

系统论宪法的理论洞见与观察盲点

——托依布纳《宪法的碎片：全球社会宪治》读后*

余成峰

摘要：以卢曼、托伊布纳为代表的系统论宪法的兴起，源于当代社会的功能分化以及全球化带来的民族国家与跨国社会系统之间的张力。包括贸易、投资、金融、科技、媒体在内的全球社会系统，已经不断突破民族国家的界限，各种超国家体制在没有世界国家的情况下出现了自我宪法化的现象。系统论宪法挑战了18世纪以来以民族国家为中心的宪法传统，运用前沿的社会理论工具，推动了宪法理论的升级更新。它不仅揭示了超国家宪法运行与演化的原理，也从宪法功能、宪法领域、宪法过程及宪法结构等层面，提供了一种符合当下实际与未来趋势的理论分析框架。为了更好地保护人类个体和社会体制，必须超越个人主义的基本权利范式，将社会权力、组织和系统的维度重新纳入宪法视野。在公共商谈、宗教文化、军事权力这三个维度，系统论宪法也存在观察盲点，哈贝马斯与伯尔曼的洞见能够加强其批判的潜力。

关键词：系统论宪法学；社会系统论；超国家体制；民族国家宪法；宪法演化

一、系统论宪法学兴起的历史背景

系统论宪法的兴起，源自当代宪法面临的深刻困境。^①传统宪法的功能缺陷日益明显：无论是全球信息技术发展给个体权利保护带来的新挑战；还是全球贸易和投资给生物与文化多样性带来的冲击；而金融危机暴露的经济系统无限扩张，更是构成对民族国家宪法能力的严重威胁。民族国家宪法与跨国社会系统之间的持续张力，导致宪法认同在晚近以来不断受到质疑。对此，传统宪法学未能表现更大的理论想象力，突破存在于理论和实践层面的双重困境。^②

包括贸易、投资、金融、科技、媒体在内的全球社会系统，在今天已经不断突破民族国家领土分

作者简介：余成峰，法学博士，北京航空航天大学法学院、人文与社会科学高等研究院副教授。

*项目资助：中央高校基本科研业务费专项资金资助（项目编号：KG12108401）。

① 本文评论的系统论宪法学，受到德国社会理论家卢曼的深刻影响，代表性学者包括托依布纳、桑希尔、莱斯卡诺（Andreas Fischer-Lescano）等。桑希尔也将其称为“后卢曼”宪法学。有关系统论宪法的理论谱系，See Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-sociological Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 1-8. 代表性著作除了前书，还包括 Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford: Oxford University Press, 2012（中译本[德]托依布纳：《宪法的碎片：全球社会宪治》，陆宇峰译，中央编译局2016年版）；David Sciulli, *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 1992。也可参见论文集 Alberto Febbrajo & Giancarlo Corsi (eds.), *Sociology of Constitutions: A Paradoxical Perspective*, Abingdon: Routledge, 2016; Petra Dobner & Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford: Oxford University Press, 2010；《华东政法大学学报》2019年第3期的专题讨论。本文以托依布纳的著作为解读依据。

② 传统宪法以民族国家为中心，强调一种整体主义的宪法方法论，将世界理解为一个由不同国家以及国家-社会二元划分的空间。

化的逻辑，取得在世界范围运作的能力。^①如果说，18-19世纪宪法的焦点在于释放民族国家政治权力的能量，同时又有效限制这种权力；那么在系统论宪法学看来，当前的宪法挑战，则在于如何释放各种超脱国家主权控制的不同社会能量（如经济、金融、科技和网络传媒），同时又有效限制它们的破坏性^{[1] (P.1)}。

首先，宪法问题已跨越国家层面，出现在各种“私人部门”中，宪法不再局限于纵向的“国家宪法”，也开始扩展为横向的“社会宪法”^{[1] (P.10)}；其次，宪法权利不再等同于主观权利，为了保护个人，甚至保护各种社会体制，需要拓展制度化、组织化和系统化的保护渠道^{[1] (P.14)}；第三，由于脱离民族国家束缚，各大社会系统获得更大的演化空间，但同时，宪法化也缺失了一个重要环节，即民族国家的宪治过程。“加速的全球化进程，现在开始推动这些社会功能系统从民族国家的政治支配之下脱离出来，这些不同社会系统之间的相互协调问题也变得更加严峻”^{[1] (P.49)}。

换言之，全球社会系统的自我奠基与其政治-法律层面的宪法化之间，出现了深刻的疏离和紧张关系^{[1] (P.50-51)}。经济沟通是全球性的，但经济宪法仍以民族国家为基础。各大社会系统已不局限于国家空间，但政治法律仍然主要在民族国家范围发挥效力^{[1] (P.51)}。“在世界社会层面，民族国家宪法那种政治与法律的全面结构耦合明显没有等值物”^{[2] (P.487) ②}。

