

回应社会 法律变革的飞跃:从压制迈向回应

——评《转变中的法律与社会:迈向回应型法》

李 晗

摘 要: 伯克利学派主张法律需要重视规范、国家制度、政策和立法价值的研究。学派代表赛尔兹尼克和诺内特在合著著作《转变中的法律与社会:迈向回应型法》一书中将伯克利学派的理论纲领和方法论充分说明,利用“伯克利观察法”创造性提出“回应型”法的法律发展范式,进一步对法律进行分类,透过“压制型法——自治型法——回应型法”的路径进行法社会学分析,结合实际情况寻找法律发展适应社会的出路。“回应型”法的发展范式也为我国法治国家的建设提供了新的思路。

关键词: 《转变中的法律与社会:迈向回应型法》;伯克利学派;法社会学;回应型法

20世纪60年代,越南战争受挫导致美国政府信任危机,同时民权运动、民众罢工、贫富差距扩大、犯罪激增、环境污染和城市骚乱等一系列社会危机频发,美国社会各种矛盾持续激化,社会发生剧变,亟需变革。在此背景下,继承霍姆斯现实主义法学和庞德社会工程法学的法律社会学传统基础之上,一场名为“法—社会”的研究运动在美国兴起^[1],并且风行一时,“法与社会”的研究范式由此成形。季卫东教授按法律社会学研究不同的方法论,即法律价值与法律实施结合还是分离,法律更应强调科学性还是实践性,将“法—社会”研究运动中产生的范式分为两类:科学主义和规范主义^①。其中,科学主义范式的代表所提倡的是应进行纯粹研究的D. J. 布莱克的纯法律社会学,而与其相反,作为规范主义研究范式的典型,伯克利学派则主张法律需要重视规范、国家制度、政策以及国家立法价值的研究,强调法律适应社会,注重解决现实问题,提倡法律社会学也应具有改革精神,能利于制度的设计以改造世界。

以塞尔兹尼克和诺内特^②为代表的伯克利学派带着强烈的改革动机和应用目的,怀着对国家和社会的忧患意识,试图通过对法律制度的研究来解决社会发展问题,寻求建立一个符合社会发展的法律制式。伯克利学派提出了诸多理论,如将自然法学和法律社会学相联系研究,强调法律中价值追求所起的重要作用,更具有独创性地提出了新的法律发展范式——“回应型”法律,在当时引起美国法律社会学理论界的轰动。塞尔兹尼克和

作者简介:李晗,法学博士,北京工商大学法学院副教授。

① “法与社会”的研究运动中,科学主义流派以D. J. 布莱克出的纯粹法社会学为代表,该理论指出纯粹法社会学有两重含义,其一是把事实和价值相区别开,法社会学作为一种科学研究方向,应只研究与事实有关的内容,而不作出价值判断;其二是把社会因素和法律因素区别开,法社会学着眼于社会因素对法律行为的影响,而不重视法律因素本身。科学主义的另一学派代表为维斯康学派,该学派在研究各州经济的基础上考察司法发展的历史,把法律作为反映社会的工具,通过对具体资料进行经济学和社会学的交互考察,使得法律具有可观性依据。规范主义流派则以本文提及的伯克利学派为代表,该学派注重政策性研究和价值体制,希冀通过法律值得的研究来说明社会的组织原理和结构,进而在法律制度之外发现能够解决有关法律制度的各种问题的方式方法。

② 关于塞尔兹尼克(Philip Selznick, 1919-2010)和诺内特(Philippe Nonet)的学术背景介绍可参见张志铭译《转变中的法律与社会——迈向回应型法》中国政法大学出版社2004年版,季卫东,《社会变革的法律模式》(代译序)。

诺内特合著著作《转变中的法律与社会:迈向回应型法》一书,将伯克利学派的理论纲领和方法论充分说明,并且结合社会发展的进程,采用“伯克利观察法”^①,提出了三种法律类型,即压制型法、自治型法以及回应型法。法律作为一种调整社会关系的手段,起源于社会,那么终将落脚于社会。基于此,从强调绝对权威的压制型法到强调程序正义的自治型法,再到倾向实体正义的回应型法的法律发展范式,为适应社会变迁并解决社会问题提供了一种新的思路。

