

宪法的 碎片

全球社会宪治
Constitutional Fragments:
Societal Constitutionalism and
Globalization

作者 / [德] 贡塔·托依布纳 (Günther Teubner)
陆宇峰 / 译
纪海龙 / 校



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

宪法的 碎片

全球社会宪治
Constitutional Fragments:
Societal Constitutionalism and
Globalization

作者 / [德] 贡塔·托依布纳 (Günther Teubner)
陆宇峰 / 译 纪海龙 / 校



中央编译出版社
Central Compilation & Translation Press

Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization by Gunther Teubner

Chinese edition copyright © 2016 Central Compilation & Translation Press.

All rights reserved.

本书中文版由作者授权中央编译出版社独家出版发行。

图书在版编目(CIP)数据

宪法的碎片:全球社会宪治/(德)贡塔·托依布纳著;

陆宇峰译. —北京:中央编译出版社,2016.8

ISBN 978-7-5117-3066-4

I. ①宪…

II. ①贡… ②陆…

III. ①宪法—研究

IV. ①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第181498号

宪法的碎片:全球社会宪治

出版人:葛海彦

出版统筹:贾宇琰

责任编辑:贾宇琰 赵 灿

责任印制:尹 珺

出版发行:中央编译出版社

地址:北京西城区车公庄大街乙5号鸿儒大厦B座(100044)

电话:(010)52612345(总编室)

(010)52612343(编辑室)

(010)52612316(发行部)

(010)52612317(网络销售)

(010)52612346(馆配部)

(010)55626985(读者服务部)

传真:(010)66515838

经销:全国新华书店

印刷:北京佳信达欣艺术印刷有限公司

开本:787毫米×1092毫米 1/16

字数:280千字

印张:17.25

版次:2016年8月第1版第1次印刷

定价:59.00元

网 址:www.cctphome.com

邮 箱:cctp@cctphome.com

新浪微博:@中央编译出版社

微 信:中央编译出版社(ID:cctphome)

淘宝店铺:中央编译出版社直销店(<http://shop108367160.taobao.com>)

(010)52612349

本社常年法律顾问:北京嘉润律师事务所律师 李敬伟 问小牛

凡有印装质量问题,本社负责调换,电话:(010)55626985

目录 Contents

第一章 新宪法问题	1
第一节 现代宪治危机?	1
(一) 民族国家宪法 VS 全球宪法	2
(二) 宪法社会学的启发	3
第二节 错误的预设	6
(一) 社会宪治真的是全球化问题吗?	6
(二) 跨国领域的宪法空白?	8
(三) 跨国治理只是政治过程?	10
(四) 基本权利第三方效力只是国家的保护义务?	13
(五) 统一的世界主义全球宪法?	15
第二章 民族国家的部门宪法	17
第一节 自由主义宪治下的社会制度	18
(一) 宪法缺位的私人自由领域	18
(二) 自治的社会秩序	20
第二节 极权主义的社会宪法	25
第三节 福利国家的子宪法	28
(一) 历史的教训	28
(二) 国家主义社会宪治	29
(三) 社会部门的政治化	30

第四节 社会整体的经济宪治	35
(一) 秩序自由主义宪治	35
(二) 宪法经济学	39
第五节 宪法多元主义	40
(一) 新法团主义安排	42
(二) 社会宪治	44
 第三章 超国家的宪治主体：体制、组织、网络	49
第一节 各种全球结构	49
第二节 通过国家的社会宪治？	52
(一) 联合国宪章	52
(二) 民族国家的软法	54
(三) 国际公法和全球行政法	57
第三节 全球制度的独立宪法	59
(一) 宪法的片段化	59
(二) 国际组织的宪法	63
(三) 各种体制的宪法	67
第四节 作为宪治主体的超国家体制？	69
(一) 制宪权/宪定权	71
(二) 集体同一性	77
 第四章 超国家的宪法规范：功能、领域、过程、结构	86
第一节 宪治功能：构成功能/限制功能	88
(一) 社会系统的自我奠基	88
(二) 全球宪治的“双向运动”	92
(三) 发展压力的自我限制	95

