



宪法运动的三次全球化及其当代危机

余成峰*

目次

- 一、阿克曼—波斯纳之争：政治与经济议题在宪法层面的断裂
- 二、施米特—哈耶克之争：公法与私法理论在宪法层面的对峙
- 三、宪法秩序的危机规律与美国宪法的霸权衰落
- 四、18世纪以降的三波制宪权运动
- 五、法律全球化与宪法运动的历史合流
- 六、弗莱堡学派—法兰克福学派之争：新自由主义宪法的诞生
- 七、超越“民族国家宪法”的宪法危机
- 八、结语：中国与宪法运动的三次全球化

摘要 当代世界宪法危机需要放置在18世纪以降的三波宪法运动背景下予以审视。本文依次呈现了三组宪法对话，揭示出宪法思想史上两种最为基本的宪法论辩范式。美国宪法霸权的衰落过程，是新自由主义经济宪法模式主导的后果，加之多元主义文化政治的解构，罗斯福新政原则已经无法作为权利诉求的衡量标准从而对宪法政治进行整合。政治议题与经济议题在宪法层面的断裂，不仅在美国国内形成了宪法危机，也同时在全球层面带来困境。经济议题的优先性、普通法式的私法治理，最后有可能酝酿出严重的宪法危机。冷战后建立的以司法治理为中心的全能宪法模式遭遇愈益严峻的挑战，特别是，超国家社会系统的运作已经超逸出民族国家宪法管控力量的范围。三波宪法运动与三波法律全球化运动的内在联系说明，在当下亟需宪法作为政治和法律系统结构耦合机制的重新设计，亟需重申宪法和公法维度的重要性，来回应全球法律发展面临的深刻危机。中国与世界宪法秩序存在的内在张力，更是有待化解的法权扭结。

关键词 民族国家宪法 立宪运动 法律全球化 司法中心主义 新自由主义

* 北京航空航天大学法学院、人文与社会科学高等研究院讲师，法学博士。

感谢高鸿钧教授对本文写作的精心指导，另外感谢《清华法学》匿名评审专家精到的修改意见。文责自负。



当代全球政治正重新进入动荡活跃期。既有传统地缘政治冲突的回归；也有极端主义的崛起，同时还有伴随跨国移民所带来的福利国家危机；在不同国家内部，伴随身份政治、文化政治、人权政治的兴起，各种新型政治表达对传统的宪法政治框架形成冲击；不仅是后发国家，传统霸权国家也显现出其宪法秩序的松动。这一系列现象似乎并不是孤立的历史事件，它指向了当代宪法秩序所面临的深刻危机。而理解当下世界性的宪法危机，则有必要将历史视野追溯到20世纪90年代的东欧剧变以及冷战体系的瓦解。而在那一波世界历史运动的巨响中，曾有过一段极易被人忽视的宪法对话。

一、阿克曼—波斯纳之争：政治与经济议题在宪法层面的断裂

1992年，苏东剧变之后不久，美国宪法学家布鲁斯·阿克曼（Bruce Ackerman）就出版了一本小册子《自由革命的未来》（*The Future of Liberal Revolution*）。^{〔1〕}在此书面世之后不久，法学家理查德·波斯纳（Richard Allen Posner）很快就在《东欧宪法评论》（*East European Constitutional Review*）针对该书发表了一篇评论。^{〔2〕}两人对东欧改革议程提出了完全不同的意见。

阿克曼批评了东欧剧变之后所发起的市场自由化方案（休克疗法），在他看来，哈耶克、弗里德曼式的经济私有化转型，实际是将“自由放任资本主义”等同于“自由主义”，这不能给东欧人民带来真正的平等和自由。它一方面导致财富高度聚集，另一方面造就未受过良好教育的无产阶级，这对平等政治的参与理念是一个莫大嘲讽。^{〔3〕}阿克曼认为，单纯的经济方案不足以推动政治平等，仅仅以捍卫私有财产和契约自由为目的的政府难以持久。在他看来，只有激活美国式的宪法革命，颁布一个行之有效的成文宪法，建立德国式的宪法法院，才能形成“不受宰制的平等架构”（*Undominated Equality*），从而给东欧人民带来真正的民主、平等和自由。这在阿克曼对魏玛宪法危机的评论中展现得非常清晰，在他看来，魏玛德国的失败正在于它过度关注民法和刑法的技术性问题，而未能将1848年自由主义的革命成果加以宪法化，并在1919年构建一部持久稳固的宪法。^{〔4〕}

然而，波斯纳在其书评中则指出，东欧社会的平等自由和成文宪法没有直接关系，东欧人民更需要的是经济发展，而不是急于颁布一部成文宪法。英国的不成文宪法同样能够成功，而法国与南美国家的成文宪法运动则可能失败。对于东欧人民的自由更紧迫的，是推动经济发展，建立一个稳定的自由市场体系，最重要的是保障私有产权、建立独立的中央银行、获得国际货币基金组织的成员资格、职业化的司法体系、强有力的警察治安力量等等。而所有这些，波斯纳认为都不是通过美国式宪法所能够实现，除了权利法案，美国成文宪法不过是由一些有关联邦制、政治结构及刑事程序权利的条款构成。^{〔5〕}显然，在波斯纳看来，在东欧转型中，经济议

〔1〕 See Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution*, Yale University Press (1994). 中译本参见〔美〕布鲁斯·阿克曼：《自由革命的未来》，黄陀译，中国政法大学出版社2013年版。

〔2〕 See Richard Posner, Book Review, Reviewing Bruce Ackerman, *The Future of Liberal Revolution* (1992), 1 *East European Constitutional Review* (1992), pp. 35 ~ 37.

〔3〕 参见前注〔1〕，〔美〕布鲁斯·阿克曼书，第10~12页。

〔4〕 同上，第101~102页。

〔5〕 参见前注〔2〕，Richard Posner书，第37页。

题应该优先于政治议题，法治议题应该优先于民主议题。单纯移植美国宪法，不能自动带来经济发展，也无法实现阿克曼所设想的平等和自由。

在 20 世纪 90 年代冷战终结的历史背景下，这两位重量级法学家提出的宪法方案，在此后产生了两种完全不同的转型方案。那么，时隔二十多年再回头来看阿克曼与波斯纳之争，两位学者到底谁对谁错？这个问题尤其值得我们深入思考。

二、施米特—哈耶克之争： 公法与私法理论在宪法层面的对峙

波斯纳—阿克曼之争的重要性，在于它代表了宪法思想史上一种基本的论辩模式。拉长历史的视野，卡尔·施米特（Carl Schmitt）与弗里德里希·哈耶克（Friedrich Hayek）的争论就呈现出与阿克曼—波斯纳之争的相似性。^{〔6〕}施米特和哈耶克在 20 世纪初叶的争论，实际与阿克曼和波斯纳在 20 世纪 90 年代的对话，具有多个层面的相似性。

首先，他们都是在宪法危机的重大时刻，对宪法政治的方案作出了不同方向的抉择。施米特—哈耶克、阿克曼—波斯纳，在这两组时隔将近一个世纪的争论中，我们会发现一个有趣现象：在施米特和阿克曼之间，他们都强调了政治维度和公法理论的重要性，认为宪法危机要通过政治立宪的方式解决；而哈耶克与波斯纳，则强调经济维度和私法理论的重要性，面对宪法危机，他们都倾向通过一种普通法的渐进式的经济主义宪法方式解决。

针对一战后魏玛共和国的市民—民法（civil）秩序危机，以及“全能国家”（total state）的发展趋势，施米特与哈耶克都站在宪法政治的高度进行了诊断。尽管政治立场完全不同，但施米特和哈耶克对魏玛宪法危机的分析却极为相似。

施米特把魏玛危机解读为“议会制立法型国家的崩溃”，^{〔7〕}在他看来，危机至少包括以下几个重大的历史变迁因素及其宪法后果：

首先，德国的国家类型正从以“规范性”为导向，严格区分法律/执法、立法者/执法者的立法型国家，向一种以“合目的性”法令为导向的行政官僚统治型国家转型。正如施米特敏锐指出的，根本的宪法矛盾，存在于名义上的规范主义合法性体系与实际上的管理型国家正当性之间的张力。20 世纪德国的“经济型国家”转向导致了 18~19 世纪议会制立法型宪法政体的危机，“向全能国家的转变”，已经改变了 18 世纪制宪权理论所内涵的“自由”含义。^{〔8〕}

其次，18 世纪古典制宪权理论预设了一种共和主义民主的美德概念，它虚拟了同质的人民可以作为普遍制宪权的担纲者，进而可以在议会代议、正确的法、睿智立法者与公意（volonté générale）之间建立起连续等式。^{〔9〕}而“管理型国家”对实证法的生产，就不再诉诸抽象的人民公意与普遍代议之间的联系，而是直接“依据自身”建立秩序，从而瓦解了代议制立法所内

