

由对抗到妥协： 宪政的平衡性探析

谢 维 雁

(山东大学威海分校 法律系, 山东 威海 264209)

摘要:宪政的平衡性是指宪政各构成要素在运作过程中依据既定的制度设置和程序规则在对峙、制约的基础上呈现出的相对稳定、共存的状态。“对抗”与“妥协”是其中最重要的两个要素。早期英国及西欧国家出现的“对抗性权力”,对宪政的生成具有重要意义,正是“对抗性权力”的发展才逐步确立了宪政制度。

关键词:宪政;平衡性;对抗性权力;妥协

中图分类号:DF200 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-5315(2004)01-0018-10

笔者曾撰文论证宪政是一种平衡机制及由此达成的平衡状态[1]。但该文并未对宪政的平衡性给予明确的界定,对其意义的考察也显得过于单薄。因此,本文拟就宪政的平衡性的含义、平衡的历史传统与理论等作进一步的探究。

一 什么是宪政的平衡性

我们从“平衡”的词典意义入手。“平衡”一词,《现代汉语词典》解释为:“(1)对立的各方面在数量上相等或相抵;(2)几个力同时作用在一个物体上,各个力互相抵消,物体保持相对静止状态、匀速直线运动状态或绕轴匀速转动状态。”[2](978页)《辞海》的解释则是:“(1)衡器两端承受的重量相等。《汉书·律历志上》:‘准正,则平衡而均权矣’。引申为一个整体的各部分,在质量或程度上均等或大致均等。(2)哲学名词。亦称‘均衡’。指矛盾的暂时的相对的统一。”[3](96页)

无疑,这两大权威辞书揭示了“平衡”概念的基本内涵。笔者尝试将“宪政的平衡性”界定为:宪政的各组成部分或者构成宪政的各方在运作过程中依

据既定的制度设置和程序规则在相互对峙、制约的基础上呈现出的相对稳定、共存的状态。这样的界定包含以下几层意思。

(一)宪政意味着多元对抗性。多元性是平衡的前提,因为平衡存在于至少两方或多方之间,而且各方须具有对等性——既可指各方数量上的相等、均等或相抵,也可指各方资格的平等、地位的相当。结构要素(或各组成部分或各方)之间的对抗性是宪政的本质属性,意指宪政中处于平衡状态中的各组成部分或各方具有独立的性质且相互之间呈现出对立或排斥的趋势。宪政关涉两种对抗性关系:一是国家与社会或政府与个人的关系,二是政府各种权力之间的关系。多元对抗性导致宪政对这两种对抗性关系的认识和处理,必然采用“对峙式思维”(着重号为原文所加)^①。对峙意味着平衡,正如有学者指出的,对宪政“完整的描述模式应当包括对峙、互动与平衡三个关键词”[4](252页)。

(二)平衡意味着妥协。宪政是一个包含两个或两个以上的组成部分的系统结构,平衡是其中结

收稿日期:2003-04-16

作者简介:谢维雁(1968—),男,重庆市忠县人,山东大学威海分校法律系教师,法学硕士。

构要素共同“意志”的结果,是这个结构的稳定状态。宪政表征各构成要素之间的共存性——对抗着的各方在不能将对方置于死地情势下的理性共存,在其中,每一方都以他方为自己存在的前提。

(三)平衡的动态性。平衡与运动须臾不可分离,平衡只能是运动中的平衡。在绝对、永恒的物质运动过程中存在着相对的、暂时的静止和平衡。平衡表明的是时间断面即运动过程中的截面,是运动中的静止状态。因此,平衡既是相对的,又是动态的,即它是在运动中不断实现的平衡。迈克尔·奥克肖特曾提出一个看似有些不可理解却又极富有洞见的观点:在没有选择或变动的地方,认为一切都是上天注定的地方,是不存在“政治”的[5](8页)。这对于宪政也是适用的:在没有选择或变动的地方不存在宪政。在某种意义上,宪政就是由不断的选择或变动构成的,而选择、变动的过程正是宪政实现其平衡的过程。

(四)宪政平衡的实现以双方或多方一致认可并共同遵守的(或具有普遍意义的)、预先制定的程序或规则的存在为条件。这意味着,第一,宪政各构成要素通过践行程序或规则达致彼此的平衡。程序或规则在宪政中的意义在于,宪政通过程序的平衡来促进实体价值的实现。人们虽然很难就冲突着的利益和价值等实体内容形成共识,但却可能就解决冲突或保证冲突在一定条件下共存的程序达成一致意见。程序本身具有独立的、不依赖于实体的价值,宪政的实体内容在一定程度上是由这些程序或规则所决定的^②。宪政的平衡性在本质上是一种程序的平衡。第二,各方对程序或规则的认可,表明了宪政对民主的依赖;程序或规则的预先制定并获得共同遵守,则标志着法治对宪政的支撑。第三,程序或规则的中立性。只有程序中立,才能产生不偏不倚的结果,也才能为双方或多方所普遍接受。宪政平衡实现的程序,主要表现为由宪法确立的一系列程序。于是,程序的中立性要求宪法的“非意识形态化”。

(五)宪政的平衡是以这样一个“底线”为前提的:任何一方都可以借此获得最低限度的保障。这个“底线”,就是彼此在一时不能把对方置于死地的情势下,相互容忍对方生存的一种尺度;它是由双方或多方共同确定的一个最低限度的保障标准。在规范的层面上,“底线”表现为确定双方或多方地位与资格的条件等内容。如宪法基本权利的规定即意味

