

· 马克思主义法学专论 ·

## 宪法功能转型的社会机理与中国模式

李忠夏\*

---

**内容提要：**宪法的传统功能在于调整国家与个体两极的关系，市民社会内部的关系主要由私法处理。社会复杂性的提升导致市民社会内部出现冲突和分化，需要通过国家调控解决市民社会内部的问题，宪法的功能因之发生转型。中西宪法在现代复杂社会中面临相似的时代任务，即实现国家建构、社会秩序和个体自由的内在融合，妥善处理国家、社会、个体三者之间的立体关系。面对自由主义的社会危机和福利国家的发展瓶颈，新的国家治理模式在西方社会迟迟未能建立。中国则经历了从传统社会主义向中国特色社会主义的变迁，以社会主义、政治整合、社会本位的基本权利体系为依托，形成了独具特色的宪法秩序，不仅有效完成了国家建构、社会调控和个体保护的三重任务，也为世界宪法的发展贡献了中国方案。

**关键词：**宪法功能 宪法范式 宪法变迁 中国宪法道路

---

### 引言

“坚定不移走中国特色社会主义法治道路，在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化”，<sup>〔1〕</sup>须以深刻认识中国特色社会主义的本质和制度优势为前提。宪法是中国特色社会主义法治道路的基石，依法治国首先是依宪治国。讲清楚中国宪法道路的特色，是中国宪法学的重要理论任务。当今世界正处于“百年未有之大变局”，世界宪法秩序面临各种挑战，不同国家的应对模式各不相同，宪法范式也处于变迁之中。中国特色社会主义的宪法道路与世界宪法的发展潮流既有相通之处又有竞发之相，即它们都处于现代性的维度之中，都致力于对现代性引发的社会问题予以回应。充分发掘并揭示中国宪法的特色，找出其中蕴含的普遍化原

---

\* 中国人民大学法学院教授。

本文为阐释党的十九届四中全会精神国家社科基金重大项目“宪法实施保障机制的特色与制度建构研究”（20ZDA030）和教育部人文社科重点研究基地重大项目“新时代智能社会背景下人权和基本权利的新发展”（19JJD820011）的阶段性成果。

〔1〕 习近平：《坚定不移走中国特色社会主义法治道路，为全面建设社会主义现代化国家提供有力法治保障》，《求是》2021年第5期，第5页。

理,总结其对世界宪法发展的特殊贡献,是中国宪法学研究面临的时代课题。“从世界范围看,真正的理论创新和话语构建都是立足本国文化传统和社会实践的。话语体系是一个国家和民族文化传统和时代精神精华的反映,是对自己现实问题的理论回应和理论表达。”〔2〕讲清楚中国宪法道路的特色,是构建中国特色宪法话语体系的前提。

宪法范式因时代和国家的不同而有差异。正是在时代与国家的双重变奏中,在历史和现实的双重维度中,一国宪法的特色才得以形成和彰显。要准确把握中国宪法道路的独特之处及其对世界宪法的贡献,可从两个维度进行探究:从世界宪法发展演进的维度,考察宪法的范式变迁、功能转型及这些现象背后的社会机理;从近代中国宪法发展演进的维度,发掘中国宪法中的“社会主义”传统,揭示中国宪法变迁的内在逻辑,总结中国宪法在回应宪法功能转型方面的制度特色。基于这一思路,本文首先在现代宪法范式变迁的背景下,探讨现代宪法的功能转型及其社会原因,以揭示中国宪法所面临的时代之需;然后以中国宪法中的“社会主义”传统及其变迁为背景,阐明经过发展的社会主义理念如何契合现代宪法的功能转型,以回答中国宪法何以特色之问;最后总结中国宪法为回应宪法功能转型而发展出的特色制度,阐明中国宪法在应对现代性问题与挑战方面的优势所在。

## 一、宪法的范式变迁、功能转型及其社会机理

现代社会中,宪法的结构相对恒定,宪法的范式却会随着时代的发展而发生变迁。〔3〕宪法秩序脱胎于现代性维度之中,随着现代性危机的浮现,宪法的功能也具有变化乃至变革的可能性。现代复杂社会所产生的诸多社会问题,促使宪法范式发生变迁,也引发了宪法功能的转型。以宪法功能为标准,宪法范式可分为自由主义、福利国家和社会主义三类。〔4〕这三类范式在不同时代解决的宪法问题不同,因新型社会问题的涌现实现着变迁。〔5〕宪法范式变迁的内在驱动力是市民社会的内在分化,宪法范式变迁的外在表现是宪法的功能转型。

### (一) 宪法的范式变迁及功能转型

#### 1. 自由主义的宪法范式:国家与社会从同构到分立

近代以来,国家与社会的关系经历了从“同构”到“二元对立”的变迁。在政治哲学层面,公民社会与国家具有同源性,但在现实层面,国家与新兴的市民社会仍然处于紧张关系中。〔6〕

〔2〕 张文显:《提高中国话语的感召力》,《人民日报》2017年10月25日第14版。

〔3〕 关于范式变迁,参见〔美〕托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2012年版,第66页以下。

〔4〕 哈贝马斯将宪法的范式分为自由主义、共和主义和程序主义。该区分更多是基于一种理论上的假定,旨在通过商谈理论超越自由主义与共和主义的争论,在宪法领域重新找回超越实证法的“规范性”。本文基于宪法功能所作的区分,主要面向经验,强调宪法对现实问题的回应。关于哈贝马斯对宪法范式的区分,参见J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main 1998, S. 326 ff.

〔5〕 有学者将宪法区分为“十八世纪之宪法”“十九世纪之宪法”“二十世纪之宪法”(参见章永乐:《发现“二十世纪之宪法”——以20世纪20年代前期为中心的考察》,《清华法学》2021年第3期,第93页以下)。此种区分过于强调时间性,未能看到社会问题的涌现对促进宪法功能转型的关键意义。

〔6〕 关于市民社会与政治国家的分离,伯肯弗尔德有精辟论述。Vgl. E. - W. Böckenförde, *Die Bedeutung der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 2006, S. 212.

近代宪法产生之初，宪法的正当性具有双重来源：契约论和市民社会的自由主义观念。契约论为宪法的存在提供了理论假定，其将宪法在某种程度上化约为经验层面的社会契约，认为公民社会和国家基于人民的同意而形成，目的是满足人与人共存的秩序需求。<sup>〔7〕</sup> 市民社会的自由主义观念推崇个体自由，主张经由个体理性而自发形成社会秩序。<sup>〔8〕</sup> 自由主义观念决定了宪法的功能，即防范国家公权力对于市民社会的侵害。契约论与自由主义观念论出同源，但前者强调社会的“公意”，强调人与人共处所应遵循的理性自然法则；后者则将保障个体自由与社会正义联系到一起，致力于消除个体与社会的内在紧张关系。现代宪法诞生于这两种观念的共同作用之下，自然也蕴含着社会与个体的二元对立和内在紧张，<sup>〔9〕</sup> 这为日后宪法走上不同的发展路径埋下了伏笔。

