

# 功能分化时代的宪法再书写： 从国家宪法到社会宪法

高 薇\*

---

## 目次

- 一、引言
- 二、社会分化的三种类型
- 三、阶层分化和国家宪法的兴起
- 四、功能分化、去中心化和宪法危机
- 五、子系统宪法的毛细化式侵入
- 六、社会的自我保护和宪法保卫社会
- 七、结语

**关键词** 社会分化 功能分化 子系统宪法 宪法危机

---

## 一、引言

“这是最好的时代，也是最坏的时代。”狄更斯在《双城记》中如是写道。每当社会到达一个转折的时代，那个时代就会集合最好和最坏的特征于一身。从社会分化的角度看，当代社会已经进入了一个以功能分化为主的时代。这并不是说其他类型的社会分化已经失去重要性，而是相对于功能分化，其他类型的社会分化的影响和它们之间的关系已经被内化在社会个体和社会子系统的交往模式中。用经济学的术语表达，就是已经处于均衡之中。功能分化则是描述现在正在发生的动态过程，而这个过程是使得“我们全都在直奔天堂”，还是使得“我们全都在直奔另一个方向”，这就是集最好和最坏于一身的疑问。<sup>〔1〕</sup>

---

\* 上海交通大学凯原法学院讲师、法学博士。

〔1〕 引文出自狄更斯《双城记》首段。

托依布纳在其新著《宪法碎片——全球化中的社会宪政主义》开篇中提到,在过去一些年中发生的公众丑闻引发了“新宪法问题”。跨国公司活动导致的对人权的违背,世界性经济组织以全球贸易自由化为名威胁环境保护或人类健康所做出的有争议的决定,体育领域中的兴奋剂丑闻,医疗和科学领域中的腐败等等这些所引发的不仅仅是政治和法律统治问题,而且是严格意义上的宪法问题。这些丑闻的背后,不仅是关于国家统治之政治的实现,而且是关于根本性的社会动力的宪政化。当今所面临的是不同于18、19世纪,但也相当严重的宪法问题。彼时是致力于释放国家政治权利的能量以及通过法治对其予以限制。而“新宪法问题”则是关于释放其他的社会动力和能量。这在经济领域极其显著,同样也发生在科学技术、医疗、新媒体领域。它是关于释放这些领域中的动力以及有效限制他们的消极影响的问题。当今,这些动力——建设性的以及破坏性的——在社会中得以释放。(当今)民族国家的宪政主义意味着两点:宪政问题出现在主权国家之外的跨国政治程序中,同时也存在于制度化的政治部门之外的世界社会的私人部门内。<sup>[2]</sup>

本文试图回答这一疑问:当功能分化开始占据主导时,社会子系统内生的宪法性规则是否会发生冲突和对抗,并进而影响社会元宪法<sup>[3]</sup>,制造所谓的宪法危机;社会元宪法又是如何控制子系统宪法的冲突。本文第二部分主要阐释卢曼式社会分化的三种类型;第三部分将解释阶层分化和国家宪法的关系;第四部分主要分析功能分化占据主导带来的宪法危机;第五部分描述经济功能子系统的宪法如何侵入其他社会子系统;第六部分将阐释保护社会的两种手段,即社会的自我保护和宪法保护社会。

## 二、社会分化的三种类型

卢曼认为存在三种社会分化的类型,即区隔分化(segmental differentiation)、阶层分化(stratified differentiation)和功能分化(functional differentiation)。区隔分化是指社会被分化为多个平等的子系统,比如古代社会中因地缘或者血缘关系结合成的部落或者家庭等子系统。这些子系统的平等之处仅仅在于面对不同的外部环境。阶层分化社会的子系统之间则存在系统性的不平等。不同的社会阶层作为社会的子系统在内部交往中以平等作为交往规范,而在外部交往中以不平等为规范。阶层分化的前提就是“财富和权力的不平等分配,用更为一般的术语表达,即交往的潜在可能的不平等分配”。<sup>[4]</sup>功能分化社会更为强调在社会层面满足特定的社会功能。社会系统作为一个整体无法给予某种社会功能以首要地位,只能通过在系统内部构建子系统来满足不同的社会功能。就社会功能本身而言,子系统之间存在不平等,但是功能的使用必须是平等的,即使用和功能本身是不相关的。

