

DOI: 10.13766/j.bhsk.1008-2204.2020.0551

卢曼社会系统论视野下的法律功能

余成峰

(北京航空航天大学 人文与社会科学高等研究院, 北京 100083)

摘要: 在卢曼社会系统论视野下,法律是一种规范性期望,采取“不学习”的反事实性态度,从而反向达到对全社会的时间拘束的功能。为了稳定规范性期望,法律系统的功能分化,有赖于组织化的法律决断系统,决断系统通过规范的双重模式化,推动了法/不法二元代码的正式确立,使规范性期望在法律系统内获得稳定的实现,从而克服了一般社会层面的规范性期望的不足。法律系统与政治系统由此形成特定的结构耦合。法律的功能不是促成社会整合或社会控制,而是使规范性期望在时间上获得稳定的确保。法律的功能模式既不取决于主权者,也不取决于社会,而是在法律系统中被反身性地给定。法律在“二阶观察”的层次上调控自身,从而实现其运作的封闭和系统的分出。

关键词: 法律功能; 卢曼; 社会系统论; 时间拘束; 规范性期望; 政治系统; 社会控制

中图分类号: D903

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2021)01-0031-11

Legal Function from the Perspective of Luhmann's Social System Theory

YU Chengfeng

(Institute for Advanced Studies in Humanities and Social Sciences, Beijing University of
Aeronautics and Astronautics, Beijing 100083, China)

Abstract: From the perspective of Luhmann's social system theory, law is a normative expectation, adopting a counterfactual attitude of "not learning" so as to reversely achieve the function of time constraints on the whole society. In order to stabilize normative expectations, the functional differentiation of the legal system depends on an organized legal decision system. The decision system promotes the formal establishment of the legal/illegal binary code through the dual patterning of norms, making normative expectations in the legal system obtain a stable realization, thereby overcoming the shortcomings of normative expectations at the general social level. The legal system and the political system thus form a specific structural coupling. The function of law is not to promote social integration or social control, but to ensure that normative expectations are stable in time dimension. The functional model of law does not depend on the sovereign or society, but is given reflexively in the legal system. The law regulates itself at the level of "second-order observation" so as to realize the closure of its operation and the separation of the system.

Keywords: legal function; Luhmann; social system theory; time constraint; normative expectation; political system; social control

收稿日期: 2020-11-27

基金项目: 国家社会科学基金(20BFX008)

作者简介: 余成峰(1982—),男,浙江温州人,副教授,博士,研究方向为比较法学、法律社会理论、网络法。

一、引言

卢曼社会系统论视野下的法律功能具有特指:法律系统的功能,所指涉的是法律对全社会的功能。法律功能解决的是全社会的时间拘束问题,即通过规范性期望的稳定化,达到对全社会的时间拘束。社会系统论认为,社会沟通是围绕意义的沟通,意义包含时间、社会和事物三个维度。虽然每一个沟通一旦发生就随即流逝,无法持续,但却可以通过赋予沟通以结构价值从而将沟通事件关联起来,从而促成具有时间拘束效果的系统的持续自我更新。

人类历史上演化出时间拘束的不同功能形式,如经济系统(资源稀缺)也承担着时间拘束的功能。而法律系统的唯一功能,就是通过规范性期望的反身形式(对规范性期望的规范性期望),形成特定的时间拘束,从而成为社会重要的信任机制。

法律系统的时间拘束具有社会成本,法/不法的代码区分和指派对不同社会主体具有不同影响,带来不同的社会性后果,从而产生各类共识和分歧。为了稳定规范性期望,法律系统的功能分化,有赖于组织化的法律决断系统(立法和司法),这些决断系统通过规范的双重模式化(规范化的规范化),对规范投射的成长产生了限缩和规训效应。这推动了法/不法二元代码的正式确立,使规范性期望在法律系统内获得稳定的实现,从而克服了一般社会层面的规范性期望的不足。法律系统与政治系统由此形成特定的结构耦合,但其前提则是两个系统的功能分化。

易言之,法律的功能不是行为调控和冲突解决^①;法律的执行不是促成行动,而是稳定期望。法律并不是社会整合与社会控制的工具,而是成为全社会的“免疫系统”。这一切的前提,乃是法律系统的功能分化。

二、法律与时间性问题

(一) 法律:全社会、意义与时间

当谈到法律的功能,首先需要追问,法律功能“服务”的对象是“谁”?是针对个人的功能,还是针对人际互动的功能,抑或针对公司或政治组织的功

能?在卢曼的社会系统论视角下,法律的功能,是针对全社会系统的功能,是要解决全社会系统的问题。换言之,法律功能“服务”的是全社会,全社会系统的某个问题,必须通过专门的法律规范的分出,继而通过法律系统的功能分出,才能获得相应的解决^{[1]152}。

这与传统的法律功能理论形成了对比。在卢曼看来,传统法学理论采取了个人主义的心理学和人类学的提问方式^{[1]152},它们讨论法律会给个体带来什么,法律针对个人解决了什么问题,法律对个人形成何种激励和约束。但这些理论都未能在全社会的层面去理解法律的功能。虽然传统的提问方式是有意义的,但它把人类社会化约为个体原子的集合,只能从意识、人格这些无法在经验上考察的主观维度,提出对法律功能的认识。与此相反,卢曼认为,法律功能必须在“全社会”的意义上讨论,而所谓“全社会”则是指由经验上可观察的各种不断运作的社会沟通形成的社会系统^{[1]152}。

所以,法律功能是针对全社会系统的功能,法律解决了全社会系统的特定“问题”^{[1]152},作为社会子系统的法律系统,解决了全社会系统的“特定问题”。但实际上,这种功能定义也存在陷入套套逻辑(同义反复)的危险。在传统法理学中,法律的功能定义,经常是以如法律功利主义,或各种以满足特定需求为导向的理论出现^{[1]152}。在这些理论看来,法律的功能就在于法律能够满足社会的特定“需求”,进而实现“最大多数人的最大幸福”^②。卢曼指出,这种法律的功能定义其实只是同义反复,并没有真正回答问题。而卢曼的理论策略,则是他一贯采用的“抽象化”方式^{[1]152}。易言之,要描述清楚何谓法律的功能,要厘清法律所解决的真实“问题”,就必须跳出法律,认识法律。人们需要一个“不同于法律、并且比法律自身更为抽象的概念”^{[1]152}。

