



张千帆 | 著

西方宪政体系

英国联邦宪法

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

of the United States
to Tranquility, provide for the common Defense, promote the general
Welfare, We ordain and establish this Constitution for the United States

Article 1

All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

The House of Representatives shall be composed of Members chosen every second Year by the People of the several States, and the Electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.

No Person shall be a Representative who shall not have attained to the Age of twenty five Years, seven Years, and a Citizen of the United States when elected, who shall not, when elected, be seven Years a Citizen of that State in which he shall be chosen.

Representatives and electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.

Representatives and electors in each State shall have the Qualifications requisite for Electors of the most numerous Branch of the State Legislature.

美国联邦宪法

THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES

图书在版编目(CIP)数据

美国联邦宪法 / 张千帆著. —北京: 法律出版社,

2011.2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1757 - 0

I. ①美… II. ①张… III. ①宪法—研究—美国
IV. ①D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 013006 号

©法律出版社·中国

责任编辑 / 郭相宏

装帧设计 / 乔智炜

出版 / 法律出版社

编辑统筹 / 法律教育出版分社

总发行 / 中国法律图书有限公司

经销 / 新华书店

印刷 / 固安华明印刷厂

责任印制 / 张宇东

开本 / 720 × 960 毫米 1/16

印张 / 36 字数 / 724 千

版本 / 2011 年 1 月第 1 版

印次 / 2011 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

网址 / www.lawpress.com.cn

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782 西安分公司 / 029 - 85388843 重庆公司 / 023 - 65382816/2908

上海公司 / 021 - 62071010/1636 北京分公司 / 010 - 62534456 深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 1757 - 0

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

译注及符号说明

本书中案例或条文的译文力求符合两项原则：首先，或许和文学翻译不同，法律文献的翻译最注重原文的意义与精神；为此本书以直译为主，并尽量避免以文屈意。其次，只是在尊重原意的基础上，才追求章句的通顺与流畅。凡因语言结构或其它缘由而未能直译的文字，均标有[]号。当然，在不影响原意的基础上，其中亦可能包括为文字通顺而省略或添加之成分。

除了个别特例外(如“马伯里诉麦迪逊”),译案一般被给予四至六字的名称,以表征并提醒读者其所涉及的事实(如“美国银行案”、“人口调查第一案”等)。如果在具备法律效力的多数意见外还存在赞同或反对意见,那么多数、赞同及反对意见将分别获得注明,且各项意见的结尾以□号表示;整个案例的结尾则以■号表示。

每个案例都被其所在国汇编并装订成册,且具有其特定编号。一般而言,在案例汇册的名称缩写前后,皆各有一数码;其前者表示卷号,后者则代表页码。例如在“5 U. S. 137”或“1 BVerfGE 14”的案例标号中,“5”和“1”都是案例汇编的卷号,“137”和“14”则分别代表有关案例在该卷中的起始页号。

对于美国的联邦案例,法院意见的索引全部采用其官方报告(“United States Reporter”,简称为“U. S.”)之编码。各州案例则采用威斯特(West)机构根据区域所编辑的案码系统;例如按时期划分,“A. d”代表东部(Atlantic)地区的第一集,“S. W. 2d”则代表西南(Southwest)地区的第二集等。其余规则和上述联邦案例类似。

德国案例几乎全部来自联邦宪法法院的意见,德文“Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts”(简称为“BVerfGE”),英译为“Decisions of the Federal Constitutional Court”。其他规则和美国案例相同。

法国的案例比较复杂,因为它们主要来自三个不同的审查机构。首先,宪政院的案例就不止一个案码系统:“declarations de conformite”(简称为“DC”)包括了宪政院对议会法律的审查;如果议会因认为有关议题处于立法范围内而对先前立法进行增删,对其申请的审查则包括于“textes en forme legislative”(简写作“L”)。其次,国政院的案例通

