

# 宪法是关于主权的真实规则

翟小波\*

---

**内容提要:**语言要有意义,就必须或直接或间接地指示物理客体。思想和言说之谬误的根源在于:混淆实名词(即主项之名,包括物理名词和抽象名词)和物理世界之关系,冒称前者是后者。本着此种语言观,宪法学者的首要职责就是解释主权的真相。此种身份定位决定了宪法的概念:它是关于主权之构成和运作的真规则,包括道德无涉的宪法法律和惯例。在成文宪法作用仍待提升的国家,要解释主权的真规则,培育符合宪政的宪法,尤其要倚重宪法惯例。

**关键词:**主权 真实规则 宪法

---

社会发展频繁向陈旧政制发难。旧宪法学无法有效回应重大现实难题。矗立于理想和现实的鸿沟两岸,面对生动和复杂的社会政经现象,宪法学者深感生命被撕裂的痛苦和焦灼,心智之枯竭暴露无遗:因为他无法解释现实,不知身处何地,所以他伸张的理想总难免盲目荒诞,他展示的道路总难免误入歧途。危机引发思考,它强迫人回访看似简单的问题:宪法是什么?知识、思想和信仰的历史,从来都是智者或英雄的杰作。在每门学科的创新和巅峰期,都有巨人的身影,他们是时代精神的象征,是历史智慧的传承者,是未来思想的开路者。智识的进步,首先是对经典的解读和领悟,而后是对它的继承和超越。“‘学,觉也,效也。后觉习效先觉之所为,谓之学。’<sup>[1]</sup>后觉习效先觉,不能不诵读先觉之著述。本文对宪法概念的追问,即从宪法经典的解读开始。

《宪法的法律研究导论》<sup>[2]</sup>(以下简称《宪法导论》)是宪法学经典,它奠定了戴西的现代宪法学巨擘的地位。<sup>[3]</sup>今天,翻阅雷宾南君百年前翻译的《英宪精义》,摩挲那如被泪水浸湿之信笺般红黄而脆弱的书页,注目陈旧而迷糊的字迹,我感受了中国宪法学对经典的轻忽和麻木,我也明白中国宪法学百年荒凉的因缘;陪伴这百年荒凉的,是中国宪政的百年悲怆。

---

\* 中国社会科学院研究生院 2002 级博士研究生。夏勇和陈端洪老师、谢海定和范亚峰先生曾阅读全文,提出宝贵而具体的修改意见,特此致谢。

[1] 钱穆:《论语新解》,三联书店 2002 年版,第 3 页。

[2] Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, tenth edition with introduction by E. C. S. Wade, Macmillan Education LTD, 1959. 本文论述依据的就是这个版本。该书最早由雷宾南先生译作中文,名曰《英宪精义》(上海商务印书馆,1930 年;中国法制出版社 2001 年重印)。雷先生多重意译,而且时有演绎,难免有失真之处。我译作《宪法的法律研究导论》,把戴雪译作戴西。

[3] 洛克林说戴西是英国宪法的编纂者(codifier)。See Martin Loughlin, *Public Law and Political Theory*, Oxford University Press, 1992, p. 140.

《宪法导论》开篇是“宪法的真性质”，旨在回答“宪法是什么”的问题，戴西把它作为“全书纲领”。<sup>[4]</sup>笔者试图进入该部分的著述，<sup>[5]</sup>寻绎和提炼宪法的概念。为避免把戴西的宪法观看作若干僵硬的教条，我进入他的法学传承，发掘支撑戴西宪法观的法哲学基础。戴西的宪法学继承了边沁和奥斯丁的古典分析法学传统。戴西一贯坚守边沁主义，自称是“年迈、固执、无悔的边沁信徒”<sup>[6]</sup>；他把边沁认作“第一位且是最伟大的法律哲学家。”<sup>[7]</sup>另外，戴西也很崇敬奥斯丁。<sup>[8]</sup>他曾说：“一提到奥斯丁的名字，我就无法抑制内心中最崇高的尊敬，对他的贡献，无论给予多么高的评价都不会过分。”<sup>[9]</sup>

在“全书纲领”即“宪法的真性质”中，对宪法概念的解答，是以对宪法学者的定位为前提的。戴西首先把宪法学者界定为（主权之构成和运作的）真相的解释者；然后，以此为前提，他把宪法界定为“关于主权之构成和运作的规则”。本文也因此分为两部分。第一部分考究戴西对宪法学者的职责的界定；第二部分考究以上述界定为根据的宪法学者（即戴西）对“宪法的概念”的解答。前者着重强调“关于主权的真实规则”的“真实”，后者着重强调“关于主权的真实规则”的“规则”。关于“真实”和“主权”，笔者在此采取通俗和常识的理解，“真实”<sup>[10]</sup>即真相或符合事实。主权<sup>[11]</sup>即国家的最高或最主要的权力。“关于主权的真实规则”即关于国家最高权力之构成和运作的真相的规则。

## 一、宪法学者是主权之构成和运作的真相的解释者

宪法教科书通常会在开篇首先提出“宪法是什么”的问题，然后便给出作者的回答。戴西则完全不同。《宪法导论》的“全书纲领”虽直接名曰“宪法的真性质”，然而，在“全书纲领”的35页的篇幅内，戴西只是在第22页末尾和23页开头才提出，“最好来深入探求我赋予宪法一词的准确意义”。此前约63%的篇幅，完全是围绕着“宪法学者该当何为”展开的；他孜孜以求的首要问题是：宪法学者的职责是什么。依照学术和论文规范，这显然是蹩脚的跑题。这种别具一格的“反规范”的探求路径虽有些突兀，但也不难理解，这里有着非常坚硬的现实逻辑：正是你的身份，决定着你的言说。俗话说，屁股指挥脑袋，正是这个道理。热情的护宪（成文）派的概念，自然与激烈的批判者有异。同样，解释者也自有他的宪法概念。找到恰当的定位，显然是给出恰当的宪法定义的前提。

为讨论的方便，我先给出戴西的宪法定义：宪法是关于主权之构成和运作的真实规则。戴西所规定的宪法学者的职责是解释主权之构成和运作的真相。这里主要解读其中两个方面：第一，宪法学者是解释者；第二，解释什么？真相！宪法的定义后文会详细讨论。

### （一）宪法学者应该是解释者

我国宪法学者可粗略分成两种：一是热情的护宪派，二是激烈的批判派。这两者都可说是评论

[4] Dicey, *Law of the Constitution*, "OUTLINE OF SUBJECT: THE TRUE NATURE OF CONSTITUTIONAL LAW", pp. 1-35.

[5] 关于戴西的身世和事功，有兴趣的读者，可参看：“戴西先生略传”，载《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社2001年版，第580页以下。

[6] Albert Venn Dicey, *A Fool's Paradise*, 转引自 Cosgrove, *The Rule of Law*, University of North Carolina Press, 1980, p. 247.

