

回应的无力

——评诺内特与塞尔兹尼克的“回应型法”理论之缺陷

陈华彬, 杨文杰

(上海师范大学法政学院, 上海 200234)

摘要:美国法学家诺内特与塞尔兹尼克的“回应型法”理论欲解决法律的完整性和开放性之紧张关系,从而实现法的程序正义和实质正义的完美共存,其理论有一定的参考价值,但该理论很不成熟,且存在一些致命的缺陷,如回应法理论的核心概念“目的”难以普遍化和具体化、作者对“回应型法”理论的严重不自信、法的完整性和开放性的紧张关系难以克服,以及作者的研究进路中存在参照系混乱,等等。

关键词:回应型法;目的;法的内在矛盾;参照系;回应的无力

20世纪60年代以来,以布莱克(D. Black)教授为首的一批纯粹法社会学学者在美国掀起一股反正统的法学思潮,认为法律属于经验世界,与价值无涉。^[1]然20世纪60年代后期以来,美国社会发生了巨变,贫富分化加剧、环境污染严重,法律信仰出现了严重危机,法律的权威性受到了严峻挑战。针对此种情况,诺内特与塞尔兹尼克认为法学研究应该将价值追求和经验实证结合起来,为此,他们采取一种社会科学的策略,以发展的视角,从法律与社会的互动关系入手,构建了三个理想型法,即压制型法、自治型法、回应型法,¹并以动态的类型学划分研究了法律的历史类型更替,认为:“压制型法,自治型法和回应型法不仅是独特的法律类型,而且在某种意义上也是法律与政治秩序和社会秩序的关系的进化阶段”^{[2](21)}。²

2003年邓正来先生在受聘吉林大学的学术演讲中提出,为了重建中国法学,我们需要回到西方的经典中去,其理由和根据就是邓先生提出的两项“知识铁律”。第一项“知识铁律”乃是有关知识传统与增量的关系的铁律,即我们所有的知识都是从我们的学术传统中生长和发展起来的,离开了学术传统就无所谓知识增量与否的问题;第二项“知识铁律”是有关知识限度与批判的关系的铁律,即我们当今所拥有的所有理论知识都是对人与社会之间的各种关系,以及它们赖以存在和扩展的正当性的认识,都是人理性认知的结果,但人的理性是有限的,理性的有限性决定了知识的限度,知识所具有的构成性限度不仅为我们对此前的任何知识进行批判提供了可能性,更重要的是,只要我们还试图更深刻且更适当地理解和解释人类社会生活现象,那么知识所具有的构成性限度还为我们对此前的任何知识进行批判提供了必要性。^[3]基于

【作者简介】

陈华彬(1967-),男,四川仁寿县,法学博士,中国社会科学院法学研究所研究员,上海师范大学法政学院教授;研究方向:民法总论、物权法、债法、欧洲私法史。

杨文杰(1975-),男,浙江台州人,上海师范大学法政学院2004级法学理论专业硕士研究生;研究方向:法哲学、法社会学、欧洲私法史。

¹ 该方法论可能来自马克思·韦伯的理想类型学,当然也不排除受到迪尔凯姆分类学思想的影响,迪尔凯姆认为传统社会对应的法是压制性制裁,而现代社会对应的法是恢复性制裁。

² 但这儿要注意二点:(1)这三种类型法是多元共存的,而不是单线进化的,不同法律类型的存在可能是共时性的,虽然从逻辑上看,后者是对前者的扬弃,但不能据此就理解为三种法律模式是严格按照时间顺序逐次产生并又逐次灭亡的。因为作者是按照韦伯的理想类型学进行分类的,目的是为了清晰说明问题,而不是如实反映现实。在实践中,由于主体的多元性,三种法律模型有共存的可能性。(2)此三种类型法没有好坏之分,只有适应与否。反对用绝对的“好”与“坏”来看待三种法律模型,因为在不同的历史、社会情景下,各个法律模式均有其存在的合理性。

此可知，任何一种理论并不必然有知识增量，但必然有可批判之处。本文在简要交代“回应型法”理论的知识增量后，将详细论证其知识限度和可批判之处，即分析其是如何无力回应“自治型法”和社会的需要。

