

“宪政金刚”的软肋？

——从《宪政 民主 对外事务》说起

时亮

一 引言

这是一本在美国宪法 200 周岁生日时，谈论美国宪法的“小书”^①。它并没有泛泛而论，而是着力于一个比较具体的问题：对外权力。这是一个在传统宪政理论中并没有受到多少关注的问题，但是，亨金教授说这个问题却直接关系到美国宪法能否在它第三个百年的生命历程中依然良好运作^②。事实上，在笔者看来，这个问题也是所有政治结构，尤其是现代的宪政结构，因而也是所有的宪政理论，或早或晚都不得不面对的一个基本问题。因此，这本小书（哪怕也许仅仅是因为它把这个问题以如此明确的方式展现给世人），必将获得某种更加普遍的影响和意义，而不只是晒着密执安太阳的一个美国佬，在一个自家确定的特殊日子里，自言自语式地谈论自家美丽的礼帽而已。

国内有学者曾经在一篇文章中对此书作过简要评论，认为这本书根本就不值得翻译——因为在他看来，它所谈论的只不过是美国宪法中一个没有什么理论价值的实践问题而已，根本不具有什么普遍意义。然而，在笔者看来，这种观点也许忽略了至关重要的一点：宪政从来都不是一块具有可以不受限制的普遍效力的模版（那是魔版！），甚至也不是一套具有不受限制的普遍效力的理论，而是一种在特定历史情境中展开的实践活动，以及对这种活动的反思性表述；而所谓“普遍”，往往只不过是知识人建构~~解释的结果（一套抽象出来的知识）罢了。之所以对此书评价甚低，一个可能的原因或许在没有洞见到这部“小书”所展现出来的核心问题，以及这个问题背后所隐藏的那个宪政命题的理论意义、及其可能具有的巨大实践价值。在下文中，我将努力把这个问题以及那个被隐藏的宪政命题，逐步明确出来，并彰显它们所可能具有的、在宪政理论和政治实践中的意义和价值。

^① 全书正文部分只有 159 页，加上书尾注释和索引，总计 192 页。但是正如下文所要显示，这样的“小”无论如何都不意味着它所探讨的问题的价值和意义的“小”，甚至也不必然意味着作者所给出的探讨或解答本身之价值和意义的“小”。

^② （美）路易斯·亨金：《宪政 民主 对外事务》，邓正来译，三联书店 1997 年版，页 1。

二 美国式宪政

“即将成立的政府要受到宪法的制约，而且只能根据其条款进行统治，并受制于其限制。”^①这是对美国宪政的一个总体性概括，也是美国宪法的一个完全形式性的目标。“美国的宪政意味着政府要受制于宪法。它意味着一种有限政府，即政府只享有人民同意授予它的权力并只为了人民同意的目的，而这一切又受制于法治。它还意味着权力的分立以避免权力集中和专制的危险。宪政还意指广泛私人领域的保留，和每个个人权利的保留。……宪政也许还要求一个诸如司法机构的独立机关行使司法权，以保证政府不偏离宪法，尤其保证权力不会集中以及个人权利不受侵犯”^②。

为了实现这种形式性的目标，也为了使这些“意味”不至于成为空头支票，美国人在历史的机缘中“凑合”出了一种几乎近于不可思议的宪政结构，后人称之为“制衡”（checks and balances）。它把立法权交给国会，把行政权交给总统，把司法权保留给了法院。但这只是刚刚开始。接下来的内容才是大手笔：在极其严格的宪法修改条件下，总统享有对国会法案的否决权，法院则以宪法以及英美法系特有的运作方式对国会的立法权设定界限；总统享有行政权，但他必须领导其政府执行国会已经通过的法律，必须向国会报告，必须接受国会的质询，还必须小心提防法院的传票；法院精心守护着宪法和法治，并以英美法系法官特殊的眼神笑看国会与总统，但他们却又只有经过二者的共同决定才能穿上庄严华贵的法袍……最后，在一个关键性的时刻，它把自由——尤其是真正的批判性的表达自由保留给了社会，保留给了作为人民的每一个个体人。——幸好美国人没有忘记这一点，否则，谁能保证这精致的宪政构架不会蜕变成佛龕中只会发笑的泥塑弥勒？