[7] Dicey, *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Macmillan and Co., Limited, Second Edition, 1914) (下称 *Law and Opinion*), P. 134.

[8] Wilfrid E. Rumble, *The Thought of John Austin*, London: The Athlone Press, 1985, p. 48.

[9] Ibid., p. 4.

[10] 关于“真实”，哲学、尤其是分析哲学界的理论很多也很复杂，本文无意卷入。

[11] 关于主权的理论可参看：C. E. Merriam, *History of the Theory of Sovereignty since Rousseau*, New York, 1900.

者。其实,各国都有这种现象。英国人伯克和哈廉(Hallam)也毫无保留地歌颂英国宪法。<sup>[12]</sup>他们信仰宪法,一如信仰宗教,不但自己对宪法不敢有丝毫怀疑,而且他人一旦倡言改制,他们便深恶痛绝。戴西把这种做法称作古代人的宪法观,并以“狂热崇拜”名之。他如是说道:“当代人必然且必须以区别于1791和1818年之情绪的精神,来看待宪法。……当前,选宪法课的学生,既不是为批评宪法,也不是为敬畏宪法,而只是为理解宪法。以讲宪法为职责的教授,必须自觉:他的使命既不应是充当批评家,也不应是辩护士,更不能是歌德者,而只应是解释者;他的义务不是攻击宪法,不是辩护宪法,而只是解释它的法律。”

宪法学者首先是解释者,他的职责是向学生告知实在宪法的真相,法学必须从“知”或“理解”开始,而不能从“信”或“恨”开始。正如戴西批评伯克和哈廉,边沁也曾猛烈而决绝地批评布莱克斯通。他说道:“对法律的主题发表意见的人可分为两类:解释者(Expositor)和评论者(Censor)。解释者的任务是向我们说明他所识别的法律是什么;评论者的任务是向我们评述他所认为的法律应当是什么。因此,前者主要是叙述或研究事实;而后者则是讨论理由。解释者之范围内涉及的思维官能只是了解、记忆和判断;而对后者,由于评论总牵涉对被评论事物的爱憎感情,故评论者要和感情打交道。……解释者要说明的是,立法者和他手下的法官过去已经做了什么;而评论者则建议说,立法者将来应当做些什么。”<sup>[13]</sup>

虽然布莱克斯通“宣称的目标是向我们解释英格兰过去的法律是什么”,但“只有后者(评论)在他履行的职责范围内”。边沁接着说道:“一方面看,某人若不分黑白,粗率指责现状,这就会使他受人鄙视。另一方面看,当权者之工作的顽固或腐化的维护者,将以某种方式对自己所支持的权力滥用负有罪责。如果他躲闪着用强词夺理的大话,图谋维护自己不能或不敢辩护之物,使之免受责备,或向人推荐它,他就更负有罪责了。某人若只按他认为的那样,描述制度是什么,而不再述说该制度……值得享有的赞扬,显然,他就不应当分担任何责难(也无人会认为,他应当如此)。”<sup>[14]</sup>

如边沁所言,在未理解之状况下的“指责”或“辩护”,必然流于“粗率”或“腐化”,都必然卷入作者卑劣的学问人格,故而负有“罪责”;另外如戴西所言,“选宪法课的学生,既不是为批评宪法,也不是为敬畏宪法,而只是为理解宪法”。基于这两层理由,宪法学者必须首先是解释者,这又必然要求宪法学者区分解释者和评论者的双重身份,“由于评论总牵涉对被评论事物的喜欢与不喜欢的感情,故评论者要和感情打交道”。“理解之才具和心灵之感情间有极密切的联系。”<sup>[15]</sup>感情则会妨碍理智,因此,粗率的评论者不能准确理解事物之本来:“基于上述原因,不久前,我就计划指出某些……本书的最严重缺点,尤其是这重大而根本的缺点,即憎恶改革;或者说,我计划指出和表明在我看来的充斥全书的普遍的不准确和混淆之处。因为,确实,这种狭隘的憎恶感情,本身就足以造成模糊和歪曲推理的总倾向,从它之中,不可能获得任何清晰和纯正的知识。”<sup>[16]</sup>

为免负罪责,为满足学生的要求,为获得清晰和纯正的知识,宪法学者首先应该是解释者,并区别于评论者。人类当然不能满足于既存的法制,而要追求更美好的理想。“制度不受批判就永远无法改进”。<sup>[17]</sup>然而,若不知道现实制度为何物,批判和赞扬必将盲目无的。尽管边沁首先是严格的法学家,但是其目标却是成为立法学家:“他问道:‘我是否对某些事有天才?我能贡献什么?’这是他向自己提出的第一个问题。接着就来了另一个问题:‘在所有的世俗追求中,什么是最重要的?’爱尔维修的回答是‘立法’。‘我有立法的天才吗?’这是他一再向自己提出的问题。他翻来覆去地想它。他在其自

[12] Dicey, *Law of the Constitution*, p. 1, 2.

[13] Jeremy Bentham, *A Fragment on Government*, the new Authoritative Edition by J. H. Burns and H. L. A. Hart, Cambridge University Press, 1988, p. 8.

[14] Ibid., p. 9.

[15][16] Ibid., p. 4.

[17] Ibid., p. 10.

然性情和后天习惯中搜寻他能发现的每项征兆。‘我真有立法天才吗？我给出了答案，恐惧而颤抖地说：是。’”<sup>[18]</sup>

对边沁来说，把解释者和评论者的角色分开，区别实然法和应然法，有非常实际的意义，就是使实然法符合应然法。“解释者是评论者的仆人，反过来又是立法者的顾问”。<sup>[19]</sup>然而，要成为评论者或曰立法者，首先必须成为解释者。

边沁的法学概念是较宽泛的，它包括了解释的严格法学和评论的立法科学。19世纪后半期英国法学，受到“把所有知识纳入科学框架内”之思潮的冲击，自觉搁置了对改革和“应然法”的关注，把立法科学单列为区别于严格法学的独立学科。分析法学也着力于法律术语的解释，而无暇他顾。另外，法律究竟是否值得做学术的研究？能否成为大学教育的主题？这个问题也使法学者承担较大的社会和政治压力。由于以功利原理为基础的立法科学，属伦理学的范畴，很难有确定的答案，很难对法律工作者有帮助（或许对议员有用），也就遭到法学者的冷漠：对大学法科的学生和具体的实践工作者而言，法律主要是提供金饭碗的职业，他关心的是如何获取并应用作为知识和技艺的法律本身，而不是对“法律应该是什么”品头论足。基于上述社会情势，奥斯丁限缩了研究对象：“法学的适当对象，在它任何的不同部门，都是实在法。实在法……是指，已确立的或实在的（positum）法律，它处于独立的政治共同体之中，依赖于其中的最高政府之主权者的明示或默示的权威……至于法律的好和坏，由功利（或由藉以区别人类观念的任何）标准评判，法学并不直接关注。如果，就构成其合适对象的某些原则而言，它提到功利考量，那也只是为解释这些原则，而不是为确定它们的价值。这就把这种科学和立法科学区别开了：立法科学旨在确定实在法应当据以制定或修改的标准和理则（也包括从属于或符合于这些标准的原则）……；应当是什么的知识以‘是什么’的知识为前提，所以，立法就以法学为前提，但是，法学并不以立法为前提。法律过去和现在是什么，即使无需它们应当是什么的知识，也可知晓。因为关于‘应当是什么’的知识是以关于先前状况的知识为基础的，立法就以法学为前提。”<sup>[20]</sup>

