

区域法治的竞争性机理分析

刘 旭^{*}

〔摘 要〕 社会构成在区域空间上的分化,与多区域单位中利益及其结群的多元性,构成了区域法治的多元性基础。分化是竞争的条件,而竞争是社会进化及法律进化的根本机理,竞争性因素的拓展既是政治理性萌生及发展的标志,也是经济进步及其法治得以确立的动因。作为人类智识成果的法律,根源上依赖于思想的竞争性创造与表达。从司法传统、代议制立法与竞争性表达的关联来看,复合、多元的规范秩序及贯彻其中的竞争性的架构及程序空间,都旨在既维护人类已有的智识规则,又在不断竞争性思索及验证中完善这一规则体系。

〔关键词〕 区域法治;竞争;机理;分析

区域空间内社会构成分化进而多元、而又交互竞争的态势,构成法治确立的社会条件。法律发展的历史呈现因分化而分布的法律现象,多元的利益单元及利益结群,因其分化所形成的强弱状态的移转,消弭了一元性及其绝对支配性,而使得法治成为超越分化各方的选择。伯尔曼所论中世纪后期教俗权力的分化及其竞争^①,以及戈登所述17世纪英格兰国王与议会间的权力对抗^②,分别成为西方法治传统得以奠定的关键历史阶段。以竞争性因素为象征的政治理性的发展,以及以竞争为主线的经济文明的进步,为思想性竞争——这一法治所赖以存在的根本内核解除了禁锢,创造了条件,使法律能够成为人类竞争性智识及其表达的凝结,并且在不断经受竞争性挑战和验证中获得巩固及发展。

一、区域法治的多元性条件

多元社会因素是法律生成及存在的基本表征。社会构成在一定区域及区域间范围中的多领域、多层次、多向度上的分化,带来差异化、多样性的利益格局,对利益实体、利益活动及相互关系的调整成为法律的基本任务,而多元利益的本体性所生发出的利益意识及其独立性,抵制着统御性、同质化、支配性的利益格局,维系并促成多元性的社会构成及利益结构,这种特性则正成为法治得以确立的根本

^{*}南京师范大学法学院博士研究生,南京师范大学中国法治现代化研究院研究人员,210023。

^①哈罗德·J·伯尔曼在《法律与革命——西方法律传统的形成》对西方法律传统在教会革命中的起源,以及教会法与世俗法各自的构成及其相互的关系进行了系统的论述,相关论证见:[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,北京:中国大百科全书出版社,1993年。

^②斯科特·戈登在《控制国家——西方宪政的历史》一书第七章,将17世纪英格兰的立宪发展史阐释为一种对抗实践及理论,相关论证见:[美]戈登:《控制国家:西方宪政的历史》,应奇等译,南京:江苏人民出版社,2001年。

条件。随着近现代以来的大社会的结成,在超国家、次国家等层面的多样化情境中,知识、合意及价值观念方面的竞争性被激活,法治体现于多元的区域单位及其治理结构。^①复合的、多元的治理结构既维系着自由及民主机理,进而又促成及保护着法治不沦为简单的强势及多数之治,分治、自治及其微观治理状态正是区域法治的构成基石。

(一) 多元社会构成的特征

由熟人社会向陌生人社会转变的过程中,社会因素的扩张,社会交往及其密度的增加,人员跨区域流动性的日益频繁,造成区域性传统习俗、集体控制的解体,而区域法治则首先是区域空间社会构成及社会要素多元化的产物。“在社会逐渐扩大,逐渐密集起来的时候,它也很难牢牢地控制个人了,也无法制止个人不断分化的倾向了”,^②社会容量的扩大,不仅带来个人生活状态的改变,更造成社会控制方式的变更。涂尔干在比较小城镇与大城市社会关系相互区别时,指出较小的区域范围,诸如小城镇,个体与公共舆论联系紧密,集体监视严密,其脱离普遍认可习俗的阻力较大,而在人口密度高的大城市,行动及关注的分化及流失,集体监视机制较为缺乏,人们会感到舆论压力较小。而法律正产生于集体监视及舆论失效的领域,“在聚集密度和人口数量成正比的地方,个人之间的纽带不仅比较匮乏,而且比较脆弱。……这种相互冷漠的状况恰恰削弱了集体的监控能力,增加了个人在现实生活中的自由度,紧接着又逐渐把这种现实状况变成了法律。”^③

基于血缘形成的村镇、部落等传统社会,是一种血缘与地缘的复合,依靠长久以来传承的经验的力量维系。社会联系的亲密,经过长期熟习了的共同生活,形成了传统乡土社会结构的同质性、单一性和静态性的特征,缔造一个以乡土道德、人情为纽带的,自动的、无需法律的秩序。^④经济形态的历史性变化,即社会进程从家族经济向商业经济,从占主导的农业耕作向占主导的商业经济的转变。^⑤一方面,繁密交往催生出流动性及对精密计算的需求,陌生人关系大量增多,契约及新的信用中介形式产生;另一方面,传统的由人情、人际道德所维系的关系及行为调整模式逐渐失效。人类治理区域的多向扩张,而形成的法律的拓展,已然成为古代政治的中心问题。^⑥而至近现代,社会关系及社会空间在纵向及横向维度上扩展,社会被划分为国际体系、地区性体系、国家体系、次国家体系、公民体系。^⑦新的社会形态及其结构,凸显了法律的必然性,多元的、异质的社会因素成为催生法律诉求及其中立性调整的必备要件。

