

# 社会理论法学的兴起

——贡塔·托依布纳的生平、著述及影响

[德] 莫里茨·伦纳(Moritz Renner)\* 周万里\*\*译

## 目次

- |           |          |
|-----------|----------|
| 一、第十二只骆驼  | (三) 合同   |
| 二、法律与社会   | 三、超国家的法律 |
| (一) 起点    | 四、正义论    |
| (二) 集团和网络 | 五、重述     |

**摘要** 贡塔·托依布纳系当代社会理论法学大师,他在“法律与社会”“超国家法律”以及“正义论”三个领域,结合卢曼的系统论和德里达的后现代语言哲学,分析当代社会的私法秩序,建构了独特的社会理论法学。在法律与社会的关系上,托依布纳强调反思型法的作用,把合同视为调整来自不同领域冲突理性的工具。他认为当代法秩序会脱离民族国家的影响,形成全球私法。正义论不是纯粹的法哲学问题,它涉及的是法律与社会的调和,并且寻找适合社会的法教义学具体问题的答案。

**关键词** 贡塔·托依布纳 法律与社会 超国家法律 正义论

## 一、第十二只骆驼

很多年以来,贡塔·托依布纳(Gunther Teubner,1944)的主页<sup>[1]</sup>上展示着一则伊斯兰法寓言:

一位年事已高、富裕的贝都因人酋长,草拟了遗嘱,分配他的财产——一大群的骆驼——给他

\* 德国曼海姆大学法学院教授,民法、国际与欧盟经济法教席负责人。原文尚未公开发表,将刊登在德古意特出版社即将出版的第2版《门生视野下20世纪德语区的私法学者》。本文标题为译者所拟,原文标题为《贡塔·托依布纳》。

\*\* 华东师范大学法学院讲师、德国波恩大学法学博士。本文翻译获得了该书两位主编斯蒂芬·格伦德曼(Stefan Grundmann)教授和卡尔·里森胡贝尔(Karl Riesenhuber)教授的书面授权。为方便读者,译者在脚注中为部分德文文献列出了相应的英文版和中文版文献。

[1] <https://www.jura.uni-frankfurt.de/41076121/Teubner>(last visted on 2018-06-18).

的三个儿子。大儿子艾哈迈德,应当继承一半的遗产。二儿子阿里,应当继承四分之一的遗产,而最小的儿子本杰明,继承六分之一的遗产。父亲去世之后,只有十一只骆驼还活着。艾哈迈德当然是要其中的六只,可其他的两位兄弟对此立即表示反对。所有的和解努力都失败之后,他们寻求卡迪(即伊斯兰教的法官)的帮助。

卡迪做出裁判:我愿意把我的一只骆驼给你们。若能如愿,可以的话,还要把它还给我。现在,这些兄弟有了十二只骆驼,很容易做出了决定。艾哈迈德得到了一半,即六只骆驼;阿里得到了四分之一,即三只骆驼;本杰明得到了六分之一,即两只骆驼。事实上,这第十二只骆驼是多余的,它在被喂饱之后,交还给了卡迪。

任何一个访问托依布纳主页的人,都会遇到这则寓言,这绝不是偶然。在一篇论文中,<sup>[2]</sup>托依布纳深入地讨论了第十二只骆驼的寓言。该寓言确实集中了托依布纳的私法思想中的核心问题:法律与社会之间的关系(本文第二部分)、非国家的法秩序的潜力(本文第三部分)以及后实证主义的正义论的可能性(本文第四部分)。探究这些问题的人,都处在法教义学和社会理论之间的交叉领域。

## 二、法律与社会

### (一) 起点

贡塔·托依布纳 1944 年出生在德国上劳齐茨地区(Oberlausitz)的赫恩胡特市(Herrnhut),在施瓦本地区的格平根市(Göppingen)长大,1963 年他在该市完成了高考。他先后在哥廷根大学和图宾根大学学习,1967 年通过了第一次国家司法考试。对游走在教义学和理论之间的人来说,20 世纪 60 年代的图宾根大学就是一个朝拜圣地。那里大师云集,诸如约瑟夫·埃塞尔(Josef Esser, 1910—1999)、路德维希·莱塞尔(Ludwig Raiser, 1904—1980)以及沃尔夫冈·费肯杰(Wolfgang Fikentscher, 1928—2015),都对托依布纳产生了明显的影响。学业完成之后,他在费肯杰的指导下,完成了题为“一般条款中的标准和指引”的法律社会学博士论文。

