

## 为何关注证立?

### ——超国家脉络下的公共权力结构\*

[丹]保罗·克亚尔\*\*著 陆宇峰\*\*\*译

#### 一、引言

近年来,围绕与各种超国家发展态势相关的正义问题,学界展开了热烈的讨论。<sup>①</sup>在这个特殊的主题上,除了其他同样引人注目的研究之外,持续的争论主要受到分析哲学的启发,在规范性的研究领域

---

\* 本文载《超国家法律理论》2017年第1期,8~21页(Poul Kjaer, “Why justification? The structure of public power in transnational contexts”, 1 *Transnational Legal Theory*, vol. 8, pp. 8~21, DOI: 10.1080/20414005.2017.1329248)。本文的中译和发表已获作者授权,在此致谢!

\*\* 保罗·克亚尔,丹麦系统论法学家,哥本哈根商学院管理、政治与哲学系教授。

\*\*\* 陆宇峰,华东政法大学科学研究院副研究员。

① 特别参见 Rainer Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung—Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2007; Dimitry Kochenov, Gránne de Búrca and Andrew Williams (eds), *Europe's Justice Deficit?*, Oxford: Hart Publishing, 2015; Jürgen Neyer, *The Justification of Europe. A Political Theory of Supranational Integration*, Oxford: Oxford University Press, 2012; 以及 Floris de Witte, *Justice in the EU: The Emergence of Transnational Solidarity*, Oxford: Oxford University Press, 2015。所有网站访问时间均为 2016 年 10 月 10 日。

内进行。本文选择了一条受社会学启发的不同路径,运用社会理论和法律理论,反思为何出现了这种关注证立问题的转向。因此,本文聚焦作为社会现象的证立和证立的社会实践,亦即证立活动的实际展开,而不是聚焦诉诸正义理论的哲学推理的逻辑一致性。这当然不是说,哲学的推理与理解正义无关,也当然不是说,哲学与社会学两种路径存在根本的矛盾。毋宁说,本文可以被视为对主要运用哲学推理方法的既有研究的补充,可能为超国家脉络下的正义问题和证立问题提供更扎实的理论反思。<sup>①</sup>

迄今为止,既有的证立研究涉及一系列规范性问题。第一个问题是证立的条件,亦即什么样的实质性规范标准,能够让两个或两个以上的行动者认同某项特定行动的正当性?第二个问题是决定证立问题的法律程序,亦即什么样的法律程序,可以对是否成功证立作出决定?哪些人应当参与决定?在何种条件下这些人应当参与决定?第三个问题最为重要,即证立是否可以只考虑特定时刻的特定社会情境,其衡量标准是什么?与上述问题不同,作为对这些问题的补充,另一场特殊的争论围绕着超国家背景下证立实践的作用展开。学者们特别讨论了这样一个问题,即证立的实践是否可以替代以民主方式组织起来的决策形式。比如于尔根·奈耶(Jürgen Neyer)的欧盟研究,就主要讨论了这个问题。<sup>②</sup>

本文聚焦作为社会现象的证立,这意味着把证立的实践置于展开证立实践的脉络之中加以观察。因此,就理解超国家脉络下的证立实践而言,从其不同寻常之处出发,发现各种超国家法律安排和政治安排的真正性质,就显得至关重要。大体上讲,无论是关于超国家

---

<sup>①</sup> 本文试图通过探索与规范性推理的兼容性,进一步发展一个更具描述力的社会学视角,我已在别处初步提出了这个社会视角。Poul F Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*, London: Routledge, 2014.

<sup>②</sup> 这一段文字系作者应译者的要求增写的背景介绍,以帮助国内读者初步了解欧洲公共决策研究的“证立转向”,以及欧洲学者对超国家机构公共决策从民主“转向证立”之实践的争论。

