

冗余和遵循先例： 系统论的考察及启示

刘 涛*

目次

- 一、问题的提出
- 二、冗余概念的系统理论意涵
 - (一) 冗余及其相关概念的系统理论定义
 - (二) 系统沟通的限制条件
- 三、系统冗余与遵循先例
- 四、司法、冗余和社会变迁：遵循先例规则的启示
- 五、结语

摘要 遵循先例规则是作为系统的法律进行运作的一种自我指涉方式。系统理论维度下对遵循先例规则的考察说明了这一法律制度并不是只属于“普通法”的传统，而是解决社会系统沟通如何可能的制度设计。法律论证是系统产生冗余并产生有效沟通的机制，冗余和多样性之间的紧张关系其实是包括遵循先例在内的司法制度“有意”制造的区分。通过区分沟通才能实现。对系统论下冗余和遵循先例的考察能够有力论战对司法论证仅是解释者意识体现的论断。更为重要的是，在系统论冗余理念下，我们能够发现我国的司法改革面临如何应对系统内部沟通互动与整合与系统外部环境结构耦合两个维度的挑战和机遇。系统理论为司法与社会变迁的共振提供了一条新的解释路径。

关键词 冗余 遵循先例 系统理论 司法改革 沟通

一、问题的提出

遵循先例是英美法系法律论证(legal argumentation)的基本模式。在英美法的司法实践中，遵循先例规则保证了司法作为系统的一致性和法律之内的正义实现的制度可能。遵循先例规则

* 南京师范大学法学院博士研究生。

的演进历史证明了这项制度的实践理性和制度逻辑。在文献中,对遵循先例规则理论上有不同的解释维度,这一具有神秘色彩的制度在法律理论研究中如同这项制度本身一样也具有持久的生命力。有的学者通过法律人类学考察遵循先例规则及其背后的制度逻辑,并认为遵循先例展示了一幅特殊的历史图景。他们认为普通法的司法过程具有特殊的意涵,法院的司法裁判意见蕴含着一种独特和原创的思维过程。在普通法特殊的结构内遵循先例规则被充分理解。对遵循先例规则唯一科学的分析模式只存在于人类学或民族志的研究中;〔1〕有的法学理论将以遵循先例为原则的法律演进过程当成是一种法律惯习主义的体现。〔2〕当然除了给予遵循先例规则溢美之词,也有学者从社会利益和社会现实的角度对遵循先例规则下的法律论证进行了重构,并对惯习主义提出了批判。〔3〕20世纪诞生的批判主义法学更对遵循先例规则代表的法律正义观提出了强烈的怀疑。〔4〕本文关注的并不是这些对遵循先例法律论证模式批判的具体观点,而是思考这样一个问题:法官为什么会遵循先例?如果仅仅是因为惯习,那么法官不这么做会有什么样的后果?惯习(convention)并不具有义务(obligation)的性质,〔5〕法官也不会因为不遵守惯习而受到正式的惩罚。律师希望法官按照法律判决案件,律师更希望在法律判决的过程中法官会考虑其代表的当事人的利益诉求。同样,法官需要考虑诉讼两造的利益诉求并做出选择,给出法律论证(理由)。但是,我们不能得出律师的诉求只能通过遵循先例的惯习得到满足,法官可以也能够放弃这种惯习而仍然在司法过程中给出合理(rational)的判决意见。那么,遵循先例规则在法律系统中存在的逻辑是什么?如果惯习的解释路径不能完全解释给予遵循先例的法律论证对于司法过程参与者的意义,我们则需要通过其他途径来寻找。

法律论证需要解决的是法官行为的义务性指引问题。〔6〕“先例获得了针对法官的某种强制性。”〔7〕换言之,我们在探讨法律论证的必要性时需要回答为什么法官需要按照遵循先例的规则来进行司法活动。就算遵循先例规则在人类制度史中的生命力证明了其具有解决这一问题的能力,我们也需要对法律文化主义给出的原因提出质疑。法官依据法律裁判的义务不仅仅是普通法系的特点,而是对现代法律系统的普遍要求。遵循先例规则只是法律系统这一普遍规则(义务)的一种表现形式。文献中对遵循先例规则的解释没有能够回答普通法的“特殊性”,而只是用惯习解释了遵循先例的“特殊性”,这无异于同语反复。更为关键的问题是,对遵循先例的通常理解回避了对“法官依法裁判义务”这一关乎司法本质问题的回答。

本文将在上述文献的基础上从法律系统理论(systems theory)的角度对遵循先例进行一种法律社会理论的解释。通过借助系统理论的分析,我们会发现遵循先例规则的制度逻辑在于解决沟通问题,特别是解决司法这一不具有等级命令结构的领域中如何产生一致性和义务性的社会沟

〔1〕 参见 Herman Oliphant, “A Return to Stare Decisis”, 14 ABAJ 71 (1928); Alexander M. Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics* (Yale University Press, 1986); Roscoe Pound, “Common Law and Legislation”, 21(6) Harvard Law Review 383 - 407 (1908).

〔2〕 参见 Noel B. Reynolds, “Law as Convention”, 2(1) Ratio Juris 105 - 120 (1989).

〔3〕 参见 Benjamin Cardozo, et al., *The Nature of The Judicial Process* (Quid Pro Books, 2010); Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law* (The Floating Press, 2009).

〔4〕 参见 Roberto Mangabeira Unger, *Law in Modern Society* (Simon and Schuster, 1977).

〔5〕 这一点哈特曾经在《法律的概念》中做过区分,参见 Herbert Lionel Adolphus Hart, *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2012).

〔6〕 有关法官裁判的义务(compulsory decision)与法律运作以及法律自我描述的关系的一般论述,可参见 Richard Nobles, and David Schiff, *A Sociology of Jurisprudence* (Bloomsbury Publishing, 2006), p.14.