〔6〕 对哈耶克宪法理论及其与施米特的比较，中文研究可参见高全喜：《法律秩序与自由正义：哈耶克的法律与宪政思想》，北京大学出版社 2003 年版。

〔7〕 〔德〕卡尔·施米特：《政治的概念》，刘宗坤译，上海人民出版社 2004 年版，第 191 页。

〔8〕 同上，第 194 页。

〔9〕 同上，第 195 页。



涵的“规范主义”导向。其结果是,议会制立法型国家的规范主义合法性,就转变为每次由多数决议的空洞功能主义,并与官僚体制的非人格化相结合,进而促成合法性与技术性功能主义的联盟。^[10]

第三,18世纪制宪权理论预设了议会多数与同质的人民意志的相互一致性,由此保证议会立法能够与“公意”保持一致,而避免沦为“众意”的密室妥协,从而可以在规范和命令、理性与意志之间维持严格区分。但是,这样一种预设,实际要求建立一种严格的国家/社会二元论,它要避免国家代议者与社会大众建立直接联系,相反,需要在二者之间建立一定的隔离机制,由此才能确保议会立法成其为“法”的品质(普遍性、确定性、稳定性等)。但是,“治理者与被治理者、命令者与服从者的民主同一性”^[11]这一18世纪制宪权理论的预设,到20世纪初叶伴随政党政治的发展,已经不再现实,为国家普遍代议的议员形象,已被在选举市场上赢取选票的政客形象所取代。由此,议会立法也就沦为政客之间算数意义上的多数加总,因而可能形成“多数人暴政”的局面。

第四,由上述政治转型带来的代议制危机,进一步突出了施米特所强调的议会政体“达到多数的机会均等”^[12]原则的重要性,也即不同政党都有平等机会获取政权,“少数派”有平等的机会成为“多数派”。否则,执政党就有可能垄断合法性生产并排斥其他异议党派。“执政党自行决定自己允许国内政治的对手有什么行动的可能性,借此自行决定何时开始宣告竞争者为非法”^[13]由此导致的后果,则是当权多数派不再仅仅是政党,而直接成为国家本身,即所谓政党国家化或国家政党化的危险。这也是施米特指出的魏玛宪法危机的核心特征:即党派政治对议会政体的绑架。

最后,由于不同党派(fraction)都争相从自己的政治生存出发来对宪法解释产生影响,不再捍卫普遍制宪权的统一性,而仅仅“享用不负责任地影响国家意志的所有好处和政治事务的风险”^[14]由此,选举也就蜕变为一种全民直接民主的过程,而“不再是挑选和提拔精英并建立一个独立的代表制意义上的选择”,^[15]议会也就沦为了“管理型国家”与全民直接民主的一个中介环节,不再具有18世纪的普遍制宪权意义。进而,它就无法对社会承担起政治整合和政治导向的功能。其结果,宪法就沦为了“党派政治立法企业的产品”^[16]:

合法性和正当性就成了策略性工具就连宪法也分解成其相互矛盾的成分和解释可能性,任何对一种‘统一’的规范主义虚构,都不能够阻止每一战斗着的群体抓住看起来最适宜于让自己以宪法名义把反对党打翻在地的宪法条款和宪法词句。在这种情况下,合法性、正当性和宪法不是阻止内战,而是有助于激化内战。

[10] 同上,第200页。

[11] 同上,第209页。

[12] 同上,第209页。

[13] 同上,第213页。

[14] 同上,第251页。

[15] 同上,第252页。

[16] 同上,第255页。

与施米特对魏玛宪法危机的诊断一样，哈耶克同样对魏玛代议制做出了严厉批评，在他看来，代议机构的功能已经变成了动员“赞成意见”，不再是表达被代表者的意见，而只是操纵和摆布他们的意见。^[17] 与施米特具有共同点的是，哈耶克也对立宪主义（constitutionalism）和宪法性法律（constitutional law）做出了区分，但也正是在这里，出现了他们的核心分歧。^[18]

其区别在于，哈耶克实际上是把作为“公法”（thesis）的宪法性法律理解为“组织性规则”，从而附属于作为“私法”（nomos）的“正当行为规则”（rule of just conduct）。“宪法”只是“旨在确使自生自发的法律得到遵循的上层架构（superstructure）”，而不是其他所有法律的渊源。^[19] 它作为唯理性原则（rational principles），只是先行存在的私法的一种上层架构，相对私法而言，宪法只具有一种工具性价值。

与波斯纳如出一辙，哈耶克也认为只有经济学才能提供处理自生自发的抽象秩序的理论手段，市场秩序是唯一可能扩展至整个人类社会领域的“全涉性秩序”（comprehensive order）。^[20] 这样一个“全涉性秩序”，则是由能够对“你的”和“我的”（meum and the tuum）做出界分的财产权制度所构成。^[21] 它们存在于“万民法（ius gentium）、商事法和港口与集市的惯例之中”^[22]，它们由休谟意义上的三项基本自然法——财物占有的稳定、根据同意的转让、允诺的践履所构成。^[23]

在这里，哈耶克的核心问题意识是批评 20 世纪政治的集中化倾向，认为一切原本应属于个人自由的私域空间，越来越受到国家政治化和社会权力化的侵蚀，他批评的主要对象，就是公法逐渐取代私法的发展趋势，在他看来，公法取代私法成为调整社会关系的主要规则体系，将不可避免的“通向奴役之路”。而哈耶克提出的宪法方案，其核心就是希望通过宪法政体的重新设计，阻止政府权力对于市民经济的任意干预，希望能够通过私法来实现公法之治，通过私法治理来实现宪法之治。正是因此，哈耶克批评施米特的制宪权理论实际上是把自由传统的规则（nomos），蜕变成了一种由立法意志来裁断的“具体秩序之型构”（concrete order formation）。^[24]，这会导致自由的自生自发秩序，转变为“一种服务于有组织的利益集团联盟的全权性体制（a totalitarian system）”，其根源就在于施米特颠倒了宪法/公法和私法/私域（private sphere）的优先次序。^[25] 这一分析思路，其实与波斯纳对阿克曼的批评是基本一致的，他们都希望能够通过普通法式的私法治理，通过经济层面的自生自发秩序，通过财产权保障来维护宪法自由，通过经济宪法来回应宪法危机。

[17] 参见〔奥〕弗里德里奇·哈耶克：《法律、立法与自由：规则与秩序》（第一卷），中国大百科全书出版社 2000 年版，导论，第 5 页。

[18] 施米特对宪法和宪法法律作出了著名的区分，参见〔德〕卡尔·施米特：《宪法学说》，刘锋译，上海人民出版社 2005 年版，第 3～40 页。

[19] 同上，第 211 页。

[20] 同上，第 179 页。

[21] 同上，第 169 页。

[22] 同上，第 127 页。

[23] 参见〔奥〕弗里德里奇·哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 197 页。

[24] 参见前注〔18〕，〔德〕卡尔·施米特书，第 109 页。

[25] 同上，导论，第 4 页。



但是,恰恰在施米特看来,这样一种经济主义的宪法方案,实际只看到了问题的表面。施米特敏锐的意识到,“放任自由主义”会导向政治的多元化倾向,也就是说,市民社会的自生自发秩序,不会仅仅维持在“去政治化”的“司法型国家”状态,不同的市民社会力量,会逐渐形成派系化的泛政治联盟,进而要求“管理型国家”的政治奖赏。魏玛“全能化国家”(total state)的出现,在施米特看来,恰恰就是市民社会法律“去政治化”的结果,如果没有一种行之有效的宪法方案予以疏导和制约,就有可能导向危机。不同市民的多元利益/价值要求,都希望按照自己的意志来试图改造和影响国家政治。施米特意识到,市民社会的私法体系绝不是哈耶克和波斯纳所认为的,一个纯粹形式主义的自生自发秩序。经济议题的优先性、普通法式的私法治理,最后有可能酝酿出严重的宪法危机。在这一点上,阿克曼对东欧剧变之后“一边倒”的经济自由化方案,其担忧是和施米特一致的。

三、宪法秩序的危机规律与美国宪法的霸权衰落

这里存在一个历史性的普遍规律:一旦出现经济和社会危机,传统的司法型国家、市民社会与私法体系的去政治化功能,就会遭遇质疑和挑战,派系党争化(fraction)的民众开始要求干预封闭的法律体系,嘲弄“伪善”的法官与律师阶层,这些泛政治化的社会要求,如果无法在有效的宪法管道中得以疏解,就会形成对既有法律秩序的严重威胁,进一步产生强人政治和威权主义的威胁。在施米特看来,在“放任自由主义”政体下,这种“泛政治化”的危险要更大。

