

本文章已註冊DOI數位物件識別碼

▶ 從反思法到自生法－屠布涅律社會學之解析

Gunther Teubner on the Evolution of Law, reflexive Law, and Autopoietic Law

doi:10.30390/ISC.200205_41(3).0001

問題與研究, 41(3), 2002

Issues & Studies, 41(3), 2002

作者/Author：洪鎌德(Lien-Te Hung)

頁數/Page：1-43

出版日期/Publication Date：2002/05

引用本篇文獻時，請提供DOI資訊，並透過DOI永久網址取得最正確的書目資訊。

To cite this Article, please include the DOI name in your reference data.

請使用本篇文獻DOI永久網址進行連結:

To link to this Article:

[http://dx.doi.org/10.30390/ISC.200205_41\(3\).0001](http://dx.doi.org/10.30390/ISC.200205_41(3).0001)



DOI Enhanced

DOI是數位物件識別碼（Digital Object Identifier, DOI）的簡稱，是這篇文章在網路上的唯一識別碼，用於永久連結及引用該篇文章。

若想得知更多DOI使用資訊，

請參考 <http://doi.airiti.com>

For more information,

Please see: <http://doi.airiti.com>

請往下捲動至下一頁，開始閱讀本篇文獻

PLEASE SCROLL DOWN FOR ARTICLE



從反思法到自生法—— 屠布涅法律社會學之解析

洪 鏐 德*

(國立臺灣大學國家發展研究所教授)

摘 要

屠布涅是當代德國最著名的少壯派之法學者。他先是在一九八〇年代提出新進化論，指出西方法律演變的軌跡經過幾個不同的階段；譬如美國學者諾內特與塞爾茲尼克把法律進化分成壓迫性、自主性和呼應性三個發展的階段。但這兩位美國法學教授卻多少忽略了社會環境對法律的形塑所做的衝擊。在這種情形下，屠布涅以德國近期兩位思想家與理論家哈伯瑪斯和盧曼的學說，來補充舊的法律進化論之缺陷。哈伯瑪斯提出社會的組織原則，盧曼宣揚社會體系的偶發性與複雜性。把德國的哲學灌注入美國的法學中，屠氏得出法律還會進入反思性的階段之結論，由而強調反思法對複雜多變的西方先進工業社會之意義。本文前半段大力闡釋屠氏新進化論模型的內涵。後半段則析述屠氏近年來對自生法的解說。自生法的提出與宣揚為盧曼終身努力的目標，但把它作最好的發揮與擴充的人，卻是屠布涅。總之，本文旨在在最近三十年來德國法理學、法哲學、法社會學最尖端、最興盛的反思法與自生法介紹給國人。

關鍵詞：壓迫法—自生法—呼應法—反思法、社會組織的原則、社會上適當的複雜性、新程序論、言說的民主、法律的自我指涉與超級循環、法律體系（系統）

* * *

* 作者附誌：本論文電腦打字、表格繪製與校對工作均由台大國發所博士生廖育信同學一肩挑起，在盛暑之下不眠不休大力協助，令人既感動又感激，茲申至深感謝；此外，國發所博士班丁穩勝同學與政大勞工所蕭愉瀾同學亦大力協助修稿，在此一並申謝。丁嘉惠同學協助蒐集有關屠布涅著作之資料，也令我非常敬佩。



壹、前言

隨著一九八〇年代初雷根與余徹爾夫人的登台，新保守主義的聲勢驟起，學界開始在檢討管制國家（regulatory state）所懸的目標（社會福利）、結構（龐大的政府機器）和表現（政府對人民服務的加強、福利國推行的鼓吹與實施）。政治學上也有人爭辯「解除（去掉）管制」（deregulation）的問題，從而對法律體系與公共組織重加評估，與此相關聯的是法律社會學也著手討論福利兼管制的國家對人民公私事務干預所造成的成效。有人探討社會生活不同的層次與氛圍（不同的社會圈）中如何把法律納入、吸收，也就是「法制化」（legalization）之因果關係，或是解除管制的各項措施與動向、甚至討論非形式化的公平、正義問題。更有學者建議取消傳統司法管轄與訴訟管道，而代以調解、或調停的可能性等司法改革的問題。

在這些新的討論趨勢中，西方先進社會似乎在重估它對目的性法律（purposive law）的承諾，也就是檢討與此類法律有關聯的官僚結構與法律結構之承諾。西方自十九世紀以來所承繼的國家與法律正是韋伯所倡說「形式的合理性」（formale Rationalität; formal rationality）之模型。所謂的形式而又合乎理性的法律體系是採用一套普遍可行的法律規則，讓它不偏不倚的施行。這套形式而又合乎理性的法律便仰賴法律專業人員，以講究法律的理性，來解決特殊的衝突，這就是通稱的法制化、或法律化。^①但隨著福利國的降臨，國家管制和干預的範圍擴大，這時形式的理性法律不夠應用，於是重點便從形式轉向實質，而強調了實質上合理的法律（substantively rational law）。實質上合理的法律視法律為國家具有目的（purposive），以目標為取向（goal-oriented）的政策之工具。也就是在具體的情境之下，為達致特定的目標之規章、之手段。因之，這種實質上合理的法律傾向於普遍的性質、一般的性質，也採取首尾開放（open-ended）的方式。但與傳統的形式性法律相比，對涉及的事項與對象，又不免更為特殊、更為特別（因人制法、因事制法、因時制法、因地制法）。

歐洲學者認為法律遠離形式化的趨勢，是西方最近法律「重新物質化」、「再度實質化」（rematerialization）的表現。這是由於二十世紀後半葉西方社會講究福利國、和擴大政府機關通盤計畫之一部分，其發展的結果就造成形式的合理性之消融。有些學人認為法律的物質化或實質化會威脅到西方傳承的重要價值，像是人的個體性、自主性、政府的放任無為等。因為傳統法律提供公民、保護其個人不致受到來自國家任意的侵犯。由於福利國政策的倡說與施行，過去屬於私人或地方管轄的事務（像家庭、鄰里、學校等），如今也要遭受國家的管制與干預。

儘管歐美的法律社會學曾經為當前情況充滿爭執、與矛盾的發展趨勢，提供現象學的解說。但人們對於脫離法律化、脫離法律管制，從形式合理化轉變為實質合理化，其因果走向迄無定見。反對法律化的批評人士指出，法律化無法處理現代人群衝突的

註① Max Weber, *Max Weber on Law in Economy and Society* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1954), pp. 391~446.



複雜性與特殊性，是故排難解紛不能只向法律求助。另外一些人則指出解除法律管制，倡導非形式的機制（調解、調停）只有把不對稱的權力關係搞得愈行糟糕，反而無法改善權力合理分配的問題。

當前法律的情勢，在很多人的眼中，已陷於「危機」當中。什麼是造成危機的禍首？難道法律化、或解除管制的爭論，強調形式重要還是實質重要的爭執，只是法律與社會組織敵對的原則之擺盪而已嗎？是不是目前的危機反映了基本的、也是潛在的勢力？這些勢力的基本運作可以被吾人掌握與預測？由於至今為止的情勢分析並不立基於宏觀的社會理論之上，也不立基於發展的理論之上，因之，這些情勢的分析無法解答上述一連串的疑問。

為此原因德國法蘭克福大學法學教授屠布涅（Gunther Teubner 1944~）提出「新的進化論」（neo-evolutionary）模型，企圖瞭解當前歐美國法政危機的實況，以及法律社會學解釋危機的途徑。根據他的說詞，歐美目前的情況乃是法律進化與社會進化陷於危機的關頭。無論採取法制化、或解除管制，無論是強調實質、還是形式的理性，都無法解釋與解決此一險峻的、危急的情勢。

早期的法律社會學曾經採用進化論的研究途徑或模型，其後，才逐漸放棄而使進化論一度衰微。^②但自從一九七〇年代以來，以進化的眼光討論法律與社會之變遷又為歐美學界所矚目。屠氏首先檢討歐洲兩位法律思想家對法律的演進觀，再將他們的學說與美國兩位法學者的理論相互比較與對照，最後提出他個人對法律已演化到反思的階段之說詞，從而倡言「反思法」（Reflexives Recht; reflexive law）。所謂的反思法是指法律變成了行動協調的體系，也就是協調社會次級體系所產生的行動，這一可能性目前尚未完全成形，但已湧現，而略見端倪。為此緣故，屠布涅認為法律變成真實的「反思」法之過渡時期的歷程，仍舊可以鋪陳與分析（Tenbner 1983: pp. 241~242）。^③

本論文不只把屠布涅怎樣運用「新的進化論」之架構，應用到現代西方法律演展知析評之上，還把他法律社會學的新猷，也就是他對反思法與自生法（autopoietisches Recht; autopoietic law）之理論，做一個扼要的介紹。^④

註② 洪鍊德，法律社會學（台北：揚智，民國90年），頁55~90。

註③ Reflexives Recht. "Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive," *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, Vol. 68, No. 1 (1982), pp. 13~59; G. Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law," *Law and Society Review*, Vol. 17, No. 2 (1983), pp. 239~261.

註④ 屠布涅對法理學與法律社會學的貢獻，顯然為1982年發表在德國《法律與社會哲學》68期的大作〈反思法——以比較的觀點論法律發展模型〉一文，該文又於1983年發表在美國《法律與社會評論》第17卷第2期上的一篇大作〈現代法律中的實質與反思的元素〉。這兩篇文章加上1994年法文專著《法律與反思》是他談反思法最詳盡之處。也就是他把美國諾內特與塞爾茲尼克的呼應法，對照了德國哈伯瑪斯社會組織的原則之進化論，以及盧曼之新進化論（社會適當的複雜理論），而企圖在比較與綜合大西洋兩岸四位理論家的三個法律模型之基礎上，建構出他獨特的反思法。此文也被東京大學法學教授六久佳平（Kahei Rokumoto）編入其出版的《法律的社會學理論》的文集中，足見此文所受國際學界重視之一斑。Kahei Rokumoto, ed., *The Sociological Theories of Law* (Aldershots: Dartmouth, 1994), pp. 415~461. 本文取材這兩篇文章，兼參考屠氏其他著作，以利讀者對當代西方法律社會學之演展情況能夠有所瞭解。



貳、屠布涅的生涯與著作

屠布涅於一九四四年四月三十日出生，一九六三年至一九六七年在哥廷根與杜賓根大學學習法律，一九六七年杜賓根大學法律實習生（Referendar）；一九七〇年獲該大學法律系博士；一九七一年任候補法官（Assessor）；一九七四年獲得美國加州大學柏克萊分校社會學碩士學位；一九七七年完成杜賓根大學教授升等論文（Habilitation）；同年為該大學之不佔缺、不支薪之講師（Privatdozent）；一九七七年至一九八一年任布萊梅大學法律學教授，正式頭銜為布萊梅大學私法與法律社會學教授。一九八〇年至一九八一年為加州大學、柏克萊分校的教授。一九八一年至九三年兼任佛羅稜斯歐洲高等學院教授。一九八四年任布萊梅大學法律學系主任；一九八七年至一九八八密歇根與史坦福與加州大學（柏克萊）等大學客座教授，一九九三年至一九九八年任倫敦政經學院比較法學與法律理論講座教授，一九九八至今為法蘭克福大學法學教授。主要著作有：⑤

- 一、《概括條款的標準與指令》（1971，德文）；
- 二、《私人協會的公開地位》（1974，英文）；
- 三、《相互的契約背信》（1975，德文）；
- 四、《組織性民主與團體法規》（1978，德文）；
- 五、《反思法—法律演展模型比較觀》（1982，德文）；
- 六、《現代法律中實質和反思的因素》（1983，英文）；
- 七、《當做自生體系之法律》（1989，德文）；
- 八、《雅奴斯的兩個臉相：法律多元主義之再思考》（1992，英文）；
- 九、《當做自生體系之法律》（1993，英文）；
- 十、《法律與反思》（1994，法文）；
- 十一、《各種脈絡之法律》（1999，義大利文）；

由屠布涅獨自或與他人合編織文集著作有：

- 十二、《公司行號之主導與負責人之職責》（1984，英文，合編）；
- 十三、《福利國中法律人之困境》（1985，英文，合編）；
- 十四、《契約與組織》（1986，英文，合編）；
- 十五、《社會國的司法化》（1987，英文，獨編）；
- 十六、《自生法：法律與社會研究新途徑》（1988，英文，獨編）；
- 十七、《歐洲公司群的規定》（1990，英文，獨編）；
- 十八、《人文、法律與社會科學自我指涉的困窘》（1991，英文，獨編）；

註⑤ 屠氏的著作雖然大部分為德文，但也以英文、法文，甚至義大利文發表。以下舉其與本主題有關之主要著作，包括論文、專書、編輯（獨自以及與人合編）之論文集等，依其著作或編輯發表年代之次序列出原著（在譯註中），以及中文譯名（在正文中）。屠氏原著德文、英文、法文、義大利文請參考本文之後的文獻。



- 十九、《當作自生體系的國家、法律、與經濟》(1992, 英文, 合編)；
- 二十、《當作法律理由的裁判結果》(1995, 德文, 獨編)；
- 二十一、《環境法與生態責任》(1995, 英文, 獨編)；
- 二十二、《沒有國家之寰球法律》(1997, 英文, 獨編)；
- 二十三、《第十二隻駱駝之歸還》(2000, 德文, 獨編)；
- 屠氏所有著作之原(德、英、法、義)文請參考文後書目。

屠氏除了倡導法律社會學中的反思法之外，更鼓吹自生法律 (autopoietic law)，為繼盧曼 (Niklas Luhmann 1927~1998) 之外，對法律的自生、自導、自我指涉之闡釋有重大的貢獻。

叁、法律進化的新舊模型

屠布涅認為近年間美歐使用最廣泛的新進化論途徑，來探求法律學者中成績最卓著的有美國的諾內特 (Philippe Nonet) 與塞爾茲尼克 (Philip Selznick)，和德國的哈伯瑪斯以及盧曼這兩組人馬。他們嘗試辨認法律不同的「型態」、「類型」(types)，以及怎樣從一個型態，演進到另一個型態，並解釋轉變的過程。儘管他們之間看法有異，但其理論卻共同關懷形式的合理性之危機。他們認為形式的合理性是現代法律主要的特質，而法律「重新物質化」、「再度實質化」乃是危機的展現。因之，企圖對此危機加以解釋。

他們四人所採行的途徑，事實上可以回到韋伯對問題的形塑。八十多年前韋伯便鋪陳了形式的理性之體系，以及預言「法律再度物質化〔實質化〕」之可能性。韋伯列出法律形式與實質，以及同非理性或合理性結合之各種類型。^⑥

他追溯法律行動起先呈現物質特徵(受倫理、享樂、或功利的影響)，其後轉化為形式的特徵(概念上抽象的，精確地界定和訴訟程序)的經過。他認為形式的合理性所以能夠維持，倚靠一些方法論的規則，像就法論法 (lega)、三段論法、法律解釋的規定等等，其目的在保證法律體系中的一致性與連貫性。

韋伯也指出現代法律發展中一些反形式的趨勢。例如在契約法裡頭「增大的特殊化」(increasing particularization) 和契約同意部分實質內容遭遇日增的立法與司法之控制。韋伯解釋這是「倫理的要求、功利和便利的規定，以及政治的訓示」等等社會因素，重新注入法律之中，這會威脅到法律形式的合理性。^⑦

不過韋伯認為這些趨勢是邊緣的，無關痛癢的，因為主要的進化過程是邁向形式的理性化過程前進。這種說法與現代法學者的見解有很大的出入。後者大多把「形式的法律之實質化」，當成目前法律進展的重大特徵。

哈伯瑪斯、盧曼、諾內特和塞爾茲尼克的理論有其共同的問題意識 (proble-

註⑥ 洪鐵德，「韋伯的法律與社會哲學」，哲學與文化，第317期，民國89年10月，頁913~914。

註⑦ M. Weber, *op. cit.*, pp. 63, 320.