〔7〕 泮伟江:《一个普通法的故事:英格兰政体的奥秘》,广西师范大学出版社2015年版,第63页。

通。本文将论证遵循先例的制度逻辑并不限于普通法系,更不是普通法的“文化传统”。〔8〕在系统理论维度中,先例规则是系统冗余(redundancy)的反映,而系统冗余的出现是为了回应系统环境(environment)中多样性(variety)对系统运作的威胁。但是,系统冗余与系统多样性之间并不是互斥的关系,而是维系系统不断革新和演化的基本区分(distinction)。系统理论对法律系统演化的描述说明了作为解决司法裁判义务出现的遵循先例规则的制度意义。在此基础上,我们将对现有文献中有关法律系统论批判进行一定的回应,并结合冗余理论所具有的理论运用空间,对我们司法改革中显现的司法系统与社会系统沟通与互动的面向在系统理论下进行考察。我们希望通过从遵循先例规则的系统论维度下逐步展开,将法律运作的社会结构因素进行分析,并最终回到我国的司法实践中,将系统理论对司法过程的分析扩展到一些新的问题中,从而丰富我们对司法理论和现实操作的思考。

二、冗余概念的系统理论意涵

(一) 冗余及其相关概念的系统理论定义

系统理论认为系统是构成现代社会功能分化的基本结构之一。现代社会的功能分化以系统运作(system operation)为基本模式。系统是社会沟通产生的场域,也是社会意义(meaning)的生成机制。现代社会秩序通过不同的功能分化子系统(functional differentiated subsystem)的自创生(autopoiesis)结构予以维持。社会秩序依赖于社会子系统的自治以及系统与环境(environment)的共同演化与结构耦合(structural coupling)。个体(individual)不是系统的组成部分,但个体可以进入不同的社会子系统产生具有不同系统符码(code)意义的社会沟通,从而简化现代社会的复杂性与偶在性。法律系统便是现代社会中众多社会子系统之一,其功能在于简化社会期望,并产生一致性一般化的规范期望。法律是由规范组成的,规范封闭(normative closure)是法律形成自治与自创生的途径。法律运作依赖于规范,规范运作以司法中的法律论证形式展开,法律论证进而会产生系统的冗余(contingency)与系统的多样性(variety)。对于维持系统不断沟通可能并进而减少进入系统事件的复杂性,由法律论证产生的系统冗余和系统多样性对于系统的独特功能(exclusive function)维持具有重要意义。

这里需要对概念做进一步的界定。在系统理论中,冗余是指那些在系统沟通中不属于新的成分的沟通组成部分。〔9〕如果沟通产生的是系统已有的部分,那些已有的沟通就被称为系统冗余。〔10〕冗余是系统沟通的记忆。多样性是与冗余对应的概念。多样性是指系统运作中存在的可能被系统识别的运作的数量与种类。〔11〕多样性是系统对未曾接触的信息传递可能性的描述。与冗余和多样性相关的概念是系统的“信息”(information)。沟通产生的未曾有过的成分被称为信

〔8〕有关遵循先例与规则适用(rule application)在大陆法与普通法之下的相似性的哲学分析,可参见 Peter Winch, *The Idea of A Social Science and Its Relation to Philosophy* (Routledge, 2008), chapter 3 and Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law* (Vol. 10) (Yale University Press, 1954), chapter 3.

〔9〕参见 Niklas Luhmann, Klaus A. Ziegert, and Fatima Kastner, *Law as A Social System* (Oxford University Press, 2004), pp.35 - 36.

〔10〕参见 Niklas Luhmann, “Legal argumentation: an analysis of its form”, 58(3) *The Modern Law Review* 291 (1995).

〔11〕See Niklas Luhmann, Klaus A. Ziegert, and Fatima Kastner, *supra* note [9], at 320.

息(information)。^[12] 信息是一种无法被接受者预测的信号内容,它是一种关乎可能性的概念(probability concept)。那些存留在系统沟通中的记忆是冗余,那些不确定和流变的则是系统的信息。在系统理论维度下,信息是多样性的沟通呈现,信息是多样性最终实现的状态。多样性仍然是对系统不同沟通可能性的描述,而信息则是已经经过系统处理的沟通形态(尽管对于系统而言信息并不一定都属于“有用的”)。冗余和多样性、冗余和信息产生了概念的相对性。系统沟通产生的冗余越多,系统受到多样性的影响就越小。冗余的形成是为了降低系统个别运作过程中遇到的不可预料(surprise)。^[13] 相似地,一个被给定的信号(冗余)传递可能性越大,事实上通过此种传递获取的信息就越少。^[14]

系统沟通的意义(meaning)^[15] 通过区分冗余与信息而产生。系统沟通中产生的信息对于系统而言是新的因素。不过为了使得一种沟通能够提供信息,其他的系统沟通必须保持原状(冗余)。冗余是信息产生的必要基础。在社会生活中我们几乎无时不在经历冗余与信息的转换,也正是由于这种经验的普遍性使得我们一般不易察觉它们的存在。时间(系统)就是一个很好的例证。当我们得知时间是七点半的时候这条信息对我们产生意义的基础是这样的冗余结构:我们知道时间是以六十分钟为一小时计算的。时间表(timetable)是一种更为精确的信息传递。而这些系统意义的产生依赖于有限的计算时间的方式(冗余)。通过系统标准的设定(standard arrangement),系统的信息和冗余能够被使用者更好地区分。^[16]

信息和冗余的区分说明了系统信息是如何通过一个具体的系统沟通产生的。冗余和多样性的区别则是对那些系统潜在信息的描述:在系统沟通基础(冗余)保持不变的情况下,潜在的新信息在多大程度上可以通过系统沟通予以产生?在上述时间系统的例证中,时间表中的任何时间都可以成为潜在的系统沟通,因此多样性存在多种可能。然而,要实现成功的系统沟通(successful),并不是所有可能性都会变成事实上的系统沟通。

系统理论中的上述概念同样适用于对法律系统自创生的描述。正如有的学者所言,法律系统理论中的重要概念“自创生”可以通过冗余和多样性这组概念予以解读:系统的自创生是指系统在受到外部挑战的情况下依然具有自我创新的能力。自创生的一个重要含义就是系统自己生产自己的元素、结构、符码纲要和边界等。法律系统既不会因为喜新厌旧而完全抛弃冗余的确定性,也不会固步自封地驱逐多样性带来的不确定性。系统的“涌现”(emerge)是指在冗余和多样性之间不断跨越边界的自我再生产(self-reproduction),而不是系统自我满足的封闭活动,这就是系统的“自创生”。^[17]

因此我们看到一个可以维持沟通的法律系统必然产生系统的冗余、多样性的涌现和信息的传

[12] See Niklas Luhmann, *supra* note [10], at 291.

