

对中国系统论宪法学的反思

陈运生*

内容提要：系统论宪法学研究以社会功能分析作为逻辑起点，在研究立场上偏向于经验主义，在方法论上贯彻“从存在推导出当为”的基本论证模式。其认为社会生活的各种经验是宪法实践的规范基础，因而试图通过客观描述系统现象及系统现象得以形成的事实要素，对宪法实践作出妥适的解释与说明。然而，建立在全社会功能分化基础上的系统概念，并不能使特定的宪法实践脱离一般宪法准则。并且，由于对宪法实践的描述经常需要运用价值判断，存在与当为之间又无法进行逻辑推导，系统论宪法学的学术主张虽有一定的现实解释力，但在理论深层仍有反思空间。

关键词：系统论宪法学 社会系统理论 规范宪法学 社会宪法

引言

近年来，我国有不少学者尝试从系统论的角度研究宪法，为宪法理论与实践中的诸多疑难问题提供了兼具解释性与建构性的知识方案，推动形成了系统论宪法学研究的“中国话语”。〔1〕我国的系统论宪法学研究虽然建基于国外的社会系统理论，但并非照搬国外的研究成果，而是融入了国内学者自己对于社会系统理论的理解。相关研究或是淡化了托依布纳“社会宪法”概念中的全球化要素，或是修正了卢曼系统论中的事实论维度，具有鲜明的中国问题意识，体现了一定程度的知识自主性。〔2〕应当说，中国的系统论宪法学尚在初成阶段，但已展现出蓬勃的学术朝气与前景，有力推动了我国宪法学研究的多元化发展。

* 江西财经大学法学院教授。

本文受教育部人文社会科学研究规划基金项目“规范性文件附带审查案例的类型化与体系化研究”（20YJA820003）资助。

〔1〕 具有代表性的研究成果有，陆宇峰：《系统论宪法学新思维的七个命题》，《中国法学》2019年第1期；李忠夏：《宪法学的系统论基础：是否以及如何可能》，《华东政法大学学报》2019年第3期；泮伟江：《宪法的社会学启蒙——论作为政治系统与法律系统结构耦合的宪法》，《华东政法大学学报》2019年第3期；曹勉之：《建构地认识宪法：一个系统论宪法学的视角》，《华东政法大学学报》2019年第3期。

〔2〕 陆宇峰曾用“系统论宪法学”的称谓，指代运用20世纪80年代以后趋于成熟的“自创生”社会系统理论阐释现代宪法现象的学说（参见前引〔1〕，陆宇峰文，第82页）。但是，在本文看来，严格意义上的系统论宪法学，仅是一种出现在我国的宪法学理论思潮。在国外，相关议题的讨论通常包含于系统论研究中。

然而,系统论宪法学的基本主张和部分观点,在一定程度上突破了传统宪法学的知识框架,甚至动摇了传统宪法学的理论根基,其能否同中国的宪制实践对接,是否适于指导中国的宪制实践,是系统论宪法学要获得进一步发展所必须直面的问题。而且,以系统论为基础展开的宪法学研究,在国内外已经招致诸多批评。例如,哈贝马斯认为,系统论通过放弃法律的规范主义理解方式,消除了法律应然有效性的义务论向度及法律作为行动规范的语内行动意义,这种功能主义的方法论无法准确把握法律深刻而复杂的规范维度。^[3] 克里斯·桑希尔认为,卢曼的政治社会学没有把政治作为社会分析的主要范畴,因为它刻意将政治沟通系统从其他社会沟通系统中区分了出来。^[4] 另有学者指出,系统论理论框架所包含的非自愿性承诺,并非在所有社会条件下均能实现;^[5] 在公共商谈、宗教文化、军事权力三个维度,系统论存在观察盲点。^[6] 这些批评意见与系统论宪法学的学术观点一样,均具有较强的理论说服力。这不仅标明了系统论本身的复杂性,也意味着,在全面深刻洞悉系统论的本质并对其要旨进行反复地学术商榷前,任何立场上的选择都恐有失严谨。

本文认为,针对宪法实践中的一些具体现象,系统论宪法学作出的解释可能是合理的,但这并不妨碍对其研究立场和研究方法进行反思。系统概念存在自我封闭性,且系统现象很难被全面客观地予以描述,因而系统论宪法学的解释力尚可质疑。由于“存在”与“当为”在逻辑上无法相互推导,系统论宪法学即便能为宪法实践提供合理解释,也不意味着全社会功能分化的经验事实对于宪法实践的发展具有决定性意义。有鉴于此,本文试图通过总结并反思国内系统论宪法学的研究视角、基本立场和论证方法,同系统论宪法学的研究者展开对话。首先,通过揭示分化社会的根本缺失,提示系统论宪法学人为切割其研究对象可能带来的潜在风险;其次,基于经验事实描述所应满足的全面性和客观性要求,论证系统论宪法学在经验主义研究立场上可能存在不彻底性;最后,立足于存在与当为的逻辑关系,指出系统论宪法学在方法论上可能存在的罅漏。

一、系统论宪法学在中国的兴起及其理论骨架

(一) 系统论宪法学在中国的兴起

系统论作为一门科学,诞生于20世纪。进入21世纪后,有关系统论的法学研究逐渐增多。2011年,李忠夏发表了《中国宪法学方法论反思》一文,标志着系统论作为一种独特的研究范式正式进入中国宪法学的研究视野。在该文中,李忠夏尝试从社会系统理论的角度整合宪法的社会功能。在他看来,“宪法中的价值源自宪法规范与社会现实的结合”,宪法学“必须面向时代精神价值,通过具有整合性的宪法解释将宪法的规范含义与不断变化的现实结合起来,既保持变通性又不失安定性”。^[7] 这种“整合性的宪法解释”观点,是其提出的“功能

[3] 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第62页。

[4] See Chris Thornhill, Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the Modern Form of the Political, 10 European Journal of Social Theory 513 (2007).

[5] See Laurindo Dias Minhoto, Notes on Luhmann, Adorno, and the Critique of Neoliberalism, 143 Thesis Eleven 56 (2017).

[6] 参见余成峰:《系统论宪法学的理论洞见与观察盲点——托依布纳〈宪法的碎片:全球社会宪治〉读后》,《政法论坛》2020年第2期,第134页。

[7] 参见李忠夏:《中国宪法学方法论反思》,《法学研究》2011年第2期,第160页。

取向的宪法教义学”的原形。自该文发表后，我国的系统论宪法学研究呈现蓬勃发展态势。借助系统论这种全新的研究范式，系统论宪法学得以对很多传统宪法学命题进行反思，并提出新的见解。以李忠夏的系统论研究为例，他除了对中国宪法学的方法论进行了反思，还基于社会系统理论的视角对宪法教义学和政治宪法学进行了反思。在宪法解释方面，李忠夏注意到宪法变迁过程中宪法文本与社会现实之间存在不一致，于是尝试从系统论的角度对该现象进行解释。例如，他主张从社会系统功能分化的角度来理解基本权利，^{〔8〕}借助系统论从宪法结构的角度分析“中国特色社会主义”概念。^{〔9〕}此外，他还主张理想的法教义学应是“功能取向的法教义学”，^{〔10〕}并论证了以系统论作为宪法学知识建构基础的可能性。^{〔11〕}陆宇峰、泮伟江、余成峰、曹勉之、宾凯、翟小波、张嘉尹等众多学者，均就宪法学的基本问题从系统论角度进行过探讨。他们的研究成果涵盖或回应了传统宪法学关注的许多议题。

