

比較憲法與憲法哲學的若干基本問題

亞歷克·斯通·斯威特* 翟小波**

摘要 新立憲主義是指傳統的立法主權的瓦解，以及以權利為基礎的立憲主義的興起。新立憲主義由以下要素組成：一部成文的剛性憲法；一份權利法案；以及一種執行權利法案的司法機制。這些是該理論的基本特徵，但不同體系中這些要素的具體實現方式以及實際效力各有不同。

關鍵詞 比較憲法 憲法哲學 立憲主義 比例原則 政治憲法

一、斯通·斯威特的學術研究、耶魯法學院與中國民法典

翟小波：

根據香港大學的網頁，您從事“比較政治與國際政治、比較法與國際法、國際仲裁與人權”這些領域的研究，出版了13本著作，其中11本由牛津大學出版社出版。能否簡單介紹下您的研究，以及對各個領域的主要貢獻？

亞歷克·斯通·斯威特（以下簡稱“斯通·斯威特”）：

我主要是比較法和比較政治學的學者，研究對象是法體系。我的研究有些特別，我並非僅關注法體系中的某個特定領域，而是把整個法體系作為主要分析單位。我知道，大多數學者研究的是法的某些具體領域，或部分法條；我探討的是整個體系的演變。我的研究不僅是描述性的，更是解釋性的。我不僅關心“是什麼”的問題（比如，法是什麼？），還關心“為什麼”和“如何”的問題：為什麼法或法體系是現在這樣？它如何發展成這樣，而不是那樣？我並沒有忽略法的具體領域、條款或判決，而是將這些作為正反案例來闡釋更宏大的論點，並跨法域進行比較，以驗證假說和澄清理論。

我的研究非常廣泛，包括大革命以來法國憲法體系的演變，歐洲各國憲法法院和憲法政治，歐洲一體化進程和超國家治理的發展，歐洲法院（當今世界上最權威的法院之一）的演變，國際仲裁秩序的構建，尤其是合同自由，由在全球範圍內相互競爭的國際仲裁中心構成的仲裁秩序，《歐

* 亞歷克·斯通·斯威特（Alec Stone Sweet），香港大學法學院講師。

** 翟小波，澳門大學法學院副教授。

本文原文稿為英文，由本刊編輯唐銘澤翻譯為中文，澳門大學法學院博士研究生劉莎莎進行了校對，特此表示感謝。

洲人權公約》以及它為什麼和如何被納入各國法，成為直接可以實施的法規範。我2024年出版的新書比較了6個國際人權法院，也探討了我稱之為“實效性困境”的問題。所有法院或多或少都會面臨這種困境：法官在增強裁判實效的同時，可能會削弱對司法權的政治支持。

我的研究主題看起來五花八門，但都萬變不離其宗。我的核心旨趣就一個，即法官如何及能在多大程度上建立自己的權威，成為他們參與管理的政治與法體系中的重要角色。

翟小波：

從標題來看，您的作品主題相差甚遠，它們背後有沒有貫穿始終的主題和方法論？

斯通·斯威特：

我是研究法和法院的學者，不是傳統意義上的法學教授。我在耶魯法學院當了15年教授，耶魯法學院也不是傳統意義上的法學院，那兒就是一幫對法和法院感興趣的學者組成的學圈。耶魯法學院的教授們沒人僅從事法教義學，即便他們教義學分析的水平都很高。

但重要的一點是，耶魯每個教授做研究時，都會帶上常規理解之外的理論、問題或視角。在耶魯，正統的觀念認為，法只不過是一紙文字，本身並沒什麼知識性內容。這些文字在現實世界“成真”，靠的是政治、經濟、科學、觀念與意識形態等各種力量。因此，所有的學術研究都是“法與其他學科”（經濟學、哲學、政治學和女性主義等）的交叉。

翟小波：

耶魯法學院的學術精神和氛圍，是由法現實主義主導的吧？

斯通·斯威特：

耶魯法學院在1920年代孕育了法現實主義，並且一直是它的第一“故鄉”。這有著充分的理由：耶魯法學院一直重視公法研究，而不是私法研究（私法研究當年由哥倫比亞大學和哈佛大學主導，而非耶魯）。耶魯過去和現在都是美國公法研究的中心。一個人若是一名公法專家，他能不是一名法現實主義者嗎？公法在本質上是政治法，是憲制國中政治的法基礎。事實上，如今在美國任何主流法學院任教的學者，幾乎都是法現實主義者，沒有哪位嚴肅的學者會否認法反映了政治、經濟和社會等其它因素。此外，大多數學者也會否認可以或應當區分“公法”和“私法”——這實際上是漢斯·凱爾森（Hans Kelsen）在125年前就堅持的觀點。在亞洲，學者們往往害怕被貼上“法現實主義”的標籤，這讓我覺得很有趣，但這在分析問題時並幫不上什麼忙。

