

01

CHAPTER
第一章

憲法能為我們做什麼？

憲法究竟能為我們做什麼？對於每一個關心憲法的公民，這是首要關心的問題。每個理性人都是實用主義者，這也是我們對待憲法和法律的態度。公民研究法律，更多的是出於如何用法律更好地保護自己的權益；立法者研究法律，是因為適合特定社會的法律能給那個社會帶來最好的秩序；即便是罪犯研究法律，也是為了逃避法律的責罰，或將法律給自己帶來的成本降低到最小。

在這個意義上，確實如霍姆斯（Oliver Wendle Holmes）所說，法律是為「壞人」設計的，或者說我們得用「壞人」的眼光來看待和設計法律；¹ 在法律面前，聖人和罪犯是「平等」的：我們大家都是以一種實用主義的態度看待法律，我們所關心的主要是法律給我們帶來的現實效果，而不是法律本身，因為歸根結底，法律是為了你我普通人服務的；脫離了現實中的人，純粹的「法律」本身是沒有意義的。

憲法是最高的法律，但是就和一般法律一樣，憲法也只能從它對現代社會的現實功能找到自己的意義。再崇高的憲法也不是「自在」、「自為」的，而是為人服務的。因此，只有從功能主義視角入手，才能弄清楚憲法或憲法學究竟是什麼。

1. 霍姆斯：〈法律的道路〉，《南京大學法律評論》秋季號（2000），頁6-19。

一、憲法的功能主義視角

1. 法律是公民頭上的「緊箍咒」

要問憲法能為我們做什麼，首先必須回答我們為什麼需要法律。我們不妨從《西游記》中的經典對話開始。對於普通公民來說，法律就好比孫悟空頭上的緊箍咒；一旦悟空做錯了事，師父唐僧就要唸幾句，讓愚頑成性的他痛苦不堪，以致不得不痛改前非。當然，這個比喻引出的問題可能比解決的更多。其實唐僧並非神仙，他也只有一雙凡人的肉眼，還不如孫悟空的火眼金睛，常常識別不出妖魔鬼怪，因而經常錯怪、冤枉了悟空。既然如此，憑什麼唐僧有唸緊箍咒的權力？如何保證唐僧不唸錯經，或不在不該唸的時候唸緊箍咒？我們甚至還可以問，唐僧唸的這部「經」到底是什麼呢？這部「經」本身會不會錯呢，譬如懲罰了不該懲罰的行為？《西遊記》不存在這個問題，因為咒語是全知、全能、至善的如來佛定的，他老人家從不會犯錯。問題是在我們現實社會中，確實「從來就沒有救世主，也不靠神仙皇帝」，從來沒有如來佛為我們立法；立法者也是會犯錯誤的凡夫俗子，這樣如何保證他們規定的「經」不出錯呢？這些問題對於憲政來說都是至關重要的，下面再進一步探討。

對於我們現實生活來說，「緊箍咒」還是有必要的，因為人非聖賢，因而不能指望依靠每個人的道德覺悟約束自己的行為；作為常人，我們不僅會犯錯誤，而且可能犯「罪」——也就是做出「傷天害理」、嚴重侵害他人利益的事情。沒有法律約束，沒有國家強制實施法律約束，至少某些人就會像孫悟空那樣無法無天，而這不能為任何良好的社會所容忍。人類建立國家的目的，就是為了讓所有人生活得更好。為此，法律不得不限定人的自由，為每個人「畫地為牢」；超越法律設定的「雷池」一步，我們就侵佔了鄰居的自由空間。

或者，我們也可以用法律的「鳥籠模型」來表達同樣的意思：法律之於人類，猶如鳥籠對於籠中的小鳥一樣；法律就是一張約束言行的無形之網，籠罩在每一位公民身上，任何超越法定界限的行為都應受到國家制裁。當然，這個比喻也同樣引出了更多的問題，譬如究竟由誰決定「鳥籠」的大小？如何避免發生「鳥籠」被製造得太小的情況？如果小鳥大小不一，鳥籠是否應大小一律平等，還是應該按照個體特徵有所差異？如何防止小鳥類似，但鳥籠大小不一，甚至小鳥大籠子、大鳥小籠子的不合理狀況？

