



卢曼的系统论法学及其法律系统

高鸿钧*

近年来,已故德国学者尼克拉斯·卢曼(Niklas Luhmann, 1927—1998)的名字,在中国法理学和法社会学界已不再陌生。卢曼一些著作的中译本陆续问世,研究卢曼系统论法学的中文成果也越来越多。

关于卢曼的生平介绍已有很多。他早年参加“二战”并成为美军战俘,不过是那个时代众多德国青年的宿命。他在战后的法学本科学历,以及毕业后就职公共行政部门的经历,显得平淡无奇。他33岁赴美留学,师从美国著名社会学家帕森斯;39岁才获得博士学位,并取得在大学授课的资格。无论如何,这种经历对于一位专业学者来说,都显得姗姗来迟。然而,在他后来30年的学术生涯中,70余部高质量的著作和450篇富有创见的论文,足以证明这位迟到学者具有非凡的创造力。1972年出版的《法社会学》^①是卢曼早期的代表作。这部著作在借鉴和改造帕森斯理论的基础上,从功能的视角考察了法律结构的产生和演化过程,使用了演化、系统、复杂性、偶联性、自我

* 清华大学法学院退休教授。

① 中译本见[德]尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海,上海人民出版社,2013。

指涉以及认知性期待与规范性期待等基础性概念。1984年《社会系统》一书的问世,代表了他思想的一个崭新阶段。该书虽然沿用了早期的一些概念,但富有创意地借鉴了智利生物学家马图拉纳(Humberto Maturana)和瓦瑞拉(Francisco Varela)的自创生理论,德国物理学家冯·福斯特(Heinz von Foerster)的二阶观察理论,以及美国逻辑学家斯宾塞·布朗(Spence Brown)的区分理论,^①对早期的系统论进行了重构,创建了一般系统论和自创生社会系统论。随后,他把这一基础性理论运用到社会的各个领域,相继出版了《社会中的经济》《社会中的政治》《社会中的宗教》《社会中的艺术》以及《社会中的法》等多部系统分论。最后,他又在分论的基础上进行综合,其成果是1997年问世的《社会中的社会》。^②

面对卢曼的理论,读者不仅赞叹他的百科全书式知识视野,而且感佩他对科技革命和信息社会的先知般预见。与此同时,卢曼独特的概念体系、理论范式和表达风格,往往使许多读者对他的著作望而生畏,或望文生义。故而我们联络同道,针对他在《社会中的法》^③一书进行解读,尝试理解他的法律系统论及其法律系统。

一、系统与环境:社会系统的涌现及其运作

(一) 社会系统的涌现

按照《圣经》的说法,上帝创造了万物。但达尔文的理论揭示,万物乃是演化的产物,在演化中涌现、存续或灭亡。卢曼从演化的角度提出了四种系统类型,即无机系统、有机(或生物)系统、心理(或意识)系统和社会系统,这几种系统都属于演化的产物,并在演化过程

^① 海勒在《我们何以成为后人类》一书的第6章中,对此具有详细介绍。参见[美]凯瑟琳·海勒:《我们何以成为后人类:文学、信息科学和控制论中的虚拟身体》,刘宇清译,173~210页,北京,北京大学出版社,2017。

^② 泮伟江博士正在主持此书的中文翻译,中译本会在明年问世。

^③ 本书所依据的文本见[德]尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,台湾“国立编译馆”主译,李君韬译,台北,台湾五南图书出版股份有限公司,2009;关于“Luhmann”,台湾学者有“鲁曼”和“卢曼”两种译名,大陆通译为“卢曼”。

中各自又分化出诸多子系统。所有系统自涌现之后便持续运作。故而运作是所有系统的第一个共同特征,也是系统的存在方式。系统一旦停止运作,便无法存在。从发生学上讲,不同系统涌现的时间顺序存有差异。最先涌现的是无机系统,然后是有机系统,人类在有机系统发展到一定阶段才涌现出来。伴随着人类的涌现,心理系统和社会系统涌现出来。

早期系统论强调系统的封闭性。这种系统论重视系统的内部关系,即部分与整体的关系,强调系统的整体性和可控性。但这种封闭系统会因熵效应而能量递减,以致归于混沌。有鉴于此,开放性系统论应运而生。这种系统论以系统/环境的关系图式取代了部分/整体的图式,从而使系统能够从外部吸入能量。然而,这种系统论由于主张系统与环境之间存在输入和输出关系,使得系统与环境的界限变得模糊,以致两者的差异最终不复存在。为了避免封闭系统与开放系统之弊,卢曼主张系统运作封闭,认知开放。换言之,系统运作封闭和认知开放,构成了所有系统的第二个共同特征。有机系统、心理系统和社会系统存在认知能力,这一点不难理解。但是,涉及无机系统的认知,人们往往会产生疑问。应该指出的是,系统的“认知”不是指人的心理认知,也不是指低等生物的感知,而是指系统与环境之间的激扰-反应关系。这样一来,无机系统就能够认知环境的激扰。例如环境改变,水便会发生形态的变化,温度高到一定程度就会蒸发,而温度降至一定程度就会结冰。无机系统具有感知能力最明显的例子是温度控制器和感应灯。前者根据环境温度的变化而运作或停止,后者根据环境而变化,天黑则启动,天亮则关闭。人们如果考虑到具有深度学习能力的智能机器人,就不难理解无机系统的认知能力。

系统的第三个共同特征是自创生。自创生是生物学家用于描述生物的一个特征,如细胞的自我复制和生物种群的自我繁衍等。卢曼把这个概念用于系统论,是指系统以自我指涉的方式持续运作,并在这种运作中通过各种元素的组合进行自我生产和再生产。卢曼关

注的重点是社会系统。由于社会系统依赖心理系统,并与心理系统存在结构耦合,因此,卢曼也同样重视心理系统。

像其他系统一样,社会系统也是演化的成就。那么,社会系统为何和如何涌现?这就要追溯到帕森斯双重偶联性的概念。在帕森斯的思考模式中,两个主体即自我和他者在互动中存在困境。自我期望他者如何行动,他者期望自我如何行动。双方的期望是两个“黑箱”(或称“黑匣子”“黑盒子”)。他人即便知道我的期望为何,也可能采取异于我期望的方式行动。这时,双方的心理状态是,当你做了我想要的事,我才做你想要的事;如果你不会让我来规定你,我就不会让你来规定我。于是,这就出现一种循环:自我依赖他者如何行动,而他者依赖自我如何行动。这样一来,双方就无从行动。针对这种双重偶联性的困境,帕森斯提出的办法通过文化型塑人们的人格和规范共识,从而使得人们的期望能够契合,使人们的行动具有确定性。卢曼对帕森斯的理论进行了改造。其一,卢曼认为,偶联性不应意指“依赖”,而应意指“既非必然,亦非不可能”。这意味着,偶联性概念蕴含着解决偶联性的可能性。其二,卢曼指出,帕森斯诉诸“共识”解决双重偶联性虽然不失为一种选项,但涉及大型复杂社会,跨文化的陌生人往往具有不同文化背景,并不存在共识;即便在文化同质性的社群,强调共识也会导致对差异的压制。其三,帕森斯在强调共识时,虽然注意到了偶联性的社会维度,但忽视了偶联性的时间维度。在自我与他者相遇时,静态的心理测度无法打破无可行动的循环,但一旦引入时间因素,一方仍然可能在一个不明朗的情境中,首先由一个眼神、微笑或手势等尝试打破僵局,然后看对方如何反应。只要双方行动延续下去,就可能打破“先由对方行动”的循环,从而摆脱双重偶联性的困境。其四,时间化机制虽然可能使双方的行动得以延续,催生互动系统,但仍然存在问题。例如在争议双方无法达成协议时,以及虽然达成协议但一方拒绝履行协议时,就会陷入困境。因此,就需要中立的第三方出面协调争议并保证协议得到执行。但是,如果第三方是临时的私人,那么争议的解决结果就具有偶然性,

而协议的执行也无法保障。因此,就需要建立在时间上持续的社会制度。这种社会制度超越争议双方的利害关系,具有对争议做出决定并强制执行决定的能力。这种对社会制度的需求催生了组织等社会系统的涌现。其五,卢曼认为,帕森斯强调主体之间的对立和依赖,但从主体之间的关系考虑,自我可以把对方体验为“他我”。由此,自我不必认清对方期望的真实状态,而是从自身出发认知对方的期望,实质上是一种建构性认知。卢曼认为,这种思考模式可以生发出系统与环境的关系模式。自我类似系统,他我类似环境。系统可以通过自我指涉的方式认知环境,即对环境进行建构性认知,从而可以化约原本难以把握的环境复杂性。