matic)，也有相似的理論出發點，但他們對問題切入的方式與理論基礎卻彼此不同。諾內特與塞爾茲尼克提出發展的模型，把法律演變的軌跡以壓迫的、自主的與呼應的法律之三階段來鋪述。他們認為呼應的法律階段乃是法律形式主義危機爆發後之結果，也就是法律的新形式從這個危機中湧現，使法律既含有目的性（purposiveness），也結合了參與性（participation）。^⑧在解釋法律如何轉型到呼應法的階段時，兩位學者強調自主法裡頭內在的發展有衝破了法律形式的趨向。^⑨

盧曼與哈伯瑪斯在另一方面把他們的分析建立在社會整體結構演變的理論之上，認為社會整體的結構與過程常牽連到法律與社會彼此的共變（Kovariation; covariation）。盧曼仿效涂爾幹與帕森思的傳統，而一度變成德國領先的系統理論者，他也採用三階段的演進說法：一、橫向方面區位的、部分的（segmentiert; segmented）社會；二、垂直方面層化的（stratifiziert; stratified）社會；和三、功能上分歧的（funktional differenziert; functionally differentiated）社會。對每一個不同類型的社會，他配置了不同類型的法律秩序。^⑩

盧曼認為當下法律的危機是由於層化的社會轉變為功能上分歧的社會之時期發生的。這個社會型態的轉變要求法律秩序也跟著有所變化。以此觀點來說，目前法律的危機乃是實證法被接受的體系之不適當、不適任（inadequacies），它無法適應功能上分歧的社會之需求。對盧氏而言，諾內特和塞爾茲尼克建議的增加法律之目的性與參與性並無法解決問題。反之，他主張提升更高的抽象化，以功能論的想法，和抬高法律體系的「自我反思」（Selbstreflektion; self-reflection）來應付危機。

哈伯瑪斯以不同的觀點來處理相同的議題。作為批判理論大師的他，企圖以新進化論的方式來「重建歷史唯物論」。就像盧曼一樣，哈伯瑪斯的模型也使他發展了「社會組織原則」的階段說。他主張這些不同的階段產自社會勞動與溝通互動的結構之共變。他要尋找那些尚未制度化的結構可能性（Strukturmöglichkeiten; structural possibilities）。這點與所有採用進化模型的人如出一轍。他們都以解決問題，而非純粹分析的觀點來處理現代的法律。他們都尋找當代社會毛病的病因和治療的方法，特別是從形式合理的危機出發，而產生的危機之治療方式。

在哈伯瑪斯的模型中，法律是理性結構（Rationalitätsstrukturen; rationality structures）透過歷史順序制度化之體現。這種結構最先出現的先公約、先協定的、

註⑧ Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York: Harper, 1978), pp. 78, 95.

註⑨ 塞爾茲尼克的法理學，表現在他對法制的理想，他視法制法（legalization）為權力的合法化，也就是被統治者免於被壓迫的恐懼之制度。「法制」（legality）與法治（rule of law）是同義詞。法制是指政策和法規如何制定與應用而言，法治則是以公民秩序的理性原則來約束官方權力。實證法無可避免地含有法制理想的專橫自恣。法治的中心問題為忠實於法律之外，減少實證法及其執行過程中的專橫。是故法制是阻卻專橫的機制，適用於行政與審判、適用於公眾參與公務以及官員行為的自制，而為一種法治的理想。參考沈宗靈，法理學（台北：五南，民國83年），頁389～392。

註⑩ Niklas Luhmann, "Evolution des Rechts," in *Rechtstheorie I*, 收入同作者 *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp 1995, 1997), pp. 239～296.



先法制的（präkonventionelle; pre-conventional）時期，其後出現的為公約的、協定的、法制的（konventionelle; conventional）階段，最後則進入後公約的、後協定的和後法制的（postkonventionelle; post-conventional）現況。所謂的公約、協定、法制（Konvention; convention）是一種道德精神（Sittlichkeit; Moralität; morality），受傳統所約束與正當化。所謂的後公約、後協定、後法制則是其正當化來自所有參與者的利益與旨趣。^⑩形式的法律對哈氏而言乃為公約的、協定的、法制的理性結構。目前西方社會的處境為社會與法律和理性之轉換期。

既然上述理論爭議很大，吾人是否可以從它們演繹出一個可靠的後現代之法律和理性呢？屠布涅認為他的職責不再判定誰是誰非，而是找出其中所隱涵的一致性和未加言宣的相互重疊交會的想法。換言之，他的工作在穿越功能論與批判理論的爭議，而把表面上各不相讓的觀點轉形為相輔相成的看法。屠氏要把現存模型分解為其要素，然後重建法律進化的新模型。在這種說詞之下，四人的三種模型並非彼此鑿柄難容，而是同一問題不同的表述而已。

諾內特和塞爾茲尼克為了解釋法律的變化，大力倚靠法律體系內部的變素。反之，哈伯瑪斯與盧曼傾向於強調法律體系的外部，也就是法律結構同其他社會結構之關係。屠布涅則兼採內部與外部的變素，而觀察它們之間的共變（covariation）。也就是利用諾與塞兩氏對現存法律體系內在發展的潛能之分析，配合哈與盧兩氏對湧現的後現代社會之侷限與必然性之考察，來解釋法律發展的內在動力，怎樣在社會轉型的環境下發揮其作用。這個新湧現的法律結構。不再是呼應性的法律，而是反思性的法律。^⑪

所謂呼應性的法律為諾氏與塞氏的主張。它牽涉到兩個既分開，但卻又相互矛盾的境域：一方面現代法律趨向更大的實質理性邁進，他方面又湧現了反思的理性。由於呼應性的法律同時包括了實質的要素與反思的要素，如詳加考察，則是兩種迥然有別的法律理性之混雜。這種發現使人懷疑諾與塞兩氏所稱呼的呼應性的法律是法律進化的穩定階段？我們甚至懷疑它是否邁向另一階段的過渡時期之情況？

這個問題不易解答。原因是這兩位美國法學者所採用的進化模型，只限於法律內在的變化，而不牽涉到法律之外的社會變遷。在這種情況下，盧曼與哈伯瑪斯所提出社會與法律共變的進化原則，可以同時處理法律與社會演展的問題。兩人提出的分析之重點為「社會上適當的複雜性」（Sozialadäquate Komplexität; socially adequate complexity）和「社會組織的原則」（Organisationsprinzipien von Gesellschaft; organizational principles of society）兩個概念。依據哈伯瑪斯的說法，組織的原則出現在社會道德層次與社會層次演化過程的相激相盪與相輔相成之間。基本的法律規範將社會組織的原則加以體現，從而為社會進行學習的層次與程度（niveau）做一個界定。盧曼則闡述社會上適當的複雜性這一原則，也就是指出在後現代的社會中法律秩

註⑩ Jürgen Habermas, *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1976), p. 266; J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society* (Boston: Beacon, 1979), p. 95.

註⑪ G. Teubner, *Reflexives Recht*, op. cit., op. cit., p. 245.



序必須擁有適當的機制，以應付功能日益分化、結構日益複雜、各自獨立的次級體系。把上述兩原則應用到後現代的社會，則後現代的法律秩序必須在諸種分歧不同的次級體系之間，取向於自我反思的過程。

表一 當代法律進化論的類別與特徵

主題 代表性人物	進化階段的分劃	進化的動力
諾內特與塞爾茲尼克	壓迫性法律→自主性法律→呼應性法律	法律體系內在的動力
哈伯瑪斯	法制形成前的法律→法制形成中的法律→ 法制形成後的法律	社會組織原則之應用
盧曼	區塊（區隔）的法律→階層（上下統屬） 的法律→功能分歧的法律	社會上適當的複雜性之適應
屠布涅	形式法→實質法→反思法（新程序主義）	內在反思與溝通言說的民主

資料來源：Teubner, *op. cit.*, pp. 13~17; 58~59; *op. cit.*, pp. 246, 278~281; 由本文作者自行設計。

肆、呼應性的法律及其內在變化的動力

對諾內特與塞爾茲尼克而言，呼應性的法律把目的取向與參與取向（人群參與立法過程）結合起來，代表法律演進的最高階段，超越了「自主性的法律」階段。自主性的法律，也就是韋伯所指涉的形式合乎理性之法律。為了確認與解釋這個法律新階段的出現，兩氏重建法律進化的理論，而有重大的貢獻。他們兩人採用「社會科學的策略」，以有別於傳統的法律哲學與法律社會學的研究途徑。

一、法律發展的自主性

以現代社會科學的立場，諾、塞兩氏考察了法理學連串的問題。他們對法律的研究途徑與其說是分析的，倒不如說是經驗的、綜合的。他們以多面向、多層次，而非單面向、單層次來檢討法律。他們把法律的、社會的、政治的和制度的面向當成社會脈絡的變素來看待。他們把這些面向、這些境域（dimensions 界域、天地），當成一個體系相互關聯的諸多側面（aspects）來看待，這類側面只有部份涉及到法律的進化。其結果顯示呼應性的法律以超越了傳統法理學的論述範圍。法律的發展不能只看到規範、原則和法律基本概念的舒展，而是看社會勢力彈性、動態的演出，也看制度有無克制、壓制（constraints）的力量存在，甚至組織結構的健全，最後也要看觀念上的潛在勢力有無發揮作用。

社會科學的策略在避免犯著社會學化約論（reductionism）之謬誤。對諾、塞兩氏而言，法律不是馬派所言經濟矛盾的浮表（次等）現象，也不是實證主義者所說權



力關係影響下、組織性結構、專業角色等等所做的決定。反之，法律乃是自立的社會制度，其發展有賴其本身內在的動力與彈性。這兩位美國學者提供法律體系裡頭的制度性拘束與回應之理論。該理論的重點為「邁向變遷決定性的傾向可以回溯到體系內在的勢力（systematic forces）。這些勢力在某一階段的發動正是另一個階段已告結束之時」。^⑬

兩人指出法律初生之早期為壓迫性的法律階段。此種法律旨在合法化、正當化權力和政權。不過這一功能不久之後在法律體系裡產生壓力，破壞其特殊的結構，而造成新的法律，也就是自主性的法律之湧現。同樣自主性法律又發展其推理的模式與參與的概念，而衝破其形式的思考疆界，產生轉型的壓力，而使法律朝著呼應性的、回應性的類型轉變。^⑭

法律秩序的「制度性邏輯」是諾氏與塞氏新進化論的核心，為歐洲兩位理論家所贊同、所支持。哈伯瑪斯把馬派經濟決定論的基礎和上層建築的說詞轉變為更為抽象的勞動和社會互動說，從而為規範性的結構提供了「發展的邏輯」。哈氏的理論中，道德與法律的意識有其自主的類型，不能當做是基礎的社會與經濟結構之「發展動態」（Entwicklungsdynamik; developmental dynamics）底反射。^⑮哈氏有關生活界與體系界的兩界說之重點，就是認為道德與法律屬於生活界，而經濟與政治屬於體系界。體系界固然企圖殖民生活界，但生活界在擺脫體系界的殖民之餘，無意將這一生活界化約為經濟體系與政治體系之日漸複雜的情況。^⑯

盧曼在界定法律的演進為法律體系內不同的進化機制之變動。法律規範性的結構提供這些變化。法律程序的制度滿足了選擇的功能，法律概念的抽象化表述了穩定的機制。^⑰因之，儘管四位學者提出的模型個個不同，吾人卻得到法律演變的自主性，這是他們意見的共同交流與匯合之處。

如果以自主的進化來形塑法律變遷的理論是否可行？法律體系內「制度的邏輯」之概念底發展是否可以做為進化論的基礎？在強調法律的自主性方面是否會傷害法律社會學一個基本的真知灼見：法律倚賴社會諸因素，以及法理學與社會科學之分工？對法律進化論者而言，法律的自主性表示法律的改變是對法律本身的衝動之反應，因為法律秩序—規範、法條、學說、制度、組織——是自生的、再生的、重覆、也是自我指涉的。但法律在自我繁殖、自我再製的過程中並非與其周遭環境隔絕、孤立。是故新進化論者的關鍵詞乃是「法律結構的自我指涉（Selbstreferentialität; self-referenti-

註⑬ Ph. Nonet and Ph. Selznick, *op. cit.*, p. 20.

註⑭ *ibid.*, pp. 51, 71.

註⑮ J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, *op. cit.*, p. 30.

註⑯ 洪鍊德，「法律、道德、民主和法治國家的發展—哈伯瑪斯法律觀的析評」（上）與（下），刊於《哲學與文化》（台北：輔大哲學系，民國90年2月與3月），第321期，頁97~114；第322期，頁193~204。此處引自頁100~111，206~208，213~215。

註⑰ N. Luhmann, "Evolution des Rechts," *op. cit.*, p. 242; N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1997), pp. 239~296.



ality)」。這樣理解下的法律結構會自我重新解釋，不過解釋是指涉外頭的需要與索求來進行的。這意思是說外頭環境的變化不是置之不理，但也不是像「刺激與反應」那樣直接的反射。而是有選擇過濾而穿進法律結構裡頭，而與規範的發展相適應地變化。最強烈的社會壓力會影響法律的發展，因為它形成了「社會實在(現實)的法律建構」(legal constitution of social reality)。由是可知廣泛的社會發展在於「調節」(modulate)法律變遷，也就是讓法律按照其發展的邏輯來進行逐步的改革。

法律體系的自我指涉、自我觀照是新進化論重要的觀點。它把法律體系既看成「封閉的」，同時也是「開放的」體系。這種看法可以避免把法律改變當成純粹是內在的變化，還是外在變化之結果。因之，對新進化論者而言，法律與社會的變遷是相互關聯，但又分開的過程。法律變遷反射了內部的動態，卻是受到外部刺激的影響，但法律變遷對外部環境也會產生作用。

法律結構自我指涉的概念使人們既然可以把特殊的規範現象之法律特性看出，同時不失掉廣泛的社會科學之觀點。^⑩就社會學的觀點而言，人們固然可以分辨法律學說與社會科學之理論底不同，也可以分辨社會實在的法律建構與社會科學理論建構之不同，分辨法學研究與法律社會學經驗考察之不同，分辨合理性的法律形態和其他社會次級體系合理形態之不同。

不論如何，更重要的是自我指涉的法律結構之概念提供一個看法之基礎，把社會的演變與法律的演變之共同關聯認識清楚，而有助於當前法政危機之解析和克服。這也就是為「法律的重新物質化」、「再度實質法」尋求解祕的鑰匙。為達此目的，有必要先檢討諾內特與塞爾茲尼克的呼應性法律及其內在兩項不同的合理性，其後再研究如何超越他們所言法律進化的內在動態。

二、呼應性法律兩個境域：實質理性對抗反思理性

諾氏與塞氏對呼應性法律之出現的看法，與歐洲學者論述「形式法律的重新物質化」有異曲同工之妙。前者發展為更為圓融、更為系統的法律變化說。他們主張法律的形式主義正走向危機之際，從此一危機中一個新的實質的取向—以目的為首要、為主權的說法—正在慢慢湧現。目的性(purposiveness)的出現把向來僵硬的規範性結構做了基本的改變，也就是改變為「公開質地」(open-textured)的標準和「結果取向」(result-oriented)的法規。

這個新的、以目的為取向的法律思潮影響了法律教條的基本概念(像「義務與合乎文明的要求」[civility])，也影響了社會實在的法律建構(以政領法的「政治性典範」)。在這種發展趨勢下，傳統法律考察的方法變成了「社會政策分析」的方法。這種變化與法律參與的模式之改變攜手共進，也就是說「法律多元主義」觀念的抬頭。

註^⑩ David Trubek, "Complexity and Contradiction in the Legal Order, Balbus and the Challenge of Critical Social Thought," *Law and Society Review*, Vol. 11, No. 2 (1977), p. 540.



