

系统论视野中法律与 大众媒体的关系

刘 岩*

目次

一、问题的提出	三、法律与大众媒体的关系
二、法律与大众媒体对“事实”的认识与评价	(一) 激扰
(一) 法律系统对“事实”的认识与评价	(二) 结构耦合
(二) 大众媒体系统对“事实”的认识与评价	(三) 我国法律与大众媒体间的关系
四、如何把握法律与大众媒体的关系	
(三) 法律与大众媒体的同质性与异质性	五、余论

摘要 法律与大众媒体的关系问题是全面推进依法治国背景下重要的理论问题和实践问题,但目前尚未形成有说服力的结论。若过分强调两者的分立可能导致新闻管制或媒体权力滥用,若过于强调两者的融合则可能影响司法公正。在系统论视野下,法律与大众媒体具有同质性,两者分别按照各自的纲要分配自身所特有的符码,各自建构具有不同意义的“事实”及其评价。法律与大众媒体作为独立运作的功能子系统,彼此之间既非分立也非融合,而是存在不可避免的激扰关系,且部分激扰关系被结构化并以“论题”的形式构成“结构耦合”关系。因此,法律只有立足于自身,坚守司法公正并不断实现司法统一,才有可能既保障新闻自由又能抵御大众媒体中各类论题与意见的冲击,才有可能稳定社会成员普遍的规范性行为预期。

关键词 系统论 大众媒体 激扰 结构耦合

* 北京大学法学院博士研究生。本文系国家社会科学基金重大项目“构建中国特色案例制度的综合系统”(项目编号: 16ZDA068)子课题以及教育部人文社科一般项目“类案裁判的法理基础与运行机制研究”(项目编号: 20YJC820042)的阶段性研究成果。本文初稿曾在 2019 年北京大学“案例与法理”博士生会议上进行讨论,北京大学法学院的张骥教授,中国政法大学的孙海波副教授、高尚副教授对本文提出了中肯的批评意见;北京航空航天大学法学院的泮伟江教授以及北京大学法学院博士生赵英男同学阅读了初稿并提出了修改建议。在此对各位老师 and 同学的无私帮助表示感谢,一如成例,文责自负。

一、问题的提出

中国的法律体系,特别是司法领域与媒体的关系问题,大约在20世纪90年代随着国内媒体业的迅猛发展以及法院业务量的激增而凸显出来;到了互联网时代,媒体业自身产生了深刻的变化,使得两者的关系更加错综复杂。^{〔1〕}一方面,民众普遍通过各类媒体接触、感受并评论各种法律现象;另一方面,层出不穷的“反转”现象使得民众产生一种“矛盾”心态:既希望媒体作为“社会良心”能够“揭露”法律不公,又不敢全然相信媒体。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》明确将“舆论监督”制度建设作为构建“科学有效的权力运行制约和监督体系”的重要内容,同时还强调要“规范媒体对案件的报道,防止舆论影响司法公正”。^{〔2〕}从制度的顶层设计理念来看,中央采取的是一种“司法公正”和“媒体监督”既同步发展又彼此合作的战略。该战略的落实,以如何在理论上准确把握两者的关系为基础,以如何在制度上促进两者的良性互动为关键。因此,“法律与媒体关系”在当代全面推进依法治国的时代背景下,就成为具有重大理论意义和实践意义的问题。在大规模立法已经初步完成的当代,该问题的重点是“司法与媒体的关系”。

过去理论界对于司法与媒体关系的认识可以概括为两种:

第一种是“对抗说”。该观点认为:在性质上,媒体与司法之间存在矛盾与对抗;在现实中,媒体监督也确实能够在一定程度上影响司法判决;^{〔3〕}因此为了维护本身的独立性,司法体系会采取一定措施抑制媒体的干涉。^{〔4〕}但“对抗说”也招来了批评与质疑,这些质疑主要集中在媒体权力滥用的问题上。^{〔5〕}正因为媒体有可能并且有能力对司法产生消极影响,所以各国普遍采取一定

〔1〕 孙笑侠教授认为,从法院视角看待中国司法与媒体的关系史,大致经历了从“无问题”“小问题”到“出问题”再到“简化问题”的四个阶段。目前我国正处于最后一个阶段:一方面,由于自媒体的影响力急速上升,传统媒体编辑“把关人”的作用大大降低;另一方面,由于网络匿名导致追责成本较高等原因,法院已无力逐个应对各路媒体,只能通过自己的方式简化问题。参见孙笑侠:《司法的政治力学——民众、媒体、为政者、当事人与司法官的关系分析》,载《中国法学》2011年第2期,第57—69页。有关互联网时代媒体的特征,请参见高一飞:《互联网时代的媒体与司法关系》,载《中外法学》2016年第2期,第486—517页。

〔2〕 《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,载《人民日报》2014年10月29日,第01版。

〔3〕 实践中,媒体对司法监督的内容主要包括司法过程所确定的案件事实、司法机构及人员的个别行为、司法的总体状态等,参见顾培东:《论对司法的传媒监督》,载《法学研究》1999年第6期,第17—29页。

〔4〕 参见贺卫方:《传媒与司法三题》,载《法学研究》1998年第6期,第21—26页;谭世贵:《论司法独立与媒体监督》,载《中国法学》1999年第4期,第12—19页;卞建林:《媒体监督与司法公正》,载《政法论坛》2000年第6期,第122—128页;景汉朝:《传媒监督与司法独立的冲突与契合》,载《现代法学》2002年第1期,第92—100页。

〔5〕 概括说来,媒体权力滥用的原因一般有:第一,媒体对自身利益的过度追求;第二,媒体自身的技术限制,其话语往往更多是道德评价,在事实认定上缺乏像司法那样的程序性制约和科学判断标准;第三,媒体从业人员的道德水平未必比司法从业人员高,其并不比司法界更公正、更廉洁。有关该问题的讨论,请参见前注〔3〕,顾培东文,第17—29页;冷静:《从法院状告新闻媒体谈起》,载《北大法律评论》1999年第1期,第267—280页;王好立、何海波摘编:《“司法与传媒”学术研讨会讨论摘要》,载《中国社会科学》1999年第5期,第73—74、78—79页。

措施对媒体力量施加强度不一的限制。^{〔6〕}在美国,新闻自由与公平审判间的矛盾最终被解释为联邦宪法第一修正案和第六修正案之间的冲突:前者意在保护言论自由,后者涉及为保障被告人受到公平审判的权利,需要防止包括媒体在内的各种力量对司法的侵蚀。^{〔7〕}在我国,司法制约媒体的路径主要集中于规范媒体对庭审案件的采访问题上。^{〔8〕}

第二种是“协调说”,即在承认媒体与司法之间存在矛盾与对抗的前提下,将两者视为促进实现社会正义目的之手段,统筹制度安排以实现两者各自功效及合作功效的最大化。^{〔9〕}因此,一些学者提出了媒体面对司法时需要遵循的基本原则和处理媒体与司法间关系的具体制度措施,认为应强化媒体对司法的积极作用,抑制消极作用,而措施无外乎媒体的内部监督与外部监督两方面。^{〔10〕}但这些原则或措施的实践效果却并不明确。

总体来看,学界关于“法律与媒体关系”的讨论形成了一种对立的局面:要么偏重于新闻自由而主张媒体优先,要么偏重于司法公正而主张法律(司法)优先。这种高度意识形态化的选择无助于问题的解决反而衍生出新的问题:若过分强调法律和媒体各自的独立性,可能导致两者的激烈对抗最终走向新闻管制或媒体滥用;若过于强调两者的融合,则可能造成媒体审判,影响司法公正。

这种看似对立的局面实际聚焦于两个核心领域:“事实”与“关于事实的评价”。法律与媒体的冲突分别在这两个领域展开。一种冲突的方式集中在“事实是什么”的问题上,媒体会质疑法律讲的“故事”并非“事实真相”,因此需要由其来讲述“究竟发生了什么”;而法律则会反驳称媒体只是道听途说或者夸大其词,并未经过像自己那样缜密的证据调查和证据排除。即便两者在“事实是什么”的问题上达成了一致,在“事实意味着什么”的问题上也可能产生冲突:媒体会质疑法律做出的决定“不合法”“不合理”或“不公平”,因此需要由其来代表大众做出评价;而法律则会反驳称媒体“不专业”,只是凭简单的道德直觉做出评价,并未领会法律的精神;等等。因此,法律与媒体之间冲突的实质,基本可归结为对于“事实问题”和“法律问题”认识的冲突;而两者的协作,也只能基于这两个问题展开。

因此,对法律与媒体关系的讨论,要害在于回溯到两者对“事实”和“关于事实的评价”这两

〔6〕 英国是以“缄口令”等为主要手段的“司法限制媒体模式”,美国是“司法自我约束模式”,法国和德国等是以“信息控制”为前提的“司法向媒体开放模式”。不过在互联网媒体时代,英美法系以“缄口令”为代表的限制司法信息传播的法律技术已经在很大程度上被架空。参见前注〔1〕,高一飞文,第486—517页。

〔7〕 See John D. Zelezny, *Communications Law: Liberties, Restraints and the Modern Media*, Tisinghua University Press, 2004, p.253-265;另请参见侯建:《传媒与司法的冲突及其调整——美国有关法律实践评述》,载《比较法研究》2001年第1期,第84—90页。

〔8〕 参见前注〔4〕,卞建林文,第122—128页。

〔9〕 参见前注〔3〕,顾培东文,第17—29页;张志铭:《传媒与司法的关系》,载《中外法学》2000年第1期,第60—69页;前注〔5〕,王好立、何海波文,第72—73页。