2 美国联邦宪法

常以“CE”为标志,其争议组的联席意见(Assemblée du contentieux of the Conseil d'Etat),则表示为“CE Ass.”。最后,最高法院的意见通常以“Cass.”为标志,其刑事组意见标以“Cass. Crim.”,其全院联席意见(Assemblée plénière of the Cour de cassation),则表示为“Cass. Ass. plen.”。案例后一般标有法院下达决定的日期。

欧洲共同体的最高法院之案例,均采用其官方报告(European Court Reports,简称为“ECR”)的案码系统,并标有案例在其被提诉年中的序号。例如在“Case 120/78”中,分母(1978年)表示案例被提诉欧洲最高法院之年代,分子(第120)则表示该案例在提诉年之序号。另外,1998年的阿姆斯特丹条约对共同体条约的以往条款进行了全面归并、简化与整理。为方便查阅,本书在用新的标号系统表示有关条款的同时,仍以{}保留了旧的标号(例如“第14{7a}条”)。有少量条款曾在共同体的历史上发挥过重要作用,但后被删除。为避免混淆,这些条款之前一般附有“原”字,或将其标号置于{}之内(如“第{53}条”)。

由于篇幅限制,即使最重要与最精彩的案例也不得不有所删节。对绝大多数案例而言,这类删减是大量的,因而被翻译的部分仅是译者所认为的核心部分。所有在一个句子内删掉的字,皆表以“…”的省略号;删掉的整个句子或段落以“……”表示;为保持语句结构完整或行文流畅而有所删加的成分,则以“[]”表示。

最后,所有注解均包含于()内。这代表两类情形:直接注解(经常是注明所对应的原文)或章末注解的顺序标号。一般而言,两者以注文的长短而加以区分。

目 录

引言	(1)
一、宪法与宪政	(1)
二、构成宪法的条件	(5)
三、宪法学的意义	(6)
引言评论文献	(9)
第一章 司法审查的起源	(12)
第一节 联邦宪法概述	(12)
第二节 司法审查的起源	(16)
一、纵向审查:联邦法院对各州法院的控制	(18)
英民地产充公案	(20)
二、横向审查:法院对立法与行政的司法控制	(23)
马伯里诉麦迪逊	(27)
第三节 司法审查的意义	(33)
问题·评论文献	(36)
第二章 联邦政府的三权分立	(51)
第一节 司法审查权力的界限	(51)
一、“具体争议”与“政治问题”	(51)
二、执法特免权的司法审查	(57)
合众国诉尼克松	(58)
三、总统豁免权的最近发展	(61)
“克林顿豁免起诉案”	(62)
第二节 国会与总统的权力界限	(66)
一、人事任免权	(67)
二、总统否决权的界限——择项否决问题	(72)
三、立法委代和执法权力	(74)
第三节 “紧急状态权力”	(77)
钢铁公司占领案	(78)
问题·评论文献	(88)
第三章 联邦权力与州际贸易	(95)
第一节 联邦权力的起源	(95)

2 美国联邦宪法

美国银行案	(97)
第二节 州际贸易条款:早期历史	(103)
航运垄断案	(104)
领港调控案	(109)
第三节 州际贸易条款:现代标准	(112)
一、新政之前的贸易条款	(112)
二、新政之后的州际贸易	(115)
三、保守主义的最近发展——对贸易权力的重新界定	(117)
第四节 其他联邦权力	(120)
一、联邦的征税和开支权力	(120)
二、内战后修正案和重建权	(121)
问题·评论文献	(125)
第四章 州际贸易与各州权力	(131)
第一节 潜伏贸易条款:原则、标准与运用	(132)
一、潜伏贸易条款和内部政治平衡	(132)
二、现代利益平衡和各州交通调控	(133)
三、最新进展——地方网络控制	(137)
第二节 贸易歧视与保护主义	(139)
一、流入贸易	(140)
二、流出贸易	(141)
三、禁止出口州内资源	(142)
四、为州内企业保留生意	(143)
五、规则的例外:各州作为“市场参与者”	(146)
第三节 歧视性州税和政府之间税务豁免权	(147)
一、歧视性州税	(147)
二、政府之间税务豁免权	(149)
三、各州之间的诉讼豁免权	(150)
第四节 联邦优先与各州调控豁免权	(152)
一、联邦优先	(152)
二、各州政府的调控豁免权	(154)
纽约州诉合众国	(156)
问题·评论文献	(164)
第五章 法律正当程序	(171)
第一节 宪法及其修正案的人权保障	(172)
一、宪法正文的人权条款	(172)
二、《权利法案》	(173)