在博士论文中,他的方法脉络清晰可见,后来托依布纳将其发展成为独立的社会科学法学的方法。<sup>[3]</sup>托依布纳为了回答法教义学的问题以及解释民法中的一般条款,将视角转向它们所处的社会背景:“善良风俗”指向什么社会现实?可以使用社会学的方法,将其具体化吗?以跨学科的方法提出这样的问题,具有开创性的意义。对其细致差异化的回答,也同样如此。托依布纳清楚地认识到,社会及其法之间没有简单的因果关系,该结论与当时的法律社会学的认识完全相对。<sup>[4]</sup>法律形式的自我意义,即伊斯兰法寓言中的“第十二只骆驼”,也许是他的潜台词。

完成博士论文和第二次国家司法考试之后(1971 年),托依布纳参加了美国伯克利大学的法律

---

[2] Teubner/Zumbansen, Rechtsentfremdungen; Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, ZfRSoz 2000, 189. 英文版: G. Teubner, “Alienating Justice: On the Social Surplus Value of the Twelfth Camel”, in D. Nelken and J. Pribán (eds.), *Law's New Boundaries: Consequences of Legal Autopoiesis* (Aldershot: Ashgate, 2001), p. 21. 中文版: [德] 托依布纳:《法律异化——论第 12 只骆驼的社会剩余价值》, 泮伟江译, 载 [德] 托依布纳:《魔阵·剥削·异化——托依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, 第 316~345 页。

[3] 对于该方法, 参见 D. Wielsch, Iustitia mediatrix; Zur Methode einer soziologischen Jurisprudenz, in G.-F. Calliess, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch and P. Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag* (Berlin: de Gruyter, 2009), 395.

[4] See G. Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln (Frankfurt a.M.: Athenäum, 1971), 115.

与社会研究中心的研究生项目,继续研究法律社会学(1972—1974年)。即使后来他的导师费肯杰于1971年离开图宾根,去慕尼黑大学任教,他还是以撰写教授资格论文者的身份在学院活动。从加利福尼亚州回来之后,他遇到了继任费肯杰教席的克劳斯·霍普特(Klaus J. Hopt, 1940),后来与他合作主编了一本有关公司治理方面的具有开创性意义的论文集。<sup>[5]</sup>

## (二) 集团和网络

托依布纳在撰写教授资格论文阶段,集中研究了法律制度的内在方面,同时也发表了法学教育方面的文章,包括保理和建筑师的错误说明方面的话题,<sup>[6]</sup>以及一本有关相互的合同不忠诚的专著。<sup>[7]</sup>不过,他的主要兴趣是1977年完成的教授资格论文《组织民主和社团宪法》。<sup>[8]</sup>在该书中,社会结构和法教义学之间的相互关系,再次成为焦点。当时的西德不断地成为社团主义的社会,政治意思的形成过程不断地发生在私法社团内部并且由其完成。对于这种社会,托依布纳在书中力图找到合适的组织法。

完成教授资格论文之后,托依布纳因其对法律与社会交叉领域问题的兴趣,注定成为德国20世纪60年代和70年代所谓的改革大学的人选——这些大学都尝试在(单一的)法学教育中融入跨学科的课程。1977年,他接受了来自不来梅大学教授职位的任命。新建的学部最初由法学与经济学和社会科学融合而成,托依布纳经历了新建学部初期动荡的前几年。尽管他雄心壮志,可是学生及一些老师的政治激进化日益增加,与研究教学中硕果累累的跨学科性质背道而驰,迫使他1981年离开不来梅大学,到佛罗伦萨的欧洲大学任教,直到1994年。

在佛罗伦萨的这段时间里,他的至今还对社会科学法学产生重大影响的作品诞生了。1982年,他在欧洲大学工作论文的基础之上,发表了论文《现代私法中的实质性和反思性因素》。<sup>[9]</sup>在该文中,托依布纳通过分析诺内特和塞尔兹尼克的“回应型法”理论,<sup>[10]</sup>发展出一种法律模式,用来描述法律和社会结构以一种复杂的方式共同演进。成为该文理论基础框架的,是德国战后宏大的社会理论:一个是哈贝马斯的商谈理论(Diskurstheorie),另一个是卢曼的系统论。<sup>[11]</sup>在当时的政治历史背景之下,该文同时被解读为对20世纪70年代终结狂热监管的回应。就此而言,该文对于当今的私法学也有指导意义。<sup>[12]</sup>在理论方面,这位在图宾根以“红色托依布纳”而被广为人

[5] K.J. Hopt and G. Teubner (eds.), *Corporate Governance and Director's Liabilities: Legal, Economic and Sociological Analyses on Corporate Social Responsibility* (Berlin: de Gruyter, 1985).

[6] Teubner, Factoring-Vertrag. JuS 1972, 261; Teubner, Die Falschankunft des Architekten, JuS 1976, 798.