[13] 参见 Niklas Luhmann, et al., “Law As a Social System”, *Nw. U. L. Rev.* 144 (2008).

[14] 参见 Martin Shapiro, “Toward a Theory of ‘Stare Decisis’”, *The Journal of Legal Studies* 125 (1972).

[15] 社会系统理论承继了韦伯描述社会学(descriptive sociology)对社会行为意义的关注。对人类活动的意义的研究是社会学研究的重要分支和对实证研究的关键补充。参见 H. Chang, *Chinese Intellectuals in Crisis: Search for order and meaning (1890 - 1911)* (Berkeley and London: University of California Press, 1987), p.8. 人类行动不再被描述为本体性的自然特征,而是通过“意义”来定义,因此行动被理解为一些必须通过行动主体来确认的内容。参见[德] 卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海人民出版社2013年版,第59页。

[16] 参见 Richard Nobles, and David Schiff, *Observing Law Through Systems Theory* (Bloomsbury Publishing, 2012), pp.74 - 75.

[17] 参见宾凯:《社会系统论对法律论证的二阶观察》,载《华东政法大学学报》2011年第6期,第7页。

递。只是在不同的法律系统中相关系统部分的组成模式不同,系统冗余的程度、多样性介入系统观察的程度以及信息传递的数量也因此有所不同。以多样性和冗余的关系为例,系统的多样性和冗余的相对程度与系统和环境的关系紧密相连。一种产生高度多样性的法律文化^[18](包括与之相应的法律论证模式),也就是那些强调个案特殊性和对使用诸如比例原则、利益衡量原则进行的法律论证将会对环境和其他社会子系统保持高度的认知开放(cognitive open)。相反,如果我们面对的是一个“严格”的法律系统(产生高度的系统冗余),这样的法律系统将会保持自身而不论其法律论证和司法过程的社会结果将会是怎样的,这样的法律系统将会对那些开放式(elastic)的系统媒介(如金钱、政治权力等)保持高度的警觉,并且将这种环境因素转化并限制在法系统内部。^[19]因此,有学者认为,相比于公法,私法文化中的法律沟通对想介入其中的环境因素(多样性)而言更为严格,私法系统对法律关系与法律权利(冗余)的界定相对于公法领域而言更少受到政策因素的影响,法律论证学说易在私法领域发达。^[20]

通过上述系统理论的描述,法律运作中的论证(argument)成为连接系统冗余、系统多样性和系统信息的沟通模式。如前所述,法律论证关乎系统与环境间的结构,也与系统内部沟通规则的建立和维持相关。在系统理论维度中,法律论证理论的出现意在法律系统的“多样性危机”(variety crisis)予以制约,并重建法律系统合适的(adequate)冗余。^[21]冗余、多样性和信息之间的关系是危险的,也是历史的。相对于法律制度的发展史,在卢曼看来,冗余、多样性和信息之间关系的历史转变和发展更显著地重塑了法律对其环境的适应,也就是法律作为历史产物的演进过程。^[22]而法律论证的不同模式成为上述概念在法律演进中关系的不同外在表现形式。在进入对遵循先例的法律论证模式的系统理论分析前,我们需要对制约冗余、多样性以及信息生成模式的系统结构做出分析。系统理论维度中对上述概念及其制约因素的分析同样适用于对法律系统与法律论证的分析。

(二) 系统沟通的限制条件

通过沟通产生的新信息如果能够存留在系统中,信息便成为新的冗余。虽然我们认为信息可以在任意的系统冗余基础上产生并成为系统新的冗余,并进而改变系统现有的冗余容量和种类,但是在任何一次系统沟通中新产生的信息并不能够挑战和解构形成这次沟通的系统现存冗余:信息通过系统沟通成为系统冗余的范围是受限制的。从信息走向系统冗余的过程中,新的冗余必须建立在已存的系统冗余基础上。只有在这样的基础之上,挑战系统现有冗余的信息沟通才可能产生。系统新的冗余产生过程是系统的演化历程。

因此,冗余概念本身便是对系统沟通可能性的限制:我们必须使用冗余去产生系统的信息,而抛弃现有系统冗余的运作选择则是极其危险和代价高昂的。在时间系统的例证中,如果改变时间系统的冗余(一小时不再以六十分钟计算),那么新产生的系统信息将不会产生太多系统意义(“没用”的信息)。即使是抛弃现有系统沟通模式的信息传递也必须依赖(新产生的)冗余。当然,这种情况在系统沟通中出现的概率是非常小的,因为系统结构的全面革新不仅意味着系统将承受制造

[18] 法律文化主义是本文批判的理论,这里为了与相关文献的概念使用相符,特使用法律文化的概念,这并不代表本文赞同对法律系统做一种文化概念理解。

[19] See Niklas Luhmann, et al., supra note [13], at 144.

[20] 参见 Michael King, and Christopher J. Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law* (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2003), p.46.

[21] See Michael King, and Christopher J. Thornhill, supra note [20], at 50.

[22] See Niklas Luhmann, Klaus A. Ziegert, and Fatima Kastner, supra note [9], at 322.

