

# 文字与法律演化：卢曼系统理论的视角

刘 涛

**内容提要：**在卢曼功能分化视野下，法律实现自创生和规范封闭是一种非线性、充满偶在性的演化过程，其中文字扮演了实现法律系统二元符码产生、区分形成、悖论重新组合等实现法律自我指涉和自我组织功能的重要角色。法律的演化是一个漫长的过程，其中需要回应社会的复杂性增加，也需要与文字作为社会一般性象征性沟通媒介的演化共同发生。基于立法与解释的现代形式理性法律演化为的是解决社会沟通与社会期望双重偶在性的问题，文字促成了这一演化过程，但并不决定这一演化过程的方向，文字为法律反事实的规范期望形成提供途径，又在法律不断演化的过程中形成新的不确定性，使得新的演化成为可能，也使得社会的可能性不断增加。

**关键词：**文字；法律演化；自创生；区分；规范期望

## 一、引言

卢曼是现代社会学理论集大成者之一，其系统理论承接涂尔干和帕森斯等人，在对社会功能学派进行深入解读的同时，卢曼引入了社会沟通理论，以韦伯以来的理解社会学方法论为视角，将社会学的关注视角从人的行为转移到系统沟通及其意义上来，并开拓了社会功能分化理论(functional differentiation)新的解释路径。在卢曼的后期著作中，其以自创生理论(autopoiesis)为新的起点，对社会系统理论(social system)做出了独特的解读。<sup>①</sup>

在卢曼的社会理论中，法律一直占据着重要的地位。这与卢曼个人早期从事法律职业有关。更重要的是，在其社会理论下，现代社会的功能分化突出表现在法律作为社会子系统的演化历程中。<sup>②</sup>法律的规

**作者简介：**刘涛，南京师范大学法学院博士研究生，主要研究方向为社会系统理论与法律社会学。

<sup>①</sup> 还有的学者认为卢曼的理论发展有第三个阶段，其认为卢曼通过对功能分化进行“包含和排除”(inclusion and exclusion)的解读(Borch, 2011)。

<sup>②</sup> 本文对evolution一词使用“演化”的译法，而非通常所用的“进化”的翻译。因为在卢曼看来，社会子系统的历史过程并不是具有目的性的，社会演化的过程是信息被挑选的过程，是对沟通给予不同意义的过程(King, 2003: 9)。社会的演化是不断的转化的事件、意外以及由此带来的不可预的效果，这些不可预知的结果如果逐步沉淀，则构成了新的演化基础(Luhmann, 2004: 24)。卢曼的演化观更贴近达尔文主义的生物演化理论，或者说新达尔文主义的非线性演化观(Luhmann, 2004: 240-241)。正如学者所言，卢曼的理论是有关演化的(evolutionary)，但是卢曼自己并不是一位持有任何规范性理念的进化论者(evolutionist)(Blankenburg, 1984: 273; Teubner, 1984: 291)。更为详尽的，也是在人类学实证基础上对卢曼演化概念的一般考察可参见金的相关论述(King, 2006: 174-175)。

范期望稳定功能与政治系统组成了对社会进行二阶观察的媒介(media)。<sup>①</sup>社会系统的自创生集中体现在现代法律的演化中。在卢曼看来,现代社会之所以能够承受世界急速增长的复杂性(complexity)和偶在性(contingency),是因为社会系统在处理其环境时所展现的功能分化以及功能分化所带来的系统运作封闭。系统只处理那些与系统功能相关的信息,社会沟通的意义<sup>②</sup>由系统自身的二元符码(binary code)<sup>③</sup>和程式(program)结构承载,世界的复杂性与偶在性通过二元符码区分(distinction)和程式可变结构(changeable structures)的系统运作过程中得到简化,系统的自创生成为可能。自创生的社会子系统为社会的功能分化提供了注解,也成为社会沟通得以丰富、多样,政治、经济、法律等子系统可以独立运作但又在运作封闭的基础上可以通过结构耦合<sup>④</sup>的方式不断实现自我演化的基础。<sup>⑤</sup>而自创生本身,则成为社会演化程度(degree)的象征(Teubner, 1993:27)。<sup>⑥</sup>

在卢曼对现代社会进行的这番宏大的理论构建中,法律一直扮演着重要的角色。正是法律系统的封闭(closure)演化,社会生活的方方面面都可能被纳入法律的处理框架中,并且为人们行为的规范预期(normative expectation)提供帮助,为政治系统的民主决策提供正当性基础,为经济生活提供交易保障,等等。易言之,法律系统作为现代社会功能分化的代表发挥着不可替代的作用,维系着我们日常生活的沟通与社会意义的不断产生。

卢曼认为,法律的运作封闭及其自创生是现代西方法律的特性,而不是法律历史的一贯状态。现代法律系统,特别是以西方法律文化传统为基础的法律制度及其运作规则并不是在历史的发端就呈现出如此的特点。法律制度的演化历程是一个漫长且充满不确定与偶然性的过程,诸多社会因素都在一定程度上甚至很大程度上影响、刺激乃至决定了法律系统发展到今天的样态。卢曼从功能分化与系统自创生的角度为我们解读法律制度的演化提供了一种全新的视角,试图在总结前人研究经验的基础上为西方法律演化找到一条新的线索,从而为现今法律运作提供新的坐标。

笔者在梳理卢曼法律进化观的过程中发现,要想深入理解卢曼上述理论的精髓,并且在卢曼深邃、抽象且多少有些晦涩的论述中找到一条清晰的路径,必须抓住卢曼对西方法律演化中其认为重要的几个关键因素,通过对这些关键因素的集中分析我们才可能对卢曼的社会理论特别是法律社会学理论有进一步

① 对法律和政治在社会子系统中具有的进行二阶观察的能力,可参见默勒的相关论述(Moeller, 2013)。

② 意义(meaning)是韦伯理解社会学的关键概念。对人类活动的意义的研究(human actions is meaningful action),也就是韦伯所讲的活动目的,韦伯也认为,正是知识分子将世界的概念转化为意义问题,是社会学研究的重要分支和对实证研究的关键补充(Chang, 1987:8)。

③ 除了规范期望稳定的功能,将法律系统与其他社会子系统予以区分的关键在于系统运作符码的特殊。为了回应功能替代物(functional equivalence)问题,卢曼提出符码是任何封闭/开放的社会子系统区别于其他社会子系统的标志,二元符码的形成具有偶在性,但是任何系统沟通的形成均以特定的符码运作而形成(Seidl, 2004:11)。

④ 如果一个系统预设了其环境的相关特点,并且在一个持续的基础上结构性的依赖于它们,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(Luhmann, 2004:42-43)。

⑤ 即使系统的运作封闭形成,也不排除系统进一步演化的可能性,我们更应当看到,运作封闭造就了系统演化的不断产生。当然,在此所说的演化并非我们通常所指称的线性的进化,而是系统结构的变化以及形成系统结构的动因:分属各系统的功能(Luhmann, 2004:233)。

⑥ 不过卢曼和托依布纳的区别在于,卢曼更倾向于认为社会系统的自创生是一个“是否”(either/or)而不是“多少”(more/less)的问题(Borch, 2011:78)。

深入的研究。

现代社会理论是建立在总结西方逻辑主义哲学、实证主义哲学、经验主义的传统科学方法论基础上的,也是对西方经典科学方法研究的反思性成果。卢曼的系统理论,包括其法律演化理论也是现代社会理论科学方法论转折的体现。哲学的语言学转向对构建社会科学观察以及我们认识社会实在(reality)的方式产生了根本性的影响。温奇(Winch, 2009)借助后期维特根斯坦的理论深刻阐释了社会规则的产生及其对行动者意义的赋予并不是能够被经验的(empirical),语言的特殊性是我们理解人类行为可理解性与理智性的基础。卢曼在其系统理论中也十分注重语言的符号价值及其对应我们构建和理解社会的基础性意涵。语言将各种差异普遍化和一般化,使得意义系统有可能在差异中进行自我指涉与自我分化,不断产生新的社会系统。卢曼借助于语言的差异中介化功能,将社会中的各种多样可能性,都变成新的实在性(高宣扬,2005:147)。卢曼的法律演化观是与上述科学研究方法论和社会理论的语言学转向紧密结合在一起的,也是我们研究其法律演化观的意义所在。

由于上述社会科学研究中哲学基础的根本性转变,我们在此研究卢曼法律演化观选取的视角是一个和语言的社会构建息息相关的主题:文字(writing)对法律演化的影响。卢曼(Luhmann, 1995:87)在《社会系统》一书中将文字的出现和演化作为社会分化(社会系统中意义的分化)过程中最为重要的一个环节。本文试图回答在卢曼的社会系统理论下,文字如何影响法律的演化。在解读卢曼对这一问题的过程中,我们也将体察法律的自创生体系是如何实现的,以及系统自创生与法律制度,包括立法制度、司法制度以及法律论证(legal argumentation)发展在卢曼系统理论下的描述,并通过对这些问题的具体论述去观察社会实在如何通过语言(文字)的构建功能体现出来,并促使我们去反思现有社会理论、法律理论中主客体二元区分模式的哲学思想对我们理解社会实在所产生的影响。

