

论权力及其制约

谢佑平 江涌*

内容摘要 权力是社会科学最基本的概念之一,是权力主体凭借财产、组织等方面的优势违背其他主体意志实现自身意志的一种特殊的控制力。权力具有双刃性、不确定性、用益性、强制性、主体间性等特点,这些特点暗含了权力扩张和权力滥用的条件,提示人们应该注意制约和监督权力,而公共权力的内在矛盾、人性恶的思想以及权力腐败的严重后果则成为制约、监督权力的基本理由。公共权力来自于人们社会生产和社会生活的天然需要,服务于人民、造福于人民是其原初价值。对权力的制约与监督,有权力制约、监督的政治模式、法律模式、社会模式、道德模式和暴力模式。法律监督是我国权力制约与监督机制的重要组成部分,除了监督审判外,还应当对行政权进行监督。

关键词 权力制约 权力监督 分权制衡 法律监督

“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。”^[1]数百年来,法国启蒙思想大师孟德斯鸠的这声感叹,像警钟一样,一直在渴求自由、民主的人们耳畔回响。几千年历史回眸,可以清晰发现:人类社会的文明史正是驾驭、驯服权力的苦难历程。权力像水一样,既能载舟,亦能覆舟,驯服的权力恰似一江春水,运载着人们驶向幸福的彼岸;而失控的权力好比浊浪滔天的滚滚洪流,再庞大的船只、再高明的水手,也难逃覆灭的厄运。无数王朝、国家的兴亡、盛衰无不与权力的驯服和失控密切相连。对权力的探讨,对权力制约与监督的研究,已经成为人们恒久的主题。

一、权力的概念与产生

(一)权力的概念

权力是社会科学尤其是政治、法律科学中最基本的概念之一,其重要程度正如英国哲学家罗素所说:“社会科学的基本概念是权力,它的涵义与物理学的基本概念是能量相同。”^[2]德国社会学家卢曼也认为,权力可以“作为交往的媒介”,其地位类似于科学领域中的真理、经济领域中的货币。^[3]关于

* 谢佑平,复旦大学教授,博士生导师;江涌,江苏警官学院副教授,法学博士。

本文系国家哲学社会科学基金重点课题《中国检察监督政治性与司法性研究》(项目批准号:07AFX002)研究成果。

[1][法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

[2][英]罗素:《权力论》,吴友三译,东方出版社1988年版,第4页。

[3][德]卢曼:《权力》,瞿铁鹏译,上海人民出版社2005年版,第4页。

权力的概念,众说纷纭,主要有四种观点:

第一,力量说。《现代汉语词典》对“权力”这一词条的解释是:1.是指政治上的强制力量。2.是指职责范围内的支配力量。美国学者亨廷顿指出,权力是“影响或控制他人行为的力量”。^[4]力量说主要突出了权力的强制性特征,与人们的常识感受比较接近,但是缺乏对权力内容、价值、存在场域等内涵的揭示,无法成为学术探讨的起点。

第二,控制说。国际政治学家斯巴曼克认为:“权力是一切文明生活最终赖以生存的基础,是说服、收买、交换和胁迫的手段,在国际政治中就是一个国家对其他国家的控制。”美国管理学家弗兰奇和雷文也将权力定义为“一个人所具有并施加于人的控制力”。^[5]控制说表明权力是一种控制性的手段,其要点侧重于权力的秩序整合功能,但是忽略了公共权力的内在矛盾,也没有提示权力用益性、不确定性特征,难以成为研究权力制约与监督的概念前提。

第三,关系说。美国学者伯恩斯坦认为:“权力是人之间的一种关系。”美国国际政治学大师汉斯·摩根索以国际政治关系权力论享誉世界,他对权力的定义是:“所谓政治权力,我们指的是掌握政府权威的人之间以及他们与一般公众之间的相互制约关系。”“政治权力是权力行使者与权力行使对象之间的心理的关系。”^[6]关系说揭示了权力的存在场域,阐明了权力是主体之间的一种互动关系,为权力的制约和监督提供了理论支撑。不过,关系说对于权力的用益性、不确定性等重要特征没有作出阐述,还需要结合其他学说加以完善。

第四,能力说。权力的英文是 power,其本身就有能力的含义。持能力说的学者众多。美国的罗伯特·达尔指出:“权力是 A 影响 B 在某些方面改变自己的行为或倾向的能力。”^[7]美国社会学家彼得·布劳认为:“权力是指一个人或一群人按照他所愿意的方式去改变其他人或群体的行为以防止他自己的行为按照一种他不愿意的方式被改变的能力。”^[8]马克斯·韦伯认为:“权力是把一个人的意志强加在其他人的行为之上的能力。”“我们所理解的权力,就是一个或若干人在社会活动中即使遇到参与该活动的其他人的抵制,仍能有机会实现他们自己的意愿。”^[9]能力说既指明了权力存在于主体之间,也描述了权力的强制力特征,同时也表达了权力作为一种手段的工具性特点,兼具了关系说、力量说和控制说的某些特点,但依然有自身的不足。与关系说相比,缺少一种对主体互动的阐述,不利于进行权力监督与制约的研究;与控制说相比,忽略了秩序整合的功能,有利于权力的微观分析,不利于针对公共权力的研究。除此之外,对于权力的用益性、不确定性等重要特征也没有作概括,不利于研究权力的制约与监督。

综上所述,这四种学说尽管对权力这一社会现象进行了归纳总结,但是概括都不全面,也没有从权力制约与监督的视角来思考、阐释权力的概念。我们研究权力制约与监督,还需要在这些学说的基础上重新定义权力。我们认为,权力存在于人类社会主体之间,能够满足权力主体一定利益需求,是权力主体凭借财产、组织等方面的优势可以违背其他主体意志实现自身意志的一种特殊的控制力、支配力或者影响力的总称。

这个定义包括四层含义:一是权力现象存在于人类各种各样的关系之中,脱离了这种关系范畴无法形成权力。因此,对权力的研究应该摆脱单向度线性模式,注意到社会主体之间的互动关系、网络关系,进而意识到对权力进行制约与监督具有天然的逻辑性。二是权力的运行能够满足社会主体的利益需求。至于这种满足究竟仅符合权力行使者个人的利益,还是符合其所代表的组织或集体的

[4][美]亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,李盛平等译,华夏出版社1998年版,第107页。

[5]倪世雄:《当代国际西方关系理论》,复旦大学出版社2006年版,第263页。

[6]同上书,第262页。

[7][美]罗伯特·达尔:《现代政治分析》,王沪宁等译,上海译文出版社1987年版,第36页。

[8][美]彼得·布劳:《社会生活中的交换与权力》,孙非等译,华夏出版社1988年版,第135页。

[9][德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1997年版,第323页。

公共利益,则成为判断权力是否滥用的重要标志。三是权力以强制力为后盾,带有明显的强制性。这是权力区别于诸如教育、宣传、说服等其他影响力、控制力的本质特征。权力的这种强制性,决定了权力一旦失控所造成的危害将难以估量,这就要求人们必须构建良好的控权机制,制约和监督权力。四是权力主要是权力主体凭借某些特定的优势获得的一种特殊的控制力、支配力或者影响力。在福柯眼里,权力无处不在,“只要有两个身体处于象征性的对立关系之中,就可能有政治”。^[10]若按此种“泛权力论”界定权力概念,只能将我们对权力制约与监督的研究引入歧途。西方学者一般认为,权力的来源主要有人格、财产和组织三种,^[11]在现代社会,权力主体所凭借的优势主要来自财产和组织。源于人格的权力基本不存在腐败的问题,即使滥用,其危害亦十分有限,不是我们关注的对象。显然,我们所界定的权力其实指的就是公共权力。

(二)公共权力的产生

公共权力具有违背其他人意志实现自己意志的能力,可是,众人凭什么听命于掌权者个人?按照福柯权力政治学理论,有人的地方就会有权力,这样的微观权力论固然对于社会控制在技术上有所启迪,但是过于微观的视角,使得人们难以窥见权力的公共性。因此,无法解释公共权力的产生,遮蔽了公共权力的真相。权力不只是一种规训、压迫肉体的工具,它更是人类生存发展的必须。权力制造真理、权力压迫肉体等现象,都是权力异化的表现,是倒果为因的幻象。社会文明的发展,正是改造权力异化现象,还原权力真相的过程,最终让权力从凌驾于民众之上的神坛上走下来,进入广阔的公共领域,服务于社会,造福于百姓。研究公共权力的产生,可以揭示权力的真正价值何在。总体看,关于公共权力的产生有神授论、社会契约论和历史唯物论三种主要观点。

1.神授论

神授论认为,掌权者的权力来源于神,来源于上帝或天,众人服从的不是掌权者个人,而是神、上帝、天等,如果不服从会受到神的惩罚或遭天谴。由于知识匮乏,早期的人类对此深信不疑,神授论在各个古代文明中都有自己的不同版本,且长期居于统治地位。古代埃及法老被认为是神的化身,是一个有形的、实体的神,不但是最高神太阳神之子,还是权威之神(胡)、智慧之神(西阿)、秩序之神(玛阿特)等诸神合体。中国古代有“受命于天”的说法,如《尚书·召诰》称,“惟王受命”、“受天永命”。武王伐纣后,周王自命为天子,以后历代君主都将自己称为天子。因此,“天子受命于天,天下受命于天子”。古罗马王政时期(约公元前6世纪),罗马王就职时都需要由占卜师进行占卜,以表明获得神的批准。印度的统治阶层婆罗门就宣称自己是神的后裔。依据神授论获得权力的人假借神的名义,为所欲为,对这种权力难以进行有效制约与监督,因为掌权者代表了神意、代表了真理。在神授论理论中,公共权力异化为统治阶级甚至君主个人的私有权力,权力常常成为吞噬人民自由和权利的怪兽。

神授论建立在愚昧无知的基础之上,今人看来,似乎不值一哂。但是其存在的心理基础——宗教,并没有完全消失。即使在科学高度发达的现代社会,从全球范围看,信仰宗教者远多于不信教者。人们为什么会信仰宗教?弗洛伊德认为:“宗教源于一种人类把自己的孤弱无助变得可以忍受的需要。”贫困、疾病、死亡、天灾等不仅让古人恐惧、困惑不已,对于现代人依然是未解之谜。有困惑的地方就有宗教。人类除了喜爱自由、向往独立的品性之外,逃避责任、畏惧选择也是许多人的天性,因此,许多人有一种被弗罗姆称为“逃避自由”的情结。“个体想摆脱自身的弱点、内心冲突、疑虑、难以忍受的孤独,这种愿望导致了受虐待的行为冲动。”^[12]这种人害怕自由,不愿意自己承担责任,因此常贬低自我,希望寻求依附于某个强者。这从历史上存在的大量个人崇拜的事例可以得到证明。人类这种“逃避自由”的情结使变相的神授论残留在社会意识之中,那种将掌权者吹嘘为“伟人”、“天才”的言语正是这种意识的流露。对此,我们要保持警觉,不管这种变相的神授论打着怎样高尚的旗号。

[10]赵敦华:《现代西方哲学新编》,北京大学出版社2001年版,第266页。

[11]前引[5],倪世雄书,第262页。

[12][美]弗洛姆:《对自由的恐惧》,许合平等译,国际文化出版社1998年版,第105页。

2. 社会契约论

随着科学的进步以及启蒙运动的影响,人们开始独立运用自己的理性思考、看待世界,神授论逐渐遭到人们的质疑与摒弃。“我思故我在”的呐喊让人们从神学的束缚中解放出来,主体性意识从千年睡梦中被唤醒。对于公共权力的产生,人们从人的角度、个体的角度进行反思。社会契约论开始成为主流。霍布斯是17世纪英国著名的思想家,是社会契约论的开创者,被人们比喻为“政治学界的牛顿”。霍布斯的代表作是《利维坦》,利维坦是一个庞大的怪兽,象征着庞大的国家权力。霍布斯以人性恶为前提,假想了一个没有国家或政府的“自然状态”。在“自然状态”下,人人都在没有国家与法律约束的条件下完全自由地生存。由于自然资源的稀缺,由于人性本恶的特点,“自然状态”下“人与人像狼与狼一样”,无休止地进行着“每个人对每个人的战争”。“最糟糕的是人们不断处于暴力死亡的恐惧和危险之中,人们的生活孤独、贫困、卑污、残忍和短寿。”^[13]为了摆脱这种人人自危的“自然状态”,个人之间通过实际的或虚构的契约,彼此同意把自己手中的剑交出来,交给一个权力主体,国家于是形成。只有国家才能实施合法的暴力来抵御侵略,保障国内安定与和平。个人在国家前面没有权利,国家可以通过几乎任何法律来惩罚个人。霍布斯将国家主权置于神圣不可侵犯的地位,极易导致专制国家的出现,因此,霍布斯契约论被称为“专制契约论”。

洛克是17世纪英国著名的政治家、哲学家。他的社会契约论倡导对人的自然权利的尊重,对政府权力进行制约,被称为“自由契约论”。洛克在《政府论》(下篇)中,假想了一个乐观的“自然状态”。自然资源非常丰富,只要劳动就能获得充足的供给,人们没有因为陷入各自为战的困境,个人生存也并不悲惨。但由于没有国家,在“自然状态”下人们的权利义务实现起来不太方便。因此,人们通过契约建立了国家,规定了立法权、行政权、对外权的分立。国家产生的理由在于自由,他认为,“自由是高于一切的基础”^[14]“法律的目的不是为了废除或限制自由,而是保护和扩大自由”。^[15]在洛克的理论中,契约不仅是个人之间订立的,而且更主要的是人民和国家之间签订的协议。契约的目的在于保障人民所享有的自由和权利,并且对国家规定相应的义务,如果统治者违背了基本的契约义务,人民有反抗统治者的自然权利。根据洛克的理论,公共权力来自于人们对于自由的需要,其价值就是保障自由。因此,他的理论为制约权力,防止权力滥用提供了依据。

卢梭是18世纪法国著名的思想家,其代表作是《论社会不平等的起源》和《社会契约论》。卢梭同意霍布斯对人类心理和社会状态的分析,但他认为,霍布斯看得不够深刻。霍布斯所看到的并不是真正的自然状态,而是人性已经发生扭曲的文明状态,霍布斯对人性丑陋的描述只是将文明人的病态形象强加到自然人身上。在真正的自然状态,人在丛林里健康、潇洒、无忧无虑地生活着。人与人之间是平等的,因为他们的自然能力大致相当,只是文明发生后,平等的自然状态才被打破,而人在自然状态下的自由也从此失去。人又不可能回到远古时代,要摆脱不平等文明的奴役,必须通过制度创新共同设计新的社会体制,使每个人都能在社会现实中重新获得自由与平等。这个体制就是体现了“公意”的民主政权。人们对卢梭的理论历来褒贬不一,赞扬者认为它是民主的宣言,但因为存在“被迫自由”的理论,批评者认为它是专制与暴政的纲领。其实这不过是公共权力双刃性特点的不同显现,就其本意而言,卢梭显然是要恢复人们平等自由的自然状态。