在这样一个历史视野下,我们就能更为清晰地把握阿克曼与波斯纳的争论。我们需要将他们放置在1945年之后建立的美国化全球宪法秩序的背景下。^[26]“第二次世界大战”之后所建立的美国宪法霸权,它的力量实际同时存在于国内/国际、政治/经济这四个维度:在其国内层面,业已形成新政自由主义的宪法原则背景;在国际层面,则通过马歇尔计划及各种专门政策议题国际组织(世界银行、国际货币基金组织、联合国、关税与贸易总协定等)形成对全球政治、经济与法律议程设定的主导能力;在政治层面,通过宪法文本、三权分立、司法审查等制度的全球移植;在经济层面,则推动社会民主与经济发展的工程。这四个政治法律工程,促成了美国宪法在“第二次世界大战”之后自由主义霸权地位的奠定。这一由美国推动的“内嵌性自由主义”(Embedded Liberalism)全球范式的设定,是战后美国宪法模式能够迅速得以全球扩展的内在动因。^[27]至少在20世纪80年代之前,这一宪法工程的政治与经济维度是一体性的,政治层面推动民主自由,经济层面促进社会平等,而“三个世界”则分别以“社会民主主义”、“社会主义”和“发展主义”的模式在各自的宪法实践中予以实现。

但是,这样一种宪法政治的发展趋势,在20世纪60年代之后逐渐经历了变化。伴随美国国内的两大发展潮流,一方面是多元主义文化政治的发展,另一方面则是经济层面的新自由主义

[26] See Heinz Klug, Model and Anti-Model: The United States Constitution and the Rise of World Constitutionalism, 3 *Wisconsin Law Review* (2000), pp. 597 ~ 616; G. John Ikenberry, Illusions of Empire-Defining the New American Order, 83 *Foreign Affairs* (2004), p. 144.

[27] 有关内嵌性自由主义,参见 John Ruggie, International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order, 36 *International Organization* (1982), pp. 379 ~ 415.

转向。前者包括性别、种族、族裔、性等议题，后者则强调取消经济管制、开放资本市场、金融自由化等议题。这两个看似冲突的宪法议题又形成了一种矛盾的结合：新自由主义经济带来的贫富分化，部分可以通过新文化政治的反歧视、多元主义的包容性身份权利来弥补和掩盖，这就形成了一种特殊的宪法政治。新自由主义和文化政治的结合，导致了美国罗斯福新政自由主义原则的衰落。社会民主主义和经济再分配，在美国宪法中不再能够作为价值决断的核心标准。“再分配主义”原则无法再作为调和不同权利冲突的标准，不同权利之间形成的内在冲突，成为了一种文化本体论意义上的认同性冲突。

新政宪法原则的整体性（integrity）塑造功能被破坏了。一方面是政治民主的修辞，另一方面却是经济贫富差距拉大的事实，而其解决出路，则是用文化政治和多元主义话语来弥合与掩盖。由于身份政治的解构，社会民主主义已经无法再作为不同权利诉求的衡量标准从而对宪法政治进行整合。相反，要求经济再分配的宪法运动，不仅可能与希望维持现状的新保守主义者，也可能与文化/身份政治的反经济主义观点发生难以调和的冲突。大量相互冲突的权利要求，形成对国家宪法中立性和抽象性的广泛压力，进而导致分治的政府（divided government）与两极化的国会（polarized congress）。〔28〕

此时，政治议题与经济议题在宪法层面的断裂，不仅在美国国内形成了宪法危机，也同时在全球层面带来困境。这一断裂在宪法理论层面的反映，就在阿克曼与波斯纳 20 世纪 90 年代有关东欧转型的方案分歧中得以充分展现。在阿克曼和波斯纳之间，政治议题和经济议题不再是“第二次世界大战”之后新政自由主义宪法所奠定的一体性原则，相反，他们更倾向于各执一端来主导宪法工程。由波斯纳—哈耶克“普通法立宪主义”（common law constitutionalism）所代表的美国宪法全球移植，在 20 世纪 80 年代之后通过新自由主义全球转向，通过“华盛顿共识”和“全球治理”（以 WTO 为代表的全球贸易投资体系改造、以 IMF 和巴塞尔委员会为代表的全球金融体系改造）成为世界宪法运动的主流。它要求赋予跨国公司自由的行动选择权、反对贸易保护主义、取消政府管制、开放资本市场，以建立起“自生自发”的全球贸易投资秩序。这一跨国化潮流，则又反过来强化了美国国内宪法议题的新自由主义和新保守主义转向。〔29〕这就形成了一种矛盾的现象：美国宪法向全球推广，在政治层面，它提供了一种“普适性”的政治方案，但在经济层面，美国宪法在全球则又呈现出一种霸权形象：它导致了世界政治的帝国化，同时又形成了新自由主义的社会不平等，虽然在政治层面呼吁民主自由，但在社会层面，美国宪法似乎制造了新的经济剥削形态。这导致美国宪法在全球层面的霸权衰落过程。这其实也正是阿克曼在《自由革命的未来》一书中所透露出来的最为根本的担忧。

美国战后宪法依托于“凯恩斯主义—威斯特伐利亚框架”（Keynesian-Westphalian frame）〔30〕所形塑的“整体性”宪法价值，已在新的“差异政治—新自由主义框架”（politics of difference-neoliberalism frame）中陷入了内外困境。阿克曼与波斯纳的分歧，也正如施米特和哈耶克的争

〔28〕 参见〔美〕马克·图施耐特：《新宪法秩序》，王书成译，中国人民大学出版社 2014 年版，第 19～26 页。

〔29〕 参见〔美〕罗纳德·德沃金：《最高法院的阵形：最高法院中的新右翼集团》，刘叶深译，中国法制出版社 2011 年版；同上注。

〔30〕 有关“凯恩斯主义—威斯特伐利亚框架”的概念提法，参见〔美〕南茜·弗雷泽：《正义的尺度——全球化世界中政治空间的再认识》，欧阳英译，上海人民出版社 2009 年版，第 12 页。



论,其根本就在于经济议题与政治议题在宪法层面一体性的断裂,这种内在分裂,则又在晚近以来愈益兴盛的各种身份/文化/认同符号的法律动员下变得更为剧烈。

因此,再来观察当前的世界宪法危机,也会发现到同样的历史规律:伴随金融危机的余波,世界性的贫富差距加大,不同的社会群体开始质疑这套“新自由主义”经济体系和保障这套经济机制运作的私法体系,进而挑战此一体系背后更为核心的“美国宪法”模式。当前,各种利益政治、身份政治、文化政治的法律符号,实际上都揭露了“第二次世界大战”之后所建立的新政自由主义宪法的内在危机。也正是在这个意义上,当前实际面临着与20世纪初叶魏玛宪法危机同样的症状:私法秩序的权威性受到质疑,司法的去政治化功能受到冲击。由此,各种泛政治化要求浮现,不断形成激进的、极化的党争和派系,从而对体制化的宪法政治构成强大压力。^[31]只不过,魏玛时期体现为18世纪民族普遍制宪权理论与议会民主制的危机,而当前则表现为“威斯特伐利亚—凯恩斯主义”制宪权理论和司法中心主义(judicial centrism)的危机。也就是说,“第二次世界大战”之后特别是20世纪60年代之后所建立的以司法审查、三权分立和人权保障为核心,以美国宪法为蓝本的宪法秩序体系,其政治整合功能与全球扩展能力遭遇到挑战。而政治立宪与制宪权之类的议题,则重新有复苏和激活的迹象。

当然,同时也要注意,魏玛时期的宪法危机和当前的宪法危机,仍然存在一个本质的区别。在魏玛时期的德国并不存在司法审查制度,司法权力非常薄弱,因此,魏玛的危机形态主要表现为议会多数的专制、议会的党派分裂与民粹政治的倾向。而当前宪法危机的背景,则发生在司法治理已占据中心的时代,宪法和法院,至少在理论上,已经成为裁决一切政治问题的最后手段。^[32]在这种时代背景下,各种泛政治化的社会要求,一旦得不到法院系统的有效吸收,又被排除进入传统议会政治和政党政治通道的可能性,就可能借助当代通讯技术提供的便利性,直接自我政治动员涌上街头挑战宪法秩序。

相比于传统的议会立法政治,近二十年来建立的司法治理,它的功能存在正反两面。一方面,政治问题的法律化,可以达到更好的去政治化效果;但另一方面,个案式的、分割化的、程序主义的技术处理,也很难应对集体性的政治参与需求,也就是说,魏玛时期应对宪法危机,至少可以通过议会管道来进行,而现在应对各种社会不满,则如果仅仅试图通过“去政治化”的司法管道来引导,就有可能出现大面积的政治排斥现象。一旦议会政治与政党政治的管道被堵塞,就可能将不断集聚的不满力量驱赶上街头。

因此,当前的宪法危机与魏玛时代相比,其表现形式不同,但危机烈度可能更为严重。再回到文章开头的阿克曼—波斯纳之争,实际上,在东欧革命之后,有关政治议题和经济议题谁先谁后的宪法权衡难题,其实是通过20世纪90年代之后,由美国法全球化所推进的司法治理、法院中心主义的政治方案得以调和的。也就是说,司法中心主义,一方面能够满足波斯纳保障经济产权的要求,同时,也通过司法审查制度和权利法案机制的建立,部分回应了阿克曼的政

[31] See Peter C. Caldwell, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law: the Theory & Practice of Weimar Constitutionalism*, Duke University Press (1997); Ellen Kennedy, *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*, Duke University Press (2004); David Dyzenhaus, *Legal theory in the Collapse of Weimar: Contemporary Lessons?*, 91.01 *American Political Science Review* (1997), pp. 121 ~ 134.

