

美国宪法的力量和弱点

——社会系统理论的观察视角

余成峰*

摘要: 美国宪法内涵了基本权利体系演化的巨大潜力,通过以权利为中心的宪法技术发展,实现了普通法原则与革命原则的有机结合,从而使美国达到了国家能力建设的历史高度。新自由主义和身份/承认政治的特殊联姻,对战后美国的“新政”宪法秩序形成了巨大冲击。当代美国宪法不仅面临来自内部矛盾的撕裂,其传统依托的“威斯特伐利亚”宪法框架也在全球化潮流中遭遇冲击。全球社会正在经历的深刻结构变迁,预示着美国宪法模式全球化的内在危机。在私法化、全球化与治理化趋势的多重挑战下,美国宪法已经陷入去政治化和泛政治化的双重困境之中。美国宪法的当代困境具有普遍代表性,这要求我们重新思考18世纪的宪法革命遗产,从中寻找新的历史进步动力。

关键词: 社会系统论 宪法私法化 去政治化 新自由主义 美国宪法

在经历1940年代、1970年代和1990年代这三波宪法运动之后,美国宪法已经成为当代宪法全球化的经典模版。美国宪法所展示的摧枯拉朽的霸权影响力,使人们难以真正去透视美国宪法的力量和弱点。宪法胜利论掩盖了更为本质的问题:为什么现代社会将其政治主权的集约化通过宪法形式完成?为什么宪法及其规范性生产,能够成为现代社会稳定、治理正当化乃至政治整合的基础?宪法全球化、私法化和治理化趋势的挑战,将使宪法陷入何种危机?替代现存宪法秩序的可信方案的匮乏,是否预示1787年的宪法精神已经死亡?从这些角度出发,对美国宪法力量及其弱点的审视,它所能揭示的将比我们已被告知的更多。

一、美国宪法的“基本权利化”:宪法力量的源泉

(一) “去政治化”和“再政治化”:⁽¹⁾私人权利与公共权利的宪法技术功能

在美国宪法历史中,始终存在私人权利(private rights)与公共权利(public rights)这两大传统之间的张力。“私人权利”宪法观代表了一种防御性的、消极自由的、演化论的英国普通法叙事传统,在美国独立革命之前,殖民地时期宪法就建立在这种普通法的宪法权利观念之上。“英国普通法之下的权利”在革命前夕逐步获得承认,并构成此后抵制《印花税法案》(Stamp Act)事件的法理依据。这形成了美国的洛克式立宪主义传统。美国宪法摆脱了其政治母国在光荣革命之后确立的布莱克斯通式(Blackstonian doctrine)“议会至上”宪法传统。它比其普通法母国更为一致地坚持古老、防御性的、普

* 北京航空航天大学法学院/人文与社会科学高等研究院讲师,法学博士。

(1) 本文使用的“去政治化”概念既含有排除政治干扰、中立政治表达、吸纳政治冲突的褒义,因而对立“泛政治化”的概念,也有相对于民主动员的“再政治化”能力丧失的贬义。两个“去政治化”概念在文中使用时根据语境,含义有所不同。

通法至上的神圣私人权利观念。柯克式的“自然的永恒不变的法”(Law of Nature)对国家主权以及议会制定法的抵抗,也在美国1760年代的政治论辩中,被扩展成以殖民地整体作为英国普通法权利保护对象的宪法论述,并成为此后独立革命展开的法治根据。⁽²⁾ 正因此,在美国早期的国家建设中,由“私人权利”与“消极自由”观念支撑的自我保护的法治主义(self-protective legalism)传统,形成其宪法共同体想象的重要基础。⁽³⁾ 这是美国宪法传统中消极性、防御性、保守性、自由性、财产性、司法性的一面,它强调“权利”作为市民社会自生自发财产秩序的基础,而否定“权利”来源于政治性主权的集体表达,因而也更为强调“法官”在历史中发现法律与自由,以及“法院”作为法律帝国守护者的中心地位。这一“私人权利”宪法观也带来了美国宪法与国家主权之间的长期张力。防御性、自发性、限制性的“私人权利”宪法观,更强调权利原则的习惯性和地方性来源,这就凸显出州主权与联邦主权之间的平衡难题,也因此构成了美国宪法与国家主权、州主权与人民主权、人民主权与联邦主权之间的持久张力。

“公共权利”宪法观则代表了一种进攻性、积极自由的、革命论的共和主义叙事传统,零星的私人权利对于纳税代表权和财产保护状况的不满与抗议,被动员并统一为政治性的主权政治共同体的公共表达,并型构为美国宪法的人民主权-制宪权维度,这形成了美国的卢梭式立宪主义传统。由“公共权利”与“积极自由”观念支撑的共和宪法具有积极性、进攻性、进步性、民主性、政治性、立法性的一面,它强调“民主”作为共和政治建构的基础,而否定“私人权利”能够自动带来公民的平等与自由,因而也更为强调立法主权与人民出场作为捍卫共和宪法政治的重要性。“有德性的公民的法外集会可以用人民的名义用一种具有宪法重要性的权威说话”⁽⁴⁾ 阿克曼通过日常政治和宪法政治的区分,已对此做出了深刻描述。

“私人权利”与“公共权利”从两个方向共同推动了美国的国家建设与政权巩固,它们以相互支撑的结构化方式,强化了美国的国家能力与民主认同。“私人权利”机制的建设,使得美国在建国时期就能通过古老普通法的权利追溯,迅速摆脱殖民地母国的政治束缚,从而快速填补革命之后的权力真空并推动国家的建设与转型。它通过“私人权利”机制内化了国家权力的迅速扩张,并通过由此形成的法律化架构,来排除任何对其统治正当性的挑战。与此同时,“私人权利”机制通过法律制度化的架构的建立,通过“正当程序原则”、“平等保护原则”、“公正审判原则”等构成对国家权威专制化倾向的制衡,并由此增强其治理正当性从而大幅提高其财政汲取能力。“私人权利”机制也对政治国家和市民社会的边界,作出了有效的划分与控制,这使得国家治理功能的发挥可以沿着权利分化的机制展开,由此推动的权力分化也极大简化了政治权力的运用方式。

私人权利与公共权利的界分,形成了私人自主和公共自主的制度基础,因此也构成了美国宪法力量的重要源泉。它满足了功能分化社会广泛的、多元的利益和价值需求。通过基本权利体系的涵括(inclusion),使得美国可以将其公共权力建立在一般化、实证化、抽象化、功能特定化的运作基础之上。通过弹性可变的、多重结构的权利机制,即使多元的个人分化形式成为可能,也使政治系统的集体决策可以顺利通过权利机制的中介管道得以贯彻。国家权力借助法律权利这一工具,有效地促进了社会的功能分化与治理机制的实证化与抽象化。通过权利机制的构造,也使现代政治权力获得了形式化的巩固:交互重叠的私人权利与公共权利,推动美国的政治系统功能分化取得了稳定性,大大增强

(2) Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical - Sociological Perspective* 183 (Cambridge University Press 2011).

(3) *Id.* at 184.

(4) [美]布鲁斯·阿克曼《我们人民:奠基》,汪庆华译,中国政法大学出版社2013年版,第236页。

了其政治权力在全社会范围内进行涵括性循环 (inclusionary circulation) 的能力。权利机制赋予国家权力高度的机动性, 保证国家可以通过高度灵活性的政治操作与不同的社会功能子系统建立起联系, 从而推动国家在“整体性”(integrity) 宪法原则基础上整合政治秩序。权利与宪法之间的这种相互构成关系, 通过宪法的民主革命语意得以凝炼化。

权利机制促使社会主体全面而平等地涵括进入现代政治与法律系统之中。一方面, “私人权利”不再只是对于国家权力的外在束缚, 它同时也内在地构成了强化国家治理能力的重要法律工具。“主观权利”促成个体被统一涵摄到“客观法”之下。通过“公正审判”、“司法平等”等权利原则建立起的司法运作封闭性, 可以有效防止社会经济议题的泛政治化, 从而避免法律系统因为剧烈的外部社会冲突陷入停摆和崩溃。而通过“私人权利”机制实现的权力分割, 也有效分散了政治系统各部分独自承担正当性生产的风险。⁽⁵⁾ 通过将人民主权整合为可控的立法权力形式, 从而也防止了人民主权失控的危险。

另一方面, “公共权利”机制的建立, 则使得美国公民获得公共参与国家主权与立法政治的能力, 由此形成的“公共自主性”构成了国家权力正当化与强固化的另一个重要基础。在阿克曼看来, “私人权利”至上会自然导向“议会至上”的一元民主论和柏克主义 (Burkeanism) 的精英保守倾向, 否定高级立法过程的民主动力, 就有可能使得常规政府脱离高级法的伟大原则。⁽⁶⁾ 而由公共权利提供的民主潜力, 则形成了一个自发的政治空间, 从外部来激扰官僚化、科层化的组织化政治空间, 从而以更具公共精神的方式引导宪法实践的发展。与此同时, 由于“公共权利”观念使得主权的焦点从政府转向了人民, 因此也推动了分权制衡观念的顺利出现。