根据社会契约论,公共权力产生于每一个社会成员对自己权利的让渡。在霍布斯那里,个人转让权利之后形成“利维坦”这样的公共权力,但是个人却失去权利,公共权力完全可以对个人形成专制统治。在洛克那里,个人只让渡部分权利形成公共权力,个人依然保留反抗权,公共权力服务于个人自由才具有合法性。在卢梭那里,个人让渡了所有权利形成了公共权力,但却没有失去权利,“每个人既然是向全体奉献出自己,他就没有向任何人奉献出自己。”^[16]公共权力似乎与个人权利浑然一体、水乳交

[13][英]霍布斯《利维坦》黎思复等译,商务印书馆1995年版,第95页。

[14][英]洛克《政府论》(下)叶启芳等译,商务印书馆1964年版,第17页。

[15]同上书,第36页。

[16][法]卢梭《社会契约论》何兆武译,商务印书馆1980年版,第20页。

融。同样的社会契约论,却得出三种不同逻辑论断,其原因在于对“自然状态”这一超验前提假设的不同。正如卢梭认为的那样,他并不相信自然状态有多少历史的真实,他论述自然状态是为了理论建构的需要。^[17]社会契约论的超验性,使其带有明显的主观唯心主义色彩,进而削弱了理论上的说服力,但是,它们关于公共权力产生的价值层面的论述依然是值得借鉴的,因为对于道德、价值此类范畴的研究,超验性理论有其合理之处。正如康德认为的那样,正义原则如果以经验为依据,那么,由于经验是感性的,因时而异的,所以在经验基础上的正义原则只拥有相对权威,并且,来自经验的正义原则由于其来源的低微,它常常是适应现实、迁就现实的,不可能提出作为社会原则的社会理想。^[18]因此,“约束性的根据既不能在人的本性中寻找,也不能在他所处的世界环境中去寻找,而是完全要先天地在纯粹理性的概念中寻找。”^[19]事实上,没有洛克、卢梭、孟德斯鸠等思想家的启蒙,就不会有资产阶级革命的胜利,更不会有民主、法治、人权的制度实践。

3.历史唯物论

历史唯物论认为,公共权力产生于社会劳动中分工合作的需要。与其他动物相比,人类既不能像雄鹰一样振翅高飞,也没有猛兽般的强壮身体,要想在残酷竞争的大自然中生存和发展,只有依靠集体的力量和智慧。依赖集体,自然就产生了如何解决内部成员之间的协作问题,自然就会形成统一不同个体意志的力量需求,于是,最朴素、最原始的权力就出现了。由于生产力的不断进步,社会分工逐渐复杂,人类的群体规模也在不断扩大,公共权力应运而生。正如马克思所说:“一切规模较大的直接社会劳动或共同劳动,都或多或少地需要指挥,以协调个人的活动”,“一个单独的提琴手是自己指挥自己,一个乐队就需要一个乐队指挥”。^[20]这从人类学的研究获得了实证支持。英国著名人类学家马林诺夫斯基1915年来到大西洋新几内亚东部一个名叫特罗不里安德的岛上,与土著居民共同生活了3年。在岛上,他与土著居民一起捕鱼、耕种,参与巫术的表演,观察他们的生产和社会实践。后来,发表了一系列以特罗不里安德岛人为题材的著作,在其代表作《原始社会的犯罪与习俗》中,我们可以清楚地看到公共权力的存在。马林诺夫斯基详细描述了土著居民在捕鱼方面的分工合作。“土著居民不仅有明确的捕鱼技术步骤和复杂的经济协作,而且在他们的分工过程中也有严密的组织和社会功能划分。”“独木舟的所有和使用就由一系列明确的责任和义务组成,并把一群人结合为一个分工协作的团体。”“在独木舟中,他拥有自己的岗位,完成自己的任务,拥有相应的头衔,要么是船主或舵手,要么是渔网管理员,或鱼群观察员。”“每条独木舟在整个船队中都有特定的位置,并在联合捕鱼的协作中发挥自己的作用。”^[21]在这样的生产、分配的合作中,公共权力是不可或缺的。恩格斯为考察国家的起源研究过“开化得比较晚的民族的原始农业公社”,他指出:“在每个这样的公社中,一开始就存在着一定的公共利益,维护这种利益的工作,虽然是在全社会的监督之下,却不能不由个别成员来担当,如解决争端,制止个别人越权,监督用水,特别是在炎热的地方,最后,在非常原始的状态下执行宗教职能……这些职位被赋予了某种全权,这就是国家权力的萌芽。”^[22]权力的历史几乎和人类一样长久,但是公共权力的形式却是历史性的、多样性的。原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会,公共权力的表现形态并不完全相同,甚至会有很大差异,公共权力在很长的时期处于异化的状态。到了人民当家作主的社会主义时期,公共权力理应恢复它服务于人们需要的原始状态。

历史唯物论清楚地表明,公共权力来自于人们社会生产和社会生活的天然需要,服务于人民、造福于人民是其原初价值。那么,制约监督权力,防止权力滥用、权力腐败就是保持权力本色、还原权力价值的必由之路。这一点,在人民当家作主的社会主义时期显得尤为顺理成章。

[17] 浦兴祖《西方政治学说史》,复旦大学出版社1999年版,第274页。

[18] 同上书,第330页。

[19] [德]康德《道德形而上学原理》,苗力田译,上海人民出版社1986年版,第37页。

[20] 《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第367—368页。

[21] [英]马林诺夫斯基《原始社会的犯罪与习俗》,原江译,云南出版社2002年版,第8—10页。

[22] 《马克思恩格斯全集》第3卷,人民出版社1972年版,第218页。

二、权力的特征

(一) 双刃性

权力像一把锋利的双刃剑,用其为善,则善莫大焉;用其作恶,则恶贯满盈。权力这种超常的能量来自于权力的系统组织功能。领导者通过权力,可以整合、聚集许多人的智力、体力,去完成单个人无法完成的事情。所谓人心齐,泰山移。在掌权者的引导下,投鞭断流、移山填海等壮举绝非难事。

权力的双刃性既影响着社会公共利益,又深刻地改变着掌权者自身的命运。对社会公共利益而言,制约防范权力的滥用,科学合理地运用权力,就能引导权力向善,将权力的正功能释放出来,服务于社会,造福于民众。一旦权力不受控制,权力滥用、权力腐败等恶魔就从潘多拉魔盒中溜出来,轻则民生困苦,重则生灵涂炭。历史反复证明了这一点。汉代初期的休养生息政策,就是国家权力在无为而治思想下的自我收敛、自我约束,于是有了“文景之治”。唐代初期,在李世民“水能载舟,亦能覆舟”的教诲下,国家整肃吏治,实行轻税薄赋的修养政策,这其实就是国家权力的自我约束与控制,于是有了“贞观之治”、“开元盛世”的盛唐气象。而汉唐盛世的结束,无不与权力的滥用与腐败密切相连。汉武帝穷兵黩武,多次开塞出击,耗尽国力,汉王朝走向衰落。唐明皇穷奢极欲,乱伦无耻,全是因为权力不受制约,朝政在李林甫、杨国忠等人的把持下极度腐败,最终引发“安史之乱”,盛世大唐从此一去不返。如此兴亡的例子在中国历史上真是不胜枚举。明王朝的兴衰、李自成的成败、太平天国的浮沉、国民党政府的昙花一现无不说明了,权力受制约、受监督,则兴;权力滥用、权力腐败,则亡!

以史为鉴,可知兴替。伴随人类文明的进步,绝对意义上的“绝对权力”似乎不复存在,但是,各种相对意义上的“绝对权力”仍然时隐时现。以刑事司法权为例,中世纪时代的司法权属于一种“绝对权力”,因为控审不分,司法权绝对强大,掌权者既负责控诉,同时也执掌审判,被告人完全处于受审的客体地位,正如拉德布鲁赫所言:“如果控告人成为法官,那就需要上帝来做律师。”^[23]在现代刑事司法中,司法权已经按照控审分离原则分割为控诉权和审判权两块,检察机关行使控诉权,法院行使审判权。检察机关负责追诉,启动刑事司法权力,但是不能作出最终判决,法院可以最终判决,但是不能主动启用判决权,必须依照不告不理的原则作消极应答。这种控审分离的结构布局和程序机理,有效化解了刑事司法权“绝对权力”的风险,控诉权和审判权都成为一种相对权力,因而其危害明显降低。但是,一旦控审分离原则被削弱甚至被虚置的话,中世纪司法权的影子就会显现。实践中,以侦查中心主义为标志的流水作业式的线型诉讼结构,使侦查机关暗藏了既控又审的权力,法院不经公诉变更就另寻罪名宣判的做法无疑让人感觉到“绝对权力”下的不寒而栗,而“严打”时曾经有过的“公、检、法联合办公”以及政法委为“消化案件”而召开的联席会议则彻底埋葬了控审分离、控辩平等、审判中立的原则。这一切提醒我们,不仅要防范绝对意义上的“绝对权力”,也要警惕各种相对意义上的“绝对权力”。权力的双刃性永远不会磨损,我们只有小心看护,才能防止挥剑自伤。

(二) 不确定性

权力的行使离不开权力主体的意志,而意志的最大特征是自由。这种意志的自由决定了权力在内容上、在现实转化上具有不确定性的特征。这种不确定性是权力扩张、滥用、异化等问题的根源,是权力需要制约和监督的根本性理由。现实中的权力边界经常并不是很清楚的。人们虽然在理论上对公共权力作立法、行政、司法三权分立式的划分,但实际上这种三分法是否科学也并非无可置疑的。在法学界有两个著名的话题一直争论不休,一个是法官是否造法的问题,一个是检察权的属性问题。对于法官是否造法的问题,现实主义法学者如弗兰克认为法官一直在创造法律。而自然法学者德沃

[23][德]拉德布鲁赫《法学导论》,米健等译,中国大百科全书出版社1997年版,第121页。

金则认为法官从来没有创造过法律,因此被哈特讥讽为美国法理学的两个梦,前者是“惊人的梦”,后者是“高贵的梦”。^[24]这实际反映了司法权与立法权边界模糊的现象。关于检察权的属性问题,不仅我国学界在司法权说、行政权说、双重属性说中争论得面红耳赤,德国、法国学界也是讨论得难解难分,这实际反映的是司法权与行政权界限不清的问题。

具体到某一种权力内部,依旧可以发现权力边界模糊的问题。例如在司法权内部,管辖权的划分常常是实践部门、学者们经久不息的研究课题,从国内法的属人管辖、属地管辖、移送管辖、牵连管辖、专属管辖,到国际法的保护性管辖、普遍管辖、长臂管辖、最密切联系原则等纷繁复杂,其实反映的正是司法权内部划分的不确定性。又如在国家机构改革中,中央级部委的合分分,而在具体事务的处理中,不同部门互相推诿的踢球现象,其实反映的也是行政权内部权力边界的模糊。

不确定性在权力的现实转化过程中表现得更加明显。客观上,事实发生时间上的一维性,所获信息的不充分性,内在规律重重遮蔽下的隐蔽性,因果关系的复杂性,语言理解的歧义性,未来展望的不确定性,都使得权力主体在行使权力的意志活动中无法保证不发生误判。主观上,权力主体视野的狭隘性,实际观察的偏差性,个人见解的差异性,性格偏好的多样性,都会导致权力转化结果与人们预期不同的情况。权力的这种不确定性直接导致权力的扩张性。中外历史表明,一方面,掌权者经常试图永久性独占权力。他们取消任期制,大搞终身制,设计出世袭制,千方百计把公共权力异化为私有财产传给自己的子子孙孙。如秦始皇自称始皇帝,希望子孙成为二世、三世,乃至万世,为了这个目标,制定了极为严酷的法律,疯狂地压迫、残害人民。秦朝当时全国人口仅两千万人,罪犯居然超过两百万。西方国家,王位主要也是在家族内部传承。另一方面,掌权者不会满足于已有权力,还会尽力追求更多更大的权力,正像有钱人经常更贪婪一样。德国历史学家弗里德里希·迈内克指出:“一个被授予权力的人,总是面临着滥用权力的诱惑、面临着逾越正义与道德界线的诱惑。人们可以将它比作附在权力上的一种咒语——它是不可抵抗的。”^[25]其结果正如孟德斯鸠总结的那样:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验。有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”^[26]法国当代哲学家马里旦也指出:“每一个强有力的东西总有越出它本身范围的本能倾向,因而权力总倾向于增加权力,权力机构总倾向于不断扩大自己。”^[27]

(三)用益性

权力之所以像被附上了一道不可抵抗的咒语,原因在于权力能够带来巨大的利益。对权力的追求,其实就是对权力背后利益的追求。人们对此有着清醒的认识。美国政治学家加里·沃德曼说过:“人们一般不是为权力本身才去谋求权力的。他们要权是为了权能给他们带来的其他价值——名誉、财富,甚至情感。权力就像金钱一样,是达到其他目的的手段。”^[28]法学家博登海默也说:“在个人生活中,权力欲具有多种表现方式,这取决于有关个人的特有品质,它可能着力于获得政治和社会影响,获得金钱和财富,或征服女性。在社会生活中,群体间、阶级间及国家间为权力和支配权所进行的斗争,乃是历史舞台上许许多多具有决定性事件的根源。”^[29]权力带来的利益既包含物质上的利益,也包括精神上的利益。

权力就像民法中的物一样具有使用、收益的特点,因此,也就有着类似用益物权那样的特性,这就是权力的用益性。有人曾经认为“权钱交易”一词的表达方式不够准确,因为有权者的“权”并没有像商品那样因交易而失去。其实,这正是权力类似于用益物权的地方。用益物权是一种他物权,是从

[24]沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第26页。

[25][美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第362页。

[26][法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,商务印书馆1961年版,第154页。

[27]前引[24],沈宗灵书,第87页。

[28][美]加里·沃德曼:《美国政治基础》,陆震纶等译,中国社会科学出版社1994年版,第5页。

[29]前引[25],博登海默书,第362页。

完全物权即所有权中分离创设出来,如地上权、地役权等。用益物权并不转移物的所有权,只是根据法律规定,使用物并取得收益。正常情况下,社会主体依照法律规定可以通过公共权力获得收益,但并不因此获得公共权力,这就是我们为什么将权力的这种特点总结为用益性的原因。用益性特点使得权力成为可再生资源,可以反复运用,反复获利。其一旦被异化、被滥用,危害不言而喻。