不論如何，以上兩個比喻已經足以說明法律的社會功能。不錯，生活在孤島上的魯濱遜是不需要法律的；無論他如何行為，除了他自己以外不可能傷及他人。然而，一旦他有同伴，他們之間的關係就多少需要道德規則約束；生活在一起的人越多，個人平均活動空間越小，個人自由越是需要規則約束。一旦社會達到一定規模，個人自覺遵行的道德規則不再可靠，至少個人規則的協調將產生巨大成本；社會需要統治，而統治無非是指接受一套統一的法律規則之治。

概言之，法律對於任何一個社會主要有三個方面的功能。一是維持社會秩序，保證個人安全，懲罰犯罪行為，維護基本的公共利益。二是協調社會行為，為人類社會活動提供基本的規則框架，譬如規定「紅燈停、綠燈行」或「靠右行駛」的交通規則。對於第二類功能，法律規則本身的內涵是不那麼重要的。事實上，我們也完全可以規定相反的交通規則，譬如香港就沿襲了英國「靠左行駛」的交通規則；我們需要的只是一套在特定區域內一致實施、沒有矛盾的規則，從而避免個人之間的約定產生的巨大成本（讓行車者自己約定究竟靠左還是靠右行駛，顯然是極為繁瑣甚至危險的）。

最後，與此相關的是，一套確定的法律規則體系將給我們在社會活動中產生理性預期，而這種理性預期對於任何有目的、有計劃的社

會活動是必不可少的。² 老闆之所以在某個地方開工廠，一個重要原因就是在那個地方能找到足夠數量的相對穩定的工人；工人之所以到那個工廠打工，是因為他們相信老闆不會在一夜之間不付報酬就消失，而老闆之所以信任工人，是因為他知道工人對他的理性預期是可信的，反之亦然。雙方的選擇都是基於自己和對方的理性預期，而這種預期是需要法律支撐的；設想國家宣佈明天不再實施合同法，工人為老闆幹活等於白幹，工人對老闆還有任何預期嗎？老闆對工人的預期還有任何預期嗎？我們之所以對彼此的行為選擇存在相對穩定的預期乃至信任，在很大程度上是因為我們都生活在同一個法律框架之下。在這個意義上，所謂的「市場經濟」並非沒有計劃，而只是將計劃的權力從政府轉移到是個體而已。法治的作用正是保證個人行為的可預見性，進而促進社會理性。

即便對於刑法，人們對實施效果的預期也是重要的。如果一個國家制度漏洞多多，刑法對眾多貪官污吏形同虛設，那麼不僅社會上貪污腐敗盛行，而且刑法的偶爾實施也會讓個別「倒霉」的貪官大跌眼鏡、連呼「失算」。本來不論是為官為民，人們對社會回報都有一個正當預期，但是由於法制廢弛，貪欲誘使權力不受控制的官員肆無忌憚地進行「權錢」、「權色」等各種交易，及至遭遇「不幸」查獲的小概率事件，只能自嘆「早知如此，何必當初」，可惜為時已晚。由此可見，一個可以形成理性預期的法律制度，即便對於貪官也是有好處的。

2. 霍姆斯：〈法律的道路〉，頁6-19。

2. 憲法是支撐法網的權利框架

在明確了法律的基本功能之後，現在可以看看憲法的功能了。法律功能主義的基本前提是具體法律是「良法」而非「惡法」，但是如何保證法律是「良法」？這就是憲法學須要考慮的問題。這個問題尤其重要，因為法律其實並非如來佛為孫悟空量身訂造的「緊箍咒」，因而未必總是適合其所適用的對象。法律是人類為了統治自己而制訂的，而人是不完美、有缺陷的；正是因為人有缺陷，所以才需要法律的統治，但這也表明由人制訂的法律本身必然是有缺陷、不完美的。《國際歌》唱得好：「從來就沒有什麼救世主，也不靠神仙皇帝；要創造人類幸福，全靠我們自己。」既然我們不可能把任何意義的「如來」請來人世，人間的法律從來就是我們為自己打造的一副「緊箍咒」，而這副「緊箍咒」可能太緊。或用「鳥籠模式」來說，籠子的空間過分狹小，不必要地限制了籠中鳥的自由。

