

封闭与开放的法律系统 如何可能？^{*}

——读卢曼《法律作为社会系统》

周 婧

法律实证主义将法律看做是一个封闭而自足的规范体系，具有独立于政治和道德的自主性(autonomy)。因为只有当法律具备了自主性，才能保证法律决定的稳定性和可预期性，为个人提供行动的指引，维持社会生活的有序性。同时一个自主的法律体系也能使法律决定的过程超脱于多元价值和世俗权力的争斗之外，从而有效地约束国家权力，实现依据法律的治理，即法治。与上述法律实证主义的方法论不同，社会学法学派主张对各种法律现象进行“隔开距离”^①的观察。在这种方法论的指引下，社会学法学派大多认为“行动中的法律”并不是那些写在纸面上的规则，它受到政治、道德以及个人价值观等诸多因素的影响，因此是开放的。而“法律是封闭的还是开放的”也就成为法律实证主义与社会学法学派论战的焦点。时至今日，将法律看作是绝对封闭的观点已非法学的主流。然而，大多数法社会学理论却没能对法律封闭与开放之间的争论给出一个合理的解释，最终只能诉诸“相对封闭”这样模棱两可的概念。尼克拉斯·卢曼的法律系统理论正是试图为上述问题寻求解答的一种有力学说，其中《法律作为社会系统》一书是理解卢曼系统理论的一个重要文本。该书被认为是法律系统理论的集大成者，甫一面世即受到了学界的广泛关注和讨论(Priban, 2005)。

* 张旅平先生、赵立伟先生、何蓉女士阅读了本文初稿并提出了若干中肯意见，特此致以谢忱。当然，文责由作者自负。

① “隔开距离”的观点所要求的，就是一种“异化”的态度，即以民族学者或考古学者对待异文化或未知文物那样的态度来对待人们迄今为止已经习惯的、没有任何疑问的自身文化和实践(中山龙一, 2000)。

一、法律作为封闭运作的系统

将法律看作一个封闭而自足的规范体系，是法律实证主义的基本理论预设。法律实证主义曾一度是德国法学的主流学说，作为一个在法学院受过法科训练的学者，卢曼自然不可能忽略这个对理论界和实务界都产生了重要影响的法哲学命题。

在卢曼看来，凯尔森的金字塔理论和哈特以承认规则为最终规范的理论代表了法律实证主义学说的主流。根据凯尔森的规范理论，每一个法律规范的效力都来自于另一个更高位阶的规范，如此层层授权形成了金字塔式的法律体系。举例而言，个别法律规范如“甲故意伤害乙，应当受到惩罚”由一个刑事法律推导出来，刑事法律的效力来自于宪法，该宪法则根据前一部宪法创立，如此最终可以追溯至“第一部宪法”。第一部宪法的正当性来自于基本规范（basic norm, Grundnorm）。基本规范是什么？凯尔森回答道，基本规范既不是立法机关制定的，也不是由法律行为创立的，而是被假定为有效力的（凯尔森，1996：130—132）。对凯尔森而言基本规范不过是一种假定，其来源不可追问。为了对这个问题做出回答，哈特对凯尔森的理论加以修正，通过将法律界定为主要规则与次要规则的结合来证明法律是封闭的体系。在哈特那里，主要规则设定义务，次要规则授权人们引进新的规则、修改或取消原规则、决定规则的适用范围，包括承认规则、改变规则和审判规则。据此，其他规则的效力来自于承认规则的授权，某一承认规则又来自于一个更高的承认规则，最后追溯到“最高的、最终的承认规则”，此承认规则的存在则是一个“事实”（哈特，1996：82—111）。哈特就像魔术师表演帽子戏法一样，从“事实”当中变出了“规范”。但凯尔森和哈特都无法逃脱形式逻辑的不断追问，无法走出法律的效力究竟从何而来的“明希豪森困境”^①。而在卢曼看来，上述两种学说的根本缺陷在于把法律当作一种静态的规范体系，这必然难以逃脱更高级规范的有效性来自何方的追问。基于此，卢曼从规范（即结构）转向运作，将法律视为

^① 任何陈述或命题都可能遭遇“为什么”的无穷追问，这个过程将一直进行下去，直至出现以下三种结果：第一，无穷递归，以致无法确立任何论证的基础；第二，在相互支持的论据之间进行循环论证；第三，在某一点上专断地终止论证过程。这三种结果被德国哲学家汉斯·阿尔伯特称为“明希豪森三重困境”（阿列克西，2002：223）。

运作着的系统,也就是说,法律不是封闭静止的规范体系,而是一个运作性封闭(operative closure, operative Geschlossenheit)的社会子系统(Luhmann, 2004: 78)。

