

數字化生存與現代憲法秩序重構

程潔

一、作為生活方式的憲法與數字化生存

現代社會理論為我們研究法律問題提供了一個新的視角，就是以人為本位，以人為主體的評價機制。從這種視角出發來審視傳統的憲法定義，我們很難找到個體與憲法制度之間的關聯性。傳統的憲法定義有兩種。一種定義強調憲法的功能性，例如韋德（E. C. Wade）將憲法定義為這樣的法律：它規範主要的國家機關的結構及其相互關係、國家機關與公民之間的關係，憲法同時還規範各主要政府部門的職能。¹功能性的憲法展示給我們現實存在的憲法文本，但是其精神實質卻被文本所淹沒了，我們看不到制度和我們的相關性在哪里。另外一種定義強調憲法的契約性。例如，認為憲法是人民為建立新政府而達致的契約，也是人民與即將成立的政府間所達成的契約。人民根據所規定的形式同意受統治，並且受制于該憲法所規定的條款；而政府亦保證尊重那些規定。²這一定義關涉到憲法的起源，然而正如一切自然法的路徑一樣，它建立在抽象的預設的基礎之上，“總要追溯到一個最初的約定”，一個不可考的起源。

那麼憲法與我們生活的關聯性究竟何在呢？如果我們把憲法定義為一種規定了一種生活場景，提供了某種生活方式的文本，那麼就能比較清晰地看到憲法與我們的生存狀態的聯系。具體而言，憲法為我們規定了如下的生活場景：首先，憲法規定了一個新開端。只有民族國家才有憲法，憲法是現代國家的標志，因此憲法標志著民族國家的開端。在具有共和主義性質的民族國家當中，人們可以期待一種較以往君主制下更多參與的生活；政府將

1 *Constitutional Law and Administrative Law* by E. C. S. Wade and A. W. Bradley, 10th edition, Longman Group UK Limited 1985, p.9.

2 【美】路易斯·亨金著，鄧正來譯《憲政·民主·對外事務》，三聯書店1997年版，第8頁。

以一種不同于君主制的方式來運作其職權，拒絕公民參與的政府則被認為是不正當的。其次，憲法始終關注一個核心問題：國家與公民的關係。實際上就是個人權利與公共權力之間的關係，個人自由與公共秩序之間的關係。國家出于管理的需要，不斷擴張其權力，要求人們進行自我約束，服從管理；社會成員則出于本性而希望擴張其自由度，盡量掙脫約束。在這一過程當中，自由與安全、紀律與權利之間會形成不同形式的緊張關係。而憲法則試圖為這些緊張關係提供解決之道。例如在表達自由的範疇當中，憲法規定了在何種場景（條件）之下表達是法律所允許的（例如批評、抗議、甚至謾罵），在何種場合之下表達就是法律所禁止的（例如誹謗、侵犯隱私、或者淫穢表達）。最後，也是最重要的，憲法描繪了一種生存方式。憲法為我們設定了一種生活場景，劃定了我們生活的可能性。這一點尤其通過憲法對於公民權利的確認而表達。公民權利通常被理解為公民行為的資格或能力。實際上，公民權利就是我們生活的各種可能性。一部憲法對公民自由度的承認有多大，不是通過憲法文本的宣告表現出來，而是可以通過該國公民實際上行為的可能性來表現。例如，從1989年美國對焚燒國旗案的判決³和1999年我國香港特別行政區對污損國旗區旗案的判決⁴當中我們就不難看出，抽象表達在美國是可能的，而在香港則受到抑制。同樣，從最近某地區政府拒絕授予假釋犯人榮譽稱號這一事件來看⁵，假釋犯人的公民身份在該地區實際上被減等這一事實也是不彰自明的。各國立法儘管從未明文規定一種生活方式，但是從其序言或者總綱當中卻總是能夠發現其所強調的生活主張：例如人們常常在憲法中標榜對幸福的追

3 See *Texas v. Johnson*(109 S. Ct. 2533 (1989)) and *United States v. Eichman*(110 S. Ct. 2404 (1990)). 1989年10月19日，禁止焚燒國旗的憲法修正案未能在美國眾議院通過，1990年6月21日，第二次禁止焚燒國旗的憲法修正案在參、眾兩院都未獲通過。

4 參見終院刑事上訴1999年第4號*HKSAR v. NG Kung Siu and Lee Kin Yun* (FACC No. 4 Of 1999) (律政司司長訴吳恭劭、利建潤)。

5 參見林煒：帶罪之身見義勇為——他能否被稱為英雄，《中國青年報》2000年9月6日第8版。

求，以及對自由、平等、博愛的生活狀態的追求。最明確地一種生活方式的表達可以說是在中國所制定的《中華人民共和國香港特別行政區基本法》當中，其總則規定：保持香港的資本主義和生活方式50年不變。將《基本法》與《憲法》進行比較，那麼我們就不難發現，生活的“可能性空間的大小”，就是兩者之間的最重大差別。生活在“可能的世界”還是“生活在必然的世界”？是“體驗歷史”還是“計劃歷史”？

