

第一部分

“我们会去做……”

第一章

导论：“我们会去做，然后倾听”

在所有政治体的历史上，在集体意识中，都有一些难忘的、与宪法秩序的重大变迁相关的“宪政时刻”。这种变迁很可能是直接的和正式的，涉及到宪法本身，如对宪法进行重大修订或重修宪法——譬如意大利废除君主制；抑或是对宪法进行解释的非常重要的司法判决——譬如“布朗诉教育委员会案”（*Brown v. Board of Education*），这个判决永久地改变了美国对种族问题的阐释。也可以不把一个政治体的宪法看得那么正式，例如将宪法视为对一个政治体的政治文化与公民文化的基本原则的表述。在此种情况下，“宪政时刻”可能与人们心中那些非法律性质的、但是具有象征意义的历史事件相联系；它们所反映的宪法变迁可能是间接的和非正式的——是大众精神或社会自我意识更深刻的变化过程的开始或终结。1938年11月9日及1989年11月9日——“打砸抢之夜”（*Kristalnacht*）与柏林墙的倒塌——构成了德国历史上的这类值得争议的时刻。

那么，欧洲联盟的历史上有哪些重大的宪政时刻呢？有几个显而易见的备选答案：1950年5月的《舒曼宣言》？还是1958年1月生效的《罗马条约》？还是1964年7月欧洲法院宣布共同体法优先于成员国法的那次具有里程碑意义的判决？或是1965年的“空椅危机”，以及此后对共同体决策产生巨大影响的“卢森堡协定”？乃至更近一些的、确立了在1992年实现单一市场目标的1985年《欧洲委员会白皮书》？或是在实际上批准了该方案、恢复了部长理事会的多数表决制、并确立了横贯欧洲大陆的名副其实的欧洲精神的1986年《单一欧洲法令》？

所有这些答案可能都会有争议。但在我看来，《马斯特里赫特条约》（以下简称《马约》）及其影响首当其冲。这样说并非因为《马

约》的内容有多么重要（尽管经济与货币联盟或许很重要），也并非因为《马约》华而不实的官方名称《欧洲联盟条约》的象征意义（它只不过就是个象征而已），甚至也不是因为《马约》的最终批准与生效。真正的原因在于公众的反应（反应通常是带有敌意的，这很耐人寻味）以及随后而来的公开争论，这几乎葬送了《马约》。本书正是将公众对《马约》的反应和公开争论作为欧洲建设史上最重要的宪政“时刻”。40年来，欧洲的政治家们被一个政治阶层和普通大众宠坏了，因为在通常情况下他们都能得到这个政治阶层的支持，而大众则对他们保持了恰当的冷漠。这一宪政“时刻”产生了一种变革性的影响：所有成员国内的公众舆论都不再愿意将欧洲一体化奉为正统，特别是不再愿意接受那种表面上高于一切的、要求人们无论在什么情况下都要接受欧洲联盟的嬗变动力的政治诫律。在共同体及其成员国的历史上，这是一个既危险又令人振奋的时刻：说其危险是因为一项重要的遗产受到了质疑，说其令人振奋是因为争论与质疑代表了大众和成员国权力的加强，从而可以赋予联盟一种更深层次的合法性。

人们也许会问，为什么争论没有在更早的时候，也就是在共同体历史上的其他关键时刻出现？请特别注意，多年来，欧洲法院一直将基础条约说成是共同体与联盟的“基本宪章”；而且，几十年来，法学家们也一直在泛泛地谈论创建欧洲共同体与联盟的基础条约的“宪法化”问题。这意味着，首先，在共同体的“法律空间”（legal space）内，出现了直接有效的、在本质上属于“高级法”的欧洲法。最高效力、直接效力和保障基本权利等原则都已经成为了所谓共同体整体法律制度（acquis）的一部分。我们可以换一个更简单的说法：欧洲联盟的法律文件在不断增长的活动范围内取代了所有与之相冲突的国内立法。这是各成员国政府、议会及法院通力协作的结果。随着共同体的不断扩张，不断接纳新的成员国，成员国政府与议会一次又一次地批准了新的规则。在《马约》与《阿姆斯特丹条约》签署之前很久，就已经是这样了。

在欧洲政体内部没有进行深入辩论的情况下，这种真正的变革是如何发生的呢？我们经常指望古代文化能为我们提供有力的启示，这些启示也许既能代表、又能解释人类与社会状况的基本原理。俄狄浦斯（Oedipus）、坦塔罗斯（Tantalus）、厄勒克特拉（Electra）、安提戈涅（Antigone）是西方文化遗产的一部分，其重要性超出了其固有的

