

论现代法律系统运作的二值代码性

泮伟江

内容提要:法律系统的二值代码性特征,指的是整个法律系统的运作最终都服从和服务于个案裁判中对行为和诉求的合法性的判断:一个行为或诉求要么是合法的,要么是不合法的,并不存在第三种可能性。它的内涵和重要性长期被法学理论所忽视。现代法律系统二值代码性特征是在现代社会偶联性的条件下才出现的,是现代社会经长期演化形成的成就。它使得现代法律系统像社会的免疫系统一样,增强了现代社会对冲突的敏感度和耐受力。它的内涵是,法律系统在内部建构出了一个合法与不合法相互转化的偶联决断空间。它具有非对称性、普遍性与特殊性结合的特征,也带来了法律自身的合法性悖论。这是现代法律系统的结构性特征,并由法律纲要在内部予以补充,从而建构起现代法律系统的运作封闭性和认知开放性。这使得现代法律系统能够在内容频繁变化的情况下,仍能发挥稳定规范性预期的功能。对现代法律系统运作的二值代码性特征的阐述和研究,进一步深化了对现代法律系统性质的认识。

关键词:合法/不合法 二值代码性 现代社会的偶联性 社会系统 特殊性与普遍化 运作封闭与认知开放

泮伟江,北京航空航天大学法学院教授。

一 导言

现代法律系统有一个非常显著,又因其过于显著而经常被人忽视的重要特征:运作的二值代码性。所谓现代法律系统运作的二值代码性特征,指的是现代法律系统的运作,是严格按照合法/不合法二值代码的图式进行的。^[1]通俗地说,它指的是现代法律系统的如下特征:任何一个裁判的结果,都必须给出一个明确的结论,即某个行为或诉求要么是合法的,要么是不合法的。换句话说,法律仅仅对行为的合法性作出裁决,而对行为的其

[1] Vgl. Niklas Luhmann, Die Codierung des Rechtssystems, Rechtslehre 17 (1986), 171, 173.

他方面,例如行为的经济、政治、宗教、道德、审美等方面,保持克制,不作判断。现代法律系统通过自身的二值代码化运作,从全社会中分出,将自身建构成为一个运作封闭、认知开放的自创生社会系统。

几乎没有人会否认它。尤其是当这个特征被与调解、仲裁等其他替代性纠纷解决机制进行比较时,这一点尤其鲜明。^{〔2〕} 尽管如此,又似乎很少有人将现代法律系统的这个特征看作是一个核心特征,对它展开系统而全面的分析,阐明它的理论内涵与意义。

尤其令人感到遗憾和惊叹的是,那些有志于追问现代法律系统性质的学者,几乎没有人将现代法律系统严格按照合法/不合法二值代码运作的特征,作为现代法律系统区别于道德、经济、政治等其他社会事物的一个核心标准。反而是那些对现代法律系统感到疑虑重重,充满批判和不满的人,才将现代法律系统的这个特征作为核心缺陷而予以攻击。

就此而言,有志于追问现代法律系统特性的学者与那些批评现代法律系统的学者,似乎生活在两个平行的宇宙之中。因为在一个宇宙中被看作现代法律系统核心缺陷的那个特征,在另外一个宇宙中,被看作是一个无关紧要的东西。事实上他们描述和分析的却是同一个法律。

如果我们承认,有时候其敌对者要比支持者更能够认识某个对象,或者说,通过概念的对立面,有助于更深刻地认识该概念所指代的事物,^{〔3〕}那么,那些对现代法律系统持激烈批判的人,在理解现代法律系统的特性方面,或许要比那些支持和赞成现代法律系统的人,要更为深刻而准确。就此而言,被现代法律系统批评者所辨认出来的,作为他们反对现代法律系统最核心关键的那些特征,对于我们理解现代法律系统而言,也许是重要的,甚至有可能比现代法律系统的其他特征更为重要。

如果二值代码化特征确实是现代法律系统的一个根本性特征,要认识现代法律系统,就不能错过对这个特征的考察。与多数主流的法律理论不同,系统论法学高度重视现代法律系统根据合法/不合法的二值代码而运作的特征,并将该特征看作是现代法律系统区别于道德、政治、经济、艺术等其他现代社会事物的根本性特征。^{〔4〕} 在此基础上,系统论法学提供了一整套完整的概念、工具和理论,深入地阐发了现代法律系统合法/不合法二值代码化特征的具体内涵和意义,据此更为深刻地揭示了现代社会中法律系统的运作特性及其在现代社会中发挥的功能。

二 现代法律系统二值代码性出现的社会条件

现代法律系统的二值代码性特征并非是凭空出现的。严格按照合法/不合法二值代码化运作的法律系统是现代社会演化上的一个重要成就。它的出现需要一系列具体的社会条件。现代法律系统二值代码化图式形成的一个重要条件,就是古典自然法世界的坍塌

〔2〕 参见泮伟江著:《当代中国法治的分析与建构》,中国法制出版社2017年版,第3-35页。

〔3〕 一个非常令人深刻的例子,是亚里士多德对公正概念的界定和分析。参见〔古希腊〕亚里士多德著:《尼各马可伦理学》,廖申白译注,商务印书馆2003年版,第127-129页。

〔4〕 Vgl. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, 4. Aufl. 2004, S. 126.

塌。在古典自然法的世界中,自然法是永恒的,也是不可变的。实证化的法律,被看作是对永恒不变之正义理念的呈现和具体映射。^[5] 在这样一种宇宙论图景中,法律的取向是面向过去的,乃是对过去的呈现。此时,当某个行为被判定是合法时,它就是本来合法,并且永远合法。合法的行为不会变得不合法,不合法的行为也永远不可能变成合法。因此,判定合法/不合法,就变成了一种对客观知识的探求,变成了对永恒真理的探寻。

在自然法世界坍塌后,不再存在着一个永恒不变的本体论世界,未来的未知性和偶联性被充分释放出来了。^[6] 所谓的偶联性,就是并非必然,也并非不可能。这就意味着,生活和选择并非只有一种可能性。并非一切都必然如此。拒绝和否定成为可能,并且被正当化了。并不存在一个唯一正确的永恒真理。真理本身也依赖于理由的支撑和证明。一个命题在被证明为真之前,都不过是一种理论主张,都有可能被否定和拒绝。即便该命题被证明为真,也有可能在新的证据和理由出现之后,重新被证明为假。批判、拒绝和否定在现代社会成为常见之事。

现代法律系统合法与不合法的二值代码,具有一种彼此对应、相互否定、非此即彼的性质。这一切都必须借助“否定”的要素才能够实现。只有存在着其他的选择与可能性,否定才是可能的。同时,否定越是容易,越是频繁,二值代码出现的可能性就越强。

