

# 宪政初论

陈端洪

## 引言

《成文宪法的比较研究》的《前言》部分有段耐人寻味，发人深省的话：“当一个刚刚升入天国的人询问圣彼得，他是否可以得到一部当地的宪法时，他惊奇的被告知这是不可能的，因为根本就没有这种东西，天国里的居民是宁愿不要宪法的。”人不得不反思：看来宪法纯粹是世俗的制度，不具有永恒的价值。那么，宪法究竟为何物？人国里为什么需要宪政呢？真正的宪政又如何可能呢？

正是怀着这样一种好奇心，作者多年来一直在思索，在探求那一个又一个的“为什么”。以下是作者的初步认识。全文共分五部分，第一篇从语义学的角度解释宪法意义，遵循了自亚里士多德以来的双层定义系统。第二篇论宪政的有限政府原则。作者从宪政的双层矛盾入手，描述了对抗式思维传统与斗争历史，同时也简单介绍了黑格尔的有机宪政观，最后达到对《人权宣言》宪法观的全面理解。第三篇探讨宪政的理念，由于篇幅所限，作者只集中研究人文理念。只有理解这种人文精神才可能透彻理解宪政主义的思想背景。第四篇追溯宪政源流，反思英美法宪政特色。从历史的比较的角度达到对宪政的多方位理解。第五篇论宪政保障，重点论述宪政的社会基础。全文主要的思考对象是西方宪政，同时兼论中国近代立宪失败的文化原因与社会民众方面的原因。

### 一、语义解析：宪法的双层定义系统

虽然宪法一词中国古已有之，尚书有“监于先王成宪，其永无愆”，《国语》有“赏善罚奸，国之宪法”之说，但作为近代意义的制度和理念，宪法完全是舶来品。它源自西方政治传统，中文的宪法二字不过是西文 constitution 或 constitutional law 的翻译符号而已。日本最先使用中文“宪法”一词，始见于圣德太子十七年宪法，非今日之含义，西洋观念进入日本后，始用“国宪”二字表达，到了明治十年（1887年）才改用“宪法”二字。中国西学及渐始而转道日本，宪法之情形如斯。因此，要解悟宪法真谛还须摆脱中文典籍造成的先入之见，深入到西方的政治法律文化之中去。

英文 constitution (法文同形)，源自拉丁文 constitutio，最基本的意义是指事物的组成、构成与构造。这个词带有心理学、生理学的色彩，一个国家的构造 (constitution) 包括民族性格、习惯、行为方式、道德、爱好、语言、礼仪、宗教、家庭、教育、服饰，它的优点与缺陷，等等。这里指的不是一种法律结构。亚里士多德说宪法是一种生活的模式，就是基于广义的理解，亚氏这一广义宪法定义后来由孟德斯鸠《论法的精神》作了最好的解释。

在政治层面，constitution 指的是一国政府的构成或组织方式，尤其是指最高权力的配置，简言之，即为政府的框架或权力结构，设计成文宪法的目的就是为依此铸造国家，用亚氏《政治学》中的话来说，宪法规定国家的各种职务，并规定何为统治集团及何为社会目的。这就是狭义的政治宪法。亚氏的双层

宪法定义形成了西方政治法律文化的政治法律文化的一种传统,后人多沿袭其说(比如黑格尔)。

1732年博林布罗克勋爵(Lord Bolingbroke)曾这样写道:“用贴切的与严谨的话来说,宪法一词,意味着由某些不变的合理原则衍生出来并旨在实现特定公益目标的法律、体制与习惯作法的集合体,它构成一国的基本制度,在此制度之下,公众方可同意接受管治。”典型的反映了英国人的宪法观,它强调一些古已有之的不变的政治原则与公共福利,而对通过成文法律分配权力关心不足,按照共同的文化传统,宪法就代表着政府和针箍法的运作。

