

英國議會主權中的違憲審查*

干建華

摘要：英國的不成文憲法以議會主權這一古老政治原則為其核心特徵，它堅持所有的重大政治決策必須經由議會而最終達成。將議會視作純粹的立法機關而運用分權制衡的司法審查理論解讀英國的違憲審查機制是一種概念體系的誤用，並且從一開始就陷入了憲政與民主的價值衝突。議會的主權地位，或者議會主權的憲法內涵在於權威性地統一了憲政和民主兩大根本價值，議會的重大政治決策同時融合了民主正當性和憲法規則優先性，因而英國違憲審查機制內在於議會主權之中。在議會決策過程類似於司法審判過程或者議會作為英國最高級法院的意義上，其違憲審查機制也可被稱為具有司法性質的審查機制，但無論在理論上還是實踐中都不是司法機關制衡立法機關的審查機制。

關鍵詞：議會主權 違憲審查 權威 政治原則 民主審議

Britain's Unconstitutional Review inside the Principle of Parliamentary Sovereignty

GAN Jianhua

(Koguan School of Law, Shanghai Jiao Tong University)

Abstract: The unwritten constitution of the United Kingdom is characterized by the ancient political principle of parliamentary sovereignty, which insists that all major political decisions must be made through parliament. It is a kind of misuse of the conceptual system to interpret the unconstitutional review mechanism of Britain by using the judicial review theory that the parliament is regarded as a purely legislative body, and it has been caught in the value conflict between constitutionalism and democracy from the very beginning. The sovereign status of parliament, or the constitutional connotation of parliamentary sovereignty, is that it authoritatively unifies the two fundamental values of constitutionalism and democracy. The major political decisions of the parliament combine the legitimacy of democracy and the priority of constitutional rules. Therefore, the unconstitutional review mechanism of Britain lies inside the principle of parliamentary sovereignty. In the sense that the parliamentary decision-making process is similar to the judicial process or the Parliament is the highest court in the United Kingdom, its unconstitutional review mechanism can also be called as a review mechanism with judicial nature, but it is not a review mechanism of the Judiciary to check and balance the legislature either in theory or in practice.

Keywords: parliamentary sovereignty, unconstitutional review, authority, political principle, democratic deliberation

* 本文係2016年度教育部人文社科重點研究基地“北京大學憲法與行政法研究中心”重大項目“協商民主與國家治理現代化研究”階段性研究成果，項目編號：16JJD820003；上海交通大學凱原法學院“憲法與國家治理研究中心”階段性學科建設規劃內容。

收稿日期：2020年9月15日

作者簡介：干建華，上海交通大學凱原法學院博士研究生

本文以內在於議會主權原則的視角解讀英國的違憲審查機制。這一解讀同時反對兩種最常見的以抽象價值進行排序的解讀方式：要麼是憲政高於民主，要麼是民主高於憲政。值得明確的是，所謂民主與憲政價值排序的解讀方式，並非是指以民主價值取代憲政價值或者相反，而是說在理論上對違憲審查制度做出說明時，必須先假定其中一種價值的根本重要性，而就此根本價值在實踐上可能的弊病則需要另外一種價值加以補充，但後者的地位是從屬性的，補充性的甚至是工具性的，或者說它並沒有獨立於前一根本價值的地位。我們將在本文的第一部分簡要回顧這兩種不同的解讀方式，並指出這兩種思路的共同結論可能會導致這樣一個結論：在英國，違憲審查不僅可能是多餘的，而且還可能是荒謬的。接着，本文第二部分指出只有將憲政和民主同時作為認識英國憲法的兩個維度，並統一於議會主權這一古老政治原則之中，方能正確認識英國憲法的有別於他國憲制的諸多核心特徵。最後，我們結合具體的實例對英國的違憲審查機制做一簡略的剖析。

一、對英國違憲審查的兩種誤讀：憲政和民主的價值排序

（一）民主高於憲政：議會主權之下的司法審查

在英國憲法理論的語境中，民主高於憲政的司法審查的邏輯一般是這樣的。體現民主價值的議會主權，意指經由人民選舉產生並對之負責的代議制政府，將最終決定包括立法在內的重大政治決策，此類決策一經做出，在整個英國四境之內都必須得到嚴格的遵守。此時，議會是民主價值的最高體現，議會的決策是民主意志的最高表達。作為議會主權原則的一項推論，上屆議會不能約束下屆議會的政治決策，因而，在任議會不受任何歷史議會之相關政治決策的必然約束。換句話說，得到民主授權的在任議會，有權突破所有歷史議會明確制定或者非正式的政治慣例所體現的憲法。此時議會的權力在任何法律手段都沒有任何進一步的上訴之可能性的意義上是絕對的，因而議會制定政治決策之際是否以及應否遵守歷史議會遺留下來的任何憲法規則乃至界定何為憲法似乎都屬於議會自由裁量的範圍……因為若是不對民主選舉負責的司法機關可以根據自身對於憲法的理解而改變議會的決定，無疑會導致這樣的合法性懷疑：“一個不是由選舉產生的機構，或者一個在政治上沒有任何重大責任的機構，正在告訴人民選出的代表，他們不能按照自己的意願來管理國家。”¹ 然而，事情還有另外一個方面。所有熱愛自由的人都不會忘記“權力導致濫用，絕對權力導致絕對濫用”的古老教導，如何限制議會權力的思考就引出了違憲審查的問題，即，我們要回答這樣的一個問題，除了議會內部的三個分支（即君主和上下兩院）之間的政治制衡，乃至兩院內部的不同黨派基於不同政治理想的相互制約之外，有無憲法手段對議會的最高權力或主權權力進行限制？我們大致可以分成兩種解讀方式回答這一問題。

第一種來自對實踐或經驗的觀察，其針對上述問題的答案簡單來說就是沒有，或者說“議會主權不容違憲審查”。² 這又可以分成兩個階段加以說明：1998年《人權法》通過之前和之後。1998年之前，議會就所有事關英國公民的憲法權利的最終判決擁有最後的決定權（這一點甚至包括英國君

¹ Ely, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1980. pp. 4-5.

