

功能分化视野下立法与司法的关系

郭子严

华东政法大学法律学院, 上海

收稿日期: 2024年7月29日; 录用日期: 2024年8月21日; 发布日期: 2024年8月30日

摘要

传统法理学将立法视为法律运作的龙头环节, 强调司法对立法的服从。这种法律系统内部的等级分化理论带来了如司法者解释法律的界限等经典难题。系统论法学基于功能分化理论, 抛弃立法高于司法的等级式关系理解, 转以中心/边缘式的角度, 观察立法和司法在法律系统中的定位、运作方式和相互之间的关系, 解释其如何满足法律系统运转的需要, 主张立法与司法实质上形成了紧密结合、互为条件的关系, 且必须经由司法来实现法律系统稳定规范性预期的功能。

关键词

功能分化, 法律系统, 立法, 司法

The Relationship between Legislation and Judiciary from the Perspective of Functional Differentiation

Ziyan Guo

School of Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Jul. 29th, 2024; accepted: Aug. 21st, 2024; published: Aug. 30th, 2024

Abstract

Traditional jurisprudence views legislation as the leading link in legal operations and emphasizes the subordination of the judiciary to legislation. This hierarchical theory within the legal system has led to classic issues such as the limits of judicial interpretation of the law. Systems theory jurisprudence, based on functional differentiation theory, abandons the hierarchical understanding of legislation being superior to the judiciary and instead adopts a central/peripheral perspective to observe the positioning, operation methods, and relationships between legislation and judiciary

within the legal system. It explains how they meet the needs of the legal system's operation, and argues that legislation and judiciary are fundamentally intertwined and mutually conditional, and that the stability and normative expectations of the legal system must be achieved through the judiciary.

Keywords

Functional Differentiation, Legal System, Legislation, Judiciary

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题提出：立法主导型法律体系供力不足

立法和司法的上下等级模式在 18 世纪就已经形成，时至今日已经深入人心，这种立法主导型的法律体系属于严格实证主义的产物，它将法律解释视为对立法条文的单纯适用，强调司法应严格受限于立法文本，否定司法的续造功能。这种法律系统内部的等级分化理论难以应对不断社会系统的熵增。事实上，随着社会系统复杂性的增加，法律体系面临的双重复杂性：一是外部环境的复杂性；二是规范体系内部的复杂性。一方面是否与法律实践中的现实面貌和发展方向相一致是值得质疑的，另一方面也不能满足因社会复杂化而引发的规范需求。

外部社会环境的剧烈变动与立法修改固有的不足之处，使得对立法与司法的关系的反思成为必要。在当代社会，法官等司法人员处于社会现实的第一线，必须应对诸多新问题作出决断并提供规则，期望法律体现适应性和稳定性的双重价值，仅仅依赖立法修正是不够的，这不仅无法有效确保法律与时俱进，也不可避免地会牺牲稳定性。在适应性方面，即使立法者付出最大努力，也不能单独承担确保法律适应性的重任，必须与司法部门共同努力推进法律的适应性。在稳定性方面，随着立法者越来越多地将划定犯罪边界的权力委托给行政和司法机构，并倾向于使用模糊、不明确的语言，尤其是概括性规定，很难期望立法者成为法律确定性的捍卫者。

从理论的演变和现实发展中可以窥见立法与司法的关系在底层逻辑上的变动。目的论和实质论的法律思维兴起后，不可避免赋予法官基于法条实质精神或规范目的来进行解释的权力和自由。实质解释的法律思维和法律方法难以嵌入等级模式为基础建立起来的法律体系。更具有证明性的是，在 20 世纪后期，立法者的权力应受到宪法限制的观念逐渐成为共识，随后违宪审查机制脱颖而出，司法对立法的制约在各个国家的法律体系中得到承认。由此可见，立法与司法之间实际上存在相互作用，二者循环性地相互限制^[1]。

2. 视角转变：“上/下”转向“中心/边缘”

