价即无义务 (*nuda pactio obligationem non parit*) (至少可见 *sed parit exceptionem* - D2, 14, 7, 4)。所以, 为了确保接受者的信任, 就需要(巫术)形式或立即兑现(对于第三方而言, 这些要求都是合理的)。只是到了晚近, 根据固定类型的框架, “双方合意的契约”才被作为例外(而购买、租赁、结社以及托管则属于单方性的商事合同)。

[93] 纯双方合意的契约的制度化, 是以程序的发展为前提的, 即, 古老的私力救济衰落, 随着法庭上针对客观事实的质证, 形成了决定自主。关于罗马法, 可参见 Louis Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, p. 76ff, 以及 Walter Ruben, *Die gesellschaftliche Entwicklung im alten Indien*, Bd. 11。关于印度法, 可参见 *Die Entwicklung von Staat und Recht*, Berlin, 1968, S. 144f.

[94] 在当代社会学争论中, 对参照群体概念给予了相互冲突的界定, 这个概念至今还缺乏清晰的含义, 这主要是由于作为行为控制方式的期望的期望还没有引起充分注意。对参照群体概念有贡献的学者, 参见 S. N. Eisenstadt, “Studies in Reference Group Behavior. I. Reference Norms and the Social Structure”, *Human Relations*, 7, 1954, pp. 191-216; S. N. Eisenstadt, “Reference Group Behavior and Social Integration. An Explorative Study”, *American Sociological Review*, 19, 1954, pp. 175-185; Tamotsu Shibutani, “Reference Groups as Perspectives”, *The American Journal of Sociology*, 60, 1955, pp. 562-569, 重印后的名称为 “Reference Groups and Social Control”, in Arnold

M. Rose (Ed.), *Human Behavior and Social Processes. An Interactionist Approach*, Boston, 1962, pp. 128 - 147. 关于分化出纯粹的参照群体问题, 参见 Theodore D. Kemper, "Reference Groups, Socialization and Achievement", *American Sociological Review*, 33, 1968, pp. 31 - 45.

[95] 确切地说, 商人们有自己的法律, 并在很长时间里都可以执行商事裁定, 甚至可以通过引证圈内的规则而规避正式法律。一个中国的例子说明, 法律有效性的意识还很淡薄。参见 Leang K'l-Tch'ao, *La conception de la loi et les théories des Légistes à la veille des Ts'in*, Peking, 1926, p. VIIIff, 导言部分; 以及 Sybille van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China. A Sociological Analysis*, London, 1962, pp. 80ff.

[96] 参见本书第 334 页及以下。

[97] 一般来说, 反身性机制具有增加生产的功能。参见 Niklas Luhmann, "Reflexive Mechanismen", *Soziale Welt*, 17, 1966, S. 1 - 23, 重印于 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, Köln-Opladen, 1970。

[98] 参见 Paul Bohannan, "The Differing Realms of the Law", in Paul Bohannan (Ed.), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City, N. Y., 1967, pp. 43 - 56, 该书主张, "双重制度化" 或 "再制度化" 是法律存在的标准, 因此, 原始社会的法律难以包含在这个概念中。甚至于, 盖格尔把这种形式看作是法律出现的决定性一步, 但没有提到这一过程具有的反身性, 参见 Geiger, a. a. O., 尤其是 S. 149ff. 另外, 哈特提出了 "二阶规则" (secondary rules) 这个重要概念, 参见 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961。

[99] 详见 Niklas Luhmann, "Sinn als Grundbegriff der Soziologie", in Jürgen Habermas and Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt, 1971, S. 25 - 100。

[99a] 参见 Harold Garfinkel and Harvey Sacks, "On Formal Structures of Practical Action", in John C. McKinney and Edward A. Tiryakian (Eds.), *Theoretical Sociology. Perspectives and Developments*, New York, 1970, pp. 337 - 366。

[100] 通过病理学现象, 已经清晰揭示了关于意义经验处理的具体 / 抽象维度的重要性, 参见 Kurt Goldstein and Martin Scheerer, "Abstract and Concrete Behavior. An Experimental Study with Special Tests", *Psychological Monographs*, 53, 1941, Nr. 2; 德译版载于 Carl F. Graumann (Hrsg.), *Denken*, Köln-Berlin, 1965, S. 147 - 153。在此基础上展开的进一步研究, 参见 O. J. Harvey, David E. Hunt and Harold M. Schroder, *Conceptual Systems and Personality Organization*, New York-London, 1961。

[101] 参见 Talcott Parsons, "Recht und Soziale Kontrolle", in Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie. Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Köln-Opladen, 1967, S. 121 - 134(122), 该书也把规范定义为一致性, 如果规范 "在理想情况下没有把由其调整的个人指引到不相容的各种期望或义务"。

[102] 典型的帕森斯系统论认为, 这种成就是被观察和被描述的, 即, 体现了 "潜在 (!) 模式维持" (!) 功能。但是, 在分析层次上, 其无法与规范功能彻底分离开。

[103] 在现代大型组织的非人格环境中, 关于相互了解所受到的限制, 参见 Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 355ff; 以及更一般的研究参见 John W. Thibaut and Harold H. Kelley, *The Social Psychology of Groups*, New York-London, 1959, pp. 64ff; Theodore M. Newcomb, *The Acquaintance Process*, New York, 1961。

[103a] 对这个导致了法律与道德分化后果问题的理论分析, 参见 Joel Feinberg, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, N. J., 1970, pp. 3ff。

[104] 通过期望定义角色概念并非没有争议, 但这是无法避免的。任何希望避免如此

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

定义的人，必定会从后门把期望重新请回来，因而显得无可奈何，因为，没有期望的这些前置条件，行动就无法理解。这方面富有特色的例子，可参见 Heinrich Popitz, *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, Tübingen, 1967。该书作者拒绝诉诸行为期望，而是把角色定义为纯粹的行为频率，然后，却以此方式追问其无法解决的行为一致性问题。

[105] 参见 Geiger, a. a. O., S. 156。盖格尔正确指出，《旧约》全书中“以牙还牙，以眼还眼”的报应法不应被看作古代形式主义，而应被看成一种进化成就。对坏蛋实施惩罚的最大化趋势被嵌入了决定程式中，并由此得以调整，这表明了意义层次的早期分化。形式主义有助于稳定进化中的小概率成就。这一思想的起源，可参见 Max Mühl, *Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung*, Klio, 以及 NF 16, Leipzig, 1933, S. 45ff。还可参见 S. 98, 154。

[106] 参见 Hermann Krause, “Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germ. Abt. 75, 1958, S. 206 - 251。更多细节，参见本书第 237 页及以下。

[107] 我们今天把良心概念从高阶规范的纯粹可接受性中分离出来并对其个别化的努力，例示了对这一传统的延续。参见 Heinz Scholler, *Das Gewissen als Gestalt der Freiheit*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1962; Niklas Luhmann, “Die Gewissensfreiheit und das Gewissen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 90, 1965, S. 257 - 286。

[108] 对善(Good)的各种良善目的的加总，仍然属于纯粹古典的概念表达，强调了诸目的的共同本质。这种概念表达并非我们此处所指的纲要和价值的分化。因此，伦理缺乏价值的概念，直到 19 世纪，这个概念才偶然出现。

[109] 相关的历史问题背景解释了，为什么具有决定性的理论(以及实践)成就的角色概念，作为“个人和社会”的“中介”尤其引人注目。参见 Talcott Parson, *The Social System*, Glencoe, Ill., 1951, pp. 25f, 39f; Siegfried F. Nadel, *The Theory of Social Structure*, Glencoe, Ill., 1957, p. 20; Ralf Dahrendorf, *Homo Sociologicus*, 7. Aufl., Köln-Opladen, 1968; Helmuth Plessner, “Soziale Rolle und menschliche Natur”, in *Festschrift Theodor Litt*, Düsseldorf, 1960, S. 105 - 115; Friedrich H. Tenbruck, “Zur deutschen Rezeption der Rollentheorie”, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 13, 1961, S. 1 - 40。对于最近的社会学从理论上进行自我理解而言，角色概念具有重要性，而在有限的事实范围内，这种重要性难以获得正当化。

[110] 至少，在系统结构形式各个层次的分化中，显现了各种征兆。其中，“规范”和“价值”被彻底区分开，比如，帕森斯关于“控制位阶”的观念，参见 Talcott Parsons, “Durkheim’s Contribution to the Theory of Integration of Social Systems”, in Kurt H. Wolff (Ed.), *Emile Durkheim, 1858 - 1917*, Columbus, Ohio, 1960, pp. 118 - 153 (122ff)。更多参见 Neil J. Smelser, *Theory of collective Behavior*, New York, 1963, pp. 32ff; Daniel Katz and Robert L. Kahn, *The Social Psychology of Organizations*, New York-London-Sydney, 1966, pp. 37f, 48ff; Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge, Mass., 1968。不过，帕森斯的规范概念比普通意义要狭窄，尤其与那些并非对所有有效行为期望有关。

[111] 期望的一般化和功能性意义漠视这个语境，是行为学习理论的基石之一，相关综述参见 Franz J. Stendenbach, *Soziale Interaktion und Lernprozesse*, Köln-Berlin, 1963, S. 90ff; 或者 Klaus Eyferth, *Lernen als Anpassung des Organismus durch bedingte Reaktion*, 以及 Klaus Eyferth, “Das Lernen von Haltungen, Bedürfnissen und sozialen Verhaltensweisen”, in *Handbuch der Psychologie*, Bd. I, Göttingen, 1964, S. 76 - 117 (103ff) 以及 347 - 370(357ff)。从此，这个洞见被社会学接受了，主要是被帕森斯接受了，并被转换为规范和价值，参见 Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe, Ill., 1951, pp. 11, 209ff, 240, 422 (在此，规范被归类为惩罚期望的一般化); 还可参看 Talcott



Parsons, Robert F. Bales and Edward A. Shils, *Working Papers in the Theory of Action*, Glencoe, Ill., 1953, pp. 41f, 81.

[112] 参见 Robert Redfield, “Primitive Law”, in Paul Bohannan (Ed.), *Law and warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, New York, 1967, pp. 3-24 (22)。

[113] 有关实验, 参见 Eugene A. Weinstein, Mary Glenn Wiley and William De Vaughn, “Role and Interpersonal Style as Components of Social Interaction”, *Social Forces*, 45, 1966, pp. 210-216。

[114] 对于这类事件的考察, 主要集中在那些寻求法律现代化的所谓发展中社会里, 这种社会的法律常常只是作为现代法获得规范化, 尽管从制度上看, 这种现代法是不可接受的。参见 Morroe Berger, *Bureaucracy and Society in Modern Egypt. A study of the Higher Civil Service*, Princeton, N. J., 1957, 尤其是 pp. 144ff; C. Lloyd Mechem, “Latin American Constitutions. Nominal and Real”, *Journal of Politics*, 21, 1959, pp. 258-275; Fred W. Riggs, *The Ecology of Public Administration*, London, 1961, pp. 98ff; Gregory J. Massell, “Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu. The Case of Soviet Central Asia”, *Law and Society Review*, 2, 1968, pp. 179-228。更详细的讨论参见本书第 317 页及以下。

[115] 这种说法所针对的是规范的定义或就价值或评价概念而言对应当的越轨。参见 Jack P. Gibbs, “Norms. The Problem of Definition and Classification”, *The American Journal of Sociology*, 70, 1965, pp. 586-594 (589)。

[116] 莱昂·梅修(Leon Mayhew)以种族平等的假设为例研究了这个问题, 得出的结论是, 对此只能以价值而不是程式的形式加以充分制度化。而且, 在发现能够同时满足确定的事物性构造和主体间可传递性的各种规则上, 即, 对于能够确保世界体验的事实维度与社会维度之间一致性的规则而言, 逻辑发挥了明显功能。逻辑与法律的功能契合性就是立基于此。

[117] 参见本书第 56 页。

[118] 在最近的系统理论中, 我们以“结构约束”以及指涉到可能性领域的结构选择表明了这一问题。也可以这样表述, 即一个系统中给定的可能性结构限制, 参见 Walter Buckley, *Sociology and Modern Systems Theory*, Englewood Cliffs, 1967, pp. 82f; 或者 Talcott Parsons, *The Social System*, a. a. O., pp. 177ff; 在人种学中, 这一思想的起源可以参见 Alexander A. Goldenweiser, “The Principle of Limited Possibilities in the Development of Culture”, *Journal of American Folk-Lore*, 26, 1913, pp. 259-290, 一个正式的用法可以参见 George J. McCall and J. L. Simmons, *Identities and Interactions*, New York, 1966, pp. 14ff。回顾历史, 可以发现, 这一观念令我们联想到了莱布尼茨的共存性(Kompossibilität)概念, 不过, 这个概念只是对世界而言, 并非针对世界中的系统。

[119] 与此类似, 可参见 E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Mass., 1954, 该书在其比照性的法律人类学理论的开端时, 就强调说: “法律的主要功能是一种获取法律支持的选择性规范, 这些规范与法律系统所在的文化基本前提保持一致。”(pp. 16, 黑体由我所加)从根本上说, 就是我们已经以更为抽象的形式表达过的关于体验的三个维度的指征。

[120] 简单社会中对这些动机给予原始组合的相关证据, 可以在一本著作的案例汇编中找到, 参见 Leopold Posposil, “Kapauku Papuans and Their Law”, *Yale University Publications in Anthropology*, 54, 1958, 重印于 a. a. O. 1964, pp. 144ff (虽然, 该书作者根据具有惩罚特征的法律概念检验了这些案例, 并得出结论说, 法律在一半多的案例中没有得到实施)。

[121] 当法律被破坏时, 法律主张的实施及其确定性遭到制度性消解, 替代法律的是诉诸秘密复仇或反对寄生者和外人所实施的巫术, 我们知道, 这种社会只存在于原始文化阶段。参见 Gillin, a. a. O., and Dole., a. a. O. (可参见第二章, 注 62), 作者研究了加勒比的部落, 参见本书第 198 页。

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

[122] 值得一提的是，最近一位作者认为，制度化对于惩罚概念的精确性具有重要意义。参见 Karl F. Schumann, *Zeichen der Unfreiheit. Zur Theorie und Messung sozialer Sanktionen*, Freiburg, 1968。

[123] 当然，这一描述没有排除这个事实：他人的理性行为被规范化以及法律性规范化。我们可以从《联邦预算条例》第七节推导出这种可能性及问题性，该条例对行政人员使用预算资源施加了经济和节约的法律义务。与此类似，在某些限制条件下，我们可以把漂亮帅气规定为仪表要求，命令秃头者戴假发。参见 Rudolf von Jhering, *Der zweck im Recht*, 6. - 8. Aufl., Leipzig, 1923, Bd. S. 330ff。

[124] 对于这个问题，在现有文献中找不到任何有价值的研究。因为，只有基于我们在此提出的功能主义法律概念，这个问题才会凸现出来。当然，语言与法律之间相互关系的个别特征已经被研究过了，例如，中国儒家法律观，把正确处理词语和文本看成是创造正确的世界关系的基础，或者，在我们的例子中，语言形式对于塑造法律思想的可能影响。

[125] 我们后面将阐述法律受到语言限制的观点，参见本书第 276 页及以下。

[126] 参见本书第 69 页，注 3。

[127] 参见 Richard Thurnwald, *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethnologischen Grundlagen*, Bd. V, Berlin-Leipzig, 1934, S. 2(伴随着“被组织约束”问题的限制)；E. Adamson Hoebel, *The Law of primitive Man. A study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge, Mass., 1954, p. 28。帕森斯及其追随者认为，作为政治现象的物理暴力是在法律系统之外，这个观点遭到了普遍反对，参见 Leon H. Mayhew, “Law. The legal system”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 9, 1968, pp. 59 - 66 (61)。

[128] 正是出于这个原因，选择结束争斗的正确时间点才成为一个问题，参见 Lewis A. Coser, *Continuities in the Study of Social Conflict*, New York, 1967, p. 37。

[129] 参见 Lucy Mair, *Primitive Government*, Harmondsworth, 1962, p. 40。

[130] 关于这方面的深刻描述，参见 Ronald M. Berndt, *Excess and Restraint. Social Control Among a Guinea Mountain People*, Chicago, 1962。

[131] 至少，应该记得，我们把外在的成功当成爱的证明的社会，其实离巫术的观点并不遥远。关于法律与暴力之间引人侧目的解释，参见 Walter Benjamin, “Zur Kritik der Gewalt”, in Walter Benjamin, *Angelus Novus*, Frankfurt, 1966, S. 42 - 66。

[132] 关于法律理论家对这个问题的处理，参见 Otto Brunner, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, 3Aufl., Brunn-München-Wien, 1943, S. 120ff, 包括文献索引部分。此书中有个观点，认为基于自我保护的法律秩序的特征几乎就等于暴力。一个著名的反例可参见 John Gillin, “Crime and Punishment Among the Barama River Cdrrib of British Guiana”, *American Anthropologist*, 36, 1934, pp. 331 - 334, 该书强调了如下特征：由诸多松散群落(15 - 50 个)形成的、缺乏组织化惩罚权力的简单社会；欠发达的法律；作为实施法律的工具的欠发达氏族团结；对于违法行为做出秘密的、巫术性的反应，避免公开性暴力复仇。

[133] 在当代社会中，这种机制被发展为半开玩笑式的挑衅测试，相关研究可参见 Erving Goffman, *Interaction Ritual. Essays in Face-to-Face Behavior*, Chicago, 1967, pp. 149ff。

[134] 关于这方面的先前观点认为，法律是作为争斗的替代物而被创造的，参见 Barna Horváth, *Rechtssoziologie. Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*, Berlin, 1934, S. 149ff, 附有参考文献。

[135] 在权力理论语境下对此问题的讨论，参见 Niklas Luhmann, “Klassische Theorie der Macht. Kritik ihrer Prämissen”, *Zeitschrift für Politik*, 16, 1969, S. 149 - 170 (155ff)。

[136] 我们可以容易地发现，基于支持还是反对统治秩序以区分暴力性质而作出立场选择的企图，遭到了挑战——例如，基于对权力和暴力的区分。参见 Geoges Sorel, *Reflexions sur la-violence*, 8. Aufl., Paris, 1936, S. 256f.

[137] 除此之外，还有一些案例表明，甚至在最为简单的社会中，也存在着可被集体感知的惩罚。不过，这些惩罚仍然属于例外。对此而言，违反规范的典型形式是：重复出现并难以预测的谋杀、巫术、性禁忌的违反。参见 Thurnwald, a. a. O., S. 10, 该书对那些被视为威胁整个社会的例外集体行动给出了解释。但是，为什么正好是这些违反规范的行为，而不是其他行动？对我而言，更重要的理由在于，这些案例中的受害人或者部落，并非是特定的对象，因而，必须采取集体行动以代替受害者的暴力反应。因此，我们很难把这些案例作为发展公共刑法典的起点。

[138] 这种情况尤其存在于由宗亲团体参与的证人发誓制度中，不是为了确认事实或可信度，而是为了在巫术斗争中为法律而战。

[139] 参见 Louis Gernet, *Droit et prédroit en Grèce ancienne. L'année sociologique*, série 3, 1948-1949, p. 21-119 (尤其是 p. 59ff, 98ff); Louis Gernet, “Le temps dans les formes archaïques du droit”, *Journal de psychologie normale et pathologique*, 53, 1956, p. 379-406.

[140] 更多详情参见 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, 1969, S. 69ff.

[141] 至少，值得注意的是，在这一发展过程中，暴力和违法扮演了重要角色。对此，一个众所周知的例子是：在传统社会类型中，为了政治支配稳定性而进行军事征服，其意义独立于亲属裙带关系。很少为人们所注意的是，在传统的高级文明中，以及在中世纪的土地和平运动中，政治控制垄断性的创建也是基于物理暴力，这明显违反了有效法律秩序和军事法。对此，可参见复仇女神的抱怨：通过创建雅典最高法院(Areopag)，新的诸神只得遵循旧的法律。雅典娜对这种谴责表示理解(Aischylos, *Eumeniden*, S. 748ff)。对此，法律史也有所揭示，参见 Richard Schröder and Eberhard Freiherr von Künssberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 6. Aufl., Leipzig, 1919, Bd. I, S. 712ff (716); William Seagle, *Weltgeschichte des Rechts Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*, München-Berlin, 1951, S. 113.

[142] 关于系统信任，详见 Niklas Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Stuttgart, 1968, S. 44 ff.

[143] 与此相似，货币的价值也在于这样一种期望：他人期望着货币作为一种价值被接受(并非直接期望着对方接受，如果没有接受一方的共同期望，这种期望就缺乏基础)。

[144] 一个显著的结果是，暴力从人们生活中消失了。索雷尔(Sorel)谴责了这一现象，参见 Sorel, a. a. O.

[145] 与此相较，对我们而言，似乎只有相对未分化的简单社会系统才具有诉诸物理事暴力的典型特征。参见 Coser, a. a. O., (1967), S. 93ff.

[146] 那些支持统计性结构概念的社会学家们对这种立场表示了质疑——统计性结构概念是以纯粹的相关性频率来描述的。参见 Paul F. Lazarsfeld and Neil W. Henry, *Latent Structure Analysis*, Boston, 1968; Peter M. Blau, “Structural Effects”, *American Sociological Review*, 25, 1960, pp. 178-193. 我们难以判断运用这种方法所进行的研究是否取得了成功。不过，这些研究假定了对于人类而言的(通过有意决定的)互动行为的特征可以被看成是被中立化的对象——这个假设已经把结构概念从法律研究中驱逐出去了。

同时，这种争论不能被误解为是显结构与隐结构之间的区别。即便我们把结构概念奠基于期望概念之上，我们也包括了暗含的合理期望，即隐结构。

[147] 对此问题的一个出色解释，参见 A. L. Epstein, *Juridical Techniques and the Judicial Process. A Study of African Customary Law*, Manchester, 1954。也可参见 Spittler, a. a. O. (1967), S. 117ff. 当一些臭味相投的大型越轨群体形成的时候，我们也可以观察到对越轨行为进行理性化的现象。参见 Howard S. Becker, *Outsiders. Studies in*

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

*the Sociology of Deviance*, New York-London, 1963, pp. 38f. 也可参看 Erving Goffman, *Stigma. Über Techniken der Bewältigung beschädigter Identität*, Frankfurt, 1967.

[148] 参见 John Mbiti, “Les Africains et la notion du temps”, *Africa*, 8, 2, 1967, p. 33 - 41, 也可参见 D. Demetrapoulou Lee, “A Primitive System of Values”, *Philosophy of Science*, 7, 1940, pp. 355 - 378. 作者追随马林诺夫斯基关于罗布里安岛原住民(die Trobriander, the Trobriand Islanders)的研究, 清晰推导出, 如果欠缺运用语言进行关系性表达的能力, 就会导致无法把将来(一个充满变数的领域)与现在连接起来的能力, 因此, 法律/道德制度被局限于一个极为具体可感的层次。

[149] 参见 Louis Gernet, “Le temps dans les formes archaïques du droit”, *Journal de psychologie normale et pathologique*, 53, 1956, p. 379 - 406.

[150] 参见 Siegfried F. Nadel, “Social Control and Self-Regulation”, *Social Forces*, 31, 1953, pp. 265 - 273.

[151] 在此, 我采纳了约阿希姆·里特(Joachim Ritter)的解释, 参见 Joachim Ritter, “Zur Grundlegung der praktischen Philosophie bei Aristoteles”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 46, 1960, S. 179 - 199.

[152] “无论如何, 语言的作用主要在于让什么有用和什么有害变得清楚明白。与其他生物相比, 人类独具这种能力。只有人类能够分辨善与恶、正义与非正义。由于人们共享这些知识, 家庭和城邦才能建造出来。”(Aristoteles, Pol, 1253a 14 - 18)

[153] 参见 Louis Gernet, *Droit et prédroit en Grèce ancienne*, a. a. O., p. 21 - 119 (p. 117, rem. 4), 以及附录: “语言范畴的发展, 就像在其他情形中那样, 是与制度演化相一致的”。

[154] 这是指佛教的宗教性/政治性变革, 参见 Charles Drekmeier, *Kingship and Community in Early India*, Stanford, Cal., 1962, p. 289.

[155] 参见 Hans Fehr, *Deutsche Rechtsgeschichte*, 4. Aufl., Berlin, 1948, S. 146f.

[156] 参见 Nadel, a. a. O. (1953).

[157] 相关综述可参见 Richard Thurnwald, *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen*, a. a. O., S. 21ff.

[158] 其他那些不太显著的终结问题的办法, 可在夏安印第安人(der Cheyenne-Indianer)的法律中看到。夏安印第安人对杀死族人的凶犯采取巫术性的, 甚至极为温和惩罚(放逐五年), 这令人非常惊讶。详情参见 Karl N. Llewellyn and E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, 1941, pp. 132ff.

[159] *Begegnung mit dem Sein. Meditationen zur Metaphysik des Gewissens*, Tübingen, 1954, S. 113.

[160] “Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus”, in *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Bd. 1, Tübingen, 1922, S. 1 - 206.

[161] 在本书的结语部分, 我们将瞄准法律理论中的一些关键问题, 颠覆未分化的否定的朴素性(见本书第 423 页)。

[162] 在法社会学之外, 越轨行为社会学以越轨行为、集体行为和社会解组的名义自成一家, 生产了大量文献。越轨社会学的理论渊源难以与法社会学分开, 不过, 我们无法在此勾勒出相关细节。这方面的导论性著作, 可参阅 Marshall B. Clinard, *Sociology of Deviant Behavior*, 2. Aufl., New York, 1963; Albert K. Cohen, *Abweichung und Kontrolle*, München, 1968.

[163] 这一过程既被看成是系统结构, 也被看成是个人策略, 参见 Robert K. Merton, “Social Structure and Anomie”, *American Sociological Review*, 3, 1938, pp. 672 - 682, 重印版增加了进一步的研究, 参见 Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl., Glencoe, Ill., 1957, pp. 131ff; 另见 Robert K. Merton, “Conformity, Deviation, and Opportunity Structures”, *American Sociological Review*,

24, 1959, pp. 177 - 189; Richard A. Cloward, "Illegitimate Means, Anomie, and Deviant Behavior", *American Sociological Review*, 24, 1959, pp. 164 - 176 和 Richard Dubin, "Deviant Behavior and Social Structure. Continuities in Social Theory", *American Sociological Review*, 24, 1959, pp. 147 - 164; Kai T. Erikson, *Wayward Puritans. A study in the Sociology of Deviance*, New York, 1966。

[164] 参见 Edwin H. Sutherland, *Principles of Criminology*, Philadelphia, 1934; Frank Tannenbaum, *Crime and the Community*, New York, 1951, pp. 51ff。

[165] 关于后者, 可参见 Gresham M. Sykes and David Matza, "Techniques of Neutralization. A Theory of Delinquency", *American Sociological Review*, 22, 1957, pp. 664 - 670。还可参见 Geiger, a. a. O., S. 76f。

[166] 参见 John I. Kitsuse, "Societal Reaction to Deviant Behavior. Problems of Theory and Method", *Social Problems*, 9, 1962, pp. 247 - 256; Howard S. Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York-London, 1963; Thomas J. Scheff, *Being Mentally Ill. A Sociological Theory*, Chicago, 1966。对这个观点深入但更为审慎的运用, 参见 Edwin M. Lemert, *Social Pathology*, New York, 1951; Edwin M. Lemert, *Human Deviance. Social Problems, and Social Control*, Englewood Cliffs, N. J., 1967; David Matza, *Delinquency and Drift*, New York-London-Sydney, 1964; Aaron V. Cicourel, *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York-London-Sydney, 1968; Earl Rubington and Martin S. Weinberg (Eds.), *Deviance. The Interactionist Perspective*, New York-London, 1968; Jack D. Douglas (Ed.), *Deviance and Respectability. The Social Construction of Moral Meanings*, New York, 1970。

把这个观点与越轨行为的早期解释整合起来的工作, 可参见 Ronald L. Akers, "Problems in the Sociology of Deviance. Social Definitions and Behavior", *Social Forces*, 46, 1968, pp. 455 - 465。

[167] 参见 Clarice S. Stoll, "Images of Man and Social Control", *Social Forces*, 47, 1968, pp. 119 - 127。

[168] 参见 Walter Buckley, *Sociology and Modern System Theory*, Englewood Cliffs, N. J., 1967, p. 167。

[169] 对这类功能成就的综述, 参见 Lewis A. Coser, "Some Functions of Deviant Behavior and Normative Flexibility", *The American Journal of Sociology*, 68, 1962, pp. 172 - 181, 重印于 Lewis A. Coser, *Continuities in the Study of Social Conflict*, New York, 1967, pp. 113 - 133。对于单个功能所起的作用, 参见 Emile Durkheim, a. a. O. (1902), p. 35ff; Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 8. Aufl., Paris, 1927, p. 80ff; George H. Mead, "The Psychology of Punitive Justice", *The American Journal of Sociology*, 23, 1918, pp. 557 - 602; Roger Nett, "Conformity-Deviation and the Social Control Concept", *Ethics*, 64, 1953, pp. 38 - 45; Robert A. Dentler and Kai T. Erikson, "The Functions of Deviance in Groups", *Social Problems*, 7, 1959, pp. 98 - 107。

[170] 参见 Kai T. Erikson, "Note on the Sociology of Deviance", *Social Problems*, 9, 1962, pp. 308 - 314, 更为详尽的表述, 参见 Kai T. Erikson, *Wayward Puritans*, a. a. O. (1966)。

[171] 参见 *Rechtssoziologie*, Neuwied, 1960, S. 54f。

[172] 对于越轨的内部容忍, 是从外部稳定系统边界的机制, 参见 Dentler and Erikson, a. a. O., S. 101。

[173] 在刑法学的最新发展中, 也由弗里茨·萨克(Fritz Sack)得出了相似的结论。参见 Fritz Sack and René König(Hrsg.), *Kriminal-Soziologie*, Frankfurt, 1968, S. 431 - 475 (469ff), 他认为犯罪在社会分配机制框架中具有消极的善(negativen Gutes)的特征。

[174] 参见 Matza, a. a. O.。

## 第二章 法律的发展：以社会理论为基础

[175] 参见本书第 79 页。

[176] 因此，亲属规则和领土规则相互影响，并且原则上不同于法律政治秩序的观点（参见 Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, pp. 93ff），必须加以修正了，参见 Robert H. Lowie, *The Origin of the State*, New York, 1927; R. F. Barton, *The Half-Way Sun. Life Among the Headhunters of the Philippines*, New York, 1930, pp. 106ff, 或 Isaac Schapera, *Government and Politics in Tribal Societies*, London, 1956。也可参见 Rüdiger Schott, *Anfänge der Privatund Planwirtschaft. Wirtschaftsordnung und Nahrungverteilung bei Wildbeutervölkern*, Brunschweig, 1956, S. 187ff。

[177] 参见 Marshall D. Sahlins, “The Segmentary Lineage: An Organization of Predatory Expansion”, *American Anthropologist*, 63, 1961, pp. 322 - 345; P. H. Gulliver, “Structural Dichotomy and Jural Processes Among the Arusha of Northern Tanganyika”, *Africa*, 31, 1961, pp. 19 - 35; Lloyd Fallers, “Political Sociology and the Anthropological Study of African Politics”, *Europäisches Archiv für Soziologie*, 4, 1963, S. 311 - 329 (313ff)。

[178] 我们将在下文(本书第 230 页)中详细阐述：这个发展阶段同时产生了自然法思想，对法律的选择因此受到有意识的限制。

[179] 法律系统与现代社会组织之间存在着类似关系，在组织中，成员与非成员之间的明显角色差异“实现了同样的功能，即，划出边界，并且具有高度选择性和规范性的结构特征”。详见 Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964。

[180] 参见本书第 401 页及以下。

[181] 我对基本法之功能的阐述，涉及到这个问题，参见 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965。

[182] 那些新兴的、正在涌现的结构和过程，起初并不明显，对其进行观察的时机的强调，可参见 F. E. Emery, “The Next Thirty Years. Concepts, Methods and Anticipations”, *Human Relations*, 20, 1967, pp. 199 - 237。

[183] 关于这个观点的方法论基础，参见 Niklas Luhmann, “Funktionale Methode und juristische Entscheidung”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 94, 1969, S. 1 - 31。

[184] 在法律科学中，这样一种系统相关的、多元的法律概念，尤其可参见 Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, I, 2. Aufl., Neudruck Florenz, 1962。人种学方面可参见 Pospisil, a. a. O., S. 272ff。对于法社会学而言，参见 Georges Gurvitch, *Expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, 1935；也可参见 Georges Gurvitch, *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, Neuwied, 1960。对法律根据的这种理解，返回到了老欧洲传统，认为每一个人类共同体，都存在一种相应的法律建制。

[185] 这并没有排除把社会的法律系统和社会子系统的诸法律系统之间的关系作为研究对象，参见 William M. Evan, “Public and Private Legal Systems”, in William M. Evan (Ed.), *Law and Sociology. Exploratory Essays*, New York, 1962, pp. 165 - 184。

## 作为社会结构的法律

### 3.1 社会和法律的发展

经典法社会学试图拾起社会理论的线头。不过，那时，社会理论正处于消解过程中。新近发展起来的社会学研究工具群，又重新提出了理论和方法上的要求，而以往的社会整体观却很难满足这些要求。看来，试图拥抱整个人类之共同存在的社会理论崩溃了。这阻挡了法社会学的进一步发展，或者说，把法社会学导入了仅仅从方法论上说可以着手的路向，由此，法社会学转向了职业角色、决定过程和裁判理由的社会学，而法律不再是其中的中心主题。

导致这个消解过程的原因还没有被连根铲除。至今还没有论证充分、立足新基础的社会理论出现。<sup>[1]</sup>据此，建立一个具有理论根基的法社会学的每一分努力，都不过是浮光掠影。在这种背景下，对目前的争论进行全面描述和评价就是不可能的。不过，在某些基本方面，我们还是有必要介绍一些新形成的理论前提。如果没有澄清这些前提，我们就不可能理解社会与法律发展之间的相互关联。另一方面，只有当法律发展的分析对这些问题给予了明晰解释，我们才能企望法

社会学对社会理论的建构和经验控制作出贡献。

在系统理论日新月异的发展启示下，<sup>[2]</sup>这看起来是有道理的：把社会理解为一个社会系统——在过度复杂和偶在的环境中，这个社会系统可以维持各种行动意义的一致性。为了取得这个成就，某些选择必须在这个系统中实现，并以这样的方式组织起来，即，这些选择包容了高度复杂性，而且能把高度复杂性化简到可决定的行动平台上。系统自身越复杂，系统在其中有意义地引导自己的环境可能也就越复杂。系统复杂性主要是由其结构来进行调整的，即通过对系统能容纳的可能环境条件之范围的预选来调整。因而，结构问题，包括法律问题中的结构问题，就是系统—环境关系的枢纽，相应地，也是复杂性和选择性可实现程度的关键。

133

这些假设适用于所有社会系统类型，例如，家庭、企业、男女修道院、协会，甚至党派、会议、演讲等系统，对于社会而言，这些假设尤其意义。社会是这样一种社会系统，其结构调整着那些终极性和基础性的化简，其他社会系统也有赖于这些化简。社会系统把不确定性转变为确定性，或者，转变为对于其他系统而言是可确定的复杂性。因此，社会就为其他系统提供了一个几乎是化简了复杂性的、驯服的环境；这是一个把什么都可能的那种任意性排除在外的环境，因而，就对系统结构提出了更少的前提要求。据此，社会结构具有为那些在社会内部形成的诸社会系统减轻负担的功能。反过来亦如此：在某种程度上，当社会之中的诸社会系统可以由于自身的结构——如由于组织或爱——而容纳更为复杂的环境时，社会就可以作为一个整体而增加自己的复杂性，并对更为多样的体验和行动方式保持开放。

不过，作为这些社会系统之环境的社会又是什么呢？这个问题的答案更多取决于是否采取了正确的回答方式。

对于社会和法律哲学的老欧洲传统而言，人类，作为在一个充满生机的社会中富有活力的一部分，有着自己的自由和德性、财富和权利，——这个前提是不证自明的。社会被看成是一个由具体个人构成



的联合，常常被清晰地表述为社会有机体。只是因为社会是由人类组成的，社会就把自身追溯到人性和道德这些显然迷人的源头。除了非人的自然，只有其他诸社会才被看成是社会的环境，也就是由其他人群构成的社会有机体。因此，社会边界被构想为与身份和领土相关，身份和领土把人们区分为成员或者非成员。

134 社会系统理论的最新发展使得我们可以突破这些概念框框。作为一个在行动意义上相互关联的结构化系统，社会系统排除而不是包括了具体的人类。作为有机系统的人受心理系统(人格)的指引。这种心理—有机系统的结构所能容纳的各种可能性与社会的社会系统的结构所能容纳的各种可能性并不一致。换句话说：那个把行动连接到社会系统的意义脉络，与那些由意义指引然而却奠基于有机体之上的现实可能的人的行动相比，是不可同日而语的。虽然两个系统都由行动的同—性构成，但不能就此得出这两个系统具有同一性的结论，这两个系统是从诸多可能性中进行选择的不同类型，各自具有自身的统一性。因而，人和社会互为环境。两个系统相对于对方而言都显得过于复杂和偶在，不过，由于二者是如此地被结构化，以至于各自都可以存在。社会结构和社会边界简化了复杂性，并吸收了那些在有机体上和心理上可能的偶在性。社会结构和社会边界因此首先是对人而言的边界，它们确保了对于人而言的可能性变得可相互期望。

这种再思考也改变了对社会与法律之间关系的前提条件的评价。因此，古代欧洲的自然法思想类型不再是思考的基础。人类之间相互关系的正当性不再能够从他们的自然本性或从作为社会一部分的生活条件中派生出来(当然，这不是说，社会不是人类生活的必要条件，而是说，这不能迫使我们把人构想为社会的一部分)。相反，人类关系的正当性产生于必须要解决的复杂性和偶在性问题——如果互动甚至意义建构是可能的话。

相应的，法律必须被看成是定义社会系统边界以及选择类型的结构。当然，法律并非惟一的社会结构；除了法律，我们还必须考虑到

认知性结构和沟通性媒介 (Medien der Kommunikation; media of communication), 例如, 真理和爱, 尤其是, 社会系统分化框架的制度化。不过, 法律是十分关键的结构, 因为, 如果没有行为期望的一致性一般化, 人们就不能把自己指向他人, 或者期望他人的期望。法律结构必须在社会自身的层次上被制度化, 因为, 只有在这里, 它才能超越前提条件的限制而被创建, 并能够建立可驯化作为其他诸社会系统的环境的机制。因此, 法律结构随着社会复杂性的进化而变迁。<sup>[3]</sup>

如果我们把这些假设作为前提, 我们就能把法律理论与社会进化理论结合起来。现代系统论对此提供了重要的方向。 135

进化理论不再根据一个在原因和结果关系上的简单因果性过程的基本模式而表述, 因此不再指向解释进化和“进步”的道德范畴。<sup>[4]</sup>相反, 进化理论必须依赖于系统理论概念, 这些概念可以解释: 为什么那些从过去的视角看来几乎是不可能的结构性变迁可以作为进化成就而获得稳定。<sup>[5]</sup>例如, 为什么克服恐惧的集体性巫术形式, 可以被一种更为抽象地构想的、个人化的、充满宗教意蕴的责任所替代; 或者, 为什么村庄里邻居互助和感恩的旧形式——作为长期交换需求的一种工具——可以被由法律确保的财务信用所替代; 换句话说, 为什么把更高风险和更多优势结合起来的新形式变得可行了。这些稳定化的问题必须根据系统和环境之间的关系来判断。

同时, 我们可以说, 至少在社会范围内, 不能根据有机体的生长原则而假定诸系统的内在自我发展。旧进化论要么假定了一个有机体自我分化的成长过程, 要么根据作为惟一选择因素的“生存竞争”原则而起作用, 但是, 现代系统论则认为, 我们是从社会系统的复杂性及其与环境的关系出发的。这些关系指向了进化中的调节, 因而, 分化和生存竞争只是呈现为这个基本观念的一个侧面。

通过物理分化, 这个世界变得更加复杂了, 任何特殊系统的环境也变得更具有问题性了; 而且, 通过有机生命系统的分化, 情形尤为剧烈。在这各个系统中, 从各自的环境来看, 更为一般化和条件化的适

136 应形式证明了它们自身：它们可能是“随机”出现的，但是，随后就得到了运用并维持下来，例如，再生产、自主运动、攻击能力、有着相应调节系统的手和眼、语言、书写，等等。通过使这些进化成就得以稳定化，在作为环境而存在的所有其他系统增加了复杂性和偶在性的同时，世界的可能性增加了。可以通过增加漠视的方式而对此作出反应，或者，以适应和自我维持的更高发展形式作出反应；但是，无论如何，比起从前来，这是一种更具选择性情形，因为，在这种情形中，可能性的进一步选择获得了稳定化。因此，对社会系统而言，进化通常提供了过剩的可能性生产，起初是“意外”发生的，然后，形成了不断增长的结构依赖，到了今天的社会系统，就变成了部分计划性的了，由此，系统可以通过结构而实现选择性的维持，并且，在这些前提条件下，不大可能的安排变得可能。系统和环境之间的复杂性程度是进化的推进器和调节器。

这些基本观念也给社会系统提供了一个解释图式。<sup>[6]</sup>多少有些侥幸，社会系统创造了更高的问题解决能力，并且，针对关联到环境的过度复杂性，它创造了更高和更富于选择替代性的适应形式。因此，在人类内部关系的复杂性和偶在性增加的同时，社会生活就获得了更多可能性——无论是机遇还是危机。游牧民族驯化了马，并因此获得了机动能力和军事霸权，这又导致了其他民族构筑防御工事和接受政治组织。农耕民族学会了管理剩余产品和储存物资，这又成为山地民族进行劫掠的有利可图的目标。可以用现代词汇来描述这种情形：高度发达的大众媒体报道了丑闻和暴力行动，由此，那些还不能买下媒体的新生政治反对派，就可以寻找到一条通过丑闻和暴力行动而影响公众的路线。用司法术语来说就是：法律总是存在漏洞（*trovato la legge, trovato l'inganno*）。不断增加的社会复杂性和偶在性是发展的原则。正是由此开始，社会结构——法律也属于其中——经受了变迁的压力。

在社会中，存在着一些社会系统，这些社会系统无需从根本上变

得更复杂，即，通过增加漠视或专门适应技术，就可以从不断增加的复杂性压力中摆脱出来。例如，我们可以想像一下现代社会中的宗教系统。其他的解决方案在于接受一个一般化的、功能专门化的处理高度复杂性的系统原则，这个原则给许多适应方式打开了大门，不过，这些适应方式并不能被用于每个社会领域。例如我们可以想像奠基于爱之上的小型家庭，或者想像奠基于利润之上的商业活动。所有这些社会专门子系统的解决方式都假定了，整个社会系统给它们提供了一个驯化的和可期望的环境。当复杂性条件不断增加时，这会变得越加困难。

因此，我们必须追问这个问题：社会系统结构自身是如何对这些变迁作出反应的。进化性结构变迁的一般趋势是明显的：这个结构必须接受更多的、变化多端的行动，如果某些进化成就获得了稳定的话——即，这些进化成就可以与更多社会系统条件兼容，或者，我们也可以说，容纳了更多自由。<sup>[7]</sup>由于规范期望的持续过剩，这些进化成就必须提供更多的排斥期望的可能性：说“不”的能力必须增加。从这种一般的而且几乎是无足轻重的意义上来看，我们谈论着进化的总体强制力。不过，我们因此可以从中推导出哪些具体结构和机制对于解决选择问题来说是适宜的，以及，在社会发展的具体情形中，哪些方案是被实际筛选出来并得到实现的。朝向更高复杂性进化的一般方向，并不包含进化过程的具体过程和结局的相关结论。为了得到更具体的描述，一方面，我们必须进入到关于法律形成机制的详细前提中，另一方面，必须进入到进化机制的详细前提中，然后，对两者进行描述。

在以上几章中，我们一直把法律的形成与意义表达可能性的偶在性与复杂性相联系——这些复杂性和偶在性发生在人际关系内部，使个人负荷了过度的紧张。从人类日常互动领域的这种张力中，引发了在规范倾向基础上的——而不是在学习倾向上的——对于行为期望一致性一般化的需要。问题、功能和结构之间的这种关系，开始只是在

138 统计性视角中呈现，而现在，则必须作为一个进化变量而被概念化。

日常互动行为领域中的偶在性和复杂性随着社会生活不断增加的多样性而改变。不过，只有当这种复杂性和偶在性同时实现体验和行动上的综合的可能性，它们才可以改变。只有凭借理所当然的集体一致性、关于世界的自然性和道德性的观点(宇宙观)以及一种似乎属于存在(das Sein)本身的语言，简单社会才能实现这种综合。所有进一步的发展都必须稳定地生产偶在性和复杂性，并且，必须能够使相应的抽象和风险制度化。就这种趋势显现的程度而言，更多的体验和行动可能性出现在普通人的日常生活中，同时，更加自由和“更加主观”地运用这些可能性的可能性也出现了。期望他人的期望变得更为困难。随后，意义综合就必须要被实现。这些意义综合与世界观和社会系统不断增加的复杂性保持一致，即，意义综合必须提供更多的选择可能性，并同时阻挡经验和行动的崩塌。在小型社会中，通过法律制度或司法概念的调整，就可以做到这一点，但是，当跨出了更大的进化步伐时，就只有通过提升**塑造一致性**的水平才能做到这一点了。

这里意味的是，在从古代向高度文明的社会以及现代社会转变的过程中，那些确保达成一致性一般化的机制发生了变化，而同时法律的形式有效性也会随之发生改变。各个一般化机制之间的协调在这些机制所假设的东西和所施加影响的东西上都发生了变化。更多的、更多样的行为在法律上成为了可能。法律对具体固定意义的依赖，以及，与其他功能领域——比如语言、认知性结构、沟通性媒介和社会化形式等——的融合，都降低了；同时，对有效法律进行选择的特殊机制，以及以这种补充性和支持性机制为前提的那些内容上的依赖，却增加了。法律的塑造从结构简单的、功能发散的日常接触系统中被剥离出来，并通过其他系统而被“设定”为一个系统。法律塑造的社会结构前提向复杂化前提条件、相互依赖性、更高的不可能性以及更大的实现能力等方面转移。

所有这些都不是一个必然的过程，而是一个通过系统形成和创建

自身前提条件的可能的过程。为了把这理解为一个过程，我们必须转向进化论。看上去，对于复杂系统的进化而言，似乎必须有三种机制同时在机体领域和意义领域起作用，即：1. 在可能性过剩的意义上，**创造变化的机制**；2. **选择有用可能性的机制**，以及去除无用可能性的机制；3. 尽管在选择领域仍然存在着高度复杂性和偶在性，还是有对被选择可能性进行**维持和稳定的机制**。<sup>[8]</sup>这三种机制的结合是确定和维持几乎不可能的系统特性的前提——由此，在进化过程中，不大可能甚至也会变得可能，世界因而增加了复杂性。

可以设想，以下这些结构变迁假设是与上面提及的一般性模式相关联的，并且，也与社会理论建构的出色洞察以及上一章详述的法律理论相关联：

1. 随着社会系统复杂性的增加，社会系统就实现了**从块状的 (Segmentärer; segmentary) 向功能特定的子系统形式 (funktional-spezifizierte Teilsystembildung; functionally specified part system formation)**的重构。这导致了一个多样性不断增长的变化，也导致了经验和行动可能性——其中包括了在子系统中的规范性投射——的过剩生产，由此，导致了选择压力的不断增加。

2. 通过**分出特殊的专门性法律互动系统 (程序 [Verfahren; process])**，法律领域的发展被选择性地实现——以不断增大的程度，程序变成了社会性相对自治的、在法律中约束决定的担纲者。

3. 随着**认知性期望和规范性期望之间的分化**的不断增长，法律自身在社会水平上取得了独立性，并且，在其意义结构上，实现了**从更为具体向更为抽象的 (更多样的) 观念的转移**。

这三个机制与塑造法律的不同维度有关。**可能性过剩生产的关键点**在于规范维度，即，在于时间维度。**制度化机制**作为**选择因素**而起作用，这种选择因素选择了新的期望，对于这些新期望而言，可以假定存在第三方共识。**稳定**来源于**可传递意义的语言固化**，这种语言固化可以被融入并驻扎在属于法律的意义结构中。就社会对于更高复杂

性具有的结构和程序适应性而言，三种机制提供了不同的——然而却是相互补充的——贡献。甚至在不断增长的社会复杂性中，它们之间的相互作用也确保了规范性行为期望一致性的维持。因此，它们之间相互关联，并且与所有重要的社会系统结构都相互关联——这里，“关联”（zusammenhängen；connection）意味着：法律之规范的、制度的和事实意义上的特性不是任意形成的，而只能是随着发展阶段以及各个不同的维度而变化。在我们进一步详细研究各个社会和法律发展时期的诸多观点之间的相互作用之前，我们将着手把各个机制在概念上梳理得更为明确，并深入阐述它们。

块状分化和功能分化之间的区别在于社会被结构化为诸多子系统的不同原则。块状分化是指社会由各种等同的——至少是相似的——子系统构成，即由各种家庭、部落等构成。在功能分化中，情况正好相反，社会的子系统已经形成了特殊的功能，即不相同的功能：如政治、行政、经济、宗教、教育、健康保障、家庭的残留功能（关爱、社会化、休闲）等特殊功能。各个重要的社会功能领域从块状分化向功能分化的逐渐过渡，一般被看成是社会发展的基本特征。<sup>[9]</sup> 不过，准确地说，两种分化形式总是可以并存的。甚至在最简单的社会中，角色也是根据年龄和性别进行功能分化的；即便在最为发达的工业社会中，也存在着许多明显是块状分化的功能领域——存在着各种家庭、政党、医院和行政部门等。就社会系统而言，变迁是与社会分化的主要形式相关联的。从总体上来说，经过很多早期的尝试过程以后，在现代社会中，社会的主要分化形式已经获得了从块状结构向功能结构的再结构化，尤其是在宗教和政治领域。自从那时，专门化成就不再必然与块状子系统——比如家庭和部落——这种主要秩序相对应。而是，块状分化的剩余形式和新生形式现在必须作为实现功能专门化社会子系统的特殊条件来证明自身。这一变化导致了可想像的、可实现的经验和行动可能性的大量增加。因为，从抽象视角看来，比起功能发散的、必须满足全部功能的结构化系统来，每个专门化子系统都可

以设计出更多可能性。功能分化增加了可能性的过度生产，因此，也增加了选择的机会和强迫性。正是在这种形式中，社会的高度复杂性变得可以被组织了。

在法律领域，这意味着，诸多社会子系统激发出了更为多样的规范投射——其中很多但并非全部可以变成法律。这一制度化选择因素因此就处于更大的压力下，但是问题在于，这又会对劳动组织及其结构、意识及其抽象程度、共识能力以及选择过程的漠视能力带来什么样的影响呢？选择可能性变得有意识，并最终被有意识地组织起来。这些选择可能性被分解为相互设定、相互补充的多个步骤，单个步骤自身不再能够达成意义的完全协调。萨林斯(Sahlins)如此评论这个发展：“过去，我们是**被选择**的人；现在，我们是**正在选择**的人。”<sup>[10]</sup>

这就引出了我们的第二个观点：**程序分化**，即互动系统中的程序分化——这些互动系统是为了选择法律决定而被创造出来的。只有具备了隐含在程序中的选择性能，从记忆中的具体行动图像中提炼出更加抽象的法律概念才是可能的。为了这个目的，一种特殊的行为秩序就以程序的形式发展起来。在特殊的情境、程式、符号、地点、角色，尤其是特殊规范等的辅助下，这种程序形式把自身从日常生活中分离了出来。程序变得独立，因而，可以集中处理法律裁判问题，集中处理规范性冲突的解决。

142

程序概念的**程序性**特性，或者事件的有序运转观念，已经被过度强调了。这种对秩序的强调无疑是陈词滥调。就程序的进化成就而言，真正诱人和有意义的东西是其作为社会系统的结构。<sup>[11]</sup>程序是为实现约束性决定(bindende Entscheidungen; binding decisions)这个特定功能而建构的短期性社会系统，即，它们不能与那些事先存在的普通系统类型相混淆，尤其不能与诉讼法相混淆。当程序作为互动系统延续期间，每个程序不仅实现着功能特定化，而且也只能在相对自治的水平上实现分化和建构。因此，通过特殊的相关/不相关规则，在这些作为一个可能性领域的边界内，并且，带着相应的不确定性以及



吸收了这些不确定性的自身历史，程序获得了自身的随机性和论题性。<sup>[12]</sup>与其他的程序性法律活动不同的是，只有存在着结果上的不确定性，而且这种不确定性只有通过程序本身的选择性决定过程才会被消除，那么，程序才能存在。这意味着[程序]相关性的边界问题。对于世界而言，有效的东西并不必然会在程序中有效；它必须被“嵌入”程序之中——不载于文书，即不存于世(Quod non est in actis, non est in mundo)。角色相应也会发生分化。例如，在一个程序中，人们不是作为岳母、面包师的徒弟、情夫等而出现；正是在程序中，关于哪些角色是/不是与参与者存在着关系的决定才会被制作出来：警察是否是特别值得信任的，被告是否是通奸者，是否因为法官的其他角色使其产生了偏见而需要回避，等等。<sup>[13]</sup>

143 建构审判程序的另一个特点在于，一种决定权限的框架是预先给定的，因此，决定就可以被预期。这导致了不决定也可能立即变成一个决定结果，而这个决定也必然会承载着某种职责上的压力。这种职责可以表达为：对于解决争端的法庭而言，禁止拒绝司法。不过，也可以这样来表达这个职责：在法定程序中，不得改变通过立法程序形成的制定法，这是一种永恒的政治责任。由此，可以这样看待这个责任：在程序的帮助下，以及在借此而开放的决定潜力内，把规范内容现实化的责任就能够随时被制度化。

为了在法律中维持高度复杂性并且通过法律程序使问题解决方式稳定化，法律的意义结构必须满足不断增加的需求，并服从明确的变化；在此，我们抵达了第三个特征。为了综合更加多样化的可能性，意义同一化——在其辅助下，具体期望在法律中被生产出来——必须被抽象化。在进化过程中，变迁的根本方向也被包含在具体一抽象的维度中。<sup>[14]</sup>这个区分不是二元对立的，而是被理解为一个渐进的过程。对经验的选择和加工而言，这个区分在结构功能上的意义就在于为其提供了相对恒定的前提。意义越是具体，就越是依赖于直接给定的经验性内容和印象上的主观(认知性的和情绪性的)条件。因而，具

体意义就几乎等于没有或只有很少替代可能性的经验和行动(即,只有很低的决定压力),但是,在指向其他可能性上——即在与世界的关系中,它仍然维持着显著的发散性和不确定性;在一个不确定的世界中,具体意义把自己表达为一个可靠的地带。因而,对于处于具体经验中的系统而言,很典型地会与一个相对狭窄的经验视域存在着紧密的论题性关联,由此就将一个不确定的、不可决定的复杂世界切割了出去。由此——也就是在法律中——就出现了趋于指向绝对肯定的判决,并且忽略了系统与环境中的事件的牵连(自因性和互因性)。

这一切都因抽象而改变。意义[因为抽象而]在替代可能性上变得更为丰富,<sup>[15]</sup>同时,以一种相对脱离情境的方式而被使用。意义的选择被再结构化了。意义不再直接联系到是否可以引起经验和行动上的满足,而是指向了对替代可能性以及观点选择的选择,因此,就只是间接地与行为有关。现在,秩序化的、可经验到的意义指涉包含了相当遥远的可能性,获得了一种更为明确的形式,决定变成为漫长的过程,每一个肯定都隐含着更多的否定。可现实化的其他可能性视域扩展了,尤其是时间视域扩展了,世界的复杂性增加了。更好的整合可能性从一个抽象塑造的法律中显现,更多规范期望可以被容纳其中,同时,更有效的选择程序也被假定——这些选择程序在裁判的程式性(programmatischen)前提和案件裁决之间的鸿沟上假设了一座桥梁。而且,抽象法律使自己更为决定性地疏离了其他意义领域——不是恣意地疏离,而是,为了使其他领域的因素转变成法律决定的论题。例如,在所有这些方面,当法律生活的基本导向从许可/禁止转向了有效/无效时,这实际上就是一个抽象的过程。

这三个立足点——因规范的过度生产而引起的分化、程序和抽象——都必须被看成是相互作用的发展因素。它们不容许被带入一种简单的线性因果关系,而是相互之间互为前提。更明确地讲就是:在一个方向上的发展过程假定了其他方向上的某种状态。例如,只有当政治系统——至少在开始是如此——已经形成其相对于家

庭和部落这些亲缘系统而独立的角色时，具有决定能力的法律程序制度才能够出现。正是在程序的帮助下，法律规范才能够如此被抽象，以至于可以反过来支持政治支配的正当性。另一方面，把程序原则扩展到法律制定，也是这一发展的先决条件。随后，政治系统适应于这种新获得的由于持续立法而形成的结构可变性，并采取了民主化的形式，也就是对政治支持进行动员。今天，为立法和理性法律政策所需的在概念内容上具备充分抽象程度的法律，仍然是缺乏的。在此，发展的瓶颈似乎正是那些使现代实证法的利用机会受到阻碍的东西。

总的来说，我们现在可以这样重述以下结论：**功能分化**似乎是创造**多样性、丰富的替代可能性以及过剩的规范生产**等的主要机制。因为，功能分化使其子系统具备了对世界采取抽象、漠视态度的能力，  
145 并因此需要与相关期望保持平衡。**程序**主要是**选择性制度化**的机制。在程序之中，这些内容可以被决定：哪一种规范性要求可以找到实际的共识，或者，至少是假定的共识，并因此可以在社会层次上得到利用。同时，在程序中，**意义沉淀物**的库存就会被生产和建构起来，由此可以让规范在一种指导性的解释脉络中获得稳定，并使得规范传承下去。在任何时候，具有法律有效性的规范结构的抽象性和复杂性程度，从总体上看，就只是依赖于那些被建构起来的程序，当然，这还是不能脱离社会系统分化的方式和程度。

因此，借助于这个勾画出来的概念图式，我们将在下文中描述法律发展的历史。在这个描述中，难以全面证明以上构建的那些假设。对此，我们既没有足够篇幅，而且，就多数情况而言，也没有充分的资料来进行全面论证。我们的目标是中庸的，即，对社会学视野中的社会和法律理论的一般假设来进行描述。不过，通过这种观察，我们可以获得更多启示，这些概念和假设可以被用于从古代法到现代工业社会的实证法等形形色色的法律文化中，而且，它们之间的差异也可以得到更好的理解。

## 3.2 古代法

在法社会学的一般框架中，不可能给出一个关于法律自身及其发展形式的法律史和法律民族志(rechtsethnologisch-vergleichende; legal-ethnological)的比较描述。但是，这不是说，法社会学、法律史和法律民族志之间就泾渭分明、在理论上是互不相干的学科。相反，由于纯粹学术原因而在各个学科之间形成的屏障应该被推倒。虽然汗牛充栋的资料可以为研究上的分工进行辩解，但是，这个理由却不能为各自为政的理论概念作出辩护。一般说来，正是因为纯粹操作上的考虑，在法社会学中，当我们着手建构一般性研究假设时，我们对于具有历史文化背景的具体多样的法律形式只能给予较少的注意，关注重心应更多倾向于资料梳理和分析的方式。

从法律史和比较文化的视角来看，我们看到的是法律的高度多元化和形式分化。回溯到人类遥远晦暗的早期历史，在法律出现之前和形成之初呈现出来的多姿多彩的情形，就否定了在这一时间跨度中从影响法律的多种原因中寻找单一因果解释的企图。在所有的人类社会中，都存在着法律，并具有等效的后果。<sup>[16]</sup>但是，那些法律之间却具有不同的规范概念、制度、利益冲突和程序方式，而且与非法律的社会结构之间存在着不同程度的相互关系。从单一维度上看，尤其在较为发达的法律文明中，实际上存在着许多异质性建构，但同时，又存在着一些非常相似的法律制度；也就是说，无论在什么地方，一旦某种特殊的利益情境获得了高度结构化，就只有少数几种可能被想到的问题解决方式。<sup>[17]</sup>然而，由于在共同生活中存在着大量必须被解决的问题，而且，由于各个古代社会之间较低程度的抽象性和文化接触，就产生了大量的以不同方式解决问题的具体制度。

从一个抽象层次看来，这种多样性是一个具有启发性的事实。正

是这种多样性首先使进化成为可能。因为，正是由于过度生产，选择才变得可能，以下情形才变为现实：在时间进程中（无论环境多么复杂），成功的进化变革得到了稳定化，并因此可以通过沟通而传递。准确地说，从一开始，一个基本的发展条件就是：缺少一个把这些丰富的形式整合起来的社会系统，缺乏全球社会和全球法律。人们觉察到的不是共同特征的缺乏，而是那些必须被建立起来的旧法律秩序之间的巨大差异。

如果我们只是借助归纳或者演绎的方法来进行思考，那些被化简为公分母的东西其实只是空洞的抽象。<sup>[18]</sup>对于寻找那些放之四海皆准的因而可以被假定为自然法的最高层次的规范而言，事情同样如此。不过，相反的步骤也同样可疑：从那些作为一般化法律理论而存在的东西中演绎性地派生法律，并由此寻找这些法律，直到找到为止。在这种情况下，我们必须使用抽象的理性建构物，就像主观权利和责任这类观念那样，这些东西并不对应于真正的法律生活，也不对应于与真正的法律生活相关的那些制度；因而，我们不仅扭曲了对经验的理解，而且，扭曲了对于这一事实之作用的想法，即，比起在解释图式中假设的情形来，法律以更加具体、更加不确定和更加矛盾的方式获得了制度化。为了避免这些弊病，在研究中，我们将从功能主义的起点出发，在应用于相当复杂和结构化的系统时，这个起点具有巨大优势。

法律理论的恒定前提并非是某些特定的规范或制度，而不过是一个具有假设特征的问题设置，<sup>[19]</sup>即法律的这一基本问题：规范性行为期望的一致性一般化。因此，[这种功能主义进路]可以容纳更高的——原则上说，也是更开放的——问题解决方案的多元可能性，同时，通过全面的问题关联，也确保了大量丰富多样的规范和制度之间的可比较性。由此，当理论起点不再设置在制度相似性上，而是设置在功能等价的问题解决方式之间的差异上时，历史分期的困难及其不可解决的问题都消失在背景中。我们对粗略的区别感到满意——根据

是否分出了法律决定程序，或者是否这些程序只与法律执行或者立法相关等问题。<sup>[20]</sup>这些显著区别指明了进化的小概率成就，并且，随着这些进化成就的稳定化，整个法律的问题性在实践中被改变了。在这个意义上，我们区分出了古代法、前现代高度文明的法律和现代社会实证法。这种区分的界线取决于发展的相对状态，而不是取决于客观的时间顺序，甚至当代社会系统也呈现出了某些古代或前现代高度文明的特征。<sup>[21]</sup>

理解古代法的起点就在于社会结构。古代的社会类型——通过这个术语，我们也可以理解至今仍然存在的“原始”社会特征——主要建基于亲属原则。<sup>[22]</sup>在解决法律冲突上，确实存在着起作用的不同影响层次，但是，不存在独立于亲属关系的具有约束力的法律决定能力。所有社会功能主要是在亲属领域中确定自己的自然基础、社会支持和正当性。对于相互帮助和需求的经济功能，对于政治力量，甚至最初还有巫术宗教功能等而言，的确都是如此。如果亲属团体的成长超过了聚集生活的最大家庭规模，就出现了**块状分化**，尤其是通过形成另外的家庭——这些家庭是基于共同的血缘和历史而被聚集在一个部落联盟中的。进而，在部落团体中建立的某些跨领域的标准，例如相同的性别和年龄等，就会取决于自然——具体的、无论社会还是个人都无法支配的关系，并且会不断根据血缘模式获得解释。

对于这种结构原则来说，重要的是其高度的（某人与之相关连的）事实性[或自明性]，比如某人**就是**同族的成员，以及缺乏替代可能性，比如某人就是根据这种特定的方式划定亲疏远近的。这并没有排除这个事实：在不同的部落社会中，大量的习惯和观念会发展出来，因为，亲属关系并没有决定它们的内容。由于各自的语言和生活条件的不同，各种各样的文化会被建构出来。不过，各个社会只是通过亲属原则而被确定在一个复杂性程度相对较低的水平上——在社会中，这些复杂性不能仅仅通过简单的重复而获得显著增加。<sup>[23]</sup>

在相对较低的功能性的角色分化中，既不需要，也不可能存在法 149

律“有效性”这一特殊标准(例如,命令或习俗若要成为法律的条件形式);法律“有效性”也不会被制度化为法律实施的惟一充分的理由。抽象的“有效性”是一种赋予法律实施以中立色彩的象征,在角色功能分化较低的情况下,这种象征还不存在。在法律冲突中,人们还不能忽略那些直接或间接参与者的家世、财产、声望和支持人。由于法律与暴力之间的紧密关系,只有密切依赖于社会结构以及包含在其中的权力分配,裁断和赔偿的功能才能得到实现。单个规范还没有绝对的有效性宣称,对此,我们很容易从针对血亲复仇和死刑进行的交易中推断出来。“作为‘万民法’(summum ius)原则的‘公正必须实现,哪怕洪水滔天’(fiat iustitia et pereat mundus),对于许多原始社会而言还是陌生的。欧洲法律实践常常被贬斥为完全不通人情和缺少人性,因为它通过绝对的义务性规则来进行裁判的,而根本不考虑(根据我们的观念看来)与法律不相关的事实。”<sup>[24]</sup>当把法律归结为或此/或彼(Entweder/Oder; either/or)、正确/错误,全有/全无(Alles oder Nichts hinauslaufe; all/nothing)等强制性选择时,情况也是如此。<sup>[25]</sup>法律仍然与其形成的初级条件纠缠在一起:根据具体的期望的期望,法律随时随地获得充实和修改。<sup>[26]</sup>由此,[当时的]主要稳定模式就是:替代选择可能性的贫乏、社会的低复杂性,以及缺乏制裁。

虽然缺乏一个具有抽象性和漠视性信念的有效性形式,但是,就我们所能看到的而言,所有古代社会已经拥有了已分出的规范,即,  
150 那些社会已经成功地建立了一些反事实性期望。例如,波斯皮斯尔(Pospisil)在研究新几内亚(New Guinea)的卡帕卡人(Kapauka)时,就发现了针对一系列行为规则而言的一个“一般化意图”,当然,这种普适意图只能在不到一半的情形下获得事实上的实现。<sup>[27]</sup>因此,那些规则就具有通过语言来表述的潜力,即,在各种情况下,它们可以被看作是事实上相同的,并获得制度化,即变成法律。

对于古代社会更为详尽的形成过程来说,社会的低复杂性意味着

无须借助中介就可以产生塑造法律的初级机制。法律出现在失望和失望者所作出的反应中，而且，主要出现在直接爆发的愤怒中，因此，法律与我们在上文中(第 141 页及以下)讨论过的物理暴力形成了紧密联系。如果没有那些被卷入纠纷的当事人及其家族的潜在的私力救济，认知期望和规范期望就不可能发生分离；在失望情形下，就没有人知道应该坚持或调整哪些期望。在古代法律制度中，虽然武力性私力救济、血亲复仇、咒誓和诅咒(这在块状社会中尤其典型)确实关系到法律的“执行”问题(似乎无须设立警察制度，而百姓必须自己来执行这种功能)，但是，它们主要还是为了维护期望自身的存在，即在面临相反事实时坚持这些期望。<sup>[28]</sup>相比于获得成功的工具性功能，维持期望的表达性功能更为重要。规范期望的分出，以及，法律的建构，全都取决于维持期望的表达性功能。由于这个优势，法律系统中产生出来的大量负功能结果也或多或少地被强制接受下来。

基于私力救济和血亲复仇，法律的一个重要功能条件在于，亲密团体的血缘关系比违法行为的影响更为持久，即，基于血亲复仇威胁施加的“报应”压力，血缘关系比法律显示出更强的纽带作用。如果我们忽略掉极端情况，例如，臭名昭著的犯罪人，那么，宗族就不会把属于自己圈子内的犯罪人与自己分离开，而是会冒死支持他。<sup>[29]</sup>换句话说，违法行为本身不会导致违法者的孤立。由此，这再次显示出缺乏替代亲属系统的其他可能性。相反，个人也不能从依赖于宗族的强制可能性中逃逸出来；因此，就他作为宗族成员的身份而言，他才是一个法律实体，并且，在遭遇法律问题时，他必须服从于宗族承受的压力。

依据这种发展模式，法律实际上只能获得具体性的概念化，而且，由于同样的原因，就像处理体验的诸系统一样，法律缺少替代可能性。这表现在各个方面：部落法律被体验为惟一的可能法律。不属于部落的人，及与之无任何血缘关系的周边的部落，都会被看成是无法律地位的。<sup>[30]</sup>无需运用针对疑难案件的询问和裁判过程，法律就可

151



以得到绝对的确认。对规范投射的个体参与，以及，权利要求的主观性，与客观上适用的法律不可区分。正因如此，就不存在只是基于其有效性而应该被实施的作为规范结构的法律观念。规范结构自身仍然与直接被体验到的个案情境密切联系在一起，即，伴随着“行动图像”(Tatbildern; action images)而存在，就像图恩瓦尔德(Turnwald)已经出色描述过的那样<sup>[31]</sup>——行动图像随着时间过程逐渐类型化，对个案中的差异表现出免疫力，可不时以词语或句子进行表达，并最终被塑造为传统。由于思想联接是通过具体事物或可视表征建立起来的，因此，[规范结构的发展]就不会走出太远。<sup>[32]</sup>由于只有较低程度的抽象，它就无法接受来自其他案件类型的推论，无法为新的案件类型和法律期望冲突提供决定评价和论证。由于这个原因，人们就还不能放弃作为法律存在证明的暴力。所以，并不是通过意义解释来引出一个法律决定，而是通过决斗或形式主义。

152 如果我们把案情的贴身性、内容的具体性和缺乏替代可能性等作为古代法律经验中结构相关的核心内容，那么，那些“通常被过度估计的”神圣性和传统关系就变得可以理解了。不必把神圣性和传统关系存在的动机看成是为了显现自身，也不要满足于把它们当作是通过古代的“世界图像”(Weltbild; world image)而对古代法律所作的解释。这种[社会]结构的最基本的特征在于安排上的无替代性。在具有较高文明程度的初民社会中，**现存**社会秩序被看成是惟一可能的，是神所中意的，因而是神圣的。<sup>[33]</sup>目前和过去都不存在其他可能性，这种情形似乎可以从神圣性中得到说明。传统关系和神圣性这两种意义框架只不过意味着完全缺乏替代可能性。还有，我们可以看到，例如，古代法的超验巫术起源并没有引发对神法概念的创造(因为，创造就会涉及偶在性，即在众多可能性中进行选择)。超自然力量保卫了法律，这些力量实施了惩罚和赔偿，但不能产生和改变法律。法律同时约束了神和人。神圣性和历史是缺乏其他可能性、不可支配性的象征。它们指明，当在给定秩序中出现新的反常行为，或者出现结构上

不可靠的、不一致的期望时，会带来恐惧和不确定性；它们反映的是迷失于未知道路的危险，或者反映了难以从无法整合失误或创新的秩序中逃逸出来的危险。

相应地，古代的生活意识(Bewußtseinslebens)的重心就落在了其充满风险和可能性匮乏的当下(Gegenwart; present)。当下轻易就被黑暗和不确定的过去(Vergangenen; past)所遮蔽，而且也难以对付未来(Zukunft; future)。<sup>[34]</sup>因为，生活和沟通仅存在于当下。只有从这个角度来看，对某些象征手段的显著偏爱才变得可以理解，因为这些手段使当下从其他可能性的威胁中摆脱出来。在对神圣性和传统象征的需要消退的地方，才会出现完全是为了满足生活技术需要并与神圣性——无论是人法(ius)还是神法(fas)——斩断联系的法律，<sup>[35]</sup>而传统意识在此也仅具边缘性，因为只要传统需要通过具体内容来证明自己而且携带着稍纵即逝的当下信念，那就不会影响到革新。<sup>[36]</sup>有大量证据表明，法律有效性是奠基于亲属概念之上的，亲属概念以祖先崇拜的方式进入到生活中，并被理解为是对逝去先辈的服从(因为，死人具有威力)。<sup>[37]</sup>这就包含了一个关于社会结构与法律之间相互关系的描述。不过，由于其可视性形式，这种神圣的充满法律细节的仪式就可以从这种意义脉络中被剥离出来。正是由于仪式那具体而固定的形式，在面对参与者直接的规范投射时，甚至，在面对与情境关联在一起的传统行动图像时，仪式为证据的展示提供了可能性。由于这个原因，很明显，正是神圣性仪式和传统性象征规则可以提供某些连续性，这些连续性促进了古代法向前现代高级文明的转变，也就由此具有了超越古代法的重要功能。<sup>[38]</sup>

153

缺乏替代可能性也表现出巫术性因果观念(magischen Kausalvorstellungen; magical causal conception)的特征，从社会发展形式上说，巫术性因果观念典型地体现在古代法中。正确的言辞、姿势、法术、咒誓和诅咒等都直接证明和影响了法律。我们问：“你保证(spondesne)?”回答是：“我保证(spondeo)。”这就是誓约

154 (sponsio), 反之亦然。实际上, [对此]我们还不能说是因果关系, 更不应当说是巫术的“机械性”因果关系, 因为, 在后来的因果性概念中, 具有决定性的一点是其蕴含的选择性, 而在古代巫术仪式中, 还没有这方面的体验。我们必须以这个假设开始: 甚至在早期社会的实践生活中, 巫术就已被当成选择和指引的工具来使用, 但是, 并没有获得制度化。由于纯粹语言方面的原因, <sup>[39]</sup>因果性没有被理解为单方面甚或双方面的变量关系, 而是被理解为事件或行动的固有性质。外表和形式就是意义自身, 而且, 在意义中, 原因看上去就是结果。如果预设的目的没有实现, 失望就会被看成是由其他原因引起的。因而, 在古代思想中, 不可能把法律看成为一种塑造社会关系的手段, 即可以进行支配。

相应地, 法律行动看上去就像仪式, 是当下性的行动, 是法律主张的具体的展示, 而不是表现为把陷入争议的过去照亮的活动, 也不是表现为对所偏爱的未来进行选择的活动。人们的行动在时间维度上获得了自我定向, 这个事实在古代世界中是不证自明的, 但是, 从作为一个维度的时间来看, 法律在古代世界还没有实现制度化。由此可知, 古代社会还缺少二阶观察(zweite Ebene der Betrachtung)——正是在二阶观察中, 关于过去和未来的内容才能在当下被建构出来; 因此, 能够对过去给予解释的程序, 以及, 可以确保把未来的内容包含到当下的选择中来的程序, 都还是缺乏的。<sup>[40]</sup> 因此, 神裁(Gottesurteil; divine judgment)是作为法律决定而被具体和当下体验的, 而不是作为对于未来情形的偏好而被体验的, 甚至也不是作为一般规则的宣示而被解释的。当违背了当下的、合理的期望时, 法律义务(obligatio)就会现身——它不会被想像为针对未来行动的义务。<sup>[41]</sup>

很明显的, 在这些社会结构条件下, 以及, 在相应的认识前提下, 可以形成一种普遍性的法律原则和一般性规范, 但是, 这些普遍性原则和一般性规范不是抽象的法律思想, 甚至也说不上有多么重要; 因为, 在古代社会的法律中, 还没有出现公正观念。不过, 存在着

一些影响深远的积极因素，在其中，法律的时间衔接、事实性同一化以及社会这样[三个]维度被编织在一起，并在后来那些抽象的公正思想中——即在报复和互惠的动机中——找到了相互关联性。

**报复**(Vergeltung; retribution)原则被理解为某种要求，并因此获得了制度化——这种要求是指，法律取决于不同人的行动之时间上的相互关系。对于违法行为，不仅需要加以预防性地捍卫，或者说，不仅需要生产出适当的事实状态，而且，除此之外，还需要复仇，即使时间已经逝去，情况也是如此(血亲复仇常常跨越数代)——甚至于，以后的行动可能已经背离了初始的法律期望。这种意义综合是一种决定性的成就，这首先还并不体现在充满偶然性的反应规则上。报复是初级的、几乎可以无条件制度化的时间性—事实性—社会性的权利一般化；同时，报复还是首先出现的法律原则。报复应当把期望作为期望来维持，而不是在日后通过消除侵害而使期望得到满足。其关键之处在于其表达性功能。在此，它首先表现为复仇，是无节制的“行使权利”。<sup>[42]</sup>通过补偿或者按照等级明确划分惩罚类型以及诸如此类的手段而致使复仇得到缓解，那还只是晚期古代社会的文明成就；对于在规范结构上更深入的分化而言，这也是一个关键的前提条件，同时，在法律的长期进化中，也是形成法律的早期突破口之一。

155

相较而言，不那么明显的是**互惠**(Reziprozität; reciprocity)。这个原则同样解决了作为[进化]正面成就的时间性、事实性和社会性一般化的问题。这里的特点是：尽管存在时间上的错位，以及不同人[通过互惠获得]的实际收益的不同，但还是可以生产出一个意义脉络。互惠的意义在于，在这一情境中，权利和义务是可以相互转换的；只有那些能够被别人了解的人，才能借助他人的眼光识别和尊重他/她自己。履行上的相对性、给予与获取，等等，在形式上就可以由对称性来表达；也正是由此，那种在时间、履行和主体上相当程度的不对等性也得到了正当化。由互惠性而产生的秩序，源自于一种并不存在的平等。

不过，与报复不同的是，我们不能够预设，这套[互惠]关系会出现在古代社会中并获得制度化。虽然互惠作为古代社会的基本原则<sup>[43]</sup>似乎已经成为常识，但却难以得到有意义的经验支持。当然，当时存在着一些长期互惠性的制度，并对容忍短期关系失衡提供一种规范，就像邻居互助、感恩义务、由于接收帮助而形成的相互依赖以及  
 156 转让剩余物的义务等制度，简而言之，就是那些在某个时间跨度内平衡相互需求的制度。不过，很明显的是，由于这种平衡制度是如此重要，以至于我们发现它其实呈现为一个具体的规范。这个具体规范被理解为可以被[其他人]期望的单个履行，<sup>[44]</sup>而并非交易中的一个具体履行行为。单个履行承载了制度化的义务，或者是制度化的权力行使机会(Machtchance)，而且，互惠性的履行以义务的形式设置了一项义务，这一义务依赖于之前的履行行为，尽管这一行为的内容是非特定的。只要情境的互换性和互惠性依赖仍然被认为是理所当然的，这就是可能的，<sup>[45]</sup>而且，它具有较高的弹性和避免紊乱的显著优势，因而适合古代社会的技术经济发展状态：同伴和互惠履行的范围不需要像在合同中那样事先被具体化，一种履行关系上的扰动不会自动传递给其他关系。一方面，这是直接进行的交换关系，另一方面，由于[一方]自愿履行而导致[另一方]受益产生的不具特定内容的感恩义务这项制度也是有疑问的。<sup>[46]</sup>双务合同(synallagmatische Vertrag; synallagmatic contract)就是把互惠履行上的互换性扩展为在时间上平衡相互需求的工具。就其一般性和具体性而言，双务合同预设了一个更高的发展状态。同样，互惠性也是从动机的归因中发展起来的，但更为特殊的是，其假定了前一履行的自愿性。<sup>[47]</sup>

报复和互惠(广义上，二者通常都被看成是互惠)构成了法律的基本观念，因为，它们表达了行为期望的一致性一般化。<sup>[48]</sup>在期望遭遇失望的情况下，或者，在主动履行的情况下，报复和互惠都象征着在  
 157 长时间跨度上或者在各种行动和人格之间事实意义的差异上架起桥梁。因此，它们具有法律观念的基本特征。当然，这并不仅仅意味着，

我们在这些基本思想中可以发现与实际行为甚至有效法律**并列**的抽象标准。至少，我们在古代法的晚期阶段——尤其在出现了某种政治组织和初级调解制度的社会中，甚至于拥有决定程序的社会中——才可以看到，这种法律观念的标准化特征被认识到，并且，在与报复和互惠的关系上，作为平等原则而使用。就此而言，制度化更容易在报复领域得到实现。在报复领域中，补偿原则限制了复仇的程度。与此相比，因为要实现平衡相互需求的功能，互惠行动的条件就不那么容易建立起来。从早期希腊的法律思想传统来看，过度[使用报复和互惠]的问题是如何渗透到法律制度当中，又如何获得表达的，答案非常清楚。经过深入考察，可以发现：就报复而言，甚至主张和实施某人自己的法律其实也会导致不公正；就互惠而言，可以看到，在主张实质上非特定的感恩义务时，存在着一厢情愿(Hybris)的危险。

最后，我们在具有低度复杂性的古代社会及其法律中也发现了压力和困难，这些压力和困难部分直接导致了社会的进一步发展，部分间接促进和诱发了其发展。实际上，进化理论已经放弃了决定性起源以及预定的线性连续发展概念。进化的可能明显取决于这个事实：进化可以以不同的形式出现。同时，非结构化系统在发展上也存在着任意可能性。因而，从环境和复杂性的角度对古代社会的结构进行分析，在很大程度上有助于对动因、可能性和发展瓶颈的考察。

对古代社会来说，血亲复仇会带来直接或间接的高昂代价，产生明显沉重的负功能。通过改变私力救济的条件和执行方式，以及，通过功能等价的制裁手段(尤其是假设超自然力量的及时惩罚，以及，虽然是非暴力的，但却令人窘迫和丧失名誉的惩罚)，人们可以减轻这些代价。但是，这些代价仍然没有被根本消除，而且，随着社会复杂性的增加，还变得更加引人注目。由于氏族是私力救济的執行者，人们在创建和执行一个以氏族为导向的法律时，就会面临更大的困难。不过，对氏族复仇进行的规制在其有效范围上却止步于家庭之外。在简单社会中，很少会对近亲被杀进行追偿：一方面，这是由于杀人者控

制了他自己的亲密关系范围，所以没有其他人可以成为复仇的一方；另一方面，也是缘于这样的公正(Recht)\*感受，即杀人者同时对自己也造成了伤害。<sup>[49]</sup>

除此之外，法律较低的抽象能力和阐释能力也十分关键。制裁的严厉性阻碍了这些能力的发育。只有当每次违法事件并非都会激起私力救济、冲突和血亲复仇，而是有一个更为精细的解决争端的可能性清单可供运用时，在人们适应多元、分歧的需求上，才可能出现一种明确的法律调节方式。<sup>[50]</sup>尤其重要的是，在处理涉及法律事务的信息时，人们还缺乏一种识别可能性。这既与澄清过去的事实有关，也与阐明判断的标准有关。在这两个方面，只要决定的压力没有制度化，法律就只能生产出有限的需求，这就明显抑制了可能规范的复杂性。

在这些问题框架和结构性条件下，我们在哪里可以发现进一步发展的起点？

159 一个起点位于行动和报复之间的时间差异上。这个时间差异有助于使反思介入到争议案件的处理中，也有助于产生社会影响，因为，不再存在无条件执行惩罚的绝对有效性命令。甚至，广泛存在的庇护权也主要体现为赢得时间的功能。<sup>[51]</sup>因此，简单的仲裁、安抚以及对行为与压力实施监督的程序才会逐渐萌发出来，这些程序可以被制度化<sup>[52]</sup>化为合乎法律的私力救济的前置条件。<sup>[52]</sup>然后，在这些程序中，就出现了论证的空间。这些中介过程、交涉或争端的公共利益表达等等的意义，更多的是延迟了法律的到来，而不是建构和实施法律。这表现为中断、拖延或避开暴力行动。在争议事件中诱发的互动系统，部分涉及到氏族首领，部分涉及到未被卷入的但常常又拥有相当权威的第三方、公众舆论与公众压力；当然，这并不意味着已出现了一个裁决程序——这个裁决程序是指，通过具有约束性的理由来建构法律，从

---

\* Recht 在德文中具有“公正”、“权利”(right)和“法律”(law)的多义性，本节中该词在某些场合实际上同时具有这三层意含，尤其是在提到法律发展初期主要体现为一种权利上的主张时，就更是如此。

而使争端得到解决。<sup>[53]</sup>对裁决的遵循尚没有上升为那样一种规范。不过，程序性互动系统至少被创立了起来，并且，以此方式，被当作一种文化类型来使用。由此，随后导入约束性决定的法庭才不至于是无中生有，而是延续了一些熟悉的、经过验证的东西。<sup>[54]</sup>

由此，我们可以看到，社会系统需要耗费时间以新的方式组合各种机制。只有在时间变成了法律展示 (Rechtsvorstellung; legal representation) 的时刻，这才是可能的。从结果来看，在失望情形下储存时间就是关键的发展条件。但是，不只如此，根据以上对古代法律文化所作的描述，我们还可以进而假定，解决冲突的法律机制仍然没有获得功能特定化，也不具备独立性。它们假定了有所助益的各种不同的结构和程序类型，在此，还存在着[其他]一些或多或少有利于发展的趋势。各种不同的初始条件促进了对进化的试验和筛选。(新几内亚)汤加部落 (Tangu-Stammes) 把冲突解决方式与狂欢庆典的仪式制度结合起来，并通常伴随着一种特殊情境，即部落成员跳舞直到精疲力竭，并表达他们的愤怒。在这种情境中，言辞得到发泄，某些安排被决定下来，同时，期望也被重新定义，等等。不过，我们还没有发现这种解决方式得到更广泛的运用。<sup>[55]</sup>传播得更为广泛的解决方式是

与拥有具体内涵的巫术性概念和实践联系在一起的，但是，在长时段中，这种解决方式仍然是条死胡同。朝向更高形式的法律文化的突破似乎只能在这样的社会中获得成功：这些社会把冲突解决机制奠基于群体之间的权力分化或者 / 和人与人之间的地位分化——起初，这种解决机制绝非不证自明。事实上，对于一种特殊政治支配形式而言，这种趋势提供了使其分化出来并获得一般化的能力。在后文中，我们将回到这个主题上来。

160

我们可以把一种不同类型的发展过程记录下来：在古代社会的许多晚期法律中，存在着巫术形式主义 (Formalisierung; formalisation) 和仪式主义 (Ritualisierung; ritualisation)。回头看过去，形式主义这种类型表现出毫无意义的刚性：一个错误的姿势就会触怒神，一个错



161 误的言词就会使公正转向非公正。很明显，由决定导致的难以忍受的负担被由此卸除，甚至在相对高级的文明的法庭程序上，我们仍然可以看到这种功能在起作用。<sup>[56]</sup>不过，从法律发展的初期阶段来看，仪式主义的功能体现在其抽象成就、法律形式专门化和角色中立化等方面，由此，法律形式独立于情境并可以传递，而且，能够作为形式从冲突中被剥离出来。以此方式，法庭程序——伴随着形式主义和难以计算的风险——就被首先建构于一个压力结构中（Gefüge von Pressionen）——就像古代社会中那样，这一压力结构使得许多案件中的冲突得以和平解决，<sup>[57]</sup>而且也有助于把法律从部落共同体的结构中结构性地剥离出来。<sup>[58]</sup>如果没有这种成就，后来高级文明中司法教义学里的概念拜物教（Begriffsfetischismus；conceptual fetishism）就不可能存在。否则，这种概念拜物教只有向概念的模糊性上扩展，并因此产生出大量的变化和适应可能性来。在进一步的发展过程中，法律走向了具有更高抽象性和复杂性的独立形式，在很大程度上，这种形式就依赖于仪式对传播的贡献。但是，这些形式并非惟一的功能承担者，也没有因其是法律分化的惟一原则而无比重要，而是，在政治性建构的制度的帮助下，其必要性遭到了削弱。这种情况在古地中海得以实现，而且被一再复制，并传递到现代。

进而，经济发展引起了不断增长的分化（主要体现为从农耕文明向更广阔的商业关系的转变）、专业化以及与经济相关的法律身份的流动性。在大多数简单的狩猎社会中可以看到的基于交易、分配以及风险平衡的古老协作规则，必须被加以改革、精炼、增强并扩展到土地关系和商业关系等上面。来自不同社会背景的人们之间存在着法律冲突，只要出现了货币经济的地方，这些不同的社会背景都会对决定提出要求。土地所有人引起了债务纠纷，导致了在邻居互惠性依赖框架内不能解决的信用问题，由此必须依靠具有可预见性功能的法律机制加以解决。信用不再被理解为亲属和部落政治脉络下的功能，当社会发展到一定经济水平时，它就必须被分离出来，必须得到法律的保

障。财产的出现缓和了直接暴力，这种情形无论对于农耕群体还是对于狩猎部落而言都是陌生的。相互忍让的制度（System von Kompositionen; a system of compositions）对血亲复仇的取代，逐渐获得了支配性，并成为常态。<sup>[59]</sup>

这种起初看起来具有明显安全性的替代选择，随着社会发展却被证明成效甚微。因为，这种替代选择只是减少而不是终止了复仇，所以许多更为激进的结构变迁就成为必要。朝向一种新的进化类型的突破，走上的是一条相当不同的道路。随着经济发展，以法律问题为冲突目标的案件数量直线上升。因此，私力救济和决斗逐渐变得不合时宜了。为了促进对法律冲突的持续评议，出现了对于程序制度化的需要，在实体法中，出现了对于民法和刑法作出区别的需要——而在私力救济的水平上，这些都是不可能的。<sup>[60]</sup>这意味着，随着分化的增加，对于建立一种生活方式而言，出现了越来越多的可能性，并因此出现了越来越多的冲突当事人——这些当事人之间不必在未来一起共同生活。和解或决斗的古代形式只能被一种新的具有约束力的法庭审判所代替。这种法庭审判不是依赖于协商一致，不是在各个当事人之间引入一个协议，而是纯粹服务于解决陷入冲突的法律关系，每个人则根据自己所处的社会关系作出采用法庭审判方式还是和解方式的选择。同时，在这种程序下，法律能够被应用于那些可预设和可重复的形形色色的问题情境类型。法律可以通过一个具有约束力的决定而被确定。直到发明了书写以后，对那些决定的记录就不再依赖于记忆和口述传统，因此，法律的可能的复杂性得到了巨大扩展。法律由此跨过了前现代高级文明的门槛。

162

最后，需要注意的是，在古代社会后期，经济和政治发展在更大领土范围内带来了统一与和平，但是，起初，这些发展也导致了犯罪问题的增加。因为，这些发展给犯罪创造了新的机会，即，由于可以逃往另一片领土，就有可能逃脱氏族血亲复仇的手掌。只是，仅仅对于游牧民族来说，犯罪人的“脱逃”才是易于成功的冲突解决方式。