我已經出版了8本專著，11本牛津大學出版的書，在其他出版社也出過幾本書。貫穿這些書的主題是：我關注那些在規範基礎和基本功能上經歷過或正在經歷根本變化的法體系。我想理解，在法和法院效能日益增強之際，它們如何重塑自身所處的環境。這是我所有作品（包括《司法化與治理構建》）的核心主題，也是每本書的中心議題。如果一個法體系沒有經歷過轉型，我就沒什麼興趣研究。現在我對中國很感興趣，尤其是那些“超級法”（super-statutes）是如何正從根本上改變法和法院之間的關係。

翟小波：

這是否解釋了您對《中華人民共和國民法典》（以下簡稱《中國民法典》）的研究？能否請您告訴我們，為什麼您對《中國民法典》感興趣？

斯通·斯威特：

在中國，政府官員選擇將一類權利（這類表述模糊的權利在西方也能找到）納入到民法典，而不是憲法。這些權利是可執行的，而憲法中的權利（通常是相同的權利）則不是，這是中國特色的水平效力（horizontal effects）。現在的問題是，法官會如何發展這些權利，以及中國共產黨是否會及如何影響法官行為。我對這些很感興趣，因為它們涉及法體系的深刻轉型。《中國民法典》使

中國在現代憲法意義上就水平效力問題直接和其它國家之間具有了可比性。《中國民法典》和行政訴訟法，就是“超級法”，它們填補了憲法留下的空白。“超級法”的概念是比較憲法學的重要主題，在我的《比例原則、平衡與憲法治理：比較與全球視角》（以下簡稱《比例原則》）第一章的最後部分有討論。

翟小波：

如果要您向年輕學者或學生推薦您的一本著作或文章，您會選擇哪個？為什麼？

斯通·斯威特：

《司法化與治理構建》（發表於《比較政治研究》）是我去世後仍然值得閱讀的唯一文章。而《歐洲的司法構建》一書是我對司法化理論的詳細闡釋與驗證。但這些作品並不容易閱讀，由於它們的理論內容非常精煉，需要細心研讀。事實上，我是第一個在英語中使用“司法化”（Judicialization）一詞的人，這個概念是我在研究生階段早期的文章中提出的。今天，許多人（甚至在中國也是如此）都在以各種方式使用這個術語。

翟小波：

在《司法化與治理構建》一文中，您提出了哪些主要觀點？

斯通·斯威特：

主要觀點在摘要、結論以及文章開篇的段落中有闡述。具體來說，在某些條件下，爭議的解決方式（尤其是判決與法官）會引發法體系的根本變化，而這種變革將被非司法行為者（non-judicial actors）制度化。

二、比較憲法學

翟小波：

根據谷歌學術數據，您是比較憲法學領域被引用最多的學者。您如何評論這個領域，包括它的過去、現在，特別是未來？

斯通·斯威特：

我研究生期間開始研究比較憲法學時，這個領域尚未未成形。當時沒有教科書、期刊，也沒有學者。儘管有人研究個別法院，但幾乎沒有真正的比較研究。如今，比較憲法學是一個龐大的領域，有自己的期刊、會議、理論和“學派”等等。

翟小波：

比較憲法學有哪些主要的“學派”，它們的主要觀點是什麼？

斯通·斯威特：

我對那些“學派”不感興趣，這個領域的研究很少與我的興趣一致，我的研究目的也不一樣。我感興趣的是建構理論，從中推導出假說，並盡可能系統地用材料來驗證我的假說。但大多數比較憲法學的學者並不這樣做。如果說我對該領域的未來有擔憂，那就是年輕學者變得太專業化了，忽視了重要的宏大問題（選擇研究無害的“小問題”），也忽視了比較研究的初衷，即構建概念和理論，驗證假說與觀點。我更喜歡關乎整個體系的大問題，而不是單個法領域或條文的小問題。

翟小波：

人們認為孟德斯鳩、托克維爾和戴雪是早期的比較憲法學家。您的研究與他們有什麼不同？

斯通·斯威特：

和孟德斯鳩一樣，我研究法體系整體，並關注每個法體系中哈特所稱的“內在面向”（也就是孟德斯鳩筆下的法的“精神”），以及法體系如何在巨變中得以延續。和托克維爾一樣，我相信法體系不僅反映，也會改變其所服務的社群的“政治文化”。我對戴雪沒什麼興趣。他的比較研究缺陷很大；他顯然不了解法國，而且正如許多人所指出的，他為了自己的目的歪曲了對英國的描述。

翟小波：

您曾提到馬丁·夏皮羅（Martin Shapiro）是您的導師，他的學術研究對您影響深遠。您能否談談夏皮羅最重要和最深刻的理論貢獻？它們又是如何塑造和影響您的學術研究的？