总之,卢曼认为,双重偶联性困局催生了社会系统。首先,社会系统超越了人际心理的“黑箱”而形成系统“白箱”。所谓“白箱”是指社会系统本身具有一定程度的透明性。例如,法律系统的组织、程序和运作方式都具有高度透明性。争议双方进入法律系统之后,系统会以透明的运作方式对有关争议进行沟通,并做出决定。再如,在房屋买卖的交易中,卖方期望买方先付款后交付所售房屋,而买方则期望卖方先交付所售房屋,然后再付款。这种困境催生了由银行作为第三方负责监督的“共管账户”。这个“共管账户”实质上属于经济系统,具有高度透明性,从而降低了交易风险。晚近出现的区块链提供了一个新例子。区块链作为一个由代码建构的系统,为参与者提供了共管账户的功能,其中每一笔交易都透明化。换言之,区块链为无数各怀鬼胎的陌生“黑箱”交易者,提供了一个“白箱”。

由上可见,为了解决双重偶联性困境,社会系统才涌现出来。积土成山,风雨生焉;积水成渊,蛟龙生焉;积疑成难,系统生焉。“涌现”是指演化中选择和变异所带来的结果。这种结果并非计划的产物,更不是上帝的恩赐。这种结果一旦在尝试中反复出现,就会得到稳定化,并会在持续中保存下来。换言之,社会系统乃是人际沟通困境的产物。我们可能联想到,缺少淡水催生了海水淡化系统,人们远距离不便联系催生了通信系统,病毒催生了免疫系统,疾病催生了医

疗系统,犯罪催生了警察系统。社会系统是一种超越机制,借助这种机制,系统得以跨越人际沟通的障碍,对社会事件进行沟通。社会系统是一个沟通平台,借助这个平台,原本人际心理“黑箱”得以变成系统“白箱”。社会系统是一种社会体制,借助这种体制,系统可以化约复杂性,使不可决定之事变得可决定,从而避免社会陷入无序。社会系统是一种信用网络,借助这个网络,系统增加了确定性。在卢曼看来,演化中各个系统无法消除偶联性,系统的功能在于降低或然性。^①

(二) 社会系统的特征及其与环境的关系

像其他系统一样,社会系统一旦涌现出来,就作为一种“母体”,具有自创生的自我繁衍能力。它借助运作和运作的衔接得以延续。不同系统的运作方式有所不同。无机系统的运作方式是存续,生物系统的运作方式是存活,心理系统的运作方式是感知和思考,而社会系统的运作方式则是沟通。

如果说韦伯把人的行动/行为作为社会的基本单元,那么卢曼则把沟通作为社会的基本单元。帕森斯虽然使用了系统的概念,但他的系统论并不彻底,仍然保留了行动的底色。卢曼早期的系统论中混杂着行动的因素,但自1984年的《社会系统》出版后,他的社会系统概念便剔除了行动概念,只是把沟通要素中的告知归因为行动。在卢曼看来,社会系统是沟通的建造物,除了沟通,别无他物。沟通是一个整体,但可分解为信息、告知和理解。信息是关于社会事件的消息或数据,涉及世界的各种可能性。信息是指系统在诸多可能性中进行选择,以及在这种选择中体验到的新奇感和惊讶值。^② 这里需要

^① 关于卢曼对帕森斯双重偶联性概念的改造和双重偶联性与社会系统涌现的关系,本文参阅了台湾辅仁大学教授鲁贵显的《社会系统》中译本(未出版稿)第3章;感谢鲁教授慷慨赠阅此书的未出版中译本。本文也参考了 Niklas Luhmann, *Social Systems*, Trans. By John Bednarz & Dirk Baecker, Stanford University, 1995, pp. 103-136; 汪伟江:《双重偶联性问题与法律系统的生成——卢曼法社会学的问题结构及其启示》,《中外法学》,2014(2),544~559页。

^② 参见[德]玛格丽特·博格豪斯:《鲁曼一点通:系统理论导引》,张锦惠译,102页,台北,台湾暖书屋文化事业股份有限公司,2016。

注意两点。一是老生常谈不具有信息价值,新奇的消息或数据才具有信息价值。二是信息在来源上可以归因于系统,如系统在自我观察和反思中所获取的信息;也可以归因于环境,如在异己指涉中从环境汲取信息。但所有信息都是系统识别的产物。这意味着,对于系统内部所储备的各种知识和经验,只有系统将其识别为信息,它们才具有信息价值;对于环境的激扰,系统只有将其识别为信息,它们才具有信息价值,否则只是作为噪声。换言之,信息不是备好的现成之物,而是系统建构的产物。这意味着信息不仅经过了系统的选择,而且经过了系统的“加工”或“改造”。例如,在大众媒体系统中,当记者小明在有关各种消息中,感到某球星绯闻有信息价值,于是选择了将信息撰成文稿,发表在《伊甸早报》上。大海在早餐时阅读《伊甸早报》,读到这个信息。小明发表该信息是告知,而大海阅读了小明告知的信息则为理解。这样,上述过程就构成了大众媒体的一个完整沟通。这里需要指出以下几点。第一,沟通始终是系统在进行沟通,人际不能沟通;小明和大海只是在系统中扮演了角色,参与了系统沟通,而不是他们之间进行沟通。第二,沟通是指系统就某个社会事件进行沟通。例如,属于大众媒体的《伊甸早报》编辑部针对是否刊用小明文稿进行沟通,属于法律系统的法院针对某个案件进行沟通,属于政治系统的议会针对某项法案进行沟通。第三,信息、告知和理解都具有选择性,例如在上述例子中,小明在多种消息中注意到某球星的绯闻,把这个事件作为信息,是他选择的结果;他如何撰写有关文稿,当然具有选择性;大海如何理解这条信息也有选择性,例如好奇、厌恶或嫉妒等。换言之,信息、告知和理解的选择过程及其结果都具有偶联性。第四,沟通是信息、告知和理解的统一,只有理解之后才构成一个完整的沟通。第五,一个沟通完成之后便会衔接另一个沟通。如大海把他理解的某球星绯闻告知他的朋友,便会开启下一个沟通过程。第六,社会系统的沟通既会指涉自己,也会指涉环境,前者是指系统关于自己的沟通,后者是指系统关于环境的沟通,但系统不能与环境沟通。第七,社会系统的沟通需要依赖心理系统,

每个沟通至少涉及两个以上的心理系统,但心理系统只是与社会系统结构耦合,仍然是社会系统的环境。沟通是关于社会事件的沟通,而不是诸心理系统之间的沟通,因为诸心理系统之间不能沟通。换言之,在社会系统沟通过程中,诸心理系统仍然处于不透明的状态。实际上,心理系统之间一旦透明化,则无须社会系统。但人际之间的任何心理活动和内心隐秘暴露无遗,便是一种更可怕的状态。换言之,人际不具有心理透视的能力,而上帝无所不知的说法和佛陀具有他心通能力的拟构,不过代表了一些人试图透视他人内心世界的幻想。

心理系统和社会系统的运作都需要媒介。媒介是指中介基质,具有多种形式。媒介引导运作并对运作范围起到限制作用。心理系统和社会系统的共同媒介是意义。没有意义作为引导机制,心理系统的感知和思考就难以衔接,社会系统的沟通也难以持续。意义也是一种驱动系统自我改变的强制机制,从而把各种可能性予以现实化。社会系统的沟通是在意义的引导下,于现实性与可能性之间进行选择。这种选择具有复杂性和偶联性。复杂性意味着选择面临多种可能性,但“鱼和熊掌不可兼得”,一种选择排除其他选项。选择过程不可逆,而可能性一旦现实化,就只能如此这般。偶联性意味着任何选择在未来都具有不确定的后果,有时“种瓜得瓜,种豆得豆”,有时“播下龙种,收获跳蚤”。社会系统在运作的反思过程中,始终存在“原本可以不这样选择”的遗憾,但无法消除这种遗憾。因为发生了的事情已经发生了,而已经发生的事情可能对尚未发生的选择产生影响。当社会系统回头选择曾被排除的选项时,已时过境迁,进入了另一个沟通过程,而这种选择仍然具有偶联性。

作为沟通媒介的意义具有事物、社会和时间三个维度。意义的事物维度有内部与外部之分,即要么指向系统,要么指向环境。意义的社会维度有自我与他者之别,或者达成共识,或者产生歧见。意义的时间维度涉及系统的特定时间,分为过去与未来。社会系统与心理系统共享意义媒介。但与心理系统不同,社会系统的一般媒介是

语言。没有语言,社会系统就无法进行富有意义的沟通。这并不是说意义不是社会系统的媒介,而是说社会系统的意义是通过语言传播的意义,即内在于语言的意义。同时,不同社会子系统各有自己的沟通媒介,这些媒介是自己的语言,承载自己的意义。例如,政治系统的媒介是权力、经济系统的媒介是货币、宗教系统的媒介是信仰、法律系统的媒介是法律。各个子系统的媒介在引导沟通的同时,也限制各自沟通的意义选择范围。例如政治系统仅仅识别“权力”语言,把权力作为意义,并对涉及有权与无权的事态进行沟通。同样,法律系统仅仅识别“法律”语言,把法律作为自己的意义,并对涉及法与不法的事态进行沟通。法律系统如果把权力作为意义,并以这种媒介进行沟通,则蜕变为政治系统的附属物。另外,媒介与形式一体两面。媒介是不变之维,形式是可变之维,是媒介多样性的体现。例如语言是不变基质,而语言会有多种形式,如不同文体和各种句式;下棋规则是媒介,而千变万化的对弈攻略步法则是形式。经济系统的货币媒介具有多种形式,如贝币、金属币、纸币和电子币等。在法律系统中,成千累万的法律规则是法律媒介的具体形式。

