

從〈洪範〉到憲法典

——天命哲學的典範轉移

李念祖^{*}

摘要

憲法一詞，今日華文世界或不陌生，洪範二字，字面語意恰是憲法的同義詞；然則〈洪範〉背後的政治文化基底，是周初以來的天命哲學傳統，與依憲政主義而頒布的憲法典，既有其共通之處，亦有重大差異。當滿清一代成為過去，憲政主義之憲法一旦為中土世界所採納，即將發生典範轉移。

基於天命哲學觀所生的〈洪範〉，與憲政主義的憲法，在（一）認知權力有惡，乃須建立賦予統治正當性的標準，而且言說制裁的規範、（二）以庶民福祉為施政之目性價值、（三）追求樹立和平穩定的政治秩序、（四）在朋黨政治之上建立公正無偏的基準，與（五）庶民參與形成決策的審議民主發源，皆有其共通性。

洪範與憲法典之間，在（一）凡君王皆濫權的假設、（二）政治人格平等的假設、（三）定期選舉領袖的機制、（四）開明專制不是權力分立等四個方面，仍有明顯的政治文化觀念差異。後二者都與天命哲學強調政治道義的實質價值甚於重視防止權力為惡的程序性設計，以致不易有效處理天子為惡引起循環政治動亂革命流血的歷史難題，可資對照。

^{*}

本文作者為東吳大學法研所兼任教授。對於兩位匿名審查者的建議及指正，作者敬表感謝並已為相應之調整；其文責概由作者自行承擔。

2 《法制史研究》第三十五期

比較〈洪範〉與憲法典，背後涉及的典範轉移有三處，一是在政治正當性的基礎上從「天命」完全轉變為主權在民的「民意」；二是在前提價值上從樹立政治階級的「等之」轉變為政治平等的「平等」；三是在方法上於強調政治「道義」之外，增加法治的「程序」，包括權力分立與獨立司法審查的設計，用具備檢驗政治正當性功能的和平正當程序來維持政治正當性，以更有機會有效解決天命哲學遺留的歷史難題。

關鍵詞：天命哲學、洪範、憲政主義、政治平等、法治、權力分立、朋黨政治、審議民主、民之父母、定期選舉

壹、題旨

憲法一詞，原係東瀛譯。¹中土文字曾有其他一目瞭然之表達方式嗎？《尚書》²中有一篇文字，題曰〈洪範〉。³洪者，大也，⁴範者，法也、模也，⁵可兼從描述性的「範式」或規範性的「法則」解之。洪範就是大法，⁶其用語恰似與憲法慣稱為國家根本大法兩相吻合。然則洪範就是憲法嗎？憲法是憲政主義的產物；除了在美國出現的首部成文憲法之外，當世尚有世界人權宣言與聯合國公民及政治權利國際公約（簡稱公政公約）及聯合國經濟社會文化權利國際公約（簡稱經社文公約）⁷存在，不但彰顯也持續形塑憲政主義的當代意義。比較憲法的教科書上臚列的憲政主義內容，通常包括人民主權，以民主政治展現的民意做為政府正當性的來源；憲法具有規範性，是最高法，政府權力須受憲法約束；除依憲法設置及行事的政府不是合法的政府；基本權利的保障與權力問責；符合民主原則的代議政治；法治政治與有限政府；權力分立；司法獨立與司法審查等等。⁸〈洪

1 詳見李念祖，〈「民之父母」與「始作俑者」之先秦儒家憲政思想端緒論稿〉，收入《政治思潮與國家法學—吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》（臺北，元照，2010），頁74-76。

2 《尚書》之名，首見《史記》之〈五帝本紀〉。（漢）司馬遷，《史記》（臺北，臺灣商務印書館，2010），頁43。關於《尚書》之源流、篇目、真偽、考據等介紹，參見李民、王健，《尚書譯注》（上海，上海古籍出版社，2000），〈前言〉，頁1-37。

3 《史記》〈宋微子世家〉及《呂氏春秋》〈貴公〉〈君守〉兩篇之中，均稱為「鴻範」。（漢）司馬遷著，《史記》，頁542；朱永嘉、蕭木注譯，《新譯呂氏春秋》（臺北，三民書局，1995），頁34、947。其鴻、洪兩字古通之故。

4 臺灣中華書局辭海編輯委員會，《辭海》（臺北，中華書局，1996），頁2655。

5 臺灣中華書局辭海編輯委員會，《辭海》，頁3367。

6 程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》（臺北，萬卷樓，2011），頁27。洪範之為大法，其法兼有範式、方法、模式、軌則、規矩之意，較今日所稱規範之意為廣。

7 Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217A (III). U.N. Doc A/810, at 71, (1948); International Covenant on Civil and Political Rights, Dec 16, 1966, 999 U.N.T.S. 171; International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Dec 16, 1966, 993 U.N.T.S. 3.

8 參照如 Norman Doreen, Michel Rosenfeld, Andras Sajó, and Susan Baer, Comparative Constitutionalism- Cases and Materials, (U.S.: West Group, 2003) pp. 10-12 所引 Louis Henkin, A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects, in Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives, Michel Rosenfeld ed., (1994) pp. 39, 40-42.

範〉是在傳達引領憲政主義（constitutionalism）的憲法（constitution）概念⁹嗎？〈洪範〉與之旨趣有何異同？這就是本文的題旨所在。

按〈洪範〉為《尚書》諸篇之一，¹⁰記載殷周交替之際之事，¹¹學者久疑其非當時文獻，推考其成篇約在戰國時期。¹²本文則重在思想觀念之討論，不在精確年代之訓詁，既係「戰國初年儒者據故書或傳記做成」，¹³足以反映殷周之間的政治觀念乃至思想文化，即使非在周初時期做成，¹⁴甚或是否足以證實其記載之事蹟果然存在¹⁵猶可討論，亦於本文研究政治思想與政治文化之主題無礙。

9 Constitutionalism 中文稱之為憲政主義、立憲主義或憲政，「為世界各國的一個共同原理」，參見劉慶瑞，《中華民國憲法要義》（臺北，自刊，1978），頁1-4；「它要求政府所有權力的行使都被納入法的軌道並受憲法的制約」；「認真對待憲法，把憲法真正作為『法』—『更高的法』，並控制所有的政府權力—包括立法權力，國家就實行了憲政。」「憲政總是和某種形式的司法審查聯繫在一起的；沒有司法審查，憲政就不存在。」，參見張千帆，《憲政常識》（香港，香港城市大學，2016年），頁170-172。關於憲法何以使用 constitution 一字之詳細解說，見馬漢寶，〈龐德論中華民國憲法之發展〉，《憲政時代》3：3期（臺北，1978.1），頁29-30。按有憲政主義文化，未必有成文憲法典者，自大憲章以降之英格蘭是也。而有成文憲法典，其為憲政主義文化之結晶，猶更繼續積累成就深遠之憲政文化者，自獨立宣言出之美利堅合眾國是也；有成文憲法，始有憲政主義文化之積累養成者，則英美以外之舉世諸國也。若有不能成就憲政主義之憲法，非本文所稱受憲政主義引領之憲法。

10 〈洪範〉於《尚書》中究應編入〈商書〉或是〈周書〉，歷來學者非無歧見。程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁27-29。今人則多編入〈周書〉。四庫全書總目《尚書正義》二十卷，〈洪範〉列為第十二篇，位於周書〈秦誓〉、〈牧誓〉、〈武成〉諸篇之後，參見楊家駱編，《尚書注疏及補正》（臺北，世界書局，1985，3版），頁1；〈周書〉，頁7。

11 《史記》〈周本紀〉記載武王克商之後的祭天儀式的段落，既云其為革命，也說出了天命移轉的道理，及武王接受天命的歷史論述。（西漢）司馬遷，《史記》，頁70。

12 程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁28-30；同說如于省吾，《尚書新證》（臺北：崧高書社，1985），頁98-99；屈萬里，《尚書集釋》（臺北，聯經出版社，1983），頁114-116。

13 程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁28-30。較早提出〈洪範〉年代問題之學者，則以為〈洪範〉係秦統一中國前戰國末年之作，參見劉節，〈洪範疏證〉，收入顧頡剛編，《古史辨（第五冊）》（臺北，藍燈文化，1987），頁402-403。

14 程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁30。

15 將〈洪範〉看做史料，會出現其記載之事是否曾經發生？「箕子歸」與「王訪於箕子」，矛盾與否？這一類的問題。然則即使不信其中敘述的任何事蹟為真，也不影響〈洪範〉仍係書寫並反映作者（不論為誰）處身秦前時代的一種史料，一種藉著傳說或是創造的歷史故事背後，所依存或構建的政治思想，顯然足以使人深信不疑以致影響其政治行為的歷史材料。

貳、〈洪範〉大意

《尚書》即是書經，依其內容乃記載上古夏商周三代重要政事而反映其間政治思想的史料集合；¹⁶也曾是後代歷朝君王經筵講習¹⁷的教本，¹⁸此在〈洪範〉一篇性質尤其明顯。其書序開篇言洪範之歷史背景：「武王勝殷殺受，立武庚，以箕子歸，作〈洪範〉。」¹⁹應係有意顯示：紂子武庚稱臣受封而周武王獲得天命的事蹟；以便開展說明其得天下為何具有政治正當性，還有如何才能繼續維持其正當性的道理。

天授人以使命的天命觀，或非周人的發明，但傅斯年先生以為「天命靡常」（即「天命無常論」）的觀念則是；²⁰其主要論據在於《尚書》之數篇周誥²¹為可信，而天命無常理論之提出主要應是來自周公的擘畫手筆。²²商代天命觀之宗教色彩濃厚，「巫」的盛行扮演了重要的中介角色，²³周初則「以人事為天命之基礎」，開啓「人道

16 善於疑古的顧頡剛以為，《尚書》諸編中可信為真蹟的不過十二、三篇，〈洪範〉、〈立政〉兩篇文義明暢，與〈大誥〉、〈康誥〉等篇「文體相差甚遠，當是後世史官補作」。顧頡剛編，《古史辨（第一冊）》（臺北，藍燈文化，1987），頁126。

17 論者謂經筵做為皇帝御前講習，是對唐宋以來政治情勢具有深遠影響的教育與政治制度。陳恆嵩，〈魏校及其《尚書》經筵講義析論〉，收入林慶彰、錢宗武主編，《首屆國際《尚書》學學術研討會論文集》（臺北，萬卷樓，2012），頁187。

18 明太祖朱元璋曾經親定，儒臣進講五經以《尚書》為先。陳恆嵩，〈魏校及其《尚書》經筵講義析論〉，頁188。

19 程元敏，《尚書周書一牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁27-28。朱熹對於此序是否為孔子所作有疑。（宋）黎靖德編，《朱子語類》（北京，中華書局，1986）卷79，頁2040。〈洪範〉若係戰國作品，其書序自非孔子手筆。

20 此語出自《詩經》〈大雅·文王〉：「侯服于周，天命靡常。」傅斯年，《性命古訓辨正》（臺北，新文豐出版社，1985），頁129-142、148-150。陳榮捷採同說，Wing-Tsit Chan, *A Source Book in Chinese Philosophy*, (New Jersey: Princeton University Press, 1963), p. 3。

21 周誥諸篇，包括《尚書》、〈大誥〉、〈康誥〉、〈酒誥〉、〈梓材〉、〈召誥〉、〈洛誥〉、〈多士〉、〈無逸〉、〈君奭〉、〈多方〉、〈立政〉、〈顧命〉、〈文侯之命〉等13篇。傅斯年，《中國古代文學講義》（北京，北京大學出版社，2009），頁82-84。此在編《古史辨》之顧頡剛先生言之，看法亦屬接近。顧頡剛，〈論今文尚書著作時代書（1923年6月10日致胡適之書）〉，收入顧頡剛編，《古史辨（第一冊）》，頁201。

22 傅斯年，《性命古訓辨正》，頁129-140。如〈多方〉一篇強調天命付與周德，堪為明證。

23 余英時，《中國文化史通釋》（N.Y.，Oxford University Press，2010），頁7-9。

主義之黎明」之思想轉變；²⁴在余英時先生言之，此後即漸由先秦諸子以道為貫通人天的心學取代了巫師們的神學。²⁵此項影響了中國政治歷史以數千年計的天命哲學轉變過程，在〈洪範〉一篇，無論其成書年代為何，也已顯出端倪。

〈洪範〉的經文²⁶透過箕子之言傳達，〈洪範〉乃是具象的天命傳授，近乎天賜的治國寶笈。善君如禹如武王者，才有資格得到天命而接受上天賜予的智慧知識與訣竅治國，不賢之人如鯀（或是紂）則沒有資格享有天命，不能得到上天的幫助領受天心智慧治國。

洪範九疇，即「範疇」一語之原典，指的是關於治國而可以分為九類的重要認識或基本原理原則，也可說是九種基本政治知識的領域。經文隨即列出洪範九疇的綱目，²⁷繼而分陳九疇之要義。此九疇分別是：

一、五行²⁸

其經義是在指陳五行之理。五行，一說是指水火木金土，於天地之間構成萬物而可利用的五種基本元素，²⁹一說是指五氣流行，也就是說充盈於天地之間的五種物性氣味，其順應天理而運行的自然道理。³⁰此疇若與前文「汨陳其五行」相對照，當有「五行失序則失天命，乃為政之首要認識」之意。（物理環境的基本原理）

24 傅斯年，《性命古訓辨正》，頁134、140-142。

25 余英時，《中國文化史通釋》，頁8-9。

26 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁31-36。

27 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁36-41。

28 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁42-46。

29 見錢宗武、江灝譯注，《尚書》（臺北，臺灣古籍出版社，1996），頁251-252，係引用《尚書大傳》以解釋五行是五種為人利用的物資。

30 程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁42。

二、五事³¹

其經義係在指陳為政應當善盡自性，謹慎修行個人的五項天資，即容儀恭敬莊重、談吐順應事理、觀察明白昭澈、聽聞聰敏廣遠、思考通達無礙，乃得態度嚴整、言合條理、察察能知、善於策畫，而且睿智聖明的境界。³²（領導者修身的順序）

三、八政³³

其經義係在指陳無可闕少的八項施政要端，就是分設糧食、財貨、祭祀、居民、教民、治安、朝覲與軍旅八個部門，皆厚植其力。³⁴（不可或缺的施政要項）

四、五紀³⁵

其經義係在指陳應知天文曆法，瞭解歲紀月日星辰共同運行的天時歷數，按節氣以授民時的道理。³⁶（曆法歷數的基本知識）

五、皇極³⁷

31 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁47-53。

32 錢宗武、江灝，《尚書》，頁254；李民、王健，《尚書譯注》，頁219-221。

33 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁53-55。

34 參見錢宗武、江灝，《尚書》，頁254-255。

35 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁55-56。

36 參見李學勤主編，《尚書正義》（北京，北京大學出版社，1999），頁306-307。

37 其經文：「五、皇極：皇建其有極。斂時五福，用敷錫厥庶民。惟時厥庶民于汝極。錫汝保極：凡厥庶民，無有淫朋，人無有比德，惟皇作極。凡厥庶民，有猷有為有守，汝則念之。不協于極，不罹于咎，皇則受之。而康而色，曰：『予攸好德。』汝則錫之福。時人斯其惟皇之極。無虐瑩獨而畏高明，人之有能有為，使羞其行，而邦其昌。凡厥正人，既富方穀，汝弗能使用有好于而家，時人斯其辜。于其無好德，汝雖錫之福，其作汝用咎。無偏無陂，遵王之義；無有作好，遵王之道；無有作惡，遵王之路。無偏無黨，王道蕩蕩；無黨無偏，王道平平；無反無側，王道正直。會其有極，歸其有極。曰：皇極之數言，是

