

法治化：代际、困境与选择

罗 伦

内容提要 法治不仅仅是概念,更是通过规范体系和法律规制不断的完善而加以实现的过程;法治化的过程绝非一蹴而就,而是表现出代际发展的特点。然而,法治在推进过程中积累的问题往往容易被忽视,以至于其最终表现为这样的悖论:法律规制要么产生限制自由的后果,要么导致法律规制作用失灵。隐藏在这一困境背后的逻辑是,在法律规制介入过程中发生的,法律系统与其他社会生活系统之间的结构耦合现象。有鉴于此,我们就需要在准确理解和把握法治化之困境的基础上,谨慎地沿着已经选择的道路前进。

关键词 法治化 法律规制 系统 生活世界 规制失灵

罗 伦,上海交通大学凯原法学院博士研究生 200240

一、法治化：外延宽泛的概念

法治犹如双面神,一面朝向人权,一面朝向公权。人权成为法治构建的基石,公权成为人权保障的要求^[1]。尽管个人权利或可因掌权者的勤勉睿智而获暂时之保障,但主权者肆意与不受约束的权力所带来的灾难亦不鲜见。也许除了“君主即法律”的哲学王统治幻想之外,人们还会对法律那种名为理性表达、实则僵硬固执的特性心存疑虑,但作为最不坏政治制度的“法治”却实实在在地成为近现代政治国家的首选。作为对美好生活的追求,法治承载着对未来幸福的期望,法治国无疑在历史更替之中得到探索与证实:法国大革命在激情狂热中留下对人权最庄严的宣言,美国独立运动留下每个人对幸福生活之向往的审慎烙印,而上世纪的福利国家运动也正是在普遍关怀之下最大限度地实践着几百年来神圣权利的法则。在法治不断实践的历程里,“我们便生活在法律之中,并依照法律来生活。”“法律赋予我们各自的面貌:公民、受雇人、医生、配偶,以及拥有财物之人。”^[2]在法律所营造的空间里,

[1]参见哈贝马斯在《关于人权的跨文化的讨论》(Zum Interkulturellen Diskurs über Menschenrechte)一文中的论述,〔德〕尤尔根·哈贝马斯:《哈贝马斯在华讲演集》,〔北京〕人民出版社2002年版,第4-5页。

[2]Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Belknap Press, 1986, p.vii.

我们自觉地成为法律帝国的子民,实践着法律理想;以法为盾、为剑、为威慑,个人权利得到申张,人之自由得以维护。换言之,法治化的过程也即德沃金所言之法律帝国的实践过程,亦即个人与法律、个人与生活世界不断交互的过程。

几百年前的卢梭曾将法治视为温良而荣光的约束,于其中人们畅享生活的欢愉直至自由的死去^[1]。如今,当法治的价值早已成为社会的普遍共识时,法学家们却开始担忧起“法律污染”的危险^[2],甚至在追求法治的过程中也不断悖论式地诘难“法治化乃是个丑恶的词汇”^[3]。这一看上去令人矛盾的现象究竟意味着什么?我们知道,无论是自然法论者还是法律实证主义的门徒,除了在追问法律规范性问题时采取的进路不同之外,可以说皆以追求人权保障与权利实现作为法治的目标。然而他们并未意识到,法治原则的书写与法治的实现实乃分别处于两个不同维度的作业。

因此,如果我们从法治化之实践和实现的维度来再认识这一概念本身,即以描述和观察的视角对其加以审视的话,那么法律规范在数量上急速增长和规制范围上不断扩张的景象将呈现眼前^[4]。法律规制的领域从一国之内扩展到以诸如国际组织为典型的超国家层面,而卷入法治化过程中的主体亦从政治活动、立法和司法机构、行政机关,到私人、法律专家、非国家组织和法人等。因此,伴随“法律激增”^[5]的乃是“职业法律人对法律领域的垄断”^[6],是“司法权的建构”^[7]与“司法权的扩张”^[8]等。

那么法律的激增与不断扩大的法律规制范围到底意味着什么?是为彻底实现法律作为社会价值的共识之故,抑或如哈贝马斯先生所断言的那样,正是系统——尤其是法律系统的扩张才引发了生活世界的罹难,事实与规范的危机^[9]?这是法治化实现过程中所不能回避的问题。