〔10〕 景汉朝指出,媒体需要遵守利益平衡原则和尊重司法独立的原则,并在技术上采取“报道”与“评论”分开的原则,即要客观报道,谨慎评价,参见前注〔4〕,景汉朝文,第92—100页;顾培东提出可以建立传媒行业的惩戒机构,甚至设立专门的媒体纠纷仲裁机构,参见前注〔3〕,顾培东文,第17—29页;高一飞则指出,对于司法而言,要在坚持传统的司法自我约束规则的前提下,进一步明确能够披露的案件信息范围并以更大程度的司法公开防止媒体的误导,对于媒体而言则要加强自我约束并通过外部严格执法过滤、删除“有害信息”并依法追究“不当报道行为”的法律责任,参见前注〔1〕,高一飞文,第486—517页。

个核心问题的认识上。要回答这个问题需要明确两者的运作机制,考察在其各自独有的运作机制下,事实与评价究竟如何被生产出来。为此,本文主要以德国社会学家尼古拉斯·卢曼(Niklas Luhmann)^{〔11〕}开创的“系统理论”为讨论基础,通过阐明法律与媒体各自的运作特征,考察其所生产的“事实”与“关于事实的评价”之间的相同与不同之处,进而探讨两者之间的关系,最终形成结论。

二、法律与大众媒体对“事实”的认识与评价

在以现象学为基础^{〔12〕}的系统理论中,“社会”被理解为并非由“人”组成的“意义系统”。^{〔13〕}这里的“意义”既不是什么客观存在的本质,也不是什么保持不变的实体,而是在“可能性永远多于现实性”的基础上经由“选择”所形成的、随时可以发生变化的“被构造物”,^{〔14〕}具有“复杂性”和“被迫选择性”。^{〔15〕}社会系统的功能正在于“化简复杂性”。^{〔16〕}法律与大众媒体同属于“全社会系统”下的具有“自创生”^{〔17〕}性质的“功能子系统”。^{〔18〕}两者虽然化简复杂性的方式不同,但都是以“沟通”

〔11〕 我国大陆地区将 Niklas Luhmann 译为“尼古拉斯·卢曼”,而我国台湾地区则将其译为“尼克拉斯·鲁曼”。本文在正文部分统一使用大陆地区的通行译法;在引注部分,若引用台湾地区的汉译版文献,则对其翻译的人名不作修改。

〔12〕 有关系统理论的现象学基础,请参见泮伟江:《超越“错误法社会学”——卢曼法社会学理论的贡献与启示》,载《中外法学》2019年第1期,第37—53页。

〔13〕 Niklas Luhmann, *Theory of Society (Vol.1)*, translated by Rhodes Barrett, Stanford University Press, 2012, p.21.

卢曼反对将“人”作为社会分析的单元。其认为,无论从认识论还是从知识社会学的角度,“个体”或者说“主体”的概念都可以追溯到笛卡尔或者法国大革命,即都是非常晚近才出现的。但主体“自己决定自己”的特点与“社会协调各主体间的关系”产生了难以调和的矛盾,各类社会学理论并未提供有效的解决方案,原因就在于“人既在社会中,又在社会外”这一悖论形式。有关该问题的分析,请参见 Niklas Luhmann, *The Differentiation of Society*, translated by Stephen Holmes & Charles Larmore, Columbia University Press, 1982, p.3 - 65; Niklas Luhmann, *Instead of a Preface to the English Edition: On the Concepts “Subject” and “Action”*, in Niklas Luhmann, *Social Systems*, translated by John Bednarz, Jr. & Dirk Baeker, Stanford University Press, 1995, p. xxxvii - xlv; Michael King & Chris Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Palgrave Macmillan, 2003, p.4 - 5; Niklas Luhmann, *Theory of Society (Vol.1)*, translated by Rhodes Barrett, Stanford University Press, 2012, p.9.

〔14〕 Niklas Luhmann, *supra* note 〔13〕, *Social Systems*, at 60.

〔15〕 见前注〔12〕,泮伟江文,第37—53页。

〔16〕 [德] Georg Kneer & Armin Nassehi:《鲁曼社会系统论导引》,鲁显贵译,巨流图书1998年版,第52—53页。

〔17〕 所谓“自创生”(autopoietic,或者译为“自我再制”),指的是系统通过自身“递归性”(recursive)的沟通来建构那些组成它的功能统一体的元素,并通过这些元素之间所有关系来指涉并再生该系统的自我建构。See Niklas Luhmann, *supra* note 〔13〕, *Social Systems*, at 33; Niklas Luhmann, *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press, 1990, p.3.

〔18〕 卢曼认为,人类社会中存在“块状分化”(如家庭和氏族)、“层级分化”(如等级社会)与“功能分化”三种分化形式。有关三种分化形式的特征,请参见 Niklas Luhmann, *supra* note〔13〕, *The Differentiation of Society*, at 232 - 238.

作为构成元素、^{〔19〕}以特定“二元符码”为区分、^{〔20〕}以独有的“纲要”为分配“符码值”的“判准”^{〔21〕}来“结构化”沟通选择^{〔22〕}的系统,均为“运作闭合”同时“认知开放”的系统。^{〔23〕}

(一) 法律系统对“事实”的认识与评价

1. 法律系统的运作机制

作为法学的核心问题,“什么是法律”始终没有获得令所有人都满意的解答,但这不影响以下事实:当代社会的法律已经变得非常复杂。^{〔24〕}这可能就是无法准确界定法律概念的困难所在。另一种认识法律的思路是避开性质和概念界定,回到法律的功能问题上,即考虑“全社会系统的什么问题,会透过专门法律规范之分出,并且最后透过一个特殊的法律系统的分出,而获得解决”。^{〔25〕}

在社会交往中,最基本的困境是“双重偶联性”的问题,即他者的行动依赖于自我的行动,自我的行动同时依赖于他者的行动。不解决这个问题,行动将无法展开。而诸如共识、行为、价值或主体之类的概念都无法解决这个问题。^{〔26〕}解决这一问题的核心在于预期(或者说期望)。在双重偶联性的情形里,“在一个层次上,是直接的行为期望,即,某人对他人行为所持期望得以兑现或落空;在另一个层次上,则需要判断某人自己的行为对他人的期望而言意味着什么。规范性的功能——也就是法律的功能——只能出现在这两个层次的结合中”。^{〔27〕}

预期总是面临可能的失望。在此情况下有两种方式来处理原有的预期(期望):“或者是改变遭遇了失望的期望的可能性,根据眼下的令人失望的现实进行调整;或者是继续维持期望,以一种对失望的现实进行抵抗的态度继续生活。”卢曼将前者称为“认知期望”,将后者称为“规范期望”。“认知期望的特征归纳为并非刻意为之的学习,而规范期望则意味着不必从失望中学习。”^{〔28〕}因此,“规范就是反事实稳定的行为期望。规范的意义具有无条件的有效性,因为这种有效性的体验

〔19〕 沟通不是“生命”单位,也不是“意识”单位,更不是“行动”。沟通是“讯息”(information)、“告知”(utterance)、“理解”(understanding)三种选择的综合。See Niklas Luhmann, *supra* note 〔17〕, *Essays on Self-Reference*, at 3.

〔20〕 功能系统通过二元符码(binary)或二值符码(dual-valued)建构自己的沟通,不同的功能子系统使用不同的符码,对特定的“事实”赋予“要么A,要么非A”(如“合法/非法”)的“意义”。See Niklas Luhmann, *Ecological Communication*, translated by John Bednarz, Jr., The University of Chicago Press, 1989, p.36-38.卢曼还总结出“符码”的十二个特征,参见本注所引书籍第38—43页。

〔21〕 “符码”自己无法决定自己的分配,系统通过“纲要”(programs)来确定决定符码选择的条件。即在该层次上,系统可以在不抛弃二元符码的前提下改变赋值的结构。See Niklas Luhmann, *supra* note 〔20〕, at 45-47.

〔22〕 这种结构是一种“期望(预期)结构”,是功能系统自己运作的产物。参见前注〔16〕,Kneer & Nassehi书,第116—117页。

〔23〕 通过关于二值符码的沟通,运作封闭的功能子系统得以构建起来,将不属于该区别的东西排除出该系统之外;通过纲要,系统保持开放,纲要为系统准备好分配二值符码的条件。参见前注〔16〕,Kneer & Nassehi书,第171页。

〔24〕 [德]尼古拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯、赵春燕译,上海世纪出版集团2013年版,第41页。

〔25〕 [德]尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,五南图书2009年版,第152页。

〔26〕 Niklas Luhmann, *supra* note 〔13〕, *Social Systems*, at 103-106.