法律和超国家政治的一般研究,还是关于欧盟法律和欧盟政治的专门研究,都主要采用两种核心路径。一种路径试图依据民族国家脉络下民主和法治的事实性设置和规范性标准,描述、评估欧盟以及其他各种超国家安排。另一种路径则强调,在结构和目标两个方面,民族国家的政治法律过程与超国家的政治法律过程都存在实质差异。<sup>①</sup>从后一种视角看,应当用来评估超国家政治法律过程的规范形式和规范标准,基本上与民族国家不同。<sup>②</sup>本文试图通过从概念上移除国家概念,代之以更具一般性、可以同时包含民族国家与超国家法律和公共权力的公共权力概念,超越上述两条相互对立的路径。但本文还将进一步强调,在民族国家与超国家层面,公共权力的制度化存在两项深刻的结构差异。首先,民族国家的政治系通过领土边界构造起来,各种超国家体制之间的边界则并不清晰。其次,民族国家决策的适当性,亦即因应社会环境的变迁调整决策的能力,主要通过民主机制呈现出来。甚至可以认为,在民族国家内部,民主系作为一种反思机制运转着。而由于结构上的原因,超国家的政治和法律过程并非潜在的民主位点(sites),或者只能在十分有限的程度上成为民主的位点。是故,各种超国家安排都试图依靠证立的过程,弥补这两个方面的不足。在超国家脉络下,证立的过程既可以理解为适应的手段,也可以理解为自主启动的架构,旨在将公共权力的既有结构与世界社会的特定片段相关联。进言之,此种发展意味着更加重视法律的战略作用,因为较之政治,法律如今成了核心架构,证立的实践系借助

<sup>①</sup> 就欧盟的情况而言,可参见 Jürgen Neyer, "Justice, Not Democracy: Legitimacy in the European Union", 48 *Journal of Common Market Studies*, 2010, p. 903; 该文发表后的后续争论,可参见 Danny Nicol, "Can Justice Dethrone Democracy in the European Union? A Reply to Jürgen Neyer", 50 *Journal of Common Market Studies*, 2012, p. 50; Jürgen Neyer, "Who's Afraid of Justice? A Rejoinder to Danny Nicol", 50 *Journal of Common Market Studies*, 2012, p. 523.

<sup>②</sup> 民族国家与超国家评价标准的差异,根本上是方法论差异,这一观点特别参见 Graf-Peter Callies and Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford: Hart Publishing, 2010.



法律得到结构化和展开。但在现实中,依靠证立实践弥补民主匮乏的尝试,往往呈现为自我表现的行动,实际作用十分有限。

## 二、国家之内和之上的公共权力

国家是公共权力最重要的制度储存,但并非唯一。马克斯·韦伯和米歇尔·福柯以不同方式将权力界定为一切社会关系的内在之物<sup>①</sup>,但一种更加具体明确的公共权力概念,需要重视其抽象性、一般性和法律构造性特征。<sup>②</sup> 此处所谓抽象性,意指公共权力与特定个人相分离,典型例证即公职与公职人员的现代区分。在现代条件下,亦即自美国革命和法国革命以降,个人主观的利益和偏好原则上已与公共权力无涉。约翰·亚当斯在1780年马萨诸塞州宪法框架下陈述的目标——“法治而非人治”,表达了同样的立场。<sup>③</sup> 这样一来,公共权力就成为非本质主义的和纯粹协调性质的,它不能控制或限制产生它的社会过程的内容,只能为这些社会过程提供一般性的组织框架。因此,套用迈克尔·曼的话来说,我们可以谈论一种特殊现代形式的去个人化的基础性权力,而不是个人化的专制性权力。<sup>④</sup>

抽象性与一般性内在相关,因为抽象性意味着公共权力变成了一般化的社会媒介,应当在特定政治体之内以始终如一的方式得到全面使用。抽象性是一种具有一般性的形式,以公共权力呈现在依

---

① Michel Foucault, *Power: The Essential Works of Foucault, 1954—1984*, vol. 3, The New Press, 2001; Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1980, p. 28.

② 关于公共权力的此种观点,特别参见弗朗茨·L. 纽曼的研究。尤其是“The Change in the Function of Law in Modern Society”, in William E Scheuerman (ed), *The Rule of Law Under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, Oakland, University of California Press, 1996, pp. 101—41.

③ *Constitution of Massachusetts Article XXX*, 1780, [www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm](http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm) (last visit on Oct., 10, 2016).

④ Michael Mann, “The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanisms and Results”, 25 *Archives européenne de sociologie*, 1984, p. 185.