“法律的功能就是法律对全社会的功能”,这样一个自我循环的套套逻辑,可以通过引入一个比法律更为抽象的概念来“展开”^{[1]152}。对于法律功能的理解,关键就在于找到这个比法律更为抽象的概念。

卢曼在这里发现了“时间”。在他看来,法律解决的其实是全社会的“时间问题”^{[1]152},时间乃是法

律真正的功能指向对象。卢曼认识到,每一个当下的社会沟通都是不充分的,这些沟通无论是作为表意还是实践,它们在时间上都必须具有延展性,以克服它当下的不充分性。而时间延展性在社会沟通中,就会以“期望”的形式出现^{[1]152}。当社会沟通中明确出现“期望”,出现对“期望”的“期望”,社会沟通的时间意识和时间问题也就开始呈现^{[1]152}。而法律的功能,恰恰就与这些社会沟通中的“期望”相关^{[1]152}。法律的功能,就是要对社会沟通中的期望进行沟通,并在沟通中表达对期望的承认^{[1]153}。正是在这个意义上,卢曼认为,法律的功能绝非仅仅针对“个人”,而首先是针对“社会”^{[1]153}。卢曼不断强调,法律的功能并不是针对特定个体的心理意识状态,不是功利主义视角的对个人苦乐计算的影响,它针对的是社会沟通中的“期望”,针对的是社会沟通的意义的的时间维度。因此,卢曼所说的“期望”并不是一个心理学概念,而首先是一个社会学概念。

由此,卢曼对法律功能的分析,重点就落在法律对社会沟通的“时间维度”的影响^{[1]153}。这与传统法社会学理论形成了很大差异。传统理论往往强调法律的“社会功能”,关注法律的“社会控制”或“社会整合”维度^③。但在卢曼看来,这些理论并没有真正理解法律功能的特殊性^{[1]153}。因为,对于“社会控制”或“社会整合”来说,除了法律之外,还有许多其他的“功能等同项”^{[1]153}(包括道德、伦理、宗教,甚至暴力等),法律功能的特殊性并不在此。传统理论对法律功能认识的误区,即源于主要从社会和组织的层面去理解法律现象。事实上,法律功能的核心在于“时间”,而非“社会”。

卢曼一针见血地指出,法律当然具有社会相关性,但法律的功能则不在于社会整合^{[1]153}。事实上,无论是批判法学运动,还是马克思主义法理学说,都已对此作出深刻的揭示^④。法律的功能并不是促成社会整合或社会控制,而是使社会规范性期望在时间上能够获得稳定的确保,虽然由此会带来一系列社会性的后果^{[1]153}。

任何社会沟通都需要用到时间。个别的社会沟通转瞬即逝,只能在短暂的时刻延续,它们要想让自身获得界定,就需要依赖在时间中形成的递归性网络化^{[1]153}。每个当下的社会沟通,都必须关联到已

经过去的沟通,并衔接到未来的可能性沟通。这个由“过去—当下一未来”构成的时间链条,决定了社会沟通的特定系统状态,社会沟通因此深深嵌入在时间拘束的链条之中^{[1]153}。

在卢曼看来,除了这种广义的时间拘束,还存在一种狭义的时间拘束,即沟通系统为了反复使用,会对特定的词汇、概念和陈述划定意义的范围,将意义固定化,从而形成各种“语意”^{[1]153}。当这些语意被反复使用而逐渐沉淀下来,就会形成狭义的时间拘束^{[1]154}。

这些语意在沟通中的重复使用,遵循两个方面必要的前提。一方面,对“标示”加以“凝炼”,确保它在新的语境中被持续鉴别为“同一”,从而成为可以被再指认的“不变项”;另一方面,对重复使用的语意进行“确认”,以证明它也适用于其他语境^{[1]154}。这使意义在语言上被固定下来,进而推动社会沟通的分化(在此,卢曼用极为抽象的方式描述了社会沟通的意义的起源,意义的凝炼和确认促进了语言的沟通,并使意识和社会运作产生了耦合)^{[1]154}。

(二) 时间拘束与社会性后果

意义的凝炼和确认,缩小了社会沟通的恣意性,更关键的是,产生了正确言谈的“规范”^{[1]154}。这对沟通的偶联性产生了限制。在卢曼看来,一切社会沟通既非必然,也非不可能,因此具有偶联性,而对这种偶联性进行缩减本身,也具有偶联性,而这就需要规范的限制^{[1]154}。而伴随规范的出现,在社会沟通中就形成了规范/失范、正确/错误、可接受/不可接受、法/不法这一系列二元图式^{[1]155}。人们开始围绕这些二元图式展开对沟通的沟通,从而形成社会秩序的安排。

这些二元图式负面评价的一面(失范、错误、不可接受、不法),代表了对偏离可能性的负面评价,指明了时间拘束的社会成本^{[1]155}。同样道理,法律的时间拘束,也具有社会性的后果^{[1]154}。由于形成法/不法的二元区分,不法获得建立,并成为归类范畴,法律的时间拘束因此对不同主体带来不同影响^{[1]155}。

为了确保法律系统的时间拘束功能,就会要求支持一种特殊的规范性期望,但由此带来两个方面

的问题:一方面,这些期望未必符合实际;另一方面,期望本身存在各种失落的可能^{[1]155}。所以,法律系统必须针对这些可能性,在不考虑特定主体和具体冲突细节的情况下,预先就作出规范上的决断^{[1]155}。换言之,法律系统要对社会沟通产生时间拘束,就要在沟通的社会维度预先作出规范决断。法律必须预先限缩行为的自由,至少是在期望的层面上。凡是那些想要违犯这些期望的人,无论基于何种自我期许的理由,都会在法律上被事先安排到不利的地位之上^{[1]156}。法律系统根据法/不法这个二元图式,对其中一方(法)进行支持,而对另外一方(不法)进行歧视。由此,就可以对无法预见的未来产生一种特定的时间拘束^{[1]156}。

