

宪政的若干现代定义

对检讨宪政（尤其是我们盎格鲁 – 萨克逊传统）一般原则来说，这是个非常好的时代。这个检讨应考量宪政发展上连续的阶段。因为，也许在漫长的历史中，宪政的基本原则，从未像今天这样受到如此的质疑；对它的批判，也从未像今天这样如此致命和危险。一方是有序的法律程序，一方是非常迅速且有效的强力，世界在两者的平衡中颤抖。我们必须在两者间作出选择，而且必须在不远的将来做出。如果我们要明智地做出选择，不管最后是支持强力，还是支持法律，我们似乎都有必要追溯我们的宪政的历史（强力的历史非常明白），有必要评估它过去的成就，分析反对它的强力的本质和效果。我试图尽可能简洁和冷静地叙述它的过去，虽然，为公平起见，我一开始就应当坦率承认：我自己的信念，绝对地支持法律，反对强力。

1792 年 亚瑟·杨(Arthur Young) 非常轻蔑地提到法国人的宪法观念。他说：“它只是个新词；他们使用它，好像宪法是照着食谱做的布丁。”^[1]对同期写作的托马斯·潘恩(Thomas Paine) 来说，新制定的美洲的成文宪法“之于自由，正如语法之

于语言”。在另外的地方，潘恩谈到一般的宪法，他说：“宪法不是政府的行为，而是人民建构政府的行为，无宪法的政府只是无权利的权力”，“宪法是先于政府的东西，政府只是宪法的造物。”潘恩用宪法所指代的，或许只是美国和法国的成文宪法。因为他说道：“英格兰议会对‘宪法’一词的喋喋不休，充分说明这里没有宪法，这整个纯粹是无宪法的政府形式，它正在用使自己高兴的权力建构自己，英格兰议会授予自己权力，使自己连任七年，这个法案说明英格兰没有宪法。同一机构可连任更长的时间，甚至是终身。”^[2]

对于亚瑟·杨来说，“成文”宪法意义上的宪法只是个“新词”对托马斯·潘恩来说，它似乎是值得享有这种名分的惟一的宪法。就像对亚瑟·杨一样，埃德蒙·伯克（Edmund Burke）显然也厌恶这种“照着食谱”做的“布丁”。他很少或者根本就不曾说起美洲的新宪法，但在他看来，没什么能比法国宪法更糟糕的了。他说：“最终的结果可能产生罪恶，在政治上是错误的。”它是想产生善的，在政治上是正确的。”^[3]当然，在他看来，“托法兰西的福，他们称作宪法的怪物”^[4]已经带来的而且能够带来的只是邪恶。

以上陈述非常清晰地表明了两种观念的对比：其一是其根本法下的人民的自觉设计的新概念，新的宪法定义；其二是古老的传统观点，其中，“宪法”这个词仅仅适用于从某民族的现实制度和它们的发展中推演出来的实在原则。古老宪法观念最恰当的阐述者是博林布鲁克（Bolingbroke），他在1733年写道：“宪法，只要我们妥当和精确地讲的话，我的意思便是，法律、制度和习惯的集合体，它源于理性的某些确定的原则，指向某些确定的公共幸福的目标，它构成了普遍的制度，共同体同意依据它接受治理。……当公共事务的整个执行被明智地

从事，且依照宪法的原则和目的，我们便说这是好政府。”^[5]潘恩和博林布鲁克的概念的显著差别是：对前者，违反宪法的政府行为是“无权利之权力的行为”；对后者，他只能正当地说，这个政府不是好政府。