立宪主义之初，旨在解放个体理性的启蒙精神在宪法理论中占据主流，国家与市民社会的二元对立构成了宪法功能展开的社会背景。<sup>〔10〕</sup> 在市民法治国的宪法观念下，宪法的功能在于规范和限制国家权力、保障天赋人权，<sup>〔11〕</sup> 宪法中的社会契约面向并未得到彰显。这主要体现在，市民社会的内部秩序通过私主体自治维系，宪法不干预市民社会，仅处理个体与国家的关系，由此确立了宪法的公法面向。由于宪法仅承担保障私自治框架秩序的使命，<sup>〔12〕</sup> 私主体之间的关系不在宪法的视野之内，私主体之间关系的公共性也就未能得到充分发掘。保障市民社会的自治，从整体上防止市民社会受到国家公权力的侵犯，才是宪法在当时最重要的功能。这种宪法功能定位的背后，是市民社会价值同一化的预设，此种预设构筑了近代市民法治国宪法的核心。但是，以自由主义理念为基础构筑起来的宪法，因过于放任个体自由而导致了社会的不公。自由竞争在很大程度上引发了社会中的分配不公、贫富差距，以及弱势个体受保护不足等社会正义问题。而自由主义国家无力解决根本性的政治问题，无力解决多元主义所带来的价值虚无问题以及社会领域的各种不公，这使其饱受批评，也引发了人们对宪法功能的进一步反思。

## 2. 福利国家的宪法范式：对社会领域的适度干预

自由主义的国家理念带来了诸多社会问题，福利国家理念因之兴起。该理念最初的目标是消除工业化的负面后果，其主张针对极为严重的社会问题采取各种社会保障措施，以消除社会不公，这与欧洲传统的社会国家理念相契合。<sup>〔13〕</sup>

魏玛宪法被视为近代宪法与现代宪法的分水岭。<sup>〔14〕</sup> 魏玛宪法中加入了大量的社会权和社

〔7〕 参见李猛：《自然社会：自然法与现代道德世界的形成》，生活·读书·新知三联书店2015年版，第385页以下。

〔8〕 参见〔德〕哈贝马斯：《公共领域的结构转型》，曹卫东等译，学林出版社1999年版，第84页以下。

〔9〕 参见李猛：《“社会”的构成：自然法与现代社会理论的基础》，《中国社会科学》2012年第10期，第87页以下。

〔10〕 在卢曼看来，“从法律等级思维向国家与社会二分转变的历史情境催生出了基本权利”（Vgl. N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Duncker & Humblot, Berlin 1986, S. 27）。关于国家与社会的二元对立及其与个体自由保障的关系，参见 E. - W. Böckenförde, Die verfassungstheoretische Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Bedingung der individuellen Freiheit, Westdeutscher Verlag, Opladen 1973, S. 18 ff.

〔11〕 关于市民法治国的宪法观念，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137页以下。

〔12〕 Vgl. M. Ruffert, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, S. 40, 53 ff.

〔13〕 Vgl. N. Luhmann, Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat, Günter Olzog Verlag, München 1981, S. 7.

〔14〕 也有学者认为，苏俄宪法和魏玛宪法共同构成了世界宪法的分水岭，正是受到1918年苏俄宪法的影响，魏玛宪法吸收了不少社会主义要素，并具有了现代宪法的特征。参见韩大元：《苏俄宪法在中国的传播及其当代意义》，《法学研究》2018年第5期，第205页。

会保障条款,以回应自由经济带来的社会问题。受当时政治形势的影响,魏玛宪法以失败告终,<sup>[15]</sup>但其对近代宪法带来的结构性改变得以保留。德国基本法吸取了魏玛宪法的经验教训,将自身根基定位于“自由民主的基本秩序”,并去掉了诸多社会权内容。但是,德国基本法并未无视自由经济所引发的社会正义问题,其通过一系列的教义学建构,实现着宪法对社会的调控。这些举措包括:(1)将社会保障交由德国基本法第20条所确立的“社会国家”原则而非基本权利来实现,同时削弱宪法(基本权利)对立法的审查力度,减少合宪性审查机构在社会保障领域的能动性,以充分尊重立法。<sup>[16]</sup>(2)德国联邦宪法法院通过吕特案确立了基本权利的“客观价值秩序”属性,<sup>[17]</sup>使基本权利中的宪法价值可以凭借私法中的概括性条款渗入私法体系。通过这种间接的“基本权利第三人效力”,宪法得以在形式上保持其公法属性,即仍然调控国家与个体两极间的关系,而不破坏私自治的结构。同时,宪法也悄然介入社会,在私自治的结构中打开了一道缺口。德国联邦宪法法院的做法,是希望在国家与社会二元对立的框架下解决社会不公的问题,但在事实上,国家已经开始借助宪法干预市民社会,并在一定程度上对契约自由、财产权等进行限制,从而打破了私自治的结构,以服务于社会公平。

无独有偶,美国宪法也经历了类似的发展历程。在罗斯福新政实施之前,美国联邦最高法院一直尊崇契约自由至上的理念。例如,在1905年的洛克纳诉纽约州案中,美国联邦最高法院认定,纽约州规定最低工资和最高工时的法律因违反契约自由原则而违宪。<sup>[18]</sup>然而,为解决自由经济所带来的社会问题,罗斯福新政时期发展出了所谓的“第二权利法案”。“第二权利法案”虽未明文规定于宪法之中,却作为“经济宪法秩序”在现实中发挥着作用。<sup>[19]</sup>罗斯福新政深刻改变了美国的社会经济秩序,其对于美国而言,不亚于一场宪法革命。<sup>[20]</sup>由此观之,以魏玛宪法为分水岭的现代宪法,虽保留着传统宪法的结构,始终将国家作为防范对象,但也开始介入市民社会并对其进行有限度的社会调控。

### 3. 社会主义的宪法范式:国家、社会、个体的同质化

世界上第一部社会主义性质的宪法是1918年的苏俄宪法,其诞生早于魏玛宪法,并对魏玛宪法产生了直接影响。<sup>[21]</sup>早期的社会主义宪法,以强调社会本位的社会主义原则为核心构筑宪法秩序。自由主义范式的宪法,虽然也具有国家建构的功能,但主要强调限权的面向。与之不同,社会主义范式的宪法强调国家应当采取积极措施,消灭社会中的剥削和各种实质上的不平等,将国家权力辐射到全社会。此外,社会主义宪法还具有革命属性,这使其国家建构的功能更加突出和鲜明。

自由主义的宪法范式与福利国家的宪法范式同属资本主义的宪法范式,社会主义的宪法范

[15] Vgl. K. -D. Bracher, *Die Auflösung der Weimarer Republik - Eine Studie zum Problem des Machtverfalls in der Demokratie*, 4. Aufl., 1964.

[16] Vgl. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl., C. F. Müller Verlag, Heidelberg 1999, S. 91.

[17] BVerfGE 7, 198, 205.

[18] 参见 [美] 阿兰·艾德斯等:《美国宪法:个人权利——案例与解析》,项焱译,商务印书馆2014年版,第71页以下。

[19] 参见 [美] 凯斯·R. 桑斯坦:《罗斯福宪法:第二权利法案的历史与未来》,毕竟悦、高瞰译,中国政法大学出版社2016年版,第58页以下。

[20] See Bruce Ackerman, *We the People: Transformations*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1998, pp. 279 - 311.