概括起来，当前我国的系统论宪法学研究大致呈现三种形态：第一种侧重宪法解释层面的方法论反思，研究旨趣在于将社会时代精神整合进宪法解释，形成一种新的宪法解释学，如李忠夏的系统论研究即属这类。第二种研究以实质主张上的反本体论为特征，如陆宇峰注意到全社会功能分化所带来的系统多元化的事实，因而提出“社会宪治”概念，并推崇一种多元主义的宪治模式。第三种研究偏重对不同的社会功能系统进行结构分析，如泮伟江对于政治系统与法律系统结构耦合关系的功能性理解，为宪法性质的认识提供了新的可能。

以上三种形态的系统论宪法学研究，构成了本文所要反思的主要对象。系统论宪法学的称谓，在国内最早见于陆宇峰2017年发表的《“自创生”系统论宪法学的新进展》一文。^{〔12〕}按照泮伟江的解释，之所以将此类研究称为系统论宪法学，主要是基于对国内法学界形成的各种习惯性表达的尊重，如社科法学、政治宪法学、规范宪法学、社会理论法学等，都属于此种习惯性表达。^{〔13〕}在笔者看来，基于系统论展开的宪法学研究之所以可以称为“宪法学”，其实还有另一个原因，即其研究骨架颇具学说个性化的特点。

（二）系统论宪法学的研究骨架

在系统论宪法学内部，不同学者的论述各有偏重且表述不尽一致，但这些学术主张具有一些共同特点，如均认为传统宪法学遭遇了理论危机，主张跳出传统的理论视角去解释宪法现象，强调实践要素的优先性；在宪法秩序的建构方面，均认为二元分立已无法描述现代社会的复杂性，主张研究视角应从权力控制转换到功能分化。基于现有的研究成果，大致可以对系统论宪法学的研究视角、基本立场和论证方法作出如下总结。

1. 系统论宪法学的研究视角

传统宪法学主要以各种宪法现象作为研究对象。这些宪法现象通常由宪法规范、宪法意识、宪法制度和宪法关系等要素构成，而宪法规范处于其中的核心位置。^{〔14〕}系统论宪法学对传统宪法学的研究进路进行了反思，确立了一种以分化社会中与宪法有关的系统现象为主要观

〔8〕 参见李忠夏：《基本权利的社会功能》，《法学家》2014年第5期，第15页以下。

〔9〕 参见李忠夏：《“中国特色社会主义”的宪法结构分析》，《政法论坛》2018年第5期，第119页以下。

〔10〕 参见李忠夏：《功能取向的法教义学：传统与反思》，《环球法律评论》2020年第5期，第5页以下。

〔11〕 参见前引〔1〕，李忠夏文，第21页以下。

〔12〕 参见陆宇峰：《“自创生”系统论宪法学的新进展——评托依布纳〈宪法的碎片：全球社会宪治〉》，《社会科学研究》2017年第3期，第188页以下。

〔13〕 参见前引〔1〕，泮伟江文，第7页。

〔14〕 参见林来梵：《从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言》，法律出版社2001年版，绪论，第2页。

察对象的新型研究框架,^[15]其研究对象或研究视角呈现出以下特点。

其一,系统论宪法学注重对功能分化的各种系统现象加以分析。在系统论的解释框架下,宪法规范失去了其在理论解释或建构方面的关键意义。整个社会在功能主义的视野下被视作一个功能分化的系统。整个系统独立于人的意志而自成一体,它只服从自己的逻辑,于是整个社会可以以一种二阶观察的符码化方式运作。系统论不承认这个世界存在终极的理性价值。传统宪法教义学所关心的问题,包括宪法的性质、宪法的内容、宪法的功能、宪法的效力等在内的几乎所有方面,都被系统论宪法学看作自我指涉的结果,其只能在社会发展的历史进程中得到合理的解释。法律共同体成员有意识形成的和不断维系的理想主义的观察模式,被系统论宪法学替换为一种非意向的、在行动者背后起作用的、客观化的现实主义观察模式。此种观察模式的转换,不仅削弱了国家宪法的权威性,也撼动了宪法规范在宪法学解释体系中的主导地位。^[16]

其二,传统法教义学从规范统合的角度把握社会的整体性,而系统论宪法学选择结构耦合的观察视角。在自组织的视野下,整个社会是去中心化的,具有多元脉络性。系统论以“区分”作为理论建构的基础。由于系统可以进行区分,不同的功能系统得以分化而成,每一系统都有其独特的符码。各个系统相对于其他系统而言都“具有运作上的封闭性,同时具有认知上的开放性”。^[17]法律的有效性,包括宪法的性质、表现形式以及一切与规范有关的行为交往,在系统论宪法学那里都被还原为一种结构耦合关系。在系统论宪法学看来,所有的社会功能系统都与实践理性的规范内容不发生直接联系。它们彼此构成对方的环境,在水平方向上相遇,进行信息沟通和发生结构耦合。^[18]这些社会系统相互之间就如同个人及其社会关系一样,处于“系统—环境”的关系之中。

其三,系统论宪法学对于宪法问题的分析是从系统功能的角度切入的。系统论以全社会的功能分化作为研究前提,认为法律系统是从全社会功能系统中分化而来的,承担着特定的功能。根据系统论,每一个系统都构成其他系统的环境,系统与环境处于不断沟通的过程中,因而法律系统需要对社会环境的改变作出选择性的回应,以确认和进一步促进社会变化。现代宪法正是处在法律系统与政治等功能系统的结构耦合之处,这决定了宪法的功能只能是“维系功能分化”。^[19]系统论宪法学把系统的功能置于其分析框架的核心位置,认为对宪法的认识需从社会系统功能分化的角度加以反思。^[20]由于现代社会不断发生功能分化,整个社会的法律治理就会变得越来越复杂。为了处理日益复杂的社会宪法问题,系统论宪法学主张现代宪治的模式应朝多元主义的方向发展。^[21]

[15] 之所以将系统论宪法学的主要研究对象界定为“与宪法有关的系统现象”,一是因为系统论宪法学的研究主要不是“以宪法规范为中心”的,二是因为系统论宪法学的研究框架和研究范式也可运用于其他有关社会治理的学术研究领域。

[16] 系统论当然也关注规范,但它更重视多样的社会现实,尤其是各种不同利益、主导性的价值观念以及权力位置对法律规范和其他法律行为准则的影响。这些因素其实“在议会的立法程序中才表现得更为突出”。参见[德]齐佩利乌斯:《德国国家学》,赵宏译,法律出版社2011年版,第24页。

[17] 前引[1],李忠夏文,第23页。

[18] 有学者对组织系统进行功能分析后指出,社会性在整体上除具有横向结构外,还呈现纵向分割的特点,因此卢曼对于现代性的描述需要调整。See Bulesu Bognár, *Luhmann's Functional Subsystems of Modern Society—The Character of Horizontal and Vertical Relationships*, 182 *Polish Sociological Review* 137 (2013).