一、社会学视角下的法理研究路径

自20世纪50年代起,在法律学界产生了一种倾向,希望能够通过社会科学去探求法律与社会部分脱节的原因,并寻求补救措施。事实上,在当时的社会背景下,法律的制定、案件的裁判、社会治安保障和社会关系的整合大都过于理论上的理想化,进而脱离现实。基于此,把社会学的观点和研究方法扩展到对法律及相关机构的分析成为趋势。法律和社会总是相互作用的:一方面,对法律方面各种的经验研究如果能够和传统法理学相关联,就会使得法律对社会的作用更为明显,这种研究方式下,法律对社会的影响集中体现于两方面,即社会政治形态和社会期待;另一方面,只有在整合法律、政治和社会理论的前提条件下,法律及法理学才能更贴近生活,具有活力。

20世纪60年代美国社会出现的各种社会骚乱导致了一种对权威的怀疑及对法律的非难态度,有些法律职业者把自己当做无特权主义的代言人,而另外一些人则认为法律在社会中扮演着镇压者的角色。与这些想法相对应的是两种关于社会控制和法律的不同观点,一种观点强调法律稳定性,又被称作“风险小”的秩序观点。这种观点认为权威体系和公民义务体系是不稳定的,因此法律是主要的社会控制手段,而其他社会控制手段居于次位,不可全部依赖。法律的变更,也需要通过政治程序来实现,因此法律和政治必须分离,以达到独立的不受影响的稳定性。在这种观点下,法律是独立现实生活和政治权威的,它并不具有回应性,由于规避了各种变化修改的渠道,可能更会导致混乱和危机发生。另一种观点被称为“风险大”的秩序观点,强调机构具有一定的弹性和开放性,法律是一种特殊的秩序类型,是一种批判的手段和工具,而权威机构为了维护自身,就需要接受来自法律和道德判定带来的改造。在这种情况下,法律和政策的界限模糊不清,而权威机构回应着道德、法律等一系列种类的秩序模式,显得过分软弱,并易于妥协于一些具有行动力的积极少数派,那么,大多数人的利益有可能被弱化。

可以看出,无论是“风险小”还是“风险大”的秩序观点,都存在一定缺陷,甚至有可能使权威陷入混乱状态。面对处在动荡、不断变化的社会中存在的对法律和权威的极端态度,诚如庞德所言“将法律的发展阶段放在不断走向成熟的体系中……考虑是便利的”^②,引入一种源于社会学的发展模型^③来分析法律和社会的关系,将法律的制定、适用及相关看做是可变化的和场合性的,或许能够在混沌中寻找出路,在对旧事物的衰亡和新事物的建构中,找到解决法律同社会发展契合的范式。在《转变中的法律与社会》一书中,这种研究发展模型考查了法的目的、合法性、规则、推理、自由裁量权、强制性、道德、政治、对服从的期望和参与^[2]几方面指标,沿着“压制性法律—自治型法律—回应型法律”的路径展开,直接反映了法律低级阶段向高级阶段演进的过程。

二、绝对权威的代言:压制型法

压制,是一种具有强迫性的非正义。从国家统治政权角度来看,如果统治政权对被统治者的权利漠视,甚或否认被统治者享有国家各种权利的正当性,鼓励或者要求无视各种被统治者强烈权利需求时,即是一种压制性的政权。这种压制性政权不仅将国民地位置于不安之中,也让所有国家利益处于危险之中。另一方面,如果对统治者权利的漠视是发生在紧急情况之时,那么就可能不会被认为是来自政府的压制,因此,就实质内容而

^① “伯克利观察法”由伯克利学派代表之一诺内特提出,这种观察法的宗旨是:力求能够说明法是怎样适应社会需求,解决现实问题,主张用“软性法制”取代“硬性法制”,在法学研究方法上将价值追求和经验实证结合起来。参见张志铭译《转变中的法律与社会——迈向回应型法》中国政法大学出版社2004年版;季卫东《社会变革的法律模式》(代译序)