斯通·斯威特：

當我還是政治學研究生時，馬丁·夏皮羅是少數在美國主流法學院（加州大學伯克利分校）任教的政治學學者之一。他強調一個觀點：法院是政府的一部分；研究法院時，理應坦誠且毫不避諱地探討其與其他政府部門之間的互動方式。對馬丁和我而言，如果法院不制定法那它們就沒有意思。但法院制定法的方式又不同于立法機構。馬丁多次明確表達這一點，並至今反復重申：我們最好別否認法院制定法，而是要追問，法院究竟制定何種法？法院在哪些領域制定的新法最多或最少，以及為什麼？還有一些規範性問題，法院能制定好法嗎？法院是否幫助其他立法者更好地治理？

嚴格意義上我並不是馬丁·夏皮羅的學生，但他讀了我研究生時發表的一些文章後就在那時“收養”了我。

翟小波：

對有志於從事比較憲法學研究的年輕學生或學者，您有什麼建議？

斯通·斯威特：

與對任何聰明的研究生的建議一樣：提出重大且重要的問題；不要跟隨那些只關注細小、狹隘問題的老師。你並不是你的老師的附庸。

三、比較憲法學與憲法哲學

翟小波：

您在比較憲法學著作中引用了很多法哲學家，例如哈特、凱爾森、麥考密克等，還在《比例原則》一書中提到了拉茲的《論憲法的權威與解釋》。拉茲認為：

“關於憲法理論的著作堆滿了圖書館，這些著作几乎無一例外呈現為對某個國家的憲法實踐研究。無論它們提供的是對現行實踐的分析、為實踐提供辯護或者批判的學說，或者是提供改進的建議，都僅在某個國家的政治與憲法架構的背景下才可能成立……或許他們的潛在主旨並非限制大多數宪法解釋著作的有效性的。或許根本不存在真正普遍的憲法理論。畢竟法，包括憲法，因時因地而不同……怎麼能有一套超越所有差異的憲法解釋理論呢？”^[1]

與拉茲的懷疑態度不同，拉里·亞歷山大（Larry Alexander）在其編著的《立憲主義的哲學基礎》一書中開篇即指出：“立憲主義是哲學探究的富礦。”^[2]事實上，法哲學家（如哈特和凱爾森）都無法避免討論憲法，因為憲法是法體系的基礎。兩相比較，我更傾向於亞歷山大的觀點，無

[1] See Joseph Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 1998, p. 152-153.

[2] See Larry Alexander ed., *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, Cambridge University Press, 2001, p. 1.

論在概念還是規範層面，都有空間建構一套“真正普遍的憲法理論”（a truly universal theory），“獨立於”或“不受社會的文化、歷史與政治立場的影響”。^[3]然而，與其他部門法哲學相比，憲法哲學或許是最不發達的領域之一。我認為，建構一套“真正普遍的憲法理論”需要借助比較憲法學，特別是考慮到比較憲法學的一個主要目標是“提煉所有憲法體系和傳統中的普遍或共同之處”^[4]。您認為可能存在“真正普遍且有趣的憲法概念與規範理論”嗎？如果可能，您希望它是什麼樣的？它應該探討哪些主要問題？憲法哲學能從比較憲法學中學到什麼？

斯通・斯威特：

哲學家，也包括法哲學家，通常會對從經驗規則性中進行概括感到不安。他們有時會從理論規則性中進行概括，理論規則性通常通過演繹推理得出，而不涉及經驗和“現實世界”。他們往往認為自己的理論結論比在現實世界中應用更重要；實際上，他們通常並不關心其理論（比如關於某个概念的性質或範圍）能否或如何運用。哲學家們從理論規則性中進行概括，但很快因過度精煉概念而破壞了這些努力，導致概念覆蓋的範圍越來越小。我認為這是一個“抽象階梯”的問題：為了概括，人們必須沿著抽象階梯向上移動，以便概念涵蓋更多，而並非更少的現象。

翟小波：

我認為，如果哲學家沉迷於普遍性，讓理論能適用於更多的事物，就會導致理論變得太單薄而毫無趣味。例如，有一種憲法或民主的概念，認為所有國家，包括美國和朝鮮，都有憲法或民主，那這個概念就沒什麼意思了，同時也失去了任何有用的功能。您怎麼看？

斯通・斯威特：

有兩個問題，一是把概念或理論的適用範圍擴展的太大；二是將範圍限定至極少數情況。兩者都沒價值。為摧毀概括，只需堅持向下移動抽象階梯，使一個橙子只能與另一個橙子（最好是來自同一棵樹的）比較，而不能與水果（更高層次的抽象）比較。我更傾向於“中等範圍理論”（middle-range theory），它既可以承認每一個案例的獨特性，也可以看到它屬於何種類別。這需要大量的概念性工作。一切事物似乎都可以在某種抽象層次上進行比較；在另一種層次上，似乎就沒有什麼可以比較的（然而，這麼說就本身已經是在比較，而且也需要依靠可靠的概念）。

