

# 对“软法”概念的冷思考

——兼谈对卢曼法社会学理论的正确理解

赵春燕

(中国社科院 社会学研究所, 北京 100732)

**摘要:** 我国现当代理论界的软法探讨需要认真进行整理和反省。细加分析, 软法所设定的诸多立论依据实际上是站不住脚的。而卢曼的社会学理论在此讨论中的引用多属一种“误用”, 对其进行全面和准确的理解恰好会对软法的概念起到一种否定性的作用。因此, 对这一问题以及与之相关问题的研究应当多结合法律、政治等诸系统的特性进行科学性分析。

**关键词:** 法理学; 软法; 卢曼; 协商民主

**中图分类号:** DF0-052      **文献标识码:** A      **文章编号:** 1002-3933(2010)12-0041-07

## Critically Thinking on the “Soft Law”

——Based on adequately grasping of Luhmann's sociology of law theory

ZHAO Chun-yan

(Institute of Sociology, Chinese Academy of Social Sciences, Beijing 100732 China)

**Abstract** The concept of “soft law” hotly discussing in the circle of law research should be carefully analyzed and coolly examined. After comprehensively thinking, we can see this concept's raising can't hold its position. And Niklas Luhmann's sociology of law theory, which was quoted as an essential theoretical support to this concept, has not been used in its own place. Factually, a correlated comprehension and an adequate grasp over this theory may bring us a reactive effect. In a conclusion, our academic research in or beyond this problem should be processed scientifically, comprehensively considering the peculiarities of the legal system, the political system, etc.

**Keywords** legal philosophy; soft law; Luhmann; negotiating democracy

### 一、“软法”概念之“软”

在当今的理论界,“软法”好像是一个非常劲挺的学术热点<sup>①</sup>。但这种研究真的只是一个理论上的

“增长点”吗？或者说，它原本就是一个不应当成为问题的问题？大多数人在简单跟进的同时似乎并没有对这一理论的前提认真地进行过思考。

理论上需要解决的第一个问题在于对“软法”概念作清晰界定。总括相关论述，我们可以看到，对软法的认识实际上并不统一。大致看来，其所谈到的软法可具体分为以下三种：

其一是认为软法是指实效性上的“软”法，即虽然有制定法，但其在现实生活中较少受到重视，执行也明显不力，比如劳动保障、环境保护、防疫减灾这一类的法<sup>②</sup>。而为此提出的方案就是要对其加强重视，让“软法变硬”。

其二是认为软法是指法律形式上的“软”法，即认为有些规范虽然不具有国家正式制定法那样的“正规”形式，却仍然在发挥着很强的社会调整作用，因之也应当与法律作同样对待<sup>③</sup>。这一类主要指的是些普通性的社会规范，类似于之前曾研究过的民间法、习惯法的内容。

第三种看法最具有代表性。它由专门的研究机构、固定的研究成员进行针对性研究，并提出了众多研究观点，引起了广泛的关注。这种观点主要认为软法指的是强制性较以往法律要弱的特殊类型的法<sup>④</sup>。

很明显，这三类观点很不统一，甚至在形式上有着一定的冲突：实效性的“软”可能会与形式性和强制性上的“硬”同时并存，但形式性的“软”并不就意味着实效性的“软”，强制性的不足并不一定就影响其形式的正式性。不过，如果我们从传统的法的概念来观察，即从国家意志性、国家强制性、规范性这些特性（当然这些特性并不一定就是法律的全部特征，我们在此只是在以上观点的讨论范围内有针对性的展开阐述）来进行考虑，很明显第一种看法基本上是在传统的框架内来考虑问题，对法的传统概念没有实质性的突破。但后两种看法则有所不同，它们对法的概念已作了明显的扩展。其中第二种看法扩展的幅度最大，实际上对国家意志性和国家强制性都进行了消减，而仅仅从纯粹的规范的意义上来进行限定，这样就势必将民间习俗、社团公约、道德观念、宗教信仰等各种不同的规范都涵盖了进来。第三种观点对这一做法并不认可，将之称为“泛软化法”<sup>[1]</sup>。而这一观点对法的概念所作的修订是：法“是由国家制定或者认可的、体现公共意志的、依靠他律或者自律机制实施的权利义务规范体系。”<sup>[2]</sup>这样一来，传统法律特性的三要件被进行了修正，国家强制力被弱化，纠纷被认为主要是通过法院裁决方式得到解决。具体而言，这种观点认为的软法包括有四类：一是法律、法规和规章中的那些旨在描述法律事实或者具有宣示性、号召性、鼓励性、促进性、协商性、指导性的法规范；二是国家机关依法创制的诸如纲要、指南、标准、规划、裁量基准、办法等大量的规范性文件；三是各类政治组织创制的旨在解决执政、参政、议政等政治问题的自律规范；四是名目繁多的社会共同体创制的自治规范<sup>[3]</sup>。而另一位学者在界定软法的特征时，则进一步将软法的制定主体明确界定为“一般不是国家正式立法机关，而是非国家的人类共同体（超国家的和次国家的共同体）。”<sup>[1]</sup>