文学内涵。下面是一个具有超凡的和持久的影响力的早期“宪政时刻”，它可能既有助于标示、也有助于解释目前的宪政阶段在欧洲联盟宪政讨论中的地位：

摩西记下了上帝所有的話……他携带着契约的经文并当众朗读，而他们说，上帝所说的我们都会去做，然后倾听。^{〔1〕}

传统的评论已经注意到了，人们的接受行为是一种本末倒置的过程。首先是我们会去做，其次是我们将倾听。倾听就是试着理解我们正在做的意味着什么。一般情况下，我们往往期待着先去倾听，然后再承诺付诸行动——倾听在这里比喻聆听、辩论和理解这一慎重的过程。

那么，这种本末倒置的可能含义是什么呢？就当前关于欧洲联盟立宪主义的讨论来说，我们可以从中学到什么呢？

一、首先我们会问，谁会愚蠢到不先去倾听就接受具有这样一种变革性质的契约？但“谁”在这里是一个很难提出的问题，因为该契约所做的事情之一就是以一种新的方式构建主体本身：他们关于人民的概念已经从里到外永久地改变了（尽管变化的性质在当时尚未完全显现出来）。这个契约是革命性的和激进的，这取决于，但不仅仅取决于它的实质性内容，而且还取决于其主体的本体论基础本身。它强有力地要求它试图构建的主体接受这样的事实。为什么会这样，我想有两个主要原因：

首先，从道德上说，对生活在《圣经·旧约全书》开头五篇以前时期的一群奴隶而言，他们之接受根本不成其为接受；只有生活在《圣经·旧约全书》开头五篇以后时期的自由人（在世间是自由的，只受到尘世以外力量的束缚）的接受才有可能具有道德的自制力，去进行有意识的参与。只有通过接受，他们才获得了表达有意识的接受的能力！接受是接受的前提条件。

其次，未经构建的主体的接受行为赋予了该主体以原创者的永久性特权。当然，就目前而言，逻辑上的难题、形势的迂回是显而易见的。你如何才能让那个只有通过接受才能得以建构的主体去接受呢？

〔1〕 《出埃及记》（*Exodus*）24：7。

于是就有了这种反常的经文结构——我们会去做，然后倾听。

二、在令人眼花缭乱的注释之中，需要记住另外一个显而易见的**事实**：我们的与《圣经》有关的隐喻已经囊括在前面的分析之中了。我认为，毋庸置疑的是，这项法律就是宪法——它不仅在正式意义上是高级法，它还是一种**构成性法律**（constitutive law），是一种正在构建着某种东西的法律，或者至少也在物质意义上改变着人民：他们的社会组织、他们的合乎规范的等级、他们的价值和他们的命运。但是，形式的选择难道不是很有意思吗？即使是全能的上帝，天与地的创造者，也选择了一部契约、一部条约。这是因为，宪法是**构成性**的，涉及价值并且控制着命运，因此对于它的接受应该是**契约性**的，包括选择、自治，而且，像所有长期有效的协议一样，要定期加以修改，使之适应形势。

《圣经》的叙述奇妙地结合了前现代与现代、宿命（启示录）与选择（契约）。

三、我们还可以用另外一种方式理解“我们会去做，然后倾听”。仔细阅读引导我们走到今天的那些经文。首先是非常著名的《十戒》，然后是远没有那么出名的民事侵权法、合同法、刑法、劳动法的基本要点，当然还有某些基本宗教仪式的基础。摩西把所有这些都写进了契约中。但这个清单是**框架式**的。它是另外一种经典的“立宪”方式，一种基本契约（traité cadre），其中许多条款都是用完全不确定的和结构开放的语言写成的，它只是一个大纲，要想使其成为生活的模本，还需要付出巨大的努力。契约当然是高级法，如果接受它，那就会对政府当局与个人同时产生约束力。同样它对权力也是一种制约。但它也赋予所有那些在它的权威（即高级法的权威）的荫底下负责解释和实施法律、并弥补其不足的人们以巨大的权力。在这方面，接受立宪契约就代表着无比强大的信任。我指的不只是，甚至主要不是对这个特殊故事中的上帝的信任。我在这里指的是对契约、对立宪主义的信任，它要求信任自我、信任选民、信任自己的机制，信任自己的机制有能力诚心诚意地通过自身的实践去“发现”并解释宪法的含义。契约并不只是，甚至并不主要是与上帝同在。它也与**我们彼此**同在；像所有的宪法一样，它也与我们的后代同在：他们降生于契约之中，并且根据契约的规定生活。但是，只有人们理解并且承认，给予和更新契约含义的权力和义务也要传给我们的后代，这种情况才会出

