

論限權憲法——從歷史的角度重思憲法的概念

楊洪斌

摘要：憲法誕生於17世紀的英國，意指限制國家權力、保障公民自由的根本法。美國制憲建國的過程為憲法的概念增加了三個新的要素，即憲法的建構性、成文化和民主化，但限權仍然是衡量憲法的根本標準。裝飾性憲法雖然把憲法作為裝點門面的飾物，但仍然接受限權憲法的定義。所謂“固有意義上的憲法”宣稱自己有着古老的血統，但其實卻是19世紀晚期才出現的新定義，根據這種定義，任何政府框架都可名之為憲法，這是對憲法概念的敗壞。憲法僅僅產生於現代世界，原意就是限權，這才是惟一的、真正的、正確的憲法定義。

關鍵詞：限權憲法 成文憲法 最高法 裝飾性憲法 固有意義上的憲法

On Power-limiting Constitution: Revisiting the Concept of Constitution from a Historical Perspective

YANG Hongbin

(School of Law, Zhengzhou University)

Abstract: Modern constitution was born in England in the 17th century. It means the fundamental law that restricts the state power and protects citizens' liberties. The constitution-making and nation-building process of the United States has added three new elements to the concept of constitution, namely, constitution's constructiveness, written form and democratization, but power-limiting is still the fundamental criterion for measuring the constitution. Although the decorative constitution uses the constitution as a deceptive ornament, it still accepts the concept of power-limiting constitution. The so-called "constitution in the inherent sense" asserts that it has ancient ancestry, but it is actually a new definition that emerged in the late 19th century. According to this definition, any government framework can be called constitution, which is a corruption to the concept of constitution. The constitution is a production of the modern world. Its original meaning is to restrict state power. This is the only, true and correct definition of the constitution.

Keywords: power-limiting constitution, written constitution, supreme law, decorative constitution, constitution in the inherent sense

按照教科書上的經典定義，憲法是限制國家權力、保障公民自由的根本法。為了簡潔起見，有時可以省略後半部分，本文直接把憲法和限權等同起來，即“對政治權力的行使施加限制的一種政治制度”¹，簡稱限權憲法。²

限權憲法誕生於17世紀的英國。在和國王鬥爭的過程中，議會一方打起了憲法的旗幟，宣稱英格蘭有一部古老的憲法/根本法，它劃定了國王權力的邊界，對王權施加了種種限制，而查理一世和詹姆斯二世則都因為犯下了破壞、顛覆王國的根本法/憲法的嚴重罪行而遭廢黜。³ 據說，這憲法/根本法早在中世紀時便已經牢固確立——1215年的《大憲章》（*Magna Carta*）固然是一個明確的標誌，但其實還可以追溯到更早。它包括三大原則：“第一，國王不經國會同意，就不能立法。第二，他不經國會同意，就不能徵稅。第三，他有義務根據王國法律施政。如果他破壞這些法律，他的顧問和代理必須負責。”⁴ 最終，“光榮革命”結束了這場漫長的鬥爭，議會一方取得了勝利，並把鬥爭的成果凝結在了三部憲法文件之中，即1689年《權利法案》（*Bill of Rights*）、1694年《三年法案》（*Triennial Act*）和1701年《王位繼承法》（*Act of Settlement*）。這三部憲法文件在為現代英國憲法奠基的同時，也創生了現代世界的憲法概念，即上述限權憲法。⁵ 這種憲法帶有強烈的規範意涵，它意味着主權者的行動必須“處在法律/憲法之內，因而受到憲法的拘束，使其權力行使不再恣意。”⁶

不過，英國憲法和我們現在普遍理解的憲法還存在重大差異。現如今人們所理解的憲法，有三個典型的特徵都是英國憲法所沒有的，這些特徵都是由美國憲法確立下來的，以下分別論之。

一、限權憲法與現代憲法的三個基本特徵

（一）憲法的建構性

美國憲法把憲法建構性的一面凸顯了出來。美國的革命和制憲一向被視為洛克的社會契約理論的實際演練，而從社會契約理論的視角出發，憲法首先就要面臨一個建構的問題。潘恩的經典定義就是從這個角度着眼的：“憲法不是政府的行為，而是人民建構政府的行為，無憲法的政府只是無

¹ [美] 斯科特·戈登：《控制國家：西方憲政的歷史》，應奇等譯，南京：江蘇人民出版社，2001年，第239頁。

² 用學者的話說，“在很大意義上，限權與憲法就像一組同義詞，限權構成憲法最核心的實質內容。”黎敏：《“憲法體系化”再思考——限權憲法原理下的限權原則體系與憲法價值秩序》，《政法論壇》2017年第2期，第31-47頁。

³ Gough, J. W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, London: Oxford at the Clarendon Press, 1961, p. 1.

⁴ [英] 托馬斯·麥考萊：《麥考萊英國史I》，劉仲敬譯，長春：吉林出版集團有限責任公司，2014年，第18頁。

⁵ 關於憲法一詞從古至今的歷史演變，參見王廣輝：《憲法為根本法之演進》，《法學研究》2000年第2期，第127-135頁；王人博：《憲法概念的起源及其流變》，《江蘇社會科學》2006年第5期，第94-100頁；鄭賢君：《作為根本法的憲法：何謂根本》，《中國法學》2007年第4期，第180-189頁；徐國棟：《憲法一詞的西文起源及其演進考》，《法學家》2011年第4期，第29-44頁；汪太賢：《論現代憲法概念的生成》，《政法論壇》2020年第1期，第18-32頁。

⁶ 陳景輝：《憲法的性質：法律總則還是法律環境？——從憲法與部門法的關係出發》，《中外法學》2021年第2期，第285-304頁。

權利的權力”，“憲法是先於政府的東西，政府只是憲法的造物。”⁷ 按照這個定義，由於英國政府（議會）並非英國憲法的造物，反倒是英國憲法要受制於英國政府（議會），因此英國沒有憲法。

英美兩國對憲法的理解之所以出現這樣的差異，從根本上說，乃是兩國的國家敘事不同所致。現代美國及其政府乃是各殖民地從宗主國獨立出來之後，主權者人民通過制憲的方式“人為”建構出來的，憲法背後依託的是一個“革命—制憲—建國”的理論邏輯。具體來說，十三個殖民地在從宗主國獨立出來之後，變成了十三個彼此獨立的共同體，此時它們面臨的首要任務是完成建國。建國必須制憲。於是，除了康涅狄格州和羅德島州選擇在適當修改的基礎上繼續沿用殖民地時期的王室特許狀之外，其餘十一個殖民地都制定了新的憲法，並根據憲法組建了新的國家和政府。後來聯邦憲法的制定，也遵循着同樣的邏輯。如此一來，憲法的構建性就凸顯出來了，即憲法首先要完成國家和政府的建構，然後才會涉及對其加以限制的問題。相比之下，現代英國則並未經歷像美國那樣的歷史斷裂，不需要通過制憲來完成建國，其憲法在極大程度上乃是對其中世紀的封建憲法的繼承和進一步發揚，即所謂“舊瓶裝新酒”，只是對王權作出了一些制度化的限制而已，因此憲法的限權色彩就凸顯了出來。⁸

那麼，憲法建構的一面和限權的一面是何種關係，是相互矛盾的嗎？對此，可以從兩個角度來解答。首先，建構性的憲法概念並沒有改變憲法限權的本質。絕大多數現代國家都是在革命之後通過制憲建立了新政府，這時憲法自然就要承擔起建構的任務；但還有一些國家則以改革的方式確立憲法，新政府/新憲法和舊政府/舊憲法保持着較強的連續性，因此就不必“無”中生“有”地建構出一個全新的國家和政府。但即便是前面這種建構性的憲法也同樣要限權，正如麥迪遜在美國制憲期間所說的，在通過憲法來建立一個人統治人的政府時，雖然首要的任務是使政府能夠“控制被統治者”，但緊接着也要面臨限權的問題，即“迫使政府控制它自身。”⁹ 由此可見，憲法可以不具有建構性，但卻絕不能失去限權的功能，限權才是憲法的必要條件。

其次，限權本身就是一種建構，而賦權同時也是一種限制。一方面，無論是個人還是國家，都必須有所不為，才能有所作為。一個完全不受限制、為所欲為的個人或者國家一定是瘋狂的。憲法中限權的部分其實恰恰也是在建構，正如史蒂芬·霍姆斯所說：“有限政府由於有助於產生進行統治的‘自我’而促進了自治。……拋開某種能使選民具有融貫意志的法律框架而談論民眾政府是毫無意義的。……通俗地講，如果不綁住他們自己的手腳，人民就沒有手腳。”¹⁰ 從這個角度來說，即便英國憲法也同樣有其建構的一面。比如1694年的《三年法案》規定，召集新議會的令狀“最遲

