

捍卫“法的自主性”：语境、意义和悖论

张文龙

【摘要】法的现代性及其法治理想要求捍卫法的自主性。在中国法学语境里,法的自主性犹如一项“斯芬克斯之谜”。围绕法治谜面,中国法学曾形成三次争论,分别是法律移植与本土资源之争、精英司法与民粹司法之争、法教义学与社科法学之争。这三次争论分别在法律规则、司法运作和法律论证的不同层面触及法的自主性问题。不过,这些争论却一再遮蔽法的自主性问题。从系统论法学来看,法的自主性以法律系统的分出为前提。法律系统的分出包括三个维度:时间维度、社会维度和事物维度。时间维度指向法律运作的封闭性,社会维度指向法律制度的反身性,事物维度指向法律系统的同一性。因此,法的自主性以法律运作的封闭性、法律制度的反身性和法律系统的同一性为基础。当法的自主性摇摆 in 神话与现实之间时,这个问题就以悖论的方式呈现自身。对此,系统论法学提出了自我描述与异己描述的区别,并将其作为展开法的自主性悖论之条件。基于这个区别,法理论对法的自主性之描述,属于法律系统的自我描述。因此,面对法的自主性悖论,法理论必须承担去悖论化的任务。同时,这个任务揭示了法理论的功能就是反思和捍卫法的自主性。

【关键词】法的自主性;法的现代性;法治谜面;法律悖论;系统论法学

【作者简介】张文龙,法学博士,华东政法大学科学研究院助理研究员(上海 201620)。

【原文出处】《浙江社会科学》(杭州),2021.6.69~79

【基金项目】本文是上海哲学社会科学项目“超大城市基础设施邻避效应的法律规制研究”(项目批准号为2020BFX015)的阶段性成果。

一、问题的提出:为什么要捍卫“法的自主性”

法的自主性问题是现代法学理论的重要议题。首先,法的自主性是现代法治的前提。在现代社会,人们相信法律能够提供正义,一是因为法律规则具有客观性;二是因为司法机构具有独立性;三是因为法律裁判具有公正性。这三个方面都是以法的自主性为前提,即法律是一个独立的社会领域,法律制度及其运作不受经济、政治、宗教和家庭等社会因素的人为干预。其次,法的自主性问题涉及法律与社会之间的关系。在现代社会,一方面法律是独立于其社会环境,法律与社会环境之间不存在直接的“点对点”关系,法律甚至可以漠视其社会环境的变迁。另一方面法律预设了社会环境的存在和影响,即法律依赖社会环境提供其运作的条件,如信息和能量等。这意味着法律不是自足的,却可能是自主的。

否则,法律无法漠视社会环境的压力。最后,法的自主性是法理论反思和捍卫的主题。法的自主性意味着法律具有统一性。法律的统一性涉及法律与非法律的界限,一旦法律的界限被模糊或被突破,法的自主性将面临挑战。为此,法理论必须反思和维护法律的统一性,以捍卫法的自主性。^①

法治是现代法律秩序的理想。现代法治具有丰富的观念内涵,如法律面前人人平等、罪刑法定、人民主权、天赋人权、三权分立、司法独立、法律至上等。同时,在现代法律秩序的实践中,人们还曾提出理论形态各异的法治观,如形式法治、实质法治、程序主义法治、共同体法治等。^②无论观念内涵和理论形态如何,现代法治的核心要义就是建立法律的统治。所谓法律统治,对内就是法律自我统治,对外就是法律的异己统治,而异己统治建立在自我统治

的基础上。换言之,法律对社会环境的统治和支配,是以法律本身的自我统治和支配为前提。法律的自我统治实质上就是法律自治,即法律是自主的。因此,现代法治是以法的自主性为前提的。^③

虽然现代法学的主流理论,如自由主义法学理论,积极捍卫法的自主性,为法的现代性及其法治理想进行辩护,但是,现代法律秩序的实践仍然激发出不同的理论回响。譬如,法律现实主义就对法律的确定性提出质疑,批判法学运动和后现代法学更是颠覆法的现代性及其法治理想,认为法的自主性只是一个神话。^④易言之,在法律制度及其运作背后,经济、政治、宗教、道德、科学等社会因素支配着法律决定,尤其经济与政治的支配性影响至深且巨。随着这些法学理论对法的现代性及其法治理想进行“解构”和颠覆,法的自主性观念面临着十分严峻的挑战。因此,捍卫法的自主性成了现代法学理论的重要课题。

然而,在中国法学语境里,为什么要捍卫法的自主性?我们认为理由有三个方面:首先,在西法东渐和法律全球化背景下,中国社会仍然面临着法的现代性问题,法治仍是中国现代法律秩序建构的理想图景。^⑤其次,在法律现实主义、批判法学和后现代法学等理论思潮冲击下,中国法学理论对法的自主性问题尚未形成自觉的认识,甚至邯郸学步,跟随后现代法学时髦理论质疑和否定法的自主性。^⑥最后,随着中国社会迈向信息化和数字化时代,中国法律发展已经从“物法”和“人法”阶段迈向“数字法”时代。当代码和算法取代法律时,法律概念、法律关系和法律制度都面临着极为严峻的挑战,甚至有学者已经发出法律“死亡”的预告。^⑦一旦数字信息技术可以完全取代法律,这意味着法律的功能丧失。若如此,“法的自主性”问题将被连根拔起。

二、“法的自主性”之中国语境:法治谜面及其争论

在中国法学语境里,法的自主性犹如一项“斯芬克斯之谜”。^⑧在这个谜题上面,人们围绕着它的谜面——“法治是什么”,并随着中国法治建设的历史进程,形成了各种争论,如法律移植与本土资源之争、精英司法与民粹司法之争以及法教义学与社科法学之争。这些争论不仅凸显了中国法治建设进程

