

憲政中國 叢書

朱國斌 主編

憲政常識

張千帆



CITYU HK
PRESS

憲政中國

王雲五題

憲政常識

憲政常識

張千帆

憲政中國叢書



CITYU HK
PRESS

鳴謝

本叢書名「憲政中國」由王燕民先生題字，謹此致謝。

©2016 香港城市大學

本書版權受香港及國際知識版權法例保護。除獲香港城市大學書面允許外，不得在任何地區，以任何方式，任何媒介或網絡，任何文字翻印、仿製、數碼化或轉載、播送本書文字或圖表。

國際統一書號：978-962-937-293-4

出版

香港城市大學出版社
香港九龍達之路
香港城市大學
網址：www.cityu.edu.hk/upress
電郵：upress@cityu.edu.hk

©2016 City University of Hong Kong

The Elements of Constitutional Law

(in traditional Chinese characters)

ISBN: 978-962-937-293-4

Published by

City University of Hong Kong Press
Tat Chee Avenue
Kowloon, Hong Kong
Website: www.cityu.edu.hk/upress
E-mail: upress@cityu.edu.hk

Printed in Hong Kong

總序 | xi

序言：憲政為誰而立？ | xv

第一章、憲法能為我們做什麼？

一、憲法的功能主義視角 | 003

二、法治是什麼？ | 008

三、憲法的理論基礎 | 022

四、「憲法」是什麼 | 030

五、憲法的基本結構 | 040

六、憲法的基本價值與原則 | 045

七、憲法的特質 | 053

第二章、西方憲政發展概要

一、從章程到憲法：公法的私法起源 | 077

二、美國立憲——領世界風氣之先 | 080

三、法國憲法——歷經曲折，終成正果 | 090

四、聯邦德國——鳳凰涅槃，起死回生 | 096

五、走向一個歐洲聯邦？ | 099

六、第三次憲政浪潮——

「橙色革命」的前景 | 102

七、總結：憲政是世界文明發展的

普遍規律 | 104

第三章、中國憲政發展概要

- 一、預備立憲（1895–1911） | 117
- 二、嘗試立憲（1912–1926） | 129
- 三、國民政府時期（1928–1948） | 143
- 四、台灣地區憲政進程概述 | 156
- 五、人民共和國時期（1949年至今） | 162

第四章、從憲法到憲政——

司法審查與憲法效力

- 一、什麼是憲政 | 170
- 二、司法審查的起源 | 174
- 三、憲法效力與司法審查 | 187
- 四、中國憲法的「司法化」？ | 198
- 五、司法審查制度的發展與現狀 | 203
- 六、司法審查的模式 | 213
- 七、司法審查的要件 | 223
- 八、中國憲法審查模式之探討 | 227
- 九、憲法解釋的方法 | 232
- 十、法院與民主——司法審查的政治含義、
問題及啟示 | 238

第五章、憲法權利

- 一、權利是什麼？ | 252
 - 二、權利的屬性 | 255
 - 三、選舉平等與政治民主 | 273
-

第六章、言論自由的憲法保護

- 一、言論自由的憲法邊界 | 289
 - 二、「象徵性言論」 | 300
 - 三、言論自由與名譽權 | 305
 - 四、言論自由與社會寬容 | 315
 - 五、新聞與出版自由 | 323
 - 六、集會自由及其限度 | 346
 - 七、結社自由及其限度 | 352
-

代結論——憲政共識宣言 | 359

一

社會進步、制度發展、歷史演進總是遵循一定規律的。「規律」者，「天下大勢」也。

約在一百年前的1916年9月15日，孫中山先生於浙江海寧「三到亭」（現名「中山亭」）觀潮時題寫：「世界潮流，浩浩蕩蕩，順之則昌，逆之則亡。」（一說於1920年下半年，孫中山在上海應黃文中所請，為其《日本民權發達史》一書譯稿題寫）。

縱觀世界近現代史，我們可以歸結所謂「天下大勢」、「世界潮流」為：社會不斷走向自由、民主、開放、文明，專制政府逐步退場，民權保障不斷提升和完善。故，順勢而為應是發展之不二法門。

論到政治與憲政制度之發展，大勢乃是公權力在膨脹的過程中，同時受到來自憲法與制度之限制與束縛，權力之間既分立又互相制衡；與此同時，公民權利之範圍得以持續拓展，權利保障體系亦得到民主憲法之加持鞏固。此即憲政「大勢」。

二

近代中國以降，仁人志士、體制內外有遠大抱負之有識之士，清晰看到國家之落後與衰敗，深切體認發展與進步之必要，屢屢推動改

良、改革，乃至革命，於是乎就有了洋務運動、君主立憲、辛亥革命，進而建立中華民國及中華人民共和國。無論改良與革命，都旨在改造一個落後國家，建立一個新型國家，這都是順應孫中山先生所謂之「潮流」。

三

從大勢觀之，中華人民共和國歷史在前進與徘徊、希望與失望、痛苦與歡樂中交替演進。時至今日，她仍然在尋覓一條「中國道路」。重要且令人欣慰的是，歷史仍在持續進步中。共和國歷史的演進既堅守中國本體自有之DNA，又吸納人類文明社會發展之普世經驗與進步要素。

憲政（constitutionalism），無疑就是這樣一種普世經驗與進步要素。

四

2012年11月，執政黨中國共產黨召開「中國共產黨第十八次全國代表大會」，不久即提出「中國夢」藍圖。緊接着在12月初，中國總書記習近平在中國憲法30周年紀念大會上突出強調「憲法的生命在於實施，憲法的權威也在於實施」這一論斷。2013年新年伊始，輿論界、思想界漸有將「中國夢」解讀為「憲政夢」之勢。

孰料，好景不長。此後意識形態風向左右搖擺不定，思想界逐步走向撕裂，難以凝聚並達成共識。進入5月下旬，執政黨之一黨刊《紅旗文稿》，刊發首都一法學教授的奇文〈憲政與人民民主制度之比較研究〉，旗幟鮮明地反對憲政。剎那間，該文迅即發力，「攪得

周天寒徹」。各大黨報黨刊跟進造勢，社科各界——特別是法律界、政治學界，還有馬列主義研究學者，甚至是哲學學者——紛紛亮明觀點，排隊站隊，加入這場時約兩年的大論戰。

經過若干波跨界論爭後，基本形成了以下幾種學術觀點與流派：反憲政主義派、自由主義憲政派、社會主義憲政派、國家主義憲政派及儒家憲政派。此外，還有以政治憲法學途徑參與論戰的憲政主義流派。儘管不同學者對以上觀點與學派分類或名稱可能持不同意見，但是在宏觀方面沒有異議。

時至今日，學術論戰的高潮業已退去，因為有關當局似有定論，當然那不是學術性質的定論或大多數知識人的共識，而是某種意識形態的勝利。然而，這場論戰的意義非凡且深遠。

五

編輯出版《憲政中國》叢書的初衷是：第一、發表主要學派代表人物之代表作，用以記載這場不久前發生的論戰；第二、保留學術歷史文獻，傳承歷史記憶；第三、積累資訊，為將來繼續論戰有系統地儲備知識。

最後，回應文首：追隨大勢，推進憲政，開啟新局！

朱國斌

香港城市大學法學教授

2016夏於香港獅子山下

序言



憲法為誰而立？這個問題最簡單，答案只有一個字——你。憲法是為每一個生活在這片土地上的人制訂的，立憲的目的是為了保護每個人的基本利益。讀一讀法國1789年制訂的《人與公民權利宣言》、美國聯邦1791年制訂的《權利法案》、聯合國1948年通過的《世界人權宣言》、德國1949年《基本法》第一章（前19條），或者中國1982年憲法第二章，不難發現世界各國的憲法文本規定了哪些基本權利。無論是言論自由、信仰自由、人身自由、生命權、財產權、隱私權、選舉權等基本權利，還是議會、行政、法院、司法審查等憲法制度，對於保障每一個人的正常生活都是必需的。這一點道理是如此顯而易見，毋須在此浪費時間。如果你還沒有想過這類問題，那只不過是因為憲法離你太遙遠，你對它沒有任何感覺而已；但是如果憲法規定的理念哪怕實現過一天，讓你真切感受到有憲法的生活可以是什麼樣子，那麼在這一天即將過去之際，你是無論如何也不捨得讓它離開的，就好比遇上了你的夢中情人——以前不知道想她，只是不知道有她，或者說她太高、太遠、太美，以致你根本沒有產生過追求她的念頭。

憲法確實是我們的「大眾情人」，因為憲法覆蓋下的人和土地是美麗的（如果你是女性，不妨把它想像為自己的「保鏢」）。憲法獲

得施行的國家不僅生活舒適、經濟發達，人民的人身和財產得到保障，而且空氣清新、陽光明媚、山清水秀。空中沒有過度「發展」帶來的塵霾，湖泊沒有因為過度「發展」而萎縮，水可以放心喝，食品可以安心吃。人們的生活是健康、安全和幸福的，工作、學習、考試都沒有太大的壓力。找工作主要憑本事，而不須要「拼爹」；普通的工種就能為你提供一份體面的薪水，買房、買車、養家糊口不成問題，也無須擔心政府或開發商的推土機會來鏟你買的房；雖然交稅高了點，但剩下的財富都是自己的，而且沒有必要為後顧之憂攢錢，看病有醫保，養老有退休金，子女教育是免費的；遇到糾紛，大家都依法辦事，無須擔憂法院「吃了原告吃被告」；即便遇到領土主權糾紛，只要對方理性克制，也絕不會鬧到群情激憤、擦槍走火的地步，大不了上國際法庭解決爭議……總之，生活在這樣的國家，大家都心平氣和、安逸快樂。這樣的生活誰不嚮往呢？

然而，為什麼我們對憲法還是如此陌生、如此遙遠、如此找不到感覺？原因很簡單——憲法沒有得到實施，以致有憲法而無憲政。憲法沒有落實，就只能停留在紙面上，不能進入你的實際生活，也不能進入你的感覺世界。對你來說有感覺的可能是《收容遣送條例》，因為那一年不巧被你碰上了；可能是《勞動教養試行辦法》，因為你批評政府「猛」了點；可能是《城市拆遷條例》或《房屋徵收與補償條例》，因為有人要拆你家的房子；可能是《土地管理法》，因為政府不讓你改變自家承包地的用途；也可能是《村民委員會組織法》，因為上級干預了村委會選舉……總之，法律只有在落實時，你才會感到它的存在。憲法沒有落實，猶如畫餅充飢，讓你感覺不到其存在。憲法如同不存在，其他各種法律、規定卻實實在在地影響你的生活。麻煩就來了，因為如果法律不受憲法控制，那麼惡法就會大行其道。難怪以上提到的這些法律有的是良法，有的卻是地地道道的惡法，譬如2001年廢止的《收容遣送條例》和2010年廢止的《城市拆遷條例》。

憲法得不到實施的直接原因是實施機制有缺陷。迄今為止，幾乎所有憲政國家都有憲法訴訟，因為「徒法不足以自行」，沒有哪部法能夠不經過訴訟而獲得自動實施。如果憲法也是法，就須要建立憲法訴訟機制，由司法性質的機構來解決憲法爭議，至少要有專門機構解釋憲法。然而，中國1982年憲法卻一直由日理萬機的全國人大常委會釋憲，以致憲法頒佈三十多年來從未得到解釋，而國家權力違憲的現象卻屢見不鮮。在許多人眼裏，八二憲法被長期束之高閣。

二

既如此，為什麼不設計更有效的憲法實施機制呢？這個問題有點複雜。首先，立憲修憲、機構設置要靠政府才能實現——譬如在中國，全國人大負責修改憲法，而政府很可能不願意讓自己的權力受到憲法約束。這也是人大釋憲機制的另一個問題：有效的憲法實施機制意味着立法將受制於憲法約束，而法律正是由全國人大或常委會自己制訂的。人大常委會為什麼要依據憲法宣佈自己制訂的法律「違憲」呢？這樣做等於自我否定。全國人大為什麼要設置更有效的實施機制，賦予另一個機構宣佈自己制訂的法律違憲的權力呢？這樣做等於自我棄權。實施憲法確實對人民好，但是在官員看來卻未必好，因為保護民權和約束官權往往是同義詞。我們每個人都是理性的，官員也是理性的。理性告訴公民，要實施憲法；但理性也同樣告訴官員，實施憲法對自己不利。權力是不會把自己關進籠子裏的。

如此看來，政府之所以要實施憲法，一定是迫於無奈、迫不得已——如果不實施憲法，它固然一時得以濫用公權、謀取私利，但是很快就會面臨更不利的後果，譬如被選民趕下台。沒有這個壓力，任何政府都不會主動實施憲法。1974年，美國發生「水門事件」，地

方法院要求尼克遜總統交出涉嫌犯罪的錄音磁帶，被他拒絕。官司一直打到最高法院，法院明確要求總統交出磁帶，總統旋即宣佈辭職。尼克遜之所以這麼做，不是因為他怕最高法院的一紙判決，而是因為如果他敢不服從判決，那麼他必然為全體美國公民所唾棄。與其等着國會彈劾並成為有史以來第一個被趕下台的美國總統，不如自己知趣、激流勇退。假如沒有強大的民意作為後盾，尼克遜很可能會和民國初期的袁世凱一樣，和國會及法院打一場「持久戰」。總之，既然憲法對人民有利，人民自己得站起來維護憲法；或更準確地說，人民能通過某種方式迫使政府實施憲法。

通過什麼方式？如果一定要等到公權濫用無可復加，被迫到走投無路的百姓不得不揭竿而起、推翻暴政，那麼社會代價無疑太大了——不僅是革命流血的代價，更可觀的是長期暴政給社會帶來的深重災難。更何況革命產生的政權可以承諾憲政，但是如果掌權後權力依然不受約束，便未必兌現承諾。相比之下，在選票箱前完成的和平政權更迭代價小得多，對公權的約束也有效得多。周期性選舉使官員不斷處於政治壓力之下。如果多數選民要求施行憲政，政府便不得不實施憲法。由此可見，民主是憲政的前提。民主國家永遠可以訴諸選民理性，通過說服多數選民建構對多數人有利的制度。在非民主國家，這一切都免談，因為不對選民負責的執政者熱衷於如何維護自己的短期既得利益，根本不會有興趣考慮對社會長期有利的限制權力和削弱既得利益的制度安排。

三

由此可見，憲政的關鍵動力在人民。如果沒有人民的政治壓力，政府即不會自動實施憲法。一個國家之所以有憲法而無憲政，根本原

因在於人民的政治壓力不夠大，而要產生足夠的政治壓力，必須具備三個方面的條件。這三類條件都涉及人民的主觀素質，而後者又取決於一定的歷史條件。這是為什麼憲政和民主與法治相比是相對晚近的現象，直到18世紀後期才在歐美破土而出，直到第二次世界大戰結束後才在歐洲大陸生根結果。世界其他地區的憲政發展更為參差不齊，許多國家至今仍然在走向憲政之路上蹣跚而行。中國從清末立憲起歷經坎坷，更換了十餘部憲法，但是均未得到有效實施，唯一例外是1987年台灣政治轉型後適用於該地區的《中華民國憲法》。

憲法實施的第一類條件是認知，即人民對自身利益有清晰的認識，對正當的國家制度有基本知識，並能看到憲法制度和自身長遠利益之間的聯繫。這個條件顯然是相當苛刻的，它要求全民達到相當普及的教育和交流水準。沒有基本的憲法和法律教育，人民連憲法是何物都沒有一點概念，或者知道有一部憲法，但是因為憲法和自己沒有利害關係而完全找不到感覺，那麼人民就不會產生實施憲法的訴求。人民不施加行憲的壓力，政府當然也就沒有行憲的動力。遙想清末或民初，絕大多數國民都大字不識，生活在忙於油鹽醬醋的蒙昧狀態，自然談不上任何憲法意識，歷次「護憲」、「倒憲」之爭純屬政治精英內部鬥爭，而擁護憲法的開明改革派在代表既得利益的保守派面前歷來處於下風，屢戰屢敗。沒有人民的支持，憲政改良必然失敗。

這也是為什麼早期憲政均局限於貴族階層。世界上最早的憲法文件——1215年的《大憲章》（*Magna Carta*）——就是英國貴族迫使約翰王（King John of England）簽署的「停火協議」；1689年《權利法案》也主要是英國貴族約束王權的產物。事實上，就連1788年美國聯邦憲法也主要是主導地方政治的精英——也就是「國父們」——制訂的。這些社會精英無疑受過良好的教育，具備較強的法治意識乃至憲政理念。他們之所以推動憲政，主要是為了更好地維護自身利益不受國家權力侵犯。有的是為了抗衡專制統治者，譬如英國貴族不願意

捲入國王發動的戰爭；有的則是為了防範當時蒸蒸日上的民主勢力，譬如美國立憲者看到大眾民主是不可阻擋的大趨勢，因而因勢利導，通過制訂並實施聯邦憲法來防止可能發生的「多數人暴政」。

一開始，憲政只是有利於貴族或有產者等少數人。在封閉的封建時代，每一個城堡都相當於一個自給自足的「國家」，貴族和農民（或農奴）猶如一個大家族，上下形成人身依附關係；每個農民的視野裏只有自己的領主和耕地，生老病死都在農莊，鮮少和外界打交道，也基本上不涉及國家法律。工業革命打破了封建農耕格局，讓愈來愈多的農民脫離土地而成為自由職業人，不斷擴大自主社會活動的範圍並增強不同階層的流動性，進而產生對現代法治的需求，現代民族國家應運而生。一旦愈來愈多的農民成為市民和納稅人，他們對參與國家政治和法律形成的願望也與日俱增，而國王和貴族都急於拉攏他們成為自己的政治盟友，愈來愈多的市民獲得普選權並成為現代國家的「公民」。隨着民主政治的深化與擴大，民眾的教育和法律意識逐漸普及，平民們不斷利用貴族搭建的憲法框架維護自己的權利，憲法實施的範圍愈來愈大，直至覆蓋每一個人。

憲法實施的第二類條件是道德訴求，這對於憲政制度的構建尤其重要。只是知道憲法實施對自己有利是不夠的，因為推動憲政需要一定的付出，甚至須要承擔一定風險，而憲政事業需要全民集體行動，因而受制於「集體行動的困境」；人數愈多，集體行動愈難。如果只有自己一個人出來推動憲政，無疑是徒勞無功的犧牲；如果大家都出來推動憲政，自己又可以「搭便車」，坐等享受「免費午餐」。如果所有人都是成本——利益分析決定的理性人，那麼所有人都將陷入此類「囚徒困境」；雖然憲政最終對所有人有利，卻看不到一個人出來推行憲政。因此，除了利益認知等理性動力之外，憲政還需要非理性動力才能啟動；至少相當一部分公民須要將憲政作為自己的信仰和道德訴求，而非斤斤於眼前小利。

憲法實施的第三類條件是決定或影響政府行為模式的政治渠道。憲法實施不只是公民的單邊行動，而需要官民聯手合作；否則，不論社會呼聲再高，政府依然拒絕履行憲法義務，那麼只能導致官民裂痕愈來愈深，而憲法仍舊得不到實施。只有當選民可以通過輿論和選舉等途徑迫使政府行憲，憲法才有望落到實處。第三類條件和前兩類條件相輔相成。政治渠道不僅有效降低了人民推動憲政的成本與風險，而且有意義的政治實踐是最好的國民憲法教育，能夠極大提升國民的憲法意識，並使憲政成為普遍的道德訴求。反過來，民主政治本身也是憲政的組成部分；在憲法沒有得到落實的國家，政治渠道本身即需要公民在不斷參與和推動憲政的過程中打通。

四

中國憲政現在處於什麼階段？改革開放三十年來，尤其是隨着互聯網的興起，中國公民的憲法與法律意識得到極大提高。在遇到公權濫用的時候，愈來愈多的公民懂得運用憲法來維護自己的權利。即便是農民也早已超越了封建莊園時代，現代農業面向廣闊的市場並涉及諸多法律關係；涉及農民切身利益的城鎮化和土地徵收是典型的憲法問題，村民自治和基層人大選舉更是憲法賦予的政治權利，而愈來愈多的農民開始意識到政治權利對於保護財產和經濟利益的重要性。2013年5月，部分御用文人發表反憲政言論遭遇鋪天蓋地的批駁和譏諷，可見憲政已然成為相當多數的公民共識。因此，憲法實施的第一個條件已經基本成熟。

同時，在公民護憲運動中，湧現出一批敢言敢為的法律人、媒體人和自由職業人士。他們出於正義感和職業道德，冒着風險身體力行推動憲法和法律的實施。雖然這一批人數量不多，但是受到社會各階

層的普遍肯定，已經形成了一個積極推動憲政改革的維權核心。維權核心的形成有助於減少維權行動的成本，增加維權成功的機會，並對於更多的公民參與其中發揮榜樣示範效應。如果政府放鬆管制、開放言論、維護公正，那麼目前相對脆弱的維權核心將迅速發展壯大，由此可見，憲法實施的第二個條件已部分成熟。

然而，儘管民間的憲政呼聲不斷高漲，官方仍然拒絕主動實施憲法，政府內部甚至聽不到一點回應民間呼聲的迴響，官民之間在憲政改革立場上嚴重對立，公民對憲政的有限訴求和壓力未能打通影響政府決策的政治渠道。在各級各地選舉幾乎全部走過場的今天，選民意志對國家決策完全不發揮作用，這種情形是一點不令人驚訝的。鑒於此，我們不得不說，憲法實施的第三個條件尚未有破冰的跡象。今後中國民間憲政的重點和難點，均在於如何推動政府承認憲政、實施憲法，捨此別無他途。

雖然憲法是為我們每個人而立，但是要享受憲法賜予的恩澤，我們還須要付出相當艱苦的努力。換個角度看，憲法權利是賦予公民的；我們自己首先要成為公民，才有資格享受憲法賦予的自由。固然，政府不願主動施行憲政，憲政改革之路必然困難重重，但是這不等於說我們公民只能無所事事，坐等某個開明領導出場。恰好相反，中國改革的經驗和教訓表明，良性改革都是被民間「倒逼」出來的。如果我們不能為憲政改革準備成熟的社會條件，那個萬人矚目的開明領袖永遠不會降臨。

其實在當代中國，每個人都有發聲的能力、行動的空間。在網絡時代，我們至少有相當充分的言論自由和有限的新聞自由，政府也極其注重自己的社會「形象」，因而眾人發聲就足以讓政府重視民意。即便選舉不真實，但是選票畢竟在我們手中，是否投出屬於自己的一票是每個人的自由選擇，政府並不能剝奪或干預。如果有足夠多的選

民站出來投票，那麼原本無意義的選舉將變得愈來愈有意義，實質變革即從此開始。

本書的出版承蒙香港城市大學出版社朱國斌社長的大力支持，責任編輯陳小歡等耐心校讀了全稿，在此一併致謝。

01

CHAPTER
第一章

憲法能為我們做什麼？

憲法究竟能為我們做什麼？對於每一個關心憲法的公民，這是首要關心的問題。每個理性人都是實用主義者，這也是我們對待憲法和法律的態度。公民研究法律，更多的是出於如何用法律更好地保護自己的權益；立法者研究法律，是因為適合特定社會的法律能給那個社會帶來最好的秩序；即便是罪犯研究法律，也是為了逃避法律的責罰，或將法律給自己帶來的成本降低到最小。

在這個意義上，確實如霍姆斯（Oliver Wendle Holmes）所說，法律是為「壞人」設計的，或者說我們得用「壞人」的眼光來看待和設計法律；¹ 在法律面前，聖人和罪犯是「平等」的：我們大家都是以一種實用主義的態度看待法律，我們所關心的主要是法律給我們帶來的現實效果，而不是法律本身，因為歸根結底，法律是為了你我普通人服務的；脫離了現實中的人，純粹的「法律」本身是沒有意義的。

憲法是最高的法律，但是就和一般法律一樣，憲法也只能從它對現代社會的現實功能找到自己的意義。再崇高的憲法也不是「自在」、「自為」的，而是為人服務的。因此，只有從功能主義視角入手，才能弄清楚憲法或憲法學究竟是什麼。

1. 霍姆斯：〈法律的道路〉，《南京大學法律評論》秋季號（2000），頁6-19。

一、憲法的功能主義視角

1. 法律是公民頭上的「緊箍咒」

要問憲法能為我們做什麼，首先必須回答我們為什麼需要法律。我們不妨從《西游記》中的經典對話開始。對於普通公民來說，法律就好比孫悟空頭上的緊箍咒；一旦悟空做錯了事，師父唐僧就要唸幾句，讓愚頑成性的他痛苦不堪，以致不得不痛改前非。當然，這個比喻引出的問題可能比解決的更多。其實唐僧並非神仙，他也只有一雙凡人的肉眼，還不如孫悟空的火眼金睛，常常識別不出妖魔鬼怪，因而經常錯怪、冤枉了悟空。既然如此，憑什麼唐僧有唸緊箍咒的權力？如何保證唐僧不唸錯經，或不在不該唸的時候唸緊箍咒？我們甚至還可以問，唐僧唸的這部「經」到底是什麼呢？這部「經」本身會不會錯呢，譬如懲罰了不該懲罰的行為？《西遊記》不存在這個問題，因為咒語是全知、全能、至善的如來佛定的，他老人家從不會犯錯。問題是在我們現實社會中，確實「從來就沒有救世主，也不靠神仙皇帝」，從來沒有如來佛為我們立法；立法者也是會犯錯誤的凡夫俗子，這樣如何保證他們規定的「經」不出錯呢？這些問題對於憲政來說都是至關重要的，下面再進一步探討。

對於我們現實生活來說，「緊箍咒」還是有必要的，因為人非聖賢，因而不能指望依靠每個人的道德覺悟約束自己的行為；作為常人，我們不僅會犯錯誤，而且可能犯「罪」——也就是做出「傷天害理」、嚴重侵害他人利益的事情。沒有法律約束，沒有國家強制實施法律約束，至少某些人就會像孫悟空那樣無法無天，而這不能為任何良好的社會所容忍。人類建立國家的目的，就是為了讓所有人生活得更好。為此，法律不得不限定人的自由，為每個人「畫地為牢」；超越法律設定的「雷池」一步，我們就侵佔了鄰居的自由空間。

或者，我們也可以用法律的「鳥籠模型」來表達同樣的意思：法律之於人類，猶如鳥籠對於籠中的小鳥一樣；法律就是一張約束言行的無形之網，籠罩在每一位公民身上，任何超越法定界限的行為都應受到國家制裁。當然，這個比喻也同樣引出了更多的問題，譬如究竟由誰決定「鳥籠」的大小？如何避免發生「鳥籠」被製造得太小的情況？如果小鳥大小不一，鳥籠是否應大小一律平等，還是應該按照個體特徵有所差異？如何防止小鳥類似，但鳥籠大小不一，甚至小鳥大籠子、大鳥小籠子的不合理狀況？

不論如何，以上兩個比喻已經足以說明法律的社會功能。不錯，生活在孤島上的魯濱遜是不需要法律的；無論他如何行為，除了他自己以外不可能傷及他人。然而，一旦他有同伴，他們之間的關係就多少需要道德規則約束；生活在一起的人越多，個人平均活動空間越小，個人自由越是需要規則約束。一旦社會達到一定規模，個人自覺遵行的道德規則不再可靠，至少個人規則的協調將產生巨大成本；社會需要統治，而統治無非是指接受一套統一的法律規則之治。

概言之，法律對於任何一個社會主要有三個方面的功能。一是維持社會秩序，保證個人安全，懲罰犯罪行為，維護基本的公共利益。二是協調社會行為，為人類社會活動提供基本的規則框架，譬如規定「紅燈停、綠燈行」或「靠右行駛」的交通規則。對於第二類功能，法律規則本身的內涵是不那麼重要的。事實上，我們也完全可以規定相反的交通規則，譬如香港就沿襲了英國「靠左行駛」的交通規則；我們需要的只是一套在特定區域內一致實施、沒有矛盾的規則，從而避免個人之間的約定產生的巨大成本（讓行車者自己約定究竟靠左還是靠右行駛，顯然是極為繁瑣甚至危險的）。

最後，與此相關的是，一套確定的法律規則體系將給我們在社會活動中產生理性預期，而這種理性預期對於任何有目的、有計劃的社

會活動是必不可少的。² 老闆之所以在某個地方開工廠，一個重要原因就是在那個地方能找到足夠數量的相對穩定的工人；工人之所以到那個工廠打工，是因為他們相信老闆不會在一夜之間不付報酬就消失，而老闆之所以信任工人，是因為他知道工人對他的理性預期是可信的，反之亦然。雙方的選擇都是基於自己和對方的理性預期，而這種預期是需要法律支撐的；設想國家宣佈明天不再實施合同法，工人為老闆幹活等於白幹，工人對老闆還有任何預期嗎？老闆對工人的預期還有任何預期嗎？我們之所以對彼此的行為選擇存在相對穩定的預期乃至信任，在很大程度上是因為我們都生活在同一個法律框架之下。在這個意義上，所謂的「市場經濟」並非沒有計劃，而只是將計劃的權力從政府轉移到是個體而已。法治的作用正是保證個人行為的可預見性，進而促進社會理性。

即便對於刑法，人們對實施效果的預期也是重要的。如果一個國家制度漏洞多多，刑法對眾多貪官污吏形同虛設，那麼不僅社會上貪污腐敗盛行，而且刑法的偶爾實施也會讓個別「倒霉」的貪官大跌眼鏡、連呼「失算」。本來不論是為官為民，人們對社會回報都有一個正當預期，但是由於法制廢弛，貪欲誘使權力不受控制的官員肆無忌憚地進行「權錢」、「權色」等各種交易，及至遭遇「不幸」查獲的小概率事件，只能自嘆「早知如此，何必當初」，可惜為時已晚。由此可見，一個可以形成理性預期的法律制度，即便對於貪官也是有好處的。

2. 霍姆斯：〈法律的道路〉，頁6-19。

2. 憲法是支撐法網的權利框架

在明確了法律的基本功能之後，現在可以看看憲法的功能了。法律功能主義的基本前提是具體法律是「良法」而非「惡法」，但是如何保證法律是「良法」？這就是憲法學須要考慮的問題。這個問題尤其重要，因為法律其實並非如來佛為孫悟空量身訂造的「緊箍咒」，因而未必總是適合其所適用的對象。法律是人類為了統治自己而制訂的，而人是不完美、有缺陷的；正是因為人有缺陷，所以才需要法律的統治，但這也表明由人制訂的法律本身必然是有缺陷、不完美的。《國際歌》唱得好：「從來就沒有什麼救世主，也不靠神仙皇帝；要創造人類幸福，全靠我們自己。」既然我們不可能把任何意義的「如來」請來人世，人間的法律從來就是我們為自己打造的一副「緊箍咒」，而這副「緊箍咒」可能太緊。或用「鳥籠模式」來說，籠子的空間過分狹小，不必要地限制了籠中鳥的自由。

憲法的功能正是在於保證「緊箍咒」不至於太緊，「鳥籠」不至於過分狹小，籠罩在每個人身上的法網不至於過分限制人類自由。法律為了公共利益而限制人的自由，憲法則為了人的自由而限制法律的限制；法律衡量人的行為是否危害公共利益，憲法則衡量法律是否侵犯個人權利。在這個意義上，憲法是法律的法律，是衡量法律的標準，也是支撐法網的權利框架；一旦法網收得過緊，憲法的權利支架即發揮顯現作用。從功能主義視角來看，憲法不同於普通法律的獨特作用在於保障公民權利。在這一點上，憲法和普通法律的作用力正好相反：雖然憲法和普通法律都是為了使所有人都更好地享受自由，但是普通法律為此目的而限制人的部分自由，憲法則要求普通法律回歸其原初目的。

值得注意的是，法律存在制訂和執行兩個環節，而憲法學主要涉及前者，後者一般是行政法學的事情。如果如來佛的緊箍咒做得大小

正適合孫悟空，而唐僧錯唸了緊箍咒，那麼問題不在緊箍咒本身，而在於控制緊箍咒的人；如果「鳥籠」的規格設計得平整，而在製作過程中走樣變形，最後大小不一，也並非「鳥籠」的原初設計不對，而是製造者偏離設計方案的結果。這些問題發生在執行過程，因而屬行政法治問題；不服者可以將實際製成的「鳥籠」和原初的設計模型相對照，並要求撤換不合規格的「鳥籠」。然而，即便行政法問題也和憲法制度有關。為什麼行政不按立法執行？事實上，如果行政不受立法和民意監督，那麼就很難實現依法行政；如果唐僧的權力不受約束，唸錯經其實是挺正常的事情。如果不能指望如來佛或觀世音的約束，那麼只有迫使唐僧在某種意義上對孫悟空負責，才能控制唐僧唸經的隨意性。

如果「緊箍咒」或「鳥籠」本身的尺寸不合適，那就更不是行政法治所能解決的問題了。如果沒有如來佛，如何保證「緊箍咒」尺寸合適呢？誰才有資格規定「鳥籠」的大小？立法過程在本質上是人類為自己訂造「鳥籠」的過程，究竟誰是立法者？這是一個首要的憲政問題。在憲政落後國家，人民就是被動的「籠中鳥」，等候他們之外的某種力量為他們規定並製作限制自由的籠子。在這種狀況下，是無法保證「鳥籠」設計合適或製作過程符合設計方案的。沒有民主憲政，既無法保證立法是「良法」，更無法實現「良法」之治。

因此，從功能主義的角度看來，社會是需要法律限制的，但法律限制必須是有必要、合目的的，也就是保護每個人的基本自由和生存空間，而非過度或任意的。那又如何保證法律的合目的性呢？這就是憲法的主要功能。憲法禁止法律沒有必要地限制個人自由，或以任意的方式區分人的權利和義務。在這個意義上，憲法是限制的限制，是衡量法律限制是否適當的標準。例如某地政府的徵地補償標準太低。如果標準規定本身沒有問題，而政府沒有按規定執行，那麼這是一個行政訴訟問題；但是如果政府嚴格按規定執行，問題在於規定的標準

本身太低，那麼行政訴訟就無能為力了。在這種情況下，只有通過憲法要求徵地這道加在老百姓頭上的「緊箍咒」達到公正補償的幅度。

二、法治是什麼？

在進一步解釋憲法和憲政之前，有必要解釋法治的含義。由於憲法也是「法」，因而憲法和一般法律之間存在共同性。當然，憲法和普通法律之間也存在差異性；憲法不是一般的法，而是「更高的法」，是衡量一般法律的標尺，一般法律相對於憲法來說是被衡量的對象。但是不論出於共性還是差異，都有必要首先理解法與法治的基本特徵。

改革開放三十年來，至少從1999年修憲開始，「法治」成為全國上下一致追求的目標。毫無疑問，相對無法無天的人治，法治是巨大的社會進步。然而，法治的大力推行也造成神化法治的泛道德化傾向，而一旦泛道德化，不但許多法治問題說不清楚，而且也會模糊視線、誤導方向。假如法治等同於人權，我們似乎就不須要再追求自由了；假如法治等同於民主，我們似乎就不再需要民主了。但實際上，法治就是「法治」，也就是依「法」治國，而不是「民主」、「人權」的代名詞。嚴格來說，即便一個獨裁和專制社會也有法。看看高度極權「大一統」的秦朝，嚴刑峻法還尤其之多；如果官吏嚴格執法，也未嘗不能使這些「惡法」落到實處，而這樣的社會也未必不能被稱之為「法治社會」。在這個意義上，1980年代的「刀制」、「水治」之爭非但沒有擊中問題的要害，反而模糊了法治本身的局限性。³

3. 參見《法治與人治問題討論集》編輯組：《法治與人治問題討論集》（社會科學文獻出版社，2003）。但參見其中於光遠先生的論文：〈對人治與法治問題討論的一點看法〉（頁7-11）。他在當時就清楚看到法治的局限性，例如「法治也不一定傾向於民主」。（頁9）

由此可見，「法」和「法治」本身是道德中性的概念。就和法未必是「良法」而非「惡法」一樣，法治未必能保證良治、遏制惡治；法治既可以和大眾民主聯手壓迫少數人，也可以由少數僭主篡權壓迫多數人。秦朝之所以走向暴政，不在於其是否有「法治」，而是因為它欠缺法治本身所不能提供的東西。專制體制下制訂的法也是「法」。雖然這樣的法可能是侵犯基本人權的「惡法」，但是「惡法」至少在形式上仍不失為「法」。而一部法在實體上究竟是「良法」還是「惡法」，往往是見仁見智的問題，不可能在法治框架內得到答案。要保證法是「良法」、保證政府依「良法」而治，必須解決法治之外的一系列制度問題：「法」由誰制訂，由誰執行？為誰服務？在這個意義上，馬克思的法律工具主義理論並沒有錯：法確實是為「統治階級」服務的，關鍵在於誰是控制法律公器的「統治階級」。

1. 法律是一種強制性義務

作為公民頭上的「緊箍咒」或限制言行自由的「鳥籠」，法律首先是一種強制義務。法律的通常表現形式是禁止加懲罰，例如中國刑法第102條規定：「勾結外國，危害中華人民共和國的主權、領土完整和安全的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑。」因此，純粹法學派創始人凱爾森（Hans Kelsen）指出：「法是一種強制秩序」，是「規定制裁的初級規範」。

法律的義務觀雖然看上去很嚴格，但實際上是以自由主義為出發點，因為它承認人生來自由，只不過人生活在現代文明社會，行為必須接受限制，因而法律不得不給他套上鎖鏈；在法律限制之外，人是自由的，政府不得隨便干預。因此，法國《人權宣言》第5條規定：「任何未被法律禁止的事都不得受到阻礙，且任何人不得被強迫去做

法律並未命令的事情。」換言之，法律義務不僅限制公民自由，而且也排除了政府的非法限制或干預。

作為自由主義的一個面向，法律義務一般是消極的：法律一般只禁止對社會有害的行為，而不要求對社會有益的積極行為。當然，少數法律可能規定積極義務，例如法國的法律懲罰見死不救的不作為。另外，少數法律是授益性的，譬如社會福利法的主體是授予一種利益，但這些畢竟只是少數例外。無論是刑法、行政法還是環境法或侵權法，絕大多數法律都是以規定義務的形式出現的。即便是強調權利和義務對等的合同法或公司法，也還是通過規定對方的義務來保障自己的權利，只不過民法義務不是針對國家的義務，而是針對私人的義務，但即便是民法義務也同樣是通過國家強制實施的。

2. 法律是普遍適用的

法律是普遍適用的強制性規範，而不是針對特定個人的規範。⁴然而，普遍適用並不等於平等適用。我們通常認為，現代西方法治和傳統中國「禮治」的最大區別是法是「平等」適用的，禮則按照人的身分和地位而有差等，⁵但是這其實誤解了法和禮的本質。禮、法在本質上是相同的，都是統治社會的規範。兩者的主要區別在於禮是一種社會道德規範，而法是國家強制實施的法律規範，但是在禮的法典化之後，即便是這個區別也模糊了。對於我們來說，兩者的最大區別無非是「禮」是古代的，「法」是現代的：其實法也不可能是絕對平等的，在這一點上和禮沒有本質區別，只不過禮的區分標準（君臣、父子、男女）早已過時而已。

4. 當然，某些國家的議會可以就特定人或事通過決議乃至「法案」（private bills），但是這類「私人法案」並非通常意義的法律。

5. 例如「君君，臣臣，父父，子子」，《論語·顏淵》。

回到「鳥籠模型」：雖然每個個體都需要一個籠子，但是每個籠子是否應該同樣大小？這是一個具體情況須要具體分析的問題。各國憲法都將平等作為首要憲法原則，譬如1982年憲法第33條規定：「公民在法律面前一律平等」，但是究竟什麼「平等」——是法律在形式上對所有公民平等適用（但是法律本身可以規定不同大小的籠子），還是法律在內容上也要平等（籠子大小相同）？是要求國家保證一種平等結果，還只是一種平等競爭的機會？事實上，人生來是不平等的，各人有不同的能力、特徵、傾向，因而法律框架不能對所有人「一刀切」。例如中國刑法第17條規定：「已滿十六周歲的人犯罪，應當負刑事責任」；「已滿十四周歲不滿十八周歲的人犯罪，應當從輕或者減輕處罰」。這些規定根據年齡，對不同人群規定了不同程度的法律義務。問題在於，法律可以根據什麼標準對不同的人群分類？如果分類理由不成立，那麼區分確實構成違背憲法平等的歧視。

中國的城鄉差別是長期政策歧視的直接結果，而政策歧視最終源於城鄉政治權利差別，農民選舉人大代表的權利只有城市居民的四分之一。在城市打工的農民工也難以得到政治權利的平等保障，農民工的人大代表鳳毛麟角。近年來，有關政策開始向農民（工）傾斜，農民（工）人大代表的比例有所增加。⁶

3. 法律是為了公共利益服務的

作為一種規範，法律不僅是一種事實，而且也必然帶有價值和目的，因為任何規範背後都受到某種價值的指引，至少是某種力量的支配。例如法國《人權宣言》第5條規定：「法律只能禁止對社會有害

6. 〈選舉法今年擬修改：人大代表選舉逐步消除城鄉差別〉，《人民日報》（2008年4月2日）。

的行動」，其價值基礎就是社會的公共利益：法律的正當目的是保護社會公共利益，對於公共利益無益的法律是不正當的。同樣，宣言第4條規定：「自由在於能夠做不損害他人的任何事。」這一方面表明自由是有限制的，界限正在於他人和社會公共利益。另一方面，基本自由本身就是一種善；如果沒有對任何人構成傷害，就沒有必要地限制自由，否則就和過分限縮「鳥籠」一樣，法律不僅沒有促進公共利益，反而削減了公共利益。

無論什麼體制，幾乎所有現代國家的法律都自稱是以「公共利益」(public interest)為目的。所謂「公共」利益，特指超越任何「私人」的利益。中國傳統上嚴格區分「公」、「私」，甚至將「公」作為「私」的反面。根據韓非的定義，「自環者謂之私，背私謂之公」，⁷因而「公」和「私」在中文詞源上就是對立的。所謂「私」，就是以自我為中心的「自私」、「自利」；「公」則意味着捨棄一己之私，「為大我，舍小我」，甚至「大公無私」。

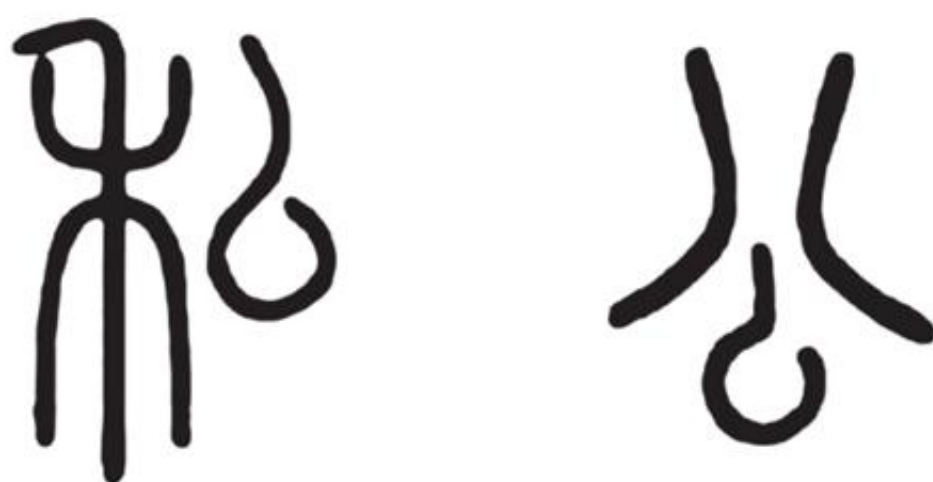
然而，雖然自己的個人利益可能和大家的公共利益發生衝突，「公」、「私」其實是辯證統一的兩個方面：公共利益確實可能和私人利益相對立，但是最終又離不開私人利益作為其基礎。根據方法論的個體主義，「社會」其實只是一個指代其成員之和的虛擬存在：所謂「社會」，無非就是指處於某種關係結構之中的一群個體成員，社會的「公共利益」也就是這些成員私人利益的匯總。因此，公共利益不是別的，就是所有私人利益之和；離開私人利益，公共利益就成了無源之水的虛幻之物。「私」是「公」的基礎，「公」是由「私」構成

7. 《韓非子·五蠹》。同樣，許慎在《說文解字》中說：「公，平分也。从八从厶。八猶背也。韓非曰：背厶為公。」

的；公共利益和私人利益在本質上是一致的，誇大兩者的對立顯然是片面的。⁸

事實上，雖然儒家傳統在公私關係上有失偏頗，少數中國古代思想家對這個問題曾有精闢闡述。例如黃宗羲一邊將君主之法斥為私家之法，一邊呼籲「為天下之大害者，君而已矣！向使無君，人各得自私也，人各得自利也」。⁹ 如果人人「各得自私」、「各得自利」，那麼「天下」的公共利益也就得到保障了。何啟、胡禮垣指出：「大道之行，今猶未及……則家不妨私其家，鄉不妨私其鄉，即國亦不妨私其國，人亦不妨私其人。但能知人之私之未能一，知己之私之未盡蠲，如此則合人人之私以為私，於是各得其私而天下亦治矣。各得其私者，不得復以私名之也，謂之公焉可也。」¹⁰ 因此，「私」的總和即是「公」。

圖1.1：背私為公——「私」、「公」古體



西方18至19世紀逐步發展了社會功利主義（Utilitarianism）學說，以邊沁（Jeremy Bentham）和密爾（John Stuart Mill）為代表的功

8. 〈「公共利益」的構成——對行政法的目標以及「平衡」的意義之探討〉，參見張千帆：《比較法研究》第5期（2005），頁1-14。

9. 《明夷待訪錄·原君》。

10. 何啟、胡禮垣：《新政真詮》（香港：中國報館，1900。）

利主義思想家提出國家法律與政策必須追求「最大多數人的最大幸福」。¹¹ 不同的政策選擇將對不同的人群產生不同的後果，有人得利、有人受損，因而個人利益的總和（也就是「公共利益」）也不一樣，而國家的任務是在所有可能的政策中選擇並實施公共利益最大化的政策。雖然社會功利主義並非「天衣無縫」，它已經成為當今法學的主流理論——法經濟學——的哲學基礎，也是絕大多數一般法律的立法基礎。今天沒有哪一部立法可以完全忽略成本——利益分析，也就是功利主義分析。用功利主義的標準來衡量，所謂「良法」就是最大程度促進公共利益的法，「惡法」則反之。

4. 法律是一種公權力行為

既然法律作為社會「公器」應該代表公共而非私人利益，法律必須由公權力而非私權力負責制訂和實施。早在查士丁尼（Justinianus）時代，《法學階梯》就明確聲明「國家代表公權力，為了公共利益而制訂、解釋和實施法律」。任何私人都顯然無權制訂並實施法律，只有掌握公權力（public power）的「國家」才享有正當的立法權、執法權和司法權，因為根據理性選擇理論，每個人都是理性自私的，任何私人都只會選擇對自己最有利的法律或政策，但是這種「法」顯然未必符合大多數人的公共利益；只有公權力制訂和實施的法，才可能符合公共利益。

問題在於，和公共利益是由私人利益構成的一樣，公權力也不是一個獨立的實際存在，而是由私權力構成的。無論在什麼體制，所謂的「公權力」都是由特定私人群體掌握的，而根據理性選擇理論，這

11. 參見Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation* (New York: Hafner Press, 1948), p. 1, n1。

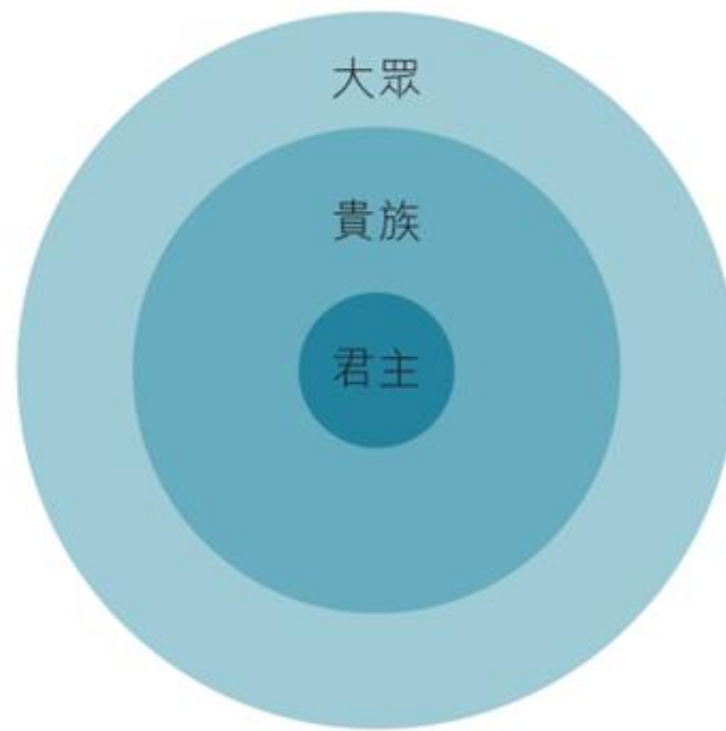
些人所執行的公共政策必然主要是為他們自己服務的。中國古代皇帝總是以「公」的形象出現的，玉璽所蓋的大印就是「公」的象徵，而儒家傳統也盡量通過道德教化將繼位太子教育成克己奉公的「明君」，通過科舉考試選拔熟讀儒家教義的大小官吏，但是仍然無法彌合公私之間的鴻溝，無法改變公權力最終掌握在私人手中的狀況。從九品「芝麻官」到最高統治者皇帝，每一個官員都身兼公私雙重身分：他們都代表「國家」，應該為公共利益服務，但他們其實又都是私人，其本性決定了他們首先考慮自己的私人利益；除非受到制度上的監督和約束，他們注定將以權謀私、貪污腐敗。如何保證公權力的公共性，便成為憲法學研究的主要對象。

因此，雖然法律在價值層面上應該為公共利益服務，但是在實證層面究竟為誰的利益服務，取決於誰掌握着「公權力」，也就是誰最終控制法律的制訂和實施，而這個問題直接關係國家憲政體制。根據理性選擇理論，每個人都主要是理性自私的，每個人的行為都主要是為了促進和保護自己的利益，因而誰制訂並實施法律，法律就為誰服務。在這個意義上，法律確實是「統治階級的工具」。¹² 在專制君主制國家，國王是最終的立法者，因而國家法律最終是為了國王的利益服務的，即便儒家提倡的「仁義」也只有從仁義對維護統治的角度才可能獲得接受。¹³ 在貴族寡頭制國家，法律主要是為了少數封建貴族的利益服務。只有在民主國家，普通老百姓是最終的立法者，至少立法者和執法者必須通過定期選舉向他們負責，法律才可能真正保護他們的利益，而大多數人的利益才稱得上「公共利益」。

12. Karl Marx, *The Civil War in France, The Marx-Engels Reader* (2nd Ed.), Robert C. Tucker (ed.) (New York: W. W. Norton & Co., 1978), pp. 606–607.

13. 例如見《孟子·梁惠王上》。

圖1.2：法律是（某些）人為了某種目的而制訂的



由此可見，人類統治的基本難題出自人性本身的悖論：人都是自私的，但自私的人卻被要求履行公共職責；只有適當的制度才能使違背公共利益的成本內在化，從而保證這些作為官員的私人適當行使公權力。要保證立法符合公共利益，必須使立法者具備代表公共利益的理性動機。在最根本的意義上，既然公共利益是私人利益之和，最可靠的方式就是直接民主制，也就是讓每個人親自參與制訂國家立法和政策。根據理性選擇理論，每個人都是自己利益的最可靠代表者，也只有我們自己才真切地體會自己的切身利益和需要；如果讓別人越俎代庖，必然會產生別人為什麼願意代表我們的利益以及如何知道我們的利益是什麼等問題。因此，盧梭（Rousseau）在《社會契約論》中認為立法權是不可讓渡的，必須由每個公民親自行使；如果採用英國式的代議制，通過議員為公民立法，那麼公民只有在選舉日是自由的；選舉一過，公民又回到奴役狀態。¹⁴

14. J. J. Rousseau, *On the Social Contract*, D. A. Cress (trans.) (Indianapolis/Cambridge: Hackett, 1987), p. 74.

然而，直接民主制只適合盧梭設想的原始小型社會，而不適合龐大複雜的現代社會。現代社會有明確分工，大家平時忙於自己的職業，很少有閒暇顧及不同政策對社會的影響。再加上現代社會問題（譬如環境污染、恐怖犯罪）愈來愈複雜，解決這些問題的立法工具通常需要高深的專業技術知識，因而立法任務也非一般人所能勝任。更不用說現代國家人數眾多，中國14億人口分佈於廣闊的領土範圍，以目前的交流手段根本沒有直接參與立法的可能性；即便互聯網在世界各地高速發展，面對面的直接交流仍然是民主政治不可或缺的一個環節。換言之，直接民主雖然最可能代表「最廣大人民的最根本利益」，但是在現代社會立法成本過分昂貴。¹⁵

既然直接民主不可行，不如退而求其次，通過間接民主形成和代表社會公共利益。雖然人民不能直接參與立法，但是他們還是可以選舉議會代表，並通過這些代表制訂符合公共利益的法律或政策。由於議員們面臨周期性選舉的壓力，而並非盧梭所說的只有在選舉日才受制於選民，因而可以期望代議制民主所產生的法律能夠代表社會多數人的利益。雖然個別議員也有可能偏離選民利益，但是如果民主程序有效運行，人民還是可以及時替換不合格的議員，從而將這種可能性降至最低。另一方面，由於議會一般不超過幾百人，議員也成為精通社會與立法工作的一門職業，因而立法質量大為提高，而立法成本則大為下降。

或者用公共選擇的語言表達，統治成本包括決策失誤成本和決策程序成本，而最有效率的統治就是總體成本最小的統治。¹⁶ 如果由所有人共同決策（直接民主制），那麼決策偏離公共利益的可能性最

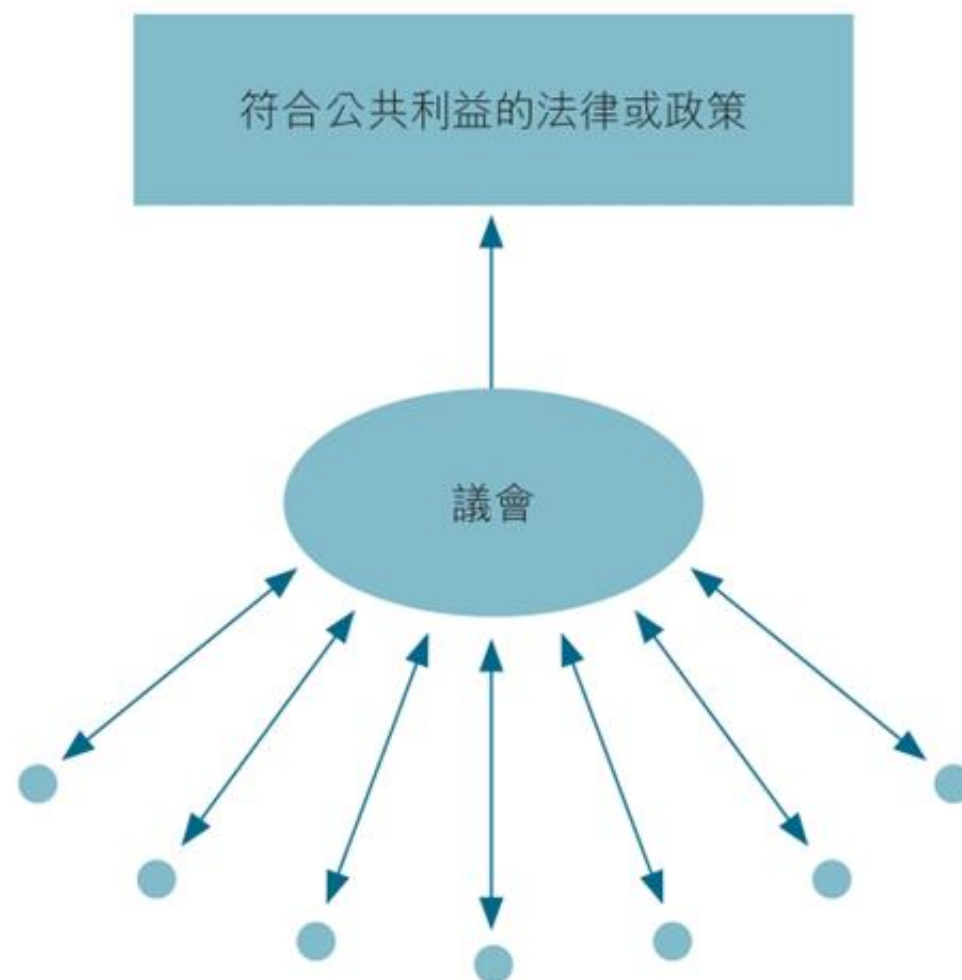
15. James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962), pp. 63–78.

16. 同上註。

小，因而決策失誤成本最低，但是決策程序成本最高；如果由一個人替所有人決策（君主制），那麼決策程序成本最低，但是決策偏離公共利益的可能性最大，決策失誤成本最高。這兩個極端都不是統治成本最低的狀態，因而都不可能是現代政體效仿的對象。相比之下，代議制民主同時具備兩方面的優勢，決策失誤成本和程序成本都相當有限，因而是綜合成本最低、效率最高的統治狀態。

無論是公共利益和私人利益之間的辯證關係，還是公權和私欲的矛盾一體，都說明只有良好的制度才能維持適當的公私分界；否則，不但私人權利無力抗衡以「公共利益」為名的侵犯，而且「公權力」本身也將成為某些人以權謀私的利器。只有代議制才能保證法律代表公共利益，進而保證公權力的公共性。嚴復在《原強》中指出：「民不能無私也，聖人之制治也，在合天下之私以為公。然則使各私中國奈何？曰：設議院於京師，而令天下郡縣各公舉其守宰。」在這個意義上，議會是一個協調和整合私人利益的場所；通過民意代表之間的利益協商、交換和妥協，紛繁複雜的私人利益最終上升為公共利益，並成為國家立法的保護對象。

圖1.3：民主整合——從私人利益到公共利益



當然，功利主義與民主並不是完全一回事。我們可以想像，某些法律可能給少數人或個別人帶來巨大痛苦，而給多數人帶來極為有限的快樂，以至多數人的快樂加起來不足以抵償少數人的痛苦，因而這樣的法律是違背功利主義原則的，但是由於多數人控制着立法機器，因而這些剝奪少數人基本利益的措施還是成為國家法律。種族歧視可以算作一個例子：它給少數族群帶來物質和精神上的實實在在的痛苦，而給那些在人數或政治地位上佔優勢的族群帶來的快樂（譬如種族優越感）其實是十分有限的。只有當眾多微不足道的快樂加起來超過少數人的痛苦，多數人剝奪少數人利益的法律才符合功利主義原則。但不論如何，和少數人當政相比，多數人統治的民主制還是有利於促進公共利益，因而也是和功利主義最吻合的體制。

5. 法律是一個等級體系

最後，我們這裏的「法」其實不只是議會立法，也不只是一個議會的立法。一個國家有許多不同地區，每個地區都有一個議會；如何處理不同地區的立法關係？如何處理中央和地方、上級和下級之間的立法關係？即便在同一個地方，政府也有不同性質的立法：既有議會通過的法律，也有行政部門通過的法規或規章。如何處理議會立法和行政立法之間的關係？總之，不同的立法主體制訂不同的法律規範，這些規範之間可能會相互「打架」，因而必須有一套決定主次的規則將它們形成一個有機的法律體系，而不是雜亂無章的立法堆砌。

一項法律基本原則當然是下位法服從上位法，問題是如何決定法律位階？這個問題取決於國家性質。在君主制國家，皇帝意旨高於一切；當然，在理論上，皇帝的個人旨意未必超越禮法或祖制，但他至少在平民百姓面前是至高無上的。民主國家則正好相反，法律等級和

人民的距離成反比；制訂法律的主體越是接近大眾，法律位階越高。因此，議會立法高於行政立法，因為議員由各地區的人民選舉產生，因而廣泛代表不同地區和階層的民意，議會制訂的法律當然也相對最準確地表達公共利益；行政則只是法律的執行者，即便在有必要制訂行政立法的情況下也必須以議會立法表達的公共利益為準則。由於議會代表最大多數人的利益，諸如英國、中國等國甚至接受了「議會至上」原則，議會代表最高國家權力，議會立法的效力高於包括行政立法在內的其他國家行為。

然而，議會不只一個；一個國家由多個地區構成，因而必然有多個議會。既然都是民選產生，如何確定不同議會制訂的立法之位階？如果中央和地方立法同時適用於同一個問題，而結論不同，究竟適用哪個立法？這個問題取決於憲法規定的國家結構。在單一制（unitary）國家，中央立法一般高於地方立法，但是在中國也存在例外。在聯邦（federal）國家，中央立法則未必總是高於地方立法。聯邦制的一個主要特點是按照權限確定法律位階，而作為中央的聯邦政府權力也是有限的，超越聯邦憲法授權範圍的聯邦立法是無效的。因此，只有針對憲法授權範圍內的事項，聯邦議會立法才高於地方立法；如果有關事項被確定為屬各州權限範圍，那麼各州議會立法具有最高地位。總之，聯邦國家的中央和地方按事務的性質進行分權：屬全國的事務歸中央管轄，屬地方的事務歸地方管轄；譬如三鹿奶粉造成「結石嬰兒」顯然是一個屬中央統一管轄的全國事務，而北京大學食堂的伙食質量顯然是一個至多屬北京市管轄的地方問題。

在邦聯（confederal）國家或政治實體，成員國政府更是一般有權不適用違反國家基本法的邦聯立法。當然，這個問題在過去和現在都頗有爭議。在19世紀中葉，美國南北部曾對聯邦的認同產生激烈衝突，南部實際上將美國聯邦認定為邦聯制，各州有權廢止（nullify）它們認為不適當的聯邦法律。在當代的歐洲「聯盟」（European

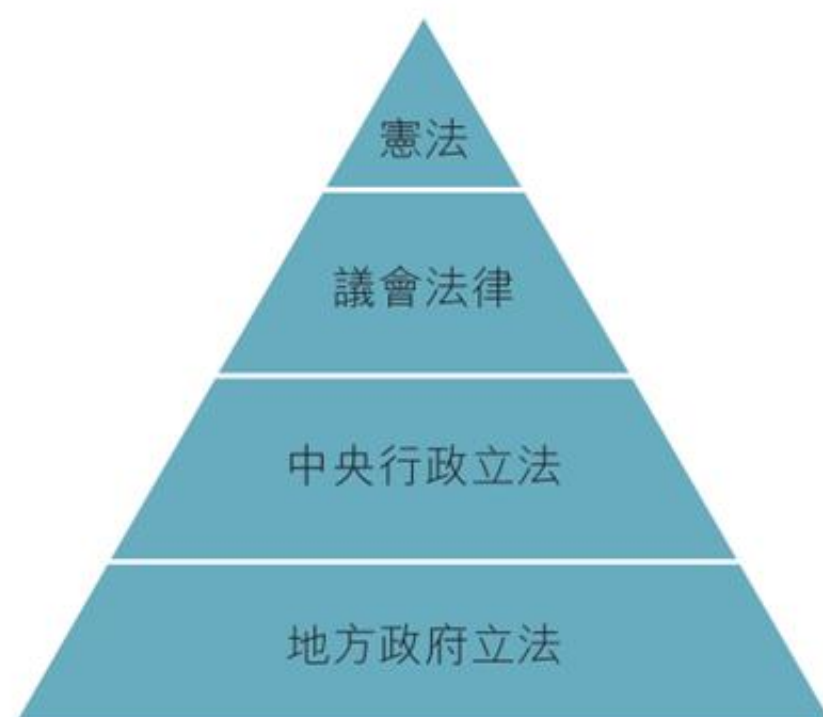
Union) ，這個問題也是若隱若現，德國憲政法院曾判決德國有權不適用違背《基本法》的歐盟立法。¹⁷ 事實上，即便在單一制國家，地方也未必總是適用中央法律乃至憲法，譬如中國的港澳特別行政區僅適用《基本法》、當地法律和判例，以及為數很少的中央立法，而不適用絕大多數全國性法律。

聯邦或邦聯國家的中央與地方立法分權，和法律位階的民主理論並不矛盾。幾乎所有國家都承認議會立法高於行政立法，但是如果中央立法和地方立法都是議會立法，那麼誰高誰低確實存在爭議空間。單一制國家只有單一的法律秩序結構，中央立法沒有權限；事實上，單一制的地方政府相當於中央政府下屬的行政部門，因而中央立法理所當然高於地方立法。但是聯邦國家具有多重法律秩序，各州法律自成一體，甚至可以視為「國中之國」。或換個角度看，地方和中央都是民主結構，本無一成不變的高下之分；至於在具體問題中孰高孰低，須要根據問題性質決定哪個議會更有發言權：地方問題當然應由地方決定，全國問題則應由中央決定。

當然，無論是單一制還是聯邦制國家，立憲與修憲程序的民主程度一般超過普通法律，因而憲法是國家的最高法律。在某些聯邦國家，制憲或修憲主體比普通立法主體代表更廣泛的民意，例如1788年美國聯邦憲法需要當時13州中至少9個州的同意方能生效（事實上，後來所有州都陸續通過國民大會或議會表決支持聯邦憲法），修憲則需要國會兩院三分之二多數提議、四分之三州（50州中38個州）的同意。更高的制憲與修憲程序確立了憲法的民主正當性，進而決定了憲法的最高地位。

17. Maastricht Case, 89 BverfGE 155；參見張千帆：《西方憲政體系（下冊·歐洲憲法）》（北京：中國政法大學出版社，2005年）第二版，頁210-212。

圖1.4：法律效力的等級秩序



三、憲法的理論基礎

1. 民主的缺陷——多數人暴政

以上圍繞民主論述了法律秩序的特徵，只有民主才能保證法律符合公共利益。這樣不是很好嗎？民主加法治就足以保證政府的所作所為符合社會公共利益，至少是大多數人的利益。但是回到我們的出發點，如何防止法律這個「緊箍咒」過分限制我們的自由？當然，不必要的限制往往損害了大多數人的利益，因而民主程序本身就足以阻止這類限制成為法律。然而，在某些情況下，多數人可以剝奪少數人的基本權利，將某些「鳥籠」限縮得很小，而不影響自己的切身利益甚至從中得利，例如美國某些州甚至在聯邦廢除奴隸制後仍然剝奪黑人的選舉權。¹⁸ 由於民主程序的主要特徵是多數人決定，民主本身無法防止少數人的基本權利受到侵犯。更何況多數人可能錯誤認識社會的公共利益，從而作出事實上有損多數人自己的決斷。

18. 例如見 *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73.

歷史上一個最著名的民主悲劇就是蘇格拉底（Socrates）之死：公元前400年，雅典陪審團以蠱惑青少年褻瀆神靈的罪名，接連兩次把公認的「智者」蘇格拉底判處死刑。在公開辯論中，蘇格拉底為自己據理力爭，但終究無濟於事。最後，他義無返顧地選擇尊重雅典公民的判決，平靜地喝下了送來的毒鴆。¹⁹ 現在看來，雅典陪審團的多數判決顯然是錯誤甚至愚蠢的。蘇格拉底悲劇說明，任何人都會犯錯誤，「人民」及其「代表」也不例外。雖然如果我們相信凡人的理性，那麼根據孔多塞陪審團定理，²⁰ 多數人決定犯錯誤的概率比少數人更小，但是這絕不意味着多數人不會犯錯。多數人完全可能犯錯誤，而多數主義民主決策程序無法防止多數人的錯誤；事實上，多數人的錯誤正是通過民主程序表現出來的。

當然，更多的時候，政治過程中的多數人可能在完全清醒和知情的狀態下通過法律剝奪少數人的權利，從而產生托克維爾（Alexis de Tocqueville）所說的「多數人暴政」。²¹ 既然是多數決定一切，民主程序通過的法律應能最大程度地保障多數人的利益，但是未必能保障少數人的權利。因此，只有民主和法治是不夠的。雖然民主的法有助於保護多數人，促進大多數人的「公共利益」，卻忽視了少數人的權利。從功能主義的角度看，也正因為民主和法治有缺陷，所以才需要憲法與憲政。

憲法的目的正是通過抗衡多數人的暴政，保護所有人的基本權利，保證所有「鳥籠」都不至於過分狹小，防止「緊箍咒」的規則過

19. 見*Apology*, in Plato, *Five Dialogues*, G.M.A. Grube (trans.) (Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1981), pp. 23–44.

20. Condorcet's Jury Theorem，大意是如果每個人正確選擇的概率大於1/2，那麼參與人數越多，決策正確的可能性越大。參見Duncan Black, *The Theory of Committees and Elections*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1958), pp. 159–180.

21. Tyranny of majority，參見Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence (trans.), J.P. Mayer (ed.) (New York: Harper & Row, 1969), pp. 250–254.

分嚴苛。世界第一部成文憲法——美國聯邦憲法——就是為了保護少數、限制民主、抗衡多數人暴政而起草的，而這並非歷史的偶然。譬如美國獨立後，有些州通過立法免除農民的債務，被認為是多數人對少數人的財產權之侵犯，因而美國之所以制訂聯邦憲法，正是為了防止各州民主發展為「多數人的暴政」。1788年制訂的聯邦憲法明確禁止聯邦和各州政府取消債務。

事實上，憲法的出發點和一般法律不同：如果普通法律的理論基礎是社會功利主義，憲法的理論基礎是社會契約論。以下簡要論述契約論的基本類型及其主要思想。

2. 社會契約論概要

近代憲法一開始就是以保障權利的契約形式出現的。作為世界上第一部「權利法案」，英國《大憲章》是君主和封建貴族之間的權利契約。經過君主和貴族的不斷鬥爭，權利保障被逐漸擴展到平民；在此過程中，作為自由主義理論基礎的社會契約（Social Contract）論發揮了重要作用。契約論的目的是為國家權力的產生和維持提供合法性依據，或者說是為界定什麼是合法國家權力提供標準。儘管國家早已存在，契約論卻只是在近代才產生的思想，是西方思想家在文藝復興、新教革命和啟蒙運動的推動下對國家權力進行反思的產物。事實上，18世紀的許多制憲者認為，憲法在本質上就是一部社會契約。以下簡要介紹對社會契約論做過開創性貢獻的四位思想家——霍布斯（Thomas Hobbes）、洛克（John John Locke）、盧梭（Jean-Jacques Rousseau）和當代的羅爾斯（John Rawls）。

社會契約論的開創者是現代第一位自由主義思想家霍布斯，其最著名的著作是1651年的《利維坦》（*Leviathan*）。霍布斯的歷史性貢

獻是完成從傳統到現代的「價值倒置」，首次系統建立了以權利（而不是義務）為本位的政治哲學。《利維坦》假想了一個沒有國家或政府存在的「自然狀態」（State of Nature），其中人人都在沒有任何國家與法律約束的條件下完全自由地生存。這裏沒有權利，也沒有義務，人只能靠自己的力量保護自己的人身及其所佔有的東西，並可以隨心所欲地侵害他人而不違反任何自然法則。由於自然資源是有限的，人和人之間必然會因爭奪有限資源而發生「各自為戰」的全面戰爭，以至人人都生活在「孤獨、貧困、齷齪、野蠻與短命」的悲慘境界中。²² 為了擺脫這種人人自危的「自然狀態」，個人之間通過實際或虛構的契約（covenant）過程，彼此同意把自己手中的劍都交出來，並上交給一個更超越的權力，也就是主權國家。只有國家才能實施合法的暴力，以抵禦侵略並保障國內安定與和平。在這裏，國家獲得了其最初的合法性：它的存在對於人類擺脫自然狀態的困境並獲得某種基本保障是必要的。由於霍布思生活在一個動亂年代，國王和議會正在進行着一場戰爭，霍布思所設想的自然狀態過分嚴酷，以至人民只要基本生存權得到保障便別無他求，社會契約對國家的約束微不足道，因而霍布思開創的社會契約論也被稱為「專制契約論」。

雖然霍布思的專制契約論不受新興資產階級的親睞，他開創的社會契約論思路對後世產生了巨大影響。洛克在很大程度上沿襲了霍布思的思路，但把它進行改造並反過來為新興資產階級服務。洛克最重要的著作《二論國民政府》建立了自由主義的契約理論，因而也被稱為「自由契約論」。和霍布思類似，洛克的理論中也有一個「自然狀態」，但是和霍布思的理論相比，洛克的自然狀態要樂觀得多。自然資源相當豐富，只要勞動就能獲得充足的供給；人們並沒有陷入「各

22. Thomas Hobbes, *Leviathan* (London: Penguin, 1651/1968), p. 186.

自為戰」的狀態，個人生存也並不那麼悲慘。但由於沒有國家，自然狀態對於規定並實施人的權利與義務不太方便。因此，人們通過契約建立了國家，並規定了立法與司法權的分工。契約的目的是保障人民所享有的權利，並且對國家設置相應的義務。如果統治者違背了基本的契約義務，人民有權揭竿而起、「向天呼籲」。洛克提出了在當時具有革命性的學說：人民有反叛統治者的自然權利，因而受到新興資產階級的普遍歡迎，並為美國的獨立革命提供了理論基礎。在美國制憲運動中，洛克的自由契約論和孟德斯鳩（Charles de Secondat, Baron de Montesquieu）的三權分立理論發揮了同樣重要的作用。

和洛克一樣，盧梭也是在批判與繼承霍布斯學說的基礎上建立了自己的契約理論。盧梭最重要的著作有兩部：《論社會不平等的起源》和《社會契約論》。第一本書徹底批判了社會文化中的種種弊端，尤其是社會不平等所造成的奴役；第二本書則尋求通過民主的社會契約，建立一個人人平等的新文明，使人類社會踏上新的自由之路。盧梭的契約論尤其強調民主與平等，因而被稱為「民主契約論」。盧梭對自然狀態的看法甚至比洛克更為樂觀。在真正的自然狀態下，野蠻人在叢林裏健康、瀟灑、無憂無慮地生活着。人與人之間是相對平等的，因為他們的自然能力是相當平等的；只是在文明不知不覺發生以後，平等的自然狀態才被打破，而人在自然狀態下的自由也從此一去不復返。既然人類已經知道不平等與不自由的根源，而又不能簡單取消文明並回到已經永別的自然狀態中去，那麼他們就必須共同設計新的社會體制，使每個人都能在新的社會現實中重新獲得自由與平等。這個體制就是人們通過相互同意建立起來的民主政權，其中公民被保證平等參與以實現公共自由。

值得注意的是，和洛克的自由契約論不同，盧梭的民主契約論完全建立在多數主義基礎上，因而對自由主義或功能主義憲政理論貢獻不大。事實上，盧梭理論中的強制平等化確實具有專制的危險性，對

少數意見的簡單否定則具有壓制意見與言論自由的傾向。另外，盧梭的民主契約僅適合小型社會。盧梭在此繼承了孟德斯鳩的理論：大國適合中央行政專制，中等國家適合貴族統治，小國才適合民主制。由於公民之間須要進行充分交流，且彼此相互熟悉，盧梭的民主國家類似於道家理想中的「小國寡民」，而不適合龐大複雜的現代社會。

最後，羅爾斯的當代學說借鑒了以前的三種契約論以及其他道德與政治哲學，包括亞里士多德（Aristotle）、康德（Immanuel Kant）、功利主義和理性選擇等學說，在美國的政治多元主義基礎上建立了和20世紀後期的社會問題相關的契約論。在第二次大戰以後，西方世界普遍關心社會公正問題，因而羅爾斯發展了「正義契約論」，在此不贅述。²³ 不論根據哪種契約理論，「社會契約」的基本思路是國家並不是從來就有的，而是（或應該是）通過一組契約產生的。人和社會先於國家而存在，國家則是人類理性的有目的與有意識的後天產物。既然國家權力是由人產生的，它的行使就必須符合某種社會目的（而不是統治者的個人目的），必須滿足人和社會的現實需要；只有這樣的國家權力才是合法的，只有這樣的政府才具有合法存在的必要或理由。

根據社會契約論的觀點，人原先是處於沒有國家或政府的「自然狀態」。只是為了解決自然狀態的困難或不方便，才產生了公共權力或國家。通過相互同意所達成的契約過程，這個實體獲得了一定的授權，而且這種權力至少在目的上是有限的——它們無非是為了維護公共安全、防衛、健康、福利或道德等「公共利益」，而這些公共利益都有比較客觀的定義與衡量標準。為了實現公共利益，國家必須實施其從人民那裏獲得的權力，而這種權力必須按照其性質和職能而獲得劃分，並被分配到屬不同部門的政府官員；在符合基本目的之前提

23. 參見John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge: Harvard University Press, 1971).

下，國家可以依靠社會賦予的資源來強制實施國家法律所規定的義務。在操作層面上，國家就是在特定政府結構下的官員所代表並行使的公共權力，其目的是實現社會所普遍認同的「公共利益」。憲法的任務正是表達這種公共利益及其所要求的國家權力的形式與結構。

3. 政治多元主義與美國憲政思想的形成

不同版本的契約論對歐美大陸產生了不同影響。盧梭的平等主義對法國革命與《人權宣言》的制訂產生了巨大影響，美國的主流則接受洛克與孟德斯鳩的學說。建立在洛克的社會契約論之上，聯邦黨人麥迪遜（James Madison）發展了最早的「政治多元主義」（political pluralism）理論，並至今仍統治着美國的思想界。它不僅構成了美國憲政的思想基礎，而且對於世界憲政主義具有普遍意義。

在著名的《聯邦黨文集》第十篇，麥迪遜第一次提出了政治多元主義理論，並對聯邦主義的必要性作了精闢闡述。和社會契約論略微不同的是，麥迪遜的出發點不是孤立的個人，而是組成社會視的一些「派系」（factions）。「派系」是一個含義很廣的概念，它可以是「君子」所避諱的「黨」派，也可以是馬克思所說的階級，也可以是一般的社會組織或宗教團體。根據麥迪遜的定義，「派系是指一定數量的公民——不論他們是全體的多數或少數，被一種共同的愛好或利益所推動，因而聯合起來、受其驅使；這種愛好或利益與其他公民的權利相衝突，或與社會的長遠集體利益相匹敵。」對於美國制憲者而言，所有的政治與經濟團體都是為了追求自己利益或實現自己理想的派系，所有派系在道德上都是大致平等的，不存在正確錯誤、先進落後之分，至少不存在一個超然的旁觀者對派系的道德正當性作出公正判斷；即便是代表大多數選民利益的政治黨派，也只不過是一個「多數派系」而已。

不同派系之間必然會展開相互鬥爭。和華盛頓總統一樣，麥迪遜也承認派系鬥爭的危害，但他把派系的形成視為人類本性的一部分，因而根除派系也就扼殺了人的基本自由，這無異於因噎廢食；人類所能做的，只是通過不同方式去控制派系的危害。他指出：

要治理派系的危害有兩種辦法：一種是根除其原因，另一種是控制其效力。消除派系的根源又有兩種方法：一種是摧毀其生存所必需的自由；另一種是賦予每個公民相同的見解、相同的愛好與相同的利益。……第一種療方要比疾病本身更壞。自由對於派系而言就好比空氣對於火災一樣；沒有前者做養料，後者將驟然熄滅。但因自由滋生派系而取消政治生命至關重要的自由，就和因空氣點燃毀滅性力量而企圖湮滅動物生命所必須依存的空氣一樣愚蠢。

麥迪遜認為「派系的潛在根源生存於人類本性的萌芽之中」，而「調控多樣化和相互干擾的利益構成現代議會的主要任務，它涉及通常和基本的政府運作中的黨派或派系鬥爭」。既然派系是不可消除的，派系鬥爭是不可避免的，那麼體制設計者唯一能做的就是將派系鬥爭所產生的危害限制在一定的範圍內。

我們可以從這段論證中看到，美國制憲者很早就承認「階級鬥爭」。社會就是由利益不可調和的階級——或劃分得更細一點，派系——組成的，它們之間的相互鬥爭構成了人類文明發展的歷史。但受西方懷疑主義（skepticism）傳統的影響，美國制憲者並不承認在這些派系中存在一個更「優越」或「先進」的派系，更不承認這個派系壓制、打擊甚至消滅其他派系的合法性。如果「階級鬥爭」存在的話，國家的任務不是要實現一個消滅階級與階級鬥爭的「極樂世界」，而正是使「階級鬥爭」永遠繼續下去——因為根據麥迪遜的推理，在派系消失的瞬間，自由也不復存在；要維持自由，就必須制衡派系力量，制止任何派系消滅或吞併其他派系，而這正是一個政治多元主義國家的首要任務。在某種意義上，政治多元主義類似於經濟自

由主義。經濟自由主義要求不同商品在市場中自由競爭，且消費者是競爭結果的最終決定者；政治多元主義則強調不同的觀點在公共場合下公開辯論，且最後結果由廣大選民決定。經濟自由主義和政治多元主義也都依靠法律的保障，並將此視為國家的主要職能與義務：如果自由競爭的最終結果是導致壟斷，那麼國家有義務實施反不正當競爭法以維持自由競爭狀態；如果多數主義的民主遊戲規則將導致多數派系的「暴政」，那麼憲法的任務就是最大程度地防止「多數人的暴政」，以維持多元主義的基本政治條件。憲法就是一部政治領域的反壟斷法。如果憲法被認為是一部基本契約，那麼這部契約的基本條款就是「同意存在不同意見」（agree to disagree）。

因此，如果說在專制社會，最大的威脅是掌控政治權力的少數派系，那麼在一個真正的民主社會，少數派系不可能壟斷政治權力，多數人成為最強大因而也最需要受到制約的派系；專制社會需要多數主義民主擊破少數人的權力壟斷，民主社會則反而須要制約多數派系才能防止壟斷。因此，多數主義民主成為美國憲政的主要制衡對象。更準確地說，美國憲政就是專門為了抗衡多數人的暴政而設計的。

四、「憲法」是什麼？

雖然憲政是近代西方的制度，嚴格意義上的憲法也是近代西方革命的產物，但有關憲法的思想卻早已存在，並不局限於西方。無論是作為思想還是制度，近代憲法是和契約觀念緊密聯繫在一起的。最早的「憲法」——1215年的英國《大憲章》——就是貴族與國王之間達成的一項契約，構成了英國也是世界憲政的起點。當然，和英國的「非成文憲法」傳統不同，當今絕大多數國家都制訂了成文憲法，而且發達國家尤其是大國憲法都體現出法治、民主、自由和聯邦四大原則。

無論在中國還是西方，「憲」(constitution) 字古已有之，但是憲法的古代和現代含義頗為不同。學習憲法，首先須要清楚「憲」的含義在歷史上是如何演變的。

1. 古代含義

在古希臘，亞里士多德 (Aristotle) 把「憲法」視為整個城邦的政治秩序。在《雅典憲制》中，他和門徒探討了雅典和140多個城邦的政治從君主、貴族到民主制度的循環嬗變。²⁴ 當然，在他那個年代，國家發育還不完全，因而國家的構成也相當簡單和原始。在雅典民主時期，國家只是一種特殊的社團而已：它是一個包括一切有限社團的普遍社團，是所有公民為追求幸福而形成的一種「公共」(public) 組織。憲法就是一部規定社團組織結構的法律文件，在某種意義上就是我們現在說的社團「章程」。雖然這部章程對國家權力有所制約，但是在那個以個人義務為導向的傳統時代，個人權利和自由觀念還沒有發展出來，因而憲法的作用顯然不是保護個人權利，而只是明確規定政府結構。

「憲」這個字在中國經典中也出現得很早，不過和現代含義相差更遠。中國最早的經典《尚書》曾多次提到「憲」，《墨子》、《管子》等其他經典都多次出現過這個字，譬如「先王之書，所以出國家、布施百姓者，憲也……是故古之聖王，發憲出令，設以為賞罰以勸賢。」²⁵「君乃出令，布憲於國。五鄉之師，五屬大夫，皆受

24. 參見Aristotle, *The Athenian Constitution*, P.J. Rhodes trans. (London: Penguin Books, 1984)。

25. 《墨子·非命上》。

憲於太史……首憲既布，然後可以行憲。」²⁶《國語》中有「賞善罰奸，國之憲法」。《漢書》中有「作憲垂法，為無窮之規」。這裏的「憲」都是法度、典章的意思，但又比一般的法更為基本和永久。孔穎達在《尚書正義》中對「憲」作了如下解釋：「憲，法也，言聖王法天以立教於下。」因此，「憲」經常帶有先祖成規之意，不論是否成文都不得輕易改變。當然，這裏的「憲」也不是現代意義上保障公民權利的憲法，而只是維護社會秩序的基本法。

圖1.5：「憲」字古體



根據《康熙字典》和《說文解字》的解釋，「憲」字的古體「憲」從「目」從「心」，意指「觀於法象，使人曉然知不善之害。接於目，怵於心，凜乎不可犯也」；「憲，法也，言聖王法天，以立教於下也」。

2. 近代憲法的起源——英國《大憲章》及其發展

現代憲法的理論基礎在於社會契約論，而近代意義上的憲法也確實是和契約聯繫在一起的。世界上最早的憲法性文件——1215年

26. 《管子·立政》。

的英國《大憲章》（*Magna Carta*），就是一部英國貴族迫使約翰王（King John）接受的封建權利憲章。雖然這部憲章主要限於保護封建貴族的權利，但作為世界上的第一部限制王權的「權利法案」，它仍然具有極其偉大的進步意義。

作為長期片面教育的結果，「封建」在中國似乎成了「落後」、「保守」的代名詞，但是封建制對於西方憲政的發展卻發揮了重要作用。事實上，契約和封建制具有某種必然關係。封建制的特徵是按照封主和封臣的相對地位分配權利和義務，契約就是規定當事人權利與義務關係的法律文件。這種制度雖然不平等，但封建社會的權力關係是和中央集權制根本不同的。在中央集權制下，王權是至高無上、神聖不可侵犯的。至少自秦朝大一統以來，中國皇帝的權威從來不得受到任何挑戰。即便儒家曾說過「聞誅一夫紂矣，未聞弑君也」，²⁷但是實際上中國社會從來不可能出現一個超越的評判者，來判斷某個皇帝究竟是「真龍天子」還是桀紂匹夫，因而最後還是由掌握全部國家權力的皇帝自己說了算，結果可想而知。在權力關係失衡的情況下，中央集權制只可能產生絕對的服從與壓制，除了叛亂以外不可能有真正的鬥爭與妥協，因而也不可能產生契約傳統，尤其不可能產生約束最高統治者的契約。

相比之下，封建制下的君主權力再大，也只是國內最大的封主而已；封主的權利足以壓倒封臣，但是他畢竟還是要履行自己的契約義務。雖然契約關係在實體上不平等，但雙方能夠形成法律上的互惠關係本身表明一種基本的地位平等；封主仍然負有一定的法律義務，封臣則擁有一定的法律權利，因而雙方在不平等的契約面前仍然是平等的。法律地位平等的前提是雙方實力的相對平等，而社會利益的公開較量也表明實力對比的相對平衡。至少封建國王的力量不如中央集權

27. 《孟子·梁惠王下》。

專制那麼強大，因而不能要求貴族無條件的臣服。譬如在《英國的法律與習慣》一書中，13世紀的王室法庭法官布萊克頓（Lord Brecton）指出：「國王必須服從上帝和法律，因為法律造就了國王。」一旦和國王發生衝突，英國貴族總是試圖用法律高於國王的理論限制王權。事實上，在近代西方，契約本身關係正是在不同社會利益的公開鬥爭甚至戰爭中逐漸形成的，而這在中央集權制下幾乎是不可能的。

1215年，約翰王在和教皇與法國的權力鬥爭中失敗。國內貴族乘機反叛，並迫使國王於6月15日在擬定的停戰和約上簽字。這部國王和貴族達成的停戰和約就是著名的《大憲章》。²⁸ 雖然他以及後來的國王不斷反悔，但是經過反覆鬥爭，《大憲章》終於確立了其在英國的基本法律地位。英國貴族謀反甚至聯合法國等「敵國」共同對國王宣戰，也沒有被冠以「大逆不道」乃至「叛國」的罪名；及至成功之後，貴族們並沒有像中國農民起義那樣簡單一殺了之、取而代之甚至內部為了爭權奪利而自相殘殺，而是仍然保證國王的基本安全和地位，只不過逼他簽署了保護貴族權利的《大憲章》。這不能不說是英國封建貴族的智慧。

相比之下，中國歷代皇帝永遠是至高無上的；至於皇帝是否要守法、合憲，並不是一個那麼有意義的問題，因為無論在理論上究竟應該權大還是法大，既然最高統治者的實際權力是不可質疑、不可制約的，因而實際上很難保證最高權力受到基本法律約束。在中國也不可能發生貴族反叛皇帝的事情，因為我們從來認為這是大逆不道的叛國之罪。雖然孟子也表達過「聞誅一夫紂矣，未聞弑君也」、「君為輕，民為貴」之類的民本主義理想，但是中國從來沒有一個超然中立的判斷者來判斷某個統治者究竟是桀紂還是堯舜；最後還是皇帝自己說了算，而他顯然不會否定自己的統治。因此，中國從古至今一直盛

28. 參見沈漢、劉新成：《英國議會政治史》（南京：南京大學出版社，1991），頁18-19。

行最高權力信仰。這一信仰的自然後果是，任何時候都只允許一個最高統治者，所謂「一山不容二虎」。每當王朝末世、民不聊生之時，便發生農民起義，而起義者成功之後便取而代之，自己做起皇帝來，照樣是一朝不容二主。即便偶爾發生分裂，出現了多個國家、多個「皇帝」，也不過是各自佔地為王、實行分治，而任何特定地域都只有一個最高統治者。²⁹ 在同一個社會中，我們從來沒有在最高層次上通過政治鬥爭產生妥協，最後產生一部界定各自權利義務的契約——不僅歷朝沒有，而且近代也沒有；革命黨不僅沒有和清王朝妥協，也未能和袁世凱及大小軍閥達成妥協，最後通過「北伐」消滅了各地軍閥，實行嚴格的一黨統治；抗戰結束後，國共也沒能達成妥協，最後還是通過內戰決一勝負。這就是中國政治鬥爭的一貫模式。既然不可能通過利益集團的鬥爭達成妥協，這種模式造成了守舊或革命的兩個極端。先是禮制的因循守舊，等到古禮完全過時了，又通過政治和文化革命將其一腳踢開，導致中國社會此後在道德真空和政治失序中經歷長期動盪，在此不贅述。

《大憲章》共63條，至今仍有9條仍然是有效的英國法律。這部近800年前制訂的憲法文件夠長壽的，其長盛不衰的生命力本身就是極為了不起的成就，更彰顯了普通法代代相傳、承前繼後的漸進傳統。《大憲章》主要規定了教會自由（第1條）和「自由人」的自由（第2條），擴大了「御前擴大會議」（議會的前身）的權力，限制了國王的徵稅權（第12、14條），並保證司法獨立與公正（第39、40、52條）。為了監督大憲章的實施，25名大貴族還組成一個委員會；如果國王違反憲章，它可採取包括剝奪土地和財產在內的一切手段予以制裁。（第61條）作為一部封建契約，《大憲章》明確限制了

29. 參見葛劍雄：《統一與分裂——中國歷史的啟示》，（北京：三聯書店，1994），頁205-209。

王權，要求國王服從法律，並接受大貴族委員會的監督，御前擴大會議則具有高於國王個人的司法裁判權和批准徵稅權。

當然，這些早期的憲章僅限於保護貴族的法律權利，缺乏財產與教育的普通百姓則無權問津。隨着資產階級的興起，財產權以新的形式擴散於整個社會，且整體教育水平不斷提高，權利保障的範圍也不斷擴大。國王和貴族鬥爭不斷，而在鬥爭過程中都須要通過利益交換「拉攏」新的支持者；大貴族將騎士和小貴族拉進議會，國王則籠絡新興市民階層，政治參與的範圍不斷擴大。在階級利益的衝突與鬥爭中，平等公民權的政治觀念在歐洲重新產生。它一開始僅包括新的富裕階層，然後於十九世紀逐步擴展到所有成年男子、婦女和非白人種族。正如弗瑞奇教授所說：原來局限於貴族與有產者的憲法權利獲得了「民主化」。³⁰ 英國就是最早實行這類有限民主化的國家，儘管英國「憲法」一直沒有成文化。自1215年的《大憲章》之後，權利的範圍不斷擴展。1628年的《權利請願書》（Petition of Rights）、1689年的《權利法案》（Bill of Rights）以及1701年的《王位繼承法》，構成了英國保護個人的生命、自由與財產權利的憲法性法律。

3. 「光榮革命」及其憲政遺產

1688年的「光榮革命」是封建貴族和新興資產階級對國王的一次決定性勝利，為《大憲章》之後議會和王權之間延綿不斷的明爭暗鬥劃上了句號。當時，英王詹姆斯二世（James II）企圖恢復天主教勢力，遭到國會中代表資產階級新教勢力的輝格黨（Whig）和代表土

30. Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America* (revised edition) (New York: Blaisdell, 1941), p. 173.