那么，何为“回应型法”理论的知识增量？根据笔者的理解，“压制型法”可理解为专制法，“自治型法”应该就是我们常说的“法治”，准确地说，就是追求形式正义或程序公正的法治，而“回应型法”类似于欲超越形式正义，迈向实质正义的法治类型。对三种理想类型法律的内涵表述和逻辑演绎过程，作者运用“否定之否定”的辩证思维方式，后者是对前者的扬弃，每一次扬弃的动力除来自社会的需要外，还来自法的自治性与非自治性的矛盾，用作者的话来说就是解决法律的完整性和开放性之间的紧张关系。作者希望以目的为导向的“回应型法”通过目的的普遍化和具体化，最终实现程序正义和实质正义的平衡，最终回应的社会的需要。故“回应型法”是为了纠正代表形式理性的“自治型法”的缺陷而产生的，它是一种以目的为指导，“能够超出形式上的规则性和程序上的公平而迈向实质正义的法律体系”^{[2](122)}。其可能的知识增量就是对代表形式理性的“自治型法”的纠正和完善。³法兰克福学派代表人物哈贝马斯晚年也在做类似的努力，其知识增量体现在“商谈的法治理论”或称“程序主义法律范式”理论。⁴可惜的是，“回应型法”是理论的而不是经验的，它只是一种理论设想而不具现实操作性，如“目的”如何普遍化、具体化，如何设立有效的法律机构，如何能让“政治共同体”坚守崇高的道德义务？作者都没有给出理论上的说明，甚至作者的研究进路中都存在参照系混乱的现象。下面将从四个方面论证分析“回应型法”理论的缺陷。

一、“目的”普遍化、具体化之不可能

“回应型法”如要成功回应“自治型法”和社会的需要，从而实现程序正义和实质正义的平衡，关键是实现目的的普遍化和具体化、建立有效的法律机构。然究竟目的普遍化是否可能？究竟是怎样一种目的使得“回应型法”能够缓解完整性与开放性之间的紧张关系？究竟是怎样的一种法律机构能有效地解决程序正义和实质正义的冲突呢？虽然作者在描述“回应型法”时曾用很大的篇幅来论述目的的作用，但是，他们并没有就目的本身的实质内容给予任何解说，作者没有赋予目的以某种明确而清晰的内涵。

要回答上述问题，关键是阐明形成一个普遍化的目的是否可能，这需要从确定目的的标准和主体进行分析。首先，目的的普遍化是以目的的一致性为前提的，从书中可确定，“回应型法”中的目的的判断标准应是实质正义，然实质正义属于价值范畴，在一个价值多元、众神纷争的时代，不同的群体有不同的实质正义观，由此就很难确定一个公认的、普遍化的目的。其次，确定目的的主体不外乎集体和个人，如主体为集体，根据集体行动理论，“如果一个大集团中的成员有理性地寻求使他们的自我利益最大化，他们不会采取行动以增进他们的共同目标或集团目标”^[4]，即理性人不会以集体共同目的为行动指导，这必然造成整个社会“目的”的冲突，从而使“目的”的普遍化成为不可能。又如“目的”是由个人决定的，这容易混淆政治与法律的界限，导致法律成为政治的遮羞布或晚礼服，即使此时目的能够普遍化，但是法律却有倒退成“压制型法”的危险。

从上可知，目的的普遍化是不可能的，或者说不允许的，那目的具体化的命运又如何呢？作者认为目的的具体化关键是建立一个融法律参与和政治参与于一体、“既胜任又正当的机构”（“法律—政府机构”），该机构有助于“回应型法”超出形式上的规则和程序上的公平而迈向实质正义。^{[2](122)}但事实上

³ 为类似努力之先驱如德国目的法学代表人物耶林，其著作《法之目的》的题词“全部法的缔造者是目的”，清晰表明他与注重“逻辑崇拜”的概念法学的对立立场。参见：[德]阿图尔·考夫曼. 当代法哲学和法律理论导论[M]. 郑永流，译. 北京：法律出版社，2002：166。

⁴ 哈贝马斯的“程序主义法律范式”不是指形式主义的法治范式，它是以哈贝马斯的交往行为理论为基础，“把偏重‘有效性’方面的法律理论思考和偏重‘事实性’方面的社会理论思考结合起来，提出‘程序主义法律范式’，用来超越古典的‘资产阶级形式法’和当代的‘福利国家实质法’这两大主流法律范式，克服由它们所造成的‘法治危机’”。参见：[德]哈贝马斯. 在事实与规范之间——关于法律与民主法治的商谈理论[M]. 童世骏，译. 北京：三联书店，2004：707。