此疇旨在用建皇極，就是由君王建立並施行政治秩序的最高準則之意。此前各疇，是描述君王所應通曉的統治環境與任務；此後各疇，則是認識君王處理政務的方法。此疇居九疇之中，用字最多，「以爲人君體天用極之意」，³⁸允爲〈洪範〉全篇篇旨之所在。³⁹其經義係在指陳君主是建立政治秩序的終極標準。施政能實現庶民的福祉，庶民則將遵行擁護君主的法則。不容官民結黨營私，而應惟君命是遵。天子要能作到像是臣民的父母一般，才有資格做天下的君主。⁴⁰（王權要領）

六、三德⁴¹

其經義是在指陳爲政者治事御人的三種風範：真誠正直、剛強、與柔和。惟有君主可以行賞行罰與食美饌，臣子則不可。臣子一旦行賞罰而食美饌，則將禍害邦家，招致官員們偏頗反側，庶民犯上作亂。⁴²（領導要訣）

七、稽疑⁴³

其經義是在指陳君主遇到重大疑難時，如何偵測吉凶而選擇決策的方向。基本上是依循占卜，並徵詢卿士及庶民意見的方法，循從多

彝是訓，于帝其訓，凡厥庶民，極之數言，是訓是行，以近天子之光。曰：天子作民父母，以爲天下王。」程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁57。

38 程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁53、73。

39 朱熹形容爲：「此是人君爲治之心法」，（宋）黎靖德，《朱子語類》，頁2041。

40 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁53-73；李氏、王健，《尚書譯注》，頁221-224；錢宗武、江灝，《尚書》，頁256-258。

41 三德，德字作「行事作風」解，如《論語》〈顏淵〉：「君子之德，風。小人之德，草。草，上之風，必偃。」（錢穆，《論語新解》（臺北，東大圖書，1988），頁438。）同屬此義。此疇經文及大意，參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁73-86。

42 參見李氏、王健，《尚書譯注》，頁224-225。

43 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁87-101。

而決的方式決之。⁴⁴（解決疑難之道）

八、庶徵⁴⁵

其經義是在藉由五事、五紀之相與配合說理，指陳如何經常善察天象徵候以偵知君王政績良窳。不無促使君王定期經常省察施政得失的意思在內。⁴⁶（注意徵候以稽核得失）

九、五福六極⁴⁷

其經義應係在提醒君主，不但崇尚天降五福即壽、富、康寧、攸好德、考終命以獎勸養人；也應當畏於天降六極即凶、短、折（三者均指短命），疾、憂、貧、惡、弱以為懲罰。⁴⁸此亦當有君應慮及其施政之善惡後果之義也。經文含蓄，實質上也在告誡君主，惡政後果嚴重，看起來卻像只在說常人的福禍壽夭而已。（明於福禍賞罰）

洪範，做為上天授禹的治國竅門，同時也是教誨與指導，與現代人理解的憲法有間。〈洪範〉稱係源自天授，民主國家的憲法則是由人民的代表所通過，法理根源上顯不相侔。但是〈洪範〉的描述，也建構了君王所轄的政府與人民的某種關係，就其內容與政治哲學，與同樣是要規範政府與人民關係的憲法及背後的憲政主義思想，誠有價值進行比較研究。

44 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁36、39；李民、王健，《尚書譯注》，頁225-227；屈萬里，《尚書集釋》，頁118。

45 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁101-116。

46 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁116；李民、王健，《尚書譯注》，頁227-229。

47 參見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁40-41。

48 參照屈萬里，《尚書集釋》，頁118。

參、〈洪範〉中的前憲政主義意識

依據憲政主義的假設，掌權的執政者是需要規範的對象。⁴⁹〈洪範〉以「範」稱名，是否可與憲政主義接榫？以下進行討論。

一、賦予正當性並言制裁的法規範芻形

得天命是取得政治正當性的代名詞。但天命不與無行之惡人，君善是取得天命的前提條件，君之惡行會招致失位的後果。既有前提，也有制裁。

先秦儒家確實在一定的限度下存在憲政思想的脈絡。⁵⁰自孔子作《春秋》以降，為尊者諱、為親者諱的觀念雖然普遍，⁵¹現實政治環境是否容許責君之惡也非無疑；⁵²仍曾出現過人君有惡的認知。針對魯穆公何謂忠臣之問，子思回答「恆稱其君之惡者，可謂忠臣矣」，⁵³就是一例。孟子在與梁惠王對話時，責備應當為民之父母的君主率獸食人，⁵⁴則是直指君惡另一個著名的例子。此中都已可辨識有意抑制君惡的憲政思想苗頭。

此一問題，〈洪範〉中有個更為根本的假設，一方面確與憲政主義抑制君惡的觀念交會，另一方面卻也足以解釋，兩者居然擦肩而過的原因。這項假設出現在箕子的話中；上天將洪範予禹予武王，而不

49 劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，頁9。

50 參見李念祖，《人國之禮—憲法變遷的跨越》，（臺北，三民書局，2012），「第一部分」，頁9-186。

51 語出《春秋》〈穀梁傳〉（成公9年）。顧寶田注釋，《新譯穀梁傳》（臺北，三民書局，2016，2版），頁325。

52 例如司馬遷作《史記》〈太史公自序〉：「言孔子作春秋而「貶天子」，用語含蓄又大膽，史無前例，具見其身處於現實政治之難處」。參見（西漢）司馬遷，《史記》，頁1227-1228。

53 荊門市博物館，《郭店楚墓竹簡》（北京，文物出版社，2005，2刷），頁141。

54 語出《孟子》〈梁惠王（上）〉，李學勤主編，《孟子注疏》（臺北，台灣古籍出版社，2001），頁16-17。

予鯀，似也未予商紂，當有因材施教的選擇，也有鯀或紂根本不夠資格得到洪範這種君王教育的意思。亦可解為洪範代表的是一種上天交付的道德使命，惟有德之君可以得之。簡言之，因為天命不予無德無行之惡人（如鯀）；得洪範之教就會像是得天命者的殊遇。惡君即使得位，天命也會轉移（如紂）；具備德行乃是獲得天命的前提條件。

〈洪範〉中的君王，既有得天命的周武，也有因惡行昭著而失天命的商紂；⁵⁵所謂天命無常，就像夏的天命曾經移轉至商湯⁵⁶一樣，商的天命也在〈洪範〉的記錄中移轉到了周武王的身上。〈洪範〉的記載預言了有惡行的君王失去天命。更重要的是，天命的得失，非在誰能以武力取勝，而是誰更具備聖君為民父母的道德資格或是潛能。這正是儒家向所言說，自堯舜禹湯文武周公以迄孔子所建立的道德傳統，及其間所繫的價值命題。⁵⁷

此中所處理的其實也是憲政主義的關切：就是政府或是統治者的統治權威其正當性依據，是否在經由武力取得大位的事實之外另有標準？〈洪範〉的意思是，以武力戰勝紂王而取得天下，只是已得天命的證據，但不是取得天命的正當理由。因君王有德行贏得民心而使天命移轉，才是主政者取得政治正當性的根據。⁵⁸得民心的道德政治是直到清末民初，數千年間一再援用的政治文化觀念。⁵⁹

執政者的正當性要受道德檢驗，是天命哲學與憲政主義相同的地方，只是兩者用來檢驗的道德標準未必相同。天命哲學使用的一項檢

55 《尚書》〈牧誓〉亦已顯示了周武伐商紂所使用奉天命而弔民伐罪的論述邏輯。錢宗武、江灝，《尚書》，頁239。

56 《尚書》〈湯誓〉之論述邏輯，與〈牧誓〉相若。錢宗武、江灝，《尚書》，頁120。

57 《孟子》〈萬章（上）〉：「孔子曰：『唐虞禪，夏后、殷、周繼，其義一也。』」李學勤，《孟子注疏》，頁305。

58 陳榮捷先生描述，周的創建者必須在推翻商的統治後為他們的統治提供正當性說明，乃從天命觀發展出以恆常可靠的德行所構成的自足道德規範體系。周人因此認為，商人因未盡其統治的責任而天命遭到沒收。周室的未來，顯然也將取決於將來的統治者的德行。Wing-Tsit Chan, *supra*, note 20, at p. 3。

59 清末《宣統退位詔書》表示服膺立憲以成就共和國是因「人心所向，天命可知。」，夏新華、胡旭晨整理，《近代中國憲政歷程：史料叢萃》（北京，中國政治大學，2004），頁147-149。又論者記載孫文先生於1924年回答俄國訪客的問題自稱係在繼承中國，自堯、舜、禹、湯、文、武、周公至孔子的正統道德思想，以發揚光大。戴季陶，《孫文主義之哲學的基礎》（上海，自刊，1927，5版，國家圖書館藏書），頁43。

驗標準是君王是否具有愛民如子的德行，⁶⁰憲政主義使用的檢驗標準，則是能否得到多數民意的支持獲選，還有政府是否符合憲法的要求，透過權力制衡的機制，以之為標準有效保障人民的基本權利。

〈洪範〉背後的天命哲學，回答了周武王掌握大位的政治正當性問題，也建立了檢驗的標準。

有了檢驗標準，就有不合標準時如何制裁的問題。天命哲學與憲政主義的檢驗標準不同，但同樣要處理標準的效力問題。其不能通過檢驗標準的結局，則有高度相似之處，就是失位。天命哲學中的商紂像夏桀一樣，失位也失去了天下；憲法主義用憲法規定的選舉程序賦予執政正當性的執政者，如果施政成績不合檢驗標準，則會在下次選舉中失去民意支持而失位，如果是在位期間就被認定犯下違反檢驗標準（憲法）的錯誤，違憲的結果是政府行為無效。⁶¹無效，就是政府的行事不被認為具有政府的資格；不具備政府行為所可以發生的拘束力，其行事就要發生局部失位的後果。

政治正當性的檢驗標準具有制裁作用，是〈洪憲〉所表現的天命哲學與憲法所彰顯的憲政主義，異曲同工之處。法規範的特徵是權威，對於所規範的對象具有權威，而且設有必須運用規範的機制，而且不能隨興地運作；⁶²簡言之，法規範告訴規範對象何者當為與不當為或是賦予權力；⁶³也就是賦予正當性與加施制裁。〈洪範〉傳達天命哲學中政治權力得喪變更的規則，權威感十足，「範」字用意明顯，天命規則至少具備了當代觀念中法規範的芻形。當然，〈洪範〉即使有意成為規範，其授與權力的作用，也遠較加施制裁的作用來得明顯。

〈洪範〉是《尚書》重要篇章，影響深廣，今日雖科學昌明，天

60 〈中庸〉將「子庶民」列作「凡為天下國家有九經」之一，即為儒家重要經典講究愛民如子之一例，（宋）朱熹集注，陳戌國標點，《四書集注》（長沙，岳麓書社，2004），頁34。

61 憲法第171條、第172條參照。

62 Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979.), pp. 115-116。

63 Raz, *The Authority of Law*, pp. 116.

命說在海峽兩岸似均餘威猶在。⁶⁴而其敘述的時代與成書的年代均甚遙遠，從文義上研究其旨遠較研究政治實踐單純。然則〈洪範〉畢竟不是像制定首部成文憲法⁶⁵一樣的無中生有，所依據的天命觀念在前代即已存在，⁶⁶若已是一種具有廣泛影響力而足以左右政治實踐的思想習慣（如先王大禹之法），則〈洪範〉之性質亦不失為習慣法⁶⁷的一段文字紀錄。其實世界上憲法發展的軌跡最早就是從憲政習慣（conventions of the constitution）轉變為憲法的過程，〈洪範〉揭露者若是當時某種政治慣行實踐，例如八政的分工安排，也不令人意外。⁶⁸

二、以民本做為政治道德規範價值命題

許倬雲先生以八字形容周初的天命觀：「天命靡常，惟德是

64 例如論者用「歷史和人民選擇了共產黨」來解釋政治正當性問題（房寧，〈歷史和人民選擇了共產黨〉，《中國青年報》2005.02.12）。再如農曆春節政治領袖拜廟祈籤問運的舉動（林楠森，〈台灣來鴻：農曆新年的國運籤〉，BBC News 中文 2017年2月2日 <https://www.bbc.com/zhongwen/trad/taiwan-letters-38841697>最後拜訪日2018.12.07；林保光，〈被問國運籤抽下籤蔡英文講這句話就離開〉，聯合新聞網2018.02.06 15:44 <https://udn.com/news/story/6656/2988521>最後拜訪日2018.12.07）替代稽疑占卜的籤詩無論吉凶，但覺靈驗，皆可印證天命之說。此二例的背後都還有天命哲學的影子。

65 嚴格言之，世界上第一部成文憲法是由 George Mason 及 James Madison 共同草擬、北美洲 1776 年的維吉尼亞憲法（Virginia Constitution of 1776），寫於 1789 年美利堅合眾國聯邦憲法制定之前。本文討論許多原則性的基本觀念，例如人的平等與權利（section 1）、權力來自人民（section 2）、為公共福祉而建立政府（section 3）、無食邑無特權無世襲（即階級平等）（section 4）、權力分立與定期選舉（section 5）、自由選舉與被治者的同意（section 6）、法律不教暫時停止（法治而非人治）（section 7）均源自維吉尼亞憲法。<https://law.lis.virginia.gov/constitution/> last visited January 2, 2019.

66 例如《尚書》〈西伯戡黎〉中祖伊與商王之問答均係基於天命觀念，亦甚明白。錢宗武、江灝，《尚書》，頁 211-213。

67 釋字第 419 號解釋曾為憲政慣例下過定義，《司法院大法官解釋續編（十）》（臺北，司法院秘書處，1997），頁 327。

68 雷賓南即將 conventions of the constitution 譯為「憲典」。雷賓南譯，（英）戴雪（Albert V. Dicey）著，《英憲精義（Introduction To the Study of the Law of the Constitution）》（臺北，帕米爾書店，1991），頁 509。論者有以為〈洪範〉稽疑一疇不無可能是在反映殷商時期的政治文化，商王亦在決策地位上受到某些限制者。易建平，《部落聯盟與酋邦—民主、專制、國家：起源問題比較研究》（北京，社會科學文獻出版社，2004），頁 509-511。

親」。⁶⁹仁德愛民，是周人自許自勵的施政風格，⁷⁰終究轉化為實質政治規範的內容，一種正當性的標記，也就是政治正當性的實質檢驗標準。於〈洪範〉之中描述的道理，乃是「斂時五福，用敷錫厥庶民。惟時厥庶民于汝極。」五福的內容就是長壽、富裕、康寧、活出道德的生命（攸好德，德行爲其所好）、老時能得善終（考終命），爲天子與庶民同所祈求。仁德之君踐行其道德使命爲庶民謀五福，上天當也會以五福報之。

值得注意者，〈洪範〉在建皇極一疇中顯示君王所應致力的庶民福祉，概括籠統，而與余英時先生指出孟子曾「爲國家（王）對人民的義務」開列過施行具體經濟政策的一張「義務清單」⁷¹相較，表達的方式並不相同。但〈洪範〉雖未指明君王應該爲民追求的經濟福祉內容是些什麼，尙無損於〈洪範〉確有期待君王思以五福布施庶民的意思；同一疇中出現的「無虐癯獨」四字，也很有些「瘵寡孤獨廢疾者皆有所養」⁷²的意味。其實，五福（即壽、富、康寧、攸好德、考終命）是庶民的期盼原爲古今常情，當民之所欲常在君心而成爲政策的時候，君王應實現民意的意思已然呼之欲出。此外，建皇極一疇也說，君王爲庶民謀福祉，庶民就會樂意追隨。

對君王而言，此中自然也就有以民爲本的道理。本也者，兼有根

69 許倬雲，《萬古江河—中國歷史文化的轉折與開展》（臺北，漢聲文化，2006），頁57；此語化自《詩經》〈大雅·文王〉：「侯服于周、天命靡常。」屈萬里，《詩經詮釋》（臺北，聯經，1983），頁451。《尚書》〈蔡仲之命〉：「皇天無親，惟德是輔。」錢宗武、江灝，《尚書》，頁381。關於周人天命的詳細描述，參見許倬雲，《西周史》（臺北，聯經出版社，1990，3版），頁95-106。〈洪範〉中提到天以洪範畀禹，其亦先王也。也就是用傳統先例中的優良政治慣行作為政治正當性的檢驗標準。傳統與天命，原是觀念上可加區分的正當性檢驗標準，然則專以先王的治國風範作為檢驗標準，有夏禮殷禮已不足徵的現實困難（見《論語》〈八佾〉相關段落。錢穆，《論語新解》，頁80。）將天命與道德傳統兩相結合，顯可相互補強政治上的說服力。