根据卢曼的社会分化理论,现代社会已经由分层式分化转向功能分化,^①分化出功能不同的子系统,而法律是诸多子系统中的一个。具体而言,在分层社会中宗教和道德赋予各个阶层一个整体的“意义”,此“意义”证成了将不同的人归属于不同阶层的正当性,并为处于不同阶层的人们提供了行为准则。然而,随着社会环境复杂性的增加,分层社会难以有效化简复杂性,而不得不分化出功能不同的子系统(Luhmann, 1982: 236—238)。宗教、道德不过是社会的一个子系统,并不是高居于其他子系统之上,也就无法将各个子系统整合起来,所以需要有一个特定的子系统持续地对其他社会系统的运作及其所产生的事件(event, Ereignis)加以评判,这个子系统就是法律。法律系统通过判定某个事件是合法的还是非法的,来确定哪些预期是规范性预期(normative expectation, normativer Erwartung),也就是即使在落空或者没有得到实现的情况下也得到社会肯定的预期(Luhmann, 1985: 77, 105)。如此一来,人们就知道哪些预期将得以维持,判断对方期待什么,并据此调整自己的行动,解决帕森斯所谓的“双重偶在性”(double contingency)问题(Parsons, 1964: 94)。

那么,法律系统究竟如何运作?与韦伯不同,卢曼并不认为法律系统通过主体的行动展开,而主张法律系统由沟通(communication, Kommunikation)^②组成。这种沟通是结合了信息的产生(Infomation, Information)、信息的传递(notification, Mitteilung)和理解(understanding, Verstehen)三个阶段的选择过程。例如,在原告提出“我把货物交给他

① 卢曼认为在社会演化的过程中出现了三种分化形式,即片段式(segmentation)、分层式(stratification)和功能分化(functional differentiation),与之相应形成了三种社会类型(Luhmann, 1982: 232—238)。

② 在哈贝马斯那里,“Kommunikation”也是一个相当重要的概念,其英文同样是“communication”,中文也可翻译为“沟通”,但同一个词对哈贝马斯和卢曼却具有不同的涵义。哈贝马斯将“沟通”看作是主体间相互理解的过程,而这个过程的目的是达成以良好理由为基础的共识。如此一来,沟通、相互理解和共识是具有规范性的(哈贝马斯, 2003: 4—5)。而在卢曼看来,沟通是系统自身的运作,不是主体的行动,并且沟通未必能够消除分歧、达成共识,共识未必是规范性的。就此而言,将哈贝马斯的“Kommunikation”译为“交往”,“Kommunikative Handeln”译为“交往行动”,以区别于卢曼的“Kommunikation”或许是恰当的。

了,他应该交付货款”之后,下一个要衔接的沟通是被告的反驳:“货物不符合合同的要求,我当然不付款。”或许有人会问:所谓的沟通不就是主体参与沟通、对话的行动吗?卢曼的回答是否定的。因为沟通并不是主体的告知行动或者理解行动,信息的产生、传递和理解是多个主体参与的过程。并且,沟通的参与者无法直接决定沟通、对话是否继续以及如何继续(Luhmann, 1995: 139—170, 2002: 83)。相反,一个沟通接着下一个沟通,茁生出一种独立于人之外的秩序,进而构成一个完整的法律系统。

既然系统是由法律沟通组成的,那么如何判断哪些沟通属于法律沟通?对此,卢曼指出只有系统本身才能判断什么是法律沟通,只有依据规范才能创造出规范,法律通过自我指涉(self-reference, Selbstreferenz)^①制造出系统与环境的差异进而实现法律的自我创生。简单地说,法律自己生成自己,法律系统是自创生的(autopoietic, autopoietisch)^②。这不是套套逻辑(tautology, Tautologie)吗?卢曼不就和凯尔森、哈特一样陷入了“明希豪森困境”?就形式逻辑而言,法律自创生、循环论证自然是套套逻辑,卢曼并不否认这点,不过在他看来这种套套逻辑被隐藏了。具体而言,法律的运作就是运用合法/非法这组差异(distinction, Unterscheidung)来评判特定事件。但这组差异(即二值符码, binary coding, binären Codierungen)并没有告诉我们某一事件是合法的还是非法的,因此需要根据法律规范也就是“程式”(program, Programme)^③来做出判断。据此,法律决定依据法律规范得以做出,同

① 在卢曼看来,指涉是一种运作,也就是运用一组差异对事物加以区别和标示(如运用合法/非法这组差异来判断“甲打了乙”这件事是合法的还是非法的)。而所谓“自我指涉”,是指某组差异通过标示出其中一边来指认自我。举例而言,运用合法/非法这组差异我们能够把“合法”和它的对立值“非法”加以区别并标示出来,而在把“合法”标示出来的同时也就证明了合法/非法这组差异的存在。基于此,通过标示出“合法”,我们就能够指认出合法/非法这组差异(Luhmann, 1995: 439—442)。