[7] Teubner, Die Gegenseitige Vertragsuntreue: Rechtsprechung und Dogmatik zum Ausschluß von Rechten nach eigenem Vertragsbruch, Tübingen 1975.

[8] G. Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung: Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände, Tübingen: Mohr Siebeck 1978.

[9] Teubner, Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, ARSP 68 (1982), 13. 英文版: G. Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Private Law", *Law & Society Review* 239(1983)。中文版: [德] 托依布纳:《反思性的法——比较视角中法律的发展模式》, 祁春轶译, 载前注[2], 托依布纳书, 第266~315页。

[10] P. Nonet and P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law* (New York: Transaction Publishers, 1978)。中文版: [美] 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会: 迈向回应型法》, 张志明译、季卫东作序, 中国政法大学出版社2004年版。

[11] 详见 Renner, Systemtheorie und Diskurstheorie, in: Grundmann/Micklitz/Renner (Hg.), *Privatrechtstheorie*, 2015, S. 276。

[12] 参见 Calliess, Die Steuerungskrise — jetzt auch im Privatrecht? in Calliess/Fischer-Lescano/Wielsch/Zumbansen (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner*, Tübingen 2009, S. 465。

知者,“现在是两头不讨好。原因在于,他对于监管的悲观主义态度,很容易让人联想到‘新自由主义者’哈耶克。托依布纳在分析方面,使用了最为前沿的方法,诸如激进的建构主义,将它与被贬低成结构保守的卢曼的系统论结合在一起,并不能改善情况”。<sup>[13]</sup>

伟大的系统论大师卢曼,以其特有的冷静回应这些发展,在《法律社会学杂志》上简要地评价了“‘反思型法’的几个问题”。<sup>[14]</sup>在简评中,托依布纳法律社会学的核心原则,被外人以尤为清晰的方式表述出来:卢曼的系统论和托依布纳的方法的共同之处在于,他们都着重强调法律制度的自治性,但是后者超越卢曼之处在于,他力图在社会制约之中找出法律制度自我反思的可能性——对此,卢曼特别质疑。<sup>[15]</sup>最后的这一点促使托依布纳发展出独特的后实证主义正义论(参见下文四)。托依布纳在处理法律与社会的关系时,系统论一直都是核心的参照点,尤其是在1989年的专著《法律:一个自创生系统》<sup>[16]</sup>中。该书比卢曼的《社会中的法》<sup>[17]</sup>还早五年,并被译为多种语言。

与此同时,托依布纳作品中的系统论方法不断地被证明,它也有助于处理具体的私法教义学问题。继续他在教授资格论文中组织法的路径,托依布纳在文章和裁判评论中深入地研究了公司法方面的问题。<sup>[18]</sup>比如1991年刊登在《公司与企业法杂志》(ZGR)上有关公司集团法的“多样的统一”(“Unitas Multiplex”)的论文:<sup>[19]</sup>托依布纳一方面轻松地联系了当时已经有的大量关于公司集团概念的法学文献(今天也还在被引用),<sup>[20]</sup>另一方面,通过社会科学的视角,将以“去中央化的方式”组织的企业集团的社会现实,扩展到经济史、交易成本经济学以及系统论。同时,文章也回答了具体的法教义学问题:穿透企业集团的责任——对此,托依布纳主张在“领域性企业集团穿透”(“sektoraler Konzerndurchgriff”)的意义上的责任制度。在今天,该问题尤其是对受到监管的行业至关重要。

托依布纳发现,在合同网络的教义学中存在同样的问题。对此,他在1993年发表的文章中进行了研究。<sup>[21]</sup>就此而言,他对于之后几年德国法学以及国际层面的讨论,做出了突破性

---

[13] Calliess, supra note[12], at 465 - 466.

[14] Luhmann, Einige Probleme mit “reflexivem Recht”, ZfRSoz 1985, 1.

[15] 同上,第18页。

[16] Teubner, Recht als autopoietisches System, Frankfurt a. M. 1989.; 英文版: G. Teubner, *Law as an Autopoietic System* (Oxford, UK/Cambridge, USA: Blackwell, 1993)。中文版: [德]托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,法律出版社2004年版。

[17] Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993; 英文版: N. Luhmann, *Law as a Social System* (Oxford: Oxford University Press, 2004)。

[18] 参见 Teubner, “Corporate Responsibility” als Problem der Unternehmensverfassung ZGR 1983, 34; 英文版: G. Teubner, “Corporate Responsibility as a Problem of Company Constitution” (EUI Working Paper, 1983/51), Florence 1983. Teubner, Unternehmensinteresse — das gesellschaftliche Interesse des Unternehmens an sich? ZHR 149 (1985), 470. 英文版: G. Teubner, “Company Interest — The Public Interest of the Enterprise ‘in Itself’?” in R. Rogowski and T. Wildhagen (eds.), *Reflexive Labour Law: Studies in Industrial Relations and Employment Regulation* (Boston: Kluwer, 1994), p.21.