[19] 参见前引[1],泮伟江文,第6页;前引[1],陆宇峰文,第84页。

[20] 参见李忠夏:《法治国的宪法内涵:迈向功能分化社会的宪法观》,《法学研究》2017年第2期,第3页。

[21] 参见前引[1],陆宇峰文,第101页。

2. 系统论宪法学的基本立场

系统论宪法学对于理性法规范主义抱持一种批判的态度。系统论的目的之一，就是“将社会学从法律概念的本体论处理中解放出来，为社会学家提供一种非规范性地参与规范性问题讨论的方法”。^[22] 在自组织的解释框架下，所有法律现象都被“当作一个事实而存在”，^[23] 只以一种客观主义式的、撇开行动者自我理解的语言来进行描述。“从行动到系统，从主体到客体”的转变提升了系统功能的地位，^[24] 却相应地贬低了作为主体的人的地位。^[25] 在系统论那里，人的沟通和交流虽然也很重要，但不同于哈贝马斯对于意义的重视，系统论更强调系统的作用。^[26]

当然，系统论宪法学也意识到，经验主义和规范主义之间存在一种二律背反关系，即“规范主义的思路始终有脱离社会现实的危险，而客观主义的思路则淡忘了所有规范的方面”。^[27] 为此，系统论宪法学提出了一个可以将逻辑涵摄和现实考量进行功能整合的“二阶构造”方案。这个方案具体以三种形态呈现：第一种是通过重新定义“宪法”来统合规范与事实之间的各种分歧，如陆宇峰提出“社会宪法”概念，目的即在于重新定义宪法；第二种是对宪法的生成演变、地位和性质进行重新解读，将宪法看作一种政治系统与法律系统结构耦合的产物，认为宪法具有政治性与法律性的双重属性，如泮伟江的研究就是沿此思路展开；第三种是对传统的宪法教义学进行反思，将对社会现实的后果考量整合进宪法教义学的思考中，使之成为法律论证的前提，如李忠夏的“作为社会整合的宪法解释”理论。这三种方案略有差异，但均侧重经验主义的事实描述，同时又兼顾了系统功能主义和规范主义的一些要素。此种功能性的整合方案，^[28] 既与卢曼的单纯以事实性研究为特色的系统论有别，也与传统的宪法教义学和其他社科宪法学有别。^[29]

总之，系统论宪法学把法律的基础看作一种“自相矛盾”的存在。^[30] 它放弃了规范主义的分析框架，转而从系统功能的角度来理解宪法。所有为实现人的自我解放和自我实现的各种努力，在系统论宪法学这里都被还原为功能性的耦合关系。人类理性所凝结出来的各种规范形式，都被当作“通过合法与非法之间的差异的无休止的反复而在语义上产生的矛盾结果”。^[31] 系统论宪法学对于社会系统的功能分析，为经验式地理解宪法学问题提供了视角。系统论宪法

[22] Rodrigo Cordero, *The Negative Dialectics of Law: Luhmann and the Sociology of Juridical Concepts*, 29 *Social & Legal Studies* 15 (2020).

[23] See Klaus Podak, *Without Subject, Without Reason: Reflections on Niklas Luhmann's Social Systems*, 13 *Thesis Eleven* 64 (1986).

[24] 参见〔德〕尼克拉斯·卢曼：《法社会学》，宾凯、赵春燕译，上海人民出版社2013年版，第432页。

[25] 卢曼甚至将其立场称为“根本上的反人文主义”。See Niklas Luhmann, *Theory of Society*, Vol. 1, trans. by Rhodes Barrett, Stanford: Stanford University Press, 2012, p. 12.

[26] See Shamus Rahman Khan, *Humans Cannot Communicate—Unravelling the Mental Knots of Niklas Luhmann*, 43 *Contemporary Sociology* 49 (2013).

[27] 前引〔3〕，哈贝马斯书，第8页。

[28] 关于系统论宪法学如何通过（系统）功能主义去整合宪法规范与社会现实的问题，参见前引〔10〕，李忠夏文，第19页。

[29] 关于法教义学如何整合社会事实的考量，已经有一些探讨，但主要仍以规范为中心。参见许德风：《法教义学的应用》，《中外法学》2013年第5期，第937页以下；纪海龙：《法教义学：力量与弱点》，《交大法学》2015年第2期，第90页。

[30] 卢曼曾明确表示，“法律的基础不是一个作为原则基础的理念，而是一种自相矛盾”。〔德〕卢曼：《社会的法律》，郑伊倩译，人民出版社2009年版，第124页。

[31] 前引〔22〕，Cordero文，第15页。

学相对于传统宪法学在研究立场上的转变,让它可以基于后基础主义的分析角度对很多宪法学命题进行反思:[32] 宪法知识,在系统论宪法学看来需要经受一场“社会学启蒙”;传统的宪法教义学,在系统论宪法学那里被重整为“功能取向的宪法教义学”。[33]

3. 系统论宪法学的论证方法

在整个宪法学的知识都被纳入自组织框架后,“全社会功能分化”不再仅仅被看作一种客观现象,而是同时具有了重构规范的意义。[34] 在自组织的状态下,无主体的自我再生产在全社会功能分化的逻辑中建立起来。法律系统或者作为其基础的那些结构,如价值理念,在系统论之下失去了预先假定的规范效力,恢复了在所谓意识形态批判中丧失了的部分自主性。法律不再被认为只是一种附生现象,而是重新获得了一种内在逻辑。在功能分化的社会中,法的专门职能是对行为期待在时间的、社会的和实践的层面上以一致的方式加以一般化,从而经验中出现的各种冲突可以持续地根据“合法/不合法”这样的符码来进行判定。整个法律系统就是一个全社会功能分化的结果,它只能通过系统沟通来维持它与外部的联系。它用法的范畴来描述系统的各种成分,并运用自我主题化的方式来重构和再现法律实践。

系统论通过“全社会功能分化”的系统描述方式,将原本在法学思考中起主导作用的“规范”概念替换为“系统”概念。系统论宪法学的论证策略与一般社科法学的论证策略大体相当,即主要采用“语境论”的方法,[35] 具体通过五个环节来实现。第一个环节是力求客观全面地重构宪法制度或宪法规范所面临的社会常规问题,如生物与信息技术的发展对个人权利保障带来的新挑战,或贸易、投资、金融、媒体等领域的全球化与文化多样性所带来的民族国家宪法与跨国社会系统之间的持续张力等,都属于系统论宪法学尝试重构的社会常规问题。第二个环节是考察全球化、社会组织化、民族、地区、生物和信息技术发展水平等相对稳定的因素,以便能进一步看清楚这些因素对于解决上述常规问题所构成的制度或规范选择上的制约。第三个环节是在全社会功能分化的背景下提出解决问题的可能方案,并对基于其他方法论进路可能提出的对策予以排除。第四个环节是观察与宪法制度或宪法规范相关的当代社会问题,以确认支撑先前某项宪法制度或宪法规范的社会制约条件是否已经改变,以及这种改变是否足以表明有必要修改宪法制度或宪法规范。第五个环节是得出论点。

观察上述论证策略可以发现,系统论宪法学已经注意到全社会功能分化对于理解宪法问题的意义。所谓反思传统宪法的功能缺陷或跳出宪法教义学的窠臼,其实就是反对以抽象的价值标准来评价社会事实。系统论宪法学认为,全社会功能分化的结果必然是宪法的社会功能化,这本身就是一个无法改变的社会事实。这个事实不但在历史上制约着我们的宪法生活,未来也将成为我们宪法生活的条件。简单来讲,系统论宪法学的论证中隐含着“存在即有效”的逻辑。只不过,不同的研究者针对“存在即有效”这一命题,设计了不同的实施方案。陆宇峰的社会宪治理论选择重新划定宪法规范的范围,主张多元主义的宪治模式,即突破国家宪法这

[32] 也有学者认为,卢曼所建构的其实是一种“无基础主义”的认识论。See Eva Knodt, *Toward a Non-Foundationalist Epistemology: The Habermas/Luhmann Controversy Revisited*, 61 *New German Critique* 100 (1994).