新冗余形成方式的压力和成本,而且人们不能保证新的冗余产生方式就一定会成功,功能系统则有可能在这种革新中面临消失的危险。

为了实现信息的沟通,在社会沟通领域中的人们必须使用系统现存的沟通冗余。作为个体,人们在没有应用冗余的情况下无法进行成功的沟通。当然,人们可以在交往中选择创造新的沟通规则。但是,这种系统沟通革新并不是没有代价的。不仅这些个体需要使用现有的社会系统冗余去实现新的语言(沟通)规则,而且这些新的语言规则(信息)的适用必须首先与其他个体产生沟通基础。新的沟通方式的产生在社会系统维度内必须牵涉大量的个体才能形成,如何诱导和激励个体改变已有的沟通方式而采纳新的系统冗余,并且使得个体之间“自动地”形成共识,这无疑是需要付出巨大成本的,并且我们无法保证这种系统革新的成功率。

在社会沟通系统中考察冗余、多样性和信息之间的系统限制还需要考虑系统理论对现代社会的基本假定。在现代社会功能子系统不断分化的条件下,我们发现冗余会对系统维度下的潜在沟通产生比上述一般社会沟通模式下更大的限制。在卢曼系统理论维度下,社会由不同的沟通系统组成。卢曼系统理论下的社会沟通的形成不仅意味着冗余是产生(系统)信息的必要条件,也意味着冗余对于不同的社会功能子系统而言是不同的。易言之,冗余是系统特定的(system-specific)。例如,有关药品的沟通及其冗余的形成在科学系统中的生成机制与在媒体评价(沟通)或政治决策的生成机制中就是不同的。卢曼系统理论对社会功能子系统的定位不仅意味着系统冗余的产生是特定的,也意味着在新的系统特定的沟通产生过程中,对冗余的使用也是系统特定的。^[23]

因此,在诸多限制条件下的现代社会系统沟通的成功(success)意味着利用系统冗余对信息予以处理。如前所述在系统理论维度下的冗余是系统特定的。这虽然并不意味着社会个体的沟通完全由系统运作决定,但这确实意味着行动者的沟通方式和沟通内容将会受到系统运作模式的极大限制。^[24] 系统理论为我们提供了一种描述社会沟通与行动者关系的维度。如果行动者被激励而产生沟通,这种沟通的方式将会与他参与的系统活动息息相关。在系统理论中,系统的冗余和多样性是给定的(given)。社会行动者需要首先学会如何识别系统冗余,并尝试通过系统特定的冗余来构建新的沟通。反过来说,如果行动者无法正确识别系统冗余,他们希望达成的系统运作也就面临失败的风险。

因此,对冗余和多样性(包括信息)的区分意味着新的系统特定沟通产生的可能。这一区分也能够帮助我们描述新的信息生成过程。卢曼系统理论下的冗余与多样性的区分是描述社会系统演化的重要媒介(medium)。而且,如果我们认识到沟通是系统特定的(因此系统能够形成新沟通的可能也是系统特定的),我们也必须认识到对社会行动者而言思想和感情的表达程度在各社会功能系统之间是存在差异的,甚至在系统内部也存在程度上的差异。这样一种认识意味着个体意识与系统沟通之间存在不一致的情况。在这种情况下,我们只能通过行动者的沟通来猜测他们的

[23] See Richard Nobles, and David Schiff, *supra* note [16], at 78.

[24] 法律系统理论研究者托依布纳(Teubner)使用生物学上的个体发生(ontogeny)和种系发生(phylogeny)来说明个体交往(interaction)与系统演化间的关系。在托依布纳看来,个体发生与种系发生的交织与个体和社会(men and society)的关联不大。两者的互动体现在具体法律过程与整体法律系统间。个体发生意义上的认知与学习在司法、立法和行政过程中体现。演化中的变异与选择(variation and selection)通过具体的法律过程充分形成,演化中的保留(retention)限制在具体法律过程留存的记忆。种系发生及由此形成的演化只有在保留机制(mechanism of retention)在社会或社会子系统层面产生影响才能发生。具体法律过程的记忆通过此形成法律教义并进而构成法律系统的记忆。参见 Gunther Teubner, “Evolution of Autopoietic Law”, in his *Autopoietic Law: A new approach to law and society* (Berlin: de Gruyter, 1988), pp.234 - 235.

沟通意图(心理系统的运作)。^[25] 以法律系统为例,沟通以规范的形式呈现。法律系统的沟通意味着行动者对系统的沟通方式(整体法律系统的沟通方式以及特定法律规范的呈现方式)的接受与内化。除此以外,我们无法从法律系统的沟通中看出行动者的其他意图:行动者只是遵循特定的系统运作模式行动。^[26]

经过上述论证我们可以回应本文先前提出的对惯习主义的质疑:在系统理论维度下,惯习(convention)的力量意味着在系统冗余的条件下,什么样的沟通在现时条件下能够实现。对社会惯习的抛弃意味着对特定系统冗余的抛弃,这种抛弃也意味着在实施新的系统运作时,新的沟通模式必须产生,而新的沟通模式则可能有失败的风险。

三、系统冗余与遵循先例

通过上述社会沟通维度下冗余、多样性和信息之间的关系论证和系统沟通由此形成的限制条件我们发现系统冗余的存在其实是社会沟通形成过程中系统“有为之”的一种区分(distinction)。系统通过这种区分限制进入系统的信息和界定沟通产生的系统特定性。这种区分对于现代功能分化系统来说极为重要。这种重要性首先源于区分概念本身的重要性。在卢曼系统理论模式下,创造区分的沟通行为是使社会得以以沟通建立的关键。^[27] 区分是一种表达方式(a gesture),区分是确定和潜在的连续制造,区分的延续预示着未来的可能性。^[28] 这样一来,卢曼将区分概念与其对社会系统的复杂性与偶在性的解释联系在了一起。没有区分,人们只能见到一个尚未被标示(unmarked)的世界。通过区分我们才能简化世界的复杂性,达至系统的功能分化和沟通延续。^[29] 区分对于法律系统而言同样重要。法律通过区分得以被观察者视为一个独立的社会功能系统,并以此来辨别系统与环境。^[30] 因此就法律而言区分极为关键,它是法律系统的自我指涉与他涉(self-reference and external reference)的体现,也就是系统通过每一次运作体现的环境与系统的差别。^[31] 易言之,区分使得法律系统成为一个可以在规范上独立运作的自创生系统。冗余与信息的区分也标示了系统构建自创生模式的方式。因此,在系统理论中,法律论证自然也

[25] 这里也涉及本文后述的沟通不能问题(impossibility to communicate)。在系统理论中,沟通是一种高度“不可能”的事件,它经常导致一定程度的误解。即使两个意识系统在同一时间同一地点相遇,并不能确定它们将克服双重偶在性(double contingency)。参见 Daniel Lee, “The Society of Society: The grand finale of Niklas Luhmann”, 18(2) *Sociological Theory* 320 - 330 (2000).

[26] See Richard Nobles, and David Schiff, *supra* note [16], at 75.