的内在矛盾,而且也在不同层面触及法的自主性问题。不过,这些争论却一再遮蔽法的自主性问题,以致中国法学犹如俄狄浦斯遭遇“斯芬克斯之谜”那样,一方面似乎解开了谜题,实现了自我认识,另一方面却被谜面遮蔽,没有真正认识自我。这种自我认识的悖论正是“斯芬克斯之谜”的魅力,而法的自主性正是这样一个充满魅力的悖论。这意味着中国法学尚未能够真正认识法的自主性问题。譬如,中国法学家热衷讨论“法的现代性”“法的中国性”等问题,却很少讨论“法的自主性”。偶有讨论也仅限于对西方前沿理论的介绍,尚未与中国本土法治实践勾连起来。^⑨因此,我们要讨论“法的自主性”问题,就必须进入具体的中国法学语境,对法治谜面及其争论进行重构式的解读。

(一)法律移植与本土资源之争

在中国法学语境里,围绕“法治是什么”这个问题,人们的最初争论是以法的现代性为问题意识之起点。20世纪90年代,中国法学开始反思法律移植的问题。自清末修律起,法律移植就与中国法律现代化运动紧密联系在一起。无论民国时期的“六法全书”,抑或是新中国的主要法律制度,几乎都是法律移植的产物。改革开放之后,中国法律现代化进程与法律全球化交织在一起,法律移植为中国社会融入国际社会提供了现代性的规则和制度,如民商事法律制度、知识产权法律制度、投资法律制度等。然而,部分移植西方的法律规则和制度在中国社会遭到了民众的规避和抵制,尤其在不发达的乡村地区,纠纷的解决不是诉诸正式的法律制度,如通过“私了”方式来规避刑法对强奸行为的制裁。当这种法律规避成为一种普遍现象时,“法律移植实现法律现代化”的命题就遭到批评和质疑。^⑩法律移植就出现“南橘北枳”的困境。

法律移植的困境主要表现在五个方面的矛盾。第一,规范与事实的矛盾。由于中国移植的西方法律规则并非产生自本土的社会事实,所以,当这些法律规则的规范要求缺乏本土社会的认同和接受时,法律规范自然无法对本土的社会事实进行调整;第二,理性与情感的矛盾。法律移植是以立法方式来实现的。现代立法往往是利益博弈与理性妥协的结

果。然而,立法提供的理性规则,却可能与民众的法感情相违背,以致在社会纠纷解决过程中产生理性规则与民众情感的冲突;第三,规则与制度的矛盾。虽然法律移植可以提供一整套制度,但是,司法实践不是将整个制度适用于个案,而是将具体规则适用到个案,即将具体规则嵌入到既有的社会制度脉络。当法律移植带来规则改变时,就可能与维持既有制度稳定的要求产生不一致和不协调;第四,建构与自发的矛盾。法律移植是以立法方式来建构法律体系,进而对社会秩序进行塑造。然而,社会秩序的形成与演变有其自发性的逻辑与动力。当法律移植通过立法对社会秩序进行直接的干预时,法律可能与社会秩序固有的自发力量产生冲突;第五,普遍与特殊的矛盾。虽然法律移植实践假定了法律规则具有普遍适用性,但是,法律规则的适用离不开特定的社会脉络。在抽象的法律规则与具体的社会脉络之间,往往充满了不确定性。当二者无法有效衔接时,普遍规则与特殊情境的矛盾就会发生。^①

针对上述困境,有学者提出借助本土资源和传统来建立现代法治。于是,人们围绕中国法治图景的现代性基础发生了争论。一方是支持和倡议法律移植论,主张法律移植能够实现法律现代化;另一方则主张和提倡本土资源论,认为法律移植不能实现法律现代化,甚至法律本身就是不可移植的。^②这场争论的核心问题在于现代法治所需要的规则(制度)是移植西方的,还是中国本土产生的?当移植西方的法律规则与中国本土的法律观念相抵触时,人们如何取舍?法律移植与本土资源之争确实揭示了法治建设面临着传统与现代的张力。为了缓解这种张力,中国法学界提出“法律移植的本土化”建议,以期在法律现代化与文化主体性之间寻求平衡。^③

不过,“法律移植的本土化”命题却可能遮蔽了这场争论所触及的深层问题。这场争论表面上是法律规则的来源之争,但是,它触及了一个深层问题即法的自主性。一方面法律移植论预设了法的自主性,认为法律是自主的,法律规则可以从特定的社会脉络中“脱域”,摆脱传统、文化和语境的束缚,再次嵌入到新的社会脉络里。^④另一方面本土资源论则否定法的自主性,认为法律是社会的镜像,作为地方

性知识,法律规则无法移植,法律制度及其运作不能脱离其社会环境。^⑤可见,法律规则(制度)及其运作是否具有独立性和自主性,是这场争论蕴含的更深层次问题。不过,“法律移植的本土化”命题似乎没有关注这个深层问题。这个命题本身带有折中的立场,而且强调本土化来凸显“中国法律和法学现代化的主体性”问题意识。^⑥这一问题意识预设的主体/客体区分本身就会形成一种法律工具论立场。质言之,法律仅是人或社会工具,作为客体,它本身没有自主性。

(二)精英司法与民粹司法之争

通过法律移植,中国法律现代化运动已经到了一个基本阶段,初步实现了法律规则和制度的现代化。不过,正如前述法律移植与本土资源之争表明,法律移植需要本土化来处理中国法治建设所面临的传统与现代之间的张力问题。本土化的基本路径有两种,一种是立法,另一种是司法。相较于立法而言,司法面向个案。司法裁判直接影响着社会公众对法律规则的认同和接受。在这个意义上,司法是弥合事实与规范、沟通理性与情感、整合规则与制度、融合建构与自发、调和特殊与普遍的枢纽。从法律现代化角度来看,现代法治不仅是规则之治,而且是司法之治。

现代法治要求司法具有独立性和自主性。西方现代法治建立在权力分立的基础上,即由议会立法,由政府执法,由法院司法。立法的任务是创制规则,行政与司法都是实施规则。不过,司法与行政不同,司法主要通过审判的方式来实施规则,这意味着司法面向具体个案纠纷。而且,当个人和组织与行政发生纠纷时也可以诉诸司法来获得救济。此外,现代宪政发展出司法审查制度,将立法的违宪行为纳入司法审查范围。从终局的角度,合法与非法,最终是法院说了算。因此,权力分立尤其立法与司法的分化是现代法治的基础。^⑦