“制衡”以“分权”为前提和基础，但它所提供的理论空间，却远远超越了“分权”所提供给人们政治想象；它的实践所结出的果实，也早已经大大超越了较为纯粹的“分权”实践遗留给我们的历史纪录。在美国国父们的谨慎谋划中，洛克被吸收了，孟德斯鸠被升华了，卢梭被暗中抛弃了。一种属于美国人对人类贡献的宪政结构，开始以一种略显笨拙却生机十足的姿态成长起来，一种真正属于美国人创新的宪政理论，也伴随着它的诞生和成长

^① 亨金：《宪政 民主 对外事务》，页 9。

^② 同上注，页 11。

而渐臻成熟。——这样一种宪政结构和宪政理论的核心命意乃在于：让国家强大起来吧，但要为政府权力设置足够的制约，并防止它们被过度集中。

三 问题：半阴影区

此处涉及到的，是美国对外交往中重要的决策性权力之分配的问题。这里的情况很混乱糟糕，即使是美国学者，都感到十分困惑^①。而在笔者看来，这甚至可能是当今美国宪政结构中最为薄弱之处，如果这里的问题不能得到基本的解决，那么，它极可能在未来的一个历史时间内，把美国宪政从整体上拖垮，使得这已经辉煌运作了两百多年的“经典”，重演罗马共和国宪政的悲惨命运。但是，在亨金教授的这一著作中我们可以知道，美国法学界尚未对这一问题的有效解决指明方向^②。

乍一看来，这里涉及到的，似乎确实仅仅只是总统和国会之间权力如何分配，以及在这种分配出现争议时，法院所应当或者可能扮演的角色的这一简单问题。——也就是说，似乎仅仅只是一个实践的、纯技术性的问题。但我却认为这只是问题的表层，而在这个表层之下，却隐藏着另一个更为根本的宪政问题：必须对政府的权力进行适当分散和约束，以防止它蜕变成任意的权力，——即使是政府的对外权力，也必须服从这一根本法则。从技术层面讲，美国宪法把政府的对外权力在国会和总统之间进行了分割；从文字上看，它似乎要让总统掌握主动，但又让国会在最后的决定中，尤其是那些最重要的决定（如宣战）方面，扮演一种实质性的、更加重要的角色，从而使二者能够在一种相对平衡的状态中，共同行使国家的对外权力^③。如果单从理论上讲，这样的分配几乎不存在什么问题。

但实践有自己的逻辑。美国至今两百多年的历史所显示的，却是另一条弯弯曲曲的轨迹：总统利用自己在对外事务中的主动性，极大地扩张了其在对外事务中的实质性权力，在很多情况下几乎对国会形成一种近乎压倒性、乃至形成一种令国会无可奈何的权力。在一些关键的历史时刻，国会在对外事务上对总统享有的所谓制约性权力的行使，往往成为了对总统行为不得不为的事后追认：林肯时代这样的情况已经出现多次，罗斯福的诸多举动都在

^① 同上注，页 2。

^② 同上注，页 2~5。

^③ 详细内容可以参见美国宪法：第一条，“立法权”，第八项：“国会的权力”之第 11 至 17 种列举权力；第二条，“行政权”，第二项：“总统的权力”之第 2 种列举权力以及第三项之第 4 种列举权力。

美国宪政史的极限上强烈震动着法学家和政治学者们的神经，里根则在上个世纪后期把这种情形再次推到了一个全新的高度，而在其前总统小布什的第一届任期尚未结束之时，不但是国外的评论，即使在美国国内也已经有学者嗅到了那或隐或现的帝国气息……四年了，奥巴马做得怎么样呢？竞选正在激烈进行，罗姆尼会是继任者么？他又会怎么样呢？……这里，用一个比较明晰平和却充满忧虑的说法来表达就是：在对外事务方面，美国国会对总统对外权力的制约，已经越来越趋于实质性无效了。也就是说，在对外权力的行使中，总统的权力越来越倾向于成为一种任意性权力，越来越不能受到（宪法所设定条款的）有效的制约和平衡。