② autopoietic 一词由 auto 和 poietic 两部分组成,前者指自我,后者指创造。这个概念首先由智利生物学家、神经生理学家马图拉纳(Humberto R. Maturana)和瓦芮拉(Francisco J. Varela)提出,他们使用这个概念来描述生命体的特色,也就是通过元素彼此之间的互动和转移持续地生产出新的元素,从而维持了生命体的存续。卢曼将他们的理论引入社会学领域,但颇为不同的是马图拉纳和瓦芮拉区别了自我指涉和自创生,而此种区别在卢曼那里却消失了(Luhmann, 1995: 443—444)。

③ 所谓程式是指动态的法律规范,包括那些写在纸面上的规范和具体案件中所确立的个别规范。而规范大多设立了特定条件,一旦满足这些条件,就产生相应的法律后果。因此,在法律规范即程式当中主要是“如果……那么……”的条件程式(conditional program, Konditionalprogramme)(Luhmann, 2004: 192—196)。

时法律规范通过法律决定得以实现。凯尔森的金字塔结构在卢曼那里变成了“基于效力循环的网状结构”。系统依据这种结构判断特定事件合法还是非法,再对这个判断进行传递和理解,制造出新的沟通,从而维持了系统运作的封闭性和自主性。

法律系统的封闭运作通过法律决定和法律规范之间的循环展开,而决定和规范都是运用“合法/非法”对事物加以区别和标示,也就是观察(observation, Beobachtung)。就此而言,系统的运作就是一个观察的过程。然而,如果我们对观察(observation, Beobachtung)进行观察(observing, beobachten),进入“二阶观察”(second-order observation, Beobachtung zweiter Ordnung)的层面,将二值符码运用于系统本身,追问“运用合法/非法进行观察”究竟是合法还是非法,就会陷入两难的困境:要么是同义反复,要么在“合法—非法—合法—非法……”中循环,当我们选择其中一个值的时候,对立值就会随之出现。于是,我们陷入了“说谎者的悖论”。悖论如何解决?卢曼认为,悖论不需要消除,只需要隐藏,观察就可以继续。具体而言,在特定的时刻我们只能标示出差异的一边,不可能同时标示出差异的两边,比如不可能将“甲打了乙”同时判定为既是合法的又是非法的,也就不可能把包含了“合法”与“非法”的这组正在使用的差异同其他事物区别开来。因此,我们不可能在使用某组差异的同时又对它加以观察,也就是说当运用合法/非法对打人进行观察,判断打人是合法或非法的时候,我们没法同时追问“运用合法/非法观察打人”这件事本身是合法还是非法的。当然,二阶观察是可能的,如道德系统观察“运用合法/非法观察打人”这件事是对的还是错的,但对于特定观察者而言,一阶观察和二阶观察不可能同时进行。据此,法律系统的悖论被隐藏起来,成为系统的盲点,这个盲点使得观察成为可能(Luhmann, 2004: 182)。

由此,卢曼通过对法律系统运作过程的观察,指出判断法律有效性的标准就是法律本身,回答了两千多年来一直争论不休的法学核心问题,即法律的效力究竟从何而来(莫里森, 2003: 4)。不仅如此,卢曼还揭示出法律如何实现自创生,从而维护了法律的自主性。如前所述,无论对于社会秩序的继续还是保护个人自由、实现依法治理而言,法律的自主性都是不可或缺的。正因如此,与韦伯一样,卢曼对法律的“实质化”持一种怀疑的态度。因为法律一旦通过约束人们的行为,使社会生活朝着某个方向前进以实现实质公正,它就会成为推行某种伦理价值

的工具，而这隐藏着对社会生活加以全面规划的危险，势必危及个人免于受到干预的自由。

二、法律系统的开放性：其他社会子系统如何影响法律？

如上所述，卢曼认为法律系统是封闭运作的，是自创生的。但这种自创生并不是说，系统单靠自身，靠自己的力量，无需环境的贡献就能存续，而是指系统生产了自身的同质性，并借着这个同质性生产出构成系统的一切元素。当然，这一切只有在环境支持的基础上才有可能（Luhmann, 1990a: 30）。法律是自主的，却不是孤立而自足的，并非与其他社会子系统所构成的环境全然无关。其实，自我指涉和指向环境的外部指涉（external reference, Fremdreferenz）是同时展开的。如前所述，系统依据已有法律（即程式）对事件做出合法或者非法的决定，规范与决定之间形成循环，就此而言，系统是自我指涉的，但系统所做出的合法或者非法的决定所针对的是环境中的事件。如果没有外部指涉，系统就只能是同义反复即“法律就是法律”的空转，没有对事件是否合法的判断，就没有法律沟通，系统的运作也就无法继续。因此，自我指涉和外部指涉并不是矛盾的，而是一体两面。

