

法律自创生机制：隐藏与展开悖论

宾 凯*

目次

- 一、超越“规范与事实”的二元对立
- 二、悖论与法律系统自创生
- 三、法律系统的意义再生产
- 四、悖论的隐藏和展开
- 余论

关键词 法律自创生 悖论 自我指涉 卢曼 托依布纳

现代社会的法律系统是一个自我指涉的悖论系统。法律本身是合法的还是非法的？一旦我们这样提问，我们就卷入了自我指涉的循环。为了使法律沟通持续下去，我们就必须隐藏这个由于自我指涉而产生的悖论，为此也会发明很多隐藏悖论的方法。比如，在法律论证中寻找“理由”，借助“社会科学”解决法律分歧，在具体条文不能解决个案争议时诉诸“原则”，等等。法律系统为了化简来自外部世界的复杂性，法律的结构反而变得更加复杂。这样，法律不断隐藏和展开自身悖论的努力就形成了法律系统自我再生产的动力机制。这就是由德国 20 世纪后期杰出的社会学家尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)原创并由当代德国著名法学家塔·托依布纳(Gunther Teubner)继承的法律自创生理论(the theory of legal autopoiesis)的基本观点。本文的任务在于，首先梳理出法律自创生理论对于解决传统法学与法律社会学所面临的规范与事实二元分离的问题所做出的贡献；然后，剖析“去悖论”和“去套套逻辑”如何成为法律自创生的动力机制。

一、超越“规范与事实”的二元对立

法律自创生理论是从反思法教义学涉及“规范”与社会学涉及“事实”这个古典二元劳动分工

* 上海交通大学凯原法学院讲师、法学博士。

开始的。^{〔1〕} 卢曼认为,虽然在20世纪初已经出现了消解法教义学与社会学这个两分法的理论萌芽,但是,直到20世纪下半叶,除了麦考密克等人的制度法论以外,^{〔2〕}传统法教义学的规范性指向仍然是思考法律问题的主流姿态,社会学对于司法的贡献则是附属性的。对于传统法学与社会学在处理法律问题上的分裂,法律自创生理论既消解又超越了这个两分法。

促使自创生理论诞生的第一个问题域,来自对社会学法学单纯看重经验而遗忘法律的规范性特征这个缺陷的反思。在20世纪具有代表性的法律社会学流派中,卢曼不但批评了耶林的利益法学和庞德的社会工程法学,而且批评了实用主义法学。他认为,实用主义法学“假定法律的所有实际运用应当考虑不同的法律建构如何影响法律结果,这不仅涉及对法律系统中的未来决定的影响,而且涉及在社会现实中控制实际结果”。^{〔3〕} 在他看来,利益法学、社会工程法学和实用主义法学都忽视了法律系统自身内部的规范性特征,在这些学派看来,法律不过是一种变革社会或弥合争端的工具,这些法律社会学把法律与社会之间的关系看成是一种外在关系,而且忽视法律系统内部的特殊逻辑,由此分裂了在现代法律系统中已经融为一体的事实和规范。

促使自创生理论诞生的第二个问题域,来自对规范法学过于强调法律的规范封闭性而忽视其经验开放性的反思。在规范性指向的传统法学流派中,凯尔森(Hans Kelsen)的纯粹法学把法律与规范的关系推到了顶峰。规范是凯尔森创建纯粹法学的基点,他认为法律认知的对象就应该锁定在“规范”上,由此才能与自然法关注的价值和社会学关注的事实区分开来。^{〔4〕} 凯尔森建立了一个独立的、纯粹的法律规范体系,他主张,只有表达人的意志行为的规范才能被认定为实证法体系内的有效成分。法律是由“如果A,那么B”的条件语句构成,这些条件语句处理的是针对“应当”和“归责”的问题。为了把这些具有规范性内涵的条件语句建立为一个符合形式逻辑的规范系统,凯尔森提出了位阶理论,即不同效力等级的规范构成一个具有内在统一性的法律体系。司法决定的个别规范必须依据一般法律的普遍规范而获得效力;而一般法律的普遍规范的效力来自于合法机关根据宪法制定这些法律规范时的制宪权所流溢出来的约束力,所以判决、先例和制定法的效力最终必然上溯到宪法的效力。当前宪法的效力来自于前一部宪法,并依此类推直到第一部宪法,这样,法律体系内的任何一个决定(规范)的合法性都不会诉诸系统外的任何因素,在此,如何解决第一部宪法的效力问题就成为凯尔森理论中的最后“剩余”。凯尔森引入了至关重要的、作为假设的“基本规范”(basic norm),它授予第一个立法者的立法行为以效力,从而整个法律体系内的所有其他规范也随之“分有”了效力,^{〔5〕}法律体系通过设定基本规范宣告了宪法制订者对于规范的创制权。凯尔森当然也承认法律规范的经验性内容,但是,为了把研究“应当”的法学与研究“事实”的社会学区分开,他把社会经验内容从法律规范中剔除,其处理方式是把经验内容压缩在“基本规范”中。^{〔6〕}

〔1〕 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, 83 Nw. U. L. Rev. (1989) (Symposium: Law and Social Theory), 136.

〔2〕 同上注, Luhmann文。

〔3〕 参见前注〔1〕, Luhmann文。

〔4〕 Hans Kelsen, *Pure Theory of Law* (Berkeley: University of California Press, 1967).

