

01

CHAPTER

第一章

## 憲法與憲政

憲法是人民行使其原初主權的行動結果。政府是憲法的創造物；它依據憲法產生和存在。憲法界定和限制它所創設的政府之權力。因之，自然且合乎邏輯的結果是，政府行使任何憲法未授予的權力都是篡權，並且，因此是非法的。

——托馬斯·潘恩（Thomas Paine）<sup>1</sup>

---

1. Paine, Thomas. 1945. *The Complete Writings of Thomas Paine*. Vol. 2. ed. Philip S. Foner. New York: Citadel Press, p. 990.

## 一、憲法的性質

倘若人是天生自由的社會動物，那麼他們面臨着一個十分重要的問題：人們如何自由而和平地共處？政治理論家洛克主張，人們走出自然狀態，進入政治社會並建立政府的目的是，保護個人的自由和財產。<sup>2</sup> 然而，經驗表明，政府一旦確立，極易異化為一個危險的「利維坦」，不僅不能保護個人的自由，反而還可能成為自由的最大敵人。那麼，該如何走出這一困境？

長期的理論研究和經驗考察表明，走出這一困境的主要辦法是，建立一個政府，但是嚴格限制其權力，或者說，建立一個有限政府（limited government）。它意味着，政府的權力是有限度的，是有邊界的，是受到約束的，不是任意和專斷的。那麼，靠什麼來約束政府的權力呢？答案是：憲法。而「憲法」是什麼？

從性質上講，憲法是約束政府權力的基本組織原則，是確立一個有限政府的制度架構。根本而言，它是一個共同體組織或者構成的基本原則，決定了一個共同體是如何構成的，釐定了共同體成員之間的基本關係。憲法的目的旨在限制政府權力，保護個人的基本權利和自由。

任何共同體都有自己的組織原則，因而，任何共同體都可以確立自己的憲法。從這個意義上講，憲法並非與「國家」密不可分。或者，換句話說，並非只有國家才有憲法。小到村鎮社區，大到地區性

---

2. Locke, John. 1947. *Two Treatises of Government*. ed. Thomas Cook. New York: Hafner Publishing Company.

聯盟，甚至全球性的「聯合國」等共同體，都有自己的憲法，不論其名字叫「章程」、「公約」、「憲章」抑或其他。儘管在單一制國家，往往只有或者只承認一部憲法，但在聯邦制國家，則存在和承認若干部憲法。譬如，在美國，每個「州」都有自己的憲法，聯邦也有自己的憲法，多個憲法在那裏發揮着治理作用。<sup>3</sup>

其實，從歷史上看，憲法的出現早於近現代意義的國家或者民族國家（nation-state）。在很大程度上講，憲法的起源至少可以追溯到中世紀——當時歐洲的很多城市或者城市共和國都有自己的憲法，<sup>4</sup>甚至可以追溯到古希臘羅馬時代。<sup>5</sup> 歷史上著名的《大憲章》（1215年），就是25個英格蘭貴族迫使約翰王簽署的憲法。可見，憲法都並非現代國家或者民族國家的產物，並非只有國家才有自己的憲法。那種認為只有國家才有憲法的看法，在很大程度上是受單一制民族國家影響的結果。

還有，儘管「憲法」一詞更多地使用在政治共同體上，但其他類型的共同體，比如公司或者大學，也有自己的憲法——它們常常被稱

---

3. 其實，將美國的“State”譯為「州」在一定程度上體現了單一制的思維方式，因為“State”本身即有「國家」之含義，恰當的譯法或許是「邦」。同樣，將“The United States of America”（美利堅合眾國）簡稱為「美國」也很容易讓人誤以為它是「法國」或者「中國」意義上的「國家」，其實，它是眾多（準）國家（「眾國」）的聯合體，是一個「聯邦」或者「聯盟」（這不能不讓人聯想到正在演化中的「歐盟」）。從這個意義上講，用「美聯邦」或者「美盟」這樣的表達取代「美國」或許更加合適。但在本書中，為避免詞語轉換帶來的混淆和不便，筆者仍從習慣譯法。

