

法律的二值代码性与复杂性化约

泮伟江

内容提要:复杂性是无数个要素之间无数种连接的可能性。它是世界存在的基本状态与特征。秩序是化约世界复杂性的结果,是特定要素之间通过演化形成稳定的关联性,由此形成系统(秩序)与环境(世界)之间的复杂性落差。复杂性又可以区分为世界的复杂性与情境的复杂性。法律系统“合法/非法”的二值代码性特征,既是法律系统化约世界复杂性的结果,同时也为法律系统最大限度地应对与处理“情境复杂性”提供了条件,施加了限制。具有二值代码性特征的现代法律系统,在当代中国社会转型中扮演了重要而关键的角色。

关键词:二值代码性 环境复杂性 偶联性 决策过程的合理性 社会分化

泮伟江,北京航空航天大学法学院副教授。

现代法律传统有着这样的基本经验与基本预设:法律体系主要的工作,就是对行为的合法性进行判断与评价。那些被判定为合法的行为,被看作是法律系统承认与肯定的,那些被判定为非法的行为,则被看作是法律系统所否定与排斥的。在这个意义上,“合法”与“非法”构成了相互排斥的两个相反值,法律系统对行为做出的评价,只能在这两个值中选择一个,而不能出现第三个值,例如“美的”、“丑的”或“善”的。^[1] 此即为法律的“二

[1] 我们有时候也用“因果关系”的概念来讲现代法律的这种二值代码性,即现代法律仅仅关注案件事实法律上的因果关系,而对其他维度的因果关系,例如道德上的因果关系、经济上的因果关系等,尽量不予以关注与考虑。需要注意的是,此处的“因果关系”并非是我们通常所理解的“自然科学”意义上的“因果关系”,而是卢曼系统论“功能比较”意义上的“因果关系”,或者更具体地说,是作为“问题”与“问题之解决方案”之关系意义上的“因果关系”。就此而言,特定效果与使该效果产生之方案的关系是偶联(kontingent)的,因此,可以用不同的方案产生同一的效果(一果多因),同一个方案,在不同的环境下,也会产生不同的效果(一因多果),但这并不是“随意”(beliebig)的,因为不同的系统只能以各自不同的方式,来实现某些特定的效果。下文关于“因果关系”的用法,都是在此种特定的系统论语义背景下使用的。例如,法律系统是在时间面向上解决“双重偶联性”问题中的预期稳定性问题,经济系统则在另外的维度上解决该问题。不同的维度下各自不同的解决方案,都导致这些不同系统的内部代码的不同。关于“功能比较”意义下的因果关系,可参见 Niklas Luhmann, “Soziologie als Theorie sozialer Systeme”, In Soziale Aufklärung 1, Westdeutscher Verlag, 1990, S. 113 - 136.

值代码性”。法律系统内部的所有设置,无论是立法与司法的分置,还是法律教义学的研究与传授,都是为了这个工作服务的。^[2]

许多中国法的实践者与研究者发现,转型时期中国法的实践,很难严格地贯彻仅仅对行为合法性进行判断的法的“二值代码性”。^[3] 在法的具体实践过程中,法官、警察等司法者与执法者总是不得不突破法律的界限,通过综合考虑各种伦理的、宗教(民间宗教)的、道德的、政治的、情感的等多种因素与多值的逻辑,才能够进行。大量的研究都在不断地揭示中国法治的这种复杂性。^[4] 例如,通过移植/本土、普世价值/地方性知识、西方/东方、国家制定法/民间习惯法、法律的规范有效性/法律的事实有效性、司法裁判/调解、司法的专业化/大众化、形式法治/实质法治、简单案件/疑难案件、理论/实践、宪法教义学/政治宪法学、法律教义学/社科法学等不同的对立的观念与类型,这个问题不断变幻着形态与表达方式,一再地和顽强地出现在中国法学理论的争论之中。反过来说,这些问题虽然关涉到中国法治的不同主题与面向,但是隐藏在这些重大争论背后的根本理论问题,却是相通的。甚至这根本就是同一个问题,那就是中国法治建设所面临的环境复杂性挑战的问题。中国法治所面对的这种复杂性,对经典的法律理论仅注重对行为的合法性进行评价的特征,提出了严厉的质疑与挑战。由此提出了既关系到中国法治路径与未来,又关涉到超越民族国家层次的一般法理学层面的一个基本理论问题:具有二值代码性特征的法的现代性如何可能? 中国法治的实践与理论,对此种法律的二值代码性逻辑的不断挑战与突破,是否有可能创造出一种全新的法治形态与理论? 在未来中国法治道路的选择上,究竟是选择以二值代码性为核心特征的法律现代性之路,还是选择多值逻辑的“东亚道路”?

一 复杂性:问题的界定与澄清

我们看到,上述涉及中国法治的种种关于“复杂性”的论述,是在特定语境下出现的——也就是说,它尤其针对的是法的二值代码性。在这种语境下,复杂性意味着因果关系的多样性与偶联性。也就是说,法律系统排除掉诸种非法的因素,从而仅仅保留“法律上的因果关系”。现代法律体系在中国的“水土不服”,恰恰就在于它的“单因果关联性”,无法应对中国现实社会中存在的“多因果关联性”。许多社科法学的研究因此将中国社会本身的“多因果关联性”当作现象的基础,对法律系统提出了“恢复”多因果关联性的要求——也就是说,法律系统除了考虑法律上的因果关系之外,还要注意和考虑其他的因果关系的可能性。^[5]