二值代码性是拒绝的可能性被彻底释放的结果。因此,要理解和评估“二值代码性”的意义和功能,首先就必须观察和评估拒绝这件事被释放和普遍化所带来的后果与意义。^[7] 在初民社会或乡民社会中,由于缺乏各种替代的可能性,因此对沟通表示否定是非常困难的。只有在文字发明,尤其是在印刷术的出现和普及之后,否定的功能才被进一步强化起来。在现代大规模的陌生人社会中,“否定”在人类的在世经验生活中扮演了非常重要的角色,现代世界的偶联性也带来各种观念的变化。在现代社会中,冲突和纠纷不再被看作是避之唯恐不及,必先除之而后快的灾祸。而在传统社会的秩序观中,和谐与稳定是秩序的最大追求。冲突和纠纷被看作是病态的。如果社会出现大量的冲突和纠纷时,社会就被看作是处于反常状态。

但在现代社会中,冲突和纠纷本身不再被看作是秩序的威胁。在现代社会中,创新被赋予很高的价值,是社会进步的重要推动力。创新意味着打破常规,选择全新的可能性。这只有在个体拥有更多的选择可能性,并且不同的选择能够被正当化时,才能够实现。当社会中大量的个体都拥有选择的空间和可能性,并且基于自身的选择,建立自身的生活秩序时,不同选择和行动之间的冲突就不可避免。不同的选择总是建立在不同个体对未来的不同预期基础之上。生活方式的多元和现代社会的功能分化,以及个人不同的生活经验和认知体系,往往会导致不同预期之间产生冲突。^[8]

在现代社会中,越来越多的人都认识到,彻底消灭冲突和纠纷是一件不太可能的事

[5] 参见[美]列奥·斯特劳斯著:《自然权利与历史》,彭刚译,生活·读书·新知三联书店 2003 年版,第 91 页。

[6] Vgl. Niklas Luhmann, *Beobachtungen der Moderne*, 1992, S. 93-128.

[7] Vgl. Niklas Luhmann, *Über die Funktion der Negation in sinnkonstituierenden Systemen*, in: Ders., *Soziologische Aufklärung 3*, 1981, S. 35-49.

[8] 参见[德]尼克拉斯·卢曼著:《法社会学》,宾凯译,上海人民出版社 2013 年版,第 149 页。

情。比消灭冲突和纠纷更好的选择,是疏导和控制纠纷,也即,控制纠纷的强度和烈度,允许相对温和的冲突和纠纷发生,并将它疏导到法治的轨道之中。

彻底消灭冲突和纠纷,就像生物学上的完全的无菌环境,对社会的健康未必有利。从免疫学的角度来说,人类适当生活在有病菌的真实世界中,对人类的健康是有利的。人类身体的健康并不以生活在一个无菌的环境为前提,而是以在自身内部建立一套免疫机制,并在环境中各种病菌不断刺激下不断升级和更新这套免疫机制为条件。人类的免疫机制可以分成两个部分,即固有免疫(innate immunity)和适应性免疫(adaptive immunity)两种类型。适应性免疫又称作“特异性免疫”(specific immunity)。相对于固有免疫,适应性免疫的一个特征,就是能够在与相同病原微生物的反复接触中,不断改善和增强免疫能力,形成对该特定微生物的“记忆”效应,实现免疫的效果。^[9] 适应性免疫机制工作的基本原理是,免疫机制能够将来自环境的外源性物质辨认为“抗原”,在免疫系统生成“抗体”,并将抗体在免疫系统中“一般化”,形成免疫的反应。在理解适应性免疫机制的工作原理之后,人类又发明了疫苗,通过对病菌的处理,减轻其毒性,同时保留其刺激身体免疫系统的特性,主动地激发人类免疫系统的更新和升级。

如果说,传统社会中纠纷解决的方式,类似于通过消毒环境等方式,阻止病毒和抗原感染身体;那么,现代社会中法律系统工作的方式,更类似于通过疫苗激发有机体免疫系统更新和升级的方式来保护社会的健康。^[10] 这意味着,冲突和纠纷不再被看作是纯粹负面的东西,同时也有演化上的重要作用,即为法律系统的演化和更新提供重新选择和调整的机会。

现代社会的变迁既为现代法律系统的变迁提供了各种可能的条件,也对现代法律系统内部的结构与运作提出了全新的要求。现代法律系统的二值代码性特征,就是在新的条件下,回应现代社会的各种要求而产生的。法律不再被要求彻底消灭纠纷,而是类似于生物有机体免疫系统那样工作,以对纠纷的创造性改造和利用的方式,通过对特定纠纷的解决,增强现代社会的韧性。这就对现代法律系统内部的工作机制提出了全新的要求。

三 现代法律系统二值代码性的具体内涵

从词源学上来看,代码(code)至少有三种含义,即根据该词的拉丁词源的原初含义、扩展含义以及现代含义。^[11] 据考证,代码(code)的拉丁词源(codex)的含义是“法令典章”,也就是法律人最熟悉的“法典”。例如,最著名的“十二表法”。后来,该词的语意又产生了扩展,人们往往用这个概念标示一系列符号的排列,其在特定文化的传统中对应着某些特定的含义与效果。在这个扩展含义之外,信息学和生物学等新兴科学又进一步发展出了“代码”一词的新含义,这尤其体现在诸如“密码”“莫尔斯码”“基因密码”等概念

[9] 参见曹雪涛、何维主编:《医学免疫学》,人民出版社2015年版,第4页。

[10] Vgl. Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 565-568.

[11] Vgl. Niklas Luhmann, “Distinctions directrices”: Über Codierung von Semantiken und Systemen, in: Ders., *Soziologische Aufklärung 4*, 1987, S. 13.

的使用上。系统论法学中的代码概念,是在信息学和生物学的范畴上使用的。^[12] 在信息学和生物学领域,代码“在特定范围内具有引导选择的功能”,其核心特征则是“任何一个符号在其相关领域都能够找到一个补充的其他符号与它对应”。这是生物基因遗传意义(genetischer Code)的“复制规制”(Duplikationsregel)。^[13] 基因代码是一种双链状的结构,两条基因链中的要素彼此形成了一种一一对应的关系,从而构成了基因的遗传代码。在遗传生物学中,正是依赖于遗传基因的双链对应所构成的复制规则,生物体才形成了稳定的遗传性状。^[14]

二值代码因此是对否定的一种创造性的运用,通过将“肯定”与“否定”关联起来,并形成一种激进的相互转化的图式,进一步释放了“否定”在人类社会结构和制度建构中的意义与功能。彼此否定,同时也意味着彼此的依赖。否定以被否定者的存在为前提,并依赖于它的存在。非此即彼的双方,都预设了对方的存在,并互相依赖于对方的存在。二者之间并非是彼此独立的关系。

现代法律系统的二值代码性,就是现代法律系统因应现代社会的变化,通过内部运作机制的调整和升级所形成的全新特征。通过考察合法/不合法二值代码图式的内在结构和特征,可以更深刻地理解此种演化成就是如何满足现代社会对法律系统提出的各种功能要求的。