权力的用益性包括权力正当运用时,收益性的正常形态和不正当运用时,寻租性的异化形态。权力的收益性是权力作为一种稀缺社会资源的正常价值评估,也是其存在的意义所在。恩格斯清楚地说:“政治权力不过是用来实现经济利益的手段。”^[30]一旦权力主体意图为个人、为小集体谋利时,权力的寻租性特点立刻暴露出来。寻租是指寻求、追逐政府垄断租金的行为。公共权力本来就是一种具有对各种资源、机会进行分配的能力,当这种分配向社会中某一个或某一部分主体倾斜时,获得倾斜的主体自然就能取得超额的利润,这部分超额的利润就是权力的租金。我国古代的红顶官商,当代经济领域中的垄断部门所获得的超额利润就是这种租金。“租金无处不在。无论何处,只要信息和流动性的不对称阻碍着资源的流量,就存在租金。租金存在于私人物品市场、要素市场、资产市场和政治市场之中。只要有租金,就可以预料到,必然有寻租行为。”^[31]寻租行为显然也会发生在司法这一非经济性场域,例如民商事纠纷中,原被告如果能获得法官的支持,就可能多获得索赔或者少支出甚至不支出赔付。在刑事诉讼中也一样,如果犯罪嫌疑人买通侦查人员,侦查人员则可能应立案而不立案,或者可以收集充分的证据而不去收集,如果被告买通法官,则可能降低实际宣判刑,甚至在不该适用缓刑时适用缓刑。当事人所获得的这种不当利益,显然就是租金,其行为即为寻租行为。司法寻租行为无疑就是腐败。因此,防止权力寻租成为制约与监督权力的重要理由。

寻租行为有针对掌权者个人的,也有针对权力部门的。针对权力部门的寻租行为往往披着公共利益的面纱,容易被人们忽略。国家法律、党政纪律规范制止的通常是以个人为目标的寻租行为,对此问题,主要的对策仍在于严格执法;以权力部门为目标的寻租行为经常处于失范状态,有时甚至还是合法状态,例如人们常说的“跑部(步)钱(前)进”现象。对此,恐怕更需要从立法角度加以禁止,从权力运行机制角度加以杜绝,并且,提高人们的认识,将其纳入权力制约与监督的视线,防患于未然。

除了经济利益,权力还能给掌权者个人带来人格优势和精神享受,正如韦伯所说:“权力带来荣誉。”^[32]权力的这种精神收益是吸引很多人追求权力的重要动因,所以,不仅是贪官会追求权力、滥用权力,非贪官甚至清官也会追求权力、滥用权力。清代小说家刘鄂在《老残游记》中对所谓“清官”作过评述:“脏官可恨,人人知之,清官尤可恨,人多不知。盖脏官自知有病,不敢公然为非,清官自以为我不要钱,何所不可,刚愎自用,小则杀人,大则误国。”因此,制约、监督权力,决不能将视野局限在防贪、反贪上,对于没有贪贿情节,但是可能属于滥用权力的行为,即使是清官,同样需要加以监督。

(四)强制性

尽管对于权力的定义多种多样,但是权力的强制性特征或多或少都得到了表达。其中韦伯的表达最为直接——“权力是把一个人的意志强加在其他人的行为之上的能力。”要想将自己的意志强加给别人,没有强制力是不可想象的。强制力是权力特性的集中体现,是使权力区别于一般影响力的外观特征,恩格斯曾经指出:“构成这种权力的,不仅有武装的人,而且还有物质的附属物,如监狱和各种强制机关。”^[33]

军队、警察、法庭、监狱,都是国家权力强制性的现象学符号,但是公共权力并不总是以这种生硬的面目出现。权力离不开强制力,但强制力并不构成权力的合法性基础,也不一定能确保权力效果的最大化。在现代文明里,权力并不等于强权。美国政治学家加尔布雷斯在《权力的分析》一书中从类型

[30]《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第250页。

[31][美]丹尼斯·缪勒:《公共选择理论》,杨春学等译,中国社会科学出版社1999年版,第300页。

[32][德]马克斯·韦伯:《经济与社会》(下),林荣远译,商务印书馆1997年版,第246页。

[33]前引[30],马克思、恩格斯书,第167页。

学的角度根据不同资源的性质以及使用手段的差异,将权力分为应得权力、报偿权力和制约权力三种。应得权就是惩罚权,是通过实施惩罚或以惩罚为威胁来换取服从;报偿权是通过提供利益或利益许诺来赢得服从;制约权也叫信仰权力,是指通过说服教育进行有意识的培养形成某种信仰,从而导致权力客体心甘情愿的服从。^[34]随着文明的进步,公共权力早已从简单粗暴的应得权力为主发展为应得权力、报偿权力和制约权力协同运作的样态。三种权力如何搭配、组合直接反映了统治者的统治艺术。不同的组合,其强制程度有所不同,但无论如何,强制性仍然是公共权力的底线支撑。

从权力制约与监督的角度出发,加尔布雷斯的划分方法同样颇有启发性。首先,由于应得权的强制性、粗暴性,人们必须对其加强制约和监督,防止公共权力这样的“利维坦”出来伤人。军队、警察、法庭、监狱、税务等国家权力机构是应得权的标志性符号,因此,对于军事活动、司法活动、征税活动必须加强制约和监督。其次,对于报偿权力,不应忘记它同样暗藏了扩张、滥用的巨大潜能,对那些表面看没有什么强制力倾向的权力部门,如市政规划、环境保护、银行金融,也不能放松制约与监督的警惕。最后,制约性权力由于其内在强大的约束力,作为一种策略可以为我们所用。通过反复、长期的宣传教化,让人们包括政府官员、司法官员、公用事业单位员工等公共权力拥有者养成以接受制约与监督为荣,以不受监督与制约为耻的廉政守法的社会主流意识形态,真正将权力滥用、权力腐败的念头扼杀在襁褓之中。

(五)主体间性

权力是社会主体一方向另一方发出的意志要求,反映了两个或多个社会主体之间的交往关系。因此,具有主体间性的特点。主体间性的英文是 intersubjectivity,也可以翻译为主体性之间,它是哈贝马斯交往行为理论的一个重要范畴。哈贝马斯用这个概念试图将哲学从“主体性哲学”或“意识哲学”的遮蔽中拯救出来,他破除了自笛卡尔“我思故我在”以来主体性哲学惯用的主客体二分的二元思维模式,提出应该从多元主体的交往互动中考察事物关系。以此思想对待人与人之间的关系,与康德的人道主义思想真是不谋而合。康德说过:“你的行动,要把你自己人身中的人性,和其他人身中的人性,在任何时候都同样看作是目的,永远不能只看作手段。”^[35]公共权力的产生,本质目的是服务于公共事务的管理,将权力据为己有,以权谋私是权力的扭曲、异化形态。因此,应然状态下的权力,必然奉行的也是“人是目的”的戒律。

权力的主体间性包括了两层含义,即归属关系的个体性和发生场域上的主体间的相互性。从权力的归属关系上看,权力无论抽象上是否属于人民或者某个大的公共团体,具体施行中总是由个人掌握、运作,因此,个体性总是挥之不去。侦查权、检察权、审判权,不管其内涵外延如何变幻,徒法不足以自行,最终总是由具体的侦查人员、检察官、法官去行使,也即权力最终还是归属于个人,哪怕是暂时性的。人作为一种自然界的生物,不可能摆脱趋利避害的生物本能。一个理性的正常的人,即使不是自私的,但总是自利的。如果没有制约和监督机制,权力的用益性特点自然会产生难以抵御的诱惑,而不确定性特点又会为权力的扩张、滥用打开方便之门。正如阿克顿勋爵感慨的那样:“权力导致腐败,绝对权力绝对导致腐败。”^[36]揭开公共权力名义上集体性甚至人民性的面纱,暴露出其实际上个人性的真实面目,对于制约与监督权力无疑非常有意义。某种公共权力,无论其来源多么正当、目的多么高尚,都不能因此而放松对它的制约和监督。

从权力的发生场域上看,权力是存在于社会主体之间的。基于“人是目的”的原则,权力主体行使权力的过程,不应把权力的受体当作权力的客体来对待,而应当作主体来尊重。民主社会是人与人之间相互平等的社会,权力运作的过程,应该是权力角色之间的命令与服从关系,而不是具体的个人之间的强制关系。作为角色扮演的发布号令者与接受命令者,在人格上依然是平等的,进而,接受命令

[34][美]加尔布雷斯《权力的分析》,陶远华等译,河北人民出版社1988年版,第35页。

[35]前引[17],浦兴祖书,第331页。

[36][英]阿克顿《自由与权力》,侯健等译,商务印书馆2001年版,第342页。

者对于号令者滥用权力的行为进行监督也就理所当然。这也正是人民监督政府、群众监督领导的正当性所在。权力的这种主体间性为制约、监督权力提供了坚实的价值基础,同时也为制约、监督权力提供了民主的思路与方法。从大处着眼有人民代表大会制度(议会制)、政治协商制度、选举制、弹劾罢免制、任期制;从小处着眼亦有听证制、合议制、陪审制、参审制、公开审判制、群众评议制等。

在现代社会,社会分工日益复杂,权力的专门化、复杂化倾向日趋明显,对权力的制约与监督如果仍旧停留在业余化、简单化的阶段,那么,以业余对专业、以简单对复杂,显然是不能适应制约监督权力的需要。因此,专门化的监督机构应运而生。这种专门性的监督机构,因其监督对象是公共权力,故而,由人民的代表——人民代表大会行使就理所当然。但是,人民代表大会既不可能总是处于大会召开的状态,人大代表也不一定就具备专业监督的能力和精力,那么,由人民代表大会选举专门性监督机构就成为必然。在我国,人民检察院正是这样的专门性监督机构。

三、制约、监督权力的基本理由

权力的特点暗含了权力扩张和权力滥用的条件,提示人们应该注意制约和监督权力,而公共权力的内在矛盾、人性恶的思想以及权力腐败的严重后果则成为制约、监督权力的基本理由。

(一)公共权力的内在矛盾决定了制约、监督权力的必然性

历史唯物论表明,公共权力产生于原始社会的氏族组织。从其诞生之时起,就与生俱来地蕴含着难以消除的内在矛盾,这就是公共权力被社会整体所有与被社会中少数人占有之间的矛盾。也即,无论社会形态多么民主,具体行使权力的总是少数个人。在专制社会,这种矛盾似乎一度销声匿迹,但是,并不是通过全体人民共同行使权力的方式消灭的,而是将公共权力全部据为己有来消灭的,其典型的话语是:“普天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣。”这其实是权力最为异化的状态。随着封建专制被推翻,主权在民的思想得以确立,但是公共权力的内在矛盾重新凸现出来。直到今天,现代国家也只能用间接民主制或称代议制民主的方式,选举人民的代表行使公共权力。这种所有者与行使者分离的矛盾,即使在高度民主的未来社会也不可能完全消失,事实上也没有必要消失。正如孟德斯鸠所说:“握有最高权力的人民应该自己做他做得好的一切事情。那些自己做不好的事情,就应该让代理人去做。”“人民往往是行动得太多,或是行动得太少。十万只手臂有时候可以推翻一切,但是十万只脚有时候只能像昆虫那样前进。”^[37]

公共权力所有者与行使者分离的内在矛盾,决定了权力所有者应该对权力行使者进行制约和监督。首先,权力所有者基于权力所有者的身份,有权制约和监督权力行使者。这就类似于经济生活中老板和经理之间的关系。企业所有者是老板,但不一定自己经营,可以委托经理代理经营,对于经理的工作当然拥有监督的权力。在主权在民的现代民主国家,人民是公共权力的所有者,政府就是人民委托的代理人。人民作为委托人只是暂时性地让渡了权力的使用权,并非所有权,他有权力对一切用权行为实行必要监控。如果委托人对代理人的代理行为不满时,还可以采取撤换代表等行为来维护自己的利益。我国宪法规定,国家的一切权力属于人民。但是,由于我国尚处于社会主义初级阶段,经济、政治、文化发展水平还不高,达不到马克思主义设想的那种人民直接管理国家的理想境界,还只能实行间接民主制,必须由党政机关及其代表来行使权力。这种权力所有者与权力使用者相对分离的状况,产生了社会公众对公共权力进行制约和监督,以便真正实现自己的利益、意志的现实需要。

其次,权力所有者和行使者个体的具体利益并不完全相同。个人、家庭、集体、社会、国家之间利益尽管根本上一致,但是在某个时点上经常会不一致甚至发生冲突。主体之间的利益差别导致了权

[37]前引[26],孟德斯鸠书,第9—10页。

力行使者未必能按照所有者意志在正确的轨道上行使权力。这样,权力所有者要维护自己的合法利益,就不能对权力运行不管不顾、听之任之,而必须加强对权力行为的控制和引导,使其朝着保护自己利益的方向前进。我国正在建设社会主义市场经济,各种各样的诱惑很多,为防止权力行使者偏离正轨,有必要对其权力进行有效的制约与监督。

最后,社会文明的发展更加彰显了权力制约与监督的重要性。高度文明的社会,社会分工必然非常精密复杂,一方面,多数人在自己岗位之外无暇参与管理社会;另一方面,社会管理也需要专业化程度不断提高的职业化人才。显然,公共权力的内在矛盾不仅不会伴随文明的提高而消失,反而有加剧的可能。这就要求人们始终不能放弃对公共权力的制约和监督。权力行使的职业化至少有两个明显的危害。其一,容易导致权力行使者精英意识的膨胀。这种精英意识,会使权力行使者高高在上,脱离民众,从而背离了公共权力的原初价值。其二,职业化容易导致权力的垄断化。知识就是力量,培根的这句名言也可以翻译为知识就是权力。职业化形成了较高的准入门槛,这从公务员考试的录取比例可以明确感知,寻常百姓经常难以逾越,甚至由于不懂行,连话语权也不具备。同时,职业化使公共权力长期稳定地掌握在职业官僚手中,容易令民众产生实际上无权的感受。这从人们去政府机关办事时常常感到冷、硬、横、推的态度中可以觉察出来。在这种情况下,制约与监督权力显得尤为重要。

(二)人性之恶成为制约、监督权力的基本前提

既然权力最终由个人行使,人性的善恶与否就成为是否需要监督、制约权力的关键。古今中外,人性善恶的讨论莫衷一是,有性善论、性恶论、性有善有恶论、性无善恶论的分歧,其中性善论与性恶论的冲突最典型。