² 何海波：《沒有憲法的違憲審查——英國故事》，《中國社會科學》2005年第2期，第109-122頁。

主的原本一直是神授的繼位權)。³ 但是根據議會主權，歷史議會沒有任何限制議會權力的違憲審查機制這一事實並不限制在任議會的政治行動，因而在1998年議會以國內法的形式接受了歐盟有關統一制定人權立法的要求，並承諾國內法院有權直接受理針對涉嫌侵犯人權的行政和立法措施。違憲審查的“英國故事”得以繼續講下去，是因為法院有資格按照人權法審查議會立法對人權的可能侵犯，因而議會在立法時必會考慮人權法的相關要求，否則就可能受到法院的審查，儘管這種審查的結果並非是直接宣告立法無效，而是較為溫和地宣告議會立法與人權法之間的“不一致”。由於法院能夠在議會立法在國內的實施效果上施加某種限制，因而“奉行議會主權的英國，法院在事實上發展出了違憲審查”，或者，在司法機關有權做出對於議會立法或根據議會立法而做出的行政行為與《人權法》的不一致宣告，從而促使議會或行政機關重新思考立法和行政行為的意義上，認為英國存在一個“弱式違憲審查”。⁴

對於這些論點，需要注意到這樣的基本事實，那就是法院的不一致宣告並沒有在憲法的意義上終局性地做出判定，《人權法》依然是議會的制定法，議會的其他立法與《人權法》究竟是否存在所謂的“不一致”仍有待於議會自身做出最後的評價，而法院的不一致宣告僅是其中的一個環節，而且還是一個從屬性的環節，因為倘若議會做出與法官的宣告相反的明確決定，法官仍然必須服從議會的決定。如果說法官的這種環節性的、從屬性的宣告也可以稱為一種“違憲審查”或“弱式違憲審查”，那麼法官或者更確切地說，英國的司法機關事實上部分地參與了議會的政治行動。但是只要司法機關仍然處於議會主權之下——在所有司法機關的判決必須遵守議會立法的意義上——那麼以議會之外的“外部者”的身份對議會立法進行違憲審查，很難可以被稱為一項制度上的審查機制，因為諸如政黨、媒體、外部輿論、外交壓力都會構成對議會立法的種種限制，而司法機關對議會的立法權威的限制尚未明顯到如此的程度以致可以稱為是一種審查制度。⁵

第二種則來自哲學上的分析。在民主高於憲政的價值前提下，議會確實有相當的合法性改變任何歷史決策中有關個人權利的實質性內容，且主要意義在於保障權利的憲政價值也的確從屬於更加根本的民主價值，但是，若想議會的民主價值得以體現，那麼構成了議會本身的全體議員的某些基本憲法權利，比如選舉權和被選舉權、言論自由等權利就必須得到充分的保障，否則議會的多數投票不過是多數人意見的表示，而作為議會的政治決策之後果的法律也只不過是變動不居之多數民意的表達。當然，這種民意不一定就是專制的，但是多數暴政的可能性卻無法避免，因而由一個不對選舉直接負責——因而相對於僅由議會多數派把持議會而言顯然更具中立性和公平性——的司法機關來守護議會內部的權力平衡，在理論上的確具有相當的說服力。

這種解讀方式其實相當於在民主價值的範圍內植入一個最低限度的憲政價值，欠缺這些憲政價

³ 在議會之外，“法官們……即將復興一種值得尊敬的英國法傳統、憲政主義的黃金時代，在這樣的時代中，司法機關實施由〔高於議會立法〕普通法或自然法所施加的對議會權威的限制。從未有過這樣的一個時代。”，參見Goldsworthy, J., *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, New York: Oxford University Press, 1999, p. 235。

⁴ 李蕊佚：《議會主權下的英國弱型違憲審查》，《法學家》2013年第2期，第164-175頁。

⁵ 英國的法律共同體還沒有足夠自信到像美國學者那樣公然宣佈立法機關在維持憲制體系的能力上的不足，比克爾曾說：“不僅要尊重既定原則的規則，而且要創造性地建立和更新原則性規則的一個融貫性的體系——這是我們的立法機關已經證明自己沒有能力給予我們的。”參見Bickel, A. M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics (2nd Edition)*, New Haven: Yale University Press, 1986, p. 25。

值的議會不能有效地保障構成議會主權之合法性本身的最高權威。也就是說，民主的價值之所以可能，必先在民主制度的內部保障某些對民主價值之實現所必不可少的憲政措施。這時候的憲政仍然是為了民主的價值而服務的，它並沒有改變議會的主權地位，只是針對議會內部的可能多數壓制少數提供一種憲制保障。但當我們將目光轉向英國憲制自光榮革命以來數百年的憲法實踐時，我們很容易發現這樣的基本事實：議會上下兩院對於自身成員的資格、議事規則、特權等保持了絕對的控制權，下議院自不必說⁶，即使是在外部觀察者看來相對弱勢的上議院，也在過去的數十年裏否決了下議院提出的有關上議院改革的上百次改革方案⁷，可見作為一個政治共同體的英國人民似乎並沒有選擇司法機關充當民主權利的最終捍衛者。⁸