(一) 偶联决断空间的设置

要实现对各种纠纷和冲突的创造性利用,使它具备刺激法律系统不断演化和更新的积极作用,就必须对纠纷和冲突作出适当的调整和改造。首先,这要求降低冲突和纠纷的强度和烈性,从而使得纠纷能够冷却下来。

现代司法的各种诉讼程序设置,在一定程度上就发挥了这个作用。现代司法程序通过角色的分化与对立,以及将诉讼当事人的身份与他的其他社会性身份的区隔,通过证据规则的设置等,将冲突从它的社会语境中提炼出来,放置到法庭程序的这个特定的实验室空间之中。这大大地限制了纠纷和冲突的社会破坏力,将它设置在法治的轨道中存活。^[15]

现代司法程序的一个重要特征就是结果的不确定性。此种结果的不确定性,回应了现代社会的偶联性。合法/不合法的二值代码化图式是现代法律系统内部的装置,在法律系统内部进一步强化了法律决策的偶联性空间,甚至可以说,在法律系统内部形成了一种强迫性的偶联性。^[16]

合法/不合法二值代码中,对合法与不合法的分派,是偶联的,而不是本质的和既定的。虽然在多数情况下,尤其是常规案件中,由于实证法规则的存在,因此合法/不合法两个值的分派,确实可以称得上是事先规定好的。但这种事先规定好的判准,也是可以改变的。

[12] Vgl. Niklass Luhmann, Ist Kunst codierbar? in: Ders., Soziologische Aufklärung 3, 1981, S. 246.

[13] Vgl. Niklass Luhmann, Ist Kunst codierbar? in: Ders., Soziologische Aufklärung 3, 1981, S. 246.

[14] 参见[美]悉达多·穆克吉著:《基因传》,马向涛译,中信出版社2018年版,第247页。

[15] 参见季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》1993年第1期,第9页。

[16] Vgl. Niklas Luhmann, Ökologische Kommunikation, 4. Aufl. 2004, S. 126, S. 175.

(二) 二值代码的非对称性

在二值代码的图式中,正面价值/负面价值在形式上是对称的,也是可以相互转化的。但是,现代功能子系统根据二值代码展开的运作则是非对称的。这是因为,现代功能子系统的二值代码化运作,以如下一般化社会心理学预设为基础,即通过某种条件化的设置,行动的动机更容易被二值代码中的正值所激发。^[17]

例如,对于任何一方的诉讼当事人来说,他们都更希望法官裁判自身的行为是合法的,而不是不合法的。同时,在科学研究中,从事科学实验的人,也更愿意看到实验所针对和验证的科学猜测被验证为真,而不是假。科学研究的动机,还是追求真理,而非谬误。同样地,在政治系统的二值代码掌权/在野中,从事政治行动的人,主要是追求掌权。

以此种普遍化的动机预设为基础,与代码本身形式上的对称性相对照,在按照代码运作的系统运作层面,出现了二值代码的非对称性。就代码本身而言,它是中性的和对称的。但反过来说,当系统以代码作为运作的图式时,它又是不对称的。二值代码的非对称,它的一个非常重要的功能,就是确保系统的连接性。二值代码中正值的那一侧,往往是被偏好的那一侧,因此就具有了连接能力。相对来说,负值那一侧,主要作为否定的一方发挥作用,作为反省值而出现。^[18]

从法律系统的运作来说,在合法/不合法的二值代码中,合法的那一侧,更容易被青睐,也因此更容易激发进一步的法律沟通;而不合法的那一侧,则作为与此对应的负值发挥作用。正因如此,法律才得以作为象征性的普遍化沟通媒介,在现代社会生活中发挥作用,有效激发出了各种决策动机,从而促进法律沟通源源不断地出现和产生。代码作为系统的图式,它的一个重要功能就是通过激发选择的动机,促进选择的作出。由此,二值编码的出现,解决了“沟通的低概率性”问题。合法/不合法二值代码化的不对称性,进一步激发了诉讼当事人最大限度地参与到诉讼程序中,从而激发出诉讼当事人,乃至整个社会共同体对法律形式规范性的追求和认同。

(三) 二值代码的专殊性与普遍性

现代法律系统还必须对各种进入到法律系统的纠纷具有足够的敏感度和识别能力,从而能够迅速地对各种新型的纠纷作出处理和回应。这主要是通过现代法律系统的专殊化和高效的应变能力来实现的。

合法/不合法之二值代码的普遍化与专殊化这两个面向是紧密结合在一起,互相成就的。所谓普遍性,乃是相对于情境的特殊化而言的,指的是取向的一般化,即法律能够超越单一情境的特殊性,而被同等地适用于一个或者多个情境。法律越是能够忽略情境的特殊性,在更一般和普遍的范围适用,并坚守自身的同一性,就越具有普遍性。^[19]就此而言,现代法律系统形成了最强的普遍性,即,基于合法/不合法的二值代码图式,对世界上一切行为都给出合法性的评价。

[17] Vgl. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, 4. Aufl. 2004, S. 126, S. 177.

[18] Vgl. Baraldi/Corsi/Esposito, *GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 1997, S. 37.

[19] 参见[德]尼克拉斯·卢曼著:《权力》,翟铁鹏译,上海人民出版社2005年版,第35页。

二值代码化图式之所以是专殊的,是因为通过合法/不合法的二值设置及其相互转化,它排除了第三者。这意味着,“美的”未必是“善的”,也未必是“更值钱的”。同时,道德上对的在法律上未必是合法的。其中,第三值并没有被消灭,而仅仅是被中性化。^[20]在法理学的语境中,这对应着霍姆斯的“坏人论”——此处的坏人并非是好人的对立面,而是对道德好坏持中立和冷漠的态度(amoral)。^[21]

首先,现代法律系统的二值代码性通过对裁判情境的复杂性化约,提升了现代法律系统对法律纠纷的敏感性。通过排除了第三者,法律不得不将自身的工作聚焦于作出合法或不合法的非此即彼的判断。这也是被那些现代法律系统的批判者攻击得最激烈的。因为它界定了法律争议的范围。换句话说,它将法律案件中原告与被告之间的争议,限定在合法性上,而所有与此无关的诉求几乎都被忽略。

现代法律系统的二值代码性虽然牺牲了对不同决策语境复杂性的感知,^[22]但它同时也提升了法律系统对环境中的与合法性问题相关的事实和变化的敏感性。并且,围绕着合法/不合法二值代码,法律系统逐渐积累起丰富的法律概念、程序、方法,它们都可以被称作是法律系统的专业化资源。

其次,代码二值的相互对应与转化,有利于司法裁判的作出,从而提升法律系统对新型纠纷应对的迅捷性。从决策理论来看,二值代码性人为地将结果设置成一个非此即彼的选择,这大大便利了裁判结果的作出。^[23]一方面,二值代码性只提供了两种可能性,并且这两种可能性还是非此即彼的,因此将所有其他的可能性,都当作第三种可能性予以排除。这大大缩小了权衡和选择的范围,有利于决策的作出。另一方面,由于两种可能性是非此即彼地互相否定,因此也排除了各种关于程度和数量的考量和权衡的必要。