码头淤泥案	(174)
三、内战后修正案	(175)
第二节 “法律正当程序”的程序保障	(178)
一、《权利法案》的“选择吸收”	(178)
二、财产权利和程序性正当程序	(193)
第三节 实体性正当程序与经济自由	(203)
一、“经济正当程序”的兴起	(205)
洛克勒诉纽约州	(208)
二、“经济正当程序”的衰落	(212)
第四节 实体性正当程序与个人隐私权	(215)
一、实体正当程序的复兴	(215)
二、妇女人身自由与堕胎争议	(220)
宾州限制堕胎案	(221)
三、后现代的困惑? 同性恋问题	(228)
四、后现代的困惑?“安乐死”和决定死亡的权利	(233)
1. 拒绝继续治疗的自决权	(233)
2. “安乐死”与帮助自杀	(235)
五、当代反恐与正当程序	(239)
问题·评论文献	(250)
第六章 法律平等保护	(261)
第一节 “法律平等保护”之含义	(262)
一、行政归类与“事实歧视”	(263)
二、立法归类与审查标准	(266)
第二节 立法歧视与嫌疑归类	(267)
一、嫌疑归类与严格审查	(268)
1. 种族歧视与“隔离但平等”	(268)
2. 嫌疑归类与严格审查的起源	(270)
3. 校区隔离与平等保护	(272)
校区隔离第一案	(272)
4. 取消隔离的余波与遗产	(274)
二、经济归类与宽松审查	(280)
三、性别歧视与中等审查	(283)
1. 性别歧视的审查标准	(283)
2. 教育机构的性别隔离	(284)
3. 其他中等审查类别	(287)
四、“纠偏行动”	(289)

4 美国联邦宪法

1. 大学录取过程中的“纠偏行动”	(289)
2. 商业领域的“纠偏行动”	(295)
第三节 基本权利和利益	(299)
一、公民权利	(300)
二、选举权利	(303)
1. 政党的选举歧视	(304)
2. 选区划分与“一人一票”原则	(308)
选区重划第二案	(309)
3. 选举领域中的“纠偏行动”?	(311)
4. 选举体制改革及其限度	(320)
5. 总统大选中的平等保护问题	(323)
三、社会福利	(329)
四、公共教育	(331)
问题·评论文献	(337)
第七章 言论与新闻自由	(345)
第一节 言论与新闻自由的历史含义	(346)
一、英国的普通法经验	(346)
二、美国的宪政经验	(350)
第二节 20 世纪的言论自由	(352)
一、第一次大战和“清楚与现存危险”标准	(353)
抵制征兵第四案	(357)
二、各州在两次大战之间对左派言论的控制	(359)
左翼党派第二案	(361)
三、冷战期间的反共法案	(362)
1. 《史密斯法案》和“美共系列案”	(363)
2. 《颠覆活动控制法》及其他压制共产党的法案	(367)
四、现代标准：“平衡”还是“分类”	(368)
律师政治资格案	(369)
五、政府内部的言论自由	(374)
六、第 1 修正案和“象征性言论”	(377)
焚烧国旗第一案	(378)
第三节 走向 21 世纪的言论自由——从平衡到扩张?	(383)
一、挑衅言辞	(384)
1. 分类法的起源	(384)
2. 第一修正案之拓展	(385)
二、淫秽	(391)

