

法兰克福超越魏玛： 论托依布纳对德国公法学 “实质的民族宪法观”之批判

钟芳桦*

目次

- 一、前言：社会立宪构成论——国际法与宪法问题的社会学法学思考
- 二、魏玛的遗产：德国公法学“实质的民族宪法观”的形成——从高权国家到人民宪政观
 - (一) 高权国家与大众民主
 - (二) 魏玛：国家作为社会的自我组织——宪法的实质化
 - (三) 魏玛方法论争的遗产：宪法实质化与民主的同质基础
- 三、托依布纳从社会理论与知识理论角度的批判：多元主义的社会立宪构成论
 - (一) 无法包含社会的国家：系统论对国家社会关系的重构
 - (二) 新的民主观：对人民主权概念的重构与重视自发政治
 - (三) 多元理性：宪法多元，法多元
- 四、托依布纳从世界社会角度的批判：跨国跨文化的宪法，从实质到功能的转变
 - (一) 跨国与跨文化：从不可穿透的国家宪法观到世界社会的法沟通
 - (二) 生态学式的人权观：人作为世界社会的环境
 - (三) 从“实质的民族宪法观”到功能的全球公共宪法(Zivilverfassung)
- 五、结论：托依布纳“跨国社会立宪构成论”在全球化下的意义

关键词 托依布纳 跨国社会立宪构成论 生态学式的人权观 宪法 社会学法学

一、前言：社会立宪构成论—— 国际法与宪法问题的社会学法学思考

近代社会的发展带来的结果之一，是起源于欧洲社会的民族国家现象，扩散到世界。各地的政治

* 天主教辅仁大学法律学系助理教授、台湾大学法学博士。

体,运用了欧洲的民族国家的想法,来建立起自己的政治制度,并且主张政治对社会的支配。民族国家的体制,在法律与政治上来看,主要的特征是划清了国家的界线(领土国家)^[1],并且宣告相对于其他国家的法律独立性,以及存在着某个最高命令,可以用来裁决统治领域内的一切争议(主权)^[2]。

然而,主权的概念在过去国家理论中出现了许多的问题。从一开始,主权就出现是否受法拘束的问题。^[3]如果主权完全不受法拘束,那么在法治国的概念出现后,主权就难以跟法治国的理想相一致;^[4]如果主权受法拘束,那么就难以解释主权的最高性。近代德国法治国的发展,接受了主权必须受法拘束的想法,但是又因为德国国家理论认为主权者创造法,因此产生了法与主权的吊诡(法优先于主权,但是主权又因为创造法而优先于法)。^[5]这一直是当代法理论的难题。^[6]面对这个问题,当代的德国法学有两种解决方式:一种运用将主权化约成规范逻辑的方式,将主权变成法所必须预设的前提,把主权所指涉的事实与主权本身区分开来(如凯尔森的做法)^[7];另一种做法则是政治神学式的解决之道,也就是就像神学解决神与自然法则的矛盾方式一样,认为主权可以创造秩序,但是一旦创造完毕,就消失在被其所创造的世界(法秩序)中。这种做法是目前德国学界的通说,藉由这种方式,消除了人民主权(人民制宪权)与拘束政治权力的宪法法秩序之间的吊诡关系,人民主权创造宪法后,就隐身在宪法之内,人民变成一种宪法内的权力,必须受到宪法的拘束。^[8]

另一个主权造成的难题来自国际法。由于国家理论强调国家主权相对于其他国家的主权有独立性,因而国际法对于主权的拘束就变成只能经由主权同意(也就是经由国际条约)。但是,20世纪以后,国际法的地位日益提高,各种国际法与国际人权宣言对于各国的拘束力逐渐受到承认;而欧盟的发展,更让欧盟内部国家采取一种主权让渡的立场,认可欧盟对于各个成员国在货币、预算与相关法律上的直接拘束权力。这些发展都使得传统主权观逐步被削弱。^[9]特别在德国,欧盟整合的需要,更让传统德国所主张的封闭国家观受到挑战。然而,德国公法学界仍有一股很强的势力,意图在欧盟整合的过程中,仍然保持德国的独立性。这种观点诉诸一个德国的独特文化与

[1] 德文:Territorialstaat,领土国家概念的出现,代表了现代国家能有效控制领土内的事物,形成所谓的“国家领域的封闭性”。参见 Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 87-92。当然,由下面的讨论可以看到,全球化的趋势已经让国家有效控制领土内事物的能力受到质疑。

[2] 这就是一般所说的主权的“对内最高,对外独立”。德国国家学基于联邦国家的传统,因为要支持“各邦也有主权,但联邦与邦共享主权”这样的看法,产生了“主权分立(geteilte Souveränität)”的理论,参见 Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1920), 2. Auflage, 1928, S. 62-66。

[3] 从现代主权理论的创始人博丹(Bodin)开始,便开始讨论“主权最高性是不是表示主权不受任何拘束”的问题。博丹认为主权仍受到神法与自然法的拘束。见 Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, 1995, S. 38-39。

[4] 参见前注[2],Kelsen书,S. 57-58。

[5] 参见前注[2],Kelsen书,S. 17-18。

[6] 这个问题可说是近代法治国与法治理论的大问题,许多学者都指出这个问题的重要性与困难。参见 Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft (1910), in: Mehdi Tohidipur (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 2., 1978, S. 503; [法]狄骥:《公法的变迁/法律与国家》,郑戈、冷静译,春风文艺出版社 1999 年版,第 48 页;Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie (1932), 1999, S. 169; Vgl. Giorgio Agamben, Homo sacer, Die souveräne Macht und das nackte Leben, 2002, S. 25.; Helmut Quaritsch, Souveränität im Ausnahmezustand: Zum Souveränität im Werk Carl Schmitts, in: Der Staat, 1996, S. 12.; Thomas Vesting, Die Staatsrechtslehre und Die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, in: VVStDL, 2003, S. 43-47。

[7] 参见前注[2],Kelsen书,S. 57-58。

[8] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Staat, Nation, Europa: Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 1999, S. 133-134。

[9] 参见[日]篠田英朗:《重新审视主权——从古典理论到全球时代》,戚渊译,商务印书馆 2000 年版。参见前注[2],Kelsen书,S. 102-103。

民族基础,这种基础构成了德国民主宪政的前提。他们认为,基于这种独特的文化与民族基础,以及由此而来的德国民主宪政秩序,德国的独特性不应该为欧盟整合的过程所消灭。这样的立场最清楚的表现正是几个德国联邦宪法法院关于欧盟的判决(特别是德国联邦宪法法院在2009年6月30日宣布的“里斯本判决”)^[10]。

由一个国家独特的文化与民族基础来反对国际法的要求,是近代民族国家思想出现以后,经常出现的一种论调。^[11]德国的公法学界之所以存在着这样的观点,并非单纯基于抵抗欧盟整合的意识形态需求,更重要的是立足于德国法学的一种宪法概念:相信国家与宪法必须由特定的人民与文化所形成,欠缺人民与文化共同基础的民主与国家将难以维持。这种宪法概念并非如同西方传统的立宪主义宪法观一样,只重视如何限制国家的滥权并保障人民的权利,更重视整个宪法必须有一个民族国家与民族社群的基础,^[12]或者认为宪法必须以整合形成民族社群为目的。^[13]也就是说,这种宪法概念紧密结合了国家与宪法,并且认为宪法的重要任务是由国家依据民族国家的理念来结合社会人民。这种宪法如同宪法的字源一样,具有一种构成(Konstitution)的意义,同时它的内容不只是宪法条文,更具有一个实质的精神意涵。经由这个精神意涵,或者宪法表现了国家应有的文化与民族价值观,或者宪法划定了国家形成过程应有的界限。^[14]因为这样的宪法概念跟整体民族国家有密切关联,并且往往希望形塑一个民族社群,以这个社群所形成的实质民族文化价值与理念来当作法与国家的基础。因此本文称之为“实质的民族宪法观”。

这种“实质的民族宪法观”在德国公法学界具有相当强大的影响力,本文接下来的讨论想要指出,这个“实质的民族宪法观”在德国,是受到德国魏玛共和时期(1919-1933年)的国家学与国法学的讨论而形成。经由魏玛共和时期的讨论,德国公法学界形成了这种“实质的民族宪法观”。本文将在第二部分分析这个过程,进而指出“实质的民族宪法观”的特色。

紧接着在第三部分以下,本文将会由德国系统论法学家托依布纳的社会立宪构成论(Gesellschaftlicher Konstitutionalismus, societal constitutionalism)^{[15][16]}的观点,来批评这种“实质的民

[10] 参见 Robert Chr. van Ooyen, Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2010, S. 55ff.; H. Sauer, Von Weimar nach Lissabon?, in: U. J. Schröder von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2011, S. 242-245.

[11] 如所谓的“国情不同”的说法。最近台湾发生的“废除死刑”争议,也经常有人以“废除死刑不合国情”的主张,来对抗“废除死刑是世界潮流或国际人权条约要求”的说法。在中国,这种立基在文化相对主义之上的“国情不同”论,多少受到19世纪德国民族浪漫主义的影响。参见陈宜中:《德意志独特道路的回声?关于中国“反民权的国族主义”》,载台湾《政治科学论丛》2010年第45期。

[12] 如德国知名国家学学者施密特的主张,他认为宪法必须以人民的政治统一性为前提。参见 Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 4-7. 他的学生,德国知名宪法学者博肯菲尔德(Böckenförde)也强调,民主需要有人民的“同构型基础”。参见 Ernst-Wolfgang Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, 1991, S. 359-360.

[13] 如德国知名宪法学者司曼德(Rudolf Smend)以及他的一些学生的主张。参见 Frieder Günther, Denken vom Staat her: Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970, 2004, S. 166 ff.

[14] 参见前注[10], H. Sauer文, S. 249-252.

[15] 社会立宪构成论过去中文学界译成“社会的宪政主义”,但是因为托依布纳的理论所关注的重点不只是规定一个足以抑制系统理性过度膨胀的宪法,也重视分析这样的宪法怎样影响个别社会领域的形成,也就是说,他的宪法概念跟前面所谈的“实质的民族宪法观”一样,都具有如何构成某些社会领域的意义,所以译成“社会立宪构成论”。

[16] 社会立宪构成论这个概念来自美国社会学者史区里(David Sciulli, 1950-2010)的著作。史区里站在一个新统合主义者的立场,认为社会秩序的构成不需要来自国家由上到下形成的法规,而可以来自组织之间程序的结合。托依布纳借用了这个概念,但从系统理论的角度,改造这个想法。两人思想的差异可见 Teubner, Verfassungsfragmente, 2012, S. 67-72.; Thornhill, “Niklas Luhmann and the sociology of the constitution”, 10(4) Journal of Classical Sociology (2010), 315, 318.

