

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

 使用大字体察看本文

阅读次数: 884

宪政的政治含义

Ulrich K. Preuss著 陈标冲(译)(草稿)

宪政——一个日益兴旺的概念

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

宪政是过去十年来极少数的得以摆脱人们加诸于大多数“主义”之上重重疑忌的政治理念之一。甚至有人宣称宪政已经跻身于当代唯一获得普遍接受的政治理念之位。在过去20年里,世界不同地区相当数量的国家尽管各自条件极为迥异,却不约而同的选择了宪政作为他们摆脱各自困境的方式,如拉丁美洲的阿根廷、巴西、巴拉圭和乌拉圭,欧洲南部的葡萄牙、西班牙和希腊,南非、俄罗斯以及中欧、东欧的前社会主义国家,所有这些国家(和一些其他国家)都将宪政作为设定他们将来经济、社会、文化和政治发展框架的基本目标。与此同等重要的是宪政在欧洲一体化进程中所起的那种预想的作用。在欧盟成员国的民众中达成了一项不断扩展的共识,即共同市场和在布鲁塞尔、斯特拉斯堡以及卢森堡的那些或多或少有些偏僻的欧洲机构将不足以支撑人们对欧盟的热望。并非偶然的是,欧洲政治共同体——对一些人来说是凶兆,对其他人而言则是希望,已经同制定欧洲宪法的努力联系在了一起。在欧洲,早在18世纪末,政治共同体的观念已经牢牢的和宪政理念结合在了一起。

所有这些都无不显示了宪政理念的强大生命力。甚至将特定的经济成就归于宪政也被认为是合理的。一种对当今世界政治制度比较的观点揭示出宪政民主国家拥有较有活力的经济,对于弥合阶级鸿沟、处理社会冲突也较为成功。并且,尽管工业社会有着过度利用自然资源和无情追求资源有效分配的趋势,传统宪政国家的平均环保标准都要高于集权政治制度的国家。确切地说,这二者有着相关性,而并非必然的因果关系,也有例外存在。一方面,我们知道那些遭受严重经济困难、巨大的社会不平等以及严重的宗教与种族冲突的宪政国家,其仍然坚定的抵制陷入独裁主义的诱惑,印度毫无疑问是最显著的例子。另一方面,诸如台湾、韩国、新加坡以及中国大陆都以他们高速发展的经济为傲,这些成就就是在他们所维持的政府框架里取得的,而至少来说,这样的政治结构距离宪政的实质还有相当距离。

无论在政府的宪法形式和经济成就这二者之间有着什么样的因果关系,有一个经验是值得我们注意的。阿玛蒂亚·森(1994, pp. 10-7)指出了惊人的事实,在民主国家里从未发生过任何实质性的饥荒。其中一个原因也许是,正如森的假设,言论出版自由的存在以及其在公布即将来临的灾难和创造与维持一个统治当局公共责任的结构的的功能。这一假设无论是否能被证实,已经揭示了宪法概念和宪政概念的核心问题。

谈及宪政,其是指构成世界上许多国家的种类多样的宪法共同基础的一系列理念和原则。大致而言,宪政包含着建立在被统治者不仅仅是统治者权力意志的客体而且享有政治社会积极成员的地位这一理念之上政体的关键原则。这种关系需要某种表明统治者和被统治者之间相互依存关系的契约,其构成宪法。因此,宪政包含着决定政府的产生、构成以及有序运行的一系列制度性设置和程序,并且包含着允其成员参与其中的政体的基本理念、原则和价值。这些理念令人印象相当深刻也将给最杰出的政治哲学家带来荣耀,然而其却不能抓住宪政的特质。宪政的本质并不能在特定的理念或制度性机制中找到,尽管这些理念或机制非常有独创性,就像分权思想或者统治者对被统治者负责的观念。宪政的本质激起了最英勇的政治哲学家们数世纪的倾慕与持续的论说,至今仍是其约束力的谜团。