三种社会分化类型在社会系统的演化历史中是盘根交错的。子系统的构建往往是三种社会分化形式共同作用的结果。比如作为区隔分化子系统的原始部落,其内部又是通过阶层和功能分化来构建的,如男女阶层的分化,巫师和武士的职业功能分化,等等。但是我们还是能够辨别社会

[2] Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente-Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Suhrkamp Verlag Berlin 2012, 1. Aufl., S. 11 f.

[3] 本文所称社会元宪法,是指社会子系统所组成的社会整体系统的宪法。该社会整体系统有可能是另一更上阶的社会系统的子系统,因此,某一语境中的社会元宪法有可能是另一语境中的社会子系统宪法。社会元宪法是被作为一个与社会子系统宪法相对的概念而使用的。

[4] Niklas Luhmann, “differentiation of society”, 2 (1)Canadian Journal of Sociology (1977), 33.

系统被哪一类的社会分化形式所主导,且主导的社会分化形式也在社会系统的演化历史中不断变化。卢曼认为,相比区隔分化,阶层分化使得子系统的环境更为复杂,功能分化使得子系统的环境最为复杂。关于该论断,我们可以这样理解,系统论的前提是区分系统和环境,一个子系统除了自身内部的结构,还面临两类环境,一是社会系统面临的环境,二是其他的子系统。区隔分化子系统的内部结构是类同的,且因为区隔分化子系统间的平等性,其面对的由其他子系统组成的环境也是类同的。阶层分化子系统的内部结构也是类同的,比如无论贵族阶层还是平民阶层都是由家庭这类区隔分化子系统组成,但是由于子系统间的不平等性,其面对的由其他子系统组成的环境是异质的。这种异质性来源于阶层分化子系统的交往潜在可能的分配不均。功能分化子系统首先因为其侧重的社会功能不同而造成内部结构不同,比如教育系统和医疗系统的组织形式就不同,而其面对的由其他子系统组成的环境也不同,原因也在于功能分化子系统之间的交往方式是异质的。子系统的内部结构和面对的由其他子系统组成的环境的类同或是异质性决定了社会系统的复杂程度,因此社会演化的方向是从以区隔分化为社会的第一层分化形式向阶层分化,之后向功能分化演进,并在演化过程中随着子系统内部结构和面对环境的异质化而逐渐复杂化。从古代社会中区隔分化占主导,到封建社会中阶层分化占主导,一直到现代社会功能分化成为社会分化的主要形式。在不同的历史阶段,主导的社会分化形式不同,也会影响社会系统内部交往秩序,主要是子系统的交往秩序的构建。<sup>〔5〕</sup>

### 三、阶层分化和国家宪法的兴起

区隔分化占主导的社会,主要以地缘或者血缘构建子系统,子系统之间的交往方式主要为战争。战争以子系统的均势或者合并为结果,这种交往方式是平等的,在更高一级的社会系统层次上对这种类型的交往也没有任何的制约。当区域分化子系统的环境开始稳定之后,其内部的二级社会分化开始呈现出相当的复杂性,并逐渐被阶层分化所主导。为了保持区隔分化子系统的系统稳定性,一种现代意义上的国家概念开始形成。国家存在的目的不单单是对子系统环境的反应,也是对子系统内部复杂性的回应。换言之,国家的出现不仅仅是子系统之间交往的结果,也是子系统内部社会分化的结果。