作者还是在抽象层面谈这个机构，并将希望寄托在“政治共同体的意愿和资源”上，^{[2](127)} 希望政治共同体具有崇高的道德性。然而这根救命稻草是不可靠的，随时都有下沉的可能。因为人性有善恶之分，且我们面对的世界是一个主体、价值、利益多元的社会，各式各样的阶层、集团、共同体有着各式各样的目标和目的，政治共同体的意愿自然难以预料。诚如伯尔曼所言，“随着稳固的社会共同体的崩溃，对于以法律手段去保护精神价值不受腐败的社会势力、经济势力和政治势力的侵害，西方人不再具有信心”^[5]。当法律不再被信仰，当上帝已经死去，我们以什么来保证政治共同体在精神上的崇高性，我们以什么来遏制政治共同体的腐败行为。既然这种“法律—政府机构”是空中楼阁，那目的的具体化自然也是不可能的。

二、作者对“回应型法”理论之不自信

“回应型法”理论可能的知识增量是对“自治型法”极端的形式主义的纠正，然全书流露出一股浓厚的不自信，这虽不是该理论存在缺陷的充要条件，但可说明此理论的不成熟。作者自己从一开始就对是否回应成功持不确定态度，如作者指出，“探求目的对法律机构来说是一项冒险的作业，……自治型法选择‘风险小’的观点，它对那种可能助长怀疑公认权威的东西加以提防。而回应型法的鼓吹者呼唤一种更有目的、更开放的法律秩序时选择了‘风险大’的观点”^{[2](86)}，“我们认为，虽然一些强大的力量极力使现代法朝着这个方向发展，但产生的结果却是不可靠的和不稳定的”^{[2](87)}。回应如有可能，有赖于某种政治环境的支持，更取决于某种政治共同体的意愿和资源。^{[2](127)} 而且在该书的结语，作者又重申“在我们看来，回应型法是一种不确定的理想，这种理想的实现和可期待性在历史上是有条件的”^{[2](130)}，这个条件就是预设政治共同体具有崇高性。事实上这种条件在历史上还没有出现过，因为它所依靠的政治共同体的崇高性是有争议的，在历史上是不存在的，估计将来也难以出现，因为这与人性相背，人既有崇高的一面，也有卑鄙的一面。由双面的人组成的共同体，为了自身团体的利益，就不可能总是崇高的。

其实，作者的担忧随处可见，如一种多元能动性的、负责任的、协商性的以促进文明为目的指向的法确实可以克服前两类法的诸多弊端，确实令人神往。然而，“在压制型法和回应型法中，都具有以下一些情况：规则权威被削弱；自由裁量权得以扩大；工具主义的观点逐渐损毁了‘人为理性’这种形式主义；法律论证不那么容易能区别于政策分析；法律机构变得既比较容易接近，又比较脆弱。这些情况造成了一种从回应倒退到压制的危险”^{[2](131)}。诚如作者所担忧的，“回应型法”理论虽然反映了当代世界法律发展的趋势，但该理论确实存在缺陷，这是作者无力解决的，故作者展望未来，既憧憬而又不自信。

三、法律内在矛盾之难以克服

作者欲克服“自治型法”的内在矛盾——完整性与开放性的矛盾、程序正义与实质正义的矛盾，从而迈向回应型法。但由于这两大矛盾是法律固有的矛盾、是法律的悖论，这矛盾是永恒的，任何试图超越整合都是难以有理想结果的⁵。

“实际上，在开放性和忠于法律之间存在着某种紧张关系，这种紧张关系构成了法律发展的一个主要问题。”^{[2](84)} 法的发展要求法律从其他社会规范如宗教、道德和政治中独立出来，法律要求自治是法律进化的必然要求。只有自治才能保证法的权威和正当性。法律的自治性也叫法律的自洽性或完整性，即法律与宗教、道德和政治等社会调整规范相分离，使法独立运行，成为一个封闭、自给自足的体系。在这个体系内，法是最高的权威，人人服从法的统治，并接受法的引导，官员也依法行政，依法司法，治理国家，解决纠纷都有一套逻辑严密的法律技术规则指导。法律实证主义者就是法律自治的倡导者，法律形式主义以及概念法