## 二、文字介入法律意义系统的逻辑:运作封闭、规范期望与系统记忆

在卢曼看来,法律系统的自创生是系统自身运作封闭的体现(operative closure)。运作封闭是现代社

会功能分化的产物。现代法律,也就是基于西方法律传统发展起来的实证法是法律系统结构封闭的范式代表。法律的实证化(positivity)代表了法律的自我决定,同样也是法律运作封闭的代表(Neves and Marcello, 2001:250)。<sup>①</sup>运作封闭是社会子系统应对当代社会复杂性的方式。卢曼(Luhmann, 2004:7)认为,面对复杂的因果关系(或者说偶在性),有机体发展出一套具有有限度的应对措施以及一种内部的变异、选择和稳定化演进机制。运作封闭不仅适用于对生物系统的观察,也适用于对所有社会系统的观察和二阶观察。社会系统被看作基于要素和关系的动态体系,这一系统的复杂性突出了选择的作用,也就是说,社会系统中的任何一个运作都是在诸多可能性中的一种选择(丁东红,2005:36)。卢曼认为,法律演化,或者说法律系统的选择机制,是法律系统产生功能分化以及其规范封闭的必要条件:第一,一种功能细化的法律样态,也就是说,法律只处理属于法律的问题;第二,系统的二元符码为其提供了积极以及消极的价值符号,就法律系统而言,就是合法/非法的系统符码。在此基础上,卢曼(Luhmann, 2004:15)提出了法律运作封闭的

<sup>①</sup> 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。运作封闭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(杜建荣,2005:164)。

结构条件:第一,法律的规范要求必须同时具体(specific)<sup>①</sup>和一般(general),因而有可能区别其他社会沟通符号并且能够重复使用,浓缩或者扩大这些规范的适用范围;第二,法律必须获得足够的机会得以实施,从而能够使得人们接受法律的规范性,逐渐承认法律的社会沟通价值。法律不能停留在仅仅向那些权利期望没有得到实现的人证实他的期望是正确的,而是必须采取一些措施,使他的权利真正地或者补偿性地得到贯彻。在功能分化的社会中,其他社会子系统的发展变得更加依赖法律的可执行性(enforceability)。然而,这些使得法律成为“法律”的选择并不是一蹴而就形成的,包括二元符码在内的法律运作方式经过了长期的演化。<sup>②</sup>在法律向运作(规范)封闭演化的过程中,文字发挥了重要的媒介(medium)。<sup>③</sup>

在卢曼看来,文字是作为社会信息传播媒介的语言的一种实现形式,为的是解决空间—时间维度(spatio-temporal)沟通不能(improbability)的问题(Borch, 2011)。<sup>④</sup>对持续的沟通如何可能这一问题,卢曼认为,尽管沟通遭遇了种种不可能性,但社会文化进化将重塑并拓展可预见的沟通机会。媒介便是这种进化过程的结果,它们可以发挥充分的功能,从而将不可能的沟通转化为可能的。媒介包括传播型媒介(disseminating media)和一般化符号性媒介(symbolically generalized media)。前者决定和增加了沟通的接受者的多少,而且往往是使用于面对面的互动当中,比如语言、书写和电视等,后者则是“在特定的社会系统中传递意义”,而这些媒介拥有特定的二元符码(肖文明,2008:6)。法律依托于普遍化的语言和文字,传递了系统意义,制造了意义系统。在系统实在的构建中,文字为法律系统提供的帮助在于使得具体化的规范实现成为可能,从而规范期望成为可能。作为意义系统的法律为处于环境中的人们进行社会沟通创造期望稳定的系统结构。每一种法律体系的中心任务在于为行为期望提供规范指引。期望实际上就是可意识到的未来,是对未来的预料以及对实际上没有去想会发生什么事情的一种延伸。法律是对他人行为的期望和解读,同时,法律的运作也意味着他人对自己期望的揣测与预判,以及这种期望的实现和落空。规范,或者说法律的有效性的基础根本上就在于期望领域的复杂性和偶在性,而其功能就在于对此进行简化(卢曼,2013:78)。

为了实现规范期望的稳定的功能,法律首先是一个社会的记忆与记忆保留机制的问题,或者说是一个演化问题。借鉴新达尔文主义演化观,卢曼认为在无论是在社会系统还是在生物系统,都存在系统组织记忆问题。记忆需要通过对经验进行归类形成意义的一致性结构,记忆的保留(retention)是未来经验与之比较的基础(Nobles & Schiff, 2004:227)。法律的演进是多种变异、选择机制与保留稳定机制(retention)在法律内部得到认可以及法律与其他社会子系统相似机制进行互动的结果(Teubner, 1984:291-301)。<sup>⑤</sup>在解决记忆与记忆保留问题之后,法律的演化才逐渐成为一个如何限制那些作为未来处理案件之前提,且必

① 这里的具体是相对于社会沟通所产生的其他价值符号,如金钱等被卢曼称之为符号意义的沟通媒介(symbolically generalized media of communication)而言的,而不是指法律条文的具体化、个案化。

② 甚至法律的特性在一段时期看来对社会来说是危险的(Luhmann, 2004:178-179)。

③ 在系统理论中,沟通媒介对社会系统运作具有社会制度前提性的作用。法律规范就是一种重要的社会一般性象征沟通媒介。在现实中,代表社会演化成就的这些一般性象征沟通媒介被驱逐出特定个体能够使用的范围。效力是法律系统动态统一性的象征;法律沟通以效力为媒介相互衔接,构成并无等级关系的循环网络,从而作为法律系统的要素与其环境相区分(鲁曼,2009:110-116)。

④ 语言媒介是一种解决途径,并不代表沟通上的误解、失败就不会产生。卢曼特别强调可能性和确定性之间的区别。

⑤ 卢曼认为,新达尔文主义演化观对自创生系统的形成、破坏与重构具有重要价值,不应当被社会理论研究所抛弃(Teubner, 2001:29-47)。哈耶克的自发秩序法律演化观也有相似的表述,但是哈耶克把主要视角放在法院维持法律规则和概念的方式上,有学者将卢曼、托依布纳等系统理论学者与哈耶克的法律理论相比较,发现了哈耶克运用新达尔文主义的缺陷之处(Vilaça, 2010:50-81)。



须保存的社会沟通的问题,也就是规范(norm)形成并且可以重复使用的问题,进而规范的具体性和规范执行的实际可能和象征效果(symbolic effect)<sup>①</sup>才可能实现。在法律的规范封闭产生之前,甚至在我们现在通常意义上理解的规范出现之前,法律如何进行记忆是法律演化中面临的首要难题。要理解上述文字之于法律的逻辑和演进,对法律现象文字化之前的考察成为关键。

### 三、法律的口头记忆:心理系统与法律系统的整合(integration)及其缺陷

在文字出现以前,社会如何记忆并重复使用被选择记忆的信息就成为社会演化中重要的任务,我们对早期社会的理解也可以从这个角度出发。在社会仍然处于主要依靠口头记忆的历史阶段,法律问题(legal issue)就已经开始成为社会群体记忆的关键内容。

在文字被普遍地适用于记录法律现象之前,法律现象和法律事件最初靠的是人的口头记忆。这时的记忆就已经开始出现一种对信息的组织和使用问题,也就是说社会的记忆开始显现出功能性(化约复杂性)的特点,只是这种功能尚未完全分化。卢曼(Luhmann, 2015: 587)认为从法律演化的角度来看,法律的记忆不单单是对过去事实的储存,社会记忆首先是对所要利用的信息的一种组织(organization)。社会对法律事件的记忆并不关注过去事实上发生了什么,而是注重对信息的组织,正是在对信息的组织过程中,我们才能看到社会记忆对在具体的、当下的法律运作起到了决定性的作用。组织过程是对所谓文化概念的解构,也是对社会语义媒介的建构。社会记忆保存了那些并不一定立即实现的意义(meaning),社会记忆的功能在于通过组织将潜在的意义模式予以维持和保存(retention)<sup>②</sup>。我们通常所认为记忆的内容是过去发生的事情,然而,当将记忆描述成一种组织活动,我们发现,通过区分当下和过去从而对信息进行的暂时的重构只不过是社会产生记忆的一种辅助手段。换言之,过去与当下是一种记忆的结构,系统必须构建关于组成“当下”的意义,以及这个特别的“当下”在过去事件中的状态。通过这一结构,记忆与一些概念相联系,使记忆的产物具有合法性。记忆保存了系统循环产生方式的内在价值(Luhmann, 2004: 137-138)。

在组织记忆并生成合法性的过程中我们看到,在法律演化初期那些只能依靠口头进行沟通的社会中,社会群体不得不使用心理系统。<sup>③</sup>在口头记忆的社会文化中,人们依靠心理系统的回忆能力,也就是心理系统通过可以信赖的交流所回忆起来的、别人没有经历过的或者已经遗忘的事物的能力。易言之,在发明文字以前的社会系统中也存在记忆保存。法律的运作很大程度上依靠心理系统的运作作为支撑,法律系统无法脱离心理系统独立存在。在卢曼的系统理论概念中我们可以认为法律与心理系统共用一套运作规则和语义规则。