另外,同样不能将法治化视为法治从无到有的断裂式突变过程,其毋宁说是一种规范体系和法律规制逐渐介入各个领域的动态过程。换言之,法治关乎时间,关乎法律在社会各领域当中的不同实现阶段。所以,法治化的研究需要以法律规范及其实现的情况为切入点,这就尤其需要首先将其纳入到一种社会学视角的描述与慎思之下。规范上的分析侧重于逻辑意义上的演绎,而社会学意义的描述则展现法治原则从理论到实践的步步趋近,从踌躇满志到慎言慎行的自我反思。正是在社会学视野之下,我们得以对法治化的历史过程进行经验式的描述;也正是在历史的维度中,我们方能看清自由与权利的主张是如何逐步实现,以及它们又是如何遭遇法律系统及其他社会生活系统的反制从而导

[1][法]让·雅克·卢梭:《论人类不平等的起源和基础》,李常山译,〔北京〕商务印书馆1997年版,第51页。

[2]“法律污染”是由Thomas Ehrlich给出的概念,见“Legal Pollution”, *New York Time Magazine*, Feb. 8th, 1976. 转引自Gunther Teubner, “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions”, in Teubner(ed), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, de Gruyter, 1987, p.3.

[3]Gunther Teubner, “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions”, in Teubner(ed), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, de Gruyter, 1987, p.3.

[4]这同样契合于哈贝马斯所谓“可见于现代社会的正式(或实证的、成文的)法律的增长趋势”之观点,Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2, trans.by Thomas McCarthy, Beacon Press, 1987, p.359.

[5]Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2, Beacon Press, 1987, p.359.

[6]Penny Brooker, “The Juridification of Alternative Dispute Resolution”, *Anglo American Law Review*, Vol. XX (1999), pp. 1-36, p. 1 n. 1.

[7]Alec Stone Sweet, “Judicialization and the Construction of Governance”, in Martin Shapiro and Alec Stone Sweet *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, 2002, p.71.

[8]C. Neal Tate and Tobjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, p.2.

[9]Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, p.27. 中文本见《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》, 童世骏译,〔北京〕三联书店2003年版,第33页。

致合法化之危机的。

二、法治化：代际与更迭

在对法治化之代际进行描述之前,有必要对相应的分析模式有一简要交代。作为承继并推进法兰克福学派基本理论的旗手,哈贝马斯在两个界面上对社会现象进行描述和分析,一为生活世界(life world),另外为系统(system)^[1]。生活世界是交往行为得以落实的基础,也是交往行为能够发生的界面,而交往行为在他看来正是社会活动的最小单位——“至少两个以上能够交谈之主体的互动……并建立起人际关系。……行为者需要对环境和他们的计划有所掌握,从而以协议的方式来调整其行为。”^[2]

与交往行为相对的另一种互动形式是策略行为,即其中各主体始终将其他行动者当作实现自身目的的手段^[3]。策略行为不以主体之间的相互理解为目的,而是直接以单个主体之自身目的的实现为导向,因此表现为一种客观性的观察者态度,这无疑导致社会内部产生出分裂生活世界的张力——后者被视为规则与行动指引意义上的系统。在生活世界中,法律规范作为经由交往行为而涌现和确定的规范之一部分,伴随交往实践而不断展开自身之权利,同时也持续抵抗着法律污染之风险。法治化浪潮正是在这意义丰富的生活世界里不断展开^[4]。

法治化浪潮的第一阶段是以对个人权利的关怀和确立为表征的。近代早期,新兴资产阶级国家建立政治秩序时所欲求的目标之一就是资本主义市场的完善,此时对法律规制的要求即在于保障私人财产与交易自由。与之相应,私人领域要求实现的也正是黑格尔“市民社会”的观念^[5]。另外,对私人领域的关怀还要求授权成立一个“垄断了强制力使用权的、作为合法权力唯一来源的主权国家”^[6],使得后者得以在国家事务和公共生活层面行攘外安内之责。同时,这一时期所盛行之天赋人权的自然法观念也为法律的内容提出了不容让步的标准,使固有的人权从中获得其自身正当性的依据。

与此相对,集统治与保卫之责于一身的政治共同体亦通过合法契约完成自身权力的合法性证成,使得上述诉求总是能够通过一个强有力的政府确保实现。故而在共同体之下,法律秩序形式上既通过合同法与财产法保障了私人在市场中拥有和转让商品的能力,也在不与国家安定冲突的前提下确保个人的政治自由和安全。据此,具有决定性意味的国家(公领域)与市民社会(私领域)之间的区分就形成了^[7]。此二元划分之根本性的意义在于为法律系统的作用范围设立了界限。有趣的是,法律规

[1][2][6]Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol.2, trans.by Thomas McCarthy, Beacon Press, 1987, pp.120, pp.86-87, p.358.