当博林布鲁克说，可依照“对理性的符合程度”来比较和评价政府，某民族实在的习惯和法律或许是理性最可靠的实在标准时，事实上他只是在重述和柏拉图《政治学》一样古老的观点。如果政府行为未能符合理性，它是个坏政府，但他并不说它没有权利，他并不像潘恩，暗示此种政府不应被服从，除了通过革命。奇怪的是，对于我们可能称作违宪的 1716 年英格兰七年法案 (English Septennial Act of 1716) 博林布鲁克给出了和潘恩相同的解释。对该法案，潘恩认为，是“英格兰没有宪法”的结论性证据。博林布鲁克对该法案的评论很有趣，不管是就其所说的来讲，还是就他没有说的来讲：“革命时期的爱国者还记得长期议会，仍能感觉到后者的机智，长期议会的议员每年都艰苦奋斗，在五年或六年之后，他们终于非常困难地赢得了三年议会。如果这些爱国者曾经预见到，这样一个时期将会到来，在这时期里，被选举为三年的议会自行决定将自己任期再延长四年，从而给这个国家带来一个七年议会；如果他们曾预见到这将会发生，他们诚实劳动的成果将在二十年的时间内丧失；如果这些爱国者曾预见到这将会出现，而政府则在他们新确立的基础上继续。如果这在我提到的时间中都被预见了，那么，对革命的朋友来说，这本就会显得是不可能的和怪异的。然而，它发生了；在不到二十年的时间内，它已经为我们所熟悉，或正在为我们所熟悉。”^[6]

1791 年，当伯克 (Burke) 作为新辉格党人向老辉格党人呼吁时，他本该转向 1689 年的保守主义，而非福克斯 (Fox) 的激

进观点。1733 年，当博林布鲁克说七年法案对革命的辉格党人是怪物时，这实际上是在反对议会全能的日益强化之观念的专制。一方面，正如我们要说的，新辉格党人已过分地迈向了左派；另外，他们也已经正在过分地迈向其先辈反对的专制主义。博林布鲁克的陈述，有趣之处不一而足。对于他埋怨的权力滥用行为，博林布鲁克未指出法律救济的办法，但他确实看到了现代一些历史学家没有看到的東西，即 1689 年辉格党学说与乔治三世甚至是乔治一世时期的辉格党学说间，存在着极大的鸿沟。詹姆士二世的反对者宣布王位空缺，凭借的只是这样的事实，即他们的声音被视作国民的声音。1766 年，上院大法官诺廷顿（Northington）在取消“邮票法”（Stamp Act）的辩论中说道：“每个政府都能对其所有臣民专断地强加法律，每个国家必须有一个最高的统治权，无论它是君主制、贵族制、民主制还是混合制。每个国家的全体臣民都受政府制定法律的约束。”^[7]

1791 年，伯克虽然反对激进派的极端学说，但仍然不止一次地明确重申他早期的信念，即美国人反叛英格兰，“跟英格兰人 1688 年反叛詹姆士二世，属同一性质。”^[8]

17、18 世纪的资料中，可能有很多不确定的主权和宪法的概念变化的例证。在比较七年法案的“怪异”理论和革命时期辉格党煽动者的理论后，博林布鲁克认为，后者在“无君议会”（Convention Parliament）中，并不是个具备固有、专断且主权权威的实体，而只是作为全体人民的喉舌。革命期间辉格党人的小册子中，有许多内容都证实了这个观点。在无君议会中，上议员称议会为充分且自由的国民代表^[9]而且有些人认为，依据洛克的理论，议会纯粹是个法律外的革命的实体，它的行为不是立法而是制宪。当时，一本杰出的小册子^[10]承认，对于

们叫苦不迭的滥权行为，在法律上不存在有效的救济，因为詹姆士的许多压迫行为都严格地符合法律。作者说：“只要我們思索一下，就会承认这一点。英格兰当前的法律和宪法是这样的，它们无疑给了国王任命法官的权力，给了法官宣布法律的权力。他公平确认的东西便是法律，从而就是最强有力的先例，是总被尊为应遵循的最可靠且最良善之规则的最后裁决。目前，在这两件事中，国王既没有任命法官，也没有罢免任何法官，而是以先前法官宣布合法的方式行为的。在玛格德林学院 (Magdalen College) 事件和豁免权问题上，国王也没有任命和罢免任何法官，他是遵照法官的观点与合意，依习惯和法律所指引的方式行事的。”不，不！他喊道：“虽然国王被误导，法官腐败，但我们一定不能把我们的不幸归到他们的头上，而只能将其归咎于政制的虚弱，正是后者带来了这些不便，是它专断地把整个国民的正义寄托在单独一个人的易受诱惑的品质之上。”他得出结论说：“如果国王的离开等同于解散政府逃亡，那么，权力必须回复和放置于人民之中。人民可以建立一个新政府，不管是依据他们喜欢的旧模式，还是别的他们喜欢和批准的其他更好的方式。”