① 卢曼认为法律执行所要解决的是法律在面对期望不能实现时保持规范期望的能力,法律的这种能力是象征性的。社会大众随着法律规范期望的具体化(specific expectations of law),会对法律产生一般性的期望(general expectation)(Luhmann, 2004: 15)。

② 这与帕森斯的潜在模式维持概念(pattern-maintenance)颇为相似,只是帕森斯认为教育系统和宗教系统承载了社会记忆的任务,卢曼却没有做这种限定。

③ 在卢曼看来,把心理系统或者整个人看成是法律系统的一部分,或者仅仅看作是法律系统的一个内在要素,这都是行不通的(Wolfe, 1991: 1792)。所以在此卢曼对法律演化一开始的进程描述就试图区分法律(社会)系统与心理系统。

基于心理系统与法律系统的高度集成(integration),<sup>①</sup>当社会还处于口头文化的历史进程时,记忆以及记忆的社会组织依靠的是严格的重复(尽管有可能是虚构的,例如在乡下地区这种严格的口头的重复就不太可能发生<sup>②</sup>),例如宗教仪式形式进行的严格的重复。<sup>③</sup>在这种社会中,由于记忆依靠口口相传和人的实在载体,年龄具有权威作用(“不听老人言吃亏在眼前”)。<sup>④</sup>社会的记忆存在于对知识的口头转述中,社会缓慢地使用心理信息(information),一个接一个地激活这些记忆材料,时间成为记忆组织的关键(Krippendorff, 1973: 15-35)。在这种情况下,规范无法过于具体。由于规范形成和积淀的时间很长,记忆的偏差无法避免,新的情况出现会对口头记忆的规范产生认知性(cognitive)的变更。法律规范在记忆的过程中不断由于心理系统的作用而发生改变,作为规范性期望的法律没有组织记忆的过程中产生,因此,规范内容仍然在很大程度上是认知性的。这种暂时性的记忆形式的严重缺陷表现在必须通过联系整体信息储备来消除不确定性和争执的那些领域中。不过,因为在社会中通过规范来构建的活动和规制的对象并不是很多(Luhmann, 2004: 138),<sup>⑤</sup>所以法律在口头记忆模式中的不确定性并没有对社会生活产生重大影响。也正是因为口头记忆的组织形式,法律无法形成对重要事项的关照以及规范期望结构的形成。基于前述传播型媒介(disseminating media),也就是口语语言,人们的交流基本限于特定的场合和时间,社会沟通只能在简单的面对面场景中进行,包括法律在内的复杂性事务是无法想象的(Luhmann, 1995: 160)。在卢曼的系统演化观中,在口头社会中法律运作无法脱离心理系统的运作,法律运作封闭的基本条件没有出现,心理系统与社会系统间也没有形成规范的封闭与结构耦合。只有在运作封闭的系统中,社会子系统间才能形成结构耦合,法律系统的开放性也是法律系统与其他社会系统、心理系统进行结构耦合的产物。如果我们从卢曼社会理论功能分化和结构耦合的角度去看口头社会,那么无疑法律的演化还处在最初级的阶段,口头语言的细微差别会严格限制可以成为系统沟通的信息。<sup>⑥</sup>也正是口头记忆的特性使得我们在解读卢曼法律演化观的过程中观察到文字对上述系统自创生条件逐渐满足的一种可能性。随着人类社会生活的逐渐复杂,与口头记忆对法律的组织形式比较,文字对法律结构演化的重要性开始显现。

#### 四、从话题性法与区分概念的出现:文字与法律的早期共同演化

文字的发明使得孤立的心理沟通行为成为社会沟通,也使得系统沟通逐渐突破“在场”的限制(Luhmann, 1995: 160)。文字作为社会的记忆的组织形式,它具有保存知识以备在难以预料的情况下可供自由

① 卢曼认为现代社会的法律自创生是法律与其他社会系统、生理系统、心理系统整合被打破的状态(Verschraegen, 1997: 67)。

② 具体可见埃尔克森(Ellickson, 2009)对美国 Shasta 地区习惯法制度的考察,传统农业社会邻人之间处理纠纷的方式以及习惯法受制于口头记忆的模糊性和笼统性,以及韦伯(Weber, 1954: 69-71)对南斯拉夫村庄治理体系的考察。

③ 有的学者(Nadel, 1953: 268)指出,原始社会一些最重要的社会规范不是靠具体的惩罚(specific sanction),而是靠严格的宗教形式予以维持的。吉本(Gibbon, 1993)对罗马先辈的法理思想与哑剧形式的天然结合(pantomime)也有相似的论述。

④ 甚至在现代一些团体社会(group society)中,老人仍然在社会规范的执行中具有主导地位,参见学者(Schwartz, 1954: 487)对以色列犹太人聚居区的人类学考察。

⑤ 有的学者(Murphy, 2006: 67)也认为口头记忆的模糊性是交互系统(interaction system)可以承受的,而社会系统(societies, 复数, 社会系统下的子系统)的时间维度对语言的模糊性更为敏感。

⑥ 耦合是高度选择性的,从这一点上来说,无论是口头语言还是文字语言都是通过严格的限制而达致系统的沟通。不过,也正是因为结构耦合的高度选择性,例如文字的基本单位可能仅仅是非常有限的字母,我们才可能产生系统内部沟通更多的复杂性(Luhman, 2012: 87)。

选择的好处。因此,文字使得信息在不可预见的情景中使用有了更大的自由,当然这也要求信息传递者在撰写文本的时候必须更加谨慎。文字本身必须是容易理解的,而且必须设置一些限制以使得解释在可能的范围内进行。总而言之,文字表达必须消除自相矛盾,并且有足够的稳定性。文字出现以后对信息传递的结构带来的变化被卢曼称为以严格重复和仪式化向文本上的联系过渡。<sup>①</sup>

但是卢曼认为,文字的上述特点并没有保证法律的规范期望的一致性与一般化(congruent and general)可以一蹴而就,文字一开始并没有促使我们现在所称的法律现象直接产生。文字的优势在于,它能够使人们看到在口头争吵中双方感情冲动的情况下非常容易发生的差错,这是社会早期在法律事务中使用文字的原因。<sup>②</sup>在每一种早期文化中,在法律事务中使用文字的目的都在于发现以及澄清可能发生的偏差。为了这一目的只需要把文件进行短时间的保存,因为当时的法律事务只具有“话题性”(topical)而不具有规范性。<sup>③</sup>也就是说,文字一开始并不记录法律规则,也就是我们通常认为的那些具有一般性和可重复使用的规范性思想。文字形式最初并不具有这样的意义:即保留一个文本,以备不可预见的未来使用(Thomas, 1993:34)。因此,文字并没有直接创造规范性的法律,文字与法律共同演化(co-evolution)。文字首先是被用于记录信息,而法律问题属于那些最早被认为适合记录的事项之中(Luhmann, 2012:226)。此时的“法律”并不是我们在法典化时代和成文法中所指涉的具有规范性和一般性的规范概念,这些法律更适合于被称为“法律事项”。<sup>④</sup>因此,法律与文字最直接的联系是基于事务的(transactional):文字记录下了那些值得记录的事务:婚姻、遗嘱、交易等等具有改变效力(validity)<sup>⑤</sup>的活动。<sup>⑥</sup>已被发现的文字证据,例如著名的《汉谟拉比法典》抄本,也不是今天意义上的法律,也就是说,当时的法律不是通过文字运用而“生效”的法律。

文字最初也运用于占卜活动,占卜活动使用文字对法律概念从事务性话题性转向规范性起到了关键性的影响,甚至文字的出现也与占卜活动在人类早期社会的发达有关。一开始,文字在占卜活动中的适用也属于进行事务性的记载。卢曼在对相关人类学研究的梳理中指出,在人类早期社会,占卜活动作为重要的社会沟通手段试图为日常生活中各种不同的未知情况提供答案。<sup>⑦</sup>文字的出现是以对涉及多种日常生活场景合理化的(rationalized)占卜实践为前提的。也就是说,文字的产生与占卜在人类社会早期文明中的作用息息相关。一方面,文字在占卜形式固定化的需求基础上产生;<sup>⑧</sup>另一方面,文字与占卜联系在一起的过程中,使得文字得到了最初的在全社会范围内的传播(Vernant, 1974:29-51)。由于占卜对当时社会生活的重要性,文字通过占卜发展起来的相关特点深刻地影响了文字对今后法律演化的发展。

① 有关与仪式性的法律运作紧密联系的神判在法律系统演化中的地位逐渐降低的论述,可参见卢曼的相关论述(卢曼,2009:118-154)。

② 鉴于这一原因,文字也被用于预防性的记录,以防发生冲突(不过文字也比在场人之间口头沟通提供更有利的伪造和欺骗的可能性)(Luhmann, 1995:376)。

③ 卢曼认为,社会结构的一个重要形式是沟通的话题(topics of communication)。话题为所有沟通提供了选择的前提。沟通的可能性蕴含在特定的话题之中(Seidl, 2004:9)。