〔5〕 由此,我们也可以看到自然法与法律实证主义在法学知识谱系上的家族相似关系,卢曼揭示,自然法与法律实证法主义(主要是指从霍布斯、边沁、奥斯丁到凯尔森)都把法律的效力处理成一个由高到底的等级体系。关于自然法、历史法学派与法律实证主义的内在联系和变迁谱系,可参见[美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社2002年版,第一章:法律与历史。

〔6〕 凯尔森阐明,基本规范的内容依赖于特定的经验事实,即产生该实际行为所对应的法律体系的经验事实,基本规范的功能是使一定事实的规范解释成为可能,即事实作为产生和运用有效规范的解释。

正是看到了凯尔森纯粹法学在极端强调法律规范的封闭性特征时阉割了规范的经验内容,卢曼才开始了把法律规范的封闭性(normative closure)与法律对经验事实的认知开放性(cognitive openness)结合起来的工作,这是自创生(auto-poiesis)理论诞生于其中的一个重要问题域。在法律自创生理论中,凯尔森的规范效力等级体系被展开为一个规范封闭圆环,而且,这个规范封闭的圆环又是对经验世界保持认知开放的。

在重塑规范与事实的关系问题上,规范与事实无法在相互分离的条件下获得充分描述,只有借助法律自创生理论的有机思考,才能机智地弥合事实与规范之间的断裂。从法律自创生理论看来,法律系统不是由规范构成,而是由针对规范的“法律沟通”(legal communication)构成。这些沟通具有经验可观察性,是社会系统的一部分,属于社会系统中的“事实”,所以可以用社会学的方法来研究法律沟通。同时,在运用社会学方法研究法律沟通时,由于法律指向的是社会系统中的“应然性”沟通这种事实,所以法律系统中的沟通又是涉及“应然”的沟通,必须赋予这种沟通以规范性特征。但是,法律自创生理论对法教义学上的“应然”给予了社会学的改造,把应然看成是社会期望结构(social expectation structure)。

因此,如果要对法律系统进行合格的描述,出路既不在于把法律仅仅看成是研究成文法和案例的规范指向的传统法学,也不在于仅仅把法律看成是社会因果关系之一环的事实指向的社会学,而是在于奠基于一一般系统理论、第三代或第四代控制论、多值逻辑、自动机理论(theory of automata)、信息论、以及自我指涉理论基础之上的法律自创生理论。^{〔7〕}

法律系统论认为,自创生理论在数学、生物学或神经生理学上只是刚刚起步,还没有把心理和社会事实纳入考虑,现代系统论还缺少“意义”这个中介来描述心理系统和社会系统内部的操作,换句话说,系统理论还停留在对物理系统和生理系统的描述,而没有抵达对具有“意义”的意识系统和社会系统的描述。^{〔8〕}在法律自创生理论看来,社会系统、心理系统和生理系统一样,是循环的、递归的、自我指涉的操作模式。法律系统论认为,一旦把社会系统看成是自我指涉的,这个分

〔7〕 参见前注〔1〕,Luhmann文。

〔8〕 卢曼把社会系统看成是一个“意义”系统,所以他引入现象学的系统论来对社会系统进行描述,一方面开发了系统论处理复杂对象的能力,同时又把胡塞尔在针对意识系统的分析时发展出来的“意义”概念溶解到系统论中,这样就把现代系统论发展为可以处理有意义的复杂的社会巨系统。卢曼的进路是成功的,经过现象学改造过的系统论在处理社会理论上是独树一帜的,比较起来,国内学术界在20世纪80年代曾经红极一时但又速朽的系统论社会学,包括系统论法学则是非常失败的。国内的系统论法学,只是把从自然科学中提炼出来的系统论简单移植到社会科学领域,虽然系统论被寄予“横断科学”的厚望,但是这种把社会当成没有“意义”的物理的、化学的或者生物的系统来处理的横向移植方式,注定了只不过是把系统论生硬地附着在社会科学的外面。比如,国内系统论法学把法院看成是由审判庭、后勤单位、行政部门等系统的要素构成的,然后着力分析各个要素之间如何形成了系统涌现性,这是对自然物理系统的简单类比和套用,对于有“意义”的社会系统,这样的研究能够贡献的启发价值是微不足道的,甚至还造成了严重的误导。国内对于法律系统论比较有代表性的表述是这样的:“法治是一个整体。是一个由法治原则、法治制度、法治组织、法治观念、法治过程共同构成的整体;是一个由合乎法治要求的立法、执法、司法、守法、法的监督共同构成的整体,甚至是法治内部各元素及其机制与社会协调统一的整体。它需要各个要素的共同作用和有机协调。任何一个方面或几个方面的发展,都不可能带来真正的法治。法治发展过程应该是其内在各要素的整合发展过程,是其内在各要素的一体化共振共进过程。法治是一个内在有机联系的系统,不是简单的机械模仿就可以建立的。”参见卓泽渊:《法治泛论》,法律出版社2001年第1版,第24页。有学者已经总结过国内法律系统论的兴衰过程:“1985年是我国‘系统法学’诞生之年,‘全国首次法制系统科学讨论会’是系统法学诞生的标志性事件。此后不久,在一部分法律学者,尤其是中青年法律学者中间,形成了一种‘言必称系统,动辄谈信息’的热潮”,然而,“系统热”像其他法学热潮一样,在一段时间的“喧嚣”之后逐步趋向沉寂,并受到所谓的法学“假系统”、“伪系统”的指责。”参见李宝明:《中国系统法学研究回顾与展望》,载《政法论坛》2000年第6期。

析模式就废黜了“主体”。〔9〕因为,社会系统的单元不再是作为“主体”的人,人变成了自我指涉系统的环境,社会系统的单元是社会沟通,而且,社会沟通只能和社会沟通连接,这个循环递归的系统封闭了自身的边界。

把社会看成是封闭的自我指涉系统,这不是生物学与社会学之间的形而上学简单类比:“挑战性反而在于,建构了可以关联到现实中多种多样的基础的自创生一般理论,这个理论可以记录和处理源自生命、意识和社会沟通的各个领域的经验。”〔10〕在法律自创生理论之前的许多社会理论,都受益于自然科学领域的研究成果,〔11〕但是在20世纪,一些社会学家没有足够关注从自然科学向社会学进行理论变换所带来的困难,而是生吞活剥地套用数学、物理学和生物学成果。自创生理论通过把胡塞尔现象学嫁接到现代系统论中,对马图拉纳(Humberto Maturana)和瓦芮拉(Francisco Varela)的神经细胞理论以及冯·福斯特(Heinz von Foerster)的观察理论进行了现象学的改造,成功地把社会系统描述为具有“意义”内涵的系统。作为社会系统的子系统的法律,当然也就是一个有“意义”的沟通系统。