外部指涉不仅是系统运作的前提，而且使得系统对环境保持认知开放。任何法律决定都不能无视其所在的社会环境，恰如霍姆斯所言，在法律决定过程中，“被感受到的时代需要，流行的道德和政治理论，公认的或无意识的对公共政策的直觉知识，甚至法官与他们同胞所持有的偏见，在确定支配人们的规则应该是什么的时候，都比演绎推理显得更重要”（Holmes, 1963: 1）。环境能够影响、扰动（irritation, Irritation）法律系统，并且系统可以对此加以回应。就此而言，在认知层面上系统是开放的（cognitively open, cognitive offen）。但这并不意味着系统与环境之间是输入输出的关系，环境输入信息（比如，种族隔离是不公平的），系统就自动做出回应（比如，做出种族隔离违宪的判决）。

那么环境如何影响法律？卢曼运用实质论证和形式论证的理论对此做出了回答。实质论证与形式论证相对应，是卢曼对做出法律决定的推导和论证过程的一种划分。如果我们进一步追溯，卢曼的此种区分其实来自于韦伯。韦伯依据法律是否使用内在的决策标准，将法律

分为形式法和实质法两种类型。形式法的决策标准来自于法律自身,实质法则通过对法律以及法律之外的道德伦理、情感、政治等因素的综合考虑做出决定(韦伯,2003:237—247)。比如我国传统融“天理”、“国法”、“人情”为一体的司法可谓实质法之典型(滋贺秀三,1998)。在韦伯看来,形式性和实质性是二分的,一种法律不可能兼具二者。卢曼却认为在现代社会的法律系统中形式论证和实质论证是同时进行的。前者是自我指涉的,依据法律而展开,后者则是外部指涉的,对法律之外的因素加以考量,为形式论证提供实证性的理由和依据(Luhmann,2004:346)。这与德国法哲学家阿列克西的法律的内部论证和外部论证理论颇有异曲同工之妙(阿列克西,2002:273—351)。然而,由实质论证所考量的外部因素并不能直接推导出法律决定,相反,只有得到法律规范的支持,外部因素才能成为决定的理由。例如,根据一般道德原则,儿子杀死父亲是错误的,应当受到谴责,但不能直接根据该道德原则判处其死刑,而必须通过一定的程序根据法律做出决定。

系统能否识别外部因素的影响、是否回应以及如何回应,取决于系统运作所形成的网络结构。网络使系统具有免疫能力(immunity, Immunisierung),使得它只能对那些结构所能识别的“扰动”(如儿子杀死父亲是错误行为)加以回应。而形成结构的规范和已做出的法律决定都是运用合法/非法这组二值符码对事物做出判断,因此系统只能识别那些借助该符码所能看到的事物,就好像只有频率相同的声音才会产生共振,系统正是依据自己的频率有选择地做出回应。

系统对环境保持认知开放,但这些认知不是从环境输入系统的,而是系统通过观察制造出来的。所谓“环境的扰动”、“环境的影响”并不是环境真的“扰动”、影响了系统,而是系统自身注意到“扰动”,依据自己的结构来判断“扰动”是否存在、如何回应。因此,只有通过自身的运作,系统才能对环境保持认知开放。而前文已述,系统的运作就是依据自身的网络结构制造出新的沟通进而再生产自己的过程,而这一过程是封闭的。换句话说,只有通过封闭,开放才成为可能。基于此,对卢曼而言,系统对环境的认知开放“是指通过外部指涉,系统产生相关信息,并运用该信息进行自我生产,以维持区别于环境的系统自身的存在”(Luhmann,2004:112)。

由此,卢曼描述了法律系统如何在封闭运作的同时保持对环境的开放,解释了为什么法律一方面与政治、道德等其他社会领域相分离、

维持其自主性，另一方面又随着社会环境的不同而改变，解决了封闭与开放之间的悖论。而且，卢曼似乎发现了在法律规范与社会事实的边缘存在着“曲径通幽”的门扇，提供了作为规范的法律与作为事实的外部环境互相沟通的线索和桥梁（季卫东，2003），解决了规范如何随着事实而改变以避免规范的滞后性、规范与现实相脱节的难题。值得注意的是，卢曼始终主张系统的认知开放建立在封闭运作的基础上，并不认为作为事实的外部因素能够直接成为法律决定的理由。可见，卢曼坚持“规范”与“事实”的二分，否认从“事实”当中径直推导出“规范”。就此而言，卢曼与秉承新康德主义传统的韦伯是相同的。

三、法律系统运作的偶在性

法律系统通过外部指涉，对环境保持认知开放。但系统是否以及如何回应则取决于自身的网络结构，下一时刻系统将生产出怎样的法律沟通受制于结构。这是否意味着下一时刻将生产出哪个沟通，做出哪个决定是确定的，存在着德沃金所说的“惟一正解”^①？