④ 有学者(Schmandt-Besserat, 1977)指出,对交易的记载开始出现在新石器时代。

⑤ 效力具有时间维度(temporal dimension),“是否”(either/or)的判断需要效力的时间维度予以弥补。易言之,法律事务的效力具有暂时性和可变动性,从而使得法律的二值判断充满活力。文字介入法律事务使得效力的时间维度趋于稳定,法律的二元符码形成成为可能(Luhmann, 2004:180)。

⑥ 有关法律从行为(acts)走向判决(ruling)再到规则(rules)的转变和演化,可参见加利甘的相关论述(Galligan, 2006),特别是第四章。

⑦ 符号与法律的关系,符号对法律功能的隐喻,可参见卢曼的相关论述(Luhmann, 2004:146)。

⑧ 用韦伯(Weber, 1954:63)的概念来说,占卜是一种理性化的规则创制和规则实施活动,并且是一种依靠事件外部特征的严格形式化的规则治理,这与我们现在所理解的形式理性化的法律治理存在区别。



关于这一点我们需要结合卢曼的功能分化理论做进一步的阐述。卢曼认为,由于依托占卜的文字逐步发达,法律问题在早期高度文明国度中作为占卜问题而出现。以文字为载体的法律为了确认发生了什么事情,以及如何在有利和不利的环境下区分有过错和无过错的问题而出现。法律以这种方式参与为占卜目的而发展出来的复杂的运作程序、合理化的概念(rationalization)以及专业性的专家鉴定。在上述情况中文字都是被用来记载所必要的知识。概括性的判例和被区分为吉凶(favorable and unfavorable)的二元符码首先是为占卜目的而创造的。为占卜活动创造的文字适用于法律活动(Luhmann, 2004: 236-237)。基于占卜使用的有利/不利的二元符码,古代社会演化出一套能够被适用于法律的条件程式。

因此我们看到,早在人们把文字记载视为法律效力条件之前就已经有借助文字而发展的法律文化了。这种法律现象虽然并不是我们通常意义上基于具有司法特定功能而产生的独立法律系统运作,也不是我们在现代社会看到的最为普遍的基于反复使用为目的而产生的立法现象,但是基于占卜发展起来的法律概念已经呈现出法律作为规范期望独立于其他社会沟通的价值。这种价值主要体现在此种占卜意义上的法律文化的制度化(Luhmann, 2013: 61),当社会分化越来越强时,法律成为制度化的制度化机制。法律成为一种区别于其他社会系统的结构。法律实际上可以被描述为这样一种事物:它以制度化的程序作为预期的整合途径,以程式作为一般化预期的表达方式,以制裁作为预期的保障机制(杜建荣, 2012: 124)。这种制度化主要体现在程序概念的书面化、理性化的纠纷解决开始出现等。

除了制度化以外,法律开始从社会沟通中分化的标志更在于二元符码(binary code)在占卜中应用的产生以及稳定的条件程式的出现,前者为系统沟通的自我指涉提供了条件,后者使得基于文本的论证(argumentation)成为可能。对前者我们在这里还需要做出进一步的解释。占卜活动产生了文字,文字演化使得区分成为基于文本的规范表达的一种媒介,吉/凶(good/bad)是一种基本的运作模式,是规范二元符码的最早体现。二元符码的出现使得卢曼发现代表了系统自身运作的一个重要概念开始出现:区分(distinction)。

创造区分的沟通行为是使得社会得以沟通的关键(King & Thornhill, 2003: 13)。一切观察都需要运用区分,观察苹果,就要非对称地区分苹果/苹果外的世界,然后标示苹果;观察女人,就要对称地区分女人/男人,然后标示女人。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(Philippopoulos-Mihalopoulos, 2006)。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。法律通过区分得以被观察为一个独立系统,以此来辨别系统与环境(Philippopoulos-Mihalopoulos, 2009)。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它涉的体现,也就是系统通过每一次运作体现的环境与系统的差别(Luhmann, 2004: 113)。区分是形成法律系统逐步丰富以及法律形成自我判断和自我指涉的关键,通过区分来处理的庞杂且没有系统意义的信息(information),进而化约世界的复杂性。

卢曼认为,基于文字的法律演化围绕区分(distinction)展开。文字的出现使得针对文本产生争议的可能性增加。正是基于文本产生的争议与不同意见为法律的演化提供了条件。通过呈现不同的意见,文字以区分的方式来表述系统的统一性。从这一功能论的意义上来看,文字的作用不仅仅在于它所表达的内容,而首先在于文本的区分(distinction)。通过区分,文本就能够作为不同意见之形成的同一基础(Luhmann, 2004: 235)。为了能够形成这一基础,文字预设了尚未标记的前提(unmarked place),也正是这种预设,使得尚未标记的部分具有成为标记的可能性,也就是通过标记的产生,区分可以向着“有标记的”方向过渡(Banaschewski, 1977: 507-509)。只有在可以作为标记的媒介中才可能作标记,而这种标记间互相联系的



可能性产生了一种作为文本而出现的媒介(Luhmann, 2004:235)。

因此,法律自我描述需要以文字形式(form)作前提,并不断产生区分。当书面记载稀少且不容易获得时,区分的可能受到限制。我们在当今社会中看到,法律的概念适用于整个社会,从保持个体的地位到规制政治组织的行为,甚至由法律衍生出的正义概念被适用于各种社会实体,而不仅仅限于法律领域,正义/不正义的区分是现代社会进行沟通的重要媒介。卢曼认为的作为偶在的正义观(justice as contingency)表达了对法律判决一致性(consistency)的重视,而区分相同案件与不同案件又成为判断一致性的模式与标准(Neves & Marcelo, 2001:254)。随着作为独立的法律文本、法律概念与原则的出现,正义的观念与判决的一致性画上了等号(King & Thornhill, 2003:68)。直到印刷术被广泛使用,大量的文本进而产生,进一步的社会功能区分(differentiation)逐渐形成,法律成为一种社会常态性的规范才成为可能(Luhmann, 2004:426),<sup>①</sup>行动与观察的区分才能出现(Luhmann, 1995:302),法律的规范期待才可能成为现实。

### 五、基于文字的法律新的区分形式的形成: 法律文本与法律解释(教义学)的悖论循环

区分的出现使得法律演化借助文字迈向运作封闭成为可能,但是正如本文之前所提到的,文字的出现并没有保证法律系统的自创生一蹴而就,区分概念的出现也没有直接带来规范期望的一致性与一般化,也就是说,基于可以重复使用的法律规则体系、司法体系和立法程序等法律制度仍然处在萌芽状态,法律也没有摆脱事务性和话题性的模式。<sup>②</sup>法律借助文字演化仍然需要经历一个漫长的过程才能逐渐呈现出人们现在所熟知的模样。书面化的法律必须在上述演化的基础上孕育出新的机制满足社会子系统自创生和运作封闭的条件。在卢曼看来,要达致这些条件,我们仍然需要对法律文字化之后面临的问题做进一步分析,特别是文本化的法律面对自身困境所发展出来的法律解释问题(interpretation)对法律运作封闭的影响。

法律解释在法律演化过程中的出现与文字成为法律表达的主要媒介有密切的关系,文字对记忆组织结构带来的变化促成了法律系统中论证与解释的发达。一旦有了文字,系统记忆就失去了容易遗忘、不能再重新回忆起来或者重新构思出一个合适的过去的可能性。文字的出现使得简单的遗忘变得困难,文本的出现为法律运作提供了基础,这种基础使得人们在文本产生之后每一次的预期具有可以参照的对象。系统的自我指涉通过文字记忆被强化,同时不再受到心理条件的限制。法律的运作逐渐摆脱心理系统的限制。正因为文字对记忆的强化从而使得法律期望中的认知性因素开始下降,系统适应新情况而产生的简单遗忘开始消失。一旦人们使用了文字,使文字记载成为可能,系统就不得不听任它自己的记忆摆布。遗忘变得更加困难,人们必须想到随时随地可能发生的对规范的引用(quotation)。文字使内容的重复使用变得容易,使人们更加不容易忘记(Luhmann, 2004:235-236)。<sup>③</sup>文字对遗忘的破坏同时也导致了作为

① 这也正是为什么卢曼强调印刷术对文字、法律等社会象征性一般性媒介演化的重要意义。例如,对于罗马实体法主要是掌握在特殊群体之中的“法学家法”的例证,在印刷术尚未出现的时代,书籍难以获得。因此哪怕是职业人员的法律知识,也依赖于各种规则记忆术和格言,更勿论一般民众的生活(陆宇峰, 2011:104)。

② 维科(Vico)也曾指出从人类文明的历史来看,法律的规则属性(rules)是一种相对来说较新的提法,法律的具体性则贯穿人类早期文明(Vico, 1999:205)。

③ 文字遗忘是困难的,但并不是不可能,文字记载可能变得“过时”。在印刷术被发明之前,文字过时发生的几率更大。

对这一新问题之反应的补偿机制的发展。在这些补偿机制中,就包括为解决文本问题而发展出来的法律解释(Luhmann, 2004: 82-83)。<sup>①</sup>