地貴族的托利黨（Tory）聯合反對。政變後，國王逃亡法國，斯圖亞特王朝被推翻。信奉新教的荷蘭王子威廉和瑪麗（詹姆斯二世長女）被迎接到英國，作為國王和女王聯合登上王位，從此確立了君主立憲制。

在中國看來是不可思議的是，英國人居然從外國「引進」一位國王（當然是和本國公主聯姻並聯袂執政）。其實，當時歐洲國家的公主王子之間的聯姻相當普遍，不少國王之間都有親緣關係，和周天子下的春秋戰國時代頗為類似。雖然不論大小，每個國家都是獨立的，但是直到現代民族國家崛起之前，國家主權概念一直相當淡薄。在某種意義上，中世紀歐洲是一個「沒有聯邦的聯邦制」。在整個歐洲歷史上，從來沒有實現過秦朝那樣的大一統。除了短暫的軍事征服之外，歐洲政治格局可以說是「一盤散沙」。聽上去不可一世的「神聖羅馬同盟」只是輝煌一時的門面，實際上「既不神聖，也非羅馬，更不是一個同盟」。³¹ 在這種格局下，國內統治者的執政地位和權威遠不如中國皇帝那麼穩固，各國王權實際上面臨着諸多鄰國的競爭；如果國王沒有做好自己的工作，到其他國家另外再找一個，或許不是那麼不可思議或大逆不道的事情。而英國貴族和資產階級之所以從外國引進國王，正是為了讓國王好自為之、乖乖聽話，可以享受優厚的王室待遇，但是不要動輒對英國的事情指手畫腳。登基時，威廉和瑪麗就被要求宣誓服從議會的法律，皇室行為受議會的限制和指導。作為一場不流血的憲法革命，「光榮革命」是英國政治史上的重要里程碑，為英國從傳統和平過渡到現代國家奠定了政治基礎。

1689年，就在洛克匿名出版《政府二論》的同一年，英國議會正式通過了《權利法案》。威廉和瑪麗對這部法案表示支持，從而最

31. H.G. Wells, *The Outline of History: Being a Plain History of Life and Mankind*, revised by Raymond Postgate (Garden City, NY: Garden City Books, 1961), p. 519.

終取消了君權神授理論，使議會成為高於王權的最高立法機構。《權利法案》列數了詹姆斯二世的罪惡，明確表明英國之所以從異國迎來新國王，是為了使「宗教、法律和自由不再受到破壞」。法案保證威廉和瑪麗的王權世代相傳，但條件是王室必須服從議會。《權利法案》明確規定：「如果議會沒有同意，宣稱要廢止法律及其執行的皇家權力是非法的。」未經議會同意，國王不得廢止法律、徵收賦稅或在平時招募軍隊。為了保障議會正常發揮代議職能，「議會成員的選舉應該自由」，「議會的言論、辯論與程序的自由不得在任何法院或議會之外的地方受到彈劾或質問」，「議會應經常舉行會議，以解救所有苦難，並修正、維持法律」。

《權利法案》是英國繼《大憲章》以後最重要的憲法文件，並被認為是美國1791年《權利法案》的前身。在這一時期的重要法律還有1679年的《人身保護法》（Habeas Corpus Act）、1689年的《宗教寬容法》（Toleration Act）、1694年的《三年選舉法》（Triennial Act）以及1701年的《王位繼承法》（Act of Settlement）。《人身保護法》規定，如果因刑事案件而被捕，被捕者有權要求把自己的人身和逮捕命令一同移交法院，並由法院決定逮捕是否合法，拒絕這一要求的警官或獄吏將受到處罰。《選舉法》禁止國王隨意解散議會，並規定每三年必須進行普選。《王位繼承法》則要求王位的繼承必須獲得議會的同意，所有重大國家決策必須獲得樞密院批准方可生效；未經議會通過和國王批准，任何法律均屬無效。且除非議會兩院奏請罷免，法院的任職是終生的。這些重要法律確立了英國的君主立憲和議會民主制度，並構成了英國政治的基本法。

當然，英國創造了第一部近代憲法文件，但也提出了一個頗值得深思的憲法問題——為什麼需要一部憲法？事實上，雖然今天絕大多數國家都已經制訂一部效力最高的「成文憲法」（written constitution），英國反而成為極少數不承認需要一部成文憲法的國家

之一；《大憲章》、《權利法案》……以及1998年吸收《歐洲人權公約》（European Convention on Human Rights）的《人權法》（Human Rights Act），英國有許多部基本法律，但是獨缺一部「更高的法」，因而直到今天還被作為鳳毛麟角的「非成文憲法」國家之典範。我們是否需要一部成文憲法——比一般法律位階更高的法？如果沒有成文憲法及其所衍生的司法審查制度，是否可能以及如何防止多數人暴政？這些都是憲法理論所關注的基本問題。

4. 現代定義

隨着社會契約論的發展，尤其在1689年洛克發表《政府論》之後，西方對政府與個人關係的認識發生了顯著轉變。到今天，政府權力被視為個人權利的對立面，憲法也被賦予新的意義，成為一部限制政府權力、保障個人權利的法律文件。在職能上，現代憲法的作用主要表現於對政府權力所施加的有效限制。弗瑞奇（Carl Friedrich）教授指出：「權力限制的全部總和構成了特定社團的『憲法』」；「除非程序限制得以確立並有效運行，真正的立憲政府並不存在。」³² 由此可見，憲法概念在近代發生了根本性的轉折。現代憲法不僅規定了政府結構及其運作程序，而且定義了政府不得超越的權力範圍以及不得侵犯的個人權利。

根據《布萊克法律詞典》（*Dictionary of English Law*）的定義，憲法（constitution）是「整體權力來自被統治者的政府憲章」，是「民族或國家的基本組織法，用以確立其政府的特性與觀念，對政府的內

32. Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America* (revised edition), pp. 131, 173.

部運作規定其所必須服從的基本原則，組織政府並調節、分配及限制其不同部門的職能，並規定主權行使的範圍與方式」。基本權利就是限定政府權力運行範圍和方式的主要憲法淵源。在美國聯邦《權利法案》作為修正案入憲之後，幾乎所有國家的成文憲法都明確規定了基本權利，作為各國政府必須尊重和保護的目標。

五、憲法的基本結構

憲法的結構很簡單，一般分為三部分：前言、正文與修正案，後面兩部分一般都應該具備法律效力。憲法條款在性質上分為兩類：或者是規定國家機構的設置及其義務權限的劃分，或者是規定對公民權利的保護。有的憲法正文很短，例如美國憲法只有7條。現代國家的憲法都比較長，例如法國第五共和憲法有15章、92條；德國《基本法》共10章，146條；中國憲法分為4章，共132條。儘管在細節上存在諸多不同，各國憲法的結構在大體上是相似的。

1. 前言與總綱

憲法一般都會有個「前言」或「序言」，可長可短——美國憲法的前言很短，只有80個字；法國第五共和憲法和德國《基本法》的前言也都很簡潔，中國憲法的前言則很長，有1,800字之多。憲法前言一般說明了制憲的主要目的和憲法所要突出的價值觀念，例如美國聯邦憲法的制訂是「為了形成一個更完善的聯邦」，法國《人權宣言》強調了「人的自然、神聖與不可剝奪之權利」。由於前言一般被認為只是宣示性的，因而沒有法律效力。即使在實行憲法審查的國家，前

言也不能產生具體的權利或義務。但作為例外，法國憲法的前言對公民權利的保護發揮着重要作用，因為其中提到了《人權宣言》和《第四共和憲法·前言》這兩份人權保障文件，而憲法正文卻幾乎沒有規定任何權利。

有的國家憲法還有「總綱」，目的是進一步規定憲法的基本原則。美國、法國與德國憲法都沒有總綱，但法國第五共和憲法的第一章規定了「國家主權」，在性質上相當於總綱。其中憲法第二條規定，「法國是一個統一、世俗、民主和社會的共和國」，對「所有公民保證在法律面前的國籍、種族或宗教之平等」，共和國的座右銘是法國革命提倡的「自由、平等、博愛」，其原則是「民有、民治、民享」。第三條規定「國家主權屬人民」，選舉應該「永遠普遍、平等和秘密」。第四條規定了政黨在選舉中所發揮的作用，它們應自由形成並自由從事活動。因此，統一、世俗、民主、主權在民、政黨自由、社會平等構成了法國憲法的核心價值。

2. 憲法正文——國家機構

「憲法」(constitution)的原始含義是「組織結構」，因而憲法的一個必要組成部分是國家機構的設置及其權力與義務的劃分。這主要有兩方面的內容：中央與地方的關係和主要是中央政府的內部權力結構。以美國憲法為例，第一至第三條規定了聯邦政府的國會、總統與法院的權力，第四條要求州際合作，第六條規定了重要的「聯邦最高原則」，即憲法以及根據憲法所制訂的法律和條約是國家的最高法律，不論各州的憲法或法律是否與之相抵觸，各州法官均受之約束。美國是聯邦制國家，但憲法對聯邦制的規定卻甚為簡約。這大概是該問題在立憲當時較為敏感，且作為法治國家，憲法只須要規定中央

(聯邦) 和地方 (各州以及被認為是構成州的組成部分的地方政府) 的法律關係。除此之外，聯邦和各州政府完全獨立。相比而言，聯邦德國對聯邦與各州關係的闡述要詳細得多。從第二章起，《基本法》分別規定了聯邦與各州關係 (其中還包括基本國體和政黨原則)、聯邦參眾議院、總統、內閣、聯邦的立法權以及立法程序、聯邦法律的執行和聯邦行政及其各州參與、司法組織與管理、聯邦與各州的財政分配。

中國和法國都是單一制國家，但中央和地方關係仍然是憲法規定的基本內容，儘管這類規定並不佔據十分醒目的地位。法國憲法的正文幾乎全部都是關於中央國家機構的設置：第二至第十章分別規定了共和國總統、內閣、議會、議會與內閣之間的關係、憲政院、司法權力機構、高級法庭和經濟與社會委員會。第十一章規定了法國的領土單元，分為縣、省和海外領地。第十二章規定了法國與歐洲共同體之間的關係。中國憲法的第三章規定了「國家機構」，其中第一至第四節分別規定了全國人大、主席、國務院與中央軍委，第五與第六節規定了地方各級人大與政府和民族自治機關，第七節規定了中央與地方的法院與檢察院。

國家機構在憲法中獲得規定的順序，一般代表着其憲法地位和重要性。例如全國人大是中國的最高權力機構，因而在憲法中首先獲得規定。法國的總統也享有崇高的憲法地位，因而憲法首先規定了總統。儘管總統地位不應高於整個議會，總統在憲法上高於參眾兩院的議長。然而，在三權分立的國家裏，立法、執法與司法三項最高權力總的說來是平等的。和中國憲法類似，美國憲法首先規定了國會，表明了代議機構在民主國家的最高合法性。但至少從歷史發展來看，國會與總統和最高法院是平行的最高機構。美國憲法之所以首先規定國會，更主要是因為立法是法治國家的先決條件；議會必須首先立法，執法機構才有法可依，法院才有法可判。同樣，美國憲法在三個最高

機構中最後規定了法院，並不表明司法地位不如執法或立法機構，而是因為法院判決通常是在立法與執法行為之後。事實上，正是因為司法判決是最後的，所以法官成為最終「拍板」的決定者。這對難以修正的美國憲法中尤其重要，因為它表明最高法院實際上成為憲法的最高解釋者甚至修訂者。

3. 憲法正文與修正案——權利保障

憲法的最終目的在於保障公民的基本權利，因而所有的現代憲法都設有專門的章節以規定受到保障的權利。而且為了強調其首要地位，有些國家把基本權利的定義放在憲法的開篇。和聯邦憲法不同，美國有相當多的州都首先規定了權利條款。³³ 德國《基本法》第一章就規定了「基本權利」，共19條。其中第一條又規定了最重要的條款：「人格尊嚴不可侵犯，一切國家權力均有責任尊敬與保護之」，並進而規定其餘18條具體權利。最後，「基本權利應作為可直接實施的法律，約束立法、執法與司法機構」。某些權利的行使受到一些先決條件的限制。例如第二條第一款規定：「只要不妨礙他人權利、不違反憲政秩序或道德，每個人都有權自由發展其個性。」第18章規定基本權利可以「因抵抗自由民主的基本秩序而濫用表達見解的自由」而喪失。權利是否喪失及其程度由聯邦憲政法院決定，但憲政法院從未使用過這一條款。第19條專門規定了「基本權利之限制」。一般地，基本權利可以通過法律而受到限制，但「在任何情形下，基本權利的本質都不得受到侵犯」，且如果受到了公共權力的侵犯，任何人都可以求助於法院來維護其權利。

33. 參見張千帆：《西方憲政體系·上冊：美國憲法》（北京：中國政法大學出版社，2000），第一版，頁436-469。

中國憲法也在第二章（第一章「總綱」之後）規定了「公民的基本權利和義務」，共24條。其中第一條規定了「公民在法律面前一律平等。任何公民享有憲法和法律規定的權利，同時必須履行憲法和法律規定的義務」。總的來說，對權利的保障還是多於義務，純粹對義務的規定主要體現在最後的第51-56條，但某些權利也伴隨着義務。例如第46條規定，「公民有受教育的權利和義務」。第49條規定，「婚姻、家庭、母親和兒童受國家的保護」，但「夫妻雙方有實行計劃生育的義務」；「父母有撫養教育未成年子女的義務，成年子女有贍養扶助父母的義務」。對於憲法應當規定義務的問題，留待以下專門討論。

部分因為美國制憲者把重點放在政府體制的設計而不是權利的羅列上，部分因為聯邦被普遍認為是有限權力的政府，因而沒有必要甚至不應該再專門規定權利，美國憲法的正文包含了很少的權利保障。主要的權利保障是以後的修正案陸續制訂的，其中最重要的有1791年通過的前十條修正案，統稱為《權利法案》，1864年內戰結束後通過的第十三至第十五修正案等。和美國類似，法國第五共和憲法在正文中也沒有專門的權利條款。這也是為什麼憲政院在1971年之前一直沒有對立法是否侵犯了公民權利作出判決。但在1971年，它還是在憲法前言中找到了依據。前言說明法國的人權與國家主權原則定義於1789年的《人權宣言》，並獲得1946年《第四共和憲法·前言》的肯定和補充。因此，法國《第五共和憲法》權利要到《人權宣言》和《第四共和憲法·前言》裏尋找。

4. 憲法不應該規定什麼

須要注意的是，憲法不僅應該規定基本人權和與之相適應的制度保障機制，而且作為一部基本法，也不應面面俱到、包羅萬象。首

先，憲法是公民權利的保證書，因而不應該規定公民義務。其次，憲法不是普通的政策宣言，不應該規定過多的經濟制度。由於經濟體制必然隨着經濟與社會的不斷發展而有所變更，因而如果憲法規定的經濟制度過於具體，必然成為經濟改革、社會發展與立法變遷的桎梏。最後，憲法不是政治口號，因而不應該規定過多的積極權利。中國1982年憲法仍然規定了不少積極權利，例如勞動和社會保障的權利。這是否意味着政府有義務幫助公民就業（從而獲得勞動的機會）？是否意味着廣大農民應該被納入社會保障體系？作為有約束力的法律權利，憲法規定的權利承諾是要兌現的，而諸如就業與社會保障的權利則可能要求國家承擔超出其能力範圍的義務。雖然法國第四共和、印度、南非等某些現代國家憲法也包含了不少積極權利，但它們更多是國家目標的宣示和立法重點的指導，而非可直接實施的法律權利。因此，要認真對待憲法，就不能將憲法變成一盒包醫百病的「萬金油」；事實上，萬金油什麼病都治不好。³⁴

六、憲法的基本價值與原則

既然憲法也是法，而法律具有目的性和規範性，因而憲法是充滿價值規範的文件。一個國家可以在憲法中寫入絕大多數人民認為重要或基本的任何規範概念——言論自由、正當程序、「神聖不可侵犯」的私有財產、社會主義公有制、平等、法治。在自由民主的國家裏，憲法一般不直接規定國家的政治與經濟體制以及正統意識形態，因為具體的體制被認為應留給人民自由決定，而言論自由意味着人民有接

34. 張千帆：〈憲法不應該規定什麼？〉，《華東政法學院學報》，第3期（2005），頁25-33。

受各種不同意識形態之權利。但即使在這些國家裏，憲法仍然不是價值中性的，因為自由民主本身就是一種意識形態——儘管它和規定任何特定正統理論的憲法具有本質區別，而政治與經濟體制事實上是不受質疑的存在於憲法之後的制度基礎。因此，規範性是憲法的首要特性。憲法的首要任務就是規定國家的基本價值與原則。

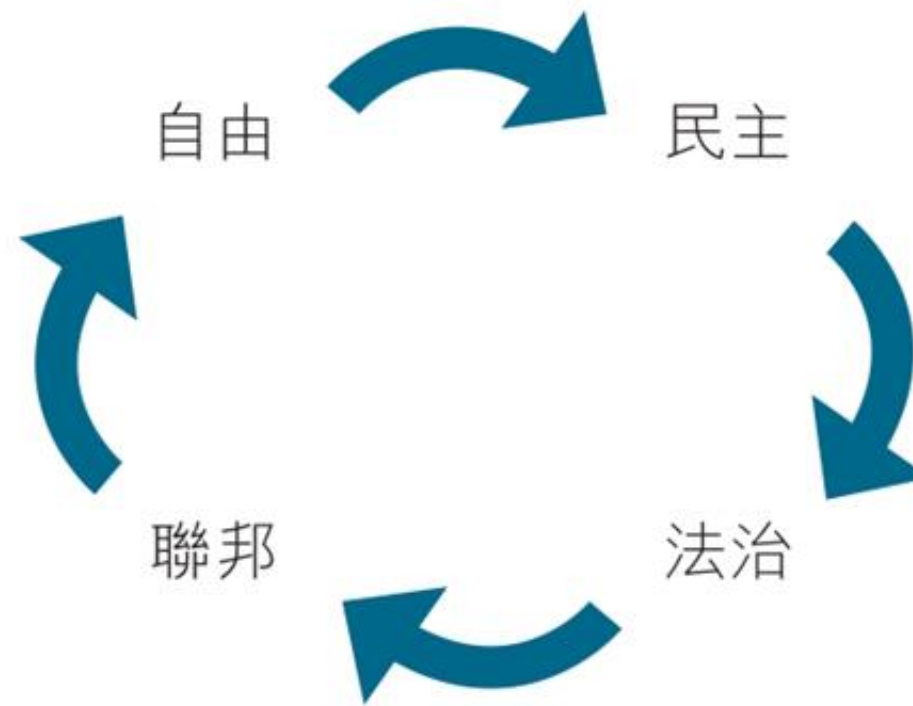
綜觀現代各憲政國家的憲法，我們可以總結出現代憲法的四大特徵：法治、民主、自由、聯邦。雖然最後一項特徵並不一定適合所有國家，但它適用於至今為我們所知的所有憲政「大國」——美國、加拿大、澳洲以及處於不斷整合中的歐洲聯盟。當然，某些憲政「小國」——例如德國——也採納了聯邦制。中國是單一制國家，但地區差異導致因地制宜的需要，因而實際上採用了相當複雜和多元的「單一制」。雖然中國是世界上唯一沒有採取聯邦制的大國，但是其實「一國兩制」的靈活安排在某些方面比許多聯邦制走得更遠。綜合起來，這四項基本特徵是現代憲政國家的普遍原則。

1. 法治與分權

法治自然是憲政的「題中應有之意」，因為憲政本身是法治的最後與最高階段；沒有法治作基礎，就不可能產生實質意義上的憲政。如果政府與公民不能認真對待普通的法，那麼他們也必然不能認真對待「更高的法」。如上所述，把法治中的「法」上升到法律等級體系的頂峰，那麼法治也就上升到憲政。因此，法治與憲政可以說是同義詞；「依法治國」確實就是「依憲治國」，反之亦然。

值得注意的是，「徒法不足以自行」。要實現政府法治，必須符合一定的社會與政治條件，而一個必要條件是分權（separation of powers），因而分權也是憲政與法治國家的一項共同原則。分權包

圖1.6：相互關聯的憲法基本原則



含兩個維度：縱向（vertical）與橫向（horizontal）。例如美國是聯邦制，因而聯邦與各州之間的關係是縱向分權問題，而聯邦政府內部或某個州政府內部的權力劃分則是橫向分權問題。所謂「橫向分權」，就是指同一個政府內部不同職能之間的權力劃分。在西方國家，橫向分權一般就是指三權分立，即立法、執法與司法權的分立。南京國民政府的憲法採取了「五權分立」制度，在以上三權中又加入檢察與考試兩種權力。

因此，分權不只有一種模式，不一定非要採取美國、法國或任何特定國家的「三權分立」，但有必要至少採取某種形式的分權。這是因為和德治不同，法治的核心是「他律」而不是「自律」；它所強調的不是官員對自己的道德約束——儘管這是極為重要的，而是人民對官員的控制與官員之間的相互控制。因此，它要求在政府內部建立相對分散與獨立的權力中心，以實現不同部門之間的相互制衡。在此，「獨立性」——人員、財政、權力等各方面的獨立性——是至關重要的，因為不獨立，有效的制衡就無法實現——如果議員就是執行官，那就至少不能指望這個議員能有效監督自己的行政活動；如果法官的命運和福利掌握在行政官員手中，那也不能期望他們能有效地保證行

政法治。任何政府都具有立法、執法與司法三大主要職能。因此，分開這三類機構並保證其相應的獨立地位，是法治的一個基本條件。

譬如在行政訴訟中，法官必須保持獨立和中立，而不受行政權力的干涉；否則，如果市長可以命令法院院長按某種方式判決，那麼就不可能實現行政法治。只有保證法院對外的獨立地位和法官在司法內部的獨立地位，保證法官在不受權力干預的情況下作出判決，才能實現司法公正與行政法治。

在彈劾美國總統安德魯·約翰遜（Andrew Johnson）的部分過程中，眾議院提出的彈劾動議正在參議院受到審議。美國內戰結束後不久，林肯總統遭遇刺殺，副總統約翰遜按憲法規定繼任總統。繼任之後，約翰遜屢次拒絕執行前任總統林肯和國會制訂的重建政策，和國會之間產生了嚴重矛盾，結果遭到國會彈劾，最後因參議院一票之差逃過一劫，但是彈劾過程已對他本人產生極大的震懾力，足以令其事後「改邪歸正」。試想假如約翰遜大權在握、為所欲為，對國會立法和政策置若罔聞，而立法和司法對其無能為力，那麼美國內戰後的重建政策也就不可能依法得到落實。彈劾就是分權制衡的一種方式，立法可以通過這種方式制約行政，進而保障行政法治。事實上，即便彈劾過程本身也體現了分權精神。根據美國聯邦憲法第1條規定，彈劾由眾議院發起，由參議院審判，由聯邦最高法院首席大法官主持審判。假如發起與審判彈劾的權力都集中在某個部門手裏，那麼彈劾作為一種分權機制本身就可能受到該部門的濫用。

2. 民主

民主固然表達了人民「自治」的理念，但在操作層面上，它和法治一樣，也是一種「他律」，也就是人民在選拔官員過程中對政府的

一種直接決定與控制。民主和法治都是建立在理性選擇理論及其對自律和德治不信任的基礎上的：如果我們可以完全通過「四書五經」的道德教育讓人向善，其實就不需要法律（主要是刑法）來約束人民了；如果我們可以通過科舉考試準確選拔德才兼備的官員，也不須要通過選舉和法來約束他們；正是因為人治和德治是不可靠的，所以才須要通過制度讓別人而非自己來約束我們：人民需要政府和法律的約束，政府更需要人民和法律的約束。事實上，民主是比法治更為根本的他律：只有通過民主，人民才能約束立法者，進而通過立法者約束所有其他官員。民主是官民關係「正常化」的開始，否則永遠不可能遏制腐敗和濫用權力。

因此，民主和法治可以十分和諧地在一起共存在經典統治模式之中。法治是統治國家的一種方式，但它並不直接限定制訂法律的統治主體；法律可以由人民代表制訂，也可以由國王或少數規則制訂，且沒有理由表明後者在法律的實施上就一定不如前者。但無數歷史事實證明，除非立法者本人受到人民的約束——或者就是人民自己，他們並不會自動制訂符合公共利益的立法，而不為自己的私利服務；只有民主才能保證法治符合人民的普遍利益——至少是多數人的利益。因此，現代國家普遍接受了民主原則，人民直接或間接成為管理其自身事務的立法者。由於現代社會的複雜性，人民一般不直接參與國家政策的制訂（「直接民主」），而是把這些事務委托給由他們選舉出來的代表，並通過政治選舉的壓力等機制對代表們所制訂的法律產生影響（「間接民主」或「代議制」）。

就和其他概念一樣，「民主」固然可以因政治與文化背景的不同而受到不同解釋。但作為一種政治制度，民主並不是一句空話，而必須反映到政府的組成與基本運作之中。在這一點上，民主還是有一些統一適用的普遍標準。從古雅典到現代，它至少包含了下列基本要素：具備一個以上的候選人，候選人不受他人或政府干擾自由競選，

選民可以根據其利益或偏好自由選擇任何候選人，每個選民都由同樣分量的決定權（「一人一票」），且選舉程序必須正當合法，以保證多數選民所選擇的候選人成為勝者。

譬如在2008年3月22日台灣領導人選舉中，國民黨候選人馬英九大獲全勝。但是選舉並非只是投票那一刻，而是一個漫長和艱難的過程，其中不同候選人通過憲法所保障的言論、新聞、集會、結社等基本權利，和選民進行自由與公開的交流和溝通，相互之間展開爭取選民的激烈競爭。只有如此產生的領導人才能真正代表台灣的民意和長遠利益，加強兩岸合作、改善兩岸關係、促進兩岸和平。

3. 權利與自由

民主加法治的經典組合傾向於保護社會多數人的利益，而這是所有法律的基本目標。相比之下，作為國家的根本大法，憲法不只是一要保護多數人的權利，而是要保護所有人——包括少數人甚至個別個人——的基本權利。這是現代自由主義的要義，也是憲法不同於普通法律的基本目標。

個人權利保障要求分權。事實上，孟德斯鳩提出分權學說的出發點正是保障個人自由。³⁵ 這是因為個人權利在政府權力面前總是顯得過分弱小，因而須要分解政府權力，並使得公民能夠利用政府分支之間的相互制衡來維護其憲法或法律權力。例如行政訴訟制度可以通過普通法院或專門的行政法院，允許公民利用司法機構保護其合法權利不受行政機構的侵犯；憲政訴訟可以通過普通法院或專門的憲政法

35. Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, A.M. Cohler, B.C. Miller, and H.S. Stone (trans. & ed.), (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), p. 157.

院，允許公民利用司法機構保護其憲法權利不受立法機構的侵犯。事實上，從憲法的特殊作用來看，對少數人權利的保護要求建立獨立於立法機構以外的政府機構，以審查普通法律的合憲性。

當然，儘管多數人與少數人的權利可能發生衝突，憲法所保障的權利與自由並不是在所有情形下都和民主原則相矛盾；在更多的時候，兩者是一致甚至相輔相成的。作為自治的唯一方式，民主本身就是至關重要的政治自由。況且多數人和少數人的權利並不一定發生衝突，而且即使發生衝突，只要所涉及的權利不是憲法所保護的「基本權利」，那麼民主原則要求少數人的利益可以受到法律限制。因此，作為憲政的一個重要組成部分，多數主義民主原則在通常情況下必須發揮作用。事實上，如果一個國家的多數人權利得不到保障，那麼少數人的權利也得不到保障。

4. 聯邦——中央與地方關係的法治化

這裏的「聯邦」是指一種法治化的中央和地方分權關係。在單一制國家，中央和地方關係一般不是一個憲法問題，因為中央和地方之間屬上下級命令和服從關係，並沒有法律明確規範，尤其是中央權限不受憲法和法律規定，因而中央立法權是無所不在的。即便某些單一制國家（如1982年之後的法國）立法規定了中央和地方分權，中央與地方的權限爭議至多也只是行政法問題，而非憲法問題。相比之下，但凡聯邦憲法都規定了中央權限，超越權限的中央立法即構成違憲行為。事實上，中央權限規定是聯邦憲法的主要特徵。

聯邦制是縱向分權的一種形式。這裏的「聯邦」並不是指美國、德國或任何特定國家的分權制度。「聯邦」本身是一個非常廣闊的概念。除了極端的單一制或獨立國家之外，它可以囊括幾乎所有的

中央與地方權力分配體制。美國、德國、加拿大、澳洲等都是「聯邦國家」，但它們在中央和地方的分權上顯著不同的特點。現在被稱為「聯盟」(European Union)的歐洲共同體在許多方面更接近於「邦聯」，但也在迅速「聯邦化」。中國是一個單一制國家，但在某些方面體現出和聯邦制國家類似的特點，其地方政府的自由度有時甚至比聯邦國家更大。因此，這裏的「聯邦」不是指任何特定的縱向分權模式，而無非是指一種中央與地方權力的法治化分配方式。只要地方政府在憲法上具有一定的獨立自主權，就都具有聯邦制的某些特點。

一般認為，聯邦制對於實現以上三種憲法價值都有幫助。首先，聯邦制實現了中央與地方關係權力分配的憲法化，因而有助於實現法治，也是法治精神的集中體現。在聯邦制國家，既然中央和地方的關係獲得了明確的法律規定，且地方政府的地位獲得了法律保障，中央與地方的權力衝突就不是靠中央命令，而是靠法律途徑——主要是憲法訴訟——而得以解決。英國憲法學家戴西(Albert Venn Dicey)曾精闢指出，聯邦主義就是中央與地方關係的法治化。³⁶其次，聯邦制也有助於民主，因為它加強了地方自治。聯邦制充分保障地方政府的立法權，並使之不受中央政府的違憲或違法侵犯，而地方政府和選民的關係最為直接與密切。最後也是最重要的，聯邦制有助於個人權利與自由的保障。通過使中央與地方以及地方政府之間相互制衡，聯邦制有助於防止地方民主及其所形成的多數主義勢力侵犯少數人的基本權利。一方面，和同樣人口與地域的單一制大國相比，聯邦制加強了地方民主；但和構成同樣地區與人口數量的眾多獨立小國相比，聯邦制同時也對少數人不受多數人侵犯的權利加強了保護。事實上，也正是

36. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Ed.) (London: Macmillan, 1915), pp. 100, 103.

基於這一特性，美國建立了近代世界的第一個聯邦國家。³⁷ 聯邦制不但促進了國家法治與地方民主，而且把憲法保障擴展到獨立自主、自由與自為的個體。

雖然民主黨的奧巴馬做上了美國總統，但是這並不影響共和黨的阿諾舒華辛力加（Arnold Alois Schwarzenegger）繼續做他的加州州長。在聯邦制以及所有實行民主自治的國家，無論是中央還是地方領導人都由選民自下而上選舉產生。加州選民可以選共和黨人做州長，全體聯邦選民可以選民主黨人做總統，兩者有什麼矛盾嗎？

1973年的「德州墮胎案」（Roe v. Wade）是聯邦司法維護個人基本權利的典範，當時美國南部有一個州判決墮胎，立法定墮胎是違法的、犯罪的，後來這個法被聯邦最高法院宣佈違憲。1973年之前，德州立法禁止墮胎，而規範墮胎、保護生命確實屬州的自治範圍，但是州法不得和聯邦憲法保護的基本權利相抵觸。在該案，聯邦最高法院判決禁止墮胎的州法違背了憲法第十四修正案規定的法律正當程序，從而保護了婦女作為政治弱勢群體的人身自由。

七、憲法的特質

和一般法律類似，憲法也分享規範性、普適性和公共性等法律的基本特徵，但同時又有其性質所決定的不同於普通法律的特點，有些特徵甚至與普通法律正好相反，例如普通法律一般規定公民義務，而憲法只規定政府義務，對公民則只應該賦予權利。

37. Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.) (New York: New American Library, 1961), pp. 77–84.

1. 憲法是授權性的

首先，憲法是授權性的——不只是給政府機構授予權力，更重要的是給普通公民授予權利。憲法首先是一部保障權利的「法」——這是憲法和普通法律之間最大的區別。我們看到，普通法律的特點是其義務性（當然也有少數例外）；法律是為了社會的統治而制訂的，規定義務的主要目的是為了防止那些對社會造成危害的個人或組織行為，以實現良好的社會秩序和安全保障。憲法則恰好相反：它的主要目的不是為了規定個人義務——因為那是普通法律的事情，而正是為了防止法律對公民自由的過分控制；在這個意義上，憲法是「控制法律的法律」。

從另一個角度看，權利與義務最終是通過訴訟確立的，而對權利與義務的規定應該與訴訟制度相一致。要說憲法訴訟允許國家基於公民義務而在法院起訴公民，就和行政訴訟允許行政機構起訴公民一樣沒有意義，且違背公法訴訟制度的初衷。如果在訴訟中不允許實施，那麼條文就不應該規定。既然憲法是一部「法」，其中所有的條款都應該具有法律效力，並且這類法律效力只有在憲法訴訟中方能體現出來。既然憲法是保障權利的法，既然憲法訴訟不應該允許公民因違反其義務而被起訴，憲法就不宜規定公民義務。在這個意義上，公民以其個人身分不可能違憲——因為和行政法一樣，憲法也不是被用來「官告民」（或「民告民」），而是應該被用來「民告官」的。這當然不是說官不可以告民——刑法就是「官告民」的典型例子。只要不違反公民的基本權利，法律總是可以授權政府起訴它認為違反某些基本義務的公民，但政府不可能利用憲法去這麼做。

因此，大多數國家的憲法僅對公民提供基本權利之保障、對政府施加尊重權利之義務，而一般不對公民施加法律義務。即便少數國家例外，憲法義務也和一般法律規定不同，對違反義務的行為並不提供

任何具體的制裁。譬如中國憲法規定了一些公民義務條款，其中某些條款純粹是義務性的（如第51–56條），某些條款則同時規定了權利和義務（如第46、49條）。這反映了中國歷來比較強調義務的文化傳統，因而具有一定的「中國特色」。但是憲法畢竟不宜純粹規定公民義務，因為這將體現不出憲法不同於普通法律的作用，況且憲法義務因籠統並缺乏制裁措施而難以實施。因此，純粹的公民義務應保留給普通法律加以規定，憲法的首要任務是規定並保障公民的基本權利不受國家機構的侵犯。在這個意義上，憲法確實應該以公民權利為「本位」。³⁸

然而，這當然不是說憲法權利與自由是無限的；否則，不同公民的權利必然會發生衝突。例如一個人的言論自由可能和他人的名譽權發生衝突，因此人並沒有絕對的言論自由，而是必須和他人的權利相平衡。或者我們也可以說，一個人在行使其權利的同時，也有尊重他人權利的義務。固然，界定不同公民之間的權利與義務主要是私法的任務，但某些權利（如言論自由或人格尊嚴）是如此重要，以至憲法必須直接決定私人權利之間的平衡。在這個意義上，憲法可以規定公民權利的限制。

儘管如此，對憲法權利的限制仍然不宜以義務性規定的方式出現，因為限制憲法權利的最終目的還是為了保障所有人的權利。由於社會生活的基本事實就是人與人之間的權利經常會發生衝突，對權利的限制是為了所有人的權利可以和諧共存。但如果因此而規定公民義務將容易產生誤導，並把憲法降低到和私法同樣的地位。界定權利是為了實現一種平衡，但嚴格地說，這其實並不是某個人的權利與義務之平衡，而是不同人的權利與權利之間的平衡。因此，為了彰顯憲法

38. 見張文顯：〈「權利本位」之語義和意義分析〉，《中國法學》第4期（1990）。

的首要目的，憲法應仍然僅限於規定權利，並在不同的憲法權利發生衝突時界定權利的範圍。

既然憲法不應規定或實施公民義務，這勢必意味着公民不可能以私人身分違憲，因為義務是違法行為的存在前提。2000年5月，四川省成都市曾發生過一起關於憲法平等權利的案件。原告王勇等三名四川大學法學院學生去被告粗糧王紅光店用餐。被告的廣告上寫着「每位18元，國家公務員每位16元」。原告認為這是對非公務員消費者的歧視，違反了憲法第33條以及《民法通則》第三條關於「當事人在民事活動中的地位平等」原則，侵犯了公民受憲法和法律保護的平等權，因而在成都市青羊區法院起訴，要求被告撤銷廣告中對消費者的歧視對待，並返還對原告每人多收的2元。一審法院判決，法律並沒有明文規定商家不能對公務員消費者給予優惠，也沒有明文規定不能對不同的消費者採用不同的收費方式，因而駁回了原告請求。³⁹

上訴後，成都市中級法院維持原判。法院認為，原告與被告是「平等的民事主體」。原告「作為消費者，有權根據自己的實際需要選擇是否消費，對是否消費享有充分的自由」。被告並「沒有強迫消費者消費的意圖與行為」，「有權處分自己的民事權利，有權決定對某個群體和個人給予優惠」；且針對不同的消費群體以不同價格發出要約，「實為適應市場需要，增強競爭而採取的一種促銷手段。」因此，原告認為被告的廣告侵犯了憲法和民法基本原則，屬「理解不當」，其訴訟要求「於法無據」，不予支持。後來，被告飯店自己撤除了關於公務員優惠的廣告詞。

上案的一個解讀是，以私人身分出現的公民只可能違反法律，而不可能違反憲法；質言之，「私人不可能違憲。」在法律規定的範圍

39. 見成都市青羊區人民法院民事判決書，（2000）青羊民初字第810號；成都市中級人民法院民事判決書，（2000）成民終字第913號。

內，私人被告作為「平等的民事主體」是完全自由的，可以採取憲法禁止國家被告所採取的「歧視」措施。當然，如果換一個場景，法院或許就不應該拒絕受理了。山海關「購票須知」對河北省內和省外老年人規定了不同的門票政策，省內70歲以上老年人可以憑有效證件免費遊覽，省外70歲以上的老年人卻只享受半票優惠。如果有一位70歲以上的外地游客起訴山海關內外有別的門票規定違反憲法第33條，法院是否應該受理？這些問題都取決於山海關管理處的性質。如果管理處行使了公權力，那麼理應受憲法平等原則的約束。

2. 憲法是一部保障每個人權利的「基本法」或「社會契約」

憲法不僅是一部普通的權利文件，而且是一部保護所有人權利的基本文件，是每一個理性人都能同意接受的「社會契約」（Social Contract）。憲法的制訂與修正程序也反映了這一點：普通法律只須要經過多數人民代表的同意，憲法的制訂與修改則須要經過超多數同意；換言之，少數人的反對就足以阻止憲法修正。因此，一般的法律強調社會秩序和多數人的利益，憲法則還要保障少數人甚至個別人的權利。這並不是說憲法不保護多數人的利益，而是由於憲法必須保護每一個人的基本權利，因而不僅須要考慮到多數，而且還要保護少數人的基本利益不受社會強勢力量的侵犯。

作為一部「基本法」，憲法所保護的不是一般的公民權利，而是對公民生活產生重要影響的關係到人性本質的「基本權利」。對於一般的公民權利或義務之規定，乃是普通法律的任務；當然，普通立法也可以、甚至應該規定基本權利（尤其是這類權利還可能受到其他私人的侵犯），但這無論如何是憲法的主要任務。從各國憲法的權利條款來看，「基本權利」主要是指關係到公民的人身、財產與精神方

面的權利。鑒於西方文藝復興和新教革命的文化背景，西方憲法對宗教信仰、言論與新聞自由、結社自由以及政治參與的權利極為重視。對基本人身權的保護主要體現在正當刑事程序和公民住宅不受侵犯的權利，對財產權的保護則限於要求對公民財產的徵收必須給予適當補償。在傳統上，基本權利都是消極權利。但進入福利社會之後，某些國家的憲法還賦予公民要求政府提供最低生活保障的「積極」權利。

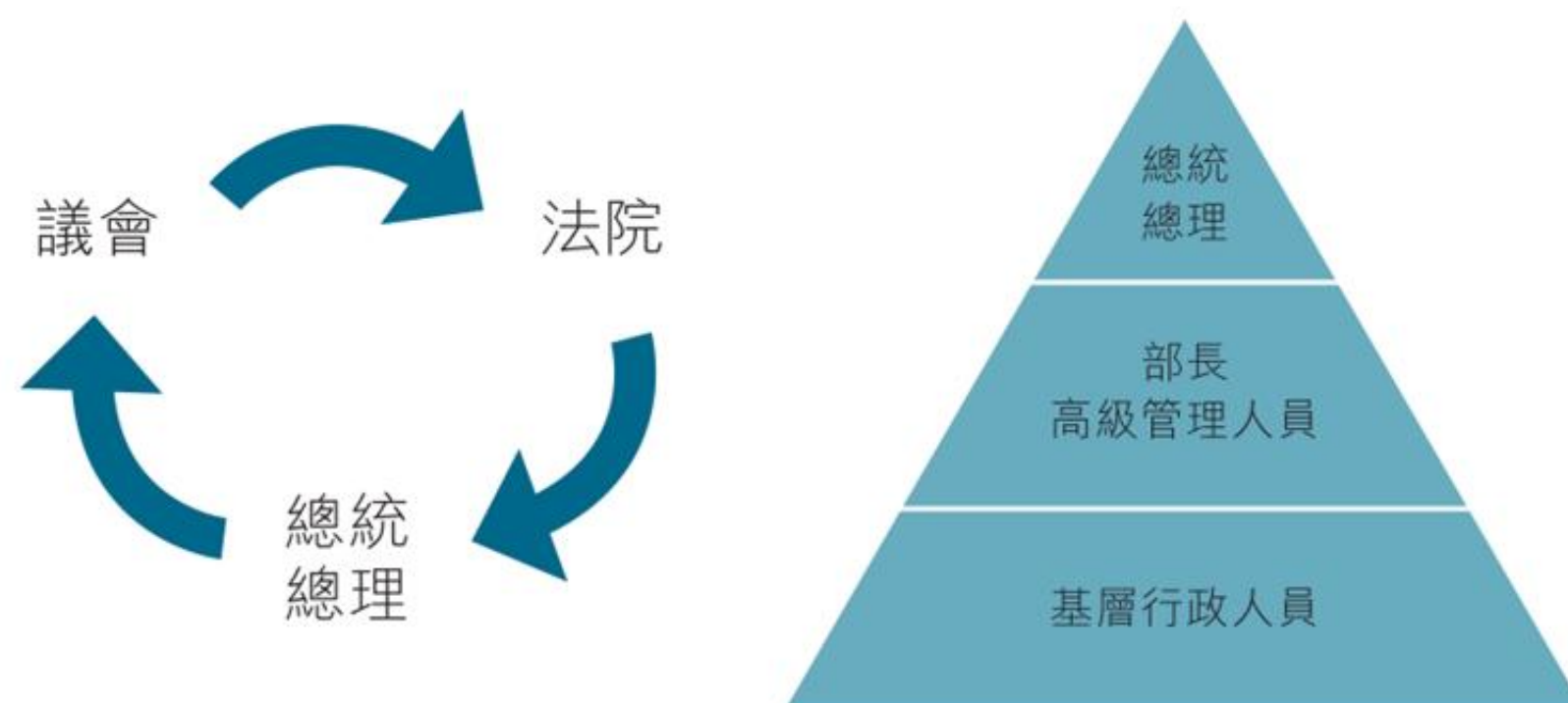
在政治體制和國家的設置方面，憲法顯然同樣是基本的。憲法一般只規定政治或經濟體制的性質，中央與地方權力的基本劃分（如單一制還是聯邦制），最高國家機構的種類、設置、產生及其權力範圍及其作用方式等重要方面。對於下級機構、地方機構以及權力分配的細節，一般由專門的組織法另行規定。事實上，這些法律與其說是為政府機構賦予了權力，不如說是對它們規定了行使權力的限制，以便更好為保障公民權利服務。

例如憲法與行政法同屬「公法」，目的都在於控制與監督政府權力與活動，並賦予公民以保護自己的法律權利，但是它們的區別何在？首先，兩者法律效力的等級不同。如上所述，行政法和私法一樣屬「普通法律」的範疇，而憲法是「基本法」，控制着包括行政法在內的所有其他法律的意義。其次，在實體方面，顧名思義，行政法僅控制「行政」行為。總的來說，行政是一個實施立法的中間轉化機構——它把立法文字與精神轉化為社會現實，使之對具體的人產生實際效力。它低於國家的最高權力機構，但代表國家行使政府管理職能。因此，儘管行政機構一般都同時兼有立法、執法與司法權，它既不是最高立法機構（國會或人大），也不是最高執法權力（總統或國家主席）或司法權力（法院或檢察院），而是除了這些最高機構以外的政府「管理」機構。與此相反，憲法的控制對象正是國家的最高權力機構，尤其是立法機構。在三權分立的國家裏，除了立法機構之外，國家的最高權力還包括總統與法院。因此，憲法還調控立法、

執法與司法最高權力之間的關係。例如總統的法令（而不是一般的行政規章）是否具有立法授權？總統是否有權拒絕向法院交出刑事陪審團所要求的錄音磁帶？人大代表有沒有權力對司法判決進行「個案監督」？等等，都是屬憲法問題。

當然，憲法和行政法之間也有重疊的地方。顯然，行政機構也可能侵犯公民受憲法保護的基本權利。如果公民的憲法權利受到普通立法的適當保護，那麼行政行為也違反了立法，因而在行政法範圍內就可以獲得解決；但如果這類立法不存在，或有關的立法保護不符合憲法要求，那麼行政行為直接受憲法控制，因而同時是憲法與行政法的內容。例如在1970年的「福利聽證案」中，⁴⁰ 美國聯邦最高法院判決行政機構在剝奪社會福利之前必須給予聽證。這個案例既是憲法也是行政法案例。另外，尤其在三權分立的國家裏，最高權力機構在設置下屬行政機構時可能會發生衝突。例如美國憲法規定，總統對合眾國的高級官員具有任命權，但未規定他是否可以隨意罷免這些官員。因此，國會是否可以通過立法，限制總統對郵電部長或獨立管理機構委員的罷免權？這些也都是同時屬憲法與行政法的問題。

圖1.7：憲法與行政法的關係



40. *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254.

3. 法是相對穩定或「剛性」的

憲法的基本性與重要性決定了它的穩定性。當然，這並不是說普通的法律就不穩定；為了保證社會生活的連續性、可預測性以及法律本身的權威，任何法律都應該是相當穩定的。但隨着社會的變化發展，法律也必須發生相應的變化以適應社會需要。普通法律通常調控某個特定的實體領域（例如交通安全、證券市場、食品衛生），因而必將隨着該領域社會實踐的不斷發展而發展。由於人的智慧在社會活動中的創新、發明或在認識上的不斷提高，特定的法律須要及時調整，才能符合適應社會發展、促進公共利益的基本目標。

但人性中的某些基本需要是相對恒定的。人自從遠古以來就有對人身與財產安全的需要——這幾乎是人作為一種動物存在的本能。事實上，正是為了更好地保障這種安全，人類才建立了公共權力；顯然，這種基本需要不應該被公共權力本身剝奪或侵犯。和一般動物不同，人自古以來就有宗教信仰，有不受外界干預或強迫和超自然力量進行直接溝通的需要；人還是一種語言動物，有不受他人、社會或國家的干擾與限制而自由交流的需要。當然，我們還可以說人有獲得食品與住房的基本需要，因而國家或許應該為所有人提供一些基本的生存條件。所有這些需要都是基本的，它們是人類本質屬性的一部分；不論社會如何變化，它們在漫長的人類歷史中保持相當恒定。因此，保護這些基本需要不受政府侵犯的法律也必然是穩定的。這部法律顯然就是憲法。因此，憲法所調控事務的基本性與穩定性決定了憲法的穩定性。

與此相一致，修憲程序也體現出憲法的穩定性。由於憲法是更重要或基本的，制訂憲法的權威也比一般的法律具有更高的民主合法性，因為它不僅代表社會多數，而是更大多數——絕大多數甚至所有人，而修憲的困難程度和所要求的同意人數成正比：要求同意的人數

越多，構成有效反對修正的人數要求就越低；如果要求所有人同意，那麼一個人的反對就足以排斥修正案的通過。這是可以理解的，因為憲法的修正可能會影響到人的基本權利，修憲應該更為慎重，並獲得絕大多數（而非簡單多數）人民的同意。因此，憲法的基本性、代表性與穩定性是緊密聯繫在一起的。

正因為如此，雖然日本自民黨自1955年開始就統治日本，一直佔據議會多數並從中產生首相，而自民黨一直希望修改「和平憲法」中的「和平條款」，⁴¹ 以便正式建立軍隊以取代目前的「自衛隊」。但是由於反對黨的堅決反對，修憲一直未能獲得憲法要求的超多數而頻頻流產，致使1946年憲法歷時60多年隻字未改。修憲程序看上去是「技術細節」，但是成敗往往取決於細節。日本修憲正是栽在了程序細節上。也多虧了這個「細節」，「和平憲法」的和平標誌才維持至今。為了降低修憲門檻，日本參議院於2010年5月通過了《憲法修改國民投票法》，規定可以通過全民公決通過憲法修正案。問題在於，據《朝日新聞》公佈的一項民意調查，⁴² 雖然多數選民支持修改憲法，但是只有三分之一選民支持修改第9條，因而全民公決固然可能「柔化」日本憲法的剛性，卻未必是修改和平條款的捷徑。2015年，安倍內閣推動國會通過了「新安保法」，將日本自衛隊的權力擴大到「集體自衛權」，引起了眾多憲法學者的反對，例如早稻田大學憲法學家長谷部教授即認為該法違憲。⁴³

41. 日本憲法第9條規定：「日本國民真誠地企望以正義和秩序為基調的國際和平，永遠放棄為國家主權而發動的戰爭、武力威脅或使用武力作為解決國際爭端的手段。為達此目的，日本不保持陸海空軍和其他戰爭力量，不承認國家交戰權。」

42. 〈日本通過法案，邁向修憲擴軍〉，《羊城晚報》（2007年5月15日）。

43. 安保關聯法案反對學者聯合會，http://anti-security-related-bill.jp/index_en.html；安保法案は違憲！？——渦中の憲法学者・長谷部恭男教授に訊，<http://synodos.jp/politics/14433>。

1946年頒佈的日本「和平憲法」已經和平渡過60多年，至今沒有修改過一次。雖然自民黨幾次試圖修改「和平憲法」中的「和平條款」（第9條），但是由於國會內部反對黨的阻擊而屢遭失敗。日本國會多數表決修憲擴軍，投票結果為122票贊成、99票反對，雖然多數通過，卻未能達到憲法要求的超多數。在這個意義上，正是日本反對黨維持着「和平憲法」的「和平條款」。

憲法文本的穩定性顯然取決於修憲的難易程度，越難修改的憲法越明顯體現出「剛性」。「剛性」（rigid）與「柔性」（flexible）憲法是英國政治學家布萊斯（James Bryce）首先提出的區別。⁴⁴所謂「剛性」憲法，就是指修正程序比普通立法修改程序更為嚴格的憲法；所謂「柔性」憲法，指的是普通立法機構就可以按照立法修改程序而進行修憲的憲法。顯然，柔性憲法比剛性憲法更易於作出明文修正，因而布萊斯稱之為「柔性」。但除了把某些憲法性的立法作為「憲法」的英國之外，世界上幾乎沒有任何其他嚴格意義上的「柔性憲法」國家；幾乎所有的成文憲法國家都只有「剛性憲法」，因而這一區別已經沒有實際意義。⁴⁵

須要注意的是，即便所謂的「不成文憲法」也不一定是「柔性憲法」，因為如果不是指具有特殊重要意義的議會立法，而是指未曾落實到文字的基本習俗與慣例，那麼「不成文憲法」不是通過議會的明文修正，而是通過其他機制——如司法解釋——而修改與發展的，因而其「剛柔」程度取決於其他修改機制的難易程度。更重要的是，「剛性」並不一定表示憲法的意義就難以修正，因為儘管憲法的文字不變，憲法的意義可以通過司法解釋等機制而發生變化。美國聯邦憲

44. James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence* (New York: Oxford University Press, 1901).

45. 對於剛性憲法和柔性憲法的優劣之比較，參見王世傑、錢端升：《比較憲法》（北京：中國政法大學出版社，1997），頁9-12。

法是極端「剛性」的憲法，但在過去兩百多年中，美國憲法的意義在不斷發生變化。

憲法的「剛柔」和整體文本的修改難易直接相關，而不能和具體條款的彈性程度混為一談。某些憲法條款是「硬性」的具體規定，例如18歲以上的公民就有選舉權——要改變年齡限制，只有通過明文修正，司法機構幾乎沒有餘地進行「創造性解釋」，且它們不會隨着時代與場合的變化而改變其意義。有些條款則是「彈性」或寬泛的，例如美國憲法第1條第8款中的「州際貿易條款」，其中「州際貿易」可能隨着經濟與社會的發展而改變其範圍；或者對什麼是「必要與合適」的法律，在不同時代可能有不同理解。然而，以上所說的「彈性」和「柔性」並不是一回事。為了避免混淆，應當慎重使用「剛性」與「柔性」這些詞，尤其是不要把這些概念和憲法的「彈性」程度相混同。

對憲政實踐來說，區分「剛性」與「柔性」憲法的意義主要在於界定修憲權與憲法審查權。在成文憲法中，某些憲法（例如中國憲法）比其他國家的憲法（如美國憲法）更為「柔性」（更容易修正），表明前者的修憲機構（如全國人大）能更有效通過明文修正來糾正憲法審查機構（如全國人大常委會）對憲法的解釋。如果憲法很難修正，那麼確實可能產生美國最高法院的休斯首席大法官所說的「法官說什麼，憲法就是什麼」的狀況。美國聯邦憲法極為剛性，兩百多年隻增加了27條憲法修正案，但是憲法文本的含義卻和1788年大相徑庭，而這個任務確實是通過司法解釋完成的。在這個意義上，剛性憲法的解釋者幾乎成了修憲者。

當然，憲法的穩定性也不宜被誇大。值得再次強調的是，憲法也是「法」，因而符合法律發展的一般規律。即使是憲法的穩定性也只是「相對」的——相對於普通法律而言。這並不是說憲法就不發展，或發展得一定比其他實體法律更慢。在某個時期，由於社會需要的突

然變化，憲法條文或特定條文的解釋可能也會發生相應變化。例如電子網絡作為一種交流手段的普及必然會拓展言論自由的含義；9.11事件的發生以及全球恐怖主義活動的興起，則可能給美國或其他國家的言論自由帶來前所未有的挑戰，因為它直接影響到國家安全與社會穩定等同樣甚至更為基本的需要。但更經常地，一個國家的文化傳統可能因突發的社會或政治運動而發生轉變，且這種變化將遲早體現在憲法中。有時候，社會精英甚至可能利用憲法改革去推動社會轉變。例如在1954年的「校區隔離案」中，⁴⁶ 美國聯邦最高法院判決以往把黑人與白人孩子隔離在不同學校的政策違憲，從而推動了美國社會的種族平等與融合。因此，即便憲法文本不發生變化，憲法實質也完全可以通過靈活的司法解釋而及時變通。

由於中國憲法長期不能獲得司法適用，人們誤以為憲法是「靜態」的，憲法與行政法之間也存在着一些錯誤的區分標準。例如19世紀德國行政法學家奧托·邁爾（Otto Mayer）曾發表過「憲法消逝，行政法長存」的評論，國內法學家也曾認為行政法是「動態的憲法」。⁴⁷ 這類觀點的共同之處在於它們都認為憲法僅處理抽象原則，而行政法則是這些原則的具體顯現。現代憲法與行政法的發展否定了這種片面的見解。固然，憲法要比行政法更「抽象」些，因為其規定不可能像普通法律那麼具體。但抽象的憲法條款在無數憲法案例中獲得了具體的意義。且就法律的相對穩定性而言，憲法與行政法都是「靜態」的。美國的《聯邦行政程序法》制訂於1946年。雖然在半個多世紀不斷獲得充實與肯定，但修改很少。就法律的變化與發展來看，憲法與行政法又都是「動態」的。美國憲法雖然明文修正不多，但含義在兩百多年來發生了巨大變化——否則，如果憲法真是「靜

46. Brown v. Board of Education, 347 U.S. 483.

47. 龔祥瑞：《比較憲法與行政法》（北京：法律出版社，2003），頁5。

態」的，那麼它確實將像邁爾說的那樣「消逝」了，因為靜止就是僵化，而僵化的法律意味着死亡，必然為發展中的社會所淘汰。憲法確實因其基本性而獲得了穩定性，但穩定絕不意味着故步自封。事實上，由於憲法是「法」，它必然會不斷運用到社會的具體實踐中去，並和行政法一樣與社會一起成長、發展。

4. 憲法是「公法」而非「母法」

憲法是「基本法」，是國家「根本大法」，但並不是包醫百病的「萬金油」，不論遇到什麼性質的問題都可以「抹」上點。雖然憲法研究的問題確實幾乎可以說是包羅萬象，但是憲法卻只能在嚴格界定的領域內適用。具體說來，憲法是「公法」，既不是「母法」，也不是「私法」。憲法確實是「最高」的，甚至是「神聖」的，但不是萬能的；事實上，只有承認憲法「有所不能」，才能保證憲法「有所能」。憲法的主要任務不是去干預廣大的私法領域，雖然憲法的精神必須被貫徹到這些法律的解釋中去；憲法的任務而是保證政府在所規定的權限範圍內行使權力，並尊重公民的基本權利。

根據奧斯丁（John Austin）的經典區分，法律包括公、私兩大領域。⁴⁸ 所謂公法（public law），就是關於公共權力機構的設置、官員組成及其產生方式、機構的權力及其限制等方面的法律，由憲法與行政法兩部分組成。不同政府機構之間的權力分配及其相互作用方式、政府與私人之間的法律關係，也都屬公法內容。所謂私法（private law），就是分配私人之間權利與義務的法律，不直接涉及公共權力的

48. 參見John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (vol. 1, 4th Ed.), R. Campbell ed. (London: John Murry, 1879)。

行使。當然，這並不是說私法就和政府沒有關係；作為「法」，它的制訂、修改、解釋與實施都必然是政府有關機構的事務。但在這裏，政府並不是作為當事人直接參與私法事務的管理，而是作為一個中立的立法者、執行者或審判者，為私法爭端的解決提供一種法律機制。

這樣，公法與私法在國家的法律體系中具有各自的職能：一般私法的目的是調控私人之間或個人與社會之間的權利與義務，行政法保證政府官員在調控、監督與實施過程中嚴格按照有關法律規定，憲法則保證立法者所制訂的法律具有「法」所應有的理性與目的。由於法律所保障的社會秩序最終還是為了社會中每個人的自由生活，憲法的獨特任務是將法律義務保持在公民基本權利所允許的範圍之內。

剛才我們看到，憲法是授權性的，不宜規定公民義務，憲法作為公法的目的也足以說明這一點。從歷史上看，公法是人類對公共權力進行理性反思的產物。人類早期從朦朧中感覺到政府與法律的必要性，並在部落權力的相互鬥爭中產生了最初的國家。只是到後來，在政府與社會的鬥爭與互動過程中，人類才認識到國家的合法性在於它能夠滿足社會的基本需要；國家是一種公共權力，因而必須為了某種「公共利益」服務。然而，公共權力不可避免是為某些私人佔有，因而容易為了私人目的而被濫用。尤其是因為公共權力遠大於任何私人力量，從而造成了公共權力和私人權利之間的「不平衡」，而公民個人不可能光靠自己的力量防範政府的侵犯。要恢復權利與權力的「平衡」，就必須在政府內部設置必要的制約機制，並允許公民利用政府的力量以維護自己的權利。因此，為了防止政府官員以違法形式侵犯公民的法律權利，法治國家普遍建立了行政訴訟機制，允許公民在法院挑戰違法的行政行為。⁴⁹ 為了防止立法權的濫用（譬如「多數人的

49. 參見羅豪才、袁曙宏、李文棟：〈現代行政法的理論基礎——論行政機關與相對一方的權利義務平衡〉，《中國法學》第1期（1993），頁52-59。

暴政」)，憲政國家最終建立了憲法訴訟機制，允許公民在法院挑戰違憲的立法行為。兩種公法訴訟機制的最終目的都是為了實現公共權力與私人權利的平衡，而實現這一目的之手段必然是對公共權力施加義務、對私人公民或社會組織賦予權利。

各國憲法權利條款為公民提供了基本保障，同時也進一步限制了政府權力，或者說是增加了政府必須尊重與保護公民權利的義務。美國憲法第一修正案規定：「國會不得侵犯言論與新聞自由」；法國《人權宣言》第17條規定：「財產是不可剝奪的神聖權利；除非以合法形式建立的公共需要明確要求，且在公正補償被事先支付的前提下，任何財產皆不可受到剝奪」；中國憲法第36條規定：「公民有宗教信仰自由。任何國家機關……不得強制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧視信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。」這些條款都限制了政府通過合法形式影響公民自由的權力。它們對政府施加義務之事實，也表明憲法是公法。

在現代，由於政府廣泛干預社會與市場經濟，公法與私法出現了相互融合的趨勢。政府對某些行業的直接壟斷以及行政合同的大量發展，使界定公共權力與私人權力發生困難。且同一部法律——比如證券交易法或環境保護法——經常同時具有公私兩種不同成分：就私人企業必須符合立法義務的意義上說，它是「私法」；但政府調控必須符合一定的行政程序和實體要求，在這個意義上它又是「公法」。儘管如此，公私法之間的基本界限仍然受到普遍承認。

同一個被告，有可能遭遇不同類型的訴訟。例如1994年前美式橄欖球員辛普森（O. J. Simpson）殺妻一案，犯罪嫌疑人辛普森接受檢方指控，並遭到被害人家長的民事賠償起訴。雖然被告都是辛普森，但是兩個訴訟的性質和原則是不一樣的：一個是在他被判決無罪之後面對受害人家長的索賠，是純粹的私法訴訟；一個則是他作為犯罪嫌疑人受到國家公權力的起訴，因而涉及公法。

私法分配私人之間的權利和義務，不直接涉及公權力的行使，除了作為中立的立法和司法。私法的義務對象是私人，私法訴訟針對私人。公法則是關於公權力的法，包括政府機構的設置、官員的組成及產生、機構權力的界定和分配。公法義務的對象是政府，因而公法訴訟只能針對政府，也就是「民告官」，而非「官告民」或「民告民」。辛普森案件是「官告民」而非「民告官」，但是「官告民」也須尊重憲法規定的正當程序；如果程序不正當，譬如在證據收集過程中涉嫌違規操作，那麼這個時候被告就可以用憲法保護自己，並向法院控告政府的不當作為。

憲法之為「公法」同時表明它不可能成為「母法」。一種普遍流行的說法是憲法是「母法」，也就是其他所有法律的「母親」或淵源（source），例如憲法關於全國和地方人大的規定是人大組織法的淵源，憲法關於法律等級的明確或隱含規定是《立法法》的淵源，等等。這種看法將憲法作為國家法律體系的原創性「基因」（genesis），從中各種法律或法規獲得其授權與正當性。在這個意義上，普通法律體系中的每一個具體成長都來自於憲法這個最終的源流。

這種看法雖然不完全錯，但至少是不全面和不準確的。確實，對於有限政府國家，憲法的重要功能之一在於為政府機構授予必要的權力，因而可以認為憲法是關於政府權力的「母法」——所有政府權力都必須源於憲法，否則就超越了憲法授權。然而，對於包括中國在內的單一制國家，國家立法權在本質上並不是有限的，因而政府的實質性權力無須憲法授權。這並不是說政府權力的行使可以違反憲法所規定的方式，而是說這些國家的憲法並不具有限制政府權力範圍的功能，因而只要符合憲法所規定的立法程序，只要不侵犯憲法所保障的人權或違反其他特定的憲法條款，立法機構在理論上可以通過任何性質的立法。憲法並沒有提到銀行，而政府可以成立銀行；憲法並沒有

提到犯罪，而國家可以打擊刑事犯罪；憲法沒有提到流浪乞討，而國家可以規定流浪乞討人員的救助辦法，等等。在這個意義上，這些國家並不接受「憲法保留原則」，因而憲法和其他授權法律之間的關係並不必然是「母子」關係。

更重要的是，不論單一制還是聯邦制的憲法都不限制立法去規定憲法中沒有的權利。美國聯邦憲法並沒有規定社會福利權，但聯邦政府卻為公民建立了社會保障制度。同樣地，中國憲法至今還沒有規定任何刑事被告權利，但這並不妨礙《刑事訴訟法》規定這些權利。當然，如果某一項權利確實是重要的，那麼我們期望能在憲法中找到它；但如果憲法條文有所疏漏，那麼憲法並沒有設置任何障礙阻止立法加以規定。憲法確實是「更高的法」，但這只是意味着立法或任何其他政府行為不得剝奪或縮減憲法已經賦予的權利，而從來不禁止立法賦予更多的權利。

事實上，憲法是「公法」這一事實已經否定了「母法」理論。既然主要是在公法領域中發揮作用，憲法不可能成為私法的淵源。在廣闊的私法領域，立法機構有近乎不受限制的自由調整私人 and 私人之間的關係。當然，即使是私法規定也不能過分限制個人權利，因為私法本身是一種可以受到憲法挑戰的立法行為。但不論如何，作為公法的憲法不可能成為私法之母。

5. 憲法是一門「通法」

雖然憲法有其自己的明確分工，憲法的影子幾乎是無處不在的。這固然意味着憲法作為「法」應該深入社會生活的方方面面，對平常人的日常事務發揮實際影響。法國思想家托克維爾曾說：在美國，幾乎任何一個政治問題都可能轉化為法律問題，因而最終在法院獲得解

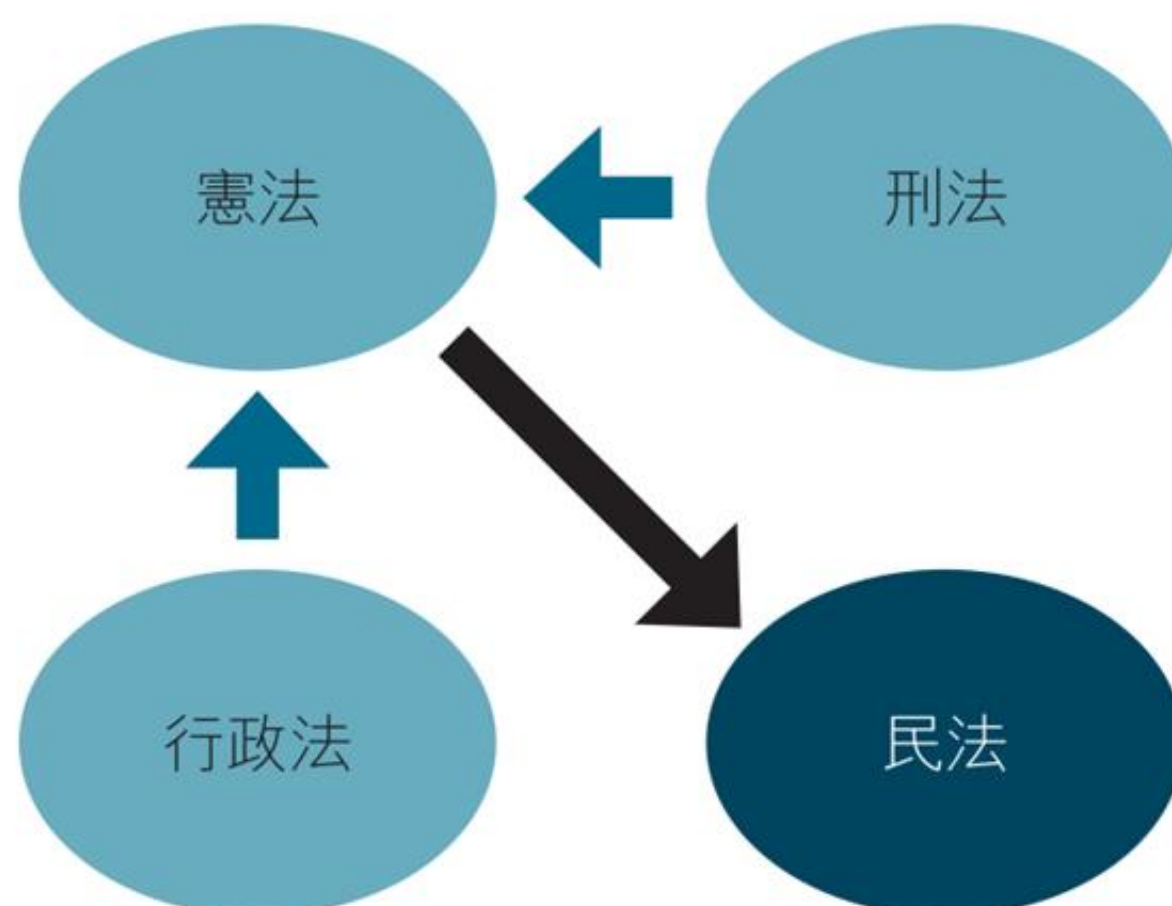
決。⁵⁰ 同樣，幾乎任何一個普通的法律問題都可能轉化為憲法問題，只要它所涉及的權利足夠重要或基本。但這還隱含着另外一層意思：和普通法律不同，憲法並不局限於處理任何一個特定門類的事務，而是涉及幾乎所有領域的人類事務——只要所涉及的權利足夠基本，以至於被寫入憲法，並被用來針對政府機構。拆遷補償是一個民法問題，但也涉及到憲法保護的財產權；非法拘留或刑訊逼供是一個刑事程序問題，但顯然還涉及憲法對人身自由的保護；學校不喜歡老師發表的言論，找了個藉口把她開除了——這當然是一個合同法問題，但它還涉及憲法關於言論、科學研究或文學藝術創作的自由。因此，憲法是一門「通法」，它的「影子」幾乎覆蓋了所有的法律專門領域。這是因為憲政國家的政府是在憲法的影子下運行的，因而凡是有政府踪跡的地方，都能找到憲法的影子。

這不僅是憲法的特點，也是公法的共同特點。與私法不同，公法並不局限於特定領域，而是隨着政府干預的擴展而進入社會的各個領域；可以說，哪裏有政府權力，哪裏就有公法的影子；在法治與憲政國家，政府是在公法的調控下活動與生存的。行政法是如此。某一項具體的法律可能調控着治安、環境、食品衛生、工廠的健康安全或貿易與競爭，行政法則涉及其中每一個領域的事務。這些實體事務本身很少有共性，但行政法具有其自身的規律與特性。憲法也有自己的原則、規律與技術規則。只是在這裏，由於憲法僅涉及到「基本權利」及國家最高機構之間的相互作用，憲法還是具有其實體法。和行政法相比，憲法的實體領域更少，但它們都如此基本和重要，每個實體領域都是如此廣泛，以至任何公民與政府的爭議都可能進入到其中的一個，就和任何市場調控都可能涉及財產權、正當程序與平等保護一樣。

50. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence (trans.), J.P. Mayer (ed.) (New York: Harper & Row, 1969), pp. 99–105.

如何理解憲法既是「公法」，憲法義務主要是針對國家機構或官員，而非私人身分的公民，而憲法又是一門無所不在的「通法」，因而必然會滲透或「輻射」到私法領域，影響私法的意義與解釋？看問題的一個角度是，儘管私法作為法律調控着純粹的私人之間（或私人與政府作為平等的合同方之間）的關係，私法訴訟以及對相關條款的解釋最後還必須由國家機構（法院）決定。法院的解釋是否讓私法帶上「政府行為」的性質，從而使之受制於憲法審查呢？假定有人控告你的言論侵犯了他的名譽權。如果你和他都只是普通公民，那麼這是典型的民事侵權法或誹謗法所調控的訴訟。假定法院對有關法律進行解釋，並決定你確實侵犯了他的名譽權，你是否可向憲法審查機構申訴法院的解釋侵犯了你受憲法保護的言論自由？如果答案是肯定的，那麼這項訴訟就把憲法帶到「私法」領域中，並要求法院對私法的解釋不得侵犯憲法對公民自由的保護。這時，憲法就被認為具有「第三者效應」——在保護你的言論自由時，憲法對他（「第三者」）名譽權受誹謗法的保護程度產生了間接影響。

圖1.8：法律問題的提升與憲法的「輻射」



一方面，任何一般法律問題都可能上升為憲法問題；另一方面，憲法控制着一般法律的解釋，甚至對私法也存在「輻射」效應。憲法一般被認為屬公法領域，但作為國家的最高法律，其價值規範輻射並滲透至法律的全部領域。所有法律都必須按照憲法的文字和精神加以解釋，否則司法機構就可能侵犯公民的憲法權利。

不同國家對「第三人效應」的立場並不一致。美國聯邦法院否認憲法能被適用於私法領域，但各州法院對此問題採取了不同的處理方式。在新澤西、賓夕凡尼亞和加州等少數州，下級法院對誹謗法的解釋有可能對言論自由構成不適當的限制；在其他州，儘管平衡的結論可能相反，但下級法院對言論自由和私人名譽的平衡似乎仍可以受到審查。⁵¹ 但是在聯邦德國，《基本法》包含了許多普遍權利，而沒有說明其所針對的具體對象——例如第一條規定：「人格尊嚴不可侵犯」，這是否表明它也不得受到私人的侵犯？根據憲政法院的解釋，這些權利一般不能被直接用來防禦私人的侵犯。然而，通過保護「人格尊嚴」，《基本法》保障人的言論自由和名譽權，而兩者都不得受到包括司法機構在內的國家權力之侵犯。因此，在處理誹謗訴訟中，法院必須適當平衡言論和尊嚴的憲法價值。在1971年的「魔菲斯特案」（Mephisto），⁵² 憲政法院處理了憲法第5條所保障的藝術自由和人格尊嚴之間的關係。

在1930年代流亡時期，著名德國作家克勞斯·曼恩（Klaus Mann）發表了諷刺小說《魔菲斯特》（*Mephisto*），影射作者的妹夫古斯塔夫·格朗根斯（Gustaf Grundgens）拋棄自由理想，賣身投靠納粹而成名。曼恩明確表示，格朗根斯代表了「典型的叛徒、腐化與玩世不恭的可怕象徵，靠出賣自己的才能來換取庸俗的名譽和短暫的財富」。1964

51. 參見張千帆：《西方憲政體系·上冊：美國憲法》，頁472-487。

52. Mephisto Case, 30 BVerfGE 173.

年，德國出版商準備重新發行《魔菲斯特》。雖然格朗根斯本人早已去世，但其養子在民事法院要求禁止該書的發行。聯邦最高法院認為該書所含的杜撰生平故事損害了已故演員的形象，因而判決養子勝訴。⁵³ 但是《基本法》第5條第3款規定：「藝術與科學、研究與教學皆應享受自由。」根據這一條，出版商把官司打到聯邦憲政法院，主張最高法院的判決侵犯了《基本法》絕對保護的藝術自由。在平衡人格、個性和言論與藝術自由的過程中。聯邦憲政法院第一庭對結論發生4:4的對等分裂，因而最高法院的判決結果得到維持。

法院多數意見和少數意見對普通法院的判決採取了不同的審查標準，因而得出了不同結論。多數意見認為，憲政法院的審查應該限於有限範圍，標準也應該是相對寬鬆的。畢竟，德國民事法院是一個獨立的法院體系，不是聯邦憲政法院的下級法院，憲政法院不能用自己的判斷代替民事法院的判斷。只有在民事法院「沒有認識到權衡基本權利衝突的必要性，或其決定基於在根本上錯誤的觀念，以致忽視了任何一方基本權利的重要性——尤其是其保護領域的範圍」，憲政法院才能宣佈當事人的基本權利受到侵犯。少數意見則認為，憲政法院的審查是深入而全面的，並應該根據自己的獨立判斷嚴格審查普通法院的判斷；只有這樣，才能保護《基本法》所保護的至關重要的言論自由。通過具體平衡相互衝突的憲法權利，少數意見認為「聯邦最高法院所作的利益衡量從根本上誤判了憲法對藝術自由所要求的關係」，因而侵犯了曼恩的藝術自由。

和美國聯邦憲法不同，《基本法》對德國私法的解釋產生了顯著的影響。昆特教授認為，在德國私法訴訟中，憲法權利仍然「影響」民法規則的解釋。這些訴訟用的還是私法規則，但是「私法規則應根

53. 和美國不同，德國「最高法院」是指民法系統的最高法院，而不是整個法律體系的最高法院。

據適用的憲法規範加以解釋並運用」。⁵⁴ 在這個意義上，私法中也存在着憲法的影子，憲法思想和精神對民法領域產生了「輻射」效應。

54. Peter Quint, "Free Speech and Private Law" *German Constitutional Theory*, 48, *Maryland Law Review*, 247–347 (1989), pp. 263–264.