如果财物对于逃亡者的生活来说是必需的，如果接受逃亡者的部落不再对新的、健壮的成员感兴趣，那么，逃亡就变成了问题，并会导致犯罪生活方式的持续。我们可以由此推测：在古代中国出现的集中的刑事司法就是为了对付流窜犯；<sup>[61]</sup>在法兰克帝国的刑法（*criminosi*）中，这种联系也得到了证实。<sup>[62]</sup>于是，由经济发展和政治安定所引发的这些问题只能被政治性地解决，并且，需要运用直接针对个人的刑事司法来解决。

163 不过，只有当社会的政治系统实现了某些前提条件后，才可能建构出对于法律事务而言的决定程序。就此而言，特殊的政治—行政角色和互动系统在此的分出，就不只是提供了诸多可能性中的一种，而是给法律的进一步发展提供了一个重要的、根本的前提条件。<sup>[63]</sup>社会和经济的总体发展水平对于各种实体性法律规范之相关内容的专门化来说非常重要，就像政治发展水平对于程序的制度化也很重要一样。在所有简单社会中，制定和实施集体约束性决定的政治—行政功能是在亲属关系中得到实现，并获得正当性的。因此，这种功能主要是根据情境而不是根据角色独立出来，并且，绝对不会是因为其他功能领域中已经分化出专门化的、长久稳定的社会系统而独立出来。<sup>[64]</sup>在此基础上，身体强壮的男人、氏族首领、部落长老以及从特权家庭出来的首领等，根据需要或时机，就可以接管政治—行政功能。有可能这样，在各个氏族之中或者在地域共同体的基础上产生了通过部落贵族实现的部落联合，由此，就会出现一个统治阶层。<sup>[65]</sup>在此，亲属关系  
164 仍然是大量异质功能的基础和调节器，这种功能发散的结构限制了可能实现的社会复杂性。在法律范围内，则限制了决定主题的可能性边界。

进一步的发展则奠基于这样一个事实：政治支配从亲缘关系中脱离出来，独立于亲缘关系，并获得了相对自治的建构。导致这些结果的历史原因可能非常不同：游牧生活和军事兼并（例如，哥伦布之前的美洲、东非），灌溉系统的修筑和管理（亚洲和埃及的较大冲积平

原),或者,随着城镇建设而发展的地方性经济实体(古地中海)等。稳定化的手段主要是使物理暴力集中起来,并且,通过更为抽象的范畴使巫术—宗教获得正当化——这些抽象范畴不再依赖祖先崇拜。作为一个结果,尽管在发展过程中出现过许多退化,在许多相互独立的案件中,一种新的决定能力类型还是被创建出来。这种决定类型知道自身独立于冲突各方当事人,并且,具有被普遍接受的可能性(即使常常向国家中的豪门家族妥协)。<sup>[66]</sup>现在,制作约束性决定的可能性被制度化,这些可能性具有相当宽广的选择范围,因而,那些执行这种决定选择的程序才可以被组建起来。由此,法律发展就可以(但不是一定!)走上高级文明的发展之路,在下一节中,我们将对此进行更为细致地考察。不过,对于法律发展而言,一个重要的替代选择可能性仍然悬而未决:是否政治程序主要集中在刑法上,就像中国那样,或者,除此之外,是否政治程序还创建了“政治性私法”(“民法”)这种令人惊讶的制度——在这种私法中,个人作为政治公民参与进来,就像在古地中海的那些城邦中那样,尤其是像古罗马那样。

总之,根据我们讨论过的各个方面,可得到这样的结论:法律发展取决于社会复杂性增加这个事实。<sup>[67]</sup>为此,确定的前提条件就必须被创建出来,尤其是在法律规范和经济领域,以及政治—行政功能联系中。古代社会在一种相对较低的复杂性水平上获得稳定化。它们的问题比较简单,因为,只有很少的问题解决方式;对问题的解决方式也比较简单,因为,只有很少的问题需要解决。它们的稳定性依赖于替代选择可能性的缺乏。它们对于世界的经验,它们的法律确认形式和失望解决方式,它们的典型问题、危机和防御策略等,都通过社会系统的低复杂性特征而相互关联起来。在这种条件下,问题与问题的解决方式已经变得相互协调了。当外部出现较大的危机时,这种状况保证了内部较高的稳定性。因而,与单一结构的社会相比,进一步发展的机会更多落在了具有多样性的社会类型上。这些社会类型尝试着结合不同的条件和初始状态。

165

有时，危机会出现，尤其是在单个功能领域内形成了较高复杂性时——仪式或形式的激增，焦虑的个性化，道德的一般化，政治专制，或者，经济潜力增加。也就是当发展失衡构成了威胁（形式多样性没有与个人面临的焦虑挂钩或者没有与经济上的需求建立联系；专制统治背后缺乏充分的经济潜力支持和足够抽象的宗教正当性；经济发展背后缺乏充分的政治—行政决定能力以及省简克制的宗教虔诚，等等）时，如果补充性条件没有在相对短的时间跨度内紧跟着发展出来，这种发展失衡就会危及到社会的稳定，并导致发展的衰退。〔社会〕在此就需要一段转型时期，没有任何东西能够被立即、全部地改变。通过那些初级形式（仪式化的法律规范、争端解决程序、金字塔式的等级制等），转型功能才得以实现。我们已经讨论过那些初级形式，对于政治性建构起来的、高度文明社会中的新秩序而言，几乎可以被完整地借用过来。最后，不管怎样，高度复杂性和替代选择的丰富多样性变成了最重要的稳定化因素，并且，此时，发展的衰退就变得几乎不可能。确实，受益于这种复杂性，社会在一个较高的复杂性水平上获得了稳定。因此，法律就获得了异质的、全新的意义，即便个别规范保持不变，情况也是如此。<sup>[68]</sup>作为一个决定前提的复合体，法律变得精细复杂了，这种法律也会通过决定程序的中介而与初级法律形成过程建立联系。

### 3.3 前现代高级文明的法律

由于古代社会那些相对简单的法律秩序呈现出多样的、相互差异的多元类型，因此，我们不可能对其给出一个概括性的描述，这迫使我们忽略掉细节。现在，问题落在了单个文化的法律内部复杂性上。只有少数社会，才实现了把高度文明的特征刻写在法律之中的发展状态。从根本上说，我们必须想到中国、印度、伊斯兰、希腊—罗马，最

终，还有欧洲和盎格鲁—撒克逊等文明世界。只有在最后两个文明中，法律领域里那些高度文明的社会系统的内部分化可能性才被充分释放出来，由此，出现了为未来发展提供强劲动力的法律秩序，即，法律获得了实证化。因此，我们就将限定于数量不多的几个法律区域。不过，就此而言，这些法律秩序的内在复杂性以及有效规范的多样性是如此之巨，以至于，甚至在这里，对规范性结构进行充分处理的努力也被排除在一般法社会学的框架之外。因此，在这一小节中，我们把主题限制于少数几个基本特征，即，主要针对法律创制的条件和法律经验的一般类型。

前现代类型的高度文明出现在**功能未完全分化**的社会中。其时，在宗教、经济和政治领域，已经存在着一些功能中心，这些功能中心通过各自的特殊成就使自身获得正当化。在这些社会中，出现了庙宇、教堂、僧院、牧师、知识分子，知识分子不再只是关注对事件的宗教解释，而且关注宗教本身。在此还出现了集市，或者出现了储存和分配的中心区域，这些区域有助于陌生人之间的经济需求达成平衡。社会上出现了一种通常可以使决定得到执行的政治支配。从某种程度上说，在一国之内，这种政治支配具有高于所有个人力量的权威。由于这种政治支配促进了政治—行政秩序的实现，因此成为了十分关键的发展因素。不过，从日常生活的角度来看，多数城市功能中心只有在紧急状态下才起到治理的作用。在旧的亲缘秩序中，大量人口生活在城市之外的“家庭”和村庄中，并且，除了偶然与城镇发生联系外，几乎是相对独立的，不受那些城市功能中心的影响。<sup>[69]</sup>人们保持了传统的生活方式，相应的，从当代视角来看，那时的法律需求虽然有所增长，但仍然可以忽略不计。

在高度文明的早期，尤其是东方社会，可以把政治和宗教子系统 167  
与族群秩序划分开，但还不能把它们完全剥离。在那里，发展出了由宗教来决定的法律，这种法律是秘密传授的，还没有被充分纳入到程序的控制和发展中。因而，这种法律呈现出许多远离实践的特征，部

分法律几乎是被随意实施的。不过，随着早期的宗教—经济和政治—军事建制，还有司法的分化，一些实用性的商事法律已经发展起来，尤其是在美索不达米亚，这些商事法为后来出现的成文“神法”（heiligen Rechte; holy laws）教义奠定了基础。那些神法出现在宗教复兴运动中，给人印象最深的、也属于最后出现的例子是伊斯兰信仰中的神法。尽管宗教形式的思想储存已经显示出抽象性，但是，学习能力或者处置问题性经验的能力还不足以发展出我们在罗马法中崇敬的那些概念图式。神法不能通过专门化的司法经验得到控制和发展，而是作为文学大全或者知识事业的对象来加以传统化。<sup>[70]</sup>促使法律理性化的激励因素并非来自商品贸易问题，而是来自“信仰圈对于所有生活条件给予宗教评价的需要”。<sup>[71]</sup>在那些神法的规范性领域之外，一种具有充分影响力的商事法也在实践中勃兴，这个事实在东方社会的法律中得到了多方面证实。不过，这些商事法的系统化和关联化还必须顾虑到神法思维的冲击。在中华法系中，关于这种情形，可以发现一种有趣的、持久的，但是发展程度较低的形式，即，存在着一个围绕着经久不绝的古代家庭秩序而发展出来的明显具有宗教含义的政治中心化。政治中心化的法律由基于惩罚之上的刑法及国家法/行政法构成，并与经久不绝的传统法律实践同时起作用。通过指向自然和谐的一般道德关系情境，国家法与传统法的矛盾获得了调和。就其不承认法律执行的有效性而言，这种社会属于古代社会类型；但是，就其对世界的一般化理解和对分化的强调而言，这种社会又符合高级文明的特征；另外，它还与中国语言的特殊性保持了一致。<sup>[72]</sup>

168 在另外一种社会中，政治系统更为明确地把自己从宗教束缚中挣脱出来，但仍然束缚于政治统治者的家庭和经济关系（这尤其是指土地占有），并沿着家产制的家政管理路线运行。这种社会同样很受局限，但是在结果上却非常不同。这种社会的例子可以在一些原生文明中找到，比如荷马时代的希腊、非洲王国、前现代的俄罗斯，等等，或者在政治秩序已经充分分化出来但又有所退化的形式中看到，比如在

古埃及的某些时期，尤其在罗马帝国崩溃以后。在这些例子中，对法律的运行是以行政化的方式来落实的，虽然与法律的特征和统治任务相符合，但是，却并没有其自身追寻的秩序目标。同时，这种法律行为有赖于习惯性的或者从个案到个案的民间法(Volksrecht; people's law)。这里，专门修改法律的制度仍然匮乏。法律实践甚至不要求清晰界定的领土边界，也不需要领土边界内实现法律统一，而是依据个人所属的不同身份团体而施行不同的法律。

从法庭程序的视角看来，几乎独立于家政管理的具有宗教内涵的法律，假定了**政治功能中心的社会主导性**，这在古代城邦的历史中得到了展示。只有在这种前提条件下，那种伟大的司法成就才能产生出来，尤其是那些并非来自天赋，但又具有商业意蕴和程序性实践的少数法律建构才能得以实施。这些都是古代罗马法的特征，如把产品瑕疵的风险分配给买方而不是分配给制造产品的卖方的思维方式，或者从实际占有(而不是时效)来确定所有权关系的思维方式那样。在古地中海地区，向文明化的、主观决定的、遵循司法的法律的过渡，依赖于城市的政治功能，或者，依赖于超越了家庭和古代传统宗法组织的城邦建制。因此，这不是偶然的：亚里士多德在回顾历史时，把体现了自由民之间关系的法治理解为“城邦或政治社会”(pólis kaí he koionía he politiké; civitas sive societas civilis)<sup>[73]</sup>的进化成就——直到18世纪末，“城邦或政治社会”公式仍然属于这一传统的核心成分。政治秩序不仅涵盖了氏族联合体之间的争端，同时也宣示了个人之间的义务关系，而不考虑这些个人的亲缘地位。这种政治秩序逐渐获得了成功。其取得的真正政治成就，不在于统治和执行决定，而在于把人当成人的法律的制度化，即，把人当成可以在各种行动方式之间进行选择的人——在对野蛮人实施专制(血缘)统治时，古希腊人没能实现这种成就。人类应当被当成具有自由选择能力的行动者而包括在法律和社会中，为此就需要那些经过了法律秩序化处理的决定程序。村庄就不可能仅仅从家庭中派生出这种进化成就。<sup>[74]</sup>对于古希



腊人的自我理解以及整个古代欧洲传统而言，都是以[官僚]机构和程序的形式完成了社会的政治建构。这种社会的政治建构是自由人以理性的法律形式实现共同生活的条件，而社会学只能确证这一命题。

除此之外，还有第二个秩序性成就维持了其法律，即，规则的位阶[或层级]形式，这是从几乎不为人所注意的古老的金字塔形社会结构中缓慢发展而来的。<sup>[75]</sup>在“上”和“下”之间作出的富有启发性的区分图式的帮助下，许多起初并不相同的结构被融入到一个统一体中，并被制度化为一个自然的、不可分解的聚合体(Zusammenhang)，也就是说：(1)具有从高到低的一般声望上的差序，这个差序是连续的等级差异的基础。等级差异被明确地制定出来，并得到了许多机制的支持，这些机制包括身份符号、不同的沟通类型，甚至还包括不同的沟通语言，要么是平等关系，要么是高低关系。(2)出现了根据等级差异分配任务的情形。与低等级角色相比，高等级角色被指派了不同的任务，因而，被赋予了不同的规范和自由，同时，等级越高显得越重要。<sup>[76]</sup>(3)在具有命令能力的上层和具有服从义务的下层之间，出现了不对称的沟通结构。(4)出现了对应于角色的固定位置，这意味着，具有了固定的行动能力和情境独立的有效性，在此，决定就不是偶然起作用，而是具有高度的可靠性。

170 这是将不同的行为特征综合纳入一个融贯的秩序图式中，在其中，一种因素(Moment)会支持另一种。在古代社会，这种综合还是不可能的。<sup>[77]</sup>在古代社会后期，我们可以发现这方面的重要萌芽。在高度文明的社会中，等级制的一般化综合必不可少，虽然，等级差异能否具有独立于情境的持续性尚有疑问。<sup>[78]</sup>除了由具体历史性决定的各个解决方案之间的差异之外，我们可以假定某些对于等级统治而言的、与社会结构和社会复杂性程度有关的一般性稳定条件。我们会发现某种具有相对具体的稳定性、缺乏替代选择可能性的社会等级结构。虽然存在着官职和官僚体制的制度性改变，甚至存在着个人和官职之间身份上的分化。但官职的连续性仍然可以确保独立于具体的个

人。另一方面，从被统治者的立场来说，进入一种不同的秩序类型以及在既定秩序下争取个人地位仍然是不可想像的；<sup>[79]</sup>只有一个小规模的精英阶层有资格充任官职和参与职业选拔，并且可以把政治和行政处理为替代选择的问题领域。从统治者的立场来看，缺乏替代选择可能性保证了高度的“身份一致性”<sup>[80]</sup>。这就是说：分配社会地位的标准一定不会有太多分歧。具有政治权势的人，必定也是富有的人，有学问的人，住在最好的地方，生活在最显赫的家庭，拥有最大的家族，担任军事首领，等等；简言之，这个人在所有方面或者几乎在所有方面都是最突出的。换句话说，在社会中，没有出现身份等级的多重性，一旦出现了不同的身份秩序（例如，在中世纪的王权和教权之间的分裂），就会触发一种破坏稳定的条件——这种条件是更为抽象的社会系统整合形式的起点。

171

现在，我们可以更清楚地看到，前现代高级文明为什么以及在多大程度上体现了**社会系统的未充分功能分化**。由于功能发散的一般化以及替代选择可能性的缺乏，社会等级结构成为维系社会信念的基础，也是社会系统整合的基础，由此也就确立了某些限制法律可能性的一般条件。

前现代高度文明的法律就在这种框架中展开。这种法律依赖于一种已经相当复杂的社会，依赖于在实施法律决定程序时的某些选择（自由）的制度化，以及，依赖于一种独立于具体情境的官僚等级制——这种官僚等级制可以制定法律，并且，通常无须各方当事人的亲戚以武力相助，就可以实施法律。程序和官职可以用于裁决大量不可预见的独特情境中出现的单个法律纠纷。在这种前提条件下（我们在下文中将简单阐述这些条件对于法律自身产生的结果），与从前的社会相比，这里出现了更高的抽象性和复杂性，因此，实现行为期望一致性一般化的功能成为可能，这就是说，使新的法律类型制度化了。现在，法律是规范性行为期望的复合体，通过法庭诉讼的形式，这个复合体可以得到确认。失望解决方式通过法律途径得到了指引，

并因此缓解了许多负功能导致的副作用。在期望的期望结构中，法官的期望的期望被认为是决定性的最终环节。现在，制度化的决定程序影响了可能的规范投射的选择、制度化过程和期望同一化。这个决定程序使得法律在时间、社会和事实维度中保持一致。现在，在充满多样性的规范投射和把这些规范投射上升为法律之间，进一步实现了分离，由此，也增加了社会的复杂性和发展潜力。因此，最重要的进化成就落在了法庭程序的制度化上，这种法庭程序是一种特殊类型的互动系统。这种法庭程序的功能在于：制作涉及开放情境的裁决，吸收不确定性，因此就以一种程序来替代古代法律纠纷解决方式——这种程序奠基于选择之上并促进了多元可能性的产生。借助于这种更为复杂的程序系统的发展，法律也获得了发展。<sup>[81]</sup>

172 在那些法律程序获得了制度化的条件下，法律秩序就与诸社会结构关联了起来，并且，仍然依赖于这些社会结构的发展状态（当然，这并不意味着程序性法律会从诸社会结构中自动产生出来）。程序——作为相对自治的、可以制作决定的互动系统——分化了出来，并以政治支配的分出为前提。第三方的出现——这些第三方比纠纷当事人更具权威——保证了独立决定的自由。因此，在程序自身中发现决定就变得可能了，即，通过指向规范（而不是指向权威和共识）来做出裁决；决定不再是根据事先存在的权力分布而制作出来的，比如，不再根据当事人随身扈从的多少制作决定，而是依照程序公开裁决。结果的不确定性是程序的一个重要结构性环节，这个环节激发了当事人积极地、负责任地参与进来。在作为道德—法律要求的“法官中立”原则中，这种不确定性得到了象征性表达。由于有了更高的理性和选择自由度，这种程序就代替了那种旧式的通过决斗结果或通过巫术性的“神裁”内容做出决定的不确定性原则。

政治支配并没有因为在把利剑拱手相让给司法制度以后，就完全丧失了法律功能。这不只是根据统治者的角色分化以及这种角色所意味的自由而得出的结论。确实存在着一些政治暴政的变体，成为阻碍

社会发展的瓶颈。不过，成功的社会创新仍保留在程序系统的新形式中，通过互动选择过程吸收了更高的不确定性，并由此导向决定，相应的在其结构中可以承载更高的风险。由于法律程序本身的复杂性和不确定性，法律程序能够用更复杂的方式缩减规范性冲突，并把它们转化成冲突解决机制，这是简单的武力或巫术对抗方式难以达到的效果。<sup>[82]</sup>政治统治者主要是一个程序指挥者，他不必一定是法官本人或法官的上司。这种变化具有结构创新的特征，即便在过渡时期巫术（例如，咒誓）仍然还作为辅助因素影响程序决定。巫术因素的作用也只能随着程序系统的决定能力的扩展而逐渐衰退。<sup>[83]</sup>

如果我们的视线不只是集中在统治者—法官这类角色上，而是集中在作为一种特殊社会系统的程序上，就会发现决定过程分出和自治的进一步的条件。在程序自身中，这些条件是针对对程序或法官的规范性期望而出现的。这些条件主要包括：在事前设立标准时，为了制作约束性法律决定而预先形成**专门性的互动系统**，而不是在考量了全部相关背景的基础上进行一般性调停；作为决定因素而存在的**法官人格的中立化**（屏蔽他的个人偏好、社会关系、历史记忆和知识，等等）；对于所有相关当事人而言，**排除“某人的其他角色”取向**——在程序过程中，这些角色不会变成决定的主题；**忽视公众反应**，尤其是涂尔干所谓的“民愤”（colère publique），并且，忽视执行条件或执行障碍；最后，**法庭和程序的分离**，这是指，法庭统一是作为塑造期望并使期望正当化的因素而起作用，但是，法庭却可以采取**各式各样的程序步骤**，无论这些程序步骤是前后相继还是同时进行，因而可以在现实过程中使自身适应持续变化的主题（即，法庭并不会由于自己具有政府机关的结构而产生偏见）。所有这些都非一蹴而就的，也不是通过立法性决定而被导入的。实现这类分化需要具备复杂的社会条件，例如，交际上的流动性、经验处理的抽象性程度、对社会关系的宽容度和漠视度等条件。而相应地，在实现这些程序原则的程度和形式上，我们可以发现在各种法律文化之间存在着广泛差异，<sup>[84]</sup>而且，还

173

174

可以发现马克斯·韦伯特别提到过的一些东西<sup>[85]</sup>，即，法律理性化程度上的巨大差异。当然，要在所有方面达到最佳水平，既无必要，也不可能。不过，法律迈向规范系统的实质性发展步伐，还是有赖于这些条件被满足的程度。

在稳定的政治权力的保护伞下，认定证据和展开论证的权力得以发育。在程序中加以确认和展示的具体权利，不再仅仅是某种人们打算以死相拼来捍卫的期望。甚至，在发展程度较高的古代社会的仲裁程序中，已经出现了一种确保社会关系延续性的论证类型。人们声称自己的立场是善的或是合理的，但是最终要把这些立场提交给仲裁程序加以裁断。<sup>[86]</sup>规范宣称不再采取自发的表达形式。它们呈现为一种道德特征，即，它们与某些价值和规范建立了确定的联系。这些价值和规范作为人们进一步生活在一起的前提条件而存在，人们可以期望每个人都坚持它们。在这些规范宣称的道德性上，诉诸一种超越于争端之上的共同秩序已经成为现实。根据这种共同秩序，人们决定在未来生活在一起，并服从这种共同秩序。从这种共同秩序中，可以期望一个涉及到争端的裁决。共同原则可以被一般化。因为，我们现在已经不那么关注一个小型共同体的生活持续性问题——这些小型共同体缺乏替代选择可能性，拥有熟知的、不假思索的具体生活条件；我们关注的是一个试图根据一般化道德观点把自己呈现为理性的、受欢迎的人的问题，当然，这也就是社会的持久存续问题。

在“理性人”模式中，我们也能找到对越轨行为进行道德性解释的可能性。过失犯也利用了这种模式，他们根据现有秩序的论证价值和手段进行“常规”推理，试图象征性地中立化他们自身行为中的具体错误。<sup>[87]</sup>同时，法律变迁也可以以此方式引入，例如，为旧规则添加一个新认可的例外。这种策略使用了更高的价值抽象程度，即，我们

175 我们也可以把某些越轨行为的规范导向社会认可的价值。如果“理性人”模式也被承认为法律论据，表明法律还没有从其他意义领域中完全分化出来。不过，这种论据得到了广泛的运用，根据社会发展的不

同程度，既有在法庭程序中的一般运用，也有更为稀少和专业化的运用——即澄清法律文本解释中的疑问。<sup>[88]</sup>

总之，我们可以说，程序涉及到对可被社会接受的自我呈现的更高层次的语言表达(Verbalisierung; verbalisation)和反思，这就引发了一个需要明确作答的问题：当我能够被他人接受为未来的法律同胞时，我是谁？因此，期望的期望就是由价值和规范所引导，它们的整合功能已被如此广泛地意识到，以至于我们不可能再对此自作主张。我们使自己服从那些我们相信赋予了我们权利的规范。据此，我们就会区分出有效法律规范和个人的法律主张这两个不同层次。这种新的程序复杂性就反映在个人体验和自我呈现的错综复杂性上，并以此在法律体验中对个人进行调节(mediatisiert)。法律只有在程序中才能被决定。现在，我们不再指望在依照程序实施的有效法律与个人感觉到的正确观念之间会存在相互匹配的一致性。

进而，我们还应该考虑到这个方面：法官被制度性地授予作出裁决的权力，使期望获得制度化，如此，“再制度化”的功能被建构到程序中，并使作为“第三方期望”的强制裁决结果获得了正当性。<sup>[89]</sup>借助论证的事实性的意义联系，发育充分的程序也改变了裁决在纠纷解决中的社会效果。最后，在时间维度上，我们也可以观察到等价的变化：法官不再只是调解、抚慰、主持仪式以及为巫术性法律事件提供帮助，而是必须作出决定，必须把他的决定**表达为他自己的规范期望**。因此，规范表达的焦点就发生了微妙的转移。不再是维持落空的期望，而是维持与落空的期望有关的决定。一个最初几乎无法付诸实施的观念萌发了出来：法官必须把他自己的决定指向一组规范，并依据这组规范表达的期望生产一个裁决规范。<sup>[90]</sup>他必须把自己呈现为事实上利益无涉的，或者，对争议事件保持中立的，**尽管如此**举措仅仅是为了维持他自己的期望。因而，他就把自己置于规范约束之下，并追求一致性。他必须以此方式作出决定：他必须坚持在其裁决中表达出来的期望，当出现了其他当事人的类似案件时，他仍然遵照前案

办理；甚至，当原初的法律纠纷已经时过境迁，当事人的利益已经发生变化并失去了重要性时，情况仍然如此。通过司法裁决，一种新的、更为抽象的对规范的理解类型——也是另一种确保期望一致性的层次得到了阐述。这就构成了以下事实的前提条件：投射在纠纷中的法律被降格为纯粹的权利主张，并可以根据事先存在的规范加以检验。

结果，高度文明社会的法庭程序就把各个维度上的期望一般化的进化成就结合在一起。正是由于那样一种结合，程序才提高了法律一致性的水平。程序通常不是一个“自然统一体”，而是协调各种优势的一般化——与我们上文中讨论的科层制观念相似。<sup>[91]</sup>迈向统一体的融合并非不证自明，而是从一开始就是不大可能的进化事件，只能以点滴积累的渐进方式出现，其中进化成就的一点一滴都会相互支持、相互强化和相互肯定。在那长期发展的终端，人们才能享受到其成果：即通过程序产生约束性决定这样一种抽象观念。

177 当法律朝向作为约束性决定的程序发展以后，选择机制获得了重构，这就会涉及到法律在其中得以稳定和维持的形式变化的问题。决定需要考虑到冲突主题或者当事人自己的道德成见。对于法官而言，道德二元性转变为逻辑二分法。根据这种逻辑二分法，要么这一方当事人正确，要么那一方当事人正确。<sup>[92]</sup>有待决定的是：究竟哪一方正确。因此，被古希腊悲剧概括过并贯穿古代法律经验的这种思想被抛弃了：对公正的断言包含着非公正的种子。<sup>[93]</sup>对于法官而言，法律的“或此/或彼”结构（Entweder/Oder-Struktur；either/or structure）确保了为所有法律纠纷制作裁决的能力，确保了法官自身的角色能力，确保了对信息要求的简化，确保了从当事人的法律立场看来要么赞成要么不赞成的客观规范视角。

当然，对法官决定之客观性的确保是一个长期发展的结果，对于我们提及的高级文明而言，还只能给出相当保守的估计。不过，我们可以肯定，与今天相比，过去的社会对于司法决定中的主观的、个人

化的并且通常是“偶然的”成分原本就更缺乏敏感性。<sup>[94]</sup>对古代社会调停和了结纠纷之形式的记忆也一定影响到了高级文明，另外，法律被看成是外在于程序的，并独立于程序。只有当司法决定自身成为对法律的表达，并对未来行为产生导向作用时，消除法律决定的主观性才会变成一个制度要求。

与以上问题不同的是，程序系统通过互动过程以及在其中得以稳定化的期望的期望过程，成为整合不同当事人视角的新形式。法官富有影响力的决定规范及其对事实的理解，变成了当事人自己拥有的道德图像的参照点，被审理的案件题材，变成了为降低复杂性和吸收不确定性而协同工作的目标。那些主张权利的人把自己限制在明显的、一般性的、有效的道德和理由之中。对于这些道德和理由，法官又会给出支持或是反对的决定。程序并不对任何结果作出许诺，而是以一种新的抽象类型展开观察。而且，从一个案件到另一个案件，程序创造了一种客观标准的沉淀物，据此案件得以被决定，而对之表示抗议者将会被孤立起来。现在，那些构成了“法律”的东西，那些被处理成一致性一般化的东西，正是由这些意义沉淀物所构成。这些意义沉淀物藏身于无数无法单个记忆的案件之中。

因而，由此出现了一种有助于处理和裁决法律争议的新型规范秩序。引起这种发展的直接社会原因，可能已经出现在关于身份和土地所有权的个人争议中（正如马克斯·韦伯所质疑的那样<sup>[95]</sup>）。当这些争议不再能够以惩恶扬善的旧方式被处理时，这些争议与社会的政治性重构以及货币经济就紧密地联系在一起。一个经典的例子是罗马法中的**所有物返还之诉**(*vindicatio*)，这个例子同时揭示了实体法发展的根源和结果。另一股推力源于这个事实：正是那些反对被指控为法律破坏者的当事人，为了绕过古代的私力救济，为了利用对于规范破坏者而言也应享有的权利保障机会，就会试图诉诸一套具有政治性建制属性的法律程序。<sup>[96]</sup>因此，法律自身上升到了一个更高的抽象水平。法律不再由失望一方展示的期望以及对其反应进行的疏导构成。法律



被塑造为一个更为抽象的调节器。这个调节器促进了双方权利要求的对抗性，把双方的权利要求仅仅看成是对法律的宣称，并作出相应处理。最终，根据预设标准对纠纷双方给出中立化和批判性的评价。现在，法律采取了**决定程式**的形式，这就是说，法律创造了判断裁决是否正确的条件。重构法律也由此成为可能，即，以有效和无效规则之间的抽象区分代替了允许的行为(善行)与禁止的行为(恶行)之间具体鲜活的区分；通过法律的运用对法律有效性进行批判检验，同时也对其加以维护。这一过程的进化动力似乎并非只是源于程序机制的吸引力，而且还源于在广阔的领土空间中赋予社会以法律统一性的努力。<sup>[97]</sup>通过建立特殊的有效性标准，规范制作过程与评价过程实现了分化。<sup>[98]</sup>

179 我们尤其需要指出这种重塑过程中的一个重要伴随现象。纠纷行为、法律主张、论证技巧、修辞和解释规则、概念分类、概念选择标准以及对这些标准的信念程度，等等，都被从法律中切割了出去；对这些方面的忽略不计有利于法律内部的系统化。法律不再是一场斗争，不再是一场论题(topoi)或论据的对抗，而是一种抽象的秩序安排。法学家的工具——甚至有用的法律教义概念模式——不再是法律的内在本质。法律的内在本质被化约为各种有效适用的命题。因此，在意义的人格框架和意义的程式框架之间，实现了更为清晰的区分。法律主张可以由其自身加以验证，而无须指向那些制定法律的人。同时，法律命题系统的稳定化机制也从规范期望的生产机制和选择机制中更为清晰地分化出来，进化机制的生产性因此获得了增长。<sup>[99]</sup>虽然最近出现的法律科学方面的文献已对这种化简过程提出了成功的反对意见，<sup>[100]</sup>但是，从进化论的观点来看，它仍然算得上是一大成就，法律深入发展需要以其为基础。

在这些变迁的基础上，法律不仅可以以更加抽象的方式展开，而且还可以以更为分化的方式展开，由此，就促进了社会的复杂性增长。一个特殊的“法学”概念体系逐渐由此诞生。这个法学概念体系

主要承担的不再是表达性功能，而是工具性功能；不再是对法律经验的即刻表达，而是对法律经验的内容进行分析、归类、分级和评价。简而言之，当纠纷发生时，这个法学概念体系就使得关于法律的理性决定成为可能。因此，从原则上说，对**特定的**、事前界定的并可普遍适用的标准（即，无须考虑迎合决定者的特殊品性或关系）给予的法律保障就获得了独立性。不过，在不同的法律文明中，这一独立性表现出程度上的差别，在美索不达米亚的城市文明法律原则中可能接近于实现。<sup>[101]</sup>

在那些法律文明中，（由于其显著特征）给人印象最深的是罗马法和盎格鲁—撒克逊**普通法**。这两大文明由于其概念化的法律表达技术化和程序性特征而显得格外突出，而且，基本上没有实质性规范系统（sachlichen Normensystems; material normative system）的观念。为了法律的日常运用和深入发展，这两大文明都要求一种专业而非发散的知识共同体。这不仅意味着这个共同体应当通晓现行有效之规范的内容，除此之外，也要学习与这些规范相关的经验和判断力。这些经验和判断力涉及在纠纷解决过程中运用概念、举止和论证技巧的能力，以及，实现某些法律效果的操作能力。简而言之：对规范结构中那些无法在法律有效性中获得稳定化的具有开放性和替代可能性的各种因素实施控制。

180

在角色层次的塑造上，高度文明社会的法律秩序提出了对**法学家**（juristen）\* 的要求，<sup>[102]</sup> 以便使法律执业者与法律之间的独特距离获得制度化。这并非基于内心信念，而是依靠操作灵活性。这种操作灵活性可以令人信服地证明法律决定具有惟一正确性，但同时又让我们看到其他可能性，并对这些可能性加以权衡。即是说，我们可以在不确定性视域中操作，然而又穿上了一件确定性的外衣。从这些相互

---

\* jurist 一词在本书中首先是指古罗马的法学家阶层，之后也会指涉法学研究者以及律师阶层。

矛盾的角色要求上，我们就可以理解：在许多高度文明的社会中（特别包括但不限于罗马文明），司法的专业知识主要是在那些作出具有责任性和约束性决定的程序之外发展出来的。法学家一开始是作为解答者而出现的。在此，首先因为他们可以支配这些法律上的建议，并独立于当事人的各种不同主张，也独立于这些主张涉及的社会语境。

只有在发展出一种特殊的机构性职业规范之后，法学家才能围绕司法裁判开展工作。<sup>[103]</sup>即便在当代，由于法学家与法律之间保持着一段距离，以及法学家之间拥有的沟通自由，法学家这种角色发挥了一些难以察觉的作用。他们会策略性地施加某种摇摆性的评价，在某种情况下还可能提出某些突破法律的观点，由此也使得他们这种职业承担特定的角色风险，并会导致职业伦理上的限制。新近发展出来的法律复杂性呈现了这种角色风险的特点，通过荣誉地位、职业威望、执业组织、制度准则，等等，这种角色的风险负荷获得了缓解。另外，  
181 这种复杂性尤其体现在对法律活动带来的收入机会的怀疑上。<sup>[104]</sup>以心理层面而言，这意味着，在法律中后天获得的自我认同以及对法学家发生影响的动机结构是在相对抽象的层次上产生的，因此，就形成了法学家与法律之间的独特距离。这种距离有助于防止法学家充满风险地陷入到过于具体的法律事务中。而且，这种距离还是操作灵活性与实践理性的基础——这里，实践理性是指在处置法律事务时拥有的灵活多样的手段。凭借这些机制，法学家也随着其在法律领域中的工作而被社会化。

只有当法学家开始运用概念来操作法律，并具有评价法律的能力时，**法律问题**和**事实问题**才能在思想中被截然分开。<sup>[105]</sup>在古罗马法庭的审理活动中，通过“法律审”（in iure）和“事实审”（in iudicio）之间的阶段性分割，使得这一区分成为了程序中的时间延续性的主导原则，并因此给纯法律问题的持续解答奠定了基础。对于法律问题的解答，是从个案出发，但却不依赖于对事实的认定，而是将法律作为裁

判的大前提来不断加以阐述、发展和修正。现在，法律不再寄居在事件当中，而仅仅容身于规范——这些规范是对事件进行法律评价的基础。法律的正确解释成为一个与裁判相关的问题，[但是，]从原则上说，[其含义]独立于个案中的任何事实。反之，事实的发现也可以独立于法律问题，而只有对事实发现的意义进行的评价才有赖于法律。只有到了这个阶段，谈论法律的“使用”才是有意义的。

“法律审”和“事实审”之间的区分对于尚未被重视的法律“流动性”（Mobilisierung; mobilization）问题具有重要意义。因为，这个区分不仅有助于对事实进行法律评价，而且在法律面对事实时也有助于对法律展开评价，也就是说，有助于挣脱古代严格法（rigor legis）的狭隘性。无论如何，这个区分产生了一个潜在的、更为有效的**法庭程序的自治性保证**。法律信息与事实信息从各自不同的环境中被提供给程序系统；因此决定个案结果的信息来源就会不止一个。<sup>[106]</sup>另外，这个区分也是结果不确定性的动机结构以及程序系统中司法独立之公信力的基本前提。

182

相应地，行为期望的法律一致性就被转移到一个更为抽象和更为专门的意义层次上，并且，这个意义层次在制度性前提条件上也更为丰富。当遭遇失望时，行为期望的一致性就不再体现为确信会成功的法律宣示（暴力执行、大众认可、超自然的授权或承认）；而是，出现在意义上稳定化的、长期有效的规范概念和法律制度中——对此人们不再只是因为别无选择而接受，而是可以通过意义解释来给予自己以指引。借助纯语言性思考手段的帮助，反事实的持续有效性、共识假设以及期望脉络的事实性一致性在各种有效的理想类型中被整合起来。这些理想类型无需具体的现实对应物，仅仅作为概念就可以被看成是真实的。在截至《学说汇纂》（*Pandektistik*）时期的罗马法的内在发展进程中，就可以很好地看出：比如，当人们在承认与占有相分离的所有权、缔约时的过失、不确定的债权的让与、几乎在所有法律事务中都会出现的代理以及对所有法律主张的原则上的可诉性等之前，

[人们在此所考虑到的是]哪些概念性困难必须被克服，哪些概念抽象上的未知风险必须逐步被加以检验并被建构于法律之中。

前现代高度文明社会的法律通过概念形式和抽象程度实现了一致性一般化功能，并借此与法律实施程序相联系——法律在其中得以处理。程序的这种对选择自由进行限制的阶段性活动，就成为了法律形成的基础。法律程序被置于中心，决定着哪些内容才有着法律上的可能，也就是在此立法行动或法学中的反思才会对法律的形成有所贡献。虽然，法律是由政治机构以及运用暴力的政治机制加以确保的，但是从内容上来说，法律却是被法律人所承认的法律(Juristenrecht; juristic law)。法律的发展动力来自于法律内部的问题和规范性主张(即，来自法律事务和法律纠纷)，而不是来自以法律为辅助手段实现的有计划变革。与今天的现实相反，在前现代文明中，日常生活的法律调整程度仍然相当低下。甚至对于冲突规则而言，我们还可以或多或少在农村发现保持原状、持续存在的准古代法律关系。<sup>[107]</sup>通过抽象和类型多样性，由法律承认的法律保持了弹性，而且成功地使自身适应了社会需求的逐渐变迁，虽然在观念层次上还没有把社会变迁加以充分地概念化。在个人的经验视域中，包括在法学家的经验视域中，那些促成法律形成的漫长而又相互交织的选择链条，不再以显著的形式影响选择行动。因而，单个法律决定并不会把整个法律考虑进来。已经建立起来的决定程序使法律的运用变得具体了，这既促进了一个高度分化的法律文明的形成，同时，又对这种法律文明作出了限制。也就是说，程序既是制度性法律观念的源头，又对其施加阻碍。

并非在法律的所有意义面向上均存在程序，不是所有法律都呈现为可决定的并可以通过决定来修改。对于前现代法律文明而言，法律的根基或者多少传承下来的规范库存(Normenbestand)都难以通过决定实现制度化的改变。甚至，对于由立法所产生的法律而言也是如此。比如，罗马十二铜表法随后也变成了神圣的制度。从法律实施程序的视角来看，这种局限性是致命的。服务于这种法律的特殊时代精

神也由此升腾起来。在这种时代精神的笼罩下，法官面对着当事人并向他们表达法律意见。被虚构出来的法律恒定性把所有的期望不确定性都归结为偶然性和主观性。法律恒定性简化了决定情境，因为，只有一个狭窄的规范性视域才可以被处理为可变的。法律恒定性取代了令人难以忍受的、把所有法律都看成是绝对偶在和恣意的思想。这种偶在和恣意的思想之所以难以忍受，是因为还没有一个有效的立法程序在那种高度复杂、高度不确定的状态下起作用。

前现代文明还表现出其他特征。在法律领域，前现代文明把操作策略的选择限制在一个狭窄的空间，并加以制度化，选择的各种可能性变得清楚明白。最重要的是，与其他社会的沟通获得了显著扩张，外国人不再被当成行为乖张和无法律归属的人来对待。人们已经认识到，存在着其他法律，其他法律的合法性不容简单否定。<sup>[108]</sup>经过比较，人们意识到，人们自己的法律产生于特定的社会条件和历史条件，不过是诸法律中的一种而已。但是，人们也不承认法律的任意性，因为，法律的任意性意味着把建构法律的任务留给了政治力量，人们只是出于趣味或强制因素才遵守法律。没有任何前现代社会会走得那么远。就此而言，前现代社会还是以诸简单系统的形式被组织起来的。政治规则受到了法律的约束，并作为法律的保护者和维护者而存在，但是，却并不能对全部的法律建构和持续的法律变迁负起责任。其中的原因随着宗教/文化观念区域的变化而变化。世俗秩序普遍是通过法律/道德术语来理解的：存在本身就是根据功过、奖惩来理解，<sup>[109]</sup>而道德秩序则是为了实现长远目标而采取的行动所应遵循的规则。世俗秩序不仅是善的，而且也值得明智地遵守。从很大程度上说，法律的运用具有象征性和表达性功能，是对普遍自然秩序的承认，几乎不存在任何有意改变现实的企图。<sup>[110]</sup>希腊的政治和伦理社会哲学甚至也从这种宇宙观中隐退，前者强调的是人类社会的法律内在于[人类社会]的需求和目的之中，因此对恣意选择设定了限度。<sup>[111]</sup>

185 在每种情形中，法律的根基以及基本特征，即法律基本的规范库存，都被认为是恒定不变、不可或缺的。有效性基础与充满偶在性的规范内容之间的区别，仍然处于人们的想像力之外。只有在中世纪具有绝对创造力的上帝概念中，这个区别才可能存在。法律，就其有效性和特性而言，被想像为真理。也就是说，尽管法律具有规范性，但还是被当成认知期望一样地来处理。<sup>[112]</sup>显然，为了确保对规范而言的持续反事实有效性这个特殊功能，法律的真理性质似乎十分必要。也正是由于相同的原因，认知功能还没有分化出来，不能作为随时准备展开学习的科学而获得自主性。世界图像取决于一种功能发散的状态，并因此取决于规范期望和认知期望的静态混合。存在和应当、规范期望和认知期望可以在法律技术实践中实现分化，但是却不能在根源上实现分化。规范期望和认知期望之间未实现的分化与社会中未实现的分化保持着一致。

容纳了法律的选择性但又对这种选择性加以限制，以及，基于规范性—认知性的概念图式处理规范，都令前现代文明的法律呈现出结构化、条件化的内在矛盾。这种矛盾性需要一种特殊的思想表达方式。我们知道，在印度法中，关于世界神秘起源的说明，就存在着永恒本体论与缔约理论这两种理论之间的竞争性关系，分歧主要在于对于选择性的不同态度。相似的问题在中国变成了儒家学说与法家学说之间的冲突关系。<sup>[113]</sup>然而，在古希腊思想中，[我们]却找到了一条更为抽象的问题解决方式。不是差异本身，而是对差异的解释，成为古希腊各个思想流派的主题和基础。这并非针对在两种选择可能性中作出非此即彼的决定问题，而是针对两种可能性的相互关系问题。因此，借助这种玄妙的手段，古代欧洲传统获得了令人惊异的问题解决方式。

186 在古希腊社会，借助约定俗成(nomos)的工具实现了自然法与有效法之间的分化，这一分化显然是为了铸就一种法律秩序而出现的。这种法律秩序的基本特征被看成是恒定的，但是，法律秩序的其余部

分则被看成是随着社会变迁而充分享有可变性和可替换性，甚至还能加以修改的。<sup>[114]</sup>现在，自然法概念只是作为一个具有二元差异的概念而存在，不应该被误认为是古代社会内部法律秩序中的那种绝对性。<sup>[115]</sup>为了把永恒法与可变法区分开来，这个概念有其存在的必要性。其中，可变法是指，随着习俗(Sitte)变迁或者通过立法，法律不断发展出具有可变性的内容。换句话说，自然法概念为法律可变性的结构性阻力提供了一种特定的解释。<sup>[116]</sup>指涉到系统外部，即，否认所指系统内部的因果性，对自然这个概念具有决定性意义。对于那些还处于相对简单的社会系统的秩序而言，这是一个权宜办法。由此，我们发现了自然与平等(这里，平等是指不人为地作出区别性选择)之间产生联系的根源，这一点对于后来的思想具有重要意义。通过命题上的这种对立统一关系，**约定俗成**上升为一个重要的法律概念。<sup>[117]</sup>结果，人们作出了**自然**(physei)与**约定**(nomoi)之间的区分。这一区分已经抓住了法律选择性这个观念，虽然人们对这个观念理解得还不够透彻。<sup>[118]</sup>只有对于我们现在正在加以分析的社会类型来说，法律选择性观念才开始变得有意义。以下事实可以说明这一点：亚里士多德描述的希腊时代，<sup>[119]</sup>就拒绝了古代法律的传统正当性观念；在新生的具有分化观念的思想图式中，那种古代法律的传统正当性观念丧失了地位。把人类行动看成是充满选择性的“**实践**”(praxis)观念，取代了古代思想：伦理学就是实践哲学。经过一段时间后，自然(physis)和习俗(nomos)之间的分化才体现为**自然法**(lex naturalis)和**实证法**(lex positiva)之间形成的法源位阶差异。也就是说，自然法的观念被吸收到更为精致的罗马法思想体系中，随后，又被吸收到中世纪法律中。只有到了那时，自然法观念才获得了主导性原则的力量。在这种力量的庇护下，实证法得以被识别和发展为立足于决定之上的法律。<sup>[120]</sup>

187

法律复杂性的显著扩展，法律的专门化和抽象化，尤其是，法律具备了局部性的选择上的分化和变化，等等，给前现代高度文明提供



了这样一种可能性：形成了作为抽象标准的法律原则，并作为事前存在的法律的判断标准而分离出来。这个法律的原则以公平和公正的观念形式呈现为一种一般化的道德形式。

发展的动力似乎首先来自于对古代权力和财富分配进行矫正的需要。政治统治者接受了这个矫正任务，以反对强者而保护弱者、反对富人而保护穷人为明确目标。相应地，此种意图进入到法(Recht)或者制定法(Gesetz)的概念之中。对此，可以在美索不达米亚的立法中找到最古老的证据。<sup>[121]</sup>在地中海地区，古代城邦法律的早期形式也显示了这些特征。进而，对习俗进行选择意识使得作出正确选择的标准问题凸显出来。这对于把法律一致性表达为一个基本条件来说，是一个挑战。对宗教决定起着主导作用同时又兼具法学家管理的技术进步特征的法律文化而言，那样一种公正原则的问题化以及概念性阐释似乎并不是最重要的。只有在古希腊城邦中，那种对公正的思索才会被激发出来，虽然还只是与个别制度建立起狭窄的意义联系。<sup>[122]</sup>

起初，在古代法律中，只存在着某些以报复和互惠为特征而频繁发挥作用的法律思想，这是一致性一般化基本问题的一种版本，这个版本以规范性的期望和法律行动的形式来表达法律。<sup>[123]</sup>在古希腊法律思想中，这些基本观念逐渐向公正概念靠拢——公正概念不仅与行为形成对照，而且与法律自身形成对照。因此，在作为一个规范体系的法律与法律的统一性原则之间，建立了一种直接联系，法律既被看作本质上的确定性(Wesensbestimmung)，又被看作一种规范。因此，报复和互惠的古代标准开始向更加抽象的方向努力，这种更为抽象的形式克服了那些标准的内在局限，并与更为复杂的生活条件相对应。因此，法律原则获得了一种新的历史形式。

从最后一个例子可以看出，之所以如此，是因为公正是规范行为期望的一致性一般化的象征。神秘性已经开始转向理性，公正被定义为平等。不过，它意味的是：规范在时间中的连续性、事实性的内容关联(Wesenszusammenhang)以及共识性——即得到了清晰表达并具

有持续性的协议。进一步地，在相应的意图中，审慎和中庸的观点开始起作用，即，与所有价值和极端观点保持等距关系，并在这种等距关系中发现恒久的理性。也就是说，在此显示了一种综合(Synthese)，在这种综合中，意义通过与极端价值的等距性确保了可期望的共识及其长期有效性。也正是因为，公正原则触及到了法律的本质和功能，它对于法律而言才具有真正的相关性。这种公正并非完全等同于后来在伦理学中显现出来的优美德性。

但后来，亚里士多德对公正主题的处理就已经脱离了象征性。象征功能不再渗透于公正之中。实际上，为了后续的法哲学传统的到来，亚里士多德关于公正主题的各种处理方式已遮蔽了其象征功能。从功能一致性的观点来看，亚里士多德提炼的概念似乎显得太理性化了，太靠近现实。交换正义和分配正义这两种类型都联系于块状式(平等)和功能式(不平等)的社会分层(因此也就是联系于城邦的现实问题)。但是，对于我们来说，这个区分已不再能够清楚说明平等观与法律之间有何共同之处，以及为什么平等观就象征着法律原则。公正的假设丧失了神秘性，具有了道德性，并以一个规范的形式传达给统治者和法官。在此，法律面对的并不是其功能，法律规范面对的是一种超级规范(Übernorm; super-norm)，统治者面对的则是德性。在更加精致的法律中，尤其在罗马法和普通法中，这种情形导致了公正和平等(aequitas; equity)的混合。由此，从原则上说，与沿着被普遍理解的公正方向获得的改进并肩出现的，是对现行有效的规范结构进行的修改——这种修改是根据“规则/例外”的图式以及通过对迄今尚未引起关注的情形建立新的法律权宜性机制来实现的。

在教义学的嬗变历史中，法律概念内涵的充实和具体化不可能通过巧合来解释；这是与社会结构、社会达到的复杂性程度以及立法标准的程式类型等保持一致的。公正的法律原则一方面对法律缺陷给予反思和理性化，一方面则为新的法律发展提供动力。这些新的法律发展带来了重要的法律修正，但绝对没有创造法律。就这一点而言，摇

摆于抽象与具体之间的经验处理，以及由此涉及的可能性的不完全实现，也是前现代文明的特征。

在前现代高度文明中，我们已经可以探测到一种相对自治的法律发展以及在法律中有限的概念学习。甚至，也可以探测到，从一个社会到另一个社会，出现了各种法律制度或者论证原则的传播。法律技术的抽象过程、程序革新以及法学创新，等等，都踏上了各自不同的前进道路。例如，我们很难理解而且也无法由社会结构所解释的是：为什么，与古希腊相比，罗马在通过协商一致而发展契约的问题上显得犹豫不决；为什么，在罗马帝国衰落期间，文书档案才开始启用。

190 同时，这些社会的法律秩序在其基本特征上、在其抽象能力的限制上、在其程序性建构的决定自由度上，以及在其认知期望与规范期望的分化程度上，尤其在其法律的复杂性、可变性、可批评性的潜力上，都受到其社会结构的限制。对于那些着眼于单个法律制度的法律科学而言，尚难以把握住前现代法律文明中那些由结构所决定的统一性类型(Typeneinheit)。只有在社会学构想的社会发展和法律发展的框架中，这种统一性才会显露轮廓。不过，当我们揭示出了其发展的门槛，也就是当我们认识到向实证法的过渡将会为社会学带来什么新东西时，前现代文明在法律风格上的一致性及其限制条件才会变得清晰可见。

### 3.4 法律的实证化

尽管单个法律模式的持续及深入发展展现出独立性的一面，法律风格的基本变化仍然由社会的结构变迁来决定。法律变迁虽有助于社会结构变迁，但也由社会结构变迁提供可能性条件。在走向现代社会的过程中，社会迅速增长的复杂性在所有意义领域——包括法律领域——都摆出了新的问题类型。同时，社会拥有的丰富可能性也包含

着——但还不能说是保证——产生新的问题解决方案的潜力。不过，社会复杂性的增长最终奠基于社会系统不断增进的功能分化上。<sup>[124]</sup>

功能分化创建了为解决具体社会问题而出现的社会子系统。相应地，在社会发展过程中，相关的问题性也发生了转换，变得更为精致。<sup>[125]</sup>社会发展促进了逐渐增加的、更为抽象的、预先条件化的、具有结构风险的分化。例如，系统不仅创造经济财富，也分配经济财富；不仅具有儿童抚养和防御这类义务性目标，而且也具有研究——甚至研究的研究——这类选择性目标；不仅有教育，也有教育学；不仅建构集体约束性决定，而且也建构作出这些决定的政治预备条件；不仅要维持现有法律，而且还要立法。这种状况引发的主要后果就是可能性的过度生产。然而，这些可能性在实践中只能获得程度有限的现实化，也就是说需要更加有意识地进行选择的程序。诸子系统的抽象化功能视角成为社会发展的动力。这意味着存在于专门子系统领域内的诸可能性不可能通过共同信念或者共同的社会外部边界而被加以整合。结果就可能是目的的持续落空，这反映在变动不居的、未来不确定的时间概念中，以及，对计划的需要中。例如，科学上可以获得的真理可能与经济和政治要求发生冲突，同时，另一方面，也没有充分的真理可以满足经济和政治方面的决策需要。作为家庭原则的爱，尤其对妇女而言，则几乎不能提供与职业工作相兼容的前提条件。经济产生了难以让政治感到惬意的决策主题。对于家庭和教育的决策来说，心理科学又施加了难以实现的任务。军队或医院装备的技术最优化在经济和政治层次上不能得到正当化。由于这种系统生成原则（Systembildungsprinzip），可能性与其现实化之间就产生了巨大鸿沟，由此，就为现代社会显现的“失范”（anomische；anomic）趋势找到了其真正原因。<sup>[126]</sup>

在社会中的体验和行动的偶在性随着体验和行动可能性的爆炸性增长而上升。所有可以被感知的意义都处于其他可能性的笼罩之下，被相对化和问题化了。相互依赖性和替代性关系变得显而易见；理性

的计划和生产的机会，包括过剩的需求，会通过理性化的条件而被勾勒出来。理性多少变得比从前更易获得。很明显，这些变化给所有社会子系统都施加了很多适应性的压力。每种现实情境都代表着在更多可能性中作出的一个选择，以至于，通常就产生了更高的选择性。每一个是(Ja; yes)都意味着更多的不(Neins; nos)。所有结构和子系统必须考虑到种种限制，并来应对这些限制，无论是通过增加分化还是增加弹性的方式。在此，我们只对施加于法律的影响感兴趣。

192 在这种给定条件下，对一致性一般化规范行为期望的需求不可能继续保持不变。最重要的各种社会一般化机制，比如真理、爱、权力和经济需求平衡等机制，当指向其自身内部建构的特定标准时，就失去了[原先的作用]。现在，通过那些在社会中建立起来的对其自由施加的外部限制，各种一般化社会机制必须在服务于社会的边界内维持自身。这些外部限制再也不能以不证自明的事物本质(Natur)来保持有效性，而是，需要以规范性规则、产出要求、期望和优先性等来维持有效性。<sup>[127]</sup>因而，它们必须在细节上得到调整，同时，随着冲突而孕育发展。作为一个整体，功能分化的另一个结果是社会内部问题和冲突的增加，因此，在所有一般化层次上就增加了决定的负担。社会子系统之间的相互依赖超过了以往任何时候：依赖于政治保障和决定的经济，依赖于经济成功的政治，依赖于财政和政治计划能力的科学，依赖于把政治性的充分就业方案兑现为经济的家庭，依赖于家庭在社会化问题上所作贡献的政治，等等。同时，各个子系统为了持续可靠地实现自己的功能，就必须防止被卷入到其他社会子系统那些难以控制的动荡中。在各个子系统中，相互依赖性和独立性同时增加了。从原则上说，这是可能的。因为，有助于子系统既相互依赖又相互独立的环境条件在不断增加。不过，在各种各样的情形中，许多摩擦和制衡关系会被引发，需要运用法律来调整这些摩擦和制衡。因此，对一种令人满意的自由度和可靠性的需要也就增加了，虽然一个子系统的自由会导致另一个子系统失去可靠性。在 19 世纪末的契约自

由其限制中，这个问题就呈现出清晰的轮廓。在这里以及其他情形中，功能分化的后果问题会显现在各个法律制度中，显现在熟悉模式的被质疑和不确定中，以及显现在学说上的分裂中。大量粗浅随意、未被学说检验的新现象，比如在保险法、交通法规和工资法等法律领域出现的问题，开始充斥于法律之中，并在相当程度上降低了法律的概念化水准以及弱化了其对事实[维度]内容的控制；当我们对司法裁决任务作出全新的评价后，我们认识到，这些问题不再能够以传统的法官法的层次和形式被加以解决。如果想要全部解决这些问题，就需要不断增加立法。

立法不是现代的发明。早在美索不达米亚时期，<sup>[127a]</sup>法律制定 (Rechtsetzung) 就通过立法 (Gesetzgebung) 得到了实现，并在古代世界中得到了充分体现。在某些例子中，尤其是在雅典和罗马，伟大改革家的立法成就由此形成了不同于早期政治性/宗教性法律文化的传统边界，或者，像中国秦朝(前 221—前 207)那样，由此促进了一个地域辽阔的社会的政治统一。甚至，对于没有跨过高度文明门槛的某些社会而言，只要政治决定能力发生了分化，它们便也知道，既存在着传统法，同时还并行存在着那些或多或少由统治者运用的一般规则，而且，这些传统法和统治者实施的规则随后可以被并入到既有的法律体系中。<sup>[128]</sup>在更加高级的文明社会中，尤其在旧世界那些伟大的、实现了官僚行政化的帝国中，随着政治支配得到巩固，也呈现出对法律的统一管理和全面把握的政治利益追求。因此，一个法律形式体系开始出现：针对那些尤其具有波动性和争议性的法律复杂性，出现了可靠的、通过书写来固定的体裁内容，而且可以再版，并被选择性地处理成法典，还可以修订，就像在美索不达米亚、中国、晚期罗马拜占庭帝国、萨珊王朝(Sassaniden)、古墨西哥等那里已经经历过的那样(今天，我们对于这些法典只知道部分内容)。他们追寻的真正政治目的并非在于把法律书写成文字，而毋宁说主要是为了维护司法秩序：为了法律的统一性、公开性、可接近性，以及，法律相对于地方冲突、

曲解和权力干预的独立性。除此之外，还存在着这样的情况，即，在政治冲突中，法律会被当作一股政治角逐的力量来运用，也就是说，会被相互对立的各方均作为武器来使用，并因此会与相对具体的情境目标联系在一起。对此，中世纪的盛期和晚期可以提供大量的相关例子。<sup>[129]</sup>

194 不过，那些立法的法律地位仍然是不稳定的。由于法律高度的不稳定性，命令颁布与规范制定之间就几乎难以被区分开。<sup>[130]</sup>法律对其进行的认可，尚不具有通过程序而创制那样一种确定性的效果，而是[表现为]一个时间问题，即习惯性问题，或者说能否为公众接受[的问题]；这也可能是一个适应性问题，政治权力问题，或者，实际上，是一个由危机引起的压力问题和依赖于情境的说服力问题。事实上，立法受到的这些限制的原因在于，就从任意可能性中产生出有意义的选择而言，在此还缺乏相应的制度和决定程序。这些限制体现了如下观念：并非所有法律都能够通过立法而得以制定或任意变更，相反，大多数法律仍然被包含在自然和真理的框架中。换言之，由于有效法律的渊源(或者说其出生)的原因，只有有限的区域能够被纳入到立法中来处理——这些立法在细节上无论是为了适应于“多样的时间”(diversitas temporum)还是适应于“变化的自然”(varietas naturae)，就像在中世纪早期和盛期普遍表现出来的那样。因此，制定法可以被想像为法律秩序的一部分，但这种法律秩序自身尚不具有一种法律的特性，而是将之归结于法律外部的基础。

在无数情形中，法律，甚至于“神法”，的确可能发生着或隐或现的变化，因为，每一个规范的形成都可能会通过诉诸期望的期望而获得充实和修正。<sup>[131]</sup>在一些情形下，例如，在美索不达米亚和印度，一种微妙的意义上的变迁为此提供了基础：神圣的制度性法律被重新设立、补充，并由神圣任命的立法者来执行。在每种情形下，法律规范都只能在一个狭小的范围内获得正当的可变性。<sup>[132]</sup>因此，法律结构中的可变性门槛相当高。法律有效性基本上被看成是永恒的，或

者，至少渊源于永恒的有效规范，而非基于持续适应所获致的妥当性。由此，法律有效性不需要被问题化或奠基于偶在性之上。例如，虽然，罗马时代的法律渊源学说对不同的法律规范起源进行了区分，<sup>[133]</sup>但是，只有到了后来，才能够发展出更为抽象的法律有效性标准——就像现代理论对待习惯法那样。<sup>[134]</sup>尽管立法已开始出现，但法律作为一个整体仍然是旧式的，通过神圣制度或传统而获得有效性，所以，还绝对不是可人为操作或可变更的实证法。甚至，对黑格尔而言，他虽然预见到了法律在资产阶级社会中可能会变成实证性的制定法，并在与萨维尼(Savigny)的争论中强调了法典化的时代特征，但是，即使是不证自明地，他仍然加上了这样一句话：“创造具有新内容的法律不可能是一条正途，相反，法律创造不过是通过其特殊的一般性来对已有内容进行确认而已，即，在精神中把握它。”<sup>[135]</sup> 195

18世纪迎来了一场思想上的革命，它借助自然法这件形式性的外衣，迅速走向了法律适用上的完全实证化。<sup>[136]</sup>在19世纪，以立法形式出现的法律制定程序第一次变成了官方活动的常规事务。起初，它还只是涉及那些限于某个或长或短的时段内的立法程序，现在，实际上则变成了持续不断的活动。大量的、不断增加的法律被看成是必要的，并获得了通过。旧式的法律内容被重新条件化、法典化，并被塑造为制定法的形式。这并不仅由于方便法庭使用和易于评判这些操作性因素，另外还是为了制定法自身及其可变性，以及法律有效性的条件性这些缘由，这些内容今天已经成为法律理性的保证：“除非被立法者改变或明确废除，法律就仍然具有约束力。”——这是1811年奥地利民法典第九条确立的内容。 196

老欧洲传统已经为迈向实证性法律的重构做好了概念和制度上的预备，因此，当立法的需要增强时，它就相当容易获得实施(困难主要并非来自法律自身，而是必须要重建政治决定的前提条件)。在许多方面，这些预备条件和过渡措施可以通过法律自身建构起来。<sup>[137]</sup>

在晚期罗马法实践中，曾经出现过一种已被证实的皇帝立法模



式。这种模式在中世纪被抽象地继受，并不受限于具体的社会语境，并且被承认为文化范式。<sup>[138]</sup>也就是说，这种文化模式并不是依据当时的制度基础被发明和发展出来的。<sup>[139]</sup>这就为避开不可预见的创新风险找到了出路，并相对容易找到正当性理由。因此，将立法作为形塑法律的形式就有了保证，并且，假借传统的名义而获得正当性也成为了可能：君主只需要再次执行“旧法”。

相应地，一个被普遍接受的立法分类(虽然版本不同)由此产生：以神法、永恒法、自然法和实证法的法源顺序区分出法律类型的位阶秩序。<sup>[140]</sup>这个包罗各种法律命题形式的法源位阶观念，代替了先前出现于中世纪盛期更为具体的、渗透于宗教中的法律形式。因此，上位法就赋予了下位法获得具体化以及相应制约的严格条件。这里，就像在许多情形中发生的那样，位阶观念作为一种巧妙的条件触发机制而起作用。变化可能是渐进产生的，无法完全意识到其后果。立法可以借上位法的名义并在上位法的框架内一再被引入，并被扩展。由此，根据产生问题的层次，规范位阶结构就可以使那些针对法律缺陷、规则矛盾或规范缺失作出的反应得以分别处理，并加以疏导。对于实证法的扩展而言，所有这些因素提供了政治性的呼吸空间。在这种位阶模式下，规范的数量和质量可以获得巧妙的发展。最后，只有规范位阶的外壳还被保留在今天的自然法观念中。

基督教对古代自然法的修正被证明具有同等重要性。基督教把所有法律的基础从制度转向了神意，从传统转向了超验——从实践上来说，就是转向了神学中那些处于争议中的原则层次。因此，那种极端的抽象性——神学家以之讨论神之全能的绝对性以及对于自然世俗世界的支配，就变成与法律相关。<sup>[141]</sup>既然法律以宗教为基础，也就难以避免法律结构的不稳定性<sup>[142]</sup>——这早就存在于所有秩序和法律的偶在性原则中了。神学讨论上的抽象程度也为宗教和法律的分离作好了事先铺垫。法律的神创观念不同于更早的法律文化，至少其神秘性从来就没有消失过，这就使得什么都有可能[的观念]被塑造起来。因

而，法律神创论就使得所有法律呈现出偶在性和可能性。剩下的工作仅仅在于如何把这种观念转换为人类主体、理性、良心和立法者。<sup>[143]</sup>因此，任何法律都可以通过宗教正当化达到其最高的抽象层次，即便没有在论证中实现，但至少也是如此被企望的。现在，法律规范内容的不变性的神学证明已经变得不再可能，或者，只是存在于教义和教派争议时相互质疑的立场之中，而这种争论的结果必须立即从政治上给予清除。

当然，法律存在的社会现实根本不可能穷尽法律变化的可能性。实际上，中世纪早期就已经牢固地确认了这样的制度——旧法优于新法，即便没有禁止立法，也是对法律变革的禁止。<sup>[144]</sup>很明显，旧法优于新法变成了法律裁判的一句格言。这实际上也意味着这样的思考，即将此原则颠倒——新法在可能的思想范围内会突破旧法。但看上去这种方式一开始就搁浅了——实证法的制定问题被错误地依据传统法律思想的进路来处理，这种解决方式也就找错了方向。人们就像对待旧法那样努力为那些新制定的、尚不稳定的法律赋予约束力。法律制定的行动，尤其是对特权进行分配的问题，需要取得利益团体和掌权者的赞同。因此，法律制定行动就披上了契约形式的外衣，因为这是大家熟知的约束自由意志的形式；永远[服从]的誓言也被增加到其中；为安全起见，每过一段时间，它都需要被重复和强调；而统治者也要求其子孙誓守新法的约束，并且，会在他们就职时，要求尊重和承认先辈通过的法律——所有这些都带着一种急迫性，似乎是为了减轻那种付诸于徒劳的焦虑。<sup>[145]</sup> 199

从长时段来看，进化成功来自于相反的方向：法律制定者并不遵守自己制定的法律成为了一个原则，并且，这种持续可变的法律的高风险获得了制度化。为了实现这种成就，作为立法者的统治者，其角色和人格就必须被更为鲜明地区分开——不仅是指官职具有独立性并超越于人事变迁，也意味着个人义务与官职义务在实证法中发生分离。统治者不再可能是“国家”，而只不过是国家中的一个角色。<sup>[146]</sup>

正是通过官职，也只能通过官职，个人才可以改变法律。正是借助这种分化，国家具有了法律人格，产生了法官职位，而且，角色指向的法律变更程序也使个人之间的关系中立化，并获得制度化。

200 不过，仅仅具有合乎法律的法律变更程序机制还是不够的，就像在古代法律史中，尤其是在雅典法律史中显现出来的那样。这些程序的存在还必须能够把不服从法律与主张法律变迁的请求区分开来。正如变更法律的权力不应该被解释为抛弃了有效法律一样，改变法律的意图也并非不服从法律，并非针对有效法律的造反。<sup>[147]</sup>法律变更不应该由种种压制性的措施来进行控制或限制。<sup>[148]</sup>对预计的法律变更进行引导和预选，应该按照不同的方式来处理：不是从法律的视角来处理，而是从政治的角度来处理，并且必须保持在合理边界之内。雅典法律在实践上众所周知的不稳定性，在文献传统中一向具有警示的意义，看来就主要是由于缺乏一个在任务和组织上充分分出的功能性的政治（这主要是因为各种血缘团体之间的世仇导致的对党派的根深蒂固的反感）。<sup>[149]</sup>雅典采取一种制度化的、年度重复的形式来对全部汇编的法律进行审查，这简直可以被看成是对法律赋予偶在性理解的样板。但是，古代城邦国家还没有足够广阔的疆域和足够的复杂性来支持一种充分实证化的法律体系。只有在现代的国家形式中，伴随着统治者“绝对”主张的解体，一个充分开放的、主要指向政治目标的意志形式（Willensbildung）才会出现。在这种背景下，某些政治制度就出现了这样的可能，即首先创造了打击违法与反对立法的概念；随后  
201 加以制度化，并使二者分离。<sup>[150]</sup>由此，对于法律的持续变迁而言，我们能够为其在政治秩序上找到一个具有丰富替代可能性的基础。

如果处于旧法学教义规范领域之外的大量新的决定类型还没有从社会结构变迁中产生出来的话，那么，仅仅这些条件——包括程序建制、职位和个人的分化、不服从[法律]和主张[法律]改变的分化、打击[违法]和反对[立法]的分化以及政治程序的制度化，等等——还不足以促成法律实证化的诞生。与此类似，在由自力救助的古代法向高

度文明的法律转变的过程中，基于经济流通、个人土地所有权、保障穷弱以及政治—军事身份等产生的问题情境和新的决定要求，为以民法和刑法的程序性分化替代诸法一体的旧法律提供了动力。现在，这些问题对于公法的发展也产生了重要作用：首先，这些问题出现在从等级社会秩序向工业社会秩序发生变迁的过程中；随后，出现在不断着手解决附着于新的社会类型之上的相关问题的过程中。较高程度的复杂性意义结构已经存在于传统法律教义学中。无论如何，随着社会的进一步发展，“法典化”的局面也接踵而至，尽管迈向理性和系统化的趋势仍然必须遵循已有的法律轨迹。尽管激进主义的启蒙运动要求粉碎传统法律，并对其进行理性重构，但是，正是对已有法律体系的梳理和修订才构成了立法活动的支配性素材。例如，“民法典”（code civil）有意识地依赖于习惯法（coutumes），同时，“土地法总则”（Allgemeine Landrecht）也有意识地依赖于德国化的罗马《学说汇纂》。在这个领域中，虽然可以把理性渗透进法律，并在条件成熟时通过立法变更法律，但是，通过持续变化来适应社会状况，并因此获得有效性，却不是法律发展的主导趋势。相对而言，在公法、劳动法和房屋管理法领域中（在它们之间并不容易作出区分），法律具有获得充分实证化的基础（对此我们将在下一章中详细讨论），不过，这些法律领域的实证化都是在传统教义学的概念领域之外建立起来的。这里，创建新法律类型有效性的空间和前提条件都具备了。19世纪，只有在出现了如此众多的立法问题以后，尤其是出现了对于诸多立法规则的防护以后，依照法治国的要求，作为国家机器的持久功能性成分（不再只是根据君主的恣意来运用“法律”）而建立的立法程序才被证明是必需的。相应地，政治决策前提条件的复杂性也增加了，并越来越需要政治系统的专业领域（政党）提供全职工作和全职机构（即，分化）。对此，社会结构性前提条件就通过复杂多样的媒介方式与渐进的功能分化以及社会子系统的专门化关联起来。

202

就法律决定的例行化而言，立法的程序性建制作为国家政治生活

中的制度化成分，是法律迈向实证化的根本前提。因此，在观念史和实证法学概念中，从一开始，法律实证化的前提就被限制在法律制定程序中，<sup>[151]</sup>而且，这也是法律实证化的理论抽象层次尚不充分的原因所在。在立法程序的建立，在立法工作方式及其结果可以被观察之后，对未知的新利维坦的恐惧就减少了；同时，对立法的内在障碍的看法却增加了。不是所有的法律都可以写进制定法的一般形式中，立法者的程式化表达并不能使法律适用的意义完全固定下来，等等，这些思想进入到人们的意识中。在 20 世纪，这些问题不再引领我们去寻找永恒不变的原则，或者去寻找法律的渊源，而是，引领我们在实证性的土壤中来重新强调法官法(Richterrechts; judicial law)。

一方面，如果强调的是法官具有政治中立性、法官对社会—法律意识进行表述、法官对裁决结果负有责任、法官可以微妙地转换教义学模式等的话，那么，通过法官法或者司法造法的概念，人们强调的还是在追忆旧的法官法。另一方面，其他论据却认为，法官的独特贡献奠基于其在一个分化的决定过程中所处的位置：即由于其对法律制裁手段实施控制的直接性、对案件的贴近性、其日常体验的具体性、其对规范不完全确定的理解，以及他们的裁决只受到成文法程式性而不是决定性的限制，等等。所有这些因素都指向并补充立法过程。

203 以上这些紧密联系的各种观点，可以看成是法学家以职业性的自我理解和伦理精神对法律实证化的适应。司法裁判并不倾向于把自身展示为偶在的产品，而是，在功能上与立法进行了劳动分工后，对法律的选择性或实证性负责。<sup>[152]</sup>对立法的关注不只是设定了法官的责任，而且也定义了法官的自由：如果他知道存在着支持他对立法进行修正的可能性的话，他就可以大胆地从事法律发展事业。

今天，这些变得非常明显。法律实证性还不足以通过这样一个事实——即拥有穿透所有法律的立法能力——而得到理解。我们的讨论涉及的，不只是在法律实证性的发展过程中把立法权赋予既有的法律结构。而且，可以非常确定地说，也不是取消法律的位阶层次，即，与

那种丧失了高阶法源信念以后仍然残存的实证法(*lex positiva*)无关。只有根据选择性在多大程度上被用于使法律获得稳定,法律才得以通过。实证法的有效性并不是因为存在着授予其效力的更高规范,而是因为其选择性实现的一致性功能。

向实证法的过渡,即其有效性的获得只能通过决定而产生并通过决定而改变,再次改变了法律的整个类型;它改变了寻求和确保行为期望的一致性一般化的意义层次。由结构促进的法律复杂性和偶在性增加到了难以估量的程度,随着这种可能性视域的极大扩展,法律改变了其作为法律的性质,尽管单个规范和概念保持了连续性。在重新结构化的范围内,以及,在社会条件及其后果上,至少,这一过程可比作是从私力救济的古代法向高度文明的宪法的变迁过程。

法律实证化的过程随着社会系统功能分化的充分发展而出现,这个事实并非巧合。如果我们只是考虑一下立法动机,由于这些立法动机产生于经济和家庭或者经济和政治之间不充分的整合,那么,就可以看到复杂的、间接或直接的交互作用。从原则上说,具有决定性意义的是原则上的汇合(*Konvergenz; convergence*)。功能分化使社会子系统的视角得以具体化和抽象化,并通过不同的功能手段赋予它们不同的可能性视域。我们把这一过程的特征描述为结构性决定的可能性过度生产。一方面,这种变化需要一种可以处理更多可能性的法律,另一方面,这种法律可以凭借选择性程序吸收这些可能性,这两方面的原则都迎合了可能性增长以及可能性化简的趋势。在这个社会中,过多的自我负荷刺激了系统内部的选择过程,出现了复杂性和偶在性过度膨胀这个基本特征,社会系统的功能分化和法律实证性实现了汇合。

这一变化带来了法律在观念上的限定化和精致化(*Lokalisierung und Qualifizierung; localisation and qualification*)的后果。人们选择的范围,进而,世界的意义结构(世界提供了哪些可能性),总是依赖于社会结构。伴随着对超自然现象给予的分类残余,简单社会具有相对

具体化和拟人化的世界图像，<sup>[153]</sup>与简单社会中那些确定的复杂性以及相应少量的组织化选择相对，简单社会拥有大量的不确定性。这些社会感到了来自于世界的过度负荷，并把其建构成为尽可能具体和恒定的世界。早期的高度文明社会仍然把它们法律构想为世俗秩序，就像我们前面论述的那样。另一方面，通过那些随着结构变化而变化的可能性手段，功能分化导致了社会的负荷过度，因而不能在世界自身中获得凝固。因此，法律被调整到一个相应的理解层次。法律依赖于规范决定性的前提条件，围绕这些前提条件，决定也能够被制作。在决定过程中法律拥有自身的基础和功能，并且，通过技术论证和经济论证，法律中可能存在的 uncertainty 得到了正当化。<sup>[154]</sup>法律必须证明其作为决定程式的妥当性。

最后，法律实证性总的来说就可以被理解为法律的选择性的增强。那些获得了扩展的体验和行动的可能视域，可以把那种想像出来的恒定的自然法通过其他可能性进行阐释。那些被设想为永恒的世界秩序，现在也只能被看作是一个选择范围，并且需要加以论证——不论单个规范是要保持原貌还是加以变更。这种结构变迁（而不是决定）使得决定成为了法律的原则。它的实证性不是来源于宪法，甚至当宪法否定了这种实证性并且“承认”自然法或不可变更的法时，它仍然存在。它的实证性也不是来自于与给予某些决定以规范有效性的基本规范的逻辑联系，因为这最多不过是通过那样一种基本规范的理念来进行象征化并在法学中虚构出来的。法律的实证性来自于社会的发展，并与社会结构相制约。社会结构会通过功能分化产生出可能性的过剩，并因而使所有的法律都呈现出偶在性的趋势。

---

[1] 就此背景而言，为之努力的尝试不过是返回到古典的专制概念，这与其自身的概念前提相矛盾，参见 Talcott Parsons, *Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs, N. J., 1966; 以及 *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, N. J., 1971。也可参见 Samuel Z. Klausner (Ed.), *The Study of Total*

### 第三章 作为社会结构的法律

*Societies*, Garden City, New York, 1967; 对这种努力的综述, 参见 Wolfgang Zapf, “Complex Societies and Social Change, Problems of Makrosociology”, *Social Science Information*, 7, 1, 1968, pp. 7-30。

[2] 对此给予的勾勒, 参见 Niklas Luhmann, “Funktionale Methode und Systemtheorie”, *Soziale Welt*, 15, 1964, S. 1-25; and Niklas Luhmann, “Soziologie als Theorie sozialer Systeme”, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 19, 1967, S. 615-644, 重印于 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, Köln-Opladen, 1970。

[3] 这一结果在今天得到了确认, 参见 Edwin M. Schur, *Law and Society. A Sociological View*, New York, 1968, pp. 107f; Michael Barkun, *Law without Sanctions. Order in Primitive Societies and the World Community*, New Haven-London, 1968, pp. 116ff; 有关经验研究的综述, 参见 Richard D. Schwartz and James C. Miller, “Legal Evolution and Societal Complexity”, *The American Journal of Sociology*, 70, 1964, pp. 159-169。

[4] 结合“自然因果性”(natural causation)和道德解释是维多利亚时期进化论的特征, 参见斯宾塞(Spencer)。与该书相关的文献参见 J. W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge, 1966。那个时代的其他特征, 比如, “有机物成长”(organisches Wachstum)、单线性、连续性和不可逆性很少同时得到强调, 且大都由二流学者提及, 并为当代的新进化论者接受, 这些当代学者对斯宾塞的理论持怀疑态度。

[5] 关于这个概念, 参见 Talcott Parsons, “Evolutionary Universals in Society”, *American Sociological Review*, 29, 1964, pp. 339-357, 重印于 Talcott Parsons, *Sociological Theory and Modern Society*, New York-London, 1967, pp. 490-520。

[6] 基于帕森斯的理论, 相似的概念被提出来, 参见 Alvin Boskoff, “Functional Analysis as a Source of a Theoretical Repertory and Research Tasks in the Study of Social Change”, in George K. Zollschan and Walter Hirsch (Eds.), *Explorations in Social Change*, London, 1964, pp. 213-243。

[7] 帕森斯常常以这个观点证明他关于法律对于社会发展的意义, 参见 “The Position of Identity in the General Theory of Action”, in Chad Gordon and Kenneth J. Gergen (Eds.), *The Self in Social Interaction*, Bd. 1, New York, 1968, pp. 11-23 (21f)。也可参见 Charles Ackerman and Talcott Parsons, “The Concept of ‘Social System’ as a Theoretical Device”, in Gordon J. DiRenzo (Ed.), *Concepts, Theory and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York, 1966, pp. 19-40 (37f), 他认为不断增加的分化要求不断增加的符号一般化和再专门化, 所要求的再专门化成就就是由法律系统和教育系统提供的。

[8] 对此可作更清晰的表述: 在有机体演化过程中, 这些功能的实现是通过(1)突变(Mutation), (2)适者生存(Überleben des Brauchbaren), (3)自主再生产(reproduktive Isolation); 在学习过程中, 则通过(1)感知过度复杂的环境, (2)区分愉悦与痛苦, (3)记忆。对于生物进化理论的勾勒(使变异机制获得更为强烈的结构化), 可参见 G. Ledyard Stebbins, *Evolutionprozesse*, Stuttgart, 1968。把这个一般模式运用于心理系统的认知学习领域, 可参见 Donald T. Campbell, “Methodological Suggestions from a Comparative Psychology of Knowledge Processes”, *Inquiry*, 2, 1959, pp. 152-182。更多详情, 参见 Donald T. Campbell, “Variation and Selective Retention in Socio-Cultural Evolution”, *General Systems*, 14, 1969, pp. 69-85。关于规范期望, 我们尚不知道有相似的努力。参见 Timasheff, a. a. O., (1939), S. 120f, 该书区分了法律的进化条件, 基于(1)出现了一个多数人反对的新的可能性, (2)根据与现行法律情感上(!)的兼容程度进行选择。他所运用的心理学的、情感关联的规范概念, 似乎难以在选择机制和稳定机制之间做出区分。也有学者在创新(invention)、沟通(communication)、社会遗传(social heredity)之间做



出区分, 参见 Huntington Cairns, *The Theory of Legal Science*, Chapel Hill, N. C., 1941, pp. 29ff.

[9] 涂尔干尤其评价了这种对于法社会学而言的发展趋势, 参见上文(本书第 55 页及以下)。最近的相关研究可参见 David Easton, “Political Anthropology”, in Bernard J. Siegel (Ed.), *Biennial Review of Anthropology 1959*, Stanford, Calif., 1959, pp. 210 - 262; Neil J. Smelser, *Social Change in the Industrial Revolution, An Application of Theory to the Lancashire Cotton Industry 1770 - 1840*, London, 1959; Talcott Parsons, “Some Considerations on the theory of Social Change”, *Rural Sociology*, 26, 1961, pp. 219 - 239; Talcott Parsons, “Introduction to Part Two”, in Talcott Parsons, Edward Shils, Kaspar D. Naegele and Jesse R. Pitts (Eds.), *Theories of Society*, Glencoe, Ill., 1961, Bd. I, pp. 219 - 239; Joseph LaPalombara (Ed.), *Bureaucracy and Political Development*, Princeton, N. J. 1963, pp. 39ff, 122ff; S. N. Eisenstadt, “Social Change, Differentiation and Evolution”, *American Sociological Review*, 29, 1964, pp. 375 - 386.

[10] 参见 Marshall D. Sahlins and Elman R. Service (Eds.), *Evolution and Culture*, Ann Arbor, 1960, p. 38.

[11] 详见 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, 1969.

[12] 互动系统中的拟剧分析与此存在着有益的对照研究, 参见 Erving Goffman, *Encounters. Two Studies in the Sociology of Interaction*, Indianapolis, Ind., 1961, pp. 17ff.

[13] 即便在当代社会, 程序分化也只能在有限程度上实现, 关于这方面起阻碍作用的一个例子, 参见 Aaron V. Cicourel, *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York-London-Sydney, 1968, 尤其是 pp. 172ff.

[14] 对这一维度更为准确的概念阐述来自心理学, 尤其以发展心理学为背景。参见 Kurt Goldstein and Martin Scheerer, “Abstract and Concrete Behavior. An Experimental Study with Special Tests”, *Psychological Monographs*, 53, 1941, No. 2(相关另见 Carl F. Graumann [Hrsg.], *Denken*, Köln-Berlin, 1965, S. 147 - 156); O. J. Harvey, David E. Hunt and Harold M. Schroder, *Conceptual Systems and Personality Organisation*, New York-London, 1961; Robert Ware and O. J. Harvey, “A Cognitive Determinant of Impression Formation”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 5, 1967, pp. 38 - 44, 对近年来的研究给予了概述。

[15] 概念家族的形成仅仅是抽象的一种类型(对于某些语言而言, 对这种类型尤其熟悉)。我们尤其知晓通过具体化的抽象, 这种具体化的抽象基于一种专门功能、效果或目的, 并通过漠视(Indifferenzen)保护这种片面的视角。

[16] 参见 Ludwig von Bertalanffy, “Zu einer allgemeinen Systemlehre”, *Biologia Generalis*, 19, 1949, S. 114 - 129 (S. 123ff), 作者认为, 同样的系统条件(此处是法律)可以以不同的“等价”方式、根据不同的初始设置而获得。在法律人类学中, 所涉及的情境——而不是概念——与此相似, 这方面的文献可优先参考 Robert Redfield, “Primitive Law”, in Paul Bohannan (Ed.), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City, New York, 1967, pp. 3 - 24 (21f)。

[17] 具有等价效果的遗嘱继承的出现就是一个典型例子。更为详细的阐释, 参见 Huntington Cairns, *The Theory of Legal Science*, Chapel Hill, N. C., 1941, pp. 33ff. 另一个例子, 参见 D. Warnotte, *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*, Brüssel, 1927, p. 35ff, 该著作考察了合同的出现。

[18] 最有意义的尝试, 参见 Richard Thurnwald, *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethnosozologischen Grundlagen*, Bd. V, Berlin-Leipzig, 1934。

[19] 这个假设体现了这样的主张: 如果社会系统(当限制到更为狭窄的问题域时, 则意指解决问题的具有某种结构的社会系统)需要维持的话, 这些问题就必须被解决。这个假设首先指向了问题和系统维持之间的关系, 而不是问题和问题解决之间的关系。因为,

### 第三章 作为社会结构的法律

对于问题的解决而言,可能存在着功能等价物。如此奠基的理论不允许预测系统的问题解决方式,即,不允许预测系统条件。不过,在研究的概念指涉框架内,当某些系统的结构性决定在某种程度上被当作恒定假设时,预测也是可能的。

[20] 更为严格的结构性分类,可参见 Georges Gurvitch, *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, Neuwied, 1960, S. 179ff. 或者,参见 A. S. Diamond, *The Evolution of Law and Order*, London, 1951。

[21] 根据发展的结构和状态(而不是历史)进行比较,延续了 19 世纪以来的社会科学技术转型,参见 J. W. Burrow, *Evolution and Society. A Study in Victorian Social Theory*, Cambridge, 1966, pp. 13f, 以及各处。

[22] 参见 William Seagle, *Weltgeschichte des Rechts. Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*. München-Berlin, 1951, S. 76ff. 该书值得一读的是,从法律人类学的视角指出了这个原则所受的限制。

[23] 系统理论把规模和复杂性增长区分为两种不同的变量,参见 J. W. S. Pringle, "On the Parallel between Learning and Evolution", *Behaviour*, 3, 1951, pp. 174 - 215 (176f); Morris Zelditch Jr and Terence K. Hopkins, "Laboratory Experiments with Organizations", in Amitai Etzioni (Ed.), *Complex Organizations. A Sociological Reader*, New York, 1961, pp. 464 - 478 (470f); James D. Thompson, *Organizations in Action*, New York, 1967, S. 74; Richard H. Hall, Eugene J. Haas and Norman J. Johnson, "Organizational Size, Complexity and Formalization", *American Sociological Review*, 32, 1967, pp. 903 - 912. 在法社会学中,在增长和效率增加(意味着针对特定目的而言所增大的实现能力)之间也作出了类似区分,参见 Barna Horváth, *Rechtssoziologie. Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*, Berlin, 1934, S. 121ff. 不过,至今对这两种变量的关系还没有加以清晰的界定(如果没有复杂性的增长,也不会出现无缘无故的规模增加)。

[24] 参见 Rüdiger Schott, "Die Funktion des Rechts in primitiven Gesellschaften", *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, S. 107 - 174 (133)。这方面可以找到大量例证,参见 Leopold Pospisil, "Kapauku Papuas and Their Law", *Yale University Publications in Anthropology*, No. 54, 1958, 重印于 Neudruck, a. a. O., (1964), S. 144ff. 具有高度文明的古代中国法律,保留了许多古代法的特征,也不是无条件地坚守法律,而是要求某些对待法律的灵活性或折衷妥协,参见 Jean Escarra, *Le droit chinois*, Peking-Paris, 1936, p. 17f; Sybille van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China*, London, 1962, pp. 114ff. 日本的例子可参见 Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Modern*, Seattle-Tokyo, 1965, 尤其是 Bd. I, pp. 10, 106ff, 127ff, 173ff. 韩国的例子,参见 Hahm Pyong-Choom, *The Korean Political Tradition and Law*, Seoul, 1967, pp. 40ff.

[25] 相关评论参见 Bronislaw Malinowski, "A New Instrument for the Interpretation of Law—Especially Primitive", *The Yale Law Journal*, 51, 1942, pp. 1237 - 1254 (1249)。

[26] 参见本书第 78 页。

[27] 与此相似,参见 Ronald M. Berndt, *Excess and Restraint. Social Control Among a New Guinea Mountain People*, Chicago, 1962, 尤其是 pp. 393ff. 关于法律对于权力情境以及亲属团体战斗能力的依赖,也可参见 R. F. Barton, "Ifugao Law", *University of California Publications in American Archaeology and Ethnology*, 15, 1919, pp. 1 - 186; Lucy Mair, *Primitive Government*, Harmondsworth, 1962, pp. 35ff.

[28] 理论上的证明,参见本书第 142 页及以下。

[29] 阿善提人(the Ashanti)的古老法律给出了有趣的相反证据。部落不允许他们的成员针对外来者进行法律上的侵害。相应的,那里也不存在着血亲复仇。在此,我们发现了有效的、与法庭类似的调解程序,这些程序来源于基于祖宗崇拜的首长权威。参见 R.

S. Rattray, *Ashanti Law and Constitution*, Oxford, 1929, pp. 294ff. 另一个来自简单社会的相反例子, 参见 John Gillin, “Crime and Punishment Among the Barama River Carib of British Guiana”, *American Anthropologist*, 36, 1934, pp. 331 - 344.

[30] 此外, 这也体现了一种具体思维的特征, 即, 无法在否定法律期望的内容与总体上否定法律的应当形式之间做出区分, 无法想像一种“不同的法律”, 因此, 不能以差异化的方式对环境给予否定。从心理学的视角看, 这种经验被今天的标准评价为“病态”。

[31] Thurnwald, a. a. O., S. 88.