另一作者^[11]表达了同样的理念，他说：“这两个王国的无君议会，分别是各自王国的政治实体的代表，早在政治实体与现在统治着的王族的第一个国王签订教区长契约 (Rectoral Contract) 前就可能是这样。它们不是明智且权威的法院，我猜想，它们不会要求制定法律、裁判案件和课征赋税的权力。”与 1660 年的无君议会相似，人们正当地宣布这次议会 (Convention) 为国会 (Parliament)，其所用语辞完全和复辟时一样。但是，依这种方法，人们实际上选择了一个旧模式而非新模式。它丝毫没有表明：政治实体的代表，作为新国会，被他人授予

了或认为自己授予了它任何不为革命前议会所享有的法律权力。后来的事实必然表明，早期议会的权力从来都不是专断的。

如果博林布鲁克对七年法案所说的话是正确的，如果该制定法对 1688 年的革命者来说似乎只不过是个“怪物”，那么诺廷顿和曼斯菲尔德 (Mansfield) 1766 年的格言，即“每个政府都能专断地对其臣民实施法律”，在革命者看来便更是怪物。该格言曾受到同时期的坎登 (Camden) 和美洲人的强烈批评。事实上，由此出发，我们便可毫不夸张地说，1766 年后的辉格党理论与导致 1688 年革命的詹姆士二世的学说并无差异。二者都认为，政府拥有专断地实施法律的权力。惟一的差别是，一方是专断政府受到旧议会的控制，另一方是专断政府受独裁国王意志的支配。1791 年，即使保守的伯克也坦率地承认，1775 年北美的英格兰人反对专制统治，“与 1688 年英格兰人反对詹姆士二世，性质相同”。如果英格兰始终坚持 1688 年的原则，美国革命可能根本就不会发生。

正如 1688 年发生了英格兰革命，为了反对英格兰政府 1766 年奉行的原则，美洲不可避免地也要进行一场革命。这里，我们面临的问题是：在反抗“怪物”理论时，美洲人的行为在法律和宪法上是否正当？这是个非常有意义的问题。在严格的法律意义上，我倾向赞同坎登和美国人的主张，而不是诺廷顿和曼斯菲尔德的观点。大多研究“革命”的史学家不同意我的想法。从更为宽泛的政治学立场而非法律立场看，该主张很少受到质疑。人们的共识是：毫无疑问，它为政治革命（即使不是合法抵抗）提供了正当根据。这里，我们关心的恰恰是问题的政治维度。因为决定宪法观念变迁的深层原因正是这些政治发展。潘恩说，宪法必须先于所有合法政府。这

里，潘恩定下的是政治格言，而非英格兰法规则。

美国前总统把潘恩描绘成“卑劣且无足轻重的无神论者”（在这句话中，几乎每个措辞都不正确），不管我们赞同与否，至少我们必须同意，潘恩对美国宪法的分析确实力透纸背。其要点如下：