从结构上,社会系统的类型可分为互动系统、组织系统和全社会系统。从演化上,互动系统与初民社会的片段式分化模式相符合,组织(系统)与国家产生后、现代前的层级式分化模式相符合,而结构上独立的功能子系统则与现代功能分化模式相符合。在相同阶段,不同类型的系统可以并存,例如在现代的功能分化阶段,互动系统和组织仍然存在。在法律系统中,法院就以组织系统的形式作为其中的子系统。系统结构的变化既是演化的产物,也是社会复杂性增加的结果。换言之,随着社会复杂性的增加,系统为了实现其功能而不断调整结构。在现代功能分化阶段,系统功能型塑结构的特征显得尤为突出。还需要指出,作为社会系统沟通的通用媒介,语言的传播形式与社会系统的结构变化存在密切关联。口语只适合于在场的互动系统。文字出现使远距离的沟通成为可能。于是,国家等组织类型的系统得以出现。印刷术和电子传播技术为沟通范围覆盖全球提供

了条件。因此,现代功能分化阶段的社会子系统具有了世界社会维度。当然,我们并不能由此认为语言及其传播形式决定系统的类型和结构。实际上,像社会系统一样,语言也是演化的成就。在演化过程中,语言与社会系统之间存在互动关系。另外,社会不断分化和社会复杂性增加不是计划的产物,而是演化的结果。社会演化过程并不意味着进步,演化的结果具有不确定性。

系统一旦运作就会产生出系统/环境的差异。然后,系统通过“再进入”的观察复制系统/环境这组由差异构成的图式,就形成了两种指涉,即系统指涉自己的自我指涉与指涉环境的异己指涉。在这里,系统/环境的差异出现两次,第一次出现是基础性区分,但只有通过“再进入”的观察,静态的系统/环境区分图式才能得以启动,系统的运作才得以衔接,认知才得以形成。由此,系统复杂性的建构才迈出了第一步。^① 洪堡认为,语言界定了我们的世界观。海德格尔认为,语言是人类存在的家园。在卢曼看来,社会系统在运作和观察中所呈现的世界,其基础是系统与环境之间的差异。这种差异的统一构成社会世界。社会世界的界域既小而可见,近在咫尺,又大而无边,无远弗届,例如全社会系统的范围可以覆盖世界社会,而社会系统的环境可以遍及心理系统、有机系统和无机系统。就此而言,环境比系统涉及的范围更大。在这个由系统/环境的差异所构成的世界中,系统只要它决定改变,就可以自我改变;系统只要想改变,亦可因环境而变。系统的过程不可逆,发生的事情本来未必发生,但已经发生的事情就发生了;未来不确定,已经发生的事情,并不必定影响未来发生的事情;当下不可能的事情,未来未必不可能。系统的结构具有可逆性,过去没有实现的可能性,将来未必不可能重新选择。系统在运作中增加复杂性,只有具备一定程度的复杂性才能化约复杂性。对于系统来说,环境比自己更为复杂,因而系统只能通过封闭运作化约环境的复杂性。系统不能透视环境,而是建构出环境的图景。系

^① 参见[德]玛格丽特·博格豪斯:《鲁曼一点通:系统理论导引》,58~59页。

统也不适应环境,更不随环境起舞,而是为了实现自己的功能而与环
境保持互动。系统何时和以何种方式对环境的激扰做出反应,完全
由自己决定。这可能给人带来这样的印象,即系统比环境重要,或系
统为主,环境为辅。但环境与系统同样重要,系统与环境相互依存,
没有环境就没有系统。同时,系统与环境的不是固定不变而是
具有动态性,不同系统之间互为环境。例如,社会系统把心理系统作
为环境,心理系统则把社会系统作为环境,政治系统把法律系统作为
环境,法律系统则把政治系统作为环境。环境与环境共同演化,环境
的复杂性增加有助于提升系统的复杂性,反之亦然。还应指出,不同
系统类型并不影响系统与环境的关系。例如,层级式分化的组织内
部虽然存在阶序,但系统内部的阶序关系并不影响系统与环境的关系。
因此,组织无论把互动系统作为环境,还是作为互动系统的环境,
都服从系统与环境的—般关系。

观察是卢曼系统论的一个重要概念。在卢曼看来,观察是系统
运作的附属形式。系统观察自己属于自我观察,观察环境属于异己
观察。运作离不开观察,观察是一种特殊运作性。但是系统有时以
运作为主,称为运作性观察;有时以观察为主的运作,称为观察性运
作。^① 法律系统对案件做出决定属于运作性观察,对决定进行论证的
二阶观察、系统在反思层次自我观察以及系统的自我描述,属于观察
性运作。在社会系统中,无论是运作性观察还是观察性运作,都属于
不同的沟通形式。

所有观察都使用区分,而观察者无法观察到自己正在观察,也
无法观察到自己所使用的区分。因此,任何观察都具有盲点。“系统只
能看到它所能看到的东—西,它不能看到,它所不能看到的东—西”;“它
也无法看到,‘它所不能看到,它所不能看到的东—西’这件事”。^② 观察

① [德]Geore Kneer & Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,台湾编
译馆主译,12~123页,注(29),新北,台湾巨流图书公司,1998。

② [德]尼克拉斯·鲁曼:《生态沟通——现代社会能应付生态危机吗》,汤志杰、鲁贵
显译,38页,新北,台湾桂冠图书股份有限公司,2001。

的不同位阶各有优势,也各有局限。一阶观察者看不到自己的盲点,因为“进行观察的操作对自身而言,是无法观察的”。^① 二阶观察者是对观察的观察,能够看到一阶观察者的盲点,但也有自己的盲点;三阶观察者等以此类推。就法律系统而言,案件决定是一阶观察;法官对决定进行观察,为决定提供论证理由,是二阶观察。法律系统的反思、法律论证和自我描述都属于二阶观察,而卢曼对法律系统的反思、法律论证和自我描述进行观察,则属于三阶观察。由此可见,观察具有动态性。

二、法律系统的结构及其运作方式

卢曼在《社会中的法》一书的许多章节中,从不同维度论述了法律系统的运作结构、方式和过程和功能。从静态结构上看,法律系统是一种“社会装置”。这种“装置”中具有复杂的配置,如代码、纲要、司法组织和诉讼程序等。

法律系统的代码是法/不法(合法/非法)。这个代码是法律系统的基本结构性要素,属于法律的创生起点。第一,如前所述,鉴于人与人之间无法沟通,社会系统为了解决双重偶联性而涌现出来。法律系统作为社会系统的一个子系统,其功能是通过运用法律代码进行沟通,从而稳定全社会的规范性期待。从逻辑上讲,社会一旦运用法/不法这组代码判断事件,法律系统就得以创生,并由此而持续运作。这表明,政治权力解决冲突并不具有法律系统的性质,采取自力救济、临时性仲裁和调解方式处理纠纷,也不属于法律系统的运作方式。法律系统与非法律系统的区分标志在于是否运作法律代码。第二,法/不法这组代码界定了何者为法,何者为不法。这组代码也揭示了法与不法相反相成的关系:没有不法,法就无法存在;没有法,也无法判断何为不法。这样一来,法就是法与不法差异的统一,而这种

^① [德]尼克拉斯·卢曼:《社会的宗教》,周怡君等译,59页,台北,台湾商周出版,城邦文化事业股份有限公司,2004。

统一中包含着悖论。第三,这组代码仅有二值,即正值(法)和负值(不法)。当某个事态符合或顺从系统的规范,则属于正值;反之,违反或偏离系统规范则属于负值。法律系统通过对代码正值的肯定和对负值予以否定,发挥稳定全社会规范性期待的功能。第四,二值代码排除了第三值,简化了对事态判断的复杂性。因为引入第三值或更多值,判断变得过于复杂,且会助长判断的任意性。二值代码让人联想到《易经》中的阴阳二爻,更让人联想到计算机0/1模式的二值代码。第五,代码是区分的产物。人们当观察法时,只有借助不法才能界定法。这种由区分所生成的代码,建构了法律系统,代码生成与法律系统的涌现乃是同一个过程。如果说双重偶联性催生了社会系统,那么,法律代码的建构则启动了法律系统。法律代码的展开使得法律的运作得以衔接。由此,法律系统得以持续运作。第六,由上述可见,法律不是源自神意、天理或道德,而是源于法与不法的区分。这揭示了一个秘密:法律的根源就是法律本身,法律就是法律系统视为法律之物。质言之,法律就是法律。第七,我们如果认为法律源于法/不法的区分,就产生以下一个问题:这种区分本身是法还是不法?这种追问便使法律代码的悖论显露出来。所谓悖论就是悖论、两难或二律背反,典型的例子是“说谎者悖论”和“理发师悖论”。人们对悖论感到不安,往往对悖论加以掩盖和转移。代码的纲要化就是转移悖论的重要方式之一。