因而，若以議會的民主價值作為憲制價值的根本出發點且以憲政價值作為限制議會主權之濫用的可能方式，並以此作為證成或解讀英國違憲審查制度，無論在理論上還是在實踐上似乎都無法找到英國的“本土資源”。

(二) 憲政高於民主：普通法憲政之下的權力制衡

與民主高於憲政以證成違憲審查的理據相反，憲政高於民主的理據其實在英美兩國都有着深厚的普通法憲政傳統。英國的法律人群體，本着普通法權利的保護模型，認為對於公民的基本權利的保護需要司法機關發揮某種形式的憲法功能。在英國憲法的語境中，大致有三種相互聯繫的正當性理據支持由司法機關解釋憲法。

第一種理據並不否認主權本身的至高無上性，但同時主張相對於議會之政治主權的司法機關在解釋法律上的主權地位，即所謂的法律主權。議會的政治主權應當尊重法院的法律主權，反過來說，如果議會不尊重司法，那麼司法機關也就有理由不尊重議會。由於在實踐中很少能看到這兩種主權相互對抗的情形，因而很難評估這種司法機關單方宣稱的法律主權所能達致的監督立法權的現實可行性。試想，在一個共同尊奉法治的國度中，如果司法機關可以不顧立法機關的明確意圖而自行其是地解釋法律，那麼，在邏輯上實施法院判決的行政機關可否享有“行政主權”？推而廣之，公民個人是否可以根據自身的對於法律的理解以對抗政府的法令？

第二種理據也不否認議會主權本身，而是主張議會主權為司法的創造物，或者按照戴雪的說法，英國憲法本身就是普通法實踐的產物。⁹ 既然法院在長期的法律實踐中發展出議會主權這個原則，他們也可以修改這個原則，或者至少在某種程度上使議會主權的含義依據法院的理解來解釋。¹⁰ 這種理據與第一種理據其實是一件事情的兩面：法院所保有的司法權與議會所佔據的立法權的適當的分權制衡。其在政治哲學上的根據就是孟德斯鳩的分權制衡學說，其法理學依據則是具有鮮明英國特色的從奧斯丁、戴雪和哈特等一以貫之的法律實證主義。儘管各個學者的立場會有這樣

⁶ De Smith, S. & Brazier, R., *Constitutional and Administrative Law*, London: Penguin Books, 1994, p. 331.

⁷ See King, A., *The British Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2007, ch. 12.

⁸ 幾乎沒有任何證據表明美國比其他的其憲法並不包括司法審查的西方國家是一個更加公正和民主的社會，參見Lazare, D., *The Frozen Republic: How the Constitution is Paralyzing Democracy*, New York, San Diego, London: Harcourt Brace & Co, 1996, ch. 9。

⁹ Dicey, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan, 1959, pp. 195-203.

¹⁰ Brazier, R., *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*, New York: Oxford University Press, 1998, pp. 155-156.

那樣的差異，但都共用了法律與道德之間的並不必然的聯繫，因而“法律”一詞始終嚴格限制在可供司法實踐的明確規則之內，對於那些超越實證法的需要解讀政治道德或原則的抽象規範則諱莫如深，認為那是有待於政治行動者去挖掘和探索之物，而與司法實踐所必然要求的現實的或具體的規則性存在一個無法克服的鴻溝。

第三種理據事實上是對英歐關係的一種預測。這種理據直接針對議會主權本身，即英國將不可回復地作為一個更大法律共同體之一部分而存在¹¹，而作為主權獨立之象徵的議會則理所當然地失去了至少是傳統意義上的一經立法即可在四境之內說一不二的權力，因為法院在理論上可以超越議會立法而直接適用歐盟法律，儘管在形式上仍然不能跟議會立法直接衝突，但這種衝突似乎是無法避免的。¹² 只要英國議會在實踐中繼續弱化作為主權者的立法能力，歐盟的統一立法將不可避免地取代議會立法成為法律主權者的偏愛。然而，問題恰恰在於，總體上來看這是作為主權獨立的英國與作為歐洲共同體之一部分的英國的兩種政治身份的演變過程，這一過程如果繼續掌握在議會主權的職責範圍之內，那麼法院也只能僅僅根據議會在加入或者脫離或者保持某種中間狀態中調整自身的司法權。或者說，作為一個整體的英國人民是否接受一部界定其主權地位的憲法性法律並不取決於司法機關的判決，那麼法院就無法正當地主張對於這種主權地位行使司法權。

綜合上述兩個方面來看，只要秉持憲政和民主兩種主要價值排序乃至衝突的立場，以司法機關執牛耳的美式違憲審查機制都不可能在英國的憲制語境中得到有效證成。如果說司法機關在英國憲制中有着非常重要的作用，這一點可能沒有人會反對，但是如果說司法機關已經在英國憲制實踐中發展出了由法院負責憲法解釋的違憲審查機制，那麼這樣的論斷很難在英國憲制理論中立足，即使司法機關客觀上對議會立法有所幫助，最多也只能在議會立法在實踐中的法律效果有所糾正，而不可能越過立法之後的實施效果而進入立法過程甚至直接依據憲法而實質性地為法律的創制和修改設定憲法邊界。