4. 〔比利時〕亨利·皮雷納：《中世紀的城市》，陳國梁譯，北京：商務印書館，2006年，107-133頁；〔法〕基佐：《歐洲文明史》，程洪達、沅芷譯，北京：商務印書館，2005年，116-132頁；〔法〕基佐：《法國文明史》第四卷，沅芷、伊信譯，北京：商務印書館，1998年；王建勛：〈憲政的地方根源——兼論中國的憲政之路〉，載《走向憲政》（蔡定劍、王占陽主編），北京：法律出版社，2011年，215-235頁。

5. McIlwain, Charles Howard. 2007. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Indianapolis, IN: Liberty Fund; Gordon, Scott. 1999. *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

為「章程」。<sup>6</sup> 這些「章程」是公司或者大學的根本組織原則，具有憲法的基本特徵。當然，其他社團或者組織也都可以有自己的憲法，確立如何構成的基本原則。

從契約論的角度講，憲法是人們就共同體的基本構架達成的契約，反映了人們就共同體如何構造的基本共識。契約的基礎是自願同意和身份平等，這意味着，契約是平等的個體自願達成一致的產物。這樣，憲法可以被視為平等的共同體成員就其根本架構同意的結果，是共同體成員之間自願達成的契約。從這個意義上講，憲法必須經過共同體成員的同意，否則不具有正當性。<sup>7</sup>

應當指出，社會契約論常被經典理論家們用來論證政府或者國家的起源，但這一解釋方向常遭詬病，原因之一在於它與經驗證據不符，政府或者國家的起源經常是戰爭、征服或者長期演化的結果。<sup>8</sup> 毋庸置疑，社會契約論的長處不在於論證政府或者國家的起源，而在於論證政府或者國家的正當性，在於論證憲法的合法性。也就是說，社會契約論的核心價值不在於其解釋性（*explanatory*）指向，而在於其論證正當性（*justificatory*）特點。<sup>9</sup> 社會契約論的基本核心是同意，它意味着，未經人們同意而確立的政府或者憲法不具有正

- 
6. 「章程」的英文是“charter”，而中世紀很多城市的憲法和《聯合國憲章》的名稱也叫“charter”。
  7. 漢密爾頓（Alexander Hamilton）指出：「美國的架構應當建立在人民同意（THE CONSENT OF THE PEOPLE）的牢固基礎之上。全國性權力的溪流應當直接流自那個所有合法性權威的純潔的、最初的源泉。」強調為原文所有。見Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 112。
  8. 休謨和史密斯是社會契約論的有力批評者，參見Hume, David. 1987. *Essays, Moral, Political, and Literary*. ed. Eugene F. Miller. Rev. ed. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 465–487; Smith, Adam. 1982. *Lectures on Jurisprudence*. ed. R. L. Meek, D. D. Raphael, and P. G. Stein. Indianapolis, IN: Liberty Fund, pp. 200–215, 314–325, 401–437。
  9. Buchanan, James M. 1987. “The Constitution of Economic Policy,” *American Economic Review* 77(3): 243–250.

當性。<sup>10</sup> 這一思想對於近現代以來憲政民主政體的確立至關重要，尤其是北美殖民地和美利堅合眾國的構建。從1620年的《「五月花號」公約》（*Mayflower Compact*），到1639年的《康涅狄格基本法》（*Fundamental Orders of Connecticut*），再到1787年的《美利堅合眾國憲法》，無不體現了以同意為根基的社會契約思想。<sup>11</sup>

從法律的角度講，憲法是一個共同體中的「根本法」（*fundamental law*）或者「高級法」（*higher law*），<sup>12</sup> 位階和效力高於普通的法律。<sup>13</sup> 或者，換句話說，憲法是「法律的法律」、「規則的規則」或者「元規則」。憲法的根本性不僅在於它為一個共同體的基本架構奠定了基礎，確立了共同體成員之間共處的基本原則，釐定了公共權威的行動邊界，為個人的基本權利和自由提供了制度保障，而且在於它是制定普通法律的依據和準則，所有與其抵觸或者超越其授權的普通法律都是無效的。