接下來的一個問題是，假如憲法為我們規定了一種生活場景，憲法就是一種生活方式，那麼在生存方式與憲法之間，是憲法決定生存方式嗎？還是生存方式要求憲法的改變？

通常一部憲法或者是鼓勵或保護一種生活方式，或者是為某種生存狀態提供可能性或條件。使用這一標準，我們可以對於人的生活狀態作兩種基本的區分：可能的生活與受拘束的生活。在憲法上，則可以將憲法規範區分為權利性規範與義務性規範。權利性規範鼓勵公民向（包括政府在內的）非法行為進行合法挑戰，或者是保護公民免受非法行為的侵犯。社會經濟權利作為基本生活條件的保障，則是對於社會成員維持個人尊嚴所需的基本物質條件進行保障。此外，“思”的權利、“行”的自由，“表現自己”的多種可能性等等，歸根結底都是對於人的生存狀態的規定或者確認。因此，權利性規範實際上規定了人們生活的可能性空間。與此相反，憲法也可能對人的某種生活方式說“不”。例如，要求公民納稅、服兵役、限制暴力革命等等。這些義務性規範則是人們生活當中的“雷池”，是不受鼓勵或可能遭到強烈反對的可能性，或者說是人們生活中“不可能”的領域。另一方面，我們會發現人們生活方式的改變也會促進憲法的變遷。例如，19世紀的廢奴運動改變了黑奴與主人的人身依附關係，黑人生活的可能性增加了。20世紀60年代波及整個西方世界的女性解放運動就拓展了女性的生活空間，結果，曾經不為法律所保障的男女平權現在受到法律的保障，曾經不合法的避孕、墮胎、同性戀現在成為為憲法所保障的處分自己身體的權利，曾經作為絕對權威的政府現在必須以一種“服務于人民”的姿態來顯示自己的合法性。如此等等，都是經由人們生活方式的改變而促成了社會運動，由

社會運動進而推動了憲法的變遷。我們常說，“順應時代的要求”，這句話翻譯成憲法語言就是，憲法當中對於可能性與義務性的規定，能否與社會生活的實際狀態或者發展趨勢相適應。這兩者之間存在者微妙的平衡，平衡的打破往往導致社會的動盪或者局部暴力。

目前，由于數字化的結果，我們的生活再次面臨新的整合過程，這就是從前現代到後現代的生存方式的轉變。前現代，人們面對面的生活；只有在等級當中才能夠被充分承認與自我實現，即個人的自我實現被限制在等級序列當中，這種等級序列是依靠血緣來建立的。所謂“各安其位，各得其所”。現代，人與機器共處，人類創造了機器與類似于機器的制度，人在流水線上得到充分承認。流水線之外的人，即體制外的人受到貶抑。現代性同時也創造了機器化的制度，即科層體制，但是其基礎不再是血緣，而是工作的能力與向該體制宣誓效忠的程度兩方面。工業時代所關注的方面乃是以所有財產保障、階級利益與階級衝突為核心的，與此相應，憲法當中把所有財產神聖不可侵犯作為首要原則，契約自由原則、正當經濟程序原則、合法徵收原則都是這一原則的體現。憲法上的平等原則，也主要是以財產為標準，對選舉權規定了限制性的條件，要求選舉人和候選人具有一定的財產資格。理性給我們帶來了什麼？巴雷特總結說，技術是理性主義的物質化身，因為它來源于科學；官僚政治是另一理性主義的物質化身，因為它的目的在於對社會生活進行理性的控制和整理。而且，這兩者——技術和官僚政治——越來越多地統治著我們的生活。⁶由理性主義而導致的官僚政治正是我們所生活的憲法秩序的本質屬性。機器的、物化的標準的采用導致我們生活的不斷異化。人沒有歸宿的感覺、異化的感覺曾經在官僚化的、與個人無關的群體社會中加劇了。他被三重異化了：對於上帝，對於自然，對於滿足他的種種物質需要的巨大社會機器，他都是一個不相干的外人。……但是最壞的也是最後的異化形式是人的自我異化，

6【美】巴雷特：《非理性的人》，楊照明譯，北京，商務印書館1999年版，第265頁。

實際上，其他異化都趨向於這一異化。在一個只要人高效率地履行其特定社會職能的社會中，人就變得等同於這一職能。⁷加繆(Albert Camus)的《局外人》(*Outsider*)就深刻地描繪出拒絕捲入這一異化的社會的局外人所遭受的迫害與無奈。⁸

後工業化時代，或者說數字化時代給我們的生活狀態帶來了怎樣的改變呢？社會學家試圖用兩組概念來說明數字化時代與前工業時代之間的反差：多元的—單向度的；非理性的人—理性人假設。數字化生存所具有的個體化、模擬性、流動性、知識性特徵為當代憲法帶來了具有更新力量的衝擊。數字化使人們憧憬著一次新的文藝復興運動。然而，這種新生活的渴望在憲法領域會激發何等反應呢？