尽管如此，众多经验证据表明，虽然缺乏政治-法律的宪法支撑，但这没有构成各大社会系统宪法化的障碍。各种全球秩序在没有世界国家的情况下出现了自我宪法化的迹象^{[1] (P.61)}。经济、科学、卫生健康以及各种沟通媒介的全球自治，取得了宪法化的发展动力，国家与宪法之间的内在联系，并未如传统宪法学假设的那样，成为世界社会宪法演化的根本障碍。

二、系统论宪法的理论洞见

（一）超国家宪法的运行空间和演化动力

但是，这一超越民族国家的宪法演化运动需要回应两个基本的质疑。首先，不同社会领域的宪法发展，是否是全球特定权力和利益逻辑在主导？这种“社会宪法”，缺乏国家政治和普遍的规范性维度，是否具有“正当性”？其二，单纯的现象观察没有为我们揭示，宪法演化的担纲者到底是谁？如果既不是民族国家，也不是世界政府，那么“谁”是这一宪法过程的真正推动者？

为了回应上述质疑，晚近以来，大量超国家宪法研究将目光转向国际组织。这些研究指出，由于在世界社会层面缺乏民族国家的等值物，同时，由于跨国家社会系统缺乏行动和组织能力，因此，超国家宪法的担纲者，就只能是各类超国家组织^{[1] (P.63-66)}。比如，世界贸易组织就通过冲突解决的法律化、贸易规则优先于政治等原则，逐渐获得自主性，演化出世界贸易宪法的雏形^{[1] (P.64)}。而ICANN（互联网名称与数字地址分配机构）则通过功能代表制、地域代表制、各种分权形式以及针对域名分配的“司法权”，发展出不同于国家宪法的具有自主性的基本权利标准^{[1] (P.65)}。除此之外，跨国公司、国际标准化组织等超国家机构，也都推动了相关领域的宪法化进程。这些组织从民族国家束缚中解放出来，发展出具有自主性的宪法规范^{[1] (P.65)}。

但是，系统论宪法学意识到，国际组织不能直接等同于超国家社会系统。将社会系统宪法化化约为国际组织的宪法化，会导致宪法概念的偏狭，因为宪法不等同于组织法。宪法不只有组织的内部运行、决策及其规范化，宪法也必须处理一个社会领域的规范建构和限制问题，必须处理社会系统的自我构建与外部设限等问题。譬如，ICANN的宪法化，就不能化约为ICANN的内部组织化过程，在正式组织之外，是一个更广阔、开放和复杂的契约与规范网络，一个同时囊括并超越单一正式组织、契约与网络关系所型构的宪法体系^{[1] (P.67)}。同样道理，跨国公司宪法的担纲者，也不只是作为组织

① 参见余盛峰：“全球信息化秩序下的法律革命”，载《环球法律评论》2013年第5期；余盛峰：“知识产权全球化：现代转向与法理反思”，载《政法论坛》2014年第6期。

② 也可参见 Niklas Luhmann, *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?*, International Review of Sociology, vol. 7, issue. 7 (Mar 1997), pp.67-79.

的跨国企业,跨国公司宪法不只是跨国企业的内部行为准则,而是一个更开放的包括跨国企业、投资者股东、消费者、NGO 团体、全球供应商与经销商网络在内的宪法空间^{[1](P.68)}。

因此,在修正国际组织解释理论的基础上,学者们又提出跨国体制理论解释。跨国体制(regime)作为宪法主体,超越了国际组织的视野,将正式组织之外的契约、价值原则和网络化结构,以及范围更广大的规制体系,全都纳入了超国家宪法的理论视野。这种跨国体制宪法,“既支配正式组织、契约或者网络的内部关系,也支配存在于其相关环境部分的外部关系”^{[1](P.69)}。

但是,跨国体制解释只是回答了宪法运行空间和效力范围的问题,而没有说明在超国家宪法发展到谁在扮演担纲主体的问题。在跨国体制宪法中,到底谁是“我们人民”?如果没有真实的“我们人民”,在何种意义上,我们可以称之为“宪法”?跨国体制宪法遗漏了作为宪法主体的人的维度,也就可能因此回避宪法的规范性问题,跨国体制也因此难以成为适格的宪法主体^{[1](P.69)}。

为了回应这一挑战,系统论宪法学首先考察了在近代宪法中扮演重要角色的制宪权概念。在现代宪法中,无论是采取个体或者人民的宪法范式,制宪权概念都与具体的个人或者共同体进行了牢固的捆绑。但在系统论宪法学视野下,制宪权不能被理解为一个主体视角的具象化概念,“制宪权”无非是“一种沟通潜力,一种社会能量类型、一种实实在在的权力”^{[1](P.73)}。在现代宪法传统中,制宪权被具象地联系于具体的主体,并进一步通过政治神学掩盖了它作为沟通潜力的真实存在。系统论宪法学认为,只有将制宪权与具体的个体和共同体概念脱钩,才能更好唤起对作为“血肉之躯”的人的能量与意义的关注,才能更好对身陷各种社会系统包围的人形成保护。