自创生理论还把帕森斯的结构功能主义颠倒为功能结构主义,而且“功能”也不再只是指具有确定性的正功能,〔12〕而是指一种面对因为区分可能性/现实性而伴生的偶在性时对功能等价物(functional equation)的选择。法律系统论认为现代社会的特征就是功能分化,法律从其他社会子系统中分化出来,变成社会系统中的一个功能子系统:“只有考虑到法律系统是社会的子系统,在社会中还存在着其他子系统,我们才能把法律构想为社会系统。”〔13〕这样,现象学系统理论在把法律描述为社会的一个子系统时,就实现了两个理论创新:(1)把社会系统看成是分化系统,即通过在法律系统内建立系统/环境关系而使法律系统从社会一般系统中分化出来;(2)把法律系统看成是自我指涉的封闭系统,这样,就把系统内部的操作和存在于环境中的操作区分开来。〔14〕

自创生理论把现象学系统论对社会的描述看成是社会在自身的历史演化中达到的一项自我描述的成就。一旦把法律看成是一个社会子系统,那种把法律放在社会之外的“法律与社会”的描述就过时了,同时,那种对法律规范体系孤芳自赏的纯粹封闭的传统法学当然也走到了尽头。在谈到法律系统与一般社会系统的关系时,卢曼从语义学的角度指出,法律系统是社会的一个功能分化子系统,法律系统持续从事着社会系统的自我再生产。而且,法律系统也必然使用社会沟通的形式,法律沟通不可能从正常的、可理解的社会日常意义中完全剥离出来。〔15〕即是说,不仅法律系统完成了针对社会的功能(即“服务”于社会),而且,法律系统参加了社会现实的建构,因此,在法律中,就如在社会其他地方,词语日常意义能够并必须被设定,“因此,在法律系统中,Miller先生还是Miller先生。如果他只是宣称自己是Miller先生,而且这个问题必须在法律系统中解决,那

〔9〕 哈贝马斯批评卢曼系统论的社会理论,他认为在卢曼的社会理论中,只不过是把德国古典哲学中的主体扩展成系统。参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2004年版,第273页。

〔10〕 参见前注〔1〕,Luhmann文。

〔11〕 从孔德以来,社会学研究范式的变迁就一直受到自然科学的启示,无论是孔德的“社会静力学”和“社会动力学”,还是斯宾塞的社会达尔文主义,马克思也公开宣称,自己从19世纪的三大发现——细胞理论、达尔文进化论和能量守恒和转化定律——获得了丰富的思想资源。

〔12〕 [美]罗伯特·金·默顿:《论理论社会学》,何凡兴等译,华夏出版社1990年版,第138~139页。

〔13〕 同上注,罗伯特·金·默顿书。

〔14〕 参见前注〔1〕,Luhmann文。

〔15〕 当然,这同于哈贝马斯对生活世界的呼唤,卢曼承认系统与社会其他子系统的联系,但是他否定了可以通过“生活世界”的纽带在系统间发生直接关系的可能。

么,通常使用的语言对于那个问题的解决是不可或缺的”。^[16] 法律自创生理论在强调法律系统自我指涉的封闭性时,并没有斩断法律与社会相互联系的纽带,至少,自创生理论看到,在运用法言法语这些专家语义系统时,仍然保持了对日常语言的呼应关系,因为,法言法语和日常语言都是存在于一般系统社会中的沟通介质。

二、悖论与法律系统自创生

法律自创生理论不仅通过语言介质看到了法律子系统与社会一般系统之间的关联,更为重要的是,奠基于自我指涉的法律系统必然会遭遇“悖论”问题。虽然法律悖论被很多法学家看成是需要躲避的洪水猛兽,但是法律自创生理论颠覆了这个法学家们的传统共识:悖论没有阻却系统操作,相反,它是系统操作可能性的条件。因为,系统操作的自创生需要随着差异的操作而使现实性持续化,即现实化不同的可能性。正是通过对法律系统中的悖论问题的分析,法律自创生理论不但超越了传统法学与法律社会学的二元对立,而且能够把法律系统精细地描述为既规范封闭又认知开放的自创生系统,这就解决了传统视野中在法律与社会的关系问题上的两极摆荡的难题。

法律的悖论来自法律沟通的自我指涉,这一点已经被很多学者指出来,德国法学家诺伊曼就说过:“法律只能来自法律。”^[17] 托依布纳把这种自我指涉的情形描述为“奇异环”、“纠缠的位阶”、“自反身困境”,^[18] 或者,借用冯·福斯特的话来说,就是“运算的运算的运算……”。^[19] 这种自我指涉的悖论的直接结果就是法律系统的自创生,与传统法学思想中极力避免循环指涉的努力相比,法律自创生理论打破了循环的禁忌。在古典时代的法律教义、法律理论或法律社会学中,循环论证被看成是不能被形式逻辑所容忍的,因此应当严厉禁止。但是,法律自创生理论完全颠覆了这个古典法学家们的集体默契,托依布纳精彩地总结了这一个成就:“法律自创生通过把循环从观念世界转换为硬事实,现在相信可以打破这个铁律。消息是,循环不是法律思考中应该避开的瑕疵,而是现实的法律是由众多循环过程组成。”^[20] 托依布纳高度赞扬了卢曼的法律社会学所蕴藏的理论解释潜力,他说:“自创生过程,作为一个新的和有前途的研究策略,在法律系统中认可了循环关系,并分析它们的内在动力和外部相互作用。”^[21]