[33] 参见前引[10],李忠夏文,第5页。

[34] 关于系统论所采用的方法论,还可参见 Danilo Zolo, *Function, Meaning, Complexity: The Epistemological Premises Of Niklas Luhmann's 'Sociological Enlightenment'*, 16 *Phil. Soc. Sci.* 115 (1986)。

[35] 所谓语境论方法,就是一种设身处地、历史地理解法律制度的方法。该方法反对以抽象价值来评价法律。关于语境论的研究方法,参见苏力:《也许正在发生:转型中国的法学》,法律出版社2004年版,第235页以下。

一“单一宪法”的框架，将社会实践中存在的各种软法视为“社会宪法”，由此实现“存在”与“有效”的勾连。李忠夏选择“将社会事实的决定力接入宪法规范”。在他看来，传统宪法学不能有效地面对时代价值，可能的出路就是将宪法的规范含义与不断变化的现实相结合，以“全社会功能分化”作为规范性论证的前提。这其实就是在强调社会事实的解释优先性。^[36]这两种学术主张固有不同，但均没有脱离“存在的（宪法实践）就是合理的，并且合理的就是有效的（宪法准则）”这一方法论的基本框架。

二、对分化社会的重新审视

在自组织的状态中，社会的复杂性可得以降低。化约复杂性的结果是削减了系统选择的可能性。自组织的系统会优先于整体。社会系统理论强调了全社会功能系统的“分化”，却忽略了作为整体的社会对于系统功能的影响。具体而言，这样的忽略主要体现在两个方面：一是在整体认知进路上放弃了对社会总体性概念的认识和把握；二是强调社会的分化性以及系统的复杂性、冗余性和多变性，而不是世界的同一性、统一性和事物发展的规律性。

（一）“区分”作为世界整合基础的固有缺陷

对于社会总体性概念的抛弃，使系统论宪法学具备了批判传统宪法学的能力。自亚里士多德到黑格尔再到康德的理论中，总体性概念都是很重要的部分。包括耶利内克的“作为目的共同体”的国家整合方案、^[37]斯门德的“精神现实”整合理论、^[38]凯尔森的法秩序自同体说在内的各种学说，^[39]都从不同侧面提出了自己的统合构想。系统论当然也希望通过系统这一概念来统合世界，但“对统一的渴望就产生了差异，而由这种渴望推动的理论就会在文字的游戏上变成一种乌托邦”。^[40]在系统论中，所有关于功能分化的理论阐述都建立在对系统可以进行区分的基础之上，每一个系统都构成其他系统的环境。系统论从对立统一的角度处理了系统与环境的关系。卢曼对于系统与环境的区分，包含了一种相互规定性和否定规定性的反思结构，而这种反思结构也采用了与传统辩证法一样的逻辑范式。^[41]系统论宪法学承袭了卢曼对于系统与环境的区分，并将其作为宪法功能分析的认识论基础。整个社会的各个系统与非环境以及环境与非系统的相互识别，都像肯定与非否定、否定与非肯定的相互识别一样，只能通过其各自的“他者性”的否定操作（自我指涉）来实现。以至于，在系统论宪法学里面，

[36] 从表面上看，李忠夏的宪法解释学是赞成本体论的，他仍然承认现代宪法及其基本权利体系的社会功能；对于宪法教义学，李忠夏也没有放弃。但是，李忠夏在进行规范性论证时仍然以“全社会的功能分化”作为前提，“规范中心主义”的方法在系统论解释学中被置于经验主义方法之后，处于补充或者次要的地位。

[37] 耶利内克将国家视为一种“团结统一体”。他认为，国家是基于各种恒久性的、相互性的、密切关联的目的而结成的多数人的统一体。参见李龙主编：《西方宪法思想史》，高等教育出版社2004年版，第252页。

[38] 斯门德的整合理论将国家界定为“作为真实意志的结合体”。参见[德]鲁道夫·斯门德：《宪法与实在宪法》，曾韬译，商务印书馆2019年版，第15页。

[39] 在凯尔森看来，国家就是由国内的（不同于国际的）法律秩序创造的共同体。参见[奥]凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第203页。

[40] 前引[32]，Knodt文，第98页。

[41] 有学者认为，卢曼就是“一个现代的黑格尔”。See Gerhard Wagner, *The End of Luhmann's Social Systems Theory*, 27 *Philosophy of The Social Sciences* 404 (1997).

环境与世界的概念似乎没有区别。〔42〕

但是，系统论宪法学并没有将系统与环境的区分具体化。系统与环境的区分要能成立，还需要有一个前提，那就是必须通过对制度和环境的差异统一性的反思，确保彼此之间只存在一种相对于彼此的关系。尽管制度和环境的差异是构成两者同一性的要素，但制度和环境只能在一个被称为世界同一性的对立关系中存在。所有的制度与环境之间的差异，都必须体现在“现实”的语境中。没有了这种“现实”，差异就无法实现。从这一意义上讲，系统论宪法学将其理论基础建立在“同一性与差异性之间的差异”之上的做法是不可取的。所谓自我指涉理论仍然应被归入将世界视为同一性与差异性相辩证统一的这一传统。世界是终极意义上的统一与同一，〔43〕系统与环境之间的区别必须以此作为前提。并非环境而是世界才是系统和环境的基础。系统论宪法学没有完成黑格尔辩证法的全过程（正题—反题—合题），而是仍然处于正题和反题相矛盾的阶段，没有对合题提出有效的解决方案。换言之，系统论宪法学只是基于某种假定才强调了其中的二元性，却没有从现在已经完成的统一性中去消解这种二元性。

关于法律系统同一性的辩证法问题，〔44〕黑格尔看重的是它“既能像矛一样打开伤口，同时又能治愈它”的能力，而多元主义的系统论只看到“世界”会因为区别而“受伤”，却没有提出任何“治愈”方案。在全社会功能分化的背景下，各个区别开来的子系统必须在社会更高的层面上再次得到整合。非中心化的法律制度如果没有外部形式上的有效保证，整个社会就不可能在更高的社会层面维持其社会形式的矛盾结果。〔45〕已经变成自我指涉系统的这个社会，尽管有种种便利之处，却可能导致其同环境间的直接信息交换的终止。所有的功能系统都有了它们自己的社会图景，它们不再拥有共同的语言，也不再能以共同的语言来保证它们可以用同样的方式向所有系统表征其社会统一性。每个系统对于其自身对其他系统带来的负担都漠不关心，整合能力受到危害的趋势会对整个社会尤其是政治和法律系统带来挑战。自主的、自我指涉地运行着的、具有各自世界视角的单元之间的成功交往问题，在很大程度上恰好对应于现象学中人们所熟悉的那个问题，即如何从超越主体的单子论成就中构造出一个主体间共享的世界。〔46〕胡塞尔或萨特都没有解决这个主体间性的问题，系统论宪法学同样也没有解释清楚：自组织系统在自我指涉的导控圈子之内，如何能完成对自组织性的超越。

整个系统论宪法学就是建立在这样一种对世界的截断的认识之上。在一个非中心化的、许多系统彼此分离的世界中，所有系统都处于平行地位。多中心的、分化社会的所有子系统都构

〔42〕 有研究者指出：“环境对世界的实体化……阻止人们从区分的角度来理解系统和环境的关系。”前引〔41〕，Wagner文，第404页。

〔43〕 “统一”指的是对立双方共同处在一个矛盾的统一体之中（世界上的任何事物都是矛盾的统一体）；“同一”在辩证法中指的是同一性，强调矛盾双方相互依存、相互联结、相互渗透和相互贯通的性质和关系。同一性和统一性的区别关键在于，前者不强调对立，而后者则强调对立之后的统一。

〔44〕 强调法律的同一性，也要避免回到一种整体主义的社会概念中去。在法律的统一性问题上，“自由平等的社会”等概念对于法律系统的构造而言也许必不可少，但倘若将整个社会的构造都建立在这些概念之上，又有可能导致一些问题。