系统论法学对此观点进行了较为详细的分析，基于功能分化理论，抛弃立法高于司法的等级式关系理解，转以中心/边缘式的角度，观察立法和司法在法律系统中的定位、运作方式和相互之间的关系，解释其如何满足法律系统运转的需要。

2.1. 功能分化理论适配日益复杂的世界

功能分化理论是一套系统性的认知世界的理论工具，最初是用来研究西方社会的运作与发展，对我

国也有很强的借鉴作用。功能分化社会中，社会系统内部分化为政治、经济、法律、宗教等社会功能子系统，各功能子系统运作上封闭、认知上开放，相互之间具有结构耦合关系。在法律系统内部立法、司法、契约三个子功能系统互相配合，实现了法律系统的运作。

泮伟江曾在概念和理论层次上，对何谓功能分化的问题，做出清晰和准确的界定和理解。他通过分析卢曼功能分化理论的历史基础和背景，并在此基础上详细介绍和阐述卢曼社会系统理论中的功能分化理论。更具启发性的是将功能分化理论放到中国的语境中，验证该理论的有效性与创新性[2]。

卢曼的功能分化理论在批判继承帕森斯的功能分化理论的基础上推陈出新，形成了全新的理论范式。卢曼将系统内部分化归因于系统在选择性处理环境中的变化时，需要留出额外的时间进行专门性的处理和运作。系统分化实质上是在系统内部复制系统与环境的差异，即系统通过自身不断的递归性运作，将自身作为结果从环境中区分出来[3]。系统内部分化没有固定模式，但存在系统/环境和同等/不等这两个系统分化的限制性条件，据此卢曼将人类社会的演化分为条块分化的阶段、阶层分化与中心边缘分化结合的阶段、功能分化的阶段，相应的内容在陆宇峰笔下表述为分割社会、分层社会和功能分化社会[4]。对于功能分化社会，其最基本的内容即是社会系统内部分化为政治、经济、法律、宗教等地位相等、功能不等的社会子系统，各功能子系统运作上封闭、认知上开放，相互之间具有结构耦合关系。

卢曼的这套社会系统论法学和功能分化理论同样适用于中国现代社会[5]，但目前断定中国已经完全进入功能分化的社会尚为时过早。在社会演变的大试验场中，影响中国社会演化的新要素和旧要素连接和碰撞产生的“化学反应”使得社会呈现出混乱但充满生机的状态，新秩序悄然形成[6]，理论则需先行。

2.2. 建构以司法为中心的法律系统

系统论法学的创造者卢曼及其后来的研究者们明确且详细阐述了司法的中心地位，以及司法如何可能且必须作为法律系统的中心，从而建构起了以司法为中心的宏大法律系统理论。研究者们并在此基础上进一步提出了适合高度复杂社会的反思型法。

立法与司法的关系解读从“上/下”转为“中心/边缘”。何谓“中心”？何谓“边缘”？区分中心/边缘关系的标准，并非效力层级上的高低，其核心在于是否具有“不可取消性”[7]。卢曼在《社会的法律》一书中曾专章描述过法院在法律系统中的地位[8]。陆宇峰从司法、立法和契约三种子系统出发，论述现代司法的“决断”属性和中心地位，现代司法具有“决断”属性，不仅不是立法的附庸，或对立法规范的单纯“适用”，反而占据法律系统的“中心”[9]。泮伟江也描述了作为法律系统核心的司法[10]。

综合以上观点及论述，在系统理论中，为了保持法律系统不间断的运作，存在着必须运作的功能迫令，“禁止拒绝审判”在所有论及司法中心地位的论述中均被作为核心论述依据。对于法律系统来说，司法是不可取消的，任何一个案件经过立案程序后，法院必须在规定时间内予以审理并作出裁判。“禁止拒绝审判”原则导致了司法裁判的功能迫令。而立法则不是必须的，立法是政治和利益斗争的结果，某一项立法可能因种种原因被延后或取消。在法制尚不健全的年代或地区，立法的缺失并不必然导致司法的不足，法律系统亦不会停止运转。但如果法院关门，法律系统就无法裁判分配合法/非法的符码，法律系统便会立即瘫痪。因此，对于法律系统来说，立法可以被取消，司法不可被取消，司法居于更为核心关键的地位，而立法则处于边缘。但需注意这并不意味着法院比立法机关更重要，仅指必须经由司法来实现法律稳定规范性预期的核心功能。