憲法的功能正是在於保證「緊箍咒」不至於太緊，「鳥籠」不至於過分狹小，籠罩在每個人身上的法網不至於過分限制人類自由。法律為了公共利益而限制人的自由，憲法則為了人的自由而限制法律的限制；法律衡量人的行為是否危害公共利益，憲法則衡量法律是否侵犯個人權利。在這個意義上，憲法是法律的法律，是衡量法律的標準，也是支撐法網的權利框架；一旦法網收得過緊，憲法的權利支架即發揮顯現作用。從功能主義視角來看，憲法不同於普通法律的獨特作用在於保障公民權利。在這一點上，憲法和普通法律的作用力正好相反：雖然憲法和普通法律都是為了使所有人都更好地享受自由，但是普通法律為此目的而限制人的部分自由，憲法則要求普通法律回歸其原初目的。

值得注意的是，法律存在制訂和執行兩個環節，而憲法學主要涉及前者，後者一般是行政法學的事情。如果如來佛的緊箍咒做得大小

正適合孫悟空，而唐僧錯唸了緊箍咒，那麼問題不在緊箍咒本身，而在於控制緊箍咒的人；如果「鳥籠」的規格設計得平整，而在製作過程中走樣變形，最後大小不一，也並非「鳥籠」的原初設計不對，而是製造者偏離設計方案的結果。這些問題發生在執行過程，因而屬行政法治問題；不服者可以將實際製成的「鳥籠」和原初的設計模型相對照，並要求撤換不合規格的「鳥籠」。然而，即便行政法問題也和憲法制度有關。為什麼行政不按立法執行？事實上，如果行政不受立法和民意監督，那麼就很難實現依法行政；如果唐僧的權力不受約束，唸錯經其實是挺正常的事情。如果不能指望如來佛或觀世音的約束，那麼只有迫使唐僧在某種意義上對孫悟空負責，才能控制唐僧唸經的隨意性。

如果「緊箍咒」或「鳥籠」本身的尺寸不合適，那就更不是行政法治所能解決的問題了。如果沒有如來佛，如何保證「緊箍咒」尺寸合適呢？誰才有資格規定「鳥籠」的大小？立法過程在本質上是人類為自己訂造「鳥籠」的過程，究竟誰是立法者？這是一個首要的憲政問題。在憲政落後國家，人民就是被動的「籠中鳥」，等候他們之外的某種力量為他們規定並製作限制自由的籠子。在這種狀況下，是無法保證「鳥籠」設計合適或製作過程符合設計方案的。沒有民主憲政，既無法保證立法是「良法」，更無法實現「良法」之治。

因此，從功能主義的角度看來，社會是需要法律限制的，但法律限制必須是有必要、合目的的，也就是保護每個人的基本自由和生存空間，而非過度或任意的。那又如何保證法律的合目的性呢？這就是憲法的主要功能。憲法禁止法律沒有必要地限制個人自由，或以任意的方式區分人的權利和義務。在這個意義上，憲法是限制的限制，是衡量法律限制是否適當的標準。例如某地政府的徵地補償標準太低。如果標準規定本身沒有問題，而政府沒有按規定執行，那麼這是一個行政訴訟問題；但是如果政府嚴格按規定執行，問題在於規定的標準

本身太低，那麼行政訴訟就無能為力了。在這種情況下，只有通過憲法要求徵地這道加在老百姓頭上的「緊箍咒」達到公正補償的幅度。

二、法治是什麼？

在進一步解釋憲法和憲政之前，有必要解釋法治的含義。由於憲法也是「法」，因而憲法和一般法律之間存在共同性。當然，憲法和普通法律之間也存在差異性；憲法不是一般的法，而是「更高的法」，是衡量一般法律的標尺，一般法律相對於憲法來說是被衡量的對象。但是不論出於共性還是差異，都有必要首先理解法與法治的基本特徵。

改革開放三十年來，至少從1999年修憲開始，「法治」成為全國上下一致追求的目標。毫無疑問，相對無法無天的人治，法治是巨大的社會進步。然而，法治的大力推行也造成神化法治的泛道德化傾向，而一旦泛道德化，不但許多法治問題說不清楚，而且也會模糊視線、誤導方向。假如法治等同於人權，我們似乎就不須要再追求自由了；假如法治等同於民主，我們似乎就不再需要民主了。但實際上，法治就是「法治」，也就是依「法」治國，而不是「民主」、「人權」的代名詞。嚴格來說，即便一個獨裁和專制社會也有法。看看高度極權「大一統」的秦朝，嚴刑峻法還尤其之多；如果官吏嚴格執法，也未嘗不能使這些「惡法」落到實處，而這樣的社會也未必不能被稱之為「法治社會」。在這個意義上，1980年代的「刀制」、「水治」之爭非但沒有擊中問題的要害，反而模糊了法治本身的局限性。³