[3]Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol.1, trans.by Thomas McCarthy, Beacon Press, 1984, p.88.

[4]系统与生活世界之分对哈贝马斯而言具有根本上的哲学意味,在他看来,基于生活世界中各理性主体间的商谈所形成的意义体系,为设立普遍性之系统提供了规范性的依据。然而令人不安的是,系统——包括法律系统——的扩张使得其得以维系自身的规范体系工具化了。引例释之,法律规范经由交往行为而为各理性主体一致认可,然而在其确定和实现——即系统化之后,法律规则工具性的价值得到了增强,即人们在日常交往中越来越多地将法律规范当作一种策略:遵守它有助于我们自身目的的实现,而规范的意义本身反倒不再重要;由此推知,法律系统使得交往行为逐渐让步于策略行为,换言之,主体之间更多地是为了自身目的而适应它,而不再通过理性商谈形成意义的方式更新它。以这种途径,生活世界的领域被入侵了,哈贝马斯所谓法律的“殖民化”也正是在此意义上方能得到理解。这个重要而复杂的问题既在《交往行为理论》中被详细论述过,也同样关联着《在事实与规范之间》的核心问题。见 Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol. 2, trans. by Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press, 1987, pp. 113-198. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, pp.118-131,222-237.

[5][德]黑格尔:《法哲学原理》,贺麟译,〔北京〕商务印书馆2010年版,第180页。

[7]Scott Veitch, Emiliios Christodoulidis, Lindsay Farmer, *Jurisprudence: Themes and Concepts*, New York: Routledge, p.257.

制被排斥在大部分生活世界之外了——但却是通过立法规制私人领域的形式,这实际上为私人领域的自由留出了极大的空间,概括地说,亦即市民社会之崛起。法治化的要求在此也就体现为:法律系统对私人领域自由的进一步保障,换言之,规范体系和规制行为需要更为细致地照看社会关系,这势必引发法律系统在其后阶段中不断膨胀的趋势。

伴随第二次法治化浪潮而来的是资产阶级宪法国家的发展。承接前一时期法治化之余音,国家的宪法化或曰政治权力的宪法化成为这一时期的核心特征^[1]。此处的内在逻辑是,私人领域之自由要求对政治权力的行使划定范围,因此法律系统的使命就在于以规范体系明确公权力的边界,其实现一方面要通过立法明确行政行为之内容,另一方面则赋予公民相应之抵抗权。后者大体上表现为相应民事起诉权的授予,以此用来对抗未经公民参与——反映为某种形式的民主方式——而形成的主权者意志;与此同时,私法秩序的实现与行政管理形式法定的原则相协调,二者共同为行政治理提供法治的框架。

总而言之,在第二个时期中,经由宪法确认的诸多基本规范,诸如罪行法定和非经正当程序不受拘禁或处罚等规定,为公民反对公权力的任意实施并促使其合法化提供助益;而且反过来还使得前一时期所初步形成的公私二元划分更加明确。不仅如此,随着选举权对象的扩大以及对建党与结社自由的肯定,公民参与的条件逐步形成。在此,政治系统之规范性基础就在于:政治过程的民主化。后者无疑体现着生活世界所形成的意义,与此相应,法律体系的作业就在于将此种民主化之要求不断通过规范加以明确^[2]。

紧随其后的法治化进程延续了上述趋势,其标志性特征在于民主宪法国家的发展。“……基于自然法传统所发展出来的法律概念,从中崭露头角的自由观念被赋予了宪法的力量。”^[3]从呈现出来的情况看,国家权力的民主化程度更高了,选举和投票权、建党和结社自由作为基本政治权利被平等赋予全体公民;其次,法律强制力之实现被施加了进一步的条件,即必须符合所有受此影响之公民的普遍利益,且为所有相关者一致同意,而此种民主化亦体现在公共政治讨论以及通过立法程序实现议会集体意志的过程当中。也就是说,前一阶段被宪法化的权力在这一时期的法治化过程中进一步被民主化了。因此,政治系统内部出现的功能分化进一步加剧。如果说在前一时期的宪法国家中,法治化主要表现为行政权和司法权的分立——在宪法对公民政治权利之规定和实现程度不高的情况下,那么在第三阶段中生活世界强调其意义被准确反映为法律规范的必要,这相应增强了法律系统的立法功能。因此,立法、司法和行政所代表的权力分立系统就在此阶段形成了^[4]。