[27] See Michael King, and Christopher J. Thornhill, *supra* note [20], at 13. 我们有必要特别强调卢曼对于运作封闭和因果封闭间的区分。Operational closure 是法律系统内部运作的自我指涉与循环性,而这与因果封闭——也就是系统与环境间不存在任何因果关系——的观念是有很大的不同的。参见杜建荣:《卢曼法社会学理论研究——以法律与社会的关系问题为中心》,法律出版社 2012 年版,第 164 页。

[28] 参见 Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, “Dealing (with) Paradoxes: On law, justice and cheating”, in M. King and C. Thornhill (eds.), *Luhman on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications* (Oxford: Hart, 2005).

[29] 系统理论借鉴了布朗的“形式规则”理论来划定区分,具体可参见 George Spencer Brown, *Laws of Form* (London: Allen & Unwin, 1969). 卢曼不是将焦点集中在对事物本质的理解上,而是寻求观察的本质,以及对区分描绘需要本质的寻找。See Daniel Lee, *supra* note [25], at 320 - 330.

[30] 参见 Andreas Philippopoulos-Mihalopoulos, *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society* (London: Routledge, 2009).

[31] See Niklas Luhmann, Klaus A. Ziegert, and Fatima Kastner, *supra* note [9], at 113.

就成为产生、连接和延续法律系统沟通和自创生的媒介。在上述论证的基础上我们再来考察遵循先例的法律论证模式并从系统理论的角度解释其制度逻辑能够长期延续的原因。

律师在普通法法院进行法律案件诉讼的过程中会对法律规则展开论证。律师会将先例的理解与解释递交法院,这一过程被系统理论称为对系统先前决定的观察(observation)。〔32〕 律师在法律论证的过程中有可能指出当前案件与先例的一致性,也就是说,律师在使用系统冗余进行论证,并通过论证先例与当前案件的一致性表达对系统冗余的遵循。法官在判决中也以“遵循先例”的原则裁判案件。〔33〕 在注重遵循先例(rules of stare decisis)的法律话语体系中,法律系统保有高度的冗余。因此在这样的法律模式中,信息(information)处于较低的位置。法律论证的模式也相应地追求当前案件与先例的符合性。换句话说,在遵循先例的法律论证模式中,最强有力的法律论证是对冗余的重复。在遵循先例的规则指引下,法官的义务是对先例规则(冗余)的传达。法律的话语体系要求律师尽量使用系统冗余(先例规则)而尽量克制规则的创新和改造(信息的产生)。在普通法的运作过程中,信息(法律个案的特殊性)通过先例遵从原则转换为系统冗余。〔34〕

通过遵循先例规则我们也看到法律系统理论中对冗余概念的深层次意涵:法律论证中的冗余或理由具有排除(exclusion)的效果,也就是简化社会事件复杂性的效果。在划定司法裁判论据范围的过程中,法律论证将那些不相关的系统环境因素予以剔除。法律论证过程中呈现的理由(冗余)不仅将环境中的杂音(noise)予以排除,而且也将系统内部制造的不相关因素一并予以排除:绝大多数与当前法律论证无关的(现存的和潜在的)系统沟通将被排除在当下的法律沟通之外。司法的两造对抗模式使得系统对冗余的排除过程变得戏剧化:司法结构中的诉讼主体将会提出论证理由(冗余)对另一方的论证理由(冗余)予以反驳。如果司法过程的裁判者是由合议庭形式组成的,那么判决中还可能出现多数意见(majority opinion)与少数反对意见(dissent)的对峙。对系统理论而言,判决理由不仅是组织论证的运作过程,而且也是对不同系统冗余的判断和排除的过程。法律论证搭建了当前案件与先前的法律系统沟通的关系,但是通过上述考察我们也发现,这种关系的建立是选择性的。〔35〕

上述对普通法论证模式的系统理论阐释也能够说明卢曼描述的再次适用(re-application)的概念。如上所述,法律论证对先前的系统沟通做出了区分,并将这种区分运用到对当前案件的司法适用中,再次适用则是指当前法律论证的沟通结果可能被运用到未来的案件中。再次适用意味着对当前产生的法律系统冗余的再次承认并将其扩展到新的法律事实语境中。通过法律系统的这一重新适用的过程,特别是通过上述普通法司法过程的例证我们看到了法律论证产生的论证理由(冗余)并逐渐成为法律系统的规则(condensed rules),甚至最终成为法律原则的过程。因此在系统理论下,法律概念是对那些成功的系统冗余(凝结的法律系统经验)的指称。〔36〕

尽管冗余对法律论证而言十分重要,但是在卢曼看来,法律系统不能仅靠冗余制造沟通。如果一个系统将所有的信息都转化为系统的冗余,系统将失去对环境的敏感性,也就是说,系统将失

〔32〕 参见 Hugh Baxter, “Autopoiesis and the Relative Autonomy of Law”, 19 Cardozo L. Rev. 43 (1997).

〔33〕 See Martin Shapiro, supra note [14], at 127.

〔34〕 那些具有特殊事实的个案将引起法律系统对其特殊性的关注,并通过法律论证将其转换为法律系统中的冗余。法律系统的沟通可被描述为将信息不断转化为系统冗余的连续过程。See Niklas Luhmann, supra note [10], at 292.

〔35〕 See Hugh Baxter, supra note [32], at 43.

〔36〕 See Hugh Baxter, supra note [32], at 43.

