

政治科学,后现代的杂多文化主义,以当下偏好为准据的经济学理论,由下至上的社会史新书写,早已成为学术界的潮流、主流、甚至学术的政治正确。由此气候的影响,学界尽是为失败者的翻案风,为参差多态的杂多背书,以碎片化的叙事为美,因此中国宪政能否建设出坚实的文化基础,一定程度上在于宪法学者能否逆流而上,在政治文化中建构出有关宪政的整全历史叙事,而不再消费诸如“宪法顶个球”之类的段子,最终让我们的宪法信仰能够脚踏实地地落实在我们的现行宪法之上,为此,我们不仅需要“送法下乡”,还要“教鱼游泳”。^[12]

依宪治国视域下国家权力的建构与控制^{*}

钱锦宇(西北政法大学行政法学院副教授)

作为宪法的核心原理和宪法学的一个永恒论题,依宪治国本质上就是依据一种建构或确认国家组织和权力、保障公民权利和自由的宪法而展开国家的治理。其目的就是通过宪法的实施,把宪法从政法性文本转换为社会性事实,使宪法在应然性和实然性的双重维度上得以调整政治关系并规制政治过程。与此同时,依宪治国也是法治国家的本质特征。法律的统治表现为良善的法律获得普遍的遵守与服从。而宪法作为根本大法,居于一个国家的实证法律体系结构中的核心地位,是其他所有法律规范的效力渊源和规范性依据。因此依法治国首先就是依宪治国。更为重要的是,法治为了能够有效展开,要求控制国家权力,而且首要的控制对象就是立法者恣意妄为的立法行为。汉密尔顿在为1787年美国宪法辩护时就曾强调制宪的最初目标就是为了限制立法机关,制宪者所要制定的“限权宪法就是指为立法机关规定一定限制的宪法”。^[1]因为法治不能容忍恣意立法产生多数暴政的潜在可能性。为此,宪法不仅要求普通的法律不得与宪法的精神价值和条文规则相抵触,还确立了废除或撤销与宪法相抵触的法律的制裁方式,从实证法的领域证成了法律的正当性。正是通过这种自我救赎的方式,使法治(法律的统治)成为可能。从上述两个方面的意义上来看,“‘依宪治国’不仅强调‘依法治国’的重要性,更注重宪法所赖以建立的民主政治的价值和意义。”^[2]

需要指出的是,作为政治理论和主张的依宪治国,包括着两个永恒的主题,即对于国家权力的建构或确认,以及对于国家权力的控制。

一 依宪治国的显性主题:国家权力的控制与约束

众所周知,如上所述,为了实现公民权利与自由的保障和法律统治的有效展开,法治强调对国家权力的控制。在古典自由主义政治理论看来,公民个人的权利与自由是先于国家

[12] 关于“教鱼游泳”,可参见冯象:《送法下乡与教鱼游泳》,《读书》2002年第2期,第10页。

* 本文为“法治建设与法学理论研究部级科研项目成果”(项目编号:09SFB2009)。

[1] Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, New York: New American Library, Inc. 1961, p. 467.

[2] 莫纪宏:《现代宪法的逻辑基础》,法律出版社2001年版,第87页。

的自在之物,即所谓的“天赋人权”,因此,个人的权利与自由也具有着不言而喻的天然正当性,而国家的存在及其干预行为的正当性才是需要证成的对象,因为对公民个人权利和自由的最为重要的侵害首先而且往往来自于国家。个人权利与自由和国家权力之间具有一种此消彼长的零和博弈的关系。因此,法治国家的一个伟大的政治创举就是以宪法来确认个人的权利和自由,并通过宪法对国家及其权力施加制约和管控。立宪主义的概念也就被简化为“即将成立的政府要受到宪法的制约,而且只能根据其条款来进行统治并受制于其限制。当然,这种统治必须局限于人民同意授予其的权力和为了人民同意的目标。”^[3]对于自由和权利的执着追求和对于政治怀疑主义的坚定信奉,使得“控制国家权力”和“保障公民人权”成为了当今西方立宪主义的显现的主题,斯科特·戈登甚至将自古代雅典到当今世界宪法史的根本特征和逻辑线索描绘为“控制国家”。^[4]在这个意义上,依宪治国就是为了保障人权而“限政”。毫无疑问,对于极权国家或转型中的极权国家而言,“控制国家(及其权力)”则具有恒久的魅力和深刻的意义。

然而,诚如斯蒂芬·霍姆斯指出的那样,二战以来西方的政治思想和理论是受到一种冷战时期的意识形态争论的影响,甚至某些理论或学说就是这种非此即彼的冷战时期的意识形态的产物。人们对于政治理论往往关注于其某些方面,而无意地忽略或有意地遮蔽了其他某些方面。^[5]在冷战对峙和意识形态争论之下,将依宪治国的主题仅仅定位和塑造为控制国家及其权力,是不难想象的。这种政治思想的拟制,成就了自由主义政治理论的深刻性,但却也是一种“片面的深刻”。因为,我们不应忘却依宪治国还有另一个主题,即建构或确认国家权力。