中国清末立宪时曾仿效西方三权分立的宪制,及至民国时期还发展出“五权分立”的宪制。新中国建立之后,国家权力采取议行合一的宪制,同时,立法权、行政权与司法权形成分工合作的关系。在议行合一的宪制下,司法权具有一定的自主性和独立

性。改革开放以来,因应社会发展需要,最高人民法院曾对司法体制进行改革。不过,由于改革目标和原则不同,司法体制改革曾形成两种不同的司法模式。第一种模式以职业主义为导向,它是以第一个《人民法院五年纲要(1999-2003年)》为纲领。第二种模式以大众主义为导向,它是以第三个《人民法院五年纲要(2009-2013年)》为纲领。^⑧这两种模式的差异主要表现为以下四个方面:一是精英主义与大众主义的差异。在理念上,第一种模式强调司法精英的作用,以司法的职业化和专业化为导向。第二种模式则强调满足社会大众的司法需求,以司法的民主化和平民化为导向。二是审判主义与调解主义的差异。在运作上,第一种模式强调审判是司法首要任务,审判方式和审判机制成了改革的主要内容。第二种模式则强调调解在司法运作中具有优先性,多元纠纷解决机制和司法为民机制成了改革的重点内容。三是形式主义与实质主义的差异。在效果上,第一种模式强调形式正义,要求司法裁判具有一致性。第二种模式则强调实质正义,要求司法裁判实现社会效果、政治效果和法律效果的统一。四是克制主义与能动主义的差异。在形态上,第一种模式强调司法克制,认为司法资源有限,要求对社会的司法需求进行过滤和筛选,有所为有所不为。第二种模式强调司法能动,主张公众参与司法,要求司法积极回应社会公众的利益诉求。上述两种模式的差异表明,中国法治建设可能面临着一个十分棘手的难题,即如何处理司法与民意之间的张力。

21世纪以来,随着新媒体技术兴起及其对公民的赋权效果,很多司法个案引起公共舆论的关注和讨论,譬如,张学英继承案(2001年)、许霆案(2006年)、彭宇案(2006年)、杨佳案(2007年)、杭州飙车案(2009年)、邓玉娇案(2009年)、“我爸是李刚”案(2010年)、药家鑫案(2010年)等。这些引发舆论的“公案”凸显了司法与民意之间的矛盾和张力。^⑨这种张力的产生与前述两种司法模式的形成基本同步,同时,这种张力也激发了人们对两种司法模式的争论。一方是以职业主义为导向的精英司法论,强调法官精英对法律的专业理解和适用,主张司法与民意保持距离,不以民意作为裁判的理据;另一方是以大众主

义为导向的民粹司法论,强调司法应积极回应社会公众的利益诉求,主张公众积极参与司法运作,使司法能够有效吸纳民意并反映民意。^⑩精英司法与民粹司法之争的核心问题在于:司法裁判是否应当顺从民意?当法官对法律的专业理解与民意期待不符合时,法官如何取舍?对此,中国法学界提出构筑司法公信力的建议,以期在司法的职业主义与大众主义之间寻求平衡。^⑪

不过,“构筑司法公信力”的命题却可能掩盖了这场争论所涉及的真正问题。这场争论表面上是关于司法与民意的张力问题,但实际上它涉及法的自主性问题。一方面精英司法论强调司法的独立性,认为法官可以独立裁判,不受民意影响。另一方面民粹司法论则强调司法的回应性,认为司法裁判必须回应民意。然而,这场争论却没有注意到,无论司法的独立性,还是司法的回应性,都是以法的自主性为预设。因为司法决定是一个法律沟通过程,而民意则涉及另一个社会运作过程,如大众媒体的沟通或者是社会运动的沟通。民意只能激扰法律沟通,它本身无法直接参与司法运作。换言之,民意无法直接决定司法裁判。在这个意义上,民粹司法论可能将“司法顺应民意”误读为“民意决定司法”,进而可能使司法公信力问题变成一个司法必须迁就民意的问题。如果司法一味迁就民意,那么,变动的民意就可能使司法变得毫无公信力可言。因为相对于变动的民意,真正的司法公信力是来自司法自身决定的一致性、合理性和公正性。这意味着构筑司法公信力必须以法的自主性为预设。反之,以民意为依据来构筑司法公信力的命题却可能遮蔽法的自主性问题。

(三)法教义学与社科学术之争

精英司法与民粹司法之争凸显了司法公信力问题,对此,人们可以选择的解决办法有两种:一是从民意角度出发,通过建立沟通司法与民意的机制以疏导民意,甚至回应民意。二是从司法角度出发,通过提升司法裁判的一致性、合理性和公正性,使社会公众认同和接受司法裁判。相较于疏导和回应民意,司法公信力问题的根源在于社会公众对于司法裁判的质疑和批评。换言之,司法裁判没有满足社

会公众所期待的公平正义。这意味着现代法治不仅是规则之治和司法之治,而且还是正义之治。

现代法治要求司法裁判能够提供正义。正义是一个十分古老的观念。譬如,在古巴比伦和古希伯来社会就存在“以牙还牙、以眼还眼”的正义观。在古代社会,正义观念还与人们的身份等级密切相关,“以牙还牙、以眼还眼”的正义仅限于地位对等的人之间,并不适用于贵族与自由人、奴隶之间。可见,古代的正义观既有互惠性,也有等级性。这种建立在身份等级上的正义观不仅涉及惩罚,而且还会涉及财富和权力的分配。譬如柏拉图的城邦正义观。^②与古代正义观不同,在现代社会,个人观念和社会文化经历了“从身份到契约”的转变,契约的互惠性观念支配着社会的正义观念。这种互惠性的正义观不仅支配经济交易,而且还奠定政治统治的理论基础,如社会契约论。这种现代正义观是以个人的自由和平等为预设,并与法律紧密联系在一起,如通过宪法将个人的自由和平等确立为基本法律原则,通过法治来保障个人自由平等之权利。^③于是,现代法治一方面要求正义的法律,如通过立法来保障人们的自由平等之权利,另一方面则要求法律的正义,如通过司法来保障人们的自由平等之权利。