^② Roscoe Pound. *Jurisprudence* (St. Paul, Minn: West Publishing, 1959), I, p. 366

^③ 参照来自 Warren G. Bennis *Changing Organizations* (New York: McGraw-Hill, 1966, pp. 3-15) 和 *Beyond Bureaucracy: Essays in Development and Evolution of Human Organization* (New York: MacGraw-Hill, 1973) 中关于现代组织社会学的前官僚型组织,官僚型组织及后官僚组织的发展模型分析路径方式,着重考量了三种正式组织的设立目的,权威性,规则,决策以及职业特征。

言,对压制的界定也是随着不同的社会环境有所不同的。压制最显著的形式就是为了确认拥有绝对的控制权、绝对的权威,镇压各种反抗行为而无节制的使用强制手段,然而强制并不必然等同于压制。虽然法律可能会依赖某种特别的社会力量强制实施,但并不意味着法律体系就是具有压制性的,不意味着对被统治阶级的合理权利漠视。于此同时,一旦法律推行者或者权威机构获得了权利的正当性来源,将某种强制转变为奥斯丁所言的“一般的服从习惯”时^①,那么,强制的特性将淡化,当然从某种意义上说,这种法律仍然可能是压制性的。

事实上,每一种法律都存在压制的倾向,法律总是需要保有稳定性及具有法律权威,正因为法律这种特性,它能够使得权力行使更加有效。但是,压制型法又有其独到特征,塞尔兹尼克和诺内特对“压制型法”的特征做了如下的阐释:

其一,压制型法律同权力息息相关。社会能够积极有效运行,取决于是否存在一个权威。而权威的形成则依赖于是否带给社会的正向实践和是否获得来自公众的信仰。当缺乏公众信仰时,“权威者”为了保全自己的权力,便会求助于压制机制,这种方式在政治社会的形成过程中是普遍存在的。压制型法律正是为了维护权威的存在而存在。纵观历史,压制型法律在极权国家或者原始国家极为明显。在这些国家中,法律机构及法律从业人员都必须服务于国家,他们存在的首要目标是维护国家治安,在动乱情况下,对于秩序的需求超过了对其他价值的追求,而刑法,作为对社会治安挑战者的压制性处罚,是表现法律权威的最好方式。此外,在政治权利充分而资源有限的情况下,政府为了完成某些紧迫任务,也更倾向于采用压制措施来实现效益最大化。由此,政治权利对压制型法的依赖可见一斑。值得强调的是,虽然压制性法律已经具有权威性,但其仍受政治规则的限制。压制型法律的存在,是国家丧失满足公众需要的能力,但又追求保持权威的结果。这种政法合体的法律模式,将国家需要置于利益最高点,降低了法律确认权利和制约权利行使的能力。

其二,压制型法律强调对官方观点的维护。官方观点即为由统治权威发布的法案、方针、政策等一系列与社会运行相关的态度表达。统治者为了维护其统治权力的正当性,需要压制型法律将自己的阶级利益转化为社会的需求,需要压制型法律推行自己的官方观点。为了保证官方的观点不受制约和批判,压制型法律更是赋予了统治者极大的权利,包括主权豁免和充分的自由裁量权。而作为压制型法律的实施部门——警察集团也因为有了更多的权利,而不易受约束。同时,为了使官方保持严肃性和有限的可接触性,僵硬的压制型法律规则和限定条件被援引,通过此种方式实现了所有被统治事务都在官方便利和需要的框架下运行。