在经历了上述三个阶段的法治化后,法律系统保障自由的任务似乎已告实现,而公权力也自行运转在法制轨道之上,一切似乎水到渠成。那么是否可以说法治的使命已经完成?显而易见的是,以合同法和财产法为主的规范体系在保障资本主义经济有效运转的同时也暗藏危机,因为肯定公民在法律体系内追名逐利的自由,就意味着容忍由此造成的经济剥削与社会的逐步不平等化。我们再次引入哈贝马斯的分析框架来说明这个现象:生活世界以交往行动为媒介促成商谈规范的形成,而另一方面,系统却更多表现为技术性操作和规则适用,比如在政治系统之内表现为以权力为媒介的科层制,在经济领域内则表现为以货币为媒介的交易行为。当“货币”取代“商谈”,那么可想而知,个体在做出经济行为时将直接导向策略性的客观思维,形成如马克思所欲表达的“异化”之观念,也就是哈贝马斯

[1] Scott Veitch, Emiliios Christodoulidis, Lindsay Farmer, *Jurisprudence: Themes and Concepts*, New York: Routledge, p.257.

[2][3][4] Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol.2, trans. by Thomas McCarthy, Beacon Press, 1987, p.359, pp.360, pp.360-361.

所说的“生活世界的殖民化”^[1]。当市场交易行为完全以货币为行动理由,那么他人无疑只能成为我所用的工具,这同样与现代以来的“人”之观念相背离^[2]。生活世界里形成的规范是以个人交往理性之成就为要素,若以他人工具之观念为终结,显然是对生活世界观念的撕裂。此时无论是合同法还是物权法,这些促进市场交易的法律,若仅以单纯逐利为归宿,将直接与法治内在深沉的规范意识相悖。生活世界因而不可避免的从其内部产生出撕裂自身的力量,而势必向着以其他行动者为手段的境地滑落。

上述不平等的倾向与现实催生了晚近的法治化浪潮,并推动了资本主义福利国家(the welfare state)制度的兴起,其作用与影响延续至今。“从民主宪法国家的框架中发展出来的福利国家继续着保障自由的法治化进路。”^[3]福利国家将法律规制的范围深入到生活世界中。针对自由市场的种种弊端,这一阶段的法治化致力于“扎根在阶级结构之中的社会权力关系的法律制度”^[4],换言之,法律规制行为延伸到基于劳资双方所形成的阶级框架中去了。

为了避免经济不平等状况的加剧和相应政治权利的悬殊,法律系统的功能开始向处于相对弱势地位的单个劳动者倾斜:在规范体系中增加了有关工作时间、建立工会和进行劳资谈判的内容;针对公共领域的措施则包括裁员保护、涵盖养老和失业救济的社会保障制度、服务于公民健康与受教育权的必要公共行政等。这些法律规制是对劳动者自由的维护,也是对私人领域最低形式之平等条件的确保。在抵抗经济系统的侵入时,生活世界卓有成效地借助了法律规制的力量,但却放任了法律系统的进一步入侵:规范体系的实现要求新的官僚机构与权力关系的创设,为了执行和实现法律规制行为,政治系统同样不可避免地介入到生活领域之中;另一方面,公民对自由和平等的诉求转化为守法行为,其实现被纳入到经济系统的奖励或补偿话语中。因此,这一阶段的法治化实际上延续并加深了前一时期的法治化造成的裂隙,保障和实现自由的法律规制伴生出对自由的更大范围的限制,个人进一步从其生活状况中被抽离。无怪乎哈贝马斯总结道:“此一法治化浪潮的消极后果并不表现为副作用;它们恰恰产生自治化自身。正是保障自由的手段让因之受益的人的自由处于危险之中。”^[5]

三、法治化:困境与分析

由上文可以看出,现代法治化的过程实则是现代性的法律对生活世界的重构过程。作为思想观念的法治与作为实践的法治并不完全相同,而法治化也绝非是一个一劳永逸的过程。从古典到现代的社会学家都从描述和解释的角度来看待社会本身的法治化进程,并总是将其视作一个充满了各种困惑与困境的过程。