着公民在理论上获得了在宪法基本权利体系范围内的最低限度的保障。明确这一点具有极为重要的意义。因为,一方面,如果不能维持彼此间地位的相当和资格的平等,则无所谓平衡可言;另一方面,所谓“底线”实际上就是由宪政制度所确认的人权与自由的范围,因此正是这个“底线”构成了宪政的核心价值。平衡建立在尊重和保障人权与自由的基础之上,甚至可以说,平衡正是为了更好地、最大限度地尊重和保障人权与自由。

(六)平衡的层次性。宪政是一个系统,其平衡状态表现出层次性。其中最为重要的有三个层次。第一,价值的平衡。自由(或人权)与民主是宪政的两大核心价值。但自由与民主是两个全然不同的概念,而且在许多情况下是相互冲突的理想[6](75页)。实际上这两种价值的冲突一直伴随着宪政的整个历史。对自由或民主的不同侧重,导致了对宪政理解的分野——出现了两种有代表性的观点:自由宪政说和民主宪政说^③。但无论是自由的宪政,还是民主的宪政,最终在价值取向上都不可能是单一的、纯粹的自由抑或民主,而是必须将自由和民主协调起来。现代宪政的关键就是要在二者之间寻求彼此能够接受的平衡点。宪政的秩序价值也与自由价值存在不容忽视的冲突。对秩序价值的过分强调必然以牺牲自由价值为代价,而对自由价值的过分强调则可能导致秩序的消解。因此,在自由与秩序之间寻求平衡,是现代政治社会孜孜以求的目标之一。可见,无论是自由,还是民主,抑或秩序,在价值上都不具有绝对的意义。第二,功能的平衡。从根本上讲,宪政有两大功能,即保障人权和限制权力。宪政必须在权利保障与权力限制之间实现平衡。否则,对权利保障的过分强调,必然损及权力的效力,导致公共秩序的衰落;而权力的恣意与膨胀,必然意味着对权利的损害或潜在的损害威胁。因此,在这两大功能之间必须具有某种平衡,才能保证宪政价值的实现。第三,结构的平衡。主要包括两方面的结构,一是权力结构。三权分立制和联邦制(及地方自治)分别是在横向和纵向对权力进行划分实现以权力制约权力的典型的内在平衡结构^④。

二 平衡的发现:对抗的历史考察

(一)在对抗中妥协:来自宪政母国的平衡理念
追求平衡政体的观念源远流长^⑤,但在宪政实践中体现平衡观念始于英国。英国议会被誉为“议

会之母”[7](序)。议会的诞生开启了英国的宪政之门。标志英国议会诞生的1295年“模范议会”,一开始就践行着平衡的理念。1295年议会之所以被称为“模范议会”,关键是因为以下两点:一是骑士和市民代表的参加使1295年议会具有代议性质,二是确立了向郡市征税需郡市同意的原则。为此,1295年议会“为未来的议会确立了一般样式”[7](2—3页)。同意原则在某种程度上就是国王与郡市之间平衡的实现手段。因为,自1295年后,国王大都遵循这一原则;而当国王试图不经各郡市同意而强行收税或敛钱时,各郡市必群起反对[7](3页)。

对平衡或制衡的关注是英国宪政理论及实践的重要传统,它甚至构成了英国宪法学的一个特色。正如英国学者安德鲁·甘布尔在《自由的铁笼:哈耶克传》一书所说的,“通过与斯图亚特王朝的国王查理一世、查理二世、詹姆斯二世的斗争,英国出现了一部混合式的宪法。在这部宪法中,不同的因素都得到了很好的平衡,独裁行为被压制到最低限度,而能够促进文明社会的发展和较大程度的个人自由、尤其是有产者的个人自由的普遍性原则框架得到了保证”[8](173页)。约翰·米勒的《从历史的观点看英国政府》(1787年)一书很集中地体现了平衡的观念。他认为,“宪法发展是各种社会力量相互作用的结果”[9](13页),同时,“我们必须根据社会的物质发展水平来解释英国的宪法演进”[9](12页)。在米勒时代,“宪法学作品中充斥着以机械论为原型的想象和制衡的理念。这些关于混合政府的理论孕育出一种宪政主义理念,这种理念的核心是相信政治机体之中存在皇室的完美、贵族的睿智和民众的敏感之间的平衡机制”[9](15页)。米勒也是一个平衡论者,但他完全超越了诸如“皇室的完美、贵族的睿智和民众的敏感之间平衡”之类的抽象理论,转而将所谓“制衡”限定为“政府的行政部门内部的平衡”[9](16页)。马丁·洛克林对米勒关于政府部门内部的平衡给予了极高的评价。他说,“米勒在制衡机制上的位置转移有效地摧毁了关于历史性宪法内的政治平衡的旧理论”[9](16页),“米勒的著作标志着各种平衡宪法理论的瓦解”[9](21页)。马丁·洛克林的意思并非是说米勒背离了平衡的传统观念,而是充分肯定米勒的著作使平衡理念从抽象到实在的革命性转向,米勒的著作是对传统平衡理念的巨大超越。可以说,米勒

的平衡论为传统平衡理念朝着可操作性和制度化方向发展铺平了道路,预示了宪政的未来,以致后来任何向英国宪政学习的国家都不仅继承了平衡的理论传统,更是无一例外地将其付诸宪政实践^⑥。到18世纪,英国的平衡理念已经完全变成了制度,以致詹宁斯宣称,“可以把《王位继承法》(1701年,笔者注)颁布之后的英国宪法看成是‘混合的’或‘均衡的’宪法”[10](13页)。