憲法的根本法和高級法地位意味着，它在一個共同體內擁有最高效力，任何與它抵觸的普通法律都無效。這種效力上的等級差別為違憲審查提供了可能性。<sup>14</sup> 在一個聯邦式的共同體內，由於存在多個層

- 
10. 關於「同意」在西方政治思想中的歷史和作用，參見Johnston, David. 2010. "A History of Consent in Western Thought," in *The Ethics of Consent: Theory and Practice*. ed. Franklin G. Miller and Allan Wertheimer, 25–54. New York: Oxford University Press.
  11. 關於殖民地美國的憲法性文件，參見Lutz, Donald S. ed. 1998. *Colonial Origins of the American Constitution: A Documentary History*. Indianapolis, IN: Liberty Fund.
  12. 關於「高級法」或者「根本法」的觀念，參見Corwin, Edward S. 2008. *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*. Indianapolis, IN: Liberty Fund; Thompson, C. Bradley. 2006. "James Madison and the Idea of Fundamental Law," in *America and Enlightenment Constitutionalism*. ed. Gary L. McDowell and Johnathan O'Neill, New York: Palgrave Macmillan, pp. 243–263.
  13. 亞里士多德已經認識到「憲法」和「法律」之間的區別，並指出法律必須合乎憲法，而非相反。見Aristotle. 1962. *The Politics of Aristotle*. ed. and trans. Ernest Baker. New York: Oxford University Press, p. 156.
  14. Dumbauld, Edward. *Judicial Review and Popular Sovereignty*, 99 U. Pa. L. Rev. 197, 199 (1950).

面的憲法，不同層面的憲法在各自的管轄範圍內擁有最高效力，聯邦憲法在整個聯邦範圍內就聯邦的事務擁有最高效力，而每一個州的憲法則在本州內就本州事務擁有最高效力。這兩種不同的「最高效力」並不矛盾，因為它們的適用範圍和管轄權不同，聯邦憲法只涉及到有關整個聯邦的事務，而州憲法則只涉及到有關本州的事務。通常情況下，聯邦憲法並非在效力上高於州憲法，因為二者適用的範圍和管轄權不同，二者不存在效力高低的關係，正如聯邦政府並非高於州政府一樣。難怪在聯邦體制下，儘管聯邦有自己的最高法院，但各州也都有自己的最高法院。對於只涉及到州事務的案件，州最高法院便是終極裁決之地，只有那些涉及到聯邦事務的案件，才會進入到聯邦法院系統。當然，州憲法不能違反聯邦憲法的明確規定，因為聯邦憲法是各州同意的產物。

應當指出，在19世紀之前，人們對憲法的理解基本上是確定和清晰的，它有着特定的含義：限制政府權力、保護個人自由的制度安排。這是一種實質意義上的對憲法的理解，並非任何一個共同體都有憲法，或者，並非任何一個叫「憲法」的文件都是真正意義上的憲法。但在20世紀之後，人們對憲法的理解發生了變化，它被用來指稱任何一種政府形式，任何一種政府架構，無論政府的權力是否受到限制。這種理解認為，任何政府都有憲法，無論其多麼專制。顯然，這是一種對憲法的形式意義的理解。<sup>15</sup>

鑒於這種理解的混亂，美國政治學家薩托利（Giovanni Sartori）區分了三種不同類型的憲法：（1）保障憲法（*garantiste constitution*），這種憲法是名副其實的憲法，能夠有效限制政府的權力、保護個人的自由，形式與實質一致。（2）名義憲法（*nominal*

---

15. Sartori, Giovanni. 1962. "Constitutionalism: A Preliminary Discussion," *American Political Science Review* 56(4): 853–864.

constitution)，儘管這種憲法是政府如何組織的真實反映，但它反映的是無限政府的組織原則；因而，憲法只是名義上存在，但沒有限制政府權力的作用。（3）門面憲法（façade constitution），也叫冒牌憲法（fake constitution），這種憲法不是政府如何組織的真實反映，是「假冒產品」；儘管它看起來跟真正的憲法一樣，但它與現實世界完全是兩回事，並不在現實生活中發揮任何作用；這樣的憲法只是為專制統治裝點門面，並不是為了限制權力。

