

系统论宪法学新思维的七个命题

陆宇峰^{*}

内容提要 系统论宪法学复兴了宪法社会学传统,从社会整体视角出发破解了现代宪法的“源代码”,可能给当代的宪法学研究带来新思维。这种新思维致力于构造一个宏大的理论体系,其内在逻辑是:现代宪法独特的社会功能决定了它在时间、空间、事物三个维度的内涵和特征,使之得以处理现代社会固有的宪法问题;全面理解现代社会面对的宪法问题,才能准确把握现代宪治的实践历史和当下发展,合理预测现代宪治的未来走向;与此进程相应的宪治模式转换,反过来又取决于在不断变迁的社会环境之中有效执行现代宪法功能的客观需要。这一新思维可以初步概括为七个命题:现代宪法的社会功能是“维系功能分化”;现代宪法的“现代性”体现为“效力自赋”;现代宪法位于法律系统与政治等功能系统的“结构耦合”处;现代宪法的内容有其“社会规定性”;抵御体制性社会力量的权利才是“基本”权利,它涉及多重主体,具有双向效力;除了权力滥用的“政治宪法问题”,现代社会还面对社会媒介失控的“社会宪法问题”;为了处理日益复杂的社会宪法问题,现代宪治持续发生模式转换,正在迈向多元主义的未来。

关键词 系统论宪法学 宪法功能 部门宪法 多元主义宪治

“系统论宪法学”是一个简称,在本文的语境下,特指运用 20 世纪 80 年代以后趋于成熟的“自创生”社会系统理论阐释现代宪法现象的学说。这套学说无疑可以追溯至古老的“宪法社会学”传统,但从两方面情况看,又确实可能给当代的宪法学研究带来新思维。

一方面,宪法社会学式微已久,随着系统论宪法学的异军突起,这个传统才重回学界视野。源于启蒙运动的“规范宪法学”,因凸显“人”的主体性而获得形而上学的正当性,几个世纪以来逐步奠定了正统地位,并牢固占据当代主流。其基本特征,在于结合宪法文本,将人的自由、平等或者尊严作为不证自明的基本原则,在此基础上展开形式逻辑的演绎分析,构造以人权保护为核心的宪法教义学体系。它试图整合理性自然法

^{*} 华东政法大学科学研究院副研究员。本文得到 2018 年研究阐释党的十九大精神国家社科基金专项立项课题“新时代共建共治共享的社会治理法治化机制研究”(项目批准号:18VSI033)的支持。

学与实证主义法学的双重旨趣,兼顾宪法的价值理想与实证效力。^①但规范宪法学远不是现代宪法学的全部,从社会理论开端的经典作家孟德斯鸠、伯克、萨维尼、边沁、黑格尔和早期马克思,到古典时期的社会学家滕尼斯、涂尔干、韦伯和法学家狄骥、奥里乌、施密特,都针锋相对地主张从社会结构和社会功能而非先验知识和演绎逻辑出发,理解现代宪法的形成。只不过,1945年以后,出于对极权主义的怵惕,形式主义的规范理论占据了宪法理论的中心,宪法社会学的传统则近乎被遗忘了。^②宪法社会学在当代西方的复兴,很大程度上归功于系统论宪法学的发展:以创始人尼可拉斯·卢曼为原点,前辈之中,系统论巨擘帕森斯强调宪法是社会结构稳定化的重要资源;同辈之中声名最盛的哈贝马斯,不仅一生都在批判地借鉴卢曼的“自创生”社会系统论,而且至少其早期的宪法正当性研究,已经引入了宪法的功能分析;^③晚近以来,宪法学家迪特儿·格林、马丁·莫洛克、克里斯·桑希尔等在卢曼的影响下写作,以托依布纳为中心的后卢曼系统论宪法学阵营,更是提供了关于当代宪法令人瞩目的复杂论述。然而,所有这些重要变化,在中国的宪法研究者中间,还只是刚刚引起关注。

另一方面,“人文”视角的规范宪法学自不待言,除了系统论宪法学之外,其他秉持“社会”视角的宪法社会学,包括我国近年来持续活跃的“政治宪法学”,^④都未能全面阐明现代宪法的社会基础问题。我国的政治宪法学可以溯源至卡尔·施密特,^⑤而施密特的宪法理论本身就是导致宪法社会学传统一度衰落的重要原因。施密特从作为社会分支的“政治”出发理解宪法,通过区分“绝对宪法/相对宪法”“宪法/宪法律”,将宪法内容归因于“政治决断”,将宪法效力归因于“制宪权”,不仅在学说上严重偏离现代宪法原则,而且在实践中遭遇了背弃“自由法治国”理想的批判。^⑥与政治宪法学不同,系统论宪法学尽管也不满足于规范宪法学对自由、平等、人权、法治等“大词”的意识形态说明,但倡导立足作为整体的“全社会”展开“二阶观察”,破解现代宪法的社会“源代码”,帮助现代宪法在保持体系安定性的同时,提升社会回应性。^⑦这是一种全新的宪法学思维,旨在以重新界定宪法功能为起点,构造一个宏大的理论体系,其内在逻辑是:现代宪法独特的社会功能决定了它在时间、空间、事物三个维度的内涵和特征,使之得以处理现代社会固有的宪法问题;全面理解现代社会面对的宪法问题,才能准确把握现代宪治

① 参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,商务印书馆2017年版,第4-8页。

② See Chris Thornhill, *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge University Press 2011, pp. 1-8.

③ 参见[德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第255-266页。

④ 参见田飞龙:《中国宪法学脉络中的政治宪法学》,载《学海》2013年第2期。

⑤ 也有学者认为,施密特的政治宪法学强调“只是在事关生死存亡的例外状态时,相对的宪法律才可得以悬置,而固守绝对的宪法”,但中国政治宪法学者“将例外状态常态化了”,“已经偏离了施密特的路径”。参见李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,载《法学研究》2011年第2期。

⑥ 参见[德]卡尔·施密特:《宪法学说》,刘锋译,上海人民出版社2005年版,第25-28页;黎敏:《宪法的多种面孔与守护宪法的不同制度模式——凯尔森与施密特论战的主要问题意识及当代意义》,载《华东政法大学学报》2018年第2期。

⑦ 参见李忠夏:《宪法教义学反思:一个社会系统理论的视角》,载《法学研究》2015年第6期。

的实践历史和当下发展,合理预测现代宪治的未来走向;与此进程相应的宪治模式转换,反过来又取决于在不断变迁的社会环境之中有效执行现代宪法功能的客观需要。

本文拟逐一讨论以上问题,并以七个命题初步概括系统论宪法学的新思维。

一、现代宪法的社会功能:维系功能分化

如前所述,现代宪法的社会功能分析是系统论宪法学的逻辑起点。在系统论宪法学看来,既有的相关学说存在三项严重缺陷。第一项缺陷涉及“成效”与“功能”之分。^⑧前者是宪法之于诸社会子系统的积极影响,后者则是宪法负责满足的整体社会需要,或者说宪法试图解决的全社会问题。那些认为宪法的功能在于保障民主政治、市场经济、法律自治、教育公平、科学自由、医疗发展的学说,都因片面聚焦宪法之于个别社会子系统的成效而犯下范畴错误,错失了宪法在全社会层面不可替代的贡献。第二项缺陷涉及“目的”与“功能”之别。“许多法学著作常常像教皇权威讲话般将法律肩负的社会使命表述成具有必要的道德目的……混淆了功能与目的这两个概念”,^⑨罗杰·科特威尔的上述判断同样适用于宪法学。自由主义倾向的宪法学强调,宪法的功能在于限制权力、保障自由,然而宪法岂非也旨在通过形塑利维坦式的现代国家,合法垄断古代社会的弥散性权力,使政治权力的触角得以延伸到传统上从未涉足的领域?^⑩共和主义倾向的宪法学则强调,宪法的功能在于建构国家、整合社会,然而现代宪法究竟旨在缔造千人一面的同质“共同体”,还是一个由异质个体组成的“社会”,鼓励人的自由发展和自我实现?^⑪将规范性的制宪目的等同于事实性的宪法功能,必然由于目的的多样性而误入绝对化的歧途。第三项缺陷涉及宪法功能与现代社会“组织原则”的关联。除了完全忽略此种关联的观点之外,将宪法功能理解为维护高等阶层统治的学说,至少要面对无视现代宪法确立“法律面前人人平等”原则,以及现代社会已然发生“从身份到契约”之历史变革的质疑;将宪法功能理解为划定“政治国家/市民社会”界限的学说,也无法避免现代社会远不只是经济性的“市民社会”的批评。^⑫

重新界定宪法的社会功能,首先应当澄清现代社会的“组织原则”。^⑬为了化约人

⑧ 参见陆宇峰:《“自创生”系统论法学——一种理解现代法律的新思路》,载《政法论坛》2014年第4期。

⑨ [英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,彭小龙译,中国政法大学出版社2015年版,第71页。

⑩ 此处涉及政治宪法学所谓“立国”问题,更准确地说,是“国家建构”问题。参见高全喜、田飞龙:《政治宪法学的问题、定位与方法》,载《苏州大学学报》(哲学社会科学版)2011年第3期。

⑪ 参见[德]斐迪南·滕尼斯:《新时代的精神》,林荣远译,北京大学出版社2006年版,第19-23页;[德]尼可拉斯·卢曼:《关乎众人之事——评哈贝马斯的法律理论》,陆宇峰译,载《清华法治论衡》2014年总第20辑。

⑫ 黑格尔即从经济角度认识市民社会,将其理解为“需要的体系”及其保障机制。参见[德]黑格尔:《法哲学原理——或自然法和国家学纲要》,范扬、张企泰译,商务印书馆1982年版,第203页。黑格尔之后,经由马克思、葛兰西、帕森斯、哈贝马斯的批判,市民社会概念有了新的发展。参见何增科:《市民社会概念的历史演变》,载《中国社会科学》1994年5期。