概而言之, 早期美国通过以权利为中心的宪法主权建构, 成功地实现了普通法原则与革命原则的有机结合。现代政治权力作为抽象化、涵括化的公共功能资源在整个社会得以贯彻。公共自主有赖于私人自主的制约, 私人自主则有赖于公共自主的激发, 它们相辅相成, 共同构成了美国国家能力和政治权力锻造的基本手段。国家通过权利机制将其自身塑造成为一个稳定化的公法秩序体系, 无论是国家权力的来源抑或其实施, 都获得了高度的特定化与抽象化的固定, 并由此可以确保大量社会权力和沟通的“去政治化”。桑希尔 (Chris Thornhill) 因此认为, “权利”在美国革命之后承担了抽象化、功能特定化、涵括化这三项历史功能: 首先, 权利为国家建构提供了法理层面抽象化的正当性证明; 其次, 权利通过程序主义设置帮助廓清了国家的内与外的特定功能边界; 最后, 权利机制允许国家可以通过宣称其主权来自于人民从而大幅提高其权力的涵括能力。⁽⁷⁾ 正是通过主权与权利机制的辩证融合, 美国宪法最终发展出了综合性的国家治理法律技术, 它既能够有效掌控其政治系统的拘束力边界, 又能够有效组织并整合其抽象化的权力与正当性的再生产, 同时还可以灵活容纳各种社会利益与价值的表达。⁽⁸⁾ 国家作为社会个体权利的最终担保者, 也因此获得了作为最高权力拥有者的主权正当性。宪法基本权利体系的建构, 使国家取得了“公共性格”, 这使国家可以基于其“普遍主义”的政治与法律原则, 而非“特殊主义”的社会和经济势力支配, 使其能够有效摆脱特权化、身份化群体的非理性干扰, 将公共政体的普遍性权威, 通过齐平化的权利主体得以贯彻, 从而顺利实现主权原则的理性化转换。

《权利法案》的通过, 也同样具有非常重要的“去政治化”功能。“司法平等原则”可以避免法律争

(5) 参见注2引书, 第188-189页。

(6) 参见注4引书, 第6-21页。

(7) Thornhill, *supra* note 2, at 193.

(8) *Id.* at 194.

议的泛政治化,“宗教自由原则”可以避免宗教冲突的泛政治化,“财产权保护原则”可以避免经济冲突的泛政治化,它将大量棘手的社会问题排除在政治高压中心之外,从而防止泛政治化对政体带来的影响。桑希尔十分敏锐地意识到,美国宪法力量的一大秘密,就在于它有效解决了“泛政治化”对于宪法政体造成的持续冲击。宪法基本权利清单体系的建立,实际也使得国家可以将大量的社会管制性责任转移出去,通过法律机制特别是法律程序的完善,实现了一种“去政治化”的宪法技术。这既能将大量社会议题从国家层面切割出去,又能在国家领域之外维持一个自我运转的社会功能体系。⁽⁹⁾通过统一的公法体系建构,美国成功将其国家功能从杂多的社会私人领域分离出去,并由此建立起一个统一的、强有力的,且具正当性的国家治理体系,这与当时的欧洲国家始终无法将其宪法与社会议题分割带来的动荡局面形成了鲜明对比。

通过“去政治化”的宪法技术,美国的公共主权(public sovereignty)得以锻造和整合,并且实现了其权力运用的抽象化、内向化、实证化与正当化,而这又是悖论性地通过强化对私人权利的保护来实现的。《权利法案》提供的私人权利保护,可以反向推动政治国家从市民社会的“泛政治化”危险中脱离出来,使其可以有效地集中和分配司法资源,从而将其功能限定为提供抽象化、中立化的公共法律平台,因此也从侧面推动了公共领域与私人领域的功能分化,这最终可以大幅加强国家权力的自主性能力。套用迈克尔·曼(Michael Mann)的经典区分,宪法所提高的不是国家的专制性权力(despotic power),而是其基础性权力(infrastructural power)。⁽¹⁰⁾

这就形成了美国宪法力量的核心悖论:正是通过将国家权力大量转移给司法机关和法官阶层,通过司法的“高级法”传统对“立法”和“行政”权力的制约,以及由此确立的“私人权利”神圣保护原则,因而反向大幅提高了国家的基础性渗透能力。“主权与权利的融合,构成了抽象化的、强有力的政治系统的基础。”⁽¹¹⁾宪法的“去政治化”技术,反向提升了国家的“再政治化”能力;对私有领域“泛政治化”议题的剥离,反向增强了公共领域的“再政治化”潜力。通过司法系统保护的权力,能够将宪法从日常的泛政治化社会争议中抽离出去,而不必时刻暴露于易变的、敏感的、脆弱的民意表达。权利的司法化机制,借助稳定化、结构化的规范性预期来涵括与容纳民主意志的公共表达。私人权利机制的发展,有效限制了国家权力的涵括范围,并由此也维护了公共政治空间之外的社会空间。由此所实现的制宪权的司法化过程,推动美国形成了一个功能特定化与运作封闭化的政治体系,可以使其政治性立法过程通过一致性和持续性的司法程序轨道进行,并由此内化对其政治权力运用的控制与诠释。

正是借助将一些社会功能领域界定为“私人领域”的“去政治化”能力,才赋予美国国家作为一个“公共性秩序”(public order)的抽象化能力。新生的美国借此“吸收其政治权威的不确定性,并持续再生产其内部的正当性,以便能够满足已迅速增长的成文法的制定需要”。⁽¹²⁾通过“基本权利化”的宪法,美国实现了国家功能的“去政治化”操作能力,由此形成了美国特殊的宪制结构:它保证了立法意志可以持续受到司法权力的“制约与平衡”,并由司法系统来担纲人民制宪权的守护者角色。这就使美国宪法内含了一个深刻的悖论:它既包容又排斥人民意志,人民既在场又不在场,在成文宪法、人民制宪权与法院之间,最终形成了一种特殊的张力和循环关系,这构成了美国宪法力量的核心来源。正

(9) *Id.* at 196.

(10) See Michael Mann, *The Autonomous Power of the State: Its Origins, Mechanism and Result*, 25 *Archiv Europeennesde Sociologie* 185, 213 (1984).

(11) Thornhill, *supra* note 2, at 201.

(12) *Id.* at 202.

如桑希尔所言,“每一个部分都在为国家生产正当性,但也没有一个部分会成为激烈的政治争议的唯一焦点”。⁽¹³⁾ 与公法权利发挥的作用一样,私人权利机制也赋予国家与市民社会私人权力保持距离的能力,并由此避免了社会议题的泛政治化。与此同时,这也实现了现代政治系统与经济系统的功能分化,通过宪法及其基本权利机制,政治权力得以统一到主权国家层面,并以其抽象性和自主性,来应对不同社会功能系统复杂分化的现实。

美国国家能力的奥秘,正是通过其宪法的积极与消极两个权利传统共同塑造的:基本权利机制的宪法建制,既使其主权建构能够奠定在人民意志的基础上,与此同时,也剔除了泛政治化要求对于国家宪法的影响,将零星的、杂乱的众意表达排除在国家的正式结构之外。权利的共和与自由这两大传统,构成了美国宪法自我构成和自我限制一体两面性的基础:它既赋予国家排他性的政治权威,同时也使其权力能够集中到特定的功能领域,并且限制其过度政治化的可能性。它使国家权力能被抽象化为一种自主的并能普遍使用的公共品,通过私人权利机制塑造出社会空间的内部分化,并将其在法律层面上予以规范化的确定。共和与自由这两大要素的有机结合,构成了美国宪法的革命性变革与演化论变迁这两大特征,并最终奠定了美利坚合众国的精神基础。宪法权利机制为政治和法律系统进行的社会涵括(inclusion)与社会排斥(exclusion)过程提供了基本的衡量依据,⁽¹⁴⁾从而确保了美国政体反身性自我建构与反身性自我限制这双重运动(double movement)的同时展开。基于主观权利和高级法传统的主权自我构成、国家能力的自我约束、政治涵括和政治排斥的同时并行、自由主义与共和主义原则的有机混合、人民制宪权的司法主义改造,这一系列运作悖论的展开,最终使美国达到了其他国家从未达到的国家能力建设的崭新历史高度,这也构成了政治法律文明史上另一个伟大的成就和悖论。

(二) 通过宪法权利机制实现的社会涵括与社会排斥

在卢曼看来,宪法构成了现代法律系统运作的二阶观察机制,宪法转移了法律系统“法律的效力来自于法律”的自我指涉悖论。正是通过宪法,从而实现了法律系统封闭性运作的自我再生产,宪法成为了法律系统反身性运作的基础,从而可以不断根据新的宪法解释,诠释法律的有效性条件,从而对法律系统与政治系统、经济系统乃至个体和生态的结构耦合关系,不断根据需要作出新的规范和调整。⁽¹⁵⁾通过基本权利体系的建构,宪法也摆脱了对于自然法和上帝概念的追溯,使现代民族国家可以内化强制力、义务规则和正当性的生产,由民主和自由为语意指向的社会涵括/包容进程就获得了制度化的支撑,与此同时,它也为各大社会功能子系统的分化和封闭性运作,建立起了来自法律和政治系统宪制架构的支撑。

制宪权、革命与民主宪法的历史辩证法,实际上转移了现代法律系统效力自我指涉的内在悖论。宪法在政治系统和法律系统之间架设起结构耦合的桥梁,并由此也维持住了两个系统之间所建立的政治民主化与法律实证化之间的复杂激扰关系。政治系统运用法律工具达成其具有集体拘束力的决策目标,法律系统则又通过相应的规制程序约束政治权力的运用,这就构成了经典的自由主义立宪传统:法律对所有公民具有普遍约束力,与此同时,法律本身又是公民民主集体意志的产物。这一现代“法治国”的构想,则又以宪法作为高级法地位的奠定为标志,而美国联邦最高法院

(13) *Id.*

(14) 有关社会涵括与社会排斥,可以参见[德]卢曼《社会中的法》,国立编译馆主译、李君韬译,台湾国立编译馆2009年版,第635-638页。也可以参见[德]贡塔·托依布纳《社会宪政:超越国家中心模式宪法理论的选择》,陆宇峰译,载《魔阵、剥制、异化:法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社2012年版,第154-181页。

