

為了二十一世紀的制度範式 創新



一 歷史並沒有終結，敘事重新開啟

在《二十一世紀》創辦之際，福山 (Francis Fukuyama) 謳歌自由民主體制大捷的論文〈歷史的終結？〉(“The End of History?”) 正風行全球，美國的老布什 (George H. W. Bush) 總統提出了「法治的世界新秩序」構想。以此為背景，一群分散在兩岸四地以及海外的華人知識份子，試圖在香港這個特別的空間裏，通過圍繞公共話題的議論來加強「地球意識」(金耀基語) 以及「批判意識」(劉青峰語)，以便構建中國社會轉型的基本共識，進而迎接一個「多元的世紀」(陳方正語)。不言而喻，這就是思想性綜合期刊《二十一世紀》的宗旨或者目標所在。

從1990年10月27日算起，三十年的歲月轉瞬即逝，《二十一世紀》已經步入「而立」之境。就在這個時間節點上，國際格局正在發生顛覆性變化，威權、科技與經濟績效的魔幻組合時而引起一片驚愕之聲；全球化卻似乎正在被「脫鉤」、「產業鏈重構」、「新冷戰」、「數字鐵幕」所替代，自由民主似乎正在受制於民粹主義。

一方面，亨廷頓 (Samuel P. Huntington) 在1993年預言的「文明衝突」儼然成為現實。的確，2008年的北京奧運會和2010年的上海世博會標誌着全球化達到了空前鼎盛的階段；然而，起源於美國次貸問題的世界經濟危機則促使人們開始進行反思。正如克魯格曼 (Paul R. Krugman) 分析的那樣，全球金融資本主義體制勢必在投機、虛擬化以及貧富懸殊的溫牀上孕育貿易保護主義、滋長民粹情緒；實際上，這個邏輯的延長線已經成為伊斯蘭激進勢力抬頭、英國脫歐、中美貿易戰和科技戰等一系列事態的導火線，甚至還可能點燃更激烈的國際衝突。此時此刻，福山面對認同政治方興未艾、新冠肺炎 (COVID-19) 疫情大流行的現狀，對美國社會的兩極分化和政府低效表現出憂心忡忡。與此相映成趣，特朗普 (Donald J. Trump) 總統對美國提供世界公共物品的責任避之不及，也故意擯棄國家治理的共識模式，正千方百計挑逗對抗的激情以爭取更多的連任選票。

另一方面，在2013年中共十八屆三中全會提出市場對資源配置發揮決定性作用的命題、次年的四中全會又做出關於建設法治國家的決定的那些時刻，似乎中

國離所謂「世界新秩序」的構想已經近在咫尺。但是，人們很快就發現對市場和法治存在完全不同的概念理解，正是這種差異在香港誘發了「佔領中環」運動，幾年後還演變為「反送中」（反對《逃犯條例》修訂）事件以及逐步過激化的「反修例運動」。美國明尼蘇達州於2020年5月25日發生的弗洛伊德（George Floyd）事件在各地引起了如火如荼的「黑命貴」（Black Lives Matter）運動，為此特朗普提出的應對之策是「法律和秩序」（law and order），希望動用國家的物理性強制手段解決騷亂以及「分裂之家」的問題，招致輿論界批評如潮。面對新冠病毒蔓延，中國也提出了把疫情防控納入法治軌道的口號，主要體現為嚴格限制人們活動範圍的健康碼系統、數字化監視裝置以及強制性隔離的舉措。

無論語境和價值取向有何不同，在美國、中國乃至其他國家，關於社會正義、「萬全法」（Pannomion，邊沁[Jeremy Bentham]語）以及世界貿易組織（WTO）解紛機制的基本共識已經破裂，呈現出兩極對峙的形勢；現代法治精神以及相應的制度安排也彷彿發生着某種實質性蛻變。這一切都在呼喚思想與制度設計的範式創新。