⑬ “社会组织原则的解释”,参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海世纪出版集团2009年版,第20-27页。

口和资源等外部因素导致的环境复杂性,每个社会都必须按照一定的原则组织起来,也就是都必须按照一定方式,经由“内部再分化”形成秩序;不同程度的环境复杂性,又迫使不同社会采用不同的组织原则,以不同方式内部再分化。初民社会按照“分割分化”原则加以组织,通过横向分出地位平等的诸氏族、诸部落,化约较低程度的环境复杂性;古代社会按照“分层分化”原则加以组织,通过纵向分出地位不等的诸阶级、诸阶层,化约较高级程度的环境复杂性;现代社会按照“功能分化”原则加以组织,通过分出政治、经济、法律、宗教、科学、教育、体育、大众传媒等地位平等、功能不等的诸功能系统,化约极高级程度的环境复杂性。^⑭抛开“原始宪法”这个法人类学话题不谈,如果承认不论是经验性的宪法还是规范性的宪法,都反映了全社会的基本秩序,那么至少在跨过文明的门槛之后,宪法就一直发挥着维系相应社会组织原则的功能。古代宪法往往涉及君主、贵族、教士、平民之间的利益划分,其功能就在于维系分层分化。

现代宪法的功能则在于维系全社会的功能分化。以承认奴隶制合法性的 1787 年美国宪法为代表,某些现代宪法确实残留了利益分配的痕迹,但它们已经不是不同社会阶层相互妥协的产物。在功能分化原则的主导作用下,作为全社会子系统的严格意义上的阶层逐渐消失了。今天所谓“贫困阶层”“权贵阶层”,不过是指特定经济收入水平或者政治参与程度的分散个体,迥异于那种决定了不可改变的身份归属、职业选择、婚恋对象、言行准则、受教育机会和权利义务范围,且将其成员高度整合的古代阶层。现代宪法需要处理的全社会问题,不再是如何根据“上/下”区分安排各阶层之间的关系,使整个社会围绕高等阶层这个“中心”形成稳定的秩序,而是如何保证所有功能子系统都能按照各自的“符码”和“纲要”独立运作,在彼此运行不悖的条件下形成“去中心化”的秩序,使整个社会及其全部人口从各领域的高度专业化和理性化中获益。

由此也就不难说明,为何限制权力或者整合社会,都只是宪法的目的。一方面,现代宪法自诞生之初,就特别强调限制政治权力,这是因为现代政治作为强大的功能系统,往往放任“有权/无权”的系统理性侵犯其他功能系统的边界,破坏全社会的功能分化。的确,现代宪法通过权力分立的组织法设计,通过赋予公民政治权利和政治自由,在政治系统内部促成国家与政党、公共领域的“中心/边缘”再分化,^⑮有效限制了政治权力。但潜藏在权力限制背后的问题导向,则是排除其他社会系统自主运作的障碍,维系全社会的功能分化。是故,当功能分化的维系不是要求限制权力,而是要求加强权力的时候,现代宪法也毫不犹豫地做出了符合其全社会使命的选择:罗斯福逼迫美国联邦最高法院调整宪法解释以释放政府干预空间的故事早已耳熟能详,作为“宪法性承诺”,他的《第二权利法案》同样旨在扩大公共权力,抑制“自由放任”时期资本主义经济持续增长的负外部性。^⑯较之 1919 年《魏玛宪法》和东德社会主义宪法,德国《基本法》尽管

^⑭ See Niklas Luhmann, *The Differentiation of Society*, Columbia University Press 1982, pp. 229-254.

^⑮ *Id.*, 166-189.

^⑯ 参见[美]凯斯·R. 桑斯坦:《罗斯福宪法——第二权利法案的历史与未来》,毕竞悦、高瞰译,中国政法大学出版社 2016 年版,第 58-88 页。

因缺少社会权利条款而饱受诟病,^①但为了降低过度膨胀的经济理性之于教育、医疗等社会系统功能发挥的负面影响,保障“公民符合人权之最低生存条件”,该法第20条确立了“社会福利国家原则”,为在家庭政策、教育政策、环境政策、能源供给等领域扩大行政权力创造了宪法前提。^②另一方面,现代宪法建构“国家”和“人民”,确立人民主权和民主原则,也并不像它宣称的那样是在全社会层面施加整合,而是仅仅在政治这个次级层面施加整合。在现代宪法框架下,政治固然只有经由公共意志的民主形成过程获得正当性,才能不断产出“有集体约束力的决定”,但其他社会系统并没有被纳入民意控制,经济、宗教、艺术等领域并不需要团结一致、统一行动。恰恰相反,绝大多数现代宪法坚决保障契约自由、信仰自由和艺术自由,明确拒斥政治特有的共识机制跨界运转。

民主政治、市场经济、法律自治和科学研究自由,之所以属于现代宪法的成效,原因仍然在于它们只是功能分化的下位指标。取向于功能分化的现代宪法并不为任何特定社会部门服务,并不试图促进任何特定“社会理性”的最大化。不受约束的市场经济曾给全世界带来恶果,甚至要为20世纪的两次大战负责,这一点如今几乎没有异议,其教训早已记录在宪法变迁的历史之中。如果观察得更全面一些,不难看出宪法也被用于控制极端的政治民主,以抵御“多数人暴政”,此即各国通过普通法院、宪法法院或者宪法委员会实施的“违宪审查”制度;不难看出宪法也被用于矫正极端的法律自治,以适应经济社会的发展需要,19世纪晚期以来欧陆的“自由法运动”和美国的实用主义法学、社会学法学思潮,都聚焦这个问题;^③当前尤为重要的,则是在科学研究与捍卫人的尊严、保护生态环境之间划出宪法界限。^④从这个意义上讲,所有宪法成效之总和,同样不是现代宪法的功能。为了维系现代社会的功能分化,现代宪法既要构成性地奠定诸社会子系统的自治基础,又要限制诸社会子系统天然的扩张主义倾向。

二、现代宪法的现代属性:效力自赋之法

维系功能分化的社会任务,从时间维度决定了现代宪法的现代属性。与宪法史家不同,系统论宪法学者即便并未一概否认“古代宪法”,也是对现代宪法与古代宪法的“断裂性”给予了特别的重视。“一直要到20世纪末期,人们才发明……那自此以后被称为‘宪法’的东西”。^⑤诸如1215年《大宪章》这样的古代宪法,尽管对于议会制度的形成、人权的保障、法治的早期发展“功不可没”,却并不被视为现代宪法的“起源”。^⑥

当然,现代宪法之所以体现了“现代性”,既不是因为出现在历史学家眼中的“现

^① 参见胡锦涛主编:《外国宪法》,法律出版社2011年版,第174-175页。

^② 参见[德]彼得·托比亚斯·施托尔:《经济宪法和社会福利国家》,陈梦晓译,载《中德法学论坛》2009年总第7辑。

^③ 参见陆宇峰:《美国法律现实主义:内容、兴衰及其影响》,载《清华法学》2010年第6期。

^④ 参见韩大元、王贵松:《谈现代科技的发展与宪法(学)的关系》,载《法学论坛》2004年第1期。

^⑤ [德]尼可拉斯·鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,五南图书出版股份有限公司2009年版,第513页。

^⑥ 参见程汉大:《〈大宪章〉与英国宪法的起源》,载《南京大学法律评论》2002年第2期。

代”时期,也不是因为产生于“资产阶级革命”,确立了符合资产阶级利益的新原则。“英国革命 100 多年后,宪法才作为 18 世纪美国革命和法国革命这两次伟大革命的光辉业绩而产生”,^{②③}迪特儿·格林一句话否定了上述两种看法。然而,当他区分“经验意义上的宪法”与“规范意义上的宪法”,认为只有后者属于现代宪法的时候,甚至当他进一步说明,较之古代宪法,现代宪法在法律体系中占据了至上地位、面向从全社会中分出的政治系统、标志着政治秩序之根本改变的时候,也仍然没有完全抓住现代宪法的“现代性”特质。所有这些描述,都有助于理解现代宪法与古代宪法在形式、内容、功能、效力和社会条件方面的巨大差异,但都未能把握二者具有决定意义的“古今之分”。

现代宪法真正令人惊异的地方,在于它们从效力来源上讲,堪称“无中生有之物”。包括《大宪章》在内,一切古代宪法的效力,都源于既已存在的“传统”。这些传统可能是划定了统治范围的古老政治习惯,也可能是遭遇统治者单方面背弃的古老法律,比如规定贵族应当接受“同等人”审判的封建法,或者 1100 年的《亨利一世宪章》,又或者宣告教会自由和教士特权的教会法。^{②④}正如耶利内克所说,“《大宪章》……并不包含任何新的权利”。^{②⑤}英国 1689 年的《权利法案》也不例外,这项宪法文件的效力来自此前几个世纪的宪法性惯例,其实质贡献仅仅在于以成文的方式,重申了被詹姆斯二世践踏的议会权利和自由。而与古代宪法相比,北美从发布《独立宣言》起,无论是以 1780 年《马萨诸塞宪法》为代表的州宪法,还是 1787 年的《美国联邦宪法》,它们在创制之时都面临一种亘古未有的态势,即其效力无法诉诸任何传统。亟待它们填补的,正是脱离英王主权控制之后的政治法律真空。大革命时期的法国与此类似,自 1789 年“路易十六对 8 月 5 日通过的议会法令和人权宣言一概不予批准”之后,^{②⑥}尤其自 1793 年路易十六被送上断头台之后,一系列宪法文件的基本目标已经不是“复兴旧法国”,而是“建立新法国”;它们的效力同样无法诉诸传统,亦即无法诉诸任何可以往前追溯的法秩序基础。

