

法兰克福“规范秩序”法学派及其启示

高全喜*

摘要 学说史角度梳理法兰克福“规范秩序”学派的理论背景与学术谱系,可以得到“规范秩序”研究可能借镜中国法学发展的几点启示,并借此强调中国法学理论应直面全球化的世界进程,提供一种规范秩序的法律构造理论。随着有限政府、人权保护和殖民地独立等浪潮先后兴起,策源于法兰克福的规范秩序学派通过重构对复杂系统理论、社会批判理论和欧洲法律史的研究,提出了一套兼顾特殊与普遍、描述与规范、历史与现实的学术议程。揭示规范秩序研究的语境、视角和议题,则凸显了规范秩序研究的学脉、学统及其发展,且最终指出了这个学术脉络对于中国法学理论研究的启示:中国法学的发展是在法律全球化的历史进程中展开的,这要求中国法学研究更多地体现全球历史眼光和社会转型关切。

关键词 法律全球化 规范秩序 法社会学 比较法律史 中国宪法学

全球社会转型深刻影响了近代以来的法学与法律实践的发展,并催化了中国学术界对于“法律全球化”现象的关注。由于历史和现实上的诸多原因,近代欧洲构成了全球社会转型的起点和跨国秩序建构的雏形,直到今天,全球社会转型的几个重要学派仍然在欧洲发端。在林林总总的法律全球化研究中,立足德国法兰克福的规范秩序(normative order)研究堪称理论底蕴最为深厚,发展最为迅速的流派之一。通过探索法治秩序的涌现过程,展开批判法学的自我批判,提倡比较视野下的法律史书写,规范秩序学派的研究提供了严肃思考法律与社会秩序的新方法和新视角,尤其值得中国学者认真对待。

在中文语境里,法兰克福学派的理论成就在两个方面尤其引人注目,一方面,它是西方马克思主义学术研究在战后批判理论的发展中最重要的分支和推进之一,由于霍克海默、阿多诺等学者对于纳粹德国的法西斯主义与战后美国的消费主义所展开的深刻批

* 上海交通大学凯原法学院讲席教授。曹勉之博士在外文文献和部分文字方面提供了研究协助,特此致谢。

判,法兰克福学派已经成为批判理论发展的重要参考系;另一方面,它也代表西方马克思主义学者突破经济决定论、进入政治和文化领域的努力,他们通过“批判的自我批判”的视角对现代国家建设、全球市场发展等话题发表见解,形成了更加完善的批判理论框架。然而,在中文文献中,提到策源于德国法兰克福的学术研究,尽管不乏对于如霍克海默、阿多诺、马尔库塞等战后的法兰克福学派(Frankfurt Schule)研究的梳理与对该流派的一般社会理论和哲学思潮的评析,^{〔1〕}但于法兰克福学派从“批判的社会理论”到“建构的规范秩序”这个转向的探究尚显不足。^{〔2〕}在法兰克福兴起的以比较法和法律史为特色的规范秩序研究,尤其展现出法兰克福学派在后一个方面的成就,一个具有相当国际影响力和理论解释力的研究集群已经得到了蓬勃的发展。即使以关注批判理论为基准的学者也都对建构的规范秩序的尝试提供了充分的关注,如正处于理论黄金期的雷纳·佛斯特、克劳斯·君特等一辈人,都在积极地拥抱建构的规范秩序这一研究转向,其中的佼佼者甚至已经成为了规范秩序学派的发言人。^{〔3〕}

本文将梳理规范秩序学派的产生和发展。首先,本文将学术发展置于社会变迁的大背景中,强调战后的全球社会转型对于规范秩序学派发展的重要影响,揭示规范秩序研究的出现体现了法律全球化自身的理论诉求。其次,本文将试图揭示规范秩序的语境、视角和议题,尤其凸显规范秩序研究的学脉、学统及其发展。最后,本文将指出这个学术脉络对于中国法学理论研究的启示。

一、法律全球化的历史进程及其理论化诉求

(一) 法律全球化史的问题和语境

“规范秩序”学派产生于全球秩序处于重大变动的背景下,是对法律全球化现象的一套理论回应。战后秩序奠定了一套具有全球尺度和世界规模的历史生活形式,而法律作为其中具有根本性作用意义的机制,则扮演了奠基性作用。制度层面包括联合国等国际机制的建立和国际和区域人权机制的形成;意识形态层面包括人权作为新的普遍性价值

〔1〕 在1968年五月风暴发生五十周年之际,对法兰克福学派的研究热潮再次兴起,例如吕进:“论启蒙如何避免成为新的神话——从法兰克福学派社会批判说起”,《世界哲学》2018年第3期,第11—16页;何海燕:“法兰克福学派的总体性批判理论及其实践效应”,《人民论坛·学术前沿》2018年第7期,第92—95页;胡大平:“解放政治学·生命政治学·无为政治学——现代性批判技术视角的旨趣和逻辑转换”,《学术月刊》2018年第1期,第30—45页。

〔2〕 在为数不多的研究中,杨丽的研究从哈贝马斯交往行为理论中探讨了规范秩序问题。参见杨丽:“交往行为与现代社会规范秩序的基础”,《学习与探索》2017年4期,第18—25页。

〔3〕 Forst/Günther(Hrsg.), Die Herausbildung Normativer Ordnungen: Interdisziplinäre Perspektiven, Vol. 1, Campus Verlag, 2011. See also, Rainer Forst, *Normativity and Power: Analyzing Social Orders of Justification*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