现。在这个意义上，行动与倾听、实践与理解的本末倒置正是一种伟大的宪法真理的关键：经文本身，也就是摩西记下来的上帝的言论，几乎不可能决定、或者不可能控制契约与宪法所做的承诺能够真正实现。人们所能期望的最多只是捕捉并珍视这个时刻的精神，但是，用形象的语言说，只有通过行动才能证实契约的含义。用规范的语言说，在行动的过程中，人们必须倾听宪法的精神，这样才不至于在实际应用中歪曲或迷失其本义。因此：我们会去做，然后倾听。

四、如果从社会学和历史学的角度来看待圣经经文，就需要有不同的诠释顺序。先做，而后论证——为什么有人会在如此盲目信任的基础上缔结契约，特别是在承诺会带来非常重大的后果的情况下？让我们先撇开《启示录》的影响——不管怎么说，它的影响都是有限的：在“观察了霹雳四十天”之后就创造了金牛犊（Golden Calf）^[2]。在希伯来人的历史与心理背景下，由盲目信任导致接受的情况难道非常少见吗？他们带着历史的创伤进入到了一个新世界，所有传统的价值观与制度都受到了挑战，新的威胁取代了包围着他们的旧的威胁，于是契约诞生了。这项契约让人一方面联想到田园诗般的遥远的过去，另一方面又憧憬着富饶和平的希望之地，而精神的挑战更甚于此。难道你不是说过，我们会去做，然后倾听吗？难道还有其他选择么？选择另一个时间吗？已经有了埃及。选择另一个空间吗？那就会树立新的敌人。这样的接受是一种愚蠢的行为或不理智的放弃吗？或许是。但它也是一种关于存在的抉择，是真正将命运掌握在自己手中，是追随一种直觉、一种理想、一种热望的行动。

当然，这种顺序就形成了这样的历史：一种先行动后思考的动态过程。

就契约本身的产生而言，革命性的变革与挑战已经证明了太多的东西。那些领土收复主义者甚至号召人们回到埃及去，回到创建契约以前的状态去。后来呢？也成了历史。这种宪法性契约的客体与主体都已经存续了数千年之久，尽管直到今天，人们仍然对它不断演化的含义进行着激烈的争论，其程度丝毫不亚于它被接受后 40 天时的情形，但是，这种争论本身就表明了它的生命力，而且也是其获得成功的一个条件。如果倾听、发现与补充新的内含的过程结束了，那么契

[2] 金牛犊是古代以色列人在摩西不在时所崇拜的偶像。——译注

约也就终结了。

欧洲是什么样的情况呢？在现阶段的立宪争论中有一个奇特的现象。这肯定不仅仅是讨论法典化的问题，不仅仅是为现存的宪法——它的内容散见于条约中以及欧洲法院和成员国法院制订的宪法性普通法中提供简洁的成文法形式。我认为，可以从《出埃及记》中得到一些启示。就欧洲而言，为了回应欧洲一体化方案、回应提供给欧洲人的新宪法秩序，也可以用“我们会去做，然后倾听”作为比喻性的回答。明确地说，“我们”是指政治阶层。普通大众很难做出承诺。不过，他们的冷漠态度对政治阶层是有利的（西奈山〔3〕上的普通大众也没有做出承诺。前面提到，他们非常愿意在一开始就求助于金牛犊）。对于舒曼计划、巴黎条约甚至罗马条约都没有进行过深入的争论——虽然它们都具有很多明显的宪法性特征。在欧洲法院与成员国法院之间展开的不平常的双边或多边的司法对话也没有就立宪进程进行深入讨论。

在我看来，这种情形的出现不足为奇。从 12 年的被奴役状态中走出来的欧洲伤痕累累，旧的制度与秩序受到了严重的质疑。新的欧洲建设蓝图给人们带来了美好的想象，它可以让人们对痛苦不堪的过去进行重新解释，而且向人们展现了一个新的充满繁荣与和平的希望之地。它的规定是概略性的，全面填充新秩序的内容尚需假以时日。自身利益与某种形式的理想主义、想象以及实用主义相互结合起来，促使人们接受了新秩序，进而共同接受了在法律体系和惯例中确立起来的内涵。这就是一代欧洲人及其领导人的“先做后谈”的精神，他们的个人经历告诉他们，如果不选择欧洲梦想，就只能选择不久前发生的欧洲梦魇。

但是，如上所述，结果并不是一种没有成文宪法的立宪主义的欧洲法律秩序，而是相反，它是这样一种宪法性法律秩序：其宪法理论尚未成形，其长期的、超凡脱俗的价值尚未得到充分论述，其本体因素被曲解了，其社会根基与合法性也非常可能出现问题。

正是出于对当前宪政时刻性质的这种理解，我们才能够追踪到《马约》的起因。《马约》给大众带来了震撼。发现既成事实比发现当权者提出的建议更加令公众舆论感到震惊，而后公众舆论就以藐视与

