



自创生视域中的法律与社会

——卢曼法律自创生理论研究*

杜健荣

提 要：德国社会学家尼克拉斯·卢曼所提出的法律自创生理论，是当代法社会学最具创新性的理论成果之一，但是目前对于该理论的研究和探讨仍然是不够充分的。通过对其理论基础、发展脉络及核心问题的梳理分析，可以看出法律自创生理论的形成首先立足于卢曼在社会系统理论中对自创生范式的引入，并通过对功能特定化和符码化的结合，建立起法律系统以封闭的运作生产自身统一性的观念，论证了法律作为一个自创生系统的属性。在此基础上，他围绕法律与社会的关系这一问题，阐明了在自创生视域中法律系统与作为整体的社会系统和其他社会次系统之间的关系。该理论提供了一种认识现代社会中的法律的新框架，对我们更为深入地理解法律及其与社会的关系具有十分重要的意义。

关键词：卢曼；法律；社会；自创生

一、导言

尼克拉斯·卢曼（Niklas Luhmann）是当代最重要的社会学家之一。在其漫长的理论生涯中，他一直致力于开创一套整体性的社会理论，为社会学提供具有普遍性的理论基础，并进而将其运用于对政治、经济、法律、宗教、科学等各个领域的分析当中，最终形成了一套博大的理论体系，建立起一种关于社会——特别是现代社会——的新图景。就其研究领域而言，法社会学是一个重要的组成部分，它在卢曼的整个理论体系中占有十分重要的地位。这不仅是因为对法律的社会学分析较为显著地体现了其社会系统理论的特色，同时也缘于其对法社

* 作者杜健荣，男，云南大学法学院讲师，吉林大学法学博士，研究领域为法哲学、法社会学，代表作有《法律与社会的共同演化——基于卢曼的社会系统理论反思转型时期法律与社会的关系》、《融合与超越——对卢曼法社会学理论比较分析》、《法社会学视野中的程序正义》等。E-mail: Dujianrong@163.com

社会学理论的建构也充实和发展了他的整个社会系统理论。

从总体上看，卢曼法社会学理论的发展经历了两个阶段。在 20 世纪 70 年代，他首先通过对古典法社会学理论和当代法社会学理论中若干问题的反思，确立起“复杂性”这一研究起点，并以“法律作为社会系统的结构”这一基本观念为主轴，从静态和动态两方面阐述了他对于法律与社会之间关系的见解。在静态方面，他分别从时间、事物和社会三个维度分析预期对于社会秩序的形成所具有的重要意义，进而得出法律就是“规范性行为预期的一致的一般化”的深刻洞见。在动态方面，则提出了一种与社会演化关和社会分化理论结合在一起的法律演化的三阶段论，并通过对现代社会中功能分化的强调，较为深入地阐述了法律作为一个社会次系统从社会中分化出来的结论。

在 80 年代中期，卢曼的理论发生了重要的转变，这首先表现在他对社会系统理论的创新中，他把作为自然科学研究成果的自创生概念引入社会系统理论，建立起一种新的社会观察模式。在此基础上，他进一步将这种新模式应用于对各个社会次系统——诸如政治、经济、法律——的分析，从而更新了社会学在各具体研究领域的传统认知。其中，对法律系统的应用是卢曼所致力于的重要领域，因为在他看来，由于法理学和社会学所针对的研究对象不同，很难以一种传统的方式将二者结合起来，在现实中社会学很少对法理学产生影响，所谓的法社会学也是其名难符。由于“我们无法期待法理学，或者社会学能够从根本上改变对这些问题的提出方式”，¹因此只能寻求新的理论资源，而自创生理论正具有解决这一法学和社会学长期以来所未能解决的问题的可能性，实现一种理论上的“迂回前进”。在 1985 年《法社会学》英文版结语当中，他明确指出了这种转向——即自我指涉和自我再生产的系统理论的发展——对法社会学研究所带来的启发，并据此提出了一些纲要式的观点。²尽管这些观点缺乏深入的阐述，但是其中不少洞见都对其后来的理论发展具有基础性意义，比如法律在规范上的封闭和认知上的开放。在 80 年代后期至 90 年代初期，卢曼陆续发表了多篇重要的文章来阐述他的这一思想，³而于 1994 年出版的《社会的法》一书，⁴则可以说是该理论最集中、最全面的展现。

通过将法律视为一个自创生系统，来重新认识法律及其与社会的关系，这一转向标志着卢曼的理论建构进入了一个新的阶段。该理论一经提出，就受到了学术界的广泛关注，围绕这一主题已经举行了数次国际性学术研讨会，也产生了为数不少的研究成果。但是，就目前的成果而言，现有的研究还存在着一些不足之处，这些不足可以大致归结为以下几个方面：首先，鉴于该理论的新颖性与复杂性，许多学者都采用一种对核心概念进行个别阐释的方式对其进行重构，这样做虽然有助于把握卢曼在相关问题上的具体观点，但是却忽视了这些概念或问题之间的关联性。由于这些核心概念间具有一种互为基础的循环关系，仅仅通过概念重构并不能有效厘清其思想脉络，也无法揭示其问题意识和理论诉求；其次，现有的研究主要把焦点集中在卢曼对法律系统之内部运作的分析上，而甚少注意到其理论所包含的法律与社会的关系这一主题。再次，现有的研究比较注重强调这一理论的新颖性和独特性，但是对其在法社会学这一理论脉络中所处的位置和做出的创新没有给予足够的重视，而这种认识上的缺失又导致了对该理论的一些误解。正是由于这些不足的存在，使得进一步的研究和探讨仍然十分必要。而作为对上述不足的回答，本文试图通过对该理论的一种整体性重构来阐明卢曼法律自创生理论的理论基础、发展脉络和核心问题，以加深我们对于该理论的认识和理

¹ Niklas Luhmann, Law as a Social System, *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, No. 1&2. (1988-1989)

² Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge & Kegan Paul plc., 1985, pp.281-288.

³ 这些文章包括：“The Unity of Legal System” and “Closure and Openness: on Reality in the World of Law”, in Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987; “Law as a Social System”, in *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, No. 1&2. (1988-1989); “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, in *Cardozo Law Review*, Vol.13, No.5. (1992); “The Self-Reproduction of Law and Its Limits”, in his *Essays on Self-reference*, New York: Columbia University Press, 1990.

⁴ 该书英文版书名翻译为《法律作为一种社会系统》(*Law as a Social System*)，于 2004 年由牛津大学出版社出版。

解。值得说明的是，所谓的整体性重构并非意味着要将所有相关问题都纳入讨论，而主要是强调这一理论在发展过程上的前后相继性和逻辑上的完整性。

本文的结构安排如下：在第二部分中，本文首先将对“自创生”概念在生物学中的原初含义进行说明，并进而考察卢曼是如何将自创生范式引入其社会系统理论当中的；在第三部分，本文将着力分析卢曼如何通过对系统“统一性”和“运作封闭”的建构，来实现对法律系统自创生属性的阐明；在第四部分，本文将在对相关批评意见进行反思的基础上，揭示法律自创生理论一直为人们所忽视的核心问题，并阐述卢曼在此问题上所达致的基本结论。在最后一部分，本文将对该理论所具有的意义进行简要的讨论。

二、自创生理论在社会理论中的引入

无论对于自然科学还是社会科学而言，“自创生”（autopoiesis）都是一个新颖的、甚至是生僻的理论概念。这一概念来源于智利生物学家马图拉纳（Humberto Maturana）和瓦列拉（Francisco Varela）在 20 世纪 70 年代所开创的神经生物学理论，马图拉纳和瓦列拉希望通过他们的研究，回答“生命是什么”这样一个问题，也可以说，是什么使生命与其他现象得以区分开来，比如说如何区分一匹马与一辆汽车。⁵对于这一问题，先前的研究者已经提出了多种不同的解释，但是这些回答都不能令马图拉纳和瓦列拉感到满意，以至于他们认为有必要从一个全新的角度来研究这一问题。

他们以最基本的活体细胞为对象来着手进行研究。一如我们所知，一个细胞是由细胞膜包围而成的各种结构组成，包括核酸、线粒体、溶酶体当然还有它内部产生的各种各样的（通常也是复杂的）分子。这些结构发生着持续的化学相互作用。而对于细胞膜来说，这种相互作用就是它与外部介质的关系。所以细胞实际上是一种动态的、包含着惊人复杂性的化学网络。但是，这种复杂的网络，正如另一位自创生理论的研究者 John Minger 所说，与一个同样是生产复杂化学产品的化工厂的差别又在哪里呢？⁶马图拉纳和瓦列拉认为首先要考察两个相关的问题：（1）细胞在生产什么？以及（2）是什么生产了细胞？他们通过对这两个基本问题的考察发现，一方面，细胞是在生产细胞体内的复杂的或者简单的物质，另一方面，细胞则是由细胞体内的物质所生产的。也就是说，通过外部媒介输入的基本化学材料的帮助，细胞生产了它自己的构成。而将这两方面综合起来，我们就会发现，细胞正是通过对自身构成要素的生产而生产了细胞自身，这是一个封闭的、递归（recursive）的生产过程。⁷在他们看来，这种认识适用于所有生命体，而且，这也正是生命体与非生命体之间最为根本的区别。Minger 为这一结论提供了一个较为直观的图式：⁸



马图拉纳和瓦列拉创造了一个新词——autopoiesis——来说明系统自我生产的特质，以取

⁵ John Mingers: “An Introduction to Autopoiesis-Implications and Applications”, *Systems Practice*, Vol. 2, No. 2. (1989)

⁶ John Mingers: “An Introduction to Autopoiesis-Implications and Applications”, *Systems Practice*, Vol. 2, No. 2. (1989)

⁷ “递归”是一个数学上的术语，主要指一个函数中使用到这个函数本身，例如在程序设计语言中，程序调用自身的编程技巧称为递归，函数/过程/子程序在运行过程中直接或间接调用自身而产生的重入现象。

⁸ John Minger, *Self-producing systems— Implications and Applications of Autopoiesis*, New York : Plenum Press, 1995.

