



憲政發展與當代中國

憲政首先是西方式的思想、制度與實踐，並且在西方社會面臨的時代挑戰中不斷演化。勾畫憲政的發生史，是認識憲政和實踐憲政的認知前提。但對憲政發展脈絡的勾勒，可能面臨一種類似現代性的兩難困境：「任何複雜的東西都是無用的，任何簡單的東西都是錯誤的。」本章最重要的目標乃是提出西方憲政某些基礎性的問題，並且勾畫出若干憲政發展的「地圖」，儘管這些「地圖」可能是不完備的或不準確的，卻有可能提供有益的指導。正如英國著名法律學者馬丁·洛克林(Martin Loughlin)所說：「我們需要一幅地圖來指導自己在法律的領地上穿行。即使一幅地圖從總體上看是不準確的，它也能提供一定的指導，因為在沒有地圖的情況下，人們無法規劃或組織自己的旅程。地圖甚至可能既是錯誤的，又是富有啟發性的。無論如何，擁有一張不完整或不準確的地圖總好於根本沒有地圖。」¹

一、西方憲政發展的基本脈絡

關於什麼是憲政，中西學者從不同的角度做了不同的界定。有的認為：「憲政就是這樣一種思想，正如它希望通過法治來約束個人並向個人授予權利一樣，它也希望通過法治來約束政府並向政府授

1 [英]馬丁·洛克林(Loughlin, M.)著，鄭戈譯：《公法與政治理論》(北京：商務印書館，2002)，頁55。

權。」² 有的認為：「憲政就是民主政治、立憲政治或者說憲法政治。它的基本特徵就是用憲法這種根本大法的形式把已爭得的民主事實確定下來，以便鞏固這種民主事實，發展這種民主事實。」³ 張友漁先生認為：「所謂憲政就是拿憲法規定國家體制、政權組織以及政府與人民相互之間權利義務關係，而使政府和人民都在這些規定之下，享受應享受的權利，負擔應負擔的義務，無論誰都不許違反和超越這些規定而自由行動的這樣一種政治形態。」⁴ 美國現代憲法學者路易斯·亨金(Louis Henkin)認為：「憲政意味着政府受制於憲法。它意味着一種有限的政府，即政府只享有人民同意授予它的權力，並只為了人民同意的目的，而這一切又受制於法治。它還意味着權力的分立以及避免權力集中和專制的危險。憲政還意指廣泛私人領域的保留和每個人權利的保留。……另外，憲政也許還要求一個諸如司法機構的獨立機關行使司法權，以保證政府不偏離憲法規定，尤其是保證權力不會集中以及個人權利不受侵犯。」⁵ 無論學者用什麼樣的措辭來定義憲政，憲政的本質都指向權力和權利。基於這種概念層面的共識，學者對憲政的特徵進行了探討。如龔祥瑞先生認為憲政有兩個特徵：一是立憲政府(constitutional government)，這種政體不是個人專制和人治，而是實行法治；二是政治運作是在憲法、法律規則下展開的，這種規則既來自於統治階層的自我限制(auto-limitation)，也來自被統治階層的社會控制，政治運行受制於嚴格的監督。謝維雁認為憲政的基本特徵有四個：一是憲法規制，一個政治社會必須存在確定的憲法，且憲