鲁楠对立法的描述更加细化，他着重强调了立法是法律系统与政治系统的耦合点[11]，并以宪法为例，在比较了规范宪法学、政治宪法学、价值宪法学对宪法性质和功能认识后，提出从功能主义的视角观察，宪法作为政治系统与法律系统的结构耦合，具有以下三重意义：第一，宪法凸显了国家系政治与法律结构耦合承载者，且这种新型结构耦合关系并不意味着政治与法律的统一，反而是使两者都获得

了较大的自由，彼此之间存在强激励，而且可以有效排除来自环境的其他激励因素。第二，宪法具有自我套用的性质，其效力是由法律系统的运作所赋予。从法律系统的角度来看，宪法也是一部应予解释与适用的现行有效的制定法。第三，现代宪治得以实现的根本条件是政治与法律各自的运作封闭。鲁楠从政治与法律的耦合关系审视了立法的定位和功能，主要聚焦于宪法，而立法不仅包括宪法，还包括其他的实证法律和立法活动本身。

3. 协同运作：立法与司法的功能发挥

3.1. 重述立法的功能

在功能分化视野下重述立法的功能，以此理清立法和司法的关系。具体来说，立法作为法律系统的边缘部分，在辅助法律系统运作上起着如下功能：第一，展开悖论，维持认知开放性。合法/非法的二元符码区分了法律系统与环境，促进了系统的封闭运作，也导致了法律系统自身的悖论、套套逻辑和矛盾。但系统论法学并不将悖论当作禁忌，避之犹恐不及，相反还将悖论当作获得新法律识见的钥匙[12]。在法律系统内部的运作的封闭性体现在二值代码的运作上。在法律系统的二值代码化运作之外，法律系统还存在着纲要的层面，作为对法律系统二元代码封闭运作的补充，增强法律系统在认知层面的开放性，从而形成法律系统运作封闭性和认知开放性的结合。而所谓的纲要，其实质就是借以判断合法/非法的标准或准则，其中最重要的就是实证法的条文。

第二，回应激励，承担反思的功能。现代社会的立法被视为专家立法，是法律代码对各种信息的筛选与转译[13]。然立法如果不具有法律适用层面的可行性，那就有可能在法律适用中被“用进废退”的方式所废止。一方面作为边缘的立法则通过结构耦合的机制实现法律系统的认知开放，在政治商谈和利益博弈的平衡点处转化为法律文本，回应来自环境的激励，另一方面纲要作为分配合法/非法二值代码的标准和指引，立法在司法程序和司法裁判结果上均对司法产生辅助作用，为实现司法正义和价值，立法需承担起反思的功能。

3.2. 借由司法功能实现法律系统的功能

从历史角度来看，传统社会的立法诉诸永恒理性或上帝神意，是任意的政治命令。而现代社会不再诉诸外部的永恒自然，通过立法“创制”法律，符合程序的立法就能成为法律，这标志着现代法走向实证化。在法律大规模实证化之后，与之相协调的功能分化社会孕育而生，立法与司法实质上形成了紧密结合、互为条件的关系[14]。

因此，在新的历史背景和理论视野下，立法与司法是一种相互制约和补充的关系，立法的主要功能是满足司法判决之快速变化与修改的需要[15]。一方面，立法和契约作为纲要的重要部分，保障了系统的学习能力，使之不至于丧失对环境的适应性和敏感度。另一方面，立法和契约向司法输送信息和裁判依据，同时有待于司法过程为这种效力赋值。

系统论法学认为，法律系统的唯一功能在于稳定规范性预期。需要法律系统具有内在的统一性和自主性。而动态的法律统一性只能由司法维系：一方面，立法不断制造规范矛盾，司法则在有效规范中寻找更为适合个案的规范；另一方面，司法立足当下重构过去和未来，借助解释将立法规范的意义扩展到新的案件，并通过预估判决的后果进行确定或调整。在司法审查的场合，法院还基于上位法、宪法价值、立法权限等法律理由，通过肯定或否定立法规范的效力，再生产法律系统的统一性[9]。