(三) 法律规范的象征性与反身性

正如前述,法律的时间拘束会产生社会性后果,但法律通过赋予自身一种“应然性”的权威象征,把这些问题遮盖了起来^{[1]156}。法律期望具有“应然性”的特征,正是由于未来具有高度的不确定性,所以就特别需要法律作为“应然性”的期望,来获得某种时间上的稳定感^{[1]156}。

卢曼明确指出,所有法律秩序之所以都有象征化的需求,所有法律之所以都具有“应然性”的特征,其根本原因就在于法律的功能是在时间上对未来的一种规范指涉^{[1]156}。正是在这个意义上,卢曼认为,法律规范乃是一个由在象征上被一般化的诸多期望组成的架构^{[1]156}。一方面,法律规范是一般化的、独立于具体个人和语境的指示;另一方面,作为象征性的法律规范,它指向的是时间上的未来^{[1]156}。只有借助法律规范的一般象征化,全社会才能形成特定的稳定状态以及特定的敏感度^{[1]156}。

卢曼由此提醒人们,法律系统的时间拘束,不是来自于规范效力的延续,不是存在于法律的内在历史性,也不是因为人类行为是在时空中被给定^⑤。法律对时间和未来的拘束,实际正蕴含于法律规范的功能中^{[1]156}。法律规范可以在期望的层面上,针对未知的、不确定的未来进行调整^{[1]157}。

(四) 法律期望的时间维度与社会维度

因此,卢曼认为,法律乃是以一种规范性(反事实性)的方式稳定社会期望,即使期望失落,它仍要维持此种期望,从而提升对未来的时间拘束,这就与

一般社会习惯的“任意偏好性”产生了区别^{[1]157}。反事实性的法律规范,伴随其不断的延伸和密集化,会在社会维度不断制造新的共识和分歧^{[1]157}。人们围绕法律是否“支持或反对某种期望”,在社会层面引发顺从和反抗的不同态度,引燃社会的紧张状态,并由此推动历史演化的分叉^{[1]157}。

法律对社会沟通产生时间拘束,而时间拘束则会带来相应的社会性成本。社会沟通的时间维度与社会维度,在经验层面无法相互隔绝^{[1]157}。法律作为一种时间拘束形式,同样涉及时间维度与社会维度之间的紧张状态,而法律正要在社会复杂性不断提升的条件下,仍然能够承受住这样的张力^{[1]157}。为了能够承受这种紧张状态,法律逐渐形成了两种区分的结合:即认知性期望和规范性期望的区分与法/不法代码的区分^{[1]157}。正是借助于这两种区分,法律系统才能成功维持住时间拘束。在具有张力的时间维度和社会维度之间,沟通的事物维度承担了平衡的功能,而这一事物维度,在卢曼看来,就是“法律系统”这一系统指涉本身^{[1]158}。

三、法律系统的功能唯一性

(一) 复杂社会的信任机制:规范性期望稳定化

卢曼提出了一个极为深刻的观点,他认为,法律实际只承担一项功能,而不是多项功能^⑥。从作为全社会的功能系统的分出角度而言,法律系统只能承担一项功能。因为如果多项功能交叠,就必然会导致法律系统边界划定的不确定^{[1]159}。

对法律功能的分析可以“在两条不同的轨道上进行”^{[1]158}。从抽象层面来看,法律功能与时间拘束带来的社会成本有关;从具体层面来看,法律通过对沟通的时间、事物和社会的一般化作出规制,实现了使规范性期望稳定化的功能^{[1]158}。法律让人们可以事先知道,哪些期望可以获得社会的支持,哪些期望则不行。正是有了规范性期望的确定性,人们可以更坦然地面对日常生活中期望的失落,这种失落不但不会让人蒙羞,反而会因为对法律的信任,从而可以在更高程度上形成社会信任^{[1]158}。卢曼意识到,在高度复杂的现代社会中,信任的个人机制或互动机制已不再够用,必须通过法律信任来建立社会信

任^[2]。也正是在这种背景下,现代社会的法律信任危机,会远远超越法律自身的危机^{[1]158}。

(二) 认知性期望与规范性期望

传统法理学通常借助一些本体论概念来界定法律规范^⑦,而卢曼则通过引入一项区分,即对期望失落情况下的两种行为可能性进行区分,重新界定了规范的含义:一种行为可能性是在失落之下放弃期望;一种行为可能性则是在失落之下仍然保持期望。卢曼认为,前者的期望是认知性(事实性)的,后者的期望则是规范性(反事实性)的,而法律就是一种典型的规范性期望^{⑧[1]159}。在卢曼看来,规范实际就是一种区分,它是对规范性和认知性(事实性)的区分,它在标示出区分一面的同时,也隐含了对区分另一面的否定。“规范”作为对规范性的标示,同时也是对事实性的反对,所以成其为一种“反事实性”的期望。当然,卢曼认为,法律通过对规范性/事实性这区分两面的观察和选择,始终也对两者过渡的可能性保持开放状态^{[1]159}。

简言之,在社会系统论视野下,规范乃是一种反事实性的、稳定的期望。它无需考虑规范被遵守的具体动机,恰恰相反,规范要实现反事实性期望的功能,正是无须去考虑这些动机^{[1]159}。也正是在这个意义上,卢曼指出,规范的概念不能借助制裁的威胁和制裁的实施,来加以定义^{⑨[1]160}。

规范所要实现的功能,并不是去指引守法的动机,因为守法动机存在非常大的随机性。相反,规范的功能是实现反事实性期望的稳定化,由此确保不需要具体动机的指引^{[1]160}。换言之,规范本身并不保证行为的合规范化,但它会保障那些对此作出期望的人,使他们在互动中取得优势^{[1]160}。所以,法律功能实现的是规范的可贯彻性和规范投射的稳定性^{[1]160}。与传统法理学的理解不同,卢曼特别强调行为调控并非法律的功能,因为事实上,对行为的调控,存在着法律之外的诸多其他功能等同项^{[1]160}。

同样道理,卢曼认为法律的功能也不是为行为设置规范性的期望并使之稳定化,因为法律不只是对行为的可能性进行限制,它也具有赋予行为能力的功能,如私法上的所有权、契约和法人制度,包括授权性行政法,都是法律赋予行为能力的例证^{[1]161}。而无论是对行为可能性进行限制还是赋能,都预设