不管有无书面的法律文件,只要一国有普遍接受的政治序列 ordering 与权力配置,只要民权有保障,我们就说它有宪法。每个国家都有自己特定的构成,但却未必有宪法。当成文宪法真实的反映了一国国情或权力配置时,我们就说它是真实的宪法;不一致时,就说它是虚伪的宪法,即所谓的有宪法(文件)而无宪政。当我们指责某国没有宪法时,并非指它没有一部成文宪法。如果把这种指责理解为“它的宪法的产生逐渐产生的而不是一次产生的,那么这种职责就属于字眼上的而没有根本属性”这种批评针对的是一国政府权力的来源与制约,即那里缺乏确定的政治序列(),统治是专断的。比如绝对君主国即无宪法。

广义的宪法囊括了狭义的政治宪法,后者必须与前者相一致。从形式上看,它虽然是人制作的文件,但却不是随意完成的。黑格尔承继了亚氏的双层宪法定义,认为,政治宪法“不是制造出来的东西”,它取决于社会与市民,即广义的宪法,是“数世纪的作品”,政治宪法必须“与特定发展阶段的国民性质精神相一致”,不是“可以自由选择”。然而,宪法不只是简单的规定国家的构成,制宪者必须考虑到国民是什么,能成为什么,能作些什么,从这里出发,希望国民更好,把他们引向光明的未来,“立法者的责任在于促成使我们结成社会的那些社会品质的实现。”

## 二、宪政:有限政府

所谓宪政,简言之,就是有限政府。它指向一套确立与维持对政治行为和政府活动的有效控制的技术,旨在在保障人的权利与自由。

宪政关涉到两种关系:(一)政府和公民之间的关系,换套概念来表达,即权力与自由(权利)的关系;(二)政府各部门之间的关系,或者说政府各不同性质的权力极其运用。前一种关系是一对主要矛盾,对它的不同理解构成不同国家观和宪法观的基础。后一对矛盾是加强前种关系的的有效控制手段,两对矛盾的对抗和平衡是宪法不朽的主题。宪政主义意味着在政府和公民的关系中对政府进行法律限制,在被治者的权利与自由和政府的有效运作间谋求微妙的平衡。

宪政主义的根深植于中世纪甚至古代社会。古希腊人不注意划清治者和被治者之间的权力界限。这方面在古罗马始显雏形,已公民的习惯权利的形式出现,一直贯穿于中世纪。欧洲的经验大体相仿,而美国尤具代表性。英国地方封建贵族与城市行会是限制君权的两股力量,国王总是被迫以特许状 charter 来确认其特权。1215年的《大宪章》Magna Carta的作用就是限制王权尤其是国王的征税

权。1628年国会向国王提出《权利请愿书》，1679年国会又通过《权利法案》，一次次把自己的要求归那成文字材料，这样通过点点滴滴的努力确立了君主立宪制。革命前的法国没有可与美国《大宪章》相提并论的东西。由于各种复杂的原因，法国历史上反对不断膨胀的绝对专制主义的斗争没能凝结成一套机制以便对王权进行有组织的抵抗。宪法作为人民的根本政治契约的典范是美国提供的。美国通过成文宪法使政府权力明确化、法制化。但宪法最初通过时没有权利条款，这不仅仅是技术上的缺陷，它的后患无穷。于是民主党人立起倡议，于三年内通过了最初十条修正案，合称《人权法案》，从而进一步使政府与人民的界线宪法化。

世界立宪史向人们说明，立宪政体就是控权政体，自由的政体；宪法不仅是一种权力，而且是一种对政府加以控制的法律。“宪政即有限政府”的古典信条就是一种自由主义的宪法观。