二 法治觀的對立與數字化治理的趨同

眾所周知，近三百年來現代法治的本質體現為保護個人自由，因此特別強調對國家權力的限制。為了實現這個理念，啟蒙思想家和制度設計者借助自然法和社會契約的學說確立正義的判斷標準和制度框架，在此基礎上建構一套事先明確權利和義務的規則體系，並通過獨立的、權威的司法機構、公正的程序以及嚴密的理由論證，來確保所有具體判斷和決定都遵循既定的法律。任何公民的合法權益受到侵害，都有權利甚至義務訴諸司法救濟，法院以終局性判斷權來維護法律秩序和實現正義。在某種意義上可以說，行使訴權的當事者在維護私自利益的同時，也在履行自下而上監督法律實施的公共職責，律師則向那些完全外行的個人提供高度專業化的服務。因而也可以說，律師為了自己客戶而進行的抗辯，其實在發揮對合法性進行精準監控的作用。

但是，中國傳統的法家式制度設計思路與此截然不同，更強調的是國家對社會權力的限制，以及所謂「鋤強扶弱」意義上的伸冤。為了確保法律實施，國家設置專門負責解答規範問題的官職，並通過各種行政性質的監督部門自上而下層層把關，用以防止各種越軌和違法現象。鑒於監督機關疊牀架屋、監督成本不斷攀升、監督者裁量權過大等問題，為政者不得不在輕微案件處理上更多地借助社會的自組織機制，注重調解在處理糾紛方面的功能，並把當事人的承認以及社群的贊同作為司法的正當性根據。

顯然，這是兩種對立的法治模式。然而在「9.11」恐怖襲擊事件發生之後，各國都加強了



安全指向和權力指向，因而預防法學的思維模式開始凸顯和普及，應急舉措和制度安排也有所趨同。在紐約、芝加哥、洛杉磯，借助監控攝像器、行蹤軌迹大數據以及人工智能推測能力的預防式警務日益發達，並且波及其他國家。在中國，刑事偵查和搜捕活動還廣泛應用5G（第五代行動通訊技術）系統，使尖端信息溝通技術（ICT）滲透到社會控制的每一個角落。預防式警務實際上就是刑事標籤理論（labeling theory）的升級版本，或多或少也助長了有罪推定的傾向。

新冠肺炎疫情則進一步促進體溫測量、追蹤檢測活動以及基於數字信息技術的「監視文化」（萊昂[David Lyon]語）的流行。在保持社交距離的壓力下，生活世界的數字覆蓋面顯著擴大，漸次形成一張無所不在的智能化監控網絡。事實上，在中國的很多省市，防疫健康碼已經超越特定目的和時效，儼然變為一種恆久的數字化身份證系統，並且與「一網通辦」的各種行政應用場景相結合，在相當程度上轉換成電子政府的操作平台。總而言之，智能網絡中難以預測的互動關係、難以解釋的算法設計與自動監控的機器官僚主義結合在一起，似乎正在成為法律秩序重構的前提條件，也是當下我們不得不面對的「數據（信息）驅動社會」的現實。

三 多層多樣的互惠性與溝通網絡裏的博弈

我認為，在上述狀況設定之下，社會正義的判斷標準是甚麼、實現方式是甚麼，就成為全新的、非常重要的公共話題。

毋庸諱言，二十世紀正義理論所達到的高度基本上是由羅爾斯（John Rawls）標識出來的。他以社會的多元性為出發點，試圖在穆勒（John S. Mill）式自由和寬容以及康德（Immanuel Kant）式建構主義的基礎上，採取非先驗主義、非形而上學的倫理學方法，重新闡釋社會契約論，進而通過政治的說服過程來確立制度之德，以及秩序的正當化機制。面對不斷擴大的貧富懸殊和愈演愈烈的認同政治，他把差別原則——對形式正義進行矯正、讓最少受惠者的經濟利益在可能範圍內盡量最大化——作為自己正義理論的核心內容。這就在不經意間為正義理論的重點從財富分配轉移到風險分配提供了一個適當的契機。

特別值得注意的是，羅爾斯把互惠性觀念作為強調差別原則的最主要根據，實際上平等互惠也是近年來國際貿易戰的一個主要理由。根據羅爾斯的分析框架，互惠包括：（1）單純的相互有利；（2）相互利益與相互貢獻的結合並且側重處於有利位置的人們，向處於不利位置的人們提供福利或者慈善；（3）利他主義指向等不同層面的涵義。在這裏，「重疊共識」的概念取代了「全體一致」的理想，而溝通、妥協以及「反思均衡」則是實現社會合作體系的主要手段。由此可見，羅爾斯描繪的分配OP曲線的確具有相當的規範性，試圖為善治提供個人行為指針以及道德說服的邏輯。但不得不承認，這樣的學說還不足以提供明確的立法原則和制度設計方案。