了法律作为一种规范性期望的结构,它都要与个案中具体发生的事实保持某种距离,从而可以更好地建立起稳定的反事实性期望^{[1]161}。

(三) 规范性期望的非法律—法律形式

卢曼并不是通过一种特殊的规范本体论来界定法律(无论是奥斯丁的命令、哈特的规则抑或德沃金的原则)。在他看来,规范乃是一般性的期望稳定化的形式,而它之所以能够获得专门的法律性质,是因为它作为法律系统分化了出来^{[1]161}。实际上,在法律之外,仍然存在其他不具有法律性质的规范性期望,正如存在着不具有科学性质的真理、不具有经济性质的财富和不具有政治性质的权力^{[1]161}。社会功能系统的建构,必须是对日常生活的一种抽离,它从日常生活中抽离出以某种方式成为问题的期望,只对演化过程中那些具有小概率成功可能的沟通作出反应,进而建立起自创生的社会系统^{[1]162}。作为社会系统的分出,它必须以特定的视域作为预设,因此,它往往要与日常生活理所当然的状态保持距离,从而使自身获得功能的分化^{[1]162}。

在法律之外,还存在着其他不具有法律性质的规范性期望(不学习的态度),无论是习俗、道德期待或习惯,它们都是规范性期望的形式。但只有法律可以承担使规范性期望获得稳定化的功能,因为它会对那些具有保护价值的规范性期望作出选择^{[1]162}。正是由于这个原因,卢曼准确地强调,道德并不适合作为法律规范的效力基础^⑩,因为道德无法赋予规范性期望以成功机会和稳定性,与之相反,道德规范只有“加以司法化”,才能获得稳定化^{[1]162}。

要判断一个规范性期望是否具有法律的性质,就要对由它制造的状态所形成的递归网络进行观察。只有当规范的生产网络通过连续运作作为系统分化出来,只有当规范性的一面在系统中被不断重复利用的时候,规范性期望才会区别于单纯的规范投射、规范企图和规范沟通,从而获得确定性^{[1]162}。人们既无法对未来进行充分的控制,也无法完全采取学习态度的实用做法,所以,迫切要把稳定的规范性期望根本地凝聚出来,生活依靠这样的确定性期望^{[1]162}。

在日常生活中,常态性期望与规范性期望相互

结合,提供着期望的稳定性。这些非规范性质的常态性期望,和规范性期望一样都拒斥学习的可能性^{[1]163}。在法律演化过程中,规范化的任意性往往会被隐藏起来,规范性期望与常态性期望被混合在一起,这使法律演化显得没有“开始”,从而可以衔接到已经现存的“传统”之中^{[1]163}。然而,伴随社会自由选择和社会复杂性的增加,常态性/规范性的混合期望模式不再适用。这时候,就需要一些规范专门分化出来,它们被专门设定,来对抗其他的行为可能性。

(四) 时间拘束的功能等同项: 法律、经济、风险

时间拘束会不可避免产生社会成本,社会沟通的时间维度与社会维度存在张力,而且,此种张力并不局限于法律系统^{[1]164}。换言之,对未来的时间拘束,存在着许多功能等同项,它们在古代往往混合在一起,而这种混合形式,要直到现代功能分化社会才被解除^{[1]164}。

在法律之外,卢曼列举了两个时间拘束的功能等同项:

第一个功能等同项在经济的资源稀缺的概念下形成^[3]。一旦经济进入货币阶段,就会出现经济系统的分化^{[1]164}。此时,经济价值积累的可能性不再有任何界限,经济不再只是关注当下,相反,未来在当下受到了拘束,因为货币创造了新的总量恒定项,也由此形成了对未来的时间拘束。而在社会维度上,这也带来了相应的社会成本,“每个人都要为想拥有的东西付钱”^{[1]165}。因此,资源稀缺和行为期望规范化,是经济系统和法律系统两种不同的时间拘束的方式,它们也构建了时间拘束和社会维度之间碰撞的不同形式^{[1]165}。

另一个时间拘束的功能等同项是“风险”。所谓风险,是指“在权衡各种不利后果出现可能性之后的决策”^{[1]165}。在现代社会,损害不只会影响到甘冒风险做决策的人,也会影响做决策之外的人,风险会弥散到全社会^{[1]166}。因此,这就形成了一种特殊的具有社会性成本的时间拘束形式。如果说,法律规范的时间拘束带来了法/不法图式,经济资源稀缺的时间拘束带来了有利/不利图式,那么风险的时间拘束,则带来了决策者/利害关系人图式^{[1]166}。由于现代社会越来越依赖于各种决策,风险作为一种时

间拘束形成的社会问题也越发凸显,而无论是法律或经济工具,对此都无法进行充分的干预^{[1]153[4]}。

卢曼也注意到,时间维度与社会维度之间的紧张状态,会直接被拉进当下,成为当下的现象,换言之,社会成本会与时间拘束同时形成^{[1]166}。

四、规范性期望的法律系统内实现

(一) 规范性期望的规范性期望

那么,是“谁”去制造并维持反事实性的期望,并使之具有效力?这就将问题从法律功能的定义,引向了功能在法律系统内的具体实现,这也涉及法律系统和全社会系统的相互内建问题^{[1]167}。

正如卢曼所言,系统和环境的区分是由系统建立的。法律系统通过把一项“差异”计入到环境中,来证实法律系统自身,而这项差异即是“规范”^{[1]167}。法律系统将诸多期望规范化,正是借助规范的设置来实现的。易言之,无论环境做出什么选择,系统都会按照预先勾勒的规范行动,从而维持它的稳定状态^{①[1]167-168}。

那么,法律系统作为一个自创生的、运作封闭的系统,它要独立地实现自己的功能,需要满足什么条件呢?在这里,卢曼首先认为,法律系统运作的所有经验性条件,并不需要在法律系统中被制造出来,因为不需要“将世界纳入到系统当中”^{[1]168}。法律系统要独立实现功能,它必须是一个具有“结构决定性”的系统,它必须维持具有运作能力的状态,并且可以在法律系统“内部”,通过它自身固有的运作,来规定其功能利用的连续性^{[1]168}。