代原先被普遍采用的“循环组织”等表述。在 1974 年的一篇文章中，他们首次提出了这个新的术语，其中 *poiesis* 是一个希腊名词，意为创造、生成，而 *auto* 则意味着自动。根据他们的定义，所谓自创生系统是指“那些被界定为统一体的系统，界定为构成要素的生产网络的系统，这些构成要素透过它们的互动往复地生成与实现这种网络，这种网络产生了这些构成要素，而且这种网络在这些构成要素存在的空间中，构成网络的界限，此界限作为网络的构成要素，参与在网络的实现过程中。”⁹而为了进一步说明生命系统的这一特征，他们将生命系统描述为一台自创生的机器（*autopoietic machine*）。所谓自创生的机器是指一个作为生产构成要素的要素生产过程网络而组织起来的机器，通过这些要素之间的互动和转变，持续地革新和实现生产他们的过程的网络。这就不同于那种诸如人造机器一类的“他创生”（*allopoietic*）的系统，因为“没有其他任何种类的机器可以做到这样：他们的产品永远都是不同的自己。由于自创生系统同时身兼生产者和产品，因此也可以将他们称为循环系统，它们是在一个闭环上进行生产。”¹⁰这种自创生的机器具有如下特征：¹¹首先，自创生机器是自治的，它们使所有改变从属于其自身组织的维持；其次，它具有独特性，即通过持续生产保持其组织的不变而保留了特性；第三，它的运作在自我生产的过程中确定了自身的边界，而他创生系统的边界则是由观察者所界定的；第四，自创生机器没有投入与产出，但是它可以被独立的事件所扰动，并经历内部结构变化以抵消这些扰动。系统中所发生的事件都定时间点上的系统结构所决定的，因此，虽然我们可以说环境中所发生的事件能够引发系统中的结构变动，但是这样的结构变动是由系统自身的结构所决定的。

这一新的发现对系统理论带来了巨大的冲击。在早先的系统理论中，系统被视为一个封闭的构成，它以内稳定的方式维持自己，并且在达致平衡状态之后就不会变化。在这一理论中，主导性的区分是部分与整体间的区分，整体被视作是各部分的总和，而研究的着眼点则集中于部分与整体及部分之间的关系。由于不能有效地解释系统的存在及运作的实际状态，封闭系统理论逐渐被开放系统理论所取代，这一理论把系统认为是向环境开放的，比如说一个生命有机体，处于连续不断的流入与流出之中，在其组分的不断构成与破坏中维持自己，这样就把研究的重心转移到系统与环境的关系到来。作为一种全新的系统观，自创生理论在肯定系统与环境之间相互关联的基础上，否定了开放系统理论所总结的系统与环境间的交换与渗透关系，转而强调系统内部活动的自我指涉与自我组织。它对系统的存在状态提出了新的解释：“系统动态是处于相对封闭的互动网络中；环境是系统组成的要件，它处于系统的基本互动领域内，系统/环境关系是内在决定的。……系统因此类同于太极图，成为一无始无终封闭的互动圈；变迁的来源，肇始于整体系统中随机产生的变异，而非外在环境的干扰。”¹²

卢曼敏锐地意识到这一改变所具有的重要意义。在他看来，如果说从封闭系统理论到开放系统理论的转变构成了系统理论中的“第一次范式转换”，那么从开放系统理论到自创生理论的转变则称得上是“第二次范式转换”，这种新的研究范式对于社会学研究可能带来极为深远的影响：

在一般系统理论中，第二次范式转换引发了令人瞩目的转变——例如，从关注设计与控制转变成关注自治和环境敏感性，从关注设计转变成关注演化，从关注结构的稳定转变成关注动力学的稳定。在整体与部分的范式中人们必须将在难以理解的属性安置在某些地方——无论是整体的属性（整体大于其部分之和），或者是体现整体的、居于等级体系顶端的属性。相反，在自我指涉系统的理论中，归于系统的

⁹ Humberto Maturana, “Autopoiesis”, in Milan Zeleny (ed.), *Autopoiesis: A Theory of Living Organization*, New York: North Holland, 1981, pp.21-30.

¹⁰ Humberto Mariotti, “Autopoiesis, Culture, and Society”, <http://www.oikos.org/mariotti.htm>.

¹¹ Humberto Maturana; Francisco Varela, *Autopoiesis and Cognition-The Realization of the Living*, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1980, p.81.

¹² 侯东成：“社会系统理论的理论发展契机探索”，《暨大学报》第五卷第一期（2001年）。

一切(包括可能出现的顶端、边界及剩余物等)都被包容在自我生产中,因而对于观察者来说,一切神秘的东西都被消除了。这意味着一种使系统理论可能以新的方式关注社会学的进展。¹³

将自创生范式引入社会学研究中,意味着社会实际上也有可能被作为一个自创生系统来进行分析,即社会的构成要素通过要素构成的网络而不断地被生产和再生产出来,而且它们不能外在于这样的网络而存在。¹⁴当然,这并非是对自创生理论的简单套用和类比,正如许多研究者都已经意识到的,自创生理论在社会学研究领域的运用,无论是将其应用于作为整体的社会系统,还是作为社会次系统的法律系统,都不是可以直接进行而不需要进行理论上的转换的。我们能否将一种产生于自然科学的理论成果用来解释社会,还需要对其可能性加以证明。

在社会学传统中,已经存在着将社会与生物有机体加以类比的¹⁵做法。19世纪的社会学家——比如孔德、斯宾塞或涂尔干——都曾将社会与有机体进行类比,其中斯宾塞的做法最为典型,他从将生物类比于社会出发,认为一个社会与一个单个的人一样,是按照相似的体系组织起来的。¹⁵不可否认,这种类比富于形象性,但是也存在不可避免的缺陷,因为这种类比会忽视社会作为整体所具有的不同于生物有机体的独特性。卢曼充分意识到了这一点,他特别指出:“这并不必然意味着心理系统和社会系统现在也将被依据生物系统的模式进行阐释。他们之间一种简单的类比,即作为一种仅仅是从生物学术语到社会学术语的隐喻式的转换,是无法达到所期望的目的。”¹⁶对他来说,将产生于生物学领域的自创生理论应用于对社会系统的分析,并不是将其作为一种隐喻来加以使用,而是要通过对这一概念的一般化,使之成为能够描述社会实在的概念。在1988年发表的一篇文章中,他指出:“真正的挑战毋宁是建构一种关于自创生系统的一般理论,它能够与现实中各种各样的基础相联系,并能够记录和处理来自诸如生命、意识以及社会沟通的不同领域的体验。”¹⁷这种一般理论是以自创生中的“自我指涉的封闭”为基础而展开的,因为在卢曼看来,不管何种类型的系统,只要能够达到这种自我指涉的封闭程度,都应该被认为是自创生的:

以生命作为自创生系统的自我再生产的一种模式,这使得自创生理论并未真正达到一般系统理论的层次,此一层次会将大脑及机器、心理系统、社会系统、社会及短期互动等事物包含在内。从这个观点来看,有生命的系统只是一种系统的特殊类型。然而,如果我们走到“生命”这个概念更加抽象的层次,而把自创生界定为运用自我指涉封闭性之系统形构(system-building)的一般的形式,那么我们便必须承认有非生命的(non-living)自创生的系统,有不同的自创生的再生产模式,以及有自创生组织的一般原则。¹⁸

这种对自创生概念的一般化的可能性,是自创生理论的创立者所未曾洞见到的。马图拉纳和瓦列拉曾经对社会系统进行过深入的分析,在他们看来,人类存在的核心特征在于这种存在发生于一个语言的认知的领域当中,这个领域就是社会。社会系统是由作为自创生系统

¹³ Niklas Luhmann, *Social System*, Stanford: Stanford University Press, 1995, p.10.

¹⁴ [德]尼克拉斯·卢曼:“社会系统的自我再制”,汤志杰、邹川雄译,《思与言》第32卷第4期(1994年)。

¹⁵ “聚集体的特性是由各组成单位的特性所决定的。……已知组成单位的性质,那么它们所承担集聚体的性质就已经预先决定了,……组成单位的特点决定它们形成的整体的特点,这显然既适用于其他事物也适用于社会。”参见[英]赫伯特·斯宾塞:《社会学研究》,张宏晖、胡江波译,北京:华夏出版社,2001年,第40-42页。

¹⁶ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, No. 1&2 (1988-1989).

¹⁷ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, No. 1&2 (1988-1989).