更准确地说,现代宪法的现代性根植于一个具有奠基作用的“套套逻辑”:它们自己赋予自己效力,它们的效力源于自身。首先,自然之声、理性之光、上帝意志、人民公意、民族历史、文化传统或者社会契约,都不是现代宪法的效力来源。^{②⑦}无论宪法文本的宣示多么真诚,无论其背后的政治哲学和法哲学多么深刻,都改变不了一项制度事实:在宪法问世之前,这些反映“制宪目的”的修辞仅仅停留在实证的、规范性的法律体系之外;现代宪法自主选择了自然法学、历史法学或者法政治学的种种叙事,以便赋予自身“宪”的效力和“法”的属性。其次,“制宪权”也不是现代宪法的效力来源。从社会历史

^{②③} [德]迪特儿·格林:《现代宪法的诞生、运作和前景》,刘刚译,法律出版社 2010 年版,第 7 页。

^{②④} 参见何勤华、王涛:《〈大宪章〉成因考》,载《法学家》2017 年第 1 期。

^{②⑤} [德]格奥尔格·耶利内克:《人权与公民权利宣言——现代宪政史上的一大贡献》,中国政法大学出版社 2012 年版,第 35-36 页。

^{②⑥} [法]乔治·勒菲弗尔:《法国革命史》,顾良、孟涓、张慧君译,商务印书馆 2010 年版,第 137 页。

^{②⑦} 从历史学意义上讲也是如此:“美国革命和制宪创造了美利坚民族和美国共和政体,而不是相反”。参见[美]查尔斯·霍华德·麦基文:《美国革命的宪法观》,田飞龙译,北京大学出版社 2014 年版,第 11 页。

的角度看,制宪者从来不可能真正代表“全体人民”创制宪法;从法律历史的角度看,鉴于任何有效的权力都源于既有的法秩序,而制宪者从一开始就以其创制“最高新法”的姿态与旧秩序彻底决裂,制宪权在宪法生效之前也并不存在。^{②⑧}最后,鉴于哈贝马斯程序主义的商谈论法哲学影响十分巨大,有必要指出“制宪程序”同样不是现代宪法的效力来源。这个观点甚至无需严肃论证,瞥一眼“对外贴上了封条”的费城制宪会议就足够了:“代表们穿着呢绒燕尾服,不仅关上房门,而且紧闭窗户,宁可汗流浹背,唯恐隔墙有耳。”^{②⑨}毫无公开性可言的制宪程序,一点没有影响1787年美国联邦宪法的效力。

“效力自赋”的套套逻辑产生了诸多重要后果,标志着现代宪法与古代宪法分道扬镳,在时间维度上取向于“未来”。^{③①}这里只需简要提及:现代宪法不仅赋予自身效力,而且是最高效力,以其为“根本法”的实证法律体系自此发端;相应于这种具有内部效力层级构造,取消了“自然法/人定法”或者“永恒法/自然法/神法/人法”之分的封闭体系,现代宪法确立了“新法优于旧法”原则,又将自己作为该原则的“例外”排除适用;现代宪法由此主张乍看之下颇似自然法的“不可变更性”,却又一面自己规定了修改自己的程序条件,一面自己发展了判定法律是否符合自己的机构,经由合宪性审查以及为此不得不启动的宪法解释持续更新自己。要言之,现代宪法基于“效力自赋”的根本套套逻辑,形成了更多需要在宪法实践中不断展开的套套逻辑,^{③②}从而摆脱了“过去”的束缚,呈现出无可消弭的不确定状态,此即其“现代性”所在。

再一次强调,现代宪法的社会功能决定了它“效力自赋”的基本特征和面向未来的现代属性。这是因为,宪法的效力倘若来源于外部,法律系统就将成为附属品,无法实现自主的封闭运作;不论这个外部来源是政治、道德、经济、科学还是宗教,都必然受到宪法的额外“加持”,成为新的社会中心。这也是因为,宪法的运作倘若不是建立在一系列套套逻辑的基础上,从而割断了与过去的关联,面向开放的未来,整个法律系统就从根本上丧失了变动的可能,无法随着社会变迁持续展开自我调整,回应维持诸功能系统动态均衡的全社会需要。所有这一切只有一个后果,即功能分化原则的崩溃。

三、现代宪法的空间位置:系统际耦合结构

较之时间属性,现代宪法的空间位置更少受到关注。但这个问题,其实是我国规范宪法学与政治宪法学当下争论的真正焦点。这场争论大概不会有什么结果,因为一方

^{②⑧} 参见[美]马克·图什内特:《比较宪法:高阶导论》,郑海平译,中国政法大学出版社2017年版,第17-21页。

^{②⑨} [美]詹姆斯·麦迪逊:《辩论:美国制宪会议记录》,尹宣译,译林出版社2014年版,第3页。

^{③①} 有政治宪法学者正确强调了“宪法权威的法律拟制”,指出宪法权威不在于“人民的正当性和革命的历史正义”,但最终仍然没有坚持“套套逻辑”,而是诉诸“一个终结革命并守护革命成果的宪制结构”。参见高全喜:《论宪法的权威——一种政治宪法学的思考》,载《政法论坛》2014年第1期。

^{③②} 参见前引^{②⑧},尼可拉斯·鲁曼书,第514-515页。

将宪法视为法律现象,一方将宪法视为政治现象,双方对宪法的空间定位不同。^② 系统论宪法学则认为,现代宪法既非单纯的政治现象,亦非单纯的法律现象。^③ 为了维系功能分化,同时防止政治对法律决定的随意支配和法律对政治空间的过度压缩,现代宪法只能位于法律系统与政治系统的结构耦合处。

“耦合”不是“融合”,而是一种选择性的关联关系。现代宪法没有将政治与法律“融”为一体。恰恰相反,政治与法律的彼此分离,是现代宪法维系全社会功能分化的主要成就之一,此即现代“法治”的社会学含义。^④ 这尤其体现在,在两种社会脉络之下,宪法具有截然不同的意义。对于法律脉络而言,宪法是最高制定法,统摄所有普通法律,与它们共同构成效力上呈现为凯尔森所谓“金字塔形态”的规范体系,支撑着法律系统的封闭运作。对于政治脉络而言,宪法则是双重政治工具:从改变秩序现状的意义上讲,它是实际的政治工具,只要得到宪法的最高授权,政治权力就可以排除各种阻碍,强势介入社会治理;从维持秩序现状的意义上讲,它又是象征最高政治权力的工具,宪法通过宣示国家主权,确认了一个统一的权力体系,古代社会由领主、教会、宗族、行会掌握的那些社会权力,由此被排除出政治系统之外,甚至被视为非法暴力。^⑤

基于宪法的耦合作用,政治与法律可能发生“共振”。^⑥ 共振的字面含义相对简单,即二者之间不存在输入/输出的线性因果关系,它们仅仅在“合宪”的前提下,才因“频率一致”发生同步变化。反过来说,由于宪法的过滤效应,政治系统的立法和政策决定并不都能转化为法律,法律系统的司法决定也并不都能获得政治支持。共振的引申含义则需稍作解释:不论政治决定还是法律决定,归根结底都是“恣意的决断”,因为它们都暗含着“自我决定”的套套逻辑。政治决定的依据既不是法律,也不是道德伦理、宗教教义、经济利益、科学真理、媒体舆论等外部标准,而是政治系统自身的“有权/无权”符码,以及由既有政治决定构成的递归网络。正如在多党政治条件下,政策制定的最终考量就是能否贯彻本党宗旨和赢得选举,哪怕这些政策将给其他社会领域或者特定人群(比如美国的“白人下层”)带来不利影响,^⑦又或者根本就不符合法律——要知道,一项无法通过合法性审查的提案也可能极富政治意义。法律决定的依据也不是包括政治在内的任何外部标准,而是“合法/非法”符码以及法律沟通的历史。正如在现代法治条件下,法院按照法律系统内在的“正义”公式,亦即“同案同判,不同案不同判”的原则保护“合法”的利益,^⑧哪怕“非法”的利益对于经济政治发展更具重要性。这些恣意的决断

^② 由此呈现“宪法意义上的人民”与“宪政民主的体制”之对峙。参见[美]彼得·C. 考威尔:《人民主权与德国宪法危机——魏玛宪政的理论与实践》,曹晗蓉、虞维华译,译林出版社2017年版,第178-185页。

^③ “介于‘司法化’与‘政治化’之间的宪法”,参见李忠夏:《基本权利的社会功能》,载《法学家》2014年第5期。

^④ 参见鲁楠、陆宇峰:《卢曼社会系统论视野中的法律自治》,载《清华法学》2008年第2期。

^⑤ 参见前引②,尼可拉斯·鲁曼书,第515-519页。

^⑥ “结构耦合”与“共振”,参见[德]尼克拉斯·鲁曼:《生态沟通——现代社会能应付生态危害吗》,汤志杰、鲁贵显译,桂冠图书股份有限公司2001年版,第27-36页。

^⑦ 参见[美]小尤金·约瑟夫·迪昂:《为什么美国人恨政治》,赵晓力等译,上海人民出版社2011年版,第74-95页。

^⑧ 参见泮伟江:《作为法律系统核心的司法——卢曼的法律系统论及其启示》,载《清华法治论衡》2009年总第12辑。

并非“不理性”,反而完全出于特定系统的内在理性,但它们必须得到掩饰或者展开,否则难免遭受外部的质疑。现代宪法在政治与法律之间造成的共振效果,就起到了这样的作用——以不违反宪法为前提,经由宪法的中介,政治决定从法律系统那里获得合法性,法律决定从政治系统那里获得执行力,二者相互转移决断的恣意。^{③⑨} 现代社会日益增长的复杂性和日益加剧的风险,由此也被分担到政治和法律两个肩膀上。美国宪法曾经的力量,就在于通过建构基本权利体系,将社会议题去政治化,这悖论式地提升了政治系统的治理成效;美国宪法当下的麻烦,则在于随着“二战”后国内外环境的变动,这种悖论关系被破坏了,“陷入去政治化和泛政治化的双重困境之中”。^{④⑩}