二、議會主權的憲制內涵：民主與憲政的價值統一

要跳出這些價值排序甚至衝突的陷阱，我們就需要轉換一下觀察英國憲制的視角而應盡可能地將這兩種價值統一在英國議會主權及其代議制政府之內。

（一）代議制政府的民主合法性

代議制政府制定的政治決策在何種意義上必須得到共同體全體成員的一致遵守？或者說，政府的包括制定法律在內的政治決策在甚麼樣的憲法意義上是具有合法性的？為甚麼某些經由選舉或者認命或者世襲的成員組成的議會經由某些立法程序做出的決策就立即獲得了全體一致遵從的效力？易言之，為何共同體中的一部分人組成的代議制政府做出的政治決策，可以將其效力擴展至整個共同體？

近代以來的人權學說在哲學上將人視為人格自主的個體，但凡對其施加任何強制力，其前提條

¹¹ See MacComick, N., *Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹² 參見何海波：《沒有憲法的違憲審查——英國故事》。

件是這樣的強制力來源於可以普遍適用的作為自主之人均可接受的規則。因為這種普遍性規則對每個人都平等施加了義務，因而在人人具有自主性價值的意義上，這種施加義務的方式就被認為是民主的，從而也就是合法的。但是這樣的哲學要求體現在全體公民的一致同意上，因而作為共同體一部分的代表做出的決策必須在最終意義上獲得作為整體的人民的同意，在這個意義上，整體意義上的人民在行使自我統治的意義上享有最終的主權。但在英國的憲法語境中，抽象的人民主權理論從來不曾佔據憲法理論的主流，他們拒絕將一個看不見摸不着的人民作為主權機關的實際持有者和負責任者。¹³ 對於英國的政治學家和政治行動者而言，與其寬泛地實現那些所謂的每個人都為自身立法的民主理想，不如在實際的憲法制度中確定與權力相關的責任機制。用英國人的話來說就是“把藏在政府裏的那個〔不負責任的〕混蛋踢出去”。¹⁴ 因而，英國憲制並不向美國憲法那樣從一開始就考慮限制權力本身¹⁵，而是為了發現誰在以不負責任的或者專斷的方式行使權力。一旦發現了這個混蛋，那麼接下來的事情就是換一個有足夠理由不會重蹈覆轍的人上去。那麼是甚麼樣的理由呢？他們怎麼知道選上來的不會又是一個混蛋？這或許便是英國代議制可以折中人民主權之處：基於政策的議會辯論、選舉和投票。白芝浩說，“內閣制政府是在光天化日之下進行運作的。它的生命在於辯論……一位首相必須表明他的本領。他必須與平民院在辯論中交鋒。”¹⁶ 因而，每一個在任的政府的權力基礎在於政策的實施及其在實踐中的效果。在實踐中呈現於議會之前的不同的情勢，在任政府必須持續性地提出應對舉措，並說服黨內和議會多數持續地支持在任政府。此處尚需說明的是，雙方的政治辯論要想有效地展開，他們必須以雙方都認可的某些政治原則或制度性道德為前提¹⁷，因而至少在理論上，所有能夠進入議會辯論程序中的有效提議，都必須基於整個共同體都接受的政治原則之上。在這個意義上，經由民主選舉出來的政治家與其所代表的政治原則和政策傾向是密不可分的。因而政治家所獲取的權力在很大程度上就是正確識別政治原則或道德及其在當下情勢中的正確政策。

回到代議制民主之合法性的議題，我們注意到英國代議制的民主合法性，就在於其代議制政體中通過辯論制定法律或政策的政治機制。由於政治道德或者原則都被推定為共同體之內的全體公民都可以接受的，因而就可以作為探討具體立法或政策的基礎。這樣一來，議會主權最初始的或者說首要的正當性內核就在於議會的辯論性決策機制，因為即使全體公民出場制定政策，亦不過是從同樣的一個基礎開始。而經過知識、智力和時間的反復審議，並在當下情勢下必須做出一個具體決策的時限性約束條件下，暫時停止對真理的探索，因而贏得議會選舉的多數力量並不是基於更強的政治或經濟實力，而在於其更強的道德理據。由於這種道德或者原則理據是所有人都可以接受的，或者至少是無法合理地反對的，因而議會做出的決策便可以合理地視為全體公民一起做出的政治決策。而法律作為政治決策的一項結果，便具有合理的約束所有人——不管他有沒有實際參與這項立

¹³ Bagehot, W., *The English Constitution*, London: C.A. Watts, 1964, p. 127; Amery, L.S., *Thoughts on the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1964, pp. 20-21; [英] 詹寧斯：《法與憲法》，龔祥瑞等譯，北京：三聯書店，1997年，第101頁。

¹⁴ King, A., *The British Constitution*, p. 59.

¹⁵ See Finer, H., *The Major Governments of Western Europe*, Row: Peterson, 1960, p. 67.

¹⁶ [英] 白芝浩：《英國憲法》，夏彥才譯，北京：商務印書館，2005年，第108頁。

¹⁷ See Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, C.T.: Yale University Press, 1996, p. 122.

