西方憲法的概念*

Rogério Ehrhardt Soares
科英布拉大學法學院教授
澳門大學法學院協調教授

本發言稿為《憲法內之經濟及社會秩序》內之其中一個探討之課題。為了理解現代憲法給**經濟及社會秩序所保留之空間**與尺度，我們相信，首先需要理解西方在傳統上對憲法概念所下之定義，只有這樣才能避免本題目經常引起的含糊及矛盾。

今日，在人民生活的(每一項)政治轉變裏，各種注意力都集中在憲法的魔力上，仿如所有問題的解決方案皆只依賴憲法，這很易令不同背景的人士，由鞋匠以致政客，由法律專家以致商人，由農夫以致文人，感染一個“憲法集體精神病”。

你對由自己制定或由他人為其制定，或希望制定的憲法極表憂慮，要求或強行要求實施超越其能力的行為，這種行為往往過於天真，或往往利用他人的天真無知而作出要求，或者忘記，又或不認識多世紀以來西方文化世界對憲法概念的了解。但事實上，不論同意與否，我們仍是這個概念的跟隨者。

雖然到處都聽到視憲法為一種已過之時代之一種遺跡之悲觀言論，然憲法的概念同西方政治思想之演進有密切之聯繫，在憲法之概念裏匯集了人們對歷史與政治事件之期望，亦表現出哲學或宗教之觀念。因應各個時代之事件，會都給予憲法一個獨特的意思，尤其是以不同之面孔（“理由”），不斷地要求憲法為人類預留一個自主空間。

---

* 於一九八五年八月在里熱約內盧（巴西）舉行的《第二屆葡西比較法研究會》的發言稿（中文翻譯：馮文莊）。

任何政治社會皆以一個基本組織秩序為前提，並賦予其一個特有之意思噢擁有一個組織秩序（憲法）。

第一方面，**憲法給予社會一個軀體，將社會個體化、使其成為一個"自主物"**，建立起社員（社會成員）與外國人、公民與蠻族之不同體現。不論政治意識的發展模式為何（國家或地方身分，對奴隸主的依從），定須區分"我們"和"他們"。

第二方面，基本秩序（ordem fundamental）指明權力擁有人，一如十八世紀之實踐般，**宣示主權之屬性**（屬君主，屬人民，屬一個部落）。與此關係密切者的是決定關於權力機關擁有人的個體化形式（朝代繼承、選舉及增選）。

最後，基本組織秩序反映出關於**社會組織體的結構與意義**之一種立場，指出**不容否定之價值**，為了這些價值而設定各種保護機制，藉此調和內部壓力。要知道每個社員的隱私範圍至何處，以及由哪些價值組成，係一個須參照群體願望而解決之問題。

這種民間社會之建立方式，如何將與上述各個問題之解決方案相聯，簡言之，社會之原始創建模式就是憲法：即令社會具有一定的意義及保証其存在之"組織（政治）秩序"。

我們並非指任何歷史性之決定、亦非指任何經形式化之特別政治行為，人們認同及接受這個社會之實質組織秩序噢它以超驗為基礎。

由西方思想破曉時分起我們已發覺所有政治團體都有一個實質之組織秩序，這些團體有其本身之一部"憲法"噢作為權力及依據限制。雖然名稱不同，但概念(意思)相同：不論歷史事件為何，由於社會存在之事實，故社會有其"內部法律" ー 由其組織及指明權力的行使之依據（理由）。

此就是 HESÍODO 之觀點，他主張：「人民應為這個名字（憲法）而奮鬥，仿如為城市之圍牆而奮鬥般。」當在羅馬宣示共和國法律之神聖性時，亦是為了這個精神物質。為此，從西塞羅口中帶出憲法之魔力用語噢 CONSTITUTIO 。

在中世紀時代，先驗(超凡)秩序之概念明確地開始發展起來，此秩序解決了各種社會問題，確保各個社會之平衡及各階層之政治存在理由，在實行共同任務時，容許這些階層有不同之體現及履行不同之義務。

當時經歷了一個服從"實質基本秩序"之時期（勝於任何另一個時代）。當時無意使用 CONSTITUIÇÃO 一術語，而是簡單地稱為"王國基本法律"，或任何類似之名稱。為此，憲法包含一套無需成文化（或稱為實體化）之原則，此為實質憲法。