英国宪政中的平衡理念有其历史的根源。

第一,它源于英国早期的对抗性理论和实践。斯科特·戈登提出了一个非常适用于分析宪政平衡性的概念,即“对抗性权力(体系或系统)”。他在《控制国家——西方宪政的历史》一书中考察了被认为是现代立宪主义主要根源的17世纪英格兰的对抗理论。他首先通过审慎的历史解读,揭示出这一时期国王与议会在政策和权力冲突中确立的一系列原则和理论,如议会的不赞成足以阻止任何人担任国家议事机构中的高级职位,不经议会的批准征税是非法的,等等。尔后,他又考察了爱德华·科克爵士的历史贡献——使英国的司法体系作为既独立于国王又独立于议会的一个独特的政治权威中心得以确立^⑦。至此,英国政府的各种机构构成了一个对抗性权力体系的观点隐含在当时在议会与国王的斗争中支持议会的人的许多讲演和著作中[11](258页)。到18世纪,英国政府的对抗性模式得到了论述这个问题的所有主要著作家的赞同。到白哲特和戴西在19世纪根据议会主权学说重新解释英国宪法时,这一模式似乎已经得到了普遍接受[11](241页)。戈登还指出,英国的对抗性理论起源于伯里克利时代的雅典和共和时代的罗马对抗性政体的知识。他还将英格兰的对抗性理论归因于早一个世纪的威尼斯立宪主义的影响。在分析16世纪威尼斯的政治制度时他使用了对抗性权力的概念,他指出,“威尼斯政治制度中明确地起作用的是制衡原则”[11](148页),而且威尼斯的政治结构已经是一个“对抗的权力系统”——这一概念包含“平衡”和“稳定”两个观念[11](149页)。对抗性权力的确立是平衡的前提和基础。

第二,它源于“国务需协商决定”^⑧的悠久历史传统。这一历史可以追溯到盎格鲁—萨克逊人进入英格兰之初即有的协商习惯。盎格鲁—萨克逊贵族维护民主协商的传统,努力将尚在襁褓之中的王权

置于他们的控制之下。到1066年前夕,已形成这样一条公认的准则:“国王未征求意见和得到同意不得行动。”[7](5页)商定国事的传统对于平衡的重要意义在于,它为平衡的实现提供了一种形式或手段。

第三,它源于王权与贵族权的关系。在中世纪的英国,国王和贵族是建立在土地等级制基础上最大的两股政治力量。国王作为最大封君,政治和经济实力远远超过任何贵族,国王要求贵族效忠,提供军事义务,缴纳捐税贡赋;同时国王还有责任保护贵族的切身利益,注意采取有效方式和途径,如邀请他们出席大会议共议国是等,发挥他们的作用。否则贵族利益受损,积怨过重,则会联合起来与国王为敌,置王权于被动。国王与贵族之间并非单向的主从关系,而是一种建立在相互依存基础上的双向契约关系[12](41页)。契约即合同,系指双方在地位平等的基础上通过确立相互对等的权利义务而建立起来的法律关系。契约的本质原则是意思自治,这意味着契约标志着双方权利义务的平衡,如果权利义务不平衡,则契约根本就不可能签订。国王与贵族之间的“双向契约关系”,内在地包含着国王与贵族之间的制约与平衡。

第四,它源于国王与教会的关系。在英国封建时代,王权与教会在政治上主要是一种联合关系:王权的庇护,使教会贵族成为封建主阶级和统治集团的重要组成部分;教会的支持,则为王权提供了宗教神权的保护伞,并为国王的政治集权输送了大批高素质的教士官僚[13](179页)。但这种联合关系远未消除二者之间的利益冲突。相反,随着王权的不断强化和教权的日益成长,双方就教职任命、授职权及司法权之争一度尖锐,酿成了教、俗之间一系列的激烈斗争。关于教职任命、授职权之争,双方于1077年达成了协议:主教由本教区的教士团体牧师会选举,但选举须经国王同意并在王廷之小教堂中由国王亲自监督举行;国王放弃对新主教的指环和权杖的授予权,但主教在由教会受职礼之前仍须向国王行效忠礼[13](240页)。肇始于威廉一世时期的司法权之争(主要是教会要求拥有对教士的独立审判权),亨利二世也于1172年与教皇达成协定:英王不得阻止教士求诉于罗马教廷[13](249页)。由于教职任命的冲突,罗马教皇于1207年宣布对英国实施“禁教令”,1209年又将约翰王开除教籍,教、俗

冲突达到顶点。但在世俗贵族举兵反抗约翰时,教会“力图将这股带有相当自发性和破坏性的政治势力汇聚起来,疏导入非暴力的和平谈判和政治妥协轨道,以图形成一种既肯定国王神圣权威而又能限制其权力的政治格局,由此而促成了大宪章的问世”[13](257页)。大宪章的核心精神是限制王权,一个重要的方面就是通过在大宪章中写进教会的权力,特别是英国教会的教务自主权,包括:高级教职的选举权、教会的司法权与教士自由前往罗马的权利[13](258页)。因此,大宪章不仅体现了王权与世俗贵族之间的妥协与平衡,而且也反映了王权与教会之间的妥协与平衡。

英国宪政与宪法一样都是得自传统经验,而非理性建构的产物。正如佐藤功所说的,英国宪法完全是历史的产物,是基于许多无意识的因素而产生的[14](109页)。英国的宪政史表明它是一种为满足不断变化的文明的需要而对机构加以发展和修正的持续实验的过程[10](7页)。对于英国宪政平衡性的认识也完全基于经验传统,是一种事后的体悟,笔者把它称之为“发现”。

(二)有限的普适性^⑤:近代欧洲国家发展进程中的平衡问题

美国弗吉尼亚大学社会学教授贾恩弗兰科·波齐研究了西方一千年来国家制度史。他将这一时期国家发展的历史划分为五个连续的阶段:封建统治制度、等级制国家、绝对主义统治制度、19世纪立宪制国家、自由主义时期及以后的国家和社会^⑥。为了探寻西方国家发展过程中平衡因素的历史线索,我们在此讨论一下等级制国家和绝对主义国家两个阶段的平衡问题。