阶层分化占主导的社会,其子系统是由单个社会阶层组成。社会阶层之间的交往是不平等的,这种不平等产生的紧张性需要得到平衡。一个社会阶层即使对另一个阶层占据交往优势,也不能无限放大这种优势。否则处于劣势的社会阶层会以不合作或退出作为威胁,外在表现为抗议、暴动等形式。<sup>〔6〕</sup>我们注意到虽然区隔分化子系统之间存在战争等紧张性的交往方式,最终以缔结外交条约的形式趋向平衡。而阶层分化子系统之间通过谈判、威胁、恫吓等交往方式约定了权力和财富的分配,即约定了交往的方式、可能和规则。这些被约定了的规则,其主要部分在历史演进的过程中以国家宪法的形式得以确立。国家宪法则由国家,一批功能性单位的组合体来执行。国家宪法是用来束缚占优势的阶层的权力冲动,避免这种冲动攫取占劣势社会阶层的资源,也用来迫使占劣势社会阶层无法轻易以不合作或是退出作为博弈手段,从两个方面缓解不平等的社会交往带来的紧张,避免系统崩溃。因为子系统之间的不平等性使得系统内部无法像区隔分化

〔5〕 Supra note (4), Niklas Luhmann, 32-36.

〔6〕 Albert O. Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1970).

系统一样可以通过子系统之间的交往获得均衡。这就是霍布斯所说的“一切人和一切人之间的战争”的“自然状态”。〔7〕这种“自然状态”是持续动态的过程,无法在系统内部稳定为某种分化类型。这和区隔分化社会“一群人和一群人之间的战争”是不同的。区隔分化社会的战争动机来自于对交往潜在可能性的分配的未确定性,区隔分化子系统试图通过战争的形式消除未确定性。阶层分化社会蕴含的阶层矛盾,需要通过一个可以统御各阶层的规则来控制,以消除“一切人对一切人的战争”。这是一种对交往可能的割让,将未确定性的领域交给社会的功能性单位来完成。

我们从国家宪法的条文就可以发现,国家宪法的形成,包括现代国家政体的形成深受阶层分化社会的影响。比如英国的《大宪章》,从其订立的背景和内容的来看,是为了平衡国王和贵族之间的利益冲突。法国的《人权宣言》和美国《独立宣言》开篇就提出人人生而平等,这种表述也是为了消除阶层分化带来的交往潜在可能的分配不均所引发的阶层对立和矛盾。和西方世界不同的是,苏联宪法的侧重点有所变化。苏联,作为一个社会主义国家,即使没有消灭阶层本身,也至少在一定程度上压抑了阶层之间的矛盾,因而其宪法的重点也发生了一定变化。以1977年宪法为例,其章节以“政治制度”、“经济制度”以及“社会文化和发展”为题,表现出一种从阶层分化向功能分化的转向,开始强调社会满足各种功能时产生的分化,及该种功能分化带来的子系统的纲领的差异化。〔8〕

#### 四、功能分化、去中心化和宪法危机

利维坦,是《圣经》中记载的远古巨兽。霍布斯用它来形容国家机器。为了使人们从自然状态中脱离出来,防止“一切人对一切人的战争”发生,利维坦被创造出来,监视和控制人们的行为。利维坦被人们想象为一个巨兽,它蹲立在大地的中央,用永不休息的眼睛注视着人群,挑拣出违规者并吞噬他们。对利维坦的恐惧笼罩住了身体的自由,但是一旦摆脱了这双眼睛的注视,霍布斯的噩梦又将出现,人们将会接二连三地越过雷池。国家机器的作用难以否定。然而,利维坦不是无所不能的。利维坦难以用它的触手取代家庭、宗教、市场等社会制度。这种将社会的一切交往关系都纳入到一种制度之下的尝试已经被苏联解体证明是无法实现的。在全球化时代,旧的利维坦被戴上了镣铐。

从演化论的角度看,社会将从以阶层分化为主逐步进入以功能分化为主的社会分化阶段。国家宪法在不断地平衡不同阶层之间的差距,特别是“人人生而平等”概念的提出,实质上是在试图消灭阶层。虽然这种消灭不是如前苏联一般,强制性地实施平均主义。彻底的平均主义会摧毁阶层分化子系统,使得社会组织方式失去效率。持平等主义立场的宪法在承认阶层分化的同时,又将交往潜在可能的不确定性地带予以明晰化,使得阶层分化的先天性逐渐为一种后天性所取代。阶层成员的调整变得频繁和任意,这起到一种罗尔斯式的无知之幕的效果。〔9〕因为无法预先辨识自己可能会落入的阶层,所以各阶层能够接受一个贯彻平等主义的宪法。因此,阶层分化的意义

〔7〕 Thomas Hobbes, *Leviathan*, ed. by J. C. A. Gaskin, (Oxford University Press, 2009).