奥斯丁的法律理论显然从边沁处推演而来。但是，他界定的法学的适当范围非常窄，明确把法学和立法分开。法学者就是解释者，评论者的角色被悬搁起来；之所以如此，也只是为了强调解释者之角色的重要意义。诚如菲利普·萧费德所言：“对法律和道德的关系，他（奥斯丁）有许多话要说，他自己没有完全否认法学者的批判作用，但是，他确实强调，法学科学的特定范围是解释：这里实际上没有评论者的空间。反过来，他的分析传统中的追随者又在这种意义的法学和对既存法律制度的系统批判即立法科学之间划出了严格的界线。”<sup>[21]</sup>

## （二）宪法学者是真相的解释者

### 1. 应该解释真相

英国是没有成文宪法的国家，这是英国学者戴西在探求宪法学者的职责时面临的特殊难题。

在没有成文宪法的国家，作为解释者的宪法学者显然不能囿于成文宪法的纸面条款；在成文宪法作用受到很大限制的国家，这个道理显然也是适用的。然而，我国宪法学者似乎并没有意识到这是个问题，不去追究宪法典本身的实践价值，而径直地去“认真对待条文”，沉浸于宪法的条文中。由此便产生了我国宪法学的一幅最明显的特征，即“名教癖”。名教就是崇拜写的文字有如宗教。崇拜文字，原非坏事，但把文字看成万能，却有很多流弊。其一，惟法条是瞻。学者的主要工作就是依据法规，解释书面的宪法，而不问现实是否合乎法条。其二，热爱口号标语宪政。因为这种名教病，宪法学者就

[18] Sir Roland Keyvet Wilson, Bart., *History of Modern English Law*, 转引自 Dicey, *Law and Opinion in England*: p. 133.

[19] Philip Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth - Century English Jurisprudence", *Journal of Legal History*, vol. 12(1). May 1991.

[20] J. Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, (ed. H. L. A. Hart, 1954), 转引自 M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: Sweet & Maxwell Ltd, 1994, p. 20 - 22.

[21] Philip Schofield, "Jeremy Bentham and Nineteenth - Century English Jurisprudence".

视文字和行动为一物,重视名词,以为有了名词就有了实质,有了事实。这些学者整天都在捉摸,宪法哪个条文不对头,该怎么修改,只要宪法文本改动了,任务也就完成了。他们想把一切美丽而动听的词语,都塞进宪法里,并认定这是功德无量的事业,足以让自己名垂青史。犯名教病的解释者依然是解释者,但却不是边沁、奥斯丁和戴西所说的解释者。和中国宪法学者不同,戴西的首要举措是认真对待英国无成文宪法的现实,其次他追问:在无成文宪法的国家,作为解释者的宪法学者究竟该解释什么,答案是要解释主权之构成和运作的真相。

英国宪法没有一定的形式,却有繁复而不可究诘之内容。这给宪法学者带来了很大困难。戴西以羡慕和不平的口吻,对美国宪法学的对象和方法,做了极精彩的评述,以反衬英国宪法学的窘境:“当这些杰出法学家以讲座的形式,宣授美国宪法评论时,他们准确知道,什么是讲述的对象,什么是阐明此对象的方式。他们讲述的主题是国家法律的明确部分;它被记录在全世界都可获知的特定文书里,……;他们也知道论述其主题所需的方法。作为宪法评论者,他们的任务在类型上和评论美国法律其他部门的任务相同。……他们的工作,尽管或许也很难,但却是法律人习惯的工作。……英国评论者的情境和他的美国同行完全不同。他可以从头到尾检阅法令全书,但是他将看不到包含宪法条文的立法;他将不具备据以把宪法及根本法与普通立法区别开来的任何标准;他将发现,宪法一词,甚至不曾被布莱克斯通使用过(如果我的记忆没有欺骗我的话),它是较现代的词;总之,在评论宪法之前,他必须首先理清楚,什么是英国宪法的性质和范围。”<sup>[22]</sup>

如果某国有成文宪法,且该成文宪法又是规范宪法,<sup>[23]</sup>那么,该国的宪法学研究和普通的法学研究,没有太大的差别,相对要容易些。然而,在没有成文宪法的国家,宪法学者的任务要比一般法学者艰巨的多。戴西说,在这个问题上,可以求助于某些权威的法学家:如法学家布莱克斯通,法史学家哈廉和弗里曼(Freeman)。然而,戴西话锋一转,说道:“但是,基于我将要提供给你们考虑的理由,在他试图确定其工作领域和方式时,他很可能被每类作者领入歧途;他将发现,除非他能获得某些线索来引领其脚步,所谓‘宪法’的整个领域将是座迷宫:其中,漫游者将被虚假、好古癖……迷惑而手脚无措。”

接着,戴西分别批判上述两类宪法学者的研究方法,其中也表明了自己的立场。

首先,戴西批判了布莱克斯通的宪法学研究,认为其最大缺点就是掩盖真相。布莱克斯通是传统法学家的典型。戴西指出:“它(即布莱克斯通的《英国法评论》——本文作者)的真正缺点是语言和思想的绝望的混乱,这被布莱克斯通的习惯引入宪法的整个主题之中,这习惯也是当时所有法律人共有的习惯,此即,把陈旧不堪用的术语衣被于新制度,尤其是在字面上把事实上由征服者威廉(甚至是他都不曾)拥有和行使的全部权力,套到现代的立宪君主头上。”<sup>[24]</sup>

布莱克斯通曾对王权有美妙的论述,戴西却说这些论述的缺点是:“它所包含的陈述恰是真相的反面。……不能指望布莱克斯通对王权的描述是对他写作当时的主权者权力的真实陈述。……评论者(即布莱克斯通)使用的术语,当他使用它们时,是不实在的……。”<sup>[25]</sup>

布莱克斯通的著作使“我们坠入了不实在或虚假之中”。<sup>[26]</sup>这种做法有诸多弊病:“布莱克斯通和其他不甚知名的宪法学家固守这种不实在的表达法。这里要指出,这种倾向给法律研究带来的真正伤害……在于:不实在的语言模糊和遮蔽了女王和政府之权力的真相。……我们都向布莱克斯通和类似作者学习,也持续使用这种表达,我们并不确定地知道:什么是宪法政府的事实和掩盖该种事实的有些做作的术语之间的确切关系。……普遍的结果是:国王的真实地位和政府的真实权力被掩盖,

[22] Dicey, *Law of Constitution*, p. 5 - 6.