在13世纪到16世纪之间欧洲广泛存在的一种统治制度,被称为等级制国家。13世纪以来欧洲城市的兴起是一个重要的历史现象,而作为政治上的自治统一体的城市的兴起及其对政治的参与,促成了等级制国家的出现。所谓等级,不仅意味着类似阶层、身份、地位、资格、权利与义务等社会学的意义,而更重要的是它具有极强的政治意义。在等级制国家中,等级会议被认为是为了与统治者对抗和合作的特殊目的而组成的团体。波齐认为,等级会议和统治者共同构成一个统治制度的两半,二者共同决定政策,但它们是分离的互通信息的政治中心。双方通过它们的共同协商来制定政策;但是即使它

们在取得一致时,仍然是完全不同的,每一方行使其自身的权力。这被波齐称为等级制度国家的“二元性”[15](51页)。有势力的个人和团体通过个人或代表频繁地聚合成各种以合法形式设立的代表制会议并与统治者或他的代表打交道,发表他们的声明,重申他们的权利,系统地陈述他们的建议,确定他们与统治者合作的条件,并承担他们分享的统治责任[15](47页)。同时,为了抵制对其行动自由的限制,统治者利用他自己召集等级会议的权力,试图使它的会期较短和不那么频繁地召开,并使一些有影响的发言人代表他致辞[15](49页)。但我们如不加分辨地将等级会议与统治者等量齐观则大错特错。因为,等级会议和统治者不是处于同一水平面上[15](54页),统治者居于等级会议之上[15](55页)。波齐还指出,等级会议非常常见的是由统治者自己提议,为取得财政上对他的支持而召开[15](55页)。英国的佩里·安德森表达了与此完全一致的看法,“建立独立于君主意愿之外、能够定期召开等级会议的基础并不存在”[16](35页);“召集这类会议的基本目的是扩大君主政体的财政基础”[16](37页)。虽然如此,通过等级会议,在实现扩大君主财政基础目标的同时,“它们也加强了贵族集体控制君主的潜在能力”[16](37页)。总之,在等级制国家中,出现了等级会议与君主两个权力中心,这两个权力中心既相互对抗,又通过协商不断达成妥协与平衡。

在《绝对主义国家的系谱》一书中,佩里·安德森分析了绝对主义国家普遍建立的过程。由于绝对主义在东欧和西欧存在很大差异,考虑到宪政主要起源于西欧,笔者在此的讨论主要以佩里·安德森关于西欧绝对主义的研究为依据。在佩里·安德森看来,绝对主义国家得以建立的原因,在于等级会议制度的衰落。经济的发展、战争的升级、官职的官僚化、赋税的加重、庇护网的瓦解则是等级会议制度衰落的根源,其中最为关键的是经济的进步即资本主义的生产方式的逐步确立。佩里·安德森解释说,随着实物地租普遍化为货币地租,对于农民实行政治经济压迫的基本单位受到严重削弱,以至面临解体的威胁。农奴制度逐渐消失,封建主的阶级权力也危如累卵,其结果便是政治—法律强制向上转移到中央集权化、军事化的顶峰——绝对主义国家[16](6—7页)。波齐先生武断地宣称,在绝对主义

国家中,政治过程主要不再由统治者和等级会议这两个独立的统治中心之间的连续性的合法化的紧张状态与合作所构建;它围绕前者并只依靠前者而构建[16](69页)。这似乎是说,绝对主义的兴起缘于等级会议权力的弱化,或者等级会议的权力被转移、扩充到王权之中。绝对主义确实有王权扩大的一面,但也并不完全是由于等级会议权力的弱化——等级会议的权力隐而不显需等待时机再次发挥威力。但绝对主义还在于:由于封建政体的改组、原始采邑制的衰退、土地所有权日益不带附加条件,从而使王权变得更加“绝对”[16](7页);战争的升级、官职的官僚化、赋税的加重、庇护网的瓦解,决定性地消灭了君主政体与臣民之间的“中介力量”[16](43页)。但必须明确的是,绝对主义绝不是专制主义。在绝对主义国家的君主政体存在着双重制约:受它支配的传统政治团体的存在以及支配它的无所不在的道德法规[16](41页)。可以肯定的是,在绝对主义国家仍然普遍地存在着对抗性权力。绝对主义国家一方面是在变化了的形势下,王权与贵族达成的新的平衡;另一方面,由于市民社会的兴起特别是资产阶级的兴起,又出现了市民社会(资产阶级)与王权的平衡问题,正如欧美和前苏联史学界大多认为的,绝对主义是建立在封建贵族和资产阶级的平衡上的一种君主政权[16](中译者序言)。绝对主义意味着王权的普遍化倾向,而商品经济则产生了对所有权保护的强烈要求,这二者共同导致了罗马法的复兴。罗马法复兴不仅使各种对抗性因素及其解决均纳入法律的轨道,而且还使各方的平衡比较稳定地表现为法律形式。法律体系随后成为宪政的重要组成部分,而法治则成为宪政的形式标志。

三 对对抗与妥协的诠释与重构:一些学说中的平衡观述要

虽然很多学者从不提宪政的平衡性,但从他们的学说或理论中仍可得到类似的启示。其中,较为典型的是马克思主义学说、社会契约论和公共选择理论中有关国家与宪法的观点。

(一)马克思主义国家学说、宪法观的启示:从“国家是阶级矛盾不可调和的产物”到“宪法表现阶级力量的实际对比关系”