取代国家主权成为法律意识形态的核心。这种新的历史生活形式解构掉了欧洲中心主义的世界观,形成了全人类共存共荣、各文明荣辱与共的新样态。

首先,在世界各地广泛出现了以有限政府宪法原则而组织形成的国际新秩序和国家新形态。有限政府不仅作为盎格鲁·撒克逊政治传统的重要组成部分而在英语世界国家得到承认,而且在具有“绝对国家”历史经验的欧洲大陆国家也渐次落实。^{〔4〕}国际层面,这包括西欧、拉美等经济共同体形成过程中出现的地区性司法机制,如战后先后出现的欧洲人权法院、泛美人权法庭,以及在欧盟整合中越发强势的欧洲法院体系。^{〔5〕}国内层面,即使“绝对国家”传统非常坚实的德法两国,也既有联邦德国基本法为推进合宪性审查准备了司法性的机制,又有第五共和时期的法国宪法与行政法机制重申了人权的重要地位。如何将有限政府原则纳入到国家决断传统深厚的成文宪法体系中,成为战后欧陆学者无法回避的重要问题。

其次,在跨国领域中广泛出现了以人权保护的价值标尺而展开评价的国际人权机制实验,并影响了各国基本权利保护的发展。人权机制以人的权利取代了国家主权作为评价标尺,使得人权成为全球法律新的“公约数”。不但战后国际法体系的根本性法律文件如联合国宪章、两个人权公约等将人权作为“拱顶石”,各国国内的宪法文本和合宪性审查机制也都在通过人权论证实现自身的正当化。在某些人权以套套逻辑而自圆其说的场合,人权展现出了自身的双重面相,它既可以为国家权力奠定正当基础,也可以为霸权干涉提供合理化说明。^{〔6〕}对于欧洲国家来说,这和近代国际法以国家存续为指针的立场相去甚远,反而和人权干涉和单边主义的行径关系更近。如何将人权原则纳入国内宪法体系,事关新欧洲的存续而显得尤为重要。

最后,在殖民地独立进程中广泛出现了以主权独立和文化主体性为视角的对西方法律迁移(legal transfer)的批判。批判者指出,欧洲国家战后宪法和法律理论的主旨需要从缔造帝国回归保卫共和。这是因为,欧洲国家采用了文明/野蛮二分法对扩张过程中的霸权行径进行合理化,这种分类内化在以法律治理为手段的殖民地管理中。由于殖民地和原宗主国千丝万缕的联系,殖民地的独立进程也成为了批判欧洲中心论的过程,反过来说,由于殖民地独立和战后秩序建构相伴相随,欧洲国家对待殖民地独立的态度也构

〔4〕 Andrew Moravcsik, “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe”, *International Organization*, Vol.54, No.2, 2000, pp.217—252.

〔5〕 Nico Krisch, “The Open Architecture of European Human Rights Law”, *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 2, 2008, pp. 183—216.

〔6〕 William Rasch, “Human Rights as Geopolitics: Carl Schmitt and the Legal Form of American Supremacy.” *Cultural Critique*, Vol. 54, 2003, pp. 120—147. See also, Sonja Buckel & Andreas Fischer—Lescano, “Gramsci Reconsidered: Hegemony in Global Law.” *Leiden Journal of International Law*, Vol. 22, No. 3, 2009, pp.437—454.

成对战后新秩序的检验。^{〔7〕}换言之,法律人已经无法照搬殖民扩张阶段的宪法和法律学说,而是必须对宪法和法律传统进行范式创新,使之符合现实和实践的需要。

(二) 全球社会转型中提出的规范秩序问题

在现实层面,法律全球化进程中出现的新问题包括两个层面。

首先,由美国主导的战后国际秩序和法律机制的刺激。美国主导的战后国际秩序一方面体现为围绕着全球化的贸易与金融活动而展开的世界经济体制,如围绕全球货币秩序而设计的布雷顿森林体制,围绕货物贸易而设计的关贸总协定体制等,支配这个体制的是新自由主义的秩序想象;另一方面体现为围绕着人权保护展开的国际和区域法律体制,如围绕着人权和人道目标而起草的联合国宪章和区域人权公约,具有跨国效应的法庭和司法性机制。如果说经济体制重视全球化过程中的利益,人权体制则强调全球化内容中的道义。两者相生相克并形成一组悖论关系,构成了对老欧洲“民族国家为单元、自由社群为机体”的传统秩序观的强烈挑战。^{〔8〕}经济和人权的二元并举一方面跨域了民族国家的疆界,另一方面解构了自由社群的联合,形成了新的具有全球历史生活形式的法律叙说。

其次,在欧洲一体化进程中所产生的沟通差异法律学说、建设新共同法的压力。欧洲一体化计划来自对欧洲历史的反思,并尤其强调了法律整合在欧洲一体化进程中的作用。欧洲法律的一体化既包括能动的欧洲法庭体系构建新的法律理论以沟通具有差异的法律学说的努力,如欧洲法院和各国宪法法院通过创设宪法和法律学说间的接口而展开的司法对话,又包括活跃的欧盟体制通过灵活的法律操作来创设共同市场、建设新共同法的做法,如布鲁塞尔方面频繁通过指令和条例来调高人权保护的门槛以督促相关国家的配合。欧洲国家间的法律对话让民族国家的法律特异性逐渐降低,泛欧洲的法律共同性逐渐升高。欧洲法不再是复数个欧洲国家的法,而是共通意义上的欧洲共同法和个体意义上的欧洲地方法的复合。最后是全球联通后东亚、拉美纳入世界版图现实。全球化时代技术的发展——如交通工具和信息联通方式的变革——催发了各国社会和文化之间的联通,使得一度被视为化外之地的东亚和拉美被纳入欧洲学者的学术版图,这些地方不再是远在天边的蛮荒之地,而是新兴的发展中国家,蓬勃发展的市场和全球秩序变局的发动者。无论是通过殖民史和欧洲密切联系的拉美世界,还是通过欧亚大陆想象而与欧