如何处理政府和公民之间的关系的前提是主权的归属问题。英国过去奉行君主主权，无所谓宪政。后改行议会主权，所谓议会主权，实际上是以后总混合主权，因为议会由人民、贵族与国王组成。既然如此，君主立宪制便只能称作有限的宪政国，不彻底的有限政府，王权豁免原则（现在大有改进）就是一种封建残余。十六、十七世纪反对君主专制的学说中开始出现人民主权的提法。十八世纪卢梭正式阐明了这一原则，从此成为人民革命的武器，成为现代国的基础。美国《独立宣言》、法国《人权宣言》、1787年美国宪法与1793年法国宪法都使这一理论法律化。既然主权在于人民，那么政府的存在自然降格为第二位的意义，它必须以人民为目的、以人民为主体。政府的存在是因为它负有保障公民享有其公民权的使命。林肯的“民有民治民享”可谓最好的理解。从此，有限政府的理想有了最坚实的基础。

在政府各部门的关系或者说在各种不同权力的关系和运作上，分权与平衡制约便是宪政主义的两大操作原则，现代立宪政体的假定之一就是政府职能与权力应当分配给不同部门。这种分配过程的原则被称为分权原则。在这里又得任亚里士多德为开山鼻祖，他说，“一切政体都有三个要素，作为构成的基础，一个优良的立法家在创制时必须考虑到每一要素，怎样才适合于其所构成的政体，……三者之一为有关城邦一般公务的议事机能；其二为行政机能部分……其三为审判（司法）机能”，洛克是近代承继亚氏与波里比阿分权学说的第一大家，在《政府论》中他提出了立法权、行政权与联盟权分立的思想。孟德斯鸠集其大成，系统的论证了立法、行政、司法三权分立的原则，后来成了现代西方政治的基本原则。

十八世纪的启蒙思想家，包括北美殖民地的启蒙思想家大多认为，至少在理论上早已存在一种完美的相互平衡制约的政府——那就是英国宪法所规定的政体。美国立宪者沿袭了英国宪法的古典思想背景，但在1787年的气氛下卖国政治领袖再也不便公开承认这一点，他们把三权分立的观念与建立互相平衡制约的古老道理结合起来，设立两院制立法机构，强有力的总统（具有否决权），司法独立，禁止立法机构的成员同时担任行政部门的或内阁职务以防止立法机构或行政部门可能出现的不正之风与腐败，所有这一切都是对一个不能完全信任的政府施以分权和制衡的种种手段。

诚然，在政治实践中，三权是交织的，许多政治学家和宪法学家都认为古典三权分立即使在美国也不复存在。不管实践中三权是如何的可能交混，但这都无伤于清晰区分三权的那些理论原则的价值。

以上剖析反映的是一种普遍的、对抗式思维：政府与公民，政府各部门之间；或者说权力与自由及各种权力之间的对抗以及对政府的不信任态度。黑格尔不满足于这种对抗式思维，他以和谐作为价值准则，认为政府与公民之间，政府各部门之间必然存在一种“调和”（mediation）反对“以权制权”或“以野心对抗野心”的理论，主张三权之间重在合作，而不是勾心斗角，政府各部门就象人体各部位一样，各部分区分明确而又互相依赖，通过合作完成整体的目的。“宪法乃是一系列的调和”。这种思想背后的理念就是政治有机体的理念，把国家设想为一个有机体，认为个人从属于社会，整体高于部分，并把公共幸福看作最高价值。这种观念是从亚里士多德那里继承过来的，中世纪的阿奎那亦持此观念。

通过上述对两种关系的剖析，我们便能完整贯彻的理解法国《人权宣言》所宣称的“凡分权未确立与权利没有保障的社会就没有宪法”的全部内涵了。“宪法者，国家之构成法，亦即人民之权利保障书也”，孙中山先生此语可谓对《人权宣言》宪法观一准确注释。宪法的功能就在于分配权力组织政府机构保障人权，宪法学就是一门关于权利与权力的科学。

### 三、人的至尊与迷误：宪政的人文理念

宪政不仅仅是一套控制政府行为的合法性的技术，它同时指向一套价值观念。作为一种人文制度，它背后隐藏着深厚的人文精神。因此，要真正理解有限政府的理想，必须透过其制度与技术层面深入到它的人文理念中去。