02

CHAPTER
第二章

西方憲政發展概要

在世界歷史上，憲政經歷了漫長而曲折的發展。從源頭上，西方憲政始於1215年的英國《大憲章》，經由1689年「光榮革命」及《權利法案》等重要憲法性事件而在英國成型；發軔於英國的社會契約論，也成為後來居上的美國憲政理論基礎。英國受制於「議會至上」理論，迄今未能制訂成文憲法；建立在自由契約論基礎上的政治多元主義，則不僅成為指導美國憲政的主流理論，而且也解釋了美國立憲的政治與社會動因。正是為了保護少數人在民主社會的基本權利免遭多數人的合法剝奪，美國制憲者才積極參與聯邦憲法的制訂。

根據美國政治學家杭廷頓的劃分，世界民主憲政和全球經濟變革一樣，也經歷了「三次浪潮」。第一次浪潮以1788年美國聯邦憲法和1789年法國革命為代表，其立憲基礎分別是洛克的自由契約論和盧梭的民主契約論。當時，工業革命剛剛發生，整個世界還處於農業社會。美國聯邦憲法綜合了洛克的自由主義、孟德斯鳩的三權分立以及麥迪遜等人發展的聯邦主義思想，堪稱現代憲法的楷模。相比之下，法國革命產生了偉大的《人權宣言》，但是在1958年第五共和憲法之前一直沒有形成保障人權的穩定制度。

第二次浪潮發生在第二次世界大戰結束後，德國、意大利、日本等工業化國家在擺脫法西斯統治之後，走上憲政之路。雖然這些國家在戰前也有憲法，但是因實行獨裁專制而最後走向戰爭；戰敗後，這些國家吸取教訓，努力擺脫專制文化傳統，以民主、自由、法治、和平等基本原則構建新的憲法秩序，並為世界憲政發展積累了新的經驗。

第三次浪潮發生在後工業化的1980年代末和1990年代初，前蘇聯、東歐、韓國、南非、台灣等地區或國家發生了憲政轉型。這些國

家或地區在戰後實行極權專制，並在1980年代末、1990年代初發生轉型。當然，各國憲政發展階段並不整齊劃一，因而「三次浪潮」只是近似表達了民主憲政的主要增長階段，諸如俄羅斯等國目前仍在轉型過程中。

一、從章程到憲法：公法的私法起源

如果探究憲法的起源，最早的「憲法」大概要算公司的章程（charter）。在市場經濟尚不發達的封建社會，公司的建立不是像現在歐美國家那麼容易，而是要經過政府的特別批准。這種公司類似於一種行業壟斷。一旦獲得批准，它就有在本行業的專營權利。同時，鑒於其壟斷性質以及社會影響，公司的經營權被限制在章程所規定的範圍之內。如果所經營的事務超越了範圍，那麼公司的行為就將被法院判為「越權」（ultra vires）。隨着市場經濟的發展，公司不再需要政府特許，章程也從特許狀逐漸轉化為規範公司治理的結構性文件，但是原本起源於私法的越權原則為英國行政法所繼承，被用來限制政府權力；在某種意義上，特定領域的行政就是一個法律特許的「公司」，授權立法就是它的「章程」，行政不得在立法授權範圍之外行使權力。更廣義地說，它使人們形成了一種憲法觀念，即具有公共性質的權力應被限制在一定範圍之內。這是美國憲法中最基本的有限政府原則。在這個意義上，公法基本概念起源於現在被認為是私法的領域。當然，當時公私法的劃分並不那麼清楚。因此，更準確地說，公法和私法都脫胎於先前對公私觀念處於朦朧狀態的普通法。

當英國殖民者來到美國的時候，他們的角色大概相當於今天的「開發商」（developer），因而也需要英國政府的特許。早在1606年，英國皇家就授予維珍尼亞公司《第一章程》（First Charter），這是最早

的美洲殖民地憲章。此後，北美的13個殖民地先後建立起來，且每個殖民地都有自己的章程。當然，這些章程並不是由殖民者及其後代自己制訂的，而是由英國議會與國王「欽定」的，但是它們構成了北美憲政的基礎。事實上，維珍尼亞州後來制訂了美國（也是世界）第一部成文憲法。獨立革命以後，各殖民地成立了州政府，而13個州都先後制訂了自己的憲法。

18世紀中葉，英國政府外債加劇，因而尋求新的收入來源。議會認為相當一部分債務是在和法國及印第安人戰爭中防衛其海外殖民地產生的，而當時美洲殖民地僅向母國交納很少的稅。1765年，英國制訂了《印花稅法》（Stamp Act），規定對所有在美洲發行的報紙、雜誌、廣告、票據、租約、合同與特許等印刷和法律文件徵稅。印花稅侵犯了北部製造商和南部種植主的利益。他們聯合中小商人和農工一致抗議英國政府的賦稅，並抵制英貨，致使英國議會不得不於次年撤消了《印花稅法》。稅法的撤消滿足了大製造商和種植主等社會上層的利益，但因此而被激發起來的中下階層並未就此罷休。在亞當斯（Samuel Adams）等人的領導下，激進分子開始認為殖民地統治本身是不公正的。他們以「無代表則不納稅」（no taxation without representation）為口號，堅持要通過革命擺脫英國的統治，建立由當地人民自己治理的國家。

當時英美鬥爭的焦點是在東北部的麻薩諸塞州。1773年，英國政府授權東印度公司壟斷英國茶葉的出口，從而嚴重損害了殖民地北部商人的貿易利益。他們再次聯合南部力量和下層激進力量，反抗英國的措施。1774年，亞當斯領導激進分子成立了「波士頓茶葉黨」（Boston Tea Party）。通過採取把東印度公司的茶葉倒入海裏等一系列激進行動，該黨成功地誘使英國政府採取嚴厲的報復措施：下院通過了一系列法案，關閉波士頓港口，撤換馬塞諸賽州政府，把涉嫌波士頓動亂的被告送到英國審判，並限制對西部的開發，而後者尤其損害

了南方種植主的利益。英國的報復行為在北美引起了公憤，並導致召開了由各地代表組成的第一屆大陸國會（First Continental Congress）。大會決定全面抵制英貨，並在激進分子的鼓動下開始考慮獨立問題。1776年，第二屆國會委託傑弗遜（Thomas Jefferson）起草《獨立宣言》，一部偉大的政治哲學宣言由是誕生。7月4日，來自全部13州的56名代表們一致簽署了宣言。它向世界首次宣佈：

我們認為下列真理是不證自明的，即所有人都生來平等，造物主賦予他們以某些不可剝奪的權利，其中包括生命、自由以及對幸福的。為了保障這些權利，政府組建於人們中間，並從被統治者的同意中獲得其公正的權力。一旦任何形式的政府破壞了這些目標，人民有權變更或取消之，並建立新的政府，使其所基於的原則及其權力的組織形式在他們看來最可能實現他們的安全和幸福。謹慎的考慮確實要求，長期建立起來的政府不應因微不足道和一時的原因而變更；因此，所有經驗都證明，只要危害尚能忍受，人們更願意忍受，而不是通過取消他們已經習慣的政府形式來加以糾正。然而，當一長串濫用和篡權總是跟隨着同樣的對象，以至顯示出一種要把他們置於絕對專制之下的圖謀時，他們就有權利和責任推翻這類政府，並為其未來的安全提供新的保衛者。

《宣言》然後把英王描繪為絕對專制的暴君，並列數了他的罪惡，最後宣佈各殖民地脫離英國統治，成立「自由與獨立的各州（States）」。應當指出的是，《獨立宣言》並不是美國憲法的組成部分，因而不具備任何正式的憲法效力。但它是美洲所有制憲努力的前奏和基礎，對美國社會與政體的建立產生了巨大影響，宣言簽署之日也成為美國一年一度慶祝的「獨立節」。美國獨立之後，各州相繼通過了好幾部州憲。實際上，它們才是世界上第一批成文憲法，而這些州憲直接延續了殖民地章程的憲政傳統。

二、美國立憲——領世界風氣之先

美國的立憲主要分三個階段。第一，在1776年獨立革命勝利後，美國13州先後制訂了自己的憲法。第二，1780年，美國各州代表制訂了《邦聯條款》，建立了一個弱中央政府。最後，1787年，由於邦聯政府不能令人滿意，各州又派代表在費城召開制憲大會，制訂了《合眾國憲法》，建立了權力相對集中的聯邦政府。由於聯邦憲法設計了比較合理的政府體制，因而雖然在以後的兩個世紀中歷經滄桑，憲法的形式與實質都保持基本穩定。

1. 各州憲法的形成與發展

最早制訂憲法的是憲政意識最強的弗吉尼亞州。這個州不大，卻出了好幾個美國歷史上最傑出的政治家與思想家；華盛頓（George Washington）、傑弗遜、麥迪遜與首席大法官馬歇爾（C. J. John Marshall），都是弗州人。剛剛獨立，弗州憲法就成形了。這是美國第一部憲法，其內容顯然深受社會契約論和《獨立宣言》的影響。憲法首先列數了英國殖民統治的危害，並在開篇就公告了簡短精悍的「權利宣言」，共16條。其第一條宣佈：「人人天生都是同樣自由和獨立的，且具有某些內在權利；當他們進入社會狀態時，他們不可能通過任何契約，去剝奪其後代的這些權利。這些權利就是享受生命和自由，且具備手段去獲得並佔有財產、追求並獲得幸福和安全。」憲法首先規定了各類公民權利，進而規定了一個三權分立的政府，議會採取兩院制。總的來說，弗州憲法是各州中制訂最早與最完善的一部州憲。它為其他州的立憲提供了經驗，並為聯邦憲法的制訂打下了基礎。聯邦憲法《權利法案》的起草者麥迪遜就是維珍尼亞人，其中有

不少條款就是取自弗州的《權利法案》。曾有人論證，弗州憲法甚至越過大西洋，影響了法國革命以及《人權宣言》的起草。

和維珍尼亞同時在第一次運動中立憲的，還有賓西法尼亞州。如果說維珍尼亞州代表了自由主義，賓州憲法則代表比較激進的民主主義。民主化浪潮過後，這種體制被證明不可行，因而又於1790年重新制訂憲法。第二次立憲運動又回到了自由主義，強調私有財產不受各州立法機構的侵犯。這次運動的代表是麻薩諸塞州。和弗州與賓州憲法不同，1780年的麻州憲法至今仍然有效，其歷史超過了聯邦憲法，因而是美國「資格最老」的憲法。

由於美國是聯邦制，各州都有自己的憲法，因而聯邦憲法的制訂並沒有代替或取消各州憲法。相反，各州相當積極活躍地修訂與完善本州的憲法，使之盡量體現本州特色和人類對自身理解的普遍提高。由於修正程序比較簡單，各州相當頻繁地修正其憲法。在過去的兩百多年中，有的州甚至已經變換了好幾部憲法。各州憲法的易變性和聯邦憲法的穩定性相得益彰，構成了一個相互比較、借鑒與促進的憲政體系。

2. 《邦聯條款》

早在1777年，獨立後的美國各州就感覺到成立中央政府的必要性，因而派遣代表商討並制訂了《邦聯條款》（Articles of Confederation）。1781年，《邦聯條款》正式生效，邦聯於是成為美國的第一個中央政府。種種跡象表明，獨立戰爭以後，美國人對中央權力存在着強烈的排斥心理。因此，邦聯的權力極為有限。和以後的聯邦政府一樣，它也有一個「國會」（congress），但議員不是獨立選出來，而是由各州選派的代表組成，且對於所有重要問題的立法都需

要各州的全體同意，因而極大限制了國會的立法權。邦聯沒有自己的執法機構，因而如果各州不履行邦聯所規定的義務——如向邦聯納稅，邦聯無力強制執行。邦聯也沒有自己的法院，因而邦聯條款的意義本身就受制於各州的不同解釋。

無論在政治、經濟、外交、或軍事上，邦聯政府都顯得軟弱無能：它無力控制各州的立法權力，任憑各州議會干預司法程序、重開已經決定的法庭爭議或更改法院判決，以破壞債務契約、為負債人開脫；它無權向各州徵稅，面對各州遲遲不履行攤派的財政義務無能為力，以致曾有一度，退伍軍人因不得獨立戰爭期間欠付的軍餉而威脅兵變；它無權調節國際與州際貿易，不能與外國簽訂條約，也無力阻止各州之間的報復性貿易戰；它無力保衛美洲的疆土，以抵制英國與西班牙挑撥與分裂各州的企圖，或保護西部邊疆的開發者免受印地安人的騷擾；最後，邦聯沒有自己的武裝力量，不能保衛各州內部的社會治安。

這些弊端都表明邦聯政府不能解決美國社會的問題，因而不適合美國社會的需要。1787年的謝司叛亂（Shays Rebellion）成為新憲法運動的直接導火線。在那場叛亂中，農民債務人組成的武裝力量關閉了麻州西部的法院，並威脅襲擊波士頓，要求州議會採取通貨膨脹立法，給債務人以信用救濟。最後州政府滿足了農民的部分要求，在沒有邦聯的幫助下自己解決了危機。此事發生後，聯邦黨領袖漢密爾頓（Alexander Hamilton）在安那波利斯會議上推動國會在賓西法尼亞州首府費城召開制憲會議，以建立一個更為強有力的中央政權。

雖然美國聯邦（或邦聯）的第一部憲法並不盡如人意，它仍然向世人提供了若干啟示。首先，整個立憲過程必須自由與和平的環境下進行，憲法體制應該是全體選民在經過自由和公開的辯論之後理性選擇的產物，而不是任何力量強加的結果。無論憲法目標多麼崇高，都應該容許自由辯論及其產生的反對和批評意見，而不應允許任何力量

壓制不同意見。其次，和平立憲過程往往是漸進而非一蹴而就的；任何一次制憲都體現了制憲者當時對於國家前途的認知和共識，而體現這種認知水平的憲法結構是否符合社會發展需要，只有在社會實踐過程中才能顯現出來，並不斷產生新的認知、共識及與其相適應的憲法結構調整。在制憲初期，美國只是關注如何防範中央濫用權力，因而制訂了一部中央權力最小的憲法；只是到後來才發現弱小的中央帶來諸多不便，因而才調整思維並重新立憲。最後，國家結構的形成本身也沒有必要一步到位。無論是美國《邦聯條款》還是當代歐洲聯盟的發展歷史都表明，建立在共識基礎上的和平立憲過程，往往意味着國家結構的漸進發育；一開始，美國聯邦沒有行政，也沒有法院，只有一個因此而說了不算的國會。在這個意義上，國家就像是一個發育不全的胚胎，可以沒有行政、沒有司法，甚至沒有議會；隨着社會需要與國家意識的逐步形成，國家才漸漸羽翼豐滿。歐美憲政歷程清楚顯示，國家權力結構是可以千姿百態、不斷變化和發育生長的。

3. 費城會議——從政治鬥爭到制度妥協

1787年9月17日，參加費城會議的55名代表中，39人在獨立廳簽署了聯邦憲法。現在看來，制憲會議的發起主要是出於經濟原因。一方面，各州之間的經濟利益衝突導致貿易戰不斷升級，並在缺乏聯邦權威的干預下，有可能最終訴諸於刀劍。另一方面，在各州內的債權人利益正受到州議會的威脅。比爾德（Charles Beard）在《美國憲法的經濟觀》一書中認為，贊成與反對新憲法之間的鬥爭，實際上是少數代表新興動產利益集團的聯邦派，和多數代表小農與債務人的反聯邦派之間的鬥爭。對推動新憲法最為熱衷的是四個最大的動產利益集團：公債持有人、貨幣業、製造業以及貿易與航運業。他們主張建

立強大的中央政府，以限制各州立法破壞契約、打擊資本的權力，打破各州對外來商業競爭的各種限制，並穩定幣值，保障政府債務的信用。這些代表動產利益集團的聯邦派，聚集了眾多傑出人才，他們的積極活動終使聯邦憲法得以誕生。當然，純粹的經濟分析不免忽略了非經濟因素的重要作用，而且把憲法這部代表不同利益集團的妥協性文獻，簡單歸結為單個利益集團的勝利結果。但制憲運動背後的經濟成分足以說明：美國憲法的締造者是一批經驗豐富的政治活動家，他們更多地出於實際功利而非抽象理論，為新政府制訂了一部能夠付諸實踐的憲法。

在1787年的費城會議上，聯邦主義者先發制人，一開始就提出了一個傾向於中央主義的維珍尼亞方案（Virginia Plan）。新的國會將具有模糊而廣泛的權力，國會兩院的代表席位根據各州人口按比例分配。這一提案遭到了來自小州的代表們的一致反對，會議曾一度陷入僵局。最後，「大調和」（Great Compromise）使大小州代表們達成妥協：眾議院代表全民，席位的比例按各州人口分配；參議院代表各州，不論人口多寡，每州一律兩席。因此，聯邦議會的兩院各有全民與州的成分。聯邦的執法機構採取單元首腦制；總統由全民通過各州選舉院（Electoral College）產生。小州代表之所以能同意這項安排，乃是由於他們認為在全國範圍內不可能產生選舉總統所需的足夠多數；假如這種情形發生，憲法規定總統將由眾議院按各州平等投票產生。此後，大小州衝突轉化為地域性利益衝突。在如何處理黑奴與如何接納西部新開發的疆土進入聯邦的問題上，北部和南部代表各持己見。最後，著名的《3/5條款》和邦聯國會發佈的西北法令，使南北代表達成優惠南方的協議。由此可見，雖然制憲運動是由聯邦黨人發起，憲法本身卻是一部反映當時不同地區有勢力集團利益的妥協性文件。

在今天看來，費城制憲會議所達成的某些重大妥協具有顯然的時代局限性；兩院制的合理性並非不受挑戰（譬如同期的法國革命就

成立了一院制議會，否則「人民主權」或「公意」究竟體現在哪個院？），¹《3/5條款》更是臭名昭著的奴隸制標誌。當時，南北利益和大小州的利益似乎發生了不可調和的衝突：大州希望國會代表人數按各州選民人數的比例來計算，小州自然吃虧；南部希望州內選民人數包括沒有公民權的黑奴，因而一反常態地主張這些平常在他們看來是「牲口」的奴隸這個時候都是一個頂一個的「人」，已經廢除奴隸制、黑人獲得公民權的北部卻反而不幹，堅持南部黑人統統不是「人」。最後，雙方談判、交易、妥協：南部黑奴既非「不是人」，也非完整的人，而是在計算選民人數時折算為「3/5個人」；國會採用兩院制，眾議院代表的分配和各州選民人數成比例，參議院代表的分配則以州為單位，各州不論大小一律兩名，而且憲法第5條還明確禁止通過任何改變參議院平等代表的修正案。聯邦憲法似乎成了不同利益團體討價還價、明碼交易的產物，有的交易甚至在我們看來是「骯髒」的。然而，這些重大妥協雖然在今天看來不那麼「先進」，卻創造性地打破了立憲僵局，使得制憲過程在各方自願讓步的基礎上進行下去，直至大功告成，而且雖然聯邦憲法或許存在這樣或那樣的瑕疵，但是瑕不掩瑜，聯邦憲法在總體上的順利實施畢竟為美國的社會發展和權利保障作出了巨大貢獻。事實上，正是因為這些妥協使得憲法獲得各方的認同，從而為其成功實施奠定基礎。試想，如果當時沒有《3/5條款》，南北雙方可能早就談「崩」了，根本不會來到一起成立聯邦，並產生一部聯邦憲法；即便大州不顧小州反對，強行通過一院制，這種制度也注定會在小州強烈抵制下難以實施下去。

1. 關於一院制和兩院制的爭論，參見苗連營：〈立法機構〉，載張千帆、肖澤晟主編：《憲法學》（北京：法律出版社，2008），第二版，頁306-307。現代國家雖然也普遍採用兩院制，但是參眾兩院的立法權一般是不平等的，眾議院掌握主要的立法權，因而嚴格來說是一院制與兩院制的混合體。

4. 美國立憲過程的啟示

美國立憲過程的啟示在於，有效的制度是在政治鬥爭和妥協的過程中產生的；只有在主要利益群體充分參與並自願認同的基礎上，制度才能實施下去。如果某一方不顧對立方的反對，強行通過一部法律，那麼無論這部法律多麼「先進」，也無論對立方的立場和要求多麼「無理」，這部法律都注定在實施過程中遭遇重重阻撓。1789年的法國《人權宣言》就是一個很能說明問題的例子。在各個方面，這部「宣言」都比只早一年的美國聯邦憲法、甚至晚兩年通過的《權利法案》「先進」得多，但可惜的是，直到1971年為止，它一直停留在理念的層面，而沒有成為讓法國人民得到實惠的制度。

長期以來，中國法治也存在同樣問題：許多法律條文看似很「先進」，卻難以實施下去，法學界也總是不斷在討論着不同法律——《物權法》、《行政許可法》、《行政訴訟法》、《國家賠償法》、《勞動合同法》等等——的「超前」或「滯後」。不少法律年久失修，不能滿足時代的需求；更多的法律則雖然規定得很好，但是似乎和現實需要脫節，不夠「本土」，難以實施，以致成了「紙上富貴」。然而，關鍵問題不是某一部法律是否足夠「與時俱進」或符合本土需要，而是在於法律出台的機制。既然我們的法律是由政府官員和法學專家設計的，沒有經過不同利益群體的充分論辯、談判和妥協，什麼是各方認同的「需要」及其解決方案本來就不清楚，加上各級人大也不能及時有效地發揮作用表達民意，因而法律不能滿足現實和時代需要，本是十分正常的意料中事。事實上，沒有主要利益集團的協商和認同，沒有實施立法的民間動力和道德壓力，即便符合社會需要的法律也將遭遇既得利益者抵制而難以實施。因此，即便政府和專家設計的法是智慧的，人民也難以真正享受其中的實惠，更不可能從立法過程中學到統治自己的智慧。

一個例子是2008年元旦開始實施的《勞動合同法》。雖然這部法律的宗旨是好的，中國的勞工權利也急需得到法律保障，但是由於勞工和老闆都沒有直接參與立法過程，不同利益集團沒有像美國立憲過程那樣直接碰撞、溝通和妥協，以致雖然法律在制訂過程中也徵求了大量社會意見，但是頒佈後仍然引起了很大爭議，尤其是資方對無固定期限合同等規定反應強烈。目前，這部法律的關鍵部分是否能得到有效實施，抑或最終和1995年頒佈的《勞動法》一樣成為「紙上富貴」，還是一個未知數。事實上，勞資之間的面對面談判往往比一部「一刀切」的法律更為有效。2008年，深圳勞資對話會邀請勞方和資方代表直接對話，不僅增進了相互了解、同情和體諒，而且勞資雙方都贊同加強工會建設，讓工會更有效地代表勞工利益，並通過集體談判實質性地參與影響勞工利益的企業決策，而這正是《勞動合同法》不夠重視的部分。² 和美國立憲經驗一樣，勞資面對面的對話給我們的啟示是，要讓法律制度真正符合社會需要並獲得有效實施，公民自己必須直接參與其中。

自2007年9月底開始，華為集團共計7,000多名工作滿8年的老員工相繼向公司提出自願離職。辭職員工隨後即可再度競聘上崗，職位和待遇基本不變，唯一的變化就是再次簽署勞動合同和工齡。全部辭職老員工均可以獲得華為公司支付的賠償，總計高達10億元。華為集團之所以發生「辭職門」，正是為了規避2008年起實施的《勞動合同法》。³

因此，中國不少立法之所以「不合國情」，根本原因並不是這些法律沒有「本土化」，而恰恰是因為包括中國在內的各國憲法規定的

2. 參見張千帆：〈如何保障勞工權益？深圳勞資對話會的啟示〉，《中國經濟時報》（2008年8月22日）。

3. 〈華為辭職門博奕新法〉，《南方都市報》（2008年1月2日）。

民主制度沒有充分發揮作用。歸根結底，法律是為人民制訂的，法律義務是由人民承擔的，因而人民必須通過某種方式直接或間接參與立法過程，才能真正保證法律符合社會的實際需要，並在現實社會中得到有效落實。

5. 《合眾國憲法》

聯邦憲法草案形成之後，立即遭到了「反聯邦黨」（Anti-Federalists）的抵制，聯邦憲法面臨「難產」的危機。正在這當口，一群贊同加強中央權力的「聯邦黨人」為了爭取憲法在各州獲得通過，撰寫了一系列報刊論文，前後共82篇，合編為《聯邦黨文集》（*Federalist Papers*）。作者是漢密爾頓、麥迪遜和傑伊（John Jay）。其中最重要的第10篇和第51篇都是麥迪遜寫的。它們表達了美國基本立憲思想，因而幾乎具有憲法性地位。

在《聯邦黨文集》第10篇，麥迪遜奠定了美國的利益集團自由主義（interest group liberalism）和聯邦制的理論基礎。論文的焦點是探討如何在利益相互對立的公民團體中，建立一個理性的共和政體，以控制多數派系的壓制能力，保障少數派系的自由與財產權利。最後，作者為派系鬥爭這個「共和國特有的病症」找到了一個「共和國的療方」：即在各州主權之上建立有限的聯邦政府，以形成對各州大眾政府的有效制約。這樣，在每個州內或許會形成單個壓倒性的多數派系，但一州的多數勢力將被其他州具有不同切身利益的多數勢力所抗衡。因此，麥迪遜發現，對少數派系的保障存在於共和國的廣延之中；在那裏，聯邦與各州的雙重政府互為制約，局部與局部互為控制，並各自受制於整體。

如果聯邦體制對保障自由而言是必不可少，那麼下一步就要確定聯邦政府的具體形式及其權力的內部結構。顯然，在創立聯邦政權來

控制各州政府的同時，締造者必須考慮聯邦本身成為專制政權的可能性。當時已在美洲廣為流傳的孟德斯鳩的「三權分立」理論，提供了對民主的「輔助性防禦」。但在《聯邦黨文集》第51篇，麥迪遜清楚地道出了大眾政府的難題：正因為人們不是神，他們才需要政府的統治；也正因為人們不能以神來統治人，政府才需要權力制約。但政府的職能即在於統治；在迫使政府有效地控制自己之前，首先必須具備一個能夠統治的政府。

在聯邦黨人的積極推動下，新憲法在各州相繼得以通過。這部憲法拋棄了以往歐洲所崇尚的國家主權不可分割的教條，首次系統地嘗試在地域上和機構上實行政府分權。新憲法規定了一個複合的共和政體。嚴格地說，它的主權既不完全在於聯邦，也不完全在於各州政府；正如麥迪遜在《聯邦黨文集》第39篇所言，它兼備國民與邦聯的特性。不僅如此，聯邦政府的最高權力還分散在三個平行機構；它們的來源各不相同：眾議院由各州按地區由享有公民權的大眾選出，每個人口超過三萬人的地區可選一名眾議員；參議院席位每個州固定兩名，在當時由各州議會選出，1913年憲法修改為各州直選；總統則在全國範圍內由各州選舉院選出，後來在實際上和全國直選無異。因此，總統將代表聯邦範圍內的全體選民，考慮聯邦的整體利益；而國會則代表州與地區的選民或集團的部分利益。它們的任期相互交疊：眾議員任期兩年，參議員六年；皆可連選連任。總統任期四年，第一任總統華盛頓以身作則，制訂了至多連任一屆的不成文規定，第二次大戰後憲法修正使之成文化。法官則由總統任命，參議院批准，並享有終身制。因此，聯邦政府的組成結構確實經過精心設計，使之能夠表達各個層次的不同利益，這些利益通過政府的不同分支互相制約。而且不論多數派系如何強大，它難以在一次選舉勝利中一舉改換政府所有分支。

事實證明，聯邦憲法積極推動了美國社會的發展，進而維護了憲法本身的穩定性（這當然也和其困難的修正程序有關）。在以後兩百多年中，美國社會經歷了第二次工業革命、內戰和新政等一系列劇烈變化，但憲法的明文修正主要只有兩次。第一次是1791年通過的《權利法案》，由前十條修正案組成。前八條修正案保障公民的各種權利，包括言論與出版自由、宗教與信仰自由、免受無理搜查和佔領的人身與住宅安全以及一系列刑事審判程序的權利。第五修正案還規定：任何人「不得不經由法律正常程序（due process of law），即被剝奪生命、自由與財產。」第九與第十修正案重申了聯邦政府的有限權力原則，僅發揮憲法解釋的職能。所有這些修正案僅適用於聯邦政府，而不適用於各州。

第二次重要修正發生在內戰以後，共有三條修正案。在這一時期，聯邦憲法加強了對各州權力的控制。1865年的第十三修正案取消了蓄奴制。1868年通過的第十四修正案禁止各州侵犯公民的法律正當程序，「或在其管轄區域內對任何人拒絕提供法律的平等保護（equal protection of laws）」，其中正當程序條款被聯邦最高法院解釋為「吸收」了《權利法案》中的某些重要條款。因此，儘管這些條款原來僅適用於聯邦，現在也適用於各州。1870年的第十五修正案禁止聯邦或各州政府基於種族而歧視公民的選舉權。此後還有兩條修正案禁止歧視選舉權的修正案：第十九修正案和第廿六修正案分別禁止基於性別和年齡（18歲以上）而歧視公民選舉權。

三、法國憲法——歷經曲折，終成正果

無獨有偶，就在美國聯邦憲法制訂的第二年，大西洋彼岸的法國爆發了一場聲勢浩大的革命。1789年，法國第三階層推翻了國王和貴族統治：6月20日，第三階層組成的國民議會在網球場集會並宣

誓，在制訂並頒佈憲法之前不解散議會；8月26日，法國人民制訂了舉世聞名的《人與公民權利宣言》（簡稱《人權宣言》）。鑒於這部宣言對法國和世界人權的重要意義，其全文照錄於此：

《人與公民權利宣言》

組成國民議會的法國人民代表相信，對人權的無知、健忘和蔑視是公共災難和政府腐敗的唯一根源。他們決心通過莊嚴宣告來規定人的自然、神聖與不可剝奪之權利，使本宣言不斷呈現於社會的每個成員之前，使之牢記其權利和責任；使立法和執法權力的行動能時刻與每個政治機構的目的相對照，從而獲得更大尊重；使基於簡單和無可爭議之原則的公民申訴能永遠以維護憲法和所有人之幸福為中心。有鑒於此，國民議會在上帝（Supreme Being）的庇佑下，承認並宣佈下列人與公民權利。

第1條：人人生來並有權保持自由與平等。社會區別必須基於普遍福利。

第2條：每一個政治社會的目的都是保護人的自然與不可戰勝之權利。這些權利是自由、財產、安全和對壓迫之抵制。

第3條：所有主權原則之要義都在於國家（nation）。任何公共機構或個人所行使的權力都必須明確來自國家。

第4條：自由在於能夠做不損害他人的任何事。因此，每個人行使自然權利的僅有限制，是那些保證社會其他成員享受同樣權利之限制。只有法律（Law）才能規定這些限制。

第5條：法律只能禁止對社會有害的行動。任何未被法律禁止的事物皆不得受到阻礙，且任何人不得被迫去做法律並未命令的事情。

第6條：法律表達普遍意志。所有公民都有權親自或經由其代表來參與法律之形成。不論是保護還是懲罰，法律必須對所有人一樣。所有公民在法律面前平等，並根據其能力，同樣有權獲得所有公共榮譽、職位和僱傭。區別只能基於道德和才能。

第7條：除非根據法律及其所規定的程序，任何人不得受到指控、逮捕或拘留。那些要求、制訂或執行任意命令的人必須獲得懲罰。但對於根據法律的傳訊或逮捕，每個公民必須立即服從，抵抗使之有罪。

第8條：法律只能規定那些明確且在嚴格意義上必要之處罰，且除非在錯誤行為（delict）發生之前即制訂、頒佈並合法運用有關法律，任何人都不得受到懲罰。

第9條：除非被宣佈有罪，每個人都必須被假設無辜；如對一人之逮捕被判決為絕對必要，那麼對逮捕而言並非絕對必需的任何嚴厲對待，都必須受到法律的嚴厲禁止。

第10條：只要其表達並未擾亂法律所建立的公共秩序，任何人不得因其見解而受到恐嚇，即便是有關宗教見解也不例外。

第11條：思想和見解的自由交流是最為寶貴的人權之一。因此，除了根據法律決定的情形而必須為這項自由的濫用負責，每一位公民都可以自由言論、寫作並發表。

第12條：對人和公民權利之保障要求公權力之存在。建立公權力的目的是為了所有人的福利，而非那些受委託者的特殊利益。

第13條：為了維持公權力和行政開支，公共財政是必不可少的；它必須根據能力，在所有公民之中平等分配。

第14條：公民有權通過其代表來決定公共捐獻的必要性，以自由同意之並獲知其使用方式，並決定其數量、基礎、徵集和期限。

第15條：社會有權從每個公共官員那裏獲得其行政帳目。

第16條：只要權利保障未獲保證且分權未受規定，那麼社會就缺乏一部憲法。

第17條：財產是不可剝奪的神聖權利。除非以合法形式產生的公共需要明確要求，且事先支付公正補償的前提下，任何財產都不得受到剝奪。

1. 第二次世界大戰之前：民主與獨裁的交替

但和中國的辛亥革命一樣，法國革命也導致了很長時間的動盪。在以後一百多年中，君主獨裁和民主政體相互交替，產生了許多部沒有實質意義的憲法。事實上，《人權宣言》所表達的理念並沒有獲得直接實施。1791年9月14日，法王路易十六在國民大會接受憲法；法國在君主立憲體制下頒佈了第一部民主憲法。它包括了《人權宣言》，建立了三權分立的政府，取消了選民的財產資格，並限制了國王權力。次年，法國人民就廢除了君主制，建立了法國歷史上的第一共和國。但革命愈來愈激進，並最終導致雅各賓（Jacobins）暴政，第一部憲法很快失效。幾年之間，法國人民已經從對民主的渴望轉變到對混亂的厭倦。只有一個能幹的獨裁者才能收拾殘局，而他就是拿破侖·波那巴（Napoleon Bonaparte）。

拿破侖先做了幾年第一執政官，頗得民心。1802年，他成功地使執政官成為終身職位。但和袁世凱一樣，他仍不滿足；比袁世凱幸

運的是，他在兩年之內就在選民擁戴下當上皇帝，成立了第一帝國。但法國終究還是比中國幸運，因為袁世凱是一個只知道追求權力的軍閥政客，拿破侖則確實是一位多方面的天才。雖然他沒有制訂憲法，但他運用獨裁權力制訂了近代世界第一部成文法典——《法國民法典》，有時也被稱為《拿破侖法典》，並和《人權宣言》一樣對世界各國產生了重大影響。事實上，因為法國一直缺乏一部穩定的憲法，《民法典》長期以來充當着法國基本法的角色，因而和《人權宣言》一樣也是法國最古老的法典。

拿破侖不僅是一位軍事天才，而且也是依法治國的能手。在他鐵腕主持和強力推動下通過的《民法典》，不僅開創了成文法典的先河，在世界各國掀起了「制典運動」的浪潮，而且也是一部文字優美的傑作。滑鐵廬戰敗後，拿破侖遭到流放，最後鬱鬱而終；臨終前，他不無驕傲地說：我這輩子大小四十餘戰，未嘗敗績，但是所有的功勳和榮耀都在滑鐵廬毀於一旦；唯獨我的《民法典》戰無不勝，永恒不朽。法國《民法典》也被稱為「拿破侖法典」，可以說恰如其分地肯定了這位傑出獨裁者的貢獻。

滑鐵廬戰役之後，拿破侖政權被推翻，法國又經歷了不同王朝的統治。大革命過後半個世紀，法國人民似乎又開始青睞民主。1848年，二月革命建立了新的民主體制，採納了類似於美國總統制的第二共和憲法。但法國對民主的熱情並不長。1852年，第一執政官的侄子路易·拿破侖（Louis Napoleon Bonaparte）建立了第二帝國。1870年，法國在色當戰役中慘敗，帝制再次被推翻，並建立了第三共和。

第三共和是法國歷史上最穩定的民主統治。部分是為了保證民主，防止美國憲政中出現的「法官統治」。第三共和並沒有一部成文的憲法，而只有三部議會可以隨時修改的基本組織法。但由於第三共和過於強調議會至上，而議會中不同派別之間經常相持不下，因而給

國家的治理帶來了困難。且由於存在着反對民主共和的社會勢力，法國政局並不穩定。1940年，法國遭到法西斯侵略，第三共和被推翻。

2. 第二次世界大戰之後：民主憲政的起飛與鞏固

直到第二次大戰結束後，法國才開始步入穩定的民主。即使如此，一開始的努力並不十分順利。1946年，法國建立了第四共和。由於冷戰期間，國內極左與極右勢力難以調和，議會各派之間缺乏基本共識，不能形成穩定的多數，從而導致內閣如走馬燈一樣經常變換。因此，第四共和憲法並沒有解決法國歷史所遺留的問題。另外，雖然憲法建立了憲法委員會，但它並未能發揮有效作用以維持憲法的實際效力。

1958年，法國再次發生了政府危機，內閣和軍方就阿爾及利亞獨立問題發生分歧。駐紮在阿爾及利亞的法軍佔領了科西嘉島，宣佈擁護戴高樂（Charles de Gaulle）將軍執政。迫於壓力，由中間和左翼黨派組成的聯合政府垮台。第四共和總統邀請戴高樂組織新政府，使法國自拿破侖以後，迎來了第二個軍事強人。但法國再次被證明是幸運的，因為和拿破侖一樣，戴高樂不僅是一位軍事領袖，而且是卓越的政治家和憲政主義者。戴高樂同意執政的條件就是允許他制訂一部新憲法。「憲法協商委員會」討論產生了第五共和憲法，並通過了國政院（Conseil d'État）的審查。9月28日，憲法被交由公民表決，並獲得80%選民表決的通過。

第五共和憲法共15章、92條。憲法前言指出：「法國人民在此莊嚴宣告對人權和國家主權原則的歸附；這些原則定義於1789年的《人權宣言》，並獲得1946年憲法前言的肯定和補充。」第五共和糾正了以前一些不切實際的民主理念，有限度地加強了行政權力，並

建立憲政院（Conseil Constitutionnel）以專門監督憲法的實施。事實證明，第五共和的體制比較符合法國的「國情」，經受住了歷次政治風浪的考驗。憲政院的決定使得憲法條款帶上了法律意義，《人權宣言》真正成為一部法律文件。既然憲法賦予實際的具體的法律權利，人民也開始對它產生了「感情」，不像以前那樣對憲法是否存在覺得「無所謂」，也不會輕易變更、甚至拋棄確實為他們的自由提供保障的基本法。在歷時170年的曲折過程之後，法國終於進入了憲政民主的穩定軌道。

四、聯邦德國——鳳凰涅槃，起死回生

歐洲另一個主要國家——德國——的立憲經歷相對較短，並經過了更為痛苦的過程。和中國類似，德國在傳統上是一個專制國家，並經過了兩次戰敗之辱，只是在20世紀中葉以後才真正步入憲政的。但建立在法治的基礎上，德國憲政發展很快，大有後來者居上之勢。德國的憲政經驗是令人鼓舞的，值得世界各國借鑒、仿效。

1. 第二次世界大戰之前

和英國與法國相比，德國在經濟、工業與民族統一等各方面都是後起國家。憲政也不例外，因為它建立在統一國家的基礎上，而日爾曼直到19世紀後起才獲得統一。然而，日爾曼的制憲努力卻早在19世紀中期就已開始。在1848年的革命中，日爾曼人民在法蘭克福的保羅教堂（Paulskirche）起草了該民族第一部、並屬於自由主義的憲法，並對人權提供了基本保障。但由於革命流產，保羅教堂憲法從未生效。

1870年，在普魯士聯軍打敗法國後，卑斯麥（Otto von Bismarck）整合了日爾曼君主國，完成了德國統一。1871年，德國制訂了第一部成文憲法。這是一部帝國憲法，國家的最高權力掌握在國王及其任命的總理手中。國王有權解釋憲法、解散議會、宣佈戒嚴、制訂外交政策，並監督所有聯邦法律的執行。憲法也沒有對公民權利提供普遍保障。雖然帝國議會實行成年男子普選制度，但由於人民缺乏參政意識，議會權力實際上為少數貴族所控制。第一次世界大戰以德國戰敗告終，帝國憲法以隨着帝國的崩潰而無效。

1918年，第一次世界大戰失敗後，德國倉促成立了魏瑪共和（Weimar Republic）。為了和德國專制傳統決裂，德國特地將首都從柏林轉移到自由主義詩人歌德和席勒的故鄉——魏瑪。次年，德國人民制訂了一部自由民主的魏瑪憲法。這部憲法繼承保羅教堂憲法的傳統，試圖對個人基本權利提供實質性保障。政府實行民主選舉，議會實行兩院制，且帝國議會（眾議院）根據政黨比例代表制選出。但由於德國當時的民主基礎過於薄弱，社會上層極為保守並念念不忘帝國亡靈。嚴峻的經濟形勢和大蕭條所帶來的經濟危機，使社會處於不斷的動盪與恐慌之中。比例代表制使民主政府過於分裂，難以形成穩定的多數，進而引起內閣過分頻繁的更迭。所有這些都不利於一個溫和民主政體的生存，並最終為納粹的獨裁統治創造了機會。

2. 第二次世界大戰之後

第二次世界大戰再次戰敗以後，德國被盟軍分為四個軍事管轄區。1948年，美、英、法三國佔領區的各州政府提議制訂憲法。在寧靜的琪米斯湖畔，憲法學家起草了以該湖命名的《基本法》草案。次年，議會理事會討論並修改了草案，並獲得超過三分之二州議會通過。1949年5月23日，納粹投降四周年紀念日，《基本法》在波恩

的教育學院（Pedagogical Academy）簽署生效。同年，前蘇聯所佔領的地區也通過了一部憲法。從此，東西德開始了長達40年的分裂。1990年的《統一條約》使東德獲得兼併，德國重歸統一。原西德的憲政體制也被擴展到前東德。統一之後，《基本法》經過小量修改，適用於整個德國，並「對全體德國人民有效」，從而成為統一德國的憲法。

《基本法》共146條，分為11章。第一章包括前19條，從積極和消極兩個方向定義了公民基本權利及其限制。第二章共18條，定義了國體的基本特性、聯邦（Federation）和州（Laender）政府之間的權力關係、地方自治與政黨原則。第三與第四章共16條，分別規定了代表全民的聯邦眾議院（Bundestag）和代表各州的聯邦參議院（Bundesrat）之組成、選舉和議事程序。第五與第六章共16條，分別規定了聯邦總統和以總理（Chancellor）為首的聯邦內閣的資歷、選舉、任期、權力範圍和相互關係。第七與第八章共22條，進一步處理聯邦和各州的立法與執法權限。第七章界定了聯邦與州政府的立法權力範圍，分別列舉了聯邦的專有（exclusive）立法權和聯邦與州共有（concurrent）的立法權；第八章則規定了各州執行聯邦法律、聯邦直接執行及其與州政府共同執行之任務，從而形成了聯邦立法、各州執法的縱向分工。最後，第九章共13條，規定了法院的結構和獨立地位，並定義了聯邦憲政法院（Bundesverfassungsgericht）的組成、選舉與管轄權。

值得特別指出的是，《基本法》特別建立了憲政法院以保證憲法的實施。作為大陸法系國家，德國一直採用專門法院系統來審查不同實體領域的訴訟。《基本法》制訂後，又在原有專門法院的基礎上增設了一個專門法院系統——憲政法院，由聯邦（最高）、各州（上訴）和地區（基層）憲政法院組成。德國綜合了美國與法國的經驗，授權憲政法院同時審查由公民提出的具體爭議和有關政府機構提出的抽象法律爭議，並撤消和《基本法》相抵觸的立法條款。在戰後半個

多世紀的發展過程中，憲政法院制訂了豐富的案例法，使《基本法》的文字與精神充分落實到社會與政治生活中，《基本法》因此而獲得了公民的普遍尊重。

五、走向一個歐洲聯邦？

在歐洲，第二次世界大戰的結束，標誌着和平戰勝了暴力，自由民主戰勝了獨裁專制，因而整個西歐迎來了憲政的黃金時期。法國逐漸步入了穩定的憲政民主，前法西斯國家——德國、奧地利、意大利——也從獨裁專政轉向建構在自由民主之上的憲政體制。但和美國的聯邦制不同，歐洲近代以來一直由獨立國家組成，而國家之間的分裂與對立給歐洲帶來了巨大的創傷。為了防止悲劇再次發生，西歐國家嘗試在更大的範圍內實行憲政。法國在這方面發揮領導作用。鑒於歐洲長期分裂的歷史，歐洲憲政不可能像美國那樣順利與「整齊」，不可能通過一次「費城會議」就使各獨立國家放棄其最重要的主權，而成為類似於州的實體。因此，歐洲憲政注定是一個漸進、曲折的過程，且「歐洲憲法」本身也注定是一堆複雜與分裂的規則，沿着一條漫長而不確定的道路走向整合。

歐洲範圍內的「基本法」分為兩大類：經濟與人權，而兩者所涵蓋的國家範圍又不一樣。

1. 《歐洲共同體條約》與歐洲聯盟

在經濟領域內，歐洲憲政建立在三項共同體條約基礎之上。1950年5月9日，法國外交部長舒曼首次提出歐洲共同體的概念，後來逐步發展成為歐洲聯盟。1951年，為了防止德國重新武裝後重

蹈納粹專政的覆轍，法國、西德、意大利、荷蘭、比利時與盧森堡六國在巴黎簽定條約，建立「歐洲煤鋼共同體」。1957年，六國又在羅馬簽訂了「歐洲原子能共同體」和「歐洲經濟共同體」兩項條約。以經濟共同體為核心，這三項重要條約形成了「歐洲共同體」(European Community)的法律基礎。它們定義了共同體立法、執法與司法機構的權力範圍，規定在此範圍內採取的法律措施具有最高效力，並必須在各成員國內獲得統一適用。1965年，各成員國通過了《合併條約》，使三項條約具有統一的政府機構，即歐洲理事會、執行委員會、歐洲法院和歐洲議會。

此後，共同體的範圍不斷擴大，且整合程度亦不斷深化。1986年，各成員國通過了《單一歐洲法案》，要求形成歐洲範圍的統一「內部市場」(internal market)。1992年，歐洲部長理事會在荷蘭的馬斯特里特(Maastricht)制訂了《歐洲聯盟條約》(聯盟以5月9日作為其「生日」)，對原有的共同體條約作了根本性修正，並提出了建立「經濟與金融聯盟」的具體日程。根據日程計劃，共同體已建立了歐洲中央銀行，並於2002年開始採取統一的歐洲貨幣單位(Euro，簡稱「歐元」)。目前，共同體已經具有27個成員國，並有進一步擴大的趨勢。

2. 《歐洲人權公約》

歐洲人權領域也和經濟領域一樣獲得同步進展。1950年，歐洲14個國家在羅馬簽署了《歐洲人權公約》(European Convention of Human Rights)。該條約於1953年生效，目前涵蓋了26個國家。因此，《人權公約》的覆蓋面比共同體條約更為廣泛。公約共5章、66條。其中第一條首先聲明：「公約國政府應對其管轄範圍內的每個人，保證本公約第一部分所定義的權利和自由。」第一章(第2-18

條) 規定了人的生命權利、言論和信仰自由、人身自由以及基本的刑事程序保障；第二章(第19條) 建立了「歐洲人權執行委員會」和「歐洲人權法院」(European Commission and Court of Human Rights)；第三章(第20-37條) 和第四章(第38-56條) 分別處理人權執委會和法院的結構和職能；最後，第五章(第57-66條) 包括了一些普遍適用的條款。作為公約本身的補充，各公約國還在以後陸續通過了修正草案(Protocol)。

為了保障《歐洲人權公約》的實施，公約建立了自己獨立的司法機構——人權執委會和人權法院，其人員由各公約國委派組成。公民可以申訴公約國侵犯了公約所提供的人權保障，並把爭議提交給人權委員會進行篩選。對於提交給人權法院審理的案件，法院有權作出具有約束力的決定。雖然人權法院本身無權撤銷公約國法院的決定，並缺乏機制去強制實施法院判決，公約第53條規定公約國有義務遵從人權法院的決定，且公約所保護的基本權利愈來愈受到各公約國的普遍尊重。近年來，人權法院所決定的案件數量不斷上升，因而對於歐洲憲政在人權領域內的整合正發揮着愈來愈大的作用。

由此可見，歐洲還沒有形成一部統一的聯邦憲法，經濟和人權領域的法律保障仍分別為不同的條約和機構所管轄。這種狀況固然不能完全令人滿意，但歐洲正在逐步整合之中。曾經有提議要合併歐洲法院和人權法院。儘管這一提議未能實現，但它體現了對統一的聯邦歐洲之嚮往。

從第二次大戰至今，歐洲憲政版圖仍有待整合。和1788年前後的美國一樣，歐洲政體也是一個發育不全的胚胎。管轄《歐洲人權公約》的機構只有個人權法院，歐洲聯盟則雖有一個相對完善的司法制度，但是行政力量嚴重不足，立法過程也存在民主赤字。目前，歐洲聯盟正在試圖制訂一部「憲法」。《歐洲憲法條約》獲得通過的呼聲一度很高，但是在2005年先後遭遇法國、荷蘭、愛爾蘭的否決。

近年來，聯盟的擴張趨勢有所停滯。這部憲法將在何種程度上促進歐洲的聯邦化，仍有待觀察。可以預見，共同體的聯邦化仍將是一個艱難複雜的過程，需要相當大的勇氣、智慧和耐心。

六、第三次憲政浪潮——「橙色革命」的前景

1980年代後期，作為蘇共總書記的戈爾巴喬夫開始黨內改革，得到地方改革派葉利欽等人的支持。之後，葉利欽從體制內分解出來，蘇聯走向多黨制，而這個龐然大國也隨之解體。1989年前後，東歐和前蘇聯發生了劇烈的政治變革，而其中某些國家至今仍未能擺脫專制的陰影。雖然憲法和法律規定了選舉的基本規則，但是在缺乏民主和法治傳統的國家，這些制度往往在專制文化的影響下變形。在許多轉型國家，民主制度仍然在確立過程之中。俄羅斯本身的改革一波三折，而普京接替葉利欽成為總統之後，俄羅斯的民主憲政更是前途未卜。

2004年1月4日，在格魯吉亞的總統大選中，37歲薩卡什維利擊敗執政10年的總統謝瓦爾德納澤，成為格魯吉亞的新任總統，為眾多獨聯體國家樹立了一個「和平政變」的榜樣。據新華社報導，薩卡什維利的當選開創了獨聯體國家「反對派通過和平革命的方式民主更替政權」的先河，也揭開了東歐國家「橙色革命」的序幕。

同年11月21日，烏克蘭舉行總統大選。⁴ 由於沒有候選人獲得過半的選票，決選在得票最高的兩位候選人——現任總理亞努科維奇（Viktor Yanukovich）和反對黨領導人尤先科（Viktor Yushchenko）——

4. 參見〈烏克蘭大選風波難以平息〉，《參考消息》（2004年11月26日）；韓顯陽：〈烏克蘭總統大選：曲終人未散〉，《光明日報》（2004年12月31日）。

之間進行。根據官方統計結果，前者最後以49.5%比46.6%的微弱多數獲勝。結果宣佈後，反對派舉行了大規模遊行示威，抗議政府在選舉中作弊，並號召舉行全國大罷工。國際觀察員指責政府在選舉過程中有多起舞弊行為。美國外交部和歐盟委員會公開表示不能接受選舉結果，並暗示烏克蘭當局如不進行調查將受到制裁。俄羅斯總統普京則迫不及待地祝賀親俄的亞努科維奇成功當選。烏克蘭政府一度堅持不妥協，指責抗議者實際上企圖政變，並暗示將採取大規模鎮壓活動，從而使國家瀕臨內戰邊緣。在各方面壓力下，烏克蘭最高法院開始審查選舉舞弊問題，並最終宣判選舉結果因存在嚴重欺詐而無效。

12月26日，烏克蘭再次舉行總統大選，結果反對派候選人尤先科獲得52%的選票獲勝。雖然亞努科維奇僅獲得44%的選票，他拒絕承認重選結果，並稱將對重選出現的違規現象向最高法院提出上訴。12月28日，俄羅斯外交部對監督烏克蘭大選的歐安組織觀察員提出嚴厲批評，指責他們未能發現26日的大選第二輪重新投票中存在的廣泛舞弊行為。但大約1.2萬名外國觀察員監督了重選投票過程，並表示此次投票基本公平。兩次大選之間，尤先科曾在荷蘭接受醫療檢查，證明其在大選前曾遭人投毒致病。

幾乎與此同時，羅馬尼亞12日再次上演了類似的選舉風波。此次選舉是自1989年12月羅政局劇變以來羅舉行的第五次總統選舉。在11月28日舉行的第一輪投票中，沒有一位候選人獲得半數以上的選票。根據選舉法的規定，得票領先的前兩名候選人參加第二輪的角逐，獲得簡單多數即可當選總統。在總統競選的第二輪投票中，由於選舉結果極為接近，現任總理阿德里安·訥斯塔塞和反對黨候選人、布加勒斯特市長特拉揚·伯塞斯庫均宣佈在大選中獲勝。最後結果顯示，伯塞斯庫以52%的得票率勝出。

這些事件表明，民主制度並不因為憲法文本的規定就得到確立（consolidation），而是需要反對派的艱苦爭取才能成功。只有在反對

派通過合法鬥爭掌握政權之後，民主轉型才算基本完成。雖然民主的大趨勢不可阻擋，它在某些國家或地區卻可能一波三折。在其他一些東歐國家，政府仍然可以通過限制言論、新聞、集會和結社自由來封殺反對派對選舉結果的質疑，一如既往地民主的表面下維持專制。⁵

七、總結：憲政是世界文明發展的普遍規律

歐美經驗表明，憲政是各文明國家發展的普遍規律，也是不可阻擋的世界潮流。近代以來，美國、法國、德國及不同階段的轉型國家和地區殊途同歸，都按照各自的傳統或需要採納了某種憲政制度。要進入現代世界文明的主流，國家必須在政治上走向民主、在經濟上走向自由；民主政治和市場經濟是任何發達國家不可偏廢的兩輪，而自由、民主、法治是所有憲政國家共享的核心原則。

比較兩份名單，一份是世界銀行統計的2012年人均GDP排名前25個國家：盧森堡、挪威、瑞士、中國澳門、澳洲、丹麥、瑞典、加拿大、新加坡、美國、奧地利、日本、芬蘭、荷蘭、愛爾蘭、比利時、冰島、德國、文萊、法國、英國、中國香港、西班牙、意大利、波多黎各。⁶

另一份是英國《經濟學人》2012年統計的25個「完全民主」(full democracies) 國家，按綜合比分排名依次為挪威、瑞典、冰島、

5. 〈吉爾吉斯斯坦局勢急轉直下〉，《光明日報》（2005年3月25日）；〈白俄羅斯拘押前總統候選人〉，《新京報》（2006年3月27日）。

6. 參見<http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD>。北京大學法學院人大與議會研究中心助理蔡克蒙為這部分內容收集了大量數據，特此感謝。

丹麥、新西蘭、澳洲、瑞士、加拿大、芬蘭、荷蘭、盧森堡、奧地利、愛爾蘭、德國、馬耳他、英國、捷克、烏拉圭、毛里求斯、韓國、美國、哥斯達黎加、日本、比利時、西班牙。⁷

不難發現兩份名單的高度相似性，25個國家中將近四分之三（18個）是一樣的。如果刨去港澳、文萊（石油小國）等帶有顯著特殊性的國家或地區，兩者的相似程度更高。由此可以得出結論，憲政民主和經濟發展之間存在高度相關性，憲政民主國家通常也是經濟發達國家。

當然，例外不是沒有。在《經濟學人》統計的167個國家中，印度排名38，在「帶缺陷的民主國家」中排位相當靠前，僅排在葡萄牙、法國、南非、意大利、台灣地區、以色列等國家或地區之後，而根據聯合國統計，其2011年人均GDP卻只有1,528美元，在所統計的211個國家中排在了第159位。⁸ 相比之下，中國該年的人均GDP達到5,439美元，排名108，而在《經濟學人》的統計中卻被列為「威權國家」，排第142位。

1. 經濟發展和憲政民主相關嗎

由此產生了兩個問題，一是憲政民主和經濟發展之間究竟有沒有關係？不少人認為，中印對比表明民主並不能促進經濟發展。印度是一個相當民主的國家，但是民主制度似乎並沒有幫助這個國家擺脫貧困。據世界銀行統計，南亞地區2012年人均GDP只有1,388美元，撒

7. 評價項目包括選舉過程、政府效能、政治參與、政治文化和公民自由，綜合單項打分後產生總成績，見https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=DemocracyIndex12。

8. <http://data.un.org/Data.aspx?q=gdp+per+capita&d=SNAAMA&f=grID%3a101%3bcurrID%3aUSD%3bpcFlag%3a1>。

哈拉以南的非洲地區只有1,433美元，而這些國家當中不少都在進行憲政轉型試驗。南非是憲政轉型最成功的非洲國家，憲政體制的確立讓這個被種族隔離撕裂的國家迴避了一場血腥內戰，其民主排名第31位，甚至在意大利等相對發達國家之前，但是其2011年的人均GDP也只有8,090美元，低於東亞和拉美地區的人均水平（分別為9,026美元與9,578美元）；雖然高於中國，但是差距並不明顯，不足以體現兩者在憲政制度上的差距。

憲政民主和經濟發展之間的關係只是概率性的，而非決定性的，當然不可能沒有例外。一個國家的經濟發達程度也取決於資源稟賦、民族文化、國民性格、國際貿易環境等多種因素，憲政民主只是其中一種影響因素，而且經濟發展是一個漫長的過程，憲政民主的建立未必對GDP的提升產生立竿見影的效果。更何況GDP本身未必能衡量一個民族的生活幸福指數。一個加勒比島國可能沒有什麼產業，但是如果憲政制度能夠有效控制公權濫用並保證國民無憂無慮、幸福安全的自然生活，那也未必不是一種令人嚮往的生活方式。中國GDP連年高速增長，但是過度開發嚴重透支了環境與資源；如果扣除生態破壞的賬單，中國經濟的淨增長遠沒有統計數字顯現得那麼樂觀。

更重要的是，「憲政轉型」不等於憲政。轉型顯然有風險，許多國家都在轉型過程中「栽」了，不僅未能建立穩定的憲政民主制度，反而造成軍事政變乃至內戰等社會動盪，人民生活在戰亂頻仍、顛沛流離的水深火熱之中，當然談不上什麼發展。如果威權體制能夠維持政府與社會穩定，即能滿足經濟發展的第一必要條件；只要經濟政策大體合理，完全可能維持較高速度的經濟增長，儘管這種增長往往伴隨着漠視人權、破壞環境和腐敗橫行等社會代價。一個轉型成功的憲政國家完全可以維持同樣的經濟增長，而無須付出如此昂貴的「學費」。

換言之，即便威權體制沒有轉型國家的動盪風險，這種體制帶來的社會穩定有助於經濟增長，但這種增長未必是可持續的。官僚腐敗

導致大量國民財富向權貴階層集中，甚至向海外轉移；工薪階層的收入過低導致內需無法拉動，而只能過度依賴脆弱的出口貿易；環境污染不僅讓經濟增長帶來的幸福感大打折扣，而且極大增加患病人群及其家庭經濟負擔；貧富差距以及徵地、拆遷等剝奪民利的「發展」政策製造社會矛盾與對立，威脅社會穩定和政治統治的合法延續……

當然，開明專制不是沒有，東亞的新加坡、港澳經常被作為「東亞例外」的典範，但是這些國家或地區不僅都很小，只有一個中等城市的規模，對中國這樣的大國借鑒意義很有限，而且都具有殖民地時代留下的法治遺產，因而其經濟繁榮在很大程度上得益於母國的憲政傳統。如果沒有這筆歷史遺產，或母國不是民主與法治國家，東亞能否「例外」就很難說了。

不論如何，可持續的經濟發展和憲政民主之間的統計關聯是不容否認的。據世界銀行統計，2012年世界人均GDP為10,171美元，其中北美人均GDP為50,198美元，歐盟地區為32,677美元——這個數值受歐盟東擴影響，如果只算歐元區的人均GDP則上升到36,551美元，和經濟合作與發展組織（OECD）國家的人均值（36,722美元）相仿。OECD的34國大都為成熟的憲政民主國家，也有韓國、捷克、斯洛文尼亞等少數相對成功的新興民主國家。儘管未必所有憲政國家都是富國，也未必所有發達國家都施行憲政民主，但是在統計意義上，憲政民主和經濟發達程度之間呈現顯著的正相關性，少數例外並不足以否定一般規律：經濟發達國家也是憲政國家。

2. 政治和經濟誰決定誰

第二個問題是，憲政民主和經濟發展之間的相關性是否構成果關係？如果是，那麼誰是因、誰是果？統計相關性未必是因果關係，

譬如打雷和下雨經常同時進行，但是兩者都起因於更深層次的氣候現象，彼此之間則未必有直接的決定關係。然而，一般認為，經濟發展和憲政民主之間確有直接的因果關係，而且這種關係未必是簡單的誰決定誰，而是相互決定、相互影響的。

馬克思認為「經濟基礎」決定「上層建築」，其中也包括民主政治和法律制度，後者對前者至多只有次要的「反作用」。因此，國內流行的說法是政治民主是經濟發展到一定階段的自然產物，似乎只要GDP達到某個神秘「拐點」，政治改革就水到渠成了，到那個時候你不想要都不行；反之，目前中國經濟還沒有發展到那個水準，那麼政治改革再努力也是白搭。所謂「中等收入陷阱」理論也是經濟決定論的一種形式。雖然經濟發展對於提高教育水平、培育公民意識、促進政治參與等作用是不容否定的，但是經濟決定論顯然過於武斷。事實上，在經濟發展與政治體制之間，前者對後者的影響還不如後者對前者的影響來得更直接。

經濟決定論對於許多個案都沒有解釋力。譬如現代第一個大眾政黨是在1832年的「傑克遜時代」建成的。雖然那個時代的美國民主只是男性白人的少數人民主，但畢竟是一種大眾民主，而那個時候的美國仍然是一個農民佔多數的農業社會；根據麥迪遜（August Madison）教授的估算，那一年美國的人均GDP只有1,702國際元（1990年基準），⁹ 完全沒有達到今天的「中等收入」水平。即便到1920年，聯邦憲法修正案正式取消性別歧視——此前許多州的婦女已有權參加選舉，黑人政治權利則早在1870年的第十五修正案得到保障，美國人均GDP也只有5,552國際元，相當於中國2005年水平

9. 也稱G-K元，是在特定時間和美元有相同購買力的假想貨幣單位，參見<http://www.ggdcc.net/maddison/maddison-project/data.htm>。

(5,575國際元，2010年為8,032國際元)。印度民主的發達與經濟的相對欠發達也表明，經濟發展並不直接決定政治民主的水平和質量；即便在印度這樣相對貧困的國家，民主也能做得相當不錯。

相反，政治自由和民主卻可能對經濟發展產生決定性作用。經過東西對壘的40年「冷戰」，這個問題早已得出答案。1950年代初期，東歐與西歐的發達程度相差並不大，東德和西德、東柏林與西柏林更是原本接壤的同一個國家；究竟是「社會主義」還是「資本主義」更優越，當時是一個懸而未決的問題，但是40年光陰使得東西兩邊出現了天壤之別。事實上，東西差別絕不是單純的經濟體制差異造成的；西方尤其是西歐經濟體制很難說是清一色的「資本主義」，人均收入最高的北歐三國被公認為帶有顯著的「社會民主」色彩。關鍵在於，蘇聯陣營的極權國家作繭自縛；這種政治體制完全失去了自我糾錯機制，即便明知經濟政策乃至體制錯了都不可能改，只能將錯就錯，讓國民經濟在錯誤的方向上愈滑愈遠。

更震撼的是南北朝鮮對比。1950年代，南北經濟實力相當。按照麥迪遜項目的估算，1950年南北人均GDP同為854國際元。1953年，朝鮮半島戰爭結束，南北朝鮮的人均GDP分別為1,072國際元和966國際元。但是今天，北朝鮮的民主指數在167個國家中倒數第一。據聯合國2011年統計，人均GDP在211個國家中排名200，跌落到506美元；60年來經濟發展毫無建樹，甚至倒退！韓國則已躋身「完全民主」國家，排名第20位，和日本（排名第23位）同為亞洲國家驕傲；2011年的人均GDP達到23,067美元，排名第47位；而根據世界銀行的統計，韓國2012年的人均GDP排名第28位（朝鮮無數據）。不同的政治制度造就截然不同的經濟實績，幾十年的政治極權早就了朝鮮的空前貧困；如果不改朝鮮的政治制度，其經濟發展永遠無法向韓國看齊。

3. 為什麼經濟改革離不開憲政

不同的政治制度之所以對經濟發展造成如此巨大的差異，其實是一點不奇怪的。改革開放之後，中國人已經普遍認識到法治、私有財產保障、經濟活動自由等憲政制度之於經濟發展的重要性，但是政治體制改革則似乎可有可無，至少不是當務之急。然而，這種認識是相當短視的。首先，法治和民主必須齊頭並進，不存在誰先誰後的問題；中國近年來司法改革的倒退已經驗證，沒有配套的政治體制改革，法治改革注定寸步難行。事實上，西方的「法治國家」概念已經蘊含了分權制衡原則。早在兩三百年之前，孟德斯鳩已極為透徹地解釋了這個基本道理；如果沒有任何形式的分權，所有權力都集中於一個機構乃至一個人手中，那麼法治如同痴人說夢。薄熙來治下的重慶之所以有法而無法治，出現了大量惡性冤案，正是因為「一把手負責制」導致黨政大權過於集中，使之得以呼風喚雨、一手遮天，成了當地無法無天的「土皇帝」。長期處於「文革」狀態的朝鮮更是極端的個人專制，沒有任何法治的踪影。由此可見，沒有起碼的分權政治改革，尤其是明確政治不得干預司法的基本原則，法治是不可能實現的。

其次，如果沒有政治改革，政府不對人民負責，那麼公權必然會侵入私人領域，公民的私有財產不可能受到可靠保障。經濟收益必然會受制於重重苛捐雜稅，被權貴集團「雁過拔毛」、層層剝皮。在薄熙來主政期間的重慶，企業家甚至被當成任意宰割的肥肉，連基本人身自由乃至生命都保不住，隨時可能成為地方官員殺雞取卵、論罪科刑、充公沒收、中飽私囊的對象。經濟活動幾乎必然受到層層管控，疏通每個關節都須要破費「打點」，尋租成本大量增加。事實上，既然私人領域無力抵制公權侵入，公平市場競爭原則根本無法實現，官商不分、任人唯親、國有壟斷、國進民退現象極其普遍，大量市場資源為官員家族或其「馬仔」所壟斷，造成市場經濟的嚴重畸形。至於

在自由空氣壓根不存在的朝鮮，只有最高領袖才有腐敗的特權，市場經濟則連尋租空間都沒有而不可能起步。

最後，人們往往看不到的是，民主政治不僅具有推動法治、實現公平、維護市場、遏制腐敗等直接的經濟與社會作用，而且還至關重要地影響着國民的人格素質和現代工業文明的建構。民主是一種公共生活，公民在其中鍛煉理性相處、自我管理的能力。其實，民主政治和市場經濟具有極大的邏輯相似性，選擇最能代表自己利益的候選人和選擇最適合自己的商品在本質上是一回事，都涉及綜合信息、對比選項、權衡利弊的理性計算與選擇過程。民主政治能夠極大促進公民的智力成熟並提高其理性判斷能力，使之適應現代市場經濟與工業文明的複雜社會生活。歸根結底，現代工業文明不僅需要商業誠信和市場信息，而且是建立在一個積極合作、理性思維而有創造力的公民人格基礎上的。

無論對於政治選舉還是經濟交易而言，理性判斷的前提是充分而相對準確的信息，而信息社會的前提是言論與新聞自由；在一個言論不自由的國家，新聞可隨意受到選擇性壓制，信息失真必然誤導大眾選擇。壓制言論泯滅社會良知，仗義執言者反而受迫害，讓人有話不敢說，進而變相鼓勵說謊和造假，瓦解社會與市場誠信。民主政治預設了思想、言論、新聞出版、集會、結社、政治參與等公民自由，上述《經濟學人》對民主狀況的綜合評價即包括選舉過程、政治參與和公民自由等指標。只有保證思想與言論自由，社會才有不受政府壓制的信息和真相；只有讓人民放開說話，他們才不會被迫說謊，並養成正直和誠信的習慣，而誠信是社會合作的基礎；也只有在自由交流和辯論的環境中，人民才能提高鑒別真理和謠言的能力。這種能力不僅對於政治選舉重要，對於經濟交易也是不可或缺的。

同樣重要的是，政治參與自由也有助於培育一個熱心、積極、勇敢而有責任心和創造力的公民群體。只有在一個言論自由的國家，公

民才會無所畏懼地自由思考、暢所欲言，並在公共交流中培養積極向上、樂善好施的健康個性。思想和言論禁區必然禁錮思維，並造成懶惰、懦弱、偽善和人云亦云等惡習；只有打破禁區，才能徹底解放思想並釋放人類思維蘊藏的巨大能量。在言論自由國家，孩子從小就有自由選擇的權利，很早就形成了自主判斷的能力。自由寬鬆的教育環境傳授社會生活必需的知識，卻並未扼殺自由人格的內在創造力，而這種創造力正是現代經濟與文明發展的原動力。多數創意可能歸於失敗，但沒有失敗的試驗，就不可能有成功的發明。美國之所以是世界上最具有創造力的國家，「祕訣」即在於崇尚與保護公民自由，而民主政治正是培育合格公民的試驗基地。

反觀朝鮮，到處是一片「鶯歌燕舞」的美麗謊言。人民의思想和言論自由被剝奪已久，以致喪失了思考能力，日常思維停留於極為原始幼稚的水平。這樣的國家不要說創造力，就是說句真話也會引來殺身之禍。在這樣的國家，沒有真實的信息，沒有坦誠的交流，更談不上實質性的自發合作；人民只會違心奉承「偉大領袖」的正確英明，而沒有獨立思考和判斷的習慣。這樣的國民只能做一顆機械的「螺絲釘」，領導把他安在哪裏就乖乖呆在那裏，如何承擔得起複雜多變的市場主體責任？我們很難將這樣的國民人格狀態和市場經濟聯繫起來。要知道，市場經濟需要的顯然不是不會思維的機器或奴隸，而是能夠理性判斷、隨機應變而富有創造力的活人！然而，專制政治卻會扼殺所有活的生命，將人降格為一具死氣沉沉的行屍走肉，而當自由的空氣將其吹醒之後，各種不受控制的私欲會伴隨無知一併爆發出來。在一個人格狀態完全不適應市場經濟的國民群體中，經濟改革其實隱藏着巨大的社會隱患。

和朝鮮相比，中國的經濟改革足足領先了三十餘年。在此期間，中國不僅GDP迅猛增長，而且言論自由狀況獲得極大改善。然而，言論自由並未獲得制度性保障，因言獲罪的現象仍時有發生。人大選舉

走過場，人大代表未能發揮其應有職能，既縱容了公權濫用、官僚腐敗，也助長社會非理性情緒，國民未能通過貨真價實的選舉鍛煉其理性思維。傳統政治體制不僅阻礙了中國法治進步，而且也讓經濟改革偏離了全民共同富裕的正當軌道，以致近年來「改革」幾乎成了一個貶義詞。沒有配套的政治改革，經濟改革必然走偏，與市場經濟相適應的公民群體亦未形成；而在這種情況下繼續單方面推進經濟改革，只能讓中國社會面臨不可預測的風險。

03

CHAPTER
第三章

中國憲政發展概要

和西方國家相比，中國憲政之路更為坎坷不平。自清末以降，中國社會長期處於戰爭與動盪的年代。其匆匆制訂又匆匆拋棄的憲法如過眼雲煙，目不暇給，大多數所謂的「憲法」曇花一現。之所以如此，是因為法治與憲政本來就是中國的弱項，法治文化在儒家傳統中先天不足，祖先沒有留下豐厚的遺產，近代遭遇列強又因為民族自大心理障礙而發展得斷斷續續，以致至今仍有許多方面不如其他國家。事實上，即便改革開放三十年後，憲法和法律在條文上相對完善，但是實施狀況不容樂觀，憲政理想和現實之間還存在很大落差。在這種情況下，我們尤其要充分認識到自己的不足，虛心汲取其他國家的有益經驗。

雖然大都看似眾所周知的往事，但是「以史為鑒」的中國一直很重視歷史，比如柏楊的暢銷書《醜陋的中國人》，便是為了幫助國人認識「民族劣根性」。一個民族要進步，必須認真對待自己的歷史。就和一個人一樣，一個民族如果不能正確認識自己的過去，必然也不能正確把握自己的未來。歷史確實是一面鏡子，真實的歷史有助於我們發現、進而糾正自身文化傳統中的弱點；反之，如果歷史為了政治目的而受到扭曲，那麼我們通過這面扭曲的鏡子也只能看到一個扭曲的自我，非但不能幫助我們改進提高，反而很容易使我們沉溺於自我陶醉的虛假形象，最後任由民族虛榮心不斷膨脹，坐失憲政發展的良機。在很大程度上，清朝的立憲失敗和最終覆亡就是諱疾忌醫、阻撓改革、咎由自取的結果。民族自大心理延誤了清王朝的自我改良，致使中國喪失了發展機遇，最後無論在經濟、軍事還是法治建設上都遠遠落後於起步更晚的鄰國日本；甲午戰爭一敗塗地，是制度革新失敗的必然結果，也是民族虛榮貽誤改革的報應。

因此，今天我們學習憲政史，不能不以客觀中立的態度正視自己的過去，承認並反思自己的缺點或弱點。只有首先看到並承認自己的弱點，才有可能糾正弱點、改進自己，從弱者轉變為強者；否則，就永遠只能做一個百病纏身的弱者。我們只有像鄰國日本和韓國那樣放下架子、擺正位置，才能學到它山之石的精華。事實上，要做到這一點並不困難，因為憲政史作為憲法學的一部分也必須恪守中立原則，避免隨意對自己的歷史作出情緒化、程序化與政治化的判斷。作為一門「科學」，憲法學必須堅持「實事求是」，盡可能站在超越的立場上對中國憲政歷程中的經驗與教訓作出公允評價。

一、預備立憲（1895–1911）

1. 立憲思想的形成

雖然中國歷史上並不是沒有憲法性規範，中國傳統的「禮」可以作為在自然法和一般法之間的「基本法」，¹但是中國確實一直沒有一部正規的成文憲法，且傳統的基本道德與法律規範和現代的自由民主憲政規範確實相差太遠。因此，中國立憲的困難不在於中國歷史上沒有一部憲法，而是在於革新與轉變中國的傳統思維，並使之適合現代社會的發展。要生存與發展，只有立憲「變法」，但是中國在立憲觀念上的進步是極其緩慢的。先是乾隆模式的閉關鎖國、孤傲自大，以致英國使節兩次訪華都因在「三跪九叩」等小節上相持不下、無功而歸；後有兩次鴉片戰爭以降所帶來的戰敗耻辱，使中國人不得不

1. 參見張千帆：〈在自然法與一般法之間：關於「禮」的憲法學分析〉，載方流芳主編：《法大評論》（北京：中國政法大學出版社，2001），頁336–368。

對「蠻夷」們刮目相看。然而，從林則徐、魏源、李鴻章開始，中國士大夫只以為是有沒有「堅船利炮」的問題，只須要「師夷之技以制夷」。只有少數改良主義者認識到腐朽的政治制度是中國走向富強的根本障礙，如馮桂芬的《校邠廬抗議》和鄭觀應的《盛世危言》，但他們的主張並沒有引起廣泛重視。最關鍵的是，在這一時期的立憲努力只是為了「救亡圖存」的功利目標。中國當時對國外的政治體制和社會生活方式了解極少，對自己國民的人格與生存狀態沒有比較與反思，而自由、民主與憲政的思想則遠未深入人心。因此，憲政能使國家富強，就支持憲政；專制能使國家富強，便轉而支持專制。國家主義情節是中國立憲最主要的動力，也是歷次立憲運動最根本的局限性。

使中國認識到憲政重要性的是日本打贏的兩次戰爭。或許是因為小國寡民既沒有泱泱大國的心態，也沒有放不下的儒家中心文明的包袱；或許是因為日本民族天然擅長學習和借鑒——既然早先從中國舶來了語言文字，從西方借鑒法律制度又何妨？日本現代化的步伐比中國快得多，而且完全沒有「中體西用」、「國情論」或「本土論」等保守意識的牽制。雖然日本直到1860年才被佩里（Matthew Calbraith Perry）將軍的「黑船」打破國門，比鴉片戰爭晚了20年，但是日本法律制度的崛起極為迅速。1868年的明治維新幾乎可以說是日本的「光榮革命」，使之在中國尚困於鴉片戰爭和「太平天國」的內憂外患之時就順利步入了列強的行列；1889年的明治憲法更是奠定了日本富強的政治基礎，使日本成為通過君主立憲而走向富強的典範，遲早會對中國產生震動。

1895年的「甲午戰爭」宣告了近半個世紀的「洋務運動」失敗，極大地震撼了中國知識分子。在清政府準備接受馬關條約的消息傳來後，康有為發動在京參加會試的一千二百多名考生聯名「公車上書」，痛陳變法圖強的必要性。甲午戰敗使多數改良主義者認識到制

度建構的重要性，因而紛紛學習並介紹西方憲政制度，並提出了君主立憲的初步主張。一時間，西學在朝野上下蔚然成風。康有為成立的「強學會」甚至曾獲得張之洞、袁世凱等保守派的支持與捐助。² 以康有為、梁啟超、譚嗣同等為代表的維新派進一步提出「伸民權、爭民主、開議院、立憲法」的綱領，並通過太師翁同龢影響了年輕的光緒皇帝。1898年，光緒在維新思想的影響和慈禧太后的默許下施行「新政」，在短短100多天時間內頒佈了110條維新法令，是為「百日維新」或「戊戌變法」。這次改良運動主要涉及到教育體制的改革、官僚機關的精簡、財政制度的集中、軍隊現代化、滿族特殊待遇的取消等問題，規定滿族一律自食其力，並鼓勵新聞自由和平民上書的自由。雖然維新派提出的君主立憲、召開國會等思想尚沒有進入議事日程，這次改革的成功將為憲政的建立奠定政治與社會基礎。

1894年，中日甲午戰爭致使多年苦心經營的中國海軍全軍覆沒，宣告了以堅船利炮的洋務運動徹底失敗。對於19世紀末的中國來說，甲午戰敗完全不是電影上描繪的少數「內奸」、「叛徒」造成的，和慈禧太后挪用軍餉造頤和園也沒有多少關聯；失敗的根本原因在於制度落後——日本有一部憲法，而中國沒有。這是為什麼甲午戰爭不僅沒有惡化中日感情，日本反而成為中國學習的楷模，赴日學子可以說是趨之若鶩。

不幸，和歷次變法相仿，「戊戌變法」觸動了滿清統治者的切身利益，因而「維新」只推行百天便遭到以慈禧太后為代表的保守勢力鎮壓。保守派和中間派一開始並不反對改革，但一旦具體的改革措施危及到他們的特權便改變了看法，施加壓力要求慈禧干預。維新派則試圖通過袁世凱發動軍事政變以擺脫危險處境，結果因袁的變節而功敗垂成。這是中國立憲努力的一次重大挫折。然而，儘管維新失

2. 荊知仁：《中國立憲史》（台北：聯經出版社，1984），頁58。

敗了，變革的壓力卻依然客觀存在。及至1900年「義和團」運動失敗，八國聯軍攻佔京城，慈禧本人和滿清的王公貴族被迫「西遊」逃難，才從玩弄「義和團」與列強的平衡術中醒來，兩度下詔罪己。這次事件使保守派也意識到不改革就沒有出路，張之洞、劉坤一、榮祿均奏請變法。在朝野的壓力下，慈禧復行新政，從1902年起下達了不少改革措施，主要目的是為了「廢科舉、設學堂、派遊學」。至於立憲，朝廷上下的努力則依然相當疲軟。

第二次戰爭是1904年因滿洲利益衝突而引發的日俄之戰。這場戰爭以日本小國打敗俄羅斯大國的結局告終，被認為是立憲國戰勝專制國的決定性證明，因而再次震動了中國朝野，並推動了中國的立憲進程。從此以後，立憲和國家與民族的強盛緊密聯繫在一起。1905年，駐法使臣孫寶琦首先奏請立憲，其他駐外使節和官員也紛紛呼應，因而立憲成為朝廷議政的中心問題。在民間，立憲也成為各報刊雜誌議論國事的熱門話題，涵蓋了以前關於變法、民權、議會的言論。

另一方面，孫中山於1905年聯合各反清團體成立「同盟會」，提出了「驅除韃虜、恢復中華、創立民國、平均地權」的主張。自此，立憲運動分為兩派。一派為孫中山所領導的革命立憲運動，認為「不革命決不能立憲」，倡導建立民主共和制；另一派為康有為、梁啟超所領導的改良立憲運動，主張借鑒日本或英國的君主共和制，在維持滿清統治的前提下實行君主立憲。

歷史上，幾乎所有國家都經歷過君主制（monarchy）階段，國家最高權力——包括立法、執法和司法權力——掌握在君主手中。譬如在辛亥革命以前，中國的所有法律都是皇帝頒佈的；皇帝象徵着國家主權，是所有執法權的來源，並可以直接干預司法程序。現代只有很少國家是純粹的君主制，而是至少在名義多少帶有共和的成分。所謂「共和制」（republic），就是國家最高權力掌握在人民或其選出的代表

手中的體制。共和制有時專指代議制，以區別於直接民主制。古雅典在公元前5世紀左右曾採用直接民主制，而古羅馬大約在同時曾採取代議共和制，一直持續到將近公元紀年開端。共和制最重要的特徵，是國家的最高立法權掌握在人民或其代表手中，且執法、甚至司法官員一般也由選舉產生。

在從君主向共和轉變的過程中，曾出現過一類中間體制，即君主立憲制（constitutional monarchy）：君主雖然仍是終身、世襲的國家元首，但其權力受到成文或不成文憲法的控制。在歷史上，君主立憲是封建貴族與資產階級在和國王抗爭過程中的妥協產物。通過長期鬥爭，1688年的英國「光榮革命」最後確立了世界上第一個君主立憲制。在君主立憲制中，又有實權君主與「虛位」君主之分。前一類制度更接近純粹的君主制：雖然君主權力受到憲法限制，但他仍然掌握相當程度的實權，包括任命和罷免首相、解散議會、否決議會法案、不經議會同意而頒佈緊急命令等。1868年日本明治維新、1871年日爾曼統一，以及中國下述《欽定憲法大綱》所試圖建立的制度，都是屬實權君主立憲制。在「虛位」君主立憲制，君主和議會的權力對比發生了根本變化；君主只是象徵性的「虛君」，國家實權掌握在內閣手中，而內閣由議會選舉產生，向議會負責。因此，虛君立憲在實質上就是共和制，君主只是形式而已。英國自「光榮革命」以後至今一直採取這種體制，儘管不時有建議要廢除君主。日本在第二次世界大戰以後所建立也是虛君立憲制。中國清末的《十九信條》所要建立的政體接近這種制度。在現代君主制中，絕大多數為立憲君主制，而在立憲君主制中，多數又為虛君制，因而體現了共和民主的不可逆轉之趨勢。

明治天皇和英國女王代表了兩種截然不同的君主制。自「光榮革命」以來，英國一直實行君主立憲制，國王只是象徵性的虛位首腦。看上去似是而非的是，明治維新以前，日本天皇的作用被幕府

架空，因而基本上是一位虛位君主，但是明治維新推翻了幕府制度，天皇開始行使實權。實權天皇制對軍國主義勢力的崛起發揮了推波助瀾的作用，因而對發動侵華和太平洋戰爭承擔不可推卸的責任。³ 戰敗後，日本在盟軍司令部主導下制訂了「和平憲法」，天皇再度成為「虛君」。

2. 《欽定憲法大綱》

為國內立憲運動所迫，清政府於1905年成立了政治考察館，並派載澤、戴鴻慈、端方等五大臣出洋考察，訪問了日、美、英、德諸國。次年回國後，諸大臣上書清廷，痛陳立憲之利、專制之害。載澤等人數次上書，以立憲可使「皇位永固」、「外患漸輕」、「內亂可弭」，化解國內的革命力量，曉以利害，要慈禧超越滿漢隔閡，「不為眾論所移，不為浮言所動」。這些奏摺感化了包括慈禧在內的清廷要員。1906年，清廷下諭宣佈「仿行憲政，大權統於朝廷，庶政公諸輿論」。但以「目前規制未備，民智未開」為由，決定從改革官制、振興教育、清理財政等具體措施入手，「使紳民明悉國政，以豫備立憲基礎」。

出於立憲請願運動日益高漲的壓力及對其流變為革命的恐懼，奕劻、張之洞、袁世凱等人先後敦促慈禧加快預備立憲的進程。在各方壓力下，清廷於1908年批准並頒佈了《欽定憲法大綱》，是為中國的第一部憲法性文件。《大綱》共23條，分為兩部分：君上大權和臣民權利與義務。其中14條「君上大權」完全承襲了日本君主制，突出維護皇帝至高無上的尊嚴與地位。它宣佈「大清皇帝統治大清帝

3. 魏曉陽：《制度突破與文化變遷——透視日本憲政的百年歷程》（北京：北京大學出版社，2006），頁117-137。

國萬世一系，永永尊戴」，「君上神聖尊嚴不可侵犯」，並確立了皇帝不受約束的絕對權力，包括頒佈批准法律並提出議案之權，召集、停閉及解散議會之權，不受議會干預的設定官制、俸祿及罷黜百司之權，統率陸海軍及確定軍隊編制之權，無須議會同意的宣戰媾和、簽定條約及派遣使節之權，宣告戒嚴並在緊急狀態下限制人民自由之權，總攬司法並委任審判衙門之權，議會不得討論的確定皇室經費之權等。皇帝有權發佈命令，但對於「以定之法律，非交議院協贊，奏經欽定」，不以命令更改廢止；如在議院閉會期間遇到緊急情況，皇帝有權代發法律詔令並籌措必需的財政，但在次年議院開會期間須交議院「協議」。

《大綱》賦予臣民以9條權利、自由和義務。符合法定資格的臣民有權擔任文武官員；臣民在法律規定範圍內有言論、著作、出版、集會、結社的自由；臣民非按法律規定不得加以逮捕、監禁和處罰；臣民的案件可以受到法官審判，並有權專受法律所定審判衙門之審判；臣民的財產及住所無故不得侵擾。同時，臣民有納稅、當兵和守法的義務，但現定賦稅只有經過法律才得以更改。顯然，《大綱》的君上大權遠高於臣民權利，且人民代表的權力在各方面都受到嚴格限制。

儘管如此，中國地方民主仍然取得了有限進展。1909年，天津縣議事會經選舉產生，是為中國第一次地方選舉。省諮議局決定地方政策、預算決算、稅務、規章，並負責答覆督撫諮詢。1909年底，在江蘇諮議局會長張謇的推動下，各省諮議局聚會並成立了聯合會和龐大的國會請願代表團。該團向資政院多次上書，要求早開國會，並向各省諮議局建議採取不納稅主義：國會不開，則各省諮議局不得採納新的租稅，且各局應限制本身選舉的資政院議員，使其在資政院拒絕承認新的租稅。⁴ 這是一個良好的兆頭，因為它表明中國的民間力

4. 荊知仁：《中國立憲史》，頁142-143。

量已認識到政府是建立在人民所供給的稅錢基礎上，有義務為納稅人服務，並已開始利用自己作為納稅人的權利迫使政府改革，因而中國憲政有望沿着英美的路徑發展。作為中央代議機構的資政院、各省諮議局和督撫也都紛紛上書攝政王，要求早日成立臨時國會。雖然這些建議一開始為攝政王所拒絕，朝廷最後還是作了讓步，把立憲期限從九年縮短為五年。

然而，清廷在預組內閣事務上再次表現出其短見。1911年5月，醇親王在資政院休會期間廢除了舊內閣，成立了一個新內閣。新內閣其實並非責任內閣，總理與各國務大臣都只是輔助皇帝的幕僚，不對議會負責。其人事安排更突顯了排漢意圖，因而備受抨擊。在13位國務大臣中，漢人僅佔4位，滿人佔了8位，而其中皇族又佔5位，因而被稱為「親貴內閣」。攝政王的至親被委以總理、財政、農工商及海軍大臣的重任，其他滿人則負責陸軍、司法、民政等重要部門。由此可見，清廷出於其自身利益，對「君主立憲」的本意和社會的普遍理解發生了根本分歧。

3. 《十九信條》

滿清的倒行逆施自然激起了廣大民憤，失去人心和威信。與此同時，革命暴動的勢頭已經蔓延全國。1911年10月10日，武昌起義爆發。一個月之內，各省宣佈獨立的已逾半數。清廷見事態危急，不得不重新任用早先被罷免的袁世凱。作為一個政客，袁世凱提出了出任的六項條件，包括次年召開國會、組織責任內閣、寬容對待參與起義的革命黨人、解除黨禁，以及最關鍵的——授予其指揮陸海軍和決定軍隊編制之全權。攝政王不得已之下封袁氏為欽差大臣，總管陸海軍，並召資政院開臨時會議。資政院多數主張取消親貴內閣，宗室皇

親不得過問政治，制訂憲法須要求人民協贊，並立即解除黨禁。清廷迫於壓力，無奈接受了這些主張。不久，灤州統制張紹曾聯合一些軍人提出十二條憲法草案，以作為進軍北京的口實。清廷原本難以認同，但當天正好山西宣佈獨立，北京頓時陷於腹背受敵的境地，因而終於屈服下詔，取消親貴內閣，實行責任內閣制度，授權袁世凱為總理大臣以組織內閣，開放黨禁，赦免包括康有為、梁啟超和汪精衛在內的因變法或革命而被禁的政治犯。同時，資政院基於十二條草案，草擬了《十九信條》，並獲得清廷公佈。

《十九信條》雖然沒有規定人民的權利，但實質性地限制了皇帝的權力，因而體現了清末改良立憲派的「虛君共和」思想。雖然它還是規定「大清帝國皇統萬世不易」（第一條），「皇帝神聖不可侵犯」（第二條），但是：「皇帝之權，以憲法規定者為限」（第三條）；「憲法由資政院議決，由皇帝頒佈之」（第五條）；「憲法改正提案權屬於國會」（第六條）；「總理大臣由國會公舉，皇帝任命。其他國務大臣由總理大臣推薦，皇帝任命。皇族不得為總理大臣及其他國務大臣，並各省行政長官」（第八條）；「官制官規以法律定之」（第十三條）；陸海軍由皇帝統率，「但對內使用時，應依國會議決之特別條件，此外不得調遣」（第十條）；「國際條約非經國會議決，不得締結」，宣戰媾和如在國會閉會期間，可由國會追認（第十二條）；國會議決本年度預算以及皇室經費（第十四與十五條）；「皇室大典不得與憲法相抵觸」（第十六條）。因此，如果《欽定憲法大綱》模仿的是日本明治維新後的實權君主制，《十九信條》則已經接近英國的虛君立憲制。

可惜，《十九信條》並沒有能夠挽救清政府的覆亡。就和大革命以前的法國一樣，不論是出於自願還是無奈，改革中的政府走在鋼絲上：不改不行，但一不小心，改革就流為革命。在其名著《舊體制與法國革命》一書中，托克維爾精闢論述了法國末代皇帝路易十六的悲

哀。⁵ 清政府的命運再次驗證了這一歷史命題。儘管沒有具體規定人民的權利與自由，《信條》的口氣已經比《大綱》大大軟化。對於一個國家的人民來說，政府的軟弱或溫和未必是一件壞事。但在中國歷史上，這從來是缺乏實力的表現，而沒有實力，政府就難以維持。更糟糕的是，滿清政府色厲內荏、自信不足，非但不能昭然改過，還變本加厲地壓制廣大不滿，從而更顯得醜惡猙獰。革命爆發以後，即使像張謇這樣的溫和改良派也目睹清軍的肆虐而放棄君主立憲，不但拒絕出任袁世凱內閣的農工商大臣一職，反而公開支持共和。至此，清廷已人心失盡，覆亡本是其自然歸屬，因為民心如水，得之載舟，失之覆舟。清廷因愚頑不化而不能自保，實為咎由自取。然而，這也意味着中國肇始於戊戌變法的一切預備立憲之努力，亦隨着滿清的覆亡而消沉。

4. 預備立憲失敗的原因

上個世紀之交是一個動盪年代。從鴉片戰爭到戊戌變法到辛亥革命，中國的立憲意識和實踐經歷了一條艱難曲折的道路。整個中國社會是在一次次被動挨打的過程中，在對列強欺凌之憤懣和對思想啟蒙之渴望的矛盾心態中，一步步覺悟出憲政的必要性；憲政思想隨着列強的炮艦和鴉片一起輸入中國，乃是不幸和無奈的現實。受制於既得利益的障礙，清政府的覺悟則更晚：它是在內憂外患的雙重夾擊下，實在走投無路的時候才不得不「仿行憲政」的。可惜等到最後不得已讓步的時候，它發現和平改良已經太晚了。

5. Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, Stuart Gilbert trans., (New York: Doubleday, 1955).