⁷ [美] 麥基文：《憲政古今》，翟小波譯，貴陽：貴州人民出版社，2004年，第2頁。

⁸ 孟德斯鳩對英國憲法的總結對後世影響甚大。雖然孟氏對英國憲法多有誤解，但從整體上說，他的解讀仍然十分精準——他把英國憲法理解為一種能夠實現限權/有限政府的政治結構（或者說是優良政體）。參見[法] 孟德斯鳩：《論法的精神》，張雁深譯，北京：商務印書館，1961年，第163頁前後。

⁹ 參見[美] 漢密爾頓等：《聯邦黨人文集》，程逢如等譯，北京：商務印書館，1980年，第51篇。而且，甚至可以說，美國憲法在限權方面的表現要比英國更加深刻、全面，詳細的分析可參見[英] 弗里德利希·哈耶克：《自由秩序原理》，鄧正來譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1997年，第12章：“美國的貢獻”。需要注意的是，麥迪遜在這裏說的“先”和“後”乃是一種邏輯上的先、後。從現實的可操作性的角度來說，限權和建構必須要通過制憲同時完成。須知，現代國家是一個壟斷暴力的巨獸，因此必須在構建它的同時就把它限制起來。如果先把老虎製造了出來，然後再想把它關進籠子，那可就難了。

¹⁰ 史蒂芬·霍姆斯：《先定約束與民主的悖論》，[美] 埃爾斯特、[挪] 斯萊格斯塔德編：《憲政與民主》，潘勤、謝鵬程譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1997年，第253、256頁。

應在現存議會成立之始或解散以後三年內發佈，（議會）從今以後永遠都要定期召開”¹¹，這固然是對王權的限制，但同時不也是對議會權力的一種建構嗎？兩個方面組合起來，才構成了完整的“王在議會”的立憲君主制；再如，1701年的《王位繼承法》中規定法官只要表現良好，即可繼續任職，這也是在限制王權的同時，對司法權的建構。有限政府未必是弱政府，全能國家反倒常常無比脆弱。

另一方面，憲法中賦權的、建構的部分，當它以成文的形式出現時，本身也就是一種限制。以美國憲法為例，憲法中明確列舉了國會、總統以及聯邦法院的權力，這當然是在賦權，但賦權的同時不也是對其權力的範圍、行使方式等等的一種限定嗎？正如學者所說，對權力明確、具體的規定本身就是一種限制，因為凡是不按照憲法規定而作出的政府行為，都是篡權。¹² 進一步來說，甚至語言本身就是一種限制，除非不使用任何語詞，否則就不可能徹底避免限制——古代所謂“刑不可知，則威不可測”就是這個道理。

因此，完整地說，現代憲法都同時具備建構和限權兩個方面，都要同時承擔起“創建、界定並限制政府權力”的任務。¹³ 限權和建構不是對立的、矛盾的，而是一體的，且限權仍然是憲法的根本。只不過，由於絕大多數現代國家的建立都經歷了一種類似於美國的“革命—制憲—建國”的過程¹⁴，因此，建構性也成了現代各國憲法的一個雖非根本但卻普遍的特徵。

（二）憲法的成文法典形式

現代憲法的另外兩個基本特徵——憲法的法典化形式和民主化特徵，也同樣來自於這個“革命—制憲—建國”的理論邏輯。我們先來看看現代憲法普遍採取的這種法典化的形式。如上所述，美國各州在獨立以後，首先面臨的問題是要構建出一個新的國家和政府，而組建新的國家和政府則需要有一部全新的法典，正如憲法史家麥基文所指出的，“美國的獨立構成了連續性的斷裂，從而要求一成文憲法。”¹⁵ 正是因為憲法不再是政府的造物，而是要從無到有地建構出了一個新的共同體和政府，因此它其實就相當於使人民脫離自然狀態的社會契約。¹⁶ 這樣，一直以來都停留在理論和虛擬層面的社會契約，就通過成文憲法的形式獲得了它的肉身。在美國建國一代人看來，新大陸和老歐洲最大的不同就在於此，前者把社會契約以書面的形式記錄了下來，社會契約不再只是“一種純粹想像的事物”，而是“真實的存在”，是“可見的、真實的、確定的東西”，“所有人都可

¹¹ 轉引自〔美〕麥基文：《憲政古今》，第12頁。

¹² Cooley, T. M., “Comparative Merits of Written and Prescriptive Constitutions,” *Harvard Law Review*, vol. 2, iss. 8, 1889, p. 347.

¹³ 〔美〕麥基文：《憲政古今》，第11頁。

¹⁴ 關於這個在現代國家中具有普遍性的“革命—制憲—建國”的理論邏輯，參見高全喜：《憲法與革命及中國憲制問題》，《北大法律評論》2010年第2期，第652-678頁。

¹⁵ 〔美〕麥基文：《憲政古今》，第12頁。

¹⁶ 或者用學者的話說，只有當主權不再被國家/政府壟斷，而是和國家/政府保持了適當的分離時，也就是說，只有當人民自己成為了主權者時，成文憲法才能說得通、才是有意義的，“只有這樣，當國家偏離了人民在創建它所設定的條件時，人民才能要求它負責。” Patterson, D., (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (2nd Edition)*, West Sussex: Blackwell Publishing Ltd, 2010, pp. 132-133. 本書中譯本翻譯的是第一版，表述略有差異。參見〔美〕丹尼斯·帕特森編：《布萊克維爾法哲學和法律理論指南》，汪慶華、魏雙娟等譯，上海：上海人民出版社，2013年，第129頁。

以訴諸於它”，“可以從跳動的字母中確認，而不僅僅從含糊的推理或邏輯推演中確認。”¹⁷

這樣，美國就打破了英國的不成文憲法模式，把憲法的全部內容都濃縮到了一部完整的憲法典之中。¹⁸ 一部詳盡的法典的最大好處就是內容清晰、確定，“哪個機關享有甚麼權力”，“公民的責任和義務”如何，都能在法典中得到明確的答案。¹⁹ 當然，以今日的標準來看的話，美國憲法是非常簡潔凝練的，最初的文本只有4,000餘字（即便加上《權利法案》也仍不足5,000字），而且其中也有大量的模糊之處，需要借助法院的判例法來確定其含義。然而，在通過之時，它的內容卻是非常全面而且清晰的，操作性也很強。直到19世紀末，美國著名的學者兼法官托馬斯·庫利仍然強調，美國憲法最吸引人的一個特點，便是其詳盡的細節規定及完整性。²⁰ 成文憲法典的形式把憲法既建構又限權的特點表現得淋漓盡致，因為既然政府各個分支的權威都完全來自於憲法這個具形了的、將人們帶離了自然狀態的書面社會契約，那麼它們從憲法中獲得的任何授權，就都必須按照憲法中設定的範圍、方式來行使。作為“真實而明確的美國社會契約”，憲法“為每一個政府部門提供了一種精確而又公開指定的邊界，從而首次提供了一種受到嚴格限制的政府。”²¹

需要指出的是，憲法的法典化還連帶引發了另外兩個變化：一個是憲法從此成了最高法，同時也就是需要通過特殊程序才能修改的剛性憲法。雖然從邏輯上說，成文憲法未必一定是最高法、剛性憲法，比如在美國獨立後最早的一批州憲法當中，弗吉尼亞州、北卡羅來納州和紐約州的憲法就都是“由普通選舉產生的事實上的立法機關頒佈的”，而且其中也都沒有關於修改憲法的規定。²² 這似乎意味着憲法的效力和普通立法無異，隨後的普通立法機關可以普通立法來修改憲法，甚至重新制憲。也就是說，這些州雖然有成文憲法，但卻是一種柔性憲法的模式。但是，由於多數州的憲法以及隨後的聯邦憲法都是通過一種特殊的、具有超強民主性的制憲程序而產生的，是先於政府、構建政府的根本法，加之聯邦憲法還明確規定自己是最高法、其修改也需要經過特殊的批准程序，因此成文憲法的最高地位和剛性性質就成了主流的範式，雖然邏輯上並不一定必須如此。

由成文憲法典引發的第二個變化，就是憲法審查制度的出現。如所周知，對國家立法的合憲性審查萌芽於英國的“博納姆醫生”案。²³ 柯克在該案中埋下的種子雖未能在英國落實為制度，但牆內開花牆外香，在新大陸卻結出了果實——在“馬伯里訴麥迪遜”案中，聯邦最高法院推翻了1789年《司法法》中一個不起眼的條款，由此奠定了司法機關推翻聯邦立法的權力。在普通法的傳統下，這可以說是憲法法典化並且成為最高法之後的必然結果。須知，成文憲法典固然是個新鮮事物，但在普通法院法官的眼裏，由於——用馬歇爾大法官在“馬伯里訴麥迪遜”案中的話來說

¹⁷ [美]西爾維亞·斯諾維斯：《司法審查與憲法》，譙洪果譯，北京：北京大學出版社，2005年，第24、25頁。

¹⁸ 羅文斯坦指出：“在十七世紀，更主要在十八世紀，在社會契約概念的強力推動下，憲法一詞被賦予了現代的含義。它開始代表一個單一的文件，包含了國家的根本法和帶着特殊的目的，被用來抑制單一的權力持有者——通常，儘管並非永遠，是一個人，絕對君主——的恣意，使他服從限制和控制。”[美]羅文斯坦：《現代憲法論》，王鐸、姚鳳梅譯，北京：清華大學出版社，2017年，第90頁。

¹⁹ Cooley, T. M., “Comparative Merits of Written and Prescriptive Constitutions,” p. 345.