2 [美] 斯蒂芬·M·格里芬(Griffin, S. M.) 著，劉慈忠譯：〈美國憲政：從理論到政治生活〉，《法學譯叢》第2期(1992)。

3 張慶福主編：《憲法學基本理論》(北京：社會科學文獻出版社，1994)，頁56。

4 張友漁：《憲政論叢》(上冊)(北京：群眾出版社，1986)，頁100。

5 [美] 斯蒂芬·M·格里芬(Griffin, S. M.) 著，劉慈忠譯：〈美國憲政：從理論到政治生活〉。

法具有最高權威，有憲法而後有憲政；二是人權優越；三是權力自律；四是民主代議。⁶

按照台灣學者荊知仁的研究，導致將國家、社會的基本原則編撰於一種單一的文獻中的那種實質憲法與形式憲法的劃分，係於啟蒙時代的理性氣氛中獲得最終的形態，但成文憲法與立憲主義的發生並不一致。最早實行立憲主義的民族是希伯來，在他們所主張的神權政制中，統治者與被統治者同樣受上帝戒律的限制，並絕對賦予其專斷權力。希臘人曾在短暫的兩個世紀裏，創造了光輝的政治文明。希臘所有的政治制度均反映出他們深深厭惡集中和專斷的權力，以及他們瘋狂地信仰民主的原理：國家權力最廣泛地分屬不同的官吏、機構或地方長官之手，並以各種巧妙的方法加以限制。其中最著名的是官吏由抽籤決定；規定短暫的任期及輪換；官吏不得重選，全體公民都可出任公職等。羅馬共和政制是充分實行憲政而又沒有染上過度民主的錯誤的一個古典例證。羅馬共和國最典型的特徵表現為一種複雜的政治制衡：機構的各種內在控制，諸如較高級及最高級的地方長官各不統屬，任期一年，並禁止連任；機構之間保持各種相互控制，目的在於使各權力持有人發生連鎖作用，例如護民官對其他機構甚至前任執政官、地方長官的合法行為加以仲裁，參政院參與官員的任命等等。以文獻記載而使民主憲政的最後勝利顯得莊嚴的歷史，是在美洲大陸開始的。成文憲法提供了一種架構，其後幾代人都利用此種架構使政治程序徹底民主化。⁷ 憲法的成文化開創了近代立憲主義的時代。以憲法作為憲政敘述的主要載體，近代憲法表現為兩種類型：

第一種類型是作為近代市民革命的成果出現的、以資產階級為主要領導者的近代立憲主義型市民憲法。該類型憲法的主要特徵是：
(1) 在立憲精神上追求「用憲法制定政治和社會的基本形態，同時要

6 參見謝維雁：《從憲法到憲政》（濟南：山東人民出版社，2004），頁113-117。

7 參見荊知仁主編：《憲法變遷與憲法成長》（台北：中正書局，1984）頁17-23。

求施政必須遵照憲法。這種憲法的基礎是人們對自由、平等的渴求和對亂施束縛、歧視的權力以及對執政者不信任的心理」。⁸(2)在人權保障方面，既強調人權作為一種與生俱來的權利，不受包括立法在內的任何權力侵犯，又要求個人自然權利的行使，不得侵犯他人的人權，並且立足於當時時代的需要，把以財產權、勞動自由、營業自由等為表現形式的經濟自由權作為人權保障的基礎性權利。人權之平等保障僅意味着「法律無論在給予保護的場合，還是給予處罰的場合，應該對所有的人一視同仁」(《法國人權宣言》第6條)。這種平等僅為形式上的平等。(3)在主權原理上，既摒棄「君主主權」，又反對「人民主權」，而主張「國民主權」。這種主權原理的特色在於：主權作為整體以單一、不可分、不可讓予的形式專屬「國民」，各個成員不分享任何主權，也沒有參與行使政治管理的固有權利；主權的所有與行使相分離，國家意志由「國民代表」來決定；通過選舉技術的操作，既排除舊特權階層進入國民代表機關，又排除民眾參與政治，等等。⁹(4)在政權組織形式上主張權力分立制，即將國家的權能按照性質分成立法、行政、司法三種，各由不同的機關分擔，在各機關之間保持一種制約與平衡的關係。(5)在國家結構形式上，奉行地方自治的原理。為了給資本主義的發展提供統一的市場，近代市民憲法建立了中央集權優越下的地方自治制度。憲法承認地方公共團體的存在，但地方公共團體自治的原則、內容等交由普通法律具體規定。(6)為了體現權力制約、權力有限的立憲主義精神，將軍隊和戰爭置於憲法的規整之下，並且建立以議會為中心的管理體制。有關軍隊統率權、宣戰權的規定都體現了這一特徵。

8 [日]杉原泰雄著，呂昶等譯：《憲法的歷史——比較憲法學新論》，（北京：社會科學文獻出版社，2000），頁22。

9 同上註，頁31-34。

第二種類型是名義性的或外表立憲主義型的市民憲法，這種憲法以1850年普魯士憲法為典型。普魯士憲法反映了後進的資本主義向立憲體制過渡的特徵，具有濃郁的轉型政治痕跡。其具體特色如下：