另外,现代社会的功能分化,不同社会领域可能形成不同的正义诉求,即社会的正义诉求充满了差异性和多元性。^④由于立法博弈结果并不一定能够充分反映这些正义诉求,所以,司法提供的正义即法律的正义与社会的正义诉求之间总会存在落差。相对于社会正义诉求的多元性和差异性,现代法治要求的法律正义则是以统一性和一致性为圭臬,如“同案同判、异案异判”的要求。因此,社会正义的差异性和法律正义的一致性就构成了司法裁判的张力,以致司法裁判的论证形成两种不同的方法进路和标准。第一种是基于形式正义的论证,强调司法裁判依循法律文本、法律概念和法律教义。第二种是基于实质正义的论证,强调司法裁判依循社会事实、社会利益和社会后果。如果第一种论证进路属于形式法治,那么,第二种论证进路则体现实质法治。不过,无论形式法治,还是实质法治,都属于现代法治的形态。^⑤随着中国现代法治建设的推进,形式法治

与实质法治之争将成为中国法学第三次大争论的基本理论背景。

正是在这个背景下,大概自2013年起,中国法学界掀起了一场社科法学与法教义学之争。^⑥社科法学的兴起具有美国法学的背景,这一派学者大多数具有美国留学背景,深谙法经济学、法人类学、法社会学、法与认知科学等研究的社会科学进路。相反,法教义学的登场则具有德国法学的背景,这一派学者大多数从德国及日本留学归国,又往往是各种具体部门法的研究者,如宪法学者、民法学者、刑法学者、诉讼法学者等。^⑦如果归纳一下这两种学术研究进路的差异,那么,大概有以下四个方面:一是外在视角与内在视角的差异。社科法学大多数采取外在视角研究法律,如经济学、政治学、社会学、人类学等研究视角,法教义学则立足法学的内在视角。二是事实研究与规范研究的差异。社科法学关注法律实践的事实维度,如行为和社会结构。法教义学则关注法律实践的规范维度,如法律规则和法律体系。三是科学解释与法律论证的差异。社科法学旨在对法律现象提供科学解释,法教义学则旨在为司法裁判提供法律论证基础。四是后果论与原则论的差异。社科法学要求司法裁判的论证要考虑社会后果,强调具体社会情境对裁判的影响。法教义学则要求司法裁判的论证要遵循普遍的法律原则,强调法律原则的体系化对裁判的影响。^⑧可见,法教义学与社科法学之争的核心问题在于:司法裁判的论证是开放的,抑或是封闭的?对此,尽管这场争论尚未结束,中国法学却已经出现各种折中立场,提出法教义学的社科化,或者社科法学的教义化,以期在法律的封闭性与开放性之间寻求平衡。^⑨

法教义学与社科法学之争凸显了两种研究进路的差异,尤其是在司法裁判的论证进路上,社科法学强调语境论和后果论,法教义学则提倡体系论和原则论。如此,二者都没看到这种差异背后隐藏的问题即法的自主性问题。因为二者都各执一端,而看不到体系的规范性与语境的认知性是彼此一体的,同样也看不到原则的冗余性与后果的变异性是彼此相容的。易言之,二者都只是看到对方的盲点,却没法认识到盲点的意义。社科法学只看到法教义学只

见规范不见后果的盲点,法教义学则只看到社科法学只见事实不见体系的盲点。不过,二者都没认识到法律是一个既在规范上封闭且在认知上开放的社会系统。而且,法律的认知开放是建立在规范(运作)封闭的基础上。这意味着法律系统是一个自创生的社会系统。因此,在司法裁判中,无论诉诸原则和体系,还是诉诸后果和语境,法律论证都是法律系统自主运作的结果。质言之,法律论证是以法的自主性为预设。法的自主性要求法律系统的论证一方面具有冗余性,如通过法律概念、法律规则、法律原则等进行推理,使法律系统运作可以漠视环境的压力,另一方面则要求法律论证具有变异性,如通过类比推理、利益衡量、比例原则等论证方法,使法律系统运作能够回应社会环境的挑战。可见,通过法律论证的冗余性和变异性,不仅法律系统的规范封闭和认知开放可以同时并存,而且法律系统还同时提升了其面对环境的漠然性和可激扰性。^③

中国法学围绕着法治问题而展开的三次争论表明,人们不断推进对中国现代法治建设的认识,如从规则之治,到司法之治,再到正义之治。这三次争论分别在法律规则、司法运作和正义论证等不同层面触及法的自主性问题,不过,这些争论却一再遮蔽了法的自主性问题。无论本土资源论,还是民粹司法论,抑或社科法学,都一脉相承,质疑法的自主性。与之争论的对手,法律移植论、精英司法论和法教义学都尚未自觉认识到法的自主性问题。虽然这三次争论最后都出现了折中立场,但是这种折中立场并未解决真正的问题,反而将其遮蔽起来。因此,中国法学犹如遭遇“斯芬克斯之谜”的俄狄浦斯,在解开法治谜面的同时,却未能真正揭示谜底。

三、“法的自主性”之意义维度:时间、社会和事物

面对法的自主性问题,中国法学面临的困境是一种理论困境。这个困境表明,如果中国法学想要捍卫法的自主性,那么,它就必须阐述清楚“法的自主性”之意义,即“法的自主性如何可能”这个问题。在现代法学理论中,自由主义的法学理论支持和捍卫法的自主性。自由主义的法学理论有三个流派,分别是以哈特为代表的形式主义、以霍姆斯为代表的现实主义和以德沃金为代表的理想主义。^④这三

个理论流派分别在规则层面、司法层面和论证层面触及法的自主性问题,譬如,哈特是以规则的确定性来捍卫法治,霍姆斯是以司法的自主性来捍卫法治,德沃金则是以论证的整全性来捍卫法治。不过,无论是形式主义,还是现实主义,抑或是理想主义,自由主义的法学理论都只看到法的自主性之谜面即法治,尚不能够自觉将法的自主性论题化,从而真正揭示谜底。在这点上,系统论法学则自觉地将法的自主性作为理论课题,并真正揭示了法的自主性之前提和条件。系统论法学认为法律是一个自我指涉、自我描述、自我观察和自我再制的社会系统即自创生的法律系统。法律系统的分出是法的自主性之前提。法律系统的分出主要包括三个方面:时间维度、社会维度和事物维度。因此,这三个方面构成了法的自主性之前提条件。