〔45〕 参见前引〔22〕，Cordero文，第15页。

〔46〕 “对象如何向意识显现自身”是笛卡尔以来所有“主体哲学”和“认识批判”所真正关切的问题。解决这一问题不仅是笛卡尔、康德、费希特或黑格尔的哲学追求，也是胡塞尔的哲学追求。在认识论或理论哲学的范围内，“对象”就是“自我意识”之外的一切“他者”，即有待“自我”去整合与同化的“他者”，有待从“自我”出发又回到“自我”的“他者”。关于自我与他者之间关系的现象学观点，参见孙庆斌、郭春明：《意向性分析与他者维度的缺席——胡塞尔现象学的思维态度与理论困境》，《学习与探索》2015年第8期，第20页以下；李金辉：《自我与他者关系：一种主体间性现象学的反思》，《江海学刊》2015年第3期，第95页以下。

成彼此的环境。它们可以产生联系，因为它们相互维持，并在不可能直接相互干预的情况下对相互关系作出自反性调适。“像其他功能系统一样，政治也借助于自己的代码而自成一体、成为一个自我封闭的交往循环。”〔47〕合法化的需要可以按家长主义的方式，从大型组织的复杂网络出发，经过一连串的联系而得到满足。卢曼所描绘的这幅根植于国家机构之中的政治系统自我合法化的图景，在他提出“法律系统的分立和运作上自成一体”的时候，〔48〕就不再是一个整体。卢曼之所以将整个社会系统理论建立于一个潜在的区别之上，就是为了提出一种超本体论的世界观。但是，卢曼并没有做到这一点。〔49〕如前所述，环境与系统的区分需要一个基础性前提，而这个基础性前提在系统论中并不怎么受到重视。因此，系统论宪法学并没有超出辩证传统的基础主义的范畴。〔50〕

（二）系统特定化的潜在风险

按照系统自我指涉的观点，法律系统只能作为一个循环封闭的交往回路同它的环境保持界限，所有的沟通都只能通过系统来完成。在非中心化的、分裂的、封闭的、自我指涉的环境下，全社会的各个功能系统只能在水平方向上同外界产生联系，民族国家的宪法因之不足以统合整个社会的秩序。系统论宪法学从法社会学中获得了灵感，并借助社会科学的系统理论来阐发其观点。但是，如果没有规范理性主义对于法律效力的一般假定，整个社会的秩序调控就将全部交由高度复杂化的社会的可变性、偶然性和多样性来主导。在这样的语境论式理解下，宪法的多样性在实践中很可能要面临自我整合的系统风险。

尤其是，假如把所有的规范内容从宪法的基本概念中清除出去，就需要对法治国权力循环的规范性禁忌设定界限。系统论虽然观察到法律过程在功能迫令的压力下是如何运作的，却没有为它自己的法律理论提供任何框架，因为它把政治和法律划分成不同的循环封闭的功能系统，对政治过程只是从自我组织和自我导控权力的角度加以分析。按照系统论的观点，所有功能系统之所以拥有自主性，是因为它们形成了自己特有的代码和彼此间无法转译的语义内容。由此，它们不具备彼此直接交往的能力，只能相互“观察”。但是，在政治系统也被假定为自我指涉的、与其环境相隔绝的条件面前，我们很难解释政治系统如何可能对整个社会起到整合作用。人们无法看到各种功能系统的自主性与政治系统的维系之间如何协调。由于系统的分化，各个自主的、自我指涉地运作的单元之间能否成功沟通，是系统论有必要反思的重要问题。

三、对经验主义立场的反思

如何客观全面地描述世界，是系统论宪法学面对的另一难题。真实的宪法实践与经描述的

〔47〕 前引〔3〕，哈贝马斯书，第425页。

〔48〕 前引〔30〕，卢曼书，第29页。

〔49〕 有学者对卢曼以自体论取代本体论的做法进行了批判，认为卢曼对于黑格尔本体论与自体论相结合的统一论的背离，导致其理论难以自圆其说。因为自体论不承认本体，卢曼的形式论不但永远无法获得自我认同，其关于社会进化的主张也只能从它自己的悖论中寻找，即社会的进化只能服从它自己的逻辑形式。See David Roberts, *Paradox Preserved: from Ontology to Autology. Reflections on Niklas Luhmann's the Art of Society*, 51 Thesis Eleven 71 (1997).

〔50〕 基础主义是一种关于确证结构的理论，也就是关于确证最初来源的理论。传统的理性主义者一直试图从基础主义的角度来说明科学的合理性，但基础主义在解决知识回溯的问题上陷入了困境，这直接导致了另一种重要的替代理论——一致主义的产生（参见张立英：《确证·回溯论证·基础主义》，《自然辩证法研究》2005年第9期，第33页以下）。基础主义的相对概念是反基础主义。后者与反理性主义、反中心主义、反进步主义等一同构成了后现代主义的重要内容。

宪法实践之间可能存在巨大差别,如果系统论宪法学不能充分认识到这一点,就有可能夸大社会系统理论的实际作用。

(一) 全面描述的双重限制

在社会科学研究中,只有全面且有效地揭示事物背后的决定性要素,才能如实反映特定事物的本质和规律。一旦遗漏了研究对象的某些构成要素,研究结论就有可能“差之毫厘,失之千里”。系统论宪法学作为一门建基于社会系统理论的宪法学理论,应与一般的社会学理论一样,以尽可能全面有效地揭示系统现象为其任务。只有在全面揭示有关宪法实践的各种要素的基础上,系统论宪法学才有可能对宪法实践中的各种问题作出充分的说明。然而,系统论宪法学很难全面有效地揭示系统功能分化的各种宪法现象。

首先,从主观方面来看,虽然哲学上认为人的认识能力是无限的,但所谓“自在之物”本就存在于万物之中却又无影无形。^[51]在特定的时间点上,人对真实世界的感知和描述能力会受到主观认识能力和客观条件的限制。能否全面地描述系统的现象,与研究者的知识、经验及其运用的理论工具等有关。针对同样的系统现象,不同主体可能作出不同描述。这就好比观察同一个生物现象,借用不同倍数的显微镜,可以获得不同的观察结论。对于宪法现象的观察与对生物现象的观察虽然在旨趣上不同,但同样受制于研究者的观察能力,要借助某种知识和经验建构出来的理论框架。已经成型的解释框架或许能够展现出系统功能分化的部分要素,但对于相对不那么重要的系统要素,往往很难兼顾。这就决定了,系统论宪法学很难全面有效地展示系统功能分化的各个要素。

针对上述问题,系统论宪法学可能给出的一种解释是,其只解释宪法实践背后的“关键要素”,主观能力的不足反而是其理论上的优势。这种解释虽有一定道理,却有可能消解系统论宪法学存在的意义。如果系统理论不能全面描述宪法现象,其又如何能够化约社会的复杂性?特别是,系统论宪法学所依托的这个社会,仍然处于不断地变迁和功能分化的过程中。所有的社会功能系统都会随着社会的分化而发生结构耦合或重组,系统功能要素的重要性程度,也会随着社会的变迁而发生变化。原本不那么重要的系统要素完全有可能变成关键性要素,正如原本不存在的互联网,现在已极大地改变了民主参政和议政方式。物联网、生物基因、大数据、云计算和非现金支付等新生事物的不断出现,在持续地改变着这个社会的系统结构和耦合方式。所有这些变化都说明,系统论宪法学要对这个社会进行充分地描述并不容易。但是,系统论宪法学又必须对这个社会进行充分地描述,唯有如此,才有可能对宪法实践背后的形成条件做出科学的说明,并对特定宪法实践的未来发展方向给出正确的判断。

其次,从客观方面的限制来看,系统论宪法学也很难全面有效地揭示系统现象。第一,全社会功能分化是一个非常复杂的过程,整个社会都是根据沟通的逻辑在运作。沟通的存在降低了周围环境的复杂性,但环境的复杂性同样也会增长。^[52]不同系统在功能分化和结构耦合上存在多样的选择。系统的复杂性决定了系统之间的沟通存在多重衔接的可能,而双重偶联性则会导致系统的分出。系统的沟通和结构耦合存在无尽的可能,每一个沟通环节又都伴随着选