〔3〕 西奈山（Mount Sinai）位于埃及，是摩西带领大众与上帝立约的地方。——译注

怀疑震惊了当权者。人们希望，不仅《马约》会继续存在下去，而且随之而来的争论也会持续下去，这是第一次真正在全欧的范围内就某种行动展开的具有公众宪法性质的“倾听”；而对于这种行为，欧洲人民以及各成员国已经以这种或那种方式说出了“我们会去做”。

在很多方面，正是欧洲一体化方案的成功本身解释了爆发争论的原因。欧洲是一个经历过转型的大陆与政治体。部分原因是繁荣与和平的环境允许此种争论，部分原因是宪法建设的意义已经非常明显了。从条约作为这个政体的宪章角度来看，人们一直都是主要用结构性的术语来描述欧洲联盟的立宪主义：最高效力原则、直接效力、默示权力，等等。而实际上，根据这些结构性术语，共同体更加类似于，或者更加是，一种宪法法律秩序，而不是一种国际法律秩序。但是立宪主义所涉及的不仅仅是政府的手段，而且也涉及到政府的目的。对欧洲立宪主义的结构手段起着决定性作用的那些目的对缔造者那一代人来说似乎是显而易见的，但现在已经被忽略了。

最后，正是共同体的成功销蚀了它的吸引力，销蚀了对它的需求。法国与德国的和解对后契约时代的人来说并没有多少意义。关于繁荣的争论围绕着再分配进行，在此方面欧盟发出的信息含混不清，并且无论如何都是有争议的。

我认为，目前关于宪政的争论不仅仅是要说明决定现有宪法秩序的理论价值观，而且还是在为未来的一代人和新的时代重新界定宪法秩序的含义。

本书的整体架构分为“行动—倾听”这两部分。第一部分是关于“行动”，这部分的文章和论文解释欧洲政体及其宪法维度的结构和程序，以及刚刚萌芽的欧洲立宪主义的动力。这是关于手段的。第二章“欧洲的转型”是对欧洲立宪主义及其演变过程的全面论述。接下来的论文集集中讨论特定领域里的问题——法院、人权、欧洲以及整个世界。

第二部分论述“倾听”问题，它是关于目的的。它探究欧洲一体化的价值观，考察有关欧洲联盟的理想、合法性与民主等问题的辩论。它追寻可称之为“新立宪主义”的发展轨迹。我并不会假装已经向你们提供了确切的答案，但我希望读者能够对我提出的问题产生兴趣。

第二章

欧洲的转型

第一节 导言

1951年，法国、德国、意大利、比利时、荷兰和卢森堡等六国缔结了《巴黎条约》，建立了欧洲煤钢共同体。不仅是那些行动者们，而且那些对于重大事件反应十分灵敏、并且创造了深邃的学术理论工具的人们也认为，煤钢共同体这个志向高远、而且在某些机构的安排方面具有创新精神的政治实体开创了新型国际组织的先河，它正在引领新的跨国交往方式。然而，不久以后，现实驱散了梦想，反应灵敏的人们再次表现出了对于重大事件的敏感：那些学术工具被抛弃了。^{〔1〕}

40多年以后，欧洲共同体成了一个实现了重大转型的政治实体。目前它的成员国是创始时的两倍多，人口超过了3.5亿，是世界上最大的贸易集团。不过，之所以认为欧共体发生了“转型”，肯定是来源于那些比地理和人口的变化更为深远的变化。毋庸置疑，欧洲发生了一种更为剧烈的变化。面对那难以置信的（而且往往能够带来利益的）、不断发展的事业，面对与1992年条约有关的评论，可以确信怀疑论是具有破坏性的。

可以称之为转型的例证不胜枚举，从细枝末节和滑稽可笑的例

〔1〕 对一体化理论及其终结的回顾，参见 Greilsammer: “Theorizing European Integration in its Four Periods,” *Jerusalem Journal of International Relations* 2 (1976): 129; Krislov, Ehlemann and Weiler, “The Political Organs and the Decision-Making Process in the United States and the European Community,” in M. Cappelletti, M. Secombe, and J.H.H. Weiler (eds.) . . . *Integration through Law* (Walter de Gruyter; Berlin, New York, 1985) vol. II, book 1 . . . 3 at 6—11。

子〔2〕一直到事关重大和庄严肃穆的事件。当然，这是旁观者的观点。请注意以下几点变化；

一、共同体的行动范围。请注意成员国及其西方盟友是如何自然而然地让欧共体在帮助东欧发展与重建方面承担领导角色的。〔3〕倒退仅 10 年或 20 年，如果共同体采取这样公然的外交姿态，它自己的成员国就会对此提出强烈的质疑。〔4〕