70 如《尚書》〈召誥〉：「王敬作，所不可不敬德。我不可不監于有夏，亦不可不監于有殷。…惟不敬厥德，乃早墜厥命。今王嗣受厥命，我亦惟茲二國命，嗣若功。」錢宗武、江灝，《尚書》，頁331-332。

71 余英時，〈序〉，收入朱敬一、李念祖，《基本人權》（臺北，時報文化，2003），頁14-15。所言孟子答王問而提出的一張施政清單，見《孟子》〈梁惠王（上）〉，從「不違農時，穀不可勝食也」到「七十者衣帛食肉，黎民不飢不寒，然而不王者，未之有也」之段落。李學勤，《孟子注疏》，頁11-12。

72 語出《禮記》〈禮運〉。孫希旦，《禮記集解》（臺北，文史哲出版社，1990），頁582。

本、本旨、本源，可能還有政治資本的意思。「惟天陰騭下民，相協厥居」，是說武王了解蔭庇人民和諧生活乃是上天的意志；「我不知其彝倫攸敘」，則是說：「我雖然已得天命，但不了解怎樣才能實現足以達到實現天心的人間秩序呢？」這顯示武王懂得，上天交付的任務（天命）就是護佑人民。人民，就是君王獲得天命的根本目的；就是君所以立的本旨；無民則無君，人民就是君職的本源；無須明言者，追隨君王的人民聚集眾多，甚至就是君王以廣招徠發揮其影響力、王天下的資本。所以就像《尚書》〈五子之歌〉說的一樣，人民做為邦國的根本，根本牢固，邦國自然安寧。⁷³〈洪範〉的說法則是：「天子作民父母，以為天下王」！

〈洪範〉闡明君王以人民福祉做為施政目的，就要懂得天地間物性運行發展的道理，自然天時運行的知識，環境災異的來去變化原因，厚施八政，照應人民的各種需求，才能實現人民的福祉。

政治道德規範的實質命題，當然也與政治正當性的問題息息相關，這在講究法治的憲政主義也是一樣。當代法實證主義巨擘 Joseph Raz 教授2018年唐獎法治類得獎演說曾以「法的自有品性」為題闡明憲政主義的法治：⁷⁴

政府係依據法律而設置，法律必然具有明示或默示的目的。在本質上，法律不能不有道德正當性的主張支撐，政府則應是法律適用與發展的憑藉。於解釋及適用法律時，身為政府必須顧及所以證立政府的目的。

政府若不計較其施政是否具備合目的性，就是武斷；任何政府追求依其本質不能稱為正當的目的，也是武斷。政府的施政必須像個政府！什麼才能使得政府像個政府呢？就是政府不能為了成就政府自身利益而存在；政府的正當性來自其施政須是為

73 錢宗武、江灝，《尚書》，頁102。

74 Joseph Raz, *The Law's Own Virtue* (Tang Prize Lecture, manuscript distributed), pp. 9-12, 22; see http://www.tang-prize.org/en/upload_file/public/public_92420080b24f0f3acf893097c2c62b22.pdf, last visited Dec. 25, 2018.

了被治者的福祉。

法治作為法律的必要品性，要求政府施政必須彰顯只以保障及促進公共福祉（public good）為其目的。

品性（Virtue，亦作美德解）一語，道德意味濃烈，或不下於〈洪範〉，其中也非無相通相合之處；〈洪範〉中愛民保民既然是上天交付天子的道德任務，當然具有實質道德規範的性質。然則憲政主義所說的法治核心要義，尚不在幾千年前〈洪範〉作者的思路之中，應無可爭。

三、天子為民父母建其皇極而彝倫攸序

〈洪範〉法天以垂諸後世的意味顯然。⁷⁵例如第七疇稽疑，從自然物事龜甲蓍草占卜以預示吉凶，第八疇庶徵，則從諸多自然徵候反映偵知執政績效。最直接的描述，就是第五疇以「天子」稱君王，而將天與君以父子關係做為比擬。⁷⁶傅佩榮謂儒家的「天」原有多重意義，而〈洪範〉中的天，則「是天子政權合法性的基礎」。⁷⁷不僅如此，「不畀『洪範』九疇，彝倫攸斁。」「天乃錫禹『洪範』九疇，彝倫攸敘。」載負天命天心的洪範九疇，所欲實現的終極目的，就是足以替代無秩序狀態的，人世間和順的群體倫理秩序。

具體言之，〈洪範〉作者乃是運用自然血緣關係之中，夫婦父子所形成的人倫秩序，以君王為核心以期建立政治秩序。〈洪範〉本身即有建皇極，樹立最高之君主準則的意味，既有以之為天降的規範

75 論者以為「此疇演『次五曰建用皇極』，以明人君體天建極之義。」「蓋皇極者，非一家一世之書，先哲垂範明教，將以傳久遠也。」程元敏，《尚書周書一牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁73。

76 有以為《尚書》〈立政〉中周公對成王說：「拜手稽首，告嗣天子王矣！」為較早出現天子之稱者。杜勇，《清華簡與古代探賾》（北京，科學出版社，2018），頁106。又《尚書》〈泰誓〉：「惟天地萬物父母，惟人萬物之靈，亶聰明作元后，元后作民父母。」錢宗武、江灝，《尚書》，頁222，將天、君、人三者間的關係完整地以父母子女關係一再相與比擬。

77 傅佩榮，《先秦儒家哲學十六講》（臺北，立緒文化，2018），頁283-284。

（至少是規範臣民）的意思，也是一種自然法。⁷⁸

按「天子作民父母，以爲天下王。」這是將國君與人民的關係比擬爲父母子女關係。孔子也曾經解釋，君王努力達到仁民愛物的一定境界，才有資格稱爲民之父母，⁷⁹並非凡是君民關係就當然應該視作父母子女關係。

設如 de Barry 所言可用社群主義比擬儒家者，⁸⁰〈洪範〉記載及顯示之儒家情懷，不啻係以天下爲其範圍的社群主義。⁸¹〈洪範〉藉由自然法的論述方法，爲以天下爲範圍的宗族社群建立最高準則，就是以天子爲中心，依人倫血緣及分封關係而存在的政治社會秩序。

天賦人權的自然法思想與成文憲法背後的憲政主義，原具有千絲萬縷的關連。⁸²按照歐陸學者的通說，以人權爲基調的憲法兼有建立客觀憲政秩序與保障主體基本權利之功能。⁸³〈洪範〉藉用法天敬祖的自然法論述，建立了訴諸天子爲終極權威的客觀政治秩序，其實同時也具備憲法關於建立整體政治社會秩序的功能。

然則，憲政主義所講求的客觀秩序，是「自由民主之憲政秩序」。自由民主之憲政秩序所講求的核心法治觀念，原是要建立一種

78 論者討論自然法之概念，明言「禮就是自然法」，參見梅仲協，《法學緒論》（臺北，文化大學，1989），頁20-35、頁76-77。〈洪範〉將不能脫離宗親血緣人倫觀念的君臣關係，置於自然宇宙運行框架的思考路徑明顯，追求道德禮法與宇宙秩序的和諧，即與自然法從自然狀態中尋求人類行為之普遍應然法則之思路一致。參見朱勇譯，（美）德克·布迪（Derk Bodde），克拉倫斯·莫里斯（Clarence Morris）著，《中華帝國的法律（Law in Imperial China）》（南京，江蘇人民出版社，2008），頁18-20、35-37、39-40。

79 如新出土之上海博物館《民之父母》楚竹書簡文，與《禮記》〈孔子閒居〉、《孔子家語》〈論禮〉中記載類同，皆已顯示民之父母絕非無條件的君王頭銜。參見李念祖，〈「民之父母」與先秦儒家古典憲政思想初探——從上博楚竹書簡文談起〉，收入李念祖，《人國之禮——憲法變遷的跨越》，頁21-23。惟世人言民之父母，常逕以之爲身分關係而非有條件的境界；相隨者則是政府是父母官的觀念歷久不衰。

80 de Barry 特別強調儒家作為一種學術傳統，其所建立之特殊社群主義傳統，係存在於家、國及鄉之間者。Wm. Theodore de Barry, *Asian Value and Human Rights: A Confucian Communitarian Perspective* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1998), pp. 37-40。

81 《孟子》〈離婁（上）〉：「天下之本在國，國之本在家，家之本在身。」「一國之所慕，天下慕之；故沛然德教溢乎四海。」李學勤，《孟子注疏》，頁228-229。其討論，參見 de Barry, Ibid. 34-36。

82 Alan M. Dershowitz, *Rights from Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights* (New York: Basic Books, 2004), pp. 23-38。

83 吳庚，〈基本權的三重性質〉，收入《司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集》（臺北，司法院，1998），頁7-22。

有限權力的政府，政府做為統治者也必須守法；⁸⁴〈洪範〉為「彝倫攸斁」而建立皇極，則看不出多少有限政府的觀念。相反地，〈洪範〉稽疑、庶徵兩疇雖有提醒君王審慎決策與不時自省以節制權力的作用，惟在建皇極一疇，不但無意限制王權，其促成王權集中之意，甚為明顯，頗多值得注意之處：

（一）「皇建其極」、「無有淫朋，人無有比德，惟皇作極。」這是由君王一人獨占政治終極準則的制訂權力。

（二）但凡是位善君，「天子作民之父母」，君王就居於人民父母的地位，庶民將視君為父母，君王也視庶民為子女。傅佩榮指出，父母子女原是人倫關係中唯一不可逆的關係，⁸⁵君民關係一旦等同於父母子女關係，就同樣不可逆反。

（三）父母子女是終身的關係，君民關係一旦與之等同，就等同於終身不可逆反。統治根基當然穩固，牢不可拔。

（四）天下惟君一人是天子，所謂「予一人」也。⁸⁶〈洪範〉此疇將世人區分為天子、人臣、庶民三等，而且諄諄告誡，只有君王可以施賞罰；容許臣子作威作福就會亂政。這當然是為了集中王權於君王一人。

（五）「彝倫攸斁」，不但權力集中於君王一人，而且合乎天心天命之所託，具有政治正當性。

〈洪範〉所期待成就的這種客觀政治秩序，或許是反映當時以強有力政治秩序結束動亂的素樸時代願望，也可能為天子所樂見，但並不是憲政主義法治理想中的正當憲政秩序。

84 我國憲法增修條文第五條規定，參照政府必須守法的思想，在德國稱之為法治國原則（Rechtsstaat），與法治（the Rule of Law）有其相通之處。See Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law-History, Politics, Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2004.), p. 92。

85 傅佩榮，《先秦儒家哲學十六講》，頁402。

86 如《尚書》〈湯誓〉：「爾尚輔予一人，致天之罰。」錢宗武、江灝，《尚書》，頁121；又如《尚書》〈微子之命〉：「永綏厥位，毗予一人。」錢宗武、江灝，《尚書》，頁291，皆為其例。

四、王道無黨無偏與朋黨政治無有比德

〈洪範〉一再說明君主應該行事公正，無偏無黨。要求人臣無有比德，無偏無陂，無有作好，無有作惡；庶民無有淫朋，惟皇作極。⁸⁷⁸⁸此中的第一層道理，是臣民唯皇極是遵；以免各自呼朋結黨，反側分裂。將朋黨看做一樁危險而且幾近有違政治倫理的事。

但此中還有另一層道理，就是臣民各結朋黨，政治上相互角力競爭乃至攻訐鬥爭，古今政治皆是習見而不易避免。今日的憲法之中尚有以「黨派」一詞加以描述之處。⁸⁹而當代之憲政國家皆行政黨政治，黨外有黨，黨內有派，少有例外。〈洪範〉以此為天子戒，當非憑空想像，多應係從實際政治經驗所累積的執政教訓而來。所不同者，〈洪憲〉似以朋黨政治為病態，教君以趨避處理之方；當代基於憲政主義運作的憲法，則不以政黨政治為病態，惟每設下政黨政治必須遵守而不可違抗之各種規則，以為控制。⁹⁰就此點而言，〈洪範〉較接近政治理想狀態的描述，而憲政主義則更像是承認政治現實的行為學派，致力設計因勢利導的制度安排。

〈洪範〉與憲政主義憲法的共同點在於，二者同樣認為朋黨或政黨之相互攻訐，均不得有害於整體基本秩序之一統性或穩定性，此在〈洪範〉，乃是指必須遵奉天子所立皇極之彝倫攸斂；在憲政主義之憲法，則是不得否定自由民主之憲政秩序。

同時，當政者應當具有超越朋黨或政治黨派的公正態度，此在

87 其中王道平平，是王道平坦且明於辨別而治理之意，平平，讀如便便，通說為治辨之意。其解可從《荀子》〈儒效〉得之，（清）王先謙，《荀子集解、考證》（臺北，世界書局，2000，2版），頁112。並參見郭建勳注譯，《尚書讀本》（臺北，三民書局，2011），頁142。

88 淫朋，是聚眾僭越；比德，則是朋比之狀，或是政治影響力與君比肩。

89 我國憲法第7、80、139條皆其例證。

90 關於政黨，常見之憲法規則如：政黨平等、政黨為受憲法基本權保障之結社、政黨有遵守憲法不得危言自由民主憲政秩序之義務、政黨不得以武裝力量為政爭工具、法院須超出黨派以外獨立審判，不受政黨干涉等等，均可見於我國憲法第7、14、80、139條及憲法增修條文第5條各條之明文。

〈洪範〉，說的是天子的無偏無黨、無黨無偏；在憲政主義憲法，則或為元首對外代表國家之超然，或為司法之審判或其他機構（如監察、考試機關）行使職權之超出政黨政治之外，⁹¹或是行政機關之文官中立原則。⁹²凡此皆與維持整體基本秩序之一統性或穩定性直接相關。所不同者，憲政主義運用的是區分機關功能之制度安排，〈洪範〉則是將之繫於天子之治理智慧與政治手腕，只能是人治而不是法治。

簡言之，〈洪範〉看到了朋黨政治可能出現的政治現象，建議終身在位而身分固定的君王，維持超然中立與主動而不受脅制，卻無意藉由細緻的制度安排，容許政黨政治發揮正面的功能。這一切當然是與〈洪範〉只是基於君王統治地位維穩的角度出發有關，憲政主義則是特別著重超越君主的立場，甚至是站在君主立場的相對面，只從整體制度的穩定著眼，設計防止政治進入不可收拾狀態的對策。方法及取徑均顯然有異。⁹³

五、庶民參與形成決策與審議民主因子

〈洪範〉第七疇稽疑之內容，是在提示君王為了偵知決策的吉凶而占卜，除應三占從二之外，君主遇重大難決之事，應與卿士及庶人討論，其規則是龜、筮、王、卿、民五中取三，即使王在少數，亦從多數決。其中有二例外，一是王從龜從而餘皆逆時，作內吉而作外凶；一是龜筮共違于人，用靜吉用作凶。二項例外中，前者外事從多數決，內事從少數決；⁹⁴後者龜筮在少數，人在多數，靜則從多數，

91 如憲法第80條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」

92 文官中立原則，參見許濱松，〈看公務員政治中立之研究—兼論我國公務員政治中立應有之作法〉，收入彭錦鵬，《文官體制之比較研究》（臺北，中央研究院歐美研究所，1996），頁154-156；李念祖，〈審判獨立、司法獨立、檢察獨立、檢察中立之憲法釋義辨〉，收入李念祖，《司法者的憲法（二）》（臺北，元照，2013），頁425、427。

93 例如在政黨政治中兼顧權力分立與制衡，或將國家元首與內閣總理分設為不同的職位等。

94 論者即謂外事謂境外之事，「征伐事大，此非大吉故也。」見程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁96-100。