²⁰ Cooley, T. M., “Comparative Merits of Written and Prescriptive Constitutions,” p. 344.

²¹ [美]斯諾維斯：《司法審查與憲法》，第29頁。

²² Amar, A. R., *America's Constitution: A Biography*, New York: Random House Trade Paperbacks, 2006, p. 287.

²³ 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年，第34頁。

——“闡明何為法律是司法部門的職權與責任”，因此憲法也只不過是有待法院解釋的一部制定法罷了。而鑒於憲法是最高法，因此法院在司法過程中如果發現某項立法和憲法相抵觸，那顯然就要服從憲法而不是普通立法，後者則因違反了最高法而無效。憲法審查遂於此生焉。²⁴ 這個故事，讀者們已經十分熟悉了。美國是世界上第一個建立對國家立法的合憲性審查制度的國家，對後世影響甚巨，因為它揭示出了現代憲法的一個十分關鍵的要素，即憲法國家必然要有對政府行為（包括國家立法機關的立法行為在內）的司法解釋和限制。²⁵

（三）憲法的民主化

現代憲法的第三個特徵，即憲法的民主特徵，也同樣源於上述制憲建國的邏輯。自《獨立宣言》表明統治的正當性只能來自被統治者的同意之後，人民主權就成為了惟一正確的主權理論。憲法既然是人民革命之後行使主權的產物，那它就必定是一個“民主”的文件，而依照憲法組建的新國家和政府也必然是民主化的負責任的（accountable）政府。也就是說，民主共和制成了惟一正當的政府形式。這樣，民主制就被注入到了憲法之中——當然，這裏的民主制不是古代的直接民主，而是現代的代議民主。“憲法的觀念也就這樣與代議政府的觀念緊密地聯繫在一起了”，憲法成了民主憲法。²⁶

當然，中外學界歷來都不乏學者堅持認為美國憲法並不民主，理由主要是黑人、婦女以及相當一部分的白人男性在制憲過程中、以及新的憲法體制下都不享有選舉權。但這樣的批評其實不值一駁。若以當今的標準來衡量，那麼1787年時的美國憲法當然不夠民主。然而，當我們說美國憲法是民主憲法的時候，是把它放在了1787年的背景下才這麼說的，其參照系乃是人類社會此前的政治模式——尤其是當時世界上千篇一律的君主專制。站在這樣的背景下，美國憲法當然是民主的——無論是選舉權的資格還是被選舉權的資格，其規定都是當時世界上最為寬鬆的，而且還保持着繼續放寬的態勢。²⁷ 以今日的標準來苛責一部200年前的文件，實屬詭辯。如果說凡是不符合成人普選權這個標準的國家都不能稱為民主制，那麼1790年代的美國、1850年代的英國、1900年的俄國或大清帝國、以及後來的納粹德國就可以歸為一類了，這樣的說法除了混淆視聽之外，是毫無意義的。

那麼，如何理解現代憲法的這個民主特徵呢？關於憲法在限制民主、防止多數人暴政方面的功能，如今的人們已十分熟悉，甚至過於熟悉了。這是否意味着“民主”和“憲法”一定是自相矛盾的？在一定程度上當然是的。因為按照定義，主權就是不受限制的權力，而憲法則是針對主權設置的規則，規則即限制。因此，人民主權/民主和憲法之間的張力是不容否認的，這本身就是現代政制中的一個悖論和難題。但這還不是兩者關係的全貌，兩者之間還有相互契合、相互支撐的一面。

²⁴ 馬伯里“馬伯里訴麥迪遜”案中對司法審查權的詳細論證，可參見張千帆：《西方憲政體系（上冊·美國憲法）》，第32-46頁。

²⁵ 參見〔美〕麥基文：《憲政古今》，第8頁。鑒於當今世界還有不少立憲國家不接受對立法的司法審查，因此更準確的說法或許應該是“自然”而不是“必然”。

²⁶ 〔英〕哈耶克：《自由秩序原理》，第223頁。

²⁷ 比如就眾議院的選民基礎來說，“英國議會實際上是由大約250名當選議員代表了800萬至900萬的自由英國人，相比之下，〔首屆〕眾議院承諾的100名議員則只代表了300萬自由美國人。”而且憲法還承諾“在新政府成立後的三年內盡快進行人口統計，之後還要每十年進行一次新的統計”，從而根據每三萬人產生一名眾議員的比例調整眾議院的席位數量。see Amar, A. R., *America's Constitution: A Biography*, p. 84.

為了解答這個問題，我們需要再把目光轉回英國，因為人民主權/人民民主雖是美國憲法首創，但憲法的民主化卻始於英國——它既是現代憲法的起源地，同時也是現代議會和代議制民主的母國。如所周知，英國議會的上下兩院本是封建制度的產物，而英國的政體則又帶有明顯的古典混合政體色彩。但到了17世紀，議會在和國王的鬥爭中取得了勝利，最終確立了現代英國的代議制民主和議會主權的雛形。在此過程中，英國的代議制民主主要是作為人民的代表、為了制約王權而走上歷史舞台的，它是限制公權力、實現有限政府的一種制度手段。²⁸ 由此可見，恰恰是通過代議制民主，憲法的限權的功能才落到了實處。

美國憲法也同樣如此，它要通過民主來確保“聯邦政府的所有部門都要‘對其身處的社會負責’，其核心關注是避免政府（治人者）背叛人民（被治者），確保代議制政府下的多數統治和人民自治。”²⁹ 在美國憲法下，聯邦政府的各個分支（如眾議院、參議院、總統、聯邦法院）都有着不同的民主來源，這一方面是為了保障它們各自的獨立性，從而實現用權力對抗權力、用野心對抗野心，另一方面也是通過拆分主權來確保沒有任何一個政府分支能夠以主權者自居，只有“人民自己”才是主權者本身。而這兩個方面共同的目的則都是為了限權。³⁰

因此，民主和憲法的限權性質不僅不矛盾，反倒是珠聯璧合，相得益彰。用學者的話說，對專斷權力的控制主要有兩種渠道，一種是通過法律上的控制，另一種是政治上的控制，前者有賴於獨立的司法權，後者則有賴於民主：“只有在有了國會人民代表對政府積極的政治控制後，在有了政治責任以補充法律責任後，在只要人民對大臣的政策不滿而無須等到其違法即可罷免他後，這種保障和強化個人權利、反對政府專斷意志的過程才最終完成。”³¹ 法律渠道和政治渠道結合起來，才最終解決了古往今來政治治理中的最大難題，即“政府能否通過非暴力的方法，合法有效地受到限制？”³²

當然，不同國家的民主和憲法的配合模式各有其特點，比如對於17世紀的英國人來說，限制王權是重中之重，因此光榮革命後，英國用大約一個半世紀的時間逐漸發展出了議會主權模式，建立了議行合一的責任內閣制。而到了美國制憲時，面臨的就不只是限制行政分支的問題了，而是要限制一切專斷權力，因此美國憲法更直接、徹底地貫徹了人民主權原則，設置了複雜的制衡措施，建立了一種三權分立的總統制模式，從而確保所有權力分支都是受到制約的，並最終對人民負責。³³ 但總體上說，借助於代議制民主這種形式，人民的主權者地位得到了制度性的保障，從此以後，憲法不僅意味着有限政府，同時還意味着負責任的政府，而現代憲法也因為注入了這種民主的成分而成為了“民主憲法”。這樣，民主和限權這兩個本來意蘊相當不同的詞匯就相當融洽地結合在了一

²⁸ 如柯克1621年在議會中所說的，“我們在此代表成千上萬的人。”參見〔美〕麥基文：《憲政古今》，第111頁。

²⁹ 參見楊洪斌：《通過民主而達到的憲法規範性》，《蘇州大學學報（哲學社會科學版）》2015年第5期，第85-90頁。

³⁰ 一般認為，殖民地人民之所以要獨立，正是為了恢復已遭到宗主國政府背叛的、“光榮革命”之後的憲法模式，而1787年憲法則是最終的成果，是對上述模式的繼承。

³¹ 〔美〕麥基文：《憲政古今》，113頁。

³² 〔美〕麥基文：《憲政古今》，第7頁。

³³ 參見〔美〕拉里·克雷默：《人民自己：人民憲政主義與司法審查》，田雷譯，南京：譯林出版社，2010年。

起。³⁴

(四)小結

以上分析了現代憲法的三個特徵，它們皆因現代國家普遍奉行的“革命—制憲—建國”的理論邏輯而生，都是由美國憲法最先確立下來的，並構成了現代憲法的主流模式。³⁵ 作為近代啟蒙運動結下的一枚碩果，美國憲法“是人類自身對生活於其中的社會秩序化追求的法律化，反映了人類對政治和社會生活進行制度化安排水平的提高和對個人與社會、公民與國家之間相互關係認識的深化。”³⁶