从观察者角度描述这一过程,法律就是法律界定为法律的事物。但从法律系统内部运作的视角来看,这一过程则具有反身性——“人们必须以规范性的方式去期望”这件事情,本身也会规范性地被期望。”^{[1]168}正如卢曼所言,法律系统面对自身不是漠然的,它必须将认知性期望与规范性期望的区分,当成规范性期望的对象本身^{[1]168}。所以,法律系统实际是以反身性的方式在运作。法律的期望模式既不取决于主权者的任意,也不取决于社会便利性,而是在法律系统中被反身性地给定。法律乃是在“二阶

观察”(对观察的观察)的层次上调控自身,从而实现其运作的封闭和系统的分出^{[1]168}。正是由于这个原因,法律系统的功能运作,并不单纯依靠政治权力的支持,相反,只有在“‘规范性的期望能够被规范性地期望’这件事情,能够被期望的时候,法律才成其为法律”^{[1]168}。在这种视角转化下,法律也就不是阶层性地由政治系统决断,而是以平行的秩序、并行的方式,在彼此相邻的法律运行网络状态中被决定^{[1]168}。

(二) 法律系统的决断系统

那么,上述抽象意义的法律系统的内部运作,在经验层面是如何成立的?卢曼再次通过引入一项区分,解答了这个问题^{[1]168-169}。在他看来,法律系统内部会演化出一个组织化的子系统^②^{[1]169}。作为组织,决断系统又可分为法院和议会(司法和立法),它们通过成员/非成员的区分分化出来,担负专门制造法律决断的义务,这些法律决断必须以法律系统的纲要即法律规范作为准则^{[1]169}。作为决断系统,它们形成了一系列具有法律拘束力的决断,对法律进行确认或修正。这个决断系统既是对法律观察进行观察的条件,也是法/不法的代码化的条件^{[1]169}。

前文提到的抽象意义的法律系统的反身性网络化运作,在经验层面,就是通过这些组织化的决断系统予以展开。它们在适用法律的前提下,展望着未来的法院裁判,不断改变法律,不断得出新的观察可能性,从而改变着法律的诱因^{[1]169}。同时,为了把做成法律决断的关联架构进行分化,这个决断系统也会把自己描述为一种阶层秩序,无论是决断的机关,还是决断的规范,都被描述成阶层性的秩序。而事实上,在卢曼看来,这些法律决断都从属于一种循环性、递归性的再生产模式^{[1]169}。

这个决断系统同时也会发展出自己的反身性形式,即一种“双重模式化”的形式^{[1]169}。它在法律系统内部,实现了对规范化的规范化,而最典型的,就是程序规范的规范化^{[1]169}。这样一种双重模式化的结果,就是使法律决断本身即具有了规范化的力量^{[1]169}。法律的整个决断系统,其实也正建立在规范化的反身性基础上,从而实现了法律系统统一性在法律系统内部的呈现^{[1]170}。

(三) 双重模式化的其他形式

然而,决断系统只是法律系统的一个子系统,除

了决断系统的双重模式化,规范性期望还存在着其他的双重模式化领域^{[1]170}。在日常生活中,“也可能会建立起一些关联到规范性期望的规范性期望”^{[1]170}。卢曼对此举例说,如那些权利受到侵害的人,就会规范性地期望他人支持自己的诉求。而第三人也期望大家会协助这个人去捍卫“权利”,而不是沉默地接受权利被侵害的事实^{[1]170}。所以,法律系统作为一个整体,其实正是在“对规范性期望的规范性期望”的稳定基础上进行运作的,只有通过这样一种反身性运作,法律系统才得以分化出来^{[1]170}。也正是在这个“社会性基础”的前提下,决断系统的双重模式化,才具有了社会的可感受性和可接受性,社会才能由此产生对于形式法律的信赖。在卢曼看来,这也正是西方法治社会区别于其他大部分非法治文明的关键所在^{[1]170}。

但是,决断系统的分出,在实践中会呈现双重效应。一方面,它促成现行法律在组织和专业上的紧凑性,这对规范投射的成长,会产生限缩和规训效应;它也推动了法/不法二元代码的正式确立,而实际上,社会越是分化,就越是需要这种二元代码的化约效应^{[1]171}。但另一方面,决断系统的分出,也可能对一般性的规范性期望的规范性期望,产生负面作用,使规范性期望反身性的社会固有基础受到侵蚀,最后只能依靠政治手段来自我维持^{[1]171}。在卢曼看来,这种法律决断中心的孤立状态在古代社会非常常见。而且,即使在现代社会,即便日常生活中的法律取向已经获得成功贯彻,法律系统的统一性(对规范性期望抱持规范性期望)也并不更具操作性,决断系统无法直接决定法律系统的规范性期望的强度。它可以赋予个别人以权利和义务,但它无法保证所有其他人对此抱有共同期望^{[1]171}。

但事实上,在卢曼看来,当代社会并不需要把此种共同的规范性期望,当作法律系统的构成要件^③。法律对此保持漠然的态度,因为没有人可以起诉他人对于规范性期望的坚持强度^{[1]171}。决断系统会把这些要求过滤掉,它只关注“现行有效法律”^{[1]171}。决断系统会以此来建立自身的固有复杂性^{[1]172}。而规范性期望的其他双重模式化,则会被逐渐遗忘,或最多只是作为模糊的“法意识”或“活法”而存在^{[1]172}。

既然人们无法也不需要去寻求一般性的规范性期望的支持,那么,决断系统所建立的规范性期望的反身性,就可以用来减轻日常生活的负担。“重要的是法官如何判决”^{[1]172}。决断系统的边界会对法律系统的边界产生作用,法律由此就可以从它固有的动机中抽离出来,隔离所遭受的各种外部压力,并由此从社会语境中独立出来^{[1]172}。全社会当然会因为法律脱离它原本所嵌入的社会语境而付出代价。但是,坚固的规范性期望也因此获得了确立^{[1]173}。

五、法律与政治的分野

(一) 法律与政治的功能分化

卢曼认为,法律与政治的分化,是规范形式带来的最重要后果之一^{[1]173}。但是,这两个系统也具有紧密的交互依存性。法律的贯彻执行,有赖于政治,否则就不会出现对所有人都具有说服力的规范稳定性;政治也需要运用法律,只有这样,才能使政治力量发挥的途径变得多样化。而两个系统的相互协助,首先也预设了两个系统的功能分化^{[1]173}。

