

Niklas Luhmann

Das Recht der Gesellschaft

導讀者
鍾芳樺

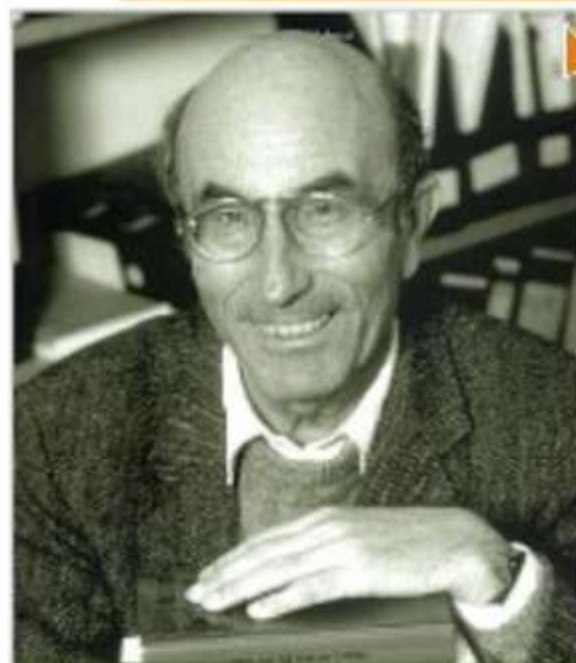
法學中的系統論

- 對法律人來說，Luhmann的系統論令人好奇又陌生。
- 好奇：在德國法學界，Luhmann的理論變成不少學者理論的背景。例如「行政法革新」理論中，Luhmann的理論成為一個法學理論背後的社會學背景知識。系統論彷彿指出了社會的新現象是什麼，指出了新的經驗真理。
- 世界社會與法學的全球化、歐體化。
- 法學中的新法蘭克福學派：系統理論與批判理論的結合。
Teubner, Wiethölter, Vesting, Fischer-Lescano
- 但是要注意的是，這些學者說的系統論，跟Luhmann自己的觀點不一定一致。
- 陌生：到底這些皇皇巨著在寫些什麼？

Luhmann：法律人與社會人

- Niklas Luhmann(1927-1998)：法律人轉成社會人（社會系教授，社會學研究）
- 著作等身。寫的比我們看得還快。
- 最初研究領域：行政學、組織理論。
- 進入社會系後：社會理論
- 1972年「法社會學」一書。
- 1984年出版「社會系統」一書，開始理論典範的轉移（由自我指涉到自我再製）。
- 1993年本書出版。

Click to **LOOK INSIDE!**



**NIKLAS LUHMANN'S
THEORY OF POLITICS AND LAW**

Michael King and Chris Thornhill



傳記資料與著作

- 但Luhmann本人(!)會說，這些傳記資料對理解他的（！）理論沒有什麼意義。
- Foucault：當我們無法解釋文本時，作者的傳記資料就拿來解釋我們為什麼無法解釋。例如所謂作者因為生平經歷所產生的思想變化。
- 不是作者已死，而是作者根本就沒有出生。
- 著作等身：Luhmann的著作就成了Luhmann。
- 人組成社會，人在社會中，人被社會做出來，人在社會中被想像出來。
- 母體與個人。

理解Luhmann系統論幾個參考要點

- 系統論：選擇的理論。
- 相較於近乎無限的可能性，我們永遠是有限的，必須做出選擇。
- 因為選擇的需要，要有協助選擇的機制：降低選擇的可能性，避免過多的訊息造成無法選擇等等。
- Luhmann在討論上，盡可能把道德的問題都轉變成選擇需要的機制，避免用道德倫理的用語來描述並解決問題。因為道德有時反而會阻止溝通。
- 選擇不是必然的產物，所以過去選擇對現在選擇的影響也不是必然或道德上必要。
- 不是主體來選擇。

理解Luhmann系統論幾個參考要點

- 系統論：區分的理論。
- 「有名萬物之母」（但是系統論不是老莊，老莊不要區分，系統論：不可能放棄區分）
- 系統論：觀點變化的理論。可以用一個區分取代另一個區分來看事情；**每個區分到最後，只是社會產生出來的東西。**
- 系統論：媒介的理論。不同的媒介會影響到溝通。
- 口語、書寫、印刷術、電腦等等都帶來對溝通的影響。
- 系統論：速度與時間，而不只是**歷史**。