法与不法二值代码,界定了法律系统判断事态的基准。这一基准使得法律系统仅仅运用法律标准衡量事态,判断事态是否合法,而排除政治、经济、道德和宗教等非法律标准。与此同时,法律代码也决定了法律系统的沟通媒介和语言。法律系统仅仅把法律作为自己的意义,仅仅识别和理解运用法律代码的法律语言。

然而,法律的代码毕竟过于抽象,不足以为多种多样的事态提供具体的判断标准。由此,法律系统的代码需要纲要化。所谓纲要化,就是把代码具体化、条件化或程式化,使之在判断具体事态中具有可操作性,确定哪些事态属于合法,哪些事态属于非法。在形式上,纲

要主要是指立法。在类型上,纲要分为目的式纲要和条件式纲要。前者主要是指一些政策和原则性立法内容,后者是指采取“若……则/如果……就”形式的具体法律规则,更类似于计算机的执行程序。在司法中,目的式纲要只有转变为条件式纲要,才能用来判断事态是否合法。纲要充实了代码的内容,并使代码得以展开。这种对代码的展开及其所伴随的时间化,转移了代码的悖论,并使法律系统得以运行化。在生成方式上,代码是基本的区分,而纲要属于诸多进一步区分。唯有借由诸多进一步区分,法律系统才能运作起来,进入持续的自创生再生产过程。法律系统在代码的结构形式中,体现不变性和统一性,在纲要的结构形式上,展现出可变性和多样性。与此同时,法律系统通过代码化和纲要化铸造了规范性。唯有借助这种规范性,法律系统才能发挥稳定全社会规范性期望的功能。

按照现代法理著作的一般说法,法律源于立法,立法源于民主的立法过程,而法院只是把立法适用于具体案件。哈特的规则法律观就属于这种范式。哈贝马斯认为司法商谈是运用性商谈,即把立法恰当地适用于具体案件。因此,哈贝马斯也属于立法中心论者。与哈特的重要区别在于,哈贝马斯更强调立法的正当性,即通过商谈民主程序和诉诸道德理由产生法律。德沃金认为,法律的内容除了规则,还有政策和原则;法律是一项解释事业;“法律帝国”的疆界由法官对规则、政策和原则的建构性解释所构成。在他构想的“法律帝国”中,“法院是法律帝国的首都,法官是帝国的王侯”,^①显然,德沃金不仅认识到法律原则和法律解释的重要性,而且突出强调法院地位的重要性。卢曼比德沃金更进一步,认为法律是一个系统。这个系统在静态上是中心/边缘图式:法院是中心,立法是边缘。法律系统的中心封闭运作,边缘认知开放。法律系统在运作中,中心和边缘共同运作,但只有中心做出决定,而边缘无须做出决定。在动态上,法律系统除了中心和边缘之外,还涵括全社会一切运用法律代码进行

① [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,361页,北京,中国大百科全书出版社,1996。

思考和判断的事件与活动。这样一来,法律系统就是一个由沟通所建造的网络,这个网络的边界具有动态性,有时会覆盖世界社会。同时,法律系统在运作中,既会涉及原则,也会涉及解释,既会自我指涉地调用法律系统的一些要素,也会通过异己指涉的方式从环境汲取信息。

如果法律系统和环境都不变,那么,把既定的先例和立法对号入座地适用于个案,判决就是一个很简单的事情。但社会变动不居,系统和环境都在变化,且如何变化具有不确定性。这样一来,法官把先例和过去制定的法律简单地适用于当前案件,就会产生问题。法官机械适用滞后的先例和制定法,不仅会阻遏法律系统的演化,而且会使法律系统失去对环境的感知能力。英美的判例法区分技术和欧陆的制定法解释都试图解决这种困局。在卢曼看来,法官这时所遭遇的是偶联性的困局,即法院在时间压力下必须做出判决,而面对选择的不确定性又难以做出判决。法官判决时面对许多选择,而选择的社会成效如何,是否能够符合全社会的规范性期望,处于不确定的状态。在这种情况下,法官判决实质上是对不可决定之事做出决定。这样,做出判决的法官就是在诸多选项中进行决断。

对不可决定之事做出决定本身是一个悖论。为了转移这个悖论,法官运用了时间化机制,在法律系统中建构出一段当下时间,如诉讼期间就把一段时间悬置在“当下”。然后,法官基于当下而区分出过去和未来。法官的判决通过回溯过去,获得了历史性基础;通过展望未来,具有了目标性理由。这是法律系统一阶观察的运作逻辑。人们在二阶观察层次上就会发现,时间是一个流动过程,过去的时间已经过去,未来的时间尚未到来,只有过去与未来之分,并不存在一个凝滞的“当下”。而且,当下不等于过去的未来,未来的当下也不等于当下的未来。换言之,“当下”属于法律系统建构的系统时间,当下的过去和当下的未来也是建构的产物。这种诉诸时间化机制的时间建构,使得法官通过回溯过去和展望未来,为判决提供正当化理由,由此使不可决定之事得以决定。这种决定看起来顺理成章,正确无

误。但人们只要注意到这种决定的时间化机制,就会发现判决实质上是一种决断,这种决断借助时间化机制转移了悖论,把决定的风险转移到未来。

转移决定悖论的另一个策略是论证,即对决定提供理由,使决定具有合理性和可接受性。然而,真相不是先有充足的理由,然后才做出决定,而是相反。论证理由是对决定的事后合理化。理由论证不过是借助另一个区分所得到的概念,转移了决定的悖论。例如诉诸理性和道德的理由,给人的印象是这两个概念比法律具有更高位阶,其实它们与法律处于相同的位阶。理性是理性/非理性之区分的产物,本身并没有根基。而且,这种区分本身就包括悖论。同样,道德是道德/非道德之区分的产物,背后也没有根基,且存在悖论。实际上,任何概念都经不起无限溯根的追问,上帝亦经不住这种追问。质言之,决定是在诸可能性之间进行选择,而任何选择都具有偶联性。对决定提供论证理由不过是使用另外一些概念展开或转移了决定的悖论。法律论证的理由本身无法证明其正当性基础,故而不具有证成判决的功能。当然,从不同观察视角来看,法律的性质和功能也不同。在法律系统运作一阶观察层次上,法律系统的决定是把现行有效法适用于个案,而法律效力是固有价值。在二阶观察层次上,法律论证通过为法律系统的决定提供理由,使决定正当化。在三阶观察层次上,法律论证自身存在悖论,无法使法律决定正当化,法律论证真正的功能是为法律系统提供冗余性,并增加法律系统的变异性。法律系统的冗余性有助于维持一致性,而法律系统的变异性则有助于自身的动态变化,并有助于同环境共同演化。法律系统的决定无疑以现行有效法律作为基础。但是判决具有决断性质,使得立法处于法律系统的边缘。所有立法都被预设为有效力。但这种效力只是潜在效力。法官在决定中会通过解释等方式,重新对法律进行效力赋予。“法律之所以有效,正好是因为它可能遭到变更。”^①在一阶观察

^① [德]尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,578页。

层次,法律因有效而得到适用。但二阶观察上会发现,法律乃是因适用而有效。

法源位阶的拟制是转移决定悖论的另一种策略。按照这种拟制,法律依据位阶具有不同的效力等级,下位法服从上位法。但任何处于高位阶的概念都是区分的产物,都经不住关于其根源的追问。实际上,所有法源都处于相同位阶,而法源不是因其为法律而得到适用,而是因其得到适用而成为法源。

程序在掩盖法律代码悖论上发挥了重要的作用。诉讼程序为法律系统设置了一个独立的时间。法律系统便充分利用这个特定的时间化机制,与环境隔了开来,形成独特系统时间。法律系统把受理诉讼到做出判决这段时间建构成“当下”,此前作为过去,此后作为未来。在“当下”这段时间中,法律系统制造并维持案件事实和判决结果的不明确性。这不仅可以悬置当事人之间的冲突,冷却全社会的情绪,而且会制造一种印象,即法律系统经过慎思明辨才能查明真相,实现个案正义。实际上,这种借助时间化机制的程序,把当事人的注意力集中到程序因素。通过鼓励当事人参与这种程序,使当事人体验这种程序的公正性和从这种程序中所产生结果的客观性与自然性,最终接受判决结果。与实体法和程序法的区分一样,事实与法律的区分,也是旨在转移决定的悖论。实际上,事实与法律之间存在解释的循环。