[21] 参见前引 [14], 韩大元文, 第205页。

式与这两者完全对立。社会主义的宪法范式是颠覆性的，其将私有财产视为社会不平等的根源，并围绕消灭私有财产的目标建构整个国家制度。相应地，保障国家利益和社会利益是社会主义制度建设的核心任务，个体利益因之受到限制。在自由主义的宪法范式下，个体与市民社会被加以同构并与国家对立。社会主义宪法范式下的国家、社会、个体则具有同质性，国家权力有必要参与到对社会的改造中。社会主义范式下的个体私益不再是免受国家公权力侵害的受保护对象，反而因保障国家利益之故，成为应被逐渐限制、改造甚至取消的对象。

在这一范式之下，宪法与国家的关系也发生了变化。宪法不再是限制国家权力的重要手段，而是与国家的目标一致，成为国家建设的正当性基础。宪法是对革命成果和现实政治的确认而非规训，革命、人民意志（制宪权）、宪法三者具有同源性。<sup>[22]</sup>在人民、国家、宪法三位一体的模式下，人民意志、国家权力、宪法规范之间相互支撑而非相互制约。国家与社会不再呈现二元对立，而是具有同质性。这种同质性要求个体参与到体现人民意志的国家建设和社会改造当中，以实现个体、社会、国家的一体化构造。国家需要借助宪法来调控社会的方方面面，对社会的全面干预，是革命时期社会主义宪法的主要功能。

综上，近代以来宪法范式的变迁，主要体现在宪法对于国家、社会、个体三者关系的处理模式发生了变化。近代早期，市民社会的内部问题靠私自治解决，宪法仅专注处理国家与个体两极之关系。近代后期，宪法价值通过各种方式渗入市民社会，宪法开始发挥调控社会的功能，由此引发国家角色定位、基本权利保护模式等一系列问题的连锁变化。如果说，自由主义宪法只见个体而未见社会，早期的社会主义宪法则可称得上是只见国家而未见个体，福利国家的宪法居于二者之间，进行的是有限度的社会调控。但是，无论福利国家宪法对社会的有限干预，还是早期社会主义宪法对社会的全面干预，都存在一定的弊端，也都无力回应现代复杂社会中的各类问题。为了更好地调控社会，宪法需要重塑国家、社会、个体的关系，宪法自身也需要探索并走出新的道路。

## （二）宪法功能转型的社会机理与国家、社会、个体关系的立体化重塑

宪法介入社会内部的关键原因在于，随着社会复杂性的提升，市民社会内部出现了分化，而此种分化进一步引发了社会内部的冲突。同一化的市民社会被打破后，宪法调控社会的需要随之而来。在伯肯弗尔德看来，国家对个体自由和社会自由的威胁固然应受重视，但不能忽略的是，社会本身也会威胁到个体和社会的自由，此种威胁可能来自于个体，也可能来自于社会群体（集体）。来自于社会本身的威胁，只能由国家予以防范，国家的政治决定权是保障个体自由的必要条件。国家能够保障个体自由免受源自社会多方位的威胁，尤其是免受源自部分集体的控制权的威胁，<sup>[23]</sup>因而需要将社会内部关系纳入宪法的调控范围。

立宪主义之初，对于国家与社会二元对立的描述，更多是一种理论上的简化，即将社会系统化约为政治系统与经济系统的分立，并以经济系统（需求系统）表征整个市民社会，把国家界定为社会之外的存在。<sup>[24]</sup>市民社会主要是以经济领域为中心构建的，但现代社会恰恰因为经济领域的无序，产生了去经济中心化的要求。在市民社会内部，冲突和分化的趋势显著。社会各领域之间的功能冲突，随着经济等领域的扩张表现得尤为明显，如教育、艺术等领域的

[22] 参见李忠夏：《从制宪权角度透视新中国宪法的发展》，《中外法学》2014年第3期，第625页以下。

[23] 参见前引〔10〕，Böckenförde书，第37页。

[24] 参见前引〔13〕，Luhmann书，第19页。

过度商业化等问题,都开始显现。由于存在多元需求和利益冲突,铁板一块的市民社会出现了功能分化与价值冲突,这正是蕴含在多元主义逻辑中的必然现象。

市民社会的内在分化,表现为功能的多元化。整个社会分化出诸多承担特定功能的子系统,以实现多元化的社会需求。<sup>[25]</sup>各功能子系统之间是平行关系,它们依照自身的符码和标准运转。若某一子系统的标准凌驾于其他子系统之上,其他子系统的功能就无法实现,依托于该功能的相应需求也就无法得到满足。功能分化社会对应的是某一个社会子系统之标准决定其他社会子系统的上/下分层社会,<sup>[26]</sup>正是功能分化引发了功能冲突,进而产生出国家调控社会的需要,即“从其他功能系统的自治当中产生出了秩序问题”,而该问题“依赖于政治决定予以解决”。<sup>[27]</sup>例如,现代社会中,互联网等科技的发展引发了私人间的结构性不平等,即使是私主体的行为也可能产生系统性影响。此时,对私人间关系的宪法调控就变得顺理成章。

随着社会复杂性的提升,社会内部的分化与冲突不断加剧,这主要有三个表现:(1)社会子系统功能扩张导致了系统际冲突。社会各子系统的分化,增加了全社会内部的摩擦与冲突。社会子系统的扩张趋势,使得“去界分化”的危险始终存在。<sup>[28]</sup>(2)社会发展导致上/下分层的结构在社会内部局部重现。比如,在经济系统之内,私主体间出现了事实上的结构性不平等,一些大型平台虽然是私主体,却掌握了类似于国家权力的社会权力,时常威胁到其他私主体的基本权利,使得国家干预成为必要。(3)社会的风险化程度不断增强。随着科技的发展,在互联网、大数据、人工智能、平台经济、食品安全、生态环境等领域,后果难以估算的社会风险越来越多。私主体制造风险的能力显著提升,个人却没有能力应对这些风险,这就需要由国家建立相应的风险预防机制,以增强个人应对风险的能力。为回应国家干预社会、调控社会的需要,宪法的功能自然要随之转型。具言之,宪法需要在防范国家公权力、保障基本权利的基础上,兼顾对社会内部的调控,致力于实现国家、社会、个体三者关系的立体化重构。福利国家宪法也能在一定程度上对社会内部加以干预,但其仍然存在诸多问题。例如,德国联邦宪法法院发展出了“客观价值秩序”,但由于价值具有不确定性,客观价值秩序的应用具有相当大的任意性,<sup>[29]</sup>其对私自治的介入注定只能是有限的。

在市民社会的危机浮现之时,宪法既要直面新生的社会问题并对其加以干预,也要增强社会自治和自我调控的能力,追求个体自由、社会自治和政治干预的同时实现。社会内部的分化与冲突,提出了“调控社会”的政治任务。这一任务需要通过引入政治调控机制来完成,而政治调控机制的引入又引发了一系列制度转型,衍生出了难以预料的后果。政治决定的这种反身性,使得调控措施本身也需要受到调控,<sup>[30]</sup>由此产生了如何平衡政治调控与社会自治之关系的难题。政治干预的必要性恰恰来自于其他社会子系统的自治,意味着政治干预的存在要以社会子系统的自治为前提,政治干预的目的是为了更好地维护社会自治,而非取消社会自治。<sup>[31]</sup>国家若过度干预社会,将会压缩私自治的空间,若采取放任的态度,又将导致社会不公现象的

[25] Vgl. N. Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, S. 746.

[26] 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页以下。

[27] 参见前引[13], Luhmann书,第79页以下。

[28] See M. King & C. Thronhill, *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, New York: Palgrave Macmillan, 2003, p. 85.

[29] Vgl. E. - W. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in: ders., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S. 130.

[30] Vgl. N. Luhmann, *Politische Verfassungen im Kontext des Gesellschaftssystems*, in: *Der Staat*, 1 (1973), S. 172 ff.