¹⁸ [德]尼克拉斯·卢曼:“社会系统的自我再制”,汤志杰、邹川雄译,《思与言》第32卷第4期(1994年)。译文中将 autopoiesis 翻译为“自我再制”,为了保持概念使用的一致性,这里统一改为“自创生”。

的人类，通过互动而构成的。个人可以同时是许多社会系统的成员，他可以参与，也可以退出。因此，社会系统的存在对于个人的自创生来说具有重要的意义。¹⁹但是，他们两人并不认为可以在社会系统与生命系统之间进行类比，特别是瓦列拉，就曾经明确表示说不具有生命的社会无法实现自创生。的确，如果按照传统的观念，仍然把社会视为是由个人所构成，则很难把社会描述为一个不断再生自身构成要素的系统，因为社会本身并不能够产生生物学意义上的个人。这也就意味着，如果要把社会描述为一个自创生系统，还必须经过对社会之构成要素的观念上的转变。卢曼在这一点上可谓先行一步，实际上，从其理论发展初期开始卢曼就明确对那种将个人视为社会系统基本构成要素的观点表示了反对，他认为在社会与个人之间存在着极为重要的区别：“社会作为有意义地相互关联的活动的结构化系统排除具体的个人。人类是作为由心理系统所引导的有机体而存在的。……换言之，将行动连接到社会系统的有意义的脉络与意义地引导的真实的或可能的人类行动的脉络是绝然不同的。”²⁰因此，他认为传统理论将社会类比为有机体的做法对于社会学来说是不充分的，而且过于具体，社会学如果希望成为一种分析和抽象的科学，就只能对具体的人保留一种“选择性的兴趣”。

对此，卢曼提出了一种全新的社会构成观来回应这一问题。他认为，社会作为个人互动的产物，其真正的构成要素不应该是个人，而是形成于个体之间、又超越于个体而存在的“沟通”(communication)，“社会系统是由沟通构成的。这里没有其他的要素，没有进一步的物质，而只有沟通。社会不是由人类的身体或者心智建造起来的。它仅仅是一个沟通的网络。”²¹换言之，社会是基于沟通而“突现”(emergence)的。所谓沟通，是一个由表达——信息——理解三部分构成的整体，“只有当自我观察到了信息和传递之间的差异、能够期待这种差异、理解了这一差异，并且能够在这—差异的基础上选择自己的反应行为时，才能出现沟通。”²²换言之，自我不仅要感知到表达的行为，同时也要理解这一表达所具有的信息。这一点并不难理解，实际上，当一个人意识到了某种信息，但不能确定这一信息是要传递给他时，无法产生沟通。当他意识到了某种信息，并且确认这一信息被传递给他，但是没有理解这一信息的内容时，沟通也无法产生。只有当他意识到了某种信息，确认自己是这一信息的接受者，并且理解了（包括误解）信息时，才能达到沟通的效果。

这种新的构成要素所具有的超个人特质主要体现在，虽然沟通只有在两个以上的主体相遇时才有可能发生，但是它并不依赖于个体间的共识或相互理解。对于行动者来说，互动双方的意识对对方来说都是暧昧不明的，然而即使这样，沟通仍然能够进行，因为沟通不仅包含理解，也包含误解。这意味着，意识无法进入沟通系统，沟通只负责沟通而不思考，意识负责思考而不沟通。这正如卢曼所指出的：“有两个以上的行动者所形成的社会互动，一旦从他们的个人意识中区分出来，要求使意识符合社会需求的共同协议部分，就脱离开个人意识的控制而在社会互动所造成的社会系统中记录和留存下来。……通过这样的途径，社会系统就被个人的心理系统所渗透，但同时保留其自律性。”²³沟通不是一个意识事件，也不是一个主体性的事件，也就不存在主体间性的问题。沟通只是从诸多可能性中偶然地实现了一种可能性，只要这种可能性持续存在，沟通就可以持续进行。

由此可见，沟通所具有的超个人特质使得它可以避免“生产”这一词语对于个人所具有的实质性意义，它不仅可以、而且是内在要求一种连续不断的自我再生产，从这一角度来看，社会就是一个不断通过沟通的生产而进行自我再生产的实体，这样一来，自创生理论就得以妥贴地与社会理论融合在一起，成为一种适宜于对社会进行描述的理论模型。

¹⁹ Humberto Maturana; Francisco Varela, *Autopoiesis and Cognition—The Realization of the Living*, Holland: D. Reidel Publishing Company, 1980, pp.xxiv-xxx.

²⁰ Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge & Kegan Paul plc., 1985, pp.104-105.

²¹ Niklas Luhmann, “Modes of Communication and Society”, in his *Essays on Self-reference*, New York: Columbia University Press, 1990, p.100.

²² Niklas Luhmann, *Social System*, Stanford: Stanford University Press, 1995, p.152.

²³ 高宣扬：《鲁曼社会系统理论与现代性》，北京：中国人民大学出版社，2005年，第164页。

三、法律的运作封闭与自创生

在将社会系统描述为一个自创生系统的基础上，卢曼进一步将这种理论模式应用于对社会系统的各功能次系统的分析中。法律系统作为对社会具有重要意义的次系统，是这一理论推进的首要对象，卢曼试图说明，法律系统也是一个自创生系统，它通过自我指涉的、递归的运作，不断地对自身进行再生产。

但是这种理论上的推进面临着一个新的问题，即次系统的自创生与次系统作为社会不可分割的一部分这一基本观点在直观意义上存在冲突。在一些研究者看来，法律系统作为社会的一部分，必然要依赖社会的供给，受社会其他领域的影响，如果把社会看作是一个自创生系统，那么法律系统就应该是整个自创生的一部分，怎么可能又成为一个自创生系统呢？正如 Arthur J. Jacobson 所说，由于法律是社会系统的一部分，法律沟通必然也是一种社会沟通，因此，即使是一个高度分化的法律次系统也不能明确地维持对自创生所要求的法律符码的生产和再生产的绝对控制。²⁴对此，确实有必要提出这样的问题：自创生中的自创生究竟如何可能？

这的确是一个值得思考的问题，也可以说是法律自创生理论一个认识上的难点。当然，如果我们回到自创生理论的创始人——马图拉纳和瓦列拉——那里，这样的问题并不难于回答，在他们的理论当中已经涉及到关于自创生系统的嵌套问题，即在一个较大的自创生系统中存在着较小的自创生系统，比如说，人的神经系统作为一个自创生系统，而构成神经系统的细胞也是一个自创生系统。²⁵这虽然表明了自创生系统中包含一个或多个较小的自创生系统是可能的，但是在社会系统与有机系统之间并不能够进行简单的类比，因此，卢曼显然无法仅仅依据神经系统和细胞之间的关系来说明这一问题，而必须进行新的理论建构。就这一问题而言，只有首先阐明法律系统作为一个社会系统所具有的可区别性，也即说明作为社会的次系统也能够建立并维持自身的统一性（unity），才有可能说它也是一个进行封闭运作和对构成要素进行自我再生产的系统。而卢曼相信这一点也是可能的：尽管参与社会的再生产并不必然也使次系统称为自创生的，而且“法律系统自身的统一性并不能仅仅根据社会的统一性来进行解释”，但是“当参与社会沟通，它仍然能够找到其自身形成在次系统的环境中没有等价物的基本要素的模式。”²⁶

实际上，换个视角看来，次系统的统一性的生产和维持，其实也就是其自我再生产的过程。所谓统一性，是指系统自身边界以及与其他社会功能次系统的区别问题，这同时也是关于什么是系统边界的问题。这对于社会次系统的分析来说至关重要，因为这构成了区分法律与非法律、法律系统与其他社会次系统之间的差别的依据。我们之所以能够谈论法律系统与社会系统之间的关系，就是因为我们能在它们之间进行区分。问题在于，在既有的理论中并没有一种能够充分说明这一统一性的先例。卢曼认为一些早期的学者运用法律的等级渊源所进行的建构就是一种初步的尝试，即通过永恒法、自然法、实证法这些不同法律形态之间效力上的区分来建立一种法律的统一性，但是这种做法需要一定的社会条件作为基础，那就是依赖于阶层化的社会系统和一种世界的等级结构。当这种条件不复存在，就必然要寻求新的途径来说明这种统一性。卢曼认为，当我们使用“系统”一词的时候，就已经假定了系统的统一性，但是却常常忽视了系统是如何取得这种统一性的问题，在他看来，法学家满足于对于“一致性”的描述，即把统一性理解为法律决定之间的相互依赖，而法社会学则仅对法律

²⁴ Arthur J. Jacobson: “Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann”, *Michigan Law Review*, Vol. 87, No. 6. (1989)

²⁵ Humberto Maturana; Francisco Varela, *Autopoiesis and Cognition*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980.

²⁶ Niklas Luhmann, “The Unity of Legal System”, in Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.19.