性善论的代表人物是孟子,他说:“恻隐之心,人皆有之;羞恶之心,人皆有之;恭敬之心,人皆有之;是非之心,人皆有之;恻隐之心,仁也;羞恶之心,义也;恭敬之心,礼也;是非之心,智也。仁义礼智,非由外铄我也,我固有之也。”^[38]孟子是儒家的亚圣,对后世影响深远。宋朝的朱熹、陆九渊,明朝的王阳明等一代大儒都持有性善论。性善论成为中国古代的主流思想。在西方,少数思想家持性善论,如柏拉图,他提出“哲学王”的概念,认为国家应该由哲学家统治。洛克也倾向于性善论,在他的“自然状态”里,人类是一种平等自由的状态,并且人是有理性的动物,因此人性不是恶的。

古代中国也有人持性恶论。荀子说:“人之性恶,其善者,伪也。”^[39]法家多持性恶论,管子认为:“古者未有君臣上下之别,未有夫妇媾匹之合,兽处群居,以力相征。于是智者诈愚,强者凌弱,老幼孤弱不得其所。”

西方古代思想家多数认为人性本恶。亚里士多德说:“人类若由他任性行事,总是难保不施展他内在的恶性。”尤其“常人既不能完全消除兽欲,虽最好的人们也未免有热忱,这就往往在执政的时候引起偏向。”^[40]基督教的“原罪”观念就是人天生有罪的意思,与人性恶的思想非常相似。霍布斯直接以人性恶为前提构建利维坦的国家学说,他认为在“自然状态”下“人与人像狼与狼一样”,无休止地进行着“每个人对每个人的战争”。马基雅维利更是对人性作了赤裸裸的描述:“一般说来,人类的本性总是忘恩负义的,是变化多端、弄虚作假、怯懦软弱、生性贪婪的。只要你成功,他们就完全是你的人。当远离危险的时候,他们愿意为你流血,放弃财产,牺牲生命和他们的孩子;但是当危险临头的时候,他们就反对你。”^[41]汉密尔顿认为人不是天使:“野心必须用野心来对抗。人的利益必然是与当地的法定权利相联系。用这种方法来控制政府的弊病,可能是对人性的一种耻辱。但是政府本身若不是对人性的最大耻辱,又是什么呢?如果人都是天使,就不需要任何政府了。”^[42]贝卡利亚也持有人性本恶的观点:

[38]《孟子·告子上》。

[39]《荀子·性恶》。

[40][古希腊]亚里士多德《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第319、169页。

[41][意]马基雅维利《君主论》,李盈译,天津教育出版社2004年版,第107页。

[42][美]汉密尔顿《联邦党人文集》,程逢如译,商务印书馆1980年版,第264页。

“没有一个人为了公共利益将自己的那份自由毫无代价地捐赠出来,这只是浪漫的空想。只要可能,我们当中的每一个人都希望约束别人的公约,不要约束我们自己,都希望成为世界上一切组合的中心。”“这些个人不但试图从中夺回自己的那份自由,还极力想霸占别人的那份自由。”^[43]

对人性取向的不同判断,直接影响着制度建构的方式。初听起来,性善论易于为人们所接受,性恶论让人感到难堪。但是奉行性善论几千年的中国,构建的却是典型的专制国家,而性恶论居于主流的西方国家,却形成了民主、法治的传统,即使在黑暗的中世纪,最高权威——教皇也是大主教们民主选举产生的,并且受为十年任期的限制。这不能不令人深思。而性善论者注重自律,强调道德教化的作用,往往倾向于人治,并且,一旦形成专制社会,性善论会强化这种专制。在专制国家,谁也不敢说领导人本性上是恶人、坏人。为了自保,只能奉承领导人是天才、伟人、圣人,不仅强化了专制,难以监督,而且导致国家权力丧失自我纠错机制,造成严重的后果。而性恶论者认为,所有的人都有恶的本性,个人崇拜没有生存的土壤,对所有人都应该加以监督约束,因此注重他律,强调法律规范的作用,往往倾向于法治。

人性到底是什么?这个问题类似于休谟的“是”和“应当”的问题,从“是”这个事实问题无法推断出“应当”这样的价值问题。人性论价值层面的超验性,导致其究竟是善是恶在实证层面既难以证实,又无法证伪,因此,千百年来分歧很大。对于我们而言,探寻人性善恶这样的元命题并不是目的所在,我们只需要知道人性中确实存在着恶的倾向就足够了。因为一旦可以确认人性中恶的成分无法排除,监督、制约权力就有了充足的理由。

证明这一点并不困难。美国心理学家格尔哈斯·伦斯基指出:“心理学中流行的理论和研究埋葬了对人性善的信仰,其程度不亚于政治事件。近期的研究揭示出,人类的婴儿是一种极端以自我为中心的生物,其动机完全是由他自己的需要和愿望而激发出来的。”^[44]美国法学家博登海默也同意这个观点,他说:“在孩提时代,自我主张趋于压倒无私行为。经验还表明,我们在青少年中比在年长于他们的人们当中更能经常地发现反抗和不驯服的态度。”^[45]这样的经验,想必抚育过小孩的人都不会感到陌生。这充分说明人在未完成社会化之前,其本性是倾向于恶的。至于成年之后不再以自我为中心的变化,格尔哈斯·伦斯基认为这是成年人认识到遵守规则是一种明智的自我获益形式。一旦执掌大权,不用遵循规则也能获利时,权力扩张、滥用的特征就暴露无遗。所以,孟德斯鸠说:“当一个人握有绝对权力的时候,他首先便是想简化法律。在这种国家里,他首先注意的是个别的不便,而不是公民的自由,公民的自由是不受到关注的。”因此,“专制的国家,喜爱简单的法律。”^[46]

(三)权力的特点为权力扩张、权力腐败提供了条件

首先,权力的不确定性直接导致权力的扩张性。在没有约束的情况下,这种扩张性经常在时空两个维度上向外发散。从空间上,掌权者在“权力咒语”的驱使下不断攫取权力。“他越是有权力,就越是拼命想取得权力;正是因为他已经有了许多,所以要求占有一切。”^[47]从时间上,掌权者总是试图尽量长久地占有权力。他们废除任期制,实行终身制,甚至搞世袭制,据天下为己有。在中国,自从夏启废除禅让制度家天下之后,直到清朝灭亡,最高统治者一直奉行的是终身制和世袭制,成为权力腐败、政治黑暗的源头。要制约监督权力,必须从遏制权力的不确定性入手。在空间上,可以通过法律明确规定的方法给权力划出边界,用分权制衡的办法削减权力,用程序法定的方法动态防范权力的恣意性。在时间上,可以用岗位轮换制、任期制、退休制、合议庭制、临时委员会制将某种权力在具体的时间点上终结。

[43][意]贝卡利亚:《论犯罪与刑法》,黄风译,中国大百科全书出版社1993年版,第8、9页。

[44]转引自张建伟:《刑事司法体制原理》,中国人民公安大学出版社2002年版,第96页。

[45]前引[25],博登海默书,中文版前言。

[46]前引[26],孟德斯鸠书,第76、94页。

[47][法]孟德斯鸠:《罗马盛衰原因论》,婉玲译,商务印书馆1962年版,第61页。

其次,权力的用益性是权力腐败的诱因。权钱交易是权力腐败的典型形态,出钱方正是看中了权力的用益性。权钱交易的双方都获得了私利的满足,但却损害了社会公正,毒化了社会风气。权力的用益性是权力的内在价值,如果没有用益性,权力也就失去存在的必要,并且,权力用之正途时完全是为民谋利,造福于民。因此,既不可能消除权力的用益性,也无必要消除权力的用益性。若要避免权力的用益性诱导权力腐败,唯一的方法就是加强权力的制约和监督,令行使权力的人无法谋取私利。一般而言,权力腐败多数以内幕交易、暗箱操作的方式运作,因此,可以通过透明原则、参与原则、程序原则对其进行制约和监督。

再次,权力的强制性体现了权力违背他人意志的能力,是权力得以扩张滥用的物质基础。同时,由于这种强制性,造成了权力被滥用之后结果的严重性。例如,侦查人员错误逮捕会造成公民自由权利的丧失,而法官的错误判决则有可能剥夺无辜公民的生命。然而,如果没有强制力,权力也就不成其为权力,显然,不可能通过去除强制性的途径,防范化解权力被滥用的危险,只能通过加强、完善监督和制约的办法防止权力滥用。

最后,权力的主体间性为制约监督权力提供了正当性基础。权力的主体间性包括主体性和关系性两个范畴。主体性表明了权力最终是由具体个人行使,由于人性之恶,对权力理应进行制约、监督。至于关系性,由于在民主社会,人与人具有天然的平等关系,权力行使者与权力承受者在人格上完全是平等的,之所以听命于权力行使者,乃是社会角色使然。权力承受者是富有理性的自然人,也是法律上的权利主体,由其对掌权者滥用权力的行为进行制约和监督显然是理所当然的。当然,在专制社会,人民处于受奴役的地位,也就谈不上什么制约监督权力了。

(四)权力腐败的严重后果要求必须对权力进行制约和监督

权力腐败本身是一个比喻,形容权力异化后公共组织堕落、腐朽的衰败景象。人们痛恨腐败,乃是因为腐败带来严重的后果,权力腐败就像长在国家和社会肌体上的毒瘤,具有严重的危害性和极强的腐蚀性。

1. 权力腐败严重危害国家政权

千里之堤,溃于蚁穴。万里江山,毁于腐败。堡垒最容易从内部攻破。古今中外,其兴也勃,其亡也忽的例子不胜枚举。在西方,罗马、迦太基、阿拉伯、奥斯曼土耳其等赫赫有名的帝国,无不是因为权力腐败而最终衰亡。在中国,每个朝代的兴亡史几乎就是一部权力逐渐腐败的历史。秦朝,秦始皇横扫六合一统中华之后,政治上滥用暴力,奴役人民,生活上极其腐败,不可一世的秦帝国十几年内就灰飞烟灭。两汉中后期,外戚执政、宦官专权,行贿受贿、卖官鬻爵,“虽远必诛”的强汉帝国最终难逃覆灭的厄运。两晋一开始就糜烂不堪,皇帝在宫中日夜寻欢,政权被世族掌控,上品无寒门,下品无世族,任人唯亲,贤路闭塞,因此,晋王朝从来就没有强大过。隋朝和秦朝相似,隋炀帝的腐化恶名更是路人皆知。号称盛世大唐的唐朝在“贞观之治”、“开元盛世”的极度强盛之后,一旦开始腐败,“无边落木潇潇下”的衰亡厄运也就无可避免。宋代虽然军事上乏善可陈,但是经济上非常繁荣,到后期奸臣当道政治腐败时,国家只能日薄西山、奄奄一息了。辽、金的游牧部族马上打天下时,金戈铁马,气吞万里如虎,可是坐天下时照样腐败成风,很快变得不堪一击。一代天骄的蒙古帝国曾经横扫欧亚、纵横环宇,可是几十年的政治腐败,让这个天下无敌的大帝国在农民军跟前变得弱不禁风、一触即溃。朱元璋强力反贪,一度为明王朝迎来“万国来朝”的喜人景象,可是宦官专权后的腐朽政治让大明王朝也走向不归之路,八旗子弟入关前后的天壤之别,洪秀全登基前后的判若两人,国民党掌权前后的巨大反差,无不向世人敲响权力腐败的警世长钟。

这样的规律对于社会主义国家也同样适用。黄苇町先生在《苏共亡党十年祭》一文中指出:“对苏共亡党的原因,我国理论界已谈得很多,如帝国主义的颠覆破坏和和平演变活动,苏共长期拒绝改革开放,坚持高度集中的计划体制导致的经济滞后和落后,还有后来推行错误的改革路线,背弃马克思主义原则,削弱党的领导等。但还有一个不能忽略的重要事实,人们谈得相对较少,即苏联共产党不

仅被国内外的反共势力搞垮,还被它一直代表的工人阶级和苏联人民抛弃。而这后一点,是导致苏共亡党的决定性因素之一。”“特权、腐败使苏共渐失人心。”^[48]苏共亡党这一令人痛心的事实,不幸应验了其革命导师列宁的那句著名判断:“胜利了的社会主义如果不实行充分的民主,就不能保持它所得的胜利。”^[49]我党领袖毛泽东也深刻地提出:“反贪污、反浪费一事,实是全党一件大事。”^[50]

2. 权力腐败腐蚀国家制度,毒化社会风气

权力腐败遵循着“烂苹果”定律发生发展。烂苹果定律是指在一筐苹果中,先有一个苹果腐烂后,若不及时清理掉,最终所有苹果都会烂掉。当一个组织中,有个别人出现腐败但没有受到相应惩罚,其他人的自律压力就会松动,到最后,“劣币逐良币”,不腐败的人反而在这个组织中显得格格不入。现实中,一个派出所、一个公安分局、一个海关甚至一个法院整体上烂掉的事例已经不是十分罕见。在这样的组织里,清廉者的命运正如郑观应在《盛世危言》中描述的那样:“上官挤之,同寅笑之,众庶疑之,必溃其成而后已。”从众心理是人类最常见的心理现象之一,在如此环境里,要想洁身自好,出淤泥而不染何其困难。

权力腐败一旦蔓延开来,正常的国家制度必然被异化。“衙门八字开,有理没钱别进来。”在权力腐败的侵蚀下,公共权力沦为少数腐败分子的提款机。为人民服务的宗旨被腐败分子抛到九霄云外,这些败类只为人民币服务。他们办事不是根据事情的轻重缓急和先后顺序来对待,而是根据关系远近、礼物轻重来处理。所谓“没有好处不办事,给了好处乱办事。”在门难进、脸难看、话难听、事难办的现实面前,老百姓只好按“潜规则”将“人情”奉上。于是,有钱能使鬼推磨这样的经验之谈不胫而走,社会风气被搞得乌烟瘴气。在各式各样的腐败中,司法腐败最让老百姓痛恨,因为“世间的一切苦难之中,最大的苦难莫过于枉法。”^[51]司法腐败动摇了法治的基础,让人民对国家失去信任。“一次不公正的裁判,其恶果甚至超过十次犯罪。因为犯罪虽是冒犯法律,但好比是污染了水流,而不公正的裁判,则是毁坏了法律,因为这好比污染了水源。”^[52]

3. 权力腐败破坏经济秩序,造成巨大损失

权力腐败,从经济学的角度分析,就是权力寻租的活动。由于寻租的存在,正常的竞争秩序被颠覆。当商家发现腐蚀官员,结交权贵可以获利更加明显时,其内在的经济人理性自然导致其不再热衷于技术研发、改进服务、完善质量,而是千方百计去寻租。寻租活动,本身并不会创造价值,不但如此,由于寻租人只追求个人利润最大化反而造成巨大的社会浪费。人们耳熟能详的“豆腐渣工程”正是此类寻租活动的产物,造成了社会财富的巨大损失。有时甚至留下血的教训,大洪水来时的九江大堤、近年来频频发生的大桥倒塌,无不在控诉着权力腐败的罪恶!遇难的冤魂,地下有知的话,怎么能不大声疾呼制约与监督权力?