去与环境进行互动,或者说进行结构耦合^[37]的可能性。如果没有结构耦合,则系统将失去改造和创新的机会。因此,结构耦合与系统内部复杂性的结合是系统构建惯常模式(regularities)^[38]以及从喧闹中构建秩序、在多样性中构建冗余的必要条件。^[39]如前所述,冗余只是系统秩序的一面,另一面是系统运作中的多样性(variety)。冗余和多样性是一组相对的概念。系统可呈现的多样性越丰富,系统信息统摄的事件也就越多,系统通过冗余进行运作的难度就越大。冗余和多样性的区分如同系统理论中其他区分组合一样并不是相互排除的。卢曼强调了冗余和多样性都是法律系统运作的条件。用卢曼的话来说,法律系统在运作中必须展现冗余与多样性的“调解”(mediation),也就是法律系统针对环境做出的结构改变(创新)与保持系统结构稳定性(已有法律体系结构的安定性)的平衡。^[40]

上述观点也适用于社会系统与个体心理系统之间的秩序构建。系统沟通不会直接成为个体的思想,不过不通过接触不同的系统沟通(用卢曼的话来说,不通过不断地被系统沟通“刺激”(irritated)),个体也无法成为社会人(a socialized person)。个体的社会化依赖于个体感知(perception)的延续,也就是依赖于系统间的结构耦合以及由此产生的对其他系统的内在理解和惯常模式的建立。对个人心理系统而言就是对社会系统的认知和这种认知不断在心理系统中内化的过程。^[41]以法律系统与个体心理系统的结构耦合来说,进入法律辩论的参与者必须认识到法律系统的内在“冗余”,也就是合法性(legality)对法律符码的建构基础:法律系统对事件进行的合法/非法的符码(binary code)判断。^[42]符码判断下的法律系统论证意味着个体社会化的法律系统维度。在这里我们触及了遵循先例规则成为法律论证义务性规定的核心问题。

四、司法、冗余和社会变迁:遵循先例规则的启示

被“遵循先例”规则组织起来的法律活动强调高度的法律系统冗余和与之相对的低程度的信息传递和生成。如前所述,在判例法司法系统中,法律论证被认为是系统冗余的再现(遵循先例)。法官的职责在于传递冗余。当然案件的事实不可能与先例中的事实完全相符,先例之间也存在不明确和不一致的地方。在遵循先例的规则下,司法过程要求包括律师在内的司法过程参与者必须避免信息的过度产生,并在法律论证过程中尽量多地传递冗余。这便是前述个人心理系统与社会

[37] 如果一个系统预设了其环境的相关特点,并且在持续的基础上结构性地依赖于它们,那么我们就可以将这一结构机制称之为结构耦合。结构耦合替代了环境对系统的直接影响。从社会系统来看,结构耦合替代了未分化的社会沟通。通过结构耦合,系统之间的直接影响被减少。See Niklas Luhmann, Klaus A. Ziegert, and Fatima Kastner, *supra* note [9], at 42-43.

[38] 这里可参见生物学家对自创生理论中非层级关系的系统构建秩序的方式,卢曼借鉴了自然科学对自创生秩序形成的描述。参见 Francisco Varela, “On the Conceptual Skeleton of Current Cognitive Science”, in Niklas Luhmann et al. (eds.), *Beobachter: Konvergenz der Erkenntnistheorien* (München: Fink, 1990), pp.13-24.

[39] 喧闹中产生秩序(order from noise)最早被用于解释生物现象,是阿特兰对瓦雷拉自创生理论的质疑和修正,也是系统理论在社会科学理论适用的重要自然科学依据。具体可参见 François Ost, *Between Order and Disorder: the game of law* (Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1988).

[40] See Hugh Baxter, *supra* note [32], at 43.

[41] 参见 Niklas Luhmann, “Operational Closure and Structural Coupling: the differentiation of the legal system”, 13 *Cardozo L. Rev.* 1433 (1991).

[42] 参见 Michael King, “Future Uncertainty as a Challenge to Law’s Programmes: The Dilemma of Parental Disputes”, 63(4) *The Modern Law Review* 525 (2000).

法律系统结构耦合产生的效果。在理想的普通法司法过程中,法官引用先例(冗余)并适时(在法律系统内部沟通可接受的范围内)重构先例规则(冗余通过系统理论的重述)。我们发现所谓的遵循先例的司法过程并没有那么神秘,也并不是只能通过独特的(人类学的)描述方式予以呈现。遵循先例的司法论证过程是承载了高度系统冗余的系统沟通运作。普通法的“习得传统”(taught tradition)的神秘面纱在系统理论的分析下被逐渐揭开。

在系统理论之下,遵循先例成为法律在运作封闭的基础上不断向外部环境进行信息交换的方式。法律论证无法在没有系统冗余的条件下展开。但是,也有学者质疑存在遵循先例规则。波斯纳认为,法律解释与普通法中的遵循先例并不是现实司法运作的真实规则,法律运作是一种沟通,而非不断指涉文本的活动。^[43] 哈特也认为法律系统的演化从填补漏洞(filling the gap)展开,司法论证(包括遵循先例)仅仅具有修辞(rhetoric)意涵。^[44] 甚至有的学者认为法律不能被称为系统,^[45] 或者认为法律仅仅具有纠纷解决的功能,正式的、形式化的法律规范在化解纠纷功能上并不优于其他社会规则系统。^[46] 这些与系统理论对法律遵循先例规则相左的意见值得引起重视。因为我们既然认为遵循先例规则是法律系统不断指涉的表现,法律也在系统运作下走向功能的逐步分化,从而具有一般性,那么上述质疑就不仅仅针对普通法系的法律实践,而是具有普遍性的疑问。进而也就意味着,我们对遵循先例规则系统理论的考察也同样面临如何回应我国法律,特别是是否能够给司法实践与司法理论带来启示的问题。

如果说遵循先例规则仅仅是司法参与者的一种修辞,那么什么才是使得法律运作不断延续,并且得到社会认同^[47]的元素? 上述对遵循先例规则以及法律系统性论证产生质疑的学者其实都没有否认法律运作并不是一种司法者个体的恣意。在司法过程中,司法参与者无可避免会受到各种限制。质疑论者似乎强调的是,即使具有各种限制条件,法官的前见(priors)是左右司法活动的决定性因素。对案件后果的直觉判断先于司法论证展开,包括遵循先例在内的司法论证是对司法者直觉判断的一种修饰。

如前所述,系统理论并不否认在法律系统冗余理论中,个体意识会成为新的法律结构、信息的环境来源。法官也会在司法规则(包括先例规则)演进的过程中发挥不可忽视的作用。但是,系统理论对冗余的定位决定了我们无法将法官的前见(或经验)当成是司法论证的核心。个体意识之间无法相互沟通。我们仅能够根据互动(interaction),或系统沟通(systemic communication)来完成社会的运作。^[48] 个体的选择与自由在不断进入与退出各种系统场域的过程中得到增强,也在系统不断增强的复杂性基础上减少了人们交往的成本。^[49] 法官等司法参与者已经接受系统冗余所呈现的法律话语沟通及其正当性: 法律的概念、程式(教义)、论证规则并不是一种虚无,而是法官言说的基础。即使是实用主义法理学所谓的利益衡量,批判主义法学对规则的重新构建等也是建立在法律理论(legal theory)的基础上。因此,无论在实践还是理论层面,系统的演化和持续都

[43] 参见 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Harvard University Press, 1993).