政治系统运用的是权力媒介^{[1]173}。它可以在具有优越性的、以强制作为胁迫的指令中使自身获得实现。作为具有集体拘束力的决断,它是可以被强制实现的^{[1]174}。与之相反,法律的规范应然性并没有预设权力的优越性^④。在古雅典时代,法律的功能就经常是用来保障穷人来对抗富人和有权者^{[1]174}。这个意义上,“法律与权力是两种关联到他人行为的、关于期望的不同沟通形式”^{[1]174}。

从霍布斯时代以来,政治和法律的差异,经常被表述为主权国家和自然权利的对立。但在卢曼看来,自然权利其实只是一个过渡性语义,它指代的是无法以政治手段来控制的法律运作逻辑,而一旦实证法的概念出现,这个过渡语义也就式微了^{[1]174}。

(二) 法律的执行:期望而非行为

当谈到法律的执行问题,即法律规范是否可以借助权力的运用,而强制获得实现,卢曼回应了法理学中著名的奥斯丁命题。奥斯丁认为,法律以制裁力为依归,作为外部强制的法律,区别于作为内部强制的道德。边沁同样认为,衡量法律期望的确定性,在于人们是否会依照此期望而行动^{[1]175}。但在卢曼

看来,法律并不是依靠权力或制裁,来确保行动或不行动,法律的功能,更不是去回应政治性计划无法充分实现的问题。因为如果这样的话,法/不法的二元代码也就失去了作用^{[1]175}。同样道理,法律的政治权力视角也无法解释,为何法律执行要委诸私人原告的诉讼请求。同时,为什么在法律中存在诸多允许规范,这些允许规范都将法律关系的形塑诉诸私人的意志^{[1]175}。

卢曼再次提醒人们,法律执行的核心并不是指向行为,而是期望^{[1]175}。法律的功能,不是为了促成某种行动,而是使期望的稳定性成为可能^{[1]176}。当然,如果符合期望的行为总是无法获得实现,期望的稳定性也自然会遭到损害^{[1]176}。

法律和政治的结构耦合,是不可或缺的,但其前提是二者功能的分化^{[1]176}。法律始终面临一种特殊的悖论,一方面,法律不需要面临期望失落的问题;但另一方面,它又会因政治系统而在它固有的期望上遭受失落的可能^{[1]176}。所以,卢曼认为,要严格维持法律系统和政治系统的功能边界,对于法律的执行,要限制在那些即使面临失落仍能被固守的期望的范围内^{[1]176}。

(三) 反思传统的法律功能想象

卢曼也谈及经常被人讨论的“功能丧失”问题,如人们经常会抱怨现代家庭或宗教功能正在丧失。但卢曼认为,“功能丧失”其实是一种视觉假象^{[1]176}。在他看来,现代社会不存在“功能丧失”,而是缘于功能分化和功能专门性的提高^{[1]177}。

在帕森斯的社会理论中,法律占据非常重要的地位。作为规范性的规制手段,法律的功能被定位为社会控制,它将个体不断涵括到全社会当中^[5]。在类似的社会理论视野下,法律的功能被定位为对全社会进行调控和整合^{[1]177}。事实上,正是按照这些全社会整合的法律功能概念,法律系统的功能分出,似乎就表现成为一种“功能丧失”的状态,因为法律“无法成功地面对经济上、甚至家庭或邻人等关系上的利益”^{[1]177}。卢曼的深刻之处就在于,他没有人云亦云地批判现代法律的功能失灵,而是反思了传统法律功能界定的谬误。这些传统的法律功能界定,既过于宽泛,又过于强调实证性的维度,因此“只会带来盲目谴责现实的成见”^{[1]177}。

六、法律功能与法律成效之辨异

(一) 法律成效: 行为调控与冲突解决

传统法理学和法社会理论,经常会把法律功能界定为一种社会调控的形式。而在卢曼看来,这是混淆了法律功能和法律成效概念的结果。根据卢曼的定义,法律成效“乃是法律为其内在于全社会的环境,尤其是为全社会的其他功能系统所提供的东西”^{[1]178},而功能则是指涉作为统一体的全社会系统的概念。易言之,法律功能指向的是全社会,法律功效指向的则是其他子社会系统。所以,法律系统是为了一项特定的全社会功能而分出,而不是为了作为特定子社会系统的特定成效而分出^{[1]178}。而事实上,一直要到法律功能分化已经实现的时候,功能和成效这两个维度,才能真正被区分开来^{[1]178}。

一般法理学在谈到法律功能的时候,通常都会论及两个命题。即法律功能是对行为的调控以及冲突的解决^{[1]179}。换言之,全社会的其他互动系统、组织系统或功能系统,都有赖法律系统,法律帮助它们实现行为的调控和冲突的解决^{[1]179}。但是,卢曼认为,这些其实都只是法律的成效,而并非法律的功能^{[1]179}。法律只能确定相应的期望是否具有合法性,但它无法确保行为的交互可以形成一种符合更高要求的社会常态性,这并不是法律的功能。

事实上,法律系统给其他社会系统带来的成效,对于这些社会系统来说,存在许多其他功能等同项^{[1]179}。例如,信用卡系统除了可以利用法律的辅助,也可以在法律之外对支付提供其他保障手段。实际上,法律无法保障,或者无法充分保障特定行为出现的情况非常之多^{[1]179}。

法律的重要成效是对行为的调控,但卢曼指出,法律不只是对“自然状态中的自由”施加限制,法律同时也制造出了自由,即人为的自由^{[1]179-180}。这些人为的自由,可以在其他的社会系统中被调节,在不同系统固有的运作方式上被限缩^{[1]180}。但事实上,其他社会系统建立其形式的“媒介”,其实也正建立于受法律保障的自由所带来的抗拒可能性之上。正是基于这个理由,人们通常会认为法律的功能即在于对自由提供担保^{[1]180}。