在法律自创生理论发现法律自我指涉悖论的杰出成就之外,法律内部的循环性已经被很多学者零星地提到过,比如阿列克西(Alexy)在其法律论证理论中指出了目的与规范的循环,法律解释学则指出了法律解释过程中的解释循环,法律社会学也指出了法律与社会之间的反馈环。但是,法律自创生理论之外的那些理论对法律循环的描述只是特殊个案,只有发展出法律自创生理论,才把法律系统的自我指涉全面而深刻地揭示出来。由此,这个法律系统自我指涉的悖论才成为周密解析法律问题的新工具。而且,托依布纳还在卢曼的自创生理论基础上把法律的操作循环发展

[16] 参见前注[1],Luhmann文。

[17] [德]乌尔弗里德·诺伊曼:《法律论证理论大要》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛 2005 年卷》,北京大学出版社,第 3~15 页。

[18] Gunther Teubner, *Autopoietic law: a new approach to law and society* (New York: W. de Gruyter, 1988), p. 1.

[19] Foerster Heinz Von, *Observing System* (Seaside: Intersystems Publications, 1981), p. 269.

[20] 参见前注[18],Gunther Teubner 书,第 1 页。

[21] 参见前注[18],Gunther Teubner 书,第 1 页。

到“超循环”的水平,托依布纳认为,法律系统应该被看成是一个动态循环的法律元素的再生产,这些再生产镶嵌在法律结构和过程的超循环关系中。^[22]

什么是法律的自创生呢?法律自创生系统就是指通过系统元素互动而生产和再生产其自身元素。其中,自我指涉的悖论成为推动自创生系统运行的关键机制。自创生理论把自创生与自组织区分开来,法律自创生系统不仅创造法律的自组织秩序,而且创造法律系统的元素——沟通。法律自创生系统具有几个特点:^[23]1. 法律系统的激进时间化。这是指构成法律系统的元素不稳定,从一个法律事件到一个法律事件,沟通是瞬间出现,也是瞬间消失的,比如在法庭活动中,每一次举证、质证或辩论都是一次法律沟通,如果法庭活动一直停滞于一个举证行为,那么就不可能有法律系统的自创生。2. 重构了法律系统的维持问题,即法律系统的递归封闭变成了系统开放的条件。比如在针对亲子鉴定的法庭举证时,当事人一方聘请的专家证人出具了DNA的科学鉴定报告,法庭将会吸收这个由科学系统产生的沟通,但是,这必须是在符合法庭的程序性条件下才可能把科学沟通认定为法律系统内部的沟通,如果专家证人没有获得相应的资格认证,那么,专家的言词证据就不能够进入法庭沟通中,或者说就不能在法庭上被“论题话”。3. 法律自创生的认识论后果是,社会系统也可观察,观察就是系统的一个操作。法律系统是一个观察系统,就是意指法律系统能够通过系统内部的操作把系统与环境区分开来,并通过指涉环境而指涉自身,法律系统由此产生了能够回应环境刺激的“系统意义”。

法律系统论认为法律系统不再是法学家眼里的规范系统,也不是社会学家眼里的行动者和组织系统,而是一个沟通系统。法律行动和法律规范都必须转换为法律沟通才可能成为法律系统的一部分,而且法律自创生理论发现了一个基本的循环:法律行动与法律规范是相互塑造的,正像托依布纳评论的那样:“循环代替了凯尔森的‘基本规范’虚构。”^[24]法律自创生在强调法律沟通只能来源于法律沟通时,并没有陷入凯尔森的法律形式主义,法律自创生理论打破了法律形式分析与法律的经验社会分析的壁垒,这是后凯尔森和后社会学的法律理论。凯尔森的法律形式主义不能解释法律系统之间的不同,而传统的法律社会学又持一种外部观点,只有法律自创生才是既凸现又调和了规范封闭和认知开放的紧张关系,从而克服了传统法律理论二元对立的危机。

法律自创生理论产生了两个重要的结论:一方面,法律自创生理论强调了法律系统内部沟通的循环性,这使得法律系统避免了被直接暴露在社会其他系统面前的命运。法律自创生理论指出了现代法律所面临的危机:如果容忍现代国家中政治、道德、经济等对法律系统的直接侵蚀,就会破坏法律系统的独立性,也就会造成“去分化”的反现代性的后果。由此,法律自创生理论并不看好那些消除法律管辖的各种运动,而是认为如果替代纠纷解决机制(ADR)失去了与法律的呼应,那就回到了前现代,因为这不利于化简现代社会的复杂性,也不利于降低现代社会维度和时间维度上的复杂性。^[25]法律系统论认为,法律自创生系统通过沟通封闭的操作机制限制了法律功能的多样性,从而使法律免于沦为政治工具的处境,也避免了被经济系统和道德系统击穿的可能;另一方面,法律自创生系统又对环境开放,法律系统正是通过内部的封闭操作指涉到环境。虽然法律自创生理论吸收了胡塞尔的现象学思想,但是不同于胡塞尔把意识之外的对象世界用加括号的方式悬置起来,自创生理论把环境的存在看成是系统存在的不言而喻的前提。不仅如此,法律系统

[22] [德]托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第三章。

[23] 参见前注[18],Gunther Teubner书,第3页。

[24] 参见前注[18],Gunther Teubner书,第5页。

[25] Niklas Luhmann, *Law as a social system* (New York: Oxford University Press, 2004), pp. 169-171.

