

# 社会理论脉络中的法学与法律实践<sup>\*</sup>

[德] 贡塔·托依布纳(Gunther Teubner)\*\*

纪海龙\*\*\* 译

---

## 目次

- 一、倾向性发表：一个法律案件和三个命题
- 二、论点 1：截取
  - (一) 德国的特殊道路
  - (二) 保持距离地应对
- 三、论点 2：回应
- 四、论点 3：本身的规范性
- 五、结论

**摘要** 本文就法律与社会理论的关系,描述了德国的独特发展历程。最初德国法教义学和诸社会理论之间存在高度的理论亲缘关系;但如今德国法教义学对诸社会理论却具有相当程度的免疫力。其原因在于三个理论灾难。本文探讨了半私人网络中的基本权利水平效力的法律问题,目的在于以此为例,发展出一种法学保持距离地应对诸社会理论的可选方案。如果法教义学在三个不同维度(即截取、回应、各自的规范性)上成功地处理自治和交织这两者间的棘手关系,那么此种可选方案便能创造法教义学上的增值。

**关键词** 法教义学 法律实践 社会理论 系统理论

---

本人自撰写博士论文始,便开始研究法律和社会理论之间的关系,至今已有四十年。这里将我的经验,总结为如下几点:

第一,并不存在使法律立足于其上的唯一的社会理论。此种唯一的社会理论无法存在,也不

---

\* Gunther Teubner, Rechtswissenschaft und-praxis im Kontext der Sozialtheorie, erscheint in: *Stefan Grundmann und Jan Thiessen, Recht und Sozialtheorie: Interdisziplinäres Denken in Rechtswissenschaft und-praxis*, Mohr Siebeck, Tübingen 2014. 托依布纳教授感谢伊莎贝尔·亨泽尔(Isabell Hensel)对本文的有益帮助。

\*\* 德国法兰克福大学私法和法社会学教授。

\*\*\* 华东政法大学国际金融法律学院讲师、法学博士。译者感谢托依布纳教授对中文译文翻译和发表的授权。

应存在。

第二,在过去八十年间,德国法学三次试图使自己完全地臣服于某个社会理论。其结局是两次理论的灾难。对于法律,是否会发生第三次理论灾难,目前尚不得而知。

第三,在此,法律处于一个两难境地中。法律不可能完全地接受某一种社会理论,但法律又必然要受到各种社会理论的影响。出路也许可以是:有距离地应对。法律并非直接“按面值”接受社会理论,而是通过一个复杂的转译过程,来创造教义学上的增值。

言语教训人,而例子吸引人(Verba docent, exempla trahunt)。那么我就从一个案例开始。

## 一、倾向性发表:一个法律案件和三个命题

倾向性发表(Publication bias)这种让人忧虑却又十分普遍的现象,在很多国家都存在对它的讨论。倾向性发表的典型案情如下:<sup>〔1〕</sup>为了开发治疗某种极少见严重疾病的有效药物,各个不同的私人机构和公共机构通过双边合同组成了公私合作网络(Private-Public-Partnership-Netzwerk)。由于高额的开发费用导致药品工业并不能盈利,从而开发主要由私人基金会赞助,并由国家卫生部资助。基础研究由某个大学机构来承担,而临床研究则由某个私人研究机构即合约研究组织进行。药物的生产和市场推广由某个私人药品企业来组织。某个媒体机构负责信息传播和在学术出版物或其他媒体上发表成果。

基于提交的临床研究结果,药品被成功批准后便上市了。但在一段时间后,却累计了大量患者发生严重副作用的信息。系统的后续研究表明,公私合作网络对严重的操纵行为负有责任。在该网络内部,药品的副作用并非秘密。但该网络却成功阻止了对副作用的发表。发表包含消极后果的实验被禁止。<sup>〔2〕</sup>此禁止甚至被研究机构和药品公司间的合约所支持。<sup>〔3〕</sup>其他实验虽然被发表,但其结果却被虚构成具有积极作用。<sup>〔4〕</sup>参与操纵的不仅有药品公司,还有研究团体和媒体机构。它们都对虚构实验结果具有各自的利益。

关于倾向性发表的大量丑闻也引起了反对的行动。经验研究揭示了该问题的普遍存在。虽然人们也初步尝试通过监管对之进行反制,<sup>〔5〕</sup>但这里的问题不仅仅是政治调控,而且还涉及如下宪法上的根本问题:学术自由这个基本权利也会在半私人的公私合作网络中产生第三人效力吗?

---

〔1〕 对此参见 Dazu Song/Hooper/Loke *OA Journal of Clinical Trials* 2013, 71 ff.; Song/Parekh/Hooper *Health Technol Assess* 14 (2010), 1 ff.; Schott/Pachl/Limbach u. a. *Dtsch Arztebl Int* 107 (2010), 279 ff.; dies. *Dtsch Arztebl Int* 107 (2010), 295 ff.

〔2〕 一个例子是:药业康采恩山德士(Sandoz)在20世纪80年代末期委托孟菲斯田纳西大学的一个工作团体在孟菲斯进行MIDAS研究,以将一种新的钙通道阻滞剂和既有且更便宜的药品比较。研究结果显示,新药针对既有已成熟的有效成分并无优点,但却会带来很多有害的副作用。山德士便试图通过向学者施加压力,来阻止研究数据的发表。对此参见 Applegate/Furberg/Byington *JAMA* 277 (1997), 297 f.

〔3〕 加利福尼亚大学的某位女学者从博姿药品公司(Boots Pharmaceuticals)接受一项研究资助,但同时负担有义务,在未经过博姿集团同意的情况下,不得将可能的负面研究结果公之于众。基于合同中约定的审查规则,相关发表被禁止了多年。后来该集团由于压迫、违法广告和违反消费者保护规定而被告上法庭。对此见 King, Jr. *WSJ* v. 12. 04. 1996, 1, 6.

〔4〕 1997年,辉瑞公司就其抗抑郁药品,只是公布了事实上所进行之研究的一小部分,即仅仅是正面的研究,而关于药品可能副作用以及有效成分之效用的数据,则被隐藏。Dazu Eyding/Lelgemann/Grouven *BMJ* 341 (2010), c4737.

〔5〕 对于引入研究登记簿,例如参见 VO (EG) 726/2004. 欧盟指令 2001/20/EG(在德国通过 AMG Novelle, BGBl. I, 2004, 2013 被转换为国内法)引进了进行临床研究时伦理委员会的并行评估。

患者健康权这个基本权利也可以针对该网络或某个网络成员而被主张吗？

即便对于社会理论而言，是否以及如何针对私人网络有效地主张基本权利，这个问题也颇有意义。由曼纽尔·卡斯特尔发展出的网络社会理论，将集体行动者在全社会范围的网络化作为现代社会的显著特征，并通过网络失灵这个关键词识别严重的社会风险。<sup>〔6〕</sup>关于在非国家领域、市场、组织以及在网络中对基本权利的危害，不仅是法律人在应对之；各种社会理论例如克里斯·桑希尔思的宪法社会学也在尝试处理这个问题，并将其归因于非国家的集体行动者的扩张倾向。<sup>〔7〕</sup>