宪政主义是一种人文主义。立宪的历史长河中流淌着绵绵不息的人文精神。人文主义一词在公元前约150年产生于罗马，出自西庇阿家族，与野蛮与野性相对立，表示教化的理性。在中世纪，人被视为神的创造物，人文主义有着与永恒相对立的悲惨的涵义。人类意识的两个方面——内心自省与外界观察一直在一层纱幕下处于睡眠或半醒状态。人类只是作为一个种族、民族、派别、家族或社团的一员——只是通过某些一般的范畴而意识到自己。文艺复兴时期意大利人使对一切事物做客观处理成为可能，同时主观方面也相应的强调表现自己：热成了精神的个体。人文主义获得了广泛的含义：人性再一次被看作是“人的高级状态”。这种自由人格的发展标志着一种新文化的诞生，它们融合成一种传统，在政治上被称为“民治人文主义”。这种传统强调，一个独立公民的道德品质乃是从事有益政治活动和为国家无私奉献的先决条件。这种民治人文主义发展成了北欧文化。在英国的文化中，它也激励了十七世纪伟大的共和主义思想家弥尔顿（Milton）哈林顿（Harriington）锡得尼（Sidney）等人的创作活动。随后这种思想在十八世纪通过大量的通俗读物与翻译作品广为流传。这种价值观渗透到整个西方世界有教养阶层的思想深处。这套思想旨在建立一套推行“公众事物”与“人民福利”的制度，手段是：废除帝制，建立一种经选举产生的立宪政府。传统的国家走到了尽头，人从此被确立为一切政治制度与行为的主体和目的。人民的公正无私的美德受到了最大的尊重。只有当人性复苏，人学会了客观观察世界，内省自己，确立了独立人格之后，宪政与人权才可能成为现实的主张。狄骥

说：“笛卡儿所说的‘我思故我在’就是产生《人权宣言》和全部拿破仑法典的源泉。”因为那是经验理性主义的时代。

宪政主义假定人的价值与尊严的至高性，即人的神圣性。这也是基督教的一个核心观念。在基督看来，人之所以是神圣的，需要特别的尊重，乃是由于人是神的儿子，在有限的生命内寓藏着不朽的灵魂，人参与着神的计划。康德把人的神圣性解释为源于人的理性与自主性，人的合理选择能力成了后来宪法在世界遍地开花的共同信仰基础。古典宪政主义者都肯定人的价值。美国《独立宣言》及法国《人权宣言》一致确认人的尊严和主动精神的价值都带有希腊哲学和基督教欧洲思想打上的烙印，并接受上帝的保护。他们靠诉诸自然法思想获得支持以反对绝对专制，这种认为在实在法之上存在一种更高的道德法的理念就如狄骥所说的，“人时常需要看不见的东西来说明看得见的东西……用作他们所证明的现象的支柱和动因”。美国《独立宣言》所宣称的“人生而平等，造物主赋予人某些不可剥夺的权利”就是这种思潮的产物。

在强调人的价值和尊严，人类理性的神圣性的同时，人文主义也隐含着迷误和弱点。宪政对行使权力的人施加制度制约，就是为了防止人性弱的一面为害。还是让我们重温麦迪逊的教诲吧：“但是政府本身不是对人性最大的反照又是什么呢？如果人都是天使，任何政府都没有必要了。如果是天使统治人，就不需要对政府有任何外来的或内在的控制了。”天国里的居民是不知宪法为何物的。正是因为人民是有美德的，人是有理性的，宪法和宪政方有可能，也正因为人是人，是有弱点的可能迷误，因此，才需要宪法和宪政。

人们往往容易把宪政主义和民主理论混为一谈。二者对人的价值的肯定是一致的，在一些非民主传统国家，比如中国、菲律宾，探求民主的斗争往往是以宪政的形式实现的。宪法成了确立国内安定统一与政治合法化的机制和程序。其实，宪政主义更倾向于对人性持悲观态度。“谈到权力”，杰斐逊写道，“别再说什么信赖任何人，还是用宪法的主张把他束住吧。”民主制相信人民的选择，注重决策者的产生程序，宪政主义更关系决策的实质内容的合法性。