〔27〕 见前注〔24〕,卢曼书,第73—74页。

〔28〕 同上注,第81页。

和制度化可以与规范实际上是否得到遵守无关”。这也正是法律所广泛采取的“应然”表达式的含义。^{〔29〕} 法律规范的功能,正是在于制度性地提供了具体的、具有普遍性的规范预期,使得即便在陌生的社会成员之间也可以进行交往和沟通。^{〔30〕}

法律系统的符码是“合法/非法”,纲要则是我们熟悉的连接“事实—法效果”的“如果……那么……”式的条件纲要。^{〔31〕} 即法律系统根据自己的规则,决定特定事实的“意义”是合法还是非法。法律系统对“事实”的唯一评价是在“合法”与“非法”之间择其一,而不是其他。卢曼强调,法律系统“不用劳驾价值概念”,^{〔32〕}“公正”在系统理论中并非一种指导和评价“行为”的“价值”,而是作为系统运行的偶联性公式存在。^{〔33〕} 即,公正意味着“公正的法可能/必定是另一个样子”,对公正的讨论将促成一种“引发刺激的社会动力”,^{〔34〕}但最终落脚点仍然是“合法/非法”。

法律系统对事实评价的基本机制是立法与司法的分化。立法或者其他法律渊源提供了决定“合法/非法”的纲要,但这些纲要不会自动发生作用。^{〔35〕} 这就需要专门化的司法被分化出来,专门针对具体的案件建构事实并做出评价。在传统法学理论中,法律体系内部是一种等级体系,一是体现在法律渊源效力位阶的区分上,二是体现在司法对立法的服从上。但这两者都无法解释司法相对的独立自主性。^{〔36〕} 在卢曼看来,古希腊至古罗马时期立法与司法的分化是为了应对贵族阶层的层级分化。而立法权对司法权的优先则伴随着主权概念的兴起而产生,直到18世纪立法与司法的分化才呈现出我们现在所熟悉的特性:依凭不同的程序分化,在理论上形成了在“法院适用制定法,听从立法者指示”这一逻辑上能够成立的“指令性的阶层结构”,这也意味着有关“合法/非法”区分的偶联性风险被分派到上述两个机制中。但在实践中,制定法无法涵盖所有案件这一现实也暴露出来了。此时,典型的做法是18世纪法国法院的区分:将案件划分为可以借由法院对法律的解释来解决的以及需要立法者做出进一步的立法变更来处理的。在“禁止拒绝裁判”的要求下,做出裁判的“强制”与寻找裁判理由的“自由”同时受到正义原则的“限缩”,这同时使得法院实际上得以参与法律文本的生产,并借助发展起来的方法论正当化自己的行为。最终出现了“只有那些被法院认定为法律的事物,才终究是法律”的观点。此时,人们才开始反思:也许立法与司法的关系不是线性的非对称关系,而是一种循环式的关系。^{〔37〕} 卢曼认为,现代法律的生产方式有三种:立法、司法和订立契约。立法和契约都能等待

〔29〕 见前注〔24〕,卢曼书,第82页。

〔30〕 我国有学者也注意到了法律在稳定社会成员预期方面的功能,参见苏力:《变法、法治建设及其本土资源》,载《中外法学》1995年第5期,第1—9页。

〔31〕 有关法律系统的符码与纲要,请参见前注〔25〕,鲁曼书,第四章。

〔32〕 见前注〔25〕,鲁曼书,第252页。

〔33〕 有关正义作为偶联性公式的介绍,请参见前注〔25〕,鲁曼书,第五章。

〔34〕 [德]贡塔·托依布纳:《自我颠覆的正义:法的偶联性公式,或是超越公式?》,祁春轶译,载泮伟江、高鸿钧等编译:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,清华大学出版社2012年版,第375页。

〔35〕 陆宇峰:《“自创生”系统论法学:一种理解现代法律的新思路》,载《政法论坛》2014年第4期,第154—171页。

〔36〕 泮伟江:《作为法律系统核心的司法——卢曼的法律系统论及其启示》,载《清华法治论衡》2009年第2期,第155—177页。

〔37〕 见前注〔25〕,鲁曼书,第340—344页。

(被搁置)直到时机成熟,但是司法在时间上却受到强制。由此,卢曼将法律系统的内部分化描述为“中心/外围”结构。而法院就是这个中心,因为只有法院才有义务在信息不全、充满不确定性的条件下必须做出裁决。在这个意义上,法院(司法)的功能并非解决纠纷,而是通过决策不断再生产决策,以此为整个社会提供普遍的、稳定的期望结构。^[38] 法律系统的确会创造“秩序”,但不是依据什么价值,而是在执行其提供“稳定的反事实的规范性行为预期”之功能的同时,创造了一种相对稳定的法律意义体系。

法律系统对事实的评价,最终是由法院做出。也正是在这个意义上,法律与大众媒体关系的重心是“司法与大众媒体的关系”。司法裁决的特征在于,其“是一种决断,即在合法/非法之间择取其一”。^[39] 司法的决断同时涉及了“替代选项”,因此决断原则上是不可预见的。^[40] 这就产生了一个悖论(吊诡):“决断只有在无法做出决断成为原则时,才能够出现。也就是说,决断总是在左右为难,缺乏现成的答案的情况下才有可能存在。”^[41] 因此,法律对事实的评价具有“偶联性”的特征。此外,在一般系统理论中,某系统内部的自我指涉的运作无法被另外一个系统所直接观察到;正在观察的系统只能以自己的运作来“建构”或者“理解”被观察系统的运作,这种观察同样具有“偶联性”。^[42] 所以,理论上,司法(或者说“法律系统”)对于其他功能子系统来说实际上是一个“黑箱”,反过来也是一样。因此,大众媒体虽然可以“言说”事实问题与法律问题,但实际上无法触及法律系统的“真正”运作。

2. 法律系统视野中的“事实”及其评价

一提到“法律视野中的‘事实’”,很容易想到“法律事实”这一含义并不十分清楚的概念”。一般认为“法律事实”包含两个方面的内容:一是站在立法者立场,法律事实指的是立法通过概括生活事实所凝结在立法产品,即法律规范中的具有普遍性的事实;二是站在司法者立场,法律事实指的是诉讼参与各方以证据为基础,以法律论证为方法构建的个案事实。^[43] 根据法学界的普遍认识,我们可以从以下角度把握法律视野中的“事实”。

一方面,法律视野中的“事实”并非日常用语意义上所指的“事实”,两者虽然有关联但并不相同。郑永流教授指出:“事实首先是一种客观存在状态,但真正有意义的是进入人的意识活动中的事实。”其将事实区分为三种类型:一种是“生活事实或原始事实”,是“既存的已发生的事实”,但难以全部证明;一种是“证明事实”,是“通过证据、自认和推定所证明的生活事实”;第三种是“法律事实”,是“为法律的事实构成(通说行为构成)所规定的证明事实”,其与“事实构成”同义,“是适法事实,即可以进行法律评价的事实,是案件事实,即对此作出法律判断的事实”。三种事实处于一种诠释学循环关系中,并运用多种法律方法,通过各种法律论证,最终形成法律

[38] 宾凯:《从决策的观点看司法裁判活动》,载《清华法学》2011年第6期,第94—108页。

[39] 见前注[36],泮伟江文,第155—177页。

[40] 见前注[25],鲁曼书,第346页。

[41] 见前注[36],泮伟江文,第155—177页。

[42] Michael King & Chris Thornhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Palgrave Macmillan, 2003, p.30-31.

[43] 有关“法律事实”概念的分析,请参见陈金钊:《论法律事实》,载《法学家》2000年第2期,第51—58页。

事实,以待法律评价。^{〔44〕}但这种“不同”本身未能说明是否存在判断法律事实成立与否的标准。一般认为,只能在诉讼过程中诉诸证据法上的证明标准来判断法律事实是否成立。如在刑事诉讼领域中,证明标准的核心是“排除合理怀疑”,即那些被认为经过排除合理怀疑的事实就是法律事实。^{〔45〕}

另一方面,法律视野中的“事实”与所谓“客观事实”之间的差异被认为是一种因为人类认知能力限制所造成的程度性差异。有学者指出,由于认知能力具有相对性,司法证明也具有相对性,因此在任何一个案件中所获得的都只能是相对真实。但“相对真实与绝对真实并不是完全对立或截然分开的,相对真实中总会或多或少地包含着绝对真实的内容”。^{〔46〕}客观事实既是法律事实的基础,也是其所欲达至的目标。^{〔47〕}这种观点提供了一种衡量法律事实“优劣”的标准,即与客观真实的符合程度。但同时引发了一个认识上的悖论:如果客观事实是可知的,那么,理论上讲,法律事实只要克服那些阻碍发现客观事实的“弊端”,即可达至客观事实,不存在真实性程度的问题;如果客观事实是不可知的,那么就无法衡量法律事实与客观事实的符合程度,真实性程度本身由此失去了意义。因此,客观事实作为一种形而上学层面的预设,在认识论层面具有较重要的意义,但在法律运作层面上,其作用并不如想象中重要。

前述对法律视野中的“事实”的认知背后,是“实在论”的认识论立场。古希腊哲人巴门尼德提出的“存在者存在,且它不可能不存在”的论断,预设了认知者与认识对象的区分,并表明“认知的主旨就是认识不可改变的实在之物”,即通常所说的“认知与存在同一”,认识要符合存在。另一种认识论立场则是“认知建构主义”。对该立场的系统论述被认为来自康德的“哥白尼革命”。简单来说就是认知者建构自己的认知并让存在符合认知。^{〔48〕}我们的关注点不是哲学争论,而是考察在法律领域内,建构主义立场是否具有必要性和正当性。

不难看出,在实在论立场中,“法律事实”实际是位于“客观事实”之下的“次级”概念。而在建构主义立场中,则不涉及两者孰优孰劣的问题。朱苏力教授指出:“司法的程序化运作必须要有一个相应的格式化了的的世界。”法律事实不是“天生”的,而是被“规则”和“证据”共同“构建”的,且这种“构建”是“必须”的。^{〔49〕}即如果没有被建构的事实,法律的形式化、程序化将不复存在,法律也就不复存在。因此,建构个案层面的法律事实就不是一个无法达至“完美”客观事实前提下的“次优”选择,而是“只能如此”的“唯一操作”。其深层次的压力依然来自“时间”——“迟到的正义不是正义”。由于无法等待太久,司法必须做出决断,即依靠其在有限的时间和条件下所建构起来的

〔44〕 郑永流:《法律判断大小前提的建构及其方法》,载《法学研究》2006年第4期,第3—18页。

〔45〕 樊崇义:《客观真实管见——兼论刑事诉讼证明标准》,载《中国法学》2000年第1期,第114—120页。

〔46〕 何家弘:《论司法证明的目的和标准——兼论司法证明的基本概念和范畴》,载《法学研究》2001年第6期,第40—54页。

〔47〕 孔祥俊:《论法律事实与客观事实》,载《政法论坛》2002年第5期,第86—99页。

〔48〕 有关实在论立场与认识建构主义立场及其争议,请参见[美]汤姆·洛克摩尔(Tom Rockmore):《认知建构主义、实在论与观念论》,赵英男译,载《外国哲学》(第36辑),商务印书馆2019年版,第159—197页。更详细的分析,请参见Tom Rockmore, *On Constructivist Epistemology*, Roman & Littlefield Publishers, INC, 2005.