[51] “自在之物”是康德提出的一个基本概念,又称“物自体”或“物自身”。它指的是存在于认识之外又绝对不可认识的存在之物。自在之物是现象的基础。人们承认可以认识现象,必然就要承认作为现象基础的自在之物的存在。

[52] 在系统论看来,“个人”在不同的功能系统中有不同的角色定位,这会让沟通在“高度不可能”的条件下变得可能,因此人的预期以及对预期的预期就可得以限缩,从而降低复杂性。但是,“从另一个角度来讲,在降低复杂性的同时,社会系统通过其分化形式,又提高了复杂性”。参见前引[1],李忠夏文,第24页。

择。第二，社会的演化充满了偶然性。“这种偶然性不可克服，只能通过系统的分化、系统的结构、媒介和形式加以限缩，但同时又反过来提高整个社会的复杂性和偶然性。”^[53] 第三，系统的功能分化必然意味着去中心化，去中心化则为系统的存在和变异提供了基础。每个社会系统都有特定的沟通方式和符码，要观察这些系统现象，就必须在这些区分中找到构成其选择的核心，而这样的工作显然难以完成。^[54]

如果系统论宪法学无法全面真实地展现宪法实践背后的那些要素，就很难化约社会的复杂性。系统论宪法学提出以多元脉络的宪法实践取代实证科学的规范性，认为所有的社会系统都是通过“意义”来持续建构的，而意义在系统论里要通过功能来实现。^[55] 系统论宪法学将意义的现实性与其可能性进行了直接对接，由此实现了从经验主义向唯智主义的转变，“能不能”全面展示的问题就转化为“应不应当”全面展示的问题。在系统论宪法学内部，功能分化的系统概念已经包含了规范性和事实性的双重要素。^[56] 通过这样的方式，系统论宪法学最终回避了“不能全面描述系统现象”等各种批评，将注意力转移至“要不要把法律客观化为一个自我导控系统”的问题上。被系统论宪法学忽略了的是，对于具体现象一般抽象化的推崇，已经让系统论宪法学放弃了原本应当坚持的经验主义学术立场，因为对一般准则的执着追求恰恰契合了规范主义的方法论进路。^[57]

（二）客观描述的价值立场反思

在系统论宪法学对于宪法实践的描述中，各种具有复杂性、偶然性和多变性的系统现象，被当作宪法运行中的常态。例如，系统论把宪法变迁当作整合社会的宪法解释的切入点，^[58] 认为现代社会正面对社会媒介失控的“社会宪法问题”。^[59] 但是，上述现象是否宪法运行中的常态，系统论宪法学是否夸大了全社会功能分化的系统作用，其对于社会经验事实的描述是否契合实际，这些都殊值反思。

诚然，当代社会中的确存在各种风险与挑战，但这些风险和挑战毕竟不是惯常现象，整个社会还是要在宪法的规制之下得到治理，全球化也并不意味着国家主权的终结。法律应当是为应对一般性、常态性和规律性的情况而作的预先设定，冗余性、偶发性和碎片化的社会现象不宜成为宪法学的主要研究对象。宪法学应当关注宪法生活的一般经验，而不宜将非常态化的各种现象当作宪法的普遍现象来对待。社会结构的剧烈变革引发了法律制度和法律实践的剧烈变革。面对这一问题，系统论宪法学提出了所谓“从社会整体视角出发破解现实宪法‘源代

[53] 前引〔1〕，李忠夏文，第24页。

[54] 李忠夏在谈到系统现象的观察问题时指出，由于“所有实在都由观察者的区分建构出来，且所有观察者都置身于所观察的事物之中”，系统论的确“存在观察不到的盲点”。同上文，第24页。

[55] 同上文，第24页。

[56] 系统论主要是一种描述性的理论，但这并不意味着卢曼在提到法律系统时不区分规范与事实。在卢曼的系统论中，规范预期和认知预期是最基本的区分，而只有稳定的规范预期才是法律的功能所在。参见前引〔24〕，卢曼书，第81页以下。

[57] 无论陆宇峰的宪法新思维还是李忠夏的宪法解释学，都主张从宪法实践的经验出发，推导出规范性的宪法命题。只不过，相较于陆宇峰的多元主义“社会宪治”概念，李忠夏的宪法解释学更强调通过宪法变迁的解释路径，建立起“宪法变迁—确定宪法概念的可能性边界—宪法决定”的工作流程。参见李忠夏：《宪法教义学反思：一个社会系统理论的视角》，《法学研究》2015年第6期，第18页。

[58] 参见李忠夏：《作为社会整合的宪法解释——以宪法变迁为切入点》，《法制与社会发展》2013年第2期，第71页以下。

[59] 参见前引〔1〕，陆宇峰文，第82页。

码’”的新思维，^[60]构想了“整合安定性与后果考量”的宪法教义学。^[61]系统论宪法学对于如何展开其新思维或新观察也有一套整体性的方案。^[62]正因如此，其在描述社会现实时无法保持理论立场的客观中立，也在实质上放弃了经验主义的科学性要求。^[63]

事实上，宪法学研究中凝结出的宪法实践，多数都是由研究者根据特定的事实进行“裁剪”和“拼贴”而成，如同“案件事实的加工”一样。^[64]在法教义与现实之间不存在不可跨越的鸿沟，“没有不结合现实的解释，也同样没有不经过解释的现实”。^[65]系统论宪法学试图以客观化的方式去展现真实的宪法实践，然后以此为基础推论宪法规范的正当性，这样的努力很难做到完全的客观中立。

四、关于论证方法的商榷

系统论宪法学将宪法的目标和概念工具，如权利、规范性文本甚至宪法法院，都视为政治权力内部产生的。权力的积极性和有区别的自治是系统的必要构成部分，同时也是其自我产生的前提，由此系统论可以同时满足宪法社会学的两个要求，“既可以解释宪法规范的偶然性和社会内在性，又可以说明宪法法律的合法性、显著性和结构上不可或缺的地位”。^[66]其他试图利用宪法社会学来解释宪法的尝试，通常都落后于社会学的严格方法要求，因为它们需要持续地观察宪法的运行情况。系统论宪法学却试图将“眼光向后”的观察与“眼光向前”的分析混同起来，曲解了存在与当为之间的关系。^[67]

（一）从规范转向事实的方法论缺陷

系统论宪法学将法律理解为一个自组织系统，并在此基础上提出了一个可以用于法律批判的理论，其理论建构特征可以用三个概念策略的转向来刻画：首先是对宪法规范的“应当性”进行重新定义，使之有可能成为纯粹的功能分析的对象；然后，从功能主义出发把实证主义宪法观转换成一个分化了的且充分自主化的法律系统模式；最后，把以合法性为中介的合法性解释为法律代码的迫切要求，即认为合法性是由法律系统本身所决定的。

在上述三个环节中，第一个环节剥去了规范上普遍化了的行为期待所具有的义务论性质，即赋予人们义务的性质。系统论宪法学取消了命令（禁止和许可）的语内行为意义以及这些言语活动特有的约束功能，并从系统功能的角度对宪法的规范性进行了经验主义的解读。法教

[60] 前引〔1〕，陆宇峰文，第82页。

[61] 前引〔57〕，李忠夏文，第14页以下。

[62] 李忠夏明确指出，基于社会系统理论反思宪法教义学，是为了促成宪法教义学在时代变迁情势下的更新换代和认知上的转型（同上文，第5页）。陆宇峰的宪法学新思维也“致力于构造一个宏大的理论体系”，其关于宪法认知的基本主张虽然仅表现为“七个命题”，但已经涵盖了传统宪法学研究最核心的内容（参见前引〔1〕，陆宇峰文，第82页以下）。

[63] 系统论宪法学将非常态的宪法实践描述为一种常态的社会现象，是希望通过类似“事实胜于雄辩”的逻辑，将客观的事实转化为一种规范力。但是，从事实中并不能直接推导出当为。在（宪）法学上，所谓“事实的规范力”本身就是一个颇具争议性的概念。

[64] 参见〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第163页。

[65] Luhmann, Grundrechte als Institution, 9. Aufl., Berlin 2019, S. 7.