1. “淫秽”言论的界定及其宪法含义	(391)
2. 网络时代的言论自由	(398)
三、商业言论	(406)
四、现代政府与言论自由	(411)
1. 政治分赃的限度	(411)
2. 行政国家与“补贴言论”	(415)
3. 信息公开与言论自由	(419)
五、“公共论坛”问题	(430)
1. “公共论坛”的传统理论	(430)
2. “公共论坛”的现代理论	(432)
第四节 新闻自由	(439)
一、自由言论和个人名誉:第1修正案对各州诽谤法的限制	(440)
纽约时报案	(441)
二、事前限制与新闻审查	(446)
禁止周刊诽谤案	(446)
三、国家机密	(449)
四、媒介与法院	(452)
第五节 集会与结社自由	(455)
一、结社自由	(455)
黑人协会名单案	(455)
二、游行示威和集会自由	(460)
1. 集会自由理论的发展	(461)
2. 集会自由和基于内容的歧视	(463)
问题·评论文献	(466)
第八章 宗教信仰自由	(474)
第一节 宗教信仰自由的历史	(475)
一、欧洲和英国	(475)
二、美洲殖民地	(476)
麦迪逊:《教税抗议录》	(478)
三、第一修正案及其后的发展	(481)
1. 第一修正案的制定	(481)
2. 案例法的发展	(482)
“中小学交通补贴案”	(483)
第二节 “自由活动条款”下的宗教信仰自由	(485)
一、“宗教信仰”的定义与范围	(485)
二、宗教信仰的活动自由	(488)

6 美国联邦宪法

“动物祭祀案”	(489)
三、自由与法治——宗教信仰的豁免权?	(493)
1. 宗教信仰的豁免权——肯定答案	(494)
2. 宗教信仰的豁免权——否定答案	(497)
3. 1990 年代的发展——刑法的特殊性?	(499)
4. 如何平衡宗教自由与法治? 关于宪法标准的争论	(502)
四、宗教自由与公民的其他权利与义务	(504)
1. 宗教自由与战争	(504)
2. 宗教信仰与言论自由	(505)
3. 宗教信仰与生命权	(506)
4. 政府与宗教——从自由活动到政教分离	(507)
第三节 政教分离与立教条款	(508)
一、教育资助——“分离之墙”和莱蒙法则	(509)
1. 检验“分离之墙”的高度——最初的努力	(509)
2. 莱蒙法则的妥协及其解释——1970 年代	(509)
3. 莱蒙法则的适用与挑战——1980 年代及以后的发展	(512)
4. 大学教育	(518)
5. 对残疾人的帮助	(519)
二、教学活动	(520)
1. 课程安排	(520)
2. 课间活动与学校设施	(522)
3. 课堂祈祷	(524)
4. 1990 年代的发展	(525)
三、赞助宗教	(529)
1. 对宗教信仰的特别优惠	(529)
2. 雇用过程与《公民权利法》	(530)
3. 宗教对政府事务的参与	(531)
4. 政府与宗教象征	(533)
第四节 政府与宗教——中立原则的困境	(538)
一、内在的张力	(539)
二、在自由活动和立教条款之间	(540)
1. 同时符合或抵触两项条款	(540)
2. 以保持政教分离为由侵犯自由活动	(541)
3. 以保持政教分离为由侵犯言论自由	(542)
问题·评论文献	(546)
附录 美国宪法选译	(554)

一、美国联邦宪法	(554)
《美利坚合众国宪法》(1788 年)	(554)
宪法修正案条款	(558)
二、英国的《大宪章》(1215 年)	(559)