中国近代立宪缺乏宪政的文化传统与道德基础，因此，必然出现制度与精神、技术与理念的脱节。“儒者三者之纲，为吾伦理之大原”，纲常维系的中国社会里，人只是意识到自己是一个种族、家族或阶层的成员（身份意识），没有把自己与社会角色分离开来。义务本位与集体本位扼杀了个人独立性和主体意识。即便在变法时，士大夫仍抱持“中学为体，西学为用”的原则，死守孔教，坚持在宪法中明定尊孔。“此宪法之自杀也，‘此宪法自取其效力之告白也’”，“这腐朽思想布满国中，所以我们要诚心巩固共和政体，非将这般反对共和的伦理文学等等旧思想，完全洗刷干净不可；否则，不但共和政体不能进行，就是共和招牌是挂不住的”，“伦理的觉悟为吾人最后觉悟之最后觉悟。”独秀先生此论，切中肯綮，发人深省。

宪政的风行，是人的解放，要真正实行宪政还须先解放人自身。

#### 四、宪政源流与类型：历史的比较的理解

象其他许多近代的政治概念如自由、公正、尊重法律一样，宪法与宪政也起源于希腊对城邦制度的看法。对全体希腊人来说，城邦就是一种共同生活，参与政治就是最高的幸福。希腊人处理政治事务所遵循的种种制度可以把雅典作为实行民主宪政最著名的典型来加以说明。雅典行宪的历史可以追溯到公元前六世纪的最后几年。至少有两个世纪之久，雅典一直是宪法变革的舞台，雅典的宪法充当了实行民主政治的完善手段。雅典男性公民全体构成公民大会，由公众选举产生议事会以人民的名义行事，向公民大会负责（这种政治代表制最令人感兴趣）；公众通过法院圆满的实现对官员和立法的控制；全雅典人划分为百个市区，实行地方自治。直接民主制、选举制、代表制、司法审查、地方自治等制度背后的概念与理想就是雅典人对城邦的理解，对参与政治赋予的价值。对在希腊的民主宪法下，奴隶的存在被认为是天经地义的，是社会发展、走向完善的必要条件，由于希腊岛上城邦林立，各城邦用现在的眼光看不过是一个个中小城市，因此，它们的宪法在内容上具体入，一般的政治事务都包括在内，有利于近代意义的根本法观念。西方许多历史学家反对用现代词汇去套古代古代事物，反对关于希腊有宪法的提法，因为下列语中没有宪法一词，constitution 源自拉丁文，亚里士多德用的是 politio 一词，有人将它译为政制。但无论如何，下列的一些制度在当代是被纳入宪政范畴的，我们不能否认其宪法意义。

在人类思想的长河中，宪法与宪政这类名词经历了许多内涵上与观念上的修改，我们必须根据这些观念得以体现的各种制度以及这些制度得以发挥作用的 社会环境来理解其意义。古罗马共和历史，中世纪教皇与国王分权制约，国王与地方领主的制约，所有这些都不能不反思其宪法意义。

现代学者均推英国为宪法母国，在十八世纪启蒙思想家心中，英国宪法所规定的政体是一种完美的互衡制约的政府，国王、上院与下院三位一体，互相平衡；君主政体、贵族政体与民主政体惊人的结合在一起。英国的君主立宪制是“王制与宪制”的巧妙结合，被启蒙思想家誉为对传统专制主义与新兴民主政体的一种超越。君主立宪制所代表的折中主义是当时世界的特点。有趣的是，阿奎那在十三世纪就把有限君主制作为他的理想，所以过去一些有名的作者论述英国政制的合理性和美妙时都把阿奎那的政论奉为经典。