不過本文想要強調的是，這三個特徵雖然可謂是現代各國的通例，但卻並不具有根本性意義，它們並沒有改變憲法那個源自於英國的本質規定性，即限制國家權力、保障公民自由。或者更準確地說，恰恰是因為這三個要素和憲法的限權本質並不衝突——不僅不衝突，而且還有助於憲法限權功能的實現——因此它們得以被吸收到了憲法的概念之中。但從本體的角度上說，限權仍然是衡量

³⁴ 用學者的話說，憲法觀念要有可能，就必須克服民主和法治之間的緊張關係，“使民主被設計成對法治的擁護，同時，使法治被安排成對民主的支持。”憲法的作用正是為了提供“一套同時容納民主政治和法治原則，並使它們相互支持的複雜法律安排”。參見陳景輝：《憲法的性質：法律總則還是法律環境？——從憲法與部門法的關係出發》。這個說法和本文的分析是完全一致的，因為法治最基本的含義便是限權：“法治的最廣義理解是一條延續了2000年、常常被磨細但從沒有徹底磨斷的線索：主權者、國家及其官員受法律限制。”〔美〕布雷恩·Z·塔瑪納哈：《論法治——歷史、政治和理論》，李桂林譯，武漢：武漢大學出版社，2010年，第147頁。

³⁵ 需要稍作補充的是《權利法案》的問題。如所周知，限制國家權力和保障公民自由是人們對現代憲法的普遍定位，限權和保障公民自由可謂一體之兩面，有了前者，自然也就有了後者，反之亦然。因此，憲法、限權憲法和權利憲章這幾個概念是可以互換的。不過，強調限權和強調保障公民自由，其側重仍有微妙的不同。從歷史的角度來說，美國1787年憲法本來是沒有《權利法案》的，這就意味着《權利法案》最初並不是憲法的必要組成部分。雖然美國憲法後來很快就加上了十條被後世稱作《權利法案》的修正案，但彼時的《權利法案》並不像今天人們理解的那樣是個體通過憲法訴訟來獲得救濟的主觀權利，而“是一種‘古典’意義上的共和的、集體性的、公共的自由和權利（權力）”，其目的指向了對政府暴政的防範。用美國制憲者的話來說，憲法就是《權利法案》，《權利法案》也就是憲法。因此本文並不把《權利法案》的出現作為現代憲法的一個獨立的特徵。更詳細的分析可參見楊洪斌：《通過民主而達到的憲法規範性》。另可以參見〔英〕戴雪：《英國憲法研究導論》，何永紅譯，北京：商務印書館，2020年，第231頁腳註。或許，瞄準限權而不是權利，才能夠更好地認識現代憲法——也正因為此，本文才把現代憲法簡稱為“限權憲法”，而不是“權利憲法”或者“保障主義憲法”——正如塔瑪納哈所指出的，從古至今，直到現代自由主義興起並佔據主流地位之前，法治理念一以貫之的核心都是對政府暴行的限制，而不是對個人自由的維護。而且，鑒於後發國家往往基於種種理由拒斥西式的個人主義、自由主義價值觀，進而拒斥西式的法治、憲法等，因此如果不從個人權利的角度、而是從限制權力的角度來論證憲法的話，或許更有可能達成共識：“一定不要像自由主義的個人權利那樣，從受保護的個人自治領域開始以確定對政府的限制。應該從防止政府暴政的想法出發，決定對這種現代龐然大物的何種限制是可欲的並且合乎主導性社會—文化觀點與安排。……限制的本質隨着社會、文化、政治和經濟安排而變化，但對政府的限制之需要永遠不會過時。”〔美〕塔瑪納哈：《論法治——歷史、政治和理論》，第148、175-176頁。類似論點，還可以參見如姜峰：《憲法權利是否多多益善？》，《讀書》2013年第1期，第8-13頁；《憲法權利：保護個人還是控制國家？》，《讀書》2014年第4期，第46-53頁；《憲法的結構性與公共審議功能——兼對全能論憲法觀的反思》，《中國法律評論》2020年第6期，第97-108頁；黎敏：《“憲法體系化”再思考——限權憲法原理下的限權原則體系與憲法價值秩序》。至於二戰後德國憲法學說中的作為客觀價值秩序的“憲法權利”，可參見下文的分析。

³⁶ 王廣輝：《憲法為根本法之演進》。

憲法的根本尺度。³⁷ 就像子夏在談到“學”與“未學”的區分標準時所說的那樣，“賢賢易色；事父母，能竭其力；事君，能致其身；與朋友交，言而有信。雖曰未學，吾必謂之學矣。”憲法亦如此。只要它能夠有效地確保了有限政府的實現，那麼，無論其建構色彩是否凸顯、成文抑或不成文、是不是最高法、有沒有對立法的合憲性審查制度、民主化程度高低等等，我們都可以認為它是真正的憲法。反之，即無憲法。正是從這個角度，薩托利才說到，一直到第一次世界大戰之前，西方世界人民對憲法的認識並不存在爭議，都將其理解為“一個基本法，或者一系列基本的原則以及一組相互之間聯繫緊密的制度安排，它可以制約絕對權力並保障‘有限政府’。”³⁸

二、裝飾性憲法和固有意義上的憲法

以上從歷史發生學的角度，梳理了現代憲法的概念，把限權作為其本質特徵。由此即可見得，近年來國內的一些“古代憲法”的說法是不能成立的——用一種戲劇化的形式來說就是“秦朝就有憲法”——因為所謂的古代憲法不能滿足上述的根本規定性。那麼，“古代憲法”論為甚麼會犯如此簡單、明顯的錯誤呢？這就涉及到薩托利提到的那個時間點了，即“第一次世界大戰之前”。為了解答這個問題，我們還是要回到歷史中，來考察一下在美國憲法之後，憲法的概念發生了甚麼演變，以致於會在當今的中國造成上述誤解。

（一）裝飾性憲法

美法革命點燃了19世紀的革命浪潮，各國也紛紛效仿美法兩國，以“革命—制憲—建國”的方式出台成文憲法典。然而，人為創制的憲法典都要面對一個天生的難題，即紙面上的文字如何能夠真正有實效？這個問題，美國制憲時就曾令制憲者們倍感憂慮。³⁹ 美國憲法最終成功地運轉了起來，但其他一些後發國家可就沒那麼幸運了，大都經歷了波折不斷的近代史。

具體來說，這個“憲法實施”難題又表現為兩種形態。一個是法國式的，憲法無法“終結”革命⁴⁰，人民主權無法得到安頓，人民隨時出場，自由地、甚至任意地修改、推翻憲法，如同兒戲。這個法國式的難題是有觀念上的原因的。一位在法國革命期間訪問法國的英國學者亞瑟·楊曾指出，

³⁷ 當然，雖然都是限權，但在一個關鍵的問題上，各國是有不同作法的，即立法權受不受限制。正如王鐸教授所說，“憲法的特殊性在於，它是一個針對立法機關的法。……北美對憲法發展的最大貢獻就在於將議會納入憲法秩序之中。雖然說憲法約束所有的國家權力，但實際上，行政權和司法權依靠法律就可以受到限制，即所謂的依法行政和依法審判，只有立法權無法靠自身的法律來進行約束，否則就等於‘自己當自己的法官’，因此可以說，約束立法權是憲法的獨有功能。”王鐸：《憲法與民法的關係論綱》，《中國法律評論》2019年第1期，第42-50頁。按照這樣的理解，立法機關不受憲法限制的國家就沒有憲法。這顯然是一個高標準的憲法定義。其實，我們甚至可以再把本文提到的另外幾個特徵（如成文化、司法審查、人民主權等等）都吸收到憲法的概念之中，從而形成一個最嚴苛的憲法定義，只要有一個要素未滿足，即視為沒有憲法。但本文的目的不是為了尋找最高標準的憲法概念，而是要尋找一個最低標準的憲法概念，而最低標準也就是最不可或缺之意。因此，像英國等一些國家，其立法機關雖然（在理論上）不受憲法限制，但如果憲法能夠確保“依法行政”和“依法審判”，那麼，我們同樣可以認為它有憲法。顯然，這個意義上的憲法，基本和法治是同義詞。可參見前註34和註35。