此外也不应当认为,法律系统与政治系统的所有耦合结构都是宪法。二者之间既存在持久、紧密的耦合,也存在松散、暂时的耦合。一项上调税率的普通立法,固然对日常生活影响巨大,但既不关乎根本的政治架构,也并非短期之内不可改变的法律规范。而在我国2015年修订的《立法法》中,“税率法定”则是一项宪法性原则。该原则造成了政治与法律之间“持久”的结构耦合,因为从此以后,政府部门调整税率的决定,即使得到经济学家的一致认可,只要没有全国人民代表大会及其常务委员会的同意,就不能产生法的效力。该原则也造成了政治与法律之间“紧密”的结构耦合,因为它围绕税率调整这一事项,在行政机关与立法机关之间进行了权力再分配,亦即在政治系统的内部,形成了“以权御权”的“反思性”。换言之,作为持久、紧密的耦合结构,“税率法定”既在政治系统之中形成了“权力之于权力”的反思,使政府征税权受到人大立法权的二阶控制;又在法律系统之中形成了“法律之于法律”的反思,使税率规则受到程序性宪法规则的二阶控制。^{④⑪} 是故从空间维度出发,也可以将现代宪法界定为法律系统与政治系统“双重反思性”的联结。^{④⑫} 这样的空间定位更准确地反映了现代宪法的功能要求,即通过正式化诸功能系统的自我反思机制,维系全社会的功能分化。

四、现代宪法的内容要求:社会的规定性

除了时间和空间维度之外,维系功能分化的任务还从事物维度对现代宪法予以限定。在这个问题上,系统论宪法学再次对规范宪法学和政治宪法学持保留意见:前者认为宪法的内容规定性来源于“人”的价值理想,后者认为宪法的内容规定性来源于“政治”的现实秩序,双方从“制宪权”是否受“超实定的法原则”拘束出发,展开了一系列争

^{③⑨} 更长的套套逻辑展开链条,被概括为“政治问题法律化、法律问题司法化、司法问题程序化”。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。

^{④⑩} 余盛峰:《美国宪法的力量和弱点——社会系统理论的观察视角》,载《比较法研究》2016年第6期。

^{④⑪} 类似于哈特所谓“第二性规则”对“第一性规则”的控制。参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1995年版,第81-100页。

^{④⑫} 参见[德]贡塔·托依布纳:《宪法的碎片:全球社会宪治》,陆宇峰译,中央编译出版社2016年版,第120-128页。

论。^{④③} 系统论宪法学支持规范宪法学的隐含预设,即并非任何反映政治力量对比关系的事实性描述都可以成为宪法内容,但强调是“社会”而不是“人”划定了此处的边界。

现代宪法的组织法,只能是那些同时构成和限制着政治权力的规范。原因并不在于这样的规范符合人权保障的目标,而在于现代社会需要一个既能够自主运作,又不至于侵犯其他社会系统自主运作的政治系统,以便持续做出有集体约束力的决定。在功能分化的现代社会中,只有政治系统能够做出有集体约束力的决定,历史上长期与政治一道进行集体决策的那些社会领域,早已无法向全社会发号施令;反过来说,现代政治必须在脱离宗教、道德、宗族、阶层支持的苛刻条件下,保证它频繁做出的决定产生被广泛认同的约束力。完成如此艰巨的使命,必须仰赖内容特定的宪法组织法。

现代的宪法组织法应当将合法权力排他地授予政治系统。这是通过建构国家和宣示主权,亦即宣示在领土范围之内通常被归属于“人民”的最高权力来实现的。宪法拟制出单数的“人民”,使“人民”成为国家主权的主体和政治意志的唯一正当来源,从根本上保障了权力体系的统一性。这也是通过设置各项政治权力,以及行使政治权力的国家机关,宪法由此构造出居于政治系统中心地位的“国家组织”,排除了各种社会力量的外部干预。^{④④} 现代国家作为组织系统出现的重要后果之一,就在于权力持有者与其社会身份、社会背景的制度性隔离。“公职”的授予与阶层等级、宗教信仰、经济收入脱钩,“公职人员”被课以“特殊的职务忠诚义务”,正是古代政治向现代政治变迁的明显征兆。^{④⑤}

组织法还应当将政治系统的自我反思机制加以宪法化。一类是“水平控制机制”,既包括国家机关内部的控制,比如政府的合议组织、议会的“两院”、我国法院的审判委员会;也包括国家机关之间的控制,比如议会任免政府官员和弹劾总统之权、政府在紧急状态下解散议会或实施独裁之权、法院的行政审判和司法审查之权。另一类是“垂直控制机制”,既包括联邦制下联邦与州的权力分配,也包括我国《宪法》第3条第4款以原则方式在中央与地方之间进行的国家机构职能划分,还可能包括我国2018年宪法修正案对于人大监督与监察监督关系的特殊安排。^{④⑥} 在当前这场经由修宪和立法展开的监察体制改革中,为了避免人民代表大会制度丧失垂直控制的效果,必须依据“代议机关自治性原则”设立“监察权行使的禁区”,并“对监察人大代表持谨慎态度”。^{④⑦} 所有这些自我反思机制如果缺乏组织法的正式保障,不仅可能造成政治系统肆意侵犯其他社会系统的危险,而且可能导致政治系统自身陷于崩塌的风险。不受权力控制的绝对权力,不只是意味着“绝对的腐败”,而是还意味着权力未能在政治系统内部形成“二阶控

^{④③} 参见[日]芦部信喜:《制宪权》,王贵松译,中国政法大学出版社2012年版,第35-45页。

^{④④} 此处涉及对“国家”的位置及其与宪法关系的新理解,而“宪法与国家关系的‘疏远’是30年宪法发展中值得反思的问题”。参见韩大元:《宪法实施与中国社会治理模式的转型》,载《中国法学》2012年第4期。

^{④⑤} 参见[德]马克思·韦伯:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2010年版,第24页。

^{④⑥} 宪法对政治权力加以“水平控制”与“垂直控制”的二分法,参见[美]卡尔·罗文斯坦:《现代宪法论》,王锴、姚凤梅译,清华大学出版社2017年版。

^{④⑦} 秦前红:《国家监察法实施中的一个重大难点:人大代表能否成为监察对象》,载《武汉大学学报》(哲学社会科学版)2018年第6期。

制”的“封闭循环”,只得跨越政治的边界,寻求外部因素作为合理性支撑。这种合理性支撑替代不了控权机制的合法性支持,无论是卡里斯玛式的个人权威,还是高水平的福利分配,都不仅具有政治本身无法左右的高度或然性,而且从来不能保证政治在“同意”的基础上持续做出有集体约束力的决定。在功能分化社会,正如物质资源的再生产问题只能在经济系统内部解决,权力资源的再生产问题也只能在政治系统内部解决。

现代宪法关于基本权利的内容,同样源于功能分化的社会组织原则。启蒙运动固然变革了社会的观念,使自由平等的思想深入人心,但绝不应该相信,直到17世纪以降,人类才在理性主义哲学家或者自然法学家的呼唤之下觉醒,发现了人生而平等自由的真理,进而经过斗争和革命,以宪法形式确认这些真理。恰恰相反,正如韦伯所说,“自然法是经由革命所创造出来的秩序的一种特殊的正当性形式。”^{④⑧}启蒙思想家的真正发现,毋宁是与即将到来的现代社会相适应的社会意识,这与柏拉图洞察了与古希腊社会相适应的社会意识——“金银铜铁血统论”异曲同工。从分层分化向功能分化的社会剧变,客观上要求打破等级秩序,将作为“个体”的“人”从旧式阶层解放出来,以“个人”身份“涵括”到新兴的诸功能系统。^{④⑨}正是由于现代功能系统各自执行独一无二的全社会功能,各自取向于自身能量的最大化,各自试图涵括全部人口,^{⑤⑩}才产生了通过宪法保障个人的人身自由,以及个人之间的契约自由的现实需要。也正是由于较之传统社会按照“上/下”标准划定的各阶层,现代社会诸系统只有功能之分,没有地位之别,才产生了通过宪法确认“公民在法律面前一律平等”的现实需要。倘若公民因职业的不同而有宪法权利的差别,功能系统之间的水平分化就被破坏了,其结果是社会的“再中心化”;倘若公民因民族、种族、性别、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况的差别,而有参与政治生活、开展经济活动、从事科学研究或者接受公平审判的不同宪法机会,政治、经济、科学、法律系统的自主性就被破坏了,其结果则是社会的“再阶层化”。

概而言之,宪法通过保护基本权利,至少以五种方式维系着现代社会的功能分化。一是创造功能分化社会的持存前提,比如对人的尊严和职业自由的保护,就为作为社会环境的人划出了行动空间,这支撑着社会沟通的不断延续;^{⑤①}二是奠定特定功能系统的自治基础,比如对所有权和契约自由的确认,就在静态和动态两个层次上推动了基于“拥有/不拥有”“支付/不支付”符码的封闭运作,这对现代经济的涌现起到了构成作