社会分而多元的趋向及现状,促成了法律及运用在数量上的增多,对不平衡状态下各种分量因素的调整,也产生了实际的、法治的需求。布莱克在其《法律的运作行为》中指出,社会生活在纵向上的分层,在横向上的分化,带来法律的量及样式的变化,财富占有及分配的差异化分层越多,法律就越多地出现,以分工、互动网络及亲近所构成的人们相互关系,其分化的程度与法律之间的变化关系呈曲线型。在简单社会,那种缺少分化、而财产和劳务交换并不普遍的情形下,法律就很少;分化程度较低,因缺乏选择而单向依赖的情况,诸如:多个批发商面对仅有的一个供货商以及多个买方面对只有一个的卖方,法律便不活跃;“而在真正市场环境下,即彼此互相需要、同时又有其他选择的条件下,法

① S. Piattoni, *The Theory of Multi-level Governance*, New York: Oxford University Press, 2010, p.212.

② [法]涂尔干:《社会分工论》,渠东译,上海:三联书店,2000年,第254—255页。

③ [法]涂尔干:《社会分工论》,第255—256页。

④ 费孝通:《乡土中国》,北京:北京出版社,2004年,第62页。

⑤ [德]滕尼斯:《共同体与社会——纯粹社会学》,林荣远译,北京:商务印书馆,1999年,第112页。

⑥ [美]沃特金斯:《西方政治传统:近代自由主义之发展》,杨健译,长春:吉林人民出版社,2001年,第3页。

⑦ [日]星野昭吉:《全球政治学:全球化进程中的变动、冲突、治理与和平》,刘小林、张胜军译,北京:新华出版社,2000年,第32页。

律就有可能更多。”^①而文化在量上的增减,以思想、价值观和艺术的活动为表现,也构成法律的正相关因素。“简而言之,在创造性活动及其他文化活动繁荣之时,立法和诉讼也随之增加。”^②

(二) 利益及其多元构成作为动因

法治作为一种利益协调平台,形成于多元的社会利益结构,利益主体彰显其独立和非依附性,处于交往、碰撞中的多形态利益,为保存及维护自身,及防范强势利益的绝对支配,而寻求建立中立、自治的法律。昂格尔就提出法治的生成与社会形态相适应,依赖于特殊的社会条件,其中关键就是多元利益集团的社会构成。“法律秩序要发展,必须以这样一种环境为前提,即没有一个集团在社会生活中永恒地占据支配地位,也没有一个集团被认为具有与生俱来的统治权利。”^③法治在社会关系方面的要求,表现为一种多元的社会生活形态,而伴随社会联系的流动以及价值观的自由,所有利益最终体现为个人的利益,法治的条件也被归纳为一种把社会作为相互冲突的主体利益进行较量的意识;多元利益及其社会现实,使得对彼此对立利益的调合成为必要,法律程序成为承载多元利益动机、利益追求的选择,具有普遍性和自治性的法律因而能为广泛接受,发挥秩序形成及权利分配功能。^④

多元利益为特征的社会架构,也是共和体制得以结成的先决条件,亦是自由获得维系的重要保证。对于相互独立、甚至相互对立的利益关系,如何通过自利及制约达成秩序的问题,《联邦党人文集》做了经典的分析。利益活动的相互影响对制度创设带有根本性的作用,“用相反和敌对的关心来补足较好动机的缺陷,这个政策可以从人类公私事务的整个制度中探究”;权力分配的宗旨就在于“野心必须用野心来对抗”,“使各人的私人利益可以称为公众权利的保护者”,“人的利益必然是与当地的法定权利相联系”。^⑤要防止多数人由一种共同利益联合起来,进而造成少数人权利得不到保障的情况,正确的方法是“使社会中包括那么许多各种不同的公民,使全体中多数人的不合理联合即使不是办不到,也是极不可能”;民权的保障有赖于多种多样利益的存在,其获得保障的程度取决于国家的幅员及同一政府下利益的多少。^⑥

规则调整形成的多元利益间的秩序,体现在利益之间贯彻公平性要求的利益区分及边界划定。个体自利的动机作为驱动,常常是个体创造力及社会活动的源泉,也是以个体权利为内核的法治体系得以运行的初始动力基础。“正义的自然的约束力,即利益”,^⑦自利的存在,使得用以调整财产的正义法则成为必要。倘若资源足够充足,则既无明确及界定利益的必要,也无进行分配、矫正的正义需求。利己的感情由利己本身来控制,“使我们确定正义法则的乃是自己利益和公共利益的关切”^⑧;正是利益关切,生成了利用协议及规则来调整相互关系的动因,“因此,必然的结果就是:正义规则的最初确立是依靠于这些不同的利益的。”^⑨人人可舍弃利益以实现奉献,则一切法律性的诉求皆可消失,因而,最终地,相互对抗的野心及相互冲突的利益,它们与个体宪法及法律权利的适应,主要通过把行动的权威置于他人的权利和利益所隐含的限制或制约之中来完成,“体制的效率依靠人民使之为自己运作并使其符合适用于所有个人的宪法性法律之基本规则的能力”^⑩。