〔49〕 苏力:《纠缠于事实与法律之中》,载《法律科学》2000年第3期,第3—24页。

“事实”做出裁判。这实际也是普通法程序中,“不懂法”的陪审团成员可以对事实问题进行裁断以及事实问题和法律问题能够分别被判断的理由所在。^[50]

系统论视野中的司法也是秉持这样一种建构主义立场,以这些被建构的“事实”为基础、以各类法源所提供的“规则”为依据做出裁断,由此形成了既包含事实意义又包含法律意义的判决。在缺乏先例制度等落实“类似案件类似审判”原则的操作时,这些判决只是一个一个的“孤岛”,因缺乏再度使用而很容易被遗忘。一旦这些制度得以建立并得到很好的贯彻,这些判决中所包含的连接事实与法律的判断将会被编织成一张具体而又稳定的意义之网,对司法官员和社会成员的行动产生巨大的影响。在这种情况下,法律在事实层面之外又“建构”了属于自己的、稳定的“记忆”。

(二) 大众媒体系统对“事实”的认识与评价

在卢曼理论中,构成一个独立社会功能子系统的是“大众媒体”(the mass media),而不是常说的“媒体”。“大众媒体这个概念包含了所有使用复制技术来传散沟通的社会设置。”^[51]其核心特征在于“在发送者与接收者之间并没有出现诸在场者之间的互动。技术的介入排除了这种互动”。^[52]其直接效果在于:一方面确保了高度的“沟通自由”,同时产生了“沟通过剩”;另一方面,再也无法以“中央统合”的方式协调“发送意愿”与“收视兴趣”。^[53]归根结底,大众媒体是由其沟通不断衔接生产出来的,既不存在一个“目的”,也不存在一个“自然的终点”。^[54]“大众”指涉的正是上述“无法确定的不在场者”以及一系列后续效果,^[55]因此“大众”这个限定词不能被省略。

1. 大众媒体系统的运作机制

一般认为媒体的任务就是提供“真相”,但同时,媒体“歪曲事实”的现象也屡见不鲜。“公众浸淫在信息空间之中,这个空间与其说是真实的,倒不如说是亦真亦假的。”^[56]传播学也在反思“真相的本质”问题。我国有研究者基于建构主义立场指出:“事实真相不是客观的、单一的,而是复杂的、变化着的,且这种复杂性和变化性造就了真相的可塑性,也就是说,真相是被建构的,其内涵是随着社会的发展而不断被充实和重新建构的。”^[57]这种建构受到来自传播者和受众两方面的影响。有研究指出,媒体界的市场竞争机制有利于减少偏见或被扭曲的事实;但当信息扭曲发生在需求一方,即大众预期看到特定信息时,媒体界的市场竞争对事实真相的促进作用

[50] 有关英国普通法事实审与法律审的区分,请参见 John Baker, *An Introduction to English Legal History*, Oxford University Press, 2019, p.78-89.

[51] [德] 尼克拉斯·鲁曼:《大众媒体的实在》,胡育祥、陈意淳译,左岸文化 2006 年版,第 24 页。

[52] 同上注,第 25 页。

[53] 同上注,第 25—26 页。

[54] 同上注,第 166—167 页。

[55] 现代传播理论认为,“亲临在场”仍然是最好的交流方式,但这只能在有限的情况下才能做到,人们不得不面对这种限制所带来的困难和问题。请参见[美] 约翰·杜翰姆·彼得斯:《对空言说:传播的观念史》,邓建国译,上海译文出版社 2017 年版,第 377—388 页。

[56] [法] 阿莱特·法尔热:《法国大革命前夕的舆论与谣言》,陈旻乐译,文汇出版社 2018 年版,第 283—284 页。

[57] 张庆园、程雯卿:《回归事实与价值的二分法:反思自媒体时代的后真相及其原理》,载《新闻与传播研究》2018 年第 9 期,第 51—67 页。

是模棱两可的。^{〔58〕} 为了吸引更多的受众,即使在不破坏所谓“事实真相”的前提下,也能通过写作技巧产生特定的寓意与传播效果。^{〔59〕} 特定的事实不一定产生与之对应的预期中的评价,因为关于事实的陈述有多种选择,该选择在很大程度上左右了在传播受众那里可能产生的效果。因此,大众媒体不止关注“事实”,也关注“效果”,甚至更关注“效果”。因此,以媒体报道是否符合事实真相作为考察大众媒体运作的切入点并不恰当,也就是说,建构主义立场也适用于大众媒体。

在卢曼看来,“大众媒体系统的符码是讯息/非讯息这组区别。……讯息是正值、指示值,系统借此标示其自身运作的可能性”。^{〔60〕} 并且,“讯息不是以科学的方式被彻底反省,即,必须以真的方式确定,不真能在真被断言前被排除出去。报道的问题不在于此,而在于报道的选择”。^{〔61〕} 大众媒体会提及“合法/非法”“合理/不合理”以及“公正/不公正”,但其实际生产的是具有“讯息价值”的东西。

分配“讯息/非讯息”的可能性判准,即为大众媒体的纲要。与法律系统的条件纲要不同,大众媒体的纲要“只是以纯粹归纳的方式”区分出了“新闻与深度报道”“广告”和“娱乐”。^{〔62〕} 其中与法律系统关系较大的是“新闻与深度报道”,其对讯息的选择有十个判准:第一,讯息必须是新的;第二,冲突较受喜爱;第三,数量比较容易引起注意;第四,与信息接收者所在地的关联会让一个讯息更有吸引力;第五,违反规范较容易受到特别重视;第六,与道德评价有关的规范违反更受注意;第七,媒体偏好归因于行动,也就是归因于行动者;第八,对时事性的要求使报道集中在个别情况,如偶发状况、意外事故等;第九,意见的表达也会被当作新闻;第十,上述所有判准都会被强化,并被进一步的判准所补充。^{〔63〕} 根据这些判准,法律领域对大众媒体来说具有天然的吸引力。我国有研究者也指出,“司法过程所蕴含的丰富内容以及司法过程所显示的刺激性,对于各国传媒都具有永恒的魅力”。且两个体系内的成员对法律在传媒中的价值有着明显的分歧:法官群体认为,公众关注法庭新闻最重要的目的是“了解法律知识”;而记者群体普遍认为,公众主要是“对有冲突、有悬念的故事感兴趣”。^{〔64〕}

2. 大众媒体视野中的“事实”及其评价

前述大众媒体的建构主义立场并不意味着大众媒体必定是有意识地制造“非真相”。传统新闻学的理论和实践将“事实查验”(fact-check)作为保证报道客观性的必要程序,但是该程序却会因为传播者与接收者之间的信息差异、信念差异、情绪差异等诸原因而失灵。^{〔65〕} 尤其进入互联网社交媒体时代后,“从时间维度来看,社交媒体以更为迅捷的速度终结了大众传媒在真相上

〔58〕 马修·根茨科、杰西·M. 夏皮罗:《新闻市场的竞争与事实真相》,龙宁丽译,载《经济与社会体制比较》2008年第6期,第136—147页。

〔59〕 李华文:《媒体对涉警事实的结构化描述以及警方的应对》,载《政法学刊》2012年第2期,第95—100页。

〔60〕 见前注〔51〕,鲁曼书,第50页。

〔61〕 同上注,第86页。

〔62〕 同上注,第67页。

〔63〕 同上注,第75—84页。

〔64〕 徐迅:《中国媒体与司法关系现状评析》,载《法学研究》2001年第6期,第149—158页。

〔65〕 周睿明、刘于思:《客观事实已经无效了吗?——“后真相”语境下事实查验的发展、效果与未来》,载《新闻记者》2017年第1期,第36—44页。

的垄断性,但又无法因碎片化的信息而成为真相的代言人;从空间维度来看,社交媒体的社交传播方式培育了更加多元的立场与标准,使共识变得既不可能也不重要”,甚至表述者的“善意”起到更重要的作用,“真”让位于“善”。^{〔66〕} 大众媒体普遍认识到,自己已经进入“后真相”(post-truth)时代。