[23] 参见罗豪才、吴瀚英:《资本主义国家的宪法和政治制度》,北京大学出版社1983年版,第14页。

[24] Dicey, *Law of Constitution*, pp. 7 - 8.

[25] *Ibid.*, p. 9.

[26] *Ibid.*, p. 10.

被虚假地归诸全能的主权者,布莱克斯通的第一卷书的读者很难明了法律的事实,它被掩埋于表达这些事实的不实在的语言之下。<sup>〔27〕</sup>

布莱克斯通的错误正是英国特色的名教病:看重语词,而忽视事实,结果是掩盖和粉饰真相。

其次,戴西批评了法史家的法律虚构,认为这也掩盖了宪法的真相。法律人的目的是获取关于当前法律的知识。因此,应当区分法史家和法律家。法律家应提防好古癖:“受训的法律家的职责不是去探知英国法昨天是什么,更非去探知若干世纪前是什么,或明天应该是什么,而是去探知且说明现实的且当前存在于英国的法律原则。”<sup>〔28〕</sup>

法史家主要是出于对法制起源的固有热爱,来关心宪法演变的步骤。法律家“首要的研究对象则是现实的法律;对其形成过程的确定,只是他次要的关注”;<sup>〔29〕</sup>法律家对历史的关注,只是为了理清现实的法律,他不会关注早期的法律史,“在其对现行法的研究中,只是从英国晚近的历史中,法律家才能获得最大帮助”。<sup>〔30〕</sup>无论如何,对于(晚近历史上的)这些事情的知识,将保护我们免受幻象的迷惑,这种幻象即:现代宪法自由是依照退步式进步(retrogressive progress)的奇特方式确立的;朝向文明的步骤就是朝向我们的未开化祖先的简单智慧的步骤。这种观点背后的假定是:我们的萨克逊先祖就有较完美的政体。这种假定掩盖法律和历史的真相。<sup>〔31〕</sup>

这种假定就是法律虚构:<sup>〔32〕</sup>为正义的目的,认定某些假的或可能假的原则为真,或认定从未发生的事情真的发生过。<sup>〔33〕</sup>英国人则会把宪政追溯到日尔曼远祖那儿,以此为据,慨叹世风不古。其中,最卓著的就是英国的柯克。后者总是诉诸虚假的古代宪法,来抵制王权,当然,这种法律虚构技术对宪政发展曾有一定贡献,然而,它引以为据的论断却是虚假的:“法院的虚构,在柯克之类的法官手中,曾促进了正义和自由的事业,尤其是在没有其他武器来维护后者时。因为,在某些社会条件下,法律虚构……提供了确立平等和恒定之法治的唯一手段,后者是英国文明的真正基础。詹姆士想把案件从法院抽出来自己审判,柯克诱劝或迫使他放弃这种企图。柯克所使用的推理,是天底下最学究气、最做作、最反历史的。”

法律虚构对宪政的促进作用很有限,因为在诉诸先祖旧制或法律虚构方面,国王显然有更大优势,来支持自己的专制权力,这就是洛克完全放弃古代宪法的论证模式而另起炉灶的理由。但是,戴西对法律虚构的批评却透彻见底:它虚假而做作,“掩盖了法律的真相”。说白了,法律虚构就是把假的说成真的,把无说成有。美化和粉饰古代,是多数史家的固有性情,法律虚构常演变为多数法史家的看家本领。他们常说:老祖宗就不曾这样——这多半是假的,不可考的。戴西正是在这种意义上批评法史家的。

戴西把布莱克斯通的名教病称作形式癖,把史家对历史起源的固有热爱称作好古癖。他批评好古癖,也是因为好古癖常会掩盖事实,美化古代,而非对好古癖本身有什么成见。戴西总结说:“形式癖和好古癖,可以说,联起手来,它们一起误导了寻求宪法之法律的学生。”<sup>〔34〕</sup>

虽然对历史的漠视,是分析法学的特征之一。然而,即便是有好古癖的法史家,也未必都喜爱法律虚构的技术;美化古代只是大多数史家的性情,真正的史家则应秉笔直书。梅特兰曾对戴西说道:“法律史唯一的直接功利(暂且不说它纯粹的智识刺激)在于下述教训:每代人都有塑造他自己的法律

〔27〕 Ibid. ,pp. 11 - 12.

〔28〕 Ibid. ,pp. 14 - 15.

〔29〕 Ibid. , P. 15.

〔30〕〔31〕 Ibid. ,P. 17.

〔32〕 参 Black 's Law Dictionary , 6<sup>th</sup> ed .p. 623.

〔33〕 边沁曾说过:“我理解的虚构,是明显错误的假定事实,人据之以推理,好像它是真的。”Jeremy Bentham, *The Theory of Legislation*, edited with an introduction and notes by C. K. Ogden, London, 1931, p. 71.

〔34〕 Dicey, *Law of Constitution*, p. 19.

的巨大权力。我认为,法律史的研究不会让人成为宿命论者;我怀疑它会使人保守;我确信它将把人从迷信中解放出来,告诫他们自己有自由的双手。我越发沉浸于中世纪,但是,我曾期望的唯一功利根据是:如果历史要完成其解放工作,它就必须尽可能忠于事实;如果它开始思考它能提供什么教训,他就不再能忠于事实。”<sup>[35]</sup>

梅特兰这番话,毫不客气,是对戴西的直接批评,尽管他并未真理解戴西的用意:戴西并不是真的反历史,而只是为反虚构才反历史。若是梅特兰所说的忠于事实的法律史,戴西根本就不会反对。接下来,我暂时搁置戴西的分析法学的历史观,而把他对布莱克斯通的形式癖和法史家的虚构癖的批判放到边沁开创的法哲学传统中来解释。就本质而言,名教癖、形式癖都是法律虚构,即掩盖(或诬蔑或粉饰)真相,回避现实。戴西对它们的批评,和此前一百多年的边沁对布莱克斯通的批评,如出一辙。这背后潜伏着深刻的语言哲学问题。

## 2. 解释真相与边沁的法哲学

边沁的学问生涯,从批判布莱克斯通开始。“边沁对《英国法评论》的指责,把布莱克斯通的崇拜者,置于永远的防卫境地。”<sup>[36]</sup>边沁对布莱克斯通的批判,主要集中在四个方面:其一是他反对改革;其二是他滥用语言;其三是他赞成法官造法;其四是他拥护自然权利论。这里我关注他对布莱克斯通的语言滥用的批评。