这样一来，依据第三种观点，作为这一理论基础的软法的概念似乎已经有了明确界定。但是，紧接着又会出现第二个问题，即软法存在的必要性何在？第三种观点对之提出了诸多理由，如其中之一认为软法数量众多，而且对硬法的实行可以起到很好的促进作用<sup>[3]</sup>。很明显，这种看法所依据的理由主要是从社会效用角度来进行考虑，但却是站不住脚的。如果可以这样讲，那么第二种观点中提到的一般性的规范在数量上可能就会更多，在法律的实行中发挥的作用也会更大，这些“泛软化法”似乎统统也应包含在软法之中。而这一观点很明显是要避免这一倾向的，他们认为“泛软化法”会危及法律规则的统一，使得人们的法制观念混乱，进而会影响到法律制度和社会秩序<sup>[1]</sup>。但如果细加琢磨，人们似乎很快也会同样地对这种软法观提出同样的质问：软法的提法难道不是也会产生这样的危险，会对原先的由立法机构统一制定、执法机构统一运行的“硬法”产生侵害，或至少会产生某种混淆？

还有一种理由考虑到了当前社会各类组织的增多。但这一点同样也很难成为软法概念的理由。

众所周知,在人类社会的发展历程中,国家并不是唯一的社会组织,而其他的组织,如宗教、宗族、社团等等,实际上始终与国家的发展相并行,甚至会较之更为悠久和强势。而进入近代社会以来,它们的影响实际上却逐渐被弱化,而不是重新变硬<sup>⑤</sup>。另外,可能还有一个更为简单的理由为这种学者所忽视,就是持此观点的学者大多是公法领域,或者说是宪法行政法研究领域内的一些专家,他们所提的概念的出发点是本领域内的一些问题。但目前其适用的外延却被大大扩大,变成了法学领域中的一个一般概念,而对这种一般性,他们又并没有展开论述<sup>⑥</sup>。

## 二、卢曼法社会学理论之正名

软法阵营所提供的另外一种证明方式是从理论上进行引证<sup>⑦</sup>。其中的一种理论来自德国社会学思想家尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann, 1927-1998)<sup>⑧</sup>。但值得注意的是,这种引证本身也存在诸多问题:一方面,这些引证不够准确<sup>⑨</sup>;另一方面,这些引证也不够全面。应该说,卢曼的理论确实对本文或者相关的“软法”观点有着一种分析上的借助意义,他在许多著述中都直接提到了本文所涉及到的相关问题,但可惜的是,更为重要的大多数内容却为前述引证所忽视。为了对卢曼的思想能够有一准确把握,更是为了对本主题进行论证的需要,我们有必要对卢曼的法社会学观点进行一种较为细致化的阐述。当然我们在此只是集中于法律系统以及与之关联密切的政治系统的特性和两者之间的关系上,这些内容与前述引文的内容以及对相关问题的论证都有着直接的联系。