法设立的行政机构和权利体系(政治、经济、社会权利)<sup>①</sup>之中为前提条件。这样的公共权力在形式上和事实上都可以超越时空限制,持续制定和实施各种规范。公共权力的法律构造由此变得至关重要,法律为公共权力提供了形式,使之区别于其他权力类型。从这个意义上可以认为,政治作为公共性的表现,同样是依靠法律而非其他方式构造的。<sup>②</sup>

尽管这样的公共权力深深扎根在现代国家概念之中<sup>③</sup>,国家由此成为公共权力最重要的制度储存,但国家与社会其他部分之间的边界,从来就不清晰。<sup>④</sup>实际上,从宗教组织到行会,再到工会、商会等社会经济体,公共权力总是与不同的制度形态相关联。大多数国家实为组织联合体形态的混合国家,一些组成部分形式上是公共的,另一些组成部分形式上是私人的,但所有组成部分都参与公共权力的再生产和实施。比如在欧洲大陆,宗教团体和其他市民社会机构组织和再生产了大多数的公共福利供给。<sup>⑤</sup>此类行动形式上由私人组织执行,不在国家范围之内,但与此同时,又从属于更广含的、通过法律构造的公共权力领域。行政法对组织的干预,以及对由私人组织和控制的行动的日常管理说明了这一点。<sup>⑥</sup>在此背景下,国家的概念

① Thomas H Marshall, *Citizenship and Social Class*, London: Pluto Press, 1987.

② Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Oakland: University of California Press, 1960, p. 279ff; Franz L. Neumann, "The Change in the Function of Law in Modern Society".

③ Chris Thornhill, "The Future of the State", in Poul F Kjaer, Gunther Teubner and Alberto Febbrajo (eds), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart Publishing, 2011, pp. 367~393.

④ Duncan Kennedy, "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction", 130(6) *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, p. 1349; A Claire Cutler, "Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law", 2 *Review of International Political Economy*, vol. 4, 1997, pp. 261~262.

⑤ Gösta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton: Princeton University Press, 1990.

⑥ Grahame F Thompson, "The Constitutionalisation of Everyday Life?", in Eva Hartmann and Poul F. Kjaer (eds), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, London: Palgrave Macmillan, 2015, pp. 177~197.

只是一种语意简化,无法完全涵盖公共权力。相反,公共权力概念提供了一个更一般的范畴,打破了对国家的排他性关注,但又仍然重视抽象性、一般性和法律构造性。

就各种超国家发展态势而言,以及就民族国家与超国家法律秩序架构的同步涌现和演化而言,情况同样如此。大多数超国家治理机构,从天主教会到早期现代的殖民公司,再到在全球范围运行的各种当代实体,如国际会计准则理事会(IASB)、国际标准化组织(ISO)以及互联网名称与数字地址分配机构(ICANN),形式上都是私人实体,实际上却行使着公共职能。界定公共职能,可以将之与一般性、非实质性行动的再生产相联系,这些行动对于地方层次、国家层次或者超国家层次的社会存续至关重要。各种不同的行动,比如地方性的供水、民族国家的福利服务,或者全球使用的互联网搜索引擎,都可以视为结构上与公共权力之行使相关联的社会实体。从聚焦国家转向聚焦公共权力,因此避免了国家视角与“社会”或者“私人”视角简单对立的倾向。<sup>①</sup> 与这种视角截然不同,聚焦公共权力可以扩展对公共性的理解,不必局限于国家范畴。从规范的视角看,从聚焦国家概念走向更广义的公共权力范畴,则可以扩展规范性主张的范围。这些规范性主张与各种形式完备的权力组织和权力行使有关,它们尽管发生在国家之外的制度位点,但同样执行着公共职能。造就今日欧盟的欧洲整合过程,以其轨迹为此提供了绝佳例证。与流行的观点不同,这一整合过程并非始于1952年生效的《欧洲煤钢共同体条约》。相反,该《条约》颁布之前多年,私人的法律和契约基础上的国际卡特尔,就已经在事实上但非形式上行使着公共权力,煤炭领域尤其如此。<sup>②</sup> 因此,1952年的关键成就并非超国家整合,而是重铸了整

① 这种视角替换可参见 Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

② John Gillingham, *Coal and Steel and the Rebirth of Europe 1945-1955. The Germans and French from Ruhr Conflict to Economic Community*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

合的模式,变私人的整合为公共组织的整合,使欧洲的整合过程服从公法的特点和规范性标准。

### 三、国家与超国家公共权力的结构差异

将关注焦点转移到公共权力,意味着超越 19 世纪对国家与私人、国内与国际(或者用今天的话来说,超国家)的古典描述。<sup>①</sup> 这又进一步意味着两个核心问题浮出水面,这两个核心问题的集中表现,正如我们稍后会看到的,就是“转向证立”。