的封闭操作还是以来自环境的刺激为必要条件，否则法律系统就没有新的信息以维持持续的沟通，比如，如果没有社会冲突把环境中的信息带法律入系统，也就不会有案件起诉到法庭，那么就不会有法庭针对环境刺激的法律沟通。

三、法律系统的意义再生产

法律系统论认为法律系统就是不断通过法律沟通再生产系统自身“意义”的过程，他把法律自创生系统的意义生产过程描述为四个阶段：（一）法律系统创造一个想象空间，这个空间包括未标示的一面（非法律的一面，或者说是系统的环境），并使其可以引入忽视的表达，即系统最终看到的不是环境，而是系统自身内化的环境；（二）法律系统由于悖论而产生了不可解决的不确定性——系统的未来变成了不可计算的，因而对自身是不透明的；（三）系统必须从历史状态开始操作，这就需要记忆功能以区分记忆和遗忘；（四）系统必须面对连续的标示和未标示的，或者说是“自我指涉”和“异我指涉”（hetero-referential）所标示的将来。^[26] 根据冯·福斯特的理论，自我指涉和异我指涉是通过“再入”（re-entry）的机制来维持的，持续“再入”的自我指涉系统是非平庸机（nontrivial machine），通过自身的输出被决定，因此系统的将来是不确定的。但是，当系统在系统区分（合法/非法）的两边摆荡时，一个摆荡系统能够保存一些确定的形式，虽然系统的未来是不确定的，但是这种不确定性又必然受到系统固有形式的约束，这可以避免系统的法律/非法律符码的两面坍塌为一个面。

针对哈贝马斯关于自创生理论在制造“元科学”的批评，^[27] 卢曼的回应是：“或许这是‘元’科学，无论如何，这是一个没有例外的普适立场。但是，这不再是本体论，因为它不再假设在世界（或世界之外）中存在着一个世界可以被正确（或虚假）描述为‘存在’（is）的位置。那样的位置最终取消了观察者，因为，如果他正确观察到他看到了的东西，因而没有塞入他自己，如果他观察错误，由于那个理由，他的观察是没有价值的。”^[28] 卢曼这种新的知识论强调了观察者对观察事件的贡献，这与观察者的系统结构、自创生和知识的可能性条件有关：“所有认知递归封闭的主题从后本体论认识（已经广为传播）中抽取了一个激进的后果。”^[29]

法律自创生理论就是建立在二阶观察（second order observation）的知识论基础上，二阶观察又是建立在对系统和环境做出区分的基础上，系统/环境的区分必然隐含了悖论的生产性逻辑。一旦接受了法律系统与环境的区分，法律系统就不能在其边界外（在其环境中）操作，这意味着在处理法律系统和环境的关系时，只能把法律系统看作是系统自身及其环境的观察者。这样，环境就不能被法律系统的操作现实化，环境只能在法律系统中经过重构（虚构）而呈现。所以，法律系统对环境的观察就意味着“视域”的存在，即环境贡献的是一种丰富的可能性，系统需要对这些可能性进行现实化。一旦环境中的可能性被系统现实化，可能性/现实性区分的对比就形成了一种不断移动的视域，环境中的可能性不断被现实化为系统内部的沟通，被系统所照亮，已经现实化的系统内部沟通也不断重新堕入可能性的暗区。所以，系统视域总是在不断地推移着观察的地平线。

系统对环境进行观察时，系统会不断产生形式（form）。这种形式就是可能性与现实性之间构成的那种关系，系统也由此获得自身的意义：“形式仅仅在一个时刻被现实化，但是，由于系统有自

[26] 同上注，Niklas Luhmann 书。

[27] [德]哈贝马斯：《现代性的哲学话语》，曹卫东译，译林出版社 2004 年版，第 12 章附记。

[28] 参见前注[18]，Gunther Teubner 书，第 348 页。

[29] 参见前注[18]，Gunther Teubner 书，第 348 页。

己的记忆,系统可以再现实化形式,并从形式到形式,因此而再生产(意义)媒介。”^[30]系统的意义是方生方灭的,但是系统正是通过这种不断改变内容的“意义”保持了系统自身的记忆。系统的“意义”控制了系统的一致性,如果没有这种一致性控制的形式,就没有记忆产生,没有记忆,就不可能存在系统内部的现实。正是借助形式、意义、视域等等,系统才能确保自身的边界,虽然这个边界是处于运动状态,在这个边界内,系统建构了系统自身及其环境的图像:“认识论的‘建构主义’(constructionism)从中得出结论,在操作水平上,系统认为是现实的东西是系统自身的建构。”^[31]系统建构自身和环境的能力,是系统/环境二元区分和递归性自我指涉机制的悖论性操作结果,系统的这种能力最终升华为把混沌转变为秩序(噪音到秩序)的业绩。

为了把卢曼似乎脱离了经验内容的论述还给经验世界,我们可以在德沃金和卢曼之间进行比较。可以看到,卢曼关于法律系统通过“意义”来维持系统操作的连续性(一致性)的思想,与德沃金关于法官就是在一个传统故事结构中不断续讲故事的“整体性诠释”思想有相似之处。德沃金认为,法官对法律的解释离不开历史背景,而且法官在回溯历史时应该运用一种特定的方式,转向历史是为了寻找何为制宪者当初想要说的,而不是猜测他们还有什么其他意图隐藏在背后。^[32]也就是说,这种解读只受立法者所制定的“原则”的限制,而不是受制于我们可能有的关于这些立法者自己会如何解释,以及这些原则又如何实施于具体案件中的任何信息。法官对法律的解读还受到宪法整体性的约束,法官不可以用他们自己的信仰来对宪法做出诠释,不管这种判断是多么符合他们的意志。不过,与德沃金有所不同的是,卢曼不像德沃金那样借助一种“道德基础”论证法律的连续性和一致性。在卢曼那里,因为法律系统的悖论性存在,所以法律的未来是不确定的。法官做出法律裁决并没有一个基础性的道德保证,真正保证法律一致性的是法律在历史演化中凝结出来的“意义”和“形式”。而且,这些意义和形式也是处于变动不居的状态,也是表现为偶在性的外貌。所以,在德沃金还在追求“唯一确定答案”的时候,卢曼只是说,法庭的判决只不过是寻找功能等价物,这些功能等价物的可能性空间受到了系统历史成就的约束,但是法官最后从这些功能等价物中究竟挑选了哪一个作为裁决的依据,那是一个偶在的结果。