〔7〕 法律学说中的欧洲中心论批判主要在在国际法和宪法两个层面展开,国际法领域的代表文献如 Bhopinder S. Chimni, “Third World Approaches to International Law: a Manifesto”, *International Community Law Review*, Vol. 8, 2006, pp.3-27. 宪法领域的晚近文献如 Marcelo Neves, “From Trans-Constitutionalism to Trans-Democracy”, *European Law Journal*, Vol. 23, no. 5, 2017, pp. 380-394. 与之对照,可以参考对西方政治社会理论的历史梳理,(美)珍妮弗·皮茨:《转向帝国:英法帝国自由主义的兴起》,金毅、许鸿艳译,江苏人民出版社2012年版。

〔8〕 参见高鸿钧:“美国法全球化:典型例证与法理反思”,《中国法学》2011年第1期,第5-45页。

洲构成比对象的东亚社会,都成为欧洲中心主义想象的解构力。

二、法兰克福“规范秩序”法学派的语境、视角与议题

(一)为什么在法兰克福?

“规范秩序”学派批判地继承了德国学术传统中社会理论和法律史的传统,尤其重视与英语世界的对话。规范秩序学派诞生于法兰克福有着历史和文化上的原因。早在神圣罗马帝国时期,法兰克福就已经成为当地的交通要塞。地理和风俗上的种种优势使得这个城市很早地成为金融家建立银行分支的首选地,比如,在欧洲历史上角色独特的罗斯柴尔德家族就在这里落户,并以此为轴心向欧洲各国派遣分支机构和人员。由于法兰克福在金融上的独特地位,不但在德意志民族国家建设中扮演了国际汇兑中心和资本流动据点的角色,还很早地成为犹太民族思想家和法律人的聚居地。

集中了规范秩序学派学者的法兰克福大学,因其作为市民大学的特性而在德国高等教育机构中独树一帜。设立之初,法兰克福大学的发展就深深受益于从事金融业的资产阶级新贵,他们通过大笔捐献和频繁游说,试图推进有别于民族主义主旋律的文化、社会研究,为资产阶级的新文化发声。由于资金来源、政治立场和研究方向的特殊性,法兰克福大学的学者很早就和德意志帝国政府资助的大学区别开来。^[9]也正是由于法兰克福这一城市有着深厚的市民自由的传统,活跃于法兰克福的学者们也深受纳粹政权遗祸之苦,不乏如本雅明、坎特罗维奇这种出逃后客死异乡的例子。

正是为此,随着幸存于大战的学者们在战后回归,法兰克福的学者们重建城市的自由传统,和英语世界展开对话的愿望就显得格外强烈。已经世殊事异的战后秩序说明,不经彻底的理论范式转移,德国学术将自外于当代世界。规范秩序学派以此为背景渐渐形成,以松散的学术网络为雏形,这个学派渐渐发展成具有机制保证的研究群体。随着两德统一和欧洲中央银行建立,法兰克福作为德国金融秩序基石和欧盟实际权力中心的地位已经奠定,将规范秩序学派落地的条件也已经具备。规范秩序学派正式成型于2007年,由欧盟和德国联邦政府资助的同名机构最终落户法兰克福大学,成为召集国际学者讨论全球社会转型问题的场所。^[10]

(二)如何讨论秩序:复杂系统的视角

规范秩序学派首先吸收了当代国际学术圈方兴未艾的复杂系统理论的进展。复杂系统理论是一套跨学科、复合视角的社会认识论,它全面地接纳了现代科学如爱因斯坦广义相对论、海森堡测不准定律的成就,试图借助现代科学理论的棱镜描摹社会转型中的偶联(contingent)

[9] 参见(美)托尼·朱特:《战后欧洲史》,林骧华等译,中信出版社2014年版;(德)魏格豪斯:《法兰克福学派:历史、理论及政治影响》,孟登迎等译,上海人民出版社2010年版。

[10] 相关信息见该机构网站 <https://www.normativeorders.net/en/>。另见 Forst/Günther (Fn.4)。

过程和规范适用的不确定性特征,形成了与以近代科学为模版所建构的、强调社会变迁必然性与规范应用确定性的理论相对抗的范式。在尼古拉斯·卢曼那里,复杂系统理论旨在指出现代社会中的自组织组成部分与其环境之间的沟通过程,强调系统性社会体制(systemic-institution)如政治、经济、法律事务的生态学维度。这个维度的特性被卢曼准确地描述为运作中封闭和认知上开放的双重特点。规范秩序学派准确地指出,如个体主义/集体主义、国家决断/社会多元等欧洲学术悬案是新康德主义规范/事实二元论的必然结果,而克服这种二元论,需要通过借助复杂系统理论所勾连起的生态理论、悖论关系等理论资源。^[11] 可以看到,规范秩序学派试图建设的乃是多元论基础上的法律理论。因此,有别于科学主义和命令经济模式下产生的简单系统理论,复杂系统理论不但可以对战后欧洲出现的民族国家解构、跨国经济兴起等现象做出有力的解释,还会对与复杂系统貌合而神离的苏东国家的计划经济与官僚政治展开深刻的批判。