[2] 例如,卢曼曾经详细描述过的法律系统内部内的“编码”对“代码”的补充,立法与司法的分离,法律规范的“条件式编码”的特征等。

[3] 参见洋伟江著:《当代中国法治的分析与建构》(修订版),中国法制出版社2017年版,第4-10页。

[4] 尤其是社科法学研究对此种复杂性的揭示,“从这个意义上讲,社科法学并非反法治和解构法治的,而是强调法治的复杂性,因此同样具有建构的作用。”侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2015年第5期,第78页。

[5] 参见侯猛:《司法中的社会科学判断》,《中国法学》2015年第6期,第42-59页;侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期,第74-80页。

仔细分析上述关于中国法治环境的复杂性话语,便可以发现,所谓复杂性对法律提出的条件与要求,其实是希望法律能够发现、描述和处理更多的复杂性。复杂性本身构成了某种不容置疑的标准或者要求,而法律则成了某种需要面向复杂性进行自我证成的东西。许多对法律二值代码性的批评,基本的论证思路便是在现象上描述出法律所没有或者无法“发现”的复杂性,并且将这一点当作法律失败的根本原因。反过来说,他们希望理想的法律状态是,具有全知全能的上帝般视角,“世事洞明”和“人情练达”,从而能够对每个具体语境中的复杂性都明察秋毫,准确地做出判断与应对。^[6]

首先需要指出的是,如果承认法律的世俗化,承认法律是人类的创造,而人类是有限理性的,则全知全能意义上如神般的法律是不可能存在的。也就是说,法律根本没有能力承载人类世界的所有复杂性。我们必须接受这是一个有缺憾的世界,必须接受这个世界的法律也是有缺憾的。^[7]

但只认识到这一点仍然是远远不够的。必须要进一步认识到,复杂性本身是我们所处这个世界的整体性特征。^[8] 复杂性恰恰是世界本身存在的状态。这个世界包含着无数的要素,以及由这些无数要素之间所可能构成的可能的联系。^[9] 对复杂性的完全充分的呈现,并非总是好的。过多的复杂性,实质上构成了人类行动的一个非常沉重的负担。^[10] 就人类有限的行动能力而言,在特定的时间与地点,只能处理和应付一定数量的复杂性。^[11] 当所有的复杂性同时呈现在人类个体面前时,并且要求同时被实现时,就会对人类个体提出了过高与过重的要求。比如说,每个人只有一张嘴,一个胃。当他在午餐中面临丰富的食物选择时,他必须选定其中的某些来吃。如果他想同时实现吃掉所有的美食的可能性,他就变成了布里丹的驴子(Buridan's Ass)——试图同时实现多种可能性,最终却导致任何一种可能性都无法被实现而活活饿死。^[12]

所以,复杂性问题的本质在于,复杂性本身是无数个要素之间无数种连接的可能性。^[13] 但复杂性并非是越多越好。因为这些多种连接的可能本身并非是福音,当它们要

[6] 可以毫不夸张地说,这却是人类对法律所寄托的最深层的欲望。这有点类似于人类对机器人等人工智能的期待与恐惧:一方面人类希望机器人具有更多的“智能”来感知与处理各种复杂的处境,同时人类又对机器人未来可能具有的这种能力充满了恐惧。

[7] [英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第124页。

[8] Niklas Luhmann, *Soziologie als Theorie Soziale Systeme*, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2*, Westdeutscher Verlag, 1975, S115.

[9] [德]卢曼著:《信任:一个社会复杂性的简化机制》,翟铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第6页;亦可参见 Niklas Luhmann, *Introduction to Systems Theory*, edited by Dirk Baecker, translated by Peter Gilgen, Polity Press, 2013, p. 126。在卢曼看来,与世界、意义这两个概念一样,复杂性的概念也是少数没有相反概念的概念,因为复杂性即便通过系统被化约了,也并没有消失,而仅仅是作为潜能被储存起来了。

[10] 参见[德]卢曼著:《信任:一个社会复杂性的简化机制》,翟铁鹏、李强译,上海人民出版社2005年版,第3-11页。

[11] Niklas Luhmann, *Soziologie als Theorie Soziale Systeme*, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2*, Westdeutscher Verlag, 1975, S. 116.

[12] 这是整个西方神学理论的最终根基。人类的有限性与世界的无限复杂性的张力,最终通过“神”的概念得到了调和:神恰恰是完美的,因此可以同时掌握和吸收世界的所有复杂性。

[13] Niklas Luhmann, *Komplexität*, in Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2*, Westdeutscher Verlag, 1975, S204; Niklas Luhmann, *Introduction to Systems theory*, edited by Dirk Baecker, Translated by Peter Gilgen, Polity Press, 2013, pp. 123 - 127.

求同时被实现时,其实就是噩梦。当诸多要素之间的连接可能性同时呈现出来时,整个世界表现为某种混沌而嘈杂的状态。这种混乱而嘈杂的状态很难形成某种稳定的秩序与结构。为了能够形成秩序,就必须在这种向所有可能性开放的混乱状态之中,形成某种比较稳定的关系与结构。^[14] 也就是说,复杂性问题的完整表述是:既要看到要素以及诸要素之间连接可能性的丰富性与偶联性,同时又必须实现诸要素之间关系的统一性与完整性,即形成稳定的诸要素之间的连接。^[15]

卢曼用一对概念来概括此种秩序与混沌之间的关系,即系统/环境的关系。在系统与/环境之间,存在着某种复杂性的落差。^[16] 那些能够在无限多的要素以及相互连接的可能性中,形成特定数量的要素及其相互稳定连接关系的稳定秩序的那部分,就构成了系统,而系统之外的所有要素与连接可能性,就成了系统的外部环境,或者说,构成了系统所处的“世界”。就此而言,世界本身乃是无数要素之间相互连接可能性的总体,因此就像复杂性的汪洋大海。而系统则像是在这片无边无际的复杂性的汪洋大海中的一片孤岛。^[17]