今日，經常引述一些現代成文憲法之前身之憲政命令。最早的是《大憲章》(一九二五年）及 BULA AUREA DE ANDRÉ II da HUNGRIA（一二二五

年）。但是這些名稱混淆不清。因為，一方面，上述文件只希望解決具體的政治問題（恢復男爵的一些自由，因這些自由因為極權化而受到威脅），無意全面地界定權力之意義與範圍。

另一方面，這些協議之結論係針對一個已存在的組織秩序，它最終成為作為雙方談判能力的依據。

無論如何，我們希望強調的是：倘未掌握一個實質憲法之概念，根本不能理解中世紀這個時代。

進入現代之後，定必引起（涉及我們正在探討之問題之）政治與文化之轉變，特別是創造一個全新之政治主角：國家。

這個名字由馬基雅維利（MAQUIAVEL）發明，當時沿用Estado一字之通用意思可能是指政治之事物，或指具體存在之社會。但漸漸地用此名字來表達一個嶄新及迷惑之現實。由於文藝復興主義者之熱忱，特別是在基督教改革運動之後，趨勢是建立一個史無前例之政治模式，即現代意義國家或狹意之國家。現在要處理的是妨照“顧佣兵團之角色及其同君主間之聯繫”建立一個理想之“服務系統（制度）”。

“國家”（這個概念）係一項發明，一如BURCKARDT所說般，她是一個藝術品，隨著皇帝及其服務之開展而逐漸穩固地確立起這個模式，她成為政治團體之體現及與這類團體相識別。漸漸地，擁有本身名字之社會之各種傳統體現（各個社會團體間之平衡之固有特性）開始消失。

現在，當君主宣告實現非個人及實現國家跨時代之利益時，當讚美皇國的偉大與光彩時，所指之層面並非以商人、手工業團體、宗教團體或地主、農夫或堂區的直接利益而作為量度標準之一個層面；而是一個由合乎邏輯及有效之機器所保証之一個抽象概念之“勝利”。君權神授之原則及後來之開明專制主義模式確立及穩定了整個演變進程。

此為歐洲大陸經歷以外之一種事物噢成為了從未達成和諧理論之爭議淵源，更甚的是成為被降格為臣屬的舊社員（社會成員）怨恨及煩惱的催化劑，現在這些社員被降格為臣屬。

無可避免地這個全新之政治世界會對實質憲法之傳統理解造成影響。

我們並非指憲法之概念從此消失，而是其內容變得貧瘠。

在亨利四世之時代（HENRIQUE IV）、盧梭（LOISEAU）還可以說“國家基本法律”，或布丹（BODIN）還說國君之上的“帝國法律”，TIAGO I（狄亞古一世）還主張“基本法律”，此皆為中世紀時代給人之基本秩序之平淡印象：只涉及權力之中心及其繼承規則，或君主之無限權力、或臣屬之財產所有權或家庭法之規則。

但是我們須注意另一項資料，不足為奇的是：先主張君主立國、後來主張開明專制君論之理性主義（氣候），皆有意找尋一個永遠完美之全理

性之國家框架，而不再是實踐或目的論之理性噢過去曾作為建立一個有效之服務機器之技術意圖之基礎。現在，在一個客體（物質）世界裏，有思維能力之人類按照理性有識別國家完美式樣之能力。

每一個自由之人都可開僻一條"勘察"之道路，除了對國家及權力之意義作純理論之考究外，這條路還引導人類去探索一個具有理性之具體國家模式。

現在要求的是用理性去立國，而人類在這方面之努力就反映在政治及具體歷史事件上。

故此，我們有一個基礎行為，即一條關於國家組織之成文法律噢形式意義之憲法。

在這個範籌內，除了存在個人理性主義之一般氣候環境外，還競合了三方面的力量：

第一方面，是古典世界之一個豐富概念：契約論，國民(公民)間之一個協定，或公民同君主間之一個協定，以達致和諧共存。

但是，基礎協定的傳統體現由一個關於現實之啟發性解釋變成一個歷史事物，時代之動亂為這些實驗提供了大量之機會。出現一股具強烈宗教色彩之力量：其根源在於十三世紀之相信世界末日發生在一千年之運動，同英國及匈牙利改革者之運動有關，亦同 Niveladores 英國內戰宣示 Agreement of the People（1653 年）及 GROMWELL 共和國以 INSTRUMENT OF GOVERMENT（1653 年）為基礎之運動有關。

