

# 分的什么权，集的什么权？

## ——读书札记一则

李斯特\*

### 一、

许多法律人喜谈分权，尤其喜谈分权下的司法权独立，他们言辞凿凿，似乎只要一朝实行分权，中国的所有问题都将迎刃而解，只要一天没有实行分权，中国人民就只能生活在水深火热之中。他们常用的名言警句有：“权力导致腐败，绝对权力导致绝对腐败”，<sup>1</sup>“一切有权力的人都容易滥用权力”，“有权力的人使用权力一直到遇有界限的地方才休止”，“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”，<sup>2</sup>等等。

这让我们既郁闷又困惑。数千年来，中国人居然从来不懂得如此重大而浅显的道理，直到别人来启蒙我们，还不郁闷！困惑的是，在漫天的欧风美雨之中，我们似乎也听到了西方思想家关于分权的一些不同声音，高明如西人，这么浅显的道理还要争论吗？面对困惑，我们是把耳朵堵起来，只听别人过滤的，还是把耳朵竖起来，多听听，多想想？我看还是自我启蒙，来个兼听则明的好。于是阅读、思考几位在分权问题上影响巨大的西方思想家的著述，并结合中国经验相互印证，就成为这篇读书札记的出发点。这份书单很不全面，只能是管窥蠡测，意在就正于方家；同时为了尽量保持原著的面目，本文多处有较长的原文直录，也要请读者原谅。

### 二、

为热衷于分权的人们所喜闻乐见的西方著作主要有孟德斯鸠的《论法的精神》、洛克的《政府论》，还有美国建国的实践和理论的结晶——《联邦党人文集》。而明确反对分权的则有博丹的《论主权》、霍布斯的《利维坦》和卢梭的《社会契约论》。

阅读上述著作后，令我惊叹的不是他们的对立，而是他们的不对立！博丹、霍布斯和卢梭，自然都站在主权者唯一，主权不可分割的立场上反对分权。博丹

---

\* 法学博士，华南师范大学法学院讲师。lisite@snu.edu.cn。

<sup>1</sup> 阿克贡：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，商务印书馆，2001。本文引用同一专著，自第一次以下仅列书名。

<sup>2</sup> 以上皆出自孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，商务印书馆，1959，184、185页。

认为，主权不可分割，主权者在上帝之下万民之上，除上帝的自然法外他不应受到任何法律的管制，因为所有法律皆出于他，主权理应决定一切而不听从任何命令。<sup>3</sup>

霍布斯和卢梭这两位修辞大师则不留情面地激烈抨击分权：

还有第六种说法，明显而直接地违反着国家的本质，那便是主权可以分割的说法。分割国家权利就是使国家解体，因为被分割的主权会互相摧毁。<sup>4</sup>

这种国家的不正常状况可以严格地比之于人体上的什么疾病我还弄不清楚。我曾经见过一个人在身体旁边又长出另一个人来，具有自己的头部、臂膀、胸部和胃部。如果他在另一边再长出一个人来，这比喻就非常恰当了。<sup>5</sup>

由于主权是不可转让的，同理，主权也是不可分割的。……<sup>6</sup>

可是，我们的政治家们既不能从原则上区分王权，于是便从对象上区分主权；他们把主权分为强力与意志，分为立法权力与行政权力，分为税收权、司法权与战争权，分为内政权与外交权。他们时而把这些部分混为一谈，时而又把它们拆开。他们把主权者弄成一个支离破碎拼凑起来的怪物；……<sup>7</sup>

然而使人惊讶的是，主张分权一派的洛克和孟德斯鸠竟然也写有以下文字：

在一个建立在自己的基础之上并按照自己的性质、即为了保护社会而行动的有组织的国家中，虽然只能有一个最高权力、即立法权，其余一切权力都是而且必须处于从属地位，……<sup>8</sup>

摩罗西人因为不知道怎样限制单一统治者的权力，设立了两个国王，这样他们削弱了国家，甚至削弱了统治权力；他们想要两个国王彼此竞赛，结果是两个国王互相敌视。<sup>9</sup>

在洛克的政府设计蓝图中，存在一个最高权力，那就是立法权，而执行权（包括对外权）都处于立法权之下。<sup>10</sup>而孟德斯鸠，毫无疑问，是在嘲讽摩罗西人的这种分权，因为他们设立了两个国王也就是两个主权者，因而竞赛变成敌视，国家被削弱了。这岂不就是博丹、霍布斯和卢梭的论调？对立何在？