三、法律的功能和法律系统的反思与自我描述

像其他社会系统一样,为了解决双重偶联性问题,法律系统才涌现出来。全社会是一个期望体系,人们相互期望。例如,缔约一方期望对方履行合同,机动车司机期望行车中不受到其他车辆的碰撞,家居者期望不受闯入者的侵犯。然而,缔约者仅仅依靠对方的诚信,不足以保障合同履行;司机仅仅依靠小心行车,不足以保障不被碰撞;住户仅仅依靠自己的防范,不足以保障不受侵犯。这就需要规范性社会系统来稳定人们的期望,而法律系统就是这种规范性系统。法

律系统对合同的履行提供保障,或者要求违约者履行合同,或者要求违约者赔偿对方损失。法律系统确立了交通规则和违章行驶的责任。法律系统禁止他人非法闯入住户。借助于规范性法律系统的存在和运作,人们在从事交易和其他活动时才具有安全感和可预期性。

首先,法律系统是一个规范性系统。在法律系统的装置中,不仅代码和纲要具有规范性,组织和程序也具有规范性。这种规范性法律系统所做出的判决,具有较高程度的连续性和可预测性。相比之下,首领裁判、大众审判和民间调解,显然不具有这种规范性和稳定性,因而所做出的裁决具有临时性和任意性,无法稳定全社会的规范性期望。其次,法律系统封闭运作,不受环境的干扰,以反事实的方式维持自身的规范性。换言之,全社会道德诉求无论多么强烈,政治压力多么强大,经济吁求多么紧迫,法律只要觉得没有必要予以回应,就可以按照既定方式,是其所是,非其所非。此时,全社会针对法律系统的道德诉求、政治压力或经济吁求,都只能作为认知性期望,在失望后只能通过学习加以调整或改变,或者从环境之维激扰法律系统。最后,法律系统并不是铁板一块,而是始终保持认知开放,具有学习能力。法律系统为了实现功能,常常会对环境的激扰保持一定的敏感度,动态地感知全社会对法律系统的规范性期望,并对这种期望予以必要的回应。正是在上述意义上,卢曼认为“法律系统是全社会的免疫系统”。

“法律系统是全社会的免疫系统”这个表述具有以下寓意。第一,法律系统是规范性系统,它对偏离规范的行为说“不”,并予以制裁,由此防止社会陷入混乱。第二,冲突是社会的寄生“病菌”,产生的原因各种各样。双重偶联性会导致这样的期望困境:“你不做我想要你做的事,我就不做你想要我做的事。”这种期望困境催生了作为社会子系统之一的法律系统。法律系统以时间化的机制和借助于中立第三方的体制性安排,把期望一般化,在履行稳定全社会规范性期望的功能中,取得控制冲突和解决纠纷的成效,从而抑制冲突蔓延和加剧,缩小“病菌”感染范围。第三,人体无法预料会有何种病毒出

现,免疫系统作为一个预备的系统在事后启动,有针对性地抵制和消灭病毒。同样,法律系统也无法预见社会将发生何种冲突和纠纷,因而它作为一种免疫系统的配备,以事后启动的方式“对症杀毒”。第四,法律系统借助程序化和时间化的机制,建构出与环境的不同时间,有助于冷却人们的情绪,缓解社会冲突。第五,与首领裁判和大众审判相比,法律系统的决定不受关系和情感的影响,更容易被全社会接受。第六,全社会的期望多种多样,常常相互冲突。如果完全满足所有期望,社会将陷入混乱。法律系统对于环境的激扰具有“免疫性”,即是否对激扰做出反应以及如何反应,不取决于环境,而取决于自己的判断和决定。换言之,法律系统仅仅对于自己认为有必要回应的期望,才予以回应。^①

应当强调指出,全社会的功能子系统各有不同的功能,每个子系统都仅仅具有一个功能,且都针对全社会履行该种功能。法律系统也只有一个功能,即稳定全社会的规范性期望。但由于法律系统的代码不同于作为其环境的其他系统,因而法律系统的功能无法在全社会直接实现。法律系统的功能在全社会的实现程度,往往取决于全社会的接受程度,正如药物的功能在我们人体的实现程度,取决于人体的吸收程度。因此,系统的功能经过环境的“过滤”,最终在环境所产生的效果便只能是成效。系统的一项功能往往会在环境中产生多项成效,正如食物的功能在人体也可能产生多项成效——食物为人体提供必要的营养,有时还会产生治病成效。解决冲突不是法律系统的功能,而是法律系统功能的成效之一。法律系统的功能还具有维护和平秩序、保证交易安全、保护公民权利以及惩罚犯罪等成效。就此而言,我们只有同时考虑到功能和成效,才能说法律系统是全社会的免疫系统。

在古希腊,司法女神即正义女神。这表明法律与正义具有密不可分的内在关联。同时,在古希腊以后,正义的概念尽管经历了复杂

^① Niklas Luhmann, *Social Systems*, pp. 369-377.

的变化,但始终与自然法概念密切联系。换言之,承载着正义的自然法在位阶上高于实证法,这种观念在近代自然法时期达到了高峰。根据这种观念,只有符合正义的实在法才具有正当性。然而,随着现代国家的建立,法律开始实证化,自然法逐渐隐退。由此,实证法的正当性常常引起争论和受到质疑。

韦伯认为,随着“祛魅”和价值多元化,只有“价值无涉”的形式理性法律,才能为目的理性行为的个人行为 and 结果提供预测尺度。因此,现代法律的发展趋势必将是法律与道德等正义价值相分离。哈特的规则法律观和“法律与道德”相分离的主张,也否定了法律以正义为基础。但是,针对法律的合法性基于合法律性这种观点,哈贝马斯提出了反对意见。他尝试在商谈论的基础上重构法律的正当性。他认为,法律只有产生于商谈民主的程序并具有可接受的论证理由,才具有正当性。在他提出的论证理由中,道德理由具有基础地位,是正义的同义语。因此,哈贝马斯主张,法律应与道德相符,而不应与道德相悖。德沃金强调原则优于政策和规则,正义优先于善,从另一个角度重新确立了正义对于法律的优先地位。

关于法律与正义的关系,卢曼从系统论法学的角度提出了新的模式。首先,法律系统以法/不法作为代码。这使法律系统的运作只考虑事态的合法与非法,而不考虑正义与非正义。同时,在全社会中,无论是流行的正义观,还是道德和伦理等价值,都存在于法律系统的环境中。这些处在环境中的价值可能对法律系统进行激扰。法律系统一旦把来自环境的激扰作为信息加以理解,正义就进入法律系统之中,成为法律系统的组成部分。然而,那些没有被法律系统所理解的正义观无论多么重要,都不能成为现行有效法,更不能支配法律系统的运作。法律系统是否和多大程度理解并汲取作为环境中的正义价值,取决于法律系统本身的决定。换言之,法律系统与正义的关联具有偶联性。

其次,司法判决需要诉诸过去和展望未来。但当下的过去常常是对过去的选择性重构,而未来的预设也往往无法兑现,因为当下的

未来不等于未来的当下,即未来的当下可能并不受先例拘束。因此,司法判决的连续性实际上无法保障。与此同时,立法属于政治系统,也属于政治系统与法律系统结构耦合的领域。立法在政治系统通过之后,就出现“结构漂移”的效应,即“漂移”到法律系统中,成为法律系统的组成部分。立法在法律系统中处于边缘位置。系统边缘在保持认知开放的过程中,会比中心承受更多来自环境的激扰。同时,立法多是政治力量博弈和利益妥协的产物,往往难以保持前后一致。立法机构的频繁更替加剧了立法的前后冲突。法律系统要能稳定全社会的规范性期望,就必须保持统一性和一致性。代码虽然有助于法律系统维护统一性,但代码本身存在悖论。代码的纲要化在一定程度上转移了代码的悖论,但从政治系统“漂移”过来的纲要缺乏统一性和一致性。因此,法律系统不得不在二阶观察的层次上进行反思,即反思自己是否有效履行了稳定全社会规范性期望的功能。这种反思是一种自我期许,即法律系统把全社会对它的期望予以内在化,对全社会的规范性期望抱持规范性期望。法律系统在这样做时,重新置入正义概念。但这个置入法律系统的正义概念本身也是区分产物,无法作为法律系统正确性的基础,只能保持其形式特征,意指同案同判、异案异判。法律系统的反思任务由法院来执行,作为二阶观察针对纲要进行反思。换言之,法院只要做到了同案同判、异案异判,就视为保障法律系统的正义性。正义性不再是判决的正确性和正当性,而是意指法律系统的统一性和一致性。这样一来,法律系统并不追求实体正义,而在于符合形式正义。法律系统只要确保这种形式正义性,就能够发挥稳定全社会规范性期望的功能。

最后,在二阶观察层次,法律系统进行反思的功能是保障法律系统的统一性和一致性。但采取三阶观察的视角就会发现,法院代表法律系统在二阶观察层次进行反思,致力于同案同判、异案异判,实际上是把正义作为偶联性公式。因为司法判决在时间的流程中,是否同案同判、异案异判,具有偶联性。与此同时,法律系统是否和如何汲取环境中的正义价值,也具有偶联性。换言之,在法律系统运作