(1) 確認君主立憲體制。憲法相對於國王及其政府之間的關係而言，不是國家機關權力行使的授權規範，而僅作為例外的禁止或限制規範。(2) 規定並保障普魯士人形式上的自由與平等權利，如法律面前的平等、禁止創設身份上的特權、人身的自由、住所不受侵犯、罪刑法定主義、財產權不受侵犯、公用徵用的事前補償、信教自由等。但這些權利與自由不具有固有、天賦的人權意義，在政治上不能與立法權對抗，並可以通過法律加以限制。(3) 在國家政體與政權組織形式的安排與設計上，體現君主主權的原理。憲法規定行政權專屬國王、大臣和文武官員的任命權、軍隊的統率權、宣戰與媾和權、條約的締結權盡歸國王；立法權由「國王和兩院共同行使」；司法權要由「以國王的名義」，並服從法律權威的獨立的法院行使。在行政與立法、司法的權限劃分上，採行「扣除」主義，即在整個國家活動中扣除實質意義的「立法」與「司法」後，其餘均屬行政，乃至於賦予國民權利或免除其義務的權利也被劃歸行政的範圍；立法的邊界被嚴重侵蝕，實質的權力分立並不存在。(4) 在中央與地方的關係上，名義上規定地方事務由地方公共團體決定，但地方公共團體的實際形態由體現國王意志的「特別法規定」。地方公共團體擔當的事務根據中央政府監督方式的不同分為「固有事務」與「委託事務」。對前者，中央政府從合法性的角度進行監督；對後者，中央政府在合法性監督之外還要進行合理性監督。(5) 在軍事權上，關涉軍事的基本問題寫進了憲法，但軍事權的運作以國王為核心：國王獨立享有統率權，不受國務大臣副署的限制；國王有權任命所有的武官；國王行使宣戰、媾和的權力無須議會同意；國王有權決定軍隊的建制與規模。

以1917年蘇俄革命和1919年的魏瑪憲法頒佈為標誌，西方憲政步入了現代時期。按照學者胡橋的總結，現代西方憲政呈現出三大基本趨勢：社會化、人權化、司法化。社會化是西方憲政發展與變革的基本立場和根本動力，它使憲政的發展成為可能；人權化是西方憲政發展與變革的軸心和根本原因，它使憲政變成了現實；司法化是西方憲政得以運轉的根本手段或唯一手段，它使憲法由「死法」變成「活法」。¹⁰ 日本憲法學者杉原泰雄以現代市民國家的憲法文本為基礎，具體論述了現代市民憲法的特徵：¹¹ (1)在資本主義的框架內引進社會國家的理念，追求保障包括工人階級在內的一切國民過着真正人的生活，克服近代立憲主義憲法以自由權為中心的人權保障的弊端。這種憲法理念的轉變具體體現在：首先積極限制社會經濟強者的經濟自由權，比如限制所有權的絕對性，強調所有權伴隨義務，其行使應有助於公共福利。其次，正面規定社會經濟弱者的社會權，比如生存權、受教育權、勞動權、老弱病殘受保護權等。(2)為了消弭階級鬥爭的危險，謀求將人民的權利要求內化於體制之中，現代憲法加強了對人民參政權的保障。多數西方國家的憲法都引進普選制和直接民主制，對國民知情權的保障也更加具體。(3)傳統人權保障的強化。在平等權方面，更加重視男女權利的平等，明文禁止性別歧視；在自由權方面，強調完善對人身自由權的程序保障，同時也保障公民的文學、藝術、科學、學術、教育等精神自由權；在受益權方面，除了繼續規定傳統的受審判權利、損害補償請求權和請願權等受益權外，還增加了國家賠償請求權、刑事損害補償請求權等權利。(4)在議會、