[32] 众所周知, 过去的德国法就是这方面的例子, 参见 Franz Beyerle, *Sinnbild und Bildgewalt im älteren deutschen Recht. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germ. Abt. 58, 1938, S. 788 - 807.

[33] 参见 Thurnwald, a. a. O., S. 119, 但我们有所保留, 认为不应该把“神意”(gottgewollt)理解为“神创”(von Gott geschaffen)。

[34] 参见 John Mbiti, “Les Africains et la notion du temps”, *Africa*, 8, 2, 1967, p. 33 - 41.

[35] 对这一证据的集中讨论, 参见 A. S. Diamond, *Primitive Law*, London, 1935. 对宗教关系更强烈的强调, 参见 Karl Büniger and Hermann Trimborn (Hrsg.), *Religiöse Bindungen in frühen und in orientalischen Rechten*, Wiesbaden, 1952, 值得注意的是, 欧文格拉夫(Erwin Gräf)对贝都因人(Beduienen)的法律研究提供了例外的证据。

[36] 参见 E. Sidney Hartland, *Primitive Law*, London, 1924, pp. 204ff; Günter Wagner, “The Political Organization of the Bantu of Kavirondo”, in Meyer Fortes and E. E. Evans-Pritchard (Eds.), *African Political Systems*, London, 1940, pp. 202f; Siegfried F. Nadel, “Social Control and Self-Regulation”, *Social Forces*, 31, 1953, pp. 265 - 273. 富有权威的酋长对昆虫禁忌所做限制的改变, 是这方面的一个个案, 参见 Pospisil, a. a. O., pp. 109, 165f, 282ff; 以及 Pospisil, “Social Change and Primitive Law. Consequences of a Papuan Legal Case”, *American Anthropologist*, 60, 1958, pp. 832 - 837. 另一个例子(对挥舞匕首的禁忌), 参见 Bruno Gutmann, *Das Recht der Dschagga*, München, 1926, S. 246. 我们的知识还很有限, 无法判断古典传统的影响和可替代性。

[37] 参见 R. S. Rattray, *Ashanti Law and Constitution*, Oxford, 1929.

[38] 关于特定神圣仪式的过渡性功能, 在直到公元前 6 世纪的印度法律政治发展中还可以看到。生活规则的深度仪式化与某种程度的法庭程序仪式保持着联系。就这种与更为久远的法律形式主义有关的传统而言, 在古代城市国家中, 也发现了大致相似的发展过程。参见 Narayan Chandra Bandyopadhyaya, *Development of Hindu Polity and Political Theories*, Bd. I, Calcutta, 1927, pp. 143ff, 157; 与法庭程序的关系, 参见 Nares Chandra Sen-Gupta, *Evolution of Ancient Indian Law*, London-Calcutta, 1953, 该书突出了早期对程序论证的重视(p. 49); Louis Gernet, “Droit et Prédroit en Grèce ancienne”, *L'année sociologique*, Série 3, 1948 bis 49, p. 21 - 119 (70ff); Max Kaser, *Das altrömische ius; Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949.

[39] 一个出色的评论, 参见 D. Demetracopoulou Lee, “A Primitive System of Values”, *Philosophy of Science*, 7, 1940, pp. 355 - 378.

[40] 关于古代法律发展, 参见 Louis Gernet, “Le temps dans les formes archaïques du droit”, *Journal de psychologie normale et pathologique*, 53, 1956, p. 379 - 406.

[41] 对于高度文明社会的早期阶段而言, 确实也是如此, 参见 Gernet, a. a. O., (1956), 以及 Hans J. Wolff, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten*, Weimar, 1961, S. 34f, 112f. 关于相对后期的咒誓的描述, 也可参见 Alexander Scharff and Erwin Seidl, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des Neuen Reiches*, Bd. I, Glückstadt-Hamburg-New York, 1939, S. 29, 49ff.

### 第三章 作为社会结构的法律

[42] 例如 Robert M. Glasse, “Revenge and Redress Among the Huli. A Preliminary Account”, *Mankind*, 5, 1959, pp. 273 - 289.

[43] 参见 Thurnwald, a. a. O., S. 5f, 43f; Bronislaw Malinowski, *Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*, Wien O. J., S. 26ff, 46ff; Christian Sigrist, *Regulierte Anarchie. Untersuchungen zum Fehlen und zur Entstehung politischer Herrschaft in segmentären Gesellschaften Afrikas*, Olten/Freiburg-Br., 1967, S. 112ff; Schott, a. a. O., (1970), S. 129ff.

[44] 这方面丰富的资料, 参见 Marcel Mauss, “Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les Sociétés archaïques”, 重刊于 Marcel Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Paris, 1950, p. 143 - 279.

[45] 我们也可以盖格爾的术语加以表达: 没有在规范的遵守者与规范的受益人之间作出严格区分。参见 Theodor Geigers, *Vorstudien*, S. 62。

[46] 参见 Herodot, *Historien*, III, 139ff. 在叙罗松(Syloson)成为一位伟大的国王之前, 他把统治萨默斯(Samos)的权力让渡给大流士一世(Dareios), 以回报大流士赠送给他的一件大衣。

[47] 关于这种有条件的互惠所进行的经验研究, 参见 John Schopler and Vaida Diller Thompson, “Role of Attribution Processes in Mediating Amount of Reciprocity for a Favor”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 10, 1968, pp. 243 - 250。

[48] 为了理解这个法律原则, 我们必须把偶在性的思考从期望层次转向行动层次。例如, 时间维度不是为了纯粹维持期望, 而是为了在行为和报复之间或者服务和回报之间的时间跨度上架设桥梁。

[49] Erwin Gräf, *Das Rechtswesen der heutigen Beduinen*, Walldorf, 1952, S. 41ff; Margaret Hasluck, *The Unwritten Law in Albania*, Cambridge, 1954, pp. 120ff; Isaac Schapera, “The Sin of Cain”, *Journal of the Royal Anthropological Institute*, 85, 1955, pp. 33 - 43; Sigrist, a. a. O., S. 78, 118ff.

[50] 甚至古代社会也对个人行为进行了相当复杂的调整, 但不是针对经济方面的行为, 而且缺乏国家层次的司法。例如, 伊夫高(Ifugao)土著人的财产制度就是基于自力救济。参见 R. F. Barton, “Ifugao law”, *University of California Publications in American Archaeology and Ethnology*, 15, 1919, pp. 1 - 186; 再比如, 印第安犹洛克(Yurok)人的法律, 参见 A. L. Kroeber, *Handbook of the Indians of California*, Washington, 1925, pp. 20ff; 或者, 狩猎社会的分配规则, 相关报道参见 Rüdiger Schott, *Anfänge der Privat- und Planwirtschaft. Wirtschaftsordnung und Nahrungsverteilung bei Wildbeutervölkern*, Braunschweig, 1956, S. 284ff。关于程序法(包括指令, 虽然指令缺乏约束性决定的能力), 参见 Gräf, a. a. O.。也可参见 Richard D. Schwartz, “Social Factors in the Development of Legal Control. A Case Study of Two Israeli Settlements”, *The Yale Law Journal*, 63, 1954, pp. 471 - 491 (484ff), 作者支持了一个假说: 古代社会在期望和行为替代可能性方面的匮乏状况, 在规范系统中得到了具体体现, 尤其是在涉及利益的场合。

[51] 参见 Gräf, a. a. O., S. 78ff。

[52] 这方面的典型材料, 参见 Hoebel, “The Law of Primitive Man”, a. a. O.; Franz Leifer, “Zum römischen vindex-Problem”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 50, 1936, S. 5 - 62; Pospisil, a. a. O., S. 144ff, 尤其是 S. 254f; Berndt, a. a. O., S. 311 ff (同时考虑到殖民统治所产生的直接或间接影响); 还可参见 Thurnwald, a. a. O., S. 145ff; Robert B. Ekvall, “Law and the Individual Among the Tibetan Nomads”, *American Anthropologist*, 66, 1964, pp. 1110 - 1115; Redfield, a. a. O., (1967), S. 8ff。即便一个启动暴力命令的法律程序, 也能让人们预见(per anticipationem)到缓和暴力运用的程度。

[53] 在有些案件中, 通过酋长的权威终结纠纷获得了绝对成功, 比如卡帕库

(Kapauku Papuas)部落就是如此,参见 Pospisil, a. a. O.。但是,此处所介入的干预也不能理解为约束性规范的运用,而是指涉到法律的权威调解。酋长的“最后武器”是泪流满面,参与者往往因此同意调解(p. 255)。

[54] 至于这种转型是无意识发生的,还是被有意识地强制推动,则随着具体情形的不同而不同。在古代城市国家中,基本变革都伴随着很高的自觉意识,相关证据参见 Aischylos 的 *Eumenides*。

[55] 参见 Kenelm O. L. Burridge, “Disputing in Tangu”, *American Anthropologist*, 59, 1957, pp. 763-780。而且,时间问题在这个例子中呈现出来。在每个季节开始的时候,即便各种期望之间发生了严重冲突,人们也无法预见什么时候狂欢庆典会到来,狂欢庆典是即兴发生的。

[56] 令人印象深刻的材料,参见 Heinrich Siegel, “Die Gefahr vor Gericht und im Rechtsgang. Sitzungsberichte. der Philosophisch-Historischen Classe der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften”, Wien, 51, 1865, S. 120-172。

[57] 对这个观点的突出阐述,参见 Frederich Pollock, “English Law Before the Norman Conquest”, *The Law Quarterly Review*, 14, 1898, pp. 291-306。也可参见 Erich Gaisser, *Minne und Recht in den Schöffensprüchen des Mittelalters*, Diss., Tübingen, 1955。还可见上文(本书第 198 页)注 24 提到的东方法律秩序。

[58] 参见 Otto von Zallinger, *Wesen und Ursprung des Formalismus im altdeutschen Privatrecht*, Wien, 1898, 作者的论证基于这个观点:形式主义并非起源于古代法律,而是来自于更高级的法律文化,并出现于向程序性依赖的、更为文明化的法律的过渡时期。

[59] 相关综述参见 L. T. Hobhouse, G. C. Wheeler and M. Ginsberg, *The Material Culture and Social Institutions of the Simpler Peoples. An Essay in Correlation*, London, 1915, p. 80。

[60] 参见 Weber, *Rechtssoziologie*, a. a. O., S. 92ff。

[61] 相反的关系也得到了证实,即,与罪犯保持距离是一种阻止血亲复仇的政治手段。参见 T'ung-Tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag, 1961, pp. 82f。

[62] 参见 Seagle, a. a. O., S. 115。关于这个问题后来的发展史,参见 C. J. Ribbon-Turner, *A History of Vagrants and Vagrancy and Beggars and Begging*, London, 1897。

[63] 相关综述参见 S. N. Eisenstadt, “Primitive Political Systems. A Preliminary Comparative Analysis”, *American Anthropologist*, 61, 1959, pp. 200-220; David Easton, *Political Anthropology*; Lucy Mair, a. a. O.。

[64] 关于政治和行政对形成社会结构的基础功能,参见 M. G. Smith, “On Segmentary Lineage Systems”, *The Journal of The Royal Anthropological Institute of Great Britain and Ireland*, 86, 1956, pp. 39-80; Lloyd Fallers, “Political Sociology and the Anthropological Study of African Politics”, *Europäisches Archiv für Soziologie*, 4, 1963, S. 311-329; Mair, a. a. O.。具体的例子可以参见 Isaac Schapera, *Government and Politics in Tribal Societies*, London, 1956; John Middleton and David Tait (Eds.), *Tribes Without Rulers. Studies in African Segmentary Systems*, London, 1958; F. Barth, *Political Leadership Among the Swat Pathans*, London-New York, 1959; I. M. Lewis, *A Pastoral Democracy. A Study of Pastoralism and Politics Among the Northern Somali of the Horn of Africa*, London-New York-Toronto, 1961; Jan van Velsen, *The Politics of Kinship. A Study in Social Manipulation Among the Lakeside Tonga of Nyasaland*, Manchester, 1964; Sigrist, a. a. O.。

[65] 参见 Marshall D. Sahlins, “Poor Man, Rich Man, Big-Man, Chief. Political Types in Melanesia and Polynesia”, *Comparative Studies in Society and History*, 5, 1962-1963, pp. 285-303。基于环节分化社会的科层制与后来的政治性建制社会不同。

### 第三章 作为社会结构的法律

在早期的较大社群中，高级官员的优势地位来源于履行了一定的社会功能，低级官员也履行着同样的功能。而后来出现的社会中，高级官员则垄断了某些专门功能（例如，对如何使用暴力进行决策），并占据了专门的职位。形成环节分化社会的科层制根据的是环节分化原则，而不是功能分化原则。在环节分化社会中，高级官员只是扮演了（祖父的）角色，必须获得普遍同意和血缘支持，缺乏制定和执行约束性决定的力量。随着所处的圈子变大，他们的权力缩小了。他们在家庭内比在氏族内拥有更大的权力，在氏族内比在部落内拥有更大的权力，在部落内又比在部落联盟内拥有更大的权力。我们把这些早期的“金字塔形”社会建构的概念类型与狭义的科层制区分开，这种区分始于索萨尔(Southall)的著作，参见 Aidan W. Southall, *Alur Society. A Study in Processes and Types of Domination*, Cambridge, 1953。

[66] 关于这种政治统治的稳定问题，参见 S. N. Eisenstadt, *The Political Systems of Empires*, New York-London, 1963, 关于其发展的早期阶段，参见 Sigrist, a. a. O., 尤其是 S. 240ff。

[67] 人类学家也把这一点看成是法律发展的重要变量，参见 Hoebel, a. a. O., 尤其是 S. 289, 327; 或者 Redfield, a. a. O., S. 22。

[68] 参见 Andreas Heusler, *Germanentum*, 2. Aufl., Heidelberg, 1936, S. 11. 作者对中世纪的评论是：“当社会从松散的自力救济时代进入警察国家时，所有价值被加以重新评估。”

[69] 相关的典型例子，参见 Margaret Hasluck, “The Unwritten Law in Albania”, a. a. O.。

[70] 对此，以及在给定事实情境下的神圣法，可以在伊斯兰法律中找到一个很好的例子。参见 Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964。

[71] 参见 Joseph Schacht, “Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts”, *Der Islam*, 22, 1935, S. 207 - 238 (221)。

[72] 例如，关于这类法律内容的理解，参见 Jean Escarra, “La conception chinoise du droit”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 5, 1935, p. 7 - 73; Jean Escarra, *Le droit chinois*, Peking-Paris, 1936, p. 7 - 84; 其对立法的影响，参见 Karl Büniger, “Die Rechtsidee in der chinesischen Geschichte”, *Saeculum*, 3, 1952, S. 192 - 217; Ch'ü T'ung-Tsu, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag, 1961。

[73] 参见 *Pol.*, 1252a。

[74] 参见 *Pol.*, 1252b 17: *apoikia oikias*, 常常被误译为“家庭聚居”。

[75] 参见本书第 210 页，注 65。

[76] 在古代欧洲社会理论中，我们发现了相应的二元融合特征——整体/部分，目的/手段，上/下。社会被看成了由部分构成的整体，部分之间必然排列出位阶差异，统治阶层（虽然仅仅是社会的一部分）为整个社会提供了目的，并代表了整体。例如，参见 Aristoteles, *Pol.*, 1254a 28ff; 以及，把这种思想模式转换为世界秩序，参见 Thomas von Aquino, *Summa Theologiae*, I q. 65 a. 2. 位阶结构和僧侣阶层(maiores partes)支配着社会秩序，甚至成为世界秩序。

[77] 印第安人提供了这方面的例子，参见 Walter B. Miller, “Two Concepts of Authority”, *The American Anthropologist*, 57, 1955, pp. 271 - 289。

[78] 这一问题尤其出现在权威角色平稳过渡的困难中。对于那些以族长制家庭为特色的较大部落社会而言，这是一种由结构性条件决定的问题，也是在前现代社会中一再出现的危机。相关例子，参见 Jack Goody (Ed.), *Succession to High Office*, Cambridge, 1966。

[79] 关于不可想像方面的一个标志是，反事实的提问（如果你是国王，你会怎么做？）被认为是错误的，也是无意义的。用我们上文（本书第 193 页）提出的概念来说，这就意味着社会结构预设了相对不发达的抽象能力（或者，相当具体的体验处理前提条件）。

[80] 关于这个概念，在最近的社会学理论中变得非常重要（又被称为身份固定化或身

份同一性), 参见 George C. Homans, *Social Behavior. Its Elementary Forms*, New York, 1961, pp. 232ff.

[81] 一个经常涉及的主题, 参见 Barna Horváth, *Rechtssoziologie. Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*, Berlin, 1934, S. 269ff; Hoebel, a. a. O., S. 329.

[82] 关于理论基础方面, 参见 Johan Galtung, “Institutionalized Conflict Resolution”, *Journal of Peace Research*, 1965, pp. 348-397.

[83] 政治性运用司法的创新特征, 还没有从古代调解程序中发展出来, 参见 Hans Julius Wolff, “Der Ursprung des gerichtlichen Rechtsstreits bei den Griechen”, in Hans Julius Wolff, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-römischen Ägypten*, Weimar, 1961, S. 1-90. Julius Georg Lautner, *Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrechte*, Leipzig, 1922, 该书为巴比伦提供了一个相似的解释, 也可参见第三章, 注 86。

[84] 从印度引入英国诉讼法时遭遇的困难中, 易于看到这种差异。参见 Bernard S. Cohn, “Some Notes on Law and Change in North India”, *Economic Development and Cultural Change*, 8, 1959, pp. 79-93, 重印于 Paul Bohannan (Ed.), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City, New York, 1967, pp. 139-159, 该书作者认为, 在传统法律程序中, 身份中立, 尤其是参与者的种族身份的屏蔽, 从社会结构来说, 还是不可能的(这也为调解程序提供了基础)。因此, 纠纷化解的一般任务并不允许法律决定走向专门化, 也无法把个案作为法律主题分离出来。所有这一切都与对字面上的印度法律传统低程度的有效利用有关。英国诉讼法的运行缺乏必要的社会条件, 只能作为获得不正当地位的手段, 但在实际的法律解纷解决中却不起作用。关于法庭程序相对无效的证据, 也可在远东地区的法律制度中看到, 并且理由也相似, 参见第三章, 注 24。

[85] Max Weber, a. a. O., 尤其是, S. 217ff。

[86] 相关个案可以参见 A. L. Epstein, *Judicial Techniques and the Judicial Process. A Study in African Customary Law*, Manchester, 1954, 以及 Paul J. Bohannan, *Justice and Judgement Among the Tiv*, London, 1957, 与后来的裁判程序的比较, 参见 Max Gluckman, “African Jurisprudence”, a. a. O., pp. 439-454 (441ff)。

[87] 参见 Gresham M. Sykes and David Matza, “Techniques of Neutralization. A Theory of Delinquency”, *American Sociological Review*, 22, 1957, pp. 664-670; and David Matza, *Delinquency and Drift*, New York-London-Sydney, 1964, pp. 60ff, 75ff, u. 6。

[88] 参见 Max Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, New Haven, 1965; Max Gluckman, “Reasonableness and Responsibility in the Law of Segmentary Societies”, in Hilda Kuper and Leo Kuper (Eds.), *African Law. Adaptation and Development*, Berkeley-Los Angeles, 1965, pp. 120-146; Siegfried F. Nadel, “Reason and Unreason in African Law”, *Africa*, 26, 1956, pp. 160-173; Edward Green, “The Reasonable Man. Legal Fiction or Psychosocial Reality?”, *Law and Society Review*, 2, 1968, pp. 241-257.

[89] 参见本书第 114 页及以下。

[90] 关于这些发展困难的一个精彩例证, 参见 Louis Gernet, “Sur la notion du jugement en droit Grec”, in Louis Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955, p. 61-81。作者指出, 尽管在古代已有高度自治的裁判活动, 但裁判仍然被认为是介入到了法律解纷的解决中, 而不只是根据已有的规范作出法律断言。

[91] 参见本书第 216 页及以下。

[92] 参见 Vilhelm Aubert, *The Hidden Society*, Tomowa, N. J., 1965, pp. 102f。

[93] 相关论释参见 Erik Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*. Bd. I und II, Frankfurt/Main, 1950 及 1952。

### 第三章 作为社会结构的法律

[94] 参见 J. Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Oxford, 1965, pp. 150f. 根据上文提供的概念(本书第 121 页), 这就意味着人格、角色、程式和价值等诸意义层次的分化程度还较低。

[95] 参见“Rechtssoziologie”, a. a. O., S. 114f.

[96] 对于古巴比伦法律而言, 这个问题似乎还不清楚。参见 Julius Georg Lautner, *Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabylonischen Prozeßrecht*, Leipzig, 1922, S. 10. 关于希腊法律的情况, 参见 Wolff, a. a. O. (1961), S. 23ff.

[97] 参见围绕朱利安(Julian)的文本 D1. 3. 32 的讨论, 以及 Dieter Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. Festschrift für Wilhelm Felgentraeger*, Göttingen, 1969, S. 353 - 366. 关于中世纪, 参见 William E. Brynteson, “Roman Law and Legislation in the Middle Ages”, *Speculum*, 41, 1966, pp. 420 - 437. 对走向相反方向的退化现象的观察, 有一篇论伊斯兰法律的论文, 参见 Joseph Schacht, “Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts”, *Der Islam*, 1935, S. 207 - 238 (215)。

[98] 参见本书第 127 页。

[99] 这方面的理论基础, 参见本书第 237 页及以下。

[100] 参见 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 3. Aufl., München, 1965; Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956.

[101] 相关的研究文献, 参见 S. N. Eisenstadt, *The Political Systems of Empires*, New York-London, 1963, pp. 98f, 该书与帕森斯的范畴之间存在着联系。

[102] 这方面的一篇杰出论文, 参见“Vom römischen Juristen”, in Franz Wieacker, *Vom römischen Recht*, Leipzig, 1944, S. 7ff (首次发表于 *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 99, 1939, S. 440ff)。更详尽的表述, 参见 Wolfgang Kunkel, *Herkunft und soziale Stellung des römischen Juristen*, 2. Aufl., Graz-Wien-Köln, 1967. 晚近的发展可参见 Paul Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 4. Aufl., München-Berlin, 1966。

[103] 在罗马共和国申请政治职位时, 提供私法咨询的能力也是有用的, 但与我们此处涉及的问题是两码事。

[104] 除了英国之外, 对付费法律活动的厌恶是普遍存在的。从对于法律禁令或请求障碍的道德怀疑, 到错误的刑事指控和挑唆纠纷, 都体现了这种厌恶。这种厌恶来源于角色问题以及对法律收费可能诱发挑词架讼的担心。因而, 雅典法庭的辩护人似乎与雇主保持疏远的关系, 以便他们代表的观点更易于被接受(参见 Robert J. Bonner, *Lawyers and Litigants in Ancient Athens, The Genesis of the Legal Profession*, Chicago, 1927, 尤其是 pp. 200ff.)。一般说来, 通过宣称代表法律的动机纯粹性并阻止怀疑的出现等方式, 法律职业的时代精神为克服这些困难提供了支持。

[105] 不过, 可以参看 Pospisil, a. a. O., pp. 285ff. 作者认为, 即便在古代社会, 也存在着这种区分(由于部落酋长具有成功的裁决权威), 但是, 更为一般性的区分是事实认定和作出裁断。

[106] 在现代国家的某些政治性司法程序中, 出现了相反的例子。裁判组织者提供规范, 也提供事实信息。由于这种信息垄断, 就造成了决定程序自治性的丧失。

[107] 关于印度高度文明的法律与村庄正义的并列存在, 参见 Bernard S. Cohn, “Anthropological Notes on Disputes and Law in India”, *American Anthropologist*, 67, 1965, Part II, No. 6, pp. 82 - 122。

[108] 希腊人喜欢收集法律信息, 热衷学习其他民族的法律(Barbariká nómina), 这是众所周知的, 虽然这方面的研究还很薄弱。参见 Herodot, *Historien*, III, 38。

[109] 最为人所知晓的是印度法律在这方面的思考, 集中体现在“戒条”(Dharma)这个概念中, 以及那些体现了这一思想及其行为规范的原则中。参见 Narayan Chandra



Bandyopadhaya, *Development of Hindu Polity and Political Theories*, Part I, Calcutta, 1927, 尤其是 pp. 269ff, 285ff; 关于戒条与实证法之间的不同基础, 参见 U. C. Sarkar, *Epochs in Hindu Legal History*, Hoshiarpur, 1958, pp. 21ff, 以及 R. Lingat, "Evolution of the Conception of Law in Burma and Siam", *The Journal of the Siam Society*, 38, 1950, pp. 9 - 31. 关于中国的情况, 参见 T'ung-Tsu Ch'ü, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag, 1961, pp. 213ff, 关于日本的情况, 参见 Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Modern*, Seattle-Tokyo, 1965, Bd. I, pp. 47ff. 在前苏格拉底哲学中, 最早的证据来自阿拉克西曼德 (Anaximandros) 的残篇 ("在事物发现自身基础的地方, 总是伴随着命运的必然性。因为, 事物因正义还是非正义而按照世间的秩序获得奖赏或惩罚")。这被解释为是对城邦国家法律思想的概括。世界被看成是 "万物律法共同体"。参见 Werner Jaeger, *Paideia. Die Formung des griechischen Menschen*, Bd. I, 3. Aufl., Berlin, 1954, pp. 217ff.

[110] 关于古暹罗国家机关的象征性组织和仪式的详细研究, 鲜明揭示了这个观点, 参见 Fred W. Riggs, *Thailand. The Modernization of a Bureaucratic Polity*, Honolulu, 1966.

[111] 参见 Joachim Ritter, "Zur Grundlegung der praktischen Philosophie bei Aristoteles", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 46, 1960, S. 179 - 199; Joachim Ritter, "Naturrecht" bei Aristoteles, Stuttgart, 1961; Joachim Ritter, "'Politik' und 'Ethik' in der praktischen Philosophie des Aristoteles", *Philosophisches Jahrbuch*, 74, 1967, S. 235 - 253; 后面两篇论文重印于 Joachim Ritter, *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt, 1969; Manfred Riedel, "Zur Topologie des klassisch-politischen und des modern-naturrechtlichen Gesellschaftsbegriffs", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 51, 1965, S. 291 - 318 (295f); 以及 Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, Buch VIII, Kap. 11ff, and *Eudemische Ethik*, Buch VII, Kap. 9f.

[112] 在真理和法律之间作出语言学区分还缺乏可能性, 关于埃及这方面的情况, 参见 Alexander Scharff and Erwin Seidl, *Einführung in die ägyptische Rechtsgeschichte bis zum Ende des Neuen Reiches*, Bd. I, Glückstadt-Hamburg-New York, 1939, S. 42; John A. Wilson, "Authority and Law in Ancient Egypt", *Journal of the American Oriental Society*, 74, 1954, Supplement pp. 1 - 17 (6f).

[113] 参见 Leang K'i-Tch'ao, *La conception de la loi et les théories des Légistes à la veille des Ts'in*, Peking, 1926; J. J. L. Duyvendak, *The Book of Lord Shang. A Classic of the Chinese School of Law*, London, 1928; Joseph Needham, *Science and Civilization in China*, Bd. 2, Cambridge, 1956, pp. 204ff, 518ff; Ch'ü T'ung-Tsu, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag, 1961, pp. 226ff; Léon Vandermeersch, *La formation du légisme*, Paris, 1965; Su Jyun-Hsyong, *Das chinesische Rechtsdenken im Licht der Naturrechtlehre*, Diss., Freiburg, 1966, 尤其是 S. 44ff.

[114] 相关综述参见 J. Walter Jones, *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Oxford, 1956; 关于中世纪对此的接受, 参见 Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960, S. 179ff.

[115] 参见 Siegfried F. Nadel, "Reason and Unreason in African Law", *Africa*, 26, 1956, pp. 160 - 173 (164f), 作者雄辩得指出, 只有在那些把法律事务看成还有其他可能性的社会中, 也就是说, 只有在把法律想像为选择而不是给定事实的社会中, 才能发现理性和自然正义概念的使用。也可参见 Francisco Elias de Tejada, "Bemerkungen über die Grundlagen des Banturechts", *Archiv für Rechts- und Soziaphilosophie*, 46, 1960, S. 503 - 535 (532).

[116] 参见 Helmut Coing, *Naturrecht als wissenschaftliches Problem*, 2. Aufl., Wiesbaden, 1966. 作者也有类似的观点, 但是, 为了解释自然法传统观念, 作者运用的是结构限制概念。与之不同, 我们把自然法看成是对法律结构限制的解释, 在当代, 这个解

释必须被系统理论的解释所替代，因为这才符合对更高级的社会系统成就的说明。

[117] 过去对这个概念的解释是与人们观念的不稳定性、非理性联系在一起。习得性知识是与性格特征、偶然事件、习俗选择、决定意志等联系在一起。所有这些含义，可以汇总为选择性，并以选择性来重新评价这些观点。参见 John W. Beardsley, *The Use of PHYSIS in Fifth-Century Greek Literature*, Diss., Chicago, 1918, pp. 68ff. 对于后来的概念史显得非常重要的是，约定俗成(nomos)(尤其是公共规范[nomos idios])和私人准则(nomos koinos)之间的区别，参见 Aristoteles, *Rhetorik*, 1373b 4ff. 它已经发展成为一个核心概念，并翻译为 lex 或 ius。关于这一概念变迁的政治原因，可以参见 Martin Ostwald, *Nomos and the Beginnings of Athenian Democracy*, Oxford, 1969。

[118] 关于这一观念后来的提法，参见“*Institutionen*”，I 1. 2. 11 (*Sed naturalia quidem iura, quae apud omnes gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent; ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*)，在其中，我们发现了自然法对于人类普遍有效的进一步说明，并指出了其神圣的起源，包括了一个位阶图式。

[119] 参见 *Nikomachische Ethik*, 1134b, 18 - 1135 a5。

[120] 参见本书第 240 页。

[121] 参见 Emile Szlechter, *La "loi" dans la Mésopotamie ancienne. Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3. série 12, 1965, p. 55 - 77。在古埃及实行的规则规定，埃及国王(Wesir)应该走出法庭的大门，给予那些腼腆、贫穷和弱小的民众陈诉案情的机会。

[122] 这种模式不只存在于口语文明的传统中，而且在后来的文明中也一再重复出现。参见 Walther Schönfeld, *Das Rechtsbewußtsein der Langobarden. Festschrift Alfred Schultze*, Weimar, 1934, S. 283 - 391 (283ff)，作者指出，在日耳曼人伦巴第族(Langobarden)的普通法中，我们可以观察到正义从原初浑然一体的状态向裁判法(lex iudicium)与正义(iustitia)相互区别的过渡，同时，正义的含义清晰表现为“正义是源头，并逐渐成为司法活动中的正义”(S. 301)。

[123] 参见本书第 203 页及以下。

[124] 功能—结构分化在 19 世纪已经被普遍认为是重要的发展变量。近期的相关参考文献可以参看本章注 9。然而，面对大量的批评观点，我们需要明确的是，我们不只是考虑(趣味、社交技巧、家庭关系，以及关于气候变化的辞藻等方面的)分化，而是强调社会子系统的形成，而且，这也不是针对各种社会系统，而是针对**全社会系统**。

[125] 帕森斯进而认为，通过行动系统的一般理论，我们能够在分析和演绎层次上解决每个行动系统的问题。

[126] 参见 Robert K. Merton, *Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl., Glencoe, Ill., 1957, pp. 131ff，作者考虑到了相同的问题，但是，他认为是成功行动的手段与目的之间的间距这个具体问题。

[127] 我已经从这个角度解释过基本法的功能，参见 *Grundrechte als Institution — Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965。

[127a] 这种远古情状实际上对于我们理解古代“法律”的含义以及支撑着这些法律含义的法律思想造成了困难。参见 Emile Szlechter, *La "loi" dans la Mésopotamie ancienne. Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3. sér. 12, 1965, p. 55 - 77; Wolfgang Preisler, “Zur rechtlichen Natur der altorientalischen ‘Gesetze’”, *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt, 1969, S. 17 - 36。

[128] 参见 Jan Vansina, “A Traditional Legal System; The Kuba”, in Hilda Kuper and Leo Kuper (Eds.), *African Law. Adaption and Development*, Berkeley-Los Angeles, 1965, pp. 97 - 119 (117)，作者提出了一个有价值的表述：“什么内容及及时转变成了法律。”也可参见第三章，注 36。

[129] 参见 Hermann Krause, *Kaiserrecht und Rezeption*, Heidelberg, 1952, S. 54; “通过皇帝去有意识建立新法律的思想, 是一个需要时间去消化的革命观点。这更多体现为一种政治原则或政治可能性, 而不是为了确保国家法律的稳定性。这种观点所产生的影响是摇摆晃晃的, 关于究竟仅仅由皇帝还是皇帝加上整个帝国才能制定法律的问题仍然悬而未决, 这种观点仍然摇摆不定, 并与传统的保守法律观混淆在一起。”也可参见 Hermann Krause, “Königtum und Rechtsordnung in der Zeit der sächsischen und salischen Herrscher”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germ. Abt. 1965, S. 1 - 98。

[130] 关于中世纪的例子, 参见 Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, 6. Aufl., Oxford, 1958, pp. 420ff; G. Barraclough, “Law and Legislation in Medieval England”, *Law Quarterly Review*, 56, 1940, pp. 75 - 92; T. F. T. Plucknett, *Legislation of Edward I*, Oxford, 1949; Rolf Sprandel, “Über das Problem des neuen Rechts im früheren Mittelalter”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Kan. Abt. 79, 1962, S. 117 - 137 (122); Hans Martin Klinkenberg, “Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechts frühen und hohen Mittelalter”, in Paul Wilpert (Hrsg.), *Lex et sacramentum im Mittelalter*, Berlin, 1969, S. 157 - 188; 以及 Weber, a. a. O., S. 185。

[131] 参见本书第 78 页, 第 198 页。

[132] 参见 Walther Schönfeld, *Das Rechtsbewußtsein der Langobarden. Festschrift Alfred Schultze*, Weimar, 1934, S. 283 - 391 (323), 作者以日耳曼人伦巴第族法令 (langobardische Edikt) 为例证明了这种观点: “法令的通过不是为了让旧法作废, 而是贯彻、改进、明确旧法; 是为了消除不确定性并填补空隙。”也可参见 Charles Drekmeier *Kingship and Community in Early India*, Stanford, Cal., 1962, p. 234, 作者认为, 就早期印度所达到的立法高峰而言, “孔雀王朝的国王们 (Mauryan kings) 程度不同地认可了立法的功能。从理论上说, 王室法令 (rājāsāsana) 必须与习惯法和神法保持和谐。王室法令不完全是国王制定的法律, 而且更多体现为一种法律注释、一种行政法令、一种法典, 或者, 是根据印度教戒条 (dharma) 对民众进行的启迪”。我们需要补充的是, 这些因素并没有清晰地表明是现行法律的有效性条件。而是作为王室实践所遵循的理性规则, 或者, 从自然与道德之间浑然一体的意义上说, 是作为王室成功统治的条件。关于中国的立法以及道德文本对立法的制约, 参见 Karl Büniger, “Die Rechtsidee in der chinesischen Geschichte”, *Saeculum*, 3, 1952, S. 192 - 217; Joseph Needham, *Science and Civilisation in China*, Bd. II, Cambridge, 1956, pp. 518ff; 关于古代中国为什么缺乏法律概念的原因, 尤其参见 pp. 543ff。

[133] 参见 *Institutionen*, 1, 2, 1,; *Digesten*, 1, 1, 7 pr。

[134] 关于晚近出现的有效性标准的争论, 参见 Dieter Nörr, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. Festschrift für Wilhelm Felgentraeger*, Göttingen, 1969, S. 353 - 366; 还可参见 William E. Brynteson, “Roman Law and New Law. The Development of a Legal Idea”, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3. série 12, 1965, p. 203 - 223; Krause, a. a. O., (1965), S. 52ff, 97ff。

[135] 参见 *Philosophie des Rechts*, § para. 211。

[136] 这一变迁在欧洲的一般特点, 可以参见 Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960, S. 15 ff。今天, 甚至对立法科学的早期萌芽也有所思考。参见 Gerhard Dilcher, “Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht”, *Juristenzeitung*, 24, 1969, S. 1 - 7, 关于实证性的概念, 参见 Jürgen Blühdorn, “Zum Zusammenhang von ‘Positivität’ und ‘Empirie’ im Verständnis der deutschen Rechtswissenschaft zu Beginn des 19. Jahrhunderts”, in Jürgen Blühdorn und Joachim Ritter (Hrsg.), *Positivismus im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, 1971, S. 123 - 159。

### 第三章 作为社会结构的法律

[137] 在从古代文明向高度文明社会的法律转变过程中所涉及的问题，可参见本书第212页。

[138] 就像其他程序法问题一样，调解也是通过教会法形成的，法律学者就是从这里诞生的。正是因为教会严格集权型的组织以及为了在政治上确保领土和平，罗马法的模式才得以复苏。参见 Max Jörg Odenheimer, *Der christlich-kirchliche Anteil an der Verdrängung der mittelalterlichen Rechtsstruktur und an der Entstehung der Vorherrschaft des staatlich gesetzten Rechts im deutschen und französischen Rechtsgebiet. Ein Beitrag zur historischen Strukturanalyse der modernen kontinental-europäischen Rechtsordnungen*, Basel, 1957; Hermann Krause, “Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte”, *German Law Section*, 75, 1958 S. 206 - 251 (231ff); Gagnér, a. a. O., S. 288ff; 以及 Krause, a. a. O., (1965); Klinkenberg, a. a. O., 以及 William E. Brynteson, “Roman Law and Legislation in the Middle Ages”, *Speculum*, 41, 1966, pp. 420 - 437, 作者给出了法律思想在中世纪就已经持续传承的例证。

[139] 这方面最有影响的例子是中世纪后期的公法，尤其是法国公法，对“君主不受法律约束”(princeps legibus solutus est)这句格言的接受。根据这句格言的原初含义以及晚期罗马时代的用法，这句话不过是指君主对自己已经颁布的法律享有赦免权(尤其是民法和治安法)，这种赦免权或多或少是被预设的。这句格言针对的是有所限制的个人特权，而不是结构回溯性地指向全部法律秩序。如果不考虑社会和司法语境，仅仅口头上接受这句格言，似乎赋予君主具有**决断一切的能力**，即君主不受立法决定和司法裁判这些法律的约束。除非产生了可以控制那种偶在性危险的政治秩序和程序，否则，这种由君主决断一切的能力其实意味着在处理“将来”问题上的错误，因为将来的结果仍然还需要由政治斗争与司法解释来决定。参见 A. Esmein, “La maxime princeps legibus solutus est dans l’ancien droit public français”, in Paul Vinogradoff (Ed.), *Essays in Legal History*, London, 1913, pp. 201 - 214; Otto Brunner, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, 3. Aufl., Brunn-München-Wien, 1943, S. 442ff; Krause, a. a. O. (1952), S. 53ff。

[140] 首先应参见 Thomas von Aquin, *Summa Theologiae*, II, 1 qu. 91 ff. 对此观念发展的一个介绍，可参见 Odon Lottin, *Psychologie et morale aux XIIe et XIIIe siècles*, Bd. II, 1, Louvain-Gembloux, 1948, p. 11ff. 进而，可参见 Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton, 1964, 尤其是 pp. 494ff; 关于实证法在知识上的证明，参见 Gagnér, a. a. O., S. 121 ff。

[141] 宗教与法律的冲突——即，宗教与一种概念上独立的法律结构发生冲突——发生于较晚的历史阶段，这对于西方法律的发展具有无可估量的价值。最初，法律发展借助的宗教纽带非常具体地依附于缺乏神学的多神教。在诸神和各种崇拜形式中进行选择，表明了存在着偶在性。在此基础上，政治和宗教被整合在一起；此时，社会发展已经具有相当的复杂性，对于法学家而言，尚不存在阻碍法律发展的难题。至这种选择可能性被一神教所阻碍以后，就需要一种抽象的神学。这种神学在神圣意志中重新发现了偶在性，并最终导致了宗教、政治、法律之间的激进分化。

[142] 我们此处并非意指教会法对于世俗法律的基础产生的不稳定性作用。世俗法律的稳定性在许多方面都已经加强了。

[143] 这方面的全面观点，参见 Hans Blumenberg, *Die Legitimität der Neuzeit*, Frankfurt, 1966。

[144] 参见 Fritz Kern, *Recht und Verfassung im Mittelalter. Historische Zeitschrift* 120 (1919), Neudruck Tübingen, 1952, S. 1 - 79. 我在此处借助了该书作者的评论，虽然作者的某些观点显得有些过时。关于早期中世纪的“新法”和“旧法”的问题，也可参见 Walter Freund, *Modernus und andere Zeitbegriffe des Mittelalters*, Köln-Graz, 1957。

[145] 参见 Hermann Krause, “Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen

Recht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germ. Abt. 75, 1958, S. 206 - 251. 古代中的类似情形, 可以参见 Max Mühl, *Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung*, Klio, Beiheft N. F. 16, Leipzig, 1933, S. 88ff.

[146] “联即国家”(l'État c'est moi)这句断语之所以引人注目, 只是因为这句断语是自我削弱的, 因为这句断言其实是令人难以相信的。对中国古代的法律思想家而言, 在统治者与官职(机关)之间作出区别还是难以想像的, 他们更为关注的是忠与奸的问题。参见 Léon Vandermeersch, *La formation du légisme*, Paris, 1965, 尤其是 S. 175ff.

[147] 关于“君主不受法律约束”这句格言的意义变迁, 参见第三章, 注 139。

[148] 总的来说这种方式是不成功的, 而希腊城邦试图借助这种方式控制由制度和程序引起的没有遮拦的法律变迁。冒着违法的风险修订法律(从待修改的法律和规范的角度来看是这样), 这在波里比阿(Polybios)(XII, 16)所提及的罗克尔(Lokrer)案例中得到了戏剧性的展示。在波里比阿给出的例子中, 并没有明确区分法律解释与法律变革之间的不同。立法程序仿照法庭模式组织起来, 主张新法的代表和主张旧法的代表相互展开辩论。在雅典, 违法性审查(Paranomie, 对于违反上位法的政令下达的禁令)和违宪性审查(nomon me epitedeion theinai, 对于违反上位法的法律下达的禁令)的后期形式, 已经被限制在违反上位法或违反修正案而制定规则, 这些违法情形是易于根据法典监察和处理的。参见 Ulrich Kahrstedt, “Untersuchungen zu athenischen Behörden”, *Kilo*, 31, 1938, S. 1-32 (19ff); and K. M. T. Atkinson, “Athenian Legislative Procedure and Revision of the Laws”, *Bulletin of the John Rylands Library*, 23, 1939, No. 1, pp. 107 - 150 (130ff)。保留把修正案移交给治安法官的可能性, 这是罗马法中的一种解决方式, 在既定条件下, 这更多体现为政治上的操作可能。

[149] 深层原因在于: 立法程序与适用法律的程序没有充分分离, 缺乏概念上坚实、完美的法官法。

[150] 参见 Ingeborg Bode, *Ursprung und Begriff der parlamentarischen Opposition*, Stuttgart, 1962, 尤其是 S. 13ff, 85ff。

[151] 这方面的例子可以参见 Gagnér, a. a. O.。

[152] 与那些在立法与司法之间所做的夸张对比不同, 正确的见解可以参见 Hans Peter Schneider, *Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht. Bemerkungen zum Beruf der Rechtsprechung im demokratischen Gemeinwesen*, Frankfurt, 1969。约瑟夫·埃塞尔(Josef Esser)也把司法裁判过程看成是实证化过程, 参见 *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956, 和 *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970。

[153] 参见 Emile Durkheim and Marcel Mauss, “De quelques formes primitives de classification. Contribution à l'étude des représentations collectives”, *L'année Sociologique*, 6, 1901 - 1902, p. 1 - 72。

[154] 参见 Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung*, Berlin, 1966, S. 52ff。

## 实证法

### 4.1 实证的概念与功能

法律实证的概念流行于法哲学和法律科学\*之中。在这些领域中，它基本上指的是法律的法典化，<sup>[1]</sup>虽然对这种法典化的更进一步观察还可以显示其他某些方面的意义，但为了能够获得一个法社会学上的实证概念，我们必须完全抛除这些内容。在法律科学的理解中，法律的实证性是直接被教义\*\*学化了的，也即它被看作是内在证成的。<sup>[2]</sup>但是，那种总是企图将各种其他的可能性都纳入自己视野中的社会学是不会满足于这种情况的。确实，今天，这种经典的法律科学实证主义已经遭到了广泛的反对(多说一句，远多于科学实证主义)，但是还没有出现另外一种认真考虑的可对之予以取代的法律证成理论

---

\* 本书中 Rechtswissenschaft / legal science 通译为“法律科学”。

\*\* “教义”(Dogma)这个概念在本书中，以及在时下的欧洲学术界出现的频率非常高。一般认为，“应用到法律上，教义学阐述的就是对现行法具有重要意义的证明和解决模式。因此，法律教义包括一切可以在法律中找到的理论规则、基本规则和原则，也包括法学与法律实践为法律增加的理论规则、基本规则和原则。”参见[德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁小春、吴越译，北京：法律出版社，2003年，第141页。

上的努力，法律实证性的事实尚需进行分析。

208 法律科学和法社会学在概念上的分歧是由于社会学并没有接受“法律渊源”(Rechtsquelle; legal source)的概念。<sup>[2a]</sup>只有当法律渊源的概念被融合于其产生的形式和法律的有效性之基础(在此也总是指认识形式和认识基础)中时，这个概念才是有意义的。<sup>[3]</sup>不过，在社会学家看来，那些实际的过程——被看作是由此导致了一般化的规范性概念的产生——是如此地情境化和相互交织，以至于会认为法律所产生的“特定”原因是不能被确定的。由此，立法的决定生成就不能被解释为所制定规范之意义的有效性来源。<sup>[4]</sup>从一个因果的视角来看，总是有比决定生成更重要的进一步的来源，以及那些来源之前的来源。法律并不起源于立法者的笔端。立法者的决定就在于发现大量的规范投射，以便更为自由地对此进行选择(法官的决定也同样如此，对这一点今天已有了普遍认识)——否则这就不是一个法律决定。立法的功能并不在于创制和生产法律，而在于将规范选择为约束性的法律并赋予其象征性的尊严。法律形成的过程与整个社会相融。在此有一个程序性的过滤器被运用，所有的法律思想必须通过此装置才能成为适用于整个社会的约束性的法律。准确地来讲，通过此程序产生的并不是法律，而是关于法律的一个或此/或彼的结构；必须对有效和无效进行决定，法律不是从虚空中生产出来的。记住这个区别非常重要，否则就太容易错误地依据法律决定的完成而将立法者看作一个事实的(faktischen; factual)或道德的全能者。

换句话说，我们必须在归因和因果性上(Zurechnung und Kausalität; attribution and causality)进行区分。<sup>[5]</sup>(立法/司法)决定生成程序的特别意义及其对于法律有效性的实证化的含义不能从它创制或产生的那一刻来理解；它来自于这样的系统化结构——该结构使得可以对可能性进行描绘，并将其简化为一个决定，它存在于将法律的有效性归因于这一决定的活动中。这并没有对因果性作一个全面的解释，没有解释各种预备性手段以及对进行决定的可能性的选择，而

且肯定也没有解释现实的权力关系；被表达出来的只是那些指责、政治奖惩和变化的愿望指向的对象。在此，值得注意的和具有结构性意义的是，如往常一样，各种因果束交织在了一起，**法律的有效性与一个可变因素——即一个决定——相联系。**

在此我们所指的也不是历史的、因果发生性的倒推，即那一纯粹的事实——曾经有一个立法者或法官作出过决定，即便这总会存在。因此立法决定的历史事实就不是由此而确立的法律的实证性的充分证明。古罗马和之后的日耳曼普通法都没有创建完整意义上的实证法。所以，实证法的标准并不是来自于“法律渊源”，也不是那种特定的决定行动，而是法律的持续的、直接的体验。当一个立法的历史行动被记录于法律的体验中，法律并不在此时成为实证。在传统法律思想中，这种历史行动其实是作为法律不可变更的象征。只有在法律因此决定而被体验为有效，从各种可能性中做出的一个选择因此而可变更时，法律才成为实证的。法律实证性中具有历史的革新性和风险性的是**对法律变化的法律认可。** 209

任何法律都存在变化可能性这一现象，隐含有一个时间的抽象观念。它假定了时间的平均化，从时间性的视角来看，认为法律产生在哪个时间点上是没有关系的。<sup>[5a]</sup>这样，就不再有有利的和不利的**时间点**，而只有有利的和不利的**形势**。早期的想法认为存在法律被创建的特定时刻——可能是一个历史性的起源，一个启示的时间，或者是在人类和真理及法律的宗教来源之间产生即时联系的时间，或者相反地认为有一些时刻“对立法不利”。而如果法律生成在任何时间点上都是有可能的，那么这些想法就必须被抛弃。同样原因，实证性也不同意在旧法和新法之间存在着质的差别的观点。有效性的延续不再与法律的性质和强度存在关联。那种认为旧法好于新法的陈旧想法并不需要从反方面——即新法好于旧法——进行重新评价，把问题处理与时间紧密相连失去了意义。问题仅仅在于特定的法律规范是否有效，而且，只有在这样的问题框架中，立法者会废除有矛盾的旧法这样一个



假设，也才成为一个有效的决定生成的原则。

210 由于存在着诸多的变化可能性，我们就会不断地意识到这样的事实：既定的有效法形成了一个选择性成就，并且由于这种不断的可变选择而有效。法律的成文化确实表现为一种偶在性；它意味着有效性是立基于本可以以其他方式而作出决定的立法之上。法律生成的意识只是维持在这样的程度上，即这种选择性的决定生成过程并没有迷失在难以探求的前历史之中，而是作为一个不断存在的可能性显现了出来并得以保持。这样，实证法就通过这种偶在的意识而具有了这样的特征：尽管它排斥其他的可能性，但并没有将其他可能性从法律体验的视域中排除出去，而是作为法律有效性的可能主题得到保留，并在恰当的时候可以被运用于法律的适当变更；它在决定上有着任意性，却不是可以被任意决定的。<sup>[6]</sup>

根据实证性的这一概念，我们可以得到这一公式：法律不仅是被决定生产的，即被选定的，也因为决定而有效，即是偶在的和可变换的。法律的这种偶在性和复杂性通过实证性导向的法律重构而被大大地增强，因此就与一个功能分化的社会的法律要求相协调。这样法律的偶在性和复杂性就被提高到了一个不同的层次上——在结构化的前提、组织的可能性以及风险和它引起的问题上，都有着新的类型。这种变化影响到了期望的一般化的所有维度，也仅仅以此新的方式，法律的偶在性得以巩固。

法律的这种历时性的可变换性必须被制度化，但不能损害其规范功能。这是可能的。一个结构的功能并不就意味着绝对的恒常性，而只是要求这个结构在各种结构化的情境中不会被问题化。在其他情境中（在其他的时间点上，对于其他的角色或人物），法律结构也可以成为决定的主题，也就是说它是可变的，但它又具有完全的融贯性。这样，所要求的惟一情况就是：一个可被清晰辨认的、被牢固制度化的边界能将这些情境区分出来。<sup>[7]</sup>法律的实证化就意味着在系统分化基础上对结构的矛盾性的对待。

这样就有了随时间而差异的法律的可能性。昨天还有效的法律可能今天就会无效，并且在明天就有可能，或很可能，甚至肯定就会失效。从时间上来区分，有矛盾的法律可能因此就是有效的：租赁协议的终止可能会在一个时段被禁止之后又被允许，或者是实行起来很困难，之后又很容易。有效性也可以被固定在一个时期；法律的不断修正（如抚恤金的调整）可能被预先计划，甚至会成为一个常规。法律可能被临时地执行。因为大面积改革不可能一蹴而就，法律的细小变动就必须先期进行。现在看来“良法”并不出现在过去，而是存在于一个开放的未来。总而言之，时间维度可以被用来描述法律的复杂性。法律就这样以一个正当的并且是技术上可控的方式在运动。<sup>[8]</sup>正是鉴于这一事实：在由所有事件的高度依赖性导致的功能分化社会中，时间变得稀缺，并且开始更快地流动。<sup>[9]</sup> 211

法律对其可以支配的有效性周期的这种新的关系，不仅增加了法律在时间维度上的复杂性，而且还增加了在事实维度上的复杂性：即增加了同时发生的法律主题的数量。可以成为法律的材料不再需要依据这样的事实，即它总是法律。<sup>[10]</sup>诸多新行为开始受到法律的规制，而之前并不是如此：法律可以调整这些对象，如苹果受损导致的赔偿、汽车中携带有某种类型的警示发光灯，或者是在对电路自助维修时的疏忽。其他的法律材料——如经济政策中的许多措施——可以对临时情况作出反应，并且正因为法律不再主张面向未来的不变性，这些材料才成为法律。随着生活条件的迅速变化和非常强烈的分化，法律在时间上的可变性总的说来促进了法律规范的高度细节化。法律越来越成为一个对大量细节进行有计划改良的工具。没有一种前现代的法律文化意欲如此，它们永远不会在意这样的可能性。这样，仅仅在规则的数量上，[现代的法律]就已上升到了一个不可预知的地步，并由此产生了属于其自身特有的问题类型，以至于这些问题不再能够依靠专家知识来解决，即使是法律人士也不行。

在法律上可能出现的这种扩展会在社会维度（Sozialdimension； 212

social dimension)发现对应性。这样一个潜在的多元化的法律也必须是许多的和不同类型的人的法律,即它在社会上也必须被大大地一般化。它必须能够在实践中独立于个人的知识和情感,但仍可被接受。只有通过个人利益的最小化,法律的这种迅速的、明显的变化和无法估计的扩张才能被制度化。

如果我们认为法律的功能纯粹是对既定的互动方式的维持和对冲突的控制,即保持现状,那么就没有达到对法律可能性视域之延伸的理解,因此也没有被一般地注意到。这种看法仅仅将其认识立基于在给定的时间点上有效的现存法之上,却没有认识到法律的特性正是在它遇到其他可能性时才获得的,并随其而发生变化。即便是在古代社会迈向分化出纯粹的规范性期望的初始步伐中,我们也能推断出,那些成问题的、并非自明的期望的稳定化就是如此获得的,即使在一开始,它仅仅关系到引起失望之行为的那些“其他的可能性”。这些不大可能性在法律的发展过程中被逐渐巩固,并随着法律的实证化而产生了一种几乎是不受限制的、总体性的效果。从法律的观点来看,社会的发展是不受限制的,因为不管所要求的是什么结构(就我们可以正当确定的而言),都可以成为法律上的内容。应当说,法律现在成了社会发展的工具,变成了显示和分配机会以及解决由于功能性的系统分化的迅速增加而不可避免产生的功能障碍问题的机制。从功能的观点来看,法律的实证化只是完成了那些内在于认知和规范期望的分化之中的内容:根据社会发展的程度,对不断增加的风险和进化上显得不大可能的期望结构进行综合。

另一方面,从结构的观点来看,法律的实证化显示出了一个根本性的、内在的、重新结构化的过程。法律的一致性必须被发现并以一种新的方式与深层的结构变化相平衡。它不能再被固定于一个对真实的世界秩序的认识之中,这种认识认为法律有着恒定不变的自然性的道德基础。但[社会]现象是如此之新,以至于我们还不能预见到法律最终能否以及以何方式来将自身稳定化。不过,这种新秩序的几个基

本的功能条件可以被明显地看到，我们可对之加以辨认并将其加入下面的分析之中。

首先，我们会有这样的认识：法律的普遍性必须被提高到一个更高的漠视的层次上。从时间的角度上，这意味着，对于之前有效、之后又会无效的法律的漠视。从事实的角度，这意味着，对于其他法律部门上存在的不相容意义的漠视，\* 也是对融贯性要求水平的降低。<sup>[11]</sup>从社会的角度上，它意味着：对越轨的思想或行为的象征含义的漠视，——或者，换句话说，即容忍。我们很快就会看到，这些漠视会进行交互的强化和弱化，在此这种互相作用会导致法律的道德平庸化。<sup>[12]</sup> 213

与此相关的，在法律的生成过程中，开始出现选择性强化的形式，这种形式可以用来对待非漠视的情况。其中最为重要的内容可以通过规范生成的反身性(Reflexivität der Normierung; reflexivity of norm-making)这一概念进行阐述。<sup>[13]</sup>对于反身性，<sup>[14]</sup>我们应当理解为：一个过程(Prozeß; process)被运用于自身，或者换句话说，被运用于一个同样类型的过程。而只有这样，它才会最终进行操作。反身性机制是意义加工(Sinnverarbeitung; meaning processing)的一个非常普遍的形式，它的始端可回溯很远。我们前面已经在期望的期望问题上讨论过它们的意义(第 72 页及以下)。在社会发展的过程中，它以一种多元化的和相牵连的方式在增加。这些方面的一些重要的例子有：对词汇的讨论，对概念的限定，尤其是对语言进行的讨论，还有在货币的形式中对交易机会的交易，以及与此相关的对货币缺口进行的融资，对生产方式的生产，针对那些有权者使用的权力，在教育形式中对学习的学习和对教育进行的教育，对其他人的信任的信任，对研究的研究(方法论)，对表现的联合表现(Mitdarstellen; co-presentation, 例如，在现代艺术作品中对创作方法的联合表现)，在官僚机制中对决定生成还是非决定生成采取的决定，对自己或他人的情感的情感(开心 214

\* 英译本此处存在多处误译和漏译。

或伤心),在意识形态的形式中对价值的评价,还有在此引起了我们兴趣的内容:对规范生成的规范化。

这些反身性安排的好处被包含在由此过程带来的选择性成就的增长中。它因此促进了对更多可能性的考虑和对更复杂情境的解释。在规范化的情况中,通过反身性——这存在于每一个规范之中——选择性的成就被有意识地实现,被运用,并可由其本身而形成规范。现在就有了这样一些规范,来制定关于规范制定的规范,比如关于法律制定的程序和限定条件。<sup>[15]</sup>这样一个规范生成的规范可以——但并非必须——呈现为一个等级制的形式,比如程序法并不必然会被理解为高阶法。在各种情况下它都扩展了可能的规范生成的领域;它以极大的自由促进了在规范—制定和规范—变化中的安全性和可预见性的统一,即将规范结构提升到了一个高层次上但仍使其置于控制之中。一部“宪法”不会一开始就使自己适用于各种判决,它只是规定了对不同的法律的选择方式。

从法学理论的角度来看,这些观点还显得不够成熟和清晰。<sup>[16]</sup>不过,它们确实把我们带向了一个核心问题,一个一般法律理论应当围绕其而设立的问题,通过这个问题,法律的一般理论与法社会学联系起来:这个问题是指,法律规范的一体性(Identität; identity,即法律持续的反身性过程)存在于何处。<sup>[17]</sup>换句话说,这个问题是指,哪些意义内容是不可改变的。这样,我们关注的就只是生产法律规范的法律规范,而不是其他,如关于法律的研究、教育、舆论和道德化。一开  
215 始理解这个内容可能是有困难的,确实已经有一些努力指出了这一点并且已经作了必要的阐述:这就是具有规范有效性的实证法是否会符合道德规范(至少是某种最低程度上的道德)这个问题的讨论——这样的规范后来被称为自然法;或者说,这一问题,如果不考虑实证法的所有道德性的前规范化\*中的应然有效性,它的约束性是否就是自

\* 即尚没有被规范化。

治的，并可以独立于任何与道德相一致或违背的内容。<sup>[18]</sup>看起来，在道德和法律关系的经典定义中，这个问题并没有得到解决。<sup>[19]</sup>不过，如果我们从法律的一致性功能出发，在我们通过分别区分时间、社会 and 事实三个一般性维度进行的综合性的评价中，这一讨论就会一再地、自动地出现，而通过这样的分析有可能产生一个更好的结果。

尽管在法社会学的框架内我们肯定还没有考虑到这些可能，但实证法已经变得越来越强的反身性还是以与其他反身机制相类似的方式而结构化地形成。与其他反身性方式一样，它在结构上同样具有产生更强的复杂性和更高的风险性的趋势，只是在强化其性能的程序类型上和它们有所不同。因此，通过一个反身机制的一般理论，并结合与此相关的法律实证化所带来的问题，我们可以在此得出一些可靠的结论。

这其中的一个共同特征就在于，系统结构中的复杂性和偶在性相结合会产生一些特别的危险。它们早已存在，但是在不同的机制中是以不同的方式引起人们注意的：如早期思考思想的风险、诸多学校中零星出现的对教育给予教育方法指导的风险、偶尔出现的专注于爱情的爱的风险，<sup>[20]</sup>以及很大程度上由于出现了看起来毫无价值的纸币而带来的货币经济的风险。尤其是，与这一大大被尖锐化的问题意识相伴随的是对意识形态怀疑的蔓延——甚至是对最高价值进行评价的可能性——和法律的实证化。不过，即使在今天，法律人士对法律的纯粹实证性的承认也还是有困难的，意识形态专家们对他们价值的再评价的接受也有着同样的困难。总是会有更大的努力号召保留一些恒定的基础——在规范的最少的几个绝对值上，或者在规范的伦理—自然法的最小值上，\* 以便如此来避免这个纯任意的后果。

不过，如果我们必须要由此出发，即为了维持已经实现了的社会复杂性的层次，反身机制是必需的，那么前述的这些对秩序的前反身

---

\* 这里暗指凯尔森的基本规范和哈特的最低限度的自然法。

性主张就是有问题的。它们指示的确定性就变得越来越虚幻。附属于低级复杂性之意义的内容如何能够控制那些高级的复杂性？非常不确定的复杂性的观点如何才能控制那些更为确定的复杂性的观点？实际的情况可能是，特定的道德原则可以从我们的社会中得到提炼，并被恒定地和抽象地进行制度化。不过，如此确定的基本原则已不再包含对秩序的充分保证。<sup>[21]</sup>它们不足以真正用来指导持续的结构变化的过程。它们排除的太多而又没有指出足够的不同的可适用之法。它们只是通过附加于它们的那种恒定性而进行延伸，这样就在实践上变得不太重要。如此一来，这一变动的范围和安全性是否要进一步在这种静态的维度中去寻找就变得值得怀疑。

另一方面，如果我们注意到社会系统中反身机制之稳定性的普遍前提，我们会比绝对价值或自然有效的规范考虑得更多。实证法的难题就不再会被道德性地对待，而应进行社会学上的考虑；不再从各种更大的自由的可能性误用中出发，而应从各种更大的自由的结构相容性来考虑。无论如何，反身机制不是任何一种系统都可以引入的，它对系统的结构有很高的要求——特别是系统中已经被承认的复杂性、系统的任一部分对适应和替代的诸可能性的储存及与其他反身机制的相容性。正是在此，我们才发现实证法只有作为一个进化的新成就才是有可能的。

借助于反身机制对法律实证化的条件和随之而来的问题的思考可以引导我们进行下面的研究。首先，我们将探讨实证法从其他期望结构中分化并被功能特定化的方式，以及这一过程是如何实现的(4.2)。在此，它呈现出条件程式(Konditionalprogramms; conditional programme)的形式(4.3)。进一步的实证化意味着程式化和程式化的(programmierendes und programmiertes; programming and programmed)决定生成程序的分化(4.4)。与此相关的结构变化(4.5)问题一开始可以被理解为政治上采取决定的预备，不过，更进一步地，它也可以被理解为实证性的一般的社会风险及由此产生的问题(4.6)。与此相伴，正当性(4.7)、法律的

执行(4.8)和控制(4.9)也成为一些在政治系统之中于更为困难的条件下通过行动和组织而得以解决的问题。

## 4.2 法律的分出和特定化

反身的优点只能如此而实现，即这一过程可被运用于其自身——而且是同一种过程。这可以反映在这样一些事实上：人们热爱爱情——不是通过思想上的对象化，<sup>[22]</sup>如研究、购买或学习它；人们研究研究的可能性——不是对其评价、付酬或者强行推行；或者人们制定关于规范的规范——不是对其讲授、喜爱或者信仰。为了建立反身机制，需要有一种借助于其他类型之过程的特定保护使其免受干扰。这种自我定向的反身性过程只能通过社会现实中特定的社会子系统的分出和特定化而得以确保。这样，反身性就与功能分化联系在一起，它是功能分化的要求，同时也通过功能分化而成为可能。

这个适用于货币经济、科学系统、建立于爱情之上的家庭、有着制度化的权力变动的政治系统、教育系统和官僚决策机制等系统之上的一般化的规则，对于实证法同样有效。<sup>[23]</sup>规范制定的规范化要求规范性期望的定型化过程如此地进行分离，即需要制定一种(只或也)对规范制定进行规范化并借助于此而实现其最终目的的规范。这样的链式结构特别容易被破坏，因此就特别需要对此机制予以隔离。例如，218  
[德国]基本法第1条规定：“人的尊严不可被剥夺。”我们必须肯定，这一原则在所有法律决定生成的过程中是作为规范来被对待的，而不仅仅是一个简单的信念，不是一个可以被证伪的假设性的真理宣称。这样，下面一点就同时得到了保证：失望处理模式的预先设定得到了坚持，例如，对违反法律的间接适应性学习的考虑得以排除。换句话说，这一处理必须仍然停留在规范性这一面，而不能滑入真理或者信仰那一面上；这也意味着对此原则的解释应当与对其他法律原则



的解释相结合，即不能仅仅进行文义性的解释。

实证法的这种分化和功能性的自治是如何被实现和如何保持在长长的决定生成之链上的呢？

这一答案大体如下：通过设立一个在法律系统中分出的程序。如前所述（第 191 页和第 218 页及以下），程序是一类特殊的社会系统：它被标准性的制度化，但是再次又会为了对集体约束性的决定的选择而进行特殊的运转。这些程序作为法律分出的载体而起作用：一开始，在法律运用的层次上，它们使得法律可以不进行任何角色上的考虑，而仅仅将特定的法律规范规定为决定的生成程式，决定必须根据这些程式而进行；然后，逐渐地，在此也会发展出一些法律生成的程序，在这些程序中，规范生产的功能就不再仅仅是潜在的和辅助的，而是有意被实行的。与向高度文明时期之法律的变迁相似，向实证法的变迁也是由于出现了适当的程序这一有利的前提条件。只有当——也就是在这个意义上——程序可以永远作为固定的制度化的行为模式而适用，法律决定的分出和颁布带来的高度风险性才可以被忍受；只有这样，法律才能立基于自身之上。就像已经被强调的，这并不意味着法律是在没有外部刺激的情况下形成的，而是说，只有那些通过了程序过滤的内容才会成为法律，这就是它的同一性。同样，法律的分出也并不意味着法律就不会对其他的社会结构、社会约定和沟通媒介有什么影响，而像悬在空中一般；相反，法律现在较之以前更加吻合其一致性一般化之规范化行为期望的特定功能，并且只接受其他功能领域中那些与这一特定功能相适应的要求和刺激。

219 对于法律决定生成过程的所有特性而言，与法律程序类型的制度化（它也是这些特性的前提）不同，法律和物理暴力之间关系的重构显得非常必要。我们已经看到（第 141 页及以下），在古代物理暴力不仅是一种基本的执行方式，也是法律呈现的方式。高度文明已经使得它们分离了出来，并在许多法律秩序中建立了一个非常明显的进一步的分化；有关物理暴力的决定，而不是针对法律的命令，可以被政治集

中控制。法庭权威和法律专家的分化可能也由此出现：前者负责安排程序、任命法官、保证当事人到场、维持法庭秩序和执行判决；后者负责形成法律。这种分化在早期的欧洲社会中表现得特别明显，政治统治和法律运转决然地与它们的宗教纽带相分离，并在技术上完善自身。在内容上，法律就能够由那些精心制作诉讼规矩的敏锐法律人士或者那些根据传统产生的法律发言人来决定。如同日耳曼的法律，古罗马法律中，这些〔作出法律决定的〕人不需要有直接的政治上的顾忌，也不会要求他们对由此产生的强制执行来予以负责。

这种情况随着法律的不断分出和法律在功能上的独立而发生变化。现在规范性行为期望的一致性可以不像以前那样立基于不可改变的世界结构——如宗教、道德或认知结构——之上。它仅仅依赖于自身在社会的诸系统中作为结构的实现，因此也就是依赖于**其实施自身的可能性**。规范生成的过程越是被明确地分开，它就变得越间接和越具有反身性，因此我们就越需要始终假定：所有的法律在其有效的意义上能够被执行。而为了实现这一点，它就不必依赖于具体的情境和权力的社会关系、政治共识或者具体的个人声望，以及个人的动机结构，总体而言，就是不依赖于所有那些不能预计其具体分布的因素。较之以前，法律更依赖于对物理暴力的抽象运用。换句话说，在法律运用的决定生成中，可执行性不会成为一个需要预先估量的问题，也不需要获取相关的具体信息，但又确实必须被认为总是可以被解决的。不过，我们还是可以看到，**强制手段的这种特定的选择性**并不能因此而被排除。如果看不到被强制的可能，并且也不会被作为可执行的规定行为的前提，这样的规范就会失去其法律属性。<sup>[24]</sup>当然，在此我们并不是认为强制是法律遵守的惟一动机，而是相反，我们认为行为期望的时间、社会和事实的一般化已增强到了这样的程度，以致它们的一致性已不再通过普通的动机促发情境，而只是通过对各种个体之动机促发结构的高度漠视来进行——即正是借助于不需要对不可抵抗的强制的考虑来实现。这一可能性成为实证法的根本特性。可能的

是，它不会仅仅因高犯罪数、犯罪暗数、程序上的容忍和程序成本这样的事实而受到威胁。它不会承认原则上不可执行的法律，并且对与法律相抵触的物理暴力的象征性使用保持敏感。

法律产生于具有法律特性的决定生成的过程之中——因为只有这样，更高的复杂性才可能被有效地予以控制，就这一点而言，法律不得不考虑可强制执行的限度。<sup>[25]</sup>这一限度在制定新法时就应当一并考虑。正是得益于物理暴力的强制性，法律决定生成的过程才可以被分割为几个不同的时期或阶段。只有这样，在立法者的决定中，才可能会有充分的确定性，这样对于行政和判决的决定才是可执行的。有着传统特性的那些非执行性的法律义务——比如婚后共同生活的义务——虽仍可得以维持，但是，由于它们不能通过补偿或者施以其他间接影响——如在离婚时的责任分配——而适用可执行之法，就呈现出了不稳定性。而新产生的法律就明确遵循了可执行性这一限制，因此，许多可以想见的规范——虽然它们在法律政策的视角中备受欢迎——就从法律的可能领域中被剔除出去了，比如无法禁止房东歧视那些有孩子的租户。非执行性行为也可借助法律来激活，尤其出现在经济法中，但却不会直接出现于司法中，而是通过在可计算意义上的可执行的诉求或者债务承担这样的迂回方式而被改变或受到影响。

可执行性基本上依赖于法律具有的条件程式的形式——我们将在4.3节中对此进行讨论。而目的定向的法律常常就缺少可执行性规范这样的精确性，因为对于所要求的行动在此会出现替代方式，而这些替代手段又会被目的正当化。美国的那一条反对种族隔离的立法就因此而臭名远扬。它根据立法的目的，在几种确定的违法活动中——事先假定执行人员会合作——来对未来行为进行安排，或者至少是主张对行为的改善。<sup>[26]</sup>正是目的的功能引起了替代行为，它使得通过立法来确定特定行为出现了问题——这是对法律决定生成过程进行考虑的严格的社会科学将会面临的一个最大的困难。

执行性上的限制并不仅仅出现在规范的意义和形式中，在参与者



的基础上而实现。人们的目标设定和志向追求指向的是一种宽泛的尤其带有经济性的可能性安排，权利和义务的合法性分配在此提供的只是一个外部的限定，而并不对可尊敬的成就给出一个标尺。另一方面，法律问题的解决也不再依赖以相互尊重为条件。这方面一个很好的例子是，我们越来越可以看到损害的补偿更多的是作为一个风险分配的问题。将正当性和人的尊严相混合，就如古希腊哲学中的伦理法律思想那样，必须被抛弃了。<sup>[31]</sup>法律准则的形式不再表现为一个正义的伦理性目的，正义伦理目的仅仅是个人的追求而已。法律和道德的分化成了自由的条件。

它进一步会成为法律自身特定性的条件。也就是说，在法律与道德相一致的范围内，法律的遵守和执行变得道德化了，在法律生成的过程中同时出现了一个新的道德。守法或不守法、被逮捕、被审问和被惩罚——在这些过程中，受人尊敬的个人同一性被建构或被摧毁。在这一意义上，特定的法律规则——它们针对特定的行为，获得了高度弥散的且经常是不可补救的后果。<sup>[31a]</sup>这类结果并不罕见，它们并不符合立法者的目的并且可以将那个在其同一性中有偏常表现的人确定为偏常，也就是对偏常进行扩大。在这些情况下，问题就变成了：  
224 是否和在什么程度上新制定的法有意义地将道德作为守法的动机和执行的依托。

随着法律和道德的逐渐分化，在稳定个人人格的自我规范性认同 (selbst normierenden Identität; self-norming identity) 的意义上，法律不再具有良知调节器的功能。<sup>[32]</sup>在一个功能分化的社会秩序中，就像那非自明的人际间的尊重理由一样，单个的受到调节的人格也不再受同样的规则和同样的范围的限制。而且，这两者也不会再完全与法律的一致性机制相一致。良知现在不再必须作为更高的法划定的领域而受到保护，反而必须要确保它不受到法律的干涉。

进一步的，旧有的认知—规范性的真理概念被撕裂——也即它在失望处理的联系中尚没有分化，并使其在现代科学的框架下变得更为

准确；这些变化具有非常重要的意义和充分的影响。<sup>[33]</sup>尽管在此基础上，法律不再能满足主体间观念转换带来的不确定性的新的要求。另外，法律也不再能够将这一真理之新概念的高风险置于其结构中，特别是其特有的推测性的特点和通过去中心的(!)研究所不断进行的证伪。正是这两点在科学真理和法律之间带来了一个根本性的区别，以及这两者对特别风险的不同看法。这种区分的动力一开始出现在科学领域之中，存在于其在认知功能上的特定化。而传统法律对真理的关联性也因此而失去了影响。但它却不是一个通过法律而消除功能的问题，就如在讨论到道德时那样，倒更像是由于其中的一个执行系统的分出而对其功能进行的剥离。在此，这一发展并不会自发地符合法律人士的需要，因此在法律思想中也并未很快被注意，就像对道德的关系一样。不过，在其他方面——如自然法的消亡和法庭审判中对真理指涉的排除，它仍然可以被分辨出来。

功能上的第三个分化几乎没有引起什么注意，更不要说有什么认真的研究了，即法律与社会化、教育和启发功能的分离。法律的教育功能曾经在古希腊法律哲学中显得特别突出，<sup>[34]</sup>不过，之后它只是隐含在法律的象征化中。<sup>[35]</sup>不过，尽管有技术化法律思维的壁垒和法律外人士接近法律存在的困难，早期的法律文化确实对于表述法律之词句的劝诫、说服和教育效果赋予了很多的意义。这可以从一些外行人参与法律实践而流行的一些法谚上得到反映，<sup>[36]</sup>也可以在合法使用的法律文献的旧文本中看到，<sup>[37]</sup>进而可以从法律教育格言中，从以习惯表达代替论证的演说中，还有从古罗马的法学家们精心阐述的格言式的术语中，事实上甚至可以从“民法典”中看得出来。<sup>[38]</sup>而当代的法律术语追求的是不同的目的，它既不是为了记忆也不是为了说服，更不适合于聆听和阅读，而只是为了在解决特定问题时提供参考。在语言中表现得很具体的说服手段在实证法中看起来并不必要。<sup>[39]</sup>法律事务中数据自动化处理的要求看起来正好说明了这一点。最后，法律内容在教育中的完全缺失也正说明了这一事实，即我们的

226 教师并不同意会从法律上得到教益的观点，顶多会同意其中有限的人文主义。立法实践甚至也从大学专业化的法律教育中消失了，并且这种专业教育也根本没有考虑到刚刚制定的和永远变化着的法律的可传授性问题。

这些内容足以清楚地显示，法律的分出、功能特定化和实证化是如何彼此结合在一起的一—实际上，它们最终只是代表了这同一事件的不同方面。对相关功能的取消——过去也是由法律来实现的，只不过并不必然与法律相关——在由物理强制所划定的可能性边界之内赋予了法律以流动性。真理、人们相互敬重的基础、人格的自我同一和社会化的经验处理的习惯和形式，都不会因此决定而改变，或很难被改变；无论如何，它们有它们的变化节奏和条件，而不是依照现代法律要求的变化节奏和条件。法律将会因为这些功能的混合而变得呆滞。另一方面，分化更强，会促进法律的可变性更强——实质上，它已被重构入一个可变的结构之中。这样，和各个功能领域相关的相互依赖和彼此联系并没有被完全排除，但由于必须从独立的可变性出发，它们就必须被特别地程式化，即被决定。这种可分别实现的功能的分离是法律完全实证化的一个基本前提，即，只有当这些被分化出来的功能不必指涉于法律但是却伴随着法律而变化运行时，或者说，只有当具有适应能力和运行能力的各个社会子系统出现时，法律的完全实证化才是有可能的。

实证法就因此发展而被分出，这样它就不再简单地是一致性一般化之规范性期望的总和。法律改变了其性质。我们对法律的概念就不再是在本体论的意义上，而是在功能意义上来考虑的。这也解释了那些对实证法的普遍不满和因为法律的正当性而带来的一些疑问。正是这种对一致性一般化的功能指涉，执行了在社会全系统复杂、快速可变之结构条件下的非同一性：法律不再简单地作为应当的目标追求而存在——这正是自然法的失误之处。另一方面，“公正”作为伦理原则现在也被置于法律之外。

### 4.3 条件程式化

法律的形式会随着不断增加的复杂性、社会的不同情境以及期望的一致性和稳定的层次而发生变化。就像我们看到的，法律为了达成集体约束性的决定而建立程序，通过程序的建立，法律形成了一个决定生成程式。对于程式的概念，我们想要说的是，系统的问题是通过为解决方案设立条件而界定的，并在这一基础上，通过决定而成为可解决；进一步讲，**问题**自身的界定源自于决定生成并为决定所验证。<sup>[40]</sup>把法律重构为决定程式的形式，一般被看作是法律实证化的一个重要特征：一开始，它是对条件进行阐述——所作出的决定在这些条件之下是法律上正确的。因此，我们在此并不是说人们只是根据法律程序（而不是在程序之外）为自己定向；实际上，这种定向必须要考虑到法官在针对法律问题寻求正确的解决手段时进行决定的条件。也只有采取这种迂回的方式，我们才会发现一致性期望（与初级的规范性期望相反）的优势。

建立正确的决定生成的条件——这样的需要在早期是与对法律规范的条件化的趋势结合在一起的。这一趋势如果不是出现在法律命题的形成中，也会出现在适用规范的决定中。这一基本的形式是如此运行的：**如果**特定的条件被满足——如果之前确定的事实构成被给予，**那么就**必须作出一个确定的决定。在这一特别的阐述中，法律不再仅仅是可证成的行为期望，也不是一个良好目的的伦理命题——使行动的完成借以实现它的本质，而行动者借以实现了他的德行。更恰当的是，事实构成和法律结果在此形成了一个可期望的如果/那么的语境（Wenn/Dann-Zusammenhang; if/then context）\*，对此语境的执行要假定有进行检查和选择的行为，也就是要有决定生成的行动。

---

\* 英译本中对此结构讲的是 if/when，应为笔误。



228 以此形式来运用法律的这一趋势远较实证法为早。甚至已流传下  
来的最为古老的法律就已经开始在使用条件形式的命题。<sup>[41]</sup>古罗马  
那种形式化过程就明确地遵循了这一程式：法官需要明确一个诉求可  
获成功的是哪些条件。不过，在对这些条件程式的证成中，伦理的和  
实用的目的都成为了理由，特别是早期欧洲传统中的自然法更是将法  
律看作以美德为目的，而不是作为一个条件性的决定生成程式。即便  
在今天，我们也仅仅可以看到个别的、偶然的一些论述指出了法律规  
范的一般形式是条件程式。<sup>[42]</sup>即便如此，大多数人仍没有认识到这一  
原理的适用范围和结构性含义。<sup>[43]</sup>法律人士仍然是在做目的性的思  
考和论证，而没有将他因此而身陷其中的合理性甚至是逻辑性看作问  
229 题。<sup>[44]</sup>从逻辑处理和法律控制的角度看待条件程式的优势非常具有  
代表性；不过，逻辑一致性却与法律中的条件程式截然不同，在法律  
之中，它既不是必要的也不是可以实现的。

实际上，逻辑只是对决定生成的条理化和技术化的分析，它具有  
可借此看清条件程式的好处。也正因为这一点，我们才可以看清，与  
早期的法律制度相比，实证法向条件程式的转变更显根本性和独特  
性，并可明白其中的原因。<sup>[45]</sup>在最后这一点上，其原因就在于，每个  
更高的复杂性只有以此方式才能转变为一致性可期望的决定。

只有正确地对待条件程式和不确定性之间的关系，条件化和复杂  
性之间的关系才能被理解。从一个在系统之中实际在场进行体验和行  
动的人的视角来看，一个特定的事实行为是否发生是不确定的，并且  
会继续保持不确定；同样，是否会施加一个特定的奖惩也是且会保持  
不确定的。这些不确定性并不必然会因为规范制定和条件程式而消  
除，只是通过接纳“偶在的不确定性”的形式而变得可以承受——即  
把行为的偶在性和奖惩的偶在性置于一个选择性的如果/那么的关系  
中。<sup>[46]</sup>确而言之，这种关系并不是作为事实性的事件存在于行为和奖  
惩之间——因此没有这些事件它就不会存在，而是存在于行为的偶在  
性和奖惩的偶在性之间。它将行为的选择和奖惩的选择置于一个语境

之中并因此实现了一个结构的功能。这一功能不在于消除与实际进程相关的不确定性——如通过行为的动机确定，而在于增加可承受的不确定性。<sup>[47]</sup>条件程式化的系统可以以更高的偶在性自我保持，这样也就与事实成分中的更高的复杂性联系在了一起。其他的各种优点也都建立在这首要的和基本的优点之上。 230

条件程式和目的/手段定位方式共有的第二个优势对于消除古代的(或者,也就是日常的和直接的)法律经验特别重要。这个优势就是**开放各种变化的可能性**。这样,简单的行为期望,当然也就是被具体考虑的事件,被一种二元的、多元的结构所代替。这就使得有可能交互转换此一面或彼一面,这个“如果”和那个“那么”,并且保留相反的另一面——带着各种赋予其意义的内容,作为变换的一个焦点。行动和情境与后果之间的联系因此而被松弛。人们或者可以坚持此被证明了的或被允许了的(甚至是被禁止的)行动,并将此合适的期望规范运用于另一事例——比如承认类似情境的主张。另一方面,人们也可以在坚持因果性的情境认定的同时,修正程式性的决定生成或行动,即赋予同样的情境以不同的后果。因此,条件程式适合作为各种独立变化的系统之间的联系纽带:人们可以将犯罪事实与变化着的社会需要相适应,或者将刑罚制裁与变化了的心理认识和心理影响的可能性相适应,而无须必然将一种变化与另一种变化相连。

除了直接变化的可能,条件程式在**技术上的适用性**也值得重视。在此我们指的不是后果的产生——这些内容在法律中到处都有,而是依据一种可以追溯到胡塞尔的语言用法,把体验处理从现实实施的意义指涉中解脱出来,其最纯粹的形式则表现为逻辑或数学的计算。<sup>[48]</sup>条件程式在极端情况下是算法系统(Algorithmen; algorithms),并具有自动处理的能力。尽管这种可减轻体验负担的技术上的完美主义不可能实现,但条件程式确实允许对决定生成程序作一个必要的简化:决定生成者只需要知道这一程式(或者一旦需要就加以解释)并且去检查在此给定的信息是否可适用即可。一般而言,惟一需要关注的是某

231 一个情境的某个狭窄侧面以及与某个程式相关的过去，然后就可以漠视其余——这就可以获得一个被分出的执行这一程式的专门程序系统的支持。因此，在时间上会有重要的收获，为了迅速达成共识可以划定一些主题，最重要的是，可以让恒定的意识承受力处理更多的信息。因此，现代法律中的技术性特征就不在于通过合格的机构来对结果进行调停，也肯定不在于确保某些目的的实现，而在于意识成就的高度选择性，这有点像机器，但是采取的方式不同，它有利于对可能性进行一种新的组织。

还有一种解脱的特殊情况值得特别注意，即从**决定的结果和责任中解脱出来**。尽管不乐于承认，司法裁决活动方式也同样属于这一条件程式，借此来设定“如果”和“那么”，并被接受在其结果中，但并未被估量和评价。<sup>[49]</sup>囚徒的自杀不能归咎于对其依律处刑的法官。审理一个破产案件的法官也不需要检查和思考债务人的孩子是否会失学、妻子是否会起诉离婚。判决的主要依据不需要考虑与结果的价值关系，要考虑的是规范的有效性——而这只能在这样的意义框架内进行评价，即在使用中考虑到了可期望的后果而**总体上**看来是合理和符合逻辑的。<sup>[50]</sup>这样，法官就不需要检查与决定生成相关的所有价值后果、从发生概率的角度对未来的思索、对裁判方法及其替代选择项的妥当性的检查，以及对其副作用的衡量——简而言之，他从判决生成的考虑中缓解了出来。对此之中的复杂性、困难性和简化的要求已经通过现代经济学中的决策理论变得清晰了起来。而也正是由于对结果之具体责任的免除，其他的一些原则，如司法独立和法律面前的平等，才是有意义的；<sup>[51]</sup>并且，只有在法律和法官不会束缚于一个面向未来的目的导向的计划系统时，这些原则才有立身之处。<sup>[52]</sup>

看来条件性这个特征可以塑造人格，或者说可以吸引有相应倾向的人格。通过这些被校正的选择机制和社会化机制——伍尔夫冈·卡彭(Wolfgang Kaupen)对此已有研究，<sup>[53]</sup>这一程式类型的结构化效果可以被强化，决定生成过程中的程式化结构和个人的结构之间的冲突

可以避免——这是以各种片面性带来的风险的增加为代价的。在最后这种情况下，条件程式有利于**信息的积累**，这种积累对于**决定协调**是必需的。对于垂直沟通渠道而言，它尤其可以在此得到缓解，即科层制监督。目的定向程式会要求对决定进行不间断地监督和严密地控制，因为仅仅以目的不能证成手段，而手段的情境依赖性选择可能会不断地产生不满意的结果。<sup>[54]</sup>委托代理对此问题的合理解决，似乎假定了可对结果进行量化的评价（因此可以进行货币计算），相应地，精细的数学技术会被要求。<sup>[55]</sup>这样，在目的程式的情形下，我们会看到这样一些典型的形式：可能是对不多的几个直接下级进行严密监控的多级科层形式，或者，与此相伴的，是如政治上的一党制形式中使用的科层控制。不过，条件程式却为委托代理提供了更好的机会。较之目的程式它们更不易受到结果的影响，因此不需要不断地重新调整方向。它们一般可作为典型的决定生成模式而被设立，无须对其要适用的情境具备精确的数量和细节知识，就可以达成沟通。细节是以条件程式需要的条件的形式出现的。尽管如此，预想不到的情况还是会出现，所以干扰和危机还需要加以管理。但总的来说，监督就不需要那么严格了。<sup>[56]</sup>对单个事例如何采取决定，一般也就是如何对这一事例的决定进行控制，因此就被转交给了拥有着相关信息和利益的一方——这已被程式作为问题解决的条件作了规定。程式就这样赋予了利害相关人一种权威，即对需要决定的情境配置一个派生性的非等级制权威。<sup>[57]</sup>这样，尽管沟通负担有了巨大的增加，但只限于决定生成程式的设立和变更的形式中，而决定生成系统之等级化的管理和控制以此方式仍然得以保留。

这种“官方途径”的解脱使得这一点变得有意义和有可能——即制定**法庭独立和当事人程序自主**的规范以作为法律维持的基本原则。<sup>[58]</sup>只是因为——根据决定生成程式的性质——在个案中不再需要监督，而且一个门外汉的举动也变得可预测，这些组织的和程序的规范才成为了权威的法律；否则，在相冲突的、矛盾性的结构化需要的压力之下，它

234 将会崩溃。同样，我们在前面已经确定，法庭独立和法律面前平等的原则是通过解脱对结果的责任而确立的。这些内容显示了，法律形式的典型化与制度化原则和组织化的观点交织到了一起。正是因为这些联系，程式的形式和法律实行的原则就不是可随意变化的。这些原则有它们真正的基础，它们不是为实现正义的目的而采取的必要手段，也不具有普遍有效的道德原则的外形；只是在寻求决定的结构化的语境中它们才是有效的——这一语境使这些原则变得可能，同时它也需要这些原则，并将其具有的道德性转化为正义的要求。

总而言之，条件程式的形式带来了能力上的增强——这种能力在法律迈向实证化和法律复杂性相应增加的重构过程中显得不可缺少。这种能力上的变化包括：原则上容纳合理变化的可能性，解脱对于留心关照、后果负责和协调沟通的极端要求。法律的功能特定化和实证化与降低这些方面的要求相适应。这些负担解脱并非没有问题——这一点在对结果所负责任的缓解上可以被看得更为清楚。它们还留下了很多尚未解决的问题，这些问题使得我们有机会作进一步的提问，以便做出一些补充性的和完善性的安排。其答案存在于法律实证性的原则中，也就是存在于对决定生成程式的决定中。<sup>[59]</sup>这使得可以对制定程式和运用程式的决定做出区分，并根据不同的——甚至是相反的——接受要求和条件为之建立相应的决定生成类型。以此方式，有可能通过相反的原则，进一步在更高的决定生成层次去纠正条件程式的片面性——即通过这一事实：人们可以用目的取向的观点对于条件程式的通过及修改给予政治性的决定。

#### 4.4 决定生成程序的分化

立法程序和司法解纷之间的区别和制度性的分离，是现代社会的实证法做出的理所当然的安排。但是，对这种分化进行的解释并不可

靠，分化与法律实证化之间的联系尚需作进一步的探讨。

通常的解释一开始是考虑一般法和个案(个案因为属于法律中的纠纷而获得了“案件”的特征)具体规则之间的区别。在一般法领域中最初进行决定生成的责任由立法者承担，而在具体的法律纠纷领域中进行决定生成的责任则被分配给了法官。同时，这里表现出了法律的同一性。这两种程序被认为是在处理同样的法律：它由立法者制定并为法官所运用。但这实际上没有作更准确的理解，并留下了许多的争论。尚待讨论的问题是：决定生成过程的哪一部分真正地保证了合理性，而哪一部分又最接近法律的本质——是对一般规则的制定还是对案件的判决？<sup>[60]</sup>如果我们进行更进一步的观察并努力对与此相关的问题进行解答，就会发现更多的疑问。