族宪法观”的问题。托依布纳的社会立宪构成论除了在社会学的层面上描述了新的国际法发展方向与新的宪法概念^[17]外,也从规范层面上批判了“实质的民族宪法观”的问题,并藉由新的社会理论与知识理论,在法学上创造一个替代的宪法观,从而提出一个解释国家法与国际法(欧盟法)关系的法学理论(这也是他所说的“社会学法学”方法^[18])。本文在第三与第四部分将指出,托依布纳如何透过“社会立宪构成论”的观点,来批判“实质的民族宪法观”。托依布纳的“社会立宪构成论”虽然常常被归类为国际私法的理论,^[19]但是如果细究他的观点,可以看到“社会立宪构成论”一再将德国公法学界通行的“实质的民族宪法观”当作理论上的对手,并且从社会理论、知识理论与全球化的视野加以批判。^[20]藉由分析托依布纳对于“实质的民族宪法观”的批判,我们可以把他的观点重新放入德国公法理论的角度来理解,进而对托依布纳的社会学法学观点有更佳的认识。

在第三部分,本文将讨论,托依布纳如何运用多元的社会构成观点,来批评“实质的民族宪法观”在社会理论与知识理论上的问题。托依布纳与卢曼一样,都一再批评传统法学与“实质的民族宪法观”对于社会与理性的看法过度简化,从而无法适当地描述法与宪法在社会中应有的功能。托依布纳更批评了“实质的民族宪法观”的实质宪法立场,指出这种实质的宪法观点无法处理社会上的多元主义问题。

在第四部分,本文将会进一步讨论,托依布纳如何批判了“实质的民族宪法观”所预设的“国内同质价值文化社群”想法。托依布纳批评了“实质的民族宪法观”把宪法与文化紧密结合在一起的看法,运用世界社会的观点,指出国家与文化的区分,也说明了跨国跨文化的法规范(特别是国际人权)的实际作用。藉由一个系统论社会理论所启蒙的法学观点,托依布纳脱离了传统“普世人权与在地文化(或主权)”相对立的思考方式,以一个多元理性的观点,提出了一个功能性的宪法概念来取代“实质的民族宪法观”的实质宪法概念,并说明了跨国法和国际人权的功能与意义。

在结论,本文将会简短地指出托依布纳的理论在全球化过程中的意义。

二、魏玛的遗产:德国公法学“实质的民族宪法观”的形成——从高权国家到人民宪政观

目前德国公法学界所通行的“实质的民族宪法观”,基本上可说是魏玛共和时代,德国公法学

[17] 从社会学的观点来研究宪法现象,这构筑了宪法社会学此一研究领域。托依布纳在新的著作中引用了不少英国社会学家桑希尔(Thornhill)的宪法社会学理论。桑希尔的研究由社会学的观点来研究宪法对社会的意义,他的理论也受到卢曼与托依布纳相当深的影响。但是桑希尔与托依布纳的研究兴趣仍有不同:前者研究的焦点是宪法社会学,而後者的研究焦点是经由社会学观点所启发而得的宪法学(社会学法学)。关于桑希尔的宪法社会学理论可见 Thornhill, supra note [16], 315, 316-324。

[18] 这种社会学法学方法论的特性并非想直接使用社会学的研究方法,而是运用社会理论与知识论的观点,来思索作为社会一部分的法学与法决定应该如何运作(所谓的“社会学的启蒙”),参见 Sahn, Methode und (Zivil-)Recht bei Gunther Teubner, in: Joachim Rückert (Hrsg.), Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny., 2. Auflage, 2012, S. 428-429。

[19] 如他在英国所编辑的许多书籍,被归类到国际私法理论丛书中;托依布纳本人在法兰克福大学的讲座,也是属于国际私法与私法理论的讲座。

[20] 除了本文后面的讨论外,也必须指出,托依布纳的教授资格论文《组织民主与团体宪法》(Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung)一书中,已经有大量篇幅讨论了民主理论相关问题。参见 Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 78-120。

界相关讨论所留下的遗产。^[21] 这个“实质的民族宪法观”认为,宪法不仅是一种规范国家权力与人权规定的文本,更代表社会上实质特定的文化价值观点,这些文化价值观点来自社会上的人民,这些人民彼此之间具有特定的文化、历史或语言等相似之处,从而有办法在社会上形塑一个共同的文化,并且愿意形成一个民族国家。^[22]

这个“实质的民族宪法观”的产生,主要来自德国魏玛共和时期方法论争^[23]中,主张“精神科学潮流”法学^[24]的学者对于宪法的观点。然而魏玛共和时期这种宪法概念的出现,并非仅仅单纯是相关论争的产物,也是德国公法学界面对德国民主化进展,在理论上反省所产生的结果。^[25]

(一) 高权国家与大众民主

在德意志帝国时期,德国国家法的主流(所谓的国家法实证主义)区分开国家学的国家概念(包含土地、人民与国家权力共同组成的共同生活团体)与法学上的国家概念。后者单纯指国家法人。在这样的想法底下,国家法实证主义把宪法当作国家法人的组织规则,与现实的国家区分开来。法学中并没有人民的地位,德意志帝国的主权也不属于人民,而是属于各邦君主。^[26] 国家法实证主义承认现实上的国家是法学上国家法人的基础,但是同时又认为,国家必须要经由国家权力,才能在大量的个人中间产生出一个统一的国家。也就是说,国家权力(以君主为首)才是国家的关键要素,由国家权力来支配统治人民与土地,才能辨认出现实上的国家。而国家法人就是这种现实国家

[21] 德国魏玛共和时期的国家学与国家法的讨论,对于当代德国公法学界有多大的影响,是一个略有争议的问题。虽然没有人怀疑魏玛共和时期的国家学与国家法知识,是德国公法学界重要的知识遗产,但是,也有不少学者主张,不应过度高估这些理论观点对于当代德国公法学界的影响。毕竟德国基本法秩序的许多制度上的规定已经与魏玛共和时期的公法差距甚大,且当代德国公法学界主要注意的焦点仍是释义学研究。但是,笔者认为,正是因为当代德国公法学界对于基础国家学的研究兴趣不大,因而当他们面对关联到法与国家等基础问题的争议时,更会直接地运用许多魏玛共和时期的国家学与国家法知识来当作讨论的依据。参见前注[10],H. Sauer文,S. 243。再者,魏玛共和时期学者的学生,在当代德国相关公法问题的基础理论争议中,常常扮演了重要的角色(如博肯菲尔德等人),从而让魏玛共和时期的国家法与国家学研究,深入影响了当前德国公法学界的许多讨论。

[22] 基本上这里对实质民族宪法观的说明,主要来自笔者自己的归纳,这些观点可以在许多魏玛共和时期受精神科学潮流法学影响的学者(如施密特、司曼德、黑勒等)乃至当代博肯菲尔德等德国公法学者的想法中找到。

[23] 关于方法论争见 M. Friedrich, Der Methoden-und Richtungsstreit; Zur Grundlagendiskussion der Weimarer Staatsrechtslehre, in: AöR 102 (1977), S. 161 ff.; M. -E. Geis, Der Methoden-und Richtungsstreit in der Weimarer Staatslehre, in: JuS 1989, S. 91 ff.; W. März, Der Richtungs-und Methodenstreit der Staatslehre, oder der staatsrechtliche Antipositivismus, in: K. W. Nörr/B. Scheffold/F. Tenbruck (Hrsg.), Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik. Zur Entwicklung von Nationalökonomie, Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft im 20. Jahrhundert, 1994, S. 75 ff.; Michael Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland; Dritter Band 1914-1945, 1999, S. 153 ff.

[24] 精神科学潮流系指在方法论争中,主张法学应采取一种精神科学式的研究方法,认为法学的研究不会只是一种规范性的释义学研究。由于主张此一观点的学者认为,法是社会文化(特别是特定民族社群文化)的产物,因此,必须依据探索文化意义的精神科学方法,才能研究法学。参见 Lepsius, Die gegenstandaufhebende Begriffsbildung, 1994, S. 164 ff.

[25] 另外黑格尔与萨维尼两位非公法的学者,对于德国实质民族宪法观的出现也具有相当重大的影响。参见前注[13],Günther, S. 29 ff.; Schmitt, Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/1944), in ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze (1958), 3. Auflage, 1985, S. 415 ff.;参见前注[16],Teubner书,S. 39-40。

[26] 参见 Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Auflage, Bd. 1, S. 87ff.; Paul Laband, Staatsrechtliche Vorlesungen: Vorlesungen zur Geschichte des Staatsdenkens, zur Staatstheorie und Verfassungsgeschichte und zum deutschen Staatsrecht des 19. Jahrhunderts, gehalten an der Kaiser-Wilhelms Universität Straßburg 1872-1918, 2004, S. 60-61.

的法学建构物。所以国家法实证主义所认为的国家是以君主为首的高权国家(Obrigkeitsstaat)^[27]。

依据这种高权国家概念,君主与人民相对立,国家权力与人民无关。这形成一种“国家与社会二元论”,只是这时的社会概念,仅仅指被国家权力排除的人民。在宪法上,“国家与社会二元论”被转变成“君主与议会的二元制”,宪法上的国家组织排除了人民,人民只能通过代表社会的议会,对国家权力加以同意。然而,这种只是组织规则的宪法概念跟高权国家概念一样,无法解释 19 世纪末以后,德国政治的大众民主走向。^[28]而且国家法实证主义基本上并不重视社会的意义,社会只是国家统治的对象,只能经由议会反应它的意见。

国家法实证主义反映了法自主性的发展:法学与法实践只要考虑法本身,不需要考虑到社会政治对法的影响。^[29]而在这样的自主性思考下,宪法也只需要考虑它的法意义。

但是随着社会学学科的发展,社会的概念正式成为国家学分析的主题。这形成了耶林内克的“国家两面理论”。两面理论是指:国家理论有透过社会学进行分析的面向与透过法学进行分析的面向。^[30]经由社会学的分析面向,耶林内克指出,人民的认可是国家法秩序存在的基础,也就是说,人民是国家法不可或缺的一部分。这样的想法,开始把法律上的国家概念与现实上的国家概念结合在一起(一体之“两面”),^[31]如同耶林内克的分析,19 世纪末以后,随着大众媒介的发展与人民的政治运动,人民的概念开始政治化,德国宪法的规范与现实产生相当大的落差。这样的落差使得宪法条文与宪法现实区隔开来。开始出现现实意义(也就是考虑到现实社会政治层面的宪法运作)的宪法概念。^[32]耶林内克认为,大众民主的发展,必然会走向“社会由人民自我组织形成”。^[33]这样的说法,预示了后来魏玛共和的发展。耶林内克注意到当时人民参与国家权力的要求,跟同时代的基尔克(Gierke)、普罗伊斯(Hugo Preuß)一样,共同采用了人民国家(Volksstaat)的概念。^[34]国家不再只属于君主,也属于人民。

总之,在德意志帝国时期,德国国家法对于宪法的看法,一开始只是采用一种自由立宪主义的宪法观,认为宪法是划定国家组织与权力范围的规则;但是在耶林内克的理论中,已经开始区分宪法条文与宪法现实运作状态;这个时期的国家法学固然重视国家概念,但是一开始只是一种以君主与国家权力为中心的高权国家概念,人民无法参与国家权力。到了帝国末期,大众民主的要求已经促使法学注意到人民的重要性;而社会也由单纯的统治客体,变成人民政治活动的场域。人民与社会变成无法区分的概念。

[27] 参见 Hugo Preuß, Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität, in: Festgabe für Paul Laband, Bd. 2., 1908, S. 238 ff. Supra note [26], Paul Laband, S. 62.; Volker Sellin, Regierung, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck (Hrsg.), Geschichtliche Grundbegriff: historische Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 5, 1984, S. 413 ff.

[28] Christoph Möllers, “‘We are (a afraid of) People’: Constituent Power in German Constitutionalism”, in: Martin Loughlin and Neil Walker (eds.), *The Paradox Of Constitutionalism* (Oxford University Press, 2008), 88-89.

[29] Paul Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Auflage, Bd. 1, 1888, S. VII ff.

[30] 参见钟芳桦:《国家与法作为人民的自我组织:论魏玛时代 Hans Kelsen, Carl Schmitt 与 Hermann Heller 对法最终证立问题的分析》,2006 年台北台湾大学法律研究所博士论文,第 48~58 页。

[31] 参见 Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 4. Auflage, 1922, S. 407 ff. (Jellinek, a. a. O., S. 371)

[32] 参见 Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 146.

[33] Georg Jellinek, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung (1905), 1996, S. 78.