引 言

《西方宪政体系》是一套对中文世界的学生介绍欧美等西方国家宪法的系列丛书,《美国联邦宪法》则是其中的一部。在西方宪政主义兴起之后,宪法已成为现代政治学中最熟悉的词汇之一。但在东方世界,虽然“宪法”一词早已存在,它在人们的现实生活中似乎还是一个相当陌生的字眼。“宪法”究竟是什么?它应该在普通人的政治与社会生活中发挥何种作用?我们又为何要研究、学习西方宪法?在本套丛书的系统讨论之前,似有必要对这些问题作一简要回答。

一、宪法与宪政

汉语中的“宪法”即为根本大法的意思,也就是规定人类活动的一套基本准则。《汉书·萧望之传》中有“作宪垂法,为无穷之规”一语。所谓“宪”,就是法度、典章,但又比一般的法更为基本和永久,^[1]且带有模仿、典范的意思。故《诗》云:“文武吉甫,万邦惟宪。”^[2]《书》曰:“惟天聪明,惟圣时宪。”^[3]《孔疏》对此注解道:“宪,法也,言圣王法天以立教于下。”所谓“法”,就是对个人具备约束力的社会习惯、实践或共同接受的道德准则。近代法律通常见于由政权机构制订的成文典章,用以维护社会秩序与公正。故《史记》曰:“法者,治之正也,所以禁暴而率善人者也。”^[4]和基于统治者个人意愿的人治相反,法治就是按照法律来治理国家。我们祖先很早就认识到,法治乃是社会得以长期安定的基础。因此,“知法治所由生,则应时不变;不知法治之源,虽循古必乱。”^[5]法治的最高形式是宪政(Constitutionalism),也就是以宪法治国的政治体制。

在中国历史上,帝王在理论上被要求恪守儒家的伦理规范。^[6]但在实际上,由于法律观念和制度的不健全,皇戚贵族事实上不受任何宪典和法律的有效约束。所

[1] “宪”一词常带有先祖成规之意,不得轻易改变。因此,“以朝廷为必可背,以法纪为必可干,则我祖宗宪典甚严,朕不敢赦。”(张居正:《请戒谕群臣疏》,转录自《汉语大词典》)

[2] 《诗经·小雅》。

[3] 《尚书·说命中》。

[4] 《史记·孝文本纪》。

[5] 《淮南子·汜论训》。

[6] 见《魏书·元子思传》:“又皇太子以下违反宪制,皆得纠察”(转引自同上)。即使如此,皇帝与太子本人似都不受此约束。

谓“宪法”亦多指一般的刑事法,完全不能限制帝王和国家主权的行为。^[7] 例如《国语》有言:“赏善罚奸,国之宪法。”^[8]但这里的“赏”、“罚”显然都是针对普通百姓——或至多官员个人,而非政府主权的整体。约束政府主权及其最高元首的宪政观念并不存在于东方,而是产生于近代西方。

在近代意义上的“宪法”,乃译自英文的“Constitution”一词。根据词典定义,它是“规定政府性质、职能及其限制的根本性法律或原则”;^[9]是“整体权力来自被统治者的政府宪章”,是“民族或国家的基本组织法,用以确立其政府的特性与观念,对政府的内部运作规定其所必须服从的基本原则,组织政府并调节、分配及限制其不同部门的职能,并规定主权行使的范围与方式”。^[10]

在《立宪政府与民主》一书中,弗瑞奇(Carl Friedrich)讨论了“宪法”一词的含义与职能在西方历史上的演化。^[11]在哲学意义上,亚里士多德(Aristotle)把宪法(希腊语 politeia)视为整个城邦的政治秩序。在人类有历史记载的民主开端——雅典民主时期,人们并不认为政府和个人之间存在着不可调谐之矛盾。国家只是一种特殊的社团而已:它是所有公民为追求幸福而形成的一种“公共”(Public)组织,即包括一切有限社团的普遍社团。宪法即为规定这种普遍社团的组织结构之法律文件。虽然古希腊哲学家很早就阐述了政体变换的机制,且早在雅典民主与罗马共和时期就出现了权力平衡和利益代表的体制设计,基于秩序和谐的传统政治理论一直持续到中世纪结束。那时发展起来的自然法理念和基督教有关个人意志自由之教义,虽然对国家权力有所制约,却并未从根本上挑战政治哲学的传统观念。相对于国家而言,个人仍然缺乏被承认为不可侵犯的基本权利。

