

“回应型法”的泛化运用及匡正

梁 平 张亦弛

【摘 要】由于“回应型法”概念具有吻合于“转型期”的开放特征和呼唤法律发展的独特品格,其深为我国法学界所认可与青睐,相关著述亦可谓汗牛充栋,体现了我国法学界对域外社会法学理论的接受与运用。但对“回应型法”概念的应用和研究也存在明显的误用现象。一方面,大量研究将本不属于“回应型法”语境的问题纳入探讨范畴,致使“回应型法”概念面临外延泛化的困境;另一方面,部分研究缺乏真正的问题意识,其直抵“回应型法”的呼吁似有急功近利之虞。追本溯源,上述问题均源于对“回应型法”概念的理解偏差。若要准确、周延地把握其内涵,便需明晰“回应型法”概念的提出意在调和社会转型过程中法律“完整性”与“开放性”之间的矛盾,其方法论基础是以目的为中心的法律解释,故司法与执法过程中的法律解释和适用才是“回应型法”讨论的真正范畴。“回应型法”概念的生成植根于一定的法律发展模型,因循着固有的发展规律,脱离“压制型法”和“自治型法”的基础构建的“回应型法”极易沦为蹈空之论。

【关键词】压制型法;自治型法;回应型法;研究泛化

【作者简介】梁平,华北电力大学法政系教授(保定 071003);张亦弛,中国人民大学法学院基础法学教研中心研究员(北京 100872)。

【原文出处】《山东社会科学》(济南),2021.6.163~170

【基金项目】本文系国家社科基金一般项目“新时代法治型国家治理研究”(项目编号:19BFX006)的阶段性成果。

“回应型法”的概念来源于《转型中的法律与社会:迈向回应型法》一书,该书由美国法社会学和制度学派代表性人物塞尔兹尼克和诺内特合著,并得益于张志铭教授的翻译,早在1994年便在我国出版。起初,该书并未得到广泛瞩目,在数年的沉潜之后,21世纪初涌现出了大量书评作品^①,围绕其内容进行了分析与评述,由此,对塞尔兹尼克学说的理解和运用正式拉开帷幕。

由于“回应型法”概念与“压制型法”概念、“自治型法”概念呈现出组合的样貌,特别是与“压制型法”概念构成了鲜明的对比,其似乎天然地与我国诸多法治领域的规范类型具有某种结构性吻合,因而广为中国学者认可与采纳。到今天,“回应型法”作为我国法学学术界一个耳熟能详的词汇^②和中国法学

理论上的一般性概念,已经深入到民法、刑法、行政法、环境法等诸领域,甚至已升格为当前我国各个部门法内立法、执法及司法所追求的价值准则。但是,面对“迈向回应型法”的时髦话语,我们也应抱持一定的审慎态度,慢下脚步重新思考,到底何为“回应型法”?当下是否具备迈向“回应型法”的基本前提?抑或者,我们是否沉醉于“回应型法”的美好愿景,而忽视了当前法律秩序建构和完善过程中的固有规律和真正问题?基于此,后文将首先对“回应型法”概念在当前学界应用与研究中的存在的问题进行追本溯源的审视,从而尝试还原“回应型法”概念和理论的真正内涵。

一、“回应型法”概念外延的泛化

尽管塞尔兹尼克和诺内特并未在其著作中明确

地界定“回应型法”的概念,但其对“回应型法”的特征进行了比较周密、详审的描述。正如塞尔兹尼克和诺内特所引用的J.弗兰克的观点——“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’”——一样,“回应型法”概念的核心在于“回应”二字。

此种“回应”意在突破法律的封闭系统,从而实现法律规则与社会现实的适应与衔接,也即,“开放性”乃是“回应”的重要品格和显著表征。回归文本可知,作者不止一次使用了“开放性”及相关词汇来描绘和形塑“回应型法”的蓝图。譬如,“法律机构应该放弃自治型法通过与外在隔绝而获得的安全性,并成为社会调整和社会变化的能动工具。在这种重建过程中,能动主义、开放性和认知能力将作为基本特色而相互结合”;又如,“回应型法的鼓吹者在呼唤一种更有目的、更开放的法律秩序”^③。由此可知,基于“开放性”和“回应型法”的深厚联结,若想全面把握“回应型法”的概念,就必须深入立法、执法以及司法场域,探究民主协商、公众参与的具体表现,从而把握不同类型社会系统和组织“开放性”的深刻内涵。^④

首先,在关于公众参与的立法研究中,学者们倾向于引入“回应型法”的概念,将公众参与、专家决策以及多元协商纳入立法进程,进而使立法臻于完备。例如,在面对人脸数据立法问题时,有学者明确提出应当引入“回应型法”概念作为人脸数据立法的指引,从而构建灵活开放的数据治理法律体系,以回应社会生活中亟待解决的现实问题^⑤;同时,在科学技术决策立法的探讨中,亦有学者认为,应当坚守“回应型法”的价值取向,不仅实现决策主体多元化,而且应为专家与公众实质性参与决策奠定基础^⑥。