我想，问题的纠结来自对分权与集权这对概念中的“权”字的误解。“权”翻译成汉语后不容易看到区别，但在西方语言中“权”字所对应的单词是不同的。我们之所以觉得霍布斯、卢梭与孟德斯鸠、洛克之间是对立的，是因为我们从译文的字面上理解问题（也许还有故意曲解的因素），而细读文本后我们发现了他们的一致，这种又对立又一致的矛盾就是“权”字的多重意义造成的。至少在英语里，“权”有两层含义：一是主权（sovereignty），一是权力（power）。博丹、

---

<sup>3</sup> 博丹：《论主权》（On Sovereignty），剑桥政治思想史原著系列（影印本），中国政法大学出版社，2003。

<sup>4</sup> 霍布斯：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，杨昌裕校，商务印书馆，1985，254页。

<sup>5</sup> 《利维坦》，258页。

<sup>6</sup> 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆，2003，33页。

<sup>7</sup> 同上注。

<sup>8</sup> 洛克：《政府论》，下篇，叶启芳、瞿菊农译，商务印书馆，1962，91页。

<sup>9</sup> 《论法的精神》，上册，199页。

<sup>10</sup> 《政府论》，下篇，92页。

霍布斯和卢梭非常清晰地是在主权的层面上反对分权，而孟德斯鸠和洛克则主要在权力(更准确的表述是治权, administrative power)的层面上主张分权(separation of powers)。当我们不加以区分时，就很容易误以为他们是相对立的。其实前面引述的文字显示，在主权问题上他们是高度一致的，都认为主权唯一，不可分割。

### 三、

那么，什么是主权？《布莱克维尔政治学百科全书》的定义是：“构成最高仲裁者（无论是个人或组织）属性的权力或权威，这类仲裁者对作出决策以及解决政治体系内的争端具有某种程度的最终权力，能够进行这种决策意味着对外部力量的独立性和对于内部团体享有最高权威或支配权。”<sup>11</sup>霍布斯的定义是：“一大群人相互订立信约，每人都对它的行为授权，以便使它能按其认为有利于大家的和平与共同防卫的方式运用全体的力量和手段的一个人格。”<sup>12</sup>且不细究定义，主权是一共同体或国家的最根本的、最高的权力，是一切权力的来源，这一点应当没有异议。“承当这一人格的人就称为主权者，并被说成是具有主权，其余的每一个人都是他的臣民。”（着重号为原文所有）<sup>13</sup>主权者既可能是个人，也可能是一群人。<sup>14</sup>对卢梭而言，主权者就是共同体本身，是“全体个人的结合所形成的公共人格”，国家、城邦、共和国、主权者、政权都是对它的不同称谓。<sup>15</sup>

卢梭提出的是人民主权的主张。其实我们也可以把霍布斯归为同一阵营，因为他虽然把重点放在确保主权者的至高地位上，但在他描绘的按约建立国家的图景中，主权毫无疑问来自人民的授意。这一点还启发我们，公意诚难测，正如天意诚难明，君权神授与主权在民，以德配天与当好人民公仆在实际效果上也未必不同，尽管他们的政治价值取向截然相反。

根据主权的一般定义，如果分权指的是分割主权的话，那至少在逻辑上我们不可能接受这样的说法。分割主权，意味着有不止一个的主权者，怎么可能设想共同体的最重要事务，尤其是在关系到共同体的生死存亡的安全问题上，居然有两个以上发号施令的主权者？那人民究竟何去何从？这简直不可思议！设若外敌入侵、恐怖袭击、天降巨灾、瘟疫肆虐、经济崩溃之际，共同体之内居然有数个至高的主权者，他们之间的意见相持不下，这个共同体的覆亡是不难想见的。霍布斯与众不同的深刻之处恰在于此。英国内战中“伏尸百万，流血漂橹”的惨酷现实刺激着他，促他深思并在《利维坦》中指出，国家按约成立，主权者诞生后这个过程旋即成为不可逆的，最高权力决不能再被推翻，也不应受到束缚。<sup>16</sup>这个貌似鼓吹暴政的理论是对人的脆弱、善变、嫉妒、猜疑的本性的深刻洞见，唯有利维坦的矗立能保证人免于“孤独、贫困、卑污、残忍而短寿”的自然状态。