法——的合法強制力。

(二) 憲法在議會決策中的優先性

討論憲法在英國代議制政府決策時得到遵守的優先地位，需要先行廓清英國憲法區別於他國憲法的某些特徵。簡單來說，英國憲法主要有不成文性或柔性、程序性而非實質目的性、“連續性而非斷裂性”¹⁸、以及議會主權的真正內涵在於權威而非權力四個方面。

首先是所謂的“不成文憲法”或“柔性憲法”的確切含義。主張司法審查的諸多文獻從一開始就以一種功能主義的眼光將司法機關制約立法機關看成是保障人權的必由之路來定位。¹⁹ 若論以憲法規則來規範——而不是單純地以一個獨立的司法機關來限制——政府最高權力的意義上，自1215年大憲章開始，經由光榮革命以來的一系列規範政府權力運作法案，再到1998年人權法的制定，關於英國政府運作的法案是極為繁多和詳細的。²⁰ 只不過這些法案散列於各類政治和法律文件之中而沒有用一部類似於美國憲法文本那樣精緻的綱領性文件統一編纂出來而已，因而，更加準確地理解所謂的“不成文”憲法，不是說它沒有書面表達的形式，更不是“沒有憲法”，而是指未經系統性編纂而成一部一目了然的法典。類似地，諸多文獻以議會簡單多數即可修改包括憲法在內的所有法律，即認為英國憲法是柔性的，因而沒有甚麼（憲法性）法律是不可輕易修改的。²¹ 但同樣地，這是以所有的憲法性的法律和其他法律均以議會立法或議會對法官造法的最終認可在立法結果上的相似性，即議會以普通多數即可改變一項無論是被歸屬於憲法性質的還是其他法律性質這一在最終表現形式上的一致性為基準的。這樣的基準極易忽視諸如在賦予婦女選舉權或取消選民財產限制這樣的有時甚至長達數十年的反復較量之後才通過的憲法性法律與設立郵局這樣的一般性立法在議會的難度，儘管這些立法都是以普通多數的形式通過的。

其次，也是經常被忽略的一點是，上述散列於政治和法律文件的諸項規則，其絕大部分並不直接導向政治穩定、經濟繁榮、“國家利益”、最大多數人的最大幸福等實質性目的，而是對政治行動者在做出他們所欲實現之目的決策時必須被遵守的程序性規定。或許是因為幾乎任何宗教教義、政黨宣言、政治主張等無不自稱發現就國家某一方面或整體事務上的真理，因而務實的英國人民極少受到這種不可避免地有些某種理性主義性質的東西所蠱惑，而退而求其次更加重視實現這些目的的方法。而一涉及到方法，尤其是那些與制定法律有關的政治決策，必然與現實的涉及主權國家之整體的內外環境相關聯。因而諸項憲法規則並非是某些“高尚”目的所能推導出來的必然結

¹⁸ King, A., *The British Constitution*, p. 2.

¹⁹ Vile, M. J. C., *Constitutionalism and Separation of Powers*, Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 2.

²⁰ 當代英國憲法學者詳細羅列了各種絕對有資格稱為憲法性法律的約束權力運作的規則文件，參見King, A., *The British Constitution*, pp. 5-6。

²¹ See Bradley, A. W. & Ewing, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, London: Pearson Education Limited, 2007, p.7.

果，而是那些為了實現這些目的而在歷史經驗中逐步積累出來的“常規做法”。²²

與英國憲法的上述兩種特徵相聯繫的是就它如何變化的第三項特徵，即連續性或者持續的流變性，它在保持原有框架或形式的前提下賦予其新的內容或實質。不成文性或柔性所側重的是對於憲法規則的修改並不以政治行動者的集體理解達到某種剛性的絕對多數的形式要件為前提，程序性所側重的不必然地以某種實質性目的為前提，但是當已有的憲法規則被集體地理解為並非達成目的的最佳方法或程序時，對憲法規則的修改或者賦予新的內容則勢在必行。但又由於所有的憲法規則是英國政治行動者集體基於歷史經驗的總結，因而對其內容的修改勢必涉及其他憲法規則的相應調整，因而在內容和形式相分離的意義上就其內容進行修改勢必涉及當下的政治行動者在做出政治決策時要“考慮所有情形”。²³ 這樣一來，對任何一項憲法規則的修改都會或多或少地涉及其他並不在修改範圍之內的憲法規則的限定，也就是說，當下的政治行動者集體在做出任何政治決策時都是有限的。這種有限的但又是不能從任何外在目的推導出來的政治行動的方式，就是從形式和內容相契合到相互分離再到重新契合的“舊瓶裝新酒”的一般方式。

結合以上三點，我們再回到議會主權的憲制內涵。正當而言，這裏的“主權”應當被理解為一種抽象的、程序性的和內在的權威，而非具體的、目的性的和外在的權力。²⁴ 權力是具體的，權力的持有人行使權力時必須有一個或數個可指明的對象；權威是抽象的，任何人在運用權威時，包括其本人在內的所有人都受制於權威，因而其對象是不特定的或無需指明的，就其並非是其他任何目的的工具或者說權威具有自身的獨立價值而言，它又是自主的道德的。權力是實質目的性的，它通常指向某個確定的通常是有利於權力持有者但也並不排除有利於權力對象的實質性目的；權威是程序性或方法性的，它並不直接指向某種可確定的實質性目的，因為後者還要受制於諸多偶在的環境因素。權力是外在的，當權力對象服從權力的“動因”消失時，權力本身就消失了；而權威是內在的，運用權威的結果即使遭遇多數人的反對，因而那些運用權威之人則可能遭遇被撤換或廢黜的命運，但權威本身並不受損。²⁵ 就英國議會的情形而言，議會（君主與上下兩院）的權威是針對包括君主在內的全體英國人民的，它並不直接指向和維護某個社會階層的利益。運用權威本身就是將自身的可能是恣意的意志受制於歷史形成的因而並不區別對待任何個體利益的“常規做法”，因而運用權威並不需要得到對方的同意，因為權威本身就內在地蘊含了通常情況下所有人進行政治行動