① [美]布莱克:《法律的运作行为》,唐越,苏力译,北京:中国政法大学出版社,1994年,第45—57页。

② [美]布莱克:《法律的运作行为》,第76页。

③ [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章,周汉华译,南京:译林出版社,2001年,第63页。

④ [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,第64—66页。

⑤ [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,北京:商务印书馆,1980年,第264页。

⑥ [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,第266页。

⑦ [英]休谟:《人性论》,关文运译,北京:商务印书馆,1980年,第539页。

⑧ [英]休谟:《人性论》,第536页。

⑨ [英]休谟:《人性论》,第537页。

⑩ [美]奥斯特罗姆:《复合共和制的政治理论》,毛寿龙译,上海:三联书店,1999年,第175页。

（三）多元结群构成的功能

结群是区域社会中人的交往的基本形式，而多元的结群构成乃是一个社会构筑民主及维持法治的重要条件。多元性是防范社会结群走向失衡，演变为强群独大、弱群受损局面的基本保证。对于结群的演进及其风险，思想家们早就有所警惕。最初从孟德斯鸠开始，就主张多元的区域构成及其联合，认为其有利于抑制局部性的弊害向其他区域及全局的扩散。^①而卢梭在《社会契约论》中又不无清醒的认识到，社会结群有演化为不平等及压迫的危险，进而危害公意及公共利益，卢梭因而提出，要么彻底消除各类派系，如果无法实现，就要增加他们的数量使之保持平衡，这是使公意永远发扬光大并且人民不会犯错的唯一好办法。^②《联邦党人文集》更深入地分析了当结群活动囊括了大多数人在内之时如何保护公益和私人权利不受侵害的问题，从社会的结群结构而言，要防范多数人群的冲动与侵害机会的巧合，一定要拓展结群所处的空间和范围，包罗更多的、不同种类的结群，降低优势群形成侵权的动机及概率，进而防止人数较多的结群对其他结群的压迫。^③结群数量的多元及其多元化的区域分布格局，可以使结群派系活动的风险局限于个别区域，而不至扩散至整体，从根本上维护了政治治理的稳定性。

自由结群所生成的，竞争性的政治及社会工具理性，不仅维护着个体的选择自由，更从结构上确立了防范集权及立法专断的屏障。托克维尔对多数的权威及可能的多数暴政的危险予以清晰的揭示，而结群的自由则成为遏制多数特权的根本办法。多数对立法及其执行产生重大影响，它带来立法的不稳定性，并造成立法机关对行政及司法权的剥夺，“在所有的政权机构中，立法机构最受多数意志的左右”^④；在社会及政治层面抑制多数专权，就要依靠一个多元的结群构成，多种多样的结群“首先是为了显示自己的力量和削弱多数的道义力量，其次是为了联合起来进行竞争”^⑤，因而，在一股势力越不可能成为多数的情况下，结群的自由及其竞争才能不受侵蚀。有研究表明，多元的结群关系及其刺激因素，能够缓和政治选择中的情感极端，个体的多重组织归属及其选择，有助于促成思想的宽容及民主的稳定性。在强大势力固化的社会，弱小族群及势力无法免受强者的侵犯，而在利益多元分化的情况下，“就连强者也由于他们情况的不稳定而被迫受制于一个不仅能保护他们自己而且也能保护弱者的政府”，进而，在范围广大以包容多种利益的情况，“整个社会的多数人联合，除了根据正义和公益的原则以外，是很少会在其他原则下出现”。^⑥

因此，公众治理结构的多元化就成为预防多数侵犯少数、强势欺凌弱势的有力举措，对于使法治运行摆脱功利指向，维护个体权利及开放性选择，具有重要的意义。治理区域的多元，表现为一种自治、分治的治理架构，自治用于守护个体固有的权利，而治理单元的多元则保证个体的自由，个体在周边层面能够从多元中进行选择，运用群体自身的工具理性处理自身的交往，又在跨界层面通过扩大的流动性维护意志及行动自主。结群的多元，是防范结群僵化、活力不足以及强势结群独大的前提条件，也是实现多元互制、维持社会均衡态势的结构性保障。

二、区域多元构成的竞争性机理

由一体统御向分化竞争的转变，是近现代文明演进的基本图景，政治理性的萌生于确立并维护多元竞争体制以及开放性竞争表达空间，不仅经济发展的根本性动力在于多元利益围绕效率和技术创新展开的竞争，社会进步和思想进化都最终呈现为一种对真理及未知领域的竞争性探索及表达。个体自