其次,在关于公众参与执法的研究中,为了响应社会转型对科学行政、民主行政的需求,“回应型法”概念也得到了大量运用。例如,有学者指出,随着社会的变迁与发展,我国的政府行政行为呈现出越来越明显的回应型特征,主要表现为行政指导、行政合同以及行政服务等具有协商、妥协和讨论等非强制性特征的行政行为的广泛应用^⑦;亦有学者认为,行政约谈制度作为回应风险社会的制度工具,同样具

有浓厚的“回应型法”的理论内涵^⑧。

再次,在关于公众参与司法的研究中,学者们也大量引用了“回应型法”的概念审视当前的司法改革。有学者主张,应当吸纳多方主体参与刑事诉讼过程,同时增强法官的主观能动性,进而建立回应型的刑事司法模式^⑨;亦有学者指出,回应型法视野下的刑法教义学不应再是一个封闭的系统,而理应对刑事政策乃至公众的法感情等合理因素进行回应^⑩。由此可见,“回应型法”概念已经基本渗透到了法学研究的全方面。

但是,进一步归纳分析可知,上述情形之所以被纳入“回应型法”的范畴,是因为其立法、执法以及司法都不同程度地表现出了一种对“公众参与”“协商民主”机制的需求。诚然,塞尔兹尼克和诺内特也曾明确指出“回应型法”的协商特质——“在回应型法中,秩序是协商而定的,而非通过服从赢得的”^⑪。那么,这是否意味着,只要一项制度具有“协商”“参与”等特征,或者只要显现出对“协商”“参与”等价值取向的向往,就可以被归结为“回应型法”呢?答案显然是否定的。

尽管“回应型法”的开放性要求“协商”和“参与”,但是,并非一切具有“协商”与“参与”特征的情形都可被归于“回应型法”这一上位概念。回归文本可知,塞尔兹尼克和诺内特所强调的“协商”“参与”和“开放”等一系列特征,事实上是针对法律秩序本身而言的。具体而言,“回应型法”是一种自身具有完整性同时又受到政治、社会等杂糅的多种因素的综合影响,并能适时做出回应的高级状态的法律秩序。^⑫此种法律秩序的开放性所要求的“参与”,事实上是“法律参与”,而非“公民参与”或者“公众参与”。^⑬二者的区别在于,前者强调的是法律秩序自身的能动性,而后者强调的却是社会公众的主动性。换言之,“回应型法”所要求的开放性、参与性并不是通过公民的广泛参与或者各方外部利益的衡量与协商实现的,而是通过法律机构所进行的、内生性的“探求规则和政策内含的价值”的行为,特别是法律推理和法律解释行为而得以实现的。

因此,法律的应用者和法律的践行者在这个过程中起着至关重要的作用。一方面,其必须坚守法

律秩序本身的完整性以捍卫法律的权威;另一方面,其也必须充分发挥法律解释和法律推理职能以保障法律的外部适应性。由此,诉讼和辩护成了“法律参与”的主要途径,也正是在这一过程中,法官得以通过对法律所进行的权威而不失灵活的解释回应公众诉求,顺应社会变迁,并最终为社会秩序的重塑提供一种价值指引。^⑩在“回应型法”秩序中,法官乃至许多法律人,事实上都承担起了一种“保护那些在多数统治的政治中容易被忽视的价值和利益的责任”,而“回应型法”的品格正在其中得以体现。

与此同时,在诉讼与辩护中,公众的诉求也得到了了一定的申明。必须强调的是,其意愿的表达是一种间接的参与方式,仍必须仰赖于法律机构予以权威性认定。正如塞尔兹尼克和诺内特所言,“社会辩护求助于法律权威,它利用那些可以被认为是法律规则和原则负有责任的论坛”^⑪。因此,在司法和执法层面,“公众参与”必须通过体系性、结构性的“法律参与”实现。

在立法层面,探讨“回应型法”的前提是具备完整的、权威的法律秩序。尽管立法程序充分体现了公众参与、民主协商,但由于其缺乏体系自洽的法律秩序,因此并不能被纳入“回应型法”的讨论范畴内。如果将立法过程中的公众参与、民主决策问题也纳入“回应型法”概念之下,则有牵强附会之嫌。

二、“回应型法”问题意识的泛化

塞尔兹尼克和诺内特建构了“压制型法-自治型法-回应型法”的法律发展模型。此三者之间的关系是层层递进的——压制型法是最初级的状态,天然具有受制于长官意志的缺陷;自治型法是为了克服压制型法缺陷而产生的,在具有控制国家强力、实现法治的优势的同时也带来了不可避免的封闭性;只有回应型法在保持法律系统自身的纯洁性、权威性的同时,也具有相当的灵活性而足以适应社会现实的变化,最终得以实现压制型法和自治型法的平衡,进而成为法律秩序发展的高级状态。