的一阶观察层次,系统只认法/不法之代码,“眼中”无法律之外的东西(包括正义),即只遵循现行有效法。那些环境中的正义,无论是通过结构漂移(纲要)的方式,还是经由法律系统已指涉的途径,一旦进入到系统中,都被吸收和改造为法律形式,就如环境的消息吸入系统之后成为信息,南瓜进入人体成为身体的营养,就此而言,进入法律系统的正义已不再是正义。法学系统在运作中当把正义作为决定的论证理由时,不过是转移决定自身的悖论,是一种系统内部的操作。一旦对正义本身进行观察,就会发现正义也是区分产物,也存在悖论。

人们对法律系统所进行的学理性描述,称为法律系统的描述,法学著作就属于这类描述。人们对法律自我描述可分为外部描述和内部描述。卢曼具体阐释了这两种描述的特征,并巧妙地构思了这两种描述之间的关系。

外部描述是指人们从法律系统外部的视角对法律系统进行描述。外部视角可以是政治、经济或文化视角,也可以是历史、社会学或文学视角。无论如何,外部描述都会采取特定的视角。人们一旦采取外部视角,就必定会运用非法律的代码观察和分析法律系统,例如从政治的视角观察,就会发现法律是主权者的命令;从经济的代码出发,就会发现法律是实现经济效益的工具;从文化视角出发,就会发现法律运载特定民族或族群的意义;从历史观点分析,就会发现法律体现着民族精神。文学视角的法律描述通常采取道德的立场,因而展现在狄更斯笔下的英国法混乱不堪,而卡夫卡的《审判》则展现了一幅法律讽刺画:专为乡下人敞开的法院大门,而乡下人却始终难以进入。总之,外部视角对法律的描述更多批判和贬抑。

内部描述是指人们在承认法律代码的前提下描述法律,这主要包括法律教义学和一些法理学著作,例如哈特的《法律的概念》就是一部从内部视角描述法律的著作。内部视角对法律的描述,虽然也会对法律持批判态度,但这些批判只是为了维护法律内部统一性,而不会像许多外部描述那样否定或颠覆整个法律体制。内部视角的描述通常会强调法律自主性,排斥政治、经济和道德对法律的干预和

支配。

无论是外部描述还是内部描述,都是探求真理的学术活动,都运用了科学系统的代码,因而学理性描述属于科学系统。历史上,人们或者采取外部视角描述法律,或者采取内部视角描述法律。一方面,法律社会学从外部视角描述法律,仅仅把法律作为事实,而看不到法律的规范性。在这种外部视角下,法律系统只能是一种比较模糊的环境图像,无法看清内部的图景。因此,外部视角的描述无法真实反映法律系统,更无法与法律系统相一致。另一方面,法律教义学和法律实证主义从内部视角出发,仅仅把法律视为规范,而无法顾及其事实性,而法律内部的事实与法律的区分不过是一种操作方式。实际上,法律系统内部的事实由规范所建构,法律事实本身就具有规范性。

鉴于上述两种描述都存在缺陷,卢曼构思出自己描述法律的独特方式。他同时采取外部视角和内部视角描述法律系统。一方面,他从科学的角度对法律系统进行描述,把法律系统作为一种事实,进行二阶观察。另一方面,这种描述依循法律系统的代码,与法律系统相契合。他把这种契合称为科学系统与法律系统的结构耦合,即科学系统对法律系统的描述同时可以扣连到法律系统之上,作为法律系统的自我描述。通过内部视角,自我描述呈现了法律系统的结构要素和不同层次的具体运作方式;外部视角的描述,从三阶观察层次揭示了法律系统论证、反思和自我描述的功能,也揭示了法律系统中代码、纲要和论证存在悖论。法律系统的自我描述既然作为法律系统的组成部分,就成为法律系统的一种运作方式。这种运作方式不是做出决定,而是通过对法律系统的观察和描述,成为法律系统统一性和一致性的反思机制。当然,这种学理性反思不同于法院代表法律系统所进行的反思。

四、法律系统与全社会

法律与全社会的关系,在横向上涉及法律系统与全社会系统及其子系统的关系,在纵向上涉及法律系统和全社会未来的演化趋势。

关于法律系统与其他社会子系统的关系,我们在讨论系统与环境的部分已经有所涉及。但那些论述着眼于系统异己指涉视角下作为环境的其他社会子系统。我们如果着眼于全社会就会发现,不同的社会子系统乃是处于并列的内/外关系,这一点在功能分化阶段的社会子系统之间表现得尤为突出。这类似人体细胞之间和不同系统之间的关系。各个社会子系统具有自己特定的代码,仅仅承担并执行全社会的一项功能。法律的代码是法/不法,对全社会的事态做出是否合法的判断,从而稳定全社会的规范性期望。政治系统的代码是执政/在野,负责做出具有集体拘束力的决定。经济系统的代码是支付/不支付,其功能在于解决物质资源的稀缺性。科学系统的代码是真理/非真理,承担全社会的知识生产和创新。因此,按照系统论的逻辑,法律的归法律,政治的归政治,经济的归经济,科学的归科学,正如上帝的归上帝,恺撒的归恺撒。全社会不同子系统都具有自己的特定时间。相比之下,法律系统慢于政治系统,而科学系统的新发现更具有偶联性,因而慢于法律系统。

法律系统与全社会形成了较为复杂的关系。其一,法律系统是全社会的功能子系统,就此而言,法律系统在全社会之中,仅仅执行全社会的一项功能。因此,法律系统小于全社会。其二,法律系统与全社会之间是系统与环境的关系,两者处于并列地位,并无高下大小之别。其三,法律系统所涉及的环境,除了全社会,还有心理系统和有机系统,在这个意义上,法律系统所涉及的范围多于全社会。全社会的不同功能分别由各个功能子系统承担,而每个功能子系统的运作都是在以各自的方式执行着全社会功能。这样一来,全社会所有沟通都是基于各个子系统的代码,就无须具有一个总体代码。

在系统与环境的关系中,较为理想的状态是系统对环境保持敏感。但系统的运作受到自身代码的约束,便可能对环境的激扰缺乏敏感性。不同系统之间的结构耦合在一定程度上解决了这个问题。所谓结构耦合是指两种事物共享一个结构,如全社会系统及其各个子系统都与心理系统存在结构耦合。这方面更通俗的例子是客厅和

书房使用同一个空间,有机系统和意识系统使用同一人脑结构。结构耦合也指一种事物共存于不同的系统中,如立法共存于政治系统和法律系统中,契约共存于经济系统和法律系统中。在这种情况下,一种事物因其所在的不同系统而执行不同的功能。例如,在政治系统中,立法服从政治代码,作为具有集体拘束力的决定形式之一;在法律系统中,立法则服从法律代码,以纲要的形式作为现行有效法的一种形式。同样,经济系统中的契约和法律系统中的契约也履行不同的功能。不同系统对于结构耦合的事物,会保持高度的敏感性。例如,法律系统对契约的改变,对经济系统中的契约会产生强度激扰,而经济系统往往会对这种激扰做出反应。有时,结构耦合会造成共振效应,例如立法就可能在政治系统与法律系统造成共振。结构耦合有助于系统与环境之间的互动,使系统面对环境的激扰易于做出选择,即对环境属于结构耦合领域的变化保持敏感,并做出回应,而忽略其他各种环境噪声。但是,结构耦合并不意味着两个系统融为一个系统。两个系统仍然是系统与环境的关系。

全社会经历了片段式分化、层级式分化和功能分化阶段。社会随着分化,复杂性增加,而复杂性的提升,系统的结构形式也发生了变化。这一切都是演化的成就。但是,社会各个子系统的演化并不同步,所覆盖的范围也不相同。顾名思义,社会系统乃是着眼于社会世界,而社会世界是指全人类意义的世界社会。直至今日,只有科学系统中的自然科学领域,才真正超越了国界,覆盖范围遍及世界社会。全球化的经济系统也具有超越国界和覆盖世界社会的趋势,其中的金融子系统尤其如此。法律系统虽然在很大程度受到国家主权和疆界的限制,但国际法、跨国法、欧盟法、超国家法以及全球法的涌现和发展,加上世界各国法律呈现出的某些共同趋势,如司法的地位日益突出,尤其是人权及其人权法的发展,都表明存在世界性“法秩序”。然而,政治系统中的国家仍然受到地域的限制和分割,无法在世界社会统一运作。这样一来,国际法、跨国法、超国家法和全球法以同样方式激扰政治系统,而不同国家却会做出不同的反应,例如国