翟小波：

您會認為美國、德國、歐盟和法國的憲法實踐是可比的，而朝鮮和德國的憲法實踐是不可比的嗎？

斯通・斯威特：

不，我不認同這種觀點，它們當然具有可比性。要不然，相同的變量為什麼能解釋某些憲法秩序和實踐比其他憲法體制更“有效”或具有活力，同一套理論也可以解釋朝鮮和德國的情況。比較的目的在於解釋共性和差異；而好的理論能夠同時解釋兩者。我經常在抽象階梯中上下移動，許多哲學家也因此批評我。構建一個一般性的理論並不難，但代價是，人們會忽視憲法體制的具體細節。

翟小波：

如果有一種憲法一般理論只關注普遍性而不關注具體細節，您不會認為它毫無意義，是嗎？畢竟您在自己的書中引用了哈特和凱爾森的這種理論。

[3] See Jeremy Waldron, *Political Theory: Essays on Institutions*, Harvard University Press, 2016, p. 197-198.

[4] See Michel Rosenfeld & András Sajó eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, 2012, p. 10-11.

斯通・斯威特：

當然不會。我用哈特的“二階規則”概念來比較任一時期和地點下的憲法體制，被比較的就是二階規則的具體內容。此外，我的理論不僅僅是概念，還包含了社會科學意義上的變量；變量會變化——它們可能因時因地而異，從而迫使或允許我們關注具體的細節。

我想問題出在您對“一般性”（general）的定義上。您所說的一般理論是什麼意思？我的司法化理論是一般的——它是以一般的方式進行表述，但通過具體案例加以說明。它還解釋了為什麼大多數地方和時期沒有實現司法化……並不是每個體制都會司法化。只有滿足特定條件時，司法化才可能發生。

我更加關注比較憲法學中的具體問題，我研究具體體制如何處理這些問題。從這些累積的材料出發，人們可以開始進行一般化。但對我來說，一般化不過是一組統攝性的概念與假說（這些假說可能正確，也可能不正確）。我認為假說是為了闡明世界如何運作，即法和法院在特定條件下如何運行。

翟小波：

戴岑豪斯（David Dyzenhaus）和索伯恩（Malcolm Thorburn）曾抱怨說，“1990年代（或者在您看來是1950年代^[5]）標誌性的權利法案立憲主義浪潮”和“比較法研究的爆炸性增長”都被憲法哲學忽視了。^[6] 您同意他們的觀點嗎？

斯通・斯威特：

我的意思是，比較法學研究的激增並非始於20世紀50年代，但新的立憲主義确实是從1950年代的德國、意大利和《歐洲人權公約》興起。我同意戴岑豪斯和索伯恩的看法，哲學家整體上拒絕深入研究法院在保護權利時實際在做什麼。最重要的是，哲學家執著於絕對推理，並將所有權利視為絕對的和不可妥協的。德沃金也有這個問題，直到他生命的最後幾年才有所改變。有一些例外，比如巴拉克（Aharon Barak）和阿列克西。用阿列克西的話來說，哲學家們曲解了法，他們把權利視為不受限制條款約束的規則，而不是視為原則。許多著名的哲學家都犯了這個簡單卻又致命的錯誤。

四、立憲主義的類型

翟小波：

在《與阿哈龍・巴拉克的對話》中，您提到，“總合閱讀巴拉克的《比例原則：憲法權利及其限制》^[7]和《人類尊嚴：憲法價值與憲法權利》^[8]，可以形成一套相對完整的現代憲法的一般理論。”即使我們無法擁有一種既“真正普遍”又有趣的憲法哲學，我覺得您會認同，我們能夠並且可能已經擁有一套關於“現代憲法”（modern constitutional law）或“新立憲主義”（new

[5] See Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019, p. 1,7.

[6] See David Dyzenhaus & Malcolm Thorburn eds., *Philosophical Foundations of Constitutional Law*, Oxford University Press, 2016, p. 1-2.

[7] See Aharon Barak & Doron Kalir, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Cambridge University Press, 2012.

[8] See Aharon Barak, *Human Dignity: the Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge University Press, 2015.

constitutionalism) 的普遍（或一般）且有趣的理論，對吧？除了上面兩本書，您所著的《比例原則》和《國際人權法院的法與政治》，以及雅各布·溫里布（Jacob Weinrib）的《尊嚴的維度：現代憲法的理論與實踐》都可以視作是對這種“完整的現代憲法一般理論”的貢獻。這種一般理論的主要方法論和實質性主張是什麼？

斯通·斯威特：

新立憲主義，按照雅各布·溫里布的說法，是指傳統的立法主權的瓦解，以及以權利為基礎的立憲主義的興起。

新立憲主義由以下要素組成：一部成文的剛性（entrenched）憲法；一份權利法案；以及一種執行權利法案的司法機制。這些是該理論的基本特徵；但不同體系中這些要素的具體實現方式以及實際效力各有不同。