(四) “毛细管宪法”	98
(五) 魔鬼与魔王	101
第二节 宪治领域：各社会系统的内部分化	104
(一) 自发领域	105
(二) 组织化—职业化领域	108
(三) 沟通媒介的自我规制领域	113
第三节 宪治过程：双重反思性	120
(一) 社会系统的反思性	120
(二) 法律系统的反思性	122
第四节 宪治结构：混合的基础符码	128
(一) 符码化和基础符码	128
(二) 混合性	130
第五节 社会宪治下的政治	133
(一) 阴性政治与阳性政治	133
(二) 在政治的影子下	136
(三) 社会子系统的内部政治	139
 第五章 超国家的基本权利：横向效力	145
第一节 民族国家之外的基本权利	145
(一) 国家宪法权利的域外效力？	146
(二) 全球公愤	149
(三) 依体制而异的基本权利标准	150
第二节 约束超国家“私人”行动者的基本权利	153
(一) 超越国家行动	153
(二) 一般化：沟通媒介而非一般价值	155
(三) 不同社会脉络中的再具体化	157

第三节 基本权利的涵括效果：进入权	159
第四节 基本权利的排除效力	163
第五节 匿名的魔阵	166
第六节 可诉性?	170
 第六章 宪法间的碰撞	 175
第一节 第三方权威的缺失	175
第二节 体制间冲突	180
(一) 传统冲突法的修正	181
(二) 规范网络	185
第三节 跨文化冲突	189
(一) 文化多中心主义	189
(二) “外在”再进入“内在”	194
(三) 跨文化冲突规范	197
第四节 各种宪法冲突的指导原则	200
 参考文献	 203
主题索引	242
作者索引	251

第一章 新宪法问题

第一节 现代宪治危机?

近年来，一系列公共丑闻引发了“新宪法问题”。^① 跨国公司侵犯人权；世贸组织以全球贸易自由之名，做出危及环境或者人类健康的决定；体育赛事禁药泛滥，医药行业和科学领域腐败横行；互联网上的私人媒体威胁言论自由；私人组织的资料信息收集活动大规模地侵犯隐私权；当前影响尤其巨大的，则是全球资本市场造成的灾难性风险。上述每一件丑闻都不仅提出了规制问题，而且也提出了严格意义上的宪法问题。这些丑闻的背后，不仅涉及国家政策的执行问题，而且也涉及有关各种社会动力的基本宪法问题。较之18、19世纪的宪法问题，今天的宪法问题虽有不同，但同样重要。18、19世纪，宪法问题的焦点在于释放民族国家政治权力的能量，同时又有效限制这种能量。新宪法问题的焦点，则在于释放各种十分不同的社会能量（经济尤其明显，科学、技术、医药和新型传媒也不例外），并有效限制它们的破坏效果。^② 当前，超民族国家的各

1

① 这些丑闻正在引发公共争论和政治规制，关于其“示范效应”的讨论，参见 Mattli and Woods (2009) “In Whose Benefit?”。

② 阿洛特 (Allott) 走得更远，她将新宪法问题描述成“21世纪国际哲学家们面对的核心挑战”。参见 Allott (2001) “Emerging Universal Legal System”，16。

种社会领域都在释放这些兼具生产性和破坏性的能量。上述公共丑闻，系从两个方面超越了民族国家的边界。因此，超民族国家的宪治也意味着两个方面：一是宪法问题跨越民族国家的边界，出现在跨国的政治过程之中；二是宪法问题跨越制度化的政治领域，出现在全球社会的“私人”部门之中。

（一）民族国家宪法 VS 全球宪法

上述公共丑闻已经引起一场讨论，这场讨论认为现代宪法陷入了危机，并将危机归咎于政治的跨国化和私人化。尽管跨国宪治的地位尚不明确（是宪法学说？社会学理论？政治纲领？还是社会乌托邦？），但围绕着跨国宪治的激烈争论已经展开。争论双方的观点大致如下。一方断言现代宪治已然衰落。^①他们认为，从历史角度看，民族国家的政治宪法所采用的宪治形式，就是完全成熟的现代宪治形式。但现代宪治的基础正在遭到侵蚀，这一方面是由于欧洲的整合和各种跨国体制的涌现，另一方面是由于政治权力向私人集体行动者的转移。在跨国空间中，不可能找到国家宪法的可替代形式。跨国政治长期存在各种缺陷（比如缺少人民、文化同质性、政治性的立国神话、公共领域和政党），故在跨国空间中，国家宪法的替代形式甚至不具结构上的可能性。因此，唯有通过再国家化和再政治化，亦即彻底重建民族国家的各种宪法建制（宪法法院、议会、公共领域），才能从根本上解除宪治的上述双重危机。