動則從少數。⁹⁵

於此乃有堪與憲政思想相較甚或接榫之處。按天子逢大事疑而不決，應依此疇慎謀而斷，亦不失為節制王權之一項途徑，與憲政主義規範並限制權力之意旨呼應，此其一者。

君主從龜從筮固係從乎天，從己從卿從庶民，則係從乎人。不寧惟是，此中業已納入了庶民，雖然君王與庶民全體的比重相當，而與選舉之票票等值⁹⁶不同，但仍不失為一種決策時徵取民意的思路，當是古代庶民參與形成政策的先聲。此其二者。

〈洪範〉或許不是〈尚書〉唯一重視民意的篇章。但如此具體地建議君王重視庶民意見，其分量已達五分而得其一，其亦前所未見者。相對於《孟子》〈梁惠王（下）〉中所言：國君用賢去惡，皆應聽取臣民的輿論之後決定，才能為民父母，⁹⁷謂與〈洪範〉第七疇相通，或屬合理。⁹⁸

〈洪範〉強調民意固與憲政主義之重視民主可相接軌，但畢竟不能同日而語。所不宜放過者則是民意觀念在天命哲學之中發生的特殊作用。天命哲學非自《尚書》〈周書〉始，〈虞夏書〉之〈皋堯謨〉〈甘誓〉〈商書〉中〈湯誓〉〈盤庚〉與〈西伯戡黎〉之敘述，⁹⁹皆其例證。⁹⁹列於〈洪範〉之前的《尚書》其他篇章內容，亦不乏提及民意者，例如〈皋堯謨〉及〈湯誓〉等皆是。惟皆莫如〈泰誓〉一篇中：

95 程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，頁100。一則寧守不取，二則從天似乎猶勝於從人。

96 例如憲法第129條規定，憲法規定之各種選舉，除憲法別有規定外，應依「平等」之方法行之。

97 李學勤，《孟子注疏》，頁62-63。此語之根據，當在《周禮》〈秋官司寇〉：「聽民之所刺宥，以施上服、下服之刑。」（漢）鄭玄注，（唐）賈公彥疏，（清）阮元等撰，《周禮注疏及補正》（臺北，世界書局，2009），周禮三十五秋官司寇，頁7。

98 〈洪範〉是聽取庶民意見以助君王遇疑難時做成決策，孟子則以為君王於用人用刑之際，就該參考民意。〈洪範〉透露民意重要之意似乎尤甚於孟子。惟孟子應無倡議輿論審判甚或庶民公審之意。

99 錢宗武、江灝譯注，《尚書》，頁57、97、120、171、186、212-213。

予小子夙夜祇懼，受命文考，類于上帝，宜于塚土，以爾有眾，底天之罰。天矜于民，民之所欲，天必從之。¹⁰⁰

將天命與民意結合，以爲天命移轉的理論做爲鋪墊者，其立論殆於此處爲始，此種觀念正是將民意做爲政權正當性來源之嚆矢！而〈洪範〉正式將民意支持納入君王決策程序之中，成爲君王決策之正當性來源之一，不能不說已爲數千年後，憲政主義將政府權力正當性基礎，從天命完全轉變成民意，¹⁰¹埋下伏筆。〈洪範〉有與憲政主義民主接榫之處，此其三者。

當代之憲政主義討論民主之正當性，常謂非僅在投票前之多數決而已，還在審議民主（deliberative politics）之溝通討論以謀共識之精神。¹⁰²〈洪範〉之稽疑程序，聚政治菁英與平民之意見而冶於一爐，似亦不無審議民主的觀念因子存焉，此其四者。

有此四者，即不能謂〈洪範〉毫無憲政主義思想之端緒。若以近三千年前商周交替的時刻言之，三占取二的方法堪稱先進，其亦梁漱溟先生所以舉爲人類文化早熟的一項例證。¹⁰³天命哲學歷時數千年而不變，早熟固然可貴，然終須有觀念之調整。

100 錢宗武、江灝譯注，《尚書》，頁225。

101 以德國基本法為例，其於1994年兩德統一之修憲序言中，猶言「凜於上帝與人民之付託」而終有通用於全體德意志人民的基本法，並未完全脫離天命觀之宗教色彩。國民大會秘書處資料組編，《新編世界各國憲法大全（第二冊）歐洲國家》，頁719，朱建民原譯，陳沖、張桐銳增譯，〈德意志聯邦共和國基本法〉譯文參照。以1958年之法國第五共和憲法為例，其序言只在1789年之《人權及公民權宣言》與人權暨國家主權原則，已無任何宗教色彩，國民大會秘書處資料組編，《新編世界各國憲法大全（第二冊）歐洲國家》，頁279，張台麟譯，〈法蘭西共和國憲法〉。而我國憲法第48條規定國家元首之就職誓詞是「向全國人民宣誓」，民意取代了天心，宗教色彩褪盡，已無任何天命哲學的影子。

102 審議民主是為了克服以投票爲中心的民主制度缺陷，而發展著重於公民社會進行公共審議程序的民主理論。其介紹見如 Will Kymlicka, *Contemporary Political Theory—An Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2002, 2nd ed.), pp. 290-294。

103 梁漱溟，《中國文化要義》（臺北，問學出版社，1977），頁265-266。

肆、〈洪範〉未見的憲政主義構想

準此而為觀察，〈洪範〉所論述的君王治理制度模式，已然具備賦予政權正當性並帶有制裁的法規範權威芻形，以民本做為政治道德規範的實質價值命題，足以建立以天子為民父母的終極權威政治秩序，也已預見並設想避免朋黨政治威脅君王權威的因應之道，還有納入庶民參與形成政治決策的審議民主模式芻形，均與當代憲政主義不乏可以比較比擬的地方。然則，〈洪範〉畢竟不是憲法，也不等於憲政習慣的成文化書寫，在若干關鍵環節上仍然欠缺憲政主義的基本假設與構想，亦正何以中國傳統社會在遇到西方的憲政思想之前，不自具備生成憲政主義的文化土壤之故。以下分四個角度進行討論。

一、凡君王皆濫權的假設

在美國制憲會議之後所發表，相對於〈洪範〉而言，時代遠遠在後的美國制憲時期重要史料——聯邦主義文存（*The Federalist Papers*），¹⁰⁴在第51篇中，寫明了憲政主義對於政府權力「必須使用野心來對抗野心」的古典假設。¹⁰⁵一言以蔽之，憲政主義基於人類歷史上的政治經驗以為執政者恆有濫權之惡。〈洪範〉之不同還不在能不能認識人君有惡。〈洪範〉中已有惡君商紂存在；其惡劣的程度，可於《尚書》〈泰誓〉見之。¹⁰⁶但是〈洪範〉與憲政主義左異之處，

104 此書是由美國制憲的三位要角，漢彌爾頓（Alexander Hamilton），麥迪遜（James Madison），及約翰杰（John Jay），以共同的筆名 Publius 分別撰成85篇議論，在紐約的報端發表後集結而成，也是最早闡釋美國成文憲法要義的公共論述。參見錢永祥，〈權力與權利的辯證：《聯邦論》導讀〉，收入謝淑斐譯，《聯邦論，The Federalist Papers》（臺北，貓頭鷹出版，2000），頁IV-XIII。

105 A. Hamilton, J. Madison and J. Jay, *The Federalist Papers*, edited by Garry Wills, (N. Y.: Bantam Books, 1982.), p. 262。

106 《尚書》〈泰誓〉：「今商王受，弗敬上天，降災下民。沈湎冒色，敢行暴虐，罪人以族，官人以世，惟宮室、台榭、陂池、侈服，以殘害于爾萬姓。焚炙忠良，剝剔孕婦。…力行無度，播棄耆老，暱比罪人。淫酗肆虐，臣下化之，朋家作仇，脅權相滅。無辜籲」

端在未曾假設掌權者必然濫用權力的危險。儒家之中與憲政主義假設最爲接近的是子思之說：「恆稱其君之惡者，可謂忠臣矣！」¹⁰⁷「君王恆有惡」之假設，呼之欲出。然則前引孟子責備君王率獸食人，還不忘記君王有民之父母的地位，與君爲善的態度，不言可喻。《禮記》〈曲禮（下）〉：「爲人臣之禮，不顯諫。三諫而不聽，則逃之。」¹⁰⁸只是消極又消極的止君之惡之道。

至於〈洪範〉就距離更遠了。其中以爲惡人不能得到天命的說法，其實導致了與憲政主義完全相反的假設。能夠得到天命的人，必是不會爲惡的聖人，¹⁰⁹接下來則期待其能成爲民之父母。這不但難以解釋商紂王先前何以「有命在天」，也很難回答，好人在接位之後，若是發生濫權問題，有何有效對策？

根據前引典籍，孔子說到君王做爲民之父母，不止一次說明進入此一身分要有前提條件。《禮記》〈表記〉甚至顯示，孔子以爲君王甚難做到民之父母的理想，「非虞帝其孰能爲此乎？」¹¹⁰固然是在勉勵後世君王以虞舜爲師，實亦無異於一方面表達世人君王鮮有能稱爲民之父母者，¹¹¹另一方面卻也因是否達成條件既無客觀標準也無認定機制，而難以防止他人任意恭維甚或聽任君王自稱民之父母。偏偏父母正是一種終身不可逆的人倫關係，自就更易助長君王的權力氣焰，若是發生君民關係重於父母子女關係，君恩大於父母恩的說法，也不令人意外。即使是出於與君爲善的好意，其中的矛盾並非淺顯。

天，穢德彰聞。…惟受罪浮于桀。剝喪元良，賊虐諫輔。謂已有天命，謂敬不足行，謂祭無益，謂暴無傷。…狎侮五常，荒怠弗敬。自絕于天，結怨于民。斫朝涉之脛，剖賢人之心，作威殺戮，毒痛四海。崇信奸回，放黜師保，屏棄典刑，囚奴正士，郊社不修，宗廟不享，作奇技淫巧以悅婦人。」錢宗武、江灝，《尚書》，頁222、227、229、233。商紂是否果真如此，即使只是出自後人的附會想像，亦可見得人們相信君主爲惡的程度。

107 荊門市博物館，《郭店楚墓竹簡》，頁141。

108 孫希旦，《禮記集解》，頁147。《孟子》〈告子（下）〉：「長君之惡其罪小，逢君之惡其罪大。」李學勤，《孟子注疏》，頁393，更似將君王之惡歸罪臣子。

109 聖人，古時就是君王的代稱。如《禮記》〈大傳〉：「聖人南面而治天下。」孫希旦，《禮記集解》，頁905-906。

110 孫希旦，《禮記集解》，頁1308-1309、1312。

111 《孟子》〈盡心（下）〉孟子觀察歷史，五百年始得一王者爲民父母，亦可知其難。李學勤，《孟子注疏》，頁480-481。

類似的矛盾當代也有。例如今時憲法頗不乏限制國家元首連任限制次數者，¹¹²這不但是假設權力為惡，而且是在假設擔任元首掌握權力過了一定的期限之後，其濫權的危險已經使得他沒有資格再次擔任元首。但是，選民們投票時，莫不以為，至少是會假設，所選擇的是個適合擔任元首的好人（應該極少有人會明知是壞人還投票給他）。恐怕難以接受或是承認，投票支持的對象會濫用權力，或濫權危險已達不能再擔任元首的程度。這也正是為數眾多的忠實選民，所以不肯相信也不能接受，司法確定判決認定元首貪污否定自己當初投票判斷的心理原因。

孔子說民之父母的聖王難求，孟子說五百年必有王者興，實也反映了其所置身的現實政治環境中君惡充斥的臨場感。真正的矛盾，可說是出自政治理想與現實的矛盾，也是應然與實然的混淆與齟齬。好人始得天命，是政治的應然理想；商紂為虐，天命須要移轉則是為了解釋政治現實。投票給好人，是選民的政治理想希望，憲法的濫權假設，卻是中外歷史現實經驗幾無例外的教訓使然。虞帝，也不過是個美好的上古傳說而已。政治理想也許完全合乎理論邏輯，卻不能解釋其與政治現實所顯示的差距與矛盾。

二、政治人格平等的假設

〈洪範〉寓含民本論，其終極價值命題果然是民本嗎？可能是，也可能不是。「民為邦本，本固邦寧。」「本固」猶然不過是「邦寧」的手段；亦即「邦寧」的秩序和諧狀態，而非「民本」，才是民本思想追求的終極價值命題。就像是在主體權利保障與客觀憲政秩序之間，若將前者看後者的手段，終極目的將是憲政秩序而非權利保障；又若在我國憲法前言中揭示的兩個憲法目的——「鞏固國權」與

112 例如我國憲法增修條文第2條及美國憲法增修條文第22條第1項均規定總統連選僅得連任一次。

「保障民權」之間，將後者引為前者的手段，¹¹³終極目的就會是鞏固國權而非保障民權，意思相若。

民本做為獲致邦寧的手段，終極的價值即在維護君主的政權穩定，「彝倫攸斁」。為了彝倫攸斁，「惟辟作福，惟辟作威，惟辟玉食。」人臣尚不得玉食，而況庶民？此與君民之間不是處於政治上人格平等的位置，直接相關。天子與庶民既係處於不可逆的、終身不會改變的，和父母子女可相比擬的關係，政治上自無人格平等之可言。亦即天子的政治人格價值恆較任何庶民貴重，自己構成民本與憲政主義民主之間的重大不同。

嚴復有云：「以貴治賤，故仁可以為民父母，而暴亦可以為豺狼。」¹¹⁴用貴賤二字，¹¹⁵已自掌握平等精神之肯綮；其在討論英文 vote 一字，於傳統中文用語中並無直接相當的譯名，而只能取〈洪範〉之三占取二之占字表達多數決之意義時，對平等一事尤其言之甚切：

宜乎古之無從眾也。蓋從眾之制行，必社會之平等，各守其畛畔，一民各具一民之資格價值而後可。古宗法之社會，不平等之社會也，不平等，故其決異議也。

即今中國，亦無用從眾之法以決策者，何則，社會貴者寡而賤者眾，既曰眾，則賤者儔也，烏足以成事？以是之故西方之福脫（vote）之字，於此土無譯，姑以占字當之，取占從二之義也。¹¹⁶

113 我國憲法前言揭示了「鞏固國權，保障民權」與「奠定社會安寧，增進人民福利」等目標，如以為位置在後的民權與人民福利就是最終的價值命題者，即可得知，「民」而非「國」，才是憲法課與政府施政的最後目標。

114 嚴復譯，孟德斯鳩著，《法意》（臺北，臺灣商務書局，2010），頁257，嚴氏案語。

115 《左傳》〈昭公二十九年〉記載，晉鑄刑鼎，孔子曰：「民在鼎矣，何以尊貴，貴何業之守，貴賤無序，何以為國？」（周）左丘明著，竹添光鴻箋，《左傳會箋（下）》（臺北，天工書局，2005），頁1745-1746。道出了其疑慮在貴賤失序。

116 甄克思著（Edward Jenks, 1861-1939），嚴復譯，《社會通詮（A History of Politics）》（臺北，臺灣商務書局，2009），頁164。又嚴復譯《法意》之按語曾論平等：「夫民主之所以

而〈洪範〉之三占從二，原非在設計民主制度。反而是君主終身為君主，亦終身為民之父母，意即統治者終身為統治者，被統治者終身為被統治者，或統治者之附庸而已。乃無政治參與地位之平等可言；民本與民主自不能同日而語。而憲法上言投票地位之平等，¹¹⁷亦即「一人一票，票票等值」，¹¹⁸則是民主之精義。

儒家孔孟之主張，固非毫無平等之思想。如孔子之言「有教無類」，¹¹⁹即與「非我族類，其心必異」¹²⁰的不平等完全異趣。而《禮記》〈禮運〉¹²¹尤為千古稱頌，以同理心言弱勢保障之至意，其亦人類文化之早熟思想之又一端。同理心，亦孔子之言恕道，「己所不欲，勿施於人」，¹²²實即平等觀念之源泉。