易言之,在系统论宪法学看来,宪法的真实潜力,存在于现实的社会系统运作和现实存在的人的意识和肉体的结构耦合处,即在社会与个人、沟通与意识的相互激扰处,不断催生出的“制宪权”动力^{[1](P.73)}。系统论宪法学深刻意识到,当代社会的宪法潜力已无法再由一个统一的理性主体或共同体来保证,社会分化为各种逻辑特殊的潜力、能量和权力,与此相对应的宪法化动力,不再是神秘主义的政治主体,而是真实的人的自我反思与社会系统的自我反思相互交织的社会过程,是切实的意识与沟通相互激荡带来的搏动(pulsating)过程^{[1](P.74)}。因此,寻找集体行动者和理性主体的努力,将被社会系统的自主运作和自我反思的宪法化过程取代。

正如系统论宪法学所揭示,各大社会功能系统(譬如经济、科学、法律、健康医疗、大众传媒),在今天都不存在统一集体行动者出场的可能性。例如,新商人法(lex mercatoria)的宪法化就不需要集体行动者的出场^{[1](P.79)}。由此,系统论宪法学为我们打开了宪法想象的巨大空间,“我们人民”绝非具象的集体行动者,民族国家也并非宪法运行的唯一空间。毋宁说,宪法所应对的,是通过持续的社会沟通、提问与回应的鲜活过程,通过法律来辅助社会系统的自我同一化与反思性的进程。“任何宪法的核心问题,都在于指涉自我、他者与全社会之间找到平衡”^{[1](P.84)}。

(二) 宪法化的四项判准

系统论宪法学随之回答了另一个重大理论问题。即:这些在超国家层面运行的规范,到底是“宪法”,还只是普通的“法律”?这些现象是社会系统的“宪法化”,或仅仅只是社会系统的“法律化”?或者说,这些社会过程只是跨国体制治理逻辑的呈现?换言之,如果寻找不到与内部决策过程相对应的公共维度,如果跨国体制的规范化仅仅具有技术性法律规则的涵义,缺乏政治规范维度的升华,就无法称之为真正的“宪法化”。

对此,系统论宪法学再次展现了理论威力。在社会理论工具的帮助下,“宪法”被提升为一种更抽象的理论表述。系统论宪法学认为,只要跨国体制的规范化能够同时具备宪法功能、宪法领域、宪法过程和宪法结构这四项基本指标,就可以判定它已经完成对社会过程的正当化构造,确立起一种实质的宪法权威^{[1](P.87-88)}。

首先,所谓宪法功能,是指宪法既作为治理意义的“构成性规则”,又作为制衡意义的“限制性规则”^{[1](P.88)}。对应于社会系统,即宪法一方面作为社会系统的自我奠基性规则,另一方面又作为特

定社会领域自我限制的机制，制约社会系统的过度扩张趋势。比较容易得到经验验证的是宪法自我奠基的功能层面。在全球化进程中，我们已经观察到在经济、金融、科学、传媒和卫生健康等领域社会宪法所发挥的构成性功能，作为构成性规则的社会宪法，已经实现与民族国家的脱钩。只要能够顺利保障社会系统运作媒介自治的功能，就可以判定它们已发挥了作为社会宪法的构成性功能。这种宪法功能的发挥，在实践中通过各种组织性规则、程序、资格和主观权利的设置，推动各种社会空间的功能分离在法律上确立下来，进而推动全社会的功能分化^{[1] (P.90)}。系统论宪法学特别作为例证的，就是伴随1990年代新自由主义宪法兴起所推动的全球经济系统的自我奠基化进程。新自由主义不仅产生了特殊的政治规则，也同时产生了基本的宪法原则，从而建立了一个具有封闭自主性的全球自由贸易和投资的超国家宪法保障^{[1] (P.91)}。而在实践中，无论是商人法通过各类仲裁机构将产权、契约和竞争自由界定为“超国家公共政策”，还是跨国公司宪法对公司治理新自由主义原则的确立，这些实践所承担的，实际都是作为世界经济宪法的构成性功能^{[1] (P.91)}。

根据系统论宪法的分析，传统宪法学经常提及的“宪法时刻”概念，实际就是宪法自我限制功能的隐喻。譬如，围绕2008年金融危机带来的对新自由主义的全面反思，实际就启动了世界经济宪法的自我反思与自我限制的功能化进程。托依布纳深刻意识到，由于在全球社会层面缺乏民族国家的主权干预，各类跨国运作的社会系统特别是经济金融系统，很容易放纵其作为局部理性的危险^{[1] (P.93)}。社会系统理性扩张带来的碰撞和冲突，可能会演变为严重的社会问题，金融危机就是最典型的例证。也正是在这一历史时刻，带来了宪法时刻的激活，并由此推动宪法自我限制功能的演化。