---

<sup>11</sup> 戴维·米勒，韦农·波格丹诺主编：《布莱克维尔政治学百科全书》，中国问题研究所等组织翻译，邓正来（中文版）主编，中国政法大学出版社，1992，725页。

<sup>12</sup> 《利维坦》，132页。

<sup>13</sup> 同上注。

<sup>14</sup> 《利维坦》，142页。

<sup>15</sup> 《社会契约论》，21页。

<sup>16</sup> 《利维坦》，133-137，207页。

卢梭的公意，洛克的“社会始终保留着一种最高权力”，的确是十分崇高、动人的理论，但在实践中远不能解决主权者缺位的难题，他们虽然也意识到主权必须统一的道理，却都不及霍布斯认识得深刻。

因此分权、集权之争是“直把杭州作汴州”了。霍布斯非常清楚地预见到，主权绝不能被分割，否则主权将不再为主权，也就是我们常说的丧权辱国的丧权。一旦丧权，就根本谈不上分权还是集权了。皮之不存毛将焉附？

主权不可分割，并不是说任何权力都不容分散。霍布斯的判断标准是主权者转让该项权力是否会影响其保卫臣民的权力，他列举了言论审查权、立法权、司法权、对外权、选任权、惩处权、荣誉权都属于不可转让、不可分割的主权的一部分，其余权力则可以转让。<sup>17</sup>在可以转让的权力上才发生我们所说的分权的问题。对此我的引申理解是，在所谓是否会影响主权者保卫臣民的权力的判断上，并没有一个僵硬的界线，也就是说在不同时空中的共同体生活是不一样的，保证共同体安全的主权的具体内容也随之有所不同。

而且，在前述的这一判断上，应当再加一条更为明显的判断标准。由于主权是一切权力的来源，那么判断主权是否被削弱的标准就应是该权力被转让后主权者还能否有效地收回。换言之，这类似于中国土地承包，是使用权而非所有权的转让。主权的某些权能可以“承包”但不是转让，承包者只是“在各人的职位上代表主权者”<sup>18</sup>。风筝飞得再高再远，线没有断，掌控就还在。如汉代，景帝意图削藩，即有七国之乱，这表明主权已经被削弱了。如当代新中国，中央欲加强财力推行分税制改革，地方服从中央，这就是主权统一的象征。如此，霍布斯所言的例外也不存在了，主权不可分割、不可转让的说法将一以贯之，分权绝对不涉及主权，而始终只是主权之后、之下的问题。

从《利维坦》看中国历史给予我很大启发。前面提到，《利维坦》是惨酷的英国内战的产物。在战火纷飞的战国时代，中国曾有过与之非常类似的思想文字。且让我们在舆论和学说审查方面作一比较。为忠实原著，请允许我冗长地直引：

决定哪些学说和意见有害于和平，哪些有利于和平，决定对人民大众讲话时什么人在什么情况下和什么程度内应受到信任，以及决定在一切书籍出版前，其中的学说应当由谁来审查等都属于主权范围。……因为人们被不负责任地统治到如此程度，以致敢于用武力保卫或介绍一种意见，他们便仍然处在战争状态中。……因之，主权者便有权审定意见和学说，或任命全体审定人，把这事当成和平所必需的事，像这样来防止纠纷和内战。<sup>19</sup>

古者民始生未有刑政之时，盖其语，人异义。是以一人则一义，二人则二义，十人则十义。其人兹众，其所谓义者亦兹众。是以人是其义，以非人之义，故交相非也。是以内者父子兄弟作怨恶，离散不能相和合。天下之百姓，皆以水火毒药相亏害，至有余力不能以相劳。腐朽余财不以相分，隐匿良道不以相教，天下之乱，若禽兽然。

夫明乎天下之所以乱者，生于无政长。是故选天下之贤可者，立以为天子。

---

<sup>17</sup> 《利维坦》，139页。

<sup>18</sup> 《利维坦》，264页。

<sup>19</sup> 《利维坦》，137页。

天子唯能一同天下之义，是以天下治也。<sup>20</sup>

在“一同天下之义”的主张上，霍布斯与墨子是多么的异口同声啊！请再看：

任何东西所付出的代价都不像我们西方世界学习希腊和拉丁文著述所付出的代价那样大。<sup>21</sup>

总之，我想象不出还有什么事比下述做法更加有害于君主国家，那便是现在不让谨慎周到的大师们适当地校正这些书以便除去其中的毒害，就任其公开阅读。<sup>22</sup>