首先,掌握公共权力的所有制度位点,都需确定它们自认为与自身决策相关的世界片段。这个问题既涉及谁是决策的接受者,又涉及谁拥有影响决策的发言权。传统上,国家对这个问题的处理,系通过指涉主权、权利、领土、国家、制宪权和民主等相互关联的概念。各国均对由其领土象征性划定的特定社会范围主张主权,主张在国家的法律构造之内代表其领土上的居民,而且绝大多数国家都发展出各种机制,以维系民族国家问题重重的可接受性和正当性。换言之,政治体的构造,很大程度上与制造和维系边界有关——某个世界片段被涵括为一国的领域,其余则被排除了。然而,超国家机构却存在发展和维持清晰边界的体系性困难。国际公法组织似乎可以通过诉诸成员国的辖区,从形式上确定自己的边界,但实际情况比初看起来复杂多了。正如阿兰·叙皮奥所指出的,即便是欧盟,也倾向于将自身描绘成“空间”或“区域”,而不是领土实体。<sup>②</sup> 埃斯泰·埃兰—卡内尔(Ester Herlin-Karnell)对 1997 年《阿姆斯特丹条约》建立“自由、安全、正义区域”新目标的分析,说明了同样的问题,而所谓“欧洲经济

<sup>①</sup> “International”(国际的)在此被理解为指代一种严格的国家间关系。但这种关系,如今已被包含到更广义的“transnational”(超国家的)设置之中,后者并非直接产生于国家间安排,也并非仅仅产生于国家间安排。参见 Poul F Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*, London: Routledge, 2014.

<sup>②</sup> Alain Supiot, “The Territorial Inscription of Laws”, in Gralf-Peter Calliess et al (eds), *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*, Berlin: De Gruyter-Verlag, 2009, pp. 375~393.

区”的说法,也标志着新形态结构的出现。这种新形态结构并未与领土完全分离,但它们的边界是模糊的。其他超国家机构,比如前文提及的那些处理会计准则、标准设定、互联网规制问题的私人机构,它们的边界则更加模糊。

作为补救,大多数超国家机构诉诸利益相关者理论。利益相关者理论认为,与特定制度性机构决策相关的特定世界片段,就是与之系统性相关的对话者和合作伙伴。各种利益相关者框架被有意识地发展出来,用作民族国家法律构造的等值物,尽管它们通常奠基在软法之上。<sup>①</sup> 民族国家是由政治、经济或者社会权利构造的实体,民族国家的成员既是决策的接受者,又拥有面向决策制定过程提出要求和期望的权利,在此双重意义上,民族国家构成决策的反思点。<sup>②</sup> 以类似的方式,各种超国家的制度性决策机构提出了自己的利益相关者框架,以确定与决策接受者和面向决策过程的期望表达者相关的世界片段。

然而,比较民族国家与利益相关者框架,至少可以观察到两项结构性差异。首先,如前所述,民族国家的法律构造仰赖领土分化原则。领土的分化,意味着可以构造出一个范围有限、清楚明确的社会空间(social space),与其他社会空间基于象征性指涉地理边界的领土边界而相互分离。<sup>③</sup> 相反,利益相关者框架倾向于仰赖功能分化,其

---

① 更详细的讨论,参见 Poul F Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*, p. 88; Poul F Kjaer, “The Metamorphosis of the Functional Synthesis: A Continental European Perspective on Governance, Law and the Political in the Transnational Space”, 2 *Wisconsin Law Review*, 2010, p. 489.

② 权利与民族国家建构之间的关系,特别参见克里斯·桑希尔(Chris Thornhill)的研究,如“The Constitutionalisation of Labour Law and the Crisis of National Democracy”, in Poul F Kjaer and Niklas Olsen (eds), *Critical Theories of Crises in Europe: From Weimar to the Euro*, Maryland: Rowman and Littlefield, 2016, pp. 89–105.

③ 但在一些情况下,也可以看到文化主义的片段式分化概念,尽管不那么常见。与领土分化不同,片段式分化以诸社会系统相互平等为特点,这些社会系统通常按照血缘关系或者语言、种族渊源等文化遗产相互区分。比如匈牙利 2011 年宪法,就更加重视民族国家的片段概念而不是领土概念,体现为“匈牙利应当为国外生活的匈牙利人的命运负起责任”的原则。参见 Hungary's Constitution of 2011, Article D, [www.constituteproject.org/constitution/Hungary\\_2011.pdf](http://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011.pdf) (last visit on Oct., 10, 2016).