儘管如此，失敗未必是必然的結果。雖然改良在救亡圖存的壓力下舉步維艱，雖然中國的博大與地方差異注定使它的改革比其鄰國更為緩慢且充滿變數，但有證據表明，當時中國的經濟與社會關係尚未處於崩潰邊緣，民族工業正處於起步階段，一個以市場為主導的農業經濟關係也正在形成。⁶ 立憲思想的傳播雖然緩慢，但在康、梁等改良派和革命黨的鼓吹下也逐漸滲入整個社會；清廷中的改革派雖不乏袁世凱、張之洞這樣見風使舵的機會主義者，但在改良主義佔上風的時候對立憲努力也不乏同情和支持，袁世凱更為了自己獨攬大權而積極主張預備立憲。因此，按當時中國的社會經濟狀況，假如清廷開始即有改革之誠意，從善如流、勵精圖治，中國未嘗不能步英日之後塵，在君主立憲的名義下建立憲政。

清朝立憲最後以失敗而告終，固然有多方面原因，但其中不可忽視的因素有兩個。偶然原因是滿人的異族統治，必然原因則是中國的傳統文化和政治體制。兩個原因加在一起，極大加劇了憲政改革的難度。制度與文化原因將留待以下進一步探討，這裏限於討論失敗的直接原因——日益激化的民族政治矛盾。滿漢關係原來就是清政府統治中一個極其微妙的問題。滿族當時僅佔中國人口的2%，⁷ 卻用武力征服了整個中原。為了維持異族統治，滿族人改變了自己的語言、文化和習俗，並盡可能不觸動漢族官僚士大夫與鄉紳的利益。朝廷實行滿漢聯治，各部由兩名尚書和兩名侍郎（相當於「副部長」），滿漢各半。全國18個省各由巡撫主管，多為漢人擔任；兩省聯合由督撫或總督主管，多為滿人。然而，從一開始，滿族統治者就對廣大漢族存

6. John King Fairbank, *China: A New History* (Cambridge: Harvard University Press, 1992), pp. 176-182.

7. 蘭比爾·沃拉著、廖七一譯：《中國：前現代化的陣痛——1800年至今的歷史回顧》（瀋陽：遼寧人民出版社，1989），頁16。

有潛在的恐懼，因而對漢族官員的權力設定了相當嚴厲的限制，軍隊則一直任用改編後的「八旗子弟」，以確保滿族對漢人的統治。直到「太平天國」時期，清廷才迫於情勢危殆而不得不啟用諸如曾國藩、左宗棠、李鴻章這樣有才能的漢人將領，但其對漢族的防範和恐懼亦日益加深。

19世紀末期的政治改革直接觸動了滿族官員的既得利益，從而使民族矛盾極端尖銳化。儘管少數開明的滿族官員也主張採取立憲政體，但這終究不能改變滿族作為一個利益集團的保守立場；他們不敢按量才錄用的標準和漢族公平競爭，更不敢支持民主——試想有幾個滿人能被佔據絕對多數的漢人選上呢？為了保護滿族官員的既得利益，清廷不惜犧牲整個民族與國家的利益，成為壓制改革的反動勢力。從「戊戌變法」開始，清廷的改革機會不能算少，但一次次機會都在滿漢權力鬥爭的內耗中喪失了。「戊戌變法」的失敗以及後來官制改革的倒行逆施，都是民族矛盾的集中反映。清政府的愚頑不化加劇了政府與社會之間的矛盾對立，並削弱了政府在推進改革過程所不可缺少的合法性社會基礎。正如梁啟超指出，傳統中國的專制統治本來就削弱了人民與政府的紐帶，而一個少數民族的專制統治更彰顯了它的不公正與專制性，削弱了它的合法性與穩定性。及至後來，連慈禧都發現不改良就要滅亡，中國已錯過了改革的最好時機。到上個世紀之交，人民已經失去對清政府的耐心和信任，心裏已經沒有清政府的合法性，而之所以仍然沒有揭竿而起，只是屈從於其仍掌握在手中的那一點武力而已。然而，乾柴遍地，何愁沒有烈火。因此，「驅除韃虜」的口號在中國社會自然獲得了十分普遍的響應，從而使改良極易流變為革命。在這種複雜的形勢下，預備立憲談何容易？！只有大智大慧的統治者才能維持政府穩定並推進憲政改革，但是19世紀末的清政府已是強弩之末、自顧不暇，沒有能力與智慧完成其歷史使命，致使預備立憲的努力流產。中國在遭遇列強而被迫改革之際，恰好又

遇上異族統治，成為憲政發展的致命障礙。這不能不說是中華民族的巨大不幸。

當然，預備立憲的失敗還有多方面的因素，例如維新派思維過於單純，對改革與滿族既得利益之間的複雜矛盾沒有充分的心理準備和對應良策。但和民族矛盾一樣，這些都反映了更深層次的原因——民主制度的缺失。究其本質，滿清無非是一個掌握統治權的既得利益集團而已，憲政改革必然要限制統治集團的權力，進而損害其既得利益，因而統治者的自然反應一概是拒斥改革。當然，拒斥改革的下場最終是滅亡，因而如果統治者有遠見，那麼主動接受憲政改革是維護其長期利益的明智之舉。然而，滿族統治者囿於短見，唯恐失權，自恃掌握國家機器，以至動輒武力彈壓，百般阻撓改革大業，最終自取滅亡之禍，也給中國社會帶來了長期動亂和巨大災難。中國把憲政改革的命運完全取決於統治者的明智，並任由統治者的昏庸無能而喪失了難得的機會——這是中國政治制度的無奈與悲哀，也是整個民族不能不深切記取的沉痛教訓。

二、嘗試立憲（1912–1926）

儘管辛亥革命推翻了清政府，但革命軍勢孤力單，「既無可戰之兵，又無可籌之餉」，一時不可能用自己的軍事力量統一中國；事實上，革命黨不得不依靠舊體制造就的軍事強人袁世凱去推翻舊體制，並作為妥協又將新體制的大權拱手讓給他，從而必然把舊體制下的價值和利益衝突引入到新體制之內，為共和制度的動盪埋下伏筆。同時，由於中國剛剛推翻帝制，離建立在自由民主基礎上的市民社會相差很遠，革命黨也不可能依靠廣大民眾對其理念的擁護來維持政權。儘管全國在反滿問題上基本一致，但對國家未來的基本原則並沒有共

識，民主、共和與憲政的理念亦遠未深入人心，更未付諸實踐。結果，政府的後盾必然只能是「槍桿子」；軍事實力決定了誰能控制政權，進而決定誰能制訂憲法。大清的滅亡是如此，袁世凱和革命黨之間的惡鬥是如此，袁氏之後的諸侯混戰同樣是如此。袁氏掌權時，中國尚有表面上的和平；袁氏衰落以後，中國即進入了軍閥混戰的時代。但不論是大軍閥還是小軍閥，也不論誰控制北京，武人干政、強人統治是嘗試立憲時期的共同特點。

這一時期雖然混亂不堪，卻是轉型中國立憲過程中的一個值得探討之階段。之所以如此，是因為專制國家在平時壓制並扼殺了任何威脅舊體制的改革；只有在它衰敗以後，社會才有機會自由考察並嘗試實現不同的制度選擇。這是所有專制國之區別於民主憲政國家的基本特徵：它不可能在全社會範圍內通過利益協調與合法抗爭的方式來完成政權的變更。孟子曰：「天下生民久矣，一治一亂。」這是對專制國狀況的真實寫照。在歷史上，中國的秩序幾乎從來是和中央高壓專制聯繫在一起，因而一個不幸的事實是，無序和混亂代表着自由與轉機。在歷代農民起義中，由於沒有其他體制作為參照，中國人的視野總是局限於周、秦以來所設定的框框；中國的朝代更迭總是沿襲老一套，「換湯不換藥」。只是到了清末，各種西方思潮才進入中國，使中國人了解到民主、科學、議會、權利、憲政這些新概念。清朝衰亡以後，中國又一次面臨何去何從的問題。但只有這一次，中國知識分子才有機會在一個新的層次上對國家前途和制度選擇作一個反思。可惜，夾雜在軍閥混戰的炮火、「十月革命」的激動、巴黎和會的憤慨之中，中國社會允許理性思考和選擇的時間實在太短。

憲政以穩定的政府為寄託，但是在表面穩定的階段，統治者往往看不到改革的必要性；及至改革迫在眉睫，則時間過於倉促，往往新的憲政設計方案尚未完成，舊的政府大廈已經搖搖欲墜了。在缺乏思想和文化基礎的情況下，舊政府垮台後沒有別的選擇，在經過短暫動

亂之後又回到從前的專制狀態。專制剝奪了人民的思想自由，使人們看不到替代機制的可能性，更不用說實踐；一旦專制難以為繼，則時間過分短暫，社會並沒有做好憲政轉型的準備，因而陷入了周而復始的專制秩序—思想禁錮—混亂動盪—回歸專制的循環。

1. 規範權力的最初嘗試：《中華民國臨時約法》

辛亥革命後，為了在全國建立統一的政權機構，各省代表會集武昌，組建中華民國的南京臨時政府，並制訂了《中華民國臨時政府大綱》。經過爭論，各省代表採納了孫中山的主張。大綱效法美國憲法，採用三權分立體制，設立臨時大總統和參議院。臨時大總統既是國家元首，又是政府首腦和軍隊統帥，由各省代表推選產生。1912年元旦，中華民國成立，孫中山就任臨時大總統。至1月底，佔全國大多數省份的代表已列席南京參議院，因而臨時參議院宣告正式成立，並着手制訂《臨時約法》，以替代先前的《臨時政府組織大綱》。《臨時約法》由參議院的編輯委員會起草，於3月經臨時參議院一致同意、臨時大總統公佈後生效，前後僅一個月。

匆忙採取《臨時約法》的主要原因，是袁世凱做總統已成定局，而革命黨想通過國會和內閣來制約其權力。當初之所以允諾袁氏，無非是為了誘使其贊同共和、推翻帝制。現在這一目標既已實現，袁氏也如願被公舉為臨時大總統，因而這一時期的鬥爭焦點自然轉變為對總統權力的界定問題。革命黨希望通過制訂《臨時約法》，改臨時大綱的總統制為責任內閣制，使袁世凱有位無權，制止其破壞共和的圖謀，因而有一定的「對人立法」因素。⁸

8. 荊知仁：《中國立憲史》，頁227。

民國初年，國民黨領袖對於中國憲政制度安排存在分歧。長年在美國的孫中山主張採用三權分立，總統獨立於國會之外；宋教仁則主張採取英國的議會至上，內閣從議會中產生並對議會負責。為了制衡袁世凱的總統權力，宋教仁的主張佔了上風。

《臨時約法》是民國第一部憲法性文件，共7章、56條，主要分兩個方面的內容：國家制度和基本權利。第一章「總綱」確定了民主共和的國家制度：「中華民國的主權屬國民全體」（第二條），否定了改良立憲派的「虛君共和」思想。政府組織模仿美國的三權分立和某種意義上的責任內閣制。第二章「人民」共11條，比較充分地規定人民的權利與義務。人民享有人身、住宅、財產及營業權，享有言論、著作、遊行、集會、結社、通信、信仰及居住遷徙等自由。儘管起草比較倉促，《臨時約法》的基本構架是比較合理的。它借鑒了歐美憲政制度，採取了三權分立的政府形態，建立了一院制立法機構和某種意義上的雙元首腦制度，採納了質詢與彈劾制度，嘗試兼採總統制和內閣責任制之所長，使兩者相互制衡。

同時應該指出，《臨時約法》的內閣制是極不完善的，並沒有規定議會的不信任表決和內閣解散議會的權力，總理基本上是總統的助手，並和美國的聯邦部長一樣受制於參議院的彈劾。其唯一制衡總統的實權在於對法律和命令之副署，而關於副署制度的規定又因成文倉促而顯示出歧義，並被袁氏利用以擺脫議會控制。第45條規定，對臨時大總統提出的法律案、公佈的法律及發佈的命令，總理「須副署之」，聽上去似成了總理的義務而非權力，拒絕副署反構成違法。這一文本漏洞為袁氏所利用，並引發合作破裂和憲法危機。⁹

綜觀這一時期的特點，國民黨和袁世凱鬥爭主要體現為國會及內閣與總統之爭。國民黨力圖通過憲法約束袁氏的權力，袁氏則竭力要擺

9. 同上註，頁231。

脫國民黨和其他憲法權力的控制，並最終為此訴諸於非常之舉，廢除約法、摧殘國會。總的來說，袁世凱與國民黨之間的權力鬥爭，從一開始就演變為人與法的較量，且最後袁氏個人的勢力壓倒了法的力量。

2. 規則開始破裂：刺宋案與總統選舉風波

1913年，國會正式成立。¹⁰ 首次選舉後，國民黨在兩院共佔約400席（45%），居各黨之首。至此，中國的政治勢力大致一分為三：主張革命的國民黨、由軍閥官僚組成並為袁氏御用的公民黨，以及主要由立憲派組成的進步黨。後者屬在兩者之間搖擺的中間派，發揮了一定的平衡作用。然而，平衡狀態卻未能維持長久，袁世凱和國民黨之間的鬥爭不斷升級。1913年3月20日，國民黨領袖宋教仁遭到暗殺。在遇害之前，宋教仁一直是國民黨組織的實際領袖。他主持了同盟會的改組和國民黨的組建，主張採取責任內閣制度，並因此曾和主張總統制的孫中山發生過爭議。1913年，國民黨在國會選舉中獲勝，為宋實現其議會民主理念提供了機會。宋教仁激烈抨擊袁的政策，宣稱他將領導制訂一部英國式憲法並組成一黨制內閣和虛位總統，並提議由黎元洪代替袁世凱，從而直接威脅了袁世凱的統治。

刺殺宋教仁的兇犯入網後，江蘇都督所搜集的證據表明兇手係受袁世凱和國務總理趙秉鈞指使。國民黨中的穩健派仍希望通過法律手段解決問題，要求成立特別法庭進行審理。袁氏竟以立憲國「司法獨立」為由，阻撓成立特別法庭。¹¹ 於是，刺宋案在上海地方審判廳審理。5月8日，上海地方檢查廳發出傳票，傳令已託病辭職的趙秉鈞

10. 參見王世傑、錢端升：《比較憲法》（北京：中國政法大學出版社，1997），頁359。

11. 金沖及、胡繩武：《辛亥革命史稿（第四卷·革命的成功與失敗）》（上海：上海人民出版社，1991），頁529。

到庭受審。國務總理趙秉鈞交給刺殺行動佈置者應夔丞聯絡密碼的手令。刺宋案顯示司法獨立的作用：上海地方檢察廳公開傳訊在位的國務總理趙秉鈞。雖然趙以健康為藉口拒絕到上海出庭，但是地方法院竟敢傳訊總理，並公佈政府高官與殺人犯之間密切往來的證據，確實稱得上「20世紀中國司法史上空前絕後的大事」，¹² 甚至堪與1974年震動美國的水門事件審判相媲美。¹³

然而，趙在袁世凱支持下拒不到庭，最後此案不了了之。袁氏所掌握的新聞媒體更是大造輿論，為袁開脫。章太炎曾提倡「政治解決」，即充分揭露袁氏的種種昭彰劣跡，造成迫使袁氏下台的政治形勢，並力勸黎元洪競選總統，但並未成功。政治解決和法律解決皆歸失敗，剩下的只有武力解決一途，由此引發了國民黨的「二次革命」。「刺宋案」創下民國恐怖政治先例，實為共和政體之凶兆。

國務總理趙秉鈞交給刺殺行動佈置者應夔丞聯絡密碼的手令。刺宋案顯示司法獨立的作用：上海地方檢察廳公開傳訊在位的國務總理趙秉鈞。雖然趙以健康為藉口拒絕到上海出庭，但是地方法院竟敢傳訊總理，並公佈政府高官與殺人犯之間密切往來的證據，確實稱得上「20世紀中國司法史上空前絕後的大事」。

1913年7月，兩江、安徽、湖南、四川、廣東和福建7省宣佈脫離北京政府，開始了「贛寧討袁」，也就是通常所說的「二次革命」。但起義很快被袁世凱鎮壓，孫中山和其他組織者逃亡日本避難。袁氏逮捕並槍斃了部分參與事變的國民黨成員，其中包括六名憲法起草委員會委員。袁氏深恐其所作所為致使人心不滿，急欲登上總

12. 袁偉時：〈政治策略與民初憲政的歷史經驗〉，《戰略與管理》，第6期（2000）。

13. 在水門事件中，美國總統尼克遜涉嫌指令下屬竊聽民主黨競選大會，因而受到地方檢察官的起訴。由12位普通公民組成的大陪審團要求總統交出涉及罪證的白宮電話錄音帶，但是總統以特免權為由拒絕，最後最高法院一致判決總統的特免權理論不能成立。見United States v. Nixon, 418 U.S. 683。判決下達後，尼克遜很快通電辭職。

統寶座，便利用各地武人的壓力和國民黨失敗後委曲求全的心理，迫使國會先行制訂大總統選舉法。10月4日，由兩院聯合組成的憲法會議制訂並直接公佈了《大總統選舉法》。總統的產生採取國會選舉，而非公民直選。總統只能連任一次。按照正常選舉，正副總統的當選者均須獲得高額選票。第一和第二次投票在所有候選人中進行，當選者必須獲得3/4以上的得票率。但如果兩次選舉均無人當選，那麼最後一次在兩名勝出者之間進行「決選」，獲半數以上票數者當選。選舉法生效兩天以後，袁世凱就迫不及待舉行大選。

1913年10月6日，中國舉行了歷史上的首次「總統大選」。選舉從上午8點開始，一直到晚上10點結束。當時，有自稱「公民」的軍警便衣數萬人，猶如軍隊一般整齊嚴肅，包圍選舉場所數十周，迫使議員們選出「眾望所歸」的大總統，否則不許離開議院一步。兩院議員憤恨，多投廢票，因而直到第三次投票才根據選舉法但書所規定的過半數投票人選出總統。即便如此，在最初兩次投票中，袁世凱雖然得票最多，但都不滿四分之三多數的要求。第三次投票是在得票相對較多的袁世凱和黎元洪之間進行決選。議員們不得不忍飢終日，直到袁氏得票過半為止。此時，數萬「公民」才高呼大總統「萬歲」，揚長而去。這位應該由選民選出的「大總統」卻對元帥服情有獨衷，這本身便足以耐人尋味。相比之下，美國總統也都是統帥三軍的「總司令」，卻沒有一位以軍銜和軍服為榮。

就任大總統後，袁氏有恃無恐，一再干涉威逼國會，但均未得逞。袁世凱惱羞成怒，通電各省都督與民政長官，指使其以國會監督妨礙「行政獨立」為由，非議草案內容，並威脅解散國會。由於國民黨和袁世凱勢力之間已經發展到劍拔弩張的地步，憲法起草委員會匆忙結束了起草過程，在一個月內完成了三讀程序，於10月底發佈了《中華民國憲法草案》（即「天壇憲草」）。草案第一條規定：「中華民國永遠為統一民主國。」草案拒絕採取總統制，而採納了責任內

閣制。其倉促制訂的過程表明它仍然是新舊兩派權力鬥爭的產物，體現了民主在武力包圍下的狹小空間和險惡境地。它進一步證明，在權大於法的文化環境下，通過憲法來制衡權力的努力是徒勞的。

草案頒佈後3日，袁世凱在各地文武官員的慫恿支持下，下令解散國民黨並取消國民黨議員的資格。國民黨與袁世凱的政治合作至此完全破裂。不久，袁氏通令停止兩院議員職務，國會正式被毀。隨後，政府取消了許多「顛覆性」的政治團體，查禁了帶有「煽動性」的報刊雜誌，中國又回到清末時代。國會與總統、民主與獨裁之間的較量以後者勝利告終，而辛亥革命以來所取得的憲政成就亦為袁氏所拋棄。

在沒有國民黨外部制約的政治環境下，袁世凱變本加厲走向個人集權，直到自我毀滅。他先是通過自己掌控的約法會議很快通過了《中華民國約法》。所謂的「新約法」採用「超級總統制」，取消了《臨時約法》中規定的責任內閣制及其對總統權力的限制。總統對外代表國家，統帥三軍；總統有全權制訂官制官規，任用國務員與外交使節，均無須經參議院同意；總統全權負責外交事務，宣戰、媾和及締約亦無須經參議院同意；總統有權召集或解散立法院，否決立法院議決的法案，並發佈與法律具有同等效力的教令……總而言之，「大總統」取得了至高無上的權力。1914年底，他主導的約法會議修正《大總統選舉法》，改總統任期為10年，並取消了連任限制，總統繼任人亦由現任總統推薦給總統選舉會。至此，袁世凱實際上已經成為終身大總統，類似於法國的第一執政官拿破倫，且選舉法沒有限制總統的直系親屬不得成為繼任人，因而總統簡直就是可以子孫相傳的皇位，所缺的只是一個名號和一頂皇冠而已。但人的貪欲是無限的，袁氏仍不滿足。

1915年，總統顧問、美國行政法學家古德諾（Frank Goodnow）在《亞西亞日報》上發表了〈共和與君主論〉一文，認為民主國體不

合「中國國情」，而應改為君主立憲：從中國的「歷史習慣、社會經濟之狀況，與夫列強之關係觀之，則中國之立憲，以君主制行之為易，以共和制行之較難也」。¹⁴ 楊度等人旋即設立籌安會，從「學理」上討論君主立憲和民主立憲之得失，主張變更國體，並著「君憲救國論」，為君主立憲搖旗吶喊。後來參政院又收到請願書，繼而提請政府召集國民會議。不久，參政院通過《國民代表大會組織法》，規定由選出的國民代表大會投票決定。1915年12月11日，該院受各省國民大會之委託查閱近2,000份表決，竟無一票反對，全數主張君主立憲，一致擁戴袁氏為帝！次日，袁世凱「再三推辭」後「不負眾望」，下令承認帝制，在北京天壇登基稱帝。

12月23日，雲南宣告獨立，並組織護國軍討袁，各省紛紛響應。袁氏派赴前線的將領，受馮國璋和段祺瑞的密旨按兵不動，甚至一貫主張帝制的張勳都反對袁氏稱帝。袁頓時陷於四面楚歌，從原來一個軍事強人淪落到人人喊打的孤家寡人。1916年3月22日，袁世凱被迫取消帝制。但各省仍舊獨立，並一致要求袁氏下台。6月6日，袁積憤而死。袁氏倒台後，各省發表了其控制指示的密電、密函，總數超過60件。整個國民代表的選舉和投票過程，原來都是有計劃、有預謀、有步驟的政府操縱之產物。¹⁵ 換言之，袁氏的倒行逆施最終證明是自掘墳墓。

3. 憲政文化及其在中國的缺失

從戊戌變法失敗到大清帝國覆亡、從民國權力紛爭到帝制短暫復辟，袁世凱都扮演了關鍵角色。袁世凱當權一生給中國憲政帶來了屢

14. 見《東方雜誌》第十二卷第10號（1915年10月）。

15. 參見張國福：《民國立憲史》（北京：華文出版社，1991），頁150-151。

次厄運，及至其身死，中國的厄運仍未終止，大大小小袁世凱式的人物依然層出不窮。我們不禁要問，為什麼中國總是遇到那麼多袁世凱，而沒有遇到華盛頓、拿破倫或戴高樂？究竟是出於偶然的不幸還是另有深層原因？袁世凱的故事提示我們，憲政制度改革離不開憲政文化的支持。

袁世凱是大清的遺產，他的死代表了舊秩序的終結。他是清王朝的存在和滅亡的最大得益者，當然也是阻礙改良、最終致使滿清覆亡的一大罪人。是他敗壞了「戊戌變法」，是他導致與國民黨合作的破裂，是他自己導演了君憲的鬧劇，並最後覆亡其中。固然，他最後「失算」了，但袁世凱的個人悲劇也是中國社會的悲劇。假如當年袁世凱沒有出賣維新派，假如他在革命後能和國民黨在衝突中共存，假如他在竊取獨裁權力後能安分守己地實施即使是一部獨裁憲法，……中國憲政很可能會走上另一條路徑。然而，這些假想都被真實的歷史一次次否定了；儘管中國改良運動遇到袁世凱是一種偶然，許多偶然的背後隱含着歷史的必然。畢竟，失敗不獨是中國改良的命運，也是世界上許多其他改革的共同命運；根本的社會變革都會觸及根深蒂固的觀念和既得利益，因而一般都需要個別「鐵腕」人物的推動，並讓這些人掌握巨大的權力以克服改革的阻力，從而也給他們創造了以權謀私的大好機會。任何人都或多或少是「機會主義者」，因而一旦掌握了國家機器的權柄，都可能利用它為自己的利益服務。個別國家可能更幸運一些，但「幸運兒」畢竟只是少數。如果只能依靠少數精英的智慧和道德素質——必然是不可靠的因素，憲政改革的路程就注定是坎坷、曲折甚至充滿暴力的。

要使憲政改革沿着和平的方向發展，需要一種有利於憲政轉型的文化。這事實上也正是困難所在，因為這種文化正是和憲政制度相適應的現代文化，正是改革所要建立的憲政文化本身；因此，要求它存在，在一定上相當於假設了問題的答案。憲政究竟需要什麼性質的文

化基礎？首先，憲政文化要求適當的大眾參與，從而使社會改革沿着大多數人能夠認同的方向進行，因而限制政治精英的作用和權力。這就要求人民能夠影響政府，因而要求一種民主文化，而這正是傳統社會所缺乏的。與此相關的是，這個社會必須具備一套普遍接受的權力遊戲規則，且精英對基本規則的偏離能引起足夠強烈的社會反應，以便對立方能充分利用社會支持來迫使規則的破壞者就範。假如中國社會能夠有效實施和平的權力遊戲規則，假如國民黨在受到袁世凱的排擠打擊後能夠依靠整個社會的約束力量，那麼即使是軍事強人的袁世凱也不敢如此膽大妄為了，他個人也不至於陷入人人喊打的「獨夫民賊」之悲劇，政治遊戲就進入了一種良性循環。最後，憲政文化確實需要一定的社會經濟基礎；如果社會各方利益不可調和，那麼暴力衝突就難以避免。然而，社會利益真正不可調和的情形其實是極少的，多數情況是人們基於偏激的觀念認為某些階層或階級的存在是如此不可容忍，以至必須被消滅，或自己所代表的利益是如此超越，以至不能作出任何讓步。因此，憲政文化所要求的其實是寬容、同情，以及相信矛盾可以通過合法途徑解決的法治信念。荊知仁教授總結道：

任何社會都有保守與急進兩種勢力。此在民主政治比較進步的國家，由於社會已經具備相當的法治基礎，保守與急進雙方又有共同的基本觀念，所以他們的相爭可以止於法而不止於鬥。而在缺乏法治基礎的國家，則二者的相爭便往往持之以鬥，而無視於法。¹⁶

至少在上個世紀之交的動盪年代，中國缺乏憲政文化的基本要素。由於在傳統上缺乏民主，社會大眾並未能影響改良的進程；雖然為數不少的士大夫關心國家的前途命運，但政治權力最終掌握在極少數滿清統治者手中，致使其能夠肆無忌憚地鎮壓任何可能觸動既得利

16. 荊知仁：《中國立憲史》，頁268。

益的改革努力。及至民國時期，情形仍復如舊。袁世凱採取非常手段暗殺反對派、廢除約法、摧殘國會，亦沒有引起任何大規模的社會反響。從清末到民初，中國的政治鬥爭在性質上從來是宮廷內部的鬥爭，且鬥爭結果最終取決於雙方軍事實力的對比。這同時表明中國社會在這一時期缺乏受到普遍認同的權力「遊戲規則」——按照赤裸裸的暴力決定勝負的「叢林規則」是一項自然法則，在嚴格意義上並不能被稱為文明社會的「規則」。這是權力缺乏大眾制約的結果——既然沒有讓執政者感到畏懼的外部制約，權力遊戲為什麼要遵守任何規則？對權力的自信和貪婪將使統治者超越任何規則的約束。最後，民國時期的政治互動也體現了雙方缺乏寬容的精神。這固然是袁氏的跋扈造成的，但國民黨以後的實踐表明，它自己也不是一個主張政治自由的政黨。

最根本的是，中國的傳統文化中包含着權力崇拜因素。權力崇拜文化不但使掌握權力的人過於自信、無所顧忌，而且使追求權力的人無所不用其極，不達到目的決不罷休。滿清對以康、梁等維新派之迫害，袁世凱對國民黨之打擊排擠，及後來國民黨對共產黨之斬盡殺絕，無一不是這種權力迷信文化的體現。統治社會的精英對國家的根本規則缺乏共識，社會大眾也不能對統治行為產生任何影響，從而使中國的政治鬥爭從來是圍繞黨派或個人的利益、而不是以社會公共利益為目的，並反而給社會帶來了巨大的資源浪費甚至災難。可以預見，不解決憲政文化問題，就不能保證中國歷史的悲劇不會重演。

4. 軍閥執政與省憲運動

袁氏既死，副總統黎元洪繼任大總統，直隸軍閥馮國璋任副總統，皖系「安福派」勢力段祺瑞為內閣總理。各省相繼取消獨立，

全國復歸統一。強權不論到哪裏，都不可避免地與民主發生衝突。袁世凱做總統，總統便和國會與內閣發生衝突；現在軍閥控制了內閣，內閣和國會的衝突便成為這一時期的主要政治矛盾。其間發生過軍閥圍毆議員、解散議會、張勳復辟，而後又為軍閥挫敗等亂象，無須贅述。然而，軍閥雖有武力干政的嗜好，卻也不盡是殺人不眨眼的屠夫。段祺瑞執政期間，曾經發生了「三一八」事件。1926年3月18日，北京八十多所學校共約五千多人在天安門舉行「反對八國最後通牒的國民大會」。此後，示威民眾在段祺瑞執政府門前廣場請願時與軍隊對峙。段祺瑞擔心局勢失控，命令執政府內的預伏軍警以武力驅散遊行隊伍，結果當場造成死亡四十七人，傷二百多人。段祺瑞隨即趕到現場，面對死者長跪不起，並從此終身食素，以示懺悔。

「三一八」事件之後，國會破天荒召集非常會議，通過了屠殺首犯「應聽候國民處分」的決議。京師地方檢察廳對事件進行了調查取證，並發表正式認定：「此次集會請願宗旨尚屬正當，又無不正當侵害之行為，而衛隊官兵遽行槍斃死傷多人，實有觸犯刑律第三百十一條之重大嫌疑。」最後，執政府的國務院總辭職。執政段祺瑞頒佈「撫恤令」，並處罰了兇手。但是這一切並沒有能挽救段執政的合法性。不到一個月，段祺瑞政府就在全國上下的抗議聲中倒台，可見民意早在那個年代就已經發揮了相當重要的影響。

既然中央統一立憲遙遙無望，而各路軍閥又陷於混戰，南方各省開始提出「聯省自治」的主張。早在民國初期，地方自治已有先例。武昌起義後，在中央的《臨時政府組織大綱》和《臨時約法》制訂之前，湖北、江蘇、浙江、江西、貴州等各省軍政府都制訂了地方約法，按三權分立和內閣責任制的設想初步建立了地方議會和政府。事實上，地方軍閥割據自治的思想也是20年代省憲運動的動力之一，

並和國民黨與勢力最大的直系軍閥的統一努力相抗衡。但省憲運動還是體現了中國憲政思維的進步。它主張採取某種形式的聯邦制，界定中央與各省的權限，並由各省先自行制訂憲法，然後再由各省選派代表制訂聯省憲法。這是中國最早的聯邦主義構想，1920年以後在各省獲得了不同程度的實踐。

在聯省自治中，提倡最力的是湖南省，首先自行制訂省憲的也是湖南省，而湖南省憲的制訂顯著推動了其他各省的立憲自治運動。之所以如此，是因為湖南在護法戰爭中受害最為慘烈，因而希望實行自治以超越南北紛爭。1920年7月，湖南湘軍總司令譚延闓首先宣佈自治宗旨。11月，其繼任趙恒惕和湖南省政府宣佈自治，並開始制訂省憲。省政府特聘13位專家組成起草委員會，繼而由各縣民選的一百五十多人組成審查委員會，以修改憲法草案。1921年12月，湖南全省公民投票通過了省憲草案，並於次年1月1日公佈施行。因此，湖南省憲的制訂經過了起草、審查與複決三種程序，幾與美國多數州的制憲程序相似。在實體內容上，即使從現代的觀點來看，湖南省憲也是相當「先進」的。由於國家憲法缺失，省憲首先規定了省與中央之間的權限。最顯著的是，湖南省憲把選舉權普及到全省男女，省長由全省公民表決產生。公民享有創制權與複決權。粵軍首領陳炯明亦堅持聯省自治，最後與堅持武力解決的孫中山分道揚鑣。

南方其他省也借鑒湖南省的立憲經驗，紛紛自行制訂省憲。1921年6月，浙江督軍盧永祥通電自行制憲，並組織起草委員會制訂草案，後經省憲法會議通過，並於同年9月9日宣佈，是謂《九九憲法》，共158條。但該憲法並未施行。次年，浙江省議會以《九九憲法》未經全民複決，決定再由省民自行提出憲法草案。由於省民們提出了一百多部草案，省憲審查會不得不加以歸併，成為紅、黃、白三種草案，是謂「三色憲法」。但後來浙江並未對三種顏色的草案進行投票，因而「三色憲法」也沒有產生效力。其餘省份如廣東、四川等

也曾正式制訂省憲草案，但亦未正式公佈施行。因此，正式頒佈省憲的只有湖南一省。

和湖南省憲類似，各省憲草具有一些共同特點。首先，它們都明確列舉了省的專有事務，例如地方政府的結構、官制官規、法院編制、教育、經濟、稅務、軍政等。如果涉及到省的利益，國家法律和對外條約及軍事行動均應先徵求省的同意。這種規定顯然和聯邦制度不符，因而只能被視為表達了一種限制國家權力的自治理想。其次，省憲草案一律採納責任內閣制，省議會對省務員有質詢權和不信任權。最後，省憲草案普遍規定了公民的各項權利，尤其是男女平等、直接選舉省長與議員以及解散議會的權利。解散議會的權利也是現代國家的憲法所沒有的，因為它將過分削弱議會的穩定性。但總的來說，省憲規定十分全面，表明中國地方制憲已經達到相當高的水平。

這一時期的省憲運動雖然開展得相當熱烈，但也存在不足之處，其主要問題在於實施不力。即使在正式施行的湖南省，省憲也經常也未落實到實處，且並沒有能改變軍閥政治的局面。因此，省憲運動的結果仍然是有憲法而無憲政。且就少數省獲得成功的事實來看，中國立憲的社會力量仍不成熟。如果賦予若干年民主實踐的鍛煉機會，那麼中國公民素質有望得到顯著提高，甚至省憲運動有可能獲得一定程度的成功。可是由於國民黨堅持北伐，通過武力統一中國，省憲運動沒過幾年就夭折了。¹⁷

三、國民政府時期（1928–1948）

中國百年憲政之所以步履維艱，是因為憲政建設要求制度和文化的雙重進化。沒有憲政文化的支持，憲法制度難以施行；憲法制度得

17. 參見袁偉時：〈二十世紀中國歷史的啟示〉，《炎黃春秋》第9期（2005）。

不到落實，憲法價值成為和老百姓利益無關的道德說教。由於沒有人民的普遍參與和支持，清末立憲改革功敗垂成，清朝覆滅後袁世凱倒行逆施而得不到遏制，袁死後眾多軍閥更是輪流登場、為所欲為，而這一切歸根結底都是公民參與和憲政文化缺失的結果。這種狀況在北伐勝利、完成統一之後繼續下去，只不過方式有所不同。

1924年9月18日，國民黨發表《北伐宣言》：「民國十三年來反動紛擾之連續不絕，其分子雖有新陳代謝，而其傳統思想則始終如一。」1928年北伐勝利後，北洋政府覆滅，全國復歸統一，遷都南京。中國憲政從此開始了其漫長的「黨治」時期。如果說1911年的革命「尚未成功」，那麼北伐結束後國民黨的革命基本成功了；中國又從亂到治，而社會也從相對自由復歸高度專制。國民黨率先在中國實行「黨治」，希望通過「訓政」實現「憲政」，但是憲政卻遲遲沒有到來。

1. 通過專制實現黨治

國民黨和袁世凱合作破裂後，飽受軍力疲弱之苦。本來，武昌起義是一次偶然的勝利，辛亥革命也確實是一場不徹底的革命，甚至未必算得上一場真正意義的「革命」，因為革命果實的維持完全是革命黨向滿清體制內的機會主義人物袁世凱妥協換來的；否則，袁世凱可用重兵輕而易舉地清除革命黨勢力。辛亥革命成功後，革命黨理所當然要履行承諾，將總統大權移交袁氏，其後不同黨派控制的總統、內閣、議會齟齬不斷，直至合作徹底破裂。及至袁死，大小軍閥輪流登場，中央權力也沒有國民黨的份。這一切都讓孫中山認為：「革命尚未成功，同志仍須努力。」而革命要成功，勢必要掃除大小軍閥；這樣，革命力量就不能沒有自己的軍隊。而要組建強有力的軍事力量，國民黨內部首先要建立高度集權體制。

1924年，孫中山採納蘇聯顧問的建議，在廣州完成了國民黨改組，次年病逝。孫中山的憲政思想是三民主義與五權分立，主要體現在1923年的「革命方略」和1924年的《國民政府建國大綱》。但在實現憲政之前，孫中山認為中國首先要經過軍政與訓政階段。軍政也叫「軍法之治」，就是革命政府用「兵力掃除國內之障礙」，並通過宣傳以轉變人心。任何一省完成軍政之後，即應進入訓政。訓政也叫「約法之治」，基本方法是分縣自治，也就是以縣為單位施行民生主義和民權主義，包括選舉、創制、複決與罷免權。任何縣的人民在對這四種權利經過適當訓練之後，即成為完全自治的縣；任何省內的所有縣均已完成自治，則該省便完成了訓政並進入「憲政開始時期」，中央即應允許該省國民代表選舉省長。按照原來的設想，軍政階段為期三年，訓政階段為期六年，但後來發現在規定期限內不能完全實現憲政條件。根據《建國大綱》第22及23條規定，如果全國半數省份完成了地方自治，那麼國民政府即應「還政於民」，召集國民大會，以決定並頒佈立法院所議定的憲法草案，進入「憲法之治」的憲政階段。

1925年，廣州政府改組為國民政府，通過了《國民政府組織法》，採取委員會制。國民政府實行了中國最早的「黨治」。組織法第一條規定：「國民政府受中國國民黨之指揮及監督，掌理全國政務。」組織法一開始採用「一權主義」，不但沒有規定國民政府的權限，而且在形式上是一個集立法、執法和司法於一身的綜合體。雖然以後的修改使之具有「五權憲法」的雛形，但政府實際上由黨產生，並隨時受黨的指揮與監督。政府體現黨的意志，並實施黨的權力。往往是先有黨的決議或命令，然後再照搬到政府的公文法令中。因此，國民黨中央執行委員會是實際上的最高權力機構。北伐以後，儘管政府組織法屢經修正，但「黨治」原則在這一時期的立憲過程中始終保持不變。國民黨右翼領袖胡漢民主張，在整個訓政期間，「不但是黨外無黨，並且是黨外無政，政外無黨」，實行嚴格的一黨專制；「一

切權力皆由黨集中，由黨發施。政府由黨負其保姆之責，故由黨領導，由黨擁護。……唯有黨能代表全國人民負建國之大任，亦唯有黨能領導全國人民向三民主義實現之目標而前進」。¹⁸

歷史事實證明，對外實行一黨專制的結果，必然是在黨內形成蔣介石集黨、政、軍大權於一身的個人專制，黨治為人治準備了必要的政治條件。1926年7月9日，廣東國民政府正式出師北伐。1927年4月12日，國民黨在上海收買黑幫屠殺共產黨人，開始了全國各地的「清黨」運動，是為「四一二政變」。1928年，蔣介石率領完成北伐；除了東北奉系之外，基本清除了全國軍閥勢力，而國民黨的一黨專制和蔣介石的個人專制也隨之達到頂峰。事實上，早在北伐完全勝利之前，國民黨內部就達成「清黨」協議並發動「四一二政變」，殺害共產黨人和左派工人，致使第一次國共合作破裂。

當然，國民黨的一黨專制還是受到一些客觀條件的牽制。首先，國共合作破裂以後，共產黨在城市和農村的鬥爭威脅着國民黨獨裁統治。在1937年「西安事變」以後，國共開始第二次合作，國民黨的黨治原則不得不有所鬆動。其次，日本對中國的侵略戰爭也削弱了國民黨對國家的控制。最後，國內軍閥勢力尚未完全肅清，國民黨內部各派也不團結。當時，國民黨內部主要分為三派：以汪精衛為首的左派，以胡漢民為首的右派，以及作為軍事領袖的蔣介石。三個派系明爭暗鬥，在一定程度上削弱了蔣介石所代表的獨裁統治，因而在黨內尚存在着有限的不同意見和聲音。

例如在1931年，蔣介石軟禁胡漢民的行動造成嚴重的黨內危機，並被一些國民黨中央監察委員會成員指責為「非法」行為。5月，汪精衛聯合反蔣人士在廣州成立了與南京對抗的「國民政府」，

18. 引自張國福：《民國立憲史》（北京：華文出版社，1991），頁263。

並調動兩廣軍閥在國共兩黨激戰之際進入湖南。「九一八事件」以後，雙方同意舉行和談，但南方派要求蔣辭去國民政府主席職務，取消三軍總司令職位，且軍人不得擔任五院中任何一院的領導職務。受到黨內左右兩派夾攻和全國（尤其是青年學生）的聲討，蔣介石被迫在年底辭去所有職務。只是在日軍完全征服東北，而改組後的國民黨領導又束手無策的情況下，國民黨內、民間團體、甚至學生又請蔣復出。在這個意義上，蔣介石的經歷類似於袁世凱，並最終依靠民族危機才得以維持其獨裁統治。

2. 從訓政到憲政——通過專制實現自由？

根據孫中山的軍政、訓政和憲政的「三序」理論，訓政是實現憲政的必要階段。國民黨之所以堅持訓政為不可逾越之階段，其公開理由和梁啟超等清末維新派類同，即中國當時制度未立、「民智未開」，尚不具備實行民主憲政之條件。匆忙實行憲政，則徒具形式而已，並沒有實質意義。國民黨右派領袖胡漢民曾表示：「我人不但不反對憲政，且必全力以實行憲政；唯我人對於憲政，不重在施行之遲早，而重在其真偽。」¹⁹ 國民黨當局堅持，要實行憲政，就必須由一個「黨治」下的政府建立必要的政治和社會制度，教育並帶領人民逐漸走向民主自治。因此，國民黨雖然允許設置「民意機關」，但認為訓政是絕對不可放棄的。這種觀點假設，執政黨作為一種「先進」的力量，具備超凡的良好意願和能力，始終不渝地追求一個遠大目標，甚至當這個目標和其切身利益相衝突也能克己奉公，為了憲政而放棄自己在一黨專制中所形成的政權壟斷。

19. 引自荊知仁：《中國立憲史》，頁402。

訓政理論雖然是國民革命的產物，卻和中國儒家傳統一脈相傳。兩者的基本假設都是平民百姓是愚昧、自私、短視的，缺乏自我治理的基本能力，因而需要一個先進集團的領導和教化。如果說在古代，這個先進集團是儒家「君子」，那麼革命成功之後，它就是自封為「先進」的國民黨，只不過「君子不黨」，而改組後的國民黨則是一個高度集權的政治組織。當然，和儒家不同的是，將自由民主作為終極目標的國民黨最終是要「還政於民」、實行憲政的，但是他們堅持中國當時還不具備民主憲政的基本條件，因而老百姓必須接受這個「先進」政黨的訓練，提高行使政治權利的素質並在其帶領下走向憲政。

雖然關於憲政條件的理論不無道理，但通過訓政而實現憲政的前提則是大可商榷的。這種觀點把憲政作為一個超越的目標，然後推理既然這個光明目標可望而不可及，因而首先必須經過一段黑暗的專制統治。然而，這種理論並沒有指出中國如何從黑暗走向光明，亦不可能保證訓政一定能朝光明的方向發展。雖然《訓政時期約法》規定了建立憲政的條件，然後國民黨決議又按「孫文學說」以六年（1935年）為期限，但如果到期條件還不滿足，又該怎麼辦？事實上，1928年以後，由於種種原因，國民黨在推動憲政方面建樹甚微，訓政時期的成績甚至比不上清末預備立憲階段。這樣，在六年期限內實行憲政勢必成為空談，而等待憲政條件的完全滿足則有遙遙無期之虞。最根本的是，執政黨之作為「先鋒黨」的假設是否能夠成立，本身是值得懷疑的。即使一開始有一個崇高的目標，政黨在取得政權以後也會發生「異化」，成為和原先目標相背離的保守勢力。這樣就落入了一個兩難境地：憲政確實需要強有力的政治與社會力量推動，但憲政動力本身又是實行憲政的根本障礙；要實現自由，首先必須經過專制，但如何能保證這是一種為了自由的專制，而不是為專制而專制呢？

1931年「九一八事件」以後，國民黨曾召開「國難會議」，討論國家的前途問題。雖然國民黨預定了團結抵抗、救災綏靖等討論內容，會上還是出現了諸多對黨治和憲政的不同觀點。一類見解持民粹主義觀點，事實上與國民黨的方針不謀而合，認為中國的當務之急並不是實行憲政，而是積極建設並創造民治的條件。例如梁漱溟認為國家應把鄉村建設作為重點，從鄉村的教育、經濟和社會等基層建設入手，提高農民素質、改善農村生活；否則，奢談憲政，華而不實，而根據中國當時的條件，憲政根本不可能成功。

另一類論點是胡適所代表的自由主義，其主張多發表於其主編的周刊《獨立評論》。這種論點雖不直接反對國民黨的統治，但要求盡早結束訓政、實行民治，因為民主本身是一種生活和體會過程，是培養民主能力的最有效方法，捨此無其他良方。當時引起普遍共鳴的一個邏輯，是「未有先學養子而後嫁者也」；要學游泳就必須先下水，要學彈琴先要有琴可彈，光是「紙上談兵」是不行的。²⁰ 同樣，中國只有在憲政過程中才能實行憲政，憲政過程本身就是培養人民憲政素質的最好訓練；而由少數人把持的政權是永遠不可能讓人民獲得真正的政治訓練的，然後人民政治素質的不成熟又為專制提供了藉口，從而形成惡性循環。因此，國民黨應該拋棄黨治，把政權建立在更穩固的憲法基礎上。丁文江也主張在承認國民黨統治的前提下打開政治出路，建議國民政府尊重人民의思想和言論自由，並停止利用國庫支出為國民黨各級黨部提供費用。雖然這類建議未能立即獲得採用，但它們對推動國民黨的制憲進程仍然發揮了作用。

總的來說，孫中山「以黨建國，待國治好，再去治他」的「黨治」邏輯雖然可能一時推動國家建設，但是卻無法保證「黨治」可以

20. 胡適：〈憲政問題〉，《獨立評論》，第1期（1932）。

順利轉變為法治。一旦大權在握，很難信任執政黨會在適當的時候履行換權於民的承諾；即便條件成熟，執政黨也會製造各種藉口拒絕憲政。畢竟，自由不可能通過專制來實現；一旦實行專制，憲政和法治就失去了制度保證。國民黨一黨專制的教訓表明，排除黨外監督最終導致黨內獨裁和人治。

再看胡適與梁漱溟這兩位早期自由派與民粹派之爭的代表人物：胡適後來成為北大校長，但同時又是經常批評國民黨的「公共知識分子」；這兩種今天看來截然不同的身分集於一人的事實表明，當時仍然存在一定程度的言論自由。1953年政協開會，梁漱溟公開挑戰毛澤東的權威，結果很快被打成「右派」。

3. 國共第二次合作與《中華民國憲法》的誕生

1936年7月1日，《國民大會組織法》與《國民大會代表選舉法》正式施行。但同年的「西安事變」和次年「七七事變」發生後，南京政府的重點轉移到抗戰，國民大會代表的選舉和制憲也停頓下來。直到抗戰結束後，國民大會才最後得以召開，此時距憲法草案的制訂已有近12年之久。在此期間，國共第二次合作實質性地影響了憲法草案的修改。由國民黨與共產黨、民主同盟及其他「社會賢達」組成的「國民參政會」和「憲政期成會」，曾對憲法草案作過幾次修正，其主要內容包括：多數立法委員由立法院院長提請總統任命產生，司法院成為最高法院，不掌管司法行政，解釋憲法的權力則被委託給九人憲法委員會行使，由議政會、司法院和監察院各推選三人組成。在共產黨、民盟等「黨外」勢力的參與下，民國憲法有希望成為一部真正的國家憲法，而非國民黨一黨憲法。

1940年「皖南事變」發生後，國共合作再度破裂，共產黨拒絕出席國民參政會。1945年，周恩來與毛澤東先後抵達重慶和國民黨進行談判，以謀求政治解決。雙方發表了「雙十會談紀要」，決定召開「政治協商會議」，召集各黨派代表及社會賢達共商國是。政協成員共38人，其中共產黨7人、國民黨8人、青年黨5人、民盟和社會賢達各9人，於1946年1月10日開幕。在大會上，政協提出了12項憲草修改原則，主要包括下列內容：立法院由選民直接選舉產生，其職能相當於民主國家的議會；行政院長由總統提名、經立法院同意任命，行政院對立法院負責；如果立法院對行政院全體不信任，行政院長或者辭職，或者提請總統解散立法院；司法院由大法官組成，由總統提名、監察院同意任命；中央於地方分權採取聯邦主義，省可以制訂省憲，但不得和國憲相抵觸。

這些修正從根本上改變了「五權憲法」的基本精神，因而國民黨表示不可接受，並希望其他黨派能諒解他們的立場和主張。國民黨六屆二中全會通過了五點修改原則，要求制訂憲法仍應以「建國大綱」為依據，反對聯邦制和議會制。經過協商，國民黨的上述意見被部分接受，並又達成三項協議，取消了立法院的不信任權和行政院的解散權，同時改「省憲」為「省自治法」。在協議的基礎上，憲草審議會形成了政協對《五五憲草》的修正案草案，並被移交國民代表大會表決。

制憲過程表明國民黨在其他黨派壓力下作出了一定的讓步，修正後的憲法草案比《五五憲草》更能體現民意。在憲法草案被提交國民大會之後，蔣介石自己公開承認：「總統權力過分集中，必致形成極權政治，而有害於國家民族」；「在人民還不能自己掌握和鞏固政權的時候，要完全信賴行使治權的人來尊重政權，這究竟是一種非常的冒險」。²¹ 因此，他也認為《五五憲草》是不適用的。然而，在最

21. 引自荊知仁：《中國立憲史》，頁455-456。

後制訂憲法的過程中，某些重要的修正意見並沒有反映到憲法中去。結果，和《五五憲草》類似，1946年憲法基本上是一部「國民黨憲法」，而不是「中國憲法」。由此可見，共產黨和其他少數黨派的實質性參與，對制訂一部名副其實的「中國」憲法發揮着關鍵作用；沒有不同黨派的獨立參與，憲法就淪落為一黨專制的工具。

可惜的是，國共合作再度破裂，即便美國居中調停也未能阻止內戰。談判失敗後，共產黨和民盟宣佈退出政協，拒絕參加國大。1946年5月，國共雙方在接管東北日佔區發生衝突，軍事衝突不斷升級，矛盾進一步深化。在美國斡旋下，雙方達成了停火協議，但終未能彌合國共關係的裂痕。11月15日，國民大會召開，85%的代表是國民黨員，共產黨與民盟沒有派代表參加。國大主席胡適接受了憲法草案，並開始審議。國民大會對憲法草案的審議經過了三讀程序，其中對某些問題的爭議相當激烈。在151條草案中，維持了104條，修改了40多條，增加了27條。1946年底，國民大會通過了《中華民國憲法》，定於1947年元月1日公佈，並於12月25日開始施行。這部憲法最後是在沒有共產黨和民盟參與下制訂的，因而在很大程度上回到了《五五憲草》的方案。

1947年，國民黨自恃武力，發動內戰，但在戰場上節節敗退。1948年4月，新的國民大會選舉蔣介石為總統、李宗仁為副總統。同年，國民黨請求停火，共產黨同意重新開始和平談判，但雙方終究未能達成妥協。1949年4月，共產黨佔領南京，宣告國民政府的滅亡。1946年憲法未及實施，就自動失去效力。事實上，早在2月22日，中共中央發佈了《關於廢除國民黨六法全書和確定解放區司法原則的指示》，明確廢除了國民政府時期制訂的《六法全書》。至此，民國時期的一切法制成就灰飛煙滅，一切重新開始。

4. 道德與理性——對憲政文化與制度建構的評論和反思

改良派張謇曾說：「立憲固然要政府先有覺悟，主持實施，然人民也得要一齊起來發動。」²² 中國當時缺少的正是社會大眾的參與，而大眾參與的缺乏構成了預備和嘗試立憲失敗的必然原因，即制度與文化層面的原因。從辛亥革命到北伐勝利為止，整個民國時期的政治演變過程表明了一個顯然的事實：現代憲政文化的缺失。這個事實是如此顯然，以至無須多加論證，但它說明了一個問題：沒有憲政文化的支持，憲法制度是不可能實施、確立與鞏固的。從《臨時約法》開始，中國不可謂沒有一種憲法制度；事實上，中國曾有過很多套憲法制度，因為不同的軍閥政客上台，都要搞一套自己的憲法，儘管這些憲法存在着這樣或那樣的不足。但所有這些憲法制度都未能獲得實施，而其中一個重要原因就是憲法制度沒有一種憲政文化的支持。

孟子早已指出，「徒法不足以自行」：作為人所制訂的規則或規範，法律本身並沒有實施自己的力量；要真正成為有效的制度，法律規則必須依靠法治文化。這是顯然的，因為如果純粹基於功利計算，那麼每個人都可能認為違法因種種原因而是一件有利可圖的事情——譬如執法不力，因而被查獲的可能性很小，儘管這種看法實際上可能是一種錯誤。人的理性能力是有限的，且在這方面人各不同；即使對於善於算計的人來說，功利計算取決於許許多多不能準確預見的未來因素——如違法行為被發現並受到懲罰的可能性。這樣，法治的命運就取決於社會上每個人的計算，因而變得極為不確定。更重要的是，許多政治層面的規則和個人的利益並不直接相關。尼克遜（Richard Nixon）指使下屬對政治反對派的集會進行竊聽，克林頓（William Jefferson Clinton）在法庭上作偽證——這和一個普通美國老百姓的

22. 荊知仁：《中國立憲史》，頁90。

日常生活相關嗎？慈禧太后鎮壓維新派、袁世凱恢復帝制、曹錕賄選——這些和一個普通中國老百姓的日常生活相關嗎？即使相關，關係也是極為遙遠和微弱的。你不會僅因為這些事件和自己的切身利益而去表達自己的觀點，你這麼做是確信這些人對權力的濫用無疑是「錯誤」的！你的習慣思維告訴你，這些行為是不可容忍的，因而你必須通過某種方式表達你的看法和情緒。這就是政治文化在你身上產生的自然反應。法治文化告訴每一個公民，法律是必須要遵守的，儘管它此時此刻未見得對你個人「有利」，你甚至不一定認為某項特定的法律是公正或對社會有利的，但這都沒有關係；不論特定法律本身如何，任何人違法都是不可原諒的錯誤——就這麼簡單。沒有法治文化的支持，在一個「上下交征利」的狹義理性社會，你會發現法治的實現是何其困難！

文化對制度的作用還體現在下列方面。政治制度的直接參與者與實踐者只是局限於少數精英；你我普通人不太可能是參與彈劾美國總統的參議員或選舉某個曹錕做總統的議員。政治精英們本身是分裂的，並不斷為了爭奪權力而進行角逐；有些精英嚴格利用現存的制度規則——可能是因為他們的信仰，但更可能是這樣做對他們更有利，有些精英則不得不「鋌而走險」，利用制度所不允許的手段——譬如竊聽、迫害甚至政變——來達到自己的目的。如果制度已經成為文化的一部分，且文化能夠對制度的運作直接產生作用，那麼文化的作用是迫使所有精英都在制度所設定的規則範圍內玩弄「權力遊戲」；任何違反基本「遊戲規則」的政治行為都將受到社會懲罰，不論是通過輿論、罷免還是選舉淘汰機制。因此，當尼克遜仍堅持不向法院交出錄音磁帶時，大量電報每天雪片般飛入國會，要求立即彈劾總統。由於國會議員本身是由選民直接選舉產生的，不論議員本人是否同情總統，他即使出於自身利益的考慮也要「表現積極一點」。對於那些本

來就反對尼克遜的政客們，大眾選民的情緒更是難得的資源，使他們利用憲法規則就足以「扳倒」總統。對比之下，慈禧鎮壓維新運動、曹錕賄選、袁世凱的倒行逆施是否引起過中國公民的普遍反應呢？對於那時大多數「生活在水深火熱之中」的中國人來說，明天鍋裏的米飯恐怕是更現實的考慮。憲政文化的缺失使提倡新制度的中國政治精英失去了最強大的社會支持，並使政治鬥爭的結果完全取決於宮廷力量——經常是簡單的軍事力量——之對比。

如此說來，在制度和文化的「兩條腿」之間，文化應該先行一步。要實現憲政，首先應該在公民中間傳播憲政文化。這當然是不會錯的。但既然是「兩條腿」走路，一條腿就不可能走得太遠。文化固然是制度的社會心理基礎，但文化本身並不是單靠灌輸就能形成的，而是在制度的實踐中逐步產生並確立的。如上所述，文化代表着一種「非理性」機制，使人不加功利算計就作出反應；但人畢竟在本質上是理性的，因而文化必須具備理性的基礎——至少在長期社會實踐中，它必須使多數人相信它對於維護他們的利益是有利的；如果一種文化最後被懷疑對社會的不利後果負責，那麼這種文化就已經面臨着「生存危機」，人們就會開始對文化進行反思與改良——如果不是全盤拋棄。反之，要形成一種文化，你必須使人看到它所可能帶來的「實惠」（不見得只是經濟實惠），且只有在滿足了實際需要之後，人們才會進入更為超越的層次。制度的實踐即使不能保證這些實惠，也至少使之成為可能並給人們帶來希望；真正落實一件事情，要比宣傳一萬句更有效。實踐和理念、制度和文化實在是「兩條腿」的互動，不是簡單的誰先誰後或誰決定誰的問題。

因此，文化與制度的變革是一門複雜的藝術。它們必須齊頭並進，而在某個特定的階段必須先走哪一步，完全取決於特定的「國情」和改革者的智慧。這段評論的目的是要說明，憲政制度的建立並

不簡單是上層改革某項制度的問題；最根本的，它離不開一種憲政文化，也就是對基本憲法準則的普遍認同，而文化的建立當然也離不開制度的實踐。憲政制度的確立以相應的大眾文化為社會前提，而憲政文化的建立則以制度的實踐為開端；上層必須容許並主動推進制度改革，下層則應在參與制度實踐的過程中逐步確立和新制度相適應的社會意識，並形成獨立的政治訴求和成熟的政治技能。

從1908年《欽定憲法大綱》算起，中國憲政已歷經百年滄桑。和百年前相比，中國今天的最大進步就是民間憲政意識空前高漲，而目前的主要瓶頸在於制度跟不上社會發展的需要，因而有必要進行漸進的制度改革，進而促進文化轉變並深化制度改革。只有這樣，憲政制度與文化的演進才能進入良性循環。

四、台灣地區憲政進程概述

1. 合法性缺失與國民黨的執政困境

1949年，國民黨政權退守台灣，開始在台灣及其附屬島嶼實施《中華民國憲法》，但是很快就宣佈進入「動員戡亂」時期，開始長達38年的「戒嚴」，堪稱創造了世界戒嚴史的「健力士紀錄」。1954年3月11日，第一屆「國大」第二次會議決定《動員戡亂臨時期條款》繼續有效。此後，臨時條款經過四次修正，每次都是由「國大」按照修憲程序通過。其中1960年的第一次修正，主要是為了讓蔣介石第三次連任領導人，規定正副領導人在動員戡亂時期可連選連任，不受民國憲法第47條連任一次的限制。1972年的第四次修正，授權總統制訂充實中央民意代表機構的辦法，規定「在自由地區，增加中央民意代表名額，定期選舉」，和第一屆中央民意代表同時行使職權。

國民黨遷台後，中央機構已經失去了憲法上的民意基礎，因為民國憲法的所有規定都是針對整個中國，但是來到台灣的中央民意代表機構顯然不可能再由全體中國公民選舉產生，從而產生了「萬年國會」現象。所謂「萬年國會」，是指1947至1948年選舉產生的中華民國第一屆「國大」代表、立法委員和監察委員，來台任期屆滿後未經改選而長期繼續行使職權的非常體制。一開始，立法機構通過決議逐年延長自己的任期。1953年，蔣介石核准行政部門建議並通知「國大」秘書長，在沒有變動法律和憲法的情況下，便建立起國大代表不必改選的制度。1954年，司法機構認為「國家發生重大變故，事實上不能依法辦理次屆選舉」，因而認同第一屆立委、監委繼續行使職權的合憲性，從而形成了「萬年國會」。²³ 可想而知，這種體制下的政府，必然缺乏有效的民意監督和參與。直到1990年，國大代表除了八十名增額補選的之外，其餘六百多名都是第一屆「資深代表」，立法機構也與此類似。由於這些人掌握着修憲與立法大權，卻無法代表台灣民意，因而引起當地社會的強烈反對。1990年，在以學生為主體的「野百合運動」等社會抗議壓力下，大法官會議終於終止了「萬年國會」，判決中央資深民代應於1991年底前終止行使職權。²⁴

值得稱道的是，「大法官會議」一直是台灣地區的釋憲機構。尤其是自1987年開放黨禁以來，該機構曾經對民國憲法作出過多項司法解釋，對於保障台灣居民的基本權利發揮了重要作用。

23. 司法院大法官會議釋字第31號解釋，1954年1月29日。

24. 司法院大法官會議釋字第261號解釋，1990年6月21日。

2. 從憲法到憲政——台灣本土民主化運動的興起

和前蘇聯、東歐和韓國一樣，台灣地區的政治改革也肇始於1980年代末的「民主第三波」。1987年，蔣經國在去世前開放了黨禁和報禁，台灣開始存在以民主進步黨為代表的本土反對勢力。李登輝上台後隨即廢止了臨時條款，並以憲法增修條文取而代之。到目前為止，民國憲法共經過七次增修。1991年的第一次增修規定了台灣地區國大代表、立委和監委的選舉名額分配，1992年的第二次增修實行「總統直選」，顯著改變了民國憲法的內閣制特徵。1996年，台灣當局的領導人第一次實行選舉，結果李登輝當選，成為第一位台籍領導人。2000年，舉行了第二次大選，民進黨主席陳水扁當選，並在2004年一場有爭議的選舉中獲得連任。反對黨獲得「輪流執政」的機會，被認為是「台灣民主的深化」(consolidation)。當然，國民黨仍然控制着立法機構的多數，因而說它是「在野黨」其實並不完全準確。在2008年3月22日大選中，國民黨候選人馬英九、蕭萬長以58%的得票率勝選，從而完成了政黨「第二次輪替」。

應該看到的是，台灣憲政並非因為個別領導人的開明一蹴而就，而是經過了整個社會近40年艱苦努力的漫長歷程。首先，台灣的獨立刊物其實一直存在。早在1950年代，就有令人矚目的《自由中國》半月刊。後來又有《台灣政論》、《八十年代》和《美麗島》等具有批判意識的雜誌，不斷呼籲早日解戒、實行普選。更重要的是，地方民主選舉不斷取得實質性進展。在1977年底舉行的地方公職選舉中，「黨外人士」獲得4席縣市長、21席省議員、8席台北市議員、146席縣市議員、21席鄉鎮市長的空前佳績，黨外議員開始互相串聯。政府原定1978年底進行中央民意代表增額補選，「黨外」人士組成助選團積極活動。但是12月16日，美國總統卡特突然宣佈與大陸建交，並將廢止《華美共同防禦條約》。蔣經國當天援引《動員戡

亂時期臨時條款》並發佈緊急處分令，勒令自即日起全部停止所有競選活動。黨外政治參與管道突然受阻，於是從體制內的議會政治轉向體制外的街頭群眾運動。

1979年6月，黃信介等黨外人士創辦《美麗島》雜誌，目的是「要形成沒有黨名的政黨，主張實行國會全面改選與地方首長改選」，旗下網羅了各派黨外人士。雜誌社成立後，曾遭到國民黨勢力的多次恐嚇、騷擾和暴力襲擊。在12月10日「國際人權日」，《美麗島》雜誌在高雄舉行「人權大會」和示威遊行，兩萬多名民眾慶祝《世界人權宣言》發表31周年。政府宣佈實施「冬防」，以維持秩序和避免妨礙交通為名禁止任何群眾聚會。「人權大會」在申請屢次未批的情況下照樣舉行，結果政府出動鎮暴部隊，警民數度發生嚴重衝突，黨外陣營的活躍分子悉數被捕。1980年2月20日，警總軍法處以叛亂罪起訴黃信介、施明德、張俊宏、姚嘉文、林義雄、陳菊、呂秀蓮、林弘宣等人，最後判決8人全部有罪，其中施明德被判處無期徒刑，黃信介14年有期徒刑，其餘6人12年有期徒刑。

「美麗島事件」並沒有能阻擋台灣的民主化步伐，反對勢力最終組建了民進黨。國民黨不僅默認了反對黨的合法存在，而且緩和了對立關係。其實除了在選舉場上，執政黨和反對黨大可不必總是劍拔弩張，而完全可以坐下來面對面交流、溝通甚至聯絡感情。

「美麗島事件」是台灣民主化運動的嚴重挫折，但是同時也對執政黨產生了重大震撼，並從中引出了律師辯護團、受害者家屬和海外團體等新興後援力量。進入1980年代之後，島內執政黨和反對派之間的對立逐漸緩和。1986年3月，蔣經國主持召開國民黨十二屆三中全會，決議「要以黨的革新帶動全面革新」，「要以今年為黨務革新的出發點」，成為執政黨施行全面改革、實現政治轉型的轉折點。9月28日，132名與會的黨外後援會成員，在台北圓山大飯店宣佈組建民主進步黨。情治部門立即呈上「反動分子」名單，但是蔣經國沒

有批覆，而是耐人尋味地指出：「使用權力容易，難就難在曉得什麼時候不去用它。」在10月10日「雙十節」，蔣經國指示修訂《人民團體組織法》、《選舉罷免法》、《國家安全法》，開啟台灣民主憲政之門。面對突如其來的政治改革風暴，國民黨要人紛紛質疑：「這樣可能會使我們的黨將來失去政權！」蔣經國則回應說：「世上沒有永遠的執政黨。」

11月10日，在國民黨最高領導人的寬容下，民進黨作為台灣戒嚴期間的第一個政治反對黨舉行第一次「全國代表大會」，通過了黨綱和黨章，並選舉產生了第一屆黨的領導機構。1987年7月14日，蔣經國在病榻上正式簽署解嚴令，宣佈台灣從7月15日零點起解嚴。38年之後，這個創造了世界紀錄的最長戒嚴令總算壽終正寢，而台灣地區終於和平走上民主憲政的不歸路。

就憲政轉型的困境而言，國民黨在台灣和滿清當年統治華夏存在一定的相似性。長期以來，國民黨作為「外來政權」一直和台灣本土存在緊張關係。早在1947年2月28日，台灣地區即發生了「二二八事件」，部分民眾上街抗議國民黨統治，結果遭到軍隊鎮壓，²⁵ 從而鑄成了國民黨外來統治的「原罪」，成為國民黨長期揮之不去的一塊心病。到1980年代，國民黨為了長遠立足台灣，開始緩解和台灣本土的關係，吸收台灣本土精英進入統治階層，並最終啟動民主化改革。由於黨內最高層的明智決斷，作為「外來政權」的國民黨成功避免了滿清異族統治拒絕改革、最終滅亡的覆轍。

25. 根據大陸方面的定性，「二二八事件是一次人民民主運動，其主要要求是進行政治改革，鏟除專制與貪污腐敗現象，實行地方自治」，而國民黨卻給這一事件「加上『企圖顛覆政府，奪取政權，背叛國家』的罪名，予以殘酷鎮壓。」

3. 憲政成就的鞏固與深化——司法和媒體的作用

當然，憲政之路總是充滿荊棘的。在任何時候，人民都不能輕信任何一個黨派的執政，而是要對執政權力濫用的可能性不斷保持警惕。民進黨曾是台灣民主進程的主要「推手」，民進黨領導人及其成員個人也為民主事業付出過很大代價。「美麗島事件」的辯護律師團成員陳水扁、謝長廷、蘇貞昌曾是許多人心目中的英雄，而他們也正因此而得以通過2000年選舉登上執政寶座。但是當他們執政之後，也和國民黨一樣會陷入濫權和貪腐醜聞。只有通過完善制度，才能防止執政者利用執政權力謀一己之私，保障人民的基本權利。對於制約執政者的貪腐，台灣地區的一般司法機構和檢察機構都有值得稱道的表現，而這一切都離不開自由、獨立和警覺的媒體。

2006年5月，據國民黨籍議員丘毅「爆料」，台灣當局領導人陳水扁的女婿趙建銘於2005年7月底以其母簡水綿的名義，低價購買了500萬股台灣土地開發信託投資公司（「台開」）的股票，當時市價約為每股新台幣3.5元。後來台灣當局貸款165億給台開，該公司股價一度高達每股20元，「駙馬爺」從中獲得暴利。²⁶ 2006年底，趙建銘等人涉嫌台開股票內幕交易，遭到起訴並被判決6年徒刑，其父被判決8年4個月徒刑。²⁷ 同年，陳水扁夫婦涉嫌貪污「國務機要費」以及偽造文書和偽證。經過4個多月的偵查，台北高檢署宣佈「國務機要費」偵結。檢察官在「國務機要費」的支出憑證中，核驗每張發票的真正消費者，最後認定「第一夫人」吳淑珍涉嫌從2002年7月間到2006年3月，以他人付款消費的發票詐領「國務機要費」中的非機

26. 任海鳴：〈陳水扁女婿炒股醜聞：蓋子是如何揭開的〉，《人民日報（海外版）》（2006年5月30日）。

27. 〈陳水扁女婿被判刑六年〉，《新京報》（2006年12月28日）。

要費1,480多萬元。吳淑珍等人涉嫌共同貪污（利用職務機會詐取財物）、偽造文書及偽證罪，因而受到檢查機關起訴。陳水扁本人則因享有行政豁免權，等到2008年卸任後再予以調查起訴。針對「第一家庭」接連不斷發生的弊案，台灣反貪腐倒扁總部於2006年雙十節發起「天下圍攻」活動。數以萬計的「紅衫軍」在施明德總指揮帶領下，從台北火車站廣場出發，一路高呼「陳水扁下台」的口號，從東西南北四面八方包圍總統府。²⁸

應該看到，制度漏洞和政府醜聞到處都有，但是能否被挖掘出來並成為「新聞」，乃至權貴人物受到鐵面無情的法律追究，取決於當地的憲政制度。台灣地區的檢察機構之所以竟然敢治「第一家族」的罪，正是因為多黨競爭的格局——雖然民進黨當時控制了行政權力，但是國民黨掌握了立法權和監察權；即便得罪了執政的民進黨，也有反對黨「撐腰」，因而檢察官不怕最高領導人的打擊報復。否則，如果什麼事情都是由至高無上的一黨說了算，結果必然是無法無天。當然，這個地區首先要有新聞自由；否則，如果腐敗完全是不可觸及的政府內幕，大眾對發生什麼毫不知情，就更談不上採取什麼集體行動了，而沒有大眾參與，反對黨孤軍奮戰必然落得失敗的下場。

五、人民共和國時期（1949年至今）

1949年，共產黨取得了大陸政權，代表了國家性質的根本改變。雖然國共兩黨都曾是革命黨，也都實行一黨執政，但是兩者的執政理念和模式存在較大差異。在這一時期，除了作為臨時憲法的《共同綱領》之外，中國共制訂過四部憲法。

28. 〈倒扁成了端午節主題〉，《環球時報》（2006年6月1日）。

1. 憲法概述

1949年，共產黨邀請民主黨派、人民團體、解放軍、各地區、少數民族及華僑等方面代表共635人，組成新的政治協商會議。9月29日，政治協商會議第一屆全體會議通過了《中國人民政治協商會議共同綱領》，共7章、60條。其前言宣佈實行「人民民主專政」，即「工人階級、農民階級、小資產階級、民族資產階級及其他愛國民主分子的人民民主統一戰線的政權，而以工農聯盟為基礎，以工人階級為領導」。政協是「統一戰線的組織形式」，「代表全國人民的意志」。在1954年以前，《共同綱領》發揮着臨時憲法的作用，並為正式憲法的制訂提供了基礎。事實上，《共同綱領》為以後各部憲法確立了基本原則。

1953年1月，中央人民政府委員會開會決定成立憲法起草委員會，毛澤東任委員長。3月，毛澤東把中共中央擬定的憲法草案初稿提交給起草委員會，作為起草憲法的基礎。經徵求意見並修改，政府委員會於1954年9月決定將憲法草案提交全國人大審議。1954年9月20日，第一屆全國人大第一次會議通過了第一部社會主義憲法。1954年憲法共4章、106條，分為總綱、國家機構、公民的基本權利和義務等章節。其前言表明，這部憲法以1949年的《共同綱領》為基礎，但「又是共同綱領的發展」。1957年之後，中國經濟政策出現了左傾錯誤，「階級鬥爭擴大化」極大破壞了憲法原則，也侵犯了憲法賦予公民的基本權利與自由。1966年，「文化大革命」爆發，更是徹底破壞了憲法與法律。因此，1954年憲法並沒有獲得實施。

1975年與1978年，又先後通過兩部「革命」憲法，但都是左傾意識形態的產物。推翻「四人幫」後，中國開始改革開放。中共召開十一屆三中全會，全面否定了「文革」的極左路線，拋棄了「階級鬥爭為綱」的口號，確立了改革開放的基本方向，國家工作重點轉移到

現代化建設。1978年，安徽小崗村民自發脫離組織分田到戶，打響了改革開放第一槍。1982年12月4日，第五屆全國人大正式通過並公佈了現行憲法。從程序上看，1982年憲法經過了比較慎重與仔細的討論。一般認為，這部憲法是1954年憲法的繼承和發展，也是至今最穩定的一部憲法。

1982年憲法共4章、138條。和以往憲法不同，1982年憲法將「公民的基本權利和義務」提前到第二章，先於第三章「國家機構」，從而彰顯了公民權利的重要地位，同時也擴大了權利保護的範圍，使權利保護增加到24條。其中第33條規定了「公民在法律面前一律平等。任何公民享有憲法和法律規定的權利，同時必須履行憲法和法律規定的義務」。第35條至37條分別規定了言論自由、宗教信仰自由和人身自由。第38-41條則增加了人格尊嚴、住宅權、通信秘密和對違法行為獲得賠償的權利。這4條都是以往憲法所沒有的，表明1982年憲法對公民權利的保護比以往更為詳盡。

2. 憲法修正案

和普通法律一樣，憲法的進化主要有兩類不同機制：成文與「不成文」。憲法的成文變化就是指憲法的制訂和修正程序，憲法的不成文變化是指通過司法解釋而對同樣的憲法文字賦予新的意義。但憲法的進化還具有和普通法律不同的特點。一般地，憲法的制訂是一項宏大的努力，必須經過比普通法律更為慎重的討論和嚴格的程序，且國家憲法一旦制訂以後，就不輕易變動，更不能隨便更換。只有在憲法的基本宗旨和精神都被普遍認為和時代格格不入或國家政治出現根本變化的情況下，才能全盤拋棄舊憲法、制訂新憲法。如果只是憲法中的個別條款被認為不合時宜或憲法對某些新問題有所疏漏，一般是通過憲法修正案加以彌補。但有些國家的憲法因程序過於嚴格而難以明

文修正，而社會發展又要求憲法發生相應的變化，這時只能通過憲法的最高解釋機構通過「創造性的解釋」對憲法賦予新的意義。因此，尤其在「剛性」憲法國家，憲法的進化往往訴諸於「不成文」的司法途徑。然而，由於中國法院至今不能適用憲法，「不成文」修憲之路不通，明文修憲是憲法進化的唯一路徑。

隨着中國經濟、政治與法律觀念不斷發展，中國社會不斷產生新的問題和需要，要求通過制訂或修改立法加以解決。積累到一定的階段，量變導致質變，要求修改憲法。到目前為止，1982年憲法分別在1988、1993、1999年和2004年經過了四次修正，共計31條修正案。絕大多數修正發生在序言和總綱，並主要集中於經濟制度的調整，其中最為重要的有1993年修正案加入的「社會主義市場經濟」，1999年修正案加入的實行「依法治國」、建立「法治國家」，以及2004年修正案加入的「國家尊重與保障人權」、「合法的私人財產不受侵犯」等條款。

3. 「改革憲法」——權威與穩定的悖論

憲法是國家的基本法，因而必須具有一定的穩定性，不應該頻繁修改。與此相聯繫，既然憲法是基本法，它就不應該規定一般的國家政策，包括經濟制度的細節。然而，中國1982年憲法總綱中包含了大量的經濟制度和政策性規定。這就產生了一個難題：改革開放以來，中國的經濟政策乃至不同所有制在國民經濟中的比重已經發生很大變化，且今後必然還會不斷發生變化，從而要求憲法作出相應修改以適應改革的需要，但不斷修憲顯然不利於憲法的穩定性和權威性。

和任何法律一樣，憲法也有基本指導思想，但這並不表明任何重要的指導原則都必須寫入憲法，一般的經濟政策就更不宜進入憲法。這是因為，第一，憲法是一部穩定的基本法，因而不那麼基本的政策應該由

法律規定，而不應進入憲法；否則，政策變化必然要求修改憲法，從而影響憲法的穩定性和權威性。更重要的是，憲法的修改程序通常比一般法律更為複雜，因而讓憲法規定一般政策將束縛立法者的手腳，使之不能隨社會變化而及時調整政策。改革開放以來，中國經濟發生了翻天覆地的變化，而我們的憲法卻仍然基本停留在1982年的水平。每次重大的經濟改革都須要獲得憲法授權，不但有可能阻礙了改革的步伐，而且要求憲法頻頻修改，必將對憲法權威產生消極影響。

第二，憲法作為法必須是可實施的，而並不是所有的政策和原則——包括基本的或重要的原則——都具備可實施性。事實上，絕大多數有關經濟制度的規定都不具備可實施性。例如如何保障國家的基本制度是社會主義公有制？且不說「社會主義」這個概念極難界定——西歐的福利國家是不是「社會主義」？民營企業的生產總值超過國有企業的國家是不是「社會主義」？在一個市場經濟國家，根本就沒有辦法保證公有制（或私有制）一成不變，因為所有權可以通過市場公平交易隨時轉換，而這是憲法和法律不須要控制也控制不了的事情：國家可以徵用私人的土地，私人也可以購買原屬國家的財產——只要雙方自願，國家通過法律的人為阻礙是徒勞的，也是對經濟發展有害的。正如韋伯（Max Weber）指出，在某些條件下，「法律秩序」仍保持原狀，而經濟關係卻發生了極端的轉變。在理論上，社會主義生產體系可以經由政治權力通過自由契約而逐漸採購所有生產手段，甚至不須要改變法律的任何一段話就可產生，反之亦然。²⁹因此，憲法對經濟制度的規定不僅是不必要的，也是難以操作、不可實施的。

29. Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., (Berkeley: University of California Press, 1978), p. 334.

我們可以比較一下美國聯邦憲法。美國無疑是一個以「資本主義」市場經濟（當然這兩個詞也有歧義）為主導的國家。但美國憲法中卻找不着「資本主義」、「私有制」或「市場經濟」這些字眼。顯然，大多數美國人並不認為這些制度設定不重要。但憲法之所以沒有規定，無非是出於兩個原因：其一，關於經濟制度的規定是不好操作、不可實施的，而憲法的每一條都必須獲得實施。不但「私有制」這類概念模稜兩可、難以界定，而且一旦經濟制度發生偏離，沒有人能成功主張如此直接的法律利益而獲得憲法訴訟的資格。譬如國家在給予公正補償的基礎上徵用私人財產，被徵用者並不能因為政府增加了公有制程度而訴諸法院，因為無論是國家的經濟制度是公有制還是私有制，只要她個人獲得了公正補償，那麼她就沒有受到使她獲得訴訟資格的個人損害，因而憲法即使規定了資本主義，也無法阻止美國向社會主義轉變。既然不可實施，那還不如不規定。其二，許多人可能認為經濟制度無論如何重要，都應該通過人民代表的立法行為而加以改變。說不定美國哪一天也會拋棄市場經濟，走向計劃經濟——其實，美國經濟的計劃成分自新政以來已經相當高。因此，霍姆斯法官（J. Holmes）在一項著名的反對意見中提醒人們：「憲法並沒有制訂赫伯特·斯賓塞（Herbert Spencer）的《社會靜力學》」，³⁰ 美國憲法並沒有接受社會達爾文主義的「人競天擇」理論，而是將「政府究竟應該干預多少？」這類社會政策判斷留給周期性選舉產生的立法機構自由決定。

這是為什麼美國聯邦憲法僅涉及到極少的經濟權利條款。憲法正文僅一處提到這類權利：第一條第十款禁止各州政府取消合同義務，從而突顯了契約自由的重要性。修正案中兩處提到類似的經濟權利：

30. *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45.

第五和第十四修正案，分別禁止聯邦和各州不經過法律正當程序就剝奪公民的生命、自由和財產；第五修正案進一步規定，「財產的徵用必須獲得公正補償」。這些規定非常簡潔，也非常有效地解決了諸如中國目前面臨的拆遷補償問題。

中國1982年憲法在這方面問題最多，因為它規定了大量的政策性質的條款。除了「序言」之外，「總綱」集中規定了國家的基本政策，尤其是經濟制度取向。由於經濟的快速發展，許多即使在改革開放後規定的憲法經濟制度也已經過時，因而存在着不斷修正的需要。因此，在1982年憲法之後的三次憲法修正中，絕大多數修正案是針對總綱中規定的經濟制度條款。只是在2004年的修憲中，經濟條款的比例才有所降低。事實上，如果確立了平等原則和市場經濟原則，保證市場經濟下公平交易的權利，那麼許多條款本來是沒有必要規定的，這樣以後也就用不着不斷修正。憲法的特點是容易「掛一漏萬」：規定得愈多，保障得愈少；對國家政策的規定愈仔細、愈具體，政策的缺漏和矛盾就愈明顯。一旦規定了經濟制度和相關的國家政策，憲法和改革都陷入了困境。

至少從「百日維新」開始，中國百年憲政屢次功敗垂成，令人扼腕嘆息。假如維新成功，那麼中國即能走上英國式「虛君」立憲之路，興許早已步入先進文明行列，更不會發生後面的戰爭和動盪。可惜由於既得利益羈絆，中國憲政至今尚未成功。好在中國憲法經過數次修正，愈修愈好，只是尚待落實。隨着互聯網的發展，中國公民已經覺醒，必將成為推動憲政向前發展的根本力量。如果執政者看清百年大勢，加入憲政民主的世界洪流，那麼中國憲政的實現指日可待。

04

CHAPTER
第四章

從憲法到憲政—— 司法審查與憲法效力

近百年來，中國憲政一路坎坷，直到現在也仍然處於探索和建設過程中。之所以如此，政治動盪固然是根本，而最直接的原因無非是中國一直欠缺一套司法審查制度。由於缺乏司法審查這個必要的環節，中國長期處於有憲法而無憲政的狀態，憲法規定難以得到實施，憲法效力難以得到保障。

相比之下，西方國家的司法審查制度起步較早。美國憲法並未明確規定法官有權審查立法行為，但1803年的著名案例「馬伯里訴麥迪遜」首次建立了憲法審查制度，使美國憲法一開始就具備法律效力，從而保證憲法落實到實際社會生活之中。我們接著考慮一個反例。在很長時間內，法國否定了馬伯里決定的思維，但結果是法國憲法在第五共和之前一直缺乏法律效力。法國教訓從反面驗證了一個普遍規律：憲政離不開司法審查制度，而中國也不例外。

一、什麼是憲政

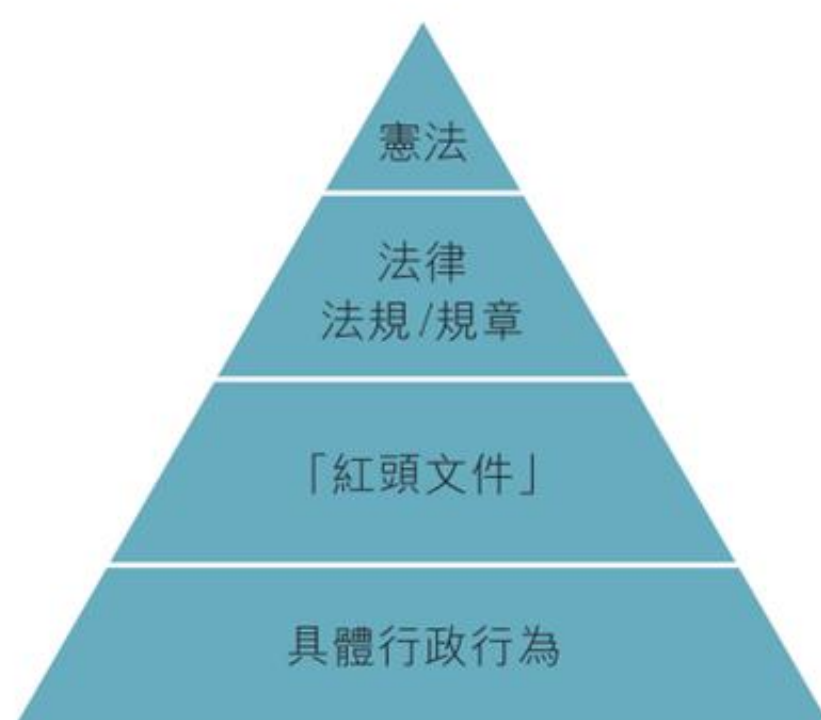
1. 憲政

憲政和憲法一字之差，從中卻能引申出諸多深層含義。所謂「憲政」(constitutionalism)，是指一種使政治運作法律化的理念或理想狀態，它要求政府所有權力的行使都被納入憲法的軌道並受憲法的制約。簡單地說，憲法與憲政的關係就和法律與法治的關係一樣：認真對待法律，使之真正成為約束公民行為的規則，社會就實現了法治；

認真對待憲法，把憲法真正作為「法」——「更高的法」，並控制所有的政府權力——包括立法權力，國家就實現了憲政。

從另一個角度看，讓法治中的「法」上升到憲法，法治也就自然上升到了憲政的高度。在這個意義上，憲政是法治的最高形式。但法治和憲政又存在着一種辯證關係，因為憲法畢竟是特殊的「更高的法」。憲法和普通法律同樣具備實際效力，但同時又控制着普通法律的意義。因此，憲政是法治的最高形式，但同時又是對法治的一種制約；如下所述，憲法的作用在於防止那些過分嚴厲的「惡法」成為法律。然而，如果不能處理好兩者的關係，憲法審查機構輕易宣佈議會制訂的法案無效，憲政則有可能削弱法治並損害民主。

圖4.1：從法治到憲政



2. 司法審查

「司法審查」(judicial review) 一般是指法院或司法性質的機構對政府行為的審查，主要包括立法與行政行為的審查。「憲政審查」或「憲法審查」(constitutional review) 則是指基於憲法對立法行為的

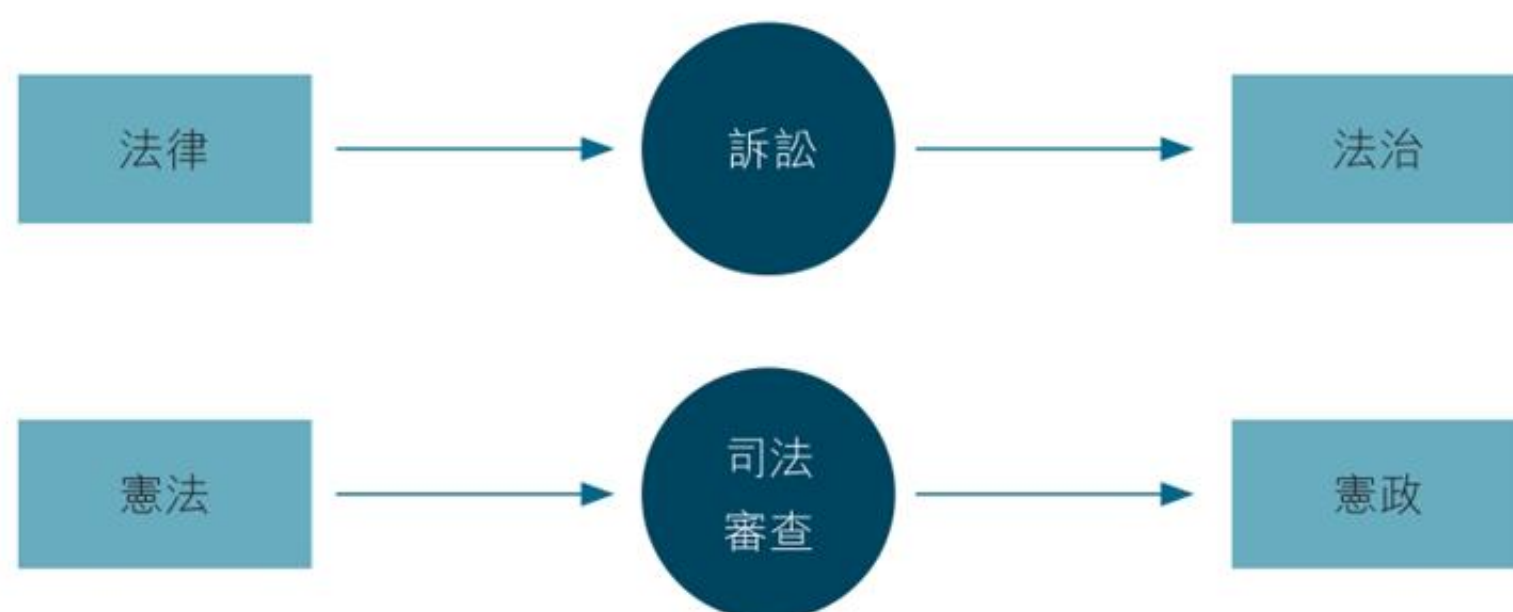
審查，但是審查主體可以是法院，也可以是專門成立的其他性質的機構，例如中國全國人大常委會就是有權進行憲法審查的立法機構。在審查範圍上，「司法審查」是一個更廣泛的概念，包括了行政法審查與憲法審查。如未特別指明，「司法審查」僅限於憲法審查。

3. 司法審查與憲政

孟子曰：「徒法不足以自行。」就和法治一樣，憲政的實現也需要一定的體制基礎。憲政國家正反兩方面的經驗或教訓表明，憲政離不開司法審查，否則法律就可以公然違反憲法，憲法就不再是真正的「法」；而要審查立法的合憲性，有必要授予某種司法性質的獨立機構以解釋憲法的最高權力。只有這樣，才能保證所有的政府行為都符合法律，而所有的法律都符合憲法。當然，司法審查未必是實現憲政的充分條件，就和訴訟未必是實現法治的充分條件一樣，但是沒有誰會否認訴訟是法治的必要條件——假如沒有民法訴訟，民法能得到自動實施嗎？刑法和行政法又何嘗不是如此。既然這樣，有什麼理由認為憲法是唯一的例外呢？

因此，憲政總是和某種形式的司法審查聯繫在一起的；沒有司法審查，憲政就不存在——就和沒有司法審查，行政法治就不存在一樣。在有人宣稱法律違反了憲法的文字或精神時，關鍵是須要有一個專門的國家機構來解釋憲法有關條款的含義，並判定受挑戰的法律是否真的違反了憲法——就和有人宣稱行政規章違反了某項特定的立法，因而必須解釋立法條款並決定行政規章是否與之相抵觸一樣。只有這樣，憲法才和普通的法律一樣具有實際效力，能夠賦予具體當事人以權利或義務，因而也能被法院直接引用為判案依據。

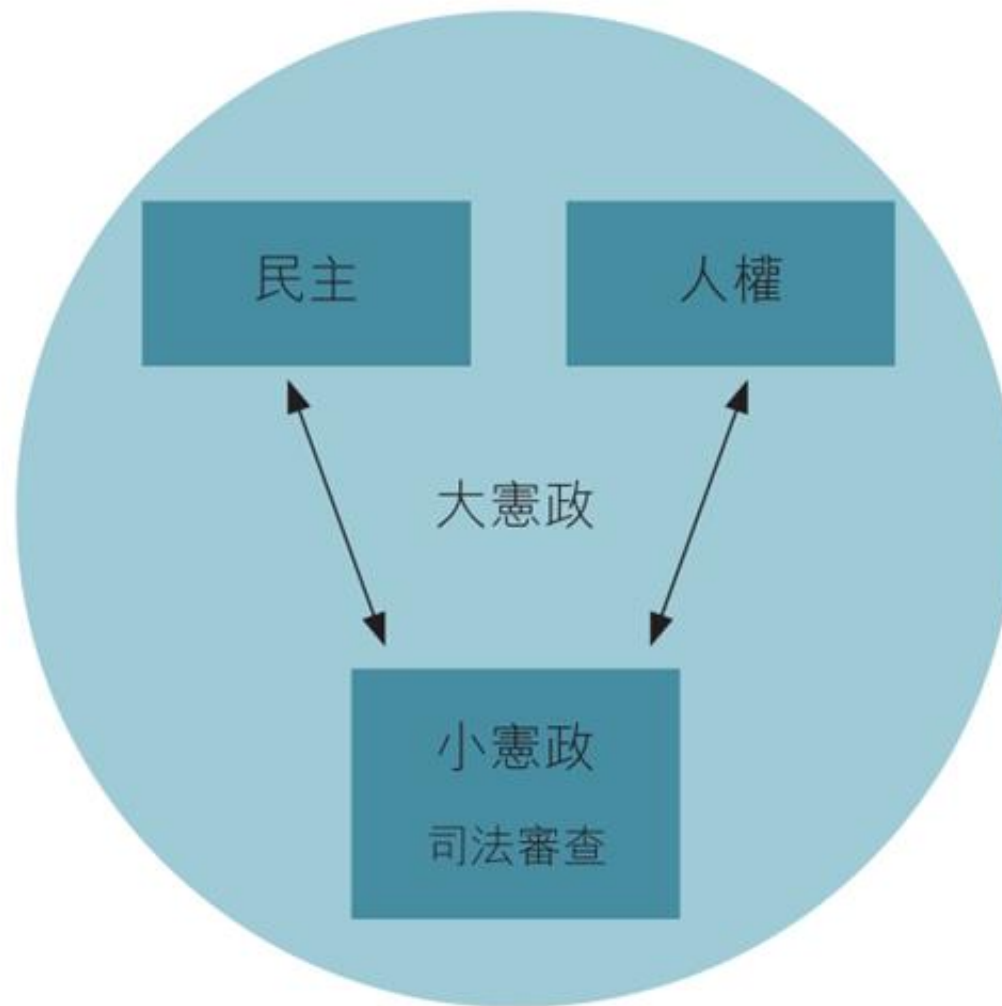
圖4.2：司法審查不僅是實現法治的必要環節，也是實現憲政的必要環節



憲法效力及其保障機制是一個重要問題。這個問題不解決，憲法是「更高的法」就只是空中樓閣；再精美的體制設計，再華麗的「權利」、「自由」、「民主」之類的辭藻都只是空話，得不到法律的切實保障。綜觀西方憲政史，憲法效力是和司法審查緊密聯繫在一起的；沒有司法性質的機構對立法進行獨立與中立的審查，憲法條文和精神之落實就完全取決於立法機構的意願，法治也就不可能真正上升到憲政。只有具備有效的司法審查制度，才能完成從法律到法治、從憲法到憲政的轉變。

由於司法審查和憲政之間的密切關係，兩者經常被相提並論。但是嚴格來說，司法審查並不同於憲政，而只是實現憲政的必要制度保障。換言之，司法審查只是憲政的一種必要因素，幾乎所有憲政國家都規定或實施了司法審查制度，但是除此之外，憲政還包括民主、人權、聯邦等一系列其他要素。因此，我們有必要區分兩種範圍不同的憲政概念：「大憲政」是指國家政治權力受到憲法約束的狀態，「小憲政」則是指司法性機構通過憲法審查約束立法與行政部門的制度。「小憲政」是實現「大憲政」的手段和條件，但又可能和憲政的其他要素（如多數主義民主）相衝突。

圖4.3：大小兩種憲政概念的關係



二、司法審查的起源

1. 「博納姆醫生案」——世界憲政第一案？

司法審查在西方有着漫長的思想淵源。從古雅典的斯多葛學派 (The Stoics) 到阿奎那 (Thomas Aquinas) 的中世紀經院哲學到霍布斯 (Thomas Hobbes) 開創的近代自然法學派，西方主流思想一直堅持法律必須符合某種更高的理性。這種思想也影響了法院。早在1610年的「博納姆醫生案」，英國王座法院的庫克大法官就曾宣佈，一項違背自然正義 (natural justice) 的議會法案是無效的。¹

庫克大法官 (Edward Coke) 是傑出的英國法學家，曾在伊麗莎白女王時期任下院議長和司法部長，並後來被詹姆斯一世任命為王座法

1. Dr. Bonham's Case, 8 Co. Rep. 107a, 77 Eng. Rep. 638 (C.P. 1610).

院（King's Bench）的首席大法官。他曾經親口警告過自高自大、喜好弄權的國王：「國王高於任何人，但是低於上帝和法律。」庫克一生著述甚豐，曾出版4卷本的《英國法大全》和13卷《案例彙編》，至今仍被美國法院所引用。有學者甚至認為，庫克的案例彙編對英國遵循先例規的形成作出了首要貢獻。「博納姆醫生案」是他一生判決過的最著名案例，甚至可以說是世界憲政主義的起源。

在該案，博納姆醫生無證行醫，因而被皇家醫生協會判處監禁。博納姆在英國普通法院挑戰這項判決。根據協會章程和有關議會立法，庫克法官判決醫生協會無權作出這類判決。判決指出，監禁涉及自由之剝奪，因而授權監禁的章程條款必須嚴格解釋，更何況協會不得做自己案件的法官。他進而在判決附論中指出，某些違背自然理性的規定，即便得到議會立法授權也是無效的：

在許多案例中，普通法將控制議會法案，且有時判決它們完全無效；當議會法案違反了普遍權利或理性，或不可能被實施，那麼普通法就將控制它並判決這類法案無效。²

庫克的這個論斷並沒有被英國法學界接受。事實上，現代英美法的普遍原則是和議會立法相抵觸的普通法（即法官制訂的法）無效。因此，「博納姆醫生案」雖然開了法院審查議會立法的先河，但在英國卻是「後無來者」。然而，它對美國司法審查制度的建立產生了巨大影響。³ 在某種意義上，庫克的觀點在英國屬「異端」；但在英國後來的「敵國」——美國——那裏，它卻成了「正統」。

2. Theodore Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review," 40, *Harvard Law Review*, 30 (1926).

3. Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court* (New York: Oxford University Press, 1993), pp. 3-6.