到16与17世纪,部分由于宗教势力的衰微和新兴商业阶层与封建贵族之间的利益冲突,西欧出现了中央统一政府的需要,由此兴起了霍布斯(Thomas Hobbes)等提倡的绝对君主学说。但与此相对应,反对无限君权的权限说亦从此崛起。尤其在洛克(John Locke)于1689年发表的《二论国民政府》之后,西方人对政府与个人的关系之认识发生了显著转变,以至到今天,政府权力被视为个人权利的对立面。宪法也被赋予新的意义,它被认为是一部限制政府权力、保障个人权利的法律文件。因此在职能上,现代宪法的作用主要表现为对政府权力所施加的有效限制。弗瑞奇指出:

[7] 在《现代宪法》一书中,韦尔(Kenneth Wheare, p. 1)作了如下定义:“在有关任何政治事务的日常讨论中,‘宪法’一词通常被用于两种意义。首先,它被用来描绘一国政府的整套体制,即建立并调节或统治政府的规则之汇总。这些规则部分具备法律效力,因为普通法庭承认并运用它们;另一些规则却并不带有法律效力,而是采取成例、常识、习俗、常规的形式;虽然法院并不承认它们是法律,它们对政府的调控却和那些被严格称为法律的规则同样有效。”

[8] 《国语·晋语九》。

[9] American Heritage Dictionary, 2nd College Ed., 1982, Boston: Houghton Mifflin Company.

[10] Black's Law Dictionary, 6th Ed., 1990, St. Paul, Minn.: West Publishing Company.

[11] Friedrich, *Constitutional Government and Democracy*, pp. 122—6.

“权力限制的全部总和构成了特定社团的‘宪法’”；“除非程序限制得以确立并有效运行，真正的立宪政府并不存在。”^[12]

由此可见，宪法概念在近代发生了根本性的转折。宪法不仅规定了政府结构及其运作程序，而且定义了政府不得侵犯的个人权利。事实上，前者只是手段，后者才是目的。为了保障个人权利，政府结构的关键设计乃在于地域和职能上的分权。这项学说由洛克明确提出，而到孟德斯鸠的“三权分立”理论趋于完整。早在1787年联邦宪法草创阶段，立法、执法与司法权的分立已被美国的缔造者们全盘接受（见本书第二、三章）。今天，尽管在实际运作上，三权分立因政府规模之膨胀而受到削弱，它在西方宪政中已具备不可动摇的理论地位。弗瑞奇指出：“分权乃是文明政府之基础、宪政主义之内涵”；“通过分权，宪政主义对政府行动提供了一套有效制衡的体制……它是一套保证公平运作的规则，从而迫使政府对人民‘负责’。”^[13]

分权确实是宪政的基础，因为它是维持政府权力与人民权利之间平衡的必要手段。一个国家的政治权力越是集中于中央的某个集团，就越难存在能与之抗衡的社会势力，并进而使分权之实现愈加困难。权力越集中，它就越容易为掌握政权的个人所滥用，而普通人民的权利就越容易被侵犯。在人类历史上，权力和权利之间的失衡是经常发生的事情。如果在人类社会的发展早期，人们因生存与合作之需要而在个人之上形成了普遍的集体权力，却未能清醒意识到自身所应有的独立、自由与人格，而少量的政治经验又未能使他们洞察权力集中所可能产生之后果，那么人类的命运势必在很大程度上取决于自然赋予他们的机会。在东方，自然条件要求或允许人们在获得完备的政治智慧之前即形成强大的专制政府，从而产生了国家与社会的最初失衡。等他们被以后的周期性灾难与动荡惊醒时，为时已经太晚。对于一个长期习惯于专制的民族，宪政的宝贵机会终因丧失其文化基础而几乎一去不复返了。