特点在于不同社会领域的平等(equality of different societal spheres)原则,这些社会领域即诸如经济、科学、宗教这样的领域,它们承担着互不相同的物质和规范再生产功能。<sup>①</sup>在各种超国家安排之间,功能分化具有相对优先性,其典型表现是法律构造迥异于彼此的各种体制,它们关涉人权、投资者保护、食品安全等不同主题。这一点影响深远,因为这样一来,根据超国家层次上的种种规则,谁是相应的政策接受者,谁是相应的权利享有者,就都并不清楚。几乎所有人,都至少已经间接感受到了各种超国家安排规制下的行动影响,但与此同时,要在全球范围内从制度上提供一种民主的决策渠道,绝大多数情况下却是不可能的。

其次,利益相关者视角固有的功能立场意味着,相应的政策接受者和权利享有者群体是可互换的。如果既有的利益相关者群体不具备充分的问题解决能力,另一个利益相关者群体就可以取而代之。在此应牢记社会学对认知性预期与规范性预期的关键区分,认知性预期在未被满足的情况下随时改变,具有高度的适应性,而规范性预期即便事实上没有实现<sup>②</sup>,也倾向于被维持下来。是故可以认为,较之依靠法律构造的民族国家,在利益相关者框架内部,认知维度扮演了相对更加重要的角色,因为民族国家是一个明显的规范性概念,很难改变。

鉴于以上两个原因,可以认为利益相关者框架的核心问题,就在于变动的特点和模糊的边界。正如马蒂·科斯肯涅米<sup>③</sup>所强调的,这也是超国家安排的一般特征,表明它们难以维持法律与法律指向的社会实践之间的界限。下文还将再度讨论的“实体性匮乏”问题,由

① Andreas Fischer-Lescano and Gunther Teubner, *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des Weltrechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 2006.

② Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 2009, pp. 51~71.

③ Martti Koskeniemi, “Legal Fragmentation(s) ‘An Essay on Fluidity and Form’”, in Graf-Peter Callies et al. *Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 30. April 2009*, Berlin: De Gruyter-Verlag, 2009, pp. 795~810.

此成为超国家安排的核心特征,可能导致利益相关者框架成为“虚假的法”(phony law)。

此外,社会世界永恒流变。今日之事物,总不与昨日雷同。因此各种公共权力位点都面对着永恒的适应问题,需要通过在制度组织中引入变革和实质性的决策内容,反映变化了的背景性环境。按照托克维尔对静态宪法与动态宪法的区分<sup>①</sup>,这个现象也可以视为现代性的独特特征,因为现代制度的特点,就在于内置了源于线性而非循环时间概念的未来取向。<sup>②</sup> 对于任何公共权力制度的长期有效性来说,在现代条件下,为了改变决策的框架和相应的实质性决策,能够观察社会发展、持续提升反思性的工具都至关重要。在现代国家内部,民主是作为最重要的制度性反思机制出现的。从规范视角看,民主通常被视为目的本身,或者至少是增进作为目的本身的某种自由的关键制度工具。但若抛开其规范性特点,民主也可以被理解为一种制度性的适应机制,它使政治系统得以“观察”公共舆论,适应持续变动的公共舆论偏好。因此民主的一项关键要素,就是“向未来开放”。<sup>③</sup> 封建的和极权主义的秩序形式,都试图以静态方式将特定的价值和决策延伸到未来,民主则将决策的形式维度与实质问题相区分,允许决策在很大程度上对实质结果保持开放。举例而言,西方在工业化时代出现了社会民主运动以及作为工业化发展之后果的其他运动,正如在环保问题备受关注的当前时代,又出现了绿党和其他生态运动。是故从演化视角看,民主制度可以被视为其他政治规则的上位形式,因为民主制度的特点就在于,它既具备更高水平的适应性,又在更高层次上维持着抽象的、一般的、与平等、普遍等价值相关

① Alexis de Tocqueville, *Democracy in America: Historical-Critical Edition*, vol. 2, Indianapolis: Liberty Fund Inc, 2009, p. 408.

② Reinhart Koselleck, *Vergangene Zukunft: Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1988.

③ Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, pp. 131~138.