回应型法的上述特质使国家的制度获得了一种自我修正的能力,也因此,回应型法与变革时期的社会具有了天然契合性。正如季卫东教授所言:“回应型法在扬弃和综合压制型法与自治型法的基础上,

试图改变法学方法论上自然法与法实证主义二元对立的局面,赋予国家制度以自我修正的精神。因此,它既是一种社会变革的法律模式,又是一种法治变革的政策模式。”^⑫也即,在社会变革的大环境下,探索法律的应然状态与其适应社会现状的实证经验乃是催生“回应型法”概念的基本前提。换言之,“回应型法”模式成了社会变革中法律秩序发展的必由之路。^⑬也正如塞尔兹尼克和诺内特的书名所表达的那样,在社会转型时期,朝向回应型法的迈进似乎已经成为必然。

正是这种脱胎于转型社会的理论背景,拉近了“回应型法”概念与转型时期中国社会之间的距离,为探讨法律的变迁、革新等一系列问题提供了理论框架。与此同时,从社会现实层面来看,当前我国法治社会建设已经取得重大成就,法律秩序从压制型到自治型最终向回应型的升级、转变也成为了一种必然。

“回应型法”概念与中国社会与法律转型发展的背景相契合,并且描摹了未来中国法治的发展力方向,“迈向回应型法”似乎也就成了法治建设的必然主题——在各个部门法领域都涌现出了大量以“迈向回应型法”为主题的研究成果。例如,有学者对我国地震预报立法的现状进行反思,认为当前我国地震预报立法呈现出压制型法的特征,为了克服当前地震预报立法的压制型法缺陷,完善地震预报立法必须实现朝向“回应型法”的迈进。^⑭也有学者对我国环境风险法律规制的现状进行反思,认为我国当前生态环境风险规制的模式沿用的是传统的管制型模式和“命令-控制”式运作方式。在这种模式下,法律规定主要是一种消极的危险应对,不能有效地回应增长的环境风险,因此,需要朝回应型法律规制方向迈进。^⑮还有学者对我国行政执法模式的现状进行研究,认为我国仍然沿用一种以“权力”“控制”为特征的传统执法模式,这种管理型执法无法应对当前行政执法过程中的风险,因而应当实现朝向回应型执法模式的转型。^⑯

不可否认的是,“回应型法”确实为我国法律秩序的发展、完善提供了美好愿景,但是,从我国当前的法治实践现状来看,“迈向回应型法”是否确实是

当前实现法治的最优解呢?若要回答这一问题,必须首先回归到“压制型法-自治型法-回应型法”这一理想的法律模型中,去重新审视此三者的关系。塞尔兹尼克和诺内特是从法治进化过程的角度,通过经验分析抽象出法律现象的基本变数以及这些变数与法的不同对应,从而发现法的基本形态的。对于“压制型法-自治型法-回应型法”的理想模型而言,塞尔兹尼克和诺内特的论述表明其更倾向于探索三者之间的同质性,也即其承认三者之间所存在的移动与渗透的可能性。由此可知,“压制型法”“自治型法”“回应型法”三者之间并非一种非此即彼的排斥关系,而是一种层层递进而又存在交叉的进阶关系,也即每一种法秩序的类型都是对前一种法秩序类型的继承和超越。对于“回应型法”而言,它既具有“压制型法”中法律机构适应社会政治环境的特质,又具有“自治型法”中法律机构保持自身完整性的特质,它的回应体现为一种“负责任的,因而是有区别、有选择的适应的能力”,不断分析考量多元社会因素从而完善法律秩序。^①在这种情况下,朝向“回应型法”的迈进必然要求以从“压制型法”向“自治型法”的阶段过渡为前提。如果缺乏了“压制型法”和“自治型法”的前阶段积累,“回应型法”的构筑将是根基不牢、难以为继的。

因此,如果缺乏上述问题意识而径直略过了“自治型法”的必经之路,而意图直接从“压制型法”实现向“回应型法”的转变,则无异于揠苗助长,忽略了法律发展的整体规律,不利于法律秩序的整体建构。

三、重返真实的“回应型法”

如上所述,当前的部分学术研究呈现出“回应型法”概念泛化的趋势。一方面,大量研究将本不属于“回应型法”语境的问题纳入探讨范畴,致使“回应型法”概念面临外延泛化的困境;另一方面,由于部分研究问题意识的缺乏,其直抵“回应型法”的呼吁似有急功近利之虞。二者的共同问题在于对“回应型法”内涵的理解存在偏差,有鉴于此,必须立足文本还原“回应型法”的理论样貌。