如果对司法决定生成作一个更准确的分析，这一点就会变得很明显，即法官也是在为其决定阐述一般规则：如果这些一般规则并未为其标出，他就会去“找到”它们。这个一般性就在于期望的规范性，即在此时间间隔上(也就是对具体的案件)延伸的一般性。因此，法律决定的任一规范属性就必定具有或隐含着一般化，即同案会被同判。因此司法上的判案就不能仅仅被理解为“对个案适用的法律”。<sup>[61]</sup>如果我们不得不承认在规范性期望本身之中就已经包含着一般化，那么我们就有可能发现对待一般化的不同类型，不过，肯定不是这种一般和非一般的二元分化。

在这一点上，如果我们想要重构对立法和司法判决进行区别的經典解释，我们就会遇到当前对司法中之法进行思考的那些流行看法。这些看法大概是认为，立法只是司法决定生成之一部分的分出和技术的集中化，是对几种决定生成前提的总的决定(Pauschalentscheidung; overall decision)——这些前提特别适合对法律规则进行概括性地对待和表述。这种解释可以保持法律经验和立法及司法程序中的规范特性的统一，这样就将两者之间的分理解为一个第二位的现象，进一步地，它就成了对经典的法律思想的一个旁证。<sup>[62]</sup>不过，它还是没有准

236 确认识到由于对这两种决定生成过程的区分而获得的有利性。

实际上，有一个基本的差别在此被低估了：法官必须要作出判决并受到与此相关的决定生成条件的约束，而立法者却并不受这样的约束。<sup>[63]</sup>加于法官之上的这一义务是否会具有法律的形式或者是否源自于对法官角色的解释——就如同法官的义务是否会通过法令而延伸到其他法官身上<sup>[64]</sup>——在此只具有次要的意义，重要的是：只有法官才发现他自己处于一种可重复的情境中，即他要根据被认为相同的条件来作出同样的判决。法官与立法者不同，他必须遵守平等原则：他不仅仅需要平等地对待同样的情况，也需要在同样的案件中作出同样的判决。因此，他就必须面对未来的案件来作出每一个判决，并且只有在将新的案件看作或当作不同案件时才会创建新的法律。<sup>[65]</sup>他是解释和运用决定生成前提的当事人的视角，而不是仅仅以坐堂问案者的身份来进行表述的。他因此可以为自己阐述那些具有一般适用性的概念。不过，认为法官是在公布可一般适用的规则是危险的——因为这会导致已经被确立的规则不会或很难被加以重新考量，这在一个快速变动的现代社会中尤其危险。特别是最高级别的法院——比如法国最高行政法院，或在一个更小的意义上的早期联邦法院——采取明智的保留措施就是出于避免制定一般性的决定生成准则的考虑。法官可能会委托法律科学去发现、建立或系统化其司法判决的原则，而自身却并不显示这样的权威。这样，他就会觉得他仅仅对自己的判决进行负责，对新案与旧案的相似性可以自由地提出怀疑。但[德意志]联邦共和国最高法院实际上已经放弃了这一保留：他们编订并颁布带有“要旨”（*Leitsätzen*; *tenets*）的“原则性决定”（*Grundsatzentscheidungen*; *decisions of principle*），实际上相当于生效的法，并因此会承受相应变化的压力。在此语境中，因为没有将一般化的风险尽可能地转移给[法律]科学，他们也引来了对自己的专家权威的更多的置疑。实际上，要旨只具有远景性的乐观，因为立法者也会对此不予理睬，或者早就为此准备好了托辞，并且已经意识到，甚至法官也会不理睬原来适用于其司法判

决上的旧原则。平等的原则要求某种政治的或等级性的机制，以此可以摆脱过多的自我束缚，或者摆脱那种仍然稳定的社会关系。

司法上的决定生成过程一般并不留意制度性的法律变化形式，至多只是采取一种与规范的形式同一性相容的学习、调整和修正的伪装技巧（apokryphe Techniken；apocryphal techniques）。<sup>[66]</sup> 如果程序——它可被用来解决不同的法院之间或法院机构之间在决定生产上的争议——被用于推翻一个惯例的话，那么它也会运用这一伪装形式。另外，司法上的革新也可能推翻法律，这种情况相对少见，只是出现在这种情况下，即，曾有一段时间——直到法律被修订，一直采用伪装说理的形式，并认为它代表的是旧的法律。法官就这样在变化的条件下发展了他对法律的态度——这种态度以前是普适性的，现在则要具体问题具体分析。

对法官的这种限制与这一事实紧密相关：他是在应付已经存在的失望的情况——也就是说在处理失望过程，对此而言，已经确立的失望框架和对决定生成规范的坚持是不可缺少的。在这种紧张情况下，他不可能同时将法律既表现为他自己的愿望，又表现为一个值得坚持的规范。在失望的情况下是很难去学习的。

规范在司法上的机动性所受到的限制是由其功能决定的，这有助于我们理解为什么随着法律机动性的增大，就需要建立另外一个程序。通过进一步的考虑——我们必须将法律形成的基本过程模型奠基于一考虑之上，这一要求被更为清楚地指了出来。我们已经看到，期望的规范性表示的是不从失望中学习。这建立在对法律不变性的旧认识之上。这一缺少学习意愿的态度的转变只能通过学习这一有意义的方式而实现。法律变化一般也就意味着：学会不要去学习。很明显，这样一个精确的要求很难被执行和制度化。

不过，法律的实证化就是这样要求的。只有当法律变化也受学习过程的支配时法律可变性才会被制度化。有效法会引起失望这一事实因此就成为了最重要的学习刺激源——不论是通过法律被不断地违



反，还是对矛盾的规范性期望感到失望这样的事实。失望因此就必须被不断地重新导入法律决定生成的过程中，被呈现为认知态度的信息并被不断地进行检查以确定其是否会引起法律的变化。另一方面，法律中的不学习倾向(Lernunwilligkeit)也不会因为法律中的这些学习过程而受到损害。任何事物都会变化这一事实并不会导致我们不认真对待每件事情这一后果。学习和不学习的可能性、与同一规范相连的认知性的和规范性的态度必须在同样一个法律规定中被一起制度化——这正是由法律实证化推动的。

只有在非常复杂、已充分分化的社会中——并特别要求在学习程序和失望处理程序上的分化——这才是可能的。通过这种程序的制度化分化将有可能使得：在另一个程序中属于结构的内容在这一个程序中却成了问题。尽管结构的缓解功能要求经其结构化了的诸情境的结构不会出现问题，并可以自己进行变化，但是，只要考虑到各个决定领域之间还会有充分的分化和充分的沟通，就不能排除在其他情况下、在其他的时间点上和在其他的角色和系统中还会出现问题。

分化的效果也可以通过立法和判决的区分而实现。有效法的呈现、对选定的规范性期望的维持和奖惩、不向违法者学习的决定表达，这些内容都包含在司法裁判的范围之内。当法律上已被规范化的期望被违反时，法官需要维持这些期望而不是将其按事实进行调整。但是，对于立法者而言，规范和事实就具有了不同的内容并处于不同的语境中。他会考虑到规范的实际后果、不遵守者的数量、法律维持的成本、它的功能失常、它引起的行为冲突还有它引发的替代性行动，他对这些因素给予认知性考虑，而不是仅仅出于义愤。他可能会由此明白叛离者和犯罪分子的潜规则，并会理解到还会有因规则而受损害的利益。他可以，实际上也是必须作出修正期望的准备。他会吸收改变的愿望，会考虑到法律中制度化学习的情况。他可以有自我纠正的抉择，人们对此期望于他，并认为他将对没有修正或拒绝学习的失误承担责任。

为了能够建立一个合适的、功能特定的既选框架，以便学习法律中的变化和不变化——也就是法律的实证化，这项任务必须与法律在失望情形下的适用相分离，并根据其自己的使用条件进行新的组合。为了有更大的协调能力，法律生成程序必须排除失望的直接压力和非要代表那已被违反了的规范的那种勉强；另一方面，它们必须能够将法律规范看作是尚未被决定的一样——即，它们必须能够调整以适应从各种可能的法律规范中作出一个选择的更大的复杂性。在此，我们并不是主张那些绝对祛魅者要求的内容：即漠视法律的整体，而是主张在合理性的基础上对其进行重构。相反，我们认为，尽管法律可能会有所不同，但它与已有的法律体系会保持一定的联系——因为它只能在某些个别方面（尽管是深层内容）而不是在整体性上有所改变。<sup>[67]</sup>至少那些有时被作为问题或者前提的边界可被选定，即它们可以用来与程序的实效保持一致。从必须作出决定的当事人的视角来看，法律就实现了一种新的客观性：不是那种尽管遭到反对但仍然必须坚持的决定生成规范的客观性，而是一种期望结构的客观性，它为特定的效果而建，并可在必要时加以改变。

就这种分化而言，另外一个被严重忽视的优点在于法律和物理暴力的相关性。我们在前面已经看到(2.7节)：物理暴力\*被预设于已经建立的法律中，尽管这一点并不是特别明显。在法律制定和法律适用上的法律决定生成过程的分化使其有可能在此获得特定化的效果。

物理暴力的这种高度的**抽象性**不可以和法律生成中的高度**任意性**直接联系起来。政治和由政治决定的立法，对于直接使用物理暴力有着高度的并且是不可确定的复杂性。政治家不会因此就拥有动用物理暴力的权力，他们对暴力使用的太少或太多都会有危险。无论如何，对不管多么强势的物理暴力的抽象风险只能通过以固定的程式进行操

---

\* “物理暴力”(physical violence)英译本此处误译为“physical law”。

作而予以消除。它已在立法中消除，<sup>[68]</sup>并集中在司法中。“宪政国家”的假定就是简单地通过判决(Rechtsprechung; judgement)的过程来排除对物理暴力的使用——即要求所有的私人或国家主张暴力的行动都服从于司法形式的控制。这一解决方式取代了一个内在的与正当性相联系的“权力”(potestas)观念，这一观念由于法律实证化的后果已开始变得虚幻。

所有这些可被总结为一个与以往传统教学中提到的分权内容不同的、具有更深层意义的法律决定生成过程的功能分化。法律裁决和法律生成之间的这种分化主要源于一个需要被克服的相当大的复杂性差异。组织理论的著作曾对此做了程式化决定和已程式化决定的区别，这种区分要求它们各自具有不同的组织框架条件。<sup>[69]</sup>根据作出决定所需的相关可能性数量以及所选择的可能性数量的不同，存在着不同层次的问题意识和环境敏感性。在高度复杂的决定生成领域中，信息的需要越大，对以不充分信息进行决定的要求也相应越大。进行决定生成的程序系统的沟通方式相应地具有这样的显著特征：由法律生成程序的过高的复杂性发展出来的更高的信任要求，也就是信息处理上的更强的个人化，更多地对突发性和偶然性的依赖，对信息获得的时间点和环境的先期形成的决定成就的依赖，还有对正式的非法的约束和协定的较大范围的防范。<sup>[70]</sup>在此情况下，在责任(Verantwortung)——即所承担的风险——和职责(Verantwortlichkeit)——即通常应负的义务——之间就产生了一个鸿沟。合理性的标准肯定也相应地不确定。法律制定者自己肯定不会按照条件程式(如果是这样，他就只是处于一种否定的形式中：从宪法上排除可能性)，而是按照目的程式来行动。<sup>[71]</sup>这一目的程式可以或多或少以特定方式预先确定对于增进普遍福利的任务。成功的标准尽管在此显得很不确定，但是却提供了补充前面提到的法官不对后果负责的机制的可能性。由于立法者有这种自我纠正的机会，他就能够也必须为其制定的法律后果担责。在此会塑造一种新型“政治”责任，它靠的不是记账，而是使用

失败，即通过更换领导人来执行。另外，其制度化以及通常的实行性还取决于这一事实，即这一更换不会涉及更多的个人命运：它既不包括对生命和死亡的决定；也不会损害经济上的生存；在大多数时候，它甚至不会影响政治舞台上的进一步行动，而只是为“反对派”留出了空间。

我们在此表述的是系统分化的既有状态包括的含义和结果，但并不是对未来的预测。两种程序之间的重心转换，实际上也仍然可能迈向更少的分化。当前，尤其是在社会主义国家——不过也包括在美国，<sup>[72]</sup>有这样的一种发展趋势，即将法官重新塑造为社会治疗师的角色，这样就使其从根本上脱离了条件程式。这样一种解决方式尤其出现在刑法、未成年人法和对家庭纠纷的管理中。这一发展带来的结果却很少同步出现，可能会出现法律安全性的相当程度的丧失（也就是日常生活行为的法律定向的丧失）；但另一方面，它们又对法官施加很大的政治压力，使得法官由于承担了很多固定化的任务而在正当性中失去了政治中立性。

242

对现实发展的预测不能根据当前的知识条件而做出。不过，为了对实证法进行社会学理解，我们却需要这样的看法：问题的各种解决手段不能被随意地结合在一起，系统分化领域的转换会产生相应的影响。对决定生成程式的特殊情境尤其应当根据高度复杂的条件来认识，并根据其实质内容来评价。制定程式的决定生成的合理性不能通过运用程式的决定生成的合理性标准来进行判断，这会搞错这种分化的功能。法律生成不是法律适用，因此也就不能通过法律适用的标准来进行衡量。现行法律不能提供对法律生成程序进行判断的妥当基础，因为现行法律本身就面临着问题化和变更的需要；现行法律也没有给法律生成程序中的决定生成提供一个合适的结构。这些框架性的条件，因此也就是可能的实证法的条件，必须在系统结构化的前提中去寻找。这些前提当前还很少被质疑，更不要说有什么研究了。我们在下一节中将对之进行论述。

## 4.5 结构变化

法律实证性意味着结构可变性。只有在此基础上才可能合理地——即通过深思熟虑的决定生成——解决结构性问题。这些变化的条件和限制需要被研究。不过，结构变化(与结构化系统中的单纯过程不同)这一特殊问题在一般的社会学中还没有得到充分解释，尽管大家都对“社会变迁”非常关注。<sup>[73]</sup>当前主导性的观察方法还是在思考结构变化的特定原因和结果，当面对所研究系统的复杂性时，这种方式就会遇到麻烦，至少一开始如此。因此，我们在一开始就必须探  
243 寻结构变化的系统条件，而不是去研究在单个事件中它们是如何被引起的以及随后的结果是什么——说得更加准确一点：在什么样的条件下，一个社会系统能够进行结构变化，甚至是频繁的结构变化或者是重要的结构变化，但又不会危及其在一个特定发展层次上的持续存在？在什么条件下，一个社会系统能够内在地实现其结构的选择性并将其控制为对变化着的环境的一个适应手段？

结构的这样一种不稳定性可以被定义为**社会系统变化阈值的降低**，借此我们就找到了一个进入我们问题的合适入口。每一个社会系统最终会因危险性的危机而引起结构变化的反应——在极端的情况下甚至会瓦解。结构可变性的增强会对此预先采取行动并降低危险界限，这样就可取得时间上的优势，增加作出反应的机会，甚至在强度上一开始出现的信号和很小的变化都足以促发系统结构的改变。系统变得对于环境更为敏感。为了避免更大的危机，系统会放弃根据显然的证据才进行变动的优势。<sup>[74]</sup>环境复杂性的简化不再留给危机本身。相反，系统会认为自己正在面对大量的可能变化的因素，它必须在此之中进行选择。换句话说，系统如果想要避免危机，就必须将环境复杂性看作是与之相关的，并以改进了的选择技巧来应对。这种考虑会

使我们推测在结构可变性和系统与环境之间关系的复杂性上是否有着联系。看起来，系统的高度的结构可变性特别依赖于这一事实，即系统与环境之间的关系可以表现在一个充分复杂化的层次上。不过，这就要求增强系统的选择能力和相应的结构性预防措施。

在将这个普遍模式引入法律实证化的情况时，我们注意到，对立法的法律科学解释实际上已经走上了这一道路：从应急到常规的法律变化，从对例外状态下的紧急权(*ius eminens*)到正常的国家功能。这样也可以容易地理解我们上节注意到的作为增加选择性技术的程序化分化；信息处理的能力通过这种内在的功能分化而得以增强，特别是对法律生成程序中变化的时机的权衡，对于法官而言，这套程序是不言而喻的。另外，结构变化的条件模式还为我们提供了一个从其他方面一起进行考虑的机会。 244

在此尤其值得注意的是，高度的(但尚可被估量的)复杂性不能在整个社会的层面上被规制，而只能在一个社会子系统——即政治系统——与其社会内(*gesellschaftsinternen*)环境相关联的背景下来加以规制。根据这样的认识，自然法和实证法就在此分化开来：前者根据社会环境的本质而被加之于社会之上；后者则是由于与社会环境(即社会自身)的关系而由社会的一个子系统选定并予以使用。整个系统的环境：社会、自然和心理系统，(以及在其他情况下的)其他的社会很明显几乎不会提供结构变化的指引。如果以之为标准进行调整只会导致静态的法。当社会的一个子系统攫取了与法律相关的决定，然后将全社会系统作为自己的环境、信息源、压力、规范刺激来源，简而言之，作为一个高度复杂的选择领域来进行处理时，实证法才得以发展。社会系统本身的高度复杂性也可以此方式通过内在于社会之中的系统与环境之间的矛盾而得以解决。社会只有通过内在的分化和系统/环境分化的不断重复才会变得活跃。

当法律变得实证，国家和社会“分离”的概念就开始出现——这并非偶然。实证法只能是一个政治上选定的“国家”法。它的命运与

社会政治系统的命运紧紧相连。<sup>[75]</sup>因为，只有以此方式，法律的内在可变性——通过内在的社会选择过程——才可实现。在此我们并不是赞同纯粹的政治性法律生成，尤其是，我们同样也并不主张政治系统  
245 可以纯粹在自身之中而不考虑其环境来决定法律问题，我们只是指出了发现法律选择的结构条件和限制的方向。

在此，会出现对于政治系统自身而言的特殊结果。它的层级控制方式——我们前面(第 216 页及第 217 页)已经谈到了其优点——在高度的社会复杂性和结构变化的制度性准备的压力之下，必须被取消或被置于次要地位。<sup>[76]</sup>没有政治系统可以既将自身以等级单元的形式进行建构而同时又可实证性地对待法律。这个等级化的命令模式作为进化成就被保留了下来，也就是说被保留在政治系统的官僚化了的子系统中，即在行政部门和完全组织化了的部门中。不过，政治系统的整合不再是通过一个等级制的统一的顶点来进行，而是以另外一种更为复杂的方式。一个结构已经占据了这一个等级制统一的位置，它将政治和管理(Politik und Verwaltung; politics and administration)进行功能性地分化，并且必须通过两者之间的沟通过程来实现对包含这两者的整个政治系统的整合。

政治和行政之间的分化不应被错认为是关于分权的经典理论的功能模式，<sup>[77]</sup>它也不等同于我们前面提到的法律生成和法律裁决的分化——这一分化应当被看作是在政府系统自身内(在旧的“政府”[government]意义上)的分化。真正的政治出现在那些引起集体约束性决定的过程的前台。立法、执行和司法的这种经典的区分是关于政府管理的内在区分，这有助于政治对政府管理的影响进行分级和过滤：政治对立法的影响是正当的，而对执行的影响就部分地是正当的，部分会受到法律名义上的抵制，但它对司法的影响则肯定是非法的。这样我们就可以将这种分权模式理解为，一个逐步减轻集体约束性决定生成过程的政府管理之政治影响的模式，并在整体性上与实际上作为信息处理过程的政治程序——也就是今天仍然有效的政党政治

过程——相比较。在司法上完全消除政治影响就是这整个结构的基石，是与政治相对的政府管理的支柱，并因此成为这种功能分化的条件之一。

法律可以被用于政治性的更新和变化，这导致了，法律自身不会为拒绝变化提供藏身之处。人们不能仅仅因为法律是法律就抵制其变化。与之前的法律秩序相比，这会导致证明和论证责任的倒置。于是就出现了一种有着无限制要求和主张的自然性的基本法(eine Art natürliches Grundrecht; a type of natural basic law)，而对此予以拒绝则需要提出理由。这样，论证责任实际上就被转移到政治之上。政治对此进行的回应，会以一种多少显得无所顾忌的拣选、转换和简化的方法，它偏好的更多的是喧哗的而不是宁静的要求，更多的是具体的而非虚幻的要求(der materiellen vor den immateriellen; material over immaterial)，更多的是简单而非复杂的要求，更多的是服从的而非背离的要求。<sup>[78]</sup> 246

相应地，对什么是法律上可能的内容的初次筛选就把现实政治活动限制在更为狭窄的领域中。在过度复杂的条件下，这些政治过程具有澄清决定生成前提的功能。各不相同的政党系统(根据基本的分类：一党制和多党制)正适合于此任务。决定生成的前提可以以程式的形式制定，也可以以组织决定和人事决定的形式——尤其是行政系统领导职位的人事资格的形式制定，这种人事资格包含的政治价值偏好恰起到了决定生成前提的作用。政治情境具有的高度复杂性就源于这一事实，即公众政治支持的前提和条件必须被看作是可变的。也就是说，这里有一种交互可变性——因此是高度不稳定的——的关系存在，在此之中，对当下政治可能性的不断投票不得不通过组织和活动才能实现。这就是人们在政治理念上称之为“民主”的那种功能的和操作的特性。通过法律的实证化，“民主”从一种统治形式——数种形式中的一种——发展为政治系统的规范。

这一特性属于政治社会学。不过，对政治过程某些基本特征的功



能性理解，在更为狭窄的意义上对法社会学也同样有效。这主要是因为，法律上有可能的内容在一些条件和标准中被预先结构化：这些条件和标准简化了高度的复杂性并在此意义上取代了自然法的功能；也正是由于这一功能，这些条件和标准与法律之间呈现出不同的构造形式，它们不会被实证法吸收，并因此不会出现在法官的解释视角中。（这就是为什么法官更为操心的是实证法中机动性的缺失，而不是如何<sup>247</sup>进行社会学证成的问题。）关于把源于自然法的静态法替换为可变的实证法的诸条件，我们特别强调以下几点：

（1）沿着政治路径引导那些以法律正当性为目的的所有规范投射；

（2）集中和调整政治冲突；

（3）以机会主义对待最高价值。

**借助于政治手段引导实证法的更新和改变**意味着将政党政治的机制进行功能性地操作，使其成为一项制度，而不是没有实际影响的一个装饰性的机构——就如在有些发展中国家那样。<sup>[79]</sup>期望之中最剧烈的冲突借助于这一机制的不断检验和使用才能被化解。一开始，这些引入可能会有利于立法的组织化集中。但是当——也就是在此范围内——这样一种认识开始出现，即特定的法律教义或者一些棘手的内容（如，行政法中的“总则”[Allgemeine Teil]）不适合进行立法而必须交给法官或法律科学时，<sup>[80]</sup>政治也就因此失去了影响。在许多情形中，这种态度是有道理的。权力获取和冲突解决的那种特定的政治理性很难吻合法律教义主张的那种具有细致化、精巧性和意涵丰富性的思想。法律教义本身——至少在其当前的形式中——并没有与实证法趋于一致，因此在其选择性的领域之中，也就难以发现和阐释政治上有决定意义的问题。<sup>[81]</sup>长期来看，政治家和法官之间的冲突和沟通上的困难就因此成了政治和政府之间功能分化的代价的一部分。由于这两点原因——即政治的特殊性和法律的类型化结构，今天的政治计划主要是在立法领域之外（在不需有预算功能的范围内），因此也是在法

律领域之外进行发展的。<sup>[82]</sup>如果法律的反应能力和灵活性——也就是可以适合于对更高的相互依赖的控制——可以增强，法律至少可以较之于当前更好地利用一些计划手段。实证法已经被其程式类型——即条件程式——预先决定为允许对决定生成的前提进行集中化的决定。司法决定生成过程对社会事实或价值的变化作出反应这一不可否认的可能性，可以呈现出一种更具补充性的意义，当根据政治条件进行变化（也包括拒绝变化）的意愿不可被政治化时，这些可能性就会出现。

**调整政治冲突的条件和形式**可能更为重要。从前认为的需要在价值基础上达成共识的看法非常接近自然法。它只是提供了一种可能的解决方案。除此之外，还有其他的方法，尤其是那些“多元主义”（Pluralismus; pluralism）的认识。一般而言，这些方法都建立于在各个政治阵线之间发生转换——不管是社会群体之间还是它们与政治之间——的可能上。社会冲突——如存在于宗教团体、社会阶层、工业部门、地区、城乡、年龄群体之间的冲突——并不总是政治冲突，也并不总会借助于政治而获得力量；尤其是当有一个通贯于社会中的一般阵线所形成的威胁，以及宗教冲突可能被阶级或地域冲突所强化时，更不会如此。<sup>[83]</sup>在此情况下政治如果借助于物理暴力会更危险，这会加重冲突并可能引起公开的斗争，而当政治系统在此时主张对法律进行控制，情况就更为恶化。法律的实证化——即对法律结构变化阈限的降低——假定了在政治冲突中保持中立的社会层次。各个政治阵线无须同时反映总体社会矛盾，而只是把它们组织进冲突之中，这样就可以将变化着的社会利益冲突吸纳到政治里，并在决定程式化的领域中解决这些冲突。

最后，一种准备通过事先选择进行立法的政治形式必须能够**推进价值机会主义**。我们已经看到（第 126 页及以下）程式和价值在越来越复杂化的社会中逐渐分道扬镳，并且它们还会交互改变对方。对决定生成程式进行直接的评价会导致程式的僵化，价值也会如此。所以，虽然价值看起来好像可以促成行动，不过，就程式是通过决定而产生

的意义而言，一个人在总体上尊重的，并且在其他的决定生成语境中也准备继续遵循的价值必然会被程式不断弃置一旁。这最终导致了两个期望脉络同一化层次的分离，并且放弃了“价值系统”、“价值等级”这样程式化的安排。尽管价值可能会被抽象为评价性的观点，它们却不能长期以一种固定的位阶性关系被保持。人们可以一时表现出对卫生文化的偏好，而另一时又偏爱文化的卫生\*——每一个都是根据涉及的价值、情境、预期副作用和政治机会的实现状态而确定的。同时，程式的可变性——即法律的实证化，也有利于对价值的机会主义对待：在各种价值之间赋予优先性的决定中，我们作出的都是临时性的优先性决定。被暂时放弃的价值背后的那些美好追求并没有遭到质疑——它们可以等待、成长，直到孕育出需要赋予其优先性的紧急时刻。

在更狭窄的意义上，作为政治系统子系统的政治过程因此也必须强调其有利于对价值予以机会主义运用的结构和操作的条件。<sup>[84]</sup>在一党制之中，这可以借助于一个“辩证的”意识形态——它有利于进行价值上的重新评价——来实现；在多党制系统中，它是通过目的的形式化而实现的——即通过这一事实：选举胜利成为政治对手之间的首要目的，而作为手段的所有价值都变成了次要内容。<sup>[85]</sup>在此之中发生的特定情形、强化和补充的内容都各不相同。不过，在这两种情况下，出于法律生成的目的，政党系统都要求一种非道德化的领导方式；当然，这并非在为了维护和扩展存在的“国家理性”（Staatsräson；state reason）的意义上如此，而只是为了对过度的复杂性进行简化。在[一党制与多党制]这两种情况下，由于这种高度的复杂性以及与此相关的手段上的限制，它们均不需对行动的动机负责，而只需对结果负责。这意味着：在权力上和政治上拥有学习能力的变化可能性必须

250

---

\* 卢曼在此将“卫生”、“文化”两个名词互作修饰定语的使用方式，意在表明人们在价值偏好上的多变性。

以各种方式被制度化。经过制度化安排的权力变化增加了权力拥有者的决定生成风险。不过，这只有在增强信息和沟通的可能性——也即通过创造学习的机会——时才是有意义的。

这些操作条件可以建立在一个社会的但不是普泛化的层次上，它们不能仅仅被看作道德原则。它们依赖狭窄的系统边界：它们是在一个政党政治分化出来的子系统中被现实化的。结果，就出现了这样的问题：政治最终在多大范围内只是解决政治问题——例如，通过一部并没有被实际执行的、而且甚至不具有任何意义的关于家政服务的法律，可能只是为了证明政治行动和政治关心。<sup>[86]</sup>在对促进结构变化所做的一般性反思的语境中，我们因此可以进一步理解：为了促成结构变化，政治甚至会自我生产危机。我们经常可以在不受欢迎的法律变化——如为了某些利益集团的利益——中发现伪危机式的政治操作。因此，政治过程的相对自治性以及这个过程以其自身产生的问题为导向的性质，必须与不断增强的、集中化的沟通能力相平衡。但是，这种能力却是有限的，因为，由于政治情境的高度复杂性，可以假定事先同意是不充分的，更重要的是，每个人都总是被其他事务占据着注意力。

一般而言，结构的这种不稳定性、它们变化阈限的降低必须恰当地被联系到系统的选择能力上。对此，一方面我们要有这样一个观念：它是完全抽象的、可以进行学习的、富于变化的、与问题相关的，并关心进化而不仅仅是具体的现状；另一方面，我们还要用足够大的力量（即能力）去执行决定生成的成就。面对已经溃决的大坝必须要有一个可以进行疏导的系统。如果没有一个可以进行疏导的网络，大量的投诉、请愿、示威、抗议以及因为没有恰当的分选程序而带来的压力就会涌入。政治系统就被推到一个制动的、防御性的、反应性的角色上，只能进行防守；它被置于时间压力之下，已经失去了对这些问题的控制。当前对高等教育机构进行法律改革的试探性努力正好反映了这一情况；它还会发展成这样一个局面：在此之中不再有什么

事情是可能的，而这正是由于任何事情都有可能。

对因结构的高度可变性而产生的这些问题进行的思考如果可以加以总结的话，我们会看到：法律的实证化产生了一些不再能够仅仅通过对高级规范的意义解释或对行动者的归责就可以解决的问题。我们也可看到：法律生产的社会条件一定不同于法律适用的社会条件。这种差异不仅仅是因为由于分工而进行工作的各个“国家机关”的具体行为情境的不同——这一点是思考分权的经典思想考虑的内容，而是在此之外，由于需要克服的复杂性的程度、对其进行控制的合理性和可能性的标准、对信息的考虑、工作方式的可适用性以及对期望的规范性和认知性的内容的分配等这些原因造成的。当然，它并不反对这一点：人们应当注意在法律的生产和适用之间保持意义内容的一致性。相反，它正好显示了规范性意涵的同一性功能：对不同的选择视域进行的协调和对法律决定生成过程从一个较宽阔视域向一个较狭窄视域进行转换而进行的协调。在组织理论中，这些协调的过程性特征被称为“对不确定性的吸收”。它包括这样的内容：从一个信息领域中获得结论，然后围绕这些结论而不是信息本身展开沟通。<sup>[87]</sup>这会将我们带回已经被阐述过的观点，即社会系统的结构可变性会要求选择性的不断增强。

## 4.6 实证性的风险及 由此产生的问题

政治行为的范围虽然位于立法的前沿并可以对可能之法进行预选，但由高度复杂性和程式的不断变化引起的问题却并不仅仅出现在此范围中。就如在许多场合强调的那样，尽管单个的规范、制度和思想符号仍然保持着连续性，法律的实证化却导致了法律对更高复杂性的整体适应。这样，实证法就不仅仅会改变政治系统及其受法律规制

的程序之中的决定生成的前提和问题；它也改变了全社会系统自身的规范性结构。在社会的所有子系统中，实际上在每一个行动中，我们都会发现与这种一致性一般化行为期望的直接或间接的关系。政治系统如果没有在其决定生成实践中考虑到法律的社会意义，它就根本不能制定法律。

如果我们在一个全包围的社会系统\*中来考虑法律的地位，我们就不会再会将法律规范仅看作为特定角色而设的决定生成程式，而应在其原初意义上，将其理解为对于社会互动中的所有参与者的期望结构。这样一来，法律进行实证化的许多重要的条件和随之产生的问题就会出现。在此有必要对其中几个非常重要的内容作简单陈述。

可能首先应当被提到的是**风险的无限增加**，这与法律的实证化相关，也与无数的法律制度相关，例如契约自由、对经济组织法律人格的承认、商业特许等。甚至在前现代时期，这些风险就由于令世人瞩目的“主权的”和“极权的”政治统治的形成而产生。结果，这些风险就与政治权力以及法律对其进行的控制相连接，并被描述成一种滥用或任意性的危险。这一问题形式仍以对自然法的假定为前提（不管是否承认），而对其进行的解决是通过一个被很好地制度化了的司法上的决定生成活动来完成的。之后，对其进行的诊断和救治手段又被总括在**宪政国家**(Rechtsstaates; constitutional state)的概念之下，<sup>[88]</sup>在19世纪，这一概念曾作为一个政治和法律原则而流行。宪政国家认为：社会的政治系统在其作为“国家”的本质上是被法律制度所决定的，即它在本质上是法律。这样，就预设了法律对政治权力的胜利。

---

\* 卢曼在此使用“umfassenden Gesellschaftssystem” (the all-encompassing societal system)来指被看作一个整体的社会系统，而在其他场合使用“social system(s)”来指社会之中的一个个——如经济、政治、法律等——不同的系统。为了区别和照顾到中文的阅读习惯，本书除将“Gesellschaftssystem” (societal system)专门译为“全社会系统”之外，其他之处均译为“社会系统”或“社会子系统”。

通过简单颠覆现存的政治和法律关系，问题得以“解决”。<sup>[89]</sup>

253 以这种观念为指导，宪政国家发展成为一个由法律来进行保护的国家(Rechtsschutzstaat)，之后出现了教义上的重新定位：内在的(不是从社会—政治上建构的)主观权利(subjektive Rechte; subjective rights)，<sup>[90]</sup>也即市民权利(Freiheitsrechte; civil rights)，被假定为国家的法律实践活动的边界；这种仅仅建立于法律之上的主观权利，甚至可以因一种可回溯到格老秀斯(Grotius)的法律技术而被贬值<sup>[91]</sup>——在政治管理的意义上，甚至最终在立法规定中，只是被规定于对征收的防范。进而，还有一些组织的和程序的手段使得司法独立于政治这一发展达到了顶点。在这些各不相同的形式中，很明显更多的是把恐惧指向了君主专政(19世纪的德国)、政党政治把戏(20世纪的德国)、官僚政治的滥用，甚至还包括(!)司法(美国)。

不过，这些内容还没有充分概括实证法的风险和由此产生的问题，不论是从理论上还是从制度上。就如在进化性变迁上看得那么明显，这种概括方式仍然是在旧的理论范畴或者老套的思想前提中进行思索和探究——在此，就是在自然法的前提中，正是在这一前提之中，如专制权滥用、针对专制行动的防范这样的概念才实现了其意义。但是，这种新的实证的法律结构的风险却不能单独由法律来吸收。即使是在一个一般的层次上，在日常生活之中，也不可能由这种一致性一般化的期望来给予其充分的保障。不确定性随着社会和法律最近的发展而增加并且正在改变其形式。从其他人而来的威胁不再能够以法律的形式被反抗，甚至还被法律所允许。在一个更高的层次上，可以说，现在的危险来自于法律自身。因此，引起威胁的那些具体情况不再能够根据公正的标准将其认定为不公正，法律目前正是在这些内容中进行着风险的规定和分配：法律可以被改变，但只是在宪法的框架下或者在特定的情境中；契约可以被终止，但只能是出于特殊的原因；主观权利可以被取缔，但只能是出于公共利益或者被加以补偿；可预见到的、很明显会引起伤害的行动被允许，但由此归结的过错责任(Verschuldenshaftung)，

使得风险责任(Gefährdungshaftung)获得制度化。<sup>[92]</sup>这些规定的意义在相应地增加。事实上,它可能出现在这些情况中:假如一个小偷偷了我的银币,那么这与我银行的破产、雇佣时被提前告知的解雇通知、我所在地的政府对住房发展计划进行的修订、我厂里的罢工,甚至还有在一些重要的政府办公机构中的罢工到底会有什么不同?安全性问题必须根据这些法律上允许的威胁来重新进行定义或重新进行判断。在此,我们不是从非法行动或法律保护的角度谈论安全性问题,而是关于合法行动导致的安全性问题,因此也就是对法律自身之中的复杂的冲突性安排进行的讨论——对这些内容需要进行不断的法律—政治上的监督和调整。今日的法律因此不再能够保证期望的道德安全性,这种安全性只在一个人知道自己是正确的时候才会出现。 254

由此会同样产生第二个问题:法律一开始,甚至在前现代文明中仍然是确定的;但现代社会如此复杂,以至于个人不再能够知道法律了。甚至法律专业也不得不集中在很狭窄的领域内——这些领域或者是在日常使用的一般知识的意义上,或者是在专业的专门化方向上被划定,法官会参考他的“帕兰登特”\*, 专利律师会咨询他的会计。当然,对法律不能全知的现象早已有之,<sup>[93]</sup>但现在已经从一个例外变成了规则,即便是在对日常生活中不断出现的法律问题的解决上。还有,对个人而言,现在为明天或者为眼下而储备法律知识甚至都是不理智的,即便是针对在其工作中会频繁遇到的特定法律案件,这种付出可能也不会有任何回报。在法律问题上的无知不仅仅是不可避免的,而且可能还是被鼓励的。人们可以合理地假定:所有的法律已经写就,至少是一旦需要就可以被制定出来。这样,人们必须信任一套成熟的经验,这套经验告诉我们,在行动之前,哪些例外情况需要对法律的可能性进行咨询。<sup>[94]</sup>

---

\* 据英译本编辑此处注,帕兰登特(Palandt[《德国民法典简释》])为对德国司法实践进行指导的年度出版的小册子。



这样，从前要对付的风险就基本上被编织到了法律内部，或至少是被当成问题看待并得到了缓解。法律对这种必要的、合理的知识欠缺几乎视而不见。旧有的缺少法律知识不能免责的规则仍然有效，如果对此拒绝将注定会产生不可想像的后果。这样，这一问题就被整个地、完全地留给了个人。而个人则必须对某些未知的信息表示一种总体上的信任，这对于他特定的生活情境而言是非常重要的。很清楚，只有当法律从旧有的调节恐惧的功能及其与良知和道德尊严的关系中摆脱出来之后，这种解决方式才是有效的——关于这个主题，我们前面在谈到法律的功能特定化时已有所接触(第 275 页及以下)。

255 当个人在面对高度的而且是认识不到的变化着的复杂性时，很明显，他就会采取一种防御性的、碎片化的、总括性的和中立性的应对策略。代替对世界进行宗教解释的是，我们在那些选择性手段丰富的社会中已经拥有了平庸化(Trivialisierung; trivialisation)的策略。<sup>[95]</sup>实证法根据其扩展的范围和变化的程度也成为了平庸法(triviales Recht; trivial law)。对有着特别收成的苹果受损进行索赔，这样的形式并没有表达什么神圣的内容。被以可见的方式制造出来的东西，由于它们并不具有艺术品的意义，也就不存在内在的理性，而只有一种生产过程中的合理性。<sup>[96]</sup>这当然并不意味着被赋予了法律形式的每一种意义都在内容上变得平庸——人们肯定不会认为禁止杀人或婚姻、财产是平庸的主张；我们只是说这些意义内容的合法律性(Rechtlichkeit)变得平庸，它们与其他意义内容相比较的地位是根据其他的功能关系来进行决定的。

法律的平庸化意味着对区分的高度漠视。对于所有的个人而言，几乎所有的规则在不能被他们辨认时都是无意义的。个人因此不会将法律看作他自己关心的事务，而只是将自己置身于他自己的规范投射、主张和利益之中——不过这些内容又多多少少为法律所覆盖。这将使得这一点成为可能，即几乎不被察觉地根据某些特定的少数者的利益标准而对规范进行替换，<sup>[97]</sup>却并不会明显地和根本地损害其本

质含义。关于法律变化可能性的各种限制，就社会意义而言，这种限制可以在每个人都关注的亲密关系领域之中看到；就政治意义而言，这种限制可以在一些代表了社会重要部门的大型组织之间的相互平衡中看到；然而，这种限制却不再能在法律自身的合法律性中找到。

对法律的可能的和代表性的态度的这种转变，使得法律的更高复杂性可被个人的心理系统所适应：它们解决了个人在适应法律实证化的过程中产生的问题。其他的变化在构成了社会的各个社会子系统中也可被观察到。以此方式，这些社会系统作为社会的子系统一般化了它们自己的期望。 256

一个和这些变化相适应的、多次被提及的问题是“非制定”法为什么会增多。特别是在经济、劳动和职业领域中，我们可以看到大量增加了的组织规定、规则化的约定、公司章程，等等。这些内容满足了规制的需要，立法者对此不感兴趣或者只是在规制滥用的例外情况下才会关注。就这种次级层次上产生的法而言，其特殊性难以在一个纯粹的司法意义上进行认识。这种特殊性不在于其产生方式。但这种次级法仍然可以获得法律的支持，即便这种支持是间接的：例如，这种法有赖于契约自由或处分自由。这种法的特殊性也不只在于它仅仅对特定的情境、角色或社会系统有效；在一个更宽泛的意义上，制定法也同样如此。如果我们去探寻使这些法律制度化的那些系统，并且考察这些制度化的方式——不是去思考这些规则规制的对象，而是支持它们的那些条件，那么这些次级法的社会学特性，也就是它们的社会条件就会显得非常清楚。

既然我们并不是在讨论在社会系统层次上形成的法律，因此我们就不能将任何第三方看作这里所指的相关主体。比如，人们不会期望未被包含的第三方们会对一个公司的禁烟规定有规范性的共同期望——即使它有一种治安规范的后果。相反，这种一致性一般化（法律也就是以此方式成为了法律）只能在社会的子系统中得以实现。只有

这些子系统的成员才会相应地作为行动者或期望者而受这些期望的规范性的约束；其他人面对这些系统只是认知性地进行活动，并通过学习使自己与此系统的规范相适应。

非整个社会的法在所有分化了的社会的子系统中得以发展。<sup>[98]</sup>不过，可以想见，法律在此系统中也不会以脱离社会结构和社会发展状态的方式而形成。形成于现代工业社会的这种次级法遥遥地可以与早期高度文明时期的“家庭法”和中世纪时的“社团法”相呼应。它源于一种只能在高度复杂的和流动的社会中得以发展的特定机制：**形式化的组织**。

257 只有当我们对形式化的组织这一机制有所理解，我们才可以理解这种法律形成的社会条件，以及由此产生的缓解复杂性的效果——这种效果只有通过在子系统的层面上产生法律这样的发展才可以实现。<sup>[99]</sup>这一社会条件主要建立在社会流动性上，或者更准确点，是建立在与进入和退出决定相关联的流动性上。因此，这些条件具有了其特定的现代性特点。通过组织形成的这些法律就具有了条件性的独特形式，即指被规定为决定进入或退出的条件、被作为在此系统中具备成员资格的角色条件。无论谁进入都必须使自己完全服从在此系统之中有效的那些期望，以及改变这些条件的制度化要求；而在原则上进行反对的人——即不是偶尔违反规则——则必须退出。这样，通过对成员资格的维持表达出来的共识也就具有了子系统法律的特点。社会子系统的法律以此方式被实证化，而不必因此进入政治之中；它必须在身份条件之下得到承认，当然这种承认也预设了身份条件的变化。

在社会层次上通过实证化已经得到增强的功效，通过这一组织机制，可得以加倍增强。尽管社会制度化和政治控制的有限条件不可适用，但通过组织，一些非自然性的期望可以在最高的层次上被一致性一般化。法律旧有的理所当然的前提被或多或少地推翻。这样，实际上符合要求的、并非理所当然的期望成为了可预期的。只有这样，对

法律的需要，对规范行为期望之一致性一般化的需要，才可以得到满足；而这对于维持一个功能上分化并且相互高度依赖的既有结构而言，是十分重要的。

这种机制也仍然有着特定的风险和相应的问题。在 19 世纪的工厂里和在 20 世纪的卡特尔(Kartell)中，尽管有着形式上的进入和退出的自由，人们却必须应付组织对那些随意特定的行为期望进行的自我正当化。同样的事情也出现在由一些固定并被普遍接受的商业规则所带来的那些不可计数的详细的规范中。目前还不清楚的是：对此我们可以采取什么样的补救手段，但又不损害法律形成的这种组织化的——确而言之是契约化的——形式产生的基本好处。法律人士很明显会想到对这些法律制度进行重构，以制定法的形式正当化这些组织内部的法律：这实际上是将个人的拥有和控制转变为社会的拥有和控制。这种主张很容易走上歧路——使得法律及其应用程序必然产生复杂化。258 进行过多的国家监管也是不合适的，因为国家本身就是在其相应部门中使用了同样的组织技术和成文法形式，却并没有因为民主化正当性的要求而感到有什么根本性的妨碍。因此，去进一步观察这种法律形成的社会条件并在此中寻求答案可能更为有效。

组织法的形成立基于流动性之上，并据此来进行证成。这就意味着：这种流动性的产生不仅仅是在形式意义上，也是在实质意义上——比如，在就业领域，就是通过安排可监管的劳务市场、全面就业计划、提供普遍的实用技能培训，等等。<sup>[100]</sup>社会不能对组织中制定的子系统法进行负责，尽管它有权进行集中化的立法，因为这将意味着对这种委任性的立法带来的好处予以取消。社会的责任必须被一般化，但这不包括在组织中制定的个别规范，而主要涉及社会间的机动性——它会促进这种个别规范的形成，但同时又使其保持在可接受的限度内。

这些考虑带给我们以新的启示：此时，在全社会之下的系统层次上，由于法律的实证性，一个新的社会复杂性的阈限已经达到——在

此之上，那些旧有的问题解决模式，比如那些过时的法学教条，已经变得不恰当了。问题已经到了一个不同的维度。这种组织的法律形成的不可避免性和风险性使得原先的问题解决框架已不合使用——这一框架是通过对财产支配权、契约的约束力和免于解雇保护权的限制方式来进行的。社会及其法律的更高复杂性、对更多的他种可能性的支配力都必须被制度化，以作为更新和更加强烈的一般化的问题解决式的基础。在此形势下，法律政策必须依赖于法律政策中的动态的而不是静态的确定性，不是对那些现存法律的保护和对现状的维持，而是要对其他可能性予以充分地中心地利用。就业市场的波动对企业内部“士气”（Moral; morale）造成的影响，也就是对企业管理者制定规范投射的能力的影响，就如同一次自然科学实验显示的那样，它告诉我们，以上所言并非一个乌托邦式的建议。

## 4.7 正当性

法律不断地且最终完全地被重构入一个偶在的、依赖于决定的期望结构之中。由此，法律的约束性效果这一问题也不得不重新加以认识。这一主题在理论上一直是借助“正当性”的名称而得以发展的——尽管并没有对赋予约束力以决定的这一特定机制作出过解释。<sup>\*</sup>正当性这一概念源自中世纪，一开始只是一个法律概念，和一个地方规则相关，主要用来防范非法篡权和专制。在19世纪，随着自然法的消解，它开始分解，主要是对新规则的正当化和对因不正当的权力更迭而进行的法律建构所作的批判性的拷问。这一问题在法学范围内进行解决已被证明是不可能的。<sup>[101]</sup>这导致在一个纯事实的基础上对此概

---

\* 参照翻译习惯，本书中的“Rechtlichkeit/legality”译为“合法律性”；“Legitimität/legitimacy”译为“正当性”；“Legitimation/legitimation”译为“正当化”。

念的重构——起初，被等同于政治规则的纯事实性，之后，就是今天对正当性的那种主流定义：事实上存在着约束性决定赖以为基础的法律、原则或价值的普遍信念。<sup>[102]</sup>

同时，我们对制度化过程的分析也已经显示：这样一种事实上的意识的信念并没有什么值得注意的传播性。因此，我们需要重新来定义正当性这一概念。“信念”这个定义的特征掩盖了一个非常复杂的结构脉络，这一复杂的结构脉络要求在经验上可验证的事实，而相应的变化则被认为是实证法引起的一个后果。因此，毫不奇怪，在“信念”这个概念基础上我们不会获得关于纯粹合法律性的正当性问题的满意答案。<sup>[103]</sup>所以，我们必须去除此概念的这一特性，即信念，并为此目的而返回到一个起点，也就是法律形成的基本问题和过程。 260

基于社会形成的期望、其问题以及对此问题的解决，都体现在这一事实中：人们不得不并且也能够对他者的偶在的期望进行期望。这种期望的期望不仅可以延伸至那些人们随情境的不同而与之进行互动的那些人，还会延伸至第三方。这些第三方对此情境的实现既不共同行动也不共同体验。尽管如此，通过制度化的机制，不管这些机制是否会被运用到，和第三方的期望相关的期望也会因此而形成。处于情境中的参与者会假定（对方也会期待他们会假定）——第三方会对此期望什么。但是，当第三方被代言者所象征化，这些代言人来支配这些期望——他们可以对之进行阐述，在特定情况下甚至可以对之进行改变，这种对第三方期望的可期望性就会成为问题。以前仅仅是象征化的内容现在在沟通行动中变得具体了。它们开始呈现出制度化类型的约束效果。沟通中的这些有约束性的决定性行动的正当性在此受到了质疑。但问题却不能被这样来提出——尽管这是一种很显然的方式：这个决定是否表达了第三方的真实想法。在这种制度化机制的变革中，必须能够找到制度性的表达。

简单制度可以由一些环环相扣的规范性期望链条构成：直接涉及的参与者会平静地、规范性地期望会有什么样的规范性期望通过

261 第三方指向他们。人们会依照参与者对自己持有的期望及其行动方式对这些参与者保持着期望。在这样一个完全属于规范性的结构中，所有处于期望中的参与者都会发现，他们自己在面对着规范。统治者，甚至上帝，在法律上都处于同样的被统治的位置；而将自己从这一期望脉络中抽离出来的人，则会错误地期望，并在行动上讨人嫌。但是在将变化的偶在性和可能性纳入法律之中时，这种简单的解决方式就开始动摇。当这种第三方的代表被集中化，并且作为一个合法的权威被赋予有约束性的决定生成的可能性时，其他人就不得不进行学习——不论他是在此情境中的参加者还是其他的第三方。他们必须根据那已经被决定、被告知和被改变了的内容来学习适应。对变化之可能性的吸收会要求在法律之中装入一个学习的可能性，这就意味着装入一个认知的期望结构——说得更准确点，就是在一个主要是规范性的期望构造(Erwartungsgefüge)中装入一个认知性的规范化的期望结构。

当法律被实证化之后，不仅决定的生产者必须学会去学习，那些受到决定影响的人甚至更是如此。我们在本章的第4节和第5节讨论过了决定生产者的学习。在那里，我们指出，决定生成过程中各不相同的态度必须被一个个地制度化。就那些受到影响的其他的第三方而言，还会出现一个补充性的但却完全不同的学习情境：在此情境中，决定通过对接受的期待而被正当化。合法律性的正当性(die Legitimität der Legalität; the legitimacy of legality)就包括这两种学习过程的结合。如果我们认识到我们能够以此二元的方式来进行学习，它就会成为一项制度：已经分化的学习过程既调节着决定生成，也调节着对涉及规范性期望的决定的接受。合法律性的正当性因此就不指示一种官方的有效性主张之真理，而是协调学习过程：因为决定生成者本人会学习，决定的接受者就学会了根据规范性约束的决定来进行期望。

对此问题的这样一种看法澄清了几种相互关系，尤其是民主与正

当性相互关联的现象。这两个概念正好显示了将学习的必要性引入到规范期望的领域之中。这两者都是由于法律结合了认知态度之后引起的不确定性和风险的明显增加而出现的。这就说明了为什么对民主和正当性的一般理解也会接受某种程度的质疑、碎片化的信任(Gebrochenheit des Vertrauens)、权宜性的理性。进行民主化学习的政治仍然不足以赋予决定生成以充分正当化,仿佛民主自身就具有其内在价值或者是可以证成任何决定的原则一样。政治上进行学习的情境——过度复杂的、开放的、可相对免于失望的情境——完全不同于那些受政治影响的人的学习情境。在后者之中,人们不得不使自己适应于一个给定的决定,而不管他们自己高兴还是失望。因此,政治过程中必须被增加一些安排,以促进这样假设的形成:那些受决定影响的人已经在学习了;也就是说,他们已经将决定作为他们未来期望和行为的前提。正当性的制度特性就存在于**对接受的假定**之中,而不在于一个价值演绎或者是在事实上于意识中达成普遍共识。充分考虑到问题的复杂性,说得更准确一点,这就意味着:当一个人可以认为,任何第三方都规范性地期望着,那些直接受到决定影响的人能够认知性地把决定生成者们以规范期望的形式进行沟通的内容当作行动前提,那些决定就是正当的。

如果我们想要对这样一种状态是如何实现的了解得更准确一些, 262我们就必须将个人的接受情况与一般认为的接受区别开来。个人的接受只能被作为具体的程序进行心理上的解释(准确地讲,是在一个高度分化的社会中),它不能作为制度化期望的基础。在个人不得不克服失望的情境时尤其如此。众所周知,这使得这一情境对个人而言变得不可预测。而所有有争议的决定都会将大概50%的明显没有学习准备的人置于失望之中。对于这样的可能性,我们如何才能认为,那些受决定影响的人仍然会去学习呢?

和通常的认识相反,我们不能简单地将物理暴力和共识,或者是物理暴力和正当性相对立,并将它们看作是相互排斥的。即使是从一



个纯粹经验的角度上，我们也不能将这两组概念分开。在前面(2.7节)我们已经强调过，物理暴力作为一种法律展示和对法律信任的强化之要素而与法律联系紧密。对于实证法，它也是如此，尽管是以一种改进了的形式。在此，物理暴力将其展示功能交给了决定生成过程，由其将现存的法律象征化为程序；但是，它仍然保留了本质上作为正当化的因素，尽管还需要进行补充。<sup>[104]</sup>和前面提到的(第144页及以下)结构上的独立性的优势不同，物理暴力还有一个进一步的优势——高度可预见的成功确定性。它的“最大负荷”放于高处因此很容易被猜到，即，尽管不能准确理解这些受影响者将执行的决定、具体情境的动机结构，我们仍然可以假设，这些人会服从于那种具有无可争议的优势的物理暴力，而不会故意作出注定不利的选择。在此，我们只能讨论一个非常一般化的假设，至于第三方关于决定和执行情境方面更为详细的内容，我们无法知晓，甚至不大可能加以假设。因此，我们不得不将这个与第三方的期望相关的期望建立在一个普遍的假定之上：任何人都会期望着各个受影响者都会使自己服从于物理暴力——换句话说，可以建立在这样的期望之上：任何人都会期望着没有人会反抗。

263 不过，这种确保了决定之流不会中断的总体期望，并非仅仅依赖于优势明显的物理暴力的可运用性。对这样机制的单独使用会导致一个更加不稳定的恐怖统治。之所以说其不稳定，是因为它不能有效地排除存在着针对恐怖的普遍反抗这种假设的可能性。<sup>[105]</sup>在此，通常会增加一些制度安排，以防止第三方对约束性决定可想到的反感的强化。这也就是法律上规定程序的主要功能之所在，尤其是那些政治选择程序、法律生成程序和司法程序。<sup>[106]</sup>

正如前面简单述及的(第191页)，程序是一种为了获得约束性的决定而被短期地、临时性地建构起来的特殊类型的社会系统。正是由于这种功能，程序被或多或少地从一般的社会角色语境中分化了出来。就是这种角色分化使得它们具有了正当化的功能。在程序中，参

与者获得了诸如投票者、代理人、原告、被告、索赔者、主持审判的法官等一个个特殊角色。也正是在程序中，这些不同的角色能够自由地表现，不过只是根据程序系统的规则来进行，而不是直接地作为丈夫、社会学家、工会会员或医生来进行活动，因此他们的行为就从他们日常生活的自然语境中分离了出来。他们的其他角色被他们的程序角色所抵消，并且只能以将要进行谈判的“主题”或事项这样的形式而被合法地引入此程序之中。在沟通中寻求决定——他们各自可能对沟通所作的这种贡献，都被看作是可选择的行为，并因此被认为是属于各个参与者的；而同时，这种贡献也必须服从于程序系统的规则和要求，也就是与决定生成过程之中通过消除不被考虑的可能性而简化复杂性的趋势保持一致。考虑到程序过程中哪些结果还有可能，参与者可以确定他们的具体立场，因此，他们最终与任何第三方关注的重心不再相同。他们的关注重心就呈现出与任何人的期望不同的观点和利益，无论如何，不再表现为真理或者具有普遍性的理所当然的道德。通过这种程序之中的自我呈现，参与者重新发现了作为个体的自己：这些个体阐述着自己的想法和兴趣，他们自愿在程序中为自己确定立场。因此，他们就几乎没有机会来推动第三方形成关于自己的事情的有效的期望和行动。但也正是由于这样的原因，对他们所进行的判决才能恰恰呈现出代表了第三方的期望的样子。程序也可以在使用物理暴力之前对冲突的主题进行特定化，这样，反叛者就被孤立起来并因此被去政治化。这样，程序就形成了普遍化机制和特殊化机制的结合，这一结合承载着法律决定生成的正当化，并与物理暴力相互联系。

264

通过程序而被正当化的这些共同性，在如此多样化的程序的相互联系中得以实现。这些程序互为条件，并根据各自所要简化的复杂性的程度及其留下的影响的范围相互区别。政治选择的程序就产生了对约束性的决定进行政治支持的能力。角色中立在此会受到一种形式化的影响。这种形式化只允许对不多的几种替代性说是或否；也就是

说，这种形式化不会允许具体地来讲道理。自我约束的特性来自于这样的事实：出现了对已公开计划的正式支持。〔政治程序〕向约束性程式形式的转化出现在法律生产的程序中，并在此为了单个的不同程式而寻求充分的政治共识。这些程序将法律上可能的内容与政治上可能的内容相结合，将可被吸收于现行法律秩序中的内容与通过调动政治支持的可能性而覆盖的内容相结合。通过要求公共利益进行公开宣示，并进而通过对程序的集中——这些程序仅仅允许那些将自己理解为政治行动的人作为共同的行动者，中立化也得以实现。最后，决定生成过程在法庭审理程序中根据不同的案件而被具体化，抗议的内容被吸收进了它的结论之中。在此，通过决定生成程式，已经被大大简化了的低复杂性允许非常不同的意见和兴趣呈现出来——它们往往仅仅是原被告之间关心的事情，尤其是一些关于事实和法律的事情，但不会产生广泛的政治波浪。对法庭判决的不满，只会是一些例外的案件中

被一般化，并被带回到法律生成的选择机制的政治性通道中。在所有这些领域里，程序观念的实现及可实现的范围会显现出强烈的波动——对此可以参考选举冷漠问题或者今天的民事案件，并必须与各种决定生成类型的正当化要求相一致。

在这些不断变化着的普遍化和特定化、系统规制和不受拘束、复杂性和简化、角色中立和自我牵连的内容的相互作用之中，我们会得到这样一个一般的认识：那些对约束性的决定失望的参与者不能够再指望制度化的共识，而需要去学习。人们因为参与而不得不服从于程序，这样，经过程序的修饰，这种认识被强化为规范。以此方式，**每个人都**265 **都被建议着无可争议地去期望：每一个第三方都规范性地期望着所有受到决定影响的人都会认知性地适应（即准备去学习）通过约束性决定产生的规范。**这就是法律的正当性结构：一个规范期望的认知期望的规范期望的认知/规范期望的混合。期望的结构是如何被各种前提条件所构建的？又是如何因中断、冲突、公开的异议，或者明确的不信任等这些方式而产生危险，但同时却又是稳定的？——因为中断

很明显不会同时出现在所有的期望层次上。只有当我们对这些问题给予充分揭示，法律的正当性结构的问题才能被澄清。

在这些思考中，我们已经注意到了：正当性的概念必须在社会系统的层面上来进行规定，而根本不能用纯粹心理学的范畴来进行理解，比如规范和价值的内在化，或者是这些内在化的总和。我们并不是在质疑它在社会系统中的实际发生和它包含的特殊心理机制，而只是说：在高度分化的社会中，法律的正当性因实证法而不再依赖于特定的心理动机结构具有的功能。我们可以假定，在早期的社会中，社会和心理结构有着一个较小程度的分化。通过法律规范的储存，至少，通过对相对具体的、总体来讲显得模糊的心理结构的恒定依赖——比如我们后面提到的角色发散的机制(第 329 页)，以及随后还会涉及的内在化和强迫化，社会和心理结构可以给予法律以支持。相对而言，现代社会有着如此强烈的个性化的人格结构，并将法律的规范性生成的前提置于如此大的变化之中，以至于必须对一个更为突出的分化以及心理结构和社会结构之间的相互漠视加以制度化。<sup>[107]</sup>这样的相互关系变得更为错综复杂，而参与**双方**都会出现更多的分歧和趋同的可能。毫无疑问，对规范性期望的学习和再学习就会较之以前更为需要，并且也必须在心理上加以完成；“分化”并不就意味着每个联系的分开，而是对各个不同的适应策略的选择保持漠视。不过，个体学习去接受失望，或者将约束性的决定作为其行为之前提的方式就不再被统一在整个社会层次上，而是留给了他**自己**，即他的心理适应性和他的一个亲密圈子——这个圈子可以在面临各种不稳定的情境时转换到一个新的期望结构上。对此，我们前面提到的作为实证法结果的法律平庸化可能会有所帮助。“政客”、“税监”、“衙门”，\* 这些贬义但无行动效果的俗套说法都是对同样问题的不同

266

---

\* 德文在此提到的“der Politiker”、“des Finanzamts”、“der Justiz”在英文和中文中都找不到更为合适的对应说法，此处只是勉强地借用一下中文中对政治、税务、司法圈层的一些贬义说法。

解决方式。

回过头来看，很明显，我们和经典的对正当性的讨论有着很大的差异，这些差异使得是否可以继续坚持这一概念成了问题。这些差异主要由于：这一概念与绝对的规范或价值，或者与对绝对规范的和价值的有效性的普遍信念之间的关系被切断，这一概念被功能化了。这样，对有效性的信念就只能被作为一个变量来对待。另一方面，这也是由于：在这些认识中表达的正当性的概念不再意味着可以有一个外在给定的证成和对政治系统可以作一种变化上的限制。它只是系统自身实现的成就：与物理暴力的使用相关的决定生成的垄断和程序的组织化都是政治系统的成就——这些成就促进了约束性决定的顺利进行，因此也就促进了这些决定的正当性。政治系统正当化了自身，并且因此仍然可对此成就进行批评。然后，批评就不再是对政治系统是否还保持在预先给定的规范框架中进行的检查——也即，政治不再为其负责，而是会看，政治系统是否有利于学习或者政治系统通过程式化自身的方式是否能够变成一项制度。

这些重构触及了这样的一种**形式**：在其中正当性的概念首先出现，并且对应于一定的社会现实。但这些重构并没有触及其赖以基础的社会结构性条件化问题，而且，这些结构性条件化将会被作为所有功能分化社会中的永久性问题来加以解决——也就是认知性学习和规范性期望的再学习的问题。在法律被实证化的范围内，这一问题不可能再以规范有效性的形式或者实际上相信有最终决定的有效性的形式而被看到；如果必须要对之进行解决，那就只能在政治系统中来进行。旧有的正当性概念有着一种跳跃性：它掩盖了法律实证化的整个范围。因此，实证法的概念必须要进行调整。也就是说，当法律的实证性已变成可以被感知的现实，实证法就必须根据由此而来的功能进行限定。这是法律执行的功能的前提(4.8节)，也是对法律决定生成过程的控制(4.9节)进行全面处理的前提——而不仅仅是一个内在的等级制问题。

## 4.8 实证法的执行

实证法的分化和特定化产生的一个后果尤其值得重视。这倒不是因为它在法律的规范—注释的视角中没有引起足够的注意，也不是因为它在由法律人士所主导的立法实践中被漠视；而是因为，由于法律的实证化，对立法决定进行执行的困难在增加，而同时导致决定的重心发生偏移。

通常，我们必须对法律的**遵守**（遵守比例）和**执行**（执行比例）进行区分。当且仅当行动是在规范性意义上时，我们谈到的是遵守；当且仅当在另外一个意义上时，我们谈的是执行：即当非规范性的行动引起了一些特定的活动，而这些活动又有利于法律的维持并且可以被重新引入合法律性。这样，执行就不是遵守，而是一种不同类型的行动，而且执行也会出现遵守或不遵守规范的问题。对于法律的遵守比例而言，被期望着的执行水平是一个最为重要的决定性变量。至今尚不存在一个充分复杂并在经验上可验证的法律遵守理论。<sup>[107a]</sup>下面，我们将要把自己的研究限定在关于法律执行条件这一更加易于评价的方面。

在所有的法律系统中，或至少是在口语表达的法律概念中，我们必须考虑到形式上有效的法律有很高的非执行比例——换句话说，必须考虑到筛选法律执行的机制。如此一来，从制度的视角中，我们就可以呈现代代的甚至高度文明社会时期的那种相对简单的画面。<sup>[108]</sup>在法律执行比例方面，拥有实证法的现代社会，与早期社会已经不可同日而语；根本的和显而易见的不同就在于具体的法律执行依赖的法律事实的多变性、社会情境和机制的多样性上。法律生成已不再像过去一样等同于法律执行。同样，法律执行也不再是一个如社会学视角中认为的“罪过”或“事故”的问题。

一般认为，对已成立之法的执行需要依赖两个相互补充的因素：共识和强迫（Konsens and Zwangsgewalt；consensus and compulsion）。不过，只有当我们知道了应该给予首肯之事的含义之后，共识才会产生。另一方面，也只有当那些施行强迫的人获知法律被违反的时候，强迫才会出现。因此，这两者都假定了一个信息问题。实际上，在这两种情况中可能有着极不相同的动机问题类型。<sup>[109]</sup>甚至注意信息、作出结论和付诸行动都需要动机激发。随着规模的增加以及在主题和主体上的分化，这些信息和动机问题具有了重要意义，并因此取消了古典的政治控制问题。在对新法律的执行中，信息困难成为了一个主导性的问题，而其他问题都退居其次，对立法的成功执行实际上就变成了一个信息问题。这个问题必须被详细地并且要和现有的动机问题结合起来进行阐述。

和那些流行于信息理论和信息科技中的术语使用相比，我们在此应当对“数据”和“信息”（Daten and Informationen；data and information）进行截然地区别。当有意义的内容实际进入意识并引起惊讶和结构变化时——也就是说，它们预想不到地出现或者说更为鲜明地呈现出一个不确定的期望，这就是我们所指的信息。<sup>[110]</sup>信息问题就这样产生了——这是由于意识注意力的有限性，以及通过风险选择一般化实现的结构化需要，最后，这也主要是系统和环境之间复杂化差异的结果。因此，我们一般认为，随着系统分化和大量替代性选择的增加（即社会中行动偶在性的增加），信息的需求就会增加。实证法执行中的信息问题是这个一般规律的一个特例。

269 我们前面（第 303 页）已经看到，利害关系人不一定会完全知晓已制定的有效法，更不要说第三方了。在法律实践中，由于法律无知的风险更多地是由个人承担，这一问题就具有了更深一步的意义。但另一面也同样引起了我们的兴趣，即那些职业性的关心法律执行的角色——我们会简要提及强制机构并借此理解进行执法的行政机关、法庭和警察——也并不充分了解相关的具体事件。

在此形式中，问题也很复杂。一开始，我们必须像海里希·庞匹兹(Heinrich Popitz)那样来具体区分几种非执行层次：是否违法和违法者都是可知的，却没有受到惩罚；或者仅仅违法行为是可知的；或者违法和违法者都是不可知的。<sup>[111]</sup>刑法注意到了这一区分，并且会考虑到罪犯掩饰其违法事实的一般动机，但它却不会对我们此处的问题做一个充分的建构，也不会特别地去详细阐述现代法律的执行问题。除了雨后春笋般难以兼顾的新制定的法律(想想关于社会政策和经济政策的立法)，其他的**社会机制**也起着作用，与越轨的**个别兴趣**一起，稀释、分流甚或堵塞官方信息的流动。〔不执行〕问题不仅仅是由于国家抓不到罪犯而产生的，相反，主要还是由于社会系统的结构有选择性地对待执行的目的和规范而造成的——即对部分执行予以重视并推动它而另眼对待其他的执行。<sup>[112]</sup>我们可以换个角度来看此问题：哪些结构引导着导致自愿法律行为和非自愿法律行为的信息处理选择过程？或者说，直到事情最终明了之前，或者信息处理已经达到除了强行要求合法行为而不再会有其他可能的地步之前，越轨行为的事实是如何被看作信息，并被持续地作为信息对待的？这种看待问题的方式使得我们可以进一步追问：心理和社会结构、个别化的和一般化的结构、典型的和非典型的结构是否以及如何结合在一起？

270

我们可以首先考虑那些针对规范违反的失望和愤慨，这导致了公众的闲言碎语并使得各种事实公之于众。尽管对违反规范的道德愤慨在今天仍具有重要的意义，<sup>[113]</sup>但在城市文化中，其作为信息载体的可靠性正在降低。<sup>[114]</sup>可能有人会对违反规则的行为表示道德愤慨，并进而自己会采取执法的行动：但这只会是一种偶然，尤其是对于新产生的法而言更是如此。所以，我们不能期望在一个持续性较长的过程中，这种愤慨能够维持并连续进行参与——如果没有进一步的动机结构，如经济目的予以支持的话。<sup>[115]</sup>所以，对于规范执行，我们通常不能指望道德性的自我促动，而必须寻求其他的信息机制和强迫机制，并将其包含在立法计划之中。



我们从大量的可能因子中选取了其中的两个方面，并以例示的方式显示如下：法律执行的信息过程这一问题到底是如何由于法律的实证化以及其相关主题的增加而有所变化的。我们考虑了如下两个方面：一方面，是对**申诉机制**（Beschwerdemechanismus; complaint mechanism）的分析；另一方面，是对**执行机构的选择性效果**的分析。

一个众所周知的成语：“没有利益，就没有行动”（Pas d'intérêt, pas d'action），<sup>[116]</sup>它一开始针对的是那些被从普通申诉机制中排除出去的人。我们也可以说“没有行动，就没有利益”（pas d'action, pas d'intérêt），由此来说明一种正当利益只有在有人诉求时才会浮出水面。相应地，当因法律被违反而受到伤害的人提出自己的诉求并要求执法时，这种利益就得以体现。缺乏个人行动往往被看作是缺乏个人利益的表征。立法者在很大程度上考虑的就是这种对待违反规范的形式，<sup>[117]</sup>在此并不为执法而操心。但是，在社会学家的视野中，很明显，申诉属于日常生活中不大可能发生的事情。因而，法社会学的任务就在于需要更为综合地把握这种法律执行形式的功能条件和选择性后果——这一形式我们称之为申诉机制。<sup>[118]</sup>

首先，与信息流分化相关联的是一个涉及法律执行问题的决定系统的分化。同时，个人也应当发挥中继站的作用。从个人的视角来看，在引起执法行为之前，他获取信息的信息系统必须能够区别于他送达信息的那一系统。因此，我们的问题就指向一个条件——在这一条件之下，我们可以期望某些人在两个系统中进行行动，而将这两个系统结合起来，并像一个系统一样工作。<sup>[119]</sup>

272 信息流得以实现的第一个条件应当是两个系统中沟通者角色的协同性：告知信息系统中的角色必须和被告知系统中的角色相协同，而不能有过大的行为困难。这是有难度的，尤其因为人们为了启动法律追诉程序就不得不确立一个原初系统无法对付的敌人。<sup>[120]</sup>角色协同性最好可以在时间上衔接有序地进行——即当人们一开始启动被告知系统内的互动，<sup>[原先]</sup>告知系统内的互动就完成了，或可被结束。不

过，在前一个系统中，进一步的互动的取消却总是不可能的、不合理的或者仅仅是在法律政策的意义上才是受欢迎的。比如，将劳动保护法的执行看作职员会因此而离职是没有多大意义的。其他进路也假定了信息系统的特别规模和复杂性。因此，如果信息系统（比如一个生产组织）多少被稳定在了一个冲突频繁的层次上，一个稳定的身份会使得角色协同性更易于实现；或者当这个稳定的身份几乎不要求初级性的面对面的互动时，更是如此。所有这些都证明了这样的假设（这一假设我们在下一章会不断地遇到）：社会组织化的程度——它包含通过组织把相对大的子系统凝聚起来的程度——应该是促进积极的合法政治之执行的根本因素。

不过，还需补充一些内容。困难也会出现在被告知的系统。在许多情况下（比如性侵犯），<sup>[121]</sup>法律追诉系统中的那些得到违法信息的人会发现不便行动。他（或她）可能会产生怀疑；他（或她）有可能会要求对某些疑问进行解释，但这些解释却使人很难为情；他（或她）直接面对这些事情可能会很尴尬或者对于在一种很例外的正式场合下如何很负责地行动会不太确定。<sup>[122]</sup>另外，这也是由于这样的一些原因：273  
对于日常生活而言，法律活动毕竟显得陌生；而且它也会不断地要求经济和时间上的消耗；执法不会在日常生活的自然延续中自动出现，而需要由一个例外的决定来启动。在系统分化之中，系统已经限制或者筛除了那些并不是必然会在特定的系统目的意义上来进行的操作的行为。

当然，我们也清楚，就如在政治系统的决定生成过程中的其他方面那样，一些**特定阶层**的选择器在起着作用。在诉求程序中，那些上层的、富有的和有文化的阶层的意志会被首先表现出来。<sup>[123]</sup>这样，诉求机制会根据身份特征而具有一种区分后果，这对警察而言也没有什么不同。我们确切地知道这一点，因此立法者在选择执法渠道时也应当对此有所考虑。这不是一个纯粹的经济或财政问题，因此不能通过相应的减税、济贫法等诸如此类的方法来解决。因为，“在经济系

统中的参与”同样又会被特有的分层(比如:高薪身份的准入制、消费偏好、理财能力)所控制;而在低阶层中也会出现另外的限制:知识缺乏、在不熟悉的环境中表现出的不安、消极性以及过去的经验持有的宿命态度,等等。<sup>[124]</sup>从这些限制中,我们又可以作进一步的思考,但并不考虑那些控制向法律投诉系统进行信息传递的那些特有的多变因素。这就涉及到对小事的滤除。尤其在一些长期交往中,参加者会彼此承认对一些轻微违法行为“相互不计较”。<sup>[125]</sup>那些看上去相对不重要的违法行为不再被追究。对小事进行判别要根据不同的个案而进行,因此这也就逃脱了立法者进行的法律政策上的计划,因为他们的计划主要是根据眼前的案件数量来进行的。这样,同时,法律就被这些小事所侵蚀。比如,有很多的情况,个别的违法行为不大会引起损害,但是会在影响上不断累加。<sup>[126]</sup>另外,也有一些规定——比如关于工场中的保安或病房中的防疫,因为其包含有在特殊情况下会产生极高损害的偶然性的、不大可能的风险,因此就会允许对一些不重要的违法不会计较。

另一方面,我们还可以从这一事实来进行考虑:每一个社会系统都会有行为替代性的储备——即便对于规范违反而言也是如此。指控不仅是一种选择,也可以被其他方式所代替。<sup>[127]</sup>由于通过规范所欲实现的目标不同,与规范执行相关的投诉层次就会有很大的变化,这样就会有功能上对等的不同的实现形式。最后,在一个更广的意义上,违反规范的那些事情本身也属于这些替代性。在原来的系统中,对违规的了解可能会带来一种交换价值,或者可能会有一种权力基础。实际上,这可能会是一种科学主张的领导方式——正如组织社会学研究指出的那样。<sup>[128]</sup>这样,对违法或者对一个持续的反规范的行为有所理解的人,就会考虑不讲出这一事情——不管这是一种明确的要求,还是出于一种期望的期望——即意识到行动者彼此都会有所知,并且知道这种所知将会被看作无知。法律上相关的一部分信息就以此方式被转入到了原初的系统,由其进行内部使用,但并不被用作

规范的执行，而是被用来执行其他目的，或者是用来稳定关系。后两种执行方式是不可能以其他方式实现的。 275

所有这些考虑都和我们的第一个中心点有关，即对有关违法的信息从原系统向法律追诉系统进行的选择性传递。另外一个选择机制就是执行人员，具体而言是指警察、对公共管理的监督和检查部门以及法院。目前对此进行的分析是依据组织社会学中的一个可信的原理，即系统和程式的分化总会引起内在的系统/环境定位的重新形成，并相应地会对价值关切进行重组，这样——从这个系统的视角来看——就会产生标准上的偏离。<sup>[129]</sup>每一个子系统就会建立它自己的选择类型，它可以包含该子系统特有的判断标准、申辩价值(Defensivwerte; defensive value)、活动、技巧，等等，不过与那些被普遍承认的相互一致性价值观有所不同。在法律执行中被专门化的这些社会系统并没有从一般的法中被排除出去。不过，对它们自己的选择方式进行道德化的趋势却已经被发现，尤其是在警察活动中，当他们对频繁接触的、受环境影响的、充满冲突情境且又很难进行控制的情境进行反应时；不过，这并不必然是一些越轨行为，而只是表现那些已被(他们)承认但还没有被一般承认的价值的方式。<sup>[130]</sup>

如果对我们所知的这些执行人员的选择方式进行总结，我们就会看出当前的经验研究主要是集中在个别的决定生成者身上，将其意识形态偏见、看法意见、阶层属性看作影响决定生成的要素，或者在法律的角度上来考虑其施行裁判的标准。<sup>[131]</sup>不过，要判断它们对通常的决定生成进程的影响(在受意识形态所决定的那些争论的焦点之外)，我们还要研究当前流行的一些假定。有几个调查是研究美国种族平等法在执行中存在的歧视。<sup>[132]</sup>歧视——当其存在时——会影响到决定生成的进程——他们总结的这个命题却不过更像一个套套逻辑(Tautologie; tautology)。因此，与联系于这些主题的偏见不同——因为限于此主题，所以部分有效——我们不得不从一个一般性的方法上来进行研究：它明显从系统和程式的分化开始，之后再选择性地指向 276

执法人员。法律选定之后是案件的选择，在这些案件中，法律在一种被校正过了的视角下被执行。我们从一些调查基础上——尤其是对警察系统的调查——可以肯定，有这样的一些因素可作为选择因子：<sup>[133]</sup>对**稀缺资源使用**（尤其是人力资源）的有意的经济化，还有**发挥效力的具体条件**，以及与此相关的，**对交换关系的使用**，最后，一个更为具体的是对于环境“**接触的同情**”（Kontaktverständnis; understanding of contact）——它会纠正规范性期望的内容。

277 人员上的不足被经常和公开地用作解释犯罪追究不力的理由（比如在对付交通违法、毒品违法以及警察中的违纪情况）。<sup>[134]</sup>这听上去绝对合乎道理——尽管不合乎法律，因为法律的推行需要信息，而信息又需要专门的留心。但另一方面，在这两个变量之间的关系上也有一种计划的不足——也就是为加强必要的执法力度而增加人力的计划。这样的计划必然会导致对有目的执法的适当限制（就是说会有一个安排好的非执行比例）的一个纲领性的概括（实际上也就是承认）。但法律人士多少会对此表示怀疑。<sup>[135]</sup>实际上，人员的不足有一个纯粹的申辩作用，并在此为我们揭示了一些选择方式。当人力增加和执法强化之间的关系不能被证明时，这些选择方式就在暗地里变成了仅有的事实性手段。我们的讨论包括这样的情况：对于训练有素者在事先计划巡逻或检查时会选择哪些非常显眼的內容，<sup>[136]</sup>对一份写就的、信息中标有实名的报告会有哪些內容被选入文件中，或者是对那些材料已经被公开了的违法者的选择。这些可见的或者已经写出来的特点在这两方面都有着显示相关问题指标的作用。并且，在这两方面，这些指标（如果这样地被正当化）都可以被用来产生有选择的不在意（selektive Nichtaufmerksamkeit; selective non-attentiveness）。<sup>[137]</sup>

整个实体法中到处都渗透有**规定和效率**（Konditionierung and Effektivität; conditioning and effectiveness）之间的不同导向上的矛盾，<sup>[138]</sup>但在执法中，这一矛盾更容易被注意到，因为在此主要不是对（仍然相对抽象的）决定的阐述，而是根据特定的可影响效率的条件

介入到实际生活之中。在法律计划和法律生成的层次上，这种导向上的矛盾同样因为抽象或漠视而被冲淡，但在具体的执法层次上，它又再次凸显了出来。这样，在执法中，规范和身份上的正当化就不再是问题，而只需要考虑为了角色的积极性而有选择地和有偏向地来解决这种矛盾。<sup>[139]</sup>就像斯科尔尼克(Skolnick)注意到的那样，警察具有自己的系统、活动和在问题处境中的边界意识，由此已写就的法律(即程序法)被看作环境并可被道德中立化。<sup>[140]</sup>公众主要根据是否能清除严重违法和是否能建立一个表面上良好的公共秩序来评判警察的工作成效。这就部分地揭示了警察的一些法律之外的手段——如果不能说是非法的话，尤其是当其需要对尚不确定的怀疑继续保持关注和为了保证证明手段的可靠性时，则更是如此。因此，警察对这些手段的放弃就很难或者说不能被环境所理解。出于这样的目的，就会策略性地要求有选择性地执法。不管怎样，执法就只能被部分地作为目标而实现了。

278

同样，在这样的语境中，会出现一些类似交换的动力和沟通特征(与信息转换类似)，<sup>[141]</sup>这就使得对案件的选择和执法的范围成为了那些多少是默示的同意的对象，并社会性地将此固定。<sup>[142]</sup>美国执行种族平等法的委员会为了争取合作，会在受影响的范围内在个别案件上放弃动用一部分合法权力。<sup>[143]</sup>如果我们来观察那些被允许的范围，就会更明显地看到那些直接受影响者的共识，那些本来应该进行执法的执法者就是将部分职责的取消作为了交换的对象。<sup>[144]</sup>这种取消甚至可以正式通过法律决定来进行(但并没有使用交换的形式)。当然，为了信息或证人证言，它也可以在法律之外来进行——就如其出于动力考虑所为的那样。那些认为不能将这些实践正当化的法律，<sup>[145]</sup>会同时取消法律对此的规定和控制。

279

较为抽象地来讲，我们在此考虑的是对执法过程必要但非强迫的特性的一个一般的执行，它会以一种类似放弃一些非必要(或不是特别必要)但是强迫性的特性的假交换的方式而实现。这个更为抽象的

描述也涵盖了另一类情况：当执法同时会因法律行为而与教育任务相关时，就会产生同样的定位上的矛盾。帕森斯那一广受好评的模式显示：教育在面对违法时需要温和，并在一定程度上坚持不惩罚；对失望要采取一个较为变通的（不是严格的规范性的）态度；教育的运用不是因为愤怒而是为了学习。<sup>[146]</sup>这种教育导向之执法的运用经历显示：这种在反应上几乎无视条件性的做法必须被弃置一边。但在实践中它却又狡猾地脱逃并踞有了自己的位置，这样，这种执法就不断处于一种危险的状态之中：平等的原则将因此受损，对事件的因果链条无法进行可靠的控制，这样就会沦落到个人的或政治的专制。<sup>[147]</sup>

最后，我们不得不提到一个具体的、情境决定的**接触上的同情**以作为进一步的（相对自治的）选择因子。这一因子出现在强制的系统之中。对于那些处于最前沿的人而言，事件看起来和那些计划行动的人员之所想有所不同。针对性行为的一些法律已经失效，具体了解这些[曾被认定为]违法行为的警察经常会发现自己站在同情违法者的一边，而不是法律的一边。当人们对警察机构有所重视时，就可以更好地理解具体的警务执行上的困难和对具体情境和成本的考虑。制定执法[计划]不能不考虑实际执行的可能性，当然也就不能仅仅要求按照与立法者“原本”考虑的意图相符的情境来履行职责。<sup>[148]</sup>这样，跨越了法律边界的互动会受其自己的规范的约束，对此我们会不断地有一种“负罪感”。<sup>[149]</sup>这一问题当然可以通过标准规则的不确定性来予以缓和，但这种不确定性只会从对一些界定含混的案件解决有利的角度来进行适用，并且还会对自身产生功能障碍或者风险，由此就显得不可被接受。

对上述内容作一个一般性的总结，可以说，在所有这些形式中，在法律执行上都存在一个对于法律规范的实用性或选择性——必要的道德中立——的态度。这一发现只是证实了我们前面描绘的在日常情形中对待规范的一个自然态度：<sup>[150]</sup>一个在期望的期望中通过具体的安全性保障，准备去修正或者甚至是漠视规范的一个摇摆不定的倾

向。即使是耗尽心机的决定生成和对已经写就的法律原则的竭力描述都没有办法回避这样的事实：在日常生活中，法律不得被应用于基本的面对面的互动之中，并因此需要在这些具体的情形之中被具体地对待。

有一些作者在此看到了法律“有效性”的限度。<sup>[151]</sup>我们认为，由于法律的功能已经通过对有效性的抽象认识而符号化了——这种抽象认识表现为一个或此/或彼的观念，所以，我们在此看到的就是这一问题对法律的上述功能可能会带来威胁。在失望的过程中，对规范性期望而言，必须要有一个充分可靠的对可能性的预测，对于一致性一般化的期望语境而言也是如此。对于参与者而言，这一点就意味着法律系统会从偶然的执法转向制度化和组织化的执法。这样，这个问题的明显性，以及对经验具有的概括性就在增加。如果执行机制在一种

281

情况下失效，那么与此相应的理解就会出现在下一种情况；即便是人物和事情有所不同，因为这种失效会被归结到组织而不是具体的情境上。不执行可能就会被期望，然后如病疫一般地扩散开来。失望经历的一般化就会发生，而不是规范的一般化。

尽管并不缺少指出了这一点的文献，<sup>[152]</sup>但仍然需要对这一发展得以可能的那些经验条件进行更详细地研究。我们只是怀疑，妨碍了执法的那些信息问题是否也会阻碍失望经验的扩展。我们同样也不清楚那些反规范的行为、未受制裁的行为，对无知的这种抽象的知晓看上去好像也并没有影响出现对法律的抽象的信任——这一信任是如此重要，并可以不受点对点的反驳的影响。而那些将其失望的经历一般化了的人，由于不能成功地将新的目标都围绕政策而聚集，他们就会处于一个有着攻击性象征的位置，并且是以秘密的、不合理的、古怪的和病态的方式行动。

所以，结合当前所知的这些内容，我们实际上还需要处理一个尚不确定和尚不满意的一般性问题。这个问题涉及法律的一整套技术手段体制（das rechtstechnische Instrumentarium；the legal-technical



body of instruments)。借助于这套体制，法律的可执行性可以被程式所包含，并因此而受其指导。这就不仅仅意味着执行是一个信息的问题以及是在最后阶段对异议的征服，而且这种必要的信息和动力结构也需依赖于为特定目的而选定的法律的形式。根据程式的结构，其他的执行问题也可能会出现。比如：通过基本法制度中的这种灵活的法律和宪法概念，<sup>[153]</sup>维持社会分化并且巩固行动的非政治领域的问题基本上，或者看上去基本上得到了解决。这样，主观权利的形式就因此从法律技术上被选定。以此方式，法律政治目的的执行就与前面提到的诉求机制相连；社会系统的首要分化的维持就依赖于个人决定去进行诉求的不同情况。很自然这种问题解决方式不是社会学上考虑的  
282 一个选择。不过，在今天这可以被如此对待，并且还会考虑它完成的能力范围。但即使在已被承认的基本法的直接功能领域中——这些领域很难去应对，或者根本不能使用法律技术的形式，还有一些需要补充的问题。对于这些内容，我们可以想见与财产保护相联系的货币价值的稳定问题，或者联系到基本法对文化和政治的关切而进行的媒体（新闻）控制的问题。这些问题是否，以及在什么意义上可以通过扩展性的活化(Aktivierung; activisation)对基本法的思想而得以解决——比如，将基本法解释为一些对整个政治共同体都有约束性的一般性的价值观；或者，法律的这套分化出来的技术手段体制是否会因此目的而得以发展并被赋予宪法的地位？这些疑问可以由立法者，或者一个法学原则，或者是在司法上发展的法律来进行解决。比如，我们可以考虑建立一些独立于政党政治的机构——沿着司法机关或联邦银行那种模式来进行考虑，这些机构既可以根据规则而被授权，又拥有为特定问题而执法的管理权。

我们在此所做的这种考虑将执法的现实包含在了法学方法论中，或者说实际上包含在了与法学思想相关的概念化的机体之中，但这些想法却完全远离了当下法学界的思考模式。<sup>[153a]</sup>不过，它具有的意义却很容易看到，而且会得到扩大，因为通过法律的实证性可以带来一

些有意义的变化，社会计划可以根据这些变化来量身定型。在此，从运用程式的决定生成过程的视角来看待制定程式的决定生成过程时，必须进行位置上的转换。

## 4.9 控 制

所谓控制，我们理解的是，当决定生成过程在其进程、结果或者后果中不能与所控制的目标保持一致时，以另一种干预性目标对决定生成进行的批判性检验。只有在功能分化的系统中，才会有控制这种功能的需要，并进而会有相应的安排。明显的控制的出现与功能性分化的重构密切相关。在今天的法律系统中，如果我们想要理解控制安排的重要性，就必须考虑到这种关系。

控制的功能对应物或者说其前身可以在块状社会中看到，甚至在今天的一些功能不太分化的小系统(如乡村)中也可以在这样的一种形式中看到。这一形式内建于决定过程之中，会固有地考虑到某人的其他角色，这些角色会对行为予以约束。这一形式预设了，同样的人们在不断地以变化着的不同身份彼此相遇，由此产生了一种功能弥散性的社会关系：<sup>[154]</sup>例如，在乡村的绿地上，人们会在诸多人中遇到他的妻弟，或者会在教堂中、在消防演习中遇到他的债主。一个商店店主也是一个教堂委员会的成员，这为其带来了许多主顾，但也会限制他不能以不恰当的方式来讨债。教师的妻子会组织一场一年一度的慈善义卖，这为其提供了一个补偿孩子们学习成绩不好的机会。社会规训主要不是沿着对违反规范给予威胁性的惩戒或者是在某些情境中对抽象价值进行内化的路线而发展，而是会沿着“再次相遇定律”这样的路线发展，即对一个人在不同的互动语境中的角色的考虑。在后一种情况中，对惩戒和定罪的需要不大。如果使用惩戒的话，由于惩戒的生硬化，会使得所有社会关系都产生问题。相反，在一个有传承性

的习俗的框架下，对其他情境下的后果的预知会将良好的行为提升到一个角色发散的道德水准——这就是古希腊人所说的“精神气质”（Ethos）。

这样的一种安排有助于避免失望，并可以对这一强度进行检验——就是正好没有被激怒，并且在冲突中我们也能看出什么作为一项特定的德行而被制度化了。人们根据一些假设的前提来约束自己而并不需要进行沟通。对此，对一些相对具体的行为有所期望就足够了。但这些优点的反面是，各种不同种类的功能角色并没有被恰当地区分开或者说被特定化。一个角色的行为是参考其他角色而下的结论：那个不知道如何使自己经济独立的人不能获得信任来参与政治决策；那个拒绝帮助邻居的人作为证人就不可信。<sup>[155]</sup>这样，就只有很少的几个特定的角色得以发展，而这些角色又是相互抑制的。不过，只要社会没有重要的功能分化，这种情况就有利于社会的稳定。