系統與環境

- Luhmann一再強調，系統論的出發點是一個區分：系統與環境。有系統存在，系統以外是環境。
- 這有一個科學上系統論的背景。但Luhmann做了不少改變。並要注意到，系統論並非硬把自然科學的說法拿來用到人文科學上，而要指出人文科學（與社會）本身就有這種想法，可以用這種想法來理解。
- 系統：思考上，代表人不斷想用同一個觀點來解釋萬物的思考傾向；社會上，代表一種簡化選擇的機制，當社會形成一個依據特定觀點來選擇的機制後，這個機制如果可以依照自己的標準來篩選相關訊息，並且可以依據這個標準進行接下來的選擇，那麼可以說出現一個自我再製（生產）系統。

系統與環境

- 環境：表示一個觀點或一種簡化機制不可能真的掌握一切。而且沒有真正無法為觀點或機制所化約的東西，反而單一觀點的思考或選擇無法進行下去。
- 系統從環境中分出來，用自己的觀點理解環境的一切，但永遠無法超越自己，碰觸到環境。但系統的幻夢就是自己可以掌握環境，隨自己的需要改變環境。
- 但是Luhmann也不會是市場決定論者。因為市場只是經濟系統用來看待自己的方式。
- Foucault：「人們總是在內裡，邊緣是個神話，外邊的話語是個不斷被更新延續的夢」。

本次導論：法律人眼中的「社會中的法」

- 本書五百多頁的內容，成為複雜性的來源：如何選擇一定的內容，附加上歸責給我（連結到特定心理系統的社會溝通塑造之主體）的解說，說出一個可以被認為與Luhmann系統論相關的導論？
- 我不可能把五百多頁的內容從頭到尾念一遍：為什麼？時間有限，強迫選擇。
- 「法理學經典導讀」成為選擇的依據。
- 法律人是什麼？聯繫到社會中的法系統。
- 眼睛與對象：區分。
- 法律人眼中：用法理論的角度，看系統論回應了哪些重要的法理論問題。

系統論與法理學

- 法國學者Ewald：「系統論是純粹法學的女兒」。
- 系統論像是不願與父母相認的小孩一樣，不認為自己跟純粹法學有關，但是老是因為面貌相似，被認出來。
- 本書：普通法與英大法理學的影響（或說文本引用到普通法與英大法理學的討論）。
- 與論證理論的交鋒與轉化。
- 系統論也轉換了許多法理學傳統討論的視角，指出這些視角是特定區分的產物，加以「解構」（二階觀察）。

什麼是法：系統環境參照下回答

- Maimor：純粹法學努力去抵抗把法化約成社會事實的作法，但失敗。
- 為何失敗？因為純粹法學就是不夠純粹。
- Luhmann：什麼是法？法就是法。
- 純自我指涉不可理解。需要找出區分（與法不同的東西）：法就是不是「不是法」。
- 系統環境的參照點：系統（法就是法），環境（不是法）。
- 系統論指出，法的自主標準與法引用其他系統內容並不矛盾。但Luhmann並不是一種柔性實證主義者。

分離命題：法與道德本質不同

- 跟Kelsen類似，Luhmann認為法跟道德一開始就是不同的東西，兩者內容即使相應，也不表示兩者相同。
- 社會演化：過去道德的作用，是因為當時歐洲社會由貴族、平民等階層組成，這種階層社會，人的出生直接影響到日後他的社會生活，所以考慮到對人尊重/不尊重問題的道德，才會有比較大的意義；但是在法當中，法只考慮個人跟法規範相關的部分，道德的考慮跟法的考慮並不能完全相容。想用道德來解決法問題，往往容易破壞了法本身。
- 道德可以拿來支持法決定，但不能過份高估它的作用。

效力：不再追問背後是什麼，而問如何

- Luhmann的分析一定程度上指出，法理論對法效力問題的討論，著重在法效力必須要依據怎樣的基礎才能成立。這是為了解決「法是什麼」問題，避免只能用套套邏輯（法就是法）或弔詭（法就是那些不是法的東西）的方式來回作答。但是過去法理論對於法效力基礎的討論，還是只能用階層化（有一個更高法來當作法的基礎，最後為了避免無限後退，停留在基本規範上）或「法效力來自又是法，又不是法的基礎上」（如承認規則，道德原則）
- 基本上，Luhmann對法效力的討論，集中到法效力在社會上有什麼作用的問題。法效力的作用，就是當作一種符號，讓關聯到法的溝通，可以撇除掉一些不需要的訊息（不是有效法），專心討論有效的法。這個作用也讓所有對法的討論，都能集中到當下被標示為「有效」的法內容。這個集中效果，讓法不斷改變這個事實，不會妨礙到法討論的進行。