(15) 有关政治系统与法律系统通过宪法形成的结构耦合关系,可参见卢曼,同注14引书,第9章。

违宪审查权的获得,则是其典型范例。宪法为“疑难案件”提供了决定规则效力的判断依据,从而成为哈特意义上的“承认规则”(rules of recognition)。宪法由此取代了逻各斯、上帝、理性、启蒙自然法等形而上的超验基础,从而为现代法律系统的自我创生,提供了掩盖、转移和展开其效力自我指涉悖论的机制。这一历史演化逻辑,正是在缺乏封建等级制传统,并以政治革命形式建国的美国宪法中得以集中展现。

18世纪美国宪法革命实现了“社会排斥的丑闻化”,^[16]宪法革命颠覆了中世纪层级分化社会身份等级制的秩序组织原则。以自由和平等为宪法语意的政治变革推动了从层级分化到功能分化社会的转型,这一进程预设了“将所有个体全部涵括到所有社会子系统”的政治目标。^[17]18世纪美国市民革命宪法之所以区别于中世纪的“等级会议”宪法,其中的关键,就是其宪法机制内涵了综合性基本权利体系演化的潜力,它保障了由等级性宇宙-政治观(阿奎那)向“平等关怀与平等尊重”(德沃金)宪法-政治观的历史转型。

美国宪法的力量,源于其宪法革命奠定的自由与平等理念之间的特殊张力。这一张力不仅仅表现在自由与平等之间,同时也表现为自由/不自由、平等/不平等之间的张力,涉及“同等情况同等对待”与“不同情况不同对待”的宪法解释难题。从中又生发出一系列有关自由/平等、共和/民主、私人自主/公共自主、消极自由/积极自由、自由主义/共和主义、自由国家/社会正义的宪法解释传统的激烈竞争、冲突与张力,这些不同的政治-法律观念组合以及由此二元论张力提供的宪法解释弹性空间,为不断涵括新的价值和利益并批判旧的社会排斥形式,提供了诸多可能性,从而也为美国宪法的发展提供了演化动力。这也正是通过作为美国宪法王牌的“权利解释学”实现的。

英国学者马歇尔(T. H. Marshall)对市民权、政治权、社会权三代权利发展逻辑的总结,^[18]阐明了近代以来伴随经济系统、政治系统与其他社会功能系统的分化,由民主-民族国家宪法逐步完成,在某一领土国家范围内,将所有自由个体平等涵括到各大社会系统之中的宪法演化过程。美国在不同历史转型时期经历的宪法革命,在国会、总统、法院与人民之间围绕宪法展开的政治互动,推动了美国从建国时期以财产权、契约自由和言论自由(第一修正案和第五修正案)为核心的宪法观,到内战重建时期对于“平等保护”和“法律正当程序”原则(第十四修正案和第五修正案)的重述,再到新政时期由“卡罗琳案”确立“合理基础”原则完成其转型,这一最终由联邦最高法院完成的宪法原则“代际综合”(multi-generational synthesis),^[19]精致展现了现代民主-民族国家宪法通过其权利机制实现社会涵括与排斥(inclusion/exclusion)的演化逻辑。

美国立宪时刻的革命成就最终沉淀为不同时期的权利革命成果,它以私人自主、消极自由、个体权利的法治形式,维护了公共自主、积极自由、共和政治的民主传统。社会涵括/社会排斥的“权利议题化”构成了现代美国宪法政治的基础,权利演化的光谱,则从古典的防御性私权、所有权神圣与契约自由,不断扩展到积极的政治与社会福利权,这一综合性、整全性的基本权利体系,保证了可以通过法律系统-政治系统的外部激扰,不断改变其他社会功能系统的运行状态,为以经济系统为代表的系统代码的无限扩张设置界限,从而进一步推动了现代社会的系统功能分化逻辑。

[16] Pablo Holmes, *The Rhetoric of 'Legal Fragmentation' and Its Discontents: Evolutionary Dilemmas in the Constitutional Semantics of Global Law*, 7 *Utrecht Law Review* 113, 115 (2011).

[17] *Id.* at 134.

[18] See T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (Pluto Press 1987).

[19] 参见注4引书,第91-111、121-139页。

二、“差异政治/新自由主义框架”对“新政”宪法秩序的破坏

美国宪法的去政治化特征,与其革命建国使命是反抗外部殖民权威,而非欧洲国家面临的封建等级旧制度内部挑战有关。这也使美国制宪权理论与西耶斯的“第三等级”制宪权构想,以及施米特对制宪权和宪定权的严格区分,形成了鲜明的对比。⁽²⁰⁾ 欧洲近现代宪法面临的“泛政治化”困境,与其必须处理中世纪天主教神权帝国秩序崩塌之后,后封建秩序转型过程中各种弥散性权力的无序冲突有关。欧洲社会的封建等级制特权,以及由此形成的层级化、片段化、分散化、裁判权化的政治秩序,必然要求具有高度政治整合能力的政治主权者,来提供一个法律实证化、政治集权化与结构中央化的公共秩序平台,来整合碎片化的无政府主义状态。这就使欧洲国家宪法无法像美国宪法那样,能够从容利用其基本权利的“去政治化”法律机制,来缓慢推动国家能力的稳步建设,而必须通过“泛政治化”的方式,持续介入到市民社会的秩序整合。美国宪法与革命建国的同步性,使其可以充分摆脱地方性、身份性和个人化的社会权力干扰,从而将市民社会固定为一个纯粹自发的领域,可以通过公法与私法、公权和私权的清晰划分,来型构出一个抽象化、实证化、功能特定化,且具有独立性、中立性和涵括性的宪法机制。宪法的“泛政治化”与“去政治化”之间的特殊矛盾关系,可以指示出欧洲和美国在定位政治国家与市民社会关系时所面临的不同历史处境。而从另一方面来看,美国建国时期的特殊历史处境,也使其宪法基因中的“去政治化”因素持续发酵,乃至日后难以通过常规的司法政治来弥合宪法国家与市民社会之间持续增强的张力。

概而言之,再分配主义与身份/承认政治构成了美国战后宪法发展的两大谱系。一方面,战后美国延续了罗斯福新政时期开辟的社会权利扩张的传统,通过“内嵌性自由主义”(embedded liberalism)的构建,推动了美国宪法的新政自由主义(new deal liberalism)转向。⁽²¹⁾ 另一方面,在1960年代之后,以性别、种族、民族、性、宗教、语言为文化断层线的身份/承认政治深刻改变了美国宪法发展的进程。各种经济和身份差异的交叉轴心,形成对“平权行动”(affirmative action)的强大压力。这带来了战后美国宪法在平等政治与差异政治、经济斗争和身份政治、社会民主与文化多元主义之间的多重张力。南茜·弗雷泽正确地指出,面对这种情况,罗尔斯和德沃金都试图将“传统的自由主义对个人自由的强调与社会民主主义的平等主义加以综合,提出可以证明社会经济再分配正当性的新的正义概念”。⁽²²⁾ “自由国家中的社会正义”(阿克曼)理念,推动了美国宪法的福利国家转向。而在另一方面,出于对社会主义和阶级政治的失望与不满,“为了承认的斗争”则构成了美国战后宪法“为权利而斗争”和“认真对待权利”的重要指向。

战后美国宪法理论因此面临一个棘手的难题:它必须设计出一个能够同时兼容社会平等的保护诉求和身份差异的保护诉求,一个能够同时容纳不同的平等和自由要求的新的多维度正义概念。经济民主与文化差异的不同指向,都要求能够在统一的宪法基本权利条款中得以落实,而且,社会民主与文化多元主义这两大张力诉求,还必须能够容纳到宪法文本的传统自由主义基调之中。这两大谱

(20) 参见[法]西耶斯《论特权·第三等级是什么》,冯棠译,商务印书馆1990年版,第59页。[德]卡尔·施米特《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第84页以下。See *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Martin Loughlin & Neil Walker eds., Oxford University Press 2008)。

(21) 有关内嵌性自由主义,参见John Ruggie, *International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order*, 36 *International Organization* 379, 415 (1982)。

(22) [美]南茜·弗雷泽、[德]阿克塞尔·霍耐特《再分配,还是承认?——一个政治哲学对话》,周穗明译,上海人民出版社2009年版,第7页。

系之间的张力,实际上直接导源于战后美国社会不同社会系统的功能分化加速趋势:对于经济系统分配不公的矫正,未必能够同样带来对其他社会系统功能排斥的调整;对于不同文化领域身份差异不公的矫正,也未必能够自动带来经济民主的实现。一方面,没有身份承认就没有再分配,没有再分配也就没有身份承认;而另一方面,在社会民主与文化多元主义这两种规范性期望之间,也可能出现此消彼涨、相互解构的关系。两种规范性期望之间的张力,将美国宪法的“正当程序原则”、“平等保护原则”、“隐私与生命保护原则”等拉向完全不同的解释方向,并在一系列宪法疑难案件中集中爆发出来。⁽²³⁾

这一张力的内爆,也同时构成了美国战后宪法力量与弱点的共同来源。一方面,这些张力反映出美国宪法权利机制所内含的要求将所有人口(population)平等涵括进入所有社会功能子系统的内在驱动力,也就是阿伦特意义上的“对拥有权利的权利”(the right to have rights)。⁽²⁴⁾它要求从传统的市民防御权、财产权、政治参与权,不断扩大到对所有社会功能子系统的平等涵括权,这体现于一系列有关经济民主、社会民主和文化多元主义的宪法语意的丰富化。阶级政治的衰落与身份政治的兴起,预示着社会系统功能分化的加速,它要求从古典的市民社会对抗政治国家的宪法防御权意象,以及经济层面的福利权保护,扩大到宪法基本权利对于全社会的一般化、全面化、整全化的积极回应;要求从对传统白人男性成年公民有限的政治与法律涵括,过渡到对所有人口在所有社会空间的宪法涵括能力(以布朗诉教育委员会案为转向代表)。