(一)理论起点:法的“完整性”与“开放性”的矛盾

20世纪60年代,美国社会呈现出剧烈的动荡与分裂的态势,种种社会问题撼动了公共机构看似坚

如磐石的权威,侵蚀了公众对于法律的信心,更引发了强烈的社会分裂倾向。在此背景下,更新对法律价值的认识已成为刻不容缓的需求,法律秩序的更新亦迫切需要注入对于社会现实的关切和考量。^②在动荡的社会背景下,无论是法律现实主义、社会学法学还是社会利益理论均合声共振地呈现出对社会现实的热烈关切——法律现实主义者以“使法律更多地回应社会需要”为首要目的;社会学法学力求使法律机构“能够更完全、更理智地考虑那些法律必须从它们出发并且将被运用于它们的社会事实”;庞德的社会利益理论立足于“利益是人类存在的目的”的认知,意图通过使法律秩序适应社会现实来统合程序正义与实体正义。这些学说共鸣的交点可以概括为一种“解构-重塑”的构想:解构——抛却旧有法律体系与世隔绝、故步自封的逼仄性与安全性;重塑——“打开法律认识的疆界”,也即为法律认识和研究注入能动性和开放性,全面而充分地认识法律的多元影响因素,从而使法律机构与治理方略更契合社会现实的调整变动。但是,此种富于能动性、开放性的“解构-重塑”构想亦招致了广泛的担忧与批评:开放性意味着对于规则的怀疑,而接踵而至的就可能是权威的失语和秩序的不稳定性,也即无论是执法者还是守法者都可能越过制度红线而肆意妄为。

细查此种争辩的内在话语逻辑,一种关乎两种法律价值的矛盾已然彰显——“完整性”与“开放性”之间的紧张与抵牾已成为法律发展的重要问题。“完整性”对应的是一种风险较小的法律秩序观点,其以法律的稳定性和权威性作为首要价值,严格分离政治与法律,堵塞公民参与的渠道;“开放性”则体现为一种风险较大的法律秩序观点,其承受挑战与无序,反对将“法律”与“秩序”相提并论,而将法律作为一种批判和变革的工具。诚然,“完整性”保障了法律制度 and 公共机构对自身使命的忠诚,但是过分拘泥于完整性则使得公权机构越来越“钝感”,为退却主义和形式主义提供了生发的契机。正如塞尔兹尼克和诺内特所言,这种强调“完整性”的观点“不具有回应性,它可能助长规避法律的行为……由于阻塞了呼吁、参与和变化的各种渠道,它实际上可能导致危机和混乱”^③。与此同时,对于“开放性”而言,一方面

其预留了充分的自由裁量空间,提高了机构的灵活性和适应性,有助于健全公权机构和法律秩序自我纠错和能动完善的机制;另一方面,如果灵活性的尺度把握不当,便极易沦为约束松弛的机会主义。一言以蔽之,“完整性”与“开放性”是法律史上一对恒久的矛盾,也是所有机构都难以回避的重大命题。

正是在此背景下,塞尔兹尼克在加州大学伯克利分校创办了“法律与社会研究中心”,与诺内特在内的一众学者共同秉承着法律现实主义和工具主义的倾向,孜孜以求地进行规范、制度与价值研究,力图建立一种将价值评价与经验研究糅合、同时关注目的与结果的法律社会学。面对法的“完整性”与“开放性”之间的矛盾冲突,塞尔兹尼克和诺内特提出了一种社会科学的解决策略。他们认为,“完整性”与“开放性”之间问题的根源在于未能把握法律与其内外部诸多因素之间的变化关联。如果只从一维的角度进行审视,那么注定只能观测到法律现象的一个面向——强制性、理性抑或是道德性。但是,社会科学的策略所要求的是进行经验性、场合性的法律研究^③,换言之,必须将法律秩序视为一种多维事物加以考察。只有将多种维度当作变项,才能成功建立起一个随着现实不断调试的社会系统。^⑤在这种社会科学策略指引下,“我们不应该空谈法律与强制、法律与国家、法律与规则或法律与道德之间必要的联系,而应该考虑这些联系在什么程度上和在什么条件下发生”^⑥。

归根结底,法律的“完整性”和“开放性”的样貌是由法律与强制、国家、规则、道德等因素之间的关系样态决定的。如果法律由国家强制力全权控制而成为被动服务于政治的工具,则其适用的前提是对各方面因素的充分考量,因而法律就呈现出一种绝对的“开放性”状态;如果法律完全成为一个封闭的规则体系,不接受国家、公权以及道德等各方因素的影响,就是一种绝对“完整性”的状态。

在塞尔兹尼克和诺内特看来,针对法律的“完整性”和“开放性”这一命题本无需作出确凿的选择性定义,真正重要的是探索法律的“完整性”与“开放性”变化的动态状态,也即,不仅要探讨法律在何种条件下呈现出“完整性”或者“开放性”的样貌,也应