二、共同体的行动模式。目前，欧盟委员会在确定共同体的日程、设计共同体的政策内容和行动规范方面发挥着核心作用。一直到 20 世纪 60 年代末期，人们还在怀疑这样的超国家机构是否能够生存，〔5〕到了 70 年代，自我批判、士气不振的欧盟委员会却被看做是共同体的过于臃肿、开支太大的秘书处。〔6〕

〔2〕 在 1990 年“欧洲观”流行歌曲竞赛中获胜歌曲的名为“1992 联合起来（Altogether 1992），” *The Times* (London) (May 7, 1990) at 6, col. 8。

〔3〕 见“European Commission defines a General Framework for Association Agreements (‘European Agreements’) between the EEC and the Countries of Eastern and Central Europe” *Europe Doc. No. 1. 646/47* (September 7, 1990) at 1 (reprint of Commission communication to the Council and the Parliament)。但进展是有限的，例如由于共同体缺少一个真正的外交机构，结果使得它在处理伊拉克危机时所提出的政治（非军事的）倡议仅仅具有劝告性。见“Gulf Crisis: Positions Taken by the Twelve and the Western European Union,” *Europe Doc. No. 1. 644*, August 23 1990 at 1 (statements of August 2, 10, and 21 1990); “Gulf/EEC: The Foreign Ministers of the Twelve Confirm Their Position and Intend to Draft an ‘Overall Concept’ for their Relations with the Region’s Countries,” *Europe Doc. No. 5*, 41 3 (January 19, 1991) at 3—4。不过，欧共体在南斯拉夫危机中却发挥了领导作用。关于 1992 年以后欧共体的外交政策立场的变化，见 R. Dehousse and J. Weiler, “EPC and the Single Act: From Soft Law to Hard law” (European University Institute Working Papers of the European Policy Unit, No. 90/1)。

〔4〕 1973 年，法国外长罗贝尔（M. Robert）强烈要求（将处理外交事务的欧洲政治合作框架）从欧共体中分离出来，这迫使各国部长早晨在哥本哈根为欧洲政治合作开会，同一天下午就又赶到布鲁塞尔集中，以欧共体理事会的身份处理共同体事务。见：Stein, “Towards a European Foreign Policy? The European Foreign Affairs System from the Perspective of the United States Constitution,” in Cappelletti, Secoinbe, and Weiler, *Integration through Law*. vol. 1, book 3 at 63。

〔5〕 参见 Heathcote, “The Crisis of European Supranationality,” *Journal of Common Market Studies* 5 (1966) 140。

〔6〕 参见 B. Biesheuvel, F. Dell 和 R. Marjolin, “Report on European Institutions” (1980). 10—12, 49—56 (1979 年 10 月三人小组向欧洲理事会的报告)（下称：“Report on European Institutions”）；另见：“Proposal for Reform of the European Communities and its Services” (1979)（这是 Dirk 领导的一个独立审查机构根据委员会的请求所作的报告。委员会发出这样的请求部分原因在于它觉察到了本身的痼疾）（下称“Spierenburg Report”）。自嘲而又深刻的描述，见 M. von Donat, *Europe : Qui Tire les Ficelles?* (Presses d’Europe: Paris, 1979)。

三、共同体的对外形象。这方面的变化通常比它们所代表的现实更能说明问题。在公众的言谈中，“欧罗巴”（Europe）越来越代表欧洲共同体，就像“阿美利加”（America）代表美国一样。

但这些表面现象就像地震图上那些反映地表下面更深层运动的曲线一样，对它们需要进行解释。值得探讨的是，在欧洲发生的最能证明“转型”和“易质”的变化是共同体和它的成员国之间关系的演变。^{〔7〕}

应该怎样概括成员国与共同体之间关系的变化呢？在处理最近的一个案子时，欧洲法院事实上把《欧共体条约》^{〔8〕}说成是共同体的“基本宪章”。^{〔9〕}这就意味着有关条约已被“宪法化”，而欧共体已成为一个实体，它的最紧密的结构模式已经不再是一个国际组织，而是一个更为紧密的、但还是非单一制的政治体，大体上是联邦国家。换言之，规范欧共体“运作体制”的不再是国际公法的一般性原则，而是根据宪章和宪法原则确定的特殊的国家间政府性结构。

这一司法上的定性在有关文献中被无数次重复，^{〔10〕}它强调了这样一个现实，即不仅仅是共同体——成员国之间的表述内容发生了变化，而且这对关系的结构本身，也就是决定表述模式的整套结构性规则，也已经发生了变化。作为分析工具，这一定性还为我们提供了在对非