另一方面，北美洲的殖民化、以及成立新社會以收容異見人士，亦開僻了"憲政實踐園地"，由 PilGrim Fathers（1620 年）協定、以至十二個殖民地的獨立皆是也，特別值得一提的是 Fundamental Orders of Connecticut（1639 年）。偉大的思想家，例 Lock（洛克），亦無輕視這些實踐機會（由他草擬 Carolina 之基本法律）。

全部這些基本協定皆突出了一個具強烈宗教特色之自由意識。

這個自由之元素，須將現代化的社會契約論結合第二股力量：就是資產階級數理式思維之可推測之期望。現在，資產階級感興趣的並不限於尊重舊之基本法律及尊重不同團體之特權，而是設立一個確定及透明之國家機器，按照權力之要求，保証一個能夠體現出個人權利之自由空間。

最後，經歷兩個世紀之後，個人主義的民主元素逐漸強烈地反映出來，基督教改革運動重新發掘奧古斯丁的理論、主張楊申教派主義的意義，之後將後者世俗化（非宗教化），成為希望公民對社會組織作出貢獻之基礎。

無論如何，由一個形式行為去界定政治社會的基礎的意圖正在實踐中。這個行為是創立一條具概括性（普遍性）及抽象性之法律，同時亦具

有理性之元素，並體現理性之最高層次。從此“法律”一字已失去其傳統“法”之意思，繼而獲得另一個意思：具有特別形式結構之成文規定。

我們已進入“立憲主義”之問題，或稱為“輿論之運動”：要求所有的國家具備一條形式基本法律，即憲法。很明顯，這個字之意思已改變了，現時所說之憲法已不再是社會組織之模式，而是在感性層面上指出這個組織秩序之創設行為。

基此，憲法之意思轉變為一個“政治與道德之原則”，對極權主義之一種否定。人們不再說所有國家有其本身之憲法，現在人們要求所有國家都應有其本身之憲法（指成文憲法）。

然而，須留意：所有上文（我們）所述之內容並非表示無實質憲法之存在，而是實質憲法被形式憲法之要求所包容，後者之頒佈係為了對抗極權主義。倘細心留意一下，我們會發覺實質憲法由客觀秩序層面走向全理性主義之層面，由邏輯走向相對的 NOMOS 。

將重點放在形式憲法之目的並非是為“意志決定主義”開僻新路向（成為每個具體歷史時刻的狀況的體現及能夠確立起來之事實權力的體現）。

就是這個意思斷定了由十八世紀過渡到十九世紀作為轉折點之立憲主義之勝利。由弗吉尼亞州（1776年）至合眾國開僻了美國革命性憲法之新紀元，（1786年），之後歐洲出現Grão Ducado da Toscana憲法（1789年），之後是法國革命之後推出之各國之憲法，計有荷蘭憲法、西班牙憲法、葡萄牙憲法、巴西憲法、（東／西）德國憲法..... 等。

憲法同一個具有魔力、能開創快樂天地之字眼相結合。每一部新憲法不僅是又一部憲法噢而是一部真正之憲法，且凌駕於其他舊憲法之上噢其他之憲法只不過是一種嘗試捕捉作為管治人類之不變原則之失敗嘗試。這使人聯想起“風流女郎之舊話”：“每一個新戀人都自認對方是自己一生中唯一、真正及永恒之戀人。”

一如 KAEGI 所說，實質憲法內容之不變更性轉成形式之不變更性。但依此模式，即在一個成文決定中得出一個規範理論，從 fisis 得出一個 nomos 。

現在僅欠缺解釋這種魔法，以便使人不能相信，將絲巾放進帽內，它會變成一隻鴿。

換言之，需指明某些東西，以便不會得出令法律專家不安的結論。其實，廣泛地被稱為憲法者，只不過是赤裸裸之權力。

這就是立憲權理論試圖作出之解釋。倘憲法是一個歷史事件，一條成文法律，到底創設這部憲法之正當性（資格）源自何處？其權威性又源於何處？

這個答案只可在一個原則內找尋(此仍為實質憲法之原則)，即在界定權力之擁有人及其各種基本限制之原則內找尋。

隨即可知，唯一合邏輯之憲法為（教區神甫SIEYES所說的、並借助盧梭（ROUSSEAU）之人民總意論而提出之民主正當化。

以一個長期處於“自然狀態”之不受監督、不可受監督之國家概念為起點。採用之方式先於浪漫主義之政治理論，社會契約論創立一個具有意志能力之新實體，創立一個有別於由個人(任意)集合而成之團體之人物：她是一個具有“理性真理”之一頭善良怪物。雖然已受新時代之影響，但盧梭(ROUSSEAU）仍受啟蒙主義思想之束縛。表現大多數人意願之總意並非大多數之實質比重，而是民族(國家)整體理性之結果。換言之，我們仍面對一個實質憲法之基礎，由法律的內在層面過渡到邏輯物質之層面上。