二 复杂性 with 偶联性

社科法学对各种具体情境中的具体问题的研究,经常着重强调问题的多种因果关系的可能性,^[18]但实质上他们强调的并非问题本身的复杂性,而是强调各种“因果关系”的“偶联性”。它们正确地看到了,对于某个具体问题的解决而言,情况往往是“多个原因都可以造成同一个结果”,或者“一个原因在不同的条件下,可以造成不同的结果”这件事情。^[19] 当多个“因素”都可以通过不同的方式造成某个期待的“结果”时,作为该结果产生之“原因”的这个“因素”,就不是唯一的,而是可替代的。同样地,当一个因素,在不同的条件下,分别造成了不同的结果时,“原因”与“结果”的关系也不是稳定的,而是变化的。^[20] 因此,它们对现代法律系统的指责是:现代法律系统并不顾及这种“多因成一果”或者“一因造多果”现象所隐含的“因果关系”的“偶联性”,总是片面地强调复杂疑难案件中“法律上的因果关系”,而排除掉其他各种“伦理的、经济的、政治的、宗教的和情感的因果关系”,客观上形成了某种“因果关系的唯一性与必然性”的效果。^[21]

就其指出构成问题各要素之间的偶联性特征而言,社科法学的这些工作是相当成功

[14] 这是所有演化理论的基本条件,也是演化理论的基本动力。无论是生命体的演化,还是秩序的演化,莫不是在混乱而嘈杂的世界中涌现出某些特定要素之间的稳定关系。

[15] Niklas Luhmann, Komplexität, in Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung 2, Westdeutscher Verlag, 1975, S. 205.

[16] Niklas Luhmann, Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft, 1987, S. 48.

[17] Niklas Luhmann, Soziologie als Theorie Soziale Systeme, in Niklas Luhmann, Soziologische Aufklärung 2, Westdeutscher Verlag, 1975, S. 116.

[18] 侯猛:《社科法学的传统与挑战》《法商研究》2014年第5期,第76页。

[19] Claudio Baraldi, Giancarlo Corsi und Elena Esposito, Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, Suhrkamp taschenbuch wissenschaft 1997, S. 61.

[20] a. a. O.

[21] 侯猛:《社科法学的传统与挑战》,《法商研究》2014年第5期,第76页。

的。因此,社科法学研究对“因果关系”偶联性特征的揭示,主要针对的就是现代法律系统所内部预设的“法律因果关系”的“唯一性”与“必然性”。而在法律系统内部,确实预设了“法律上因果关系”的某种唯一性与必然性。许多人认为,具体案件中“因果关系”的偶联性,必然会构成对“法律因果关系”的摧毁与否定。因此,社科法学研究着重对司法判决提出了要求,希望司法判决在考虑法律的因果关系之外,重新考虑其他“因果关系”的可能性与对“正确判决”重要性。

关于法律系统内部预设“法律因果关系”的唯一性与必然性这一点而言,从历史的角度来看,有两种正当化的路径。社科法学对“因果关系”偶联性的揭示,仅仅对第一种正当化的路径是有效的;但对第二种正当化的路径而言,却并不构成致命的批评,反而能够被其吸收。

第一种路径是自然法的路径。在自然法的理论范式下,法律上的因果关系,被看作是世界本质的体现,因此是客观存在的自然法则。因此,实证法中所规定的法律上的因果关系,被看作是客观存在的世界深层因果关系的“映像”。^[22] 这样一种路径的好处是,由于任何复杂性都是“事先存在”的与“自然规定”的,因此复杂性被看作是现象,而通过对世界规律的探寻与揭示,复杂性就自然被化约了。

社科法学通过“因果关系”的偶联性打破了自然法理论所预设“统一而和谐”的世界图景,从而恢复了世界的“复杂、嘈杂而混沌”的本来面目。因此,法律因果关系就脱离了原来自然法“非如此不可”的“真理般”的必然性与唯一性。这也是霍姆斯在“法律的道路”中力主破除法律与道德的必然联系,强调法律因果关系的技术性与人为性的根本原因。^[23]

但社科法学对因果关系偶联性的揭示,并不能损害第二种对法律上因果关系之“非如此不可”的必然性的正当化路径。因为第二种正当化路径,已经摆脱了古典自然法的世界图景,承认了世界的复杂性与偶联性。^[24] 因此,他们将法律与道德的区分,当作了理论工作的前提。^[25] 在此基础上,它们区分了法律的内部视角与外部视角,^[26] 指出法律上因果关系的“唯一性”与“必然性”仅仅存在于法律的内在面向,必须通过内部视角才能够被理解。他们因此承认,从外部视角出发,此种“唯一性”与“必然性”就是站立不住的。^[27] 因此,他们并不是基于世界观与本体论的立场,坚持法律上的因果关系的必然性与唯一性的。他们只是指出,如果现代法律系统是存在的,那么,从法律的内部视角出发,就必须坚持法律上因果关系的此种“必然性”与“唯一性”。更直白地说,这种法律上因果关系的必然性与唯一性,是法律系统独立存在的前提条件,也是法律系统能够正常运作的功能迫令。这些前提条件与内在的功能迫令,为司法判决设置了某些“内在

[22] 例如,自然法与实证法之间的效力等级体系,就蕴含了此种本体论的宇宙论与世界观。

[23] Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

[24] Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft, 1995, S. 39.

[25] Hart, H. L. A., *Positivism and the separation of law and morality*. *Harvard Law Review* 71, 593-629 (1958).