[31] 参见前引[13], Luhmann书,第80页。

加剧。国家可以在多大程度上干预社会以及应如何确定干预的边界，社会子系统需在多大程度上保持其自治性，个体自由能在多大程度上获得国家保障，又需在多大程度上受到社会约束，诸如此类的问题都可以归结为如何处理国家、社会、个体之间的立体关系这一宪法问题。国家、社会、个体三者关系的变化，正是引发宪法功能转型的关键。

在社会调控的大背景下，需要对政治系统重新定位。在功能分化的社会中，政治系统相对于其他社会子系统而言具有超然性。当社会内部出现问题时，如一个子系统内部出现紊乱，或多个子系统对于同一议题的处理存在冲突时，就需政治系统联合法律系统介入其中。<sup>[32]</sup>但是，这种超然性并不意味着政治标准要决定社会的方方面面，其在介入时仍需恪守“功能分化”的多元要求。政治系统这种既超然又恪守边界的特点，决定了国家、社会、个体三者之间既分化又相互制约的立体化关系。由此，现代社会宪法功能的转型可以归结为：（1）在国家层面，宪法作为政治系统的中心，须建立相应的政治调控机制；（2）在社会层面，宪法要保障社会各子系统能够根据自身符码自行运转，实现功能分化；（3）在个体层面，宪法要保障个体在其自身事务范围内最大限度地实现个体自由。由于国家、社会、个体各有其独立的功能和价值，宪法需对三者的关系重新加以审视，其不仅要关注“国家不能做什么”，也要聚焦于“政治系统能做什么”，并为政治系统处理其与社会环境的关系提供宪法上的制度支撑。

要处理好国家、社会、个体之间的关系，既需要强调政治整合的作用，也要在一定程度上保障社会自治和个体自由，同时还要防止过度的个体自由引发社会失序。这些目标的实现端赖宪法发挥好调控功能。宪法的功能从控制国家迈向政治干预，使得国家与社会的关系发生了根本变化，因应时代的变化，对新的宪法理论的呼声也开始高涨。正如马丁·洛克林所指出的，在新的社会背景下，“自由规范主义无法为我们提供一种恰当的公法理论”。<sup>[33]</sup>只有一种更新了的社会主义观念，才能处理好个人与国家之间的关系。

## 二、中国特色社会主义宪法的功能转型

近代中国的立宪道路虽受西方影响，但因国情与西方不同，最终选择的道路方向也与西方完全不同。早期的西方立宪主义带有浓重的自由主义底色，更加强调个体和自由。中国的立宪道路深受国家建构意识的影响，重视“群”的社会观念。自引入社会主义观念后，中国宪法更加强调社会本位，强调国家利益、社会利益和个体自由三者的有机统一。中西宪法在现代复杂社会中面临相似的时代任务，即实现个体自由、社会秩序和国家建构的内在融合，处理好国家、社会、个体三者间的立体关系。面对自由主义的社会危机和福利国家的发展瓶颈，新的国家治理模式在西方社会迟迟未能建立。中国则经历了从传统的社会主义向中国特色社会主义的发展，在国家、社会、个体三者关系的处理方面基本实现了制度上的平衡，并基于自身独特的立宪道路，率先发展出了成功应对复杂社会挑战的宪法机制。

### （一）接续“公”的观念：近代中国社会主义思想的由来

学界普遍认为，1840年后的中国以“变”为主旋律，表现为对西方立宪主义文明的继

[32] See Chris Thronrill, *Niklas Luhmann, Carl Schmitt and the Modern Form of the Political*, 10 (4) *European Journal of Social Theory* 511 (2007).

[33] [英] 马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆2002年版，第344页。

受。但是，西方立宪主义价值并非被原封不动地照搬到中国。19世纪末，西方各国面临的宪法问题截然不同，其立宪主义价值观念也存在相当大的差异。截然不同的立宪观念进入中国后与中国的传统相结合，不断经受中国现实问题的考验，在被选择、裁剪和调适之后，最终形成了中国立宪的样貌。故而，近代中国立宪并非对西方立宪观念的照搬，而是从一开始就具备了自身特色。这一特色中既含有1840年以后中国“变”的要素，也含有中国前近代传统中“不变”的要素，还包括受到中国传统取舍与改造的西方立宪价值。上述三者，构成了近代中国立宪的三重渊源，共同塑造了中国宪法的特色。

中国自古就有公的观念，自16、17世纪以来，这种公的观念一反传统对私的观念的排斥，具有了容纳“万民之私”的意义，即“个人欲望总体的公”，具体来说就是“对共、均、平的调和的追求”。<sup>[34]</sup>私的观念的伸张推动了公私关系的变迁。<sup>[35]</sup>甚而有观点认为，这种公的观念使得大同思想与社会主义观念联系在一起，其所形成的“大同式的近代不是通过‘个’而是通过‘共’把民生和民权联结在一起，构成一个同心圆”，“所以从一开始便是中国独特的、带有社会主义性质的近代”。<sup>[36]</sup>近代中国这种“公”的观念，蕴含了总体与个体之间的矛盾，与现代性所蕴含的社会与个体的矛盾遥相呼应。中华人民共和国成立后到“八二宪法”正式颁行前的这段期间，中国也经历了将个体之私纳入公的维度的过程。就此而言，中国前近代的公的思维，虽在近代经历了西方文明的冲击，但仍然保留着影响力。正是以这种传统为底色，近代中国才开启了吸收、选择和借鉴西方文明的进程。

## （二）实现“公”的观念：中国宪法变迁的内在逻辑

西方的立宪观念传入中国后，经受了中国传统的洗礼和改造。改造的关键在于，使“万民之私”的实现与社会主义“公”的观念相结合。

中华人民共和国成立后，出于国家建构的需要，宪法的功能主要是确认革命成果、为新成立的政权和社会主义的发展道路提供合法性基础。<sup>[37]</sup>中国经历了从新民主主义向社会主义的过渡，但国家的发展逻辑保持着一致性和延续性。“五四宪法”蕴含了明显的社会主义建设的逻辑。当时，为了满足国家强大的迫切需要，一种由国家主导的发展路径应运而生。中国先后制定了赶超战略和重工业优先发展的战略，这与围绕社会主义公有制的目标所采取的改造措施不谋而合。在这一背景下，公私兼顾的新民主主义路线，转而朝向社会主义公有制改造的目标发展，国家也在制度层面进行了多种配套性变革。<sup>[38]</sup>该时期的宪法主要服务于政治目标的实现，发挥的是确认性功能。

然而，这种社会全方位公有化的发展路径也遭遇到了现实困境。1978年以来的各项改革举措，试图从制度上寻求突破，以调整社会主义的发展路径。此种制度上的突破始自个体利益从公共利益中分出，并在宪法层面得到结构性安顿。“个体经济”被引入到“八二宪法”当中，引发了“八二宪法”自身的制度变迁，形成了公私二元的规范结构。<sup>[39]</sup>这一规范结构真