284

而为适应更高的复杂性和功能分化，社会就必须去除这种固有的顾忌，并在制度上取代它。通过其他人的相反的角色来进行控制就取代了这种参考一个人的其他角色的方式：一开始也是最简单的方式，控制是通过互动中的各个参加者来进行的；后来是对特定的控制角色的制度化，该角色就是为此功能而专门化的，而且与互动的背景相脱离。这样，进行沟通的负担和对抽象的可解释的标准的需要就在增加，这进一步使得期望的期望和对控制的执行成为可能。更进一步地，对这些控制条件的规定、改变以及再进行控制的问题就会出现。对规则的大量需要就会提出法律的要求。不过，对一个人其他角色的漠视却并不是完全取消它们或者认为其无意义，而只是将其降至一个策略的层面上。功能上特定的子系统必须明白，它们会对其有结构上的依赖。因为，它们成员的“其他角色”现在受个人的个别化了的内容而决定，并因人而变：对穆勒部长有劳工运动的背景还有他在这方面的“关系”的事实不加注意或没有利用将是愚蠢的；而将这个部的系统结构性建立于这一事实之上则将是同样的愚蠢。

社会上所认为的恰当的道德形式也会相应地改变：教师可能不会依据谁在其妻子的义卖活动中购物来进行评分；教授也可能不会因为其助手娶了其女儿的事实就认定助手有授课资格(Habilitation)。这一变化在对平等观念的重新解释中显得更为突出：尽管有着其他的(现在是不相关的)角色背景，它却不再根据最后在好的方面或坏的方面得到的结果(互换或者复仇)来看待平等，而在于对特定的决定生成前提的使用上的平等。植根于个人互动之中的那种有着具体特性的平等就这样被废弃了。法律面前的平等就意味着：“不因人而异”地对决定生成标准特定和普遍的适用——对古代社会而言这看上去是一个不道德的决定生成原则。公平现在因其有效性而意味着对法律的一贯性的执行。

当法律决定生成的过程被以程序的形式分化出来但仍然保留了其功能时，盎格鲁—撒克逊术语中所说的**社会控制**(social control)发生的普遍性的和总体性的变化也对这一过程产生了影响。法律上的决定生成过程成为了控制的目标，并且同时也是可能的控制形式。只要都依据有充分的决定生成的准确性标准，法律上的决定生成过程就可能控制法律上的决定生成过程，程序会根据程序而订立。这样一个具有控制关系的组织框架尤其体现在司法审级的等级化建构中。在作为国家支柱的司法部门中，早期的高级法院和低级法院审理不同的案件；根据规则，审级是依据诉讼的标的来进行区分的。但今天的情况却已大有不同，高级法院主要是(有部分法院是仅仅是)对低级法院的判决进行控制。这种审级控制实际上在此就是：全面的或有限的(比如因受限于法律问题)决定生成过程的重复。控制以引导原决定的同一标准为依据。这种模式甚至可以涵盖于立法程序：就对法律的运用而言，[司法]可以被看作是对立法性决定的司法上的控制。总而言之，我们在此涉及到的是某种这样的安排，它只是对控制进行限定，完全地或部分地在重复决定的过程，并没有出现其他的视角(也就是说选择的范围并没有展开)——总的来说，这是一种非常破费的机制。

如果要正确评价其效率，我们只要去注意其对法律规范背后的意义结构的统一性和一致性的维持就可以了，当然不是去注意单个决定的正确性。当然，人们可能会说，实证法控制的整个负担不能够完全由这些单为此目的而适用的结构和过程来承担。而实际上，在法律决定生成过程的即时互动的背景中，我们就能发现一些基本的控制程序；它们不太明显，但因此也就更引起了社会学的兴趣。

建构于互动内部的控制由此显示出这样的特征，它仿佛是被附带地进行执行的，而无需解释原由。不过，互动却并非因控制而出现，而是另有原因，比如苦心推敲一个决定[即无需互动]。不过，在互动被结构化并被贯彻的这一方式之中，肯定会存在这样的情况：每一个参与者都受到了和他相对立者的控制，而相应地，个人的自我控制也会通过对他们特有的其他角色的考虑而得到调整。这种控制的形式和主题随控制系统的不同而有所不同。我们大致地可以将其区分为：通过对话进行的解释学控制(hermeneutischer Kontrolle; hermeneutic control)、通过定位于相关群体进行的职业控制(professioneller Kontrolle; professional control)以及通过政治机制进行的政治控制(politischer Kontrolle; political control)。

在这些形式之中最具体和最典型的控制就是解释学控制，它通过解释法律规范的意义和论争而带来的说服力进行控制。这种控制是由这一特定的境况所必然决定的，即法律上的决定生成的过程很明显不能根据结果，而只能根据具体的步骤和论证来进行检验。那种检查结果、复核活动(Gegenrechnung)，或者简单地将判决与“良好的法律感”(gesunden Rechtsgefühl; healthy legal sense)进行的比照都不能被看作是控制。法律上认为的控制必须伴随着或者重复着决定生成过程。一开始，这一过程必须被看作是对已发现的决定进行选择，这一点必须作为共同的认知基础，而不能根据一种自然的倾向去作出决定。另外，我们必须承认，法学的或解释性的思维方式通过选择决定而排除其他的可能，可能并不具有一个逻辑的令人信服的形式，它以

一种细小的、局部的跳跃方式表现出了一种非逻辑性，并因此具备了特有的合理性。这样，决定生成情况中的复杂性就会增加，尤其是必要的推理的数目，因此也就是可能的反对的数目都会增加。<sup>[156]</sup>解释和证明被分割为一个个的思想单元，它们都可能被对局部问题的更好的解决所替代。<sup>[157]</sup>在说理的背景中，所有的批评也必须将自己置于受批评的位置上，并必须赞同对更好的解决方案的寻求，或者允许这种意义的汇集以形成决定。因此，解释学程序特有的合理性不是来自于一个规则系统，不能通过该规则系统的使用来获得惟一正确的结果。相反，它建立于这样的事实上：这一思想过程被分割成了诸多的同意或反对的可能性，并且会表现在对话之中。<sup>[158]</sup>这就包括了一种对初始意义理解的步步推进的——永远不是总体性的——问题化。但它却并不适合于对系统结构的深入性的问题化分化，因为系统结构的变化会有更深的、不能被对话所概括的影响。

可以在此发挥如此作用的对话是一种程序类型的社会系统，这类系统利用时间以简化复杂性。参与者在其中必须格外留心：他们只能在恰当的位置上讲恰当的事情，否则，他们就会发现他们将很难进入这些共识集体中；他们必须延续一个主题，必须了解情况，不能在思想上绕开讨论的对象太远而把自己疏离开；他们既不能纠缠于一个已经说明白了的意见，也不能跑得太远。这种对话对一些启发性的创新的有着严格的限制。这种对话更有利于澄清一个预先假定的情境而不是实际的进行计划。不管怎样，一些非常在行的、对这种讨论有着丰富经验的专家们（在我们的情况中就是法律人士），当然可以将更多的可能性话题引入到这种对话的形式中。但他们总是会出现思路不清或概要不明的危险，要不就是过深或者过泛地使自己处在了不恰当的位置上。这样，对这些主题以及对话系统的阐释就因此而受到了阻碍，并最终宣告失败。

因对话开放的这种相互控制的变化只能在系统的范围内而实现。为此目的，部分书面、部分口头的法庭程序就提供了特别有利的条

件，尤其是当所有的主要角色都是由法律人士来担任时。这就出现了这样的一种情境，在此之中，对事实的同样的理解和同样的技巧在共同发挥着作用，不过是以不同类型的由功能上分化出来的角色的身份。律师以各方代理人的角色在彼此进行控制，当然，同样也对自己进行评判，看其是否可以批判性地参与这些由律师们提出来的案件。这样一种关系网络能够自我约束，并通过排斥可能的反向举动的期望和非实质性争论而对自身进行简化。虽然对决定生成的动机能够实现多大程度的有效控制仍然是一个问题，<sup>[159]</sup>但是，我们至少可以肯定，一定有这样的动机，它不得不迫使自己融入可以在对话的基础上来进行决定的这种模式之中。

对话的控制效果的边界表现在这些决定生成角色的有限的参与上。法官们只有在不同意一些行为要求时才会参与并投身于对话之中——在有的程序安排中，他们仅仅是作为观察者；在另外一些程序中，他们可能会非常活跃，但始终只是对事实进行澄清。法庭上关于法律的对话是很少的。其部分原因在于法官之间都是同僚并且只是进行秘密地协商，这就使得审判主席或审理记录者在面对一个判决时很难作为法律上说理的群体代言人，他们顶多只能对为什么提出这种法律说理进行提问。另外，在程序的进程中，对任何一个司法见解进行解释都会带来可能被看作是偏见的危险——这将会被严肃地作为一项反对（Bedenken; objection），尤其在盎格鲁—撒克逊的程序系统中。为此原因，在此就需要正式分化出来一种法律上诉审级（Rechtsmittelinstanz; the instance of legal remedy）。这尤其是因为，以此方式，与那些对一审沉默且缺席的法官——不过[他们]可以在对纠纷进行判决之后取回文件并看到最后的判决——之间的对话才能够继续下去。

除了对话这种直接的互动，还有一种一般化的控制形式。它通过法律人士的一般态度表现出来，并且不仅仅影响到法律事务上那些可能的意见和行为。我们称此控制类型为职业控制。

专职工作的职业化是已分化社会的一个值得注意的、最近被谈论

很多的现象，<sup>[160]</sup>它将许多问题和解决手段特别地结合了起来。当总的社会功能(此处的这种功能是对法律进行管理，在其他的典型场合还有对灵魂救赎、教育、健康、身体安全免受袭击的管理，尤其是今天还有对高度商业风险的管理)为了能够恰当地发挥作用而必须被分配给各个特定角色，即各社会子系统时，职业便开始形成。结果，会有双重的问题需要得到解决：一方面，对于各个职业角色而言，在料理这个总的社会功能时会明显地存在高风险：不可解决的纠纷、死亡、恐惧、真理缺失等风险，而对此并没有一个总的、社会制度化的克服恐惧的形式。这种单个的角色承担者不可能承受的风险必须被相应地化简，而这很明显是通过避免过失的责任的转移来实现的。而同事群体就可以施加控制以限制过失，在某些方面甚至可以避免这种结果的发生。另一方面，这种职业角色的专门化又有利于知识和技术的使用。但也由此会出现为了个人利益的权力扩张的可能，以及并不顾忌可能会出现的目的理性的可能，对此必须从社会利益方面进行限制。这种对总的社会价值的考虑必须被转移到一个更窄的职业品性上，并在与特定专业要求的协调中被制度化。这种转移发生在当这一职业开始为其安全利益进行考虑时，尤其是，当这些角色中的个人开始承受高风险，并为其生存而需要道德基础、同僚共识和对同僚的判断失误有一个认可的容忍限度时。这种风险以及价值的转移会被有较高的社会声望和获得较高平均收入的机会——这个收入并不是根据单个案件的收入——促动与激励。

289

在法律领域中，律师这一阶层已经发展成了传统职业中最大的一个。与这种职业化相关也出现了很多的问题。其中一个最古老的问题源于社会对律师的道德抵制：因为律师对于纠纷有一种商业利益，这种商业利益与法律的功能相违背，并有可能推动律师去制造或拖延纠纷。中国儒家的道德规范和古罗马法都禁止对法律建议付酬，或者不支持为这一薪酬而提出的主张。不过，这一障碍可能会逐渐地通过一个与纠纷的进展和结果相独立的“服务费”的概念而得以消除。<sup>[161]</sup>



另外，这也是由法律纠纷中的高失望比例(50%)所决定的。律师在法庭上的案件平均会输掉半数，很清楚，这种经历就使得他们由于诉讼中的利害冲突而不可能紧密地联合起来。这样，律师会转而将其表现与法律本身相联系，这种方式很明显会使得法律对他们而言显得非常困难、不确定、因案件而有别，而不如法官看待的那样具有确定性。

290 这一职业也产生了这样一个符号，即“通说”(herrschende Meinung; leading opinion)，<sup>[162]</sup>它可以很好地描述此处存在的困难和进行解决的方式。“通说”倾向于对法律采取一个两可的态度，以具体地适用于具体的情境和角色语境。它既将异议进行了正当化同时也离不开共识。它使得法律的呈现既是确定的，也可以是不确定的，是根据具体的情境和决定性的结果而出现在或此或彼的位置上。在实际运用中，通说形成了一个很宽的足够安全的范围，当然，这一范围也并不排除反驳论证的可能性或者因为没有注意到主流意见而受到惩罚。对通说的偏离可能会被“证成”，<sup>[163]</sup>这并不就是一个错误。但它可能是这样的一个过程：会被同僚进行评判，会有特定的风险，会被要求特别的说理——尤其会取决于个案的特殊情况，不可能简单地因为无意而发生。今天，一个同事用通说来进行的说理或者说是对其进行的反驳，实际上都是在制造一个书面讨论的语境，他的意见和行为由此语境的边缘开始，但个人会为此冒一点风险。

在法律上的这种职业控制能否发挥效率和集中于一定的主题，要根据不同的情况而定。当然，其中一个主要的因素在于这里所指的同僚关系群体(Bezugsgruppe; reference group)在多大程度上是一个可以进行奖惩的真正的会员群体(Mitgliedschaftsgruppe; membership group)。<sup>[164]</sup>在这个意义上，伦敦律师学院\*的公共生活就形成了一种与一般的对“帕兰登特”的参考和引证不大相同的关系。但今天，许

---

\* 伦敦律师学院(London Inns of Court)又称伦敦律师协会，伦敦共有四所律师学院或协会，这类学会是惟一有权授予讼务律师资格的组织。

多律师的活动已经伸展到经济、政治、组织和司法领域之中，以至于他们已不再承认他们之间还有一个中心汇集点。他们的职业关系被组织身份所割断，而他们的职业品性也被组织忠诚所调和。我们因此认为，这种职业要求的思想方式、态度类型上的相似性是基于一个共同的大学教育（其他专业的学生群体不会如他们这般的在去往讲堂的路上热烈地讨论着讲授的题目，而且还会在学生食堂里进行着如法律人士那样的法律质询和案件模拟）。这一教育对学生们的活动产生了长期的影响。<sup>[165]</sup>而之后进行的较之于初期的这种社会化影响更大的职业控制的效果却并不大。

同样指出这一方向的是另外一个因素，即以往的法律概念化、推理精致化和说理优越性意识的明显下降。这种意识曾经是同僚们可以用来评价“好的”与“坏的”律师的标准，但如今却被有着特定利益的组织所决定的成功标准占据了这一位置，只是它们没有机会成为一个职业内被普遍推崇的标准。<sup>[166]</sup>这一变化可能会和（有待继续观察的）291 教义上的社会功能的缩减有关。另外，今天只有部分法律领域适合表现统一的职业要求：它既不是那些众多的组织性决定，也不是那些不断被立法所改变的内容。最后，我们可以提出这样的问题：在一个总的社会层面上，通过职业要求和控制来解决问题的特别方式是否会因为今天剧烈的社会分化而显得过时？是否还仍然可能通过考虑同僚的意见，并将总的社会价值形塑于角色特定的品性之中这样的方式来为安全和自律负责？护士、商人、工程师、特许会计师等这些人只是将职业作为一个身份符号，这就进一步证实了这一怀疑，即这一形式不再和一个问题群（Problemkonstellation; problem constellation）相连接，而只是起着装饰性的或只是指导诉求的目的。

随着法律的实证化和与立法准备相关的政治过程的形成，开始出现了一类全新的法律控制——政治控制（politische Kontrolle; political control）。这类控制尚未被如此地标明，它还没有得到制度上的承认。它并没有作为正式的工作程序而分化出来，而是内置于互动的语境之

中。因为它所处的这一语境有利于对决定生成的政策准备，所以，我们将这种控制看作我们正在讨论的类型。这种控制对决定进行评判，不是考虑到它们的准确性，而是看其结果，所以，它是在一种非一致性角度上来进行操作的，正因如此，它与刚刚提到的解释性控制和职业控制有着根本的不同。

由于实证法接受了条件程式这一形式，因此也就使得程式性的决定生成不需要为其决定的后果负责，达到绝对正确的控制也就不太恰当。这些控制仅仅是对决定生成之中的思考来进行检查，却并不保证这些思考就一定会产生一个与立法者一般的和全面的对法律所负责任相一致的后果。这种偏重于技术有效性的程式化形式和其对结果的不完全预见性始终会引起决定生成问题，因此需要根据结果来进行纠正。

292 但是，目前尚未发现恰当的制度来对此问题予以解决。法律人士一般不会报告这样的事实并要求进行修改，这些事实对他而言并不是“错误”或者不是“规范性的矛盾”。他只是在可能的限度内来考虑以精心加工一个结果，而不是想要引起法律的变化。而政党政治却不大考虑在法律遵守上的个别情况，它也没有对由此出现的这些现象进行观察和评价的系统性的方法。政治一般会考虑那些已普遍感受到的不满，如[政治]危机和丑闻，但这却是法律人士极力避免的。如果政治合理性的条件没有根本上的变化，这些敏感阈限就几乎不会被降低。即使是在管理科层中，也可以想见，对一些不可适用的法在运用上带来的麻烦进行从下到上的检查都很难发挥作用，而对外界的批评性监督就更是视而不见了。初看起来，那种包含在立法过程之中的利益集团与部级机构(Ministerialbürokratie; ministerial bureaucracy)的直接接触，为这种很难进行的政治上的结果控制打开了一条通道。但从目前的经验来看，这条通道起到的也只是一种修补和调和的作用，而不会实现法律的结构调整或者革新。由于有效的政治控制的缺失，由法律的实证化带来的很多机会都没有被很好地利用。

最后，这种困难还在于这样的事实：法律的实证化带来了更高的复杂性并因此扩大了控制和被控制过程之间的距离。不过，这可能也是一个不被注意的优点，即从原则上讲，控制是**不可被求全责备的**。政治家和立法者只对**正确**决定这样的结果感兴趣。但另一方面，一个完全不同的数据处理系统却必须被建立，它纯粹以政治控制为目的，而且不可能在其他的工作语境中作为副产品而出现。这个命题要求我们必须将注意力从偶然性的政治控制转移到一个分出的政治控制上：比如可以建立这样一个立法机构，任何人均可以向其报告现行法律在适用中产生的后果，这些信息将会被储备为政治行动的材料。

[在此]对控制法律的各种可能性进行概括：很清楚，法律的实证化在这一点上至少显示了传统制度的不足，如果还不能说是将其彻底根除的话。这些制度不能——或最多是有限地——与更高的复杂性同步前进，因而被远远地抛在了后边。在这些制度的运用领域之外，还有很多新的需要，对此必须制度化地予以解决。不论是在同样的标准下对决定生成过程的形式性的重复，还是对解释学控制与职业控制的并行使用都不适合作为校正机制。虽然不会完全丧失其意义，但这些手段仍然不能成为既定法律体制的内在准确性的控制机制，并且也不能完全利用因为立法产生的那种批判性和合理性的潜力。同样，就像经济目的理性的领域一样，<sup>[167]</sup>法律也必须发展出新的控制形式，这一形式联系于程式化层次，也就是联系于对决定进行的决定。而且，就其决定范围而言，这种控制形式还可以获得并评价程式的有意义的变化信息。当然，这里并不包括实证法的合理化的全部条件。对这些条件不能在对现行法的控制中进行确定，而需要借助于对总的社会背景进行的回顾。

293

---

[1] 对于早期的解释历史而言尤其如此。Stephan Kuttner, "Sur les origines du terme 'droit positif' ", *Revue historique de droit français et étranger*, 15, 1936, p. 728 - 740;

Damian van den Eynde, “‘Ius positivum’ and ‘signum positivum’ in Twelfth-Century Scholasticism”, *Franciscan Studies*, 9, 1949, p. 41 - 49; Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960. 同时, 自从 19 世纪法律完全实证化以来, 这个概念开始变得模糊和多义——部分是因为它已被概括和定义为有效性, 部分是因为它还企图满足对法律有效性的实质化的主张。

[2] 另外, 对于科学的实证性的科学理解, 我们可以注意到同样的现象——比如, 可见哈贝马斯的批判意见, Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt, Main, 1968, 特别是 S. 88。

[2a] 详细的可见 Niklas Luhmann, “Die juristische Rechtsquellenlehre aus soziologischer Sicht”, in *Festschrift René König*, 已付印。

[3] 这即使在法学理论之中也引起了很多的批评。不过, 对于那些努力将法律渊源的概念保留在一个感性理论意义之中的早期论述的一个批判性概述, 可见 Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Wien, 1929。

[4] 即使法律人士也很熟悉这种区别。见 Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 78ff。

[5] 例如 Felix Kaufmann, *Methodenlehre der Sozialwissenschaften*, Wien, 1936, S. 181ff; Hans Kelsen, *Vergeltung und Kausalität*, Den Haag, 1941; Fritz Heider, “Social Perception and Phenomenal Causality”, *Psychological Review*, 51, 1944, pp. 358 - 374; Edward E. Jones u. a., *Attribution. Perceiving the Causes of Behavior*, New York, 1971。例如一些法学文献: Karl Larenz, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig, 1927; H. L. A. Hart and A. M. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford, 1960; Joel Feinberg, *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, 1970。

[5a] 对于在中世纪时, 时间和法律之间关系的这种变革的起源, 参见 Hans Martin Klinkenberg, “Die Theorie der Veränderbarkeit des Rechts im frühen und hohen Mittelalter”, in Paul Wilpert (Hrsg.), *Lex et sacramentum im Mittelalter*, Berlin, S. 157 - 188。

[6] 如此的表述可见 Julius Kraft, “Paradoxien des positiven Rechts”, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 9, 1935, S. 270 - 282(271)。

[7] 进一步的论述参见本章第四节。

[8] 有很多材料的启发性的讨论, 可见 Hartwig Bülick, “Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht in nationaler und übernationaler Sicht”, in *Staat und Wirtschaft im nationalen und übernationalen Recht. Schriftenreihe der Hochschule Speyer*, Bd. 22, Berlin, 1964, S. 15 - 42(31ff)。即使对刑法而言也是如此, 尽管它通常被认为是很少变化的(例如, 可见 Emile Durkheim, *De la division du travail social*, 2. Aufl., Paris, 1902, p. 44)。George W. Kirchwey, “The Prisons Place in the Penal System”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 157, 1931, pp. 13 - 22(15), 提到: “在最近几年的一年中, 在芝加哥被逮捕的 100 000 人中, 超过半数的是触犯了 25 年之前就根本不存在的法律。在现在联邦政府监狱的囚犯中, 76% 的人所坐之罪在 15 年之前并不是犯罪。”不过, 在此我们必须考虑到这些数字很可能被后来存在的禁止立法所扭曲。

[9] 对于在时间压力下的渐进的分化和角色特定化的背景、必要速度的增加和时间性的特定化, 参见 Norbert Elias, *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, 2 Bde., Basel, 1939, Bd. II, S. 337f; Wilbert E. Moore, *Man, Time and Society*, New York, 1963, 尤其见 pp. 16ff; Niklas Luhmann, “Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten”, *Die Verwaltung*, 1, 1968, S. 3 - 30; 重印于 Niklas Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, 1971。

#### 第四章 实证法

[10] 通过早期法律进行证明的要求并不会排斥革新，这个事实是已知的并常被提到（作为对其他内容的替代，可见 Rolf Sprandel, “Über das Problem des neuen Rechts im früheren Mittelalter”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Kan. Abt. 79, 1962, S. 117 - 137），但它总包含着改进的可能性，尽管是被限制在较窄的界限内。人们对此可能会依赖记忆上的断裂、虚拟或者伪造，这都假定了一个文档记录的一个不发达状态。

[11] 在此是否不得不决定放弃对教义的系统化——这当然带有这样的意思并因此会消除漠视——还有待决定。公法的发展——主要的实证立法领域——清晰地指出了这一方向。不过，有着教义内涵的新的概念控制形式正可以如此的得以发展（在功能上等同于这样的去教义化[Entdogmatisierung]），它与更高级的漠视相适应。

[12] 见本书第 304 页。

[13] 为了讲得更为简洁，我们将分析限定在时间维度和规范生成上。我们也不得不指出，行为期望的一般化的其他维度也会有反身形式——制度化在一开始扩展到制度化的程序，然后就仅仅扩展到现实的法律语义（见本书第 97 页及以下），这样，有意义的法律主题就被添加了意义建构的和解释性的概念。在这个意义上，法律上规制的程序和法律教义也就是这一整个画面的特征。我们在此为了使发展的原则显得更为清楚对此只是简要概括。

[14] 一般性的论述，见 Niklas Luhmann, “Reflexive Mechanismen”, *Soziale Welt*, 17, 1966, S. 1 - 23; 对其在实证法上的运用可见，Niklas Luhmann, “Positives Recht und Ideologie”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53, 1967, S. 531 - 571。两者均再次刊印于 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, Köln-Opladen, 1970。

[15] Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven-London, 1964, 相同的坚持一个“程序版的自然法”的看法 (p. 96)——只不过是披着道德的外衣。他解释道：“‘程序’这个词总体上说非常适当地显示出我们在这里所关注的不是法律规则的实体目标，而是一些建构和管理规范人类行为的规则系统的方式，这些方式使得这种规则系统不仅有效，而且保持着作为规则所应具备的品质。”（此处引文引自[美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，北京：商务印书馆，2005 年，第 114 页。——译者注）

[16] 参见 Carl Friedrich Ophüls, “Ist der Rechtspositivismus logisch möglich? ”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 21, 1968, S. 1745 - 1752, 和 Norbert Hoerster, “Zur logischen Möglichkeit des Rechtspositivismus”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 56, 1970, S. 43 - 59 两文的论争。在最后一部分可见对此的进一步评论。

[17] 与此相似的一个有意思的证据是在关于感知的先验理论中对同一性的讨论中。这一同一性正是由对步骤的反身所引起的，在此它是——认识想像。它涉及到了这样一个问题，即一个将自我作为客体来介绍的主体，因为他的想像与这样的想法相关，而如何能够仍然保持与自身的统一。

[18] 在以下讨论中，对此语境的论述显得特别显眼，H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 593 - 629; and Lon. L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71, 1958, pp. 630 - 672。进一步的可见 Samuel L. Schuman, *Legal Positivism. Its Scope and Limitations*, Detroit, 1963。整个的讨论都受限于这一事实，即实证法一如从前的与自然法和道德相对，并因此显示其不足。

[19] 参见本书第 275 页及以下。

[20] 比如在对罗曼蒂克式爱情的文学描写中。

[21] 如此，对许多道德拷问的疑问在此得到确认。涂尔干已经对此有所强调——见本书第 51 页。

[22] 如下也是一个例子，在此反身性和分化的语境显得特别明显：对于爱情的思想性反思的神学和道德问题——这是前现代时期讨论的主要主题，如在 Bossuet 和 Fénelon 的讨论中——可以通过对爱而热爱的罗曼蒂克观念 (Jean Paul) 而得以解决。这一观念与从

神学上维护的道德的分化相并行，从而将爱情移交给了一个功能上特定的社会子系统，即中产阶级家庭。

[23] 对由于高度文明所引起的“法律系统”之间分化的更为一般的论述出现在帕森斯及其周围研究者。Talcott Parsons, *Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs, N. J. 1966, passim; Talcott Parsons, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, N. J., 1971, passim; Leon H. Mayhew, “Law. The Legal System”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 9, 1968, pp. 59-66, 进一步可见 James R. Klonoski and Robert I. Mendelson, “The Allocation of Justice. A Political Approach”, *Journal of Public Law*, 14, 1965, pp. 323-342; Lawrence M. Friedman, “Legal Culture and Social Development”, *Law and Society Review*, 4, 1969, pp. 29-44.

[24] 法律的普遍的可执行性，也就是适用于每一法律原则的这一直接有效的标准今天仍然完全被法学理论所拒绝。例如见此讨论 Hermann Kantorowicz, *Der Begriff des Rechts*, Göttingen o. J., S. 72f; 或者 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, 以及批判性的, Jack P. Gibbs, “Definitions of Law and Empirical Questions”, *Law and Society Review*, 3, 1968, pp. 429-446.

[25] Roscoe Pound, “The Limits of Effective Legal Action”, *International Journal of Ethics*, 27, 1917, pp. 150-167, and Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, New Haven, 1942; Neudruck o. O., Hamden, Conn., 1968, pp. 54ff, 特别是对于带有法律的道德化的执行问题。

[26] 例如, Robert E. Goostree, “The Iowa Civil Rights Statute. A Problem of Enforcement”, *Iowa Law Review*, 37, 1952, pp. 242-248 (244f), 详细的内容见 Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunities. A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge, Mass., 1968. 另外一个正式的将条件程式非法地重新解释为目的程式的例子被 Frederick K. Beutel 所调查, 见 *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*, Lincoln, Nebr., 1957, pp. 256ff; 美国执行机构在实践中是通过刑罚的威胁实现债务的重新履行, 而不是对未兑付的支票进行处罚。

[27] 另外, 这一点也会出现在认知期望领域之中, 现象因此具有了典型的特性。在此, 与传统相反, 当代的这种真理条件上的细致化——将其限定在被动性的主体间的确信性上——引起了对于真理可能性的极端限制, 但同时, 它也引起了真的或很可能为真的信息的无限增长。

[28] 法律和道德的分化在古代的中国有着非常明显的影响, 而对欧洲的发展影响不大。在中国, 这一分化形式只能在一个历史的语境中被准确地理解。各有着不同传统的两套机制甚至在从古代末期的社会向政治统一的高度文明过渡时仍被强调: 一边是建立在惩罚性司法基础之上的政治立法; 另一边则是建立在古代礼仪的一般化和伦理化之上的, 主要是反对法治的儒家道德——礼。见 Joseph Needham, *Science and Civilisation in China*, Bd. II, Cambridge, 1956, pp. 518ff; Ch' ü T'ung-Tsu, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag, 1961, pp. 226ff. 立法只在法律政策中受道德所左右, 而在具体的冲突情况中, 法律甚至因为其惩罚的严厉威慑性而要优于道德。这种解决方式提醒我们现代的欧洲人, 在法律和道德之间有着一个非常小的缺口需要沟通, 由于道德不仅仅是被主体建立在内在的自我决定之上, 而是被汇编在法律的封闭性的文本传统中。

[29] 例如, Kant, *Metaphysik der Sitten*. 另外, 在法律中还有一种特别为英国的实用主义所坚持的对法律如其所是与法律应当如此(道德)的区分。这两个概念都受制于细致型论述的偏执型困难, 而并没有什么是社会学上所讲的法律和道德的差异。对随之而来的讨论的概括, 可见 Hans Nef, *Recht und Moral in der deutschen Rechtsphilosophie seit Kant*, St. Gallen, 1937.

#### 第四章 实证法

[29a] 这是一个不断被重新提到的主题，参见这些相互提及的内容，Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, London, 1965; H. L. A. Hart, *Law, Liberty and Morality*, London, 1963; Basil Mitchell, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, London, 1970。

[30] 最近的经验研究也显示，这一分化在实际经验中也被感受到，但还没有增加到一个彼此无关联的程度：Nigel Walker and Michael Argyle, “Does the Law Affect the Moral Judgements?”, *British Journal of Criminology*, 1964, pp. 570 - 581; Leonard Berkowitz and Nigel Walker, “Laws and Moral Judgements”, *Sociometry*, 30, 1967, pp. 410 - 422; Troy Duster, *The Legislation of Morality. Law, Drugs, and Moral Judgment*, New York, 1970。这个问题也被皮亚杰(Jean Piaget)在此观点上进行了理论探讨，见“Les relations entre la morale et le droit”，in Jean Piaget, *Etudes sociologiques*, Genf, 1965, p. 172 - 202。

[31] 这当然并不意味着，对于法律决定上程序性导向的工作而言，不再有目的观点和不再有程度上的要求。考虑到这一限制，我们就可以来考虑富勒(Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven-London, 1964)反对那一众所周知的、在文本上阐述的法律和道德的分化观点的论述。

[31a] 这一道德化的后果及其对偏常行为的强化趋势已经被 Duster(a. a. O.)借助于美国关于毒品的立法进行了详细的研究。

[32] 更详细的内容，见 Niklas Luhmann, “Die Gewissensfreiheit und das Gewissen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 90, 1965, S. 257 - 286。

[33] 各种解释，见 Niklas Luhmann, “Selbststeuerung der Wissenschaft”, *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 19, 1968, S. 147 - 170; 重印于 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Köln-Opladen, 1970。

[34] 例如，Platon, *Nomoi*, 857 Eff. 类似的内容在苏联也有，见 Harold J. Berman, *Justice in the USSR*, 2. Aufl., New York, 1963, pp. 277ff。

[35] 例如，Franz Beyerle, “Sinnbild und Bildgewalt im älteren deutschen Recht. Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte”, *German Law Section*, 58, 1938, S. 788 - 807。

[36] 一个更有影响的收集参见 Arthur Daguin, *Axiomes, Aphorismes et Brocards Français de Droit*, Paris, 1926。

[37] 例如，对通过被惩罚的罪犯的财富而自肥的政治统治者的禁止出现在《摩奴法》第九章的第 243 和 246 条：“一个崇高的国王不能私取因品行之恶而获罪者之财，如其因贪婪而为之，即因此(该犯者)罪而受污……如国外不贪(品行上)罪恶之财，(此国)人们将因时而(适)生且(可)长生。”(引自于 Georg Bühler, *The Laws of Manu*, Oxford, 1886)。这里实际上所规定的问题，亦即确保对法律客观上和事实上被遵守的功能，在一个功能弥散的规范体系中，就既不表现为一个意旨的合成也不是对“立法理由”(ratio legis)原则的解释。

[38] 在此，顺便可以很明显地看到，就像马克斯·韦伯(a. a. O., S. 263)已经指出的，它会以司法上的严格性和可适用性为代价。在此，这特别是一些社会主义国家所重复的经历——一个大众化的法律语言在法律的/技术的层次上是有问题的。

[39] 美国最近对教育可以辅助法律的执行持乐观主义的看法，尽管他们的法律语言不能令人恭维。参见 Frank E. Horack, *Cases and Materials on Legislation*, 2. Aufl., Chicago, 1954, pp. 129ff; Arthur E. Bonfield, “The Role of Legislation in Eliminating Racial Discrimination”, *Race*, 7, 1965, pp. 107 - 122。但经验性的研究却显示一个有限的效果，特别是 Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity. A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge, Mass., 1968。

[40] 程式的概念较之于计算机程序(computerprogramm)更为普遍。它已经使自身成为了介于系统理论和决定生成理论(作为问题解决行为理论)之间的链接纽带。心理学已



经特别熟悉在此基础上的一些研究。例如，可见 Walter R. Reitman, “Heuristic Decision Procedures, Open Constraints, and the Structure of Ill-defined Problems”, in Maynard W. Shelly and Glenn L. Bryan (Eds.), *Human Judgements and Optimality*, New York-London-Sydney, 1964, pp. 282 - 315; and Walter R. Reitman, *Cognition and Thought. An Information-Processing Approach*, New York-London-Sydney, 1965; Werner Kirsch, *Entscheidungsprozesse*, 3 Bde., Wiesbaden, 1970 - 1971, 尤其见第二卷。

[41] William Seagle, *Weltgeschichte des Rechts. Eine Einführung in die Probleme und Erscheinungsformen des Rechts*, München-Berlin, 1951, S. 165f.

[42] 不过, Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*; reprinted Neuwied, 1964, S. 49, 他在此看到了法律所表现的这种普遍的基本形式。进一步的, 例如, Jerome Frank, *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice*, Princeton, 1949, p. 14, 对于这一事实的“实际”承认。更多的法律理论上的和逻辑上的讨论, 参见 Alf Ross, *On Law and Justice*, London, 1968, p. 170; Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, S. 160, 195ff; Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3. Aufl., Heidelberg, 1963, S. 17ff; Rupert Schreiber, *Die Geltung von Rechtsnormen*, Berlin-Heidelberg-New York, 1966, S. 9ff. 考虑到目的定向和目的论证的继续意义的批评性内容, 见 Louis H. Mayo and Ernest M. Jones, “Legal-Policy Decision Process. Alternative Thinking and the Predictive Function”, *The George Washington Law Review*, 33, 1964, pp. 318 - 456 (特别是 381ff), 以及 Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, S. 141ff. Walter Schmidt, “Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 96, 1971, S. 321 - 354 (331ff), 相反, 指出了这样的事实: 目的程式也包含有条件化阶段。对于条件程式的法社会学分析显得特别必要的分析是 Paolo Farneti, “Problemi di analisi sociologica del diritto”, *Sociologia*, 1961, p. 33 - 87. 对于系统的可能性即决定生成的理论上的研究, 也见 Niklas Luhmann, “Lob der Routine”, *Verwaltungsarchiv*, 55, 1964, S. 1 - 33; 重印于 Niklas Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, 1971; 以及 Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Berlin, 1966, S. 35ff.

[43] 相反, 马克斯·韦伯看到了其含义, 但并未给出一个准确的概念形式。相反, 他非常不恰当地将条件程式和目的导向之间的矛盾阐述为一个“形式”和“实质”法律结构的二元对立。

[44] 这部分也是一个学科边界的问题, 因为目的一模式的合理性问题是由经济学, 而不是法律科学来使用的。当前似乎在苏联对法律原则和目的之间的关系有一个严肃的问题意识并被广泛地讨论。可参考 Hubert Rodingen, “Die gegenwärtige rechts- und sozialphilosophische Discussion in der Sowjetunion”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 56, 1970, S. 209 - 244 (217ff)。

[45] 与此相关的, 以及对目的作为正当化方式的相应使用, 参见 Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität*, Tübingen, 1968, 特别是 S. 58ff。

[46] 此论述包含的逻辑和模式化的理论问题尚未被解决。对于一个有争议的、将在此讨论的、非真实的条件原则(反事实条件)放于一个对可能性设计的一般理论之中的尝试, 见 Nelson Goodman, *Fact, Fiction and Forecast*, London, 1955, 以及随后的讨论, 见 Paul Teller, “Goodman’s Theory of Projection”, *The British Journal for the Philosophy of Science*, 20, 1969, pp. 219 - 238 提供了进一步的参考。

[47] 这一基本观点已被伽纳尔(Garner)所论述, 见 Wendell R. Garner, *Uncertainty and Structure as Psychological Concepts*, New York-London, 1962. 我们基于此进行论述, 特别是接受了“偶在的不确定性”这一概念。

[48] Edmund Husserl, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die*

#### 第四章 实证法

*transzendente Phänomenologie. Hasserliana*, Bd. VI, Den Haag, 1954。值得注意的是 Hans Blumenberg, *Lebenswelt und Technisierung unter den Aspekten der Phänomenologie*, Turin, 1963, 在此技术概念的解释中(S. 20f), 使用了一个特别接近条件程式的例子: 将人类行动简化为对复杂的协调后果进行的纯粹的解脱功能。

[49] 司法决定生成的这些限制特别为斯堪的纳维亚法社会学家所重视, 并且被认为分别与计划中的科学研究和决定生成过程相反。Villhelm Aubert and Sheldon L. Messinger, "The Criminal and the Sick", *Inquiry*, 1, 1958, pp. 137 - 160; Villhelm Aubert, "Legal Justice and Mental Health", *Psychiatry*, 21, 1958, pp. 101 - 113, 这两篇文章也同时刊载于 Villhelm Aubert, *The Hidden Society*, Totowa, N. J., 1965; Villhelm Aubert, "The Structure of Legal Thinking", in Villhelm Aubert (Ed.), *Legal Essays. Festschrift til Frede Castberg*, Kopenhagen, 1963, pp. 41 - 63; Torstein Eckhoff, "Justice and Social Utility", in *Legal Essays*, pp. 74 - 93; Torstein Eckhoff and Knut Dahl Jacobson, *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-Making*, Kopenhagen, 1960。

[50] 对于“证成的两级程序”(two-level procedure of justification)的观点, 即仅在规范的一般层次上考虑效用, 而不在个别案件的结果层次上进行考虑, Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, Cal.-London, 1961。反对在司法案件决定生成的纯效用上证成的趋势。这一观点立足于后实用主义所阐述的行为功利主义(act-utilitarianism)和规则功利主义(rule-utilitarianism)。参见 Richard B. Brandt, "Ethical Theory", *The Problem of Normative and Critical Ethics*, Englewood Cliffs, N. J., 1959, pp. 380ff, 附有进一步的参考文献; Marcus G. Singer, *Generalization in Ethics*, London, 1963, pp. 203ff (至今还依赖于 J. Stuart Mill), 以及 John Rawls, "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, 64, 1955; 重印和引自于 Norman S. Care and Charles Landesman (Eds.), *Readings in the Theory of Action*, Bloomington, Ind.-London, 1968, S. 306 - 340。

[51] 前者可见 Torstein Eckhoff, "Impartiality, Separation of Powers and Judicial Independence", *Scandinavian Studies in Law*, 9, 1965, pp. 11 - 48; 后者可见 Adalbert Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Berlin, 1971, 特别是 S. 106, 117。

[52] 对程序的直接目的相关的这一解释并非无可争议的。这一点可在此见到 Herbert L. Packer, "Two Models of the Criminal Process", *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1964, pp. 1 - 68, 以及 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, Cal., 1969。帕克在此根据是强调条件导向的正义还是对罪犯的有效控制而区分了两种刑事诉讼观点。他将事实上的目的性的“犯罪控制模式”(crime control model)——为了一些被承认的价值而通过内在的程式化的正义条件而对程序进行限制——与更多地考虑到“正当程序模式”(due process model)相对立。

[53] *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die Soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen — Eine soziologische Analyse*, Neuwied-Berlin, 1969。例如, 可以看到对家庭的主导背景进行的观察, “在此, 目的定向的引导性行为较之于规范性的行为控制被认为更为重要(S. 216)”。不过, 这还需要作进一步的研究, 尤其是需要和其他职业进行对比。

[54] 更细致的内容, 见 Niklas Luhmann, "Zweckbegriff und Systemrationalität", a. a. O., 尤其是 S. 171ff。

[55] 对于最近讨论的一个典型的例子参见 Yuji Ijiri, *Management Goals and Accounting for Control*, Amsterdam, 1965。

[56] Niklas Luhmann, "Lon der Routine", a. a. O., S. 22ff; and Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964, S. 97ff。

[57] 我们下文会返回到程式的执行是如何得到保证的这一疑问(本书第 319 页及

以下)。

[58] Eckhoff, a. a. O. (1965).

[59] 瓦舍斯托姆(Wasserstrom, a. a. O., S. 169)看到了法律决定的这两步的合理化(参见第四章,注50)是法律规则可变性的一个前提——这是建立在完全不同的起点之上。

[60] 对这两种决定生成类型的优点和缺点进行的一个典型的讨论,见 George W. Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, 2. Aufl., Oxford, 1951, pp. 182ff.

[61] 如 Thomas von Aquino, *Summa Theologicae*, II, II. qu. 61 art. 1, 对法律判决的解释: *quasi quaedam particularis lex in aliquo particulari facto*。

[62] 对此点的例子可见 Léon Husson, *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Paris, 1947, 特别是 p. 12ff; Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956。

[63] 对此区别可以参考英国法理学,例如 Carleton Kemp Allen, *Law in the Making*, 6. Aufl., Oxford, 1958, pp. 409f. 在法官方面的自我约束在最近的文献中有更多的争议。例如可见 Josef Esser, *Richterrecht, Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht. Festschrift Fritz von Hippel*, Tübingen, 1967, S. 95 - 130。不过,法官既不能在组织意义上也不能在信息的意义上被认为可进行“司法性的立法”。

[64] 阿兰(Allen, a. a. O., pp. 157f)对司法上对先例遵守的历史发展进行了一个有启示意义的概括。

[65] 另外,在司法上的判决生成的过程中有一个对社会学分析而言非常重要的出发点。社会学可以帮助法官发现新的案件——因为它们对已经变化了的社会形势的依赖,并解释它们的不同。也见 Paolo Farneti, “Problemi di analisi sociologica del diritto”, *Sociologia*, 1961, p. 33 - 87 (74)。

[66] 更具体地来看,这里还值得进一步检查:在今天的形式中,这些技巧假定在多大程度上是由立法者(而不是法官)在制定法律。如此一来,立法行动的日程和立法者一个抽象的“意愿”的改变都为法官保证了一个相对大的解释空间,而同时也是一个派生的对法律修订的法律——只能认为这在有着一个立法的形式中得以实践,而且也只能在这一范围之内。

[67] 不管这一开始显得有多么的惊奇,它都确实如此:即为了新的意识形态的建立——它由几条特定的指导原则、个人的或政治举措,最后还有赤裸裸的恐怖所决定——而进行的根本的、迅速的对法律的一般的修正,都不是立法而只是司法。这一司法是考虑到是否与这些新的指导原则相一致的每个案件进行检查的最为有效的手段。一个材料上更为丰富的研究见 Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968。不过,即便在此也有一大部分旧的、意识形态上中性的法律保留。

[68] 这就是为什么国会并不代表一种制度法律的暴力——这一点已被本雅明正确地看到,见 Walter Benjamin, “Zur Kritik der Gewalt”, in Walter Benjamin, *Angelus Novus*, Frankfurt, 1966, S. 42 - 66 (53f), 但他却将其错误地评价为“惋惜的演出”。

[69] Herbert A. Simon, “Recent Advances in Organization Theory”, in *Research Frontiers in Politics and Government*, Washington, 1955, pp. 23 - 44, 该文特别明确地阐述了这一区别,但由于承认一个多少被程式化的决定的连续体而弱化了其影响,参见 Herbert A. Simon, *The New Science of Management*, New York, 1960, pp. 5ff. 在行政法问题上的运用,也可见 Walter Schmidt, “Die Programmierung von Verwaltungsentscheidungen”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 96, 1971, S. 321 - 354。

[70] 对此的经验性材料可以参考最近的美国对立法机构行为的调查,参见 John C. Wahlke and Heinz Eulau (Eds.), *Legislative Behavior*, Glencoe, Ill., John C. Wahlke, Heinz Eulau, William Buchanan and LeRoy C. Ferguson, *The Legislative System. Explorations in Legislative Behavior*, New York-London, 1962; Aaron Wildavsky, *The Politics of the Budgetary Process*, Boston-Toronto, 1964; James D. Barber, *The*

#### 第四章 实证法

*Lawmakers. Recruitment and Adaptation to Legislative Life*, New Haven-London, 1965 及其他。

[71] 参见 Werner Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, Berlin, 1967。司法和立法根据条件程式和目的程式具有的这种分化更多的是被隐含地而不是明显地表现出来。对此作了明显的论述的, 见 Paolo Farneti, “Problemi di analisi sociological del diritto”, *Sociologia*, 1961, p. 33 - 87; Horst Ehmke, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation”, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 20, 1963, S. 53 - 102(70)。

[72] 甚至见 Roscoe Pound, “The Administrative Application of Legal Standards”, *Reports of the Forty-Second Meeting of the American Bar Association*, Baltimore, 1919, pp. 445 - 465。使法官作为一类社会工程师(social engineer), 非常接近这一管理。

[73] 更详细的内容在本书第五章, 第 356 页及以下。

[74] 以一个相对立的视角, 组织社会学家强调, 变化的必然性会积累到一个危机点上, 因为只有这样, 变化的需要和方向才会被承认。例如, Cyril Sofer, *The Organization From Within. A Comparative Study of Social Institutions Based on a Sociotherapeutic Approach*, Chicago, 1962, pp. 150ff; Michel Crozier, *Le phénomène bureaucratique*, Paris, 1963, p. 34, 259f, 191ff, 360f u. ö.; William J. Gore, *Administrative Decision-Making. A Heuristic Approach*, New York-London-Sydney, 1964; 特别是 Charles F. Hermann, “Some Consequences of Crisis Which Limit the Viability of Organizations”, *Administrative Science Quarterly*, 8, 1963, pp. 67 - 82。

[75] 在社会进化的进程中, 法律系统会逐渐地独立于政治系统——这一直接相反的命题可见于 Talcott Parsons, *Societies. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Englewood Cliffs, 1966, p. 27 u. ö.。它与帕森斯对文化和社会系统之间的严格区分相联系, 以及与将政治系统进行不同的定义——只是为了实现既定的集体目标——有关。这又说明了这样的事实, “经典的法社会学”已经不能正确地理解法律的实证性。

[76] 对此及其后的问题, 参见 Niklas Luhmann, “Politische Planung”, *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 17, 1966, S. 271 - 296, 重印于 Niklas Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, 1971。

[77] 尽管在反官僚制的时尚中是有意识地这样认为的, 并被认为是突破了政治系统的唯官僚制形式。对相反的内容, 尤其参见 Frank J. Goodnow, *Politics and Administration. A Study in Government*, New York-London, 1900。

[78] David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, New York-London-Sydney, 1965, pp. 128ff。

[79] 很有特点的例子见 Fred W. Riggs, *Thailand. The Modernization of a Bureaucratic Polity*, Honolulu, 1966。

[80] 参见此讨论: 43. *Deutschen Juristentag. Verhandlungen*, Bd. II, Teil D。

[81] 参见, 通过一个特别的问题, Niklas Luhmann, *Öffentlichrechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin, 1965, 特别是 S. 201。进一步的参见 5.2 节下面的论述(本书第 383 页及以下)。

[82] 例如, 一个非常有名的关于政治计划的文本, Yehezkel Dror, *Public Policy-making Reexamined*, San Francisco, 1968。因为其观点形式的政治结构, 就很少提到法律, 并在其文本中非常怀疑地评价立法机构的可适用性(pp. 278f)。在德国, 也正是这几年, 越来越有一些对立法形式中计划的可能性的怀疑。也见 Niklas Luhmann, “Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*。

[83] 这种情况被称为“柱体化”(Versäulung), 是一个源自荷兰社会学中的概念, 例如, 可见 Jacob Pieter Kruijt and Walter Goddijn, “Versäulung und Entsäulung als soziale

Prozesse”, in Joachim Matthes (Hrsg.), *Soziologie und Gesellschaft in den Niederlanden*, Neuwied, 1965, S. 115 - 149. 同样的问题可见 Seymour M. Lipset, *Soziologie der Demokratie*, Neuwied-Berlin, 1962, S. 18f, 81ff; 可能的一种特别的解决方法见 Gerhard Lehbruch, *Proporzdemokratie. Politisches System und politische Kultur in der Schweiz und Österreich*, Tübingen, 1967. (Pillarisation [荷兰语为 *verzuiling*] 或 *Versäulung* 指的是在荷兰和比利时社会中出现的教派分化现象。这些社会可以因不同的宗教派别和意识形态而被划分为许多的小块——被称为柱体 [pillars]。这些柱体分别有各自的社会设施, 如新闻报纸、政治党派、商会、银行、学校、医院、大学、体育俱乐部, 等等。有些公司甚至会只雇佣某个特定柱体中的人群, 这往往会导致不同柱体之间的疏离。如在荷兰存在着三个典型的柱体, 清教、天主教和社会民主柱体 [Protestant, Catholic and Social-democratic]。除原文引注外, 还可参考以下文本: Paul Dekker and Peter Ester, “Depillarization, Deconfessionalization, and De-Ideologization: Empirical Trends in Dutch Society 1958 - 1992”, *Review of Religious Research*, Vol. 37, No. 4, Jun., 1996, pp. 325 - 341; Walter J. M. Kickert, “Expansion and Diversification of Public Administration in the Postwar Welfare State: The Case of the Netherlands”, *Public Administration Review*, Vol. 56, No. 1, Jan. - Feb., 1996, pp. 88 - 94; David O. Moberg, “Religion and Society in the Netherlands and in America”, *American Quarterly*, Vol. 13, No. 2, Part 1, Summer, 1961, pp. 172 - 178; J. P. Kruijt, “The Influence of Denominationalism on Social Life and Organizational Patterns”, *Archives de sociologie des religions*, 4e Année, No. 8, Actes du Colloque European de Sociologie du Portestantisme, Strasbourg; 4 - 6 mai 1959, Jul. - Dec., 1959, S. 105 - 111。——译者注)

[84] 对此及随后的内容, 见 Niklas Luhmann, “Positives Recht und Ideologie”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53, 1967, S. 531 - 571; 重印于 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, Köln-Opladen, 1970; Niklas Luhmann, “Opportunismus und Programmatik in der öffentlichen Verwaltung”, in Niklas Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, 1971, S. 165 - 180。

[85] 这一观点——同时也是广为人知的, 最初出现于 Josef A. Schumpeter, *Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie*, Bern, 1946, S. 427ff。

[86] 这一例子源自 Vilhelm Aubert, “Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung”, in Hirsch and Rehinder, a. a. O., S. 284 - 309。

[87] James G. March and Herbert A. Simon, *Organizations*, New York-London, 1958, pp. 164f。

[88] 对宪政国家观念更详细的定位, 参见 Niklas Luhmann, “Gesellschaftliche und politische Bedingungen des Rechtsstaates”, in *Studien über Recht und Verwaltung*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1967, S. 81 - 102; 重印于 Niklas Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, 1971。

[89] 对于 Fritz Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, Tübingen, 1970 我们必须指出政治性的平衡决定生成过程——这是由于过分牵强地使用宪政国家这一原理带来的结果——时的困难。

[90] 那种片面抽象的主观权利的模式也属于这一语境, 并且与一个强烈分化的社会要求相联系。对此, 见下述内容(本书第 385 页)。

[91] 也就是通过将权利根据的问题和不被征收的问题进行区分。Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*, II, 14, § VIII, Ausgabe Amsterdam, 1720, S. 416。

[92] 对于此种不被普遍承认的风险责任 (Gefährdungshaftung) 的原因, 参见 Niklas Luhmann, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet*, Berlin, 1965, S. 139f。

[93] 例如, 可见波斯皮斯尔 (Pospisil, a. a. O., pp. 252f) 关于 Kapauku Papuas 进行的观察。

#### 第四章 实证法

[94] 这种趋势和可能应当在社会中有变化地并联系其他变量进行分配。对此问题的研究可见于 Leon Mayhew and Albert J. Reiss Jr., “The Social Organization of Legal Contracts”, *American Sociological Review*, 34, 1969, pp. 309-318. 最近的对关于法律知识散布的经验性研究的概述见于 Adam Podgorecki, “Loi et morale en théorie et pratique”, *Revue de l'Institut de sociologie*, 1970, p. 277-293, 特别是 p. 278, 279.

[95] 这一背景可见 F. E. Emery, “The Next Thirty Years, Concepts, Methods and Anticipations”, *Human Relations*, 20, 1967, pp. 199-237 (225ff). 对于认知性期望的领域, 参见 Robert E. Lane, “The Decline of Politics and Ideology in a Knowledgeable Society”, *American Sociological Review*, 31, 1966, pp. 649-662. 与法律相关的, 见 Jean Cruet, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris, 1908, p. 219ff, 发现法律的这种失落的道德权威已经是一个一般的和通常的现象。也见 Georges Ripert, *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, p. 171ff.

[96] 这看上去也出现在 Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, S. 43. 他强调: “在我们的眼前由人类的双手所创造出来的事物, 总会在人们的心目中区别于那些事物——它们的出现既是不可见的也是不可被感知的……”

[97] Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, Chicago, 1956. 对此提示, 通过许多少数者的规则进行的民主不同于根据多数人的规则进行的民主。

[98] 我们已经提到了这一内容——这也常被称为“多元主义”的法律理论, 见前文(本书第 297 页)。

[99] 对此及相关内容见 Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964.

[100] 对此与私人规范生成相对应的市场, 也可见 Lawrence M. Friedman, “Legal Rules and the Process of Social Change”, *Stanford Law Review*, 4, 1967, pp. 786-840 (806f)。

[101] Friedrich Brockhaus, *Das Legitimitätsprincip. Eine staatsrechtliche Abhandlung*, Leipzig, 1868, 在此可作为代表。

[102] 特别是自从 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 6. Neudruck, Darmstadt, 1959, S. 285, 332ff. 法学中的讨论, 可进一步地参见 Hans Welzel, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln-Opladen, 1966; 对于社会学和政治学上的贡献, 见 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln-Berlin, 1964, S. 22ff, 157ff; Johannes Winckelmann, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, 1952; Leonard Binder, *Iran. Political Development in a Changing Society*, Berkeley-Los Angeles, 1962, pp. 232ff; David Easton, *A Systems Analysis of Political Life*, New York-London-Sydney, 1965, pp. 278ff. 与此不同的(不是被信念之上的社会有效性所决定的), 见 Peter Graf von Kielmansegg, “Legitimität als analytische Kategorie”, *Politische Vierteljahresschrift*, 12, 1971, S. 367-401.

[103] 和韦伯理性法的正当性命题不同, 我们尤其需要阐明的是, 这个命题只是阐述了这个问题, 但并没有指出可以进行解决的社会机制。也可见对此批判性的论述, Peter M. Blau, “Critical Remarks on Weber's Theory of Authority”, *The American Political Science Review*, 57, 1963, pp. 305-316 (311f); Easton, a. a. O., S. 301f; 或 Walter F. Buckley, *Sociology and Modern Systems Theory*, Englewood Cliffs, N. J., 1967, pp. 197f. 即使社会心理学对“法律服从”的讨论也没有一个对此问题满意的定位(参见 Daniel Katz and Robert L. Kahn, *The Social Psychology of Organizations*, New York-London-Sydney, 1966, pp. 341ff), 更不要说有什么解决了。

[104] 对此, 前面的论述中给出了一个理由(本书第 273 页及以下), 即由于考虑到不接受的可执行后果, 条件程式被专门化了。

[105] 另外, 恐怖的有效性还存在于符号一般化之中——除了这种有形后果的有形的

有效性, 尤其参见 Thomas P. Thornton, "Terror as a Weapon of Political Agitation", in Harry Eckstein (Ed.), *Internal War. Problems and Approaches*, New York-London, 1964, pp. 71 - 99.

[106] 对此及相关的详细内容, 见 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, 1969; 与此相伴的理解性的批评, 见 Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt, 1970, S. 202ff, and Hubert R. Rottleuthner, "Zur Soziologie richterlichen Handelns (II)", *Kritische Justiz*, 1971, S. 60 - 88 (69ff).

[107] 一个与此类似的想法看来想在最近对“社会化”理论的论述中进行展开, 例如, 可见 Dennis Wrong, "The Oversocialized Conception of Man in Modern Sociology", *American Sociological Review*, 26, 1961, pp. 183 - 193; Howard S. Becker, "Personal Change in Adult Life", *Sociometry*, 27, 1964, pp. 40 - 53; Irving Rosow, "Forms and Functions of Adult Socialization", *Social Forces*, 44, 1965, pp. 35 - 45.

[107a] 对法律遵守和奖惩之间的关系, 可见最近的文献, Richard D. Schwartz and Sonya Orleans, "On Legal Sanctions", *University of Chicago. Law Review*, 34, 1967, pp. 274 - 300; William J. Chambliss, "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions", *Wisconsin Law Review*, 1967, pp. 703 - 719; Charles R. Tittle, "Crime Rates and Legal Sanctions", *Social Problems*, 16, 1969, pp. 409 - 423; Troy Duster, *The Legislation of Morality. Law, Drugs, and Moral Judgment*, New York-London, 1970, 特别是 pp. 23f.

[108] 对此可以证明的一个很好的研究是 Leopold Pospisil, *Kapauku Papuans and Their Law*, New Haven, 1958; 以及 Sybille van der Sprenkel, *Legal Institutions in Manchu China. A Sociological Analysis*, London, 1962.

[109] Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, 1942; 重印于 Hamden, Conn., 1968, p. 61 也指出, 除了对规范性内容的认识之外还有这种附加的执行动力的必要性。

[110] 对信息的概念及其在结构问题之中的语境, 更详细的内容见 Niklas Luhmann, "Reform and Information. Theoretische Überlegungen zur Reform der Verwaltung", *Die Verwaltung*, 3, 1970, S. 15 - 41; 重印于 Niklas Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, 1971.

[111] *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, Tübingen, 1968.

[112] 与此相关的, 在下面的内容中可见一些分散的和孤立的经验性研究。比如, 选自不同的规范领域, 可见 Clark Warburton, "Prohibition", *Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. XII, 1934, pp. 499 - 510 (作为对文献的浏览和进一步的参考); Folke Schmidt, Leif Gräntze and Axel Roos, "Legal Working Hours in Swedish Agriculture", *Theoria*, 12, 1946, pp. 181 - 196; Frederick K. Beutel, *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*, Lincoln, Nebr., 1957, pp. 187ff; Harry Ball, "Social Structure and Rent-Control Violations", *American Journal of Sociology*, 65, 1960, pp. 598 - 604; H. Laurence Ross, "Traffic Law Violations. A Folk Crime", *Social Problems*, 8, 1960, pp. 231 - 241; Michael A. Bamberger and Nathan Lewin, "The Right to Equal Treatment. Administrative Enforcement of Antidiscrimination Legislation", *Harvard Law Review*, 74, 1961, pp. 526 - 589, 相应地, 特别是, Leon H. Mayhew, "Law and Equal Opportunity", a. a. O.; William J. Chambliss, "A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy", *Social Problems*, 12, 1964, pp. 67 - 77; LaMar T. Empey and Maynard L. Erickson, "Hidden Delinquency and Social Status", *Social Forces*, 44, 1966, pp. 546 - 554; Vilhelm Aubert, "Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung", in Hirsch and Rehbinder, a. a. O., S. 284 - 309; Jerome H. Skolnick and J. Richard Woodworth, "Bureaucracy, Information and Social Control. A

#### 第四章 实证法

Study of a Morals Detail”, in David J. Bordua (Ed.), *The Police. Six Sociological Essays*, New York-London-Sydney, 1967, pp. 99 - 136; Erhard Blankenburg, “Die Selektivität rechtlicher Sanktionen. Eine empirische Untersuchung von Ladendiebstählen”, *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 21, 1969, S. 805 - 829; John A. Gardiner, *Traffic and the Police. Variations in Law-Enforcement Policy*, Cambridge, Mass., 1969; Kenneth M. Dolbeare and Philip E. Hammond, *Prayers and Politics*, Chicago, 1971.

[113] 在执法和立法之中“道德提倡者”的意思,可见 Howard S. Becker, *Outsiders. Studies in the Sociology of Deviance*, New York-London, 1963, pp. 121ff, 147ff.

[114] 另外,对那些有问题者的监视和报告纯粹是一个宗教的或道德动机的自治性。即便是清教徒众所周知的“圣察”(holy watching)根本上是源自中世纪时公社集体负责找到违法者的实践,但在最近却没有因纯粹的宗教原因而得以发展,参见 George Lee Haskins, *Law and Authority in Early Massachusetts. A Study in Tradition and Design*, New York, 1960, p. 91, 加尔文在日内瓦的相应做法的失败也为此提供了反面的证据。

[115] Skolnick and Woodworth, a. a. O., Philip H. Ennis, *Criminal Victimization in the United States. A Report of a National Survey*, Washington, 1967.

[116] 见 Arthur Daguin, *Axiomes, Aphorismes et Brocards Français de Droit*, Paris, 1926, 列在注释 1137 下。

[117] 例如, Frank E. Horack Jr., *Cases and Materials on Legislation*, 2. Aufl., Chicago, 1954, pp. 116ff, 195ff.

[118] 已有的经验性的研究(参见第四章,注 112 中的文献)已经对申诉机制的有效性和问题敏感性出现了相当的怀疑。另一方面,在各自的研究中,对人们可以将什么作为规范性成就进行期望还没有一个可靠的结论。因此,我们还不大可能从赞成或不赞成上来看待这些发现。

[119] 这些表述在理论上的背景,可参见“系统连接”(systemic linkages)的概念,见 Charles P. Loomis, *Social Systems. Essays on Their Persistence and Change*, Princeton, N. J., 1960, pp. 32ff; 进一步的可见 Charles P. Loomis, “Tentative Types of Directed Social Change Involving Systemic Linkage”, *Rural Sociology*, 24, 1959, pp. 383 - 390.

[120] 在一些共生性的、生活集中的小系统中(如家庭或邻里),我们甚至可以看到对一些治安事件进行放纵。在此领域中,对轻微违法的报道显得非常犹豫,只是在有明确的要求时才会这样做。甚至对于一些很严重的身体伤害事件,受害者经常会很犹豫是否去指控那些他们不得不或愿意在以后与其共同生活在一起的那些人,见 James Q. Wilson, *Varieties of Police Behavior. The Management of Law and Order in Eight Communities*, Cambridge, Mass., 1968, pp. 23f, 58f.

[121] Skolnick and Woodworth, a. a. O.

[122] 在此可见布兰科伯格(Blankenburg)的观察(a. a. O., S. 815f); 不仅仅是一些超市小偷不愿被发现,就是那些观察到这种行为的人也是这样的。无关系者的这种有意的漠视或者逃避甚至会发生在法官司法中,法官会为所有涉案者隐瞒不可预见的危险——在早期的中国有此发现,见 Sybille van der Sprenkel, a. a. O., S. 72.

[123] 可见此两人的发现: Harold Goldblatt and Florence Cromien, “The Effective Social Reach of the Fair Housing Practices Law of the City of New York”, *Social Problems*, 9, 1962, pp. 365 - 370, 或者 Leonard Zeitz, “Survey of Negro Attitudes toward Law”, *Rutgers Law Review*, 19, 1965, pp. 288 - 316(306); 进一步的可见 Leon Mayhew and Albert J. Reiss Jr., “The Social Organization of Legal Contacts”, *American Sociological Review*, 34, 1969, pp. 309 - 318. 在刑法部门,厄尼斯(Ennis, a. a. O., pp. 45ff)没有看到在报案准备和收入水平或种族上有什么对应性。

[124] 后者,也可见 Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem*, Stuttgart, 1970, S. 200ff, 特别是 S. 365 的图表。



[125] 例如, Lawrence M. Friedman, “Legal Rules and the Process of Social Change”, *Stanford Law Review*, 19, 1967, pp. 786 - 840(806)。

[126] 比如, 行政机关会使用一些“紧急文件夹”来标出一些急办事务。对事件的排序会不断地要求从这些文件夹中清除一些不再是急办的事务。但在具体事件的实践层面上, 这些事情却不能被看作是不重要的, ——因为在此已没有了上级因为其下属仍然将不再是急办的事情放在了紧急文件夹中而进行的呵斥。这就会带来这样的后果: 大量看上去紧急的程序却很难真正起到紧急程序的效果, 并因此会拖延一些重要决定, 从而带来不可预见的损失。

[127] 例如, 军队中以牧师或精神病治疗服务替代正式诉求程序——根据 William M. Evan, “Due Process in Military and Industrial Organizations”, *Administrative Science Quarterly*, 7, 1962, pp. 187-207(194f)。

[128] 例如, Fritz J. Roethlisberger and William J. Dickson, *Management and the Worker*, Cambridge, Mass., 1939, pp. 449ff; Alvin W. Gouldner, *Patterns of Industrial Bureaucracy*, Glencoe, Ill., 1954, 特别是 pp. 45ff, 172ff; Peter M. Blau, *The Dynamics of Bureaucracy*, Chicago, 1955, pp. 28ff, 167ff, and Peter M. Blau and W. Richard Scott, *Formal Organizations. A Comparative Approach*, San Francisco, 1962, pp. 141ff; George Strauss, “Tactics of Lateral Relationship. The Purchasing Agent”, *Administrative Science Quarterly*, 7, 1962, pp. 161 - 186; David Mechanic, “Sources of Power of Lower Participants in Complex Organizations”, *Administrative Science Quarterly*, 7, 1962, pp. 349 - 364; Michael Schwartz, “The Reciprocities Multiplier. An Empirical Evaluation”, *Administrative Science Quarterly*, 9, 1964, pp. 264 - 277。

[129] 对此观点的一般性阐述, 见 James G. March and Herbert A. Simon, *Organizations*, New York-London, 1958, pp. 112ff, 150ff。经验性的研究主要出现在诸如“目标错位”、方法—手段错位这样的关键词之下。例如, 可见 Roy G. Francis and Robert C. Stone, *Service and Procedure in Bureaucracy*, Minneapolis, 1956; David L. Sills, *The Volunteers, Means and Ends in a National Organization*, Glencoe, Ill., 1957; Johann Jürgen Rohde, *Soziologie des Krankenhauses*, Stuttgart, 1962, S. 179ff。其他的相关研究分别集中在由于分工和任务专门化引起的功能障碍和小群体认同这两个观点上。

[130] 例如, 可见 William A. Westley, “Secrecy and the Police”, *Social Forces*, 34, 1956, pp. 254 - 257; James Q. Wilson, “The Police and Their Problems. A Theory”, *Public Policy*, 12, 1963, pp. 189 - 216; Skolnick, a. a. O., S. 227f, 或者 Albert J. Reiss Jr. and David J. Bordua, “Environment and Organization. A Perspective on the Police”, in David J. Bordua (Ed.), *The Police. Six Sociological Essays*, New York-London-Sydney, 1967, pp. 25-55 (37ff); Johannes Feest and Rüdiger Lautmann (Hrsg.), *Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte*, Opladen, 1971。除了自我道德化之外, 对职业的嘲讽是另外一个功能相当的问题解决方式。可见 Arthur Niederhoffer, *Behind the Shield. The Police in Urban Society*, Garden City, N. Y., 1967, pp. 90ff, 187ff。

[131] 本书(第42页)对“司法行为”进行的研究尤其显示了这一点。

[132] 例如可见 Robert E. Goostree, “The Iowa Civil Rights Statute. A Problem of Enforcement”, *Iowa Civil Rights Review*, 37, 1952, pp. 242 - 248; Michael A. Bamberger and Nathan Lewin, “The Right to Equal Treatment. Administrative Enforcement of Antidiscrimination Legislation”, *Harvard Law Review*, 74, 1961, pp. 526 - 589。

[133] 例如, 可见 Beutel, a. a. O.; Joseph Goldstein, “Police Discretion not to Invoke the Criminal Process. Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice”, *The Yale Law Review*, 69, 1960, pp. 543 - 594; Wayne R. Lafave, “The Police and Nonenforcement of the Law”, *Wisconsin Law Review*, 1962, pp. 104 - 137, 179 - 239;

#### 第四章 实证法

Wayne R. Lafave, *Arrest*, Boston, 1965; Alan Barth, *Law Enforcement Versus the Law*, New York, 1963; Jerome H. Skolnick, *Justice Without Trial; Law Enforcement in Democratic Society*, New York-London-Sydney, 1966; Egon Bittner, “The Police on Skid-Row. A Study of Peace Keeping”, *American Sociological Review*, 32, 1967, pp. 699-715; Aaron V. Cicourel, *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York-London-Sydney, 1968; Wilson, a. a. O.; Gardiner, a. a. O.。

[134] 例如, Beutel, a. a. O., S. 196; Goldstein, a. a. O., S. 561; Lafave, a. a. O., 1962, S. 113ff, 203ff; 除此之外, 该命题还可随时被经验证实, 比如人们会努力求助于警察来阻止吵人的噪音之类的邻里纠纷。

[135] 这一观点带来的结果就是, 执法不具有纯粹的规范性, 而只是意味着可以对那些不能体现在法律层次上的主张的取消。Niklas Luhmann, *Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung*, Berlin, 1968, S. 75ff.

[136] 详细情况见 Johannes Feest, “Die Situation des Verdachts”, in Johannes Feest and Rüdiger Lautmann, a. a. O., S. 71-92。

[137] 有些法学家强调了警察在可动用的人力不足的情况下进行干预或不干预的标准, 见 LaFave, a. a. O., 1962。

[138] 参见本书第 282 页。

[139] Derek Pugh, “Role Activation Conflict. A Study of Industrial Inspection”, *American Sociological Review*, 31, 1966, pp. 835-842, 该文通过一个可比较的情况指出了这一点: 在工业企业中质量控制和生产率之间的矛盾。

[140] 斯科尔尼克(Skolnick, a. a. O.)将我们的问题表示为法律和秩序之间的紧张关系, 并因此借助于早期欧洲对生活 and 优质生活、和平和公正、安全和秩序这些问题的论述, 不过他以一种有意义的去伦理的方式在内容上进行了改变。另外, 还有一个相似的对警察角色进行执法官员和治安官员的区分, 见 Michael Banton, *The Policeman in the Community*, New York, 1964, 尤其是 pp. 6, 127ff。

[141] 本书第 322 页。

[142] Georg F. Cole, “The Decision to Prosecute”, *Law and Society Review*, 4, 1970, pp. 331-343, 该文在对执法决定进行分析时指出了交换类型的系统间关系的组织社会学模式倾向。不过这一模式只有在交换和不交换的自由可以认定的时候才是现实的。

[143] Morroe Berger, *Equality by Statute. The Revolution in Civil Rights*, 2. Aufl., Garden City, N. Y., 1967, pp. 160ff; Leon H. Mayhew, *Law and Equal Opportunity*, a. a. O.。这些文献主要是对这种类型的政治进行了批评性的评价, 却并没能指出严格执法的后果。相反的内容出现要求在犯罪领域之中进行执法应有所控制——这很有意思地正好可以证明社会学家的专业偏见。

[144] 可以看到更新近的文献对美国司法实践中一个古老话题的讨论, Donald J. Newman, “Pleading Guilty for Considerations. A Study of Bargaining Justice”, in Norman Johnston, Leonard Savitz and Martin E. Wolfgang (Eds.), *The Sociology of Punishment and Corrections*, New York, 1962, pp. 24-32; Donald J. Newman, *Conviction. The Determination of Guilt or Innocence Without Trial*, Boston-Toronto, 1966; Dominick R. Vetri, “Guilty Plea Bargaining. Compromises by Prosecutors to Secure Guilty Pleas”, *University of Pennsylvania Law Review*, 112, 1964, pp. 865-908; Abraham S. Blumberg, “The Practise of Law as Confidence Game. Organizational Co-optation of a Profession”, *Law and Society Review*, 1, 1967, pp. 15-39。

[145] 参见 Alfred R. Lindesmith, *The Addict and the Law*, Bloomington, Ind., 1965, pp. 35ff。

[146] 参见 Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe, Ill., 1951, 特别是 pp. 297ff。

[147] Leon Mayhew, *Law and Equal Opportunity*, a. a. O., 该文的观察在此方面也是具有启发性的。

[148] E. J. Foley, "Officials and the Public", *Public Administration*, 9, 1931, pp. 15-22 (19).

[149] 这些论述可以在 Robert L. Kahn, Donald W. Wolfe, Robert P. Quinn and Diedrick J. Snoek, *Organizational Stress. Studies in Role Conflict and Ambiguity*, New York-London-Sydney, 1964, pp. 113f 看到。对于在边缘性主题上的综合性的组织社会学文献, 进一步的见 Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organization*, Berlin, 1964, S. 220ff; W. Richard Scott, "Theory of Organizations", in Robert E. L. Faris (Ed.), *Handbook of Modern Sociology*, Chicago, 1964, pp. 485-529 (521f); R. Bar-Yosef and E. O. Schild, "Pressure and Defenses in Bureaucratic Roles", *The American Journal of Sociology*, 71, 1966, pp. 665-673; 特别接近于我们语境的一个个案研究, 见 Earl Rubington, "Organizational Stress and Key Roles", *Administrative Science Quarterly*, 9, 1965, pp. 350-369。

[150] 参见本书第 78 页、第 86 页及以下。

[151] 例如 Popitz, a. a. O.。

[152] 例如, Montesquieu, *Cahiers 1716-1755*, hrsg. von Bernard Grasset, Paris, 1941, p. 95; Beutel, a. a. O., S. 399f, 孟德斯鸠主张一个相应的法律中的法(jural law)。

[153] 对于基本法的功能, 参见 Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965。

[153a] 参见 Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Basel, 1921。

[154] 对此及与此相关的内容, 见 Siegfried F. Nadel, *The Theory of Social Structure*, Glencoe, Ill., 1957, pp. 63ff。

[155] 也可见由纳达尔(Nadel)给出的角色弥散的社会关系的例子: 一个教育其儿子不成功的人因为这个努巴(Nuba)就不能指望去抬高自己的社会等级或政治影响, 一个懒散而不成功的人就会因为这个努巴而没有可能成为一名牧师。见 Siegfried F. Nadel, *A Black Byzantium*, London, 1942, p. 64; Siegfried F. Nadel, *The Nuba*, London, 1947, p. 442。(纳达尔在书中对非洲的努巴部落进行的考察显示: 当地的政治统治、亲属关系、宗教信仰处于一种相互联系的共生关系, 它们之间用来进行评判的标准是相通的。——译者注)

[156] Julius Stone, *Social Dimensions of Law and Justice*, Stanford, Cal., 1966, p. 684 的评论: "理由越多, 可能的反对越多。"

[157] 这种"事实性"的解释学观念与那种"浪漫性"的解释学观念有所不同, 它在对相关的主体性进行承认和运用中看到了对意旨进行解释性阐释这一本质。例如, 可见 Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt, M., 1968, S. 209f, 225f, 也见 Jürgen Habermas and Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozial-Technologie — Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt, 1971, 特别是 S. 101ff, 316ff。

[158] 与此相近的是这样一种法律解释学的观念, 见 Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966, S. 54, 71f, 在此明确地指的就是对特定的思想系列的超级可控性; 也见 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven-London, 1964。

[159] 与此相关的, 在决定生成的法官中这种对话的例子非常明显, 见 J. Woodford Howard Jr., "on the Fluidity of Judicial Choice", *The American Political Science Review*, 62, 1968, pp. 43-56。也见 Walter F. Murphy, *Elements of Judicial Strategy*, Chicago-London, 1964, 特别是 pp. 23ff。

[160] 对职业化的趋势和这一概念的问题所进行的较出色的讨论可见 Josef Ben-

#### 第四章 实证法

David, "Professions in the Class System of Present-day Societies", *Current Sociology*, 12, 1963, pp. 247 - 330; Harold L. Wilensky, "The Professionalization of Everyone?", *The American Journal of Sociology*, 70, 1964, pp. 137 - 158; Heinz Hartmann, "Unternehmertum und Professionalisierung", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 123, 1968, S. 515 - 540; Albert L. Mok, "Alte und neue Professionen", *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 21, 1969, S. 770 - 781。也可参见 Howard M. Vollmer and Donald L. Mills (Eds.), *Professionalization*, Englewood Cliffs, N. J., 1966。

[161] 参见本书第 225 页。

[162] 很奇怪的是几乎没有什么以这些重要的制度作为主题的合适文献, 较少合适的文献中包括 Josef Esser, "Herrschende Lehre und ständige Rechtsprechung", in *Dogma und Kritik in den Wissenschaften. Mainzer Universitätsgespräche*, Mainz, 1961, S. 26 - 35; Roman Schnur, *Der Begriff der "herrschenden Meinung" in der Rechtsdogmatik. Festgabe für Ernst Forsthoff*, München, 1967, S. 43 - 64。共识的意义作为理由在学者之中因为法律的不同而有很大的变化, 在那些非法典化的、传统的法律制度中, 它的意义要大得多。一个突出的例子, 可见 Joseph Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, 1950, pp. 82ff。

[163] 对于具有同样功能的“可信性”(Vertretbarkeit)这一范畴, 也可见 Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953, S. 24f。

[164] 对于关系群体这个概念, 参见上文(本书第 112 页及以下)。对于关系群体和会员群体两者之间的一致性会产生不一致性这个一般的假设, 参见 Ralph M. Stogdill, *Individual Behavior and Group Achievement*, New York, 1959, p. 115(在此有进一步的文献注释)以及 pp. 167ff。

[165] Wolfgang Kaupen, *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen — eine soziologische Analyse*, Neuwied-Berlin, 1969, 研究结果对此表示怀疑, 将重点放在了对学习自我选择的原因上。

[166] 可见 Robert K. Merton, "local and cosmopolitan influentials" in *Social Theory and Social Structure*, 2. Aufl., Glencoe, Ill., 1957, pp. 387ff。所作的比较, 或者是在相应角色上进行的比较, 见 Alvin W. Gouldner, "Cosmopolitans and Locals. Toward an Analysis of Latent Social Roles", *Administrative Science Quarterly*, 2, 1957 - 1958, pp. 281 - 306, 444 - 480, 他尤其发现在对组织和职业的研究中对此已有所回应。

[167] 更详细的内容可见 Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität, Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen, 1968, S. 221ff。

## 通过实证法的社会变化

社会和法律在不止一个方面相连。至此我们已经在两个主要方面进行了分析：我们已经探讨了作为社会系统的法律的功能，还有这些功能——与社会进化过程中依次出现的各种社会结构相关的——实现的方式和方法。在这种全盘化的视角下，社会变化被看作是由社会系统进化所引起的，而社会结构的转变也被看作是由于社会系统（尤其是其分化模式）重构所附带产生的，这种结构转换同时又有利于稳定进化过程重要的制度性成就。从一种进化的观点来看，法律作为社会结构的一个必不可少的要素，同时既是原因又是结果。

在此，就像卡尔·雷纳(Karl Renner)曾经指出的那样，这种结果上的相互联系不能被看得过于紧密。<sup>[1]</sup>相反，尽管有制定法的不变存在——这是法律规范的功能表现形式——社会变化却依然可以非常频繁地进行；当然，在此也会出现对不引起社会变化的法律的重新阐述（如法律编纂）。法律和社会相对不变的范围可随着社会系统的复杂性及其结构成就上的抽象程度而增加。但是，尽管我们已经论述了上述这些内容，却还没有触及本章将要讨论的问题。

在法律被实证化——就是说法律规范成为了选择性决定的对象——的范围内，一个新的必须被看作进化成就的视角开始出现。法律中形成的关于法律的决定生成的自由可以被作为社会变化的工具。

如果它们能够被制度性地确定为自由，那么它们的始因在执行时就通常不再被注意。法律的实证性就包含了通过对这一分析及其结果的使用进行合理决定的自由。社会就这样成为了其法律机制的对象；它被作为一个整体反映在了其子系统中。 295

今天，大家一般都承认，法律与社会变化相互影响，并且法律也有能力做到这一点。<sup>[2]</sup>对此，没有人持偏执于一端的观点，<sup>[3]</sup>而其他的不同看法也是站不住脚的。不过，还是有各种不同的对这种关系进行科学性重构的模式。其中的一种经典性模式认为“国家和社会相分离”，法律在其中被自动地看作是动态的国家生活的形式，并因此与社会相区别。但是这种自治形式却需要付出法律因此而被最低限度缩水的代价。完全的自治和最小化的干涉已经被证明是行不通的。在第一章我们提到的经典的法社会学对此也已有所考虑。实际上它们对法律实践已经没有什么影响了。而在相反的一面，在 20 世纪的实践中又出现了一种有形的政治实用主义，其通过意愿—抵抗—妥协 (Wille-Widerstand-kompromiß; will-resistance-compromise) 的公式而发挥作用，但随后的科学分析也证明了它的非理性。这种工具性的法律生成概念将其目标部分地置于对具体的社会愿望和利益的满足上，而部分地——可能还是主要地——放在了对现存规范系统的修正上。<sup>[4]</sup>现在，不仅仅是法官，甚至立法者也都是在一个更宽的语境中用一种历史的 296 (而不是经验的) 方法来进行思考。<sup>[5]</sup>

不过，建立在法律实证性之上的这种自由和限制应当有所不同，并最好能在一个与社会相关的法律政策框架内来进行思考。在此我们从一个社会的和法律的进化理论出发，将进化看作是变化、选择和稳定机制发挥作用的结果——这三者的结合性行动产生了系统复杂性的增加，以及对不太可能的成就的稳定。如果这三个机制能在一个与其复杂性相一致的范围内发挥作用，进化就是必然的；因此也必须要知道是什么原因推动了这些机制，以及它们是否是被计划的。现代的进化理论已经显示出了一些和计划没多大关系的特征——如果说还不是

对计划完全拒绝的话。<sup>[6]</sup>不过,这仍然不能完全排除对有计划的社会变化的疑问,而只能根据经典的目的理性的观念来为其画出一个大致的轮廓。

系统计划的可能形式会和稳定化的功能及其机制相关联。选择性在这一点上可能会受到控制。这就意味着:系统/环境这一模型将不得不在应用上被用在系统计划之中,这一计划涵盖了系统环境的高度复杂性以及可考虑到的不断选择,并同时将其稳定。这样,一种可以产生变化,并对机会进行计划的计划机制就绝对是有问题的。<sup>[7]</sup>因此,对系统理论的进化计划当前就不可以作科学上的预见。同样,可以承认,在此条件下,在进化机制之内,计划——与非计划相比——的分量在降低。

297 今天需要对计划进行观察的更大要求是与一个“进化瓶颈”相关。指向进一步发展的问题的焦点在变化、选择和稳定三个进化功能之中进行转换。如果说古代社会这一问题存在于结构性决定替代上的不足,即弱变化性;高度文明社会这一问题就在于效率的低下和选择程序的正当化局限;那么,现代社会的问题看来更多地就存在于法律的类型结构上,它的低效形式不利于创造进一步的发展机会——当然不单是这一点,而是与其他方面结合在一起。

由于法律思想的诸范畴可以将程序中已经实现的决定生成成就保留下来,并留待在新的情况下加以利用,这样它们实际上就具有了一种稳定功能。因此,这种抽象方式一开始有助于促进对过去程序留下的意义储备的利用。对新的决定可能的模式化(Schematisierung; schematisation)首先就是这种抽象的副产品——当然它还会有其他目的。不过,只要法律成为当然性的可变,对这种变化的支配语境的考虑就可以以一种新的方式来看待。它不再能被看作是法律的内在发展,而需与社会相联系,即它必须在一个社会理论中去进行定位。法律必须被看作是社会的结构,法律范畴必须被看作是社会计划的范畴。对期望之延续的维持成为计划语境中的一个过渡阶段,并相应地

被相对化。稳定性不再是一个前提；而有计划的决定生成的问题却被稳定化了。

由于我们正在将一种动态性的工具指向一个本身也是动态的事实，因此仅仅描绘社会的结构性建构是不够的，还必须包括那些已经被结构变化所激发了的并且同样会对其有用的过程；法律过程就属于其中的一种。<sup>[8]</sup>一种社会变化理论可以做到这一点，它可以考虑到与社会变化相关的决定生成的可能性；但我们却没有这种理论，而且这也不是短期内能够做到的。<sup>[9]</sup>将所阐释的法律结构重构入一个可以引导社会变化的思想体系中，这样一种理论准则尚不具备。这一缺陷不仅仅会在科学程式上看到，它也是当前的现实情况；这有助于使我们看清在过渡情况中的困难，在此情况下法律一方面被一定程度上从程序上、教义上实证化了，但另一方面相应的概念化还的确有待发展。 298

这样，我们首先可以从一个宽广的、多元的相关领域对一些经验和思想进行总结，并借此为与社会相关的法律政策提供一些基本元素。这样，我们就会了解相当多的关于可控的社会变化的社会结构条件的内容(5.1)。借助一些例子，如现有法律是否及如何地被用来促进社会关系的可控制的转化，我们还可以进一步地观察现有法律的一些概念性的工具(5.2)。随后，我们再来看这一问题：今天的实证法是否不仅仅在其范畴结构上，也在其区域性的政治依托上，失去了与社会系统中的发展的联系——这一发展很明显具有建立一个统一世界秩序宪法的趋势(5.3)。本章的最后，我们还会讨论，在一个时间开放的未来视域中法律的计划问题(5.4)。

## 5.1 可控的社会变化的条件

就“社会变化”这个术语而言，我们不能简单将其理解为人类共同生活展现的过程特征，也不能将其看作是在此之中的互动(例如，不



是法律诉讼过程)，而应将其看作这些互动结构的转变。<sup>[10]</sup>而结构应当被理解为社会系统的被认为没有问题并含有一定意义的前提条件，通过互动它与环境可建立联系。在这个意义上，这种作为结构而发挥作用的意义上的联系被看作是固定的前提，但并不意味着它会限制变化——不管这些变化被注意到，还是没有被注意到，是突然的还是有意决定的，或是在一个有意识的共同经历的事件中被作为必然有效的事件。就像我们已多次强调的，有着结构性意义的内容在发挥作用时并不完全需要保持绝对不变，而只是意味着当其作为结构发挥功能时，它不会被同时改变。

299

我们已经提到了这一点，并将其作为法律可变性的基础。而现在我们考虑到的则是一个更为宏观的、作为整体的、全社会系统的结构框架，以及在这些结构之中被促动的那些社会系统的结构框架。在社会之中作为结构而发挥作用的整个前提不能被简化为规范性的期望，更不要说仅仅是法律了。<sup>[11]</sup>那些分化的原则、社会主导价值（不仅仅是公正的价值），那些被认为是理所当然的诸多事情，最后还有那些被认知性分出的期望结构，都没有在一种正面的和技术的意义上被法律化(juridifiziert; juridicalised)。社会不能纯粹根据其法律建构来被理解。法律仅仅是诸多结构化阶段中的一个。因此，对法律的社会属性的充分理解就不能仅仅根据阐释或者注解来进行，它也不能在对规则的执行中被穷尽。于是，法社会学对此就不得不从法律的结构适应性上来开始对此问题进行探讨。

在可以观察到的社会历史中，法律意义具有的分量若不是被看作根本性的，也肯定是被大大高估了。实际上，到现代社会为止，政治和法律一直是被看作是主要的进化机制。但社会计划乃至已经被计划了的社会发展形式，却并非由这种主导性所决定。更多地，它是建立在规范性机制的特性之上，也就是说，是基于这些机制相对较高的普遍化能力和较易进行的制度化能力，这些能力有利于风险制度的建立。规范性期望是反事实的期望，因此在与现实联系时就很容易被

“透支”。那些主张无论如何都会坚持到底的坚定的期望，较易于形成相互的承诺并产生共识。这种情况，较之于那些有可能要作学习准备的期望，更容易产生赞同的压力。<sup>[12]</sup>而后一种情况下的共识就只能建立在尚不确定的变化上。以此方式——我们平常在一些小群体中可以看到——我们看到了系统的“道德上的自我提升”；这可能有点不大现实，<sup>[13]</sup>不过却可以阐明那些理所当然的内容，并可以由此进行很有希望的革新。这种在愿望内容和规范内容上<sup>[14]</sup>都有所改善的普遍化就使得形成一个不大可能的结构并吸收相应的风险成为可能，却不至于使其形成一个有计划的发展。由于负载着一些计划存在的自明性，规范结构就因其特性成为了社会进化的风险承担者。而事实上，社会永远不可能是一个法律制度，比如一个契约；不过，当法律将社会充满风险的进化成就——如政权、和平、程序、有效契约以及货币——加以稳定之后，它就被象征化为一种法律关系。

那么，规范性机制的地位——尤其是法律——是否从此就被改变了呢？——这就是我们今天面对的问题。它是否还会以另外一种方式在已经改变了的社会条件之下的社会变化作出贡献呢？而进一步的社会发展的结构性问题及其瓶颈又可以在何处找到呢？