3. 參見《法治與人治問題討論集》編輯組：《法治與人治問題討論集》（社會科學文獻出版社，2003）。但參見其中於光遠先生的論文：〈對人治與法治問題討論的一點看法〉（頁7-11）。他在當時就清楚看到法治的局限性，例如「法治也不一定傾向於民主」。（頁9）

由此可見，「法」和「法治」本身是道德中性的概念。就和法未必是「良法」而非「惡法」一樣，法治未必能保證良治、遏制惡治；法治既可以和大眾民主聯手壓迫少數人，也可以由少數僭主篡權壓迫多數人。秦朝之所以走向暴政，不在於其是否有「法治」，而是因為它欠缺法治本身所不能提供的東西。專制體制下制訂的法也是「法」。雖然這樣的法可能是侵犯基本人權的「惡法」，但是「惡法」至少在形式上仍不失為「法」。而一部法在實體上究竟是「良法」還是「惡法」，往往是見仁見智的問題，不可能在法治框架內得到答案。要保證法是「良法」、保證政府依「良法」而治，必須解決法治之外的一系列制度問題：「法」由誰制訂，由誰執行？為誰服務？在這個意義上，馬克思的法律工具主義理論並沒有錯：法確實是為「統治階級」服務的，關鍵在於誰是控制法律公器的「統治階級」。

1. 法律是一種強制性義務

作為公民頭上的「緊箍咒」或限制言行自由的「鳥籠」，法律首先是一種強制義務。法律的通常表現形式是禁止加懲罰，例如中國刑法第102條規定：「勾結外國，危害中華人民共和國的主權、領土完整和安全的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑。」因此，純粹法學派創始人凱爾森（Hans Kelsen）指出：「法是一種強制秩序」，是「規定制裁的初級規範」。

法律的義務觀雖然看上去很嚴格，但實際上是以自由主義為出發點，因為它承認人生來自由，只不過人生活在現代文明社會，行為必須接受限制，因而法律不得不給他套上鎖鏈；在法律限制之外，人是自由的，政府不得隨便干預。因此，法國《人權宣言》第5條規定：「任何未被法律禁止的事都不得受到阻礙，且任何人不得被強迫去做

法律並未命令的事情。」換言之，法律義務不僅限制公民自由，而且也排除了政府的非法限制或干預。

作為自由主義的一個面向，法律義務一般是消極的：法律一般只禁止對社會有害的行為，而不要求對社會有益的積極行為。當然，少數法律可能規定積極義務，例如法國的法律懲罰見死不救的不作為。另外，少數法律是受益性的，譬如社會福利法的主體是授予一種利益，但這些畢竟只是少數例外。無論是刑法、行政法還是環境法或侵權法，絕大多數法律都是以規定義務的形式出現的。即便是強調權利和義務對等的合同法或公司法，也還是通過規定對方的義務來保障自己的權利，只不過民法義務不是針對國家的義務，而是針對私人的義務，但即便是民法義務也同樣是通過國家強制實施的。

2. 法律是普遍適用的

法律是普遍適用的強制性規範，而不是針對特定個人的規範。⁴然而，普遍適用並不等於平等適用。我們通常認為，現代西方法治和傳統中國「禮治」的最大區別是法是「平等」適用的，禮則按照人的身分和地位而有差等，⁵但是這其實誤解了法和禮的本質。禮、法在本質上是相同的，都是統治社會的規範。兩者的主要區別在於禮是一種社會道德規範，而法是國家強制實施的法律規範，但是在禮的法典化之後，即便是這個區別也模糊了。對於我們來說，兩者的最大區別無非是「禮」是古代的，「法」是現代的：其實法也不可能是絕對平等的，在這一點上和禮沒有本質區別，只不過禮的區分標準（君臣、父子、男女）早已過時而已。

4. 當然，某些國家的議會可以就特定人或事通過決議乃至「法案」（private bills），但是這類「私人法案」並非通常意義的法律。

5. 例如「君君，臣臣，父父，子子」，《論語·顏淵》。