[34] 参见 Hugo Preuß, Volksstaat oder verkehrter Obrigkeitsstaat? (1918), in: ders., Staat, Recht und Freiheit; Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte, 1926, S. 365 ff.;前注[30],钟芳桦文,第 83~84 页。

(二) 魏玛:国家作为社会的自我组织——宪法的实质化

魏玛共和的成立,进一步统合了德意志帝国时期国家法对于宪法、人民与社会关系的看法,形成了一个以人民为主轴的宪法观。这个发展首先以人民国家概念取代高权国家概念。魏玛共和作为一个人民国家而出现。正如普罗伊斯所指出的:“仅用以人民所选出的代言人来取代王朝高权的地位,并不能穷尽民主共和国的本质,毋宁还需要这些代言人发现,他们确定的精神基础以及最强的道德力量是建立在下列事实上:作为国家本质的相互团结团体,一个自我组织起来的国家人民之民族自我意识,取代了在王朝底下恭顺性的地位。德意志共和国只能够是作为一个政治整体的德国人民,他们民主地自我组织的结果。”(粗体字为笔者所加)^[35]

魏玛共和宪法条文承认了主权在民,使得人民国家的理论获得实证法上的支持。人民国家与大众民主的要求结合,也让法学上国家与社会的区分变得模糊。一方面,人民(作为社会成员)正式成为国家权力正当性的来源,也参与国家政治,如普罗伊斯明白指出,国家变成了社会(人民)的自我组织。^[36]另一方面,国家也统制了社会各个面向。魏玛共和对于社会经济政策的重视,让国家全面介入社会各个领域,国家任务不断扩张。国家连结干预了社会各个层面,并且将人民纳入各种政治动员。^[37]

而魏玛时代的方法论争,更在理论上把这种实体化的发展方向延伸到宪法概念,让宪法的概念从单纯规范国家法人组织的宪法条文延伸出实质的意涵。方法论争从德意志帝国时代便已经开始,但是魏玛共和的出现与同时代的社会政治之激烈变迁,让方法论争成为当时公法学界讨论的重心。^[38]

方法论争的双方分别是实证主义(凯尔森的纯粹法学与国家法实证主义)^[39]与反实证主义(也就是精神科学潮流)^[40]。双方争论的重点是法学研究应该采用什么样的方法论(如何解释法律与宪法、规范与现实之关系)。^[41]然而整个方法论争也一直涉及如何重新解释民主化产生的国家与宪法概念,以及如何证立法的问题。

对于实证主义者来说,他们一直用知识论的角度来看待这个问题,不认为在民主化后法学的方法论应有什么特别变化,法学可以依据一种形式性、范畴性的思考,赋予各种社会现象规范上的意义。法证立的问题纯粹是一种规范逻辑的问题,应该回溯到宪法本身或纯规范逻辑意义上的基

[35] Hugo Preuß, Denkschrift zum Entwurf des allgemeinen Teils der Reichsverfassung vom 3. Januar 1919 (1919), in: ders., Staat, Recht und Freiheit: Aus 40 Jahren deutscher Politik und Geschichte, 1926, S. 370.

[36] Carl Schmitt, Hugo Preuß: Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen Staatslehre, 1930, S. 20-21.

[37] 参见 Andreas Wirsching, Die Weimarer Republik: Politik und Gesellschaft, 2000, S. 24 ff.

[38] 由于魏玛共和的成立是革命的结果,魏玛宪法的制定与公布生效并没有任何实证法的依据。在这种情况下,必须要寻找一个外于实证法的因素来解释为何魏玛宪法可以有法的效力。这促使在魏玛时代国家学讨论中出现了反国家法实证主义的“方法论争”。参见当时重要的反法实证主义者霍尔斯坦(Günther Holstein)的看法:“实证主义产生自稳定的生活关系并建立在满足的社会氛围上,(现在这个)内外动荡的时代使得我们必须回答:在法之后是什么(was liegt hinter dem Recht?)”,参见 Günther Holstein, Von Aufgaben und Zielen heutiger Staatsrechtswissenschaft: Zur Tagung der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, in: AöR 50 (1926), S. 26.

[39] 魏玛时代的国家法实证主义者以安舒兹(Anschütz)与托马为首。对这两人法学立场的简要说明,参见 Gangl, Einleitung: Die Weimarer Staatsrechtsdebatte, in: Gangl (Hrsg.), Die Weimarer Staatsrechtsdebatte: Diskurs- und Rezeptionsstrategien, 2012, S. 26-27.

[40] 代表人物是魏玛四大家除了凯尔森以外的其他三人:施密特、司曼德、黑勒。另外还有崔皮尔(Triepel)、霍尔斯坦、考夫曼(Erich Kaufmann)与莱布霍姿(Leibholz)等。

[41] 方法论上双方的争论,可参见 Stolleis, Ausgewählte Aufsätze und Beiträge, Bd. 1, 2011, S. 545 ff.

本规范。^[42] 民主化,依据宪法,重点在于议会民主(以及如何让议会程序来制定的法律可以控制国家权力),社会的民主化并不重要。^[43]

至于反实证主义者,方法论上,基于精神科学方法论的影响,他们认定法是人(人民)的创造物,因此在理解与解释法时,不可能不考虑到人民共同形成的文化。也只有当法的内容能符合文化的要求时,才能主张这样的法有正当性。^[44] 由于他们认为人民创造的文化才是法解释与法证立的依据,因此,他们重新接受了黑格尔与萨维尼的观点,将法当作民族精神的产物。^[45]

面对政治与国家的民主化问题,基于对现实议会政治的不满,^[46]许多反法实证主义者认为,真正的民主(或真正的人民主权)并非建立在议会体制上,而必须回溯到一个集体的人民概念。也就是说,他们认为,人民主权的意义系在于要求国家施政与法律的解释能回溯到集体的人民概念。作为人民主权概念依据的人民概念,依据许多反法实证主义者的看法,必须是能构成一个基于特定历史与文化认同而形成的社群(Gemeinschaft)。而这个集体的人民概念并不是居住在德国统治领域内各个个人的集合,而必须与文化因素相结合,只有具有特定文化认同的人,才是属于人民主权所认可的人民。也只有这样的人民,才能创造出特定的文化价值来当作法解释的依据或法证立的基础。也就是说,如德国学者雷普修斯(Oliver Lepsius)所指出的,许多以文化或民族社群来当作法效力与法解释依据的学者,常常是把国家内的人民用一种实质文化价值的观点来理解,认为只有符合特定想法或价值观的人才是宪法所说的人民,并用这种方式来建造一种同质的宪法概念。^[47]

由以上简短的说明,我们可以看到魏玛共和时期的反法实证主义者如何透过一种实质的人民概念(唯有具备特定文化与历史特征的人民,才是宪法与人民主权的效力来源)来导引出一个实质的文化概念,并且以此来证立与解释法。这种实质的人民概念成为国家与民主制度的前提,而宪法则是这种实质人民的创造物,在实质的人民创造下,宪法不是单纯的法律条文,而是一种与人民生活文化紧密相关的现实,目的在于保护或创造一个新的人民社群。^[48] 在反法实证主义者的努力下,一种实质的宪法概念成为国家学与法学讨论的关注焦点,也影响到对于实证宪法条文的解释。^[49] 这种实质的宪法概念,想把整个法秩序与现实上民族国家的发展结合起来,宪法的重点不在于限制国家权力或保障人权,而是在于维护整个民族社群来建立一个同质的民族国家,社会上存在的多元利益与价值观,必须被整合成一个统一的民族社群(无法整合的因素应该被排除),^[50]而民族社群所创造的文化价值,则具体填充了宪法的内容,解释了实证宪法条文(或一般法

[42] 最典型的是凯尔森的主张。参见钟芳桦:《凯尔森:〈纯粹法学第一版〉导读》,载《台湾法学》2011年总第187期,第123~124页。

[43] 前注[30],钟芳桦文,第177~181页。

[44] 参见前注[39],Gangl文,S. 27 ff.

[45] 参见前注[25],Schmitt文,S. 413 ff.

[46] 参见 Michael Stolleis, Im Bauch des Leviathan: Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus, in: ders., Recht im Unrecht: Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus (1994), 2. Auflage, 2006, S. 130-134. 少数的例外如黑勒。黑勒是支持议会民主的反实证主义者。

[47] 参见前注[24],Oliver Lepsius书,S. 13 ff.

[48] 参见前注[32],Grimm书,S. 149-151.

[49] 如对魏玛宪法第109条平等权的解释。参见 Erich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung (1927), in: ders., Gesammelten Schriften: Rechtsidee und Recht, Bd. 3, 1960, S. 249 ff.

[50] Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung (1931), 4. Auflage, 1996, S. 71 ff.; Smend, Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 1955, S. 222.

律)中的不确定概念^[51]。这形成了本文所说的“实质的民族宪法观”。

这种“实质的民族宪法观”提供了宪法优先性的学理基础。藉由实质宪法概念所带来的宪法优先性,反实证主义者所想要达成的政治目的(反议会主义)可以获得一种学理上的说明。^[52] 现实议会政治的缺陷,经由民族社群所创设的宪法来克服,宪法的优先性不是单纯基于法位阶上的框架拘束,^[53]而系来自人民主权,从实质上对于议会民主所立的法律拘束。议会法律不能违反这个实质宪法概念的内容。也就是说,人民创造的实质宪法内容,压制了议会民主。这带来一个许多反实证主义的法学者所意图达到的目的:用人民所创造的实质宪法内容来压制积极公民经由议会决策过程所表达出来的意见。用人民之名来反议会民主。主张实质民族宪法观的学者回溯到卢梭的观点,认为民主就是要求将国家权力溯源到人民此一集体主体,议会不足以达成这样的任务。^[54]

这种实质化的宪法概念在魏玛共和时期的发展,影响到后来纳粹时期的德国法学。^[55] 在二次大战结束后,实质化的宪法概念并没有随着纳粹的崩溃而消失,反而以新的面貌出现,重新影响了战后的德国基本法秩序。

(三) 魏玛方法论争的遗产:宪法实质化与民主的同质基础

魏玛共和时期反实证主义的思想,在德国基本法时期,仍然具有相当大的影响力。而反实证主义者所主张的民族国家实质宪法概念,更具体影响了当代德国公法学的思维。虽然基于纳粹的负面影响,德国当代的公法学界不再有人明显地反对自由民主秩序,也不会有人否定议会民主与政党体制,而多元主义与人权更是许多公法学者所强调的宪法价值。但是,“实质的民族宪法观”仍然在当代的公法学界扮演了相当重要的角色,影响产生了下面三种思维:

第一,所谓“法律宪法化”(die Konstitutionalisierung des Gesetzes)的思考。这种想法将法律(与所有国家行为)当作宪法的具体化,认为宪法的实质内容应该影响并拘束立法者所立的法律。从宪法条文与宪法所蕴含的实质价值中,可以导出对于每个立法政策应该怎样做的答案。^[56] 这种想法最典型的例子就是所谓的“基本权客观价值秩序”^[57]。这种实质的宪法概念,相当程度上受到“实质的民族宪法观”的影响,所谓的客观价值,往往被认为是民族国家内民族社群的共同价值。^[58]

第二,批判“法律宪法化”的学者,往往也有许多人接受了“实质的民族宪法观”,特别是施密特

[51] 参见 Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens (1934), 2. Auflage, 1993, S. 17-18.; 前注[24], Lepsius 书, S. 58-59.

[52] 参见 Kurt Sontheimer, Antidemokratisches Denken in der Weimar Republik (1978), 4. Auflage, 1994, S. 147 ff.

[53] 这是凯尔森的看法,见 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (1934), 1. Auflage, 1994, S. 74-75.; Hans Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtbarkeit (1929), in: H. Klecatsky/R. Marcic/H. Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 2, 1968, S. 1820 ff.