明确在不同情形下法律“完整性”或者“开放性”的程度变化。

(二)“压制型法-自治型法-回应型法”:一种发展的模型

发展模型是一种在社会科学领域广泛运用的理论工具,可以“探寻一种明确的变化倾向,以致在运动的一个阶段所设置的那些有系统的推动力被认为在运动的另一个阶段产生了各种独特的结果”。为了探索法律与其内外部诸种要素之间的动态变化关系,从而对法律所呈现出的“完整性”和“开放性”的条件和程度展开分析,塞尔兹尼克和诺内特正是运用了发展模型这一理论工具,构建出“压制型法-自治型法-回应型法”的发展模型。这一模型是根据对法与规定法律现象的基本变数^⑦之间的不同的对应关系而构建起来的,“压制型法”“自治型法”“回应型法”分别代表了法律从低级到高级不断发展的不同阶段。

1. 法律发展的基础阶段:压制型法

毫无疑问,在法律秩序的发展模型中,“压制型法”的产生是“居先”的。其原因在于,“它要解决的根本问题是建立政治秩序,或者说,确立一种状态,一种一旦缺少法律体系和政治体系就不可能迈向‘更高的’追求的状态。”^⑧在政治社会形成伊始或在某些社会条件之下,压制是“自然的”,是不得不为的唯一选择。面对社会治理所提出的繁重或急迫的需求,羸弱的国家权力和短缺的公共资源往往陷入左支右绌的困境。为了弥合政府用于完成任务的手段及其目标之间的巨大鸿沟,将不得不求诸压制机制,将治安需求置于首位,消弭暴力集团的反抗与骚乱以维持公共安宁;随后,才可对潜在的挑战者进行“征用”以形成并强化其对法律的仰赖与忠诚。为了达到其统治目的(在多数情况下,其目的往往是善意的),随之而构建的法律秩序就是“压制型法”。

作为维持秩序的工具,“压制型法”的特点表现在两个方面。一方面,为了巩固权威的合理性,统治者需要将自身的利益与社会共同体的利益糅合为一,以便于使社会成员的利益听命于统治者的需要。为此,统治者通过“官方观点”保有广泛的自由裁量权,并将自身隐蔽的行政决定包装为正当的行

政规则,从而获得广泛的认同和服从。另一方面,统治者创设相当数量的“强制机器”——专职部门,各部门看似与国家“分享垄断”,实则成了统治者得心应手的工具,从而巩固了统治者对“合法暴力的垄断”,切断了民众参与的脉络,增进了统治者的权力与机会。

如前所述,“官方观点”和“强制机器”作为“压制型法”确立与巩固权威的两大抓手,为权力披上了制度权威的外衣。具体而言,从社会成员的角度来看,法律将无特权和依附制度化,并组织起对于“危险阶级”的防御机制;而从统治者或特权阶级的立场来看,尽管赋予社会成员以权利为中心的便利性法律规范——“私法”,但是国家机构仍然操弄着以控制为任务的、采用严厉刑罚的规制无特权者的“公法”,从而使统治者的特权进一步得到强化。于是,社会成员权利削弱,统治者特权膨胀,社会愈发服从体系的合法性要求,阶级正义成了一种正当性制度。在压制型法模式下,统治者伸张权力的出发点实则对于文化一致的要求,换言之,是对于普遍适用性道德准则的需求。这就意味着,在法律道德的引领下,统治者要运用强有力的手段来形塑出“道德上的合意”,反映到治理手段上就是惩罚性法律。

综上所述,沿着原理-方法-结果的脉络可以较为清晰地描绘出“压制型法”的显著特征——官方的自由裁量权空前膨胀和泛滥,甚至表现为“粗暴”的权威^②;在此背景下,法律乃是从属于政治的柔顺的工具,统治者利用其巩固权力、掌握权威、保护特权、赢得遵从。也正是因此,分立而独特的法律制度无从形成,杂糅于政治、行政和道德秩序的法律只能亦步亦趋地服务于政治需要,机会主义地适应社会现实。在对“完整性”和“开放性”的权衡抉择中,压制型法无可避免地滑向了过分的“开放性”,使得法律机构只得被动而机械主义地适应政治环境的变迁。

值得一提的是,尽管“压制型法”自身蕴含着极端“开放性”危险,但不可否认的是,“压制型法”的产生和维持具有一定的必然性和不可避免性。正如塞尔兹尼克和诺内特所言,“压制是制度进化的一种较明智的、或许还是必要的过程。”^③既然压制是社会发展的必要过程,那么作为维系“压制”的工具,“压制