在这方面，欧洲或许更幸运一些。由于各种原因，那里难以形成一个控制整个大陆的“大一统”国家。在漫长的中世纪，微弱的中央权力受到地方贵族的有效限制，因而按地域形成了一种自然的权力分配。1215年的《大宪章》（Magna Carta），就是一部英国贵族迫使约翰王（King John）接受的封建宪章；它规定了封建贵族与君主之间的权利与义务关系。当然，这些早期的宪章仅限于保护贵族的法律权利，缺乏财产与教育的普通百姓则无权问津。随着资产阶级的兴起，财产权以新的形式扩散于整个社会，且整体教育水平亦有所提高。在阶级利益的冲突与斗争中，平等公民权的政治观念在欧洲重新产生。它一开始仅包括新的富裕阶层，然后于19世纪逐步扩展到所有成年男子、妇女和非白人种族。正如弗瑞奇所说：原来局限于贵族与有产者的宪法权利获得了“民主化”。英国就是最早实行这类有限民主化的国家，尽管其“宪法”至今仍旧采用不成文的习惯法形式。在今天所有实行宪政的国家内，宪法在原则上不

[12] 同上，p. 131, 173。

[13] 同上，p. 5, 26。

分种族、性别、财富或教育程度,对所有公民的基本权利予以平等保护,使之不受国家法律的歧视或侵犯。

当然,西方国家的宪政发展也远非完美。把视野局限于政府权力之限制,过分夸张政府与个人及社会之对立,以至于造成了观念上的狭隘、片面与僵化,并使得宪法之精神亦未能渗透到现代西方社会的深处。这些不足之处部分是出于对权力与权利性质的误解。事实上,权力(Power)和权利(Rights)是一对相关且相对的概念,两者的共同点在于它们都代表了一种能力。正如霍布斯指出,“权力”乃是实现某种未来目标或利益的能力;“权利”则代表了采取某项行动或不受他人行动之干涉的自由。由此可见,权力标志着积极(Positive)行动的潜能;权利则可同时具备积极或者消极(Negative)的含义。^[14] 例如批评政府官员的言论自由,可被视为一种含有进攻性的权力或“积极”权利。但如把它理解为不受国家限制或干涉的自由时,这项权利即含有“消极”的保护意义。因此,权力和权利之间的分界并非总是那么清楚。只是在习惯上,权力一词才通常被用于具有侵犯或进攻能力的强者——例如政府或其官员,而权利则限于那些容易受到侵犯、需要特殊保护的弱者——例如相对于国家的个人。从这个角度来理解,权力是富于进攻性的“矛”,而权利则通常是提供保护的“盾”。(参见本书第五至七章)困难在于国家同时是两者的源泉,因为即使对个人权利,亦只有在政府机构贯彻宪法或法律条款时才获得切实保护。如霍布斯所言,没有国家,权利就形同虚设。因此,完整的理解应承认,政府同时是个人权利的保护者与潜在的侵犯者。

个人权利是否只可能受到国家权力的侵犯?这种理解显然过于狭隘。事实上,对政府保护的需求本身,即意味着一个人的权利亦可能受到他人或社会的侵犯。在资本主义工业社会,权力的一种形式——财富——过分集中于少数人手中,从而更增加私人侵权的可能性。因此,要对每个人的权利提供切实保护,就不能把宪法条款狭隘地理解为仅针对国家,而不适用于社会上的权势人物或集团。只有制止来自各方面的侵犯,普遍意义上的权利才能获得真正的保护,在宪政国家里生活的个人才能获得完整的人格。作为普遍权利的保护者,政府的意义是不可忽视的。政府并非在任何情形下都是人民的盟友,但亦未必是其天然的敌人;否则,政府为什么还能存在于理性的人群之中呢?政府和人民的关系既不应该是极端的对立,亦不可能全然和谐,而是一种建立在文化与共识上的平衡。一个权力过分集中的强大政府固然是对人权的致命威胁,但一个政权支离破碎的无能政府也同样不能达到其保护公民权利之目的。显然,一部完善的宪法必须能够合适处理分权与统一、制衡与效率之间的矛盾关系。^[15]