① [法]孟德斯鸠：《论法的精神》（第二卷），孙立坚译，西安：陕西人民出版社，2001年，第156页。

② [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，北京：红旗出版社，1997年，第56页。

③ [美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第48—51页。

④ [法]托克维尔：《论美国的民主》，董良果译，北京：商务印书馆，1988年，第282页。

⑤ [法]托克维尔：《论美国的民主》，第218页。

⑥ [美]汉密尔顿等：《联邦党人文集》，第267页。

由向来离不开有效的竞争体制,缺乏为权利救济和维护自由而设置的多样性的、竞争性保障系统,自由便无法存在。^①政治集团要为争取更多的合法性及施政合理性,展开正义竞争和表达性竞争,促进合理性知识、共识、治理方案的析出,进而一个社会作为法的治理秩序的合理性,就产生于这种以多元为条件的合法性竞争和真理竞争。

(一) 政治理性的发展及其竞争型因素

人类政治文明发端于政治蒙昧向政治理性的过渡,从统治者将自身作为神的代理人而全知全能,到统治者被分化出来而融入竞争,由竞争来弥补政治决策的缺陷就成为政治理性发展的基本标志。向公众提供可供选择的、竞争性的权力系统,成为近现代民主政治发展的基本特征。^②政治活动的历史表明,对竞争意见的包容是当时条件下政治清明的显著特征,中国历史上一些开明君主以采纳臣谏、从善如流而声名远播,铸就了历史上的经济繁荣时期。典型的就如以纳谏闻名的唐太宗,君王在自身之外,有意识地进行政治决策上的分化,允许并采取更为理智、高明的意见,努力促成政治决策的理性化。但是在君权神圣至上的大多数时期,君主一元力量压倒一切,君主权威常无法忍受尖锐、严厉的批评,更加禁绝有关政治合法性及决策合理性方面的竞争,以致在君主之下已不允许且再无可能出现超越君主的智识及意见,进而造成整个政治官僚体系理性化水平每况愈下,管制智识及效率日益低落。

社会集团围绕治理合法性的竞争,则是治理民主及法治得以生成的根本条件。中世纪后期的历史转型和法治形成,经常作为近现代社会演进关键的、典型的历史阶段,国王、贵族及市民间的相互关系,既是一种多元的、结构化的存在,又可以理解为对治理合法性的争夺,国王与平民的联合,以及贵族与平民的联合,就是基于多元竞争的因素及其释放,治理参与的理念、权利固有的理念、具有超脱性的自然法的理念都是这种多元竞争的妥协及析出。西方历史上的统治者曾长期兼占着世俗与宗教权威,直到中世纪后期,宗教权威从世俗权威中相分化,二者围绕正统性及司法管辖权展开胶着的、拉锯式的合法性的竞争。伯尔曼认为,教会和世俗两方面中央集权政治体的并存和竞争,凸显了法律规则背后一般原则的重要性,更成为现代法律科学的诸多价值,包括客观性、有机的怀疑论、对新的真理的开放态度等一般精神的来源,出于对上帝与人之间的深度调合,才第一次让西方人具有了对于法律科学的信仰。^③并且,教俗竞争为国家对人类世俗精神施加控制的权力设置了宪法限制,这种由抗争和协调带来的产物,为近代世俗国家的运行明确了高级法背景。^④

戈登又进一步认为,17世纪的英国对抗性政治体制的发展对于政治文明及法治演进具有特殊的意义,英格兰“国王和议会间对权力的持久斗争伴随的是政治观念的全盛期,其中由对抗性的权力组成的政体概念得到了明确的定义”。^⑤在这一时期,大宪章的确立,促成了议会对王室征税权的控制,两院制逐步形成,而普通诉讼法院及地方法院则日益成长为独立于议会及国王的力量。戈登指出,17世纪英国社会所包含的多元复合结构,即全国性政府、郡、教区、村庄在内的多元构成,再加上议会与国王相对抗的重大影响,使得就是在17世纪,国家内若干机构能够相互制约的多元主义的观点得到了重申,主权的概念为分权和制衡的概念取代。^⑥对抗一词其实更应当被理解为合法性的竞争,在这种竞争中,国王的专断、无限的权力受到批判及限制,而议会自身又确立了两院制的相互制衡及竞争性的架构,这一

① [英]布赖斯:《现代民治政体》,张慰慈等译,长春:吉林人民出版社,2001年,第57页。

② [美]谢茨施奈德:《半主权的人民:一个现实主义眼中的美国民主》,任军锋译,天津:天津人民出版社,2000年,第108—109页。

③ [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,北京:中国大百科全书出版社,1993年,第182,191,199页。