从法治化的代际中我们可以发现,其每一阶段的变化实际上都是法律对社会发展做出回应的表现,而每一代法治化也是对前一代的推进。概言之,第一代法治化意味着基于个人自由的公权力之合法性的铺垫过程,也即是个人免于公权力侵犯的私领域之范围的划分;然而公权力的行使却并未得到有效限制,个人未能形成有效对抗公权力的合法手段,于是,个人权利也就处于不断细化的规则——确保自由,与规则不能有效制约公权力——自由被侵害——的矛盾之中。第二代法治化则从这个矛盾出发,权力的法定化成为这一时期的特征,个人基于自身权利——宪法所确定和赋予的——方能与公权力相对抗。然而,第二代法治化并未如其所愿地达到目的,因为抽象的对抗权缺乏充分的实现手

[1][3][4][5] Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol.2, trans. by Thomas McCarthy, Beacon Press, 1987, p.196, pp.360-361, p.361, p.362.

[2]有关康德对实践理性批判所构造之人的观念和绝对命令的法则,以及作为自律的自由,见〔德〕伊曼努尔·康德:《实践理性批判》,载《康德著作全集》第5卷,李秋零译,〔北京〕中国人民大学出版社2007年版,第18-44页。

段,私人与公权力的对比依旧悬殊,这促使其后的法治化进程关注权力分立的主题。

从表面上看,对第三代法治化几乎可以形成一种和谐的描述:既存在个人权利的观念,又具备保护个人权利的权力分立框架。然而哈贝马斯却指出了问题所在:尽管资本主义市场经济似乎的确保障和实现了劳动者的择业自由和迁徙自由——以订立劳动合同或成为组织成员的方式,但这种看似对雇佣劳力的解放却是以其生活方式的无产化为代价的,自由讽刺性地包含着对自身而言破坏性的副作用^[1]。相同的描述在社会学家那里并不少见,早前的马克思也以近乎同样的方式描述了这个危机,只不过运用的词语是“异化”^[2]。而第四代法治化以福利国家的兴起为标识,在意识到“异化”的同时,仍然采取对自由进行一定限制的方式来继续保障已重构了的自由法治化之传统。

由此看来,法治可以作为某种理想,但是人们必须更加关注的是,在法治概念中所包含的人权、有限权力、权力分立的观念是如何能够在一个社会中得到实现的。法治化的过程是一个充满矛盾与困境的过程,它意味着对先前社会秩序的瓦解,也意味着人的理性在不断展开的过程中所必定要遭遇的自我矛盾。法治化渗入生活世界所造成的困境有各式各样的表征。为了使这里的叙述有其附着,从实例来进行理解很有必要。在《合法化危机》一书中,哈贝马斯中描述了晚期资本主义增长给生活世界带来的危机。资本主义国家在晚近的高速发展引发了诸多全球性的难题,其中首当其冲的便是环境污染和生态破坏。“随着资本积累,经济增长以一种非计划的、看似自然的方式制度化了。”^[3]然而这种增长本身并不考虑物质限制,尤其是可再生资源 and 不可替代的生态系统,直到后两者对成本收益的权衡或政治决策以及生活环境造成了某种实质性的影响。

来看看限制排污这样一个典型的法律规制场景。如果从系统的角度对其加以描述,我们就会看到法治化是如何经由下面的一系列链式互动而最终影响生产企业的。首先,环境作为人类生存基础性的存在以及人类生活的载体,其重要性不言而喻,鉴于环境破坏会直接影响到个体生命健康之权益与后世子孙之绵延,那么完全可以预期,理性主体对于优良环境的诉求便可通过主体间理性的商谈而达成共识;然后,环境保护的共识经由公共领域的广泛商谈——意义的普遍化过程——形成意义,并在政治活动的领域产生作用,其表现为经由一系列系统内部活动——民主决议过程——将意义实现为政治政策,如制定行政性文件、有关环境保护的立法提案等;其后,法律系统随之而动,以规则制定的方式将政策目标转化为规范体系,并为接下来的规制措施提供依据,如环境保护法的出现,以及为了健全个体的环境权益,在诉权与举证责任上设立更明确的运作方式;最后,依据一系列有关排放标准 and 静止排放的规则,法律介入到经济系统之中以对该领域内的排污生产企业进行检视,通过限排或惩罚违规排放的方式,督促企业改进设备或调整生产计划,实现限制和减少排污的目标。这一描述固然是较为理想化的,其中有一点不容忽视,即法律规制对政策目标的实现情况并不完全由规制本身所决定;人们完全可以预料到规制效果不符合预期、甚至完全失败的情况——并且事实上这样的情形也屡见不鲜^[4]。在此情况下,法律规制的信息将同样遵循前述线路逆向回馈,从而形成某种法律规