[19] Teubner, Unitas Multiplex: Das Konzernrecht in der Neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen, ZGR 1991, 189. 英文版: G. Teubner, “Unitas Multiplex: Corporate Governance in Group Enterprises”, in G. Teubner and D. Sugarman (eds.), *Regulating Corporate Groups in Europe* (Baden-Baden: Nomos, 1990), p.67.

[20] 比如参见 Krieger, in: MünchHdbGesR IV (4. Aufl. 2015), § 69, Rn. 67 mit Fn. 215.

[21] Teubner, Den Schleier des Vertrags Zerreißen? Zur Rechtlichen Verantwortung Ökonomisch Effizienter Vertragsnetzwerke, KritV 76 (1993), 367. 英文版: G. Teubner, “Piercing the Contractual Veil? The Social Responsibility of Contractual Networks”, in T. Wilhelmsson (ed.), *Perspectives of Critical Contract Law* (London: Dartmouth, 1992), p. 211.

的贡献。<sup>[22]</sup> 应用导向的法教义学,在这里再次与最前沿的社会理论相遇。对于诸如特许经营的合同网络,他建议逐项地克服债法的相对性原则,所以他对合同理论和合同教义学的继续发展,做出了决定性的贡献。<sup>[23]</sup>

### (三) 合同

在合同网络的研究中,合同法不断地成为托依布纳的主要研究兴趣。在伦敦政治经济学院工作六年后的1998年,他接受了法兰克福大学教职的邀请,并发表了纲领性的文章《合同世界》。<sup>[24]</sup> 基于对锡耶纳画派代表人物洛伦采蒂(Ambrogio Lorenzetti, 1290—1348)的著名壁画《善治》(Buon Governo)的分析,托依布纳雄心勃勃地发展了合同理论,同时把它作为干预主义和新自由主义私法模式终结之后“私法的重建项目”加以论证。在该项目中,合同“不再被视为仅仅是两个行为人之间的经济交易,而是不同的商谈项目之间,即不同的合同世界之间,相容的空间”。<sup>[25]</sup> 卢曼的“功能性区分理论”再次成为理论指引,但他明显向德里达(Jacques Derrida, 1930—2004)的后现代语言哲学靠拢。托依布纳认为,在碎片化的后现代社会,合同必然是多语境的,这也是为什么它能够并且必须调和来自诸如法律、宗教或经济等不同社会领域有冲突的理性。在《合同世界》中,托依布纳所举的例子是捐赠合同,它使经济和艺术之间艰难的沟通成为可能。

托依布纳在《合同世界》里,把私法构想成“社会系统的优雅文明人”,<sup>[26]</sup>改变了在私法中对基本权利的认识。他不想从纯粹的个人主义角度去理解基本权利,然后通过建构复杂的保护义务,使民事法院受到它们约束。<sup>[27]</sup> 相反,他认真对待了基本权利的制度性维度,并且将基本权利理解为“商谈权利”(“Diskursrechte”)。这明显地表现在托依布纳对联邦宪法法院“担保案”判决<sup>[28]</sup>的论述中。<sup>[29]</sup> 托依布纳认为,在该案中,不是私法自治对抗私法自治,而是“难以相容的行为逻辑的冲突”,也即“家庭和谐的逻辑”与“债务和清偿的经济逻辑”之间的冲突。他认为,基本权利最终是

[22] E. g. G. Teubner, “The Parasitic Role of Hybrids”, 149 *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (JITE/ZgStW) 706 (1993); G. Teubner, “Hybrid Laws: Constitutionalizing Private Governance Networks”, in R. Kagan and K. Winston (eds.), *Legality and Community: On the Intellectual Legacy of Philip Selznick* (Berkeley: Rowman & Littlefield, 2002), p.31; G. Teubner, Profit Sharing als Verbundpflicht? Zur Weiterleitung von Netzvorteilen in Franchise-Systemen, *Zeitschrift für die gesamte Handelsrechtswissenschaft* (ZHR) 168(2004), 78; G. Teubner, *Networks as Connected Contracts* (Oxford: Hart Publishing, 2001).

[23] 其他具有标志性意义的德国文献,参见 M. Rohe, *Netzverträge. Rechtsprobleme Komplexer Vertragsbindungen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998; P.W. Heermann, *Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des Trilateralen Synallagmas auf der Grundlage Deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998; S. Grundmann, Die Dogmatik des Vertragsnetzes, *Archiv für die Civilistische Praxis* (AcP) 207 (2007), 721.