在卢曼看来,“大众媒体作为媒介并不是因为它将讯息从知者传递到无知者那里。大众媒体之所以是媒介,是因为它准备了背景知识并持续提供着背景知识,人们可以在沟通中把这些背景知识当成出发点”。^{〔67〕} 无论大众媒体提供的“知识”是否为真、是否有趣、是否有价值,现代社会的人们都以它所提供的“知识”为出发点。因此,“不论我们对自己社会的知识是什么、或甚至对自己所生活的世界的知识是什么,我们都是透过大众媒体而知道的”。^{〔68〕} 所以,“大众媒体的功能在于引导全社会系统的自我观察——借此并不是意指着诸客体当中的某个特殊客体,而是一种将世界分割为系统(亦即,社会)与环境的方法。所关乎的是一个普遍的观察,而非一个随客体而异的观察”。^{〔69〕} 正是在印刷术与电子传播技术的协助下,大众传媒才得以发展起来,使得“足不出户而知天下事”成为可能。

因此,大众媒体提供的并不是“客观真实的事实”(fact),而只能是“建构实在”(reality)。^{〔70〕} 这种实在同样具有“偶联性”,包括法律在内的其他子系统对其的观察也同样具有“偶联性”。这种偶联性所带来的风险必定存在,但我们别无选择,只能把大众媒体所建构的“实在”作为认识世界的出发点。^{〔71〕} 不过不用过于担心,因为即使大众媒体的报道具有倾向性甚至“错误”,也并不必然直接决定人们的态度:一方面,除了大众媒体之外,人们还可以从其他渠道获取讯息;^{〔72〕} 另一方面,作为系统的意识在以大众媒体为其环境时,最终仍是自己做出判断和选择。这也正是传播理论中“枪弹论”或“皮下注射论”失败的原因。^{〔73〕}

被建构的实在不断累积形成了系统的“记忆”。记忆与系统的功能直接相关:“……系统记忆为所有进一步的沟通准备了一个持续被媒体重新载入的背景实在。”^{〔74〕} 记忆不是对过去发生之事的存储,“重要的是持续地差别对待遗忘与记起。变得可用的沟通容量,借由再度使用必要的意义

〔66〕 胡冀青:《后真相时代的传播——兼论专业新闻业的当下危机》,载《西北师大学报》2017年第6期,第28—35页。

〔67〕 见前注〔51〕,鲁曼书,第139页。

〔68〕 同上注,第24页。

〔69〕 同上注,第192页。

〔70〕 卢曼认为大众媒体系统中有两种实在:第一,系统本身的沟通是“实在”的;第二种“实在”指的是系统通过运作所建构的意义。后者是一种二阶观察层面上的实在,是我们所关心的大众媒体通过自己的报道所呈现出的实在。请参见前注〔51〕,鲁曼书,第27—28页。

〔71〕 见前注〔51〕,鲁曼书,第24页。

〔72〕 同上注,第67页。

〔73〕 “枪弹论”(bullet theory)或“皮下注射论”(hypodermic needle theory)是早期传播理论中的观点。它们认为受众是一个个孤立的人,仿佛是脆弱的靶子或等待治愈的身体,很容易受到大众传播消息的影响。但这种理论已经被心理学研究以及传播理论中的实证研究所否定。参见〔美〕沃纳·赛佛林、小詹姆士·W.坦卡德:《传播理论——起源、方法与应用》,郭镇之等译,中国传媒大学出版社2006年版,第12—13页。

〔74〕 见前注〔51〕,鲁曼书,第192页。

统一，而恒新地进行载入”。^{〔75〕}

（三）法律与大众媒体的同质性与异质性

在系统论视野中，法律与大众媒体系统在构成元素、运作方式等方面存在同质性，不同的只是各自功能、符码与纲要的内容。但无论是法律系统所提供的“普遍的稳定的反事实的规范性行为预期”的功能，还是大众媒体“引导全社会系统的自我观察”的功能，都是社会系统“化简复杂性”这一功能在不同功能子系统中的具体体现，它们共同服务于整个社会系统。

此外，在系统的“产品”层面，法律与大众媒体也具有同质性。我们在前述分析中实际已经将系统运作的“产品”区分为“实在”与“记忆”，两者都是系统运作的产物。法律与大众媒体系统都是通过自己的运作来“建构”属于自己的“实在”与“记忆”。卢曼并不反对外在世界的存在，而只是对外部世界与认识之间的反映关系提出质疑，他认为：认识不是反映，而仅是对实在的观察；观察是心理系统与社会系统的运作；实在都是奠基在一位观察者所做出的诸区分上，是观察者自身建构的产物；被比较的只能是不同观察者建构的不同实在，而非事实。^{〔76〕}正如蓝江教授指出的那样：“从本体论上来说，真相并不能直接向我们敞开。……我们所谓的真相，永远是经过一定的结构性或程序性处理过的被再现的‘真相’，真实的真相永远会和我们之间保持一定的距离。”^{〔77〕}这一观点转译成系统论话语就是：不同的功能子系统都会建构属于自己的“实在”。这种“实在”都是作为“意义”而存在，不同的是不同系统对意义的“赋值”不同：法律系统生产的意义是“合法/非法”，大众媒体生产的意义是“讯息/非讯息”。由于“实在”与“意义”均为系统建构的产物，因此法律与媒体所建构的“事实”以及“对事实的评价”之间并不存在孰优孰劣的问题，只是具有不同的意义而已。

发生于不同时空中的“实在”凝结成“记忆”。一是，记忆指向系统的“敏感性”并由此约束系统：当某些事情再次发生时，系统可以更加激烈地、特别地、快速地做出反应。通过这种方式，大部分的干扰被排除，少部分的干扰作为“意外”供系统“学习”。^{〔78〕}假如系统没有记忆的能力，那么系统将不得不检视其遭遇的所有的“新”情形，这将使得系统不堪重负而崩溃。二是，“所有功能系统都有其特殊的记忆”。^{〔79〕}法律系统的功能是提供“普遍的稳定的反事实的规范性行为预期”，这就要求法律系统的记忆保持一种相对的稳定性，不能朝令夕改。而对于偏爱制造惊讶的大众媒体系统而言，它“似乎不是为了制造一个有共识的实在建构”。^{〔80〕}“大众媒体的世界包含并且再生产大量的意见分歧。……也一直在做着让自己丧失信用、它评价自己，驳斥自己，修正自己。”^{〔81〕}因此，与法律系统相反，大众媒体的记忆呈现出“快速变动”与“内容分裂”的特征。三是，记忆可以被系统当下的运作所更改。法律可以通过立法的改变或司法判例的改变来更改之前的记忆，而大

〔75〕 见前注〔51〕，鲁曼书，第88页。

〔76〕 [德] 玛格特·博格豪斯：《鲁曼一点通——系统论引论》，张锦惠译，暖暖书屋文化2016年版，第36—37页。

〔77〕 蓝江：《后真相时代意味着客观性的终结吗》，载《探索与争鸣》2017年第4期，第10—13页。

〔78〕 Niklas Luhmann, *supra* note〔13〕, Social Systems, at 369—370.

〔79〕 见前注〔51〕，鲁曼书，第198页。

〔80〕 同上注，第142页。

〔81〕 同上注，第143页。

众媒体则更是通过自身的报道持续地更改自己的记忆。

三、法律与大众媒体的关系

法律与大众媒体作为独立运作的社会功能子系统,不可互相取代。按照系统理论,“系统/环境”的区分是系统理论的首要区分。^{〔82〕}法律和大众媒体可以互为环境。但环境并不“依赖”系统,系统也无法“命令”环境,^{〔83〕}两者之间不存在“点对点”的一致性。^{〔84〕}但这并不表示两者彼此孤立、不相往来。功能子系统之间,以“系统/环境”的区分为基础,存在“扰动”与“结构耦合”两类关系。

(一) 扰动

功能子系统之间常见的影响方式是“扰动”,其是“失望的预期之形式”,^{〔85〕}是“系统并未与其环境保持一致的特殊状态”。^{〔86〕}

扰动的一般特征在于:第一,并非只有在大众媒体系统中才出现扰动。“可扰动性自我生产式系统最一般的结构特征。”^{〔87〕}科学的发现(如克隆技术)可以扰动政治系统、法律系统与经济系统,迫使它们做出回应。第二,除了“扰动”,功能子系统间的协作也是必需的。功能分化是现代社会的演化成就。各个功能子系统是独立的,但某些问题却只能依靠它们之间的合作解决。比如,要建设核电站,既需要“科学”研究,还需要“政治”就有关“法律”责任问题做出决定并以立法的形式固定下来,而且在“经济”上还要考虑可行性。^{〔88〕}第三,“扰动”并不意味着系统必定发生改变。“在任意时刻都有来自环境的数不清的影响,但这些影响无法决定系统,因为系统的每项决定只有通过其自身的沟通这一运作的递归性网络才可以产生。”即系统的决定只能在运作闭合的层面上产生。^{〔89〕}第四,扰动属于系统本身。“扰动”表征的是系统的“学习”能力,是系统本身的运作,不可归因于环境,仍然属于系统内部的运作。^{〔90〕}

对于法律而言,“唯有法律系统本身能够造成它自己的闭合、对其运作进行再生产、并且界定其界限;在全社会中,没有任何其他机制可以宣称:这是法律,那不是法律”。^{〔91〕}尽管大众媒体有能力给法律系统带来扰动,但最终能够决定法律的,仍然是法律自己。

〔82〕 “环境”,简单的来说就是“非系统”,是自创生系统除了自我指涉的元素与关系之外的总体,也是一种“意义”层面的存在,与“系统”存在“共生”(co-existence)关系。See Niklas Luhmann, *supra* note 〔13〕, *Social Systems*, at 16-17.

〔83〕 Niklas Luhmann, *supra* note 〔13〕, *Social Systems*, at 17.

〔84〕 *Ibid.*, at 25.

〔85〕 Niklas Luhmann, *Theory of Society (Vol.2)*, translated by Rhodes Barrett, Stanford University Press, 2013, p.117.