和非法律变量之间的关系感兴趣，从而使得许多重要的问题都没有得到阐明，比如说法律与政治之间的区分问题，因此他才说“不存在一个关于法律统一性的清晰的概念”。²⁷

由于这样的原因，卢曼提出了一个新的概念来弥补原有理论的不足，即“运作”(operation)。在他看来，区分系统的结构与运作是非常必要的。在传统法律理论当中，“法律系统”一词常常被认为是指称一套法律规则或者制度，因此这个词也被翻译成“体系”，旧有的法律理论，也都特别注重对法律规则的分析，比如凯尔森，就认为应该把研究中心放在法律规范的应然性上，而哈特的承认规则所关注的也是结构。他们对于法律实际上是怎样运行的这一问题，并没有给予充分的注意。对于系统理论来说，这种认识是不充分的，规则或规范对于法律系统来说，仅仅是该系统的结构，而不能代表系统的动态情形，因此，就需要一个新的概念来说明系统究竟是怎样基于其结构而运转的，这一概念就是运作。

这一概念上的转换具有十分深远的意义。如果我们将关注的重点从结构转移到了运作，那么所关注的基本问题就不再是法律系统如何建立一套连贯的规则体系，而是运作如何生产系统与环境之间的差异，以及系统如何区分哪些运作属于系统而哪些运作属于环境。当然这并不意味着结构是不重要的，因为运作必然要依赖于结构，而且，在结构与运作之间存在着一种紧密的联系，一方面，结构只有通过运作才能够被建立或改变，另一方面，运作又需要结构来加以特定化。但是，“法律的统一性并非受任何稳定观念所赐，而是来自于运作的生产以及再生产特定的法律意义。”²⁸也就是说，真正划分法律系统的边界的，并非是由法律规则所构成的系统结构，而是系统的运作。从根本上说，系统就是实际地执行的运作的脉络，法律系统的统一性是由法律系统的运作来生产的。他明确指出：“我们假定法律系统的统一性只有通过系统自身才能生产和再生产。……法律系统通过自身的运作创造了自己的版图，只有这样他才能在社会中发展出一个法律的社会环境。……系统的统一性是由系统的运作来生产和再生产的。”²⁹相对于结构的稳定性而言，系统的运作是短暂的，它作为一个“事件”(event)，不断地产生并消失。运作没有持续性，因而也不能被改变。同时，法律系统又是一个具有自我确定结构的系统，因为自创生的表现并不仅仅是通过一个运作生产另一个运作，同时也是通过以这些结构为取向的运作，对结构进行充实和确定。

然而，仅仅有运作并不足以说明系统所能够具有的自我再生产的特质，进行自创生的运作必须是一种封闭的运作。上文已经提到，在开放系统理论中，系统的运作是开放式的，即通过从环境中获取投入，然后制造出产出，系统与环境处于一个不断的交换过程当中。在这种理论看来，系统与环境之间的物质交换是必要的，只有通过这种交换，才有可能达到一种均衡的状态。但是，自创生理论改变了这种观念，马图拉纳和瓦列拉揭示了自创生系统的封闭性，而卢曼在他的理论中继受了这一观念，他认为只有通过封闭的、自我指涉的运作，才有可能实现一种运作上的循环，从而完成通过要素的对要素的再生产。因为“内部复杂性的积累只有通过运作封闭才有可能”，³⁰这是一种“来自噪音的秩序”(order from noise)。如果没有这种封闭，系统就无法将它自己的运作与环境中的运作区分开来。”³¹这种封闭性在法律系统中表现为法律运作的自我指涉性，也即：法律沟通总是来源于上一个法律沟通，并且总是指向下一个法律沟通。对于法律的这一特性，已经有研究者进行了阐述，比如 Alf Ross 在 1969 年就讨论了宪法中的自我指涉问题，³²虽然凯尔森希望能够通过对法律规范等级的建立

²⁷ Niklas Luhmann, "The Unity of Legal System", in Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.13.

²⁸ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.78.

²⁹ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.73.

³⁰ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.80.

³¹ Niklas Luhmann, "Law as a Social System", *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, No. 1&2. (1988-1989)

³² 参见 Alf Ross, "On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", *Mind*, New Series, Vol.78, No.309. (1969) 而哈特也曾专门撰文对 Ross 的这篇文章进行了评论。[英]H.L.A.哈特：“自我指涉性法律”，载哈特：《法理学与哲学论文集》，支振锋译，北京：法律出版社，2005 年，第 181-192 页。

来避免这种自我指涉，但是正如图依布纳所评论的：“法律渊源的等级制度只是一种不充分的企图，即企图通过逐级堆叠变为层面来避免这种最初的自我指涉，变位层面的顶层与底层是一回事。”³³也就是说，所谓的“基础规范”，既是最高规范，也是最低规范。

对于法律系统这种运作上的封闭，卢曼并非仅仅从自我指涉的角度进行说明，他还更为深入地讨论了这种运作封闭所需要具备的基本条件，它们分别是法律的功能特定化和符码化：

（1）功能的特定化。对于法律的功能问题，卢曼在其理论发展的早期就已经进行了深入的论述，他认为法律的功能应当从其对社会所具有的最基本的意义去寻找，而基于对社会复杂性的化约这一基本命题来说，法律的功能在于维持规范性预期的稳定性，这与其关于法律是规范性预期的一致地一般化这一界定是内在地联系在一起的。而在对法律的自创生问题的讨论中，先前的观点也基本上得到了延续。这一定义是想说明，通过法律，人们可以知道哪些预期将获得社会支持，而哪些将不会，这就增加了社会的确定性，使人们可以生活在一个更加复杂的社会当中而不致无所适从，尽管维持信任的个人或互动机制已经不再充分。值得注意的是，在对法律系统运作封闭的问题上，其所试图强调的，并不是法律系统的具体功能究竟为何，而是法律功能的唯一性以及其对法律的运作封闭所具有的意义。

卢曼对于法律功能的界定有两个基础，一是法律与社会的关联，二是社会的功能分化。首先，法律的功能应该从整个社会的层面来理解，即法律能够为社会完成什么，或者说社会为什么需要法律。在系统理论当中，功能一词本身就是一个关系性的概念，也就是系统能够对其环境所造成的影响，“系统行为所引起的环境中某些事物的有益变化，称为系统的功能。”³⁴因此法律的功能必须与社会联系起来进行观察。其次，法律的功能必须与功能分化这一基础结合起来。受涂尔干的启发，卢曼把社会的分化原则区分为三种形式：区隔分化、阶层分化和功能分化，区隔分化指的是社会按照血缘或地域标准进行分化，它把社会划分成平等的次系统；阶层分化则是以社会等级为依据，划分出以上/下为区别的次系统，因此不同阶层之间的关系是不平等的；而功能分化则是围绕需要在社会中加以满足的特定功能来组织沟通的过程，在这样的社会中，社会分化成不同的功能系统。³⁵这三种分化形式并不相互排斥，但是何种形式占主导地位代表了社会的不同发展程度。根据这样的观点，在一个以功能分化为主导形式的社会中，法律作为一个独立的社会功能系统，它所执行的功能是特定的，即维持规范性行为预期的稳定性。

对于法律功能与社会需求之间的关联不需过多强调，但是对法律系统只执行一项功能这一观点则有必要稍加阐述，因为这与原有的法律功能观有较大不同。在许多研究者看来，法律在社会中实际上承担了、或者说实现了多项功能。比如约瑟夫·拉兹就概括了法律多方面的社会功能，在拉兹那里，主要的社会功能包括防止不利行为和保障有利行为、为个人间的私人安排提供便利、提供服务和福利分配、解决法无规定的争议，而次要功能则包括确定改变法律的程序以及规制法律适用机关的运作。此外还有法律的间接功能。³⁶这些研究者似乎并不在意于从功能上区分不同的社会领域，即认为多个社会领域可以实现同一个功能，或者说不同社会领域的功能之间是可以有交叉的。比如庞德就认为在社会控制这一问题上，法律与道德就是一致的。³⁷但是对卢曼来说，这种法律功能的泛化非但不能说明法律真正的功能之所在，反而会造成模糊，因为如果把法律直接、间接所能达致的效果都视之为法律的功能，那

³³ Gunther Teubner, *Law as an Autopoietic System*, Oxford: Blackwell Publisher, 1993, p.4.

³⁴ 苗东升：《系统科学精要》，北京：中国人民大学出版社，1998年，第41页。

³⁵ Niklas Luhmann, *The Differentiation of Society*, in his *The Differentiation of Society*, New York: Columbia University Press, 1982, p.235.

