

憲法是軟法嗎？

李念祖

本文作者美國哈佛大學法學碩士，現任理律法律事務所合夥律師。
本文不代表所屬事務所立場。

這個世界上有軟法嗎？

提倡軟法理論的北京大學羅豪才教授，曾經出版《軟法與公共治理》(2006年)、《軟法亦法》(2009年)等著作，描述法律的世界中，有些規範不是依據強制性的制裁才能運作，而是主要憑藉人們自發的應用與遵循，卻也可以發生法的作用與效力，就是軟法，例如調解的規則、行政指導、裁量基準，都是。軟法觀念的提出，在一定的程度上顛覆了「法律具有強制性」的定義與特徵，別立一宗，耐人尋味。

藉由軟法概念的提出，今天討論一個話題，憲法是軟法嗎？

首當其衝的問題是，憲法有強制性嗎？若是沒有制裁的規定，憲法如何能成為具有強制性的規範呢？

憲法上少見「處罰」的概念。人民複決法律與罷免民意代表、監察院彈劾使公務人員去職，已是較為嚴重的制裁，與刑罰相比，稱不上嚴厲。我國憲法第 132 條規定「選舉應嚴禁威脅利誘」，語氣頗重，也只是要求立法者設法「嚴禁」，而未在條文中規定如何個嚴禁法。

然而，憲法還有一個簡單也很有效的制裁方式，就是讓違憲的政府法令、處分、舉措或是行為「無效」。憲法規範的主要對象，是已經獲得或是想要獲得政治權力的人(包括政府中人與政治黨派)。使用「無效」做為主要的制裁手段，就是讓政府在違憲行使公權力時，會因為失去正當性而不能發生法的拘束力；用「無效」否定並解消政府違憲措施的正當性，也就否定了政府違憲舉措的公共權威，使得政府的舉措歸零，這是憲法制裁政府一種釜底抽薪的辦法。

不過，憲法固有其長，就是可以用「使其無效(或失效)」控制政府越權行事的作為；憲法其實亦有其短，即是在於「使其無效(或失效)」不是足以防止政府權力怠惰而不作為的有效制裁手段。在大部分的情形，有權力的人濫用權力的現象多於端坐不動而不行使其權力的時候。憲法認知也假設「有權必濫」，政府濫用權力的時候，宣告無效或失效作為制裁方法的用武之地，即於是乎在。

用宣告無效或失效做為憲法規範的主要制裁模式，必須經過符合一定要求的法律程序加以決定。在權力分立的制度安排上，這屬於司法的功能。政府的舉措，可以形成抽象的通案規範(如法律或命令)，也可以形成具體的個案規範(如處分或裁判)。如果要有效地實現憲法的規範作用，即使採取集中型的模式從事抽象規範的控制，也勢必交由一般的法院(包括行政法院與民刑事法院)以分散型的模式為個案規範的控制。如果不是將違憲審查的功能僅僅侷限於規範控制，而希望同時也能發揮保障個案權利的作用的話，就更有理由透過行使審判權的法院在訴訟中使用裁判否定個案處分乃至下級審裁判的既生效力。法院在審判中缺乏適用憲法裁判的修養或意識，憲法被看成是軟法的機會大；法院懂得在審判中適用憲法裁判，憲法就不會是不能保障個案權利的軟法。

但是政府畢竟也會有怠惰而不作為的時候，例如立法院怠於行使立法權而不立法，要說不立法的立法院「不立法」無效，其實沒有意義；法院的裁判也常常難於代替立法或行政部門「作為」，又難於形成如何「作為」的抽象規範。如何解決「怠於作為」的問題，就必須另尋他途。

憲法對於以不作為方式怠於執行職務的憲法機關所設定的制裁，基本上是循政治途徑處理，與透過司法程序強制實施的法律制裁，性質上還有些不同。憲法規定中要求作為的部分，看起來似乎更接近「軟法」的性質。