争论的另一方也讲述了一个现代宪治衰落的故事，但主张以世

^① 特别参见 Grimm (2010) “The Achievement of Constitutionalism”; Loughlin (2010) “What Is Constitutionalisation?”, 63 ff.; Fried (2000) “Constitutionalism, Privatization, and Globalization”。

界社会自身的宪法加以弥补。^① 在他们那里,国家宪法的式微同样被归咎于全球化和私人化。但对于他们来说,如果一种新型的民主宪治能够以全球政治权力驯服全球资本主义那不受约束的力量,则能起到弥补作用。国际宪法性法律、商谈式的全球公共领域、全球范围的调控政策、全球集体行动者之间的跨国协商体系、全球政治过程对社会权力的限制——所有这一切,据说均潜在地通向一种全球社会的新型民主宪治。

3

(二) 宪法社会学的启发

然而,宪法太重要了,不能完全交给宪法学家和政治哲学家讨论。必须提出一种不同于上述争论双方的第三方观点,这种第三方观点应当绝不仅仅是调和的观点,而是同时质疑前两种观点的前提预设,并以不同的方式阐述新宪法问题。此处的关键,在于超越前两种观点顽固的国家—政治中心色彩。一种至今尚未在这场宪法争论中浮现的、关于社会宪治的社会学理论能够完成这项使命。该理论奠基于四种不同的社会学理论:首先,它借助关于社会分化的一般理论,将关注焦点转移到各社会子系统的内部宪法上。^② 它也奠基于新兴的宪法社会学^③,然后是私人政府理论^④,最后是社会宪治的

① 特别参见 Habermas (2006) “Does the Constitutionalisation of International Law Still Have a Chance?”; Höffe (2001) *Königliche Völker*. 国际法领域参见 Frowein (2000) “Konstitutionalisierung des Völkerrechts”; de Wet (2006) “International Constitutional Order”; Peters (2006) “Compensatory Constitutionalism”。

② 国家宪法是一部服务于全社会整体的宪法,还是各社会子领域都有自己特殊的宪法? 在埃米尔·涂尔干、格奥尔格·齐美尔、马克斯·韦伯、达科特·帕森斯、皮埃尔·布迪厄和尼可拉斯·卢曼的传统中,各种关于社会分化的一般社会学理论针对这个问题做出了不同回答。

③ Thornhill (2011) *A Sociology of Constitutions*; Thornhill (2010) “Re-Conceiving Rights Revolutions”; Thornhill (2008) “Towards a Historical Sociology”。

④ Selznick (1969) *Law, Society and Industrial Justice*。

概念。^① 此外，这种宪法社会学还能将宪法现象的历史分析、经验分析与规范视角结合起来。^② “得其助益，法变得敏感于社会自治体的复调合音（polyphonic articulation），通过在各种社会自治体自身之中制造出环境回应性，法不仅使社会自治体获得了自由，也使社会自治体得以宪治化。”^③

宪法社会学何以如此与众不同？这是因为它不仅从政治与法律的关系角度提出宪法问题，而且从所有社会领域的角度提出宪法问题：

4 当代各社会领域都拥有非正式的宪法秩序（constitutionality, Verfassungsordnung），这些宪法秩序在规范层面和指令层面均不以国家为中心，并且包含多元（multi-valent）、多层次的法律结构……这种主张似乎代表了遗留在原初社会学方案中的核心立场，即建立一种复杂的、非自然化的、后本体论的社会概念和社会规范概念。^④

这就从根本上更正了整个问题。宪治化问题不仅出现在国际政治和国际法的国家世界，也出现在其他各种全球性的自主社会部门（尤其是全球经济，但也包括全球科学、全球技术、全球教育、全球新传媒和全球医疗）。除了限制政治系统的扩张倾向之外，社会宪治能够阻止当前诸多其他社会子系统（这些社会子系统的问题并不比政治系统的问题少）侵犯个人和体制完整性的扩张倾向吗？宪法能够有效克

① Sciulli (1992) *Theory of Societal Constitutionalism*.