诸位听听，这活脱脱就是一位力倡“燔诗书以明法令”<sup>23</sup>、“一言”、<sup>24</sup>“一赏、一刑、一教”<sup>25</sup>的西方商君嘛！要是秦始皇能读到《利维坦》的话，我相信他也一定会感叹一声：“嗟乎！寡人得见此人与之游，死不恨矣！”<sup>26</sup>

不独霍布斯、墨子、商鞅、韩非，孔子著《春秋》也是如此。“春秋期间，弑君三十六，亡国五十二，诸侯奔走不得保其社稷者不可胜数。察其所以，皆失其本已。”<sup>27</sup>孔子痛感于共同体的瓦解，人民流离失所，因而作《春秋》使“乱臣贼子惧”，“拨乱世反之正”。<sup>28</sup>《礼》、《乐》的理想也不离于此。当然，在国家、主权、政体的具体问题上霍布斯与先秦诸子们不可能分享多少共识，但他们着眼于如何建立共同体脱离战祸横结、生灵涂炭自然状态的出发点没有分别，而他们最终把解决方案归结于唯一、至高主权者的确立也没有分别。太史公以“天下一致而百虑，同归而殊途”<sup>29</sup>评论百家，真是令人拜服！阴阳家“序四时之大顺，不可失”，儒家“序君臣父子之礼，列夫妇长幼之别，不可易”，墨家“强本节用，不可废”，法家“正君臣上下之分，不可改”，名家“正名实，不可不察”，<sup>30</sup>还有后来的“罢黜百家，独尊儒术”，这都是为结束纷争实现和平的努力。

这样来比较不是要借西方思想家为中国古代诸子贴金，也不是推销什么普世价值，而是要指出，他们同声共气，只因为他们都是真正的猛士，敢于直面和正视各自时代的“惨淡的人生，淋漓的鲜血”。回首十六世纪的法国宗教战争，十七世纪的英国内战，春秋战国时代的诸侯争霸……对于人民，还有什么比安全更加宝贵的呢？请允许我录一首诗于此：

不再有友谊和怜悯

不再有礼数风度

不再有倚靠

---

<sup>20</sup> 《墨子·尚同上》。

<sup>21</sup> 《利维坦》，168页。

<sup>22</sup> 《利维坦》，255页。

<sup>23</sup> 《史记·商君列传》。

<sup>24</sup> 《商君书锥指·一言》。

<sup>25</sup> 《商君书锥指·赏刑》。

<sup>26</sup> 《史记·老子韩非列传》。

<sup>27</sup> 《史记·太史公自序》。

<sup>28</sup> 同上注。

<sup>29</sup> 同上注。

<sup>30</sup> 同上注。

和安逸

一切都只是让人烦恼伤感……

我们看到色彩灿烂的

美丽鲜花

变成蒿草一蓬；

我们看到美丽的花园

在清晨衰败凋零<sup>31</sup>

#### 四、

如果有人认为诸子百家、包括博丹、霍布斯都是专制主义一脉何足道哉的话，那我们再来看大多数人推崇的《联邦党人文集》好了。许多人在谈论《联邦党人文集》时都高声赞美它如何保持各州的独立，如何实现立法、行政、司法的分权，在第二点上也更多把它与孟德斯鸠的分权思想联系起来，《联邦党人文集》的确曾专门讨论了孟德斯鸠的分权思想。<sup>32</sup>但在我看来，《联邦党人文集》中隐蔽的上帝是《利维坦》，《联邦党人文集》中雷打不动的首要问题是主权而非分权，美国建国与《利维坦》，犹如实践与理念的双轨并进。