³⁸ 薩托利：《憲政疏議》，載劉軍寧等編：《市場邏輯與國家觀念》，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1995年，第104頁。

³⁹ [美]漢密爾頓等：《聯邦黨人文集》，第48、51、73篇。

⁴⁰ 關於憲法要承擔的這種終結革命的功能，參見高全喜：《憲法與革命及中國憲制問題》。

憲法對於法國人是個新鮮詞匯，“他們使用它，好像憲法是照着食譜做的布丁。”⁴¹ 既然憲法是人為“創制”的，而不是“發現”的，就像做菜一樣，那麼人民就可以充分發揮其能動性，盡情發揮，做壞了的話，重做就是，直到做出滿意的為止。由此，法國人遂陷入不斷革命、不斷制憲的執迷之中。

和法國人的經歷相比，美國的新憲法之所以良好地運轉起來，則恰恰是因為沒有把憲法當做是可以任由“人民自己”予取予奪的麵團。早在獨立之前，美洲各殖民地就已經有了豐富的憲法實踐，因此，雖然看起來都是由人民出場革命、制憲、建國，但和法國及其他後發國家的不同之處在於，美國獨立後早期的那些憲法（各州憲法和聯邦憲法都包括在內）“根本就不是一種先驗的或教條主義的東西”，而“主要是很久以來實際有效的制度和原則的法典化”。⁴² 既然新憲法主要來自於舊傳統，那它就不是當下的人們可以任意擺弄的。因此，雖然傑斐遜曾經提議每一代人都應該重新制憲，但該提議並未被採納，美國人沒有反覆制憲的衝動（當然，相比於聯邦憲法，州憲法的變動相對要頻繁得多，不過和法國那樣的經歷相比，仍有天壤之別）。而且，既然憲法是既往實踐的法典化，那就意味着它早已紮根在人們的思維和行為習慣之中，因此就更有生命力，更容易得到遵守，而違憲的行為也更容易激起人民的反抗。正是這些因素才有力地保障了美國憲法的良好運轉。可以說，美國憲法是一個偉大的調和者，它把洛克的社會契約理論和英國的普通法傳統融為一爐，實現了偉大的政治理念和細膩的法律技術的完美結合（《獨立宣言》和《權利法案》亦是如此）。既要有高尚的政治理想，又要有可靠的法律制度把它們落到實處，這是十分值得法治後發國家借鑒的。不過，就本文的主題來說，這個法國式的難題倒還沒有對憲法的定義造成影響，法國人的革命一波又一波，但他們始終堅持限權憲法的概念，其經典表述見諸法國《人權宣言》第16條：“凡權利無保障及分權未確立的社會，即無憲法。”

“憲法實施”難題的另一種表現形態則是名實不副的問題，即一些後發國家，明明無意實行限權憲法，但又喜歡模仿歐美立憲，於是沐猴而冠，拿憲法充點門面。典型如1864至1871年間統治玻利維亞的獨裁者Mariano Melgarejo在一次演講中所說，“我這邊的口袋裏放的是1861年憲法，這是一部好憲法；另一邊的口袋裏放的是1868年憲法，據說比1861年憲法還要好。但是，是我在統治玻利維亞。”⁴³ 憲法歸憲法，統治歸統治，彼此渺不相涉。憲法典可以盡善盡美，但卻只不過是個裝飾，現實依舊醜陋肮髒，掛着羊頭，賣的卻是狗肉。這種現象即後來所謂的“裝飾性憲法”。在裝飾性憲法出現以前，憲法和憲法體制（constitutional system）、憲法政府（constitutional government）以及立憲主義（constitutionalism）基本是可以互換的概念。⁴⁴ 但由於裝飾性憲法的出現，憲法和政治現實成了兩張皮，結果就造成憲法和憲法政府、立憲主義的分離，一種新的可能性浮現了出來，即所謂“有憲法而無憲政”的可能性。不過，裝飾性憲法雖然可能構成了一種新的憲法類型，但卻並沒有提出一種新的憲法定義，因為這些國家雖然只是把憲法作為裝飾，但畢竟還是仍然承認憲法的根本規定性，即限制權力、保障權利。真正對限權憲法的定義造成衝擊的是另一種新現象，同樣

⁴¹ [美] 麥基文：《憲政古今》，第1頁。

⁴² [美] 麥基文：《憲政古今》，第12頁。

⁴³ Law, D. S. & Versteeg, M., “Sham Constitutions,” *California Law Review*, vol. 101, iss. 4, 2013, p. 865.

⁴⁴ 薩托利：《憲政疏議》，第103頁。

也發生在19世紀晚期。

(二)固有意義上的憲法

德國的統一和日本明治維新是19世紀後半葉世界史上的大事，1871年德國憲法和1889年日本明治憲法在世界憲法史上也同樣影響深遠。和以往的憲法相比，這兩部憲法的特點在於，雖然它們並不符合限權憲法的定義，但仍然自命為憲法。⁴⁵ 這是此前沒有過的。面對這種全新的現象，一個新的憲法概念就產生了，即後來所謂的固有意義上的憲法，或者描述性的憲法定義，或者名義憲法。用學者的話說，這種意義上的憲法關涉的是“在特定時間、特定地域內、哪種政治關係在事實上佔統治地位”⁴⁶，或者說是“有關國家最高（諸）機關的規範，以及有關國民與國家權力的關係之規範。”⁴⁷ 這個新的定義純粹是從形式上着眼，完全不考慮憲法的內容，憲法限制或放縱國家權力、保障或剝奪公民自由，在它眼裏並無區別。按照這樣的定義，任何國家都必定有其憲法——即便是專制或獨裁國家，“由於它事實上也存在基於特定政治關係而產生的實證法秩序，因此它也是一個有‘憲法’的國家”⁴⁸——但只有某些國家才有限權憲法。換言之，限權憲法只是憲法的一種的特定類型，固有意義上的憲法才是普遍的。這樣，到19世紀末，人們對憲法的理解就出現了分歧，大體也就是薩托利所說的第一次世界大戰之前。⁴⁹

其實嚴格按照時間順序來說，早在1871年德國憲法和1889年日本憲法之前，歐陸憲法學界就已經提出了某種類似固有意義上的憲法的概念。根據薩托利的考察，1848年時就有歐陸學者提出“所有國家都有一部憲法”。不過，奇怪的是，在提出這樣的命題的同時，他們卻又堅持另一個相互矛盾的命題，即“憲法是自由國家的法律”。也就是說，他們同時堅持固有意義上的憲法和限權憲法這兩個定義。歐陸學者何以會如此自相矛盾？在薩托利看來，這是因為他們急於找到一種“普遍的”憲法定義，從而為非立憲政府背書，因此才抄了條近道，放棄了憲法的限權本質，把它作為政府框架的一面單獨剝離了出來，宣稱任何權力框架都可以說是一部憲法。然而與此同時，他們又完全明白，限權憲法才是憲法的真義。想兼得魚和熊掌的結果，便是陷入了“同時騎着兩匹馬前進”的自我分裂之中。⁵⁰

如果說1848年時學者們還寧肯自相矛盾也不願徹底拋棄限權憲法的話，等到德日兩國憲法出台之後，人們似乎已經無所顧忌，不需要再同時騎着兩匹馬前進了，捨魚而取熊掌者也。從此，固有

⁴⁵ 關於明治憲法的定性，參見洪驥：《日本憲法與日本人：憲法是如何促進日本人擁有價值和尊嚴的》，<https://www.allnow.com/post/610b6cd5fbcfb8144541e4d4>，2021年8月6日訪問。學界對明治憲法的定性是有一定爭議的，比如白斌曾指出：“伊藤博文曾說：‘說起來，創設憲法之精神，其一在於制限君權，其二在於保護臣民的權利。設若在憲法之中不列記臣民的權利而只記載責任，那麼就沒有制定憲法的必要了。’正是在這一指導思想下，‘臣民的權利’得以保存，從而使得明治憲法躋身於立憲主義憲法陣營之中。”參見白斌：《憲法教義學》，北京：北京大學出版社，2014年，第72頁。

⁴⁶ [德]迪特兒·格林：《現代憲法的誕生、運作和前景》，劉剛譯，北京：法律出版社，2010年，第2頁。

⁴⁷ [日]阿部照哉等編著：《憲法（上）》，周宗憲譯，北京：中國政法大學出版社，2006年，第34頁。

⁴⁸ 黎敏：《德國憲法學的實證主義轉向及其根本問題》，《比較法研究》2019年第2期，第188-200頁。

⁴⁹ 我們不知道為何一戰在薩托利那裏成了一個精準的時間節點，但根據本文的分析，確定無疑的是，到19世紀末時，固有意義上的憲法定義已經對限權憲法的定義提出了挑戰。我們姑且認為我們和薩托利的時間劃分是基本一致的，除非隨後有證據表明薩托利的說法另有所指。