由于这两个问题对于法学来说都是处女地，从而诸社会理论的研究结果便具有重大意义。但当涉及法律实践中的具体结论时，却存在如下的棘手问题：

第一个问题是关于诸理论的竞争：当各个竞争的社会理论相互之间不能就网络提供相互协调的分析，或当诸社会理论关于针对非国家集体行动者所主张之基本权利的效力和作用无法达成一致时，法律该如何做出选择？对此，我的一般性论点可用一个词概括：截取（Transversalität）。

第二个问题是关于知识转换：各个社会理论的内容可在法律中直接应用吗？即，其可转化为与网络相宜的基本权利标准吗？各个社会理论能够有助于选出可有效作用于网络之自我逻辑的、针对基本权利侵犯的惩罚措施吗？我的论点再次可用一个词概括：回应。

最后，最难回答的问题是社会理论的规范性：从具有科学属性的理论中，可以就公私混合网络中的基本权利效力得出规范性的标准吗？我的论点：本身的规范性。

## 二、论点 1：截取（Transversalität）

### （一）德国的特殊道路

在德国，就社会理论和法律的关系而言，既存在过顶峰，也经历过低谷。而在其他地方就无法看到如此极端的偏离。先是在整个欧洲范围内，曾经存在过那样的历史时代，当时学术性的法学和人类共同生活的诸理论之间，完全是共生性的关系。这不仅适用于自然法的宇宙论，也适用于启蒙时代。在启蒙时代，哲学自然而然地提出要求，要求发展出可以提供约束政治和法律之方针的社会理论。那时此种共生关系的表现形式是理性法。按照弗朗茨·维亚克尔的说法，在理性法中，“西方旧的法哲学和社会哲学（‘自然法’），通过早期启蒙所赋予它的样态，对大多数欧洲民族的法学、立法和司法产生了直接的影响”。<sup>〔8〕</sup>卡尔·冯·萨维尼通过其《当代罗马法体系》，对伊曼努尔·康德的个体组成之社会这种社会理论进行了反馈：“所有法的存在都是为了那合乎伦理的、任何个体人类都固有的自由。”<sup>〔9〕</sup>由是，此种发展在德语区达到了顶峰。按照康德的社会理论，市民拥有其选择自由（Willkürfreiheit）的空间，理想情况下此种自由在相互间得以界分，而法就是界分相互间自由的可被普遍化的形式。康德的此种社会理论被转译到了法教义学中，即法教义学将自己理解为诸主观权利之封闭体系。

〔6〕 Castells, *The Rise of the Network Society* (Sagebrush Education Resources, 2000); Weyer, *Soziale Netzwerke: Konzepte und Methoden der sozialwissenschaftlichen Netzwerkforschung*, 2011.

〔7〕 Thornhill, “A Sociology of Constituent Power: The Political Code of Transnational Societal Constitutions”, 20 (2) *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2013).

〔8〕 Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 2. Aufl. 1967, 249.

〔9〕 V. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2, 1840, 2.

但不久以后,哲学就不得不放弃它作为法律之领头科学的角色。其根源在于社会的加速功能分化。在功能分化的过程中,社会各个不同的理性领域强烈地独立化,从而导致不再能获得跨越各个理性领域的、从其中可发展出全社会统一性法理念的立场。<sup>[10]</sup> 就像尼可拉斯·卢曼描述的那样,现代社会是“既无顶端亦无中心的社会”。<sup>[11]</sup> 在此种社会中,原则上不可能构建一个具有一般有效性的、可将法律包含其中的社会理论。“社会系统自身在这些条件下变得复杂化,此种复杂化的方式不再允许单一社会描述的可敷使用。”<sup>[12]</sup> 毋宁是,出于各种相互间高度差异之诸社会理性的视角,会发展出多个独立的社会理论。而且,尽管这些社会理论各自独立,但它们又相互紧密地交织在一起。由此产生的并非是那种普通的理论间争议;在普通的理论间争议场合,人们最终可以选择支持一个最合理的理论;而是会产生一种全新样式的理论状态,此种理论状态被哲学家戈特哈特·京特描述为多重脉络性(Polykontextualität)。<sup>[13]</sup> 不同的社会意义世界从其各自独特的理性中,绘制出各自的社会理论。这些社会理论原则上无法被综合为一个统一的理论,而只能各自均具有基础性地并列存在。在历史上,马克斯·韦伯早就谈到了“新的多神教”,其使得理论的一神教不具有可能性。<sup>[14]</sup> 并不存在那一个社会理论,而只是存在多个相互平等的子领域理论。但麻烦的是,每个子领域理论都同时主张其具有作为唯一社会理论的普遍效力。如果法律想从社会理论中获取指导,那么它就面临着多个子理性都主张整全效力的悖论。<sup>[15]</sup>

具体而言:经济理论很久以来就超越了其自身对象领域(经济)的边界,力图提供一个适用于全部社会关系的理论,即将全社会(也包括法律)理解为一个进行收益计算的大型网络。由此,效率便成为了法律原则。<sup>[16]</sup> 同样,将社会分解为团体及政治单元间的权力和利益冲突的政治理论,也要求成为全社会以及法律的领头科学。<sup>[17]</sup> 作为政治理性之核心的民主、合意原则,也被要求在整个法律中得以实现。针对社会微观层面发展出来的社会学上的角色理论,也被扩展到社会的宏观层面,社会角色间的相互性被提升到整个社会之规范的高度。<sup>[18]</sup> 道德标准又将典型具体交往作为相互间尊重的体现。并且道德-哲学的社会理论也主张其对社会问题——当今尤其是对生态问题——的调整主权,并主张通过法律规范执行之。<sup>[19]</sup> 最后,正如批判理性主义之所为,在科学系统中也发展出了社会理论。其坚持将无成见地追求真理作为科学理性的核心,并将社会理论限于诊断(Diagnose)和预测症候(Prognose)。然而其也在技术专家治理的普遍性中,主张将法律一般性

[10] 对于社会理论最具有意义的社会学成果,应该算是埃米尔·涂尔干、格奥尔格·齐美尔、马克斯·韦伯、塔尔科特·帕森斯、皮埃尔·布迪厄、尼可拉斯·卢曼。对此的一个概览参见 *Schimank, Theorien gesellschaftlicher Differenzierung*, 1996。法和法教学也被卷入了此自治化进程中(对此参见下文三)。这带来的结果是法实证主义的高歌猛进。

[11] *Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, 1981, 22.

[12] *Luhmann Rechtstheorie* 17 (1986), 171, 180.

[13] *Günther*, in: ders. (Hg.), *Beiträge zur Grundlegung einer operationsfähigen Dialektik I*, 1976, 283 ff.

[14] *Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 1968, 605 ff.; dazu *Schluchter, Religion und Lebensführung*, Bd. 1, 1988, 299 ff., 302.

[15] 对于不同的理性主张,详见 *Teubner ARSP Bh.* 65 (1996), 199 ff. m. w. N.

[16] 对此深入的探讨,见 *Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995.

[17] 一个信息丰富的概览,参见 *Brodocz/Schaal, Politische Theorien der Gegenwart*, 2009.

[18] *Dahrendorf, Homo Sociologicus: Ein Versuch zur Geschichte, Bedeutung und Kritik der sozialen Rolle*, 1958; *Mead, Geist, Identität und Gesellschaft*, 1973.