10 參見胡橋：〈20世紀西方憲政的基本走勢〉，載何勤華主編：《20世紀西方憲政的發展及其變革》（北京：法律出版社，2005），頁8。

11 參見〔日〕杉原泰雄著，呂昶等譯：《憲法的歷史——比較憲法學新論》，頁114-145。

議員與選民的關係上，出現了由「議會主義」到「議會制民主主義」的轉變，這表現在：選民對議會和議員的影響力逐漸加強，議員更加重視踐履對選民的承諾；政黨在議會內對議員的約束增強。(5)政體與政權組織形式的基本形態發生了重大變化。在立法方面，由於引進了社會國家(福利國家)的概念，立法不再單純成為以一切國民為規整對象的活動，而為了促進實質平等，立法不得不以特定的國民或一部分國民為對象。例如對社會經濟弱者保障其社會權，對社會經濟強者的經濟自由權進行積極的限制等等；行政權的膨脹導致的「行政國家」的普遍化、委任立法的大量出現、行政司法的不斷加強等，都是行政權擴張的具體表徵；在司法方面，適應保障人權和加強法治的需要，違憲審查制度在各國憲法中得到普遍確認。¹² (6)地方自治得到進一步加強。其主要表現在於憲法本身不僅承認地方公共團體的存在，而且還明確承認居民自治和團體自治。¹³ (7)在軍事問題上，鑒於第二次世界大戰給人類造成的不堪苦難，很多二戰後新制訂的西方憲法都明確規定放棄戰爭與和平解決國際爭端的原則；接受為了保障人權而對國家主權進行必要限制的原則；宣佈遵守國際法，並在憲法中確認處理憲法與國際法關係的原則；遵循民主主義的要求，將宣戰、媾和等有關軍事的最基本問題交由代議機關決定。

關於憲政演進的規律，還有的學者從憲政行為結構類型學的角度進行了總結，認為：「憲政規律是憲政制度構建及其運作過程所具有的普遍屬性和一般特徵，是站在世界發展史的角度，從紛繁複雜的憲

12 現代違憲審查已經表現出一種新的趨勢：在審查主體上，美國模式下的許多國家呈現歐洲模式下違憲審查機構專門化的趨勢，使違憲審查在判例法作用下逐漸凝聚為普通法院的一個專門和獨立的職能。在審查程序上，歐洲模式則引進美國模式普通司法訴訟的傳統，使違憲審查程序走向司法訴訟化。而這又是基於對構築既控制公共權力又保障權力高效運行的憲政制度理性化的選擇。這是違憲審查發展規律的精髓所在。參見李龍：《憲法基礎理論》（武漢：武漢大學出版社，1999），頁302。

13 法國1946年憲法和德國1949年基本法等都對居民自治、團體自治的具體內容做了規定。

政現象和憲法規範中離析出來的憲政共性，體現為立憲規律、行憲規律和護憲規律。」¹⁴ 在立憲規律上，這些學者認為儘管民主和人權問題始終是憲法的出發點和歸宿，但不同時代立憲的基點和重心各不相同，大致經歷了人權立憲—政治立憲—經濟立憲的漫長過程，並向知識立憲過渡，反映出憲法變遷的內在規定性。

人權立憲類型的出現與當時憲法要直面和解決的問題密切相關，¹⁵ 16至18世紀所出現的典型的資產階級憲法大致都可以歸入此種類型。其根本原因在於，當時社會經濟進步「把擺脫封建桎梏和通過消除封建不平等來確立權利平等的要求提到日程上來，這種要求就必定迅速地獲得更大的規模。……這種要求就很自然地獲得了普遍的、超出個別國家範圍的性質，而自由和平等也就很自然地被宣佈為人權」。¹⁶ 英國不成文憲法是由不同時期的憲法性文件所組成的。1689年頒佈的《權利請願書》在《自由大憲章》的基礎上，更明確地肯定公民的人身自由。它規定：「凡自由人除經其同儕之合法審判，或依國法外，皆不得加以拘捕、監禁，或剝奪其營業權，各項自由及自由習慣，或置諸法外，或加以放逐，亦不得以任何方式加以毀傷。」它還規定：「任何人除經法律正當程序之審判，不論其身份與環境狀況如何，均不得將其驅逐出國。或強迫離開所居住之采邑，亦不得予

14 李龍、汪習根：〈憲政規律論〉，載《李龍文集》（武漢：武漢大學出版社，2006），頁401。

15 弗里德里希認為，憲法和憲政的核心目標是保護政治社會中具有尊嚴和價值的自我，這種自我優先的觀念最終引發了自然權利觀念，憲法的功能因此也可以闡釋為規定和保護人權。對憲政的探求，乃是「對個人自我的神聖性深刻體認的一種表現」。莫非認為，憲政主義在把人類尊嚴確定為核心價值時，採取了一種道德客觀主義或道德現實主義的形式。這種理論假設人性尊嚴的本質是客觀存在的，可以發現的。參見夏勇：《憲政建設——政權與人民》（北京：社會科學文獻出版社，2004），頁8。