[34] 参见 [日] 沟口雄三：《作为方法的中国》，孙军悦译，生活·读书·新知三联书店2011年版，第21页。

[35] 参见 [日] 沟口雄三：《中国前近代思想的屈折与展开》，龚颖译，生活·读书·新知三联书店2011年版，第55页以下。

[36] 参见前引 [34]，沟口雄三书，第18页。

[37] 关于制定“五四宪法”的目的和意义，参见韩大元：《1954年宪法制定过程》，法律出版社2014年版，第69页以下。

[38] 参见前引 [26]，李忠夏文，第8页以下。

[39] 同上文，第13页以下。

正解决了《中国人民政治协商会议共同纲领》（简称“共同纲领”）和“五四宪法”无法解决的公私共存的难题。同时，“八二宪法”也接续历史，尝试从制度层面实现公的观念对万民之私的容纳。改革的目标主要是发展生产力，改变国家经济落后的状况，实现国家经济的强大。改革从释放经济活力开始，其对个体自由的保障呈显著加强的趋势，这一点在“八二宪法”的历次修改中都有所体现。个体利益的分出，不仅带来了制度上的一系列变化，如国家权力行使的规范化，也推动了宪法观念的变迁，如基本权利防范国家公权力的属性，逐渐被中国学界所认知和接纳。

改革的核心目标是促进经济发展，相应地，宪法的功能集中于建立“经济自主”的框架秩序和建立保障私领域的规范结构。然而，在经济发展的过程中衍生出了一系列新问题，产生了继续深化改革的必要。所谓继续深化改革，并非对改革过程中出现的负面问题视而不见，而是要继承并深化已有改革中的积极成果，弱化并消除改革带来的负面效应。改革开放以来，我国的市场化程度不断加深，但也带来了市场失灵和社会贫富差距加大等社会公平问题。尤其是，随着互联网的发展，大数据和人工智能对海量数据的处理能力获得极大提升，互联网的规模经济、平台经济迅速发展。平台经济凭借其强大的资本、规模等力量，容易对力量相对弱小的个体用户形成压制，甚至是限制、剥夺其本应享有的各种权利。私主体之间产生的结构性不平等，最终影响的是经济系统自身的良性运行。正如十九大报告所指出的，新时代我国社会主要矛盾已经从“人民日益增长的物质文化需要同落后的社会生产之间的矛盾”，转化为“人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾”。<sup>[40]</sup> 解决这一矛盾，需要国家对社会中存在的“不平衡不充分的发展”状况加以干预。这意味着，新时代的宪法功能，应从单纯确立经济自主的规范框架转型为积极调控社会，以实现社会平衡。

### （三）社会主义的宪法理论：现代社会宪法功能的彰显

#### 1. 社会主义：功能分化与政治调控的双重要求

在社会复杂问题不断涌现的背景下，社会主义理念的价值进一步凸显。在“社会主义初级阶段”的语境中，社会主义在中国的目标是实现一种既可保障个体自由，又可实现人与人之共存的社会秩序，在此基础上，还要建立起现代化的强大国家。“中国特色社会主义”规范结构的目标，是将万民之私的实现与公的观念融合到一起，本质上是要实现国家、社会、个体之间的平衡，这也是“社会平衡”理念的体现。<sup>[41]</sup>

从我国宪法的文本来看，宪法要在国家利益、社会利益和个体权利之间实现平衡的意图非常明确，如宪法第51条规定，“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利”。但是，国家利益和社会利益如何认定，个体自由的边界如何确定，私主体之间的权利冲突如何平衡，国家干预社会的尺度如何把握，都还需要找到法学上的标准。现今，要实现国家、社会、个体三者的内在融合和平衡，应当超越纯粹的个体视角并结合社会的视角，将对个体自由的保护融入到社会秩序的框架中。若借助系统来重新理解社会，在现代功能分化的社会中，社会整体可被视为由一个个承担特定功能的社会子系统构成，社会主义就应被理解为多元功能分化社会的良性运转。

[40] 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的报告》（2017年10月18日），人民出版社2017年版，第11页。

[41] 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。

传统上,社会主义观念的提出,旨在根除自由主义和资本主义的弊端,彻底消灭私有制和剥削。现时期,社会主义旨在消除个体自由与社会秩序间的内在紧张关系,满足现代社会的多元化需求,其既要纠正改革以来的经济至上观念,也要超越市民社会的经济领域,以解决阻碍多元化需求得以实现的各种社会问题。在邓小平看来,社会主义的原则,第一是发展生产,第二是共同富裕;“社会主义的本质,是解放生产力,发展生产力,消灭剥削,消除两极分化,最终达到共同富裕”。<sup>[42]</sup>在发展生产的目标相对实现之后,“共同富裕”目标的提出,意味着国家任务从推动经济发展向同时促进社会公平过渡,即在实现经济发展之后,强调对经济发展的弊端予以纠正。“共同富裕”中包含了“涵括”的观念,<sup>[43]</sup>以及对经济系统运转紊乱和过度扩张所引发的社会问题进行政治干预的意图。

在多元需求增长的同时,社会的多元化功能也需要得到实现。一个定向于自身“符码”且封闭运作的功能子系统,可以将所有人涵括在内,使得个体需求的实现有可能进入系统平台。在此意义上,社会主义中的“社会平衡”要求与社会多元功能的实现联系到了一起。多元化的需求使得功能分化和政治调控成为必要。功能分化解决的是功能实现问题,其要求每一个能够满足特定需求的社会子系统,都能实现相应的功能。多元功能实现的目标是建立起一种社会子系统自我运转的框架秩序。在功能分化的社会中,个体自由与社会秩序能够形成良好的平衡。功能分化作为一种社会秩序的表现形态,既容纳了对个体自由的保障要求,又容纳了对个体自由的限定性要求,可以为划定个体自由的保护范围寻找到一个标准。<sup>[44]</sup>但是,社会秩序不会因功能分化而自动生成。功能分化会带来全社会的碎片化、功能冲突、价值虚无等问题。<sup>[45]</sup>某种程度上,全社会功能越是分化,就越需要政治整合,以形成社会秩序。功能分化与政治调控的双重要求,正是国家、社会、个体三者关系获得立体化重塑的核心和关键。

## 2. 社会主义宪法理论的规范实现:国家、社会、个体的内在整合

在上述背景下,社会主义应理解为功能分化与政治调控的双重变奏。其中,功能分化是基础,政治调控为的是解决功能分化所衍生的社会问题。正是基于消弭社会问题的社会主义观念,才衍生出政治调控的必要性。政治调控的目标并非打造一种完全同质化的、按统一标准运行的社会,而是要在功能分化的背景下,解决单一系统自我运转导致的问题或消除多个系统之间的冲突。原则上,“国家对社会自由的规制不得超出必要范围”,即不得超出对“社会运行的框架秩序加以保障的范围”对社会施加影响。<sup>[46]</sup>这也意味着,政治调控要以维系社会子系统的功能分化为目标,以消除社会中的去界分化危险为必要和限度,如政治系统对于经济系统的干预和调控,是以纠正经济系统自身运转紊乱或者纠正因经济系统扩张而导致的去界分化危

[42] 《邓小平文选》第3卷,人民出版社1993年版,第373页。

[43] “涵括”指的是,“将全体人民纳入到社会各个功能子系统的运转当中。这涉及进入到这些运转的通道,也涉及个体生活方式对这些系统运转的依赖”。在涵括得以实现的范畴中,那些未参与到或者仅边缘化地参与到社会生活的群体消失了。经济、教育等领域的政治调控,就是为使所有人都能平等地进入相应的系统中,使该系统的功能面向所有人得到更好实现,这在某种程度上符合社会主义的理念。参见前引[13],Luhmann书,第25页。

[44] 关于基本权利与“社会系统功能分化”之间的关系,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。