[19] “战后德国导师(*praeceptor Germaniae postbellicae*)”力图通过社会理论的权威去回答任何一个法律问题,见 *Habermas, Faktizität und Geltung*, 1992, 书中各处。

地科学化。<sup>[20]</sup>

在魏玛共和国这个实验室中，社会丧失整体导向这一点也在法律中得以体现。在那个时代，社会理论与法律之间关系的多样性达到了顶峰。在面对当时爆发出来的多种社会理论（社会学、经济学、政治科学、道德哲学）时，德国的法学也进行了很多大胆的实验。各种宪法理论（卡尔·施密特、汉斯·凯尔森、赫尔曼·海勒）间的重大争议，就别种经济宪法或经济民主而进行的争论（弗兰茨·伯姆、胡果·辛茨海默），法社会学、自由法和利益法学的产生，社会学法学中各种相互较量的进路，法律中的“经济视角”以及“政治性的司法”，不过尤其具有特殊性的是自治的相关领域法律（特别是经济法、社会法和劳动法）的独立化，这些都证明了社会理论的多样性对法的多样性产生的巨大影响。<sup>[21]</sup>

不过，在独裁政治之单一社会理论的高压下，这种复杂的社会理论与法律的多元主义被突然打破了。在德国近现代法律史的低谷，在政治系统的支持下，全能的社会理论获得了胜利，将其规范方针成功地法律中得到贯彻。在 20 世纪，德国的法律不止一次向将法律臣服于某个社会理论帝国主义的尝试屈服。在此，不仅是法律的基础结构，甚至其具体规定也以占主导地位之政治理论的方针为指引。

纳粹的种族理论是政治理论对法律的第一次、同时也是最可怕的支配。<sup>[22]</sup> 在 1945 年该理论灾难结束后，就法律和社会理论之间的关系，德国分成了相反的两个极端。在东德的政治高压下，另一种全能的社会理论——辩证唯物主义——在法律与国家中取得了主导地位，给法治国带来了致命的后果。<sup>[23]</sup> 与此相反，西德用另一种极端作法对纳粹以及真实社会主义中那种理论与法之间可怕的共栖关系，进行了回应：法律对任何社会理论细菌的侵入都予以免疫。<sup>[24]</sup> 认为本身具有自治性的联邦德国的法教义学，自以为经历那两种可怕经验后变得聪明了，严厉地与所有社会理论的异质影响进行抗争。对于这种自我设定的、针对所有学科间交叉的防御态度，即便 1968 年那短暂而激烈的社会理论猛攻也未竟其功。“法学门前的社会学”被看作是迈回极权思维的倒退；这反过来增强了法教义学的自我免疫倾向。<sup>[25]</sup> 与此相反，在比较法中，人们却能惊讶地看到在其他法秩序（尤其是普通法）中，法律对社会科学敞开大门。外国的观察者有些诧异地看到，正是德国法学，因其在 19 世纪和 20 世纪初理论上的突出建树而在国际上获得高度尊重，而现在却只是局限于教义学。<sup>[26]</sup> 具有讽刺意味的是，第二次世界大战以后极度不自信的德国法接

[20] Albert, *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft: Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*, 1993.

[21] 对于 20 世纪私法中的发展，参见 *Wieacker* (Fn. 8), 543 ff., 558 ff., 公法中的发展参见 *Stolleis*, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, 1999, 90 ff. (国家法学说和宪法), 153 ff. (魏玛时期的方法论论争), 216 ff. (行政法的分出)。

[22] 对此例如参见 *Rüthers*, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 2004.

[23] 对此例如参见 *Stolleis*, *Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR*, 2009, 28 ff., 43 ff.

[24] 对此具有穿透力的批判参见 *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft*, 1968, 10, 27 f., 39 ff.

[25] *Lautmann*, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz: Zur Kooperation der beiden Disziplinen*, 1971.

[26] “过去，德国法学者曾经撰写过篇幅虽不长但却很深的著作，例如普赫塔和温德夏特的著作，力图解释私法的基础性原则。现在，许多德国学者撰写多卷本的著作，每卷又分为多个部分，每个部分由不同的作者撰写。……法秩序的统一性或者是被任之自生自灭，或者是被通过交叉援引来得到处理。”见 *Gordley*, “The State’s Private Law and Legal Academia”, in: *Jansen/Michaels* (Ed.), *Beyond the State: Rethinking Private Law* (Tübingen, Mohr Siebeck, 2008), p. 219, 222.

受了许多国际上的影响,尤其是乐于接受来自美国法律世界的影响,但却顽强地抗拒在美国占据统治地位的“法与某某”运动。

唯一的例外是,在20世纪70年代和80年代,德国也出现了一个主张唯一有效性的社会理论,该社会理论在美国由于政治上的有力支持和充足的民间资助早就成为各个法律领域的领头科学。<sup>[27]</sup>经济理论试图用法律的经济效率理念来替代疲惫不堪的正义概念,而交易成本理论、产权理论、公共选择理论以及法律的经济分析都是此种经济理论的不同潮流。<sup>[28]</sup>其主张将法律那老旧的道德-政治导向完全去除,并在其整全性(totalitär)的要求中容不下其他社会理论。其自信地公开信奉一种理论帝国主义。尽管例如在制度理论中也允许学科交叉,但此种允许也是在其自身条件下的允许。不过在经过三十年经济理论在所有生活领域的极度扩张(甚至对爱情关系和宗教信仰也进行经济分析)<sup>[29]</sup>后,在2008年经济危机中发生了第三次理论灾难。受其影响,经济学在解释上的垄断地位在许多学科都被打破了。<sup>[30]</sup>是否此理论灾难在法律中也能终结经济思维帝国主义,目前尚不明确。

## (二) 保持距离地应对(Distanzierter Umgang)

在经历了法律与社会理论间关系方面这种高峰和低谷之间的剧烈变换后,何者值得推荐呢?答曰:保持距离地应对。尽管基于这三个理论灾难,战后德国法教义学那种坚定的自我免疫看似是必然选择,但还是可以设想一个其他选择。这个选择是:截取。在哲学中,截取也曾作为应付相似局面的对策而被发展出来,即作为应付由于宏大叙事(grands recits)垮台而产生的后现代商谈多元主义的办法。<sup>[31]</sup>法律中的截取意味着,法律承认在社会严重分化的条件下,某个社会理论唯一的普遍性效力,无法得到正当维持;毋宁是只能存在各自都同样具有基础性的社会子领域理论。截取的正当性是基于各个不同社会理性的并列存在,即它们分别高度自治但同时又相互间依存。法律拒斥片面的经济化,亦拒斥片面的政治化、社会化、科学化或道德化。法律抗拒任何一种理论的整全诉求,但却接受并列存续之社会理论的各自权利,并且——这正是当今挑战之所在——在其概念构造和规范表述中来处理语言游戏的新型多样性。而只有在法律一方面坚持不同社会理论的局部性特征,另一方面又只是在某理论对其相应社会子领域提供有效见解的范围内吸纳其影响,只有如此,对上述挑战的应对才能成功。

不过,截取不仅仅意味着承认各个社会子领域理论在其地盘上的自治。社会子领域在各自自治的同时,也相互交织在一起。法律必须通过在各个相互竞争子领域理论的内部逻辑中

---

<sup>[27]</sup> 对此参见 Steven M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law* (Princeton: Princeton University Press, 2008).