④⑧ [德]韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2005年版,第300页。

④⑨ 此处涉及四个概念:“人(Human)”指有血有肉的人类;“个体(Individuum)……指个体性作为现代中自我描述的特有模式”;“个人(Person)是指社会沟通所‘发送到’的对象,这个对象因系统及处境而有不同”;“涵括(Inklusion)是指个人对特定沟通的参与”。[德]Georg Kneer & Armin Nassehi:《卢曼社会系统理论导引》,鲁贵显译,巨流图书公司1998年版,第216页。“个体”或者“个体性”作为现代社会的特殊语意,不难理解。值得特别说明的是,在社会系统论的语境下,“个人”并非有血有肉的“人”,而是后文所谓“人格体”,或者古典社会学所讲的“角色”。作为意识系统和有机体系统的综合体,有血有肉“人”并不直接参与社会系统的运作。“人”只能通过他们的社会“面罩”,即“个人”“人格体”或者“角色”被社会系统“涵括”;在功能分化社会中,即被各种功能系统分别“涵括”。

⑤⑩ 分层社会绝不允许这种多重涵括,“人们要不是属于这个阶层就是属于另一个阶层”。前引④⑨,Georg Kneer & Armin Nassehi书,第206页。

⑤① 参见[德]托马斯·莱赛尔:《法社会学导论》,高旭军等译,上海人民出版社2011年版,第120页。

用;三是抵御其他功能系统的外部干预,比如科学研究自由、宗教信仰自由和结社自由,就帮助各种社会领域巩固了自己的边界,防止了真理、信仰、审美等社会媒介被权力媒介“异化”;四是推动功能系统的内部反思,比如选举权与被选举权在政治系统的边缘建构了“选民”和“政党”,言论、出版、集会、游行、示威自由在政治系统的边缘建构了“公共领域”,这些子系统与“国家组织”的内部再分化,提升了政治系统的自我反思能力;五是促进功能系统的“再涵括”,比如《魏玛宪法》、社会主义宪法以及《经济、社会和文化国际权利公约》所特别强调的劳动权、受教育权、社会保障权和参与文化生活权,都有助于被经济、教育、医疗、科学系统所排除的弱势群体得到再涵括。

关于最后一种方式,此处不得不稍作展开:各种经济社会权利,一般被认为对应于基本权利的受益权功能和国家的给付义务,^{⑤2}但仅仅这样理解,很可能加剧“社会福利国家温情主义的副作用”,导致“假定的受益者在他的自主生活空间里反过来又受到了限制”。^{⑤3}经济社会权利所承担的艰巨任务毋宁是促进“再涵括”,也就是帮助被经济、教育、医疗、科学系统“抛离”或者说“排除”的人口,重新回归现代生活。诸功能系统总是“旁若无人”地自主运行,不断将“掉队”者予以排除,而且“这样的排除,也会对‘涵括到其他领域中’这件事情,产生阻碍”。^{⑤4}这种趋势如果无法得到遏制,最终必然腐蚀功能分化本身,其后果比“再阶层化”还要严重。因为那些遭到排除者,并不是跌落到了一个与其他阶层稳定沟通的较低阶层,而是根本不再与其他人共同生活在“现代社会”。西方发达国家长期无法消灭的“贫民窟”现象,已经对此敲响了警钟。

五、基本权利的社会原理:性质、主体和效力

与组织法问题不同,仅仅讨论基本权利内容的社会规定性还远远不够。截至20世纪上半叶,现代宪法的各种组织法框架已经全部亮相历史舞台,它们是大会政府、议会制、内阁政府、总统制、指导性政府等有限类型及其变体。但自20世纪下半叶以来,在各国宪法中,在各项国际公约中,在各种宪法判例中,从环境权、和平权、隐私权、知情权、同性恋权、死的权利,^{⑤5}直到当前热议的数据权利,^{⑤6}基本权利的清单仍然在不断拉长,以至于格伦顿把权利话语视为“穷途末路的政治言辞”。^{⑤7}更严峻的情况是,在基本权利的基本性质、主体范围、效力对象等原理问题上,林林总总的大量学说只是增加了混乱。基本权利与自然权利、天赋人权、公民权利、宪法权利的术语混用,从一个侧面把

^{⑤2} 更深入的讨论,参见张翔:《基本权利的受益权功能与国家的给付义务——从基本权利分析框架的革新开始》,载《中国法学》2006年第1期。

^{⑤3} [德]尤尔根·哈贝马斯:《包容他者》,曹卫东译,上海人民出版社2002年版,第303页。

^{⑤4} 前引②,尼可拉斯·鲁曼书,第636页。

^{⑤5} 参见郑贤君:《基本权利原理》,法律出版社2010年版,第366-373页。

^{⑤6} 参见丁晓东:《什么是数据权利?——从欧洲〈一般数据保护条例〉看数据隐私的保护》,载《华东政法大学学报》2018年第3期;刘泽刚:《欧盟个人数据保护的“后隐私权”变革》,载《华东政法大学学报》2018年第3期。

^{⑤7} [美]玛丽·安·格伦顿:《权利话语——穷途末路的政治言辞》,周威译,北京大学出版社2006年版,第1-23页。

这种理论乱象展现得淋漓尽致,唯有再度诉诸现代宪法的社会功能,方可予以辨明。

首先,基本权利何以“基本”?已有的答案都不令人满意。因为它们是“自然状态”下的权利?这种观点把政治权利和社会权利排除在外。因为它们是“人之为人”的权利?这种观点最多只具有修辞意义。因为它们关联着国家赋予的公民资格?这种观点预设了基本权利可以收回的可怖推论。因为它们被写入宪法而非普通法律文本?这种观点无异于宣称基本权利可以任由立法者做技术性的处置。系统论宪法学强调,区分基本权利与非基本权利有其“社会”必要性:前者面临“匿名沟通的魔阵”^{⑤⑧},亦即各种社会体制的威胁,需要根本大法的保护;后者面临个人的威胁,普通法律提供的保护已经足够。政治权力等体制性力量,既不是源于特定的个人行动者,也不是源于特定的集体行动者,而是源于“专殊化的普遍沟通媒介”^{⑤⑨},以及超越个人和集体意志的系统动力,具有巨大破坏潜能。这就是为何盗窃只是由刑法加以处理,危及他人财产安全只是由侵权法加以处理,而私有财产的征收征用却必须附加公共利益、法律保留、适当补偿、正当程序等宪法限制。政府官员背后的强大体制性力量,与试图保护私有财产的弱小个人力量形成鲜明对比,严重威胁了作为基本权利而非民事权利的所有权。

其次,“谁”是基本权利的主体?传统宪法学已经发现了基本权利主体范围的扩大态势,但仍然坚持“人”才是基本权利主体的教条,它们要么是“自然人”,要么是法律拟制的人即“法人”,要么是“自然人相对松散的集合”即“非法人组织”。^{⑥⑩}然而,如果为了执行维系功能分化的宪法任务,基本权利应当保护所有遭受体制性力量威胁者,那么基本权利的主体范围就不能够局限于“人”。托依布纳出于这样的考虑,阐述了基本权利的多元主体:^{⑥⑪}首先是“制度”,要维系艺术、宗教、家庭等功能领域的制度完整性,必须赋予这些制度基本权利,抵御政治向各种自治社会过程的肆意扩张;其次是“人格体”,要维持法律、经济、教育、医疗、大众传媒、科学、体育等功能系统内部的自主沟通空间,必须赋予法官和律师、公司和商人、教师和学生、医生和患者、媒体和记者等人格体基本权利;最后才是“人”,要捍卫有血有肉的自然人的身心完整性,防止他们的生命权、健康权、良心自由、思想自由、人格尊严受到政治权力的侵犯,同样应该赋予他们基本权利,也就是严格意义上的“人权”。德国《基本法》所谓“人的尊严不可侵犯”,其原初含义即与“极权主义的经历”联系在一起。^{⑥⑫}对人的保护,既不能替代对制度的保护,也不能替代对人格体的保护。人只是社会的外部环境,人格体才是社会的内部构造,才能实际进入各领域的社会沟通。^{⑥⑬}

⑤⑧ [德]贡塔·托依布纳:《魔阵·剥削·异化——托依布纳法律社会学文集》,泮伟江、高鸿钧等译,清华大学出版社2012年版,第201-204页。

⑤⑨ Niklas Luhmann, *Trust and Power*, John Wiley & Sons, 1979, p. 113.

⑥⑩ 参见于文豪:《基本权利》,江苏人民出版社2016年版,第86-113页。

⑥⑪ 参见前引⑥⑫,贡塔·托依布纳书,第169-170页。

⑥⑫ 参见[德]克里斯托夫·默勒斯:《德国基本法:历史与内容》,赵真译,中国法制出版社2014年版,第48页。

⑥⑬ “人”“人格”与“人格体”概念辨析,参见王锴:《论宪法上的一般人格权及其对民法的影响》,载《中国法学》2017年第3期。

托依布纳突破基本权利主体范围的教条,似有贬低“人”的嫌疑,可能引起人文主义规范宪法的反感。但他毕竟依据现代宪法的功能原理,阐明了赋予制度和人格体基本权利的理由。他没有一以贯之回答的问题,反倒是为何赋予自然人基本权利:如果人不过是社会的环境,那么宪法保障人权与维护社会功能分化有何关系?卢曼的答案是,从分层分化向功能分化的社会变迁,摧毁了等级、教会、社团、家族等中间制度。在此背景下,只有通过人权保护创造出自由行动的空间,“无根之人”才能相对稳定地“自我呈现”,为社会沟通的持续展开提供基本条件。^④反过来说,倘若没有基本权利保护人的身心完整性,人就无法摆脱中间制度的羁绊,自由参与各领域的社会实践,为功能分化社会贡献能量。除此瑕疵之外,托依布纳的多元主体论无疑带来了新的思维,并且启发人们面向未来,去思考宪法是否应当赋予自然环境、动物乃至人工智能基本权利。^⑤对于这些议题,此处只能简单指出:关键并不在于它们是不是人,能不能像人一样思考,有没有近似于人的感觉、感情和理性,而在于体制性力量是否威胁着它们,这种威胁又是否危及现代社会的功能分化。