在卢曼看来,文字使社会沟通不再受到信息传递的时间束缚,规范的期望稳定功能是实现这种摆脱束缚的关键(Luhmann, 2004: 147),<sup>②</sup>信息传递者当场的目的也不再成为决定性因素。文本是否取决于信息传递者的意向现在成为了解释的(interpretation)问题。随着文字的出现,口头语言回忆的不确定性被文本解释的不确定性所取代。尽管对文本含义存在着不同的理解,但是通过这些对文本含义不同见解的表达,对文本的认同和文本独立性开始体现(Luhmann, 2004: 25-26)。法律解释预示着法律的自治与运作封闭的条件开始出现。西方法律自治的传统开始形成,法律教义学(legal dogmatics)成为与文本解释相对应的发展出现。法律教义学对文本指涉的极端强调不仅由于法律的运作必须与碎片化的实践相区别,也不仅仅意味着法律通过实证化的手段实现的可改变属性(changeability),法律教义学对文本的强调在于将法律系统的生成建立在一种基于个体的一般性(universality of the individual),法律对自我的构建正是基于此。文本成为不同个体的自我指涉可以进行兼容的优势媒介。通过法官的释法活动,文本成为表达,而不仅仅是一种“文本”了。法律教义学指涉了在均衡状态周围法律实践的波动中形成的行为期望的不确定性。法律教义学不断指涉集中的互相依赖形式:案件的相似性(法律正义)成为关系形成的标准。法律教义学将观点的留存看作中心任务,其均衡不能由解释者个人规制,需要通过抽象的参数来展示具体行为的“横切面”。也就是说,建立在文本解释基础上的法律教义学为法律从前述法律的个体性、碎片的事件属性走向统一(系统)提供了支撑(Ladeur, 1988: 274-275)。卢曼通过对法律解释问题和法律教义学的系统理论分析,揭示法律作为一系列内在联系的符号如何在不断变化的情境中维持系统的自治。

这里为了进一步解读卢曼对法律解释所能在法律系统演化过程中实现的运作封闭效果,我们需要再次回到卢曼系统理论中的“区分”概念上。在卢曼看来,一种书面文本一旦被纳入有意义的社会沟通中,也就是当文本被阅读和使用时,文本开启了并且组织了可能产生的意义的指涉。进一步而言,法律的书面化与文字化是一种双向的过程:一方面文字减少了法律的复杂性,另一方面文本与解释创造了更多的复杂性(法律教义学的产生),也就是卢曼所谓的通过降低复杂性进而创造新的复杂性的循环过程。属于法律环境的复杂性通过法律解释及教义学概念的扩展予以简化,属于系统内部沟通的法律解释及法律教义学体系本身却愈发变得复杂。于是新的区分产生了,一切法律的演进,都是通过文本和解释的区分才成为可能。正是这一区分把文字记载的法律置于法律的演进中心地位(Luhmann, 2004: 242)。

在法律自身由于文字出现之后形成的这种区分中我们看到,书面化的法律并没有提供一种稳定期望的效果。系统的稳定一直是卢曼强调的,也是法律文化从口头走向文字的重要社会动力。而区分,特别是文字产生之后的文本与解释的区分,破坏了文字作为规范期望稳定表达的效果,文字作为实现一般性期望稳定的媒介作用受到了限制,作为补偿机制的法律教义学诞生了,并影响了西方法律自治的进程,从而使得法律系统复杂性简化的同时增强了自身的复杂性。卢曼的区分概念使我们看到了系统始终解构自身和创

<sup>①</sup> 不过这一切都发生在系统内部,这些演化属于法律系统的内部运作,系统只有在它的运作中才具有现实性(卢曼, 2009: 22)。

<sup>②</sup> 从卢曼提出的偶在性(contingency)观点出发,我们看到人类经验的可能性远远大于可实现的确定性。从这种对人类经验社会的定义中,我们可以看到卢曼将其理论视角的时间维度对准了未来的轴线,并且预设了人类选择的自由。而在卢曼的理论中,这种面向未来的选择可能性依靠的是一个发达的、建立在语言、符号以及共识基础上的社会结构。

造新的不稳定因素的可能性。世界复杂性的化约需要系统内部复杂性的增加,社会生活的秩序需要系统的自我分解。如何解释卢曼理论中这些看似具有矛盾性的概念和描述?这涉及到卢曼对矛盾和悖论的看法。

理解区分背后的悖论是理解卢曼自创生理论的又一关键。悖论是自创生分析的开端,悖论代表了社会沟通的自我组织的前提(Teubner, 1991: 1445)。二元符码运作下的法律系统也是在悖论中展开的:法律的合法与非法由法律系统自身决定,非法与合法都是法律的(legal),合法就是非法,非法就是合法(King & Thornhill, 2003: 20)。<sup>①</sup>由于法律的运作是封闭的,规范只能与系统的信息进行沟通,而无法涉及系统外的环境,也就是说规范只能由规范决定,规范封闭的法律系统通过悖论制造了自创生(Neves and Marcelo, 2001: 251)。这是卢曼对现代法律的理想状态的描述。在文字进入法律运作沟通后,法律试图通过自身的悖论消除不稳定但又不断创造不稳定的结构已经开始出现。我们可以在不确定性中看到确定性。正义概念对法律的功能也在于跨越不确定性与确定性间的边界,并隐藏正义与非正义判断间的悖论(King & Thornhill, 2003: 65, 67)。正如托依布纳所言,法律的不确定性根源于法律的内在特性与结构。法律是一个自我关联的自治系统,法律的基础是在自身,法律是自我指涉的(Derrida, 2002)。而系统的自治性的主要特征恰恰是这种不确定性(托依布纳, 2001: 5)。

具体到文字造成的文本与解释区分中带来的悖论是:文字并没有给法律带来其所力求达到的可靠性和明确性。如果是那样,法律的演进就不再可能发生。如果仅仅满足于指出文字的稳定性,这似乎太简单了。在动态稳定的自创生的社会沟通系统中,人们对含义的稳定性本身并不感兴趣。问题在于对同一信息的新的兴趣的可预期,而不是简单的在于持久的东西比暂时的东西好。规范期望是否能够被实现,以及在今后其不能被实现的时候能够被承认为合法也不是文字应用于法律所欲达致的。文字只不过是转化了规范不确定的形式,其用一种新的差别,也就是符号与含义的差别,或者说文本与解释的差别来替代原先的区分形式(Luhmann, 2004: 242)。用文字固定下来的文本借助新的区分为不断地重新观察法律提供了契机。通过这些区分,解释的任务有了基础,也有一定的限制,但不是停滞不前。通过法律与文本这种区分形式(form),法律效力问题得以(暂时性地)解决:任何现时有效的文本都是解释的前提,也就是与文本相联系的解释的总和。具有权威的文本被当成是一种客观实在,我们可能尝试去说明它们与理性相违背,或者它们并没有实际作用,或者它们是由历史而非理性决定的,并由此贬抑或否定它们的权威性。不过如果这些文本经受了上述挑战,那么它们必须被接受为一种“事实”(facts),法律人的任务便是从这些文本中组织和创造文本的意义。当然,文本并不意味着对解释范围的限制,不过文本保证了社会维度内沟通的统一模式(Luhmann, 2004: 324)。就像在自创生系统中一样,在文本含义的解释循环发展中我们看到比较迅速地对环境变化做出反应的可能性(Luhmann, 2004: 240-241; Brans and Rossbach, 1997: 426)。因此在卢曼看来,文本解释与达尔文的演化理论具有高度的相关性。自创生系统并不是自给自足的系统,其演化的历程是结构开放并充满各种可能性的。<sup>②</sup>

在新的区分中,解释与文本成为新的悖论循环,自创生模式在文字的帮助下逐渐形成。但是,系统的

① 要区别逻辑学上的悖论和卢曼理解社会系统功能分化意义上和自创生意义上的悖论,后者不仅无法避免,而且能够在促成社会的不断丰富与复杂的同时,使得社会变得可以被意义系统所理解。

② 有关开放系统(open system)与达尔文进化论的关系,特别是卢曼认为达尔文进化论中偶在事件与结构演变的关系必须通过开放系统去解释的论证请参见卢曼的相关论述(Luhmann, 2012: 19)。



自我指涉需要被隐藏(King & Thornhill, 2003: 38), 我们不能将文本与解释之间的这种循环直接展现在法律适用中, 法律的有效性(legal validity)需要通过对文本和解释的双重限制实现, 在新的系统循环运作模式下, 如何实现系统不断演化中的封闭与稳定成为法律发展的新课题(西方法律的自治传统问题)。也正是在解决隐藏悖论的尝试中, 法律逐渐演化成今天我们熟悉的样态。