四、权力制约与监督的几种模式

人类在权力制约、监督方面形成了丰富多彩的理论思考和实践行动。以野心对抗野心,以权力对抗权力,以权利制约权力,以法律控制权力,以民主监督权力等人们耳熟能详的闪光语言,无不反映了人类在权力制约、监督方面的探索。为了便于分析、比较,我们将权力制约、监督的方法归结为五种主要模式,即权力制约、监督的政治模式、法律模式、社会模式、道德模式和暴力模式。

(一) 权力制约、监督的政治模式

[48] 黄苇町:《苏共亡党十年祭》《南方周末》2001年8月20日。

[49] 《列宁选集》(第二卷),人民出版社1990年版,第782页。

[50] 《毛泽东文集》(第6卷),人民出版社1999年版,第190页。

[51] [英]培根:《人生论》,何新译,中国友谊出版社2003年版,第274页。

[52] 同上书,第272—273页。

政治模式是指以政治制度为主制约、监督权力的模式。由于政治居于灵魂和统帅的地位,政治模式成为制约、监督权力的首选。政治制度的纷繁复杂,决定了不可能将众多的具体制度逐一剖析,只能重点研究其中带有共性的制约机理。以权力的生命过程为视角,主要有权力发生的竞争机制、权力存续的分权制衡机制、权力终结的强制机制。

1. 权力发生的竞争机制

专制时代,除了开国君主打天下时通过暴力方式竞争到权力,之后权力的发生基本处于世袭的垄断状态。由于缺乏竞争机制,专制统治得以被固定和强化,人们无法有效地制约和监督权力。“要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。”^[53]“野心必须用野心来对抗。”^[54]在权力发生时就引入竞争机制,无疑会有效地制约监督权力,防止其滥用。当今政治制度中体现了竞争机制的制度有选举制度、两党制或多党制。

选举制的历史比较悠久,在古代民主国家早已存在,如古代雅典、罗马,当时的选举方法主要有竞选和抽签两种方法,苏格拉底就曾经通过抽签的办法当过雅典议事会成员。民主选举的优势正如亚里士多德所说:“许多人出资举办的宴会可以胜过一个人独办的酒席。”“大泽水多则不朽,小泽水少则易朽,多数群众也比少数人不易腐败。”^[55]选举制作为一种典型的民主机制在现代社会广为运用。现代选举制度起源于资产阶级革命时期,资产阶级以“主权在民”“自由、平等、博爱”为旗帜大力提倡普选制,在反对封建专制的斗争中赢得了人民的支持。他们取得政权后,一般都在宪法上规定了普遍、平等、直接、自由选举的原则,实行普选制。

经过长期演化,现代选举制度内容极大丰富。就选举对象而言,大至议员、州长、总统的选举,小至法官、检察官、政府官员的选举,在许多国家,都需要通过民主选举的方式产生。就选民参加范围而言,有全国性的大选,有地方性的选举,还有政党内部、单位内部的选举。就选举方法而言,有全部成员参加的直接选举,有通过代表进行的间接选举。现代选举制度,经历了从限制选举到普遍选举,从间接选举到直接选举,从自由投票到强制投票的过程,呈现出人民民主权利日益扩大的趋势。

现在,选举制已经不仅是一种民主制度,更是一种交往方式和思维模式。以选举方式产生的权力,蕴含着公理般的合法性,不仅在国家大政上如此,即使在村委会、业主委员会等民间组织中也不容置疑。在制约、监督权力方面,选举制的合理性基础在于“群众的眼睛是雪亮的”,但是,由于某些政客的狡诈和伪装,群众被欺骗也是常有的事情,因此,仅靠选举制还不足以完全防范权力的滥用,毕竟,希特勒、墨索里尼都是民主选举上台的。托克维尔的“多数人暴政”、波普的“民主的悖论”等命题都是很好的提醒。

当今社会是政党政治的时代。政党制度与选举制度、议会制度、政府制度有着十分紧密的联系,发挥着重要的作用。从各国政党政治的形式看,多采用两党制或多党制。其中,美国、英国、加拿大、新西兰、澳大利亚等国家采用的是两党制,法国、德国、意大利、比利时、丹麦等国采用的是多党制。在两党或多党中,竞选获胜的党组建政府,成为执政党,竞选失败的其他党不参加执政,成为反对党。当一届政府任期届满时,政党之间重新选举,执政党如果政绩不理想或者不受民众信任的话,完全可能在新一轮竞选时下台成为反对党。

开始时,许多人以厌恶的眼光看待政党,认为它们是派系斗争的温床,只能造成政治纠纷,影响国家的团结和稳定。随着政党竞争在制约、监督权力方面优势的展现,人们逐步接受、肯定了这一政治制度。杰弗逊认为:“在每一个深思熟虑的社会里,基于人性,必须有反对党,也必须有激烈的分歧和不同意见,大抵其中的一个政党在或短或长的一个时期内上台,大概这个党派划分是必要的,因为它会推动一个党去监督另一个党,并且把另一个党的所作所为控诉给人民。”^[56]政党之间这种权力竞

[53]前引[26]孟德斯鸠书,第154页。

[54]前引[42]汉密尔顿书,第264页。

[55]前引[40]亚里士多德书,第164页。

[56]刘祚昌《杰弗逊》,中国社会科学出版社1996年版,第442页。

争关系,有力地制约着执政党的权力活动,防止其权力滥用、权力腐败。

当然,政党竞争也有不足之处。首先,过度竞争消耗大量的社会资源,有时竞争本身也会滋生一些腐败问题,如黑金政治、贿选政治等。其次,在特定情况下,也会形成“民主的悖论”,选出暴君执政,如希特勒的纳粹法西斯组织在德国民众民族情绪狂热的背景下就取得了政权,给世界人民,也给德国人民带来了巨大的灾难。其原因皆来自民主制度自身的不足,正像汉密尔顿描述的那样:“一个议会无论由什么人组成,其人数越多,众所周知的是,感情就越是胜于理智。其次,人数越多,知识肤浅、能力薄弱的成员所占比例就越大。这时,少数人的雄辩和演说正好对这类人起到众所周知的有力作用。在古代共和国里,全体人民亲自参加集会,那里通常可以看到一个演说家或一个手腕高明的政治家左右一切,好像独掌大权一样。”^[57]显然,制约监督权力,除了选举制、政党制等民主制度外,还需要众多政治、法律制度的共同配合。

2. 权力存续的分权制衡机制

分权制衡是现代政治制度中权力配置的基本架构,这种思想和实践早已有之。亚里士多德曾经把政体划分为三个要素:议事机能、行政机能和审判机能。并说:“一个优良的立法家在创制时必须考虑到每一要素,怎样才能适合于其所构成的政体。倘使三要素都有良好的组织,整个政体也将是一个健全的机构。”^[58]古罗马思想家波里比阿也坚持权力制衡的观点,他认为罗马的强大正是执政官、元老院、公民大会各种权力相互制衡的结果,^[59]在古代雅典、罗马就已有较为成熟的样态。在雅典,设立公民大会,是国家最高权力机关,行使立法权,选举官员,执行行政、军事、财政、宗教等事务的最高决定权;设立500人议事会作为公民大会的常设机构,负责向公民大会提出议案;设立执政官和司库官作为公民大会的执行机构;设立陪审法庭,行使审判权;设立长老院,负责监督法律和决议的实施。这五个机构各司其职,相互制衡。在古罗马,设立公民大会,是国家最高权力机关,享有立法权、缔约权,由它决定战争与和平、决定生死判决,公民大会由库里亚、百人队大会和平民大会三种形式,各有不同的职权。罗马还设立了执政官,是行政首脑,负责政府日常事务和军事事务,管理官员,执行法律,指挥军队。设立元老院,任命官员,管理财政,派遣和接见外国使节,宣战与讲和,审判和调查各种犯罪活动。三者之间存在着互相制约的关系。除此之外,罗马还设有专门的监察官和保民官。监察官负责编制修改元老名单,监督国家财政,管理公有地和不动产的租赁、公共工程的建设与维护,同时负责监督社会风气。保民官负责保护平民免受贵族侵犯,对于违反其决定的任何官员都可以严加惩罚,有权否决官员的任何决定,有权向元老院或公民大会提交议案。保民官起到监督国家官员的作用。

现代政治中的分权制衡思想主要来自于洛克、孟德斯鸠、杰弗逊。洛克出于对绝对权力的警惕,将国家权力划分为立法权、执行权和对外权,他说:“谁认为绝对权力能纯洁人们的气质和纠正人性的劣根性,只要读一下当代或其他任何时代的历史,就会相信适得其反。”他还认为:“只要有人被认为独揽一切,握有全部立法和执行的权力,那就不存在裁判者。”^[60]由于执行权和对外权功能近似,洛克的三权其实是两权。真正奠定三权分立思想的是法国思想家孟德斯鸠。他说:“从事物的性质来说,要防止滥用权力,就必须以权力约束权力。”他把国家权力分为立法权、行政权、司法权,认为这三种权力应该分别由不同的部门享有。“当立法权和行政权集中在同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。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官将拥有压迫者的力量。”^[61]同时,他认为不同权力之间应该保持相互制衡。“如果行政权没有

[57]前引[42],汉密尔顿书,第298页。

[58]前引[40],亚里士多德书,第214页。

[59]徐大同《西方政治思想史》,天津人民出版社1985年版,第67—68页。

[60]前引[14],洛克书,第56、55页。

[61]前引[26],孟德斯鸠书,第153页。

制止立法机关越权行为的权力,立法机关将要变成专制。”“虽然在一个自由国家中,立法权不应有钳制行政权的权力,但是它却有权力并应该有权力审查它所制定的法律的实施情况。”“虽然一般说来司法权不应该同立法权的任何部分结合,但有三种例外,这是根据受审判的人的私人利益的。”〔62〕

现代西方国家,大致都建构了三权分立的政治体制,其中美国最为典型,由国会执掌立法权,总统行使行政权,法院行使司法权,三权之间相互制约均衡。美国杰出的思想家、政治家杰弗逊在孟氏三权分立的基础上,进一步提出双向分权的理论。首先,他赞同三权分立的横向分权。他说:“政府的全部立法权、行政权和司法权都归结到立法机关。把这些权力集中在同一些人手里正是专制统治的真谛。这些权力由多数人行使而不是由单独一个人行使并不能使情况有所好转。173个暴君肯定和一个暴君一样富于压迫性。”〔63〕在此基础上,他认为地方和国家之间还应该纵向的分权机制,这样可以防止政府权力过分集中和政府蜕化,并且使人民都能积极参与国家事务管理。他说:“区共和政体、县共和政体、州共和政体以及联邦共和政体形成一个多层次的权力机关。每个共和政体都以法律为基础,掌握委托给它的一份权力,真正构成一个对政府进行平衡和制约的体系。”〔64〕在这样层层分权的自治共和国里,“每个人一经法律召唤,就会飞奔到法律的旗帜下,对付破坏公共秩序的行为,如同处理个人的事情一样。”〔65〕因此,包括美国在内的许多国家,采用了联邦制的纵向分权结构。

在现代政治生活中,分权制衡已经成为一种根深蒂固的理念。除了前面提到的立法权、行政权、司法权间进行分权制衡,以及地方政府与中央政府之间的纵向分权,各种权力内部同样也建立了或强或弱的分权制衡机制。在行政权内部,各国一般都作了具体职权的划分,不同部门各司其职,越权无效,但由于行政对效率的价值诉求,往往分权有余、制衡不足,因此,行政权常常成为权力制约的对象。在立法权内部,许多国家实行两院制,如美国有参议院和众议院、英国有上议院和下议院、法国有参议院和国民议会、荷兰有第一院和第二院、日本有参议院和众议院。许多国家规定,议案必须经过两院的通过才能生效,因此,上院一般有权拖延或否决下院通过的决议,以防止下院专制;但下院也有一定的反限制能力。建立两院制的目的在于通过两院之间的互相制衡,制约议会的权力,防止议会专制。正如英国思想家密尔所说:“在只有一院的议会的多数,当它取得永久性质的时候,当它由习惯在一起工作的同样一些人组成,并始终保证在他们自己的议院中的胜利的时候,很容易变得专横和目空一切,如果非必要考虑它的行动是否将得到另一法定权威的一致同意的话。设置两个执政官的同一理由使得保有两院成为值得向往的:其中任何一个都不致受到专权的腐败影响。”〔66〕

在现代司法权内部,分权制衡机制也是十分明显的。首先,最典型的表现是检察机关和法院之间的控、审分离机制。人类社会早期,由于生产力低下和政治经验匮乏,人们缺乏分工需求和分权意识,那时的司法权处于控审合一绝对权力的状态,涉诉人的命运通常十分悲惨,因为“如果控告人成为法官,那就需要上帝来做律师。”〔67〕随着文明的发展,为了克制司法专横、防止司法腐败,人们将司法权一分为二,一部分为审判权,由法官继续行使;一部分为控诉权,交给控诉人掌握。为了防止法官僭越职权,在控审之间确立了不告不理的基本原则,在有些国家,还进一步确立了诉审同一原则,严格限制审判权的范围。检察官不起诉,法官无权处理任何案件,而检察官只有刑罚的请求权及追诉权,无权作出惩罚涉诉公民的最后决定。这样的分权制衡机制,有效化解了曾经是绝对权力的司法权的危险性。其次,民众通过陪审、参审从审判权内部进行分权制衡。在英美国家,受审公民被宪法赋予获得陪审团审判的权利,这是为了让被告获得与自己相同的人的审判,以防止受到不公正对待。同时,这