《孟子》中言「人皆可以為堯舜」，¹²³殆亦政治人格平等觀念之發端。惟孟子因楊朱但為我，墨翟倡兼愛，而責以無親疏不分是君無父之禽獸，¹²⁴孔子則固言克己復禮為仁，¹²⁵然如《禮記》〈哀公問〉：「非禮無以辨君臣、上下、長幼之位也。」¹²⁶乃至《荀子》〈王制〉：「先王惡其亂也，故制禮義以分之，使有貧富貴賤之等。」¹²⁷皆所以說明禮為區別政治地位之政治制度架構，其恰亦與

為民主者，以平等。故班丹（亦譯邊沁）之言曰：人人得一，亦不過一。此平等之義也。」嚴復，《左傳會箋（下）》，頁180。

117 我國憲法第129條平等為選舉投票之基本原則。

118 參見劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，頁101。亦即嚴復所言：「一民各具一民之資格價值而後可。」「人人得一，亦不過一。此平等之義也。」

119 《論語·衛靈公》：「子曰：有教無類。」錢穆，《論語新解》，頁584。重在其平等。而「因材施教」，則視受教者之不同而施以不同的方法，重在其不同。

120 語出《左傳·成公四年》，見（周）左丘明著，竹添光鴻箋，《左傳會箋（上）》（臺北，天工書局，2005），頁839-840。

121 孫希旦，《禮記集解》，頁582。

122 《論語》〈衛靈公〉：「子貢問曰：『有一言而可以終身行之者乎？』子曰：『其恕乎！己所不欲，勿施於人。』」錢穆，《論語新解》，頁570。

123 《孟子》〈告子（下）〉：「曹交問曰：『人皆可以為堯舜，有諸？』孟子曰：『然。』」李學勤，《孟子注疏》，頁377。

124 《孟子》〈滕文公（下）〉：「楊氏為我，是無君也；墨氏兼愛，是無父也。無父無君，是禽獸也。」李學勤，《孟子注疏》，頁210-211。

125 《論語》〈顏淵〉：「子曰：『克己復禮為仁。』」錢穆，《論語新解》，頁413。

126 孫希旦，《禮記集解》，頁1258。

127 （唐）楊倞注。（清）王先謙集解，《荀子集解·考證》，頁132。

〈洪範〉以君臣民為天子、貴族、庶民三種階級區分的論述架構同源，遑論奴隸制度之長期存在。¹²⁸孟子「民為貴，社稷次之，君為輕」之言，固將從此一新世人耳目，終未改變〈洪範〉建其皇極而揭櫫了數千年政治階級不平等的格局。¹²⁹

〈洪範〉於開篇處即告訴讀者，商王受（即紂王）已經敗亡，治水有罪無功的鯀不能得到洪範九疇，沒有資格享受上天賜命，即使是已在其位，天命也終會移轉。惡君因受天譴而被人民推翻，形成天命移轉的形勢，這是東方版本的暴君放伐論。¹³⁰論者指出西方版的暴君放伐論，是因馬基維利（Machiavelli, 1469-1527）的國家理性理論提出君王為惡的正當性，乃有以人民主權為基礎的暴君放伐論¹³¹與之對抗。〈洪範〉的暴君放伐論中，人民更像只是反映天命的介質，天命才是正當性的基礎所在。政治正當性基礎從天命完全轉向民心民意，就像西方一樣，還需要政治環境的營造機緣以及政治論述的醞釀時間。直到十八世紀，人生而平等，才成為肇興成文憲法典之美國獨立宣言所揭櫫之名言，¹³²也因此成為憲法典所奠基之民主制度的基本價

128 《周禮》〈秋官司寇〉：「其奴男子入于罪隸，女子入于舂蕘。」（漢）鄭玄注、（唐）賈公彥疏、（清）阮元等撰，《周禮注疏及補正》，「周禮三十六秋官」，頁14。《漢書》〈衛青傳〉：「人奴之生，得無笞罵足矣，安得封侯事乎。」（漢）班固撰、（唐）顏師古注，《漢書》（北京，中華書局，1997），頁631。清末沈家本以議立憲之故，於光緒卅三年十二月上〈修訂法律大臣奏遵議滿漢通行刑律摺〉，請廢奴，而慈禧光緒許之。詳見沈家本，《沈家本全集》（北京，中國政法大學，2010）卷二，頁458-460；沈家本，《沈家本全集》卷四，頁624-627。並見李念祖，〈從陌生到顯赫——平等條款入憲史之談片〉，《法制史研究》，24期（臺北，2013年12月），頁273-274。

129 此語出自《孟子》〈盡心（下）〉。李學勤，《孟子注疏》，頁456。又《孟子》〈滕文公〉：「或勞心，或勞力；勞心者治人，勞力者治於人；治於人者食人，治人者食於人；天下之通義也。」李學勤，《孟子注疏》，頁163、173。統治者與被統治者之區別似仍明顯。

130 在西方，因宗教革命而出現臣民可否反抗遭控為不守神聖法或自然法的君主之重大政治議題，是為暴君放伐論。參見蕭高彥，〈馬基維利主義、國家理性說與暴君放伐論：思想史的考察與政治哲學的反思〉，收入《吳庚教授逝世周年紀念研討會論文集》中央研究院法律學研究所、臺灣大學公共事務研究所主辦，《吳庚教授逝世週年紀念學術研討會會議論文集》，中研院人文社會館，2018/12/15，頁10-13。

131 蕭高彥，〈馬基維利主義、國家理性說與暴君放伐論：思想史的考察與政治哲學的反思〉，頁10-13。

132 U.S. Declaration of Independence of July 4, 1776: "...We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal." Merrill D. Peterson (editor), *The Portable Thomas Jefferson*, (N.Y.: Penguin Books, 1975.), p. 235。

值。憲政主義所不可缺少的政治平等，為〈洪範〉之中所未出現的假設，¹³³乃是事實。

三、定期選舉領袖的機制

〈洪範〉說紂王為惡，即使已在其位，天命終會移轉。此處留下了疑問，人民除了嘗試革命，冒著成王敗寇的風險，拚個黃袍加身、天命轉移的機會之外，難道就沒有其他有效的辦法防止良君濫用權力變成惡君？

〈洪範〉似乎只有告訴天子，治理若不戒慎恐懼，失了民心就會失去天命，期許天子自覺自律，避免六極加身。簡單地說，除了靠天子自發從善，除了靠人民革命成功而天命移轉，尚少其他的制裁辦法。

其實連革命移轉天命的辦法，也有一理論邏輯上的問題懸而難決。君主是民之父母，革命是大逆不道之事，逼死君主使之去位，那是弑君。宋儒朱熹以《史記》記載的是紂王自焚而非遭武王所殺為由，對〈洪範〉序言「武王勝殷殺受」的「殺」字，懷疑此序的作者若是孔子怎會使用此字評價武王弑君，¹³⁴其故在此。紂王惡行昭彰，因周人革命而身死失位，孟子亦說是「聞誅一夫紂矣，未聞弑君」，¹³⁵皆所以開脫武王弑君的指責。

《史記》《儒林列傳》記載了轅固與黃生在漢景帝面前的爭辯：¹³⁶

黃生曰：「...今桀紂雖失道，然君上也；湯武雖聖，臣下也。夫主有失行，臣下不能正言匡過以尊天子，反因過而誅之，代

133 學者有以為古代中國亦非絕無天子與庶民平等之觀念者，蓋以新出土之清華簡〈厚父〉中有「惟時下民鴻帝之子，咸天之臣民」一句，是說天下萬民均為上天之子，在生命根源上，庶民與天子並無不同，天子不過是天之元子（長子）而已，別具觀點。杜勇，《清華簡與古代探蹟》，頁106。

134 （宋）黎靖德，《朱子語類》，頁2040。

135 《孟子》〈梁惠王（下）〉，李學勤，《孟子注疏》，頁64。

136 （西漢）司馬遷，《史記》，頁1155。

立踐南面，非弑而何也？」轅固生曰：「必若所云，是高帝代秦即天子之位，非邪？」於是景帝曰：「食肉不食馬肝，不為不知味；言學者無言湯武受命，不為愚。」遂罷。是後學者莫敢明受命放殺者。

太史公此項記載至少批判了兩件事，一是皇帝制止辯論，權力薰人。一是「遂不敢明受命放殺」的學者怯懦。太史公似在以此顯示周初之天命哲學理論無法解決現實問題的重大破綻：除了只能在革命成功的事後，告訴大家勝利者因為萬民擁戴而得到天命之外，沒有提出能在事前預防人君惡行的方法以為解決。看起來惡君會因革命而失位受到制裁，但這也還只是一種聽天由命的說法，不是制度化的制裁。¹³⁷

憲政主義的成文憲法則提供了使用民主選舉投票以產生政治領袖的程序機制，而且是要定期改選，來解決這個問題。定期改選，能使得施政不得人心的領袖定期失位，也預防了執政者因為終身在位而增加濫用權力的風險——「權力導致腐化絕對的權力，絕對導致腐化」。¹³⁸

定期改選，是個和平的手段，使得武力革命失去了正當性，不但提供了事前預防的方法，也解決了革命是否弑君的理論兩難。這個辦法改變了天命哲學的幾個前提：民意取代天命而成為政權正當性的主要或唯一依據、民主取代了民本的終極價值、平等取代了階級等差、定期改選取代了執政者的終身職位。

革命是具有高度政治風險的舉動，多會流血而使得無數人頭落地。而且真正到了非革命不可的時候，惡君的惡行亦常已使得無數人頭落地。周初的天命哲學即使開啓了人道黎明，但是數千年不能解決政權如何和平移轉的問題，不能無解。

137 劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，頁9。張君勱以之為中國文化中道德精神與君主制度之根本矛盾，只有肯定人人皆平等政治主體之民主憲政可以解決。張君勱，《新儒家思想史》（臺北，弘文館出版社，1986），頁644。

138 此一名言出自英國歷史學家阿克頓爵士（Lord John Dalberg-Acton (1834-1902), letter to Bishop Mandell Creighton 3 April 1887）Antony Jay (editor), *The Oxford Dictionary of Political Quotations*, (Oxford: Oxford University Press, 2005, 2nd edition with supplement.), p. 1。

天命哲學重視祭天，原有君權神授的意味，只是「天」的神秘色彩從「巫」轉化為「自然」之天之後，宗教的意味較為淡薄而已。而君權神授說的殘餘影響，至今在世界上似乎也還普遍可見。於其前文中明言國政之權威源於國民，以為「政治道德之法制乃具有普遍性」的日本國憲法，其第一章仍然規定天皇皇位世襲，¹³⁹天皇的名稱原本具有天命神格的意味，至今崇尚萬世一系；英國的憲政傳統深厚，¹⁴⁰天佑的女皇也是終身在位；美國用成文憲法取代了君王，¹⁴¹其憲法前言雖然只以人民制定憲法做為正當性之來源，¹⁴²但是美國總統就職宣誓時，手按聖經發誓，帶有宗教色彩的天命意識依然意在言外；德國統一之後修改基本法的前言之中仍有上帝託付的字眼，¹⁴³均屬其例。但這些國家，都是公認的民主國家，特別是終身在位做為國家象徵的元首，只為虛位之君的國度之中，¹⁴⁴幽微的君權神授意識，在一定的程度上與成文憲法所彰顯的憲政主義定期改選機制，仍可並存，這就牽涉下節討論的權力分立了。

四、開明專制非權力分立

〈洪範〉所未出現的另一個憲政主義觀念，是權力分立。權力分立在今天已被大法官認為是成文憲法的一項修憲界限；即使動用修憲權力也不得使之不復存在於憲法之中，否則憲法也將不成其為憲法。¹⁴⁵

139 謝瑞智譯，〈日本國憲法〉，收入國民大會秘書處資料組編，《新編世界各國憲法大全（第一冊亞洲國家）》（臺北，國民大會秘書處，1996），頁217-218。

140 謝瑞智譯，〈大不列顛與北愛爾蘭聯合王國（英國）憲法法典〉，收入國民大會秘書處資料組編，《新編世界各國憲法大全（第二冊歐洲國家）》（臺北，國民大會秘書處，1996），頁6-7。

141 Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 1 Ithaca: Cornell, 10th ed. 1976.

142 "We the people of the United States ... do ordain and establish this Constitution for the United States of America."

143 謝瑞智譯，收入國民大會秘書處資料組編，《新編世界各國憲法大全（第二冊）歐洲國家》，頁6-7。

144 例如英國的女皇，日本國的天皇是。

145 司法院大法官釋字第499號解釋，《司法院大法官解釋續編（十三）》，頁685-699。

此與世人迄今引為法治圭臬，於法國大革命時代、1789年8月26日制定之《人權及公民權宣言》第16條所定義的憲法：「不保證遵守法律保障權利的社會，不確立權力分立者，即無憲法之可言」，其理並無二致。¹⁴⁶

〈洪範〉缺乏的不只在於是否假設執政者恆有為惡的危險而已，而是尋求程序機制以實現實體規範價值的思考習慣，對於如何預防執政者口是心非，或是確保執政者能夠力行實現其懸為目標的政治理想，未見設計具體的程序機制。前節所述使用定期改選來取代終身任職，就是憲法上一種防止濫權危險的程序辦法；權力分立則是〈洪範〉中所缺少的另一項程序性機制。〈洪範〉之中非但沒有權力分立的設計，而且是一種鼓勵君主集中權力以建樹統治權威的開明專制格局。

何以見得呢？孔子說「天下有道，則禮樂征伐自天子出；天下無道，則禮樂征伐自諸侯出。」¹⁴⁷〈洪範〉中善治之君應建立皇極而專其賞罰，不正是禮樂征伐自天子出？孔子以之為天下有道；天子若不復以禮樂為天下準則（即不建皇極），再加之賞罰大權旁落於諸侯，則孔子稱之為天下無道。是無論〈洪範〉寫成於孔子之前之後，皆可看出其間相與呼應契合的程度。一有孔子此段話語，〈洪範〉揄揚開明專制之意不亦明顯？

按〈洪範〉次三農用八政，不是權力分立，也不是權力分立的芻形。農用八政是權力機關間分隔事務的分工，並不構成權力運作流程上的制衡。權力機關間的事務性分工，對於彼此工作的範圍互不干涉，只於分工界限不明確時發生爭取或是推諉的問題，不因彼此在功能上相互監督而形成節制權力的效果。八政雖有分工，但均隸屬於君主，受其指令指揮，向君主負責。明儒黃宗羲言簡而意賅，「是官

146 Michel Troper, *Constitutional Law*, in George A. Herman & Etienne Picard (editors), *Introduction to French Law*, (New York: Wolters Kluwer, 2008.), p. 2。其所稱之權力分立，指依憲法規定而將權力分配給數個各擁權威的單位之意。

147 出自《論語》〈季氏〉。錢穆，《論語新解》，頁595。

者，分身之君也。」¹⁴⁸

權力分立制度¹⁴⁹中的立法、行政、司法三權分立，是一種水平的權力運作流程分工；一種先要形成抽象規範，再據之形成個案規範，必須經過審判確定後，才能對於個別人民發生實際上限制權利效果的規範流程。¹⁵⁰三權各自獨立，人員不相重疊，也互不隸屬，¹⁵¹在功能上彼此節制牽制，但也因相互尊重而維繫長期平衡。

黃宗羲以為明代之無善治，「自明太祖廢丞相始也」，說的是挑選賢相治國強勝賢肖仰賴天生的皇子皇孫。¹⁵²但區分君王與宰相的職位區分，與權力分立仍不能比擬。論者從歷史發展觀察宰相「乃係君主之幕僚長，完全對君主負其責任」，¹⁵³一語道破宰相仍是專制君主之僚屬，與君主之權力消長因時因人而異，如朱元璋之君強罷相，曹操司馬懿之相強逼君，但都只是專制王朝上下之間的權力垂直分工，而與權力分立是平行的流程分工，具有抑制權力部門各守其分使不集中於一的功能，性質不同。

權力分立制度本身，原不失為一種行使權力的正當程序，正是憲政主義重視程序正義以實現實質正義的方法。〈洪範〉雖重視實質價值，但未計較聖君也可為惡的概然性，也未思及利用程序價值以實現實質價值，更未考慮其中需要更多的方法設計，自然談不上在數千年前就能走上憲政主義之路。

也不妨這麼看，〈洪範〉強調治國之德與仁心，進入了需要長時間醞釀、余英時先生所描述的，用問「道」的「心學」以替代尊「巫」的「神學」的思想突破過程，¹⁵⁴其間還是以尋思內求改善人心

148 (明)黃宗羲，《明夷待訪錄》〈置相〉（臺北，金楓出版，1986），頁42。

149 注105所引聯邦主義文存（The Federalist Papers）第51篇的文字，也正是權力分立的制度理由。

150 美國聯邦最高法院曾如此解釋。See *Frothingham v Mellon*, 262 U.S. 447 448, (1923).