16 《馬克思恩格斯選集》（第3卷）（北京：人民出版社，1972），頁145。

以逮捕、拘禁，或取消其繼承權，或剝奪其生存的權利。」¹⁷在《權利請願書》之後頒佈的《人身保護法》、《權利法案》，則進一步固化了英國公民的自由、平等權利。法國1791年憲法直接把1789年的《人權宣言》作為序言肯定下來。該序言共17條，第1條和第2條將人權的內容分解為自由、平等、財產、安全和反抗壓迫等五種權利。1793年法國憲法又將該宣言擴大為35條，並將「共同幸福」作為一切權利的前提，強調了人身自由與法律面前人人平等的重要性。在美國制憲之初，關於憲法文本是否應該規定公民權利構成重大的制憲爭議。1791年10條人權修正案的生效被認為是對人民要求的正確回應，也是對立憲規律的一種「補課」。¹⁸

政治立憲對應於一次世界大戰後，「人民主權」或「國民主權」原則全面入憲，公民政治參與普遍化。德國1919年魏瑪憲法是此種憲法範型的肇始者，它在資產階級憲法發展史上第一次全面確認了「國權出自人民」的憲法原則，並在憲法的第二編「人民之基本權利與基本義務」中將該原則具體化。社會主義憲法的出現標誌着世界立憲史上第一次真正實現了人民立憲，1918年蘇俄憲法將《被剝削勞動人民權利宣言》作為憲法序言，則是政治立憲的重要標誌。政治立憲還導致其他發展中國家或西方憲政後行國家在立憲時更多採行保障公民基本政治權利的樣式。

經濟立憲指涉憲法發展的一個特定歷史階段。在該階段中，各國制訂或重新修改的憲法，以確認、引導和保障本國的經濟發展為中心內容，以至於呈現出「憲法之經濟化，或由政治憲法至經濟憲法」¹⁹的

17 姜士林、陳璋主編：《世界憲法大全》（上卷）（北京：中國廣播電視出版社，1989），頁1128。

18 李龍、汪習根：〈憲政規律論〉，頁402-403。

19 梅仲協：《二十世紀之科學：第三輯——法律學》，轉引自李龍、汪習根：〈憲政規律論〉，頁405。

發展態勢。經濟立憲大致對應於二戰後世界各國開始的立憲浪潮。據荷蘭學者亨利·範·馬爾賽文等人的統計，在157部國家憲法中，使用「經濟組織」、「經濟結構」、「經濟制度」、「經濟秩序」、「經濟政策」等詞彙的憲法便有84部，涉及公共利益或一般利益的有96部。²⁰ 經濟立憲出現的原因在於：現代市場經濟較之於傳統市場經濟更強調政府這一隻「看得見」的手的干預和調控作用；憲法對經濟全球化的回應；各國為提升自己的國際地位或改變不合理的傳統國際秩序，不得不在憲法中確認經濟資源保護和發展經濟的國策等內容。總覽經濟立憲的狀況，大致可細分為三種類型：其一是以保護經濟資源和經濟所有制形式為重點，埃及憲法為其示例；其二是以規定經濟制度和國家建設的基本方針與措施為重點，中國1982年憲法為其代表；其三是系統綜合地規定經濟問題，其中葡萄牙憲法表現得尤為突出。

知識立憲，是李龍、汪習根教授直面當下知識經濟迅猛發展的態勢所提出的一個頗具前瞻性的預測。他們認為知識立憲意指在知識經濟浪潮衝擊下，憲法和憲政的中心將從傳統的工業經濟轉向知識經濟，「要求憲法全面確認知識經濟的戰略地位，並為知識經濟的發展提供法律指引和法律保障，從而構建有序、高效的知識經濟法律秩序；實現憲法的經濟社會功能」。²¹

行憲規律總是圍繞着政治權力的運行展開。而權力在社會生活中通常被視為對外部世界產生效果的事件或動源，它幾乎不可避免地有主觀評價的色彩。權力概念之所以容易混同和含糊不清，來源於三種用法，這些用法將概念混雜、融合或重疊成相應的詞語和含義。最普遍的用法是將權力作為影響、控制、統治的同義語，導致看起來權力