「博納姆醫生案」也讓我們反思「先例」一詞的意義。普遍的誤解是，普通法中的先例是像以下「馬伯里訴麥迪遜」那樣的著名或「典型」判例，似乎和以後的判例無關。但馬伯里決定之所以成了「先例」，正是因為它的「正確性」為無數的後來案例所肯定、默認和假設。公正地說，這些眾多的「後來者」也發揮了某種先例作用，儘管其影響不如馬伯里決定那麼巨大。事實上，它們是馬伯里的影響之載體；沒有它們，馬伯里決定就像「博納姆醫生案」那樣成了孤家寡人，當然也就不成其「先例」了。

反觀中國的「案例指導」制度，「先例」往往是法院領導或審判委員會「圈定」的；雖然這種決定很可能是有理由的，譬如農村外嫁女是否應保留原村的土地，但是這些理由卻沒有出現在判決書中並經過公開檢驗，而是以行政命令的方式確定下來，並在今後判案中得到無條件的遵守。事實上，中國「先例」或「判例」制度不僅是為了保證類似判決的前後一致，而且也是為了判決「效率」——更準確地說，速度，而討論和質疑恰恰是耗時費力的事情。然而，如果沒有不斷的反思、質疑和比較，通過行政命令形成的「先例」可以是很任意、很武斷因而可能也很短命的。

不僅馬伯里先生提出的訴訟創造了司法審查先例，而且馬伯里夫人也製造了一個具有先例價值的法庭術語。在作為原告證人過程中，馬伯里太太頻繁使用「孩子他爸」一詞。「孩子他爸」為後來的案例所沿用，成為法庭證詞中指代丈夫的官方術語。雖然只是一個小插曲，但同樣顯示出先例的效力。

2. 「馬伯里訴麥迪遜」：案件的起因

出於種種原因——尤其是受議會至上的民主思潮的影響，憲政審查作為一種法律制度一直沒有發展出來。直到1776年美國獨立之

後，各州開始制訂州憲，情況才開始發生變化。在1780年的「刑事陪審人數案」，⁴ 新澤西州的法律規定刑事陪審團由6人（而非12人）組成。州的最高法院判決這項法案因違反了州憲而無效。這可能是北美法院第一次宣佈立法違憲的案例。然而，憲政審查作為一項制度的建立還必須等待1803年的「馬伯里訴麥迪遜」。⁵ 在這個歷史性的案例中，馬歇爾首席大法官（C. J. Marshall）代表聯邦最高法院宣佈國會的一項立法條款違憲。既然這個案例被公認為世界憲政主義的起源，因而有必要在此給一個詳細交待。

原案在很大程度上起因於美國當時的兩黨政治鬥爭。如前所述，美國當時主要存在兩個派別：以漢密爾頓等人為首的聯邦黨和以傑弗遜領導的反聯邦黨。早在制憲時期，兩黨就進行過激烈的辯論與較量。華盛頓總統辭職後，聯邦黨人亞當斯（John Adams）當選總統。但在1800年，傑弗遜共和黨人在國會與總統選舉中大獲全勝，傑弗遜本人當選總統，麥迪遜被任命為國務卿。在聯邦政府的三個分支中，聯邦黨在兩個民選分支皆告失利，於是形成了「跛鴨政府」（Lame Duck Government，意指站不住腳，即將下台）。在聯邦黨人的最後歲月裏，亞當斯總統盡力使法院機構充斥聯邦黨人選。恰逢最高法院的總法官年高退休，他便把自己的國務卿約翰·馬歇爾（John Marshall）任命為首席大法官。同時，聯邦黨國會倉促通過法律，極大地擴建了地區法院和法官數量，並搶在傑弗遜上任總統之前批准了所有總統的提名。曾有傳說，就在他離任的午夜，亞當斯總統還忙不迭地簽署法官的任命書。因此這些匆忙上任法官也被戲稱為「午夜法官」（Midnight Judges）。

4. *Holmes v. Walton*，參見張千帆：《西方憲政體系（上冊·美國憲法）》（北京：中國政法大學出版社，2000），第一版，頁37-45。

5. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137-180.

本案的原告馬伯里就是其中之一。他的職位是不甚起眼、任期只有五年的「治安法官」(Justice of Peace)。按照聯邦法律，這個職位由總統任命、參院批准，再由總統簽署，並交國務卿蓋印後送給受任者。馬伯里的任命經過了所有這些程序，但也許當時的國務卿馬歇爾因公務繁忙，未能把經過簽署蓋印的委任書寄給馬伯里。麥迪遜繼任國務卿後，在其前任的抽屜裏發現馬伯里等幾名「治安法官」的委任書，於是請示新任總統傑弗遜。傑弗遜本來對聯邦黨的作為已十分惱火，當即指示扣壓所有未寄出的委任書。於是馬伯里訴諸法院，要求命令國務卿送交授予他的委任書，由此引發了一場具有里程碑意義的憲法訴訟，一項貌不驚人的管轄技術規則，竟為創立司法審查原則提供了橋樑。

3. 馬伯里決定及其推理

受案之後，站在原被告之後的聯邦黨和反聯邦黨都等着看一齣好戲，但是馬歇爾大法官的判決或許令雙方都感到意外。法院判決原告馬伯里的權利確實受到政府被告的侵犯，而法治國家有義務為政府違法提供法律救濟。這麼說來，法院應該判決原告勝訴了？恰恰相反，法院判決原告敗訴——不為別的，只是因為他在一個錯誤的法院啟動了這場訴訟：訴狀應先遞給下級法院，而不是最高法院。那法院撤案就完事了？有人抱怨馬歇爾兜了個大圈子、說了一通大道理，其實根本沒必要也不恰當，因為結論就是不受理，還有多少理好說？但是如果你是當事人，法官就對你說你的案件「不屬本院受案範圍」，你會感到滿意嗎？因此，即便不受理，也要將不受理的理由說清楚，而馬歇爾這一說就創造了一個驚天動地的先例出來。

原來馬伯里雖然將訴狀交錯了法院，但造成這個錯誤的不是他本人的疏漏，因為他是按照《司法法》的規定才這麼做的，因而始作俑者是這部1789年國會制訂的法律。法律這麼規定是錯誤的，因為根據馬歇爾的理解，憲法要求這類訴訟應由下級法院行使初審管轄權，而最高法院只能行使上訴管轄權，因而只能受理上訴而非初審案件。既然憲法不僅是法，而且是「更高的法」，法院在憲法和《司法法》發生衝突的情況下顯然只能適用上位法，而《司法法》的這條管轄規定則因「違憲」而落得無效的命運。議會制訂的法律居然可能是違憲的，馬歇爾的結論着實讓所有人都大吃一驚！別看「違憲」在今天看來幾乎成了街頭常識，這個詞在當時還是破天荒第一次出現。

馬歇爾法官的推理如果不是完全無懈可擊的，也至少是非常清晰的。正如反對者的挑戰所宣稱的，美國憲法完全沒有規定法院具有司法審查的權力。但馬歇爾法官雄辯地表明，儘管憲法文字沒有明確規定，司法審查制度在總體上符合美國憲法的特質和「精神」。在具體討論馬歇爾法官的論證之前，有必要先說明美國憲法一以貫之的基本原則：有限政府原則，因為不理解這項原則，也就不可能理解馬伯里決定的邏輯。

第一，美國憲法的有限政府原則。美國聯邦憲法本身並沒有任何條文，明確規定憲法條款本身具有普通法律的約束力（當然，即使有，它也可以被當作是一句莊嚴的宣言而被忽略）。對這一重要問題唯一有些提示的，是憲法第3條第2款：「司法權力應擴展到所有起因於本憲法及合眾國法律或……條約的案件。」這項條款的文字似乎表明憲法也和普通的「法律」或「條約」一樣，可以產生獲得司法審查的訴因，且法院似乎在審查過程中應有權依據憲法條款。但如果憲法確實要授權憲政審查，這項條款似乎過於隱晦與簡要。缺乏明文淵源，一直被認為是美國憲政審查的最大困難。第二次大戰後制訂的現

代德國與法國憲法都避免了這一困難，因而也就不再需要馬伯里式的長篇大論。但在當時，馬歇爾法官必須從理論上令人信服地論證憲法的法律效力。儘管在技術上受到不少批評，馬歇爾法官的論證總的來說符合美國憲法的基本精神，並且為以後授權司法審查的條文提供了有力的理論依據。

馬歇爾法官的最高出發點是美國憲法所代表的有限政府原則。這一點貫穿了論證的全部，並且使論證超越了所有苛刻的批評，因為它抓住了美國憲法的本質。所謂「有限政府」，無疑就是指所有的政府權力都是有限的——不僅是行政權力，而且更重要的是立法權力，因為它是法治國家所有權力的來源。如果不承認立法權力的有限性，那麼即使是法治國家也是一個權力無限的國家，因為立法機構可以制訂法律去授權政府做世界上的任何事，不論如何偉大或荒誕、仁慈或暴戾。我們可以肯定地說，如果不承認立法權力的有限性，談論憲法甚至是一件多餘的事情：這部憲法是多餘的，或者是因為它完全沒有約束力，或者是它和普通法律一樣可以被議會隨意修改——在前者，它根本不是法；在後者，說它是一部「憲法」沒有任何特殊的含義。因此，如果憲法的締造者認為憲法不是多餘的，而是應該發揮某種實際作用，那麼包括立法權在內的政府權力就不能是無限的。限制政府的權力，正是憲法的主要目的；所有不接受這種限制的國家——譬如第五共和以前的法國，不可能具備有意義的憲法。這聽上去也許令人吃驚，但一個普遍的事實是，所有憲政國家都在不同程度上接受了有限政府原則。

美國總統喬治·布殊（George W. Bush）的弟弟傑伯·布殊（Jeb Bush）是佛羅里達州州長。別看哥哥官比弟弟大，但是卻無權命令弟弟，因為聯邦權力本身就是有限的，不能侵入州的核心領域，當然更不能干擾地方民主政治過程；弟弟是否能勝任佛州的「父母官」，還是佛州選民的選票說了算，而不是看哥哥的臉色。

可以論證，憲法締造者中許多出類拔萃的人物，都接受有限政府原則。美國憲政最顯著的精神——也是它留給世界最深遠的思想遺產，就是不承認沒有限制的權力——不論這種權力是以多麼崇高的名目行使的，更不承認不受控制、至高無上的政府權力，其中當然也包括立法權。這種理論直接來源於西方的懷疑主義及其對人性的不信任，並最準確地表述於《聯邦黨文集》第51篇。在這篇著名文獻中，麥迪遜（James Madison）精闢指出：

假如人都是神，那麼政府就沒有必要存在了；如果能夠以神來統治人，那麼無論外部或內部的政府制約也就沒必要存在了。要形成一個以人管理人的政府，其最大的困難在於，你首先必須使政府能夠控制被統治者；其次必須迫使政府控制自己。對政府的首要控制乃是依賴人民，但經驗早已教導人類輔助防禦的必要性。⁶

這裏所說的「輔助防禦」在此就是指三權分立的憲法體制，其主要目的之一是制衡在民主社會中合法性最高的立法權力。這是因為議會代表也是人而不是神，也可能會犯錯誤。雖然議員也通過周期性選舉受制於選民控制，但是兩次選舉之間人民代表還是有諸多機會將自己的利益置於人民的利益之上，甚至通過立法篡改選舉機制。假如議會立法索性取消了選舉，將議員資格變成世襲制怎麼辦？這當然是一個極端的猜測，但是確實表明人民代表也可能濫用自己的立法權。因此，如果我們把不可能「以神來統治人」的邏輯前後一致地運用到立法領域，那麼邏輯的結論只能是立法權也必須受到限制。

6. Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), (New York: NAL Penguin, 1961), pp. 320–324.

第二，憲法是「更高的法」。馬歇爾尤其利用美國憲法的成文性質，來論證憲法的實際效力：「無疑，所有那些設計成文憲章的人們都把它設想為形成民族的基本與首要之法律」；「那些反對法院把憲法考慮為首要法律的人，就必然被歸結為堅持要求法院只看法律，而對憲法視而不見。這個教條將破壞所有成文憲法的基礎……它將給立法機構以實際和真正的無限權力，卻口口聲聲要把立法權局限在狹窄的範圍之內。它規定限制，卻宣稱那些限制可被隨意超越。」⁷

既然憲法是一項首要「法律」，和普通的法律一樣具備約束力，那麼下一步就必須解決憲法和普通立法之間的關係。憲法條文對此提供了一定的啟示。憲法第六章規定了「聯邦最高原則」：「本憲法以及根據其所制訂的合眾國法律……，乃是國家的最高法律；不論任何州的憲法或法律是否與之相抵觸，各州法官均受之約束。」因此，「國家的最高法律」並不是任何法律，而是「根據憲法所制訂的合眾國法律」；如果所制訂的法律——如果我們還能稱之為法律的話——不符合憲法，那麼它就不能被承認為「國家的最高法律」，也不能約束各州的法官。

以憲法對司法管轄權的條款為例，至少某些憲法規定沒有給立法機構留下任何自由裁量的餘地；否則，「憲法章節的其餘部分就成為多餘，變得毫無意義」。如果憲法明確規定，最高法院對某類案件的管轄權是初審，而對另一類案件的管轄權是上訴，那麼立法就不得隨意改變之；假如議會可以「指鹿為馬」，把初審改為上訴、上訴改為初審，那麼憲法規定也就名存實亡了。憲法締造者的初衷顯然不允許憲法可以被普通立法隨意修改。這從憲法第五條對修憲規定的嚴格（或許過於困難的）程序就可看出——否則，規定特殊的憲法程序還有什麼意義呢？

7. 張千帆：《西方憲政體系（上冊·美國憲法）》，頁43-44。

更重要的是，特殊的修憲程序體現了憲法和普通法律之間不同的權力基礎。馬歇爾對這一點沒有作太多的闡述，但從人民的「原始權利」、「最高權威」、「原始與最高的意志」等措辭可以看出，憲法之所以是「首要」法律，正是因為它直接來自於全體人民，並代表了所有人的基本利益。固然，無論是憲法還是立法，其最後的權力都來自於人民。然而，現代民主的多數主義規則畢竟表明，一部普通的立法只須要受到多數人的贊同就可獲得通過，因而立法所代表的實際上是多數人而非全體人的利益。憲法的修正則需要絕大多數人的贊同，因而比普通立法具有更高的權威和民主合法性。假如允許立法機構擅自改變憲法，就相當於允許議會代表篡奪授權他們的人民的權利。⁸在某種意義上，憲法之所以高於普通立法，正是因為人民高於其代表，人民的全體高於部分——儘管是其中的多數部分。

第三，法院判決違反憲法的法律無效。馬歇爾法官最後論證，法院有權判斷法律的合憲性。這一點在當時最具有爭議，且直到今天，美國法學界對法院可以在何種程度上行使司法審查的權力仍然爭論不休。但馬歇爾非常巧妙地迴避了批評的鋒芒，而只證明這一命題的弱形式：「如果一項與憲法抵觸的立法法案是無效的……，那麼它是否仍然約束着法院，並強制它們給予其效力？」筆者認為，要論證這一點並不困難，且馬歇爾論證得相當完美。既然已經論證了憲法是法律，而且是「首要」的「更高的法」，那麼解決憲法與普通法律之間的衝突就是法院的任務。這就和法院解決行政規章和立法之間的衝突一樣，而在法治國家——不僅在美國，而且在英、法、德等不同法律體系的國家，法院解釋法律並解決其衝突的權力是不受質疑的。馬歇爾法官指出：

8. 對這一問題的闡述，始見於漢密爾頓的《聯邦黨文集》第78篇，參見張千帆：《西方憲政體系（上冊·美國憲法）》，頁34-35。

值得強調的是，闡明何為法律是司法部門的職權與責任……如果兩個法律相互衝突，法院必須決定每個法律的運作。因此，如果一項法律違背了憲法，如果法律與憲法都被應用於一個特殊案件，因而法院必須或者不顧憲法，順從法律決定案件；或者不顧法律，順從憲法；那麼法院必須在衝突的規則中確定何者支配案件之判決。這是司法責任的根本所在。⁹

因此，法官必須能夠解釋憲法，並根據他對憲法的解釋來判斷立法是否合憲；否則，法官就成了不得不有意識地忽視憲法的明文規定而屈從於法律——例如憲法明明禁止事後制刑，卻有一項刑法被用來懲罰在法律制訂以前的行為，法官也只好默許違憲的法律懲罰無辜。這樣，法院就成了縱容立法違憲、侵犯公民權利的幫凶，而這顯然是不可接受的。在立法和憲法相衝突的程度上，法官必須忽略立法規定，而使用「更高的法」。從這個角度來看，法院並不須要宣佈有關立法條款無效，而是只要決定立法在特定的案件中是否適用。但在實際上，由於普通法院的「遵循先例」規則，以後的案例必須遵循先前類似案例的判決，司法決定帶有普遍性。且由於司法程序發生在立法與執法程序之後，而在美國的聯邦體制下，國會又無權通過修憲，因而司法決定事實上是不受國會及其他機構控制的最終結論。

4. 馬伯里的遺產：成文憲法的「司法化」

值得注意的是，英美都是普通法國家，司法判例在國家法律體系中發揮重要作用。但近代以來，隨着議會民主的興起，普通法逐漸讓位於成文法，司法判例必須依據且不得抵觸代表民意的議會立

9. 張千帆：《西方憲政體系（上冊·美國憲法）》，頁43-44。

法。然而，成文憲法的制訂給傳統民主與法治模式帶來了新的變數，馬歇爾的論據也確實在很大程度上依賴美國憲法的成文性。馬伯里決定的推理使憲法成為國家法律體系中的一部分，並可以被司法機構在審判過程中直接作為判案依據，因而導致了憲法的「司法化」(judicialization)。憲法不僅表達了一種理念，也不是抽象的「社會契約」；就和行政法、公司法或其他任何普通的法律一樣，它表達了可以直接實施的制憲者意志，因而具有一般法律所具有的強制效力。事實上，也只有獲得「司法化」之後，憲法才能進入到普通人的生活中去，而不是高高在上、一塵不染的「最高法」或「根本法」——換言之，憲法效力才能真正體現出來。

馬伯里案直接建立了憲法效力的「強形式」，宣佈一項和憲法抵觸的立法條款無效——換言之，法院拒絕在所有的類似案件中使用之。在這個案例之後，美國聯邦憲法才在完整的意義上成為「更高的法」。幸好，這個案例決定於美國聯邦立憲後不久（15年），因而聯邦在制憲之初就進入了憲政的軌道。正是在這個里程碑的基礎上，美國憲法才得以在社會生活中不斷發展，在處理眾多實際問題中形成了豐富的案例體系。因此，儘管憲法本身也是成文法，但是成文憲法的作用非但不是削弱司法權威，而是讓司法權「更上一層樓」，頗有通過司法審查反超成文立法之勢。看起來弔詭的是，成文憲法反而回歸了普通法傳統。

這裏當然有一個前提，也就是成文憲法和司法審查之間，確實存在着密不可分的依存關係。邏輯上的關係是不存在的，因為當今世界不乏有憲法而無憲政的國家，但是如果確實認真對待憲法，那麼馬歇爾的論點在邏輯上是難以反駁的。以英國為例，這個國家之所以遲遲不制訂成文憲法，在很大程度上正是為了迴避馬伯里決定的結果，以免傳統的議會至上教義受到司法審查的困擾。由此看來，要迴避司法審查的邏輯，只有犧牲成文憲法，維持「不成文憲法」狀態。

不過在當今世界，不成文憲法國家成為愈來愈少的「珍稀動物」。目前，除了以色列和1996年以前的新西蘭之外，世界上沒有成文憲法的國家大概只剩下英國了；1996年，新西蘭議會制訂了一部《憲法法》（Constitutional Act），從而也告別了「不成文憲法」的時代。當然，英國也在發生變化。事實上，在有限範圍內，英國已經有了一部成文憲法——這就是歐洲共同體條約。由於議會法案不得抵觸共同體的條約和其他立法，且歐洲法院和英國法院本身有權解釋共同體的法律規範，英國議會的「主權」已經受到限制——包括本國法院的限制。近年來，英國有人倡議要制訂一部成文憲法，其中不乏包括德沃金在內的著名法學家。1998年，英國通過了一部《人權法》，明確吸收了《歐洲人權公約》的主要條款，並規定了極其複雜的司法審查體制。雖然還不能說英國司法有權進行司法審查，它離此目標愈來愈近了。

5. 從政治鬥爭到憲政——馬伯里決定的啟示

回到開始，撇開馬伯里的法律邏輯不談，我們知道這個建立美國憲政制度的里程碑案例，原來起源於兩黨之間的政治鬥爭。馬歇爾的解決方式固然是巧妙的：通過判決授權馬伯里起訴的《司法法》條款無效，法院不須要解決這一棘手的問題——否則，如果判決原告勝訴，傑弗遜政府對法院判決置之不理怎麼辦？但同時又把立法機構的行為置於法院的控制之下，可是說是「輸了一場戰鬥，但贏了一場戰爭」。因此，不但兩個政黨在總統和國會的舞台上鬥爭，而且法院也介入了和總統與國會的鬥爭，並通過發明司法審查這一工具贏得的這場鬥爭；事實上，馬伯里案的政治背景是昭然若揭的：一個由聯邦黨控制的司法機構反對反聯邦黨控制的立法與執法機構。然而，就是在這樣緊張的政治環境下，儘管馬伯里案當時受到了激烈批評與爭

議，儘管傑弗遜政府一度想彈劾包括馬歇爾在內的聯邦黨法官，但他們畢竟未能成功；最後，「馬伯里」還是贏了，司法審查制度在不斷的批評與反思中確立下來，成為美國憲政的首要支柱與象徵，也是美國對世界憲政的開創性貢獻。

對比中國清末保守派與改良派或民初國民黨和袁世凱之間的較量，一個值得思考的問題是：同樣也是政治鬥爭，並且至少在開始時都是通過合法形式開展的政治鬥爭，為什麼中國就沒有能夠產生自己的「馬伯里」？馬伯里訴麥迪遜當然是政治鬥爭的產物，但是這種生成制度的內部鬥爭是建立在三權分立基礎上的，因而也是不可能在一個高度集權國家出現的現象。比較以下「玉米種子案」，不難理解為什麼馬伯里決定這樣的制度，不可能從「人大至上」的最高權力邏輯中推演出來。

三、憲法效力與司法審查

以上提供了一個正面例子，證明司法審查和憲法效力之間的相互聯繫。和美國恰成對比的是法國。長期以來，法國一直有意識地拒絕接受美國的司法審查制度，因而為司法審查與憲法效力之間的關係提供了一個反面例證。通過考察法國曲折的憲政經歷，可以使我們更加清楚地看到司法審查對維護憲法效力的必要性。

我們已經看到，法國的憲法史和美國幾乎同樣悠久。事實上，閱讀法國的《人權宣言》要遠比美國的《權利法案》更激動人心。可以說，《人權宣言》的17條對人的所有重要權利都作了規定——與生俱有的自由與平等、禁止歧視、法治原則、無罪推定、言論與宗教信仰自由、財產權及其充公的公正補償，凡此種種，《人權宣言》所羅列的這些權利在今天不但完全沒有過時，而且比以往任何時候都更受

到強烈的擁護。與此相比，美國憲法的前十項（其實相關的只有前八項）修正案卻顯得有點「咬文嚼字」，完全沒有《人權宣言》那樣一覽無遺、氣勢宏大。但和《法案》相比，《宣言》畢竟還是顯示出一些根本的局限性。儘管它們都保障人的權利，此後近兩個世紀的發展歷史表明，法國雖然擁有一部完美的《人權宣言》，但直到20世紀70年代，法國人的權利並沒有受到憲法的保障。相比之下，美國的《權利法案》雖然離完美的境界相差很遠，甚至到今天都仍有待完善，但畢竟在這200年中給普通的美國人提供了某種保護。其原因並不難找：在1958年的第五共和之前，法國一直沒有實質性的憲政審查制度，因而《人權宣言》一直只是停留在「宣言」的水平上，並沒有落實到國家政治生活的具體實踐中。第五共和憲法的前言明確肯定了《人權宣言》所定義的人權和國家主權原則，從而使「宣言」成為憲法的一部分。更為重要的是，第五共和第一次建立了憲政院以及獨特的憲政審查制度，以監督議會與內閣對分權原則的尊重。1971年的「結社法決定」使憲政院進入了廣闊的人權保護領域，並在此後成為公民憲法權利的守護人。至此，憲政審查使法國憲法真正成為「更高的法」。

1. 法國革命及其歷史遺產

從1789年到1958或1971年，法國的憲政之路是漫長而艱難的。這當然和法國革命的歷史背景有很大關係。如果馬伯里的邏輯不錯的話，憲政的關鍵在於司法審查，而法國司法機構由於和「第二等級」的天然聯繫而在大革命後聲名狼藉。貴族出身的法官是大革命的主要整肅對象，儘管他們在大革命之後由於社會法治的需要而陸續回到原來的位罝，但要把控制政權的鑰匙放在他們手裏，是不可想像的。事實上，不要說憲政審查，即使對行政的司法審查也是在大革命近一個

世紀以後才最後確立起來。¹⁰ 在相當長的一段時間內，甚至最高法院的判決都受制於國民議會的「個案監督」，每年須要定期通過法院的「工作報告」。¹¹ 法官的社會地位和聲譽，決定了他們不可能擔負起憲政審查的崇高使命。他們至多只是一些精通解釋技術的官僚，在人民代表的監督下履行着（被認為是）機械的法律適用職能。

法國的歷史選擇並不是偶然的，而是有着更深刻的理論基礎。受盧梭的民主契約理論影響，法國革命從一開始就是一場相當純粹的多數主義革命，其中受到剝削與壓制的人數眾多的「第三等級」，尋求從少數人那裏奪回他們的「自然權利」。多數主義的民主原則在法國是如此根深蒂固，以致由少數法官來控制代表社會多數的議會所制訂的立法，在法國人看來近乎於「大逆不道」。早在1791年的憲法就明確宣佈：「法國不存在比法律更高的權威。」第三共和索性沒有成文憲法，而以1875年制訂的三部組織法作為政府結構的框架，因而完全迴避了公民的基本權利問題。公法學家馬爾伯格（Carre de Malberg）甚至宣稱，第三共和不存在任何超越法律的憲法，且「解釋應是立法者行為，這再自然不過了……換言之，審查法律是否符合憲法、並解決可能出現的問題，乃是議會在制訂法律時的任務」。¹²

法國並不是不了解美國的憲政經驗或不知道「馬伯里訴麥迪遜」；恰恰相反，他們正是因為了解美國及其司法審查制度，所以才想避免美國在他們看來不可接受的弊端。新政時期最高法院的表現，被認為完全證實了司法審查將摧毀民主並使法官篡奪人民代表權力的預言。蘭波（Edouard Lambert）利用具體實例證明，憲政審查將抑制

10. 萊昂·狄驥著、鄭戈譯：《公法的變遷》（瀋陽：遼海出版社，1999），頁141-142；王名揚：《法國行政法》（北京：中國政法大學出版社，1988），頁574-576。

11. 章謙凡：《市場經濟的法律調控》（北京：中國法制出版社，1998），頁258。

12. John Bell, *French Constitutional Law* (Oxford: Oxford University Press, 1992), p. 25.

社會進步，且使得司法機構捲入政治，從而喪失其獨立地位和威望。作為顯著例證，美國聯邦最高法院就曾在20世紀30年代利用「經濟正常程序」理論，來阻礙總統和國會的新政改革，而這種事例絕不應在法國重演。

2. 告別歷史：為憲政審查辯護

然而，「天下沒有免費的午餐」，法國為它的固執付出了代價。拒絕憲政審查固然避免了「法官政府」的弊端，但成本是法國的憲法失去了法律的約束力，因而根本不能算「法」。由於它和人民的日常生活沒有太大關係，「變法」並不會引起多少人的激烈擁護或反對。這也是造成法國政治動盪的原因之一。從大革命開始到第二次大戰結束，法國各經歷了四次共和與王朝，更換了近15部憲法——反正憲法改制在法國不是一件對人民有切身利益的大事，普通人並沒有把它太當回事。

在第二次大戰之後，法國成立了第四共和，並在激進與保守勢力的激烈爭鬥中採取了折衷、有限的憲法審查機制，建立了憲法委員會。但從組成和職能上看，它主要是一個政治而非司法機構，且在以後12年的短暫歷史中沒有太多作為。¹³ 這個階段可以被視為法國向憲政審查體制的過渡階段。當時，還有相當多數的政府官員和學者仍然反對建立憲政院的提議，抵制任何司法機構實行憲政審查。學者的觀點體現了法國傳統的民主和分權理論：國家是民族的代表，而議會則代表了國家的普遍意志；議會的職能是代表人民去建立與解釋憲法，

13. 張千帆：《西方憲政體系（下冊·歐洲憲法）》（北京：中國政法大學出版社，2001），頁12-14。

並根據其自身的憲法解釋來制訂法律，而這項權力不應受到不是由人民直接選舉的法官們的過多干預。在政治上，憲政審查也受到多數議員的反對，因為它將直接限制立法權力。

結果，和以前的憲法一樣，第四共和的憲法並沒有獲得尊重。儘管憲法前言宣佈：「不論種族、宗教或信仰，每個人都具有不可剝奪的神聖權利。它莊嚴肯定1789年《人權宣言》所尊重的人和公民的權利與自由，以及共和國法律所承認的基本原則」，並規定了一系列社會和經濟權利，這些憲法權利和原則並未獲得實施。憲法委員會的作用只是調解不同政府機構之間關於憲法問題的糾紛，但缺乏直接採取必要行動的管轄權，因而其存在顯得可有可無。議會對執法機構的廣泛授權經常明顯超越憲法範圍，但從未受到任何審查或質疑。當然，假如馬歇爾大法官再世，所有這些在他眼裏都是不足為奇的，因為它們都準確驗證了他在150年前的預言：沒有一個獨立的憲法審查機構，憲法所規定的分權原則就得不到保障，公民的基本憲法權利也完全取決於立法者的意願。

3. 第五共和與法國憲法的「司法化」

1958年，法國建立了第五共和，標誌着具有法國特色的憲政主義的開始。作為這一根本變革的理論基礎，法國否定了「議會至上」的傳統理論，轉而承認「有限政府」原則。和美國一樣，只有承認每一項政府權力——包括立法權力——都有其限制，法國憲政才可能具備實質性意義。1789年，法國領導了世界民主潮流；1958年，法國又率世界之先退出了傳統民主模式。

第五共和從兩個具體的方面糾正了「議會至上」傳統的偏激。首先，執法機構（內閣）的有限立法權獲得了憲法保障，不允許立法機構侵犯。其次，後來被證明更重要的是，憲法專門建立憲政院以維持

政府機構的分權。在一開始，憲政院的主要目的是保持法國的三權分立傳統，並保證立法與執法機構在各自的權力範圍內運行。儘管憲政院也帶有政治成分，但以後的發展表明它基本上是一個獨立與中立的司法機構。¹⁴ 原先能夠把議會法案提交憲政院審查的官員，僅限於總統、總理和參眾兩院的議長，但1974年的憲法修正案使得60名參議員或眾議員也獲得了同樣權利，從而使構成足夠數量的議會少數派也有權挑戰議會法案。雖然普通公民仍然無權提出憲法申訴，這項改革被證明意義重大，因為它使得憲政院所審查的立法數量迅速上升，且挑戰的理由愈來愈多地基於公民的基本權利。¹⁵ 此後，憲政院對憲法所規定的分權和基本權利發展了相當豐富的案例法，從而使憲法獲得了政府的實施與公民的普遍尊重。憲政院也發展為一個可以和美國的最高法院相比擬的憲政法院。和1788年的美國憲法一樣，1958年的法國憲法也獲得了「司法化」。

在1971年的「結社法決定」，¹⁶ 憲政院第一次干預了限制公民權利的立法。這項決定的依據是第五共和憲法前言：「法國人民在此莊嚴宣告其對人權和國家主權的原則之歸附；這些原則定義於1789年的《人權宣言》，並獲得1946年憲法前言的肯定和補充。」因此，第五共和憲法同時承認了《人權宣言》和第四共和憲法前言的有效性。根據第四共和憲法前言關於「共和國法律承認和憲法前言莊嚴肯定的基本原則」，憲政院判決議會一項限制公民結社的法案違憲。

14. 張千帆：《西方憲政體系（下冊·歐洲憲法）》，頁37-45。

15. 張千帆：《西方憲政體系（下冊·歐洲憲法）》，頁41-42。

16. 1972 D. 685，參見張千帆：《西方憲政體系（下冊·歐洲憲法）》，頁79-80。

4. 《人權宣言》的「司法化」——「結社法決定」

部分由於缺乏司法審查機制，1789年的《人權宣言》一直沒有得到實施。直到1971年，憲政院才通過「結社法決定」改變了這種狀態。¹⁷ 1901年的《結社契約法》規定了法國的結社自由。它取消了刑法典所規定的事前限制，並允許通過遞交簡單的申請表而結為社團。第五共和成立後，這項法律仍然有效。在1970年5月，蓬皮杜內閣解散了一個發表左翼言論的小型組織。作為對右翼政府的抗議，存在主義哲學家薩特（Jean-Paul Sartre）等左翼知識分子成立了一個新組織；後者取名為「人民之友」，恰好和原被解散組織的報名相同。根據1901年法律的第5條，新組織向巴黎市警察局遞交了通告，以獲得組織的法人地位。警察局長認為新組織乃是剛被查禁的舊組織之翻版，因而在內政部長指示下，拒絕向「人民之友」傳送承認通告的收據。組織發起人在巴黎的行政法院起訴局長決定。行政法院認為，傳送收據以承認社團的法人地位，乃是局長必須履行的責任，因而立刻推翻了局長的決定。

內務部長承認巴黎行政法院的決定正確，因而未向國政院上訴，而是向議會尋求支持。內閣提議立法來修正1901年的法律，通過要求結社獲得事前的司法批准，以推翻行政法院的決定。對於看起來違反1901年法律第3或第8條的結社，修正後的第7條授權公共起訴官把社團的事先通告提交地方普通法院。只有起訴官未曾提交法院、或法院未在規定時限內判決社團違法或是以前解散組織的翻版，行政機關才能傳送通告收據，以承認組織的法人地位。1971年，眾議院通過了這項提議。但根據憲法第61條，參院議長把這項法律提交憲政院審查。憲政院判決包含內閣提議的法案第3條違憲：

17. 同上註。

受到共和國法律之承認和憲法前言之莊嚴肯定的基本原則，包括了結社自由原則，且這項原則是1901年法律的普遍條款之基礎。由於這項原則，社團可被自由形成，並簡單通過事先遞交通告而公開化。因此，除了可針對特殊類型的結社所採取的行動，即使它們可能看起來無效或具備非法目標，社團之形成亦不得受制於事前行政——甚至司法——控制……這項法律的第3章之目的是規定程序，使已作出通告之社團的法律資格受制於事前司法控制，藉以審查它們是否合法；因此，即使它並不影響尚未公開的社團之創立，第3章的規定必須被宣佈違憲。

「結社法決定」並不能被稱為法國的「馬伯里」，因為它並不是憲政院撤銷議會法案的第一項決定；憲政院的職能也早已受到第五共和憲法之規定與限制，且憲政院至今仍限於立法的事前審查，而沒有像「馬伯里訴麥迪遜」那樣創造性地擴展自己的司法職能。但在法國人權領域裏，它是配得上這個稱號的。自從1789年以來，《人權宣言》這部偉大的文件一直缺乏法律效力。通過賦予憲法前言以實際效力，憲政院確實使《人權宣言》在「司法化」以後獲得了法律的生命力。

不過，「結社法決定」也有超越馬伯里決定的地方。注意馬伯里決定的依據是聯邦憲法第3條，但是「結社法決定」的依據卻並非直接來自《人權宣言》或第四共和憲法前言規定的權利，因為它們都沒有明確規定普遍的結社自由——第四共和憲法前言第四條規定了參加工會的權利，但這項權利和本案的社團無關。決定的依據而是「共和國法律所承認……的基本原則」，但兩部憲法本身並沒有澄清這些「基本原則」究竟是什麼，因而它們被留給憲政院通過解釋加以確定。憲政院的案例法表明，「基本原則」是一個開放體系，因而並不限於任何正式列舉的清單。憲政院篩選「1946年前言生效以前所通過的共和國立法」，以決定何為具備憲法效力的「基本原則」。由於

第三共和缺乏權利宣言，基本原則大都來自表達傳統價值的法律，例如1881年的新聞自由法、1901年的結社自由法和1905年的宗教自由法。然而，並非所有表達共和國傳統的先前法律都可具備憲法效力。有關立法必須符合三項條件，才能構成「共和國法律所承認的基本原則」。首先，基本原則必須包含於「法律」之中，因此行政法令不能作為合適來源。法律是否構成基本原則，並不取決於其有效性；如果憲政院認為它足夠重要，那麼已被取消的法律仍然可構成基本原則。其次，基本原則必須包含於「共和國」而非法國歷史上帝國的法律。最後，共和國法律所定義的原則必須足夠「基本」。如果前兩項標準只是權利來源的程序限制，那麼第3項標準則是憲政院控制權利來源的實體限制。

2008年，在第五共和成立五十周年之際，法國對第五共和憲法進行全面修正，其中的重要內容之一就是確認了公民提出憲法審查的權利。修正案規定，在行政法院或普通法院受理的一般訴訟案件中，如果憲法保障的個人權利受到已生效法律之侵害，當事人可以提出申訴，並由最高行政法院或最高法院進行審查；如果最高行政法院或最高法院認為有必要對該法律規定進行違憲審查，應提交憲政院審理。¹⁸由此可見，雖然個人仍然不能直接提請憲政院審查已生效法律的合憲性，但是修憲已經為此奠定基礎。首先，最高法院或行政法院都可以對法律合憲性的質疑進行初步審查；其次，憲政院的職能也不再限於針對未生效法律的審查，而有權審查已生效法律的合憲性。歷史將證明，這一修正對於法國革命以來的民主憲政傳統是意義深遠的。

18. 參見王蔚：〈法國修憲新動向：五十年後回歸民主？〉，《中國經濟時報》（2009年1月20日）。

5. 憲法「司法化」與憲法的穩定性

和美國的聯邦憲法相對比，法國的憲政歷程似乎證明憲法的「司法化」有助於憲法的穩定性。在第五共和之前，法國憲法更換頻繁，只是在第五共和建立了憲政院以後才趨於穩定。筆者認為，這種現象並不是偶然的，而是有着更深層次的原因。在獲得「司法化」以前，憲法一直僅停留在紙面上，缺乏實際的法律效力。因此，更換一部憲法並不會損害任何個人的法律利益，因而也就不會遇到太大的阻力。相反，當憲政院的實質性審查形成了一套案例體系之後，它對法國政體的運作產生了不可忽視的影響。尤其在1971年的「結社法決定」之後，憲政院的案例法進入了公民權利領域，而1974年的改革則使得少數議員能夠挑戰多數代表通過的法案，因而極大地增加了憲政院干預立法的潛力。一旦憲政院的決定被普遍認為對公民權利的保護是必不可少的，一旦憲法在「司法化」之後和人們的日常生活發生密切的關係，社會就將對這部憲法產生深厚的「感情」，就不會像以前那樣輕易的丟棄它——因為放棄這部憲法，也就等於自動放棄了人民一直享有的法律權利。只有這樣的憲法才可能真正獲得人民的尊重，並像盧梭所說的那樣永遠「刻在公民的心中」。

在歷史上，法國憲法可謂命運坎坷；由於法國朝野對憲政審查的激烈抵制，大革命的宏偉《宣言》並沒有給平民百姓的權利提供任何實質性的憲法保護，也沒有能建立一個穩定的憲法政體。只是到1958年，第五共和才建立了一部穩定的憲法，且這至少部分歸功於憲政院的不懈努力。1971年的「結社法決定」使憲法進入到普通人的生活，從而使《人權宣言》中所包含的不朽的憲法原則帶上實際的法律效力。幾十年來，憲政院的案例法不斷豐富發展，受到了大多數

法國人民與政府官員的尊重與認同。第五共和所建立的憲政審查制度促進了法國憲法的穩定性，使之至今絲毫沒有衰落的跡象。

美國也同樣驗證了這一點。美國修憲之所以難比登天，以致建國兩百多年來只通過了27條修正案，不僅是因為修憲程序困難，而更是因為修憲觸動無數人的利益；有的支持，有的反對，而修憲的超多數要求往往導致維持原狀。1973年「墮胎案」判決一出，抗議聲四起，反對派紛紛要求通過修憲撤銷原判。不過反對聲浪雖然波瀾壯闊，但是並不統一；有的認為判決干預地方民主、貶損宗教傳統，有的則認為判決對婦女自由保護得還不夠，各自的修憲提議當然南轅北轍、不成氣候。1989-1990年兩次「焚燒國旗案」分別判決德州和聯邦法律無效，也是讓上上下下義憤填膺、立誓修憲，但是不過一年便銷聲匿跡，直到今日已無人再提此事。其實雖然修憲議論聽上去甚囂塵上，一旦真正啟動必然威脅改變憲法保護的權利結構，因而招致更為強勁的反對。一部反映主流民意並真正獲得實施的憲法，或許不乏反對者，但是注定擁有更多的支持者。

如果一個國家的憲法說改就改，一般無外乎兩個原因。一是憲法規定不能反映社會現實或主流民意，因而不適應社會發展。例如中國1982年憲法頒佈後的四次修憲，都是因為經濟改革使憲法原先規定的經濟體制不適合市場經濟發展，以及憲法原先沒有規定法治國家、人權保障、私有財產、徵用補償這些基本原則。二是憲法並沒有得到有效的實施，沒有人感覺直接受益，也沒有人感受到修憲之害，因而在修改乃至重新制憲的時刻沒有人主動起來維護原有的憲法。當然，如果某些憲法條款深得民心，譬如法治、人權、財產保障，那麼即便憲法沒有在制度上得到有效的實施，仍然不可能隨意刪改這些條款。

四、中國憲法的「司法化」？

1. 中國憲法的問題及其答案

和歷史上的法國一樣，中國憲法也一直為其效力問題所困擾。憲法經常被奉為統治社會的「基本法」，國家的「根本大法」。事實上，2000年通過並生效的《立法法》第78條明確規定：「憲法具有最高的法律效力，一切法律、行政法規、地方性法規、自治條例和單行條例、規章都不得同憲法相抵觸。」然而，一旦把注意力從書面文字轉移到現實生活，答案卻並不那麼令人鼓舞。憲法理論與法律實踐的脫節，使人們質疑憲法的實際效力。憲法第33條規定，中國「公民在法律面前一律平等」，但在實際生活中，各種規定、文件，甚至法律規章對性別、年齡及各種生理特徵的歧視，可說是俯仰皆是，且至今仍「合法」存在着。憲法第46條規定「公民有受教育的權利和義務」，但不久以前，這條規定形同虛設，且農村地區的廣大學生至今仍然未能充分享受到這一憲法權利。城市與鄉村在各方面的巨大差距，必然使「在法律面前人人平等」的憲法原則難以貫徹。更為嚴重的是，對於什麼是「在法律面前人人平等」、「公民的人身自由」或「受教育的權利」等基本問題，人們從來沒有獲得政府的權威答覆，因而也就從來不明了它們的確切法律含義。每當人的基本權利遭到侵犯而不能受到法律有效保護的時候，人們不禁要問，憲法的法律意義體現在什麼地方？憲法是「基本法」、「根本大法」，但「根本大法」反而不成為「法」了——中國憲法似乎陷入了「白馬非馬」的悖論。

對於這種狀態，中國的司法部門負有部分責任。在1955年對新疆高級法院的批示中，最高法院明確指出「憲法是我們國家的根本法，也是一切法律的『母法』」，但「對刑事方面，它並不規定如何論罪科刑的問題，……在刑事判決中，憲法不宜引為論罪科刑的依

據」。¹⁹ 在1986年對江蘇省高級法院的批覆中，最高法院再次指示法院在審理民事與經濟案件中可以引用法律和行政法規，而沒有提及憲法。²⁰ 只是到了最近，在憲法效力問題引起了人們足夠的關注之後，最高法院終於才改變看法。在2001年8月13日生效的批覆中，最高法院明確判決被告侵犯了原告「依據憲法規定所享有的受教育的的基本權利」，從而引發了關於憲法「司法化」的廣泛討論。²¹ 對於實際效力長期處於「休眠」狀態的中國憲法而言，這的確是一個福音。憲法的「司法化」可能被證明是可喜的第一步，此後中國憲法有希望獲得真正的法律效力，成為公民權利的可靠獨立保障，成為名副其實的「根本大法」。當然，要使「第一案」成為中國憲政的里程碑，還必須有「第二案」、「第三案」……乃至在憲法制度上的進一步發展；否則，它只是中國的後無來者的「博納姆醫生案」。

憲法是國家「根本大法」、「最高法律」，但是如果沒有憲法訴訟，那麼憲法究竟是不是通常意義上的「法」就成了一個問題。一不小心，憲法就可能落入公孫龍「白馬非馬」的悖論。

2. 「憲法司法化第一案」及其廢止

1990年，齊玉苓通過了統招考試，並被山東濟寧商校錄取為財會專業委培生，但其錄取通知書被中學同學陳曉琪及其父盜用，濟寧商校、滕州市教委以及原所在中學滕州八中負有部分責任。陳冒名上

19. 《關於在刑事判決中不宜援引憲法作論罪科刑的依據的覆函》，研字第11298號。

20. 《關於人民法院製作法律文書如何引用法律規範性文件的批覆》，法（研）〔1986〕31號。

21. 參見〈冒名上學事件引發憲法司法化第一案〉，載《南方周末》（2001年8月16日）；〈不容侵犯的受教育權——中國首例侵犯受教育權案件引出的話題〉，載《光明日報》（2001年9月4日）。

學讀完了商校，以後又冒名在銀行工作；齊則一直未收到錄取通知書而不知事情真相，因而失去了委培上學的機會，只能在一家工廠工作，後來改上技校。十年後，齊玉苓偶然發現其中原委，因而在法院狀告陳曉琪等侵犯了其姓名權和受教育權。山東棗莊中級法院判決被告侵犯了原告姓名權並賠償原告的精神損失，但認為原告已放棄了受教育權。上訴後，山東省高級法院向最高法院請示由姓名權糾紛引發的受教育權問題。²²

最高法院的批示回覆：「經研究，我們認為，根據本案事實，陳曉琪等以侵犯姓名權的手段，侵犯了齊玉苓依據憲法規定所享有的受教育的基本權利，並造成了具體的損害後果，應承擔相應的民事責任。」²³ 山東法院據此判決，被告陳曉琪及其父親陳克政必須賠償原告因受教育權被侵犯而蒙受的直接與間接損失，其他被告——包括本案所涉及的商校、中學和市教委——負連帶責任。

值得指出的是，「第一案」並非「前無古人」，因而有的學者認為它並不是真正的「第一案」。例如上海市中級法院早在1988年的民事案件中就曾引用過相關的憲法條款，儘管判案依據仍然是《民法通則》和《民事訴訟法》。事實上，法院在民事案件中經常引用憲法，而這就引出了「第一案」同樣的問題，因為從主要被告的身分來看，「第一案」主要也是一個民事案件：憲法是超越所有法律的「更高的法」，但是發揮公法作用，因而憲法義務只能被施加於國家機構，而不是公民個人。因此，民法案件不可能成為憲法案件，憲法對民法案件至多只能產生間接的「輻射效應」。

22. 《關於齊玉苓與陳曉琪、陳克政、山東省濟寧市商業學校、山東省滕州市第八中學、山東省滕州市教育委員會姓名權糾紛一案的請示》，1999魯民終字第258號。

23. 《關於以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利是否應承擔民事責任的批覆》，法釋〔2001〕25號，見〈齊玉苓訴陳曉琪等以侵犯姓名權的手段侵犯憲法保護的公民受教育的基本權利糾紛案〉，《最高人民法院公報》第5期（2001），頁152、158-161。

2008年12月，最高法院公告停止了2001年對齊玉苓案批覆的法律效力，但是沒有說明停止效力的理由。²⁴ 然而，和齊玉苓相似的事件卻沒有停止。2009年3月，湖南邵陽的羅彩霞通過一次偶然的機會，發現自己遭遇了和齊玉苓類似的經歷。²⁵ 2004年高考後，她的同學王佳俊在「全省人民滿意的公僕」、時任隆回縣公安局政委的父親王崢嶸協助下，打通層層關節，冒名頂替她被貴州師範大學錄取，而她自己則被迫復讀一年。幾年後，王佳俊順利畢業，羅彩霞則因身分被盜用而得不到教師資格。和齊玉苓一樣，羅彩霞的受教育權和工作權同時受到私人和公權力的侵犯。齊玉苓批覆的廢止容易讓人產生一個錯誤印象，也就是中國法院是無權解釋和適用憲法的。

3. 憲法審查是否抵觸中國現行的國家制度？

由於中國採取人民代表大會制度，司法審查是否和中國憲法相抵觸？這是一個首要問題，且如果不獲得解決，進一步討論就無法開展。一旦憲法成為「法」，它和代議機構所制訂的普通法律之間的潛在矛盾立即顯現出來，而這是一個任何憲政國家都必須解決的根本問題。這一問題尤其敏感，因為筆者認為審查機構必須具備高度獨立性——如果不獨立，那怎麼能保證它能對人大立法進行有效監督？畢竟，根據法治的普遍原則，「任何人不能做自己案件的法官」；如果審查機構不能充分獨立於人大控制，那麼也就變相地允許了人大做自己案件（即立法合憲性）的法官，憲政審查也就發揮不了實際作用。

24. 參見張千帆：〈法院無權迴避憲法〉，《南方都市報》（2009年1月7日）。

25. 〈公安局政委女兒冒名頂替上大學〉，《中國青年報》（2009年5月5日）。事實上，冒名頂替上學事件相當頻繁，絕非限於羅彩霞或齊玉苓個案，例如參見〈「北京版羅彩霞」被冒名10年，班主任導演克隆事件〉，《北京晚報》（2009年5月15日）。

然而，如果審查機構是相對獨立的，那又如何處理它與人大之間的關係與地位問題？

其實，憲政審查和人大制度實際上並不存在任何抵觸。1982年憲法第2條規定：「一切權力屬人民。人民行使國家權力的機關是全國人民代表大會和地方各級人民代表大會。」根據這一規定，全國與地方各級人大是行使國家主權的唯一合憲機構。這種理解在本文被假定正確，而人大行使主權的主要方式就是制訂有關法律或地方性法規（以下統稱為「人大立法」）。如果現在允許一個獨立的機構對人大立法進行憲政審查，是否表明審查機構「篡奪」了人大所行使的主權？仔細推敲起來，這個問題其實並不存在。首先，人大所行使的並不是原始意義上的「主權」，而是由人民委託行使的「主權」。人民具有國家的全部主權本，並不表明人民不能通過憲法把部分主權委託其他機構行使。因此，憲政審查機構對立法的審查並不能被認為是必然侵犯了人民代表大會的權力，因為後者的主權是次生、甚至可能是有限的；如果獲得人民的憲法授權，憲政審查機構可以合憲地限制人大的立法權力，而這和中國的憲法制度並不必然矛盾。

其次，即使認為人大獲得了人民的全部主權，憲政審查也並不表明人大的「主權」必然受到了侵犯，因為修改憲法文字的權力最後掌握在人大代表手裏。憲法第64條規定，憲法修改由全國人大常委或五分之一以上的人大代表提議，並由全國人大「以全體代表的三分之二以上多數通過」。憲政審查機構當然不能明顯扭曲憲法的具體規定或立法的明確含義，但有時憲法條款過於寬泛或立法意義比較模糊，從而給審查機構的「創造性解釋」帶來了一定的自由度。在這種情形下，如果人大不滿意憲政審查機構對憲法的解釋，它可以通過明文修正而使憲法或立法條款更加明確，從而推翻審查機構的錯誤解釋。對於普通立法，這事實上是西方國家的議會經常採取的手段。如上所述，法國議會近年來就連續幾次通過修憲撤消了憲政院決定的效力。

因此，只要人大掌握着修憲的權力，那麼它就仍然掌握着最後的主權。儘管如果建立獨立的憲政審查機構，該機構和人大之間的微妙關係須要獲得妥善處理，但無論哪種憲政審查體制的建立，都不在根本上抵觸人大制度或人民主權原則。

五、司法審查制度的發展與現狀

我們看到，司法審查制度是實現憲政的必要手段。各國經驗表明，憲法沒有司法審查，就如同民法、刑法或行政法沒有訴訟一樣，規定得再完美也得不到有效實施。雖然司法審查確實存在「反多數主義難題」，但是這個難題並非不可克服，而和憲法完全不能實施的後果相比，司法可能濫用權力的後果顯得輕微多了。事實上，司法審查和民主不但沒有本質衝突，而且和民主共同發揮着抗衡專制的功能。憲法審查與民主政治之間的關係在民主國家裏特別重要，因為從事憲法審查的法官一般不是直接由選民產生的，但卻對立法的合憲性具有決定權，從而可能和人民代表所行使的權力發生衝突。這是為什麼雖然馬伯里決定早已確立了美國的司法審查制度，法官的作用卻仍然不斷受到爭議。不獨美國如此，所有具備憲法審查的憲政國家都分享着同樣的問題。

不誇張地說，20世紀是司法審查的世紀。²⁶ 據不完全統計，在目前180多個國家和地區的憲法（或基本法）文本中，已有近150個文本規定了某種形式的司法性質的憲法審查制度，而除了美國（1803年）、印度尼西亞（2003年）、阿富汗（2004年）、伊拉克（2005

26. 見以色列最高法院在1995年的里程碑決定：United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village, C.A. 6821/93, 49(4) P.D. 221 (1995)。

年)等極少數國家之外,絕大多數國家或地區的司法審查制度都是在20世紀建立的。²⁷ 如果說司法審查是憲法規定獲得落實的制度保障,²⁸ 那麼從憲法到憲政的根本轉變確實構成了20世紀不可逆轉的大趨勢,並且有理由相信這個趨勢將持續到21世紀。

1. 司法審查制度的歷史發展

然而,司法審查制度的發展並不是一帆風順的,而是經歷了漫長曲折的過程。自1803年的美國經典判例「馬伯里訴麥迪遜」之後,司法審查制度經歷了一個相當長的「休眠期」。在此後的一個多世紀裏,除了法國的持續和積極抵制之外,這項制度甚至沒有引起大多數國家的關注,以致在整個19世紀的絕大部分,美國可以說是實行司法審查的「孤家寡人」。在此期間,歐洲少數國家曾試圖移植美國模式。1789年7月11日,拉菲亞特(La Fayette)將美國《權利法案》的草案介紹到法國,開始了歐洲借鑒美國憲法的努力,但獲得成功的只有瑞士和三個北歐國家。1814年的挪威憲法沒有規定司法審查,但是自從1890年代開始,最高法院的判例肯定了司法審查。在1885至1930年期間,法院判決二三十項法律違憲。²⁹ 由於憲法文本沒有明確規定衡量法律合憲性的標準,法院只有發展不成文的憲法原則來約束立法。類似地,丹麥憲法沒有規定司法審查,但1921年的判

27. 張千帆:〈從憲法到憲政——司法審查制度比較研究〉,《比較法研究》,第1期(2008),頁72-86。

28. 參見張千帆:〈認真對待憲法——論憲政審查的必要性與可行性〉,《中外法學》,第5期(2003),頁560-580。

29. Louis Favoreu, "Constitutional Review in Europe," in Louis Henkin and Albert J. Rosenthal (eds.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* (New York: Columbia University Press, 1990), pp. 38-59.

例，審查了要求為了公共目的的財產徵收必須給予完全補償的法律，結論是法律並不違憲。1809年的瑞典憲法沒有規定司法審查，但在1964年11月13日的著名判例中，最高法院為了將憲法慣例轉化為成文法，打破了憲法沉默並行使了司法審查權。³⁰ 雖然1975年的憲法文本也沒有規定司法審查，但1978年議會通過的修正案最終明確規定了這一制度。當然，和美國相比，北歐國家的司法審查仍然是極為溫和並難得使用的。在瑞士，除了在聯邦審判庭（Federal Tribunal）直接提起訴訟之外，普通人一般也可以在普通法院申請審查。根據聯邦法律超越州法的原則，瑞士法官一般有權不適用違反聯邦憲法的州法。但在2000年修憲之前，瑞士的司法控制僅限於針對各州法律，而不能針對聯邦法律的合憲性。

在歐洲其他地域，美國模式可以說是遭遇了「滑鐵瀾」。在20世紀之初，羅馬尼亞和希臘法院都曾拒絕適用違憲法律，1911年的葡萄牙憲法第63條，明確授權法院不適用這類法律，但是這些制度並沒有持續下來。³¹ 在兩次大戰之間，歐洲各國也曾試圖移植美國的司法審查制度。根據魏瑪憲法第102條，1925年11月4日的帝國法院決定，判決普通法院具有司法審查的義務。然而，帝國法院卻從來沒有依據憲法而決定任何具體案件，除了有關平等權的有限判例之外，也沒有為個人權利提供任何保護。這種狀況即使在戰後也沒有改觀。1948–1956年之間，在憲政法院正式運行之前，意大利最高普通法院（Court of Cassation）實驗了美國模式，代行司法審查之職，但是終究功敗垂成。究其原因，首先是在此期間，歐洲國家的憲法並不是最高的法律。在法國第三共和時期，假如議會遇到法院的司法審查障礙，

30. Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* (Oxford: Clarendon Press, 1989), p. 134, n. 65.

31. *Ibid.*, p. 135, n. 67.

可以通過簡單多數再次肯定原先的立法；在德國魏瑪共和時期，根據憲法第76條規定的三分之二多數通過的法律，可以「實質性偏離」憲法規定並削弱基本權利，相當於在沒有明確修憲的情況下改變憲法。更重要的是，歐洲法院在傳統上就無權解釋憲法：「在美國，憲法是神聖的；在歐洲，『法律』——立法——是神聖的。」歐洲法官在心理上也不習慣行使司法審查所涉及的價值取向的準政治職能。他們一般是「職業」(career)法官，其職業訓練主要是在於立法的技術性而非政策性適用，而憲法的實施則比普通立法解釋要求更高的司法自由裁量權。³²這也是為什麼奧地利憲法之父凱爾森(Hans Kelsen)認為司法審查帶有立法而非純粹的司法特徵，因而美國模式似乎確實不適合歐洲國家的「胃口」。在凱爾森等人的倡導下，奧地利等少數國家在20世紀20年代前後實行了新的司法審查制度，從而開拓了目前世界通行的另一大司法審查模式，但是歐洲模式的確立和普及，還得等待法西斯統治和戰爭結束之後。³³

司法審查的長期沉寂是完全正常的，因為無論是歐洲還是美國模式，司法審查制度都是建立在政治民主基礎上的對多數主義(majoritarian)遊戲規則的一種「反動」。如果民主制度沒有真正建立起來，那麼這個國家的司法審查制度不僅存在阻力、缺乏動力，而且幾乎完全成了「無的放矢」——司法審查就是為了制約民主而設計的，因而必然會因為民主的缺位而失去存在理由。當然，有些民主國家未必感受到司法審查制度的絕對必要性，或者在權衡利弊之後選擇放棄之——例如1958年之前的法國和迄今為止的英國。其實英國只是沒有一部集中的成文憲法，只有分散而殘缺不全的基本法文件，但

32. Ibid, p. 45.

33. 參見凱爾森：〈立法的司法審查〉，《南京大學法律評論》，春季號（2001），頁1-9。

是並非沒有憲法性法律。³⁴ 然而，最高法的缺位，至少部分造成了英國沒有司法審查的事實；假如英國有一部成文憲法，那麼英國法院恐怕早已遇到馬歇爾法官在「馬伯里訴麥迪遜」中指出的問題：如果法官遇到他認為違憲的法律該怎麼辦？事實上，1998年的《人權法》已經體驗了這種困惑：一旦法律體系中出現了「基本法」，那麼某種程度的司法審查就是在所難免的。到目前為止，正如《人權法》的複雜機制所體現的，英國的司法審查仍然被議會至上理論限制着。英國等極個別例外表明，民主是司法審查的必要而非絕對的充分條件。

但我們可以肯定地說，沒有民主，司法審查制度注定建立不起來，即便一時建立起來也不可能穩固，更不可能發揮實質性作用。因此，在威權主義盛行的整個19世紀，大多數國家對司法審查制度的無動於衷是不足為怪的。事實上，即便在歐洲的先行者奧地利，司法審查也是曇花一現，很快為法西斯統治所湮滅。希臘（1975年）、葡萄牙（1976年）和西班牙（1978年）的審查制度都是在軍人統治垮台後才建立的。前南斯拉夫的司法審查制度，也是在脫離蘇聯軌道並獲得政治上的自治之後，才在1963年憲法規定的基礎上建立的。這些事例進一步證明，專制統治和司法審查是不能兼容的，政治民主是司法審查的必要（雖然未必充分）條件；要在世界範圍內建立起行之有效的司法審查制度，還有待民主化浪潮的到來。

在第二次大戰推翻納粹和法西斯統治後，司法審查制度引起了世界各國的普遍興趣，並在歐亞國家如雨後春筍般建立起來。這些國家的憲政革命之所以發生，是因為他們認識到憲法及其所保障的權利，只有在獲得司法機制的實施之後才能成為有效的法律，否則就難以遏止專制悲劇的重演。事實上，對於那些原先的非民主國家，建立憲法

34. 參見Dric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law* (Oxford University Press, 1998), pp. 26-34.

審查制度是解決社會危機、防止專制復蘇的最好辦法。因此，歐洲各國首先重建了其憲政體系。除了英國與荷蘭之外，西歐和北歐各國都建立了某種形式的憲政審查制度。其中北歐國家、希臘和瑞士採納了美國模式；奧地利（1945年）、聯邦德國（1951年）、意大利（1956年）、法國（1958年）、塞浦路斯（1960年）、土耳其（1961年）、南斯拉夫（1963年）、葡萄牙（1976和1983年）、西班牙（1978年）、比利時（1984年）和波蘭（1985年）等國，則選擇了歐洲模式。總的來說，這些國家的憲法審查是非常成功的。和法國憲政院一樣，它們都積極進入政治上敏感的領域，例如有關墮胎立法的合憲性、男女平等和社會福利問題。雖然判決結果各不相同，但是這些決定的共同之處，在於它們都體現了一定程度的司法能動性，並都對維持憲法的生命力作出了貢獻。作為英國殖民地，印度法院體系繼承普通法傳統。在1947年獨立、1950年立憲後，印度法院一直行使着司法審查權。

第二次大戰並沒有結束歐洲的所有專制，歐洲其他國家是等到政治體制的根本轉變之後才開始實行司法審查的。西班牙的弗朗科（Franco）革命是歐洲變革的一個先兆。1978年憲法建立了憲法審判庭（Spanish Constitutional Tribunal），1980年開始運行。法院由12位法官組成，由國王任命，其中國會（Congress）和參議院（Senate）各提名4人、內閣和司法權力委員會（General Council of the Judicial Power）各任命2人。憲法審判庭的管轄權包括國家機構之間的權力衝突、針對侵犯基本權利的行政和司法行為的私人訴願（amparo）、法院和條約的合憲性。適格提出合憲性審查的主體包括總統、50位眾議院或參議院議員、自治區政府或護民官（defensor del pueblo）。普通法院如果在訴訟過程中遇到憲法問題，也可以向審判廳提出。尤其在國家和自治區的權力平衡問題上，審判廳已經發揮了重要作用。私人訴狀制度則可追溯到阿拉貢（Aragon）王國時代，在19世紀為拉美各國所採用。西班牙1931年憲法也明確規定了這項制度。根據現行憲法，在

普通法院未能提供適當保護的情況下，私人可以請求其基本權利不受行政行為或司法判決的侵犯。私人訴願並不能直接要求審查法律的合憲性，但審查訴狀的分庭可以將有關法律的合憲性問題提交給全體法庭。由於當事人不信任普通法院能形成適當的憲法原則，因而私人訴願的提出相當頻繁，構成了全部案件的90%。

在歐洲憲政復興之後，司法審查制度——無論是歐洲模式還是美國模式——在世界各國逐步建立起來。首先，一些亞非國家逐步擺脫了殖民統治，並在建立獨立民族國家的過程中立憲。其次，到20世紀後期，前蘇聯和東歐國家通過政治改革完成了和平憲政轉型。和以往憲法革命不同的是，中東歐的憲法變革是以修憲形式開始的。例如在1989年，匈牙利修改了1949年憲法，轉變為一個多黨制議會民主和市場經濟國家。在理論上，1949年的匈牙利憲法仍然有效。波蘭的憲法改革也同樣始於1952年憲法的修正案。1985年，波蘭通過修憲建立了憲政法院，並於1989年進一步擴大了其審查範圍。1992年，波蘭因在立憲的一些根本問題上未能一致共識而通過了一部「小憲法」。只是到1997年，波蘭才通過了後共時代的新憲法。³⁵ 在某種意義上，這些國家以最溫和的修憲形式，包裝了最激進的憲法革命。與此同時，南非、韓國和中國台灣地區也發生了根本性的憲法改革。例如從1990年開始，南非白人政府出於內外壓力，和曼德拉（Nelson Mandela）領導的非洲國民議會（ANC）談判，最後同意授予有色人種選舉權，從而和平完成了民主憲政轉型。³⁶ 在所有這些國家或地區，司法審查制度必然是憲政改革的標誌性成果。發展到目前階段，

35. Wiktor Osiatynski, "A Brief History of the Constitution," *East European Constitutional Review*, 66 (1997), p. 6.

36. Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó, and Susanne Baer (eds.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials* (St. Paul, MN: West, 2003), p. 82.

世界上的憲政國家可大致分為三類：以美國為代表的具有連續和穩定憲政傳統的「老牌」憲政國家，以法、德為代表的憲政發展史上曾出現過中斷的「後起」憲政國家，以及以中東歐的後共產主義國家為代表的「新興」憲政國家。³⁷ 目前世界上絕大多數的司法審查制度，來自這些民主憲政的後起或新興國家。

道森等教授的《比較憲政》一書總結了目前世界上的四種主要立憲模式，大致對應着政治民主的不同發展時期。³⁸ 第一，在「經典時期」（18世紀末至19世紀），美國和法國通過革命或戰爭等暴力手段推翻舊體制，美國進而在有限的政治民主之上建立了司法審查制度。第二，在戰後時期（20世紀中期），德國、奧地利、意大利、日本等國在戰敗或外國征服下發生民主憲政革命，但是並非所有擺脫法西斯或軍國主義專制的國家（如韓國）都抓住了這次機遇。第三，從1978年的西班牙革命開始，主要在蘇東改革時期（20世紀末），前蘇聯、東歐、韓國等國家和地區通過政治改革完成了和平憲政轉型。最後，從戰後開始，諸如南非等一些亞非國家逐步擺脫殖民地位，並在建立獨立民族國家的過程中立憲。當然，立憲乃至司法審查制度的入憲，未必意味着憲政，某些缺乏憲政傳統的國家可能在立憲不久之後又回歸專制，而專制下的「司法審查」必然是徒具虛名的。但是司法審查制度的建立畢竟意味着憲政的希望，因而憲法文本仍然是司法審查研究的起點。

37. Ulrich K. Preuss, "Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe," in Joachim J. Hesse and Nevil Johnson (eds.), *Constitutional Policy and Change in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 95.

38. Dorsen et al. (eds.), *Comparative Constitutionalism*, pp. 72–73.

2. 司法審查制度的總體分佈

在目前收集的188個國家或地區的最新憲法文本中，有150個文本規定了某種形式的司法審查制度，加上美國、以色列以及三個北歐國家的司法實踐，司法審查在世界範圍的「覆蓋率」高達82%（見表4.1）。更具體地說，規定司法審查的憲法文本的國家比例在美洲、歐洲和非洲最高（分別為92%和89%），大洋洲其次（79%），亞洲最低（65%）。³⁹ 目前亞洲有17個國家、歐洲和非洲各5個國家、美洲和大洋洲各3個國家沒有規定任何形式的司法審查。⁴⁰ 在數量上，亞洲沒有規定司法審查的國家超過了其他四大洲同樣國家的總和。

總的來說，司法審查制度和地區的經濟發展程度與法治狀況，並不存在嚴格的對應關係。這項比較研究顯示，包括英國、荷蘭和新西蘭在內的某些發達國家也沒有規定司法審查制度。以新西蘭為例，1986年憲法沒有規定任何司法審查機構。1990年，新西蘭通過了《權利法案》，但該法只是列舉了權利條款。1993年的《人權法》及其修正案設立了「人權委員會」（Human Rights Commission）和「人權審查所」（Human Rights Review Tribunal），但並未授權這些機構審查立法合憲性的權力。雖然人權審查所帶有司法性質，其成員必須由法官擔任，但是其成員可以兼職並無限連任的規定（第100條），表明其獨立性是相當有限的。

39. 亞洲的比例因為分開計算中國台灣、香港和澳門地區而有所增加。如果不算這些地區，那麼司法審查的覆蓋率只有63%，勉強超過「及格線」。

40. 亞洲的17個國家包括：中國、伊朗、阿曼、卡塔爾、沙特阿拉伯、新加坡、越南、老撾、孟加拉國、朝鮮、印度尼西亞、約旦、馬爾代夫、緬甸、文萊、土庫曼斯坦、不丹。歐洲的5個國家包括：英國、荷蘭、安道爾、冰島、聖馬力諾。非洲的5個國家包括：坦桑尼亞、贊比亞、博茨瓦納、津巴布韋、幾內亞比紹。美洲的3個國家包括：巴哈馬、牙買加與秘魯。大洋洲的3個國家包括：新西蘭、圖瓦盧、帕勞。

另一方面，在憲法中規定某種司法審查制度的國家中，也不乏埃塞俄比亞、烏幹達、尼加拉瓜等相對落後國家，或像伊拉克與阿富汗這樣至今戰亂頻仍的國家。然而，儘管不少經濟和法治落後國家規定（但未必有效實施）了司法審查制度，沒有實行司法審查制度的發達國家卻僅限於少數例外。除了新西蘭之外，這些國家主要集中於歐洲，因而都受制於歐洲聯盟法院和歐洲人權法院的約束。因此，一個國家的憲法文本是否規定司法審查制度，和其經濟發展水平並沒有明顯的相關性。

表4.1清楚顯示，絕大多數國家的憲法文本都規定了某種形式的司法審查制度。至少在文本層次上，司法審查已經成為各國憲法的通例。當然，司法審查的入憲並非憲政的充分條件；事實上，它也不是嚴格意義上的必要條件，例如美國和北歐國家，就是在沒有憲法文本授權的情況下建立司法審查制度的，甚至像以色列這樣的並非嚴格意義上的成文憲法國家，最終也能行使司法審查權。然而，這些國家畢竟只是例外。對於絕大多數國家，司法審查的實踐離不開憲法文本的授權。

表4.1：司法審查制度的世界分佈（國家數量）

地理位置	司法審查/ 總數	分散審查制	集中審查制	混合制
亞洲	32/49 (65%)	18	13	1
美洲	31/34 (92%)	25	4	2
歐洲	39/44 (89%)	8	26	5
非洲	42/47 (89%)	13	28	1
大洋洲	11/14 (79%)	11	0	0
總數	155/188 (82%)	75	71	9

六、司法審查的模式

迄今為止，憲政審查在組織機構上無非採用兩種模式。第一種是馬歇爾大法官在1803年的馬伯里案中所創建的「分散」審查模式，其特徵是普通法院有權審查立法的合憲性。第二種是1920年奧地利憲法所建立的「集中」審查模式，即建立專門的「憲政法院」（Constitutional Courts）來審查立法的合憲性問題。以下我們分別討論這兩種模式。

1. 分散審查模式

在1803年的馬伯里案之後，美國確立了普通法院作為其司法審查機構。這裏的「普通」具有相互關聯的雙重意義。第一，它代表普通法（common law）體系。這是美國從英國所繼承的遺產。這個法系的特點是其一般性：和大陸法國家不同，普通法國家不按照實體領域劃分不同類型的國家，同一個法院處理幾乎所有類型的訴訟——民事、刑事或行政。第二，「普通」表示不為憲政審查設置專門的法院。馬伯里判決把憲政審查也納入普通法院的範圍。

這種體制的主要特點是其「分散性」，即任何普通法院都，可以和審理其他類型案件一樣審理憲法案件；要提出憲法申訴，公民不須要（也不可能）到專門處理憲法案件的法院。美國聯邦和各州都有自己的憲法和獨立的法院系統。和大陸法體系不同的是，普通法體系的法官享有個人發表意見的自由。在英國，如果案件由合議庭審理，那麼每個法官都將發表意見，並全部公開發表。因此，一個法院意見實際上是這些法官意見之和，獲得多數法官支持的論點勝訴。歐洲大陸則相反：法院發表一個不記名的統一意見，法官個人一般沒有發表意見的自由，因而人們了解不到法院不同意見的狀況。這大概是因為歐

洲大陸國家認為法院是一個機構，必須以統一的聲音發言，而不同聲音必然削弱法院的權威。法國至今仍不發表任何法院意見，德國憲政法院允許發表反對意見，但實際上這種情況很少出現。

在美國，馬歇爾首席大法官採取了一個折中方式：他把法院意見歸並為「多數意見」(majority opinion)和「少數意見」(minority opinion)，從此確定了美國案例法的模式。當然，近年來，法官們愈來愈多地發表自己的「贊同」(consent)意見，似乎有點復興了英國的傳統方式。所謂「贊同意見」，是指贊同多數意見的結論而非其依據，因而法官覺得有必要陳述自己的意見。多數意見所陳述的理由或「依據」(holding)具有法律約束力和先例效力，少數意見雖然同樣公開發表，但至多只能為以後判案起參考作用。什麼構成多數與少數，完全是由法院對具體問題的投票決定的。值得注意的是，首席大法官也和其他大法官一樣只有一票。因此，他完全有可能代表法院的少數意見。他的唯一「特權」是：如果他的意見屬多數意見，他有權指定某個法官（也可以是他自己）起草法院意見，而如何陳述多數意見達到其結論的理由與依據是相當重要的——畢竟，法院判決不只是一項決定，不只是一次簡單的權力行使，因為任何國家權力都必須符合合理性，民主制度下的司法權力尤其必須說明判決所基於的法律理由。

在歷史上，美國法院的少數意見對於法律改革發揮了重要的積極作用。在最著名的法官意見中，相當多的不是多數意見，而是少數意見。代表多數意見的一方雖然「贏」了，但歷史可能證明少數意見更具有說服力，因而最後採納了少數意見的建議。從理性的角度看，這是完全正常的。就和民主一樣，法院決定的多數主義只不過是一項合理而方便的規則；畢竟，根據孔多塞的「陪審團定理」，多數一般被認為比少數更有可能正確。然而，這種正確性只是概率高低而已，因而不可能受到絕對保證；事實上，由於任何人都會犯錯誤，任何由人

組成的機構都不可能保證「絕對正確」。法院或法院的多數意見也不例外。多數意見雖然比少數意見更可能正確，但它不可能壟斷真理；有時，真理確實可能「掌握在少數人手中」。在普通法體系中，少數意見和多數意見進行着一種平等與公開的對話。通過這種對話，少數意見的存在為法律的平穩變革奠定了基礎。

美國的司法審查體制帶有顯著的「美國特點」，因而不一定適合其他國家。無論馬歇爾大法官的論點如何雄辯有力，都不能改變一個基本事實，即對立法的司法審查在美國乃至世界憲政史上是一項開天闢地的創舉。在當時，這種創制行為只有在美國才可能發生，因為那裏不僅有一個在傳統上受到高度尊重的司法體系，而且這一體系的頂端——聯邦最高法院——在美國憲法中上升到和立法機構平行的地位（否則就很難解釋為什麼司法傳統更為悠久的英國直到前不久還在爭論着到底要不要一部《權利法案》）。另外，美國模式無疑是最古老的，並在修修補補之後一直延續到今天；且就和大眾政治的政黨模式一樣，起源於美國的司法審查對於社會與經濟發展發揮過巨大作用。但古老的東西總不太可能是完美的。至少在理論上，美國式司法審查存在着一些令人困惑的問題。尤其在歐洲大陸，法院的相對地位不如普通法國家那麼突出，且司法審查也確實可能和議會至上的民主原則相衝突，因此，美國憲政文化的特殊性，注定了司法審查體制不可能不改頭換面，就在歐洲大陸獲得「本土化」。

2. 集中審查模式

歐洲憲政必須具備適合自己體制與文化的獨特模式，這也是奧地利法學家凱爾森認為不能照搬美國模式的原因。凱爾森對美國模式的批評和對奧地利模式的說明，參見其經典論文：〈立法的司法審查——奧地利和美國憲法的比較研究〉。他從歐洲視角探討了美國司

法審查體制中所存在的問題，並用他對奧地利憲政的切身體驗說明了解決這些問題的途徑。凱爾森的反對意見主要是技術性的，例如美國的司法審查模式對法律的確定性產生不利影響、憲法訴訟對原告資格的要求過於嚴格、司法決定僅針對個案而不具備普遍性等，而他所設計的奧地利模式解決了這些問題。⁴¹

凱爾森的名字是和他首創的「純粹法學」緊密聯繫在一起的，⁴²但他同時又當之無愧地被譽為「奧地利憲政之父」。奧地利乃至整個西歐的憲政模式，基本上是按照他的理論構想發展起來的。從這個意義上說，即使稱凱氏為「歐洲憲政之父」也不過分，而他本人也一度出任過奧地利憲政法院的大法官。儘管「奧地利模式」生不逢時，誕生後不久就被法西斯政權所取代，且凱爾森最終也迫不得已流亡美國，它畢竟首創了歐洲的憲政審查模式，並且雖然走過了一大段彎路，它今天卻證明幾乎和美國的憲政審查模式具有同樣的生命力。

歷史證明，凱爾森的憲政理論具有相當超前的預見力。直到奧地利憲法制訂後半個世紀，法國才遲疑地放棄了對司法審查的敵視態度，致使它的憲政嘗試比德、奧晚了許多年，且法國對憲政審查的接受仍然是相當不徹底的，因為第五共和所建立的事前而非事後審查的獨特體制帶有某些根本的局限性。法國一直接受人民主權至上的理論，一度對美國的憲法審查模式不屑一顧，但美國憲政雖有種種不盡如人意的地方，總的來說還是一帆風順的。相比之下，歐洲憲政卻歷經坎坷。好在第二次大戰之後，歐洲——尤其是聯邦德國與奧地利——又回到了凱爾森當年提出的洞見，並經過憲政法院的不懈努力，到今天已發展出一個可以與美洲相媲美的憲政模式。閱讀凱爾森

45. 漢斯·凱爾森：〈立法的司法審查——奧地利和美國憲法的比較研究〉，《南京大學法律評論》，春季刊（2001），頁1-9。

46. 參見其經典著作，沈宗靈譯：《法與國家的一般理論》（北京：中國大百科全書出版社，1996）。

從美國對奧地利憲法構想的回顧，後人不得不驚嘆它和今天的運作何其相似。

3. 德國憲政法院

第二次世界大戰之後，聯邦德國的《基本法》採取了和大陸法特徵相一致的奧地利模式。《基本法》為起源於自身的憲政爭議提供了最終仲裁者——聯邦憲政法院。在通常的司法系統之上，《基本法》建立了獨立的憲政法院系統來專門處理憲政爭議。聯邦的每個州都有一個憲政法院，以處理涉及本州事務的憲政審查與司法審查。聯邦憲政法院是其最高上訴法院，並和政府的立法與執法機構同樣享有憲法地位。聯邦憲政法院的院長職位，僅次於聯邦總統、聯邦總理和聯邦參眾兩院院長。《基本法》第94條第1款規定了聯邦憲政法院及其組成：「聯邦憲政法院應由聯邦法官和其他成員組成。聯邦憲政法院的一半成員應由聯邦眾議院選舉，另一半由參議院選舉。他們不得是聯邦眾議院、參議院、聯邦內閣成員，或任何相應的各州政府機構成員。」

由於《基本法》只提供了一個結構輪廓，對組織與人事上具體細節之確定，被留待《聯邦憲政法院組織法》。1951年的組織法正式成立聯邦憲政法院。它詳細規定了聯邦憲政法院的雙庭結構及各自的管轄範圍、聯席庭的權力、法官資格、司法選擇程序，以及法官退休或撤換的條件。憲政法院分為兩個庭，並各自具有獨立的成員與管轄。第一庭（First Senate）專門處理政治中立的司法審查，聽取涉及個人權利的憲政申訴及其他法院提交的具體憲政爭議；第二庭（Second Senate）則專門從事憲法審查，以決定憲法政治機構之間的爭議，以及抽象法律審查。由於司法審查的案件數量佔據全部憲政爭議

的95%，第一庭的工作量過分集中，因而後來一部分司法審查案件被轉移到第二庭。

1962年之後，兩庭的法官數量固定為16名，每庭8名。組織法規定兩庭的法官皆由聯邦兩院聯合選擇；聯邦眾議院和參議院分別選擇每個庭的4名法官，並且兩院交替選擇每個庭的庭長。憲政法院的法官必須至少40歲，並具有被選為聯邦眾議員的資格。和通常法院不同，憲政法院的法官並非必須全部是職業法官。事實上，在每個庭的8位法官中，只有3名是其他聯邦法院的職業法官。但憲政法官必須通過兩次全國法律考試。法官的來源主要是聯邦法官、高級公務官員、聯邦議員和大學教授。一旦被選為憲政法院的法官，除了作為大學教授之外，法官在任職期間不得擔任其他專門職務。

和通常法官不同，憲政法官並非終身制。1970年的職務任期法規定，憲政法院的法官每屆任期12年，不得連任。獨任制和終身制類似，都是為了保證司法獨立性；假如允許連任，就會影響法官獨立，因為法官為了謀求連任，必然對受審查的立法網開一面，尤其是在立法者掌握着連任決定權的情況下。對於政治機構來說，連任制度有助於保證官員對選民負責，譬如議員一般都可以連選連任；美國總統則採取兩任制，而如果成功連任，某些「破罐子破摔」的總統在第二屆任期內充分行使不受嚴格約束的政策自由裁量權，而彈劾作為一種民主監督方式畢竟是「小概率事件」。不論如何，司法過程在本質上不同於政治過程，獨任制的作用正是在於保證法官在不受政治壓力的環境下公正審查立法的合憲性。

即使任期未滿，達到68歲的法官也必須退休。強制退休主要是為了防止法官老年化，儘管年齡可能確實和經驗與智慧成正比。在美國，最高法院的多數大法官，不能像奧康娜法官（J. O'Connor）或蘇特法官（J. Souter）那樣急流勇退，往往老死在任上；年紀大了，難免思想僵化、思維不敏，甚至神志不清。當然，「人和人不一樣」，有

的可能不到68歲已經老態龍鍾，有的則可能七八十歲還思維敏捷，因而「一刀切」的退休年齡未必適合每一個人。但是在統計意義上，大多數人的精神狀態還是服從一定的自然規律，法官也不例外。總的來說，獨任制比終身制更合理。