²² 奧克肖特將這些政治行動者在做出他們所選擇的實質性目的而必須得到遵守的規定以“practices”（常規做法）一詞表示之。他將“常規做法”定義為一套支配或“狀語式的”限定人類行動或關係的因素、規矩、常例、風俗、慣例、格言、原則或規則。在概念上，常規做法僅指實現某種實質性目的或利益的方式方法，但與實質性目的或利益並無直接關係，參見Oakeshott, M., *On Human Conduct*, Oxford: Oxford University Press, 1975, pp. 55-56。另外，關於這裏的“狀語價值”，被德沃金認為是人類生活的最終價值，參見Dworkin, R., *Justice For Hedgehogs*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011, p. 197。

²³ Allan, T. R. S., *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 64, 177。

²⁴ 其實白芝浩曾有過類似的劃分，參見〔英〕白芝浩：《英國憲法》，第56-57頁。美國法學家德沃金也曾以規則和原則在概念上的區分對此做出說明，參見Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977, pp. 22-28, 71-80。至於哈特的初級規則和次級規則的劃分也表達了類似的觀念，參見Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, pp. 144-148。

²⁵ 奧克肖特在其“公民聯合”（civil association）的理想條件下，認為權威以及與之相對的義務（obligation）是內在於能動者（agent）的一項條件，與任何外在的、工具性的、實質性的目的或利益無關。關於“權威”（authority）這一概念的討論和總結，參見Oakeshott, M., *On Human Conduct*, pp.147-158。

時應當遵守的道德義務。因而議會作為主權者之所以沒有違反“絕對的權力導致絕對的濫用”的戒律，乃是因為包括君主或首相在內的某個或某些議會成員，他們並不是權威本身，他們只是這一權威的行使者，如若運用不當，破壞的是行使者的權力而非議會本身的權威。²⁶ 另外，由於權威本身並不帶來某種實質性目的或利益，因而是否成為議會的成員與他所能享有的實質性的權利或自由無關，也與多大比例的公民（即所謂的“民主代表性”，即以普通多數或絕對多數的形式條件）實際參與了議會的運作無關，用當代英國憲法學家的話來說，“一個立法機關是至高無上的，如果它的立法權威並不受限於任何實質性方面，即使它必定要根據一種純粹程序性或形式性種類的要求而運用其權威。”²⁷

綜合以上關於英國憲法的四點特徵的討論，可以對憲法在英國代議制政府中的優先地位做個綜合性的說明。英國的不成文憲法是英國人民及其主權者議會在歷史的憲制實踐中逐步總結出來的，它的最初且首要的目的並非像美式憲法那樣以限制政府可能的權力濫用這一目的而被創立的，它毋寧是對議會及其代議制政府規範政治行動的程序性規定，這種規定並不直接追求某些實質性的目的，而是政治行動者在通常情況下選擇和實施其所欲達成的實質性目的必須得到遵守的條件，這些條件為全體公民所理解，且被假定為考慮了所有環境因素的實現某項共同目的的最佳方式或常規做法。但無論如何，由於任何憲法規則都是各個時代的包括人類心智在內的諸項因素的結果，因而在其內容上就不得受制於時代的局限性，當然也就不得受制於不同時代的可能的修正。但這種修正是受到其他憲法規則的限制的，因而代議制政府的行動是有限的，這種有限的行動更多地是體現在憲法規則的內容而非形式上，因而就保持了憲法的至少在形式上的連續性而非斷裂性。

三、違憲審查的民主審議方法：²⁸以婦女選舉權為例

借用哈特的分析框架來說，如果調整公民之間的初級規則由於種種原因而不堪實用時，作為一個整體的議會在遵守現有的次級規則進行法律的制定、廢除或修改議程，更新後的法律對於包括全體議員在內的所有人而言只需服從即可²⁹，亦即，議會在遵守了次級規則後制定的法律無需人民的同意。沿用前述權威/權力的兩分法來說，只要議會依據不直接涉及公民之實質性利益的權威行事，那麼其制定出的任何決策——不管其實質性結果是甚麼——就正當地獲得了絕對的（即，在法律上不受任何人挑戰的）主權權力，直到下一個議會可能對之加以更新為止。那麼現在的問題是，如果次級規則中的那些涉及主權者本身的規則（例如王位繼承法、選舉法等）由於種種問題在議會內部出現分歧怎麼辦？哈特在這個問題上將其歸諸於政治行動者事實上的一致性而戛然而止，而本文所關

²⁶ 在筆者所掌握的文獻當中，最早明確指出這一區分的當屬白芝浩。當特定的議會不能有效履職時，“它並不損害作為一個種類的議會的權威，但它損害了個別議會的權力。它使得一個在議會之外的特定之人能夠說，‘你們這些議會成員沒有執行你們的職責……我將從一號議會向二號議會上訴。’”參見Bagehot, W., *The English Constitution*, p. 222。

²⁷ Goldsworthy, J., *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 15.