一些政治哲学家提出了如何构想良好政体的学说，在这种政体下统治者胸怀善意为了被统治者的最佳利益工作，或者统治者对被统治者负有特定的责任。早在现代宪政之前，就有很多这样的政治契约，在其中统治者进入有约束力的承诺并对其臣民做出保证。当然这并非现代意义上的宪政国家。宪政在这种意义上来说是对现代性两种条件的回应：第一，在代表中世纪社会特点的世俗权威与教会权威的平衡被打破之后，接下来所出现的一元君主统治的国家权力；第二，人人生而自由的理念，在这里个人对义务的承担是基于其利益而非其它。宪政是瓦解基督——封建秩序内在附加义务的力量，并将其转化为以个人利益的主观性为基础的秩序的径路所在。在十六、十七世纪现代世界的形成过程中，人们被宗教冲突、内战弄得四分五裂，君主权力成了和平与秩序的保证。与此同时，只有来自个人天赋的自由权力才是合法的。宪政是这样一个政体的观念，在这种政体中君主权力与个人天赋的自由共存并创造出这样一种政治秩序，其不能求助于先前的相互义务的契约而必须产生属于其本身的义务机制来。换句话说，宪政就是对世俗规则已成固有这一惊人经验的回应，也即天生自由的个人不得不依靠其有限的手段创造出一种良好的秩序来。要完成这样一项艰巨的任务，主要问题在于构建出一种机制，在这种机制中君主权力与结合起来的个人的无限权力均受具有法律上约束力的规范的控制。事实上，摒弃了任何超越法律之上权力念头的政府的法律形式是现代宪政的主要特征和伟大成就。

作为法律的宪法

论及宪法作为法律的性质，这里是指两种特性。其一是现代法律的积极性。积极的法律是用来指称这一类法律的，其获得权威和约束力并非由于其包含宗教、哲学或其他神圣的内容，也非基于传统，而是基于其渊源于合法的立法者（见韦伯，1978，Ch. VIII, Sect. VII, pp. 866ff）。法律成为立法者行使权力和实现其意志的手段，为了使被统治者更为服从，法律不是借助内在固有的品质和目的论，而是赖于作为或多或少有些专断的法律制定之结果的程序正式性这一性质。这也是霍布斯（1841，p202）著名论断的实质所在：并非内在的真实性，而是立法者的权威赋予了法律以约束力。这就是积极性的特质所在。

现代法律的第二个特性是道德与法律的相分离。这意味着使被统治者的顺从的体制化不须借助于任何道德上的基础。现代法律要使社会所有成员承担义务而无论他们的道德、宗教和政治信仰为何。这使得将他们置于共同的法律下成为可能，即便他们没有共同的宗教信仰、哲学观和历史传统，而事实往往如此。

现代法律的这两种性质使得法律的制定和修改只须以现实境况的变化为根据。现代社会日新月异，现代法律的实证性也就寓示着法律演变的体制化以及由此而来的对社会共同价值融为一体的社会关系的抽象（卢曼，1972，pp. 209及其下）。正如波雷西对市场的论说，我们同样可用之于现代法律与其他社会制度相比的高度的非内含化。

宪法的法律形式之寓意何在？认为对政治权力的合法化、限制和规制采用了合法的形式这一想法所指为何？例如规则的强制性特征——其赋予政治权力并对其限制和使其负责，并非源于“使统治者受制”这些原则和价值自身的神圣性，而是来自其是立法者所制定的法律、法规。这是否意味着已经预先设定了立法权威优越于注定要受约束的统治者？这种设想是自相矛盾的。宪政并非用一个魔鬼去驱逐另一个魔鬼：它不是通过设置一个超最高权力来制约立法权威的最高权力。或许只有上帝才有这一力量，然而上帝意旨无可争议的权威地位的不断削弱造成了最高权力观念的世俗化。显而易见，设置超最高权力的想法并不是解决问题之道，它只不过转移了问题。

接下来我们又怎样解决依靠法律来约束绝对的最高权力而又不致于退回到那种将其命令施加于世俗权力的超验权力的想法这一问题呢？我们又怎能构想出这样一种权威的来源，其颁行能够约束最高统治者的法律而又不致使自己成为超最高统治者而需要对其也进行控制？这一问题难道就不会把我们带入无休止的逻辑僵局吗？将这一问题转到一个新的理论层面的答案为：法律的统治而非人治。从分析的视角来看，这一发展历程两个阶段。