法律的另一重要成效是对冲突的管制。即当社会系统处于冲突状态,就需要法律系统的启动^{[1]180}。但是,卢曼再一次深刻指出,法律所解决的冲突,其实并不一定是原本问题所系的冲突,它也可能是法律自己建构的冲突^{⑤[1]180}。法律可能根本不会考虑日常冲突的深层结构和冲突动机。同时,法律的冲突解决机制本身也具有狭隘性。特别是在如家庭、工作场所这些需要维持亲密关系的领域,人们都会更倾向于采用其他方式解决冲突,而不是选择诉讼性的司法手段^{[1]180}。“甚至在普通法系国家,对法院的利用也是非常有限的”^{⑥[1]181}。

(二) 法律系统的真正功能

一言以蔽之,法律真正的功能是对规范性期望提供保障,此一功能只能由法律来承担^{[1]181}。而对于各种期许的行为,除了法律带来的成效之外,还可以借助其他各种积极的诱因来达成,特别是对于冲突解决来说,法律只是众多的可能性手段之一^{[1]181}。功能具有不可替代性,成效则不具有唯一性。因此,在卢曼看来,法律具有唯一承担所谓“储备货币”的功能,法律可以为“自由”提供最终的保障^{[1]181}。

正如前述,功能与成效的分化,是在法律系统的分出完成之后才得以形成。卢曼因此特别提醒人们,要注意区分不具有已分出法律系统的全社会和已分出法律系统的全社会,在这两种社会形态下,行为调控和冲突解决的模式是不一样的,不能把它们混为一谈^{[1]181}。

在部落社会和农民社会,由于不存在形式法律和独立法院,法律问题经常被带到争端调解的程序中^{[1]181},它首先涉及的是生存需求和贯彻执行能力的问题,而不是简单的分派法和不法的二元价值^{⑦[1]182}。在调解程序中要引入符合地方性共识的观点,以促成各方更好安排此后的生活方式^{[1]182}。而在现代社会,调解程序附着于法律的功能而存在,即让规范性期望获得稳定化。虽然也采用调解方式,但法院给予法律保障的可能性始终存在,“若不采用调解程序,即有引发法律争讼之虞”^{[1]182}。

(三) 法律: 全社会的免疫系统

如果把法律系统的功能和成效结合在一起,那么,法律就是“全社会的免疫系统”^{[1]182 621-624}。由于全社会系统的复杂性不断增加,各种规范投射之间

的冲突也在不断扩大,针对这些冲突,社会需要一种“和平方案”,否则,沟通媒介和功能系统的扩张都会面临停滞^{[1]182}。社会系统必须成功对抗这种病状,并获得较强的免疫力^{[1]182}。冲突是不可避免的,一种规范投射对抗另一种规范投射,这些问题始终保持开放性和不可预见性。法律系统无法预见这些事情,它所需要做的,就是“不顾个人情面”地发挥作用。法律系统最需要的是时间,时间可以帮助它建立起免疫回应^{[1]182}。而在卢曼看来,判断免疫系统是否存在的唯一判准就是,新的解决方案是否缩小了新的感染概率,或是缩短了处理此种感染的时间^{[1]183}。

当规范投射不断增加,而且变得无法协调,对规范性期望的规范性期望的简单反思性,就无法再提供问题的解决方案。此时,就必须依靠一个在法律上组织起来的决断系统的分出,发展出一套由正式有效的现行规范所构成的法律网络^{[1]183}。因此,在功能的意义上,法律系统是无可替代的。法律作为一个事后启动的免疫系统,它会建立起自身的历史,而由此带来的好处,则会不断推动法律系统的功能分化^{[1]183}。

(四) 卢曼之问:西方现代性的奥秘

现代性为何起始于欧洲?^[6-7]而不是中国或者印度?事实上,无论是人口、科技、知识普及或生活水平,似乎都对欧洲不利。而在卢曼看来,答案的关键就在于欧洲发展出了完备的法律文化,无论是神职法学家、英国普通法、城市法和意大利城市自治法^{[1]183[8]},这些都导致出现一种可诉诸司法的法律观念,它们被深刻地内建到了日常生活关系之中,从而建立起一种以反事实性方式获得稳定化的行为期望^{[1]184}。社会秩序因此具有了更大的“低或然性”,必要时,甚至可以诉诸“最高的法庭”即战争来裁断冲突。西方法律具有了面对更高度的复杂性和低或然性的能力,从而一举预备了欧洲现代性发展的内在动力^{[1]184}。

七、结语

卢曼有关法律功能的论述,充满了深刻而独特的洞见。其一,卢曼认为法律系统的功能具有唯一

性,法律只承担一项功能,而不是多项功能,唯其功能的唯一性,才能实现法律系统运作的封闭性。其二,卢曼对规范性期望(不学习)和认知性期望(学习)的区分,抓住了法律之为法律的关键。法律是一种规范性期望,法律采取了一种“不学习”的反事实性的态度,即使期望失落,法律仍不改变对这一期望的坚持,从而反向达到对未来的时间拘束的功能^[9]。其三,法律不同于政治,法律不是主权者的命令、强势者的制裁或政治性的计划。法律的功能,不是促成某种政治行动,而是使期望的稳定性成为可能。其四,法律是规范性期望的反身性形式,是对规范性期望的规范性期望。它在法律系统内的实现,则通过组织化的决断系统的双重模式化,即规范化的规范化来完成。法律系统在“二阶观察”的层次上调控自身,从而实现了其运作的封闭和系统的分出。其五,法律解决的是时间拘束问题,但也同时带来了社会性问题。对未来的时间拘束,形成法/不法的二元评价图式,并由此不断制造出社会共识和分歧。其六,法律是“全社会的免疫系统”,作为运作封闭、认知开放的法律系统,它首先在欧洲实现,卢曼认为,这也是欧洲率先迈向现代性的关键。

卢曼有关法律功能的论述,也留下了一些重要而棘手的疑问。第一,卢曼区分了不具有已分出法律系统的全社会和已分出法律系统的全社会,那么,未分出法律系统的全社会在何种意义上存在“法律”?或者说,法律的功能和法律系统的功能,是否存在区别?法律亦即法律系统?抑或为二?在那些未能分出法律系统的全社会,是如何断定和辨别其“法律”的部分,并可称其为“法律的功能”?第二,法律的功能是否只能具有唯一性?法律功能的“一和多”,与法律系统运作的“封闭性和开放性”是否必然联系?法律功能的唯一性,是否也可能存在功能的等同项?而法律功能的非唯一性,是否也不一定会形成功能上的等同项?第三,法律是否一定只能采取反事实性的“不学习”的态度?规范性期望和认知性期望的二元区分,在“法律”上是否必然如此?卢曼对于法律“规范性”的特别执着,是否也是他作为欧洲文明之子的观念结果^[10]?