际人权法在各国实施的情况就千差万别。同样,日益全球化的经济系统却因受到不同国家经济体制的影响,市场也无法在世界社会范围统一运行。

另外,世界各个国家和地区的演化也不同步,有些国家已经进入功能分化阶段,有些国家处于层级式分化阶段,还有一些族群仍然停留在片段式分化阶段。从理想层面讲,功能分化时期的各个功能子系统应该将所有的人都涵括其中,并覆盖世界社会。但由于世界不同国家或地区处于不同演化阶段,人们的生活条件和能力大不相同。因此,许多人都被系统所排除。例如,处于自给自足经济条件下的人们,被以货币为媒介的经济系统排除,因家庭贫困而失学的孩子被教育系统排除,文盲被科学系统排除在外,非法移民则被政治系统的特定国家排除在外,而卡夫卡笔下那样无力聘请律师的“法盲”农民则被法律系统排除。

有人认为,当代社会是风险社会。这种观点产生了广泛影响。但卢曼认为,人们之所以认同“风险社会”的说法,有各种原因。科技发展固然带来了许多人为风险,如核战争和核污染风险,机动车事故风险,以及农药和化肥的广泛使用对人体健康的风险等。但人们“风险”意识的增加主要源于以下两个因素。一是风险的归因发生了变化。在传统社会,人们往往把灾难归因于神灵的惩罚或不可避免的命运。但在现代社会,人们则往往把灾难归因于某个(些)人或某个(些)组织机构的决定。二是在传统社会,遭受灾难的人们往往自己承担后果,而现代社会中发生了灾难,则需要有人负责,或由风险制造者负责,或由社会为其提供救济。在卢曼看来,正是风险的可归因性和可归责性,才使得人们对风险特别敏感,才使得风险问题成为一个热点问题。^① 卢曼认为,人们却忽略了一种风险,即系统决定的风险。如上所述,系统借助时间化的机制,才使得不可决定的事物得以决定,才使得程序化的决定变得具有可接受性。系统运用时间化的

^① 参见[德]Geore Kneer & Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,220~236页。

机制虽然转移了悖论,推移了决定的风险,但并没消除风险,而是把风险推至未来。例如,法律系统在当下做出的决定可能制造了未来的风险。同时,某个系统往往运用时间化的机制把压力转给另一个系统。例如,在强烈的福利要求下,政治系统颁布大量福利立法,然后转移给法律系统。法律系统为了减缓压力,满足全社会的规范性期望,也会通过大量判决确认根据福利立法提出的要求。但是,这些确认福利权利的判决需要政治系统予以执行,而政治系统往往并不具备执行这些判决所需要的充足资源。这样一来,政治系统的福利立法实质上是给自己的未来制造了风险——一种不可承受之重。

五、卢曼法律系统论的得与失

卢曼在《社会系统》的基础上,通过《社会中的法》一书全面、细致地描述了法律系统。他的法律系统论与所描述的法律系统具有同构的性质。像其他具有重要影响的法学理论一样,卢曼的理论颇具创意,令人耳目一新,获益良多。但他的系统论法学也存在一些局限和缺点。

第一,卢曼的法律系统论建立在他的社会理论基础之上。他的社会理论不仅融合了社会学、逻辑学和法学等社会科学成果,而且运用了物理学、生物学和心理学等自然科学的成果。由此,他的理论视野广阔,思维严密,论述严谨。更为重要的是,卢曼的系统论法学预示了新科技发展对传统法律理论和实践的挑战,并展示了新型法律范式的优势和局限。

第二,卢曼的法律系统揭示了各种法学理论的固有缺陷。例如,概念法学和法律规则论过于简单,忽略了法律系统与环境的关系。历史法学过于重视法律的不变之维,忽视了法律的动态变化。自然法理论在论证自然法作为实证法的基础时,忽视了自然法概念的建构性质和自身存在的悖论。经济分析法学把法律作为实现经济效益的工具,忽略了法律系统的自主性和其他维度。批判法学从外部视角观察法律,看到了法律内部存在矛盾和冲突,从而解构法律,失去

了法律系统的内部视角,忽视了法律系统自身的结构和运作机制。卢曼的法律系统论兼顾了系统与环境的关系,系统运作保持封闭,认知保持开放。这样,法律系统既可以维护自主性,又能同环境保持互动。法律系统通过时间化和制度化的机制,解决了人际无法沟通的双重偶联性困境,稳定全社会的规范性期望。在持续运作和演化中,法律系统成为一种高度复杂的法律“装置”——既具备法律概念和规则,又配有法律组织和诉讼程序。这种法律装置以自我指涉的递迴方式运作,从而实现法律的自创生再生产。同时这种法律装置以异己指涉的方式观察和回应环境,从而降低了决定的复杂性。这种法律装置还以回溯过去和展望未来的方式决定当下事态,从而转移了当下事态不可决定的悖论。卢曼的系统论兼顾结构和功能,但不是结构决定功能,而是功能决定结构。这样,法律系统与环境在与时俱进和共同演化中,功能根据需要而型塑结构。就此而言,“法律系统”“是一部历史机器”;这部机器的“每个自创生的运作,都会改变系统,将这部机器转移到另一种状态”。这样一来,韦伯意义上结构决定功能的“法律自动售货机”,^①就被卢曼提升为功能决定结构的“法律变形金刚”。

“法律变形金刚”的隐喻暗示了法律如何自我改变具有偶联性,而法律与环境的关系也具有偶联性。环境对法律系统进行激扰,这对法律系统制造了噪声,但也为法律系统从环境中汲取信息和能量带来了机会。没有环境的激扰,法律系统可能陷入惰性,甚至会因为失去能量补充而趋向坍塌,最终陷入无序。正是从这个意义上,卢曼才用“噪声出秩序”^②这句名言,概括“系统‘从噪声当中’理出‘秩序’”^③的现象。系统与环境存在因果关系,但这是观察者事后归因的结果,系统事前并不知道是否或如何回应环境的激扰。同样,系统的

① [德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,357页,台北,台湾远流出版事业股份有限公司,2003,该译本称为“自动贩卖机”。

② Niklas Luhmann, *Social Systems*, p. 178.

③ [德]玛格丽特·博格豪斯:《鲁曼一点通:系统理论导引》,80页。

过去与未来也存在因果关系,但过去是否影响或如何影响未来,系统事前不得而知,只有实际影响发生之后,人们才能这样归因。在卢曼看来,系统内部的每个运作衔接都具有偶联性,系统与环境的关系也具有偶联性。质言之,偶联性是源自事物的复杂性,是所有系统及其子系统的演化规律,也是世界一切事物存在、演化和彼此联系的法则。偶联性意味着不确定性,拒斥社会演化的线性进步观和历史发展的必然性。法律系统无法消除偶联性,只能通过化约复杂的运作过程降低结果的或然性。总之,卢曼通过建构性地描述社会系统涌现的必要性和系统与环境的关系,对霍布斯提出的“秩序如何可能”之问题,做出自己的独特回应。

第三,卢曼的法律系统论以社会作为观察和阐释对象,建构出社会世界。社会世界是超族群和民族或国家的沟通网络空间。这就比以国家为视域的法理学理论具有更广阔的视野,并更具有前瞻性。国家不过是特定历史阶段产物。它的产生和发展乃是符合于政治系统的功能需要。国家的地域性和在层级式分化阶段所具有的中心地位,阻碍了社会的功能分化,并成为建构世界社会的障碍。系统论法学展望的是世界社会图景,有助于反思地域性国家的局限,也有助于从社会的角度建构全球秩序。在卢曼的理论中,系统/环境图式所构成的社会世界替代了国家中心主义,以内/外关系替代了传统的中心/边缘社会治理模式,并超越了层级式分化阶段的上/下统御模式。社会世界的特征不是统一而是分化与差异,不是支配而是共存与互动。在全社会系统中,每个功能子系统仅仅承担全社会的一项功能,从而可以避免某个系统作为全社会的统合中心,负担过重。

第四,卢曼系统论揭示了司法在法律系统的中心地位。长期以来,立法中心论一直占据主导地位。卢曼认为,立法中心论旨在避免“法官造法”的理论窘境,而法律来自民选机构和民主过程,则在逻辑上显得顺理成章。但英美法和欧陆法的晚近发展趋势都显示出,法院才是法律系统的中心。立法只有在司法中得到适用才有实际的效力,否则,立法不过是“书本之法”。换言之,法律不是因有效而得到

适用,而是因得到适用而有效。包括宪法在内的立法无论多么完美,如果不具有可司法性,就不是“行动之法”。在卢曼所描述的法律系统中,法律产生于法律系统的代码;法律系统在运作中实现自创生再生产。法律既然源自法律自身,就无须在法律之外寻找源头。法院或法官是法律系统的组合组成部分,扮演功能角色的法院或法官活动属于法律系统的运作。