[32] 有关司法治理和司法中心主义的兴起,可参见 Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press (2009)。

治立宪目标。宪法法院，因此也就成为了调和阿克曼—波斯纳之争的妥协机制。但是，从根本而言，这样一个宪法解决方式仅仅还只是一个妥协性的、调和化的拼盘方案。而一旦出现社会与经济危机，私法机制的去政治化功能就会弱化，司法中心主义的去政治化功能假象就会逐渐暴露出来。因此，当前的世界宪法危机，实际正使我们重新回到施米特、哈耶克与阿克曼和波斯纳的论战时代背景之中。政治立宪运动的幽灵重新回归。在笔者看来，这也许正是第四波宪法运动酝酿和兴起的历史契机，对此，则有必要首先回顾18世纪以降的三次制宪权运动。

四、18世纪以降的三波制宪权运动

如果做一个长时段的历史描述，从18世纪以来，世界历史大致经历了三波制宪权运动。^[33]

第一波制宪权运动，是在西耶斯（Abbe Emmanuel Sieyes）时代，它所应对的，是中世纪的等级社会结构及其等级会议宪法。由王室法（monarchical law）和习惯法（customary law）构筑的私法体系，以及由法袍贵族垄断的巴黎高等法院，已经丧失了吸纳社会冲突的法律权威。“法律至少应该做到不偏不倚，但法律本身也分明是特权的帮凶。法律看来是为谁制定的？为了特权阶级”。^[34]“第三等级”（Tiers état）因此要求成为法兰西民族普遍制宪权的担纲者（一种国民、一种代表、一个共同意志），要求“诉诸国民这个法庭”，打破“贵族化、教士化”的传统法律体系，通过立宪运动，再造法国的共和政体。第一波制宪权运动，实际内含了法国革命和美国革命两大模式。前者更突出普遍制宪权和人民主权代表的“阶级”色彩，后者则更突出“我们人民”（We the People）的清教徒财产伦理。这也构成此后不同国家在面临建国使命时宪法设计的两个范式雏形。

第二波制宪权运动，是在施米特、哈耶克和凯尔森的时代，它所应对的，则是19世纪自由主义的法律危机。20世纪初叶，英帝国治下的世界贸易及其国际均衡体系，形成以“金本位”制为核心的土地、货币、劳动力的加速脱嵌化趋势，经济贫富差距和社会危机加剧，导致传统的私法体系——以英国普通法、法国民法典、德国民法典、美国洛克纳主义（Lochnerism）为代表——“去政治化”功能的弱化，不满的社会政治势力要求改变潘德克顿民法体系的封闭性，要求通过议会政治和各种社会化立法，介入到市民社会的秩序调整。面对这样一个全能国家和社会国家的发展趋势，施米特、哈耶克、凯尔森都试图通过不同方式进行回应。他们的宪法方案虽然不同，但面临的却是相同的宪法危机。第二波制宪权运动的成果最为丰富而多元，其中既有涂尔干和狄骥的法团主义宪法方案，也有施米特与韦伯的权威自由主义方案；既有哈耶克

[33] 制宪权首先是一个现代性的革命概念，因此本文将其运动开启设定于18世纪晚期的美法自由革命。18世纪之前，“宪法”还主要是一个“古代”概念。16至17世纪启动的威斯特伐利亚民族国家体系建设，开始脱离中世纪的宪法传统，向现代宪法过渡。但是，它仍然主要依托于外在的“国家理由”和“君主理性”展开，诉诸于古典的神法和自然法（权利）传统。而从这种主要由外在于国家的限制理由形成的“事实性”宪法状态，向一种主要依托于民主制宪的内在于国家的自主道德“规范性”原则的转向，则是现代政治宪法运动形成的核心标志。对于18世纪之前，从中世纪神权帝国向16世纪“国家理由”时代以及其后的政治经济学时代政治治理变迁历史的深刻描述，可参见〔法〕福柯：《生命政治的诞生》，莫伟民、赵伟译，上海人民出版社2011年版，第1~62页。

[34] 〔法〕埃马努埃尔·约瑟夫·西耶斯：《论特权——第三等级是什么？》，冯棠译，商务印书馆1990年版，第49页。



的奥地利学派宪法方案,也有凯尔森的维也纳学派方案;既有列宁的社会主义宪法革命,也有罗斯福的新政宪法变革。^[35]这种种宪法模式探索,构成此后不同国家在解决内战和重建问题时的不同宪法路径。

第三波制宪权运动,是在1945年“第二次世界大战”之后,主要由德沃金和罗尔斯完成其系统理论阐释的宪法“整体性”(integrity)方案,或可称之为“全能宪法”或“整全性”的宪法治理模式(total constitution)。^[36]它所回应的,是在“第二次世界大战”之后的废墟之上,处理纳粹主义和法西斯主义遗留的实证法正当性难题。“守法主义”(legalism)的“去政治化”悖论,在“大屠杀”恐怖中空前爆发。古典的自然法传统在“第二次世界大战”炮火中伴随传统国际法的式微彻底瓦解。第三波宪法运动,正是希望通过宪法来实现一种“新自然法”(Neo-Natural Law)之治,告别“全能国家”(total state),走向“全能宪法”(total constitution),来克服实证法秩序的正义困境。通过调和自由主义与社会法范式,通过司法审查机制,实现自由与平等的结合,通过宪法的司法化来重新实现法律和平。由此,则形成了美国宪法模式的全球霸权影响力。第三波制宪权运动的成果,主要包括司法中心主义、宪法法院、人权话语、法官治理的普遍崛起。^[37]第三波宪法运动的美国化色彩浓厚,这也导致全球宪法模仿美国模式走向趋同,以及反制美国霸权导致趋异同时并存的历史现象。

分析历次制宪权运动,可以发现存在一些共同历史规律:

首先,宪法危机一般出自于经济和社会危机,这往往导致传统的私法秩序与实证法权威的下降,在这期间,法律秩序的独立性和中立性受到挑战,法律秩序的去政治化功能不断弱化,司法体系吸纳社会冲突的能力持续削弱。由此,各种泛政治化的社会要求大量出现,各种要求改变不合时宜的实证法体系和规范化秩序的主张兴起。反映于法律理论,则往往会呈现为公法理论的兴起,挑战以往私法理论的独大局面。

第二,制宪权运动的初始动力,往往来自体制化的精英政治之外,三波制宪权运动,就依次由第三等级、无产阶级和少数派文化群体构成。第一波制宪权运动,其担纲者是此前处于核心精英决策层(教士—贵族)之外的“什么也不是”的第三等级。第二波制宪权运动,其担纲者是当时处于资产阶级代议选举制之外的庞大产业工人。第三波制宪权运动,其担纲者主要则

[35] See Cécile Laborde, *Pluralism, Syndicalism and Corporatism: Léon Duguit and the Crisis of the State (1900 ~ 1925)*, 22.3 *History of European ideas* (1996), pp. 227 ~ 244; Anthony Giddens, *Durkheim's Political Sociology*, 19.4 *The sociological review* (1971), pp. 477 ~ 519; Rune Slagstad, *Liberal Constitutionalism and Its Critics*; Carl Schmitt and Max Weber, 103 *Constitutionalism and democracy* (1988), pp. 108 ~ 109; Clemens Jabloner, *Kelsen and His Circle: The Viennese years*, 9.2 *European Journal of International Law* (1998), pp. 368 ~ 385; William E. Scheuerman, *The Unholy Alliance of Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek*, 4.2 *Constellations* (1997), pp. 172 ~ 188; William E. Forbath, *The New Deal Constitution in Exile*, 51.1 *Duke Law Journal* (2001), pp. 165 ~ 222; Piers Beirne and Alan Hunt, *Law and the Constitution of Soviet Society: the Case of Comrade Lenin*, 22.3 *Law and Society Review* (1988), pp. 575 ~ 614.

[36] 德沃金有关宪法(法律)的“整体性”原则的论述,可参见〔美〕德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第158、167、170、196~198、203页。有关“全能宪法”的论述,可参见 Matthias Kumm, *Who's Afraid of the Total Constitution-Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, 7 *German LJ* (2006), pp. 341 ~ 369.