[54] 参见前注[12], Schmitt 书, S. 205.; 前注[24], Lepsius 书, S. 61.

[55] 参见前注[24], Lepsius 书, S. 379 ff.; 前注[32], Grimm 书, S. 151-152.

[56] 参见 Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzrechts, NVwZ 1984, S. 401-409.

[57] 参见张嘉尹:《论“价值秩序”作为宪法学的基本概念》,载《台大法学论丛》2001年第30卷第5期,1~32页。

[58] 参见 Kahl, Grundrechte, in: Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 826-827.

学派的学者,^[59]表面上他们反对把宪法(特别是基本权条款)变成一个价值秩序,认为“法律宪法化”让民主政治失去应有的空间,但是,他们所想象的民主政治,只能在依据“实质的民族宪法观”所架构起来的人民社群内进行,也就是说,如果没有这种依据“实质的民族宪法观”的语言、文化与历史的同构型,民主政治无法进行。^[60]这样的想法其实还是依据“实质的民族宪法观”^[61],他们只是反对“法律宪法化”的走向会造成法官治国的结果。^[62]

第三,在法学方法论上,通行的法学方法论仍维持“社群价值原则是解释与填补漏洞最终依据”的想法,这个想法起源于魏玛共和,仍然预设了民族社群所共同认同的文化价值才是法的解释与证立依据。^[63]

这三种想法都或多或少接纳了“实质的民族宪法观”,只是他们巧妙地把基本法秩序所坚持的民主自由立场,纳入这个实质的民族宪法观中。也就是说,不再如同魏玛共和时期有些反法实证主义者一样,去主张“来自西欧的自由民主不能适应德国独特的文化价值”。但是,“实质的民族宪法观”仍在基本法时期扮演了两个角色:对内,“实质的民族宪法观”把特定的价值当作社会共识,从而排除了对于少数意见与价值的保障;^[64]对外,“实质的民族宪法观”认定本国的自由民主秩序构成了排除国际法或欧盟法影响的依据,用维护民族社群内自由民主秩序的说法,抵制了国际法或欧盟法对德国法秩序的直接影响。^[65]

三、托依布纳从社会理论与知识理论角度的批判： 多元主义的社会立宪构成论

(一) 无法包含社会的国家:系统论对国家社会关系的重构

托依布纳在近十几年来,努力在建构一个足以说明跨国法现象的私法理论。然而,他从社会理论的立场出发,在建构一个跨国私法理论的同时,也批判了德国既有的“实质的民族宪法观”。“实质的民族宪法观”的想法,一直预设了“社会等于民族国家领域内非政治制度的部分”或“社会等于受到国家统治的人民”这两种对于社会的想法。相对之下,国家的构成就是统合社会,统治社会。这样的国家与社会关系,反映了近代欧洲民族国家所形成的一种政治关系:国家机构尽可能将统治力延伸到管辖范围内的所有事物。^[66]而“实质的民族宪法观”往往希望将国家建立一个民族社群,民族社群形成的文化价值,就成为国家施政与法证立的依据。

[59] 如博肯菲尔德、福斯托夫等。基本法时期的施密特主义者,可见前注[13],Günther书,S. 112 ff.

[60] 参见前注[12],Ernst-Wolfgang Böckenförde书,S. 359-360。

[61] 如毛斯所批评的,这是一种建立在神秘国家统一性上的民主观。参见 Ingeborg Maus, Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie, 2011, S. 34.

[62] Ernst-Wolfgang Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgericht, 2011, S. 219-220.

[63] 典型的代表是拉伦兹(Karl Larenz)。见 Larenz, Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, 1979, S. 23 ff. 另外可参见 Stern, Staatsrecht I, 2. Auflage, 1984, S. 96-97.

[64] 例如德国联邦宪法法院的“血亲相奸案”判决。参见 Shu-Perng Hwang, Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung: Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Auseinandersetzung von Gärditz und Zaczyk, Der Staat, 51(2), 2012, 233-250.

[65] 参见 Paul Kirchhof, Begriff und Kultur der Verfassung, in: Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 111-112.; Horn, Demokratie, in: Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 774.

[66] 这种想法产生了“国家高于社会,国家利益高于社会私益”的想法,这毋宁是受到黑格尔很深的影响。

然而,由系统论的角度来看,这种看法难以符合现代社会的特征。也就是说,从系统论社会理论的分析,现代社会早已经依据功能分化的方式,分裂成多个依据各自的理性标准而形成的系统,各个系统彼此之间无法直接相互干预,只能经由自己对环境的认知想象其他系统如何工作。^[67] 基于系统分化的观点,不可能存在为社会所有人民都一体服从的文化价值。

更进一步来说,“实质的民族宪法观”也往往把国家与社会之间的关系看得过度简单。从功能分化的角度来看,社会不可能仅仅是国家领域内不属于国家统治机构的部分,而应该相反,国家(作为政治对自己的描述方式)只是社会分化出来的多个系统的一部分,国家也不可能代表社会全部。^[68] 国家与社会之间的关系,也不会仅是一种统治主体与客体之间的关系,国家如果要将社会当作管理的对象,必须注意到社会并不是一个单一整体,而是多个功能系统的集合。国家所谓对社会的控制,在功能分化社会中,是国家与多个不同系统(如经济、宗教等等)之间的相互关系,无法单凭国家(政治或法的理性)全面性地操控其他系统的发展。^[69]

而“实质的民族宪法观”对于国家的看法,也忽视了政治与法律两者不同之处,一定程度上轻忽了法律的自主性。“实质的民族宪法观”把宪法的实质内容诉诸所谓的民族社群文化,但是往往变成利用这种说法来破坏法的自主性,破坏了法治国(以法来限制政治)的理想。^[70] 系统论的法理论延续了凯尔森的纯粹法学,想从社会理论的层面证明法自主性的存在。但是,系统论(跟纯粹法学一样)并非忽视社会其他系统对于法自主性所可能产生的影响。所谓“系统对内封闭,对环境讯息开放”(或说“规范上的封闭性,讯息上的开放性”)的说法,正是指出了法决定过程无法不去考虑环境讯息。^[71] 但是对环境讯息的考虑,不代表要去除法系统自主的要求。“实质的民族宪法观”对于纯粹法学形式主义的批评,就是因为误认为考虑到环境讯息就必须放弃对法自主性的要求,进而把法自主性当作是形式空洞的说法。^[72]

托依布纳对于“实质的民族宪法观”的批判,除了指出这种宪法观对于社会的看法过度简化外,也批评了它藉由民族社群所架构起来的整体理性观点。“实质的民族宪法观”认定民族社群的文化价值或政治上的存在是国家追求的最高福祉与利益,而如何判断此一福祉与公共利益,便系诸君主或领袖的理性。君主与领袖的理性,是来自他们是整体民族的代表。^[73] 这样的看法等于认同民族社群中可以找到一个单一的理性标准。但是系统论否定这点。系统论的知识理论持一种多元理性的看法,每个分化出来的系统都有各自的理性,没有一个系统的理性可以取代其他系统的理性,也没有整体社会所公认的理性。在这样的想法底下,君主或领袖所依据的民族社群理性便不可能存在。系统论倾向认为,“实质的民族宪法观”的理性观其实是一种政治理性观,想用政治理性(政治权力极大化)的观点,将其他的社会理性加以统合压制。而这种作法只会造成社会更

[67] 参见 *Luhmann, Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Bd. 2, 1999, S. 743 ff.

[68] *Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, 1981, S. 22-24.

[69] 参见 *Fischer-Lescano und Gunther Teubner, Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006, S. 10 ff.

[70] 参见前注[16], Teubner书, S. 89.

[71] *Luhmann, Das Recht der Gesellschaft*, 1995, S. 76-77. 钟芳桦:《鲁曼〈社会中的法〉导读》,载《台湾法学杂志》,2012年第201期,第99页。

[72] 参见 *Stanley L. Paulson, Zum “Formalismus”-Vorwurf im Weimarer verfassungsrechtlichen Richtungsstreit*, in: *Jan-R. Sieckmann* (Hrsg.), *Verfassung und Argumentation*, 2005, S. 33-38.

[73] 参见前注[30], 钟芳桦文, 第289~297页; Thornhill, “Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the Modern Form of the Political”, *10 European Journal of Social Theory* (2007), 499, 503.

多的问题。^[74]托依布纳的社会立宪构成论指出,一个社会如果要有良好的运作,必须能让各系统的理性不会极大化,不会有任一个系统理性可以消灭其他系统理性。这可说是一种“生态学式的理性观”。^[75]

(二) 新的民主观:对人民主权概念的重构与重视自发政治

托依布纳进一步从政治社会学的角度出发,批评了实质民族宪法观对民主的看法。实质民族宪法观对民主政治的讨论,着重在如何让社会上的人们能真正团结成一个民族社群。^[76]所谓的“人民主权”,就是把整个政治统一性拟人化成人民;政治的目的是让有特定同构型基础的民众,能经过政治的过程,形成一个团体一致的意见。这个意见的内容一定会跟民族社群的价值观是一样的,因为人民本来就是这个民族价值的主体。^[77]

这种把人民主权/民主与特定民族社群相连结的看法,从托依布纳的理论来看,充满了许多问题。托依布纳首先质疑了民族社群这样的想法,在一个(后)现代的多元社会中,恐怕不可能存在。^[78]事实上,如同主张民族实质宪法观的许多学者所承认的,同质的民族社群目的就是排除民族社群中的异质异见。^[79]但是在多元功能分化的社会中,政治本身就无法排除因为其他理性而产生的沟通观点。

进一步,托依布纳解构了人民主权的概念。人民主权,由系统论的观点来看,主要的功能仅在于解决所谓起源吊诡(创立吊诡)的问题:如果我们要追问法的效力来源,那么不可避免陷入下面的两难,法如果依据法而获得效力依据,那么还是没有回答先前制定的法或上位阶的法效力的依据为何。这样不断追问下去,会陷入无限后退的困境,所以只好用一种不属于法的说法来证立法的效力。主权便是这样的一个概念。^[80]从政治的观点来看,主权则扮演了一个创立者的角色,藉由创立者的概念,来解释并证立现实的政治秩序。人民主权便是想用人民来当作主权的主体。^[81]而何谓“人民”?这本来就是把集体拟人化的结果。^[82]事实上,人民主权的说法,仅仅是指出了现代政治的自我指涉特征:政治用人民主权来证立自己,但是,人民主权所说的人民,却又是政治自身所建构出来的结果。进一步推衍托依布纳的看法,我们可以看到,依据人民主权而架构起来的创立神话,把民主完全跟民族社群相等同,往往遮盖了现实上民主政治如何进行的问题。^[83]而主张民族实质宪法观的许多学者本来的目的就是要让人忽视现实政治与所谓“人民”的关系,听任执政领袖用人民作为忽视民意的借口。^[84]

[74] 参见前注[16], Teubner 书, S. 54, 234.; Fischer-Lescano, “Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule,” in *Galf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch and Peer Zumbansen* (eds.), *Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag*, S. 65.

[75] *Wielsch*, *Die epistemische Analyse des Rechts. Von der ökonomischen zur ökologischen Rationalität in der Rechtswissenschaft*, in: *JZ* 2009, S. 67-77.

[76] 参见前注[50], Smend 书, S. 221-222.

[77] 参见前注[12], Schmitt 书, S. 237-238.; 前注[30], 钟芳桦文, 第 269~279 页。

[78] 参见前注[16], Teubner 书, S. 111.

[79] 参见前注[50]所引文献。

[80] 参见前注[16], Teubner 书, S. 101-102.

[81] 参见前注[16], Teubner 书, S. 101-102. 托依布纳指出了“我们人民”(we the people)等类似概念提供了创立神话,藉此解释既存的政治秩序。

[82] 参见前注[16], Teubner 书, S. 112-113.