〔8〕 但在现实中,作为苏联社会子系统之一的政治系统表现出强烈的官僚等级制,并向社会其他子系统侵入。因此,虽然社会存在一定的功能分化,但各个子系统功能趋同。例如,在经济领域,苏联实行计划经济制度,其结构呈现出官僚制的结构特点。

〔9〕 See John Rawls, *A Theory of Justice*, Revised edition (Belknap Press of Harvard University Press, 1999).

在国家宪法的严格控制下逐渐退却到第二位,如何实现各类社会功能成为了当代社会的重要议题。

阶层分化社会因为阶层之间的不平等性,占据优势的阶层会被冠以“统治阶级”的称呼。但是在功能分化社会中,任何一个社会功能都是社会系统正常运转必需的,社会不会赋予任何单一的社会功能以最突出的重要性。不同的社会功能是由不同的功能分化子系统来完成的。功能分化子系统之间不存在某种具备“显著性”的关系,并且它们之间的关系是动态的。<sup>[10]</sup>这样使得“去中心化”成为功能分化社会的特点。<sup>[11]</sup>我们无法给社会功能的重要性进行排序,比如经济功能大于政治功能。这也是功能分化的最根本的结构。如果功能性是可以排序的,那么功能分化可以等同于阶层分化,某个重要性占优的社会功能子系统也是一个占优的阶层子系统。

功能分化社会的这种无排序的结构带来的“去中心化”的特点逐步架空了国家宪法。因为国家宪法是在阶层权利排序的基础上经过阶层反复交往而演化出的系统基本规则。当功能分化替代阶层分化成为社会的主要分化形式时,国家宪法的内容势必无法匹配于它的地位。托依布纳指出,国家宪法是社会宪法的一部分,但不等同于社会宪法全体。在全球的层次上,宪法化的中心位置已经从国际关系体制转向了不同的社会事务领域,而这些社会事务领域则创设他们自己的社会性宪法(civil constitutions)。而在这一语境中,“政治体”也不再在制度化的政治这一狭窄的意义上被理解;它也指代在经济、科学、教育、卫生、艺术或体育中的,在所有那些有宪法化发生的社会领地中市民社会的非政治构造。<sup>[12]</sup>社会宪法应当是建立在共识(shared belief)之上的一切正式和非正式的适用于社会系统内部全体的规则。这里的共识不仅仅是指经过谈判的或是双方明示认可的规则,也包括在行为中确立的惯例。

功能分化社会不仅仅将国家宪法已书写的内容置于次要的地位,也将促使社会宪法的“再书写(rewrite)”。所以,这场宪法危机是全面而且深刻的。但是国家宪法和剥除国家宪法的社会宪法在这场危机中将面临不一样的任务和转型。

## 五、子系统宪法的毛细化式侵入

承认社会分化,就是承认社会子系统的存在。每个单个的子系统宪法随着社会系统的复杂化从趋同向趋异演化。区隔分化社会的子系统的内部结构是相似的,所以其子系统宪法趋同。阶层分化社会的子系统的内部结构相似性已经减弱,而且子系统之间的交往方式不同,其子系统宪法也在此种影响下呈现出差异性。这种差异性和交往方式相关联,简言之,一个阶层宪法中确定的与另一个阶层关联的交往方式可能和后者在其子系统宪法中回应前者的规则存在冲突。国家宪法的兴起是为了控制这种子系统宪法之间的冲突。利维坦,作为控制子系统的媒介,独立于社会子系统被功能性地组织起来。

阶层分化社会向功能分化社会的演化逐渐改变了国家宪法和子系统宪法一起构建的平衡。特别是功能分化和全球化紧密结合起来。全球化起源于全球的经济一体化。经济功能是最为容

[10] 参见[美]托马斯·C·谢林:《微观动机与宏观行为》,谢静等译,中国人民大学出版社2005年版。

[11] 参见[法]让-弗朗索瓦·利奥塔尔:《后现代状态:关于知识的报告》,车槿山译,南京大学出版社2011年版。

[12] [德]贡塔·托依布纳:《组织—冲突:在全球法的片段化中对法律统一性的徒劳追求》,周林刚译,载《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80~81页。