此外，法律的實質化對應著結構與組織結構之改變。人們要求「管制，但不要裁判」，要求廢除上下不平等的官僚體制，改為「後官僚主義的〔平等〕組織」。在法律體系之外，重新界定法律與非法律的界限，釐清法律同政治與社會環境之不同。實質的合理性所要求的是「法律與道德判斷之整合，法律與政治參與之整合」。^⑨

諾內特與塞爾茲尼克認為自主性的法律進化到呼應性的法律是法律秩序的改變，也就是從形式的理性轉變為實質的理性。換言之，呼應性的法律充滿了更多實質的理性要素，其中又以「制度的設計」與「法律的政治化」兩要素最為重要。這兩項因素構成了「實質的正義」之內涵，以對照早期自主性法律著重「程序的公平」（更早期壓迫性的法律之主要精神為「國家存在的理由」〔*raison d'état*〕）。要之，這一制度的設計與法律的政治化標誌著新類型的法律之合理性。

所謂制度的設計與制度的診斷（*institutional diagnosis*）之主旨為法律體制（作為自我規定的社會制度之一）的創新、糾正、重新設計與形塑。法律規範不只在影響社會結構，更要使制度的結構和社會的結構能夠產生和諧、沒有摩擦的相互適應。法律規範不在為個別社會成員提供具體的行為指引，而是指向組織、過程（程序）和效能等方面。法律不在為具體的社會結果負責，而是為自我管制的機制拍板定調，也就是規定談判、分權（去中心化）、計畫和有組織性的衝突之處理方式。當實質的合理性要求全面的、充分的規定之時，制度的設計在提供「能力提升與便利行事」（*enablement and facilitation*）。^⑩

至於法律的政治化，在強化政治參與之新模式（社會性辯護制度之建立、階級與集體的行動、群體利益的代表性等等），也表明社會衝突不同的類別以及將不同的利益整合在法律程序裡。由是可知諾氏與塞氏對自主性法律轉變成呼應性法律是從形式的合理性轉化成實質的合理性以及反思的合理性，後者涉及了以過程（程序）為取向的制定重構以及參與的重新動員、重新組織。這就涉及了法律合理性的三分化、三種不同的類型，亦即形式的、實質的和反思的三種合理性。^⑪

三、法律合理性的新進化論——一個新的模型

為了要界定形式的、實質的和反思的三種不同類型之法律，有必要先把合理性分割為不同的區塊、境域。這方面可以運用哈伯瑪斯對現代形式的法律之解析，而擴張至實質法律，以及反思法律之上。哈伯瑪斯擴張了韋伯對理性的概念，將法律和理性視同為法律內部的特徵，例如一般範疇之建構和法律學說之系統化。對哈氏而言，這些特徵只是法律合理性的一個界域、一個境域、一個天地（*Dimension; dimension*）而已。內在的合理性尚包含其它兩個方面：體系合理性和規範合理性。體系合理性指涉法律外部的社會功能。它是指明法律秩序的能力足以對付與控制社會整體的問題而

註⑨ Ph. Nonet and Ph. Selznick, *op. cit.*, pp. 104, 108, 110.

註⑩ *Ibid.*, p. 111.

註⑪ G. Teubner, *op. cit.*, p. 251.



言。反之，規範合理性涉及基本原則，用以正當化法律控制人群行動之特殊方式。屠布涅把哈氏上述不同類型的合理性綜括成三個方面：

- (一) 法律的正當化、合法化（「規範合理性」）；
- (二) 法律外部的功能（「體系合理性」）；
- (三) 法律內部的結構（「內部合理性」）。

現代法律的形式合理性便是上述三個方面在歷史上特殊的會合與成形：

(一) 形式法律的合法性、正當化在於對個人主義與自主有所貢獻，其有效性建立在個人主義與自主的價值之上。形式法律限制本身在於定義個人追求私利的抽象範圍，此法也保障私人對價值判斷的範圍。這個法律的形式在便利私人安排其價值判斷與追求之順序。因之，形式法律的必然結果為人群行為符合協定、公約、法制之性質（Konventionalität; conventionality）、重視法律至上主義（Legalismas; legalism）和整體周全、無偏無倚的普世精神的形式化性質（Formalität; formality）。²²

(二) 形式法律在此一取向之下，發揮了特殊的、外部的社會功能。形式法律在建立起個人自主的活動，以及為私人的行動者（個人）確定其活動的範圍之後，開始發展它的體系合理性。於是它促成自然資源的動員與分配，而造成了市場經濟。²³它也協助經濟體系功能的分歧化、去集中化，乃至為資本主義社會的政治體系背書，成為合法化統治權威的手段之一。

(三) 在規範合理性與體系合理性相輔相成、彼此互動演出之後，形式法律的內在結構，也就是內在合理性也告展現。法律在形式上可以稱為合理，乃是其結構係根據一些標準而建立的。這些標準包括可以加以分析的概念性、演繹的嚴謹性和依據法條而進行的推理。²⁴符合法條的精神在於事實情境的精確界定，也是由於專業知識、專業技術與專業倫理的發揮。

上面哈氏所提三種合理性不只應用於現代的形式法律，還可以擴大到實質法律與反思法律之上。實質的合理性是在國家管制日增的過程中湧現。這與福利國的擴大、國家干涉的增強和市場結構的複雜有關。在這些情況增強之後，法律逐漸喪失其形式上的特徵：

(一) 實質法律的注意焦點從個人的自主轉向國家的管制，從而影響其規範的合理性。所以逐漸從形式而變成實質的法律。其理由為經濟與社會的活動愈來愈需要集體的管制，以補償市場機制之失誤與不當。法律不在壓縮私人活動的空間，而是直接管制社會的行為，也就是法律不再以法條的恪守為取向，而以社會角色與地位為其取向。

註²² J. Habermas, *op. cit.*, p. 264, 此處宜依照哈氏原文使用「形式化性質」一詞，而非屠布涅誤引為普世主義（一般化 universalism）。

註²³ J. Habermas, *op. cit.*, p. 264; J. Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns, 2 Bände* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1981), p. 352.

註²⁴ J. Habermas, *op. cit.*, p. 263; *op. cit.*, p. 348.



(二) 規範合理性的改變也伴隨著法律功能的改變。實質法律展現其「體系的合理性」，在於提供福利國以政治的干涉。一旦政治體系負責界定目標、選擇規範手段、規定具體行動和實施政策計畫，實質法律扮演的角色益形繁重。它成為國家修正市場導向的行動以及修正行為結構的工具。

(三) 一旦實質法接受這個新的功能並發展它管制的正當性，那麼它內部的結構也會發生變化，於是向來形式的法律以法條、規律為取向，現在必須由目的、目標取用來取代。實質法律藉目的性的工作綱領來實現，也就是靠管制、標準、目的來落實法意。邁向呼應性法律的趨勢產生嚴重的後果，影響了教條式的法律體系概念之建構。

反思性的合理性為西方社會近期出現的新現象，也就是福利國引發的危機之後的法律社會學界的新思考。這是一個尚未成形，也未充分界定的趨勢。這是對實質法律重新形式化的嚐試，是一種朝後（regressive），而非趨前（progressive）的發展勢頭。它與實質法律相同，在法律的範圍內企圖干預社會過程，但又不肯對實質的結果負起完全的責任。

(一) 反思法律的正當性、合法性既不在自主的完美化中尋得，也不在個人行為的集體控制中獲得支持。它的正當性來自於社會合作反覆出現的形式之協調欲望。反思法律規範的合理性在於類似自由派、或新自由派對法律角色的概念。在很大程度內，它支持社會的自主性，也依靠市場（看不見的手）機制。但反思法律並不僅僅適應、或支持「自然的社會秩序」。反之，卻是尋求「限制的自主性」。也就是透過組織與程序的規範來設計一些自我管理的社會體系。有異於形式法律，反思法律不接受「自然的」（天賦）的主體權利說。反之，它嚐試在重新界定與重新分配財產權之下引導人群的行動。

(二) 反思法律外部的社會功能與實質法律不同。反思法律的角色在使半自主的社會體系獲得結構、或重新結構。其方式為塑造其內在言說（innerlicher Diskurs; internal discourse）的程序，以及調節法律體系同其他社會體系交往的方式。是故反思法律展現「體系理性」的要素，當它便利功能分歧的社會中整合的程序之際。值得注意的是它便利整合的程序不是採取由上而下威權式的社會整合，而是贊成去集中（分散的）社會整合，也就是支持自主的社會次級體系之整合機制，來創造結構上有利的條件。

(三) 反思法律「內在合理性」並不靠界定精確的一套法規，也不靠實質標準所定下的目標的取向。反之，它傾向於依賴程序的規範，這些規範管理著程序、組織和權力與職能的分配。由是可知反思法律的特徵是程序取向的，這是有異於形式的、或實質的合理性之所在。在反思法律運作下，社會行動的法律控制是間接的和抽象的，因為法律體系只決定未來行動組織的與程序的先決條件而已。

把形式的、實質的、和反思的法律簡單臚列標明可以用下表來顯示：



表二 現代法律理性的類型與境域

境域 (dimensions)	類型 (types)		
	形式的	實質的	反思的
法律之正當化、 合法化 (規範理性)	個人主義與自主之完善；建立私人活動者活動的空間	經濟與社會活動集體的管制，以及補償市場的缺陷與不適當	控制的自我管理；社會合作反覆出現的形式之協調
法律外部的功能 (體系理性)	在已發展的市場社會中為動員與分配資源而部署結構性的措施；為政治體系找來正當性	工具性的修正，那些受到市場所決定的行為模式和行為結構	建構或重建諸社會體系，俾法律內在言說與外在協調順遂
法律內在的結構 (內在理性)	法規取向：利用演繹邏輯來建構與使用概念形成的法條	目的取向：含有目的之行動綱領，靠規定、標準和原則來執行	程序取向：涉及關係之取向的、制度性結構和決策過程

資料來源：Teubner op. cit., p. 28; 以及, p. 257. 由本文作者略加修改。

伍、法律結構與社會結構的共變

一、法律與社會

法律存在於社會中，為社會貢獻出特殊的功能——排難解紛、穩定秩序、維持凝聚、正當化現存體制等等。另一方面社會提供法律運用的對象、空間、範圍，也提供法律所需的資源、人力、設施、訊息。是故法律與社會關係密切。法律的改變會影響社會的改變，社會的變遷同樣造成法律的變更。進化的或是發展的理論不只說明某些法律形態會與政治的、經濟的、社會的組織共同變化，它還要解釋法律結構與社會結構之間的關係，從而對它們的變化能夠瞭解。

諾內特和塞爾茲尼克分析了法律變遷的過程，把重點放在法律體系「內在的動力」(internal dynamics)之上。法律範圍內的變化促動某些勢力的興衰。因之，也把法律特質的形貌(configuration)改變了。^⑤例如法學思想中普世(普遍、一般平等對待)的學說，可以說是自主性法律的主要特徵，它必然地發展為推理模式中含有目的性、目標性的理論設計。這個發展就會產生法律義務性質之改變和法律辯護模式之改變。^⑥

註^⑤ Nonet and Selznick, *ibid.*, p. 20.

註^⑥ *Ibid.*, p. 78.



兩氏的進化論模型並不全然忽視外頭社會勢力的角色。反之，承認這些勢力在法律演展中仍有重大的作用，只是這些作用在他們的理論中只佔邊緣性的地位，沒有影響大局。外面的環境不能被當做導致法律變更的主力，只當成法律潛勢力發展的阻力或助力而已。基本上變化的源泉為法律內在的動力、彈性、韌力。廣泛的社會結構或是鼓舞，或是阻卻法律潛力的實現（actualization），只能決定法律進化的階段之穩定性，以及變化是進步還是退步的可能表現。^{②7}只有從其內部的動力，法律體系才獲得發展的潛勢力，這個內在潛勢力決定了體系成長或衰敗的類型。這種說詞容易造成人們一種看法，誤認為人群只有法律，而沒有社會。

依屠布涅的看法，要討論自主的法律演進與廣大的社會發展之間的相互關係，勢須把法律與社會當做彼此分開、但又相互倚賴的大體系之兩個部分來看待，也就是採取法律與社會共變（Kovariation; covariation）的模型，才能達成理解的目的。^{②8}

法律進化論或發展論的模型總難免不檢討發展的危機。諾與塞兩氏指出壓迫性和自主性的法律都曾經歷過內部的危機，這種危機表現在法律無能力回應「體系整合」的需要，也表現法律沒有解決問題的能耐之上。^{②9}如果以哈伯瑪斯的說法，則顯示壓迫性和呼應性的法律仍舊困難重重、問題重重。這些困難或問題可以被診斷為正當性的危機。但因為兩氏不欲分辨社會整合和體系整合之不同，因之，他們所談的法律危機，究竟是合理性危機（法律無法發揮社會工程的作用、無法展現社會改造的能力），還是正當性危機（社會規範的失效、社會認同的失落所引起對體系之不信任）？就無法定論。

要之，把爭論的重點從法律內在生長與動態的理論轉換到社會與法律共變（socio-legal covariation）的理論，不但沒有犧牲諾、塞兩氏重視法律內在動力的灼見，反而有助於吾人對法律與社會的變遷獲得高瞻遠矚的好處。

在這方面哈伯瑪斯和盧曼兩人的法學理論有補充諾、塞兩氏不足之處，值得吾人引用。哈、盧兩人承認在法律體系中規範發展的自主性質，但卻不忘考察法律和其社會境遇、社會脈絡的關係重大。

二、哈伯瑪斯論「社會的組織原則」

哈伯瑪斯認為達爾文後的社會進化論，倚賴進化的機制（蛻變、選擇〔物競天擇〕、穩定化），無法用來解釋進化的社會階段之特質，無法說明從歷史經驗中學習的潛在力量。這些進化的社會階段之特質，只能藉「道德的和社會意識」（*Morales und Soziales Bewusstsein*; social consciousness）來加以解析。^{③0}為了指認規範性結構（道德與法律的意識）自主的發展邏輯，哈氏從皮亞傑（Jean Piaget）與寇爾貝（Lawrence

註^{②7} *Ibid.*, pp. 18, 23, 116.

註^{②8} G. Teubner, *op. cit.*, pp. 31~32; *op. cit.*, p. 258.

註^{②9} Nonet and Selznick, *ibid.*, pp. 24, 33, 115.

註^{③0} J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society* (Boston: Beacon, 1979), p. 98.



Kohlberg) 理論的傳統^②找到啓示。他指稱社會的「組織原則」(Organisationsprinzip der Gesellschaft; social organizational principle)形塑了「結構化的整體」(strukturierte Ganzheiten; structured wholes)之發展順序。這些結構化的整體之特徵為無法逆轉(無法回溯)、結構化的上下垂直關係(strukturierte Hierarchie; structured hierarchy),以及具有進化的方向性(evolutionäre Gerichtetheit; evolutionary directionality)。^③

在他的進化論當中,這些高度抽象之社會的組織原則包括了法律制度。^④組織原則標示一個社會學習高低的程度。學習程度限制了社會變遷的大小,特別是涉及社會整合的類型和體系整合的程度。

組織原則的出現是雙重學習過程的結果,這與他的兩項模型牽連在一起。這些原則是社會成為類型(patterning)的形式,也是讓社會能夠處理它的特別問題之所在。這些原則的能力,也就是處理體系問題的能力,可以在功能上加以分析。可是在危機的情境下,另一種分析的模式也有需要,這是哈氏所稱呼的「理性的重建」(rational reconstruction)。危機之所以爆發,是當社會圈的發展導致其組織原則無法滿足體系的需要之時。在這種情況下,社會學習的新形式湧現,這些學習是透過內在的過程,不一定要符合功能的邏輯。這些發展導向規範的演變,其演變的邏輯正是皮亞傑和寇爾貝爾有關兒童認知與道德養成的發展邏輯。這一發展邏輯可經由「合乎理性的重新建構」來加以解釋。哈氏說:

這些結構類型標示內在於文化傳統和制度改變裡頭的發展邏輯。這一邏輯對發展的機制並不明言。它只談及變化的範圍,在此範圍中文化價值、道德表述、規範及其他——在某一給定的社會組織的層次上能夠有所改變,能夠以不同的歷史表達方式呈現出來。在其發展動力中,規範結構的變更依賴進化的

註^② 瑞士心理學家皮亞傑,認為人類經歷不同的階段去發展認知的能力:在嬰兒初生至一歲半時期,不知分辨自我、自己的行動與外物,其智慧僅限於感覺而已。從二至七歲為掌握語言的時期,只認識具體事物,而對抽象的因果、數量、重量的瞭解有限。從七至十一、二歲孩子開始懂得分門別類,也會扮演別人的角色,以及瞭解因果關係。只有到十二歲以後,少年與少女才會懂得創造自己的分類系統,而達到形式的和抽象的思想,也開始把一般規則應用到特殊例子之上,以邏輯的方式思考,以概念和理論來思想。並非所有的成年人都無困難地達成形式活動階段。抽象的思維倚靠社會環境,這種環境迫使個人走向形式的認知、推理。心靈內在的過程隨社會互動而發展。

美國心理學家寇爾貝爾提出兒童道德標準發展的階段。他認為兒童道德標準經歷三個發展階段,而形成三個不同的道德層次。在早期兒童行為的指引為處罰與服從,當時的道德標準在於避免遭受懲罰,而保持快樂。其後兒童視道德標準在於獲得別人的讚可,這時兒童懂得接受權威的指令,是故此時的道德標準在於對權威的正面評價,而不再是害怕遭受懲罰。到了第三階段,也就是第三層次,寇氏說開始成年的人視道德原則為對別人盡義務,也就是對自己良心負責的看法與做法。是故要正當化道德的標準,就是要避免受罰、避免被別人所奚落、指責、避免自責。這種演變的過程,可以說伴隨了害怕被傷害、擔心被拒絕,到拒斥罪惡感或自我墮落的過程。

註^③ J. Habermas, *Communication and the Evolution of Society* (Boston: Beacon, 1979), p. 98.