借助复杂系统理论的视角,规范秩序学派尤其重视法律文化的议题,尤其指出法律建构在意义维度上的多元性。与帕森斯强调社会功能/结构的讨论不同,规范秩序学派转而从批判/意义的维度切入,探讨复杂社会中涌现秩序的可能性。这种转向来自于对美国功能主义社会学强调实证性和有机性的立场的反思,即作为功能主义基本预设的统一尺度(one-size-for-all)的功能体系很可能无法度量人类社会复杂的意义世界。在规范秩序学派的学者这里,复杂系统更多被用来讨论具有建构性的社会过程和文化意义等话题,这不但切断了复杂系统理论与实证社会学之间的联系,还转而建立了复杂系统理论和诠释社会学之间的密切关系。例如,法律史家玛丽·费根和社会理论家托伊布纳在合作的文章中就否认了法律迁移(legal transfer)的可能性,这个概念所代指的无非是法律形构的过程,即法律在不同的意义世界之间重新建立观察坐标的过程。^[12] 过分聚焦于复杂系统在功能/结构方面的功用,在规范秩序学派看来,是“得形忘意”的做法。

此外,规范秩序学派还特别关注法律现代性的议题。规范秩序学派承认从古典的社会共同体向现代的分化社会之变迁的根本性,为此具有鲜明的现代性立场。功能分化的现代社会虽然可以唤起对古典社会诸神之争的回忆,但是功能碰撞与神性冲突有着本质不同。随着社会功能的不断伸张,不同社会功能之间的冲突非不会导致相互之间的压制或消灭,相反,将促进各个功能内部的进一步发展和相互之间新的共存模式的形成。^[13] 为此,在全面评估现

[11] 就法团主义的讨论,见(德)贡塔·托伊布纳:“企业社团主义:新工业政策与法人的‘本质’”,仲崇玉译,《南京大学法律评论》2016年第1期,第21—43页。就法律多元的讨论,见(德)贡特尔·托伊布纳:“‘全球的布科维纳’:世界社会的法律多元主义”,高鸿钧译,《清华法治论衡》2007年第2期,第241—279页。

[12] Fögen/Teubner, Rechtstransfer; Eine Erinnerung an Georg von Belows “Die Ursache der Rezeption”, Rg,7 (2005), 38—45.

[13] Andreas Fischer-Lescano & Gunther Teubner, “Regime-Collisions; the Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, 2003, p.999.

代社会经济、政治、法律、科学等不同社会理性的碰撞与共生状况时,不但应当反对某种社会理性对其他社会理性的一家独大,如经济支配政治、科学支配法律,还应反对用某种概括的公私划分去评价某个社会理性,如用经济领域的公私划分所提出的保护公共财产的要求去压制政治领域的公私划界所形成的公民权利伸张的诉愿等。

与此同时,规范秩序学派的意义转向使得讨论法律文化传统的多样性成为可能,为此具有强烈的重构传统的愿望。在资本主义多样性(varieties of capitalism)研究那里,如果把资本主义理解为异化功能的生产机制,不同的社会文化传统塑造了不同的生产机制配置模式并表达出了资本主义的多样性,例如,强调市场机制配置资源的自由竞争模式,重视法团机制配置资源的协调竞争模式等。资本主义多样性研究指出,如果资本的指数性增殖与资源的复杂化配置无法在外部被克服,那么消灭异化就不再具有描述性意义。与其消灭不断增殖的资本,不如通过设计不同异化方案之间的相互关系,提出更优的生产机制配置。借助复杂系统的棱镜观察,生产机制优化配置实际上意味着对多元现代性的认可,即通往现代化并不一定只有一条道路。这要求更加平等地对待不同的社会历史文化传统下社会演化的多样性与复杂性,反对欧洲中心论和西方优越论的观点,强调在变化和发展中去看待和评价其他地域和文化中的法律制度。^[14]

(三) 如何讨论规范:对批判理论的反思

规范秩序学派的另外一个重要资源是来自西方马克思主义传统的批判理论。法兰克福学派的大众文化批判通过将革命视为心理现象而将关注视角从阶级斗争转为观念碰撞。通过将复杂系统理论纳入批判的视野,规范秩序学派更进一步,指出了从法律中的个人和社会关系观察法律进化的道路。批判理论和复杂系统理论虽然貌似具有激进和保守的不同外观,但在承认个体和社会的历史性区分上是一贯的:如果说人的异化标志着现代化过程对个体价值的背离,那么通过社会沟通而奠基的复杂系统则让个体和社会的背离成为常态。规范秩序学派由是指出,启蒙运动中奠基的独立自主的个体价值与经历功能分化而不断复杂化的现代化进程具有内在张力。

受益于批判理论的贡献,规范秩序学派非常重视通过对批判理论的“再批判”来反思法律科学化的努力。不妨认为,规范秩序学派提出了一套批判现代化的负面效应、捍卫个体价值和尊严的批判系统理论,它试图同时吸收法律学术中的教义法学和批判法学研究中的积极成果。一方面,它肯定了批判法学研究的贡献,对法律科学的后果展开了反思。在与科学世界观联姻完成体系化的过程中,不但在美国出现了饱受批评的兰戴尔式的机械法学,而且在欧洲还造就

[14] (德)贡塔·托伊布纳:“多元现代性:从系统理论角度解读中国私法面临的挑战”,祁春轶译,《中外法学》2013年2期,第254—269页。又见(德)贡塔·托伊布纳:“顽固的生产体制:资本主义多样性中经济和法的共同演化”,载《魔阵·剥削·异化:托伊布纳法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社2012年版。