[24] G. Teubner, “Contracting Worlds: The Many Autonomies of Private Law”, *Social and Legal Studies* 399 (2000).

[25] 同上注。

[26] 对于该术语,参见 A. Fischer-Lescano and G. Teubner, “Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law* 999, 1045 (2004)。

[27] 这在德国还是主流的方法。开创性的文献,参见 C.-W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, AcP 184 (1984), 201。中文版: [德] 卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬、曹昱晨译,载《比较法研究》2015年第1期,第171~195页。

[28] BVerfGE 89, 214; 判决部分翻译参见 B. S. Markezinēs, H. Unberath and A.C. Johnston, *The German Law of Contract* (2 Vols, Oxford: Hart Publishing, 2006), Case no. 81。

[29] G. Teubner, Ein Fall Struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision Unverträglicher Handlungslogiken, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) (2000), 388.

冲突规则,它使来自不同社会领域的冲突理性有了相容的可能。

托依布纳明确,把私法理解为商谈冲突法并非只是源自理想化的项目,而是与大范围的社会结构变化有关系——他把这种变化称为“全球化和私有化的残酷的震荡波”。<sup>[30]</sup> 正如20世纪90年代一篇文章的题目——“私有化之后”,<sup>[31]</sup>私法必须面对全新的问题:20世纪末,在“瘦身”的国家中,越来越多的社会领域交给了私人自治组织。对内,国家告别了战后监管的幻想;对外,国家则面临激增的跨境交往,比如经济、技术、艺术、科学、体育或宗教领域。民族国家的私法在处理这些问题时会面临巨大的困难。对此,争议案件不断地转向替代性争议解决模式,就是一个证明。

### 三、超国家的法律

托依布纳是最早清楚看到该发展及其对法律理论和实践产生影响,并且将其视为对私法学提出挑战的人之一。他的文章《全球的布科维纳》引起了很大的轰动。<sup>[32]</sup> 但是,起初德国法学并没有注意到这篇文章,著名的《拉贝尔杂志》并不接受和发表该文;<sup>[33]</sup> 后来它被发表在《法律史杂志》<sup>[34]</sup>上——该杂志的主编是法兰克福马普所的迪特·西蒙(Dieter Simon, 1935),其关注的不仅是法律史,还有法律的未来。仅仅几年之后,该文的英文版就成为引用最多的20世纪德国私法学者的文章之一。<sup>[35]</sup>

《全球的布科维纳》的启发来源是法社会学创始人之一的欧根·埃利希(Eugen Ehrlich, 1862—1922)。在以实证主义为导向的德国法学中,他更多地处在边缘,而不是中心的位置。托依布纳以“商人法”(“lex mercatoria”),也即私人创制的全球商事法为例,把世界社会的法描述为法律多元主义,<sup>[36]</sup>在这里,不同的私人 and 公共法律秩序共存。他以此为观点力挺埃利希。该观点对法律理论和法教义学有重大的意义,至今还对私法学提出了挑战。

在法律理论方面,与法律多元主义的方法相联系的是社会科学理解意义上的法律概念。<sup>[37]</sup> 按照这个概念,在特定条件下,非国家的规范性秩序也被承认属于法。<sup>[38]</sup> 在法教义学方面,相应地提出了以下的问题:在具体的裁判情形下,这种承认意味着什么? 比如,依据《罗马条例 I》,“商

[30] Teubner, Nach der Privatisierung? Diskurskonflikte im Privatrecht, *ZfRSoz* 1998, 8. 英文版: G. Teubner, “After Privatisation? The Many Autonomies of Private Law”, *Current Legal Problems* 393 (1998)。

[31] 同上注,德文版第8页,英文版第393页。

[32] Teubner, Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal (RJ)* 255 (1996). 英文版: G. Teubner, “‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society”, in G. Teubner (ed.), *Global Law without a State* (Aldershot: Dartmouth, 1997), p.3。

[33] 克茨(Hein Kötz, 1935)所写的拒绝信被刊登在杂志上。参见上注德文版第283页。相关部分的大意是:“对于大多数德语区的读者要求过高,而对大多数非德语区的读者又完全读不懂的这类文章,我们承受不起让它们继续激怒我们读者的后果。”

[34] 同上注。

[35] 2017年2月28日,谷歌学术显示共有948个引用。

[36] 除了埃利希,卢曼当然也是教父级的人物。See N. Luhmann, *Die Weltgesellschaft*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP)* 57 (1971), 1.