[26] 参见[英]哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第54-55、84-86页。

[27] Niklas Luhmann, *Die Rückgabe des zwölften Kamels*, in *Die Rückgabe des zwölften Kamels: Niklas Luhmann in der Diskussion über Gerechtigkeit*. Hrsg. Gunther Teubner, Lucius & Lucius, Stuttgart 2000, S. 4 ff.

的结构化约束”^[28]恰恰这些法律系统内部的约束,使得法官在司法裁判的过程中,只认“法律上的因果关系”,而排除了其他的各种因果关系。

第二种对法律“单因果关系性”特征进行正当化的路径,在认识现代法律系统方面,实质上对我们提出了更高的方法论要求。它要求我们能够探索出一种新的认识与理解现代法律的方法,从而在承认现代世界偶联性的前提下,有条件与有限度地承认法律因果关系的必然性。或者说,它对我们提出了一种双重的要求,同时认识到法律因果关系的偶联性与必然性。很显然,这种双重要求的满足,必须以我们认识到法律系统独立存在的根据与可能性为前提。换句话说,现代法律系统独立存在的内在价值是什么?^[29]这就又重新回到了前面分析的复杂性问题。

三 判决情境的复杂性

通常而言,对法律二值代码性特征的批评,其切入点总是对司法推理与司法判决的分析。最经常出现的一个批评是,传统的司法推理与司法判决理论,总是预设了“法条”的“不容置疑”性,而法条的内容与基本逻辑结构,就是规定了某种法律上因果关系的“条件”与“后果”——一旦法条所规定的“条件”被满足,则相应的“后果”,就必须会出现。凯尔森曾经详细阐述了此种“法律上的因果关系”相对于自然科学之“因果律”而言的“偶联性”。^[30]许多批评者因此认为此种“法条主义”的预设,漠视和排除了真实案例中存在的各种各样的复杂因素及其相互之间复杂因果关系的重要性。^[31]如果我们把司法判决看作是一种“决策”的话,那么围绕着“司法决策”做出的种种考量,就是关于“正确决策”如何可能的考量。具体的案件事实的复杂性,因此就被转化成了“司法决策”之“情境复杂性”。由于案件事实中包含着的“因果关系”的偶联性,因此现代法律体系所预设的“内在结构化约束”确实妨碍或者大大降低了在复杂决策情境中做出“正确决策”的可能性。

应该承认,此种关于司法决策之“情境复杂性”的思考是非常有启发性的。首先,它正确地指出了,情境复杂性与世界的复杂性是有区别的。如果说,通过对世界之“偶联性”的揭示,我们发现了世界的本质就是无限要素之间无限的连接可能性,因此世界本身就是无限的复杂性的话,那么“情境”已经构成了对世界复杂性的化约,因此“情境”已经是“有限”的复杂性,而非无限的复杂性。^[32]

尽管情境已经是“有限”的复杂性了,但相对于系统而言,它仍然包含着“更多的复杂性”。^[33]哪怕是在“情境中”,情境与系统之间的“复杂性落差”仍然是存在的。在嘈杂而

[28] Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft, 1987, S. 46.

[29] 参见陈景辉:《法律的内在价值与法治》,《法制与社会发展》2012年第1期,第3-25页。

[30] 参见[德]凯尔森著:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1995年版,第48-53、183-186页。

[31] 各种各样的针对“法条主义”与“注释法学”的批评,其火力都集中在这一点。

[32] Niklas Luhmann, *Zur Komplexität von Entscheidungssituationen*, *Soziale Systeme* 15 (2009), Heft 1, S. 7.

[33] A. a. O., s. 8.

混乱的世界中涌现出来的秩序,其本质就在于秩序的复杂性程度是低于作为其环境的世界的,否则秩序就不可能形成和涌现出来。所以,任何秩序都必然要排除环境中的诸多复杂性才能够形成。

所以,决策情境的复杂性概念还隐含着如下含义,即它其实并不反对预设法律系统存在的正当性。相反,它所提倡的是,在尊重与保障法律系统独立存在合理性的基础上,在司法决策的过程中,尽可能多地容纳与考虑决策情境的复杂性,这总归是好的。简而言之,就是在尊重形式法治的前提下,尽可能多地实现实质法治。例如,一个流行的说法是,当法律在处理纠纷的过程中,除了考虑法律上的因果关系之外,如果能够同时考虑情感关系、经济关系、伦理关系等其他因素,就能够达到更好的纠纷解决效果。其次,恰恰由于复杂性同时也意味着各要素之间关联可能性的变化与不稳定性,因此法律如果能够在保证内部秩序的情况下,尽可能多地适应此种变化性,则法律就拥有更强的处理复杂性的能力。很显然,这种要求是很正当的,具有一种令人无法拒绝的合理性。当然,问题的关键仍然是,如何实现这种在尊重形式法治的前提下,尽可能多的包容与考虑司法决策情境的复杂性呢?

许多的研究因此强调“个案研究”,也就是突出个案事实中各种各样的具体的事实性因素。它们尤其反对法律教义学的一种技术,那就是概念化的思维。它们认为,概念化的思维,通过对事实性要素的提炼,通过法律概念的构成要件去裁剪个案中的各种特殊性要素,最终牺牲了决策情境的复杂性。

但是此种类型的个案研究,仍然是对情境复杂性的一种失败的应对思路。首先,光是依靠对案件事实细节的无限放大,并不能真正应对情境复杂性。因为任何决策都是用来解决问题的。因此,任何决策都是一个化约复杂性的过程。或者说,对问题的解决,并不可能通过对问题的复杂性的全面还原来实现,当然更不可能通过人为地添加问题的复杂性来解决。举例来说,任何问题的解决,都是通过排除问题中各种各样的复杂因素和因果关系,最终将问题的症结归结到某种特定的因果关系上。^[34] 当我们在解决问题时,不断地说“假设 A,则 B,但是因为 C 和 D 存在,所以 F 和 H 也是有可能的……”时,我们根本无法解决任何问题。所以,任何问题的解决,都是一个复杂性化约的过程,当复杂性化约到某个单因关系时,解决问题的方案就出现了。