第五,当今世界网络法的权威美国学者莱斯格教授,根据代码在网络空间所发挥的重要作用,提出了“代码即法律”的命题。^①与此同时,德国学者卢曼基于控制论、计算机、生物学以及逻辑学的研究成果,指出了法律即代码的观点。^②上述两个命题从不同角度对法律的概念进行了重构。(1)在网络空间和作为社会子系统的法律系统中,法律与代码具有同质性。(2)法律代码类似计算机代码,是人为建构的结果。在网络空间中,编码师是立法者;在法律系统中,法律系统是建码者。(3)代码性质的法律或法律性质的代码,都具有技术的特性,它们本身“价值无涉”,并不以道德和伦理作为基础,甚至与道德和伦理没有关联。(4)作为法律的代码和作为代码的法律都不同于国家法,不是自上而下强加的准则或规则,而是社会中自己生成的沟通协议架构。卢曼的法律系统论揭示,法律系统的基础是代码,而这个代码是法/不法之区分的产物。基于这个代码,法律系统建构起来,并以自我指涉的方式持续运作。由此,卢曼指出了法律的真实根源,即法律产生于法律代码,即法律源自法律本身,是建构之物。由此,他对“法律是什么”这个问题做出了独特的回答:法律就是法律。卢曼这个法律概念颠覆了历史上所有本体论进路的法律渊源理论和法律概念。然而,“法律就是法律”毕竟是个套套逻辑,法律代码意涵

① [美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,北京,清华大学出版社,2009;该书第一章的题目就是“代码就是法律”,参见第1~9页。莱斯格教授指出,“代码就是法律”这个命题是由约耳·芮登博格(Joel Reidenberg)在信息法学研究中第一次提出,参见前书第6页。

② 参见[德]尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,第4、5章。

“自我指涉的递归性”和对“不可规定”事物之规定,^①人们会对这个自我指涉的套套逻辑及其悖论感到不安,因为其背后存在悖论。于是,人们便想方设法掩饰或转移悖论。

为了掩盖或转移悖论,人们便使用另外一组区分,如主张法律基于神意或道德。然而,神意或道德也是区分的产物,自身也存在悖论。卢曼认为,所有概念都是区分的产物,都存在悖论,彼此之间并无位阶关系。人们一旦认识到这种真相,就不会回避悖论,把悖论作为一种“禁忌”,而是会把悖论作为“系统的圣地”^②,奉为神圣的图腾:这个圣地的神性具有多种形态,差异的统一,自我指涉的反身性,不可界定性的可界定性,以及无根基的自我正当化。在卢曼的系统中,如同演化和偶联性等基础概念一样,自我指涉、反身性和悖论概念也反复出现。所谓自我指涉是指自己作为自己的对象,而反身性是指某种理论能够套用到自身,从自身出发又返回自身,一种飞去来器的效应。自我指涉与反身性以及套套逻辑具有相同的意涵,所不同者,是语境存有差别,自我指涉是系统/环境在“再进入”的观察中复制了系统所产生的现象。反身性是指系统适用于自身的观察,如对沟通的沟通,也是指系统受自身引导和控制的过程。套套逻辑是从逻辑学上指称自我指涉现象,“纯粹的自我指涉总是套套逻辑”。^③ 自创生是指系统自我繁衍和维持再生产的特性。根据法律系统的自我指涉和反身性特征,法律就源于法律自身,法律的效力就是法律系统所赋予,法律就是法律系统视为法律之物。卢曼从不同的观察层次揭示了法律系统存在的悖论,并指出了悖论在法律系统中的功能及其法律系统去悖论的方式。在指出法律具有自我指涉和自创生的性质之后,卢曼认为法理学的重点不应再纠缠“法律是什么”这个问题——因为法律就是法律,而应观察和描述法律系统如何运作和怎样在自创生中履行功能。卢曼《社会中的法》重点就在于描述法律系统如何

① [德]尼克拉斯·卢曼:《社会的宗教》,160页。

② 同上注,356页。

③ Niklas Luhmann, *Social Systems*, p. 218.

运作和在运作中履行功能。系统功能如果说“是观察者的建构”，^①那么，意义就是系统一种内在的体验。观察者只有“移情潜入”系统内部，才能“体验”到系统在运作过程中的意义。

另外，卢曼认为，任何观察都只能基于特定的区分，因而都具有盲点，只有观察的观察者才能发现这种盲点。由此，卢曼批判了原旨主义的概念论和形而上学的本体论，揭示了事物的多面性和相对性，突出强调了多元视角真理观的重要性。经过卢曼的点拨，我们就很容易理解不同法学派之争乃是由于观察视角不同。这也让我们想到盲人摸象的寓言。

卢曼的系统论法学尽管具有上述可取之处，但他的系统论法学及其所建构的法律系统，也存在一些局限和缺陷。

第一，卢曼的系统论运用系统/环境的区分图式观察和描述全社会，无疑会失去其他观察视角，而这种视角不仅看不到自己观察的盲点，而且看不到其他视角所能看到的社会图景。卢曼在他的著作中承认这种观察视角的局限。卢曼主张，在现代功能分化阶段，各个社会子系统功能不同，但地位并无差别。但常识告诉人们，在迄今为止的现代社会中，各个子系统在地位上存在着不容忽视的差别。例如，在全社会的各个子系统中，政治、经济和法律系统的地位显然更高一些，而政治系统比法律系统的地位也明显更高一些。同时，根据卢曼的系统论，基于代码区分而涌现出来的系统要么全有，要么全无。但系统演化的实践过程并不符合这种逻辑。卢曼系统论法学的阐释者托依布纳(Teubner)就认为，实践中的法律系统存在着自治程度之别，即存在着半自治和全自治的法律系统。^②换言之，法律系统封闭运作只是一种理想状态，现实中的法律系统往往会由于受到政治等因素的干预或控制，运作上达不到完全封闭的程度。

第二，卢曼的系统论具有韦伯理性的背影。在韦伯看来，现代社

① [德]尼克拉斯·卢曼：《社会的宗教》，154页。

② [德]贡塔·托依布纳：《法律：一个自创生系统》，张骥译，44页，北京，北京大学出版社，2004。

会必然是形式理性行为占据主导地位。与此相应,形式理性的法律也会成为主要法律类型。但韦伯对于主观权利进入客观法“铁笼”的悖论,以及现代化过程“祛魅”所导致的意义丧失,始终深感忧虑。帕森斯认为,基于文化共识的社会系统可能解决人际无法沟通的问题,但他的系统仍然没有摆脱社会学领域长期以来的“行动范式”。换言之,韦伯和帕森斯都没有摆脱人的主体性观念。卢曼则在帕森斯的基础上,建构了以沟通为单元的社会系统。他的社会系统具有社会技术的明显特征。在社会系统中,人不是主体,只是系统的环境。同时,系统处在不断分化过程,分化意味着进一步的区分,而区分则意味着涵括和排除。人们虽然可能被系统涵括其中,但人们参与系统需要条件,许多人或因为资格或能力欠缺而实际上被系统排除在外。此外,卢曼也指出,法律系统在以时间化机制转移悖论的过程中,把决定的风险转移到未来。凡此种种都足以表明,这种去主体的系统论具有反人文主义的气质。晚近科技的发展,尤其网络技术、虚拟现实和人工智能的发展,法律的技术性和算计性特征越来越突出,各种体制操控这些技术和算法的趋势也越来越明显,由此人们日渐担心,从形式主义的“自动售货机”提升为黑客帝国式“变形金刚”,对人的自由和公民权利的侵害会不断增加。由此,我们在阅读卢曼系统论法学过程中,应重申和捍卫人文主义的基本价值,警惕和防范法律系统的潜在风险。

第三,卢曼的法律系统论主张,法律的正当性源于自身。换言之,事实有效之法就是规范有效之法。这样一来,在一些法律系统不完善和政治缺乏民主的国家,不再追问法律的正当性基础,就可能放纵恶法之治。哈贝马斯反对把法律的事实性等于有效性。他认为只要激活人们的交往理性,通过以理解为旨向的人际沟通达成共识,诉诸商谈的民主程序和道德理由,就能够产生合法之法。卢曼强调人际不能沟通,故而需要具有沟通能力的法律系统;哈贝马斯强调主体间能够沟通,因而不需要法律系统。在哈贝马斯那里,法律非但不是系统,而且它作为全社会的交往媒介和值得遵守的规范,具有抵御政

治系统和经济系统导控的功能和意义。笔者以为,人与人之间是否能够沟通及其沟通的力量很大程度上取决于如何定义“沟通”。强调人际绝对不能沟通或完全能够沟通,可能都失之偏颇,真理也许在卢曼与哈贝马斯的主张之间。哈贝马斯的法学理论比较理想,而现实更接近卢曼的理论。但是,我们如果默认现实中的法律事实性,失去对法律事实性的批判和对法律理想性的追求,就可能沦为不正义之法的牺牲品。

第四,读者会发现,卢曼的法律系统自我描述的概念暗示,《社会中的法》一书既属于科学系统的法律社会学,又是对法律系统的自我描述。但我们并不清楚,他所描述的“事实”,在多大程度属于真实世界的事实,又多大程度属于他所建构的事实?

第五,在法律系统论和其他著作中,卢曼所使用的概念过于抽象,他所建构的概念关系也过于复杂。卢曼还使用了大量经他改造的自然科学概念。所有这一切都增加了读者的阅读障碍和理解难度。