美国式的宪政结构和宪政理论面对着一个不得不解决的问题。而且，毫无疑问，无论仅仅从实践上看还是从理论上探讨，这都将是宪政史上的一个难题。

四、问题：这里是不是有一个漏洞？

从历史上看，对权力性质的研究，以及对应当如何对政治权力进行分配的探讨，一直是近代政治学和宪法学说所面对的最为核心的问题。从布丹到霍布斯，到洛克，到孟德斯鸠，到卢梭，到伟大的普布利乌斯，再到那些激情澎湃闹革命的法国人，都在这一问题的大范围内著书立说，争论，斗争，实践。或用纸笔，惊天动地；或用枪炮，血流尸横。

布丹和霍布斯共同关注的核心问题在于，如何才能使那乱糟糟的一团沉静下来，进而形成一种和平的秩序与有效的统治；洛克的主要任务则在于，面对一种他亲眼看着其到来并已经开始生长的新秩序，积极阐明它的正当性基础，并对它作出某种更为一般性的描述；孟德斯鸠则几乎完全（至少在宪政学说方面）关注于如何分配政府权力才能防止暴政、保障自由；普布利乌斯则以冷静的头脑和极其细致的论说，致力于向世人彰明一种新的宪政构架和一种新的政治秩序的生命力之所在；哦，那些激情澎湃干革命的法国人！他们在这方面的诸多言说和极端实践，至今仍然在世界各地被不断研究，并继续激起最热烈的争论……

这些已经列入人类历史长河中最光耀灿烂的人物之列的名字！在他们谈到权力的性质和分配的时候，几乎无一例外都没有给予政府的对外权力以足够

的关注，——对于思想生命主要在于 1625 年^①以后的思想家们来说，这一点着实值得后人奇而怪之。在这里，布丹几乎没说什么；霍布斯多说了几句，但也只是把它作为主权的 13 种权能中的一部分列出而已；天才的洛克凭借他独特的敏感和实际政治经验的帮助，已经敏锐地注意到：相对于立法权和执行权而言，对外权力是一种性质不同的第三种权力，但是，他却马上以他作为政治家的便宜处理手法，把它和执行权密不可分地联合在了一起；孟德斯鸠即使在他最为经典的论述中，也完全没有涉及这一点。——他们都太过于关注国内秩序的问题了，以至于根本不可能把思考真正集中在这个方面。普布利乌斯拥有了一个全新的条件，可以让他在较多的场合，花较多的笔墨述说这一问题，并对那一个在当时看来全新的配置作出解说，——然而，历史越到后来，似乎越倾向于显示出那一配置在政治实践中的软弱，甚至是它的无能为力；哦，激情澎湃的法国人！你们在共和国的阳光与幻影中喊叫哭号之后，却迎来一个武备戎装的新朝皇帝，再次以欧洲的鲜血和眼泪，把荣耀的光环加冕在法国的头上……

那么，这里——也或许仅仅是在理论上——是不是出了什么问题？在这数百年的理论探讨和实践摸索中，是不是存在一个为大家所忽略了漏洞？进而，或许正是因为对这个漏洞的没有真正在意，而使得我们在理论和实践上的努力存在某种方向性的偏失？

这正是笔者要在这里提出的理论假设。下面的文字主要是对这一假设所作出的初步交代和简要说明。

对宪政的历史作一番粗略考察之后，笔者似乎可以这样说，一切政治秩序在最基本的层次上都必须解决以下两个向度的问题，才能获得它生存的基本条件和进一步发展的能力：第一是国内秩序问题，也可以说是政治秩序的对内向度；第二是对国际秩序的参与和应对，也可以说是政治秩序的对外向度。这两个向度之间有一定的紧张，其对于政治秩序的重要性也并不相同——但在二者之间似乎也并不存在一个固定的关系公式。就一般情况而言，第一个向度的问题对于政治秩序的生存更具基础性，因而在一般情况的历史中也更

^① 1625 年格老秀斯发表了《战争与和平法》，标志着近代国际法学的诞生。

为人们所看重。——其中一个重要的原因就是：在历史上，人群的绝大多数成员能够直接接触到，并且能够感受到某种较为直接的利益相关性的，主要集中在这一方面。但是，在一些特殊的历史情境中，也可能出现相反的情况，比如在美国脱离英国而进行革命的情境中，第二个向度对一种政治秩序的重要性和紧迫程度就要大于第一个向度。但是对于本文而论，这些只是问题得以产生的条件而不是问题本身。真正的问题——关键在于，相应于包含了这两个向度的政治实践或政治结构，政治~宪法理论也必须包含对这两个方面的处理。如果从近代宪政的基本价值目标来看（对政府权力施加约束以保障自由），那么宪政理论所必须包含的，就应该是对上述两个大的部分的研究和探讨，从而分别对政府的两种权力——对内的和对外的——的运用，分别施加相应的限制和约束，进而在实践中发展出某种有可能完成对这两种权力都能够给予有效约束的宪政结构，来保障和实现宪政整体性的（在两个向度上的）价值目标。