前引文献中涉及到卢曼理论的第一个问题与实证法相关。卢曼认为,现代社会较之于以前的古代社会(即原始社会或部落社会)和近现代社会(即等级社会)的一个根本的特征在于:前两个社会的社会分化形式是块状分化和阶层分化,而现代社会则出现了功能分化<sup>[4]</sup>。在这种功能分化中,社会出现了一个个的系统,系统在功能上对整个社会开放,但在其操作手段上却对整个社会封闭。法律系统就是此中的诸系统之一,其形成的标志就是出现了“实证法”。而所谓的实证法,简单地说就是通过法律内部的决定来进行变化的法律,它是封闭的,也是偶在的,即可随着时间和情境的不同不断地发展和变化,“它在决定上有着任意性,但却不是可以被任意决定的。”<sup>[4]</sup>这样,现代社会的法律就具有了这样一些特征:其拥有一个对世界进行完整描述的图式;其对世界所进行的区分是使用一个为自身所特有而其他系统所不具备的合法/不合法的二值附码形式来进行的,但具体什么是合法/不合法只由系统自身来予以决定;系统与外界即其环境的联系是通过一种(如果……那么……)条件纲领来进行的;……<sup>⑩</sup>。法律通过一种规范性的设定来进行规范性的立法,并最终通过法官来做出司法上的决定。可以说,卢曼在这种意义上所讲到的法律基本上与传统认识相一致,——当然他对实证法的概念和特征在一定程度上有所发展。前述观点在对软法进行证成时提到了正式的法律立法较慢、成本较大,而卢曼在论述时却从另外的角度上注意到了现代实证法与以往法律相反的特征,即变动的频繁性和内容的平庸化<sup>[4]</sup>。更为重要的是,卢曼在此并不认为原先的正式的统一性的立法程序会因此而被弱化或者将会被取代,他认为,恰恰相反,由于法律对自身封闭性的强调,其内部的程序化(包括立法和司法过程)反而会得到增强。有意思的是,在卡拉布斯对软法所进行的批判中,他始终坚持的一个理由实际上也正是源自于作为卢曼理论发展者的图依布纳(Teubner)的认识。卡拉布斯明确讲到:“即使我们承认,本案中法院确实适用了软法规范,那也是把它当作硬法一样适用。指明这一点很重要。如果法院完全、纯粹是在决议的基础上做出裁判,那么就能够断定,决议事实上就被看作是硬法。由此能够得出更一般的结论,一旦软法开始适用,它就和硬法完全没什么两样。”<sup>[5]</sup>

而与此紧密相关的另一个问题是法律系统与政治系统之间的关系。卢曼分别从历史、社会和语义的角度上考察了两个系统之间的逐渐分离的过程,并总结性地指出:“我们的观点是:在国家这个概念之下不只有一个系统,而是有着两个不同的系统,均是操作封闭的,都有着不同的功能、附码和不同的依赖于附码的纲领。”<sup>[6]</sup>而“国家的概念就成为了一个将政治系统和法律系统中所出现的自我强化

的活力连结起来的一个人造的机制。”<sup>[6]</sup>所以，法律与政治就作为两个独立的系统而分离了开来。但这一特性却并不排斥两个系统有着非常密切的“合作”关系。对于政治而言，“尽管法律在此自动地发挥功能并通过自己来进行行动，它仍然是对于政治实行的可以想见的最重要的前提，除了经济中的货币。政治实行 (making politics) 意味着政治性的决定什么法律是有效的法律，……没有这一点，政治作为一个系统就会崩溃。”<sup>[6]</sup>而法律当然也脱离不开政治，两者之间的连接主要出现在宪法上，以及在具体的立法活动中<sup>[6]</sup>。以至于，“这并不也不能排除对于一个观察者而言，单个的操作既有政治也有法律的意义。”<sup>[6]</sup>所以，“总而言之，可以说，法治国的方案显示了法律和政治系统之间的一个互惠的和寄生的关系。政治系统受益于合法和不法的编码化的区分并在法律系统中被进行管理。相反，法律系统受益于政治系统中维持稳定的和平、权威的明确区分和决定的可执行性。”<sup>[6]</sup>这样，法律与政治就很好地结合在了一起，社会中的各种利益和意见也可以被一步步地吸收到法律之中。这样看来，软法就不可能在政治中找到可能的庇护所了。