[37] 该方法的基础,参见 B. de Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation* (2 vols, London: Butterworths, 2002)。

[38] 针对该问题,参见 G.-P. Calliess and M. Renner, “Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance”, *22 Ratio Juris* 260 (2009)。

人法”应当成为准据法吗？商事活动中的国际标准合同应当受制于法院的哪些控制？跨国公司内部的“行为守则”有哪些约束力？托依布纳的重大贡献，不仅在于从理论维度清楚地认识跨国法，而且提出了这些教义学的问题。<sup>[39]</sup>

同时，他在早期就已经展示了跨国法的宪法维度。其专著《宪法的碎片》先是在苏坎普出版社(Suhrkamp)以德语出版，旋即就在牛津大学出版社以英文出版。该成果可以追溯到2007年和2008年他在柏林高级研究院(Wissenschaftskolleg zu Berlin)期间的访问研究。<sup>[40]</sup> 私法学者撰写超国家的宪法理论，这对德国国家学是个不小的挑衅。托依布纳风趣地说，“宪法太重要了，不能完全交给宪法学家和政治哲学家讨论”。<sup>[41]</sup> 无论如何，在2007年和2008年期间，有足够多的争议性话题在柏林科学研究院可供讨论，包括与德国联邦宪法法院前任大法官迪特·格林(Dieter Grimm, 1937)的讨论。另外，笔者在2008年时作为年轻的博士生，认识了托依布纳。之前，笔者作为学生，对他的法律理论文章印象深刻。后来的一天中午，笔者在柏林高级研究院所在地的柏林瓦洛特大街与他进行学术对话，他的智慧和人格魅力给我留下了深刻的印象——为了和我讨论我的博士论文计划，他细致缜密地阅读了我的计划书。

托依布纳尽管受到双面攻击(即公法和私法)，但相对于私法而言，起初宪法学者和国家法学者更能接受他的跨国法著作——尽管也有德国国际法学者先是强烈反对他的作品。<sup>[42]</sup> 有两个理由能说明托依布纳的论点直接与宪法和国际法相关。其一，他认为存有在很大程度上可以脱离民族国家影响、而比如建立在跨国商事交往的基础之上的可能的法秩序。其二，他并不认同机体论意义上的去政治化的全球私法，而是认为新出现的“私人制度”<sup>[43]</sup>必然是政治性的，并且他看到了诸如互联网“商人法”的不同制度与国家的基本权利保障<sup>[44]</sup>经常发生矛盾、产生冲突。

从这双重分析中，托依布纳得出三个结论。第一，如果涉及跨国法，在私人创制规范的时候也会产生宪法问题。其二，私人制度的“宪法问题”，不是通过民族国家，而是通过跨国制度的自我宪法化(借助自我治理的手段)来解决。第三，因为这些制度如此纷繁多样，所以跨国法宪法同时也是冲突法宪法。比如，诸如“互联网名称与数字地址分配公司”(“I CANN”)及其争议解决机构的互联网私人规则制定者，不断地发展处理与滥用互联网域相关的基本权利的问题。<sup>[45]</sup> 事实上，这

<sup>[39]</sup> 比如 G. Teubner, “Self-constitutionalizing Transnational Corporations? On the Linkage of ‘Private’ and ‘Public’ Corporate Codes of Conduct”, 17 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 617 - 638 (2001).

<sup>[40]</sup> G. Teubner, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism in Globalization* (Oxford: Oxford University Press, 2012). 中文版：[德] 托依布纳：《宪法的碎片——全球社会宪治》，陆宇峰译、纪海龙校，中央编译出版社2016年版。

<sup>[41]</sup> 同上注，中文版第3页。

<sup>[42]</sup> 在研讨会论文集的序言中，西玛(Bruno Simma, 1941)针对该论文集中托依布纳与费舍尔-赖斯卡诺斯(Fischer-Lescanos)的奠基性文章《制度冲突》(regime collision)评价道：“但是，请注意，大多数国际法学者并不认为这两位是本专业主流的成员。这种联合是另一种更为‘个性化’的维护国际法共同体的方法。” B. Simma, “Fragmentation in a Positive Light”, 25 *Michigan Journal of International Law* 845, 847 (2003 - 2004).

<sup>[43]</sup> G. Teubner, “Global Private Regimes: Neo-spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors in World Society”, in G. Teubner and K.-H. Ladeur (eds), *Globalization and Public Governance* (Aldershot: Dartmouth, 2004), p.71.

<sup>[44]</sup> 对于该例，参见 V. Karavas and G. Teubner, “http://www.CompanyNameSucks.com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on Private Parties within Autonomous Internet Law”, *German Law Journal* 1335 (2003).