⁵⁰ 薩托利：《憲政疏議》，第105、106頁。

意義上的憲法定義完成了和限權憲法的切割。按照這個新定義，憲法不過就是在事實上佔統治地位的政治關係，因此古今中外任何國家都各有其憲法。既然獨裁國家的憲法也是憲法，那麼憲法和憲法政府、立憲主義又可以互換了，獨裁政府同樣也是憲法政府。由此，這個新定義就避免了裝飾性憲法“名實分離”的尷尬。⁵¹ 不過，這個可以有如此廣泛應用、如此威力無窮的新定義，在筆者看來卻恰恰是不攻自破的。原因很簡單。任何概念之所以有意義，都是因為它能夠有所特指；如果某個概念失去了它的特指，以至於竟然能夠指代所有事物，那麼這個概念也就自我瓦解掉了。既然固有意義上的憲法是無所不包的，可以指代任何權力框架和制度安排，那麼它也就失去了概念作為分析工具的意義。

然而它卻沒有死掉。更吊詭的是，不僅沒有死掉，反倒影響越來越大。這中間有一個十分機巧的原因，即這個剔除了憲法的限權本質的憲法定義，卻可以陰差陽錯地和現代憲法的源頭——英國憲法——相附會。如所周知，英國憲法學向來都慣於採取一種純粹形式性的憲法定義，較早的有比如博林布魯克和戴雪，晚近的有比如詹寧斯和惠爾。大體來說，他們都把憲法定義為“陳述政府主要機構構成、權限和運作方法之規則的文獻”。⁵² 顯然，英國憲法學上通行的這種憲法定義和固有意義上的憲法是完全一致的。這樣一來，通過附會英國憲法，固有意義上的憲法這個晚出的定義搖身一變，竟大搖大擺地炫耀起自己古老的血統來。英國憲法成了它最有力的證明，而它則從中獲得了堅強的生命力。⁵³

但是，這種輕率的比附是不負責任的，甚至是危險的。作為現代憲法的母國，英國的情況極為特殊（比如它至今都沒有將其憲法典化），英國人的自由和限權憲法是如此穩固，以至於他們可以採取一種形式性的憲法定義，同時卻絲毫無礙於其限權憲法的良好運轉。也就是說，雖然英國憲法學對憲法的定義是純粹形式性、描述性的，但英國憲法卻是不折不扣的規範性的限權憲法。薩托利忠告我們，英國憲法教科書上的憲法定義不是為外國人寫作的，“如果外國學者不搞清楚其中經常是隱而不顯的內涵，不說明經常是未曾說明的東西”，那麼英國憲法就可能被用來給非立憲政府作假見證。⁵⁴

⁵¹ 從某種程度上說，我們可以認為，裝飾性憲法雖然並沒有提出新的憲法定義，但由於它完成了憲法和立憲主義的分離，因此就為“固有意義上的憲法定義”的出現做好了準備。既然可以掛羊頭賣狗肉，那下一步就可以直接指鹿為馬。顯然，這是一個“憲法”不斷被敗壞的過程。秦暉教授在談到古代中國的儒法道三家思想時有一個說法與此處頗相類：“法家指鹿為馬，儒家曰此非馬，則被坑矣；曰此馬也，則非儒矣。而莊子曰：馬亦鹿也，鹿亦馬也，所謂‘萬物一齊’也。是故指鹿為鹿者，儒也；而指鹿為馬者，尤大儒也。”秦暉：《傳統十論》，上海：復旦大學出版社，2004年，第252頁。

⁵² 這是詹寧斯的說法。惠爾則稱憲法是“統制英國政府的法律規則和非法律規則的集合。”轉引自薩托利：《憲政疏議》，第107、103頁。博林布魯克的定義是：“憲法是指……由理性的某些確定原則衍生出來並指向某些確定的公共善治的目標的法律、制度和習慣的集合體，它構成了〔一國〕基本的制度，共同體同意依據這些制度而被治理。”參見〔美〕麥基文：《憲政古今》，第2頁。譯文略有修訂。戴雪的定義是：“憲法這一術語……看起來包含了所有直接或間接地影響國家主權之構成和運作的規則。”翟小波將其概括為“憲法是關於主權的真實規則”。參見翟小波：《憲法是關於主權的真實規則》，《法學研究》2004年第6期，第23-35頁。

⁵³ 通過借道英國，固有意義上的憲法甚至可以一直往上“追溯”到亞里士多德的政制/政體概念。當然，這同樣也是不能成立的。參見楊利敏：《古今“憲政”辨異——從亞里士多德的政體理論出發》，《中國青年政治學院學報》2013年第1期，第101-105頁。

⁵⁴ 薩托利：《憲政疏議》，第108頁。

固有意義上的憲法概念是學者們在特殊歷史背景和政治環境下採納的一種定義。和前述裝飾性憲法相比，它直接挑戰了數百年來人們有着高度共識的限權憲法概念，因此需要特別警惕。打個不恰當的比方來說，裝飾性憲法可謂偽君子，固有意義上的憲法則是真小人。偽君子雖然討嫌，但畢竟還是肯定了君子的那些道德標準，假以時日，搞不好弄假成真。而真小人則徹底拋棄了君子的道德標準，把小人的行為標準正當化了並自命為君子，其結果只能是世風日下，一蟹不如一蟹。⁵⁵ 語言的腐敗是可怕的，如果納粹政權也可以被認為是有憲法的話，那麼憲法這個概念就被徹底敗壞掉了。必也正乎名！

(三) 為限權憲法聲辯

近年來，國內一些學者頗不滿足於限權憲法的定義，嘗試着對憲法作出新的定義。有學者“重新發現”了憲法構建性的一面，並且強調這才是憲法的原意：“憲法取其原意，就是指共同體得以構建起來並且延續下去的根本法。”⁵⁶ 有學者認為，“constitution的原初或根本指涉是一國的‘構成’，那是多種政治、經濟、軍事、宗教、文化甚至種族等力量在歷史實踐中構成和形成的，是完全獨立於文字也無需文字表達的‘實’或‘事’”，因此用“憲法”來翻譯不足以達意，應譯作“政制”或“憲制”方為妥當。⁵⁷

根據上文對憲法概念的歷史變遷的梳理，我們知道，這兩種新的憲法定義其實並不新。所謂構建意義上的憲法，潘恩早已言之甚明。至於作為一國之“構成”意義上的憲法，則和固有意義上的憲法基本同義。不過，學者試圖激活建構性的憲法定義或固有意義上的憲法，重新強調憲法構建、構成的一面，背後或許自有其深刻高妙的用心吧。但拋開背後的深意不論，這兩種定義顯然有一個重大的共同之處，即拒斥限權憲法定義，不肯直面憲法的限權本質。比如田雷教授就坦率地說：“憲政的要義就在於如何建設一個經得起時間檢驗的政治共同體，而並不是如何規範政府權力以保護個人權利的問題。”⁵⁸

拋開限權而談憲法，可謂捨本逐末。構建性的憲法定義和限權並不衝突，而且仍以限權為本，上文已言之甚詳。至於固有意義上的憲法定義，還可稍作補充。雖然constitution從詞源上說帶有“構成”之意，但那並不等於“憲法”的“原意”。憲法產生於現代世界，原意就是限權。現代世界是一個實然與應然、事實與規範截然區分的世界，現代constitution的關鍵就在於它不是“事”或“實”，在於它的“規範性”，亦即限制國家權力、保障公民自由，也就是薩托利所謂的“保障主義”——而在古代人的世界裏是“絕沒有與這一概念相類似的東西”的。⁵⁹ 西方世界因為古今共享着constitution這個詞源，無可奈何之際，為避免混淆，這才有了constitution的古今之別。但中國則不存在這樣的困難，

⁵⁵ 參見秦暉：《偽善是社會很重要的功能》，http://news.ifeng.com/opinion/200806/0623_23_611543.shtml，2020年5月7日訪問。

⁵⁶ 田雷：《第二代憲法問題——如何講述美國早期憲政史》，《環球法律評論》2014年第6期，第96-120頁。

⁵⁷ 蘇力：《何為憲制問題——西方歷史與古代中國》，《華東政法大學學報》2013年第5期，第90-111頁。需要注意的，構建性和構成性不應該混淆。前者是規範性的，只有主權者人民通過制憲來構建政府時，憲法才是構建性的；後者則是實存意義上的、純粹描述性的，古代的constitution（政制）和現代的英國憲法學對憲法的定義是其典型。