<sup>[28]</sup> 对于法经济学的的一个简短论述,参见 Brian E. Butler, Law and Economics, *Internet Encyclopedia of Philosophy*, 2011 (<http://www.iep.utm.edu/law-econ/>)。然而,法经济学在德国到现在也没有像在美国那样,占据法学思维的主导地位。对此除了其他原因外,主要的原因在于上文中提及的德国法教义学的自身免疫倾向。

<sup>[29]</sup> 特别激进的学者有加里·贝克尔(Gary Becker),对此参见 Pies/Leschke, Gary Beckers ökonomischer Imperialismus, 1998; 对此积极的评价见 Edward P. Lazear, “Economic Imperialism”, 115 *The Quarterly Journal of Economics* 99 (2000).

<sup>[30]</sup> 即便在美国的公司法中,也发生了此种崩溃,参见 Eric W. Orts, *Business Persons: A Legal Theory of the Firm* (Oxford: Oxford University Press, 2013).

<sup>[31]</sup> 尤其参见 Welsch, Vernunft: Die zeitgenössische Vernunftkritik und das Konzept der transversalen Vernunft, 1996.

系统地穿梭，来回应此种交织。<sup>〔32〕</sup> 马克斯·韦伯率先认识到了这种截取。韦伯认为新的多神教不可避免地导致“一连串的最终决定”。这些一连串最终决定，是在各个不同理性主张间穿梭的过程中，不停情境式地面对穿梭中之新遭遇的结果。<sup>〔33〕</sup> 此绝非随意的挑拣 (pick and choose)，而是法律施加自我的义务，即法律应对所有的理论主张仔细审视，以求恰当应对社会理性的多元化。

法律中的截取式理性会断然拒绝当今由经济理论所提出的整全诉求，但相反会承认经济理论作为对经济系统之自我描述的相对恰当性。只有当人们在经济法中承认经济知识的首要相关性（“首要”同时也意味着在经济法中亦承认其他社会理论的次级相关性），才能充分满足各社会子领域理论的自治以及相互间的交织。<sup>〔34〕</sup> 同理亦适用于法律的政治理论，即约翰·罗尔斯的正义理论，其只能在政治宪法领域主张首要的、但并非排他的效力。哈贝马斯的商谈理论亦同。哈氏的商谈理论应从其作为全社会理论这个野心勃勃的要求，回退到生活世界中相互交往的道德理论这个地位，而其实商谈理性也只有对生活世界的相互交往中才能够被期待。本人虽然毫不掩饰对系统理论的好感，但系统理论也不能主张作为新的超级理论而成为法律的领头科学。系统理论只是关于社会沟通、社会分化和相互依赖的局部理论，在某种程度上可以说是对通常之事的专家 (Spezialistin fuer's Allgemeine)。系统理论并不偏爱任何一个现代社会中的局部理性，其自己也并不发展一个携带唯一代表权诉求的理性，而只是将各个不同社会理性的同效力作为自己的中心议题。

让我们再回到倾向性发表。对于药品企业、学术机构和公共机构合作开发新药的公私网络的法定性，这种截取式的有距离应对意味着什么呢？就此的出发点是，无论是合同法还是公司法对于这种公私合作网络的新现象，都不能提供让人满意的解决方案。无论是合同目的还是公司目的这些法律概念，都不能妥当处理不同机构组成之网络的目标。毋宁是，就像许多学者所主张的那样，应发展出“网络目的”这个独立的法律概念。<sup>〔35〕</sup> 在此，法律欣然接受经济上交易成本理论的分析，即当与合同法或公司法中的各种模式相比，新型的企业网络会带来交易成本上的好处时，理性行动者便会选择这种企业网络。<sup>〔36〕</sup> 但一旦经济理论越过了此分析，坚持网络目的应完全是交易成本最小化，甚至主张对于冲突的规制原则上完全留给网络中的私人治理 (private governance) 来处理，从而以国家法律的干预无效率为由拒斥之时，法律就应反抗经济式阐释的垄断地位。<sup>〔37〕</sup> 只有通过在其他社会理论中截取式地穿梭，人们才能发现网络目的作为法律概念不单单限于减少交

〔32〕 维特霍尔特 (Wiethölter) 对此特别强调。维特霍尔特认为，只有在法律对系统社会学、批判理论和经济的制度理论进行了彻底的处理后，法律才能达到时代的顶峰。参见 *Wiethölter*, in: *Teubner* (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, 1994, 89, 95 f. 进一步的探讨参见 *Wielsch* JZ 2009, 67 ff.

〔33〕 *Weber* (Fn. 14), 507 f.; dazu *Schluchter* (Fn. 14), 339 ff.

〔34〕 一个具有典范性的研究参见 *Wielsch*, *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, 2008. 该作者对于互联网中的知识产权法首先援用了经济理论，然后又顾及了各种相竞争的社会理论，以求尤其是适当应对政治、科学以及艺术上的要求。

〔35〕 例如 *Grundmann* AcP 207 (2007), 718, 720, 729 ff.; 比较法上的研究参见 *Cafaggi*, “Introduction”, in *Cafaggi* (Ed.), *Contractual Networks, Inter-Firm Cooperation and Economic Growth* (Cheltenham, UK; Edward Elgar, 2011), p. 1, 11.

〔36〕 *Gomez*, “Cooperation, Long-Term Relationships And Open-Endedness In Contractual Networks”, in *Cafaggi*, supra note 〔35〕, at 21, 22, 25; locus classicus: *Williamson*, *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting* (New York: Free Press, 1985), 180 ff.

〔37〕 *Williamson* ASQ 36 (1991), 269, 273 ff.

易成本；它其实更加复杂，应在多个面向上理解网络目的。网络目的一方面应作为每个网络参与者针对自己单个项目的义务，另一方面也作为针对网络致力之总体项目的义务。<sup>[38]</sup> 通过截取式的导向，法律陆续吸纳经济理论、政治理论、社会学理论、伦理理论以及其他子领域理论，法律将跨系统的网络理解为正是将各种不同社会理性间的冲突予以制度化的组织性安排。如此理解的网络目的这个法律概念，使得行动者有义务按照相互冲突的各种不同行动逻辑来调整其行为。在公私研究网络这个例子中，网络参与者被要求同时（虽然程度不同地）顾及四个相互间排斥的定言命令，具体而言是经济盈利、科学认识、医疗标准和政治福利导向四个相互矛盾的要求。事实上，网络——就像不同的社会理论所体现出的那样——也通过其混合性质，展示出了它如何被构建得可以吸纳多个相互矛盾的理性。网络允许各种不同的理性间相互干扰，且这些理性间并不存在等级秩序。<sup>[39]</sup>

那么，这些挑战可以通过一个法律上的网络宪法来回应吗？在这种混合的公私配置中，法律上的网络宪法除了促进交易成本的降低，还必须发展制度性自治、程序公平、法治以及政治责任这些基本原则。<sup>[40]</sup> 网络目的法律样态不应被任何一种理论所垄断，即不应只是限于交易成本降低，但也不应只是政策导向、获取科学认识或伦理行为准则，而是应试图通过在各个不同社会理论间穿梭，获取网络的多重维度。在此，法律不得接受任何一种其他社会部分理性的统治地位。

类似的多维面向，在康采恩利益这个法律概念中也曾被发展出来。<sup>[41]</sup> 这毫不奇怪，因为如这里所论述之合同联合一样，康采恩也是一种网络。但康采恩法对诸子公司自治的保障保护的只是子公司纯粹经济上的利益，反之对康采恩的保护亦只是保护其纯粹经济上的利益。<sup>[42]</sup> 而在跨系统网络的情形则有所不同。在此，被保护对象更丰富。在本文的例子中，不仅盈利要作为网络目的，而且研究机构、医疗机构、私人基金会和政府管理部门在制度上的整合，也必须在网络这个分散的结构中被顾及。在康采恩法中，以程序法或实体法规范的形式表述出对所有康采恩成员都共同的、经济上的康采恩利益，这一直是具有意义的。而在公私合作中，网络目的却只能存在于对各种不同理性间可兼容性的寻找过程。

此种跨系统网络的联合目的在法律上的具体化——与合同目的或公司目的极其相似——尤其存在于由惩罚所维护的网络参与者忠诚义务上。<sup>[43]</sup> 此种义务既针对其他参与者而存在（即要求

[38] 对于社会科学视角下和法学视角下网络中的双重归责，参见 Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, Just in Time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht*, 2004, 120 ff. m. w. N.