(一)“法的自主性”之时间维度

法律系统的分出是法律系统从全社会当中分化出来,即法律与经济、政治、宗教、科学、教育、艺术等社会脉络区别开来,成为一个独立的社会领域。如此,法的自主性是以法律系统的分出为前提。功能分化是现代社会的特征。法律系统的分出是以法律功能的特定化为前提。换言之,随着法律系统的分出,法律系统承担着一项专门和特定的社会功能。这项功能就是稳定社会的规范性预期,即法律实现人们行为规范性预期一致性的一般化。^⑤这种一般化包括三个基本维度,即时间维度、社会维度和事物维度。从法律功能角度来看,时间维度涉及行为预期的稳定性,社会维度涉及预期结构的制度化,事物维度涉及预期脉络的同一化。这三个维度结合在一起才能实现法律功能的特定化,进而实现法律系统的分出,使法律系统成为一个自主运作的功能系统。^⑥

从时间维度来看,法律的功能涉及行为预期的稳定性。人类生活在一个意义建构的世界。世界包含着体验和行动的广泛可能性,不过,仅有部分的可能性会被意识所认知,被沟通处理为信息,或者被行动付诸实践。在被实现这些的可能性中,存在指向其他可能性的迹象和情况。因此,这些可能性具有复杂性和偶连性。复杂性意味着人们的体验和行动被迫做出选择。偶连性则意味着体验和行动遭遇失

望的风险及冒险的必然性。譬如,两个陌生人相遇而发生冲突时,失望就可能会出现。如此,对失望的处理就成了一个问题。对此,有两种策略,一种是面对失望,人们采取学习行动,调整预期。另一种则是坚持预期,人们对失望的现实进行抵抗。前者形成的预期是认知性预期,后者形成的预期是规范性预期。在人们的体验和行动中,这两种预期的分化会形成不同的预期结构即预期的预期,如认知性—认知性的预期、认知性—规范性的预期、规范性—认知性的预期、规范性—规范性的预期。其中,规范性的预期结构与社会秩序控制紧密联系,并形成社会的规范投射。当这些规范投射被制度化时,它们就变成社会规范,如法律规范。因为规范是一种反事实的行为预期,所以,面对预期落空即失望,规范能够维持预期的连续性。在这个意义上,法律的功能就是使行为预期在时间上具有稳定性。^③

为了实现法律的功能,法律系统必须能够漠视时间的差异。除非法律被废止,法律规范不会因为时间变化而丧失效力。如此,法律规范所支持和维护的预期才具有稳定性。法律对时间差异的漠视是以法律系统建立自身内在时间为前提。法律系统具有自己的运作时间,并与外部环境的时间分离开来。这种分离或法律系统在时间上的分出是以立法与司法的分化为前提。由于立法与司法可以彼此观察,所以,无论立法决定,还是司法决定,法律系统都可以对法律决定形成一种二阶观察模式,这种观察模式使法律决定在运作上形成一种“二阶控制论循环”。^④换言之,法律系统的运作可以不依赖外部环境而自主做出法律决定。譬如,在法律效力上,一方面立法可以赋予法律效力,另一方面司法可以确认法律效力。如此,法律一方面是因为立法上有效而被适用,另一方面则是因为司法上被适用而有效。于是,在法律规范层面上,法律的效力和决定就形成了一个不断相互循环指涉的运作链条,以致法律的效力只来自法律自身的决定。此外,任何法律运作都需要时间,并以过去/未来的区分来为当下做出决定,譬如,法律决定的论证理由诉诸过去的原则或者诉诸未来的后果。不过,法律论证运作所区分的过去与未来,都是当下的过去与未来,与过去的当下和

未来的当下未必是一致的。质言之,当下法律运作的时间化就构成了一个闭环。^⑤由于运作的循环性和时间的封闭性,法律系统一旦运作就会形成自身的内在时间。在这个意义上,法律系统时间上的分出是以法律运作的封闭性为前提,同时,这也是法的自主性之前提。因此,从时间维度来看,法的自主性具体表现为法律效力和决定的循环性。

(二)“法的自主性”之社会维度

从社会维度来看,法律的功能涉及预期结构的制度化。随着社会不断分化和复杂性增加,社会的规范投射之间会相互冲突,一个规范的实现,可能意味着另一个规范的落空。规范性预期的矛盾或冲突不仅成了社会常态,甚至是社会面对过度复杂的环境得以持续存在的前提。不过,这并不意味着社会不需要解决冲突或者化解矛盾。规范性预期当然不可以被任意破坏而带来失望,因为社会对这种失望的容忍是有限的。为了稳定行为的规范性预期,社会需要对行为预期进行制度化,以制度保障预期结构的稳定。制度化的功能在于对行为压力和风险的有效分配。因为一个人如果抱持的预期与社会制度发生冲突,他就会与社会已经达成一致的行为基础发生冲突。除非他能够成功挑战制度并使之瓦解,否则,他将面临巨大的社会压力和风险。在这个意义上,制度化是稳定预期的前提。同时,这个制度化的预期是以第三方预期的预期为基础。因为在矛盾或冲突的双方之间,要么双方协商来处理矛盾,要么通过第三方来解决冲突。双方协商只要一致就可以解决问题,这正是契约稳定预期的方式。不过,如果协商失败或契约不履行,那么,规范性预期只有通过获得第三方的支持来实现。因此,社会的规范性预期之稳定是以第三方支持的制度化为前提。^⑥在这个意义上,法律的功能正是借助法官及其决定之组织化,实现预期结构的制度化,进而使社会的规范性预期得以稳定。换言之,通过将法官规范性预期的规范性预期(即规范性预期的反身性形式)变成社会制度,社会的规范性预期才能得以稳定。