## 六、解决社会沟通的双重偶在性: 法律语言的分出、规范性的反事实期望与立法的实现

随着法律文字化以后文本与解释产生的新的区分, 我们一切用文字固定下来的法律变成需要解释的法律。人们一旦认识到这一点, 就要求文本能够把它的解释程序自动化。易言之, 解决文本与解释区分中的悖论需要社会明确解释的自我限制, 例如规定应该由谁来解释以及应该如何进行解释。法律正是通过对这个“谁”和“如何”的选择来适应社会的演变。这就是我们看到的现代司法制度的建立和基于文本为对象的解释学的出现和发展。这些制度性的条件是限制文本与解释悖论的方式, 也是法律演化在文字时代能够形成自我指涉的辅助性沟通手段。<sup>①</sup>卢曼在考察这段法律演化历史的过程中发现, 法律系统实现这些演化需要一种前提, 即人们能够洞察到文字符号并不是法律本身, 它只是表达了法律(law's expression)。文字的演化就像语言的演化一样产生了一种差别(difference)。它有赖于区分(distinction)的良好运行, 从而能够避免符号与含义相混淆, 并且在社会沟通中人们能够估计到, 其他人也能掌握这一差别, 也就是期望与期望的期望能够在规范层面形成一致性与一般化。这就要求法律的用语具有特殊的符号意义, 能够将合法/非法的判断以及法律有效性的概念独立于其他社会沟通, 易言之, 法律语言的特殊性必须随着社会分化逐渐与日常用语分立(differentiated)。

对于法律在社会系统中的分立以及文字对这种分立产生的影响, 有一种社会学解释认为, 法律作为文字开始生效, 这对于所有在此之前存在的口头沟通社会的法律应用来说都是一个“灾难”, 这意味着要转向另一种稳定性原则, 其中包括了为了消除和重新获得的偶在性而出现的对宗教的新的需要。很清楚的一点是, 文字的适用与社会从环节社会向阶层社会的转向过程是同步发生的, 这种转向促进了文字的使用。这种转向的结果是造成了物质性的和符号性的资源向社会上层集中, 或者在缺少社会分层的情况下, 这些资源向官僚统治阶层集中(Goodrich, 1986)。

但是在卢曼看来, 这种社会学解释不够有力。正如把法律问题纳入占卜联系中所说明的, 社会向城市化与分层化的转变不能充分的说明特殊法律系统分立出来的理由。在西方文化的演进过程中, 我们看到法律系统的分立是随着罗马法的制定以及后来在中世纪实行法律系统化才得以实现的。<sup>②</sup>也就是说, 除了社会结构的变迁, 只有当文字能够以很容易被掌握的(西方的音符和字母文字)形式供人们使用的时候, 才创造出使法律文本与其他文本种类相区分的媒介。也只有当一种独特的法律文本出现时, 法律术语、原则

<sup>①</sup> 法律制度本身并不是沟通, 不属于法律系统的组成部分, 卢曼将法律系统定位于意义系统, 而意义系统的唯一代表就是沟通, 物理性质的制度条件(法院、检察院等)并不是沟通本身(Hornung, 2006: 200)。

<sup>②</sup> 有关这段历史, 可参见伯尔曼对欧洲中世纪宗教法的法典化以及日耳曼不成文习惯法(unwritten customary law)向成文法转变的过程的描述(Berman, 2009)。

和正义的概念才能够在司法中逐渐形成一致性和延续性。由此可见,文字对法律的意义并不仅仅是造成一种认识和表达上的区分,更是构建作为社会实在的制度性法律及其价值观念的基础。

社会学对法律演化的解释更多关注社会阶层的转变,而往往忽视了文字本身给法律在社会分立中所带来的革命性影响,而这正是卢曼所不同于其他法律社会学者的独到之处。语言的书面化使得文本的分化(differentiation)成为可能,也就是说,语言本身也随着文字的出现产生了分化的可能,各种社会领域和社会子系统独有的语言/文字样态开始出现并且演化。语言的分化为社会系统的分化以及社会子系统的运作封闭提供了条件。随着语言在文字表达中的分立,法律的应用也受到了限制,并且变得集中。法律被纳入文字形式,并借此作为形式而分立出来。人们借此也能够较为容易的将法律与其他规范和文本区别开来。只有当法律在社会中能够被容易的识别出来,作为语言和社会实在的法律才可能被称为封闭的。特别是当人们很容易确认什么是法律,特别是什么是有效的法律(valid law)时,前述所提到的法律运作封闭条件的规范的具体性(specific)和法律执行的象征意义(symbolic meaning)才能够完成。<sup>①</sup>

为了对文字在法律演化中的作用进行进一步描述,卢曼在提出上述疑问的同时,对法律与文字结合是为了满足什么样的需求提出了进一步的解释。卢曼认为我们首先应该问一下,人们使用文字是对哪一种需要的反应。我们看到,引起这种需要除了对获取记忆材料的兴趣以外还有规范性(normativity)的问题。法律对文字的需要与对失望的预期是相联系的,而处理失望的预期规范性是问题的核心。一种说明某种期望是符合法律或者不符合法律的信息必须二次(或者多次)被作为信息来使用。法律也是为了可以重复被作为信息来使用,而在口头交流的情况下一信息经过多次交流就会失去信息的价值。因此通过文字,难以在一般社会沟通中实现的规范期望的反事实(counterfactual)稳定得以达致。法律沟通关注法律规范,法律的沟通具有时间意义:对法律的适用在时间上保持一致。没有这样一种(无限的)耐久性,法律将失去给予它功能的意义。对法律适用一致性的期望是指什么,是法律认识到的规范和通过规范认识到哪些意义。这种意义并不会由于法律禁止之事的发生而失去(反事实期望),因为法律将通过规范给予这些事件以非法的效果。法律不禁止之事将被法律认定为合法。法律的规范期望仅随着法律规范的变迁而变化。因为人们不知道期望是否能够实现,也由于人们不愿当期望没有实现时就学会放弃,在法律中通过文字的传播和运用不断重复什么是合法的这一信息具有了社会沟通意义上的好处(Luhmann, 2004: 241-242)。

如前所述,法律规范需要解决的是期望的期望(expectation of expectation)的问题。这被卢曼称为双重偶在性(double contingency)。<sup>②</sup>在双重偶在性的情境中,所有社会体验和行动都具有双重关联性: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(卢曼, 2013: 73-74)。在这种期望的双重偶在性结构中,不确定性以及失望的可能成为结构的组成部分。疏导和冷却失望是结构稳定化的任务(卢曼, 2013: 91)。

稳定期望结构的形成需要文字作为法律的形式参与进来,属于系统的信息能够在文字表达的方式下

<sup>①</sup> 语言的分化不仅在狭义的法律适用领域(司法),也在广义上的法律适用领域——政府行政管理上体现出来。语言的精确性是行政行为的重要前提之一(Finer, 1931: 34)。

<sup>②</sup> 社会沟通的双重偶在性也是卢曼回应所谓的霍布斯问题,也就是社会秩序,或者更直接的说,社会如何可能的方式(宾凯, 2006: 373)。限于篇幅和论题,这里不做讨论。

纳入系统的运作,并给予系统沟通的意义。法律演化也是在这样一种有限定和可组织的选择范围内进行。作为社会沟通系统的法律借助文字形式不断回溯先前的沟通(King & Thornhill, 2003: 17)。规范期望能够在反事实的基础上为行动者提供行动指导(Fuller, 1969: 9)。稳定的一般化的反事实规范期望成为法律系统完成自创生的途径,文字在这种规范期望模式的形成过程中逐渐被运用于立法程序(legislation):可记忆的仅仅是已经得到证明的法,而不是简单地所称的法;仅仅是一个案件的规范方面,而不是在有争议的事实中的成功的论证;也就是说仅仅是真正使得法律的运作封闭得以延续,并且可以使得法律成为可以重复使用的东西。一旦法律系统的演化到此,立法,也就是将法官的裁决变成有拘束力的程序,就成为可能(Luhmann, 2004: 139-140)。在这种法律的演进中,法律系统内部对立法与司法的区分使得立法者,当然更使得法官无法诉诸法外因素(友情、关系、地位等)来进行法律运作。在十八世纪的欧洲,原有的统和的君主司法权(monarchical jurisdiction)开始解体,分权理论成为主流,系统通过立法与司法分离形成系统的内部回馈,法律的实证化(positivity)开始涌现(Luhmann, 2004: 260)。“自此以后,不论是否暗含自然或者理性的理由,人们都严格地基于实证法进行思考。”(卢曼, 2009: 122)法律系统的规范开始依赖于法律有效性的实证法特色:任何具体规范的效力通过“决定”(立法、司法裁判)得到实证,并且可以通过变更实证法的程序予以变动(Luhmann, 2008: 148)。

立法的功能并不在于创造或产生法律,而在于从规范中选择有约束力的法律以及给予作为有约束力的法律规范以象征的尊严(Luhmann, 2013: 160)。作为立法的法律为法律发展带来了无限可能,也暂时性地隐藏了文本与解释的悖论问题(虽然在疑难案件中偶有显现)。在现代社会中,法律作为一般化一致性的规范行为期望有了一种全新的特性:法律通过“合法”的法律程序得以修改。任何行为模式在现代社会中都可以成为法律的内容,法律也成为社会发展的关键的工具性制度。法律演化产生的新特性意味着法律自身成为法律有效性的试金石,也就是卢曼认为的法律的自创生与反身性(Luhmann, 2013: 166)。①立法不仅成为实证法学派认为法律科学诞生的标志,也在卢曼系统演化观下成为现代法律运作封闭的代表,法律被有效地识别出来,系统运作封闭的条件也在立法制度中得到进一步的满足。文字在法律走向立法化的过程中也起到了稳定规范的反事实的作用。