151 此為美國成文憲法所設之制度，至於議會內閣制國家則行政部門內閣重要首長職位均由議會議員兼任，則是並不澈底之權力分立制度。

152 (明)黃宗羲，《明夷待訪錄》，頁42。

153 李俊，《中國宰相制度》（臺北，臺灣商務印書館，1989），頁1。

154 余英時，《中國文化史通釋》，頁6-8。

或君心的方法為主，而非發展或建構新的政治制度。此與周初的知識分子（孔子重視的士）尚待私學而非官學的教育，很難跳出職位的限制，從事突破性的超越，回頭批判和反思現實的政治世界，¹⁵⁵或有直接關係。

從另一角度看，如果稽疑一疇的「審議民主」因子有可能開展成為君王必須使用而不是想用才用的施政模式，也必須要有權力分立制度講究重視程序，審議式民主的立法與決策模式始有可能開展制度化的實驗與設計。其實，即使權力分立的制度已在今日施行，理想的審議式民主也還只是想像與想望，距離普遍實現的境界仍然遙遠。

再換個角度，憲政主義的權力分立之中，處於保障人權關鍵地位的司法審判，最是需要周延的程序設計，才能滿足其公正公平的需求。司法獨立，亦即由一個獨立的機關來審查檢驗並防止政府違法的程序機制，則是憲政主義權力分立制度之中不可缺少的法治要素。¹⁵⁶於此或應注意《尚書》〈立政〉之中周公對於成王¹⁵⁷的反覆提醒，¹⁵⁸可理解為勸誡君王慎獄慎刑，不率己意而為；同時就也有君王應以文王為典範，尊重司法獨立的意味。

古籍記載原也不乏君臣反覆聽審的慎重程序，例如《禮記》〈王制〉言施用刑罰的程序，從吏告于正、正告于大司寇，告于王，至三公卿士參聽，復告于王，王三宥然後制刑的程序；¹⁵⁹到了清代的司法實踐還可約略見之，¹⁶⁰然其最終仍是由君王考慮是否法外施仁以為最

155 余英時，《中國文化史通釋》，頁9-10。

156 法治斌、董保城，《憲法新論》（臺北，自刊，2003），頁34-35。

157 錢宗武、江灝，《尚書》，頁396。

158 「庶獄庶慎，惟有司之牧夫是訓用違；庶獄庶慎，文王罔敢知于茲。」「立事。準人、牧夫，我其克灼知厥若，丕乃俾亂；相我愛民，和我庶獄庶慎，時則勿有聞之，自一話一言。我則末惟成德之彥，以乂我受民。」「繼自今文子文孫，孺子王矣！其勿誤于庶獄，惟有司之牧夫。」。錢宗武、江灝，《尚書》，頁400、402-403。

159 見《禮記》〈王制〉及〈文王世子〉中所言之制刑程序。孫希旦，《禮記集解》，頁372、573。

160 以死刑案件為例，依學者歸納，自州、縣偵查以至皇帝批示前，共經府、按察史司、總督或巡撫、刑部、三法司、經手凡七級，與古籍可相對照。見朱勇譯，（美）德克·布迪（Derk Bodde），克拉倫斯·莫里斯（Clarence Morris）著，《中華帝國的法律（Law in Imperial China）》，頁109-110。

後定奪，既無司法獨立之可言，程序上過度的反覆，反而顯出其主的是在彰顯君王治國的慎重與仁德，不是爲了保障被告。¹⁶¹宋代制度有將審與判分由不同的法曹辦理，¹⁶²反倒是與權力分立的流程分工比較接近的辦法。但這類想法均未在〈洪範〉中見之。〈洪範〉只言賞罰之權應向君主集中，並無尊重司法而慎刑慎罰的提醒。

伍、從〈洪範〉到憲法的典範轉移

一旦施行憲政主義憲法，即生〈洪範〉的天命哲學走向憲政主義的典範轉移。以下分別論述之。

一、從天命到主權在民

自〈洪範〉的時代進展到今時憲政主義之憲法典，其實經歷了長期的歷史發展。¹⁶³其過程尙不能於此細述，但是仍可掌握其思想變化脈絡的若干重要綫索。

〈洪範〉不僅表示其內容是先王大禹之法，還表現了周初漸從「有命在天」轉到「天命靡常、惟德是親」之政治正當性理論建構與變化的剪影。此項轉變是在「天命」作爲統治正當性的唯一標準之外，增加了「有德」一項新的標準。〈洪範〉中「民之父母爲天下王」，稽疑時詢問庶民意見，遂又納入民意做爲衡量政治正當性的標準。然而，三者之間，究竟是民意追隨有德者，還是有德才合乎民心？是天命隨民意移轉，還是人民應該服從天心的選擇？是天命隨著有德移轉，還是得天命者應該有德？都似有理，但答案並不清楚。

161 以「惟天陰騭下民」一語言之，即是強調「惟天」甚於「陰騭下民」。

162 此制稱之爲鞠讞分司，「是將審與判分開，由鞠司負責審（推鞠），由讞司負責判（檢法所刑）。」那思陸，《中國審判制度史》（臺北，正典出版文化，2004），頁166。

163 李念祖，〈「民之父母」，「其無後乎」？——論先秦儒家古典憲政思想的進度與限度〉，收入李念祖，《人國之禮——憲法變遷的跨越》，頁157-166。

〈洪範〉的內容，也未交代展現當時決定政治正當性的全部關鍵要素。例如天子傳位於子，新王即有天命；究竟是天子的選擇就是天命移轉的根據，還是血緣才是天命依附的所在？此中的規則似乎是天子有選擇時依其意志，否則須有血緣關係存在才成。

但問題尚非如此簡單，子孫之中未必有賢德者，天子決定王位傳承，應該選擇賢者還是子孫呢？禹選擇了伯益，卻是禹之子啓得了王位與天命，首開數千年間均成家天下的局面，¹⁶⁴如何解釋天子禹的意志不是指標？孟子的回答是：「天與賢則與賢，天與子則與子。」¹⁶⁵所以真正的決定因素是繼位得位事實所顯示的神秘天心。然則孟子依靠歷史發展結果以天命解釋夏禹之子啓繼承而成就了家天下，卻已在對話之中，無意間以天命說為家天下背書，而未能解答如何制度設計以擇賢舉能而非依賴血緣關係產生領袖。一旦為血緣封建背書，其實會遮蓋抵消權力正當性標準在賢德或是民意的作用。

〈洪範〉解釋天命所賦予的統治正當性，隱含了多重標準。其中包括一、先王禹之法，二、得天下的事實，三、賢德風範，四、民心歸趨，五、血緣關係，還有六、天子傳位的意志。後二者〈洪範〉並未明文觸及，但亦不堪深究。模糊的天命天意天心，會加深宗教性的神學神秘色彩。有助於認證賢德或不肖，也有助於解釋取得天下之事實原因的，則是民意民心。

從〈洪範〉所欲解釋之周武代商的歷史事實發生，直到清末革命出現而轉為民國之際，猶可見清帝退位詔書使用「人心所向，天命可知」字樣描述政權轉移背後的天命哲學說理邏輯，¹⁶⁶當初周人的理論似乎重現，然則此時已將是民意指引天心走向共和，而非以一人一家一姓履踐天命帝祚之局面。一旦制定民主憲法，確立了主權在民而不是托天之幸的君主式政府，人民的同意，而非天命，才是政治正當性

164 《三字經》：「禹傳子，家天下。」（漢）班固，《漢書》，〈蓋寬饒傳〉：「五帝官天下，三王家天下，家以傳子，官以傳賢。」，頁826。

165 李學勤，《孟子注疏》，〈孟子·萬章（上）〉，頁304。

166 參見夏新華、胡旭晟，《近代中國憲政歷程：史料薈萃》，頁147-149。

的最終來源，典範即要發生重大的轉移。¹⁶⁷從天命到民意的典範轉移，可以看出三項變化，一是統治者的道德風範不再是天命移轉的指標因素；二是民意取代天意成為最後的政治正當性基礎與標準，三是庶民的政治參與因此成為不可或缺的政治結構性要素，¹⁶⁸而非可有可無、聽由君王裁量的決策商量對象。第二點也是所以證立第三點的原因。

經由民主程序制定的憲法明白規定，由民意取代天命成為權力正當性的來源，意義重大。第一，民意不再只是天與天子之間關係的介質，而是經由憲法明文確認，執政者權力正當性之唯一而終極的來源。第二，統治者權威的神秘來源消失，從此主權在民，真正的統治者是人民，不是君王也不是朋黨，政府與人民間也要開始翻轉上下關係，公僕的觀念遂告問世。¹⁶⁹第三，民意一旦成為正當性的唯一來源，就要需具體驗證民意的程序機制，選舉投票制度也將應運而生。

其實，即使是二次戰後寫成的世界人權宣言，也是在中華民國代表張彭春的建議下，於首條中避免使用上帝（God）或自然（Nature）之字眼，¹⁷⁰而僅訴諸人類的平等自由。

二、從等之到政治平等

屬於一人一家一姓的統治型態，當其政治正當性判斷標準不一的

167 我國憲法第二條即規定主權在民原則，亦經司法院大法官釋字第499號解釋指明為修憲的一界限所在。

168 憲法規定運用定期選舉制度反映民意、保障人人有言論、集會結社、選舉罷免創制複決以及應考試服公職權等政治平等參與的基本權利，都使得庶民的政治參與成為不可或缺的政治結構性要素。

169 執政的公職人員是公僕，是清末以來常用的辭彙。但政府官員應為庶民服務的思想源頭，可於（唐）柳宗元所撰之〈送薛存義之任序〉文中見之。中華古詩文古書籍網 https://www.arteducation.com.tw/shiweny_14becadaa801.html 最後拜訪日2018/12/31。此則不僅於吏為然，公職人員自元首以降，何可例外？

170 Mary Ann Glendon, *A World Made New-Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, (N.Y.: Random House, 2001.), pp. 146-147。1948年12月10日生效的世界人權宣言前文，首句即強調尊嚴平等的基礎。The Universal Declaration of Human Rights, 10 December 1948 (General Assembly resolution 217 A), available from <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

天命哲學，朝向民主憲政以民意作為政治正當性之終極判斷標準過渡時，所涉及背後政治基本價值的轉變，就是平等成為政治基本價值的前提命題。所謂平等，至少可分為兩個不同的關切面向，一是政治平等，一是經濟平等。對於憲政主義而言，兩者都不可或缺，可以並存而互不否定，世界人權宣言以及據之而締結的聯合國公民及政治權利國際公約（簡稱公政公約）強調政治平等，聯合國經濟社會文化權利國際公約（簡稱經社文公約）則重視經濟平等，而兩者又共同以平等為其基調，足資印證。

政治平等，指的是政治人格平等，也與「舜何人也，予何人也，有為者亦若是」或者「人皆可以為堯舜」的提法可相對照比擬，¹⁷¹沒有人生來就當然是不可被替代的統治者，也沒有人只能是遭受歧視的次等公民或只能是被統治者的意思。

經濟平等，指的是經濟分配平等，也就是經濟資源的社會分配如何求其平等的意思，此中不可或缺的一個題目是保護弱勢。¹⁷²

雖然孔孟都曾出現過政治平等的思想發軔，但政治人格平等顯然不是天命哲學的前提認識，從〈洪範〉鼓吹集中王權以為民之父母的提法，即可瞭解。經濟平等，特別是弱勢保障的部分，與天命哲學則並不衝突，〈洪範〉之中「不虐癯獨」一語已然道破其意。

〈洪範〉為天子、人臣、庶民建極，階級三分，是倡「等之」，¹⁷³而非政治「平等」。建皇極而使得階級身分因血緣關係而世襲，而終身固定在所屬的社會階層之中不得改變，〈洪範〉上的階級不平等，

171 語出《孟子》〈滕文公〉及〈告子〉。或曰此中係指道德上人人皆可成為如堯舜一樣的聖賢。然則聖人一詞，原即係古代用以稱君王之用語，可以成為堯舜一樣的聖人之人，天下奉之為君亦理所當然，不宜遂謂此二語全無政治人格平等的意思於中。

172 依《荀子》〈禮論〉中之論述，荀子即以為禮是界定國人之間分配關係的制度。（清）王先謙，《荀子集解、考證》，頁321-324。注71中提到孟子為梁惠王開具的義務清單，則是考慮到弱勢保障而描述經濟分配關係的另一種理想。當代憲政主義關於分配平等可能與否的精采思辯，參見如 John Rawls, *Distributive Justice*; Robert Nozick, *Distributive Justice*; F. A. von Hayek, 'Social' or Distributive Justice, all in Alan Ryan (editor), *Justice*, (N.Y.: Oxford University Press, 1993.), pp. 73-94; 95-116; 117-158, respectively。

173 等，原指類別，次序也，輩也，又階級也；等之，即區別等第的意思，不是使之平等也。臺灣中華書局辭海編輯委員會，《辭海》，頁3346。如《禮記》〈樂記〉：「禮義立，則貴賤等矣」，孫希旦，《禮記集解》，頁986。

要到憲法典中明文規定「不分階級」「在法律上一律平等」，¹⁷⁴制度上才得真翻轉。¹⁷⁵

從清末到民國，從君主專制到書寫憲法，其實也是對西方「平等」的觀念意識，從認識的全然陌生到顯赫地進入憲法的一段過程。¹⁷⁶此中對於政治社會必須講究經濟平等的基本觀念其實非無共識，而是在分配的適當辦法上還有偏左偏右的議論與爭執。¹⁷⁷政治平等的接受程度，則似乎仍非毫無保留，¹⁷⁸兩岸在批准公政公約及經社文公約的經驗上有所差異，已足見之。¹⁷⁹然則中國曾派遣代表團參與起草並於1948年在世界人權宣言上簽字乃是歷史事實。¹⁸⁰世界人權宣言已具有世界人權憲章之普世性規範地位，¹⁸¹與我國憲法完全可以互為發引。至此，憲政主義憲法的基本價值，業告樹立，成就了平等價值命題之實質性典範轉移。

表現在「一人一票、票票等值」而為民主制度奠基的平等觀念，與用民之父母勉勵君王，但也用父母子女關係來區別君民地位的天命

174 此係我國憲法第7條規定階級平等之用語。

175 憲法中所謂不分階級，是有特別忌諱法律使用階級以為區別標準的用意在內，稱為「可疑的區別標準」。李念祖，《案例憲法 III（下）一人權保障的內容》（臺北，三民書局，2006），頁389-440。

176 李念祖，〈從陌生到顯赫——平等條款入憲史之談片〉，頁280-282。

177 也就是市場經濟、資本主義與計畫經濟、社會主義之間的擺盪選擇。

178 李念祖，〈從陌生到顯赫——平等條款入憲史之談片〉，頁275-276、281-283。

179 聯合國兩項人權公約，於1966年均經中華民國簽署，在其前言中均表示係依據世界人權宣言之內容發展而來，亦均於1976年獲得足額的會員國批准加入而生效。2009年，我國立法院亦依法議決且經總統簽署批准，並於同年4月由立法院通過、總統公布公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法，於2011年12月10日施行。隨後並定期發佈國家人權報告。See, President Ma Holds Press Conference on the Release of Taiwan's First Human Rights Report, in Ying-jeou Ma (editor), *Chinese (Taiwan) Year book of International Law and Affairs* Volume 30, (UK: Cameron May, 2014.), pp. 183-187。中華人民共和國係於2001年6月27日完成經社文公約之批准存放手續，但猶未批准公政公約，與美國係於1992年8月9日完成公政公約之批准存放，卻迄未批准經社文公約，適成對比。See International Covenant on Civil and Political Rights: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280004bf5&clang=_en, last visited January 4, 2019. and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028002b6ed&clang=_en, last visited January 4, 2019.