为了实现法律的功能,法律系统必须能够漠视社会的差异。无论社会出现何种越轨或者违法的行为和思想,法律规范都不会被认为是无效的。法律

对社会差异的漠视是以法律系统建立自身规范化结构为前提。法律系统具有自身的运作结构,并使法律规范的形成与外部环境之社会运作分离开来。这种分离或者法律系统在社会上的分出是以立法与司法的分化为前提。在现代社会,立法与司法的分化是以中心与边缘的形式进行。相较于立法与契约的边缘地位,司法是法律系统的中心。因为现代司法不得拒绝裁判。这意味着即便立法有漏洞,司法也必须做出关于法与不法的决定。如此,在法律系统中,司法承担着对法律系统悖论的管理,即法律系统自己决定何为合法何为非法。质言之,司法是法律系统实现自创生的中心结构。中心与边缘的分化形式使立法与司法面对社会环境具有不同的运作取向,立法运作是以认知开放作为取向,司法运作则是以规范封闭作为取向。为了实现法律规范的封闭运作,作为中心的司法必须“组织化”“职业化”和“程序化”。组织化是通过司法组织约束和保障法官,使之必须按照法律的方法和规范来做出裁判。职业化则要求律师必须按照法律专业沟通的方式来帮助法官处理纠纷。程序化则要求法官和当事人等必须按照司法程序权限来参与法庭运作。如此,司法得以作为一个独立的组织化决定系统而分出。^⑧这意味着法律规范的形成具有制度的反身性。因为立法与司法的分化使法律规范得以双重模式化来进行运作,即规范化的规范化。换言之,法律规范的形成来自法律系统自身递归的规范网络。在这个意义上,法律系统在社会维度上的分出是以法律制度的反身性为前提,同时,这也是法的自主性之前提。由于司法系统的分出是以司法组织、司法职业和司法程序的分化为前提,而这三者的分出意味着它们自身会产生进一步的再分化并具有自治性,所以,从社会维度来看,法的自主性具体表现为司法组织、司法职业和司法程序的自治性。

(三)“法的自主性”之事物维度

从事物维度来看,法律的功能涉及预期脉络的同一化。虽然世界充满了复杂性和偶连性,但是,一个人如何体验世界,在世界中如何行动并不是完全盲目的。他们的体验和行动是受到预期意义内容的引导。预期总是在同一个脉络中,或者在一个具有

不变意义核心的脉络中被决定的。从体验的角度来看,预期不会单个地呈现,也不会单个地被预期,而是一种定位于未来体验流中的意向性。譬如,我读一本书,这本书的封面、作者、主题、结构、风格等都在同一个意义脉络中不断向我呈现。可见,意义提供了预期的脉络,它调整着从一个预期到另一个预期的转换,还调整着体验与失望如何进入预期脉络,以及调整着以新的预期替代旧的预期,等等。意义的同一化不是意味着将单个预期串联起来,相反,它是作为持续存在的并可以对个别预期产生影响的一般性规则。如此,大量相互差异的预期才可能在事实上达成一致。这意味着唯有凭借意义抽象(即一般化)的帮助,人们才能避免诱发冲突或矛盾的预期。^⑨当社会存在大量相互差异的预期时,法律的功能就需要预期脉络的同一化来保障行为预期的一致性,正如格言“法律避免冲突”。

为了实现法律的功能,法律系统必须能够漠视事物的差异。无论法律系统指涉的具体事物为何,法律规范都不会因为事物情境差异而不被适用。法律对事物差异的漠视是以法律系统建立自身的意义脉络为前提。法律系统的沟通具有自身的意义脉络,从而使法律沟通与外部环境的社会沟通得以区分。这种区分或者法律系统在事物上的分出是以立法与司法的分化为前提。立法与司法的分化一方面使法律系统内建了二阶观察模式,另一方面使法律系统运作具有反身性,即产生系统的自我指涉。为了实现法律的功能,二阶观察模式使法律系统的沟通运作受到法与不法的二元符码所引导,即对事物的合法与非法之状态进行区分。因为法律沟通并不是直接对规范投射的冲突进行调解,而是使这些规范投射从属于进一步的区分,如合法或不法,从而使法律沟通能够不断衔接下去。同时,法律运作的自我指涉则意味着受二元符码引导的法律沟通可能会遭遇悖论,即遭遇法律既是合法又是非法之情形。为了展开法律二元符码所带来的悖论,法律系统的沟通运作就必须为二元符码的分派提供条件纲要,即为法与不法的决定提供条件化的规则。这种条件化的规则主要表现“如果/那么”的表达图式。如此,法律系统的功能运作是以符码化与纲要化之区分为

前提。^⑩一方面纲要化使法律系统对事物的沟通指涉得以条件化,这种条件纲要可能随着事物的差异而具有多样性。另一方面符码化则使法律系统对事物的沟通具有统一的意义脉络,即通过法与不法的符码化之运作凝练出法律系统的同一性。在这个意义上,法律系统在事物维度上的分出是以法律系统的同一性为前提,同时,这也是法的自主性之前提。法律系统的同一性意味着法律规范具有统一的界限和脉络,因此,从事物维度来看,法的自主性具体表现为法律规则和制度的统一性。

四、“法的自主性”之悖论问题:法理论的功能定位

法律是否自主?对此,答案可能摇摆在与神话与现实之间,并以悖论的方式来呈现这个问题。这个悖论源自法理论从不同的视角来观察法律和社会的关系。法律的内部视角认为法律是自主的。外部视角则认为法律不是自主的。两种视角的冲突,使法的自主性问题变成了一个悖论。对此,系统论法学提出了自我描述和异己描述的区别,并将其作为展开这个悖论的条件。基于这个区别,法理论对法的自主性之描述属于法律系统的自我描述。对法的自主性进行否定的描述则属于异己描述。同时,法的自主性之悖论实质上是法的统一性之悖论。于是,法理论承担着去悖论化的任务。这个任务涉及法理论的功能,即对法律系统的统一性及界限进行反思,并捍卫法律系统的统一性。法的统一性及界限与法的自主性及条件是同一枚硬币的两面。因此,在中国法学语境里,面对中国法治的实践挑战,反思和捍卫法的自主性就是法理论的功能。