## 七、结 语

至此,结合卢曼系统理论中关键概念的解读,我们审视了卢曼法律演化观中文字所扮演的角色。我们通过对文字在法律演化中的考察,为我们回答本文开篇时提出的科学方法论的语言学转向问题贡献了有益的智识。文字是社会符号,是语言的符号。高宣扬(2005: 147)认为,人类自己发明了各种符号,而符号又帮助人类将一切可能性转换为实在性,从而使得人类及人类生活于其中的社会,不断地自我指涉和自我生产,把人类带入越来越复杂的社会中去。语言、符号和象征的复杂化,也使得人类面对越来越复杂的沟通系统,将其导入由更多层次社会所构成的不确定领域之中。从涂尔干对自杀问题的社会学考察,到默顿

---

① 在自创生理论中,“反身”这一术语有三个方面的意思:1. 指法律自我界定的选择方式,即法律系统确定它自己是在一个自创生系统世界中的一个自创生系统并且承认这种后果。2. 指法律秩序为之服务的自我关联的规范机制。3. 指法律在其他社会系统的自我界定过程中的支撑作用(考夫曼, 2002: 417)。



的失范理论,再到现代自然科学对客观实在的模糊性与不确定性的阐释,人们对科学方法论的研究逐渐意识到研究者对社会的观察本身也存在着如何达致客观性的问题,而建立在普遍性和客观性的逻辑推演基础上的社会整合又是社会学研究的普遍难题。语言的和社会的符号意涵使得我们需要重新理解社会研究客观性和社会整合问题。本文的考察发现法律演化中出现的规范普遍化与一致化的问题与文字息息相关,语言作为区分的社会功能远远超出承载意义和描述现实的传统社会学理解,语言本身就是社会实在的指涉,法律的普遍化与一致化追求不过是语言构建社会实在与整合人与社会关系的一种反映。物质的、制度的社会条件不能涵盖法律功能的全部,对具有认知色彩的文化、符号和语言的分析才能完善我们对法律社会功能与演化的描述。这是因为我们在考察法律功能和规范意涵的时候永远不能忽视包括研究者在内的人对社会实在进行简化与一般化的努力,而这种努力基本是由包括文字的语言所完成的。一方面使符号使用者的个人行动者及其所在的社会系统稳定化和制度化,另一方面又使得符号本身的运用和变化具有灵活的性质,同时又表现出符号本身的多样性和不确定性,以便应付行动者和社会系统发展过程中所面临的各种可能性。符号的这些复杂功能,反过来又促使符号及其中所运载和隐含的意义变得更加灵活,同时也包含着越来越多的象征意义的因素。在这个意义上说,语言和符号的使用,有利于沟通中“意义”的建构、重建和发展(高宣扬,2005:147)。

法律演化所形成的历史借助了语言,更准确的说是通过文字表达了社会实在的语言特性。本文所描述的系统理论下的法律演化观表现出强烈的偶在性特点,法律对文字的亲和毫无疑问是一种选择性的,也就是说这一具体事件的发生并没有什么必然性。然而,法律演化的历史和由此形成的制度则在一定程度上形成了一定的规律性。我们在这里定义的规律并不具有自然因果性,也不具有逻辑本体论意义,这就使得我们必须反思西方法律自治传统的优越性和现代实证法的历史先进性问题。

我们看到,卢曼的法律演化观主要集中在对西方法律传统发展的叙述。<sup>①</sup>这一点卢曼与韦伯的法律社会学具有相似性。韦伯始终关注的问题是:西方为什么是西方。韦伯在其法律社会学的论述中以区分西方与非西方的“二值观察”来讨论西方法律的理性化(Weber,1954)。韦伯的贡献在社会功能论的角度来看是阐释了法律作为封闭社会系统的独立价值以及法律封闭的理性化运作可能为缓解社会复杂性和处理社会问题带来的积极作用。“按照当代的术语,韦伯的形式的法律合理性就是法律的超循环自我关联性的表达。”(托依布纳,2001:116)卢曼认为,韦伯的法社会学仍然是在人的假设而不是在操作的假设上推进的(Luhmann,2008:137)。这就有把法律系统的沟通约化为人的意识内部的思想操作的危险。而这与卢曼提出的沟通概念不相吻合,也与卢曼对社会系统的基本假设:系统与环境的分离具有极大的差异,卢曼的社会演化观以及由此生成的法律演化观也在此与韦伯的理解社会学产生理论上的重大分野。

在卢曼的一般社会理论(general social theory)的描述中,我们逐渐看到西方的法律演化进程呈现出的普遍意义。<sup>②</sup>人类社会在复杂性不断增强的过程中,都需要一些自我生成的手段对人们的生活进行指导,社会秩序也需要一定的沟通方式条件予以维护,而这些都是法律,特别是我们一般认为的西方法律传统所

① 伯尔曼和斯金纳对经院学派对欧洲法律发展的贡献都有较为深入的描述,具体可参见伯尔曼和斯金纳的相关论述(Berman,2009; Skinner,1978)。

② 在对韦伯社会学进行批判研究时,林端教授指出,卢曼作为另外一名法社会学大师,在比较法律制度的研究方面与韦伯的研究范式具有一定的区别。卢曼对二值逻辑,二元对立的思维(这正是韦伯比较社会学的特色)的克服已经逐步发展出自己独特形式的多值逻辑,避免了二值逻辑下“非此即彼”的问题倾向(林端,2014:47)。

作出的贡献。卢曼让我们看到西方法律传统不仅能够回应社会日益增长的复杂性,而且可以在自我指涉的法律文本运作中形成封闭系统,减低世界的复杂性。通过封闭系统的自我观察,创造更多的系统内部复杂性,为社会生活产生更多的可能。这种可能性的产生在卢曼看来是可控的,借助文字发展起来的西方法律,特别是实证法的兴起,将系统运作的开放性与封闭性纳入理性化的框架之中。通过文字对法律系统记忆的重新组织,法律不再是对生活经验的即刻表达,<sup>①</sup>而是对法律经验的内容进行分析、归纳、分级和评价。简而言之,当纠纷发生时,法学概念体系就使得关于法律的理性决定成为可能,也使得理性的生活成为一种可能。因此,对特定的、事前界定的并可普遍适用的标准(即无需考虑迎合决定者的特殊品性或关系)给予的法律保障就获得了独立性(卢曼,2013:224-225)。

西方法律的发展给我们展现了一条法律在社会中自治的道路,卢曼的法律演化观承袭了西方法社会学对这种法律自治传统的重视,并试图对这种特殊的社会自治现象提出新的解释路径。从这一点看,卢曼仍然视“西方”为一种特殊的文化现象,并试图对其特殊性做出解释。而卢曼的法社会学论述也是围绕这一中心命题展开的,这一点卢曼继承了韦伯的描述社会学的路径。但是通过考察卢曼对文字在西方法律传统中发挥作用的描述,我们发现卢曼的理论具有更多的一般意义和普遍性。其对法律概念的因袭主义观念,对法律功能的系统理论描述,对社会系统自创生中区分和悖论的刻画,无不体现出卢曼试图将西方的社会演化路径予以一般化的尝试。甚至卢曼坚守的功能分化分析路径本身就是一种希望能够超越资本主义生产方式、理性化等带有强烈西方色彩的描述。至少从卢曼的法律演化观来看,法律绝不是只有“现代西方自由主义国家”才存在的“一个非常罕见的历史现象”(昂格尔,1994:59)。在卢曼一般社会理论的描述下,通过法律的社会治理,也就是我们所称的法治,成为处理社会复杂性与偶在性,形成规范期望一般化一致性的问题。超越西方中心主义的法社会学和法律概念理论不会是另一种限定的理论,而是将包括法律在内的社会现象视为变动和充满更多可能性的(Cotterrell,2009:498)。这种转换为我们理解法律概念在西方文化背景下具有的功能结构论意义上的效果具有冲击,也为我们重新理解现代法治社会的奥义提供了新的观察和解释路径。

本文通过对卢曼法律演化观中的一个关键因素的考察来审视卢曼的法律社会观以及其对法律概念的理解,进而管窥卢曼深邃宏大的社会理论对现代社会形成的解读。文字是法律演化至今不可缺少的系统组织媒介之一,但是包括法律子系统在内的系统功能分化在现代社会的形成及其历史脉络不可能仅仅通过文字现象予以说明,卢曼尝试对社会进行一般化的研究,也就是说本文中论述的有关卢曼社会理论的基本概念是可以运用到对社会具体结构的解释中去的。这也是卢曼理论对我们理解社会中那些看似理所当然的演化过程产生新的理解和新的视角的原因所在。正如卡特莱尔教授所言,卢曼与其说对法律与社会作出了一种新的实质性解释,不如说是为法的社会研究提供了新的思考方式(Cotterrell,2009:490)。