在人民的政府和人民的宪法之间，存在着根本的差异，不管政府是被授予国王，还是被授予代表性的议会。

该宪法“先于”政府。

宪法界定人民授予政府的权力，并依此种方式限制政府权力。

任何超越此界限行使权力的政府行为，都构成“无权利之权力”。

无论是哪个国家，只要它不承认宪法和政府的差别，那么它在事实上便没有宪法。因为政府的意志将不受制约，这个国家事实上奉行的是专制主义。

只有一点潘恩没有充分说明白。如果政府行使了无权利之权力，似乎必然意味着，人民将有相应的抵抗权。但，这是法律权利，抑或只是政治权利？这种抵抗是合法的反叛，抑或只是法律外的革命？或者进一步说，有无可能在国家自身的框架内设定一些条款或制度，据此，政府的越权行为和命令可以宣布为越权，臣民可以不受其约束，不承担遵守和服从它的法律义务？一句话，政府能否通过非暴力的方法，合法有效地受到限制？对这些问题，潘恩没有给出明确的答案。似乎可以假定，对“无权利之权力”的强行抵抗本身必须是合法的，而不能是革命性的。但是，在几乎所有的情形中，似乎除了诉诸某种形式的暴力之外，别无其他办法。

潘恩的建构中缺少一个明显的环节是违宪审查。他当时

写作的目的，是要证成事实上的造反行为，所以，毫不奇怪，他思考的主要是政治，而非法律；他心中的权利是人的权利，而非公民的权利；承认这些权利，本身是个法律外的行为，而非对政府的任何宪法制约。潘恩和许多性急的理想主义者一样，难以忍受对现在的权力滥用进行法律救济的拖沓迟延。但是，其他更富有宪法精神的人则认为，这种救济要真正有效，最终必须有法律的制裁。若干年前，坎登爵士曾主张，自然法的原则如要得到遵守，便必须融入英格兰宪法，而事实也的确如此。由坎登的话得出的必然结论是：法律的解释者应当是界定个人权利，并在此基础上探索合法政府之界限的人。对坎登和相同思维的人来说，权利的保障就是“宪法限制”执行。早在潘恩写作《人权论》甚至是《常识》之前，美国人就已经模糊地意识到了这一点。1764年，在《英格兰殖民地宣称的和证实的权利》(Rights of the British Colonies Asserted and Proved)一书中，詹姆士·奥蒂斯说：“如果最高立法者错了，国王法院的最高执行者应当指出该错误……这才是政府！这才是宪法。”^[12]1771年，波士顿惨案(Boston Massacre)一周年纪念在波士顿的“旧南教堂”(Old South Church)进行第一轮布道时，发生了一件很重要的事。布道者，即勒佛伦·詹姆士·拉沃尔(the Reverend James Lovell)谈到了英格兰国王，他说：“国王仁慈优雅但并非全知全能。他乐意按适当的方式倾听我们的诉愿：而且他本人也明白，虽然自己是世界上最强大的君主，但却臣服于神圣的法律之宪法(constitution of law)。国王乐意从英格兰的十二个法官处获得关于此种法律的知识。这些将证明，英格兰议会对我们的要求，不仅本身是不合法的，而且是彻底地僭越其作为美国国王的特权。”^[13]

宪法国家必然要有对政府行为的司法解释和限制——这

种观念起初是自发的、模糊的和本能的；只是在后来，它才获得了充分且自觉的发展。

然而，与同期或更早些时候反对专制政府的人相比，潘恩的宪法概念还有一点根本的不同。潘恩的一个基本命题是，真正的宪法总先于（*antecedent*）国家事实上的政府。如果“先于”指的是时间，那么只有在指自觉地于特定时刻写出的宪法（就像美洲十三个殖民地最近的做法）时，该原则才是真的。依此前提，惟一的真宪法好像只能是成文宪法，这种类型的宪法只是在 1776 年后始为人熟悉，而此前人们对此却连想都没想过。当然，英格兰十七世纪中叶的十年来应是个例外。潘恩心中的正是这种狭义的、全新的宪法定义。在其政治思想中，政府和被治者之间应有明确的历史的协定——这种非常突出的观念，使得它在道德上更为正当。

然而，对于“先于”，其他人同样可以有完全不同的理解。从前面博林布鲁克的引言可知，对他来说，宪法原则在政府行为之前，不是因为前者在时间上先于后者，而是因为前者在性质上和约束力上高于后者。伯克也持同样观点。事实上，在十八世纪末期以前，传统的宪政观认为，宪法是体现在民族制度习俗中的一套原则，它不外在于后者，也不在存在上先于后者。宪法国家是完好地保持着自由政制遗产之国。正如先例是所有法律的生命一样，它也是宪政的灵魂。自由主义者认为，他们奋斗的正是去保留“古代”的自由，而非先验地创造新的自由。