在當今世界，對憲法的形式意義理解似乎已經「深入人心」，很多人都認為，即使那些專制的國家，也都有自己的「憲法」，無論它們是徒有虛名，還是為了裝點門面。儘管我們很難說這種對憲法的理解是錯誤的，但我們可以肯定，「憲法」的含義在人們的心目中已經發生了流變，那些曾經不被認為是憲法的文件或者制度，在今天被人們稱為「憲法」。對憲法進行形式意義理解的流行表達或許是，一個專制國家「有憲法而無憲政」。在這裏，人們不知不覺地用「憲政」替代了前人所理解的「憲法」。

另外，學者們經常會對憲法進行「成文憲法」和「不成文憲法」的區分，將前者理解為具有形式上文本的憲法，將後者理解為不具有此種文本的憲法。美國是典型的成文憲法國家，而英國則是典型的不成文憲法國家。<sup>16</sup> 當然，憲法是否有效發揮限制權力的作用與它是否成文沒有必然關係，儘管大多數憲政國家的憲法都是成文的。

最後，為了進一步闡明憲法的性質，在討論了憲法是什麼之後，我們有必要澄清一下憲法不是什麼。首先，憲法不是一個階級壓迫另一個階級的工具，不是統治階級意志的體現，而是一個共同體全部成員的基本共識。憲法的目的不是保護一部分人、鎮壓另一部分

---

16. 不成文憲法國家或者邦州還有以色列、紐西蘭、聖馬利諾（San Marino）以及加拿大的一些省等。

人，而是保護一個共同體的所有成員。憲法不按照階級把人們劃分為「三六九等」，而是以自由和權利的平等為基本原則。

其次，憲法不是政黨意志的體現，不是政黨為了自身的統治而頒行的文件。從根本上講，憲法與政黨無關，因為它關心的是所有人的福祉，而非任何黨派及其成員的利益。儘管政黨被認為是現代民主政體的基本要素，但憲法決不（應）是任何政黨意志的體現，否則，憲法必然是「偏頗」的。儘管在憲法之下，人們擁有結社自由，政黨可以自行成立，但任何政黨的意志都不能轉化為憲法，任何政黨都不能凌駕於憲法之上。

再者，憲法不是富國強兵或者維護社會穩定的工具，也不是實現特定社會經濟目標的手段。相反，憲法的主要甚至唯一目的是限制政府的權力、保護個人的基本權利和自由。在一個限權憲法得到有效實施的國家，儘管可能會出現社會的繁榮與穩定，但它們不過是權力受到限制、個人獲得自由的副產品或者間接結果。限權憲法的實施未必能導致一個國家的強大，但它能成就一個社會的自由。從歷史上看，憲法的出現是為了建立一個自由社會（free society），在那裏，政府的權力受到有效約束，個人的基本權利和自由受到良好保護。

## 二、立憲的邏輯

自由社會之實現，要求熟諳立憲的邏輯。憲法應當如何制定？由誰來制定？經過怎樣的程序？立憲應當恪守什麼樣的原則？其實，嚴格來講，憲法和法律並不是「制定」（make）出來的，而是「發現」（discover）出來的。在18世紀之前，甚至在今天的英美社會，人們認為法律是長期的習俗、慣例、道德、經驗、傳統等因素的總結，是長期演化的結果，不是一些人憑空杜撰或者炮製出來的，不是一些人根



據某種程序為另一些人制定的規矩；立法不過是一個發現法律的過程，而不是一個制定法律的過程，法律本來就存在於人們的互動和生活經驗中，立法過程不過是對這些本來就存在的規則進行確認、明晰和重述而已。<sup>17</sup> 從這個意義上講，立憲的過程並不是脫離人們的生活經驗炮製一部憲法，而是對人們在社會生活中互動的基本原則予以確認而已。憲法不是賦予了人們自由和權利，而是對人們本來就享有的自由和權利予以確認。不是因為憲法，人們才有了自由和權利，而是因為對人們本來就享有那些自由和權利，才在憲法中將其明確規定了下來。