布莱克斯通把普通法视作理性的缩影,边沁则认为,它充满专门术语和掩盖真相的叙述,是混乱和迷惑的堡垒,法官和政客藉以在此开展诸种罪恶的活动,且不被人察觉。<sup>[37]</sup>其中,最大祸害就是法律虚构,这彻底激怒了边沁。“事物被厚颜无耻地错误描述,诸种谬误在法庭中被公然接受”。<sup>[38]</sup>我们试看边沁的几则评论,这些全是针对布莱克斯通的:“也许,曾有一度,原初契约和其他虚构,有用途。我不否认,借助这种工具,某些政治工作可能已被完成;在当时的情况下,这种有用的工作不可能用其他工具完成。但是,虚构的理由今天已不存在:以前曾以该名义被容忍和赞许的事,现在若仍试图依靠,就会在严重的伪造或欺骗的罪名下,受到谴责和批判。今天,试图提出任何新虚构,都可说是犯罪。基于这种原因,吹嘘和宣扬这种已被提出过的虚构就更危险,且毫无用处。就政治洞察力而言,知识的广布已把人类提高到比以往任何时候都更平等的水准:现在,任何人都可能比他周围的人高明百倍,以致他可以肆意从事为自己利益而欺骗别人的危险行径。”<sup>[39]</sup>

边沁严斥法律家的诡辩:“如果嘴中不装满虚构,他们就无法轻松说话,正如狄摩西尼嘴中没有卵石就无法说话。这种职业偏见的力量,剥夺了理解力。他们以谎言为生,正如土耳其人以鸦片为生,最初是出于选择而且睁大眼睛,后来就出于习惯,直到最后,他们丧失了所有廉耻,允许谎言代替现实,并贪婪地把它吞咽,没它就无法生活。”<sup>[40]</sup>

戴西充分继承了边沁的传统。边沁早在多年前就同样批评过布莱克斯通对英国王权的论述,说他的论述是:“滑稽的悖论,谄媚的果实……只有助于迷惑和误导,给现实本身以寓言和奇异的色调。……他……没有意识到,用虚假来推动它的这种企图,使最好的事业受到了多大的伤害……没有必要把人类的幸福奠基于虚构。没有必要把社会的金字塔奠基于流沙之上,或奠基于其下的滑泥之上。让我们把这些把戏留给孩子;成人应当讲出真实和理性的语言。”<sup>[41]</sup>

[35] Maitland to Dicey, fall 1896, Cosgrove, *The Rule of Law*, p. 177.

[36] Richard Posner, “Blackstone and Bentham,” *Journal of Law and Economics* 19 (October 1976), p. 570.

[37] 关于边沁和普通法的关系,参见 Gerald J. Postema, *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon Press Oxford, 1986.

[38] Ross Harrison, *Bentham*, London: Routledge and Kegan Paul, 1983, p. 24.

[39] Bentham, *A Fragment on Government*, p. 52.

[40] Bentham, *A Comment on The Commentaries*, edited by J. H. Burns and H. L. A. Hart University of London, The Athlone Press, 1977, p. 58.

[41] Bentham, *The Theory of Legislation*, pp. 71, 72, 74.

在边沁看来,法制实践的很多难题都源于语言障碍,特别是对语词的蹩脚和矫情的使用。语言可说明事物,也可误导事物。为避免误导和欺骗众生,就必须关注语言、现实和信仰之间的关系。哈特对此有中肯的评说:<sup>[42]</sup>边沁认为,所有的法律和社会制度都受到保护,其生命被不当延长,它的谎言、误解和虚构都给人类带来可恶的后果,解释者有必要发现它们并清除之,以便为评论者的工作铺平道路……他认为,法律家的行话和晦涩说法是高级盗窃,掩盖了法律的缺陷。这种(即对逻辑和语言理论的)研究很重要,因为,就社会生活和制度(包括法律)之真相来说,语言总被用作迷惑和压迫的工具,欺骗人们,并隐藏了改革的可能。

“迷惑和幻象,总有利于有关阶级,聚集在社会制度的周围。和卡尔·马克思相同,边沁对这些方式有生动的评价:说它掩盖‘这些制度及其缺点是人造物’的事实,鼓励下述信仰:即它们所带来的不正义和剥削只能归咎于自然,人力不可改变。边沁说,‘法律现身于面具之中’,他的多数著述就是旨在清除它。

“对语言的精心关注,对语言会成为迷惑之源的意识,对‘语词情境之清洗’(nettoyage de la situation verbale)作为任何严肃研究之根本伴随工作之必要条件的意识,是边沁思想的特征之一,这使他区别于欧洲启蒙运动的思想家,尽管他曾从后者捕获大量灵感。<sup>[43]</sup>

“这些谬误,性质上是对事实的错误陈述。很多是骗人的道理,要揭露它们,就必须把鼻子插进简朴事实和关于简朴事实的简朴语言的土地之中。”<sup>[44]</sup>

基于以上理由,边沁认为,对现实的批判首先是对语言的批判。语言不仅是交流的工具,而且是思维的基础。因为有语言,人不同于动物。然而,语言又容易模糊。虚假的语句和语词会混淆视听,蒙蔽思想。这正是宪法及其学问的名教癖、形式癖和虚构癖的根源。因此:“对边沁来说,最根本的本体论问题,涉及人类心灵、从而是人类思想、交流和物理世界之关系的性质。既然思维和交流的基本工具是语言,就有必要理解语言的性质,特别是理解它被用来描绘和错绘物理世界的方式。”<sup>[45]</sup>

该采取何种语言观呢?<sup>[46]</sup>边沁认为,语言要有意义,就必须或直接或间接地指示物理客体;语言的基本单位是命题;不论明示还是默示,它至少包括:主项之名,属性或谓项之名,联项之名。换句话说,单独的命题总构成语句,尽管某单独的语句可能包括若干命题。主项之名,即实名词,有时代表物理客体或物理客体的属性(边沁称这二者为实体),有时代表某抽象概念(边沁称此为虚体);然而,语法结构却无法表明它究竟指示何种实体,混淆就由此而生。在命题语境里,无论是谈论诸如苹果的成熟或酸甜之类的物理客体的属性,还是谈论诸如法律或义务之类的抽象概念,只有当这些谈论确实是在指示或围绕着相关物理客体(如人和石头)时,谈论才有意义。<sup>[47]</sup>语言的使用方式,显然会混淆前两项范畴、也即边沁所说的实体之名和虚体之名间的差别:“真实存在的唯一客体是物质(substances)——它们是唯一的实体。若用作为非物质客体之名的语词传达任何观念,我们就被迫要把实际只能赋予物质的属性赋予这些客体:一句话,我们就被迫冒称它们是物质。”<sup>[48]</sup>

语言误导心灵,不仅在于,语言有可能被用来描述物理世界,还在于,对诸如权力或债的抽象概念,也存在把实名词和实体、物理世界存在的客体结合的倾向:“语词,即被用来充当名称的语词,是唯

[42] 哈特的详细论述,可参见 Hart, "The Demystification of the Law", in *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, (下称 Hart, *Essays*) Clarendon Press, Oxford, 1982.

[43] H. L. A. Hart, *Essays on Bentham*, "Introduction", Clarendon Press, Oxford, pp. 1 - 2.

[44] Ibid, p. 8.