卢曼不同于德沃金的地方还在于,卢曼强调的是法律系统“非人”的客观性结构的自我操作,而德沃金则把维持法律稳定性的责任转移给作为个人的法官。虽然德沃金也看到了在法律原则和宪法背后是一些结构性的力量在制约法官的司法活动,但是德沃金最终还是陷入了对“海格力斯”式的万能法官的空洞呼唤中。德沃金把维持法律系统稳定性和确定性的希望寄托在孤独的充满个人英雄主义精神的法官之上,这无疑忽略了现代社会中法律作为一种制度从社会分化出来后所具有的脱离具体人格的客观性。难怪当哈贝马斯对德沃金的理论提出异议时,他指出:“这些异议的前提,是这个理论的作者是单数的,亦即把赫拉克勒斯当作典范的那个现任法官。”^[33]因此,德沃金得出的结论只能是把法律确定性奠基于法官个人的神性之上。哈贝马斯认为,在德沃金那里,“法官既由于其专业知识技能也因为其个人德性而极为够格作为公民的代表来确保法律共同体的完整性。”^[34]哈贝马斯借用了米歇尔曼对德沃金的批评:“德沃金创造了一个听诉判决活动的

[30] Niklas Luhmann, *Theories of distinction: redescribing the descriptions of modernity* (Calif.: Stanford University Press, 2002).

[31] 参见前注[18], Gunther Teubner 书, 第 377 页。

[32] [美]德沃金:《自由的法:对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社 2001 年版,第 12 页。

[33] 参见前注[9],哈贝马斯书,第 273 页。

[34] 参见前注[9],哈贝马斯书,第 274 页。

完美典型，却没有注意到受理上诉的法官席的那个可能是最普遍引人注目的制度特征：它的多数性。”^[35]当然，哈贝马斯也看到了德沃金整体性解释理论的另一副面孔，他认为，正是“整全性”（integration）这个视角使得德沃金的故事主角赫拉克勒斯摆脱了独白式的孤独性质，德沃金像帕森斯一样，把法律也看作是整合的手段。这样，德沃金就摇摆于孤独的个人和社会结构的两难困境之间，所以，德沃金的法律解释理论具有不稳定的两面性。卢曼的法律自创生理论恰好通过悖论式的系统观察摆脱了这个两难处境。卢曼把法律看成是既具有通过形式和意义所保持的连续性和确定性，又具有由于面向将来的不连续性和不确定性，法律系统正是在连续性和不连续性、确定性和不确定性的悖论关系中促发自己新的沟通操作。而且，法律系统的自我生产机制是“非人的”。虽然法律决定需要作为具体个人的法官的决策，但是，一旦法官进入司法角色的时候，法官就进入了法律沟通的社会性网络。法官的人身性特征必须经过法律系统的重新识别，法官的个性特征或者法官的意识系统只不过是法律系统的一个环境因素。对于法律系统来说，来自意识系统的信息仅仅是一些外部刺激，如果要变成法律内部沟通的一个成分，那还要经过法律系统的承认环节。所以，法律现实主义地把法律还原为心理过程的路向，就根本没有看到法律系统自身的“非人”的结构因素。^[36]

四、悖论的隐藏和展开

以上我们讨论了悖论如何导致法律自创生的机制，托依布纳曾经对这个机制进行了分解，并展开成四个步骤：悖论化——去悖论——社会学化悖论——悖论的回归和重新隐藏。^[37]下面，我们试图依据托依布纳的逻辑去看待悖论推动法律系统自创生的力学机制。

（一）法律系统的悖论化。卢曼通过法律的自我指涉悖论看到了什么呢？是法律创造虚构空间的能力。从一开始，法律系统就必须使自身处于悖论化的状态，即法律的合法性只能追溯到法律自身，一个法律决定不可能通过指向政治、经济、道德、宗教或者审美等来证明自身的合法性。在谈到为什么卢曼会认为法律需要制造迷惑自身的幻觉时，托依布纳说：“在（法律性的）对与错的区分背后，他发现了法律的基本悖论和日常法律决定中的悖论，并追问幻觉语境的社会意义，在这个幻觉中，尽管法律符码明显是人造的，但是已经维持了惊人的稳定性，虽然法律纲要的去悖论形式不断平稳地变化。”^[38]在卢曼的问题框架中，他既要摆脱法律系统自我指涉的形式空洞性，又要避免单纯指向外部的他我指涉（other-reference）的实质盲目性。^[39]通过揭示法律既在自身中循

[35] 参见前注[9]，哈贝马斯书，第275页。

[36] 现代社会秩序的非人身性已经被很多思想家观察到，参见[法]利奥塔：《非人》，罗国译，商务印书馆2000年版。维特根斯坦对私人语言的反对，胡塞尔对心理主义的批判，虽然其间的理论旨趣差异很大，但是共同的一点是他们都对简单还原论进行了批评。当黑格尔说真理是科学的体系时，他的意思是，像社会秩序这样的具有整体涌现性的东西，不能还原为构成整体的单元（个人），卢曼的贡献之一就在于把法官的心理活动和法律秩序的自我创生过程分离开来。参见[德]黑格尔：《精神现象学》，贺麟、王玖兴译，商务印书馆1979年版，序言部分。

[37] Gunther Teubner, “Dealing with Paradoxes of Law: ‘Derrida, Luhmann, Wiethölter’”, in: Oren Perez and Gunther Teubner (eds.), *Paradoxes and Inconsistencies in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp. 41-64.