註^④ J. Habermas, *op. cit.*, p. 266.



挑戰。挑戰來自於無法解決、受經濟制約的體系之問題，也倚賴對挑戰的回應——學習過程。^④

規範變化的邏輯與動力之間的相激相盪與相輔相成，可由以下解釋的順序看出端倪：

(一) 最先的狀態：在特定歷史時期的組織原則有其必然的能力，來解決社會和體系整合的問題。例如中世紀封建社會所擁有的政治階級結構就和當時農業生產以及市鎮的工藝製造相搭配、相適應。

(二) 進化的挑戰：當社會限制其在組織原則之內，那麼社會結構的改變會創造體系的問題，這些問題超過該社會適應的能力與學習的能力。例如中世紀的政治結構之組織原則使它無力應付新興的國際貿易與金融經濟之出現，也就是無力處理新崛起的經濟問題。

(三) 實驗：在文化圈中能發展起來的認知能力，開始以實驗的方式應用到社會組織之上。在這種做法下，規範的概念逐漸制度化，變為行動策略的模型。例如市場的概念和合理的官僚組織——浮現，也——被試驗為可行的制度。

(四) 穩定化：這些實驗一旦成功，新的組織原則就在整個社會中變成制度，而且也落實而形成基本的法律結構。例如經濟與國家控制權力，以及現代行政管理也逐漸冒出，與此相輔相成的契約、財產、租稅與行政法的體系也——建立。

上述「組織的原則」之屢被提起與其可用性，在於說明法律結構與社會結構之關聯。基本的法律結構可以目為在制度層次上成形的、落實的組織原則。這些法律結構可藉規範結構與更為廣大的社會結構之間的相激相盪與相輔相成來加以解釋。這個模型與諾、塞兩氏自主性法律發展相符合，因它假定規範結構所以發展是根據自主的進化邏輯，這個進化邏輯可以使用合理的重構來分析而得。這個模型增加了他們所言明的觀念：那就是體系／環境的模型，目的在說明社會進化的動力不只來自體系內部，也來自環境外部。其結果就是一個更為廣包、更為寬泛的社會法律共變模型。這個模型說明：「在社會進化中更高的層次的整合之可以建立，乃是因為法律制度出現之故。法律制度其實就是〔更高階段〕道德意識的化身」。^⑤在這裡哈伯瑪斯找到諾、塞兩氏在其理論中問題的解答，將這兩個不同的模型加以結合，使哈氏能夠藉法律的自主與社會的倚賴兩項因素，來解析法律的發展。

在哈氏的綜合與分析中，吾人得到法律理性三個界域（規範理性、體系理性與內在理性），這就是牽連到規範的、社會的和認知的三個境域（dimensions）。哈氏「合理的重建」之念頭引向「規範理性」的概念，這一規範理性規定了某一特定的道德與法律秩序之規範與價值。他的功能性的模型，亦即體系／環境的模型補充了內在的看法，也就是「體系理性」。體系理性決定了法律秩序的能力，俾便應付社會控制

註④ J. Habermas, *op. cit.*, p. 98.

註⑤ J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bände (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1981), Bd. II, p. 261.



的問題。最後，規範理性和體系理性一併來規定一些限制（constraints），也就是對法律體系內部概念的（conceptual）、程序的（procedural）和組織的結構加以限制，從而界定了法律概念「內在理性」。^③

三、盧曼論「社會上適當的複雜性」

哈伯瑪斯對社會組織原則怎樣轉化為法律結構，並沒有進一步的說明。他對社會與法律組織原則如何合拍、如何共變也同樣無解。這些有待盧曼的學說來加以補充說明。

盧曼反對古典進化論中單線發展說、必然進化說，和發展就代表進步的論調。他發展了一個最低綱領（minimalist）的發展模型之新觀點。他的模型建立在三個假設之上，其一為動力、其二為機制、其三為方向，這些都是體系進化的假設。進化的動力主要產自體系與環境之間複雜程度的不同。他說：

進化的先決條件為……過度產生了〔發展的〕可能性。這些可能性是有選擇地維持體系的結構。就在這一先決條件之下，它〔可能性的過度生產〕使得本來不可能的秩序之體系居然變成可能。進化的衝動和規定乃是體系與環境複雜程度不同之結果。^④

社會體系和其環境之間複雜性的分歧產生了社會體系之變更。一個社會體系要能夠適應新情勢，就必須要求特別的進化的機制能夠發展。這些機制包括蛻變、選擇（物競天擇）和穩定化。^⑤在涉及法律體系時，盧曼說：

可能性過度的生產之主要源泉是指規範的可能性，這也就是在時間的境域上而言的。制度化的機制提供選擇的因素，就是選擇到連第三者也會同意的程度〔這包括衝突雙方放棄其爭執的立場〕。靠著語言上的定義，把那些容易滋生疑義的意思決定下來，變成了法律概念的結構，並保存下來，社會達致〔法律體系〕的穩定。^⑥

根據盧曼社會／法律的進化，其特徵為法律體系「內生的」（endogenous）進化機制與整個社會「外生的」（exogenous）演變交互對演（Zusammenspiel; interplay，相激相盪、相輔相成）之結果。^⑦法律在遵從其內在的進化邏輯而跟著變化之時，就必須適應社會分歧化、複雜化的要求。

註③ Teubner, *op. cit.*, pp. 37~39; *op. cit.*, pp. 261~262.

註④ N. Luhmann, *Rechtssoziologie, 2 Bände* (Reinbek bei Hamburg: Rowohlt 1972), Bd. I, p. 136; Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1999), p. 15ff.

註⑤ N. Luhmann, *Soziologische Aufklärung* (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1990), p. 150.

註⑥ N. Luhmann, *op. cit.*, Bd. I, p. 140; Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft, op. cit.*, p. 126ff.

註⑦ *Ibid.*, pp. 132~145.



盧曼指出有三種組織原則在不同的時期主控社會。其一為區隔化、分區化 (segmentation)；其二為階層化 (stratification)；其三功能分殊化 (functional differentiation)。每一原則創造了法律體系不同的樣貌 (configurations)。每一原則也導向法律演進特殊的「瓶頸」。^④

在一個區隔的社會中，其特徵為欠缺選取的可能性 (Mangel an Alternativen; poverty of alternatives)，太古 (古舊) 的法律 (archaic law) 所面對的問題與困境，是難以提供規範結構適當的各種解決問題之方法。在階層化的社會中，其特徵為上下、尊卑、統屬的垂直不等之關係，可以提供各種各樣排難解紛的方法，成為現代之前高度文化的法律。但達致決定 (裁決) 的程序卻是大有爭議。最後，在功能分歧的現代社會裡規範的氾濫有目皆睹。這時採用的是「實證法」，其特徵為精緻的選擇機制 (主要靠立法的技巧)。但法律的穩定化機制，仍舊廝守傳統的法律教條。在功能分歧的社會中，由於法律的地位始終未能往前發展造成實證法危機重重。^⑤現代實證法僵硬的規範性質阻礙了社會上適當的「學習法」 (learning law) 之誕生。目前欠缺的為「取向社會政策的概念體系，此一體系可以讓人們比較各種問題解決的效果，俾累積批判性的經驗，從不同的領域來比較不同的經驗。總之〔不只是比較，還是〕學習〔解決問題的較佳方式〕最為重要」。^⑥

四、法律進化階段的重新解釋

在簡單敘述哈伯瑪斯有關「組織原則的合流」與盧曼「社會上適當的複雜性」兩個概念之後，屠布涅企圖把這些概念溶匯於諾氏與塞氏所主張法律體系「內在的動力」說之中，從而為法律演進的階段重新安排。因為重點擺在現代的法律合理性，所以在此我們先簡短處理壓迫法與自主法。

在諾、塞兩氏的文章中，法律起初的階段為壓迫法之出現，其主旨在為初生的政治秩序提供正當性。對哈氏與盧氏而言，壓迫法毋寧視法律秩序的現代類型之一，它反映了「政治社會」 (political society) 的社會組織為原則。這表示有必要在壓迫法之前加上「太古法」 (archaic law) 的階段。有異於壓迫法，太古法反映了區塊 (或區隔) 社會的組織原則。在此種社會中親屬關係，而非國家結構主宰社會關係。報復與互惠 (reciprocity) 是太古法主要的原則，它落實在神聖法、具體而僵硬的法條、帶有儀式的程序，強調了表述的、明示的功能，而非工具性的功能之上。^⑦太古法所以會演變成壓迫法是由於體系問題的出現，也就是體系下親屬組織喪失控制能力，而

註④ N. Luhmann, *op. cit.*, p. 16; Luhmann, *op. cit.*

註⑤ N. Luhmann, "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen der modernen Gesellschaft," *Rechtstheorie*, No. 4, pp. 130, 142; N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Stuttgart: Kohlhammer, 1974), pp. 49.

註⑥ N. Luhmann, *op. cit.*, p. 19; Luhmann, *op. cit.*, p. 34.

註⑦ N. Luhmann, *op. cit.*, p. 154.



發展成獨特的政治組織（國家）之緣故。^⑤

由於新的社會組織原則之改變，法律結構也需要變更。在這方面諾、塞兩氏有關政治權力的崛起與壓迫法的誕生之析述，同盧曼「高度文化的法律」，以配合上下統屬的階層社會之出現的說詞，完全相似。在這一轉型中，盧曼強調適當的法律複雜性，像法庭訴訟程序之制度化，有利於日漸增加的社會衝突之解決。哈氏則注意社會整合之特殊形態，也就是靠政治階級的形成與宰制，而促進社會的整合，法庭訴訟程序的制度化、合乎法制、協定、法例的道德強調服從法律之必要。法官不再是爭執的雙方臨時權力競賽場的裁判，而是援引法條、遵循先例，不以懲罰犯罪、恢復原狀為急務，而是以法律是否遭破壞為辦案的考量。^⑥

在階層化的社會出現的法律（壓迫法）會經驗到「正當化的危機」和「體系危機」，因而從壓迫性法律轉變為自主法。自主法符合韋伯所述的形式合理性：法律與政治的分開、法律專業化、嚴格遵守法規、法條、法律講求普全的精確、「人為的推理」（artificial reasoning 按法條與先例解釋與審查法案）和程序正義。^⑦自主法也遵循「體系理性」與特殊的「規範理性」。^⑧它的合乎法制性（Konventionalität; conventionality），以法論法的法律至上主義（Legalismas; legalism）以及形式化（Formalität; formality）助成它動員與分配自然資源，而成為發展的市場社會之規範性無上命令。就在同時，自然法開始制度化而促進後法制（post-conventional）的規範理性之出現。規範之被正當化是靠普遍性的原則放諸四海而皆準的原則。盧曼則認為自主法發展適當的複雜性，也就是發展其功能分殊（歧化）的原則，在於法律的實證性（Positivität; positivity），以及在於司法與立法過程的分開。^⑨

要解釋現代法律（自主法）所以會引發危機，乃是因為它內在的動力發生變化，也就是增強的回應性、呼應性之需要，造成法律體系內部的壓力之增高。^⑩也可以把這部分視為法律的複雜性不夠適當發展與無法因應社會變遷的需要，^⑪或視為主導性社會組織原則對危機出現的應付步伐太慢所引起的。^⑫

把壓迫法與自主法的改變，看做是舊的進化論模型，把「組織原則的合流」（哈氏）與「適當的社會複雜性」（盧氏）加以綜合，而形成「法律與社會處於過渡時期」

註⑤ J. Habermas, *op. cit.*, p. 161.

註⑥ *Ibid.*, p. 161.

註⑦ M. Weber, *op. cit.*, pp. 61, 301.

註⑧ J. Habermas, *op. cit.*, p. 262.

註⑨ N. Luhmann, "Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft," *Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie*, (1970) Bd. I, p. 176; Luhmann *op. cit.*, p. 190; Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1981, 1999), p. 113ff; 洪鍊德「從體系論到自生的法律—盧曼法律社會學的析評」，美歐季刊，第15卷第1期，民國90年春季，頁34~39，44~49與65~66。

註⑩ Nonet and Selznick, *op. cit.*, p. 70.

註⑪ Luhmann, *op. cit.*, p. 190.

註⑫ Habermas, *op. cit.*, p. 242.



之理論，則為新進化論的模型。屠布涅企圖用哈氏與盧氏的法律與社會共變說，來修正與補充諾、塞兩氏法律內在動力說，最終形成新的程序論（a new proceduralism），也就是形塑他的反思法（reflexive law）之新理論。

陸、反思法：新程序論

在西方社會次級體系眾多，而高度分殊化的今天，社會的紛擾、抗爭、衝突無所不在，應付各方需求的呼應法的出現，以及它如何來對付規範整合的問題，成為法律社會學者當務之急。哈伯瑪斯與盧曼的努力，可以視為在法律的演進的脈絡上，尋求問題的解答，他們兩人的理論有互相補充修正的作用。哈氏有關組織化資本主義中危機趨勢的分析，符合體系論的一般架構：視政治的、經濟的、和文化的次級體系之間的衝突造成全社會總體系的危機重重。另一方面盧氏對高度分歧化社會的整合機制之透視，有助於理解哈氏的理論。這些代表了哈氏所言體系整合的機制需要盧氏所主張的社會整合機制來補充。^⑤因之，引用哈氏與盧氏的說詞，就是援用批判理論和新功能論的灼見，把它們結合起來當成評估呼應法的工具，看看呼應法有無落實的機會。

一、實質的法律理性和福利國的危機

哈伯瑪斯在討論現代有組織的資本主義社會之正當化問題時，已把正當性問題與呼應法的概念連繫起來。他的理論主要觀點是：資本主義的社會之特徵為一連串危機的爆發，這些危機是從社會的次級體系產生的。屬於經濟的危機，已因國家的干涉，而獲得部份的克服。不過經濟的危機卻引發政治的危機，也就是政治體制正當性的危機。正當性的問題又造成對文化控制、文化政治化的另一新問題。換言之，引發了文化危機。文化危機要能夠克服，必須規範結構的徹底改變。^⑥

在這一架構之下，形式法律理性的危機緊密地與外頭的現象糾葛在一起，也就是與現代國家的干涉主義有瓜葛。與此同時我們看出諾內特與塞爾茲尼克解說的自主法所代表的體系合理性，其結果為市場經濟、形式上的私法體系佔優勢、國家徵稅、官僚行政之相激相盪、相輔相成、互演對戲。但這一戲碼卻為勢力日增的體系所破壞。原因是國家增強其權限與職責，企圖修正市場機制的弊端、缺陷，贊成全球化的政策，採行補償性的社會策略。其結果就是法律圈中形式法律的「再度實質化」、「重新物質化」。

在法律圈中形式法律實質化之後，法律發展了實質的合理性，其特徵為特殊主義（particularism 俾對抗普世主義 universalism），以結果為取向（非以公平、價值為取向），工具性的社會政策途徑（非以目的性、目標性、長期性的福利目標為主旨）、和以往自主的社會過程之走向法制化。

哈伯瑪斯分析資本主義中國家的角色可以幫忙吾人瞭解造成法律重新物質化、再

註^⑤ J. Habermas, *Legitimation Crisis* (Boston: Beacon, 1975), p. 113.