更重要的是,作为一种高度技术化的装置,二值代码化特征的非此即彼性,使得合法与不合法之间的选择和转化也变得更为容易。裁判的本质是作出一个决策。决策的一个重要基础和条件,就是决策结果的不确定性,即结果的偶联性。也就是说,在作出决策之前,客观上并不存在着一个必然的唯一正确答案。否则,就不需要决策,而只需要逻辑的推理和数学的计算。因此,决策本质上就是一个悖论,就是在难以决策的情况下作出一个决策。

将裁判结果设置成要么合法,要么不合法的非此即彼的判断和选择,大大便利了决策。这就像我们做考试题,从题型的角度考虑,论述题往往比选择题更难做,而选择题又要比判断题更难做。论述题的复杂性,往往导致做题的人直接放弃做题。选择题设置了一种机制,预设了如下的可能性,答案就在可供选择的选项之中。这事实上就限定了选择的范围,从而大大简化和便利了选择的作出。其中,单项选择题相对于多项选择题,就更进一步地限定了选择的条件:在所有的选项中,只有一个选项是正确的。判断题是沿着此

[20] Vgl. Niklas Luhmann, Die Codierung des Rechtssystem, Rechtstheorie 17 (1986), 171, 14.

[21] 对此的分析,参见[美]戴维·卢班:《坏人和好律师》,载[美]斯蒂文主编《法律的道德及其影响》,张芝梅、陈绪刚译,北京大学出版社2005年版,第45-66页。

[22] 参见泮伟江:《法律的二值代码性与复杂性化约》,《环球法律评论》2017年第4期,第51-54页。

[23] Vgl. Baraldi/Corsi/Esposito, GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 1997, S. 34.

种思路进行工作机制设计的极端化,它事先设定,所提供的两种选择,必定有一种是正确答案。

法律二值代码的普遍性,使得法律系统具备了生产和制造合法性信息的能力。信息制造的一个基础条件,就是二值的区分,形成差异。例如,我们形成如下信息:这是一篇论文。这条信息的形成,乃是基于如下区分:这篇论文/所有任何其他事物。现代法律系统制造信息的能力和范围,显然以现代法律系统二值代码化运作图式以及它的非此即彼性为基础:它能够制造信息,并且它所制造的信息只能是关于行为或者诉求的合法性信息。现代法律系统稳定规范性预期的功能,又是与法律系统的此种合法性信息制造的能力紧密相关的。

对现代社会来说,司法的个案裁判具有双重内涵。一方面,司法裁判为个案纠纷提供了一个具体的解决方案;另一方面,通过个案裁判的作出,现代法律系统制造了关于某种行为和诉求的合法性信息,^[24]而这恰恰是通过冲突内在动力机制的创造性利用实现的。如果说,冲突内在倾向于形成角色的分化,即形成彼此对抗、非此即彼的对抗性诉求的话,那么,现代法律系统就通过原告和被告两种角色的设置,确认和强化了此种角色和诉求的分化和对立。同时,通过一系列程序性设置,现代法律系统还形成了如下效果,无论原告和被告,他在诉讼中的身份和角色,也与他在生活世界中所拥有的其他身份、地位和角色相分化。通过这种方式,现代司法程序形成了一个相对脱离社会生活世界背景和语境,具有高度偶联性的自主空间。^[25]这就像是一个用来观察和测试社会发展的“个案实验室”。

(四) 二值代码性的悖论

法律系统运作的二值代码化同时也带来了自身的困难:当二值代码被适用到自身,也即,当必须对“合法/不合法”自身是否合法的问题作出判断时,悖论就出现了。在法理学传统中,这被理解为法律的合法性困境。^[26]从形式逻辑来看,由于“合法/不合法”的区分中,本身就既包含着合法这一侧,也包含着不合法那一侧,因此,当要将“合法/不合法”本身分派到合法/不合法其中的任何一侧时,都会出现错误,这就会导致整个分派的过程不断地来回摆动。^[27]

这正如西西里理发师的例子一样。西西里岛上某个村子里只有一位理发师,这位理发师定下一条规矩:他只能并且必须给村子里所有不给自己刮胡子的人刮胡子。如果他不给自己刮胡子,他就符合这条规则,因此就必须给自己刮胡子。但他一旦给自己刮胡子,他就不符合这条规则,因此不能给自己刮胡子。

西西里理发师的故事表明,悖论的出现,是由于导致某个运作得以可能的条件,同时

[24] See Marc Galanter, *The Radiating Effects of Courts*, in Keith Boyum & Lynn Mather ed., *Empirical Theories about Courts*, Longmann, 1983.

[25] Vgl. Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1983, S. 69.

[26] 参见柯岚:《告密、良心自由与现代合法性的困境——法哲学视野中的告密者难题》,《法律科学》2009年第6期,第3页。

[27] Vgl. Baraldi/Corsi/Esposito, *GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme*, 1997, S. 132.

也是该运作得以不可能的条件。就像在法律系统二值代码化悖论的例子中,合法/不合法二值代码,既是将它自身标示为合法的条件,同时也是将它自身标示为不合法的条件。用形式逻辑的语言来表达这一点,悖论可以用“A 因为非 A”来表达。^[28]

法律系统二值代码化运作的悖论,导致在正值与负值之间的分派,无法正常进行下去,因此会导致代码化运作的崩溃。为了使得法律系统二值代码化运作能够正常进行下去,就必须对二值代码化运作的悖论进行去悖论化的处理。

一个比较常见的去悖论化处理,就是通过将悖论转化为矛盾。就法律系统的代码来说,就是将法律的合法化问题,转化成“合法=不合法”这个矛盾,从而使得“合法不是不合法/合法是不合法”这一对区分变得不可见。^[29] 例如,传统的自然法理论将法律的合法性根据归结为神意或者自然;近代早期的自然法将法律的合法性归因到社会契约;哈贝马斯则将它归因到理想言谈情境下的理性共识。从形式上看,这些理论都将法律的合法性悖论转化成了“法律是非法律”,即法律起源于非法律(神意、自然、社会契约、理性共识)。^[30]

从系统论法学的角度来看,法律系统二值代码化运作所导致的悖论,与法律系统对自身的自我同一性(identity)的追问相关。悖论仅仅是对观察者而言是成问题的,而对被观察的系统而言,则不成问题。^[31] 法律系统内部的运作可以被区分为两个层级,即运作和观察。运作是盲目的。因此,二值代码化的悖论并不会阻碍运作的进行。但观察是通过二值代码展开的。问题在于,任何一个系统在运作的同时,并不能观察自身。要观察当下发生的一个运作,就必须通过下一个运作来实现。但下一个运作本身也不能观察其自身,而必须通过更下一个的运作来观察。^[32]