〔86〕 *Ibid.*, at 118.

〔87〕 见前注〔51〕,鲁曼书,第193—194页。

〔88〕 Niklas Luhmann, *supra* note 〔20〕, at 49-50.

〔89〕 Niklas Luhmann, *supra* note 〔85〕, at 116.

〔90〕 *Ibid.*, at 116-117.

〔91〕 见前注〔25〕,鲁曼书,第88页。

大众媒体“持续制造与处理扰动——而不是在增加认识，也不是在于社会化或教育，以使人民顺从规范”。^{〔92〕} 大众媒体既不解决科学层面的认知问题，也不解决法律层面的规范问题，只是提供一个可供参考的“当下”，其他功能系统以之为出发点调整自己的期望与失望。^{〔93〕} 因此，虽然是否真的“接受扰动”是其他子系统自身的选择，但“扰动其他子系统”却是大众媒体系统的“自然倾向”，这也正是前述媒体与司法“对抗说”的合理性基础。大众媒体在理论上和实践上不断变更自己所构建的实在，既无所谓积极或正面，也无所谓消极或负面，它只是“本来如此”地提供扰动，否则大众媒体将无法提供观察全社会的多元意见，新闻自由也将不复存在。

（二）结构耦合

1. 结构耦合的特征

功能子系统之间的结构性影响方式是“结构耦合”。^{〔94〕} 在“开放系统”与“自创生系统”的对比中，卢曼阐释了“结构耦合”的性质：“开放系统”理论通过“输入/输出”的形式来描述连接“输入/输出”的系统所假设的因果关系链条；而“自创生”系统理论则用“结构耦合”取代了“输入/输出”模式，“结构耦合”强调的是“系统与环境之间存在高选择性连接”。^{〔95〕}

结构耦合具有以下特点：第一，结构耦合不是系统的“运作”。“系统与环境间的结构耦合并非构成了引起系统再生产的运作。其只是表征系统在其环境中并依赖于其环境的特定状态或变化的形式。”^{〔96〕} 第二，结构耦合属于系统而不属于环境。“不安、扰动、惊异以及不满”通过结构耦合渠道呈现，但它们只作为期望的偏差出现，只与系统结构有关。“没有任何‘不安’从系统外部传输到系统内部。”^{〔97〕} 第三，同扰动一样，结构耦合也表征了系统的学习方式。“如果没有结构耦合就没有不安的扰动，系统缺乏学习并改变自己结构的机会。因此，结构耦合与足够的内部复杂性，是系统从噪声中构建秩序或者从变异中构建冗余这一规制自身可能性的必要的先在条件。”^{〔98〕} 第四，结构耦合形式具有两个侧面：内侧意味着对扰动的认可；外侧意味着不认可。^{〔99〕} 第五，系统耦合功能必须发生在功能子系统运作“正常”时。卢曼举例说，假如政治暴力以非法手段介入法律或者法律本身发生大面积腐败时，宪法就不发生作用了。此时，结构耦合也就失去了意义。^{〔100〕} 第六，结构耦合是功能子系统间“同时”发生的关系之形式，是一种模拟(analogical)关系而非数字(digital)关系。^{〔101〕} 该模拟关系只有经过刺激，才能在系统“内部”被转化为二值编码的数字关系，“该关系可以通过‘要么……要么……’的图式予以把握，并且其强化了某一对环境保持高度中立

〔92〕 见前注〔51〕，鲁曼书，第193页。

〔93〕 同上注，第194—195页。

〔94〕 有关卢曼“结构耦合”概念的来源，请参见泮伟江：《宪法的社会学启蒙——论作为政治系统与法律系统结构耦合的宪法》，载《华东政法大学学报》2019年第3期，第6—20页。

〔95〕 Niklas Luhmann, *Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System*, 13 Cardozo Law Review 1432 (1992).

〔96〕 Ibid., at 1432.

〔97〕 Ibid., at 1432.

〔98〕 Ibid., at 1433.

〔99〕 Ibid., at 1433.

〔100〕 Niklas Luhmann, *supra* note〔85〕, at 114-115.

〔101〕 Niklas Luhmann, *supra* note〔95〕, at 1432.

的交互刺激渠道。……在结构耦合成功建立的地方,社会作为整体通过这些渠道影响(系统的)结构性发展”。因此,结构耦合为自创生的功能系统提供了进一步演化的条件。同时,“‘耦合’被‘去耦合’所限制”。这意味着,结构耦合既可以被强化,也可以被削弱,这取决于系统的自由选择。^[102]

此外,“耦合”不意味着“整合”。卢曼明确指出,随着现代社会的功能分化,社会系统失去了它的“整合能力”,它只能借由结构耦合,通过沟通进行自创生。如从古代社会演化到现代社会,法律系统与经济系统逐渐发展出了“财产与合同”这一结构耦合形式,但该形式无法“整合”两个系统,它们只是将两系统之间的“重复性激扰”组织起来并促成了两者在历史长河中的自然演变。^[103]“整合”实际预设了可以统筹不同子系统演化与运作的“高级目的”,这一点在系统论中是不成立的。子系统之间的“协调”是可能的,但绝非通过“直接指令”就可以简单实现,而是通过“结构耦合”以一种偶联的方式在具体演化过程中产生,既可能成功,也可能失败。

2. 结构耦合与激扰的关系

经过复杂的演化,现代社会中的结构耦合有以下几种主要类型:政治系统与经济系统耦合于“税费”;法律系统与政治系统耦合于“宪法”;法律系统与经济系统耦合于“财产和合同”;科学系统与教育系统耦合于“大学的组织形式”;等等。^[104]这些特定的耦合形式无疑是高度条件化与稳定化的。这也就意味着:在任意时刻,人们无须“重新”费力考虑或者建构两个子系统之间具体的耦合形式,而只需考虑“现成”的结构耦合形式即可。不过,需要强调的是,不同子系统之间的结构耦合不是逻辑推理的产物,而是历史发展的产物。

结构耦合概念表征了高度发展的系统间影响的条件与渠道,是一种既具有高度选择性,又具有相当确定性的已经“结构化”的“激扰”。因此,“结构耦合”一定包含“激扰”,但“激扰”不一定能达到“结构耦合”那样的高度条件化与稳定化。

(三) 我国法律与大众媒体间的关系

可以肯定的是,作为法律系统的环境,大众媒体对法律系统一定会产生某种“激扰”。但假如两个系统间只存在过于弥散的“激扰”关系,那么意味着两者之间只能产生一种“个案式”的联系,缺乏普遍性,而对两者关系的规制也只能“头疼医头、脚疼医脚”。因此,我们需要确定,大众媒体对法律的“激扰”是否能够形成“结构耦合”及其可能的形式。

1. 大众媒体系统与其他系统的耦合形式

卢曼明确论证了大众媒体系统与其他功能子系统的耦合形式——“论题”。“虽然大众媒体在运作上是封闭的,但沟通的论题确保大众媒体不会抛弃社会,离开社会。论题是沟通无可避免的要求。它体现了沟通的异己指涉。它组织了沟通的记忆。”这些论题不是仅被讨论一次,而是会被“递归地讨论”。^[105]“大众媒体在整个社会上的成功是基于它坚持接受论题,而且这无关乎社会对

^[102] Niklas Luhmann, *supra* note [85], at 110.笔者在初稿中误解了卢曼关于结构耦合“模拟关系”与“数字关系”问题的论述,北京航空航天大学法学院的泮伟江教授指出了笔者的错误,在此表示感谢。

^[103] Niklas Luhmann, *supra* note [95], at 1434-1436.

^[104] Niklas Luhmann, *supra* note [85], at 111-113.

^[105] 见前注[51],鲁曼书,第40页。

讯息、意见建议、可辨识的评价,采取正面或负面的立场。大众媒体系统对一个论题产生兴趣,出发点常常是,这两种立场都有可能。”^{〔106〕}

因此,大众媒体向各个系统生产的“论题”以及相关意见保持开放,“拒绝报道”才会导致它的消亡。与此同时,其他子系统“经常努力为大众媒体提供论题,并让大众媒体切实接受这些论题”。^{〔107〕}通过这种“双向交流”,大众媒体制造了“关于全社会的论题”这一第一客体,^{〔108〕}即,大众媒体“可以”报道其他系统,其他系统也“乐意”被大众媒体报道。

卢曼以西方法治国家为知识背景论述了大众媒体与法律的耦合问题。他认为,法律作为“论题”只是“被边缘地碰触到”:“法律很典型地(但也只在个别情况中)被媒体的事先谴责所激扰,或被一种深度报道所激扰,这种深度报道所造成的影响,从‘后果责任’的角度来看,在接下来的法律意见形成过程中几乎无法忽视。”^{〔109〕}该论断同样符合我们的经验,毕竟所谓的“社会热点案件”是少数,绝大多数案件是在缺乏大众媒体关注的情形下进行的——大众媒体无力观察和描述所有的案件,它必须做出自己的选择。

2. 我国法律与大众媒体间的结构耦合关系

前面是以大众媒体为系统、以其他子系统为环境考察它们之间的关系。但如果以法律为系统,以大众媒体为环境,那么两者之间的“结构耦合”形式是什么呢?卢曼并没有明确这个问题,我们只能就此展开自己的分析。

一种可能的结构耦合形式是“传播法”,即法律系统中有关大众媒体的法律规范的总和以及对这些规范的适用。这种耦合形式类似于法律系统与政治系统耦合于宪法。以美国为例,其既具有发达的传媒工业,同样也具有发达的传播法体系,涉及传播内容、传播方式、传播者、传播效果等。在崇尚新闻自由的文化中,法律对大众媒体的规制主要体现在应对公共安全危机、名誉损害、侵犯隐私与场所和信息的使用权等几个方面。^{〔110〕}这种结构耦合在美国是存在的,但不适用于我国。因为我国目前的传播法过于薄弱:一方面,没有规范媒体行业的基本法律,只有效力层级较低的规范性文件,而且立法工作迟迟没有进展。^{〔111〕}另一方面,我国目前主要是通过党委和政府的新闻主管部门的指示、指令管理和规制新闻传播。^{〔112〕}在进入“人人都可以成为记者”的互联网自媒体时代后,这种指令性的管理模式基本失去了作用,同时法律规制能力建设又没有跟上。^{〔113〕}即在传播法领域,我国的立法与司法都是滞后的,这就导致我国现有的法律体系既无力保障新闻自由,也无

〔106〕 见前注〔51〕,鲁曼书,第41页。

〔107〕 同上注,第41页。

〔108〕 同上注,第197页。

〔109〕 同上注,第142页。

〔110〕 See John D. Zelezny, *Communications Law: Liberties, Restraints and the Modern Media*, Tisinghua University Press, 2004, p.83-254.