联的规范性理由的基础地位。换言之,民主似乎超越了前文所讨论的认知性预期与规范性预期之间的矛盾。

但在世界社会的超国家维度,补救民主匮乏的措施却难以获致,或者仅能在十分有限的程度上获致。从天主教会到国际标准化组织,大量在超国家层面运行的组织和体制,其特征都可用“抽象性”“一般性”和“法律构造”加以描述,但它们都没有具备反思适应性的民主机制。与它们类似,欧盟也最多可以说是“准民主”的。<sup>①</sup> 欧盟尽管奠基在它的成员国之上,与它的成员国存在制度联结,但仍然是一个制度性的公共权力联合体,仍然是一个高度自治的决策位点。只不过,欧盟虽说高度自治,但也在努力发展各种类似于民主国家的适当的反思机制。欧盟是一个混合体,既包含可在民族国家内部发现的各种特征(处于萌芽状态),比如领土和居民,也带有利益相关者框架基础上的超国家体制的印记。一言以蔽之,各种超国家安排的核心挑战,似乎就在于发展民主机制或者民主机制的功能等值物,这不仅仅是出于各种明显的规范性理由,也是出于各种与运作相关的理由。<sup>②</sup>

#### 四、证立的社会实践及其借助法律的构造

然而,上文所讨论的社会过程的认知性维度与规范性维度,还是可能呈现建设性的相互支撑关系。规范只要是抽象和一般的(像民主制度中的规范那样),就能发挥关键的作用,构造出富于认知成分的社会过程,比如由经济、科学和技术驱动的社会过程。<sup>③</sup> 尼可拉

<sup>①</sup> 详细的讨论,参见 Poul F Kjaer, *Between Governing and Governance: On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-national Constellation*, Oxford: Hart Publishing, 2010.

<sup>②</sup> 一切跨国组织之母,即以教皇制为法律形式的天主教会,在未能适应周遭社会变化了的预期这一点上,或许正是一个恰当的例子,它在诸如女性权利、同性恋以及一般性道德等问题上的失败,看起来在其持续的衰落过程中扮演了核心的角色。

<sup>③</sup> Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*.

斯·卢曼认为,迈向现代性的运动,以及随之而来的理性化发展,暗含着社会过程中规范性表达和规范性预期重要性下降的趋势,以及认知性表达和认知性预期中心地位上升的趋势。<sup>①</sup>但大多数情况下可以观察到的现象,则是规范性表达和预期与认知性表达和预期之间关系的再组合。在现代条件下,规范性预期变成了更加抽象的构造,旨在稳定认知要求越来越高的社会过程。<sup>②</sup>如前所述,民主制度就是一项例证,民主决策规范性根基牢固,注重平等性和普遍性,但又对实质结果保持开放。换言之,民主的一项核心要素,就是它结合规范性与认知性两种预期形式的特殊方式,是故经由民主方式产生的规范可以支持而不是妨碍适应性。

于尔根·哈贝马斯阐述了类似的观点。作为他的交往行为理论的组成部分,他区分了技术—策略行动、规范—社会行动与戏剧行动,认为所有社会过程都在不同程度上结合了三者。也可以说,他认为所有社会过程都既包含功能性目标达成的要素,追求特定目标的实现;又包含规范性协调的要素,追求与其社会环境高水平的规范一致性;还融合了面向更多观众自我表现的过程。<sup>③</sup>本文运用卢曼认知与规范维度理论描述的内容,与哈贝马斯的前两个维度有关,亦即技术—策略维度和规范—社会维度。二者的不同,主要在于哈贝马斯所谓戏剧维度。卢曼不强调戏剧式的自我表现,而是强调社会呈现的时间面向。所有社会过程都在时间之中呈现,社会过程的认知维度与规范维度的关系,也都通过外部化到时间而得以稳定,因为对未来之兑现的承诺,熨平了反事实的规范性表达与事实性的现实之间的张力。哈贝马斯的戏剧维度,以类似方式致力于在技术—策略与

---

① Niklas Luhmann, *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*.

② Poul F Kjaer, *Constitutionalism in the Global Realm—A Sociological Approach*.

③ Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns, Band 1 Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981, p. 126ff.