[38] 同上注，Gunther Teubner文，第50页。

[39] 这里改写了考夫曼的一句名言：“没有诠释学的分析学是空洞的，没有分析学的诠释学是盲目的”，参见[德]阿图尔·考夫曼和温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2001年版，第129页。

环又衔接到外部世界这个悖论,卢曼唤起了法律是否以及如何对世界进行正当化处理的规范性问题。

我们可以举出一个通过法律悖论化制造幻觉的例子。当一个法官在审理案件时,法官必然要遵循既有的制定法、判例以及程序条件以进行法律人的思考,这个思考必须收敛在对法律的合法性信念上。如果法官认为自己做出的决定所依据的法律是非法的,那就不可能做出一个有约束力的决定。^[40]正如哈特所认为的那样,官员对法律的忠诚是法治成立的条件,他说:“一个法律制度是存在的这种论断是一个两面性的说法,它既期望普遍共鸣的服从,又期望法官把第二性规则作为公务行为的共同标准来接受。”^[41]第二性的规则包括承认规则、改变规则和审判规则,法官对第二性规则的忠诚被哈特描述为内在的观点。哈特认为,比起普通公民对第一性规则的服从,法官对第二性规则的忠诚是法治更为基本的保障,“在极端情况下,内在观点及其特有的对法律语言的规范用法——‘这是一个有效的规则’——可能仅限于官方世界”。^[42]卢曼与哈特在“法律就是法律”这个套套逻辑的论断上达成了共识,如果一个法律秩序要存在,法官就必须相信他所依据的法律是合法的,这就是法律的幻觉,法官只能在合法/非法区分的“合法”这一面对案件是否合法做出决定。

(二) 法律系统的去悖论。托依布纳看到,由于每个区分可以悖论化,并带来瘫痪思想和决定的后果,这也激发了去悖论的反作用力,并变成了悖论的生产性结果。他说:“卢曼认为,法律首先通过把危险的悖论转换为无害的差异,通过一个条件化在法律的对与错之间的无限摆荡,到达了自创生系统的形式,实际上,是把悖论技术性纳入可纲要化的二元符码。”^[43]托依布纳在这里所指的去悖论的技术,就是卢曼关于把法律指涉世界的悖论转换成规范性冲突决定的理论。去悖论的关键是把合法/非法的区分条件化,即引入“如果……那么”的条件纲要,然后就能把二元符码的一边(合法或非法)分配给条件纲要。“如果”指向的是外部世界的事实,“那么”则指向法律系统内部,法律系统需要不断面临新的事实以重新分配合法/非法的二元符码,这样,法律系统就在自己的幻觉中看到了世界的“真相”,也就是实现了法律系统的去悖论。

(三) 法律系统的社会化悖论。这里的关键之点在于选择执行去悖论的观察者,卢曼选择了社会沟通,而不是个人决定。当卢曼把视线投放在法律中的社会冲突时,法律系统就是观察者,并以“再入”(re-entry)的形式把法律与社会的对立内在化。这里的奥妙在于,当社会冲突被改写为法律规范或法律论证理由的冲突时,法律内部的冲突已经不再是对社会冲突的忠实再现,法律冲突的解决方式遵循的是自身内部的逻辑,所以法律并非是对社会进行直白的转述,而是一种自言自语的独白,不过这种自言自语又离不开社会冲突提供的剧情。

这里可以把卢曼的思想与德里达进行比较。在希腊哲学中的逻各斯中心主义(英美国家称为本质主义)传统认为,语音可以反映存在,而文字又反映着语音,而且语音高于文字。德里达运用后结构主义思想反对这种语音中心的逻各斯主义。他认为,从语音到文本的转换,是一种结构转换。受索绪尔影响,德里达认为文本的意义是受结构的限制,语音和文本所对应的不同结构使得文本与语音之间不再是相互反映的关系,语音和文本在各自的结构关系中具有独立的意义。^[44]卢

[40] 本文作者曾经对一些资深法官就法官的法律信念问题进行访谈,他们大都认为,在对一个案件做出决定时,他们几乎都是不假思索地认为应该在法律许可的幅度内进行司法裁量,这种对法律的忠诚给本文作者留下了深刻的印象。由此可以做出一个判断,中国当代的法律正在逐渐演化为对法官有约束力的规范内容。

[41] [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1999年版,第116页。

[42] 同上注,哈特书,第117页。

[43] 参见前注[37],Gunther Teubner书,第58页。

[44] [法]德里达:《论文字学》,汪堂家译,上海译文出版社1999年版,第15页。

曼与德里达有类似的想法，他认为法律系统中的冲突与社会其他子系统中的冲突（政治冲突、经济冲突或宗教冲突）是不同结构关系中的冲突，各自具有独立性。卢曼不同于德里达的地方在于，德里达把不同文本结构之间的差异绝对化，这样就可能斩断了法律与社会的联系，而卢曼则认为虽然社会冲突不同于法律冲突，但是，没有社会冲突，也就不能在法律系统内部激发出法律冲突，所以法律冲突依存于其他社会子系统中的冲突。

（四）法律悖论的回归和重新隐藏。法律系统论认为，在社会结构和语义学之间的关联上，当社会结构的变迁摧毁了语义学时，那就是社会灾变（突变）到来了。今天，功能分化的基础性结构变迁已经摧毁了老欧洲的语义学，即使最激动人心的后现代多元语义学也只能看成是对于社会自我描述的不安寻求。持续重复摧毁和重建的历史节奏正在敲响：悖论化激发了对于新的社会区分的寻求，反过来，在特殊条件下，新的社会区分又被再次抛回到悖论之中。但是，什么条件决定了法律悖论的递归性启示和遮蔽？卢曼的社会系统理论指出了两个条件：社会问题的压力以及沟通仿真（communicative plausibility）。在社会问题的压力下，新的差异可以替代旧的差异，法律系统的仿真性可以使法律把这些不断变化的社会压力转变成法律沟通，即，与法律内部的其他有效区分兼容。卢曼仅仅关注来自社会问题的压力和记录仿真性的法律系统理论，这里隐藏的含义是，卢曼不再为法律的正义性寻找一个基础，因为，无论是社会压力还是法律系统结构的仿真结构，在时间维度和社会维度上都是偶在性的，没有一个可以指涉的最高“理念”，所以，托依布纳认为卢曼的自创生理论很“酷”（cool）。〔45〕