[37] 可参见 Rans Hirschl, *The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions*, 25.1 *Law & Social Inquiry* (2000), pp. 91 ~ 149; Rans Hirschl, *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*, 75.2 *Fordham Law Review* (2006), pp. 721 ~ 754.

是男性白人成年基督徒之外的以性别、种族、性、肤色等为分界线的亚文化边缘群体。这决定了制宪权运动的初始动力，来源于组织化的法律空间之外，表现为以“社会运动”为特征的自发性法律行动，而不局限于议会政治、行政决策与司法审判的传统法律渠道。

第三，普遍制宪权的代表者和担纲者，其主要的权力展现平台，则大致经历了从18世纪的国民立法代议、20世纪上半叶的行政集权总统到晚近的宪法法官这样一个演变趋势。似乎存在一个从立法中心主义到行政中心主义再到司法中心主义这三权之间依次更替的周期规律。^[38] 其主要原因则来自于社会分化的加速。如果说，18世纪建国时期的派系之争主要是政治精英内部的党争，那么到20世纪初叶，则已主要演变为人民大众和精英政治之间的冲突，而到了20世纪下半叶，则已不再仅仅是宪法体系内部的冲突，而是政治系统与其他社会系统（特别是经济系统）合理性之间的对抗和冲突。从18世纪的人民主权—社会契约虚构与派系党争之间的“公意”/“众意”悖论，到20世纪初叶伴随公共领域结构转型（哈贝马斯）与福利国家安全网铺设所带来的“自由”/“平等”悖论，再到晚近以来甚嚣尘上的承认政治和身份政治对于“差异”/“尊严”价值的强调，制宪权的表达与担纲者日益分化，由原初整体性的“民族”和“人民”，逐步过渡为碎片化、片段化（Fragmentation）的“阶级”、“阶层”、“团体”乃至“个人”。对于利益/价值的法律整合机制而言，从立法中心到行政中心再到司法中心，实际也正是制宪权主体从18世纪古典的“人民”向晚近的“碎片化”与“片段化”的个人化趋势转移的需要和结果。

最后，宪法运动的产生是回应宪法危机的需要，在三波宪法运动中，不同的解决方案各有成功也各有失败，结果充满不确定性，回应可能失败，甚至破坏原有政体，但如果不积极主动回应，一般都会面临战争、革命、内乱、分裂的后果。建国、重建、新政这三大宪法任务，是对一国政法格局的严峻考验，特别是对后发展中国家而言，这三大宪法任务有可能在某一历史时期呈现同时叠加之现象。这三重叠加之危机烈度与问题丛集，则可能使政治家视宪法政治为不可能之畏途，并坐待民意火山猛烈爆发而自我吞噬之日。

五、法律全球化与宪法运动的历史合流

18世纪以降，相应于这三波宪法运动，世界法律也同样经历了三波全球化运动。^[39] 第一波法律全球化运动，大致在18世纪晚期到1914年一战之前，它以法国民法典、德国潘德克顿法学、美法自由革命为代表，构成古典自由法范式全球运动，它依托于以英帝国为代表的贸易、军事霸权为核心的法律殖民和移植运动。第二波法律全球化运动，大致发生在20世纪初叶到1968年之间所谓的“短二十世纪”（short twentieth century），以法国社会连带主义、美国新政、社会主义、法团主义、法西斯主义等思潮为代表，构成社会法范式全球运动，它依托于卡尔·波兰尼（Karl Polanyi）意义上的社会反向自我保护，构成全球范围内对自由主义法律观的社会

[38] 我国学者高鸿钧教授概括指出，西方的现代社会治理经历了三个阶段：一是与自由放任时期相对应的立法治理阶段（现代之初至19世纪末，美国则到20世纪30年代），二是与福利国家时期相对应的行政治理阶段（19世纪末至20世纪70年代末），三是与新自由主义时期相对应的司法治理（juristocracy）阶段（20世纪70年代至今）。参见高鸿钧：“美国法全球化：典型例证与法理反思”，《中国法学》2011年第1期，第31页。

[39] 有关法律全球化的三波运动，可参见〔美〕邓肯·肯尼迪：“法律与法律思想的三次全球化：1850—2000”，高鸿钧译，载《清华法治论衡》2009年总第12辑，第47～117页。



化反题,同时也构成20世纪反殖民法律运动的重要组成部分。第三波法律全球化,大致从“第二次世界大战”特别是20世纪80年代之后到2008年金融危机,它以公法新形式主义、政策分析法、程序主义、法律经济学、新治理主义等为代表,构成新自由主义法范式全球运动,它依托于以美国法为代表的贸易、金融、投资全球法律趋同化为核心的法律自由化运动。从18世纪以来经历的这三波法律全球化运动,也正好对应于从西耶斯的第三等级宪法、施米特的权威自由主义宪法到德沃金的赫拉克勒斯(Heracles)宪法^[40]这三波宪法运动。其中的对应关系,又大致可以分梳为以下若干层次:

首先,法律“全球化”运动主要依托于“私法”的“全球化”力量。18世纪以来的民族国家主权秩序,决定了法律传播仍然囿于领土分化的逻辑,突破法律领土分化的主要动力,则源自以资本主义为核心动力的跨国私法运动。由宪法运动创生的新法律范式,无论是自由建国、新政社会主义或者新自由主义理念,都需要相应的法律全球化运动,使其突破政治国家的主权藩篱从而获得普世化的传播与移植。作为“公法”的宪法运动,倚赖作为“私法”的法律全球化运动。在这个意义上,阿克曼—施米特的政治立宪理念,有赖于波斯纳—哈耶克的经济宪法实践。

其次,法律全球化运动在民族国家层面的“接受”,也仰赖于宪法在“公法”价值秩序层面的焊定,无论是19世纪的民法典、20世纪的社会福利法和晚近的去管制法律运动,这三波全球化私法运动,都需要借助主权国家的宪法运动及其公权(public rights)范式的转移。作为“私法”的法律全球化运动,仰赖作为“公法”的宪法运动。在这个意义上,波斯纳—哈耶克的经济秩序蓝图,实际都仰赖于阿克曼—施米特的政治立宪设计。

复次,每新一波宪法运动的酝酿,往往都出自前一波法律全球化运动的危机,旧有的“私法”危机,刺激了新的“公法”复兴;同样道理,新一波法律全球化运动的酝酿,也往往出自前一波宪法运动的危机,旧的“公法”危机推动了新的“私法”复兴。“公法”与“私法”这两波长时段历史运动,既相互呼应,又相互制约,相互形成正题与反题,进而构成当代世界法律全球化与宪法危机的基本历史背景。波斯纳—阿克曼、哈耶克—施米特的历史争论,将持续作为一种宪法辩论的基本模式而延续下去。

最后,法律全球化—宪法运动这两大波法律范式的更替,包含有两个维度:既有其各自内部法律范式的更替,也有两波运动之间的相互替代;既有私法/公法各自运动内部的模式更替,也有私法/公法运动之间的范式替代;同时,范式更替,并不意味着被取代范式的消失,不同运动内部被更替的范式,既可能在未来时间内被重新激活,也有可能另外运动的内部以新的形式复活。

综上所述,以上两波法律历史运动,内含了私法/公法、国内/国际、经济/政治、自由/平等、自治/规制等多重矩阵关系,是我们理解当代世界政治法律运动内在机理的基本理论框架。

[40] 本文分别以西耶斯和施米特作为第一和第二波宪法运动的代表人物,是因为他们在制宪权理论上的创造性贡献,可参见前注[34],[法]埃马努埃尔·约瑟夫·西耶斯书,第59页;前注[18],[德]卡尔·施米特书,第84页以下。也可参见Martin Loughlin & Neil Walker (eds.), *The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form* (Oxford University Press, 2008)。有关德沃金的赫拉克勒斯法官,可参见Vermeule & Ernest A. Young, Hercules, Herbert, and Amar: The Trouble with “Intratextualism”, 113.3 *Harvard Law Review* (2000), pp. 730 ~ 777; Gregory C. Keating, Justifying Hercules: Ronald Dworkin and the Rule of Law, 12.2-3 *Law & Social Inquiry* (1987), pp. 525 ~ 535.