翟小波：

現在有許多類型的立憲主義：除了您研究最多的新立憲主義，還有馬蒂亞斯·庫姆（Mattias Kumm）提出的“全面立憲主義”（total constitutionalism），德沃金和艾倫（TRS Allan）等人提出的“法律立憲主義”（legal constitutionalism），以及格里菲斯、沃爾德倫和貝拉米等人提出的“政治立憲主義”（political constitutionalism）。您對這些爭論有何看法？

斯通·斯威特：

“全面憲法”（total constitution）的內涵很簡單，即從法和司法的層面而言，權利法案至少在原則上涵蓋了個人人身和行為的所有領域。這是一個具有理論後果的經驗性說明。我不知道德沃金和艾倫是否認同權利應該或確實擴展到所有的私法訴訟，就像在我們更為熟悉的“縱向”公法關係中一樣。法律立憲主義只有在權利擴展到所有法關係（包括私法）時才與全面憲法相關。如果權利不涵蓋私法，就不存在全面憲法，儘管法律立憲主義仍然可能存在。全面憲法只是法律立憲主義的一種形式。我認為“政治立憲主義”沒有任何實質意義，它的含義完全由那些希望不受約束的政府官員說了算。它僅僅只是一種基於政治立場的修辭，用來反對司法機關執行權利法案。其本身在司法層面並無獨立存在的意義。我甚至不認為“政治立憲主義”是理論，它們只不過是一種政治偏好，並且不斷地被編造和解構。

翟小波：

例如，政治立憲主義者將英國憲法視為政治憲法的典範。他們總是說民主進程不應受權利法案的限制，權利衝突是政治衝突，應由對民主負責的政治家而非法官來解決。他們還認為現代憲法（剛性的權利法案加上司法審查）會導致司法專制。

斯通·斯威特：

我已經說過了我對政治立憲主義的看法，我不認為它是立憲主義。我已經在許多場合回應了您提到的這些爭論。這些爭論毫無意義，特別是在英國，那裡的政治問責約等於零。最近的四位英國首相都沒經過選舉就上台了，權力而非選舉才是最重要的，這種立憲主義或問責的理念難以令人滿意。

翟小波：

您在書中提到三種立憲主義的概念。^[9]這三種概念是不是一樣的好或正確？如果我們對某種事物（如立憲主義、憲法、法治等）有好幾種概念，如何判斷哪一個更好？您還寫道，“全書批判性

[9] See Alec Stone Sweet & Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Constitutional Governance: A Comparative and Global Approach*, Oxford University Press, 2019, p. 9-10.

地探討了‘有限政府’的表述”，您能否說說您是如何“批判性地探討”這個表述的？

斯通·斯威特：

假設您指的是《比例原則》這本書，我在第一章中闡述了我所偏好的對這一概念的定義。立憲主義實際上是個變量，它指的是無論憲法如何實施，人們都願意按照憲法來生活和治理國家。其他定義在某些方面具有實用性，至少對一些學者而言。憲法不僅僅“限制”政府，也給政府賦能。例如，有限權利的限制性條款，就是預先授權政府官員為了重要的公共目的而限制權利的行使，只要這種限制是符合比例原則的。從更宏觀上來講，憲法不僅創造了各種機構，也在它們之間分配權力，這並不是單純地“限制”，也是在賦予權力。《比例原則》這本書幾乎全在探討，當對限制權利的權力是否正當行使產生爭議時，法院如何裁判限制性條款的適用邊界。

五、憲法權利與比例原則

翟小波：

憲法權利的意義是什麼？為什麼我們需要一部權利法案？

斯通·斯威特：

在深層的康德哲學意義上，權利具體化了自由的概念。新立憲主義在其起源與發展中，體現了某些康德式的原則。要理解這點，並不需要深入研究康德，但必須對自由有基本的認識，並相信自由對法體系的正當性至關重要。若無法理解或拒絕這點，那麼權利（或社會意義上的自由、正當性等）就沒有任何意義。我們也可以從名為尊嚴的基礎規範（Grundnorm）開始，由此衍生出所有正當的法規範。

翟小波：

我們能否像邊沁和密爾那樣，以功利原則為出發點？

斯通·斯威特：

您可以那樣做，但我不會。功利原則通常否認權利的先驗性原則。如果我想成為奴隸，奴隸主想占有我作為奴隸，那麼應當允許奴隸制嗎？您認為邊沁或密爾會怎麼說？康德的立場很清楚。而且我們也知道，為什麼“尊嚴”不會輕易認可狹義功利主義的觀點，反而要求從更寬泛的層面得到證成。新立憲主義建立在以下觀念之上，尊嚴和權利具有功利價值，但這種功利價值是長期的、分散的，是對我們共同生活的群體有益的。

翟小波：

是否存在絕對的憲法權利？如果有，具體有哪些？

斯通·斯威特：

每一部有效的權利法案都有少數的絕對權利，例如免於奴役、酷刑、不法殺害和人道主義對待以及基本程序正義的權利等。這些權利的絕對性幾乎沒有爭議。有些人還會把基本的反歧視規範加入其中。沒有任何公共理由可以正當化對這些絕對權利的侵犯。相反，公共理由可以正當化對有限權利的限制，限制條款本身也明確指出了這一點。