针对法治在宪法上的概念的第一个发展阶段，其大意为：以政府通过法律实行统治的要求来代替统治者专断、任意的权力（高斯，1994，p. 329）。统治行为必须获得法律形式。当然只有这里的法律具有使其有别于单纯统治者意志的特性后，这条原则才是有意义的。这也是反专制论者的主张。如同反映世界所固有的理性、可预测性和恒久性的自然法则一样，对个人施加其约束力并使其负有遵守的道义责任的法律——甚至是自然神论者之神也不能随心所欲对其控制——也具有类似的特性。法律必须是一套规则，例如其必须是概括性的（不同于最高统治者的单个命令），并且其必须是稳定的以免于当权者的专断和摇摆。法律是人类社会持续性、可计算性和可预测性的制度化表述，是抑制统治者激情的理性的具体化（耶内林克，1919，pp. 43ff）。

法律必须抽象和概括的要求的隐含意思为这样一个主张：约束所有人的法律必须是普遍有效真理的具体反映并且同时也要反映整个政治体的意志而非其特定部分或者个人的意志。法律的形式使得最高统治者的意志力得以驯服，从而使其以理性的方式行使其权力。本质上而言，法律为理性而非意志。这是达到立法的权威必须授予一个有能力发布普遍性规则并且能够一定程度上代表整个政治体精神的机构这一结论的第一步。

然而，这第一步仍未达到宪政的完全要求。规则必须以法律的形式发布的要求迫使专制主义君主的一切行为都采用法律的形式并适用于其所有臣民，在这里这一要求本身如何获得法律的约束力仍不是很明晰。麦迪逊对这一困难曾有过精辟的论述（1961，p. 322）。

如果是天使统治者，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。在组织一个人统治人的政府时，最大困难在于必须首先使政府能管理被统治者，然后再使政府管理自身。

这一思想的所有细节不亚于宪政观念的创造。

正如笔者上文所述，法治的变体以法而治并不包含法律的理性化潜能得以呈现的内在保证。只有在统治者对其行为必须以法律的形式作出的义务其本身是法律的一项义务时，我们才能称其为宪法之治。因此，法治有两层含义：以法而治和依法而治（高斯，1994，p. 329）：统治行为必须采用法律的形式（以法而治）以及政府将其自身权力置于法律的控制之下（依法而治）。第二层含义源于中世纪英国著名法官布莱克顿在13世纪极为透彻的结论性分析：法律造就国王而非国王造就法律（布莱克顿，1968，pp. 306，引自桥，1995）。在英国，专制主义在其早期就已垮台，“法律造就国王”的信条产生了这样一个宪法理论：即立法的权力属于整个政治体，而非其任何单个部分，并且法律的约束力来自全体成员的合意。正如理查德·胡克（耶内林克，1919，p. 48）所指出，如果国王的立法权不是来自宪法的授权，而是根据其自身的权利来行使，那么这种立法权就等于专制。

从法学家概念上的视角来看，宪政的一个主要问题是如何构建一个立法者自身的法律责任机制而又不违反法律推理的合理原则。立法的合法化，即立法者及其立法行为对法律规范的服从，似乎是预先假定了一个法律层级：这会使得我们认为规定立法要求的法律的权威高于被制定的法律本身。然而这会迫使我们猜度出一个立法权威的层级，拥有制定规则的统治者的名副其实的最高权威在上，而立法者的被授予的并由最高权力的规则约束的权威在下。法律的这种层级观念会使我们去寻找一个优越于至高无上的立法者的法律来源，甚至这种“超最高权力”也必须为一种“超超最高权力”所规制，因为依照这种层级逻辑，为最高权力设定规则的权力必须反过来以更为优越的法律为依据。这将驱使我们陷入无穷无尽的后退之中。事实上，作为创造性发明的宪政与之截然不同。