二、數字化與公民權

如前所述，憲法是一種生活方式，公民權利則是對某種生活狀態當中可能性的描述。就我們所知，受到普遍承認的各種可能性得到法律的承認經歷了漫長了歷程。梅因稱之為“從身份到契約”的運動，⁹因為只有當消除了身份等差的人能夠以平等主體的身份締約的時候，才真正開始了公民權利的歷史。不過，以此為起點，人們對於公民權利的認識仍然不斷發展著。起初，人們相信在國王的親自看護下，人權會得到最好的保護（例如最早的1215年英國大憲章）；君主制之後，人們相信在共和制的政府之下，人權能夠得到最後的保護（例如德國魏瑪憲法對政府庇護人權所寄予的厚望）。然而，支撐著對人權的現代理解的基本觀念是這樣一種認識：有必要受到提醒，信守人權義務的正是政府。人權標明了國家權力的邊界。¹⁰公民權利發展的另外一個維度是在多數主義和弱勢主義之間的博弈。傳統的公民權利理論從保護多數

7【美】巴雷特：《非理性的人》，楊照明譯，商務印書館1999年版，第35頁。

8 See Albert Camus: *The Outsider*, Penguin Books Ltd., London, 1983, p118.

9【英】梅因：《古代法》，沈景一譯，北京，商務印書館1996年版，第97頁。

10【瑞士】托馬斯·弗萊納：《人權是什麼》，北京，中國社會科學出版社2000年版，第3頁。

人的利益出發，認為民主就是多數決定，公民權利就是保證多數人（處於社會底層和中層的第三等級）能夠享有和少數人（國王與貴族）相當的權利，因此其關注的中心在於剝奪少數人的特權。然而在現代憲法已經普遍取締了世襲貴族制的時代，保護少數派，尤其是易受歧視的弱勢群體成為現代憲法與人權保障的主流，這種發展可以說是個體主義意識形態與集體主義意識形態之間的對立所造成的，我將之稱為弱勢主義。由於上述兩種維度的發展，我們不難發現，在現代憲法當中，受到質疑的公共權力除了傳統的行政權力之外，代議機構的立法者成為新的被“懷疑”對象——因為代議機構的活動原則就是多數決定主義，他們常常傾向於追求那些反映多數派利益的決定。

從數字化對傳統的權利範疇影響當中，我們可以發現這種趨勢的具體化。傳統的權利領域按照不同的標準可以區分為不同的範疇：按照權利所涉及的領域，可以區分為平等權、政治權利與自由、精神、文化活動的自由、經濟與社會權利、人身自由與人格尊嚴等¹¹。按照政府對公民權利涉入的程度可以區分為消極權利與積極權利。例如，將平等權、人身自由、居住及遷徙自由、工作自由、意見自由、通訊秘密自由、信教自由、集會自由、結社自由等作為消極權利，因為這些個人自由屬於使個人知識、道德及身體上的優勢得以盡量發展，國家對這些自由，負有不加侵犯與防止侵犯的義務。也可以稱之為國家對於個人的消極義務。第二類權利為積極權利，也稱為受益權，如受國家供給最小限度的教育權利，及失業時或災害時受國家救濟的權利等，都是為謀求個人知識、道德及身體上的發展，需要國家對於個人積極地履行若干種活動，國家的這種積極義務，就被稱之為個人的積極權利。¹²由於數字化的發展，上述權利範疇出現了分裂，某些權利的重要性開始讓位於另外的權利，同時隨數字化的發展還產生了

11 例如中國憲法教科書當中所採用的分類方法，以及中國人權白皮書當中所採用的分類方法。參見董雲虎主編《中國人權白皮書總覽》，北京，新華出版社，1998。

12 參見王世杰，錢端升：《比較憲法》，北京，中國政法大學出版社1997年版，第61頁。

新的權利。下面，我們從三個方面分析上述的權利分類及權利列項在數字化背景下的變化：

首先，特別受數字化影響的公民權包括：

1. 隱私權。記錄裝置、監視裝置，個性測試以及其他基于電子學、光學、聲學的通訊技術與新的複製技術的發展已經在很大程度上改變了保護隱私的條件。
2. 自由主張及自由發表意見的權利。微電子通訊技術的發展改變了實現該權利的方式。
3. 消息權或知情權。數字化使得我們獲取消息和保存消息的難度同時增加了。官僚機構、當地政府或公共機構所把持的消息應當為人所知這一信念增強了。自1966年以來，各國開始制定各種信息自由法以保障公民對於公共機構信息的獲取，同時在區際條約和聯合國有關主題會議當中，消息權或者知道權也日益成為最受關注的對象。¹³
4. 受教育權。通訊及信息技術的發展能迅速促進該權利，但也能產生各種新形式的教育歧視，因此儘管《人權與科學技術發展》一書的作者威拉曼特里認為它屬於受科技進步影響不明顯的權利，我則持相反的意見。¹⁴
5. 知識產權。互聯網改變了人們的生活，也對人類現有法律制度構成了挑戰。由于網絡上傳播的大量信息是知識產權法保護的客體，所以知識產權受到網絡最為強烈的衝擊。¹⁵