② Thornhill (2008) “Towards a Historical Sociology”, 163 ff.

③ Wielsch (2009) “Iustitia Mediatrix”, 397.

④ Thornhill (2011) “Constitutional Law from the Perspective of Power”, 244.

服全球社会各子系统的离心力量,从而助益于社会整合吗?^① 在这些由于全球化和私人化而益加紧迫的问题上,社会学理论可以起到启发作用。社会学理论质疑当前跨国宪法争论的基本前提,代之以其他预设,由此识别出新的问题,并得出不同的实际结论。^②

哪些值得怀疑的前提将围绕跨国宪法的争论引向了歧途? 哪些预设应当取而代之?

5

① 社会宪治的最早研究,参见 Teubner (2003) “Global Private Regimes”; Teubner (2004) “Societal Constitutionalism”; Fischer-Lescano and Teubner (2004) “Regime-Collisions”, 1014 ff.。

② 如今,众多学者已经认识到这种超国家社会宪治现象(细节差异很大),参见 Collins (2011) “The Constitutionalisation of European Private Law as a Path to Social Justice”; Collins (2012) “Flipping Wreck”; Holmes (2011) “Rhetoric of Legal Fragmentation”, 121 ff.; Viellechner (2011) “Constitution of Transnational Governance Arrangements”, 449 ff.; Steinhauer (2011) “Medienverfassung”; Calliess and Zumbansen (2010) *Rough Consensus and Running Code*; Thornhill (2011) “Constitutional Law from the Perspective of Power”; Thornhill (2010) “Niklas Luhmann and the Sociology of Constitutions”, 16 ff.; Kjaer (2010) “Metamorphosis of the Functional Synthesis”, 532 ff.; Lindahl (2010) “A-Legality”, 33 ff.; Prandini (2010) “Morphogenesis of Constitutionalism”, 316 ff.; Preuss (2010) “Disconnecting Constitutions from Statehood”, 40 ff.; Renner (2011) *Zwingendes transnationales Recht*, 229 ff.; Tuori (2010) “Many Constitutions of Europe”; Anderson (2009) “Corporate Constitutionalism”; Backer (2009) *Transnational Corporate Constitutionalism?*; Joerges and Rödl (2009) “Funktionswandel des Kollisionsrechts II”, 767, 775 ff.; Kuo (2009) “Between Fragmentation and Unity”, 456 ff.; Wielsch (2009) “Epistemische Analyse des Rechts”, 69 ff.; Buchanan (2008) “Reconceptualizing Law and Politics”; Schneiderman (2008) *Constitutionalizing Economic Globalization*; Amstutz, et al. (2007) “Civil Society Constitutionalism”; Brunkhorst (2007) “Legitimationskrise der Weltgesellschaft”, 68 ff.; Bieling (2007) “Konstitutionalisierung der Weltwirtschaft”; Tully (2007) “Imperialism of Modern Constitutional Democracy”, 328 ff.; Karavas (2006) *Digitale Grundrechte*; Calliess (2006) *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge*, 226 ff., 335 ff.; Koselleck (2006) “Begriffsgeschichtliche Probleme”, 369 ff.; Schepel (2005) *Constitution of Private Governance*, esp. 412 ff.; Walter (2001) “Constitutionalizing (Inter) national Governance”。

第二节 错误的预设

（一）社会宪治真的是全球化问题吗？

全球资本市场无可控制的力量、跨国公司显而易见的权力，以及在法律严重缺位的各种全球空间中，那些未经正当化的“专家”对各种知识共同体的统治，导致跨国宪治的倡导者和反对者都错误地假定：各种跨国体制的宪法缺陷主要源于全球化。^① 在他们看来，国际政治的疲软是全球社会混乱无序的主要原因。三种十分明显的现象证明了这一判断：第一，由于政府职能向跨国层面转移，与此同时，非国家行动者又部分地承担起这些职能，民族国家遭遇了去宪治化；（2）民族国家行动的领土外影响创制了未经民主正当化的法律；（3）跨国治理（governance）缺乏民主授权。^②