易实现全球一体化的社会功能。经济的子系统逻辑在全球各种文化中都有着相似的表述。而且这种逻辑在全球形成有效的联结后能带来触手可及的利益。全球化分工将现代社会的福利水平提升到了一个前所未有的境地。这种显而易见的利益同时诱惑和迫使各个国家、各个民族、各种文化都投身到追逐利益最大化的浪潮中。因此,经济功能的全球一体化已经基本成型,其一体化程度大大领先于政治、医疗、科研、媒体等社会功能。这意味着经济功能子系统的宪法已经围绕“利益最大化”的纲领形成统一,并逐渐摆脱了国家宪法的控制。托依布纳在《匿名的魔阵》一文中就提出跨国企业同时面对医疗伦理和商业利益的案例。首先,跨国企业不属于任何一个国家,因为组成跨国企业的法人可能注册在不同的国家,对其总部有效的法令不一定对其设在其他国家的工厂有效,而且它可以在全球范围内任意转移资产和生产线,这使得法律对其的约束力减弱。这是经济一体化领先于其他社会功能一体化所造成的,经济一体化创造的组织在面对割裂的其他社会功能组织时表现出更大的弹性和更多的选择。其次,也是更为根本的,国家宪法来自于阶层分化子系统之间的宪法冲突。在面对功能分化子系统的宪法冲突时,国家宪法缺乏相对应的内容。<sup>[13]</sup>

不幸的是,我们无法忽视这种冲突。以托依布纳关于跨国企业的案例为例。跨国企业作为经济功能子系统组织,遵从“人是自私的”和“利益最大化”等子系统宪法。而它生产的则是用于治疗绝症的药物,医疗领域的纲领如“希波克拉底誓言”则明确表示为病人谋福利,且有传授医术不能收取费用的表述,我国也有“医者父母心”的古语。这两类社会功能的纲领之间存在明确的矛盾。而且不存在一个明确的外在力,比如阶层分化社会中的国家宪法,来平衡这类矛盾。功能分化子系统的宪法之间的矛盾就会愈演愈烈。

功能子系统宪法之间的冲突在没有约束的条件下如何向均衡演化?要回答这个问题我们必须用微观分析的方法来剖析子系统宪法的形成和互动。在中世纪时,一些超越国界的、被商人所普遍承认并适用的规则逐渐形成,被称为“商人习惯法”,这是经济功能子系统宪法的一个原型,但是在随后的发展中,“商人习惯法”被吸收到内国法中,逐渐失去了原初的影响力。这也是因为在当时社会中,功能分化并未在社会分化中占据显著性。从“商人习惯法”的形成中,我们可以看到,经济功能子系统宪法的形成需要经济功能突破区域和阶层分化的阻碍。这意味着,当涉及社会的经济功能时,无论当事人来自何种区域或是何种阶层都必须接受商法规则。但是,国家需要征税,所以需要根据自身的要求来调整商业规则,这种对社会的侵入使得经济功能子系统再次割裂,成为排序在区隔和阶层分化之后的次级或是三级社会分化。直到现代社会中出现新的商业组织,跨国企业开始摆脱国家的控制,全球化的供应链和销售渠道使得国家和跨国企业之间的地位从控制变为谈判。跨国企业获得了一定的选择法律、选择法院的权力。新的商业组织的成熟使得经济功能子系统逐渐突破区域和阶层的障碍,一跃而成为最重要的社会分化类型之一。经济功能子系统的宪法也成为跨国界的重要规则。“新商人习惯法”包括了那些国际公约、示范法以及国际商业和贸易组织颁发的文件。托依布纳在对商人习惯法的研究中,将商人法这一经济交易的跨国法称为是没有国家的全球法的最成功范例,并明确指出了新的商人习惯法的一些特点。<sup>[14]</sup>商人习惯法不应被看作是国家彼此间谈判或妥协的结果,而应看作国家对社会的妥协和让步。最有代表性的