(一)“法的自主性”之悖论问题:法理论的难题

法的自主性究竟是现实,抑或是神话?如果法律沟通在事物、时间和社会维度都具有自主性,那么,法的自主性就可以说是一种社会现实。但是,人们仍然指出法律系统对环境具有高度的依赖性,且藉此否定法的自主性,将之视为一种意识形态的神话。譬如,宪法体现了最高的政治主权要求,合同法反映了经济交易的需求,婚姻法反映了家庭亲密关系和利益,环境法则反映保护自然的必要性,等等。于是,在对法律的描述上,法理论出现了两种描述,一种描述是肯定法的自主性,另一种描述则是否定法的自

主性。这两种描述的矛盾构成了法理论的难题。

这个法理论难题涉及如何观察法律和社会的关系。如果从法律的内部视角,那么,法律是自主的,法律独立于其社会环境。如果从法律的外部视角,那么,法律就不是自主的,法律依赖于其社会环境。在法律和社会的关系上,法理论似乎无法同时兼顾这两种视角。因为法律的内部视角预设了法律是一种规范,而外部视角则预设了法律是一种事实。这两种视角的冲突不仅使法理论遭遇困境,而且使法的自主性变成了一个悖论问题。对此,系统论法学提出了自我描述与异己描述的区别。系统论法学认为,当法理论对法律系统的描述依循了法律系统的符码导向、规范纲要和功能逻辑时,这种描述就是法律系统的自我描述。否则,它就是法律系统的异己描述。在这个意义上,法理论对法的自主性之描述属于法律系统的自我描述,而否定法的自主性之描述则属于法律系统的异己描述。如此,系统论法学通过自我描述与异己描述的区别使法的自主性之悖论得以展开。此外,系统论法学认为法理论是法律系统与科学系统结构耦合的形式,这个结构耦合的形式使法律系统的规范视角与科学系统的事实视角得以结合起来。因此,当系统论法学从科学视角对法律系统的异己描述依循了法律系统的符码导向、规范纲要和功能逻辑时,法律系统的异己描述就能够被转译为法律系统的自我描述。^⑪

(二)反思和捍卫“法的自主性”:法理论的功能

法的自主性之悖论实质上是法的统一性之悖论。任何悖论都源自区分的自我套用。关于法的自主与不自主之区分本身就是一个统一的区分,当这个区分自我套用时,就会产生法的统一性之悖论。正如法与不法的区分之自我套用,这个区分是合法,还是非法?如此,法的统一性就变成了悖论。法律统一性悖论的暴露会导致法律系统运作的停摆,因为悖论使法律系统的沟通运作无法衔接下去。为此,法律系统必须去悖论化,将悖论展开或者掩藏起来。^⑫

面对法的自主性之悖论,法理论必须承担去悖论化的任务。对此,系统论法学提出自我描述与异己描述的区别,为展开法的自主性之悖论提供了新的条件。在这个意义上,系统论法学揭示了法理论

的功能。这个功能就是法理论必须对法律系统的统一性和界限进行反思,并捍卫法律系统的统一性。法律的统一性涉及法律与非法律的界限,一旦法律的界限被模糊或被突破,法的自主性将面临挑战。因此,法的自主性与法的统一性是同一枚硬币的两面。质言之,法理论对法的自主性之反思和捍卫就是对法的统一性之反思和捍卫。

中国法治建设引发的一系列争论,都触及了法的自主性问题。不过,这些争论在一定程度上又是对这个问题的遮蔽。因为这些争论虽然揭示了法治中国的普遍性与特殊性之间的张力关系,但是都未能从法律系统的分出及其运作自主性角度来理解和处理这种张力和矛盾。不过,这些争论本身恰恰表明,在中国社会的近代转型过程中,尤其在迈向一个功能分化的现代社会过程中,法律系统的分出已经是一个不争之事实。^③在处理上述争论时,法理论应该自觉将法的自主性作为基本论题,进而探讨法的自主性之条件。如此,法理论才能够真正应对现代中国法治的实践挑战。

随着当代中国法律发展进入“数字法”时代,代码和算法成为法律,在法律与科技的关系上,法的自主性问题再次遭到严峻的挑战。对此,有学者已经发出法律“死亡”的预告。这个预告认为法律的不学习被机器学习取代,规范性预期被认知性预期取代,法律被代码和算法取代。^④一旦如此,这似乎意味着“法的自主性”问题将被连根拔起。对此,法理论如何反思这个问题,并捍卫法的自主性?首先,这个预告是以反功能分化为预设,即数字科技最终取代法律。功能分化是现代社会的特征。这个特征是对现代社会基本结构的描述。现代社会结构的形成是社会不断分化和复杂性不断增长的历史演变产物。因此,除非社会分化和复杂性增长被历史终结,否则,现代社会功能分化的基本结构将继续存在。^⑤数字科技兴起恰恰是社会分化和复杂性增长的历史产物。在这个意义上,数字科技发展是以功能分化为预设。其次,法律系统的分出是以规范性预期与认知性预期的分化为前提。虽然机器学习可以使认知性预期取代规范性预期,但是,这只能说明这两种预期在功能上是等同的,并不意味着这两种预期的

分化被取消。只要规范性预期仍然被规范性预期,法律系统的功能就不会丧失。再次,数字法是对法律与科技融合发展的描述。这种描述反映了代码和算法对法律的影响,正如新商人法的描述反映了跨国公司发展对法律的影响。在这个意义上,数字法如新商人法一样不是反功能分化,而是功能分化的产物。^⑥最后,在法理论上,真正问题在于数字法是否能够履行法律的功能?面对数字科技的影响,法律系统是否还能自主运作?如果法律系统能够自主运作,那么,数字法就能够履行其法律的功能。因此,法理论必须探讨在数字科技时代法的自主性之条件,以捍卫法的自主性。

结语

法治是现代中国法律秩序的理想图景。围绕这个问题,中国法学已经形成了“法的现代性”与“法的中国性”两种迥异的问题意识。^⑦这两种问题意识揭示了中国法治建设所面临的普遍性与特殊性之间的张力问题。对此,中国法学尚未能够真正从法律系统的分出及其自主性角度来理解和处理这个张力问题。质言之,中国法学还没有真正形成关于法的自主性之问题意识。不仅三次法学争论一再遮蔽法的自主性问题,而且,面对数字科技的影响,尤其是数字法的崛起,法理论尚未能够有效回应这个问题,反而走向了一种“反功能分化”立场,并预告法律的“死亡”。如果现代中国的法律秩序要追求法治理想,尤其在数字法的条件下建设法治中国,那么,中国法理论就不能不认真对待法的自主性问题,因为法治就是捍卫法的自主性。