⁵ 涂尔干的压制性法律和恢复性法律、昂格尔的合作主义、吉登斯的“第三条道路”、哈贝马斯的“程序主义法律范式”等等，都是只是理论模式，都没应用于实践。

学是其极端代表，他们认为，法的合法性、正当性或来自国家，即立法者的制定，其极端形式就是奥斯丁等的“主权者的命令”说；或来自某种基本规范，如凯尔逊；或来自某种承认规则，如哈特。法律的自治为很多法学家不倦的追求，有利于司法独立，它确实在很大程度上保证了实体权利的实现。但绝对的法律自治有很大的弊端，容易导致程序正义之下的“恶法之治”。在现代社会，普遍实行民主代议制，在这种体制下，代表不同利益的团体组成的立法机构，即使遵循民主的立法程序，很有可能产生“恶法”，⁶在某些情况下，民主可能是多数人对少数人的暴力，民主下的立法也可能产生不正义的法律，按法律实证主义观点，即使是不正义的法律，人们也必须遵守。在极端情况下可能产生独裁专制，法西斯专制就是明证。故纽伦堡审判后，新自然法复兴，要求从法律的外部寻求正义的标准以制约、规避“恶法之治”。波斯纳在《超越法律》一书中就表达了这股当代法学发展的新潮流。“回应型法”理论就是此潮流的产物。

法律及其机构要保持独立性，必须排斥开放性。“开放性还意味着宽泛地授予自由裁量权”^{[2](85)}，这样法官必定会受到各方面的干扰，影响司法的独立和公正，自然损害了法治的权威性和正当性。但如果拘泥于完整性，虽获得程序正义，却可能导致实质不正义。“自治型法”追求法的正统性和权威性，它不考虑法律运行的结果是否能获得实质正义。而“回应型法”追求好的目的，实质正义是它的首要目标，为了达到这个目标即“在目的型组织里，权威必须是开放的和参与性的：鼓励协商；说明决策的理由；欢迎批评；把同意当作是对合理性的一种检验”^{[2](111)}，这必然伤害了程序正义，也影响法的权威性。这是一个悖论，是法律的内在矛盾，是作者难以解决的，故导致“回应的无力”。

四、作者研究进路中存在参照系混乱之错误

有游戏必须有参照系，说世上存在鬼神，天上还有神仙，这是以中国的佛教、道教为参照系；如果说不存在鬼神，宇宙间只有物质，那是以科学作为参照系。“逻辑规则和证明规则是一个参照系的要素，但不是推翻某个参照系赞同另一个参照系的手段”^{[6](7)}，要演绎一个理论的由来，要证明一个理论具有可行性或存在内在矛盾，必须在同一个参照系进行，否则就没有对话的基础。我们知道，法律作为最主要、最有效的调整社会关系的规范，其预设前提就是人性恶的观点。亚里士多德说：若要求由法律来统治，即是说要求由神灵和理智来统治；若要求由一个个人来统治，便无异于引狼入室。因为人类的情欲如同野兽，虽至圣大贤也会被强烈的情感引入歧途。惟法律拥有理智而免除情欲。^[7]在这里亚里士多德的前提预设就是人性恶的观点⁷，认为惟法律的统治（即法治）能免除任意和不确定。亚氏奠定了西方的法治概念，从此西方的法治传统皆沿着亚里士多德给出的预设前进。如果法治的前提预设是人性善，不仅让我们想起联邦党人麦迪逊的话：“如果人都是天使，就不需要任何政府了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”⁸而“回应型法”理论的预设是人性善的观点，即作者把回应的成功寄托在政治共同体具有崇高意愿的基础上，这是对西方法治传统的背离，准确的说，是没有在同一参照系（类似于科恩的范式理论）内，即以西方法治传统为参照系论证自己理论的由来和可行性，这样其可能的知识增量因缺少坚实的前提而不具现实意义。应该承认“进步并不仅仅来自既定的参照系中耐心地积攒知识，进步还来自参照系的变更”^{[6](8)}，例如从经典物理学到量子物理学的变换。但“自治型法的前提和基础是压制型法所取得的那种成就，同样，回应型法的基础是‘法治’阶段那些更为有限却更为基础地宪法基石”^{[2](28)}，从“压制型法”——“自治型法”——“回应型法”的转变是一种否定之否定，都是以前者为基础，是对前者

⁶ 由于人类理性的有限性，“即便法律被仔细地遵循，过程被公正恰当地引导，还是有可能达到错误的结果”。参见：[美] 罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏，等译. 北京：中国社会科学出版社，1988：86。

⁷ 柏拉图的预设是人性善，故他在《理想国》里主张，最好的统治是哲学王的统治，其次才是法治。

⁸ 参见：[美] 汉密尔顿，麦迪逊，杰伊. 联邦党人文集[M]. 程逢如，在汉，舒逊，译. 北京：商务印书馆，1980：264。这是一关于人性的经典名言，其英文是：If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary.