〔62〕前引〔26〕孟德斯鸠书,第161、162页。

〔63〕〔美〕杰弗逊《杰弗逊选集》,朱增汶译,商务印书馆1999年版,第229页。

〔64〕同上书,第628页。

〔65〕同上书,第306页。

〔66〕〔英〕密尔《代议制政府》,汪暄译,商务印书馆1982年版,第183页。

〔67〕前引〔23〕拉德布鲁赫书,第121页。

也是司法民主的重要体现,防止司法权高高在上,压迫民众。在英美国家,事实问题、罪与非罪问题主要由陪审团决定。法官主要负责法律适用的量刑问题和维持法庭正常运行。这种分权制衡机制,有效抑制了司法独断、司法腐败的可能性。另外,如果不狭隘地将司法权仅理解为审判权的话,侦查权的独立化也是一种司法权内部的分权制衡机制。在纠问式诉讼时代,侦查与审判常常不分,法官既负责审判,也负责侦查,在大陆法国家直到20世纪后期才改变这一格局。如德国在1974年司法改革之后,预审法官才不再指挥侦查工作,而法国直到现在预审法官仍然拥有侦查权,一直成为人们诟病的焦点。侦查权与司法权分离的布局,既有利于防止司法机关对案件形成先入为主的预断,也可以通过司法审查遏制侦查权的扩张倾向,让侦查权在法治化的轨道中运行。正如丹宁勋爵所说:“社会必须有权逮捕、搜查、监禁那些不法分子。只要这种权力运用适当,这些手段都是自由的保卫者。但是这种权力也可能被滥用。而假如它被人滥用,那么任何暴政都要甘拜下风。”^[68]最后,审前法官与庭审法官的分离、审判与执行的分离、发回重审时法官的自动回避等都蕴含了分权制衡的机理。

分权制衡作为一种政治架构,将国家权力分而治之,一方面减少了权力的内容,削弱了权力的能量,降低了权力的强制性;另一方面划定了权力的边界,增加了权力的确定性。因此,有效地制约了权力的扩张和滥用,成为现代民主法治国家的权力结构的普适特点。当然,分权制衡并不等于三权分立,三权分立只是分权制衡原理的运用,是其中一种具体的表现形式。分权制衡作为一种理念,一种机制,并不单纯地存在于国家政治这一宏大层面,而是广泛地运用于各种权力的制约与监督之中,成为人类驾驭权力、兴利除弊、为我所用的有力武器。

3. 权力终结的强制机制

减少权力的不确定性是有的放矢地控制权力的重要方法。除了在空间上、内容上确定权力的边界外,在时间上限定权力的寿命,让权力在特定时间到来时自动终结,是现代政治制度中另一条制约权力的重要途径。退休制、任期制、限任制、临时委员会制等都是良好的强制性的权力自动终结机制。在专制社会,人们常常看到的是终身制和世袭制。掌权者在退休制、限任制和终身制、世袭制的不同框架下,其实际权力明显不同。中国古代很早就有了皇权和相权的区别,如果相权能够居于主导地位的话,政府效能应该会很不错,因为当上宰相的人主要是满腹经纶的社会精英,并且是通过长期的实践竞争被挑选出来的。而皇帝除了血统合法之外,在知识、能力、阅历方面都没有门槛要求。显然,处理问题应该以相权为主。如能实现的话,国家容易强盛繁荣。但事实正相反,原因正如钱穆先生在其名著《中国历代政治得失》一书中指出的那样:“然而天下太平,皇帝可以两三百年世袭着,做宰相的人,前十年还在穷乡茅檐下读书,但是皇帝已是有着七八九世的传统了。相形之下,皇帝的地位和尊严,自然一天天提高。皇室的权,总是逐步升,政府的权,总是逐步的降。这也是中国传统政治上的大毛病。”^[69]显然,终身制和世袭制内蕴着权力扩张的动力。

启蒙思想家们早就认识到终身制和世袭制的问题。孟德斯鸠就认为应该限制世袭权力的内容,因为“一种世袭的权力很容易被用来追求私利而忘记平民的利益。”^[70]美国思想家潘恩坚决反对世袭制。在他看来,“世袭制不仅违背理性要求而且也有悖于自然法则,它使人民时刻有处于一个白痴或暴君、疯子统治之下的危险。不管世袭政府的国王是世袭的或是选举的都不能改变世袭制的本质——暴政。”^[71]资产阶级革命胜利后,废除了世袭制,实行任期制。虽然像英国这样革命不彻底的国家还保留了世袭的国王,但因为国王没有实际权力,只是国家象征。因此,世袭制在英国实际被废除了。

在现代西方社会,普遍实行任期制,目的在于防止少数统治者固位专权,正如汉密尔顿所说:“用选举方式获得统治者,是共和政体独有的政策。依靠这种政体,用以预防他们腐化堕落的方法是多种

[68][英]丹宁《法律的正当程序》,李克强等译,法律出版社1999年版,第109页。

[69]钱穆《中国历代政治得失》,三联书店2001年版,第174页。

[70]前引[26],孟德斯鸠书,第160页。

[71]前引[17],浦兴祖书,第297页。

多样的,最有效的一种是任期上的限制,以便保持对人民的适当责任。”^[72]但是,如果任期届满后还可以连任,任期制就失去意义了。杰弗逊对此明确写道:“可以多次连任的行政首脑等于是终身任职。当一两代人证明这是一个终身职位以后,在任何情况下都值得为它耍阴谋、行贿、使用暴力、甚至值得外国进行干涉。”“(总统)一旦上了台,掌握了联邦军权,没有议会的帮助或制约,就很难把他撵下台,哪怕你能说服人民不投他的票。我但愿总统四年任期满后永远无资格第二次连任。”^[73]事实上,杰弗逊步华盛顿后尘,在连任总统八年之后主动退隐。在第二次世界大战中,罗斯福连任四届总统,引起美国人民的警惕,在1947年美国国会正式通过了宪法第22条修正案,明文规定:“任何人不得任总统之职两届以上。”这种对连任设置限制的制度就是限任制。

以任期终结权力,不仅适用于国家领导人,也适用于地方领导人;不仅适用于政治制度,在其他制度中同样可以运用。例如,在司法制度中,合议庭或者陪审团都是临时成立的,对具体案件的审判权实际由其行使。基于这种组织的临时性和成员组成的随机性,涉案者试图通过行贿等手段腐蚀握有权力的审判成员将变得非常困难。除了以任期终结权力这一正常机制外,在特定情况下的罢免机制也是不可或缺的。否则,就会像卢梭描述的那样:“只要一个民族举出了自己的代表,他们就不再是自由的了,他们就不复存在了。”“他们只有在选举国会议员的期间,才是自由的,议员一旦选出之后,他们就是奴隶,他们就等于零了。”^[74]民主选举的目的在于推选出德才兼备者作为领导,如果事实证明被选出的领导已经腐化、堕落,将其罢免就是再正常不过的逻辑。杰弗逊认为罢免权是人民对政府控制的主要手段之一。“他们可以随时个别地撤换这些代表,或在形式上、在职能上改变代表的组织。否则,民选的代表仍然可能蜕变成豺狼。”^[75]人民当家作主决不应只是在选举日那一天当家作主,罢免权就是主权一直在民的最主要保障和标志。事实上,面对“权力的咒语”和“绝对诱惑”,只有人民真正当家作主才能祛魅除咒,正如杰弗逊判断的那样:“世界上每一个政府中都有人类弱点的痕迹,都有腐败蜕化的苗子,聪明人一眼识破,恶人则慢慢地予以培养和助长。一个政府如果仅仅是委托给人民的统治者,必然会蜕化变质。因此,人民本身才是政府唯一安全可靠的保管者。”^[76]马克思对罢免制也予以了充分肯定:“为了防止国家和国家机关由社会公仆变为社会主人——这种现象在至今所有国家中,都是不可避免的。公社采取了两个正确的办法:第一把行政、司法和国民教育方面的一切职位交给由普选选出的人担任,而且规定选举者可以随时撤换被选举者。”^[77]

(二)权力制约、监督的法律模式

亚里士多德明确地说:“法律是最优良的统治者。”原因在于“法治优于一人之治。”“凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良。法律恰正是全没有感情的。人类的本性便难免有感情。”“让一个人来统治,这就在政治中混入了兽性的因素。”^[78]他的老师柏拉图本来主张“哲学王”的人治,经过实践挫败后,晚年也转向法治。他说:“在法律服从于其他某种权威,而它自己一无所有的地方,我看这个国家的崩溃已为时不远了。但如果法律是政府的主人并且政府是它的奴仆,那么形势就充满了希望,人们能够享受众神赐给城市的一切好处。”^[79]权力扩张、滥用的重要根源在于它具有不确定性的特点,而良法总体上具有确定性特征,这种确定性正好弥补了权力不确定性的弱点,使其当仁不让地成为权力的天敌。博登海默说得非常清楚:“法律的进步作用之一乃是约束和限制权力,而不论

[72]前引[42],汉密尔顿书,第290页。

[73]前引[63],杰弗逊书,第412页。

[74]前引[16],卢梭文,第121、123页。

[75][美]方纳《杰弗逊文选》,王华译,商务印书馆1963年版,第51页。

[76]前引[63],杰弗逊书,第254页。

[77]前引[20],马克思、恩格斯书,第375页。

[78]前引[40],亚里士多德书,第163、167、171页。

[79][古希腊]柏拉图《法律篇》,何勤华等译,上海人民出版社2001年版,第123页。

这种权力是私人权力还是政府权力。在法律统治的地方,权力的自由行使受到了规则的阻碍,这些规则迫使掌权者按一定的行为方式行事。”^[80]法律制约权力,主要通过三种机制发挥作用。

1. 实体规范机制

要防止滥用权力就必须为权力划上边界。通过制定实体性法律,将国家权力、公民的权利与义务明确规定下来,就成为划定权力边界的必由之路。权力法定成为法治国家一条重要的基本原则。在宪法领域,凡是宪法没有明确规定国家机关享有的权力,国家机关不得享有此项权力。其经典的表达是美国宪法修正案第10条:“本宪法所未授予中央或未禁止各州行使的权力,皆由各州或人民保存之。”

宪法是国家根本大法,是国家一切权力的来源。原因在于“一国的宪法不是其政府的决议,而是建立起政府的人民的决议。”“宪法是一样先于政府的东西,而政府只是宪法的产物。”^[81]宪法为权力划出了最大的边界。当然,这一边界的有效性取决于宪法被违反时要有相应后果,即存在着违宪审查机制。在刑法领域,权力法定原则就表现为著名的罪刑法定原则,其经典表达是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚。”就行政法而言,权力法定表现为行政法定原则。所谓行政法定,即“法无明文规定不得任意行政”,具体包括职权法定原则、法律优先与法律保留原则等内容。职权法定原则是指任何行政权力的来源与作用都须具有明确的法定依据,否则越权无效。法律保留是指在国家法律秩序范围内,某些事项须专属于立法者规范,行政机关不得代为规定。法律保留原则严格区分国家立法权与行政立法权,其根本目的在于保证国家立法的至上性,划定了立法机关与行政机关在创制规范方面的权限秩序。法律优先是指法律对于行政权之优越地位,以法律指导行政,行政作用与法律抵触者应不生效力。^[82]在诉讼制度方面,权力法定原则则转化为程序法定原则,即未经法律规定的程序,国家不得剥夺公民的生命、自由和财产。显然,在公法领域,权力法定原则是一条公理性原则。

法律为权力划界的功能来自于法律的规范性特点,但由于法律的制定有着严格的程序要求和形式要件,在法律之外还有大量类似于制度的制度也具有规范权力的作用。虽然它们的效力低于法律,但确实实实在在地存在着,构成所谓“活法”或“行动中的法律”。例如执政党内部的纪律,对于约束权力发挥着准法律的功能,在特定历史条件下,其作用不容忽视。邓小平曾经就党的制度问题有过精彩论述。他说:“我们过去发生的各种错误,固然与某些领导人的思想、作风有关,但是组织制度、工作制度方面的问题更重要。这些方面的制度好可以使坏人无法任意横行,制度不好可以使好人无法充分做好事,甚至会走向反面。”^[83]英国思想家波普也有类似观点。他在《开放社会及其敌人》一书中写道:“控制统治者和检查他们的权力的问题,主要是一个制度的问题。总之,是设计各种不同制度防止即使是坏的统治者也不能造成太大的伤害问题。”^[84]如果我们不从狭义的角度理解法律,实体规范机制还可以包括这些准法律的制度。它们共同为权力确定边界,让权力扩张遇阻休止。

2. 程序控制机制

“自由的历史基本上是奉程序保障的历史。”^[85]美国大法官弗兰克福特如此总结。实体法尽管给权力划上了边界,但是,欲使这种“纸面规则”的静态边界,在法律动态实践的转换中不扭曲、不变形,就离不开一种动态的监控机制。这种机制,就是程序。西方学者对程序的认识非常深刻:“如果将法律理解为社会生活的形式,那么作为形式的法律的程序法,则是这种形式的形式,它如同桅杆顶尖,对船身最轻微的运动也会做出强烈的摆动。”^[86]控制权力,离不开程序的保障。作为权力扩张的根源的就是权力的不确定性,权力滥用的根源除了不确定性之外,还有权力的个体性,而诱发权力腐败

[80]前引[25],博登海默书,第358页。

[81][美]潘恩:《潘恩选集》,马清槐译,商务印书馆1981年版,第146页。

[82]周佑勇:《行政法基本原则的反思与重构》,《中国法学》2003年第4期。

[83][邓小平文选](第2卷),人民出版社1993年版,第333页。

[84][英]波普:《开放社会及其敌人》(第2卷),中国社会科学出版社1999年版,第257—258页。

[85]转引自季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第9页。

[86]前引[23],拉德布鲁赫书,第120页。

的正是权力的用益性。程序恰恰可以针对这三个特点进行定向打击,对症下药。

首先,程序作为恣意的对立物,具有消除权力不确定性的功能,可防止权力扩张。“程序具有开放的结构和紧缩的过程。随着程序的展开,参加者越来越受到‘程序上的过去’的拘束,而制度化的契机也由此形成。程序开始于高度不确定状态,但其结果却使程序参加者难以抵制,形成一种高度确定化效应。因此,如果要实现有节度的自由、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威、有进取的保守这种社会状态的话,那么,程序可以作为其制度化的最重要的基石。”〔87〕程序的确定化效应,正是防范权力扩张,保护公民权利所亟需的。因此,威廉·道格拉斯得出结论:“权力法案的大多数规定都是程序性条款,这一事实决不是无意义的。正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”〔88〕

其次,程序形成的隔音空间突出了参与者的角色性,弱化了权力的个体性特点,使权力滥用的人情化因素降低。“程序的实质是管理和决定的非人情化,其一切布置都是为了限制恣意、专断和过度的裁量。”〔89〕权力发生于主体之间,权力又被具体的个人掌握,“常人既不能完全消除兽欲,虽最好的人们也未免有热忱,这就往往在执政的时候引起偏向。”〔90〕在程序里,个体被角色化、符号化,或成为原告、被告,或成为选民、代表,所要解决的只是事情本身,人际关系、个人感情、社会地位、财富多寡等众多因素都被屏蔽在外。程序的这种角色化、符号化特点,使得参与者之间在地位上更加平等,在交往时更加理性。