对早期“自由主义的保守者”来说，捍卫必要的自由意味着完整地保留本民族的习惯法。例如，爱德华·柯克认为，如果要反对专断统治以保护臣民自由，必须原封不动地保留部的英格兰普通法。对他来说，全部的普通法在某种意义上

是“根本的”。他仍旧依中世纪的方式把法律视作习惯。在他看来，全部的习惯法都具有高于立法的约束力。他心中的自由绝非启蒙时期的抽象观念。和古代一样，自由一方面包括个别的特定的具体的权利；另一方面包括作为整体的具体权利的集合。他的思维依据的是具体的权利和自由经验（rights and liberties），而非抽象的权利和自由观念（right and liberty）他把这些具体的自由视作特权（franchises）^[14]。

詹姆士一世在一次演讲里，对英格兰普通法法律人的思维习惯作了有趣的说明。其观点貌似现代但根源古老。1607年，国王比较了苏格兰人和英格兰人后说：“在我处理混乱的普通法导致的缺陷时，你们应该充分理解他们的根本法一词的意义。他们的法律由世代相袭的国王维持，而且相互间没有混乱冲突，朕所承继的王国（苏格兰）在公元前三百年便已存在。而这些法律正是该王国君主和世袭制的宝贵遗产。我说的是，与你们不一样，他们根本就没有普通法这玩意儿，他们只有王权法（Jus Regis）。”^[15]

在这段话里，国王实质上是要在“宪法”和其他法律间做出（我们今天视之为常识）区别。在把宪法（Constitutional law）拘限于王权法（Jus Regis）或王冠法（Jus Coronae）时，国王采用的是极端的观点，即君权神授论。毫无疑问，他这样做是有先例可循的，不仅是在苏格兰，而且也包括法国和英格兰。但是，他这番话的目的在于表明：所有普通法并不都平等地具有根本性，普通法的某些部分依其固有本质要比其他部分更为根本。这些部分指的是涉及国家最高政府机构的普通法。虽然就詹姆士而言，这些根本规则不过是对他自己王权的保障，但别的人则认为，这些根本规则可能包括，而且也实际上包括基于臣民权利产生的对王权的限制。S. R. 加蒂纳（Gardiner）

认为，作为臣民权利保障的术语，“根本法”只是在“造船费案”（Ship money）后才为人们使用。但事实上，在“造船费案”之前的很多年，就有这种使用的事例（尽管有点模糊）。例如，詹姆斯·怀特洛克（James Whitelocke）在 1610 年就曾宣称：“不经议会批准的税收违反了王国政体（policy）的自然结构和宪法，即王国的公法（*jus publicum regni*），因此颠覆了该领域的根本法，引入了新的国家和政府形式。而且违反了王国的自治法即私法（*Jus Privatum*），包括财产法和私权利法。”^[16]

从上述的少数说明性事例中，我们可以正当地推演出两个普遍性原则。在此，我将用简明概括的形式阐述它，并把它作为考察这些原则背后漫长的历史演变的基础或出发点。

潘恩认为，真正的宪法只能是有意识的自觉建构，政府只能是宪法的创造。不管我们在理论上怎样评价，这比其他学说要更符合 19 世纪以来现实的世界发展。不论推动这种建构的是宪法的政治哲学（如法国），还是事实的政治经验（如北美殖民地人反对大不列颠的革命），后来的宪法发展都遵循着相同的道路。自此后，在几乎所有的宪法世界中，成文宪法创建、界定并限制政府权力都成为一项普遍的规则。最早是在北美，其后移植到法国，由此传播到几乎整个欧洲大陆，再到今天的大多数东方国家。甚至是不列颠的殖民地也深受其影响。在此发展过程中，一个奇怪的现象是，英格兰（自中世纪始就最先开始对政府权力进行有效制约的国家）却成了个例外。但该例外只是表面的，而非真实的。伯克、坎登和奥蒂斯诉诸的实在原则并不因其“不成文”而不是“宪法性的”。英格兰，也许是现代欧洲国家中最富宪法精神的国家，但却是唯一没有将其宪法诉诸正式文件的国家。其之所以如此，不是因为像有些法国人说的那样，英格兰没有宪法；而是因为，对专