但是，对这些近代思想家进行考察之后，我们发现：他们生活于近代民族国家开始出现和形成的时代，虽然他们几乎都有一种欧洲眼光，但是，他们所真正关注的主要是国内事务，是国内秩序的重建，是对内权力的性质及其配置问题。虽然他们中的许多人，都或多或少地涉及到了对外权力的问题，但却大多只是附带性的论及，而他们思考问题的路径和解决办法，也毫无例外地全部主张把它纳入到为解决对内权力问题而构建起来的基本结构中加以处理。而且，他们（尤其是从孟德斯鸠以后，最典型的表现是普布利乌斯）处理这一问题时基本的理论思路和实践模式，又在于把它和行政权联合在一起，进而再让它们一起从属于某种经典意义上的主权（立法权）。做出这样处理的理论思路和实践模式自然有它的优点：从理论上说，它至少因略去了或大大弱化了问题本身的一个维度，而使理论所包摄的主要变量间的基本关系变得相对简单，从而使相关分析变得更为明晰，也使理论具有了更大的确定性；从实践上说，在它生命历史的大部分时间中，它的运行虽然总是东倒西歪不断踉跄跌撞，却总又不断撑扶爬起，始终没有彻底倒下。但是，在笔者看来，它依然存在着不可否认的、而且是甚为严重的缺陷：由于失去了一个相对独立的维度，以至于使得原来已经被提拿出来的问题失去了被真正充分探讨的可能性。的确，在美国式制衡结构形成以后，对困惑人类数千年的政府对内权力问题的解决，似乎拥有了一种具有相当程度的普遍有效的基本结

构^①，但是，在对外权力问题方面，把它直接纳入这一结构的处理方式，却未必是一种真正可取的选择。

理论简化了。但问题并没有真正解决。由问题不断引发出来的异质性能量却在暗中逐渐积累——直到某年某月某日，来一个足够大的火山爆发。回想大约两千年前，正是罗马英伟善战的将军们，在不断的扩张和战争中，一步步拖垮了共和国的宪政结构。罗马！罗马！光辉、荣耀、伟大的罗马！早在奥古斯都之前就已经是个帝国……

五 洛克：一个可能的起点？

自从孟德斯鸠式的、以职能为基础的经典三权分立模式——立法权、行政权和司法权——确立以来，近二百多年以降，宪政理论的发展以及各主要国家宪政实践的展开，都与这一模式紧密相关：或者支持，或者反对，或者纳而用之，或者摒而弃之，但是没有人可以对它不加理会就能够展开自己的政治～宪法理论和实践。更有进者，在这已有的种种努力和尝试中，相对来说较为成功的实践，无一例外都是以它为基础并或多或少地做了某些修正的那些国家达致的。而在摒弃它的例子中，几乎没有任何成功的案例，——二十世纪，发生于许多国家和地区的极权主义灾难，更是从反面给人类提供了足够的教训。

但是，作为后代的研究者却又同时是面对自己时代独特问题的公民，我们必须明确的一个要点是：这一经典模式是在一个非常特别的时代、在一个具体的国家内，人们为了解决政府对内权力的运作问题，而在具体政治的实践中提出并逐步完善的。然后，得到了它的普遍扩展。然而，两百多年来，历史在证明了它在解决政府对内权力问题上的不断成功——甚至可以说是大获全胜——的同时，也不断表明了它在处理政府对外权力问题上的软弱、甚至是实质性的无能为力。虽然有些令人失望，然而，这却本是一个不可避免的结果，因为思想家们——尤其是孟德斯鸠老夫子——在构建这一经典模式时，本来就没有把政府的对外权力问题作为一个独立的维度加以认真对待。

既然这种模式本非为它而设，又如何能强行驱使之以为功？

^① 各主要西方国家在解决这一问题时，在基本结构下的权力的细致配制模式，虽然或多或少都不相同——没有必要相同，也不可能完全相同，但分权制衡的基本结构，都无一例外得到了认可和采用。