翟小波：

您認為憲法權利是約束政治優勢者的“剛性權利”（entrenched rights），同時您也承認大多數憲法權利是“有限權利”（qualified rights）。有限權利可能會被立法者或法官限制，那麼它們是否仍然是剛性權利？

斯通・斯威特：

在新立憲主義中，“剛性”僅僅意味著這些條款不能通過普通的立法程序修改，但能通過憲法本身規定的程序加以變更。有限權利仍然是剛性權利。一些憲法規範和程序，例如比例原則，是司法機關構建的不成文原則（法的一般原則）。關於比例原則是否或如何可以從權利本位的憲法中移除，不同理論有不同的看法。

翟小波：

憲法權利不僅通常是有限制的，而且通常是模糊的。法治要求法必須清晰、明確和具體。那麼，模糊且有限的憲法權利是否違背了法治？

斯通・斯威特：

權利能有多模糊是一個經驗性問題，也是一個變量，而不是一個固定的屬性。一項憲法權利可能比一項立法權利更加具體，反之亦然。

翟小波：

如果憲法權利必須不同於立法權利（即由立法機關授予公民的權利），那麼它們之間的區別是什麼？在確定公民最終可以享有的具體權利時，制憲者、立法者和法官應扮演什麼樣的角色？

斯通・斯威特：

我認為憲法權利和立法權利之間沒有本質區別，除了規範層級效力外。憲法是上位法，權利法案作為憲法規範也屬於上位法。在現代憲法中，人們期待每個國家機構的每位官員在制定、解釋和執行法時都能保護權利；某些法官有權監督並對其他官員如何履職作出權威裁決。

翟小波：

若如您所主張，憲法權利是約束政治優勢者的保險安排，那麼我們必須確保負責限制權利的機構不受政治優勢者的影響。我們如何實現這一點？

斯通・斯威特：

我的論文《法國司法政治的誕生》第一次提出了“保險理論”，後來由湯姆・金斯伯格進一步發展（湯姆・金斯伯格是馬丁・夏皮羅的學生，他讀過我的論文，並提出了有益的評論）。這不是一種“主張”，而是提供一套有邏輯或有理由的理論，解釋了為什麼統治者（或政體中的統治者群體）可能會認識到，權利保護和司法審查符合他們的利益。這一理論可以解釋某一特定情況。保險理論是比較憲法學中研究得最充分的理論，研究表明它對司法審查的發展具有強大的、可普遍化的解釋力。亞洲地區的中國、韓國和新加坡都為這一理論提供了強有力的證據。

翟小波：

在《比例原則》一書中，您提到，過去 20 年裡主導您的法與政治研究的問題是，“法官是否以及如何平衡衝突的價值和利益”。你認為比例分析（proportionality analysis）是“權利裁判的核心程序”，是“現代憲法國家治理的核心”。^[10] 是否可以說，制憲和立法本質上也涉及平衡衝突的價值和利益？如果是這樣，制憲者和立法者的平衡與法官的平衡有何不同？

斯通・斯威特：

幾乎所有與制憲和立法相關的重要事項，其根源都在平衡的行為，這一經典觀點可以追溯到 19 世紀。問題是，由誰在何時進行平衡，是在事前立法階段，還是在事後具體案件中？順便提一下，馬丁・夏皮羅的哈佛博士論文，^[11] 研究了美國最高法院從霍姆斯（一位精緻的平衡主義者）到

[10] 同上註，第3頁。

[11] See Martin Shapiro, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, University of Chicago Press, 1981.

1950 年代中期在平衡問題上的發展。

翟小波：

法官對不同價值的平衡是否會導致“司法權”與“立法權”的混同？如果是這樣，我們是否需要擔心這種混同？正如孟德斯鳩所警示，這會導致法官成為立法者。

斯通·斯威特：

確實如此，在現代憲法中，立法權和憲法或最高法院法官的司法權緊密相連、不可分割，除非採用一種過於形式主義的分析方法，但這種分析方法作為解釋模式並無用處，且十分無趣。

翟小波：

學界存在兩種流行主張。第一，法律義務和權利是（或應該是）阻斷性的（peremptory）的權威規範；第二，價值或利益彼此之間是不可通約的（incommensurable）。您同意這兩點看法嗎？它們似乎與比例分析不相容。

斯通·斯威特：

無論是從經驗角度還是理論角度出發，我都不同意這兩個主張。在現代權利保障體系中，大多數法哲學家的觀點都是無關緊要的。因為他們的理論思考與司法實踐脫節，大多數人根本“不理解”權利，他們只關注絕對權利。法官和立法者一直在平衡，並且這種平衡是依據一些公認的“法律”進行的，這些法律要麼由法院，要麼由重視司法實踐的重要法哲學家（如阿列克西和巴拉克）所闡述。我在《比例原則》一書中詳細探討了這一問題。