英国宪法的基本理念是自由。自由是英国人根深蒂固的理念。孟德斯鸠在 1731 年指出：英国是“世界上最崇尚自由的国家”。“自由、民族、宪法”三位一体，成了自由派的思想纲领。英国行宪的历史就是不断与王室争夺自由的历史。不列颠人几乎从一开始便为反对王权，维护本身的权利与自由而不断向法律文件和特许状乞灵，一次次把自己的要求归纳成文字材料并力求以最庄严的形式获得承认、批准和保证。这种遗风充分的表现在美国人身上，制定成文宪法以求一致遵守就是这样一种心理与传统的承续与发挥。但奇怪的是，英国始终没有形成一部成文宪法，这要归因于资产阶级革命的不彻底性以及经验主义的文化传统。起初人民希望用《大宪章》把国王约束住，但约翰王及其后裔对《大宪章》置若罔闻。经验教训了英国人，他们不愿追求那种大而全的一纸空文而宁愿从事一点一滴的改革。特定的历史条件造成了英国一方面有大量通过数世纪斗争得来的宪法性文件与习惯性原则却没有一部统一的成文宪法这样一种独特的局面。英国宪法是改良的、渐进的、经验的、理论后于实践，是各种斗争的妥协，不具有社会根本政治契约的典型特征。潘恩以民约论为指导思想，从权力的来源的角

度，断然否定英国有宪法可言。他说：“所谓《大宪章》不过是迫使政府放弃它所掌握的一部分权力。它并不是宪法那样创立权力并把权力赋予政府，而至多是具有一种收复政权的性质，但并不是宪法”；《权利法案》也不过是政府各部门瓜分权力、利益和特权所做的交易；“至于国民，这个法案说，你们有请愿权，这就是你们的一份。既然如此，《权利法案》还不如叫做邪恶法案和侮蔑法案更恰当些。”它进而冷嘲热讽，“宪法这个词由于会议记录在议会的演讲词中，就象张贴在百叶窗上的‘厌烦’和‘嘲弄’等词语一样流行起来。”潘恩的批判针对的是英国君主制与民权没有保障，他完全从民主共和的角度看嗲宪法，没有英国的宪法和自由传统，美国是不会知道宪法为何物的。

美国宪法是启蒙运动发展的顶峰，即十八世纪西方科学界和学术界成果用于人类社会伟大尝试的高峰，是人类史上宪政主义作为组织政府的合理的正常方式的典范，使宪法作为根本法的现代观念正式得以确立——在一系列事件（比如印花税法）的冲击下，他们深刻的意识到英国把宪法和政府混为一谈的宪法观的危害，意识到政治的基本的基本原则必须从立法机制和其他机构手中解脱出来并凌驾于它们之上，力求使之成根本大法。用成文的“永久性的”根本大法使革命合法化，先有宪法后有政府，这样“照着食谱作布丁”就是美国人对宪法的最大贡献。这种方法背后的理念是：宪法是民治政府权力的唯一合法的形式来源。程序与技术方面的贡献是：由制宪会议制定宪法，民众批准宪法的程序及司法审查权。从思想来源说，决定美国1787年走向的主要是共和主义，政府互相平衡制约的理论和三权分立的学说。这些思想都是从欧洲思想家那里学来的，他们的成就在于通过联邦制在大国实行共和，把三权分立和平衡制约结合为一体，一句话，在于运用之妙。