[44] 参见 Hart, Herbert Lionel Adolphus, et al., *The Concept of Law* (Oxford University Press, 2012).

[45] 参见 Jeffrey Barnes, "Statutory Interpretation, Law Reform and Sampford's Theory of the Disorder of Law (Pt 2)", 23 *Federal Law Review* 77(1995).

[46] 参见 Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How neighbors settle disputes* (Harvard University Press, 2009).

[47] 参见吴英姿:《论司法认同: 危机与重建》,载《中国法学》2016年第3期,第189页。

[48] 参见 Hans-Georg Moeller, *Luhmann Explained: From souls to systems* (Open Court Publishing, 2006).

[49] 具体可参见刘涛:《纳入与排除: 卢曼系统理论第三演进阶段?》,载《社会学评论》2016年第1期。

离不开冗余和多样性的共同增长,也就是离不开法律系统与其环境(包括个体意识)的结构耦合与共振。在卢曼的社会系统理论条件下,这也是社会功能分化的产物。

这并不意味着系统理论上述论证只能在功能分化已经形成的社会结构中才能获得解释力。系统的功能分化并非一种静态的观察,而是一种动态的描述。系统的功能分化也并非是一种基于民族国家疆界的社会属性,而是基于全球社会(world society)系统沟通互相指涉的可能性而展开的。^[50] 虽然就法律系统,这种全球化仍然存在诸多的障碍,但是这并不妨碍我们对处于实证法时代的我国法律运作利用系统论下的冗余概念进行分析。

我国近年来正在进行新一轮的司法改革,司法的职业化与去行政化成为改革的关键。改革不是另起炉灶,也不是直接套用国外的经验。无论在司法人员(广义上)配置的绝对数量,还是相对于全部人口的比例上,我国司法系统无论是与欧陆国家,还是英美法系地区都差距较大。^[51] 在国内地区间差异上,司法可使用的资源和面对的社会情状也有天壤之别。上述系统理论对遵循先例规则的分析似乎仅仅是从司法论证的角度出发审视了作为一种系统运作的现代形式理性法律的理想状态。但是,系统的冗余并不仅仅指那些基于文本指涉产生的法律教义和论证模式。如前所述,法律系统的冗余是一种对法律系统得以保留的系统沟通的定义。支撑法律系统符码判断的沟通包括了法律系统内部分化的结构,例如侦查、起诉与审判机关的分工、^[52] 法院系统内部上下级关系、法院审判组织的结构特点^[53]等。这些因素都会影响法律系统符码判断的复杂程度和系统冗余的具体内容。

我们通过上面的论证发现,法律系统的维系需要依靠冗余和多样性循环式的演进。任何法律系统都不可能在保有同样系统冗余的情况下处理不断更新的社会情境。法院是法律系统的中心,系统的符码判断必须在司法过程中显现出来。我国的司法改革朝着“法院中心主义”的方向迈进。这意味着:第一,司法系统将会面临大量“无法拒绝”的案件,并且在其中会包含许多未曾碰到的情况。由于法院立案门槛的降低,通过司法过程处理社会环境,形成系统沟通成为法院首要任务;第二,旧有的社会运作模式,特别是“单位制”条件下社会纠纷的处理模式正在以极快的速度消亡。^[54] 法院逐步脱离其他社会系统,而走向运作的自我指涉不仅是法院自身诉求,也是社会对法院功能定位的要求;第三,社会其他子系统的不断分化,使得在处理案件的过程中,“全能型”的法院与法官并不能满足社会,特别是经济系统功能分化的司法要求,专业型的法院与法官成为司法改革必须考虑的重要因素。^[55] 上述这些问题当然并不是司法改革面临的全部。我们在这里想要说明的是,一方面,经过“文革”后司法的重建,我国司法已经形成了自身的运作模式。尽管司法“现代化”程度可能并不如所有人期待的那样,但是根据实践经验的总结,我国司法模式已经不能

[50] 有关社会沟通的全球属性,可参见 Niklas Luhmann,“Globalization or World Society: How to conceive of modern society?” 7(1) *International Review of Sociology* 67-79 (1997).

[51] 参见张千帆:《如何设计司法?——法官、律师与案件数量比较研究》,载《比较法研究》2016年第1期。

[52] 参见 Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority: A comparative approach to the legal process* (Yale University Press, 1986).

[53] 参见顾培东:《人民法院内部审判运行机制的构建》,载《法学研究》2014年第4期。

[54] 参见李猛、周飞舟、李康:《单位:制度化组织的内部机制》,载《中国社会科学季刊(香港)》,1996年秋季卷。

[55] 波斯纳也提到法院与法官的“全能形态”在美国司法实践中也存在很大的弊端。全能型的法官由于不了解特定行业的发展与知识背景,因此极度依赖先例,从而使得特定法律部门的发展受到阻碍。参见 Richard A. Posner, *Reflections on Judging* (harvard University Press, 2013).