翟小波：

您認為是否有值得嚴肅對待的對比例分析的批評？

斯通·斯威特：

確實有很多需要嚴肅對待的批評。問題在於，其他替代方案是否可以更好地解決問責和權利保護的問題。比例分析在限制有限權利上存在許多問題，但它是我們已知的最佳解決方案。它有兩大優勢：第一，訴訟中不排除任何重要事項，當事人重要論點都有表達空間；第二，比例分析並沒有告訴法官如何平衡，即不預設論點的權重高低。那麼，為什麼有人會害怕比例分析呢？反對者要麼認為它過於重視權利，要麼認為它對權利重視得不夠。確實如此，這兩種觀點值得嚴肅對待，但這些都是經驗性問題：即法官在實際案例中如何運用比例分析，以及效果如何。

六、憲法權利是否體現了一種客觀價值秩序？

翟小波：

在著名的呂特案中，德國聯邦憲法法院指出：（1）基本權利主要是公民防禦國家的權利；（2）《德國基本法》的基本權利條款還體現了一種客觀的價值秩序，這一秩序作為基本的憲法制度適用於所有法領域。這段話陳述了兩個對基本權利本質的主張。我認為，第一個主張幾乎被所有憲法學者接受，而第二個主張更具爭議性。相反的觀點認為，憲法權利條款只是限制國家（或主權者）的規則，或者說是“具體能做什麼或不能做什麼的清單”^[12]，這些規則並未體現任何系統的政治、道德、政策綱領或理論或意識形態。例如，霍姆斯曾說，憲法“僅體現了相對基本的權利規則，這些規則被所有的英語國家共同接受”^[13]，而且“它並非旨在體現某種特定的經濟理論，無

[12] See Steven D. Smith et al., *A Principled Constitution? Four Skeptical Views*, Bloomsbury Publishing, 2022, p. 3.

[13] *Otis v. Parker*, 187 U.S. 606 (1903).

論是主張國家對公民家長主義或兩者有有機關係的理論，還是自由放任主義。憲法是為持有根本不同觀點的人們所制定的。”^[14] 鮑登（Thomas A. Bowden）認為，“霍姆斯說，最高法院守護的是一部空洞的憲法，沒有目的、沒有道德內涵、沒有固定含義，沒有任何定義個人與國家關係的內在原則。”^[15] 您對基本權利條款的性質持何立場？以上兩種觀點哪一種更加正確？

斯通・斯威特：

第二個主張是否具有爭議，取決於具體的法體系。在某些體系中，權利滲透到所有子法系統，包括私法領域，而在另一些體系中則不然。這並不是大陸法系與普通法系的區別。在普通法體系中，愛爾蘭、加拿大和南非已採納了水準效力學說（horizontal effect doctrines）。霍姆斯對現代憲法沒有什麼興趣，儘管他也經常進行平衡。為什麼在擁擠的劇院裡虛喊“著火了”不受言論自由的保護？因為這一言論在思想世界中毫無價值，它的權重明顯低於公共利益。您問我哪一種立場正確，這似乎是一個規範性問題，我對此不作評論。相反，我會思考，法院是如何得出“客觀價值秩序”這一表述的？它對法體系、法院、權力分立、律師和訴訟產生了什麼影響？該法院是否對其他法體系產生了影響？

需要明確的是，我對所有重要的、具有變革意義的判決所引發的規範性討論都非常重視。實際上，在我所有研究中，我都把判決“正確與否”或“好與壞”的規範性爭論視為材料，這些材料對我研究法體系如何發展和變化至關重要。但我要再一次重申，這是一個經驗性問題：這些爭論是有待解釋的材料。

七、關於格里菲斯的“政治憲法”

翟小波：

以《歐洲人權公約》第 10 條為例，格里菲斯在他著名的文章《政治憲法》^[16] 中提出了以下觀點：

1. 權利的表述通常模糊不清，它們實際上是“對政治衝突的陳述，卻偽裝成了對衝突的解決”（第 14 頁），權利本質上是“政治主張”（第 18 頁）；
2. 成文憲法和權利法案“只是將政治決策從政治家手中轉移到法官或其他人手中。由最高法院作出某些類型的政治決策，並不會使這些決策變得不那麼政治化。”（第 16 頁，另見第 14 頁）
3. “法不是也不能成為政治的替代品。”（第 14 頁）法官“是追求政治目標的政治動物，這些目標遠比憲法權利所體現的抽象原則更狹隘、有限和短暫。”（第 16 頁）
4. “政治決策應由政治家作出……這意味著由可以被罷免的人作出。顯然易見的是，統治者的責任和問責應該是真實的，而不是虛構的……我們無法通過限制政府的法定權力來戰勝專制主義，唯一的辦法是堅持開放的政府。”（第 16 頁）“潛在的專制威脅不能通過法的干預或制度設計來避免……只有通過政治實施的政治控制，才能提供解決方案。”（第 16 頁）政治控制的優勢“不在於政治家更有可能提出正確的答案，而在於……他們比法官更容易被追究責任，並且可以被罷免或在聲譽上受到損害。”（第 18 頁）

您對格里菲斯的這些觀點有何看法或回應？

[14] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[15] See Thomas A. Bowden, *Justice Holmes and the Empty Constitution*, 4 The Objective Standard 21, 32 (2009).