与之相关，还有一个问题就是法律与物理暴力 (physischer Gewalt physical force 卢曼将法律中所使用的暴力称之为“物理暴力”) 之间的关系。在前述的关于软法的证成中是将法律与强制力之间的分离作为现代社会的一个特征，并进而主张法律的执行可以进一步地由他律走向自律<sup>[7]</sup>。当然，很明显的是，在古代社会，暴力——当然更多的是个人或集群的暴力——与法律的执行紧密地结合在一起，而到现代社会之后，这一点在表面上确实已经看不到了。但在卢曼的观点中，它可以在另一个角度上得到表现：“物理暴力被预设于已经建立的法律中，尽管这一点并不是特别明显。在法律生成和法律运用上的法律决定生成过程的分化使其有可能在此获得特定化的效果。”<sup>[4]</sup>物理暴力就以这种高度抽象性与法律连接了起来。较之于过去，在某种程度上，法律可能会更加依赖于对物理暴力的运用。“换句话说，在法律运用的决定生成中，可执行性不会成为一个可预计的问题。它不会带来对具体信息的要求。但它又确实必须被认为总是可以被解决的。”<sup>[4]</sup>假如法律不再具有强制性，其规范的属性可能也会因此而丧失。正是在这一点上，一些软法论者可能会对前述卡拉布斯提到的为什么纠纷一定要在法院进行裁决会持另外一种意见。但假如裁决不是被最后交由法院，而是在民间进行协调——实践中这一现象可能也并不少见，但那样一来，是不是也没有必要在法律的框架下来谈论这一问题了呢？

顺便值得一提的是，卢曼认为，法律在社会生活中所具有的是一种稳定人们的规范性期待的功能，这种功能可具体地表现为一种“社会的免疫系统”，在社会矛盾增多时，可借助于法律使得人们的规范性期待继续得到维持<sup>[6]</sup>。在此需要注意的是，它绝对不会表现为一种对人们的行为进行控制和解纷的作用<sup>[6]</sup>。法律不是以一种本体性的状态而存在的，它的出现和变动与社会的结构性需要相一致，就是因为这一点导致了前述软法的第一种主张所看到的在实践生活中不同的法发挥的作用各不相同的原因。如果没有 SARS 的出现，防疫法可能确实不会被重视；如果没有 5·12 大震，关于灾难救助的法律当然也得不到重视。在实际生活中的情况也确实如此，如果小区内几乎没有发生过火灾，消防器可能很快就找不到了。应该说，这是一种很正常的现象，甚至学者对这些现象的注意可能也是因为某种特殊原因促发的结果。所以，它当然不会成为一个需要支持软法的理由。

还有一点涉及到系统之间的关系。系统之间的“合作”要通过结构耦合的方式来进行，正如前面所提到的法律与政治系统之间的关系。除此之外，系统间还要进行经常性的交流，或者说是沟通。随着社会分化走向功能分化，系统间的沟通也逐渐从原初的直接的语言式的沟通转向更为抽象的附码性的沟通，即主要借助于附码性的普泛化沟通媒介 (symbolisch generalisierte Kommunikationsmedien, symbolically generalized communication media) 来进行<sup>[8]</sup>，“即利用普遍性使得选择和促动之间的连接符号化，即将其呈现为一个整体，如真理、爱、货币、权力等。”<sup>[9]</sup>这些普泛化的媒介就在整个社会的层面

被接受和使用,原系统并不能因为自身对此媒介的优势就行使垄断权,排斥其他领域的使用,而实际上是借此扩大系统的影响,正如在新闻媒介中常见到有对违法情况的报道一样。这样,在经济管理中,“权力”的出现也是一种正常现象,甚至也并不见得就会较政治领域中的权力表现为一种“次级性”或者“派生性”。而在一些宗教活动中,“善款”的捐助、“冥币”的使用,也并不需要统统被看作一种“软货币”现象来进行对待或者研究。进一步的,在社会各个层面上就会出现“多层次的法”,其突出表现就是在经济活动领域出现了很多的“组织法”<sup>[4]</sup>——这可能也是诸多引证者最为重视的一点。但是,卢曼仍然不认为可将这些内容作为“法律”来对待:因为它们不是发生在整个社会的层面上,当然也就不是在通常认为的一般立法的意义上,而且它们大多也可通过法律上的契约制度来进行规范。倒是另外一种值得引起重视的现象是:目前随着各种组织的不断扩大——如各种超级垄断组织的出现,这种组织中的越来越多的“自我正当化”现象如何受到规制?当然,理论研究无止境,这种媒介泛化的现象——在我们这里就是“类似法”、“次级法”的问题——当然也可以或者应当成为研究的对象,就像卢曼实际上已经进行了的研究一般。只是,它是否必须被置于一种法律的视角下,或者更窄地从公法的角度来进行定性就很值得疑问。反之,在心理学上、行为科学上以及社会学上,这些内容可能都是一些非常有价值的研究素材。所以,软法论者在反对一种“硬法沙文主义”的时候实际上也把自己套在了一个“法律沙文主义”的套子中。