实际上，此处我们讨论的并非一个事关补救的新问题，而是现代宪治的基本缺陷。在民族国家起源的时代，宪治就已经面临一个未解的问题，即宪法是否应当以及如何可能管理非国家的诸社会领域。经济、科学、教育、医疗以及其他社会行动属于国家宪法的规范范围吗？还是说，各种社会体制应当自主地发展它们自己的宪法？自其诞生之日，现代宪治实践就在这两极之间来回摆荡。与此同时，经验性分析和规范性研究提出的问题则是：各种社会子宪法倾向于允许国家规制社会子领域，还是保护它们的自治？或许，社会子宪法应当将社会决策过程同化为政治决策过程？又或许，社会子宪法

① 代表性的观点，参见 Dunoff and Trachtman et al. (2008) *Ruling the World?*

② Peters (2006) “Compensatory Constitutionalism”, 591.

应当保障各种社会体制独立于政治？

前文提及的社会学理论正是在此处介入，该理论将上述宪法问题的起源放在社会分化过程中加以考虑。社会宪治问题不是由全球化造成的，而是由更早发生的社会整体片段化，以及民族国家全盛时期各种社会片段的自主化造成的。现在，全球化明显加剧了这个问题。分析各种不同的社会宪治概念，有助于解释为何在民族国家时代，这个问题的体制性解决方案一直诡异地处于潜伏状态。^① 由于各种各样的原因，在国家及其政治宪法的光芒之下，社会子宪法总是呈现出奇异的暗色。利用受宪法保护的私人自由的阴影，自由主义宪法掩盖了这个问题。与之形成鲜明对比的则是，20 世纪的极权主义政治体系企图彻底消除社会子领域的自治，通过将所有社会领域纳入国家统治，消解独立的社会宪法这个问题。接下来，20 世纪晚期的福利国家基于政治调控的需要，也从未正式承认自主的社会子宪法。不过，与此同时，在向社会各领域持续扩张其原则的国家宪治主义，与国家实际在一定程度上尊重社会子宪法自治的宪法多元主义之间，福利国家还是取得了一种特殊的平衡。

总而言之，并不是全球化带来了社会宪治问题。全球化只是打破了这个问题的潜伏状态，使它变得引人注目。由于跨国政治远较民族国家的政治黯淡无光，相形之下，全球社会其他领域尖锐的宪法问题就相当夺人眼球。跨国体制规制着所有社会行动领域，深入日常生活的方方面面，其正当性根基何在？全球资本市场向实体经济和其他社会领域扩张，其界限何在？在国家缺位的各种全球社会领域中，特别是事关跨国组织之处，能否主张基本权利的有效性？与当前宪法争论的预设不同，并不是全球社会的茁生带来了全新的

^① 这是本书第二章的主题。

7

宪法问题。毋宁说是，早已实际存在于民族国家之中的社会宪治，如今面临着是否以及如何在全球化条件下改造自身的问题。这个问题的延续性，源于经由跨国化而向全世界范围扩展的社会功能分化进程。这个问题的断裂性，则源于以下事实：全球社会已经发展出自己的结构，并且具有民族国家所没有的加速生长倾向。

这样一来，规范性的问题就不再是如何将宪法缺位的全球社会领域予以宪法化。问题毋宁是，如何在全球化的不同条件下，转换民族国家既有的社会宪治经验？尤其重要的问题在于，在由政治、法律与自主社会领域构成的魔幻三角中，面对各种跨国的社会子宪法，应当如何安排政治的作用？是退出？是引导？是监管？是补充？还是以“阳性政治”（le politique）取代“阴性政治”（la politique）？^①

（二）跨国领域的宪法空白？

当前的宪法争论立足于一项错误的白纸假定（*tabula-rasa assumptions*），即假定无论在民族国家内部还是在跨国空间中，社会子领域都没有宪法规范。据说，尽管现代宪治扎根于几乎所有民族国家，但由于国家责任日益从民族国家向新的跨国组织、跨国体制和跨国网络转移，现代宪治遭到了削弱。在跨国层面上，宪法的缺位更被认为是毋庸置疑的。正是依据所谓全球领域宪法缺位的背景，才出现了这场关于宪治已经走向终结，还是正在复兴的争论。

从经验上便可以断定，跨国宪法缺位乃是错误的预设。无论是关于“新型宪治”的社会科学分析，还是经济学家和商法学家对于全球经济宪法新兴制度的长期考察，更不用说聚焦跨国宪法规范日益增长的重要性的国际法研究，都提供了反对宪法缺位预设的证据。