[83] 参见前注[16], Teubner 书, S. 115-116.

[84] 参见前注[30], 钟芳桦文, 第 288~290 页。

托依布纳指出,回到政治社会学的角度来看,民主政治的重点应该落在集体政治决定如何形成,特别是不断自我反思政治决定形成过程中,各个人有无被包含进入政治过程。^[85]这种包含政治的理想,使得托依布纳进一步指出,讨论民主政治的问题时,不只要注意制度化的政治层面,更要注意自发性的政治沟通。前者涉及国家形式组织的民主问题(选举权、议会民主等等),而后者则是指各种社会运动与现实上的民主参与。^[86]托依布纳认为,社会各个系统并不能化约成特定的形式组织(如经济系统不能化约成公司;法系统不能化约成法院),政治也不例外。政治系统的沟通不能忽视非组织、非建制(制度化)的政治沟通层面。托依布纳称之为自发的沟通。这些自发的沟通,有助于提醒形式组织,发现形式组织内部沟通所无法发现的问题。^[87]基于这样的观点,托依布纳重视自发性政治沟通对于政治的作用。自发性政治沟通诱发系统对于过去沟通做更多的反省,特别有助于阻止政治权力过度自我扩张,伤害社会其他次系统的自我发展与个人的身心整合。^[88]

更进一步来说,托依布纳也指出这种自发性沟通对于其他社会次系统的影响。社会各系统内的自发性沟通(如经济系统内的消费者运动)也会促使各个系统不至于过度扩张自我的理性,从而破坏了社会的多元理性。例如消费者运动可以阻止厂商过度地依据自我经济理性计算,破坏环境或剥削小农。^[89]基于这样的主张,托依布纳扩张了政治的概念,指出政治不一定指关联到政治权力分配的沟通,而可以指向各个次系统内部权力的分配。当各个社会次系统内部受到自发性沟通的冲击,自我限制理性的过度扩张,便会降低整个社会各系统理性之间的冲突可能性与强度。托依布纳这样的看法,响应了一种社会民主化的理想。^[90]托依布纳所追求的民主,不只是人民参与国家权力(加入组织化、建制化之政治沟通),也不只是人民通过社会运动促成政治的改变,更包含可以通过社会各系统中自发性沟通的力量,自我限制社会中个别次系统的理性,防止形式组织理性无限的自我扩张。

托依布纳的社会民主理想,使得他不希望将政治的概念与国家等同,甚至于也不希望把政治的概念完全限缩到政治系统的范围内。^[91]社会民主的理想,更进一步让托依布纳把关注的焦点不再放在“国家组织内是否符合人民此一集体主体想法”,而是注重如何利用社会民主的力量,透过各个次系统内部的政治化,让各个次系统的运作都能符合公共性的理念。^[92]这样的想法其实又带有将社会彻底政治化(至少是将政治带入社会各个次系统中)的意义。只是这种政治化并非如同施密特这位民族实质宪法观主要思想家所想的,是要动员社会的一切来支持政治统一性(民族国家)的存在,^[93]而是要让社会的各个次系统(特别是其中的形式组织)负起更多的社会责任(也就

[85] 参见前注[16], Teubner 书, S. 202。类似的观点参见前注[61], Maus 书, S. 42-43。双方都是要追求“由下到上的立宪构成论”(Constitutionalism form below)。参见前注[16], Teubner 书, S. 142-143。

[86] 托依布纳相当重视社会运动等自发性政治沟通的意义,这点与卢曼不同。卢曼怀疑社会运动跟参与对民主与政治的意义是否有像支持者所说得那么高。Supra note [73], Thornhill, 500。

[87] 参见前注[16], Teubner 书, S. 141-142。

[88] 参见前注[16], Teubner 书, S. 210-211, 218-219。

[89] 参见前注[16], Teubner 书, S. 182-184。

[90] 参见前注[16], Teubner 书, S. 185-186。

[91] 参见前注[16], Teubner 书, S. 186。

[92] 参见前注[16], Teubner 书, S. 187-188。

[93] Carl Schmitt, Positionen und Begriffe; im Kampf mit Weimar—Genf—Versailles 1923-1939 (1940), 3. Auflage, 1994, S. 160。

是自我限制,不以自我理性计算的无限扩张为目的)。^[94]基于这种社会民主论,托依布纳把宪法的问题跟国家脱钩,宪法可以是各个次系统内部自己对于内部政治的反应,由各个次系统自我创立。只是此时的创立,也不是因为要用创立的神话来遮掩系统内运作的问题,而只是当作一个“宪法时刻”,说明各个社会次系统宪法为何会有必要达成公共性的理念。^[95]

(三) 多元理性:宪法多元,法多元

实质的民族宪法观相信民族社群的价值是所有国家法的创立依据与判准。如同前述,这种想法系认为可以在民族社群中找到唯一的理性标准(民族精神)。法应该依据这样的理性标准而产生。也因此,实质的民族宪法观相信国家可以找到唯一的理性标准来裁决社会的利益冲突,并将社会结合成一个民族社群,排除与民族社群不合的其他价值。唯一的理性、唯一的法与唯一的宪法,这些共同组成国家,由国家统御社会的各个层面。^[96]

托依布纳的社会立宪构成论则指出这种观点的问题。社会立宪构成论(以及系统论)从一开始就否定了单一理性的想法。如同前面提到的,托依布纳的理论认为社会中并没有办法找到唯一的理性标准,社会多种分化的功能系统,相应的有多种不同的理性存在,这些理性彼此之间无法相互取代。所谓民族精神也只是一种神话。如果我们不能去设想一种以唯一理性为标准,统治所有社会分化多元理性的政治或整全理性,那么实质民族宪法观所预设的想法(由上到下,由民族社群统一的文化理念来当作所有国家与社会行为标准)就难以成立,取而代之的思考是如何在多元理性的背景下,解决这些理性的冲突问题。^[97]

如同前面所提到的,托依布纳的社会秩序理念并非放任社会各次系统的理性相互对立冲突,而是要找出这些理性发生冲突时的解决之道。只是这种解决的方式不可能是由民族国家发展出来的民族精神。也不可能是任何一种社会理性。^[98]多元理性之间的冲突,只能透过架构出一种冲突规则,这些规则能注意到其他理性的存在,并让自己的理性能考虑到其他的理性,从而可以在多种理性的相互观察与相互自我抑制的过程中,防止系统理性之间的冲突破坏了社会的多元系统。^[99]

经由多元理性之间需要建立冲突规则的需求,托依布纳建立了一个新的宪法多元论与法多元论观点。托依布纳所说的宪法多元论与法多元论,并不是指民族国家各自有各自的宪法与法理念(这毋宁是实质民族宪法观的期待),^[100]也不是像早期自由法学者一样,主张社会多元习惯所形成的法多元论。^[101]托依布纳所说的宪法多元论与法多元论可以分成描述与规范两个层面。在描述层面上,他所提出的宪法多元论与法多元论指出,除了国家之外,还有许多不同的组织会提出一些法,这些法并不是由国家所创造,也不需要国家法的支持便可以为众人所接受。^[102]在规范上,他所

[94] 参见前注[16], Teubner 书, S. 187。

[95] 参见前注[16], Teubner 书, S. 132。

[96] 参见 Teubner/Peter Korth, *Zwei Arten des Rechtspluralismus: Normkollisionen in der doppelten Fragmentierung der Weltgesellschaft*, in: *Mathias Kötter/Gunnar Folke Schuppert* (Hrsg.), *Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe. Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies- und jenseits des Staats.*, S. 151.

[97] 参见前注[69], Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书, S. 16-24。

[98] 例如不可能用经济理性来解决所有的理性冲突问题,参见前注[16], Teubner 书, S. 56 ff。

[99] 参见前注[69], Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书, S. 170-171。

[100] 如施密特所主张的理论:由各民族具体秩序为基础的大空间理论。参见前注[93], Carl Schmitt 书, S. 338, 342 f。

[101] *Eugen Ehrlich*, *Gesetz und lebendes Recht: Vermischte kleinere Schriften*, 1986, S. 233.; *Thomas Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 4. Auflage, 2007, S. 74 ff。

[102] 参见前注[69], Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书, S. 88-89。

说的宪法多元论与法多元论则是一种多元理性脉络下,维护社会秩序所需要的处理方式,也就是多元法体制(Regime)^[103]与处理多元法体制之间的冲突所需要的冲突规则。多元的法体制表示每个体制都有特定的宪法,并且形塑了特定的法生产方式(如英国法学家哈特所说的次级规则)。^[104]而当这些法体制发生冲突时,并没有办法完全通过民族国家制定的法或宪法来解决。这是因为各个法体制的自主性,让民族国家制定的法或宪法无法控制。只能期待各个法体制能基于社会民主或能自律地形塑出一种社会次宪法,基于这种次宪法,让各个法体制能站在自己的自主性中考虑到其他的法体制,从而建立适当的冲突规则,协调各法体制。^[105]

托依布纳对社会多元法体制问题的说明与描述,再次批评了实质的民族宪法观的社群幻想,也否定了以民族社群价值观来统合社会冲突的可行性。而多元法体制的存在,也指出实质的民族宪法观的另一个问题:民族国家无法封闭国界,也无法封闭文化与社会沟通。世界社会变成实质的民族宪法观难以处理的问题。

四、托依布纳从世界社会角度的批判： 跨国跨文化的宪法，从实质到功能的转变

托依布纳也从世界社会的观点,批评了实质民族宪法观,就这部分来说,托依布纳的批评焦点在于实质民族宪法观所想象的“民族社群(国家)不可穿透”的想法。

(一) 跨国与跨文化:从不可穿透的国家宪法观到世界社会的法沟通

实质民族宪法观预设了“民族社群(国家)不可穿透”的想法,这种想法包含两个层面。第一个层面是经验上,虽然民族社群(民族国家)的疆界并非不能穿越,国家或民族之间也必然会有交往,民族国家的疆界内也会有少数民族定居,但是实质的民族宪法观会认为,民族的共同文化与历史等经验,会让民族内成员产生特定的想法与价值观,从而让民族国家内的法与文化会有相当独特的性质,外地产生的法并无法真正影响到民族成员的想法与行为。第二个层面是规范上,民族国家的成员应该要遵循自己民族社群所产生的文化与价值观,外地产生的文化价值观是异己的,不应该为民族成员或民族国家所继受。而也因为法与文化必然是在地形成的,因而不会有普遍的通用于全世界的法,也就是否定普世主义的法的效力。^[106]

这种观点预设了民族国家疆界内,在地的交往沟通比起疆界外的沟通,对于个人的人格有更大的影响力。而日常的沟通媒介(语言、文字)则塑造了人的行为特征。长久过去的惯行(习惯)成为个人行为与人格发展重要的限制因素。在这些理解上,一种带有神秘性的民族精神,成为国家(民族社群)的发展轨迹与依据。外来的法对本地人民的影响只能基于国家的强制力,甚至经常是没有实效的。^[107]

但是,正如托依布纳所质疑的,这种观点真的符合现实吗?透过托依布纳理论的观察,我们可

[103] 参见前注[69], Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书, S. 18.; 张嘉尹:《系统理论对于法全球化的考察》,载王鹏翔主编:《2008 法律思想与社会变迁》,台湾翰芦出版社 2008 年版,第 119 页以下。

[104] 参见前注[69], Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书, S. 43-44.

[105] 参见前注[69], Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书, S. 54-56; 前注[16], Teubner 书, S. 236-237.

[106] 如施密特所说,法治国思想与自由主义不是德国文化的产物。见 Carl Schmitt, Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist, in: DJZ 41/20 (1936), Sp. 1193 ff.