那么，如果承认等级模式已不再适用解读当前法律系统中立法与司法的关系，与之相对应的以概念法学作为方法论基础的立法主导型法律体系也应面临结构性的调整。新的理论范式必须注意到中心与边缘的协同运作，能够为司法能动留出必要空间，以满足弹性多样的现实要求，又能够保障法的稳定性价

值，防止司法侵蚀形式法治的底线，此外，还需要对立法施以必要的限制。

4. 结语

立法与司法之间并非上/下的等级关系，而是法律系统内部两个分化的子系统之间的关系，司法是法律系统的中心，而立法是法律系统的边缘。法教义学、一般法理论多从法律自身出发，体现了法律自我观察和自我反思的能力；系统论法学则从法的外部视野出发，是在二阶观察的层次上对法律系统观察的观察。正是研究视角的转变使得系统论法学对司法与立法的关系有全然不同的理解。

随着“第三次科技革命”的深入，塑造出了全新的“互联网社会系统”，当代高度复杂的社会面临更深刻的治理危机，功能分化带来的“祝福与诅咒”被成倍放大[16]。有必要理清功能分化视野下司法与立法的关系。从实践指向上来说，立法需保持司法面向、辅助司法，以一种合作和相互成就的方式处理与司法的关系，并为法官的主观能动性预留空间，同时立法也应受到宪法的制约。从理论研究上来说，塑造从以立法为中心转向以司法为中心的法律观念，可以探究法律解释、法律渊源、同案同判等问题提供新思路。

参考文献

- [1] 劳东燕. 刑法体系中立法与司法的关系重构[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2024, 42(2): 54-66.
- [2] 泮伟江. 功能分化理论视野下法律的自主性[J]. 荆楚法学, 2022(3): 73-89.
- [3] Luhmann, N., Holmes, S. and Larmors, C. (1982) *The Differentiation of Society*. Columbia University Press, New York, 229. <https://doi.org/10.7312/luhm90862>
- [4] 陆宇峰. 系统论法学新思维[M]. 北京: 商务印书馆, 2022.
- [5] 张存娟, 蒋娇艳. 中国特色社会主义是结构社会主义和功能社会主义的统一[J]. 传承, 2009(18): 22-23.
- [6] 泮伟江. 法律的二值代码性与复杂性化约[J]. 环球法律评论, 2017, 39(4): 46-59.
- [7] 泮伟江. 论同案同判拘束力的性质[J]. 法学, 2021(12): 15-26.
- [8] 卢曼. 社会的法律[M]. 郑伊倩, 译. 北京: 人民出版社, 2009.
- [9] 陆宇峰. “自创生”系统论法学: 一种理解现代法律的新思路[J]. 政法论坛, 2014, 32(4): 154-171.
- [10] 泮伟江. 作为法律系统核心的司法——卢曼的法律系统论及其启示[J]. 清华法治论衡, 2009(2): 155-177.
- [11] 鲁楠. 结构耦合: 一种法律关系论的新视角[J]. 荆楚法学, 2022(3): 90-102.
- [12] 贡塔·托依布纳. 法律: 一个自创生系统[M]. 张骐, 译. 北京: 北京大学出版社, 2004.
- [13] 鲁楠, 陆宇峰. 卢曼社会系统论视野中的法律自治[J]. 清华法学, 2008(2): 54-73.
- [14] Luhmann, N., King-Utz, E. and Albrow, M. (2014) *A Sociological Theory of Law*. Routledge Press, New York, 154-171.
- [15] 泮伟江. 当代中国法制的分析与建构[M]. 北京: 中国法制出版社, 2017.
- [16] 贡塔·托依布纳. 宪法的碎片: 全球社会宪治[M]. 陆宇峰, 译, 纪海龙, 校. 北京: 中央编译出版社, 2016.