在此种理论范式之下,现代法律系统二值代码性特征与它的运作之间,就构成了社会系统的自我指涉与代码之间的关系。^[33] 此种关系可以通过笛卡尔哲学中“我思故我在”得到更清晰的说明。笛卡尔的“我思故我在”命题,大致可以分成两个层次,一个层次是思考内容的对错层次,一个层次是思考的过程层次。笛卡尔指出,无论思考内容是对还是错,甚至思考“对错本身的标准是不是对的”这个问题,都不妨碍思考过程本身的存在和展开。虽然当“对错标准本身是不是对的”这个问题出现时,会导致思考的纠结,但这个纠结的思考本身仍然是一个正在进行的思考。我在思考这件事本身仍然是确定无疑的。如果我们把思考的过程理解成一个自我指涉的过程,而将对/错理解成引导思考的二值代码的图式,那么,通过这个例子,就可以清晰地看到,指涉与代码之间,可以区分为两个不同的层次,从而解开思考的逻辑悖论。

进一步来说,悖论并非是负面的和有待于纠正的缺陷。卢曼指出,从科学史的角度来看,至少存在着两个处理悖论的传统,即逻辑学传统和修辞学传统。与逻辑学传统将悖论

[28] Vgl. Baraldi/Corsi/Esposito, GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 1997, S. 132.

[29] Vgl. Niklas Luhmann, Die Rückgabe des zwölften Kamels, ZFRS 2000, 3, 13.

[30] See Niklas Luhmann, The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History, 15 *Journal of Law and Society* 153, 153-160 (1988).

[31] Vgl. Baraldi/Corsi/Esposito, GLU: Glossar zu Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme, 1997, S. 133.

[32] See Niklas Luhmann, The Paradox of Observing Systems, 30 *Cultural Critique* 37, 44 (1995).

[33] Vgl. Niklas Luhmann, Beobachtungen der Moderne, 1992, S. 33.

看作是缺陷和错误,念兹在兹地试图去纠正这个缺陷和错误的思路不同,修辞学传统并不将悖论仅仅看作是缺陷和错误,而是看作是重新反思思考框架的机会。^[34]

对系统论法学来说,法律系统的合法/不合法的二值代码化运作的真实的社会实在,而非一种形式逻辑的描述。对于真实存在的世界来说,矛盾和冲突并非是一种逻辑错误,反而是随处可见的正常社会现象。恰恰是矛盾和冲突,为制度和社会演化提供了重新反思和选择的可能性。就此而言,对于法律与社会的历史演化来说,悖论并非是错误,而是法律与社会演化的动力机制。^[35] 合法性悖论的出现,诸如告密者困境之类的疑难案件,都是法律系统重新反思自身的运作框架,进行再调整和再出发的重大机会。当然,无论如何调整,最后法律系统的运作,仍然是遵循合法/不合法二值代码的图式。

四 现代法律系统二值代码性的意义

长期以来,关于现代法律系统在中国社会中发挥的功能问题,一直是困扰着中国法律理论研究和法治建设实践的核心问题。因为这关系到中国为什么需要现代法律系统,需要建设何种形态法律系统的根本问题。理论界和实务界已经形成的一个基本共识是,现代法律系统的一个重要建设目标,就是能够做到定纷止争。尽管如此,在现代法律系统定纷止争的方式方法,以及效果方面,仍然存在着许多分歧和争议。

一个很重要的原因是,现代法律系统严格遵循合法/不合法的二值代码化运作。除了严格区分合法/不合法的二值代码化运作的现代法律系统之外,还存在着并不那么严格区分合法/不合法的各种纠纷解决的渠道和方式。例如,调解和仲裁等各种替代性纠纷解决机制。与这些替代性纠纷解决机制相比,现代法律系统建设的成本和投入是比较高的,如果不能形成满意的纠纷解决效果,就会面临许多严厉批评。

例如,许多批评者认为,任何社会冲突和纠纷,都深深内嵌在丰富的生活世界里,根植于复杂的人性中。纠纷和冲突的解决,也必须被放到生活世界的各种丰富场景和语境之中,回归到人性的复杂性。但围绕现代法律系统运作的合法/不合法的二值代码性所发展出来的各种程序性设置和法教义学的抽象概念与技术,却将生活世界和人性异化了。^[36] 从纠纷解决的效果来看,法律二值代码化特征的非此即彼性,往往被认为不够灵活,并有激化矛盾之嫌。就个案纠纷的解决而言,方式方法是多种多样的。个案纠纷的完美解决,往往被看作司法的最高境界。相对于形式化和专业化司法而言,调解和其他各种替代性纠纷解决机制的灵活性优势,就凸显出来了。^[37]

[34] See Niklas Luhmann, *The Paradox of Observing Systems*, 30 *Cultural Critique* 37, 44 (1995).

[35] See Niklas Luhmann, *The Third Question: The Creative Use of Paradoxes in Law and Legal History*, 15 *Journal of Law and Society* 153, 154 (1988).

[36] 参见[德]贡塔·托依布纳:《法律异化——论第12只骆驼的社会剩余价值》,泮伟江译,载[德]贡塔·托依布纳著《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,高鸿钧、泮伟江等译,清华大学出版社2012年版,第317页。

[37] 参见张立平:《为什么调解优先——以纠纷解决的思维模式为视角》,《法商研究》2014年第4期,第118-126页;亦可参见苏力著:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第176-196页;强世功著:《法治与治理:国家转型中的法律》,中国政法大学出版社2003年版,第189-245页。

对现代法律系统的另外一个常见批评是,在司法个案裁判中,任何其中一方,要么胜诉,要么败诉,这种鲜明的非此即彼性,强化了诉讼双方的对立和竞争。这鼓励了诉讼双方的争斗和互不相让,不利于秩序和谐。^[38]“法不能向不法让步”,这是现代法律系统的一个基本精神。然而,按照古老而传统的正义观,司法本应该追求和平,而非挑起争斗。^[39]非此即彼的二值代码性,却强化诉讼双方的竞争和对立。这与以和为贵的和谐秩序追求似乎有些背道而驰。

必须承认的是,这些批评都是深刻和有利的。尺有所短,寸有所长。严格按照合法/不合法二值代码运作的现代法律系统必然具有它力不所及的局限性。尽管如此,现代法律系统运作的二值代码性也有自身不可替代的优势与特长。因为在现代生活中,我们都已经深刻认识到,工具箱里虽然有很多工具可供使用,但往往每一个工具都是专殊化的,往往都只能解决一类问题,而不是一招鲜地包治百病。通过考察现代法律系统合法/不合法二值代码化运作的特性与优势,有助于更深刻地认识现代法律系统的功能,从而促进中国全面依法治国事业的发展。