[16] See John AG. Griffith, *The Political Constitution*, 42 The Modern Law Review 1, 1-21 (1979).

斯通・斯威特：

我的回應是，您剛剛所提到的大部分內容是夏皮羅在本科一年級課程中教授的基礎知識，這些觀點重申了夏皮羅和我在《法、政治與司法化》中提出的基本立場。我們並不將法與政治隔離開，相反我們堅持，應將法院作為政治的一部分來研究。這些說法沒什麼新奇，我們歡迎格里菲斯加入這個陣營。但格里菲斯似乎認為這些陳述是什麼驚世駭俗的觀點，其實不然，它們平淡無奇且過時了。也許他應該做一些更有趣的研究。與此同時，不管格里菲斯怎麼說，法院保障權利的落實。如果格里菲斯的觀點能影響到有政治影響力的人，我才會對他感興趣。當然，這些在英國只是些“安全”的標準觀點，沒什麼意思。我對這些觀點沒有想法，它們既傳統又無聊。

翟小波：

我特別感興趣的是，如何確保負責實施憲法或權利法案的最高法院（或許可以被視為主權者）切實受到憲法或權利法案的約束，而不去違反它們？換句話說，如何避免司法專制？

斯通・斯威特：

這一點永遠無法得到保證。如果憲法法院是“憲法的守護者”，那麼誰來防範守護者？沒有人。有兩個問題值得注意，格里菲斯在他的論述中似乎忽略了。第一，官員和人民是否會因為有了守護者而得到更好的保護？第二，憲法法官如何受到約束，如果約束只是間接的？法官必須為他們的判決提供法律上的理由。法官也同樣受到比例原則的約束。在現代憲法中，法官有義務保障權利的落實，大多數法官也有義務使權利得以實現。最重要的是，如果法官不能爭取到他們所服務的對象（包括人民和國家官員）的支持，他們自身就無法生存和發展，這也是夏皮羅和我的觀點。被迫爭取支持本身就是一個強有力的約束。

我的大部分研究都涉及這種“憲法對話”，即法官如何通過法律話語（legal discourse）與他們所服務的對象互動，共同努力保護權利。這種對話是司法化的主要機制。沒有司法化的地方，也就沒有這樣的對話。

八、斯通・斯威特的最新著作：《國際人權法院的法與政治》

翟小波：

您能否介紹一下您的最新著作《國際人權法院的法與政治》？這本書如何與您的現代憲法的一般理論相融通？

斯通・斯威特：

這本書探討了三個關鍵主題。首先，本書闡述了六個區域性人權法院的起源與演變。每一個法院中的法官都試圖克服那些可能使制度失效、使其脫離民眾日常生活政治力量和法律障礙。

第二，本書分析了一種普遍的“有效性法理學”（jurisprudence of effectiveness）的興起，該理論的明確目的是，在新興的、多層次的“跨國司法體系”中提高權利保護標準。跨國司法體系由三部分構成：一部權利法案、一所負責執行法案的法院，以及個人向該法院提起訴訟的權利。本書分析了各種主題的案例法，涵蓋了絕對權利（如生命權、不受酷刑權和不被奴役權）以及若干有限權利（如自決權、墮胎權和隱私權、家庭權和原住民的財產權）。

第三，本書探討了國家官員對跨國司法體系發展的反應，特別是國家官員在多大程度上接受更有效的權利保護的前景。在每個案例中，跨國司法體系的活動都遭到了重大的政治“抵制”，導致一些國家試圖限制法院的權威或退出該體系。本書描述並評價了這些嘗試，其結果不盡相同，但大

多數限制法院的舉措都失敗了。

這本書實際上是對現代憲法研究的延續，因為這些公約都包含可執行的權利法案，它們反映了現代憲法的基本內容，而且法官也認同這一點。這表明，現代憲法和國際權利公約是不可分割的。

Abstract: The new constitutionalism charts the destruction of traditional forms of legislative sovereignty, and the beginning of rights-based constitutionalism. MCL (the new constitutionalism) is composed of the following elements: a written, entrenched constitution; a charter of rights; and a judicial mechanism of enforcing the charter. These are the defining characteristics; systems vary in how these elements are actually realized, and how effective they are.

Key words: Comparative Constitutional Law; the Philosophy of Constitutional Law; Constitutionalism; Proportionality; Political Constitution

翻譯：唐銘澤

校對：劉莎沙、翟小波

（責任編輯：張竹成）