[39] 对于跨系统网络中的诸理性间的冲突，参见 Amstutz, “The Nemesis of European Private Law: Contractual nexus as a legislative conundrum”, in: Grundmann/Cafaggi/Vettori (Ed.), *The Organizational Contract: From Exchange to Long-Term Network Cooperation in European Contract Law* (Farnham: Ashgate, 2013), p. 319, 350; ders., *KritV* 89 (2006), 105, 121 ff.; Teubner, in: Amstutz (Hg.), *Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem*, 2004, 7, 40 ff.

[40] Teubner (Fn. 39).

[41] Dazu Emmerich/Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht-Kommentar*, 7. Aufl. 2013, § 18 Rn. 7, vor § 311 Rn. 47 - 50, § 311 Rn. 77 - 81; Hoffmann-Becking, in: FS für Peter Hommelhoff, 2012, 433, 441 ff.; 在欧洲范围内对康采恩利益的讨论见 Drygala AG 16 (2013), 198 ff.

[42] 只有受社会学影响的康采恩法才超越了单一脉络的方针，例如 Amstutz, *Konzernorganisationsrecht: Ordnungsfunktion, Normstruktur, Rechtssystematik*, 1993.

[43] 网络的外部责任是另一个需要对之发展适合于网络之规范的法律领域，对此参见 Teubner (Fn. 38), 204 ff. m. w. N.



照顾其他参与者各自的利益),也针对整体网络而存在(即致力于项目的成功)。<sup>[44]</sup>对研究结果的操纵,就像本文例子中媒体机构、药品企业以及对临床研究负责的科研机构为了各自利益所作所为的那样,明显违反了忠诚义务的这两个面向,并应导致严重的法律惩罚。与合同目的或公司目的的不同,网络目的有义务促进参与其中的各个不同社会理性,并同时在这些理性间进行平衡。与在个案中衡量个体利益的传统做法不同,截取的结果应是,法律上的衡量程序的处理对象是各个不同社会理性的自治以及它们之间的交织。

### 三、论点 2: 回应

在其他方面也应该有距离地应对。当在截取式的穿梭中,法律决定与诸社会理论建立联系,后者便会要求其认识在法律中被原封地接受。尤其是其科学属性常常被怀疑的法教义学,会在这里被质疑为晦暗不明。<sup>[45]</sup>与此相应,受到耶林对概念法学之批判的启发,美国法律现实主义将传统的法教义学嘲笑为“先验的胡说八道(transcendental nonsense)”,并用受政治理论所引导的法律概念,即法律作为后果导向的社会政策,来取代传统法教义学。批判法学派则通过运用批判的社会理论,更加激烈地“破坏(trashing)”了教义学,并主张法律冲突的公开政治化。法律经济分析的代表人物理查德·波斯纳,也否认法教义学对于理性地构造规范的独立贡献,并主张用经济的效率标准来替代过时的道德-政治导向。其他学者则要求各种社会科学学科的统一化,将法学作为“事实科学(Realwissenschaft)”,视之为社会科学的部分领域,从而否认法学的独立性。<sup>[46]</sup>

所有这些都应被拒斥。从社会理论到法律的原封的(authentisch)知识传递,是不可能之事。这将会破坏那不可屈服的、法律系统自治性。此点不仅被传统的法教义学所强调,也被先进的系统理论所支持。<sup>[47]</sup>上文提到的全社会的功能分化,除了覆盖其他社会系统外,也将法律卷入。在法/非法这个二元符码的排他效力框架下,法律发展出了一个复杂的概念大厦,即确实和科学理论不具有可比性的教义学。与其他社会符码不同的法律符码,建立了法教义学那不可抹杀的自治性。此种自治性绝对地排除了对诸社会理论一对一的接纳。

虽然如此,鉴于社会各局部理性之间的相互依赖,社会理论和法教义学之间的相互交织亦属必然。不过,交织只能在双方面均具有自治性的基础上发生。因此,法律的相对独立性这种说法具有误导性。毋宁是,在法律的高度自治和法律与其他社会系统间高度依赖之间,存在一个强化关系(Steigerungsverhältnis)。<sup>[48]</sup>首要的是在两个独立探寻过程之间的严格分工:社会理论提供对社会现象的结构分析,识别社会现象在其环境中产生的社会问题,能够展示问题之可能解决方案的方向,并对这些解决方案进行功能性的比较。进而,法教义学在此衔接。

<sup>[44]</sup> 比较法上的详细探讨见 Weitzenboeck, *A Legal Framework for Emerging Business Models: Dynamic Networks as Collaborative Contracts* (Cheltenham, UK; Northampton, USA: Edward Elgar Pub, 2012), p. 186.

<sup>[45]</sup> 对于不无问题的法学之科学属性的探讨,概览性的讨论参见 Klaus Röhl/Hans Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, 2008, 79 ff.

<sup>[46]</sup> *Loci classici Cohen* ColumLR 35 (1935), 809 ff.; *Kennedy* HarvLR 89 (1975), 1685 ff.; *Posner* HarvLR 100 (1987), 761 ff.; *Albert* (Fn. 20).

<sup>[47]</sup> *Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, 1993, 538 ff.; 进一步的论述见 *Vesting, Rechtstheorie: Ein Studienbuch*, 2007, 141 ff.