恩格斯关于国家定义的经典表述是:“国家是表示:这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为

了使这些对立面,这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面上凌驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和和冲突,把冲突保持在‘秩序’的范围以内;这种从社会中产生但又居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家。”[17](166页)恩格斯的定义包含了平衡论的基本要点。阶级矛盾不可调和,意味着数个独立而且对抗着的阶级的存在;国家——这种把冲突保持在“秩序”范围之内且凌驾于社会之上的力量——就是这些独立且对抗着的阶级达成平衡的状态。可以说,在恩格斯那里,国家即意味着平衡——统治阶级与被统治阶级之间的平衡(当然,这只是暂时的)。列宁对宪法的理解也包含着平衡的意味。他说:“什么是宪法?宪法就是一张写着人民权利的纸。真正承认这些权利的保证在哪里呢?在于人民中意识到并且善于争取这些权利的各阶级的力量。”[18](448页)他还进一步认为,“宪法的实质在于:国家的一切基本法律和关于选举代议机关的选举权的权限等等的法律,都表现了阶级斗争中各种力量的实际对比关系”[19](309页)。我国学者把“阶级力量对比关系”扩展为“政治力量对比关系”,“法归根结底是统治阶级意志的表现,反映了一国当时的政治力量对比关系。由于宪法所规定的是国家生活和社会生活中最根本性的问题,因而它是一国政治力量对比关系的全面、集中表现,是统治阶级根本意志和根本利益的集中反映。”[20](28—29页)无论宪法是“阶级力量对比关系”还是“政治力量对比关系”的体现,都表明:宪法具有“妥协性”^⑥。所谓“妥协性”,就意味着以各自拥有的力量为基础的各阶级或各种政治力量之间的平衡。我们认为,马克思主义关于国家和宪法的学说是富有启发的。但我国传统政治学和宪法学对恩格斯和列宁的这些经典表述仅仅停留在基于阶级斗争或意识形态的片面理解上,而没有全面、准确地把握其中的真义。

“西方马克思主义”作家的著述中仍然保留了这一认知模式。哈贝马斯,作为法兰克福学派——西方世界中流行最广、影响最大的一个“西方马克思主义”流派——中的重要人物,提出了一个极具平衡意味的概念即“商议政治”^⑦。“商议政治”的设想是哈贝马斯在批判所谓民主的“自由主义”模式和“共和主义”模式的基础上提出来的。在他看

来,“商议政治”依赖于一个直觉,“即不只是在理论问题上,而且在实际问题上,参与者通过矛盾和商谈的辩论在原则上达成一致”。要在有争议的政治、法律和道德问题上取得意见统一,“必须由参与者本身通过正反两方面的论证,也就是用商谈争论的方法可以达成这种统一——而且是在意识到结论的暂时性和可错性的情况下”[21](79页)。“商议政治”这一概念的前提是,“在多元文化社会里,在具有重要政治意义的目的的背后,一般都隐藏着一些利益和价值取向”,“这些利益和价值取向在共同体内部相互冲突,不会有什么达成共识的可能”[22](285页)。这些冲突着的利益和价值取向,“它们需要一种平衡”[21](84页)。哈贝马斯进一步论证,“这种利益的平衡是作为依靠权力潜能和核准潜能的政党之间的协商而实现的”,而且,“这种方式的谈判必定是以合作意愿、即以在注意游戏规则的情况下争取达到结果的意志为前提的”[21](84—85页)。“商议政治”的概念为我们描绘了一种在尊重规则和程序前提下实现平衡的制度化过程。

(二)契约精神:社会契约论对近现代平衡宪政的理性建构

一般认为,英国的政治机构通常分为立法、执法或行政、司法三部分。但促使实行这种三分法的不是政治理论,而是政治经验、逻辑以及某些偶然事件。如前述,宪政的平衡理念在英国的承传也非源自理论,而是因于经验。对平衡理念进行完整阐释的,则首推社会契约论,特别是其中三权分立学说。事实上,社会契约论在一定意义上正是以英国的宪政实践为摹本的,如孟德斯鸠在《论法的精神》中用大量的篇幅研究英国的政制,孟氏的许多结论就来自于对英国政制的研究。

早在古希腊时代,智者派中的奴隶主民主派在社会政治问题上就坚持一种被称为“约定论”的观点,认为当时的社会政治制度是人为的,人们彼此约定的,并没有什么自然的依据[23](112页)。这可以看作是社会契约论的萌芽。近代西方社会的思想家们普遍认为,国家起源于契约,是人们为了摆脱某种自然状态、追求幸福生活的结果。社会契约论中包含的平衡思想在于:一方面,达成契约的人们之间即个体与个体之间的独立、平等及其相互性;另一方面,达成契约的人们与依据契约组成的政府之间或者权利与来源于权利却又不断异化的公共权力之间

的对抗性、制约性。当罗尔斯把宪法看作是公民为了建立政府制度而签订的一种契约的时候,他与其他契约论者并无不同。但他的论证极具特色。他认为,“正义是社会制度的首要价值”[24](1页)。由于社会“不仅具有一种利益一致的典型特征,而且也具有一种利益冲突的典型特征”,于是“就需要一系列原则来指导在各种不同的决定利益分配的社会安排之间进行选择,达到一种有关恰当的分配份额的契约”[24](2页)。这一系列原则的核心就是罗尔斯所谓两个正义原则^⑧。罗尔斯把正义的主题界定为社会的基本结构,因此,正义原则“提供了一种在社会的基本制度中分配权利和义务的办法,确定了社会合作的利益和负担的适当分配”[24](2—3页)。依据罗尔斯的正义原则在本质上是一种利益冲突的平衡原则,所谓正义就是要实现这种平衡,正如他自己说的,在某些制度中,“当规范使各种对社会生活利益的冲突要求之间有一恰当的平衡时,这些制度就是正义的”[24](3页)。