³⁶ [英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威——法律与道德论文集》，朱峰译，北京：法律出版社，2005年，第169页。

³⁷ “在社会学法理学中，论者是从功能的角度来看待作为整体的社会控制的。于是，法律人意义上的法律和道德都是社会控制的形式，只是社会控制的不同层次而已，或者说只是社会学家所谓最广泛意义上的法律的不同层次而已。”[美]罗斯科·庞德：《法理学》（第二卷），邓正来译，北京：中国政法大学出版社，2007年，第272页。

么我们甚至可以说让律师能够赚钱也是法律的功能之一。功能的多样性将会导致重复的问题，以及使法律的界线变得模糊不清。

针对这一问题，卢曼对法律的功能和法律的表现（performing）进行了区分：法律功能的赋予是通过作为整体的社会的指涉，法律系统的分化是为了满足某种特定的功能；而法律的表现则可以用来解释法律的功能与其他系统的关系问题。按照这一区分，传统上一直被视为法律功能一部分的社会控制和冲突解决都只能被归类于法律的表现。对于那种将社会控制视为法律主要功能的观点，卢曼认为，尽管这样的说法认识到法律的社会相关性，但是其“整合”及“控制”的功能却值得怀疑。因为这种功能具有太多的功能等价物，诸如宗教、道德或政治等系统也能够起到社会控制或整合的作用。此外，将法律理解为对行为选择的限制也是不准确的，因为在很大程度上法律也可以被理解是对自由选择的支持，因此这种控制观并不能真正说明法律对于社会所起到的究竟是什么样的独特的功能。从这个意义上说，它们由于存在太多功能等价物而无法被认为是法律的功能。而对于将冲突解决视为法律之功能的见解，在卢曼看来也是有缺陷的。因为严格说来，法律并不必然能够解决原始的冲突，它只能就与法律有关的问题进行判断，而很难使受到损害的社会关系得以恢复。那种对冲突解决功能的强调，实际上是对日常生活中冲突的深层结构和动机的一种忽视，因为在这些方面，法律的作用是有限的，尤其是冲突双方愿意继续其关系的情况下，传统东方社会常常利用非法律机制来解决冲突就是出于这样的原因。³⁸这意味着，对于冲突的解决，法律只是一种选择，而非唯一的选择，它虽然有可能解决冲突，但同时也是许多冲突的制造者。因此，把法律的功能理解为对冲突的解决，也是不准确的。

通过对功能与表现的区分，卢曼实现了对法律系统功能特定化的说明。在他看来这种功能的特定化对于法律系统的运作封闭具有极为重要的作用，因为“功能的特定化限定了什么能被视为系统的运作，它涉及系统的运作且能够通过对规范运作的取向而被承认。”³⁹换言之，系统的运作需要以功能为导向，一个运作在执行哪一项功能就决定了它属于哪一个系统，一个生产有约束力的决定的运作属于政治系统而不属于经济系统或教育系统，一个以维持规范性预期稳定性为导向的运作属于法律系统而不属于科学系统或家庭系统。

（2）系统运作的符码化。实现法律系统的运作封闭，在法律的功能特定化之外还需要另一项特定的机制，那就是系统运作的符码化，因为在卢曼看来，功能特定化本身还不足以确定法律系统的边界。正如前面已经指出的，法律对于社会而言具有普遍的相关性，即任何社会事物都有可能与法律发生关联，但是显然我们也不能够认为所有与法律有关的事物都属于法律系统，否则法律系统也就将不存在，因此我们需要一种识别机制。在传统理论中，已经出现过许多这方面的尝试，比如把法律界定为主权者的命令，或者是法律组织，但是，这些标准并不足以真正说明法律的边界，或者说至少是不符合以沟通为基本要素的法律系统的要求：主权者的命令仅仅能说明哪些规则可被视为法律，法律机构或者法律人的标准也仅仅能说明某些行动，“在现实中法律系统的运作在很大程度上外在于职业的一一组织的内核，相应地，日常生活中的法律是被完全不同于法律人所看到的和想象的情形所控制”。⁴⁰因此卢曼认为，对于沟通来说，“符码”才是真正有效的区分工具。借助于这种二元符码，我们可以较为简便地识别哪些沟通属于法律系统而哪些不属于，用卢曼的话来说，那就是：“只有以符码为取向的沟通属于法律系统，即分配合法/不合法价值的沟通。只有这种类型的沟通寻求并假定法律系统中的循环网络。”⁴¹

卢曼对于“符码”这一概念进行了颇为复杂的建构。他认为这种合法/不合法的区分来自一种所谓的“双重稳定性”（bi-stability），这样的系统假定两种状态，诸如正/负、0/1、开/关

³⁸ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, pp.169-170.

³⁹ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.94.

⁴⁰ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.99.

⁴¹ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.93.

等等，而所有进一步的运作都要依赖于这一区分。这种双重稳定性要求在逻辑上排除第三值，比如说，在合法/不合法的区分之外，不能还有诸如“共同的善”这样的价值，系统状态必须是非此即彼。对这一符码来说，如果事实符合于系统的规范，那么它就是合法的，也就是体现了符码的正值，而如果事实违反了系统的规范，那么它就是不合法的，也即体现了符码的负值。而只要是运作处理合法/不合法这一区分，系统就承认这是它的内部运作，并将其整合进它的进一步运作的递归的网络当中。在卢曼看来，任何增加符码值的尝试都会使决策变得如此复杂以至于系统无法在运作实践中具有充分的稳定性。而这种二值符码则便于操作，即使对世界或他人没有什么特别的知识，人们也可以知道且可以预期，在什么样的条件下，给予给定的条件，某种事物是合法的还是不合法的。

这种以正值/负值的差异构成的符码，既不是一个规范，也不是一种原则，而是一种结构。但它同时又是一种特殊的结构，因为法律系统的结构还包括了法律的规则，这种类型的结构是可变的，而符码则是不可变的。这种结构具有两项特定的性能：一是无论沟通的内容为何，它都能够被普遍地适用；二是它通过把整体作为差异而重述，使系统的封闭成为可能。从历史上看，合法/不合法这种二元图式的出现乃是最近的成就，而且这种区分出现并非必然，因为在一些社会当中对法律持有一种消极的态度，比如传统中国。这种文化倾向于和解，社会被描述成是和谐的而非由差异构成的。从这样的视角观之，尽管法律可能仍然是疑难案件在技术上的最后凭借，但是并没有使其进一步分化为一个独立的功能系统。⁴²卢曼指出，欧洲法律传统对这一符码的生成具有重要的作用，这是因为它最终建立起一种二阶观察去处理法律中的规范性冲突，它不是使不同规范服从于调解，而是服从于进一步的区分，这种区分将法律塑造为一个符码化的系统。可以说，符码为法律系统（也为其他功能系统）提供了一个与沟通概念相联结的确定系统边界的方法。⁴³通过对符码的观察，可以识别某一个沟通运作是否属于特定的功能系统，从而可以克服那种通过职业、机构或者其他标准所可能带来的问题。这些区分标准的确有可能带来混淆的问题，比如说一个个人要同时在多个系统中承担角色，这就使我们很难清楚地标明他的行动究竟属于哪一个系统。

这种对法律系统的功能特定化和符码化的结合，使我们认识到法律系统实是一个进行封闭运作的系统，这样的系统具有充分的自主性，它通过前后相继的沟通，不断对自身进行自我再生产。在这样的情境中，法律的有效性不再是来源于对外部标准的符合，而是来源于沟通的被接受，因为对于法律系统来说，“有效性是法律系统的一个特征值，即一种由系统自身运作的循环变现所构成的价值，而且不能在其他地方被使用。”⁴⁴

四、自创生的法律与社会

通过上述复杂的理论建构，卢曼达致了对法律系统自创生属性及其运作机制的阐明。在这一新观念中，法律被描述成一个运作封闭的系统，它不能与其环境进行沟通，而只能不断进行合法/不合法的区分。这样的论述很容易使人们认为它所关注的仅仅是法律系统的内部运作，而忽视法律与社会之间的联系。不少研究者都提出，卢曼关于法律系统运作封闭的观点是不能成立的，因为法律与社会生活存在着千丝万缕的联系。从一般观点看来，法律不仅受政治的影响，也受经济的影响，还受道德的影响，比如说律师常常从事经济交涉或者政治游说，法官的任命背后充满政治斗争，甚至被视为法律活动最为封闭的法庭审判的部分，也被认为渗透了各种因素的考量。因而批评者们认为，尽管法律具有一定的自治性，但是却不能把这种自治变成一种绝对的状态，自治只是一个程度上的问题，法律与其社会环境之间既非

⁴² Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.174.

⁴³ 值得指出的是，卢曼认为作为全社会的社会系统本身并不需要符码，这是因为社会系统与非社会系统的区分依赖于沟通/非沟通这一区分就可以实现，因为只有社会系统以沟通作为要素。

⁴⁴ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, pp.124-125.

完全混同，但也不是互相隔绝，而毋宁是受外部影响或大或小的问题。⁴⁵

对于这样的批评，我们可以从以下两个方面提出反驳：一方面，这种批评没有注意到卢曼在运作封闭和因果封闭之间的区分，因而可能并未真正理解运作封闭的意涵。运作封闭指的是法律系统内部运作的自我指涉性与循环性，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——的观念有很大不同。因果封闭必然要求运作封闭，但是运作封闭却不必然导致因果封闭。也就是说，运作封闭的观点所强调的，仅仅是法律系统在运作上的前后连续性和相对于其他系统运作的独立性。实际上，无论在我们看来法院的判决受到政治斗争和道德争论多少的影响，都不得不承认政治系统或道德系统不能代替法院做出决定，而法院也不能仅仅依据政治的或者道德上的理由来进行裁决，相反，法院是依据合法/不合法的判准，在法律系统的沟通网络中，按照相应的程序而进行活动的，这也就恰恰表现了法律沟通的独特性，否则我们就无法解释，在政治斗争和道德争论的各方之间，法律如何能够建立自己的立场。