既然如此，我们就必须在历史——也许也只能在历史中——寻找另外的某些可能性。决不是业已给出的现成答案，也不一定是发现答案的可能，而是发现解决这一问题的某些线索的可能：既然这一问题本身，源初性地内在于政治～宪法的理论和实践之中，那么在数百千年的人类历史中，必然会有前辈先贤已经注意到它的存在，甚至还有可能在对这一问题的解决方面，作出了极为可贵的尝试；那么，他们对这一问题的思考，就应当成为我们自己下一步——更应该是进一步努力，所必要的、甚至是十分重要的参考和向导。正是在这样的思想预设下，洛克法政思想中的一个相关部分重新进入了我的视野，并显示出某种全新的可能性。

应该说，为现代法政学说确定了基本方向的，是霍布斯；但是真正为后来的学者打开通往现代观点的大门，并构建了观念空间、确定了基本语词和言说格调的，无疑乃是洛克。正是在洛克重新确定的语词和格调中，孟德斯鸠发展出了经典的三权分立理论；也正是在洛克确定的语词和格调中，美国人发起了对大不列颠的革命，并实实在在地开创了一个新世界；即便是被认为与英美气质完全相悖的法国大革命，权威的现代的研究者也认为，对它的研究，无论如何不能忽略大革命爆发前数十年就流布于法国知识界的《政府论下篇》在革命观念形成上的作用和影响^①。

但是，在笔者看来，洛克所建构的观念空间，充满了多种可能^②，而由孟德斯鸠确立的经典模式，也只是这个观念空间内多种可能性之一的实现和延伸。从对政府权力的基本划分来说，孟德斯鸠是三分：立法权、行政权和司法权；洛克在一个比较基础的层面上是四分：立法权、执行权、司法权和对外权力（洛克称为“联盟权”）。但是接下来，洛克把司法权纳入到执行权之中，认为相对于立法权（也就是近代早期意义上的“主权”）而言，它也是一种执行权。但是，他却明确地把对外权力独立出来，使它成为与立法权和执行权并立的第三种权力。——毫无疑问，这里已经包含了大大不同于孟德斯鸠模式的另外的理论和实践可能性。可惜的是，洛克只走到这里，而并没有走的更远。他很快就以一个很实用的理由，把对外权力和执行权从主体上

^① 关于这一点的详细情况以及相关资料，读者可以查阅中国社会科学出版社1999年影印出版的洛克《政府论两篇》或中国政法大学2003年影印出版的《政府论两篇》中拉斯利特所写的长篇研究性导言。

^② 美国革命与法国大革命，二者均受到洛克思想的影响，然而二者又是如此不同，这可算是最好的明证。

结合在一起，从而使得进一步的更为详尽的探讨，在这一体系内变得没有多大必要。问题被搁下了。但是观念空间却已经打开。在此，一种不同于孟德斯鸠那急切关注于政府对内权力问题的经典模式的可能性，就已经具备了它最重要的初始条件，只等在有一天被一声春雷唤醒，然后，在鲜活之历史的阳光和风雨中成长。——这是一种最有机会把政府的对内和对外两种权力问题的解决进行重新组合的可能性。然而历史却一次次把它撇在了一边，直到进入二十一世纪，直到美利坚那伟大的宪政结构之下越来越渗透出某种帝国气息……

迄今为止，对于宪政问题，我们一直都在孟夫子指给我们的方向上奔波，跌倒，爬起，争论，甚至在争论尚未明晰之时，就已经打得不可开交。却很少有人——然而我们是否真的应该——在入睡前的夜里暂时把脚步停下来，让心静下来，回回头，仔细检阅——哪怕只是看一看洛克遗留给我们的很可能极有价值的提示？——相对于孟德斯鸠，“睿智的洛克”^①不应该，也绝不可能只是一张跳板，一个过渡。

（路易斯·亨金：《宪政 民主 对外事务》，邓正来译，三联书店 1997 年版）

^① 洛克在引用理查德·胡克时，总是称他为“睿智的胡克”，施特劳斯在《自然权利与历史》中曾就此发表过一个有趣的评论。笔者此语为东施效颦，模拟而为之。