<sup>[48]</sup> 这个区分很重要。相对自治意味着,独立和非独立都是基于同一种机制;而只有在独立和非独立是基于不同的机制时,强化关系才属可能。法律的独立性体现在法律上之行为(Rechtsakt)的链条;而法律的非独立性则体现在对法律之纲要的刺激。

也即是,法教义学在历史纵向维度上(diachronisch)遵从对历史发展出来之法律概念的路径依赖,在现时维度上(synchronisch)在法律符码和现行法之法律纲要的脉络中,法教义学发展出独立的规范。

一旦法教义学开始对各个法律制度的内在规范性逻辑(即法学者愿意使用的表述“内在根据”)进行仔细的研究,研究这些“内在根据”是否能够对法律审视之社会现象的结构和问题做出敏感的反应,那么法律和社会科学的交织就不再仅仅是单纯地跨过各自领域边界而已。此种借助教义学的感知概念(Fühlbegriffe)而进行的精细的探寻运作,在本文中被表述为回应性。<sup>[49]</sup> 法律的回应性,既非在社会科学讲庭面前实现(社会科学的讲庭守护着对概念原封地使用),也不是通过作为法律与社会理论之间的媒介的第三方上级裁判庭,而是法律自己通过法律的内庭(forum internum)来实现。法律在其复杂的检审过程中,受到社会理论自外部对问题所进行分析的刺激,但这也只会发生在这些问题分析按照法律的自我选择标准可敷使用之时。接着,法律才用自己的语言将这些问题分析进行重构,并用自己的语言对问题和其解决方法进行相互的校正。只有当此重构使法律论证能够在法律内部对规范和事实、法律概念和社会利益进行区分时,法律得以对社会妥当性这个问题进行回应的时刻,才算是到来。社会妥当性问题,换句话说便是法律上的决定是否通过内部重构对外部世界的那些方面进行了妥当的处理。<sup>[50]</sup>

对此还需要再多走一步,即对社会世界如何接受法律规范的变化进行预估。<sup>[51]</sup> 通过后续对法律导致之社会世界效果的监测(monitring),当类似的社会冲突再次出现在法律面前,并在较长期的司法实践链条中寻求改变时,该预估会得到纠正。凭此,法律得以抵偿那种异化效果,此种异化效果是由于法律将社会冲突用自己的自治语言进行重构,并且对此只是创制了法律内部的解决方法而导致的。值得再次强调的是,就算是这种监测也只是对环境进行观察的法律内部运作。社会科学对法律产生之效果的分析在此是作为对法律的刺激,此种分析修正了对司法实践链条的监测。总之,法律针对社会科学的回应不仅仅限于在法律决定面前将冲突予以重构,而是也涵盖对法律决定在社会中所产生之后果的观察。

就此而言,法律对社会理论的接受从来都不是对社会科学观察原封不动地吸纳,而总是对系统和环境间区分的再进入,此种再进入在法律中产生了一个想象的空间,即对社会、人类和自然的外部要求一再地在法律内部的重构。<sup>[52]</sup> 回应性作为法律从社会理论受到刺激可能性,绝非是——如卢曼描述的那样——“作为社会知识大量且同时无障碍地流入法律的闸门。相反:重点在于(如果人们可以如此表述的话)系统的主体性,从而在于所有视角具有的不可避免的系统相对性”。<sup>[53]</sup> 自治的法与自治的社会理论之间的冲突,原则上无法被克服。甚至,这应受到欢迎。<sup>[54]</sup> 夸张点说,这种冲突只能通过法律内部具有生产力的误解来克服。此种误解不可避免。而误解具有生产力,

---

[49] *Locus classicus* Nonet/Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York: Harper and Row, 1978).

[50] 对于环境的“立法(enaction)”作为其“代表(representation)”的替代,参见 Varela, “Whence Perceptual Meaning? A Cartography of Current Ideas”, in: Varela/Dupuy (Ed.), *Understanding Origins: Contemporary Views on the Origin of Life, Mind and Society* (Dordrecht: Kluwer, 1992), p. 235.

[51] *Amstutz* (2013, Fn. 39) 324 ff.

[52] 对于“再进入(re-entry)”和“想象空间(imaginary space)”,参见 *Spencer Brown*, *Gesetze der Form*, 1997; 对于将此应用到法律及其环境,参见 *Luhmann* (Fn. 47), 76 ff.

[53] *Luhmann Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), 1, 7.

[54] 重要的是对冲突的处理,而非是将冲突排除,对此参见 *Hensel*, in: *Soziologische Jurisprudenz*; FS für Gunther Teubner, 2009, 509, 521 ff.

也只有法教义学将社会理论作为外部刺激对待，从而并非在光荣孤立 (splendid isolation) 中拒斥之，而是在法律内部通过自己的概念构造将其重构，并通过自治地形成规范对其进行反馈之时，才能得以实现。

如果社会理论以这种方式被“翻译”进了法教义学，那么社会理论就有潜力实现法教义学上的增值。<sup>[55]</sup> 这个过程不仅仅是将相同的意义转换为另一种语言，而是法律内部概念按照其内部发展逻辑的条件被社会理论构造所刺激，于是被启示出了一种完全别样的新的构造。正是法律内部发生的刺激-重构-规范改变-效果观察这个序列，产生出了教义学上的增值。此种增值既不能在法教义学的自我免疫中，也不能通过将社会理论构造直接转化到法律内得到实现。

那么，对于本文开头提出的公私合作网络中的法律问题，教义学上的增值又体现在哪里呢？网络并非法律概念。用来分析作为市场和等级秩序之混合体的经济网络的效率原则，无法作为法律的主导原则，更不用说将它作为直接适用于网络的法律规范了。同样不合适的还有经济交易的“社会植入”原则，此原则被社会学家认为是网络的本质特征。<sup>[56]</sup> 相反，严格的分工在此实属必要。网络理论识别网络独特的行动逻辑，发现网络支配之行为模式的机会和风险，并提供与市场 and 等级秩序不同的结构性解决方法的可选项。合同法受到网络理论的刺激，运用法律自己的概念重构网络问题，并从法律思想传统中为网络发展出独立的规范和原则，这些规范和原则可作为解决新型协调和责任问题的法律方法而发生效力。

现在，对于回应性的操作而言最根本的挑战在于，在历史发展出的各个不同私法制度中，找出对于构造适于网络之构成要件和法律后果的规则最具有规范性潜力的那个私法制度。那么，哪个法律制度能够在双方合同之外，产生对于整个联合体所有参与者的全面法律约束力呢？可选项有：民事合伙、网络合同、交易基础、保护第三人契约、合同结合。公司法上的构造并不适合于网络，因为它涵盖的义务完全是针对公司目的，从而必须将网络典型的同时照顾个体利益这个导向，认定为违法。认为在所有参与者间订立了一个网络合同这个构造，对于网络的现实情况而言也属蹩脚，因为这种构造必然要在法律上拟制所有人对所有人的大量的代理行为和代理授权。<sup>[57]</sup> 交易基础理论也无济于事，因为交易基础理论致力于对交易的清理，而不能产生法律义务。<sup>[58]</sup> 附保护第三人效力的合同虽然可对第三人产生约束效力，但并不适合于多边关系，且该制度中的贴近给付标准和危害法益标准，也没法在网络中建立具有必要性的合同履行。<sup>[59]</sup> 对网络最适合的制度，被证明是针对融资的买卖合同 (finanzierte Kaufverträge) 发展出的合同结合制度，因为其精确地展现了各个单个合同的独立性和其相互间的连结性之间的紧张关系，并且表达出了既指向网络结点又指向整体网络这种对于网络而言典型的双重导向。合同结合对联合体的产生准确地勾勒出了三个构成要件：(1) 各个合同间相互的关联；(2) 共同的合同目的；(3) 无须订立一个完整的多方合同即可实现的事实上的合作。<sup>[60]</sup> 而将网络和合同结合对立起来，把社会理论分析和法学定性相互分野，会把可能导致法教义学上之增值的潜力掩盖。不过，对于合同结合是否能对网络中产生

[55] 一般性地对于刺激、重构和象征性的增值，参见 *Mölders ZfR Soz 33* (2012), 5 ff., 18 ff.; 对此就社会理论和法律的关系而言，参见 *Teubner RJ 17* (1998), 234, 250 ff.