二 依宪治国的隐蔽主题:国家权力的建构或确认

对于控制国家及其权力而言,自由主义政治理论与极权主义政治理论存在着霄壤之别。但是在二者的理论视域中,国家都从来没有消隐。国家理论不仅是极权主义政治理论的核心观念,而且也是依宪治国学说中的支撑性观念。它与控制国家权力——保障人权共同构成了依宪治国学说的两大永恒主题。

之所以说建构或确认国家权力是自由主义宪法政治理论或依宪治国学说中的支撑性观念,是因为:

首先,就价值而言,国家及其权力的建构或确认,是个人权利和自由得以保障的必要前提。政府的建构及其对于秩序的维护,是人权得以存在和展开的前提。制定宪法的终极目的是维护和保障作为制宪权主体的人民的权利和自由。无论是霍布斯还是洛克,其自由主义理论和古典自然法学说都承认,为了改变先前自然状态无法有效保障个人自然权利的天然缺陷,人们才通过签订社会契约组织政治共同体,将个人自然权利的一部分转交给该政治共同体,并由其来承担维护个人自由和权利的任务。国家的职责首先就在于通过立法权的行使而制定法律。因为在政治共同体之下,人的自由和权利必然以法律为基础,其本质是一

[3] [美]路易斯·亨金:《宪政·民主·对外事务》,邓正来译,生活·读书·新知三联书店1996年版,第9页。

[4] 参见[美]斯科特·戈登:《控制国家:从古代雅典到今天的宪政史》,应奇等译,江苏人民出版社2005年版。

[5] 参见 Stephen Holmes. Can Weak-state Liberalism Survival? Dan Avnon & Avner de-Shalit ed., *Liberalism and Its Practice*, London: Routledge, 1999, p. 31.

种法律限度内的自由和权利。国家制定法律不是为了废除和限制自由,而是为了在有序的社会状态下扩大和保护真正的自由。可见,国家及其权力的正当目的就是维护和保障个人的权利和自由。这种国家(及其权力)与个人权利和自由的逻辑,在《独立宣言》中表述的极为明白:“为了保护这些(自然的)权利,政府在人们之间得以组建,并从被统治者人民的同意中获得其正当性权力。”如果回顾整部美国制宪历程,不难发现制宪者们之所以制宪,其首先要解决的问题是如何摆脱邦联的松散且孱弱的状态并建立一个强大的政府,其后才是考虑建立一个什么样的政府的问题。美国第一任联邦最高法院首席大法官、联邦党人约翰·杰伊就明确指出,“再没有比政府的必不可少这件事情更加明确了。”〔6〕汉密尔顿则直接指出:“政府的更大的能力对于共同体的幸福和繁荣而言是必不可少的。”〔7〕

其次,就逻辑而言,依宪治国学说首先关注的问题是建构或确认国家权力,其次才是对之施以控制的问题,最终是人权的保障问题。在“美国宪法之父”麦迪逊看来,“当组织一个人统治人的政府时,最大的困难就在于,你必须首先使政府能够管理被统治者,接下来才是迫使政府控制它自身。”〔8〕之所以首先要考虑的是建构或确认一个享有正当性和权威的国家,使得其能够管理被统治者,是因为通过国家而实现社会有序化和安全,是实现个人的权利、自由和幸福的必要条件。自由主义政治理论所诉求的并不是一个弱小的国家,相反,它要求建立一个强大的国家。只有强大的国家才能最终胜任自由主义提出的根本要求。可能没有人会否认今天的美国是一个以自由主义立国的国家,但是也没有人会否认今天的美国无疑是一个超级大国。但是,国家的强大并不意味着国家权力的无限。国家权力本身是具有扩张性和侵害性的,如不加以制约,就会成为侵害个人权利和自由的最大因素。因此,依宪治国学说强调的是通过宪法组建限权政府(或有限政府),其途径基本有二:一方面确立分权制衡体制和司法独立。以“用野心来对抗野心”和“用权力来制约权力”为特征的分权制衡的政府体制,本身就是强调对国家权力的控制和对人权的保障;另一方面,宪法通过确认和宣布公民个人的权利与自由,来划定国家权威与个人自由之间的边界,并使得公民权利和自由能够通过宪法实施机制成为对抗国家权力的宪法依据和道德基点,使得这些权利免受政治纷争的影响和民主投票的控制。〔9〕事实上,限权并未抑制权威,反而是增强了权威。限权政府是权威政府的必由之路。因为“有限政府比或者可能比无限政府更强有力。制约能够增赋权力这一悖论性洞见居于自由主义宪法政治的核心位置……一部自由主义宪法通过限制政府官员的专断权力,可能在适当条件下增加国家解决特定问题以及为了共同目标而动员集体资源的能力。近年来,诸多明显由于缺乏宪法性制约而变得弱不禁风的共产主义政权的崩溃,就能够使人理解这一不可思议的训诫。”〔10〕更为重要的是,与极权政府相比,限权政府更能获得民众的信任。而远离信任危机的政府才是具有正当性权威的政府。其内在逻辑就是因为正当而权威,因为权威而强大。在这个意义上看,极权国家往往是孱弱的。总之,制宪的目的是实现有限政府,有限政府的逻辑首先是建构或确认国家及其权力,其次