从社会学的视角来看，立法的合法化只不过是一个更普遍的卢曼（1972，1974，pp. 32ff. 213ff）所称为“反省机制”的社会实践。当一个特定的过程用之于自身时我们称其为反省：对学习的学习，对研究的研究，对谈论的谈论以及对规则制定制定规则都是反省机制的事例。（显而易见，哈特的次级规则——有关法律规范的制定、废除和生效的规则——也是反省机制的结果。）反省的两个特性与我们的主题紧密相关：其一，它扩大了一个社会可得的选择范围，因其允许在数量庞大的各种可能行为之间做出选择。如果我们学会了如何去学，我们就不必去学所有可能重要的东西。因此，我们获得了选择在生命的不同条件下应该学什么的自由。同样，如果一个社会对规则的制定制定规则，其就增强了规则制定的能力。因为它创造并维持了越来越职业化的关于怎样、何时以及多大程度上某一问题应该为法律所规制的知识，从而增强了我们在众多可能性中选择的能力。

反省的第二个特性在法学领域是这样一个人人吃惊的事例：为了制定规则制定的规则，并不必然要求建立一个法律规范的层级即关于如何制定规则以及规则如何生效等方面的规则优越于规定实体问题的规则。这最终将等同于天使的政府统治人民，然而问题是由人所组成的政府统治者藉此“人人生而平等”。卢梭（1968，BK. Ch. 7, p. 84）曾以一种与联邦主义者极为相似的方式来分析这一问题的以求探寻社会的最佳规则。

应该存在这样一个上智，其能够理解人类的情感而又不受其影响，其与我们在质上不同但又能熟知我们的本质，其幸福独立于我们，却能以我们的幸福为己任……

宪政不是建立一个通过更高的权力和权威来控制统治者的最终权威来源，而是构想了一种无等级的秩序。在这种秩序下，唯一的未经分割的国家主权被划分为不同的职能，这些职能又反过来在国家主权的制度化机构之间进行分配。分权，其被法兰西宣言第16条宣称为什么任何宪法都不可或缺的要害，对宪政而言确实至为重要。因为它建立了一种“统治统治者”的规则，而又无须求助于一元的最高权威的想法——这种最高权威控制统治者并因此充当了有序政治规则之最终保障。宪政的特质是国家权威的水平秩序：功能不

同的权力之间密切合作的体制衍生了一个相互甚至循环依靠的网状结构，由此任何一种国家权力只能在其他国家权力的先前行为之后行使或者置于其他权力的事后监督之下，如果需要，也可以是其他权力对其的非难。

虽然宪政的本质特性是宪法作为法律的性质，但这并不意味着所有种类的宪法的法律权威来源是一样的。事实上，笔者主张在宪法推理的漫长历史中所提供给我们的类型和区别源于依据不同观念对各个宪法的法律约束力根源的最终分析。它是成文宪法和不成文宪法之间的区别；刚性宪法和柔性宪法之间的区别；那些比普通法律更为根本的法律（无论这意指何物）与普通法律之间的区别；由普通立法机关来修改的宪法与由专门修改机关来修改的宪法之间的区别；以及由司法实施的宪法和由政治权力实施的宪法之间的区别——所有这些区别都是用来说明宪法作为法律这一性质的权威的源泉与正当性的。更不用说，可能宪政中最有争议的问题——谁是宪法的权威解释者以及宪法解释所采用的方法（墨菲，1993，pp3-25）——是这一基本问题的核心所在。

宪法权威的模式

在这篇报告的第三部分笔者将对三种分别代表不同宪政版本的宪法权威模式作出简要说明。顺便提及的是，这些模式已经被证明是过去300年中最有影响的观念。

英国的宪政传统

英国宪政主义理念显然是最传统的，同时其对宪法权威问题的特殊解决方式也是最不易被其他社会移植的。乍看之下，把议会主权原则理解为英国宪政主义理念的化身似乎有些荒谬——毕竟，对毫无约束的最高权力的否定不正是宪政的本质所在吗？难道宪政不要求最高权力，不论为何人所掌握，均须受制于宪法吗？英国宪政模式对这一问题的回答相当复杂。其重组了上下级的等级秩序，使其成为不同权力之间相互合作与制约的水平结构：议会制由三个部分组成，严格来说包括君主、平民院和贵族院。他们只有在共同行为时才能代表主权，并且由相互的权利义务对彼此进行约束，在这里主权所获得的含义与博丹或者霍布斯提出的完全不同。在他们眼里，主权是一种绝对的、不可分割和不受约束的权力。而在英国的宪政观念之下，主权被设置在议会三个组成部分的合作关系的结构中。这三个组成部分只能以共同行为来行使他们的主权权力，由此产生了英国宪政的补充要素——法治原则。