其次，是有关宪法领域的理论洞见。“宪法领域”涉及如何提供各种制度，来保障“散布在全社会中作为独立选择前提的异议可能性”^{[1] (P.104)}。在传统宪法中，财产权、人格权、自由权就承担了此项任务，这些权利确保在社会中能够形成不同的行动空间，保证自主行动展开的可能性，这些自主领域，构成了宪法的结构基础和动力来源。但是，在愈益功能分化的跨国体制下，如何重建这些自主领域成为一个新的挑战。

在这里，系统论宪法学深刻洞悉了组织化领域与自发领域的分化对于社会系统宪法化所具有的重要性。与政治系统在两个领域的分化对应，经济系统也同样确立了由市场构成的自发领域与由企业构成的组织化领域的分化^{[1] (P.105)}。宪法实现的对社会系统领域的分化，能够确保社会系统不被任何单一的中心支配与控制，从而赋予系统自主演化和反思的机会。因此，宪法化的关键，就在于如何促成社会系统的内部分化，由此确保任何组织化—职业化部门无法对整个系统形成全面支配^{[1] (P.106)}。

在社会宪法领域，尚缺乏民族国家宪法已经达到的组织化—自发领域的二元分化；但另一方面，社会宪法也摆脱了民族国家的束缚，从而获得重塑宪法领域的机会^{[1] (P.106)}。在传统宪法范式下，道德原则的规范性通过公共商谈转化为统一的宪法规范，来引导全社会的运行。而伴随社会系统分化和全球化进程的加速，系统论宪法学认为，只有根据功能分化、组织分化的认知性维度的持续学习，才能有效推动社会系统的规范变革^{[1] (P.111)}。真正有效的压力不再单纯是至上而下的命令，譬如，在跨国公司宪法发展中，就主要不是依靠外部命令，而是各种非法律手段包括监督与交易、社会组织、工会、非营利机构、行业协会和公共舆论所形成的压力场^{[1] (P.111)}。各种外部压力通过认知性学习的转译过程，转化为各种理论模型、专业知识语言、跨组织谈判权力、名誉机制、激励与制裁权力，从而成为社会系统宪法化的真实动力^{[1] (P.112-113)}。各个领域以中心化的方式决断，但同时这些领域又经由各种外部压力和自我的反思学习，将其他领域的规范以及整体秩序的规范吸纳进自己的内部视角。欧盟宪法的发展就是典型例证^{[1] (P.186-187)}。

第三，是有关宪法过程的理论洞见。系统论宪法学认为，宪法化是社会过程与法律过程的共同结合。宪法促成了社会系统运行过程的封闭化和自主化，从而形成控制论学家佛斯特（Heinz von Foerster）所说的“双重封闭”^{[1] (P.121)}。换言之，宪法促使社会系统在运作中实现与外部的封闭隔离以及自身的媒介同一性，这正是宪法对社会系统自我反思性和媒介自主性实现的效果，从而推动了社会系统的

自我奠基。与此同时,宪法化也是法律化的过程,易言之,宪法过程不是单一的社会化过程,法律维度始终参与其中:“宪法出现在双重反思性现象—自我构成的社会系统的反思性,以及支持其自我奠基的法律的反思性—发生之时。”^[1](P.122)

只要在一个社会系统中,其功能媒介的自主性和反思性得到了反思性法律的结构化支撑,当社会系统与法律系统实现结构共振和共同演化,就可以判断在此社会系统中出现了宪法过程化的现象。这也回答了上文提出的法律化抑或宪法化的疑问:即,宪法过程是一种双重反思性,而非单一的社会化或法律化过程。法律反思性能够补足社会系统的反思性,当社会系统的运作封闭性受到干扰且无法获得自我反思性和媒介自主性,来自法律系统的次级法律规范,就能够通过结构耦合,帮助社会系统获得进一步演化的动力。因此,法律系统反思性所承担的,就是将社会系统的媒介自主性所带来的自我奠基悖论不断外化到法律中,这一悖论的外部化过程,因此构成了宪法过程的重要部分。

第四,有关宪法结构的洞见。社会系统宪法化采用的代码,既不是社会系统自身的功能代码,也不是单纯的法律代码,而是一种具有超越性的基础代码。此种宪法代码的作用,是进一步加强社会系统功能运作的反思性,使其突破单一功能系统代码的片面性。系统论宪法学因此克服了传统宪法经常陷入的教义主义、程序主义和社会还原论几种理论倾向。首先,宪法代码不同于法律代码,将宪法代码化约为法律代码,会造成对宪法代码特殊性的忽视;其次,宪法代码同时牵涉社会系统的功能代码,宪法因此具有“社会实质性”,宪法结构内含了社会逻辑,具有现实的历史和社会指向。最后,宪法代码与法律代码存在紧密联系,而社会学还原忽略了宪法代码的法律维度。综上所述,宪法代码的基础性,带来不同社会系统与法律系统相互再进入的可能,从而在全社会创造出多重的“想象空间”和“转译机制”^[1](P.128-132)。

(三) 权利理论的突破

系统论宪法学对权利理论,也做出了重要的思想贡献。^①以往,对超国家宪法权利的认识,存在两方面的理论疑问。首先,超国家宪法权利,是作为一个统一版本,还是应当根据社会系统分化,也发展出各自独立的权利类型?第二,超国家宪法权利,其有效性和正当性基础究竟何在?