與此相應，受數字化影響不明顯的公民權包括：

1. 生存權。科技的發展促使生存權的含義分裂為兩個層面：新生命的存在權與已經存在的生命的基本生活條件權利。前者我們將

13 參見【斯里蘭卡】威拉曼特里：《人權與科學技術發展》，張新寶等譯，北京，知識出版社1997年版，第120頁。

14 參見【斯里蘭卡】威拉曼特里：《人權與科學技術發展》，張新寶等譯，北京，知識出版社1997年版，第116頁。

15 參見薛虹：《網絡時代的知識產權法》，北京，法律出版社2000年版，第3頁。

在其後論及，屬于一種新興的權利範疇，而或者則與傳統的生存權與生命權之間保持密切的聯繫，同時強調其為享有適當生活標準的權利。

2·財產權。新的財產形式如軟件的發展已經導致了對財產權的新思考，但是對於財產權保護的基本原則仍然未發生變化。

3·勞動權。新技術的發展已經改變了影響勞動權的市場結構，特別是隨著股份制的發展，勞資雙方的對立局面發生了根本變化。勞動權所強調的方面也因此轉為對政府保障公民的工作權要求。

4·平等權。平等權的內涵沒有發生變化。然而，平等權的範疇正在無限擴展。傳統平等權意味著身份、種族、性別的平等，而現代平等權則意味著不同年齡、身體條件、國別之下的平等。

5·此外，傳統的消極權利，如選舉權與被選舉權、遊行、集會、結社示威的權利在數字化條件下所受影響甚微，可想而知，這是數字化時代的表達方式轉變的結果。

最後，我們考察一下由數字化所產生的新權利。在此，我們借用吉登斯（Anthony Giddens）“生活政治”這一概念，從存在問題與生活政治當中發現新的權利範疇，因為這是目前最接近憲法是一種生活方式的政治學上的參照系。吉登斯將政治理念區分為解放政治與生活政治，所謂解放政治是一種力圖將個體和群體從對其生活機遇有不良影響的束縛中解放出來的一種觀點。解放政治包含了兩個主要因素，一個是力圖打破過去的枷鎖，因而也是一種面向未來的改造態度，另一個是力圖克服某些個人或群體支配另一些個人或群體的非合法性統治。解放政治產生了正義、平等和參與等必須履行的責任。生活政治關涉的是來自於後傳統背景下，在自我實現過程中所引發的政治問題，在那里全球化的影響深深地侵入到自我的反思性投射中，反過來自我實現的過程又會影響到全球化的策略¹⁶。換言之，生活政治的核心在於對於個體生活方式的反思，而我們越反思性地“使我們自己”像人，那麼“人”或“人類”是什麼這些概念本身便更易于湧現出來。

16 參見【英】吉登斯：《現代性與自我認同》，趙旭東等譯，北京，三聯書店1998年版，第247—253頁。

¹⁷正是在這個意義上，生活政治與作為生活方式的憲法聯結起來¹⁸：

領域	道德領域	內在參照系統	實質性的道德問題
存在	生存和存有	自然	<ol style="list-style-type: none"> 1. 人類對自然的責任是什麼？ 2. 環境倫理的原則是什麼？
限度	超越	生殖	<ol style="list-style-type: none"> 1. 未出生者的權利是什麼？ 2. 胚胎的權利是什麼？ 3. 應該用什麼樣的倫理原則來控制基因工程？
個體與共同生活	合作	全球系統	<ol style="list-style-type: none"> 1. 科學技術發明上的限度應該是什麼？ 2. 人類使用暴力的限度是什麼？
自我認同	個人	自我和身體	<ol style="list-style-type: none"> 1. 個體對他/她的身體的權利是什麼？ 2. 如果有什麼差別的話，所要保存的性別差異是什麼？ 3. 動物擁有的權利是什麼？