法治并不是意味着抽象的法律原则对最高权力的至上性——这会产生最高权力优越于最高权力这样的逻辑上和实践中都难以解决的问题。正如笔者上述所言，这意味着议会（通常理解为其三个组成部分）只能依据法律行使主权。对英国而言，法治意味着排除专制、特权甚至是政府方面广泛的自由裁量权（戴雪，1915，p. 120）。而且当英国人援用法治时，他们想到的不是一些抽象原则或者由特定的最高权力所保障的个人权利的列举，而是救济和保障其自由的法庭的存在（戴雪，1915，p. 118）。法律确实确实的存在于保护公民免于其可能遭受的来自政府或个人的任何不当行为的法庭的运作中。易言之，约束政府的法律的权威——即宪法性法律——并非源自一种最高性的权力，更不用说议会主权，而是源于那些确保个人自由得以行使的机构的运作中。需要注意的是，这一观点预先假定了存在这样一个自由领域——法律不应去干预而不是确保这些自由是有保障的（桥，1995，p. 1）。个人的自由并非由法律所创，也即非来自法律原则，而是，就像戴雪所讲的，他们是普通法律和这片土地所固有的，因为它们从法庭给英国人的救济中自然溢出。因此，在英国，宪法只不过是法庭用以保护个人的权利的概括。或者反过来说，个人的权利是英国宪法的一部分，因为它是这片土地上法律通常做法的内在元素（戴雪，1915，p. 119）。由此而言，戴雪的结论非常正确，这在于个人权利已经内含于这片土地上法律的制度化结构中。“如果这个民族的风俗和习惯不发生彻底的革命，这些权利几乎是不可能被废除的（戴雪，1915，p. 119）。如果这一点在今天仍能成立的话，这就意味着为了停止或废除特定的权利，就必须推翻整个牢不可破的制度，而这最终带给国家的伤害要比通过修改成文宪法来取消某项单个权利大得多。更直接来说，为了修改宪法，英国就需进行一场革命，因为英国宪法的约束力并不是某个特定的可以确认的行为者所能任意自由处置的，其变更也没有明确的法律程序。因此，英国宪法更多是其政治文化的结果而非源自某个特定的权威来源。其法律性质得自英国土地上法律的一般活动，这与大陆法系那种认为法律的效力和权威来自宪法的宪政理念截然相反。无足称奇的是，在英国以宪法典的形式来表达宪法的观点从来没获得立足之地。

美国的宪政传统

如所周知，与英国截然相反，宪法的成文化成为美国宪政观念的特点之一。其另一个与众不同的特点就是宪法作为根本大法的地位。当然，成文化决不是纯粹的形式。事实上，对于宪法的权威和有效性以及

体现圣经中上帝旨意而言，成文法都是必不可少的（格雷，1984）。成文宪法是公民之间相互的允诺和义务的庄严表达，通过这种特定的法案，公民之间结成政治共同体——正如汉娜·阿伦特所提出的，成文宪法是创立具有相互约束力的法律义务的平等社会契约的结果。成文的形式是对这些允诺的近乎神圣的确认。正如托马斯·潘恩(1979, p. 209)对美利坚合众国形成之前各州所颁布的宪法的论述中所指出的，宪法在各州的作用“不仅是一种权威，而且是控制政府的法律。其为各州的政治圣经”。

显然，源自其法律约束力特征及其准圣经形式的权威，融合并支撑着美国宪法的其他特征，即其根本大法的特质。根本大法意味着政府的所有机构，包括立法机关本身都是宪法的产物。如托马斯·潘恩(1979, pp. 210, 213)所提到的，宪法是“先于政府的，其源于人们相互之间建立政府的契约”。较这种宪法对于政府的优越性更为显著的是其相对于人民自己意志的优越性——美国宪法显然应该抑制甚至阻挠多数人的意志。这也是宪政与民主一而再的被认为是对立的，宪政民主这个词被认为是近乎矛盾用法的原因之所在（见，霍姆斯, 1988）。