卢曼的答案是否定的。在他看来，并不存在所谓的“惟一正解”。依据系统的结构（即程式），我们只能确定可能做出哪些法律决定，却无法确定做出的是哪个决定。这是因为对程式的解释可能因时因地而异并出现多种版本。程式的真正含义是什么，只有在做出决定的过程中才能确定。^② 程式使得某些法律决定更可能出现，而另一些如“故意杀人是合法的”出现的几率则较低，甚至被排除在外。程式只是提供了指导而非确定的答案。再者，新的法律决定可能改变程式的原有含义。随着法律决定的不断出现，程式可能改变，系统的结构可能被更新，依据结构做出的法律决定也是变化着的、动态的。因此，系统的运作是偶在性的（contingent, kontingent），也就是说既不是必然的，也不是不可能

① 法哲学家德沃金认为在所有法律案件，包括那些没有清晰的法律规则可以适用的案件即疑难案件（hard case）中，都存在着一个“惟一正确”的、最佳的法律决定（德沃金，1996：158—165，204—205，2002：40—47）。

② 比如，法律规定禁止马路上出现与血有关的行为。依据此程式，我们自然知道法律禁止在马路上打架斗殴。但法律是否禁止事故发生后医生的抢救行为？这有赖于对法律的目的和意图的判断。如果认为法律目的是“维护公共安全”，则救助行为并不违法。如果认为法律目的是“禁止污染地上的石头”，救助行为就是违法的（Unger，1975：92—93）。

的(Luhmann, 1998: 45)。

其实,“法律是不确定的”是批判法学流派的核心命题。其学说对西方法传统加以彻底否定,被认为是摧毁现代法治基础的批判理论。在批判法学看来,法律规范本身是不一致的,充满着矛盾,无法为决定提供确定的答案,法律决定不过是依据占统治地位的观念做出的决定罢了。因此,法律和政治一样都是斗争和妥协的结果,法律不过是披着外衣的政治,也就是说“法即政治”。批判法学就是要揭示法律就是政治的实质,并致力于摆脱现行法律的束缚,使法律成为理想而正当的政治(Hutchinson & Monahan, 1984; Unger, 1986: 20; Tushnet, 1991)。

卢曼也认为法律不确定,却不赞同批判法学所谓的“法即政治”。因为在功能分化的现代社会,法律与政治是两个不同的社会子系统。尽管二者互为彼此的环境,且能够“扰动”、影响对方(如政治通过实质论证影响了法律决定),但系统对环境的认知与回应必须通过内部运作才有可能,每个系统的未来状态仍然由各自系统本身的运作来决定。所以,法律不是政治,法律就是法律。而且,卢曼并不认同批判法学将法律政治化的主张。因为如果政治系统可以完全贯彻自己做出的具有集体约束力的决定,社会预期不可能落空,不再有任何问题需要法律系统来解决,法律系统也就没有存在的必要了。此种将政治与法律等同的“去分化”主张,将诸子系统融合到一起,而这无助于社会化简环境的复杂性,因此卢曼并不赞同将法律政治化,而坚持法律的自主性。

就此而言,卢曼与将法律视为独立于政治、道德的“既定物”(the given)的法律实证主义颇为相似,因为二者都将法律过程进行“纯化”,排除法律对其他社会子系统的依赖(Herget, 1996: 91)。然而需要注意的是,卢曼强调法律通过封闭运作生产出构成系统的所有元素,却没有排除系统与外部环境的关联性,相反系统是认知开放的。法律实证主义则力图把法律从政治、道德等领域中彻底分离出来。退一步而言,即使承认法律与政治、道德之间是关联的,其联结点也仅限于立法。并且,法律实证主义采用的是哈特所谓的内在观点(哈特, 1996: 90—91),接受规范的约束,将自己假定为法律决定的做出者,致力于回答“应当如何做出决定”,以继续法律的确定性与其可预期性。卢曼并未将自己视为规范的约束者,而是从外部描述法律的运作。这种研究就是哈特所说的“外在观点”。卢曼并不关心在具体的案件中应当如何做出法律决定,也没有为法律实践提供指引,卢曼只是对法律的运作加以