我们对实证法发展的概览已经显示：尽管在法律生成的过程中包含有认知性的要素，但法律的规范性还是主要的结构要素。它使期望带有了与或然的、可能还有些异常的现实所不同的“有效性”：也就是说，它有助于在期望的层次上消除或然性，在这个意义上，它有利于吸收在不稳定期望中的风险。这一变化也出现在系统的语境之中，它需要这一功能并会发展出相应的安排。在这种情况下，我们会遇到更强的复杂性、期望投射上的更多的分歧、价值观上的抽象化，尤其是随着体验和行动领域的持续变化而引起了节奏增强的需求。这样一来，对于法律的问题视角及其结构适应性就应当有所转换。

我们可以用一个大大简化的理由从类型差别上来重建这一问题视

角：现在的问题已很少存在于**期望风险的高度** (der Höhe des Erwartungsrisikos) 上——此类风险可以由现行法的一个**给定的理所当然的储备** (gegebenen Fundus an Selbstverständlichkeiten) 予以吸收；它现在转变到了社会对法律的接受性问题上——这些法律是新制定的，是出于一种**单方面观点**而制定的，这一观点与**结构性决定** (因此是可被合理地或至少是有意义地进行抗辩的) 的**规范性期望行为** (normativen Erwartungshaltungen) 相矛盾。现在，这些问题已不仅仅处于与现存内容相联系的可证成的视域范围，它们难以进行更新，而这样的范围也几乎已变成无限。但从范围上来讲，却不是任何与之相联系并因之而成为可能的事情都可以被包含在这一社会系统中。那种被同时要求的，又在结构上强化的发展方向上的矛盾已经增加到这样的地步，以至于社会系统正因此而走向这样一种状态：在此之中任何事情都是有可能的，但不会有更多的事情被实现——也就是说，每个更新都是可证成的，但在其实现的进程中都或迟或早地会因为同样被证成的相反观点而受到破坏。这样一个社会系统的问题情况不能再被看作具有像坚守或更新的对立性特征，而且其冲突也不能再被政治性地解决。那些保守性思考的人，由于要选择性地决定什么需要被坚持，也会革命性地行动，而那些革新者，也会同样片面地去固守以前历史中未被实现的价值。<sup>[15]</sup> 现在的问题是需要借助于有着长期意义的并足够抽象的范畴而将这种片面的更新与一种非静态的、活跃的系统状态相结合。

我们还必须来考虑第二条推理路径。如果我们认真地思考了可控制的社会变化的条件问题，我们就会看到一个更为基本的问题：一个个体的行动是否以及如何会有意义地——意图性地 (sinnhaft-intentional) 与一个更为复杂的系统发生联系。如果它已经特定了其行动的意义、目的和信念的内容，它是否还是或是否已经不是这一系统的一个必要部分？就像这些概念对这些总的事实行为进行的描述那样，“系统”和“法律”不会既被改变同时又保持恒定：只有对特别

的系统特性、特别的期望以及特别的片段这才是可能的。<sup>[16]</sup>与“系统”或者“法律”相关，从道德上来评价成员或非成员身份，服从或不服从同样也是成问题的。在充分复杂的系统中，尤其是在社会系统中，价值评价只能够用来赞同或者反对个别的行动；至于在具体的使用上，由于这类系统自身是活跃的，因此并不存在一个在系统维持或者系统改变上的转换，至多是对系统维持的变化的调整。只有**行动**的意图在这种是/否的压力下才会产生这些二元分化。在**行动**的系统中，它们在一种互为条件的关系中相互抵消：维持和变化也互为条件——就如同价值互为条件一样，因为对价值进行的评价的实现不能完全脱离其他价值实现的状态。 302

在进行准确地概念分析时，人们常会遇到**行动和系统之间的逻辑不连续性**。因此，我们就很有必要同时在更多的意义层面上来进行思考。而同时，我们也知道，生活本身是超越逻辑的，它不会将自己建立于逻辑关系之上。这样问题就只是变成了：到底是怎样[的行动和系统之间的关系]？<sup>[17]</sup>我们可以将讨论的主题表达为这样的问题：什么形式可以跳过这些不连续性而被制度化？这些形式如何随环境复杂性的变化而改变？以及，在高度复杂的社会中，它们是否会引起结构变化？

在更大、更复杂的社会系统中有着各种类型的形式<sup>[18]</sup>，在这些形式中，个别行动的意义可以成功地代表整个系统。这些形式可能是与一些**边界问题**相连接而形成的，<sup>[19]</sup>或者是与一些**将系统符号化了的普遍化的意义内容**的联系而形成的，或者是形成于**等级**的形式中——在这一形式中，“高层部分”——尽管只是部分——可以代表整体进行行动。在我们前面讨论典型的高度文明时提到的这些不同形式中，系统在行动上的代表可以被制度化，甚至可以通过调节系统变化的可能的内部构建来进行。<sup>[20]</sup>不过，这种解决方法却有着制度的“能力局限”的限制（尽管仅可以在经验上确定），而我们今天已经远远超越这一局限。面对现代社会对结构变化持续的和复杂的要求，不再有对共

同敌人进行的战斗、对共同信念原则的证成或者是[某种]等级规则用来作为将行动与社会系统相联系的合适的形式。至少，初看起来，相当明显地出现了行动和系统之间直接的意图关系上的不可制度化。在这种情况下，可控的社会变化的条件不再能被看作与那些企图改变社会的行动之意义相重叠。它们也不再具有一种优越权(ius eminens)——在法律中，它指的是为了促进公共福利而进行的变革。相反，[这种变化]只能在社会自身中发现。[系统的结构]不再能被随意建立；结构必须能够促进结构变化，通过这些结构变化，系统可以使自己适用于环境变化并重构内部张力。实证法的系统结构的补充性条件——作为制度的实证性没有这一条件就不能发挥作用——可以在这种内在的灵活性上看到。而相应地，法律的结构适应性的条件必须被限定得更为抽象。它们不再是简单地与社会的评价基础有着和谐一致性，这一基础本身也已变得不和谐了。法律变化的条件可以与社会变化的条件相符合(这也隐含着不变化的条件也能够被结合进来)，在这个意义上，法律与其自身变化的条件相一致。为了充实这一公式，我们尝试着来回答法律上控制的社会变化的条件的问题。

在这一路径上，我们会遇到两种不同模式的主张。在这个时候，这些主张正处于理论上被澄清和经验上被检验的阶段，可以作为我们研究的起点。<sup>[21]</sup>其中一种是使用针对控制过程和条件化过程的“二元位阶”(Doppelhierarchie; dual hierarchy)概念。这是由帕森斯针对社会变化和制度化过程的研究领域作为一个理论框架提出来的，而列·H·马修(Leon H. Mayhew)将其运用到了法律领域。对于另一种理论，我们来考虑阿丹姆·波多斯基(Adam Podgórecki)的“三重假定”(Dreistufen-Hypothese; three-stage hypothesis)。对这些研究要点的简短介绍显示出对与所研究的实证法相关的一些新的问题视角，我们也对此进行了关注。

对于一般行动系统中的控制关系，帕森斯基于信息和能量上的对立性使用了控制论上的位阶(kybernetische Hierarchie; cybernetic

hierarchy)概念。<sup>[22]</sup>那些在特别的子系统(主要是文化系统)中通过分出而相对具有强信息弱能量特性的内容具有一种控制功能,而另外的304那些强能量的内容则为其规定条件,对这些条件的激活和促进将会使得系统活跃起来并得以保留在环境之中。这些功能分别向上和向下的延伸、它们在特别的子系统之中的特定化——这些特定化可以促成社会系统和个人之间的联系——会使得系统之中一个更高的选择性的内部构建成为可能。层级分化就这样增加了系统进行普遍调整的能力,但同时也意味着,这种文化价值特征的实现会由行动系统的其他子系统来共同规定、滤除、制动或者转向。今天(经过一个多变的前历史之后),制度化的概念被帕森斯用作一个调停过程。<sup>[23]</sup>随着社会复杂性的增加,制度化就要求:(1)在价值自身领域中的特定化;(2)在社会整合领域中,通过共同的信念形式和对社会条件的意识来进行意识形态上的控制;(3)在个人决定的领域,对个人关注利益的促进和满足;(4)司法作为物理上实现的“最后手段”,其典型的手段就是强制。

根据这些内容——也就是说在与“分化”、“普遍化”、“专门化”和“系统中介”相关的框架之中,马修研究了法律的制度化过程。<sup>[24]</sup>不过,这些新现象实际上只代表在法律过程中被执行的那种价值特定化的单面性,在此对主要的问题而言并没有什么助益。对于新法的反对、法律上高比例的不执行、实践中善意的疏忽都没有被从新现象上作出相应的解释,而是被从一个既定秩序的多功能性上进行解释305,即认为在这一秩序中本来就应当有一些确定的内容会变化。旧事物或现存事物的纯粹事实性解释不了革新的困难,而只能是解释现存事物的合理的、恰当的理由,即它特有的功能性。比如,假定要建立种族平等——马修曾对其可执行性进行了研究,就会与其执行过程中的经济合理性存在冲突——歧视是合乎经济理性的(这是市场的要求),并且会与被保护的人员、地域内的正当利益相冲突,比如在居住区或邻里关系问题上。如果在这些范围内,自由是系统的结构化要求

并被作为价值，我们就不能同时实现完全的种族平等。人们只能从小处着手，要满足于一些妥协和部分的成功，而将希望放在长期的不知不觉进行的教育过程以及自动到来的可资利用的理想条件；否则人们就只能责备整个系统，将其像“资本主义”那样地进行否决，并且希望：由于原则上的革命性变化，任何事情都会改变。在这两种情况中，对此问题的分析已经显示这种解决希望是不现实的，因为它们忽视了复杂的社会系统在构造上的结构问题。

在另行思考之前，对社会主义阵营的简单概览也可以看出，在他们那里，对问题的解决不论是在实践中还是在理论上都没有什么不同——只要人们能够在概念上进行足够的对比。不过，即便在此，也没有一个全能的立法者，为追求特定的目标来指导社会变化；即便在此，法律的生成过程也只是诸多相互影响的元素中的一个；<sup>[25]</sup>即便在此，为发挥特定作用而强行推行的法律政策也必须承受其他方面的代价；<sup>[26]</sup>最后，也就是在此开始了这一理论，在实证法的实行中来考虑系统协调性。而这正是波多斯基的法社会学指出的内容。<sup>[27]</sup>

306 波多斯基看到，对立法的意志的执行将会被几个变量所中断和滤除。这些因素可能源自社会—经济系统（比如我们所说的社会），或者是那些多少有些越轨的法律亚文化——这些亚文化以它们自己的规范性态度而存在，或者是一些个人化的结构。通过这些不同的修正过程，一个同样的法律文本就产生了非常不同的意思甚至是改变了其意思；或者，相反，不同的文本会被适用于同样一个现实情况。尽管有着概念上的变换（系统、文化、结构），我们还是很容易看出，这三种情况都提到了（社会的或心理的）系统，是系统的分化和相互依赖形成了社会现实。对这些相互联系所作的仔细的经验分析可以作为合理的、具有社会技术性的（sozialtechnologischen）法律政策的基础；它“在此对这些内容作出了必要的提示：人们会怎样发现那些实际上遵守法律规定的人，以及什么人可以被看作是在反抗法律”<sup>[28]</sup>。不过，这个问题并没有被充分地考虑过：在高度复杂的系统中，那些通常可

以改变结构的行动在实际上是如何可能的；或者说它并没有被以一种更为简洁的方式来进行表述：通过在**复杂系统上的行动**，如何能产生变化的后果？在此，这些内容都被假定为是有可能的和有意义的。法律的实证性然后就不再是系统结构的要素，而成了一个变化的工具；这一问题视角就被工具化了，执行上的障碍被看作是抵抗并以这种形式被政治化了。这不是对我们问题的误解，也并没有逃避对此的解释（或者说是不能逃避）；但这既不是惟一可能的一种方法，也不是最全面的方法。

列出的这些研究线索具有的共性——这也正是首先需要说明的、我们应当在原则上思考的地方——指出了社会对法律引起的结构变化的接受性被作为问题来看待，不过对此可以给出各种（不仅仅是道德上的）不同的解释。但也正是在此，法律的重构能力依赖的社会秩序的结构特性也才能够被看到。为此，我们不得不利用一些在一般社会学中已发展的了的概念、讨论和研究，而对法律问题的具体研究也将得以发展。具体而言，这将会包括：（1）先赋性地位和成就性地位（*zugeschriebenem und erworbenem Status; ascribed and achieved status*）之间的区分；（2）在单功能和多功能（*Unifunktionalität und Multifunktionalität; unifunctionality and multifunctionality*）上的区分；（3）在工具性和表达性面向（*instrumenteller und expressiver Orientierungen; instrumental and expressive orientations*）上的区分；以及（4）系统形成和系统分化（*Systembildungen und Systemdifferenzierung; system formations and system differentiation*）问题，尤其是在组织的和基本的社会诸系统（*organisierten und elementaren Sozialsystemen; organized and elementary social systems*）上的区分。 307

（1）第一对概念，即先赋性和成就性上的区分，看来与我们提到的在法律上促进社会关系的能力问题有关。在今天被广为承认的话语形式中，这一区分来自于拉菲·林顿（Ralph Linton）。<sup>[29]</sup>不过，从内容上来看，它基本上与古典希腊[哲学]中的**自然和规范**（*physis /*



nomos)的区别相同。尽管[林顿]当时是出于表达那种新的、冲破了古代社会门第束缚的流动性的考虑,但其却将重点放在了制度的法律的一道德的形式上,而不是如今天这样,更强调成功和回报(Leistung und Verdienst; achievement and reward)。至于这些范畴的社会学使用,我们必须要进一步澄清:先赋和成就都是社会过程;它们不是关于自然的和社会决定的属性之间的矛盾,而是社会联系的不同形式。先赋属性是那些在社会体验和行动的过程中被看作固定特性的内容;而成就属性,或者可获得属性,则需要依赖于成功,因此它是偶在的。我们不能任意决定属性的归类。连续不断的互动要求对此有充分的共识,这种共识必须通过制度化以及沟通来实现。另外,这种分类也与社会系统的其他结构相一致,因为只有当成功可以被承认或者被归因时,那种依赖于成功的属性才会被选择。

308 在对成功这一概念的社会学使用中,我们还不能不假思索地来利用那些流行的认识或者是社会中对成功的广泛重视,因为这些都是社会结构的派生物,它们还必须被认真地解释,它们的涵义也有待进一步确定。<sup>[29a]</sup>说得抽象一点,成功这一概念指出了两个选择事件在意图上的连接,因此也是对偶在原则的阐明:先假定A(并非其他任何均有可能的事物),然后发生了B(并非其他任何均有可能的事物)。由于成功的原则,链式选择性的强化被制度化了。对于被看作成功的事件来讲,它们的意义并不在于其自有的特性上,而在于这些特性指出了对其他事件的选择。

这种概念理解使得对三类不同问题的相互联系能够被看得非常清楚: A. 功能分化的社会结构原则产生了可能性的过剩,选择的要求和对选择性事件的强化和整合的需要,还有一种抽象的主要是无目的的实现的压力(einen abstrakten, zunächst ziellosen Leistungsdruck; abstract, primarily aimless, pressure to achieve)。 B. 有必要活化这些属性(Mobilisierung der Merkmale; mobilisation of characteristics)以使得事件从原先的固定结合中被解脱出来,也使得一些属性可以被利

用,并相对地可不受语境的限制;这样,它们就被对其他事件的选择性要求所控制,并随之而变化——比如,货物的价格并不是准确地与其质量相挂钩,而是与市场的波动情况相联系。C. 对任意的偶在联系进行限制的理由也必须被重构,尤其是(a)通过评价(Wertungen; valuations)——这种理由现在有点“意识形态化”了,即它是偶在的,并可进行重新评价;<sup>[30]</sup>(b)通过对选择性成就的归因(Zurechnung; attribution)进行规制——这主要发生在个人的自由主义的意识形态中,而且越来越多地出现在所谓的民主过程中;(c)通过将**确定性**进行制度化,这种确定性可以不受外在的选择利益程度的影响,至少是有条件地不受其影响。<sup>[31]</sup>

通过上面的论述,很清楚,我们不仅仅考虑通过合适的立法是否以及如何可以得到“更多的成就”——这当然是有可能的,但我们考虑的主要问题是法律机制如何能够与越来越趋向于成功导向的社会系统相协调;或者说是如何根除先赋属性,并在选择成就或者选择要求上进行促进。这一发展方向——梅茵曾将其称为从身份到契约<sup>[32]</sup>——309 也会清除那些如信仰一般被信守的那些法律观点和理由,并因此就有可能需要解放在法律上被控制的那些变化。

我们尚需对法律机制针对社会形势进行反应的形式作更为详细的研究,不过,这一内容暂放在下一节。目前,我们首先必须通过对其他观点的讨论来拓宽我们对法律上控制的社会条件和社会障碍的看法。在这方面,社会子系统的单一功能特定化能实现的程度就非常重要。

(2) 不论是在一个理论模式中进行分析性地考虑,还是通过具体的系统(或者是结构、过程、符号、行动、对象或者任意事物)来进行实现,单功能与多功能的区别都关系到要实现的功能的数量。<sup>[33]</sup>对于我们来说,这一区别非常重要,因为作为单个手段进行的法律变化总是在一个多少是单功能的和目的定向的视角中被决定的,<sup>[34]</sup>但它却会出现在一个完全多功能的现实之中。具体的社会互动系统,如生产

组织、家庭、医院、农村和学校，尽管有着等级关系和意识程度的不同，却都在实现着众多的功能。这种多功能性在所有不同的对象领域中都对每一个革新产生了很大的和不可计数的后果影响。<sup>[35]</sup>比如，立法者既想要保证所有的孩子都有继承份额，又想要限制人口增长。<sup>[36]</sup>对于复杂的法律制度而言也是如此，比如所有权、未婚状况、保险、离婚、有限公司、强行拍卖，<sup>[36a]</sup>它们都在为非常不同的系统实现着不同的功能。<sup>[37]</sup>因此，每个特定的法律变化均会产生弥散性的后果，对此不能作一个明确的、综合性的评价：这些后果可能发生在不同的系统中，与不同的作用相关；部分是积极的、部分是消极的；部分是短期的、部分是长期的；部分是确定的、部分是很可能或有可能但仍不能确定的。<sup>[38]</sup>这种结果上的相互联系，人们当然只能在具体情况中发现。我们在此只是对多功能性的功能这个更为抽象的问题感兴趣，因为在此问题上，我们会找到所讨论问题的理由，以及其与进化的变化着的社会结构——尤其是与功能上的分化——的可能关系。

两个功能可以清晰分辨。一方面，多功能性包含一个确定的制度上的经济性：一个行动、一个机构、一个结构，会同时实现几种功能；人们没必要为每种特定的功能都提供一个承担者。<sup>[39]</sup>另一方面，多功能性还以另外一种方式保证了系统的稳定性；我们可以这样来讲这种方式：如果一个机构同时具有其他功能的话，那么一定功能的丧失不会引起这一机构的淘汰。

但是，当社会系统的规模、复杂性和结构变化的要求增加时，正是在此范围内，多功能性的这些功能出现了功能障碍。由于这样的发展，一方面出现了更多的功能承担者（如更多的行动、更多的角色者）可加以利用，这样它们的经济性和多用途的意义就在下降。规模和复杂性就这样成为了稳定因子，人们对干扰进行反应时不再坚持原初的完整的功能关系，而是进行交换或替代；多功能性在此反成为了累赘。

另一方面，单功能性——也就是说，每个要素只被配置了一种功

能并相应可以很容易被改变的这种情况——是一种不可实现的极端情况。帕森斯甚至已经谈到了这一情况：在分化的系统中，于所有子系统都必须被予以实现的各种特别的成就，现在又要再次在系统的层面上由系统形成特定的功能来予以实现，这只会产生一种相反的作用。不可想像的结果分散问题在分化的社会中越来越多，而且不能通过从多功能单元到单功能单元的重构来得到解决。单功能实际上只是研究的和决定生成过程中的一种分析视角。也就是说，这是一种幻觉，不过，只有通过这种视野范围上的限制，它才会成为一个推动因子。因此，问题就变成了一个由单功能(或者仅仅是每次可以看到的少数几个功能)推进法律政策的社会秩序是否及如何会出现。

[社会秩序可能会面对的]一种情况出现在子系统的主要功能(Primärfunktionen; primary functions)的形成和制度化中。这种制度化的结果是，有一种功能被大部分地象征化为“目的”，对其他功能而言占有优势，被作为一种合理的理由，并在系统的调整中可作为一种指导方针来使用——就像生产性企业主要是为经济服务，而不具有家庭取向、社会化或形成观念的功能；而法院也主要是进行司法，并不具有娱乐或教育的功能一样。主导功能——一个曾被帕森斯发展过的概念<sup>[40]</sup>——在与那些同时被“促进”了的其他功能的关系中具有一种规范性的作用：如，由于经济理性的考虑，商业公司可能会避免录用企业主的不合格的家庭成员，并且会将自己的人才政策按照一个流动性的市场方式来定位，<sup>[41]</sup>而不会因为企业主的家庭而牺牲公司的生存或繁荣。<sup>[42]</sup>通过对其他功能的少评价、少沟通，甚至是少注意，主要功能的制度化将那些次级功能进行弱化——但并不根除它们，从而也为自己开放了更多的自由。这同时也有利于社会子系统对法律的吸收。比如，在家庭发挥自己生育、育幼和社会化的主要功能的情况下，法律可以为其附加送小孩上学的普遍义务，而不需要考虑将孩子留在家里存在的相关经济利益(照料更小的孩子、照看牲口、帮助收割等)以及其作为教会议式上的组织强化的相关宗教利益，甚至不需要

312

对此进行补偿。<sup>[43]</sup>

313 而从另一个方面，社会也作了如**清晰的条件限定、特定化的行动**  
**314 促发机制和很容易理解的替代性**这样的准备，并因此使得变化更为容易。比如，可以通过这样一些方式而发生：通过那些明确可见的具有目的导向的活动（如道路交通、医疗服务、职业培训、“婚姻介绍”等），通过相应的高度的角色分化，通过由时间和期限所规制的生活的社会化，通过货币估算，通过组织——其行动框架可以通过高层的沟通而有效地进行变化。交通路线、信息流、收入数字、工作时间、保证责任、税收、信用条件和检查的要求都只能通过法律行动而产生和变化，因为它们在社会过程的特定范围内是可以理解的，而且也因为并非所有的新规定都需要为每个人在每种情况下所确知，所以也不需要为此制定一个道德上自重的条件。<sup>[44]</sup>当然，在高效立法的情况下也会产生特定的风险，尤其是那些短效的、仅适用于个别情境和未来特定利益的立法。

这种趋势首先通过一些特定化进一步导致对**结果的漠视和中立化** (Indifferenz and Folgenneutralisierung; indifference and neutralization of consequences)成为可能的附加条件，并且必须在更高的程度上被一起制度化。首先，只有当角色被分离时角色特定化才可能被强化。我们在此不仅仅指的是在类型的和情境性[角色]上的可区别性，而是说有理由不去注意在特定的角色行动中的**其他角色**——比如对于一个人这些不同情况的漠视：在工作时是一位父亲，在假日中是一位销售员，在购物时还另外对店主进行政治投票，等等。<sup>[45]</sup>角色分离导致了  
 314 对个人的一致性要求的简化和抽象化。除了这种因人而异的忽视形式之外，还有一种机制，同意或者建议对行动的结果进行漠视。我们前面已经提到过这类情况中的一种，即条件程式的情况。<sup>[46]</sup>而另外一种就是信念伦理(Gesinnungsmoral; moralith according to belief)：行动只是被看作正确信念的表达，而不需要作为原因对结果负责。<sup>[47]</sup>今天，对于法律政策更新而言，**货币机制带来的[这种政策]结果上的扩**

散已经变得非常重要：这些政策更新不能忽视对主观权利的干涉，但对其他所有的商业性结果却可以忽视，比如对个体企业的盈余或者家庭财政上可以自由支配的剩余的影响——**尽管这些影响会带来广泛的、结构变化的结果**。手工业和中等企业的衰退以及农业经济永远需要补贴的特性已在此出现，但并没有人为此而负责。相反，在新的问题形式中，它们已经变成了信息和利益，成为了**新法**产生的原因。因此，货币机制会松动政策与结果的链接，会减轻其责任负担，这样不仅促进了经济，也促进了法律政策更新。

看上去同样会有助于革新的是已表达的（概念化的或者规章化的形式）和未表达的结构的区别（formulierten und unformulierten Strukturen; formulated and non-formulated structures）。<sup>[48]</sup>通过这种已表达的和未表达的结构的分化，引起注意的机会被作了不平等的分配。但对已表达的结构的引用，是以一种对其予以坚持或者参考的意图，还是以一种改变的意图，却不能被确定。如果有更多的已表达结构，而可忽视的范围又足够大，以至于可以将这种结构结果——维持或者改变——的一部分从视野中或至少是从沟通过程中移除，那么，这两种意图都可以得到增强。

总的来说，我们可以认为，每一个有意进行的结构变化都会遇到这个在多功能系统上的单功能后果问题。当系统的复杂性在增加，结构要求变化时，这个问题就很难被解决。一方面，这种解决的方案在于增强研究过程和计划过程的分析能力，而这些过程将会允许在考虑到大多数（就是说不仅仅是那些目的特定的）功能的情况下对变化进行规划；另一方面，这种解决方案还存在于系统自身的结构之中，它应当能够或多或少地接受变化的意图。

(3) 我们已经看到，在成就属性和先赋属性上的区别以及单功能的特定化和多功能的聚合化，由于这一旧有的“社会/共同体”（Gesellschaft /Gemeinschaft）的二元化区别而具有了自己的特性。在最近的研究中，这些内容被从众多的抽象观点中提取出来，并被与它

们的语境相联系地进行了考察。在这一背景下，一个来自于组织心理学，之后又被社会学所吸收的进一步的区分在此显得非常恰当，并可以在今天大有用处。这就是**工具的和表达的**(也被称为**满意的或情感的**[*konsumatorisch oder emotional; consummatory or emotional*])**面向**的区别。

对此不需要去深入研究这一对概念形成的悠远历史，<sup>[49]</sup>我们只需对帕森斯提出的抽象观点加以利用就可以了。<sup>[50]</sup>帕森斯甚至在其最早的著作中就已经将行动的目的结构作为时间维度中的结构来看待，<sup>[51]</sup>并因此在这一[时间]轴线上构建了**工具的和表达的**(或**满意的**)**导向上的区别**：工具导向考虑到未来情况的满足而对当前进行定位，尤其是对引起这一后果的当前的行动进行追究；而表达的或满意的导向则努力寻求一种对当下的充分的表达或者满足。这种区分甚至概念性地澄清了：表达的或满意的行动存在于当下，并情感性地将意义和情境混合起来；而相反，工具行动则从当下出发——因此也是纯粹的行动，是可变的。这一时间视域的设计和对可设置的未来的开放性使得事实上的、被实实在在地经历的当下具有一种偶在性，并可以与其他的可能性相对从而促进自身。

我们将在 5.4 小节考虑法律、时间和计划时返回这一问题。在此，我们首先来考虑这一假定：通过对自己意义的理解，只有工具行动可以被计划所改变。<sup>[52]</sup>这并不意味着表现行动是不易受影响或不易变化的；只是，对其的干涉是外在的，这些行动不依赖于对其特有意义的理解，也对其目的没有一个把握。工具行动甚至自己承认其可变性，同时使自己受到一种自我控制或者外来控制的发展观的指导。它不能通过变化来反对变化，但任何时候都可以根据自己的目的来反对变化。因此，我们可以认为，工具导向已经成为规范并被制度化的社会同时显示了相对较高的变化性。<sup>[53]</sup>在法社会学的文献中，也有一种与之相接近的看法，即认为建立在情感基础上的生活领域，尤其是家庭，较之于那些情感上中立的工具行动领域，如经济和流通领域，

会更为强烈地反对法律政策上的变化。<sup>[54]</sup>

社会中对主要是工具的和主要是表达的行动领域的实际分配并不是偶然出现的，而是有着结构上的原因。尤其是当对一项情感行动的守护不是依据后来的成功，而是通过自我表达来进行稳定时，表达的成分如果不是说有决定性的意义，也可以说是[和其他成分]在一起发挥了作用。对于所有个人参与的领域均是如此，尤其适用于私密领域中的行动以及不能避免要根据个人品格来进行判断的行动。<sup>[55]</sup> 除此 317 之外，还有一些情感化的典型的社会结构上的原因。先赋的——因此也是恒定的——属性也会引起积极的或消极的情感，因为它们 的承受者会个人化地将其认同为自己的命运；而多功能的制度也倾向于形成一种情绪，会在对它们那种看不出来的、弥散的——积极的和消极的——影响的合理回顾中表现出一种情感性的自我评价。在这种情况下，行动的理由不好给出或只能想像，而行动的目的，不管具体如何，通常只是一种遮掩或者辩解。同与其相对应的概念\*相比，工具导向不会在此出现极度的反差，而是在一定范围内，会在一个评价时的情感中立和未来化的渐进过程中形成——在这一范围中，对当下的替代很容易想到或者可以被相当迅速而又肯定地学到。

因此，可以说，一面是先赋的、多功能的和情感表达的意义形式，而另一面是成就的、功能特定的和工具化的意义形式——就像曾经在“社会/共同体”二元化中总结的那样，在每一面都有着一定的联系。对这种两分法中不同内容的分析性区分有利于对这些假设作一个更好的经验性检查。它尤其指出了，并不存在一个从共同体到社会的发展——而且还指出了原因，又进一步指出了在系统复杂性增加的情况下，寻求另外的分配和结合的那些类型的主要特征。因此，所有的法律政策就必须对那些结构上决定的、可变的障碍的持续性有所考虑，并将其纳入计划之中。<sup>[56]</sup> 如果我们在执行新法时考虑到必要的系 318

\* 与工具导向对应的概念即是情感导向。



统沟通来思考这样的问题，这一要求就显得更为必不可少。因为它显示，在已经组织化的社会系统的层次上，总是有一些基本的互动系统在发挥作用，它们在某种程度上遵循着自身的法则。我们现在就转换到这一话题上来。

(4) 法律变化可以有效地对其他规范的期望和行动进行适应，就这一点而言，它是成功的。但这并不能仅仅通过系统的重建而发生，也不能通过在社会的政治子系统中重定法律规范而发生。具体的体验和行动总是会同时与很多意义上牵连的和意义上限定的系统相联系，因此不能很容易地通过单个的系统重构而被改变。阿丹姆·波多斯基的法社会学也揭示了这一点：为了能够将一个新的结构转变为一个相应的行为，许多的系统需要一起进行行动。而问题就是，哪类系统是必须要进行考虑的，而由此又会产生什么形式的协调性后果？

就是在对后果协调型系统进行考虑的问题上，我们会遇到相当复杂的情况。大略地浏览一下，我们会遇到这样三类系统：一开始，我们会考虑那些受有机体约束的心理系统 (psychischen Systeme; psychological systems)(人格性)，它作为相对确定的结构，共同地对所有的体验过程和行动选择进行规定；并不存在任何无人格的体验和行动——对于那些并非由人格结构所控制的有机体行为而言，它们只能被看作“发生”[而不是行动]。<sup>[57]</sup>其次，有很多的社会关联的行动被那些在场的参与者进行的互动系统所控制，这可以被称作简单的(或基本的)社会系统 (einfache [oder elementare] soziale Systeme; simple or elementary social systems)，<sup>[57a]</sup>比如，一些讨论、社会集聚、共同工作、共同进餐、一起旅行、教授与学习，等等。今天，在这些由于各种社会接触而出现的简单的社会系统中，整个社会开始出现了更多的组织化的社会系统 (organisierte Sozialsysteme; organized social systems)。这些系统的身份和结构选择是通过进入和退出的条件而被规定的。这样，它们就可以建立一种非在场的互动的语境，而且它们也不需要再求助于那些一般的社会结构、理所当然性、真理，

等等。<sup>[58]</sup>基本的社会系统建立于在场以及对参加者可感知到的基础上，组织化的社会系统则将成员身份作为一种在场的功能对应物，并因此超越感知的界限，从而在更加抽象的结构之中获得更大的复杂性。 319

无论人格系统、简单的社会诸系统，还是组织化的社会系统，都不可能完整无缺地表现在整个社会结构中——这并不仅仅因为它们各自都有着进行操作的特定选择条件，有着自我同一性和自己的历史，以及需要对之作出反应的环境。[更是因为，]全社会系统对这些系统而言，不是结构而只是(多少被安排好了的)环境。因此，在行动之前，这些系统就不得不进行不断地选择。这样，对于人格系统、简单系统以及组织系统而言，它们就会将法律规范看作是数据，并对此采取不同的态度，而具体的选择要根据系统自己的结构规则而定。在这些不同的系统之间，也会有紧张关系。完全不能确定的是：那些来自于个人的刺激是否能够完全为基本的互动系统所用；这些刺激又是否会进一步地通过其特有的期望结构来选择性地影响于那些作为特有人格可以实现的内容；反之亦然。<sup>[59]</sup>很明显，通过组织形成的规范性期望不能被转变为事实的互动和个人的体验和行动，因为它们必须要经过其他系统的过滤。<sup>[60]</sup>在这种复杂的情况之下，所有的理论将不可适用(或者会变成道德)，如果它们——就像那些旧理论一般——想要使用那种简单的统治和服从或不服从的概念。问题是不能使所有可能的系统都服从所有可能的秩序，因为那样的话各种分化就会被模糊，而社会就会被倒退回去地简化了。实际上，当法律发生变化时，如果人们还没有注意到普遍性公布的——尤其是刑法上的——疏忽规范(Unterlassungsnormen)时，在此的意思就是说，每一个特定的受影响者应该改变其期望和行为，另外还要吸收变化产生的冲击波。

对于对新法的承认和遵守来说，最初认为，对各种法律所持的(道德)态度具有决定性的意义；因此，那些将其看作公正的人或者那些在其他人 320 将其看作公正的社会中行动的人会遵守法律，而那些法律的反对者会回避它。不过，经验性的研究已经显示(人们也可以在此作进一步的思考)，这

样一种道德等式显得过于简单了：一方面，法律也会被那些赞同它或将其看作公正的人违反；另一方面，已经通过的法律也可以逐渐地说服某些反对者（尤其是当那些令人不安的恐慌并没有出现时）。<sup>[61]</sup>因此，对确定经验现象的解释性和预测性的分析还需要作更为抽象的考虑。并非为了追求完整，我们在此仅提出以下三个问题：（1）**系统结构和系统历史的关系**（Verhältnisses von Systemstruktur und Systemgeschichte）问题；（2）**系统的自我控制能力**（Selbststeuerungsfähigkeit von Systemen；system's capacity for self-direction）问题；（3）**系统变化和环境变化之间的相对不变性**（relativen Invarianz von Systemänderungen und Umweltänderungen；relative invariance of system changes and environmental changes）问题。应当说，所有这三个特性对于全社会系统在法律上的集中化的控制能力都是非常重要的，而且在每一种特性中，对于不同类型的系统而言，又会出现不同的事实情况。

在所有的个人和所有的社会系统中，**系统历史**都在某种程度上发挥着**结构**的作用，换句话说，是作为一种体验处理的前提。它可以以一种被证明了的经验并且是以不断被重复使用的符号的形式来指导体验处理。它的发生不一定需要被保留在意识中，也就是说，它是被作为当下而被体验的；而且，它也可以在能够引起回忆的（在某种程度上可以被数据化的）过去的、一种事件的时间序列化的形式中被体验（它可以依据过去的使用情况而不再运用）——比如：一个虚假的承诺、一个会引起未来的小心和不信任的被揭穿的谎言、一个邀请、一个利益主张、一个伤心的拒绝，等等。在这两种方式中，系统历史，在原则上都是对未来进行简化的必不可少的辅助工具；实际上，过去和未来也只能与当下相联系而被区分为两种不同的时间视域——当系统历史被更为抽象地看作是结构时。一方面，过去就被“资本化”（kapitalisiert；capitalized on）了，也就是说，成为了未来可能被利用的财富；而另一方面，它又被“历史化”（historisiert；historicised）了，

321 也就是说，被置入于那已经被完成了的视域中，人们可以根据未来的

要求对此进行指导，但并非一定会如此。在这种有着时间意识的变化语境中，“资本”以及“教养”（Bildung）就被提升为价值，并被制度化。

后面我们还会返回到系统结构、法律和对时间的理解这些联系上。<sup>[62]</sup>在此，我们首先考虑这样的观点：当被运用到整个社会时，系统结构和时间视域之间的关系不能在所有的系统层次上得到同样地实现。个人对体验处理的结构部分是建立在一种前语言（vorsprachlich；prelinguistically）产生的符号形式中，它不适用于有意识的接近、保持客观化的距离、诠释或者重新解释这些形式，<sup>[63]</sup>甚至系统历史在此也是不适用的。同样，那些在场者之间进行的互动系统也由于缺少可分出的结构可以将他们自己的情境历史当作一种替代结构——也就是说，他们在对复杂性进行简化时是通过之前说过的或者做过的[事情]来引导自己，这样就不大可能摆脱实际上形成的那种自我约束。<sup>[64]</sup>对此进行的纠正就在于这种系统的形成是短期性的，它会因此以一种新的方式重建一个新的系统历史。<sup>[64a]</sup>同样，在对组织进行的分析中，我们也认识到了这样的过程：在系统历史的进程中，它的正式的组织的可能框架被大大地进行了限定，而组织也成为了“制度”——正如塞尔兹尼克（Selznick）所言。<sup>[65]</sup>

为了不让自己迷失在具体的细节上，我们可以确定这样一些连接点：对特定的系统历史的依赖与选择的方式相连，因此也是与特定的系统类型相连。这样，社会分化的增加就会引起系统历史的增加，这些历史可以被看作共同的世界性历史的组成部分。不过，通过不同程度地与系统相连，它们又被保留在意义积淀之中，而只有部分，可能会被意识到，会被资本化和历史化。由此，可以得出，人们必须要考虑到结构的可激活性和革新的可吸收性这些不同的条件。在整个社会层面上被制度化了的结构可变性并不会理所当然地在其他的系统中继续进行。而另一方面，如果出现对法律规范变化的不满时，那些在社会层次之外或之下的系统就会很容易分解、重建或建立

反向的结构。

我们的下一个问题涉及到**系统的自我控制能力**。它指的是为适应环境上**特定的变化**，[系统]采取**特定的决定的能力**，也就是这些调整[手段]可能适用的事件的**范围**。将**结构性影响**——这一影响包括系统对环境的变化——**最小化**的重要好处在于将这种适应过程有选择地予以特定化。如果不能根据有选择性的自我控制的方式来进行系统与**环境之间的不断调整**——不管这一调整是系统改变自身还是改变它对环境的选择属性——一个快速变化的、紊乱的环境将会导致不可能形成一个有着高度复杂结构而又依赖于环境的系统这一结果。<sup>[66]</sup>

很多系统理论上的思索是针对这类自我控制机制的合理重构的——一开始出现在平衡论(Gleichgewichtsmodellen; models of equilibrium)的模式中，后来又是以内动态平衡论(homöostatischer Modell; homeostatic model)或者控制论模型(kybernetischer Modell; cybernetic model)的形式出现的。因此，已经很明显，至少是在轮廓上，[系统的]自我控制已经变成了一个有着很高的前提条件的成就，而不能认为是所有社会系统的一种共性。<sup>[67]</sup>这些前提条件必须包括以下内容：对系统的“应当状态”的明确解释；系统和环境之间关系和边界的充分特定化；学习能力——在此之中，包含着对功能相等的问题解决方式的足够快速的认识能力；还有，系统与**环境之间的特定时间联系**，特别是环境变化的节奏不能绝对地高于系统变化的节奏；还有，系统的集中化或(在部分功能被完全隔离的情况下)分散化决定—生产的能力——在这种情况下，系统中**某处**已经作出的调整决定可在系统中**任何地方**均被接受。某种程度上，这些前提条件可在家庭中，尤其是组织化的社会系统中被满足。

对于法律政策的革新而言，受影响领域内的自我控制并不就意味着肯定会遵守新法，而只是说，这种更新可以在最小范围的结构变化的情况下被实现，而不需要在立法时对结构化的后果进行计划；这只是意味着，这种更新可以被作为受影响的系统的环境而被引入，并认

为这些系统可以在不失去同一性的前提下以它们的结构对这些数据进行调整。系统就这样以最小的代价吸收了这些变化，如果可能的话也不会危及到其他的成就。

第三方面的内容随之而来。当系统与环境之间有着一种**相对稳定的关系**时，系统就可以对环境的变化与否给予漠视，这样一来，法律的变化就会更容易被吸收。这种漠视最早是从自治或者自足的角度上来进行考虑的。尤其在心理学上，<sup>[68]</sup>今天人们意识到了另外一种对结构性前提进行抽象的方式，它可对系统与环境之间的相关关系进行规制。系统中的容忍范围可因为这种抽象而增强。在此意义上，当这一点完成之后，由一个人自己的结构决定的规范性(投射)期望就退回到了环境中，而被那准备进行学习的认知性期望取代了。<sup>[69]</sup>系统然后就可以认知性地(也就是学习地)对法律变化进行反应，尽管在全社会及其政治系统中，还会有规范性期望。

对于人格[系统]而言，在此也包含它的发展和社会化过程，但其影响范围尚难进行估计。简单的互动系统几乎没有机会获得一个更抽象的结构以及对其环境的概念化。<sup>[70]</sup>这种抽象性的成就主要是在组织上实现的。就像在结构与环境的分离中，在系统的自我控制上，以及在系统与环境间自由的变化性上所看到的一样，组织化也是一种对更新较有利的系统形式。因此，我们可以对此进行总结：社会子系统的组织化程度是一个可以对于法律变化的接受性有所影响的决定性因素。

324

总而言之，我们再次强调一下对我们前面的思考有影响的那些视角。在高度分化的社会的法律结构中，不能根据简单的期望与满足或者命令与服从这类基本的互动特征来决定采取一种特定计划的——主要是单功能的——使用。在此，它们遇到的是一个已分化的系统，它包含有许多不同的系统—环境关系，并且相应地具有各不相同的后果链接。单个系统追求的这种特定行为特征的改变如果可以成功的话，就在于进行一种平衡运动，与其他系统的环境一起进行改变。因此，

法律变化一方面是一个关系到因事件而异的对接受者的促动性问题，另一方面，因为会对其他系统的环境有所影响，因此又是一个[对之进行的]吸收性问题。我们认为，当这一新的行为前提条件可以作为其他系统的环境数据而成功地与那些互动模式相结合时，系统就可以被推动进行结构上的改变，这样，这两个问题就可以一起获得成功解决：[71]公司中的夜班只有在家庭生活可与之相适应时才可以被实行；高校中决定过程的民主化只有当校园诊所中的医疗看护制度可与之相适应时才可进行；\*而种族平等只有在就业市场和居住社区有可适应的空间之后才可以进行；士兵对犯罪或者违法命令的拒绝只有在军队中的权力机构有所调整之后才是可能的[72]——而所有这些又不会雪崩似地产生更多的问题。对新法实现机会更为全面的分析因此就必须包含许多的系统—环境关系，在此我们只是大致地提出了不多的几个问题。只要还没有抽象的逻辑方法可以被适用，我们就不得不继续使用一些直接的、具体的方法，而这些概念也只能被用作启发性的、而不是预测性的工具。

总的来说，社会对法律引起的变化的接受能力可能会依赖于这一事实——**社会系统中的相互依赖性不可以太高**。如果所有的事情真的都是相互依赖的，那么当然有可能通过**特定的**干预产生**特定的**影响[，但实际却并非如此]。当人们将这种**相互依赖性**的中断作为一种形式看待时，前面考虑过的那些各不相同的事态就可以被统一到一起。在法律变化的行动中，它避免了同时考虑过多或者影响过多。而另外一方面，当社会变得越来越复杂并且在功能上进行分化时，其各个功能圈层和子系统之间的相互联系就会同时得到加强。这样，相互依赖和相互独立一起在增加，在系统控制的更高层次上就会产生混合性的问题，这些问题不再能够被随意地——肯定也不能通过“统治”的方式——得到解决。从这一点上来看，我们必须针

---

\* 两者之间的因果关系在此不甚明了。

对法律的类型机制及其控制的概念化能力提出一些问题，尤其还有这样的—个核心问题，即这种情况下的法律是否以及如何能够对不可避免的高度的社会相互依赖性进行反思，并将其转变到决定生成过程中去。

## 5.2 类型结构

不仅仅社会情境会同时引起或者阻止变化。对于法律的材料而言，也是如此。这些材料是指那些意义内容、被规定的法律原则以及被教义化的概念——法律在此之中可被作为重复进行的决定。<sup>[73]</sup> 法律的这些材料，一开始在进化机制的背景中具有稳定作用。不过，这种变化、选择和稳定的机制是相互依赖地在发挥作用的。这样，不管什么内容在发生着改变，这些已稳定的结构，总会而且也是有选择性地对其发挥着影响。而决定生成程序则从中协调着这些结果。

为了能够通过现存之法对这种变化控制进行评价，我们在此必须引入—个重要的区别。这种促进或者防止革新的后果可直接来自法律，是法律启动了或者避免了将变化作为社会过程的固定结构。社会变化也可以(这是完全不同的)通过**法律变化**而被协调。由于我们不再能将社会结构等同于法律，这种错综性就是不可避免的；也就是说，我们必须在法律的一边和社会结构的整体性—边—起进行变化和不变的区分，这样就能将法律的不变与其他社会结构的变化联系起来，反之亦然。<sup>[74]</sup> 此外还有，可变与不可变也在每种结构中被连接了起来，因为变化会依赖于那些不变的内容在其中得以维持的形式。在此，我们—方面考虑到了那些不变的法在其中得以维持的形式；而另外—方面，还考虑到—个问题：这一形式如何直接地或者通过法律变化来影响社会结构的变化或不变。这一可能性可以



通过下图看到：

		社会	
		变化	不变
法律	变化	实证法	编纂
	不变	法律规范的功能变化	少有分出的静止情况

对这一抽象模式的图解有助于对上述内容作一概括和进行概念上的把握。通过现代法律在历史发展上的联系，以及通过几个例子，这里包含的内容将会在我们面前变得清晰起来。

对现代法律的历史进行的回顾可以看出：如果我们不考虑那些社会上已经意识到的过渡性措施的话，比如阶层和地区间沟通障碍的降低及宪政领域上的一些革新，工业时代的法律基础实际上尚没有开始进行系统性的立法规划。而一些根本性的成就是通过教义抽象的方式而取得和被巩固的。这些教义上的成就作为新的社会结构类型的地位和成就并不是源于法律上的变化，而是由于它们自身的抽象性。这不是对特定行为模式的设计或规范的问题，以使之可以通过它们结构的调整而对一些社会因素的变化作出反应，即这还涉及不到“学习型法”。实际上，它们的成就主要是建立在这样的事实上：一些相对不可能，甚至是不公平的社会关系都被宣称为法，并可以如此地受到评价和稳定下来。这些抽象性可以容许更高的复杂性和变化性，可以容许在社会中建立本不大可能的制度，并为这些成就授予一个抽象的名号。这种抽象性被认为是合情合理的，不需要通过法律机制一起进行重新特定化的规划。

此方面的第一个例子可以在契约原则的抽象化中看到。这种抽象化——在特定情况下是例外地作为一种内在的防范手段——使得纯粹意志表示的一致性被赋予了约束效力，并且将这一包括了参加者和契约内容的原则抬升到了一个最大可能的一般化层次上。这样，尽管契

约还是一种法律模式，却从内在的公平要求中解脱了出来。而契约法也不再能保证契约的公平。不过，它却保证了(这很重要)与一个已经分出的通过价格的波动进行自我控制的经济系统的适应性。<sup>[75]</sup>对订约或者不订约作出决定可以不顾及系统更高层次上的后果，而因此也就有更多可能的和适应于情境的动机进行支配(因此，就如我们在此看到的，这不是一种必不可少的“自由”)。这样，物和行为就可以有约束性地被进行支配(也就是对未来的约束)，但不会因此从法律上限制这个系统的必要的灵活性。这样法律就可以与各种可能的经济条件相适应。现代社会的结构性问题就通过这些条件的波动，而不是通过法律规范的波动得到了解决。至少，它们被显现了出来。<sup>[76]</sup>

不过，契约是“有效的”，这并不是由于其意志自由。契约原则的结构抽象性因此并不会因为对个人意志自治的批评而失效，它可以被转化为有计划的法律。事实上，在很大程度上，我们已经接近于德古伊勒姆(Deguillen)正确提出的“法律与契约之间的联合”(collaboration... de la loi et du contrat)。<sup>[77]</sup>这样，法律就将契约作为一种形式，如雇佣契约或者租赁契约，并在此之上附加了一种影响，或者是将法律作为在特定条件之下予以支配的手段，或者是在契约之上增加了一种非约定的附带后果。另外，通过法律政策目的的引导，它可以改变这一契约形式适用的语境，但又不会形成对协议自由的形式性干涉。这样，契约能实现的后果对于当事人来讲就仿佛是一个“扎好的包裹”。而当立法者想要追求不同的后果，或者他有了这样的经历(这也叫作学习)：没有人利用这一包裹或者有人打开了这一包裹时，那么这些条件就会被改变。不过，即便是在立法层次上，也有可能通过会议表的这种契约形式来作为“对议事条件开始所进行的启动机制”。<sup>[77a]</sup>

另外一个例子来自私法和公法中的主观权利的制度。<sup>[78]</sup>值得注意的是，这里有一种纯粹的不对称关系，而没有考虑到法律中的平衡和交互性。单个法律制度上的那种内在的公正性也被忽略了。一面的

(主观)权利与另一面的义务相对应，而不对应于一种反权利或反义务。<sup>[79]</sup>当然，这里并不排除交互性。主观权利可以被综合为更加复杂的法律模式，但那已经是一种更高秩序上的结合，对形成法律有效性来讲，并不具有根本意义。在此，法律是在不考虑公正的情况下被赋予了作为法律的品性。这种抽象性使得法律制度可以独立于那些典型性设立的交互性的利益束(Interessenkonstellationen; constellation)，并可在多种方式下被使用，更为抽象的得以保证——即可以独立于对平衡情况的维持，并且——以所有这些内容——与社会的更高复杂性和变化性相适应。而其反面的后果就在于：对权利和义务的这种促动和平衡只是间接地联系在一起，它们必须被系统结构进行稳定——这一任务在字面的概念上是看不到的，而对此可使用的一种分析和法律技术上的手段尚不具备。<sup>[80]</sup>

329 我们的最后一个例子是由对**自由或平等**的原则加以利用的**基本法**来提供的。这些内容都是一些从传统思想中流传下来的一些教义性的抽象内容，但在当代却被如此地绝对化和极端化，以至于它们已经不再是对变化着的现实进行描述了。从社会学的视角来看，一种一般的和根本意义上的自由和平等只是一种不可能出现的事态。但在作为法律原则这一规范时，它们却普遍地将那种通常性的内容看作是例外，并且根据自由和平等这一强硬的理由来对之做出各种限制性的规定。不过，这种理由本身也还没有被预先充分地结构化——甚至在此尚缺乏一种从系统上来计划的制度。

如果注意到这样一个悖论性的刻薄和反常规[的要求]，人们就能看到它与社会系统的功能分化的联系。这就消解了通常那种对自然的或诱人的现实进行描述的信念准则，而仅仅留下了对这一规范和要求的理由进行质问的形式性特征，以便可以确定作为不自由和不平等的依据的特定功能。但法律的这一特殊任务，即要求为这些功能性理由进行定向的任务，却不能获得一个可以为它们提供标准的、在方向和类型结构上的教义。这一任务基本上被交给了法学中的争论，他们相互

间努力地引用一些有冲突的价值、法律上的良善或者一些值得保护的利益作为自由和平等规则之例外的理由。这样就出现了进行合理权衡的机会主义，它是谎称在进行合理化决定的诡辩术。

对于许多比喻性的和评价性的抽象而言，这些例子提到的情况确实如此，这些抽象已经在悠久的历史传统中通过法律运用的决定生产过程得到了发展和改进，并不时地被通过立法进行了汇编。一开始，它们直接与在法律实践中认识到的需要相关，但之后就是通过概念的抽象和范畴形式上的内在逻辑得以发展，而不再与特定的需要有着点对点的关联。这样，这种抽象性就开始与一些未预见的情况发生联系，允许对新动机的使用和强化，使得已经被固定化的关系开始跳舞——用的是马克思的说法——但并没有一套固定的设计动作。同时，这种固定性又产生了一个同样不可控制的“功能上的变化”——就如卡尔·雷纳在产权的例子中所做的经典描述。<sup>[81]</sup>这种教义模式可以作为确定的概念被吸收入新法之中——就像可能进行决定生成的一些岔路一般，然后人们就可以这样讲：“所有者”必须尽到照看的义务，“行政行为”是可抗辩的，在“不损害现行法”的前提下可以进行更新——在此允许使用一些附带条款(Klauseln)，以在法律变化的决定生成过程中不断充实其内容。

330

不过，在这种情况下，仍然有许多问题没有得到解决，这些问题可以从这一角度——对社会变化进行法律政策性的计划——得到表述。法律的教义性的概念化尤其对这种计划性任务的“因素化”(Faktorisierung; factorisation)的分析帮助不大。<sup>[82]</sup>在一个与现行的教义相适应的抽象层次上，我们甚至看不到对一个法律理论上的计划性工具(Planungsinstrumentarium; planning instrumentarium)的使用。顶多，通过法律上的比较手段，会有一种问题意识开始发挥作用，使得一些教义性的符号——但不是社会关系——进行跳舞。<sup>[83]</sup>

但是，尤其在一战以后，随着政治对经济和社会关系越来越承担更多的责任，另外一种被临时认识到的、有着可改变的内在关系，并

可随此关系进行改变的规范形式就开始得到发展。我们在此可看到一些与学习型法相接近的内容，但当然是在一个概念发展的非常具体的目的定向和利益相关的层次上，而在此层次上，那些引人注目的结构变化不能被进行计划。不过，这就导致了下面准备提到的这些趋势，事先进行需求核定和处置功能性障碍，以及通过专门类型的有计划的立法来进行的具体调整。这些趋势是指：财政补贴、配额限制、行动限制、明确职责，和附有不时变化的条件的审批。杰弗里·索尔(Geoffrey Sawer)对此是这样描述的：<sup>[84]</sup>

法律发展的趋势并不是指向一种一般化和形式上的简单化，以及相伴随的一种僵硬化——耶林和惹尼(Gény)曾对此提出过反对；它指向的实际上是一种没有安排好的概念的复杂性和特定性。从立法者的角度来看，由于社会已经具有了极度的复杂和结构流动性，他们进行的就只是对规则进行调整以使其与社会形势相适应。但从实践者的角度来看，它就或者意味着极度的特定化，这一特定化会有损于一种一般的社会意识；或者需要依赖一种字典上的含义，这一含义又借助于一种很窄的文献语境而得以延伸——但不能根据一般的社会语境来进行理解。

331

今天，实证法——尤其是公法——面对的明显的困境就在于大量规范的不连续性。这些规范是根据不同的情境而被程序性地生产出来的，当它们被放置在一起时，会出现一种看不到的跳跃性，而对此事实尚没有建立起恰当的概念处置手段。这样，[法律因这种]复杂性就不再具有偶在性，它不能对大量的其他可能性做出法律上的规制，也不能对一些实践手段做出社会上的指导。[法律上的]一致性特性很少能对此有所考虑，而现在的危险是，有着法律依据的期望可以相互成为彼此的阻碍或者限制。当其出现之后，大多数时候是被看作可以辨认的障碍，并通过决定对之予以清除。但在此显得并不很清楚却具有

更深远意义的，是这种法律上的不可支配的危险。这种危险存在于实证性之中，却不会立刻自动出现。

另外，也越来越清楚的是，计划，尤其是一些发展计划，遵照一个复杂的、多变量的、草草勾勒的模型，这一模型与现有的法律材料有着多种的、分散的、部分直接部分间接的联系，但并不能将这种计划与法律变化的机制联系起来。从计划的角度上来看，有许多的法律在一些具体的方面都会或多或少地有变化的要求；不过，这些变化不能在数量和范围上进行协调，不能在各种法律的总的语境上进行估量，并且还要足够迅速地对其进行影响。计划就这样与法律并肩得以发展——弗雷多·瓦格纳(Frido Wagener)甚至将其称为“法律的替代”(Gesetzersatz; legal substitutes)<sup>[85]</sup>——也就是说，这种计划有着与法律相似的一致性一般化的期望面向，尤其是显示了其安全性和可预见性的特点，只不过不能成为法律(juridifiziert)。这种情况下的秩序性政策的意图就不再能确定地通过立法而实现，或者若说它仅仅需要一种表达，倒不如说它是受到了阻碍而被迫另寻他途或者被迫绕道。这样，它就既不会与那个进行权衡的立法意图也不会与那个计划概念的本来含义相一致。<sup>[86]</sup>

由此，就出现了更多的这样的现象：它们并非原本所愿，也不可以被价值性的进行证成，对法律的正当化也不会有多大帮助。当然，法律的这种躁动的状态并不排除进行革新，实际上可能正好相反！不过在已有的规范中，人们一般还是会具体地去使用那些熟悉的替代手段，或者维持现状。很明显，这种问题解决方式上的转换不在于法律上构建的问题性，而在于现实的、可通过政策进行执行的利益。尽管所有的这些努力都指向这种“利益导向的法理学”(Interessenjurisprudenz; interest-oriented jurisprudence)，但这一立场却还没有被充分地法律教义化，而且尤其是，它还没有被充分地普遍化。因此，这种“社会学的法理学”(soziologische Jurisprudenz; sociological jurisprudence)几乎不能够指望从社会学得到什么支持。而另一方面，社会学的分析实



样的一种情况：在此之中，那些只能在全球社会的层次上——它的政治子系统尚没有或者只是在一个地区的角度上被作为问题看待——加以解决的问题现在不再能通过法律的形式进行解决。这种情况在下面将得到进一步解释。

全球社会已经在许多重要方面得以形成，人们今天实际上已经不再谈及一个个的社会。但这一事实甚至被社会学家普遍忽视，政治系统仍然固定地在使用经典的社会概念模式进行观察，社会的政治整合也仍然被看作是必不可少的。<sup>[89]</sup>而同时，互动的相互联系却很明显已经延伸到了全球。广泛的沟通的可能——有着间断的和地域性的例外——和广泛的世界和平实际上已经形成。一个相互连接在一起的世界历史已经出现。所有人类共同灭亡是有可能的。商业交通将世界各地都联系了起来，在世界范围内进行比较，成为经济筹划的一部分内容，而且这种相互依赖性也产生了一些不安和危机。政治及其他新闻被世界性地进行报道和评论，而相关的组织会去谈论有什么样的主题、什么样的焦点和反应。至少在城市中，对于陌生人的各种可期望的规则也开始定型，并且可被适用于世界性的交流渠道中。由于具有适用广泛性、实践性以及(成就)现实性[的特点]，科学技术较之于其他事物更易于得到一般的承认和运用。在任何地方，电流都被看作电流，钱都被看作钱，人也还是人——而那些有例外的地方都被认为是一种病态、原始或者出现了什么危险。世界性联系的迅速增加可以在上述所有这些领域中被感受到。对于政治权力而言也是如此，至少那些较强的权力不再可以忽视世界上其他地方那些较弱的权力关系上的变动。与此相反，政治的决定生成，因此也是在更小范围内的政治合理性，已显得有些落伍——就像原先的家庭在面对更大的高度文明社会系统的建立时那样。

如果要对世界的这种状态进行评价的话，那么对其原因进行认识就是非常重要的。这一原因就在于社会系统在功能分化上的转变。这些功能领域，如宗教、经济、教育、研究、政治、人际关系、休闲旅游



以及大众传播,都已经具备了高度的自治性,它们已经突破了那些对其进行适用的领土性的社会边界。<sup>[90]</sup>这样,每个子系统就不仅仅确定了一个特定的与其他子系统相对的社会内边界,而且还会从其特定功能的抽象视角,出于自我维持、自我发展的特有逻辑性,而向其他的每一种社会边界提出挑战。这一方向上的发展甚至可以回溯到古代高度文明时期,在当时的宗教和政治领域中就已经出现了不同的边界限定。<sup>[91]</sup>社会子系统在边界利益上的这种分歧在现代社会中是很正常的;换句话说,如果几个子系统有着同一的社会外在边界,那纯属偶然。如果我们[将我们的眼光]从政治行动转移到科学研究中,从经济计划转移到教育行动中,或者再到好朋友圈子里的休闲活动中,我们就不会认为,在地域社会中的社会边界都是一样的,并且都会受到社会结构的约束;因为地域边界已不再能够将人们从所有这些活动中排除出去了。如果我们补充一点的话,至少其中的一个子系统——即科学——已经将一种广泛的主体间性作为其结构原则和成就的标准。这就很清楚:一个[世界范围内的]领土性的社会边界并不存在;那个多数人相互陌生地面对或者至多是邻里之间相接触的社会已经分解,它不再是惯常的世界性接触方式;而所有这些功能的总体只能在一个全球系统的社会互动中——也即一个全球社会(Weltgesellschaft; universal society)中——看到。再重复一下这一重要观点:全球社会是社会分化的结果,更准确地说,是这个分化原则成功地稳定化的结果。科学—经济—技术上的发展以及法律的实证化并不是一些相互对立的自治因子,它们只有通过同样的一个结构变化才会成为可能。这一命题与一般系统理论的原理有着一定的关系,即随着结构复杂性的增加,系统的规模就不再能够被任意选择,它在规模上的变化(即增加或者减小)因此也不能再被用作一种调整模式,而不得被结构上的灵活性所取代。<sup>[92]</sup>

通过规模来进行调整,这仅仅在社会的一定发展阶段上是可能的;对于某些系统问题的解决而言,它也具有一定的意义,但这一问

题只存在于总的社会层次上并且已经被分解了。在这种情况下，我们的考虑就不再是那些欧洲传统思想中的经典问题——如对于和平和公正、生产和分配的问题，尽管这些问题仍然是某些子系统的问题。我们考虑的就是一些在政治或经济的社会各自的前提中产生的社会问题，即在这样的前提下：社会的发展状态是由其政治的或经济的子系统引起的，并为其推动。不过，当所有社会都被总括为一个全球社会，困难就会叠加而产生新的困难。不过，这种总括却清除了那种社会形式和社会可能性上的多元主义——今天为止所有的发展都以之为基础，这样，就不仅仅能够带来一些机会，而且更在于减少盲目发展引起的风险。

这种趋势甚至可以追溯到从古代社会向高度文明社会的发展历程中：<sup>[93]</sup>在大量的实验性领域中，出现了一些相对简单的、相对无条件的、形成于基本互动之中的一些形式；并且这些领域基本限定在一些高度发展的文明之中，这些文明可以单独成为进一步发展的载体，并且一直保持活跃——通过某种结构灵活性的手段和内在的可变性，通过发展机制上的分化（变化、选择、稳定），通过文化间传播的一定手段，也通过它们自身大量的数目。通过建立一个简单的全球社会，这种趋势实现了其目的：由于机会的扩散以及对不出现灾难或者后退发展的保障，相互独立的可能性就不会增加。所有的进一步的发展现在都依赖于**内在**的社会结构和机制，尤其是结构的灵活性、高度的变化性、发展机制的分化以及社会之中到处都渗透的更新。对此情况，我们尚没有什么能以之作出科学论断的经历。不过，如果这种创新的并且可以进行历史对比的全球社会[观念]至少得到承认的话，我们将会收获很多，它也可以促进对相关经验的继承。

看起来，这些主要的问题是源于总的发展上的不平衡。尤其值得注意的是在全球不同地域上的不同的发展状态，这些状态今天不能再从不同类型的社会[这一角度]来作辩解，在全球社会这一框架中，它们看起来只是历史条件的偶然性所导致的。从长远来看，更大的问题

在于功能分化带来的不平衡，也就是那些与现代社会的结构原则相关的不平衡，它们也因此不能被看作是偶然并被消除。而这样的问题就包括：人口的“爆炸性”增加，需求水平的膨胀，一些毁灭性科技的发展；而所有这些都是由于在科技跳跃性发展的同时，生活方式和制度却没有充分地随其而发展。另外一个例子就是已经提到的政治上的“落后性”，它仍然停留在以领土利益的立场来考虑对生产进行的约束性决定[这一角色上]，因为这看上去是信任和共识的前提。政治上的国家主义对政策目标进行的控制甚至更使其完全与社会问题相脱节。而目前，通过民主这个概念——如果它意味着在决定生成上能够有效地参与的话，我们还看不出它是否会得以改变。

337

这样，政治，恰恰因为其根据自己的特有功能来进行安排或者组织，现在就因此与其他功能领域在世界范围内的要求产生了相当大的分歧。地域性、参与性以及在进行沟通和确定意义上的必要的具体性，政治的这些特点相互规定、互相强化，并最终结合到了一起。这种结合，借助于政治性的手段，会在实践上排斥对全球社会的结构性规定问题的解决。最后，由于政治本身是被分出并被功能特定化的，这样它就不能将功能分化产生的世界范围内的问题主题化；它只能以其特定的方式来认识这一问题，关心利益性内容，并被动地——而不是期望地——作出决定。而社会主义国家却只是通过分工来认识这种分化并将政治和经济结合起来，作为一个辩证的、统一的控制系统。因此，它们提出来的替代性方法虽然要求全球社会政治上的统一，却不能判断政治机制是如何发挥作用的，因此也就不能在这种条件下制定出正当化的法律来。

只要还没有全球国家，全球社会的系统就缺少一个重要的发展契机；这一点在早期的欧洲传统中也被看作是不可缺少的，甚至在今天的社会学观念中也被看作是重要的要素，尤其是帕森斯认为的一个社会体能够进行行动的那一特性——“集体性”（Kollektivität；collectivity）。<sup>[93a]</sup>不过，如果人们完全像 19 世纪那样，将国家看作一

个可以进行行动，而且同时有着人口和边界的社会团体，那么即便在“国家和社会”的区分中仍然包含着其行动能力上的缺失。在全社会系统的层次上，这种行动能力上的缺失就意味着缺少一个相应的进行归因和正当化的手段，以及缺少一个可能选择进行国际行动的组织结构。不过，在此方面，社会的政治系统中已经开始出现一些有约束性的决定生成。人们在此可以看到“组织缺失”或者系统特性不发展的现象。但另一方面，社会系统的这种开放性和结构上的不确定性正好提供了一个重要的发展条件——可以说是对只有一个社会的这种风险的补偿。全社会系统的结构现在还很“脆弱”，还必须与系统的各种可能的情况相适应。

继续进行这种社会理论上的分析已经不是法社会学的任务。不过，338正是在这些已经出现的问题中，从我们当代的一些大问题都很明显地没有被吸收到法律之中的现象上，我们看到了这样的问题：是否以及在什么意义上，政治和法律——它们较之于其他的结构更能代表系统的行动能力——还会成为主要的发展因子或者是社会发展的风险承担者？

如果回顾社会和法律截至今日的历史，我们会明显地看到规范机制具有的功能：它可以将可承受的不确定性进行归类或者有所扩大，并且还可以将一些风险性很大的难以置信的成就进行固定。一方面，这是由于对期望的反事实透支(Überziehen)的可能；另一方面，这也是由于偶在性事实在条件上的牵连。这样，那些并未被期望的内容变成可期望的了。这方面的动力以及前提条件，是由可以看得见的地域社会中的政治问题提供的。法律上期望的规范性可以消除由不端行为带来的风险，并且同时会引起文化上的改进。而当与政治相结合时，这一成就又被大大地增强，并可被用作构建非常复杂的、“非自然的”、在进化上显得不大可能的期望结构。到目前，法律和政治都一直是社会进化最重要的风险承担者(Risikoträger)。而这一成就正是由于早期欧洲传统中的法律—政治的社会这一概念而获得的。同时，将高度或然的期望进行稳定的成就，又与统一的政治系统紧紧联系在了一

起。看上去，正是这种高度发展的——如果还不是过度发展的话——成就妨碍了法律—政治的规范化向全球社会的过渡。通过简单的决定来建立无学习意愿的、反事实的期望，是一个非常有风险、不大可信，而且会需要非常多的前提条件的过程，由此使得我们无法简单地从一个新建的系统层次上来开始[认识]。

即使是从法律传统来看，通向全球社会的道路尚没有准备好，即在概念上和教义上都还没有确定出一个超国家的法律。在罗马法的过渡中形成的万民法(*ius gentium*)一开始只是一些适用于(不享受特权的)外国人的贸易法。之后，它就被从哲学上解释成了一种不取决于其所属的政治身份的、作为人而与生俱来的法律。根据这种理解，它就成为一种作为纯粹的一般人类社会(*societas generis humani*)的全球社会的法律，当然，也就不能在政治层次上被随意处置：这就是自然法。但随着政治系统的不断分出——这被看作是现代国家的发展过程，它又逐渐失去了其意义，因为现在领土范围内的国家法律可以将所有的人都作为人而施加义务，或赋予权利。大概在17世纪之后，又出现了<sup>339</sup>对国际法的重新思考，要求从组织机构行动的角度上为国家设定义务或赋予权利。因为受限于对国家间关系的规制，它[即这一传统]就失去了其自然法的根基，而变成了一种与政治相对立的关系，并且在主题上也被压缩到对此关系有意义的几个点上。它不会对在法律命题上的全球社会问题转型有什么帮助。这里有着一个分歧，但是被这一事实所掩盖，即在<sup>339</sup>这一思想看来，甚至全球社会也可以被看作“国际系统”。<sup>[94]</sup>

这一认识语境只有在这一条件下才是可信的，即社会还停留在地域社会时期。人们也许会承认，在世界上相遇的个人是一些考察旅行者、商人或者资本家，但其社会利益却要被固定在他们的家乡，并且他们也知道在且只有在那些地方他们的利益才会有政治上的体现。通过那个在19世纪时占据主导地位的认识，全球社会的系统看起来指出了这一事实：这个问题只是在地域政治系统内被作为私人利益而得到了体现和执行。那些不能通过这些渠道的内容就没有被表达出来，或

者说没有在法律上得到解决。

这种“个人利益的私人世界社会”(privaten Welt-Gesellschaft individueller Interessen; private world-society of individual interests)的终结已经被吉尔哈特·尼莫尔(Gerhart Niemeyer)很好地分析过。<sup>[95]</sup>而同时,将国际法和政治进行重新整合的思路——吉尔哈特将此作为解决途径,也由于这种政治—法律解决手段的内在特殊性而宣告失败。而那种为传统的国家间法律的有效性寻求社会学理由的思考(对此进行的社会学分析应该与此有所不同)看来就更有问题。当前条件下的全球社会的政治—法律特性又一次出现在了视野中。不过,正如我们已经看到的,问题恰恰就在于这些机制的不可扩大性以及它们与另一个系统层次上的问题的关系。

因此,考虑到进一步发展的可能,我们就会想到:这个从高度文明时期以来就已经被确定的规范化的、政治—法律性的机制可能将人类的发展进行了一种不恰当的特定化,以至于由此不能实现进一步的进化;或者说,我们被限定在了一个系统层次上,由此人类社会系统向更高的复杂性的进化难以为继。无论如何,全球社会这样的问题处境显示了某些方面的政治无能,而这一问题却不能仅仅通过政治来进行补救——也不能通过“民主”。今天,有很多的互动领域都扩展和巩固了世界范围内的联系:技术发展的研究和传播、经济和通讯、新闻报道、旅游和外交谈判。这些内容都清晰地指出了一种非规范性的期望形式,它部分是根据文化中的理所当然来进行估计的,而部分是有意识地以一种可进行学习的认知方式进行表达的。实际上,这种道德上的假定可能部分是意识形态的——具有一种或然性,部分是策略性的,而部分出自天性;但不论如何,对于在世界范围内联系的互动的社会结构而言,它都不是最主要的。全球社会主要是由认知性的期望态度所构成的。<sup>[96]</sup>对当前那些已经出现的内容,我们可以稍微思辨地来讨论一下这种进化性的优势从规范性机制到认知性机制的转换。

当然,这并不就意味着认知性期望已经占据了规范性期望的位

置；后者只是被排挤、被替换、被缩减了。从第二章的思考中，我们已经知道，片面地坚持单一的一种认知的或者规范的失望处理方式都会导致不可承受的高风险。虽然，法律的衰减或者倒退，还有“国家的灭亡”在任何地方都没有被看到。不过，我们还是必须考虑，当全球社会已经聚合而成，人们之间的联系主要采取的是一种认知的方式时，法律在这个时候是否仍然会保持不变。这种可能性可以在两个层次上来进行考虑：法律的实证性和法律的功能——也就是这种一致性期望的一般化——形成的方式。

实证性实际上就意味着在法律内部有一个内在的学习能力，尽管它与其基本的规范性态度相冲突。我们已经看到，法律实证化的进化和制度化的困难正是源自这一冲突。与角色分配相一致——这一角色分配由于一个决定生成过程的分出而被引入，学习的要求可以在两个方面发挥作用：一方面是那些采取决定的人，另一方面是那些收到并不得不得接受这些决定的人。在一种情况下，学习能力会依赖于类型模式(den kategorialen Figuren; categorial models)——决定生产者会按照这些类型模式来体验和解决法律问题；在另外一种情况下，我们会考虑到前面已提到的(4.7节)正当性问题。把认知性机制建构到法律的规范性结构中，看上去是与全球社会的发展趋向相一致的。世界范围内的各种结构形成及其产生的后果、相互之间发生的作用与不平衡性，都“决定了”那种地区性的有效实证法，但不是以一种一致性规范化的、超国家的、高级的因此也是超实证的法律形式起作用，而是由于这样的事实：全球社会的活跃状态已经形成了对学习的刺激，或者说是对学习施加了压力，并还特别指明了不能对问题进行随意性的处置。这种学习要求和决定限制的具体化程度应根据与全球社会结构的相互联系而发生变化；它既不是抽象的，也不能从个别方面进行具体地预测，我们有各种理由认为：它不再只是一个全球社会系统与其子系统的关系，而在此存在很多可以利用的集群(Konstellationen; constellation)。不过，在此我们可以清楚地看到，进一步的发展并不

取决于规范性地遵守一种与超实证的、普世人性的期望相关联的实证法，而在于一种解决问题的能力：这种能力必须在范畴和制度层次上内建于法律系统之中，是分析和决定的能力，也是学习的重构和对程式进行适应的能力。

法律的意义由于这种实证性的转变——即内在的学习——而不再保持完整。很明显，许多法律规范都会在内容上有所改变。但这不是我们谈到的内容。与此不同，我们认为，法律实现其功能的方式因各种变化而受到影响。从经典的法律概念来看——比如，我们将法律理解为国家部门的惩罚性的命令，我们就几乎不能理解法律具有的这种变化方式究竟是什么。法律科学上使用的那个或此/或彼有效的法律概念不能够觉察到这种重要的变化——法律是如何实现其功能以及如何根据其意义而被体验的。不过，一致性期望的一般化概念仍允许从中提出一些假定——尽管这样的假定在经验上高度不确定并且很难予以证实。这些假定关系到时间的、社会的和事实的一般性关系上的变换。

只有当期望在此三个维度上被一般化之后，法律才会出现。当然，这并不意味着这三个维度就具有同等的分量，各自接触到的以及体现的是同等范围内的社会问题。在大多数古代社会中，我们可以看到制度化的机制具有明显的主导性。在较小的社会圈层中，这主要是针对法律违反或者法律冲突进行的友好与团结的恢复；而对法律规范的意义事实的建构问题和对未来进行确定的问题就肯定会退居其次。甚至中国高度文明时期的法律，在很多方面仍保留有古代社会晚期法律的特征；<sup>[97]</sup>这种痕迹可以很容易地通过这样的事实被发现：即便是法律纠纷也被看作是对秩序的违反，相互的谅解（因此也就是撤除当前的法律诉求！）被看作是法律内在的道德戒律。<sup>[98]</sup> [在此]法律并不首先和主要地意味着规范。在其他的高度文明社会中，尤其是在早期的欧洲，相反地，规范性定位的法律在与程序制度化的联系中优先得到了发展。这种在失望情况下仍可维持期望的确定性就像对因此而坚持的共识的确定性一样，显得非常突出。正是这种确定性有利于对

342



一个相对开放的偶在的未来进行预期，以及对可以进行连环式选择的生活方式的安排。而由此，我们才形成了我们的传统：法律在本质上被作为规范来进行思考和限定。然后意义上的结构就只被用作对不同规范的区分，而共识也被“转移”到了法律之上。

应该承认，期望在时间上的确定性、规范性和反事实的稳定性仍然是现代社会的要求。在此我们不可能对法律的规范性有所缩减。不过，问题是：就其承认了的所有这些行为关系而言，规范性是否能够应付全球社会的结构发展带来的这些联系？当人们考虑到世界范围内进行互动的认知性结构的主导性时，当人们会根据见到的变化节奏的迅速增强来吸取经验时，当人们会采取一些情境性的估计时，对此的怀疑就会增加，[并最终]会承认法律的实证性受到了学习过程的影响。事实上可能是，在现实性和可能性不断变换的这种压力下，法律经历的焦点越来越多地转移到了事实的维度上。法律规章的事实表述及其语境的概念—教义性的建构不再仅仅是辨认什么是有效的法律规范的辅助手段。法律将会利用规范化的行为模式这一形式，该形式已经被设计为某些已认识到的问题的解决手段，已经被有效地进行了立法，被进行了试验，并根据实际成效进行修改。这样，规范性就仅仅具有稳定期望的功能，而且也只是在此范围内才是有意义的。而法律的道德和意识形态上的理由已被功能上的批评所代替了。

343 毫无疑问，尤其是对于刚刚制定的新法，这种形式的变化可以很容易被看到。但法律是否会因此就可以适应一个已覆盖了全球的、统一的社会系统的建立和变动，却依然是一个未解决的问题。无论如何，在此还很少考虑对可用来替代那个在等级上显得更为有序和更有价值的“全球法”的认识；今天的国际法——不管人们把它称作习惯法、权力法还是组织法——在此几乎还没有起步。不过，可以再次认知性地对法律中的行为控制来进行控制以及因此对社会变化的事实过程进行适应——对这种可能性的利用却多少正在增加。它的越来越多的实现正在面对这样的问题：在一个开放的时间视域中，意义结构是

如何被计划的。

## 5.4 法律、时间和计划

时间与法律之间的紧密联系在可以进行时间上衔接的规范性中清楚地显示出来——实际上主要出现在期望结构的这一法律特性之中。尽管它被显示了出来，却仍不大容易被理解。期望实际上就是可意识到的生活的未来视域，是对未来的预料以及对实际上没有去想会发生的事情的一种[从当下的]延伸。而规范性则强化了对难以预见的未来事件的漠视，并具体实施这种漠视，因此实现对未来的把握。而法律主要考虑的就是那些未来可能会发生的内容。<sup>[98a]</sup>人们为了有意义地生活需要[掌握的]未来的[信息]数量现在就成了一个重要的进化变量：这是社会变化的突破性时刻对法律的要求。

人们体验和行动的时间视域不仅与个人相关，而且还超越于此，在一种一般形式上与社会结构的特性相关，并随其发生改变。法律与社会之间的这种深远的联系就建立在这一特性之中。但这种联系却很少成为平常日常生活意识中的主题，也就是说，它并不位于这一层次，不能在这一层次上作为替代被选择，而实际上，反而是这种联系首先构建了这一层次。在已经开始进行的具有法律形式的社会计划中，人们应当能够吸收一种对法律、时间和计划的历史性的新理解——这正是我们想要弄清楚的，而且也必将将之作为计划的基础。

前面(第 201 页)，我们已提到了这一事实：古代社会的法律被经历为在一个当下\*在场的、无替代的情境中对人或物的定位。那些持

344

---

\* 本节中所提到的“Gegenwart”为了与口语中的“现在”、“目前”进行区别统一译为“当下”，但在与“未来”(Zukunft)、“过去”(Vergangenheit)并列时仍译为“现在”，而对马上就会发生的事情译为“眼下”。英译本在此处对“Gegenwart”及其对应的名词和形容词进行翻译时有些不大统一。

续在场的现实经历、那些眼下正在被体验到的内容，承载了意义结构，并在自身中将其具体化。未来只是当下的延续，而过去也因为与那些已逝之事的联系和对已亡之人共同生活的情感可被当下具体地想起\*，即它不能被看作是已经完成了的或已经终结的。在这种时间经历中，古代社会的法律行动就只是一种反应，或者是对已经经历过的过去的失望或者是延续当下，而不是因考虑到未来可能会有所不同而进行的一种期望或行动。人们在此一定会问：是否以及在什么范围内未来通常可在日常生活的时间视域中被经历；还有，在什么范围内它又被作为可能会出现的首选而被隐藏在可见世界的边界之外，而这种出现将会以不可想像的方式中断当下的延续。

那些突破这一阈限而到达高度文明的社会，由于可以承担，可以吸收或者延缓当前的更多的不确定性，就因此与过去相隔离，并在很大的程度上对未来开放。历史上被给定的法就可以在自然法的主要原则下被批判性地进行检查，但并不是在每一个方面都可以被改变。个别情况下——主要是中国的法家(chinesischen Legist; Chinese legists)——会有这样的看法：依据一个经过发展了的进化意识，主张并在政治上实行以法律手段进行条理性的社会计划；它将经济和家庭结构、技术更新、社会分层以及行政组织都包括在其计划形式中；它还有意识地努力使人伦关系脱离于偶然事件——也就是其本性的自我实现的时间点。[对于这种主张而言，]偶在性是其出发点，而秩序性是其目的；还有，作为其不大恰当的辅助手段的是一个没有在政治上予以充分考虑的刑法。而在对违法行为承担个人责任(Schuld; guilt)的这种认识中，我们会发现一种特有的与过去的半远离关系：罪责会将过去投影于当下，尽管它早就成为过去，也会在此现实地呈现出

---

\* 德语词“vergegenwärtigt”(“可以想像”、“可以具体化”)是一个现象学上使用甚多的词语，在字面上有“使当下化”(Gegenwart指“当下”、“现在”)、“使呈现在当前”的意思。进一步的解释可参见倪梁康：《胡塞尔现象学概念通释》，北京：生活·读书·新知三联书店，2007年，第476—477页。

来，并因此而具有约束性；不过罪责可被赎还并因此得以消除。罪责一般包含有一种时间经历：在这种时间经历中，那过去了的并非自身已经被完成了的、而是可被完成的；在此之中，法律上的关系不是仅仅关系到对那种充满可能性、复杂性和偶在性的未来的计划，也关系到对已经过去了的过去的实现。<sup>[98b]</sup> 罪责与赎罪(Sühne; atonement)就不仅仅是从对未来的“避免”的观点来被经历的。

345

而相应地，这些社会能将它们的未来与当下生活的单纯延续区分开，并且可以在其中看到明显开放的可能性，实际上，甚至可通过对末世论(Eschatologien; eschatologies)的使用而想像一个“完全不同的未来”。在法律的领域发展出了这样的约定——当下承认的对于未来的约束，这不仅仅是在一个可被立即执行的指令的意义上——该指令将未来当作一种持续的当下，而是对未来的一种规范性约束的安排，未来可以被定期地、条件化地或者可被召唤地刻画。它产生了与传统法律不相协调的法律生成的可能性，特别是行政约束性的规定和行政约束性的立法。很明显，未来并不被看作是一个无限开放的时间上的一系列点——在其发展过程中，任何事情都可以变化，而只能被作为一个在目的的概念之下，可被当前支配的视域来加以利用。当人们想要实现一个确定的而不是一个不同的未来时，他就会假定行动的后果或者当前的自然的延续，以作为当前进行的积极的或消极的决定生成的条件。社会最初的功能分化、其将自由内建于制度之中并对法律予以概念上的抽象导致了在有限范围内开放的、偶在的未来可被接受和加以利用。尽管如此，对期望的规范性坚持仍(绝对地)主要是通过这样的认识来得以坚持的：世界会在其基本的特征上保持不变，而未来并不会改变所有的事情。未来是当下的结果，而当下的本源和法度又源自于过去并只允许有一些偶然的变化。但是，在一个仍不确定的未来中，对期望的坚持又是如何可被以其他方式推动的呢？

而相反，只有在我们将当下看作是未来的结果——即作为决定——时，法律的实证性——即其在原则上的结构可变性——才可以被

理解。这方面的一个必不可少的前提随着现代时间观念的抽象化而产生。在今天，时间作为世界复杂性的无边界的模式，被认为可以独立于那些在时间之中存在或发生的内容。从一个被抽象地注明了日期的时间点的序列来进行考虑，它尤其可以剥离掉那些事实的或社会的关联——而惟留有时间。这样，它就既不是一个节日庆祝的依据，甚至也不是一个因果性的因子。在此之中存在着将未来与过去的事件，以及与同时相伴随的不断向前推进的当下区别开来的可能性。时间本身不会设定未来，尽管在此之中已经形成了一个历史。它只是使其保持开放，即在其视野中保留了较之成为现在——因此也就是过去——的更多可能性。未来就通过系统的当下而有可能实现，这种当下就是系统的未来；它通过期望而被决定性地结构化了：它在当下被经历，并始终伴随在总是被当下经历的延续中。它那丰富的可能性就依赖于当下的期望处理结构。不过，同时，与一个开放的未来相连的当下也证明了，自己是从未来提供的其他可能性中作出的一个选择。

在一个重要的方面，这种观察方式已经超越了当代流行的那种时间观念。它不再仅仅将时间看作经历在其上延伸的一系列的时间点——不管其是真实的还是主体间性地被构建的。它不是对标注时间可能性的否认，而是对这样一种含义的弃除，即认为所有的时间点都具有同样的复杂性的潜力，不管是面向未来、现在还是过去。这样的认识改动了时间的特性——对过去、现在和未来的区分。未来和过去的区分依据不再只是它们与当下经历的相对的(和变换的)距离在方向上的不同，而主要是它们各自对其他可能性的开放与不开放的不同。因此，当下也就不能被看作是那样的一个时间点——(主体的)世界历史将由此建立。通过其功能，当下就是一个复杂性的简约——在对其他可能性进行的可体验到的、不可避免的和不可停止的消除的范围内。

对于对时间现象的解释而言，今天的思考已不能为我们提供可以利用的起点。由于解释上的不足，我们也很难对此有一个充分的了

解。<sup>[99]</sup>但同时，这些内容却必须被澄清：对时间的解释也会依赖于社会结构，并随其而发生改变。<sup>[100]</sup>由于子系统中高度的结构可变性所引起的向全面功能分化社会的转变产生了对世界偶在性以及结构选择性的意识。时间和法律现在都不再可以于“自然”的结构持续性的基础上——即在一个没有其他可能性的过去的基础上——来进行考虑。进行选择的那“那一刻”以及当下的其他可能未来都获得了对时间经历和法律上的决定生成的控制。时间的进程就只能被理解为一个在复杂性上迫切要求的简约。已经流入过去的就不再能被改变。然而，通过合适的期望结构的稳定化，未来的复杂性和当前的选择性可得到增强。这样，发生的就不再仅仅是发生，而是可以被合理安排为对增加了的可能性进行的有意义的选择。然后当下就不再只是直接经历中的意义的实现；相反，它被置于通过合适的选择程序以生产一些可在未来加以利用的过去的要求之下。这样，人们就生活在对计划进行的设计和进行中。 347

随着其对一个超复杂的未来保持开放，以及对当下的体验和行动选择的加强，法律的当下性——也就是现实的法律经历——得以被改变。人们可能会认为：法律之中的当下只是对未来进行的准备，只是未来在眼下可以利用的过去；但这却不是它的特性。它一定会包含一些不能被确信的意涵，包含一些并非理所当然的内容。它肯定会带有一些尚未被确定的规范，如果被确定了，今后也不好进行。这可以发生在一种价值体制、意识形态的形式中，或者发生在满足投资、教育或者配置正当化的权力和程序的形式中。在所有这些方面，未来与过去交替成为主导性的时间视域。过去失去了其权威性。它仅仅被作为资本或历史知识，被作为历史而被未来吸收。<sup>[100a]</sup>法律不再是“善良的旧法”。它不再由于立足于过去并因其不变的符号化而有效。相反，法律的有效性现在是建立在其功能之上。这种有效性依据未来进行解释；19世纪时，它被看作是和谐自由的增加或者是有利于文明进步的人性解放；<sup>[101]</sup>在20世纪，于计划的不可避免的压力下

(尽管很少在原则上进行表达)，它是作为一种选择结构，使得当下的选择性成就——即决定生成或者对决定生成的期望——成为可能。

348 但过去并没有被完全摆脱，它在法律结构中占有了另外一个位置。它不再通过传统的想当然性或者罪责的持续性来发挥约束力，当然也不会借助于那种认为旧的总比新的好的保守性的价值来评判。不过，它仍然实现了对秩序的规制——范围大小不定地；这仍然如过去一样是不可缺少的，任何人都不可能一下子改变一切。在当下之中，过去看来就是系统的现状，而由此一定会产生一些有意义的变化，防止使用一种未来的视角是不可能的。任何的革新都必须从现存的、现知的和不变的开始。这种选择既可以任意地开始于那种完全合理建构的并且是非常明确的法律之中，也同样可以开始于那些全然无条理的法律。所有事实上有效的法律都处于这两种极端之间，这种极端情况会产生各不相同的问题，它们对新法形成会有所限制。例如，建立一个“自由理性”的宪政国家，却并未确定它涉及的产权、婚姻、税收、劳动优先权、申诉权等相应的内容，那就将是无意义的。一个在真空中的或者没有任何语境联系的革新，将没有任何意思，什么也不是，什么也不会成为。就人的能力会受限于信息处理的程度来讲，法律因此就会依赖于其自身的历史——这意味着一个决定生成的历史。在有效法中，变化的比例可以通过结构的抽象、决定生成过程的分化和程序上进行的组织而相应地增加。同时，以此方式，又会有一些新的旧法被生产出来，它们又进入现状之中。随着法律的复杂性和可变性的增加，旧法也在以此方式同时增加——对此必须考虑到所有的变化。保存的这种旧法又如从前一样，塑造了当下的决定生成的过去视域；但它不再以其时间上的旧来对我们进行约束，而是通过它那决定生成技术上的不可解决的复杂性使我们承受这种重压。

我们还不能说这些变化已经反映在其法律和法律之中的时间关系里。当前的法律思想在感情依托和合理性的教义上仍然很大程度地依赖于以前的高度文明时期遗留下来的观点。在实践的、政治的和程序

的层次上，以及在法律规范的不断生产上，已经开始进行的这种实证主义的转化还仅仅是概念性的出现在我们面前。在这种情况下，我们很难对实证法中之合理性形式进行预测。一般而言，我们还缺少对系统结构性决定之合理性进行评判的足够标准。不过，如果我们能对实证性的原则进行反思并对目前的这些分析作一些评价的话，就至少可以指出一些框架性的条件和一些基本的问题。当所有的法律都变得可被决定并且相应的程序都被制度化，有效法就会无可争议地具有一种总体的责任性(Gesamtverantwortung; total responsibility)。它借助于程序而形成并仍可被缩减、分配、延迟或者拒绝。不仅仅需要对变化和更新进行负责，甚至错过了变化也需要负责。甚至不进行决定也是一种决定生成。每一种变化的意愿都可以被应用，每一种规定都可以被检查，昨天进行的说理在今天和明天就必须被认真地考虑。这种说理类型本身就指示了很多的内容：人们将小的变化作为大的变化的准备，以将要进行的革新来解释当前的漠视，以紧急情况来解释一些临时处置或者暂时中止；可等待或不可等待都成为了决定的理由，时间问题成为了对法律生成的主题进行选择的眼点，优先权(Prioritäten)挤掉了特权(Primat)。这样，一些小方案就挤到了大方案的前面，而一些小问题也挤到了大问题的前面——但都是以为法律负总责的方式，不过对其有所推迟。 349

在这种不大明显的趋势中，我们必须承认，在法律的实证性条件下，不再仅仅是其事实维度，而且还有时间维度对结构复杂性的影响也在增加。<sup>[102]</sup>法律不仅仅在事实的意义上具有相当的一致性，而且，它在结构和决定生成上也并不是完全随意的。由于我们不能一下子改变所有内容，这种变化的顺序就不能被任意地选择。其中的一个会预先决定另一个。无论如何，在现有的法律秩序中，我们不能随意进行任何变化，而只能依据那些为眼下的解决方案——不管是现实的还是教义上的——提供了功能对应性的内容来进行改变。对于给定的系统而言，变化是作为问题解决方案上的转换而发生的；或者，当



一个替代性方案没有形成时，它就进行结构上的变化，这一变化会使得那一问题原本不可解的原因得以消除。这种可能变化的序列性就指出了某种特定的时间顺序——尽管还不能完全清楚地被确定。

在此，我们还没有确定对社会所能实现变化的可计划程度。在一个给定的社会中，这种与潜在的或明显的后果的关系可能会因事件和行动领域的不同而有所不同。尤其是，仅仅将现代社会看作是计划上的增强将是完全错误的；相反，已计划的和未计划的社会产生的问题看上去都在增加，社会不得不**因此**而调整其法律。我们前面提到的在  
350 时间视角下的变化已经指出：随着时间增加会产生更多的可能性，而当下的选择性也由此增强。它们因此提出了一个问题，不过对此尚不能作出结论：根据什么样的结构和过程\*，这一问题可以在个别的意义领域中得到解决。

对过去的非依赖性现在变成了一个时间问题，也就是可以被决定生成过程利用的时间。这种时间跨度可以因为安排这些过程的那些组织的划定而变得很短或者碎裂化。这种有着时间上的序列性的、短而有限的经历在与那种可得以被实现的事实目标(Sachziele; material goals)以及可进行判断的信息的关系中有选择性地发挥着作用。<sup>[103]</sup>它不再是那种很复杂的思虑，即那种为更深远的结构变化进行的谋划。对进一步的可能性在时间上的开放依据时间压力被反映在了组织和程序中。

在单个的程序中，很难有充分的时间来进行思考，即便是通过一个有意义的再组织手段。而另一方面，正如我们最好可以在自动的数据处理的例子中看到的那样，可以通过信息处理上的形式性安排——它可以进行一个迅速的可靠的观念上的交换，而在时间上有所收获。决定生成过程的选择性的完成尤其依赖于对那些结构性前提的选择，还依赖于那些程式——这些程式必须要不但依据对决定的决定性指导

---

\* 英译本将此处的“过程”(Prozess)误译为“问题”(problem)。

来进行考虑，还要根据一种抽象的整合手段以及对问题解决方案可进行变换的观点来进行考虑。因为时间稀缺产生的压力不能在时间维度内得以消除(也就是说不能仅仅通过拖延或者中止)，而只能在事实维度内得以解决——即通过决定生成前提的抽象的、特定化的(至少是可特定化的)事实性秩序，或者是在社会维度内得到解决——即通过工作岗位的增加。一般来说，有组织的决定生成过程就是这样的社会制度，它将一个开放的时间视域转换成了一个时间压力，并通过对它们决定生成前提的一个很好的事实性安排而对此问题有了一个更好的解决。

针对法律运用的旧的形式的法律教义在此为我们提出了这样的一种可能——比如，进行这样的考虑，它如何可能在相互联系中看到不良性能的发展形成。但是，通过前面 5.2 节中的相关讨论，我们会看到：与实证法相联系的机会几乎没有考虑到这一点，也不能解决所产生的问题。为此，我们就需要一个更为抽象的法律理论——但它涵盖的问题还需要进行设计，它所有要素的可控的变化性必须得到保证。但是，法律上的决定生成过程是否会开始于一种自动化，并且对在此方向上的法律教义的再加工的推动是否会来自于一个已经被认识到的一般决定生成理论——这还尚需观察。 351

实证法的这种计划不需要采取那种命令性的计划形式。这种计划的层次已变得如此复杂，以至于不能直接通过道德化的好或坏行为的或此/或彼的特征而被即刻地回想起。根据“你不应杀人”这样的特征来对特定的作为或不作为进行的命令性规范化仍然是一种可能的表现形式。不过，[现在]应当被计划的不是行动，而是行动的相互联系，也就是系统。这些系统可以通过计划而被控制，甚至可能被创建。不过，计划者不再能够对行动进行替换；他只能对其他人行动的决定生成前提进行设定，并且最多只能对诸种其他的决定生成前提——他自己也可以对此有所适应——进行预计。如果他将其行动看作系统，并且将其作为系统而计划与研究，这可能会有利于其进行预

测。而同时，正是这一点可以为其澄清：行动者会“在一个系统中”来作出决定，而以此方式作出计划的决定生成前提就只是诸种可能情况中的一种。那些不连贯的行为，尤其是一些违法行为就不再仅仅是应受指责的行为；除此之外，因为与系统相关的原因，它们还具有一个计划层次上的意义——正如我们在对待控制问题时看到的那样。<sup>[104]</sup>

352 这样，时间视域就可以，并且通常也能够与计划和日常的行动（也包括对程式的官僚式执行）区分开来。因为将未来看作是其行动带来的视域，行动者就与未来保持着一种近乎自然的关系。计划者如果想要完成其任务的话，就必须在一个更为宽广的、开放的，而同时也是混合有复杂性的时间关系中进行思考——因为行动者当时的时间视域也被作为一个要素添加在这种被计划的未来中。<sup>[105]</sup>也只有以此态度，人们才能够进行思考：与行动者的各种未来相关的，有多少的不确定性才是合理的；对于那仍然非常开放的未来，他又会采取什么样的预防性策略和简化风险的策略；而在这种安排中，法律又会提供什么样的支持。<sup>[106]</sup>计划者因此就必须能在各个行动者的未来中想像一个不同的当下，这一当下也可以被看作一个随后的当下的过去，并有助于为未来而进行准备，还可以从计划者的角度来加以想像；他必须将可能的当下看作是被不同结构化的选择机会，并且在之后选择的可能的意义上，根据对复杂性的简化和建构来理解时间的流逝。比如，[以此观点，]对待失误的程式就必须将错误同时在两个视角下进行看待：或者是看作一个可以由未来予以纠正的过去，或者是看作一个[未来]可能的错误；这一错误对于那些遇到这种情况的人，以及为此而承受此结果的人而言，在当下的未来视域中是可以预见的，并可以在现在采取一些预防措施。

从我们熟悉的那些法学上的概念性思考[向现在提到的思考方式的]进行转换可能是非常困难的，但至少它可以使我们明白：法律的实证性已不再会引起那种令人恐慌的命令的随意性。由实证法产生的

特别问题处于另外一个不同的层次上，而由此可以决定在社会之中的行动可能会具有多少的自由性和拘束性。高度的复杂性只能够作为结构的复杂性而产生和得到维持。而这一点的实现，只能通过一个充分可变的手段，或者是通过法律上确定的问题解决方案的偶在性和可靠的转换性。这就又回到了我们一开始提到的问题。体验和行动之有可能的复杂性和偶在性出现在个人不同的世界视域中，并通过人们体验和行动的不同世界的存在而在危险性和选择的变化性上有很大的加强。而这就要求能够将法律作为解决问题的结构，这样这种复杂性和偶在性就又出现在了法律之中。它们被法律看作问题并被吸收到结构中。在这种更高的复杂性和更高的偶在性的条件下，它们更易于被解决。因为，现在人们不需要再另外应付行为上的风险，而只需要考虑法律过程中的风险。

那个一再提到的问题的表述形式随着社会及其法律的发展而发生变化。这一发展有这样一个趋势：它不再是逻辑上不可避免的，也不是一种内在的必然要求，也并不具有历史的连续性，而是被更广和更彻底地体现在发展至今的进化过程中。这样，它就将不可能变成了可能，而系统也得以被稳定在一个更高的复杂性上。这样的系统在一个更高的复杂性层次上的稳定之所以可能，就在于借助了它的特定的进化成就。在这种成就中，那些错综复杂的结构化条件可以与更高的自由度联系起来——在法律的情况中，尤其表现为通过决定生成过程之程序的制度化和为意义的保留、交换和继续深化而建立一些更为抽象的形式。

在当前的世界中，实证法一开始出现是建立在早期的一些原则上。但只有到了今天，我们才能够有这样的认识：法律之所以有效是源于其自身的发展，即由于其自身选择性的发展。这一点对于个别事件会有什么意义，以及法律为实现有效必须如何进行塑造，——这些内容尚难以想像。实证法是我们所知的最为先定而又最不可预测的法。我们对此的经历还很短，而且也还存在一定的问题，并且显得很

不确定。它不能完全从科学上来进行预测，更不要说就其影响来进行考虑。我们甚至不知道是否会在日常生活中认识到实证法——也就是说，以通常的那种用抽象概念来描述现实的方法，我们是否能获得〔与实证法〕相关的经验知识和认识成果。而实际上，我们有理由对此进行怀疑。不论是法学家还是社会学家，实际上都还没有发展出一个恰当的实证法概念。而法律实证主义仅仅将法典看作是有效性的基础——这种看法将没有任何出路；而经典的法社会学理论实际上却绕过了这一问题。我们在此实际上是不大可能对那种实证的法律政策理论或者那种恰当的计划讲出什么内容的。而以往在这个方面的那些不恰当的努力都只是在作一些道德化的解释。法社会学理论也会由此认识到这样的现实问题的重要性。而只有当人们在法律生活中学会以学习的态度来对待法律时，这样的问题才会有一个较妥当的解决方式。

---

[1] 参见 *Die Rechtinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion; Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, Neudruck Stuttgart, 1965(首次出现在 Marx-Studien Bd. I, wien, 1904, S. 63 - 192), 保罗·伯汉纳(Paul Bohannan)借助于一个更好的法学原理——即他的重新制度化(reinstitutionalisation)的概念也对此进行了论述(参见 Bd. I, S. 79, Anm. 98.); 在某种程度上, 法律的发展总是与社会发展相脱节。我们还要感谢詹姆斯·威廉姆·胡斯特(James William Hurst)对一定时空范围内的法律发展与社会发展(尤其是经济发展)之间关系的详尽历史分析。 *The Growth of American Law; The Lawmakers*, Boston, 1950; *Law and the Condition of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, Madison, 1956; *Law and Social Progress in United States History*, Ann Arbor, 1960; *Law and Economic Growth. The Legal History of the Lumber Industry in Wisconsin 1836 - 1915*, Cambridge, Mass., 1964。进一步可见 Lawrence M. Friedman, "Legal Culture and Social Development", *Law and Society Review*, 4, 1969, pp. 29 - 44。

[2] 例如可见 Yehezkel Dror, "Law and Social Change", *Tulane Law Review*, 33, 1959, pp. 787 - 801; 也出自 Vilhelm Aubert (Ed.), *Sociology of Law*, Harmondsworth, 1969, pp. 90 - 99 的摘要; Per Stjernquist, "How Are Changes in Social Behaviour Developed by Means of Legislation?", in *Legal Essays. Festschrift til Frede Castberg*, Kopenhagen-Stockholm-Göteborg, 1963, S. 153 - 169; Helmut Coing, "Law and Social Development", *Le développement social*, Raymond Aron and Bert F. Hoselitz, dir., Paris-Den Haag, 1965, S. 293 - 312; William M. Evan, "Law as an Instrument of Social Change", in Alvin W. Gouldner and S. M. Miller (Eds.), *Applied Sociology. Opportunities and Problems*, New York-London, 1965, pp. 285 - 293 (286f); Philip Selznick, "Law. The Sociology of Law", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 9, 1968, pp. 50 - 59 (56); Wolfgang Friedmann, *Recht und sozialer*

## 第五章 通过实证法的社会变化

Wandel, Frankfurt, 1969, S. 13ff.