但是，即使是「軟法」，仍然可以是「法」，也就是「規範」。而軟法所以能夠繼續成為法，主要在於它會被人們自發地加以實踐。憲法的主要作用，並不在於限制人民，而是在要求政府。政府遵守憲法的得益者，其實是因此而得以享受權利保障的人民；當政府不遵守憲法的時候，認識憲法功能所在的人們，就會自發性地要求政府遵守憲法。人們可以選擇在民主的程序中，讓不懂得遵守憲法的人失去掌握公權力的位置，這其實就是憲法提供的最大政治性制裁。

憲法最大的弱點，其實不在於缺乏嚴厲的制裁規定，而是在於人們不能了解憲法真正的價值與功能。權力分立制度的基本假設，是政府的權力部門追求權力的擴張，不免會有逾越權力界限，甚或濫用權力的時候。相互制衡的權力機關受到憲法的約束，也會對於其他權力機關逾越權限的行為，依據憲法的規範要求形成相互制約的力量，這其實就是依賴自覺的服從產生憲法規範效力的重要途徑。

在憲法課予權力機關作為義務的場合，即使司法介入干涉公權力違憲的不作為，也發生能不能取代其他公權力部門而為決定的猶豫。當事人乃至於公民自發性地要求政府部門遵憲循法，就會成為憲法實現其意旨的真正關鍵因素。如果人們不知道憲法的價值在哪裏，以為憲法是人民的束縛，以加課人民義務為主要目的，就不會懂得要求政府遵憲循法。從這個角度著眼，憲政會不會成功，其實繫於人們（包括人民及政府）相不相信憲政能夠成功，從而產生自願服膺(voluntary compliance)的能動性。對憲法如此，對於憲法解釋亦是如此。

當年大法官以釋字第 499 號解釋宣告第三屆國民大會自延任期的修憲失效，國民大會即令是心存不滿，也在高度支持該項解釋的社會輿論聲中，旋即復行集會重新修憲，依原有的任期卸職。這是談到自動服膺時，很值得注意的一個政治實例。司法闡釋出來的憲法規範意旨，因為公民與政治社會的自動服膺，而產生了遠遠超越常法的制裁力與執行力。

自願服膺對憲法規範的運作極其重要，是曾在 1973 年卸任水門案特別檢察官後，回到哈佛大學法學院教授憲法的 Archibald Cox 教授，於 1987 年出版的 *The Court and the Constitution* 一書中所提出的觀點。他以美國聯邦最高法院判決黑白分校的教育政策違憲案(Brown v. Board of Education 347 U.S. 483, 1954) 為例而為說明，如果不是社會經過一段時間消化而且漸漸地自動地服膺了這項判決，其實是項判決是無法強制執行的。對於社會中引起重大爭議的憲法議題，憲法判決的說服力加上被說服的社會成員的自願服膺，(有時甚至是因為社會成員養成了服膺司法的良好法治習慣)，憲法規範的真正意義才能得到彰顯並在社會生活中落實。

最近美國聯邦最高法院關於同性婚姻權利應受憲法保障的判決，會發生如何的社會實效，能不能得到社會的自動服膺，也會是一個值得觀察的例證。我國已經卸職的前大法官許玉秀教授，在過去的一年內，以向來引起廣泛爭議的同性婚姻以及死刑應有什麼樣的憲法評價為主題，推動了兩場模擬憲法法庭。於各自進行了向社會公開的模擬憲法法庭言詞辯論之後，分別做出了同性婚姻應受憲法保障、死刑違憲的模擬判決。像這樣不斷經過各種形式的社會對話，強化憲法意識的知性討論，同樣的議題終會有進入司法殿堂，由真正的司法者做成具有說服力的憲法裁判與憲法解釋，引導社會前行的一天。

其實，憲法並不需要如何嚴厲的制裁。憲法規範，是否能夠發揮實效？是不是真的法？是軟法還是硬法？等等問題，都取決於人們，包括法院法官們，心中是否憲法意識常存，是否認識到憲法的價值，會因人們自願服膺而得到彰顯。不懂得自動服膺憲法的社會，其憲法就連軟法也構不上，社會成員也注定不能享受到高品質的憲政生活。