型法”也理应是法律发展所必不可少的阶段。

2. 法律发展的稳固阶段:自治型法

“自治型法”的产生和发展是以“压制型法”为前提和基础的。当“压制型法”所确立的压制秩序具有了获取“正统性”的需求时,换言之,当其为了获取来自公众的认同和支持而“诉诸那些能够证明他们对服从的要求为正当的正统性原则”时,“自治型法”便应运而生。

为了改良“压制型法”中政权的不稳定性,树立坚实的正统性以寻求支持、稳固统治便成为“自治型法”的首要目的。为此,有必要培育多种机制进行机构自治,发动新兴群体和既得利益者来证明法令、制度、规则的正统地位。正是在机构自治逐渐发展的过程中,“根据何种权威”这一意图证明正统性的抽象性问题转变为了具体实在的政策和法令。

与“压制型法”的“开放性”相对应,“自治型法”表现出的是“完整性”特点。首先,法律与政治的分离是正统化努力的重要策略,也是自治型法的独特属性。法律机构在自我约束以忠于现行秩序、限制压制的同时,亦以实体服从换取有效的程序自治。其次,以规则为中心乃是自治型法最显著的特征。此种价值选择在为权力提供合法性基础、保护其圆融自洽的机构体系的同时,亦能对自由裁量权的无序延展进行有效的限制,使得司法过程呈现出规则性与约束性并重的双重价值。最后,尊奉规则统治的倾向必然呼唤公正程序的保障,换言之,自治型法所要求遵循的规则必须具备程序正义的属性。

可以发现,尽管“自治型法”对于规则严格负责的态度有效地保障了合法性,但由于其过于依赖法律权威而陷入自我封闭,“自治型法”也矫枉过正地异化为对法律权威过分倚重而对实际问题失语、失策的法条主义,也即滑向了“完整性”的另一个极端。

与此同时,也必须看到,在整个法律秩序的发展模型中,“自治型法”最具有稳固性特征。作为一个自洽圆融的封闭系统,“自治型法”无需适应外部,亦可免于受到外界的影响,因此,其被视为一种“持久稳固的制度秩序”。反观前一阶段的“压制型法”,其本身蕴含着一种不稳定的根源,即不具有确定性的“正统性”;而作为“自治型法”的高级阶段的“回应型

法”,由于需要在法律的“完整性”与“开放性”之间探寻一个此消彼长的平衡点,也并不具有稳定性。也正是基于此,塞尔兹尼克和诺内特强调,必须将关注点放在“自治型法”上,“因为这个阶段既产生了退回压制型法的危险,又形成了获得更大回应性的潜能”,因此,这不是“法律的终结”,而恰恰昭示着法律的控制作用亟需转型的必要。^①

3. 法律发展的高级阶段:回应型法

“回应型法”的基础来自“自治型法”所创建的坚实的法律制度,其力图在“完整性”与“开放性”之间寻觅到一个均衡的支点。一方面,一个回应的机构并不会以放弃完整性价值作为代价来追求“脱缰”的开放性;另一方面,“回应型法”仍旧会全面考虑政治、文化、道德等社会现实因素,保持自身有选择的适应性能力。这种“回应”的能力要求其必须具备完整的法律秩序,也即突破“自治型法”体系自身所具有的种种局限;而在牢牢把握住了“完整性”所必不可少的特质之后,“回应型法”将考量其所处环境中各种新生的因素和力量,并不断探寻社会变化的本质和意涵。^②因此,“回应型法”便具有了“完整性”和“开放性”的综合特质。

那么,“回应型法”是如何使完整性和开放性相辅相成、互为支撑而非相互抵牾的呢?原因在于,“回应型法”以目的作为指导,将社会压力化为自我矫正的契机和动力,从而将一种变化的渊源注入法律秩序。从理论上来说,“回应型法”意在调和实证法和自然法二元对立的冲突,将自我修正、自我完善的精神注入国家制度之内。如前所述,“法律目标的普遍化”是“回应型法”的显著特征,通过探求规则和政策内部隐含的普遍性价值,法律机构得以突破规则的束缚,开辟变革的路径。此外,虽然目的本身具有宽泛性和抽象性,但是其有助于详实地阐述法律的任务,提高法律推理的合理性,增强法律探究的系统性和经验性,因而足以构成对自由裁量的合理限制。同时,注重目的的倾向也可以在塞尔兹尼克的《社会学与自然法》一文中找到佐证——“基于自然法立场,义务存在于法律秩序之中,一种法律秩序要形成,就必须服务于人类的恰当目的”^③。正是因为目的的支配地位,“回应型法”得以在规则和自由裁

量权之间寻觅到一个温和的平衡点。

进一步而言,目的的支配地位又该如何实现呢?这就需要突出强调法律解释特别是目的解释的重要作用。通过目的解释,可以“探求规则和政策内含的价值”。而这种内在价值的获取,为“批判现行规则、造就新规则”以及指导规则“向一些新型机构设置的发展提供了有权威的标准”^④。