最后,基本权利只有指向国家的纵向效力吗?围绕世纪之交的“齐玉苓案”,以及近期在民法典编纂过程中出现的民法与宪法关系问题,我国法学界已经结合美、德、日等国的理论和实践,对此展开了初步的讨论。^⑥世界范围内比较明确的是,在过去几十年中,美国联邦最高法院试图通过扩大解释“国家行为”回避这个话题,德国的宪法学说和宪法裁判则否定了这种意见。^⑦德国法学家普遍认为,基本权利既是“确保个人自由免受公权力干预”的“主观权利”,也是“以人格及人性尊严……为中心”的“客观价值秩序”,应当“有效地适用于各法律领域”。^⑧这样一来,基本权利就不仅可以纵向地对抗国家,而且可以横向地对抗作为“第三人”的私主体。^⑨他们的争论仅仅在于,具有横向效力的基本权利,应当作为裁判依据直接适用(以1957年德国联邦劳动法院“单身条款案”为代表),还是通过民法概括条款的“中介”间接适用(以1958年德国联邦宪法法院“吕特案”为代表)。德国主流学界认同间接适用,因为这种学说兼顾了私法自治与宪法至上,且体现了宪法法院对立法机关的适度尊重,符合权力分立的逻辑。^⑩

系统论宪法学支持基本权利的横向效力及其间接适用,但认为既有的论证都不充分。以“客观价值秩序”作为证成横向效力的理由,不过是重申了宪法在法律体系中的

^④ See Michael King and Chris Thornhill (eds.), *Luhmann on Law and Politics*, Oxford-Portland Oregon, 2006, p.104.

^⑤ See Gunther Teubner, Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law, *Journal of Law & Society*, 2006 (4): 497-521.

^⑥ 晚近的争论,参见黄宇骅:《论宪法基本权利对第三人无效力》,载《清华法学》2018年第3期;李海平:《论基本权利对社会公权力主体的直接效力》,载《政治与法律》2018年第10期。

^⑦ 参见钱福臣:《德、美两国宪法私法效力之比较》,载《求是学刊》2013年第1期。

^⑧ 张翔主编:《德国宪法案例选释(第1辑):基本权利总论》,法律出版社2012年版,第20-47页。

^⑨ 也有德国民法学者仍然认为,“基本权利的相对人只能是国家”。[德]克劳斯-威尔海姆·卡纳里斯:《基本权利与私法》,曾韬、曹昱晨译,载《比较法研究》2015年第1期。

^⑩ 更多的讨论,特别是对基本权利“间接水平效力”的进一步区分,参见李秀群:《宪法基本权利水平效力研究》,中国政法大学出版社2009年版,第110-172页。

最高地位,重申了宪法之于普通法律的反思性,这仅仅考虑了法律系统的一面。麻烦在于社会的一面:一旦承认基本权利的横向效力,就必须承认侵犯基本权利的力量既来源于政治系统,也来源于经济等功能系统;必须承认除了政治之外,其他社会领域也存在个人无力抗拒的体制性力量,它们根植于现代社会各功能系统的内在动力。

这就颠覆了传统的宪法概念:作为政治与法律耦合结构的宪法,只是特殊的“政治宪法”;其他社会系统与法律系统的耦合结构同样是宪法,它们是形形色色的“社会宪法”或曰“部门宪法”。进而言之,如果政治宪法是政治与法律“双重反思性”的联结,那么社会宪法就是诸社会系统与法律系统“双重反思性”的联结;如果政治宪法指向权力之于权力的反思性,那么经济宪法就应当指向货币之于货币的反思性(依靠中央银行的货币调控),科学宪法就应当指向研究之于研究的反思性(依靠认识论和方法论的学术检验),互联网宪法就应当指向代码之于代码的反思性(依靠互联网名称与数字地址分配机构的域名分配),^①其他社会宪法也应当将目标系统的自我反思机制予以正式化。归根结底,系统论宪法学否定基本权利在私法领域的直接适用,不是基于私法自治或者权力分立的考量,而是深刻怀疑原本用于驯服政治权力的基本权利,如果没有加以适当的意义转换,使之在不同社会脉络中“再具体化”,可能并不足以驯服其他体制性社会力量。^②倘若不是出于这个理由,那么基本权利横向效力的间接适用论,就真的成了“私法学者在私法领域‘偷着乐的自白’”^③了。

六、无关权力的宪法问题:失控的社会媒介

基本权利横向效力引出的“社会宪法”概念,完全逾越了传统宪法学的视野,可谓系统论宪法学的最重要发现。的确,如果功能分化社会并不存在“中心”或者“顶点”,那么政治与法律的结构耦合有何特殊之处,须得独占“宪法”的名号?哈贝马斯倒是认真思考过这个问题。他争辩说,政治和法律并非自组织的封闭系统,二者扎根于作为交往行为网络的“生活世界”,通过凝聚生活世界的社会共识,并将表达共识的日常语言加以法律形式的转换,导控真正自成一体的经济和公共行政,最终实现全社会整合。^④在这样的现代社会模型下,政治宪法自然应当垄断根本法的地位。但政治真的如此万能吗?过度自信的“计划经济”实践早已提供了深刻的教训。今天的“宏观调控”,与其说是从政治上“导控”经济,不如说是利用货币、财政、税收等经济手段“刺激”经济。宗教、科

^① 参见连雪晴:《互联网宪治主义——域名争议解决中的言论自由保护新论》,载《华东政法大学学报》2018年第6期。

^② ICANN(互联网名称与数字地址分配机构)专家组对网络空间基本权利的“再具体化”,参见 V. Karavas & G. Teubner, *www. CompanyNameSucks. com: The Horizontal Effect of Fundamental Rights on “Private Parties” within Autonomous Internet Law, Constellations*, 2005 (2): 262-282.

^③ 汪进元:《基本权利的保护范围:构成、限制及其合宪性》,法律出版社2013年版,第39页。

^④ 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》,童世骏译,三联书店2011年版,第436-439页。

学、艺术、传媒、体育呢？面对这些社会领域，当代政治也学会了尊重它们自己的运行规律。如果它们存在自己的“宪法问题”，就应当有它们自己的社会宪法。

历史清楚地表明，并不只有政治系统及其权力媒介的扩张，才可能威胁全社会的功能分化，造成实质性的“宪法问题”。宗教是另一个例证：“马丁·路德和马基雅维利从教俗两翼完成了‘让上帝的归上帝，让凯撒的归凯撒’的理论准备。”^⑤1517年的路德宗教改革之所以被认为开启了近代历史，就是因为它引致了基督教的分裂和新教的产生。作为现代政治起源的民族国家，这才得以摆脱罗马教会的全面控制逐步形成，直到经过“三十年战争”，在1648年《威斯特伐利亚合约》中获得法律确认；政治系统的内部复杂性这才得以提升，以至于君主不能再被视为众多权力持有者之一，而是必须被视为独立于宗教力量、拥有绝对主权的国家象征。^⑥宗教改革也开启了“知识与宗教信仰迅速分离的时代”，此后“决定人们世界观的不再是《圣经》和梵蒂冈而是科学和实践经验”，这为科学系统的分出创造了条件。^⑦韦伯则谈到了新教“天职观”与资本主义兴起，亦即经济系统分出之间的耦合关系^⑧——“天职观”对世俗职业劳动和谋利行为的认可，实为具有宪法意义的宗教自我限制。

现代经济系统分出之后，为了最大释放自身能量，同样不惜破坏其他社会领域的自治空间。恩格斯著名的“婚姻契约”批判，矛头就是指向资本主义经济对婚姻自由和家庭关系的扭曲；20世纪初美国的“扒粪运动”，控诉了金钱媒介对政治运作和大众传媒的操纵；当前中国公众对教育和医疗市场化的质疑，也揭示了经济逻辑泛滥的恶果。而自1825年英国货币危机以来，经济危机的周期性爆发，其本质则是经济内在的“加速增长螺旋”导致的系统崩塌，这从另一个方向侵蚀着功能分化。

近几十年来，在高度功能分化的西方国家，就连从前处于弱势地位的科学、大众传媒和法律系统，也不再仅仅呈现被动防御的姿态。在摆脱宗教和政治的束缚之后，它们强势闯入其他社会领域，带来了大量“新宪法问题”。哈贝马斯所谓“作为意识形态的技术与科学”，说的是科学对政治的“殖民”，“科学化的政治的技术统治论模式……把政治统治还原为合理的行政管理，只能被设想为以全部民主为代价”；^⑨尼尔·波兹曼所谓“娱乐至死”，说的是政治、宗教、体育、教育沦为大众传媒的附庸，“不管是什么内容，也不管采取什么视角，电视上的一切都是为了给我们提供娱乐”；^⑩托依布纳则在诺内特、塞尔兹尼克、昂格尔等人的基础上，讨论了福利国家法律系统的过度扩张，“法律发

^⑤ 马剑银：《中世纪欧洲封建法的前世今生》，载《比较法研究》2015年第3期。

^⑥ See Niklas Luhmann, *Essays on Self-Reference*, Columbia University Press 1990, p.167.