18 世纪以来的三波宪法运动，从西耶斯的第三等级宪法、施米特的权威自由主义宪法到德沃金的赫拉克勒斯宪法，构成法律历史运动的一个方面；三波法律全球化运动，从 19 世纪的古典自由主义法范式、20 世纪初叶的社会法范式再到 20 世纪晚期的新自由主义法范式，构成法律历史运动的另一方面。法律全球化与宪法运动，彼此构成历史正题和反题，既相互呼应，又相互抗衡，这也预示了第四波宪法和法律全球化运动出现的可能性。

六、弗莱堡学派—法兰克福学派之争：新自由主义宪法的诞生

展望第四波宪法运动，需要我们再次回到波斯纳—阿克曼之争。在波斯纳所提供的东欧宪法方案中，市场经济扮演的角色，实际上已绝不止于资本主义体系的构造，它实际也承担了新东欧国家政治主权再造的功能。与阿克曼的制宪权建构思路不同，“经济自由”被波斯纳赋予了诱导东欧政治主权重建的神圣使命。这就与单纯的自由主义宪法运动形成了区别。

在 18—19 世纪的第一波宪法运动中，经济领域的“放任自由”，其目的是导向形成一个自发的市民社会以对抗外在的政治国家，私法与公法的二元格局，构成一个统一稳定的法治国家框架的基础，并由此提供市民制宪主体通过社会契约形成政治共同体的法律基础。而波斯纳所提供的经济主义宪法方案，就已不只是为了建立一个与政治国家相对抗的市民—经济空间，相反，“市场自由”现在直接成为了新国家主权的正当性来源。私法也不再只是一个部门法意义上的法律领域，它在一定程度上可以直接取代公法，进而构成国家主权的新原则基础。在波斯纳对后冷战时代的法律秩序构想中，经济活动不再只是众多国家活动中的一个分支，相反，经济发展和经济自由，已经成为了一切国家和法律活动展开的正当性基础所在。因此，经济和私法原则，就替代了政治与公法原则，成为了新的宪法运动展开的主导性力量。这实际上就使后冷战时代世界宪法运动的内在动力发生了一个重要的偏移，它不再是第一波宪法运动的“市民主义”原则驱动，也不再是第二波宪法运动的“社会主义”价值指引，而是一种试图完全脱嵌于政治主权和社会连带束缚之外的“新自由主义”原则。它致力于塑造一个可以自主运作，并从自身直接获取正当性的资本自由游动和竞争的法律空间，并由此形成对国家政治主权的直接规范和塑造。

更值得注意的是，波斯纳的宪法设计，与弗莱堡学派（秩序自由主义学派）对战后德国新宪法的方案设计，同样也形成了一种与哈耶克相似的逻辑同构性（哈耶克本人也是重要的弗莱堡学派成员）。^{〔41〕}波斯纳希望指导东欧国家“保障私有产权、建立独立的中央银行、获得国际

〔41〕 弗莱堡学派（Freiburg school）又名秩序自由主义（ordo-liberalism），是“第二次世界大战”后以联邦德国弗莱堡大学为中心形成的主张“社会市场经济”的经济学流派。它是在 20 世纪 20～30 年代之后逐渐形成的一个重要的新自由主义学派。主要代表人物包括瓦尔特·欧肯、弗兰茨·伯姆、穆勒—阿尔马克、威廉·罗普克等。哈耶克作为美国新自由主义阵营（主要包括米尔顿·弗里德曼、加里·贝克尔、斯蒂格勒、舒尔茨、波斯纳等）的领袖，也参与了弗莱堡学派的活动，他同时也是奥地利学派（Austrian School）的重要成员（包括门格尔、米塞斯、庞巴维克等）。不同新自由主义派别的内在精神联系，其主要标志则是朝圣山学社（Mont Pelerin Society）的成立。对于德国、法国和美国新自由主义传统的深入分析，可参见前注〔33〕，〔法〕福柯书，第 63～236 页。也可参见〔美〕丹尼尔·斯特德曼·琼斯：《宇宙的主宰：哈耶克、弗里德曼与新自由主义的诞生》，贾拥民译，华夏出版社 2014 年版。



货币基金组织的成员资格”，而弗莱堡学派对战后德国宪法设计的要义，也同样是希望新德国能从“经济自由的存在和实践中重新找回其真正的基础”，“坚挺的德国马克、令人满意的增长率、不断增强的购买力、有利的平衡支付”^{〔42〕}，这些几乎就是波斯纳宪法建议的另一个德国翻版。^{〔43〕}弗莱堡学派所面临的挑战，实际与波斯纳形成了紧密的问题同构性，他们都同样面临新的宪法空间的再造问题，波斯纳和弗莱堡学派都试图在旧的“极权主义”宪法秩序坍塌的基础上，重新确立一个新的自由宪法，并且都致力于通过一个非国家的经济法律空间的塑造，来重新确立一个国家的宪法基础。在这个意义上，波斯纳和弗莱堡学派以及哈耶克，实际上就同属于“新自由主义”的宪法运动阵营。

而且，与波斯纳—阿克曼、哈耶克—施米特之争所形成的宪法争论框架相似，弗莱堡学派同样也有它的阿克曼—施米特式敌手。霍克海默、阿多诺和哈贝马斯所组成的法兰克福学派，就提供了一个对立于弗莱堡学派的宪法方案，他们都希望能够从“否定辩证法”和“商谈理性”之中，逆转第二波宪法运动内在的工具理性、福利国家铁笼以及生活世界殖民化的危险趋势。与弗莱堡学派的经济主义方案不同，法兰克福学派和阿克曼、施米特一样，都将其问题诊断聚焦于制宪权民主动力的重新发掘。^{〔44〕}由此，我们也就可以说波斯纳—阿克曼、哈耶克—施米特、弗莱堡学派—法兰克福学派，这三组争论构成了宪法运动历史上最为基本也最为核心的争论形式，这一基本的争论框架，也延伸到了当代的宪法危机之中。

新自由主义的制宪权方案，其使命不再只是传统自由主义所致力，在一个既有的国家空间内部确立一个自由的法律空间，新自由主义者将其批判矛头集中于第二波宪法运动的“社会主义”遗产。它们希望推动经济自由，成为新“国家的奠基者和制约者、保证人和担保人”^{〔45〕}，通过新的经济主体及其制宪动力，来赢取一个新的政治空间塑造。而在这一“新自由主义”的宪法运动中，无论是李斯特式的民族国家经济保护、俾斯麦的国家社会主义、罗斯福新政主义、凯恩斯经济干预、苏联式计划经济，乃至一切福利国家、社会民主主义和民主社会主义的制度实践，都将与纳粹主义、法西斯主义和极权主义一样，被统一视为第二波宪法运动的失败遗产进行处理。^{〔46〕}尽管它们的法律形态完全不同，但是在“新自由主义”的经济宪法视角下，这些宪法遗产都构成了一个内在连续、不可分割的危险整体。在“新自由主义”的宪法框架下，最为核心的宪法价值权衡标准，则是福柯所概括的一种“逆自由常量”的辨别——“自由主义政策与任何一种形式的经济干预主义之间的区别”^{〔47〕}。

政体学说和主权理论不再构成核心，相反，“经济自由”成为了一个具有普遍规范性、可以

〔42〕 同上，〔法〕福柯书，第71页。

〔43〕 See Manfred E. Streit, Economic Order, Private Law and Public Policy: The Freiburg School of Law and Economics in Perspective, (JITE) *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (1992), pp. 675 ~ 704.

〔44〕 See William E. Scheuerman, *Frankfurt School Perspectives on Globalization, Democracy, and the Law* (Routledge, 2008); John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations* Oxford University Press (2000); James Bohman, Complexity, Pluralism, and the Constitutional State: on Habermas's Faktizität und Geltung, 28.4 *Law & Society Review* (1994), pp. 897 ~ 930.

〔45〕 前注〔33〕，〔法〕福柯书，第88页。

〔46〕 See Owen Worth, The Janus-Like Character of Counter-Hegemony: Progressive and Nationalist Responses to Neoliberalism, 16.3 *Global Society* (2002), pp. 297 ~ 315.