[56] 对于经济学上的网络概念：Williamson (Fn. 37), 180 ff.; 社会学上的网络概念：Powell, in: Kenis/Schneider (Hg.), *Organisation und Netzwerk. Institutionelle Steuerung in Wirtschaft und Politik*, 1996, 213 ff.

[57] 关于建构独立的网络合同，参见 *Rohe, Netzverträge: Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen*, 1998.

[58] 此种建议参见 *Grundmann*, in: FS für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, 2008, 227 ff.

[59] 此种建议参见 *Lange, Das Recht der Netzwerke*, 1998, 195 ff., 200.

[60] *Teubner* (Fn. 38), 109 ff.

的冲突提供合适的法律解决方案,尚待法律对法律决定在社会世界中产生的效果进行观察,才能最后做出决定。<sup>[61]</sup>

#### 四、论点 3: 本身的规范性(Eigennormativität)

最后,本文中倾向性发表这个例子提出的最难的问题是:可以从社会科学理论中获取规范性标准吗?即在我们的例子中可以从社会科学理论中获取公私混合网络中的基本权利效力吗?当今理论和实践统一论的代表者,恰恰就把从分析整个社会中发现指明政治与法律方向的、社会发展的规范性潜力,视为其最重要的任务。<sup>[62]</sup>而对于规范上表现得冷漠的系统理论,如果它想对法律做出相关指示的话,它必须经历一种“规范性转向”。<sup>[63]</sup>

但这里社会功能分化再次——现在已是第三次——强力登场,对此做出了纠正。社会功能分化永远地破坏了旧欧洲的理论 and 实践的统一,将科学关进正确/错误这个封闭符码的栅栏,从而不允许社会理论在提供认知性陈述之余还在政治符码、道德符码和法律符码中提供规范性陈述。科学系统原则上并不能为其他行动脉络供应规范性的标准。<sup>[64]</sup>规范性建议始终是超科学问题(trans-scientific issues)。<sup>[65]</sup>

尤其让人心痛的是,此种自我限制亦涉及哲学,法律——尽管有罗尔斯和哈贝马斯的费神承诺——也不能希冀自哲学进口规范性。哲学无法从明希豪斯困境——无限递归、中断、循环论证——中摆脱出来。最终所有对规范的论证尝试都会导致悖论。解悖论却不能由具有规范性外观的哲学来实现,而只能由沟通中的社会实践操作以及由个人通过反省来完成。<sup>[66]</sup>此种理论崩溃所导致的后果是:本身的规范性。本身的规范性在两个完全不同的程序中产生:在法律内部程序中形成了法律本身的规范性,在法律外部程序中产生了法律可以借助的社会实践操作本身的规范性。

法律本来就是一种社会实践操作,这种社会实践操作产生法律的本身规范性,而无须借助于科学或哲学上的根据。为了产生此结果,需要——这里只提及几个重要人物——汉斯·凯尔森的基础规范、赫尔伯特·哈特的内部视角以及尼可拉斯·卢曼的法的二元符码。<sup>[67]</sup>法律本身的规范性是作为从现行法中自我生产规范性的指令,以及作为按照法律事业的条件生产偏离的规范来运转的。只有在法律的本身规范性的框架下,同时在上文所述的刺激和重构的框架下,社会理论才具有规范上的相关性。

但法律系统的自我生产只是产生一种规范性,即法律内部的规范性。在法律外部,其他社会实践操作的本身规范性,在法律向它们伸手之时,也补充了法律内部的规范生产。诸社会系统不仅产生其自我的理性(马克斯·韦伯意义上的理性),同时也生产其本身的规范性。

---

[61] 对此再次参见 Amstutz (2013, Fn. 39) 330 ff.。在此,该作者展示了在联邦最高法院针对合同网络的司法链条中发生的细微的纠正。

[62] 代表性观点参见 Habermas, *Theorie und Praxis: Sozialphilosophische Studien*, 1963, bes. 231 ff.

[63] Francot-Timmermans/Christodoulidis *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie* 40 (2011), 187 ff.

[64] Luhmann, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, 1990, 627 ff. 然而,科学系统也发展出了规范性的方针,只不过它们只是适用于科学系统自己的实践。

[65] Weinberg *Minerva* 10 (1972), 209 ff.

[66] 对此详见 Teubner, *Exogene Selbstbindung: Die Konstitutionalisierung von Gründungsparadoxien gesellschaftlicher Teilsysteme*, in: Esposito/Corsi (Hg.), *Paradoxien der Verfassung*, 2013, 出版中。

[67] Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, 206 f.; Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961), 55 ff.; Luhmann (Fn. 47), 165 ff.

朗·富勒在将联合体的道德性(morality of associations)描述为社会沟通的呈现现象时,清楚地体现了这一点。但在维特根斯坦以后直至利奥塔,此种洞见都公认属于语言哲学的研究领域。多种多样语言游戏的规范性是基于其生活形式,并且对之无法进行最终论证。与此完全相似地,制度主义也将社会实践操作识别为在“指导思想(idée directrice)”统帅下的规范总和的制造者。<sup>[68]</sup>

在这一点上,显然寻找法律和社会理论之间跨学科相会的驱动性动机,首要的并非在于法律和科学的联系,而是在于法律和社会的联系。在法律的本身规范性外,法律还在不同的生活世界及其规范中寻找规范性的导向,向社会理论请求援助。的确,如果仔细审视的话,就能发现此处在社会理论头衔下的很多东西,根本不是严格意义上的科学理论,而是一种反思实践。对此更好的表达是与神学和法教义学类似的各个社会世界中的反思的教义学,这些反思的教义学在各种社会实践操作中制造规范性导向。

法律的规范性一直是在和其他社会子领域的反思的教义学的接触中得到发展的。因此,避免那种社会学法学、政治性法律理论或法经济学所带来的科学性的误解,便实属应当。对社会科学的结构性分析对于上文所论之法的回应性越(如本文所示)重要,那么这里涉及的就越是一种别样的东西,即原则上无法由无偏见之科学,而是由社会行为那具有规范性的“教义学”来提供规范性的导向。法教义学甚或所有教义学之母神学都并非科学,而是对法律或宗教这种社会实践活动系统反思的教义体系。与法教义学或神学非常相似,企业管理学、经济学或政治学的大部分领域也并非属于遵循真理代码之科学,而是披着科学的社会理论外袍的社会意义世界的反思的教义学,即关于企业、经济或政治中正确行为的教导,这些教导共享并传递了这些实践活动各自的基本规范性导向。类似于人们在法学中区分作为实践之反思的法学理论和作为对法律的科学观察的法社会学,人们也必须在诸学术学科内部,在属于各自社会子领域之反思教义学这种商谈和属于科学系统的严格意义上的社会理论这种商谈之间,做出明确的区分。

从而,与社会实践活动之本身规范性的联系在此应被追求。这种社会实践活动的本身规范性在经济或社会实践的反思的教义学中得到细化。<sup>[69]</sup>与上文提及之科学性的误解相对,从中可得出两方面的结论。导向于社会的反思的教义学可提供大量的规范性视角,从社会制度的指导思想,到社会期待、社会要求、基本权利要求、参与人士的期望,再到由社会系统就其产出能力集体地获得的观点,直至确定社会系统在全社会中的功能。<sup>[70]</sup>上述这些完全不可能由“无条件的”和“无偏见的”社会理论得出;但即便法教义学也不能从其自身得出它们。而同时,当法律必须经由法律调控贯彻其自身个别的普遍性导向时,对于法律又再一次展现了保持距离的可能性。也即是,打着科学性旗帜航行的社会学法学、法经济学、法政策学、法伦理学,必须实在地将其旗帜改为在法律上处理各种不同的反思的教义学之间的冲突。

[68] Fuller, *Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller* (Durham: Duke University Press, 1983); Lyotard, *Der Widerstreit*, 1989; Hauriou, *Die Theorie der Institution*, 1965.