〔7〕 将欧共体与成员国并列会产生问题。共同体的概念类似于三位一体的概念，同时是一个和多个。某种意义上，欧共体就是其单个的成员国；在另外的意义上，它又与成员国不同。在所有联邦体制中都有此种不可避免的困境。而且，单个国家概念本身也不是单一的。当谈到成员国的利益时，在判断某一国家的具体立场时，人们通常忽略了许多细微之处：“不同的、冲突的及相互矛盾的利益，不论是主观的还是客观的，经常表现为统一的、主观的‘国家’利益。在这明确的、主观的‘国家’利益背后，却是各种各样社会的、经济的和政治的关系，以及私有、公有经济组织和国家之间的各种关系。”（F. Snyder, *New Directions in European Community Law* (Wiedenfeld and Nicolson: London, 1990), at 90）；另见同书，第 32、27 页。既然在一国内忽略这些不同声音的风险难以避免，我将通过讨论成员国在共同体政体中保留特权时的利益来减少这种风险。

〔8〕 《欧洲经济共同体条约》，后经《欧洲单一法令》修订。

〔9〕 Case 294/83, *Parti Ecologiste, “Les Verts” v. European Parliament* [1986] ECR I, 339, 1, 365 (hereinafter “*Les Verts*”).

〔10〕 最近的分析，见 Lenaerts, “Constitutionalism and the Many Faces of Federalism,” *American Journal of Comparative Law* 38 (1990). 205; Mancini, “The Making of a Constitution for Europe,” *Common Market Law Review* 26 (1986), 595；及上述著作中引用的文献。作为共同体一个特定特征，法律范式的重要性在非法律文件中也得到了认可，见 Keohane and Hoffmann, “Conclusions: Community Politics and Institutional Change” in W. Wallace (ed.), *The Dynamics of European Integration* (Pinter: London, New York, 1990). 276, 278—82。

单一制政体（主要是联邦制）进行评价的过程中形成的主要概念。我们可以用有意义的范式对欧共体和其他已知的政治体进行比较。

然而，这一定性可能导致有缺陷的分析。人们可能会以为（而且已经以为^{〔11〕}），这种定性意味着，主要的实质性变化发生在法律场所，变化的主导者是欧洲法院。但这是误导。法律和宪政的结构性的变化的确至关重要，但只有在其融入共同体的政治进程之后，它们才能发挥关键作用。

这一定性也许还意味着有一个发生重大变化的固定时间，这就是“大爆炸”理论。人们会自然而然地被吸引着，到 20 世纪 80 年代中期以来那些震撼了共同体的一系列重大事件中去寻找这一时刻，当然也包括 1992 年那具有传奇色彩的一天。^{〔12〕} 毕竟有大量的文献将 1992 年视为欧共体范围内发生的惊天动地的关键事件。^{〔13〕} 但是必须抗拒住这种诱惑，这不是否认 1992 年以及 20 世纪 80 年代以来发生的变化对共同体的结构和进程以及共同体和成员国之间的关系产生了重要作用。但是，即使 1992 年是一个震动性、爆炸性和显而易见的突变，它在性质上仍然是一种从地底喷出的物质。

我认为，早在 1992 年的喷发之前就有过两次更为深层的，因而远远不那么明显的深刻变化，每次变化都发生在共同体演进过程中的

〔11〕 “欧洲法院置身于仙境般的卢森堡公国，受到上帝的恩宠，直到最近，由于一直被当权者和大众媒体善意地忽视，它已经为欧洲设计出了类似于联邦结构的宪法框架。”见 Stein, “Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution,” *American Journal of International Law* 75 (1981), 1 ; 又见 A. W. Green, *Political Integration by Jurisprudence* (Sijthoff; Leyden, 1969)。

〔12〕 在共同体的一场类似于某种新的神秘哲学的游戏中，1992 年事实上包含着一种从世俗走向越来越高的天体的运动。在这场数字游戏中的关键日期是：1984 年的《欧洲议会关于欧盟的草约》、1985 年《委员会白皮书》（“内部市场的完成”）、认可该白皮书的 1986 年《单一欧洲法令》（1987 年 7 月生效），此外还有 1988 年 4 月的《委员会经济货币联盟（德洛尔）计划》，该计划在 1989 年马德里峰会上签署，1990 年都柏林会议决定举行两次政府间会议，这一决定加强了该计划，并导致了《马斯特里赫特条约》的诞生，《马约》于 1993 年 1 月 1 日生效。

〔13〕 “《单一欧洲法令》……代表着迄今为止对《欧洲经济共同体条约》最全面和最重要的修正文件”：Ehlermann, “The ‘1992 Project’: Stages, Structures, Results and Prospects”, *Michigan Journal of International Law* 11 (1990), 1097, 1103（以下称“1991 Project”）。虽然我同意 Ehlermann 关于《单一欧洲法令》是最重要的正式修正文件的观点，但我认为，不存在正式修订文件的早期发展阶段应该被认为具有更重要的作用。近期关于 1992 年所有文献的目录，参见 *Michigan Journal of International Law* 11 (1990), 1097。