(一) 增强个案判决的规范辐射力

现代社会是一个高度偶联的社会,也是一个多元、流动和充满变化的社会。人们不再终老于一个固定不变的小社区之中,而是彼此作为陌生人,共存于一个大的复杂社会之中。在这样一种社会形态中,人们在每天的生活中,不仅跟家人、同事、同学、邻居打交道,同时,也以各种身份与各种类型的陌生人之间发生着各种复杂和抽象的关联和沟通。这时候,甚至家人、同事、同学和邻居等熟人之间的关系,也以这些抽象复杂的陌生人关系为背景,受到它们的影响。^[40]

在这种情况下,人们之间的日常交往和生活,就不能仅仅依靠长期共同生活和交往形成的熟人关系为参考,依赖于对某些个人的人格信赖。因为在陌生人之间,我们只能观察到人的生活的某个角色和某个面向,却很难看到对方完整的生活,并基于此种观察形成对此人的人格判断。作为陌生人之间正常交往基础的信任关系,只能通过现代法律系统建立起来。现代社会中陌生人交往必须从以人格信任为基础转变为以系统信任为基础。^[41]

这恰好说明,为什么具有二值代码性运作特征的现代法律系统更适合解决现代社会陌生人之间的纠纷。因为现代社会陌生人之间的交往本身,就是参照以合法/不合法二值代码运作为特征的现代法律系统而发生的。如果不存在以合法/不合法二值代码化运作为特征的现代法律系统,许多陌生人之间的交往关系就不可能发生。例如,我们跑到饭店,拿起菜单点菜吃饭,享受饭店的优雅环境,以及饭店里厨师和服务员为我们提供的服务。这一切的发生,以物权法、合同法、食品安全法、消费者权益保护法等一系列复杂的现

[38] 参见黄宗智:《中国正义体系中的“政”与“法”》,《开放时代》2016年第6期,第156页。

[39] See Stuart Hampshire, *Justice is Conflict*, Princeton University Press, 2000, p. 6.

[40] 参见泮伟江:《谁是陌生人》,《读书》2018年第8期,第148页。

[41] 参见[德]尼克拉斯·卢曼著:《信任》,翟铁鹏译,上海人民出版社2005年版,第62-77页。

代法律系统隐蔽的底层运作为条件。反过来说,现代社会中发生在陌生人之间的纠纷及其合适解决,也容易产生“外部辐射效应”,从而对现代社会中处于类似情境的其他陌生人之间的交往形成深远影响

纠纷首先是两个人,或者两方之间的事情。但纠纷在整个社会秩序中的地位之所以重要,却是由于它的影响并不仅仅局限于纠纷中的对立双方。例如早晚高峰期城市交通主干道发生的各种轻微交通事故与纠纷,虽然事故以及由此产生的纠纷主要涉及事故双方,但往往对行进在这条线路上的大量上班人群的工作和生活安排都产生复杂而又重要的影响。这个时候,交通事故纠纷双方各自主张的是非曲直虽然重要,但纠纷本身对整个城市道路交通产生的阻断效应,以及由此造成的生产和生活的损失,甚至比事故给当事人造成的损失还要大得多。这个时候,这些轻微交通事故的处理,首先需要考虑的是消除事故本身给整个城市交通大动脉所造成的明显而即刻的损害,其次才是事故双方各自主张的是非曲直问题。

在现实生活中,很多交通事故都是通过调解结案的。但交通事故类的调解的一个重要条件,就是法律对交通事故纠纷的处理,往往严格按照合法/不合法二值代码的逻辑展开。如果法院对于交通事故中责任认定是模糊的,那么必然就会导致交通事故发生后当事人争执时间的延长和冲突强度的增强。这必然不利于尽快处理纠纷,恢复交通秩序的处理效果。与此相反,交通事故责任认定越是清晰准确,越是严格按照合法/不合法二值代码进行,当事人就越是能够参照法律责任的框架来迅速达成调解。^[42]因为在事故责任非常清晰的情况下,当事人之间再进行无谓的争执,拖延事故处理,甚至提起诉讼,都不会改变责任的认定,反而会增加双方的成本,纯粹是损人不利己。

交通事故责任越是清晰明确,交通事故案件的裁判越是严格按照合法/不合法二值代码的要求展开,此类纠纷处理的效果就越显著。由此可见,讨论纠纷解决方式的适当性问题,不能仅仅局限于纠纷的内部,同时也要考虑纠纷所产生的外部影响,尤其是此种外部影响的层次和范围。由于社会系统的存在,许多个案的纠纷,都超越了纠纷当事人的层次,也超越了当事人所在的社区或者组织的层次,在一个远为广阔得多的全社会层次,形成“外部辐射效应”,产生深远的影响。

特别需要指出的,此处所谓个案纠纷解决的社会影响,并不单单指个案纠纷解决对社会舆论的影响,同时更多指在社会秩序原理层面产生的各种影响。例如,2019年发生在浙江杭州的“人脸识别第一案”,就对中国的数字和信息产业、金融、电商、安防、娱乐等产业都产生了深远的影响,事实上也对个人生活和社会治理产生了深远的影响。

解决纠纷之个案裁判所形成的各种影响往往是复杂的,既有直接影响,同时也有间接影响。舆论影响仅仅是个案形成影响的一个方面。这种影响的复杂性,往往超越了从事个案裁判法官的能力范围。对法律系统来说,这种对影响的权衡、测算,主要是由民选的立法机关来承担。甚至,由于人类理性的有限性与现代社会的偶联性,立法机关也很难完

[42] 参见兰荣杰:《人民调解:复兴还是转型?》,《清华法学》2018年第4期,第124页。

全掌控未来的所有可能性。因此,在现代社会中,相对于各种具体的实质性目标,现代法律系统更基础的功能反而是通过它的合法/不合法的二值代码性功能,来稳定社会行动者的规范性预期。^[43]

(二)协调规范稳定性与内容可变性的关系

现代社会的偶联性带来的一个必然结果就是,一个行为究竟是合法还是不合法,不再由行为本身的“自然”所决定。现在合法的行为,在将来某个时候,也有可能是不合法的。反之亦然。现代世界的偶联性带来了现代法律系统内容的可变性。尤其是,在现代社会,新现象和新事物层出不穷,这就需要法律及时对这些新现象和新事物作出适当的回应。^[44]于是,不但出现了许多新兴的法律领域,例如工业法、信息法、网络法,而且许多传统的法律领域(例如物权、侵权、合同等)也随着社会的工业化、信息化和数字化,面临着许多新问题和新的挑战。在这种情况下,许多法律问题都没有现成的答案,需要法律系统通过不断的运作和调试,逐渐形成相对稳定的解决方案。

在现代社会,虽然法律的内容是可变的,但法律规范仍然在整个社会秩序中承担着非常基础的作用。换言之,在现代社会中,法律规范是不可取消的。如果取消法律规范,现代社会就会陷入霍布斯式的自然状态之中,充满各种欺诈和暴力,形成一切人与一切人的战争局面。^[45]