〔111〕 张晶晶:《为什么我们没有“新闻法”——反思我国新闻传播立法研究》,载《政法论丛》2014年第1期,第57—64页。

〔112〕 孙旭培:《三十年新闻立法历程与思考》,载《炎黄春秋》2012年第2期,第1—7页。

〔113〕 参见陈柏峰:《当代传媒的政治性及其法律规制》,载《法制与社会发展》2017年第3期,第118—132页。

力应对媒体的侵权行为。^[114] 因此,至少在目前,“传播法”无法构成勾连中国法律系统与大众媒体的渠道。

另一种可能是,作为系统的法律与作为环境的大众媒体间以“论题”作为结构耦合的形式。大众媒体无疑对法律产生着“激扰”,但并非所有的激扰都必定迫使法律系统做出调整。我国的立法机关与法院不会直接按照舆论的偏好做出决定,但在舆论足以形成具有压迫力量的热点时,其也不得不做出自己的回应。立法既可以吸收大众媒体的意见并将其转换为法律的“纲要”,也可以拒绝甚至“等待”,但司法却要在限定的时间内适用立法提供的“纲要”。在立法尚未做出更改时,面对大众媒体的影响,法官们即便“屈从”于舆论压力,也要在法律系统内寻找理由并通过法律论证和说理,证明自己对于“合法/非法”符码的分配是正当的。

我们可以根据中国目前的现实情况,将舆论“热点”进行类型化处理,“归纳”为如下“论题”:一是“伦理”。^[115] 如“于欢案”涉及“母亲”这一伦理体系中极为重要的符号,产生了关于“辱母”是否引发“无限防卫权”的问题。^[116] 本案的二审判决否定了这种情形下的“无限防卫权”,而是将“被害方有以恶劣手段侮辱于欢之母的严重过错等情节”作为减轻处罚的量刑情节。^[117] 最高人民法院将此案升格为指导性案例,并在“裁判要点”中规定:“防卫过当案件,如系因被害人实施严重贬损他人人格尊严或者亵渎人伦的不法侵害引发的,量刑时对此应予充分考虑,以确保司法裁判既经得起法律检验,也符合社会公平正义观念。”^[118] 这一要点并非常见的“条件纲要”,而是可以被视为针对大众的伦理要求所做出的回应。二是“朴素的价值判断”。^[119] 如在“李昌奎案”中,云南省高级人民法院所援引的理由无力弥合被告人的“残忍手段”与“死缓判决”之间的鸿沟,严重冲击了普通民众对于刑法的期望。^[120] 在很多案件中,尽管法院是严格依照有关法律、司法解释和部门规定做出的判决,但由于结果与普通人朴素的价值判断或是非感相悖,很难被接受,如“赵春华案”“王力军非法收购玉米案”等。三是“违反常识”。典型的如“彭宇案”。本来该案无论从案由还是标的来看都是“小案件”,但由于法官在判决书中所表述的过于违背常识的推理,直接引爆了舆论关于“好人没好报”的慨叹,并被认为是引发了全社会范围内的道德滑坡。^[121] 四是“同情弱者与厌贵仇

^[114] 关于在《侵权责任法》中是否要规定新闻媒体的侵权责任,我国学界形成了针锋相对的观点。张新宝教授等主张否认新闻媒体的侵权责任,而杨立新教授则持几乎相反的主张。请参见张新宝:《“新闻(媒体)侵权”否定说》,载《中国法学》2008年第6期,第183—189页;杨立新:《我国的媒体侵权责任与媒体权利保护——兼与张新宝教授“新闻(媒体)侵权否认说”商榷》,载《中国法学》2011年第6期,第178—188页。

^[115] 卢曼指出,相较于其他沟通,有关道德的沟通能够更加迅速地吸引注意力。See Niklas Luhmann, *The Code of the Moral*, 14 Cardozo Law Review 1006 (1992).

^[116] 参见杨兴培:《刺死辱母者案的刑法理论分析与技术操作》,载《东方法学》2017年第3期,第37—46页。

^[117] 于欢故意伤害案,山东省高级人民法院(2017)鲁刑终151号刑事判决书。

^[118] 参见“指导性案例93号:于欢故意伤害案”,载中华人民共和国最高人民法院网2018年6月27日, <http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-104262.html>。

^[119] 卢曼指出,价值判断是常见的激扰形式。虽然不存在明确的价值位阶序列,但价值观的冲突始终能够发挥作用并加重系统做出决定的负担。See Niklas Luhmann, *supra* note [85], at 123.

^[120] 参见车浩:《从李昌奎案看“邻里纠纷”与“手段残忍”的含义》,载《法学》2011年第8期,第35—44页。

^[121] 关于此案判决书中的推理错误分析,请参见张继成:《小案件,大影响——对南京“彭宇案”一审判决的法逻辑分析》,载《中国政法大学学报》2008年第2期,第103—106页。

富”。如“唐慧案”，作为受害者母亲的唐慧四处上访要求判处参与强迫自己女儿卖淫的所有犯罪嫌疑人死刑，这一要求本来于法无据，但是媒体刻意回避了这个问题，反而不断塑造并强化唐慧作为“弱女子”与“强权”抗争的形象。^{〔122〕}与同情弱者紧密相连的是厌恶权贵、仇视富人的心理。这并不需要当事人权倾朝野、富可敌国，只需要其比普通人稍微“强”那么一点点即可，甚至哪怕这种身份是杜撰的，也不影响该论题的形成。如“药家鑫案”发生后，有关药家鑫是“官二代”“富二代”的虚假信息广为流传，在很大程度上影响了最终的判决。^{〔123〕}

类似的论题清单可以列得很长。归纳起来，能够作为法律与大众媒体结构耦合形式的论题具有以下几个特征：

第一，论题“产生”自法律规范或案件判决，但却由大众媒体按照自己的“选择”进行“生产”。在这里，作为环境的大众媒体显示出强大的“激扰”能力：即便法律系统已制作并表述论题，大众媒体也可能忽视，反而以自己的方式建构论题。而且这种建构，基本上立基于大众媒体的“假想”：“大众媒体（与那些发生于在场者之间的互动做对比）很难规定当下一并起作用的目标团体。因此在很大程度上，明显的在场必须被假想所取代。”^{〔124〕}即大众媒体会“想象”法律中的哪些论题“可能”影响更多的人，并由此做出自己的决定。当然，法律系统也可以不理睬大众媒体的选择，仍然采用诸如“官方消息”“权威发布”以及“普法宣传”等方式自己阐发论题，但这种“自说自话”有可能需要承受来自大众媒体的巨大舆论压力，需要法律系统自己做出抉择。

第二，论题具有一定程度的冲击力。我国有研究者指出，媒体所关注的内容“首先必须具有公众关注的价值，无论这种关注产生于严肃的道德责任，还是产生于某种利益上的激励，甚而产生于纯粹的猎奇、‘窥阴’心理”，而“一般性和常规性、与公众兴奋点不相符的司法行为或过程事实上很难进入传媒论说和评价的范围之中”。^{〔125〕}

第三，论题的冲击力和影响力不一定与案件本身在法律上的重要程度相匹配，如“彭宇案”。

第四，论题必须高度“浓缩”并易于理解，使得不具有法律专业知识的人也能就此进行直接的沟通。大众媒体与普罗大众很难对法学家所津津乐道的法律技术或法律本身的难题感兴趣，甚至还有可能产生抵牾。

第五，论题与所谓“案件真相”并没有必然联系。如2014年12月13日发生在山西省太原市的“周秀云非正常死亡案”，经法庭调查，案件起因是当事人不按工地规定未佩戴安全帽穿越工地，结果在媒体报道中被呈现为“农妇讨薪被警察殴打致死”，并且这一说法并未随着判决的尘埃落定而在媒体报道中被更改。^{〔126〕}大众媒体需要的是“警察暴力”这个论题，需要的是“警察打死讨薪农妇”这个故事，“未佩戴安全帽穿越工地”对他们来说太没有“讯息”价值。