注释:

①③③⑤⑥⑧⑩⑪[德]卢曼:《社会中的法》,李君韬译,五南图书出版股份有限公司2015年版,第548~549、382~432、152~184、338~342、360~361、363~366、195~236、548~592页。

②高鸿钧:《现代法治的出路》,清华大学出版社2003年版,第199~244页。

③黄文艺:《法律自治:法治的另一种思考》,载《法哲学与法社会学论丛》2000年。

④陆宇峰:《“规则怀疑论”究竟怀疑什么?——法律神话揭秘者的秘密》,《华东政法大学学报》2014年第6期;陆宇峰:

《“事实怀疑论”的浅薄与深刻——弗兰克法律现实主义再解读》，《江汉论坛》2014年第10期；信春鹰：《后现代法学：为法治探索未来》，《中国社会科学》2000年第5期。

⑤季卫东：《面向二十一世纪的法与社会——参加法社会学国际协会第31届学术大会之后的思考》，《中国社会科学》1996年第3期。

⑥苏力：《后现代思潮与中国法学和法制——兼与季卫东先生商榷》，《法学》1997年第3期。

⑦④余成峰：《法律的“死亡”：人工智能时代的法律功能危机》，《华东政法大学学报》2018年第2期。

⑧“斯芬克斯之谜”揭示了人的自主性与人的自我认识关联，这种关联是以人类中心主义为预设。随着后人类主义兴起，自主性问题不再局限于人类及其认识的范畴，而是拓展到整个全社会的层面。参见赵柔柔：《斯芬克斯的觉醒：何谓“后人类主义”》，《读书》2015年第10期。

⑨鲁楠、陆宇峰：《卢曼社会系统论视野中的法律自治》，《清华法学》2008年第2期。

⑩苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版，第3~23页。

⑪马剑银：《法律移植的困境：现代性、全球化与中国语境》，《政法论坛》2008年第2期。

⑫关于具体争论观点的梳理，参见姚建宗、栾兆星：《当代中国法律移植认识的基调演变——基于学术史的考察与展望》，《新疆师范大学学报(哲学社会科学版)》2015年第1期。

⑬高鸿钧：《法律文化与法律移植：中西古今之间》，《比较法研究》2008年第5期；何勤华：《法的国际化与本土化：以中国近代移植外国法实践为中心的思考》，《中国法学》2011年第4期。

⑭余成峰：《超越历史社会的“法律移植”：纪念艾伦·沃森》，《读书》2019年第11期。

⑮苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版，第18~22页；[英]罗杰·科特雷尔：《法律、文化与社会：社会理论镜像中的法律观念》，郭晓明译，北京大学出版社2020年版，第198~220页。

⑯邓正来：《直面全球化的主体性中国——谈“中国法学的主体性建构”》，《中国法学》2007年第2期。

⑰[德]卢曼：《社会中的法》，李君韬译，五南图书出版股份有限公司2015年版，第340~341页；[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆2007年版，第390~396页。

⑱孙笑侠：《司法职业性与平民性的双重标准——兼论司法改革与司法评估的逻辑起点》，《浙江社会科学》2019年第2期。

⑲周安平：《涉诉舆论的面相与本相：十大经典案例的分

析》，《中国法学》2013年第1期。

⑳关于具体争论观点的梳理，参见孙笑侠：《司法职业性与平民性的双重标准——兼论司法改革与司法评估的逻辑起点》，《浙江社会科学》2019年第2期。

㉑凌斌：《当代中国法治实践中的“法民关系”》，《中国社会科学》2013年第1期；胡铭：《司法公信力的理性解释与建构》，《中国社会科学》2015年第4期。

㉒[加]戴维·约翰斯顿：《正义简史》，张安译，新华出版社2018年版，第1~57页。

㉓[美]约翰·罗尔斯：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社2006年版，第193~257页。

㉔[美]迈克尔·沃尔泽：《正义诸领域：为多元主义与平等一辩》，褚松燕译，译林出版社2009年版，第3~30页。

㉕高鸿钧：《现代法治的出路》，清华大学出版社2003年版，第199~244页。

㉖这场争论起点是“法律人思维是否存在”，参见苏力：《法律人思维？》，《北大法律评论》2013年第2期；孙笑侠：《法律人思维的二元论：兼与苏力商榷》，《中外法学》2013年第6期。

㉗尤陈俊：《社科法学的成长与发展》，载《南开法律评论》2015年。

㉘关于社科法学与法教义学各自的立场和原则，请参见侯猛：《社科法学的传统与挑战》，《法商研究》2014年第5期；雷磊：《法教义学的基本立场》，《中外法学》2015年第1期。

㉙孙海波：《论法教义学作为法学的核心——以法教义学与社科法学之争为主线》，《北大法律评论》2016年第1期；郭春镇：《法律直觉与社科法教义学》，《人大法律评论》2015年第2期。

㉚洪川：《德沃金关于法的不确定性和自主性的看法》，《环球法律评论》2001年第1期。

㉛⑳⑳⑳[德]卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社2013年版，第129~141、71~100、100~114、115~128页。

㉜Niklas Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, in Journal of Law and Society, Vol. 15, No. 2(Summer, 1988), pp. 153~165.

㉝洋伟江：《法律系统的自我反思：功能分化时代的法理学》，商务印书馆2020年版，第13~15页。

㉞[德]格奥尔格·凯纳、阿明·纳西希：《卢曼社会系统理论导引》，鲁贵显译，巨流图书公司2000年版，第141~181页。

㉟鲁楠：《匿名的商人法——全球化时代法律移植的新动向》，《清华法治论衡》2011年第1期。

㊱方潇：《现代性抑或中国性：历法在明末以来的法律命运》，《中外法学》2014年第5期；王人博：《法的中国性》，广西师范大学出版社2015年版，增订序和第一版序。