特殊时期。这两次早期的地表下层的变化同时具有经验上和认知上的重要性。从经验的角度看，它们不仅决定了 1992 年的巨变，而且使得 1992 年具有了重要的意义。从认知的角度说，如果事先不了解决定了 1992 年巨变的那些深层变化，我们就不能理解 1992 年的喷发及其潜在的冲击力。

因此尽管我承认欧共体已经发生了深刻的转变，但我认为，这种转变经历了三个明显的阶段。在每一阶段，共同体和成员国之间关系的性质都发生了变化，只有将这三个阶段结合起来，才可以说转变了共同体作为非单一制政体的“运行体制”。

上述观点决定了本章的方法论特征。特征之一是关注演进过程。我将在历史框架中描绘新的“运作体制”的主要特征。也就是说，我将按照时间顺序讲述共同体发展深化的历史。这种方法使我不仅能够进行描述，而且还能进行分析和解释。我将把新体制每一个方面的演化都视为一种需要进行系统分析和历史分析的“发展”来介绍。

第二，在分析的过程中，我将集中精力分析单一制政体中在我看来是宪政主义的两个关键性的结构问题：（1）中心的政治权力和外围的政治权力之间的关系、中心的法律规范与政策和外围的法律规范与政策之间的关系；（2）在共同体和成员国之间划分实质性权能的原则，人们通常把这项原则称为“列举权力（doctrine of enumerated powers）学说”。因此欧共体的结构和程序将在我的分析中占据首要地位，而不是具体的政策及内容。

我的分析方法的最后一个特点涉及到法律在欧共体演化过程中的地位。马丁·沙皮罗（Martin Shapiro）对一项关于欧共体法律秩序的经典研究提出了尖锐的批评，他的下述评论可以用来挑战许多有关共同体的法律文献：

〔这项研究〕是对欧洲经济共同体“宪法”中的司法审查条款的一番详尽而系统的论述，对新接触这些材料的人很有帮助。但是……它是脱离了政治的“宪法法律”……它把共同体说成是一种法学理念；把成文宪法说成是神圣的经文；把专业评论说成是法律事实；把案例法说成是宪法文本确切含义的必然解释；把宪法法院说成是正确理性和宪法信仰的没有实际意义的代言人……已经证明，此种方法在对〔国家〕宪法的研究中已经证明是无效

的……它必然把对宪法的学术研究降低到类似于早期考古学的水平：只收集文物……而对这些文物的来龙去脉或生存条件不屑一顾。^[14]

当然，要求采用“法律与……”的视角是合情合理的，如法律与经济、法律与文化、法律与社会，总而言之，在一定的背景中讨论法律。在某种程度上，本章的一个目的恰恰是要针对这种对欧洲法律文献提出批评、甚至挑战的文献的某些观点做出回应。我将尝试分析共同体的宪政秩序，尤其是它现有的政治基础。本章的核心是规范与规范制定的互动关系、宪法与机构的互动关系、原则与实践的互动关系，以及欧洲法院与政治机构之间的互动关系。

尽管我将讨论法律结构与政治进程的关系、法律和权力的关系，但我的视角很难说是一种“法律与……”的视角——而是要简单得多。戴高乐和撒切尔、20世纪60年代的经济扩张、70年代的石油危机、社会主义者和基督教民主党人，以及当代政治史中诸如此类的因素，在我的描述中只是一带而过。这或许具有讽刺意味，但我的综合与分析确实遵照了“纯粹的法律理论”这一传统，而且还认为，“法律”包括的内容远远超出教条与规范，法律与政治的分野也是值得商榷的。

这种“纯粹主义”（当然并不全面）的缺点是不言自明的：我的论述只不过是更为全面、更为综合的历史的一部分。但是，如果能获得成功，那么这种“纯粹”的视角就会产生一些价值，因为它最终想说明，在欧洲内在的演化过程中发生的很多事情都是自我调节的，是制度自身内在动力的结果，似乎与“外在”因素完全隔绝。^[15]

[14] Shapiro, "Comparative Law and Comparative Politics," *Southern California Law Review* 53 (1980), 537, 538. 在其评论中，Shapiro 暗示了什么是示范性分析：Barav, "The Judicial Power of the European Economic Community," *Southern California Law Review* 53 (1980), 461。当然，并非所有研究共同体宪法的学者都落入了此圈套中。参见 Snyder, *New Directions*; Lenaerts, "Constitutionalism"; Mancini, "The Making of a Constitution."