因此,当许多人批评法律无法揭示与处理问题的复杂性时,他们所做的工作其实是在复杂性化约的过程中,排除法律的因素。而当他们排除法律的因素时,他们本身恰恰就在做着复杂性化约的工作。

更进一步地说,当我们将司法决策看作是一个过程,而不是最终的结果的话,那么我们也可以说,对司法决策进行评价的标准,主要不是从后果的“正确性”的角度进行评价,而必须是从决策过程合理性的角度进行评价。^[35] “后果”的“正确性”评价,永远都是“事后诸葛亮”式的智慧,因此哪怕在决策过程中事先对“后果的正确性”予以考虑,也是无法

[34] Niklas Luhmann, *Soziologie des Risikos*, de Gruyter, 1991, S. 97.

[35] Niklas Luhmann, *Zur Komplexität von Entscheidungssituationen*, *Soziale Systeme* 15 (2009), Heft 1, S. 12 - 17.

避免发生错误的风险的。^[36] 因此,决策的合理性,主要是通过决策过程的合理性来保障的。当我们说,在整个决策考量的过程中,预先设定的相关限制性条件都遵守了,同时各种对决策构成的标准与规范,都被遵守了,我们就必须承认决策过程是合理的。因此,评判决策的标准应该是“合理性”,而非是“正确性”。

许多个案研究对司法决策的批评,恰恰在这一点上发生了一点认知的偏差。首先,由于他们奉行“结果主义”的评价标准,因此总是在“事后”根据结果,对决策进行评价。我们并非排斥任何事后根据结果对决策进行评估的做法,但重要的是,当我们这么做的时候,我们注重的并非是对先前决策之“合理性”的“否定”,而是通过对过去“决策”的反思,为未来“决策”提供参考与借鉴。而当我们反思过去的决策时,我们重点要反思的是,所揭示的那些需要被考虑的要素与因果关系,是否在决策前,已经被设置为决策过程中应该被遵守的条件、标准或者规范了。如果没有,究竟是何种原因导致的。当我们进行此种反思时,必须要注意的前提条件是,此种“因果关系”在过去事先被设置为标准,究竟是完全不可能的,还是仅仅是有可能的,或者就是应该的。

因此,如果我们不仅仅是将司法决策看作是一个特定的“结果”,而且看作是在各种前置的条件、标准与规范的引导下对多种可能性进行选择与决断的过程,那么,决策过程对情境复杂性的最大限度的包容与考虑,就必须通过在决策过程中预先设置更多的条件、标准与规范来实现。如果在决策过程发生之前,相关的条件、标准与规范并没有事先被设置,则决策过程就无法应对情境的复杂性。^[37]

由于司法决策并非一次性的,而是多次和连续的,因此任何的决策程序,都必须拥有跨情境决策的能力。也就是说,这些决策过程中预先设置的条件、标准与规范,都必须能够超越某个特定的情境,从而能够被适用于其他情境之中。

恰恰在这一点上,大多数以“个案研究”为特征的情境主义方法论,遭遇了方法论的内在局限性。很多时候,由于他们所揭示出来的案件事实细节过于具体,因此根本就无法被普遍化,因此也就根本不可能事先作为标准而被设置在司法决策的程序之中。^[38]

如果通过对某个特定情境的分析,仅仅是展示了该情境中相关要素的杂多与复杂关系,却无法从中提炼出能够为决策程序在下一个情境中进行决策的可用条件、标准与规范的话,那么此种研究唯一的贡献,就是在“抽象”的层面说明因果关系的偶联性,而无更进一步的问题解决的能力与实用性。

反过来说,如果我们将司法决策理解成在特定条件、标准与规范的约束与引导下的决策程序与过程,那么,在决策的程序中发生作用的这些条件、标准与规范之间的关系,对于

[36] Niklas Luhmann, *Soziologie als Risikos*, de Gruyter, 1991, S. 41 - 58. 从风险社会学的角度来看,未来的存在是风险产生的根源,反过来说,如果给予充分的时间,那么所有的可能性都可以被充分的考虑,则所有的复杂性,都可以被处理。但这种需要无限决策时间的要求是天真的。

[37] Niklas Luhmann, *Zur Komplexität von Entscheidungssituationen*, *Soziale Systeme* 15 (2009), Heft 1, S. 12 - 15.

[38] 例如,苏力在《送法下乡》中一段非常令人印象深刻的描述:“在法庭审理的最后阶段,法官不仅提及了狭义的赡养的问题,而且考虑到了老人最后同谁居住、口粮、生病的医疗费、死后的丧葬费、棺材等问题,甚至还考虑老人的吃油包括荤油和素油等问题,考虑老人吃蔬菜的问题,考虑儿子提供的粮食中是否还有绿豆和黄豆以及几斤绿豆和黄豆的问题。”参见苏力著:《送法下乡》,中国政法大学出版社2000年版,第182页。

司法决策的合理性而言,就变得非常重要。

很显然,对于司法决策而言,由于法律系统与环境之间的复杂性落差的存在,因此,法律与环境之间的复杂性落差的维持不但具有优先性,同时还对情境复杂性处理的能力与限度构成了某种规定性。在保障这一点的基础之上,才能够考虑如何最大限度地认知和包容环境复杂性的问题。前者不但构成了后者的基础,还对后者的可能性与限度做出了规定。