在人民与政府、权利与权力的对抗中,人们对分散的人民、个体的权利处于弱势深表忧虑,认为,对政府和权力必须进行有效的限制,才能使人民与政府、权利与权力之间保持平衡。三权分立制被认为是这种限制中最有效的。孟德斯鸠被认为是对三权分立理论作最经典论述的作家。孟氏认为,实行立法权、行政权、司法权分立的目的是为了保障自由,“当立法权和行政权集中在一个人或同一个机关之手,自由便不复存在了”;“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了”;“如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力”,“一切便都完了”[25](153页)。三权相互分立、独立行使,体现了一种消极的平衡。但孟氏的理论还走得更远:三种权力之间还有积极的制约,如“行政应通过它的‘反对权’来参与立法”等[25](163页)。事实上,三权分立原则中内在地包孕着“分权原则”与“制衡原则”：“分权”是实现“制衡”的前提和基础,“制衡”是分权的目的和结局,分权的目的就在于通过分权而形成以权力制约权力的“制衡”格局[26](62页)。分权与制衡是宪政平衡性在权力结构中的重要体现和实现方式。

美国宪政制度的建立非常充分地体现了平衡的理念^⑨。但美国宪政的平衡性并不是一开始就确定而且是现在这个样子的。在早些时候,虽然也存在

立法、行政、司法的分立,但司法权是最弱的。到1803年,联邦最高法院才通过马伯里诉麦迪逊一案判决确立了法院对宪法进行解释的权力。确立这一权力的根本意义在于,法官从此获得了违宪审查的权力,从而使法院获得了对国会(立法权)及总统(行政权)的制约手段,实现了三权之间的平衡。不仅如此,美国还是一个所谓“双重分权”或“立体分权”的国家。这主要是指除前述针对联邦横向三权分立外,美国还存在联邦与州之间的纵向分权。美国宪法第十条修正案规定:“凡本宪法所未授予合众国或未禁止各州行使的权力,由各州或人民保留。”宪法学界把这一表述称为“联邦权力列举、各州权力保留”的分权制度[26](77页)。根据1819年联邦最高法院审理的“麦卡洛克诉马里兰州”一案的判决,联邦除拥有列举权力以外,还拥有从列举权力中引伸出来的“默示权力”。通过这种明确的分权制度,在联邦与州之间也建立起一种制衡机制(联邦制),在宪政实践中不断实现着制度化的平衡。

(三)公共选择理论:平衡的经济学考量

兴起于20世纪40年代末50年代初并在20世纪80年代中期开始流行起来的公共选择理论,作为一门介于经济学和政治学之间的交叉学科,它以新古典经济学的基本假设(尤其是理性人假设)、原理和方法作为分析工具,来研究和刻画政治市场上的主体(选民、利益集团、政党、官员和政治家)的行为和政治市场的运行[27](1页)。而宪法经济学则是在20世纪70年代兴起、由公共选择理论衍生出来的一个研究领域。布坎南认为,由于宪法经济学“试图对约束经济行为者和政治行为者的选择与活动的不同法律——制度——宪法规则的运转性质作出解释,这些规则界定了某种结构”[28](334页),即宪法经济学的研究对象是各种规则,其“注意力集中在约束规则的最终选择上”[28](336—337页),或者说“公共选择观点直接导致人们注意和重视规则、宪法、宪法选择和对规则的选择”[29](序言3页),因此,他把宪法经济学看作是公共选择理论发展的高级阶段[27](217页)。

公共选择理论特别是宪法经济学体现了极强的平衡观念。公共选择理论在方法论上的一个重要特色是认为经济学不是选择科学,而是交易科学[27](12页)。而政治市场上的基本活动也是交易。正是

在这种意义上,布坎南认为,公共选择理论的三个要素是:方法论上的个人主义、经济人、以及看作交易的政治[27](8页)。交易,特别是政治交易是一种典型的实现平衡的方式,政治交易意味着平衡。在布坎南看来,经济学内含的合作观可以扩大推广到非商业活动或政治活动上,并由此使宪法经济学与政治学看待政治过程的对抗观相区别[27](227页)。因此,布坎南在其宪法经济学中坚持的仍是传统经济学的合作观。笔者认为,“交易的政治”仅仅使政治的对抗性趋于缓和,至多提供了一种缓和对抗性的新方式,并不能完全消解其对抗性。

宪法经济学对规则选择的关注,使这种平衡导向一种正当程序的价值取向。宪法经济学的一个主要观点是规则决定政策。依此观点,任何一项政策都是在确定的决策规则指导下做出的,政策本身的好坏和好的政策能否出台取决于决策规则。对一个国家而言,其关键是要建立一套公正的决策规则而不是选举出好领导人或制定出好的政策[27](228页)。这有点现代西方法治国家中程序至上(或本位)的意味。决策规则的事先协定,实际上是对平衡方式的事先确立。

四 结语

(一)从发生学的角度看,宪政的平衡性作为学说或实践,在早期英国及西欧国家的出现最初并非主观的理性建构,而是实践经验的产物。但,平衡性一经“发现”,人们便可充分发挥其主观能动性,进行不断的理性建构。上面提到的那些学说中的平衡理论,无疑就是这种努力的一部分。因此,一个正在走向宪政的国家,完全可以通过以平衡原则为指导构建出一套灵活、彻底的平衡机制作为总体的政治架构并逐步达成完善的宪政^⑤。