註^⑥ *Ibid.*, p. 33.



度實質化的勢力，也協助我們明白法律中實質理性的崛起。可是走向法律實質化之路並非平順、穩定。相反地，在變化的途上，由於危機的一再發生，限制了法政實質理性的發展。首先是「合理性的危機」的發生，這是由於社經過程的複雜化、經濟危機處理的矛盾與法政控制機制認知上的盲點。這個合理性的危機後來威脅到體系的整合與社會的整合，從而限制了法律與政治走向實質的合理化。其次是正當性的危機。這是由於權力壟斷的成長和政府處理經濟角色的吃重，使得市場機制失掉合法與正當的權力。以致視市場為「天然的」分配機制。如今國家的介入、干涉，就使市場取代與補償的責任完全由政治體系（政府、國家）所承擔。政治體系完全依賴人民對政經決斷的支持與忠誠。但政府產生正當性的意識形態之能力大降，這是受到規範結構的挑戰與反抗之結果。⁵⁵最後文化體系內在的發展邏輯之運作，遂造成第三種的危機「動機的危機」，也為福利國實質的理性之建立橫加阻擋。⁵⁶

那麼當代資本主義國家如何走出困境呢？哈氏認為只有發揮「言說」（discursive）的理性，也就是在規範圈中，從自主的進化過程中湧現的言說理性才能解決當前國家正當性的問題，從而促成慎思的民主（deliberative democracy）之出現，⁵⁷這是由於政治的正當性來自於程序的正義、合理、妥善之緣故。

至於那一個機關、那項機制可以產生程序上的正當性的結果？在哈氏的看法，完全視具體的政治與社會條件，趨向的範圍和訊息的充分與否來決定。此外，他認為在工會、公共協會、功能性菁英份子、參與性的機制等方面推行「組織性的民主」（Organisationsdemokratie; organizational democracy），也是使程序能夠法制化之途徑。其中次級體系的教育與文化之積極參與、群眾關懷公眾事務，以及科學、政治和公共領域的機關之間的合作與對話尤其重要。

由是可知社會次級體系慎思的民主化之主張與諾內特以及塞爾茲尼克的呼應性法律之概念非常相似。不過其相似之處，也只限於呼應性法律中涉及反思理性的部分。在此吾人固然可以接受哈氏的分析，不過呼應法處理正當性的能力卻依其處境而有不同的表現。

由於呼應法立基於實質理性的擴充之上，它也會因為碰觸到合理性危機、正當性危機、動機危機而自我設限。這些侷限使呼應法無法實現實質的、或目的性的目標。在此情形下，呼應法之優越處在於其構成成員的反思理性。但一如前述，法律的反思理性在於遵守程序的正當性，這種程序的正當性形成法律內在運作的邏輯。哈氏在一九八一年出版的著作中，分辨了當成「中介」的法律，以及當成「制度」的法律之不同。當作中介的法律，變成了獨立的社會科技性（socio-technological）的過程，取代了社會次級體系中「生活界」之溝通結構。因之，依其標準對貨物與勞務可以進行

註⁵⁵ *Ibid.*, p. 68.

註⁵⁶ *Ibid.*, p. 75.

註⁵⁷ *Ibid.*, p. 95; Habermas, *Faktizität und Geltung* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1992), pp. 208~237, 349~467; 洪鐵德，「法律、道德、民主和法治國家的發展」，前揭文，頁208~212。



分配。當成制度的法律，其功能僅僅是社會化、社會整合和文化再生產諸社會圈「外部的建構〔基本組織法〕」（external constitution）。當作制度，法律在便利，而非威脅溝通和學習自我管理的過程。由於法律這個便利的角色與溝通理性出現的形式相符合，反思法及其以過程為取向的精神，似乎可以成為後現代社會解決正當性問題的樞紐。^⑤

二、功能分殊的社會中反思的法律理性

以上是以批判理論的角度來討論呼應法。假使我們以盧曼的新功能論來考察，那麼不難知道他繼承涂爾幹和帕森思的傳統，以更為抽象、更為廣泛的方式來談論同樣的問題。資本主義之下的危機傾向是屬於更為普遍、更為一般的現象中之特殊案例。盧曼指出社會功能性的分歧，包括了專門的、特殊化的次級體系在發展其特別的合理性，這種發展甚至造成體系衝突之激烈與不可避免。在盧氏心目中國家干預與文化發展之間，兩項邏輯的基本矛盾和衝突，只是小巫見大巫。更大的衝突發生在普遍的結構（經濟、科技）與法政結構（特別是與領土有關、與疆界有關）之間的傾軋，科學計畫和生產控制之爭執、社會的相互依賴與教育、制度緩慢發展步伐之抗爭，各種風險 / 危險的層出不窮。^⑥從形式的理性中湧現的呼應法之要求也成為重大的問題，這個問題便涉及法律體系怎樣參與反映俗世的功能性分歧之過程？^⑦

在這種觀點之下，韋伯把現代法律描述為「形式的合理」是誤導的。因為在比較傳統與現代法律時，形式的概念與實質的概念是彼此可以互換的。^⑧反之，諾與塞兩氏「自主性法律」的概念足以標明功能分歧的重大改變。所謂自主法在於說明法律體系日增的自主與獨立，它與道德結構和科學結構分開，也從政治過程相對地獨立出來。就在這些發展中，法律的形式主義乃告湧現，這包括嚴格地遵守法條、專業的（人工的、而非自然的）推理，以及程序所佔顯著的地位。^⑨

自主法的危機產生自該法律（概念結構）未能適應高度分歧化的社會之劇變與苛求（exigencies）。法律學說仍舊死守著傳統的看法，把法律當做靠司法裁判加以落實的法條彙編。法律秩序缺乏了概念的設備（Konzeptapparat; conceptual apparatus），俾滿足各個特殊的社會次級體系互動中產生出來的要求，也就是要求適當的計畫，與可行的社會政策之提出與實施。

韋伯在使用「實質的法律理性」一詞時，可能是想要把法律重新披上道德的外衣（道德化）和再度政治化。但這種的說詞與觀點顯得是退步的，而非前瞻的。現在如果要把法律同科學的、道德的和政治的氛圍（圈圈）重新熔合就會破壞了法律的合

註^⑤ Habermas, *op. cit.*; Habermas, *op. cit.*, pp. 109~237.

註^⑥ Luhmann, *op. cit.*, p. 374; Luhmann, "Risiko und Gefahr," in, *ders.: Soziologische Aufklärung*, *op. cit.*, pp. 131~169. 魯貴顯譯，盧曼社會系統論導引，（台北：巨流，民國87年），頁220~236。

註^⑦ Luhmann, *op. cit.*, p. 190.

註^⑧ *Ibid.*, p. 17.

註^⑨ Luhmann, *op. cit.*, p. 207; Luhmann, *op. cit.*, p. 16ff.



理性。因之，任何有關法律的重新物質化、或再度實質化，都會使已高度分歧的次級體系—政治、科學、經濟、道德或是法律—無法發展控制社會秩序的能力。是故呼應法的實踐境域一旦成爲現代法律秩序的主宰力量，其結果不但無法使社會再度整合，反而把各種分歧、專業化消除，而陷身於退步裡。

在極端的功能分歧下，不同的次級體系爲了達成社會的整合，必須彼此扶助。「它們不只發揮了它們特殊的、而又適當的功能，還要處於與別的體系之功能以及結構不相衝突的關係中，〔因爲〕對別的體系而言，它們形成了一個環境」。^⑧功能的分歧要求整合的機制來達致。一個分散的、去中心的整合模式是必要的，因爲使一個次級體系的合理無限上綱，就會造成另一個次級體系的麻煩。爲了避免這種毛病，「在每一個功能性的次級體系之反思結構中，應植入一些相對應的限制，只要這些限制不是從〔體系〕與其環境的交往關係中直接產生」。^⑨是故反思結構變成了呼應法在功能分化的社會中扮演良好角色的關鍵。

在盧曼的理論中，每一個次級體系都要面對三種不同的取向：（一）取向於整個社會體系，也就是次級體系的「功能」（function）；（二）取向於其他社會的次級體系，這就是它投入與產出的「表現」（performances）；（三）取向於它本身，也就是它的「反思」（reflexion）。^⑩這些取向彼此無法通融、無法對調、無法取代，它們無法置於共同目標之下。以政治爲例，政治中有一個緊張的關係，也就是存在於社會功能（有拘束力決策的形塑與執行）以及表現（權力資源的固守與正當性的加強）之間的不協調。這種緊張關係或不協調只有靠政治反思的程序內在地求取調解。所謂政治反思是指政治體系回顧政治之焦點爲何？如何自我設限去做該做之事，使決策能夠適當、正確、有利，而又能使爲政者保持權力不墜。^⑪

在任何次級體系裡，反思結構的職責在於透過內部的設限（自制），俾解決功能與表現之間的衝突。所謂的內部設限是指次級體系限制本身爲上級體系的構成成員，對其他的次級體系而言，成爲後者的環境，不致逾越本身的角色，不致侵凌其他次級體系的功能。這也就是盧曼的體系／環境論的重要部分。

盧曼說：「反思性必須在表現與功能之間扮演媒介的角色，因爲對次級體系而言，整個社會代表了包攝〔各種次級體系〕的大體系，也代表了〔次級體系〕的社會環境。」^⑫在功能與表現之緊張加以排解協調之際，社會次級體系中的反思結構變成了功能分歧的社會重要的整合機制。因之，假使要善盡社會整合之職責的話，呼應法有必要發展其反思的境域、反思的面向。

註^⑧ Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, *op. cit.*, p. 88.

註^⑨ Luhmann, *Funktion der Religion* (Frankfurt A. M.: Suhrkamp, 1982), p. 245.

註^⑩ N. Luhmann, *The Differentiation of Society* (New York: Columbia University Press, 1982), p. 229.

註^⑪ *Ibid.*, p. 229; Luhmann, *op. cit.*, p. 407ff.

註^⑫ Luhmann, "Selbstreflexion des Rechtssystems," *Rechtstheorie*, Vol. 10 (1979), p. 176; Luhmann, *op. cit.*, p. 419ff.



三、合流交集的所在：內在的反思與言說的民主

至今為止所討論的諸種理論模型，其合流交會之點為呼應性法律反思的境域。把呼應性法律轉換為新功能論和批判理論，會引導人們去重估，在現代條件下實質的法律理性及其存在之可能。另一方面在解釋諾內特與塞爾茲尼克的理論之同時，也會促使人們發現把它連結到哈伯瑪斯正當性的程序概念，以及盧曼內在的體系反思之學說底重要意義。將這些不同的要素結合起來，屠布涅提出以下幾點說法：

- (一) 社會次級體系中反思之所以可能，只有當民主化的過程為次級體系創造了言說結構之時；
- (二) 次級體系民主化的主要功能不在增加人民的參與，也不在中立化權力的結構，而是在社會認同體內部反思性的提升。^⑥

在討論反思法如何面對其它次級體系之前，先來考察反思的角色和它對法律體系內部所賦予的限制—自我設限、自制。這可從功能、表現和反思三項類型怎樣應用到法律體系來看出。法律的功能可以被界定為它的能力，也就是能夠為全部社會提供行為期待的圓融與連貫之普遍性（*kongruente Generallisierung von Verhaltenserwartungen; congruent generalization of expectations*）。^⑦法律的表現在於解決衝突，這種衝突發生在其他社會次級體系裡，也無法靠其他次級體系本身的運作來解決。上面兩種的取向既有重疊、也有矛盾。連貫的規範普遍性之產生不一定可以提供解決具體衝突的規則，而法律體系通過解決衝突的過程，未必能產生連貫的、普遍化的規範。於是法律反思的角色便在調解功能與表現之間的內在緊張，也就是藉賦予法律體系能力的內在限制，來調解功能與表現之間的緊張與衝突。

屠布涅的論題是指法律最佳之處，在於能夠為法律表現的境域（境界、領域）強加限制。反思性的法律不在廣泛地規定實質的法律理性，而是限制法律表現至更為間接的、更為抽象的程度，使其成為間接的與抽象的社會控制之形式。

在這裡最關鍵的是結構上的搭配與對稱（*Strukturkorrespondenz; structural correspondence*），也就是社會次級團體裡頭法律規範和社會結構之間的對稱與搭配。實質的法律理性對這個必要的搭配與對稱很少觸及。它只嚐試用法律規範去規定社會結構，卻不料這些結構有時甚至不能、也不易接受法律的規定。

現代教育體系與福利體系提供顯例。在這些境域中，對當前立法的批評顯示實質的法律綱領遵守的是功能的邏輯，遵從那些不適合的理性標準與組織類型，也就是不適合於管理生活的社會結構之標準與類型。其結果，法律變成了福利國的工具，它不是效率不彰，便是有效率，卻要支付代價。其所支付的代價乃是破壞了社會生活的傳統之形態。^⑧

註^⑥ Teubner, *op. cit.*, pp. 47~48; *op. cit.*, p. 273.

註^⑦ Luhmann, *op. cit.* (1972), p. 94.

註^⑧ Habermas, *op. cit.*, Bd. II, p. 542.



一個反思的取向並不意味法律必須回應社會問題。反之，它在尋求如何來認取機會結構，靠機會結構產生法律規定，靠法律規定來解決社會問題。在解決社會問題的同時，避免破壞社會生活有價值的模式。

至此我們不免要提出一個問題，也就是質問自主性的反思如何為合法性的範圍設限？以及在面對其他社會次級體系時，如何界定它的角色？回答此一問題的一個可能性答案為採用解除管制的政策、或把實質法重加形式化。另一個可能的答案為採取程序化的政策，也就是法律體系在其他社會次級體系裡頭提供自我規定的結構要件。目的在保障其他次及社會體系之自主，也達成哈氏所主張「社會次級體系的民主化」。這就是藉著程序正當性的助力，促成反思法能夠使社會次級體系走上民主與自主。

在這裡我們再度想起哈氏視法律為「中介」，以及視法律為「制度」之分辨。當成社會指導的中介之法律固然有可能威脅社會生活的法律圈之溝通機制，但當成制度的法律卻是根深蒂固存在社會核心道德裡頭，而便利了溝通的過程。法律當作「外部的建構」，可以促進「言說的決定過程和談判與決策的程序，而這個程序是取向於〔談判者的〕共識〔之建立〕」。①法律所以會做出這種的貢獻在於提供程序的規範、組織的規範和能力的規範，這些規範協助其他社會體系達成民主的自我組織與自我管理，這就是達成了程序的正當性。反思法既然不採取權威性作風決定其它次級體系的社會功能，也不規定它們投入與產出的表現，而是採用一些機制，這些機制系統性地促進社會次級體系內反思結構的進一步發展。

面對日漸複雜的、分歧化的社會，沒有人敢期待建立起普遍的、廣泛的正當性結構，或是言說的，而可普遍應用的道德，或是反思的共同程序。反思過程所需的法律前提，在經濟與政治之中，便大大不同於在法律裡頭。因之，法律只有在次級體系的層次中，建立、糾正、和再度界定民主的自我管理機制。法律的角色在於決斷了裁定，管理了規定和建立未來的決定之結構性的前提，也就是涉及組織、過程與能力有關的決定與管理。要之，法律要實現它本身的反思性與反思的傾向，只有當它在其他社會次級體系中提供結構性的前提來建立反思性的過程而已。換言之，反思性的法律只注意到社會次級體系的民主決斷之過程、之程序，而不必涉及民主的實質性的問題。這才會發揮當前反思性法律整合的功能。

四、新的法律自制

屠布涅指稱至今為止所分析與綜合的結果，只能達到假設的階段。這就是說呼應法發展其潛能來影響實質的理性與反思的理性，以及這種潛能在後現代社會不同的條件下有不同程度的落實。這些都只是一個假設而已，一個從社會法律發展的理論中得出的假設。屠氏稱其理論一方面借助於呼應法學說之內在變素，他方面借助於批判理論與新功能論的外部變素，從而建立社會與法律互動的模型。這個模型強調呼應法，

註① *Ibid.*, p. 544.