[3] 甚至承认“国家方式不会改变民间方式”这一格言的威廉姆·G. 萨姆纳(William G. Sumner)都不同意这一点。对此可见 Henry V. Ball, George E. Simpson and Kiyoshi Ikeda, “Law and Social Change, Sumner Reconsidered”, *The American Journal of Sociology*, 67, 1962, pp. 532 - 540.

[4] 对此的热烈批评可见 Rudolf Wiethölter, “Die GmbH in einem modernen Gesellschaftsrecht und der Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes”, in *Probleme der GmbH-Reform*, Köln, 1969, S. 11 - 41; 进一步的, 可见 Frieder Naschold, *Kassenärzte und Krankenversicherungsreform. Zu einer Theorie der Statuspolitik*, Freiburg, 1967.

[5] 对此的批评也可见 Boden, “Über eine experimentelle Methode der Gesetzgebung”, *Archiv für die gesamte Psychologie*, 33, 1915, S. 355 - 372; 进一步地提出一个实验性的、科学经验定位的法理学要求的, 可见 K. Beutel, *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*, Lincoln, 1957。今天, 人们会对此批评予以保留, 不过对之持以不高的科学信任。

[6] 因此, 尤其是那些与我们的思考接近的努力, 见 Donald T. Campbell, “Variation und Selective Retention in Socio-Cultural Evolution”, *General Systems*, 14, 1969, pp. 69 - 85。在此也可见(在多少有点错误的“集体主义方式”[collectivist approach]的分类上) Amitai Etzioni, *The Active Society. A Theory of Societal and Political Processes*, London-New York, 1968, pp. 65ff 及其他各处。

[7] 对此迈出的第一步是承认偶然性具有的功能性, 相关的可见 Vilhelm Aubert, “Chance in Social Affairs”, *Inquiry*, 2, 1959, pp. 1 - 24。对于社会系统中有计划的机会出现的困难, 进一步可见 Stafford Beer, *Kybernetik und Management*, Frankfurt, 1962, S. 216ff。

[8] 艾特兹奥尼(Amitai Etzioni, a. a. O.)在同一方向以不同的概念寻求一个可以整合非计划和有计划的社会变化研究的一个宏观社会学理论。也见 Amitai Etzioni, “Elemente einer Makrosoziologie”, in Wolfgang Zapf (Hrsg.), *Theorien des sozialen Wandels*, 2. Aufl., Köln-Berlin, 1970, S. 147 - 176。

[9] 甚至一些逻辑问题也完全没有被澄清, 对此的解决应该假定一个有着内建的反射过程的理论建构。由此观点来看待进化问题的, 尤其可见 Gotthard Günther, *Logik, Zeit, Emanation und Evolution*, Köln-Opladen, 1967; 继续的研究, 见 Günther and Walter Bühl, “Das Ende der zweiwertigen Soziologie”, *Soziale Welt*, 20, 1969, S. 163 - 180。

对于社会学所讨论的状况, 可进一步见 Karl Hermann Tjaden, *Soziales System und sozialer Wandel. Untersuchungen zur Geschichte und Bedeutung zweier Begriffe*, Stuttgart, 1969, 同时, 这也是将法律作为社会变化机制这一功用被完全忽视的证明。

[10] 最近的总结性描述, 可见 Wilbert E. Moore, *Social Change*, Englewood Cliffs, N. J., 1963, 德文版见 *Strukturwandel der Gesellschaft*, München, 1967; Tjaden, a. a. O.; Wolfgang Zapf (Hrsg.), *Theorien des sozialen Wandels*, a. a. O. (有一个文献目录)。

[11] 有一种努力想将结构的观念限定到一个规范性稳定的行为特征上(不单单关系到法律, 尤其还有语言和其他的沟通媒介), 帕森斯的社会学理论可谓这方面的一个代表。可参见本书第一章的注 22 和注 23。不过其所使用的规范概念也同样并不清晰, 就如那准确的功能方式(die genaue Funktionsweise)和对于稳定化问题的规范化影响(die Tragweite des Normierens für Probleme der Stabilisierung)。即便是在围绕着帕森斯较近的圈层中, 一个狭义上的结构概念也是不被承认的, 或者与之相同的, 是对结构概念的失误所进行的指责。可见 Leon Mayhew, “Action Theory and Action Research”, *Social Problems*, 15, 1968, pp. 420 - 432。

[12] 对此的证据出现在这一发现中: Peter M. Blau, “Patterns of Deviation in Work Groups”, *Sociometry*, 23, 1960, pp. 245 - 261(258f)。

[13] 与此相关的可见 Claude C. Bowman, "Distortion of Reality as a Factor in Morale", in Arnold M. Rose (Ed.), *Mental Health and Mental Disorder*, London, 1956, pp. 393 - 407.

[14] 至今为止所使用的社会心理研究被 Ralph M. Stogdill, *Individual Behavior and Group Achievement*, New York, 1959, pp. 59ff 进行了总结。

[15] 对此也可见 Niklas Luhmann, "Status quo als Argument", in Horst Baier (Hrsg.), *Studenten in Opposition. Beiträge zur Soziologie der deutschen Hochschule*, Bielefeld, 1968, S. 73 - 82.

[16] 我们尤其会在 Ernest Nagel, *Logic Without Metaphysics*, Glencoe, Ill., 1956, pp. 247ff 中看到对一种仅仅考虑“系统维持”的功能理论方法论上批评的辩解。在对“具体化”了的系统概念的指责中也同样隐含了这样的保留意见。

[17] 与系统/子系统相关的问题的阐述也出现在 Odd Ramsøy, *Social Groups as System and Subsystem*, New York-London, 1963, pp. 190ff.

[18] 塔尔科特·帕森斯讲到了“集体性”(collectivities), 即当(个人)可以为系统而行动时, 社会系统就开始形成了共同的价值定位(不过, 在概念的限定和术语的使用上在此有着一定的波动)。例如, 可见 *The Social System*, Glencoe, Ill., 1951, pp. 96ff, 以及 Talcott Parsons and Neil J. Smelser, *Economy and Society*, Glencoe, Ill., 1956, p. 15.

[19] 这至少在两种情况下还是可能的: 在与“系统的敌人”发生冲突时, 或者在进入和离开的决定的形式中。后一种情况对组织的结构身份是决定性的。更多的细节可见 Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964.

[20] 就像我们以前所讨论过的, 尤其是在涉及阶位的模式时; 可见本书第 240 页。

[21] 另外, 在荷兰和斯堪的纳维亚法社会学中也有些相关性研究, 参见报告 Jan F. Glastra van Loon and Torstein Eckhoff, *La sociologia del diritto. Problemi e ricerche*, Renato Treves, dir., Mailand, 1966; 英文本见 Renato Treves and Jan F. Glastra van Loon (Eds.), *Norms and Actions. National Reports on Sociology of Law*, Den Haag, 1968.

[22] 在帕森斯的著作中, 只有非常简单的阐述假定了信息和能量都是清楚的概念, 之后就立即转移到对这一一般模式的几种不同类型的使用上。对其早期的论述, 可见 Talcott Parsons, "Durkheim's Contribution to the Theory of Integration of Social Systems", in Kurt W. Wolff (Ed.), *Emile Durkheim 1858 - 1917*, Columbus, Ohio, 1960, pp. 118 - 153 (122ff)。最近的论述, 见 Talcott Parsons, "Die jüngsten Entwicklungen in der Strukturell-funktionalen Theorie", *Kölner zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 16, 1964, S. 30 - 49 (尤其是 S. 36f); Charles Ackerman and Talcott Parsons, "The Concept of 'Social System' as a Theoretical Device", in Gordon J. Drenzo (Ed.), *Concepts, Theory, and Explanation in the Behavioral Sciences*, New York, 1966, pp. 19 - 40 (34)。

[23] 可见 Talcott Parsons, "An Approach to the Sociology of Knowledge. Transactions of the Fourth World Congress of Sociology", Mailand, 1959, Bd. IV; 重印于 Talcott Parsons, *Sociological Theory and Modern Society*, New York-London, 1967, pp. 139 - 165 (142ff); Talcott Parsons, "Interaction. Social Interaction", *Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 7, New York, 1968, pp. 429 - 441 (437)。为了澄清, 我们应当注意, 这是一个和我们前面第 100 页讲到的完全不同的一个“制度化”概念。

[24] *Law and Equal Opportunity, A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge, Mass., 1968。也可见 Talcott Parsons, "Action Theory and Action Research", *Social Problem*, 15, 1968, pp. 420 - 432; Talcott Parsons, "Law. The Legal System", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 9, New York, 1968, pp. 59 - 66.

[25] 例如可见 Gregory J. Massell, "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu. The Case of Soviet Central Asia", *Law and Society Review*, 2,

1968, pp. 179 - 228.

[26] 例如, 广受欢迎的心理学司法和精神病学司法对于“宪政国家”的相关价值, 尤其是对于平等、可预见性和公正的侵害。Harold J. Berman, “Law as an Instrument of Mental Health in the United States and Soviet Russia”, *University of Pennsylvania Law Review*, 109, 1961, pp. 361 - 376. 对同一个问题的“西方”观点, 可进一步见 Vilhelm Aubert, “Legal Justice and Mental Health”, *Psychiatry*, 21, 1958, pp. 101 - 113, 以及 Vilhelm Aubert and Sheldon L. Messinger, “The Criminal and the Sick”, *Inquiry*, 1, 1958, pp. 137 - 160.

[27] Adam Podgórecki, “Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts” ( “Drei Variable für die Wirkung von Rechtsnormen” ), in Ernst E. Hirsh and Manfred Rehbinder (Hrsg.), “Studien und Materialien zur Rechtssoziologie”, Sonderheft 11 der *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Köln-Opladen, 1967, S. 271 - 283. 也可见 Adam Podgórecki, “Law and Social Engineering”, *Human Organizations*, 21, 1962, pp. 177 - 181; Adam Podgórecki, “Loi et morale en théorie et en pratique”, *Revue de l'Institut de sociologie*, 1970, p. 277 - 293.

[28] a. a. O., 1967, S. 282.

[29] *The Study of Man*, New York, 1936, p. 115. 对这些范畴使用的进一步论述见 Ralph Dahrendorf, *Homo Sociologicus*, 7. Aufl., Köln-Opladen, 1968, S. 54ff. 在帕森斯的社会学理论中, 我们可以看到两种延续这类区分的情况。其中一种是将归因与功能融合结合起来, 即多功能性, 这样就使得林顿所特有的概念显得多余——见 Talcott Parsons, “Some Considerations on the Theory of Social Change”, *Rural Sociology*, 26, 1961, pp. 219 - 239, 进一步的努力可见 Leon Mayhew, “Ascription in Modern Societies”, *Sociological Inquiry*, 38, 1968, pp. 105 - 120. 帕森斯今天所指出的另外一点是对性质和成就(Qualität und Leistung)进行的区分; 它考虑这样的问题: 对一个行动者与他人进行的区别可根据他是什么样子或者他成就了些什么(已经完成的, 将要完成的)——Talcott Parsons, *The Social System*, Glencoe, Ill., 1951, pp. 63ff; T. Parsons, “Pattern Variables Revisited”, *American Sociological Review*, 25, 1960, pp. 467 - 483. 对此也可见《伊利亚斯》XXIII中的那场著名的对这一观点——谁是最好的(aristos)而不是谁赢了——的竞赛决定。William F. Whyte, *Street Corner Society*, Chicago, 1943, 该文对波士顿贫民区也有同样的观察。

[29a] 也见 Claus Offe, *Leistungsprinzip und industrielle Arbeit*, Frankfurt, 1970.

[30] 可见 Niklas Luhmann, “Waheheit und Ideologie”, *Der Staat*, 1, 1962, S. 431 - 448; Niklas Luhmann, “Positives Recht und Ideologie”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53, 1967, S. 531 - 571; 均重印于 Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung*, Köln-Opladen, 1970. 进一步可见本书第 128 页。

[31] 这种结构上产生的确定性需要的来源就是大众文化的确定性价值, Franz-Xaver Kaufmann, *Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem. Untersuchungen zu einer Wertidee hochdifferenzierter Gesellschaften*, Stuttgart, 1970 对此进行了讨论。

[32] 参见本书第 54 页。梅茵的区分应该说可以算作我们这种归因和获得属性二元化的直接先驱, 特别是又通过了费迪南德·托尼斯(Ferdinand Tönnies)的社团和社会(Gemeinschaft und Gesellschaft)区分作过渡。对此观念历史联系的概览可见 Horace M. Miner, “Community-Society Continua”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 3, 1968, pp. 174 - 180.

[33] 这种概念模式的用法可见 Gabriel A. Almond, “Introduction. A Functional Approach to Comparative Politics”, in Gabriel Almond and James S. Coleman (Eds.), *The Politics of the Developing Areas*, Princeton, N. J., 1960, pp. 3 - 64; Talcott Parsons, “An Outline of the Social System”, in Talcott Parsons, Edward A. Shils, Kaspar D. Naegele and Jesse R. Pitts (Eds.), *Theories of Society*, Bd. I, Glencoe, Ill.,



1961, pp. 30-79, 特别是 pp. 53ff. 不过, 并不是至今所有的相关讨论都使用了这种概念化; 在这之中的, 例如, Emile Durkheim, *Les règles de la méthode sociologique*, 8. Aufl., Paris, 1927, p. 110ff.

[34] 这就是目的论的和功能法律理论进行的(有限)证成的依据, 参见 Werner Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion*, Berlin, 1967.

[35] 在对因收音机的发明引起的后果的分析中, William F. Ogburn and S. C. Gilfillan, "The Influence of Invention and Discovery", in *Recent Social Trends in the United States*, New York-London, 1933, Bd. I, pp. 122-166 (153), 出现了150种观点。W. Ross Ashby, *Design for a Brain*, 2. Aufl., London, 1954 对此给出了理由, 他为所有的复杂系统假定了“子功能”, 这些子功能会打乱因果性, 只对结果的一部分重新进行传递。

[36] 这一例子出现在 Morris C. Cohen, "Positivism and the Limits of Idealism in the Law", *Columbia Law Review*, 27, 1927, pp. 237-250 (245), 在主题上稍微有所发展。其他的例子和将法律带来的问题进行类型化的努力可见 Arnold M. Rose, "Law and the Causation of Social Problems", *Social Problems*, 16, 1968, pp. 33-43.

[36a] 法律的多功能性和法律制度被强调, 例如, Lon. L. Fuller, *Anatomy of the Law*, New York-Washington-London, 1968, pp. 36ff.

[37] 还需要补充一些复杂情况, 我们还必须在方法上区分一个系统中的多功能性和系统相关上(或系统关联上)的多数化。拉姆松(Ramsöy, a. a. O.)对后一点作了阐述。

[38] 对此观点, 参考(不过是纯粹的)以法律科学为导向的研究, Gerd Winter, *Sozialer Wandel durch Rechtsnormen, erörtert an der sozialen Stellung unehelicher Kinder*, Berlin, 1969, 或 Bernhard Weller, *Arbeitslosigkeit und Arbeitsrecht. Untersuchungen der Möglichkeiten zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit unter Einbeziehung der Geschichte des Arbeits- und Sozialrechts*, Stuttgart, 1969; Harold Goldblatt and Florence Cromien, "The Effective Social Reach of the Fair Housing Practices Law of the City of New York", *Social Problems*, 9, 1962, pp. 365-370。通过使用一个开始的一般化的立法产生了特别的后果这样的概念上的二元化来讨论同样问题: 那些应当适用于所有人的内容被根据特定的情况来使用或者被进行了特别的处理。

[39] 人们尤其会在组织理论中发现系统因功能要求而超荷的想法, 以及有节制地使用负担功能的组织的要求。例如, 可见 Andras Angyal, *Foundations for a Science of Personality*, New York, 1941, p. 303。在社会系统, 尤其组织系统理论中, 有一种对同一事态持相反观点的偏好, 即认为这种功能分化(即通过专门化而解决多功能的设置问题)的表述只适用于大型的多支撑的系统。在社会学文献中尤其是对这种多功能的经济性进行了阐述的文献中, 特别见 Leon Mayhew, *Ascription in Modern Societies*, a. a. O., pp. 110ff.

[40] 这和使用目的大致相同, 只是它没有被作为一个概念而被准确进行限定。例如, 可见 Talcott Parsons and Neil J. Smelser, *Economy and Society*, Glencoe, Ill., 1956, pp. 15f, Talcott Parsons, " 'Voting' and the Equilibrium of the American Political System", in Eugene Burdick and Arthur J. Brodbeck (Ed.), *American Voting Behavior*, Glencoe, Ill., 1956, S. 80-120 (116f)。在这里下列概念的使用甚至没有作进一步的解释, 如“压倒一切地被占据”(overwhelmingly preoccupied with)、“首要指向”(primarily oriented to)、“主要指向”(predominantly oriented)。

[41] 这在一定程度上是一种结构政策, 见 Niklas Luhmann, "Reform und Information. Theoretische Überlegungen zur Reform der Verwaltung", *Die Verwaltung*, 3, 1970, S. 15-41 (28f); 重印于 Niklas Luhmann, *Politik und Verwaltung*, Opladen, 1971.

[42] 对此讨论很多的问题, 总见 Clark Kerr, John T. Dunlop, Frederick H. Harbison and Charles A. Myers, *Industrialism and Industrial Man. The Problems, Labor and*

## 第五章 通过实证法的社会变化

*Management in Economic Growth*, Cambridge, Mass., 1960, pp. 140ff; 也可见事例分析 Roland Christensen, *Management Succession in Small and Growing Enterprises*, Boston, 1953; A. K. Rice, *Productivity and Social Organization. The Ahmedabad Experiment*, London, 1958; and A. K. Rice, *The Enterprise and its Environment. A System Theory of Management Organization*, London, 1963; Cyril Sofer, *The Organization from Within. A Comparative Study of Social Institutions Based on a Sociotherapeutic Approach*, Chicago, 1961, pp. 3ff.

[43] 同时, 必须对于是否以及何时孩子“可以不出现在经济中”的问题有所考虑, 尽管介绍义务入学年龄是有着一种出于道德上的热情。参见普鲁士对教育的规定, Neumark vom 26, Dezember 1736, 重印于 Leonhard Froese and Werner Krawietz (Hrsg.), *Deutsche Schulgesetzgebung*, Bd. 1. “Preussen und Deutsches Reich bis 1945”, Weinheim-Berlin-Basel, 1968, S. 95ff, 对于教士进行的反抗, 可见一种代表性的讨论: J. Ev. Diendorfer, *Der staatliche Schulzwang in der Theorie und Praxis*, Passau, 1868.

[44] 对此问题的一个最好的分析仍然是 Joseph A. Schumpeter, “Die Krise des Steuerstaates”, *Zeitfragen aus dem Gebiete der Soziologie*, Heft. 4, 1918; 重印于 *Aufsätze zur Sociologie*, Tübingen, 1953, S. 1-71. 很有意思的可与之并列的一项研究是 Egon Bittner, “The Police on Skid-Row. A Study of Peace Keeping”, *American Sociological Review*, 32, 1967, pp. 699-715, 它揭示了, 在多大程度上, 警察长时期的对公众安全和秩序的保障会对人们的生活方式进行结构化——公众会以此为前提来评论当下、把握未来。进一步的, 很有影响的材料可以在对不发达国家经济技术发展之社会障碍上的研究中看到。尤其可见 Fred W. Riggs, *The Ecology of Public Administration*, London, 1961; Fred W. Riggs, *Administration in Developing Countries. The Theory of Prismatic Society*, Boston, 1964 (参考 “legislative helplessness”, pp. 232ff); 进一步的, 见 Guy Fox and Charles A. Joiner, “Perceptions of the Vietnamese Public Administration System”, *Administration Science Quarterly*, 8, 1964, pp. 443-481; J. Lloyd Mecham, “Latin American Constitutions: Nominal and Real”, *Journal of Politics*, 21, 1959, pp. 258-275.

[45] 对此问题在理论上的提出, 见 Siegfried F. Nadel, *The Theory of Social Structure*, Glencoe, Ill., 1957. 对立法过程以及由于受委任的地方角色的错综性对其形成的侵害, 值得注意的研究是 James D. Barber, *The Lawmakers. Recruitment and Adaptation to Legislative Life*, New Haven-London, 1965. 也见 Theodore D. Kemper, “Third Party Penetration of Local Social Systems”, *Sociometry*, 31, 1968, pp. 1-29.

[46] 参见本书第 282 页。

[47] 信念伦理和责任伦理(Gesinnungsmoral und Verantwortungsmoral)的区别源自于 Max Weber, *Politik als Beruf*, 4. Aufl., Berlin, 1964.

[48] 几乎在同一意义上, 人们会谈到显明结构和潜在结构(manifesten und latenten Strukturen)。不过, 这一区别以意识为前提, 而且在提到某一时间中何人的意识时有些不够明确。不过正是在对此的质疑中, 我们可以提出这样一个问题: 由于意识只能在一个有限范围内进行支配, 尽管可以通过对有可能意识到的(被引用的)结构的范围进行表述, 而明显被意识到的结构的范围却不会有实质上的增加。

[49] 例如, 下面的内容就可以算作一个历史背景: 涂尔干在法社会学上对恢复性和惩罚性处置的区分; 马克斯·韦伯行动理论上对目的理性和价值理性的区分; 贝勒斯(Bales)在群体心理学研究中考虑到对沟通特征的分配, 贝氏在群体和角色理论中想努力区分出工具的和表现的(任务导向的和情感化的)领导角色。对于最后两点的经验性研究, 我们可在此有一个切入: Robert F. Bales, *Personality and Interpersonal Behavior*, London, 1970, 或者在: Peter J. Burke, “The Development of Task and Socio-Emotional Role Differentiation”, *Sociometry*, 1967, pp. 379-392.

[50] 对于帕森斯的概念的发展历史, 参见 T. Parsons, Robert F. Bales and Edward

A. Shils, *Working Papers in the Theory of Action*, Glencoe, Ill., 1953. 对于后来的使用, 最容易见到的是在 Talcott Parsons, “General Theory in Sociology”, in Robert K. Merton, Leonard Broom and Leonard S. Cottrell Jr. (Eds.), *Sociology Today*, New York, 1959, pp. 3-38 (5ff), 最近的内容在 Talcott Parsons, “Some Problems of General Theory in Sociology”, in John C. McKinney and Edward A. Tiryakian (Eds.), *Theoretical Sociology. Perspectives and Developments*, New York, 1970, pp. 27-68 (30f).

[51] 见 T. Parsons, “Some Reflections on ‘The Nature and Significance of Economics’”, *The Quarterly Journal of Economics*, 48, 1934, pp. 511-545(513ff).

[52] William J. Chambliss, “Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions”, *Wisconsin Law Review*, 1967, pp. 703-719, 在考虑到刑事处罚的有效性时也有着这样的认识。

[53] 这样就很明显并且也是与这一维度相关的, 见 David E. Apter, *The Political Kingdom in Uganda. A Study in Bureaucratic Nationalism*, Princeton, N. J., 1961, p. 85; David E. Apter, *The Politics of Modernization*, Chicago-London, 1965, pp. 83ff.

[54] 因此朱尔(Dror, a. a. O., 1959)指出了在土耳其和以色列关于婚姻家庭法上的这一困难。

[55] 在对法律政策的意图进行执行时, 对私密领域的限制就会因此带来难题。那种想将不合法的孩子纳入亲属系统以及赋予继承权的努力就显示了这一点。另外, 美国反对种族隔离的立法也遇到了这个问题。黑人只能在私密领域中作为一个奴隶或仆人而被容忍, 而在社会关系中只能有一个非人的地位; 但另一方面, 当完全的和个人的主体间性兴起时, 一种对此的申辩就会加强, 因为对此将不可避免地考虑到黑人的感受, 他们作为一个异我如何进行思考——也就是将他们本身同样地看待。美国人的这种对环境开放的、易感的、社会化的生活方式会强化这一问题, 在一个更窄的意义上, 会使其越过家庭, 进入社区, 以及孩子们的接触空间, 等等。

[56] Leon Mayhew, 尤其在 “Ascription in Modern Societies”, *Sociological Inquiry*, 38, 1968, pp. 105-120 中对此也进行了讨论。也有对于传统和现代表面的二元论的相似反对, 例如, 对此的讨论, 见 Joseph R. Gusfield, “Tradition and Modernity. Misplaced Polarities in the Study of Social Change”, *The American Journal of Sociology*, 72, 1967, pp. 351-362。

[57] 尽管这些机体行为可能是法律上有关的, 我们在分析个人对法律变化——这些变化是作为信息而被传递的——的反应时也可以不重视这一点。

[57a] 更详细的内容可见 Niklas Luhmann, “Einfache Sozialsysteme”, *Zeitschrift für Soziologie*, 1, 1972, S. 57-65。

[58] 对于组织化社会系统的概念, 更详细的内容出现在 Niklas Luhmann, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, Berlin, 1964。

[59] 这与这一事实相关: 即使是最简单的互动系统也必须在可期望的形式中来形塑自己的结构(见本书第 71 页)。对此, 参见 Herbert Blumer, “Psychological Import of the Group”, in Muzafer Sherif and M. O. Wilson (Eds.), *Group Relations at the Crossroads*, New York, 1953, pp. 185-202 (198)。

[60] 这是组织社会学延伸性研究的中心论题。出发点可见 Fritz J. Roethlisberger and William J. Dickson, *Management and the worker*, Cambridge, Mass., 1939。

[61] 例如可见 Robert E. Lane, *The Regulation of Businessmen. Social Conditions of Government Economic Control*, New Haven, 1954; Harry V. Ball, “Social Structure and Rent-Control Violations”, *American Journal of Sociology*, 65, 1960, pp. 598-604; Harry V. Ball and Lawrence M. Friedman, “The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation. A Sociological View”, *Stanford Law Review*, 17, 1965, pp. 197-223 (208f); Morroe Berger, *Equality by Statute. The Revolution in Civil Rights*, 2. Aufl., Garden City, N. Y., 1967, pp. 181f; John Colombotos, “Physicians

## 第五章 通过实证法的社会变化

and Medicare. A Before-After Study of the Effects of Legislation on Attitudes”, *American Sociological Review*, 34, 1969, pp. 318 - 334.

[62] 参见本书第 401 页。

[63] 参见 Jürgen Habermas, “Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik”, in *Hermeneutik und Dialektik*, Tübingen, 1970, Bd. I, S. 73 - 103.

[64] 这样一种互动性的、牵涉到自我的过程在越轨行为的出现中也具有非常重要的意义。在这些过程中，人们被引导到了一个位置上，由此很容易进行越轨，之后就不可更改地被贴上了相应的标签。参见本书中的文献注释(第 156 页注 169)。不过，法律上规定的程序实际上也是一个互动系统，它构建了自己的独特历史，并作为结构被继续使用，而且不可被撤销。参见 Aaron V. Cicourel, *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York-London-Sydney, 1968, 特别是 pp. 328f 的总结，以及 Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, 1969, S. 38ff 及其他各处。

[64a] 一种“从一般的世界历史中的分出”的前提条件当然可以在一个格外多变的范围内予以实现。可见 Sherri Cavan, *Liquor License, An Ethnography of Bar Behavior*, Chicago, 1966, 尤其是 pp. 54, 79f.

[65] Philip Selznick, “Foundations of the Theory of Organization”, *American Sociological Review*, 13, 1948, pp. 25 - 35; Philip Selznick, *TVA and the Grass Roots*, Berkeley-Los Angeles, 1949; Philip Selznick, *Leadership in Administration. A Sociological Interpretation*, Evanston, Ill.-White Plains, N. Y., 1957.

[66] 参见 F. E. Emery and E. L. Trist, “The Causal Texture of Organizational Environments”, *Human Relations*, 18, 1965, pp. 21 - 32, 为组织而发展的环境类型。

[67] 这一发现经常由于对社会系统与有机体或者机器之间的(不幸的是，再没有其他地方可被使用)类比而遭到反对。不过，这里需要准确地对前提条件进行规定，而根据这些条件社会系统是可以建构自己的自我控制的。

[68] 尤其参见 O. J. Harvey, David E. Hunt and Harold M. Schroder, *Conceptual Systems and Personality Organization*, New York-London, 1961.

[69] Adam Podgórecki, “Loi et morale en théorie et en pratique”, *Revue de l'Institut de sociologie*, 1970, p. 277 - 293 已经在法社会学研究中阐述了这一点，并企图将道德严肃性和容忍性上区别于其他的变量——如教育和阶级成分——相联系起来。

[70] 抽象成就可以主要在这些系统类型中被引起，当会议被中断，之后在参加者和其他的一些系统事宜相脱离之后又继续，这一间歇就提供了一个契机，可以有意识地将系统的同一性、会议的原因、地点、时间点、主题和参加者进行连接。不过，尽管在此，这种必要的抽象成就也相对较低。

[71] 特别是，组织社会学上的个别研究者通过艰辛的努力以方法上的变化或者引进新方法得出了这些结论。但组织社会系统本身却不能通过引进新的行动而得以改变，它的改变只能借助于那种期望的、反期望的角色语境来进行。参见 Robert L. Kahn, Donald M. Wolfe, Robert P. Quinn and Diedrick J. Snoek, *Organizational Stress. Studies in Role Conflict and Ambiguity*, New York-London-Sydney, 1964.

[72] 豪格·罗斯特克(Holger Rostek)准备根据经验调查，对此主题出版一本著作。

[73] Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung. Probleme der Gesetzgebung und der Rechtsphilosophie*, Basel, 1921, S. 319ff, 尤其已经从此观点将这种“配备了当前的暴力”的现存之法看作“立法现实”。

[74] 我们在本书第 357 页注 2 已对此有过几点提示：这一见解今天已被广为接受，但还没有人对于这种复杂性结果有过深入的思考。

[75] 从这一点来看的契约法的历史，可见 Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, 尤其是 p. 43ff.

[76] 今天对这一认识的一般纠正，可见 Wolfgang Friedmann, *Recht und Sozialer*

Wandel, Frankfurt, 1969, S. 99ff 的概括。

[77] Henri Deguillem, “La socialisation du contrat”, *Etude de sociologie juridique*, Dissertation, Paris, 1944, p. 27.

[77a] 这样的表述可见 Winfried Brohm, *Strukturen der Wirtschaftsverwaltung. Organisationsformen und Gestaltungsmöglichkeiten im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Stuttgart, 1969, S. 20.

[78] 更详细的内容见 Niklas Luhmann, “Zur Funktion der ‘subjektiven Rechte’”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, S. 321 - 330。(“subjektiven Recht / objektiven Recht” 的区分有其特定的语境联系。在德语中 “Recht” 本身兼有 “权利”、“法律” 的双义性, 英语中与此相对的是 “right” 和 “law”。因此, 在德语中, 尤其是在学术讨论中为了区分两者含义上的不同, 便需要各添加一定的修饰语, “subjektiven Recht” 我们可以称为 “主观权利”, “objektiven Recht” 可以被称为 “客观法”。当然, 在日常的语言交流中, 德语中对于后者也会使用 “Gesetz”。英译文在此将 “Recht” 一律译为 “law”, 引起了阅读上的混淆。——译者注)

[79] 用古尔德纳 (Gouldner) 的话来讲, 这种关系仅仅保证了一种补充性, 而不是交互性。由此, 我们也可窥见这一模式的人为性, 即使是在社会学的意义上。见 Alvin W. Gouldner, “The Norm of Reciprocity”, *American Sociological Review*, 25, 1960, pp. 161 - 178。

[80] 其中的一个结果就是, 20 世纪的法律教义正在走向对主观权利的重构, 也就是重新在 “产权上应尽义务” 的意义上引入一些具体的、相反的义务、顾虑、权衡、价值联系。不过, 对抽象的制度模式进行平衡的问题并没有以此方式得以解决, 而只是在其所设置的抽象层次上被暴露了出来。

[81] *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion*; 重印于 Stuttgart, 1965 (初刊于 1904)。

[82] 这种情况在目的 / 手段这一经典的分析领域中也并不就好多少。不过, 我们至少可在此看到一个精致的问题意识和对更复杂的系统模式使用的准备——例如, 参见 James G. March and Herbert A. Simon, *Organizations*, New York-London, 1958, 特别是 pp. 191ff; 也见 Niklas Luhmann, *Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen*, Tübingen, 1968。

[83] 最为详细的研究参见 Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1956。针对一些原则, 其目的在于论述社会学问题设置上的相互连接性, 比较法和法律政策中可以经常发现这样的问题, 但是对此仍然有进一步继续挖掘的余地。例如, 可见 Ulrich Drobnig, “Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie”, *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 18, 1953, S. 295 - 309; Spiros Simitis, “Die Informationskrise des internationalen Rechts und die Datenverarbeitung”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 9, 1969, S. 276 - 298 (280ff) 可作为进一步的参考。

[84] *Law in Society*, Oxford, 1965, p. 209.

[85] “Von der Raumplanung zur Entwicklungsplanung”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 85, 1970, S. 93 - 98 (97)。

[86] Fritz Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaates*, Tübingen, 1970, 从此观点, 对美国相对谨慎的立法实践的评论——它提供了更多的行政规定上的细节——可以作为一个正面的证明。对于不同的解释, 对于集中的法律规定的法律技术上的困难的轻视, 可见 Theodore J. Lowi, *The End of Liberalism. Ideology, Policy and the Crisis of Public Authority*, New York, 1969。

[87] 对此三个维度的区别, 参见未发表的讨论班论文: Todd R. La Porte, “Organized Social Complexity. An Introduction and Explication”, Ms, 1969。稍微复杂的看法, 可见 Andrew S. McFarland, *Power and Leadership in Pluralist Systems*, Stanford,

## 第五章 通过实证法的社会变化

Cal., 1969, p. 16.

[88] 更详细的内容见 Niklas Luhmann, “Systemtheoretische Beiträge zur Rechtstheorie”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 2, 1972, S. 255-276.

[88a] Fritz W. Scharpf, “Komplexität als Schranke der politischen Planung”, 提交于德联邦年度政治学会议, Mannheim, 1971, Ms, 1971.

[89] 有几个例子在使用这个社会概念以作为整体性的世界范围内的现实时颇显犹豫: Kenneth S. Carlston, *Law and Organization in World Society*, Urbana, Ill., 1962 (虽然有这样的标题, 参见 p. 66!); Wilbert E. Moore, “Global Sociology. The World as a Singular System”, *The American Journal of Sociology*, 71, 1966, pp. 475-482; Herbert J. Spiro, *World Politics. The Global System*, Homewood, Ill., 1966; Leon Mayhew, “Society”, *Encyclopedia of the Social Science*, Bd. 14, 1968, pp. 577-586 (585); Amitai Etzioni, *The Active Society. A Theory of Societal and Political Processes*, New York, 1968; Talcott Parsons, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, N. J., 1971, 甚至在标题和显眼的第一页上也如此。不过, 更早的文献更多谈到的是一个全球帝国或全球国家(在乌托邦意义上), 而不是一个全球社会。

[90] 内部分化的增加使得系统统一的外部边界成为问题——这一观点是一个旧有的社会学认识。参见 Georg Simmel, *Über soziale Differenzierung*, Leipzig, 1890, 或 Guillaume de Greef, *La structure générale des sociétés*, 3 Bde., Brüssel-Paris, 1908, 特别是 Bd. II, p. 245ff, 299ff.

[91] Shmuel N. Eisenstadt, “Religious Organizations and Political Process in Centralized Empires”, *The Journal of Asian Studies*, 21, 1962, pp. 271-294, 在那些古代的大帝国中分析了不同的宗教和政治相关团体的出现。

[92] 例如, 可见 Knut Erik Tranøy, *Wholes and Structures, An Attempt at a Philosophical Analysis*, Kopenhagen, 1959.

[93] 参见本书第 212 页。

[93a] 见本书第 363 页。由于这一概念上的决定, 帕森斯不得不从全球“社会系统”上而不是从全球社会上来进行讨论, 并且不得不坚持在有确定边界的领土范围内的民族国家层次上的社会概念。最近的研究参见 *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, N. J., 1971。对此的批评出现在 M. H. Lessnoff, “Parsons' System Problems”, *Sociological Review*, 16, 1968, pp. 185-215 (186, 207)。

[94] 这尤其是因为还没有一个国际法社会学。对于那些并没有在社会学的理论和方法上有充分发展的内容, 见 Bart Landheer, “Les théories de la sociologie contemporaine et le droit international”, *Académie de droit international, Recueil des Cours 1957*, II, p. 525-626; Bart Landheer, *On the Sociology of International Law and International Society*, Den Haag, 1966; Karl Berthold Baum, “Die soziologische Begründung des Völkerrechts als Problem der Rechtssoziologie”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, S. 257-274, 对之前的研究有所概览。

[95] *Law Without Force. The Function of Politics in International Law*, Princeton-London-Oxford, 1941.

[96] 也见 Niklas Luhmann, *Die Weltgesellschaft. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 57, 1971, S. 1-35.

[97] 见本书第 213 页。(本处的直译为: “甚至在过去中国的法律 [altchinesischen Recht] 中——它在很多方面仍然保留有古代晚期的特征 [Spätarchaische Züge] ……”。结合 3.3 节的内容, 译者在此根据中文阅读习惯适当进行了修订。——译者注)

[98] 例如, 可见 Jean Escarra, *Le droit chinois. Conception et évolution, institutions législatives et judiciaires, science et enseignement*, Peking-Paris, 1936, p. 17f, 或者还有更为集中的提到了社会学语境的 Sybille van der Sprenkel, a. a. O., 特别是 S. 114ff. 进一步可见 Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Modern*,

2 Bde., Seattle-Yokyo, 1965, 与日本法律系统中的对比。

[98a] 对此明确提到的是霍布斯, 见 Bernard Willms, *Die Antwort des Leviathan. Thomas Hobbes' Politische Theorie*, Neuwied-Berlin, 1970, S. 14f, 105ff 及他处。

[98b] 这也为一个研究所证实。它指出, 通过对相关的时间视域的强化限制, 这种罪责导向今天已不再具有特别的意义。Egon Bittner, "The Police on Skid-Row. A Study of Peace Keeping", *American Sociological Review*, 32, 1967, pp. 699 - 715 (特别是 pp. 709ff)。

[99] Georges Burdeau, *Traité de science politique*, Bd. I, Paris, 1949, p. 156ff. 该文指出了法律是对未来关系的一种抽象的申辩。但看上去, 它在此也没有多大发展, 因为人们同样可以用一种与过去关系不可缺少的抽象观点来对之予以反对。

[100] 原则上讲, 这一命题在社会学中众所周知, 但却是根据不太恰当的时间概念来进行解释的, 并且一般仅仅考虑到了“时间之流”的“速度”。例如 Pitirim A. Sorokin and Robert K. Merton, "Social Time. A Methodological and Functional Analysis", *The American Journal of Sociology*, 42, 1937, pp. 615 - 629; Georges Gurvitch, *The Spectrum of Social Time*, Dordrecht, 1964。

[100a] 正是在此形式中, 在当代的抽象性成就的结果当中, 历史意识被看作是必不可少的。Alfred Schmidt, *Geschichte und Struktur. Fragen einer marxistischen Historik*, München, 1971, 该文在对韦伯的解释中指出了这一点。

[101] 更多的历史细节参见 James W. Hurst, *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, Madison, Wisc., 1956。

[102] 生物学上有启发性的对形式上的复杂性和时间上的复杂性的区分见 J. W. S. Pringle, "On the Parallel between Learning and Evolution", *Behaviour*, 3, 1951, pp. 174 - 215, 尤其是 184ff。

[103] 更详细的内容见 Niklas Luhmann, "Die Knappheit der Zeit und die Vordringlichkeit des Befristeten", *Die Verwaltung*, 1, 1968, S. 3 - 30; 重印于 Niklas Luhmann, *Politische Planung*, Opladen, 1971。

[104] 见本书第 338 页及以下。

[105] Stefan Jensen, *Bildungsplanung als Systemtheorie. Beiträge zum Problem gesellschaftlicher Planung im Rahmen der Theorie sozialer Systeme*, Bielefeld, 1970, S. 64ff。

[106] 与之相并行并有着一定联系的, 在此发展有一种社会化的计划和教育的过程理论, 但其不是从一种严格的规范性的驯化来进行的思考, 而是通过一种列维(Levy)所说的“对一个未知的未来的社会化”。见 Marion J. Levy, *Modernization and the Structure of Societies, A Setting for International Affairs*, 2 Bde., Princeton, N. J., 1966, Bd. I, pp. 79ff。

## 法律系统与法律理论

我们已经勾勒出了法律进化的影响和结果，实际上，法律进化已经导致了一个法律系统的分出，这个系统可以相对自治地实现其自身的社会功能。不过，到今天为止，在法社会学理论中，这一状况仍然没有被系统性对待——在此，尚缺乏关于法律系统统一性的社会学理论。甚至在谈到法律系统时，或者当法律系统的自治被看作一个特殊的、有些例外的历史现象时，对于法律系统是如何形成和维持其自身统一性的，尚没有一个理论上的答案。<sup>[1]</sup>鉴于这种情况，“法律的统一性”，尤其是法律系统性这样的题目，还仅限于法律科学内的研究，这些研究只是将法律与法律之外的某些事实相联。能否超越这一问题解决手段，这点看来似乎并没有引起社会学家的兴趣。<sup>[2]</sup>

不过，与之同时，在一般系统理论领域以及对之予以运用的一些非常重要的领域(如控制论、生命系统理论、认知理论)中却已经取得了非常显著的进步，并迸发出了一些火花。其中，非常重要的成就就在于系统理论对自我指涉概念的承认和吸收。对此，在今天，我们已不仅仅可以想到计算机的自我编程，还可以想到自组织问题，而在法学领域中，与之相对应的就是法律的实证化。换句话说，我们讨论的自我指涉已不仅仅是在系统结构的层次上。我们更多地谈论的是自我指涉的系统，这些系统可以自我生产它们需要的和运用的各种统一[体](Einheit;



unity)——既包含系统自身的统一,也有它包含的那些要素(如行动)的统一。根据休姆贝图·马图拉纳的观点,我们将这样的系统称作“自创生”系统(*autopoietische Systeme; autopoietic systems*)。〔3〕它们的特征是:它们通过其要素(在我们的领域中就是法律上相关的事件和决定)的操作而自我生产和限定这些要素的可操作的统一体,而也正是这种自创生的过程赋予了系统自身的统一。〔4〕

如果考虑到其自身的持续性,一个自创生系统必须被看作一个递归的封闭系统(*ein rekursiv-geschlossenes System; a recursively closed system*)。那些在其之内作为一个统一体而发挥功能的内容不能来自于其外部。比如,在这个意义上,生命、意识和社会沟通就都是各自封闭的系统。这些在各个系统中作为一个操作单元而发挥功能的内容只有在系统之内,而且也只有通过系统才能获得其统一性。与环境相联系,每一个这样的统一体都具有一些聚合和选择的功能;这些功能并非取自于环境,相反,它们还必须用来简化环境的复杂性。但另一方面,正是这种递归的、自我指涉的操作预设了环境。而在一种纯粹的“唯我论”(solipsistisch)层次上,这将是是不可能的,因为每一种操作都需要使自我面对一种差异,而该系统的统一的产生也只能出现在与环境的差异之中。〔5〕这样的系统也必须使自己能够面对差异;它必须能够在与他者的关联中来观察自我。它就因此使自己呈现于环境之中。

这种理论上的发展进一步使得我们抛弃原先封闭的/开放的系统的二元区分。封闭和开放之间的区别指的并不是一种矛盾,而是一种相互强化的关系(*Steigerungsverhältnis*)。开放性预设了一种封闭的自我再生产,〔6〕它会或多或少地依赖于封闭性。而在这样的关系条件之下,〔系统〕控制复杂性的能力得到了加强。在这个意义上,综合了封闭性和开放性的这种自我指涉的系统承受了进化的检验。

在社会系统的领域中,社会自身只不过是一个操作上封闭的系统,即是一个只包含有沟通且包含了任何一种沟通的系统。因此,在

社会与其环境之间并不存在沟通。当某些事情一旦成为沟通，它便因此成为一个内在的社会过程。社会可以有其外在的条件和后果（比如参与者意识上的变化），但是，它们——作为一种〔同样的〕自创生系统的操作——只能通过同一类或前或后的操作才能被有意义地同一化。社会沟通是关于(über; about)其环境的沟通，而不是与(mit; with)其环境进行沟通。它是一个开放的系统，但只是在递归的、封闭的沟通基础上。

不过，这些内容对于社会的子系统——包括法律系统——而言并非完全一样。这些子系统只能在一个具有社会属性的环境中分化出来。即便在子系统的内社会环境中，也会产生沟通\*，这样就很容易将子系统的专门沟通与环境之中的沟通连接起来，比如，通过法院的判决而引起经济赔偿。所以，所有的子系统都必须各自拥有其独特的基础立场，以使得在系统开放的同时有可能保持自我指涉的封闭。而社会分化的原则就是通过对这些基础立场的选择而被确立的。在传统社会中，这种基础立场是由自然法所捍卫的等级原则(Rangprinzip; a principle of rank)；而在现代功能分化的社会中，则是子系统的功能，也就是子系统对于一个特定社会问题的解决所作的贡献。

这种一般性的社会学理论也适用于法律系统的情况。法律系统是一个**规范上封闭的系统**(ein normativ geschlossenes System; a normatively closed system)。它通过对自身内部的一些要素赋予法律特性而将其作为法律上相关的统一体而产生出来。这些要素可以以不同形式(如，出生、死亡、事故、行动、决定等)出现在那些物理的、化学的、有机的或者有意识的不同层次的自然语境中。但在作为要素——其他的要素也会对此有所依赖——发挥作用的规范语境的基础上，它们被赋予了只适用于法律系统的特殊身份。从前面(第 79 页)提到的意义上，这种身份有着规范上的特性：它证明了反事实稳定化期

357

---

\* 英译本将“沟通”(Kommunikation)误译为“复杂”(complication)。

望之形成的合理性。

而同时，法律系统还是一个认知上开放的系统（ein kognitiv offense System; a cognitively open system）。尽管其具有封闭性，而实际上也正是由于其封闭性，法律系统始终会面对其环境。因此，在一个更大的意义上，它可以因此产生学习能力，不过总是与其规范性封闭的自我生产的统一性相联系。如对于出生（因此也就是权利能力），我们可以通过一种认知的方法来确定某人是否出生，如果对此进行应然判断，那么显然毫无意义。另外，如果医疗技术已经非常发达，以至于有可能随意决定出生的时间（如因为周末的神圣，于是就在星期五出生\*），但我们对此仍然可使用认知的方法来判断：考虑到这种医学的发展，出生和权利能力之间的这种规范联系是否还需要被保留？

规范上封闭和认知上开放<sup>[7]</sup>——这种期望类型上的不同有助于系统与环境之间的分化，又促成了系统同时指涉到系统自身与其环境。以此方式，系统可以根据其功能分化出来，而不需要将其再生产过程暴露给环境。它仅仅通过自己的行动就能让规范的有效性从一个元素传递到另一个元素；但也正是这种自创生封闭性，对与环境相关的认知期望提出了更高的要求。所有操作都是自我指涉的，不间断的元素生产过程确保了每个操作的规范性，这样，系统确立了其封闭性。另一方面，系统的再生产语义又要适应环境条件，从而确立了开放性。

如果我们接受这些理论主张的话，那么将会对法律理论中争论不休的一些问题产生一系列的影响：

1. 规范性不是从环境输入到系统中的，这同时意味着，它既不是来自一般的环境（自然），也不是来自内在的社会环境（如宗教、道德）。环境中的意义不会对法律形成规范性的约束，当然，并不排除在法律系统之外也可以形成规范性期望的情形。一旦法律系统与法律之

---

\* 基督教将星期五定为耶稣受难日（Good Friday），这一天也因此具有了一定的神圣性，西方国家众多的习俗和节日也都围绕此而设定。

外的规范(如诚实、信任或者善良的品行)相联系时,这些规范就在这种联系中具有了法律的属性。

2. [法律边界的]划定首先需要确定法律规范的特定属性。它存在于一致性的一般化功能之中,更准确一点,利用纠纷,以求成功构建一个一致性的一般化期望网络。<sup>[8]</sup>以此方式,这种封闭性与开放性的结合、同时进行的自我指涉与学习性的适应环境的共存,就会与法律系统的社会功能相一致,并使法律系统嵌入于全社会系统功能分化的背景中。

3. 法律系统的统一性就体现在其自创生性的再生产上。这种同一性并非外部强加的,既非来自一个缔造者,也非来自一个观察者。它既不是在凯尔森意义上回溯到一个规定了法律应然存在的君临一切的基本规范或认识论假设,也肯定不是康德实践理性批判意义上的纯粹意识因子。它只能是法律系统自我指涉的再生产封闭性。

4. 法律的“有效性”因此就不在于其本性之中。<sup>[9]</sup>它并非来自一个“理由”,因为它是每种理由的前提。人们肯定不能将其定义为对有效性的简单信念,甚或更糟,将其看作对法律的普遍遵守——而这正是为社会学家所普遍信奉的观点,同时,斯堪的纳维亚以及美国的“现实主义”法学流派也持这种观点。因为,这只会被引向那个问题:人们的信念到底是什么?是什么法律被遵守?不过,当代至少还有一个指明了正确方向共同假设:有效性实际上只是法律的自我指涉,按照从案件到案件的连续再生产的观点,有效性不过是从案件到案件的连续再生产。

5. 在法律系统中可以很好地建立起一个等级结构(hierarchische Struktur; hierarchical structure),这既表现在组织层次上,也表现在规范位阶上。不过,它只是一个次级结构,并取决于这一事实:法律的自我持续的实现只能是从一个事件到一个事件的。<sup>[10]</sup>也就是说,我们无法想像那个最高的规范或者最高的机构会生产出法律的品性来。而相反,自创生是一个严格的对称递归事件(strikt symmetrisch-

rekursives Geschehen; strictly symmetrical-recursive event), 在此方面, 所有的等级都是循环性结构: 法律裁判基于法律规则而有效, 而(甚至是因为!)规则又基于裁判而有效。<sup>[11]</sup>制定规则和执行规则相互授予有效性。我们提到的所有不对称性只具有纯粹的认知功能, 最终有助于将环境的影响疏导到系统中来。实际上, 这也正是[法律与]立法活动及司法裁判的关系所在。

6. 这种理论并非主张规范性封闭和认知性开放之间的恣意持续结合。相反, 它有着特定的形式要求, 而且, 这些要求会随着法律系统中复杂性的增加、分化的加剧和社会自治的提升而不断加强。这种形式就在于法律的**条件性**以及**法与非法**(Recht und Unrecht; justice and injustice)这种二元化机制。

条件性是一个非常普遍的, 对系统的形成而言常常是不可缺少的一种安排技术, 它确保了特定要素(或者说, 对于观察者来说, 就是变量)之间的关系只能在特定的条件之下予以实现。<sup>[12]</sup>法律系统将这种一般化的技术使用在条件程式的特定形式之中,<sup>[13]</sup>这样就使其有可能认知性地检查规范性期望的有效性发生条件。条件性就这样获得了将开放和封闭结合起来的这种特殊功能。在这种情况下, 每一个目的取向一定会使得系统依赖于特定的环境条件, 因此会导致系统不稳定。<sup>[14]</sup>

360 7. 整个法律系统的符码化和法与非法这一区分有关。这样, 进行评价的可能就被人为地翻了一倍, 每个法律事件要么被理解为合法, 要么[被理解为]违法, 而且, 这一区分是条件性的。法与非法的这种分配既不是为了终止纠纷(相反, 根据这一全有或全无的原则, 终止纠纷会更为困难), 也不在于实现一定的目的; 实际上, 它超越了这些目标, 它不只是对个案进行调整, 而是建构法律无休止的递归性的自创生。从这一点上来看, 我们不得不承认, 合法和违法事件都是被法律系统自身作为具有法律属性的元素而生产出来的。这种观点出现在涂尔干关于非法就是对法律意识的维持这一功能分析中, 以及在所

谓的“标签理论”(labeling approach)中。不过,构建基本单元的问题不应该与动机问题甚至因果性问题相混淆。

带着这些思考,我们就可以勾勒出一个关于法律系统的社会学理论,并大致看到其结构。当一个功能分化的社会分化出一个有着法律上的特定功能并已实现了高度自治的法律系统时,我们会期待这样的理论。从这一点来看,我们就会得到一个关于法律理论、法律教义学和法律科学的社会学。

从社会学来看,法律理论、法律教义学以及对法律的各种类型的“科学性”研究,都可以被理解为**法律系统自我描述**(Selbstbeschreibung; self-description)的形式。在这一自我指涉的系统中,系统的自我指涉再次凸显出来:系统产生了一个对自己的简化的描述——比如对法律的意义或者适应法律的法律系统“部门”的表述,并且系统将会使自身的操作适应于这些语义。但法社会学理论却不应与这些自我描述相混淆。社会学是从外部来观察和描述这一系统的,并因此会看到更多,但有时则看到更少。它只是在进行比照,却并不是将其正当化。相反,在法律系统的结构上形成的这种理论却必须能够被转化入系统自身的操作中,尤其是在决定是合法还是违法时。它们实际上是在进行一种意义上的浓缩,借此,法律就被收敛于一个比法律系统能容纳的可能性更为狭窄的视域中,并使其变得可解释。这样,[法律系统的自我描述]就预设了某些有效性条件,而社会学理论却不会接受这些预设。意义上固定的思想图式(Denkfiguren),[意义上固定的]同族与疏离、[意义上固定的]原则和论证模式,都具有重要的法律意义,而在社会学概念中却没有与此相对应的东西,至多只是有着令人惊叹的术语上的提炼和对“职业”领域特有的敏感性。换句话说,法律理论是建立在法律教义和个案适用上的。不管它们多么抽象,也仍可以被称为“实践理论”。因此,它们就必须共同体现出系统的规范属性,但本身却不是规范。它们必须总是指涉到它们发挥作用的系统的统一性,在此意义上讲,它们也是反身性理论。

在现代社会分化出来的几乎所有功能系统中，都已经出现了同样的反身性理论。<sup>[15]</sup>从一个经验的角度来看，社会分化很明显与系统中的一种自我观察、自我描述和系统在理论上的反身性相关联。这些因系统而异的反身性成果已经极大地决定了现代社会的语义和自我认识，对此进行的相关比较同样会为法学理论对功能、生成语境、历史演变以及内在限制的理解提供一些重要的观点。尤其是，所有这些反身性理论都必须对其功能领域的意义和自治性进行合理证成，而在所有这些方面，对一种全包围的整体性的意义指涉都已经不适用。那些（如自然或者理性）宏大的符号，本想要实现这一目标，看上去却已经宣告失败，并且将会被一种自我指涉的符号化和对各自所有的社会主导功能的要求所取代。

因此，就法律理论可以被法律教义承认和接受这一点而言，法社会学理论应该不是一种法律理论。社会学，因为要考虑到全社会——实际上也就是社会中的方方面面，就会与法律这一特定的世界保持一个冷静的距离。对于社会学而言，法律的**统一**只是一种**差异**——也就是法律系统与其环境之间的区分。它提供了一种对法律系统的外在的描述，而不是自我描述。它非常大胆地在进行一种——主要是抽象的——对照，而法律人士却会认为这是对他们社会工作的一种误解。它不是与法律的自创生一起进行的，正因如此，它可以对法律人士的活动进行概念上的描述，并将其作为自我指涉系统非常普遍的问题的一个特例来进行比较。

362 这种区分值得牢记，人们不应当对此有所掩饰或者敷衍。所有的沟通都必须立足于这种领域上的区分。只有接受了这一区分，人们才能认识到，尽管使用了共同的概念框架，但是[却处于不同的领域中]，因而面临的问题也不同。今天，这种自我指涉系统的一般理论看上去提供了一套可供任一领域使用的概念工具。法律系统既可以被看作一个社会学上的系统，也可以被看作一个法社会学上的系统，这一系统建构了它特有的统一性，并还在不间断地再生产。在这个意义

上,当自我指涉的社会学理论被运用于法律系统时,就规定了其对法律理论的结构和问题设定的要求。我们前面简要提到的关于统一性,递归的封闭性、开放性,对称与不对称,条件性,法律的二元化机制和功能这些主题的使用都是为了能够促进一套针对法律理论可以适用的基本概念。与社会学不同,法律理论自身参与到了自创生过程之中,并且对其为规则和决定生成的规范性质所作出的贡献进行反思,并因此超越了法律的社会学分析。当然,这也会对其思考的范围和可表达出来的内容形成一定的限制。

在其特有的领域中,法律理论的特殊性主要表现在:它通过符号化将系统的功能和统一性从偶在性中提取了出来。所有那些将法律符号化为法律的内容都可以规范性地被表达出来。在这种二元机制中,人们也就不再进行争论:合法行为和处于合法状态会比非法行为和非法状态更好。为什么如此以及对此如何进行解释——这样的内容在法律理论的讨论和法庭辩论中都很少能被听到。事实上,近两个世纪以来,法律理论上的反思并没有成功建立起法律有效性的根基,并因而排除偶在性。相反,人们越是努力地排除法律有效性上的这种偶在性、武断性、任意性、历史的和社会的相对性,这种偶在性的意识就越是被强化。所有那些论证最后都产生了一个与原意图相反的影响。<sup>[16]</sup>法律理论因此就必须承认法律的实证性;否则它就是在反对更好地认识社会、社会学及其自身。自创生的系统理论要说的和要求的实际上也就不过如此。

我们如果想要将法律理论构建为反身性的法学理论,那么需要遵循以下两个准则:一方面,自创生理论提供了一个将自我指涉作为一个不可避免的、经验性给定现象的解释,这样,借助于建立套套逻辑化的最终依据或者是通过符号化或形式主义的手段,这一事态——法律就是法律之所是——被转入操作的过程中,这既不违反规范,也不是逻辑错误;而另一方面,它也显示了,这样的基本条件不会产生一种方向上的纯粹无序性(熵[Entropie]),也就是说,它不会导致绝对



任意的规则和各种可能的后果都同样可能,相反,它可以作为一个自我限制的秩序建构条件。从行动到系统,从主体到客体,这种思想上的转换意味着:限制只是作为对自由的限制才是可能的,而自由本身也是限制的结果。

---

[1] 对法律系统的描述,尤其参见 Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York, 1975, 以及,对一个自治的法律系统的历史相对性的评价,参见 Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 1976。

[2] 参见最近 Vilhelm Aubert, *In Search of Law: Sociological Approaches to Law*, Oxford, 1983, p. 28, 该文紧接着谈到了个别的研究主题:“所有这些现象都属于社会学意义上的‘法律系统’。在应当划定边界的地方还并不明确,而对此问题也没有多大的兴趣。看来对法律进行一个社会学的限定是没有必要的也是没有多大意义的。”

[3] 见德译本 Humberto R. Maturana, *Erkennen: Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit; Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig, 1982。对于讨论上的广度以及明显的内部争议,见 Milan Zeleny (Ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, New York, 1981, 对于其在逻辑上的相关发展,见 Francisco J. Varela, “A Calculus for Selfreference”, *International Journal of General Systems*, 2, 1975, pp. 5-24。

[4] 这些深思熟虑的内容听起来会有些啰嗦,就让我们来听听作者自己的说法:“我们断言:有一些系统可以被界定为组分生产的网络的统一体。这些组分(1)通过它们的互动,递归地生产和实现着生产它们的网络;(2)它们还在其存在的位置上,作为参与此网络现实化的组分而形成了此网络的边界。”(Humberto R. Maturana, “Autopoiesis”, in Zeleny, a. a. O., pp. 21-33[21])

[5] 参见 Heinz von Foerster, “On Self-organizing Systems and Their Environments”, in Marshall C. Yovits and Scott Cameron (Eds.), *Self-organizing Systems*, Oxford, 1960, pp. 31-50; Heinz von Foerster, “On Constructing a Reality”, in Wolfgang F. E. Preiser (Ed.), *Environmental Design Research*, Bd. II, Stroudsbrough, Pen., 1973, pp. 35-46。自创生理论已经非常清楚地提到:我们在此还需要另外一个观察(或自我观察)的概念,这一概念关系到这些主要差异的建构而且并没有被包含在自创生的概念中。但对其细节尚有一些争议。

[6] Edgar Morin, *La Méthode*, Bd. I, Paris, 1977, p. 201, 原文为:“L'ouvert s'appuie sur le fermé”。

[7] 这并非偶然,这一表述使我们可以想到控制论上系统所规定的“能量上开放但在信息和控制上封闭”, W. Ross Ashby, *An Introduction to Cybernetics*, London, 1956, p. 4。另外一个来源是 J. Y. Lettvin, H. R. Maturana, W. S. McCulloch and W. H. Pitts, “What the Frog's Eye Tells the Frog's Brain”, *Proceedings of the Institute of Radio Engineers*, 47, 1959, pp. 1940-1951。

[8] 参见本书第 129 页及以下,第 141 页及以下,也可参见 Niklas Luhmann, “Konflikt und Recht”, in Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981, S. 92-112。

[9] 中世纪的理论所提到的与自然的关系,不仅仅是为了定义整个法律秩序的某一部

分(与神法和实证法相对的自然法),而且也是为了解释一般的法。对此可见 Gaines Post, *Studies in Medieval Legal Thought*, Princeton, N. J., 1964, pp. 494ff。

[10] 对于那种将法律的统一作为一种自我补充的关系的看法而言也是如此,见 H. L. A. Hart, *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt, 1973。在这种认识中,在首要规则的基本法律层次上存在着某些缺陷(不确定性、静态性、无效性),与此相关的,在第二层次上发展出了完全不同的规则(认识规则、变化规则、判决规则)。这又将我们带回到了自我指涉的概念之中:以自身的方法来对待自身的问题(而不是简单地通过权力、货币或者诉之于同情)。

[11] 对此参见 Torstein Eckhoff and Nils Kristian Sundby, “The Notion of Basic Norm(s) in Jurisprudence”, *Scandinavian Studies in Law*, 1975, pp. 123 - 151。也见 Torstein Eckhoff, “Feedback in Legal Reasoning and Rule Systems”, *Scandinavian Studies in Law*, 1978, pp. 41 - 51。

[12] W. Ross Ashby, “Principles of the Self-organizing System”, in Heinz von Foerster and George W. Zopf (Eds.), *Principles of Self-organization*, New York, 1962, pp. 255 - 278; 重印于 Walter Buckley (Ed.), *Modern Systems Research for the Behavior Scientist: A Sourcebook*, Chicago, 1968, pp. 108 - 118 (109)。

[13] 见本书第 279 页。

[14] 非常有争议的!例如,在此可见 Unger, a. a. O., S. 86: “所有这些目的性判断在根本上都是片面的和不稳定的:对于任何既定目的的最有效的手段都会随情境而发生变化,而目的本身也有可能是复杂的和波动的。”也参见 Unger, a. a. O., S. 194ff。

[15] 对此也可参见 Niklas Luhmann and Karl Eberhard Schorr, *Reflexionsprobleme im Erziehungssystem*, Stuttgart, 1979; Niklas Luhmann, *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München, 1981; Niklas Luhmann, “Die Ausdifferenzierung von Erkenntnisgewinn: Zur Genese von Wissenschaft”, in Nico Stehr and Volker Meja (Hrsgs.), *Wissenssoziologie*, Sonderheft 22 of *der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Opladen, 1981, S. 101 - 139。

[16] 在这一点上的延伸性的对待,参见 Raffaele de Giorgi, *Scienza del diritto e legittimazione: Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, Bari, 1979 (简化德文本见 *Wahrheit und Legitimation im Recht: Ein Beitrag zur Neubegründung der Rechtstheorie*, Berlin, 1980)。

## 附 录

# 第一版结论：法律理论的问题<sup>\*</sup>

法律科学也涉及法律的现实——不是社会现实，而是一种象征的现实。它将法律看作一种意义的自身聚合。从社会条件上来看的社会现实——影响因素和导致后果——并没有被排除于法律的这种有意义的和象征性的语境之外；在意义的视域之中，它们仍然可以被法律科学所看到和利用，只不过它们是被进行一种特别的浓缩和简化，也就是说仅仅是在与对于法律问题的决定相关的意义上而言。就这一点而言，法律一经产生，就成为了特殊学科——法律科学——的对象。法律科学具体处理法律之中(通过选择过程)已经建立的意义模式。它因此就可以——实际上是必须要——求助于这样的一些不可以通过应然命题(ought maxims)来表述的事态，比如：在某个特定的时间点上已经通过了特定的法律；或者一种法律观念的运用会产生某些特定案件

---

\* 在本书第二版结尾，卢曼在第一版原有结论后又增加了一篇结论，与原第一版结论并列。第二版的结论注意到了社会科学理论中的新发展，尤其是自我指涉理论取得的重大成就。卢曼对这一理论在社会科学以及法社会学研究领域可能的运用前景做了阐述，某些思路实际上已经超越了本书前面的部分表述，并成为其后理论展开的基础。从这个意义上讲，第二版的结论具有更为重要的意义。可能也正是出于这一原因，在本书第三版及之后的第四版(中译所据版本)中，第一版的结论干脆被撤销。我们在此为了保证著述的完整性，以及为了研究的需要，将第一版结论作为附录译出以供读者参考。但可惜的是，本书第一版的德文版本已无处可寻，我们在此只能依据英译本来间接转译第一版的结论，个别之处可能会存在语不达意的情况。

或者案件类型的结果。<sup>[1]</sup>一种一般化的法律理论——今天多半还算是一种猜测——就会考虑到这些问题，它们与法律的这种象征性的、浓缩的特定功能相关，也就是与简化的手段、一般的形式相关，即与在对持续性和随后每一种选择性浓缩上都会出现的内在疑问的思考范围相关。

与社会学(因此还有法社会学)相比较，法律科学的研究领域因此就不是自足的，如果前者考虑的仅仅是实然，而后者考虑的仅仅是应然。<sup>[2]</sup>反之，法律科学的自足立足于意义的浓缩上，它将法律囊括于一个可能性非常有限的视域之中，并使其在此之中可被解释。这些前提条件——社会学理论对此没有加以考虑——是有效的；一些意义上固定的思想模式、[意义上固定的]家族化和疏离化、[意义上固定的]论证的原则和手段(比如在欺骗与不忠之间的分化，或者还有法律对于撤销权[Anfechtungsrecht]、解约权[Rücktrittsrecht]和补偿权\*的建构语境，或者还有在商业中对诚信原则使用上的限制等)具有重要的意义，而在社会系统的社会学理论中，对此并没有完全的对应物。法律科学，这一涉及到自身的前提条件的教义学，会具有信息处理和获取决定的可能性。而这同样是社会学不具有的。与社会学相比，法律科学是一门决定科学。它因此也就不大会从社会学中得到某些直接的决定上的帮助，或者说顶多只会从某些非典型的情况上获益。<sup>[3]</sup>不过，通过与社会学合作，我们倒是可以明白，法律科学可以反思自己的选择性，并可以根据对其他可能性有意义的选择来理解其基本的决定。

为此而必要进行的衔接性工作可以一方面通过法社会学，另一方面通过一个一般的法律理论来实现。<sup>[4]</sup>就法社会学的研究刚刚开始而言，法律理论还存在诸多问题。这些问题在之前的章节中已经有所勾

---

\* 补偿权(Bereicherungsrecht)在此指的是一种权利的补充，一般涉及对于权利基础丧失者进行的追偿情况，如，不当得利返还请求权。

勒,虽然这些并不就一定会提供某些基本的教义,但也可以敞开某些自我理解的视域。在通常的等级化的或者逻辑演绎的意义上,两个学科之间并不存在可明确界定的关系,存在的只是这种范围内的定位关系。在这一意义上,法社会学——由于其更高的复杂性和相对更广的应用范围——可以将其基本概念界定为偶在的不过却是具有意义的结构性决定。<sup>[5]</sup>两者之间这种类型的合作可以通过与法社会学相关的三个核心问题进行描述:尽管有规范间的分歧的法律的统一问题,法律的时间性问题以及公正及非公正(或者说法律规范和失范)之间的关系问题。

至今为止,(如果我们不考虑在边界限定上的某些纯粹界定性的努力,以及诸如“意志”或者“精神”这种仅仅是隐喻性的规定的话)对法律统一性的表述,或者是依据一个法律原则,或者是依据不同法律规范的相互联系形式来进行的,或者两者兼而有之。从法律原则上来讲,可能会被选作一个原则的,或者是对法律的特定规范性意义进行内容特定化或正式的规范化(分别是公正或基本规范),<sup>[6]</sup>或者是对其在世界秩序中的发生基础的承认(自然)。<sup>[7]</sup>法律渊源以及法律素材的等级性观念也一直被用作不同法律规范之间联系的形式。所有这些都是法律思考路径的走向。不过,从偶在的选择上来看,所有这些在法社会学看来都是有问题的;并且,这些内容也可以根据功能及其他的可能性来进行检验。

对法律原则的寻求直接与法律的统一性相关;说得更为明确一些,它实际上就是依据统一的原则来表述统一的问题。它逐渐地不得不将这一旧有的有着越来越多法律上复杂性的公正的概念进行形式化,<sup>[8]</sup>而最终以一个对此问题的套套逻辑式的描述进行终结。而自然的发生性的论证又不得不承认对于世界的较为具体的认识,而这些认识在社会系统趋向于更高复杂性的发展历程中已经显得非常不合适。等级化的观念是从凯尔森以来被坚持的最为有意思和最为成功的在[法律同一性]构造上的努力。它将否定性(negativity)进行了排除,既

是在存在(being)的理论上排除,而同时也是在那些可以被肯定性地作为在构造的要素的框架内进行使用的排除。非存在(non-being)和不公正就被从系统中驱逐出去,而进入到一个未分化的、绝对是混沌性的彼岸,而内部的否定(negation)都被收集到一个被认为是具有相容性和可区分性的等级关系的形式之下。系统中初始的对称和平等(即存在与非存在间的可逆关系)就被转变成为了一种非对称和等级化,并且可以被用作进行自上而下的统一性的建构。<sup>[9]</sup>对此观念,特别是对于凯尔森的纯粹法律理论而言,有一点是基本性的和意义重大的,即等级性的分化会危及到法律的统一。<sup>[10]</sup>从沟通过程来看,这种统一性表示在一种可以压制反抗的命令形式之中。他者、异议以及非必要性内容都被限制在“底部”,并因此被认为是无关紧要的,而整体的统一却在顶部被符码化。不过,顶部的否定却隐含着对整体进行否定的危险,但也是一种机会——就是革命。<sup>[11]</sup>

对于解决统一性问题的另外一个建议来自于至今还被看作是最初始点的这样的传统。哈特看到了在原先的“初级规则”的法律结构上存在的某些不足(即,“不确定性”、“静态性”和“无效性”),<sup>[12]</sup>并因此补充了一种类型上完全不同的“次级规则”(也就是“承认规则”、“改变规则”和“裁决规则”),以之来解决或者缓解单层规则结构的问题。这样,法律统一性的问题就具有了这种关于问题及与之相适应的问题解决手段的功能性构造的形式。这样的认识可以有不同的表述,而且可能还会有未来的影响。这会引起我们下面的讨论。

在法律的复杂性以及法律规范的制度化反身性越来越增加的情况下,法社会学将不得不考虑法律理论是否以及为何还会固守于那些传统的单一结构类型。在社会—法律的研究之初——前已述及,法律的统一性就是纯粹根据功能主义的术语来进行界定的,也就是被界定为多维度的期望结构的一致。它建立在进化性变化的条件下,并表现在进化性变化的形式中。这样,对法律概念[仅仅]进行法律理论上的界定就肯定是不完整的——这种不完整尤其因为,对于法律功能上的表述

而言，它通常不是一个可以用来对法律的个别规范组成进行评判的自足性标准。<sup>[13]</sup>不过，至少，我们的功能性概念已为此提供了一个可以开始进一步思考的基石和“主导思想”。统一性被建构于一个多维度的并因此是多功能的意义语境中的思想，已经在社会系统的社会学理论中得到了自我证明。它促进了不可互换性(nonexchangeability)身份的这种功能性认同，并且从不同结构的可适应性上考虑到了其功能的个别性和结构上的认同性问题。对有着高度结构化的复杂性的社会系统，这一概念具有对其进行分析和定位的优势。当然，它是否也适合于对法律统一性作法律理论上的解释还未可知，因为在此还可适用其他针对决定的可适用性标准。而这样的一种解决办法——也就是当下对统一性概念的分析——使我们怀疑，它就是为了解决问题而被用来应付否定的。而实际上，决定就是通过对其他可能性的排除而制定的。根据原则进行的思考对此并不是一个好的解决方案，也就是对其他的可能性进行了不确定的否定；而根据自然并认为可依据世界的特性得以解决的考虑，实际上意味着自身已放弃了为此作进一步努力；在等级化的模式中，一个系统定位的、已经相当复杂的问题解决方案，是通过对称性(外在的)和非对称性(内在的)否定的古怪嫁接而实现的。而只有霍布斯有勇气将法律的有效性建立在对法律的否定上，也就是对混乱充斥和秩序缺失的否定。<sup>[14]</sup>因此，如果我们想要推进对这些问题的解决的话，就必须明确地将否定的功能进行主题化，并使之独立于思想的语义结构或思想的形而上的或逻辑上的前提来对之进行研究。而对偶在性问题传统的新考察可能会为此提供合适的始点。<sup>[15]</sup>

这样就走到了我们的第二个议题上，也就是法律与时间之间的关系。通过通常所用的社会学概念以及学术观点，我们已经将与法律有效性相关的时间阶段问题消解于对期望和失望的论述中。期望总是当下的体验，在此之中时间是作为过去和未来的视域而发挥作用的。这种视域在当下的体验中得到考虑，这样，过去就呈现为期望的基础，而未来就作为失望时的行为之可能。而体验的规范性就已经被特定地

解释为对与未来相关的非期望的可能性的消解。

现在，我们就不禁会问到，法律理论是否可以将这一复杂性思想概括进一个单一的“有效性”概念中？在此，它会看不到时间本身在过去、当下和未来之间的区分，而保留下来的只是关于一些客观化的时间点的认识——在这些时间点上，有效性的时限变得更为精确。这样，它就不得不通过对时间的确定来补充对有效性的陈述：特定的法律在由此到彼的时间段内是有效的（或尚不可确定，但可以通过决定予以确定）。这样，法律理论就一定会看到许多否定的可能性：这种否定与有效性、法律或时间点相联系，并相应地会带来不同类型的意义上的转换。除此之外，这种在时间问题上的看法看上去提出了某些与法律文本和法律日程相关的相对简单的决定可能。

另一方面，这种简化会付出认知可能性丧失的代价。实际上可能会有一些对法律的表述必须通过对未来或者过去的否定——而不是对特定的客观时间点的否定——而实现。法律的规范性不正是对作为开放了其他可能性的未来时间视域的否定吗？而法律的实证性不正是对作为排除了其他可能性的过去时间视域的否定吗？而法律理论在此至少应当配置有这样的术语，这一术语的抽象性有助于进行这一问题的讨论——它是接受还是拒绝这些观点？而这些问题只能通过法社会学来进行处理，还不是解决。不过，在此还会存在这样的怀疑：在对否定的功能进行的澄清中，对此答案的寻求会对对时间性体验的构成上开始。

如果来考虑公正和不公正的关系，我们就会遇到同样的问题。一个在维度上和功能上尚未结构化的关于法律应然的统一的概念，必须在与对失范的否定关系上保持原生态，也就是不进行区分。人们以前认为，不公正就是对公正的否定——就如在语言上可以将存在通过否定转化为非存在\*一样。根据这一认识，不公正可以对称地、准确地被

---

\* 英译本中此处前后两个词均是存在(being)，而从语境上来判断，后者应为非存在(nonbeing)。



转译为法律，并因此被从法律理论中排除出去。对于法律理论而言，不公正相对并没有引起多大兴趣，如果我们不考虑几种声名狼藉的例外情况的话——如现代早期的道德诡辩。<sup>[16]</sup>

公正与不公正间的这种对称性构造从逻辑上来看是不必要的，在社会学上来看也是不恰当的。逻辑可以将不同的指涉点结合到一起，也就是说，它会允许将意义上的否定与原则上的应然结合到一起。<sup>[17]</sup>社会学认识到，“对法律的否定”是不可实现的。<sup>[18]</sup>另外，我们还会看到，在揭示这样的一些结构化后果时已经表现出来的浓厚兴趣——对某些期望会给予道德上的优待，而对另一些期望就会另眼相看，甚至还包括对于这种道德差别化的功能本身的研究。为了进行这样的研究，我们就有必要放弃这种将公正和不公正等量齐观的对称性考虑。对于其是愿意坚持还是可以拒绝这种对称性构造，法律理论将不得不进行自我审查——而现在我们可以认为它是一种粗率的简化，只是因为其对决定进行了简化。

在这一点上，我们必须认识到，这种对称性的构造与“法律的实质”根本无关。它与古代的法律情感以及早期高度文明时期的法律思想也完全是两回事。曾经有一段时期——这可以远溯至古罗马法的经典时代，在此它多少接近于对规范的自然体验，并可以想像到法律会与法律相冲突，誓言和辩词、论题(topoi[拓扑的])、原则和法律制度会彼此矛盾，但并不因此而丧失其作为法律秩序构成部分的特性。<sup>[19]</sup>这种在法律自身中存在的相互冲突的否定性可以在法律有效性的抽象原则得以发展之前被看到，实际上也就是在对法律上应然的一种概念上的统一进行概念化之前——对这种应然的否定只是且总是意味着不公正。但我们却不会再回归于这种状态，因为其过于具体地、过多地与行动相关。不过，现在的问题是：一种现代的法律理论，尤其是当其想要实现实证法的法律任务并且有能力应付系统结构性的相互关系时，是否还会固守公正和不公正之间这种陈旧的或此/或彼的简化关系；或者是，是否它就不需要发展出对于这种规范化的有效性进行一

种差别化否定的可能——这种规范化的有效性实际上已经同时达到了这一程度。<sup>[20]</sup>

我们在社会—法律上的思考将会依据否定性的不同维度来对法律上应然的统一观点进行分析。就如应然一般，人们也可以针对否定进行一种功能上的分析，并因此消除其唬人的严密性。就如应然一样，否定并不是如语言表达的那样，是一种简单的、直觉上非常明白的性质。对此两者而言，语言符号都显示了（也是掩饰了）一种高度复杂的、联系紧密的、复合性的体验的形成，对之可以进行更为细致地研究。

应然就是以某种特定的方式——也就是通过对失望的非学习性对待——进行反事实的稳定化。通过这一认识，我们已经了解到某种复合的和特定的期望的含义。我们还可以通过否定再挖掘出一些不同的颇具补充性的洞见，它们实际上已经被预设在于应然的各种见识中。如果我们将之与现实或观念的当下存在的内容进行比较的话，意识的否定化过程的特别之处就在于将普遍化和反身性进行结合。<sup>[21]</sup>普遍化就是无差别，也就是说，当我们指向某些在其他可能性视域中的特定事物时，被否定的事物不一定会被特指。<sup>[22]</sup>以此方式，意指的否定就被用作所有体验上合成的意义的持续性片段：它指出了其他的可能，但只是在一个笼统的范围内。不过，这种笼统性反对的风险很大，而且也只是因为其可以被运用于自身才是合用的，即它可以是反身性的。这种否定可以将自己进行消除或者修正，这样实际上就是保持在一种总会发生的暂时性中。它不会有什么破坏力，而只是一种在时间层面上的消解力。不去杀人的决定，或者认为新纳粹主义并不存在什么危险的看法终究可以用来进行自我否定，这种否定的自由是不可摆脱的，因为否定自身也可以被否定。

否定在体验中对于意义的构成具有首要的作用，通过对这一点的进一步解释，之后再将其与前面的系统理论观点相联系，这样的认识就有着更为深刻的意义。<sup>[23]</sup>我们在此首要的考虑是想要揭示：否定

性的符号显示和定义了这种与普遍化和反身性相关的特性的构造性合成——简单地来讲，就是一个更高层次的复杂性和对体验处理的风险管理。与此相联系，还可以实现进一步的成就，尤其是首先引起我们兴趣的对于应然的观念。这样来看，对于思索、交谈和行动这诸多的语境而言，使用如存在、应然这样的符号以及像否定这样类似的语词就已经足够，而不需要去追问它们因何而形成。正如我已指出的那样，社会学在对其意义和系统这些基本概念进行澄清的过程中却不能抱有这种短视性。而法律理论是否还能够坚持这样的简化尚取决于其对特殊的知识趣味的安置。尽管其可能仍会将存在、应然和否定作为不加分析的基本概念，它也必须要了解今天已经存在的这种分析的可能，并且必须要对选自于其他可能性中的这种基本概念的决定进行证成。

---

[1] 鉴于这一状态，对法律逻辑上的全面建构可能只有借助于应然的教义而实现。这一教义直接限定了法理学中会实际使用什么教义，并以此与应然教义相结合，结论上的逻辑联系就是应然。一个规范性理论的可能性只有在此方向上才是有可能的（但其并不是此处所选择的内容）。

[2] 更为可疑的是较早时期进行的规范性科学和经验性科学的一般区分。对此可参见从法学视角进行的批判，Friedrich Müller, *Normstruktur und Normativität. Zur Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Berlin, 1966。

[3] 更详细的内容可见 Niklas Luhmann, “Funktionale Methode und juristische Entscheidung”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 94, 1969, S. 1-31。对此所持的更大的希望尤其出现在当代。较好的可见 Rüdiger Lautmann, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen*, Stuttgart, 1971。

[4] 相应的，也可见 Werner Krawietz, *Das positive Recht und seine Funktion. Kategoriale und methodologische Überlegungen zu einer funktionalen Rechtstheorie*, Berlin, 1967, 尤其是 S. 21ff。

[5] 我们应当指出这一事实，在社会学和法律科学之间更为具体层次上的合作就因此被排除了。

[6] 早期欧洲的法律思想以及凯尔森的基本规范，它们在标准上均将对法律的指涉看作是一种规范性关系。这是非常有意义的。它符合法律规范化过程中的反身性要求（参见本书第 267 页）。

[7] 这一点不仅仅出现在当自然的观念被作为整体的法律秩序的某个特定部分的特征时（与神法或实证法不同的自然法），还出现在被作为整体的法律甚至是实证法的基础时。盖尼斯·包斯特（Gaines Post）对此有所揭示（*Studies in Medieval Thought*, Princeton, N.