[66] 前引〔4〕，Thornhill文，第332页。

[67] 陆宇峰认为，法教义学出现了危机并且原有的宪法社会学也渐趋式微，需要通过全社会功能分化的系统理论观察，“探索出一条符合多元主义原理、符合中国基本国情、符合未来发展需要，兼顾社会主义价值与现代性‘双重目标’的独特宪治道路”。参见前引〔1〕，陆宇峰文，第103页。

义学上被当作应然有效的东西，被那些代表社会规范的真实有效性的东西所取代。这样就会导致一种悖论：从外部看来是社会事实、自然属性或习惯性实践方式等具有不确定性的事物，从内部来看却可以被承认为令人信服的有效性标准。问题在于，法律的功能如果仍定位于稳定规范上普遍化了的为行为期待，它的合法性就不可能建立于一种可以任意改变的、仅仅依据政治立法者决定而有效的法律之上。如果法律系统只是被当作功能分化的社会子系统，它就不能诉诸法律以外的提供合法性的理由，来打破那个随着法律代码的自主化而出现的循环。上述三个概念策略的转向，也导致自韦伯以来人们所确认的法律形式的变化被诠释为法律系统成功分化的结果。由于整个思考的范式已经转向一种事实论，这样的方法论切换，也导致规范性思考的整体性缺失。具体而言，系统论宪法学从规范性研究转向事实性研究，至少存在三方面问题。

其一，对于经验事实的偏重，会削减法律规范性的问题在整个理论思考中的地位和意义。对于这个社会的复杂性，其他理论所进行的结构性思考及所得方案更多地专注于人的组织原则（如分工），^[68] 卢曼却把注意力转向了系统。毋庸置疑，系统论对于法律如何能够既正确又发挥功能这个隐默性问题的回答，的确可以在一定程度上有效缓解法律制度规范性要求和功能性需要之间的尖锐张力，并且，从规范地确保普遍化行为期待这种具体任务到系统导控任务的认知转向，并没有发展到威胁法律本身之认同的地步。但是，从“意义上固定的思想图式”转向法律系统自我描述的方法论视角切换，^[69] 仍然会让合法律性的信念失去与“好的”价值的内在联系。系统论宪法学的确有助于揭示法律系统背后的那些社会条件及历史条件，但法律的有效实施又必须承受一定的代价。当然，这样的规范性问题并不是从一开始就未被注意到，而是通过系统论的论说策略，在诠释性描述的过程中才逐渐消失的。

其二，对于理性法规范主义的怀疑，会动摇人们对于美好社会共同价值的坚守和信仰。系统论把系统看作通过自身的逻辑创造出的有组织的复杂性，而法律正是通过其内在的逻辑与周围其他的存在方式保持界限（区别）。此种构成性基础的切换，当然有助于破除法律世界对于价值预设的自我幻觉。但是，脱离韦伯式/帕森斯式行动参照系的沟通模型，^[70] 也使得信息、话语和理解不能在系统之间无缝传递，以至于有学者认为，系统论“不可挽救的整体性和与规划的对立”，“不仅毫无根据，而且对人类福利和系统思维的可信性都是有害的”。^[71]

其三，系统论宪法学放弃了同实践理性的规范内容的任何联系，也就不能准确地把握法律系统的自主性。在功能分化的社会环境下，所有的系统都是独立的，法律系统也从政治中重新分割出来，与政治、行政、经济等相并列。此种把所有规范内容从其基本概念中清除出去的系统理论，对于法治国权力循环的规范性禁忌线并不关注，其敏锐地看到社会系统的各种事实对于法律所产生的影响，却忘记了只有按照规范性的行为模式才能对共同体加以整合并对其起稳

[68] 例如，马克思提出的“自由人的联合体”的社会整合方案，即“将物质过程置于其共同控制之下，摆脱资本拜物教的生产者的未来的联合”，所希望建立的就是一种有关人的组织的“强制的复合体”。参见薛俊强、黄晓锋：《现代社会的理性重建与整合——哈贝马斯与马克思社会历史理论的“公共性”价值意蕴及其比较》，《马克思主义与现实》2012年第4期，第123页。

[69] 卢曼认为“法律系统的自我描述”预设了某些有效性条件，但社会学理论不会接受这些预设。“意义上固定的思想图式”，包括通过意义上的浓缩进行的法律解释和“意义上固定的”原则和论证模式等，具有重要的法律意义，但社会学中没有与此相对应的概念。参见前引[24]，卢曼书，第429页。

[70] 关于沟通和法律的社会性整合功能，韦伯把法律看作政治系统的一部分，卢曼则将法律从政治系统中分割出来，使它自我独立化为一个子系统。帕森斯像涂尔干一样，将法律的发展与社群共同体的概念联系起来。

[71] Poe Yu-ze Wan, *Systems Theory: Irredeemably Holistic and Antithetical to Planning?*, 37 *Critical Sociology* 364 (2010).

定作用。^[72]

（二）从“存在”推出“当为”的路径反思

对“系统自创生”概念的极力推崇，让系统论最终完成了对理性法规范主义的祛魅过程。系统论宪法学把法律看作一个单子般的自控系统，这样法律系统就只能作为一个循环封闭的交往回路，同其他所有行动系统发生联系。当法律被客观化为自我导控的系统，原本存在的“合法/非法”的二阶符码，就失去了社会性整合的意义。以法律规范和法律实践为一方，以法律共同体对法律的理解过程为另一方，这两者之间失去了所有联系。法律系统原本拥有的整合社会冲突的能力，被同化到非意向性的社会联系模式之上。这种将法律系统看作自我控制的观点，边缘化了法律系统的规范功能。

1. “社会宪法”概念对于法规范性要素的剥离

托依布纳在其社会宪治理论中，叙述了一个在全球社会时代“普遍”存在的系统现象：全球社会系统的出现已经突破了传统宪法的国家主权范围，宪法的片段化已经成为全球社会宪治化的重要特征。^[73]在没有世界国家的情况下，全球宪法秩序出现了自我宪法化的迹象。^[74]宪法权利不再被简单地当作一种主观性公权。“为了保护个人，甚至保护各种社会体制，需要拓展制度化、组织化和系统化的保护渠道。”^[75]当代宪法面临的挑战，主要在于如何释放各种超出国家主权控制的不同社会能量。^[76]然而，在陆宇峰的宪法学新思维中，多元主义已不仅仅是一种应对全球化挑战的方案，而是成为了一项普遍原理。^[77]

在系统论宪法学中，社会实践的最大意义是可以用来激活“系统”这个包罗万象的概念。从事实性的要素归结到规范性的语义理解，所有有关“存在”与“当为”的命题，在系统论宪法学这里都被整合到一起。法律世界原本存在的真实的有效性与应然的有效性之间的区分被消除了，系统论宪法学成功打通了“效力/实效”或者“国家法/社会法（民间法、习惯法、活法）”之间自由转换的便捷通道。“是与应当、真实有效性和应然有效性之间的区别，被归结为两种可能的行为反应……经过基本概念上的这种重新置位，法律的复杂的有效性模态的意义成为功能主义的法律社会学的盲点。”^[78]由此也就不难理解，系统论宪法学这个极其强调全社会功能分化的事实论进路，为什么会涉及规范性命题。