和美國憲法不同，《基本法》明確授予憲政法院以司法審查權；因此，後者無須像其美國同行那樣，通過開創性的案例來為司法審查權製造合法性。同樣，既然憲法明確授權憲政審查，憲政法院也不必避諱憲政問題，因而無須創造出「具體爭議」（case and controversies）或「政治問題」等法律理論來限制其自身權力。1951年的組織法明確規定：「聯邦憲政法院的決定約束聯邦和州的憲法機構，以及所有法院與公權力。」儘管司法審查和憲政審查都意味着對民主政權的控制與干涉，憲政法院的決定很快受到聯邦德國各級政府的普遍尊重。

《基本法》和組織法力圖切實保障憲政法院的獨立性，法院完全實行內部管理。法官受到普遍尊敬，不但享有崇高的社會地位，而且具有豐厚的職業收入以保障其經濟獨立。起先，在法院的人事和預算上，司法部長曾有一定程度的控制權。但在1960年，憲政法院取得完全獨立，以自行處理所有內部事務。1968年，聯邦議會通過憲法修正而非尋常地承認，即使在戰備狀態下，聯邦憲政法院仍然保持其獨立地位和職能。第115g條規定，聯邦憲政法院的憲法地位和憲法職能之履行不得受到削弱，聯邦憲政法院組織法的修改必須得到聯邦憲政法院的同意。

4. 法國的憲政院

法國也同樣沒有照搬美國的經驗。和受其思想影響的歐洲其他國家類似，法國並沒有採取美國由普通法院所實施的分散審查模式，而是按照凱爾森的理論建立了由專門法院管轄的集中審查模式。如前所

述，第五共和的一項創新是明確承認議會立法權的界限和內閣的立法作用，另一創新則是建立憲政院（Conseil constitutionnel）。建立憲政院的初衷是為了保持法國的三權分立傳統，並保證立法和執法機構在各自的權能領域內行動。憲法協商委員會在制憲討論中指出：憲政院是「公共權力和諧運作的基本要素」。更具體地說，憲政院的主要目的是審查議會立法的合憲性，以保證它們限於憲法第34條所規定的權能領域。但憲政院並非是審查合憲性的唯一機構，例如它無權審查內閣根據第37條所制訂的規章；後者屬國政院——而非憲政院——的管轄範圍。且和美國的普通法院或德國憲政法院不同，憲政院起初被認為無權審查立法對公民權利的侵犯。

由於憲政院是一個「院」（Couseil），既不是「委員會」，也不是嚴格意義上的「法院」（Cour）。在組成上，憲政院與第四共和的憲法委員會有些相似，它們都帶有顯著的政治成分。憲法第56條規定：「憲政院應包括9名成員，其職務任期9年，不可連任。憲政院成員的1/3應每3年更新一次。共和國總統、眾議院和參議院議長應各任命3名成員。憲政院院長應被共和國總統任命。在表決持平的情形下，他應投決定票。」為了提高憲政院的威望，第56條還允許法國前總統加入憲政院：「除了以上規定的9名成員之外，共和國前總統應終身是憲政院的當然（*ex officio*）成員」。但在實際上，只有第四共和的兩位前總統曾擔任憲政院職務，第五共和總統從未擔任這項職務；自從1962年以來，沒有任何法國總統參與憲政院的事務。因此，憲政院的9名人選現在完全由第56條的任命方式產生。另外，根據第57條，「憲政院成員不應兼任部長或議會成員」。因此，在1962年，蓬皮杜（Georges Pompidou）必須辭去憲政院職務才能擔任總理。1984年，德斯坦進入眾議院後也不能再保留憲政院職務。雖然憲政院並非嚴格的司法機構，憲法第62條規定憲政院的決定約束所有的政府組織，因而明確承認了憲政院決定的法律效力。

憲政院的職能主要體現於四個方面。第一，它首先是選舉法院，有責任保證政府機構的選舉正常進行。第二，在總統根據第16條行使緊急權力之前，憲政院應對行使權力的必要性提出建議。第三，在創立初期，憲政院的主要職能是控制憲法第34和37條所規定的立法與執法分權。最後也是最重要的，和上述職權相一致，憲政院負責審查法案的合憲性。在法案獲得頒佈之前，憲法指定的政府官員可選擇把法案提交憲政院審查，議會程序規則和組織法則在生效前必須經過憲政院審查。

根據第61條，提交審查的主體原先局限於共和國總統、總理、眾議院和參議院議長，但是1974年的改革，使得60名參議員或眾議員能夠聯名申請憲政院審查。2008年的憲法修正案改變了純粹的事前審查體制，首次承認公民附帶提起事後審查的權利。雖然無論就其政治組成還是判案方式而言，憲政院都不是普通意義上的法院，憲政院決定的法律效力受到第62條的特別保證：「被宣佈違憲的條款不得受到頒佈或貫徹。憲政院的決定不得被上訴到任何權力機構。它們必須受到政府權力機構以及所有行政和司法機構的承認。」

5. 審查程序

審查程序分為兩類：事前與事後審查。所謂「事後」審查，是指法案在正式通過後進行的審查；這時，審查的對象是已經生效的立法。「事前」審查則是指在法案生效以前即進行的審查，審查的對象一般是議會已經通過、但尚未正式生效的法案。世界上絕大多數憲政國家採取事後審查制，因而司法審查的對象是已經生效的法律。事實上，在個案訴訟中，法律生效是一個必要條件；否則，假如法律效力本身存疑，法案對公民權利還沒有產生任何可見影響，那麼不僅案件

在時間上尚未「成熟」(ripe)，而且原告也因為沒有受到實際傷害而缺乏適當資格(standing)。

然而，法國另闢蹊徑，採取了事前審查機制。除了決定選舉問題的職能之外，憲政院只能實行事前控制——而非普通法院通常實行的事後審查。如果法律未經挑戰而生效，那麼法律在生效以後就不能再受到憲政院的審查。這時，主要的補救辦法是通過議會自己修改立法。雖然2008年修憲為事後審查提供了鋪墊，但畢竟是通過間接提交，其有效性尚待觀察。因此，法國憲法審查的主要特徵仍然是事前審查，而事前審查必然意味着抽象審查。和普通法院不同，憲政院並不決定當事人之間的具體爭議，而是在法律實施前處理其有效性的抽象問題。⁴³之所以如此，至少部分是因為法國仍然恪守大革命的民主理念，堅持立法一旦通過就不得再受到司法性審查；否則，似乎就等於法國人一直十分警惕的馬伯里邏輯在法國最終勝利了。

和事後審查相比，事前審查有利也有弊。事前審查的主要弊端在於審查的抽象性，使得憲政院在缺乏具體個案背景的情況下作出合憲性判斷，因而在某種意義上發揮了立法者而非司法者的作用。另外，在法案通過之後、但生效之前提出憲法挑戰，在時間上顯得比較倉促；問題在於，某些法律的違憲性可能要在法律實施一段時間之後才能體現出來，而一旦法律生效後，似乎只有靠議會修改立法。事前審查的好處在於節省時間、提高效率，不會發生某些憲法案件可能一拖好幾年的情況。憲法第61條規定，憲政院必須在一個月的期限內作出決定，但是在內閣提請的緊急情形下，必須在8天內作出決定。最後，法國的處理方式固然限制了審查立法合憲性的時間範圍，但也確實有助於提高法律效力的確定性，避免了某些法律實施了好幾年乃至幾十年之後，才受到挑戰和撤銷的不合理狀況。

47. John Bell, *French Constitutional Law*, pp. 48–49.

七、司法審查的要件

1. 審查範圍

憲政審查的對象也具備兩類不同性質：具體（concrete）行為與抽象（abstract）行為。對於事前審查，既然法律尚未生效，因而不可能已經影響任何具體人的利益，法國憲政院對立法的審查必然是「抽象」的，而不是針對具體的人和事。事後審查則既可以是具體的，也可以是抽象的。由於對立法的審查是事後而非事前，可能已經影響了具體人的權益，因而審查可以是具體的，但抽象審查——針對立法本身而非其任何適用的審查——仍然是可能的。

美國聯邦憲法第3條把聯邦法院的司法權力，擴展到所有起因於憲法、合眾國法律或條約等案件，但聯邦法院並不能審理所有進入法院的案件：只有對在憲法與法律意義上具備「可審查性」（justiciability）的案件，法院才能行使司法管轄權。法院審查權力的局限主要體現於憲法第三章的「具體爭議」（cases and controversies）要求。顧名思義，要符合這一要求，爭議必須不僅是實在而非虛擬的，而且是具體而非抽象的。法院能夠審理的爭議必須具有確定原告和被告，原告具備合適訴訟資格並遭受現存的實際與法律損害，而且法院決定具有法律約束力。因此，法院不能應總統之邀，對法律議案的合憲性或合適性給予不具備約束力的「諮詢性意見」（advisory opinion）。

如果美國憲法只允許法院審查具體爭議，而法國的事前審查模式注定憲政院的審查只能是抽象審查，那麼德國《基本法》則同時兼容了兩種性質的審查。首先，《基本法》授權憲政法院受理公民提出的憲法申訴，而公民申訴必須是具體的。《基本法》第94條第4a款規定：對「任何人因宣稱其基本權利之一……受到公共權力之侵犯而作出的違憲申訴」，聯邦憲政法院第一庭皆有權決定。通過司法審查，

法院可以宣佈立法、執法或司法決定，因違反《基本法》所保障的公民基本權利而無效，並要求相應政府機構作出合適改正。第一庭對法律的審查權力，還包括各州憲政法院或其他法院所提交的「具體審查」（concrete review）。第100條第一款規定：

如果法院的決定取決於某項法律的有效性，且法院認為該法律違憲，那麼法院即應中止審判程序；且如果認為州法違反了本州憲法，那麼法院應交由該州對憲政爭議具有管轄權的州法院而獲得決定；如果認為法律違反了《基本法》，那麼法院應交由聯邦憲政法院以獲得決定。在〔法院〕認為州法抵觸了本《基本法》或聯邦法律的案件中，本章亦同樣適用。

抽象審查主要是憲政法院第二庭的管轄範圍。根據第93條第一款的規定，在聯邦政府的機構之間、聯邦和州政府之間以及政黨因被宣佈為違憲而引起的爭議中，第二庭負責解釋《基本法》有關條款的含義。第二款規定，第二庭還有權「應聯邦內閣、州政府或聯邦眾議院的三分之一成員之提請，對有關聯邦與各州法律是否在形式或實質上符合本《基本法》、州法是否符合聯邦法律的不同意見或質疑」作出決定。因此，在收到有關政府機構的申請時，憲政法院有權對法律作出具體或抽象審查。

2. 訴訟主體

由於憲法訴訟的被告一般只能是政府機構，這裏僅考慮訴訟原告問題。和審查性質與審查程序直接相關的一個問題，是究竟誰可以提起憲法爭議。事前審查還包含着一個限制，即在法律生效之前，由於它尚未影響任何具體公民的權益，因而普通公民一般不能作為挑戰立法的原告。事實上，如以上法國憲法第41和第61條所示，只有特定

的政府官員才能把問題提交憲政院審查，普通公民至今缺乏這項權利。在美國和德國，由於對立法的審查是事後而非事前，已經影響了具體人的權益，因而普通公民可以直接挑戰。如上所述，和美國類似，德國聯邦憲政法院可以審查直接由公民提出的憲政申訴。德國為此專門區分了「憲政審查」與「司法審查」：前者涉及到政府機構之間的爭議，因而只能由政府機構提出；後者涉及到政府機構與公民之間的爭議，因而只能由公民提出。事實上，這也是第一庭與第二庭的職能劃分：第一庭處理由公民提出的司法審查，第二庭則主要負責處理憲政審查。對於公民提出的憲法爭議，提出挑戰的個人一般必須具備適當的資格。

美國憲法中的「具體爭議」要求也包含了原告資格。除了案件必須是具體的（而不是抽象地針對立法本身）之外，訴訟既不能「太早」，也不能「太晚」；它必須恰到時機，才能符合「具體爭議」。首先，爭議必須「成熟」。因而如果某一州的法律禁止某類政治競選活動、或要求解僱宣揚暴力推翻政府的教師或強令政府職員永不支持共產主義，那麼在這類法律得到實施並給個人造成實際傷害或迫切危險之前，公民一般不能以違反憲法個人權利的受到挑戰。原告也不能提出已經「過時」（moot）的爭議。顯然，如果立法已經糾正了被宣稱為違憲的法律或對法律造成的個人損害給予補償，原告亦不能再以法律違憲為由起訴。如果法律造成的損害已經過去，那麼除非該法有可能在以後給原告繼續造成損害，原告一般不得宣稱該法違憲。最後，原告必須承受實際和法律損害，具備合適的訴訟資格。例如一般說來，原告不能以聯邦納稅人的身分，籠統地基於憲法修正案來挑戰政府的某項開支計劃。再如，要利用「法律正當程序」挑戰有損環境保護的政府政策，原告還必須證明政策對自身利益的實際傷害。

原「德州墮胎案」中化名「羅伊」（Jane Roe）的原告Norma McCorvey女士出現在反墮胎集會上。憲法訴訟也要求適格的被告，而

諸如關於墮胎的訴訟可能對原告資格限制過嚴，因為訴訟都須要經過一個周期，而很可能法院還沒有來得及開始審理，原告已經迫於法律壓力中止懷孕，因而法律爭議的事實消失了，或者說到審理的時候已經「過時」。既然對每個提出訴訟的孕婦都會產生同樣的問題，法院有必要放寬資格限制；雖然法律造成的傷害已經過去，但是既然未來還有可能對同樣婦女造成傷害，就應該認定其為適格原告。

法國直到最近，提起憲政申訴的權利才被「下放」到普通公民。事實上，制憲大會辯論最長久的問題，正是究竟何人有權提交。政府草案開始僅允許「四巨頭」提交：共和國總統、總理及參眾兩院的議長。司法部長和政府委員一致反對把這項權利授予公民。不但如此，有代表原先提議修正案，以允許兩院1/3的成員提交法案。這項提議的目的是保護議會少數派別的權利，因為法國的政治經驗表明，政府的執法和立法機構經常被同樣的多數派系所操縱。這項建議受到司法部長德布利（Debri）和一些學者的反對。德布利認為它違反議會政府的原則，並使憲政院不斷參與政治。泰特根（Teitgen）教授指出：如果允許少數派提交，那麼「每當法律導致激烈辯論時，反對派總會不失時機地把它提交憲政院；最後，有效政府將掌握在憲政院那批領取養老金的人手中」。因此，直到1974年以前，議會少數一直不能提交立法，提交權力的行使限於政府「四巨頭」。

1974年，新當政的德斯坦（Valéry Giscard d'Estaing）政府引入憲法修正，增加了第61條第2款，致使提交權利擴展到參議院或眾議院的60名議員。從此，議會少數派獲得了在憲政院挑戰議會法案合憲性的機會。此前，對於眾議院強加於參議院而通過的法案，只有參院議長才能提交法案。修憲後，參議院少數派無須說服其議長，即可自行籌集60人簽名並提交憲政院審查。皆可聯合其他黨派而提交審查。這項改革產生了巨大影響，並顯著增強了憲政院在法國政治中的作用。在1974年後，基於第61條第2款提交的法案數量劇增；80年代的憲政

院決定佔以往總數的60%以上，且其中超過3/4的受審查立法遭到推翻，87.5%法案的條款被要求作出修正。絕大多數對法案的挑戰來自少數派，且挑戰基礎不再限於第34條的機構分權原則，而是愈來愈多地基於基本權利等實體理由。結果，憲政院的職能獲得顯著擴展，這種結局和制憲會議的初衷大相徑庭。

2008年，法國再次修憲，終於打破了公民個人不能提出憲法訴訟的傳統禁忌。新增憲法第61-1條規定：「如果在法庭訴訟過程中有人主張立法規定侵犯了憲法保障的權利和自由，事情可以由國政院或最高法院提交給憲政院在確定的時間內決定。」換言之，公民可以在民事、刑事或行政訴訟中挑戰已經生效的相關法律的合憲性；下級法院並不直接審理憲法問題，而是將其轉交最高法院或國政院，由其在三個月內決定是否有必要提交憲政院審查。

因此，無論是分散式還是集中式，憲政審查的宗旨都是一樣的，即審查立法的合憲性。可以說，對於這個目的而言，法國獨特的憲政審查模式甚至比美國更為有效。幾乎所有重要或有爭議的議會法案都在生效前經過憲政院的審查，且被撤消的法案超過了提交的半數；⁴⁴ 相比之下，從新政以後，美國很少有聯邦法律被最高法院撤消。在這個意義上，法國自第五共和開創的司法審查實踐甚至比美國有效得多。

八、中國憲法審查模式之探討

1. 憲法解釋機構的性質

我們早先已經說明，憲法審查制度不僅對憲法效力來說是必要的，而且也符合中國憲法的基本精神。但它的引入會不會和中國目前

48. John Bell, *French Constitutional Law*, ch.1.

具體的憲法規定相抵觸？筆者認為，這確實是可能的，因而要求對現行憲法條款作出適當修正。中國憲法把憲法的解釋權完全委代給全國人大常委。憲法第67條規定，全國人大的常務委員會（「人大常委」）有權「解釋憲法，監督憲法的實施；……解釋法律」。如果引入新的憲法條款授權建立相對獨立的憲法審查機構，就勢必要妥善處理這一機構的審查權力和人大常委的解釋權之間的關係。要做到這一點並不困難。事實上，法治的基本原則要求制訂權和審查權相分離。

法治原則要求，「沒有人能做自己案件的法官」。我們只須要以行政訴訟為例，即足以說明這個道理：沒有人會認為，作出處罰的行政官員也應該是審查處罰決定合法性的法官，否則行政訴訟就完全成了多餘；由於每個人都「主要是自私的」，而行政官員當然會偏袒他自己的決定，因而必然不是客觀中立的審判官。只要行政權力仍然被要求符合立法的文字與精神，且只要行政決定並不能被假設一貫正確，就有必要使行政行為受制於一個中立的（即和行政官員及其行為沒有直接關係的）法官之審查。把這項原則用到立法領域，推理和結論都完全一樣：只要立法權力的行使仍被要求符合憲法的文字和精神，且只要立法者並不是一貫正確，那就有必要使立法行為受制於一個中立與獨立的法官之審查；否則，憲政審查就失去了實質意義。中國憲法把立法的解釋權與審查權全部授予人大或其分支，結果自然是使審查（甚至「解釋」）有名無實。

和法治一樣，憲政審查並沒有把審查權力留給立法者自己。法治的基本精神是他律。由於不信任行政官員——否則也就沒有必要實現法治，法治假定官員需要一種來自外部力量的制約；憲政則是對立法官員或多數力量的一種不信任——至少是不完全信任立法者自身的能力或良好意願，因而建立起相對獨立的司法性機構審查立法的合憲性。沒有獨立審查機構的約束，憲政在根本上就成了一種人治——而

這在邏輯上是前後矛盾的。因此，憲政審查離不開一個獨立於立法的國家機構。

可以論證，憲政審查機構在本質上應該是一個類似於法院的司法機構。這個機構最好是司法性的，因為解釋與審判本身主要是一項司法任務。正如馬歇爾法官指出，「闡明何為法律乃是司法部門的職權與責任」。並非所有的立法代表都精通司法解釋的技術，且即使精通，繁忙的立法事務也將使他們無暇顧及個案解釋與判斷；而把解釋權委託給其下屬的專業工作人員，又將產生非立法代表的解釋是否具備法律效力的困難問題。除了把這項任務通過憲法授權給一個相對獨立的憲政審查機構，似乎沒有更好的解決辦法。

2. 普通法院還是專門法院？

在形式上，中國建立了統一的「人民法院」制度，因而似乎類似於普通法國家；但由於法院內部分為民事、刑事、經濟與行政各庭處理不同實體領域的案件，中國的司法體制在實質上更接近於歐洲大陸的專門化法院系統。從這個角度來說，設置專門的憲法審查機構更為合適。尤其是憲法作為一門獨立的「法」，其發展也必須專門化，因而需要專門的機構來解釋憲法。

更重要的是，根據中國目前的人大代表制度，普通的法院已經被普遍認為在人大的領導與監督下工作，因而似乎不是適當行使憲政審查的獨立機構。《憲法》第124條規定，作為「最高審判機關」的最高法院的院長，由全國人大產生。第126條規定，法院依法「獨立行使審判權」，不受「行政機關、社會團體和個人的干涉」；但沒有具體規定不受人大的干預。事實上，第128條規定，最高法院向全國人大及其常委「負責」，地方各級法院則向「產生它的國家權力機關負

責」。人事任免權和負責制必然削弱了法院相對於人大的獨立性。同時，中國法院目前相對於人大的被領導地位，也使之沒有足夠的憲法權威來審查立法行為——被領導者當然沒有足夠的權力、信心和獨立性來審查領導者的行為，因而有必要建立憲法權威更高的審查機構。總之，和美國的普通法院審查模式相比，歐洲大陸的專門審查模式應更適合中國的現行狀況。

3. 「洛陽種子案」——中國司法審查的障礙

就目前來看，司法審查在中國還存在制度和觀念上的障礙。發生在2003年的「洛陽種子案」表明，在司法地位偏低的權力結構體系中，在崇尚通過政治和行政控制解決一切爭端的權力文化中，司法審查制度不可能自然產生，因而雖然以下問題的性質和馬伯里案類似，但是發生在中國的過程和結果都表明，中國法院不可能像馬伯里決定那樣通過機構衝突確立司法審查制度。

2001年，汝陽縣種子公司委託伊川縣種子公司代為繁育雜交玉米種子20萬斤。後來，伊川縣種子公司將種子按市場價轉賣他人，因而未能向汝陽縣種子公司如期履約。2003年，汝陽縣種子公司訴至洛陽中院，要求賠償。雙方就賠償價格和適用法律發生了爭議。原告主張適用《種子法》，以「市場價」計算，要求被告賠償其損失70萬餘元。被告則主張適用《河南省農作物種子管理條例》，其中第36條規定農作物種子必須由政府定價，而以「政府指導價」計算，被告只須要賠2萬餘元。⁴⁵

49. 參見郭國松：〈法官判地方性法規無效：違法還是護法〉，《南方周末》（2003年11月20日）。

由助理審判員李慧娟擔任審判長的合議庭支持了原告的訴訟請求，判決被告賠償原告經濟損失近60萬元。法院認為，自從《種子法》於2000年12月實施後，原來由政府壟斷和限價經營的農作物種子，全部轉為市場調節。儘管《種子法》對農作物種子的價格沒有具體規定，但其立法精神是種子價格應由市場調節，這也是《價格法》早已確立的原則。判決書中指出：

《種子法》實施後，玉米種子的價格已由市場調節，《條例》作為法律階位較低的地方性法規，其與《種子法》相衝突的條款自然無效。

如果假玉米種子給農民造成損失，如何計算賠償？計算標準究竟是《種子法》規定的「市場價」還是河南省種子條例規定的「政府指導價」？在「洛陽種子案」，這成了一個問題，而在賠償標準背後是《種子法》與河南省種子條例之間的法律衝突。

由於涉及法律適用問題，合議庭將審理意見提交審判委員會討論，會上並沒有人提出異議。不料，這一似乎不起眼的判決卻觸怒了制訂條例的河南省人大常委會。常委會第24次主任會議認為，洛陽中院判決的「實質是對省人大常委會通過的地方性法規的違法審查，違背了中國人民代表大會制度，侵犯了權力機關的職權，……是嚴重違法行為」。

河南省人大常委會分別向省高級法院和洛陽市人大常委會發出上述「通報」，要求省高院對洛陽中院的「嚴重違法行為作出認真、嚴肅的處理」，並請洛陽市人大常委會「糾正洛陽市中級人民法院的違法行為，對直接責任人員和主管領導依法作出處理，通報洛陽市有關單位」。根據省、市人大常委提出的處理要求，洛陽中院黨組於11月7日作出書面決定，分別撤銷李慧娟的審判長職務和當時受委託簽發判決書的一位副庭長的職務，並免去李慧娟的助理審判員資格。只是在全國輿論壓力下，洛陽才撤回了免職決定。

其實，即使假定洛陽中院錯判了，它也未必違背了憲法規定的人民代表大會制度，「侵犯了權力機關的職權」或構成「嚴重違法行為」。作為不同級別的代議機構，河南省人大常委會更無權要求洛陽市人大常委會「糾正」法院的「違法行為」，並「對直接責任人員和主管領導依法作出處理」。作為代議機構，人大也不宜直接干預司法判決，因而不僅省人大無權要求省高院對洛陽中院的「違法行為」作出「處理」，而且除了通過法律規定的上訴程序之外，省高院和市人大都無權處理中級法院的「錯誤判決」。「洛陽種子案」的處理方式表明，在權力金字塔中，司法即使在其職權範圍內的發揮空間也是相當有限的。

雖然「種子案」不直接涉及憲法，但是它在本質上是和馬伯里決定一致的。「種子案」本身不是一個性命攸關的大案，但是已經涉及許多重要的憲法問題——中央立法和地方立法的關係、地方法院和同級人大的關係、上下級人大的權力關係以及究竟是「人大」還是「法大」的問題。按憲法規定，河南省人大常委會本來是由河南省人大選舉產生，而省人大又是由洛陽市等下級人大選舉產生的，應該對它的選舉機構負責，但是實際上卻成了它們的「上級領導」。「種子案」顯示，一旦這個「領導」解釋自己制訂的法規，立法權和司法權以及行政命令權的高度合一，會給法治帶來什麼。難道我們還應該堅持人大釋法或釋憲的集權模式嗎？難道「種子案」的人大權力濫用還不足以顯示，中國須要建立一套相對獨立的憲法和法律解釋制度嗎？

九、憲法解釋的方法

既然憲法是「法」，那麼憲法條款就必須和普通法律一樣獲得解釋。因此，憲法解釋也適用普通法律的解釋方法。當然，憲法有其不

同於普通法律的特殊性，因而在解釋過程中有時須要不同處理，但這並不能否定憲法和普通法律之間的共性。在解釋方法上，憲法也同樣適用普通法律的四種解釋方法：文字（textual）、結構（contextual）、歷史（historical）和目的（teleological），現分別介紹如下。

1. 文字

和普通法律一樣，憲法解釋的起點也是條款的文字。如果條文的含義是明顯的，解釋便到此為止。例如美國聯邦憲法第1條第2款規定：只有「達到25歲年齡，並至少有7年是合眾國公民」，才能被當選為眾議員；中國憲法第60條規定，全國人大「每屆任期5年」，等等，都是含義非常明確的條款，無需複雜的解釋技術。法律實證主義者主張從文字的通常意義着手，尊重立法的明確意志，從而避免法官通過憲法解釋而注入自己的觀點。

中國憲法第79條規定，國家主席必須「年滿45歲」；美國聯邦憲法第2條第1款規定，總統必須「達到35歲，並有14年是合眾國內的居民」。這些規定本身都是非常具體明確的。

2. 結構

《權利法案》共十條，其中第一修正案以「國會不得」開始，被認為決定了整個「權利法案」的性質和適用範圍。但文字解釋經常難以奏效，因為條文的含義往往並不那麼清楚。這對憲法而言尤其普遍，因為憲法條文要比普通法律更為抽象、概括。這時，訴諸於憲法文件的整體結構可能會有所幫助。有時就孤立來看，特定條文的意義本身並不很清楚，而從整個文件的上下文來考察，可以幫助澄清條

文的含義。例如美國憲法第五修正案規定：任何人「不得不經由法律正當程序，即被剝奪生命、自由與財產；私有財產不得未獲公正補償即遭徵用（taking）」。這裏並未說明「剝奪生命、自由與財產」或「徵用」私有財產的主體，因此這項修正案究竟是針對聯邦政府還是各州政府，還是同時針對兩者？單從第五修正案本身，答案並不清楚。但第一修正案規定，「國會」不得侵犯宗教信仰與言論自由，而它是和第五修正案作為《權利法案》一起通過的。因此，結合第一修正案，第五修正案所針對的侵權主體就清楚了：它們都只是針對聯邦政府，而不是各州政府。

在特殊情況下，文字解釋會因特殊困難而不可行。例如歐洲共同體條約是用好幾國語言寫成的，條約文字在翻譯過程中難免有欠準確；另外，共同體條約、規章和指示中有許多條款包含廣義措詞，使得嚴格的文字解釋難以奏效。根據結構解釋方法，每一項共同體的法律條款都必須根據其上下文及法律的整體結構而獲得一致解釋。中國憲法的主要適用對象是漢族，因而一般沒有這個問題。但假如一個藏族公民基於憲法的藏文版本而提出自己的權利，這就有可能和漢文版本不一致，因而仍然存在着解釋問題。不論如何，這些都是單純依賴憲法條文所不能解決的問題，而結構解釋方法可能會有所幫助。

3. 歷史

條文和結構都是從憲法文本的客觀含義出發，注重憲法當時的靜態意義。即使把這兩種方法結合起來，也並不能解決所有問題。事實上，一些最重要的憲法條款並不能如此獲得解釋。例如上述美國憲法第五修正案中「正當程序」指的是什麼？它是不是要求國會通過規定最高工時或最低工資，限制僱主與僱員之間簽定合同的自由？是否意

味着不得禁止墮胎？這無論從文字和結構上看都不清楚。最顯然的例子是憲法第一章第八節規定，國會有權調節「州際貿易」，而「州際貿易」不是一個固定的概念，而是隨着社會與經濟的發展而不斷擴大的範疇。因此，憲法解釋還需要更多的指導，而一項很重要的指導就是特定條文的歷史含義。這其實也是普通法的基本精神：除非被證明顯然不合理，過去的解釋應該約束未來的判決。

歷史主義者強調條文在制訂時所具有的含義，並認為條文的原始意義仍然約束今天的解釋者。在美國，歷史主義學派所主張的觀點也被稱為「原意主義」（originalism）或初衷主義（intentionalism）。它們要求解釋者必須把自己置於當時的環境與社會背景，設想制憲者在那種情形下會如何解釋特定的條文，並如實採用制憲者的意旨作為條文的解釋；由於解釋者無權制憲，他們也無權擴展條文的意義，或按照他們所理解的社會須要加以靈活解釋。因此，對於第五或第十四修正案中的「正當程序」條款，歷史主義者會堅持解釋者回到1791年通過《權利法案》或1868年通過第十四修正案的時代，問一問修憲者當時是如何理解這項條款的，然後如實適用之，而不要問如此適用是否會產生不良的社會後果或和現代精神相背離。因此，如果「正當程序」在1868年不會禁止政府對墮胎的限制，那麼今天也應採取同樣的理解。就和普通法律一樣，憲法的約束力正在於立法者的意志——在這裏是原來制訂或修訂憲法的立憲者的意志。

顯然，歷史解釋具有其性質所決定的保守性——簡單地因為它要求回到過去，並把過去的理解適用於未來。如果質問他們為什麼不能採取更「合理」的解釋，使過去制訂的條文符合今天的理解與需要，那麼他們會說這不是法官的任務，而是有權制憲或修憲者的任務。法官的解釋是主觀與任意的，他們並不是由人民選舉產生，因而也不能代表人民。如果人民確實要把墮胎變成一種權利，那麼他們就應該通過修憲過程把這種思想明確寫入憲法。因此，尤其在美國，歷史主義者經常以限制司

法權、提高立法權（或人民主權）的理由為自己辯護，儘管有保守主義傾向，但他們並不喜歡大眾過程所產生的許多決定。

歷史主義在美國代表着影響相當大的保守學派。相比之下，德國法學界似乎不那樣重視《基本法》的初衷。對於《基本法》的闡釋，締造者的設想至多是考慮因素之一，且文本的客觀意義明顯勝過締造者的主觀想法。在歐洲共同體法院，歷史解釋也不可行，因為產生共同體的官方文件往往或者不存在、或者未發表，這使得法院不能依靠這些原始文件來解釋條約的憲法基礎；另外，產生共同體立法的關鍵討論與交流通常在理事會和執委會之間秘密進行，從而使法院難以發現立法的真正意圖。因此，結構和如下所說的目的解釋，在法院決定中佔據首要地位。

歷史主義解釋是有前提的——因為制憲者或修憲者很可能早就不在人世了，解釋者不可能當面詢問他們。歷史解釋的前提是，具有充分的、有法律約束力的歷史資料。你想知道「正當程序」在1791年或1868年是什麼意思，或者說制憲者認為它是什麼意思，你必須具有當時在制憲或修憲大會上辯論的原始記錄，並指望從這些辯論中找出理解「正當程序」的線索。同樣，即使在今天，你想知道1999年中國憲法修正案中「危害國家安全」罪是否包括懲罰「邪教」，你也不太可能去逐個找到當時舉手通過這項修正案的全國人大代表；即使隨便找到一個代表問問，他也很可能會說他當時並沒有想過這一問題。這時你只有去找通過這項修正案的歷史：提議者為什麼要把「反革命」罪改為「危害國家安全」罪？他們在人大開會時如何解釋的？人大代表們是否提出過質疑或問題？有沒有對什麼構成「危害國家安全」產生爭論？最後哪些代表贊成這項修正案，且他們對這個概念的理解是什麼？等等。只有人大對這一問題曾進行過有意義的辯論、找到了人大辯論的詳細記錄並回答了這些問題——可能是答案相當難找的問題，歷史主義解釋才有可能。且為了使解釋具有公信力和說服

力，這些原始材料必須公開發表，使一般的人都能查閱並審查解釋是否準確、合理。歷史解釋的關鍵在於它要求比較完善的民主代議機制，以及公開與自由發表的信息，但並不是每一個國家都能滿足這些條件。

4. 目的

歷史解釋是嚴謹的，但也是困難的——不只是如上所述在技術上困難，而且經常是完全不現實的。這對於那些「剛性」憲法國家尤其是如此。歷史主義的目的是控制法官的自由裁量權，把決定憲法意義的權力留給由人民代表所控制的修憲過程。但如果憲法是極為「剛性」的，例如美國的聯邦憲法，修憲幾乎是不可能的；如果不能及時修改條文的意義，那麼或者就使得憲法規定不合理，或者使立法行為得不到有意義的憲法控制。不論如何，美國的最高法院一直沒有嚴格遵循歷史學派的主張而「袖手旁觀」。格雷教授曾指出，美國的最高法院對於公民權利的保護，制訂了許多重要案例，極大地拓寬了憲法對公民權利的保護範圍。這些案例法當然遠遠超過了憲法文字的含義，因而被某些法學家認為超越了法院的權力。然而，如果按照歷史解釋而取消這些「越權」的案例，就將表明美國公民要失去許多他們一直享受的權利（例如孕婦在第一個三月期內選擇中止懷孕的自由），而這顯然是不現實的。⁴⁶

因此，憲法解釋需要更寬鬆的指導原則。這項原則要求憲法解釋考慮有關條款所尋求達到的目標，以及從條款實施之日起的含義演

50. 參見奧康娜法官（J. O'Connor）在〈賓州限制墮胎案〉中的意見，*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791，見張千帆：《西方憲政體系（上冊·美國憲法）》，頁252-256。

化。在所有解釋方法中，目的性解釋是最為寬鬆的。用這種方法一般總能從原始條款中推演出法官所需要的現代含義，其效果既可能是擴充政府的權力——如「州際貿易」條款，也可能是擴大公民的權利——如「正當程序」。通過司法適用，憲法文本的含義隨着時代的發展不斷成長，原先一個個孤零零的憲法判例最終像一棵參天大樹那樣形成一個活的憲法體系。

在1833年的「碼頭淤泥案」中，馬歇爾法官的意見言簡意賅地運用了以上四種解釋方法。⁴⁷ 在該案中，巴爾地摩市為修築街道而改變了河流流向。分流導致大量泥沙淤積在原告拜倫擁有的碼頭，水深變淺令大多數船隻不能靠岸，因而使碼頭失去商業價值。拜倫宣稱，作為州政府的分支，市政府的措施構成了第五修正案意義上的私有財產徵用，因而要求公正補償。馬歇爾首席大法官傳達的法院意見否定了原告的要求，明確判決《權利法案》不能被用來限制各州政府。

十、法院與民主——司法審查的政治含義、問題及啟示

沒有司法審查機制，憲法就不能獲得有效的實施，就在實踐中失去了法律效力，因而就不能成為真正意義上的「法」。然而，如果司法審查對於憲法效力是不可少的，它也產生了獨特的憲法權力關係問題。這個問題在民主社會中是敏感的，因為從事憲法審查的法官一般不是由公民直接選舉出來的，而且為了保障其獨立性，審查過程在很大程度上隔絕於民主政治的壓力。因此，問題自然是在保證司法獨立性的同時，如何同時保證法官們在其職權範圍內適當行使憲法審查的權力。

51. *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243.

司法獨立是司法公正的前提，但兩者同時又可以是一對矛盾。這當然不是什麼新鮮的觀點，因為這對矛盾同樣存在於任何法治國家。但對於憲政而言，這對矛盾尤其突出，因為憲政的含義不僅是授權一個帶有司法性的機構去審查代表人民的議會所通過的法律，並撤銷它認為違憲的法律，而且這個機構的決定很可能是最終的。畢竟，法官也是普通人，且根據公共選擇理論的預言也有可能濫用自己的權力。

司法審查的問題於是就成為如何監督監督者。一方面，在憲政國家，法官（即從事憲法監督的司法性官員）監督着立法行為；另一方面，司法監督的權力本身也必須受到監督——通常是修憲或立法機構的監督。第二種監督的有效程度取決於憲法的修改機制：在「柔性憲法」國家，對審查機構的立法監督相對比較有效；在「剛性憲法」國家，立法監督則難以（甚至不可能）發揮作用。以下分別探討司法審查在這兩類國家的政治影響。

1. 司法審查的政治含義

在「剛性」憲法國家，司法審查權尤其受到爭議，因為既然憲法修正非常困難，但憲法有時又必須獲得修正以和時代保持一致，法院實際上成了修憲機構。尤其是在聯邦國家，修憲的權力往往不在中央議會那裏，而經由各州同意的修憲過程又極為漫長、困難。即使中央議會的絕大多數代表都不同意憲法審查機構的決定，它也很可能沒有能力糾正這項決定。這樣，憲法文字難以改變，但憲法文字的意義又必須隨着社會的發展而進化，因而需要審查機構對憲法條文進行靈活解釋。通過創造性的「解釋」，法院更新着憲法條文的含義，使憲法在外觀不變的情況下仍然「活着」。在這些憲政國家裏，對憲法解釋權力的監督基本上是通過解釋機構的自我控制，而控制力度部分取決

於司法解釋的方法，因為解釋方法往往決定了司法審查的自由裁量權之範圍。在上述四種方法中，條文與歷史主義方法比較嚴格，因而司法自由裁量權較小；結構與目的性解釋則比較寬鬆，因而對應着相對較大的司法權力。一般來說，只有寬鬆的解釋方法才能允許一部剛性憲法隨着時代的變化而成長。當然，這並不是說憲法解釋可以是任意的、而不受任何社會或政治控制；相反，法院對憲法的解釋必須獲得社會的普遍認同才能確立並生存下來。因此，剛性憲法的成長固然往往起源於司法解釋的創新，但畢竟脫離不了憲政文化的社會土壤。以下兩個案例清楚體現了美國憲法作為「活的憲法」是如何成長的。

第一個是司法失敗的例子，也就是最高法院對羅斯福新政的抵制。在19世紀末期，資本主義現代工業——尤其是電氣和鐵路——的發展，產生了全國性的、經濟規模，因此也產生了對全面政府調控的需求。一方面，龐大的企業和貿易規模往往超出任何一州範圍，使各州政府無能為力，只有聯邦政府才能有效調控現代經濟。尤其是在1929年的大蕭條之後，政府干預市場的需要體現得更為明顯。1932年，民主黨候選人羅斯福（Franklin Roosevelt）當選總統，開始制訂一系列立法以恢復經濟，從而開始了所謂的「新政」（New Deal）。然而，最高法院仍然念念不忘經典自由主義，試圖維持最少政府干預和財產權利不可侵犯的傳統觀念，並根據自身對憲法的理解來限制政府職能，因此接連宣佈聯邦和各州的經濟調控法律違憲。最高法院對新政的頑固抵制最終觸發了一場憲政危機。

在這個時期，法院約束聯邦政府的手段之一，就是對「州際貿易」的範圍給予狹隘的解釋，要求調控事項只和貿易「直接相關」，而不能擴展到州際貿易開始之前或結束之後的活動。為此，法院截然區分「貿易」（commerce）和「生產」（production）或「製造」（manufacturing）概念：州際貿易只限於和各州貿易直接相關的事項，包括直接附屬於商品的買賣和運輸，而不包括把材料轉變為成品的生

產製造過程。否則，國會不但可以調節貿易和製造業，也可以調節農業、漁業、股票公司和其他一切人類活動，其權力範圍就將變得漫無止境。

因此，在1935年的「謝克特家禽案」中，⁴⁸ 羅斯福政府的一項主要政策——《全國工業恢復法》（National Industrial Recovery Act）——受到挑戰，並因為超越州際貿易條款而被法院宣佈違憲。首席大法官法官休斯（C. J. Hughes）代表法院判決工時和工資對州際貿易缺乏「直接影響」，因此原告的企業活動屬聯邦無權調控的州內貿易。在遭到法院的一系列抵制之後，羅斯福總統終於提出了「填塞法院計劃」（Court Packing Plan），從而使最高法院和總統與國會之間的矛盾達到高潮。當時最高法院有6名法官超過70歲，而其中4名是「保守派」。羅斯福提議在9名法官之上，新增6名法官，美其名曰「幫助」法院處理案件，實際上是要通過任命新法官，使法院受控於支持新政的力量之手。法官們一致表示現行法院完全有能力處理案件，並不需要總統「幫助」。最後，鑒於它給三權分立原則帶來的明顯威脅，總統提議未能通過國會，因而沒有實現。不過在1937年的一個案例中，⁴⁹ 法院自行改變了態度，並在此後大大放寬了對政府經濟調控權的限制。憲政危機遂告結束。

第二個是司法成功的例子，也就是1954年的「校區隔離案」。在美國內戰結束後，蓄奴制被聯邦憲法取消，第十四修正案規定各州必須對所有人給予「平等保護」。然而，種族歧視卻以各種方式繼續變相存在着。種族歧視得以合法存在的一種方式叫做「平等隔離」，當時為許多州所採納。所謂「平等隔離」，主要是針對黑人的種族隔離政策，規定州內的旅店、列車、劇院等公共場所應把黑人和白人隔

52. *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 238.

53. *NLRB v. Johns & Laughlin Cp.*, 301 U.S. 1.

離開來，但為他們提供對等的設施，以避免公然違反第十四修正案的「平等保護」規定。在1898年的一個案例中，⁵⁰ 聯邦最高法院明確承認了「平等隔離」的合憲性，從而默認了州政府的種族隔離政策。在公共學校，州政府更是有恃無恐地採取種族歧視政策，授權白人學校拒絕接受少數民族的孩子。⁵¹

到了20世紀50年代，最高法院在沃倫首席大法官（C. J. Warren）的領導下活躍起來，並使第十四修正案的「平等保護」條款獲得真正的生命力。在1954年的「校區隔離第一案」（或稱布朗第一案），⁵² 最高法院終於宣佈各州對中小學實行的「平等隔離」政策違憲，從而推翻了半個多世紀前「車廂隔離案」的結論。「校區隔離案」是來自坎薩斯、南卡羅蘭納、維珍尼亞和德拉華四州的集體訴訟（class action）。它們共同的主題是：所在州的黑人公民起訴州法對中小學採取的「平等隔離」政策。在各州決定中，坎州和南卡法院認為隔離學校的設施已經「平等」，因而駁回原告要求；弗州和德拉華法院則認為設施尚有欠平等，因而弗州法院要求州政府實行進一步平等化，而德拉華法院則要求白人學校錄取黑人學生。所有州法院都維持了州法的「平等隔離」條款。但在沃倫法官的意見中，聯邦最高法院判決種族隔離是「內在不平等」的，因此必然侵犯「平等保護」原則：

我們現在考慮所提出的問題：即使物質條件和其他「有形」因子可能平等，在公立學校對兒童實行純粹基於種族的隔離，是否剝奪少數民族的孩子獲得平等教育的機會？我們相信這種隔離確實剝奪平等機會……純粹基於種族而把這些孩子和其他類似年齡與資歷的孩子隔離開來，將對他們在社團中的地位產生低

54. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.

55. *Gong Lum v. Rice*, 275 U.S. 78.

56. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483.

人一等的感覺，並可能以難以復原的方式影響他們的心靈和思維。……隔離的教育設施是內在不平等的。原告或其他處境相似的人，被剝奪了第十四修正案保障的法律平等保護。

在最高法院「取消隔離」（desegregation）的決定下達之後，全國各地反應強烈。在南部各州，法院決定的實施遇到來自政府和社會的巨大阻力。鑒於這些困難，最高法院於次年下達「校區隔離第二案」的決定，⁵³ 授權地區法院根據當地實情，採取合適步驟來逐漸取消隔離。在城市，由於黑白居民傾向於分別居住不同的區域，取消城市學校的隔離存在實際困難。為此，法院發明了獨特的「校車接送」（busing）系統，把居住不同地區的學生送出本地學校，從而打破了城市居住的種族隔離限制。和新政時期的「失敗」判例不同的是，雖然「校區隔離案」的決定也遭到了某些社會勢力的抵制，但歷史證明這項司法決定獲得了美國社會的普遍支持；事實上，它喚醒了公民對平等的意識，並為1960年代的公民權利運動奠定了基礎。

不過我們未必完全「以成敗論英雄」，因為雖然新政時期的司法決定在政治上是失敗的，但是這個過程未嘗不符合制憲者所設計的分權制衡的原意。新政確實是對美國憲法的一次根本修正，但是這種實質性修正並沒有經過修憲程序，因而最高法院作為憲法的最後守護者自然認為有義務維護憲法的傳統理解，至少要通過司法審查，讓國會和總統對其超越傳統憲法授權的措施三思而行。只是在經過和代表民意的政治分支不斷碰撞之後，最高法院在確定新政措施確實代表了受到普遍支持的未來趨勢之後才最後退卻。在這個意義上，新政時期的司法雖然不受社會歡迎，卻反而發揮了正常的消極功能。

57. *Brown v. Board of Education*, 349. U.S. 294.

2. 歐洲經驗及其對中國的啟示

如法國經歷證明，雖然對執法和司法決定的法律控制早已在法治國家得到確認，但對法院是否有權去審查代表人民意志的議會立法這一問題，至今卻仍富有爭議。儘管第五共和憲法和德國《基本法》都明確建立了憲法審查機構，因而歐洲憲政國家無須馬伯里式的傳奇就確立了憲法審查制度，但這類機構的權力範圍則仍然不斷受到爭議。由此可見，憲政與民主的關係並不是美國的特殊問題，而是憲政國家普遍存在的問題。這裏僅通過法國和德國的經驗，說明不同國家如何處理憲政與民主的辯證關係。

美國的司法審查之所以產生這麼多爭議，主要是因為聯邦憲法是一部相當「剛性」的憲法。對於「柔性」憲法，由於制憲機構能夠相對容易地改變憲法文字，因而司法審查不應和民主原則發生太激烈的衝突。「柔性」憲法一般和單一制國家聯繫在一起，因為在那裏，制憲機構一般就是中央立法機構，而中央機構的集中修憲過程總要比修憲權力被「下放」到地方的分散修憲過程簡易。法國與中國都是單一制國家，而其憲法都是屬「柔性」的，因而憲政審查制度並不和民主相矛盾。

我們已經看到，法國憲法的「司法化」並不是沒有經過爭論與抵制。然而，法國作為一個單一制國家的修憲機制，部分化解了民主與憲政的矛盾。法國憲法允許立法機構僅通過超多數程序就能修正憲法，從而有效防止了憲政院把自身意志凌駕於人民代表之上的反民主傾向。當然，這自然產生了憲法在什麼意義上高於普通法律的問題：如果憲法和普通法律的修改程序差不多，那麼當兩者之間發生衝突的時候，議會可以選擇修改憲法而不是法律。這在1993年確實發生了：在憲政院判決新移民法的幾項條款侵犯了1946年憲法前言之後，議會兩院以五分之三超多數成功修憲，明確允許移民法的通過，

因而壓倒了憲政院的憲法解釋。⁵⁴ 最後，也是最直接的，法國憲法的修憲頻率也充分體現出民選機構的作用：在密特朗（Mitterrand）任總統時期的最後18個月，法國一次就通過了三項修正案；而在希拉克（Chirac）就任總統的9個月內，議會已通過了兩項憲法修正案。⁵⁵ 法國的問題並不是憲法太穩定以致憲政院成了改變憲法實質含義的「超級議會」，而是它似乎太不穩定，立法機構可以隨時利用修憲去做它通過普通法律就能做的事情。

德國雖然也是聯邦國家，但是部分由於地域和政治傳統上的差異，其修憲程序要比美國簡單得多。如果不觸及第1條或第20條所定義的《基本法》核心，那麼只要議會兩院的三分之二多數通過立法，《基本法》無須經過各州議會的批准即可得到修正。在創立後不到半個世紀的時間內，《基本法》已先後經過不下80處立法修正，遠比具有200年歷史的美國憲法頻繁。這也意味着，如果德國的立法機構不同意憲政法院對《基本法》的解釋，它能夠通過非常立法程序來修改《基本法》之含義。因此，和美國憲法相比，《基本法》似乎更接近立法的法律，而不是法院的法律。一旦時代變化使得《基本法》的修正成為必需，德國的參眾兩院就可及時作出必要的文字修正，從而減輕了憲政法院通過司法解釋來擴充文字含義之負擔。

和法國、德國一樣，中國憲法也是「柔性」憲法，且並沒有任何不可修改的「永久性條款」，因而授權獨立機構依據憲法去審查立法並不表明該機構超越了人大的權力；如果相當多數的人大代表不同意該機構的結論，它可以簡單通過三分之二多數對憲法進行修正，或可

58. Susan Wright, "The French Conseil Constitutionnel and Constitutional Reform," *European Public Law*, 1 (1995), p. 23; Christian Dadomo and Susan Farran, *French Substantive Law: Key Elements* (London: Sweet & Maxwell, 1997), p. 155.

59. Susan Wright, "Constitutional Reform—Again," *European Public Law*, 2(1996), p. 344–348.

以在憲法中規定適當機制，以允許人大通過多數或超多數直接糾正審查機構的個案決定。通過修憲或其他機制，憲政審查既能保證人大立法的合憲性和權威性，又能保證人大仍然掌握最後的代議制主權，並及時糾正不適當的司法決定。

當然，矛盾總是會有的；任何機制都不可能消除人類所必然面臨的矛盾，迴避憲政審查也同樣是如此。憲政的宗旨是要使政治服從憲法，使民主過程受制於司法控制。這就決定了憲法是一部「政治法」，決定了司法性質的機構必須能夠干預民主政治，從而產生了司法過程所代表的精英政治和議會過程所代表的大眾政治之間的衝突，並有時表現為少數人權利和多數人利益之間的衝突。作為理性動物，人所能做的只是使不同性質的機構能夠相互控制，同時盡量減少制衡所產生的能量浪費與內耗。這表明議會過程完全不受控制或完全受制於司法控制，都是失衡的表現；更為合理的體制應該讓議會和它的審查機構進行一種有益的對話，其中司法性機構對立法行為有所控制，但立法最終還是能體現至少大部分公民的意志。

3. 司法審查與民主

自從1803年美國的馬伯里訴麥迪遜判決之後，司法審查就一直面臨着「反多數主義難題」。對很多人來說，司法審查不就是由不直接對選民負責的少數幾位法官，審查多數選民選舉產生的過半數議員所通過的法律，於是便指責司法審查是「不民主」、甚至是「反民主」的，而法國等國正是出於這個理由長期有意識地抵制司法審查制度。事實上，民主傳統最悠久的英國至今仍然堅守「議會至上」的陣地，拒絕通過成文憲法，司法審查當然也就無從開始。從表面上看，司法審查和民主之間似乎確實存在着難以調解的衝突，但是這種看法

其實是很短視的。我們習慣於看到美國等憲政發達國家談論司法審查的「反多數主義難題」，卻往往忽視了一個基本事實：司法審查和民主是高度重疊的——凡是有效施行司法審查的國家都是民主國家，而除了英國、荷蘭、新西蘭等個別例外，幾乎所有民主國家都採取了司法審查制度。在這個意義上，民主和司法審查就像一對形影不離、相互依存的共生體。不深入探討司法審查和民主的本質，就不能理解兩者看上去矛盾但是實質上統一的現象。

司法審查和民主的高度重合並不是偶然的，而是因為兩者在根本上都履行着同樣的基本功能——抗衡專制，只不過兩者的分工不同：如果說民主的有效功能是抗衡少數人的專制，那麼司法審查的主要功能是抗衡多數人的專制。專制獨裁是民主和司法審查制度的共同敵人；專制統治所到之處，不僅民主旗幟落地，司法審查制度更是首當其衝。1938年納粹佔領奧地利，不僅摧毀了那裏的民主政治，而且廢除了凱爾森首創的歐洲憲法審查制度。事實上，沒有民主，就不可能實行有效的司法審查制度；沒有司法審查，民主也難以鞏固。在第二次大戰推翻納粹和法西斯統治後，司法審查制度引起了世界各國的普遍興趣，歐洲各國迅速重建了憲政體系。只有在獲得司法機制的實施之後，憲法及其所保障的權利才能成為有效的法律，否則就難以遏止專制悲劇的重演。對於原先非民主國家，建立憲法審查制度是解決社會危機、防止專制復蘇的最好辦法。從第二次世界大戰結束後各新興國家的憲政轉型經歷清楚表明，司法審查和民主之間存在着高度依存關係，專制是民主和司法審查的共同敵人：希臘（1975年）、葡萄牙（1976年）和西班牙（1978年）的審查制度都是在軍人統治垮台後才建立的，前南斯拉夫的司法審查制度（1963年）也是在脫離蘇聯軌道並獲得政治上的自治之後才建立的。

1989年之後，東歐國家在經濟、政治、法律和社會等諸多領域發生了根本轉變。大多數轉型後的東歐國家制訂了新憲法，即便在原

來憲法基礎上修補補的國家也「舊瓶裝新酒」，紛紛實行政治民主，同時建立司法審查制度作為實現憲政的重要手段。東歐國家的經歷提供了最有說服力的證據，表明司法審查和民主不僅是完全相容，而且也是相互依存的。在東歐發生民主轉型之前，司法審查並不是一個可能的制度選項；轉型後，兩者同時成為這些國家最重要的憲法制度。雖然在實際運行過程中可能發生矛盾，但是兩者在本質上是相輔相成的：民主政治是司法審查制度得以確立的前提，司法審查則幫助民主鞏固深化，並防止民主本身所不能糾正的「多數人暴政」。兩者聯合起來，共同抵禦專制——不論是以多數人和少數人的形式。

東歐等國的憲政經驗消除了一個誤解：司法審查和民主是相互衝突的。從司法審查的歷史、功能和實踐來看，司法審查和民主之間的衝突只是表面的，而兩者在本質上都同樣履行着反專制職能——如果民主是為了抗衡少數人的專制，那麼司法審查是為了抗衡民主體制下的多數人專制。這是為什麼在幾乎所有憲政國家，司法審查和民主宛如形影不離的孿生兄弟。在這個意義上，司法審查和民主之間雖然存在一定的矛盾，但在本質上是一對相互依存、相互補充和相互制衡的共生體。

在這個意義上，司法審查和民主就好比一對矛盾中的共生體。司法審查制度依靠民主獲得存在理由：建立在政治民主基礎上的對多數主義（majoritarian）遊戲規則的一種「反動」；如果民主沒有真正建立起來，那麼司法審查制度不僅存在阻力、缺乏動力，而且幾乎完全成了「無的放矢」。司法審查就是為了制約民主而設計的，因而必然會因為民主的缺位而失去存在理由。反過來，民主政治過程也離不開司法保障。憲政要求民主過程受制於法律控制，從而決定了司法性質的機構有權力干預民主政治，具體表現為司法精英和大眾政治的衝突，或少數人權利與多數人利益之間的衝突。關鍵並不在於哪一個

部門在這個衝突過程中掌握最高權力，而在於建立積極有效的對話機制，使不同權力相互制衡。

由此可見，民主政治和司法審查之間的衝突完全是一個偽問題。民主保證多數人統治，司法審查則防止民主侵害少數人的憲法權利，兩者相伴而行才是「王道」。沒有民主，有效的司法審查制度必然難產一樣；沒有司法審查，憲法得不到實施，民主政治也難以依憲運行。那些以「反多數主義」為由指責司法審查制度的主張可以休矣，因為它只看到一個錢幣的一面，而忽視了其不可或缺的另一面。因此，如果說民主是浩浩蕩蕩的世界潮流，那麼司法審查也是一樣。這是為什麼世界上將近90%的國家或地區都規定或實施了某種模式的司法審查制度，即便非洲國家也不例外。當然，憲法規定了司法審查，未必表明憲法就能獲得有效實施；但是如果不規定或落實司法審查，那麼憲法將注定得不到有效實施，而且憲法本身也往往難以持久。要讓自己的憲法獲得實施及其應有的權威和尊嚴，中國唯有尊重憲政文明的基本規律，盡早開始施行某種形式的司法審查制度。

05

CHAPTER

第五章

憲法權利

憲政之所以重要，無非是因為憲法規定了諸多個人基本權利，而沒有憲政，所有這些規定都將落空，「權利條款」將只是一長串華麗辭藻的堆積。沒有憲政審查，權利就沒有實質意義；沒有承認並尊重司法決定的法治政府，憲法權利也不可能落到實處。因此，在論述憲法實施機制之後，現在有必要回歸憲法的本來目的——基本權利保障。

自美國、法國等發達國家立憲以來，憲法權利已經發展成一個龐大體系，因而有必要簡要探討權利的基本概念和理論基礎，包括：權利概念的歷史演變，不同屬性、權利的功能與分類，不同權利的存在理由以及保障形式。在所有權利當中，政治權利最為重要，因為沒有公民參與造成的政治壓力，政府就沒有必要兌現其他一切權利。雖然民主有可能產生「多數人暴政」，因而必須適當防範，但是民主又是現代憲政的基礎，民主政治是所有權利獲得實現的前提。

一、權利是什麼？

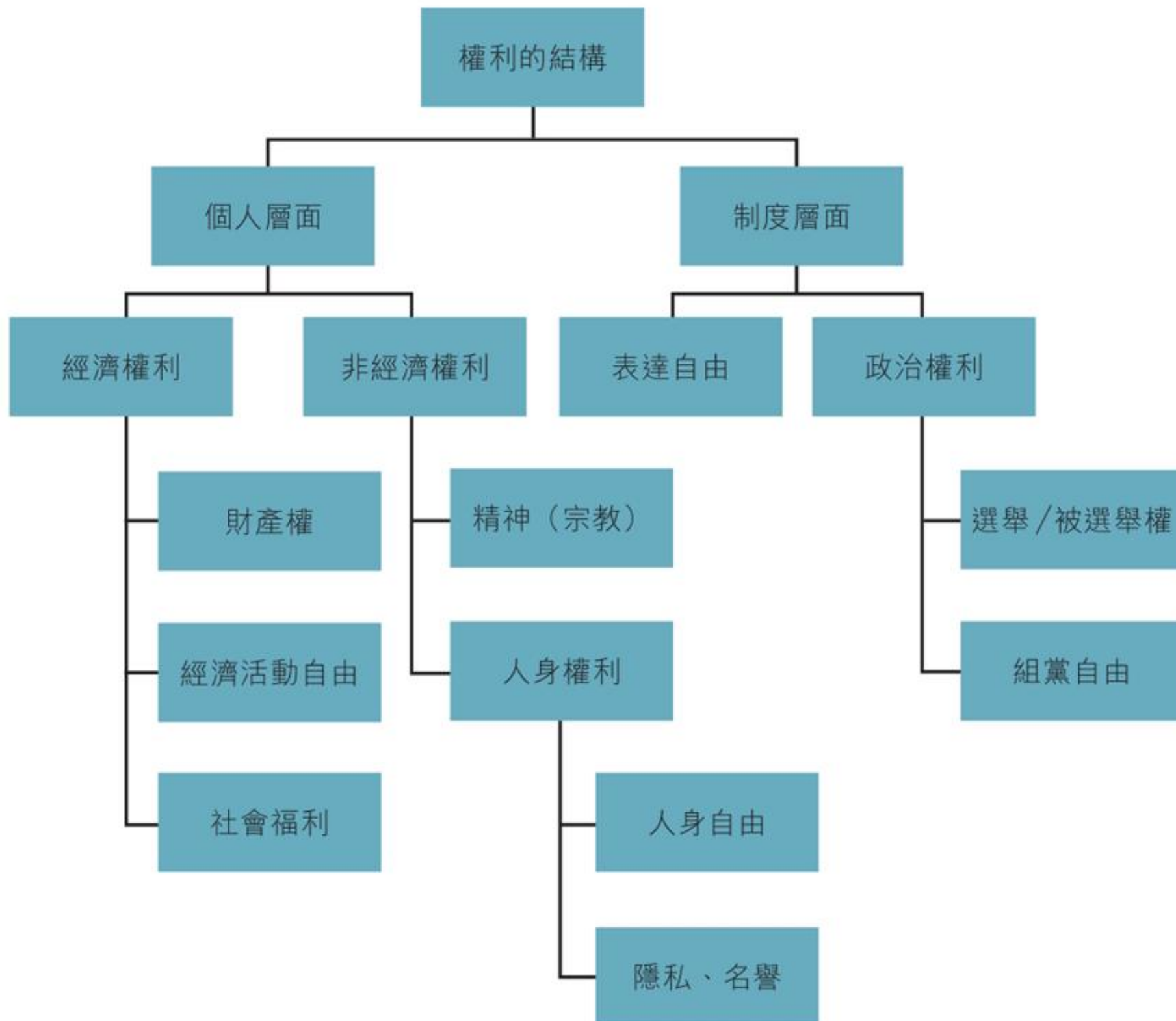
人的權利是多方面的，憲法對於權利的內容也最為豐富；事實上，它們是如此豐富，因而我們在這裏只能展現一個縮影。去翻一下任何西方憲法的教科書，你會發現關於基本權利的內容是國家機構所不能比擬的——不是因為關於國家機構的內容不重要，但個人權利是如此多種多樣，涉及的公民範圍是如此之廣，有資格提起權利訴訟的個體人數是如此之多，以致任何憲政制度所涉及到權利案件都將至少在數量上佔據絕對優勢。這和權利的基本性與重要性是相稱的。

國家制度可以各國有別，人的權利則是普遍並超越國界的。在最根本的意義上，中國人、美國人、歐洲人、非洲人都是「人」，都有作為「人」的基本特徵和需要，因而也都應該享有共同的基本權利。這並不表明權利沒有地區和文化差異，但一旦進入到「人」的核心，這些差異是次要的；在「基本」權利的領域內，共性佔據着主要地位。因此，和前兩部分不同，這部分區分不同類型的權利，但並不區分國家。當然，各國對同樣權利的處理可能有所不同，但它們只是體現了實現同樣目標的不同途徑。當我們談論中國公民的憲法權利時，美國、法國或德國法院對特定權利的解釋和決定，只是作為有用的參照而已。嚴格地說，並不存在中國的、美國的、法國的或德國的權利；「權利」總是共同的，儘管對它的理解可以有所不同。各國對權利的理論探討和實際保障，是對人權這一世界公共領域的知識體系之貢獻，是全人類的共同財富，因而也是中國憲政可以吸收的養料。這並不否認實現權利的歷史階段性，但如果目前因客觀條件的限制而不能完全實施某項權利，我們至少應通過比較，展望未來的發展方向。

「權利」是一個古老的概念，但人類對自身權利的自覺意識卻只是從近代才開始的。1776年的《獨立宣言》第一次向世界表達了人類對權利的嚮往：某些真理是不證自明的，但是人類明白這些「不證自明」的真理，卻經歷了一個艱難漫長的過程。因此，「人為什麼有權利？」或「人有哪些權利？」仍然是值得探討、須要回答的問題。

事實上，古代西方的權利資源並不比中國豐富多少。就和中國古代的「民主」並不是現代意義的民主一樣，西方古代的「權利」也不是現代意義的權利。英語中的“right”或拉丁語中的“jus”——更準確地應被譯為「正義」，也就是一個人得到其所應得的，因而從正義中可以衍生出現代「權利」的含義，即一人應被保障其所應該獲得的；然而，「正義」顯然不只是現代意義上的權利，而且還是一項義務，因為正義或正當表示一個人做其所應該做的事情，並且不得到超

圖5.1：權利的分類



過其應得的那部分利益。事實上，由於傳統道德哲學偏重義務，義務一直是「正義」的主要屬性。直到近代，正義一詞的含義發生了轉化，從而帶上了現代「權利」的意義。在現代自由主義的開創者霍布斯那裏，*jus*或*right*被用來專指現代意義的權利，也就是人應該享有的某種東西，因而正式和「義務」分道揚鑣。隨着現代自由主義對傳統價值的「顛覆」，「正義」這個詞匯的內涵也從義務過渡到權利。

取決於其作用和影響範圍，我們把實體權利分為兩大類：個人（personal）層面的權利和體制（institutional）層面的權利。體制層面

的權利又包括兩類：直接的政治權利（參政、選舉、政黨自由），以及和維持政治體制有關的更廣泛的「政治性權利」，包括言論、出版、集會、結社等在內的「表達自由」。個人層面的權利又分為社會經濟（socio-economic）權利，主要指財產權、經濟活動自由、社會福利、和財政資助相關的受教育權，以及除此之外的「非經濟權利」；而後者又包括宗教信仰自由、生命權、人身自由、住宅權、隱私權、名譽權、遷徙自由、信息自決權、刑事正當程序等人身權利。當然，如果一開始就分為經濟與非經濟兩大類，體制層面的權利也屬「非經濟」類型。

二、權利的屬性

「權利」（rights）這個詞可以從不同角度去理解。在抽象意義上，它是指正義或使法律帶上正義特徵的超然道德法則；在具體意義上，它是指人所具有的自由行動之能力。在規範意義上，它可以指人先於國家甚至社會而存在的一種不得剝奪之能力；在實證意義上，它可以指憲法或法律所實際賦予的能力。它可以是指一種提倡個人自由不受侵犯的理念或觀念，也可以指個體在某些方面的能力受到保護的實際狀態。權利和「自由」（liberty）經常被作為同義詞而混用，而自由既可以被作為一種不受外力拘束的狀態，亦可指一種不受阻礙的活動能力。在這裏，我們主要取後面這種意思。根據詞典定義，權利是「一人所具有的在國家認同並幫助下控制他人行為的能力」。¹

對於實證憲法學而言，「憲法權利」是指受到憲法規定的國家不可侵犯或有義務保護的一種活動能力；這種能力是否受到侵犯或適當

1. *Black's Law Dictionary*, 6th Edition (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990), p. 1324.

保護，受制於司法性機構的獨立審查，且如果它確實因國家侵犯或未能適當保護而受到損害，國家有義務提供適當的補救。因此，在更廣的意義上，權利也包含着保護權利（或自由）的制度。

以下討論權利的不同方面，包括權利主體的性質、權利的屬性，以及權利相對的承擔義務的對象、權利保障的範圍以及形式，並重點探討權利保障的一種形式——平等權——的含義。

1. 權利的主體——個體還是集體？

根據方法論的個體主義，我們主張享有權利的主體最終是個體，而不是集體；所有的集體概念——國家、民族、人民、社群或組織——最終都必須落實到個體頭上。我們說「中國」、「中國人民」或「中華民族」，無非是指這些概念所涵蓋的每一個中國人；失去了活生生的個體，空洞的集體或整體是不存在的——就和不存在沒有樹木的「森林」一樣。事實上，「權利」這個概念一開始就是作為個體不受集體侵犯的保障而發展起來的；失去了個體主義的背景，抽象地談論「權利」就失去了意義，甚至可能受到濫用，成為國家在高談「權利」的幌子下侵犯個人權利的藉口。

即便是「人民的權利」也要謹慎對待，因為抽象的「人民」是不存在的。事實上，一旦深入到「人民」這個概念的內部，我們立刻發現抽象地談論這個概念是多麼空洞甚至有害。「人民」並不是一個密不可分的整體，它由許多個體組成，而每個個體都有自己的愛好、需要和權利，且這些權利並不一定是一致的，而是經常發生衝突——這是現代社會的簡單現實。你的言論自由和別人的名譽權、僱主開除僱員的決定自由和僱員的罷工自由、工業發展的自由和居民對生存環境的權利，等等——所有這些「人民」或「公民」的權利都存在着至少

是潛在的衝突與對抗，而調整這些相互衝突的權利正是現代國家的任務。沒有任何一個黨派、組織或集團能宣稱它代表全體「人民」；由於「人民」的利益是分化的，即使由多數選民選舉出來的國家官員，也只能代表「人民」中的多數而不是全體；而「國家」不是別的什麼更神秘的東西，就是這些官員所組成的權力機構。空泛地宣稱「人民的權利」，除了作為一種宣傳的便利之外，不會帶來任何好處，但它確實可能麻痹人的警惕心，使人輕易忽視權利和權利之間的衝突，並在「人民」的幌子下犧牲社會某些群體的權利。

因此，尤其在處理一個國家內部事務中，諸如「人民」之類的集體概念顯得過分寬泛。只有在對外事務中，這類概念才可能有用。例如「中國」的發展權，是指中國在國際經濟秩序中獲得公平競爭與發展的機會之權利，這類「第三代權利」可以為中國政府所代表，並和其他國家的權利相對抗。在這裏，「中國的發展權」代表了每一個中國人的權利，假定他們之中不存在任何衝突。但即使在這裏，也以稱呼「中國人」的發展權更為適宜。

如果權利是屬個體的，什麼範圍的個體享有憲法所保障的權利？從表面上看，由於憲法帶有明顯的國家性，因而憲法權利似應限於組成國家的「公民」。政治權利確實如此，只有「公民」才有權利參與國家的政治和管理事務。因此，政治權利往往是和「公民權」聯繫在一起的。但其他權利和政治並沒有直接關係，而是應該被認為是作為人的一般權利，因而上述見解顯得過於狹隘。生活在中國的美國人或生活在美國的中國人，都同樣有義務遵守所在國的法律，並通過納稅、服務和交流等多種途徑為當地社會作出貢獻，理應獲得所在國法律——包括憲法——的保護，而不論是否是所在國的公民。無論憲法文字如何規定，現代國家的通例是非政治性的憲法權利——包括言論、新聞、集會、結社等具有政治含義的權利——同樣為生活在特定國家的所有人所享有；是否屬特定國家的公民，並不能成為享有這些

基本「人權」的先決條件。事實上，在某些國家，某些政治權利——例如地方政府的選舉權——也可以為生活在當地的外國人所行使。如下所述的某些「積極權利」可能例外，因為某些社會福利通常被認為只有公民才能享受。

在這個意義上，權利是一個率先國際化或全球化的概念。早在1789年，法國就制訂了《人和公民權利的宣言》(Declaration of Rights of Man and of Citizen)，明確區別了作為「公民」的權利和作為一般「人」的普遍權利。在宣言的17條權利中，只有兩條被限於「公民」：第六條規定所有「公民」都有權參與法律之形成，「所有公民在法律面前平等」，並根據能力獲得公共職位，但「法律必須對所有人一樣」；第14條規定，「公民有權通過其代表來決定公共捐獻的必要性」。因此，所有公民權都僅限於政治權利，其他權利則是對所有人一律平等的。根據美國憲法第十四修正案，法律的「正當程序」和「平等保護」也適用於所有人，而不僅限於公民。

相比而言，中國憲法中所定義的權利幾乎是清一色的「公民權利」。筆者相信，中國沒有任何意思要歧視生活在中國的外國人；事實上，許多中國法律都明確表示，除非法律特別規定，普通法律一般平等適用於境內的外國人或無國籍人士。（如《民法通則》第八條，《行政訴訟法》第70與71條，《國家賠償法》第33條）然而，在憲法觀念上，從「公民權」到普遍「人權」的轉變仍有待完成。

1952年「三反」、「五反」宣傳畫表明，中國憲法權利以往僅限於「人民」，而「敵人」、「反革命」或「反動階級」是沒有權利的，但是改革開放三十年已經徹底改變了這種思維。2004年修憲將「三個代表」理論加入憲法前言，明確宣佈執政黨應代表「最廣大人民的最根本利益」，表明執政黨已經拋棄以往的「鬥爭思維」。人權是普遍的，任何人都享有憲法權利。

2. 權利的屬性——積極與消極

如上所述，權利是指一種不受侵犯與阻礙的自由活動之能力。在這個意義上，權利有兩種屬性：積極的與消極的。所謂「消極」(negative) 權利，有時也被譯為「負面」或「被動」權利，是指個人不受國家或其他組織侵犯的自由。例如美國憲法第一修正案禁止國會制訂法律來剝奪公民的言論自由，就是一項消極權利。傳統的觀點認為，人原本有能力自由作為，例如發表言論、從事宗教活動、加入政黨組織、選擇並從事某項職業、簽定合同等等；但從事這些活動的自由可能受到政府的限制或剝奪，因而必須在適當程度上受到憲法的保護。消極權利就像一面盾，政府或法律所代表的公共權力(power) 就像一桿矛，權利之盾保護個人不受政府之矛的進攻與傷害。

所謂「積極」(positive) 權利，是指個人有向國家或他人索取財富、安全或其他利益的正面能力。例如中國憲法第45條規定「公民在年老、疾病或者喪失勞動能力的情況下，有從國家和社會獲得物質幫助的權利」。根據現代觀點，人並不是在所有情況下都能自由行動。這裏的自由必須受到廣義理解：它不僅是指人的身體或思想活動不受外力的阻礙，而是一種從事有意義、有價值、有目標的活動之能力；這類活動要求具備一定的外部條件，而國家的義務是為個人提供必要的條件以實現這種「自由」。例如人有創作的自由，但要有意義地創作，創作者必須受到適當的教育；任何人從事任何活動，都必須首先能夠正常地生存，而這意味着她必須獲得適當的食品、住宅、衛生、安全等生存條件；否則，這些條件不具備，也可以認為她被「剝奪」了從事活動的能力或自由。因此，如果憲法保障積極權利，公民就可以向國家索取食品、住宅、教育等利益。這時，積極權利好像是主動進攻的矛，其所針對的不是國家的侵犯行為，而是其不作為。

中國1982年憲法也規定積極權利。例如第42條規定：「公民有勞動的權利和義務。國家通過各種途徑，創造勞動就業條件，加強勞動保護，改善勞動條件，並在發展生產的基礎上，提高勞動報酬和福利待遇。……國家對就業前的公民進行必要的勞動就業訓練。」原則上說，如果有人失業或失去勞動能力，就可以向國家要求受憲法保護的權利。

最後應該指出，積極權利表面上為公民提供了更多的權利，實際上也為政府干預社會和經濟提供了巨大權力。美國的新政是一個典型的例子，它創立了龐大的行政機構，使美國從傳統的自由主義國家過渡到現代干預主義國家。中國也是這樣。以上的思考問題表明，要真正履行憲法所規定的正面義務，國家必須進一步擴大其行政管理能力，成立許多新的行政機構。同時，積極權利的實施經常較難判定，因而容易使規定流於口號與形式。事實上，世界上規定積極權利的憲法幾乎也都規定了公民義務。例如法國第四共和憲法前言第三條規定：「每個人都有責任工作，並有權獲得職業。」中國憲法也在多處規定了公民義務，尤其是第33條規定：「任何公民享有憲法和法律規定的權利，同時必須履行憲法和法律規定的義務。」由此看來，規定積極權利的憲法，未必比限於消極權利的憲法提供更多的權利或自由。

3. 權利的維度——經濟與社會

話說回來，「自由主義」(liberalism) 是一個很大的「口袋」，裏面裝着各式各樣的、有時甚至相互對立的東西。「經典」(classical) 自由主義以消極權利為主，其代表是亞當·斯密的《國富論》。² 這種理論主張經濟自由主義，強調市場的自由競爭，通過市

2. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (London: Penguin, 1986), pp. 109–121.

場這隻「看不見的手」來調節社會資源的分配，同時要求政府減少干預，因而也被稱為「放任自由主義」(*laissez faire*)。在18世紀的封建背景下，這種理論要求打破國家專制的桎梏，因而具有「自由」與進步意義。在今天，尤其在美國，經典自由主義仍然有相當廣泛的影響。國內最近時興的哈耶克(Friedrich Hayek)學說實際上是經典自由主義的現代代表。

但在第二次大戰前後，隨着福利社會的發展，經典自由主義反而顯得「保守」了，甚至經常被稱為「保守主義」——英國的「保守黨」所代表的就是經典自由主義立場。這一時期發展了當代或「新」(*new*)自由主義，其許多主張與傳統自由主義正好相反。新自由主義強調「積極權利」，因而主張國家應該積極干預，以實現公民自由的物質條件。更具體地說，在經濟領域內，新自由主義主張在保持現有所有制的前提下，實行大幅度的社會資源再分配，以促進社會平等，並為每個公民提供生存所必備的基本條件：食品、住房、工傷與失業保險、免費基本教育等。到20世紀70年代，新自由主義運動進一步要求國家清除環境污染，並保證工廠車間的安全與健康。這些要求使得政府的行政機構迅速膨脹，並廣泛干預各方面的社會事務。有的傳統自由主義學者甚至認為，所謂的「積極自由」其實是一種政府控制下的奴役，從「消極權利」向「積極權利」的過渡，意味着公民喪失而非得到更多的自由。³

總之，社會問題是多方面的，而在各個方面都會有自由與保守兩極之爭。我們大致能把這些問題分為兩個維度：經濟與非經濟（或

3. 對於經典自由主義的代表作，參見洪堡(Humboldt)的《論國家的作用》、哈耶克(Hayek)的《自由秩序原理》或柏林(Berlin)《對自由的四篇論文》：Wilhelm von Humboldt, *The Sphere and Duties of Government*, translated by Joseph Coulthard (London: John Chapman, 1854); Frederick von Hayek, *The Constitution of Liberty* (Chicago: University of Chicago Press, 1960); Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969).

「社會」)。在經濟維度上，經典自由主義主張放任自由的不干預政策；新自由主義則總體上贊成國家積極干預，以維護市場秩序並促進社會平等，因而相對「左傾」——後馬克思主義和「新左派」(New Left)，經常也屬這一行列。在社會維度上，經典自由主義，體現出傳統道德的保守傾向；新自由主義則支持各類「後現代」自由，包括個性解放、同性戀的權利、女性主義(feminism)運動等。當然，經濟和社會兩個維度的組合，還可派生出多種其他意識形態派別。

因此，以第二次世界大戰結束為分水嶺，第二代(積極)權利從傳統的消極(第一代)權利中脫穎而出。傳統憲法以消極自由為主，其前提假定是個人在不受政府干預的情況下，通過市場機制自由計劃安排活動；個人是有能力自給自足、獨立生存的主體，不需要因而也不允許國家干預。例如美國憲法和法國《人權宣言》不承認積極權利，強調「契約自由」不受限制。轉折始於1930年代經濟危機，它證明市場不可自我調節，以斯密為代表的傳統思維模式受到質疑。個人在社會面前是渺小的，缺乏必要的信息和彼此自動合作的能力，需要國家保護和管理。新的共識認為，自由市場的自我調節是一個神話，且加劇社會不平等，未必能保障生活底線，因而國家有義務提供。新政的共識在於，消極權利固然重要，但積極權利是有效行使消極權利的前提，否則只是空想。西歐社會主義思潮興起，在西方制度環境下轉化為社會民主，承認資本主義市場經濟，但要求平等。美國羅斯福任總統所簽署的《社會保障法》，成為新政成就的象徵。

第二次世界大戰之後，權利的憲政理論與實踐發生了兩個方面的轉變。一方面，在國內範圍，如上所述，發達國家從傳統的消極權利走向積極權利，主要是社會福利及其所附帶的其他社會經濟權利(如受教育權)，是為「第二代權利」(second-generation rights)。另一方面，在國際範圍，隨着各殖民地的相繼獨立和南北貿易交流的加深，各發展中國要求獨立自主、民族自決以及在公正的國際規則下生

存發展的呼聲愈來愈高，因而稍後又發展出「第三代權利」（third-generation rights）。

4. 權利的對象——絕對還是相對？

權利創造義務——如果有人享受權利，那麼就必然有其他人承擔義務；如果你有「言論自由」，那麼這就必然表明你的這項自由至少不能受到某些人的侵犯，這些人有義務避免侵犯你的自由。這些人就是你的權利所針對的「對象」，權利的對象就是承擔相應義務的主體。問題是這些人是誰？如果憲法規定你的言論自由不可侵犯，它究竟是指政府或某一類政府不可侵犯你的自由，還是指其他以私人身分的公民也不可侵犯？

所謂「絕對」（absolute）的權利對象，是指權利對所有人施加義務。因此，絕對的權利針對所有人，不僅禁止政府侵犯，而且也禁止任何公民私人或社會組織的侵犯。所謂「相對」（relative或qualified）的權利對象，是指權利僅對某些人施加義務，因而僅禁止這些特定對象的侵犯；「相對」權利是指權利僅針對某些對象存在，而不是像「絕對」權利那樣針對所有可能的對象而存在。注意這裏所定義的「絕對權利」或「相對權利」和某些其他作者的定義不同，⁴這些詞彙有時被用來表示權利的有限性或無限性。

一般而言，法律既可以規定絕對權利，也可以規定相對權利。法律人必須像德沃金（Ronald Dworkin）說的那樣，「認真對待權利」。⁵在法治社會，法律調整着人們的權利和義務關係，並將產

4. 比較許崇德主編：《憲法》（北京：中國人民大學出版社，1999），頁147-150。

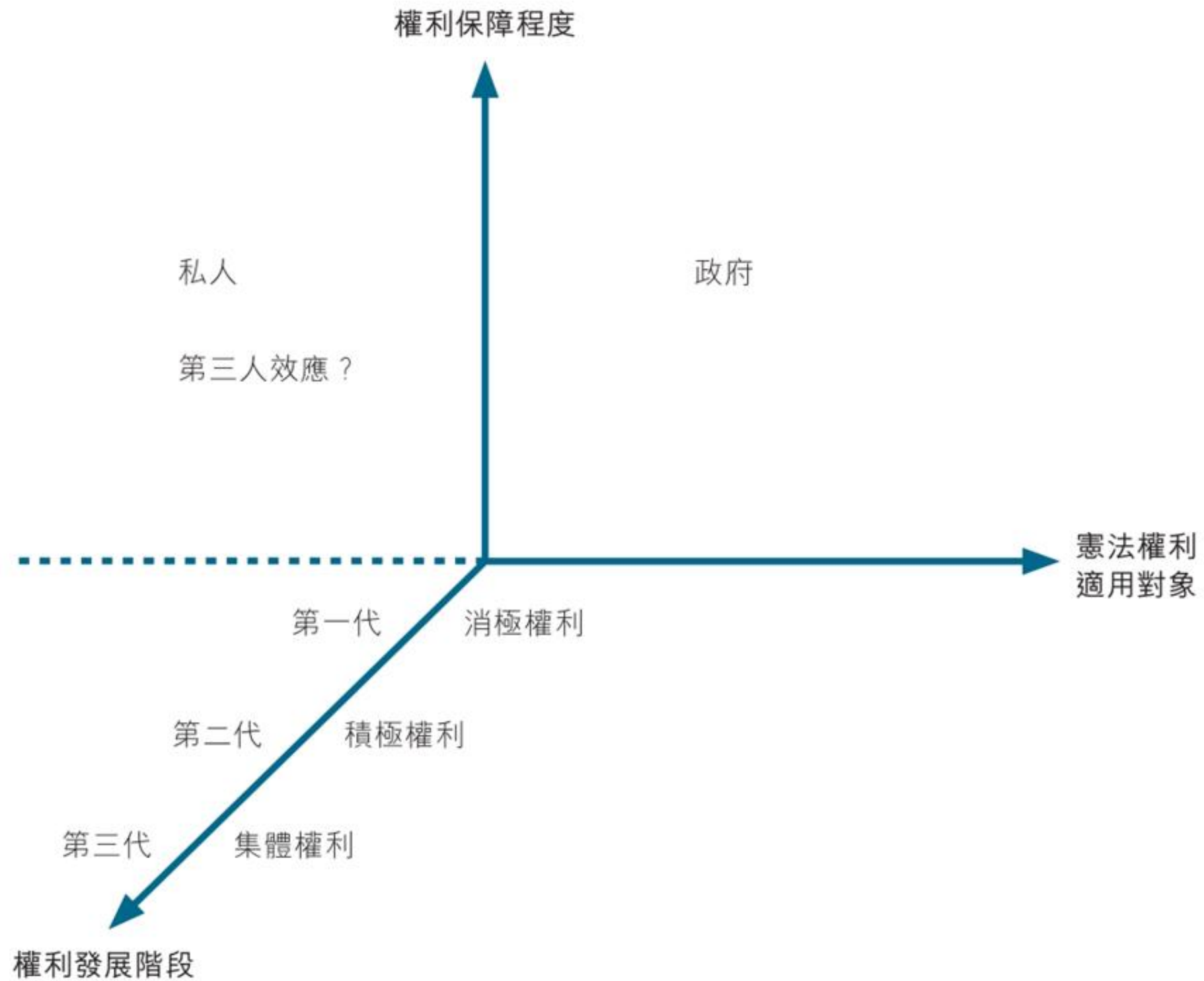
5. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge: Harvard University Press, 1978).