因之，這裏所說的憲法「制定」或者「立憲」，都只是意味着對人們在社會生活中交往與互動的基本原則的確認，都只是意味着對人們本來就享有的自由和權利的認可，只不過是把它們以某種較為清晰的方式確立下來而已，儘管結果經常是以某種文本展現出來。憲法制定或者立憲不是不顧人們生活經驗的規則炮製，也不是賦予人們自由和權利的過程。簡單地說，憲法制定或者立憲就是把人們對共同體制度構造的共識及天賦的基本權利和自由確認下來而已。<sup>18</sup>

---

17. Hayek, F. A. 1982. *Law, Legislation and Liberty Vol. 1: Rules and Order*. London: Routledge & Kegan Paul, pp. 72–93; Hayek, F. A. 1972. *The Constitution of Liberty*. Chicago: Henry Regnery Company, pp. 162–175; Leoni, Bruno. 1991. *Freedom and the Law*. 3rd ed. Indianapolis, IN: Liberty Fund.

18. 毋庸諱言，這裏採納了自然法 (natural law) 的權利觀，與法律實證主義 (legal positivism) 的權利觀適成對照。對自然法和自然權利的經典討論，見諸阿奎那 (Thomas Aquinas)、洛克、霍布斯 (Thomas Hobbes)、格勞修斯 (Hugo Grotius)、普芬道夫 (Samuel Pufendorf) 等理論家的著作；對自然法和自然權利的當代論述，參見Finnis, John. 2011. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. New York: Oxford University Press。法律實證主義的倡導者主要為邊沁 (Jeremy Bentham)、奧斯汀、凱爾森 (Hans Kelsen) 和哈特 (H. L. A. Hart) 等，代表性的著作如Kelsen, Hans. 1945. *General Theory of Law and State*. trans. Anders Wedberg. Cambridge, MA: Harvard University Press; Hart, H. L. A. 1994. *The Concept of Law*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press。

那麼，憲法是由誰確立或者制定的呢？從法理上講，立憲的主體是共同體的全體成員，或者，用一個時常引起誤解的術語，那就是「人民」。必須指出，這裏的「人民」不過是一個共同體中全體成員的簡單相加，既不是一個獨立於每個個人的抽象的集合概念，也不是一個與「敵人」相對的政治概念。<sup>19</sup> 憲法與法律的一個重大區別在於，前者是由人民制定的，而後者是由人民的代表——議員——制定的。人民高於人民的代表，因而憲法的效力高於法律。麥迪遜曾說：「美國人所熟悉的憲法與法律之間的重要區別，前者由人民確立且政府無權改變，後者由政府確立且政府可以改變，在任何其他國家都鮮為理解，也較少得到遵奉。」<sup>20</sup>

在很大程度上講，憲法由人民制定是「主權在民」或者「人民主權」（popular sovereignty）的體現，如果「主權」概念仍有保留價值的話。<sup>21</sup> 「人民主權」中的「人民」，同樣應當被理解為個人的簡單相加，而非獨立於個人的抽象的集合。實際上，根本不存在這樣的抽象物，正如不存在盧梭的「公意」（general will）一樣，抽象意義上的「人民」和「人民主權」都只是擬制的結果或者想像的存在。從這個意義上說，「人民主權」不過是「個人主權」（individual

---

19. 除非有特別說明，本書中的「人民」一詞均被理解為個人的簡單相加。

20. Hamilton, Alexander, John Jay, and James Madison. 2001. *The Federalist*. The Gideon Edition. ed. George W. Carey and James McClellan. Indianapolis, IN: Liberty Fund, p. 277.

21. 「主權」是政治思想史上一個頗為複雜且爭議很大的概念，深入的考察需要專門的論述，這裏的討論幾乎是蜻蜓點水式的。對於主權的早期論述，仍屬博丹（Jean Bodin）、霍布斯、盧梭等人的著作。對於「人民主權」觀念的起源，見Gierke, Otto. 1958. *Political Theories of the Middle Age*. trans. Frederic William Maitland. Boston: Beacon Press, pp. 37-61; Morgon, Edmund S. 1988. *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*. New York: W. W. Norton & Company。