“社会学式”的观察与描述。在这个意义上，卢曼的理论是社会理论，而不是法学理论。卢曼所观察到的法律并不是确定的，而是偶在的。

其实，对卢曼而言，不仅作为子系统的法律，整个社会系统都是偶在的。系统的结构决定了哪些沟通可能出现，但出现的到底是这些沟通当中的哪个，是我们无法预知的，也是我们无法控制的。沟通不断衔接构成了社会系统，人不过是系统的环境，就此而言卢曼并不是从人作为主体的角度来理解社会，甚至被认为是反人本主义的。因此，卢曼也就经常被误解为不重视人的主体性，忽略了人的意义（贝克等，2001：32—33）。当然，卢曼并不是说人不重要，而是说人虽然能够影响系统，但无法决定系统的运作，因为系统是自创生的。而且此种自创生是一种没有最后确定性的运作，是无法进行计划与安排的（Luhmann, 1990b：179）。毕竟对于功能分化的现代社会而言，涂尔干“以宗教进行的社会整合”已不可能实现，没有一种必然的形式或整体的“意义”能将社会各个系统维系在一起，或者使它们之间相互限制。于是，下一时刻社会所呈现的样态就取决于各个系统瞬息之间同时出现的运作，质言之，是偶在的（Luhmann, 1998：61—62）。

四、法律系统何以有效？

在卢曼看来，已有法律社会学研究的关注点限于法律职业者（法官、律师）和法律机构的行为或人们对法律的态度和观点，与此同时却忽略了“法律”本身（Luhmann, 1985：2—5）。因此，法律社会学研究应当关注其研究的对象——法律，也就是说以法律职业者理解法律的方式来描述法律。而对于法律职业者而言，基于规范与事实的二分，法律乃是一种规范体系。在卢曼那里，法律也是规范性的。但卢曼的旨趣并不在于探讨如何依据法律规范做出合理的决定，以实现庞德所说的“通过法律的社会控制”，也不在于寻找更高一级的规范如自然法或高级法，并以此评价和改进现行法律（Luhmann, 2004：71）。作为社会学家的他只是从外部观察法律，所关心的是作为一种现实存在的“事实”^①，

^① 对卢曼而言，法律系统独立于人的意识，但法律并非“就在那儿的”（is there），而是我们所观察到的“事实”。可见卢曼所持的是建构主义的认识论，有别于实证主义社会理论。

即法律是如何运作的。

根据卢曼的法律系统理论,法律是自创生的,通过自我指涉的递归性运作生产自己,从而具备了有效性(validity, *Geltung*)。当然,这种有效性并不是一种规范或预期,并没有将不道德的合同、违宪的法律排除在外,它与法律的品质无关。只要是系统封闭运作所产生的法律就是有效的,如经由法律规定的程序所制定的法律有效。所以,法律的有效性来自于自身的运作,而不是来自于法律系统之外。

但这并不意味着我们不能对法律进行评判、进行二阶观察,毕竟任何观察本身也不能免于被观察。我们能够用对/错、善/恶对法律做出评价。但在卢曼看来,这是道德系统的运作,只能影响法律,却无法直接改变法律,因为法律是封闭运作的。于是,与其精神导师帕森斯一样,卢曼被许多学者批评为固步自封的保守主义者(King & Thornhill, 2003: 203—204)。而在众多批评者当中,曾与卢曼展开激烈论战的哈贝马斯的观点尤其具有代表性。在哈贝马斯看来,卢曼所谓法律通过持续不断运作而具备的“有效性”不过是一种“事实的有效性”(factual validity, *Geltung*),并不意味着法律具有“规范的有效性”(normative validity, *Gültigkeit*)、正当性(legitimacy, *Legitimität*)。卢曼的系统理论将法律与道德、政治的内在关系完全切断,最终“消除了理性法的规范主义的最后一丝痕迹”(哈贝马斯, 2003: 60—64、590—594)。这是一种非批判式的描述,不过是一种社会技术学(*Sozialtechnologie*)。哈贝马斯则致力于重建自韦伯以降逐渐式微的“理性法的规范主义”,通过所有利害相关人的平等且自由的理性商谈和话语论证达成规范共识,以形成合理且正当的法律。

然而,在卢曼看来哈贝马斯通过民主的商谈程序确保法律的正当性与合理性(rationality, *Rationalität*)的努力未必成功。因为“我们不要指望通过沟通,可以改善个体之间的整合,改善他们彼此之间的透明度,或者改善他们之间行动的协调性”(Luhmann, 1990a: 22—23)。换句话说,商谈、沟通未必能够消除分歧,达成共识,我们只能对分歧进行对话和沟通。退一步而言,即使能够达成共识,共识是以相互理解为前提的,而我们今天处于一个与启蒙时代、法国大革命或者普鲁士的新人文主义完全不同的境况当中,过去与未来之间的连续性已经断裂开来,我们已经无法对未来进行确定的描述。因此,即使我们能够相互理解,也不存在一个确定的基础能够保证相互沟通与理解在未来总是有效的,