在“自治型法”中,规则是不可或缺的,因为其是目的本身;而在“回应型法”中,规则同样是至关重要的,因为其是实现目的的手段——它在法院解释一项规则时,指导法院去探寻确定不变的含义的“核心”,并减少模糊的“明暗交替之处”。正是因为“回应型法”对规则本身的关注以及对规则权威的尊重,才使其具备了保持“自治型法”中“完整性”优势的能力。与此同时,当以目的为导向引入大量概念、学说、准则和原则来对规则的具体适用提供指引时,事实上就将规则以外的社会环境因素引入到了法律判断中^⑤,从而赋予了规则“开放性”和“灵活性”。因此,以目的价值为导向对规则展开的解释,成了平衡法的“完整性”与“开放性”的基础且核心的环节。而这种目的解释的方法其实是萌生于“自治型法”的:“在一种以规则为中心的法律秩序中,为了减少对条文解释的恣意,或者制止官员越权行事——即超出授权范围行事,推论必须经常要求离开规则而求助于目的。自治型法变得越富于经验,它就越要在详尽阐述规则时注意目的。回应型法建立在这种经验的基础之上。”^⑥

由此,经过对“自治型法”“回应型法”以及“目的”的探讨,可以得出这样的结论:“回应型法”以“自治型法”的规则为基础,并运用发端于“自治型法”的目的解释方法,在具体适用规则的过程中,充分应用各种概念、学说、准则和原则等资源,发掘规则蕴含的目的价值,进而最终促成目的价值的充分实现。

对于“回应型法”秩序的构建和形成而言,法律的目的解释是基础且核心的,只有通过这样一个既尊重法律权威又灵活回应社会现实的做法,才可以破除法律研究中无用且内耗的尝试,^⑦从而调动起法律的适应性,构建起法律秩序的自我矫正机制。在此自我矫正机制之中,一方面,诉讼和辩护的起点为

法律的适用提供了可能性;另一方面,在以法律的目的解释为核心开展法律适用的活动中,不仅法律规则的权威(即法律的“完整性”特质)得以保持,法律对社会现实的回应性(即法律的“开放性”特质)也得到了相应的保障。因此,法律规则可以成功回应社会现实,即便其回应归于失败,也能暴露出其自身的规则局限性,进而提出更新需求。

与此同时,决定该机制健康运转的因素亦是多元的。例如,参与立法的各方是否将各自拥有的知识资源凝成合力去影响立法,使得博弈能够殊途同归;^⑧各方利益主体是否通过诉讼和辩护进行协商或者争论,在诉讼和辩护过程中各方对于规则应当如何或者不应当如何给出的理由是否恰当充分;等等。也正是在这个意义上,我们肯定“回应型法”下的法律秩序是开放的、参与的。

四、结语

本文回溯了“回应型法”的理论缘起,并尝试呈现该理论的全貌。结合我国学界对“回应型法”概念的使用及其研究存在的一些误区,可以对“回应型法”理论要点作出如下总结:

第一,“回应型法”所要解决的是法律的“完整性”与“开放性”之间的矛盾,而其解决路径的基础则有赖于法律目的解释。“回应型法”通过确立法律目的的支配地位,实现法律的“完整性”与“开放性”之间的平衡。“回应型法”的使命是实现法律目的的普遍化,而为了达到这一目的,诉讼和辩护等司法程序会提起具体的目标,而后经由法官以法律的目的解释方法适用法律。因此,协商和参与仅是“回应型法”所产生的结果,而非“回应型法”的前提,更非“回应型法”的本质特征之所在。当前学界的大量研究将“公众参与”“民主协商”“开放讨论”等现象纳入“回应型法”的概念范畴,是因为其缺乏对“回应型法”概念本质的深入解读。

第二,“回应型法”是一个始终处于法律发展模型中的概念,其构建和发展以“压制型法”和“自治型法”作为基础。塞尔兹尼克和诺内特不止一次在书中强调,发展模型所要探讨的是事物变化发展的一种状态。在这种状态中,后一阶段是对前一阶段成果的继受和发展。由此,“压制型法”“自治型法”“回

应型法”三者之间并非是泾渭分明的,而是一种交叉与混合的样态。如果脱离了“压制型法”和“自治型法”的基础,忽视了法律发展模型内在的固有规律,“回应型法”极易沦为无源之水、无本之木。与此同时,塞尔兹尼克和诺内特也十分强调对“自治型法”的关注。作为法律发展最为稳固的一个阶段,如若“自治型法”无法实现其规则的“完整性”,那么其将面临退回“压制型法”的危险,亦无法顺利实现向“回应型法”的跨越。