另一方面，卢曼对于运作封闭的强调，并不意味着他试图将法律与社会隔离开来，而仅仅将注意力集中于法律系统的内部问题。这主要是因为，卢曼对于“系统”的研究是与“环境”紧密联系在一起的，在其理论建构之初，就已经明确了将系统/环境的区分作为其理论的“主导区分”，在他看来，系统理论必须关注系统与环境之间的关系。他非常明确地指出：“一个系统的结构和过程只有在与环境的关联中才有可能存在，而且只有在这样的关联中加以考虑才有可能被理解。……甚至我们可以说一个系统就是它与它的环境之间的关联，或者说系统就是系统与环境之间的差异。”⁴⁶因此，研究社会中的系统，绝不能仅仅关注系统本身，也即不能只关注系统内部的运作与结构，而应当将注意力转移到系统与其环境的关系上来，对于法律而言，自然也应当在系统/环境这一主导区分的指引下，充分认识法律与其环境的关系，而社会就是法律最重要的环境。⁴⁷也就是说，尽管我们可以说卢曼非常注重法律内部的运作与结构问题，但是，这种法律的系统理论必须被放置在法律与社会的关系这一维度上才有可能得到正确的理解。他对于这一关系的建构可以从两个方面进行理解：一是法律系统与作为整体的社会系统之间的关系，二是法律系统与其他社会次系统之间的关系。

首先，在法律系统与作为整体的社会系统之间的关系上，卢曼着重强调了法律系统对于社会的依赖和向社会的开放。虽然他通过结合“符码”与“功能”，并对法律有效性等概念进行重构，将法律系统描述为一个基于特定功能、使用特定符码的运作封闭的系统，同时也强调了法律对于社会的依赖性。依据自创生的一般理论，系统的自创生只有在环境中才可能实现，马图拉纳和瓦列拉已经指出：自创生系统在其对自身的再生产过程中是自主的而不是自足的。也就是说，自创生系统虽然在进行封闭的运作，但是在物质上却仍然需要外部的供给，比如说一个细胞的自创生需要外界提供养分。为了更好地说明这一问题，卢曼引入了一个新

⁴⁵ Richard Lempert, “The Autonomy of Law: Two Visions Compared”, in Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, pp.152-190. 还有不少学者持有同样的观点，比如美国学者 Richard Münch 提出，社会次系统的分化只有在分析的层面上——而不是在经验的层面上——才能达到卢曼所说的那种程度，换言之，在经验的层面上，不可能存在这种所谓“自创生”的情形（Richard Münch, “Autopoiesis by Definition”, *Cardozo Law Review*, Vol.13, No.5.），而 Michel Rosenfeld 也认为，虽然卢曼能够为法律系统避免正义的诉求提供一种论证，但是他关于规范封闭的坚持则是难以被接受的，政治价值和经济价值在塑造法律规范的过程中扮演了重要的角色，因此很难想象法律规范的塑造与应用能够封闭于个别行动者的规范性投入（Michel Rosenfeld, “Autopoiesis and Justice”, *Cardozo Law Review*, Vol.13, No.5.）。

⁴⁶ Niklas Luhmann, “The Differentiation of Society”, in his *The Differentiation of Society*, New York: Columbia University Press, 1982, p.257.

⁴⁷ 根据卢曼对与系统与环境之关系和系统分化的论述，我们首先可以认识到社会是法律的环境，但是对于法律和社会来说，它们之间并非仅仅是系统与环境的关系，而是要更为复杂。在卢曼看来，一方面，社会比法律系统的环境所包容的要多，因为法律系统自身的运作本身就是社会的一部分，而法律系统的环境则是其边界之外的东西；但是另一方面，社会又比法律系统的环境要小，因为环境是系统之外之物，在法律系统之外并非仅仅是社会，而且也包括了心理系统、有机系统，也包括物理、化学的物质等等，因此也可以说社会仅仅是法律系统的环境中的一部分。参见 Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.89.

的概念：“物质连续统”（materiality continuum），他认为所有系统的形成都需要这样一种存在，比如说一个原子的形成需要能够集合起来的能量。而对于社会系统来说，最基本的物质连续统就是物理——化学的构成物，比如说人类。⁴⁸在他看来，这种物质连续统一方面为系统的形成提供了条件，另一方面实际上也限制了系统所可能实现的形态。从这一立场出发，卢曼明确指出，由于法律与社会之间是一种系统/环境的关系，法律系统是社会系统不可分割的一部分，它并非仅仅依靠外部资源以获取社会的支持和正当化，而是社会再生产网络不可或缺的一部分。⁴⁹法律是由社会通过沟通再生产沟通的网络所支撑的。而对于法律系统来说，社会系统本身就构成了这种物质连续统的一部分。如果离开了社会这个环境，法律的存在不仅失去了意义，也失去了基本的可能性。

因此，在封闭的同时，作为社会系统之一部分的法律系统必须对环境保持开放，接受环境中的各种刺激，并通过自身运作化约环境带来的各种复杂性。从这个意义上说，法律系统在封闭的同时也是开放的，它要面对社会中的各种利益诉求、各种领域的纠纷、以及个人的思想与行动的不确定性。也就是说，法律系统这种运作上的封闭必须与其对于环境的开放结合起来。在传统观念中，封闭与开放作为一对相互对立的概念，被认为是不能并存的，而卢曼则基于二阶观察的立场，认为二者不仅不矛盾，而且还可以相互为用：“自我指涉的封闭系统的概念并不与系统向环境的开放相矛盾，相反，在自我指涉的运作模式中，封闭是拓宽可能的环境接触的形式，封闭增加了可以提供给系统的环境复杂性。”⁵⁰当然，在这种封闭与开放之间并不是一种平行或对等的关系，开放是建立在封闭的基础上的。也就是说，外部事实只能作为系统内部所生产的信息而起作用，比如说法律能够接受来自道德或者其他社会领域的规范性前提，但是必须通过明确的转换。

卢曼在这里回到了规范与认知这一对区分上来，他认为，正是法律系统中这一对区分的存在说明了系统封闭性与开放性并存的情形。如前所述，法律系统一方面通过功能特定化与符码化两种机制，实现了系统的运作封闭，但是另一方面，系统又必须对社会其他领域所发生的事件保持一种开放的态度，因为如果没有这种投入，法律系统也就将不复存在，就好像有机体如果不能获得外界输入的养分就会死亡。因此，封闭与开放实际上是同一个过程的两个方面。正因为如此，卢曼才说法律系统是一个规范上封闭而认知上开放的系统。他极为精辟地指出：

法律系统运用这一区分将递归地自我再生产的封闭性和与环境相联系的开放性结合了起来。换言之法律是一个在规范上封闭而在认知上开放的系统。法律系统的自创生在规范上是封闭的，只有法律系统能够授予其元素以法律的规范性，并把它们作为元素建构起来。……同时并且精确地与这种封闭相联系的是，法律系统是一个在认知上开放的系统。……通过程式，它使其自身依赖于事实，并且在事实压力要求时，它也能够改变这一程式。因此，法律中的任何一个运作，信息的每一个法律处理都同时采取了规范的和认知的取向——同时而且必须连接在一起，但是并不具有同样的功能。规范属性服务于系统的自创生，即其在与环境的区分中的自我存续。认知属性则服务于这一过程与系统环境的调和。⁵¹

所谓规范的封闭，其基本含义在于以下这一命题：只有法律能够决定法律，只有法律能

⁴⁸ Niklas Luhmann, “Closure and Openness: on Reality in the World of Law”, in Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.339.

⁴⁹ Niklas Luhmann, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, *Cardozo Law Review*, Vol.13, No.5. (1992)

⁵⁰ Niklas Luhmann, *Social System*, Stanford: Stanford University Press, 1995, p.37.

⁵¹ Niklas Luhmann, “The Unity of Legal System”, in Gunther Teubner(ed), *Autopoietic Law: A New approach to Law and Society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, p.20.

够改变法律。无论是道德、伦理、抑或科学的知识，都不能被认为直接或内在地在法律系统中有效。而认知的开放，则是法律对于社会生活中的种种事实，诸如政治、经济、宗教、家庭等各个方面的情形，必须抱有一种学习的态度。法律系统必须注意到外部事实，即那些存在于其环境中的事实，因为法律系统的运作依赖于这些事实。法律系统中对案件的裁判，需要了解与案件相关的事实，比如说契约是以什么样的方式签订、故意伤害造成了怎样的后果等等，对于这些问题，法律系统必须保持一种开放的态度，从而对不断变动的社会事实进行学习。这种规范的封闭与认知的开放，实际上正是代表了系统的自我指涉与外部指涉之间的区分。规范封闭代表了法律系统运作上的自我指涉，也就是说，系统的运作递归地将对于规范问题的处理指向下一个对规范问题的处理，将一个法律沟通连接到下一个法律沟通，而不可能与法律之外的运作形成关联。而认知的开放则是指系统在外部的指涉的情形中生产相关信息，并且将这一信息与其环境的差异联系起来。⁵²

除了上面所说的这种区分之外，卢曼的这段话还进一步说明了通过什么样的机制将系统的封闭与开放结合起来，这就是符码与程式的区分。“人们也许会问，自我指涉与外部指涉之间的区别，即封闭与开放之间的区别，如何能被表达，如果各自言明的和不言明的被符码所表达的指涉价值将系统的封闭符号化？我的回答是，通过符码与程式之间的区分。”⁵³这样说来，所谓程式，就是关系到如何分配合法/不合法的价值，以及这种分配是否正确的规则。正如我们所知，符码的作用是维持系统的运作封闭，但是系统也必须处理认知的问题，程式就是关于运作选择的正确性的判断标准。卢曼认为它至少具有以下两方面的作用，一方面可以使某些对功能系统所提出的特定要求的“具体化”成为可能，另一方面，在一定范围内将自己维持为可变的，因此，系统可以对结构加以改变而不会丧失掉它通过符码所确立的统一性，而且可以组织起学习的能力。符码与程式的区分解决了不变性与可变性之间的矛盾，也就是说，在系统以合法/不合法为符码维持其自身统一性的情况下，通过程式可以引入开放性和可变性，使系统获得“同时作为一个既封闭又开放的系统来运作”的可能性。