注释:

- ① 对冲突的规制,存在着法律之外的许多功能等同项。传统法社会学因此会提出“关于法律的替代选项”这些命题。参见:参考文献[1],第188页。
- ② 以边沁的法律功利主义学说为代表性观点,他把法律视为实现功利的一种手段,“对于主权者,他在采纳法律过程中所考虑的目的或外在动机,基于功利原则,仅仅是社会的最大福利”。参见:边沁.论一般法律[M].毛国权,译.上海:上海三联书店,2008:41。
- ③ “社会控制说”的代表学者是庞德,“我们可以设想一种制度,它是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制”。参见:罗斯科·庞德.通过法律的社会控制[M].沈宗灵,译.北京:商务印书馆,2010:25。“社会整合说”晚近的代表,卢曼认为是哈贝马斯。参见:参考文献[1],第185页。
- ④ 具有左翼色彩的批判法理学均从经济主义或文化主义的阶级论角度质疑了法律的社会整合功能,认为法律是在为富人和权势阶层服务,代表学者包括罗伯特·昂格尔、邓肯·肯尼迪、莫顿·霍维茨等。参见:罗伯特·昂格尔.知识与政治[M].支振锋,译.北京:中国政法大学出版社,2009;邓肯·肯尼迪.法律教育与等级制度的再生产[M].蔡琳,译.北京:中国政法大学出版社,2012。
- ⑤ 卢曼在此隐含了对凯尔森规范法学和萨维尼历史法学以及一般法律人类学的批判。
- ⑥ 当谈到法律的功能,传统法理学通常都是采用列举式阐述法律的多项功能,在中文研究中,付子堂教授的《法律功能论》具有代表性,其目录中罗列了法律功能的基本分类,包括行为激励功能、利益调控功能、社会功能、整体功能、部分功能、显性功能、隐性功能、正功能、反功能、非功能等。参见:付子堂.法律功能论[M].北京:中国政法大学出版社,2009。卢曼也列举了包括拉兹在内的大量西方学者的类似观点,他们都认为法律系统“承担了大量的功能,无论是明显的或潜在的”。参见:参考文献[1],第187页。
- ⑦ 无论是奥斯丁的命令、凯尔森的规范、哈特的初级规则/次级规则、德沃金的原则,在卢曼看来,都是本体主义的法哲学界定方式。
- ⑧ 卢曼特别说明,规范性/认知性这一区分最早是由 Johan Galtung 所建议。参见:GALTUNG J. Expectation and interaction process [J]. Inquiry, 1959 2(1): 213—234。
- ⑨ 当然,制裁的预期,也属于一种能够象征未来的工具,它帮助人们在应然的法律意义上进行期望,制裁的失灵,往往会产生严重的、超出个案之外的后果。参见:参考文献[1],第160页。
- ⑩ 卢曼在此再次把哈贝马斯作为自己的理论对手,反对哈贝马斯的新康德主义立场。
- ⑪ 卢曼敏锐地意识到,期望的不确定性要远比惊讶和失落更无法忍受。涂尔干笔下的失范,实际代表的就是期望的不确定性。而规范则为期望制造出了更大的确定性,这是规范给社会沟通带来的

特殊贡献。参见:参考文献[1],第175页。

- ⑫ 其他社会系统也拥有与此类似的结构,如政治系统与国家组织、教育系统与学校组织、经济系统与企业组织、宗教系统与教会组织等。
- ⑬ 伯尔曼的著名论断“法律必须被信仰,否则它将形同虚设”,也正是此处所说的“对规范性期望抱持规范性期望”。显然,在卢曼看来,法律是否被信仰,并不从根本上影响法律系统的运作。
- ⑭ 奥斯丁的法律命令说在卢曼看来就是混淆了法律和政治的结果。参见:参考文献[1],第191页。
- ⑮ 有关这个观点,卢曼引用了 Johan Galtung。参见:GALTUNG J. Institutionalized conflict resolution: A theoretical paradigm [J]. Journal of Peace Research, 1965 2(4): 348—397。
- ⑯ 关于这点,卢曼引用了 Richard Lempert 和 Joseph Sanders。参见:LEMPERT R, SANDERS J. An invitation to law and social science [M]. Philadelphia: The University of Pennsylvania Press, 1989。
- ⑰ 大量的法律人类学和民族志著作,都对此做出了深入的描述。卢曼也指出,对于欧洲的独立自主的法律系统分化出来(11—12世纪)的情况,可以参照伯尔曼《法律与革命》一书。参见:参考文献[1],第193页。

参考文献:

- [1] 鲁曼.社会中的法[M].李君韬,译.台北“台湾”五南图书出版股份有限公司,2009。
- [2] 卢曼.信任:一个社会复杂性的简化机制[M].瞿铁鹏,译.上海:上海人民出版社,2005:62—79。
- [3] 鲁曼.社会的经济[M].汤志杰,鲁贵显,译.台北“台湾”桂冠图书股份有限公司,2009:211—276。
- [4] LUHMANN N. Risk: A sociological theory [M]. New York: Routledge, 2017: 59—81。
- [5] PARSONS T. The law and social control [M]. New York: Macmillan Publishing Co., 1962: 56—72。
- [6] 哈贝马斯.现代性的哲学话语[M].曹卫东,等,译.南京:译林出版社,2008:380—430。
- [7] 昂格尔.现代社会中的法律[M].吴玉章,周汉华,译.南京:译林出版社,2001:132—185。
- [8] 伯尔曼.法律与革命[M].贺卫方,高鸿钧,等,译.北京:中国大百科全书出版社,1993:434—488。
- [9] 余成峰.法律的死亡:人工智能时代的法律功能危机[J].华东政法大学学报,2018(2):5—20。
- [10] MOELLER H. The radical Luhmann [M]. New York: Columbia University Press, 2011: 35—50。