简而言之,复杂性化约形成系统(秩序),而系统本身则排除了要素与要素之间的某些连接可能性,强化了余下的要素与要素之间连接的可能性,从而构成了某种“选择的强制”。^[39]一般来说,这种选择的强制是通过对选择的“条件化”来实现的。^[40]这种选择的条件化设置,使“某些选择的动机”得以被强化,从而使得某些原先“难以实现的”或者“不可能”出现的连接成为可能。

在此基础上,如何更多地在司法决策程序中,容纳更多的决策标准与规范,就成了非常重要的一个工作。用系统理论的语言来说,这个工作的性质就是某种类似于计算机程序员的“编码”(programmierung)的工作。^[41]“编码工作”的成败,决定了司法决策处理情境复杂性能力的高低。一般来说,立法决策的技术与水平,就与这种编码过程息息相关。此外,在决策过程中,发现与适用这些决策过程中的标准与规范,则是一种“解码”与“执行代码”的过程,一般来说,法律教义学所训练的,就是这种“解码”与“执行代码”的方法与能力。

毫无疑问,此种法律系统内部处理复杂性能力的强化,必然带来的结果,就是法律系统发展出日益复杂的内部决策程序、标准与规范,从而导致法律系统内部变得日益复杂化。但与环境的嘈杂、混乱的复杂性不同的是,此种复杂性,乃是法律系统为了最大限度地吸收环境的复杂性而做出的内部努力,是一种结构化的复杂性。^[42]有趣的是,许多以环境的复杂性为标准批评与要求法律系统之二值代码性的研究者,在要求增强法律系统吸收环境复杂性能力的同时,却对此种法律系统内部的结构化复杂性,提出了尖锐的批评。

四 法律转型:化约何种复杂性?

通过前面的分析,我们发现,呈现复杂性并不意味着解决问题的不二法门,在更根本的层次上,复杂性本身反而是需要面对与解决的问题。如此看来,时下种种关于复杂性与法律关系的论述,其基调就是对“作为复杂性化约机制”的法律本身“化约复杂性”的能力

[39] Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft, 1987, S. 47.

[40] a. a. O. S44.

[41] Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft, 1995, S. 92.

[42] Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp Taschenbuch wissenschaft, 1987, S. 46, 50.

与效果的质疑。因此,问题本身的结构与性质就发生了变化。

例如,在转型期中国,对于作为基本问题的复杂性本身而言,究竟哪些因素是需要被排除的,哪些因素是需要被纳入的?又究竟是哪些要素之间的关系需要被稳定,而哪些要素之间的关系可以被不断地打破?我们可以发现,针对中国法治二值代码性的种种批评话语,其具体的含义恰恰是,那些他们认为不该被排除的要素,被法律所排除了,而那些他们认为应该去适应的变化,法律却保持着冷漠与无动于衷。

对这个问题的分析,就需要结合对当代中国社会发展阶段与秩序类型的观察与总结。一方面,建国后,随着基本卫生条件的改善,以及粮食问题的初步解决,中国人口数量激增,目前已经形成了 13 亿左右的人口规模。同时,由于普及九年制义务教育,基本扫除文盲,中国人口素质也有了显著的提高。20 世纪 80 年代实行经济的改革开放以来,尤其是 21 世纪初加入世界贸易组织,中国已经基本建立了统一的国内市场。21 世纪初,随着城市化战略的推行,以及印刷媒介、现代交通与通讯技术、互联网等传播媒介的发展,中国社会中个人交往越来越多地突破了传统小型共同体的那种面对面互动与交往的层次,实现了远距离沟通与交往的可能性。由于交通与通讯技术的发展与普及,中国国内各个部分的交往已经大大地突破了地域与空间的限制。互联网技术大大加速和深化了这个进程。由此导致了“抽象与孤独个人”的大规模出现。我们已经进入了大规模人群治理的社会。

在这样一种社会关系类型之中,个人之间的关系是具有高度选择性的,并且也是可以退出的。这个社会的好处是,由于个人说“不”的可能性大为增强,尤其是通过偶然事件的发生,从而做出其他选择的可能性大为增强,这也增强了社会向不同方向与可能性扩展的可能。因此,相对于前一种秩序的“封闭性”而言,“无限的扩展性与创新可能性”,是此种社会秩序的重要特征。但它同时也带来了新的问题,而问题可能比前述的这种好处更为重要。尤其是,在此种社会关系模式下,人与人之间就像沙子之间的关系一样,是高度松散的,流动的。那么,在这种情况下,社会秩序如何可能呢?

正如卢曼所指出的:“一个充满可能性的,但仍然是确定的或可确定的世界,当且仅当由此造成的体验与选择的负担能在社会系统中被规制与分配时,才是可建构的。”^[43]帕森斯与卢曼的社会系统理论将这个问题概括成人际交往的“双重偶联性”问题。^[44]在双重偶联性这个概念中,个人之间的关系被概括成“自我”与“他我”之间的沟通关系问题。其中,“任何人,当他(并且仅仅当他)参与沟通时,同时是自我和他我。”^[45]双重偶联性问题之所以如此困难,因为当我们承认个人选择的高度自主性时,由于个人动机的多样性与易变性,“选择和动机之间的连接的高度难以实现性”^[46]就变成了一个非常困难的特殊问题。因为“任何选择都必须被看作是依赖于其他的(一致的或是相反的)选择”^[47]

[43] Niklas Luhmann, *Vertrauen*, UVK Verlagsgesellschaft mbH, 2014, S. 60.

[44] 参见洋伟江:《双重偶联性问题与法律系统的生成——卢曼法社会学的问题结构及其启示》,《中外法学》2014 年第 1 期,第 544 - 559 页。

[45] Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998, S. 333.

[46] A. a. O., S. 332.

[47] A. a. O., S. 333.