(二)平衡性在本质上体现了宪政对专制的抵抗。宪政是作为一个与专制相对的概念而存在的,宪政对专制的否定和超越是通过建立一种较为完

备的平衡机制来实现的。专制在本质上是权力运行的恣意和不受限制。基于“权力必要”的认识,宪政对权力不是彻底否定,而只是限制,以权力制约权力、以权利制约权力等等都是其重要手段,也都是实现平衡的重要形式。

(三)平衡性是宪政所具有的一个基本属性。无论是作为观念,还是作为实践,平衡性都是宪政追求的一个世俗目标。宪政的核心价值——限制权力保障权利,在一定程度上也是通过其平衡性来实现的^⑥。

(四)“对抗性权力”是构成宪政平衡性概念的一个关键要素。在对英国及西欧国家平衡问题的考察后,我们发现,之所以早期英国及西欧国家能较早地走向宪政,“对抗性权力”在其历史中长期存在是一个重要前提。在表面上,权力的对抗性具有消极的影响,可能导致在一些问题上难以达成共识,即使能达成共识也需要假以时日并通过艰难的谈判与妥协过程,这不利于效率的提高。但,通过谈判与妥协形成各方都能接受的方案——对预定方案的同意即意味着对最终结果的接受,既消除了潜在的矛盾对抗,从而有利于秩序的稳定;同时,也避免了单方决断所导致的专制的可能。正是这种“对抗性权力”在历史中不断积聚力量,不断探索谈判与妥协——对王权限制的形式——的制度化并在实践中逐步完善起来,宪政才得以确立的。

(五)在现代国家,法治在宪政平衡的实现中具有特别重要的意义。平衡问题作为宪政的重要因素在西欧发展过程中,出现了罗马法的复兴有其历史的必然。国内外许多学者都将实现宪政平衡的权力制约(或三权分立)作为法治的要素之一,也有学者干脆将法治作为宪政的要素之一。宪政与法治的伴生关系已获得普遍共识。在现代国家,宪政的平衡性,一方面它在形式上是通过法治来表现的;另一方面,宪政的平衡性也是由法治来保障的。

注释:

^⑤ 宗瑞洪《对峙:从行政诉讼看中国的宪政出路》,罗豪才主编《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版,第252页。陈先生通过如下的推演获得这一确信:宪政主义是一种结构分析法。结构分析的第一步工作是解析各组成因素,独立对各因素作静态分析,然后分析整体结构方式亦即各因素的相互运动与物体的整体存在方式。宪政主义对国家的结构方式的认识基于人性恶与权力的腐败趋势的假定,从而推演出对峙的国家——社会观与权力观。因此,宪政主义最终归结为对峙的结构思维(见该书第252-253页)。

- ②参见谢维雁著:《程序与宪政》,《四川师范大学学报》(社会科学版)2000年第4期中“宪法程序的价值及独立性”部分。
- ③莫纪宏先生认为,自由宪政说以西方宪法学为盛,其中心内容是宪法担负着两个最基本的任务,一是保障公民权利,一是限制政府权力,只有实现保障公民权利与限制政府权力相统一,才能称之为有宪政;民主宪政说以第三世界和发展中国家宪法学为最,其核心是认为宪法是保障人民民主权利、实现社会平等的重要手段,因此,以人民民主权利和利益为核心就是宪政的实质。(见莫纪宏《宪政新论》,中国方正出版社1997年版,第4页)
- ④关于权力、权利结构可参见谢维雁著:《论宪政的平衡性》,《四川师范大学学报》(社会科学版)2002年第2期一文中对权力和权利的内在平衡的有关论述。
- ⑤笔者在《论宪政的平衡性》一文中对平衡政体观念的源流有简要考察。大意是:柏拉图晚年提出的“混合式”国家原则,亚里士多德的共和政体,波里比阿和西塞罗提出的分权与制衡思想,洛克的分权理论,及孟德斯鸠的三权分立学说都体现了这一传统。
- ⑥但这并不能说明平衡理论已获得绝对的认同。边沁就表示反对,他“非常尖刻地批评了用平衡或类似的语词来描述英国宪法的努力:‘谈论什么平衡,我们永远别这么做;把它留给鹅大妈和布莱克斯通大妈’”。(见马丁·洛克林《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第30页)
- ⑦参阅(美)斯科特·戈登《控制国家——西方宪政的历史》,应奇、陈丽微、孟军、李勇译,江苏人民出版社2001年版,第七章有关内容。
- ⑧这一表述源自蒋劲松《议会之母》,中国民主法制出版社1998年版,第4页。
- ⑨之所以说是有限的,是因为类似的对抗与平稳问题在其他地方如亚洲国家的发展进程中不曾有过;之所以说是普适的,是因为对抗与平衡在欧洲国家发展的绝对主义阶段上是一种共同的现象。
- ⑩参见(美)贾恩弗兰科·波齐《近代国家的发展》,沈汉译,商务印书馆1997年版。
- ⑪季卫东先生在《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》(北京大学出版社2002年版)一书中认为,“妥协意味着通过互让来找到一致点,从而消解对立、导致相互性利益和满足的实现。”(见该书第161页)
- ⑫哈贝马斯在《民主的三种规范模式》一文中提出了 deliberative Politik 的概念,该文最初发表于1992年(载[德]尤尔根·哈贝马斯《包容他者》,曹卫东译,上海人民出版社2002年版,第279页)。2001年哈贝马斯来华讲演时,其中一个报告就是《民主的三种规范模式》(载中国社会科学院哲学研究所编《哈贝马斯在华讲演集》,人民出版社2002年版,第78页)。两书对德文 deliberative Politik 的翻译有较大差异:前者译为“话语政治”,后者译为“商议政治”。从哈贝马斯在该文中的内容看,将 deliberative Politik 译为“商议政治”更为准确且更符合原义。
- ⑬第一个原则:每个人对与其他人所拥有的最广泛平等的基本自由体系相容的类似自由体系都应有一种平等的权利(又被称为平等自由原则)。第二个原则:社会的和经济的的不平等应这样安排,使它们(1)被合理地期望适合于每一个人的最大利益(又被称为差别原则);并且(2)依系于地位和职务向所有人开放(又被称为机会的公正平等原则)。(见前引《正义论》,第56页;并结合该书“译者前言”第7-8页)
- ⑭我国学者中关于美国宪政制度中立法、行政、司法三权分立与制衡的分析介绍最为详尽、准确的要算赵宝云著的《西方五国宪法通论》(中国人民公安大学出版社1994年版),具体内容可参见该书第61—75页。
- ⑮需要特别指出的是:笔者在这里说的是国家总体的政治架构,而不是各种具体的规则、程序或秩序。笔者在《宪政与公民社会》(载《四川师范大学学报》2002年第6期)一文中提出了以公民社会为起点、经验理性与建构理性相协调并以经验为重点的宪政建设思路,则主要针对的是宪政的各种具体的规则、秩序和程序,而不是指国家总体的政治架构。因此,本文与《宪政与公民社会》并不矛盾。对此,我的一个基本认识是:除英国等早期国家通过所谓自然演进外,其他国家宪政的确立总是先设计出总体的政治架构,再逐步完善其具体的规则、程序从而形成秩序。
- ⑯参见谢维雁《论宪政的平衡性》,载《四川师范大学学报》(社会科学版)2002年第2期。