在此,系统论宪法学再次成功地将宪法权利与民族国家宪法概念进行了剥离,将其转化为更具一般性的权利概念。超国家宪法权利的发生动力,在于跨国体制的司法实践,正是社会系统的司法“实证化”,在各大社会领域创设了宪法权利^[1](P.150)。换言之,在超国家宪法权利的创生过程中,最大推动力不是超国家的立法权力,而是跨国体制内部演化出的各类具有“普通法宪法”特征的争端解决机制^[1](P.152)。

那么,宪法权利究竟为何物,它在宪法中扮演的功能到底是什么?对此,托依布纳认为,如果把宪法权利概念一般化,那么它所应对的实际是各大社会功能系统的运作媒介。在政治系统中,宪法权利通过法律化的形式,把权力媒介分化为各种制度化的形式:即能力、主观权利和人权^[1](P.155)。正是通过宪法权利,权力媒介找到了去中心化的形式,“致密的权力媒介被分解成各种权利,作为相互独立的组成部分,然后在权力形成过程中用作建筑原料”^[1](P.155)。易言之,宪法权利乃是社会系统功能媒介的一种法律化形式。

正是通过宪法权利的涵括和排除,才实现了全社会的功能分化^[1](P.156)。因为,宪法权利既将全部人口涵括到特定的功能系统,又将个人和制度的自治领域排除出这些功能系统。在此,宪法权利既实现了宪法的构成性功能,又履行了宪法的限制性功能^[1](P.157)。也因此,宪法权利并非对抗来自个人的威胁,无关个人对个人的侵害,它所捍卫的,首先是各种“匿名的沟通魔阵(制度、话语、系统)对制度、抽象个体和个人完整性的侵害”^[1](P.167)。

^① 也可参见陆宇峰:“‘自创生’系统论宪法学的新进展——评托依布纳《宪法的碎片:全球社会宪治》”,载《社会科学研究》2017年第3期。

三、系统论宪法的观察盲点：哈贝马斯与伯尔曼的启示

（一）哈贝马斯：公共商谈和宪法规范性

在哈贝马斯看来，17世纪以降的民族国家宪法，构成了整个现代性的道德—实践自我理解^{[3](P.4)}。^①他认为，系统论宪法学错误地放弃了同实践理性的规范性维度的联系。政治和法律绝不只是诸多功能分化系统的其中之一^{[3](P.2)}，将规范性的政治法律维度完全平行于经验社会领域的做法，忽视了现代性进程中政治和道德实践理性所发挥的枢纽性作用。

哈贝马斯对系统论宪法学的功能主义和客观主义进路提出了激烈批评。哈贝马斯认为，系统论宪法学多中心、功能分化，既没有基础也没有头脑的社会图景，虽然揭示了当代社会高度复杂性、可变性、偶联性和多元性的特征^{[3](P.59)}，但这一观察范式也错失了对规范性的政治和法律行动在建立现代秩序中所扮演的关键角色的理解。法律系统不只是承担稳定社会规范预期的单一功能，在哈贝马斯的理论中，法律（宪法）扮演着枢纽性角色，而绝不只是功能分化的诸社会系统之一^{[3](P.60)}。

哈贝马斯指出，系统论宪法学错误地放弃了对法律的规范性自我理解，消除了法律应然有效性的义务论向度，以及法律作为行动规范和行动命令的语内行动意义。功能主义方法论无法准确把握法律深刻而复杂的规范维度^{[3](P.62)}。社会系统论对理性法规范维度的祛魅，实际也正是当代宪法危机的病症之一。换言之，法律不可能只在现代社会扮演环境扰动者的角色；宪法也不应当只是“功能性”的“多”，而更应该是“规范性”的“一”^{[3](P.63-64)}。哈贝马斯敏锐捕捉到系统论宪法学的重要逻辑漏洞：系统论宪法学一方面指出法律系统与其他功能系统的平行地位，但同时又又在论述中，给予法律尤其是宪法代码一种跨社会系统操作的超越地位。而在哈贝马斯看来，这一理论漏洞产生的根本原因，就在于系统论宪法学无法回避的一个事实：即在功能系统之外，仍然存在一个更为基础的生活世界和日常语言的领域^{[3](P.67-68)}。生活世界和日常语言才是跨越社会系统进行法律转译的根本推动力。宪法首先不是社会系统的功能化现象，而是生活世界和交往理性的沟通产物。