[107] 因此许多持实质民族宪法观的学者,会认为国家所制定的实证法,如果没有符合民族社群的精神,并没有真正的实证性可言。参见 Julius Binder, Grundlegung Zur Rechtsphilosophie, 2010, S. 204.

以看到,在功能分化社会内,功能系统内的沟通往往可以跨越国界而存在,我们很难认为国界的区分可以界分所有社会生活领域的关系;^[108]也就是说,在功能分化社会中,沟通往往指向功能系统内的其他沟通,至于这个沟通可以归责的个人所在何处,并不重要。现代社会各种沟通交往经常是超越国界的(也就是说,社会变成一种世界社会,而不再能用民族国家的疆界来划分社会的界线)。^[109]法也不例外。现实上已经可以看到许多私人跨国组织的立法,往往超越了国界,成为许多不同国家法的依据。^[110]另一方面,法专业的存在,也使得外国法系统的沟通很容易影响到本国法系统的沟通。^[111]世界社会下,法论述往往会不受民族国家疆界的限制,^[112]外国法的讨论很容易影响到本国法的讨论,从而改变了本国法的运作。^[113]在这种情况下,很难说一个国家的生活关系完全不受到跨国组织立法或外国法的影响。

当然,针对这些质疑,主张“实质的民族宪法观”的学者可以反驳说,本来他们并不否认现实上本国国会引入外国法,他们只是认为这种外来法并没有真正实效。这样的说法主要是依据“法必须依据民族社群内的文化价值(民族精神)”的想法,建立在法跟特定民族文化有紧密依附关系的假定上。但是这个假定其实并不符合现实。首先,法跟文化的关系并不像主张“实质民族宪法观”的学者所想象得那样紧密。如同托依布纳所指出,现今民族国家内,已经不可能有文化与法的全面联结。^[114]往往许多法规范并不是基于传统而产生,^[115]也不是来自习惯。^[116]

针对法与文化之间的关系(特别是针对所谓现代功能法与传统文化习惯法之关系),托依布纳并没有否认文化对法的影响。但是,这种说法并不能直接推导出,基于各民族的文化传统不同,所以一个民族产生的法绝对不可能为另一个民族国家的法秩序所接受。^[117]姑且不论民族、传统这些概念的虚拟性,^[118]即使承认民族有传统,也不代表民族不会产生新的需要,从而必须产生新的规范。托依布纳不赞同直接把法与文化的关系,用静态不变的“现代/传统”对立来描述。因为文化本来就是会不断地发展,而任一文化的发展过程,常常会混杂了许多的外来文化;各种文化同时存在的现象,也会让许多所谓的“传统文化”杂入了现代文化的因素。^[119]所以托依布纳批评了所谓“非历史的法文化多元主义”。^[120]而这种“非历史的法文化多元主义”不过就是民族精神说的现代变形。

托依布纳并非一个无条件的现代化论者。他也认同现代化以及全球化的过程,有可能伤害到

[108] 参见前注[69], Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书, S. 25-26。

[109] 参见前注[103], 张嘉尹文, 第 100 页以下。

[110] 参见前注[96], Teubner/Peter Korth 文, S. 148。

[111] Teubner, Rechtsirritationen: Der Transfer von Rechtsnormen in rechtssoziologischer Sicht, in: Jürgen Brand/Dieter Stempel (Hrsg.), Soziologie des Rechts: Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, 1998, S. 240-241.

[112] Teubner, “Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society”, in: Gunther Teubner (ed.), *Global Law Without a State* (Dartmouth, 1997), p. 13; supra note [111], Teubner, S. 238.

[113] 参见前注[111], Teubner 文, S. 242。

[114] 参见前注[111], Teubner 文, S. 240-241。

[115] 参见前注[112], Teubner 文, p. 7。

[116] 参见前注[112], Teubner 文, p. 17。

[117] 参见前注[111], Teubner 文, S. 240-241。

[118] 参见前注[67], Luhmann 书, S. 1048-1049。

[119] 参见前注[16], Teubner 书, S. 242。

[120] 参见前注[16], Teubner 书, S. 253-254。

在地的文化。^[120] 只是这个问题不应该与民族国家不接受国际法或跨国法的理由相混淆。托依布纳所讨论的问题,其实是在地的少数民族文化,是否会因为跨国法体制或现代功能分化系统(法或政治)而受到过度的侵害。面对这个问题,托依布纳也不赞同一种让原住民或少数民族文化“博物馆化”的想法(也就是保持原住民或少数民族文化不变或复古,如同把他们的文化变成博物馆的展示品),而认为,应该引入一种“文化发展程序”基本权,藉由基本权这种社会制度(而且是起源于欧洲的社会制度)来支持原住民或少数民族文化能自主发展。^[122] 而这个问题并不能成为民族国家反对受到国际法影响的理由,因为往往民族国家自身就是破坏这些原住民或少数民族文化的元凶。民族国家与区域文化两者在功能分化社会中,本来就无法等同(无法将民族国家的政治逻辑等同于民族社群内的文化,更不用说国家领域内往往有多种不同的文化存在)。

(二) 生态学式的人权观:人作为世界社会的环境

“实质的民族宪法观”之所以会认为一个民族社群的人民无法真正服从外来的,不合乎民族精神的法律,其实预设了近代西方社会理论“个人组成社会,社会影响个人”的想法。跟当代的社群主义者类似,主张“实质的民族宪法观”的学者认为,由于个人会受到自己生存的社会的的影响,因而个人在人格养成的过程中,会受到其所在社会文化的形塑。因此,不可能存在一种独立于所有不同社会文化的主体,更没有办法用这种道德主体来支持一种普遍主义的道德与人权观点。^[123]

但是“个人组成社会,社会影响个人”这样的理论,并没有深入地去检讨这样的想法为什么在社会上会出现,成为社会理论的重要说法。反而因为这样的想法相当符合经验直觉,所以就不会特别成为社会理论分析的对象。系统论倒置了过去“个人组成社会”的论题,认为“社会并不是由个人组成,而是由沟通组成”。这样的想法,并不是想由“个人组成社会并不符合感官经验”的理由,去反驳过去的社会理论,而是指出“个人组成社会”这样的想法,怎样随着过去的阶层社会分化方式而产生,而又怎样依附于个人主义语义在欧洲社会的兴起,转变成一种契约论的论述方式。^[124] 进一步来说,系统论无意主张下列的说法:“社会并不是由个人组成,而是由沟通组成”比起“个人组成社会”的论题,更合乎真理;而是指出前者也是一个社会演化的产物:当(欧洲)社会系统的分化方式由阶层分化,转变到功能分化,那么过去阶层社会基于出生、身份等方式认定的个别个人与社会的关联,在功能分化下,难以维持下去。^[125] 从而“社会并不是由个人组成,而是由沟通组成”的说法,更清楚地指出了“个别个人与社会”的关联,不再是一个自明之理,而是社会个别功能系统所要面对的问题。系统论指出,这个问题在现代功能分化社会中,被表述为包含(Inklusion)与排除(Exklusion)的问题。^[126]

系统论这种看法,因为对社会学过去的传统有相当大的挑战,加上批评人文主义社会观点所引起的道德质疑,常常引起许多的不解与批评。但是换个角度来看,系统论的说法,只是更清晰地指出了在许多功能系统自身已经注意到的问题。在政治系统中,包含与排除的问题表现在下列问题的讨论上:民族国家对国籍的限制、民主政治中的参与问题、福利国家的范围等等。而在法系统中,这个问题更早从民法对民事死亡制度、死亡宣告制度的设计突显出来。死亡宣告,就是当一个

^[120] 参见前注[16], Teubner书, S. 243 ff.

^[122] 参见前注[16], Teubner书, S. 251-253.

^[123] 参见 Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice* (2nd ed.) (Cambridge University Press, 1998), pp. 51, 62-64.

^[124] 参见 Luhmann, *Soziologische Aufklärung* 6, 1995, S. 231-234.

^[125] 参见前注[67], Luhmann书, S. 771.

^[126] 参见前注[124], Luhmann书, S. 253 ff.; 参见前注[16], Teubner书, S. 207 ff.

人的肉体尚未被确认死亡时,先用法律来判决他已经在法律上死亡(所以事后发现他没死,就可以撤销)。在这种情况下,更可以看出个别个人与法律上的人格之差异。而在德国,自19世纪末的实证法学,便已经反省到个别个人与法人格的不同,进一步指出法律上所谓的自然人跟法人一样,都是由法律创造出来的人格。^[127] 系统论的观点(社会不由个人组成,而是由个别功能系统的沟通组成)可以说就是把这些观察,在社会理论的层面上彻底化,指出功能分化底下,个别功能系统有他们自己筛选讯息或沟通的方式,不一定要关联到个别个人。

系统论在理论上将个别个人与社会切离,也分析出人作为身心系统与社会沟通系统的差别。这延续了社会学(以及德国实证主义法学)反心理主义的观点,^[128]不再把个人的心理当作一切社会行为的归因或规范评价归责的最终依据。系统论区分人(Menschen)与人格(Person),把前者描述成与社会切离开来的生物身体与心理系统;而认为后者是社会沟通的产物。一方面,人经由系统论“系统与环境区分”的想法,被描述成社会系统的环境,被当作一种“黑箱”(black box)来看待,^[129]社会无法完全清楚地察知个别个人的心里到底在想什么;另一方面,个别个人的心理系统与社会系统也不会是“一个口令、一个动作”的刺激反应关系,也难以期待个别个人可以完全整合入社会系统之中。^[130]

由于系统论切离了人与社会,也批评了过去主体概念的问题,从而一开始,系统论对于人权问题的讨论,就不会想把人权的基础建立在道德主体上。由于反对一种永恒的道德主体或人性本质的想法,系统论也不会认为人权是一种具有永恒正确性的观点,而是认为它就是社会演化到一定阶段后,为了解决特定问题的产物。^[131] 而虽然系统论并不像一般所评价的那样忽视道德的重要性,但是,系统论并不认为道德是每个功能系统所重视的首要问题。相反地,功能系统有自己的理性脉络,这不是道德所能处理的。所以,系统论反对把道德当作各个功能系统运作标准的看法;^[132] 反过来说,系统论强调,道德在社会上有其重要的地位,并不能化约到各个功能次系统的运作过程中,也就是说,功能系统的运作是无关道德的。^[133] 在讨论人权问题时,系统论并没有把人权跟道德联结在一起,也就是说,系统论不会把人权的问题当作一种道德的问题。

托依布纳将一般所说的人权区分成人权(Menschenrechte)与基本权(Grundrechte)两种。^[134] 不管是人权还是基本权,都是为了因应功能分化之后所产生的问题而出现。人权这种演化的成果,主要的功能有二:一个是透过人权,法系统的沟通与运作与一个人相联结,经由人权,个人的心理系统可以构成对于法系统的扰动,特别经由诉讼这个法系统的沟通,个人心理所选择出来的

[127] Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt. 2. Auflage, 1981, S. 256-257.

[128] 参见 Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methoden, 1911, S. 32 ff.

[129] 也就是我们只能由外在描述一个个人的心理,看到他受到什么刺激而产生什么反应,但我们不知道为什么会产生这些反应,甚至也不一定确保同样的刺激一定会产生同样的反应。参见前注[124], Luhmann 书, S. 59-60。

[130] 如同卢曼一样,托依布纳也区分开人(身体与心理系统)与社会系统。见 Teubner, Law As an Autopoietic System (Blackwell Pub, 1993), p. 86.

[131] 参见前注[124], Luhmann 书, S. 231 ff.

[132] 以法系统中,法与道德关系的问题为例,系统论的立场就比较接近 Kelsen 的法实证主义理论,认为法与道德根本就是不同的东西,不能用道德来处理法的问题。

[133] 参见前注[67], Luhmann 书, S. 1043.