最后一个问题是关于国际法的,实际上,从国外的相关研究来看,软法也基本上主要限定在国际法领域中<sup>①</sup>。本文不愿在此讨论国际法与国内法的关系,只是需要针对前述一些引文中谈到的国际组织的发展对国际法提出的一些要求作一评论。卢曼曾大篇幅的专门谈到这一问题<sup>[4]</sup>。他指出,由于社会在功能上的分化,一个有着广泛认同性的全球社会已开始形成,但一个统一的国家形式却尚不具备。而“只要还没有全球国家,全球社会的系统就缺少一个重要的发展契机,……。”<sup>[4]</sup>所以,从某种角度上来讲,在国际法的层面上,是需要或者说是努力想要强化一个类国家式的组织或者机构的能力,也就是说要尽可能地追求法律硬化来适应全球社会的需要,而目前出现的法律软化的倾向则是不得已而形成的一种局面。但国内法的研究却没有看到其具体形成的实际情况,简单地将国内法效仿于国际法,这不知是一种倒退还是糊涂?

### 三、“软法”概念的意义及后果

通过上述对软法证成的依据一一进行了反驳之后,我们自然就会来思考这样一个问题,即这一概念或者范式的提出会起到什么样的作用,也就是说这些理论主张者借此欲实现的目的何在?迪欧布赖特在对软法的两种谱系进行梳理之后所下的结论看来在此同样适用。她认为,软法的概念与其所加以引证的(迪氏在文中总结到的)两种理论基础并不存在直接的理论上的联系,这种主张实际上追求的只是一种意识形态的目的<sup>[10]</sup>。如果细加考究国内这些软法学者理论构建的目的,其实际的目的也不过于此。总体而言,这些学者所追求的目标主要是一种公域自治、协商民主的理想<sup>②</sup>。实质上,这种理想和以往的民主理想并没有太大的差别,只不过是借用了现当今西方所盛行的民主协商理论,参照了中国的政治协商实践。

但是,经过这种包装的新的民主是否就能够解决以前的民主所解决不了的问题,从而开创一种崭新的局面呢?简单来看,我们可以将民主所带来的(或者说要面对的)问题总结为三个悖论<sup>③</sup>:其一是参与者悖论,即民主主张的是多数人的参与,尤其民主协商更是鼓吹一种直接参与的方式,但这却是永远难以实现,尤其现代社会出现功能分化之后,个人被赋予了各种不同的身份,他在时间上、地位上和身份背景上都会受到越来越多的约束;其二是管理者悖论,即民主总是反对统治和约束的,但困难却在于没有统治和约束,民主所提出来的任何主张实际上都是无法落实的,也就是说民主目标的实行将意味着不得不以牺牲民主为代价;其三是法制悖论,民主以个人的自律自主为前提,因此不需要受

到法律的他律性约束,但如果没有法制,可能越是自律自主的个人对社会对他人的损害就越加严重。当前以软法为借口的这种民主协商理论在法律上的论证必然会出现第三个悖论。很简单,软法如果不需要受到硬法的约束,却又想对社会有一定的约束性,那么对于软法又该如何进行约束呢?如果由其泛滥那么对社会造成的损害不是更为严重吗?