[15] “隔绝”不可能是完全的。但外部事件经过了系统的过滤，因而本身并不具备真实性。参见 Teubner, "Introduction to Autopoietic Law," in G. Teubner, *Autopoietic Law : A New Approach to Law and Society* (Walter de Gruyter: Berlin, New York, 1998)，关于法律自成体系的观点首先是由 Niklas Luhmann 提出来的，G. Teubner 对之进行了详细阐述，该观点承认法律的内在语汇在解释其演化动力方面具有重要作用；自成一体的方法也就外部现实对法律体系的影响进行了更为细致的解释，但外部现实总是受到法律观念的调整。

第二节 从 1958 年到 70 年代中期基础阶段—— 走向均衡理论

欧共体早期阶段的重要性无论怎么强调都不过分。^{〔16〕}它们超过了此后发生的一切。正是在基础阶段，欧共体表现出了它基本的法律和政治特征，与条约最初的概念相比，它发生了根本的变化。但是，理解基础阶段的动力具有比历史兴趣更重要的意义；在这一阶段结晶而成的共同体——成员国互动关系模式，成为欧洲后来一切发展的条件。

为了解释基础阶段的本质，我想求助于一个看上去明显是悖论的命题，解决这个悖论的方案就将成为我描述和分析欧共体体制的方法。

一、悖论及其解决方案：退出与发言

在基础阶段，如果请某位法律学者对欧共体的演进过程和美国的经验进行比较，他会说欧共体正在变得“越来越像一个联邦制（或起码是前联邦制）国家”。反过来，如果我们在同一时期邀请某位政治学家来比较欧洲与美国的体制，他可能会给出截然相反的答案：“它们之间差异越来越大。”

也可以不用比较性的术语来表述上述悖论：从法律规范的角度来看，在初创阶段，共同体与一种不可动摇的、加强超国家主义的决心同步发展。于是，欧洲法律向着一体化的方向强有力地推进。而从政治一决策一程序的角度来看，这一阶段的特征却与上述发展方向完全相反：向政府间主义发展，并且偏离了欧洲一体化。因此，毫不奇怪，法学家将欧共体在这一时期的特征归纳为“一种联邦制结构的宪法框架”，^{〔17〕}而政治学家却在对“超国家主义能否生存”疑惑不定。^{〔18〕}

确定共同体这一悖论的事实和概念上的轮廓，解释它产生的原

〔16〕 本章的知识基础是我早期关于欧共体的著作。见 Weiler, “The Community System: The Dual Character of Supranationalism,” *Yearbook of European Law*, vol. I, 267。其后的发展包括 J. Weiler, *Il sistema comunitario europeo* (Il Mulino: Bologna, 1985)。我试图构建一种一般性的理论，以解释欧洲共同体的超国家性。在本书中，我将首先尽力将我的解释——随着时间的推移进行了修改——置于系统性理解的背景之中；其次是把它作为一种工具，用来说明 1992 年的现象。

〔17〕 Stein, “Towards a European Foreign Policy?” at 1.

〔18〕 Heathcote, “The Crisis of European Supranationality”

因，是理解基础阶段在共同体演化过程中的意义的关键。那么这种法律和政治疑团的轮廓又是什么呢？该如何解释它？它的意义何在？

在《退出、发言和忠诚》^{〔19〕}一书中，赫希曼（Hirschman）分别使用经济学和政治学的原理确定了“退出”与“发言”的类型。“退出”类似于被经济学家简单化了的世界，而“发言”类似于政治学家的混乱的（可能更加复杂的）世界。赫希曼说道：

退出和发言，即市场和非市场力量，亦即经济和政治机制，被当作两个地位绝对平等和同等重要的行为角色。在这个基础上，我希望向政治学家表明经济概念的作用，并向经济学家表述政治概念的作用。近来的跨学科研究中缺乏的就是这样的相互借鉴。^{〔20〕}

法律和政治之间的互动关系也是这个道理。在这两个学科之间存在的鸿沟也同样巨大。

退出和发言之间的相互作用相当清楚，只需稍作改动就可以适应欧共体的情况。所谓退出是指在效果不尽如人意的情况下有组织地放弃的机制；所谓发言是指在组织内部进行校正和康复的机制。除了确认应对不良表现的这两种基本反应以外，赫希曼还看到，在这二者之间存在着一种零和关系。简言之，发言的“场所”越强大，越可以减轻选择退出的压力，而且可以导向更为复杂的自我纠正程序。相反，如果退出的道路被堵塞，那么发言的要求就会增加。尽管赫希曼是为了解释市场行为而提出退出与发言这两个概念，但他明确表示，这两个概念同样也可以适用于任何组织机构成员的行为。

当然，我必须在欧共体背景下赋予退出和发言特定的特征，我打算首先用法律的范畴来讨论欧共体内的退出选择，然后再用政治的范畴来探讨发言。

二、欧共体内的退出：正式的和选择性的退出

正式的（或完全的）退出当然是个简单的概念，特指某个成员

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

〔20〕 Ibid. at 19 (emphasis in original) .