笔者不想再继续这个问题，而是就与之稍有不同的问题，即宪法何以取得将其更高权威加于其创造者——人民之上的地位进行探讨。一个显而易见的答案是自我约束理论，即所谓的尤利塞斯策略——人们保护自己免于自身潜在的短视、情欲、以及无知等等。这是一个实用的解释，但并没有说明宪法何以成为效力最高的法，并且其不仅能约束政府甚至能约束自己的创造者。

答案有点令人吃惊。当我们在为宪法的至高无上寻求辩护之时，我们倾向于在等级制度的框架内思考，例如凯尔森著名的法律秩序的层级理论。但是撇开“根本大法”这一的确暗示着等级秩序的巧妙用词不谈，宪法的至高无上既不是源于迄今我们已涉及到的那些来源，即不是源于声称优越于人民的权威——很显然这是不可能的——非源于宪法“固有的目的论的性质”（韦伯, 1978, p. 867），也不是源于其单纯的渊源于古代的传统特征，这一特征将其对于所有其他法律的优越性传递给了宪法。与之相反，宪法的近乎神圣的特性源自其作为个人共同承诺的特征，这里的个体相互之间签订了一个将其转化为国家的契约，这意味着他们相互承诺共同生活在一个政治共同体中并从此患难与共（墨菲，1993, p. 9）。正是建立政治共同体的缔造行为的神圣性赋予了宪法以根本法的权威。宪法对其他所有法律的至高无上的权威源自国家缔造行为的内在意义和唯一性。这里所产生的本质宪法问题是如何保存缔造行为的遗产，即如何使政治共同体保持生命力。是否坚持缔造者神圣的经典之作的文字（他们的意图在这里得到了很好的体现）是更为合适的和更忠诚于他们的想法？抑或缔造行为的神圣性要求将缔造者的灵感与现时世界之境况进行些许调适？这里所争论的地方属于宪法解释的范畴。到底是缔造者意图书面体现的宪法文本这一最高权威还是现实的境况赋予了宪法文本特殊的依赖环境不断变化的意思，从而使得宪法成为一个关于其合理解释和实施的不断变化的斗争的对象？

无论正确答案为何，宪法的至高性在任何情况下都预先假定为高于政府的所有机构和人民本身。这是名副其实的美国宪政精神：制定宪法的行为同时也是缔造国家的行为，无论在美国风风雨雨的历史中发生过或者将来发生的国家的意图、愿望、希冀、恐惧、成就、失落、创伤和灾难为何，宪法都是人们试图获得他们问题正确答案的地方。这也是美国的学者、律师、政治家和社会大众的绝大多数对宪法解释问题有着近乎执著情感的原因之所在。顺便提及的是，另一个固有观念是关于权利的。查尔斯·泰勒（1992, p. 429）将我们的注意力引到美国政治生活和其权利文化的略带扩张性的特征上，这一特征强调对权利进行富有活力的直接捍卫的价值（cf. 莱希、哈坎希尔，1992）。在这一文化里，个人权利的主要保障是法庭这一事实也是无足称怪的。生活于这样一部宪法——其权利法案始于议会不得造法的禁止——之下的人民，如果认为立法机关是他们权利的捍卫者而非对他们产生危害的主要来源的话，就一定会觉得他们的宪法多么的不合常规。

法国的宪政传统

事实上，议会的权利保护和形成功能是法国宪政模式的一大特色。法国的宪政不是以法律在制度中保护个人免于专制的根深蒂固的观念为基础的，也不是以表现为一纸宪法文件的国家缔造行为的神圣性为基础的。法国的宪政观念深深根植于宪法制定权的主权特征及其在逻辑上对被授予权力的优越的观念中。这一对比揭示了法国的宪法历史和宪法理论的显著特征：尽管宪法观念在法国大革命期间所获得的重要性，永恒的最高法的观念从未在法国得以确立。