180 世界人權宣言係由1946年6月成立的聯合國人權委員會所催生，宣言於1948年12月10日由聯合國大會逐條投票通過，當日在大會中致詞的中華民國首席代表張彭春被稱作使得宣言成為可能的四大功臣之一。Mary Ann Glendon, *supra* note 173, at pp.xx-xxi, 32-33, 166, 169.

181 有將之稱為人類的國際大憲章者。Mary Ann Glendon, *id.* at p. 166.

哲學相比，在憲政主義思想中還有另外一重不同之處，值得注意。平等的公民們經由討論取得共識，共同締結一部民主的憲法，用選舉的方式產生執政者；當一位公民同時擁有選舉權與被選舉權的時候，展現的就是平等參政，也就是說統治者與被統治者的身分，從此可以互換而相互平等的意思。再加上主權在民、人民才是真正的統治者的道理，民選的政府與其公職人員必須向人民負責。政府人員，即使是元首，也只該是為民服務的公僕，不再是高人一等、身分關係不可逆的民之父母。

其實，「人生而平等」作為西方的自明之理，雖然出自十八世紀 Thomas Jefferson 起草的獨立宣言，¹⁸²但即使是在美國，以最能實現個人自由著稱的憲法，也未能阻擋非洲後裔遭到奴役；¹⁸³甚至於十九世紀中進行內戰與修憲，始行廢除奴隸制度。¹⁸⁴之後又維持了近九十年的種族隔離，才經聯邦最高法院判決種族隔離違反憲法，¹⁸⁵至是種族「平等」的典範轉移，其相關運作機制才粗稱完備。到了1970年代美國學者 John Rawls 的皇皇巨作 *A Theory of Justice* ¹⁸⁶問世，世人始覺恍然，他提出「能讓社會上每位成員都感公平而樂意接受公平原則為何？」的大哉一問，是在傳達「人若不平等則難有自由」的人權理念，憲政主義從「自由先於平等」朝向「有平等才有自由」的典範移

182 其經過，See Merrill D. Petersen, *supra* note 133, at pp.xv-xix.

183 其經過，參見如 Catherine D. Bowen, *Miracle at Philadelphia-The Story of the Constitutional Convention, May to September 1787*, (N.Y.: Book-of-the-Month Club, 1986.), pp. 200-204。

184 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857) 一案判決之後，於1860年代中進行4年內戰後，通過美國憲法增修條文第13條禁止蓄奴。第14條正當法律程序條款，成為20世紀平等保障的泉源。See Paul Finkelman, *Dred Scott v. Sandford, A Brief History with Documents*, (Boston: Bedford St. Martin's, 1997.), p. 4。

185 美國聯邦最高法院於1896年做成 *Plessy v. Ferguson*, 163. 537 (1896) 一案，不承認隔離但平等的種族隔離社會法制並不違憲，至1954年 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) 一案，聯邦最高法院改變前案見解，以為種族隔離即是違憲。此案之歷史背景及涉及之社會因素，詳見 Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond, and Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education*, (Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2003.), pp. 22-33。

186 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971，關於 Rawls 之公平正義理論與憲政主義及憲法關係，參見如 Frank I. Michaelman, *Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law*, in Samuel Freeman (editor), *The Cambridge Companion to Rawls*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003.), pp. 394-425。

轉，於是上路。¹⁸⁷事實上，1948年12月10日通過的世界人權宣言，才是第一份以平等權開篇並列為人權清單首條的國際憲章；¹⁸⁸也將平等權列為人權清單首條的中華民國憲法，則在一年之前生效施行。¹⁸⁹就像出自西方的共產主義即將席捲中國一樣，憲政主義產生的典範轉移，當時東方西方其實也是正在同步醞釀發展。

三、從道義到法治程序

前文言及，彰顯天命的〈洪範〉已具有賦予正當性與加施制裁的法規範雛形，但是〈洪範〉尚不足以構成完足的法規範。〈洪範〉建立的是政治道德規範，期待得到天命的天子能夠樹立最基本的準則，建立和平的人倫社會秩序，像是父母一樣的謀求庶民福祉，提出的標準甚高，但已見其難無以復加，乃只能委諸天命而聽之。〈洪範〉盡人事的辦法，則是教導君王了解必備的基礎知識領域，設置善政目標與要項課題，抬高領導地位與集中力量、團結人心的要徑，領導統御的訣竅，解決難題的方法，自我稽核的習慣、行賞行罰之道，甚至暗示為惡的後果等等，也因此成為歷代君王經筵學習的基本教材；明太祖曾親自箋注〈洪範〉，¹⁹⁰清康熙時則尚編有日講經筵之教材《日講書經解義》。¹⁹¹天命是上天所付與君王的道德使命，與其以為〈洪範〉就是一種符合當代意義的法規範，不如看做是對君王對庶民負有政治道德義務（簡稱「道義」）的耳提面命。以〈洪範〉做為君王教育的教材，鼓舞君王極權與警惕君王不得濫權相較，效果孰愈？用集中權力的辦法避免政治動亂，會不會反因權力集中、過大而肇生動

187 朱敬一、李念祖，《基本人權》，頁380-381。

188 世界人權宣言序言及第一條參照。

189 我國憲法係於1946年12月25日國民大會制定，次年1月1日國民政府公告，12月25日施行。

190 連文萍，〈明代皇族的《尚書》講習〉，收入林慶彰、錢宗武主編，《首屆國際《尚書》學學術研討會論文集》，頁223。

191 何銘鴻，〈《日講書經解義》之帝王教化觀探析〉，收入林慶彰、錢宗武主編，《首屆國際《尚書》學學術研討會論文集》，頁233。

亂？恐難一概而論，也不容樂觀。

憲政主義的憲法，亦以政治道義（平等保障每個人的基本權利）為基礎，卻增加了有效約束（政府不依之而為則失去政治正當性）的具體程序機制，包括民主選舉、定期改選、權力分立，乃至於審判獨立與司法審查。憲政主義的憲法是法規範，相較於法家強調刑罰而與儒家禮治構成互補的出禮入刑，¹⁹²卻又刑不上大夫，¹⁹³甚至君臣無獄，¹⁹⁴也少制度化的辦法使君王去位，並不相類。憲法典並不懲之以刑，也非「倚法專制」（to rule by law），而是「法律主治」（簡稱法治）（the rule of law）。¹⁹⁵

法治，是用憲法取代了君王位於國家權力頂端的絕對位置。¹⁹⁶成文憲法具有 Joseph Raz 指出法律制度獨具的制度重要性：它是制度，指導行為，解決爭端，擁有最高的權威介入一切受規範的行為。¹⁹⁷成文憲法既如自然法一般地是實證法所不能違逆的較高法，又已化身為實證法典進入實證法體系，「披著實證法的甲冑，卻有著自然法的靈

192（漢）班固，《漢書》，〈藝文志〉：「法家者流，蓋出於理官，信賞必罰，以輔禮制。」，頁446；（漢）司馬遷，《史記》，〈申不害韓非列傳〉：「申子之學本於黃老而主刑名。」「韓非者，韓之諸公子也。喜刑名法術之學，而其歸本於黃老。」，頁755。（宋）范曄撰，（唐）李賢等注，《後漢書》（北京，中華書局，1997），〈陳寵傳〉：「陳寵曰：『禮之所去，刑之所取，失禮則入刑。』」，頁411。又孫希旦，《禮記集解》，〈王制〉：「凡聽五刑之訟，必原父子之親、立君臣之義以權之。」，頁371。於此可證傳統法律建立「是非，毋寧是繫於身分的。」「從家法與國法，家族秩序與社會秩序的連繫中，我們可以說家族實為政治法律的單位，政治法律組織只是這些單位的組合而已。這是家族本位政治法律的理論的基礎」的道理。瞿同祖，《中國法律與中國社會》（臺北，里仁書局，1984），頁15、25。

193 孫希旦，《禮記集解》，〈曲禮〉：「禮不下庶人，刑不上大夫。刑人不在君側。」頁81-82。

194 君臣無獄，就是君臣之間不能打官司的意思。（周）左立明著，黃永堂譯注，《國語》（臺北，臺灣古籍，1997），「襄王拒殺衛成公」，頁78。

195 rule of law，蘇俊雄譯為「法律支配」，蘇俊雄，《法治政治》（臺北，正中，1990），頁12。劉慶瑞譯為「法治政治」，並謂憲政主義就是法治政治。劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，頁1。雷賓南所譯、英哲 Albert v. Dicey 著 *Introduction To the Study of the Law of the Constitution*《英憲精義》，則譯為「法律主治」；書中言及法律主治為英憲主要特性，一是武斷的權力不存在；二是法律之前人人平等，官民皆然；三是憲法的一般法則，係由普通法院就涉及人民權利訴訟案件之判決累積形成。雷賓南譯，戴雪（Albert V. Dicey）著，《英憲精義》（臺北，帕米爾書店，1991），頁273-280、284-285。To rule by law 與 the rule of law 的差異，參見如 Brian Z. Tamanaha, *supra*, note 84, at pp. 92-93。

196 Edward Corwin, *supra*, note 142, at p. 1。

197 Joseph Raz, *supra*, note 62, at p. 121.

魂」。¹⁹⁸不直接訴諸刑罰的制裁，也自有辦法使得國家元首以降的政府人員，和庶民一樣需要守法。兩相對照，可以恍然，於憲法典在西方問世之前，因為天子已處於〈洪範〉所推崇的權力頂端絕對位置，中土乃少憲政思想發展之餘地，即使憲政思想與儒家思想確實具有不少重疊之處。¹⁹⁹

基於民主原則寫成，以法治取代人治的成文憲法典，會依權力分立原則規定政府如何組成，各部門都有不能做的或必須做的事，須要遵守。除了法官可享終身在位的待遇以確保個案可以得到獨立審判之外，²⁰⁰政府人員，包括經由普選投票產生的國家元首在內，都有定期改選或依法免去職務而由他人繼任的制度性安排。²⁰¹

另一個有效控制政府行為的程序設計，是憲法明文規定政府的法律或命令違反憲法，交由司法部門循司法程序確認其無效。²⁰²這就提供了一種機會，用公平合理的方法來質疑政府人員濫用權力，而且否定濫用權力的決定具有拘束力。能夠褫奪政府違憲舉措的公共信用與支配作用，就足以防免政府濫用權力。憲法控制權力的功能，不但展現在日常司法審查以解釋憲法的方式控制政府的違憲施政，連動用修憲權力者也有權力界限的限制，²⁰³就更加證明了相關程序機制的高度可行性。

憲政主義憲法講究基本權利的保障，其實是要藉重權力分立與司法審查有效的運作，使得每一個個人面臨國家權力機器臨身的場合，其最基本而應受平等尊重的個人福祉，都有機會在公平而且合乎理性

198 朱敬一、李念祖，《基本人權》，頁379。

199 相關討論，特別是關於建立政治秩序規範、政權的正當性、神權衰退、人道思想與制約權力等節，詳見李念祖，〈「民之父母」，「其無後乎」？——論先秦儒家古典憲政思想的進度與限度〉，收入李念祖，《人國之禮——憲法變遷的跨越》，頁102-157。

200 我國憲法第81條與司法院大法官釋字第13號解釋參照，《司法院大法官會議解釋彙編》（臺北，司法院秘書處，1991年5版），頁34-35。

201 例如我國憲法增修條文第2條第6、8項。

202 例如我國憲法第171、172條參照。

203 我國司法院大法官應請求而運用憲法解釋（釋499）宣告一次修憲因違反修憲之憲法界限而違憲，具見司法程序運作可以發揮之憲政作用。參見李念祖，《案例憲法 I——憲法原理與基本人權概論》（臺北，三民書局，2007，2版），頁75-77、91。

的司法程序之中，因有獨立的司法敢於不對政府權力唯唯諾諾，而能得到救濟。法治的理想，就憲政主義的憲法而言，其實是藉著權力機關的相互制衡，而終可在司法的殿堂之中，平等地確保每一個個人的福祉。保障權利與維持秩序是向度不同的兩種法功能。行政部門原會爲了維持秩序而追訴犯罪，但司法審判爲了保障以人格平等爲前提的基本權利，就會要求政府用合乎公平正義的手段追訴犯罪，像是「疑罪從無」²⁰⁴就是保障基本權利的重要原則。如果不是爲了保障基本權利而只是爲了維持秩序，其實未必需要審判獨立；然而如果是爲了保障權利，審判獨立可就十分重要了。審判獨立，說的原就是由法官而非君主操持審判獄訟的權力。制度上要將保障權利看成是司法審判的核心功能時，始有基本權利保障之可言。作爲憲法所設計執行並實現憲法規範的機關，法院有義務也有權力針對憲法所規範的對象，包括國家元首在內的公職人員，根據憲法規範並加以拘束。²⁰⁵這是天命哲學支撐〈洪範〉以樹立的皇權所不具備的制度化程序機制。

定期選舉促成政治權力的和平移轉，加上憲法有效可行的政府違憲行爲控制程序（權力分立與司法審查），使得依賴革命挑戰惡君的流血，與五百年必有王者興的不確定等待，皆成多餘。有王者風範的政治家固或可使政治清明，但即使長期缺乏王者政治家，也該有對應辦法；以獨立的司法形成終局的裁判和平解決爭端，乃能大幅減少過度濫權而招致政治動亂的危險，而較有機會不再發生梁漱溟先生所說一治一亂的歷史循環；²⁰⁶反而更能接近〈洪範〉憧憬的彝倫攸敘的境界。對國家元首而言，憲法不是君王如何集權的教材，而是司法程序中可以加施拘束，不許成爲獨夫的規範。世界人權宣言在前言中即曾描述法治的功能，「鑒於爲使人類不致迫不得已挺而走險對暴政和壓

204 當代亦稱爲推定無罪原則。儒家經典中之慎刑思想，亦有疑罪從無的古典論述，所以彰顯君主的仁德也。如孫希旦，《禮記集解》，〈王制〉：「疑獄，汜與眾共之；眾疑，赦之。」，頁371。

205 這正是法規範所必須具有的主要運作機制，如法院所必須具備的功能。Raz, *supra*, note 62, at pp. 109-110。我國司法院大法官釋字第419、627號解釋，其接拘束國家元首，已具備此一重要特徵。

206 梁漱溟，《中國文化要義》，頁226-227。

迫進行反叛，有必要使人權受法治的保護。」有別於人治，法治構成天命哲學走向憲政主義極其重要的典範轉移。

憲法背後的憲政主義奠基於權力有惡的假設，²⁰⁷以其民主正當性轉變〈洪範〉背後的天命哲學，用一人一票、票票平等的多數決體制取代為民父母的天子予一人。以美國成文憲法典為例，一方面推崇民主多數決的政治正當性，另一方面仍然深懷戒心，備載多項抑制民主多數之惡的制度設計。其一就是以共和主義的代議政治取代直接民權的運作。²⁰⁸二是利用權力分立機制，使多數選出的立法權（國會）多數選出的行政權（總統）相為抗衡，甚至以兩院制的國會相互牽制。²⁰⁹三是以司法審判理性防範依多數而決的立法及行政部門冒犯個人基本權利；此中與其說是不民主與民主的對抗，²¹⁰毋寧以為是憲法為了防止多數的立法侵犯身為少數的個人基本權利而設計的權力限制；也與人民公審不是民主制度所能接受的審判方式，道理相通。²¹¹即使是多數決民主，權力有惡的假設並未動搖。