了更加极端的概念法学之流弊。由于近代科学逻辑中未经批判地强调确定性、崇尚独断论的倾向,纯粹内部视角的法律科学化反而走向了它的反面,这为后世美国的法律现实主义/批判法学,欧洲的自由法运动/目的论法学的兴起提供了机会。^{〔15〕} 规范秩序学派吸收了这两个关切社会现实、批判法律科学的学术传统的营养,高度重视法律演化的历史和社会维度,直率批评科学主义伪装所无法掩盖的悖论、不连贯等现象,揭示法律运作的压制性和法律解释的实用主义特征。同样重要的是,尽管规范秩序学派对批判法学重视法律运作过程、关注科学主义流弊的做法予以肯定,但是也对法律批判的可能性与边界怀有警惕。^{〔16〕} 规范秩序学派指出,对个体价值的形式肯定和确认并不能带来对独立自主个人的实质保护,为此法律科学并不能实现其旨趣上的目的,然而批判理论的介入并不能提供现代社会中的个人保护所需要的条理融贯、逻辑自洽的法律论证,为此也只是虚与委蛇而已。规范秩序学派认为,法律批判的使命在于反思个体和社会的历史性区分在构成法律规范性上的作用,而这种反思的方向在于如何建构认知更为开放的法律系统,从而促进法律的自我反思,推进社会各组成部分的共同进化。

同时,规范秩序学派尤其重视既往规范问题研究中并未得到充分强调的全球议题,即复规范性是如何在历史流变中展开和深化的。它关注被“概念魔术”(magic of concept)所遮蔽的全球图景,以及压制和独断的科学逻辑之下所压抑的复调叙事。例如,无论是黄宗智通过恰亚诺夫的农民经济组织框架讨论华北小农经济的研究,还是彭慕兰以韦伯式的理性现代化理论讨论欧亚大陆东西方大分流的研究,都在试图探究同样的问题:拥有高度发达的商品经济的晚清社会为何未能形成现代资本主义。这种问题意识直接来源于19世纪中国史的丧权辱国叙事,与在国际竞争中力争上游的中国形象相称。然而,在深受规范秩序学派影响的研究者看来,这种论调恰恰承认了一种单规范性的论调,即成为现代西方一份子、做列强的好学生是非西方国家跻身世界舞台的唯一路径。^{〔17〕} 这种单规范性或许匹配于19世纪末的世界图景,却和当代的国际形势格格不入。

(四) 规范秩序如何形成:法律史的学术传统

正如前面已经指出过的,规范秩序学派深受20世纪在法兰克福繁荣起来的欧洲法律史研究的助益。不同于以民族国家为单位书写的国别法律史,法兰克福的欧洲法律史研究尤其重视对于跨越民族国家边界的法律现象的书写和重述。早在20世纪早期,以坎特罗维奇为代表

〔15〕 参见陆宇峰:“美国法律现实主义:内容、兴衰及其影响”,《清华法学》2010年第6期,第85—97页;也可参见陆宇峰,“‘规则怀疑论’究竟怀疑什么?——法律神话揭秘者的秘密”,《华东政法大学学报》2014年第6期,第67—77页。

〔16〕 Teubner, Gunther, “How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law.” In *Legal Theory and the Social Sciences*, Routledge, 2017, pp.205—235. 也可见洪謙德:“從反思法到自生法—層布涅律社會學之解析”,《問題與研究》第41卷3輯(2002年),第1—43页。

〔17〕 Rebecca E. Karl, *The Magic of Concepts: History and the Economic in Twentieth-Century China*. Durham: Duke University Press, 2017.

的法律史学家就在法兰克福开展了重要的开创性工作并提出了具有深刻思想关怀的法律史研究规划。例如,在获得法兰克福大学的教授任命前,坎特罗维奇的教授资格论文就以塑造具有世界主义和人文主义精神的弗雷德里克二世的形象为主旨。^[18] 战后落户在法兰克福的马克斯·普朗克欧洲法律史研究则试图更进一步,试图形成一套克服国别比较的法律史书写方式。民族国家为单位的历史书写,在欧洲法律史研究的新一代传人托马斯·杜斐这里,为“全球法律史”这个规划所超越。通过将全球社会转型作为更加根本性的背景加以提出,杜斐将比较法律史置于法律传统间多元互动、社会构成间动态平衡的图景中加以观察,从而形成了法律史研究的全球视野。^[19]

规范秩序学派重视社会转型过程中多元规范之间此消彼长的动态(dynamic)关系议题。多元规范指的是法律多元在全球尺度上展开所形成的规范共存现象,这里所谓的规范既包括条约体系形成的国际法群集,也包括国内立法司法过程中的制度约束,还包括企业商团等自治群体的习俗规约。正如全球法律多元研究所指出的,不同的规范效力在全球尺度下势必难以定于一尊,而将以碎片化、割据化的方式呈现。规范秩序学派的学者进一步指出,上述多元规范的相互关系并非一成不变,而是处于不断动态变化中,从而形成了多元规范相互间的动态关系。例如,既出现过以19世纪中后期欧洲大陆为代表的民族国家法主导,国际条约体系和民间习惯处于从属地位的状况,也出现过二战后的欧美法律秩序为代表的跨国经济发展与人权保护并举,国家整合处于从属地位的状况。^[20]

同时,规范秩序学派还重视比较不同法律传统在全球社会转型中重构所带来的外部效应。法律制度在化约社会复杂性(complexity)和克服关系互惠性(reciprocal)上具有独特的作用。经过全球社会转型进程,不但国家疆界日趋淡化,社群结构也在逐渐解体。在人际之间的互惠关系跨越国界而延展的同时,围绕民族国家建立起来的社会制度架构渐趋失效,越来越多的法律问题呈现出杂交法的形象。规范秩序学派的学者认为,全球社会转型中出现的跨国空间为系属不同传统的法律学说的比较发展提供了舞台,围绕同一个法律事件,来自不同法律传统的解决方案得以各擅胜场,这尤其需要具有比较视野的法律史研究去探询曾经被选择的与未被选择的路径。正如很多美国最高法院史上的知名异议意见也可能因为法官之间的合纵连横而成为法庭意见一样,国家内部的法律演化具有相当程度的偶然特征。同样,跨国空间中的法律发展也可能具有一定程度的不确定性,如国际格局改变与权力秩序重组同样会塑造国际社会的规范。

[18] Available at <https://www.theparisreview.org/blog/2016/06/15/when-emperors-are-no-more/>, last visited January 19th, 2019.