④ [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第327页。

⑤ [美]戈登:《控制国家:西方宪政的历史》,应奇等译,南京:江苏人民出版社,2001年,第229页。

⑥ [美]戈登:《控制国家:西方宪政的历史》,第240—241页。

时期的意义还表现在,国王和议会之外独立司法的发展,构筑了国家治理的更为完善的竞争性体系。

（二）经济法治及其多元竞争主线

经济领域的多元竞争是经济公平性秩序的根本前提,也是经济能够取得增长的基本动力。竞争需要规则,竞争也凸显了经济法治的必要性,以至于近现代经济法规主要就是围绕确立公平竞争法则、营造有效竞争秩序而展开的。而法治的重要功能就是:“创造条件使竞争尽可能有效,在不能行之有效的地方给竞争提供补充,……一个有效的竞争制度和其他制度一样,需要一种明智规划的并不断加以调节的法律框架。”^①经济资源及经济信息的多元分布特征,要求依靠竞争,而不是集权化的管制,才能够促成经济秩序。^②“合理的经济秩序之所有这么一个独特的性质是因为我们所必须利用的关于各种具体情况的知识,从未以集中的或完整的形式存在,而只是以不完全而且时常矛盾的形式为各自独立的个人所掌握。”^③信息的个体性及多元性,要求经济决策也必然是多元的,经济秩序便融于这种个体化、多元的运行机理,多元经济活动交织而成整体的经济图景。因而,“并非每个市场成员都须对市场整体全部了解,每个有限的视野合在一起足以叠盖整个市场”^④。经济活动无法依靠一个金字塔式的集中管制结构来运作,倘若权威的指令调整替代广泛的自我调整的职能,“便如同这样一个人,要把必须由数杆根控制杆同时工作来操作的机器交由一只手控制”^⑤。

反垄断的需要,即防范单一主体及多主体合谋为单一主体实施竞争准入及价格控制,是对市场加以法治监管以维系自由竞争的基本根据。政府授权,不完全信息,规模经济的存在,以及阻碍进入和清除已有竞争的市场战略等多种因素,造就了不完全竞争的状态,树立了压制竞争、阻碍进入的壁垒。^⑥而多元的市场结构是竞争机制得以发挥作用的重要条件,唯有多元性的先决条件,才使得竞争成为可能。足够多元的环境,分化了市场参与者串通及合谋带来的风险,使控制市场的行为变得更加困难。但在这种环境缺乏的条件下,在某一时段、某一地域,由单个公司主导生产、运输、销售中的相关环节,其制定价格、控制产量以及事实上制造准入壁垒的举动,便形成了垄断控制,常常对新的竞争者构成排挤,破坏了竞争的正当秩序。^⑦垄断者在一定时间及空间内成为市场规则的支配者,创造了一体的、排斥性的商业权力,而政府权力的介入及法治的调整,就在于引入新的更有合理性的、竞争性的制度安排,打破商业活动垄断格局,恢复并维护竞争机制。

（三）思想自由及其竞争的根本性

人类文明演进是一部思维趋于开化、理性及智能不断获得启蒙及发展的历史,而思想自由是保证人类智识创造及创新的根本前提,是推动人类政治、经济及社会诸文明系统进步的核心质素。在政治、经济背后的深层次领域,思想意识水平发挥着制约政治文明和经济秩序的根源性作用,即便在政治制度改进、经济增长的条件下,当时社会环境下普遍的思想状况仍然发挥着底层性、基础性的制约功能。作为思想自由的必然结果,竞争就成为思想进步的动力。竞争推动思维进化,开拓人类认知领域及深度,促进多元思想间的互补、提升,思想自由及其竞争秩序促动着人类向未知领域进发及拓展,而竞争性表达是思想向现实过渡的有力平台,竞争性表达深度、说服力及生动性,决定着人类交流、交往协商水平的高低。

① [英]哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,北京:中国社会科学出版社,1997年,第43页。

② 参见沈云樵:《法域竞争与法律功能的再审视》,《中国矿业大学学报》(社会科学版)2014年第2期。

③ [英]哈耶克:《个体主义与经济秩序》,贾湛等译,北京:北京经济学院出版社,1989年,第74页。

④ [英]哈耶克:《个体主义与经济秩序》,第81页。

⑤ [英]博兰尼:《自由的逻辑》,冯银江等译,长春:吉林人民出版社,2002年,第127页。

⑥ [美]伯吉斯:《管制和反垄断经济学》,冯金华译,上海:上海财经大学出版社,2003年,第21页。

⑦ [美]吉斯特:《美国垄断史:帝国的缔造者和他们的敌人》,傅浩等译,北京:经济科学出版社,2004年,前言13页。

法是对交互竞争性意见予以理性、中立抉择的结果。思想自由确立了法的发现的开放性背景,而竞争则是对未知之法进行尽其心志、不懈探索的激发因素。思想自由并非开始就有,而是人类经过长久的斗争而确立及获得的。经常对思想自由产生巨大妨碍的,是各种宗教、阶层、社会组织的既定权威,他们运用神灵的教条、系统的强力,创造固化的思想秩序,并且实现了对法律的占据。各种未加证明或者不能证明的教条,根据所谓的公共意见、教会、圣书等权威作出,人民因为命令、惯性及从众的原因而承受这些教条。^①然而,正是这些教条及其权威势力,构成思想自由,进而构成法律发展不容突破的天窗,他们使思想及真理规则受制于蒙昧神秘的宗教信仰以及压倒性的强力。