生實際後果；如果你所辯護的當事人誤認為言論自由是絕對或無限的，結果被控告損害了他人名譽，他可能會面臨相當一筆數額的賠償金——你能不認真嗎？法律一般並不創造無限或絕對的權利，否則「權利」就成了無法兌現的「無底洞」，就成了空洞的說教與口號；但憲法和法律的承諾是必須要兌現的，不然國家就失去了信譽，而「民無信不立」。因此，法律權利的適用範圍必然是有限的。

作為公法，憲法一般僅規定相對權利，憲法權利通常僅針對政府，而並不針對私人或非政府組織（政黨可能例外）。不但如此，在聯邦制國家，憲法權利可能僅針對中央政府而非地方政府，反之亦然。例如美國聯邦憲法第一修正案規定：「國會不得制訂法律，去涉及任何宗教組織或禁止其自由活動，或剝奪言論或新聞自由，或剝奪人民和平集會與請願政府給予伸冤之權利。」這表明第一修正案僅針對國會，而並不針對各州政府。譬如在1833年的「碼頭淤泥案」，聯邦最高法院將第五修正案對財產徵收要求的「公正補償」原則僅限於針對聯邦政府，地方政府並不適用聯邦憲法的這項原則。只是到20世紀初期，最高法院才通過第十四修正案有選擇地「吸收」《權利法案》中的最重要權利，使之也適用於各州和地方政府。即便如此，某些次要的權利並沒有被「吸收」，因而仍僅適用於聯邦而非各州，其中就包括第二修正規定的持槍權、第七修正案規定的民事陪審制度。

當然，也有某些憲法或憲法性文件也規定「絕對權利」。例如法國《人權宣言》第10條規定：「只要其表達並未擾亂法律所建立的公共秩序，任何人不得因其見解——即使是有關宗教見解——而受到恐嚇。」這裏的被動時態僅說明了權利的主體——「任何人」，但並沒有具體指明誰不得對見解的表達進行「恐嚇」。第11條規定：「思想和見解的自由交流，乃是最為寶貴的人權之一；因此，除了根據法律決定的情形而必須為這項自由的濫用負責，每個公民皆可自由言論、寫作並發表。」同樣，這裏也沒有說明誰不能干涉公民「自由言論、

圖5.2：權力的維度與限度



寫作並發表」。然而，法國的《人權宣言》在很長時間內都未能兌現，且即使在第五共和兌現以後，憲政院也沒有採取像宣言的文字那樣寬泛的解釋。

中國憲法幾乎所有的權利條款在文字上都是「絕對」的。例如第35條規定：「公民有言論、出版、集會、結社、遊行、示威的自由」，而並沒有具體規定這類自由不能受到誰的侵犯——如果你的家人阻止你上街遊行，你是否可以用第35條控告他們？第36條規定：「公民有宗教信仰自由。任何國家機關、社會團體和個人不得強制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧視信仰宗教的公民和不信仰宗教

的公民。」這一條明確規定信仰自由不得受到社會團體和個人的侵犯，因而似乎無疑是一項絕對權利。根據文字解釋，這些條款不但保障公民的權利，而且也對公民施加了不得侵犯權利的義務。但憲法作為「公法」的主要任務是防止公民權利受到國家的侵犯，因而其主旨是為公民授予權利而非施加義務。因此，中國憲法的「絕對權利」不應解釋為可被用來直接對公民施加義務，而只是在界定公民權利的過程中發揮作用。在操作上，權利應是「相對」的，僅限於針對國家機構的侵犯。

5. 權利保障的範圍——有限還是無限？

這個問題和以上問題相關，但性質並不相同。不論憲法文字如何規定，權利總歸是有限（limited）或有條件的（conditional）。所謂「有限」的權利保障範圍，就是指個人權利的範圍或空間具有一定的界限，超過這個界限就不受憲法或法律的保護。「無限」（unlimited）的權利範圍是指個人權利不受任何條件或界限的約束。這在實際上是不可可能的——即使是最基本的生命權都不是無限的，至少今天還有許多國家對嚴重危害社會秩序的行為處以死刑。憲法不可能保障無限的個人權利，因為人類社會的生存空間是有限的，因而一個人權利的膨脹必然遲早會影響到其他人的權利——經濟活動的自由可能會危及周圍鄰居的生存，言論與出版自由可能會損害別人的名譽，新聞自由可能會泄露個人隱私或國家機密，傳教的自由可能會妨礙他人不信教的權利，等等。根據平等原則，每個人都有權平等享受憲法賦予的權利，只要不損害他人的憲法權利與利益。因此，權利總是有限或有條件的——條件就是自己對憲法權利的享受不損害他人的憲法權利。這是任何憲法保障的邏輯要求。有關審查機構的任務，就

是通過解釋憲法條款，確定每個人的權利界限。即便宗教自由也是有限度的，並不保護宗教詐騙活動。2008年美國三男子假借宗教名義詐騙近7,000人，獲近億美元，結果被判決有罪。宗教自由顯然不構成有效辯護，因為以宗教為名的詐騙根本就不是宗教。1931年，美國黑社會頭目艾爾·卡彭（Al Capone）被捕入獄，犯罪團夥顯然不能用憲法結社自由保護自己。美國聯邦憲法第十四修正案規定，任何人不得不得經由法律正當程序就被剝奪生命、自由和財產。即便如此，生命權也不是無限的；只要符合「法律正當程序」，立法還是可以規定死刑。

有的憲法雖然沒有明確規定權利的界限，但法院一直把權利解釋為有限的。美國第一修正案規定了國會不得「剝奪」公民的言論與新聞自由，因而看上去是一項不受限制的權利，但聯邦最高法院從來認為這項權利是有限制的。有的條款表面上不存在限制，但權利的形容詞或前綴往往在解釋過程中發揮限制的作用。例如第八修正案規定：政府「不得要求過重保釋金，亦不得施加過重罰款，或加以殘忍與非常處罰」。其中「過重」就是一個須要解釋的限制；政府顯然也不是不可以加以處罰，而只是不得加以「殘忍與非常」的處罰而已。第五與第十四修正案規定，任何人不得不得經由「法律的正當程序」，就被剝奪「生命、自由與財產」。這項條款並不是說人對「生命、自由與財產」具有不可剝奪的權利，而只是對剝奪「生命、自由與財產」具有獲得「正當程序」的權利；只要政府的程序被認為是「正當」的，就可以剝奪「生命、自由與財產」。

有些國家的憲法則明確規定了權利的界限。法國《人權宣言》第4條明確規定：「自由在於能夠做不損害他人的任何事；因此，每個人行使自然權利的僅有限制是那些保證社會其他成員享受同樣權利之限制。只有法律（loi）才能規定這些限制。」德國《基本法》第2條規定：「只要不妨礙他人權利、不違反憲政秩序或道德，每個人都有

權自由發展其個性。每個人都有生命和人身完整之權利。個人自由不可侵犯。對這些權利之限制，只有根據法律才能加以實現。」因此，個人自由發展個性的權利，不得妨礙他人的權利或違反憲政秩序；個人對生命和人身的權利不可剝奪，但可以通過法律加以限制。第5條第1款對表達自由給予高度保護，但第2款規定：「根據普遍法律條款、為保護青年的法律條款及尊重個人榮譽之權利，上述權利可受到限制。」第5條第3款規定：「藝術與科學、研究與教學皆應享受自由」，但「教學自由不應免除任何人對憲法的忠誠」。第8條第1款規定：「無須事先通知或允許，所有德國人都有權舉行和平與非武裝集會。」但第2款接着規定：「對於露天集會，本項權利可根據法律而受到限制。」第9條第1款規定：「所有德國人都有權結成協會、合夥與企業。」但第2款又規定：「如果結社目的或行動違反了刑事法、抵抗憲政秩序或國際協定，那麼協會即應被禁止。」第十條規定：「郵政與通訊隱私不可侵犯。這項權利只有根據法律才能受到限制。」這表明郵件與通訊隱私雖然不可「侵犯」，但還是可以依法加以「限制」。最「厲害」的限制是第18條關於喪失基本權利的規定：「任何人為抵抗自由民主的基本秩序而濫用表達見解的自由……，都將喪失這些基本權利。」

綜上所述，個人的憲法權利可以受到兩方面的限制。首先，憲法所承認並保護的「權利」被限制在不和他人權利發生衝突的範圍內；其次，憲法有時明確授權法律對權利加以限制。由此產生的問題是，法律在限制權利的過程中本身是否受到限制，還是可以任何方式限制權利？根據常識，回答應該是法律限制本身也有限制——它必須符合憲法要求。多數憲法條款並沒有明確指出這一點，因而把它完全留給憲政審查機構的解釋，但有些條款則明確表達了「限制之限制」。例如法國的《人權宣言》規定了法律所必須符合的一些要求。第五條規定：「法律只能禁止對社會有害的行動。」第八

條規定：「法律只能制訂那些嚴格與明確必要之處罰。」第九條規定：「如對一人之逮捕被判決為絕對必要，那麼對逮捕而言並非絕對必需的任何嚴厲對待，都必須受到法律的嚴厲禁止。」這些都是對法律規定本身的憲法性限制。

中國憲法也規定公民權利的限制。首先，憲法所規定的公民義務本身就是對權利的直接限制。第33條規定：「任何公民享有憲法和法律規定的權利，同時必須履行憲法和法律規定的義務。」其次，少數條款也明確規定了權利的界限。第51條明確規定：「公民在行使自由和權利的時候，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利。」更具體的例子是第36條：「國家保護正常的宗教活動」，但「任何人不得利用宗教進行破壞社會秩序、損害公民身體健康、妨礙國家教育制度的活動。宗教團體和宗教事務不受外國勢力的支配」。這些都是對宗教活動的限制。第41條規定公民對國家機關及其工作人員的違法失職行為有權提出申訴、控告或檢舉，「但是不得捏造或者歪曲事實進行誣告陷害」。但書就是對申訴、控告與檢舉權的限制。另外，某些權利通過前綴而加以限制。例如第50條規定，國家保護華僑的「正當」權利和利益。最後，某些權利可以通過法律而加以限制。第34條規定了普遍的公民選舉與被選舉權，「但是依照法律被剝奪政治權利的人除外」。憲法並沒有對這類法律加以界定、限制或具體說明。

6. 權利的形式——自由與平等

在形式上，權利分為兩類：自由權與平等權。它們對應於美國憲法第十四修正案的兩個不同條款：正當程序（due process）與平等保護（equal protection）——前者禁止政府「不經由法律的正當程序，即

剝奪任何人的生命、自由和財產」，其中「自由」的範圍最為廣泛，並可被認為涵蓋了「生命」和「財產」；後者禁止政府「拒絕對任何人提供法律的平等保護」。因此，「自由權」是說每個人都生來具有某些自由或權利；這些權利並不是絕對不可以被剝奪，但對這些權利的剝奪必須具備正當理由（實質意義上的「正當程序」），並符合「法律的正當程序」（純粹程序意義上的「正當程序」）。平等權則是說人對上述權利的享受必須是平等的。自由權的考慮焦點是享有該權利的主體，以及個人享有這種權利對社會或國家的積極與消極意義；平等權的考慮則主要是比較個體和個體之間的區別或差異，並探討這種差異是否「合理」。平等雖然也是個人權利，但它取決於和他人境況的比較，因而是一種「人際」（interpersonal）權利。2008年《新京報》報導，84歲的時亨生老人因上訪被關入山東新泰市精神病院。⁶ 上訪戶被關入精神病院，顯然是對其人身自由的違法剝奪。

和保護自由權的正當程序相比，「平等保護」的運用方式有所不同。在自由權案件中，政府法律涉嫌侵犯了所有人的權利；而在平等權案件中，政府法律採用的區分標準侵犯某些人——而非其他人——的權利。幾乎所有涉及到自由權的案件也涉及到平等權，因為絕大多數法律都包含「立法歸類」（legislative classification）。例如法律可能規定，只有超過18歲的公民才有權參加選舉，或對同樣的城市人口與農村人口規定不同的代表名額，或對犯有三次（而非兩次或四次）某些（而非其他）重罪的慣犯實行強制絕育；這裏的18歲年齡、城市人口或農村人口以及特定類型的慣犯，都屬立法歸類。因此，法律經常通過歸類，對符合歸類特徵的個人給予某種特殊獎勵或懲罰，從而對在歸類之內和之外的人們產生不同影響。顯然，要使政府能夠履行其立法職能來進行統治，並非所有涉及歸類的法律都受到憲法禁止，只

6. 〈山東新泰多名欲進京上訪者被強送精神病院〉，《新京報》（2008年12月8日）。

有那些「不合理」的歸類才違反「法律平等保護」。在1920年的案例中，⁷ 美國最高法院指出：「歸類必須合理而非任意，且必須基於和立法目標具有正當和實質關係的某種區別，從而使所有處境類似的人都獲得類似處置。」對於處境並非類似的人，立法可以基於合憲目標加以合理區分。

平等權並不是自由權以外的一種「額外」的權利，而是權利的一種保障形式。譬如不論你生活在城市還是農村，憲法規定你有平等的受教育權。這是因為你首先有受教育權（「自由權」），然後你才能要求你的這項權利和他人是平等的；「平等」本身並不創造權利，也不能超越任何實體權利而抽象存在，而只是保護你的受教育權不以某種特定方式（歧視）受到限制或剝奪。1963年馬丁·路德·金（Martin Luther King）發表《我有一個夢想》演講對種族隔離進行抗爭。種族歧視顯然是一個平等問題，因為它剝奪了有色人種某些白人享有的重要權利。在這個意義上，平等權依託於自由權之上——如果一項「權利」本身不存在，那就談不上「平等」問題。嚴格地說，任何受憲法或法律承認的權利都可以具有「正當程序」和「平等保護」兩種保障方式，因為任何一項權利都既可能被國家剝奪，也可能受到歧視；有時，兩者甚至是同一個問題：你的權利受到了「歧視」，表明你的權利受到了他人沒有受到的「剝奪」——如果所有人的權利都同樣遭到了剝奪，那麼它就是一個純粹的「自由權」或「正當程序」問題。取決於看問題的角度，某些權利一般可被簡單歸為「自由權」——例如言論與新聞自由、信仰自由、人身自由、住宅安全、刑事正當程序，但並不是所有的具體權利都能被劃歸為「自由權」或「平等權」中的一種。例如選舉權既可被視為自由權——不可剝奪的參與政治選舉的權利，被視為平等權——和其他公民同等的參與政治

7. *F. S. Royster Guano Co. v. Virginia* 253 U.S. 412.

並決定國家政策之權利。財產權、經濟活動自由、社會福利、公共教育等領域也是一樣。因此，平等權和自由權應該被視為任何實體權利一般具備的兩種「形式」。有了自由權，才有平等權；至少得有人享受選舉權，不到18歲的青年才能抗議選舉權的年齡歧視。

在司法實踐中，正當程序和平等保護的思維模式大同小異，兩者都要求政府行為具備基本理性。對自由權的限制不得只是為了限制而限制，而須要符合「法律正當程序」，也就是不僅要求目的正當，而且要求手段合理。譬如地方政府剝奪了上訪人的權利，將某些老上訪戶打入精神病院：如果地方目的是害怕上訪揭露真相、維持表面「和諧」假象，那麼這種動機顯然是不正當的；如果是為了維持社會秩序，而且確有證據表明某些上訪可能妨礙社會秩序，那麼可以認為目的正當，但是手段顯然不合理，因為這種手段雖然一時維持了表面秩序，卻沒有從根本上解決問題，反而埋下了更大隱患；即便這種手段對於維持秩序確實有效，也是不必要和不合適的，因為完全存在比剝奪上訪者人身自由的成本小得多的措施實現同樣目的。對平等權的限制也不得是為了限制而限制，而必須具備基本理性，也就是目的正當且所採取的手段適合實現正當目的。這就要求法律對不同人群的區分必須是基於相關因素，而不得基於不相關因素。譬如美國以前禁止有色人種參與選舉，那麼平等保護的問題就是種族和選舉資格相關嗎？種族是區別對待選舉權的相關因素嗎？我們很快發現，種族從來不可能成為差別對待的相關因素，也就是說基於種族的差別待遇幾乎從來不可能構成正當目的，即便目的在表面上勉強正當，手段也顯然不適當。

和自由一樣，取決於政府的作為或不作為，平等權也可以有積極和消極之分。如果政府主動歧視了個人——如通過法律禁止有色人種參加選舉，或規定公立學校的種族隔離，那麼消極的平等權就足以撤消不平等措施；如果政府並未主動干預，但對於存在的社會歧視狀態熟視無睹——例如聽任政黨組織進行種族歧視，或在地區人口發生顯

著變化之後未能及時重劃選區，那麼政府的不作為仍有可能違憲。這時，平等權就具有積極的屬性，要求政府採取積極行動以消除其不作為導致的不平等狀態。

三、選舉平等與政治民主

在所有類別的平等當中，最重要的是政治平等，因為只有保證每個公民對政治的平等參與，才能保證選舉產生的政府代表多數人的公共利益。沒有民主，整個國家大廈就失去了合法性根基，應該為所有人服務的公權力就必然向少數既得利益集團傾斜；沒有選舉，民主就是空頭口號。雖然選舉只是民主的一個組成部分，遠不能代表民主的全部，民主也存在多種形式，但一般規律仍然是：沒有選舉，就不可能實現民主；選舉或許不是民主的充分條件，但至少是必要條件，而這個一般規律至今還沒有任何例外。沒有普遍、平等而自由的選舉，公民和政府就失去了最重要的紐帶，公民對國家官員就失去了最重要的制衡，因而就無法保證國家將代表最廣大人民的基本利益，也就無法從源頭上消除公共權力的濫用和腐敗。

為了保證選舉結果真實反映選民利益與偏好，選舉權必須是平等的，每張選票都應大致代表同樣的分量（即「一人一票」）；否則，和其他選民相比，某些選民就被不適當地剝奪或限制了選舉權。根據廣義解釋，選舉權的平等也包括了普遍性要求。如果某類人口被剝奪了選舉權，那麼問題自然是這種剝奪是否構成了對基本權利的歧視。不論是選舉權遭到完全剝奪還是選票分量遭到削弱，都是對選舉平等的侵犯，最後的結果都是扭曲選舉結果並違背多數主義民主原則。

對於選舉平等，美國憲法最重要的規定是第十四修正案規定的「平等保護」條款：「各州不得在其管轄區域內對任何人拒絕〔提

供) 法律的平等保護 (equal protection of laws)。」1870年通過的第十五修正案特別禁止聯邦或各州政府對選舉權進行種族歧視：「合眾國公民的選舉權不得被合眾國或任何州以種族、膚色或從前的奴役狀態為由而否認或剝奪。」兩條修正案構成了對公民選舉權的最早保護，中國1982年憲法第33、34條與之類似。

1. 地域代表還是職業代表

平等原則的一個基本要求是按照人口來分配代表名額，每一定數量的人口產生一名代表。這要求適當地劃分選區，使每個選區的人口大致相等，並產生同樣數量的代表。這就是「地域代表」(geographical representation)——某地區的代表固然代表了該地域的利益，但更重要的是她使得該地區的選民在國家議會中獲得平等分量的發言權。與此相對的是「職業代表」(functional representation)，也就是按照行業來分配代表選舉人名額的制度。⁸ 由於某行業的選舉人一般只能選擇該行業的代表，因而選舉人名額的分配也決定了代表名額的分配；如果所選擇的是一個行政長官，那麼選舉人名額代表了選擇權力的分配。在18與19世紀早期，這項制度曾一度時興於歐洲，但第二次大戰以後，在世界主要憲政國家幾乎已銷聲匿跡。中國香港與澳門特別行政區的行政長官的選舉團，採用這種制度。

職業代表制的指導思想是經濟主義，即人類的利益和需要主要體現為由職業和階級決定的經濟利益，理想的政治組織就是以不同行業組織所形成的聯治。這種觀點固然不無道理，但人的利益畢竟是多方面的，不僅有經濟利益，還有社會、文化、政治、信仰等各方面的利

8. 比較王世傑、錢端升：《比較憲法》（北京：中國政法大學出版社，1997），頁143-151。

益。當然，同一個行業當中有不同傾向的候選人，因而能在一定程度上代表多元化的利益，但把選民的選擇按照職業進行劃分仍然是一種不必要的限制。更何況如何界定何種職業屬何界——如警察或公務員是否屬「勞工、社會服務、宗教等界」，如何劃分不同職界的名額——「工商、金融界」代表為什麼多於「文化、教育、專業等界」或「勞工、社會服務、宗教等界」代表？為什麼要為「立法會議員的代表、市政機構成員的代表」等專門規定選舉人名額？（澳門基本法附件一）這些問題都難以找到令人信服的依據。通過人為規定不同職業的名額，職業代表制度可能對選舉權產生不適當的限制或歧視，因而一般不為現代民主政體所採納。民主的要義是代議制所代表的是人，而不是職業、財產或其他東西。

當然，職業代表制也可以嚴格按照職業人口，分配選舉人或代表名額。但這種做法使得職業代表制和地區代表制的功能如此接近，以致幾乎失去意義。況且職業人口是經常變動的，而除了拆遷、移民等其他不經常發生的重大社會事件所帶來的變化，地區人口則相對保持恒定，因而比較容易統計，且選區疆界相當確定。另外，選區的劃分最為簡單、連續且不容易發生遺漏，職業的劃分則摻有相當成分的人為判斷，且某些職業人口很可能受到忽視或遺忘。最後，職業代表制排斥了所有的失業人口，從而使選民範圍限於社會的既得利益者，因而不利於社會改革，並不可避免地和平等原則相衝突。

香港立法會的「功能組別」是職業代表制，會導致選民小黨成為議會大黨。香港自由黨雖然影響力不如民建聯，卻因功能組別優勢有望成為立法會最大黨。幸好2007年，全國人大常委會明確了行政長官和立法會普選的時間表。到2017年，也就是香港回歸二十周年之際，香港終於可以普選特首和立法會的全部議員。這對香港政制發展進程來說，確實是一個具有里程碑意義的重大突破。如果香港立法會和行政長官都由選民直接選舉產生，那麼職業代表制也將壽終正寢。

2. 什麼是「一人一票」

對於議會選舉，最關鍵的問題是選區劃分。選舉權利不僅是公民投票的行動自由，它還意味着公民有權要求公正的選舉結果。如果選區劃分不公，那麼有些選區少量選民就能選舉一個代表，有些選區大量選民才能選出一個代表。這樣，每張選票的分量就出現了差別，某些選區的選民在議會獲得利益代表的機會就受到了歧視甚至剝奪。出於故意或疏忽，美國有些州不顧幾十年來人口分佈的巨大變化，仍舊沿用20世紀初的選區劃分機制，從而使得不同地區的選民人數和代表比例顯著失調。在1964年的「選區重劃第二案」，⁹ 最高法院正式確立了「一人一票」原則。

阿拉巴馬州議會選舉在60年代的選區劃分，仍然按照1901年的憲法規定。但60年來的人口分佈變化，使得選舉結果極為不公。該州議會雖然提議對此進行改革，但程度極為有限。選區人口和代表席位的比例，在不同地區差異顯著。例如根據60年代的聯邦人口統計，有的選區超過60萬人，卻只有7個眾院、1個參院席位；而有的選區不過1.5萬人，卻也有兩個眾院、一個參院席位。選區代表比例的最高與最低之比在州參議院達到41:1，在州眾議院亦達16:1。結果，參眾兩院多數議員都只代表阿州的1/4人口。這一選舉機制受到選民團體的挑戰，並被聯邦地區判決違反了第十四修正案的「平等保護」條款。最高法院肯定了地區法院的決定，沃倫首席大法官的法院意見指出：

無論在聯邦抑或各州選舉，合眾國憲法均保護一切有資格的公民之選舉權……選民有權自由選舉自己所選擇的候選人，乃是民主社會的要旨；且對這項權利的任何限制，都將觸及代議制政

9. *Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533.

府的核心。就如同全然禁止選舉的自由舉行，對公民選票分量的貶低與削弱也可同樣有效地剝奪選舉權。中國代議制政府的基本原則是：不論種族、性別、經濟地位或州內的居住地點，同樣人數的人民必須獲得同等代表。

立法者代表人民，而非樹木或田畝。立法者被選民所選舉，而非農場、城市或經濟利益。只要我們的政府仍然具有代議形式，且我們的立法機構仍然是人民直選並直接代表人民的政府工具，那麼以自由和不受削弱的方式選舉議員的權利，就是我們政治體制的基石。

在一個基於代議制政府的社會，邏輯的要求是州的多數人民選舉州的多數議員。既然立法劃分選區的基本目的，乃是取得公正和有效的公民代表，平等保護條款保障所有選民在州議員選舉中的平等參與機會。就和基於諸如種族或經濟地位的歧視一樣，因居住地點而削弱選票的分量，也同樣削弱第十四修正案保護的基本憲法權利……在立法選區劃分爭議的決定中，人口必然是考慮的起點和首要標準。一個有資格投票的公民，並不因為他生活在城市或農場而有所不同。這是我們憲法「平等保護」條款的明確與強烈要求；這是一個法治——而非人治——政府概念的基本組成部分；這是林肯的「民有、民治、民享」觀念之核心。平等保護條款至少要求，居住各地、任何種族的所有公民，在州議會獲得基本平等的代表。

事實上，如果不實行「一人一票」，就不僅僅是濫劃選區的問題，還會出現種種看上去令人匪夷所思的怪現象。據《新京報》12月7日報導，北京懷柔區湯河口鎮後安嶺村鬧出了一件匪夷所思的新聞——近20戶村民為了選舉集體「鬧離婚」。筆者以前聽說過夫妻雙方為了多爭取一套福利分房而假離婚的，但是為選舉而離婚的事情

卻是破天荒第一回聽說。不過千萬別以為這些村民荒唐，他們這一招可是有自己的道理。後安嶺村正在選村民代表，而《村民委員會組織法》第25條規定，人數較多或者居住分散的村可以設立村民代表會議。「村民代表由村民按每五戶至十五戶推選一人，或者由各村民小組推選若干人。」如果按照「戶」來分派村民代表名額，戶數愈多豈不是分攤到的代表名額也愈多？由此可見，村民不但不糊塗，而且很聰明。他們鑽了村委會組織法的空子。

要符合憲法平等原則，村民代表的選舉也必須採用「一人一票」。如果村民代表會議所代表的是村子裏的人而不是戶，那麼村民代表名額就應該以村民、而不是任何其他因素進行分配。雖然以戶為計算單位可能帶來一些便利，但是在以「人」為本的主旋律下，村民代表的選舉最好還是遵循民主社會所通行的「一人一票」原則。那樣的話，至少村民不必再為選票而「離婚」了。因此，無論於情於法，還是「一人一票」好。

當然，「一人一票」原則並非總能保障平等的選舉結果。事實上，通過現代計算機處理人文地理數據，州政府可以在幾乎嚴格滿足「一人一票」的基礎上，通過濫劃政治選區（political gerrymandering）來歧視少數族群或黨派。這類選區劃分法律當然不會明言歧視意圖，因而法院必須從政府的具體行為和選舉結果來決定「歧視目的」是否存在。典型的例子是1960年的「選區濫劃第一案」。¹⁰ 阿拉巴馬州的法律把原為四方形的塔斯克基市（Tuskegee），變成一個28邊奇異圖形。結果排斥了該市選區內99%的黑人，而保留了全部白人居民。最高法院依據第15修正案，判決阿州重劃選區法案無效。法蘭克福特法官（J. Frankfurter）認為：「州法完全是考慮把白人和有色人種隔離，通過拒黑人公民於市門之外，剝奪他們先前的地方表決權。」

10. *Gomillion v. Lightfoot*, 364 U.S. 339.

3. 糾偏還是歧視？「善意濫劃」的困惑

在某些情況下，政府故意將選區劃得奇形怪狀，但目的卻是照顧而非歧視少數族群等政治弱勢群體得代表。譬如鑒於少數種族在政治過程中遭受歧視的歷史，美國有些州開始通過選區劃分以促進少數種族選舉自己的代表。但教育和其他領域的糾偏行動判例表明，這類選舉糾偏行動也受到第十四修正案的平等保護條款之限制。在1993年的「北卡善意濫劃第一案」，¹¹ 北卡羅蘭納州的選民比例大致為78%白人、20%黑人以及1%的亞裔和印第安人，其中黑人分佈比較分散。在州的100個縣裏，黑人佔多數的只有5個，而沒有一個在11個國會選區中佔多數，因而黑人自內戰後重建時期開始至今就沒有國會代表。根據1990年的人口統計調查，北卡州獲得了聯邦眾議院的一個額外席位。州眾議院制訂了選區重劃方案，將北部一個黑人佔多數的一個地區劃為國會選區。在聯邦司法部長根據1965年的《選舉權利法》反對這項方案後，州眾議院通過的新方案又創造了另外一個黑人佔多數的選區。兩個選區的邊界都高度不規則，其目的幾乎公開是為了囊括了足夠多數的黑人：第1號選區的形狀是長鈎型，像一個大問號；第12號選區則是極端的狹長形，長達160英里（256公里），像一條蛇形高速公路。新的區劃將有史以來第一次在北卡產生兩名黑人國會議員。北卡共和黨和一些選民認為州議會的選區重劃方案構成了基於種族的違憲濫劃。地區法院駁回訴訟，因為白人代表仍和人口不成比例地佔據絕對多數，因而選區重劃方案不可能侵犯他們任何利益。爭議的焦點是原告是否提出了有效的訴因（cause），可供法院審查。最高法院以5:4撤消了地區法院的意見，判決原告提出了可供審查的訴因。發回重審後，地區法院判決北卡州的第12號選區構成了基

11. *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630.

於種族的歸類，且並不嚴格適合於促進令人信服的利益。在1996年的「第二案」，¹² 最高法院維持了地區法院的判決。判決雖然堅持選舉平等原則，但是結果卻延續了黑人缺乏議會代表的現狀。

和美國類似，法國憲法也規定了選舉平等原則，並同樣面臨選舉糾偏問題。1958年的第五共和憲法第3條第3款規定：「國家主權屬人民；人民通過其代表和複決方式來行使這一主權。……選舉應永遠普遍、平等和秘密。根據法律所決定的條件，所有成年且享有公民與政治權利的男女法國公民都有權表決。」在1985年的「新卡東尼亞選舉決定」中，¹³ 法國內閣通過重新劃分選區，對少數族群實行特別優惠。為了解決新卡東尼亞（New Caledonia）殖民地的政治局勢，內閣希望削弱南部白人的反對獨立勢力。因此，新的國會選舉體制，對處於少數的本地選民區域給予更大分量的代表。殖民地島被分為四個選區，其中南部白人選區佔18個席位，其餘3個非白人選區共佔25個席位。由於選區劃分和席位分配的不合理，殖民地白人社團所支持的右翼黨派把這些條款提交憲政審查。憲政院判決選舉法違憲：

為了使領土及其居民的代表性符合憲法第3條，國會必須在基本上根據人口而獲得選舉；作為海外領地的議事機構，它的作用並不限於領土管轄。這並不表明每個地區的代表必須一定和其人口成比例，或不能考慮其他公共利益之要求；但即使如此，這些因素亦只能在有限程度上獲得考慮，且後者在本案被明顯超越。因此，法律第4條第2段對每個地區所規定的議席數目必須被宣佈違憲。由於第2段和這些條款不可分割，我們必須宣佈它在整體上抵觸了憲法。

12. *Shaw v. Hunt*, 517 U.S. 899.

13. 86-196 DC, Rec. 63 (8 August 1985).

1985年，社會黨改變了法國的選舉機制，使之成為單一地區代表制，但而後又重新引入了比例代表制，以使「國家陣線」和共產黨獲利，同時減少右翼聯盟所獲的多數。在右翼黨派執政後，希拉克內閣試圖在下次大選前恢復以往體制，因而通過法律授權重劃選區，並在議會暑期休會期間使之成為法規。在1986年的「選舉授權法決定」中，¹⁴ 憲政院維持了這項法規，但保留對法規的「嚴格解釋」，即政府不得任意濫劃選區，且對人口比例原則的偏離限於法律所提及的情形——缺乏連續疆界或超過四萬居民的選區（canton）。憲政院指出：「根據普選提名的眾議院，應基本上按照人口而獲選。」當然，實現絕對的人口平等既不可能、亦無必要，議會可考慮公共利益要求而加以適當修正。事實上，法律允許選區劃分在平均人口的20%水平上發生偏差，但超過這一極限的劃分只能在特殊情形下才受到允許，且必須符合公共利益要求。

某些社會弱勢群體——例如婦女和少數族群——在歷史上一直受到欺壓和歧視，可能需要國家政策的「特殊照顧」，以彌補歷史造成的不公，並幫助他們盡快達到和社會其他團體同樣水平的「起跑線」上。對於充滿博愛精神的法國民族，對弱勢群體的特殊照顧可能是自然的。但在選舉領域中，這類政策必須和憲法的平等原則協調起來。憲政院的案例表明，良好的意願並不能使「反向歧視」自動合憲。在1982年的「女性限額決定」中，¹⁵ 社會黨的議會修正案在《選舉法典》中加入地方選舉條款，要求政黨的候選人名單至多只能包括四分之三的同性人選，以保證婦女獲得一定比例的候選機會。這項法律因其他原因而被提交，但憲政院宣佈它侵犯了憲法平等原則：

14. 86-208 DC.

15. 82-146 DC, Rec. 66 (18 November 1982).

比較憲法第3條和《人權宣言》第6條可知，公民地位本身產生了選舉權，且只要未因年齡、低能、國籍、或其他用來保護選民自由或被選人獨立性的任何理由而被排除，所有人都具備同等被選資格。這些憲法價值原則反對把任何選民或有資格的候選人加以歸類。這項原則適用於所有政治選舉，尤其是地方議員的選舉。由此可見，在制訂提交選民的名單過程中，基於性別而區分候選人之規則，抵觸了以上提及的憲法原則。因此，……法律第4條所規定的《選舉法典》第L260條必須被宣佈違憲。

根據憲政院的判決，無論是1789年宣言第6條還是1959年憲法第3條，都不允許「反向歧視」。弗代爾（Vedel）教授在1979年指出：「為婦女而非男子保留一定數量職位的文字，抵觸了平等原則。」和美國最高法院類似，憲政院僅保障選舉的形式平等而非結果平等。但是法國議會通過修憲明確授權「立法應促進婦女和男子獲得選舉職位的平等機會」，從而推翻了憲政院的判決，允許立法規定候選人達到一定的女性比例。

4. 「勝者通吃」問題

即便杜絕了選區劃分的不規範現象，選舉制度本身仍然可能扭曲選舉結果。譬如美國實行「單一成員選區」（single-member district）制度，每個選區的選民選舉產生一名聯邦眾議員，因而每個選區的選舉都實行「勝者通吃」規則：對於民主、共和兩大政黨的任何一個來說，如果只得到49%的選票便意味着功虧一簣、血本無歸；即便將近半數的選民投票支持民主黨，但是共和黨候選人得到微弱多數選票，那麼這個選區也只能產生一名共和黨議員，民主黨的代表相當於零。換言之，如此產生的聯邦眾議院民主、共和兩黨議員之比，未必和各

自在全國獲得的選票比例相稱，甚至可能出現民主黨全國得票超過共和黨、但議席少於共和黨或反過來的情況。雖然由於選民分佈的任意性使這種情況並不常見，但是原則上「勝者通吃」規則可能產生偏離多數主義民主的結果。

美國總統選舉也同樣面臨「勝者通吃」產生的問題，並在2000年總統大選中體現出來。美國總統並不是直接由各地選民選舉，而是由各州選民選出的「選舉院」（Electoral College）選舉產生，因而在性質上屬間接選舉。第2條第1款第2段規定：「每個州應以其立法機構所指示的方式任命選舉人，其數量等於該州在國會所具有的參議員與眾議員席位的全部。」1961年的第23修正案，為哥倫比亞特區增設了總統選舉人名額。將眾議院人數（435人）、參議院人數（100人）和特區名額相加，目前的總統選舉院共538人。當選的總統必須獲得多數選舉人的選票，即現在須至少達到270票。

和採取單一成員選區制的眾議院選舉類似，美國總統的選舉也具有「勝者通吃」的特徵。例如在佛羅里達州，如果我們確切地知道布什比戈爾（Albert Gore）多獲得那麼一點點選票，那麼美國的選舉院體制將使他獲得該州全部的選舉人票。同樣，如果選民在全國範圍內對共和黨和民主黨候選人的支持率是40:60，那麼完全有可能出現下列情形，即共和黨候選人在各個州內都被民主黨擊敗，從而使獲選的民主黨候選人獲得100%的選票，和選民對兩黨的實際支持比例大相徑庭。當然，選民在全國分佈的不規則與隨機性使得這類情形並未發生，但至少在理論上存在着發生的可能。

在大多數情形下，當選總統獲得的選舉人票相對於落選人而言，顯得比選民的實際支持要多；但在少數情形下則可能反過來，甚至當選總統雖然獲得了多數選舉人票，但就選民的實際支持而言還比落選者更少。在上述例子中，如果絕大多數民主黨選民集中於少數幾個州，而共和黨選民則在其餘的多數州以微弱多少超過民主黨選民，那

麼選舉院制度就可能使受到全國絕對多數選民支持的候選人落選。因此，選舉院制度可能會違反簡單多數主義的民主原則。

這種情況歷史上曾發生過4次，並在2000年選舉中再次重演：在總統大選中所投的總共1億多張「全民選票」（popular votes）中，戈爾比布什多獲得30萬票。這一差距雖然不大，卻是不受爭議的事實。因此，根據簡單多數原則，戈爾應獲選美國總統。然而，選舉院制度卻允許布什獲得了微弱多數的選舉人而當選。因此，尤其當雙方得票接近的時候，選舉院投票的結果確實可能和全民投票的結果相反。不僅如此，選舉院制度還使2000年的總統大選陷入了更深的困擾。

雖然戈爾獲得的總票數略多於布什，但是在「勝者通吃」的選舉院制度下，他仍然敗選。上圖為美國各州選舉院名額。

2000年11月7日舉行的美國總統大選，突顯了民主選舉中的一個普遍事實：一定比例的無效（或被人或機器認為無效）選票之存在。在美國的全國選舉中，一般有2%左右的選票由於這樣或那樣的原因作廢。在一般情況下，這種比例的偏差可被忽略不記。但如果雙方選票相當接近，這種誤差則有可能影響整個選舉的結果。這種情況在2000年的美國總統大選中確實發生了。共和黨候選人布什和民主黨候選人戈爾所獲的選票極為接近。在關鍵的佛羅里達州，兩者的選票尤其接近：在將近600萬張佛州選票中，布什比戈爾僅多不到1,000張選票，小於全部選票的萬分之二。但根據選舉院制度，布什被佛州宣佈為勝者，因而獲得了全部選舉人的選票。戈爾則挑戰佛州所公佈的選舉結果，認為某些自動識別選票的機器未能適當識別出投他的票；否則，結果很可能正好相反。根據當時的情況，佛州的選舉結果決定了整個聯邦總統的人選——誰贏得這個州，誰就贏得了多數選舉人而當選總統。但佛州的結果被選舉誤差困擾着。

爭議的主要焦點在於那些有問題的選票卡。選民被要求用一支尖筆在紙卡上穿孔，但有些選票未被完全穿孔，使得機器不能識別它

們，例如應被穿孔的部分有時還連在卡上，有時則只有一個受壓的印子（即「酒窩選票」）。這些選票還是表明了選民的「意向」，但機器（掃描儀）卻以為選民完全沒有選擇而屬無效選票。戈爾的論點是這些實際有效的「無效」選票中，選他的居多數，且數量足以表明他實際獲勝。戈爾提出對他認為有問題的那些選票進行手工計票，也就是讓人去重新檢驗一下那些被某些選區的檢票機認為無效的選票，並把那些清楚表明「選民意向」的選票挑出來。但是究竟重新檢驗哪些選票呢？如果檢查某些戈爾失利的選區，布什可能要求檢查他失利的選區，甚至檢查他失利的某些其他州的選票——當然，他必須能證明那裏的失誤是如此之多，以致糾正後他有可能反敗為勝。這樣，任何一場選舉都可能變得沒完沒了；民主要求公正，但它也同樣需要效率和結果的確定性。再說，讓誰去檢驗這些廢票呢？檢驗需要什麼標準？「酒窩」壓得多深才算「清楚表明」了選民意向？不同的選區、不同的檢票員又可能有不同的標準。

在實體上，平等保護是本案的選舉爭議中最根本的問題；也正是在這個問題上，聯邦最高法院7位法官的整體意見，發現佛州高院的決定違反了聯邦憲法。佛州高院要求從無效選票中識別選民的意向，聯邦最高法院卻認為這種做法未能滿足平等保護的最低限度要求，即不得任意對待選票以侵犯選民的基本權利。儘管從表面上看，發現選民意向是一項無可非議的普遍要求，但它在具體運用的時候缺乏統一的標準來保證統一運用。最高法院的多數意見指出，問題的關鍵在於檢票團所面臨的是一張沉默的紙，而不是一個還能補充解釋的人。在訴訟過程中，確實有證據表明不同地區之間在適用「選民意向」標準上的差異，以及同一地區的前後不一致。更何況重新計票已經為時過晚，而匆忙進行則反而容易導致錯誤並損害候選人與選民的憲法權利。

不論如何，這次從民主政治中引發的爭議最終還是在法院獲得了解決，並且和往常一樣，不管持什麼立場的美國人都表示對法院的最

終判決「買帳」。然而，在激烈的辯論中，美國人似乎忽略了這場風波的「始作俑者」——古老的選舉院制度。在這次大選中，這項制度所造成的誤差顛倒了選舉結果：如果把所有1億多張選票加起來，戈爾是無可質疑的勝者（儘管30萬張選票的獲勝差距並不大）。因此，不論佛羅里達州的結果如何，根據民主的基本原則和大多數美國人的實際願望，戈爾而非布什才應該是真正的贏家。事實上，如果在全國範圍內採用簡單的多數規則，那麼這次紛紛揚揚的佛州選舉爭議根本就不會發生。

06

CHAPTER
第六章

言論自由的憲法保護

言論自由是所有憲法權利中最重要的基本權利，也是社會和諧所不可或缺的制度保障。沒有言論自由，選舉失去意義，民主失去價值，社會矛盾堆積如山，而統治者卻渾然不覺，在表面的「和諧」之下自我陶醉，以致不僅平民百姓的大量疾苦無法上達「天聽」，而且官民矛盾越陷越深，政權合法性危機愈來愈嚴重，社會陷入動亂和專制的周而復始的惡性循環之中。因此，和民主一樣，言論自由的憲法保障，是一個國家最重要的憲法制度。當然，言論自由也不是絕對的。我們不能隨意損害他人的名譽，我們不能散佈虛假廣告，我們也不能謊報地震並造成恐慌，然後用「言論自由」為自己開脫。憲法對言論自由的保護究竟在什麼情況下發揮作用？如何鑒別憲法應該保護和不應該保護的言論？在明確了言論自由的基本哲學之後，這些實際問題才是言論自由的關鍵所在。

在美國，第一修正案的保護限度體現於「清楚與現存危險」的審查標準：除非產生清楚的即刻發生的危險，言論不得受到政府控制。但是這項審查標準雖然看上去比第一修正案的文字更詳細，其實本身也是相當抽象和模糊的，因而同樣需要司法解釋。根據言論的性質，司法審查的標準也有所不同，譬如價值判斷享有幾乎絕對的自由，政府一律不得干預；事實陳述則可以受到檢驗，因而不準確的事實陳述可以受到一定限制。誹謗就是一類影響個人名譽的錯誤陳述，因而言論自由顯然並不意味着縱容誹謗。然而，為了保證公民或媒體在監督和批評政府官員時沒有誹謗訴訟的後顧之憂，憲政國家又在很大程度上免除了針對官員的誹謗責任，以免對言論和新聞自由產生「潑冷水」效應。

在現代國家，言論自由的範圍已受到極大擴充，不僅包括象徵性言論或表達式行為，也包括新聞、出版、集會、結社等自由，因而經常被作為「表達自由」（freedom of expression）或見解自由（freedom of opinion）的同義詞。中國憲法第35條對這些自由都有所規定：「公民有言論、出版、集會、結社、遊行、示威的自由。」和狹義的言論自由一樣，這些自由對於一個和諧社會也是至關重要的。如果沒有新聞與出版自由，不同個人觀點就得不到公眾檢驗，社會就無從判斷什麼是對和諧與穩定最有利的主張；沒有集會自由，特定群體的需求和聲音就無法傳達給社會，並引起公眾重視；沒有結社自由，弱勢群體就無法團結起來壯大每個弱者的力量，無論是個人還是群體的合法權益都得不到保障，社會矛盾也永遠得不到及時和有效解決。

沒有廣義的言論自由，社會只是表面「和諧」；只有保障表達自由和民主政治，社會才能走向真正和諧。因此，言論自由確實是崇高的憲法理念，但是絕非僅僅理念而已；言論自由能為我們節省許多社會和經濟成本，沒有言論自由的社會將付出巨大代價。在這個意義上，制度也會生成GDP，言論自由對社會的作用絕不亞於經濟發展。

一、言論自由的憲法邊界

1702年，英國作家狄弗（Defoe）因發表了對教會不利的小冊子，被定為犯有「煽動誹謗罪」，並被鎖在耻辱柱上公開示眾。言論自由是一項來之不易的基本權利。在傳統上，國家對公民言論同時實施事前限制（如出版審查、交納保證金、報告或備案）和事後限制（追究誹謗或煽動罪）。現代國家普遍取消了事前限制，但仍保留了不同形

式的事後限制，儘管其追究力度在各國受到不同程度的削弱。到19世紀末，憲法學家戴西（A. V. Dicey）在《憲法學導論》中總結道：

我們的現行法律允許任何人隨心所欲地談論、寫作或出版；但如果他誤用了這項自由，他就必須接受懲罰。如果他不正當地攻擊個人，誹謗的受害者就可以訴訟賠償；另一方面，如果書面文字或印刷作品煽動叛國或不道德行為，那麼觸犯者可以受到指控和審判。對其行為而言，誹謗者自己的誠實信念或良好意願並非有效的法律辯護。每個人都有權發表公正和坦率的批評。但「批評者必須把自己限於批評，而非使之成為非難個人的面紗；他也不得僅出於對行使譴責權力的熱愛，使自己陷於魯莽和不公正的攻擊。」……儘管確實的言論可以為誹謗指控辯護，如果發表的言論損害了個人而並未公眾帶來利益，那麼即使言論完全確實，發表言論的個人仍然可受到刑事處罰。¹

由此可見，英國當時的新聞自由與其說來自法律對它提供特別保護，還不如說是因為政府行為受到嚴格的法律控制。只要能獲得議會多數的贊同，法律可以對言論規定幾乎任何限制；但有了法律，政府就不能任意處置它認為對自己不利的言論。由於英國不存在成文憲法，言論自由的保護完全依賴社會的法治與公眾的寬容。言論自由的憲法保護最早起源於美國的州憲和1791年制訂的第一修正案。以後，言論自由成為各國憲法所保護的對象。

1. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th edn (London: Macmillan, 1915), p. 147.

1. 言論自由的界限——「清楚與現存危險」標準

在美國獨立之時，普通法雖然拋棄了對出版的事前審查，但仍然保留煽動誹謗法對有害言論的事後追究。獨立後的各州政府繼承了英國普通法——包括它對言論自由的保障與限制。在1788年批准憲法之後，各州又於次年通過了《權利法案》，其中第一修正案明確禁止國會剝奪言論和新聞自由，但在此後一個多世紀內並未限制各州政府。且對於第一修正案的解釋，法學界歷來持有兩種觀點：保守的解釋認為，第一修正案僅明確取消對言論和新聞自由的「事前限制」（prior restraint）；更為激進的解釋則堅持這項修正案具有雙重目的，不但取消了事前限制，而且禁止對煽動誹謗的指控。

在建國之初，國會對言論的嚴格控制，表現在惡名昭彰的《排外與煽動法案》（Alien and Sedition Acts）。1798年，當時控制政府的聯邦黨人（Federalists）通過這項法案，來迫害反聯邦的傑弗遜黨人（Jeffersonians）。法案允許被告通過證明確實性進行辯護，並規定陪審團同時決定法律和事實。儘管具備這些限制，法案還是受到了包括傑弗遜和麥迪遜在內的制憲者的聯合攻擊，並被指責為公然違憲。在麥迪遜看來，自由批評公共官員的權利，乃是美國政府的基本原則。《反煽動法案》引起了巨大的政治反彈。部分由於利用這項法案所進行的迫害行為，聯邦黨人終於聲名狼藉，並在選票箱前敗給了其政治對手。1800年，傑弗遜總統上任後，立即對所有被法案定罪的個人實行大赦，並給予政府賠償。次年，《反煽動法案》自行過期、無疾而終。在《反煽動法案》的風波平息後，國會在整個19世紀並未制訂任何法律去嚴重約束言論自由。

對美國言論自由的考驗，主要是在社會動盪時期。布蘭代斯法官（J. Brandeis）在「左翼黨派第二案」中的贊同意見指出，對言論的控

制主要起源於對言論的憎恨與恐懼。如果國家正處於非常時期（例如戰爭狀態），或社會運動將威脅改變國家制度，或某種學說被認為將對社會產生嚴重危害，那麼國家將通過法律制裁有關的言論，以防止言論的擴散。美國也是如此在第一次世界大戰前後，各類左派勢力在美國發展壯大並異常活躍。在1917年威爾遜（Woodrow Wilson）總統宣佈加入歐洲戰爭之後，這一決定受到社會主義等其他左派的激烈反對。他們紛紛舉行集會，發表演說，鼓動人們抵制美國政府的備戰政策，並批評政府對歐洲列強干涉新蘇維埃政府的軍事行動無動於衷。加上「十月革命」在俄國的勝利，這些活動引起美國社會對左翼勢力的普遍恐懼；許多人不能容忍對政府備戰的敵視態度，並畏懼蘇俄勢力在美國的滲透。結果，作為少數政治派別的社會主義者受到普遍的社會和政治歧視。美共領導人戴布斯（Eugene Debs）反對第一次世界大戰，因言獲罪。左派的反戰言論確實可能阻礙戰事，從而構成「清楚與現存危險」嗎？

威爾遜總統同樣不能容忍反對派對政府備戰政策的非難。為了保證聯邦政策的順利實現，國會於1917年制訂了《反間諜法》（Espionage Act）。該法大部分針對間諜活動和透露軍事機密，但其第一部分第三節規定了三項新的犯罪活動：「在合眾國參戰時，（1）任何人不得企圖干涉合眾國軍事行動的成功或促使其敵人成功，以故意製造或傳達虛假報導或錯誤陳述；（2）任何人不得故意引起或試圖引起合眾國陸海軍的違抗、不忠、兵變或拒絕履行責任；（3）任何人不得故意阻礙合眾國的徵兵計劃，以損害合眾國或其服役。違者可被判罰不超過10,000美元罰款或20年監禁。」此後，聯邦政府根據《反間諜法》，頻繁指控左翼黨派成員阻礙政府徵兵。一些訴訟最終被上訴到最高法院，因而產生了以下一系列「抵制徵兵案」。貫穿這些案例始終的問題是：為了保護公共秩序，政府具有何種權力去禁止、控制或懲罰公民言論。在1919年的「抵制徵兵第一

案」，² 霍姆斯法官（J. Holmes）為最高法院首次確定了「清楚與現存危險」的司法標準。

該案的被告申克是美國社會黨總書記；在該黨散發的傳單中，他要求人們「不要向恐嚇投降」，但其倡議僅限於通過立法來取消《反間諜法》等和平措施。傳單還號召「索求你的權利」，並稱「如果你不索取並支持你的權利，你就在幫助剝奪或毀謗合眾國所有居民都有神聖責任去保留的權利」。它還否認政府有權把美國公民送往國外去槍殺其他國家的人民，並堅持「你必須完成你的本分，維護並支持這個國家的人民權利」。聯邦政府認為申克在鼓動抵制政府徵兵，因而根據《反間諜法》加以指控。在地區法院審訊後，大陪審團裁決被告有罪。上訴到最高法院後，霍姆斯法官的意見指出：

我們承認，在通常時期的許多場合，被告具有憲法權利談論在其傳單中所談論的全部內容。但每一項行為的特徵，取決於它在被作出時的情形。即使對自由言論最嚴格的保護，也不會保護一人在劇院謊報火災而造成一場恐慌。它甚至不保護一人被禁止言論，以避免可能具有的暴力效果。每一個案例的問題是：言論是否被用在如此場合，以至將造成清楚與現存的危險（*clear and present danger*），並帶來國會有權禁止的實際危害。這是一個程度問題。當國家處於戰爭時期，許多在和平時期可被談論的事物，將對戰備努力構成如此障礙，以致這類言論不能再被忍受，且法院不得認為它們受到任何憲法權利的保護……如果徵兵過程受到實際阻礙，那麼被告就得對言論所造成的後果負法律責任。1917年的法律第四節不但懲罰實際妨礙、而且懲罰企圖妨礙的陰謀。如果行動（演說或散發傳單）和其傾向及行動的意圖相一致，那麼我們就沒有理由說，只有目標的成功實現才使行動犯法。

2. *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47.

最高法院認為，被告的言論構成了政府可以合憲通過法律控制的「清楚與現存危險」，因而肯定了地區判決的判決。以後，最高法院基於對「清楚與現存危險」的寬鬆解釋，對「抵制徵兵第二案」和「第三案」作出了類似判決。到「抵制徵兵第四案」，霍姆斯法官改變了他在以前三個案例中的觀點，開始採取對他自己提出的司法標準採取嚴格解釋，但他的意見只代表法院的少數意見，多數意見仍然採取寬鬆解釋。

進入20世紀30和40年代後，美國社會對左派言論的恐懼有所減退。同時，政府反對者在數量上相應減少，且對他們的審訊大都相對寬鬆。第一修正案似乎重新開始發揮作用，來保障社會反對派的言論自由。然而，第二次世界大戰結束後，美蘇進入冷戰狀態，美國國內對共產主義的恐懼迅速進入高潮。普遍的傳聞是共產黨已滲透政府、工會和大學內部，隨時都可能發生暴力革命。在麥卡錫（Joseph McCarthy）等人的鼓動下，參議院特地成立了「內部安全委員會」，眾議院也成立「反美活動委員會」，以遏制共產主義勢力的進展。聯邦行政機構以「愛國主義」的名義，要求僱員表示忠誠、人人過關。各州政府亦自行調查左翼組織，要求公共學校教員起誓效忠政府。對易受左派勢力控制的工會，1947年修正的《勞資關係法》（NLRA）第9節規定，除非工會幹部提供證據表明他們不是共產黨員，聯邦勞資關係局（NLRB）不得實施工會的權利。在受到基於第一修正案的挑戰時，這項修正法案的合憲性受到最高法院的肯定。到了60年代後期，冷戰威脅有所緩和，美國社會意識形態的鐘擺似乎又從極右位置走向平衡。人們發現，和共產黨嫌疑相比，麥卡錫的迫害狂熱對自由或許更加危險。法院也顯著加強了對言論自由的保護，第一修正案再次「復活」。此後，美國捲入越南戰爭。一些公民團體對戰爭表示強烈抗議，但即使激烈的反戰言行亦得到法院的寬容。如在1969年

的「威脅刺殺總統案」，³ 被告瓦茨拒絕加入徵兵行列，並揚言說：「如果他們強迫我扛起來福槍，我想像中第一個要殺的是發動越戰的總統約翰遜。我才不會去殺我的黑人弟兄。」聯邦政府根據1917年的法律，指控瓦茨蓄意威脅共和國總統的生命安全。最高法院認為被告只是用激進方式來表達其反戰態度而已。由於政治言論受到第一修正案的保護，被告不能因表達政治觀點而受到政府指控。

不過，謠言可以是光天化日下的「清楚與現存危險」。2005年8月31日，在伊拉克首都巴格達，數千名什葉派穆斯林正在從阿扎米亞橋上走過。突然有人謊稱有自殺式炸彈襲擊，橋上頓時亂作一團。在擁擠中，橋上護欄被擠塌，人們互相踩踏，並有多人跳入河中或被擠下橋樑，造成上千人死亡。⁴ 犯罪嫌疑人遭到逮捕後，當然不能用言論自由為自己辯護，因為這種言論已經構成了清楚與現存的傷害。2009年7月17日出現了「杞人憂鈷」的情況：「鈷60泄漏」的謠言使河南睢縣道路上擠滿了杞縣的車輛。⁵ 謠傳究竟只是惡作劇，還是構成了「清楚與現存的危險」？

2. 「清楚與現存危險」的意義——平衡還是絕對？

第一修正案簡單規定了「國會不得……剝奪言論或新聞自由」，而沒有附加任何條件——譬如說，憲法並沒有表明它只保護「正常」、「合理」或對社會「有益」的言論，而似乎是保護任何言論或新聞的自由。這是否表明公民具有絕對的言論自由？即使對於霍姆斯

3. *Watts v. United States*, 394 U.S. 705.

4. 〈巴格達一句謊言引發踩踏時間，奪命近千條〉，《北京晚報》（2005年9月1日）。

5. 〈開封警方抓獲杞縣鈷60事件5名造謠者〉，《武漢晚報》（2009年7月19日）。

和布蘭代斯這樣強調言論自由的法官，「清楚與現存危險」標準也不一定意味着絕對保護；法院須要平衡言論對於個人的重要性和對社會所可能產生的實際危害，只不過當時的少數意見要求言論對社會的危害必須足夠清楚和嚴重，才能加以限制。在二戰結束後，最高法院對「清楚與現存危險」標準的解釋產生了不同意見。多數法官仍然採用利益「平衡」標準，少數法官則反對任何形式的平衡，堅持認為第一修正案對自由言論授予「絕對」保護。

在1961年的「律師政治資格案」中，⁶最高法院處理了一起基於州法的共產黨員案件，多數意見和少數意見就言論自由的標準展開了爭論。在此之後，不同意見雖然仍然存在，但出現了相互妥協的趨勢。在界定什麼是憲法所保護的言論自由過程中，現代法院區分了不同類型的言論，並對「清楚與現存危險」標準加以嚴格解釋：只要不屬淫穢、泄恨、挑釁、鼓動犯罪或商業廣告等有限類型，言論就受到第一修正案的切實保護；政府要限制言論的內容，就必須證明不僅言論很有可能產生迫切危害、危害程度相當嚴重，而且散佈言論的被告具有故意違法的主觀意圖。因此，除了特定的幾類言論之外，所有言論的內容受到了幾乎是「絕對」的憲法保護，其中對政治言論的保護尤其嚴格。

加利福里亞州的法律規定：要獲得律師資格，申請者必須具備「良好道德品質」，並不得「宣揚用暴力或其他違憲手段推翻合眾國或本州政府」。「加州律師資格審查委員會」被授權根據這一要求，去審查所有律師申請人的資格。1953年，原告科尼斯伯格通過了加州的律師資格筆試。在資格審查中，委員會屢次問起他以前和共產黨的聯繫，他一概拒絕回答，但一再表示他從來不相信暴力革命學說。由於這個原因，儘管原告符合所有其他條件，審查委員會拒絕批准

6. *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36.

其律師資格。原告起訴，但加州法院拒絕審理。上訴後，聯邦最高法院認為這項決定缺乏事實根據，因而違反了第十四修正案所保障的正當程序，並把案件駁回加州，要求資格委員會重新考慮。在重新審查中，原告仍然拒絕回答有關共產黨員身分的提問。審查委員會認為原告阻礙進一步調查，因而再次拒絕批准原告的律師資格。

再次上訴後，最高法院的多數意見肯定了委員會的結論。哈蘭法官（J. Harlan）的法院意見運用了「平衡標準」，來權衡政府的治安利益和個人的言論利益。他認為：「每當憲法的保護被宣稱去禁止政府權力的有效行使時，〔法院〕必須進行調和，並妥善權衡所牽涉到的各方利益。」布萊克法官（J. Black，他一度是三K黨成員，後來「脫胎換骨」，成為民權鬥士）的少數意見則堅決反對這項標準，並堅持第一修正案給予言論自由以「絕對保護」。他指出：

我相信，對自由的剝奪只是基於以下的恐懼：狂熱者所談論的政府形式，和這個國家所支持的任何事情格格不入；這可能使美國人民背離對我們政府形式的忠誠。我認為這種恐懼是毫無根據的，因為我相信，美國人民對我們自由生活方式的忠誠和熱愛是如此根深蒂固，以致任何屈從於專制政府的談論或爭議都不能使他們有所動搖。這種對美國人民的信任造就了第一修正案的採納；它明確允許人民談論他們對政府的想法，並允許持不同政見者反對政府。這個革命性的自由觀念具備如下基礎：憲法建立了一個如此有利於個人自由的政府，以致反對政府的言論不能對滿足和快樂的公民社會造成任何傷害。

最後，在1969年的「右翼黨派案」，⁷最高法院正式推翻了1927年「左翼黨派第二案」的多數決定，從而完成了向霍爾姆斯—布蘭代

7. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444.

斯理論的轉折。此後，最高法院在「平衡標準」和「絕對」保護之間確定了折衷位置。和「左翼黨派第二案」中的加州法律類似，俄亥俄州的《犯罪集團法》懲罰宣揚用暴力來推翻政府。根據這項法律，一名三K黨（Ku Klux Klan）首領被判罰1,000美元賠款和1至10年監禁。他曾通過電視媒介，召集地方三K黨成員，帶着武器、彈藥、聖經和紅頭罩，在電視上辱罵黑人和猶太人，並揚言「如果我們的總統、國會和最高法院繼續壓制高加索白種人，我們將採取某些報復行動。我們足有40萬人，將於7月4日（獨立節）向國會進軍」。在俄州法院肯定了對他的定罪之後，他上訴聯邦最高法院，宣稱《犯罪集團法》違反了第一和第十四修正案。最高法院的整體意見（Per Curium Opinion）撤銷了州法：

「左翼黨派第二案」已被其後的決定徹底拋棄。這些決定形成的原則是：除非宣揚使用暴力或違反法律的倡議是為了煽動或製造迫切的無法行為，憲法所保障的言論自由和新聞自由就不允許一州去禁止這類倡議。如果一項法律不能把訴諸暴力的教唆區分於暴力行動的準備，那麼它就不能容許地侵犯了第一和第十四修正案所保障的自由。它把被我們憲法豁免於政府控制的言論，包攬在其判罪範圍之內。

在「右翼黨派案」之後，法院採取的基本方法是把言論加以分類（categorization）：某些具體類型的言論——例如鼓勵犯罪、商業廣告以及挑釁、泄恨或淫穢言論——不受第一修正案的保護，因而立法機構可行使裁量權加以調控；其他類型的言論——尤其是政治討論——屬第一修正案保護的「言論自由」範圍。對於後者，只要為了促進重要公共利益而採取必要措施，政府仍然可以調控言論的

時間、地點或方式。然而，政府調控必須保持「內容中性」（content neutral）：即調控不得規定或限制言論所要表達的內容信息。對於受保護言論的「內容調控」，法院仍然沿用霍爾姆斯法官的「清楚與現存危險」一詞，因而要求對每個案例的實際情況作出平衡。然而，這項平衡在實際上強烈傾向於保護個人的言論自由。法院要求言論不但相當可能導致即刻的危害，而且危害必須相當嚴重，政府才能限制受憲法保護的言論。不僅如此，「右翼黨派案」還要求政府證明被告具有損害公共利益的主觀意圖。鑒於這類證明極為困難，這項標準在實際上對言論內容給予絕對保護。在半個世紀之後，最高法院最終接受並超越了霍爾姆斯和布蘭代斯法官所表達的少數意見。

儘管如此，第一修正案的曲折發展歷程仍然令人深思，因為現代標準之所以嚴格，至少部分原因是社會環境比較寬鬆。由於言論可能會產生社會動盪的結果，越不穩定和缺乏自信的社會就越傾向於壓制言論，但往往正是在這種社會裏，言論自由需要獲得可靠的憲法保障。結果，正是在自由言論最需要受到保護的時候，法院所提供的憲法保護往往最微弱。事實上，2001年9.11恐怖襲擊事件的發生，已經對美國的言論自由再度產生消極影響。

言論自由的美國歷程所帶來的唯一欣慰是，保護言論的自由主義觀點雖然屬少數意見，但獲得了公開發表並最終產生了廣泛的社會影響。雖然法院並未能超越社會主流的影響而存在與運作，至少法官們可以自由發表少數意見，甚至激烈反對多數意見所代表的社會哲學。我們看到，反對意見往往包含着最優秀的論點；它們經常是突破案例法傳統的起點，隨着歲月的流逝從少數逐漸轉變為多數，並最終獲得法院和社會的採納。至少，法院的言論是自由的，而正是法院的言論自由最後保障了整個社會的言論自由。

二、「象徵性言論」

如果言論可因煽動違法行為而受到限制，那麼某些行為則因和言論類似地表達觀念而受到保護。某些學者甚至把行為當做人類的意念表達和自我實現的基本方式，這類行為被稱為「表達式行為」(expressive conduct) 或「象徵性言論」(symbolic speech)，即它們在表面上行為，但實際上和普通言論一樣，要表達一種思想或觀點。譬如你對老師講課效果不滿意，因而做出某種不滿意的舉動，如走出教室並把門「怦」地關上；你的行為目的並不是要大聲關門，而是意有所指，也就是表達對老師講課的不滿。

在決定個人行為是否受到第一修正案對言論自由的保護時，法院主要考慮行為是否帶有「言論成分」以及政府調控是否針對行為的「言論成分」。如果政府對個人行為的調控是針對行為所要表達的內容，那麼法院將採取上述「分類」方法，對行為限制作出和言論限制類似的處理。因此，表達政治觀點的行為受到第一修正案的言論自由保護。不過即使如此，政府仍然可以限制「象徵性言論」的時間、地點或方式；且只要不觸及行為所要表達的內容，法院就應維持為促進重要公共利益而採取的必要政府調控。相反，如果政府調控行為的目的和自由言論無關，那麼法院將「平衡」政府所保護的公共利益和行為調控對言論偶然產生的影響程度。

在1968年的「徵兵登記卡案」，⁸ 法院處理了涉及反對越戰的「表達式行為」，並根據法律是否針對行為中的言論成分提出了不同的審查標準。1965年，國會修正《普遍軍訓和服役法》，禁止任何人「偽造、篡改、故意摧毀、故意破壞或以任何其他方式更改登記卡」。奧布萊恩和三名同伴在眾目睽睽之下，在市法院門口燒毀了徵

8. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367.

兵登記卡，他們因違反1965年的法律而被逮捕。在審訊中，被告對陪審團說，他燒毀登記卡的目的，是為了讓其他人採取和他同樣的反戰信念。聯邦上訴法院認為國會法案剝奪了言論自由，因而判決聯邦法律違憲。最高法院推翻了這一判決，並認為1965年的法律符合所有這些要求，因而對奧布萊恩的違法行為定罪是合憲的。沃倫首席大法官對區分何為「象徵性言論」提出了系統的審查標準：

即使假設原告行為中的交流成分足以使第一修正案發揮作用，毀滅徵兵登記卡也未必是憲法保護的行為。本院已經判決，如果「言論」和「非言論」成分結合於同一行為之中，足夠重要的公共利益能夠為偶然限制第一修正案自由提供理由……我們認為，如果政府調控處於政府的憲法權力之內，且促進重要或顯著的公共利益；如果公共利益和對言論自由的壓制無關；並如果對第一修正案自由的偶然限制，對於促進這項利益是必要的，那麼政府調控就顯然具有充分理由。

相反，如果法律的目的不是別的，正是針對行為中言論成分，那麼就和針對普通的言論一樣，司法審查的標準將要嚴格得多。這體現在1989年的「焚燒國旗案」。⁹ 國旗是國家和憲法象徵，那麼憲法言論自由是否允許貶損甚至燒毀自己的象徵呢？美國聯邦法律規定：「任何人公開殘損、磨滅、玷污、焚燒或踐踏任何合眾國國旗，從而故意對它表示輕蔑，都應受到不超過一千美金罰款或一年監禁的懲罰。」各州的法律對於國旗的保護也具有類似規定。

在1984年，共和黨在達拉斯舉行全國大會。詹森等大約100名反對里根當局的示威者，在大街上遊行並高呼政治口號。當示威者來到市政廳門前，詹森接過一面美國國旗，使之浸上煤油並開始焚燒。示

9. *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397.

威者一邊焚燒，一邊歡呼歌唱：「美國——紅、白、藍，我們對你吐痰。」幾名目擊者在審判中證實，他們受到嚴重冒犯，但沒有人受到任何人身傷害或威脅。此後，詹森因焚燒國旗而違反了德克薩斯州的有關法律，並被州法院判服一年監禁和兩千美元罰款。德州的刑事上訴法院推翻了定罪，並認為懲罰損壞國旗的州法違反了第一修正案。聯邦最高法院以5:4的分裂表決維持了這一判決。

布仁南法官（J. Brennan）的多數意見把本案和上案相區分。他指出：「和限制書面或口頭語言相比，政府一般可以更自由地限制表達式行為。然而，它不得因其具有表達成分而禁止特定行為。〔幫助決定言論限制是否有效的因素，並非言論的語言或非語言性質，而是政府的相關利益。〕」上案的寬鬆規則僅適用於那些「政府利益和對言論自由的壓制無關」的案子。如果法院發現本案事實並不涉及州政府所宣稱的利益，「徵兵登記卡案」的標準就不適用。在辯論過程中，州政府提供兩項獨立的公共利益來為定罪提供理由：防止破壞治安（breach of peace）並維護國旗作為民族和國家象徵。法院多數意見認為，本案被告的行為並未損害公共安全，因而並不涉及到政府所宣稱的第一項利益。第二項利益則關係到對言論的壓制，因而正適用嚴格的審查標準。多數意見指出：

德州顯然考慮到，焚燒國旗的活動將導致人們相信：國旗不再代表民族或國家象徵，或國旗所反映的觀念在事實上停止存在——即我們不再是一個團結的民族。由於行為所傳遞的信息內容，詹森的政治見解受到限制。因此，我們必須使州所宣稱的維護國旗之特殊象徵的公共利益，受制於「最嚴格的審查」。

第一修正案有一項基本原則：政府不得因社會發現某種觀念本身令人生厭或不合人意，就去禁止人們表達這種觀念。事實上，我們今天的判決將加強——而非削弱——國旗在我們社團中

理當受到尊敬的地位。我們的決定再次肯定了國旗本身最能反映的自由原則；我們容忍類似詹森在本案的批評，乃是我們力量的標誌和源泉。維護國旗之特殊地位的合適方法，並非去懲罰那些對國家事務有不同想法的人們，而是去說服他們看到自己的錯誤。我們懲罰褻瀆，並不能使國旗變得神聖，因為如果這麼做，我們就淡化了這個令人崇敬的象徵所表達的自由。

倫奎斯特法官（J. Rehnquist）等四位法官的反對意見指出，除了阿拉斯加和懷俄明州，各州和聯邦都有禁止焚燒國旗的法律。事實上，在整個兩百多年的歷史上，美國國旗成為體現國家的明顯象徵。「它既不代表任何特定政黨的觀點，也不代表任何特定政治哲學。簡言之，國旗並非一項『觀念』或『觀點』，在觀念市場上為受到承認而競爭。」因此，反對意見認為被告行為根本夠不上受第一修正案保護的言論，且第一修正案不應被理解撤消被普遍表達在國會立法以及48州法律的規定。

最高法院判決出台後，國會兩院非常憤怒，兩院迅速以絕對多數通過了聯邦版的保護國旗法。結果法律生效當天就有人在國會門前焚燒國旗，並獲得挑戰聯邦立法合憲性的訴訟資格。最高法院再次以5:4判決國旗保護法違憲，雙方理由和上案類似。¹⁰

中國《國旗法》第3條明確規定：「每個公民和組織都應當尊重和愛護國旗。」國旗「應當早晨升起，傍晚降下」。（第12條）如果下列人士逝世，下半旗誌哀：國家主席、全國人大常委會委員長、總理、中央軍委主席、政協全國委員會主席、對中國或「對世界和平或者人類進步事業作出傑出貢獻的人」；「發生重大傷亡的不幸事件或者嚴重自然災害造成重大傷亡時，可以下半旗誌哀」。（第14

10. *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310.

條) 但是究竟是否存在「傑出貢獻」或「重大傷亡」而須要下半旗，由國務院決定；所有下半旗的日期和場所，由國務院或國家成立的治喪機構決定。「升掛國旗，應當將國旗置於顯著的位置。」(第15條)「在直立的旗桿上升降國旗，應當徐徐升降。升起時，必須將國旗升至桿頂；降下時，不得使國旗落地。」(第16條)「不得升掛破損、污損、褪色或者不合規格的國旗。」(第17條)「國旗及圖案不得用作商標和廣告，不得用於私人喪事活動。」(第18條)最後，「在公眾場合故意以焚燒、毀損、塗畫、玷污、踐踏等方式侮辱」國旗的，依法追究刑事責任；情節較輕的，參照治安管理處罰條例的規定，由公安機關處以15日以下拘留。(第19條)全國人大常委會還通過了《關於懲治侮辱中華人民共和國國旗國徽罪的決定》，對刑法作出了補充規定。對於違反第19條的，「處3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利」。2009年，重慶一度出現侮辱黨旗、國旗事件，省委書記親自批示要依法「嚴肅處理」。

《國旗法》規定產生了一系列問題。譬如關於升掛國旗場合的規定，是否表明公民在其他場合——譬如在自己家裏——不得升掛國旗？為什麼需要這麼規定？這種限制是否侵犯了公民表達愛國主義的自由？如何確定公共場所是否「有條件」在節假日升掛國旗？為什麼不得中午或晚上升掛國旗？國旗一定是給人看的嗎？在黑夜裏飄揚的國旗是否會損害國家標誌或尊嚴？如果一面國旗經歷了多年風雨之後有所褪色或破損，是否就一定不再適合升掛？如果一位你所尊敬的愛國志士去世了，或者發生了你認為嚴重的不幸事件，你為什麼不能在自己門前豎立一個旗桿下半旗表達你的哀思？最後，第19條以及補充規定的刑事懲罰，是否和限制公民升掛國旗的規定一樣，限制了公民的表達自由？

三、言論自由與名譽權

1. 言論自由與政府名譽

和英國類似，美國各州也都有完備的誹謗法，以保護公民的個人名譽不受他人言論的損害。在1964年以前，這類法律不但保護私人名譽，而且也保護公共官員的個人名譽。然而，使批評公共官員的言論受制於誹謗法的懲罰，很可能抑制公民對公共事務的自由討論。由於在公共討論中，言論所含的事實經常可能不夠準確，或難以在法院證明其確實性，公民或媒介可能顧慮到法律的刑事懲罰或巨額賠償，而避免不受約束地自由發表批評意見。鑒於各州誹謗法對第一修正案保障的言論和新聞自由所產生的不利影響，1964年的「紐約時報案」顯著修正了當時的誹謗法條款，極大限制了它們對「公共官員」(public official) 所提供的名譽保護。¹¹

1960年3月，《紐約時報》刊登了一則政治廣告：「關注他們的呼聲。」廣告描述全美各地的黑人團體和青年學生舉行的抗議種族歧視活動，以及他們所遭受的恐怖主義報復。文中特別提到，阿拉巴馬州的蒙哥馬利市政府動用軍警以鎮壓黑人抗議活動。四名市政官(commissioners) 分別在州法院提出誹謗訴訟，聲稱時報的廣告損害了他們的名譽。在本案，市政官蘇利文要求《紐約時報》和廣告署名的個人作出巨額賠償。原告舉出廣告陳述有欠準確的數項事實，如黑人領袖馬丁·路德·金只被政府逮捕過四次，而文中卻稱七次。這些事件大都在原告擔任市政官之前發生。雖然廣告並未指名道姓，原告聲稱人們自然會把事件和負責治安保護的市政官聯繫起來，因而損害他的個人名譽。州法院基於嚴格的私人誹謗規則，假定廣告的誹謗存

11. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254.

在 (libelous per se)；除非被告能夠證明廣告所作的陳述屬實，他們就對假定錯誤的陳述所造成的誹謗負有賠償責任，且原告無須證明實際損失的存在，就可獲得懲罰性賠償 (punitive damage)。根據這一規則，陪審團裁決誹謗確實存在，並授予原告50萬美元的罰金。阿州最高法院肯定了這一判決，並否定第一修正案保護誹謗言論。原告的言論顯然有權獲得憲法保護，但問題是某些事實陳述上的錯誤以及原告所宣稱的誹謗是否使之喪失保護。在這個問題上，聯邦最高法院推翻了阿州法院的判決。布仁南法官的意見指出：

對公共問題的爭議應該健康進行、不受阻礙，並廣泛公開；它很可能包括對政府及其官員的激烈、辛辣、且有時尖銳的攻擊。中國對這項原則作出了深遠的承諾……法院對第一修正案保障的權威解釋，一直不承認把證明言論的確實性作為例外——無論是法官、陪審團抑或行政官員主持這種證明。它尤其反對把證明確實性的舉證負擔加在演說者身上。憲法保障並不取決於「觀念或信仰是否確實、流行或具備社會功利」。在自由辯論中，錯誤陳述是不可避免的；要使言論自由具有它所需要的「呼吸空間」，這類錯誤就必須受到容忍。

因此，州法不得對公共言論施加刑事懲罰。不僅如此，多數意見還判決這類言論不得受到民事誹謗法的追究：「民事判決足以使那些表達公共批評的人們感到膽怯；第一修正案自由不能在這種恐懼氣氛中生存。」事實上，誹謗者可能受到巨額罰款，民事誹謗法對言論自由所產生的風險可能要比刑法高得多。且即使言論本身是真實的，言論者也可能因不能確定能否在法院上證明其真實性，或因訴訟開支而受到震懾，從而不敢表達他們的批評。因此，「誹謗賠償規則削弱了公共辯論的活力並限制其多樣化；它不符合第一和第十四修正案。」法院認為，「憲法保護所要求的聯邦規則是：公共官員必須證明被告的陳述帶有『實際惡意』 (actual malice)，即被告明知陳述是錯誤

的，或滿不在乎地罔顧陳述是否錯誤；否則官員就不能對有關其官方行為的誹謗錯誤而獲得賠償。」

在第一修正案的歷史上，1964年的「紐約時報案」是一塊里程碑。最高法院不但免除了被告證明言論確實性的負擔，取消了懲罰性賠償，並把賠償限於實際損失，而且要求宣稱名譽受到損害的公共官員去證明被告帶有「實際惡意」；而這項證明要求是如此困難，以致在實際上幾乎不可能獲得滿足。在此之後，在政策實施中具有裁量權的公共官員不再能夠要求州誹謗法的保護，以懲罰公民或媒介的不實陳述對其名譽的損害。在某種意義上，這是行使第一修正案保障的言論自由所必須付出的代價；出於自由討論公共事務的需要，進入公共領域的官員即喪失了要求名譽保障的法律權利。在1967年的「足球教練和退伍將軍案」，¹² 最高法院把「公共官員」概念擴展到「公共人物」（Public Figure）。儘管原告並非政府官員，而只是經常對社會發揮影響的公共人物，「紐約時報案」規則亦同樣適用。因此，喬治亞大學的足球教練不能控告一家報社，儘管報紙宣稱他預先安排了一場足球賽的結果；一位退伍將軍亦不能指控美聯社，儘管後者報導他率領一群暴徒去抵制密西西比大學消除種族隔離的努力。

2. 中國地方官員的「名譽維權」

近年來，尤其是隨着互聯網和手機短信作為傳播方式的發展，中國各級官員頻繁訴諸法律維護自己的「名譽權」。反映政府自我保護意識的一個最極端的事件，發生在湖北天門市，城管將一位用手機拍

12. *Curtis Publishing Co. v. Butts, Associated Press v. Walker*, 388 U.S. 130.