20 參見〔荷蘭〕亨利·範·馬爾賽文（Maarseveen, H. Th. J. F. van）等著，陳雲生譯：《成文憲法的比較研究》（北京：華夏出版社，1987），頁70、129。

21 李龍、汪習根：〈憲政規律論〉，頁407。

具有這些詞語的某些或全部不同色彩。另外一種用法是將權力作為個人具有的屬性或品質，權力可能被視為人民追求的、甚至人類奮鬥的基本目標，因而產生了涉及人類本身性質的人類基本動機問題。還有一種用法是將權力與社會文化環境聯繫起來加以考察，認為既然在一切大規模的複雜的「文明」社會裏，權力在群體之間分配不均，這些社會的文化就會反映和體現這種不平等。²² 政治權力架構的設計，乃是以政治權力的歸宿主體和政治權力的行使主體間的二元互動關係作為立基點，這種架構設計的最根本的制度形態部分，構成憲政的核心內容。古典憲政理論多從控權、限權的角度來看待憲政的功能，但卻不能解釋為什麼由於權力「形式」的擴展、分類，使權力不能在邏輯上作為一個特定的機制來處理；不能解釋在社會互動過程中這種機制為什麼帶來其他個人、單位或集體的行動；不能解釋為什麼雖然「主權在民、權力在民」，但掌握最多選票資源的中下層階級其實最終還是把權力交給了社會上層階級；也不能解釋具有強制色彩的權力與權利到底如何界分。經過漫長的歷史演變後，「行憲之內容與中心不僅在於控制政府權力、防止專制統治，更應超越對專橫地行使國家權力予以控制的傳統理論，而通過憲政設計與憲法運行來保障國家權力的運行，以實現經濟效率、民主管理，以及其他社會價值，達到控權與保權的統一，以一個既受限制而又高效運行的政治權力系統來最好地維護人民權利」。²³ 這是行憲規律的本質所在。

護憲是維護憲法權威、實施憲法監督、開展違憲審查等活動的概稱。從世界憲政史發展的角度而言，護憲規律基本上以三種形式為表徵：其一，違憲審查活動，從自發到自覺以至制度全面理性化；其

22 參見秦前紅：〈評法權憲法論之法理基礎〉，《法學研究》第1期（2002）。

23 李龍、汪習根：〈憲政規律論〉，頁409。

二，違憲審查主體，從無組織到有組織以至監督組織專門化；其三，違憲審查方式，從多重混合審查模式趨向於司法訴訟程序化。²⁴

二、近年中國「憲政」問題論爭

從辭源學角度考查，漢語中「憲政」不同於「憲法」一詞「出口轉內銷」的產生路徑，構詞與形成受到現代日語的直接影響；「憲政」現代意義的注入是在近代開眼看世界的第一批中國人，以及其後的資產階級改良派、革命派和共產黨人手中持續進行的。從最初黃遵憲在《日本國志》中所述的「立憲政體」，到梁啟超筆下以立憲法、開國會、權力分立和責任內閣制為標誌的「憲政」；從孫中山在《建國方略》中描述的人民掌握政權、政府掌握治權、政權控制治權的「憲政」，到毛澤東在《新民主主義憲政》中對「憲政」作出「民主政治」的定義；在不同歷史階段和政治派別的認知與構想中，「憲政」在其內涵、根本屬性和具體設計等方面都有所區別，但法治、民主、限制公權和保障私權等關鍵要素卻是相通的。

中國共產黨視自己為孫中山先生開創的革命事業「最堅定的支持者、最親密的合作者、最忠實的繼承者」，在建立政權之前，中共及其領導人對孫中山先生有關國民主權、民主和普選、言論自由和出版、集會、結社自由等諸多憲政要素的思想都表達了認同和支持。在共產黨建立政權後，「無產階級專政」或「人民民主專政」取代了「憲政」的話語地位，但並不意味着「憲政」被列為政治禁忌或學術禁區，不能講、不能提，也不代表着新中國拒斥實行或建設憲政。1949年

24 參見李龍、汪習根：〈憲政規律論〉，頁411以下。