竞争是应对思想问题的理性方法。“理性的唯一武器就是辨证。权威所利用的是物质和道德的势力,法律的压迫和社会的非议。”^②人类的思想进步得益于开放性的自由环境以及竞争型表达秩序。人类历史发展的很多阶段,依靠暴力及功利的竞争,取代了思想及表达上的竞争,这些历史时期法律要么是强力的工具,要么是功利的奴仆,沦为强权及压倒性功利的灌输。奥斯特罗姆谈及欧洲历史中的暴力竞争阶段,认为普遍的有组织的战争状态构造了近代欧洲的架构,暴力斗争求得生存的需要,动员战争机器来遏制雄心勃勃的对手的需要,使其宪法只能生发于机遇和强力,而非深思熟虑和自由选择。^③托夫勒论证了历史上的权力由暴力主导的低质权力,向财富笼络的中等权力,并最终向以知识为特征的高质权力演变的趋势。作为最民主的权力之源,知识是即将发生的权力移转的关键,“知识、暴力、财富以及它们之间的关系,决定了权力的社会属性”。^④正因为如此,人类文明的进步及法治的彰显,就在于运用理性思辨和思想竞争的方法消除暴力及功利的渗透,而避免使法律落入强力及功利之手。

三、复合竞争的区域法治秩序

法的发现处在人类已知探索与无限未知之间的张力进程,因而既要由传统的形式凝聚智识,又要以怀疑性的思想背景深化对法的认知,这其中,竞争发挥着智识进化的根本性的动力作用。在维系传统而又推动进化的人类制度形式中,司法内在地具有竞争性的架构及运行机理,法之于司法就表现在不但维护业经思辨、成熟稳定的智识规则,更在不断的说理性挑战和竞争性表达中凝聚、吸纳的新的智识规则。一个复合的、多重管辖的司法、立法及规范体系,其贯穿的主旨就是以多元的结构形态,维护思维认知及表达的竞争性。国家发展的比较经验也说明,那些存在着多种多样规章制度的国家,较之那些只是单一制度的国家,其经济更为繁荣兴旺,社会更加充满活力。^⑤

(一) 司法的竞争型架构与法的发现

对于法的生成这一基本问题,不同的观点诉诸于理性、推理以及社会现实等维度,将法看作是理性的表达,或者是逻辑自洽的体系,进而形成对法的构成及形态的不同认知。法的生成本质上是一个法的认识观的问题,即人类要选择怎样的规则去调整他们的行为及相互关系,人的认知、选择与未知世界的张力,是人的真理追求的永恒制约,也成为法的实现躲不开的命题。法的理性发现观,虽然指出了法的发现的本体力量,但对理性的单边强调,则容易忽视法的发现的现实结构,而法的生成更要依赖于一种竞争性表达的架构。思想自身的特性表明,思想就是在一种开放的、怀疑论的背景下,在

① [英]伯里:《思想自由史》,宋桂煌译,长春:吉林人民出版社,1999年,第6页。

② [英]伯里:《思想自由史》,第7页。

③ [美]奥斯特罗姆:《复合共和制的政治理论》,第53页。

④ [美]托夫勒:《权力的移转》,刘江等译,北京:中共中央党校出版社,1991年,第23—24页。

⑤ [美]科迪维拉:《国家的性格:政治怎样制造和破坏繁荣、家庭和文明礼貌》,张智仁译,上海:上海人民出版社,2001年,第80页。

不断接受思辨挑战的情形中维持自身的合理性和有效性。“……一个意见的真确性,正是以有反对它和批驳它的完全自由为条件;而且也别无其他条件能使一个像具有人类精神能力的东西享有令他成为正确的理性保证。”^①而法作为旨在为人们信守的权威性意见,无论是一种共识意见,或者是多数意见,都要依托于使批驳与讨论能够进行的架构,正是因为,自由发表的意见会产生竞争性作用的机理,为法的发现提供实践通道。竞争对人类智识的开发与驱动,促使那些最有探索力、能够更多挖掘及覆盖人类未知领域的意见能够获得在竞争性思索和表达中析出,而竞争性意见表达的开放性、深度及质量,决定了意见协商的真确性、考量及概括的全面性以及对相关因素及其关系的认知状况。

哈耶克自发自生的秩序理论为竞争性的法的发现架构提供了较为有力的佐证和借鉴。在哈耶克看来,法本身并非拟制的,而是先于人的心智及语言出现的,语言及意见只能够部分地、不够精确地阐释这些先在的规则。“……一项成文的规则,……只能够对人们在实践中明确知道的东西做一种不充分的且只是部分的表达。”^②因此,法的发展取决于人类对未知规则进行探索的进步及对其表达的进化。罗马私法体系不过是对行动中的习俗规则予以发现及规则化呈现的产物,但是,近代立法却成为制定新的正当规则的权力与统治者组织和控制政府机器权力的融合。^③哈耶克批判了视法律为立法者意志产物的法律实证主义的观点,认为近代以来只有英国依靠普通法传统和法官的作用,才成功捍卫了中世纪以来的自然法传统并树立现代自由观,其根源即在于英国成功撇除了“那种视法律为某个统治者之创造物的观念”。^④而立法者只有像普通法法官一样约束自身,并且立法型构对司法予以效仿,立法才能获得司法过程中所产生的那种抽象的、普遍性规则形式。^⑤哈耶克进一步指出,对立法机构的权力予以限制,要依赖于否定性力量(negative power)对立法所施加的意见,它具有从立法者命令中发现真的法律的功能。^⑥