“象征性普遍化的选择代码”,或者说“象征性普遍化沟通媒介”(generalisierten Kommunikationsmedien),就是现代社会为了弥补日常交往语言这方面的不足而产生的。“真理”、“爱情”、“权力”、“金钱”、“法律”等等,都是此种象征性普遍化沟通媒介的著名例子。象征性普遍化沟通媒介的核心作用,就是强化人们在选择时的某些特定的动机,从而使个人在面临各种可能的交往选择时,能够被引导向某些特定的要素与选择。例如,甲很渴,刚好乙手里拿着一箱可乐。甲要求乙将其中一瓶可乐给他喝,乙就未必愿意。但是,通过货币这个媒介,甲支付了乙某些费用,乙把可乐给予甲喝的可能性就大大增强了。在这个过程中,货币就起到了一种象征性的普遍化沟通媒介的作用。之所以说它是象征性的,是因为货币象征着一种购买力,从而使得单靠沟通自身难以实现的事情被实现了;而之所以说货币是普遍性的,是因为它能够买到很多不同的东西,所以是超越于具体情境之上的。通过支付费用,它大大强化了乙给予甲可乐喝的动机。

需要指出的是,象征性普遍化的沟通媒介虽然能够强化行为的动机,从而使得沟通从高度难以实现变成比较容易实现,但它们并不是对心理状态的描述,而是一种社会的建构。所以货币通过支付能力来强化动机,权力通过强制手段来强化动机,法律则通过合法性的评价来强化动机。此外,由于媒介本身具有二值代码的特征,例如权力媒介只能是有权/无权,货币媒介只能是有支付能力/无支付能力,法律媒介只能是合法/非法,普遍化的沟通媒介大大促进了系统的形成,尤其是承担不同功能的子系统的形成与稳定化运作。

作为功能子系统的现代法律系统,着重从时间的维度来解决双重偶联性的困境,从而使孤独的个人在交往面临失望时,仍然能够坚持稳定的预期。^[48] 为了实现这个目的,现代法律系统必须通过一系列进一步的内部结构的安排,在诸多的选择可能性中,排除其他选择的可能性与因果关系,从而简化这样一种因果关系的装置。

这一方面当然对个人选择形成了某种限制,但另外一方面,这种限制又带来了更多的选择可能性。例如,高速公路,它通过限制接入的数量以及道路上行车的速度,限制了驾驶者的选择可能性,但却因此使得远程之间的快速交通(这原本是高度难以实现的)成为可能。更重要的是,通过高速公路装置对其他可能性的排除,它使得此种可能性变得高度技术化,因此也就变得可复制与推广,从而使得此种原本高度不可能的远程快速交通的可能性,不但变得可能,而且变成了一种高度日常的可能性。当然,如此一来,高速公路的普及本身也带来了大量的社会交往的全新可能性,从而给社会带来更大的复杂性压力。就此,许多人所指出的社会相对于法律的更多复杂性,其实并非法律的劣势,恰恰是法律的核心功能与优点:即化约复杂性。

五 常规与例外:政治系统对复杂性的化约

讨论到这一步,整个问题基本上已经得到了澄清。但仍然有一件事情需要在此做一

[48] 参见洋伟江:《双重偶联性问题与法律系统的生成——卢曼法社会学的问题结构及其启示》,《中外法学》2014年第2期,第544-559页。

个特殊的交待。许多社科法学的研究者对现代法律系统二值代码性的批评,还隐含着—个上述讨论仍未被点破的“预设”,那就是政治系统的“权力”媒介经常被他们看作是处理复杂性问题的典范。如果我们观察政治系统处理和化约复杂性的方式与方法,我们就可以发现,无论是“语境论”的方法论,还是“结果主义的考量”,抑或是“经验调查”的研究,其实都是政治系统在处理复杂问题时经常使用的方法和体现出来的特征。尤其是,相对于法律系统内部视角所预设的“因果关系的唯一性”,政治系统在处理复杂社会问题时,往往不预设任何的“因果关系唯一性”,而是根据问题处理的效果来要求过程。同时,政治系统也不强调“先例”的拘束力,因此对于决策程序中预设标准及其普遍化这件事,往往也是不大在意的。打破常规与“处理复杂问题的灵活性”,常常是政治系统处理复杂问题时被称道的。此外,政治手段也往往被用来处理其他常规手段所解决不了的“例外问题”。就此而言,施米特强调必须从“例外状态”来观察政治,颇有洞察力与对政治的领悟力。^[49]

毫无疑问,上述关于政治系统处理社会复杂性的种种手段、方法与特征,似乎与我们上述关于法律系统处理社会复杂性的手段、方法与特征,都不尽相同。同时,政治系统的此种处理社会复杂性的手段、方法与特征,对许多人而言,似乎构成了某种更具有吸引力的选项。

就此而言,我们必须认识到,尽管政治系统处理复杂性的这些手段、方法与特征,似乎更符合人们日常生活经验中的常识,更容易被普通人所理解,但它并不违背本文提出的关于系统/环境关系、决策的过程化与合理性、象征性普遍化沟通媒介与现代系统的内部结构等等的一整套普遍化的描述与理论。政治系统对复杂性的处理,虽然打破了法律系统内部所构造出来的种种“清规戒律”,但同时又构造出了政治系统自身内部的一整套完全不同的另外的“清规戒律”。而政治系统对社会复杂性的处理,就不能破坏这一套内部建构起来的“清规戒律”。例如,政治系统对任何社会复杂性的处理,往往同下述两个条件结合起来:一个是预设了具有集体拘束力的统一的决策权,另外一个是国家对暴力的垄断性使用。同时,政治系统的象征性普遍化沟通媒介是权力,而权力是按照掌权/不掌权的二值代码发展起来的。因此,政治系统对任何社会复杂性的处理,都必须在此种权力的二值代码性的规定下发展出自身内部的种种复杂结构与决策。^[50] 而人们之所以比较容易理解与推崇政治系统处理复杂性的种种手段、方法与特性,一个很重要的原因就是,我国自古以来,就发展出了高度发达的政治文明,人们已经在长期的历史中熟悉政治系统的种种结构、手段、方法与特性。