<sup>[45]</sup> 同上注。

些也可以用实证来证明。<sup>[46]</sup>

21世纪初德国私法学开始研究私人创制规范及其宪法维度的问题。这意味着托依布纳的作品有了更多的基础。具有里程碑意义的作品是格雷戈尔·巴赫曼(Gregor Bachmann, 1966)的教授资格论文,<sup>[47]</sup>以及约翰内斯·克内根(Johannes Köndgen, 1946)2005年在民法学者学会会议上所作的“法之私有化”报告。<sup>[48]</sup>

## 四、正义论

托依布纳的早期作品,尤其是他的跨国法作品,并没有被“主流”的私法学接受,除了因为他受社会理论启发的专业术语招致不满,在不小的程度上,还可能是源于他对国家宪法机关之外创制规范制度的(目的)乐观主义。对很多人来说,有些东西仅仅是卡迪司法,而对托依布纳来说,它们代表着法律对正义裁判的承诺。这完全与第十二只骆驼的法律谚语吻合。因此,进一步地说,在托依布纳的意义上,卡迪不做卡迪司法。他不这样做,是因为必要时,他将社会冲突“异化”于其产生的条件,并且基于法律冲突再现它。<sup>[49]</sup>

在这些考量的背后,蕴含着一个让人雄心勃勃的正义论。它同样是以卢曼的系统论和德里达的语言哲学为指引。绝非偶然,托依布纳在法兰克福大学期间发展了该理论的基本要素。不过,法兰克福学派的精神启发他的可能性不大,更可能的是学院大楼“三楼”(这里对外人来说也同样熟知)启发了他。在托依布纳到法兰克福大学任职之前,这里就是私法理论的故乡,尤其是因为鲁道夫·维特赫尔特(Rudolf Wiethölter, 1929)这个人。维特赫尔特在格尔哈特·克格尔(Gerhard Kegel, 1912—2006)指导下完成了教授资格论文,之后1963年接任了弗朗茨·柏默(Franz Böhm, 1895—1977)在法兰克福大学的教席,直到1997年退休。他至少是因为“广播大学法学”而出名。<sup>[50]</sup>另外,在20世纪六七十年代私法学的政治冲突中,他也是一位有争议的人物。直到今天,他的经济宪法方面的著作仍然值得阅读。<sup>[51]</sup>除了著作,他的影响力主要是通过教学来实现,尤其是在托依布纳接任他的教席之后,与他合作开设的著名的“周三专题研讨课”。

在专题研讨课上,可以找到“卢曼和德里达”(2001—2002年冬季学期)、“法教义学和社会理论”(2002年夏季学期)、“主观权利和社会”(2007—2008年夏季学期)以及“半机械人、网络和动物”(2005—2006年冬季学期)。<sup>[52]</sup>托依布纳有关正义论的作品,表明这些专题研讨课使他受益良

---

[46] 对于实证证明,参见 M. Renner, “Towards a Hierarchy of Norms in Transnational Law?” 26 *Journal of International Arbitration* 533, 538-552 (2009)。

[47] G. Bachmann, *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2006)。

[48] J. Köndgen, *Privatisierung des Rechts. Private Governance zwischen Deregulierung und Rekonstitutionalisierung*, *AcP* 206 (2006), 477。

[49] 前注[2],托依布纳书德文版,第21页。

[50] R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft* (Frankfurt a.M.: Fischer, 1968)。

[51] Wiethölter, *Begriffs- oder Interessenjurisprudenz — falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht. Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm*, in: *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag* (1977), 213; Wiethölter, *Privatrecht als Gesellschaftstheorie? Bemerkungen zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre*, in: *Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag* (1974), 645。

[52] 专题研讨课的往期目录,参见 <http://www.jura.uni-frankfurt.de/44314162/Archiv2001#Seminar-Archiv>(最后访问时间2018-06-16)。

多。2003年在以《法宪法》(“Rechtsverfassungsrecht”)为书名的纪念维特赫尔特的文集中,<sup>[53]</sup>托依布纳撰写了文章《对待法律悖论:德里达、卢曼、维特赫尔特》。<sup>[54]</sup>围绕法律悖论的概念,托依布纳发现了在很大程度上智慧的选择相似性:维特赫尔特对其恩师克格尔的冲突法继续发展和一般化,并通过悖论的概念与系统论和解构主义兼容。决策和推理的悖论被卢曼和德里达视为理解法律的核心,同时它也反映了真实的社会冲突。