^① 本书第四章最后一部分特别讨论了这个问题。

在跨国空间中，宪法制度已经建立起来了，密度惊人。^① 尽管欧盟宪法的全民公决失败了，但目前只是少数人才会否认，欧盟拥有自己独立的宪法结构。^② 与此同时，其他国际组织、跨国体制及其网络不仅被引人注目地法律化了，而且同样处于宪法化进程之中。这些法律虽然尚未企及国家宪法那样的密度，却已成为全球（完全片段化的）宪法秩序的组成部分。源自 20 世纪 40 年代条约体系的全球制度——哈瓦那宪章、GATT（关税与贸易总协定）、布雷顿森林体系；源自华盛顿共识的新安排——IMF（国际货币基金组织）、世界银行、WTO（世贸组织）；以及近期关于“全球金融市场宪法”的公共讨论；凡此种种，均使用着那现实存在且处于变迁进程之中的全球社会宪法的语言。

有鉴于此，我们必须再一次重新阐述新宪法问题。不仅民族国家的社会子领域发展出了独立的宪法（第二章将更为详细地讨论），而且跨国空间也早已存在真正的宪法结构（第三章将加以阐释）。从这个角度看，问题并不是要在宪法缺位的全球领域从头创造新宪法，而是要改造既有的跨国宪法体系。新宪法的实在性只是被以下事实掩盖了：在跨国层面上，难以轻易辨认出民族国家宪治主体的等值物。作为新宪治主体的世界国家乃是乌托邦——而且是糟糕的乌托邦。伊曼纽尔·康德早已深知这一点。既然如此，在全球性的条件下，新的宪治主体是什么呢？^③ 是国际政治体系？是国际法？是国际

① 从国际法视角论述现实存在的全球宪治，参见 Klabbers (2009) “Setting the Scene”，3；关于“新宪治主义”的讨论，参见 Schneiderman (2008) *Constitutionalizing Economic Globalization*, 328 ff.。全球经济宪法的秩序自由主义观，参见 Behrens (2000) “Weltwirtschaftsverfassung”。

② 关于这个问题的争论，参见 Walker (2008) “Post-Constituent Constitutionalism”；Weiler and Wind (2003) *European Constitutionalism Beyond the State*。

③ 这是本书第三章提出的问题。

组织？是跨国体制？是全球网络？还是某些新的集合、构造或者综合体（New assemblages, configurations or ensembles）？此处与宪法相关的问题是：这种构造究竟能否承载宪法？答案取决于在这些非国家制度中，是否存在与民族国家的制宪权（pouvoir constituant）、集体的自我构成（self-constitution of a collective）、民主的决策制定过程，以及狭义政治宪法的组织法部分相类似之物可资利用。

（三）跨国治理只是政治过程？

除了上述两项普遍的错误（认为民族国家中不存在各种局部性的社会宪法，认为跨国空间宪法缺位）以外，还存在另一种误解，这种误解使当前的宪法争论低估了社会宪治化方案的激进色彩。参与争论的学者们认为，对宪法的需求只是由于出现了政治性的“治理”（governance）现象，这种治理不同于“统治”（government），亦即不同于民族国家的传统政府实践。他们将“治理”视为公私行动者为了处理社会问题而展开的社会—政治—行政干预行动的结果。^①如今，专门的政府机构（来自各民族国家）与私人行动者（来自跨国公司、贸易委员会、非政府组织）以及各种混合体制的网络化被识别为新的全球治理问题，一个必须由宪法制度加以解决的问题。^②对政治权力施加宪法限制是宪法制度的首要任务，而这种政治权力的特殊性在于被部分地“社会化”了。

毫无疑问，政治权力的社会化是全球治理的核心要素之一。但这种分析还不够深入。如果人们仅仅考虑到全球治理的权力结构，以及新的私人行动者应该受到宪法规范的限制，就低估了问题的复

^① Kooiman (2000) “Societal Governance”, 139 f.

^② 一个深思熟虑的治理概念，参见 Grande, et al. (2006) “Politische Transnationalisierung”; Neyer (2004) *Postnationale politische Herrschaft*。