[1]哈贝马斯在此援引了马克思关于资本主义市场导致的劳动者从生产资料上剥离的状况,并指出这种看似劳动力自由的经济系统之下隐藏着深刻的悖论,即雇佣劳动者实际上将被剥夺这种自由。

[2][德]卡尔·马克思:《1844年经济学哲学手稿》,[北京]人民出版社2002年版,第42页。

[3]Jürgen Habermas, *Legitimation Crisis*, trans. by Thomas McCarthy Polity Press, 1992, p.41.

[4]在实际情形中,排污企业规避法律规制的方式数不胜数。试看2008年11月由环境保护部发布的“关于《水污染防治法》第二十二条有关“其他规避监管的方式排放水污染物”及相关法律责任适用问题的复函”,其列举了这样一些规避规制的手段:将废水进行稀释后排放;将废水通过槽车、储水罐等运输工具或容器转移出厂、非法倾倒;在雨污管道分离后利用雨水管道排放废水;其他擅自改变污水处理方式、不经法定排放口排放废水等规避监管的行为。另外,与行政执法部门或监管部门串通一气,借助公权力保护违规生产的做法同样存在。就这些行为而言并不存在法律认定方面的

制——反馈——规制调整(重新规制)的动态过程。法律系统通过上承政治系统,下启社会生活系统,从而以法律的话语实现了各系统间的连动。

为什么会产生规制失灵的问题?根据哈贝马斯的描述,我们可以更精确地重构上述过程,并从中发现症结之所在:作为形成于政治系统的话语,保护环境的政策目标被法律系统——典型的话语为合法与非法——“翻译”为规则制定和规制实施;而后者在经济系统中的实现再一次经历了转译过程,使得成本与收益以及风险的话语成为企业在面对法律规制时做出反应的依据。从这样一条清晰的因果链条可以看出,由生活世界之中理性各方之协商一致所赋予的意义的规范性被逐个采纳为各系统内部的话语,法律规制对各系统的介入实际上并不能逾越该系统的作用范围;而规制失败的问题则在于,其介入导致了生活世界之意义,即理性商谈形成的共识,与行为合意的协调机制,即各系统之内部话语的分离,使得环境保护之法律规制的最终效果适得其反。换言之,在政治系统发出指令后,其作用于法律系统或经济系统往往是失效的,保护环境的要求、关注个人环境权利的诉求被系统自身的逻辑一再阻断。因此,哈贝马斯将法治化的困境归结为,法律规制的成功将导致生活世界的瓦解——以法律殖民化的方式,而另一方面,法律规制的失败又会造成法律系统本身的瓦解——以规范重制或抛弃规范的方式,这是一个深刻的悖论^[1]。

无独有偶,对法治化进行过细致分析的另一位德国法社会学托依布纳也给出了对法治化困境的分析。在他看来,法治化的困境不在于哈贝马斯归纳的两难悖论,而表现为某种三难(trilemma)困境的情形。托依布纳首先强调,法治化的复杂性体现在三个方面:定义方面的,即诸如法律激增和法律污染等越来越多的现象都被归于法治化名下加以研究,这增加了定义法治化这一概念的困难;范围方面的,即法治化的影响力究竟深入到哪些领域之中,其作用到底延伸到多么细枝末节的问题上;最后是对策方面的,法治化是一个可以被观察和描述的现象,然而克服其困难的种种尝试都不得不将我们拉入规范性的话语之中,更何况,“目前没有办法解决规制的三难困境”^[2]。在此,有必要考察托依布纳对法治化的分析,这个分析与哈贝马斯的叙述形成了有益的对照。