法国宪法的法律权威远低于美国宪法的法律权威，这一事实可以追溯到1789和1791年法国革命的爆发（亨金，1989）。宪法是所有政府机构包括议会和总统都必须服从的根本法的观点从未在法国获得一席之地。时至今日，法国的宪政观念仍不能接受司法审查制度，即对所制定法律的合宪性所进行的司法控制。

[1]政府不同机构之间对宪法解释所产生的争议的裁判者不是法院也不是宪法委员会，而是象征国家统一完整的民众所选举的共和国总统。更令人惊奇的是，作为具有全球影响的令人崇敬的《人权与公民权利宣

言》母国的宪法竟然没有包含明确的权利法案。法国宪法的前言部分有一个对1789年宣言中所界定的人权的附件的庄严声明，但这并不意味着其在法律上与宪法合为一体。与之相反，在其宪法的第34条明确规定了公民的民事权利和其政治自由行使的保障由法律来决定。

换言之，当法国人为他们的权利和政治自由寻求守护者时，他们想到的是议会而不是法院。不像美国国会那样要受司法审查——其作为公民权利的潜在威胁，因此须求助于法院与之对抗，法国的议会反倒是公民权利得以实现的保障者。在法国的宪法传统里，政治自由的观点已内在的与公意的观念连在了一起，而这种公意最终是指集体救赎的想法和所有人在上帝面前内在平等的信念。显而易见，这种基本上属于天主教的信条与新教徒的个人主义形成鲜明对比。与之相对应，法国的宪法信条对国家整体意志完整的关注总是远大于对个人权利的关注。

接下来我们需要讨论的是在法国传统中宪政的政治涵义为何、宪法的权威依靠何物得以确立、以及如何解释其约束力这一系列问题。答案不容易获得，但是有一些假设是很有帮助的。第一，宪政之真义及其约束力并非集中体现于宪法中，而是体现在国家的制宪权之中。宪法的制定权是所有被授予权力的创造者并且其本身是不受宪法约束的。宪法既非政治自由的泉源也非政治一体化的泉源，更别提是政治灵感的来源。所有这些意图与其说是宪政观念的体现还不如说是国家观念的体现。不像美国，宪法的制定并不是法兰西国家的缔造行为，与之相反，宪法只是国家的衍生物之一。国家先于宪法而存在。的确，在法国的宪政模式中存在着一个构想的缔造行为，但这只是缔造国家的行为，即创立制定宪法的权力，这一权力随后产生宪法。这样所产生的宪法不能也禁止约束它的制定者——国家本身。在J·西耶斯的论述中，“国家优越于所有事物，它是所有一切的源泉。国家意志总是合法的；事实上，国家意志就是法律本身。”由此可见，国家不能置于宪法的控制之下。

在法国，宪政理念的实质并不体现于宪法本身，而是体现于可以根据自己意志在任何时候制定或废除宪法的国家权力中。宪政是由我们所称的“宪法创造力”——国家构建和重构其主权并根据其意志为之设置适当的制度性模型的可能性——所组成的。这一富有活力的宪政理念可以用来解释我们在法国传统中所遇到的很多特殊性，例如，过去两个世纪里数量相当多的法国宪法以及普通法律与宪法之间在它们法律上约束力的相当微弱的差别。而在美国，至高无上观念正体现于此；与之相对，在法国这样的至高无上性不是与宪法观念而是与国家的宪法制定权这样的前宪法观念联系在一起的。事实上，宪法在这里是次一级政治和法律权威的体现而非高一级的政治和法律权威的体现。