此外,对于我们讨论的问题而言,更重要的一点是,必须要清楚,政治系统在社会复杂性吸收的问题上,确实处于一个相当特殊的地位:通过有集体拘束力的决策权的集中,政治系统的功能,主要是对通过经济系统、法律系统、家庭系统、教育系统等其他社会系统所

[49] 参见[德]施米特著:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2004年版,第5-34页。

[50] Niklas Luhmann, Macht, UVK Verlagsgesellschaft mbH, 2012, S. 11-26.

无法吸收的社会“剩余复杂性”，进行兜底性的处理与吸收。^[51] 因此，我们所熟悉和称道的政治系统处理复杂性的种种手段、方法与能力，其实都是根据政治系统的此种功能需要所演化出来的。因此，政治系统与法律系统在社会复杂性的吸收方面，承担了完全不同的功能，因此各自发展出完全不同的内部结构、程序、标准、方法，这并不奇怪。二者之间，既不能相互混同，我们也很难要求一种社会系统去学习另外一种社会系统的手段、方法与能力。具有二值代码性的法律，是化约作为问题本身的社会复杂性的重要工具和手段，而并非是需要被克服与解决的问题本身。当我们以另外一种复杂性已被化约的社会关系与秩序为标准，对法律提出了他本身无意作为首要问题回应的要求时，我们其实就像批评一把用来钉钉子的锤子不能用来拧螺丝一样，犯了一个认知与逻辑的错误。

六 结 语

当然，目前说中国已经完全进入了功能分化的社会，尚且为时过早。目前中国所处的阶段更像是旧的社会结构快速解体，但新的秩序仍然没有形成的阶段。由于旧秩序的解体，因此大量的关系要素（例如大量作为孤独个体的个人）被释放出来了，由于这些新关系要素都具有大量的“选择可能性”，因此各要素之间大量“连接可能性”也被释放出来了。^[52] 由此，当下中国的社会结构呈现出了某种涂尔干曾经在法国大革命后在法国社会所观察与描述过的“失范”的特征。只不过在涂尔干那里，“失范”是不好的，因此他的努力是从“失范”状态重新回到“规范”的状态。^[53] 但在我们看来，“失范”虽然有它混乱与失序的那一面，但同时也是演化历史上难得一现的伟大契机。失范恰恰是偶然因素大量涌现，从而从无序重新演化到“有序”的伟大时刻。

许多研究者，尤其是社会学的研究者，早在清末与民国时期就已经敏锐地觉察到旧社会结构的解体与新社会秩序尚未形成的这种中间状态。他们因此面临着两个工作任务：利用好西方全新的社会学、人类学的学术工具，但却是对旧社会秩序进行“抢救式”的描述与观察。费孝通等一大批老一代的社会学研究者在这方面做出了伟大的贡献，工作成果就是诸如《乡土中国》、《江村经济》等一大批的中国近代社会学经典作品的出现，同时，他们也描述了新旧两种社会秩序转化时期的诸种“失范”的状态。例如，费孝通通过通奸案所揭示出来的那种新旧秩序两头不接的两难处境。^[54] 在这种处境中，相对于转折时代的混乱与“失范”，许多人难免会怀念旧秩序的那种和谐与稳定。然而，他们应该明白，无论田园牧歌式的旧生活与旧秩序再美好，其稳定存在的诸多前提条件已经不再存在。在社会演变的大试验场中，大量的能够影响中国社会演化的新要素与诸要素之间新的碰撞与连接的可能性已经被释放出来。各种要素之间的“化学反应”每天都在频繁的发生，整个社会呈现出一片混乱但是充满生机的状态。在这个过程中，新秩序已然若隐若现。或

[51] Niklas Luhmann, Politische Soziologie, Suhrkamp Verlag Berlin, 2010, S. 35 - 44.

[52] 参见洋伟江著：《当代中国法治的分析与建构》（修订版），中国法制出版社2017年版，第94-99页。

[53] 参见[法]涂尔干著：《社会分工论》，渠东译，三联书店2000年版，第313-332页。

[54] 费孝通著：《乡土中国》，三联书店1985年版，第58页。

者说,虽然新的社会秩序与新的社会结构还没有完全形成,但是由于新的社会要素及其稳定关系的需要已经产生,因此新的社会秩序与社会结构的产生,已经通过各种各样的全新的社会问题与社会挑战的形式呈现出来。

[本文为中国法学会 2016 年度部级法学研究课题“结构耦合:法与社会关系理论的新范式”(CLS(2016)D0500)的研究成果。]

[**Abstract**] Complexity is the innumerable possibilities of relationship between innumerable elements. It's the fundamental character and state of the existence of the world. Order is the consequence of reduction of complexity of the world and the stabilized relationships of some elements of the world. Therefore, there is a complexity differential between system (order) and environment (the world). There are two kinds of complexity: one is the complexity of the world, and the other is the complexity of situation. The binary code of lawfulness/unlawfulness is the structural character of a legal system. On the one hand, it is the consequence of the reduction of world complexity; on the other hand, it can also provide the condition for the maximization of and imposes limitation on the ability of a legal system to cope and deal with situational complexity. Modern legal systems, which have the character of binary code, play a very important role in the transition of Chinese society.

(责任编辑:支振锋)