其三,压制型法呈现“二元化”体制模式,正义被官方阶级化。由于存在维护权威的特性,注定决定了压制型法律要区分特权阶级和非特权阶级。对于非特权阶级,压制型法律把他们看作是国家特别对待的对象,需要给予特别的制度规定以相应的保护和彰显正义,但隐藏在此行为背后的意图确实希望能够让无可奈何的民众绝对的服从于国家。而另一方面,压制型法律又将非特权阶级视为更易发生暴动的危险阶级,压制性法律给予非特权阶级更为严苛的规定和更为严厉的制裁。正义在压制型法的双重评价标准下被官方权威阶级化了,这种阶级正义带来的另一作用是特权在这种情况下被强化了。针对非特权阶级,压制型法律强调控制和惩罚,而针对特权阶级,法律则更侧重对私有财产和其它非政治性权利的保护。然而正是这种“二元化”压制型法的体制模式,使得社会产生摆脱特权,扩大公民权利的诉求。

其四,压制型法推进法律道德主义^②。压制型法存在的持久根源来自于社会中某种道德准则凝聚在一起,而这种道德准则正是维护社会秩序的手段。法律道德主义主张国家可以正当的使用强制性手段惩罚罪恶的人,无论这些行为是否会伤害或者冒犯他人。法律道德主义的理论实现基础亦为共同体道德。社会成员通过坚持某一共同道德而明确区别于外人,在这种环境下,不服从即为背叛,而背叛的后果是遭受相应的惩罚。压制性法律将共同体道德法律化,任何违反压制型法律的行为都被认为是违反了某种社会中存在的共同道德,而理由由压制型法律所具有的强制性惩罚措施惩罚,在这样的逻辑下,压制型法律不仅是法律道德主义在实践中的反映,更无疑推进了法律道德主义的展开和实现。

^① John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (London: Weidenfeld&Nicolson, 1955, 1832), p. 151

^② 法律道德主义:关于法律道德主义的界定,大多数理论家对这个问题的界定是一致的,可以参见如下两个代表性理论家的说明:Joel Feinberg, *Harmless Wrongdoing*, Oxford University Press, 1988, p. 3; J. G. Murphy, *Legal Moralism and Liberalism*, *Ariz. L. Rev.*, N. 37, p. 74 (1995)。

从塞尔兹尼克和诺内特对于压制型法的种种特征表述中,可以看到,虽然压制型法为维护官方权威的正统性提供了有效的保障,但由于在这种法律模式下,政治权威同法律的关系过为密切,使得法律失去了其独立的价值判断,加之自身阶级性的存在,使得法律的公平性消失殆尽。压制型法的诸多不足促使自治型法演进动力融入压制法之中,同时也验证了伯克利学派提出的法律发展需内在动力的理论^①。

三、正统性的探求:走向自治型法

没有来自公众的认同,任何政权都难以持久运行,统治者基于公众的支持、认同并服从,取得权力的正统性。对于政权而言,具备正统性的统治者可能是一个要求所有臣民对其统治不加批判服从的暴君。而事实上正统性的主要功能即为保护统治者不受对手和潜在批评者要求的损害^{[2][P.262]}。可以肯定的是政权是有正统性的,在压制型法的范式下,法律成为权力的附属,丧失了法律本身的正统性。为了改变压制型法中法律正统性丧失的困境,自治型法使法律秩序不再仅单纯为权威服务,而是成为控制压制的一种方式。在自治型法范式下,存在着专门的、相对独立的法律机构,并且这些机构在固定的权能范围内都有最高权威性。自治型法的出现和现代法治的提倡有诸多共性,体现着对传统人治的抛弃,其属性主要体现如下:

其一,自治型法体现了法律和政治制度的分离,使法律正统性彰显。压制型法由于过分的维护统治权威使得其失去了法律的固有正统性,为了探求法律所固有的正统性价值,需要将法律独立于政治,甚至高于政治之上。法律职业群体,如法官在解释和运用法律的时候,应当奉行客观主义,成为公众正义的代言人。然而政治权威不可能立竿见影的把权力全部让与,因此,法律机构同政治机构达成一种交易形式——用自己的实体服从换来程序上司法独立自主。法律和政治相分离是追求法律正统化的策略,司法权和立法权独立于行政权力,政治在形式上服从法律,法律职业者在应用法律的时候强调法律的独立性而非政治色彩。自治型法虽然实质上可能存在权力相冲,但在恢复法律正统性上确有质的提高。