憲政主義的法治，在憲法中不設傳統法家偏愛的刑罰。基本的制裁，不過是使違憲行為無效；最重的制裁，不過是在法定任期結束前去位。皆只是和平地移除憲法已經授與而具有政治正當性的權力地位，或和平地否定其權力行事的政治正當性與拘束力而已。憲法如生權威（authority），並不仗恃武力，而是藉著可行與有效的程序設計，試圖贏得人們產生對於法的尊重，從而經常自願服膺（voluntary

207 前引 *Federalist Papers* 中說到政府是人類本性的反映，人如果是天使即不需要政府，即是在說民主政府也有以權力為惡的問題存在。

208 論者有謂 *Federalist Papers* 「書中以所謂的『共和制』取代『民主制』」，前者是間接民主，在人民與政府權力之間有『代表』作為中介，後者則是直接民主，錢永祥，〈權力與權利的辯證：《聯邦論》導讀〉，vi-vii。

209 *Federalist Papers* No.58; 相關討論，參見楊日旭譯，Charles A. Beard 著，《共和國（The Republic）》（臺北，中正書局，1981），頁260。

210 論者有將非由選舉產生的法官審查國會立法合憲性的機制看成是反多數決的設計者，稱為「反多數的困難」See Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch—the Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven, Yale University Press, 1962.), pp. 16-23。

211 人民公審常是被宣傳和組織技術所形成者，參看（殷海光，《學術與思想（上）》（臺北，臺大出版中心，2010），頁13-14），實已涉及民主與司法審判理性有無衝突及界限的問題。

compliance)，²¹²促成民主憲政「彝倫攸敘」，長期普遍實現基本權利。畢竟自願服膺才是自由民主憲政發揮實效的主要原因。憲法者，無刑之法，人國之禮也。

陸、結語

憲法一詞，今日華文世界或不陌生，畢竟非由中土文化所自然生成。洪範二字，字面語意恰是憲法的同義詞；然則〈洪範〉背後的政治文化基底，是周初以來的天命哲學傳統，與依憲政主義而頒布的憲法典，既有其共通之處，亦有重大差異。當滿清一代成為過去，憲政主義之憲法一旦為中土世界所採納，即將發生典範轉移。

基於天命哲學觀所生的〈洪範〉，與憲政主義的憲法，在（一）認知權力有惡，乃須建立賦予統治正當性的標準，而且言說制裁的規範、（二）以庶民福祉為施政之目性價值、（三）追求樹立和平穩定的政治秩序、（四）在朋黨政治之上建立公正無偏的基準，與（五）庶民參與形成決策的審議民主發源，皆有其共通性。

洪範與憲法典之間，在（一）凡君王皆濫權的假設、（二）政治人格平等的假設、（三）定期選舉領袖的機制、（四）開明專制不是權力分立等四個方面，仍有明顯的政治文化觀念差異。後二者都與天命哲學強調政治道義的實質價值甚於重視防止權力為惡的程序性設計，以致不易有效處理天子為惡引起循環政治動亂革命流血的歷史難題，可資對照。

比較〈洪範〉與憲法典，背後涉及的典範轉移有三處，一是在政治正當性的基礎上從「天命」完全轉變為主權在民的「民意」；二是在前提價值上從樹立政治階級的「等之」轉變為政治平等的「平等」；三是在方法上於強調政治「道義」之外，增加法治的「程

212 “Voluntary compliance is essential to the rule of law.” Archibald Cox, *Direct Action, Civil Disobedience, and the Constitution*, in Archibald Cox, Mark D. Howe and J.R. Wiggins, *Civil Rights, the Constitution, and the Court* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1967.), p. 18.

序」，包括權力分立與獨立司法審查的設計，用具備檢驗政治正當性功能的和平正當程序來維持政治正當性，以更有機會有效解決天命哲學遺留的歷史難題。

參考文獻

甲、專書

- （周）左丘明著，竹添光鴻箋，《左傳會箋（上）》，臺北，天工書局，2005。
- （周）左丘明著，竹添光鴻箋，《左傳會箋（下）》，臺北，天工書局，2005。
- （周）左立明著，黃永堂譯注，《國語》，臺北，臺灣古籍，1999。
- （漢）司馬遷，《史記》，臺北，臺灣商務印書館，2010，2版。
- （宋）朱熹集注，陳戍國標點，《四書集注》，長沙，岳麓書社，2004。
- （漢）班固撰。（唐）顏師古注，《漢書》，北京，中華書局，1997。
- （漢）鄭玄注，（唐）賈公彥疏，（清）阮元等撰，《周禮注疏及補正》，臺北，世界書局，2009。
- （宋）范曄撰，《後漢書》，（唐）李賢等注，北京，中華書局，1997。
- （唐）楊倞注，（清）王先謙集解，《荀子集解·考證》，臺北，世界書局，2000，2版。
- （宋）黎靖德編《朱子語類》，北京，中華書局，1986。
- （明）黃宗羲，《明夷待訪錄》，臺北，金楓出版，1986。
- 《司法院大法官會議解釋彙編》，臺北，司法院秘書處，1991，5版。
- 《司法院大法官解釋續編（十）》，臺北，司法院秘書處，1997。
- 《司法院大法官解釋續編（十三）》，臺北，司法院秘書處，2000。
- 沈家本，《沈家本全集》，北京，中國政法大學，2010。

- 朱永嘉、蕭木注譯，《新譯呂氏春秋》，臺北，三民書局，1995。
- 朱勇譯，（美）德克·布迪（Derk Bodde），克拉倫斯·莫里斯（Clarence Morris）著，《中華帝國的法律（Law in Imperial China）》，南京，江蘇人民出版社，2008。
- 朱敬一、李念祖，《基本人權》，臺北，時報文化，2003。
- 余英時，《中國文化史通譯》，N.Y.，Oxford University Press，2010。
- 李民、王健，《尚書譯注》，上海，上海古籍出版社，2000。
- 李念祖，《人國之禮—憲法變遷的跨越》，臺北，三民書局，2012。
- 李念祖，《司法者的憲法（二）》，臺北，元照，2013。
- 李念祖，《案例憲法 III（下）—人權保障的內容》，臺北，三民書局，2006。
- 李念祖，《案例憲法 I—憲法原理與基本人權概論》，臺北，三民書局，2007，2版。
- 李俊，《中國宰相制度》，臺北，臺灣商務印書館，1989。
- 李學勤主編，《孟子注疏》，臺北，台灣古籍出版社，2001。
- 李學勤主編，《尚書正義》，北京，北京大學出版社，1999。
- 杜勇，《清華簡與古代探賾》，北京，科學出版社，2018。
- 錢宗武、江灝譯注，《尚書》，臺北，臺灣古籍出版社，1996。
- 那思陸，《中國審判制度史》，臺北，正典出版文化，2004。
- 屈萬里，《尚書集釋》，臺北，聯經出版社，1983。
- 屈萬里，《詩經詮釋》，臺北，聯經，1983。
- 易建平，《部落聯盟與酋邦—民主、專制、國家：起源問題比較研究》，北京，社會科學文獻出版社，2004。
- 法治斌、董保城，《憲法新論》，臺北，自刊，2003。
- 夏新華、胡旭晟整理，《近代中國憲政歷程：史料薈萃》，北京，中國政治大學，2004。
- 孫希旦，《禮記集解》，臺北，文史哲出版社，1990。
- 殷海光，《學術與思想（上）》，臺北，臺大出版中心，2010。

荆門市博物館，《郭店楚墓竹簡》，北京，文物出版社，2005，2刷。

國民大會秘書處資料組編，《新編世界各國憲法大全（第二冊）歐洲國家》，臺北，國民大會秘書處，1996。

國民大學秘書處資料組編，《新編世界各國憲法大全（第一冊亞洲國家）》，臺北，國民大學秘書處，1996。

梁漱溟，《中國文化要義》，臺北，問學出版社，1977。

梅仲協，《法學緒論》，臺北，文化大學，1989。

許倬雲，《西周史》，臺北，聯經出版社，1990，3版。

許倬雲，《萬古江河—中國歷史文化的轉折與開展》，臺北，漢聲文化，2006。

郭建勳注譯，《尚書讀本》，臺北，三民書局，2011。

傅佩榮，《先秦儒家哲學十六講》，臺北，立緒文化，2018。

傅斯年，《中國古代文學講義》，北京，北京大學出版社，2009。

傅斯年，《性命古訓辨正》，臺北，新文豐出版社，1985。

程元敏，《尚書周書—牧誓洪範金縢呂刑篇義證》，臺北，萬卷樓，2011。

張君勱，《新儒家思想史》，臺北，弘文館出版社，1986。

楊日旭譯，Charles A. Beard 著，《共和國（The Republic）》，臺北，中正書局，1981。

楊家駱編，《尚書注疏及補正》，臺北，世界書局，1985，3版。

雷賓南譯，（英）戴雪（Albert V. Dicey）著，《英憲精義（Introduction To the Study of the Law of the Constitution）》，臺北，帕米爾書店，1991。

甄克思著（Edward Jenks, 1861-1939），嚴復譯，《社會通詮（A History of Politics）》，臺北，臺灣商務書局，2009。

臺灣中華書局辭海編輯委員會，《辭海》，臺北，中華書局，1996年8版。

劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，臺北，自刊，1978，10版。

- 錢穆，《論語新解》，臺北，東大圖書，1988。
- 戴季陶，《孫文主義之哲學的基礎》，上海，自刊，1927，5版。
- 謝淑斐譯，《聯邦論，The Federalist Papers》，臺北，貓頭鷹出版，2000。
- 瞿同祖，《中國法律與中國社會》，臺北，里仁書局，1984。
- 嚴復譯，孟德斯鳩著，《法意》，臺北，臺灣商務書局，2010。
- 蘇俊雄，《法治政治》，臺北，正中，1990。
- 顧頡剛編，《古史辨（第一冊）》，臺北，藍燈文化，1988。
- 顧寶田注釋，《新譯穀梁傳》，臺北，三民書局，2016，2版。
- Archibald Cox, Mark D. Howe and J.R. Wiggins, *Civil Rights, the Constitution, and the Court* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1967.)
- Catherine D. Bowen, *Miracle at Philadelphia-The Story of the Constitutional Convention, May to September 1787* (N.Y.: Book-of-the-Month Club, 1986.)
- Edward S. Corwin, *The “Higher Law” Background of American Constitutional Law* (Ithaca: Cornell, 1976, 10th ed.)
- Antony Jay (editor), *The Oxford Dictionary of Political Quotations* (Oxford: Oxford University Press, 2005, 2nd edition with supplement.)
- Louis Henkin, *A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects, in Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy: Theoretical Perspectives*, Michel Rosenfeld ed., (1994)
- Mary Ann Glendon, *A World Made New-Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (N.Y.: Random House, 2001.)
- Norman Doreen, Michel Rosenfeld, Andras Sajo, and Susan Baer, *Comparative Constitutionalism- Cases and Materials*, (U.S.: West

Group, 2003).

Paul Finkelman, *Dred Scott v. Sandford, A Brief History with Documents* (Boston: Bedford St. Martin's, 1997.)

Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1979.)

Robert J. Cottrol, Raymond T. Diamond, and Leland B. Ware, *Brown v. Board of Education* (Lawrence, Kansas: University Press of Kansas, 2003.)

Wing-Tsit Chan, *A Source Book in Chinese Philosophy* (New Jersey: Princeton University Press, 1963)

Will Kymlicka, *Contemporary Political Theory--An Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2002, 2nd ed.)

Ying-jeou Ma (editor), *Chinese (Taiwan) Year book of International Law and Affairs*, Volume 30 (UK: Cameron May, 2014.)

乙、期刊論文

吳庚，〈基本權的三重性質〉，收入《司法院大法官釋憲五十周年紀念論文集》（臺北，司法院，1998），頁7-22。

李念祖，〈「民之父母」與「始作俑者」之先秦儒家憲政思想端緒論稿〉，收入《政治思潮與國家法學－吳庚教授七秩華誕祝壽論文集》（臺北，元照，2010），頁69-103。

李念祖，〈從陌生到顯赫－平等條款入憲史之談片〉，《法制史研究》24期（臺北，2013年12月），頁264-287。

房寧，〈歷史和人民選擇了共產黨〉，《中國青年報》，2005年2月6日。

馬漢寶，〈龐德論中華民國憲法之發展〉，《憲政時代》3：3（臺北，1978年1月），頁29-33。

陳恆嵩，〈魏校及其《尚書》經筵講義析論〉，收入林慶彰、錢宗武主編，《首屆國際《尚書》學學術研討會論文集》（臺北，萬卷

樓，2012），頁239-257。

許濱松，〈公務員政治中立之研究—兼論我國公務員政治中立應之作法〉，收入彭錦鵬，《文官體制之比較研究》（臺北，中央研究院歐美研究所，1996），頁46-56。

劉節，〈洪範疏證〉，收入顧頡剛編，《古史辨（第五冊）》（臺北，藍燈文化，1987），頁388-403。

蕭高彥，〈馬基維利主義、國家理性說與暴君放伐論：思想史的考察與政治哲學的反思〉，收入《吳庚教授逝世周年紀念研討會論文集》，中央研究院法律學研究所、臺灣大學公共事務研究所主辦〈吳庚教授逝世週年紀念學術研討會會議論文集〉，中研院人文社會館，2018/12/15。

顧頡剛，〈論今文尚書著作時代書（1923年6月10日致胡適之書）〉，收入顧頡剛編，《古史辨（第一冊）》（臺北，藍燈文化，1987），頁200-206。

Michel Troper, Constitutional Law, in George A. Herman & Etienne Picard (editors), *Introduction to French Law* (New York: Wolters Kluwer, 2008.).

Frank I. Michaelman, Rawls on Constitutionalism and Constitutional Law, in Samuel Freeman (editor), *The Cambridge Companion to Rawls*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003.).

From Grand Norm to the Code of Constitution – A Paradigm Shift of the Doctrine of the Mandate of Heaven

Nigel Nien-Tsu LI*

Abstract

Hsien-fa (憲法) is a common translation of the term “constitution” describing a code of supreme law. *Hong-fan* (洪範, Grand Norm), a synonym for *hsien-fa*, first appeared in the *Shang Shu* (尚書, the Book of History), and is rooted in the doctrine of the Mandate of Heaven that was created as long ago as the early Chou dynasty. The two have traits in common, as well as major differences. Upon the demise of the Ch’ing dynasty and the founding of the Republic of China in the early 20th century, a paradigm shift, powered by constitutionalism, was inevitable.

The traits in common include the following: (a) power may be associated with evil, thereby requiring norms to gauge legitimacy and envisage possible sanctions; (b) the purpose of government cannot discount the welfare of the people; (c) a stable political order should be pursued; (d) a fair common ground should be established beyond partisan politics; and (e) taking public opinion into account in the decision-making process is the origin of deliberative democracy.

If we contrast the Grand Norm and the code of constitution, several political and cultural differences are apparent: (a) the presupposition that all emperors tend towards corruption; (b) the presupposition of political equality of personality; (c) the institution of periodic elections; and (d)

* Nigel Nien-Tsu LI, Professor, School of Law, Soochow University.

benevolent despotism does not equal separation of powers. The latter two points answer the emphasis of the Mandate of Heaven on the merits of political morality over procedural mechanisms to rein in corruption of rulers, an emphasis which perpetuated the vicious circle of bloody political turmoil.

The movement from the Grand Norm to the code of constitution required a paradigm shift on three fronts: (a) political legitimacy was to be based solely upon “popular will” in a people’s sovereignty, not upon any mandate from heaven; (b) the basic premise of political equality in lieu of inequality that fixes political-social classes; and (c) in addition to the emphasis on political morality, adoption of procedures of the rule of law, including separation of powers and independent judicial review, to solve the historical quandary of power unchecked by due process and thus increase the opportunities for peaceful power transitions.

Keywords: Mandate of Heaven, Grand Norm, constitutionalism, political equality, rule of law, separation of powers, partisan politics, deliberative democracy, paternalist government, periodic elections