這個（民族）國家不能自行作出限制（此相當於參與一個自毀之行為），但可以成立一個約束其受托人（領導者）之規章：此為憲法。

為此兩個必然之後果必定會出現：

1. 憲法長期由民族(國家)支配，著重確保對領導者之有效約束。

2 憲法並非一個任意行為，亦非一個便利之機制，它不折不扣的是一件發現物，一項發現，但可帶有瑕疵或欠缺完美，然必定表現出對一個真實認知之需要，在使用新程式上，除上述各點外，成文憲法並無反映出實質意義之憂慮，因憲法不是民族（國家）法律與政治之依據（基礎），只是領導者活動之框架，是關於民族（國家）授權（職能上）之一種領導工具。故明白到，數年時間之過去，《世界人權宣言》仍是法國(各部)成文憲法以外之文件，將其中（該宣言）之規定任由一部憲法文本之歷史命運支配實為不當。

至此，我們需承認，當理論活動之精神前提不再被承認時，“<u>降低憲法價值</u>”之大門已經開啟。事實上，隨著十九世紀的過去，實證主義不斷之理論排擠了所有並非源於一條在歷史上產生之法律的各種問題，此涉及拋棄立憲權之全部理論噢現被視為法律之形而上學。所有憲法理論之問題被視為“立憲後之問題”。

憲法，由於僅是為制定該憲法之演進之一個總結，不得不僅為一條成文法律，且僅因其形式優越性而有別於其他法律。

很易明白到這個程序之最後結果就是憲法之“<u>相對化</u>”：依照（一個）神聖之宣言，其（該宣言的）價值源自對一個實質秩序之認同，憲法就變成權力擁有者之諾言，只維持其剛性，同時，憲法亦作為某種“地位狀況”之保護工具。此為權力自我解釋之一種體現。

此並不表示當時憲法已失去其重要性。在對抗極權主義時代方面憲法概念所取得之感性因素（成份）仍發揮作用，為了維護憲法，一般人仍認

為在政治上憲法仍是有價值之物，此種理論變成SMEND所稱的組合成因，社會之動力，集合群體之旗幟。政客，即使是犬儒者，仍恭奉憲法，且成績驕人。

只在本世紀這種情況只在本世紀才開始轉變，絕大程度上係由於國家之概念及功能轉變所致。

體現在全民投票之政治生活之民主化，促成要將政治機關構思成整個社會之投影，而非一小部份公眾之投影（擅自稱為其投影）。

另一方面，公共活動之幅度，尤其是兩次世界大戰後，甚至在經濟方面的領導及參予、在社會保障、社會援助、文化推廣等方面，在公權活動之部門內，正面對各種困難及限制。

此兩項因素令國家與社會互相穿透，重新"發掘"一個因成立新興國家而被毀壞之"民間社會"。現在希望這個國家不會成為支配（管治）社會之權力工具，而是社會的一個政治神聖物。

自然地，這種轉變不得不觸及憲法之概念。

但仍然保留著國家與社會是兩個不同世界之觀念，故十八世紀憲法之概念仍有作為。故此，相信人類之空間、主要仍是經濟方面的空間，並保留其自主性。國家，另一方面，仍以極權國家陳舊機器之新面孔示人，國家仍凌駕於社會之上或屬社會以外之物，不同之處是現在國家進行內部化，使國家為社會服務。倘相信這番理論，則可將憲法構思成為一種受到限制之歷史措施。憲法只不過是設置一個障礙為了滿足當時之欲望而約束領導者之障礙，使其不會損害民族（國家）。

但是，當發覺國家與社會這個二元論失去其意思時，會發現國家只是社會之其中一個特別層面，要使憲法擁有一定之意義，她必須被視為整個社會之組織秩序，只有這樣方能保障一個群體共同生活綱領，同時體現出其真正之面孔及理性。特別是對人類給予一種擔保噢在一個人類地位受到威脅，世界裏，此為不可或缺之擔保。威脅的企圖不單來自公共部門，而且超越傳統的界限，進入了保留予個人之領域，亦有社會部門方面之威脅企圖噢體現出一個極權的層面：將政治殖民化及將人類之自主性分解。