其二,自治型法强调规则的准确性和严格性。规则都有确定的范围和适用的要求,自治型法通过仔细考量每个规则词语含义,解决抽象和具体、一般和特殊之间的冲突。规则带来权力合法化,并且只有在规则之下,法律实施者的自由裁量权才能够受到限制,也是只有在规则之下,法律责任才可以得到确定和限制。自治型法以规则为中心,这是因为规则的稳定性能够给予机构一定保护,换句话说,如果法律由规则支配,而不是由没有恒定标准的自由裁量权或者法律原则支配,那么法律程序的完整性将会被最大限度的保持。然而,对规则的过分关注势必会忽略对其他因素的考量,虽然合法性得到了保证,但在法律适用中合理性却很难得到实现,这样极易导致只关注法律权威而忽略实际应用的法条主义倾向产生,实质正义无法保障。

其三,自治型法使得程序成为法律中心。对规则的崇拜,必然会导致对与规则同步的程序予以坚持,强调程序是对公正使用规则的重要保障手段。法律机构通过放弃实体上的权利以获得法律形式上独立的正统性,而在此情况下,坚持程序成为法律运行之底线。实际中,法律机构将程序服务于更多的目的,程序成为一种限制诉求,维护法律机构利益的手段,那么实体正义就在此条件下被弱化了。关注程序,强调形式正义成为自治型法的主体,实体正义成为了一种派生正义。但是,如果标榜合理的程序无法维护实质上为正义的权利要求,公平又丧失了诉诸之地。程序正义和实质正义之间的矛盾最终推动着法律范式的又一次进化和发展。

其四,自治型法要求严格的法律权威。自治型法强调守法即是法治重要环节,倡导法律的绝对权威和服从。自治型法仍然具有约束精神,无论是坚持程序抑或崇拜规则,自治型法的种种特性都在昭示着对法律权威的要求,守法不仅仅意味着权力受到限定,同时也意味着来自权力的肯定。任何对法律权威的背离行为都被视为对整个法律秩序的刺激和威胁。在这方面,自治型法和压制型法存在着一个明显的差别,对自治型法而言,自由裁量权受到了限制,而压制型法却是极力推崇官方观点的。需注意的是,即使自治型法强调守法,在现实中,依然存在某些未能详尽叙述的规则,在这种情况下,自由裁量权又不得不被提出。因此,对规则的设置也产生了一种

^① 塞尔兹尼克认为,法律的发展依赖于自身的内在动力,如压制型法服务于政治权利,在压制型法暴露缺点后,为自治型法演进提供了导向。也就是说压制型法的内部矛盾推动法律相高阶的自治型法演进。德国学者托伊布纳在《现代法中的实质要素和反思要素》中对塞尔兹尼克提出的“内在动力”阐述如下:“压制型法服务于合法权利,但真正功能是在压制型法律制度内部产生了压力,这些压力逐渐破坏了该制度的特定结构并推动自治型法的涌现;自治型法发展了推理的内在程式和参与的概念,打破了形式理性的边界,并产生了向回应型法发展的内在动力。”参见托伊布纳“现代法中的实质要素和反思要素” 矫波译,强世功校,载《北大法律评论》1999年第2期。

更为详尽和公平的期待。

为了追求法律独立及公平价值的正统性,自治型法以政法分离为基础,注重程序,坚守规则,极大的约束了统治者的权威,具有了现代法治内容的典型特征。然而,正如马克思·韦伯所担忧的那样,“形式理性是否能够成为法律的最终目的”^[3],单一的坚持程序,考虑法律规则,而忽视法律之外的实体正义及多种影响社会进程的社会因素,法律发展过于封闭,长此以往,反而可能冲击社会的稳定性,最终在少数人获益的背景下法律权威逐步瓦解。