系统论宪法学也讲规范，但更强调规范内容的“社会规定性”。^[79]系统论宪法学对于规范主义的态度，是将其置于自控的法律系统中，在旁人化的社会学眼光之下，剥去其规范性的、归根结底涉及法律共同体这一自我组织的根本要素，仅留下社会“软法”那种必须依靠自生资源来支持的自控功能。^[80]法律的有效性，只能按照实证主义的理解从现行法中引导出来。然而，现代法律要能够在复杂社会中起稳定作用，“它就必须能够发挥一个本身已经变为

[72] 参见 [德] 莱因荷德·齐佩利乌斯：《法哲学》，金振豹译，北京大学出版社 2013 年版，第 76 页以下。

[73] 参见 [德] 托依布纳：《宪法的碎片：全球社会宪治》，陆宇峰译，中央编译出版社 2016 年版，第 62 页。

[74] 同上书，第 61 页。

[75] 同上书，第 14 页。

[76] 同上书，第 1 页。

[77] 参见前引 [1]，陆宇峰文，第 99 页以下。

[78] 前引 [3]，哈贝马斯书，第 62 页。

[79] 参见前引 [1]，陆宇峰文，第 90 页以下。

[80] 关于卢曼系统论中的“软法”，参见翟小波：《“软法”概念何以成立？——卢曼系统论视野内的软法》，《郑州大学学报（哲学社会科学版）》2007 年第 3 期，第 40 页以下。

市民社会的‘社群共同体’的卫士作用，并以值得相信之合法性主张的抽象形式维持其继承下来的对团结的主张”。^[81] 社会系统理论放弃了所有宏观范围内的合法性主张。在自控系统的定义之下，所有的系统都是独立的和分化的，不仅法律无法干预环境，政治过程、公共领域和政治文化也仅是法律系统无法理解的相对环境。

2. “全社会功能分化”能否作为规范论证前提

在系统论宪法学对于全社会功能分化的规范性理解中，^[82] 法律系统的运作方式是根据自我反思的导控过程的合理性来衡量的，这个过程已经失去了民主制度的原有规范内容。系统论宪法学基于全社会功能分化的事实去推导宪法的规范性，这样的立论或者说研究思路，至少存在三方面问题。

第一，一旦在逻辑上承认社会惯行的做法优先于法律规则，实践中的任何做法就都丧失了被批判的可能。在系统论宪法学看来，全社会功能分化的经验事实对于宪法实践的发展具有决定性的意义，因此“民间法”（社会法、习惯法、活法）要优于国家法，宪法变迁的事实也要优于宪法的规定。^[83] 在效力和实效的关系问题上，系统论宪法学承认实效优先于效力，认为随着时代的变迁，宪法教义学出现了知识上的转向，“宪法教义学需要从确定性向可能性转变，需要整合安定性与后果考量”。^[84] 通过将全社会功能分化的社会事实转化为法律系统的应然性前提，也就是将“是”的问题转化为“应当”的问题，系统论宪法学跳出了传统法实证主义的思考框架，获得了批判和反思国家宪法的能力和资格，但这样的推导显然不合逻辑。

第二，从全社会功能分化的角度来论证宪法的规范性及其解释的合理性，将无法对社会变迁的事实作“适当的”或“不适当的”的区分。在系统论宪法学那里，“差异取代了统一，区分成为系统理论的出发点”。^[85] 所有的事实都存在转化为宪法规范性命题的可能性。法律论证的中心任务就在于找到这些事实并区分这些事实。在“村民委员会悖论”的情形中，就需要我们去区分哪个社会规则是适当的、哪个是不适当的。按照中国的国情，村民自治显然更契合中国的宪法实践，但在很多民众的心中，村民委员会就是一种国家机关。按照系统论宪法学的系统自控理论，村民委员会的界定就会陷入困境。要走出这种困境，系统论宪法学必须提出可以对社会经验的某些要素（包括各种社会规则）进行评价的一般标准。但是，如此一来又会从根本上颠覆系统论宪法学关于宪法功能主义的根本主张。毕竟，所有这样的评价标准都带有抽象的规范性，它必定以“何种类型的社会规则应当被作为宪法规范”为核心内容。

第三，将全社会功能分化作为法律系统的应然性前提，整个法律秩序将丧失其指引行为和改造生活秩序的能力。在系统论宪法学中，宪法规范的效力性与宪法规范的真实有效性之间的原有联系被人为切断。系统论宪法学强调，确认法律具有合法性的不是国家也不是理性或历史，必须放弃那种“认为在立法后面隐藏着（等于把法律上升为超验的）效力来源的观念”。^[86] 这其实就是要把法律的有效性同法律的现实性联系起来。规范所具有的抽象的绝对效力，使其

[81] 前引〔3〕，哈贝马斯书，第92页。

[82] 在李忠夏的宪法解释学中，“全社会功能分化”的事实被看作法律系统的应然性前提，即具有规范性（参见前引〔1〕，李忠夏文，第25页以下）。

[83] 李忠夏认为，宪法教义学需要回答如何回应社会转型的问题，以及如何在宪法教义学的体系内进行价值判断的问题，因此要引入宪法变迁的理论。参见前引〔57〕，李忠夏文，第3页。

[84] 同上文，第3页。

[85] 前引〔1〕，李忠夏文，第24页。

[86] 前引〔30〕，卢曼书，第283页。

除了在生产和应用时遵循正确的程序外，无需某种实质价值论证上的支持，因而能够稳定行为期望，并维护住法律适用的结构。只要这种功能始终处于既在状态，即便没有其他力量的支撑，规范的效力也可完成这种功能。系统论宪法学在实际的合法性信念和规范的有效性要求背后探查法律概念的有效性基础，这样的努力其实并无意义。只要人们对于正当性的信念没有动摇，法律效力作为法律统一性的标志就不能被推翻。

总之，系统论宪法学描绘出一个宏伟的场景，似乎一切宪法问题都可以在社会系统理论的框架下得到阐释。诚然，功能分化的系统逻辑意味着，这个社会的分工会越来越细。但是，在非中心化的社会中，如果各个功能系统不能在更高的层面上得到整合，它就无法得益于各部分复杂性的增长，这个社会的整体就很难得到维持。已变成自组织系统的这个社会里，所有功能系统都会形成它们自己的社会图景。它们各自拥有自己的符码，不再通过共同的语言向所有的系统表征其社会统一性。每个系统对于其他系统而言都是平行的，各自成为其他系统的环境。维持系统存在的特殊“符码”取代了公共社会中普遍存在的“一般符码”，正如用分化的概念取代了整体的概念。到了那个时候，我们的世界将无法为纷繁复杂、变动不居的社会问题的解决，提供一种可供沟通的语言基础。

Abstract: The systematic theory of constitutional law takes the differentiation of social functions as the logical premise, leans towards empiricism in research standpoint, and implements the basic model of “deduction from ‘is’ to ‘ought’” in methodology. This theory takes various experiences of social life as the normative basis of constitutional practice and attempts to provide appropriate interpretation and explanation of constitutional practice by objectively describing the systematic phenomena and all the elements that form the systematic phenomena. However, the concept of a system based on the functional differentiation of the whole society cannot separate specific constitutional practice from general constitutional norms. Moreover, since the description of constitutional practice often requires the use of value judgment, and there is no logical derivation between “is” and “ought”, the academic proposition of systematic constitutional law, although has certain practical explanatory power, still needs reflections on the deep theoretical level.

Key Words: the systematic theory of constitutional law, social systems theory, normative constitutional law, social constitution