更不要说形成确定的共识(Luhmann, 1998: 67)。诚然, 哈贝马斯的商谈伦理仍有值得商榷之处, 但其理论给我们带来了重塑法律、使之成为“良法”的希望。而面对卢曼式完全封闭运作的法律, 我们似乎只能无奈地任由其自行运转, 不免陷入“匿名的方阵”(the anonymous matrix)——在“方阵”中, 我们无法主宰法律系统的运作, 无法有计划地安排法律的未来(Teubner, 2006)。为此, 卢曼系统理论的后继者图依布纳结合了卢曼的“法律自我指涉”与哈贝马斯的商谈理论, 主张通过相关程序的设置, 把法律正当性的依据纳入法律的运作过程, 形成法律的内在反思机制以确保其正当性(Teubner, 1983)。

卢曼之所以放弃从系统之外寻求法律的正当性与合理性基础, 或许是因为在他看来这已经是不可能的了。卢曼指出, 传统的合理性依赖于外部的理据, 如根据自然法制定的法律就被认为是合理的, 具备了正当性。然而, 在当下无论是超验的诸神还是理性的人都不再被视为最后的观察者, 无法为我们提供最终的合理性依据。所以, 对合理性的判断必须脱离外部的依据, 转移到系统当中(Luhmann, 1998: 16—17, 35—36), 所谓的合理性就是系统的合理性。而一个能够有效化简复杂性的系统就是合理的(King & Thornhill, 2003: 134)。那么, 系统如何能够有效化简复杂性? 系统依据内部封闭运作所形成的网络结构有选择地回应环境, 以此化简环境的复杂性。由此, 卢曼摒弃了合理性的外在基础, 切断了其与作为主体的人之间的关联性。卢曼所指的“合理性”已然区别于他所谓的“传统的合理性”。

五、结语: 法律系统理论的意义与限度

一般法律社会学研究或者侧重于政治、道德与法律的因果关系, 或者关注法官个性、当事人社会地位对法律运作的影响, 却没有将法律与诸多因素的关联性全然关涉在内。就此而言, 这些研究尽管为我们提供了一种不同于法律实证主义的视角, 却没能找到一个把握法律系统与社会环境之间复杂关系的理论框架。更为重要的是, 这些研究在聚焦于法律与社会之间密切关系的同时, 却又忽视了社会子系统各自不同的运作逻辑。而卢曼的法律系统理论在关注法律系统以及其他社会子系统之间差异的同时, 也照顾到不同系统之间彼此的依赖与支持。

并且这种封闭而开放的法律系统理论有效整合了以实践为导向的法律学和以认知为导向的法律社会理论,为法学与社会学、政治学、经济学之间的跨学科研究提供了一个分析与整合的理论框架。^①

对卢曼而言,不仅法律系统,社会诸系统都已通过封闭运作不断化简复杂性,从而建构了自身的合理性。社会学却未能有效地对现代社会加以描述,无法解释这一正在出现的合理性形式(即系统的合理性)。其缘由何在?卢曼指出基于启蒙以降所确立的人类中心主义,我们对社会的描述和解释都围绕着作为主体的人而展开,这却使得我们无法看清高度复杂的现代社会,未能把握社会的多样性、瞬间性(temporary),以及因果关系的多元性(King & Thornhill, 2003: 131—132)。正所谓“不识庐山真面目,只缘身在此山中”。为此,卢曼主张“社会学的启蒙”,致力于创建一个足够复杂的理论,^②给予社会学一个遍及整个学科的一般理论基础,以有效观察现代社会。

然而,卢曼是社会的观察者,却不是行动者。当问及应当如何行动以及如何创造美好社会的时候,卢曼回答道:“我完全没有这样的想法:社会应当如何才是好的,或者如何可以较好”(转引自 Kneer & Nassehi, 1999: 16)。基于此,法赫斯与特纳认为卢曼已经放弃了社会理论中的规范传统(Fuchs & Turner, 1987)。卢曼致力于“社会学的启蒙”,却没有像启蒙时代的先知先觉那样为我们指明未来之路。或许是因为对卢曼而言,在这样一个从外部观察世界的“阿基米德点”已然不在的现代社会,我们无法再对世界加以确定性的描述,没有一个可预期的确定的未来,也无法从神或者理性的人那里找到整体的“意义”与最终的正当性。毕竟,在日益复杂的现代社会,寄希望于建构完美的体系,一揽子解决所有问题的想法已经不现实了。

① 对尚未彻底实现依法治国的当代我国而言,忽略法律自身运作逻辑的法律社会学研究可能尤其值得戒备。因为此种研究将法律的运作当作外部因素直接左右的结果,消解了法律的自主性。一旦法律丧失其自主性,为政治实力、占统治地位的价值观念所支配,法律将难以有效约束权力、保护自由,法治势必成为空中楼阁。