相比于各大功能系统的专门化代码，社会交往的日常语言更具有无限制的解釋能力和循环范围，日常语言为跨越社会系统进行黏合的宪法提供了共鸣板^{[3](P.68)}。概言之，系统论只见系统的树木，而未见生活世界的森林。法律和宪法绝不只是功能分化的社会系统，而是作为社会系统和生活世界之间最关键的传输纽带，乃是社会系统和生活世界之间的交往循环转换器^{[3](P.69)}。在这个意义上，法律尤其是宪法就具有了一种融贯各大社会领域的普遍语言的超越地位，并由此来维持全社会交往网络的整合。

哈贝马斯认为，系统论宪法的理论创新并不新鲜。早在19世纪，黑格尔和马克思就探寻了宪法和法律背后的社会现实性环节^{[3](P.70)}。宪法的力量绝非仅仅来自法律规范本身，也来自其背后的社会动力。但是，与系统论宪法学对社会沟通偶联性的强调不同，哈贝马斯认为在当代社会高度分化的背景下，尤其更加需要坚持法律规范性主张中那个不可随意支配性的向度^{[3](P.87)}。而这一向度，他认为需要落实在由公共商谈所确保的宪法结构之中^{[3](P.90-92)}。哈贝马斯意识到，法律对于规范性期待的稳定化功能，绝不出自法律系统的自主封闭运作，而是商谈过程中形成的相互理解的交往行动所带来的社会性整合力量^{[3](P.105)}。主观权利不只是促成系统论宪法学揭示的对权力媒介运作的分解性功能，主观权利也是主体参与公共商谈的道德自主性前提^{[3](P.106-107)}。易言之，在哈贝马斯看来，古典宪法的潜力还远远没有被耗尽，它只是由于过去错误的宪法理解所导致。因为，主观权利不只是一个私法概念，也是一个在法权原则之下构建普遍社会团结的基点，它紧密联系于公共自主性^{[3](P.116)}。道德原则、法权原则和公共原则因此构成连续的等式关系，具有了一体同源的超越性联系。

所以，出路不在于社会系统功能自主的自我宪法化，而在基于道德自主性展开的公共商谈。如果说，系统论宪法学认为人的心理系统是无法相互沟通的黑箱，哈贝马斯则认为公共商谈恰是生活世界

^① 有关哈贝马斯法政思想的中文研究，可参见高鸿钧：“走向交往理性的政治哲学和法学理论——哈贝马斯的民主法治思想及对中国的借鉴意义”，载《政法论坛》2008年第5、6期。

反制系统殖民化的关键。系统论宪法学对民族国家中心性的批判,实际也陷入了传统宪法将国家、个体和政治过于具象理解的误区。相反,应当从交往理性的规范维度重新理解宪法的潜力。概言之,世界不是社会系统论想象的平行功能系统及其环境,而是基于道德—法律—公共原则形成的具有向心凝聚力的同心圆结构。

按照哈贝马斯理解,系统论宪法学的观察盲点,就在于把权利概念简化为功能主义的“分配”和“涵括”,把法律权利化约为一种物品和媒介的配置模式^{[3](P.519)}。与此相反,哈贝马斯对宪法权利的理解更具有有一种历史融贯和道德超越的视野。“权利是关系,而不是东西”^{[3](P.520)}。公共性原则作为宪法权利的核心,促其形成了内在演化的动力。同样,哈贝马斯也不同意系统论宪法学有关政治与法律系统功能二分的判断,相反,他认为在法律媒介中就预设了政治权力的维度,这种同源构成性超越了社会系统论视野下的结构耦合概念^{[3](P.165)}。按照哈贝马斯的分析,法律与政治的高度复合性,早在近代民族国家的建立中就有了体现,而未来在超国家宪法演化中,也需要继续复制政治—法律—公共性这一交往循环模式,政治权力仍是关键性的。因为,现代法律对于规范性期待稳定化的功能,直接就联系于国家政治权力及其暴力支持,两者是密不可分的关系,而法律与其他社会系统则不存在如此紧密的联系^{[3](P.176)}。替代古代神灵法的现代实证法,其规范效力并不仅仅来自法律系统的自我奠基,也来自与政治系统的紧密关联^{[3](P.180)}。

哈贝马斯同样反对“总体性”的社会概念,但他没有像系统论宪法学那样放弃普遍主义的商谈理想进而接受“宪法的碎片”。在他看来,社会权力的不平等,需要一种交往权力予以制衡。社会系统宪法化很可能被社会权力的利益逻辑主导^{[3](P.213-214)}。系统论宪法学认为社会是一个由不同社会功能系统构成的平行空间,而哈贝马斯则认为社会首先是“政治社会”(societas civilis)^{[3](P.369)}。宪法绝不等同于各种功能系统的平行集合,它更是一个统一政治空间下公共商谈和交往理性的产物^{[3](P.370)}。最后,哈贝马斯敏锐意识到,从功能主义角度实现的社会分化,与从规范主义角度实现的权利进步,这两者之间的对应关系是偶然的,个体的“自主和差异”,经常与系统的“自主和差异”发生冲突^{[3](P.435)}。而只有公共自主和交往理性,才能真正去察觉、辨认和诠释全社会的整合问题,才能富有新意地提出重要的核心议题^{[3](P.444)}。通过对过去几十年中世界重大议题的罗列,哈贝马斯得出了一个足以令系统论宪法学受挫的结论:这些重大议题几乎没有一个是由社会功能系统的代表者所提出,相反,它们都来自公共商谈^{[3](P.470-471)}。