[45] 这是现代社会多元主义的弊端。在卢曼看来,现代社会不能脱离多元主义,但多元主义也可能导致“取消政治”的不良后果,应当警惕多元主义本身导致的去界分化的危险。参见前引[28],King等书,第98页。国内也有学者注意到了功能分化所产生的问题,参见陈运生:《对中国系统论宪法学的反思》,《法学研究》2021年第2期,第25页以下。

[46] 参见前引[6],Böckenförde文,第228页。

险为限，不能超过这一界限对市场进行不当干预。<sup>[47]</sup>与此同时，要完成这种调控社会的任务，政治系统应该具有“穿透”所有其他社会子系统边界的能力，成为超越其他社会子系统的调控系统。<sup>[48]</sup>正是由于政治系统的这种特殊性，才需要将作为政治系统中心的国家单列在社会之外，形成国家、社会、个体三者的立体化关系，以实现社会平衡。

因社会维度的引入，国家、社会、个体三者之间既适度分化、内在制约又相互依赖，具体体现在：（1）对个体基本权利的保障有助于建立并维系社会系统的功能分化，<sup>[49]</sup>功能分化反过来又可促进基本权利的实现；（2）对个体基本权利的保障受到功能分化的内在限定，个体自由的展开（如经济自由）不能以危及系统功能分化为代价；（3）个体基本权利的实现和功能分化社会的维系，有赖于国家的保护和干预，这需要政治系统扩张自身的功能领域，但国家的干预又需受到功能分化和个体基本权利的双重制约。

国家作为政治系统的中心，需调控功能分化衍生出的诸多问题；社会需实现功能分化，以满足社会多元化的需求；个体不会湮没在国家和系统（社会）当中，而是凭借系统实现自身的需求，并在不危及功能分化的前提下，实现最大程度的自由。这三方面构成宪法社会调控的理想目标，决定了宪法应当发挥以下三重功能：建构有决断能力的政治系统、维系社会系统的功能分化、保障个体的基本权利。这三方面功能形成了环环相扣的制度链条：（1）宪法作为政治系统运行的框架秩序，兼具限权与赋权的双重属性，而现代社会要凸显宪法的赋权面向，增强政治系统解决社会问题的能力；（2）社会系统的功能分化主要通过两方面机制维系，即基本权利（确立社会子系统运行的框架秩序）和政治系统的社会调控；（3）在真正的私领域范围内和不危及功能分化的前提下，个体的基本权利除了具有建立相应社会子系统之框架秩序的社会功能，还具有保障个体自由之展开和自我决定权之实现的重要功能。

### 三、中国宪法功能转型的制度实现

中国宪法功能转型的实现，以批判“国家与社会的二元对立”这一市民社会的假设为关键，具体体现为在理论基础、国家权力运行（静态的国家组织和动态的国家治理）和基本权利保护等方面，摆脱了西方的话语体系，形成了自身独特的模式。为满足当代社会主义的规范要求，中国宪法实现了对国家、社会和个体的整合，使这三者既相互独立又相互制约。此种建立在社会主义宪法理论基础上的宪法整合功能，主要通过政治系统的调控机制，以及以社会为本位的基本权利体系来实现。

#### （一）政治整合：以二元民主观为基础的国家权力配置

##### 1. 政治系统的内在调整

社会主义致力于实现“社会自由”，<sup>[50]</sup>对此应从功能分化和政治整合两方面加以理解。政治整合聚焦于解决功能多元社会中的失序现象，相应地，政治系统的调控主要包括五方面内容：（1）政治上的涵括，即将所有人涵括到所有子系统中，尤其要防止部分个体因经济状况

[47] 参见前引〔28〕，King等书，第85页。

[48] 参见前引〔32〕，Thronill文，第511页。

[49] 关于基本权利“维系社会系统功能分化”的社会功能，参见前引〔10〕，Luhmann书，第24页以下。

[50] 所谓“社会自由”，即每个人的自由都以他人的自由为实现的前提。所谓实现“社会自由”，就是在全社会形成“不受强迫的沟通机制”。Vgl. A. Honneth, Die Idee des Sozialismus, Suhrkamp Verlag, Berlin 2015, S. 144 ff.

等原因被直接或间接地排除在社会沟通之外；（2）若某一社会子系统的运转出现问题，政治需要对其加以干预。这种干预以该系统运行的符码（标准）为导向，以该系统得以正常运转为限度；（3）当系统之间发生冲突，可能引发去界分化的危险时，政治系统的干预应以维系功能分化为导向；（4）若特定社会子系统的运转可能引发自然环境风险，政治需要加以干预，以消除生态环境面临的风险；（5）通过政治上的价值整合解决社会的碎片化、价值虚无化等问题，但此种价值整合不能威胁到全社会的功能分化。<sup>[51]</sup>

上述政治调控功能的实现，主要借助于宪法。为了整合分化社会，国家干预的任务相应扩张，政治系统的功能也有所扩展，政治系统的权力链条得以延长。同时，政治系统的内在结构发生了相应变化，为政治系统奠定基础的宪法，也发生了功能转型。在系统/环境的模式下，国家是“社会的自我组织”，<sup>[52]</sup>而非处于社会之外或社会之上的组织。刻画政治系统与其他社会子系统的边界，虽然仍有重要意义，但政治系统与其他社会子系统的关系，并非二元对立模式下的非此即彼，政治的边界也不像在二元对立模式下那样清晰。例如，在传统的基本权利理论中，防御权或自由权为国家行为设定了边界，但国家保护义务的扩张与发展，使得国家权力行使的边界变得模糊。从“禁止国家做什么”到“要求国家积极做什么”，宪法功能的这种变化，反映着政治系统功能的变化。现今政治系统所面临的任務，同其在国家与社会二元对立模式下面临的任務已完全不同。相应地，政治系统需要从两方面进行内在调整：其一，加强自身的决断机制，提升国家治理能力；其二，建立与环境之间的信息交换机制，并经由系统自身的程序作出反应，以及时应对环境变化。<sup>[53]</sup>

政治系统内部的上述调整或改变，本质上指向政治系统反身性/反思性的强化。<sup>[54]</sup>首先，政治决定的正当性不能再指向外部，而只能来自于自身。国家作为政治系统的一部分，其正当性也只能来源于作为政治系统偶联性公式的法，尤其是宪法。<sup>[55]</sup>其次，政治系统的反身性意味着政治决定经由政治程序形成了逻辑闭环，“人民”“代表”“决定”等符号，通过法、组织和程序连接到一起，共同塑造和维系着政治系统的封闭运作。政治系统的反身性要求政治系统从内部寻求动力，以提升其作出有约束力之决定的能力。<sup>[56]</sup>最后，为适应社会系统的功能分化，政治系统分化为政、治、民三个承担着不同功能的子系统。“政”主要把握政治方向，设定政治决定的前提；“治”主要维系包括立法权在内的专业化科层体制的运转；“民”承担反映人民意志的功能。政、治、民三者之间具有内在关联，但又适度分化，相互之间不可替代。<sup>[57]</sup>政治系统内在分化的目标是：建立一种保持开放的政治体制，以包容复杂社会中的多重选择，应对复杂社会的治理；使集体能够作出有约束力且有效的政治决断；防止政治系统的

[51] 例如，社会主义核心价值观，国旗、国徽、国歌等国家象征，都能发挥价值整合功能。关于国家的价值整合功能，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26页以下。

[52] 参见前引〔10〕，Böckenförde书，第36页。

[53] 这是政治系统的自我反思机制。参见前引〔28〕，King等书，第75页。

[54] 参见前引〔30〕，Luhmann文，第172页以下。

[55] 关于宪法作为政治系统与法律系统的结构耦合，参见〔德〕尼可拉斯·鲁曼（Niklas Luhmann）：《社会中的法》，李君韬译，五南图书出版股份有限公司2015年版，第512页以下。

[56] 政治的功能并不指向全社会的复杂性，只有那些无法通过自身机制加以吸收，或者无法通过个体斗争加以解决的社会问题，才能交由政治解决。这也对政治的范围作出了限定，即政治的功能在于解决社会自身无法消除的去界分化问题。Vgl. N. Luhmann, Politische Soziologie, Suhrkamp Verlag, Berlin 2010, S. 37.