²⁸ 完整地說明一國違憲審查制度至少有三個方面的內容：審查主體、審查對象或內容以及審查方法。前兩部分的內容，參見于建華：《英國憲法中的慎議民主：從英憲經典文本的角度》，《“一國兩制”研究》2020年第3期，第57-71頁。

²⁹ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, p. 110.

注的英國違憲審查機制也正是從這個問題開始的。

英國朝野兩黨都可能發起關於憲法問題的議案，其所指向的內容通常涉及議會本身之構成及其權威之行使方式的問題，包括政治的、經濟的、宗教的乃至法律本身的等各個重要方面。朝野雙方都可能給出支持或反對修改法律的理由，全體議員，不論分屬何種政黨，都必須以理性的態度接受更加充分的理由。這裏的理性，“並不是推理的能力，而是指聽取他人道理，將他人的道理與自己的推理進行平心靜氣的比較，然後接受這種比較結果引導的能力。”³⁰ 因而參加審議的全體議員在議會中的反復辯論之後必須伴着理性的態度接受更強的理由或原則，而不能受制於本身所在的政黨利益的局限，因為政黨本身之所以存在的理由就是基於原則，否則若是聽任政黨領導人以違反原則的方式任意行事的話，則反而是對所在政黨的背叛。³¹ 這樣，在民主審議的外部情勢所施加的時間約束性條件下，全體議員必須投票做出決策。若是此項決策的結果是不予制定或修改或廢除法律，那麼一切維持現狀，任何人都無權挑戰現有的法律秩序，即使是那些投票支持該項議案之人；若是此項決策的結果是制定或修改或廢除了原有的法律，那麼改變之後的法律體系在下一個議會所展開的民主審議之前被承認為合法的，且必須得到包括君主、議員和法官在內的所有人的遵守，即使是那些投票反對該項議案之人。³² 最後，得到多數支持的道德理據就是在當時情況下代表全體英國人民的在任議會在智識能力上最佳的憲法方案。這種最佳的方案如果得到後續議會的持續承認，當然就有理由成為未來的議會有關憲法性法律或者慣例（“常規做法”）的歷史決策的一部分。繼之以往，作為歷史經驗之總結的憲法規則實際上是同類憲法問題的最佳答案。這種最佳答案超越了德沃金在法律帝國內賦予萬能法官所提供的（惟一）正確答案，因為它是整個政治共同體的一致行動的結晶，可以立即獲得整個政治共同體的一致遵守，而不需要像美式憲法那樣在最終意義上以人民直接出場才能真正確定憲法修正的正當性支撐。

以婦女選舉權的例子可能更加有助於對這一問題的解釋。³³ 在現代社會中，成年人的選舉權與被選舉權被視為一項憲法上的“基本人權”，但對於英國人而言，所謂的基本權利，必須在實踐中能夠切實可行才能有具體的意義，否則就只能是一種哲學上的抽象理據。比如，在一個傳統上全部由男性組成的議會中，是否賦予婦女與男性平等的選舉權問題，哲學家大可以從“人人平等”或者“天賦人權”的抽象真理推斷出婦女應該跟男性同胞擁有平等的選舉權，或者說，婦女作為具有獨立判斷能力之人應當有權利在國家的憲政運作中為她們“自身的政治利益”做出她們自認為是最佳利益的政治判斷。但諸如此類的哲學理據在英國憲制中是行不通的。由於法律是主權議會運用權威的結果，因而並不直接涉及女性的實質性“權利”或利益。因而即使賦予婦女以選舉權，既沒有給婦女增加任何直接的實質性利益，同樣也就沒有剝奪男性的任何實質性利益；反過來也是一樣。用奧克肖特的話來說，婦女或更一般的弱勢群體被賦予選舉權（權利或自由）並不是出於甚麼抽象

³⁰ [英]白芝浩：《英國憲法》，第39頁。

³¹ See Hume, D., *The Philosophical Works of David Hume, Vol. III*, Edinburgh: Adam Black and William Tait, 1826, p. 62.

³² See Dworkin, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 22.

³³ 從1888年出台的地方政府立法到1928年最終實現男女平權，這一過程竟然反復長達四十年，參見潘迎華：《19世紀英國婦女選舉權運動與自由主義》，《世界歷史》2002年第6期，第30-39頁。

的自然權利或“正義”，而是“在所有或大多數別的重要方面她們已經被給予政治權利了……這就是說，在社會的安排中有一種不連貫性，它令人信服地要求補救。那麼，在政治上，每件事情都是作為結果發生的事情，都是追求，但不是追求夢想或一般原則，而是追求一種暗示。”³⁴ 易言之，若是婦女先行“在所有或大多數別的重要方面”承擔起了政治責任或義務，而尚缺了一項政治自由（選舉權），於是賦予婦女以選舉權便成為一種自然而然的補救。這是一種在法律之外的諸項領域中業已得到令人信服地證實而尚缺一項正式立法為之確權的情形，對這種情形中的權利之補救就是一種憲法為自身的融貫性所做的補救。而如果這種補救遲遲不能實現，那麼憲法上的融貫性就是有缺陷的，這種缺陷如果嚴重到了一定程度，則可能會導致一場憲制危機：若在任議會不能解決這個危機，那麼議會就會變得虛弱不堪或者面臨一個解散的威脅，若是此時的議會仍然以主權者的姿態發號施令，那麼這個議會的權威就與權力相分離甚至相對立了。