^⑦ [德]乌维·维瑟尔：《欧洲法律史——从古希腊到〈里斯本条约〉》，刘国良译，中央编译出版社2016年版，第381-382页。

^⑧ 参见[德]马克斯·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，彭强、黄晓京译，陕西师范大学出版社2002年版，第55-70页。

^⑨ [德]哈贝马斯：《作为“意识形态”的技术与科学》，李黎、郭官义译，学林出版社1999年版，第103页。

^⑩ [美]尼尔·波兹曼：《娱乐至死 童年的消逝》，章艳、吴燕荃译，广西师范大学出版社2009年版，第77页。

展了实质理性,其表现是……从前自主的社会进程正日益变得法律化”。^⑪

进入21世纪,随着信息技术的迭代升级,互联网涌现为全新的社会系统。这个社会系统迅速完成了对线下世界的全盘再制,正在试图让整个社会臣服于“代码”的控制。面对互联网之于政治、法律、经济、金融制度以及个人身心完整性的侵蚀,莫斯可对“数字化崇拜”提出了警告,基恩反思了“网民的狂欢”,施尔玛赫讨论了“网络至死”的危机,戴维德分析了“过度互联”的威胁……所有这一切,都揭示了互联网时代的新宪法问题。^⑫ 宪法学家桑斯坦也以一部接着一部的著作,忧心忡忡地讨论了互联网给隐私权、言论自由乃至整个民主体制带来的宪法挑战:“信息超载”悖论式地产生了“信息茧房”,^⑬随之而来的“寒蝉效应”“社会流瀑效应”和“群体极化”现象,^⑭造成了“虚拟社群”不可弥合的分裂、基于充分信息和不同选择的自由的异化、纠错机制的失灵和谣言的泛滥,以及“协商群体的惊人失败”。^⑮

更棘手的新宪法问题来自互联网社会系统的自治规则——“数字法”。今天,人们的网络生活主要不是依靠以文字为媒介的国家法,而是依靠以代码为媒介的数字法。数字法作为“软法”,却比任何“硬法”都还要“硬”,它在很大范围内决定了网络用户的权利义务。因此,当莱斯格为数字法欢呼,跟着瑞登博格鼓吹“代码就是法律”的时候,甚至当他意识到必须处理数字法与知识产权、隐私和自由言论之间关系的时候,^⑯他还是低估了事情的复杂性:现代宪法确立了立法权、司法权、行政权的职能分离,这是任何现代国家都不能否定的政治原则,但互联网企业兼有数字法的制定者、执行者、适用者身份,“三权合一”;国家法从来不曾拥有绝对的“实效”,这给边缘人群挑战“恶法”的行动留下了具有宪法意义的实际自由空间,构成法律进步的重要源泉,但数字法却能够借助电子手段“完美执行”;文字写成的国家法总是存在解释的余地,法院可以经由解释“微调”国家法,使之适应社会变革的需要,但“0/1”代码写成的数字法极度僵硬,拒绝解释。纯粹的数字法之治根本不是兼顾形式正义与实质正义的现代法治,而是高度独裁和彻底形式化的法制,这种法制在此前的整个人类历史上都还没有出现过。^⑰

所有这些宪法问题,不论旧的还是新的,都无关政治权力的滥用。它们关乎社会媒介的失控,它们的始作俑者,不是基于“有权/无权”符码的权力媒介,而是基于“超越性/内在性”“支付/不支付”“真理/非真理”“信息/非信息”“合法/非法”符码以及“0/1”代码的各种社会媒介。各种社会媒介一旦失去宪法的控制,同样可能严重冲击功能

^⑪ [德]图依布纳:《现代法中的实质要素与反思要素》,矫波译,载《北大法律评论》1999年第2辑。

^⑫ 对网络“敌托邦”思潮的介绍,参见陆宇峰:《网络公共领域的法律舆论:意义与限度——以“微博上的小河案”为例》,载《社会科学研究》2014年第1期。

^⑬ 参见[美]凯斯·桑斯坦:《网络共和国》,黄维明译,上海人民出版社2003年版,第39-43页。

^⑭ 参见[美]卡斯·R·桑斯坦:《谣言》,张楠迪扬译,中信出版社2010年版,第8页。

^⑮ [美]凯斯·R·桑斯坦:《信息乌托邦——众人如何生产知识》,毕竞悦译,法律出版社2008年版,第47页。

^⑯ 参见[美]劳伦斯·莱斯格:《代码2.0:网络空间中的法律》,李旭、沈伟伟译,清华大学出版社2009年版,第6-8页。

^⑰ 此外,“智能互联网”对权利义务关系的“根本性重塑”,带来了更具冲击力的新宪法问题。参见马长山:《智能互联网时代的法律变革》,载《法学研究》2018年第4期。

分化原则。这是整个传统宪法学共同的盲点:规范宪法学狭隘地聚焦权力限制,自然对此视而不见;并不强调权力限制的政治宪法学,也因受施密特的影响而对此漫不经心。施密特以为“任何宗教、道德、经济、种族或其他领域的对立,当其尖锐到足以有效地把人类按照敌友划分成阵营时,便转化成了政治对立”,^⑧亦即以为社会宪法问题即使存在,也最终会转化为政治宪法问题。哈贝马斯和福柯延续这一政治宪法学思路,创造了“社会权力”“毛细管权力”等概念。但政治之外诸功能系统的所谓“权力”,最多只是一种不准确的类比,并不意味着“自己的意志即使遭到反对也能贯彻”的机会,^⑨并不等同于丈夫对妻子、老板对员工、教师对学生、医生对病人、僧侣对信徒“支配”。通过自身固有的抽象媒介形成沟通网络的功能系统,与借助抽象社会媒介获取支配利益的具体行动者,不是一回事;功能系统不需要贯彻自己的意志,不试图成为剥削个人或者其他社会领域的“支配者”,它们眼中除了“自私基因”的无限繁殖,根本没有别的东西。这不是政治宪法问题,而是独特的“社会宪法问题”,必须依靠专门的宪法加以解决。

七、现代宪治的模式转换:迈向多元主义

指出传统宪法学理论没有认真对待社会宪法问题,丝毫不是暗示,300多年来的人类宪治实践没有严肃处理社会宪法问题。社会宪法问题与政治宪法问题一样,关系着全社会功能分化的维系,不可能被实践忽略。可惜的是,在对现代宪治历史的研究中,受政治中心主义思维的束缚,这些实践即便并非湮没不闻,也称得上是隐而不显。

运用系统论宪法学的新思维,从处理社会宪法问题的不同方式出发,重新书写现代宪治的变迁历史,意义十分重大。首先,现代宪治的模式一下变得丰富多样。那些着眼于控制各种社会动力的宪法实践,即使未能成功驾驭政治权力,也不必再出于“名义宪法”“语义宪法”的理由,^⑩简单否定其“宪治”的属性。其次,大多数现代宪治模式,只要还试图把政治权力关进宪法制度的笼子,都无非在政治权力的分配、选举权利的赋予、民主程序的设计、法治原则的保障等方面做文章,但各种宪治模式对社会宪法问题的重视程度、处理方式却截然不同,其实际效果也天差地别。从异处入手,更能够把握现代宪治的模式转换。最后,经过几百年的发展,可以说现代宪治已经找到了驯服“政治利维坦”的适当方法,但还很难说找到了驯服各种“社会利维坦”的适当方法。从这个角度总结既往的经验教训,可能为未来的宪治探索打下更坚实的基础。

最早出现在现代历史上的宪治模式,是“自由主义宪治”这种原教旨“正统”。按照它的基本预设,至少在经过资产阶级革命以后,社会已经成为“原子式的个人”随机相遇的场所,不存在制度化的结构,相应地也就不存在社会宪法问题。政治宪法问题是唯一

^⑧ [德]卡尔·施密特:《政治的概念》,刘宗坤等译,上海人民出版社2004年版,第117页。

^⑨ [德]马克斯·韦伯:《社会学的基本概念》,胡景北译,上海人民出版社2000年版,第85页。

^⑩ 前引^④,卡尔·罗文斯坦书,第150页。

的宪法问题,为了解决这个问题,保障“政治国家/市民社会”的清晰界分就够了。因此宪治的要求仅仅是通过组织法构造独立于军事力量、经济财富、宗教权威的政治权力,并以“法治”限制之;通过向个人赋予消极的基本权利,对抗政治权力的恣意行使,为私人行动划出自由空间。至于这个空间的内部事务,则属于私法而不是宪法的领地。但市民社会从来不是自由行动的空间,革命铲除了封建时代的中间制度,各种功能系统和功能组织继之而起。^① 放纵后者的事实性力量,其结果是19世纪晚期以降的过度“两极分化”,以及席卷全球的工人运动、社会主义革命和世界大战。

20世纪30年代的大萧条之后,作为矫正自由主义宪治弊端的最激进方案,集权主义宪治模式应运而生。这种模式长期被打上“专制”标签,完全取消“宪治”的资格。但在系统论法学看来,这种模式正视了社会宪法问题的严重性,试图将包括经济在内的社会制度从宪法上正式化,并依靠强大的政党抑制它们的离心倾向,实现全社会的政治整合。作为现代宪治模式之一,它不仅没有绝对拒斥功能分化,而且致力于消除功能分化的阴暗面——资本主义经济无节制发展带来的社会冲突。它的错误毋宁在于另外两个方面:一是将诸社会领域全盘“组织化”,这种策略取消了功能系统内部“职业组织中心”与“业余自发边缘”的再分化,窒息了系统的反思能力和理性化潜力。^② 比如经济的合理化,显然不能仅仅依靠哪怕是细致分工的企业组织,而是还必须再分化出“市场”,后者为生产提供了真实的需求信息。二是迫使诸社会领域的正式组织服务于政治目标,这种策略短期内有利于“集中力量办大事”,却最终导致了社会整合从涂尔干所谓“有机团结”向“机械团结”的倒退,付出了丧失社会适应性和创造性的长期代价。与前现代社会系诸高等阶层的单一理性相比,现代社会的理性分散呈现在诸功能系统的多元脉络下,试图以政治理性替代经济理性、法律理性、科学理性,本身就是非理性。^③

“二战”后的福利国家宪治模式,汲取了自由主义宪治和集权主义宪治的双重历史教训。这种模式保持了更大的政治克制,除了将教育、科学、医疗和广播电视宪治化为“半国家体制”外,尽可能不干扰其他社会领域的自治。这种模式也不轻视社会宪法问题,而是以一种新的方式致力于社会的宪治化:政治宪法上的基本权利,被允许发挥横向效力,指向私人行动者;政治宪法上的民主原则,也被径直引入各社会领域。但这种模式还是没有真正尊重各功能系统的自主性,因为它只是简单照搬了政治系统的宪法控制机制。^④ 在经济、科学、教育部门引入选举权、政治自由、代表制和民主决策程序,尽管不能算是计划经济式的政治干预,但仍然造成了政治自我反思机制特别是多党竞争机制的错配,导致大学等社会部门沿着各政党的路线方针内部分裂。

集权主义宪治和福利国家宪治都还只是正视了“社会宪法问题”,20世纪30年代

^① 参见前引^②,贡塔·托依布纳书,第169-170页。

^② 互联网时代的例证,参见陆宇峰:《中国网络公共领域:功能、异化与规制》,载《现代法学》2014年第4期。

^③ See Niklas Luhmann, *Observations on Modernity*, William Wobrey (Trans.), Stanford University Press 1998, pp.22-43.