[19] (德)托马斯·杜斐:“欧洲法律史——全球化的视野”,李明倩译,《华东政法大学学报》2014年第4期,第92—109页;也可见(德)托马斯·杜斐:“欧洲法律翻译:法史方法论的再思考”,《亚欧法律史论坛第二届年会“理念与过程:近代亚洲与欧洲的法律交流”论文集》,中国政法大学。

[20] Melanie Coni-Zimmer, Klaus Dieter Wolf and Peter Collin, “Legitimization of Private and Public Regulation: Past and Present”, *Politics and Governance*, Vol.5, No.1, 2017, pp.1—5.

三、规范秩序法学派对于中国法学理论的启示

(一) 中国离不开世界,世界也离不开中国

晚清以降,由于中国逐渐走出传统的王朝体系而被迫融入于现代西方开辟的世界体系,原先维系中国的礼仪制度和刑名例律受到冲击并日渐式微,如何应对新的时代与时代问题的挑战,就成为中国法制史中的一个历久弥新的问题。尤其是中国社会业已经历了中华民国的国民革命和中华人民共和国的社会主义革命,这两场性质不同但意义都十分重大的革命所导致的社会变革均需要一种法制秩序的重建,因此,如何构建一个规范性的制度架构也是百年中国的一个历久弥新的问题。还有,自上个世纪八十年代改革开放四十年以来,随着中国加入WTO和参与全球化进程的进一步深化,中国社会正在发生着翻天覆地的变化,这些也构成了我们如何构造一个规范性的法制秩序的深层问题。^[21]

因此,我们可以说中国近现代以来的历史,经历着三次重大的社会变革,即晚清立宪、两次革命以及改革开放,这些重大的社会改制运动,都不是在独立封闭的传统格局下进行的,而是在古今之变和中西碰撞的剧烈冲突中产生和发展起来的,都经历着一个中国走向世界和世界返还中国的全球化进程。在这个双向互动的复杂进程中,中国传统的法制观念、层级架构和制度运行无疑主动或被动地承受着巨大的压力,发生着形态各异的转变,成就着不一而足的创制。不同时期的思想家们对于这场经历百余年仍然没有完成的现代化进程,也有着各种各样的认识、反思和批判,从康梁到沈家本,从孙中山到毛泽东,从邓小平到启蒙派,从自由市场经济到国家主义以及保守主义等等,在激进主义的热潮汹涌澎湃之后,保守主义也就甚嚣尘上,而在激进与保守的对垒之后,审慎的中庸之道势必孕育而生。^[22]

无论怎样看待中国近现代的社会变革以及中西古今之争,有一个突出的前提是摆脱不掉的,那就是中国已经越来越深度地融汇于现代世界的进程之中,中国离不开世界,世界也离不开中国,因此,如何在中国与世界的相互塑造中,构建一套行之有效的规范秩序体系,就成为十分迫切的理论诉求以及制度实践。也正是在这样一个背景下,新近发煌的法兰克福“规范秩序”法学派对于中国的法制思想理论和多元制度变革就具有了重大的启发意义,在思想观念、理论方法和研究视野等方面,对中国在紧迫地与世界建立双向互动的多元规范格局议题上,势必产生不可低估的影响。

[21] Gao Quanxi, Wei Zhang, and Feilong Tian, *The road to the rule of law in modern China*. Springer, 2015, pp.1-18.

[22] 高全喜:“改革开放与宪法变迁”,《民主与科学》2017年第3期,第4-5页;也可参见高全喜:“宪法与革命及中国宪制问题”、“革命、改革与宪制:‘八二宪法’及其演进逻辑”,《政治宪法学纲要》,中央文献出版社2015年版,第46-130页;高全喜:“政治宪法的政治观”,《政治宪法与未来宪制》,香港城市大学出版社2016年版,第139-151页。

我们知道,规范秩序法学在西方学术界的影响也不是一蹴而就的,也是经历了一个逐渐演变发展的过程,法兰克福学派至今已经发展到四代,而与法兰克福学派具有着密切关联的法兰克福马普法律史研究所到杜斐教授手里,也进入了法律全球化研究的第三阶段。随着德国统一以及欧盟的构建,还有美国作为世界中心的不断强化,且面临着以中国为代表的第三世界的蓬勃发展,原先基于欧美私法史研究而凸显的德国马普法律史所也开始了理论转型,其研究议题向公法不断拓展,并把欧洲的公私法的历史演变纳入一个法律全球化的宏大进程之中加以考察和研究,因此呈现出一个活脱的“规范秩序”的法律世界图景。

换言之,法兰克福法学派在经历了对于批判法学的再批判之后,其法律全球化的研究就不再仅仅是揭示现代法律制度的短板和弊端,而是试图为全球化的世界进程提供一种规范秩序的法律构造理论,从而把当今世界的法律运行与传统欧洲的法律遗产接续起来,打通它们的内在逻辑。这样一来,欧洲法律史的研究就不再是死的学术,比较法学的研究也不再是孤立的学科对勘,它们都融入到当今的法律全球化的进程之中,成为富有生命的现代规范秩序的一个法律部分,并且还在经历着各种各样的形态变迁和嫁接还原。