而从另一方面,这些张力也反映出美国建国时期所奠定的自由主义宪法原则的内在悖论。自由主义宪法建立在政治国家-市民社会二元对立的宪法叙事框架之上,宪法基本权利的首要功能是解决政治系统权力媒介的自主化和形式化问题,通过将市民社会处理为统一的“去政治化”的自生自发伦理秩序,由此保证国家治理的抽象化、中立化与实证化,并以此来确保现代政治权力能够切断与外部的宗教、军事、家庭、经济系统的直接联系。正如前文所述,这一古典的宪法权利机制——无论是私人权利和公共权利——都致力于通过行为能力、主观权利和人权的法律化(juridified)机制,来吸纳“泛政治化”的社会权力要求。⁽²⁵⁾通过“去政治化”的宪法权利技术,可以将它们统一涵括到“市民社会”无差别的自发领域之中,从而实现国家政治权力沟通的中立化、稳定化、实证化和抽象化。

这一传统的自由主义宪法想象,在战后这两股新的规范性期望的张力中遭遇到了挑战——再分配主义和差异/认同政治对政治国家与市民社会的古典二元区分带来了深刻冲击。国家与社会这两大统一空间的二元分立,预设了一个“守夜人”的自由主义国家形象和涂尔干意义上的“有机连带”社会形象,而社会民主与文化多元主义的保护诉求,却要求政治国家能够积极介入并能动回应市民社会的不同权利要求。美国宪法曾经精心维护的国家与社会之间的二元分割被改变了。不仅如此,市民社会的统一形象也被宪法权利形式的多元化发展解构了。如果说,美国建国时期宪法所立足的是“大男子主义”中产阶级家庭文化,这一统一的、无差异的市民社会文化秩序,已被各种差异化、多元化、碎片化的亚文化认同所取代(以格里斯沃德诉康涅狄格州案为转向代表)。伴随政治国家所面对的统一市民社会空间的片段化发展,革命时期所建立的现代政治系统与现代政治宪法的中心性地位,已经在

(23) 可以参考哈贝马斯有关女性主义平等政治的讨论,参见[德]哈贝马斯《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世峻译,三联书店出版社2003年版,第509-529页。

(24) 参见[美]汉娜·阿伦特《极权主义的起源》,林骧华译,三联书店出版社2008年版,第9章。See also Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens* (Cambridge University Press 2004)。

(25) Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization* 133 (Oxford University Press 2012)。本文也参考了华东政法大学陆宇峰博士的中译本(待出版)特此致谢。

其“整体性”介入市民社会空间的权力能力上,在传统宪法权利的政治整合能力上,不同程度地遭遇深刻挑战。伴随市民社会弥散性的泛政治要求的加速涌入,古典自由主义宪法的“去政治化”技术能力已不足应对。

伴随致密的市民社会空间被分解为不同代际权利与不同种类权利之间的内在冲突,统一的政治国家民主宪法的伟大形象坍塌了。正如前文所述,宪法的公共权利面向(包括选举权、言论自由、集会自由、结社自由等)从正面构成了政治国家的涵括能力,而私人权利机制(私人财产权、生命权、隐私权等)则以其“去政治化”的法律技术,从反面划定了政治与社会的界限,因此既保护了市民社会的自治性,也保障了政治系统作为一种抽象化的涵括性资源的自主性。这种特殊的宪法政治技术安排,实际也对应于自由资本主义和国家资本主义时期的治理需要,它依托于总体性的国家-国际政治经济学结构,建立在统一国家框架的社会中心化基础之上,通过理性个体自我导向的主体化和社会化驯服过程,以适应大规模生产与大规模消费的福特主义发展需要。而当代美国宪法所面临的挑战则在于,伴随“后工业主义”时代市民社会功能领域分化的加速,以往已经被“去政治化”的多数社会议题和社会权力重新出现“泛政治化”的倾向,并且超越了传统的通过“行为能力”、“法律主体”、“主观权利”进行表达的“法律化”规制途径。“私人权利”通过社会运动的“再政治化”和“泛政治化”动员,已经模糊了它与传统公共权利之间的界分标准(例如“私人权利”的集团化诉权表达)。美国宪法的主权与权利传统辩证法已经不敷使用。

而更严重的困境,则在于继续坚持使用古典的宪法理论来回应和压制复杂变化的社会现实,不管它是表现为新保守主义与自由主义阵营的宪法解释学对立,或是司法能动主义(judicial activism)和司法克制主义(judicial restraint)的传统争论。再分配主义与差异/认同政治的内在张力,既体现了不同人群要求得到不同社会空间平等涵括的呼声,又反映出美国宪法在回应相互冲突的社会涵括与排斥需要时所出现的不适。政治宪法的危机已经难以通过政治宪法的方式得以克服,即使是依托于宪法性道德(constitutional morality)原则的赫拉克勒斯法官,也无法为疑难案件寻找到“唯一正解”(德沃金)。美国政治宪法面临的挑战是悖论性的:一方面,它需要通过宪法条款的积极解释和能动司法来扩大对不同人群在不同社会空间的平等涵括;另一方面,由宪法基本权利扩大解释所形成的涵括能力,也可能对基本权利的去政治化功能产生威胁。“私人权利”的政治化和公共化——财产权经由“阶级”和“福利权”的社会化;文化权经由身份政治实现的公共化——可能会瓦解古典私人权利所预设的个体自主性,由此形成的市民社会空间的“泛政治化”倾向,则可能瓦解现代国家政治权力媒介的自主性和形式性,从而也反向瓦解现代政治宪法通过基本权利机制进行社会涵括的能力。这已在不同思想家有关自由主义与福利国家宪法原则悖论的探讨中得以深刻揭示。⁽²⁶⁾

套用卡尔·波兰尼(Karl Polanyi)的概念,美国战后的再分配政治与差异/认同政治对宪法实践的影响,其实是一种“自发的社会反向保护运动”。⁽²⁷⁾因为,在传统宪法有关政治国家/市民社会、国家/个人这一系列自由主义二元论的预设之下,基本权利主要围绕政治权力型构和个人对抗国家的政治理想展开,而在进入20世纪特别是二战之后,伴随全球化而加速的不同社会功能子系统的跨国分化进程(包括货币、科学、法律、技术、医疗等),对于个体自主空间的威胁,已经远远超出国家政治权力的专制范畴,而体现为相关社会子系统对于人类的整体性排斥和边缘化的危险。它要求一种超越传统政治民主国家宪法的保护方式,要求介入各种系统化、结构化、建制化的社会排斥形式,而由此所激化

(26) 参见注23引书,第9章。

(27) 参见[英]卡尔·波兰尼《大转型:我们时代的经济与政治起源》,冯钢、刘阳译,浙江人民出版社2007年版,第112-115页。

的政治宪法困境,实际上,正出自于人们依然试图在传统政治宪法的范围内来回应新的权利涵括和排斥的需求。在这样一种宪法理论与宪法实践的困境约束下,“自发的社会反向保护运动”,就只能在“权利爆炸的时代”、“选择的共和国”这样一些不太准确的语意描述中得以呈现。

如果说,罗斯福新政对于美国宪法的改造,是通过“再分配”维度来限制经济系统符码的破坏性扩张趋势,“福利国家”原则因此提供了对具有冲突性的权利诉求的同等权衡标准。而在进入1960年代之后,由“民权运动”掀开的差异/认同政治,则使美国宪法的平等保护原则在应对“差异化”的权利要求时,面临如何在不同性质权利诉求之间进行权衡的难题(譬如女性主义宪法学在性别平等和性别差异之间的权衡悖论)。这就使整个公众被分裂为竞争性的利益和价值群体,“理性公共领域”被街头抗议和密室政治取代。再加之1980年代之后全球新自由主义对于社会民主主义遗产的瓦解,则更为讽刺性地促成差异/认同政治和新自由主义联姻的机会。

如果说,罗斯福新政的“福利自由主义”原则奠定了战后美国宪法新的“整体性”基础,那么,差异/认同政治则带来了美国宪法晚近真正的“整体性”危机。由于身份政治的解构,社会民主主义已经无法作为不同权利诉求的同等衡量标准从而对宪法政治进行整合。相反,要求经济再分配的宪法运动,不仅可能与希望维持现状的新保守主义者,也可能与文化/身份政治的反经济主义观点发生难以调和的冲突。罗斯福“宪法时刻”(constitutional moment)所迸发的政治能量已被耗尽了。

这在当代美国宪法中形成了一种双重困境:一方面,大量相互冲突的泛政治化社会要求形成对国家宪法政治中立性和抽象性的广泛压力,进而导致分治的政府(divided government)与两极化的国会(polarized congress);⁽²⁸⁾“‘全面的改变的动议’由于各种妥协而成了互不搭调、漏洞多出而且混乱不堪的大拼盘。”⁽²⁹⁾另一方面,由于宪法基本权利缺乏内部的融贯性疏导,公共领域的交往权力无法顺利转换为行政权力,碎片化的公共舆论不能动员为有效的政治力量从而影响立法与国家治理议程,公民社会与政治国家之间的权力民主循环也被堵塞了。这最终就回归到了普布利乌斯在《联邦论》中对于党争所表达的深切忧虑:“对立党派忙于你冲我突,忽略了公益;制定政策,过于频繁,依据的不是公平原则,没有考虑少数的权利;是利益相投、傲慢专横的多数,利用优势通过立法。”⁽³⁰⁾