[45] Philip Schofield, "Jeremy Bentham, the Principle of Utility, and Legal Positivism." (2003年10月6日一校之未定稿)(下称 Philip Schofield, 2003), p. 12. 感谢萧费德教授寄给我这篇杰出的文章。

[46] 关于边沁的语言哲学,可参见 C. K. Ogden, *Bentham's Theory of Fictions*, Routledge, 2000, first published in 1932 by Kegan Paul, Trench, Trubner & Co Ltd.

[47] Philip Schofield, 2003, p. 13.

[48] UC 1xix, 241 (c. 1776). 转引自 Philip Schofield, 2003, p. 13.

一的工具,依据它,在物也即物质(substances)本身缺席时,它们的理念能被展示给心灵,从而,只要表面上被以名称之方式来使用的某语词被看到,那么,自然的和充分宽泛的结果是:出现假设相应客体以物的方式存在及实际存在的性情和倾向;对该物,相应语词以名称的方式来管控它。因为没有充分用心的审慎,这种性情便成了永恒的混淆之源:暂时的混淆或困惑,不仅如此,甚至是持久的错误。”<sup>[49]</sup>

虚体,正如其有名义的存在,也被实体化了,很容易被误认为是实体。尽管如此,虚体仍是不可消灭的,它们是想象的必要的果实,尽管它不实在,但若没有它,语言乃至思想就不能展开。<sup>[50]</sup>对语言、特别是它和人类对物理世界之感觉的关系的正确理解,是区别真理和谬误、物理事实和心理幻想的关键。实体,是有形的物质,即确实存在的客体;虚体,是为话语的目的而必须被说成是存在的客体。人们并不意图赋予它实体的存在,但是,它仍旧是客体,把它看作有实体存在的客体来谈论是有意义的。虚体之名是不能通过传统的亚里士多德的属加种差的定义法来说明的。属加种差的定义法,只有在某概念属于某集合体而且不是最高位的概念时才适用;当某概念无上位的属概念时,便不适用。伦理学和法学的大量概念都属此类,无法藉属加种差方法来定义。

边沁的解决办法是:第一,诉诸补缺(phraseoplerosis)和释义(paraphrasis)技术,即通过说明它们和代表实体的实名词的关系,来解释代表虚体的实名词;第二,诉诸范型(archetypation)技术,该技术可解释语言植根其中的物理形象:“从另一方面看,如果这种解释是不可能的,那么,这里的虚体就属于不存在(non-entities)之列,代表它的实名词就只是声音,任何包含该名词的命题都是荒谬、可笑和无意义的(nonsensical)。”<sup>[51]</sup>

因此,凡不可藉补缺、释义和范型技术而被定义、或无对应物质实体存在的法学概念或语词,都是“荒谬、可笑和无意义的”。

## 二、主权的真实规则包括道德无涉的法律和惯例

在评判诸家的宪法学、并把宪法学者界定为真相解释者之后,戴西开始自己的正面研究。他的第一件事是给宪法下定义:“宪法,如该术语在英格兰的用法,看来包括直接或间接决定国家主权的分配和行使的所有规则。”<sup>[52]</sup>这种研究程序当前已是学问的出发点,然而,对该程序的着重强调,却是分析法学独有的。就思维和表达而言,对基本概念的清晰理解和明确把握,是不可或缺的。“边沁要作道德学领域的牛顿,他的法理学是这项事业的核心。这项工作的出发点是对某些基本法律术语之含义的准确界定和精确理解。”<sup>[53]</sup>

从实体内容看,宪法的对象是主权关系。这主权主要是内部主权,它使宪法区别于国际公法。主权关系可分为内部关系和外部关系。内部关系又可分为主权要素的横向关系和纵向关系。前者构成政体;后者则构成国家结构。外部关系就是主权和市民社会的关系,它可细分为主权和个体公民的关系、主权和家庭的关系、主权和(经济的和政治的)社团的关系。

在述说完宪法的内容后,戴西提醒读者,要注意这里的措辞:是规则(rules),而不是法律(laws);戴西说,他的措辞是煞费苦心的,旨在唤起大家的注意:就英格兰的用法而言,构成宪法的规则包括两套性质完全不同的原则和准据(principles and maxims)。一套是严格意义的法律,它们是在法院中强

[49] UC ci 341(7 August 1814) [Bowring, viii, 262], 转引自 Philip Schofield, 2003, p. 14。

[50] UC ci 95(25 July 1814) [Bowring, viii, 219], 参见 Philip Schofield, 2003, p. 14。

[51] Philip Schofield, 2003, p. 15。

[52] Dicey, *Law of Constitution*, P23。

[53] Philip Schofield, “Jeremy Bentham and Nineteenth - Century English Jurisprudence”。

制实施的规则,可成文,也可不成文,包括制定法和由习惯、传统或法官造法衍生的普通法。这些规则构成严格意义的宪法,可总称为宪法的法律(the law of the constitution)。另一套包括惯例、默契(understandings),习惯和常例(practices)。它们也约束主权的成员、阁员和其他官员的行为,但它们事实上根本不是法律,因为它们无法在法院中实施。这部分叫做宪法惯例(conventions of constitution)或宪法道德(constitutional morality)——此道德并不指涉任何实体的伦理内容,只是说它是具有说服和劝诱的效力的规则。该概念有下述两层意义。

### (一)法和道德的区别

不少宪法定义通常有很强烈的价值预设。例如把宪法定义为公民权利的保障,或民主事实的确认。这种定义法就混淆了法和道德的关系。法和道德的区别是分析法学的重要原则。

在边沁的法律命题中,对后世影响最大者是:法的分析必须把法和道德分离,区别实然法和应然法。“在法理论中,边沁的《政府片论》确立实然法和应然法的严格区分,他坚持法制的基础应以普遍服从习惯之道德中立的术语被适当描述,开启了英国法学的实证主义传统。”<sup>[54]</sup>边沁的法理论有两个主要特征:一是法的祈使理论(imperative theory);二是法和道德关系的理论:法和道德没有必然的或概念的联系,尽管其间有很多重要甚或复杂的偶然联系。法和政治的话语,应该用精确且尽可能中立的语汇。边沁的法律定义<sup>[55]</sup>是中立的描述。“这种对法和社会现象的刻意中立的定义路径,现在我们并不陌生,但是,当边沁把它运用于法学时,它却是全新的,令人震惊的,是对改革者的兴奋剂”。<sup>[56]</sup>边沁的这种主张,主要是为提高人们对法现象的分析力和法意识的敏锐度。

奥斯丁继承这一传统,主张实然法和应然法要划出明确界线。这种对道德问题的漠视,只是方法论意义上的。法律和道德从来、也永远不会是互不相干的两张皮。二者之间总存在某种程度的重合或背离。二人之划定界限,决非出于对道德原则的敌视,而只是为了避免把法律问题和道德问题混淆。这是要把法律和道德在逻辑和思维的领域中区别开来,而不是要把法律和道德在事实和行动的领域中分割开来。