说是一块“贫瘠的荒地”。也就是说,在系统对信息处理的过程中,我国各级法院已经有一套能够应对环境一定复杂程度的系统冗余;另一方面,新一轮司法改革的启动,也说明无论从外部观察,还是从内部检讨,现有的司法系统并不能够与中国社会快速的转型相吻合。司法具有滞后性,但是这并不意味着司法实现的正义与社会演进相距过远。

卢曼指出 19 世纪法律的实证化带来了欧洲社会法律的功能分化与系统的自我指涉。此后西方法律的发展虽然经历了从实证主义到现实主义再回归实证主义的多次演变,但是 19 世纪社会变革所带来的法律变迁奠定了西方社会以法律为社会意识形态的基本结构。^[56] 法律这一社会系统与经济系统、政治系统(民族国家的出现)形成了系统论下耦合的稳态,^[57] 从而为西方社会的崛起提供了坚实的根基。系统理论下的社会沟通不仅具有子系统属性,而且从社会与个体、社会与意识分离的角度去看,社会沟通的稳定,作为整体社会系统冗余的形成和丰富,还能促进个体现代性意识(人权、自由等)的不断成长,从而为社会与个体的结构耦合提供根基。

我国的司法改革也应当从法律子系统内部冗余和作为社会沟通组成部分的法律与个体不断结合的角度两个方面去考察。在法律系统,特别是在司法系统内部,系统理论的分析并不意味着我们应当“继承”所有现有制度的经验和运作方式。在案件审理过程中,现有的规则,特别是随着近年来法院工作指导力度的加强,大量的司法解释仍然是现实司法运作的冗余。不过,司法解释并不仅仅牵涉案件法律适用问题,而且也反映了我国当下司法制度的结构性因素和权力关系。^[58] 案例,特别是案例指导制度的出现便是司法系统多样性的体现。作为系统运作中新的信息,作为制度设计的案例指导是否能够改变现有司法系统冗余的结构以及对司法过程性的诉求,值得期待。如前所述,普通法中的遵循先例制度并不是一种特有的“文化”与惯习,而是司法系统不断走向自我指涉的表征。在法典化时代,遵循先例制度也必须与系统新的信息(抽象的法律文本)进行整合。正如我们的司法制度也需要不断尝试通过多样性的演化突破现有格局。

更为重要的是,系统理论下冗余理念帮助我们理解对法官等法律职业共同体而言,司法制度快速变迁的时代,也正是司法共同体不断和社会系统进行互动的重要机遇,是司法专业化、“系统化”的关键时期。改革的动力不仅来自“顶层设计”,而且更依赖于具体的实践将更多系统环境创造性地转化为系统的冗余,并在一定的时空范围内形成新的系统沟通稳态。我们在司法改革的设计蓝图中也可以发现,基础性与普遍性的改革目标留给具体改革实践“试错”的空间,这是我国司法系统环境格局所决定的。我们对系统理论下遵循先例规则的考察说明了系统冗余和多样性的交互与循环,但是卢曼等人的论述没有指出的是,作为一种制度的遵循先例,法院的独立运作、司法的社会共识等外部条件是形成西方,特别是普通法系遵循先例规则保持稳态的重要因素。这或许是因为这些外部因素已经成为西方社会的“底色”,而成为具体论证法律系统时不再需要赘述的部分。

但是基于整体社会沟通形成的社会“冗余”是我们观察中国司法改革时必须考察的另外一个方面。法律系统作为社会沟通的组成部分,是社会实现功能分化的关键。法律系统分享社会系统沟通的普遍性特点,其不仅能够和其他社会子系统形成互动和结构耦合,其也能够与个体进行互动,正如我们在考察遵循先例规则时所看到的法律的个体解释者与系统冗余的互相促进过程。社会结构的变迁过程不仅会影响到包括司法在内的法律系统自我指涉目标的达成,也会通过结构耦

[56] 参见 Niklas Luhmann and Martin Albrow, *A Sociological Theory of Law* (Routledge, 2013).

[57] 参见金观涛:《历史的巨镜》,法律出版社 2015 年版。

[58] 参见林维:《刑法解释的权力分析》,中国人民公安大学出版社 2006 年版。

合的方式与司法参与者产生激扰。从问题的另一面来看,司法改革对社会信息的处理,从而形成新的系统冗余也会影响整体社会沟通的运作模式。司法,特别是商事法律与国际贸易的接轨,将国际商事规则逐渐纳入司法日常运作之中便是一种通过引入新的信息激活系统“遵循先例”的表现。这里的“先例”并非被一成不变地吸纳到我国现有司法体系中,而是在现有系统冗余进行整合的过程中,产生新的系统沟通。这一过程追求的并不是“国际化”与“本土化”何方最优的选择,而是逐步打破由国家疆域形成的沟通壁垒之过程。司法系统的这些结构性变化是由社会和其子系统的共振所带来的。虽然通过司法冗余的更新和系统结构的变迁引起整体社会系统沟通的变化并非能够在短时间内形成,各种不同系统间还要面对系统时间维度(temporal dimension)的冲突,^[59]但是通过遵循先例规则的系统理论考察,及其所反映的特定系统内外部冗余的互动,我们有理由相信司法改革的外部效果将会逐步得到显现和提升。

五、结 语

我们从现有论述遵循先例规则的文献中未予明确的理论问题出发,引入系统理论的视角,揭示了作为一种处理系统自我指涉中冗余和多样性运作的制度结构,遵循先例规则所具有的社会沟通普遍意涵。在此基础上,我们将系统/环境区分概念视为法律系统产生符码运作连续性的关键,也成为系统冗余能够不断根据新的信息进行探索和替代的二阶观察方式。系统与个体意识的分离,也使得我们能够对司法论证中有关司法参与者解释恣意问题做出回应。对上述问题的逐步考察,丰富了对系统理论的理解,更使得我们将其对遵循先例规则的分析扩展到对司法结构性因素的观察中。系统理论通过冗余的概念也能够为我国正在进行的司法改革提供一种新的思考视角和实践运作进路。司法作为法律运作的中心是我们选择通过系统理论考察遵循先例规则的动因,在论述中将考察的视野扩展到与遵循先例规则共同演化的系统结构性因素和社会环境因素则是完成这种考察的必要条件。我们并不是“意外地”通过考察遵循先例的系统理论维度而发现了司法实践的新的意涵,而是在系统理论对包括司法等“现代性”问题的考察过程中逐步地展开。作为一种二阶观察,系统理论也具有“盲点”。^[60]但这并非系统的缺陷,而是任何对社会进行观察和事实构建活动的共同特点。在不断地创造观察基础上的观察的过程中,我们也将对现代司法的多面向拥有更为全面的理解。

(责任编辑:宾凯)

^[59] See Niklas Luhmann, “The future Cannot Begin: Temporal structures in modern society”, *Social Research* 130 - 152 (1976).

^[60] See Niklas Luhmann, “Observing Re-entries”, 16(2) *Graduate Faculty Philosophy Journal* 485 - 498 (1993).