[14] 在此,“消极”仅表达权利的一种性质,并无褒贬或否定之意。

[15] 张千帆:“宪政与民主:论美国联邦政府的三权分立与政党统治”,《中国社会科学季刊》1996年春季,总第十四期,页145—167。

二、构成宪法的条件

综上所述,现代宪法可被定义为一部反映人民理性意志的普遍法律文件。它由人民按照宪法所规定的程序所创造、维持与修正,以建立一个按照宪法基本原则去行动与运作的政府,并通过宪政来保护每个人的自由、权利与独立人格。基于这项定义,一部“合格”的宪法必须符合以下几项要求。

首先,宪法是一部成文的法律文件,因而必须对政府与社会具备约束力。在这一点上,宪法和普通的法律是一致的。要实现保护普遍的人格与权利这一基本目标,宪法条款必须能够在人们的日常生活中发挥实际作用。真正的宪法并不是一代统治者的“花瓶”,被社会的某个集团用来宣告与粉饰其暂时的胜利。相反,它是全体公民的权利宣言,是为实现这一宣言所必需的理性政府之结构蓝图。要有效地约束政府行为,使之真正成为个人权利与社会公益的保护者,一部合格的宪法必须设定某种可行的机制,来处理政府任何分支的越轨行动。和孟德斯鸠的三权分立说相一致,这一职能通常由特殊的司法机构完成,由此衍生出司法审查或宪政审查。^[16] 以司法性质为主的中立机构必须被赋予宪法权力,以根据宪法条文之规定,去审查由公民本人或不同政府部门针对国家机构所提出的法律申诉。如果不能被独立的司法机构所实施,宪法就只能是一纸空文而已;即使权利条款包罗万象,它们也只不过是空中楼阁,毫无现实意义。既然在人民的实际生活中可有可无,当然它也就不能期望获得人民的尊重与认同。因此,由法院独立审查所保障的现实约束力,乃是一部宪法之所以合格的必要条件。

其次,宪法是一部法律文件,但并不是普通的法律文件。不论如何冗长,宪法不可能包括人们在日常生活中需要调控的全部细节;否则,它必然挂一漏万,防不胜防。相反,宪法所反映的,乃是全体人民在基本原则的重要问题上所达成的一致共识。至少在两个方面,这使得宪法条款不同于任何普通的立法或规章。首先,宪法文字通常措辞笼统、含义广泛,从而给司法解释以很大的回旋余地。如果宪法因其解释权的不当行使而失去了可被遵循的确定原则,那么所谓的司法审查权只能导向法官个人的人治——而非法治。因此,司法机构必须发展出一套和谐的案例法,严格与谨慎地发展对宪法的基本条款之解释。与此相联系,宪法的普遍原则不可能——也不应该——受到立法机构或人民自身的频繁修正。尤其对于整个联邦国家而言,经由民主程序的修宪努力在实际上极难成功。这项程序上的现实困难,要求司法机构能按照法律的精神和社会需要来灵活解释宪法,在条文不变的情形下赋予宪法以合理的意义,使之在变化的社会中不断获得新的生命力。

总之,宪法本身的特性对宪政审查机构作出了双重要求。从案例体系的整体角

[16] 即美国的“Judicial Review”和法国的“Constitutional Review”;联邦德国则两者兼备。参见下册第三章。