[134] 基本权的用语来自德国法学的说法。但是一般德国公法学界所说的基本权包含了自由权等个人权利,甚至受到个人主义的影响,尽可能把所有的基本权当作个人权利的一环。但是托依布纳与卢曼一样,都指出可以有非个人的基本权。

诉讼与否的运作,可以影响到法系统,促成法系统的变动与演化。也就是说,人权成为对于法系统环境的感知方式。^[135] 人权这种功能,跟正义的功能相当类似。现实上,我们也常常看到许多正义的宣称,是建立在人权上。也就是说,正义可以透过人权(这是已经建制在法系统中的合理性论述),把过去不被感知的环境讯息引入法系统的沟通中。^[136]

第二个功能,则是避免法系统与政治系统过度扩张与膨胀,导致法系统与政治系统用自己的理性逻辑,破坏其他功能次系统与环境(特别是作为社会系统环境的人),导致社会的功能分化为之崩解。托依布纳强调人权有一个重要的目的,要去阻止个别功能系统或法体制过分扩张,从而破坏了作为社会沟通环境的生命与心理系统。^[137] 托依布纳对人权的讨论,着重在对于身体与心理系统整全性的保障。藉由这个观点,他也进一步反驳了“系统论是反人文主义者”的批评。^[138]

由于系统论区分开生命系统、心理系统与社会系统,因此,人权的议题并不是直接来自人本身,而是在人感知到自己身体或心理的痛苦(或痛苦可能性)后,藉由心理系统与社会沟通系统的结构链接,影响到社会系统的沟通。^[139] 也就是说,人权并不是直接属于外于社会系统的人。然而外于社会系统的人,所拥有的身体与心理整全性的保障,属于人权的探知对象。任何对人所带来的身心痛苦,都有可能通过人权的论述,影响到法系统,并且藉由人权对合法非法决定论证的地位,促使其他社会系统在考虑到法系统(作为其他功能系统的环境)时,必须考虑到人权的问题。^[140]

由以上的讨论,我们可以看到,托依布纳将人权与个人身心系统区分开来的做法,并没有忽视了人的存在。相反地,这样的做法反而提供了将人权普遍到世界社会沟通的基础。只是这种普遍性并非因为人权建立在道德主体或人性本质而产生,^[141]而是来自社会共同面对的问题。特别是随着在欧洲社会所发展出来的国家典范(权力集中之组织暴力)扩散到全球,从而当初欧洲社会所面对的重要问题也随之成为全球性的问题。这个问题就是国家想用自己的政治理性与权力逻辑,来处理解决区域内的所有问题,并将所有政治系统的环境(包含其他功能系统与人)都纳入政治系统的处理范围,进而导致破坏了其他系统的理性。这种政治系统过度扩张的趋势,不仅破坏了社会其他功能系统的分化与独立性,也严重威胁了人之身心整全性。国家可以很随意地伤害人的身心整全性,或利用人来达成它的目的。^[142]而这正是人权所要防止的趋势。^[143]

由于人权保障的对象是前于社会的人之身体与心理整全性,而这个对象是所有(外于社会的)

^[135] Teubner, Die anonyme Matrix; Menschenrechtsverletzungen durch “private” transnationale Akteure, in: Winfried Brugger/Ulfrid Neumann/Stephan Kirste (Hrsg.), Deutsche Rechtsphilosophie zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 2008, S. 450.

^[136] 参见钟芳桦:《超越化的内在或内在化的超越?论新法兰克福批判法学派对于法与正义关系的分析》,载《政治与社会哲学评论》2011年第39期,第148页。

^[137] 参见前注[135],Teubner文,S. 455-460。

^[138] 参见前注[135],Teubner文,S. 451.; Gruber, Lebenswerk, in: Graf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch/Peer Zumbansen (Hrsg.), Soziologische Jurisprudenz: Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, S. 302.

^[139] 参见前注[135],Teubner文,S. 452-453。

^[140] 参见前注[136],钟芳桦文,第149页。

^[141] 参见前注[69],Fischer-Lescano und Gunther Teubner书,S. 107 ff。

^[142] 从这个角度来说,托依布纳所说的作为一种生态性权利的个人权利,正是因应了阿甘班(Aganbem)与福柯(Foucault)所说的生命政治之一种方式。个人权利(特别是超越国家界限的人权)主要的目的之一就是要防止国家任意制造例外状态,将个人剥离法律的保护。

^[143] 参见前注[135],Teubner文,S. 456。

人都共同拥有的。因而它自然具有一种超越社会、超越各区域不同文化的特性。我们并不能认为,因为历史上人权的论述来自部分西方民族国家疆界内的区域文化,所以我们就拒绝接受人权的论述,或认为人权论述只是西方帝国主义的工具体。相反地,应该要注意到人权论述所要保护的对象(人,或说人的身心整全),前于社会系统而存在,不会随区域文化的不同而不同。因此,人权是普遍的。它的普遍性并不是基于人权来自先天或超越的普遍理性,而是来自人权所要保护的“人身体与心理整全性”是一个超区域文化,具有普遍性的现象。^[144]

基本权,从系统论的角度来看,目的也是要防止社会功能系统过度扩张自己理性的倾向。卢曼在早期思想中,着重将德国法上的基本权(人权)解释成防止政治系统侵害社会其他系统的制度性权利。这种想法在当时或多或少受到德国公法学界与社会学的制度论所影响,^[145]但是卢曼已经注意到这些不同制度是功能分化的产物。^[146]托依布纳的系统论,延续卢曼的说法,指出基本权的重要功能就是要防止社会某个次系统的理性过度扩张,进而破坏了其他次系统的自律。这种功能不仅针对国家(政治)理性的过度扩张问题,^[147]也针对了非国家、非政治的次系统理性。后面的问题就涉及所谓的“基本权第三人效力”。德国公法学所讨论的“基本权第三人效力”,系指国家透过基本权,介入私人之间的纷争,防止私人侵害他人的基本权。^[148]托依布纳扩大这个概念的运用范围,他认为,“基本权第三人效力”系指基本权的功能也要防止各个非国家政治的次系统或法体制过度限制其他系统的自律。^[149]“基本权第三人效力”的出现,并不是基于特定的价值秩序观点,^[150]而是因为系统理性或法体制的理性,基于其自主性,有一种不断自我扩张的倾向,而这种倾向会带来破坏社会多元理性的结果。这是功能分化社会中普遍存在的问题,必须加以克服。^[151]基本权的功能就是为了防止此一问题。

基本权的第二种功能则是提供个人进入功能系统,保证个人可以利用功能系统(包含)。如同前面提到,功能系统与个人的身心系统是不同的,个别的功能系统并不是由个人组成,为了避免个人完全被驱除出功能系统,需要由基本权来保障个人进入系统的能力。例如为了避免个人无法进入政治系统,参与集体决定的制定,所以规定了政治上的基本权,让个人可以透过选举权、被选举权等政治权利,进入政治系统中。^[152]由于个人可能被功能系统排除的问题,是一个功能分化社会中普遍存在的问题,因此,基本权也必须普遍运用到全球社会。

总之,托依布纳的理论强调,人权或基本权的普世性,并不是因为人权或基本权来自道德主体、来自普遍人性,而是来自全球社会已经以功能分化为主导,民族国家的政治分化方式,已经是政治体的主流。基于这个社会现实,有许多问题必须要透过人权或基本权这种沟通媒介来解决。除非一开始我们就要否定人的痛苦不是我们要保障的对象,要否定社会的各个次系统或法体制,都可以自动不想无限扩张自我理性(并造成其他次系统或区域文化的损害),否则(国际)人权与基本权就是一个需要普遍运用在各地的一种机制。藉由这种方式,托依布纳要去克服“(被批评作为

[144] 参见前注[136],钟芳桦文,第150页。参见前注[16],Teubner书,S. 218.

[145] Luhmann, Grundrechte als Institution, 3. Auflage, 1986, S. 12-13.

[146] 参见前注[145],Luhmann书,S. 186 ff.

[147] 参见前注[16],Teubner书,S. 212.

[148] 一个例子是公寓大厦管理委员会禁止扶助艾滋病患的团体利用该大厦的居住单位设立收容病患的场所。

[149] 参见前注[16],Teubner书,S. 204 ff.

[150] 参见前注[16],Teubner书,S. 200-201.

[151] 参见前注[96],Teubner/Peter Korth文,S. 156-159;前注[16],Teubner书,S. 203-207.

[152] 参见前注[16],Teubner书,S. 210-211.

世界帝国干预工具之)普世人权对抗(被批评作为防止民族国家的异议者)民族自主文化价值”之间(虚假)的对立。^[153]

(三)从“实质的民族宪法观”到功能的全球公共宪法(Zivilverfassung)

托依布纳对人权与基本权的重视,主要是根据他对于社会秩序的想法。如同前面提到,托依布纳指出了现代社会走向功能分化社会,社会个别的次系统各自有自己的理性标准与功能,相互无法取代(否则就不需要分化);然而,托依布纳也一再指出,功能分化的社会无法产生一种前定和谐,功能系统彼此之间不会自然地相互协调,相反地,因为功能系统一直主要依据自己的理性来观察所有事物,从而很容易产生一种不断自我扩张的特性,不断地想用自己的理性来解决所有社会上应该由其他功能系统来处理的问题,这个发展会造成功能分化秩序的崩溃,进而破坏整个社会。^[154] 为了处理这个问题,所以必须要设法在功能次系统内安下一个机制,防止它不断自我扩张的倾向。这种机制,最典型的例子就是政治系统中的宪法(立宪主义的意义)。^[155] 托依布纳进一步将宪法与政治系统(与国家)区分开来,不再认为宪法一定只能指政治宪法或民族国家的宪法,他认为,所有的功能次系统与非国家的法体制都可以有宪法存在。这些部分宪法或社会宪法,名目上不一定叫做宪法,但是可以发挥宪法的功能。^[156]

分析托依布纳所采用的宪法概念,他认为宪法有三种功能:限制、构成与统合。^[157] 这三种功能都可以在立宪主义意义下的宪法找到对应。限制,就是限制功能系统的过度自我扩张;^[158] 构成,则是希望藉由各次系统的自我宪法,让系统的运作能考虑到环境存在的多种不同系统理性,而不是单纯地想依据自己的理性来处理系统内的运作,也就是让系统的自我宪法扮演一种后设符码(Meta-Code),让系统可以知道自己的理性并非是社会内唯一的理性。^[159]

托依布纳在文本中,只提到宪法的限制与构成之功能。但是如果我们仔细观察托依布纳的宪法理论,可以看到他其实还是强调宪法的统合功能。只是他所说的统合并不是由一个功能系统来统合全部其他次系统,也不是设想一个民族社群来整合所有分化(如“实质的民族宪法观”),^[160] 而是让个别次系统与法体制能依据自己的宪法,形成一个能处理彼此冲突的机制,也就是冲突规则(Kollisionsnormen)。^[161] 基于系统与法体制的自主性,这些冲突规则并不是由某个次系统或法体制所提出,也不能想象有被所有系统与法体制所接受的上位阶规范。^[162] 托依布纳认为,冲突规则只能由各个次系统与法体制之自我宪法中发展出来,但是,可以透过前面提到的社会民主与人权(基本权)机制,让个别次系统与法体制的自我宪法之间,慢慢形成一个网络结构,彼此注意到其他部分宪法的存在,将自己的冲突规则发展成能纳入其他冲突规则的内容。^[163] 以这种网络式相互联

[153] 参见前注[137],钟芳桦文,第126页。

[154] 参见前注[69],Fischer-Lescano und Gunther Teubner书,S. 28.;前注[16],Teubner书,S. 127。