(二) 伯尔曼:“宪法碎片”与“不可随意支配环节”

“宪法的碎片”意味不再有统一的“大宪法”。这与伯尔曼笔下的中世纪西方法律传统具有相似性。其一,中世纪西方不存在统一国家,而是各大政治法律体系并存;其二,中世纪西方不以政治系统为中心,政教分立、社会分立是最大特点;其三,中世纪西方也以司法裁判权为法律创制的中心。因而,中世纪西方在系统论宪法学视角下,也或可称之为“宪法的碎片”。举凡教会法、封建法、商人法、庄园法、城市法、王室法,可类比系统论宪法学的贸易宪法、金融宪法、环境宪法、科学宪法、体育宪法、媒体宪法。

但是,中世纪宪法与社会系统宪法存在一个最大不同。即,中世纪天主教的精神权威赋予各领域法律以终极的信仰支撑和认同。但社会系统宪法,则缺乏这样一个超验的精神维度。在近代宪法,民族国家填补了这一超验维度的空白,但系统论宪法学则试图彻底清除政治神学的痕迹。

换言之,在欧洲中世纪,各种片段化的“社会宪法”仍需从基督教神法和自然法那里获取终极正当性,这是任何中世纪权力无法随意支配的前提^{[3](P.598)}。这样一个“不可随意支配”的环节,在哈贝马斯看来,恰是宪法成其为宪法的关键。沿着哈贝马斯对宪法“不可随意支配”环节的强调,我们可以反向观察到系统论宪法学对于宗教、历史和文化维度的忽视。事实上,“不可随意支配”维度构成了法律信仰和宪法认同的重要基础,这一维度也导源于伯尔曼笔下的特殊宗教精神与文化传统的熏陶。对于西方宪法来说,宗教始终是关键的。宪法绝不是一套处理政治法律事务的技术性规则的集合,

其发展自始就无法脱离特定文明的历史传统。事实上，在伯尔曼的视野下，系统论宪法学揭示的“宪法碎片”，实际并不是西方宪法传统的突变，相反，各种司法管辖权和各种法律体系的共存与竞争，恰恰是西方法律传统最为突出的文化特征^{[4] (P.11)}。与系统论宪法学不同，伯尔曼认为，中世纪西方法律所具有的显著的自我奠基与自我限制的“宪法性”特征^{[4] (P.370)}，^①其根本动力与基础，乃在于西方宗教文化所具有的一种特殊超验能力，法律绝不只是社会系统自我沟通和指涉的产物。恰如伯尔曼所言，近代宪法深刻得益于路德教和加尔文教的个人权力、良心自由和财产权神圣不可侵犯等观念^{[4] (P.34-36)}。

“人们运用法律同产生法律的社会结构相对抗”^{[4] (P.50)}，这些观念事实上在其他文明传统并不常见，无法将其简单归结为现代性的必然演化结果。而伯尔曼对西方法律传统中宗教与世俗二元性的强调，则为我们反思系统论宪法学的观察盲点，带来深刻的历史启示。在伯尔曼看来，西方宪法传统具有鲜明的二元性：一方面，这一传统高度依赖国家内部社会共同体（诸城市、地区和工会）自治法律体系与跨国社会共同体（各国际商业和银行社团、国际机构和教会）的活力；另一方面，确信最高政治权威的法律之外存在一个被称作神授法的法律体系^{[4] (P.52)}。如果说，系统论宪法学准确把握了西方宪法演化的第一个特征，那么，它对西方宪法传统的第二个特征则没有充分重视。

伯尔曼认为，11世纪之后在西方出现的多元法律传统，首先是来自同时期教皇革命和教会法发展的推动^{[4] (P.102)}。中世纪教会法实际也是社会宪法：它率先创造了一种法律“科学”^{[4] (P.182)}；形成了对规则以及作为规则基础的一般原则与概念有效性予以不断反馈的技艺”^{[4] (P.186)}；形成了与矛盾因素并存相联系的一种特殊的时间感^{[4] (P.191)}；形成了解决权威法律文本中各种冲突的程序的组织化^{[4] (P.194)}。而这些特征都与基督教神学及其神授法传统有密不可分的关系。这一神圣传统构成西方宪法的源头和基础：对于冲突、权威法律文献以及通过一般原则和概念对冲突的调和；协调社会结构中并存和竞争性的相互激烈冲突的因素；承认矛盾因素的每一方面（宗教—世俗、皇家—封建、封建—城市、城市—行会）均具有合法性；确认整个社会的结构性统一体的合法性；不破坏各种组成因素自主性的前提下对于含混与冲突的解决^{[4] (P.199)}。