仍然以工业排污为例,托依布纳的问题与哈贝马斯一致,即积极的法律规制为何最终却经常面临规制失灵的结局?看起来,如果生产企业拒绝法律系统的介入,那么从五花八门的法律规避行为之实际来看,这些属于边缘性违法行为的手段造成了较高的监管成本;如果企业自觉接受法律规制的调控,而采取改进生产设备或减少产量的方式予以应对,这无疑会提高其生产成本或者使其遭受亏损,从而危害其在经济系统中的行动。然而事情果真如此吗?托依布纳指出,实际上排污企业会把违法行为所受之处罚内化做经营的附加成本,通过将其列入资产负债表并内化为产品价格,最终将法律规制的后果转嫁给消费者。在这里,环境保护的政策目标与立法目的甚至从一开始就并未进入到企业的决策参考中^[3]。

托依布纳指出导致规制失败最根本的原因在于上述的“转译”过程,亦即上述每一系统在适用不

困难,困难在于它们使法律规制措施实现的难度加大了,换言之,在明显违法的情况下,这些行为并不参照或回应立法目的而来衡量自身。

[1]“虽然福利国家提供的保障旨在促进社会融合,但当合法的社会介入令生活关系(life-relations)与协调行为的合意机制相分离并转而被置于权力与财富的媒介之上时,这些保障反而促成了生活关系的瓦解。” Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol.2, trans.by Thomas McCarthy, Boston: Beacon Press, 1987, p.364.

[2]Gunther Teubner, “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions”, in Teubner(ed), *Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, de Gruyter, 1987, p.19.

[3]Gunther Teubner, *Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold*, 1 Soc & Leg Stud, 1992.

同的语域(register)来翻译其所接收的、来自其他系统的“刺激因素”时发生了误译(mistranslation)^[1]；政治政策产生权力运用的需要；法律系统则将其接收为在实施规制时的合法性判断；而经济系统则将其转化为关乎得失损益的考虑。这样看来，各系统间的互动就并非基于因果关联，而必须使用“结构耦合”(structural coupling)来解释此现象^[2]。在不同系统各自转换来自其他系统的信息的原因，是各系统作用范围的有限；而正因为结构耦合中发生语域转换的情况不可避免，使得信息误译的情况总是出现并最终导致规制失败的结果。

因此，托依布纳更倾向于将法治化的困境理解为三难：(法律规制)“要么不再涉足，要么就在生活的社会领域之中产生瓦解的效果，要么就在规制型法律自身之中产生瓦解的效果。”^[3]可供采取的选择被限缩成令人绝望的三类：要么法律自戕于社会生活的领域之中，不再有规制也不再以需求和目的释明自身；或者目睹法律“殖民”于所有将要接受规制的领域，并通过其自身结构和管控措施逐渐消融该领域的固有特征；或者正好相反，如果法律自觉避免对将受规制的社会领域产生上述瓦解作用的话，就要求其自身能够在应对各领域固有特征时亦保持相应的灵活性，这导致了规范体系和规制措施的复杂化，结果是法律自身的系统性反过来被其规制对象殖民化了。尽管第三点看上去有些不可思议，但经由一个合理的推论我们可以说明它：法律的特性即在于能够以具有普遍性之规范体系涵盖个案，如果法律规制必须以专门化的、逐案评估的方式为基础，那么它将不得不通过不断自我重整的方式实现自身；这样一来，法律所必需提供并保障的确定性与稳定性的期望就会落空，法律系统自身的特质就会被瓦解。

在这种规制型法律的语境下，托依布纳认为法治化进程表现出来的毋宁说是一种病态的图景。概括而言，法治化的含义在于规制型法律在功能、正当性、结构和成就方面存在问题的统称。其表现在设计规制策略的政治系统与实现和执行该策略的法律系统以及逻辑上自主且拒斥直接控制的社会领域之间的“结构耦合”。法治化的存在及附随其中的各种难题，实际上反映出各系统间不断僭越彼此所存续的界限、忽视自身特征与逻辑的后果。

身处法治化困境之中的人们还将忧心忡忡地发现，摆在他们面前的选择显得那样贫乏。一种基于肯定各系统间的差别、尊重彼此完整性与自治性的观点，最终将把我们带向经由哈耶克阐释、而后又由卢曼进一步描述的保守而自由放任的社会中去^[4]。如果不放弃法律规制的功能，那么按照托依布纳所给出的社会民主的替代方案来看，就可能建立以程序规制代替实体干预的“反身法”(reflexive law)。

四、结 语

法治理论本身是一个融贯性的方案，它寓于形式化的方式展现法律的体系性特征，并尽可能排除

[1] Scott Veitch, Emiliios Christodoulidis, Lindsay Farmer, Jurisprudence: Themes and Concepts, New York: Routledge, p.259.