1789年法国革命推翻了旧制度，法国效仿美国的榜样颁布了《人权和公民权宣言》，宣布了旧制度的死亡。《宣言》反映出美国《独立宣言》的政治内容和从伏尔泰到卢梭的法国思想，与民主共和国的思想相吻合。1791年宪法确认立宪君主制，当时流行的社会思潮是开明专制。这部宪法把《人权宣言》作为序言，充分体现了三权分立的思想。它虽使法国免于专制主义的危险，但却背离了卢梭的民主精神，它把公民依法纳税标准分为“消极公民”与“积极公民”，把人们从封建等级推想税收式“阶级划分”，从贵族的封建特权过渡到了富有者的经济特权。因此，该宪法公布后遭到激烈批评，它的性质决定了它必然短命。1792年新国民议会正式宣布法国为共和国，至1864年史称第一共和国。此间共颁布了1793年宪法、和1799年宪法。1793年雅各宾宪法确立了民主原则与经济权利，可惜一直未施行。1795年宪法抛弃了直接民权的思想，取消普选制与“人生来是且始终是自由的并享有平等权利”的著名条款，它标志着热月党人反动的圆满成功。1799年拿破仑宪法虽然保留共和国的招牌，实际上确立了名为执政政府的君主政体。1804年拿破仑称帝，1814年通过钦定宪法宣布国王权威，是贵族和大资产阶级的妥协产物。以后又有1848年第二共和国宪法、1875年第三共和国宪法（责任内阁制）、1946年二次大战后第四共和国宪法，1858年第五共和国宪法即至今有效的宪法。

从上面的简单回顾可以看出：法国宪法史可说是世界宪政史上最富于戏剧性的，政治的变革典型地伴随着国家组织机构的变革与宪法的变革，与英国情形迥然有别。《人权宣言》是法国宪法最为光辉的一页，它把平等和自由紧密地结合

起来，平民的革命在推翻封建特权和封建制度的同时突出了平等的重要性，这正是英国人所未能做到的。革命党人和资产阶级全都寄予平等无比的价值。这就是法国宪法的一大独创。相反，使 1789 年法国资产阶级感到奇怪的是，“英国人根本不喜欢谈论平等。在英国的大资产阶级看来，自由和权利应该同出身和财富成正比，而平等只会动摇社会等级和为平民谋利的一架战争机器。”法国宪法不如美国宪法“民主”，这是因为两国背景不同造成的，美国的民主是有平等的事实带来的。

法国宪法是哲理的，非经验的，政治理论先于实践。它的影响并不在于它的成功与否而在于思想震动，在于它的现代理念。

## 五、从理念到秩序：宪治的保障

宪政主义追求有规则的自由与和平的政治秩序。它的两个方面——有限政府与人道政府的理想要转化为现实的秩序依赖于一系列的有效机制与良好的社会基础。

首当其冲的是创制一部道德上向善、政治上可行的宪法，并以宪法为指针建立一套健全的法制，这就是法治原则。法治假定法律规则具有普遍性、明确性、公开性、一致性、合理性，不溯既往且具有强制力，是不带感情的理性统治。最起码的要求是政府在宪法和法律的范围内活动，以便给公民生活留一块自由的净土，古典宪政主义尤其强调合法性，是一种法治主义。潘恩反复强调的那个命题——“宪法对政府来说就是法律”代表了古典宪政主义者的共识。“宪法并不是政府的法令，而是人民组成政府的法令”，“是一种对政府加以控制的法律”。

宪法权威之下的秩序被称为“宪制法治”（constitutional ‘rule of law’）。它区别于古代的法治，因为它以宪法为指针，以代议机构为核心。它区别于人治，不仅因为它是依既定的法律规则行事，而且因为它包含了责任原则，即要求政府向公民或通过代表机构向公民间接负责、没有一套行之有效的机制责成统治者的责任就不可能有稳定持久的宪法秩序。靠统治者个人良心或承诺承担责任，那是人治，最多不过是开明的专制主义。

这里一个关键性的概念：“合宪性”（constitutionality）应运而生。合宪性控制有两层含义，第一层意思指对实体与程序法律规则适用上的监管；更高层的是指保证对深层规则的遵循，即对人权对人的自由的尊重。人们往往强调了前者而对后者关心不足。宪法的法律效力应当理解为包括以上两方面内涵，光是严格遵守法律规则而不关心人类的基本道德与价值，那是纳粹也能做到的事情，从根本上背离了宪政的精神。