当代美国宪法面临的挑战,还不仅来自于内部矛盾的撕裂,也来自于其传统的“威斯特伐利亚”宪法框架在全球化潮流中遭遇的冲击。“全球化正使国家-领土原则和社会有效性之间的缝隙越来越大”,⁽³¹⁾美国宪法在完整主权领土范围内整合政治空间的能力,以及由此预设的基于社会契约论传统的民族公民集合体的宪法形象已被改变了。“宪法爱国主义”(constitutional patriotism)在政治空间上自我闭合能力的弱化,不仅带来各种新的全球社会系统功能分化对于美国宪法的直接影响,同时也意味由大量“全球穷人”(global poor)组成的“跨国公共领域”(transnational public sphere)也会不断对美国作为一个边界性宪法政体的合法性和霸权提出挑战。如果说,美国宪法的内部危机来自于宪法是“什么”(what)的争议,那么其外部危机则来自于对“谁”(who)之宪法的质疑。这形成了20世纪美国宪法的反革命形象,尤其是,一旦跨国经济宪法的全球化潮流不断被政治性地界定为美国式“新自由主义”宪法的全球化。

如果说,美国宪法的力量来自于其持续动员和激发公共领域的的能力,它假定了一个与其领土国家相联的有边界的政治共同体框架及其公共领域主权范围的概念,而正如弗雷泽对“公共领域跨国化”

(28) 参见[美]马克·图施耐特《新宪法秩序》王书成译,中国人民大学出版社2014年版,第19-26页。

(29) 同注28引书,第280页。

(30) [美]汉密尔顿等《联邦论》,尹宣译,译林出版社2010年版,第58-59页。

(31) [美]南茜·弗雷泽《正义的尺度——全球化世界中政治空间的再认识》,欧阳英译,上海人民出版社2009年版,第24页。

所提出的警告,伴随威斯特伐利亚政治空间的透明化:一方面,公共领域“规范合法性”所要求的特定伙伴公民能够平等参与到政治共同体的公共舆论建构;另一方面,公共领域“政治有效性”所要求的国家公共舆论足够强大以至于能将国家权力隶属于公民控制之下,⁽³²⁾政治公共领域形成的这两大宪法前提,都在跨国化的强大潮流中被蒙上了阴影。传统宪法所预设的公民权、公共领域、政治包容与平等参与的同一体性关联已经消失了。由此所形成的是两种异质性权利原则在同一个“自由”概念下的悖谬结合:洛克纳原则对于私人经济自由的神圣维护,以及格里斯沃德原则对于私密生活世界隐私自由的保护。美国战后宪法依托于“凯恩斯主义-威斯特伐利亚框架”(Keynesian-Westphalian frame)⁽³³⁾所重塑的“整体性”宪法价值,已在新的“差异政治-新自由主义框架”(politics of difference-neoliberalism frame)中陷入内外困境,而它还继续沉浸在陈旧的民族国家框架想象中,放任跨国化“流动空间”力量的侵蚀,并借助既有的体制化法律空间,来为跨国私人权力提供“去政治化”的司法掩护机制。

美国宪法一方面在新自由主义框架下制造经济系统的排斥性,另一方面又借助差异政治的“反歧视”和“多元化”策略来提供涵括性。由上述内外危机影响的美国宪法就失去了其作为“正当性”力量的稳定化输出:一方面是在宪法是“什么”上缺乏共识,不同派别都希望将自己的权利版本确立为核心,平等原则与差异原则之间的张力难以弥合;另一方面是在有关“谁”之宪法上同样缺乏共识“谁在给定的事件中是作为正义的主体计算在内的?谁的利益与需要应受到考虑?谁属于有资格得到平等关系的成员圈子?”⁽³⁴⁾因此,当代美国宪法一方面缺乏“原则一贯性”(integrity)从而在不同的权利诉求间作出裁断,德沃金的“平等关怀与平等尊重”和罗尔斯的词典式序列正义原则,都不足以承担罗斯福新政时期“再分配”概念的整合功能;另一方面,美国宪法也失去了在法律空间的自足意义上提供稳定的规范化结构来矫正非正义的国际霸权的能力。正是在这种面对“泛政治化”力量而缺乏“规范性”力量疏导的失落感与焦虑感中,各种“认知性”力量就悄然借助专家政治和技术治理的崛起接管了宪法。

三、“私法化”趋势对于“整体性”宪法秩序的挑战

当代美国宪法的危机表现至少包括:法律系统与政治系统结构耦合的松散化、公法理论的衰落、法律片段化与全球治理话语兴起的冲击,以及民族-民主国家宪法的整体失落。而所有这些危机的形式,也都可以统一概括为美国宪法的“去政治化”危机。⁽³⁵⁾

当代美国宪法已呈现出弥散化、私人化、封建化的危险趋势。如果重新审视现代早期美国宪法实现的历史功能:其一,将私人社会权力团体有效整合纳入公共权力组织;其二,通过发展确定化的制度边界与正规化的权力循环模式,建立起不同社会功能系统之间形式性、简洁性的机制与程序;其三,有效控制并过滤能够进入到政治系统的社会议题,从而确保公共权力免于和地方性、私人性、身份性势力以“讨价还价”的方式进行零散沟通。⁽³⁶⁾而令人担忧的是,以上这些曾由美国宪法实现的政治-法律统一效应,正在美国国内与全球两个层面自发性的宪法“私法化”趋势中遭遇冲击。不同社会功能子

(32) 同注31引书,第8-9页。

(33) 有关“凯恩斯主义-威斯特伐利亚框架”的概念提法,参见注31引书,第12页。

(34) 同注31引书,第62页。

(35) 本文第一部分阐述的“去政治化”是对应于“泛政治化”的褒义概念,本部分阐述的“去政治化”危机,则对应于民主商谈意义上的“政治化”能力的丧失。两个“去政治化”概念指向不同。

(36) 同注2引书,第159页。

系统自发的运作逻辑,取代了政治公共领域形成的可能性,乃至形成“系统对生活世界的殖民化”(哈贝马斯)。由此所带来的宪法化,是“没有国家主权的宪法化”与“没有政治民主的宪法化”。大量失去控制的社会议题涌入了立法决策的轨道,国家主权的奠基性原则遭遇质疑并出现分歧,私人性的利益妥协取代了公共性的民主商谈。而所谓的“司法中心主义”转向,也正代表了这一“去中心化”和“去政治化”的宪法私法化趋势,这些私法化、片段化的法律机制,同样可以具有类似司法审查的宪法机制,同样也可以具有对法律符码的一般化整合机制。它在一定程度上揭示了美国古典宪法模式内含的法律二元论张力:公法/私法、政治国家/市民社会、主观权利/客观法、国家法/国际法等,在这一名义下也诞生出许多新的法律想象:回应性法、反身法、软法、混血法等等。但这些都无法回避美国宪法所遭遇的严峻挑战——政治主权与主权理性的危机。⁽³⁷⁾ 这形成美国宪法的“新中世纪化”(neo-medieval)与“巴尔干化”(Balkanization)趋势,它典型地表现为公法与私法、公权和私权、政治国家与市民社会之间界线的高度不确定性,宪法不再具有“整体性”的规范化能力,主权秩序的抽象化能力受到了大幅削弱,国家的不同法律机制之间出现种种裂缝,国家不再具有将法律统一涵盖到主权领土内所有领域的的能力。作为抽象化的宪法主权秩序,作为公共资源的政治和司法权力,正被大量私人化的、封建化的势力袭取,乃至重新出现习惯法与身份法意义上的权利形式。如果说,近代早期国家宪法的使命在于克服内部秩序的多元化和碎片化,保障国家权力不受封建私人势力的干扰,那么,当代美国宪法似乎又充满吊诡地回到了历史起点:它重新暴露于世袭化(patrimonialization)和碎裂化(re-particularization)的重重威胁之中。

“私法化”的宪法模式,其法律合理性建基于各种个殊化的社会动力机制,市民社会的“特殊性”(particular)与“商品化”(commodification)推动“私法”取代“公法”成为新型宪法想象的基本模型,私法获得了“准宪法”(quasi-constitutional)的地位。“通过在诸如‘贸易法’、‘人权法’、‘环境法’、‘安全法’、‘国际刑事法’、‘欧盟法’等领域中创造特殊的知识和专家体制——法律实践的世界正被切割为各种制度性工程,以迎合有特殊利益和特殊伦理的特殊观众。”⁽³⁸⁾ 比如由跨国公司所主导的全球商人法,其所引领的经济法律规则重塑以及对于内国法律的改造,已经严重挑战了国家宪法对于政治-法律系统的导控能力;其所包含的商务仲裁机制对于合同效力的自我赋予,其所设置的司法审查机制对于宪法机制的私法化改造,则极大地冲击了传统的公法理论和人民主权观念。⁽³⁹⁾ 在某种程度上,以合同法为代表的私法形象,已经成为所谓“普通法宪政主义”和“社会宪政主义”的范式基础。而晚近新兴的“全球治理”话语,也同样代表了私法技术对于传统公法与国际法理论的深刻改造。伴随国内法与超国家法律孔隙率(porosity)的增加、国家宪法法院的网络化,以及私法和公法不断增长的可转换性,这些因素都使美国宪法深深嵌入到超国家经济的宪法化进程之中。⁽⁴⁰⁾ 在这个历史转型过程中,法律系统与经济系统的结构耦合,全面压倒了法律系统与政治系统的结构耦合;经济系统的“支付/不支付”符码,已经渗入乃至解构法律系统的“合法/非法”符码;民主-国家宪法正被跨国-经济宪法接管其政治经济空间的整合能力。而具有讽刺意味的是,这一跨国经济的宪法化趋势,其本身就被视为美国宪法帝国化的产物,但它也反过头来吞噬了美国宪法的革命与民主动力,并导致美国民主和公法理论的整体衰落,并对其“制约与平衡”的宪法古典传统构成了严重威胁。

美国宪法的私法化趋势,它所挑战的不仅是政治主权与主权理性,而且也是由公法传统所代表的

(37) 同注16引书,第123页。

(38) Martti Koskenniemi, *The Politics of International Law—20 Years Later*, 20 *European Journal of International Law* 7, 12 (2009).