[57] 参见李忠夏：《合宪性审查制度的中国道路与功能展开》，《法学研究》2019年第6期，第4页以下。

任意扩张。<sup>[58]</sup> 在政治系统反身性的要求下，政、治、民三个子系统的关系，在分立的基础上呈现出新的态势，即三者相互依存的程度开始提升。这种变化可以总结为：（1）为狭义政治（设定政治方向）向治权（政策制定和执行）施加影响提供可能，以保证政治方向的连续性和稳定性；（2）为权力链条的扩展和延伸提供可能；<sup>[59]</sup>（3）革新专业化的科层治理结构，提高其专业化能力；（4）提高民主决策中的信息沟通能力。在这一系列变化下，民主政治决策与技术化的行政治理才能建立起良好的互动。

## 2. 二元民主观的制度依托：民主集中制

中国宪法确立了一种二元民主观，即人民民主和代议制民主相结合的二元民主体制。“八二宪法”第1条规定，中华人民共和国是“人民民主专政的社会主义国家”，明确界定了“人民民主”的国家属性；第2条规定，“中华人民共和国的一切权力属于人民”，“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”，表明我国国家权力的所有者和行使者是分开的，由行使者代表人民行使国家权力，形成了一种权力代表结构。基于上述条款，人民与国家权力之间的关联在于，人民是国家权力的所有者，但人民并不直接行使国家权力，而是通过全国人大和地方各级人大来行使国家权力。尽管人民与国家权力的行使相对分离，二者仍能通过特定的机制保持联系，以实现“全过程人民民主”。例如，通过选举制度和广泛的民主参与，建立起人民与国家权力的联系；通过合宪性审查等机制，实现人民民主对代议制民主的内在约束。

在维系人民与国家权力的联结方面，“中国共产党领导”嵌入到中国的二元民主结构中，在国家权力的所有者和行使者之间扮演着沟通桥梁的角色。人民的广泛参与性一方面通过制度化的程序实现，一方面通过中国共产党密切联系群众的非正式机制、党政之间的制度化联系，转换为政治系统的决定。中国共产党领导既是人民民主的体现，又内嵌在正式的国家权力结构中，助推着人民民主的实现。2018年宪法修正案将“中国共产党领导”写入宪法正文第1条第2款，既在宪法中形成了“人民—中国共产党领导/全国人民代表大会—其他国家机构”的政治结构，也形成了中国自身独特的“民—政—治”的治理结构。中国共产党领导可以把握总的政治方向，并通过党委、人事等方式，将党的意志渗透到治的决定当中，而非直接干预治的领域。全国人民代表大会具有最高国家权力机关和立法机关的双重属性，可以将党的意志转换为国家意志，并对总的政治方向加以制度性确认。由此，在“民—政—治”的治理结构中，政可以起到把握政治方向、实现国家整合的作用，且能与治、民的内在分工，达到民主集中制的规范目的。<sup>[60]</sup>

## 3. 合宪性审查制度的人民民主之维

在二元民主结构中，人民民主作为理想化的民主机制，构成了代议制民主的内在约束。人民民主对于代议制民主的制约，除可以通过政、治、民的分化和中国共产党领导的媒介作用获得实现外，还能通过合宪性审查制度得到落实。合宪性审查制度作为代议制民主的审查机制，一直遭受“反多数诘难”。但是，合宪性审查的目的在于保护那些无法借助政治民主过程伸张

[58] 参见前引〔56〕，Luhmann书，第130页以下。

[59] 参见前引〔30〕，Luhmann文，第11页以下。

[60] 对于民主集中制宪法内涵的阐释，参见王旭：《作为国家机构原则的民主集中制》，《中国社会科学》2019年第8期，第65页以下。

其基本权利的弱势群体，<sup>[61]</sup>其能够解决代议制民主可能带来的民主失灵问题。合宪性审查在中国同样也能发挥上述作用。在中国独特的人民民主和代议制民主的二元民主结构之间，合宪性审查可以实现政治层面和法律层面的双重协调。<sup>[62]</sup>这种作用的发挥，又可反过来促进政治系统的自我反思。

## （二）社会本位的基本权利体系：以调控社会为核心展开

基本权利在“共同纲领”中便已有规定，<sup>[63]</sup>“五四宪法”单设一章规定了基本权利，“八二宪法”则将有关基本权利的规定调整到了第二章。今日来看，基本权利的双重性质已被普遍接受，<sup>[64]</sup>但在立宪之时，很难认为基本权利具有了防范国家公权力的防御权属性。基本权利概念在中国的兴起，以国家整合为大背景，学界对基本权利的理解也深受这一背景影响。自清末民初以来，中国人对于自由、民权、人权的理解，始终处在“国家建构”的思维框架当中。在国家建构和社会整合的任务面前，个体的基本权利要受到诸多约束，且经常要让位于国家利益和社会利益，因而基本权利很难具备防范国家公权力的防御权属性。彭真曾言：“我们是社会主义国家，国家的、社会的利益同公民的个人利益在根本上是一致的。只有广大人民的民主权利和根本利益都得到保障和发展，公民个人的自由和权利才有可能得到切实保障和充分实现。”<sup>[65]</sup>在此背景下，中国的人权话语体系，首要强调的是社会总体层面的生存权与发展权等集体权利的实现。<sup>[66]</sup>这种社会面向其来有自。在沟口雄三看来：“就人权而言，欧洲的共和思想的主要内容是以确立私有权为基础的政治权利上的自由和平等，而中国的共和思想为了满足四亿人民全体的生存需求，以大同调和为基础，更志向于反‘大私’性质的经济上的平等。”<sup>[67]</sup>

在基本权利保护层面，西方国家长期以来以合宪性审查作为制度依托，中国的基本权利在较长时期内并无合宪性审查制度作为保障。<sup>[68]</sup>但是，这并不意味着中国的基本权利保护从未取得任何进展。中国的基本权利保护主要依靠政治力量推动，由立法机构或政府部门主动通过法律或行政法规的立、改、废等方式加以落实。<sup>[69]</sup>依靠政治推动实现基本权利的保护，更多是以基本权利保护的社会效应作为出发点，为的是达到政治系统调控社会之目的，而非单纯强调个体自由的扩张。由于此种非个案的基本权利保护带有被动性，为提高基本权利保护的成效，仍有必要引入合宪性审查机制。这也是党的十九大以来，中国不断加强推进合宪性审查工

[61] 在哈贝马斯看来，“私自治同样会受到经济和社会权力的威胁，因而对它的保护要依赖于市民能够以何种方式、在多大程度上有效地行使作为民主化公民身份的沟通权和参与权。宪法法院必须首先在民主立法过程的沟通前提和程序条件的脉络中，对争议规范的内容进行审查”。前引〔4〕，Habermas书，第320页以下。