⁵⁸ 田雷：《第二代憲法問題——如何講述美國早期憲政史》。

⁵⁹ 薩托利：《憲政疏議》，第104、114頁。另可參見黃晨：《解讀“中國性”的三個層次》，《原道》2020年第2期，第302-305頁。

因為當近代中國用憲法一詞來指代constitution時，它所指的就僅僅只是現代的限權憲法。因此，用“憲法”來翻譯constitution應該說是很準確的，其中的“法”字能夠直擊要害，表明現代constitution的這種規範性。至於西方意義上的所謂“古代constitution”，前輩翻譯界在翻譯時將其譯作“政制”是非常恰當的（吳壽彭翻譯的亞里士多德《政治學》即是如此）。根據不同語境，選擇不同的譯法，從而使得語詞更加準確，這也可以說是我們引進外來概念時的一種“後發優勢”。⁶⁰ 強行用同一個詞——無論是憲法或憲制或政制——來統一翻譯不光沒有必要，而且還會造成誤解——統一一用“政制”或“憲制”的話，則無法凸顯出現代憲法的規定性；統一一用“憲法”來翻譯的話，則會造成古代也有憲法的誤解。質言之，憲法就只有現代這種規範性的限權憲法；古代沒有憲法，只有實存意義上的、描述性的政制或政體；而所謂固有意義上的描述性的憲法乃是語詞上的自我矛盾。⁶¹

憲法需要有統一的定義，而不是一人一義。如果人們在討論自由、平等、法律、憲法等重大概念時，都自己提出自己的定義——“我想在這一意義上使用憲法一詞，而這就是我的憲法定義”⁶²——並基於自己的定義而展開論證，那麼這看似嚴謹的作法，其實已經消解了任何溝通的可能。如薩托利所說，凡是“具有歷史指涉”的定義，“就不是每位論者的個人約定，而是為先前實踐所塑造的歷史經驗寶庫。”我們之所以繼續使用這些從歷史中走來的定義，是因為它能夠“告訴我們在涉及每一代人都從零開始的事情上如何表現的老練成熟。”⁶³ 限權憲法的定義關涉到的那個每一代人都要從零開始重新面對的根本問題是——“我們如何能夠既被統治而又不受壓迫”。放眼歷史，人類在這個問題上卻已經有了“漫長而痛苦的試錯進程”（中國亦曾有過慘痛的教訓），限權憲法便是這個進程產出的憲法定義。這是個真正的定義，是個規範性的定義，也就是說，憲法本來就**應該**這樣定義，它**應該**成為討論的起點，因為對於當下的人們來說，真正重要的永遠都不是人們現在所理解的憲法**實際**上是甚麼含義，而是甚麼才是可以“建議子孫後代去遵守的**正確**含義”。⁶⁴

進一步來說，越是在人們對憲法的理解出現分歧和矛盾之時，一個應然的憲法定義就愈發顯得必要——因為正如薩托利提醒的那樣，當人們對詞匯的一般用法保持高度共識時，他們就會用“是”來表達，比如在19世紀之前的150年間，人們談到憲法時會說：“憲法就是限權的根本法”；而當出現分歧時，人們則會用“應該是”來表達。憲法真正的定義應該是限制國家權力、保障公民自由的根本法。

三、結語：從限權憲法的角度看中國的憲法實施

以上對憲法概念的歷史梳理，顯然受到了羅文斯坦的憲法分類學說的極大啟發。不過，正如薩

⁶⁰ 類似的情況還有很多，比如歐陸法上主觀權利和客觀法的區分也是因為同樣的詞根容易導致誤解所致，但中文則可以根據語境直接譯作法或權利，從而避免上述困境。

⁶¹ 這就是本文和憲法學界目前的主流看法的差異所在。主流看法雖然也高度強調憲法的規範性，但同時卻也都承認所謂古代憲法的存在，也就是說，“憲法”有所謂古今之別。但本文認為，constitution雖有古今之別，但憲法卻沒有，古代只有政制，沒有憲法。關於主流的看法，可參見張翔：《憲法概念、憲法效力與憲法淵源》，《法學評論》2021年第4期，第24-35頁。

⁶² 薩托利：《憲政疏議》，第110頁。

⁶³ 薩托利：《憲政疏議》，第110頁。

⁶⁴ 薩托利：《憲政疏議》，第111頁。着重號系筆者所加。

托利所說，分類不能替代定義，反倒要依賴於某種定義。⁶⁵ 羅氏的分類是在某種憲法定義下對憲法類型的橫向區分，本文的分析框架則是縱向的區分，是不同歷史時期對憲法的不同定義。羅氏把憲法分為規範性憲法、裝飾性憲法和名義性憲法三種，而按照本文的分析，憲法的定義只有兩個，即限權憲法（大體相應於羅氏所謂的規範性憲法）和固有意義上的憲法（大體相應於羅氏所謂的名義性憲法），因為所謂裝飾性憲法並未產出新的定義。本文的框架與羅氏的憲法分類學說形似而實異⁶⁶，試圖從歷史的角度對憲法概念的前世今生加以梳理，查明各個要素分別是何時、為何進入了憲法的概念之中，以及哪些是憲法概念中必備的本源性要素，哪些是非必要的枝節要素，哪些是對憲法概念的有益補充，哪些是對憲法概念具有誤導性甚至顛覆性的錯誤，最終目的是為了確定一個真正的、正確的憲法定義，即限權憲法。如果對憲法概念變遷的這個歷史沒有清醒的意識，那就容易導致失焦，容易把限權這個核心要素和其他要素等而視之，或者徹底拋棄限權要素，得出“英國沒有憲法”或者“秦朝就有憲法”這樣的荒謬結論。

近年來，隨着憲法宣誓制度的建立、合憲性審查制度的推進，維護憲法實施、加強憲法權威再次成為學界的熱門話題。就憲法實施來說，中國憲法學界用力甚勤、同時成果也很豐富的主要有兩個領域：一是憲法的立法實施，亦即所謂部門法對憲法的具體化；二是憲法向部門法的切入，亦即所謂合憲性解釋。⁶⁷ 但近年來，這兩個方面都遭到了極大的質疑。⁶⁸ 如所周知，中國學者有關憲法的立法實施及合憲性解釋的研究，主要是借鑒了德國二戰後的學說。毋庸置疑，把憲法作為有待部門法加以具體化的母法、強調基本權利作為客觀價值秩序向部門法的輻射效應，這些都是德國憲法學說對當代憲法學的獨特貢獻。但正如本文反覆強調的，物有本末，事有終始。從限權憲法的角度來說，德國憲法學的上述貢獻或許和上文提到的憲法的建構性、成文化以及司法審查等等一樣，都是錦上添花的東西，美則美矣，但卻並非憲法概念中的必要條件。比如澳大利亞憲法就刻意沒有規定《權利法案》，因此顯然不存在甚麼基本權利的雙重性質問題，但這並不妨礙澳大利亞憲法是一部真正的限權憲法。

從限權憲法的定義出發，中國憲法實施的關鍵顯然還是限權。從限權的對象上說，雖然一切專斷權力都是憲法控制的對象，但由於在中國數千年來的政治傳統中，一向都是行政權獨大，因此，對行政權（而非立法權）的控制仍然應該是中國限權憲法的重點所在。從限權的方式來說，對行政權的控制也無非是兩種方式，一個是各級人民代表大會對行政權的控制，亦即政治渠道的控制；另一個是司法機關對行政權的控制，亦即廣義上的司法審查。上文提到，法律渠道和政治渠道加起來

⁶⁵ 薩托利：《憲政疏議》，第109-110頁。

⁶⁶ 當然，本文的分析和羅氏的憲法分類學說並不矛盾。事實上，羅氏也只接受限權憲法的定義，在他看來，固有意義上的憲法乃是偽憲法。對羅氏的憲法分類學說的分析，可參見楊洪斌：《重思羅文斯坦的憲法分類學說——兼論所謂“從憲法規範到規範憲法”的問題》，《現代法治研究》2021年第1期，第37-44頁。

⁶⁷ 參見比如張翔：《基本權利的雙重性質》，《法學研究》2005年第3期，第21-36頁；《憲法與部門法的三重關係》，《中國法律評論》2019年第1期，第26-33頁；王鐸、劉彝昊：《憲法總綱條款的性質與效力》，《法學論壇》2018年第3期，第27-34頁。

⁶⁸ 參見比如李海平：《基本權利間接效力理論批判》，《當代法學》2016年第4期，第48-58頁；黃宇驍：《論憲法基本權利對第三人無效力》，《清華法學》2018年第3期，第186-206頁；王鐸：《憲法與民法的關係論綱》；姜峰：《憲法私人效力中的事實與規範：一個分析框架》，《法商研究》2020年第1期，第87-100頁；陳景輝：《憲法的性質：法律總則還是法律環境？——從憲法與部門法的關係出發》。