(39) 同注16引书,第123页。

(40) 同注25引书,第125页。

民主语意,以及公法理念所内涵的权力分化与制衡的宪制结构。经典民族国家宪法的三权分立理论,预设了由政治系统主导的立法、基于法治程序的行政以及涵摄于法律规则的司法的三权封闭循环结构。立法处于政治系统与法律系统的结构耦合地带,并受到宪法法律机制的约束,司法则依照由政治导控的立法规则进行判案,同时根据公共利益判准,通过不断诠释宪法的“平等与自由”基本原则而不断调整其论证资源,由此来保证民族国家范围内私人自主与公共自主、私法与公法、市民社会与政治国家之间的动态平衡。宪法的私法化趋势,改变了这种三权分立与制衡的格局,而更多趋向于技术治理和功能特定化的“司法中心主义”,或者趋向专家政治和公私讨价还价的“行政中心主义”。⁽⁴¹⁾美国行政法理论的私有化、规制化、治理化语言转向,正是其典型表现,⁽⁴²⁾它不再主要依据议会民主立法的规范性导控,而是主要基于公私“利益攸关者”(stakeholder)之间的认知性协调。

美国宪法的私法化趋势,也使宪法符码出现“去形式化”(deformalisation)的趋势。传统的宪法解释多围绕条件性纲要(conditional programmes“如果……就……”)展开,而“去形式化”的趋势则赋予法官更多的自由裁量权,这一自由裁量权的运用,更多不是依据“自由和平等”的宪法原则理念,而是根据特定社会功能子系统技术化的内在合理性需要,根据目的性纲要(purposeful programmes)对“空白条款”(blank clause)直接进行实质性填充。⁽⁴³⁾而这一“去形式化”的技术性填充,则多半根据经济系统的成本-收益考量来进行决断,民主宪法的公共自主语意被各种社会功能子系统的技术性语言包围了,这对美国宪法民主精神的挑战是极为深刻的。

近现代民族国家宪法所建立的法律系统与政治系统的正当性沟通机制,正被私法化、治理化、科学化、去形式化、去政治化的技术性沟通机制所取代,这一宪法发展趋势依托于一种不透明的审议式民主(deliberative democracy)和绿屋政治(green room politics),依赖于跨国专家网络的信息、知识、能力的分享与传播。宪法不再是“使人类行为服从于规则之治的事业”(富勒),而有蜕变为“使人类行为服从于技术之治”的危险。如果说,传统的宪法治理是通过有形的、结构化、规范化的权力场所和规则文本进行,现在则借助一种刻意保持距离的、灵活的、网络化的知识与信息通道,依靠半官方-半私人的“去国家化的治理”协调机构推进。在这种宪法“私法化”趋势下的法律主体,就既不是自由主义模式下的维多利亚式主体,也不是福利国家模式下的福特式主体,由于这一“自生自发”的宪法网络秩序极为强调竞争性和效率性,它就必然预设一个可以灵活调整、空间分散与冷酷排斥的社会权利涵括和排斥结构。在此所受到挑战的就不仅仅是公共自主权利,同时也对古典的私人主观权利构成了严重威胁。宪法不再是通过公共民主来界定私人权利框架的事业,而有沦为被动适应不同社会功能系统封闭性运作的“空白条款”(blank clause)的危险。在这里,宪法开始与外包化(outsourcing)、灵活化(flexibility)、流动性(liquidity)、暂时性(temporary)、短期性(short-term)这些陌生的敌对词汇遭遇。

现代社会的复杂性与未来指向的不确定性,决定了现代政治决策的正当化及其权力悖论的转移,最终只能通过公共自主的民主方式进行,而不可能依据特定功能系统的合理化论证与技术专家俱乐部的知识网络分享予以解决。只有通过民主政治宪法助推的公共领域生成以及涵括/包容所有他者的未来许诺,才能使不同市民社会需求的政治疏导获得正当性证成。罗伯特·达尔(Robert Alan

(41) 高鸿钧教授概括指出,西方的现代社会治理经历了三个阶段:一是与自由放任时期相对应的立法治理阶段(现代之初至19世纪末,美国则到20世纪30年代),二是与福利国家时期相对应的行政治理阶段(19世纪末至20世纪70年代末),三是与新自由主义时期相对应的司法治理(juristocracy)阶段(20世纪70年代至今)。参见高鸿钧《美国法全球化:典型例证与法理反思》,载《中国法学》2011年第1期,第31页。

(42) 可参见[美]理查德·B.斯图尔特《美国行政法的重构》,沈岍译,商务印书馆2011年版。

(43) 有关条件纲要和目的纲要的讨论,可参见卢曼,同注14引书,第220-227页。[德]卢曼《法社会学》,宾凯、赵春燕译,世纪出版集团2013年版,第124、279-284页。

Dahl) 在其多元主义民主论中就对罗斯福新政之后美国宪法的社会政治动力展开了深刻的分析,正是基于现代政党、政治团体、社会运动、利益集团、差异认同的政治动员,基于种族、性别、阶级、文化认同的不同断层线,通过现代民主宪法的整合机制,借助识别与筛选社会包容与社会排斥的权利搜索器,不同的利益与价值才能不断涵括到政治系统的正当性再生产和法律系统的有效性再生产之中。^[44]

现代民族国家宪法的出现,使得不同的个体化(individualization)社会需求——要求平等而自由地涵括进各个社会功能系统——获得以政治性方式参与公共意见与公共意志形成的可能性。民主国家政治宪法,使社会涵括与社会排斥能够持续得以问题化和政治化,从而提供了现代社会系统功能分化的框架性条件。在另一方面,民主革命的立宪时刻也同时诞生了“私人”的“市民”形象,而私人自主的权利保障也同时使政治—法律的公共自主成为可能,制宪权与宪定权在此取得了统一。

单纯形式化的权利法案无法自动带来平等的自由,通过基本权利解释学实现的社会涵括/包容,正有赖于公共自主的民主激扰。而宪法的私法化、片段化、治理化趋势,则由不同的社会功能子系统自我承担其构成性与限制性的宪法化功能,这就可能阻断社会涵括与社会排斥的问题化和政治化,从而解构现代宪法革命的历史性遗产——德沃金所极力强调的整体性(integrity)宪法政治原则。^[45]现代行政官僚体系的常规化封闭权力循环,有赖于“制约与平衡”(check and balance)的宪制安排,有赖于宪法所框架的政治系统与法律系统以及公共领域/公共舆论间相互激扰的制约。而由私法专家与技术治理界定的宪法化方案,则改变了18世纪主要由美国宪法民主革命所提供的“对不能决断的政治事务作出决断”的问题解决逻辑。依靠专家知识提供的模型设计、组织检测等科学方案,依靠跨组织的利益协调谈判,依靠职业伦理与名誉权力机制,都解决不了政治系统权力自我指涉悖论的正当性(legitimacy)问题。

市民社会不同私法秩序之间的冲突,有赖于围绕民族国家宪法发展的公法技术的介入和调和,它预设了所有公权力都集中于单一国家的宪法主权,并通过公共自主的民主意志形成得以正当化。在美国宪法历史上经常出现的困境就在于,私人自主和市民社会的自发私法秩序,垄断了权利法案“常规时期”的法律实践,并取代乃至取消了公共自主和人民公共意志参与政治沟通的可能性,往往只有在战争、革命与动乱迫在眉睫之时,才能通过“非常时期”的政治动员和宪法革命,重新激发宪法与公法精神的回归。以消极自主对抗全能政府的洛克古典自由宪法范式,在实践中往往可能演化为哈耶克—弗里德曼式激进的新自由主义宪法范式:它假设立足于“私有产权”神圣保护的市民社会私法秩序的自我演化,就能够形成一种依赖于“认知性学习”的“普通法宪政主义”演化路径,这些自我规制的私法秩序能够根据“效率”和“竞争”的要求相互观察和协调,从而取代中央化—集权化的民主宪法决策的必要性。如果套用卢曼的社会系统理论语言,这实际已经导致了民族国家法律系统与政治系统结构耦合的松弛化,不同社会系统的符码语言直接侵入到法律系统的符码运作,“合宪/违宪”的规范性考量可能被“效率/非效率”的法律经济学分析解构。

宪法理论的经济主义转向,同时也使法律系统的反身性封闭运作陷入阴霾。杂多的私法“宪法化”所带来的不是法律系统与政治系统、经济系统边界的清晰确立,而是对“合法/非法”这一法律系统符码的侵入与滥用。这一宪法危机并不局限于美国国内,“普通法宪政主义”(common law constitutionalism)思潮,在1980年代之后更是通过新自由主义全球议题,通过“华盛顿共识”和“全球治理”(以

[44] 参见[美]罗伯特·达尔《民主理论的前言》,顾昕译,东方出版社2009年版;[美]罗伯特·达尔《多元主义民主的困境:自治与控制》,周军华译,吉林人民出版社2011年版。

[45] 德沃金有关作为“整体性”的法律的论述,参见[美]德沃金《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第158、167、170、196—198、203页。