#### 参考文献:

昂格尔,1994,《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,北京:中国政法大学出版社。

宾凯,2006,《法律如何可能:通过“二阶观察”的系统构建——进入卢曼法社会学的核心》,《北大法律评论》第2辑。

<sup>①</sup> 规范性期望不再那么容易在社会情景中被找到,规范性期望的形成也不再那么容易。法律也不再能够简单地根据乙方所能提出的“证人”人数来确认。法律被编纂成法典,它把法圈在一个新的形式之中,并且与一个新的解释阶层一起守卫着它。参见(Goodrich, 1986:27)

- 杜建荣, 2012, 《卢曼法社会学理论研究——以法律与社会的关系问题为中心》, 北京: 法律出版社。
- 高宣扬, 2005, 《鲁曼社会系统理论与现代性》, 北京: 中国人民大学出版社。
- 考夫曼, 2013, 《当代法哲学和法律理论导论》, 郑永流译, 北京: 法律出版社。
- 林瑞, 2014, 《韦伯论中国法传统》, 北京: 中国政法大学出版社。
- 卢曼, 2009, 《法院在法律系统中的地位》, 陆宇峰译, 《清华法治论衡》第12辑。
- , 2013, 《法社会学》, 宾凯、赵春燕译, 上海: 上海人民出版社。
- 尼可拉斯·鲁曼, 2009, 《社会中的法》, 李君韬译, 台北: 五南图书。
- 托依布纳, 2004, 《法律: 一个自创生系统》, 张琪译, 北京: 北京大学出版社。
- 丁东红, 2005, 《卢曼和他的“社会系统理论”》, 《世界哲学》第5期。
- 陆宇峰, 2011, 《论现代社会中实体法与程序法分离》, 《云南大学学报》(法学版)第1期。
- 肖文明, 2008, 《观察现代性——卢曼社会系统理论的新视野》, 《社会学研究》第5期。
- Banaschewski, B. 1977. "On G. Spencer Brown's Laws of Form." *Notre Dame Journal of Formal Logic* 18(3): 507-509.
- Berman, Harold J. 2009. *Law and Revolution, The Formation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Blankenburg, Erhard. 1984. "The Poverty of Evolutionism: A Critique of Teubner's Case for 'Reflexive Law'." *Law and Society Review* 18(2): 273-289.
- Borch, Christian. 2011. *Niklas Luhmann*. New York: Routledge.
- Brans, Marleen and Stefan Rossbach. 1997. "The Autopoiesis of Administrative Systems: Niklas Luhmann on Public Administration and Public Policy." *Public Administration* 75(3): 417-439.
- Chang, H. 1987. *Chinese Intellectuals in Crisis: Search for Order and Meaning (1890-1911)*. Berkeley and London: University of California Press.
- Cotterrell, Roger. 2009. "Spectres of Transnationalism: Changing Terrains of Sociology of Law". *Journal of Law and Society* 36(4): 481-500.
- Derrida, Jacques. 2002. Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority". Gil Anidjar ed. *Acts of Religion*. New York: Psychology Press.
- Ellickson, Robert C. 2009. *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Finer, Herman. 1939. "Officials and the Public." *Public Administration* 9(1): 23-26.
- Fuller, Lon L. 1969. "Human Interaction and The Law." *American Journal of Jurisprudence* 14(1): 1-36.
- Galligan, Denis. 2006. *Law in Modern Society*. Oxford: Oxford University Press.
- Gibbon, Edward. 1993. *The Decline and Fall of The Roman Empire*. New York: Everyman's Library.
- Goodrich, Peter. 1986. *Reading the Law: A Critical Introduction to Legal Method and Techniques*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Hornung, Bernd R. 2006. The Theoretical Context and Foundations of Luhmann's Legal and Political Thought. King, Michael, and Chris Thornhill eds. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*, Portland: Bloomsbury Publishing: 187-216.
- King, Michael, and Christopher J. Thornhill. 2003. *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. Basingstoke: Palgrave.
- King, Michael, and Chris Thornhill. 2006. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland: Bloomsbury Publishing.
- Krippendorff, Klaus. 1978. "Some Principles of Information Storage and Retrieval in Society." *Communications* 4(2): 141-156.
- Ladeur, Karl-Heinz. 1988. Perspectives on A Post-modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhmann, "The Unity of the Legal System." Gunther Teubner ed. *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: Walter de Gruyter: 274-275.
- Luhmann, Niklas. 1995. *Social Systems*. J. Bednarz, Jr. and D. Baecker, tran. Stanford: Stanford University Press.
- . 1997. Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?. *International Review of Sociology* 7(1): 67-79.
- . 2004. *Law as A Social System*. Klaus A. Ziegert, Fatima Kastner, tran. Oxford: Oxford University Press.
- . 2008. "Law As a Social System." *Northwestern University Law Review* 83(1-2): 136-150.
- . 2012. *Introduction to Systems Theory*. Dirk Baecker, tran. Cambridge: Poliy Press.
- . 2013. *A Sociological Theory of Law*. Martin Albrow, tran. New York: Routledge.
- . 2015. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Suhrkamp.
- Maturana, Humberto R., Francisco J. Varela. 1980. *Autopoiesis and Cognition: The Realization of The Living*. London: Springer Science & Business Media.
- Moeller, Hans-Georg. 2013. *The Radical Luhmann*. New York: Columbia University Press.
- Murphy, Tim. 2006. *From Subject to System: Some Unsystematic Systems-theoretic Thoughts on Race Equality and Human Rights*. Portland: Hart Publishing.
- Nadel, Siegfried Frederick. 1953. "Social Control and Self-regulation." *Social Forces* 31(3): 265-273.



- Neves, Marcelo. 2001. "From The Autopoiesis to The Allopoiesis of Law." *Journal of Law and Society* 28(2):242-264.
- Nobles, Richard, David Schiff. 2004. "A Story of Miscarriage: Law in The Media." *Journal of Law and Society* 31(2):221-244.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas. 2006. "Dealing (with) Paradoxes: On law, Justice and Cheating." King, Michael, Chris Thornhill, eds. *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland: Bloomsbury Publishing:217-234.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas. 2009. *Niklas Luhmann: Law, Justice, Society*. London: Routledge.
- Schmandt-Besserat, Denise. 1977. *An Archaic Recording System and the Origin of Writing*. Udena Publications.
- Schwartz, Richard D. 1954. "Social Factors in The Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements." *Yale Law Journal* 63(4):471-491.
- Seidl, David. 2004. Luhmann's Theory of Autopoietic Social Systems. *Munich School of Management*:1-18.
- Skinner Quentin. 1978. *The Foundations of Modern Political Thought: The Age of Reformation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Teubner, Gunther. 1984. "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg." *Law and Society Review* 18(2):291-301.
- . 1993. *Law As an Autopoietic System*. Oxford: Blackwell Publishers.
- . 2001. "Economics of Gift—Positivity of Justice The Mutual Paranoia of Jacques Derrida and Niklas Luhmann." *Theory, Culture & Society* 18(1):29-47.
- Thomas, Rosalind. 1986. *Studies in Oral Tradition and Written Record in Classical Athens*. London: University College London Press.
- Vernant, Jean-Pierre, et al. 1974. "Divination et Rationalité". *Recherches Anthropologiques*: 29-51.
- Verschraegen, Gert. 2006. "Systems Theory and the Paradox of Human Rights. King, Michael, and Chris Thornhill." *Luhmann on Law and Politics: Critical Appraisals and Applications*. Portland: Bloomsbury Publishing:101-127.
- Vico, Giambattista. 1999. *New Science*. London: Penguin.
- Vilaça, Guilherme Vasconcelos. 2010. "From Hayek's Spontaneous Orders to Luhmann's Autopoietic Systems." *Studies in Emergent Order* 3:50-81.
- Weber, Max. 1953. *On Law in Economy and Society*. Edward Shils and Max Rheinstein, tran. Harvard University Press, 1954.
- Winch, Peter. 2008. *The Idea of A Social Science and Its Relation to Philosophy*. New York: Routledge.
- Wolfe, Alan. 1991. "Sociological Theory in The Absence of People: The Limits of Luhmann's Systems Theory." *Cardozo Law Review*:1792.

## Writing and Legal Evolution: In the Perspective of Systems Theory

LIU Tao

**Abstract:** Under the functional differentiation theory of Niklas Luhmann, law's autopoiesis and normative closure is achieved by non-linear and contingent evolution. Among all the elements, writing has helped the law system's binary code to emerge, the formation of distinctions, and the re-organization of paradoxes, of which functions helped made law self-referential and self-organizational. Law's evolution is a long process, and it needs to face with the increase of complexity in society, and it also needs the co-evolution of writing as a symbolically generalized medium, writing played its role in this process, but writing cannot decide which direction this evolution will lead to. Writing provides medium for the formation of counterfactual expectation of law, while at the same time forms the new indeterminacy in law and makes the further evolution possible and the society's possibility increase.

**Key words:** writing; law's evolution; autopoiesis; distinction; normative expectation

(责任编辑: 邢朝国)