“两位思想家坚持该区分的理由是:让人们能够冷静对待“道德上之恶法”存在的事实所明确提出的问题,理解法律秩序之权威的具体特征。人们在“法律政府”之下该如何生活呢?边沁的答案很简单:“严格地遵守,自由地批评”。然而,基于对法国大革命的忧虑,边沁很清醒地意识到,仅仅这样做是不够的,我们进入这样的时代,即任何社会,只要法之命令极可恶,它都不得不面临这样的可能:该法将遭到抵抗。……无政府主义者主张:“这不应当是法,因此,它不是法,我不仅可以批评它,而且可以违反它。”与此不同,反对者主张:“这是法,因此,它是应该的。”于是,他们在法律产生时就终止了法律批评。……边沁看来,这确是法律人的职业毛病,它导致了两个危险:其一,人们关于“法应该是什么”的观念可能会消解法的权威,甚至对法的存在本身提出挑战;其二是,法可能会取代道德,成为人类行为的最终评价标准,从而逃避批评。只有“是”与“应该”的区分才能帮助我们度过此危险。”<sup>[57]</sup>

戴西的宪法定义坚持法和道德的区分,旨在告诉读者两个简单的道理:其一,不能仅因为宪法的某规则违背某道德标准,便否认它是宪法规则;相反,也不应因为某规则在道德上是令人向往的,便认为它是宪法规则。其二,更不能因为凡是宪法的规则,都是神圣的律条,必须顶礼膜拜,歌之颂之。前者是无政府主义,后者是极权主义。前者拥护无限的革命和造反,乃至抛弃点滴的秩序,它只能把人类拉回战争状态;后者则拥护无限的服从,乃至剥夺了批评的自由,它只能把人类投入比利维坦更可

[54] Hart, *Essays*, p. 53.

[55] Bentham, *OLG*, pp. 1 - 2.

[56] Hart, *Essays*, p. 28.

[57] Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", *Harvard Law Review*, Vol71, February 1958, No. 4.

怖的弗兰肯斯坦(Frankensteen)<sup>[58]</sup>之口。

## (二) 法律和惯例的分类法

### 1. 分类法和宪法科学

任何概念都须从内涵和外延两方面来说明。定义是明确概念内涵;分类是明确其外延。在定义之后,戴西把宪法规则分作两类:一是宪法法律,二是宪法惯例。其实,对科学研究而言,分类法是再平常不过的技术工具。然而,在这里,却有特别说明的必要。法律现象和问题是极其复杂的,笼统的宏大叙事和写意式的恢宏描述,多半是虚假的或错误的,是不可信的。惟有借助分类法,才能条分缕析,洞幽烛微,获取正确而具体的知识。分析法学从来就特别注重分类法。

边沁要开拓新的法律科学,要对隐藏在粗糙概括之普遍术语背后的具体细节开展穷尽的研究。首先把属概念一分为二,然后再用它来研究法律现象。宏大的细节分类结构的建造是发现“构成政治和道德科学之基础的真理”的必需步骤。<sup>[59]</sup>“定义、发现并分类”是最基本的工作程序。戴西的法律和惯例的二分法是步边沁之踵的忠实之举,他对法律主权和政治主权的二分法也同样如此。

对分类和再分类的热爱,是边沁心灵的显著特征。<sup>[60]</sup>然而,理解这种特征的关键是要认识到:这决不是纯粹的学究癖。边沁的高足穆勒,却在这方面误解了老师。穆勒说,边沁的事业的创新和价值“不在他的观点,而在他的方法”。哈特批评说:“这是对观点和方法的错误的二分法。充分新颖的方法,……不可能只是方法的革新。它们预设研究方向的根本重构,预设了关于何者应看作可接受之答案的观念的根本转变。”<sup>[61]</sup>

### 2. 宪法不只是法律

哈特的这句话,也在戴西这里灵验了。戴西把宪法划分为宪法法律和宪法惯例,这种分类法不只是简单的分类,它回答了困扰(尤其是我国)宪法学者的重大问题:宪法是不是法律?<sup>[62]</sup>戴西也认为,这是重大问题,决定着宪法学者的饭碗。政治理论家白芝浩等研究宪法,避免了法学家布莱克斯通和史学家弗里曼等隐匿事实真相的毛病,但是却走了另一极端,集中论述宪法惯例,而后者显然不是法律。看到此情此景,戴西慌了:“所谓‘宪法’(constitutional law)事实上只是跨于历史和习惯之上的十字架;宪法严格说来确实不配享有法律之名;宪法自然不属于被要求只研习或讲授真正且不容置疑的英国法的教授的评述对象——上述这三个命题,可能是真实的吗……如此,法学家将乐意把这一领地拱手让出去,对此,他们缺乏有效的资格。一半属于历史,交给我们的历史教授。另一半属于说明法律成长的惯例,或者交给我的朋友——考博斯法学教授(Corpus Professor of Jurisprudence),因为他的职责是研究法律科学的怪异和剩余部分;或者交给我的朋友——齐舍勒国际法教授(Chichele Professor of International Law),他是‘不是法律的法律’的教师,习惯于讲解那些被错误称作国际法的公共伦理规则,他将发现自己非常适合讲解被错误称作(依照本书的假设)宪法的政治伦理。”<sup>[63]</sup>

要回答这个问题,“最好先进一步来考察我赋予宪法这个术语的准确意义,然后再考虑宪法在何种程度上是法律研究的合适对象。”<sup>[64]</sup>于是,戴西就给出了前述的宪法定义,该定义至少表明,不能笼统说宪法是法律:宪法包括法律,但不只是法律,还有大量的惯例。这些惯例是不能也不必在法院中

[58] 英国女作家雪莱(Mary W. Shelly) 1818年创作的同名小说的主角,是消灭和吞食其创造者的怪物。宪法学者安德鲁(William G. Andrews)曾用它来指代比利维坦更可怖的统治者。See *Constitutions and Constitutionalism*, D. Van Nostrand Company, Inc., 1961, p. 9.

[59] Bentham, Preface of *PML*. in *CW* 9.

[60] Sydney Smith, “Bentham’s Book of Fallacies” in *Edinburgh Review*, 转引自 Hart, *Essays*, p. 1.

[61] Hart, *Essays*, p. 4.

[62] 20年来,许多宪法学者以确立违宪审查制度为自己的使命。学界必须解决的前提问题就是:宪法究竟是不是法律,能不能在法院中适用,该不该用来判决具体案件。

[63] Dicey, *Law of Constitution*, p. 22.