WTO 为代表的全球贸易投资体系改造、以 IMF 和巴塞尔委员会为代表的全球金融体系改造) 成为世界经济宪法运动的主流。它要求赋予跨国公司自由的行动选择权、反对贸易保护主义、取消政府管制、开放资本市场, 以建立“自生自发”的全球贸易投资秩序。这一跨国化潮流, 则又反过来强化了美国国内宪法议题的新自由主义和新保守主义转向。⁽⁴⁶⁾

在德沃金所强调的宪法政治的“整体性”(integrity) 意义上, 美国宪法的“私法化”趋势, 已经使其陷入了“去整体化”(disintegration) 的政治危机与主权危机之中。不同社会功能系统自发的宪法化趋势, 使美国宪法主权丧失了统一不同社会功能子系统运作的“整体性”能力。所谓“法际间”(interlegality) 的协调, 不再能够通过由政治 - 法律公共领域塑造的统一法律语言进行。不同“法际间”的网络化协同效应, 更多依赖于中立化、技术化、抽象化的私法语言来进行。它依赖于不同自发法律机制之间的“认知性”调整, 而不是来自民主公共领域的“规范性”振荡。这些自我运作的社会子系统的自发宪法化趋势, 既不需要统一的、普遍的公法理论与语言, 也不需要专事于“社会涵括/包容”生产并以民主语意为依归的现代政治系统。⁽⁴⁷⁾ 这一“法际间”秩序, 现在经常被概括在“宪法多元主义”的名义下, 它由杂多的个人、企业、非政府组织、社会网络、国家、国际组织、跨国机构的网络化秩序构成, 这一哈耶克式的自生自发秩序, 最终依赖于不同社会权力之间不无盲目的认知性激扰。“片段化”的法际间宪法秩序, 产生的并非去中心化、去国家化的理想社会局面, 而可能使社会涵括/社会排斥的政治化 - 法律化进程, 被不同社会系统的封闭化功能运作逻辑所遮蔽。在这个意义上, 由洛克、卢梭、康德所奠定的社会契约论宪法传统, 有重新蜕变为霍布斯式“自然状态”的危险。这一“去整体化”的市民社会的“冲突法”秩序, 提供不了能够满足“公意”标准的法律符码, 它仅仅只是松散耦合于各种不同的功能系统符码, 其批判性潜力则被不同的系统符码所吸收、压制与转移, 因此无法在“整体性”的宪制意义上提供对社会包容/社会排斥议题的政治性表达与法律化论证。美国宪法的私法化、去整体化趋势, 将导致其宪法政治失去其展开内部革命性振荡的空间和能力。“私法化”趋势代表了一种静态的罗马式法律平等语意的实现, 它也代表了由公法理念所代表的民主共和语意的衰落, 私人自主权利一旦失去民主公共领域革命力量的激发, 将使美国宪法围绕“自然法与革命”、“自由和平等”、“制宪权与宪定权”辩证法展开的“整体性”宪法政治陷入困境。

四、“全球化”趋势对于“政治国家”宪法秩序的冲击

法律系统作为社会的“免疫系统”(卢曼), 辅助了不同功能系统自我构成与自我限制之间的平衡, 这也主要是由现代宪法机制的保障实现的。宪法成为了现代政治系统与法律系统自我再生产的制度基础, 通过权力“制约与平衡”(check and balance) 的宪制建构以及权利法案的司法化: 一方面提供了对社会功能系统破坏性扩张趋势(比如波兰尼笔下的市场社会) 的阻断机制; 另一方面也为不同主体对抗社会功能系统的内部排斥提供了具有可诉性的反馈机制。现代宪法化解了不同社会功能系统在封闭运作过程中产生的自我解构与彼此对抗的内在倾向。当然, 这些预设都建立在特殊的“威斯特伐利亚”民族国家宪法体系之上, 不同社会功能系统的运作被假定可以控制在一国领土范围之内, 通过公法与私法体系的国内法 - 国际法建制予以规范化安排, 这构成二战之后由美国推动的“内嵌性自由主义”全球政治经济范式的基本假设, 它也是战后美国宪法模式能够迅速得以全球扩展的内在

(46) 参见[美]罗纳德·德沃金《最高法院的阵形: 最高法院中的新右翼集团》, 刘叶深译, 中国法制出版社 2011 年版; 同注 28 引书。

(47) 同注 16 引书, 第 137 页。

动因。

演化论(evolution) 和革命论(revolution) 构成了美国宪法传统的两种基本理解范式。演化论强调宪法作为构成性规则和程序性规则的维度: 作为构成性规则, 它保证政治性立法与司法性解释的循环封闭性; 作为程序性规则, 它确保由法律程序规制的政治干预必须通过实证立法的形式进行。革命论则强调宪法的民主参与和公共自主维度, 它确保对所有人具有拘束效力的法律正当性来自公民的集体自主, 并否认私人自主维度的至上性, 阿伦特也正是在这个意义上对美国革命传统做出了全新诠释。演化论和革命论这两大传统同样也构成了美国宪法全球化的双重动力: 政治性的一面通过其革命论传统, 推动各国政治民主转型之后对成文宪法、三权分立、政党竞争、司法审查制度的全球移植, 强调“普通人可以主张他们具有定义、争辩和改变他们所接受的政治传统的权利”;⁽⁴⁸⁾ 经济性的一面则通过演化论传统, 由战后美国政府主导的“法律与发展运动”(law and development movement), 以及1980年代之后借由世界银行和国际货币基金组织推动的“结构调整计划”(structural adjustment programmes), 来主导全球化的普通法律范式渐进发展。政治性维度更为激烈和炫目, 经济性维度则更为隐秘与持久。晚近以来“司法中心主义”的全球兴起, 就充分揭示出宪法演化论传统的强大力量。⁽⁴⁹⁾ 借助于主导超国家主义的法律创制——包括世界贸易组织(WTO) 与北美自由贸易区(NAFTA) 争端解决机制、国际投资争端解决中心(ICSID) 和互联网域名与地址分配机构(ICANN) 等私人仲裁机制, “盎格鲁化”(anglophile) 的“普通法宪政主义”理念已深刻主导了宪法基本权利在全球层面(包括公共和私人机制) 的实证化进程, 从而推动新自由主义的技治化(technocracy) 宪法秩序的形成。

尽管阿克曼试图阐明平等式民主观已经取代了自由市场理念, 从而成为新宪法秩序的全面基础, 但后新政时期的美国宪法似乎已经走向了反面。⁽⁵⁰⁾ 阿伦特对于美国革命的政治还原论实际已经预示了这一悖论性的历史后果: 由于阿伦特对“社会问题”的深刻偏见, 革命者变成了对社会分配议题漠不关心的城邦公民, 政治革命与社会变革之间的联系被生生斩断了, 而在这样狭隘的二元论对立中, 阿伦特式的革命论传统也就悖谬地向哈耶克式的演化论传统蜕变, 宪法被雕刻成“一座死气沉沉的新古典经济学的僵化塑像”。⁽⁵¹⁾ 正是在这个意义上, 美国宪法晚近的新自由主义全球化, 实际也正得益于革命论和演化论这两大宪法传统的矛盾性结合。

美国宪法模式在二战之后的全球扩散趋势, 不仅是美国宪法霸权影响力的展现, 从另一层面来说, 第三世界在民族解放运动与现代化运动中通过各种以美国宪法为蓝本的“名义宪法”和“符号宪法”, 同样也出于它们自身需要从层级分化社会向功能分化社会转型的“反封建”需要。从更大的世界社会演化的动力来看, 这也是不同社会系统世界性扩张的功能迫令的结果。当然, 在不同的左翼批判法学视野下, 美国宪法的全球霸权也掩盖了民族国家国际体系的中心-边缘结构, 以自由和平等(inclusion) 为价值语意的宪法全球迁移推动的各国“结构调整”, 同样也掩盖了美国宪法全球化所带来的剥削与排斥(exclusion), 遮蔽了世界社会(world society) 层级式分化趋势的阴暗面。⁽⁵²⁾

与此同时, 美国宪法全球化与世界宪法/全球宪法的自我演化之间, 也出现了越来越多的张力。美国宪法对于民主法治以及法律和政治系统关系的独特描述, 一方面提供了世界宪法扩展的蓝本, 提

(48) 同注4引书, 第223页。

(49) 可参见[葡]博温托·迪·苏萨·桑托斯《迈向新的法律常识——法律、全球化和解放》, 刘坤轮、叶传星译, 中国人民大学出版社2009年版, 第386-432页。

(50) 参见注4引书, 第138-139页。

(51) 同注4引书, 第229页。

(52) 卢曼认为“世界社会”概念比“全球化”概念更为准确, 参见 Niklas Luhmann, *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?* 7 *International Review of Sociology* 67, 79 (1997).