托依布纳因此批评了鲁道夫·维特赫尔特（Rudolf Wiethölter），虽然维特赫尔特也发现了法律与社会的悖论性关系，但是他陷入了在对当代社会去悖论的充分条件的追求上。为了评价“去悖论”，维特赫尔特把系统理论也看成是至今最前沿的社会理论，但是，在社会压力和仿真性背后，他热情洋溢地寻找它们的条件，那些条件是不断翻新的，他把它们命名为“法律的剩余价值”、司法能动主义的“因素 X”或者“作为法律的非法律”——这就是说，维特赫尔特还是倔强地希望能给卢曼的法律系统偶在性装上保险。对于维特赫尔特这种为偶然性寻找基础的徒劳，托依布纳的批评是：“卢曼问的是法律对于环境的正义，他没有问法律对于世界的正义。”〔46〕根据卢曼的法律系统，法律拥有作为偶在性公式的正义概念，但不是一个超验公式，换句话说，法律有自身的正义，那就是“同样情况同样处理”，但是这个公式的内容却是随着时间变异的。现代实证法已经抛弃了自然法那种不变的基础，所以卢曼会说：“无须惊讶，对于当代一直存在的法律悖论这个前提，我们关于‘权利保护’（保证主观权利）和‘制度保护’（现世的、实质的和社会基础结构的保证）的法律语义学既不是维持‘善’也不是维持‘正义’（概而言之，法律中的法律冲突是在法律和非法律之间的冲突上决定的）。”〔47〕

余 论

以上对法律的自创生理论给予了描述，那么，法律自创生理论给法学理论带来了哪些冲击呢？自创生理论包含了丰富的理论创新，这对于重新勘定法学和法律社会学的知识地图提供了难得的契机——自创生理论的出现甚至被看成是法律理论的范式转型。法律自创生理论获得如此推崇，

〔45〕 参见前注〔37〕，Gunther Teubner 书，第 41 页。

〔46〕 参见前注〔37〕，Gunther Teubner 书，第 46 页。

〔47〕 参见前注〔37〕，Gunther Teubner 书，第 52 页。

是因为这个理论具有如下三个特征：

(一) 法律自创生的力学机制是自我指涉或“自我正当化”，即 A 和 -A 互为因果，合法与非法互为因果的悖论。法律系统论认为，法律自创生背后秘而不宣的机制是递归性的自我指涉悖论。法律悖论当然可以呈现为矛盾，但是卢曼认为悖论具有更加复杂的结构。一方面，法律冲突是不同的有效性主张之间的矛盾；要么 A 要么 -A，要么法律要么非法律，要么规范要么其他，要么一种社会模式要么其他社会模式；另一方面，法律自身决定自身，当我们追问“法律自身是合法的吗？”，即“法官对冲突所给予的合法/非法裁决是合法/非法的吗？”时，我们就看到合法与非法互为因果，相互纠缠。

(二) 法律悖论导致了法律决定的不确定性。与德沃金那种试图在司法活动中消除不确定性，追求“唯一正确答案”的“整体性解释”不同，^[48]卢曼认为一个法律决定面对着各种可能的结果。在卢曼看来，对冲突的处理总是存在着可以做出不同决定的可能性，我们不能通过决定避开在合法/非法两极之间的摆荡，因为每个决定又重新设置了自我指涉的循环。从原则上说，法律对于冲突是不可决定的。法律悖论的结果就是造成冲突解决过程的瘫痪，这就是为什么悖论通常既是被嘲讽又是遭到禁忌的。但是，悖论是可以而且必须隐藏的，法官只有看不到悖论才能做出决定。所以，下级法院的法官在做出一个决定时，他肯定相信自己所做决定的合法性，不然这个法官无法做出任何决定，但是，对于上级法院来说，任何被上诉的案件都存在着改判的可能性，也就是说，下级法院的判决其实是偶在的。

(三) 由于法律悖论的存在，法律决定不只是消除了冲突，而且法律决定也产生冲突。这里我们可以考虑一个当事人向法院请求判决对方履约的案件，为了做出相应的法律决定，需要针对冲突的标准进行论证，这些标准包括管辖地和诉讼资格等程序性条件。双方当事人不仅会对履约标的物、履约时间以及履约地点进行辩论，而且还会涉及对管辖地和诉讼资格的辩论。管辖地和诉讼资格其实并没有包含在当事人事先的冲突中，正是由于诉诸法律，在把经济冲突转换为法律冲突之后，我们看到，由于法律的介入，产生了更多的冲突。法律冲突不仅产生了一致，而且产生了新的冲突，这是由于法律的悖论必然造成的结果。由于法律必须把社会冲突翻译成法律系统内部的冲突，这会带来新的矛盾和不一致。但是，正如卢曼看到的那样，悖论不是必须被连根拔出的逻辑错误。悖论代替了超验主体的位置，悖论所展示的是法律系统面对环境刺激做出反应的沟通偶在性，传统法学中的“大写”正义被法律自创生理论关于法律系统内部自我指涉的小写正义所替代。

从法律自创生理论的以上三个特征可以看出，由卢曼原创并由托依布纳继承的这个理论颠覆了传统法学的许多核心观点。在法律的自因果性、法律的不确定性以及法律的冲突性这些重大的法律理论问题上，法律自创生理论给出了极富挑战性和启发性的解决思路，这也正是系统论进路的法律社会学的魅力所在。

(责任编辑：顾祝轩)

[48] Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986).