四、法律目的的需求:迈向回应型法

压制型法的特征是法律机构被动地适应社会政治环境,自治型法为了保持法律机构的独立性,追求法律的正统性,实行了法律的自我隔离,虽然是对压制型法的一种改进,但仍不免过于注重形式,而无法发挥法律对于社会的全部价值。基于压制型法及自治型法存在的种种缺陷,需要一种具有独立性,并且能够及时解决社会矛盾的法律范式出现。J.弗兰克曾指出法律现实主义者的一个主要目的就是使法律“更多地回应社会需要”^①。回应型法是在扩大法律相关因素范围的前提下,强调对各种社会矛盾做出及时回应,不仅关注程序正义同时关注实体正义的法律范式。

回应型法以法律目的作为法律推理的根基。探求规则 and 政策的内在价值是回应型法的独特特征。关注程序,使得在法律适用过程中某些基于程序产生的价值受到保护,而关注法律目的,事实上为法律实现其维护实体正义的功能提供了立脚点。面对冲突,正确的解决方式并非僵硬的坚守规则,而是认真对待法律目的,将法律规则和法律原则都充分发挥作用,并且行使合理的自由裁量权,根据具体情况合理的调整法律适用。只有在这种条件下,批判具体规则的权威才有可能存在,法律的正统性才能够进一步升华。当法律与社会相接轨时,应强调法律目的,使法律推理更具合理性,法律机构无法机会主义地适用法律。回应型法因此为解决社会矛盾提供了更为有效的途径。

回应型法为非僵硬性的文明公共秩序的形成创造可能。法律目的是回应型法首要提倡的,对法律目的的追求使得协商成为法律秩序产生的主要途径。在此情境下,法律结构变得更为开放,体现法律权威强制性的刑法逐步衰弱,法律依靠民众的自觉性或者商谈的方式来得以制定和施行。一种有礼节的,非僵硬性的文明公共秩序可能在这种回应型法的社会中逐步成型。回应型法对于这种文明公共秩序形成的主要作用体现在两个方面:一方面,它使得法律秩序在具体问题上更加温和,包容多样性。寻求在普遍中达成合意而不是残酷的对待越轨者;另一方面,鼓励对公共秩序的危机采取一种以解决问题为中心的非暴力抵抗态度,因为回应型法倾向于合作中宽恕违反规则的行为。

回应型法有助于法律机构进行修正和改变行为。由于回应型法以法律目的作为导向,故法律的权威被自然而然的分散了。适用法律所要考量的相关因素增多,回应型法扩大了对权力和权威的自由裁量权的批评途径,法律参与程度逐步增加,不再仅仅意味着被动和顺从。更多的评价途径增加了对法律机构运作的监督,提升了对法律机构作出决定的参与机会。公众法律参与和政治参与的同时提升,不仅增进了法律秩序的民主价值,它还有助于法律机构发现不足和提高能力。

回应型法需要有能力的法律机构作为支撑。协商化解冲突的方式、法律参与的扩大、实质正义的追求、法律目的的重视,都体现了回应型法对于构建一个合法且合理社会的理想。但是,回应型法所具有的开放性使得法律机构的完整性及权威性受到挑战,因此为了完成回应型法律所构建的近乎“乌托邦”的社会,一个更能够贯彻回应型法律精神的强大法律机构成为必须。虽然,任何完善的法律秩序都会走上对社会发展的回应之路,但这种愿景能否尽快转变为现实还有赖于政治环境的支持。回应型法并非正义领域的创造者,它的成就必须取决于公众的意愿和权力权威所能带来的资源。

综合塞尔兹尼克和诺内特对于回应型法特征的阐释,不难看出,回应型法对于社会的回应途径主要为两个方面:公众参与及政治参与、法律机构能力的提升。正如前文所述,协商沟通是回应型法合法性的基础,而协商沟通主要体现在公民的法律参与和政治参与上。通过公众法律参与和政治参与的扩大,民主化的立法模式和政

^① Jerome Frank, *Mr. Justice Holmes and Non - Euclidian Legal Thinking* Cornell Law Quarterly 17(1932): 568, 586