其次，在对开放性加以阐明的基础上，卢曼还进一步对法律系统与其他社会系统间的关系进行了建构。就其性质而言，程式所代表的仅仅是系统对于外部信息的一种处理和反馈，它只是一种内部机制。因而，虽然阐明了法律对于社会的依赖性，但是还不足以说明法律系统与其他社会次系统之间具体的互动关系。更为重要的是，这种互动关系不同于传统上所普遍接受的“反映关系”或“相互渗透”，因为这种关系是以系统的运作封闭为基础，正如卢曼所指出的：“我们绝非愚蠢地认为法律可以离开社会、离开人、离开我们星球上的特定的物理和化学条件而存在，然而，与这样一种环境的关系只有在系统内部活动的基础上才能够建立起来，通过执行其自身运作，只有通过我们称之为封闭的循环连接才可能。”⁵⁴为了有效地回答这一问题，卢曼提出了一个新的概念来说明在法律与其它社会次系统之间更高层次的互动机制，即“耦合”。耦合是一个物理学名词，系指两个或两个以上的体系或两种运动形式之间通过各种相互作用而影响以至联合起来的现象，比如，两个线圈之间的互感便是通过磁场的耦合。卢曼首先区分了运作耦合（operational coupling）与结构耦合（structural coupling），在他看来这是两种不同的系统与环境间的联系方式。运作耦合是以运作为单位，它包含了两个变量：一个是系统的自创生，另一个则是系统与环境间的同时性（synchronization），它允许系统的运作和系统分配到环境中的运作之间一种即时性的耦合。从运作自身的特点来看，运作耦合只对事件的存续期是可能的，由于事件是不断发生又不断消逝，因此对于系统间的运作耦合来说也就不能获得长期的存续。法律系统与其它次系统间运作耦合比较典型的例子包括议会对法案的通过，或者一项支付行动的发生等等，它们既具有法律上的意义，也具有政治的或经济上的意义。由于这种单一事件的特性总是由个别系统的递归的网络所创造的，因

⁵² Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.111.

⁵³ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.118.

⁵⁴ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.105.

此它们在不同系统中的意义就极为不同。但是无论是立法还是支付，它们都是短暂的事件，因而运作耦合并不能成为一种在系统间建立有效的连接机制的模式。

而结构耦合则能够克服这种缺点。与运作耦合相比，结构耦合指系统与环境之间不是一个一一对应的关系，系统只能在结构的层次上来处理环境带来的扰动。这并非是说信息从系统外部“进入”到了系统内部，它仅仅是意味着一种特定的形式，在这一形式中，系统假定并结构地依赖于其环境中的特定状态或改变。⁵⁵因此，“结构耦合的概念应当取代投入——产出这一模型，因为它抛弃了那种概莫能外的因果性观念，但同时保留了系统与环境间高度选择性的联系观念。”⁵⁶结构耦合这一概念所针对的，乃是社会功能次系统之间，通过某些特定结构的媒介，使得不同功能系统能够在维持自身独立性的同时，保持较为紧密的联系。结构耦合这个概念为我们理解社会功能系统之间的互动提供了基本的分析工具，它说明了各个功能系统如何在维持自身同一性的前提下回应相互之间的影响。结构耦合与扰动是相互包含的，如果没有结构耦合，就不会有扰动，系统也就没有机会进行学习并改变其结构，因此，卢曼才会说，如果没有与社会中其他功能系统的结构耦合这一联系，现代意义上的法律就会崩溃。⁵⁷值得指出的是，卢曼对结构耦合概念的采用，并不与先前关于系统的运作封闭的观点相矛盾，这是因为，结构耦合所带来的，仅仅是对系统所引发的刺激、惊异和扰乱，更重要的是，这种扰动还必须被理解为是一种系统内的感知形式。卢曼指出，扰动的概念强调的是耦合的系统对扰动的反映有不同的速度，反应的速度则基于系统的结构，以及不同系统各自的历史。因此“结构耦合所保证的仅仅是系统与环境在一个给定事件中的同步性，而非同时性”。⁵⁸作为一种一般的系统间的联系方式，一个最为基本的例子是社会系统与心理系统之间的结构耦合。因为只有当心理系统被包含进来，社会系统才能被其环境所影响，也只有这样才能在运作封闭的自创生系统中发展出高度的复杂性。

基于这一观点，不难看出结构耦合具有双重作用：它既减少了环境对系统的影响，同时也因此而便利了环境以某种特定方式对系统的影响。就像细胞通过其细胞膜只能接受某些特定种类的离子，比如说钙和钠，这种对可能性的削减实际上是对共鸣的必要条件，因此结构耦合就可以被理解为是同时分开又连接系统。此外，结构耦合还具有一个重要的功能，那就是通过对与之耦合的系统的指涉，而解决系统自身中所存在的套套逻辑和悖论的问题，“关键之处在于，自我指涉问题和悖论问题以不同形式呈现在每个系统中，这就是为什么打开各自的自我指涉和消解各自的悖论都必须由结构耦合的机制来调节，而不是由在系统自身中所发现的元规则或逻辑解决方式来调节的原因。”⁵⁹与此同时，卢曼也指出，在这种确定的功能指向之上，结构耦合的形式是随着社会的改变而改变的，也就是说，是社会分化的形式决定了哪一种结构耦合为社会所建立。比如说只有到功能分化社会，连接法律系统和其它社会功能系统的结构耦合机制才发展起来。这从根本上是因为，只有到功能分化社会，才分化出了独立的功能系统，而非像先前形态的社会中以家庭、部落为形式的区分或以上/下为差异的划分。

在法律与诸多其他社会次系统之间，卢曼着力讨论了法律系统与经济系统和政治系统之间的结构耦合。对于法律系统与经济系统之间的结构耦合，他认为存在着两种主要的形式：财产和契约。卢曼把财产定义为“基于特定区分对客体的观察形式”，⁶⁰即对财产的不同所有者之间的区分。法律系统和经济系统都涉及财产问题，而财产对二者来说又具有不同的意义，

⁵⁵ Niklas Luhmann, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, *Cardozo Law Review*, Vol.13, No.5. (1992)

⁵⁶ Niklas Luhmann, “Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System”, *Cardozo Law Review*, Vol.13, No.5. (1992)

⁵⁷ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.385.

⁵⁸ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.383.

⁵⁹ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.409.

⁶⁰ [德]尼克拉斯·卢曼：《社会的经济》，余瑞先、郑伊倩译，北京：人民出版社，2008年，第7页。

因而较为适宜于称为两个系统结构耦合的机制。对于经济系统来说，其自创生依赖于一个特定的条件，那就是对于特定的物品、货币或者服务，必须能够区分谁有/谁没有处分权，只有满足这一条件，支付才有可能进行，这种处分权就是财产。而对于法律系统来说，对财产的拥有代表了一种重要的法律上的权利，这一权利是民法、甚至是整个法律制度的一项重要基础。由于财产的这种特性，使得通过对财产问题的涉及，经济系统的运作变成对法律系统的激扰，而法律系统的运作又变成对经济系统的激扰，同时又不影响各自的运作封闭。然而财产只是一个初步的区分，由于财产可以进行流转，因此人们还必须能够确认其在一项交易之前和之后的状态，这可以被视为一种对区分的区分。这一形式的法律名称叫做契约，而在经济系统中则被称之为“交换”。在卢曼看来，契约是社会历史中最为重要的演化成就之一，如果没有契约，就不会有财产的大规模流转，也不会有分化的商业组织。法律系统与经济系统通过契约的耦合实际上是通过“契约自由的制度化”而实现的。⁶¹通过这种结构耦合，在同样的结构下，经济系统以追求利润为目标，而法律系统则以实现正义为任务，二者并行不悖。

而对于法律系统和政治系统来说，卢曼将宪法视为法律系统与政治系统结构耦合的首要机制。他认为在现代宪政国家的理念下，宪法同时扮演了对于法律系统和政治系统加以限制的结构角色。它所起到的作用是双方面的，一方面它限制了政治与法律的相互影响，另一方面则又增加了这种耦合的框架中的可能性。宪法使实证法作为政治组织的选择的工具，与此同时又使实证法成为规制政治的工具。虽然宪法作为结构本身是单一的，但是对于法律系统和政治系统来说，却具有不同的意义：对法律系统而言，宪法构成了法律决定所必须遵守的有效法律文本的最上位法律规范，也就是说在司法的决定过程中，法院将宪法视为有效的法规范的一部分，然后将宪法与其他有效的实证法区分开来，把它当作一个对所有其他法律的判断标准，用合宪/违宪的判断作为法律判断的起点。而对于政治系统而言，宪法则意味着其运作必须符合法律的要求。这种结构耦合把政治系统的运作转变成对法律系统的激扰，把法律系统的运作转变成对政治系统的激扰，但是又不影响各自的运作的封闭性。正因为这样，卢曼才会认为：“我们可以说宪法为法律系统的自我指涉问题提供了政治的解决之道，而为政治的自我指涉问题提供了法律的解决方法。”⁶²