在一个充满了各种偶联性,因此充满了各种创新和变化的社会中,法律要发挥作用,就必须保障如下这一点,即:法律的内容虽然可变,但法律并不因为内容发生了变化,变得不再是法律。换言之,法律规范内容的改变,并不会对法律规范的“规范”属性和地位带来致命的损害。法律的形式与内容因此发生了分离。法律的内容虽然可能发生比较频繁的变化,但法律的形式(规范效力)却能够独立于频繁变化的内容,仍然能够被行动者清晰地辨认出来,并且行动者因此而将法律作为法律予以遵守。

现代法理学的一个核心任务,就是对现代法律系统的形式稳定性与内容可变性之间的辩证关系作出有效的说明。其中一种进路是通过法律的“效力”体系理论来说明,例如凯尔森的动态体系理论、^[46]哈特的“初级规则+次级规则”的体系理论。^[47]另外一种进路则是通过权威理论,说明法律效力独立于内容的特征。^[48]

系统论法学用“规范稳定性”和“内容可变性”这一对概念来说明现代法律系统内容与形式的分离现象。系统论法学认为,法律规范在现代社会中的基础性和不可取消性,最终通过现代法律系统的规范稳定性呈现出来。所谓的规范稳定性,就是“规范生

[43] Vgl. Niklas Luhmann, *Konflikt und Recht*, in: Ders., *Ausdifferenzierung des Rechts*, 1. Aufl. 1999, S. 86.

[44] 参见[美]P. 诺内特、P. 塞尔兹尼克著:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第81-87页。

[45] 参见泮伟江著:《当代中国法治的分析与建构》,中国法制出版社2017年版,第124-141页。

[46] 参见[奥]汉斯·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127页。

[47] 参见[英]H. L. A. 哈特著:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第91-93页。

[48] See H. L. A. Hart, *Commands and Authoritative Reasons*, in Hart, *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*, Oxford University Press, 1982, pp. 243-268.

成的自我指涉性”，也即规范的生成源于规范本身，而非源于规范的内容，因此无论规范的内容如何变迁，规范本身仍然稳定地是规范。当法律规范内容的变更对法律规范地位的损害被减少到最低限度时，对是否要改变法律规范内容的许多顾虑也因此被排除。

规范的稳定性是通过法律系统运作的二值代码性来承托的。更具体地说，通过法律系统的二值代码性，法律规范的合法地位被明确地标签化和象征化。现代法律系统的二值代码性特征因此而发展起来。在合法/不合法的二值代码中，合法的那一侧指涉的是法律的规范性，凡是被分派到合法的那一侧内容，就直接被承认为是合法的；凡是被分派到不合法那一侧的内容，就被剥夺了法律规范的地位和属性。但同时，就内容层次而言，哪些内容是合法的，哪些内容是不合法的，这并不绝对。原先合法的内容也可能会变得不合法，而原先不合法的内容以后也有可能变得合法。

二值代码性是法律系统运作的一个形式特征，因此，二值代码图式本身并不提供任何在合法与不合法之间进行选择的标准。虽然系统的运作更偏向链接合法的那一侧，但判定哪一方是合法的，这本身并不是由合法/不合法的二值代码来决定的。这就需要某种判定标准来补充代码，此种标准被称作是纲要（programm）。^[49] 由于纲要的补充，二值代码图式中，无论是合法那一侧，还是不合法那一侧，又各自产生了新的区分，即对的/错的。^[50] 由此形成了下图的结构：^[51]

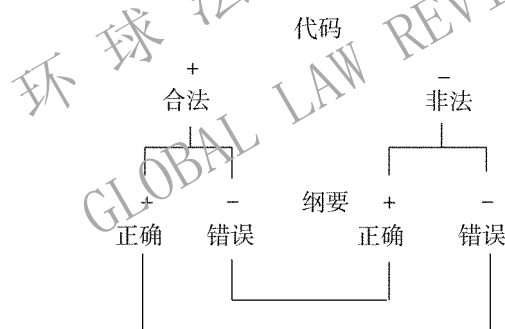


图1 法律系统的代码与纲要

具体来说，法律系统的纲要，就是我们熟悉的各种法律条文、规则和原则等。^[52] 纲要被看作是代码的补充。但这个补充并非可有可无，而是代码的必然需求。纲要使得各种道德的、经济的、政治的价值和原则，重新进入了法律系统内部发挥作用。^[53] 但这并没有破坏二值代码的非此即彼性。就此而言，代码也规定了纲要，划定了纲要发挥作用的界限：它只是发挥对代码的某种补充作用。

[49] Vgl. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, 4. Aufl. 2004, S. 127.

[50] Vgl. Niklas Luhmann, *Das Rechts der Gesellschaft*, 1995, S. 190.

[51] Vgl. Niklas Luhmann, *Die Codierung des Rechtssystem*, *Rechtstheorie* 17 (1986), 171, 195.

[52] Vgl. Niklas Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, 4. Aufl. 2004, S. 127.

[53] Vgl. Niklas Luhmann, *Das Rechts der Gesellschaft*, 1995, S. 193.

传统的法理学由于观察立场、概念设置等的局限,无法观察到法律系统二值代码化的运作层次。因此,它们对法律系统的观察,基本上停留在纲要的层次,并通过对纲要层次的观察,来描述和界定现代法律系统的性质。这不能不说是传统法理学的重大缺陷。

如果将法律系统的运作层次和纲要层次结合起来观察,就能够对现代法律系统形成更为立体和透彻的理解。整个法律系统的基础层次是以合法/不合法二值代码图式所引导的,自我指涉的递归性运作,据此,现代法律系统将自己从自身的环境中分出。法律系统与它的环境不是点对点的一一对应关系。此种经由运作形成的界限,使得法律系统对外部环境中发生的大多数变化保持了某种必要的冷漠。^[54] 但法律系统并不因此与它的环境相隔绝。纲要对代码运作的补充,使得法律系统在运作封闭性之外,获得了某种认知层次的开放性。通过“纲要”的变化,法律系统仍然可以对外界环境保持必要的敏感性。

五 结 论

传统中国是一个以农业为经济基础的农耕社会。虽然早在 2000 多年前,中国就已经缔造了大一统的共同体,但农村仍然构成了中国社会的底盘,城市则像海洋中的一座座岛屿一样被农村所包围。中国传统法律更注重调解熟人社区的纠纷,而不注重陌生人之间的纠纷。交往规范性预期稳定的性格也因此而被塑造。自 1840 年鸦片战争以来,中国的法律与社会都经历了巨大的变迁。尤其是改革开放四十多年来,在工业化、城市化和全球化的过程中,中国社会呈现出了个体化的趋势,具有双重偶联性的特征,已经变成了一个超大规模的复杂社会。^[55] 在转型时期的中国,围绕法律系统的基本功能和特征等基础问题,形成了不同的判断和立场,产生争论,并进而对法律改革的具体思路举措,形成某种摇摆不定的局面,都是很正常的。

例如,在实践层面,最高人民法院民事审判工作指导方针的变化,就特别鲜明地体现了这一点。1956 年,最高人民法院确立的民事审判工作的指导方针是“调查研究,就地解决,调解为主”。1964 年,指导方针又更新为“依靠群众,调查研究,就地解决,调解为主”。^[56] 一直到 1982 年我国第一部民事诉讼法颁布之后,“调解为主”才被修改为“着重调解”。1991 年民事诉讼法修改后,进一步确立了“自愿、合法”作为调解的基本原则。2004 年最高人民法院颁布《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》,以此为基础,时任最高人民法院院长肖扬提出“能调则调,当判则判,调判结合,案结事了”的民事审判指导方针。2009 年在哈尔滨召开全国法院调解工作交流会后,民事审判的指导方针又变

[54] Vgl. Niklas Luhmann, *Differentiation of Society*, 2 *Canadian Journal of Sociology* 30, 30 (1977).