参考文献:

- [1]谢维雁. 论宪政的平衡性[J]. 四川师范大学学报(社会科学版),2002,(2).
- [2]中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京:商务印书馆,1996.
- [3]辞海编辑委员会. 辞海[M]. 上海:上海辞书出版社,1979.
- [4]陈端洪. 对峙:以行政诉讼看中国的宪政出路[A]. 罗豪才. 现代行政法的平衡理论[M]. 北京:北京大学出版社,1997.
- [5](美)迈克尔·阿克肖特. 哈佛演讲录——近代欧洲道德与政治[M]. 上海:上海文艺出版社,2003.
- [6]李强. 自由主义[M]. 北京:中国社会科学出版社,1998.

- [7] 蒋劲松. 议会之母[M]. 北京:中国民主法制出版社,1998.
- [8] (英)安德鲁·甘布尔. 自由的铁笼:哈耶克传[M]. 王晓冬,朱之江译. 南京:江苏人民出版社,2002.
- [9] 转引自:(英)马丁·洛克林. 公法与政治理论[M]. 郑戈译. 北京:商务印书馆,2002.
- [10] 詹宁斯. 法与宪法[M]. 龚祥瑞,侯健译. 北京:三联书店,1997.
- [11] (美)斯科特·戈登. 控制国家——西方宪政的历史[M]. 应奇,等译. 南京:江苏人民出版社,2001.
- [12] 阎照祥. 英国政治制度史[M]. 北京:人民出版社,1999.
- [13] 孟广林. 英国封建王权论稿[M]. 北京:人民出版社,2002.
- [14] (日)佐藤功. 比较政治制度[M]. 刘庆林,张光博译. 北京:法律出版社,1984.
- [15] (美)贾思弗兰科·波齐. 近代国家的发展[M]. 沈汉译. 北京:商务印书馆,1997.
- [16] (英)佩里·安德森. 绝对主义国家的系谱[M]. 刘北成,龚晓庄译. 上海:上海人民出版社,2001.
- [17] 马克思恩格斯选集:第4卷[M]. 北京:人民出版社,1972.
- [18] 列宁全集:第9卷[M]. 北京:人民出版社,1987.
- [19] 列宁全集:第15卷[M]. 北京:人民出版社,1988.
- [20] 许崇德. 宪法学(中国部分)[M]. 北京:高等教育出版社,2000.
- [21] 中国社会科学院哲学研究所. 哈贝马斯在华讲演集[M]. 北京:人民出版社,2002.
- [22] (德)尤尔根·哈贝马斯. 包容他者[M]. 曹卫东译. 上海:上海人民出版社,2002.
- [23] 全增嘏. 西方哲学史:上册[M]. 上海:上海人民出版社,1983.
- [24] (美)约翰·罗尔斯. 正义论[M]. 何怀宏,何包刚,廖申白译. 北京:中国社会科学出版社,1988.
- [25] (法)孟德斯鸠. 论法的精神:上册[M]. 张雁深译. 北京:商务印书馆,1961.
- [26] 赵宝云. 西方五国宪法通论[M]. 北京:中国人民公安大学出版社,1994.
- [27] 方福前. 公共选择理论——政治的经济学[M]. 北京:中国人民大学出版社,2000.
- [28] (美)詹姆斯·M·布坎南. 宪法经济学[A]. 刘军宁. 市场社会与公共秩序[C]. 北京:三联书店,1996.
- [29] (美)詹姆斯·M·布坎南,塔洛克. 同意的计算——立宪民主的逻辑基础[M]. 北京:中国社会科学出版社,2000.

From Confrontation to Compromise: Balance Study of Constitutionalism

XIE Wei-yan

(Law Institute, Weihai Campus, Shandong University, Weihai, Shandong 264209, China)

Abstract: Balance of constitutionalism means the relative stability and coexistence where all constitutive factors of constitutionalism emerge in the course of operation on the base of confrontation and conditioning according to the set systems and procedure rules. Of the factors, “confrontation” and “compromise” are the most important. “Resistant right” of early Britain and west European countries is of great significance in the generation of constitutionalism. It is the development of “resistant right” that gradually establishes constitutional system.

Key words: constitutionalism balance; resistant right; compromise

[责任编辑:苏雪梅]