规范—社会维度之间架起桥梁。对哈贝马斯与卢曼理论结构之异同的具体分析,不在本文的范围之内。<sup>①</sup> 然而,超国家安排的内部证立,似乎呈现为沿循哈贝马斯和卢曼路线的双重运动,一条取向于决策的程序化,法律变成了处理时间问题而非实质问题的工具<sup>②</sup>;另一条则取向于越来越依赖自我表现的新戏剧手段。

从时间角度看,证立涉及在制度化的社会实践之中给出理由,取向于反思性的持续提升,亦即两方或多方之间的相互感知和相互协调。这样一来,证立的实践就在某种制度形式(比如利益相关者形式)之内,协调了权力生产者与受权力影响者之间的辩证关系。但证立总是过程性的。公共权力制度不断作出决策,它们相互依赖,实际上相互促成。这是不可避免的,毕竟哪怕不决策,也是自己的决策。在实践中,提出主张并提供论证的程序被内建到决策的法律框架下,决策的事前分析与事后分析这项古典区分,以及促动决策之事与决策之效果的区分,就这样诉诸时间得到处理。<sup>③</sup> 各种要求说明理由的程序化框架(比如行政法上就有很多这样的程序化框架)<sup>④</sup>,使提出主张并提供论证的可能性在每一次行动中得到再生产。决策的事前分析与事后分析这种静态视角,由此被暗含着通过学习和纠错不断适

① Poul F Kjaer, "Systems in Context: On the Outcome of the Habermas/Luhmann-debate", *Ancilla Iuris*, 2006, p. 66.

② 关于法律程序化的争论,特别参见 Duncan Kennedy, "Comment on Rudolf Wiethölter's, Materialization and Proceduralization in Modern Law and Proceduralization of the Category of Law", in Christian Joerges and David M Trubek (eds.), *Critical Legal Thought. An American German Debate*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1989, pp. 511~524; Rudolf Wiethölter, "Proceduralization of the Category of Law" in Christian Joerges and David M Trubek (eds.), *Critical Legal Thought. An American-German Debate*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 1989, pp. 501~510.

③ Niklas Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*. 6. Auflage, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2001.

④ Robert Thomas, "Reason-Giving in English and European Community Administrative Law", 2 *European Public Law*, vol. 3, 1997, p. 213; Benedict Kingsbury, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", 1 *European Journal of International Law*, vol. 20, 2009, p. 23.

应的视角所替代。不论是否能够证立,都意味着作出下一个决策。以这种独特的方式,各种证立手段也可以被视为持续适应的措施,一种对不断增长的反思性的反思。因此,“转向证立”实际上意味着从民主制度转向全球行政法框架<sup>①</sup>,从而也就意味着法律对政治的替代。<sup>②</sup>

鉴于适应性变成了关键问题,转向时间还意味着重置决策认知维度与规范维度之间的关系。但这并不必然表明规范模式丧失中心地位,毋宁说,规范模式取得了一种更间接的战略地位,在二阶层次上稳定着各种不断被认知的过程。抽象、一般、富于规范性内容的原则,比如各种宪法原则,往往与指导决策的目标相伴出现。这些反事实的规范性原则获得了二阶秩序形式的地位,它们通常以制度化的技术形式出现,在日复一日的决策实践中产生,为决策及其证立形式的选择提供各种原则。<sup>③</sup>凝练为二阶规制原则的规范性预期时常被赋予宪法地位,这一点并不令人惊讶。欧盟的“更紧密联盟”技术,可能是这种反事实的规范性规制原则的一项例证,源于1957年《欧洲经济共同体条约》序言的前几句。<sup>④</sup>规范性观点一旦被凝练为法律原则,就成了在各种决策选项之间进行选择的工具。这再一次表明,法律而非政治,才是构造、滋养、保护规范性观点的中心环节。核心适应框架从民主向证立的转变,表现为以权利为基石的自由主义路径与民主取向的共和主义路径之间的平衡,随着越来越重视权利的现

---

① Richard B Stewart, “Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation, and Responsiveness”, 2 *The American Journal of International Law*, vol. 108, 2014, p. 211.

② Martin Loughlin, “What is Constitutionalisation?”, in Petra Dobner and Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 47~69.

③ Ester Herlin-Karnell, “The Domination of Security and the Promise of Justice: On Justification and Proportionality in Europe’s ‘Area of Freedom, Security and Justice’”, *Transnational Legal Theory*, vol. 8, 2017.

④ The Treaty Establishing the European Economic Community 1957(1957年《欧洲经济共同体条约》), [www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1\\_avrupa\\_birligi/1\\_3\\_antlasmalar/1\\_3\\_1\\_kurucu\\_antlasmalar/1957\\_treaty\\_establishing\\_eec.pdf](http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf) (last visit on Oct., 10, 2016).