治表达方式得以实现。此外,法律和政治参与主体的扩大也给法律机构的运作带来了更多的正能量。作为具有法律多元主义倾向的回应型法,只有不断提升法律机构的能力,敢于自我矫正,才能在正确发挥法律机构社会作用的同时承受来自社会的多方面压力。

五、来自回应型法的启示:范式缺陷及反思

伯克利学派跳出了以往实证主义和自然主义相冲突的理论范畴,将哈特的规则说和富勒的自然法观进行融合,又吸收了耶林的法律目的说等学说观点,在此基础上提出一种整合的法律观念,即回应型法,其独到之处在于与社会的发展相呼应,不仅关注社会的现实问题,同时也关注法律的目的和价值理想。塞尔兹尼克和诺内特在《转变中的法律与社会:迈向回应型法》一书中所提出的“压制型法—自治型法—回应型法”的法律发展范式体现了对社会的人文关怀,然而任何理论的提出都是无限的接近真理而非真理本身,回应型法律理论也具有其局限性。

首先,伯克利学派将强制性作为法律分类的标准,而非法律本身的基本要素。他们认为,法律虽然是一种具有权威性的规则,但是法律的推行并未依赖强制或者压制。回应型法所具有的强制力,并不是来自外部的力量,而是源自一种普遍合意的价值规范或者道德准则,也就是说回应型法之所以能够在社会中得以施行,并不依靠国家强制力量,民众的自觉尊重起到了决定性作用。但需要反思的是,作为一种社会规范,无论是道德、宗教抑或是法律,都具有一定的强制性,而国家强制力更是法律规范区别其他规范的主要特征。如果将强制力存在与否作为划分法律的一种方式,并且轻视强制力对于回应型法律的作用,是否意味着不仅回应型法律存在逻辑上循环定义的情况,而且忽略了无强制性的法律可能成为一纸空文呢?其次,伯克利学派在描述回应型法的作用路径时,花了大量的篇幅论证法律目的在回应型法中所起到的支配地位。认为法律目的在一个多元化发展的社会中,必定也呈现多种形式,而在多种法律目的中达成一种合意,才是回应型法发挥功能的表现。诚然,当今社会是个多元发展的社会,不同的利益群体对于正义的诉求是不同且多样的,法律目的本身就是一个不确定的未知,又如何希冀通过合意使得不同的法律目的具体化且达成合意呢?如果盲目的将社会的法律目的置于权威机构之中,是否又会导致利维坦式的独裁国产生呢?由此可见,伯克利学派关于回应型法的构建本身也是过于理想化的。最后,塞尔兹尼克和诺内特创建的回应型法律回应路径最重要的环节在于政治参与和法律参与。以回归古希腊时代的协商方式,民众参与政治治理和法律创制,通过协商同意,法律运行取得权威。虽然是寻求大多数人无冲突的解决问题,可是如何能够保证在各种阶级利益冲突的情况下,公众基于协商达成合意,以解决社会问题呢?如若每个人都坚持自己的利益,势必会造成一种新的混乱。