供了现代政治系统与法律系统结构耦合的基本模式;但在另一方面,世界宪法演化也逐渐获得自身的独特动力,全球商人法、互联网数字宪法、全球标准化组织、世界人权法、科学宪法、体育宪法,大量有关“宪法多元主义”、“社会宪法主义”的讨论,以及“政治宪法”的相对衰落,“专家政治”与“治理主义”的去政治—去民主宪法话语的兴起。这些都导致由美国宪法理想提供的民主—国家政治想象,以及由此提供的社会系统分化与世界社会演化的宪法想象,受到空前的冲击与挑战。这也导致了美国宪法模式文化吸引力的持续下降。但由于其历史性霸权的延续,因此也极大地束缚了有关全球宪法演化新动向的解释力与想象力。

当代宪法理论的争论和转型,反映出全球社会正在经历的深刻结构变迁,同时也预示着美国宪法模式全球化的内在危机。在全球宪法的“碎片化”/“片段化”(fragmentation)时刻,美国宪法不再能够有效主导全球宪法演化的动力与方向,而各种自发的超国家、跨国、国际性、区域性、亚国家法律机制的杂乱兴起,这些由全球贸易、世界金融、大众传播、体育运动、宗教集团、科学研究所代表的系统性力量构成的新秩序,正持续渗入并深刻改变由美国宪法为代表的主权国家宪法模式,并由此改变民族国家法律系统的符码运作机制。而在传统共和主义的批判视野下,这些以特权与财产为根据,以利益和效率为基准,以私有化、公私合作与公共治理的企业化为导向的“认知性”(cognitive)宪法秩序的兴起,也代表了美国共和革命“规范性”(normative)宪法维度的衰落。

宪法的世界主义转向,预示着由民族国家宪法(美国宪法)的社会涵括,开始转向世界社会宪法(世界社会系统)的社会涵括。⁽⁵³⁾ 伴随全球法律的片段化趋势,这不仅冲击了民族国家宪法对于本国政治与法律系统的界定能力,也改变了威斯特伐利亚国际体系建构下的领土国家宪法格局。同时,它也不断面临超逸出民族国家范围的各大世界社会功能系统封闭运作所产生悖论的困境:其中既包括由新自由主义原则统摄的世界经济宪法运动,也包括以各种原教旨主义为标签的全球宗教复兴运动,也包括二战之后由全球人权话语界定的新型政治宪法运动,它们显然改变了由18世纪启蒙运动与美国宪法革命所框定的民族国家宪法的历史逻辑。

美国宪法的活力在于它赋予了各种社会动力自我宪法化的可能性,而其弱点则在于它约束社会系统符码过度扩张的能力,这典型表现在美国法理学对于主观权利和基本权利概念界分的模糊化。美国宪法的演化论与革命论传统,以及自由主义和共和主义宪法观之间的持久张力,就折射出在处理这一问题上的犹疑态度,即政治宪法是否应当以及如何介入非国家的社会领域?而主流宪法学则往往通过对市民社会的“去政治化”理解回避这一问题。由此也形成了经典的政治国家宪法想象:在日常时期由宪法文本作为基本法提供司法上的统一性,在非常时期则由人民出场重申高级法来提供政治上的统一性,以此在主权国家范围内实现对所有社会和文化领域的普遍管辖权(jurisdiction)。在这种经典的宪法模式想象下,基本权利被简单归因为抽象主体的范畴。无论是私人权利还是公共权利,都被视为对于个人利益的法律赋权(诉权),它的对抗焦点在于其他个人和国家权力,政治化的焦点,也就自然围绕个人与国家的关系展开,而实际拥有权力的各大社会系统就完全淡出了宪法讨论的视野,充其量最多也只能通过“基本权利的横向效力”(horizontal effect)⁽⁵⁴⁾等法律解释技术来处理。

马克思清楚地意识到了经济系统和市民社会的政治性维度,但由此展开的批判却走向了宪法工程的激进反面:共产主义宪法“试图通过正式的组织化过程和封闭的政治控制,整合各种分散的自治

(53) 卢曼,同注14引书,第627-638页。

(54) 有关“基本权利的横向效力”,可以参见[德]贡塔·托依布纳《匿名的魔阵:跨国活动中“私人”对人权的侵害》,泮伟江译,载《魔阵、剥削、异化:法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社2012年版,第182-191页。

社会领域”并“最终窒息了社会分化的动力”。⁽⁵⁵⁾正是吸取了自由主义宪法和共产主义宪法的双重教训,美国在二战之后最终建立了“内嵌性自由主义”福利国家宪法。在国家和市民社会之间精心构造出一种既干预又尊重的微妙平衡关系。但是,1970年代之后所出现的福利国家宪法危机,则证明它同样没有克服与其他宪法模式同样的认识论错误:主权国家民主宪法,已经无法直接导控呈加速功能分化趋势的经济、科学、艺术、宗教、教育、医疗等领域的自主逻辑。美国宪法的私法化趋势,实际也正是在面对这样一种挫败感时所作出的被动回应:既然传统政治国家宪法提供的选举、代议、政党竞争、多数决等公法技术已很难直接满足不同功能系统的宪法化需要,甚至还可能对它们的自发宪法化进程构成干扰。但更严重的问题则在于,美国宪法的私法化趋势,实际也很快陷入福利国家以政治系统涵括其他社会系统的相同困境。新自由主义宪法走向了狭隘的经济主义——它试图以经济系统的运作符码来统合其他所有社会领域,并且还试图以经济科学的“认知性”来终极解构民主宪法的“规范性”。

正是自由主义宪法、共和主义宪法、法团主义宪法、共产主义宪法和新自由主义宪法的接连受挫,美国宪法的“私法化”最终采用了“宪法多元主义”(constitutional pluralism)这样一个去政治化的语意表述,而它显然并未对如何限制社会系统的过度扩张问题给出清晰答案,它只是不切实际地寄望于不同社会系统形成数量和种类上的倍增,从而提高相互制约的机会。不同的抽象主体在面对匿名的、自主的扩张性社会机制伤害时,因其个人化权利语言的贫困,因此无法获得基本的“诉讼”能力与途径,这一“可诉性”难题则揭示出了“法律化”或“司法化”的内在局限。美国宪法依然试图通过领土国家的特定权力象征边界,来统合不同的社会自治领域。在各大社会系统的自主运作与美国宪法领土化的政治-法律基础设施之间,已经出现了越来越大的鸿沟;在去领土化的社会系统宪法化和领土化的政治国家宪法化之间,已经出现了越来越大的张力。现在所面临的严峻问题就是:宪法如何提供社会保护反向运动的新动力,以阻止社会系统无限扩张的自我毁灭倾向?美国宪法如何依据业已变化的社会现实,以激发新的宪法时刻来完成其范式转型?

五、结语:美国宪法危机的普遍代表性

美国宪法历史上的派系党争难题,实际展现了现代功能分化社会的去中心化逻辑,而其宪法力量也正在于通过基本权利机制的内部分化、三权分立制衡体系、政党竞争制度与司法审查体制的建立,借助日常政治和宪法政治区分形成的二元民主空间,顺应了现代复杂社会功能分化加速背景下的治理需要。它始终坚持并不存在唯一的政治中心、权力顶点与党派势力可以作为“人民”的唯一代言人和决断者,并否认在现代社会条件下能够提供某种一劳永逸的宪法解决方案。

美国宪法传统中的权利冲突难题,也充分展现出现代社会要求全面而平等的社会涵括所形成的内在张力,它既强化了传统宪法的党派冲突语意,也预示了统一的政治国家与市民社会形象的崩塌,它也同时加深了当代联邦最高法院作为“宪法守护者”角色的重要性和不合时宜性。美国宪法既充满了各种意识形态的不连贯性、让人恼怒的折中主义、缺乏决断的不负责任,但同时也避免了“党派多数专制”(tyranny of factional majority)的危险。⁽⁵⁶⁾制宪权/宪定权、革命/自然法、公法/私法、制定法/普通法、自由/平等、私人自主/公共自主、民主/法治、自由主义/共和主义、人权/人民主权、平民主义/精

(55) Teubner, *supra* note 25, at 23-24.

(56) 参见同注4引书,第58-65页。

英主义、市民社会/政治国家、自由主义/福利国家,正是在处理和内化这一系列二元悖论时所展示出来的卓绝能力,赋予了美国宪法极为强大的政治整合力量,也成为了美国宪法在战后能够全球扩展的动力来源。

美国宪法的力量来源于它去政治化和再政治化的双重能力,美国宪法的弱点也同样来源于去政治化和泛政治化的双重危机。美国宪法的成功之处,在于它掌握住了现代政治生活的核心特征——民众激情动员和高级法时刻的一体两面性,并且通过宪法的公共理性程序,形成在日常时期和非常时期进行周期性振荡的安全化制度空间。它既推动了现代社会系统的功能分化,同时又通过法律-政治宪法化来限制社会子系统功能分化无限扩张的毁灭性趋势。

美国宪法的当代困境具有普遍代表性,这要求我们重新思考18世纪的宪法革命遗产,从中寻找新的历史进步动力。在全球化、私法化与治理化的多重挑战下,在“自由共和国私人公民的集体生活被冷漠、无知和自私所笼罩”⁽⁵⁷⁾之时,1787年美国的理性革命建国精神,还能否再次通过某种危机的洗礼,重新光照“上帝应许之地”(The Promised Land)?

The Strength and Weakness of the U. S. Constitution: Using “Social Systems Theory” as a Perspective of Observation

Yu Chengfeng

Abstract: The United States Constitution connotes the great potential of the evolution of the fundamental rights system, which realizes the organic integration of common law principles and revolution principles by the rights-centered technological development of constitution, and thus makes the United States achieve historical heights in the construction of national capabilities. The special “marriage” between neoliberalism and identity/recognition politics has a great impact on the formation of the postwar American constitutional order of “New Deal”. Not only has the contemporary American constitution been confronted with an avulsion from inner conflicts, but the traditional constitution framework of “Westphalia” it depends on is also suffering impacts in the trend of globalization. The whole world is going through a profound structural change, which indicates the internal crisis of American constitution mode’s globalization. Under multiple challenges of privatization, globalization and managerialism trend, the U. S. Federal Constitution is facing double troubles between de-politicization and pan-politicalization. The contemporary dilemma of the US Constitution is universally representative, which requires us to rethink about the legacy of constitutional revolution in the 18th century, and look for the new driving force for historical advance.

Keywords: social systems theory; privatization of constitution; de-politicization; neoliberalism; the U. S. Constitution

(责任编辑:刘馨)

(57) 同注4引书,第292页。