攝野蠻執法的企業主當場圍毆致死。¹³ 這種暴力行為顯然違法，但從憲政國家的經驗看，即便「合法」維護官員名譽也是違背憲法常識的作為。

官員名譽權的第一個案例是2006年發生在重慶的「彭水詩案」，重慶市彭水縣教委借調幹部秦中飛，因一則針砭時弊的短信詩詞失去了自由。8月中旬，秦中飛編了一則手機短信《沁園春·彭水》：

馬兒跑遠，偉哥滋陰，華仔膿胞。看今日彭水，滿眼瘴氣，官民衝突，不可開交。城建打人，公安辱屍，竟向百姓放空炮。更哪堪，痛移民難移，徒增苦惱。

官場月黑風高，抓人權財權有絕招。嘆白雲中學，空中樓閣，生源痛失，老師外跑。虎口賓館，竟落虎口，留得沙沱彩虹橋。俱往矣，當痛定思痛，不要騷搞。

由於該短信有代指地方領導的內容，縣委領導獲悉短信內容後立即要求公安部門介入調查，警方很快就確定了短信編寫者。當時彭水縣領導層即將換屆，重慶市委幹部考察工作組就要進駐彭水縣。如果這當口出亂子，很可能影響其政績評價。縣領導欲借處理「彭水詩案」整肅人文環境，化解不良影響。9月1日上午，彭水縣公安局、檢察院偵查監督科、法院刑庭多個部門領導坐在一起研究案情。研究結果很快出爐，決定以涉嫌誹謗罪立案調查，否則會影響社會穩定和政治穩定。一名縣領導會上提出了具體要求：「出手要狠，效果要好，五天內辦結。」當天，警方兩次審訊秦中飛，同時對秦中飛的辦公室進行了搜查。當晚，縣長、縣委副書記和政法委書記兼公安局局

13. 黃鵬程、程平：〈男子拍下城管粗暴執法照片，拒絕刪除被打死〉，《楚天都市報》（2008年1月8日）。

長會同檢察院等部門，再次就此案件召開會議。縣長認為公安局辦案不力，效果不明顯，要求加派人手辦案並讓檢察院提前介入。會後，彭水縣公安局馬上以涉嫌「誹謗罪」將秦中飛刑事拘留，羈押在看守所。公安局隨後向檢察院提請逮捕秦中飛。由於之前的會議對此案已經有了「定論」，檢察院迅速下發了逮捕令並啟動起訴程序。經媒體曝光後，在全國造成了很大的影響，中央領導也對此作出了批示。重慶市有關部門組成調查組展開調查後，認定秦中飛無罪，撤銷起訴，並發放了國家賠償金。

重慶「彭水詩案」之後，國內出現了一連串通過手機短信或上網等方式「誹謗」地方幹部的事件。這些事件的始作俑者，大都立即受到地方政府的全力調查和嚴厲懲罰。例如據《新京報》2007年4月9日報導，張志堅只是在網上轉貼了海口康力元公司與國家藥監局官員「權錢交易」的文章，就被關押九個月，直到國家藥監局長案發後才被檢方撤訴，而在此期間，他丟了自己的工作，可謂損失慘重。根據同一天的報導，山西稷山縣人大法工委主任等三名幹部，認為縣委書記在投資環境、職工工資等問題上失信於民，將問責材料郵寄給運城市委等單位，十天後便遭到警方調查和拘留，並被判為「誹謗」。不論這些人的最終命運如何，其他人有了他們的「前車之鑒」，注定再也不敢「誹謗」領導幹部，免得自己「吃不了兜着走」。這樣一來，諸如藥監局的「官藥勾結」等腐敗行為也就因為只有「天知、地知」而更肆無忌憚了。

在處理官員名譽問題上，法治發達國家基本上採用了和美國同樣的規則，在縱容批評錯誤和官員腐敗這兩種風險中作出了一邊倒的選擇。中國沒有必要照搬其他國家的做法，但是中國同樣有輿論監督和控制腐敗的需要。事實上，憲法第41條明確規定，公民「有提出批評和建議的權利」，以及「向有關國家機關提出申訴、控告或者檢舉的權利」，而且「任何人不得壓制和打擊報復」。這樣看來，公民是否

可以「誹謗」官員不應該是一個問題，因為除非是出自主觀惡意，即便我們對政府官員批評錯了，那也不應該構成「誹謗」。

2008年，遼寧西豐的短信誹謗案又增加了一層變數。西豐縣趙俊莘因不滿其加油站被徵收並遭遇法律迫害，編了一首攻擊西豐縣委書記的打油詩，通過短信發給部分西豐領導幹部，結果以「偷稅、誹謗」的名義受到通緝，並在北京舉報期間被抓回西豐。西豐縣法院一審判決趙俊莘「捏造事實誹謗他人，情節嚴重，危害社會秩序」，已構成「誹謗罪」，判處有期徒刑一年半。《法制日報》的《法人》雜誌詳細報導了此事經過，並被網絡媒體廣泛轉載。和地方政府以往對誹謗案的反應稍有不同的是，這次的西豐縣似乎過分「自信」了一點，不僅將「誹謗」者打入大牢，而且派遣大批警察來到北京的雜誌社，聲稱負責報導的記者也犯了「誹謗罪」，還出示了「立案通知」及「拘傳證」。在西豐縣委領導眼裏，不僅公民對縣委的批評構成「誹謗」，而且媒體對「誹謗」事件的報導也構成了「誹謗」。筆者不得不說，這些判斷是缺乏憲法常識的。

在信息爆炸的現代社會，任何個人的聲音都是微弱的，即便通過手機短信等現代化工具也不例外。公民的聲音如何受到社會重視？這就要靠《法人》雜誌這樣的媒體，媒體相當於公民言論的「擴音器」；它將重要事件從紛繁嘈雜的信息海洋中過濾並提取出來，引起全國關注，幫助人民監督政府和政府自我監督。可以說，中國社會近年來取得的每一點重大進步都離不開媒體的作用；沒有報刊、電視、廣播、網絡的新聞報導，我們都不可能知道「孫志剛事件」、山西黑磚窯事件、廈門PX事件……，更不用說解決這些事件中的問題了。新聞監督是最有效的社會監督機制，也是公民權利最有力的保障。因此，如果說公民個人的言論自由受到憲法保護，那麼媒體的報導自由更應該受到保護。事實上，上述「紐約時報案」就是專門針對媒體的報導自由；為了避免給言論自由「潑冷水」，政府不僅不得禁止公民

個人「誹謗」，也不得禁止媒體「誹謗」。當然，就和個人一樣，媒體也得承擔法律和道義的責任；如果媒體誹謗了平民百姓，就得承擔相應的法律責任。然而，為了保護普通百姓的基本權利，為了保證政府受到有效監督，政府官員就不能因為媒體報導對自己不利而隨便指責「誹謗」；即使報導錯了，政府也得「忍」着點，而不是像西豐縣委那樣利用自己掌握的公權力到處抓人。

3. 言論自由與私人名譽

憲法一般不直接保護權利不受私人的侵犯，但如果私人之間的憲法權利發生了衝突，有的憲法要求法院必須平衡相互衝突的權利；這時，憲法就帶上了「第三者效應」，在保護雙方權利的同時也界定了各自權利的限制。德國可以作為這類憲法的典型。尤其是其第1條宣佈：「人格尊嚴不可侵犯。一切國家權力皆有責任，去尊敬與保護之。」第1條第1款進而規定：「只要不妨礙他人權利，且不違反憲政秩序或道德，每個人都有權自由發展其個性。」《基本法》第1與第2條構成了整個德國憲法的核心，它們體現了《基本法》對個人權利和社會責任的融合與統一。第1條的人格尊嚴表達了憲法的中心價值——而非具體權利，因而它必須和其他具體條款聯合使用才能奏效。第2條則表達了發展個性自由的普遍權利，並經常和第一條聯合考慮。人格尊嚴同時具備「主觀」與「客觀」性質，從而既禁止政府干涉個人自由，又對國家施加正面責任去創造人格尊嚴得以實現的條件。不僅如此，個人還有尊重他人權利的社會責任。

對於憲法效力問題，德國憲政法院的案例法顯著不同於美國的「國家行為」理論。兩者的主要區別在於：按照「政府行為」是否存在，美國憲法的效力呈現出從無到有「跳躍式」；在私人之間的許多

爭議中，即使實體憲法價值可能受到深遠影響，美國憲法仍然缺乏任何適用性。但根據對私法解釋的「間接影響」之強弱，德國《基本法》的效力呈現出連續變化的「漸進模式」。根據德國理論，憲法權利的影響隨着兩大法系——公法和私法——的區分而變化：在公法領域，憲法「直接」並完全適用。在私法領域，根據1958年的「聯合抵制電影案」，憲法僅間接適用，但它具備某些受到削弱的效力。這種處理方法的重要結果之一，是憲法的潛在效力不能在任何案件中被完全忽略。由於《基本法》「間接」適用於私法爭議，憲法至少間接適用於所有那些實體憲法價值可能受到影響的案件。

也和美國憲法的第一修正案不同，德國《基本法》詳細規定了言論自由及其限制。第5條第1款規定：「每個人都有權在言論、文字和圖像中自由表達和傳播其見解，並從通常可獲得的來源中獲取信息。」第2款規定：「根據普遍法律條款、為保護青年的法律條款、及尊重個人榮譽之權利，上述權利可受到限制。」問題在於，言論自由是否可受到法律的任何限制——只要是構成了「普遍」法律？譬如誹謗法是否能以任何方式懲罰言論自由給個人名譽所可能帶來的損害，而普通法院也只須要嚴格實施有關的法律條款？在以下的「聯合抵制電影案」，¹⁴ 聯邦憲政法院回答了這個問題。

納粹時期的著名電影導演曾導演過反猶太人的宣傳影片，後於1950年受到審訊並被釋放。復出後，他導演了電影「永恒情侶」。但在德國公映前，漢堡市的公共關係主任呂特（Erich Lüth）號召電影製片商和發行商聯合抵制這部電影。根據《德國民法典》第826條對「違反良好道德以故意損害他人」的行為之禁止，製片公司在德國地區法院獲得

14. Lüth Case, 7 BverfGE 198；參見張千帆：《西方憲政體系（下冊·歐洲憲法）》，頁414-419。

禁令，禁止呂特所號召的聯合抵制。呂特則在憲政法院提起申訴，宣稱法院決定侵犯了《基本法》第5條所保護的言論自由。憲政法院詳細闡述了《基本法》對於民法解釋的影響，並撤消了地區法院的禁令。對於「普遍法律」是否可以限制言論自由，憲政法院指出：

表達見解的基本權利，乃是人類個性在社會中最直接的表現，且屬最高貴的人權之一……它對自由民主的憲政秩序是絕對基本的，因為只有它才使得不斷的思想交流和見解競爭成為可能；後者形成這類秩序的生命血液。事實上，它是「幾乎所有其他形式的自由之基質和必不可少之條件」。

由於言論自由在自由民主國家內的根本重要性，如果允許這項基本權利的實質受制於普通法律及解釋法律的司法決定，那將是前後矛盾的。相反，就基本權利和私法之間的關係而言，以上討論的普遍原則在此同樣適用。法院必須根據基本權利的重要性，來衡量限制基本權利的普遍法律之效果。它們必須解釋這些法律，以保存基本權利的重要地位；在自由民主國家內——尤其針對公共政治，這項解釋過程必須假設言論自由在所有領域的根本作用。對於基本權利和「普遍法律」之間的相互關係，法院不得解釋為「普遍法律」對基本權利之適用性的單向限制；相反，它們之間存在着一種相互影響。根據第五條的文字，「普遍法律」對基本權利規定了界限；但反之，這些法律的解釋，必須參照這項基本權利在自由民主國家的價值建立之作用，因而任何對基本權利的限制作用本身亦必須受到限制。

如果言論形成了對普遍福利至關重要的公共輿論，那麼私人——尤其是經濟——利益必須讓步。這並不表明這些利益缺乏任何保障；基本權利的價值就在於它能為每個人所運用。如果感到經受了某人的公共言論之損害，那麼任何人皆可作出公共

回應。只有在不同見解以同樣的自由度而獲得表達的衝突過程中，公共輿論才得以形成，且社會的個體成員才能形成其個人意見……每個人都具備同樣的基本權利。既然在龐大社團的社會生活中，個人之間的利益和權利衝突不斷發生，相互衝突的權利必須就根據它們在社會領域中值得保護之程度，而受到不斷的相互平衡。不論由此對個人去自由發展其自身的機會產生何種限制，這類平衡必須獲得接受。在此，任何人都不能依賴憲法第二條的絕對保護。

在權衡了憲法第二條所保護的個性權利和第五條所保護的言論自由之後，聯邦憲政法院判決最高法院錯誤判斷了言論自由這一基本權利的特殊重要性。由於後者在適用法律的時候未能考慮言論權利的重要性，必須撤銷這項判決。「聯合抵制電影案」是德國憲政史上的一塊里程碑。憲政法院在此闡述了言論自由體系所涉及的基本理由，說明了言論在公共論壇所實現的目的，並鑒別了用於權衡言論權利和其他受法律保護之利益的司法標準。

和美國憲法的「單向約束」相比，德國《基本法》的「雙向約束」似乎更為可取。一方面，言論與新聞自由必須獲得保障，這對現代民主政治尤為重要。對於公共事務，誹謗法必須根據憲法原則而獲得寬鬆解釋，且不得對誹謗者處以巨額罰款，以避免對言論自由「潑冷水」。如果政治家的個人名譽受到損害，那麼他的權利僅限於獲得名義補償、禁止被告再犯，以正其身、清其名。另一方面，言論自由必須基於對個人的人格與尊嚴的適當尊重之上。即使在政治領域，純粹的個人攻擊與人身侮辱似乎不應受到憲法保護，因為它對理性的政治交流少有幫助。政治家亦不因投入政治就完全失去了對個人名譽的法律保護。在一定程度上，對言論自由的理智約束有助於提高政治討論的質量，並減少因過分激烈的口頭攻擊而訴諸暴力行為之傾向。對

於一個缺乏民主傳統和政治寬容精神的國家，對人格的憲法保障以及對言論的相應法律約束尤為必要。在這方面，法院可對有序民主之維持作出正面貢獻。因此，在言論和人格尊嚴之間發生不可避免的衝突時，法院應該根據具體情形而加以適當平衡。

和德國《基本法》類似，中國憲法也同時保護言論自由（第35條）和人格尊嚴（第38條）。2002年11月9日，長春市中級法院作出一審判決，認定虹影的長篇小說《K》觸犯法律，禁止發行並賠償原告陳小滢的精神損失。陳小滢是陳源（陳西滢）和凌叔華之女。她認為從書中描寫的時間、地點、人物可以推知，書中的主角——武漢大學文學院院長「程」——分明是指涉其父，而「林」則影射其母。原告宣稱《K》肆意污蔑，以淫穢的手法杜撰了許多「不堪入目」的情節，內容黃色下流，從而引發了全國首起「先人名譽案」，也是第一起關於出版成書的小說官司，因而引起了文學界的震動。如果名譽受害人只是普通私人身分，這個判決當然並無不妥，但是如果受害人屬「公眾人物」甚至政治人物，那麼法院就須要適當平衡名譽權和言論自由的關係。

四、言論自由與社會寬容

言論自由不僅需要司法的制度性保護，而且也需要寬容的社會文化環境。在一個不寬容的社會，不可能容忍自由開明的法院；即便僥倖存在這樣的法院，容忍言論自由的判決也勢必淹沒在社會非議和謾罵之中。對於長期在教條主義統治下的中國，社會寬容對於言論自由顯得尤其重要，而近年來的一系列事件卻讓人對缺乏寬容的「國民性」不無擔憂。

1. 自由與寬容

2008年春，境外媒體針對西藏問題對中國發表了一些不友善的言論，個別主播人甚至散佈種族主義言論，對中國人說三道四、冷嘲熱諷，從而引起了眾多網民的激憤。其實這裏並不涉及「民族尊嚴」這樣宏大的命題，因為民族尊嚴不是任何人說出來的，而是取決於我們自己的作為；如果我們有尊嚴，那麼無論別人怎麼說都是抹殺不了的，就和中國GDP連年增長的客觀事實抹殺不了一樣。但是這些事件已經產生了廣泛的公眾影響，甚至引發了個別不理性的行為，從中折射出一種令人擔憂的不寬容心態。顯而易見，一個進步的民族必然是一個寬容的民族；一個心胸狹隘的民族不能寬容別人的批評，也必然聽不進別人的意見，包括那些有助於中國進步的善意批評，最後必然失去諸多自我改進的機會。忠言逆耳的常識、諱疾忌醫的教訓、聞過則喜的美德，在此就不贅述了。在此只是從憲法的角度談談，我們應如何對待那些不中聽的言論。

從憲法上看，這個問題很簡單。大千世界、林林總總，什麼人都有，什麼想法、什麼言論都有，我們不可能在乎每個人都在說些什麼。更重要的是，在許多情況下，也很難鑒別不同言論對於我們自己意味着什麼。一句奉承讓我們沾沾自喜，但是很可能縱容了實際上對我們有害的行為；一句批評很不中聽，但是很可能讓我們懸崖勒馬。彭德懷在「廬山會議」上反對左傾冒進政策、馬寅初提倡「新人口論」，他們的話現在聽上去何其中肯，但當時在絕大多數人耳裏是何其不中聽，甚至「反動」、「惡毒」、「別有用心」，但是最後卻不幸證明他們是對的。事實上，批評可能是善意的，也可能是惡意乃至刻毒的，但言者的意圖或態度既不重要也很難甄別，重要的是不同思想、不同意見、不同言論的充分表達對於社會進步的作用。換言之，如果我們不能寬容那些我們不愛聽的言論，那麼最後倒黜的是我們自己。

當然，我們也有自由用自己的方式表達自己的意見，起訴那些貶損名譽的言論甚至抵制個別國家的商品，但是如何對待不中聽的言論，我們自己心裏要有一桿秤。霍姆斯在另一個場合精闢指出，好聽的言論其實是用不着保護的，需要保護的恰恰是那些不中聽的言論。我們的憲法也規定了言論自由，而言論自由不僅是一項政府不應干預的權利，而且還意味着一種寬容的社會心態；一個承受不起洋人的批評、嘲弄乃至謾罵的民族，是不可能容忍本國人的言論自由的。對於那些無聊的罵街，我們大可一笑了之；我們的寬容並不意味着懦弱，而恰恰是民族自信的表現。對於那些認真的批評，則無論中聽與否，都是須要認真對待的。

實際上，如果我們可以信任大多數人的判斷，民主社會根本沒有必要控制言論，甚至可以說越是有害的言論，越沒有必要去控制它。為什麼？因為既然它那麼有害，而大多數人都不是白痴，都能看到其中之害，那麼看上去越有害的主張反而越沒害，因為沒有人會把這種主張當真。譬如有誰會相信「太陽明天從西邊出」這種胡言亂語呢？如果大多數人都不信，而這個國家的大政方針、基本國策確實是由大多數人說了算，那麼即便錯誤的言論又有什麼危害呢？因此，如果有人想在美國實現共產主義，那麼確實應該像霍姆斯說的那樣給他充分的機會。如果大多數人不接受，那麼選票結果就是顯示他錯誤的最有力證明；如果他的主張贏得了大多數人，那對美國是一件好事，因為民主的真諦就是通過理性辯論、說服和選舉來決定這個國家的未來走向。在這個意義上，無論多麼邊緣、極端乃至荒唐，任何主張都有機會成為國家政策。同樣，無論對於我們來說是否中聽，任何評論或建議在中國也應該有自己的機會；民主、法治、人權、分權這些東西原來是西方的，究竟是否適合中國「國情」，應該在自由寬鬆的環境下通過辯論讓人民作出知情選擇。如果他們是有害的，那麼大多數中國人不會接受；如果大多數人接受了，那麼誰又有權說他們的判斷錯了呢？

當然，前提是我們相信多數人的判斷能力。也許個別主張是毒性很強的「糖衣炮彈」，外表很漂亮，內部「毒性」很強，常人一聽就「中毒」，譬如1932年納粹就憑着欺騙民眾贏得絕對多數選票上台的。這種可能性確實存在，但是言論自由的反對者必須拿出確鑿證據，表明某種言論一放開就必然產生「清楚與現存的危險」；現在說來說去，也只能舉納粹、法西斯或蘇格拉底之死等極個別例子，而古今中外無數事例都已經證明羅隆基在1929年的名言：「壓制言論自由的危險比言論自由的危險更危險。」¹⁵ 因此，要真正對這個國家負責任，還是對他人言論寬容一點的好。

2. 愛國與理性

國外媒體針對西藏問題批評中國並拿「奧運」說事，同時也激起國內部分民眾的強烈「愛國」反應。以抵制家樂福為由頭，正反雙方已形成旗幟鮮明的兩大陣營。看起來抵制派聲音更強大，口號也更激進，網上甚至已將反對派上綱上線到「漢奸」、「賣國賊」的高度。這類爭論本來是完全正常的，也是公民言論自由的體現。即便言辭激烈、誇張一點，也遠比萬馬齊瘖好得多。從憲法角度看，這場爭論讓人感到欣慰；只有當言論游離於「出格」邊緣的時候，才能考驗這個民族對言論自由的耐受力。但是如果動輒「扣帽子」、「打棍子」，不僅無助於探討問題的實質，而且很可能將整個討論誤引到罵街、抹黑、人身攻擊的歧途上去。愛國主義本來是一種寶貴的社會資本，但是如果為一種非理性的力量所主導，那麼盲目的「愛國」往往會產生誤國的效果。因此，即便愛國也是需要一點理性的。

15. 〈告壓迫言論自由者〉，《新月》第2卷第6、7號合刊（1929年9月）。

從法律上看，抵制家樂福的言論是否合法甚至受憲法保護，取決於有關言論的表達方式。如果只是停留於「口誅筆伐」，那麼無論如何激烈的言論都享有憲法自由。即便網絡號召得到廣泛響應，也未必干預；家樂福完全可以站出來為自己辯護，反抵制主張也可以通過各種渠道伸張自己的理由，最後是非輸贏由廣大的消費者評判。在這件事情上，商品的消費者同時也是思想的「消費者」，言論自由也是經濟利益的有效保障。即便言論自由不足以保障經濟權利，抵制產生了一定的經濟影響，家樂福蒙受一時的利潤損失也未必足以壓倒言論自由。當然，如果個別商家企圖趁火打劫、發「愛國」財，那又另當別論。某些地方甚至發生了大卡車堵塞家樂福入口、反抵制者遭到水瓶襲擊等事件，則更是「出言而入行」，既不宜提倡更不應保護。愛國顯然是無可非議的，但即便是出於愛國的言論也要注意表達方式。畢竟，它只是思想市場上諸多言論的一種，因而沒有權利以絕對「正確」自居壓制其他言論，更不得轉化為各種妨礙公民自由選擇物質或思想商品的壓力乃至暴力。和其他言論一樣，愛國言論顯然享受憲法保護的自由，但是越雷池一步，便反而成為剝奪他人言論和選擇自由的利器。因此，任何權利都不是無限的，愛國言論的自由也不例外。

更重要的是，要做一個真正的而不是虛假的愛國者，首先必須明白「愛國」的意義。¹⁶ 理性的愛國首先在於「愛」字的真義。在這個意義上，愛國和愛一個人其實是完全一致的。對於一個人，我們都知道有真愛、假愛或溺愛之分。如果別人不分是非地說自己好話，即便自己做錯了還是一味阿諛奉承，那麼這種「愛」顯然不是真愛。雖然每個人都喜歡聽好話，但是我們都聽說過諱疾忌醫的故事；凡是理智的人不會不聽逆耳忠言，因為只有批評才能使一個人更加完善。因

16. 參見張千帆：〈什麼是真正的愛國主義〉，《領導者》（香港）第4期（2009），頁137-145。

此，中國傳統儒學極為強調內省，主張「聞過則喜」。如果別人說我臉上有一塊泥巴，我得趕緊照照鏡子，如果無中生有可以感到慶幸，如果說得屬實則盡快清除自己的污點，免得更多的人笑而不言，而不是怪罪言者無禮；如果射靶不中，也怨不得靶放歪了，而是只能怪自己射技不精，趕緊提高自己才是。孟子說：「反身而誠，樂莫大焉。」這種態度與其說是虛懷若谷的美德，不如說是一種理性自私的精明，因為只有這樣做才對自己真正有益。反之，如果一個人不斷吹噓自己或祖宗八代如何了不起，別人說一個不是就怒氣沖沖、惡言相對，那麼這種人與其說是狂妄可笑，不如說是膚淺、短視、無知、可憐，因為任何有點遠見的人都知道這種態度傷害的無非是自己而已。

其實不論他人的批評是善意還是惡意，我們大可不必在意其背後的圖謀；儒家傳統告訴我們，真正應該在乎的不是別人怎麼說我們，而是我們自己究竟如何。不可否認的是，中國今天還存在許多問題，因而與其將注意力放在如何回應對方的攻擊，不如切實解決自己的問題，讓別人無話可說。也只有這樣，中國才能真正崛起，中國人才能得到真正的實惠而非虛假的口惠。大凡缺乏自信的人，往往搖擺於自負與自卑兩極之間：一方面對自己身上的問題束手無策，進而麻木不仁和迴避否認；一旦遭遇批評，則又暴跳如雷，順勢將一切問題都歸咎於「帝國主義」或「賣國賊」的陰謀，但是這種不能正視自己的態度，不僅看不到中國的真問題，更談不上發現問題的根源並從制度上解決問題，最後反而貽誤了中國的發展良機。從根子上解決中國的問題，讓中國變得更好——這才是真愛國。

3. 哀悼日的憂思

汶川地震，傷亡慘重，舉國哀痛。中央決定2008年5月19-21日為全國哀悼日，以表達全國人民對受災死者的哀思。一時間，報紙、

電視全部是清一色的災區相關報道，娛樂、體育乃至一般的新聞和評論一律取消，有的頻道停播，幾乎所有在播的頻道都是同一個節目、同一個畫面，令人頗為吃驚。不少網站還提醒大家「國難日」應注意的事項，如《烏魯木齊拼客網》建議：第一：三天國喪期間，着裝要正式、肅穆，不要穿戴太時尚或者顏色鮮艷的衣服、鞋帽，女同志不要用鮮艷的口紅眼影化妝，不要佩戴時尚的首飾；第二：工休的時候不許開音樂、不許打牌，不許打鬧嬉戲；第三：要注意維護公共場所的氣氛，在街上行走的時候，不要三五成群的嬉鬧；第四：下班之後不要出入舞廳、卡拉OK廳、桌球社，也不要在家裏放歌曲，唱卡拉OK舉辦朋友聚會；第五：可以佩戴一些表示哀悼、追念的標誌或飾品；第六：今天下午14:28起，停止工作三分鐘；第七：這是第一次為百姓舉行國喪，有些百姓會不習慣、不重視，也不知道該怎麼做，希望大家盡量在親朋好友中傳遞這些信息，並隨時糾正看到的不正確行為。由此可見，哀悼日的思維定式不只是體現於政府規定，而且具有廣泛的社會基礎。2008年5月20日，無錫崇寧路市公安局對面的藍橙酒吧內依舊歡笑陣陣，引來許多市民強烈不滿，雙方一度發生衝突。哀悼當然是「正確」的態度，但是言論自由意味着包容不哀悼的「錯誤」。

國難當頭，哀悼本是人之常情，還有誰會反對呢？作為文明禮儀之邦，中國也一直存在為去世的重要人物哀悼的傳統。家有「三年之喪」，國有已故領導人祭奠。據說堯帝死後，「百姓如喪考妣，三載，四海遏密八音」。¹⁷ 現在只哀悼三天，難道還過分嗎？更何況哀悼的不是位高權重的領導人，而是在地震災害中死去的普通老百姓。這難道不正是國家「以民為本」、尊重人性的體現嗎？

17. 《尚書·舜典》。

然而，在憲法面前，三天和三年、領導人和老百姓並沒有本質區別。在性質上，汶川地震的強制哀悼和舜典中所說的「四海遏密八音」是一致的，都是通過行政命令在全國統一禁止某些內容的言論——無論是娛樂（「八音」）還是嚴肅的話題。如果老百姓出於對堯的自發愛戴而「如喪考妣」、三年遠離「八音」，當然另當別論，但是這麼整齊劃一的行為顯然不可能是完全自發的，而必然是政府統一規定的結果，就和今天如果沒有政府規定，各大媒體絕不可能在哀悼日如此整齊一樣。不同的是，中國在那個時代還沒有一部憲法，而現在則不僅有了一部憲法，而且憲法還明確規定了表達自由，表明國家不能像以前那樣隨意限制不同的表達方式；恰好相反，國家必須遵循憲法對表達自由的約束。

表達自由意味着什麼？在汶川地震這件事情上，它意味着公民有自由以不同的方式表達自己的哀悼——說得極端一點，甚至有自由不表示哀悼。在我們絕大多數人眼裏，這種態度在道德上顯然是錯誤的。不錯，我們可以予以強烈的道德譴責；這不僅不違反表達自由，而恰恰是表達哀悼的自由之體現。但是如果再越雷池一步，從道德壓力上升到行政命令，要求所有媒體都以一種方式表達一種聲音，那麼表達自由就受到了憲法所不允許的限制。但是如果不強制規定哀悼，全國媒體步調不一，有些娛樂節目照常進行，主持人和參與人還在嬉笑怒罵，豈不是和舉國哀痛的氣氛很不合拍、很不和諧嗎？是的，這種可能性確實存在，但這也正是表達自由所要求的寬容。即便在道德上絕對正確的哀悼死者這個問題上，表達自由也要求我們容忍不同意見，至少國家不能通過強制手段予以禁止。

事實上，哀悼死者不獨是中國傳統，而是各國通行的人之常情。美國政府大樓的國旗似乎一年中大半年是半升半降的，公民自己在家也可以下半旗哀悼自己認為值得哀悼的人。關鍵在於，公民的哀悼是自發的，是國家不能通過任何手段強迫的。更何況「強扭的瓜不甜」，在道

德乃至政治壓力下強迫出來的哀痛表情也是我們不屑的。哀痛本來是發自內心的真情流露，而不應該是外力強加的結果。從這次地震後全國上下的強烈反應來看，有多少人、多少媒體在為災難沉痛哀悼，又有多少單位和團體在為救災出錢出力？！國家根本不需要告訴國人和媒體怎麼做，我們完全會以自認為最恰當的方式表達自己的情感。可是即便如此，各地仍然普遍要求市民甚至中小學生捐錢捐物，向「災區人民表達心意」，而且捐獻物品還不能太舊，有的學校甚至要求「八成新」，最好是買來新的捐上，卻反而使捐獻流於形式。

顯然，沒有人反對哀悼汶川地震的受難者，應該也沒有人會反對國家將一年中的某個日子特別規定為哀悼日，儘管具體哪個日子在徵求全國民意後再確定或許更妥當。然而，如果國家再進一步規定哀悼方式，造成全國媒體步調一致、千篇一律，這種行為方式恐怕就不是「靠近人情」或「走向人性」，而是令人回憶起半個世紀以前的那個年代，我們因為壓制了彭德懷的言論而少了數千萬人，又因為壓制馬寅初的言論而增添了四億人口。而大多數國人甚至大多數媒體人沒有用自己的表達自由對此表達半點異議，甚至認為理所應當，在深層意識上對表達自由的憲政精神表現出令人擔憂的淡漠。汶川地震產生了國人的強烈情感，但正是這類事件才是言論自由的試金石；一個國家有沒有言論自由，或是否能包容不同意見，正體現在大多數人對他們認為顯然錯誤的少數立場的態度上。

五、新聞與出版自由

言論自由和新聞與出版自由緊密相關，因為新聞與出版是言論的載體。尤其在現代大眾社會，新聞媒介是人們交流思想和信息的主要工具。因此，要在實質上保護言論自由，就必然要保護登載言論的報

紙、雜誌、書刊、電影、電視及電台廣播等大眾媒介。事實上，兩者可以說是「難分難捨」——多數關於新聞與出版的案例（如上述「紐約時報案」），在嚴格意義上是言論自由案例，只不過言論是通過廣播、電視、報刊或書籍中的某種特定方式轉載的。因此，作為一項普遍保障，言論自由本身即隱含着新聞與出版自由；對新聞和出版自由的限制，必然是對言論自由傳播的極大限制。另一方面，在制度上，新聞與出版本身具有某些特殊性，因而可能要求比一般言論更多的特殊保護。

除了言論自由的普遍保障之外，美國憲法的第一修正案確實特別提到了新聞自由：「國會不得……剝奪言論或新聞自由。」但這是否表明，除了普遍的言論自由以外，締造者還設想第一修正案對新聞媒介提供特殊保護？抑或「新聞自由條款」並不比「言論自由條款」包含更多的內容，而只是同義重複？美國對這一問題並沒有清楚的答案。1975年，斯圖亞特法官（J. Stewart）在耶魯法學院所發表的講話支持前一種觀點：「新聞自由的保障基本上是憲法的結構條款。《權利法案》的絕大多數其他條款保護具體的自由或具體的人權，例如言論自由、信仰自由、獲得辯護律師的權利以及禁止被強制自陷法網的權利。相對而言，『新聞自由條款』把保護擴展到機構。簡言之，只有出版社才是被授予明確憲法保護的私有企業。」然而，最高法院對此從未正式發表意見。

和美國憲法第一修正案的「言論或新聞自由」不同，德國憲法對新聞自由的保障獨立而具體。《基本法》第5條第1款特別規定：「通過廣播和攝像的出版自由和報導自由必須受到保障，並禁止審查。」畢竟，和美國憲法相比，《基本法》產生於一個半世紀之後。面對現代通訊與傳播技術的迅速發展，德國締造者嘗試通過憲法文字，來解決現代大眾媒介所特有的問題。考瑪斯（Donald Kommers）教授指出：「根據第5條，新聞自由是一項分離和獨立的自由。在明確規定

『通過廣播和攝影的報導自由』時，國父們清楚預期了電子媒體的作用及其在信息社會中不斷上升的重要性。」¹⁸

新聞是人民而非政府的喉舌，不需要政府特別「保護」，更不能通過誹謗訴訟乃至壓制迫害遮蔽人民的耳目。

1. 新聞自由與事前限制

除了誹謗法的約束之外，新聞自由還可能受到政府的事前限制或審查。就美國憲法而言，和以上的言論自由類似，對新聞媒介的事前限制也同樣抵觸第一修正案的保障。早在第一修正案制訂之初，這項原則就得以確立，但是1931年的「禁止周刊誹謗案」擴大了這項原則的適用範圍。¹⁹ 在1925年通過的明尼蘇達州法律規定：「任何人……不得從事日常製造、發表、散播、佔有、銷售或贈送……惡意、中傷與誹謗的報紙、雜誌或其他期刊。違者犯有妨害罪（nuisance），且任何犯有妨害罪的個人都可受到禁止……在這類訴訟中，被告辯護可以證明作品的確實性，且發表是為了正當目的並帶有良好動機。」如果被告違抗法院的暫時或永久禁令，可被處以1,000美元罰款或一年監禁。根據這項法律，《星期六周刊》被指控誹謗當地的猶太人和政府官員。地區法院在審判後發現指控有據，因而禁止發表「《星期六周刊》的任何未來版本」以及「任何以其他名義發表的惡意、中傷與誹謗性作品」。明州最高法院基於程序理由，維持了這一判決。

18. Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (Durham, NC: Duke University Press, 1989), p. 396.

19. *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 297.

在休斯總法官的多數意見中，聯邦最高法院以5:4表決推翻了州法院的決定，並判決州法違憲。多數意見注意到，在150年以來，幾乎從來沒有法律試圖對涉及官員瀆職的出版施加事前限制。這一事實表明，這類限制將侵犯憲法權利。「公共官員的品質與行為必須在新聞媒介中受到公開爭論與自由討論；他們對錯誤指控的補救，在於根據提供糾正與懲罰的誹謗法來提出訴訟，而非限制報紙和期刊出版的事前程序。」法院進一步指出：

歷年來，政府行政變得愈來愈複雜、瀆職與腐化的機會愈來愈多、犯罪愈來愈嚴重，且不忠的官員可能包容犯罪，因而犯罪聯盟和官方失職將使生命和財產的基本保障受到削弱；這種危險表明，我們需要無畏和警覺的新聞機構。確實，新聞自由可能被墮落的流言製造者所濫用；但在涉及官員的不當行為中，這一點也不削弱媒介免受事前限制的必要性。對這類可能存在的濫用實行事後懲罰，才是符合憲法權利的合適補救。

州政府宣稱州法是為了防止謠言的傳播，從而避免擾亂公共治安、挑起毆鬥或犯罪。但多數意見並不認為這類論點有任何幫助：「對不當行為——尤其是官員瀆職——的指控，必將製造公共醜聞，但憲法保障的理論是：阻止出版的權力將引起更嚴重的公共危害……對不當行為的指控可能製造仇恨及訴諸於暴力解決手段的傾向；這一點也沒有新鮮之處。但這一眾所周知的傾向，並不改變保護媒介不受出版審查和限制的決定……假如這類考慮能夠授權立法去干涉出版的初始自由，那麼憲法保護終將退化為表面文字。」

以上案例並非表明政府絕對不可以實行事前限制。為了保障公共道德與治安，地方政府很可能必須實行某種程度的事前審查。電影審查即為一例。在這種情形下，第一修正案對新聞與言論自由的保障，主

要體現於對審查制度的程序限制。在1965年的「淫穢電影審查案」，²⁰馬里蘭州的法律即規定了這類電影審查制度。被告未經事先審查就公開放映電影；儘管州政府承認該電影本來會獲得批准，被告還是因未能符合州法要求而受到指控。在聯邦最高法院，布仁南法官的多數意見僅在仔細分析了州審查程序的各個方面之後，才推翻了審查制度的有效性。法院多數意見注意到馬里蘭州讓行政官員單獨作出初始決定，且司法上訴可能佔用很長時間。布仁南法官的意見強調，事前審查制度通常被假定無效，且州政府具有沉重的舉證負擔去反駁這種不利假定。「要使影片事先上交審查的非刑事程序合憲，它必須具備為避免審查制度的危險性而設置的程序保障。」首先，審查官具有舉證負擔，證明影片並非屬受保護的言論。其次，關於影片是否構成受保護言論的問題，州的要求不得使審查官的決定在效果上成為最終決定，而是必須提供司法審查機制。最後，州政府必須保證，審查官將在指定的短時間內，或者頒發許可，或者上法院去限制影片的放映。

雖然中國各部憲法都保障言論與新聞自由，但這項自由一貫受到立法的普遍限制。對於出版物，中國在傳統上一直採取事前放任、事後追究制度。²¹即使是嚴酷的清朝文字獄，在性質上也不過屬事後懲罰。最早的事前限制是1908年的光緒報律，對於報社成立規定了交納押金和報告官府的條件，並對報刊的發行實行事前審查制度。這種制度對報紙的發行增添了極大的負擔，且官府也不勝煩瑣。民國成立後，《臨時約法》承認言論和出版自由，清末報律自然廢止。但《臨時約法》第15條規定，約法權利「有認為增進公益、維持治安或非常緊急必要時，得依法律限制之」。1914年，袁世凱曾頒佈報紙條例

20. *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51.

21. 王世傑、錢端升：《比較憲法》（北京：中國政法大學出版社，1997），頁91。

和出版法，其中報紙條例專規定報紙的出版，出版法則規定報紙以外的「文字圖畫」之出版。報紙條例採用許可和保證金制度。報刊必須在出版前獲得警察機關的認可，並交納押金。如果未獲許可或未交納保證金而發行，警察官署可以直接決定罰金並停止發行。凡涉及下列內容的報刊均為非法：淆亂政體，妨害治安，敗壞風俗，涉及經有關官署禁止發行的外交軍事秘密及其他政務，預審尚未獲得公審的案件或禁止旁聽的訴訟，涉及國會及其他官署會議依法禁止旁聽的內容，煽動、庇護、讚賞、救護犯罪人或刑事被告人或陷害刑事被告人，攻擊個人隱私或損害其名譽。

1916年，黎元洪復任總統，廢止了報紙條例。於是報紙的出版受制於出版法。該法對出版僅規定了備案制，但對合法出版內容的限制和報紙條例類似。1926年，段祺瑞因各方面的反對意見而廢止了出版法。此後，全國新聞出版實行自由。但北京仍存在着「管理新聞營業規則」，對限制報社的成立甚至比報紙條例更為嚴格。²² 1930年，南京政府頒佈了新的出版法，其管轄範圍包括報刊雜誌、書籍及「其他出版品」。根據該法，報紙和雜誌採用備案制，書籍和其他出版物則可自由發行。但出版物不得登載下列內容：意圖破壞國民黨或三民主義，意圖顛覆國民政府或損害中華民國利益，意圖破壞公共秩序，妨害善良風俗，禁止公開訴訟的辯論。對於違法的出版物，內政部可以糾正、警告或扣押。雖然1931年的《訓政時期約法》規定了「發表言論及刊行著作之自由」，但第15條允許法律加以限制，因而出版法並不違反約法。以後，國民黨又規定了若干新聞檢查辦法；凡是重要都市的報紙，必須經過審查後方可發行。

1949年以後，四部憲法都先後規定了新聞出版的自由。1982年憲法第35條規定：「公民有言論、出版、集會、結社、遊行、示威

22. 王世傑、錢端升：《比較憲法》，頁93。

的自由。」但有關法規對出版物實行了相當嚴格的事前審查和事後追究制度。1997年國務院頒佈的《出版管理條例》第5條規定：「公民在行使出版自由的權利的時候，必須遵守憲法和法律，不得反對憲法確定的基本原則，不得損害國家的、社會的、集體的利益和其他公民的合法的自由和權利。」根據第11條，出版單位的設立，首先必須向省級政府的出版行政部門申請，經審核同意後轉報國家新聞出版署審批。在獲得許可證並登記後，出版單位即取得法人資格。圖書、音像及電子出版物出版社的年度計劃及「涉及國家安全、社會安定等方面的重大選題」，（第19條）須經省級政府的出版行政部門轉報新聞出版署備案。第25條規定，任何出版物不得含有下列8項內容：反對憲法確立的基本原則，危害國家統一、主權和領土完整，危害國家安全、榮譽和利益，煽動民族分裂、侵害少數民族風俗習慣、破壞民族團結，泄露國家機密，宣揚淫穢、迷信或暴力，危害社會公德和民族優秀文化傳統，侮辱或誹謗他人，以及「法律、法規規定禁止的其他內容」。如果從事出版、發行、印刷或複製業務的違反了上述規定，可「沒收出版物和違法所得，並處違法所得3倍以上10倍以下的罰款」，情節嚴重的可責令停業整頓或吊銷許可證，構成犯罪的可追究刑事責任。

1955年，胡風因言獲罪，「胡風事件」引發了輿論大整頓。「家醜不可外揚」，本地媒體一般不敢報導當地醜聞，有的地方甚至有能耐封殺外地報導在本地的傳播。譬如《南方周末》整頓前經常被地方惡性搶購。2003年8月《人民日報》報導江西定南縣違規出讓土地，不顧法院「停止執行」的裁定，繼續強行拆遷。縣領導了封殺當日黨報第五版，中央黨報居然從當地全部失蹤。2004年出版的《中國農民調查》一度成為「禁書」，其實只是率先揭露了中國農村的某些陰暗面，用今天的眼光看一點都不出格。

2. 新聞自由與國家秘密

對事前限制的另一項應用是涉及國家機密的案件。如1971年的「五角大樓文件案」所示，國家的安全利益，和第一修正案保護的言論與新聞自由可能發生衝突。²³ 為了政府的有效運作，政府顯然有權保護一定數量的國家機密。另一方面，民主政府區別於專制政府的主要特徵，即在於人民可以自由討論一切公共事務；政府不能通過把任何議題標榜為「國家秘密」，就禁止公民或媒介進行討論，並以「國家安全」為名來懲罰「泄密者」。事實上，「國家機密」並不是天然存在的，而是人為劃定的；從領導人的年齡到死刑判決人數，幾乎任何事情都可能成為「國家秘密」。但在一個信息公開的民主社會，它們可能正是須要公開的「秘密」；政府的自然傾向是將對自己不利的消息劃為「國家秘密」，而這正是一個民主和法治社會所要防止的。

在越南戰爭期間，反戰人士埃爾思伯格（Daniel Ellsberg）獲得了題為「美國越戰史」的國防部文件，文件主要描述了美國政府發動越戰的經過。埃爾思伯格試圖通過報社來披露這些文件，從而使內部政治鬥爭公開化，並對政府的備戰政策施加公眾壓力。聯邦政府要求法院立即禁止報社發表這批文件，並稱一旦這些信息獲得公開，後果將是「增加美國戰士的傷亡、摧毀盟國合作、極大增加和敵人談判的困難並延長戰爭」。兩個聯邦上訴法院分別作出不同判決：哥倫比亞特區法院准許《華盛頓郵報》發行消息，而第二巡迴區法院卻禁止《紐約時報》發表同樣報導。上訴法院之間的分歧須要獲得聯邦最高法院消除，以形成統一的法律解釋。政府律師辯稱執法部門有權保護國家，並禁止那些危及國家安全的信息受到公佈，其權力來自兩個相關的源泉：總統主管外交事務的憲法權力及其武裝部隊總司令權力。

23. Cases of Pentagon Papers, *New York Times v. United States*, 403 U.S. 713.

然而，最高法院以6:3表決認為，政府所出示的證據並不足以禁止敏感文件的披露，因而否定了政府禁止發表的要求。法院的全體意見指出：「對於任何對言論的事前禁止，本院都假設它違憲無效。因此，政府具有沉重的舉證負擔，去證明施加這類限制的理由。」持多數意見的法官基於不同理由，判決本案文件的披露不能受到聯邦政府的事前限制。

當然，美國對政府機密材料的公開化也不是無限的。例如在1979年的「氫彈秘密案」，²⁴ 聯邦地區法院即禁止發表有關氫彈製造的文章。被告《進步》月刊並非要發表尚未公開的機密材料，而只是拼湊現已公開的各路資料並匯總為「氫彈秘密」一文。聯邦政府宣稱，一旦發表這些經過被告綜合的情報，合眾國利益將受到「立刻、直接和不可挽回的損害」，因而要求地區法院予以禁止。聯邦地區法院把這個案件和「五角大樓文件案」相區別，同意了政府要求。首先，在前案，政府並未能建立合適的立法根據；而在本案，1954年的《原子能法案》授權聯邦政府去禁止任何人「交流、傳播或披露受到限制的數據——如有理由相信這類數據將被用來損害美國或為任何外國提供優勢」。其次，「五角大樓文件」僅包括歷史數據，而本案的數據則涉及現在和未來的核武器製造。最後，政府在前案未能充分證明媒介披露將威脅國家安全，而這種威脅在本案是不言而喻的。

其他自由民主國家也同樣遭遇國家秘密和新聞自由之間的衝突，而處理方式未必完全相同。例如在英國，《官方機密法》很可能禁止類似材料的公佈，但是德國卻未必認同上述「拼合理論」——如果支離破碎的細節並不涉及國家秘密，拼湊起來的完整故事則仍可能產生社會危害而被禁止公佈。在聯邦德國的憲政史上，1966年的「鏡報

24. *United States v. Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990 (W.D. Wis.).

泄密案」是最受爭議的決定之一，而聯邦憲政法院的判決本身也發生了4:4分裂。²⁵

即便在奉行自由民主憲政的德國，以敢言着稱的德國《鏡報》(Der Spiegel)也偶爾會得罪政府而惹禍上身。1962年，《鏡報》周刊發表了有關北約(NATO)行動的轟動性封面故事，詳細披露了北約和西德的軍事計劃及西德軍事的弱點，並指責國防部長斯特勞斯(Franz Josef Strauss)企圖使西德裝備原子戰略武器。在一天晚上，西德聯邦和州警察聯合襲擊了《鏡報》周刊的總部，逮捕了周刊的編輯並帶走大批資料。經過三年的法院訴訟，最高法院的刑事庭最後因缺乏證據而駁回了政府針對《鏡報》的指控。但《鏡報》編輯仍然提出憲政申訴，宣稱法院原先授權政府的搜查與逮捕許可侵犯了法治原則和第五條言論自由。雖然他們並未直接挑戰授權政府行動的基礎——叛國法，編輯們宣稱政府對叛國法所採用的「拼合理論」(Mosaic Theory)解釋違反了憲法。根據這一理論，即使《鏡報》在實際上並未披露任何被歸為機密的軍事消息，但如果基於各種公開來源的信息片段而拼合成連貫的軍事方案，且可能有利於敵國並危及聯邦德國的生存，那麼法院仍可假設有關於報導構成了叛國罪。在第一庭的意見中，憲政法院發生四比四的對等分裂；由於未能構成多數，政府行動的合憲性受到維持。然而，憲政法院的雙方意見都不接受對叛國法的「拼合理論」之解釋。法院意見指出：

不受政府控制和審查之限制的新聞自由，乃是自由社會的基本要素；一個在政治上活躍並正常出版的自由報刊，對現代民主而言尤其必不可少。如果公民要作出政治決定，那麼他們必須具備徹底信息；他們還必須熟悉他人的見解，以權衡行動的其他

25. Der Spiegel, 20 BVerfGE 162.

途徑。新聞機構使討論之繼續保持生氣；它提供信息並對其採取立場，從而為公共爭論確定方位。新聞機構表達了公共輿論，並澄清公共問題，從而為公民判斷提供了便利……新聞機構的這項「公共使命」是重要的，且這項使命不能被確立的公共權力所實現。出版公司必須能夠在社會層面上自由組織。它們根據自由市場原則而運作，並具備私有企業的組織形式。它們在思想和經濟上相互競爭，且這一過程不得受到國家的干預。

在民主國家裏，自由報刊的職能對應於它在《基本法》下的法律地位。第5條保障新聞自由。這項保障在《基本法》內的位置及其傳統意義，強調了這項權利的主觀特徵。這意味着個人和企業可不受官方干預而自由運作。在某種意義上，這項權利的主觀層面授予新聞機構以有利的法律地位。新聞自由還具備客觀的一面，即它保障「自由新聞」機構之存在。獨立於個人權利之外，且不論有關何種調控，國家都有責任在法律體系的所有領域內尊重新聞自由之原則。這項原則體現於從事出版的企業之自由、從事記者職業的自由機會以及公共機構的披露信息之責任。另外，國家可能具備採取行動的正面責任，以防對見解的壟斷之發展。

新聞自由還可能和《基本法》保護的其他價值發生矛盾；它可能和個人、團體或普遍社團的權利相衝突。《基本法》授權法律體系以調控這項衝突的任務；新聞機構也是其對象之一；只要利益至少和新聞自由同樣值得保護，新聞機構就必須尊重他人及普遍公眾的法律權益。對媒介成員授予的特權地位，完全是出於其職能，且僅限於這項職能的範圍之內。它並非個人特權問題；脫離了普遍有效規範之個人自由，必須根據這一背景而獲得解釋。

因此，《基本法》第五條第二款規定言論與新聞等自由可以受到「普遍法律」的限制。本案中的叛國法也是屬「普遍」法律，其目的是保護德國免受外敵侵犯；當報刊對國防機密發表事實、議論或觀察

時，叛國法就和新聞自由發生衝突。憲政法院沒有採納政府的下列論點，也就是「新聞自由以聯邦德國的存在為前提、並將隨着國家的摧毀而消失，因而採用事前審查的政策去迅速解決這一衝突」。多數意見指出：

自由民主秩序……要求警覺的新聞機構去自願批評國家事務——包括軍事結構和政策。從這個角度來考慮，軍事機密對國家安全的必要性並非是和新聞自由相互排斥的原則。相反，它們相輔相成，因為它們都是為了維護聯邦德國。普通法院應該考慮這項目標，來解決兩種必要性之間的衝突。因此，法院必須考慮被披露的事實對潛在敵人和對公共輿論之形成的重要性。針對在國防領域內獲得重要事件信息的需要，它們必須平衡報導對國家安全所可能產生的危險。

3. 國家秘密與信息公開

和西方國家相比，中國的保密規定一直十分周密。1988年頒佈的《保守國家秘密法》（「保密法」）第2條把「國家秘密」定義為「關係國家的安全和利益，依照法定程序確定，在一定時間內只限一定範圍的人員知悉的事項」，主要包括下列活動中的秘密事項：國家事務的重大決策、國防建設和武裝力量活動、外交和外事活動、國民經濟和社會發展、科學技術、維護國家安全活動和追查刑事犯罪，以及政黨事務。（第8條）根據《保守國家秘密法實施辦法》第4條，如果某一事項泄露後會造成下列後果之一，就應當列入國家秘密及其密級的具體範圍（即「保密範圍」）：「危害國家政權的鞏固和防禦能力」，「影響國家統一、民族團結和社會安定」，「損害國家在對外活動中的政治、經濟利益」，「影響國家領導人、外國要員的安

全」，「妨害國家重要的安全保衛工作」，「使保護國家秘密的措施可靠性降低或者失效」，「削弱國家的經濟、科技實力」，以及「使國家機關依法行使職權失去保障」。由此可見，保密範圍相當寬泛。

國家秘密的密級分為「絕密」、「機密」、「秘密」三級（第9條），國家秘密及其密級的具體範圍由國家保密工作部門分別會同外交、公安、國家安全和其他中央有關機關規定。對是否屬國家秘密和屬何種密級有爭議的，由國家或者省、自治區、直轄市的保密工作部門確定（第13條）。不僅參與國家秘密決策的包括中央和地方的多個部門，而且在實踐中，省以下的地方政府經常也將自己發佈的「紅頭文件」作為「國家秘密」，從而造成設密主體過多、保密範圍過寬、「國家秘密」泛濫的現象。譬如2000年2月，國家保密局和民政部聯合制訂了《民政工作中國家秘密及其密級具體範圍的規定》（71號文件），其中第4條規定，「因自然災害導致的逃荒、要飯、死亡人員總數及相關資料也屬國家秘密」。2005年8月，保密局修改71號文件，終於刪除了「死亡人員總數」六個字，但是自然災害導致的逃荒、要飯及相關資料在原則上仍然屬國家秘密。

「國家秘密」過寬過多顯然不利於保障公民知情權，尤其不利於天災人禍等突發事件的應對處理。長期以來，地方政府的態度是「災難不是新聞，抗災救災才是新聞」。出於對社會穩定和政治因素的考慮，各地政府對新聞傳媒的要求是對於災難新聞必須持特別慎重的態度，積極宣傳戰勝災害的成績，反對純客觀地報導災情。結果，唐山大地震具體死亡人數，是等到地方發生三年後才允許報導的；²⁶ 1970年雲南通海大地震中死亡了1.6萬人，僅次於唐山地震，但直到舉行大地震30周年祭集會時才首次正式披露死傷人數和財產損失情況。1975

26. <http://news.163.com>，2005年7月27日報導。

年曾發生河南板橋水庫潰壩事件，但是事件真相卻從來沒有披露。²⁷ 各地政府為逃避責任而瞞報礦難事故，更是近年來常見現象。

人為隱瞞真相的後果遠不只限於人民被剝奪事後知情權，更可能人為引發嚴重的社會災難。事實上，1976年的唐山地震已有多起預報，但是由於當時政治氣氛敏感而沒有披露預報信息，致使24萬人在沒有任何準備的情況下永遠埋在殘磚瓦礫之下。在唐山附近的青龍縣，由於縣委書記頂着丟官的風險向當地的47萬人民披露了地震預報，同樣的地震沒有造成一人死亡。由此可見信息公開對平民百姓的重要性。2003年「非典」過程中，某些地方政府故意瞞報，致使平民在不知情的情況下無法採取自救措施，人為導致「非典」的大肆蔓延，從而給平民百姓的生命和健康產生巨大威脅。只是在中央明確禁止各地瞞報之後，人民在知情基礎上訴諸適當自救之後，「非典」疫情才逐漸得到控制。事實上，信息公開和言論自由不僅不會妨礙政府救災，而且還會有所助益。譬如在2008年汶川地震中，有的災難現場正是通過網絡傳播發現並積極組織營救的。

2008年5月，劃時代的《政府信息公開條例》正式施行，目的正是「保障公民、法人和其他組織依法獲取政府信息，提高政府工作的透明度，促進依法行政，充分發揮政府信息對人民群眾生產、生活和經濟社會活動的服務作用」。實踐證明，政府信息對於人民的生活乃至生命是何等重要，但是迄今為止，條例執行的狀況仍然和規定的目標距離甚遠，政府信息公開在許多地方仍然是例外而非規則。政府不公開信息的理由或藉口太多，公民申請信息公開的勝算太小，尤其是信息公開條例和保密法之間還存在諸多出入。修改保密法、減少設密主體、縮小保密範圍勢在必行。

27. 王維洛：〈1975年河南板橋水庫潰壩，誰在隱瞞真相〉，<http://news.163.com>（2005年7月13日）；〈哈爾濱地下工程坍塌，人民不需要知道真相？〉，《新民周刊》（2005年11月21日）。

4. 市場壟斷與多元化

對新聞自由的憲法保護並不限於傳統的報社領域，它還隨着現代通訊手段的更新而擴展到新興電子媒體——電視與電台廣播。但正如下面涉及電視台的一系列案例所示，電視與電台廣播造成獨特的多元化（Plurality）問題。和報社不同，電視與廣播電台因頻道有限、技術複雜且耗資龐大，而更易於導致所有權的集中。在1961年的「電視台第一案」，²⁸ 德國聯邦憲政法院對這一問題作了經典闡述。

在戰後重建時期，聯邦政府在西德設立了國家電視台。憲政法院第二庭判決這一決定違憲，因為聯邦立法侵犯了《基本法》為各州保留的權力。不僅如此，在第二部分意見中，聯邦憲政法院判決國立電視台的結構還違反了《基本法》的新聞自由保障。法院指出：

從收集信息到傳播新聞與見解，第5條第1款特別保障新聞機構的獨立自主。如果國家尋求直接或間接地調控或指導新聞機構或其分部，那麼它就侵犯了這項保障。只有在眾多獨立報刊的競爭下，且國家保持不改變新聞機構的自由映像，憲法對新聞自由的保障才允許政府干預。我們必須考慮以上提及的第5條內容，才能衡量第5條對廣播的意義。儘管具有以下討論的特殊性，廣播和報刊同樣屬現代大眾交流的必不可少之手段；它影響並幫助形成公共輿論，且是這一過程的關鍵成因。對形成公共輿論的參與，絕非限於新的節目、政治評論或有關過去、現在或未來政治問題的系列報導；它還發生於戲劇、音樂演出、酒吧歌舞表演、甚至節目所表現的布景……這清楚表明，機構自由對廣播的重要性絕不低於報刊。

28. First Television Case, 12 BverfGE 205.

廣播區別於報刊的特殊性在此顯得尤其重要：相對多數的獨立刊物存在於德國媒介，它們包括意識形態和政治觀點的廣泛範圍；但在廣播領域，由於技術原因和廣播的極高代價，電台數量則必然很少。由於廣播領域的獨特情形，電台必須採取特殊的預防措施，來實現並維持第5條所提供的廣播自由。現行廣播設施的組織原則，提供了實現這一目標的一種途徑：立法創立了在公法下運作的法律實體，它負責制作廣播節目，但脫離國家影響或至多受制於有限的國家監督。它的管理董事會實際上由各個重要的政治、哲學和社會團體之代表組成；他們有權監督節目負責人，保證其服從立法條款，並要求合適比例的利益相關者參與節目製作。在現行技術條件下，如果其權力具備這些鉗制，那麼在國家層面上授予某機構的廣播壟斷並不抵觸第5條。

由於公司的現實狀況是完全處於國家控制之下，「成為聯邦的工具」，因而「西德電視公司」的成立和存在都侵犯了《基本法》第5條對新聞自由的保護。「電視台第一案」首次確立了電視廣播領域中的多元化原則，因而有「廣播領域的大憲章」之稱。根據法院意見，「公共輿論之形成既不應仰仗政府，也不應仰仗單一社會團體之鼻息」。因此，對廣播機構的判斷標準是多元化而非私有化，也就是廣播電台是否受到社會各個階層的多元化控制，而非是否存在國家或私人對所有權的壟斷。如果可以保證管理機構代表社會多元利益，那麼國家對所有權的壟斷也未嘗不可；反之，如果不能保證管理權的多元化，那麼即便私人壟斷也不允許。事實上，正是為了防止私人壟斷損害新聞外部多元化，德國等歐洲國家才通過國家壟斷促進內部多元化。

因此，在電視廣播領域內，對新聞自由的威脅不僅來自國家干預，而且來自私人壟斷；無論壟斷主體是公共政治權力還是私人經濟權力，市場壟斷都將削弱新聞自由和「思想市場」的多元化。根據「第一案」原則，《基本法》第5條不但禁止國家，而且也禁止私人

對新聞自由的干涉。和美國法院不同，德國憲政法院並不假設廣播私有化一定會自動產生「見解的市場」；市場壟斷已經成為現代經濟中的普遍現象，而在新聞廣播領域內，經濟壟斷也意味着觀念與見解的壟斷——如果沒有立法的多元化要求，新聞媒介必然會限於傳播那些壟斷者喜愛的觀念，並取決於壟斷寡頭們的任意喜好。相比之下，除了「公共廣播電視台」（PBS）和「美國之音」（VOA）受政府資助和立法調控以外，美國的其他廣播公司都是私有和私營的，聯邦和各州並沒有對它們規定多元化的要求。

法國也同樣存在報社和新聞廣播的壟斷問題。1789年《人權宣言》第11條宣佈：「思想和見解的自由交流乃是最為寶貴的人權之一，因而除非根據法律決定的情形而必須為這項自由的濫用負責，每個公民都有權自由言論、寫作並發表。」到19世紀後期，法國對言論和新聞自由的法律限制在自由化運動中被逐漸取消。1881年的法律取消了事前限制，並最終宣佈新聞自由。但和其他民主國家類似，法國媒介的主要現代問題並非國家限制，而是在於因所有權的壟斷而產生的私人限制。早在第三共和時期，報社所有權過於集中的問題就已出現。由於大規模投資的要求和激烈的市場競爭，報社所有權集中於少數財團寡頭手中，且發表內容受到後者的顯著影響。到第二次世界大戰前後，這一問題在電台和電視廣播領域中尤為顯著：由於頻道有限，廣播自由受到技術條件的限制。這一問題最終獲得了立法解答。1944年的法規強調報社所有權的透明度，並規定報社公佈管理結構。

為了給政治討論提供充分機會，並為不同見解達成共識提供基礎，憲政院在通訊與交流領域制訂了系統的案例法。通過重新解釋通訊自由，憲政院在媒介領域確立了三項憲法價值：多元化、透明度和受到規範的競爭。其中多元化是衡量通訊自由的主要原則，因而受到憲政院最嚴格的實施；對於報社所有制結構的透明度和競爭原則，

憲政院則僅實行寬鬆控制，因而議會放鬆對透明度的立法要求未必違憲。由於憲政院認為競爭本身並非憲法要求，而只是實現多元化的手段，議會立法只要規定有關公司的最大數量並保障調控機構的獨立性，就符合憲法要求。

在1970年代興起報社合併之後，社會黨內閣加強了對報社所有權的調控，規定個人擁有報社股份的比例上限不超過15%。1984年的《新聞法》限制了報社所有權的規模，並建立報社委員會的監督機構。在1984年的「新聞法決定」中，²⁹ 憲政院駁回了基於新聞自由的挑戰，判決所有權結構的公佈要求並不侵犯新聞自由，但還是對法律限制進行了嚴格解釋。憲政院要求報社擁有足夠大型的編輯隊伍，並保證新聞記者的活動自由和作品發表的「觀念自主權」；為此，編輯必須是帶有職業執照的記者，使之成為報社巨頭和作品出版之間的中介。在這些條件下，透明度要求非但不削弱新聞多元化，而且是後者的必要條件。

在1986年保守黨上台後，希拉克（Chirac）內閣試圖修正1984年的法律，減少了社會黨在1984年對新聞機構的調控，取消了1984年法律對報社財政透明度和多元化等規定。法案第11條把有關政治和一般信息的報紙所允許佔有之市場份額從15%提高到在全國領域內總發行量的30%。社會黨議員挑戰對這些法律條款的取消與修正，並把問題提交憲政院。在1986年的「新聞法決定」，³⁰ 憲政院判決法律修正因削弱了報社多元化而違憲。對於多元化問題，憲政院指出了修改法案中所包含的缺陷：

第11條的規定並不能防止個人或團體去利用公司法的完全合法之程序，使自身同時成為數類現存日報的完全與有效之主人，

29. 84-181 DC.

30. 86-210 DC, Rec. 110.

且可超越第11條本身對報紙的發行閾值之限制。因此，草案第11條絕不是議會可被允許制訂的保護報社多元化的改進方法；它並不能保證交流手段的有效性，且和先前條款的取消相聯繫，它的效果是剝奪憲法價值原則的法律保護。

在1986年的「通訊自由決定」，³¹ 憲政院再次判決內閣提議的法案部分違憲。法案第39條只禁止一人同時擁有幾家私人廣播電台的25%份額，第41條則禁止在同一地區擁有超過一家的廣播公司，但並未禁止私人在全國地區擁有多家公司。這些修正後的立法條款不能充分保障思想的多元化，因而被憲政院判決違憲。對於多元化問題，憲政院的意見指出：

社會文化潮流的多元化本身是憲法價值的一項目標，且對這類多元化的尊重乃是民主的前提之一。如果在公共和私人行業內，視聽交流手段所針對的公眾不能接觸不同特徵的表達，以保障信息的真實可靠性，那麼1789年《人權宣言》第11條所保障的思想和見解的自由交流就不會有效。

5. 新聞媒介、司法公正和被告人格

以上的案例顯示，法院一直是新聞自由的有力保障。但在有些情形下，新聞機構可能和法院直接發生作用甚至衝突。在處理過程中，須要考慮新聞機構和法院之間的兩層關係：一方面，為了保障公正審判，法院可能具備有限權力去限制媒介在審判前報導案情；另一方面，作為普通法傳統，法院有義務向媒介公開。後者涉及到新聞機構

31. 86-217 DC, Rec. 141.

獲得政府信息的權利。雖然新聞機構通常並沒有從政府獲取信息的權利，政府也沒有向媒介提供信息的責任，但新聞機構有權參與法院的公開審訊。

和誹謗法類似，事前限制可能被用來維護某類公民的權利。例如，新聞媒介對即將開始或正在進行的刑事審判進行全面報導，可能會影響陪審團的觀點，從而損害被告獲得公正審判的權利。因此，美國某些州採取「彈壓言論法則」（gag order），禁止媒介在審判結束前對刑事案件進行詳細報到。然而，由於事前限制對言論和新聞自由的不利影響，且存在其他方法來保證被告的公正審判權利，法院一般不得禁止對刑事審判的報導。

在1976年的「禁報謀殺案」，³² 內布拉斯加州法院根據「彈壓言論法則」，禁止報紙報導一個當地聞名的集體謀殺案嫌疑的供詞，以保證公正的陪審團審判。聯邦最高法院撤銷了這項判決，伯格大法官的意見指出：

對於第一修正案權利，事前限制是最為嚴重和最不能被容忍的侵犯。刑事懲罰或誹謗賠款受制於全副程序保護；直到窮盡了所有上訴審查的途徑，判決的影響一直受到延遲。但事前限制卻施加立刻和不可挽回的處罰。如果說在發表之後實行刑事或民事處罰是對言論「潑冷水」，那麼事前限制則至少一時「凍結」言論……在決定中，我們必須檢驗初審法官所面對的證據，以決定(a)審判前新聞報導的性質與程度；(b)是否存在其他措施，來緩和在審判前不受限制的公開報導所造成的影響；(c)限制報導的命令對防止危險多麼有效。限制命令的準確措詞也很重要。

32. *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539.

德國《基本法》第2條第1款規定：「只要不妨礙他人權利、不違反憲政秩序或道德，每個人都有權自由發展其個性。」和「魔菲斯特案」中的藝術自由類似，新聞自由同樣可能和人的個性自由相衝突。在1973年的「刑滿出獄報導案」，³³ 聯邦憲政法院處理了憲法第二條和第五條所保護的價值之間的衝突。勒巴赫（Lebach）因協助搶劫軍火並殺死與重傷數名戰士而被判服六年徒刑。在他即將刑滿出獄時，電視台把當時的犯罪經過製成新聞報導，並展示其姓名、照片及其同性戀傾向。勒巴赫要求州法院禁止電視台的報導，但基於《基本法》第5條所保障的言論與新聞自由，州的地區與上訴法院都駁回了原告的要求。勒巴赫在憲政法院提出申訴，宣稱電視台報導侵犯了其受第2條保護的個性自由。憲政法院第一庭獨立平衡了第2條與第5條所保障的個性與言論權利，並禁止電視台重播犯罪經過。法院指出：

人格尊嚴和自由發展個性之權利，對每個人保證自主領域，從而使個人通過發展並保護其個體而形成其私生活。這包括保持獨身自好並排斥他人干擾或檢查之權利。它還包括個人對自身的肖像和言論之權利，尤其是決定如何處置自己肖像之權利。每個人在原則上都有權自行決定，其他人是否並在何種程度上可公開報導其生活或畢生經歷的某些遭遇。

當然，個人對私人生活的決定權並不是絕對的。如果作為社團一員的個人和他人之間達成關係，並通過其存在或行為去影響他人，從而觸及到他人的私人領域或社團生活之利益，那麼除非涉及其不可侵犯的最深層生活，他主宰其自身的私人領域之全權就可受到限制。只要足夠強烈，任何社會聯繫都可對公共權力為整體公共

33. Lebach Case, 35 BVerfGE 202.

利益而採取的措施提供理由，以刊登嫌疑照片來幫助刑事調查。然而，不論是解決犯罪的國家利益還是任何其他公共利益，都不能一成不變地為個人領域之侵犯提供理由。相反，和人格尊嚴的最高憲法價值緊密相聯，自由發展並獲得尊重的人格自由極為重要；它要求對個性自由的侵犯限於必要範圍，且永遠和《基本法》第2條第1款連同第1條第1款所規定的保護法則相平衡。

個性自由的至關重要性，不僅要求被告的不可侵犯和最為內層的私人領域獲得保護，而且要求報導機構去嚴格尊重比例原則。對個人領域之侵犯，限於對公眾接受信息的利益需要之合適滿足；對被告所產生的傷害，則必須和其犯罪嚴重程度或對公眾的重要性成比例。因此，披露姓名、刊登照片或採用其他手段來鑒別犯罪者等措施，並非在任何情形下都受到允許。

在平衡憲法第2條和第5條所保護價值的過程中，法院必須考慮兩種憲法價值和人格尊嚴之關係因為後者是憲法價值體系的核心：「廣播自由可能具備對個性自由的限制效果，但對於公共廣播對『人格』所產生的任何損害都必須和報導對自由交流的意義成比例。法院還必須考慮廣播是否可能無須對私人領域造成深遠侵犯，即實現其合法利益。」因此，如果對於犯罪事件而言，公眾接受現存信息的利益已獲得了滿足，那麼罪犯「不受干擾」的權利就變得更為重要，媒介和公眾無權將罪犯生活的個人層面轉變成討論或消遣的對象；一旦刑事法庭已指控被告，並為其吸引公眾注意的行為定罪，那麼就沒有理由對罪犯個人層面的進一步或重複侵犯。

雖然中國憲法第125條明確規定「法院審理案件，除法律規定的特別情況外，一律公開進行」，但是中國法院也同樣面臨不同價值之間的權衡，而在實踐過程中司法為了迴避社會壓力，往往對敏感案件進行不公開審判。譬如2008年，無業青年楊佳為尋求報復，潛入上海閘北區公安局連殺9人，引起了全國轟動，許多網友質疑其殺人動

機和精神狀態，但法院還是決定不公開審判，從而導致社會對審判的公正性產生懷疑。³⁴ 2009年12月，中國最高法院下發《關於人民法院接受新聞媒體輿論監督的若干規定》，要求各級法院應當主動接受新聞媒體的輿論監督；同時，如果新聞媒體對正在審理的案件報導嚴重失實或者惡意進行傾向性報導、損害司法權威、違反法律規定，則將追究相應責任。³⁵ 這些規定本身當然不無道理，困難在於由誰解釋和界定這些頗為籠統的新聞限制。司法限制新聞監督的主要問題是由法院裁定自己接受新聞監督的限度，不符合「任何人不得做自己案件法官」的基本法治原則。

6. 小結——新聞自由就是GDP

新聞自由無疑是重要的憲法理念，但它不僅是理念而已；對於一個健康社會來說，新聞自由發揮着諸多實際的功用。2007年9月3日，日本農林水產大臣遠藤武彥因金錢醜聞辭職。日本雖然長期實行自民黨「一黨獨大」，但是新聞自由一直很發達，並對官員權力制約和社會健康發展發揮不可忽視的作用。信息是理性的基礎，新聞自由首先意味着人民享有知情權，可以根據自然或社會狀況及時調整自己的行為；如果人民事先知道自然災害或流行病毒，就可以採取適當防禦措施，將生命、健康、財產損失降至最小。試想，假如當年關於唐山地震的預報能夠拯救24萬人的生命，那將折合成多少GDP？新聞自由意味着人民知道官員的所作所為，因而有能力監督官員腐敗；新

34. 〈楊佳襲警案29日庭審因故取消，律師質疑辦案程序〉，《重慶晨報》（2008年7月30日）。

35. 〈最高法院：媒體惡意傾向性報導在審案件將追責〉，<http://news.qq.com/a/20091223/002592.htm>，2009年12月23日。

聞自由意味着納稅人知道政府的錢究竟花在哪裏，因而能防止政府「三公」等揮霍浪費；新聞自由意味着社會可以及時了解不同階層的饑寒疾苦，因而能保證真正的社會和諧……沒有新聞自由，所謂的「和諧」可以很可怕；如果中央不保證限制新聞自由，那麼地方就可以變本加厲壓制不同的聲音，即便出了問題也可以造假瞞報，用表面的「和諧」掩蓋實質的不和諧，進而導致社會矛盾日益激化。要有效監督地方政府、名副其實地促進社會和諧，中央其實只須要保證新聞自由。新聞自由就是難以計量的GDP，或更準確地說，人民的幸福指數和社會文明程度。

六、集會自由及其限度

1. 什麼是集會或遊行示威

在某種意義上，遊行示威和集會也是屬廣義的「言論」或「表達」，因為遊行和集會的目的無非是為了表達某種政治見解並期望獲得廣泛的支持或同情。根據中國《集會遊行示威法》第二條的定義，集會是指「聚集於露天公共場所，發表意見、表達意願的活動」，遊行是指「在公共道路、露天公共場所列隊行進、表達公共意願的活動」，示威是指「在露天公共場所或者公共道路上以集會、遊行、靜坐等方式，表達要求、抗議或支持、聲援等公共意願的活動」。這些活動不包括「文娛、體育活動，正常的宗教活動，傳統的民間習俗活動」。但也正由於遊行示威和集會是一種可能產生重大公共影響的集體行為，各國為這些活動的自由所提供的保障也更為謹慎。一般地，公民在從事這類活動之前都須要向有關政府部門提出申請，並在某些情況下受到限制或禁止。然而，立法限制或禁止不得侵犯遊行或集會自由的實質。

2. 各國憲法對集會自由的保護

除了言論和新聞自由，美國憲法第一修正案還明確規定「國會不得……剝奪人民和平集會與請願政府以伸張正義的權利」。事實上，集會和請願權利來歷已久。早在1215年，《大憲章》就保障下院（House of Commons）向國王請願、要求伸張不平的權利。以後，作為這項《大憲章》權利的擴展，每個平民都有權集會並請願下院。這項傳統權利被新移民帶到美洲殖民地，在美國立憲後，它和言論與新聞自由一並進入《權利法案》。根據第一修正案，公民有權在傳統的「公共場所」（traditional public forum）進行和平集會和遊行。然而，如果這項權利的行使方式危及公共治安，政府則有權加以限制甚至禁止。這時，法院必須平衡相互衝突的個人與公共利益。因此，一方面，即使公共集會可能具有一定的暴力風險，政府也不能以擾亂治安為由而一味拒絕批准；另一方面，政府可以禁止在法院周圍的示威或糾察，以保障司法職能的正常行使。對於遊行阻塞街道的中間情形，法院至今避免確定普遍規則，而是根據案件事實來作出具體決定。

一般來說，政府可以要求遊行示威者事先申請地方政府的許可。在1941年的「遊行許可第一案」，³⁶ 法院判決州政府可以要求示威者提前通知政府，使之有機會提供合適的警察保護，並防止交通阻塞或因在同一時間和地點發生兩組遊行或集會而引起混亂。然而，州的有關法律必須對批准條件作出適當的詳細規定；如果缺乏合適標準，州法就將使地方政府具有無限裁量權去決定遊行的批准，從而對公民受第一修正案保障的權利增添過重負擔。1965年的兩個「學生抗議法院案」表明了向法院周圍示威的憲法權利及其限度。³⁷ 「第一案」判

36. *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 579.

37. *Cox v. Louisiana, I & II*, 379 U.S. 536, 559.

決處罰示威者的州法不得過分寬泛，但是在「第二案」中，法院認為禁止在法院周圍糾察的州法有效。哥德伯格法官（J. Goldberg）的法院意見指出：

我們的決定體現出一些清楚的原則。雖然言論和集會自由對我們民主社會是必不可少的，但它們並不表明，每個想表達見解和信仰的人都可以在任何時間與地點對團體發言。對自由的憲法保障隱含着維持公共秩序的社會組織之存在；沒有這項秩序，自由本身將在過度混亂中喪失。對街道遊行實行控制，乃是政府履行責任以保證這項必要秩序的清楚例證。為所有人的利益而促進公共便利的非歧視性限制，並不能因試圖行使某些公民權利而遭到忽略——儘管在其他情形下，這些公民的權利將受到保護。人們沒有理由去罔視熟悉的紅綠燈，而把它作為社會抗議的手段。人們也不能違反交通規章，堅持在時代廣場的高峰期間舉行集會來表達言論自由。政府機構有責任和義務保持街道暢通，並防止交通阻塞。一群示威者無權堅持封鎖大街，或進入公共或私人建築，而阻止無意聽他們宣傳的行人通過。我們特別排斥被告的以下主張：根據第一修正案，通過在街道或公路上設置警戒、遊行或糾察行為來進行的思想交流，和純粹通過語言來進行的思想交流具有同樣程度的自由。

在贊成法治下的自由民主社會中，暴力沒有地位；和平抗議的權利並不表明，每個人都可以在任何地點時間表達他想表達的見解和信仰。即使最和平的抗議也必須在合適的時間和地點舉行，每個公民都有明確責任和義務遵從一切有效的法律。

作為表達自由的一部分，德國《基本法》第8條保護「舉行和平與非武裝集會」的權利，而無須事先通知或允許，但這項權利受制於

公共秩序的考慮。在1985年的「核電站示威案」，³⁸ 環境保護人士舉行盛大露天集會，以抗議在該市建立核電站。根據法律規定，示威必須獲得地方政府的許可證。政府批准了環保示威的許可，但把示威限於遠離核電站的場所。在這項決定受到憲政申訴的挑戰後，憲政法院承認個人和集體示威的權利對自由民主的意義重大，但由於大型集會中通常有少數人具備暴力傾向，地方官員可按照公共治安須要加以合理調控。然而，官方考慮不可僅因少數人的暴力而削弱示威權利。在本案，上訴法院未能充分考慮第5條言論自由的重要性，因而其決定被駁回重新考慮。

3. 集會自由對中國的意義

和平遊行是不可怕的，但是變成暴力當然另當別論。中國1989年的《集會遊行示威法》對遊行、示威和集會活動規定了程序和實質性限制。根據第7條，除了國家舉行或決定舉行的慶祝與紀念活動，以及國家機關、政黨、社會團體、企事業組織依照法律或組織章程舉行的集會外，這些活動必須向主管機關——當地的市、縣公安局或城市公安分局——提出申請並獲得許可。主管機關在申請舉行日期的2天前將決定書通知負責人，不許可的決定應該說明理由，逾期不通知的將被視為許可。（第9條）如對不許可的決定不服，活動負責人可在街道決定通知之日3日內向同級政府申請覆議，政府應在收到申請覆議書3日內作出決定。（第13條）第12條規定，具有下列4種情形的活動不予許可：反對憲法所確定的基本原則，危害國家統一、主權和領土完整，煽動民族分裂，或有「充分根據認為」申請舉行的活動

38. 69 BverfGE 344.

將「直接危害公共安全或者嚴重破壞社會秩序」。最後這一條是否定絕大多數遊行申請的依據。另外，公民不得在其居住地以外的城市發動、組織或參加當地公民的集會、遊行與示威，（第15條）國家機關工作人員不得組織或參加違背法律規定的職責與義務的活動。（第16條）如果未獲許可而舉行這類活動，公安機關可對其負責人和直接責任人員處以警告或15日以下拘留。1992年，國務院根據《集會遊行示威法》制訂了《實施條例》，進一步細化了其中某些規定。

中國經驗表明，憲法規定的遊行示威自由也是保障社會和諧的有效手段。廈門PX事件如今可以說是中國環保運動的一個里程碑，但這個稱號可是來之不易。早在2006年的「兩會」期間，就有105名政協委員聯名提出了廈門PX項目停建或遷址的議案。然而，即便是這項政協「頭號提案」也沒能阻擋項目的進程。2007年6月初，向來溫和的廈門市民只好自己行動起來。百萬市民一度「瘋傳」同一條手機短信，內容都是針對這個似已蓋棺定論的項目；上千市民不約而同上街集體「散步」，向市政府傳達自己的願望。幸運的是，廈門市政府也是比較溫和的；他們沒有一意孤行，更沒有採取強硬措施對付那些看上去「不聽話」甚至和政府「對着幹」的市民，而是答應對項目進行重新評估，並且啟動了公眾參與程序，和市民們面對面探討PX項目的利弊得失，最後作出項目遷建漳州的理性決定。至此，廈門PX事件終於獲得了一個皆大歡喜的結局。

事後看來，廈門PX事件雖然有驚無險，但也不無「後怕」。假如廈門市民當初沒有那麼大的勇氣或智慧，假如廈門市政府在聽到反對意見後並不那麼「溫和」，假如政府官員面對市民訴求只是做做「表面文章」……那麼PX項目可能已經準備開工了，而廣大廈門市民往後的日子就不好說了。換言之，換一個地方，當地居民就未必那麼幸運了，因為在那裏很可能會發生廈門沒有發生的一切。因此，我們在為廈門市民慶幸的同時，應該看到自己在制度上的缺漏；否則，如

果不及時堵住制度缺漏，那麼廈門的幸運很可能意味着其他地方的不幸。如果廈門市首開政府和市民共同決定大型項目的先例，那麼我們就應該使這一先例制度化，使公眾參與成為每一個具有重大公共影響的大型項目的程序要件。

2008年，成都近200名市民上街「散步」，抗議剛動工不久的四川石化項目，結果成都警方以非法遊行示威或利用網絡散佈謠言、煽動鬧事甚至「顛覆國家政權」等罪名拘留了6名市民。但是從相關報導看，這次成都散步和廈門、上海的「散步」一樣，並沒有產生任何社會危害，而只是表達了當地市民反對石化項目的意願而已。這種形式的「散步」是公民受憲法保護的基本自由，因而不應受到隨意干涉、限制乃至懲罰，更不能動輒以顛覆國家政權這樣嚴重的罪名實施嚴厲打擊。

憲法之所以保護言論自由，正在於其對維護社會和諧的作用。自由言論固然可能一時導致流言蜚語甚至滿城風雨，但是即便如此也比萬馬齊瘖、噤若寒蟬的高壓局面要好。而言論的表達可以通過多種方式，言談、出版、博客、集會、遊行都是憲法明確保護的正當表達方式。當然，如果選擇集會或遊行，一般須要經過批准，以免引起交通堵塞、擾亂秩序等問題，但是批准只是一個涉及時間、地點、路徑的程序，政府不能因為不喜歡遊行所要表達的觀點而進行實質審查，否則就違背了言論自由的宗旨。政府並不是一貫正確的神仙，完全可能在一些重要政策問題上犯錯誤，而這種錯誤只有通過公民自由表達不同意見才可能得到糾正。事實上，正是政府不喜歡的觀點才有必要通過遊行或集會等方式表達出來，以引起足夠的同情和重視。2007年夏，在廈門市民為了抵制PX項目而出來「散步」時，廈門市政府也是不高興的，一度也採取過控制和打壓手段，但最後還是證明廈門市民更可能是對的，而廈門PX項目也因為市民散步而被遷移到一個更安全合理的地址。

成都散步和廈門散步如出一轍，甚至可以說是後者的「拷貝」。四川石化項目距離人口密集的成都市區不到50公里，而且處於「上風上水」的位置。一旦發生事故，那麼整個成都地區的空气和水等基本生態資源將遭到嚴重污染的威脅，因而和廈門市民一樣，部分成都市民通過集體散步表達自己的憂慮。這種憂慮是完全可以理解的，但是「拷貝」的命運卻遠不如「正本」；如果廈門市政府最終容忍了市民散步並吸取了他們的意見，成都市政府似乎並沒有這點「雅量」。在公民言論自由沒有得到全國統一和有效保護的情況下，自然會出現這種不同境遇，因為各地政府的素質和開明程度不同，對言論自由的寬容度自然也有所不同。但相同的是，如果公民不能自由表達意見，就無從糾正政府決策過程中出現的偏差，也無法防止政策偏差所產生的社會後果。如果廈門PX項目可能對廈門市構成環境威脅，四川石化項目建成後不同樣可能成為成都地區的一顆「生態炸彈」嗎？

七、結社自由及其限度

1. 什麼是結社自由

根據中國《社會團體登記管理條例》的第2條，社會團體是指「公民自願組成，為實現會員共同意願，按照其章程開展活動的非營利性社會組織」，不包括國家機關。廣義的社團可以包括政黨，但政黨因其特殊重要性而被單獨討論，因而結社自由所保護的社團一般指的是民間社團。

和集會自由類似，結社自由的風險比言論與新聞自由更大，但它對民主社會也具有同樣重要的意義。通過結社，原本「弱勢」的許多個人都變得「強勢」起來。譬如已退休的老人無論在哪方面都

是「弱勢」的，但在美國，他們組成了規模僅次於天主教的第二大協會，在國會山熙熙攘攘的遊說集團中少不了他們的代言人。這樣一來，原本年老體弱的他們就不再「弱勢」了，退休金、醫療保險、養老保障當然也就不必看任何人的眼色，因為法律已經規定了很優厚的退休待遇。

結社自由表明，社會必須允許那些不受主流意見歡迎的團體合法存在並公開活動，包括新納粹組織和三K黨，除非他們公然宣傳並積極策劃用暴力推翻現行國家體制。

2. 各國憲法對結社自由的保障

雖然美國第一修正案並未明確規定結社權利，但最高法院案例法綜合第一修正案對言論、新聞、集會和請願權利的保障，逐漸發展出「結社自由」（associational freedom）理論。最高法院所發展的「結社自由」理論，最初來自一系列爭取黑人權益的訴訟。它們全都涉及「全美促進有色人種協會」（NAACP），其中最重要的案例是1958年的「黑人協會名單案」。³⁹ 阿拉巴馬州的法律要求任何企業或協會向州政府申請並獲得批准，才能在州內合法活動。「有色人種協會」未獲得阿州允許，即在州內活動。在州政府起訴後，州法院要求協會提供有關信息以及成員名單。鑒於以前的類似披露曾給黑人成員帶來人身威脅與經濟制裁，協會提供了所有其他被要求的信息及其領導成員姓名，但拒絕提供普通成員名單。阿州法院因而判決協會犯有民事蔑視罪。聯邦最高法院撤銷了這一判決。

39. *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449.

儘管法國在大革命之後崇尚普遍意義上的自由，19世紀的法國人卻對結社自由採取敵視態度。1789年的《人權宣言》僅取消了對報社的事前限制，對普遍的結社自由則未賦予特殊保護。重要轉折出現在1901年的《結社契約法》。這項法律取消了刑法典第291條的事前限制，並允許通過遞交簡單的申請表而結為社團。《結社契約法》第2條宣佈：「個人可自由結社，而無須獲得批准或事前通告；但只有使自身符合第5條規定，它們才能享有法律資格（*juridical capacity*）。」第5條規定了結社程序：「如果期望獲得第6條所規定的法律資格，所有這類社團都必須通過其創始人的努力而使自身公開。社團應在省府作出初步通告。」第6條保證社團的訴訟資格：「每一個作出正常通告的社團，皆無須任何特殊批准，即可在法院訴訟並獲得財產。」當然，1901年的法律也對結社設置了一定限制。第3條規定：「如果基於非法目的、違背法律或良好道德、或其目標是為了削弱國家的領土完整或政府的共和形式，那麼任何這類社團（*association*）都一律無效。」

因此，自20世紀開始，法國的長期原則是禁止政府對結社自由的事前限制。結社活動的自由無須官方批准，政府只能在事後追究權利的濫用。但在30年代法西斯主義所製造的政治緊張狀態下，法國議會採取了一系列抵制措施來保障治安，其中最重要的是1936年的《武裝集團和私人民兵法》。在第五共和建立後，以上法律仍然有效。在1968年發生的學生暴亂之後，戴高樂引用1936年法律，至少禁止了16個左派組織。7個被解散的政治組織在國政院挑戰政府決定，其中3個左派組織獲得勝訴。國政院判決總統對這些組織的解散命令逾權違法，因為它們只是要求組織總罷工而已，並曾明確反對武裝遊行，因而並未違反1936年的法律禁止。在1970年5月，蓬皮杜內閣根據1936年的法律解散了一個發表左翼言論的小型組織。這一行動最後

引發了1971年的「結社法決定」，憲政院判決議會對1901年《結社法》的修改違反了「共和國法律所承認的基本原則」。

2009年1月，法國全國逾百萬人舉行罷工，抗議總統薩科齊處理金融危機的手法未能令工人受惠。在巴黎，罷工演變成騷亂，示威者在商業大街擲玻璃樽和放火，更與警方爆發推撞，警方施放催淚氣體驅散群眾。不過罷工馬上讓薩科齊作出響應，表示明白民眾對全球金融海嘯衝擊及失業問題的擔心，並將與工會及商界領袖會面，討論如何推行相關的改革計劃。⁴⁰

3. 結社自由對中國的意義

和法治國家相比，中國1998年的《社會團體登記管理條例》對公民的結社規定了相當嚴格的程序和實體限制。其第3條規定，社團的成立必須經過「業務主管單位」審查同意並進行登記，參加政協的人民團體、經國務院批准免於登記的團體，以及經本單位批准成立並在本單位內部活動的團體除外。全國性的社團由國務院的登記管理機關負責登記管理，地方性的社團由所在地政府的登記管理機關負責登記管理。（第7條）根據第10條，成立社團必須具備下列條件：有50個以上的個人會員或30個以上的單位會員，有合法的資產和經費來源——全國性社團有10萬元以上的活動資金、地方性社團有3萬元以上活動資金，有和業務活動相適應的專職工作人員，並有獨立承擔民事責任的能力。

40. 〈法國大罷工演變成騷亂，示威者大街上放火〉，<http://news.163.com/09/0130/20/50UC14080001121M.html>。

社團是社會弱勢群體組織起來，表達集體訴求並保護自身合法權益的重要渠道。《社會團體登記管理條例》規定了事前審批、嚴格的資金條件、同一地區內職能不得重複的要求，以及年度檢查等制度，造成社團申請相當困難。而沒有社團，社會弱勢個體就無法和強勢群體抗衡，從而永遠淪為遭受欺凌、剝奪、歧視的對象，進而引發社會衝突和悲劇。一個突出的例子是現行工會制度。雖然近年來某些外資與合資企業開始試驗工會選舉，但是由於絕大多數工會並非由工人自己選舉產生，因而並不能有效代表工人利益；即便個別工會積極維護工人利益，也很容易在缺乏法律保護的狀態下遭遇老闆打擊報復。⁴¹ 北京三環公司原工會主席唐曉東因舉報公司違法行為，遭到公司解僱。雖然法院判決解僱違法，但是三環公司一直拒絕唐曉東回公司上班。

工會維權不力不僅造成工人權益得不到保障，而且也未必能防止變相罷工或抗議。事實上，中國勞資糾紛引發的群體事件已不在少數。記憶猶新的例子顯然是拖欠農民工工資，一度引起一些農民工採取跳樓、爬電線桿甚至暴力傷害等極端行為。一開始，採取這種行為方式的農民工確實是出於悲情或衝動；到後來，多數農民工之所以這麼做，主要目的似乎是吸引社會的「眼球」，因而才有「做秀」的嫌疑。但即便是「做秀」，農民工不得不以這些極端方式來伸張自己的訴求，仍然反映出其走投無路的悲哀。個別農民工甚至因為受到歧視和侮辱，不惜鋌而走險、以暴易暴。2005年，17歲的農民工王斌余因為老闆克扣工資並侮辱人格，在憤怒中殺死四人後被判處死刑。⁴²

2008年，重慶、海南等地的出租車司機出現大規模「罷運」，也是因為司機群體缺乏真正代表自己利益的工會，致使司機們在權利

41. 例如關於北京三環公司原工會主席唐曉東的遭遇，見〈被炒工會主席仲裁勝出〉，《新京報》（2006年9月15日）。

42. 〈17歲農民工討薪被罵「像條狗」，怒殺4人自首〉，《南方都市報》（2005年9月5日）。

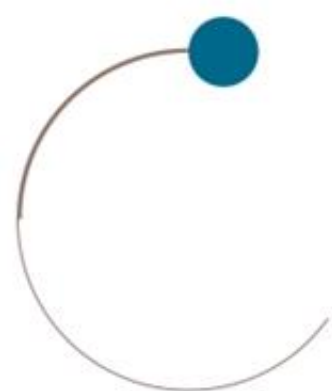
長期遭到剝奪的情況下不得不採用這種途徑吸引社會注意。如果工會不能為員工有效維權，甚至像飛行員這樣的「高級白領」都可能採取非正常方式維權。2008年3月，東航雲南分公司18個航班在到達目的地上空後集體返航。事後，東航管理層終於承認事件並非因氣候引起，而是存在人為原因。所謂「人為原因」，無非就是勞資雙方對飛行員工資、待遇、扣稅額等問題的分歧長期得不到解決，也沒有引起社會廣泛關注，因而部分飛行員才鋌而走險，演出集體返航這一幕，希望引起社會關注，同時也給管理層施加壓力。和處在社會底層的農民工相比，身懷絕技的飛行員「強勢」多了，但是在管理層面前，飛行員還是「弱勢」的。和往往沒有合同的農民工正好相反，飛行員和航空公司簽的一般是99年的終身合同，相當於一輩子不能「改嫁」其他航空公司的「賣身契」，違約則可能要付出上百萬的巨額賠償。在雙方力量不對稱的情況下，利益分歧無法通過和平甚至合法的途徑加以解決。飛行員有難處、有要求，管理層完全可以不聽，法院投訴無門。在這種情況下，飛行員只有和農民工一樣，通過極端行為向社會證明自己的「存在」。

因此，東航集體返航事件的本質和農民工的「跳樓秀」是完全一致的，只不過東航飛行員是用幾千名旅客的安全和時間而不是自己的生命作為賭注。不論誰是誰非，就和大家通過農民工「跳樓」知道農民工的「存在」、通過出租車司機「罷工」知道出租車司機的「存在」一樣，通過飛行員「罷飛」，大家也終於知道了飛行員的「存在」——或用一位飛行員自己的話說，終於「讓社會聽到了民航飛行員的心聲」。然而，為了讓社會聽到飛行員、農民工、出租車司機或任何人群的「心聲」，有必要付出這麼高的代價嗎？

如果憲法第35條權利得到了保障，答案當然是「否」。社會群體不僅可以通過報刊、廣播、電視等媒體反映自己的心聲，而且可以合法組織起來爭取自己的權利。「團結就是力量。」每個工人在資本面

前都是天然弱勢的，但是工人自己選舉產生的工會就未必了；如有代表自己利益的工會出面和老闆交涉，那麼工人的「底氣」就大不一樣了。如果實在不行，工會還可以使用最後一招——組織合法罷工，迫使老闆在生產中斷、利潤受損的壓力下妥協。

如果飛行員或農民工都有了自己的工會，而且這些工會由各自成員選舉產生，因而都能有效代表成員利益，那麼農民工就用不着「跳樓」了，也用不着總理出面為他們討工資了；飛行員也沒有必要「冒天下之大不韙」，靠空中「罷飛」來吸引社會注意了。實在不行，在地面組織合法罷工也遠比到天上「罷工」風險和成本更小。事實上，1954年憲法原先是規定了罷工權的，但是後來取消了，據說理由是「資本主義國家的工人才需要罷工」。但是從東航返航事件來看，社會主義國家的工人也同樣可能和老闆發生利益衝突，因而也同樣需要罷工的權利。適度的罷工權——至少是可以合法罷工的威脅——不僅不會影響經濟生產，反倒有利於防止諸如空中「罷飛」這樣的非理性行為。工會和老闆吵架甚至組織罷工看上去是不和諧的，但是有了這種權利，農民工不用「跳樓」、飛行員不用「罷飛」，社會實際上更和諧了。



代結論——憲政共識宣言

綜上所述，憲法事關人類文明生活的方方面面，林林總總、千頭萬緒，但是萬變不離其宗，那就是為了維護我們作為人的尊嚴。¹ 為了追求文明、幸福而有尊嚴的生活，有必要建構適合文明生活的憲政秩序，並讓我們的子孫後代在自由、民主、正義的環境裏健康成長。憲法內容十分豐富，但是概括起來，無非是以下幾點所有理智正常的公民都會欣然接受的憲政共識。

每個人都有不可侵犯的內在價值與尊嚴，建立國家的目的是更好地尊重與保護之。

每個人都有權利生活在健康與清潔的自然環境下，以正當手段追求自由與幸福。

每個人的生命、自由、財產與安全都應當受到尊重與保障，任何人或機構都無權剝奪之。

每個孩子都有權利接受平等與免費的義務教育，在健康的生活環境和自由的教育環境下獲得人格的全面發展。

每個人都應當在公平競爭的環境下爭取教育和工作機會，任何人都不得因戶籍、性別、種族、階級、國籍、黨派、信仰、財富、家庭背景等與個人能力不相關的因素而遭歧視。

每個人都有權利和義務關心公共事務並參與選舉。一個正常的國家應當由理性形成的公民意見引領公權力，而不是由公權力主導民

1. 參見張千帆：《為了人的尊嚴——中國古典政治哲學批判與重構》（北京：中國民主法制出版社，2012）。

意；應當由公民來訓導公權力，而不是由公權力來訓導公民；應當由公民監督公權力而不是公權力監控公民。

在一個沒有憲政秩序、拒絕依憲執政的國家，所有這一切都將喪失。如果公民的選舉權得不到保障，人民因為選舉無意義而不參與選舉，選舉就徒具門面，那麼民意代表就不能真正代表民意發揮立法和監督政府的作用。公權力不受民意監督，就不能代表公共利益，就必然為少數人所綁架，並以損害公共利益的方式形成既得利益集團。

在這樣的國家，我們會發現免於恐懼的自由是多麼的奢侈。公權力擁有不受制約的合法或不合法傷害權，普通百姓的個人命運則取決於公權力瞬間的喜怒哀樂；一個人僅僅在微博上轉發一則批評言論，就可能被勞教甚至判刑。在這樣的生存環境下，安全只是僥幸，活着只是幸存，哪有任何「尊嚴」可言？

在這樣的國家，國民也根本無力保衛自己的合法財產與收入。人民的土地或住宅隨時面臨強行徵收或拆遷，為的是「土地財政」和官員「政績」、甚至腐敗，而受害者毫無法律救濟之途，不得不輾轉於了無盡頭的上訪之路。公權力可以不經人民的同意，任意搜刮他們的腰包。「人民政府」成了世界上最昂貴的政府，而提供的公共服務卻幾乎是世界上最少和最差的。納稅人支付了龐大的公共稅費，卻被常常用於任意侵犯公民自由的「維穩」，以及五花八門的政府及官員個人揮霍，而非迫在眉睫的環境治理、食品安全、義務教育、醫療保險、貧困救助等公共福利。

在這樣的國家，孩子從小生活在一個機會不均等和充滿歧視的叢林社會，公權力示範的虛偽、欺詐和暴力性及由此造成的種種社會不公成了他們的基本教養，鑄就了他們自私、犬儒、暴戾、投機鑽營的極端性格。

在這樣的國家，不對國民負責的經濟發展模式、片面追求GDP數字和出口貿易，無異於另一場規模更大的砸鍋賣鐵「大躍進」，在剝削國民廉價勞動力的同時耗竭了這個國家的自然資源，造成不可遏制和永難修復的環境傷害，直接威脅每個人、尤其威脅子孫後代的基本生存……

總之，一切社會危機的總根源，就是憲政秩序缺失導致的公權力失範。拒絕憲政的後果，必然是縱容失範的公權力遭到更加無法無天的濫用，並對國民基本利益進行更大規模的野蠻剝奪，最後連人民賴以生存的空氣和水都將出現危機。由此足以證明，落實憲法是對民族長遠利益的根本保障。

憲法是最高的法律，是為了人的自由而對法律所施加的限制；立憲的目的是為了保護每個人的基本權利，包括言論自由、信仰自由、人身自由、生命權、財產權、隱私權、選舉權等。

《憲政常識》，顧名思義是一部憲法和憲政的通識書。它全面而透徹地闡釋了憲法的功能、性質與價值，先從歷史的角度介紹西方與中國的憲政發展，探討賴以保證憲法實施的司法審查制度，並以專章討論公民的憲法權利，以及言論自由的憲法保護。

不過，本書絕對不止於一部專科入門書。通過普及憲法知識、分享「憲法覆蓋下的人和土地是美麗的」的理念，作者亟亟推動中國的憲政——讓中國的憲法得到實施，能夠真正進入人民的生活，而不是停留在紙面上。

最堪玩味的是，他諄諄告誡：「一切社會危機的總根源，就是憲政秩序缺失導致的公權力失範。」



CITY UNIVERSITY OF
HONG KONG PRESS
香港城市大學出版社

ISBN 978-962-937-293-4



9 789629 372934

Published and Printed in Hong Kong