断统治的限制已经根深蒂固于民族传统之中，以至于英格兰并不存在对国民幸福的严重威胁，从而他们根本就没有必要采用正式法典。自成文宪法在 18 世纪末成为时尚以来，英格兰从未经历过剧烈的变化，因而也从未像 19 世纪的法国哪样，产生了一部又一部的成文宪法。然而，有人可能会反驳说，英联邦的十三个殖民地，政治传统跟母国一样，却毫无例外的采用了成文宪法，我们的联邦成文宪法只不过是它们的结果而已，这是为什么呢？

该问题可从两个方面来回答。首先，可以毫不夸张地说，美国成文宪法主要是很久以来实际有效的制度和原则的法典化。与法国和其他欧陆国家不同，它们根本就不是一种先验的或教条主义的东西。其次，美国的独立构成了连续性的断裂，从而要求一成文宪法，而英格兰则自 1660 年后从无此类事情。甚至是 1688 年革命（尽管其意义重大）也很少发生结构性变化（即使人们曾经想到过），以致有必要将其写入书面文件之中。1689 年权利法案，1694 年三年法案（Triennial Act）和 1701 年王位继承法（Act of Settlement），这些包含着获得了法律效力的革命性解决措施，都是以一般制定法的形式通过的。然而，种种迹象表明，当时，这些制定法，在某种意义或程度上，被认为是根本的。三年法案的措辞，如召集新议会的令状“最迟应在现存议会成立之始或解散以后三年内发布，（议会）从今以后永远都要定期召开”，确实证成了博林布鲁克的话：即在 1694 年至 1716 年间，英格兰发生了一番革命性的变化，甚至是 1688 年的革命人士也深为此革命性变化所震惊。如果只就盎格鲁－撒克逊制度而言，成文宪法与不成文宪法间的差异并不像刚性宪法和柔性宪法间的差异（布赖斯爵士的区分）那么大。英格兰不像 1776 年的美国，有这种机会或必要去

把根本的宪法原则制成法典。但是，这些原则确实存在过而且仍然存在。在特别的年代里，我们也不时听到将其法典化的呼声。从 1911 年到 1914 年，上院中所谓的“顽固派”或“死不投降者”，在对原有议会所有法案的参与权之外，要求给他们自己提供更为强大的保护；1914 年，在“爱尔兰地方自治法”（Irish Home – Rule Bill）的审议中，一小撮工联主义者甚至建议复活二百多年来都未行使过的王室特权即否决权。

1914 年他们创办了《坦率季刊》（*The Candid Quarterly Review*），以宣传类似的观点。该杂志没多久就停办了。它的第一期上有几篇著名的文章，其中的思想可用下述摘要来概括：“现代人认为，它们（早先国王的属性）已由国王转移给了首相；它们现在仅仅属于首相。首相已经变成拥有全部国王属性的国王，国王已经变成只拥有首相义务的首相。国王去议会乘坐的金质四轮马车事实上一无所有，首相至唐宁街乘坐的出租车则是整个世界。”^[17] 作者认为，这是个巨大的篡权。议会的支薪制，爵位的买卖，1911 年议会法，爱尔兰地方自治法都是剥夺国王特权和人民自由的卑劣阴谋的一部分。因此，国王应当行使他二百多年未曾使用的合法和根本的权利，否决“地方自治法”。该作者还指出，议会法仅仅给上院留了个搁置权，这种做法是违宪的，因而是无效的。