J., 1964, pp. 494ff), 这是中世纪许多学者的主张, 也可参见 *La Filosofia della Natura nel Medioevo. Atti de Terzo Congresso Internazionale de Filosofia Medioevale*, Milian, 1966.

[8] 在现代法律理论中, 这种形式化不仅仅是法律实证化的要求, 也是法律教义上的(语境式)的转变, 尤其是通过对没有内在交互性的“主观权利”和公正的引入。参见 Niklas Luhmann, “Zur Funktion der ‘subjective Rechts’”, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, 1970, S. 321-330。

[9] 对此, 参见京特(Günther)的相关观察, 见 Gotthard Günther, “Kritische Bemerkungen zur gegenwärtigen Wissenschaftstheorie. Aus Anlass von Jürgen Habermas: ‘Zur Logik der Sozialwissenschaften’”, *Soziale Welt*, 19, 1968, S. 328-341(331f)。

[10] 尤其可见 Adolf Merkl, *Lehre von der Rechtskraft*, 1923, S. 181ff; 在此基础上, 还有 Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, S. 229。进行批判的, 例如可见 Karl Engisch, *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, 1935, S. 7f; 以及, 作为今天尚未终结的讨论情况, 见 Robert Walter, “Der gegenwärtige Stand der reinen Rechtslehre”, *Rechtstheorie*, 1. 1970, S. 69-95(89ff)。

[11] 无政府主义很有针对性地反对将这种作为形式的社会系统的等级化结构(不仅仅是对当前思想精英的反对)——当然对其作用, 以及是否还会有什么功能相当的解决办法, 他们并没有什么合适的主张。对此参见 Otthein Rammstedt, *Anarchismus. Grundtexte zur Theorie und Praxis der Gewalt*, Cologne-Opladen, Introduction, S. 15ff。

[12] *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 89ff。

[13] 这种论证也出现在 Peter Frey, “Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie”, Dissertation, Saarbrücken, 1962, S. 162, 198。

[14] 对在此显示的霍布斯的历史性成就(当然, 不是从事实推导出规范的那种努力)这一事实进行指出的人是曼弗雷德·里德尔(Manfred Riedel), 可见氏著, “Zum Verhältnis von Ontologie und politischer Theorie bei Hobbes”, in Reinhart Koselleck and Roman Schnur (Hrsg.), *Hobbes-Forschungen*, Berlin, 1969, pp. 103-118。同时, 这也可以理解, 鉴于其对于否定的地位尚没有进一步澄清, 霍布斯的理论还是以及为什么是有问题的。

[15] 由此开始, 我将试图通过一本法学著作来揭示这些内容。

[16] 以之为思想基础的, 如 Theodor Geiger, *Vorstudien zur einer Soziologie des Rechts*, Neuwied, 1964, S. 106, 在此只有公正或者不公正。“不公正”被看作是没有什么科学意义的主观性判断。

[17] 原则上, 人们可以想到这些意义的区别: “你不会杀人”、“你不应当杀人”和“不允许你杀人”。对规范逻辑中的否定而言的这些问题可以参见 Georg Henrik von Wright, *Norm and Action. A Logical Enquiry*, London, 1963, pp. 135ff; Alf Ross, *Directives and Norms*, London, 1968, pp. 143ff。除了社会学上的考虑, 对对应然这种形式统一从三个维度上的分解也可以作为对此的补充, 其不同维度上各有着不同的否定可能性。

[18] 参照 David Matza, *Delinquency and Drift*, New York-London-Sydney, 1964, 该文对子文化中的特定问题进行了论述, 这些内容或许部分地在事例上对法律规范进行了否定, 但是并未否定作为整体的法律。

[19] Dieter Nörr, “Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie”, *Festschrift für Wilhelm Felgenträger*, Göttingen, 1969, S. 353-356, 作者称古典的罗马法为一团纠缠纷争的“矛盾”体(a disputable “agonal” mass, S. 355), 并且强调, 进行区分(相互排斥的概念设定)、协调以及规则和立法上的整理只是在公元3世纪才出现。我们由此可以推断出, 法律中抽象原则的发展以及对其内在否定可能性的限制具有紧密的联系。由此产生的问题就是, 所有规范性的论争、暴力、修辞手段、论争和解释技巧都会形成法律上的问题, 而鉴于此, “已存在的法律”就可以被转换为各自准备坚持进行决定的

外部环境——同时也是一种在我们前面提到过的允许进行角色和程式上的强烈分化的程序(参见本书第 219 页, 第 284 页)。

[20] 对于公正和不公正两个分选项的整合问题被看作是该问题领域中的一个子问题。例如可见 Ilmar Tanelo, “On the Logical Openness of Legal Orders. A Modal Analysis of Law with Special Reference to the Logical Status of ‘Non Lique’ in International Law”, *American Journal of Comparative Law*, 8, 1959, pp. 187 - 203; 以及 Lothar Philipps, “Rechtliche Regelung und formale Logik”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 50, 1964, S. 317 - 329。特别是, 由此问题我们可以看清这个问题对于决定活动的意义: 公正和非公正关系上的对称性构造的取消并不会产生法律的部分领域变得模糊不清这样的后果; 这一危险可以通过补偿性的决定规则来进行改变。

[21] 同时, 在对消除了其他可能性的有着预定内容的影响和选择性(impressions and selectivity)的区分中, 这里隐含着意识理论的基础, 它不再将意识理解为世界图景的现象上的摹写, 而是作为信息值, 并为此更有可能将机体系统中有意义的体验和其意识的神经基础联结起来。参见 R. M. Bergström, “Über die Struktur einer Wahrnehmungssituation und über ihr physiologisches Gegenstück”, *Annales Academiae Scientiarum Fennicae, Series A. V. Medica*, 94, 1962, S. 1 - 23; 以及 R. M. Bergström, “Neural Macrostates. An Analysis of the Brain”, *Synthese*, 17, 1967, pp. 425 - 443。结合文本上的进一步阐述, 即对否定能力的机体基础进行的拷问, 这样的区分也会给出特定的引导。

[22] 特定的否定——也就是我将要提到的(如, “这本书不在书架中它的位置上”)——显示的是一种具有变异形式的同样的结构: 对于这种代之以否定性期望而进入到体验之中的情况可以不予区别。

[23] 也可见我的成果 “Sinn als Grundbegriff der Soziologie”, in “The Professionalization of Everyone?” in Jürgen Habermas and Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozial-Technologie — Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt, 1971, S. 25 - 100(35ff)。

## 参考文献(选摘)

### 1. 导论、综述、研究报告

- Aubert, Vilhelm (Ed.), *Sociology of Law*, Harmondsworth, England, 1969.
- , *In Search of Law. Sociological Approaches to Law*, Oxford, 1983.
- Black, Donald, *The Behavior of Law*, New York, 1976.
- Carbonnier, Jean, *Rechtssoziologie* (Dt. Übers.), Berlin, 1974.
- Davis, F. James/Foster, Henry H., Jr./Jeffrey, C. Ray/Davis, E. Eugene, *Society and the Law*, New York, 1962.
- Diamond, A. S., *The Evolution of Law and Order*, London, 1951.
- Eisermann, Gottfried, “Die Probleme der Rechtssoziologie”, *Archiv für Verwaltungssoziologie — Beilage zum gemeinsamen Amtsblatt des Landes Baden-Württemberg* 2, No. 2 (1965), S. 5-8.
- Evan, William M. (Hrsg.), *Law and Sociology*, Glencoe/Ill., 1962.
- Friedman, Lawrence, *Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften* (Dt. Übers.), Berlin, 1981.
- Geiger, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied-Berlin, 1964.
- Gurvitch, Georges, *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, Neuwied, 1960.
- Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie. Sonderheft 11 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Köln-Opladen, 1967.
- Horváth, Barna, *Rechtssoziologie. Probleme der Gesellschaftslehre und der Geschichtslehre des Rechts*, Berlin, 1934.
- Kulczár, Kalmán, *Rechtssoziologische Abhandlungen*, Budapest, 1980.
- Lévy-Bruhl, Henri, *Sociologie du droit*, Paris, 1961 (Dt. Übers.: *Soziologische Aspekte des Rechts*, Berlin, 1970.).
- Luhmann, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt, 1981.
- Mayhew, Leon H., “Law. The Legal System”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 9, 1968, pp. 59-66.
- Naucke, Wolfgang/Trappe, Paul (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtspraxis*, Neuwied-

- Berlin, 1970.
- Nonet, Philippe/Selznick, Philip, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, New York, 1978.
- Opp, Karl-Dieter, *Soziologie im Recht*, Reinbek, 1973.
- Podgórecki, Adam, *Law and Society*, London, 1974.
- Poirier, Jean, “Introduction à l’ethnologie de l’appareil juridique”, In: DERS., dir., *Ethnologie générale*, Paris, 1968, p. 1091 - 1110.
- Raiser, Thomas, *Einführung in die Rechtssoziologie*, Berlin, 1972.
- Rottleuthner Hubert, *Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, Freiburg, 1981.
- Ryffel, Hans, *Rechtssoziologie. Eine systematische Orientierung*, Neuwied, 1974.
- Sauermann, Heinz, “Die soziale Rechtsrealität”, *Archiv für angewandte Soziologie*, 4 (1932), S. 211 - 237.
- Sawer, Geoffrey, *Law in Society*, Oxford, 1965.
- Schur, Edwin M., *Law and Society. A Sociological View*, New York, 1968.
- Selznick, Philip, “Law. The Sociology of Law”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Bd. 9, 1968, pp. 50 - 59.
- Simon, Rita James (Ed), *The Sociology of Law. Interdisciplinary Readings*, San Francisco, 1968.
- Souto, Cláudio/Souto, Solange, *Sociologia do direito*, São Paulo, 1981.
- Stone, Julius, *Social Dimensions of Law and Justice*, London, 1966.
- Timasheff, Nicholas S., *An Introduction to the Sociology of Law*, Cambridge/Mass., 1939.
- , “Growth and Scope of Sociology of Law”, In: Howard S. Becker/Alvin Boskoff (Eds.), *Modern Sociological Theory in Continuity and Change*, New York, 1957, pp. 424 - 449.
- Trappe, Paul, *Zur Situation der Rechtssoziologie*, Tübingen, 1968.
- Treves, Renato, dir., *La sociologia del diritto*, Mailand, 1966 (Engl. Übers.: Treves, Renato/Jan F. Glastra Van Loon [Eds.], *Norms and Actions*, Den Haag, 1968.)
- , dir., *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto*, Mailand, 1968.
- Treves, Renato, *Introduzione alla Sociologia del Diritto*, 2. Aufl., Torino, 1980.
- Unger, Roberto Mangabeira, *Law in Modern Society. Toward a Criticism of Social Theory*, New York, 1976.

## 2. 法律社会学史及经典作家

- Durkheim, Emile, *De la division du travail social*, 2. Aufl, Paris, 1902.
- , *Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, Paris, 1950.
- Ehrlich, Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 3. Aufl, Berlin, 1967.
- , *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, Berlin, 1967.
- Gels, Gilbert, “Sociology and Sociological Jurisprudence”, *Kentucky Law Review*, 52 (1964), pp. 267 - 293.

## 参考文献

- Hauriou, Maurice, *Die Theorie der Institution* (Dt. Übers.), Berlin, 1965.
- Kraft, Julius, “Vorfragen der Rechtssoziologie”, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 45 (1930), S. 1 - 78.
- Maine, Henry Sumner, *Ancient Law. Its Connections with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas*, 1861. Zit. nach der Ausgabe *The World's Classics*, London-New York-Toronto, 1954.
- Pound, Roscoe, *Social Control Through Law*, New Haven, 1942, Neudruck o. O. (Hamden/Conn.), 1968.
- Rehbinder, Manfred, “Status-Rolle-Kontrakt. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft”, In: *Festschrift für Ernst E. Hirsch*, Berlin, 1967, S. 141 - 169.
- , *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1967.
- Renner, Karl, *Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion. Ein Beitrag zur Kritik des bürgerlichen Rechts*, Neudruck Stuttgart, 1965 (zuerst in *Marx-Studien* Bd. I, Wien, 1904, S. 63 - 192)
- Romano, Santi, *L'ordinamento giuridico*, Neudruck der 2. Aufl, Firenze, 1962.
- Twining, William, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, London, 1973.
- Weber, Max, *Rechtssoziologie* (Hrsg. Johannes Winckelmann), Neuwied, 1960.
- Winckelmann, Johannes, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, 1952.
- ### 3. 法律形成的基本问题与理论
- Aubert, Vilhelm, “Legal Justice and Mental Health”, *Psychiatry*, 21 (1958), pp. 101 - 113.
- /Messinger, Sheldon L., “The Criminal and the Sick”, *Inquiry*, 1 (1958), pp. 137 bis 160.
- Beutel, Frederick K., *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*, Lincoln, 1957 (Dt. Übers.: *Die Experimentelle Rechtswissenschaft. Möglichkeiten eines neuen Zweiges der Sozialwissenschaft*, Berlin, 1971).
- Bowman, Claude C., “Distortion of Reality as a Factor in Morale”, In: Arnold M. Rose (Ed.), *Mental Health and Mental Disorder*, London, 1956, pp. 393 - 407.
- Coser, Lewis A., “Some Functions of Deviant Behavior and Normative Flexibility”, *The American Journal of Sociology*, 68 (1962), pp. 172 - 181.
- Drobnig, Ulrich/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), *Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung*, Berlin, 1977.
- Farneti, Paolo, “Problemi di analisi sociologica del diritto”, *Sociologia*, 1961, p. 33 - 87.
- Frey, Peter, *Der Rechtsbegriff in der neueren Soziologie*, Diss, Saarbrücken, 1962.
- Galtung, Johan, “Expectations and Interaction Processes”, *Inquiry*, 2 (1959), pp. 213 - 234.
- , “Institutionalized Conflict Resolution”, *Journal of Peace Research*, 1965, pp. 348



bis 397.

- Gessner, Volkmar, *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen, 1976.
- Gibbs, Jack P., "Norms. The Problem of Definition and Classification", *The American Journal of Sociology*, 70 (1965), pp. 586 - 594.
- , "The Sociology of Law and Normative Phenomena", *American Sociological Review*, 31 (1966), pp. 315 - 325.
- , "Definitions of Law and Empirical Questions", *Law and Society Review*, 3 (1968), pp. 429 - 446.
- Glastra Van Loon, J. F./Vercruisse, E. V. W., "Towards a Sociological Interpretation of Law", *Sociologia Neerlandica*, Bd. 3. 2 (1966), pp. 18 - 31.
- Hall, Jerome, *Comparative Law and Social Theory*, O. O. (Louisiana State U. P.), 1963.
- Heldrich, Andreas, "Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung", *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34 (1970), S. 427 - 442.
- Hubert, René, *Science du droit, sociologie juridique et philosophie du droit. Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, p. 43 - 71.
- Humphreys, Lloyd G., "The Acquisition and Extinction of Verbal Expectations in a Situation Analogous to Conditioning", *Journal of Experimental Psychology*, 25 (1939), pp. 294 - 301.
- Laing, Ronald D./Phillipson, Herbert/Lee, A. Russell, *Interpersonal Perception*, London-New York, 1966.
- Lautmann, Rüdiger, *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, Kön-Opladen, 1969.
- Macaulay, Stewart, "Non-Contractual Relations in Business. A Preliminary Study", *American Sociological Review*, 28 (1963), pp. 55 - 67.
- Matza, David, *Delinquency and Drift*, New York-London-Sydney, 1964.
- Mead, George H., "The Psychology of Punitive Justice", *The American Journal of Sociology*, 23 (1918), pp. 557 - 602.
- Popitz, Heinrich, "Soziale Normen", *Europäisches Archiv für Soziologie*, 2 (1961), S. 185 - 198.
- Rommetveit, Ragnar, *Social Norms and Roles. Explorations in the Psychology of Enduring Social Pressures*, Oslo-Minneapolis, 1955.
- Schanck, Richard L., "A Study of a Community and Its Groups and Institutions Conceived of as Behaviors of Individuals", *Psychological Monographs*, Bd. 43, No. 2, Princeton/N. J. — Albany/N. Y., 1932.
- Scheff, Thomas J., *Being Mentally Ill. A Sociological Theory*, Chicago, 1966.
- Schelsky, Helmut, "Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema", *Jahrbuch für Sozialwissenschaft*, 3 (1952), S. 1 - 21, neu gedruckt in: Ders., *Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze*, Düsseldorf-Köln, 1965, S. 33 - 55.
- Schumann, Karl F., *Zeichen der Unfreiheit. Zur Theorie und Messung sozialer*

## 参 考 文 献

- Sanktionen, Freiburg/Br., 1968.
- Schwartz, Richard D., "Social Factors in the Development of Legal Control. A Case Study of Two Israeli Settlements", *The Yale Law Journal*, 63 (1954), pp. 471 - 491.
- Scott, Marvin B./Lyman, Stanford M., "Accounts", *American Sociological Review*, 33 (1968), pp. 46 - 62.
- Spittler, Gerd, *Norm und Sanktion. Untersuchungen zum Sanktionsmechanismus*, Olten-Freiburg/Br., 1967.
- Ziegert, Klaus A., *Zur Effektivität der Rechtssoziologie. Die Rekonstruktion der Gesellschaft durch Recht*, Stuttgart, 1975.
- ### 4. 古代社会的法律
- Barton, R. F., *The Half-Way Sun. Life Among the Headhunters of the Philippines*, New York, 1930.
- Berndt, Ronald M., *Excess and Restraint. Social Control Among a Guinea Mountain People*, Chicago, 1962.
- Bohannan, Paul J., *Justice and Judgment Among the Tiv*, London, 1957.
- , "The Differing Realms of the Law", In: Ders. (Ed.), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden City/N. Y., 1967, pp. 43 - 56.
- Bünger, Karl/Trimborn, Hermann (Hrsg.), *Religiöse Bindungen in frühen und in orientalischen Rechten*, Wiesbaden, 1952.
- Ekvall, Robert B., "Law and the Individual Among the Tibetan Nomads", *American Anthropologist*, 66 (1964), pp. 1110 - 1115.
- Epstein, A. L., *Juridical Techniques and the Judicial Process. A Study of African Customary Law*, Manchester, 1954.
- Fallers, Lloyd A., *Law Without Precedent. Legal Ideas in Action in the Courts of Colonial Busoga*, Chicago, 1969.
- Gillin, J. P., "Crime and Punishment Among the Barama River Carib", *American Anthropologist*, 36 (1934), pp. 331 - 344.
- Gluckman, Max, *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, 1955.
- , *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, New Haven-London, 1965.
- Gräf, Erwin, *Das Rechtswesen der heutigen Beduinen*, Walldorf, 1952.
- Gutmann, Bruno, *Das Recht der Dschagga*, München, 1926.
- Hasluck, Marcaret, *The Unwritten Law in Albania*, Cambridge/England, 1954.
- Hoebel, Adamson E., *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge/Mass, 1954. (Dt. Übers.: *Das Recht der Naturvölker*, Olten, 1968.)
- Kuper, Hilda/Kuper, Leo (Eds.), *African Law. Adaptation and Development*, Berkeley-Los Angeles, 1965.
- Lee, Demetracopoulou D., "A Primitive System of Values", *Philosophy of Science*, 7 (1940), pp. 355 - 378.

- Llewellyn, Karl N. / Hoebel, Adamson E. , *The Cheyenne Way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman, 1941.
- Mair, Lucy, *Primitive Government*, Harmondsworth, 1962.
- Malinowski, Bronislaw, *Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*, Wien o. J.
- , “A New Instrument for the Interpretation of Law — Especially Primitive” , *The Yale Law Journal*, 51 (1942), pp. 1237 - 1254.
- Mauss, Marcel, “Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques” , Neu gedruckt in: Ders. , *Sociologie et anthropologie*, Paris, 1950, p. 143 - 279. (Dt. Übers. : *Die Gabe*, Frankfurt, 1968. )
- Nadel, Siegfried F. , “Social Control and Self-Regulation” , *Social Forces*, 31 (1953), pp. 265 - 273.
- Pospisil, Leopold, “Kapauku Papuans and Their Law” , *Yale University Publications in Anthropology*, N. 54, 1958, Neudruck o. O. , 1964, pp. 248 ff.
- Pospisil, Leopold, *Anthropology of Law. A Comparative Perspective*, New York, 1971.
- Radcliffe-Brown, Alfred R. , *Primitive Law. Encyclopedia of the Social Sciences*. Bd. IX, New York, 1933, pp. 202 - 206.
- Ratray, R. S. , *Ashanti Law and Constitution*, Oxford, 1929.
- Roberts, Simon A. , *Ordnung und Konflikt. Eine Einführung in die Rechtsethnologie*, Stuttgart, 1981.
- Schott, Rüdiger, “Die Funktion des Rechts in primitiven Gesellschaften” , *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1 (1970), S. 107 - 174.
- Thurnwald, Richard, *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen*, Bd. V, Berlin-Leipzig, 1934.
- 5. 高级文明中的法律**
- Bandyopadhaya, Narayan Chandra, *Development of Hindu Polity and Political Theories*, Bd. I, Calcutta, 1927.
- Bodde, Derk/Morris, Clarence, *Law in Imperial China. Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, Cambridge Mass. , 1967.
- Bonner, Robert J. , *Lawyers and Litigants in Ancient Athens. The Genesis of the Legal Profession*, Chicago, 1927.
- Brunner, Otto, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, 3. Aufl. , Brünn-München-Wien, 1943.
- Buxbaum, David C. (Ed.), *Traditional and Modern Legal Institutions in Asia and Africa*, Leiden, 1967.
- Ch'ü T'ung-Tsu, *Law and Society in Traditional China*, Paris-Den Haag, 1961.
- Cohn, Bernard S. , “Some Notes on Law and Change in North India” , *Economic Development and Cultural Change*, 8 (1959), pp. 79 - 93. Neu gedruckt in: Paul Bohannon (Ed.), *Law and Warfare. Studies in the Anthropology of Conflict*, Garden

## 参考文献

- City/N. Y. , 1967, pp. 139 - 159.
- Driver, G. R. /Miles, John C. , *The Assyrian Laws*, Oxford, 1935.
- Duyvendak, J. J. L. , *The Book of Lord Shang. A Classic of the Chinese School of Law*, London, 1928.
- Escarra, Jean, *Le droit chinois*, Peking-Paris, 1936.
- Gernet, Louis, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Paris, 1955.
- , “Le temps dans les formes archaïques du droit” , *Journal de psychologie normale et pathologique*, 53 (1956), p. 379 - 406.
- Hahm, Pyong-Choon, *The Korean Political Tradition and Law: Essays in Korean Law and Legal History*, Seoul, 1967.
- Henderson, Dan Fenno, *Conciliation and Japanese Law. Tokugawa and Modern*, 2 Bde. , Seattle - Tokyo, 1965.
- Jones, Walter J. , *The Law and Legal Theory of the Greeks. An Introduction*, Oxford, 1956.
- Kaser, Max, *Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949.
- Kunkel, Wolfgang, *Herkunft und soziale Stellung des römischen Juristen*, 2. Aufl. , Graz-Wien-Köln, 1967.
- Lingat, Robert, *Les sources du droit dans le système traditionnel de l'Inde*, Paris-Den Haag, 1967 (Engl. Übers. , *The Classical Law of India*, Berkeley Cal. , 1973).
- Mühl, Max, “Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung” , *Klio*, Beiheft N. F. 16, Leipzig, 1933.
- Nörr, Dieter, *Zur Entstehung der gewohnheitsrechtlichen Theorie. Festschrift für Wilhelm Felgenträger*. Göttingen, 1969, S. 353 - 366.
- Ostwald, Martin, *Nomos and the Beginning of Athenian Democracy*, Oxford, 1969.
- Rokumoto, Kahel, Legal Behaviour of the Japanese and the Underlying Notion of Social Norms. In: *The Islamic World and Japan*, Tokyo, The Japan Foundation, 1981, pp. 204 - 229.
- Romilly, Jacqueline de, *La loi dans la pensée Grecque des origines à Aristote*, Paris, 1971.
- Ruben, Walter, *Die gesellschaftliche Entwicklung im alten Indien*, Bd. II, *Die Entwicklung von Staat und Recht*, Berlin, 1968.
- Schacht, Joseph, *Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts*, *Der Islam*, 22 (1935), S. 207 - 238.
- , *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964.
- Sziechter, Emile, “La (loi) , dans la Mésopotamie ancienne” , *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3. série 12 (1965), p. 55 - 77.
- Vandermeersch, Léon, *La formation du légisme. Recherches sur la constitution d'une philosophie politique caractéristique de la Chine ancienne*, Paris, 1965.
- Wieacker, Franz, *Vom römischen Recht*, Leipzig, 1944.
- Wilson, John A. , “Authority and Law in Ancient Egypt” , *Journal of the American Oriental Society*, 74 (1954), Supplement pp. 1 - 17.
- Wolff, Hans J. , *Beiträge zur Rechtsgeschichte Altgriechenlands und des hellenistisch-*

römischen Ägypten, Weimar, 1961.

## 6. 实证法问题

- Abel-Smith, Brian/Zander, Michael/Brooke, Rosalinde, *Legal Problems and the Citizen. A Study in Three London Boroughs*, London, 1973.
- Allen, Carleton Kemp, *Law in the Making*, 6. Aufl., Oxford, 1958.
- Arens, Richard/Lasswell Harold D., *In Defense of Public Order*, New York, 1961.
- Atkinson, K. M. T., "Athenian Legislative Procedure and Revision of the Laws", *Bulletin of the John Rylands Library*, 23 (1939), No. 1, pp. 107 - 150.
- Ball, Harry V., "Social Structure and Rent-Control Violations", *American Journal of Sociology*, 65 (1960), pp. 598 - 604.
- /Friedman, Lawrence M., "The Use of Criminal Sanctions in the Enforcement of Economic Legislation. A Sociological View", *Stanford Law Review*, 17 (1965), pp. 197 - 223.
- Barracrough, G., "Law and Legislation in Medieval England", *Law Quarterly Review*, 56 (1940), pp. 75 - 92.
- Berger, Morroe, *Equality by Statute. The Revolution in Civil Rights*, 2. Aufl., Garden City/N. Y., 1967.
- Bierbrauer, Günter et al., *Zugang zum Recht*, Bielefeld, 1978.
- Blankenburg, Ehrhard, "Mobilisierung von Recht. Über die Wahrscheinlichkeit des Gangs zum Gericht, die Chance des Erfolgs und die daraus folgenden Funktionen der Justiz", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1 (1980), S. 33 - 64.
- Brynteson, William E., "Roman Law and New Law. The Development of a Legal Idea", *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 3. série 12 (1965), p. 203 bis 223.
- , "Roman Law and Legislation in the Middle Ages", *Speculum*, 41 (1966), pp. 420 bis 437.
- Cappelletti, Mauro et al. (Eds.), *Access to Justice*, 4 Bde, Alphen-Milano, 1978 - 1979.
- Colombotos, John, "Physicians and Medicare. A Before-After Study of the Effects of Legislation on Attitudes", *American Sociological Review*, 34 (1969), pp. 318 bis 334.
- Duster, Troy, *The Legislation of Morality. Law, Drugs and Moral Judgment*, New York-London, 1970.
- Eckhoff, Torstein/Jacobson, Knut Dahl, *Rationality and Responsibility in Administrative and Judicial Decision-Making*, Kopenhagen, 1960.
- Gagnér, Sten, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960.
- Kahrstedt, Ulrich, "Untersuchungen zu athenischen Behörden", *Klio*, 31 (1938), S. 1 - 32.
- Krause, Hermann, "Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Germ. Abt. 75 (1958), S. 206 bis 251.
- Kutschinsky, Berl, "Law and Education. Some Aspects of Scandinavian Studies into (The General Sense of Justice)", *Acta Sociologica*, 10 (1966), pp. 21 - 41.

## 参 考 文 献

- , “Knowledge and Attitudes Regarding Legal Phenomena in Denmark”, *Scandinavian Studies in Criminology*, 2 (1968), pp. 125 - 159.
- Luhmann, Niklas, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965.
- , *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, 1969.
- Mayhew, Leon H., *Law and Equal Opportunity. A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Cambridge/Mass., 1968.
- Mühl, Max, “Untersuchungen zur altorientalischen und althellenischen Gesetzgebung”, *Klio*, Beiheft N. F. 16, Leipzig, 1933.
- Plucknett, T. F. T., *Legislation of Edward I*, Oxford, 1949.
- Podgórecki, Adam, “Law and Social Engineering”, *Human Organization*, 21 (1962), pp. 177 - 181.
- , “The Prestise of Law”, *Acta Sociologica*, 10 (1966), pp. 81 - 96.
- Podgórecki, Adam et al., *Knowledge and Opinion About Law*, London, 1973.
- Pound, Roscoe, “The limits of Effective Legal Action”, *International Journal of Ethics*, 27 (1917), pp. 150 - 167.
- Scharpf, Fritz, *Die politischen Kosten des Rechtsstaats*, Tübingen, 1970.
- Schmidt, Folke/Gräntze, Leif/Roos, Axel, “Legal Working Hours in Swedish Agriculture”, *Theoria*, 12 (1946), pp. 181 - 196.
- Sprandel, Rolf, “Über das Problem des neuen Rechts im frühen Mittelalter”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, kan. Abt. 79 (1962), S. 117 bis 137.

## 7. 各种法律制度

### 司法

- Abel, Richard, “A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society”, *Law and Society Review*, 8 (1974), pp. 217 - 347.
- Becker, Theodore L., *Political Behavioralism and Modern Jurisprudence. A Working Theory and Study in Judicial Decision-Making*, Chicago, 1964.
- Carlin, Jerome E./Howard, Jan, “Legal Representation and Class Justice”, *U-C-L-A Law Review*, 12 (1965), pp. 381 - 437.
- Feest, Johannes, “Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite”, In: Wolfgang Zapf (Hrsg.), *Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht*, München, 1965, S. 95 - 113.
- Friedman, Lawrence/Rehbinder, Manfred (Hrsg.), *Zur Soziologie des Gerichtsverfahrens. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 4, Opladen, 1974.
- Görlitz, Axel, *Verwaltungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Neuwied-Berlin, 1970.
- Grossman, Joel B./Tanenhaus, Joseph (Eds.), *Frontiers in Judicial Research*, New York, 1969.
- Howard, Woodford, Jr., “On the Fluidity of Judicial Choice”, *The American Political Science Review*, 62 (1968), pp. 43 - 56.
- Kalven, Jr., Harry/Zeisel, Hans, *The American Jury*, Boston, 1966.

- Kaupen, Wolfgang/Rasehorn, Theo, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, Neuwied-Berlin, 1971.
- Kirchheimer, Otto, *Politische Justiz*, Neuwied, 1965.
- Kübler, Friedrich Karl, "Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz", *Archiv für die civilistische Praxis*, 162 (1963), S. 104 - 128.
- Lautmann, Rüdiger, *Justiz — die stille Gewalt*, Frankfurt, 1972.
- Murphy, Walter F., *Elements of Judicial Strategy*, Chicago-London, 1964.
- Newman, Donald J., *Conviction. The Determination of Guilt or Innocence Without Trial*, Boston-Toronto, 1966.
- Packer, Herbert L., "Two Models of the Criminal Process", *University of Pennsylvania Law Review*, 113 (1964), pp. 1 - 68.
- Richter, Walter, *Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft*, Stuttgart, 1968.
- Rokumoto, Kahei, "Problems and Methodology of Study of Civil Disputes", *Law in Japan*, 5 (1972), pp. 97 - 114; 6 (1973), pp. 111 - 127.
- Rottleuthner, Hubert R., "Zur Soziologie richterlichen Handelns", *Kritische Justiz*, 3 (1970), S. 282 - 306, 4 (1971). S. 60 - 88.
- Rotfleuthner, Hubert, "Abschied von der Justizforschung? Für eine Rechtssoziologie (mit mehr Recht)", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 3 (1982), S. 82 - 119.
- Rüthers, Bernd, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 1968.
- Schubert, Glendon, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, Glencoe/Ill., 1959.
- (Ed.), *Judicial Decision-Making*, New York-London, 1963.
- (Ed.), *Judicial Behavior. A Reader in Theory and Research*, Chicago, 1964.
- , *The Judicial Mind*, Evanston, 1965.
- Spittler, Gerd, "Streitregelung im Schatten des Leviathan. Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen", *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1 (1980), S. 4 - 32.
- "Symposium: Jurimetrics", *Law and Contemporary Problems*, 28 (1963), pp. 1 - 270.
- "Symposium: Social Science Approaches to the Judicial Process", *Harvard Law Review*, 79 (1966), pp. 1551 - 1628.
- Weiss, Manfred, *Zur Theorie der richterlichen Entscheidungstätigkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Frankfurt, 1971.
- Weissler, Adolf, *Die Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, Leipzig, 1905.
- Wells, Richard S./Grossman Joel B., "The Concept of Judicial Policy-Making. A Critique", *Journal of Public Law*, (1967), pp. 286 - 310.
- Winter, Gerd, *Sozialer Wandel durch Rechtsnormen*, Berlin, 1969.
- Zeisel, Hans/Kalven, Jr., Harry/Buchholz, Bernard, *Delay in the Court*, Boston, 1959.
- Zitscher, Wolfram, *Die Beziehungen zwischen der Presse und dem deutschen Strafrichter*, Kiel, 1968.
- , *Rechtssoziologische und organisationssoziologische Fragen der Justizreform*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1969.
- Zwingmann, Klaus, *Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland*,

## 参 考 文 献

Berlin, 1966.

### 立法

- Barber, James D., *The Lawmakers. Recruitment and Adaptation to Legislative Life*, New York-London, 1965.
- Horack, Frank E., Jr., *Cases and Materials on Legislation*, 2., 4ufl., Chicago, 1954.
- Lempert, Richard, "Strategies in Research Design in the Legal Impact Study", *Law and Society Review*, 1 (1966), pp. 111 - 132.
- Noll, Peter, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973.
- Stammer, Otto u. a., *Verbände und Gesetzgebung*, Köln, 1965.
- Wahlke, John C./Eulau, Heinz (Eds.), *Legislative Behavior*, Glencoe/Ill., 1959.
- /Buchanan, William/Ferguson, LeRoy C., *The Legislative System, Explorations in Legislative Behavior*, New York-London, 1962.

### 警察与执法

- Banton, Michael, *The Policeman in the Community*, New York, 1964.
- Bittner, Egon, "The Police on Skid-Row. A Study of Peace-Keeping", *American Sociological Review*, 32 (1967), pp. 699 - 715.
- Blankenburg, Erhard, "Die Selektivität rechtlicher Sanktionen. Eine empirische Untersuchung von Ladendiebstählen", *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 21 (1969), S. 805 - 829.
- Bordua, David J. (Ed.), *The Police. Six Sociological Essays*, New York-London-Sydney, 1967.
- Clourel, Aaron V., *The Social Organization of Juvenile Justice*, New York-London-Sydney, 1968.
- Empey, LaMar T./Erlckson, Maynard L., "Hidden Delinquency and Social Status", *Social Forces*, 44 (1966), pp. 546 - 554.
- Feest, Johannes/Lautmann, Rüdiger (Hrsg.), *Die Polizei. Soziologische Studien und Forschungsberichte*, Opladen, 1971.
- Feest, Johannes/Blankenburg, Erhard, *Die Definitionsmacht der Polizei. Strategien der Strafverfolgung und soziale Selektion*, Düsseldorf, 1972.
- Gardiner, John A., *Traffic and the Police. Variations in Law-Enforcement Policy*, Cambridge/Mass., 1969.
- Goldstein, Joseph, "Police Discretion not to Invoke the Criminal Process. Low-Visibility Decisions in the Administration of Justice", *The Yale Law Review*, 69 (1960), pp. 543 - 594.
- LaFave, Wayne R., "The Police and Nonenforcement of the Law", *Wisconsin Law Review*, 1962, pp. 104 - 137.
- , *Arrest. The Decision to Take a Suspect into Custody*. O. O. 1965.
- Skolnick, Jerome H., *Justice Without Trial. Law Enforcement in Democratic Society*, New York-London-Sydney, 1966.
- Sudnow, David, "Normal Crimes. Sociological Features of the Penal Code in a Public



- Defender Office” , *Social Problems* , 12 (1965) , pp. 255 - 276.
- Westley, William A. , “Secrecy and the Police” , *Social Forces* , 34 (1956) , pp. 254 - 257.
- Wilson, James Q. , *Varieties of Police Behavior. The Management of Law and Order in Eight Communities* , Cambridge/Mass. , 1968.

### 律师

- Carlin, Jerome E. , *Lawyers On Their Own. A Study of Individual Practitioners in Chicago* , Brunswick/N. J. , 1962.
- , *Lawyers' Ethics. A Survey of the New York City Bar* , New York, 1966.
- Ladinsky, Jack, “Careers of Lawyers, Law Practice, and Legal Institutions” , *American Sociological Review* , 28 (1963) , pp. 47 - 54.
- Mayhew, Leon/Reiss, Albert J. , Jr. , “The Social Organization of Legal Contacts” , *American Sociological Review* , 34 (1969) , pp. 309 - 318.
- O'Gorman, Hubert J. , *Lawyers and Matrimonial Cases* , New York, 1963.
- Pound, Roscoe, *The Lawyer From Antiquity to Modern Times. With Particular Reference to the Development of Bar Associations in the United States* , St. Paul/Minn. , 1953.
- Rüschemeyer, Dietrich, “Rekrutierung, Ausbildung und Berufsstruktur. Zur Soziologie der Anwaltschaft in den Vereinigten Staaten und in Deutschland” , In: David V. Glass u. a. , *Soziale Schichtung und soziale Mobilität* , Köln, 1961, S. 122 - 144.
- Smigel, Erwin O. , *The Wall Street Lawyer. Professional Organization Man?* , New York-London, 1964.

### 法官

- Auerbach, Jerold S. , *Unequal Justice. Lawyers and Social Change in Modern America* , London, 1976.
- Heldrich, Andreas/schmidtchen, Gerhard, *Gerechtigkeit als Beruf. Repräsentativumfrage unter jungen Juristen* , München, 1982.
- Kaupen, Wolfgang, *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen — Eine soziologische Analyse* , Neuwied-Berlin, 1969.
- Lange, Elmar/Luhmann, Niklas, “Juristen. Berufswahl und Karrieren” , *Verwaltungsarchiv* , 65 (1974) , S. 113 - 162.
- Rüschemeyer, Dietrich, *Juristen in Deutschland und den USA. Eine vergleichende Untersuchung* . (Dt. Übers, Stuttgart, 1976.)
- Weyrauch, Walter O. , *Zum Gesellschaftsbild des Juristen* (Dt. Übers, Neuwied, 1970.)

## 8. 法律与社会变迁

- Aubert, Vilhelm, “Einige soziale Funktionen der Gesetzgebung” , In: Hirsch/Rehbinder, S. 284 - 309.
- , “The Changing Role of Law and Lawyers in Nineteenth-and Twentieth-Century Norwegian Society” , In: D. N. MacCormick (Ed. ) , *Lawyers in Their Social Setting* ,

## 参考文献

- Edinburgh, 1976, pp. 1 - 17.
- Bamberger, Michael A. /Lewin, Nathan, "The Right to Equal Treatment. Administrative Enforcement of Antidiscrimination Legislation", *Harvard Law Review*, 74(1961), pp. 526 - 589.
- Berger, Morroe, *Equality by Statute. The Revolution in Civil Rights*, 2. Aufl., Garden City/N. Y., 1967.
- Chambliss, William J., "A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy", *Social Problems*, 12 (1964), pp. 67 - 77.
- , "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions", *Wisconsin Law Review*, 1967, pp. 703 - 719.
- Dror, Yehzekel, "Law and Social Change, *Tulane Law Review*", 33 (1959), pp. 787 bis 801.
- Friedman, Lawrence M., "Legal Rules and the Processes of Social Change", *Stanford Law Review*, 4 (1967), pp. 786 - 840 (806 f).
- , "Legal Culture and Social Development", *Law and Society Review*, 4 (1969), pp. 29 - 44.
- Friedmann, Wolfgang, *Recht und sozialer Wandel*, Frankfurt, 1969.
- Goldblatt, Harold/Cromien, Florence, "The Effective Social Reach of the Fair Housing Practices Law of the City of New York", *Social Problems*, 9 (1962), pp. 363 - 370.
- Goostree, Robert E., "The Iowa Civil Rights Statute. A Problem of Enforcement", *Iowa Civil Rights Review*, 37 (1952), pp. 242 - 248.
- Hurst, James Willard, *The Growth of American Law. The Lawmakers*, Boston, 1950.
- , *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth-Century United States*, Madison, 1956.
- , *Law and Social Progress in United States History*, Ann Arbor, 1960.
- Massell, Gregory J., "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu. The Case of Soviet Central Asia", *Law and Society Review*, 2 (1968), pp. 179 - 228.
- Podgórecki, Adam, "Dreistufen-Hypothese über die Wirksamkeit des Rechts", In: Ernst E. Hirsch/Manfred Rehbinder (Hrsg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, Köln-Opladen, 1967, S. 271 - 283.
- , "Loi et morale en théorie et en pratique", *Revue de l'institut de sociologie*, 1970, p. 277 - 293.
- Rose, Arnold M., "Law and the Causation of Social Problems", *Social Problems*, 16 (1968), pp. 33 - 43.
- Schreckenberger, Waldemar, "Sozialer Wandel als Problem der Gesetzgebung", *Verwaltungsarchiv*, 68 (1977), S. 29 - 44.
- Schwartz, Richard D./Miller, James C., "Legal Evolution and Societal Complexity", *The American Journal of Sociology*, 70 (1964), pp. 139 - 169.
- Sjernerquist, Per, "How are Changes in Social Behaviour Developed by Means of Legislation?" In: *Legal Essays. Festschrift til Frede Castberg*, Kopenhagen-Stockholm-Göteborg, 1963, S. 153 - 169.

# 索引\*

- Abhängigkeiten / Unabhängigkeiten  
zwischen Systemen 系统间的依赖性和  
独立性, 192, 325
- Absorption von Folgeproblemen 对所生  
问题的吸收, 324;  
s. a. Folgenneutralisierung
- abstrakt / konkret 抽象的 / 具体的, 143,  
151, 170, Anm 79
- Abstraktion 抽象, 323  
— des Rechts 法律的抽象, 143f, 160f,  
178ff, 326ff
- abweichendes Verhalten 越轨行为, 39,  
91, 116ff, 223f; s. a. Unrecht  
—, tauschförmiges Akzeptieren von 对  
越轨行为的交互承认, 274f, 278f  
—, Etikettierung als 标签为越轨行  
为, 122f  
—, gemeinsames 一般越轨行为, 39,  
46f, 69  
—, Latentbleiben von 越轨行为的潜  
在, 6, 72;  
s. a. Ignorieren; Rechtsdurchsetzung  
—, Neutralisierung von 对越轨行为的  
中性化, 121ff, 174  
—, Stabilisierung von 对越轨行为的稳  
定化, 48
- Abweicherrolle 越轨角色, 48
- Abwicklung 清理, s.  
Enttäuschungsverarbeitung
- Achtung 尊重, s. Moral
- Änderbarkeit des Rechts 法律的可变性,  
152f, 174, 182f, 208ff, 230, 237ff,  
242f; s. a. Gesetzgebung
- Änderung von Erwartungen 期望的变  
化, 39, 68f, 90f  
— von Institutionen 制度的变化, 71f, 74  
— von Strukturen 结构的变化, 93, 137,  
242f, 298f; s. a. Evolution
- Äquifinalität von Entwicklungsursachen  
起因上的等效性, 146
- Aggressivität 侵略性、好斗性, 34f, 37
- Akzeptieren von Entscheidungen 对决定  
的承认, 261f; s. a. Legitimität
- alter ego 异我, 32f
- altes / neues Recht 新 / 旧法, 209, 300f,  
347f
- Amt 职位、机构, 170, 199  
— für Gesetzgebung 立法机构, 292
- Angst 害怕、恐惧, 152, 288  
—, Entlastung 消除恐惧, 38, 41  
—, Individualisierung von 恐惧的个人  
化, 119
- Anomie 行为反常现象, 39
- Anonymität Dritter 第三方的匿名性,

---

\* 索引中所示页码均为本书页边码, 对应德文版页码。

## 索引

- 66f, 71, 74  
— von Regeln 规则的匿名性, 38f  
Anwendung des Rechts 法律适用, 181, 234f  
archaische Gesellschaften 古代社会, 27f, 90f, 105, 108f, 111f, 117ff, 127, 148f, 341, 343f  
archaisches Recht 古代法, 145ff  
Argumentation 论证, 174f, 178f  
ascribed / achieved 先赋的 / 成就的, s. Status  
Asylrecht 避难权, 158  
Aufmerksamkeit, Entlastung von 缓解注意的负担, 231;  
s. a. Kapazität, begrenzte  
—, thematische Konzentration von 注意的主题化概括, 68ff  
Aufregung 兴奋, 54  
Ausdifferenzierung des Rechts 法律的分出, 17, 103, 105f, 174f, 217ff;  
s. a. Verfahren  
— eines politischen Systems 政治系统的分出, 162ff, 244  
Ausnahmen, Isolierung von 对例外的隔离, 48  
Ausreden 借口, 59f  
Autonomie der Jurisprudenz 法学的自治, 22  
— von Verfahren 程序的自治, 113, 139, 172ff, 181f  
Bagatellsachen 行为不端、轻微违法, 273f  
Befolgung des Rechts 法律的遵守, 267  
Begriffe, juristische 法学概念, 179, 182; s. a. kategoriale Struktur; Dogmatik  
Begriffsjurisprudenz, Kritik der 对概念法学的批判, 21f  
Begründung des Rechts 法律的基础或理据, 207, 355; s. a. Transzendenz  
Berechenbarkeit 可预见, 17, 38  
Beruf s. Juristen; Profession 职务  
Beschwerdemechanismus 申诉机制, 271ff  
Beweis 证明, s. Rechtsbeweis  
Bezugsgruppen 参照群体, 77ff; s. a. Juristen; Profession  
— als Kontrolle 用作控制的参照群体, 288ff  
Billigkeit 适当性, 189  
binäre Schematisierung 二元机制化, 149, 176f, 208, 230, 351;  
s. a. Logik; Negation  
Blutrache 血亲复仇, 108ff, 119f, 150f, 154f, 157f, 161; s. a. Rache  
Brauchtum 风俗习惯, 27  
chinesisches Recht 中国法, 149 Anm. 24, 167, 184 Anm. 109, 185, 193, 222 Anm. 28, 341f  
common law 普通法, 179f, 189  
Dankbarkeit 感恩, 155f  
Delegation 代理, 232f  
Demokratie 民主, 246, 261, 336  
Dharma (印度教)戒条, 184 Anm. 109  
Dialog 对话, 285ff  
Differenzierung der Entscheidungsverfahren 决定程序的分化, 234ff, 244  
— normativer und kognitiver Erwartungen 规范性期望和认知性期望的分化, 44f, 49, 127f, 139, 185  
—, funktionale 功能分化, 129, 166, 171, 185, 190f, 203f, 217, 283f, 308, 329, 334f; s. a. Spezifikation; unifunktional / multifunktional  
— von Rollen 角色分化, 87, 283f  
—, segmentäre 块状分化, 148, 163 Anm. 65  
—, segmentäre / funktionale 块状 / 功能分化, 15f, 139ff  
— von konformem und abweichendem

- Verhalten 遵循[规范]行为和越轨行为的分化, 124ff
- Disjunktion, moralische 道德性分裂, 124ff, 360
- Dogmatik, juristische 法律教义, 22f, 179, 201, 213 Anm. 11, 247, 290f, 335f, 350f, 354f; s. a. Begriffe; kategoriale Struktur
- Dritte 第三方, 65ff, 159, 172, 260f
- Durchsetzung 执行, s. Rechtsdurchsetzung
- Eid 誓约, 112, 150, 154 Anm. 41
- Eigentum 产权, 13, 32, 256f
- einfache Sozialsysteme 简单社会系统, 318f; s. a. Dialog
- Einheit des Rechts 法律的统一, 214, 355ff
- Einstellungen zum Recht 对待法律的态度, 5, 254ff
- elementare Mechanismen 基本机制, 30
- empirische Sozialforschung 经验性社会研究, 5f, 8
- Engagement 约定、承担、影响, 68, 70, 74, 264
- Engpaß, evolutionärer 进化瓶颈, 297
- Enteignungsschutz 免征收, 252f
- Entrüstung, moralische 道德激愤, 270
- Entscheidung über Anwendung von Gewalt 关于权力运用的决定, 112f
- Entscheidungen, bindende 约束性决定, 101, 112f, 162; s. a. Verfahren
- , Normierung von 决定的规范化, 175f; s. a. Programme
- , Symbolqualität von 决定的象征性, 115
- Entscheidungsprämissen 决定的前提, s. Programme
- programme; 决定程式, s. Programme
- prozeß, gerichtlicher 司法决定过程, 4f; s. a. Gerichtsverfahren;
- Verfahren
- Entschuldigungen 谅解, 59f, 116
- Entstabilisierung 去稳定性, 243
- Enttäuschungen 失望, 31, 41f, 53f, 116
- Enttäuschungserklärungen 失望解释, 56ff
- festigkeit 失望强化, 31f, 43f, 50f
- reaktion 失望反应, 58ff
- verarbeitung 失望处理, 16, 41f, 53ff, 84f, 237f
- Entweder / Oder s. binäre Schematisierung 或此 / 或彼
- Erklärung 解释, s. Enttäuschungserklärungen
- erlaubt / verboten 允许 / 禁止, 144, 178
- Erleben des Erlebens anderer 对他人体验的体验, 32, 35; s. a. Erwartungen; Reflexivität
- Erlösung 拯救, 119f
- Errungenschaften, evolutionäre 进化成就, 135f
- Erwartungen 期望, 82f
- , Änderung von 期望的变化, 39, 68f
- , Bildung und Stabilisierung von 期望的形成和稳定, 31f
- von Erwartungen anderer 对他人的期望, 33ff, 51f, 65f, 260f, 264f
- , kognitive 认知性期望, 42f, 50, 54 Anm. 55, 124f, 340
- , Konsistenz von 期望的一致性, 83f
- , normative 规范性期望, 40ff, 95f, 124f, 340ff
- , Unterstellbarkeit von 期望的存放, s. Institutionalisation
- Erwartungssicherheit 期望的可靠性, 38f, 54, 86, 91, 100, 108, 114f, 129; s. a. Unsicherheit
- Erziehung 教育, 224ff, 279
- Erzwingbarkeit 强制性, s. Rechtsdurchsetzung; Zwang
- Erzwingungsstab, Selektivität des 暴力机器的选择性, 275ff

## 索引

- Ethik 伦理, 41 Anm. 28, 118f, 184, 187, 189, 223
- Ethos, archaisches 古代的精神气质, 283
- , berufliches 职业精神, 288; s. a. Profession; Juristen
- Evolution 进化, 12, 132ff, 296f, 336f, 352; s. a. Überleitungen
- des Rechts 法律的进化, 63, 100, 105f, 126
- expressiv/instrumentell 工具的/表现的, 179, 315ff
- Fähigkeit als Zurechnungsgrund 作为归因依据的能力, 55f; s. a. Zurechnung
- Fallentscheidungen 个案决定, 234ff
- Flexibilität von Normen 规范的弹性, 39
- Folgenneutralisierung 后果中性化, 313f; s. a. Absorption
- verantwortlichkeit 后果责任性, 231f, 250, 291f
- formal/material 形式的/事实的, 17; s. a. Konditionalprogramme; Zweckprogramme
- Formalismus 形式主义, 153f, 160f
- Freiheit 自由, 41 Anm. 28, 76, 137, 192, 216, 223, 329, 347
- und Bindungsmöglichkeiten 自由与约束可能, 75
- , Institutionalisierung von 自由的制度化, 76
- Freiheitsschranken 自由的限制, 192
- Frieden s. Landfrieden 和平
- Funktion des Rechts 法律的功能, 99ff, 357f
- funktionale Differenzierung 功能分化, s. Differenzierung
- Spezifikation 功能特定性, s. Spezifikation
- Funktionswandel der Rechtsnormen 法律规范的功能转变, 294
- Gebiet 领域, 126ff
- Gefährdungshaftung 带有危险性, 253
- Gefühl 感受, s. expressiv/instrumentell
- Gegenwartsbezug archaischen Rechts 古代法律的当下联系, 152, 154, 343f; s. a. Zeit
- Geisteskrankheit als Enttäuschungserklärung 作为失望解释的精神错乱, 47f
- Geldwirtschaft 货币经济, 16f, 314, 327; s. a. Wirtschaft
- Geltung 有效性, 39, 149, 178, 280, 300, 359
- gemeinsame Überzeugungen 一般的确信, 66, 259f; s. a. Kollektivbewußtsein; Konsens
- Gemeinschaft/Gesellschaft 共同体/社会, 309 Anm. 32, 315, 317
- Generalisierung, kongruente 一致性一般化, 94ff, 123, 137, 147, 154ff, 171, 175ff, 188, 203, 210ff, 226, 341f; s. a. sachliche, soziale, zeitliche
- Gerechtigkeit 正义, 154, 187ff, 223, 226, 234, 284, 327ff, 356
- Gericht/Verfahren 司法/程序, 173
- Gerichtsverfahren 司法程序, 234ff, 264; s. a. Verfahren
- Geschäftsbedingungen 交易条件, 256, 257, 328
- Geschichte 历史, 68ff, 348; s. a. Systemgeschichte, Zeit
- Gesellschaft 社会, 132f; s. a. Evolution
- als Systemreferenz des Rechts 作为法律系统指涉的社会, 131
- Gesellschaftstheorie 社会理论, 25f, 132
- Gesetzgebung 立法, 90, 143f, 183, 192ff, 237ff
- Gesetzgebungsverfahren 立法程序, 264
- Gesinnungsmoral 道德意识, 314; s. a. Gewissen
- Gewalt, physische 暴力, 106ff, 219f, 239f, 262f; s. a. Zwang
- Gewaltenteilung 分权, 240, 245, 251

- Gewissen 良知, 91, 224, 254;  
s. a. Gesinnungsmoral
- Gewohnheit 习惯, 27
- Gleichheitsprinzip 平等原则, 157, 186,  
188f, 232, 235f, 279, 284, 329
- Glück/Unglück als  
Enttäuschungserklärung  
作为失望解释的幸运与不幸, 57
- Gottesurteil 神裁, 154
- Grenzen 边界, s. Systemgrenzen  
—, territoriale 领土边界, 126ff, 133,  
334f
- Grenzstellen 边界划定, 279f
- griechisches Rechtsdenken 希腊法律思想,  
185ff, 224f;  
s. a. Nomos, Nomothese
- Grundnorm 基本规范, 204f, 356
- Grundrechte 基本法, 281f, 329
- gültig/ungültig 有效/无效, 144, 178
- gut/schlecht 善/恶, 178
- Häuptlinge 酋长, 163f
- Handlung und System 行动与系统,  
301ff
- Haus 家, s. Oikos
- heilige Rechte 神法, 167
- Helden 英雄, 86, 99
- hermeneutische Kontrolle 解释学控制,  
285ff; s. a. Argumentation; Dialog
- Herrschaft, politische 政治支配, 19,  
160, 162f, 169f, 184, 319;  
s. a. politisches System
- herrschende Meinung 主流意见, 289f
- Hexerei als Enttäuschungserklärung 作为  
失望解释的巫术, 56ff
- Hierarchie 位阶, 302;  
s. a. Legeshierarchie  
— der Gerichte 法院等级, 284f  
— als Koordination 进行协调的位阶,  
232f  
—, kybernetische 控制论位阶, 303ff  
—, politische 政治位阶, 163f, 169f, 245
- Hilfe 救助, 155f
- Hochachtung 尊重, s. Moral
- Hochkulturen 高度文明, 166ff, 192ff,  
342, 344f
- Identifikation von Erwartungen 期望的同  
—化, 80ff;  
s. a. sachliche Generalisierung
- Identität, soziale Konstitution von 同一  
性, 74f  
— des Rechts 法律的同一性, s. Einheit
- Ideologie 意识形态, 93, 215, 249, 304,  
308, 347
- Ignorieren von Normverstößen 对规范违  
反的忽视, 55
- Immunisierung gegen Widerlegung 不受  
反驳, 37, 94
- Imperativ, Norm als 作为命令形式的规  
范, 40 Anm. 25, 351f, 357
- Indifferenz 漠视, 94, 212f, 230f, 265,  
313f; s. a. Invarianz; Trivialisierung
- indisches Recht 印度法, 184 Anm. 109,  
185, 194
- Individualisierung 个性化, 93, 168f,  
224, 265; s. a. Person
- Individuen, exemplarische 示范性的个  
人, 98
- Information über Rechtsverstöße 关于法  
律违反的信息, 268ff
- Initiativen 创新, 69
- Inkongruenz der Soziologie 社会学的分  
歧, 11f
- Instanzenzug 审级, 284f
- Institutionalisierung 制度化, 64ff, 95ff,  
260f
- instrumentell/expressiv 工具性/表现  
性, 179, 315ff
- Interdependenz von Entscheidungen 决定  
的相互依赖性, 332
- Interdependenzen gesellschaftlicher  
Teilsysteme 社会子系统之间的相互依  
赖性, 192, 325

- Interessenjurisprudenz 利益法学, 21f, 332
- Internalisierung 内在化, 265f
- internationales Recht 国际法, 338f
- Intimsphäre 隐私, 316f
- Invarianz, relative, von Systemen 系统的相对恒定性, 323f; s. a. Indifferenz
- islamisches Recht 伊斯兰法, 167
- ius gentium 万民法, 338
- Juristen 法官, 3f, 78f, 180f, 232, 287ff
- Juristenrecht 法官法, 182f, 192, 202
- Justiz 司法机构, s. Gerichtsverfahren; Neutralisierung, politische; Richter; Unabhängigkeit; Unparteilichkeit
- Justizverweigerung, Verbot der 拒绝司法禁止, 142f
- Kampf 斗争, 108, 172;  
s. a. physische Gewalt
- Kapazität, begrenzte 有限的能力, 31, 36, 45, 66ff, 83, 230ff, 268
- kategoriale Struktur des Rechts 法律的类型结构, 297, 325ff;  
s. a. Begriffe; Dogmatik
- Kausalität 因果性, 207f;  
s. a. Zurechnung
- Kettenbildung 链式形态, s. Selektionsketten
- Klage 控诉, s. Beschwerdemechanismus
- Knappheit 不足, s. Zeitknappheit
- Kodifikationen 法典编纂, 193, 201, 294
- kognitive Erwartungen 认知性期望, 42f, 50, 54 Anm. 55, 124f, 340
- Kollektivbewußtsein 集体意识, 16, 72f;  
s. a. gemeinsame Überzeugungen
- Kompatibilität 适应性, s. Generalisierung, kongruente
- des Rechts und der Gesellschaft 法律和社会的适应性, 299ff
- Komplementarität des Erwartens 期望的补充性, 20, 33f
- Komplexität 复杂性, 6, 31
- von Erwartungsstrukturen 期望结构的复杂性, 35f
- /Größe 复杂性/规模, 148 Anm. 23, 332, 335
- des Rechts 法律的复杂性, 6ff, 166, 210ff, 221f
- , Steigerung von 复杂性的增强, 7, 133, 136f, 172, 203, 210f, 221f, 352
- Kompromißbereitschaft in Rechtsstreitigkeiten 在法律争议中的妥协准备, 149, 151
- Konditionalprogramme 条件程式, 88, 220f, 227ff
- Konditionierung und Effektivität 条件性和实效性, 231f, 277f
- Konflikt normativer Erwartungen 规范性期望的冲突, 63f, 116
- , Erwartungsstrukturen im 在冲突中的期望结构, 34f, 108
- Konflikte, politische 政治冲突, 248
- Konfliktlösung 冲突解决, 172
- Kongruenz 一致性, s. Generalisierung, kongruente
- konkret / abstrakt 具体 / 抽象, 143, 151, 170 Anm. 79
- Konsens 共识, 67f, 97, 268, 336f;  
s. a. gemeinsame Überzeugungen
- Konsistenz 一致性, 83f, 213
- von Entscheidungen 决定的一致性, 176
- Kontingenz 偶在性, 19f, 31ff, 191, 229
- , doppelte 双重偶在性, 20, 32ff
- des Rechts 法律的偶在性, 183, 198, 209f, 331; s. a. Positivität
- kontrafaktische Stabilisierung 反事实的稳定性, 43f; s. a. Normen
- Kontrolle 控制, 233, 282ff
- Kontroversen 论争, s. Rechtskontroversen
- Koordination von Entscheidungen 决策协调, 232f



- Korporationsrecht 公司法, 256
- Kosmos als Rechtsordnung 宇宙观作为法律秩序, 184
- Kredit 信用, 161
- Krisenempfindlichkeit 危机敏感性, 243, 250
- Kriterium des Rechts 法律的标准, s. Gerechtigkeit
- Kündbarkeit von Verträgen 契约的约束性, 76f
- Kultur 文化, 19, 21
- Kybernetik 控制论, s. Selbststeuerungsfähigkeit
- Landfrieden 国家和平, 113 Anm. 141, 196 Anm. 138
- latente/manifeste Strukturen 潜在/显明结构, 314 Anm. 48
- Legeshierarchie 法律位阶, 187, 197, 203, 214, 356; s. a. Hierarchie
- Legitimität 正当性, 259ff
- Leistung 性能, 307ff
- Leitsätze 主旨, 236f
- Lernen 学习, 43f, 50, 237ff, 260ff; s. a. Erwartungen, kognitive
- Logik 逻辑, 97/98 Anm. 116; s. a. binäre Schematisierung; Negation
- und Recht 逻辑与法律, 228f, 230f, 286
- Macht 权力, 110, 160, 250
- — wechsel 权力转换, 250, 259; s. a. Opposition
- Magie 魔法, 56ff, 153f, 160
- manifeste/latente Strukturen 显明/潜在结构, 314 Anm. 48
- Markt 市场, 258, 308
- Meinungen über Recht und Justiz 关于法律和司法的意见, 5
- Meinungsforschung 民意调查, 5, 72
- Mensch als Teil oder als Umwelt der Gesellschaft 作为社会的部分或者环境的人, 133f; s. a. Persönlichkeitssysteme; Subjekt
- mesopotamisches Recht 美索不达米亚法, 167, 187, 192f, 194
- Mißbrauch 滥用, 252f
- Mobilisierung von Merkmalen 引起注意, 308; s. a. Status, zugeschriebener und erworbener
- des Rechts 法律的促动, 181; s. a. Änderbarkeit
- Mobilität 机动性, 258
- Möglichkeiten 可能性, s. Kontingenz; Selektion; Überproduktion
- Moral 道德, 27, 47f, 87, 91, 114, 174, 184, 214f, 270; s. a. Ethik; Ethos; Rechtsdurchsetzung, Moralisierung der
- , Trennung von Recht und 法律与道德的分离, 222ff, 254
- moralische Selbstaufwertung 道德上的自我提升, 300
- multifunktional/unifunktional 多功能/单功能, 309ff
- Nachgiebigkeit in Rechtsstreitigkeiten 在法律争论中的弹性, 149, 151
- Naturrecht 自然法, 10f, 41 Anm. 26, 95, 134, 146, 186f, 197f, 215, 226, 228, 244, 338, 356
- Negation 否定, 356, 358ff; s. a. binäre Schematisierung
- neues/altes Recht 新/旧法, 209, 300f, 347f
- Neuheit 更新, 130
- Neutralisierung von Folgen 对后果的中性化, 313f
- , politische, der Justiz 司法上进行的政治中性化, 242
- , symbolische 象征性中性化, 121ff, 174
- Nichtänderung des Rechts, Verantwortung für 为法律不变负责, 143, 239, 348
- nichtstaatliches Recht 非国家法, 131,

## 索引

- 256ff  
Nomos 约定、习俗, 186f  
Nomothese 约定、习俗 (复数), 200  
Normalisierung 规范化, 46f, 106  
Normen 规范, 40ff; s. a. Erwartungen,  
normative; Programme  
— als Risikoträger 规范作为风险的承担者, 299f, 338  
Normtypologien 规范类型, 27f
- Objektivität richterlicher Entscheidung  
法官决定的客观性, 177  
öffentliches Recht 公法, 203  
Oikos 家庭, 168f  
Opportunismus 机会主义, 249  
Opposition 反对, 200f, 241;  
s. a. Machtwechsel  
Organisation und Programmstruktur 组织  
和程式结构, 232ff  
organisationsinterne Rechtsbildung 组织  
内的法律形成, 256ff  
organisierte Sozialsysteme 组织化的社会  
系统, 318f  
Organisierungsgrad der Gesellschaft 社会  
的组织整合, 272, 324  
Organismus, Gesellschaft als 作为有机体  
的社会, 25, 133
- Parömien 谚语, 225  
Parteibetrieb im Gerichtsverfahren 司法  
程序中的当事人活动, 233  
Persönlichkeitssysteme / Sozialsysteme 个  
体系统 / 社会系统, 29f, 36ff, 265,  
318f; s. a. Mensch; Sozialisation;  
Subjekt  
Person 个人, 85f, 89ff;  
s. a. Individualisierung  
—, Institutionalisierung von 个人的制度  
化, 98  
Personalknappheit im Erzwingungsstab  
暴力机器中的人员缺乏, 276f  
Physis / Nomos 自然 / 习俗, 186, 307;  
s. a. Naturrecht; Nomos  
physische Gewalt 物理暴力, 106ff, 150;  
s. a. Zwang  
Planung gesellschaftlichen Wandels 社会  
变革的计划, 296f, 349f  
— und Recht 计划与法, 247f, 330ff,  
343ff  
Pluralismus, politischer 政治多元主义,  
248  
pluralistische Rechtstheorie 多元化的法  
律理论, 131, 256  
Politik, territoriale Gebundenheit der 政  
治的领土限定性, 333f, 336  
— als Risikoträger 作为风险承担者的政  
治, 338; s. a. Normen  
— und Verwaltung 政治和政府, 245  
— als Voraussetzung für Gesetzgebung  
作为立法前提的政治, 200ff, 241, 244ff  
politische Kontrolle des Rechts 法律的政治  
控制, 291f  
politisches System, Ausdifferenzierung  
政治系统的分出, 162ff, 166ff  
Polizei 警察局, s. Erzwingungsstab  
Positivität des Rechts 法律的实证性,  
24, 53, 190ff, 207ff, 340f, 345f; s. a.  
Legeshierarchie  
Potential für Informationsverarbeitung 处  
理信息的潜力, 31, 45; s. a. Kapazität  
Primärfunktionen 首要功能, 311f  
Profession 职业, 3, 288; s. a.  
Bezugsgruppen; Juristen  
professionelle Kontrollen 职业控制,  
288ff  
Programme 程式, 85, 87ff, 144, 178,  
227  
programmierende und programmierte  
Entscheidung 制定程式和运用程式的  
决定, 234f, 240f  
Projektion 投射, 37  
Psychiatrie und Moral 精神病与道德,  
47f  
psychiatrische Rechtspflege 精神病司

- 法, 305 Anm. 26
- psychische Systeme 心理系统, s.
- Persönlichkeitssysteme
- psychologische Rechtstheorien 精神法律理论, 28f
- Rache 复仇, 59 Anm. 64; s. a.
- Blutrache
- Rassengleichheit 种族平等, 278, 317 Anm. 55
- Rationalisierung 合理性, 17, 348
- Reaktion 反应, s.
- Enttäuschungsreaktion
- Recht 法律, 105; s. a.
- Ausdifferenzierung des; Funktion des; Generalisierung, kongruente
- als Mittel gesellschaftlicher Veränderungen 作为社会变化手段的法律, 212, 294ff
- als Systemstruktur 作为系统结构的法律, 8f, 105, 124, 134, 251f
- Rechtfertigungen 法律证成, 59f, 116
- Rechtsänderung 法律变化, s.
- Änderbarkeit
- beweis 法律证明, 109, 112f
- durchsetzung 法律执行, 100f, 219f, 267ff
- , Moralisierung der 法律的道德化, 223, 319f
- fragen/Tatfragen 法律问题/事实问题, 113, 181f
- gespräch vor Gericht 法庭上的法律讨论, 287
- kenntnisse, Verbreitung von 法律知识的传播, 5, 254, 268f
- kontroversen 法律争议, 177f
- kriterien 法律标准, s. Gerechtigkeit
- prinzip 法律原则, 355ff; s. a. Gerechtigkeit
- quellenlehre 法律渊源理论, 195, 207ff; s. a. Legeshierarchie
- soziologie 法社会学, 1ff
- und Rechtswissenschaft 法律和法学, 354f
- sprichwörter 法谚, 225
- staat 法治国, 240, 252f
- tatsachenforschung 法律事实调查, 22
- technik 法律技巧, 179f
- theorie 法律理论, 354ff
- vergleich 比较法, 23
- verstöße 法律违反, s. abweichendes Verhalten
- Reduktionismus, psychologischer 心理学还原论, 28f
- Reflexivität 反身性, 213f, 217
- des Erwartens 期望的反身性, 32ff
- der Institutionalisierung 制度化的反身性, 79f, 175f
- der Normierung 规范化的反身性, 213ff, 355f
- Regel/Ausnahme 规则/例外, 50, 174, 189
- Regeln des Erwartens 期望的规则, 38; s. a. Unterlaufen
- Re-institutionalisierung 重新制度化, 79f; s. a. Reflexivität
- Religion 宗教, 56ff, 119, 166f, 184, 197f
- Reziprozität 交互性, 155ff, 284, 328
- der Perspektiven 视角的交互性, 32ff
- abweichenden Verhaltens 越轨行为的交互性, 273, 278f
- Rhetorik 辩论, s. Argumentation
- Richter 法官, 4f, 67, 77, 79f, 172f, 175f, 241f; s. a. Gerichtsverfahren; Neutralisierung, politische; Unabhängigkeit; Unparteilichkeit
- richterliche Rechtsbildung 法官法形成, 202f, 235ff
- Risiko 风险, 31ff, 36f, 42, 44, 49, 69f, 87, 99, 172, 288, 299f, 352
- der Positivität 实证性的风险, 251ff
- der Reflexivität 反身性的风险, 215f

- Ritualismus 仪式主义, 153f, 160f  
 römisches Recht 罗马法, 178, 179f, 182, 189  
 Rolle 角色, 85, 86ff, 89ff  
 Rollendifferenzierung 角色分化, 173  
 —— rücksichten, diffuse 弥散的角色考虑, 282ff  
 —— theorie 角色理论, 2  
 —— trennung 角色分离, 283f, 313f
- sachliche Generalisierung 事实性一般化, 64, 80, 94, 140, 154f, 211, 341f;  
 s. a. Identifikation
- sakrale Züge archaischen Rechts 古代法律的神圣性, 152f
- Sanktion 惩罚, 54, 60ff, 99ff, 283
- Sanktionen, repressive/restitutive 压制性/恢复性惩罚, 16, 98
- segmentäre/funktionale Differenzierung 块状/功能分化, 15f, 139ff;  
 s. a. Differenzierung
- Sein und Sollen 实然与应然, 44, 354
- Selbstdarstellung, Bindungswirkung von 自我呈现的约束性后果, 74f  
 — bei Initiative und Kritik 在创新和批评上的自我呈现, 70
- Selbsthilfe 自力救济, 107, 111f, 150, 178; s. a. Blutrache, Vergeltung
- Selbststeuerungsfähigkeit von Systemen 系统的自我控制能力, 322f
- Selbstverständlichkeiten 自足性, 44ff, 68ff
- Selektion 选择, 31, 99, 139  
 — des Rechts 选择法律, 139f, 179, 185ff, 204, 208
- Selektionsketten 选择链, 114, 308  
 —— zwang 被迫选择, 31, 100;  
 s. a. Kapazität
- Selektivität, doppelte 双重选择性, 40f, 126  
 — und Zeithorizonte 选择性与时间视域, 346f
- Selektivitätsverstärkung 增强选择性, 40
- Sezession 脱离, 127
- Sicherheit 确定性、可靠性, 308; s. a. Erwartungssicherheit, Unsicherheit
- Sinn 意义, 30, 31f, 81
- Sippe 氏族、血缘, s. Verwandtschaft
- Sitte 习俗, 27f, 104
- Skandal 丑闻, 62, 67
- Solidarität, mechanische/organische 机械的/有机的团结, 15f
- Sollen 应然, 27f, 43, 80, 99;  
 s. a. Normen
- Souveränität 主权, 252
- soziale Generalisierung 社会一般性, 64, 94, 140, 154f, 212, 341f;  
 s. a. Institutionalisierung
- soziales System, Gesellschaft als 社会系统, 132f
- Sozialisation 社会化, 224ff, 232, 265f
- Sozialsysteme, einfache 简单社会系统, 318f; s. a. Dialog  
 (Soziologische Jurisprudenz) 社会学, 21f
- Spezifikation, funktionale, des Rechts 法律的功能特定性, 179, 221ff;  
 s. a. unifunktional/multifunktional;  
 Differenzierung, funktionale
- von Rollen 角色特定性, 87;  
 s. a. Rollentrennung
- von Werten 价值特定性, 304f
- Sprache 语言, 40, 104f, 118, 225
- Subjekt, Mensch als 作为主体的人, 10f; s. a. Mensch
- subjektive Rechte 主观权利, 252f, 281f, 328  
 — Urteilelemente 主观的决定因素, 177
- Synallagma 双务性, 156; s. a. Reziprozität; Vertrag
- System/Umwelt 系统/环境, 124ff, 132f, 244;  
 s. a. Selbststeuerungsfähigkeit
- Systematisierung des Rechts 法律的系统

- 化, 178f
- Systemgeschichte 系统历史, 68ff, 320ff;  
s. a. Zeit
- grenzen 系统边界, 124ff;  
s. a. Grenzen
- Schlichtung, archaische 古代的调解,  
149, 158f
- und Verfahren 调解与程序, 172ff
- Schuld 过错, 41 Anm. 28, 119f, 344f
- als Enttäuschungserklärung 作为失望  
解释的过错, 56ff
- Schulpflicht 义务教育, 312
- Staat und Gesellschaft 国家与社会, 244,  
295, 337
- Stabilisierung 稳定化, 139, 176f, 179,  
297 s. a. Generalisierung
- Status/Kontrakt 身份/契约, 14f, 308f
- quo 现状, 348
- , zugeschriebener und erworbener 成就  
和先赋地位, 307ff
- kongruenz 身份一致性, 170f
- Stereotypen, negative 否定性的惯用说  
法, 266
- Steuerungshierarchie (Parsons) (帕森  
斯)控制位阶, 303ff
- Streik 罢工, 253
- Struktur 结构, 40f, 126, 128, 132, 210
- , Recht als 作为结构的法律, 8f, 105,  
124, 134, 251f
- Strukturänderung 结构变化, 93, 137;  
s. a. Änderung von Erwartungen;  
Evolution
- Strukturen, formulierte und unformulierte  
已表达/未表达结构, 314f
- Strukturwandel 结构变化, s. Änderung
- Takt 举止, 34f, 46 Anm. 38
- Talion 以牙还牙, 90 Anm. 105, 98,  
154f
- Tatfragen/Rechtsfragen 事实问题/法律  
问题, 113, 181f
- tauschförmiges Akzeptieren von  
Rechtsverstößen 对法律违反的相互认  
可, 274f, 278f
- Technisierung 技术化, 230f
- thematische Konzentration von  
Aufmerksamkeit 注意的主题化概括,  
68ff, 286f
- Territorium 领土, 126ff, 334f
- Terror 恐怖, 262f
- Toleranz 容忍, 213, 323
- Tradierbarkeit 可传承性, 84, 140, 160,  
162
- Tradition 传统, 317 Anm. 56
- , archaische 古代的传统, 152f
- Transzendenz der Rechtsbegründung 法  
律基础的超验性, 197f;  
s. a. Begründung
- Trivialisierung 平庸化, 213, 255, 266;  
s. a. Moral
- Übererfüllung 超额完成, 86
- Überleitungen, evolutionäre 进化性过  
渡, 161, 165, 172, 196ff, 253, 266
- Überproduktion normativer Erwartungen  
规范性期望的生产过剩, 63f, 137, 139
- gesellschaftlicher Möglichkeiten 社会  
可能性的生产过剩, 31, 129f, 136,  
139, 147, 190f, 204
- Überschätzung von Übereinstimmung 协  
调性的高估, 71
- Unabhängigkeit des Richters 司法独立,  
182, 232f, 253
- ungültig / gültig 无效/有效, 144
- unifunktional / multifunktional 单/多  
功能, 309ff
- Universalität des Rechts 法律的普适性,  
179
- Unparteilichkeit des Richters 法官的公  
平, 172, 176
- Unrecht 非法, 43 Anm. 32, 121, 356,  
359f; s. a. abweichendes Verhalten
- Unsicherheit in der Rolle der Juristen 法  
官角色上的不确定性, 180

## 索引

- , Steigerung tragbarer 可承受的不确定性的增强, 229f, 253f;  
s. a. Erwartungssicherheit
- Unsicherheitsabsorption 吸收不确定性, 40, 142, 251
- Unterlassen als Entscheidung 放弃的决定, 142f, 239, 348f
- Unterlaufen von Regeln durch Konsens 通过共识对规则的突破, 39, 149, 194, 280; s. a. Rechtsdurchsetzung
- Unterstellbarkeit des Akzeptierens 接受的假定, 261f
- von Erwartungen 期望的假定, s. Institutionalisation
- Unterstützung, politische 政治支持, 264
- Utilitarismus 实用主义, 18, 222 Anm. 29, 231 Anm. 50
- Variation 变化, s. Änderbarkeit, Änderung
- Varietät, Erzeugung von 产生多样性, 138
- des Rechts 法律的多样性, 332
- Veränderung 使改变, s. Änderung
- Verantwortlichkeit 负责, 231f
- Verbalisierung 口语化, 59f, 69f, 175;  
s. a. Argumentation
- verbotten/erlaubt 禁止/允许, 144
- Verfahren 程序, 101, 113, 139, 141ff, 158f, 161ff, 171ff, 214, 218f, 263f;  
s. a. Ausdifferenzierung des Rechts; Entscheidungen, bindende; Gerichtsverfahren
- zur Rechtsänderung 法律变化程序, s. Gesetzgebung
- Verfassung 宪法, 204f, 214
- Vergeltung 报复, 154f, 284;  
s. a. Talion
- Vermittlung 调停、斡旋, s. Schlichtung
- von Rechtswirkungen durch Systeme 通过系统引入法律效应, 306, 318ff
- Vernünftigkeit 理智性, 174f
- Versäulung 柱式化, 248
- Vertrag 契约, 10f, 14f, 74ff, 156, 327f
- Vertragsfreiheit 契约自由, 192, 256f
- Vertrauen 信任, 114, 240, 254, 281
- Verwandtschaft 同族的、亲属关系的, 127, 148, 150f, 163, 166
- Völkerrecht 民间法, 128, 338f
- Vorhersagen 预言, 147 Anm. 19
- Wahl, politische 政治选举, 264
- Wahrheit 真理、实情, 50, 129, 217f, 224
- des Rechts 法律中的事实, 185
- Wandel, gesellschaftlicher 社会变迁, 297ff
- Wechsel im Amt 职位更换, 170, 199
- Welt 世界, 31f, 81, 143, 204
- gesellschaft 世界社会, 333ff
- Werte 价值, 85, 88ff, 174f, 249
- Wertesysteme 价值系统, 89, 249
- Wirtschaft 经济, 161f, 166;  
s. a. Geldwirtschaft
- Wissenschaft 科学, 50, 57, 129, 221 Anm. 27, 224; s. a. Wahrheit
- Wohlfahrtszwecke 福利目标, 17
- Wünsche 愿望, 97
- Zeit 时间, 49, 117f, 128, 209ff, 231, 315f, 343ff, 358f;  
s. a. Gegenwartsbezug; Systemgeschichte; Zukunft
- differenz zwischen Tat und Sanktion 事件和惩罚上的时间差, 158f
- druck in Enttäuschungssituationen 失望情境中的时间压力, 59, 158
- knappheit in Entscheidungsprozessen 决定过程中的时间不足, 350
- zeitliche Generalisierung 时间性一般化, 64, 94, 140, 154f, 341f;  
s. a. Enttäuschungsfestigkeit, Normen
- Zivilrecht 民法, 161f, 164, 178

## 法社会学

- Zufall im Entscheidungsprozeß 决定过程中的偶然性, 177
- als Enttäuschungserklärung 失望解释的偶然性, 57
- und Evolution 偶然事件与进化, 135f
- , Planbarkeit von 偶然事件的可计划性, 296
- Zukunft, offene 未来, 117f, 128ff, 191, 232, 342
- Zurechnung 归因、归责, 39, 43, 55f, 70, 186, 208, 308;  
s. a. Status, zugeschriebener
- der Rechtsdurchsetzung 法律执行的归责, 280f
- Zuschauer 旁观者, 66f
- Zwang 强制, 68f, 100, 103, 108, 219f, 268, 304; s. a. Erzwingungsstab;  
Gewalt, physische; Rechtsdurchsetzung
- Zwecke, Juridifizierbarkeit von 目的的可司法化, 17, 103, 220f, 227f
- Zweckorientierung s. instrumentell /  
expressiv 目的取向
- Zweckprogramm 目的程式, 88, 232, 241

## 译后记

卢曼在 1972 年出版了专著《法社会学》，1993 年出版了专著《社会中的法》，这两部著作分别成为其学术生涯前期与后期法律社会学研究的代表作——1984 年《社会诸系统》(Soziale Systeme)的面世，被公认为卢曼学术前后分期的界碑。

关于这两部法律社会学著作的关系问题，在《社会中的法》的序言中，卢曼这样回顾道：“我对法律系统这个主题的研究已经有很长时间。与这本书并列的是我以进化论方法撰写的《法社会学》，其中已经展开了系统理论的某些面向，但是还没有把这些面向完全包括进来。”在卢曼看来，《法社会学》一书的成果之一在于细致阐述了法律所承担的“规范性行为期望的一致性一般化”这个社会功能，但卢曼在其后期理论中反思说，只谈论法律的功能是不够的，还需要深入到法律运用“合法/非法”这一二元符码实现系统自我再生产的过程中，他后来也因此迈向了法律自创生理论。另外，在卢曼 1994 年《法社会学》第二版的后记中，他也特别提到了这部著作的局限，即尚未运用“自创生”(Autopoiesis)理论观察法律现象。

需要注意的是，虽然《法社会学》留下了种种遗憾，而且无疑《社会中的法》才是卢曼法律社会学成就上的拱顶石，但卢曼对《法社会学》却一直怀有很深的感情。在其后期著述中，卢曼经常在正文或引注中提及《法社会学》中的一些核心概念，比如“双重偶在性”、“时间、社会和事实”三个意义维度，以及“变异、稳定和维持”三个社会演化阶段，等等。这些概念框架不仅被后期卢曼继续用于分析法律现象，而且也是卢曼研究“全社会”以及其他社会子系统的概念支点，因此成为贯穿卢曼研究生涯的必备工具。卢曼的学生，后来曾一度担任比勒菲尔尔德大学社会学系(卢曼在此工作了 30 多年)系主任的施蒂



希韦(Rudolf Stichweh),在专文介绍卢曼生平的“Niklas Luhmann”一文中,向读者推荐了四本进入卢曼学术思想的必读书,《法社会学》就位列其中。施蒂希韦这样评价:“《法社会学》是从法律社会学视角介绍一般社会理论的卓越著作。”

另外,即便从卢曼的法律社会学著述线索上看,《法社会学》在探讨法律功能、实证法以及法律演化时所呈现的那种胡塞尔现象学般的精细程度,也是卢曼本人后来不曾打算超越的,更是同时代其他学者的著述难以比肩的。所以,把《法社会学》看成是与《社会中的法》经脉相连的姊妹篇,应该是成立的。

从2004年确立以研究卢曼的法律社会学为博士论文选题开始,我就着手根据英译本翻译《法社会学》,当时共完成了前四章的翻译。由于后来数年工作生活辗转,当我从世纪文景拿到翻译合同时,才发现电脑中的译稿已经不知所踪,只好鼓起勇气从头再来。那时,恰好得知师弟赵春燕正在中国社会科学院社会学所作博士后,对卢曼的社会理论研究多年,而且德文很好,就联系他一起合作翻译。春燕欣然应允。我们的分工是:我本人翻译前三章,春燕翻译后面两章以及两篇后记。后来证明,春燕的介入对于译事推进非常重要。我一直心有旁骛,翻译工作时断时续,正是春燕执着的态度推动着我,一再把我从心猿意马中拉回翻译正途。我们分别译完了各自分工的部分后,交换文稿进行了校对。然后,春燕再依德文本通校全书,并添加了德文和英文并存的文内关键词对照,还补译了全部索引。

这里,要特别感谢师妹毛晓秋和文景公司的贾忠贤编辑。晓秋师妹为促成译事煞费苦心,向文景公司提交翻译立项,并推动同事到德国文化交流会拿到版权,其间与我一直保持热线联系。动笔翻译之后,我蜗牛般爬行的进度虽每每让晓秋师妹失望,但她从来不埋怨,而总是发来“师兄,不要太劳累”的叮嘱。在贾编辑接手晓秋师妹的编辑工作后,我才实质性提交译稿,而此时春燕已经早早完稿并在前面等我。贾编辑虽然年轻,但以其对编辑工作的专业眼光和认真态

## 译后记

度，以及对学术问题的敏锐，向我们提出了很多有价值的修改意见。

卢曼的社会学理论虽然在欧洲已经成为最具学术竞争力的当代显学之一，但在中国的传播至今不温不火。在德文中，中文的“传播”与卢曼社会系统论中的核心概念“沟通”是同一个词：Kommunikation。卢曼自己的看法是，沟通的过程是偶在的，至于下一个沟通中意义会如何分叉，这是事先无法预测的。然而，我们还是热切期待，这一理论将因其自身的魅力吸引到更多的关注，就像韦伯的思想在现代中国的接受史那样。希望本书的翻译可以为卢曼思想的中国传播贡献绵薄之力。鉴于卢曼理论构造的复杂性，译稿肯定还有拿捏失准之处，翘盼读者朋友们指正。

宾凯

2013年5月底于美国奥斯丁

封面

书名

版权

前言

目录

作为观察者的法哲学和法律社会学（代译序）

第二版序言

导言

第一章 法社会学的经典起源

第二章 法律的发展：以社会理论为基础

2.1 复杂性、偶在性和期望的期望

2.2 认知期望和规范期望

2.3 失望处理

2.4 制度化

2.5 期望脉络的同一化

2.6 作为一致性一般化的法律

2.7 法律和物理暴力

2.8 结构和越轨行为

第三章 作为社会结构的法律

3.1 社会和法律的发展

3.2 古代法

3.3 前现代高级文明的法律

3.4 法律的实证化

第四章 实证法

4.1 实证的概念与功能

4.2 法律的分出和特定化

4.3 条件程式化

4.4 决定生成程序的分化

4.5 结构变化

4.6 实证性的风险及由此产生的问题

4.7 正当性

4.8 实证法的执行

4.9 控制

第五章 通过实证法的社会变化

5.1 可控的社会变化的条件

5.2类型结构

5.3全球社会的法律问题

5.4法律、时间和计划

结论 法律系统与法律理论

附录 第一版结论：法律理论的问题

参考文献（选摘）

索引

译后记