[69] 尤其突出的是已经制度化的职业规范,就此的经验研究的结果参见 Herberg, in: Winter (Hg.), “Ex Rerum Natura Ius”: Sachzwang und Problemwahrnehmung im Umweltrecht, 2013, 出版中。

[70] 尤其是拉道尔(Ladeur)一直强调法律已经非常强烈地依赖于“社会的认识论”,即依赖于社会实践活动的知识。参见 Ladeur, *Der Staat gegen die Gesellschaft: Zur Verteidigung der Rationalität der “Privatrechtsgesellschaft”*, 2006. 进一步可参见 Augsberg, *Informationsverwaltungsrecht: Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen*, 2013, 出版中。关于艺术的优雅(decorum)对人格权问题司法实践的影响,参见 Steinhauer, *Bildregeln: Studien zum juristischen Bilderstreit*, 2009, 174 ff.

让我们再次回到道德哲学。人们可以运用罗尔斯或哈贝马斯[的理论]来论证法律规范吗?这要视情况而定。如果它们主张生产具有科学性的社会理论,答案便为否。因为它们——与其自我的理解不同——在科学的真理符码下并不能证成任何规范。如果它们被理解为道德或政治实践的参与者,这些参与者就道德或政治实践的反思教义学进行作业,答案便为是。即便如此,它们也并非直接具有法律相关性,而是必须还要穿过法律理论、教义学和法官裁判实践的法律过滤网。

我们最后一次回到倾向性发表这个例子。法律的本身规范性和社会制度的本身规范性之间的相互作用,对于私人网络中基本权利的第三人效力意味着什么呢?简要说来,应当确立规范来抵抗经济理性的扩张倾向,以求一面为专家技术、一面为健康系统的整合性提供制度性的保护。

基本权利之水平效力的规范内容不能通过社会理论来建立,而首先是法律内部运作的产品。作为法律本身规范性基本原则的平等原则要求,在私人权力同样严重危及基本权利的情形,对基本权利的保护不仅要对抗国家机构也要对抗私人网络。<sup>[71]</sup>倾向性发表导致的网络中的操纵行为——禁止或虚构研究结果的发表——不仅侵犯学术自由这个基本权利,也侵害健康这个基本权利。然而,就如私法学者对此种第三人效力的激烈抨击所显示的那样,通说主张的那种通过衡量个人的基本权利项来实现基本权利保护的做法,是有问题的。<sup>[72]</sup>从这个两难境地中脱离的一个出路是,将针对私人权力的基本权利保护从私人层面转移到制度层面。并非是通过可诉的个人权利项来保障基本权利(在我们的例子中即学术自由和健康基本权利)的水平效力,而是通过组织和程序来在基本权利的制度方面提供保护。<sup>[73]</sup>

而何种组织和何种程序可以实现对科学和健康机构的保护,在法律内部却无法得到答案。对基本权利制度性保障的规范性内容,只能在法律外部从社会实践的本身规范性中获取。科学和健康机构运用其自身的符码和纲要形成其规范性方针,这种规范性方针不同于传统上的个人性意见,而是具有制度性的性质。<sup>[74]</sup>此种制度性的规范性在历史成长的结构中被沉淀下来,在科学和健康机构的反思的教义学中复活,并在“政治的”、商谈性的决定中被继续形成。之后,它才可被法律所继受。

对于倾向性发表中的操纵行为,科学和健康机构的反思性商谈事实上的确发展出了个人保护的制度性模式,法律值得对之予以定型:试登记作为经由组织和程序来实现的科学自由及健康权的第三方效力。<sup>[75]</sup>应针对研究和研究结果建立公共登记簿,此登记簿从研究伊始就全面覆盖相关研究,以求实现透明度和可控性。<sup>[76]</sup>同时专业杂志也将进行的研究在登记簿中登记,作为发表的

---

[71] 按照通说,在社会权力对基本权利造成结构性的危害状态时,例如在垄断结构、租赁或劳动关系中,基本权利便会对私法关系(间接地)发生效力。对此详见 *Maunz/Dürig-Herdegen*, Grundgesetz-Kommentar, 68. Erglfg. 2013, Art. 1 Abs. 3 GG Rn. 59-65.

[72] 尤其对此持批判态度的,参见 *Zöllner*, Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996), 1 ff.

[73] 在基本权利第三人效力的讨论中,通常都是在个体基本权利间进行衡量,至今只在极少情形才诉诸基本权利的制度性维度。Dazu *Hensel* (Fn. 54), 517 ff.

[74] *Vesting* (Fn. 47), 95 ff. 将此称为“社会习俗和暗示的知识”。

[75] 具有典范作用的是美国的2007年《食品药品局修正法案》(FDA Amendments Act),参见 Food and Drug Administration: FDA Amendments Act (FDAAA) of 2007, public law no. 110-85 § 801 (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ85/pdf/PLAW-110publ85.pdf>).

[76] 在此的先行者如美国的研究登记簿(ClinicalTrials.gov)或德国位于弗莱堡大学医院的德国临床研究登记簿(Deutsche Register Klinischer Studien, [www.germanctr.de](http://www.germanctr.de)).

前提条件。<sup>[77]</sup>在产品被投放到市场上之前,产品的临床研究的所有结果都必须先提前在临床实验登记簿中登记。

## 五、结 论

本文以半私人网络中基本权利的水平效力为例,尝试一般性地展现,在社会理论和法律相遭遇时,只有当自治和交织之间的微妙关系在如下三个方面被照顾到时,法教义学上的增值才能得以实现:

首先,通过截取来获得各个相互不具可比性的社会理论的自治以及相互交织的结果。法律拒绝任何一种垄断性要求,而是在截取式的穿梭中选择接触点。

其次,回应性坚持法教义学针对社会理论的自治性,并通过法律向社会理论之刺激的开放,从社会理论中获取规范性新构造的启示,并观察这些新构造在社会世界中的效果,来妥当应对法律与社会理论相互间的交织。

最后,本身的规范性。法律并非是从社会理论中获取规范性导向,而是从法律内部的过程以及从其他社会系统的本身规范性(即其他系统的反思教义学)中获取规范性导向。

对于倾向性发表,具体而言:教义学上的各种构造——与合同目的和公司目的不同的独立的网络目的,作为针对社会网络之法律概念的合同结合,以及通过以试登记为形式的组织和程序来实现的基本权利水平效力的制度性保障——能在我们的例子中作为具有社会妥当性的法律续造,这些法律续造通过法律对网络理论有距离地应对得以产生。

(责任编辑:赵秀举)

---

<sup>[77]</sup> *De Angelis/Drazen/Frizelle* u. a. N Engl J Med 351 (2004), 1250 f. 也存在一些主要发表消极研究成果的互联网上的杂志,例如《生物医学消极结果杂志》(Journal of Negative Results in Biomedicine, <http://www.jnrbm.com>).