此后的世界大战转移了大家对宪法问题的注意力。但它们仍将重新凸现，而且在类似的问题发生后，也几乎必然如此。我相信，在未来的若干年中，会有更多的英格兰人要求，“大宪章之类的根本法”[奥利夫·克伦威尔（*Oliver Cromwell*）1654 年的话]^[18]应长期有效且永不更改。在英格兰，选举权的普及只是当代的事，很多具体措施我们仍记忆犹新，其政治后果尚未充分体现出来。尽管选民范围连续扩大，下院的成员

在很大程度上仍然是贵族性的。只要稍作研究，我们便会发现，贵族传统仍然令人吃惊地支配和限制着议会的行动。这些从古代继承下来的传统仍然像法律禁止性规定一样，有效地制约着议会的行为。只要它们存在一日，就没有必要用法律禁止性规定去限制立法机关，议会全能之法律学说便能安然存在而不受质疑。该学说之所以没有受到挑战，只是因为对于量多势大且能成功反对它的集团来说，它并不是危险之物^[19]。另一方面，明眼人一看即知，这种状况不可能永恒地存在下去。要不是议会全能法律学说棱角已被如法律般强有力的惯例磨光了棱角，恐怕它早就寿终正寝了。

当惯例失去效力后，法律将取而代之。惯例要么转化为法律，要么被完全抛弃。最近，有个事例颇能说明这一点。议会全能学说在统治事务（imperial matters）上碰了钉子。在 18 世纪的北美，议会全能的学说就已受到了挑战，其结果是美国革命。在我们自己的时代里，最近的威斯敏斯特条例（Statute of Westminster）让我们看到了惯例的崩溃和法律的取而代之。在殖民地，由于其传统之根不如母国深厚，惯例的无能早就被人们领教了。在英格兰，人们经常提到惯例和法律的平衡，尤其是自华尔特·白芝浩（Walter Bagehot）在对英格兰宪法的经典分析中提到该话题之后。在 1872 年《英格兰宪法》第二版的导言中，白芝浩对特权作了著名评论，这点早为许多人熟知。他说：“女王根本就不用诉诸议会，她只要行使其特权，便能解散军队……卖掉我们所有的战船，所有的海军补给品，她能够牺牲康沃尔郡（Cornwall）以求得和平，能为征服布列塔尼（Brittany）而发动战争。她能使每一个联合王国的公民，无论男女，成为一个贵族，使联合王国的每一个教区成为一所大学。她能解雇所有的公务员，能宽恕所有的违法者。”这些特权之所

以没有产生恶劣的后果，白芝浩认为，主要是因为有弹劾制。但弹劾制很早就过时了，在白芝浩写作的 1872 年尤其如此。现在已很难再复活弹劾制，以追究相关的部长责任。正如在詹姆士二世滥用自由裁量权的 1689 年那样，革命似乎是防止暴政的惟一办法。然而，在过去，一旦革命，人们往往把矛头对准国王和特权。过去成功反对国王的革命，现在则可能针对议会。它将由人民发动，因为议会伤害了人民公平正义的情感。这种革命似乎不可能发生，因为议会正日益反映掌握政权的新生力量变化着的社会观念。我想，在不远的将来，我们可以指望的，不是反对议会的革命，而是议会的转型。我们已经看到，工党首次执政不久，英格兰就充满着变革的气象。在世纪之交，如果你常出席下院会议，看到对重要且敏感的社会问题的争论，你便会被其中的多样性深深打动。表面上，似乎很少有变化。下院看上去仍和过去没什么两样。但有时人们则会注意到，议员的辩论已不像从前那样矜持拘束。政府和反对派属同一社会阶级之时代流传下来的惯例频频被打破。情形已与往昔有了微妙的不同。在分析议会的新成分时，我们吃惊地发现，事实和原来并不一样，而是已经发生了变化，它意味着将要发生更为本质的革新。随着传统的拘束日渐微弱，多数专制危险便来临了。如果我们仍试图像过去一样，尊重和保障少数人的权利，那么惯例便必须让位于法律。如果今日在法律上的议会全能一旦成为事实，那么，民主的专制必然随之而来。由于这些都尚未发生，英格兰今日在表面上（而非事实上）仍是潘恩原则（即随心所欲运用权力的政府事实上是没有宪法的政府）的例外。