适用的。

法学家的宪法研究,对象只能是法律,惯例对他并没有直接关联。惯例的主题不是法律,而是政治,无须烦劳法学家的大驾。<sup>[65]</sup>宪法法律才是宪法学者的真正且唯一的关注。宪法学者的职责是说明什么是宪法所包含的法律规则(即被法院所承认和使用的规则)。单是这一点,就足以使宪法学者穷其终生精力了。<sup>[66]</sup>戴西的书名是《宪法的法律研究导论》,这更表明他的研究对象似乎只是宪法法律。

### 3. 宪法惯例很重要

这是否意味着,宪法惯例不重要,宪法学者无需论述它呢?显然不是:“如果有人认为,这些准则之所以被称作‘惯例’,是因为该词表达的观念不重要或不真实,那就大可遗憾了。任何教师都不愿向其听众传达这种理念。在宪法惯例或典则中,有些和法律同等重要,尽管某些较琐屑,正如某些真法律也一样琐屑。”<sup>[67]</sup>

《宪法导论》的主体部分有三,其中有一部分就专门论述宪法惯例。戴西的解释是:第一,惯例很重要,“宪法默契(understandings)必然引发历史学家或政治学家之注意;法学家若不关注它们的性质,即使是宪法的法律方面,他们也很难把握。”<sup>[68]</sup>第二,宪法惯例的制裁力源于宪法法律,若违反宪法惯例,则必然会违反宪法法律,从而招致制裁,宪法惯例实际上间接具有宪法法律的性质。<sup>[69]</sup>其实,第二个理由未必就是绝对的,已遭到诸多批评。惯例时常被违反。惯例之所以被遵守,并不全是因为违反宪法惯例必将违反宪法法律;宪法惯例有宪政惯例和专制惯例之分。宪政惯例之所以被遵守,更多是因为,违反它会导致民怨沸腾,导致难以摆脱的政治困境,它可能意味着:主权者的行为超越了公民服从的底线。专制惯例之所以被遵守,更多是因为,反抗的力量尚不足以废止它,专制之恶也尚未超越公民服从的底线,宪政诸条件尚未成熟。

宪法学者如戴西等之所以既研究宪法法律,又研究宪法惯例,主要还是因为,真正的宪法学者应该忠实解释某国的主权之格局和运作的规则的真相,不论这些规则是法律还是惯例。在成文宪法作用有待提升的国家,识别并解释宪法惯例,对解释宪法之真相尤其重要。

实际上,在有宪法文本但却无宪政事实的国家,对宪法学来说,宪法惯例要比宪法文本重要千百倍。要研究它们的政治运作,宪法文本可能根本就是不重要的,研究宪法惯例就够了。即使在有着宪政事实的国家(如美国),宪法惯例也同样重要。戴西对惯例在不成文宪法国家(英国)的重要性做了经典说明,他还说道,在美国宪法中,惯例的作用和在英国一样重大。宪法惯例规范和变更立法机关、内阁和政党的权力关系,补充宪法之不足。它可以使“宪法法律”在实践中成为一纸具文,有时它决定着宪法在实践中被解释或使用的方式,它还以各种方式补充“宪法法律”。这些规则虽然不是法律,但却有约束力,它规范着国家的政治机构,塑造政府体制。

### 4. 法律和惯例的二分法与奥斯丁

戴西对奥斯丁的传承是多方面的。在宪法的概念上,这表现得尤为显明。戴西把宪法划分为宪法法律和宪法惯例或宪法道德。这直接来自奥斯丁,只不过是对其后的发挥、充实和具体化而已。

奥斯丁的宪法定义是为他的法律概念服务的。他认为,严格说来,单个君主和集体主权者的无上权力,不可能受法律的限制。他的宪法观的要义是:通过比较违宪与违法的差异,并分别将其适用于单个君主或集体主权者,我们就能够理解和分析宪法的含义。在所有的独立政治社会中,都存在主权

[64] Ibid, P22, 23.

[65][66] Dicey, *Law of Constitution*, p. 31.

[67] Ibid. ,p. 27.

[68] Ibid. ,p. 417.

[69] Ibid. pp. 417 - 18.

[70] See K. C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, 1956, Chapter .

者习惯遵守的规则。这些规则是由社会或政治舆论设定的,受到大多数人的赞许和认可,尽管它们并未被主权者或国家明确采行。这规则之所以有此实效,或者因为它源于古老的历史,或者因为它源于当前的合意。它是否被遵守,端赖道德制裁。违反它的人,不会也不可能遭遇法定的痛苦或刑罚,尽管他会遇到社会普遍的谴责或抵抗。如果君主或集体主权者制定的法律或法令与上述规则抵触,社会或政治舆论就可以称其违宪,尽管不能说它违法。例如褫夺公权且溯及既往的法律,虽然不违法,但却违宪,因为它与英国议会习惯遵守且被社会大多数支持的立法原则冲突。简单讲,说某法令违宪(宽泛的意义),意思是说:首先,该法令和某特定规则不一致;其次,主权者已习惯遵守该规则;第三,该社会的大多数赞同该规则。主权者制定违宪的法令,就是否定社会舆论,挫伤大多数国民情感。<sup>[71]</sup>

奥斯丁特别提醒:宪法一词,是指实在道德,或实在道德与实在法的混合。这种道德,或其与实在法的混合,确定了最高政府的组织和结构,确定了拥有主权的个人的地位。对严格意义的单个君主或集体主权者而言,宪法只是实在道德,它的实施仅依赖道德制裁。因此,即使某违反宪法的主权者的法令被称作违宪,它也没有违反法律,不能称作违法。如果被统治者抵制该违宪的法令,此抵制本身倒是违法的,即使此抵制本身符合作为宪法的严格的实在道德。一句话,法律是主权实体发布的命令,处于主权地位的政府和拥有主权的个人不可能受到严格实在法的限制,界定主权实体的宪法不可能是纯粹和朴素的实在法。

在《法学演讲录》的“纲要”末尾的注释中,奥斯丁把公法视作设定政治条件的法律,并将公法分为宪法和行政法,他写道:“在君主统治的国家中,宪法非常简单,因为其目的只是确定何人应拥有主权。如果国家是多数人统治,宪法就比较复杂,因为它要确定哪些人或哪个集团的人应拥有主权;他还要确定这些人分享权力的方式。在君主统治的国家中,宪法只是实在道德;在多数人统治的国家中,宪法可能由实在道德构成,也可能是实在道德和实在法的混合物。”<sup>[72]</sup>

---

**Abstract:** Language, if not being nonsense, must directly or indirectly refer to physical objects. The roots of errors of thoughts and discourses consist in confusing the nouns substantive and the physical world or substituting the latter for the former. Starting from this linguistic philosophy, I think that the primary duty of constitution scholars is to expose the real rules of sovereignty. From this duty - consciousness comes the following concept of constitution: the real rules concerning the organization and operation of sovereignty, including the constitutional laws and conventions that have nothing to do with their moral desirability. In a state whose written constitution just acts as lip service, constitutional conventions are more important for us to understand the real rules of its sovereignty than constitutional laws.

**Key words:** sovereignty, true rules, constitution

---

---

[71] 见 Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, edited by Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995, Lecture VI.

[72] John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, fifth edition, revised and edited by Robert Campbell, China Social Sciences Publishing House Chengcheng Books LTD, Reprinted from the English by John Murray 1911, p71.