普通法以法的传统演进的形式确立某种抵御统治恣意的屏障,不仅是对过往统治当中王权单边决断意志的阻断,也是对近代以来受一时一势之影响的阶层及利益议决模式的屏蔽,借助于司法特有的两造对等、主张抗辩的竞争性表达架构,司法当中法的发现机理才能够维持其自治性。如同真理的延续,法的发展具有渐进性,由理性及经验所发展的规则在没有为新的事实及意见表达所证明为不适应之前,传统规则都将发挥持续的调整效力,而法的衍生及继续发展则要依靠一种专属于法的决策空间和架构。哈耶克也曾谈及,法院在形成作为有效行动秩序的行为规则系统的渐进过程中,“内在的批评”(immanent criticism)发挥着推动性的作用,它其实成为着思想进化的主要手段。^⑦法定程序、权利对等、突出抗辩、律师参与以及超脱性和中立性等司法决断的特征,使得说理及说服,而不是指令和投票,被奉为贯穿司法的决定因素,对抗辩及表达的强调,其实就是力图在发现法的程序空间内,通过一种竞争性的机制,使最有洞见及说服力的表达得以析出,既为司法决断予以有力的制约,又为裁决合法性提供支持。

(二) 代议制立法及竞争性表达机制

从柏拉图提出哲学王统治以来,依靠完备而神圣的一元决断理性,实现对社会全体及个体理性的整合与指导,成为人治及专制政体的构造渊源,并被证明是违背了政治文明法则。受到欧洲大陆绝对主义政治的影响,近代大陆法系代议制立法体制也常常具有某种绝对主义的特征,自法国人权宣言宣告法律为公共意志的表达以来,代议制立法的大陆法系发展,将立法笼罩在主权法治形态之下,公意

① [英]密尔:《论自由》,许宝骙译,北京:商务印书馆,1959年,第23页。

② [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),邓正来等译,北京:中国大百科全书出版社,2000年,第121—122页。

③ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),第130页。

④ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),第131页。

⑤ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),第135页。

⑥ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),第141—142页。

⑦ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),第184页。

既遮蔽了利益分化和意见分化的现实,更在一定程度上掩盖了法的发现的真实机理。主权取代君权成为一元立法理性的本体,而多数意志则篡夺了公共意志的地位。多数的无上权威及其快速坚定的表达意志的方式,表现出随情势频繁变换的特征,并造就了立法及其执行的不稳定性,为此,托克维尔惊呼:“美国在今天就成了世界上法律寿命最短的国家。”^①

法律历史的诸多情形,代议制使多数集合理性成为压倒性的力量,常常是一元决断及代议制决断垄断了法的发展进程,对法律发展的传统、权利保障的稳定性构成损害。哈耶克在《自由秩序原理》一书中指出,多数意志的强行实施破坏了习惯与制度得以生成的自由发展进程,就是“因为多数意志的强行实施所具有的强制品格、垄断品格以及排他品格,完全摧毁了其内在的种种自我纠错的力量”;定期新加入人员的多数决策,还包含着相互冲突的动机以及无法令人满意的妥协,其实施又对法律依凭先例而形成的累积性进程构成破坏。^②就是说,代议制的不稳定既损害了法作为智识规则的传承性,又以其垄断和排他降低了法律发展的创新品质。

作为一种可能的改进,代议制要在其自身定位方面融入竞争性权力架构系统,并且在其内部贯穿竞争性机理并配备相应的程序设计,才能够维持其民主性追求的目标与属性。哈耶克认为,尽管司法为法的发现及演进确立了良性机理,但自发自生立法也会造成某种不完善的方向及特性,因而需要刻意审慎的立法予以弥补;而且,法律发展的司法过程必定是渐进的,它可能被现实证明为演进得过于缓慢,因而无法对新的情势作出迅疾的调整。^③近现代社会事务日益繁密、复杂、多变,多领域社会风险急剧涌现,出于预先防范和快速应对危机的目的,代议制立法及行政立法作为竞争性系统的分支,有助于弥补法律单系发展的不足。但是这些立法也要为竞争性表达机制留足空间,为了使之不流于暴虐和专横,近现代立法实践在动议、制定等阶段有意识地吸取竞争性表达架构,包括听取社会意见、议会党团辩论、专门的立法听证等,力图保持并维系立法在汲取意见方面的开放性和竞争性。