还是卢曼对这一点作了更为深入的分析,他首先总结了西方国家自17世纪以来的发展历程,指出政治活动中的民主化与法律系统中的实证化是同时并行发展的,而“今天,法律的实证化和政治的民主化两者相互支持并对彼此均产生了有意义的影 响。”<sup>[6]</sup>“民主是法律实证化的结果。”<sup>[6]</sup>法律的改变离不开民主参与,而民主活动、政策的推行也需借助于法律的支持,——这一点与我们传统意义上所言的民主和法制的关系实际上是一样的。但对于民主而言,它主要是局限于政治系统内的一种活动或者能力。“总而言之,民主是政治系统对自身进行观察的能力。只有通过这一能力,政治才能指涉于政治,并因此形成一个递归的封闭的自治系统。但是,所有的自我观察都依赖于对区分的表示。事件只有在关系到区分时才可被经历和处理为信息。”<sup>[11]</sup>卢曼认为,各种政治主体之间会不断地进行着沟通,但这种沟通不是一种寻求共识的过程,而只是一种表达差异的经过,这种差异不断地在政治层面上吸引注意,并进而被吸纳入法律之中。以此观点来看,不管是政治协商也好、公共组织也罢,其活动都是属于政治系统之内的事件,这些事件如果具有法律上的意义,就有可能被上升为立法,进入法律系统之中。但法律一旦形成,在其具体的适用过程中,不论是法官、执行人员还是进行解释的律师,都只能对其“条件式”地加以使用。所以,软法,或者说是软法活动自然也就没有存在的必要了,它应当仅限于在立法之前——即仅从法律渊源的角度——来进行讨论。

如此一来,软法主张所具有的所有问题也完全显示了出来,而其最根本的原因就在于对系统之间界限的混淆。当然,我们并不反对对法律作概念上的改进。不管亚里士多德还是马克思,对法律所下的任何经典式的定义都可以而且也应当得到不断的修订。但这种修订的限度究竟应当划定在什么地方?与马克思以及卢曼的意见相同,我们同样认为不存在一种天生的本体性的法律概念,法律是与其他事物或者说系统相区别而存在的,法律的概念需要与其它概念相区别而确定。比如,法律与道德相区别在规范性、强制性上,与政治相区别在明确性、肯定性上,与经济区别在形式性、条件性上,等等。软法学者所主张的那些带有立法性质的公共治理的内容大部分应当划定在政治领域之中,正如从此观点出发的其他学者所提出的私域自治的内容应当归属于经济或者社会互动系统之中一样。

当然,这种软法观点也自有其贡献之处,他们确实看到了在法律运行过程中或者说社会磨合的过程中出现的很多模糊地带,也看到了法律和其他系统之间的某些特殊性关系。而这些问题也正是我们尚需进一步认真面对的问题。

注释:

- ① 如笔者于2010年1月3日在《中国期刊全文数据库》以“软法”为设定题目的检索来看,共检索到相关学术论文75篇,发表从1994年到2009年不等。
- ② 代表性的文章可见:杨悦新著《让“软法”硬起来》,《法制日报》,2003年4月25日;唐钧著《“软法”补钙:从无奈到“有奈”》,《科学时报》,2007年11月9日,第A04版。
- ③ 代表性的文章可见:田成有著《中国法治进程中的软法问题及软法现象分析》,《昆明理工大学学报·社科(法学)版》2007年第3期;周艳著《私法视角下的软法规范体系及其与硬法的融合》,《唯实》,2008年8-9期。
- ④ 相关的观点参见北京大学软法研究中心所发表的相关研究成果,尤其是罗豪才和姜明安等人的主张。
- ⑤ 同一文章所提到的还有国际组织的作用和国家正式立法滞缓的问题,同样也不是一种硬道理——本文将在后面进行专门分析。
- ⑥ 当然,该文章还提出一些难以进行评论的更软的理由,如社会关系的变动性、人们观念的进步性等等,参见姜明安著《软法的兴起与软法之治》,载《中国法学》,2006年第2期。