作为一般原则，我认为，必须承认潘恩格言的真理性：“宪法不是政府的行为，而是人民建构政府的行为。”如果这是对

的，结论必然是，建构政府时所遵循的形式与限制便是宪法的定在，它在本质上高于其所创造的政府的行为。例如，人民的制宪行为把某特定的即所谓列举的权力授予政府，政府必然不得行使任何未被列举的权力。所有宪法政府本质上都应是有限政府。我们或许不同意该限制必然是（潘恩所指的）“先在的”，但对所有人来说，这些限制必定在某种意义上是“根本的”，“根本的”不仅意味着它们是基础性的，而且还因为它们是不能由一般法律程序改变的。

现在，我要大家注意的，是政治概念发展史上最后一个阶段：我们可称其为自我意识阶段。在这里，人民被看作是藉直接明确的制宪行为创造宪法的实体。但是，我认为，有充分的资料表明，这个最后的阶段只是更老、更悠久的阶段的延续，即宪法并不是创造，而是生长，不是国家法典，而是民族遗产。现代人把所有法律等同于立法，这使人们不再像遵守私法那样去服从宪法。我们也不再像中世纪那样，把宪法看作习惯：其所以有拘束力，因为它来自人类最初的无法追索的记忆。

这段古老漫长且不自觉的历史，是我打算较为详细论述的内容。但在此之前，我想提前阐明结论，即在所有相互承接的历史阶段，宪政有着亘古不变的核心本质：它是对政府的法律限制；是对专政的反对；它的反面是专断，即恣意而非法律的统治。现代，通过在国家政策的裁量事务上赢得主动权，人民代表们又为宪政增补了“政治责任”的内涵。但是，真正的宪政，其最古老、最坚固、最持久的本质，仍然跟最初一样，是法律对政府的限制。“宪法限制”，即使不是宪政最重要的部分，也毫无疑问是其最古老的原则。

注释

- [1] Quoted in the Oxford Dictionary s.v. “constitution.”
- [2] *Rights of Man*. The Complete Works of Thomas Paine (London). PP.302 – 303 ; Part II, chap. iv, P.370.
- [3] *An Appeal from the New to the Old Whigs* (1791). The Works of the Right Honourable Edmund Burke (1855). Vol. III ,p. 81.
- [4] Ibid. . p. 13.
- [5] *A Dissertation upon Parties* (1733 – 1734). The Works of Lord Bolingbroke (1841). Vol. II, p. 88.
- [6] Ibid.[I] . 105.
- [7] *Parliamentary History*, XVI . 20
- [8] *An Appeal from the New to the Old Whigs*. Works, I]I,30
- [9] *A Collection of State Tracts* (London, 1705). Vol .I, p. 106.
- [10] *Some Remarks upon Government* (written in 1689). In *State Tracts*, I, 159,160,162.
- [11] *A Discourse concerning the Nature . Power , and proper Effects of the Present Conventions in both Kingdoms* (1689). In *State Tracts*, I, 220.
- [12] *Some Political Writings of James Otis* (ed. by Charles F. Mullett; The University of Missouri Studies). p. 79
- [13] Hezekiah Niles, *The Principles and Acts of the Revolution in America*. p. 19.
- [14] “（公民权或特许权）是指什么呢？领主可以向农奴征收或低或高的税，但这违反了领地的 franchises。对自由人征税，必须经过议会的同意 Franchise 是一个法语词汇，在拉丁语中，它是 *Libertas*。”（1627.）。 *Parliamentary History*. II, 237.
- [15] *The Political Works of James I* (Cambridge, Mass. . 1918). p. 300.
- [16] *Howell’s State Trials*, II,481 在此 该演讲取名为 Yelverton 演讲。 Gardiner提供的议会辩论注释表明演讲人是 Sir James Whitelocke. *Parliamentary History*, II, 237.