如上表所示，生活方式的改變不僅對既有的權利產生衝擊，同時

¹⁷ 參見【英】吉登斯：《現代性與自我認同》，趙旭東等譯，北京，三聯書店1998年版，第255頁。

¹⁸ 【英】吉登斯：《現代性與自我認同》，趙旭東等譯，北京，三聯書店1998年版，第266頁。

伴隨著新生活的是新的權利問題，其中包括：

1. 環境權利
2. 動物權利
3. 未出生者的權利
4. 因基因工程所導致的權利
5. 科學技術發明的權利限度
6. 性別差異的限度

可以說，上述權利的產生（或要求）是基于同一前提：人類對自我的反思：

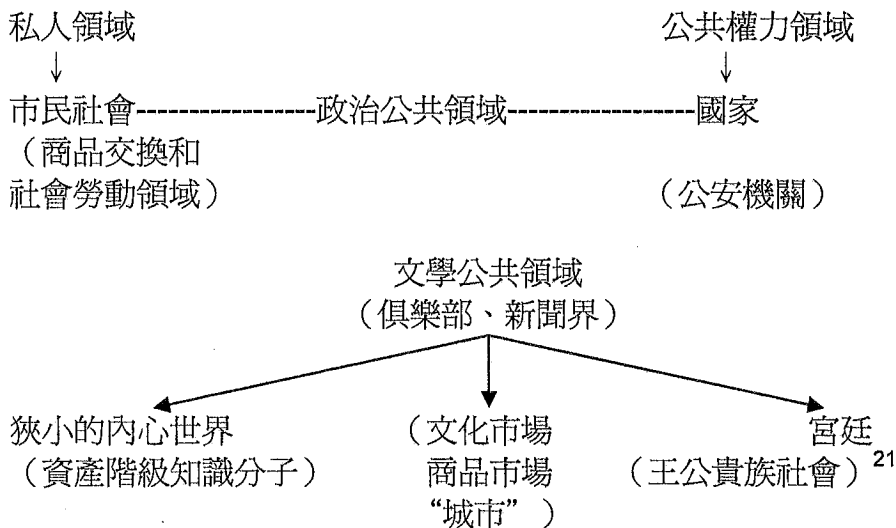
人類是世界的主宰嗎？如果不是，那麼人類與其生存環境及其他生物應當如何和平共處？這一問題導致環境倫理的產生。高科技與數字化所導致的核威脅爆炸、原子彈爆炸、以及基因試驗與機器人取代人類的危機導致其他各項權利要求。可見，人類的權利空間與權利格局的重新配置不可避免地到來了。

三、公共機構的反應：憲法秩序會發生什麼樣的變化？

在前工業社會當中，公共領域與私人領域的二元對立是一切現代政治理論的基礎。憲法中公民權利與公共權力的劃分得益于社會理論當中對公共領域與私人領域的界定。歷史學家和社會學家的研究表明，在西方，一直到16世紀之前，“公”和“私”在羅馬法里雖然截然對立，但沒有約束力。封建社會里不存在古典（或現代）意義上的“公共領域”和私人領域。¹⁹直到18世紀，由于宗教改革，教會的地位有了變化，宗教變成了私人的事情，宗教自由成爲歷史上第一個私人自律領域；教會本身則作爲眾多公共權力載體之一而繼續存在了下來。封建王權也發生了分化，首先突出表現爲公共財政和封建君主的私人財產分離。統治階層最終從等級制度中走出來，發展成爲公共權力，而勞動階層在城市企業和某些鄉村扎下根，發展成爲“市民社會”；作爲真正的私人自律領

19 【德】哈貝馬斯：《公共領域的結構轉型》，曹衛東等譯，北京，學林出版社1999年版，第5頁。

域，“市民社會”和國家是對立的。²⁰從國家與（市民）社會的對立出發，公域的內容與私生活的範疇，簡單地說就是公共權力機構與私生活的範疇。如圖所示：



這種二元對立具體表現在兩個方面：一是資源的配置，一是政府的管理權與民間的抵抗權。從資源配置來看，二元對立的公—私兩極通過就資源配置進行博弈而實現互動。現代憲法產生的基礎就是資產階級（第三等級）反對貴族和僧侶（第一、二等級）對資源的壟斷，因此最初的約定是在王權與神權之間，其後是在王權與民權之間如何分配資源，最後則表現在政府與私人社會之間。通過資源配置看公域與私域的劃分，我們不難發現：政府擁有軍隊（包括警察）、公共交通、礦藏、水流、森林等自然資源、土地、貨幣制造，和公共財政，其中最重要的是對軍隊和警察的擁有與對公共財政的控制。個人擁有個人的人身自由、對私人財

20 【德】哈貝馬斯：《公共領域的結構轉型》，曹衛東等譯，北京，學林出版社1999年版，第11頁。

21 【德】哈貝馬斯：《公共領域的結構轉型》，曹衛東等譯，北京，學林出版社1999年版，第35頁。

產的處分權、思想自由。

由上述公共權力機構與私人社會對資源的掌握不難發現，對政府而言，最重要的是制定規則的權力和強制執行權²²，對個人而言，最重要的是監督規則制定合法性的權利，由此構成二元對立的第二個方面：管理權與自由權的對立。那麼，政府對社會的管理是如何實現的？政府需要調動兩種資源：暴力和宣傳。前者依靠警察和軍隊，後者依靠思想動員。實際上警察和軍隊也是一種動員方式——暴力動員。動員需要成本，當政府壟斷所有資源的時候，也是其對社會的控制最為徹底的時候。然而，如果信息不是絕對不流通的，信息資源不是完全由政府所控制，那麼就有可能出現政府動員失靈。因此，依靠暴力來維持的政府不能持久。另外一種方式就是社會動員，即積極創造機會促動，並且在同意的基礎之上讓人們心甘情願地服從。當人們（儘管有所妥協）基本上是按照自己的意志來行動時，社會就趨于穩定，政府的控制力雖然難以體現，但是社會整體的和諧卻是可以想象的。這也是社會契約論的基礎。另一方面，國家與市民社會的利益趨于吻合也導致公共權力對私人領域的介入，干預主義由此產生，這一“再封建化過程”²³產生了兩種後果：政治體制的官僚化與福利國家，兩者都增強了政府的資源控制力與政治權力，構成現代民主社會的一個反控制—控制悖論。要求從暴力為基礎的等級社會中解放的私人社會最終又成為新的官僚機構的統治對象，這種格局是如何發生的呢？“權力如何能夠在不僅不阻礙進步，不用自己的種種規章制度來壓迫進步，反而在實際上促進進步的情況下得到加強呢？”²⁴可視性理論為我們提供了一種發人深省的解釋。