- ⑦ 国外曾有论述专门对软法的历史发展进行了整理,如 Anna Di iobikant Genealogies of Soft Law, The American Journal of Comparative Law, Summer 2006 pp 499-554 该文将西方的软法谱系主要梳理为一种中世纪法律多元主义的追忆和一种社会法上的变种,并分别对此作了辨析和批判。
- ⑧ 主要参见翟小波著:《“软法”及其概念之证成——以公共治理为背景》,载《法律科学(西北政法学院学报)》,2007年第2期;翟小波著《“软法”概念何以成立?——卢曼系统论视野内的软法》,载《郑州大学学报(哲学社会科学版)》,2007年第3期;翟小波著《软法概念与公共治理——软法与公共治理之关系和软法概念之证成的初步理论》,载罗豪才等著,《软法与公共治理》,北京大学出版社,2006年版。这几篇引文将卢曼的理论称为“自生系统论”,如果表述更为确切或者说全面一些,应当是“法社会学”或者“系统社会学”,因为所谓的“自生系统”——应为“自创生系统”(autopoietische System)——只是卢曼社会学理论中的一部分内容。这种“自创生”理论源自于南美学者休姆贝图·马图拉纳(Humberto Maturana)的观点。在上个世纪80年代的《法社会学》(Rechtssoziologie)第二版的结语中,卢曼明确地提到了这一观点,并注明了其理论来源,进而做出了自己的解释:“它们(即自创生系统——笔者注)的特征是:它们通过其要素(在我们的领域中就是法律上相关的事件和决定)的操作而自我生产和限定这些要素的可操作的统一体,而也正是这种自创生的过程赋予了系统自身的统一。” See Luhmann, Niklas A Sociological Theory of Law, trans. Elizabeth King & Martin A. Brow, Boston: Rotledge & Kegan Paul, 1985, pp 281f
- ⑨ 比如在几篇对卢曼理论进行的引证中,竟然没有出现一本卢曼本人的原著,而卢曼的社会学著作大概有50本之多,与本主题相关的也不在少数。
- ⑩ 具体可见本文所引 A Sociological Theory of Law, 及 Law as a Social System 中的论述,在《生态沟通:现代社会能应对生态危害吗?》([台湾]桂冠图书股份有限公司,2001年版,汤志杰、鲁贵显译)中,卢曼专门作了一章的总结。
- ⑪ 如2010年1月3日,在 Lexis 数据库中以美国法律期刊作为搜索源,以 soft law 为搜索标题搜得的30篇文章中,有20篇均是明确讨论国际法问题的。
- ⑫ 主要参见罗豪才、宋功德著:《公域之治的转型——对公共治理与公法互动关系的一种透视》,《中国法学》,2005年第5期;罗豪才、宋功德著:《认真对待软法——公域软法的一般理论及其中国实践》,《中国法学》,2006年第2期;罗豪才、胡旭晟著:《对我国多党合作与人民政协的法学考察——以“软法”为主要分析工具》,《湖南省社会主义学院学报》,2008年第6期。
- ⑬ 可以说,民主所产生的悖论问题在以往已经有过很多的探讨,本文在此并没有完全展开论述,文中的三个悖论以往也有过一些类似的论述,如民主与专政的悖论、少数人与多数人的悖论、民主与自由的悖论等,参见吴元梁著:《民主的悖论》,载《天津社会科学》,2005年第5期。

#### 参考文献:

- [1] 姜明安. 软法的兴起与软法之治 [J]. 中国法学, 2006 (2): 25-36
- [2] 罗豪才. 公共治理的崛起呼唤软法之治 [J]. 法制日报, 2008-12-14 (9).
- [3] 罗豪才. 我的软法观 [J]. 北京日报, 2009-11-16 (20).
- [4] Luhmann Niklas A Sociological Theory of Law [M]. trans. Elizabeth King & Martin A. Brow. Boston: Rotledge & Kegan Paul, 1985. pp 103ff p 161, pp 193ff p 183 p 169, p 193, p 255, p 259.
- [5] Jan Kläbers 魏武译. 冗余的软法 [J]. 行政法学研究, 2008 (2): 124-133.
- [6] Luhmann, Niklas Law as a Social System [M]. trans. Klaus A. Ziegert Oxford: Oxford University Press, 2004 p 364, p 365 p 370, pp 403ff p 377, p 371 p 171, p 168 p 364, p 404.
- [7] 翟小波. 软法概念与公共治理——软法与公共治理之关系和软法概念之证成的初步理论 [A]. 罗豪才, 等. 软法与公共治理 [C]. 北京: 北京大学出版社, 2006 152
- [8] Niklas Luhmann. Ein führende Bemerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikation en edien [A]. Niklas Luhmann. Soziologische Aufklärung 2 [C]. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften / GWV Fachverlage GmbH, 2005. s214
- [9] Luhmann Social Systems [M]. trans. John Bednarz, Jr & Dirk Baecker. Stanford University Press, Stanford, California 1995. p 161
- [10] Anna Di iobikant Genealogies of Soft Law [J]. The American Journal of Comparative Law, Summer 2006 pp 499-554
- [11] Luhmann Political Theory in the Welfare State [M]. trans. John Bednarz, Jr Walter de Gruyter, Berlin, 1990. p 105.