初步结论

这里对三种主要宪政传统（当然这些决不是没有遗漏的）所作的简要说明显示了要对宪政构想出一个清晰的划分和明确的无争议的宪政理念是何其之难。当然，这也并非出人意料，因为这一理念被认为是在为政治哲学中最为复杂问题之一即“对统治者的规制”寻找答案。无论是柏拉图的哲学王之治的思想，还是前现代的神的代表作为统治者的观念，抑或是基督教牧师作为统治者的观念，都已不能再（也许它们曾经可以）为固有世界的这一问题提供解决之道，在这个固有世界中义务（道德上的或法律上的）规范上的约束力只能通过内在世界的机制得以确立。在十六、七世纪，传统的善与正确的观念不断削弱并且被激进的放大，权威与统治的思想也不得不以一种激进的方式重新诠释。不仅现代的一元主权观念，而且其在被统治者主观性里观念和规范上的根基都需要，同时也是非常便利的，这样一种政治权威——统治者的权威是被委托的因而并不拥有自身的权力——的观念。统治者与被统治者被视为拱形政治共同体一部分，他们之间这种关系的法律成文化是宪政的基本理念。宪法作为法律的性质，即设定统治者的责任，是必不可少的。只有在统治者与被统治者之间的契约能够为统治者设定责任，而无论这里的统治者的个人品质、宗教信仰或正常信条为何，以及这种契约不能由统治者单方撤销时，构建一个被统治者被视为政治权威最终来源的稳定的制度化政府结构才是可能的。

这些是任何宪政理念的共同特征。然而，这种权威是如何被制度化并且成为政治制度的永久组成部分从而达到对政府有效的制约，不同的宪政模式对这一问题的回答大相径庭：英国的宪政理念很大程度上依赖于牢不可破的习惯的运行，这些习惯弥漫于社会的每一个角落（议会的三个组成部分，以法而治与依法而治，法院的救济供给的运作）；美国和法国的宪政观念都预设了一个宪法权威得以具体化的领域。以美国来说，正是缔造行为的超凡魅力将会在宪法文本中得以超越历史的予以保存并且也使得宪法文本成为一笔遗产，有时甚至是留给后代的难以承受的遗产。了解到国父们的初始契约不可能重复，这一契约的庄严与其引人同情的力量都注入到了宪法的文本之中。决非偶然的，当谈及缔造国家的那代人时，美国的作者就会使用经过下定决心的双方积极主动的同意所完成的婚姻的形象。然而谈到其后的那代人时，宪法运作得更像是包办婚姻，其中的同意则是消极的（墨菲，1993，p. 9）。如果我们将这一多少有些轻佻的比喻用之于法国的情况，法国人不会甘于消极地被安置于一段漫长婚姻的例行公事与烦闷中，如果他们觉得以前的契约不再能满足他们的需要，他们会选择重新开始。宪法对法国人也是同等重要的，只是他们的暗含观

点是宪法不应体现过去那些神圣庄严的应该刻入民族共同记忆的事件所体现的精神，而是应成为法兰西国家本质的历史性演变的化身，即其自由、独立的追求其历史使命的最高权力、创造力与权威。换言之，美国人在对被他们的宪法所证实了的神圣的缔造行为的保存中寻找作为一个国家的自我保证，而对法国人来说，他们国家的存在这一问题并不体现于宪法中，而是表现于其宪法制定权的公意之中——并且这不是过去的一个神圣事件，而是必要的因而永恒的品质。

因此，在最后的分析中，宪政包含了比有限政府思想更为深刻的问题，尽管后者的重要性是无可置疑的。在宪政理念的核心存在这样一个问题：如何找到一条使政治那深不可测的超凡魅力得以文明而同时又不致破坏自由的正确道路。欧洲是人类历史上最早出现这一问题的地方。同时，由于两极格局的瓦解和东欧前苏联社会主义的解体，对这一问题解决之道的探寻几乎成为普遍潮流。自相矛盾的是，这一潮流又与欧洲即将迈出的类似独特的步伐巧合，即对为超国家的政治共同体制定宪法所作的努力。在过去300年里不断发展的有着多重面孔的宪政理念能否为我们提供解决这一新问题所需的智慧呢？很显然，这是一个相当新的问题，其很清楚地显示了无论是什么样的宪政讨论都没有对此进行过总结。这也只是我的初步结论。

选自Constitutionalism, Democracy and Sovereignty, Avebury, 1997.

[1] 法国现行宪法设立了宪法委员会，其更大程度上是由年长的有经验的政客而非法官所组成。其在基本法律制定前审查其合宪性，而对于普通法律是否与宪法相一致，则是在其公布前由共和国总统、作为议会两院主席的总理申请提交委员会审查。

文章来源：宪政知识网

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