最后,正当合理的程序能够防范权力的用益性异化为寻租性,能够消除权力腐败的诱因。正如法有良法与恶法之分,程序也有正当程序和非正当程序之分。公平、公开历来是程序正当不可或缺的组成要素。美国大法官杰克逊说过:“程序的公平性和稳定性是自由的不可或缺的要素。只要程序适用公平,不偏不倚,严厉的实体法也可以忍受。”〔91〕司法程序中的公平,至少应符合“自然公平原则”的要求。自然公平有两个原则:一是任何人都不得在与自己有关的案件中担任法官;二是必须给予诉讼当事人各方充分的机会来陈述本方的理由。〔92〕在这样的程序里,一旦有寻租行为发生,法官必须回避,权力腐败就被动态地遏制了。而程序的公开性更是腐败的天敌,因为阳光是最好的防腐剂。无论是司法程序,还是立法程序,抑或选举程序,甚至有些行政程序如听证、政府采购等,都离不开公开性,而秘密审判、秘密立法、秘密选举等向来是腐败、专制、暴政的代名词。

3. 责任约束机制

尽管现在已经没有人再把法律简单定义为“主权者的命令”,但是,从来也没有人会否认强制性是法律的基本特点。一个完整的法律规范,必然包含了假定、行为模式、法律后果三个部分。〔93〕以法制权如果脱离了责任约束机制是无法想象的。“对法律观念来说,主要是必须附有制裁手段。换言之,不守法要处以刑罚或惩罚。如果不守法而不受处罚,貌似法律的决议和命令事实上只不过是劝告或建议而已。”〔94〕有责任才有约束。因为“法律不是针对善,而是针对恶制定的。一项法律越是在它的接受者那里以恶行为前提,那么它本身就越好。”“立法并不着眼于通常情况的人,而是最坏情况的人:人如此自私,以至于假使对他没有限制,他就不会关心任何他人的利益,而且如此的聪明,以至于他可能会立刻认识到这种限制的每一漏洞。”〔95〕对于习惯于“严打”思想的国人而言,讲述这个道理似乎是多此一举,谁不知道违法会有严重后果呢?然而,我国法律在很多地方确实是没有违法后果的,

〔87〕前引〔85〕,季卫东书,第11页。

〔88〕同上书,第3页。

〔89〕同上书,第57页。

〔90〕前引〔40〕,亚里士多德书,第169页。

〔91〕宋冰《程序、正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第375页。

〔92〕〔英〕彼得·斯坦等《西方社会的法律价值》,王献平译,中国法制出版社2004年版,第112页。

〔93〕沈宗灵《法理学》,高等教育出版社1994年版,第36页。

〔94〕前引〔42〕,汉密尔顿书,第75页。

〔95〕前引〔23〕,拉德布鲁赫书,第70页。

概括而言,竟然主要发生在控制权力方面的法律里。从违反的对象上看,主要是宪法、立法法、程序法被违反时缺乏相应后果,从违法主体看,主要是国家权力部门的违法行为得不到纠正。具体来说:首先,违反宪法一般没有什么后果。宪法是国家的根本大法,是一国所有法律的合法性来源,任何人、任何组织都必须在宪法的范围内活动。违反一般的法律应承担法律责任,而违反宪法的行为更应该承担相应的违法后果。值得注意的是,有能力违反宪法的主体,通常不是普通百姓,而是握有权力的国家机关。因为,宪法的内容主要是分配国家权力、规定公民权利。普通百姓侵犯公民权利时,通常民法、刑法等均可调整,国家机关以各种法律为依据侵犯公民权利时,就只能由宪法来调整。然而,如何对待违宪行为,在我国既没有完整的实体法厘清责任,也没有相应的程序法启动追究机制。宪法好像只是一部美丽的政治宣言,并不是什么有约束力的法。纵观国外,违反宪法毫无疑问要承担违宪责任,也都有相应的追究体制,如美国的普通法院都可以审查是否违宪,德国、法国专门的宪法法院。正因为有了强制力,宪法才能“分配权力并制约权力。”^[96]

其次,违反《立法法》缺少制约纠正机制。针对我国实践中法律渊源众多导致混乱的情况,我国专门制定了一部《立法法》,试图理顺不同法律法规之间的关系。如果该法得到切实遵循,对于行政诉讼中抽象性行政行为无法起诉的弊端即可迎刃而解,那么,行政机关许多通过自我立法、自我授予获得的权力就可以被遏制,一定程度上弥补宪法审查机制缺失的遗憾。《立法法》的宗旨无疑是好的,其行为模式方面的规定也是比较合理的。但是,其解决法律、法规冲突的程序十分匮乏,如程序如何启动、由谁启动、裁判如何进行等关键性的操作程序均告阙如。因此,事实上难以应用,更无法成为公民用以抵抗国家权力入侵的屏障。

最后,违反程序法缺少相应的程序性制裁。“程序是法律的中心。”^[97]程序作为恣意的对立物,控制着权力的运行轨迹,所以,“程序的完备程度可以视为法制现代化的一个根本性的指标。”^[98]程序法作为法律规范,必然也像其他法律规范那样包含了假定、行为模式、法律后果三个部分,那么,违反了程序法,理应受到程序法的制裁(法律后果)。但是,在我国,公安司法机关违反刑事诉讼法经常没有什么程序性后果,只有在导致严重实体错误时,才产生相应的实体性后果。程序性制裁机制的缺失,表明我国的刑事程序法律规范很不完备,意味着法制现代化程度很低,难以发挥防范恣意、控制权力的基本职能。针对这一问题,有学者提出了程序性制裁的命题,目的在于“促使警察、检察官、法官遵守法律秩序,尊重嫌疑人、被告人的各项公民权利。”^[99]只有增加程序性制裁,才能使程序法律规范完整化,才能为自由提供保障。

无责任则无规则。我国古代法家有句名言:“明主治吏不治民。”上述几种责任机制的缺乏,都是发生在国家权力违法的情况,反映出国家机关、国家官员在很多时候不受法律约束,这就显现出问题的严重性。我国法制工作近些年来长足发展,如果不把重点放在“治吏”之上,法律再多,也只能是有治法而无法治。要解决这一问题,首先要在观念认识上加以重视,必须将宪法首先当作一部法律来对待,然后在制度上配备起与之相适应的裁判机关、裁判程序,建立起完善的违宪审查机制。对于《立法法》也一样,赋予其操作性,才能将其从“书面规则”的神坛上请下来,“法律借助法官降临尘世”^[100],最好通过诉讼程序而不是普通民众遥不可及的全国人大常委会对可能违法的法律、法规进行审查。只有这样,《立法法》才能成为普通百姓可资利用维护自身权利的有力武器。对于程序性制裁机制,要充分认识其“治吏”的功能,不惜牺牲部分真相价值,坚决落实非法证据排除规则、传闻证据排除规则等具体制度。唯有责任落实,权力才能真正被制约和监督。

[96][英]哈耶克《法律、立法与自由》,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第449页。

[97][美]诺内特、塞尔兹尼克《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭等译,中国政法大学出版社2004年版,第73页。

[98]前引[85],季卫东书,第18页。

[99]陈瑞华《问题与主义之间》,中国人民大学出版社2003年版,第109页。

[100]前引[23],拉德布鲁赫书,第100页。

(三)权力制约、监督的社会模式

随着政治国家与市民社会的分化,商品经济、市场经济的发展,现代国家由自由主义守夜人向福利主义领路人的转变,各种各样的利益集团逐渐兴起,并且在政治生活中构成了个人与国家的政治中介,多元社会的格局逐步发展起来。与之相伴的是,以社会制约权力的模式的发生。以社会制约权力的作用机制主要体现在两大方面:一是以社会制约权力可以弥补个人权利软弱无力的缺憾。二是多元社会可以分散国家权力。

国家权力被霍布斯称为“利维坦”,其意为传说中力大无比的吃人怪兽。与这样的国家权力相比,个人的确如沧海一粟过于渺小,根本无力抵御权力入侵。由于个人权利难以为权力确定边界,权力的扩张本性就得不到遏制。但是作为个人集合的社会,则可以明显改变这一困窘局势。众多软弱个人的有机结合,就能够联结成坚强有力的社会群体。有了坚强有力的社会群体,制约权力、维护权利则不再是一句空话。因此,各国宪法都将公民结社权、集会权当作重要的基本权利加以确定,目的就是发挥了社会制约权力的作用。托克维尔是较早提出人们应通过互相结合对抗国家权力思想的人,他在研究了美国的民主制度后,发现民主所导致的个人平等,有时反而使个人赤裸裸地暴露在国家权力的侵扰、压迫之下。为解决这一问题,要培育公共精神,通过结社来防止专制。他说:“专制在本质上是害怕被统治者的,所以它认为人与人之间的隔绝是使其长存的最可靠保障,并且总是倾其全力使人与人之间隔绝。”“在民主国家里,全体公民都是独立的,但又是软弱无力的。他们几乎不能单凭自己的力量去做一番事业,其中任何人都不能强迫他人来帮助自己。因此他们如不学会自动地互助,就将全部陷入无能为力的状态。”“如果民主国家的人没有权利和志趣为政治目的而结社,那么,他们的财富和知识虽然可以长期保全,但他们的独立却要遭到巨大的危险。而如果他们根本没有在日常生活中养成结社的习惯,则文明本身就要受到威胁。”^[101]托克维尔认为公民之间通过结社,可以在公民和政权之间人为制造出一种类似于贵族性质的中间权力,而在他眼里,贵族性质的权力使得人们在封建社会制约君主大权独揽。事实上,英国1215年著名的《大宪章》的签订,正是这种权力的产物。对于在民主社会,托克维尔觉得这种中间权力的同样重要,他说:“再没有比社会情况民主的国家更需要用结社自由去防止政党专制或大人物专权的了。”^[102]我国自古以来专制国家高度发达,市民社会奄奄一息,“防民之口甚于防川”的思想历来被统治者所信奉,民众之间结党、结社历来被当作意图谋反严加禁止。因此,缺乏以社会制约权力的物质基础和文化渊源,进而,专制权力更加横行无忌。当代中国,是人民当家作主的民主国家,结社权、集会权早已作为公民的基本权利写进宪法。当然,由于观念的原因、历史的原因,结社权对于普通民众而言还比较陌生,众多的所谓民间组织经常也带有浓厚的官方色彩,离真正的以社会制约权力还有距离。

如果结社方式是一种权力对抗的话,多元社会则是一种权力分散的机制。美国学者罗伯特·达尔通过对西方民主实践的考察,创立了多元主义民主理论,提出了以社会制约权力的命题。达尔认为,国家在整个政治体系中并不是至高无上和独一无二的主权者,社会上存在多个权力中心,权力分配不是等级式的而是竞争的。多元社会中具有人们的意见多元、社会利益多元、社会冲突多元和权力中心多元这样几个重要特征。基于不同的价值观、经济社会利益,社会上形成了许多相互冲突的利益集团,他们通过各种活动影响政府决策,以求形成集团利益的最大满足,公民与这些集团参与政治生活的经常化、制度化就形成了一种新的权力分配与制约的关系,国家就不是唯一的主权体现者和权力中心。社会制衡权力比宪法制衡更重要,因为宪法制衡是人为设计的政治机制,而人们不能设计一个社会,并且,宪法的维持还需要一个民主的社会环境。达尔的这种理论不仅适用于西方社会,在日益民主化的中国也逐步得到印证。随着市场经济的建立和民主制度的发展,一些利益集团也逐步显现。例如,为了抵制国外的反倾销指控,国内商家常会主动联络起来商议对策;为了保障农产品不被商家

[101][美]托克维尔《论美国的民主》,董国良译,商务印书馆1988年版,第625、636、637页。

[102]同上书,第217页。

压价,许多地方的农民也主动联合起来一致对外,还有,当股市发生巨大分歧的时候,代表不同利益的声音经常尖锐地碰撞。尤为值得注意的是,一些批评政府的声音也可以从正规的媒体中听见。显然,多元社会的趋势逐步形成。事实上,多元社会本身也是法治的基础之一。美国当代著名法学家昂格尔在其名著《现代社会中的法律》中明确地将“多元集团”和“自然法”列为法治形成的两大基本条件^[103]而古代中国之所以只形成“官僚法”而没有出现法治,重要原因之一就在于缺乏“国家与社会的逐步分离”,“因为没有什么社会集团、等级或机构设法维护它们对于政府的独立性,中国封建秩序的瓦解就不能像西方所作出的那样产生一个自由主义的国家和一种自由主义的理论。”^[104]

社会怎样制约权力?达尔在《民主理论的前言》说:“一种特定类型的社会对于民主至关重要,在这样的社会中,权力与各种社会功能以一种分散化的方式由众多相对独立的社团、组织和群体来行使。如下因素的极端重要性:独立的报纸、作为一种独立职业的律师、政治社团以及参与公民生活的其他团体,不仅包括商业公司和制造公司,也包括成千上万的其他种类的社会团体。”可见,除了公民结社,新闻自由、律师自治无疑是这一模式中的重要构成。阳光是最好的防腐剂。新闻自由揭去掌权者神秘的面纱,将其暴露在阳光之下。杰弗逊对于新闻自由充分肯定,他说:“人民是他们统治者的唯一监督者,甚至他们的错误也有助于促使统治者恪守他们制度的真正的原则。”^[105]“我们的第一个目标应该使所有通往真理的道路为人类开放,迄今为止所找到的最有效的道路就是新闻自由。因此,那些怕自己的行为被调查的人的第一件事就是把这条路封起来。”^[106]所以,杰弗逊认为:“如果由我来决定我们是要一个没有报纸的政府,还是要一个没有政府的报纸,我会毫不犹豫地选择后者。”西方国家的新闻历来喜欢批评政府及其官员,揭露政治丑闻,一旦政府及其官员的腐化、违法新闻公之于众,常会激起强烈的社会反响,形成强大的舆论压力,令腐败者身败名裂。美国近几十年来“水门”、“伊朗门”、“拉链门”等众多政治丑闻被媒体揭批,对政府形成了强有力的制衡作用。媒体已经成为这些国家立法、行政、司法之外的第四种权力,难怪美国大法官感慨:“掌管报纸、电台、电影和销路很广的杂志的人掌管着国家,无论我们愿意不愿意,我们必须接受这个事实。”^[107]在当代中国,新闻已经有了很大程度的自由,监督、批评国家权力部门的声音时常从媒体里传出,一定程度上发挥着制约监督权力的作用。但是,力度还不够,仍有进一步提升的空间。