也正是在这个意义上,法兰克福规范秩序法学派对于中国的法律理论具有很大的启发。我们也知道,中国与世界的关系,包括当今中国深度加入全球化的进程,在经济、政治、社会和文化等诸多方面都产生了重大的影响,中国因此而成为现代中国。但是,在法律理念和法制构建上,我们依然还没有形成某种类似法兰克福法学派那样的规范秩序层面上的主体自觉,也就是说,伴随着中国革命所进行的社会变革,其在法律层面上大力倡导的多是激进主义的制度批判,构建的也多是革命主义的制度化移植,并不能防止革命的突进特性,规范秩序的法理也难以真正扎根生产。而在改革开放四十年之后,固然激进主义受到抑制,但保守主义的守旧泥古以及假扮革命的保守复辟,则以另外一种形态陷入与激进主义两厢对照的误区,规范秩序的真正构建仍然难以成为中国法问题的枢纽和要津。

为什么会产生上述扭曲的问题呢?关键在于中国对于世界的全球化进程还没有达到彻底清醒的认知和主动自觉的接受,就法律层面来看,我们虽然在经济社会方面与全球化的世界经济逐渐结为一体,但法律构造方面在规范秩序的价值认同和理性把握等维度上还处于纠结不定的混乱状况。例如,法制的中国与世界是两厢对峙的,法律移植是被迫与屈从的,规范性的法律内涵是拿来主义的,秩序的塑造与维系是传统主义的,至于这种中外之辨还延伸到中国法制的内部,即地方知识与普遍主义的冲突,传统规训与公民权利的对立等等。换言之,当我们的身体主干已经加入一个世界秩序的格局之中,中国作为一个发展中大国已经深刻地影响着现代世界的构架,决定着经济与社会的全球化的进程时,我们的法律秩序之规范性的根基,还依然没有达到主体性的自觉,尚未产生一种在法律全球化进程的世界性规范秩序的权利意识

与责任担当。^{〔23〕}我们还习惯于百余年来世界秩序的受害者的心理结构,还延续着中国与世界、地方与中心二元分裂的思维理路,还预设着一个他者的绝对异己力量,还把全球化的世界进程视为自己不得不陷入其中的他者的图谋。

法兰克福规范秩序法学派通过他们的欧洲法律经验的研究和历史梳理,为我们提供了一个祛除欧洲中心主义和西方中心主义的理论工具,他们所指陈的规范秩序显然不是欧洲甚或德国独特性的规范,而是数百年来逐渐发展和扩延的具有着丰富时空结构的规范秩序,而这个法律规范秩序的主体也不仅仅是欧洲人或西方人,而是参与这个进程的所有关涉者,大家以不同的方式、以多元的维度和交互作用的形态,共同构造着这个现代世界的规范秩序的体系,而且这个体系目前正在处于一个面向全球化的进程,无论是老欧洲还是新欧洲,无论是老英美还是新英美,尤其是广阔的后发国家,诸如东亚的日本、中国和东南亚各国与地区,还有拉美各国等等,所有被全球化进程纳入其中的世界各个部分,都理所当然而且实际上也势必成为规范秩序的主体。这样一来,传统法理学对于法律主体的理论就受到颠覆,因为法律全球化进程中的主体,不再是单一的主体,而是一个复合自主性的动态系统,是一个多中心的矩阵结构,每一个参与者都是主体,都可以根据自己参与全球化的进程而成为这个卢曼意义上的全球法律系统的自主性主体。

(二) 法兰克福规范秩序法学派的启示

就中国法律理论来说,法兰克福规范秩序法学派所带给我们的,首先是一种对于规范秩序的主体建构意识,即我们没有必要沉浸在法律秩序的外来他者的纠结之中。既然中国在近现代的百年社会进程,在经济、政治、社会与文化等诸多领域已经进入到一个世界格局的大结构之中,并且越来越发挥着重要作用,那么我们就不能自外于这个进程的规范秩序的主体构建,要清醒而自觉地意识到这个规范体系不是外部强制的,而是内生的,是在中国加入世界并形塑世界的双向互动的过程中自发地演进出来的,是我们的规范秩序,是我们的规范秩序的构建。这才是法律全球化的主轴,才是我们具有生命力的未来方向。对此,不单纯是所谓的去欧洲中心主义或去美国中心主义的问题,而是一个复杂系统的多元共建的问题,是一个交叉共识和各自主体的赋权问题。确立了 this 规范秩序的法理根基,过往的那些激进主义的批判理论和保守主义的泥古理论,就失去了现实经验的演变基础。

当然,任何一种规范秩序都不是凭空产生的,法兰克福规范秩序法学派通过他们三代理论家们的研究,为我们提供一种基于欧洲法律融入全球化进程的多元共振的机理和路径,这对于中国法律的现代化转型同样具有积极的借鉴意义。中国的法律传统在千年王朝帝制的运行中有着自己的复杂脉络,尤其是近现代以来,更是经历了古今中西的内外激荡,呈现出更为繁多变的流动特征。但是,这一切缓变或巨变,虽有欧洲千年以来的法律史呈现的法制变迁相互