[13] 参见[德]贡塔·托依布纳:《匿名的魔阵:跨国活动中“私人”对人权的侵犯》,泮伟江译,载《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182~210页。

[14] 参见[德]贡塔·托依布纳:《“全球的布科维纳”:世界社会的法律多元主义》,高鸿钧译,载《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。

就是商事仲裁制度。

相比较经济子系统的宪法,其他功能分化子系统,如政治、媒体、医疗等,缺乏国际性的私人机构,形成国际规则的过程也较为缓慢。当这些社会功能子系统的宪法还未形成之际,经济子系统宪法就会逐渐侵入。这种侵入有别于国家对社会的侵入。后者我们称为“利维坦式的侵入”,是社会对国家权力的让渡。而子系统之间的宪法侵入是“毛细化式的侵入”。经济子系统宪法化身为意识形态,逐步渗透其他社会功能子系统,控制人们在不同交往领域的行为。如福柯所言,经济子系统宪法一直控制到社会的末端,它不是通过国家颁布法令的形式获得权威,而是作为意识形态渗透进人的思想,改造人的行为,包括对其他社会子系统内的交往规范、语言、惩罚等等进行经济化的重塑。<sup>[15]</sup>比如上文提到的案例,跨国企业在涉及社会医疗功能时采取了经济系统的逻辑,力图最大化企业的利润,而无视在实现这种利润的同时大量的生命可能会过早地丧失。在媒体领域,对经济利益的追逐也会和新闻真实性原则相抵触。市场的原则是满足人们的需求。媒体如果无节制地去满足人们的需求,就无法守住真实性的底线。在私立大学教育领域,我们会问:私立大学作为一种有限责任公司,其企业负责人的指令权对于学者、科学家们在研究领域的干预是否违背宪法?在美国和英国普遍存在的给予校友和慷慨的捐赠者子女的特权是否应当?是否一个私立大学因为其盈利方面遇到障碍就可以被缩减用于基础研究的经费?<sup>[16]</sup>诸如此类的例子,不一而足。经济子系统宪法的扩张,将逐渐影响甚至摧毁其他社会子系统中自我生长的规则。

## 六、社会的自我保护和宪法保卫社会

卡尔·波兰尼在《大转型》一书中最早注意到了经济子系统扩展带来的危害。他认为,市场制度,即所谓的“自我调节的市场”,成为资源配置的主要制度的过程中,将社会逐步改造为“市场社会”。比如劳动力市场的建立,将人的劳动作为生产要素进行“匿名性”交换,这和传统社会中比如帮工以换取未来潜在回馈的,建立在“互惠”基础上的经济制度不同。他认为,市场嵌入社会的过程,是一个市场改造社会的过程。社会的各种功能首先需要适应市场经济的要求,在该前提下,才能存在一个“自我调节的市场”。<sup>[17]</sup>

卡尔·波兰尼认同罗伯特·欧文(Robert Owen)关于市场经济的看法:“如果让市场经济完全按照其自身的逻辑发展,将会创造出巨大且永恒的邪恶。”<sup>[18]</sup>换言之,如果市场是完全“自我调节”的,那么市场制度就会在自我调节的过程中摧毁其他社会子系统的内在逻辑。波兰尼认为,生产过程是人和自然的互动,如果自我调节的市场成为组织生产的主要制度,那么人和自然都要服从供给和需求的定律,即劳动力和土地就成为销售和交换的对象。这就是英国“圈地运动”的结果。经济功能系统宪法的扩张,取代其他社会子系统的宪法,以维持市场的自我调节,这种碰撞产生了许多悲惨的后果,除“圈地运动”外,还有童工、血钻、尘肺病等多不胜数的例子。面对经济系统宪法的毛细化侵入,其他社会子系统是否就没有任何反抗?反抗是存在的,并且可以被分为两种类型:一种是国家宪法的干预,一种是社会的自我保护。这两种反抗形式在某些情境中也融为一体,并共同发挥作用。虽然其他社会功能系统的宪法一体化进程缓慢,并不代表没有进展。应

[15] 参见[法]米歇尔·福柯:《必须保卫社会》,钱翰译,上海人民出版社2010年版。

[16] Fn. 2, S. 58.