因此，伯尔曼笔下的宗教神学以及由它奠定的西方法律传统一呼应哈贝马斯所说的“不可随意支配环节”——在晚近宪法中的对应物是什么？如果没有来自宗教、道德和文化传统的支撑，无法寻找到新的不可随意支配环节，社会宪法的发展又真正能走多远？在伯尔曼看来，中世纪西方法律的多元性与统一性是不可分割的两面，而社会宪法在多元性之外，又如何寻找其统一性的根基，而不是沦为纯粹的“宪法碎片”？对于伯尔曼来说，在中世纪宪法的多元性背后，始终有一个正义的化身在经管那个具有神圣秩序的宇宙，法律、正义和爱通过空间上复杂的辩证统一体和时间上的历史辩证法，使其能够将神法和自然法持续地注入教会法律制度和世俗法律制度之中^{[4] (P.239-240)}。这种中世纪宪法的宗教信仰与文化精神基础，对于社会宪法的发展是否同样不可或缺？概言之，伯尔曼“基于法律的正义”和“基于正义的法律”的一体两面性，哈贝马斯强调的“公共自主”与“私人自主”的一体同源性，是给系统论宪法学带来的深刻启示。

系统论宪法学的最后一个盲点，则在于严重忽视了权力、战争与军事的维度。“制度往往是由权力来建立和维持的”^{[5] (P.190)}，事实上，在社会系统宪法发展中，各种权力都在持续争夺主导权，设计并支配特定的制度安排。业已建立的制度，也往往由各种公开和隐秘的权力在维持^{[5] (P.192)}。这更加凸显了宪法演化中持久的权力斗争的重要影响。毋庸讳言，强势权力特别是霸权国家对宪法的影响是决定性的，无论是战后和平、主权、领土完整、非殖民化、贸易、废除奴隶贸易与海盗、种族平等，乃至整个国际法系统，情况都是如此^{[5] (P.192)}。系统论宪法学假设了一种和平的世界状态，在一种缺乏战争冲突、军事对立和地缘政治的格局下想象宪法的演化路径，也因此忽略了权力维度的重要性。

① 如客观性、普遍性、互惠性、参与裁判制、整体性、发展性、自主性等特征。

在真实的世界中,这一假设并不成立。主权较量、军事安全、地缘政治和战争冲突在当代世界法律秩序构造中,仍然扮演极为关键的角色。无论是在欧盟宪法、世界贸易宪法、金融宪法、环境与能源宪法发展中,背后都存在现实而残酷的利益较量与地缘政治的因素。如果未能准确把握这些因素,系统论宪法学也很可能失去其理论观察的锐力。

参考文献:

- [1] [德]托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译局2016年版。
- [2] [德]鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,五南图书出版有限公司2009年版。
- [3] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律与民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版。
- [4] [美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方、高鸿钧等译,中国大百科全书出版社1993年版。
- [5] 唐世平:《国际政治的社会演化》,董杰旻、朱鸣译,中信出版集团2017年版。

The Theoretical Insight and Observational Blind Spot of Systems Theory of Constitution ——A Book Review of Gunther Teubner's Constitutional Fragments:Societal Constitutionalism and Globalization

Yu Chengfeng

Abstract: The rise of systems theory of Constitution, represented by Niklas Luhmann and Gunther Teubner, stems from the functional differentiation in contemporary society and the tension between the nation-state and the transnational social system due to the development of globalization. The global social system including trade, investment, finance, science & technology, and media has been constantly separated from the domination of political sovereignty and broke through the limitation of the nation-state. Various global orders have become self-constitutional in the absence of a world state. systems theory of Constitution successfully challenge the constitutional tradition centered on the nation-state since the 18th century, exploiting the use of advanced social theory tools and promoting the upgrading and renewal of the constitutional theory. It not only reveals the principle of the running space and evolution mechanism of the supranational constitution, but also provides a theoretical analysis framework that fits the social reality and future trends from the aspects of constitutional function, constitutional field, constitutional process and constitutional structure. In order to better protect human individual and social system, we must transcend the fundamental rights paradigm of individualism and reintegrate the dimensions of social power, organization and system into the constitutional vision. Systems theory of Constitution has made outstanding spiritual contributions, in the three dimensions of political democracy, religious tradition, and military power although, it also contains observational blind spots. Habermas and Berman's insights can strengthen its critical potential.

Keywords: Systems Theory of Constitution; Social Systems Theory; Transnational Regimes; Nation-State Constitution; The Evolution of Constitution

(责任编辑 张琮军)