[2] “结构耦合”(Strukturelle Kopplung)是一个来自卢曼的概念，指的是诸系统之间的某种特殊关系。在卢曼看来，结构上耦合的系统是彼此相互依赖的，因此它们各自反倒不是自足的，但在运行上却又是自主的，所以，它们彼此作为对方的环境。参见 Gregor Kneer, Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》，鲁贵显译，〔台北〕远流图书公司1998年版，第74-83页。

[3] Gunther Teubner, "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", in Teubner(ed), Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law, de Gruyter, 1987, pp.19-22.

[4] 参见〔英〕哈耶克：《法律、立法与自由》，邓正来等译，〔北京〕中国大百科全书出版社，第4页。

人为因素对于预期的影响。但在法治化的过程中,我们发现它的每一阶段往往都不是一个可以被融贯的过程。

认识到这一点,我们就需要对法治本身抱有相应的警惕。法治所坚持的,以个人权利为基础的规范性体系,在现实的法治化过程中可能呈现出完全不同的面貌;法治所要求的法律之不断形式理性化的过程,也并不总是与法治所追求的目标一致,这可能导致法律本身的“合法化危机”。我们可以通过近代的劳资纠纷对这个问题予以阐释:近代法治本是基于自由而构成的规范性体系,但在触及劳资纠纷这一问题时,法律却被迫做出让步,通过承认劳动者的弱势地位而让劳资冲突这一政治问题法治化。这里产生的问题是,如果依然追求法律自治,那么基本规范在这种依据单方意思表示而有效的规则中如何展现自身?这意味着法治本身遭遇了断裂。

就这个困境来看,西方的社会学家观点迥异。依照哈贝马斯的观念,法治化其实是对社会关系的损害,生活世界的法律化将不可避免地走向生活世界的重塑,而这一过程也将毁灭法律自身;而在托依布纳看来,法律系统的功能实则被削弱了。需要注意的是,无论采取何种进路去认识法治化,其凸显的困境与危机都将是描述性的,对此除了承认以外我们别无他法。从法治化的代际层面之中,我们也可以发现法治所蕴含的核心——个人权利,将会在法治化的过程中逐渐迷失,这就是就法治自身而言的法治化矛盾。

事实上,法律不可能独立地生长与运行,同样,社会的诸领域也不能都与法律的规范化运作方式合拍。在西方近现代的思想家中,对此问题的论点诸多:以赛亚·伯林欲以法律的去政治化作为化解法治化困境的方案,以此来禁止公共领域对规范领域的入侵^[1];德沃金欲将法律实践本身作为法律规范性的源泉,从而重新整合法律与政治^[2];哈贝马斯在重构目的合理和价值合理的基础上以交往理性的观念提出程序主义法治^[3],以此来平衡生活世界中私人自主和公共领域自主的共源性;而托依布纳则完全认同这个矛盾,在他看来,与其消弭这样的矛盾,还不如干脆承认,法治化本身就是一个危险的事业——与其费尽心力地追问解决之道,还不如仔细而准确地呈现法治化的困境,而这些困境将常在常新。因此,我们需要一种谨慎的态度来审视我们的道路^[4]。

人们对作为愿景的法治总是翘首以盼,但法治化的过程却是一个我们不断认识到自身局限的过程,也是我们终将直面自我矛盾的过程。中国的法治事业历经从法制到法治的话语转变,而法治化的过程则刚刚开启。同样的,我们终将会在法治化进程中遭遇各式各样的难题,制度本身的建立和运行或许也将不可避免地陷入到既有的困境之中,是走向法律的多元性框架,或是坚持法治自身的美好,这是一个我们必须面对的问题。

〔责任编辑:钱继秋〕

[1]Isaiah Berlin, "Political Ideas in the Twentieth Century", in Berlin, Four Essays on Liberty, Oxford University Press, 1969.中文译本见《自由四论》,陈晓林译,〔台北〕联经出版事业公司1986年版。

[2]Ronald Dworkin, Law's Empire, Belknap Press, 1986, pp.428-446.

[3]Jürgen Habermas, Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Cambridge, The MIT Press, p.27.

[4]Gunther Teubner, "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", in Teubner(ed), Juridification of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law, de Gruyter, 1987, pp.19-22.