假使能夠順利發展反思的法律理性的話，它便可以呼應後現代社會的挑戰。這個模型立基於許多思辨的猜測的理論假定之上。它的有效性，有待經驗事實的驗證。

以契約法的發展為例來說明。在立法的定義上要求對契約的同意的實質作出更明確的界說，這就顯示契約法有走向實質的法律理性之途。假使這個發展趨向在於矯正契約形式的浮濫，那麼它的實質卻是在於對法律體系的能力加以限制。這種限制表示了反思理性的不容忽視。另外，與契約法明顯不同的是勞動法。在涉及集體磋商、集體議價的勞動法，其特徵為含有更為抽象的控制技術，控制勞資雙方對集體磋商的進行方式，這便顯示了反思的潛在能力。集體磋商的法律規定其運作在於形塑集體磋商的機關、界定磋商過程的規範、限制或擴大集體行動者之能力。此處法律在平衡磋商的權力，也就是直接注意過程，而間接注意後果（磋商的實質內容）。

在消費保護法方面，企圖建立起對立的權力之抗衡體系，就不像契約法、或勞動法那樣取得良好的成績。國家法也不再是實質的規定，而是自主的社會過程之程序的與組織的結構化。西方立法的體系之職責不在發展目的性的綱領，也不再相互競爭的政策做一目標上的定奪。它只在保證協調過程的順暢，同時也強制爭執的雙方達致協議。要之，法律經由協調各部門、各單位的不同或衝突的要求，經由確認爭執的問題之界線，而解決體系之間的衝突。

雖然有些標準，像「誠信」（good faith），「公共政策」這類一般性、概括性的條款，常被當作實質的法律干涉主義的工具看待，但它們也可以當作「契約社會化」來加以處理，而不是傳統上國家干預的手段。如果法律體系本身能夠激發社會自我規定的過程的話，那麼把誠信和公共政策等標準用來補償社會的不公平，就是一種反思的安排。這是指契約當事人在互動不足的情形下，客觀的目的和義務之釐清是藉法律來規定。就像在市場有缺陷之下，交易習慣被法律界定的市場行為規律所取代一樣；以及在政治有缺陷下，法律界定何謂公共政策，這些都顯示一般性的概括條款可以呈現反思的邏輯。

私人機構的法律也呈現這種反思的精神。今日對於協會、組合團體的法律控制與國家管理已達到極限。只有在各個協會、團體的組織中加強法律的結構，也增大其反思的機制，才能解決當前體系的各種缺陷。換言之，把協會加以「憲政化」，俾協會追求的目標與採用的手段合乎其宗旨，也使「組織的良心」能夠運作，這就是促成該組織把外頭的衝突「內化」於其決策結構之中。在這種脈絡上，社會制度的民主化之傳統性意義跟著也改變了。主要的目的不在贏取勢均力敵的權力平等，也不是增加個人的參與（實現「參與的民主」）。反之，它是組織性結構之設計，也就是使公司行號、機關團體、媒體與教育社團等等制度更為敏感，敏感它們的企圖所造成的外面影響，從而使這些制度能夠建立起最大程度的內部理性。其主要的功能為有效的內部控制機制，以取代外頭的干涉性控制，自治而非靠別人來統治。^②

註② Teubner, *op. cit.*, pp. 51~55.



五、社會實在的法律建構：社會學的法理學

上述的例子在於說明法律結構怎樣取向於一個反思的理性。我們進一步要檢討一個反思的法律體系之「認知能力」，這是呼應法的理論中重要的議題。^③法律反思的過程，由於在法律體系中調解了功能與表現而促進社會的整合。是故法律反思的結構性條件，特別是它們的認知方面便具有關鍵的重要性。這些條件中，又以「實在的內部模型」(internal models of reality)扮演重大的角色。這類模型關聯到指引決策的過程，曾受到學者的承認。德我金(Ronald Dworkin)曾經提出這樣的主張：在規範和原則的互動中，法官有意或無意地應用「政治理論」，俾為他所辦「硬性的案件」(hard cases 困難度高的案件)之裁決加以辯解與正當化。^④無論如何，人們可以從法律規範、法庭意見、學說考量來建構社會事實的理論，這些理論回過頭來變成了訊息的背景，或是詮釋學上所言的「事先的瞭解」(Vorverständnis)。舉個例子，契約、協會、國家與社會的關係這類概念是深植於社會實在的法律感知之中，這種感知與吾人對這些事物(現象)的日常理解有很大的差距。其分別正如同人們以社會學或經濟學的理論之角度來看待社會實在之大為不同是同理的。法律體系會發展出某一特殊的「實在之社會建構」，^⑤俾在法律規範指引下來排難解紛。由於緊急情況產生對實在之觀點，法律體系對世界會製造出具有高度選擇性之模型，從而忽視了許多與政治、經濟、社會有關聯的因素。

在法律發展中，這些認知模型的性質也跟著起了變化。法律模型建構和法律理性類型的建構存在著共變的關係。因之，「重新物質化」、「再度實質化」也會強迫形式性的法律去改變它對社會實在的看法。因之，為了發展反思理性，去建構的法律模型究竟如何？也值得吾人關心。

「社會學的法理學」(sociological jurisprudence)以及其在法律理論中的相關議題與運動(如自由法學派〔Freirechtschule〕^⑥、利益法理學〔Interessenjurisprudenz〕^⑦)

註③ Nonet and Selznick, *op. cit.*, pp. 78, 104, 112.

註④ Donald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (New York: The Free Press, 1977), pp. 81, 90.

註⑤ Peter Berger and Thomas Luckmann, *The Social Construction of Reality* (Garden City, New York: Double Day, 1966).

註⑥ 自由法學派與運動的先驅為福克斯(Ernst Fuchs 1859~1929)與康托洛維齊(Hermann Kantorowicz 1877~1940)。強調審判過程中的直覺和情感因素，要求法官根據正義與公平去發現法律。當實證法不明確時，當立法者不能按法律的要求立法時，那麼法官應當根據支配地位的正義觀來審案。如果這些正義觀念也無法確定，法官應當根據其個人主觀的意識來自由判決。這種廣泛的司法裁量權之擴張，遭到利益法學的反對。

註⑦ 利益法理學為德國 Philipp Heck 與法國 François Geny (1861~1944) 所倡說。前者結合 Heinrich Stoll 和 Rudolf Müller-Erbach 等人。他們反對十九與二十世紀統治歐陸法律思想中的概念主義與形式主義，否認法律制度邏輯結構之完善。反之，認為任何法律制度含有不完整性與法律規範的缺欠。他們認為法律規範為立法者解決種種利益衝突而制定的原理與原則。在相互衝突中，法律所要保護的利益應該是被認為是優先的利益。Geny 認為法律無法覆蓋司法活動全部的領域。這些法律無法覆蓋的領域，要依靠法官的自由裁量權來決定，此外法官必須發揮其創造精神與能動性。法官的任務在認識案件所涉及的利益，評估這些利益的份量，在正義的天秤上作出衡量。參考博登海默(華譯)著，鄧正來、姬敬武譯，*法理學—法哲學及其方法*，(北京：華夏，1987)，頁138~139。



可被解釋為形式再度物質化在方法學上的必然結果。^⑩它們改變法律形式主義，不只因為後者重視概念，把概念當成事實的概念論（conceptualism），也是由於後者把概念建構成社會實在的緣故。形式的法律理性與社會學的法理學基本上彼此不相容，因為前者把法律行動者（法律人）當作自世界裡頭抽離出去、抽象化，因之堅稱討論社會的、經濟的、政治的諸面向、諸側面並非從事法律工作者之職責。

實質法律理性要求以科學的方法把實在的法律看法加以還原，也就是對實在的感知「再度科學化」（rescientification）。這就是社會學的法理學方法論主要關懷之處。這種類型的社會學之法理學會受到實質法學理性危機的束縛，跟著發生危機，這是前面新功能論與批判理論所指陳的。嚴格言之，這類的法理學需要有關實在更為廣包、更為含攝的模型，使社會科學的模型也包括在內，才會造成法律負起更大的責任，足以產生廣泛計畫的過程。在這種情形下，法律的分析傾向於變成羽翼豐滿的社會政策分析。這種分析要求對實狀有適當的描繪、對問題有深入的認識、對目標有清晰的界定、對法律規範有正確的選用，在社會實在裡頭是在落實規範。很明顯地，這些模型的複雜性使法律難以達成其目的，因為超越了現存法律體系的認知能力，就算這些模型的基礎是建立在科際整合的分析之上。^⑪

就像決定論一樣，社會學的法理學需要發展一個「可靠的、被拘束的理性」（bounded rationality）之概念，為的是建構行得通的模型（對實在認知的模型），這樣才會有利於法律裁決的過程。法律體系中反思過程的另一個新增的角色無疑地是社會實在模型塑造的脈絡上，界定了法律的自制、法律的自我設限。

反思的法律理性需要法律體系自視為處於某一環境中的體系。^⑫它在規定其它社會次級體系的功能與表現之時，還要明瞭本身能力的有限。是故它與社會科學知識之關係既非全面接受，也不是徹底分開。反之，它們彼此的關係牽涉到社會知識從一個社會脈絡中「轉譯」（translation）到另外一個社會脈絡的情形。這種轉譯是根據某些規則、某些法律選擇的標準而進行的。

在造成其他社會次級體系增強其反思過程的同時，法律發揮了它整合的功能。法律體系所需的社會知識是特殊的知識，法律體系需要的模型建構比進行計畫的廣包的法律還要受到更大的限制。反思法需要利用與發展那部分的知識，也就是在不同的脈絡上能夠控制自我管理的過程之知識。因之，所謂更為廣包、更為包涵的社會政策之模型，應該被另外一種的模型所取代。後面這種模型在於以結合社會法律分析與社會問題解決互動過程的動力為主旨。假使屠布涅上述分析正確的話，那麼他相信這種新

註^⑩ Friedrich von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, Vol. 1, *Rules and Order* (Chicago: Chicago University Press, 1973); R. Pound, "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence," *Harvard Law Review* Vol. 24, No. 3, pp. 647~674.

註^⑪ Luhmann, "Gerechtigkeit in den Rechtssystemen," *op. cit.*, p. 31.

註^⑫ Luhmann, "Selbstreflexion des Rechts," *Rechtstheorie*, Vol. 10 (1979), p. 161; Luhmann, *op. cit.*, p. 419ff.



模型的產生是法律進化的發展所跨出去重大的一步。^⑩

柒、屠布涅論自生法

一、自生說：由生物學轉到社會科學

最近法律學界引進一些新的概念，包括視法律的運作是一個反覆再生的過程，法律具有自我滋生、繁衍、再生的能力、法律會自我觀照、自我指涉（self-reference）、法律有循環性（circularity）、法律具有套套邏輯（tautology 因果循環證明的邏輯）等等特徵。這些概念與說詞都隨著自生法（autopoietic law）的出現以俱來。不只在法學思想方面，就是法律實踐方面，也逐漸承認法律包含了多項的循環程序。^⑪

從生物學是自生說（autopoiesis）應用到法律體系的考察之上，會發現法律體系裡頭確有循環的關係之存在。自生法便是一種研究的策略，目的在辨認體系內循環關係的內在動力，以及它們外在與其他體系的互動。以自生法的觀點來看，整個法律體系是法律結構與過程廣大的循環關係之元素底再生活動的動態。法律就像其他體系，一般是一個「互動因素封閉的網絡裡，內在共享關係（internale Korrelationen）不停的舞蹈」。^⑫

循環性表示是一個封閉的狀態。是故自生法體系在運作上是封閉的。這種說法與現代呼應法開放的觀念相牴觸。因為後者認為法律在適應社會環境，也在改變社會環境，因之是一個開放性的系統。不過強調法律操作是封閉的，只是就其內在的運作而言，可是法律體系在吸收外部環境的資源、訊息時卻是開放的。換言之，徹底的封閉意味著徹底的開放。法律體系在運作上的封閉與自主造成它對社會事實、政治需求、社會科學理論和人類需要的開放。這聽起來有點似是而非，有如詭譎的辯詞。這種把封閉與開放連成一體可以使法律體系對社會實在更具呼應或回應的能力，這也就是說法律規範性的結構是封閉的，但是它的認知性的能力卻是開放的。

同盧曼一樣，屠布涅視法律為一個體系、一個系統，也就是一個規則、或符號、或象徵的體系。體系對環境開放，也就是接受環境送來的資訊、情報，而力求適應環境所給予的挑戰（包括環境的限制），是故體系兩大特性為開放（open）與適應（adaptive）。一個開放的體系之特徵為藉由自我分歧（Selbstdifferenzierung; self-differentiation）的形式，而分辨體系本身與其環境之不同。於是輸入與產出的關係、體系適應環境能力的大小，藉由控制與管理來重建均衡狀態，以及體系「合理的」

註⑩ Teubner, *op. cit.*, pp. 55~59; *op. cit.*, pp. 278~281; Teubner, *Il Diritto policontesturale* (Milano: Giuffrè, 1999).

註⑪ Teubner, "Closure and Openness: On Reality in the World of Law," in G. Teubner ed., *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society* (New York: Walter de Gruyter, 1988), p. 1.

註⑫ H. Maturana, *Erkennen: Die Organisation und die Verkörperung von Wirklichkeit* (Braunschweig: Vieweg, 1982), p. 28.



組織來達成某一特殊的目的等等，都是公開與適應的體系之本事。體系之所以變化、演進，一般的說法是由於外頭環境的變化所引起的，但這種說法卻忽視體系本身為適應環境變化所做的相對應改變。事實上，體系改變可能來自環境，以及體系本身的干預因素。法律就像人類所發明的權力、金錢、知識和科技一樣，都是促成體系改變的手段。

在討論法律作為社會體系的次級體系、以及作為干涉手段之前，必須首先討論體系的自我組織這一概念。這一概念也牽連到體系的自我指涉、自我觀照 (Selbstreferentialität; self-reference)。體系所以能夠自我指涉、自我觀照，乃是假定體系的一體性和認同性，是從體系整個運作與過程中衍生出來，這也就是說體系不斷地自我組織、不斷繁衍再生，從而與其環境有所分辨、有所區別。在體系的運作中，體系產生了其元素、其結構、其過程、其疆界。在循環演變中產生它自己的認同體。^④

必須注意的一個矛盾現象是指體系對環境是開放的，但對本身的組織（自我組織）卻是封閉的。是故自我指涉也就是與組織封閉同一意思，也就是一個體系、反覆的、自我再生的過程呈現出了組織的封閉形式。這是體系所以會趨向穩定與自我維持之因由。根據規定的內在律則，再生、再建之過程之所以可能、是由於體系自我指涉的過程是封閉的緣故。否則一個體系完全受環境決定，它就不是一個自主、自生的體系，它就不是獨立於環境之外、不受環境直接影響的體系。^⑤

作為體系自我指涉中最新的形式，無過於自生、自導 (autopoiesis)。自生自導的概念包含以下三個特徵：

- (一) 體系中所有的元素（成員、要素）都是自我生產的；
- (二) 自我生產的循環之自我維持，是靠更大的超級循環之聯繫 (hypercyclical linking) 來完成的；
- (三) 自我描繪、自我描述當做自我生產的規定。^⑥

屠布涅旋提出一個問題：法律算不算是一個自生自導的體系？他說：對此問題的回答是一個有保留的「是」。原因乃為法律是第二級的自生自導體系，它是第一級自生自導體系的社會之下的次級體系。法律與社會之分別為在自我指涉的方式下建構其元素、而把這些元素（包括溝通在內）聯繫到超級循環之上。^⑦

我們且以屠布涅所繪製的示意圖來說明抵達第三階段，也就是最高階段的法律，就是當法律連結了超級循環時，法律才可以稱為自生自導的體系。

註④ N. Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriss einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt A.M.: Suhrkamp, 1984), p. 593ff. 魯顯貴譯，前揭書，頁 65~67 及附註。Tuebner, *op. cit.*, pp. 13~15.