〔47〕 前注〔33〕，〔法〕福柯书，第95页。

横跨不同空间和时间维度的价值模式来审视政治正当性的终极标准。在这一经济自由的视野下，对于“国家权力无限增长”的恐惧，就主要不是来自公民自由和社会自我保护的考虑，而是来自于对国家权力扩张可能导致的任何经济干预形式的抗拒。这构成了第三波宪法运动的核心问题意识。而在这一问题意识的注视下，无论是施米特抑或阿克曼，他们所致力之制宪权维度的扩张，都有可能被批判为一种唯建构主义理性的自负，它们都可能导向一种“经济干预主义”，施米特/阿克曼与纳粹主义/极权主义相比，其实也就只有几步之遥。

如果说，第一波和第二波宪法运动，其共同出发点，都在于希望通过宪法政体的设计，平衡经济社会与政治国家的内在张力，而第三波宪法运动，则在其宪法设计中，很大程度上取消了政治维度的自足性和正当性。在这个意义上，冷战后所奠定的世界宪法秩序，就不是18~19世纪自由主义革命宪法传统的回归，相反，它已经发生了非常重要的转变。“市场经济自身不是作为国家的制约原则，而是对国家自始至终的存在和行动进行内部调控的原则”。^{〔48〕} 福柯证明，在当代的宪法实践中，私法不再只是公法的对抗性和合作性领域，相反，私法已经成为了公法理论展开的主导性和调控性原则，经济竞争和私法理论已经成为主权建构与国家公法的内在基础。在这样一种新的宪法原则的指引下，私法理论不再只是取向于土地所有权、契约交易和侵权保护的消极司法裁判，而更重要的，是要通过私法机制的积极动员，将一切非经济主义的因素（人口、土地、技术、思想、观念、基因、教育、气候、环境等）都拽入一个可以进行形式化驱动的资本竞争网络之中，进而为普遍主义的市场化运作提供一个稳定规范化的法律秩序框架。

因此，与古典自由主义宪法的防御性格不同，新自由主义宪法带有强烈的进攻性色彩。因为，新自由主义所致力培育的经济空间，不再只是一个自然性和事实性的经济交换空间，它必须修改“已成事实的、物质的、文化的、技术的和法律的基础要素”^{〔49〕} 以适应资本竞争秩序的要求。它还具有一种非常严谨、缜密的形式主义要求，致力于一种高度规范化的竞争逻辑的彻底贯彻和实施。在这一历史转变中，私法实践的关注重心，就不再是债权与物权意义上的简单交换和规范预期，而是提供一个可以持续服务于动态法律时空建构的制度框架，着眼于差异、竞争和风险的生产与规制。它的制宪权主体，实际上不再是市民主体或人权主体，而是一个个具有内在成本—收益预算约束的企业人主体，依托于严格的形式主义、程序主义、不留情面的经济竞争逻辑的动员，从而形成一个可以持续突破和灵活利用国家主权边界的全球市场—法律治理空间。在这个意义上，第三波宪法运动所锻造的新自由主义宪法，实际就具有一种极为强烈的全球化扩张冲动，而正是这种内在的经济全球化冲动，又使第三波宪法运动陷入了一种深刻的正当性危机之中。

七、超越“民族国家宪法”的宪法危机

当前的法律全球化和宪法危机，具有一个区别于以往的核心特征，可以称之为威斯特伐利亚体系建立以来“三百年未有之变局”。也就是说，我们当前遭遇的宪法危机，首先是民族国家

〔48〕 同上，第100页。

〔49〕 同上，第124页。



宪法的困境。^[50]从17世纪到20世纪下半叶,民族国家宪法成功实现了对宗教、经济、政治、社会各领域议题的领土化垄断,与此同时,在所有社会领域,依托于国家政治机器暴力垄断及其政策生产与正当化机制,实现了政治系统凌驾于其他所有社会领域的特殊优越性,这依托于两大政治—法律假设的实现:

一方面,所有社会议题都可以垄断在民族国家层面获得解决;另一方面,在民族国家内部,政治系统具有介入与整合其他所有社会领域的特权与能力。基于这两大政治—法律假设,进而型构出现代民族国家宪法的核心特征,即它着眼于私人权利与公共权力(市民社会—政治国家)的对称性—对抗性结构,并将世界政治空间分割为主权平等—独立自主的法律分化格局,在政治系统的决策生产、法律系统的实证法制定、公共领域的民主参与、私人自主的法治保障之间,通过横向(三权分立制衡)与纵向(中央—地方权力划分)的权力配置与制约,依托于权利法案的反馈和激扰机制,实现了政治系统与法律系统的结构性耦合。

这些经典的宪法模式阐述,同时还预设了一个极易被忽视的关键要点:即民族国家宪法只需将其重心放置在政治系统的结构设计上(所谓政体问题),因为它预设了所有其他社会领域可以通过政治系统的主权介入得以整合和矛盾解决。无论是宗教、经济、教育、医疗、科学、体育,都能通过政治系统具有正当性和集体拘束力的政治决策生产得以规范、干预和引导。所有社会议题可以在民族国家宪法的蓝图设计之下进行控制和疏导。由此,宪法所关心的核心命题,也就只需要集中于政治与法律系统关系的设定,即所谓的“政体”(politeria)问题。由这些假设所决定,民族国家宪法的力量,因此,也正在于民族国家的议题垄断能力和政治系统的中心化假设,以及这种预设与实际历史实践逻辑的符合程度。

但是,晚近以来不断加速的“全球化”运动,在这两个假设方面,都对其形成了不容忽视的挑战:一方面,宗教、经济、教育、医疗、科学、体育,这所有社会领域的运作平台,已经超逸和摆脱了民族国家的领土垄断边界,在法律层面则突出表现在不同层面的“管辖权”(jurisdiction)纠纷;另一方面,以上这所有社会领域也已形成了一种自我指涉(self-reference)、封闭运作的代码化(code)逻辑。^[51]政治系统通过传统的国会立法、行政管制、司法治理的模式,都很难能够真正主导这些社会系统的自成一体、自我扩张的封闭运作趋势。政治系统业已丧失了凌驾于其他所有社会领域的特权性。它在法律理论层面,则已突出表现为乐观派的“法律多元主义”和悲观派的“法治终结论”。也正是在这个意义上,波斯纳与阿克曼在20世纪90年代面对经济议题和政治议题的各执一端,也可以在当代政治系统面对经济系统的中心特权性的丧失上得到解释,与此相反,在20世纪初叶,即使哈耶克与施米特对经济议题重要性的评价完全不同,哈耶克也仍然和施米特一样,可以寄望于宪法政体的设计,来恢复经济系统的自生自发秩序。

因此,当前宪法危机的要害点在于,既然无论是宗教、金融、贸易、投资、科技、媒体、教育、医疗、体育,都已超脱出民族国家的范围而在全球空间内流动,所以,如果还依然试图

[50] See Petra Dobner & Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism?* Oxford University Press (2010); Neil Walker, *Taking Constitutionalism Beyond the State*, 56.3 *Political Studies* (2008), pp. 519 ~ 543; Gunther Teubner, *Constitutionalising Polycontextuality*, 20.2 *Social and Legal Studies* (2011), pp. 209 ~ 220.

[51] 卢曼认为“世界社会”概念比“全球化”概念更为精确,参见 Niklas Luhmann, *Globalization or World Society: How to Conceive of Modern Society?*, 7 *International Review of Sociology* (1997), pp. 67 ~ 79.

在民族国家范围之内，通过传统的宪法政体设计来寻找危机出路，就算即使是再高明的国家立法、行政和司法治理的技术改进，都不足以应对当前危机的根本症结。^[52] 近代古典宪法假定它能够解决其民族国家领土之内的一切议题纠纷，而当代宪法则面临一个致命的拷问：宪法是否能够回应全球性的“金融危机”问题？当代宪法是否还有能力，来回应类似“金融危机”这样的全球社会性—经济性问题？^[53]

从表面而言，“金融危机”无疑从属于经济议题，不应当是作为“公法”的宪法所关注的问题。但实际上，民族国家宪法其实又假定了它具有能力在其主权领土范围之内，通过政治系统—法律系统的介入来整合整个经济系统。而一旦当代宪法对于“金融危机”问题束手无策，所推出的各种政治—法律措施，只能在表面上触及却无法真正解决由金融危机所触发的社会动荡，由此所带来的危机，无疑将构成对宪法政体所自诩的“整体性”（integrity）政制秩序的致命挑战。而金融危机，也仅仅还只是所有正在超逸民族国家控制与政治主权导控的不同社会子系统自我封闭运作危险的现象一角。

对金融系统的管理，对跨国公司的规制，对宗教力量跨主权领土扩散和传播的问题，都已难以在民族国家的主权范围内进行主导。不同社会功能子系统自发的宪法化趋势，使政治主权丧失了统一不同社会功能子系统运作的“整体性”能力。这些由全球贸易、世界金融、大众传播、体育运动、宗教集团、科学研究所代表的系统性力量构成的新秩序，正持续渗入并深刻改变既有的主权国家宪法模式。这一新的宪法危机形态，实际已经超出了以往三波宪法运动的常态。也正是在这样的理论观察视角之下，当前世界的不同宪法危机现象，也就具有了其内在的共同性危机特征，它不仅具有与以往三波宪法运动相似的生成规律，同时也具有迥异于以往宪法危机的根本性特征。我们亟需更为精确有力的宪法概念，来超越现有的宪法理论框架。

八、结语：中国与宪法运动的三次全球化

本文依次呈现了波斯纳—阿克曼、哈耶克—施米特、弗莱堡学派—法兰克福学派这三组争论模式，它们分别展现了在不同的历史时期，思想家对于宪法危机所做出的基本诊断框架的相似性——也即政治公法和经济法之间的优先顺序及其内在张力问题。它同时也代表了18世纪以降国家宪法模式选择中所存在的基本范式。阿克曼、施米特与法兰克福学派以政治立宪和公法重塑作为宪法危机的突破口，波斯纳、哈耶克、弗莱堡学派则将经济自由和私法治理作为宪法发展的指南针。在政治立宪与经济发展之间，一直存在长期的抉择和拉锯状态，尽管自20世纪以降，经济效用的考量正越来越压倒政治与法律的传统思路。^[54] 这两种基本宪法模式的抗