〔6〕 Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, New York: New American Library, Inc. 1961, p. 37.

〔7〕 Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, p. 169.

〔8〕 Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *The Federalist Papers*, p. 322.

〔9〕 参见美国联邦最高法院大法官杰克逊在 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943) 中的判词。

〔10〕 Stephen Holmes, *Passions and Constraint: on the Theory of Liberal Democracy*, Chicago: University of Chicago Press, 1995, p. xi.

才是对国家及其权力的制约。

再次,就世界宪法政治发展史而言,也是先有对国家的建构或确认,之后才是对国家权力的制约。以美国宪法发展史为例,获得独立的北美并没有摆脱邦联政治导致的结构松散、国防不力、经济停滞、民生凋敝的问题。因此 1787 年制宪的目的就是为了组建强大的联邦国家。1787 年宪法甚至没有将《权利法案》的制定纳入到制宪议程。虽然新《宪法》第一条第九款和第十款、第三条第三款、第四条第二款都涉及到对某些公民权利的保护,如获得人身保护令的权利,国家不得制定法律剥夺公民权利或制定溯及既往的法律,公民享有州际特权和豁免权等。但是整体性的人权保护条款并没有得到普遍地制定。只有当新宪法通过,联邦美国成立之后,以人权保障为目标的《权利法案》才得以制定通过并作为宪法的修正案而存在。而英国的宪法发展史则表明,至少从 1215 年《自由大宪章》制定时起,英国就是在承认国王权力的基础上,才不断通过斗争去制定一系列宪法性法律以制约国王权力的。1688 年“光荣革命”之后,“议会至上”逐渐成为英国政治结构的核心原则。但是二战后的宪法理论开始倡导以司法主权制约议会主权,尤其是 1998 年英国《人权法案》的制定,为司法机关制约议会统治而提供了制度性依据。但这些均是在承认议会统治权的基础上才展开的。

最后,就宪法文本的结构来看,国家组织和国家权力的建构是其重要组成部分。中国 1954 年《宪法》曾将“国家机构”作为第二章(第 21 条至 84 条),而将“公民的基本权利和义务”作为第三章(第 85 条至 103 条)。1982 年《宪法》则将“国家机构”和“公民的基本权利和义务”在位置上对调,用以强调宪法的终极目标是对公民权利的维护和保障,并在目的与手段的意义上阐明作为目的的人权保障和作为手段的国家机关之间的支配与被支配关系。但就宪法逻辑而言,1954 年《宪法》的结构也具有一定的合理性。而美国宪法正文则基本上是对议会、总统和法院及其相应权力的规定,而人权保障的确定更多的是由宪法修正案来完成。甚至当反联邦党人指责新宪法缺乏权利法案时,汉密尔顿回应认为,没有附加《权利法案》的美国宪法,本身的条款就能够实现人权保障的目标,因为分权制衡体制在宪法中已经得以确立。在他看来,只要具备建构有限政府的规定,宪法文本就基本上得以自足。当然,附加《权利法案》之后,美国宪法文本就更加趋于完整。

综上所述,依宪治国学说的一个重要主题就是强调国家及其权力的建构。只不过由于意识形态的对峙和争论,使其成为了某种“隐蔽的主题”而被人们所忽视。但是无论如何,当人们还原一个完整的依宪治国学说时,必须对此问题予以正视。依宪治国学说的最终的价值目标是个人权利与自由的保障,并以此为标准衡量政府的统治正当性。但是实现这种目标的手段——建构或确认国家及其权力,仍然是其重要的甚至是支撑性的理念。讨论这个“隐蔽主题”的意义,是为了唤起人们对于西方自由主义宪法政治理论家视为常理或共识而无需讨论的理解前见的重视。只有这样,才能使得人们尤其是非西方世界的人们能够较为全面的把握依宪治国学说。依宪治国理念要在中国发挥实质性影响,就必须重新恢复其本来面目,探讨其本该拥有的所有重大主题,思考其理论结构中各种内涵的逻辑关系从而能够为中国的政制建构提供一种有意的智识资源。