22 是以亞當·斯密認為法律學所研究的四大對象是：法律、警察、歲入與軍備。參見【英】坎南編：《亞當斯·斯密關於法律、警察、歲入及軍備的演講》，陳福生等譯，北京，商務印書館1997年版，第31頁。

23 參見【德】哈貝馬斯：《公共領域的結構轉型》，曹衛東等譯，北京，學林出版社1999年版，第171頁。

24 【法】福柯：《規訓與懲罰》，劉北成等譯，北京，三聯書店1999年版，第233頁。

可視性理論者將現代社會稱之為規訓社會，並且發現，“在傳統中，權力是可見、可展示之物，而且很矛盾的是，它是在調動自己力量的運動中發現自己力量的本原。受權力支配的人只能留在陰影之中。……但是，規訓權力是通過自己的不可見性來施展的。同時，它卻把一種被迫可見原則強加給它的對象。在規訓中，這些對象必須是可見的。他們的可見性確保了權力對他們的統治。正是被規訓的人經常被看見和能夠被隨時看見這一事實，使他們總是處於受支配地位。”“君主難得的可見狀態變成臣民必不可免的可見狀態”。²⁵由此可見，政府並不是“不管理”了，而是改變了管理方式。

數字化時代資源配置的改變對處於必不可免的可見狀態的私人社會與處於難得可見狀態的現代政府提出了新的問題。數字化時代，政府所壟斷的資源貶值，政府與個人之間的資源分配出現新的不平衡：和平權與發展權要求政府削減軍隊；互聯網增強了個人對於政府行為的監督，增加了參與的可能性；多國籍人、多居留權人、網絡虛擬國家、跨國公司、自由貿易區、互免簽證以及國際人權法院等現象讓我們思考：政府在何種意義上仍然存在？如果其存在是合理的，那麼它應當以何種狀態存在？與政府在現代社會中控制私人社會的方式改進相對應，在現代社會的公共權力關係網絡中，與宰制共生的是抗拒。例如在福柯《規訓與懲罰》一書中，前兩章主要是把懲罰當作統治技術來討論，談的是如何透過懲罰技術的提升，產生一套知識論述，整合了政治與知識來編織權力的網路。值得注意的是，規訓的對象其實是經過挑選的，只有在權力視野內的個體才會被放置到規訓與懲罰的權力體系里；被劃分出去的不是不存在，而是不被規訓所見。我們由此看到了逾越層級劃分(hierarchization)與正常化(normalization)的可能性——抗拒的關鍵就在於那些無法被劃分和正常化的個體。一個簡單的例子：中學里有所謂的放牛班，就是一些成績極差無比的學生。他們既不受教師的教鞭規訓，也往往不被校規懲

25【法】福柯：《規訓與懲罰》，劉北成等譯，北京，三聯書店1999年版，第211—2頁。

罰。這並不是因為他們的行為不受學校規束，而是學校的規束對他們產生不了效果，正因為他們被認為無可救藥，他們反而逃過了權力之眼，能夠穿透層級劃分與正常化的宰制，同樣的想法在《癡瘋與文明》應該更為明顯。換句話說，抗拒的可能得要來自那些社會規範之外的族群，如瘋子和罪犯。羅蘭巴特(Roland Barthes)寫過一篇有趣的文章叫做*fait-divers*談的是報紙上無法被歸類的新聞。文章的基本概念是，在報紙分版分類的情形下，有些文章就不知道要擺在哪，只好用來填報紙的剩餘空間。可是正是這些文章突顯了分版分類準則的局限性，也隱含了翻轉準則的可能性²⁶。因此，在後結構主義的談法里較籠統的說法是，主體的位置往往是在邊緣里被找到。這是比較不精確的說法。但簡單的意思是，抗拒的可能必須來自對中心的挑戰，從中心的邏輯推演中去尋找內爆翻轉的可能，進而解構中心的宰制系統。²⁷

進一步的問題來源于權力者的可視性問題。隨著政府上網工程以及政府管理系統的數字化，黑客與各種軟件破譯高手實際上承擔了揭開權力者面紗的工作——他們使得公共權力部門也被迫處于可見狀態。假如權力者也處在一種必不可免的可見狀態，從暗處走向明處，那麼受到規訓的就不再只是私人社會，政府本身也因而受到外部的監視。因此，如果說原有的憲法秩序體系建立在憲法的權威性、權力的暴力性和權力的官僚性基礎之上，那麼數字化就促使公共權力機構必須對變化作出應：如何建立新的合意——溝通理性和共識民主和回應型法²⁸其實都試圖回答同一個問題。

概而言之，數字化時代公共領域至少需要面對以下幾個問題：

26 See Roland Barthes: "Structure of the *Fait-Divers*," in *Critical Essays*, Trans. Richard Howard, Evanston: Northwestern UP, 1972, pp.185-95.