需要说明的是，卢曼对于结构耦合的问题，主要是以法律系统与经济和政治系统间的财产、契约以及宪法为例进行论述的，但是这并不意味着法律系统与其它功能系统之间的结构耦合仅仅具有上述几种形式。有的学者提出，卢曼所列举的结构耦合种类很少，但是在现实中还可以找到大量这样的例子，例如在法律系统与经济系统之间，就还存在着诸如“疏忽”（negligence），或者反托拉斯法中的“竞争”等形式，因而他们认为“法律与其他系统之间的耦合要比卢曼所建议的要紧密和广泛得多”。⁶³这样的判断实际上并没有真正理解卢曼在这一问题上的意图之所在。

五、结语

通过上文的重构，我们可以从整体上把握卢曼法律自创生理论的理论基础、发展脉络和核心问题。不难看出，这一理论具有很强的新颖性和独特性，它不仅对法律理论发展中涉及的一些重要问题，比如法律的功能、法律的合法性等问题进行了独特的诠释，更重要的是提供了一幅现代社会中法律的内部运作和外部关系的全景式图景，这一图景不仅像 Richard Nobles 和 David Schiff 所说的那样，是继韦伯之后对法律社会学最完整的论述，⁶⁴而且是一种

⁶¹ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.399.

⁶² Niklas Luhmann, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", *Cardozo Law Review*, Vol.13, No.5. (1992)

⁶³ Hugh Baxter, "Autopoiesis and the 'Relative Autonomy' of Law", *Cardozo Law Review*, Vol.19, No.6. (1998)

⁶⁴ Richard Nobles and David Schiff, "Introduction", in Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press 2004, p.1.

超越式的论述：“如果说分析实证主义法学提供的是法律自我描述，是关于法律的内在观点，那么，社会学提供的则是法律的外在描述，是关于法律的外在观点。这是西方 20 世纪关于法律的两种分立理论。卢曼则提供了一种‘对法律自我理解的社会学理解’，他试图将这两种看似水火不容的理论结合起来，既强调法律系统的统一性、封闭性、独立自主，又突出法律与社会之间密不可分的联系。”⁶⁵这样的特点清晰地反映了这一理论在法学发展的理论脉络中所具有的知识增量，体现了其所具有的理论意义。

但是，由于这一理论所具有的抽象性和复杂性，使得其现实意义受到质疑。在一些研究者看来，法律自创生理论也许在逻辑上能够自圆其说，但是它过于抽象和复杂，因而既不能够对现实行动做出指导，也很难用以解释一些具体的法律现象，因而缺乏必要的有用性。他们认为，这一理论要想真正具有价值的话，就应该要对具体的问题进行说明。⁶⁶这样的批评代表了一种倾向，那就是理论应该是为实践服务的。当然，我们都不否认脱离实际的空谈是无意义的，但是，将理论的抽象性和复杂性理解为空洞性，却是错误的。理论的抽象性和复杂性有可能构成经验研究的基础，正如有的学者所指出的，社会理论可以分成两种类型，一种是可以给经验研究以连贯性，这样其结论可以在形成和证明社会政策或者进行法律辩论和决策时加以使用，而另一种则是为经验观察提供一个框架和纽带，这并不能为社会行动的参与者提供直接的指导，而是提供一种认识上的启发。⁶⁷很明显，卢曼的理论属于后一种类型，他自己曾经明确地表示：“我并不尝试提出一种可用于指导实践的理论，而是把法律系统作为自我观察和自我描述的系统进行描述。”⁶⁸对于这两种类型的理论而言，尽管侧重点有所不同，但是这并不意味着孰优孰劣的区分，而毋宁是相互为用的。

从某种程度上说，这种为经验观察提供框架和纽带的理论具有更为基础性的地位，这是因为任何对经验事实的解读，实际上都无法离开关于法律与社会的一般关系的基础性理解，无论我们将其称之为“预设”或是“前见”，都说明仅仅有对事实的观察并不足以使我们获得正确的理解，因为“事实自身就像一堆积木，缺乏一个结构以赋予他们形式或没有粘合剂在合适的地方支撑。因此，建构主义社会学家告诉我们的，在不同社会领域对法律系统的运作所进行的任何经验研究都需要产生于一些对社会的先前理解的框架之中，而无论这一框架是否明确详尽。”⁶⁹也就是说，对于深入地认识与理解法律与社会之间的复杂关系，经验性的研究是非常必要的，但是，只有借助于这种较为抽象的理论框架，我们才能够获得更为深入的认识，而不是仅仅停留在对一些事实的简单描述之上。换言之，这种抽象的理论框架实际上潜在地决定了我们对于诸多现实问题的解读，也决定了我们解决具体问题的态度和方式。在笔者看来，法律自创生理论至少在以下两个方面挑战了长久以来支配着我们认识法律社会问题的种种“前见”。一方面，它能够使我们认识到工具主义法律观的局限性。作为一种普遍存在的观点，工具主义法律观认为法律可以作为社会变革的工具，通过对法律的制定或修改能够获得改变其他领域或社会整体的效果。但是如果从法律自创生理论出发，不难看出这种观念实际上忽视了系统运作的封闭性和自主性。由于社会各系统所进行的都是封闭的运作，因此对于社会而言，法律提供的只是一种选择的可能性，而非一个确定的结果，在一个功能分化的社会中，它只能通过结构耦合对其他功能系统形成激扰。也就是说，虽然这种结构的改变会对整个社会范围内的系统形成扰动，各个功能系统也都需要对此做出回应，但是这种回应是否符合立法本身的意图，则绝非可以预先确定。另一方面，法律自创生理论也揭示了法

⁶⁵ 胡水君：“卢曼的法律与社会理论：现代与后现代”，载胡水君：《法律的政治分析》，北京：北京大学出版社，2005 年，第 198 页。

⁶⁶ Hubert Rottluehner, “A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System”, *Law & Society Review*, Vol.23, No.5. (1989)

⁶⁷ Michael King, “What’s the Use of Luhmann’s Theory”, in Michael King and Chris Thornhill(ed.), *Luhmann on Law and Politics*, Portland: Hart Publishing, 2006, p.35.

⁶⁸ Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.65.

⁶⁹ Michael King, “What’s the Use of Luhmann’s Theory”, in Michael King and Chris Thornhill(ed.), *Luhmann on Law and Politics*, Portland: Hart Publishing, 2006, p.37.

律的社会决定论的不足。在解释法律与社会之关系的理论中，另一种常见的观点是把法律看作社会现实之反映，即有什么样的社会条件就会有什么样的法律，法社会学家 Steven Vago 的表述十分典型地代表了这种观点：“每一种法律体系都与社会的理念、目标以及目的紧密相关。法律反映它所处时代的文化、社会、经济以及政治的环境。”⁷⁰这种判断对法律自创生理论来说也是有缺陷的，法律当然与社会环境密不可分，但是由于法律系统与其他社会领域互为环境，因而在它们之间就不是一种简单的反映与被反映、决定与被决定的关系。社会环境中的变化虽然会引起法律系统的变化，但是这种变化并不一定与社会变化相同步，它有可能超前，也有可能滞后。同时，法律系统的这种变化同时又意味着其他系统环境的变化，所以又有可能成为其他系统发生改变的动因。因此，在分析法律与社会的关系时不能仅采用单向度的观察方式，而应该考虑到二者间更为复杂的互动。

有必要指出的是，虽然卢曼试图建立的是关于法律与社会间一般关系的理论，但是就法律自创生理论而言，其所主要关注的是高度功能分化的现代西方社会，而当代中国正处于社会转型时期，因而这一理论对于中国社会的现象具有多大的解释力，就成了一个值得思考的问题。正如有的学者所指出的，在世界上许多地方，法律是“他创生”（*allopoiesis of law*）的，⁷¹卢曼也明确意识到了在不同国家中法律与政治系统分化程度所可能带来的问题，他也曾提及，在一些发展中国家，法律系统尚未真正实现运作封闭并因此抵御来自政治或其他社会领域的直接影响，在这种情况下法律就有可能成为政治的符号性工具。⁷²这意味着，由于社会分化形式的不同影响着法律的存在形态，因此也就无法简单地以卢曼所提供的理论资源来分析这一类的问题。虽然这并不有损于该理论所提供的法律——社会的框架所具有的解釋潜力，但是对于这一限度必须要有清醒的认识。当然，这种限度也只是相对的，当代中国已经呈现出功能分化的现实及趋势，这种发展变化使得法律自创生理论的应用空间还在不断扩大，我们完全有可能从这一理论中获得更多的有益启示，从更为全面的角度来观察当代中国转型社会中法律与社会之间的关联。

（初审编辑：刘诚）

⁷⁰ Steven Vago, *Law and Society*, New York: Prentice-Hall Inc., 1991, p.2.

⁷¹ Marcelo Neves, “From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 28, No. 2. (2001)

⁷² Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, New York: Oxford University Press, 2004, p.410.