法規範的特性：規範預期與實證性

- 功能：參照點。社會學理論下的參照點（法也可以有幫法律人賺錢的功能，但這不是社會學理論關心的要點）。法的功能，簡單來說，就是法自己要做什麼（而且這也是其他系統作不到的）。
- Luhmann跟Kelsen一樣，都指出規範性的特色就是「失望不是失敗」。失望，先有預期才会有失望。Luhmann分開規範預期（失望後不變）與認知預期（失望後要改變）兩種。規範預期的重點：因為失望後不變，所以保護我們的行動在面對失望時，知道怎樣該繼續做下去。

法規範的特性：規範預期與實證性

- 法：保護「規範預期」的規範預期。保護，不是表示阻止出現失望（因為不可能），而是在失望後，盡可能讓失望不會影響到規範預期本身，不會影響到後面的行動。
- 實證性：注意Luhmann講的是實證性，而非實證法或法實證主義。跟其他反法實證主義的德國法學者（實證性等於法能在社會上實際發揮作用的條件）不太一樣，Luhmann的實證性重點在於「法自己有一個改變自己與自己決定的架構」。而且Luhmann把實證性當作社會演化的結果，不像Kelsen，把實證法當作所有人類法的特徵。

合法與不法（符碼，Code）

- 另一個跟純粹法學類似的**地方**：Luhmann也把不法（Unrecht）認為是法的一部分。不法不是不道德（雖然同一行為可以用道德評價為不道德），而是法的一部分。
- 合法與不法，共同形成法的兩個價值，所有關於法的溝通討論，通通都圍繞在辨明一個行為到底是合法還是不法上。讓關於法的溝通討論可以簡化很多，同時鎖定法系統的範圍。

不是法與法（程式，Programm）

- 符碼將關於法的溝通討論，鎖定在合法/不法這組對立上，程式就是拉入環境的訊息，讓這些經由法篩選過的訊息來幫忙決定哪些行為是合法，哪些行為是不法。
- 程式與符碼的結合，構成了所謂的「運作上的封閉性與訊息的開放性」。這類似於柔性實證主義，但Luhmann並不認為法的正確性只能通過道德來決定。
- 程式有兩種：條件程式（構成要件該當，即有法律效果）、目的程式（目的手段）。Luhmann主張法只能是條件程式。因為法不可能真的去考慮未來結果如何。現今行政法的學者有人認為法已經轉變成目的程式，批評Luhmann的主張是老古板。

法的確定與不確定

- 由於法學對法安定性的重視，連帶的，也會要求法本身能有一定程度的確定性（明確性要求），所以，語言文字本身的不確定性，就成為法學中一個令人頭痛的問題。法律幾乎難以避免使用不確定性概念，而有些激進的學者，更乾脆認為法就是不確定的東西，法安定性只是幻想（法唯實論、批判法學）。有些學者則在方法論的討論上，努力引進許多原則、價值來補充法，讓語言本身的不確定性可以因此而消除或降低（如Dworkin, Larenz）。
- Luhmann針對這個問題，則直接了當的指出不確定性本身對法的重要性。不確定性概念本身帶來的開放性，讓法能用自己的觀點，吸納環境的訊息，並且保留不同決定的可能性，讓法可以演化。

正義與法論證

- 正義：不是倫理道德的評價標準。而是一種「平等正義」。這種平等正義，讓法可以脫離倫理道德。關鍵點變成平等與不平等的考慮。平等：可以要求與過去一致，但平等本身的抽象與一般性、不確定性，又容易轉變成對不平等的批評，進而要求依據環境的訊息進行改變。
- 法論證：保留變化的可能與去除過多的訊息負擔。
- 正義與法論證重點都在提出理由，來證明某些法決定是對的。只是Luhmann在討論這個問題時，並非把重點放在討論「什麼是對的理由」，而又一再強調理由這件事本身怎樣可以幫助進行選擇。

結束

- 以上的討論，基於時間（有限性！）的限制，只能簡單提到並說明幾個本書的重要論點，並沒有辦法詳細說明本書的全貌。
- Calvino：「經典是，我們越是透過道聽塗說而自以為了解它們，當我們實際閱讀時，越會發現它們是具有原創性、出其不意而且革新的作品」。
- Luhmann這本「社會中的法」就是一本經典，我的道聽塗說，其實難以窮盡裡面精義之十一，請大家多多閱讀本書，可以真正享受到本書帶給思想的極大樂趣。謝謝！