才能完成控制國家這個人類治理領域的最大難題。這兩個渠道中，政治渠道尤其關鍵。須知，司法控制固然是法治的核心要義，然而法院既沒錢又沒槍，乃是最弱小的部門，它如何能夠控制巨獸利維坦呢？更何況在某些情形下，法院不僅無力控制國家，甚至它自身的生存和權威都要仰賴政治渠道的保障和支持。正如柯克大法官和詹姆士一世的鬥爭過程以及英國革命史所表明的那樣，司法的地位和權威、法治理念的制度化都“必須通過政治鬥爭來加以實現”。⁶⁹ 只有權力才能夠限制權力，政治權力需要有政治渠道上的控制。⁷⁰ 對法院抱有太大期望，指望法院的能動司法來實現限權憲法，實在是法院不可承受之重。因此，中國的限權憲法的重點仍然是政治渠道的控制，也就是說，要加強責任政府的建設，大力完善人民代表大會制度，把各級人民代表大會的國家權力機關地位落到實處。至於說對全國人大及其常委會所制定的法律的合憲性審查，那從來都不是中國憲法實施的重點。正如學者所說：“如果一個法律體系是建立在民主法治的基礎之上，那麼即便沒有司法審查（指對國家立法的合憲性審查），該體系也可以良好運作，而且在特定情況下，該法律體系比擁有司法審查的體系還要運行良好。”⁷¹

當然，從終極的意義上說，限權還是要依靠人民民主。正如毛澤東主席在和黃炎培談到如何跳出“人存政舉、人亡政息”的歷史週期律時曾經指出的：“只有讓人民來監督政府，政府才不敢鬆懈；只有人人起來負責，才不會人亡政息。”⁷²

參考文獻 References:

- [美] 丹尼斯·帕特森編：《布萊克維爾法哲學和法律理論指南》，汪慶華、魏雙娟等譯，上海：上海人民出版社，2013年。Patterson, D., (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory (2nd Edition)*, West Sussex: Blackwell Publishing Ltd, 2010.
- 王鐸：《憲法與民法的關係論綱》，《中國法律評論》2019年第1期，第42-50頁。Wang, K., “The Relationship Between Constitution and Civil Law,” *China Law Review*, no. 1, 2019, pp. 42-50.
- [美] 布雷恩·Z·塔瑪納哈：《論法治——歷史、政治和理論》，李桂林譯，武漢：武漢大學出版社，2010年。Tamanaha, B. Z., *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- [英] 弗里德利希·哈耶克：《自由秩序原理》，鄧正來譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1997年。Hayek, F. A., *The Constitution of Liberty*, Chicago: The University of Chicago Press, 1960.
- 田雷：《第二代憲法問題——如何講述美國早期憲政史》，《環球法律評論》2014年第6期，第96-120頁。Tian, L., “The Constitution of the Second Generation: A Narrative of Early U.S. Constitutional History,” *Global Law Review*, no. 6, 2014, pp. 96-120.

⁶⁹ [英] 馬丁·洛克林：《劍與天平》，高秦偉譯，北京：北京大學出版社，2011年，第80頁。

⁷⁰ 參見楊洪斌：《兩種憲法概念》，《天府新論》2016年第1期，第50-56頁。

⁷¹ 程雪陽：《沒有司法審查，憲法如何運作——與荷蘭憲法修改委員會副主席德蘭格對談》，韓大元主編：《中國憲法年刊》（2014年第10卷），北京：法律出版社，2015年，第331頁。

⁷² 黃炎培：《八十年來》，北京：中國文史出版社，1982年，第157頁。

- 〔美〕西爾維亞·斯諾維斯：《司法審查與憲法》，馮洪果譯，北京：北京大學出版社，2005年。Snowiss, S., *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven: Yale University Press, 1990.
- 汪太賢：《論現代憲法概念的生成》，《政法論壇》2020年第1期，第18-32頁。Wang, T., “The Formation of Modern Constitution Concept,” *Tribune of Political Science and Law*, no. 1, 2020, pp. 18-32.
- 〔法〕孟德斯鳩：《論法的精神》，張雁深譯，北京：商務印書館，1961年。Montesquieu, *The Spirit of Laws*, translated and edited by Cohler, A. M., etc., Cambridge: Cambridge University Press, 1989.
- 〔美〕拉里·克雷默：《人民自己：人民憲政主義與司法審查》，田雷譯，南京：譯林出版社，2010年。Kramer, L. D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford: Oxford University Press, 2004.
- 姜峰：《憲法的結構性與公共審議功能——兼對全能論憲法觀的反思》，《中國法律評論》2020年第6期，第97-108頁。Jiang, F., “The Structure of Constitution and its Public Review Function: Also a Reflection on the Omnipotence Theory of Constitution,” *China Law Review*, no. 6, 2020, pp. 97-108.
- 〔美〕埃爾斯特、〔挪〕斯萊格斯塔德編：《憲政與民主》，潘勤、謝鵬程譯，北京：生活·讀書·新知三聯書店，1997年。Elster, J. & Slagstad, R., (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- 〔英〕馬丁·洛克林：《劍與天平》，高秦偉譯，北京：北京大學出版社，2011年。Loughlin, M., *Sword and Scales: An Examination of the Relationship between Law and Politics*, Oxford: Hart Publishing, 2000.
- 高全喜：《憲法與革命及中國憲制問題》，《北大法律評論》2010年第2期，第652-678頁。Gao, Q., “Constitutional Law and Revolution: With Some Discussions of the Problem of Chinese Constitution,” *Peking University Law Review*, no. 2, 2010, pp. 652-678.
- 陳景輝：《憲法的性質：法律總則還是法律環境？——從憲法與部門法的關係出發》，《中外法學》2021年第2期，第285-304頁。Chen, J., “The Nature of Constitutional Law: the General Part or the Framing Environment of law?” *Peking University Law Journal*, no. 2, 2021, pp. 285-304.
- 〔美〕麥基文：《憲政古今》，翟小波譯，貴陽：貴州人民出版社，2004年。McIlwain, C. H., *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Ithaca: Cornell University Press, 1940.
- 〔美〕斯科特·戈登：《控制國家：西方憲政的歷史》，應奇等譯，南京：江蘇人民出版社，2001年。Gordon, S., *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*, Cambridge: Harvard University Press, 1999.
- 楊洪斌：《重思羅文斯坦的憲法分類學說——兼論所謂“從憲法規範到規範憲法”的問題》，《現代法治研究》2021年第1期，第37-44頁。Yang, H., “Rethinking Loewenstein’s Constitutional Classification Theory: A Review of Loewenstein’s Political Power and the Governmental Process,” *Journal of Modern Rule of Law*, no. 1, 2021, pp. 37-44.

- [美] 漢密爾頓等：《聯邦黨人文集》，程逢如等譯，北京：商務印書館，1980年。Hamilton, A. & et al., *The Federalist Papers*, Oxford: Oxford University Press, 2008.
- 翟小波：《憲法是關於主權的真實規則》，《法學研究》2004年第6期，第23-35頁。Zhai, X., “Constitution Are the Real Rules Concerning the Organization and Operation of Sovereignty,” *Chinese Journal of Law*, no. 6, 2004, pp. 23-35.
- 黎敏：《“憲法體系化”再思考——限權憲法原理下的限權原則體系與憲法價值秩序》，《政法論壇》2017年第2期，第31-47頁。Li, M., “Systematic Thinking on Constitution: Based on the Principles and Core Values of Constitutionalism,” *Tribune of Political Science and Law*, no. 2, 2017, pp. 31-47.
- 黎敏：《德國憲法學的實證主義轉向及其根本問題》，《比較法研究》2019年第2期，第188-200頁。Li, M., “Research on the Transformation of the German Constitutional Tradition to Legal-Positivism and Its Inherent Issues,” *Journal of Comparative Law*, no. 2, 2019, pp. 188-200.
- [英] 戴雪：《英國憲法研究導論》，何永紅譯，北京：商務印書館，2020年。Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis: Liberty Fund, 1982.
- [美] 羅文斯坦：《現代憲法論》，王鐸、姚鳳梅譯，北京：清華大學出版社，2017年。Loewenstein, L., *Political Power and the Governmental Process*, Chicago: University of Chicago Press, 1957.
- 蘇力：《何為憲制問題——西方歷史與古代中國》，《華東政法大學學報》2013年第5期，第90-111頁。Su, L., “Constitutional Matter,” *ECUPL Journal*, no. 5, 2013, pp. 90-111.
- Amar, A. R., *America’s Constitution: A Biography*, New York: Random House Trade Paperbacks, 2006.
- Cooley, T. M., “Comparative Merits of Written and Prescriptive Constitutions,” *Harvard Law Review*, vol. 2, iss. 8, 1889, pp. 341-357.
- Gough, J. W., *Fundamental Law in English Constitutional History*, London: Oxford at the Clarendon Press, 1961.
- Grimm, D., *Constitutionalism: Past, Present, and Future*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Law, D. S., & Versteeg, M., “Sham Constitutions,” *California Law Review*, vol. 101, iss. 4, 2013, p. 863-952.
- Sartori, G., “Constitutionalism: A Preliminary Discussion,” *The American Political Science Review*, vol. 56, no. 4, 1962, pp. 853-864.