〔23〕 参见高全喜:“大国、法治国与国家责任”,《中国如何炼成软实力:法学家论法律与国家》,江平等著,中国法制出版社 2009 年版,第 13—19 页。

参照,也并没有多少前无古人后无来者的独特性,古老而新颖的中国与古老而新颖的欧洲一样,都必然面临现代性的法制转型与法律全球化进程的挑战。

法兰克福规范秩序法学派既然能够在欧洲的法律史的从私法、教会法、商贸法和地方自治的诸多法律文献编纂中,开出一个欧洲公法、国际公法的拓展理路,并且在杜斐有关从伊比利亚帝国(西班牙、葡萄牙)到不列颠帝国和美利坚帝国的法律世界的拓展直到纳入法律全球化进程的一揽子理论构造之中,赋予规范秩序以多元互动的复杂系统的主体性。那么,中国的法律现代化进程,也同样可以开辟出一个从晚清的大清律到刑法改革和民法构建以及从戊戌变法到晚清立宪的法制现代化的路径。不惟宁是,进入民国以来,现代中国虽然经历了两次伟大的革命,但依然有着传统法制的变革与继受、推陈与出新,从六法全书到废除六法全书,从文革祸乱无法无天到法治中国依宪治国,从签署中外约章到废除不平等条约,从加入联合国宪章到宣示自由贸易的国际法规范以及全球治理的中国观点,这些林林总总的法律变迁中,其背后依然有一个既赓续传统又面向世界的法律全球化进程的主体构建。^[24]

关键的问题,或许并不在于能否编纂出一个中国法律步入世界秩序乃至深入法律全球化进程的故事,而是在于这个进程中的规范秩序及其规范价值是如何产生出来的,这才是对中国法学的真正挑战。编纂文献是一门专业的技艺,古往今来,这门技艺可谓日臻完善,对于传统与现代的关系,可以演绎出各种各样的或悲惨或欢乐的诸多幕悲喜剧,但规范秩序的规范如何产生的呢?显然,法兰克福法学派基于他们的传统之转型,并没有给出多少可供镜鉴的理论,因为这些问题对于他们来说,似乎不是问题,西方法律史自有一个自生自发的规范秩序的演进逻辑,法律全球化不过是一个升级版而已。但是,对于中国的千年传统尤其是百年传统来说,情况就绝非如此,我们的法律史的编纂叙事,要面临一个自创生的规范创制问题,要有一个自觉化的主体构造的发生学问题。

由此,杜斐的法律全球化构思与图依布纳的自创生理论之结合在中国法学的中国经验的研究中就具有举足轻重的重要意义,而他们的理论资源之一又是卢曼的复杂系统理论。对于中国法学以及中国法律实践来说,世界主义的全球化进程是一个必然的趋势,我们置身其中,正在以多种方式既形塑着世界也构造着自己,但是,如何建构规范秩序,无论是国内法制的规范秩序,还是全球化进程的规范秩序,这是自创生的一个法律创制事业,惟有建立起这个自创生的法律规范秩序,我们才有能力也才有资格成为一个主体,一个多元规范中的富有生命力的法律主体,从而参与到法律全球化的世界进程并发挥重大作用。

自创生是一个开放的体系,正像全球化是一个开放的体系一样,只不过前者是空间结构,后者是时间结构,两者的结合构成了一个卢曼意义上的复杂时空系统。在这样一个系统中,可以有私法意义上的法律叙事,也可以有公法意义上的法律叙事,可以有地方主义的法律规范,

[24] 参见高全喜:“新世界主义的政治宪法图景”,《政治宪法与未来宪制》,香港城市大学出版社2016年版,第469—487页。

也可以有普遍主义的法律规范,但这一切都不是静止不动的,而是变化不定的,是相互作用与砥砺共建的。任何一个子系统都自成为一个主体,而整个系统并没有中心与边缘之分割,而是多中心的系统扩展,是一个复合多元的结构。例如,杜斐所提出的全球化的地方主义就是一种破解过往法律史有关地方法规礼俗与中央权威立法之间的机械对立,在地方法规中挖掘全球化的世界法律机制,是富有启发的一种方法论。再如图依布纳的宪法创制理论,就很好地解决了革命与法治的关系问题,为经历革命运动而构建法治国家的规范秩序,提供了自创生的宪法机制。

总之,法兰克福规范秩序法学派通过他们的深入研究,以及由此开辟出来的多元规范秩序的法律全球化进程的理路,不但解决了欧洲面临的世界秩序的重新构建的法律问题,提出了一套不同于实证法学派和批判法学派的建设性法律史学说,而且还为后发国家在参与全球化进程中如何构造规范秩序以及确立自己的主体性从而达成一个多元规范的世界新秩序,提供了基于欧洲经验的理论阐释,这对处在现代化进程和全球化进程之内两个进程的中国法学界来说,都是富有启发性的和建设性的。对此,我们应该在中国与世界的相互塑造中,理解法兰克福规范秩序法学派所带给我们的经验分享和理论教益。

Abstract: This paper sorts out the theoretical background and intellectual lineage of “normative order” legal studies from the perspective of academic history, and comprehensively introduces the lessons that “normative order” school may offer to the development of Chinese law. The paper emphasizes that Chinese legal theory should directly face the challenge of globalization and provide a construction theory of normative order. With the rise of limited government, human rights protection and colonial independence, the school of “normative order”, which originated in Frankfurt, proposes an academic agenda comprising both the particular and universal, the descriptive and the normative and the history and reality, by reconstructing the studies of complex systems theory, critical theory and European legal history. This paper reveals the context, perspectives and issues of “normative order” research, highlighting the tradition, achievement and future development. Finally, this paper will point out the implications of this academic context for the theoretical study of Chinese jurisprudence: the development of Chinese jurisprudence is carried out in the historical process of legal globalization, which requires Chinese law research to reflect more of the global historical perspective and social transformation concerns.

Key Words: Legal Globalization; Normative Order; Sociology of Law; Comparative Legal History; Chinese Constitutional Law

(学术编辑:章永乐)

(技术编辑:周轩宇)