[52] 有关全球社会宪法的片段化发展，可参见 Gunther Teubner, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press (2012)。

[53] 对金融危机问题的宪法理论探讨，可参见 Kjær, Poul Fritz, Gunther Teubner, & Alberto Febbrajo, *The Financial Crisis in Constitutional Perspective: the Dark Side of Functional Differentiation*, Hart Publishing Pty Ltd, (2011)。

[54] 正如福柯所概括的，“效用问题、个人效用与集体效用，每个人的效用与所有人的效用、个体效用与总体效用，正是这些问题最终成为对国家公共权力的限制以及公共法和行政管理法的形成进行阐发所依据的重大准则。从19世纪初以来，我们已经进入了这样一个时代，效用问题愈来愈覆盖法律的所有传统问题”。参见前注〔33〕，〔法〕福柯书，第37页。



衡,也决定性地影响了不同国家法律道路的选择问题。

与此同时,近代以来围绕宪法与法律全球化展开的两波长时段历史运动,已经紧密地缠绕到了一起,在其背后反映的则是经济、政治和法律这三个系统领域之间,历史演化力量不断改变与相互调适的外在反映。而最后,则又要落实为如何通过宪法作为政治和法律系统结构耦合机制的设计,通过宪法政体的探讨与试验,对政治系统和经济系统的运作做出整合性规范调整的宪法命题。在这样一个历史视角下,再来观察2008年金融危机之后爆发的各种宪法危机现象,就会有一个完全不同的理论观察视野。

本文梳理了现代立宪史上三对思想家之间的对话,从而归纳了19世纪以降三次宪法大危机及其思想应对,这三组对话分别代表了历史上的三次制宪权运动并回应了三波法律全球化运动。三组宪法对话揭示了政治宪法与经济宪法模式之间的持续拉锯,这种宪法模式之争从一开始就呈现于近代革命以来各国的宪法建设运动之中。法国大革命以来,私人自主和公共自主(消极自由—积极自由、人权—人民主权)一直处于相互竞争之中。这是本文呈现的三组宪法辩论模式的基本问题意识背景。私人自主是由人权(“自由、生命和财产”这些古典权利)和一种匿名的法治来保障,而政治自主则从人民主权原则引申,体现在民主的自我立宪之中。从理论上而言,人权和人民主权之间并非相互战争的状态,民主不实现,法律就没有自主性可言,反之亦然。人权与人民主权息息相关。民主和法治的这种共生关系,进一步反映于宪法设计中政治与经济、政治和行政、公法与私法、立法和司法的多组互动关系之中,其关系定位的不同则最终体现为宪法方案的差异。米歇尔曼(Frank Michelman)在美国宪法传统中就发现了一种张力,一方面是以天赋人权为基础的无人称的法治,另一方面是通过人民的主权意志而自我立法的共同体的自我组织。^[55]桑斯坦也从美国宪法传统中重构出共和主义政治观和自由主义政治观之间对立的两条线索,并重构出一个统一性的概念——“麦迪逊共和主义”。^[56]而阿克曼对于美国建国、内战和新政时期宪法实践的诠释,以及对于常规政治与非常时期人民出场的区分,都可以看作是对人权和人民主权互生关系的阐发。^[57]

可以发现,在19世纪民族国家建设初期,政治宪法与民主立宪的维度一直得以彰显,政治系统、法律系统与经济系统之间的功能分化与功能分立从而得以顺利展开,围绕着政治民主化、法律实证化与经济市场化形成了一种正向的选择性亲和运动。政治立宪、权利保护与自由贸易三者之间具有内在的正循环关系,这支撑了现代宪法基本框架与精神气质的形成,其核心要义在于以人的主体性作为法律权利体系构造的中心,并以此种现代自然法意义上的人之形象作为民族国家文化认同的基础,进而在此平台上以民主制宪作为政法体系正当性的来源和基础。政治国家与市民社会、人民主权与人权保护、公法体系与私法规则,这些两两关系之间所形成的动态平衡与一体同源运作状态支撑了19世纪以来整个世界范围内的现代立宪运动浪潮。

本文所阐述的三组对话也揭示出,近代民族国家立宪运动中出现的屡次危机,正是上述理论上本应为一体同源关系的两两宪法张力关系的失衡,而且越是晚近,经济议题的优先性、去政治化的私法治理就越有压倒政治公法与民主立宪之势。从这个角度而言,当前世界的政治动荡实际是一场总体性的世界宪法危机,无论是后发国家的政治危机还是欧美的福利国家与代议

[55] See F. Michelman, Law's Republic, 97 *The Yale Law Journal* (1988), pp. 1493 ~ 1537.

[56] 参见〔美〕桑斯坦:《权利革命之后:重塑规制国》,钟瑞华译,中国人民大学出版社2008年版。

[57] 参见〔美〕布鲁斯·阿克曼:《我们人民:奠基》,汪庆华译,中国政法大学出版社2013年版。

制危机，都是可能已出现的第四次宪法危机的表现。三组历史对话所揭示的宪法辩论基本模式，仍然可以为可能的第四次宪法危机提供诊断：片面强调私法权利和司法治理的首要性，害怕将民主与法治联系在一起，以致遗忘政治参与作为一个构成性原则的意义。缺乏真正的民主参与的私法权利的单向扩张，无法持续保证公民自主性的增长。宪法基本权利无法单向地通过私法体系得以保障，而尤其需要民主立法者（人民主权）维度的保证。宪法运动的基本动力只能来自真正的民主参与才能得到持续更新的自我理解，而去政治化的经济宪法模式实际只能将正当性生产机制依托于民族国家的经济绩效表现。只有依托于政治参与所促成的政治意志凝聚的过程，权利才能通过政治自主获得其实证的法律化形式。^[58]

从三组宪法对话历史时序观察，可以发现其逐渐增强的宪法张力失衡趋势，这说明，自近代以来所建立的威斯特伐利亚民族国家体系正在持续加速的全球化运动中受到挑战和冲击，19世纪所出现的社会系统功能分立趋势（政治、法律与经济系统等）在世界社会的尺度意义上仍然镶嵌于一种非功能分化的民族国家对峙格局之中。这种世界社会与民族国家意义上的社会结构分化的扞格，其矛盾和冲突正集中地在当前暴露出来。冷战后建立的以司法治理为中心的全能宪法国家模式遭遇愈益严峻的挑战，伴随着各种超国家社会系统的运作不断超逸出民族国家宪法管控力量的范围。尤其是，当经济宪法模式所依赖的民族国家经济绩效表现在这种加速全球化的经济运动中逐渐丧失其支配能力，这种去政治化的经济宪法模式的正当性危机就会持续暴露出来。因此，当前可能面临的第四次宪法危机，既可以在本文描述的三次宪法危机对话中获得理论启示和经验比较，也正表现出较之以往更为棘手和更具挑战性的症状。考验在于，我们能否提供一种能充分解释复杂的社会现实，并且具有敏锐历史意识与成熟政治判断的新的宪法规范性理论。

民族国家主权体系正在法律全球化的加速运动中，集中暴露出传统国家宪法的深刻困境。而从当前宪法危机的内在动因来看，新兴经济体，特别是中国的崛起，也正是促发世界宪法危机的重要因素，因为“中国崛起”在很大程度上改变了世界经济、政治和法律的总体进程，改变了过去二十年全球历史力量涨落的基本格局。

中国自近代以来历经革命、建国、内战、改革这一系列宪法运动的考验。而当前中国的历史处境却与以往又有所不同，因为中国在过去的三波宪法运动中，更多是作为一个被动的“失败者”和“挑战者”的宪法身份，被强行拖拽进入一个现代的世界宪法体系。这样一种历史命运，在今天已然出现了一种吊诡的翻转。中国在全球化的宪法身份定位中，正处于一种作为旧的“挑战者”（challenger）和新的“利益攸关者”（stakeholder）如何对接的矛盾状态中。它在政治主权上继承了一种“社会主义”的特殊性身份，但在经济发展中又高度分享了“新自由主义”的全球经济红利。中国与新世界秩序的这种内在张力，形成了一种有待化解的法权扭结。可以预见，中国在可能的第四波宪法运动中，必然将会扮演极为关键的历史角色，而且，这也更加考验，中国在世界性宪法危机和自身宪法发展这双重叠加的政治挑战中的历史智慧。

[责任编辑：聂鑫]

[58] 有关民主与法治的双重辩证关系，可参见余盛峰：“政治宪法学的得失”，《清华法治论衡》2013年总第17辑，第242~256页。