以塞尔兹尼克与诺内特为代表的伯克利学派在回应型法理论的提出上虽有不足,但其借用社会学科方法的法理学研究方式,以发展的角度分析法律的范式仍具有重要的借鉴意义。只有将法学研究同社会发展实践相联系起来,其价值凸显才更为全面。“我国正处于改革攻坚阶段,而法律社会学研究法律和社会关系及社会对法律的制约和影响的研究方式恰能给予改革以新的反思”^[4]。一方面,从学术角度来看,我国法社会学研究处于起步阶段,研究方法多元化无疑是科学且安全的,因此,在研究过程中,既要承认价值判断的作用,又要注意不断考查支撑价值判断的事实和数据,并基于此,对价值判断作出新的判断^[5]。伯克利学派通过对法律的合法性和目的、机构的自由裁量权以及法律与政治的关系等多角度指标体系的考查,建立了“压制型法—自治型法—回应型法”法律发展模型,并且以事实加以支撑,无疑为我们展示了一种法社会学发展渐进式的研究思路。另一方面,从实践角度来看,伯克利学派为我国法治建设又提供了一个新的理论路径。对于一个有着深厚人治历史的国家而言,法治国家的构建确实一直处于尴尬境地。对于法治的期待和规则稳定性间的矛盾,正反映着对压制型法、自治型法抑或回应型法选择上的困惑。“要真正实现以近代西方文明为契机和背景建立起来的现代法治,实在说来,就必须再现与最初产生这些观念的环境类似的条件,这就决定了我国法治现代化首先是也应当是制度层面的现代化。”^[6]法治建设并非一蹴而就,就现实而言,我国法治环境正在成形,法律制度以及法律机构现代化也正在进程中,但仍然缺乏对法律的深层次信仰。昂格尔说“在坚信法治理想的社会中,人们通常是依据法律制度确实的相对普遍性和自治性这一信念行事的。”^[7]那么,在我国法治建设中,伯克利学派所提及的价值指引,参与协商等法律构建方式亟需加以重视,当公众真正实现了内在能受到正确价值引导,外在能通过协商沟通表达自己合理诉求的时候,法律将会因为公众利益诉求得到满足而增加可信性。除此,伯克利学派关于回

应型法的阐释对我国立法、司法和执法等也有诸多启示。在立法上,回应型法期待公民通过法律参与方式消除压制,这要求我国在立法阶段特别要注重采纳各方意见,切合实际情况,避免闭门造法的现象出现,提升立法水平和质量;在司法上,伯克利学派强调程序正义和实体正义的兼顾对于我国司法实践中也具有重要指导意义,而对正义价值的追求正是法治的终极目的,这就使法律机构能力的提升成为必须;在执法上,回应型法否认法律的强制性,反对压制,这对我国的依法行政起到重要指引作用。总而言之,对于伯克利学派的理论观点,不可全盘否定或者肯定,在法律实践中,程序正义和实体正义往往是需要共同实现的,这也是伯克利学派的价值追求。透过“压制型法——自治型法——回应型法”的法社会学分析范式,结合实际情况寻找法律发展适应社会发展的出路,秉持实事求是的精神,遵循社会客观发展规律,在法律和社会之间寻找平衡之处,构建一个能够有效解决冲突和矛盾的法律体系,这正是法治国家发展和完善所需。

参考文献:

- [1] 季卫东 “从边缘到中心: 20 世纪美国的‘法与社会’研究运动”,载《北大法学评论》1999 年第 2 期。
 [2] [美]塞尔兹尼克、诺内特 《转变中的法律与社会——迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社 2004 年版。
 [3] [德]马克思·韦伯 《法律社会学非正当性的支配》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社 2010 版。
 [4] 李振宇 “边缘法学的分支学科及其发展”,载于《当代法学》2003 年 2 期。
 [5] 张乃根 “当代西方法社会学中方法论之争及其启示”,载李楯主编《法律社会学》,中国政法大学出版社 1999 年版。
 [6] 杜宴林 “中国法制现代化的以人为逻辑”,载《当代法学》2008 年 5 月刊。
 [7] 昂格尔 《现代社会中的法律》,吴玉章译,中国政法大学出版社 1994 年版。

Responding to the Society , Leap of the Legal Reform: from Repression to Response: Review on Law and Society in Transition: toward Responsive Law

Li Han

Abstract: Berkeley School advocates that the law should pay attention to the researches on legal norms , state systems policies and the values of legislation , and the representatives of this school Selznick and Nonet , fully explain the Berkeley School's theoretical guidelines and methodologies in their coauthor book Law and Society in Transition: toward Responsive Law. They creatively propose the paradigm of legal development of responsive law using “Berkeley Perspective” , further classify the law through the method of “repressive law – autonomous law – responsive law” to carry on the analysis of Sociology of Law , and find a way for the legal development adapting to the society according to practical situation. The development paradigm of “responsive law” also provides a new way for the construction of our country ruled by law.

KeyWords: Law and Society in Transition: toward Responsive Law; Berkeley School; Sociology of Law; Responsive Law

(责任编辑 鄢梦萱)