的继承和发展，“这里实际上不存在什么根本的断裂”^{[2](89)}，是同一知识谱系的延续，也是同一参照系内的知识推演，故“回应型法”产生的预设也自然地继承“压制型法”关于人性的预设即“人性恶”的观点。但作者为了回应成功又希望人性是善的，寄希望于政治共同体的崇高性，结果公说公的婆说婆的，双方没有对话的共同基础，这也是本书的一个致命伤，其结果最终导致回应的无力。

上面就“回应型法”的理论模式的一些局限性谈了几点看法。其实笔者最后的观点就是：任何试图超越或整合法治的方案都是不切实际的，都是不可能实现的，最终都是没有理想结局的。

虽然不能克服法治的内在冲突，完美解决法律的完整性和开放性的紧张关系，从而在不违背程序正义的前提下实现实质正义。但不能就此采取虚无主义的方式，彻底放弃法治。毕竟迄今为止，法治仍是治理社会，解决纠纷的最好方式⁹。法治作为社会科学领域的概念，既不同于自然科学的概念，也不同于文学中的概念，正如波斯纳所言，法律是处于自然科学与文学之间。故中国应该走一条中庸的道路，借助实用主义的法杖，在程序正义与实质正义的两极之间行走。正确地做法就是具体问题具体对待，对不同文化体制传统下的国家，采取不同的治理方式，如美国应侧重实质正义，而中国应侧重程序正义。

中国正在建设的社会主义法治，是一种侧重程序公正的自治型法治，总体上符合时代和国情的需要。然在构建过程中，也应考虑一下“自治型法”存在的弊端，避免多走弯路。当然也应借鉴一下“回应型法”的长处，这样使中国的社会主义法治尽可能地回应社会的需要。

参考文献：

- [1] 张文显. 二十世纪西方法哲学思潮研究[M]. 北京：法律出版社，1996：142-145.
- [2] [美]P·诺内特，P·塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会：迈向回应型法[M]. 张志铭，译. 北京：中国政法大学出版社，2004.
- [3] 邓正来. 中国法学的重建：批判与建构——受聘吉林大学教授就职演讲[J]. 吉林大学社会科学学报，2003（5）.
- [4] [美]曼瑟尔·奥尔森. 集体行动的逻辑[M]. 陈郁，等译. 北京：三联书店，1995：3.
- [5] [美]哈罗德·J·伯尔曼. 法律与革命——西方法律传统的形成[M]. 贺卫方，高鸿钧，张志铭，等译. 北京：中国大百科全书出版社，1993：102.
- [6] [美]波斯纳. 超越法律[M]. 苏力，译. 北京：中国政法大学出版社，2001.
- [7] 亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭，译. 北京：商务印书馆，1965：169.

Impotence of response: Comments on the defects of P. Selznick and P. Nonet's theory of responsive law

CHEN Hua-bin, YANG Wen-jie

Abstract: The theory of Responsive law of P. Nonet and P. Selznick, who are American jurist, were created to solve the intense relationship between the integrality and openness and to achieve the perfect coexistence of procedural justice and substantive justice of law. Though this theory has certain reference value, it is not mature and has some fatal defects. For example, objective as the core concept of the theory is difficult to get generalization and reification, the authors have no enough confidence with their theory, the intense relationship between the integrality and the openness of law is difficult to overcome, there is obvious confusion of frame of reference in the authors' study method, and so on.

Key words: responsive law; objective; inner contradiction; frame of reference; impotence of response

（责任编辑：黄丽）

⁹ 波斯纳认为：“法治，即按照无偏私且可预测的规范来操作的社会控制体系，是一种价值巨大地公共善品。……法治是现代自由主义的先决条件。”参见：[美]波斯纳. 超越法律[M]. 苏力，译. 北京：中国政法大学出版社，2001：24.