受到维特赫尔特的启发,托依布纳巧妙地将卢曼和德里达进行对比,进而不断强化对法律制度的运作统一性的系统论信条的质疑。<sup>[55]</sup>法律实践不断地尝试掩盖和压制“论证悖论”,卢曼从中看到了法律发展的原动力(*movens*)。相反,德里达试图揭开被压制的东西,有意地面对处在困境(*aporia*)中的法律实践。在该背景之下,托依布纳将自己扮演成这些宏大理论的熟练的调解人:他不仅强调悖论的“创造性潜能”——该潜能正是源自悖论的压制,而且让“法外事物重新进入法律”,迫使法律制度适当地反思社会的冲突情况。<sup>[56]</sup>

周而复始,这里的研究与托依布纳最初踏入法律社会学的情况再次融合。托依布纳认为,正义论不是纯粹法哲学的问题,而是法律与社会的调和,以及寻找适合社会的法教义学具体问题的答案。法律寓言中的第十二只骆驼,不仅仅代表法律形式的不可缩减的固有价值;至少,它也解决了一个继承纠纷。

## 五、重 述

上文三部分以“法律与社会”“超国家的法律”和“正义论”为题,试图理解贡塔·托依布纳的生平、著述及影响,这并非易事。托依布纳的作品太纷繁多样和特立独行,就是在他退休之后,也还是非常活跃。不过,这三个标题组合成的主题领域,即使他后来的文章也会重述它们,将它们重新衔接在一起,并且继续发展它们。<sup>[57]</sup>他的门生在作品中也在续写着这些话题:楚邦仁(Peer Zumbansen)和卡利斯(Graff-Peter Calliess, 1967)的跨国法,<sup>[58]</sup>费舍尔-莱斯卡诺斯(Andreas Fischer-Lescanos, 1972)的批判性系统论、<sup>[59]</sup>维尔施(Dan Wielsch, 1970)的知识型社会的法律分析<sup>[60]</sup>以及格鲁贝尔(Malte Gruber)的生物信息法。<sup>[61]</sup>上述学者明显受到托依布纳的影响,同时部分或是对立地采用

<sup>[53]</sup> Joerges/Teubner (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie* (2003).

<sup>[54]</sup> G. Teubner, “Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”, in O. Perez and G. Teubner (eds), *On Paradoxes and Inconsistencies in Law* (Oxford: Hart Publishing, 2006), p. 41.

<sup>[55]</sup> Teubner, *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?* *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2008, 9. 英文版: G. Teubner, “Self-subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?” *72 Modern Law Review* 1 (2009). 中文版: [德]托依布纳:《自我颠覆的正义——法的偶连续公式,或是超越公式?》,祁春轶译,载前注〔2〕,托依布纳书,第365~400页。

<sup>[56]</sup> 同上注。

<sup>[57]</sup> 相关的例子,参见 Teubner, “The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by ‘Private’ Transnational Actors”, *69 Modern Law Review* 327 (2006)。

<sup>[58]</sup> G.-P. Calliess and P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: a Theory of Transnational Private Law* (Oxford: Hart Publishing, 2012).

<sup>[59]</sup> A. Fischer-Lescano, “Critical Systems Theory”, *38 Philosophy & Social Criticism* 3 (2012).

<sup>[60]</sup> Etwa Wielsch, *Die epistemische Analyse des Rechts. Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft*, *JZ* 2009, 67.

<sup>[61]</sup> Gruber, *Bioinformatonsrecht. Zur Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in technisierter Verfassung* (Tübingen 2015).

了自己的方法,这些最佳地反映了托依布纳的知识原创性和他的宽容。

当然,将他的影响缩减为德国私法学者的一个“学派”,完全就是低估。没有多少当代德国私法学者能像托依布纳一样,以其作品对其他法域产生影响:通过很多的客座教授的活动、在国外的报告(例如耶鲁大学法学院的“斯托尔斯讲座”),通过外文出版物(几乎所有他的文章都同时有多种语言发表)以及通过很多从他的作品、与他的讨论和相遇中受到启发的人。

---

**Abstract** Gunther Teubner is a master of social theory of law. Heading “law and society”, “law beyond the state” and “theories of justice”, he creates the genuine legal theory based on social theory to the contemporary private law through combined Niklas Luhmann’s systems theory and the postmodern philosophy of language of Jacques Derrida. Teubner emphasizes the function of reflexive law, and refers the contract as the mediation among the conflicting rationalities of different social fields. He postulates the possibility of legal systems that emerge largely free of national influences building on the custom of cross-border commercial trade. The theory of justice is not an issue of pure legal philosophy. Instead it is about the mediation between law and society, about the search for answers to concrete questions of legal doctrine which are adequate for society.

**Keywords** Gunther Teubner, Law and Society, Law beyond the State, Theories of Justice

---

(责任编辑:钟浩南)