(三) 多元规范竞争及法治秩序

以历史角度为证,中世纪后期宗教与世俗政权间斗争所发挥的作用获得广泛的认同,当时社会条件下多元的社会构成,包括王室、贵族、市民以及商人阶层,既构成塑造当时法律秩序的多元力量,各多元阶层又生成拥有各自独立规则体系、管辖及司法组织的多元法律体系,教会与世俗政权的紧张,以及多元法律体系之间的冲突和竞争,对于突出法治的地位以及创造一种协调性、综合性的法律秩序至为关键。伯尔曼对此予以深入分析,教会权威与世俗权威的分离,形成教会法院管辖权及法体系与世俗法院管辖权及其法体系的二元格局,多种复合、对抗的法律体系间的协调与平衡,就要在事物正当秩序的追求之下,通过法律的系统化和理性化,对各种冲突的权威及规范予以调解。“对于冲突、权威法律文献以及通过一般原则和概念而对冲突的调合的强调是一种创造性的知识回应,它满足了协调社会之中并存的和竞争性的相互激烈冲突的因素的需要。”^④

在法的规范与道德、政治、宗教以及其他社会组织规范之间,与其说使取代和驾驭的关系,不如说是一种围绕权威及规范合理性的竞争关系。即使在法体系内部,多元规范体系仍然依据其合理性确立起调整领域,并在其他规范失效或发生缺陷的地方,发挥着实际的调整效力。西方历史上长期存在多种复合法律体系,包括教会法、封建法、庄园法、商法、城市法、王室法。在12到13世纪,世俗法从教会法中模仿了许多基本概念和技术,并且寻求取得教会法所具有的内聚性和精致性,部分出于对教会

① [法]托克维尔:《论美国的民主》,第285页。

② [英]哈耶克:《自由秩序原理》,邓正来译,上海:三联书店1997年版,第135页。

③ [英]哈耶克:《法律、立法与自由》(第一卷),第135—136页。

④ [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第199页。

法的模仿,而部分又出于对教会法的抗争,促进不同类型世俗法律的有机发展。^①“即使在这些法律体系由同一法院来适用时,诉诸一种法律而反对另一种法律的机会也增进着自由。”^②并且,直到现代,法庭所适用的法律,在来源与内容上也仍然保持非纯一性,多样性的法源构成法律适用的背景。^③多元规范类型的竞争,包括各种地方性规范,以及国家法规范与民间规范的竞争,对于规范明确其各自定位,弥补规范漏洞及缺陷具有重要意义。

与区域治理构成单元状况相适应的法治秩序,必然表现为自下而上、由微观至宏观的、多元复合而又交互竞争的规范性体系。自治的逻辑是内生的,它构成法律民主性及正当性基础,个体在一定区域单元为自身事务而参与形成规则的行动,本质上区别与自上而下强推的、外部加与的、命令主义式的法律体系。^④多元区域单位的联合,既生成个体的自由及可选择性,又为程序正义及权利救济拓展了空间。维系并发展自由的社会,其所依赖的基本规则及制度安排之一,便是“为了实现确定的效果而必须在有如获得多样性条件一样的可用策略的多样性”^⑤。这就是说,不仅在横向空间,而且在纵向的维度,都要为个体选择及行动策略配备相应的规范性的制度通道。各种地方性的微观治理组织,具有区域特征的政府架构,以及向全球范围拓展的多边治理,终结了单一中心及其权威法律的模式。共同体式的法权观,追求的是支配性的、统合性的宗教、哲学及道德学说,这种对完整真理及公共理性统一性的热望,“忽视了建立在一种政治的正义观念之上的公共理性的限制范围”^⑥。与单一主权条件下顶点向末梢强加型的法律实施不同,多元体制及社群规则致力于反映差异化的客观现实,“不同组别的地方规则在众多可选择的世界观与规范体系中间也许引起冲突,然而这种冲突可以是建设性的而非破坏性的。事实上,竞争是多中心的核心”^⑦。

(责任编辑:王永贵)

Analyzing Competitive Mechanism of Regional Rule of Law

LIU Xu

Abstract: The differentiation of social structure in terms of regional space and the diversity of interests and in the formation of interest groups among multi regional units make diversity the foundation of regional rule of law. Differentiation is the condition of competition which is in turn the fundamental mechanism of social and legal evolutions. The expansion of competitive factors is not only the symbol of initiation and development of political rationality, but also the motivation of economic progress and establishment of rule of law. As the result of the progression of human intelligence, law depends on the competitive creation of ideas and the expression of these ideas. Viewed from the relevance between judicial tradition, representative legislation, and competitive expression, compound multiple normative order and the competition structure and procedure space carrying out this order both aim to maintain the existing rules of human knowledge and improve this system of rules in the process of continuous competitive thinking and verification.

Key words: regional rule of law; competition; mechanism; analysis

① [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第332页。

② [美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,第326页。

③ J. B. Murphy, *Philosophy of Positive Law: Foundations of Jurisprudence*, New Haven: Yale University Press, 2005, p.212.

④ [美]科恩:《论民主》,聂崇信等译,北京:商务印书馆,1988年,第274—276页。

⑤ [美]奥斯特罗姆:《隐藏的帝国主义,掠夺性的国家与自治》,V.奥斯特罗姆,D.菲尼,H.皮希特编:《制度分析与发展的反思——问题与抉择》,王诚译,北京:商务印书馆,1992年,第51页。

⑥ [美]罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,南京:译林出版社,2000年,第44页。

⑦ [美]麦金尼斯:《多中心治道与发展》,毛寿龙译,上海:三联书店,2000年,第19页。