27 這一段論述是與好友台灣大學外文所王智明先生反復討論的結果。文學領域與法學領域所共同關心的話題越來越多，尤其表現在對於個體的共同關心，也從一個角度反應了現代社會“生活政治”的擴展。

28 【美】諾內特：《轉變中的法律與社會》，張志銘譯，北京，中國政法大學出版社1994年版，第18頁、25頁。

其一，對秩序的尊重來源于信任與認同、還是暴力。憲法建立的基礎是對於法律的信仰（憲法就是現代聖經），這種信仰同時也以被治者對公共權威（主權者）暴力懲戒的畏懼為基礎。數字化所導致的社會平面化與公共權力部門的可見性打破了原有的信仰基礎。新的基礎應為更多的信任關係而非強制性的權威關係。吉登斯曾經試圖回答在社會關係中信任是如何創造的這一問題。他發現，心理學的研究結果表明，“為了建立信任，一個人必須既信任他人，也值得他人信任”，具體而言，人們應當每天花一些時間傾聽對方的述說，並且應該“盯牢一個問題直至問題獲得解決，然後處理它”，因為“重新處理相同問題會降低信任並引發新的問題”²⁹。換言之，有效的溝通導致信任。有趣的是，哈貝馬斯恰恰提出了解決現代性危機的“溝通理性”問題。所謂溝通理性，實際上就是在公共領域內謀求共識的途徑，它所針對的已經不再是個人之間所建立的信任關係，而是通過有效協商所達成的對於公共領域的信任。

第二，新秩序的建立還對公共權力機關提出了封閉還是開放的問題。生活在高度開放性的現代世界里，便是生活在一種機遇與風險的世界中。對於個人與社會共同體而言，面對風險和社會多元的反應可以有兩種模式：積極以多元應對，或者拒絕多元，即維護秩序的封閉。對風險的研究表明，雖然開放、多元的生活的充滿風險的，但是有兩點促使我們“向死而生”，其一，風險是可以評估的。其二，即使通過自我封閉逃避風險，其所能逃脫的也只是內部風險，整個封閉體系仍然處在風險之中。³⁰馬爾庫塞為我們展現了政治領域的封閉給我們帶來的後果：政治生活的高度一體化³¹。在政治（和文化領域）一體化的社會當中，政府通過社會福利而緩和與社會的矛盾，同時也造成了社會對政府的

29 【英】吉登斯：《現代性與自我認同》，趙旭東等譯，北京，三聯書店1998年版，第109頁。

30 【英】吉登斯：《現代性與自我認同》，趙旭東等譯，北京，三聯書店1998年版，第214頁。

31 【美】馬爾庫塞：《單向度的人》，張峰等譯，重慶出版社1988年版，第18頁。

順從與依附關係；這種依附關係進而消彌了促成社會進步和思想創新的政府—社會的二元對立格局。爲了避免由政治領域的封閉所造成的“自由與壓制、生產與破壞、增長與倒退之間可怕的和諧”，³²憲法的設計應當在保護私人領域擁有更多隱私權的同時，增加公共領域的開放性與透明度，實現政府的政務信息公開與程序公開。

第三、公共領域的組織是自律性的還是他律性的。他律性的組織體現爲官僚制（科層制）和權力的集中行使，而自律性的組織則基于各種社會共同體的同意，並且依賴一種“自我實施”的規範來維護組織內部的秩序³³。公共領域的秩序曾經向凱爾森所定義的那樣，依靠“他治”型規範來維護³⁴，例如通過政府統一制定法律、行政法規、和計劃。然而自律性機構的出現使得這種區分“公”與“私”的標準發生了動搖。非政府組織大規模地涉入到公共事物當中，從以往基于私益的結合轉而具備了公共職能，擔負起公共責任（公益）。公共輿論也不再僅僅作爲消息的傳遞者，他們積極地擔當起監督公共機構與公共社會的職責。對此，公共權力部門當然可以通過國家強制力抑制自律機構對公共領域的涉入，例如限制非政府組織的發展、對公共輿論實行審查等等，然而更好的是開放這一領域，實現自律性組織與他律性規範之間的良性互動。因爲如果我們相信人民主權原則是一切國家和法律的基本原則的話，那麼任何法律本質上都應當是自我實施的，而任何社會的穩定歸根到底有賴于社會的自律機制而非外在的強制力。