[62] 参见前引〔57〕，李忠夏文，第9页以下。

[63] “共同纲领”虽未使用“基本权利”的术语，但其第3条至第6条以及第9条等条款中规定了一些基本权利，如选举权和被选举权、自由权、妇女平等权、民族平等权。

[64] 参见张翔：《基本权利的双重性质》，《法学研究》2005年第3期，第21页以下。

[65] 参见彭真：《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》，载《彭真文选：1941—1990年》，人民出版社1991年版，第442页以下。

[66] 参见广州大学人权理论研究课题组：《中国特色社会主义人权理论体系论纲》，《法学研究》2015年第2期，第66页以下。

[67] 前引〔34〕，沟口雄三书，第15页。

[68] 参见林来梵：《转型期宪法的实施形态》，《比较法研究》2014年第4期，第28页。

[69] 例如，2013年11月12日党的十八届三中全会通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》，明确提出要废止劳动教养制度，2013年12月28日全国人大常委会通过了《关于废止有关劳动教养法律规定的决定》，标志着延续半个多世纪的劳动教养制度正式废止。

作的原因及意义所在。

随着社会转型和宪法变迁，个体利益逐渐从社会利益和国家利益中分化出来，不仅引发了一系列制度调整，也使基本权利具有了防范国家公权力的属性，为理论界普遍承认基本权利的双重属性奠定了现实基础。基本权利彰显出保障个体自由的一面，这与中国经济的发展趋势相吻合，保障基本权利的目的是更好地促进市场经济的发展。但是，以经济自由为基础的个体自由，很快呈现出无序发展的趋势，不仅市场失灵开始显现，社会各领域也都出现了过度经济化的现象，导致贫富差距越发显著。基本权利在获得了保障个体自由的防御权属性后，又需发展出新的理论，以使个体自由受到社会内在约束。基本权利作为客观价值秩序，本意是使基本权利的价值对私主体的关系发生影响，从而实现宪法对私自治（契约自由）的调控。客观价值秩序的本质，是政治系统借助基本权利实现对社会的调控。现今，个体的基本权利或多或少都会受到来自社会的约束，或负担着“社会义务”，<sup>[70]</sup>或受到他人基本权利的外部约束。这种来自社会的约束，主要通过“客观价值秩序”结合“基本权利的第三人效力”得以部分实现。

然而，既有宪法理论并不能清晰地说明，个体自由应在多大程度上受到社会的内在约束（如财产权社会义务的范围和边界在何处），以及基本权利发生冲突时应如何进行价值权衡。如何通过保护基本权利实现对社会的调控，如何处理个体自由与社会共同体的关系，在这些问题上，至今也没有发展出具有说服力的标准。现有的基本权利理论不仅遭遇着价值困境，也缺乏对社会维度的考量。当前，合宪性审查正在中国逐步展开，讲清基本权利社会属性背后的社会机理，发展出适切的基本权利社会约束标准，应是中国基本权利理论研究的努力方向。从中国宪法的历史、文本与结构来看，处于中国特色社会主义宪法结构中的基本权利，应当突破基本权利双重属性的固化思维，建立起社会本位的基本权利理论，以更好地处理国家、社会、个体三者之间立体化的关系。引入功能分化的系统视角，是这其中的关键。

无论从文本还是历史的角度，中国宪法中的基本权利都能很好地容纳社会维度，应对个体基本权利的保护融入到社会的维度当中，并在社会的维度中引入功能分化的视角，作为基本权利社会约束的规范标准。这是因为：首先，保护个体自由与维系社会系统功能分化之间具有一致性，基本权利本身即具有维系社会系统功能分化之功能。其次，个体自由与功能分化之间又具有异质性。个体自由的过度，可能会产生系统性影响，导致某一社会子系统的过度扩张，进而危及全社会的功能分化。例如，过度的经济自由容易导致经济标准的扩张，使教育、艺术、宗教等系统发生异化。再次，功能分化的视角可以在实践中指引规范的适用。例如，对刑法上非法经营罪的界定，需以保障经济系统的良性运转为目的。功能分化的视角也可为基本权利的社会内在约束提供理论上的依托。个体与系统的双重维度，可以为基本权利的保护提供一个相辅相成、互相制约的保障机制。最后，引入功能分化的系统视角，可以将政治系统的国家干预或国家保护义务引入到基本权利的保护中，为我国宪法中大量存在的“国家保护”之规定，找到付诸实践的标准。基本权利的保护需要国家的积极干预，需要在不同私主体的基本权利间或者宪法价值间进行权衡。通过国家的积极介入，可以及时预防或消除某一系统的运转失灵，也能防范因某一系统扩张导致的去界分化危险。国家保护义务的履行虽有助于保障基本权利的实现，但同时也为国家权力的扩张奠定了基础，而功能分化可以为政治系统设定边界。由于国家保护的目的在于维系功能分化，防止去界分化的危险，国家保护的边界和必要性也应止

[70] 参见张翔：《财产权的社会义务》，《中国社会科学》2012年第9期，第100页以下。

步于此。

## 结语

梁启超曾言：“善谋国者，外揆时势，内审国情，而求建设一与己国现时最适之政体，所谓不朽之盛业，于是乎在矣。”<sup>〔71〕</sup>“八二宪法”饱含对社会主义终极目标的理想性追求，其立足现实、立足中国，构建出了“社会主义初级阶段”和“中国特色社会主义”的发展道路，可谓“不朽之盛业”。“八二宪法”的“中国特色”集中体现在对国家建构、社会调控和个体保护这三重任务的融会贯通中。国家建构体现为构建、限制与规范国家权力；社会调控表现为对社会秩序失灵的干预；个体保护表现为对个体自由加以保障。国家、社会、个体三者之间的关系并非天然和谐，而是会经常发生冲突。对个体自由的过度强调，可能引发社会整合方面的问题；对国家建构的过度强调，则可能会挤压社会自治和个体自由的空间。传统的西方宪法理论，通常难以将国家建构、社会调控和个体保护放在同一框架中思考，无法妥善处理这三者的关系。中国则走出了一条独特的宪法道路，通过社会主义、政治整合和社会本位的基本权利体系，将国家建构、社会调控和个体保护恰到好处地融合在一起，并在此基础上发展出了独具中国特色的宪法话语体系。

---

**Abstract:** The traditional function of constitution is to adjust the relationship between the state and the individual, while the relationship within civil society is mainly regulated by private law. The increasing social complexity leads to conflicts and divisions within the civil society that need to be solved by state regulation. As a result, the function of the constitution is transformed. In modern complex society, Chinese and Western constitutions face similar tasks, that is, to realize the internal integration of state construction, social order and individual freedom, and to properly handle the three-dimensional relations among the state, society and the individual. Faced with the social crisis of liberalism and the development bottleneck of welfare states, the new state governance model has not been established in western society. China has experienced the evolution from traditional socialism to socialism with Chinese characteristics, and based on socialism, political integration, and socially oriented basic rights, established a unique constitutional order, thereby not only effectively completing the triple task of national construction, social control and protection of the individual, but also contributing to the constitutional development in the world.

**Key Words:** function of constitution, paradigm of constitution, constitutional change, the path of Chinese constitution

---

---

〔71〕 梁启超：《宪法之三大精神》，载汤志钧、汤仁泽编：《梁启超全集》第8集，中国人民大学出版社2018年版，第509页。