作为法律秩序发展的高级阶段,“回应型法”兼具“压制型法”和“自治型法”的优点,臻于法律秩序发展的完美状态。其不仅仅是法律秩序的理想状态,更是法治国家和社会的必然发展趋势。但值得强调的是,探讨是否需要迈向“回应型法”、如何迈向“回应型法”等命题时,要以“回应型法”的内涵作为理论归依,以中国法治发展现状作为实务参考,以“自治型法”作为秩序基础,为有序迈向“回应型法”掌舵定向。

注释:

①例如,李瑜青、杨超:《在回应社会中推进法律的发展——评〈转变中的法律与社会:迈向回应型法〉一书》,《甘肃政法学院学报》2006年第2期;侯瑞雪:《整合进路中的发展策略:伯克利学派的理论纲领——兼评〈转变中的法律与社会:迈向回应型法〉》,《河北法学》2006年第10期;李晗:《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〉》,《政法论坛》2018年第2期。

②以“回应型法”作为主题词在中国知网上进行检索,发现以其作为篇名的文章有386篇,以其作为关键词的文章有150篇。

③[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第86页。

④Dunsire, A. "Tipping the Balance: Autopoiesis and Governance", *Administration & Society*, 1996, 28(3), 299-334.

⑤周坤琳、李悦:《回应型理论下人脸数据运用法律规制研究》,《西南金融》2019年第12期。

⑥胡若溟:《迈向回应型法:我国科学技术决策立法的反思与完善》,《科技进步与对策》2018年第15期。

⑦崔卓兰、蔡立东:《从压制型行政模式到回应型行政模式》,《法学研究》2002年第4期。

⑧王虎:《风险社会中的行政约谈制度:因应、反思与完善》,《法商研究》2018年第1期。

⑨詹建红:《论我国刑事司法模式的回应型改造》,《法学杂志》2020年第4期。

⑩崔志伟:《刑事司法的“回应型”转向——寻求处罚实质合理性的基点》,《河北法学》2019年第2期。

⑪[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第105页。

⑫Boaventura de Sousa Santos. "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", *Journal of Law and Society*, 1987, 14(3), 279-302.

⑬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,运用的也是“法律参与和政治参与”这一概念,来表达“回应型法”的实现路径。

⑭Bourdieu, P. "The force of law: Toward sociology of the juridical field", *Hastings Law Journal*, 1987, 38(5), 805-813.

⑮[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第108页。

⑯季卫东:《社会变革的法律模式(代译序)》,[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第6页。

⑰于浩:《迈向回应型法:转型社会与中国观点》,《东北大学学报(社会科学版)》2015年第2期

⑱张健:《迈向回应型法:我国地震预报立法的反思与完善》,《云南社会科学》2014年第1期。

⑲董正爱、王璐璐:《迈向回应型环境风险法律规制的变革路径——环境治理多元规范体系的法治重构》,《社会科学研究》2015年第4期。

⑳陈光:《迈向回应型执法:风险防范与制度构建》,《云南师范大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期。

㉑David O. Friedrichs. "The Legitimacy Crisis in the United States: A Conceptual Analysis", *Social Problems*, Volume 27, Issue 5, 1 June 1980, Pages 540-555.

㉒季卫东:《从边缘到中心:20世纪美国的“法与社会”研究运动》,《北大法律评论》1999年第2期。

㉓[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第7页。

㉔Trubek, D. "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism", *Stanford Law Review*, 1984, 36(1/2), 575-622.

㉕Luhmann, N. "Law as social system", *Northwestern University Law Review*, 1988-1989, 83(1 & 2), 136-150.

㉖[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第10页。

㉗塞尔兹尼克和诺内特在其书中通过经验分析,抽象出了规定法律现象的基本变数:目的、合法性、规则、推理、裁量、强制、道德、政治、服从期待、参与。参见[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第18页。

㉘[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第27页。

㉙Joel Handler. *The Conditions of Discretion*. New York, United States: Russell Sage Foundation, 1986.

㉚[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第28页。

㉛Galanter M. "Legality and its Discontents: A Preliminary Assessment of Current Theories of Legalization and Delegalization". In: Blankenburg E., Klaus E., Rottleuthner H.(eds) *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1980, vol 6. VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden.

㉜Vago, S., & Marske, C. "Law as a Method of Conflict Resolution in Academe", *The Journal of Educational Thought (JET)/Revue De La Pensee Educative*, 1980, 14(1), 2-16.

㉝[美]菲利普·塞尔兹尼克:《社会学与自然法》,莫林译,《浙大法律评论》2018年,第57-176页。

㉞[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第87-88页。

㉟Friedman, L. "Total Justice: Law, Culture, and Society", *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, 1986, 40(3), 24-39.

㊱[美]P. 塞尔兹尼克、P. 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,第89页。

㊲Rubin, E. "The Practice and Discourse of Legal Scholarship", *Michigan Law Review*, 1988, 86(8), 1835-1905.

㊳安晨曦:《小额诉讼程序“低频适用”现象的制度史考察》,《湖北社会科学》2020年第1期。