[55] 关于中国社会的个体化趋势,参见泮伟江:《中国社会的个体化意味着什么》,《民主与科学》2023 年第 2 期,第 3-7 页;关于双重偶联性问题,参见泮伟江:《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。

[56] 参见黄双全、王贞韶:《我国民事审判工作方针初探》,《社会科学》1980 年第 2 期,第 113 页。

为“调解优先,调判结合”。^[57]但这个新方针在司法实践中带来很多的问题,也面临着不少阻力,推行了几年后,实践中指导方针又悄然地回调到了2004年的16字方针。

从最高人民法院民事审判工作指导方针的变化轨迹来看,以大众化为特征的调解优先与以专业化为特征的审判优先为两极,我国民事审判工作长期在二者之间摆荡。相对来说,虽然1982年民事诉讼法制定后,以专业化为导向,整个民事诉讼法更重视专业化的审判工作,但调解优先的观念仍然具有巨大的吸引力。这既与转型期中国社会结构的特点密切相关,同时很大程度上也是一个深层次的认识问题:即对现代法律系统二值代码性特征认识的含混不清,以及由此导致的对现代法律系统在功能上与纠纷解决关系认识的含混不清。

在此种语境之下,一方面,我们既要看到中国社会发展的历史传统和惯性,充分发挥调解、仲裁等各种非诉纠纷解决机制化的功效,最大限度地实现社会的和谐与稳定;另一方面,我们也要认识到,当前中国社会正处于向超大规模陌生人社会转型的加速时期,整个社会结构和利益格局都发生了许多本质性的变化。^[58]

现代法律系统二值代码化特征回应了现代社会流动性、多元性和个体化趋势,在化解陌生人之间的纠纷中,具有极大的优势。整个现代生活中,陌生人之间的交往就是以此为基础和参照框架才发生的。明白这一点,我们才会明白富勒在考察和分析调解这种纠纷解决方式后所得出的如下结论:“对于黑色和白色来说,有时候选择灰色或许是一种可以接受的妥协,但是,确实存在着一种情境,其中努力地实现黑白分明是很有必要的。”^[59]

总之,一种以二值代码化图式为基础而运作的法律系统,在当代中国超大规模陌生人社会的治理中,具有不可替代的作用和优势。现代法律系统通过发挥自身严格区分合法/不合法二值代码化运作的特性与优势,能够有效化解各种陌生人之间发生的纠纷。这不但有效促进了现代社会的和谐与稳定,还能够形成面向社会和未来的特定辐射效果,保障社会沟通的规范性预期。这使得现代法律系统在现代社会中处于一种基础参照框架的地位。在这种情况下,关于现代法律系统运作上合法/不合法二值代码化特征的研究和思考,或许特别具有理论和实践上的意义。

[本文为作者主持的2018年度国家社会科学基金项目“新时代超大规模陌生人社会治理中法治化问题研究”(18BFX016)的研究成果。]

[57] 参见徐昉:《“调判结合”的困境:以民事审判结构理论为分析框架》,《开放时代》2009年第6期,第100页。

[58] 已经有许多研究指出,在此种社会转型的背景之下,适合运用调解方式来化解的、发生在熟人社区的传统纠纷类型逐渐减少,而发生在陌生人之间的纠纷类型则大量涌现。这种情况尤其发生在北上广深这样的超大规模城市。参见何永军:《乡村社会嬗变与人民调解制度变迁》,《法制与社会发展》2013年第1期,第83页;朱新林:《人民调解:衰落与复兴——基于1986-2009年人民调解解纷数量的分析》,《河南财经政法大学学报》2012年第4期,第174-184页。亦可参见郭松:《人民调解解纷数量为何下降——超越已有理路的新论说》,《清华法学》2010年第3期,第154-163页;郑杭生、黄家亮:《论现代社会中人民调解制度的合法性危机及其重塑——基于深圳市城市社区实地调查的社会学分析》,《思想》2008年第6期,第6-12页。

[59] Lon L. Fuller, *Mediation - Its Forms and Functions*, 44 *S. Cal. L. Rev.* 305, 328 (1971).

The Binary Code Characteristic of the Modern Legal System

[**Abstract**] One of the fundamental characteristics of the modern legal system is that it operates strictly through the schema of the lawfulness/unlawfulness binary code. This means that all operations in the legal system are subject to and at the service of the adjudication that an action or claim is either lawful or not and there is no third possibility. One of the most important conditions of the emergence of binary code is the contingency of modern society, which means neither necessary nor impossible. More and more people realize that it is impossible to completely eliminate disputes. By judging disputes, the modern legal system can recognize different types of dispute and memorize them, and then use judicial decisions to make new legal rules. Through this process, it enhances both the sensitivity and the tolerance of modern society to conflicts and, to this end, it develops the binary code inside itself. The modern legal system constructs an artificial space of contingency in which lawfulness and unlawfulness can transform into each other. The schema of the lawfulness/unlawfulness binary code is asymmetry, which means that almost everyone pursue lawfulness, but not unlawfulness. Through this schema, the legal system combines its generality and specificity, thereby making itself much more sensitive to and capable of working more efficiently with the issue of legality. One of the important consequences of the binary schema is the paradox of law, that is, the problem of legality of law. In modern society, the rapid change of the contents of legal norms should not undermine the status of legal norms. In the schema of binary code, the status of a legal norm has nothing to do with its content but everything to do with which side it stays. The binary code is the structural characteristic of modern law, which is supplemented by the legal program inside the legal system. Because of the relationship between the binary code and the program, the modern legal system constructs itself as an operationally closed but cognitively open autopoietic system. The description and explanation of the binary code of the modern legal system is very important. It gives a brand-new answer to the question of “What is law?” and can explain the separation of law and morality much clearly. What is more, it can also explain the separation of law from politics, religion, economics, art, etc. The modern legal system is different from the modern politic system, the modern economic system, the modern art system, and the modern religion system exactly because they have different binary codes. It is also of great significance for understanding the transformation of China’s legal system and society. The function of law is to guarantee the stability of expectations. The binary code of the modern legal system is developed to serve this function. China is becoming a super-scale complex society, so the binary code of the modern legal system is also very important for the Chinese society.

(责任编辑:田 夫)