婦女選舉權在本文只是作為一個例子，筆者引用這樣例子意在說明，議會對憲法的自我審查的議題包括了事關共同體福祉的比如政治、經濟、宗教等等諸多方面。但是這些政治經濟宗教等方面只是一個事關共同體共同生活問題的不同側面，人們大可以從各個側面提出要求修改憲法的正當理據，但是如果解決一個具體的或真實的憲法問題，則需要對所有上述分析之內容進行綜合性的整合，共同醞釀出一個整體上符合當下主導性價值觀的解決方案。³⁵ 也就是說，當下的決策至少能夠以一種更加融貫的方案解決相關憲法議題，因而即使當初的制憲者或者政治祖先在世，他們也會做出同樣的決定。也就是說，在任議會做出為女性賦權的決策——這一點顯然改變了歷史憲法的具體規則——但在憲法所具有的內在精神上也仍然是符合憲法的。換句話說，歷史憲法中的所有規則並不是作為一項恆久性的規則約束所有未來議會的決策，他們只能在政治祖先做出這項規定或不做出相反規定背後的政治原則——婦女能否現實地獨立承擔行使憲法權威——的意義上才能約束未來的議會決策。就像司法機關運用司法權威在時間約束條件的範圍內停止對所謂“真相”或“真理”的不懈追求而形成公正的判決那樣，自由而平等的全體議員運用議會權威在時間約束條件的範圍內形成的法律也是公正的或道德的，就議會所採取的政治行動在整體上的這一長久特徵而言，無怪乎最強烈地主張民主價值的詹寧斯也將英國議會讚譽為英國的“最高級法院”。³⁶

由此我們明瞭何以憲法規則必須得到認真對待，蓋因已有的規則是某一時期的全體人民最高智慧結晶的成果，如果現時代的人們不能提出更高更強的理據突破這個規則，那麼，審議的結果就是維持現狀，即否決所有挑戰該項規則的所有政治行動。如若不然，如果議會經過民主審議發現有更妥當的對於當下政治決策的道德理據，那麼，在有時間或者效率約束條件下進行投票。此時的投票不僅是一種個人意見的登記，而是將諸多政治決策的選項進行優先排序，將那個目前看來最佳的同時也是現有條件下最優的答案挑選出來作為共同體一致遵守的憲法選擇。因而此時的表決和做出決策並非是一種相關憲法議題的永久性終結，而是一種迫於現實需要的技術性暫停，該項政治決策將繼續留待共同體感興趣者繼續審議。因而在這個意義上，當人們懷着懷疑主義態度將祖先智慧斥為“死人之手”之際，英國人則可能會反唇相譏道，沒有死人之手，人民將沒有手：政治決策是在

³⁴ 奧克肖特：《政治中的理性主義》，張汝倫譯，上海：上海譯文出版社，2004年，第49頁。

³⁵ Rawls, J., *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1996, pp. 237-238.

³⁶ [英]詹寧斯：《法與憲法》，龔祥瑞等譯，北京：三聯書店，1997年，第106頁。

以往決策之基礎上做出的。³⁷

四、結論

在民主和憲政兩大價值統一於議會主權原則的視角中，英國不僅具有貨真價實的違憲審查機制，而且在議會作為超越性的秉持政治原則或制度性道德的“最高級法院”進行政治決策的意義上，英式違憲審查機制也可被稱為一種司法性質的違憲審查，只是此處的司法並非指政權建制意義上的司法機關，而是說英國議會的決策程序高度類似於司法機關的審判模式：審查主體之議會成員的獨立性、審查依據之程序性或道德性、審查方法之民主審議性，都是英國議會的悠久傳統。當然，英國代議制中的這種違憲審查機制，有賴於代議制及其“議會主權”的表現形式深植於英國人民的憲法觀念之中。他們拒絕人民主權在政治實踐中的直接應用，而毋寧是委託一個融合了立法、行政和司法的議會依據憲法制定法律，而後授權法院在具體的爭議環境中去解釋和適用法律。因而議會主權的存續有兩個相互聯繫的條件：一是作為被統治者的英國人民信賴或者繼續信賴作為統治者的議會為他們制定法律，而經由民主選舉而成的英國議會則不辜負此一重大憲法責任。這就要求議會全體成員必須秉持政治道德而非短期的政治利益為整個民族制定良法。惟有此政治道德之理據，才能有今日制定之憲法為後世所遵從的內在的道德性或權威性。二是作為統治者的主權議會——具體來說就是構成議會的全體議員——經由民主審議之後而產生的政治決策，無論是法律還是政策，都必須平等地約束全體議員，即制定法律和政策的議員事實上在為議會之外的臣民立法的同時也是在為自身立法。

參考文獻 References:

- Bagehot, W., *The English Constitution*, with an introduction by R. H. S Crossman, London: C.A. Watts, 1964.
- Bradley, A. W. & Ewing, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, London: Pearson Education Limited, 2007.
- Brazier, R., *Constitutional Reform: Reshaping the British Political System*, New York: Oxford University Press, 1998.
- Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977.
- Dworkin, R., *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 1996.
- Dworkin, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.
- Ely, J. H., *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, M.A.: Harvard University Press, 1980.
- Goldsworthy, J., *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1999.

³⁷ See Holmes, S., “Precommitment and the Paradox of Democracy,” in Elster, J. & Slagstad, R. (eds.), *Constitution and Democracy: Studies in Rationality and Social Change*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 231.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961.

King, A., *The British Constitution*, New York: Oxford University Press, 2007.

Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, C.T.: Yale University Press, 1996.

Oakeshott, M., *On Human Conduct*, Oxford: Oxford University Press, 1975.