[17] See Karl Polanyi, *The Great Transformation* (Beacon Press, 2001).

[18] Ibid, p. 136.

该说,经济子系统宪法的快速一体化进程刺激了功能分化子系统之间的交往潜在可能的成熟。正因为经济子系统宪法作为意识形态的毛细化渗透引发了其他社会子系统宪法的加快形成和反弹,加快突破区隔和阶层分化的障碍,将原本存在于区隔和阶层分化子系统之中的关于功能分化子系统宪法的共识性信息提取和一般化。现在已经有一些相关的例子,例如在公平贸易运动倡导下所进行的对现行贸易行为的改革。在欧美等国,市面上出现了印有公平贸易标签的产品。消费者得以选择以较高的价钱购买合乎道德公义的货品,其中以公平咖啡和巧克力最为著名。比如越来越多的巧克力产品会在外包装上声明该种巧克力的生产没有使用童工,这说明即使这种做法会提高巧克力的成本,并相应地提高价格,消费者也愿意负担不使用童工的成本。著名咖啡连锁店星巴克也在购物发票背后注明其采购合乎道德,在承诺提供更高品质咖啡的同时,“在采购时关注咖啡产地是否符合负责任种植和公平交易原则。因为这不仅可以帮助咖啡农创造更好的未来,也可以保护地球气候稳定。”<sup>[19]</sup>苹果公司也在官网发布了2012年度“供应商社会责任进展报告”。在报告中,苹果首次披露供应商名单,并指出供应商涉及环境破坏和童工使用等存在的违规问题。<sup>[20]</sup>即使在涉及生产和消费关系时,经济子系统宪法也不能作为唯一的行为标准。我们的社会经历的更多的是区隔系统宪法和阶层子系统宪法的强烈冲突和对抗,时至今日,这些冲突和对抗已经结出了国际条约、国际组织和国家宪法等果实。而功能子系统的宪法冲突还处在动态、不稳定的状态。子系统宪法间的冲突和对抗将确定功能分化系统的边界。

从系统理论来看,社会的自我保护机制在于子系统虽然处在系统之内,但是也受到系统-环境两分法的约束。对功能分化子系统而言,其余的社会分化子系统也是环境的一部分。功能分化子系统只能通过认知开放性和环境进行交换,这也是子系统宪法通过意识形态实现毛细化侵入的唯一途径。但是这种从环境到系统的侵入,在子系统吸纳了某种意识形态后,该种意识形态必须接受该子系统的逻辑才能作为系统的一部分,而非环境的一部分存在。在这个过程中可能产生排异效应,也可能对意识形态改造使得其内容和形式都得到根本性的变化。这种功能子系统之间的交往方式决定了不同的子系统宪法的侵入不可能是完全和彻底的。

子系统宪法之间的冲突抑制经济子系统宪法成为社会系统元宪法。但是在整个社会演进过程中,子系统宪法的冲突会给社会元宪法带来什么样的影响?尽管在本文中我们使用了“国家”和“社会”的概念,这并不表示我们认同国家和社会的两分法。国家应当是社会的一部分,是社会功能的一个组织载体,正如托依布纳所强调的,国家宪法也是社会宪法的一部分。所以通过国家宪法的干预来保卫社会,其实质就是重构社会元宪法。

将经济子系统宪法的过度扩张问题一般化后,我们面对的实质上是如何平衡不同功能分化子系统宪法间的冲突问题。这个问题在历史上也多次出现。当区隔分化开始获得显著性时,区隔分化子系统之间的冲突是通过战争或是外交手段来消弭的,其后果要么是将单个子系统完全消灭,要么是形成某种稳定的、如以国际条约形式实现的外交关系。这些条约,特别是条约中隐含的规则,被吸纳入社会元宪法中并发挥作用。当区隔分化社会转向阶层分化社会,国家宪法成为约束各阶层子系统宪法冲突的主要工具。现在我们面临着向功能分化社会转型,国家宪法作为社会元宪法的一部分,特别是稳定且明晰的一部分,也面临转型。