第六，论题并不依赖于共识，甚至有意地回避共识。卢曼指出，每一个显明的沟通都是“拿共

〔122〕 参见陈柏峰：《从“唐慧案”看中国法治生态》，载《中国法律评论》2014年第3期，第172—175页。

〔123〕 参见苏力：《轰动性案件的明智法律应对——以药家鑫案审理与辩护为例》，载《河北法学》2019年第6期，第2—9页。

〔124〕 见前注〔51〕，鲁曼书，第27页。

〔125〕 见前注〔3〕，顾培东文，第17—29页。

〔126〕 目前在互联网上搜索“周秀云案”，大部分内容仍然冠以“农妇讨薪”这一说辞。

识去冒险”，而且人们都恰恰是在有歧见时能够进一步沟通。“这种借由沟通来测试沟通，在现代的条件下简直失去了控制。”^{〔127〕}而且大众媒体并不在意自己的前后矛盾，它随时准备“解构自己”。^{〔128〕}

四、如何把握法律与大众媒体的关系

在笔者的阅读范围内，华南理工大学法学院陈征楠副教授的《系统论视野中司法与媒体间的技术格局》一文是国内首次运用系统论分析法律与大众媒体关系的尝试。但颇为遗憾的是，陈征楠副教授在很多问题上误解了卢曼的理论命题。其核心的错误是误解了大众媒体系统的符码，以“真实/虚假”作为大众媒体的符码，由此认为大众媒体的功能在于如实报道，但由于大众媒体毕竟不是法律，进而得出结论：“司法论证不仅排他性地独占着分派‘合法/不合法’这一二值选项的资格，也应当按照法律系统运作的技术条件，针对进入或试图进入结构耦合关系中的媒体系统，要求其在必要的时刻保持缄默。”^{〔129〕}这种说法等于禁止大众媒体“提及”“合法/非法”这组符码以及围绕该区分所展开的评论。可如果连“合法/非法”都不能评价了，那么该如何正当化媒体对司法的“监督”？按照这一逻辑，大众媒体也不能涉及政治、经济、宗教、教育等，因为它们也有各自的符码、纲要及功能，大众媒体也可以对它们产生类似于对法律系统产生的所谓“压制性期望”。若果真如此，大众媒体还有什么存在的必要呢？因此该文的论证在系统论框架内实际是不成立的；且由于过分强调两者的独立性，该文实际得出了“媒体对法律决定不容置喙”这一绝对新闻管制主义的危险结论。

根据前述分析，整个法律系统应该从以下几个角度把握与大众媒体系统的关系：

第一，法律不必视大众媒体为洪水猛兽，而要将其作为某种讯息供给的渠道。大众媒体制作或者选择特定的论题，一定有其自身认为“合理”的理由，无论在法律系统看来该理由背后是否具有充足的依据。法律系统需要将大众媒体生产的论题视为某种讯息，检视自己之前是否忽视或误解了该类论题。这一点对立法和司法均有重要意义：虽然“兼听”不一定“则明”，但“不听”显然是不可取的。

〔127〕 见前注〔51〕，鲁曼书，第196—197页。

〔128〕 同上注，第90页。

〔129〕 除此之外，陈征楠副教授还在以下几个问题上误用了卢曼的理论：第一，误解了公正等价值的作用，将其作为法律系统的“本体论基础”，并以保障它们的实现作为法律系统的目的。第二，认为媒体还体现了道德符码、经济符码（且对两种符码的理解也有错误）与科学符码的杂糅。符码的杂糅意味着实际将各个不同的功能子系统混杂起来，等于同时进行多种区分的观察，这就完全违背了系统理论的分析框架。第三，误解了系统论中的“结构耦合”理论，认为“耦合代表着以功能分化为基础的整合效果”。第四，误解了法律与大众媒体间的关系。其区分了系统间的“积极激励”与“消极干扰”，并指出环境对系统所形成的积极激励一旦“蜕变”成消极干扰，这种“蜕变”将是“不可逆的”；而失真的媒体报道（即消极干扰）势必诱发法律系统做出“失当的信息输出”。这种“势必诱发”显然忽视了前述“结构耦合”的高度条件化以及自由选择性特征，也违背了自创生功能子系统自我选择、自我组织和自我再生产的逻辑。参见陈征楠：《系统论视野中司法与媒体间的技术格局》，载《法学》2019年第7期，第133—149页。需要说明的是，陈征楠副教授引用的是德语文献。笔者不懂德语，所引用的是卢曼的英译和汉译文献，如有错误或理解偏差，还请陈征楠副教授及其他专家学者批评指正。

第二,根据论题的性质采取有针对性的举措。假如论题立基于“虚假”信息,那么无论立法还是司法均需要及时公开准确的信息以正视听。若论题涉及伦理或者朴素的价值判断,立法需要做出充分说明,而司法则需要在法律论证环节予以回应。诸如此类的操作一方面确实是一种降低法律所面临的舆论压力的实用主义策略,但另一方面也是一种“回应”,是对“保障人民群众参与司法”的落实。人民群众参与法律的方式有很多,立法和司法充分听取、考虑、回应经由大众媒体所反映出的人民群众的意见,也是一种保障其参与的很重要的方式。

第三,坚持公正司法。办案质量的高低才是法院究竟能否在汹涌的大众媒体论题冲击下保持独立的核心决定要素。案子办错了,说什么都没用。法院系统的监督机制必须发挥作用,对大众媒体所揭示的法院办案过程中的种种“错误”给予回应:“确属错误”,一定要改;“不是错误”而“被误认为是错误”,要及时澄清。千万不要幻想能够掩盖错误,在互联网时代,掩盖错误的成本可能远远高于纠正错误。

第四,建构并稳定法律系统自己的“记忆”。法律系统无力决定论题,但却可以决定自己的记忆。大众媒体需要的是“论题”,并不需要对“论题”形成统一的意见,其更偏好于争议。但法律系统必须要赋予“论题”以特定的、稳定的意见,即必须给出“命题”。在这个意义上,司法必须“统一”。这种统一不但需要法官在个案中严格依照法律办事,还需要“类似案件类似审判”原则的落实。因此,中国所特有的“案例指导制度”以及“类案审判”制度,在建构稳定的法律记忆的层面上,具有相当强的正当性与合理性。只有法律系统的命题体系越稳定,才越有能力抵御大众媒体的论题及意见的冲击。

第五,认真对待“新闻自由”。新闻自由既是宪法中公民言论自由基本权利的合理的延伸,也在现代社会具有重要价值。新闻自由不是无限的,政治、法律、道德都会对新闻自由提出限制性要求。就新闻自由的法律限制而言,一方面需要立法在未来构建一个大体合理的规则框架体系;另一方面需要司法在一个个案件中不断重复界定并细化其界限,通过激扰或结构耦合对大众媒体系统产生影响。通过这种方式,新闻自由就从一个难以准确把握的价值问题转化为不同功能子系统的界限问题、记忆建构问题与激扰或结构耦合问题。这需要我国传播法领域的成长与成熟。在这个历史进程中,一定会出现具有冲击力的事件,也一定会出现“变化”与“不变”之间的博弈。最终,新闻自由的法律界限是否以及何时能够达到稳定,谁也无法预知,只能将其交给时间。

五、余 论

在卢曼的系统论视野下,作为功能子系统的法律与大众媒体之间一方面不是“对抗”关系,而是存在着不可避免的“激扰”关系,并且部分激扰已经高度“结构化”并通过“论题”在两个子系统之间形成“结构耦合”关系;另一方面也不是同时作为服务于共同目的之“手段”而存在的“协调”关系,两个子系统各自按照各自的符码和纲要执行自己特定的功能,尽管存在“合作空间”但却很难由一个外在的“高级目的”直接统摄,需要在各系统运作闭合的基础上,在系统的历史演化中确定、发展并巩固适当的和谐关系,并随时根据社会的发展需要予以调整。

一旦我们将视野集中于历史演化,就会产生有关功能子系统“自治程度”的问题,即法律系统和大众媒体系统究竟在何种程度、何种层面、何种领域是“自治”的、“他治”的或者“混合”的。这就需要走出卢曼关于自创生是“全有或全无”的理论假设。^{〔130〕}在托依布纳看来,卢曼的理论具有“过于坚硬的实证化倾向”,因此忽略了“中间地带”,^{〔131〕}而“自治和自我创生应当被理解为程度的问题”,需要通过“超循环”来考察和检验系统的“自创生自治”。^{〔132〕}不过该问题已经超出了本文的论证范围,有待进一步的研究。

Abstract The relationship between the law and the mass media is an important theoretical and practical issue which has not yet reached convincing conclusions under the background of comprehensively promoting the rule of law. Too much emphasis on the separation of the two may lead to news blackout or abuse of media, and too much emphasis on the integration of the two may affect judicial fairness. From the perspective of system theory, the law and the mass media are homogeneous. They allocate their own unique codes according to their respective programs, and respectively construct different meaningful “facts” and assessments. As independent functional subsystems, the law and the mass media are neither separate nor integrated with each other, but have an inevitable irritative relationship. Part of the relationship is structured as a kind of “structural coupling” relationship in the form of “theme”. Therefore, only by standing on its own, upholding judicial fairness and realizing judicial unification, can the law not only protect the freedom of the mass media but also resist the impact of various themes and opinions in the mass media, and stabilize the generalized normative behavior expectations of social members.

Keywords System Theory, the Mass Media, Irritation, Structural Coupling

(责任编辑: 宾凯)

〔130〕 卢曼认为,“自创生要么发生要么不发生,就像生物系统要么活着要么死亡一样”。See Niklas Luhmann, *supra* note [13], *Social Systems*, at 266.

〔131〕 泮伟江:《托依布纳法的系统理论评述》,载《清华法学》2011 年第 1 期,第 97 页。

〔132〕 [德] 贡塔·托伊布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社 2004 年版,第 40—41 页。