註⑤ Teubner, *op. cit.* (1993), p. 16.

註⑥ *Ibid.*, p. 24.

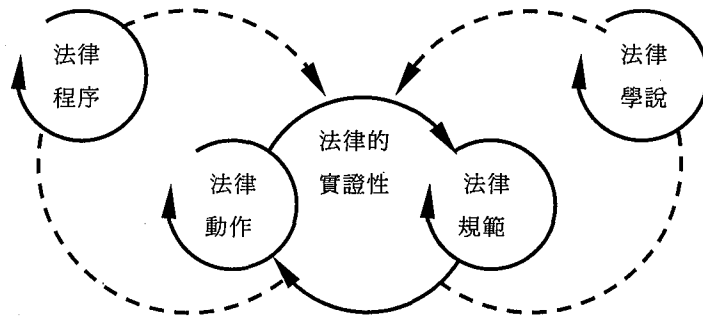
註⑦ *Ibid.*, p. 25.



圖一 法律當中的自我指涉與超級循環

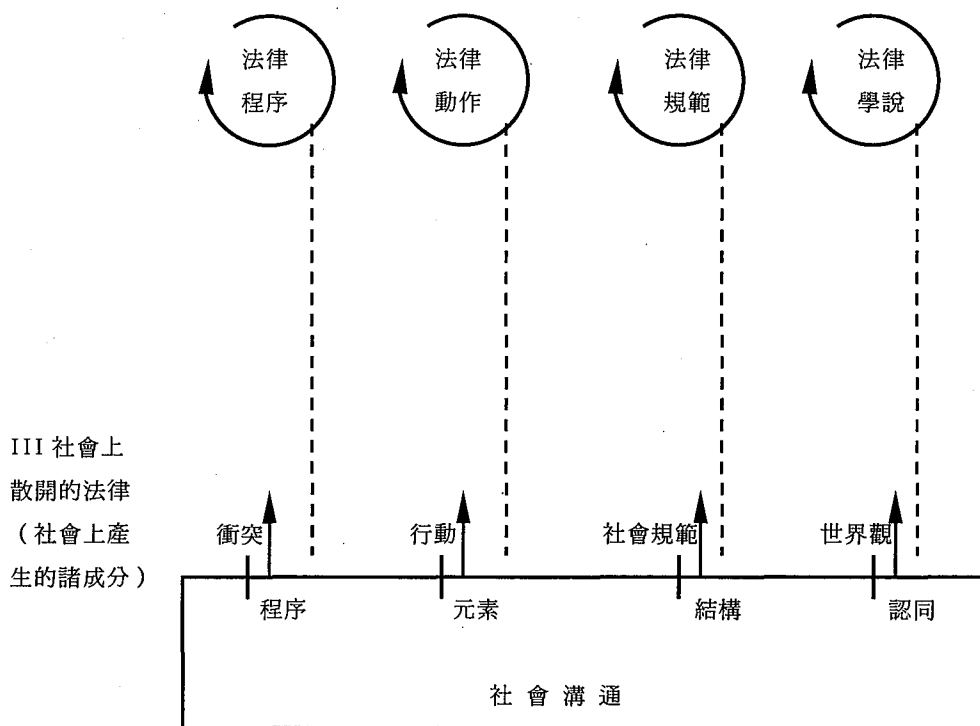
III 自生自導的法律

(超循環上結合的諸成分)



II 部份〔非完全〕自主的法律

(自我指涉方面建構的諸成分)



資料來源：Teubner, *op. cit.* (1993), p. 37.



首先，我們看一下社會是什麼？社會不再是個人或群體的堆積，也不再是人人相互關係的積聚而已，而是人人溝通的場域，也就是靠社會成員（社會成分 components）之間的訊息來往、彼此瞭解、情意交流所建構的一個意義世界（world of meaning）。正如屠氏說：「社會體系包括面對面的互動、形式化的組織、以及社會全體，是在意義的基礎上反覆再生。構成社會體系的成分、包括溝通，而非個別的人類。諸種溝通作為溝通〔互換訊息〕、訊息、與理解的統一體，構成了社會體系，而社會體系卻是由反覆的溝通之再生產所造成的。」^⑧

是故基本上社會是一個溝通體系。這個社會體系的主要成分，包括林林總總的過程、程序，其中最突出的莫過於人際與群際的衝突，這大概是馬克思強調向來的社會就是階級社會，而人類的歷史乃是階級的鬥爭史之原因。除了過程中的衝突、鬥爭之外，社會的成分包括各種各樣的元素，其中又以人群的行動（食、色、求生〔民生〕與傳宗接代〔繁殖〕的行動）是社會最主要的元素。除了過程與元素之外，社會體系還包括群體生活的組織、以及組織架構的結構。要使結構發揮作用、要使群體生活有秩序，則社會規範不可少。是故社會規範乃是社會結構重要的一部份。最後，社會體系要維持不墜，必須社會成員的認同、支持、效忠，這便涉及人群的世界觀、社會觀、人生觀了。上述過程、元素、結構與認同都靠社會成員的彼此溝通，而使體系繼續運作下去、再生下去，繁衍下去。

在第一階段上，屠氏稱做「社會上散開的法律」（socially diffuse law），是法律演展的開端之雛形。這時法律分散於社會體系各成員間，未能有效組織起來，它對人群社會行為的規範與其他社會規範（風俗、禮儀、道德）無甚分別。這時解決社會成員間的爭執，並不完全倚靠法律。像以權力、任意裁決、妥協等手段進行排難解紛，不一定都是法律性的衝突解決。這時稍有法律的意味者包括兩點：（一）衝突為乖離期待的行為，需要靠裁決來解決；（二）對期待的衝突之解決倚靠合法或非法的手段之分別。這類原始法或家族法規，其引用或指涉的通常是外頭的因素，例如社會規範被引為行為期待的基礎。這時期吾人尚無法談到法律體系之存在，原因是法律行動與一般的社會行動無從分別的緣故。

第二階段，也就是法律成形的階段，屠氏稱之為「部分的〔非完全的〕自主性法律」（partially autonomous law）階段。這時法律體系部分或多數成分，靠著自我描寫與自我建構而獨立發展。法律自我描寫最佳的例子為哈特（Herbert Hart 1907~）所倡說的「次要規則」，這是相對於「主要規則」而言。主要規則設定義務，不管人們願意與否，強制其行為要符合義務。次要規則授與權力，人們可以引進新的主要規則或修改、甚至取消主要規則或決定主要規則的範圍或控制其實施。^⑨對哈氏而言法律體系之核心是一種結構，該結構是結合主要規則的義務與次要規則的承認、改變和裁判而成。應用到屠氏上圖第二階段的法律溝通時，可以這麼說：法律溝通是從屬法律

註^⑧ *Ibid.*, p. 30; Teubner, *Soziale Systeme, op. cit.*, pp. 191~241; 魯顯貴譯，前揭書，頁102~118。

註^⑨ Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon, 1961), p. 77ff; 沈宗靈，*法理學*（台北：五南，民國83年），頁208。



涉及的意見交流而產生的。法律溝通形成結構，該結構用來規定與選擇同法律溝通有關聯的其他結構。不過第二階段中，法律尚未產生其本身、繁殖其本身，也就是自我指涉的關係尚未完全建立，法律只有自我，而尚未自我建構，所以還未進入法律自生自導的階段。

在第三階段中，也就是屠氏所說「自生與自導的法律」(autopoietic law)之階段。在此階段上透過法律體系的自我建構，法律規則產生其生命，不再是社會其他側面的反射。^⑩這時社會與法律的關係薄弱，法律並不一定適當反映社會的需求與價值。這時法律更為「形式化」(formal)。嚴格言之，第三階段的初期尚無法稱為法律的自生自導。只有當法律體系的元素、成分能夠進一步生產新的元素、新的成分，也就是自我指涉架構聯繫到更大的超級循環(hypercycle)之際，自生自導的法律才告產生。^⑪

當法律的自我描繪發展為法律源泉的理論，說明法律的源泉是其前例舊案或是法律內部創造的過程之際，法律才達到自生自導的階段。在指涉法律動作時，法律規範不必訴諸宗教的教義、神明的顯跡、自然的認知、成長期建立的傳統、群體的習俗或權力的直接運作等等，來說明其來源，而直接從法律本身去找其活水源頭。這無異法律產生法律，就是法律的自生自導。這種情勢便發生在現代的「實證法」(positive law)中。在實證法中，法律規範就靠對法律動作精確的界定而產生，不管這些法律動作是內規、是命令、是組織在內的條規。就是習慣法也可以說是法官製造的法律，因為它要經過「建構」(「宣布」)的手續，才會被界定為實證法。

不只法律規範是如此，連法律體系的其他成分(元素、過程、疆界、認同等等)，也是在自我描繪之下，變成自我再生。法律元素與法律結構超級循環的連結，乃是法律動作與法律規範連繫的相互生產，這是把行動與規範圈連起來(looping together)。由於法官引用法條的效準，而使案件符合法律的效準。這是法律行動與法規範的超級循環的結合。同樣法律程序與法學學說(教條)之超級循環使它們最終也與規範與裁決連結在一起。只有當法律體系創造了必要的條件，使自我法律藉著自我描繪與自我生產(法律的成分)而與超級循環掛鉤，真正的法律自生自導方才起步。由於法律期待的架構之關係，法律溝通能夠創造其本身，同時也被法律學說與法律過程所管理，這就是法律進入最後階段的第三時期之寫照。^⑫

二、法律體系

一個自生的體系由於其構成元素的互動而產生與再生它本身的元素。也就是某些體系不只能夠通過自我組織創造了自主的秩序，甚至還進一步創造了它本身的元素。不只在生物學中的細胞、組織、器官有這種自生的特質，就是靠著「意義」(meaning)做基礎，許多社會體系(互動、組織、群體、社會)也具有自生的能力與特質。社會體系基本的元素就是溝通。當做表達(utterance)的統一體之溝通，加上訊息

註⑩ Alan Watson, *The Evolution of Law* (Baltimore: John Hopkins University Press, 1985), p. 67ff.

註⑪ Teubner, *op. cit.*, pp. 39~44.

註⑫ *Ibid.*, pp. 44~45.



（溝通的表達）以及理解（溝通的詮釋）便構成了社會體系。換言之，社會體系是不斷產生、再生的溝通建構出來的。社會體系的概念化在社會理論中產生三種的變化：（一）社會體系徹底的、根本的時間化——這表示元素不是穩定不變的，而視元素為「事件」（events），它們急需體系反覆的使用、再造、再產生其他的事件；（二）舊的事物（體系）之維持（maintenance）之問題有了新的說詞、新的說法。要維持一個反覆性的封閉之組織，便是靠它公開的體系之封閉組織。封閉是開放的條件；（三）認知論上的結果：對自生理論而言，觀察便是活生生的體系、心理體系和社會體系所進行的活動。觀察的本身是自生體系的運作。

根據盧曼的說法，法律體系的基本單位既不是法律規範（法條），也不是致力法律活動的行動者與機關，而是溝通的進行。當法律行動（legal act）的初生因素被創造了，法律的自生便告啟動。法律行動乃是改變法律結構的溝通事件（communicative events）。法律事件和法律規範之間的循環關係構成了法律體系基本的循環性。取代了柯爾森（Hans Kelsen 1881~1973）所強調法律之外的基礎為「基本規範」（Grundnorm），循環性成為法律體系的基本特性。法律行動的反覆再生構成了法律的自生、自導、再生。法律操作上的封閉構成了它向環境開放的條件。封閉與開放的互演在法律體系裡，就表現在規範的封閉性與認知的開放性之上。其結果造成規範期待與認知期待結合的範圍有限，也導致現代法律的危機重重。法律的自生限制了法律功能的變化。自生作用的封閉使法律變成政治工具的限制加大，更不易成為政治的手段。

三、法律自主

在堅持法律自主方面自生法引起很大的爭議。原因很簡單，現代法是受到外頭的種種限制、社會的諸種壓力和政治的不同決定所塑造出來的。在法律經歷了社會科學的革命、社會學的法理學之衝擊和法律經濟學的闡釋之後，還敢稱法律體系自主嗎？不過如果把法律溝通當做法律體系元素性的單位看待，那麼依靠在溝通基礎上的法律，仍舊可以享有相當程度的自主。法律之規範性（normativity）是法律自主的基礎。規範性產生了法律同其他社會次級體系的特別關係，原因是其在規範性結構裡，法律與其他社會次級體系有「結構上的相似性」（structural affinity）。法律的真正功能在於它的社會環境（其他次級體系構成法律的環境）中規範性結構的普遍化、一般化，且是圓融地、首尾連貫地普遍化、一般化。

這種建立在溝通基礎上的自主觀念與傳統的法律與社會互動中之法律自主完全不同。在此情形下有學者（像 Richard Lempert）便分辨英美法與大陸法對自主不同的看法。在英美法中只有自生法中法律操作的封閉，勉強看出法律相對的自主。反之，大陸法則以抽象的、邏輯的、近似的、先驗上對自主的承諾來提出法律自主的說詞。自生法有異於傳統的法學觀，可以說是法律理論典範之改變。有異於傳統討論法律與社會之關係（本體論的看法），自生法是法律與社會學之關係（認知論的看法）。由是法律自主是涉及理論的架構、特徵的意義、政策的關懷和考察的方法而言。自生法



理論一方面以功能分歧的進化觀來分辨法律、社會與社會學；他方面反對把法律的特徵描繪為社會學凝視的被動目標。反之，視法律是一個主體，它能夠產生與再生本身與社會的種種關係，且秉持與時並進的看法。^⑨

四、法律演變

一個自生的體系與認同體一旦界定為組織上的封閉體，那麼它是否抗拒變遷、學習和進化呢？不過人們如果分辨保持一致、不變的自生組織和具體的、不斷改變的體系結構（這些結構不斷在做調整、與變化其組織疆界）之不同，那麼就會發現自生機制並不排斥進化，而是對進化不斷地重加界定。屠布涅便嚐試為自生的進化的兩個問題求取解決。第一個問題為法律體系怎樣演進為自生的封閉體系？第二個問題為法律體系一旦發展到自生封閉的階段之後，法律進化怎樣操作？回答第一個問題是關於法律在自生階段之前怎樣演進到自生階段的問題，這便牽連到社會進化的「超級循環」（hypercycle）的問題。只能假定社會的進化是一種「盲目」的進化機制，由於其結構成的分子（元素）的循環演變，使滲透到社會各角落的法律發展成具有更高形式的自主。由於各個社會體系超級循環的連結，使得法律取得封閉的特性。第二個問題的回答是自生法往前發展會造成其「內化」（internalization）。自生法將與社會環境的一般進化分開，而發展了蛻變（variation）、選擇（selection）和保持（retention）的進化功能，也就是自生法內部的法律機制。同時法律發展會與廣大的社會發展連繫起來，也就是依靠共同演進（co-evolution）的機制而與其外在環境一同演變。

此外，法律的社會功能隨著三個層次的互動而演變，其一為業已組織妥善的層次（結構）；其二正在進行組織的層次（控制前一層次的變形）；其三為「虛擬化」（virtulizing）的結構與功能。由於法律體系不穩定的潛勢力之運作，造成一種「奇特的圈套」（strange loop）把上述三個層次圈綁起來，造成第一階層的滑動，第二階層的變化，與第三階層的加強與變化。有異於把法律當成先後連貫的社會期待之普遍化看待，近期的理論強調法律包含各種選擇方案（alternatives）、擁有對討價還價的本事，且具有開放性、易變性和妥協性。

要之，主張自生法的理論者，有異於新自由主義派和結構理論者，而採取後結構主義的言說，強調社會的複雜性、本土化、封閉性和不穩定性，俾對抗自由派與結構派所做寰球的、圓融的、人工化的與平等化的機制之主張。

五、法律認知

自生法提示學者重新思考法律認知論的問題，特別是涉及規範性的封閉與認知的開放這一議題時，認知論、認識論尤不可少。傳統的實證主義，在法律中採取現實主義的立場，強調「法律的事實」（the Fact of Law）之重要。殊不知法律的事實乃是

註⑨ Richard Lempert, "The Autonomy of Law: Two Visions Compared," in G. Teubner ed., *Autopoietic Law*, *op. cit.*, pp. 152~190.