小結：最低限度的秩序——數字化時代的憲法秩序前景

如上所述，生活方式的變遷將推動憲法秩序的變遷。現代化

32 【美】馬爾庫塞：《單向度的人》，張峰等譯，重慶出版社1988年版，第106頁。

33 參見【美】奧德舒克：《立憲原則的比較研究》，程潔譯，選自《公共論叢：市場社會與公共秩序》，三聯書店1996年版，第95頁。

34 【奧】凱爾森：《法與國家的一般理論》，沈宗靈譯，中國大百科全書出版社1996年版，第30頁。

曾經帶來的一個問題就是社會生活的物化。今天，機器的物質的力量超過了個人的力量和任何特殊的個人集團的力量，這一殘酷的事實在任何基本組織是機械過程的組織的社會里，使機器成了最有效的政治手段。³⁵同時，政治權力已經表現在它對機械過程、對設備的技術組織的權力之上，實現了對個人實行全面控制的、流水線式的官僚體制。所幸的是，在這一物化，或曰異化的過程中，人們也在不斷地尋找自我，這一發現自我的過程就是要求政府出讓其統治空間的“最低限度的權利”要求。因此從18世紀到20世紀的憲法逐漸被歸結為“最低限度的權利”保障書。數字化時代的到來，打破了“數量化”時代的封閉性，人們仍然需要就建立公共領域達成約定（因此憲法仍將在社會契約的意義上存在），但是，約定的重點改變了。從前人們是從專制君主手中要求“最低限度的自由”，數字化時代中不斷掌握主動權的人們可能需要重新約定政府賴以維護其統治的“最低限度的秩序”。儘管我們尚不完全清楚這一秩序的全貌，現代公民權利的擴張，使我們看到這個最低限度的秩序的範疇正在不斷形成：那就是，個人的可能性空間越來越大，而政府所要承擔的義務越來越多；私人領域越來越處於“不可見”狀態，而公共領域越來越處於“必不可免的可見狀態”；公共領域不再是公共權力部門所主導，以公益為目的的非政府社團組織正在不斷擴展其公共職能。

今天，中國處在數字化與現代化的尷尬邊緣。除了上述問題之外，中國面臨極其特殊的社會現實：首先就是鄉土中國、城市中國、和先進的數字化中國，或曰網絡中國的並存。這種貌似多元的格局實際上並非“自然選擇”的結果，而是以一種等差格局出現的。這其中既有來自于經濟權利不平等而導致的消費“剪刀差”，也有隨著受教育權的不平等而導致的知識剪刀差。本來，任何知識社會本質上都主張技術、科學、和文化比所有財產和階級分化更重要³⁶，然而，在數字化時代，知識的重要性使得“知

35 【美】馬爾庫塞：《單向度的人》，張峰等譯，重慶出版社1988年版，第5頁。

36 【英】艾倫·斯溫杰伍德《社會學思想簡史》，陳瑋等譯，社會科學文獻出版社1988年版，第329頁。

識達爾文主義”重新成爲令人堪憂的問題。在標榜自由競爭的時代，物競天擇、適者生存是最基本也是最高準則。然而人們隨之發現，在“適者”從競爭中脫穎而出之後，“不適者”面臨慘遭淘汰出局的危險。更有甚者，“不適者”不僅僅處于自然淘汰的危機之中，也隨時可能面臨被“適者”強行淘汰的結局——20世紀人類社會所通行的殖民化、種族滅絕和奴役制就堂而皇之地建立在這樣一種理論的基礎之上。第二次世界大戰後人權理論的興起就是爲了糾正這一偏頗，要求對此等處于劣勢的“不適者”或者尚未發展爲“適者”的人進行普遍保護。然而到目前爲止的人權保護仍然是傾向于通過物質幫助所進行的保護。在數字化時代，物質幫助將不再構成發展的核心，對於知識和受教育權的保護則日趨受到重視。否則，即便是對處于鄉土中國、城市中國和數字化中國的所有國民適用一元化標準，也會造成實際上的不平等保護。

這又使得我們再一次回到教育治國的問題。問題在于，誰來教育教育者？根據歷史的落後性作出的論證認爲，在物質上和精神上的不成熟性佔主導地位的條件下，解放必然是強力和行政管理的事情。這種論證不僅是蘇聯馬克思主義的核心，而且也是從柏拉圖到盧梭主張“教育治國”的理論家們的核心。³⁷然而我們發現，在一個權威已經不再權威，主流已經不再主流的時代，製造權威就會受到嘲弄，例如當人們在觀看流行影片《大話西游》時，就對片中嘲諷唐僧（代表正統）表示了一致的贊賞。因此，與其製造權威，讓權威教育社會，不如讓人們從自由選擇當中達成共識。因爲在任何社會當中，只要基于最低限度的秩序，這樣的推論都是成立的：

推論一：

1. 人們能夠達成的合意越多，社會越穩定，所需政府的強制力就越少。
2. 人們的可選擇性越多，就越容易對合意的結果表示滿意。

37 【美】馬爾庫塞：《單向度的人》，張峰等譯，重慶出版社1988年版，第35頁。

3. 所以應當為人們提供更多的可能性。

推論二：

1. 人們的選擇性越少，競爭就越殘酷。
2. 政府管得越多，人們的可選擇性就越少。
3. 所以政府不應當管得太多。