律师自治,是现代世界各国普遍采用的律师管理形式,是指律师由律师协会管理,律师协会不是国家机关,而是具有法人资格的自治团体。律师自治是律师独立性的表现和要求。^[108]律师的独立性,是律师法律服务的必然要求,也符合律师活动的个体方式,因此《德里宣言》中将律师自治作为司法独立的条件之一。律师的自治性保证了律师在向社会提供法律服务时只服从法律,只考虑当事人利益,不必顾忌政府部门的意图,既维护了法律实施,又因为有法律作后盾而受到法律保护,客观上可以制约国家权力的扩张。因此,美国学者伯曼自豪地说:“在美国,律师是一个复杂法律制度的专家。他犹如法院里的官员一样,以一种替大众服务的精神来运用他们的知识,虽然法律界人士散布全国各地,并无统一组织,可是他们之间却存在一种同盟。美国人的企业及社会生活,以及政治制度的力量,都得靠律师们来担负起职业责任。”^[109]在我国,律师业基本实行了律师自治,新《律师法》出台也带给人们以希望。但审前阶段的律师在场权等依然没有得以确立,律师调查取证并没有强制手段,律师伪证罪的独特罪名也没有被去除,这些老生常谈的问题依然束缚着律师,妨碍其作用的积极发挥。

[103][美]昂格尔《现代社会中的法律》,吴玉章等译,译林出版社2001年版,第63页。

[104]同上书,第98、99页。

[105]前引[17],浦兴祖书,第311页。

[106]前引[63],杰弗逊书,第544页。

[107][美]蒙代尔《掌权者的责任》,曾越麟译,商务印书馆1978年版,第157页。

[108]谢佑平《刑事司法程序的一般理论》,复旦大学出版社2003年版,第221页。

[109][美]哈罗德·伯曼《美国法律讲话》,陈若恒译,三联书店1989年版,第208页。

(四)权力制约、监督的道德模式

我国自古以来强调以德治国,孔子说:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格。”由于几千年封建社会,腐败成风、贪官遍地,现代中国人对德治普遍采取怀疑态度,倾向于认为道德制约不了权力。这其实完全是一种误解。德治在我国古代的失败,并不是道德本身不能监督制约权力,而是国家不注重对法律的遵守,片面依赖于道德制约。我国古代,采取的是权大于法的人治模式,在中央,皇帝口含天宪、言出法随。在地方,太守、刺史等封疆大吏经常是行政司法不分、军事政务一体。面对这样的绝对权力,仅靠道德制约当然是无济于事。但是,如果在法治国家,绝对权力本身被消除的前提下,道德制约就会发挥很大的作用。对于制约权力而言,道德不是万能的,但离开道德却是万万不能的。

徒法不足以自行。任何法律、任何权力的实现,离不开人的实施。掌权者的道德状况,对权力是否受到制约,在很大程度上起到关键作用。良好的道德修养,是一种强有力的内在的权力制约机制。众所周知,任期制是制约权力、防止绝对权力产生的关键方法。美国之所以形成总统任期不超过两届的惯例,与华盛顿、杰弗逊等伟人的主动退隐密不可分,他们能够看透名利、不念权位,完全是其高尚的个人道德素养所致。相比之下,我国的袁世凯当上大总统之后,想方设法废除《临时约法》,制定出总统可以连任,并且连任后转变为终身制甚至世袭制的“宪法”。尽管如此,仍不满足,还想恢复帝制,最终身败名裂一命呜呼。袁世凯的道德状况有目共睹:他为保一己乌纱,出卖变法;为了升官发财,大肆向权贵行贿;为求日本支持,签订《二十一条》,出卖国家……这样一个道德沦丧、厚颜无耻之徒一旦登上权力的巅峰,祸国殃民、涂炭生灵也就不可避免。因此,即使是高呼三权分立,强调以权力对抗权力的孟德斯鸠也明确地说:“共和国需要品德。”〔110〕

在西方民主法治社会,道德并不像人们想象的那样可有可无,道德在社会生活中发挥着重要作用。媒体能够成为“第四种权力”,无非在于其可以揭露政要的丑闻,令其身败名裂,从根本来说,这其实就是基于道德所产生的压力。很多人认为道德只是一种自律机制,是靠当事人的内在动机完成自我约束,因此不能制约权力。这显然非常片面。从单个主体独立地看,道德是自律机制,遵守道德仿佛只是自己的事情,但从主体之间的互动关系看,道德更主要的是一种行为规范,不违反道德很多情况下是不愿意被舆论谴责。在美国一次对历届总统满意度的民意测验中,最差的总统是克林顿。众所周知,克林顿执政期间,美国迎来新经济时代,经济水平高速发展、综合国力大幅增强,将一度紧逼的竞争对手日本远远甩在后面,其优秀的政绩是无可置疑的。之所以被评为最差总统,无疑是受到“拉链门”事件的负面影响。美国人在两性关系上十分开放,但对其领袖却十分苛刻,不能不引起我们的深思。除了生活作风问题,人们认为克林顿不诚实(因为他在法庭上说谎),也是其被评为最差总统的主要原因。在美国,华盛顿、林肯等伟人小时候诚实的故事一直是青少年教育的重要素材,而在美国最高军事学府——西点军校,却在学员中广泛开展学习雷锋的思想教育活动。

美国并不因为法律制度相对健全而忽略道德制约的作用,相反,他们的法治很大程度上得益于道德的相助。在司法界,道德同样被置于非常重要的地位。美国的法官,除了治安法官之外,主要从执业十几年以上的律师中遴选,其条件除了业务能力突出外,就是不能有不道德的负面经历。正因为美国法官很高的道德素养,所以美国大法官弗里德曼在中国讲学时很自信地说:“联邦法官从来没有腐败纪录。”他认为消除司法腐败,除了司法独立外,要强调道德制约。“一是要消除政治老板的作用,二是要借助新闻舆论的作用。”〔111〕

同样是道德制约,美国的民主、法治因之而更加健全,而我国的历史却像王亚南先生讲得那样“二十四史是一部贪污史”。原因何在?道德制约究竟如何发挥作用?这是一个不能不认真对待的问题。笔者认为,关键在于如何运用道德制约。道德制约权力有两种作用机制,一是自律机制,二是他律

〔110〕前引〔26〕,孟德斯鸠书,第26页。

〔111〕前引〔91〕,宋冰书,第154页。

机制。依我国传统,在个人修养上讲究“见善思齐,见不善而自省”、“日有三省”的自律模式,而在行为方式上,崇尚君子“和而不同”、“和而不争”,对于别人的不良行为不敢、不屑于批评指正,导致道德制约完全陷入自律的泥潭,仅仅成为自我制约。自律的效率固然最高,但最没有保障。如果掌权者修养深厚,可能会“内圣外王”,但即使如李世民这样的明君,也曾几次想杀掉犯颜进谏的魏征。在我国封建时代,对于君主,通常只有自律,没有他律。最高权力不受制约,制约权力也就无从谈起。这才是德治在我国历史上失败的真正原因。今天,我们不应该再片面强调自律,忽视他律,不应该将道德制约狭隘地当成自我制约,更应该从人与人互动的角度去挖掘道德制约的力量。道德不仅是自我约束的行为规范,也是相互约束的社会行为规范。当然,道德他律,需要获得政治、法律、社会等方面的支持。言论自由、新闻自由、选举自由、正当程序等诸多政治法律制度均为道德他律提供了坚实有力的平台。在人民当家作主的时代,绝对权力已经从政治、法律上加以消解,道德他律解除了最大的束缚,完全可以和民主制度、法治制度并肩作战,共同制约、监督国家权力,防止权力滥用和腐败。

(五)权力制约、监督的暴力模式

制约、监督权力,除了政治、法律、社会、道德等常规模式外,还有一种特殊的暴力模式,即人民通过起义、暴动、革命的手段,推翻滥用权力、实施暴政的统治当局,建立新的政权。这是所有模式中最血腥、代价最为惨重的模式,尽管生活中人们感觉不到它,但是其历史上却在周而复始地发挥着作用。中国几千年历史,就是一部王朝不断更替的历史。暴力制约的印记非常清晰。每当在大的农民起义之后建立起来的朝代,开国的君主都非常注意约束权力,维护百姓的利益,加强吏治。而在列国纷争中取胜的诸侯建立的王朝,往往不顾百姓利益,也不注意制约权力。例如,汉朝、唐朝、明朝、清朝都是在大的农民起义之后建立的朝代,统治者执掌政权后,由于知道人民的力量,都注意轻徭薄赋、休养生息、惩治贪贿,往往带来一片盛世景象,朝代本身延续时间也比较长。其原因,唐太宗李世民说得非常清楚:“水可载舟,亦可覆舟。”“以史为鉴,可知兴替。”到了后期,皇帝自幼长在深宫,从小养尊处优,既远离了血雨腥风的年代,又不知世间的百姓疾苦,权力逐渐失去制约,慢慢腐败堕落,引发新的暴力冲突,最终被新的政权所替代。这就是暴力模式的深刻作用。而秦朝、晋朝、隋朝、元朝都是一方诸侯,靠着强大的武力征服建立起来的政权,其在夺取天下的过程中没有看到百姓起义的力量。因此,统治者一开始就滥用权力,政治上就不知道体恤民生,生活上穷奢极欲,社会矛盾非常尖锐,最终都不可避免地成为短命王朝。

关于暴力模式的评价,我国传统上一般以否定为主。尤其是,如果本朝不是农民起义取得的政权,官方的正史一般就将起义者称之为“贼”、“寇”或“匪”,如对黄巢、李自成等,都被当作“贼”写进史书,采取的是全面否定的态度,生怕民众效仿。而像汉朝、明朝等依靠农民起义夺取政权的朝代,态度缓和些。而许多西方学者对于人民暴乱却是持支持态度的。洛克就认为人民在遭遇暴政时有“反叛”的权利,在他那里,暴政的含义是“因为权力之所以授予某些人是为了管理人民和保护他们的财产,一旦被应用于其他目的,以及被利用来使人民贫穷、骚扰他们或使他们屈服于握有权力的人的专横和不正当的命令之下时,那么不论运用权力的人是一个人还是许多人,就立即成为暴政。”对于暴政,人民可以暴力反抗,他说:“对于滥用职权的强力的真正纠正办法,就是用强力对付强力。”当然,强力可以运用的条件是:“强力只能用来反对不义的和非法的强力。”^[112]杰弗逊在其起草的《独立宣言》中明确提出人民有革命的权利。“如果遇有任何形式的政府成为损害这些目的时,人民就有权利改变或废除它,以成立新的政府。”“有一个把人民置于暴政之下的阴谋的时候,人民既有权力也有义务推翻这个政府并为他们未来的安全建立一个新的保障。”不仅革命前坚持这一观点,革命胜利后,杰弗逊依然认为人民有权反抗。当1787年谢思起义时,作为掌权者,杰弗逊坦然地说:“让他们拿起武器吧!补救之道在于让他们弄清事实,赦免他们和抚慰他们。自由之树必须用爱国者和暴君的血来浇灌。它

[112]前引[14]洛克书,第128、98页。

是自由之树的天然肥料。”^{〔113〕}杰弗逊并不是鼓励叛乱,他只是认为人民的反抗比政治上的麻木和奴性要好得多,避免叛乱的方法,除了政府应该权力受制约外,还要发展教育,让民众能够明辨是非。

没有暴力革命,人类可能还在残酷、野蛮的中世纪挣扎;没有暴力革命,也不会有人民当家作主的社会主义中国的出现。暴力革命,最终结果虽然改天换地,但是其过程太血腥和残酷。生灵涂炭,民生凋敝,血流成河,尸骨如山的惨景,令人发出“天若有情天亦老,人间正道是沧桑”的无尽感慨。但愿人们不要忘记隐藏在历史深处的这种暴力制约!

结语:让法律监督权成为中国权力制约与监督的重要制度

历史的车轮,推动中国进入人民当家作主的伟大的社会主义阶段。社会主义的中国,应该是民主的、法治的、一切权力属于人民的国家。但是,权力公共所有与具体个人行使的内在矛盾并不因此而自动消失。社会主义的伟大,不在于权力会自动弃恶扬善,造福万民,而在于权力受到更加严格的制约与监督。只有更加严格地制约与监督权力,才能证明权力并不归掌权者私有,才能证明权力的真正主人是人民,这才是一切权力属于人民的根本保障。

总体看,我国当下的权力制约与监督制度已经十分健全。建立了较为完善的选举制度和政治协商制度,采用了民主集中制的领导方法,确立了针对官员的监察制度、罢免制度,废除领导终身制改为任期制、退休制,言论自由、新闻自由也都早已深入人心。人大监督、政协监督、行政监督、法律监督、纪律监督、媒体监督、舆论监督等词语人们耳熟能详、妇孺皆知。

制约与监督权力,既离不开人类文明的共同积淀,也离不开各国具体的、实存的政治、法律制度。与西方国家的“三权分立”不同,我国实行的是人民当家作主的“议行合一”的制度,与许多国家的联邦制不同,我国历史上就是一个单一制的国家,与许多国家两党制或多党制不同,我国的革命历史选择了由中国共产党领导的多党合作制。因此,我国的权力制约与监督制度既有借鉴国外经验、吸收人类共同文明结晶的地方,也有立足于本国国情、丰富和发展人类政治文明的探索和贡献。由检察机关作为法律监督者制约与监督权力,就是适应我国国体,立足本国实际的重要制度。遗憾的是,尽管宪法早有明文规定,但是由于制度跟进的断裂,法律监督制度更多地只是停留在诉讼监督的狭窄空间里,没有发挥应有的功能。不仅如此,由于主要是诉讼监督,而且占比过大的是刑事诉讼监督,常常留给人们检察官既当公诉人,同时又可以监督法官的印象,与司法独立的理念似乎有些冲突。其实,真正的法律监督权,应该走出诉讼监督的狭窄视域,面对更为宽广、更需要制约与监督的权力领域,例如行政权,因为“行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权,而且执掌社会的武力。”^{〔114〕}与司法权相比,行政权更容易扩张膨胀。首先,行政权讲究效率,行使时程序性控制不足,一般不要求具备公开性原则,也不强调平等对抗、居中裁判,其公平性无法与司法权相比;其次,行政权的任务多为社会管理,强调随机应变,自由裁量的成分远超司法权,因此权力的边界相对更为模糊;最后,行政权所要处理的内容繁杂,因而包含的权力更为广泛,显然更需要制约与监督。当然,审判权并不是不需要监督,当下的司法腐败仍较严重,一旦丧失法律监督,后果不堪设想。但是,审判独立作为法治的保障与体现的价值不容否认,同时我国的法治建设毕竟起步不久,审判独立仍然幼小稚嫩,需要人们倍加珍惜呵护。因此,对于审判的法律监督机制,应当认真研究、科学设计,既要能制约与监督法官,防止司法权力滥用,又要维护审判独立,保障司法公正!

〔113〕前引〔17〕,浦兴祖书,第306页。

〔114〕前引〔42〕,汉密尔顿书,第391页。