人群結構的、設定的事物，其脫離不掉建構主義（constructivism）之窠臼，自不待言明。法律的事實並非從法律外頭引進來，它並不代表獨立的實在，而是由於法律體系的運作而建構起來的。這種看法並沒有把法律與事實的分辨化做意義的區別，這只有再度解釋規範的操作與認知的操作之分別及其關聯而已。

盧曼為了解釋法律何以既是開放的體系，同時又是封閉的體系之詭譎和怪謬，也為了解開法律既有自主性，同時又倚賴社會全體之兩難與矛盾，遂提出下列的說詞：這是由於自生體系內含的自我指涉之機制所造成的結果。這種自我指涉的體系必然導入兩難境地（進退維谷的困境）。原因是沒有任何的體系在其疆界之外運作，沒有任何的體系可以直接進入外頭的實在（reality out there）。另一方面結構進化的腳步又要求，提出一個假設，假定體系的環境並非隨便而欠缺安排。反之，環境對體系會產生有效的節制。為了解開兩難的矛盾，盧曼透過實質的延續，以及事件的不斷呈現之說法，來區別內在訊息的處理過程和外在環境的限制。

盧曼堅持訊息的處理是體系特別的性質和內部的性質。是故訊息從環境傳達到體系，或由體系傳達到環境是不可能的。只靠訊息，環境無法進入體系。但環境對體系造成衝擊，那就是透過干涉體系運作的潛能之明顯的限制。體系與環境的聯結有兩種機制。其一為物質性的繼續（materiality continuum），也就是意義體系的物質能量基礎發揮重大的節制作用。其二為意義處理體系中事件同時出現的機制，這使得自主的活動機制得以相互滲透。

依靠訊息和相互滲透之機制，盧曼嘗試解釋上述的問題。法律的活動無法超越法條的界線（疆界）。在這一方面，法律乃為一個封閉的體系。但在法律認知的運作中，法律只能在其疆界之內活動，但它卻藉此建構了法律的實在開放本身給其環境。在規範封閉與認知開放的機制之外，法律只有通過相互滲透的機制與其環境連結。顯然，法律會參與到一般社會溝通中的語文結構以及實在的建構（construction of reality）之上。法律也與社會其他圈圈連結在一起，靠的是社會事件的同時發生、同時呈現，這些社會事件在法律當中與其他社會環境的次級體系中進行了有選擇性地處理活動。^④

這有助於對法律自主的新理解。自主不再是體系運作內部的決定。法律自主是指法律運作與另一法律運作有選擇的連結。這個自主同政治或經濟加給法律體系的壓迫可以相容。法律自主之威脅係來自於法律符碼化（法律制定）被經濟功利的標準或政治方便的標準所取代。^⑤

在評論後現代主義法學家動輒奢談法律的多元主義時，也就是企圖把法律解構為社會規範對抗法律規則，非形式對抗形式，社會對抗法律這種多元對立時，屠布涅指出自生法的「運作封閉與結構掛勾」（operational closure and structural coupling）在某些程度上，與後現代主義的法律多元觀有共同的地方，例如把社會實在同法律實

註④ Luhmann, "Closure and Openness," *op. cit.*, pp. 335~348; 洪鐵德, 「從體系論到自生的法律—盧曼法律社會學的析評」, 美歐季刊, 第15卷第1期, 民國90年春季號, 頁39~49。

註⑤ Teubner, *Autopoietic Law*, *op. cit.*, pp. 3~11.



在化解為語意學上的言說體、論述體 (discursivity)、法律推理之無根據性 (non-foundation)、歧異大於同一、法律與社會內在的矛盾、兩元對立、矛盾、套套邏輯 (tautologies) 等等。

不過前後矛盾的窘困 (paradox, 是非難分的說詞) 之使用, 卻使法律自生觀超越了後現代主義的解構分析, 而進入再構、重建的實踐中。是故日常經驗中言說實踐的矛盾、進退維谷、曖昧不清、套套邏輯, 並非自生分析的終點, 而是其起點: 也就是社會實踐自我組織的基礎。不過自生觀中封閉與開放的緊密結合, 造成一個絕大的疑問: 「在封閉的基礎之上如何開放?」 (l'ouvert s'appuie sur le fermé?)。

要回答這個問題不妨採取「亂中有序」(原文用 order from noise 吵鬧中有秩序) 的譬喻, 這就是變化、結構的掛鉤和共同進化 (coevolution) 之概念。一個開放的體系, 就是把外頭環境的訊息吸收內化而以新的產出 (output) 之面目釋放出來。但運作上封閉的系統卻把環境中的事件, 經由結構的掛鉤轉入其內部「壁龕」(niche) (密室, 安置事物之處) 中, 而改變體系本身的結構, 使其內部發生蛻變 (perturbation)。也就是從外頭的吵雜混亂體系, 創造了內部的秩序。體系及其「壁龕」的接觸是實在的; 反之, 外頭環境加給體系的限制卻不能被界定為時空中的實在。這是說體系通過對蛻變事件的期待、的看法來界定外頭環境的衝擊。不是外頭的衝擊, 而是體系內在結構能否相對蛻化, 掌握本身的改變 (滿足期待或是期待落空), 來決定內在運作下一步驟怎麼走。一個體系便可倚靠外頭變化的刺激來改變體系的結構, 使體系不斷發展, 而與其環境一同演進。

這有助於法律言說同其社會言說之關係釐清, 也幫忙吾人去理解法律「相對的自主」(不只是討論法律內外改變的因由而已) 之意義。在此屠氏建議對結構的掛鉤提出三點的修正:

- (一) 生產的誤讀: 在法律多元主義方面, 法律的言說不斷受到社會再生產的過程之干擾, 而是在生產過程中法律誤讀了社會的言說, 把這些言說當成規範產生的源泉來看待。
- (二) 連結的制度: 舊的法律多元主義主張, 主要的連結制度為把散開的社會規範形式化。新的法律多元主義主張, 法律同功能次級體系和形式化的知識之連結。
- (三) 回應性: 當結構制度把法律緊密地連繫到其他自主的社會言說之時, 社會的回應性便產生。法律多元主義使法律更能回應社會, 不是法律的社會知識、經濟知識, 而是將法律與社會運作的同時性 (synchronicity), 轉化為法律不必言宣的、默契的知識 (tacit knowledge)。

在這種情形下, 不再討論法律對社會的影響, 或社會對法律的衝擊, 而是把注意力轉向秩序的官方與非官方之形式, 轉向這兩者複雜而相互的關係。不討論 (法律與社會) 兩個單元彼此的影響, 這種新看法視秩序的多元形式, 乃是共同參與同一社會領域的不同事素而已。^⑤

註^⑤ G. Teubner, "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism," *Cardozo Law Review*, Vol. 14 (1992), pp. 1443~1448.



捌、結 論

大概是受到十八世紀後半葉蘇格蘭啓蒙運動的倫理學家（David Hume, Adam Smith, Adam Ferguson, Lord Kames, James Millar 等）之影響，在哲學與社會科學家之間，早已醞釀了進化論的看法，以致諾貝爾經濟學得主的自由主義大師海耶克（Friedrich A. von Hayek 1899~1992）一反普通人的見解，強調人文思想與社會科學方面的進化論，並非襲取生物學或動植物學的進化觀念而來；反之，先於達爾文，發現了文化與社會的進化或發展之軌跡。^④

且不說韋寇（Giambattista Vico 1668~1779）把觀念的歷史劃分為衆神時代、英雄時代、庶民時代，也不談孔德（Auguste Comte 1798~1857）神學、哲學和科學（實證主義）的三階段之演變律則，單單指出梅因（Henry James Sumner Maine 1822~1888）把法律從身份規定至契約訂立作了歷史發展期的對照，便顯示了古典的法律進化論之概觀。後來經過斯賓塞（Herbert Spencer 1820~1903）社會進化論的鼓吹，認為法律從素朴的個人利益之共識，邁向傳承的習俗，進而為已逝世的領袖之遺囑與現存統治者的命令和意志，最終抵達了現代個人利益共識的再建構五個進化過程。孫末楠（William Graham Sumner 1840~1910）的社會達爾文主義之法律演進說，便把民俗、慣習、權利和實證法的依次遞變做了社會學的觀察。涂爾幹的法律社會學雖建立在功能論之上，但也主張由壓迫性法律邁向復原性、補償性的法律正反映了簡單的社會機械性連帶關係走向現代工商社會之有機性的連帶關係，^⑤這說明了屠氏的法律進化論是繼承前人的腳步，對法律的遞嬗演變企圖加以掌握、描寫、分析、分期所做努力之一斑。

這些經典的，或舊的法律進化模型，顯然與世紀後半葉的西方法律發展的詮釋有了相當的落差。在此情形下，歐美法律哲學與法律社會學的工作者（Martin Albrow, Lawrence Friedman, Paul Hirst, Alan Hunt, Duncan Kennedy, Philippe Nonet, Philip Selznick, David Trubek, Roberto Unger, Alan Watson）開始為當代工商業發達得的英美與歐陸的法律之演展進行一番分析、歸類與預測的功夫。其中成績最為卓越的，也是引起最廣泛討論的當推屠布涅。

屠氏首先以美國諾內特與塞爾茲尼克，如何描述法律從壓迫法發展為自主法，再演進為呼應法之經過略加鋪述，認為這是法律體系所受體系之外的社會影響，這是從形式理性轉向實質理性的一大躍進。這是受著制度的設計和法律政治化衝擊的結果。但法律除了具有形式與實質的理性之外，尚有第三種的理性，即反思的理性。這方面可以德國哈伯馬斯把韋伯形式合理性推廣到法律內在的合理性（包括體系合理性和規範合理性），來加以補充。不只哈伯馬斯的社會組織原則說，就是盧曼社會趨向複雜

註④ Friedrich von Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, op. cit., Vol. I, p. 23.

註⑤ 洪謙德，「涂爾幹法律社會學的簡介」，前揭文，民國 89 年，頁 7~9。



性、分歧性的說詞，都有助於現代社會反思理性的法律建構與發揮。是以屠布涅便利用上面四位學者的學說，重新解釋法律進化的階段，而強調程序的正當與合法，配合言說的（discursive）與慎思的（deliberative）民主，才能建構新的社會學之法理學。

本文除了鋪敘屠布涅對西方現代法律演進大勢的新進化論模型之外，尚在文尾詳論他怎樣從反思法演進到自生法，並對自生法之大意有所剖析。在很高的層次上，由於屠氏精通英文，所以比盧曼在闡釋自生法方面，更為淺白，更為系統，而更受英美學者的讚賞與接受。

近年間屠氏還致力私法的研究，對私法自主性的抬高，自主範圍、界域的擴大有精湛的剖析。屠氏不只因為專研私法，包括商法、勞動法、公司行號的組織法、經營法、契約法、環境法等而著名，且因為他發揮了反思法與自生法，而成為歐美法律社會學的頂尖人物。近年間他致力於「新經濟」的網路權益的問題之探討，而預言透過互網的溝通有把契約權利和經營權利區別掃除的趨勢。如此一來市場中的平起平坐，而非上下垂直不等的關係（Hierarchie）之維持，則未來的經濟組織與法律規範之間？如何重新掛鉤、重新安排，成為值得商榷的問題。^⑨

* * *

（收件：90年7月16日，修正：90年10月12日，再修正：91年1月10日，接受：91年2月21日）

註^⑨ N. Teubner, "Das Recht hybrider Netzwerke" (typography 2001).



屠布涅德、英、法、義大利文原著一覽表（限本文論文之有關者）：

Teubner, Gunther

(1) *Standards und Direktiven in Generalklauseln; Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt A.M.: Athenäum, 1971.

(2) *Public Status of Private Association*, Berlin: de Gruyter, 1974.

(3) *Gegenseitige Vertragsuntreue*, Tübingen: Mohr und Siebeck, 1975.

(4) *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen: Mohr und Siebeck, 1978.

(5) “Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive,” *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (1982), Vol. 68, No. 1, pp. 13~59. In Werner Maihofer (hrsg.) *Noi si Mura*, Schriftenreihe des Europäischen Hochschulinstituts (1980), pp. 290~340.

(6) “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law,” *Law and Society Review* (1983), Vol. 17, No. 2, pp.239~261, in Kahei Rokumoto (ed.), *The Sociological Theories of Law* (Aldershots: Dartmouth,1994), pp. 415~461.

(7) *Recht als Autopoietisches System*, Frankfurt A.M.: Suhrkamp,1989).

(8) “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism,” *Cardozo Law Review* (1992), Vol. 13, pp. 1442~1462.

(9) *Law as an Autopoietic System*, Oxford: Blackwell, 1993.

(10) *Droit et reflexivité*, Paris: Flammarion, 1994.

(11) *Il diritto policontesturale*, Milano: Giuffrè, 1999.

Teubner, Gunther (ed.)

(12) *Corporate Governance and Directors' Liability*, Berlin: de Gruyter, 1984.

(13) *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: de Gruyter, 1985.

(14) with T. Daintith (eds.), *Contract and Organization: Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory*, Berlin: de Gruyter, 1986.

(15) *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis of Labour, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin: de Gruyter, 1987.

(16) *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, New York: Walter de Gruyter, 1988.

(17) *Regulating Corporate Groups in Europe*, Berlin: de Gruyter, 1990.

(18) *Paradoxes of Self-Reference in the Humanities, Law and the Social Sciences*, Berlin: de Gruyter, 1991.

(19) with A. Febbrajo (eds.), *State, Law, Economy as Autopoietic System*, Milano: Giuffrè, 1992.

(20) *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Tübingen: Mohr und Siebeck, 1995.



- (21) Environmental Law and Ecological Responsibility, Berlin: de Gruyter, 1995.
- (22) Global Law Without a State, Aldershot: Dartmouth Gower, 1997.
- (23) Die Rückgabe des Zwölften Kamels, Frankfurt A. M.: Athenäum, 2000.



Gunther Teubner on the Evolution of Law, Reflexive Law, and Autopoietic Law

Hung Lien-te

Abstract

This essay expounds and analyzes Gunther Teubner's idea of the evolution of law and his notion of reflexive law as well as his conceptualization of autopoietic law. Combining Philippe Nonet's and Philip Selznick's evolutionary model of responsive law with Jürgen Habermas' theory of social and legal crisis in contemporary Western societies as well as with Niklas Luhmann's neo-evolutionism, Teubner develops a new procedural approach to the identification of an emerging kind of legal structure which he calls "reflexive law." This article presents and reinterprets Teubner's ingenious and enlightening treatises on substantive and reflexive elements in modern law in the last two decades. In addition, the paper briefly explains his view on autopoietic law in which he attempts to articulate and expand the socio-legal analysis broached by Niklas Luhmann.

Keywords: the welfare state; normative structures; formal rationality; substantive rationality; old and new evolutionism; repressive law; responsive law; autopoiesis; self-refrentiality; discursive and deliberative democracy