無論如何，把互惠性、反思均衡、重疊共識以及差別原則等都統統納入正義理論，勢必強調個人以及社會的敘述和訴求，因此也就勢必強調價值涵義，從而還勢必更加強調持有不同價值的人們在討論問題時的公共理性。這正是《二十一世紀》在創刊之初標榜「茶館意識」和論證性對話的先見之明。

四 在自組織的悖論中探索社會範式的創新

從這個角度來思考，把二十世紀的哲學、法理學以及社會理論推上頂峰的維特根斯坦 (Ludwig Wittgenstein)、哈特 (H. L. A. Hart)、盧曼 (Niklas Luhmann) 和福柯 (Michel Foucault) 不約而同，都從語言 (儘管具有語言遊戲、語義分析、溝通、話語等不同的表達形式) 的視角來認識社會秩序的本質這一有趣的事實，特別值得我們認真推敲。

例如盧曼認為構成社會系統的基本元素並不是個人行為，而是人與人之間的溝通活動；一個溝通過程與另一個溝通過程相銜接，造成溝通不斷擴大再生產的動態，進而形成溝通的網絡，這就是社會的整體。因此，我們可以通過溝通與溝通之間的關係來界定社會系統以及法律系統，探索自組織、自創生的奧秘。與盧曼把溝通視為社會系統基本元素的主張很近似，福柯把話語 (discourse) 視為生物性權力 (bio-power) 的策略和技藝，視為社會有序化的動因以及基本框架。其實，維特根斯坦、哈特也站在同樣的立場上，強烈主張以語言為媒介的互動關係覆蓋整個社會的、也就是人類的涵義之網，並對主體產生、制度安排以及整個世界的存在方式具有決定性意義。在他們看來，被視為語言活動主體的人，其實也是語言活動的產物；溝通伴隨着社會的複雜性，但也以克減社會複雜性為己任；秩序來自混沌卻又與混沌並存……正是這一系列悖論，使我們對法與社會的本質產生了全新的認識。

在這裏，我們其實可以發現或者重新理解一個語言社會學派的崛起，溝通理論在當下的認同政治以及世界結構大轉型中也顯示出一種非常強大的穿透力。進入二十一世紀以來，文明衝突的頻繁發生、身份政治的日益強化、數字化信息溝通技術的廣泛應用導致日常生活世界的數字全覆蓋，證明文明間、種族間、階層間、網民間的對話和相互理解確實已經成為社會結構的決定性因素，「溝通」正是這個信息時代的核心關鍵詞。從語言的角度來觀察人們的意思、行為以及相互關係，可以意識到溝通的流動性、不確定性、複雜性非常突出，這才是社會的真實面貌，也構成權力、貨幣、意識形態、法律制度對日常生活空間和敘述方式進行分解、定型以及克減其複雜性的前提條件。因此，通過語言或話語、圍繞涵義或價值進行的各種博弈及其有序化機制，應該也有可能成為二十一世紀社會理論的主流範式。

從語言社會學派的立場來看，法與社會本來就是一種基於信息反饋的自組織系統，通過自我敘述、自我指涉、自我塑造而不斷進化。但是，按照熱力學第二定律，自我完結的封閉性系統，其熵 (entropy) 將不斷增大並且無法逆轉，最終導致混亂無序，因而需要適當的他者指涉、開放性以及內部複合化，但這又會反過來強化複雜性和不確定性。正因為存在如此尖銳的矛盾、深刻的悖論，才促使我們要在秩序與混沌的邊緣不斷進行思考實驗和意見交鋒。由此可見，今後《二十一世紀》的基本使命應該是繼續通過自由而闊達的討論，來探索中國和世界轉型以及擺脫上述悖論的途徑，因而有必要特別聚焦二十一世紀人類社會與法律秩序的範式創新問題。