[155] 参见前注[16],Teubner书,S. 137-138。

[156] 参见前注[16],Teubner书,S. 85 ff. 托依布纳认为,社会的功能分化造成了所有社会部门都可以有自己的宪法,带来了宪法片断化的现象。

[157] 参见前注[16],Teubner书,S. 120 ff。

[158] 参见前注[16],Teubner书,S. 257。

[159] 参见前注[16],Teubner书,S. 169 ff。

[160] 参见前注[16],Teubner书,S. 234。

[161] 参见前注[16],Teubner书,S. 232 ff. 托依布纳的冲突规则理论受到国际私法所谈的冲突规则理论影响,但是两者不同。参见前注[16],Teubner书,S. 232。

[162] 参见前注[69],Fischer-Lescano und Gunther Teubner书,S. 57。

[163] 参见前注[16],Teubner书,S. 238-242。

结的方法，社会各个部分宪法可以组成一套公共宪法，往公共性、公共法的方向发展，^[164]在世界社会中追求所有理性妥协共存，维护社会的功能分化秩序与个人的身心整合不受伤害。^[165]

如同前面提到的，托依布纳一直强调一种生态学式的理性观与生态学式的人权观，这种生态学的说法并非只是单纯的隐喻，而是希望真的让社会去追求一个多元共存的理念，因为社会的多元性不仅是一种现实，也是对社会来说必要的理想。由这种生态学的概念，托依布纳进而用永续发展的原则来说明正义的概念：正义就是一种在社会沟通中所需要的永续发展原则，藉由正义，让各种环境讯息引入系统之中，并且带动系统去注意到社会上多重理性的存在，不再贪婪地去想要扩张自己并吞一切。^[166]

托依布纳透过他的“跨国社会立宪构成论”的理论，提出了全球公共宪法的理想，反驳了“实质的民族宪法观”的社会秩序理论。援用托依布纳对宪法概念的分析，我们可以看到“实质民族宪法观”并不足以达到宪法的三个功能：“实质的民族宪法观”虽然没有反对（至少是没有明显反对）立宪主义的宪法观，也就是认同宪法条文对于政治的限制意义（规范意义的宪法），^[167]但是他们真正想做的事情是把民族国家与民族的社会生活结合在一起，进而形成民族社群（或保障既有民族社群的存在），这个过程等于是让民族国家的政治控制力变强，强化了政治对社会的控制。^[168]即使在第二次世界大战结束后，持“实质的民族宪法观”的学者也认同并接受德国基本法的自由民主秩序，但是无论是主张“基本权客观价值秩序”的学者，还是反对“基本权客观价值秩序”的学者，他们所依据的“实质的民族宪法观”，仍让他们在一些具体个案的判断上，不是倾向于限缩国家权力。如“基本权客观价值秩序”让联邦宪法法院法官在思考自由权的问题时，不是让自由的内容交给社会沟通自行实现，而是要由宪法法院的法官想象出一个集体的人民价值，来判断何谓基本法所保障的自由。^[169]而反对“基本权客观价值秩序”的学者，把基本权与民主政治相对立，从而为了实现国家的政治，认为应该将基本权限制国家权力的功能尽可能的限缩（如博肯非尔德提出的“限缩性的宪法理论”）。^[170]这些观点都无助于实现宪法的限制功能。

就宪法构成的功能而言，“实质的民族宪法观”把社会的构成理想（民族社群）与民族国家相等，因此，一方面把社会构成的问题化约成政治整合的问题，另一方面，他们对于民族社群的想法，也往往把社会内的各种多样性视为敌人，认为国家的整合必须消除掉多样性。这些观点都无法真正地处理社会构成的问题，无法真正地面对功能分化所形成的社会片断化问题。^[171]

最后，就宪法的统合功能而言，“实质的民族宪法观”把社会统合的问题化约成整合的问题：希望透过共同的民族理念，让社会的多个不同的个人结合成民族社群。但是这种看法其实低估了社会统合的问题，没有注意到功能分化社会中，所谓共同文化或共同价值观（民族理念）往往只是一

[164] 参见前注[69]，Fischer-Lescano und Gunther Teubner 书，S. 99-100。

[165] 参见前注[16]，Teubner 书，S. 258。

[166] 参见前注[16]，Teubner 书，S. 256-257。参见前注[134]，钟芳桦文，第146~148页。

[167] 参见前注[12]，Schmitt 书，S. 10-11。

[168] 参见 Carl Schmitt, Die Wendung zum totalen Staat (1931), in: ders., Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar—Genf—Versailles 1923-1939 (1940), 3. Auflage, 1994, S. 170 ff.; Carl Schmitt, Weiterentwicklung des totalen Staats in Deutschland (Januar 1933), in: ders., Positionen und Begriffe: im Kampf mit Weimar—Genf—Versailles 1923-1939 (1940), 3. Auflage, 1994, S. 211 ff.

[169] 此一意见来自中央研究院法律学研究所副研究员黄舒芃，谨此致谢。

[170] 参见前注[62]，Böckenförde 书，S. 256 ff。

[171] 参见前注[73]，Thornhill 文，pp. 503-504。

种虚拟或个人理想的投射,而多元的功能分化系统并不能并入任一功能系统,这完全破坏了功能分化之所以会出现的理由。可以说,“实质的民族宪法观”在讨论统合问题时,过度低估了社会的复杂性,而高估了政治的理性处理能力。

另一方面,“实质的民族宪法观”要用政治来整合多种不同意见与团体的做法,往往变成轻忽多元理性的重要性,敌视多元主义。^[172] 面对民族国家疆界内的少数团体或族群时,“实质的民族宪法观”往往只想急着将之排除,或在讨论何谓“民族理念”时,明显就忽视了这些少数民族群的理念。^[173] 而表面上,这些学者喜欢强调一种“文化相对主义”,用来否定国际法的普世理想,但是他们所谓的“文化相对主义”,往往只是把历史上某些国家成员团体的特定想法,拿来当作整个民族国家所有人都应遵守(而且国际法不得干预)的理念。这种作法也往往忽视了民族国家本身历史上的复杂性。^[174]

从以上简短的说明,我们可以看到,即使先不考虑到现代社会功能系统的跨国性质,单纯针对民族国家疆界内的沟通问题,“实质的民族宪法观”已经无法达成宪法应有的三种功能。如果我们进一步讨论到跨国的沟通问题,“实质的民族宪法观”更是无法处理。一定程度上,“实质的民族宪法观”对于国际的问题向来只是站在民族国家的逻辑来处理,也就是尽可能地维护民族国家主权的独立性。但是这种做法毋宁只是基于各国自身理性的考虑,没有注意到非政治功能系统的逻辑。“实质的民族宪法观”面对国际法(或跨国的欧盟法)与国际人权的议题时,也是一样采用主权的观点来思考,只接受无害于主权的国际法(也就是一种“国内法国际法二元论”)。^[175] 在基本法时期,因为基本法已经承认与欧盟共同分享主权,因此,主张“实质的民族宪法观”的学者并没有直接反对欧盟法在德国法中的运用,而只反对欧盟的整合。这些学者用“实质的民族宪法观”来要求欧盟宪法,认为既然欧洲并没有一个“价值社群”,那么欧盟宪法也没有存在的基础。^[176] 但是如果我们接受托依布纳的观点,就会发现这种说法的问题,因为要达成宪法的功能,价值社群的存在并不是要件(反而有损于宪法在社会上的功能)。

五、结论:托依布纳“跨国社会立宪构成论” 在全球化下的意义

本文想要说明托依布纳的“跨国社会立宪构成论”如何批判“实质的民族宪法观”。这种“实质的民族宪法观”起源于德国公法学者对于德国民主化的反省。随着德国的民主化,传统公法的“高权国家”为“人民国家”的概念所取代,“实质的民族宪法观”的学者用民族精神与民族社群的概念来建立一个实质的人民国家概念,并用民族社群的理念来当作法与政治的标准。“实质的民族宪法观”在基本法底下仍有特定的影响力,虽然他们并没有反对自由民主的理念。

托依布纳的“跨国社会立宪构成论”,指出了“实质的民族宪法观”的各种问题,包含了“实质的

[172] 参见前注[10],Robert Chr. van Ooyen书,S. 49。

[173] 如施密特在魏玛共和时期,对德国境内少数民族群(犹太人)的态度。参见前注[12],Schmitt书,S. 232。

[174] 参见前注[67],Luhmann书,S. 1048-1055。

[175] 参见前注前注[2],Kelsen书,S. 120 ff。当代德国学者即使接受了国际法对国家法的影响,也仍强调,应该以宪法组织起来的社群,当作国家同一性的标准,不让国家消逝在国际社会之中。Herdegen, Internalisierung der Verfassungsordnung, in: Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 285-286。

[176] 参见前注[62],Böckenförde书,S. 274-277。

民族宪法观”在社会理论上的不足之处，也指出不可能有统合民族国家内各种不同意见的民族社群。从托依布纳的观点来看，“实质的民族宪法观”并没有注意到功能分化现象造成的结果，还是一味地使用旧欧洲的观点来思考社会问题。就民主理论的层面来说，托依布纳用他的社会民主理论批评了“实质的民族宪法观”对于民主的看法，也指出“实质的民族宪法观”只是基于一种非历史的文化多元主义，而无法理解社会中多元法与多元宪法的现象，而当面对国界内的少数民族群时，“实质的民族宪法观”并没有办法支持这些少数民族群抵抗多数族群的国家暴力。

而就跨国的层面来说，“跨国社会立宪构成论”指出了世界社会的问题受到“实质的民族宪法观”的忽视，各种跨国法现象，不仅在现实上影响了各国法，也指出了国界并非人类意义沟通的界线。“实质的民族宪法观”只能用“文化影响论”（社会文化影响形塑个人，所以个人不可能真地受到外来法影响）的理由，认定跨国法不足以影响到本国实质的宪法内容。但是这种静态的文化观，并不合乎功能分化社会的现实。“跨国社会立宪构成论”运用系统论“个人身心系统与社会沟通系统互为环境”的说法，指出人并不会受到生长地域的文化所决定，并且指出，基于功能分化的全球化，如何不让各个功能系统伤害到其他功能次系统的发展或个人的身心健全，是一个普遍于全球的问题，从而人权与基本权应该普遍适用到各个民族国家的疆界内，以免社会的构成秩序遭到破坏。

最后，“跨国社会立宪构成论”提出了宪法的三种功能，并希望用这三种功能构筑出一个新的宪法观，取代以民族社群或价值社群为基础的“实质的民族宪法观”。从宪法的限制、构成与统合功能来看，“实质的民族宪法观”无法真正达成宪法的目的，反而容易带来破坏功能分化社会秩序的后果。

托依布纳的“跨国社会立宪构成论”不仅从社会理论的角度分析了全球化后，跨国法的发展现状，也从一个法理论的角度，指出全球化后，一个功能分化的世界社会，如何在多元分化的社会中，创建一个能处理多元理性冲突问题的社会秩序。托依布纳认为，相关问题的解决方式，不是去企求以特定的民族价值来整合民族国家，也不是要陷入“去殖民的民族国家与殖民的普遍人权帝国”之间的对立，而是要回到一个生态学的角度思考：藉由生态学的理性，运用生态学的人权与符合永续发展原则的正义观，让多元冲突的系统与各种法体制之间，能找到适当的冲突规则，确定彼此的共存与共同演化。这样才能接受社会的多元分裂现实，但又能避免多元分裂造成的各个理性过度自我膨胀所带来的问题。笔者无意宣称托依布纳的理论是一个不容质疑的真理，但是他的理论确实能为我们针对相关问题的思考带来相当重要的启发。这也是笔者为此文的用意。

（责任编辑：宾 凯）