^④ 这也造成了宪法对普通法律的“辐射损伤”。参见[德]马丁·莫洛克:《宪法社会学》,程迈译,中国政法大学出版社2016年版,第55页。

德国弗莱堡学派倡导的秩序自由主义宪治,则发现了“社会宪法”本身。秩序自由主义宪治学说探索了相对于政治而自治的“经济宪法”,它由财产、契约、竞争、货币等基本制度构成,主张国家只能在卡塔尔和垄断破坏了竞争的情况下,以普遍的法治形式介入干预。经过一定改造后的秩序自由主义宪治学说,为西德在“二战”之后的迅速重建做出了巨大贡献。^⑤但秩序自由主义宪治模式的缺陷同样明显:其一,经济宪法本身的正当性存疑,它是理性选择哲学的产物,而不是任何意义上的民主决策或者协商对话的产物。其二,经济宪法只有基本制度的内容,没有基本权利内容,旨在释放而非驯服经济动力。它有效排除了对自由竞争的政治干扰,却无法抑制经济系统对其他社会领域制度完整性的威胁。其三,经济宪法只是诸社会宪法之一,不能像弗莱堡学派主张的那样适用于社会整体。社会全面“市场化”的后果,与全面“政治化”并无二致。

20世纪70年代以来,在德国、荷兰、瑞典和意大利,自由法团主义宪治模式都获得了大量实践。^⑥这种模式的要旨,在于政治宪法与企业、工会、行业协会、职业组织、大学、大众媒体的“部门宪法”分工合作、良性互动。^⑦政治宪法保障利益群体自由形成“社会法团”,参与正式政治过程,不像“国家法团”那样,被控制法团数量和强制成员资格;政府向社会法团让渡管理权力,支持它们通过“内部宪法”即部门宪法自我规制,真正承担公共职能;资方、管理层、劳动者之间的利益协调依靠“雇员共同决策”,跨领域的利益协调依靠“新法团主义谈判”,二者都起到了抵御功能系统扩张的作用;政治和法律只是为利益协调提供公平的程序,或者致力于各方的力量再平衡。与秩序自由主义宪治不同,自由法团主义宪治执行了推动功能系统自我奠基和自我限制的双重任务。但这种模式的局限性仍然明显,它主要适用于需要“利益协调”的经济领域,难以扩展到其他社会领域;在实践中,大型法团的内部宪法也往往缺乏民主性和代表性。

未来属于多元主义宪治模式。多元主义宪治吸收既有宪治实践的合理因素,并按照功能分化的内在要求,进一步向前推进。在这种模式下,政治系统除了继续通过政治宪法构成并限制政治权力之外,仅仅履行两项重要职责。

一是确认各社会领域的部门宪法,使它们的扩张态势和离心倾向接受自我约束。^⑧这些部门宪法应当以规训特定的社会媒介为目标,决定基本权利在不同社会脉络下的适用空间和具体意义,并在互联网等新兴社会领域发展必要的新型基本权利;^⑨应当以

^⑤ 参见赵小健、陈倩莹:《弗莱堡学派和宪政经济学》,载《欧洲研究》2008年第4期。

^⑥ 参见[德]贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版,第147-150页;安超:《瑞典的新法团主义与经济发展:经验及启示》,载《北京行政学院学报》2015年第4期。

^⑦ 德国的“部门宪法”,参见赵宏:《部门宪法的构建方法与功能意义:德国经验与中国问题》,载《交大法学》2017年第1期。

^⑧ 法官基于宪法义务而在个案中对法律进行合宪性解释,也可能是中国宪法框架下发展部门宪法的有益尝试。参见张翔:《两种宪法案件:从合宪性解释看宪法对司法的可能影响》,载《中国法学》2008年第3期。

^⑨ 就宪法学的发展而言,这里涉及建立各种“部门宪法学”或者“部分宪法学”的必要性和方法论问题。在这个问题上,我国台湾学者苏永钦与张嘉尹共同强调“从实存秩序切入,去认识整理该秩序的根本、最高与结构规范,而不是从规范本身切入,去做体系化的工作。”参见张嘉尹:《再访部门宪法学——一个方法与理论的反思》,载《法律方法与法律思维》2016年总第9辑。

实现各社会领域自我规制为目标,适应教育、科研、医疗、体育、大众传媒的发展规律,分别设计以专业人员为决策主体,投资者、管理者、普通雇员乃至服务接受者多方参与的组织法,向创制、审议其内部“软法”的机构授予相应权力,规范化它们的决策程序;应当以全面提升各社会系统内部反思性为目标,既不像以往一样简单地二分“国家/社会”,也不像当前一样随意地模糊“公域/私域”,而是“在不同的意义世界内对社会进行多样的区分”,切实保障诸系统职业组织领域与业余自发领域的分化。^⑩

二是协调跨社会领域的组织合作,解决功能系统之间的理性冲突。功能分化之于现代人类,既是祝福,也是诅咒。西方发达国家都还没有找到全面抑制功能分化副作用,特别是妥善处理诸系统运作冲突的宪治措施,这是现代社会一再发生人权灾难的根本原因;中国特色社会主义的宪治实践则有望在汲取西方教训的基础上,立足自身制度优势,发现真正的出路。一方面,经过40年的改革开放,中国也已迈入功能分化社会,也已发生功能系统相互冲突的现象。经济系统负外部性的剧烈释放,以及货币媒介向政治、法律、教育、医疗、科学、体育、大众传媒、家庭甚至宗教等领域的扩张,无不反映出事态的严重性。^⑪另一方面,西方国家频繁发生金融危机、生态危机、隐私危机、科技伦理危机和社会整合风险的现状表明,仅仅依靠司法机关的宪法裁判和权力机关的宪法监督,诉诸“以宪法解释为核心的合宪性控制机制”,并不足以有效应对各种地位平等的功能系统带来的“多元主义挑战”。^⑫对于中国来说,考虑到“违宪审查机构受理的案件不同程度地带有一定的政治性”,而正在推进的合宪性审查工作又必须贯彻“政治问题不审查”的原则,^⑬情况更是如此。在此背景下,2018年的宪法修正案确认“中国共产党领导是中国特色社会主义最本质的特征”,不宜错误理解为“逆功能分化”的方案。恰恰相反,这是中国应对“多元主义挑战”的不二选择。中国共产党基于国家宪法明确规定的领导地位,在依据政党组织的部门宪法即“党章”自我规制的前提下,在保障各种社会组织功能自治的前提下,运用历史形成的社会权威和超强的动员能力,通过促进和协调跨领域社会合作的方式发挥领导作用,解决功能分化社会必然存在的系统际冲突,可能探索出一条符合多元主义原理、符合中国基本国情、符合未来发展需要,兼顾社会主义价值与现代性“双重目标”^⑭的独特宪治道路。

Abstract: Systematic theory of constitutional law revives the sociological tradition of Constitution, decodes the source code of modern constitution from the perspective of the whole

^⑩ 参见[德]贡塔·托依布纳:《多元现代性:从系统理论角度解读中国私法面临的挑战》,祁春轶译,载《中外法学》2013年第4期。

^⑪ 参见李忠夏:《宪法变迁与宪法教义学——迈向功能分化社会的宪法观》,法律出版社2018年版,第149页。

^⑫ 参见王旭:《“法治中国”命题的理论逻辑及其展开》,载《中国法学》2016年第1期。

^⑬ 参见秦前红:《合宪性审查的意义、原则及推进》,载《比较法研究》2018年第2期。

^⑭ 王人博:《中国现代性的椭圆结构——“八二宪法”中的“建设者”述论》,载《文史哲》2018年第2期。

society, and may bring new thinking to the study of contemporary constitutional law. The intrinsic logic of this new thinking is: the unique social function of the modern Constitution determines its connotation and characteristics in the three dimensions of time, space and things, and the connotation and characteristic further make it possible to deal with the inherent constitutional questions of the modern society; Only by fully understanding the constitutional problems faced by modern society can we accurately grasp the practical history and current development of modern constitutional governance and reasonably predict the future trend of modern constitutional governance; the transformation of the constitutional model corresponding to this process, in turn, depends on the objective need to effectively implement the functions of modern Constitution in the changing social environment. This theoretical system can be preliminarily summarized into seven propositions: the social function of the modern constitution is to maintain functional differentiation of the society; the modernity of modern constitution is embodied as self-validation; the modern constitution is located at the structural coupling point among the legal system, political system and other functional systems; the content of modern constitution has the characteristics of social stipulation; the right to resist institutional social forces is the basic right which involves multiple subjects with two-way effectiveness; In addition to the political constitutional problem of power abuse, modern society also faces the social constitutional problem in which social media is out of control; in order to deal with the increasingly complex social constitutional issues, the modern constitutional governance continues to transform its mode and is moving towards a pluralistic future.

(责任编辑:李小明)