② 卢曼认为只有足够复杂的理论才能解释这个高度复杂的现代社会。而他自己的理论就可谓复杂而抽象的,再加上晦涩艰深、“像迷宫般”的行文,足以让人望而生畏。或许正是出于这个缘故,卢曼被称为社会学中的“黑格尔”。与此不无关联然而更饶有趣味的是,1989年卢曼获得“黑格尔奖”,这是德国哲学界颁发给杰出人文社会科学家的一项最高殊荣(霍恩尤格,1999)。

参考文献:

- 伯恩德·霍恩尤格, 1999,《纪念尼克拉斯·卢曼(1927—1998)》, 沈杰译,《国外社会学》第5—6期。
- 哈贝马斯, 2003,《在事实与规范之间——关于法律与民主法治国的商谈理论》, 董世俊译, 北京: 三联书店。
- 哈特, 1996,《法律的概念》, 张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译, 北京: 中国大百科全书出版社。
- 季卫东, 2003,《宪政的规范结构——对两个法律隐喻的辨析》,《二十一世纪》12月号。
- 凯尔森, 1996,《法与国家的一般理论》, 沈宗灵译, 北京: 中国大百科全书出版社。
- Kneer, Georg & Amin Nasehi 1999,《卢曼社会系统理论导引》, 鲁显贵译, 台北: 巨流图书公司。
- 罗伯特·阿列克西, 2002,《法律论证理论——作为法律证立理论的理性辩论理论》, 舒国滢译, 北京: 中国法制出版社。
- 罗纳德·德沃金, 1996,《法律帝国》, 李常青译, 北京: 中国大百科全书出版社。
- , 2002,《认真对待权利》, 信春鹰、吴玉章译, 北京: 中国大百科全书出版社。
- 韦伯, 2003,《法律社会学》, 康乐、简惠美译, 台北: 远流出版事业股份有限公司。
- 韦恩·莫里森, 2003,《法理学——从古希腊到后现代》, 李桂林、李清伟、侯健、郑云瑞译, 武汉: 武汉大学出版社。
- 乌尔里希·贝克、安东尼·吉登斯、斯科特·拉什, 2001,《自反性现代化: 现代社会秩序中的政治、传统与美学》, 赵文书译, 北京: 商务印书馆。
- 中山龙一, 2000,《二十世纪法理学的范式转换》, 周永胜译,《外国法译评》第3期。
- 滋贺秀三, 1998,《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察——情、理、法》, 载王亚新、梁治平编,《明清时期的民事审判与民间契约》, 王亚新、范愉、陈少峰译, 北京: 法律出版社。
- Fuchs, S. & J. H. Tumer 1987, “Reviewed A Sociology Theory of Law by Niklas Luhmann.” *Contemporary Sociology* 16(6).
- Herget James E. 1996, *Contemporary German Legal Philosophy*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Holmes O.W., Jr. 1963, *The Common Law*. Boston: Little Brown.
- Hutchinson Allan & Patrick J. Monahan 1984, “Law, Politics, and The Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought.” *Stanford Law Review* 36.
- King Michael & Chris Thomhill 2003, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. Hampshire, New York: Palgrave Macmillan.
- Luhmann, Niklas 1982, *The Differentiation of Society*. Trans. by Stephen Holmes & Charles Lamore. New York: Columbia University Press.
- 1985, *A Sociological Theory of Law*. Ed. by Martin Albrow, trans. by Elizabeth King & Martin Albrow. London: Routledge & Kegan Paul.
- 1990a, *Die Wissenschaft der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- 1990b, *Essay on Self-Reference*. New York: Columbia University Press.
- 1995, *Social Systems*. Trans. by John Bednarz Jr. & Dirk Baecker. Stanford, California: Stanford University Press.
- 1997, *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- 1998, *Observation on Modernity*. Trans. by William Whobrey. Stanford, California; Stanford University Press.
- 2002 *Theories of Distinction: Redefining The Descriptions of Modernity*. Ed. by William Rarch. Stanford, California; Stanford University Press.
- 2004 *Law as A Social System*. Eds. by Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff & Rosamund Ziegert, trans. by Klaus A. Ziegert. New York; Oxford University Press.
- Parsons, Talcott 1964, *The Social System*. New York; The Free Press.
- Priban, Jiri 2005, “Niklas Luhmann: Law as A Social System.” *Journal of Law and Society* 32(3).
- Teubner, Günther 1983, “Substantive and Reflexive Elements in Modern Law.” *Law and Society Review* 17(2).
- 2006 “The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by Private.” *Modern Law Review* 6.
- Tushnet, Mark 1991, “Critical Legal Studies: A Political History.” *Yale Law Journal* 100.
- Unger, R. M. 1975, *Knowledge and Politics*. New York; The Free Press .
- 1986 *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge, Massachusetts; Harvard University Press.

作者单位: 中国社会科学院社会学研究所
责任编辑: 杨 可