因此，新憲法並不限於是選定領導者之綱領(計劃)，亦倡議某些保証經濟與社會秩序之規則。在此有一個確保秩序之期望，其中並非秩序本身有價值，而是秩序所包含之公平（公正）之理念。但是，不能再相信有一個按照自然法構造之公正尺度，亦不能再相信實証主義噢她認為任何秩序皆屬公正。

這些分析皆再次強調出憲法之實質意義。在每部形式憲法之上，重申存在一些以一定社會風俗為基礎、在歷史實踐上反映出來之一套實質法原則。

在詳述這套原則方面學者間並無劃一之意見，事實就是所有這些原則皆源自以人類為優先核心之一個意思。

就是這些原則給予每部形式憲法意義與理由。這些原則一經憲法明示或默示地反映在憲法上，則增加“憲法之規範力”，體現其作為解決衝突之一種有動力及行之有效之工具。

在西方文明世界裏，憲法不再是普通成文法之形式邏輯前提，即“產生其他法律之首部法律”，憲法更加強烈地希望成為政治社會之正當秩序，且每日不斷更新。

指憲法是群體綱領(計劃)，體現出對群體基本價值之尊重，此與十八世紀將憲法貶為一個關於領導人行為之概念並不相容。現在，憲法文件體現出塑造社會之一個意義，且藉完美主義者之熱忱重申這一點，甚至往往狂熱入迷地宣告這個意義，同時絕不妥協地主張憲法並不限於包含傳統之內容。必須否定成文憲法之專橫（極權）主義；應意識到憲法只是參予社會事物之一種嘗試，係人類及人類處身社會之一個保障。

在啟蒙主義理論方面，理性之解釋是避免將成文憲法視為純事實權利之產物噢此點危害性不大，因為憲法僅是領導者之規章。

但現在當憲法有意塑造“群體物”時，更加強烈地要求憲法須同實質憲法相對照。

意即對於(社會成員)之人之地位、並非單以在某段時間內立憲者認為需要給予這些社員之保障為準而加以評定，而是以憲法所溶入之特別客體、即社會（歷史與思想層面）為準而評定之。

最後，此點難免會不影響（這些在實証主義年代完全被遺忘）。當《QU'EST CE QUE LE TIERS ETAT ?》一書出爐後，許多東西已經改變了。變化最大的是民族(國家)之概念。今日，無人會相信仍可不切實際地將國家構思成一個在原始自由方面不馴服之生物組織；只有由RAMALHO ORTIGÃO所述“形成上學之物之憲法”才使民族（國家）在政治演詞中存在。

今日，係從處於平衡之團體之多元主義層面去構思國家、人民、社會(視乎喜好)，透過尊重及承認之共同價值為之。群體之意願已不屬於盧梭所述的人類社會自由意志之模式，群體之意願，一如KAUFMANN所述，只可以表示為：群體的意願是社會不斷仰慕之一整套實質原則。

意思即指立憲權，總意之真正表現，亦是一個在實質上受到限制之權力。當然在古典學說中，這種言論被視為胡言亂語。今日，按照主流派之理論，立憲權有一個負擔：在憲法文本內體現出實質憲法之渴求。故此有一個外部限制及一個內部限制：不能違背這些渴求，應盡可能完美地實現這些渴求。

按照憲法本身之限制，它或者會繼續存在下去或者消失。憲法可以獲

得所需之規範力去實際調和（整治）社會之壓力，或者憲法可作為一個假偽之強制令，遵守這個強制令界限就是至到強制力仍起作用之界限。

除此之外，憲法不應成為一部社會之生命法典，意圖規範全部事項，每部憲法應保留一個作為自保之開放度，吸納由人民歷史經踐而產生之基本原則，保證對社會政治進程所體現出之技術、經濟及社會之轉變作出配合。

如果關於政治機關系統之制度框架十分重要，更重要的是上文所述之內容，因為在現代憲法內皆有此部份（的內容），目的係規範經濟與社會生活。

將憲法之經濟及社會部份變成解決衝突方案之確定性及密封之的空間之企圖，正表現出將群體定為固定主義型，阻止其解決各種需要。事實上，在一個充滿動力之社會內，在任何時候各種需要（壓力）（張力）須有其平衡點。

但是，反面言之，基於某些人之世界觀及生命觀，不知有多少人曾經有多少次將憲法完全世俗化及相對化，甚至一如LASSALLE所說，使憲法變成“一頁紙”；正因為這些人，在一場憲政運動勝利後，他們成為讚美（憲法）文本之“神聖合唱團之領隊”。