代性的展开,也表现为可从社会学角度观察到的法律功能的渐进转型。<sup>①</sup>

从戏剧维度出发,也可以发现相同的情况。转向证立意味着公共权力结构必须对其决策作出解释,并提供理由。这样一来,从本质上讲,证立的手段就是提升正当性的手段。当民主代表缺位之时,或者像欧盟那样,仅仅依靠尚在演化进程中的欧洲议会实现了部分代表之时,如何面向更大范围的世界呈现决策,就成了超国家决策机构努力填补的空白。作为对这一空白的回应,欧盟自出版著名的治理白皮书以来,已经逐渐形成详尽的宪法框架,旨在与那些受决策影响者建立联系,并将相关意见吸收到决策之中。<sup>②</sup>而且,欧洲议会已经发展出最低限度的标准<sup>③</sup>,建立了面向“相关方”<sup>④</sup>的一般磋商框架和反馈机制。这些架构通常作为输入导向的渠道发挥作用,有助于决策制定者注意到更大范围的社会立场和社会偏好。但在实践中,欧洲议会这样的决策机构自己界定了自己的“目标观众”。<sup>⑤</sup>换言之,欧洲议会内在构造了一群利益相关者,与其展开对话,仿佛向其解释交易内容。这样一来,这些架构就变成了自我表现的方式,使欧洲议

① Petra Dobner and Martin Loughlin (eds), *The Twilight of Constitutionalism*, Franz L. Neumann, “The Change in the Function of Law in Modern Society”.

② Commission of the European Communities, “European governance—A white paper” (25 July 2001), (欧洲共同体委员会:《欧洲治理白皮书》,2001年7月25日发布) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A110109> (last visit on Oct., 10 2016).

③ Commission of the European Communities, “Towards a Reinforced Culture of Consultation and Dialogue—General Principles and Minimum Standards for Consultation of Interested Parties by the Commission” (11 December 2002), (欧洲共同体委员会:《走向更巩固的磋商对话文化——委员会利益相关方参与磋商的一般原则和最低标准》,2002年12月11日), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0704:FIN:en:PDF> (last visit on Oct., 10, 2016).

④ 关于“您在欧洲的声音”(“Your Voice in Europe”)架构,参见 Commission of the European Communities, “Contribute to Law-Making”, (欧洲共同体委员会:《为法律制定做贡献》), [http://ec.europa.eu/yourvoice/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/yourvoice/index_en.htm) (最后访问时间:2016-10-10)。

⑤ Thorsten Hüller, *Demokratie und Sozialregulierung in Europa: Die Online-Konsultationen der EU-Kommission*, Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2010, p. 135ff.

会可以通过戏剧性的表演,面向更多观众表现自己。这些架构无疑可以增加欧洲议会的认知能力,提升欧洲议会观察、回应社会发展的能力。然而,若与民主制度比较,这些架构还远未奠基在高度抽象的规范性原则之上,恰恰相反,它们变成了缺乏实质内容和规范指导的审美形式。这些架构与其说是迈出了走向民主的步伐,不如说是表明了超国家实体的民主化限度。因此,那些推进了证立理论的学术成果,反而促进了与主流民主理念背道而驰的公共权力,当然这可能并非本意。

## 五、结论

在分析哲学内部,正义理论被寄予厚望;正义被视为“核心概念”,所有重要的洞见都可以溯源于这个概念。而从描述的角度看,证立的社会实践也确实占据了中心地位。转向证立可以被理解为时间化日益增长的反映,也就是对社会变迁速度不断加快的反映。这样的发展态势表明,政治决策和行政决策有效期正在不断缩短,以反映新环境的新决策取代旧决策的功能性需要正在不断增加。既然所有决策都意味着在两项或者更多选项之间作出选择,日益增长的时间化因此也就意味着日益增长的证立需要:为什么作出这项决策而不是哪项决策?证立面向既有的政治决策链条,发挥着稳定预期和要求的關鍵作用。作为更宏大的脉络性架构,各种超国家设计尤其如此,因为民族国家经由世纪之久的国家建构发展出来的架构,在各种超国家设计那里几乎不存在。在这种不稳定的脉络中,证立的架构就被策划出来,以替代在民族国家边界之内通过民主过程建立的反思性。然而,不论是从功能上讲,还是从规范上讲,转向证立能否满足与民主相关联的各种标准,都仍然是个未知数。