在合宪性控制方面，美国作出了创造性贡献，最高法院通过判例确立司法审查权。最高法院在审理具体案件中如果发现法律、命令或州宪法、条约与联邦宪法相抵触时可以宣布有关条款无效。这样，通过不断的解释发展了宪法。法国的创造是设立专门的宪法委员会，它的主要职责有：保证总统选举的合法性；出现争议的情况下对两院议员选举的合法性作出裁决；监督公民投票程序的合法性；对法律、议会议事规则合宪性的征询权。它的审查是一种非诉讼的、事先



的审查。与美国最高法院的司法审查权相比显得低能。普通法院更不能审查法律合宪性，因为在法国“法庭无条件遵循法律来审理案件，与美国情形不同，法国司法机关的存在并非为了研究法律是否符合宪法，司法权的次要地位和立法权的纯代议性，这是法国公法中两项永不变更的原则”。前联邦德国宪法法院权力最为广泛，为德国宪政与人权保障作出了不可磨灭的贡献，它对政治后进国家起了示范作用。

宪政的最终保障取决于社会和公民，即托克维尔所讲的“民情”。所谓民情，“它不仅指通常所说的心理习惯方面的东西，而且包括人们所拥有的各种见解和社会上流行的不同观点，以及人们的生活习惯所遵循的全部思想。”宪法的真正基础是“人民的美德和主权”，法律必须依靠原则的公正以及国民对它感兴趣才能获得支持，“宪法的巩固依靠风俗的善良，依靠对神圣人权的知识和理解”。

民治人文主义除了它政治上深远的意义外，在社会和道德方面也意义重大。共和国需要一种处于平等地位的善良的公民：独立性强，拥有一定的产业，而且并无人为和世袭的高低贵贱之分，他们并不愿意为全社会的幸福牺牲一己的许多私利。除了一般道德之外，托克维尔认为，没有什么观念可与权利观念相媲美了，或者毋宁说两者是浑然一体的。使人们能用以确定什么是专制与暴政的，正是权利观念。权利观念明确的人，可以独立的表现自己的意志，正直地服从法律，履行公民的职责。但是单凭一纸宪法，不足以使人民学会行使自由权利和履行公民责任，这需要社会土壤，需要从身份到契约的革命，只有处于平等关系之中人们才可能产生个体感与社会连带感的综合感情——权利与义务之感由此而生。黑格尔仰望于“国家的集体精神”，尤其是国民对国家理想能够与自由的特定的意识方式。自由不应再是一种需要满足的冲动，而应成为一种永久性格，成为生长在非冲动本性中的精神自觉。基于政治有机体的理念，黑格尔认为宪治的另一保障在于各部门的协调与交互联系。没有其他部门的协作，任何部门都不能制定、授予或执行政策。他也论及对各部门施加的体制性制约与体制对掌权者的教化。宪法从表面上看是一系列原则与命令，但它更是一种教化。宪法秩序的形成既靠外在强制更取决于宪法在公民心中的内化。

正是在社会基础方面，我们看到了中国近代立宪的悲剧因素。梁启超曾谓：“然立宪之动机起自政府而不起自人民，则其结果必无可观者，此不可不熟察也。”历史发展的结局被他不幸言中。陈独秀先生更加精辟入里的分析国民主体意识对宪政的意义：“所谓立宪政体，所谓国民政治，果能实现与否，纯然以多数国民对于政治，自觉居于主动地位为唯一根本之条件……倘立宪政治之主动地位属于政府而不属于人民，不独宪法乃一纸空文，无永久厉行之保障，且宪法上之自由权利，人民将视为不足轻重之物，而不以生命拥护之，则立宪政治之精神完全丧失矣。”古德诺曾谓：中国数千年束民久定于一，非一则不能定，岂能袭用共和政体耶？“中国之不适用共和，亦根于中国之历史而来。”不管其居心如何险恶，其言足令吾辈深思。前些年有人大谈新权威主义，主张开明专制，逆共和宪政潮流而动，不能不让我们警醒。正确的态度是顺应改革开放之风促进市场经济发展，开发民智，使社会上造成自然需要宪法的实质，而不是背着历史的包袱停步不前，等不能开历史的倒车。