从制宪的机构设置来看,西方社会的议会一般分为贵族院和平民院,是典型的阶层分类方式。

[19] 星巴克咖啡有限公司购物发票背面除“合乎道德的采购外”,同时还有“星巴克共爱地球计划”、“环境保护”和“成为社区的一份子”等内容。消费者不使用星巴克的纸杯自带随行杯还可以享受2元的折扣。

[20] [http://images.apple.com/supplierresponsibility/pdf/Apple\\_SR\\_2012\\_Progress\\_Report.pdf](http://images.apple.com/supplierresponsibility/pdf/Apple_SR_2012_Progress_Report.pdf).



再如美国的参众两院规定必须有每个州的代表,这又是考虑到社会区隔分化。社会功能分化则在制宪时较少被考虑到。第一届中华民国国民大会在选举代表时考虑了职业团体的代表,是对社会功能少有的关注。因此,在选取制宪代表时,可以适当考虑代表从事职业的多样性。职业背后是不同的社会功能,从事某种职业的人对该职业所属社会功能子系统的内在逻辑和宪法有超过一般人的认识,他(她)可以更好地将这种认识表达出来,作为制宪或修宪的讨论对象。国家宪法的修订过程,其实是对不断改变的社会宪法的一种映射,是将其中最具有普遍共识、最为成熟稳定的部分摘录出来,形成明确的文本和语言。当子系统宪法在完整表达的前提下充分进行了冲突和对抗,从中产生的妥协和融合的产物将被映射到国家宪法的文本中,并通过这种形式获得束缚社会功能子系统宪法的效力,即执行效力。

随着社会功能分化的深入和全球化推进的社会功能分化子系统内部共识的产生,社会元宪法会越来越关注到社会功能的意义,其内容会逐步涉及如医疗、环境、媒体、科学、艺术、教育等等众多的社会功能。社会元宪法将保护任何一个社会功能子系统的内在宪法不被别的子系统宪法所干扰甚至替代。至于社会元宪法在规制社会功能方面是通过国家宪法发挥作用,还是以惯例、共识等社会法的形式发挥作用,还需进一步予以论述。

## 七、结语

全球化带来的危机很大程度上源于经济功能子系统的全球化速度要远远快于其他社会功能子系统。相应的后果就是经济功能子系统的内在宪法通过一体化进程快速形成,并以意识形态的形式毛细化式地渗透到各个社会功能子系统中。这种渗透激发了其他社会功能子系统的自我保护。全面贯彻经济逻辑的后果是,一方面是物质的极大丰富,另一方面某些基本权利却在全球化进程中丧失了。这触发了社会自我保护的机制,这种保护既来源于子系统宪法之间的对抗,也来源于社会元宪法对子系统宪法的规制。而社会元宪法的规制内容又来自于子系统宪法对抗的产物。社会元宪法和子系统宪法之间形成了自我指涉的闭合环,作为宪法对象的材料被源源不断吸入环中,使得元宪法和子系统宪法、子系统宪法之间的交往逻辑能不断得以重构,来适应功能分化社会的演进和发展。

在这一动态过程中,正如托依布纳所言,我们首先必须克制一种在一个功能分化的全球社会中对法律整合进行的徒劳追求。换之以考虑诸如民族国家的政治宪法能为社会宪法构成提供何种参考模式?或者,全球不同领域中的宪法要素将呈现出何种基本特征?而法律的种种手段,无法克服不同社会合理性之间的矛盾冲突。如果法律在社会事务领域片段化的处境中,面对总体化的倾向以及某一系统的宰制时,能够确保自治性的法律保障形式,那就已经所获颇丰了。全球法律片段化的根源不在法律,而在它的社会处境之中。<sup>[21]</sup>在2012年圣诞来临前夕,我们不得不再次援引埃利希在100年前的那个圣诞节所写下的:不论现在还是其他任何时候,法律发展的重心不在立法、法学,也不在司法裁决,而是社会本身。

(责任编辑:顾祝轩)

[21] 参见前注[12],托依布纳文,第116~117页。