《利维坦》言，安全是第一要务。<sup>33</sup>《联邦党人文集》指出：“在一个明智而自由的人民认为必须注意的许多事物当中，为自己提供安全看来是首要的事情。”<sup>34</sup>（着重号为原文所有）《利维坦》言，要实现安全，必须存在唯一的、最高的主权者，因而主权是不可分割的。《联邦党人文集》指出，指望联邦强大的同时各成员又完全独立的想法是“盲目崇拜主权内的主权这种政治上的怪物”。<sup>35</sup>（着重号为原文所有）《利维坦》言，分割主权是畸形怪胎，<sup>36</sup>《联邦党人文集》指出，反对限制州权力，反对联邦宪法和法律高于州宪法和法律的意見必定导致“全世界将初次看到一种以颠倒一切政府的基本原则为基础政府制度；全世界将看到整个社会的权力到处服从于各部分的权力；全世界将看到一只头脑听从四肢指挥的怪物。”<sup>37</sup>《联邦党人文集》还指出：“反对制宪会议计划的人，不去首先考虑为达到联邦政府的目的绝对需要多少权力，却费尽心机研究拟议中的那种权力对各州政府可能产生的后果这一次要问题。”<sup>38</sup>无需再援引了，联邦党人为之呕心沥血的正是伟大的利维坦的缔造。

---

<sup>31</sup> 作于16世纪宗教战争中的“春又回之歌”，转引自《法国史》，杜比主编，吕一民、沈坚、黄艳红等译，上册，590页。

<sup>32</sup> 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆，1980，145-151页。

<sup>33</sup> 《利维坦》，97、98页。

<sup>34</sup> 《联邦党人文集》，11页。

<sup>35</sup> 《联邦党人文集》，73页。

<sup>36</sup> 《利维坦》，258页。

<sup>37</sup> 《联邦党人文集》，234页。

<sup>38</sup> 《联邦党人文集》，235页。

《利维坦》言，少数人联合不能使人们得到安全，<sup>39</sup>与其他国家和民族宣战媾和的权力属于唯一的主权者。<sup>40</sup>《联邦党人文集》指出，如果美国分为十三个分散的州或三四个邦联，政府就不能集中全国的最优秀人才，就不容易防止私心，政府和政府之间就不能统一行动，就不能集中全国的资源 and 力量，也就不能得到尊重。

如果他们发现我们或者缺乏一个有效率的政府，或者分为三四个独立的、也许不够和睦的共和国或者邦联，一个亲英、另一个亲法，再一个亲西班牙，也许三个国家彼此相互拆台，那么美国的形象在他们的眼中将显得多么卑贱，多么可怜！她怎么不该不仅被他们轻视，而且还遭到他们迫害呢。<sup>41</sup>

《利维坦》言，主权者必须是国民军的最高统帅，<sup>42</sup>《联邦党人文集》指出，联邦政府应当拥有维持国家军队的权力。<sup>43</sup>《利维坦》言，因为人总会倾向于放大自己的损失，无视共同体的灾害，所以主权者必须保有征税权，在平时尽量对臣民征敛，以备紧急之需。<sup>44</sup>《联邦党人文集》指出，联邦政府必须含有征税的全面权力，联邦的未来需要是无法估计和限制的，征收的权力应当与联邦的需要相适应，征税的不足部分如果依赖各州征收来补足，必定会削弱联邦，并播下不和的种子。<sup>45</sup>

说到这里，请允许再传唤斯密先生为我们出庭作证。这位以“看不见的手”著称，被后世尊为自由经济鼻祖的伟大学者，在利维坦问题可毫不含糊。他十分清醒，安全是自由的前提，主权是安全的前提。“君主的义务，首在保护本国社会的安全，使其不受其他独立社会的暴行与侵略”，<sup>46</sup>而一国的军权同时掌握在享有民政权力的人的手里，则军队对自由绝无危险，它还可能有利于自由，因为君主有了常备军护持，就没有安全的隐忧，他就无须时时猜疑和监视市民的言行。相反，如果分割主权，军队统帅的利益与国家宪法的维持不一定关联时，军队才会威胁自由。<sup>47</sup>《联邦党人文集》对于安全与自由的关系亦作如是观：

不受外来威胁，是治国最有力的指导者。即使对自由的热爱，过一个时期以后，也会服从于它的指挥。伴随战争发生的生命与财产的强烈破坏，以及连续不断的危险状态所带来的不断的努力和惊恐，迫使最爱慕自由的国家为了安宁和安全而采取有破坏自身民权和政治权利倾向的制度。为了更加安全，它们最后宁可冒比较不自由的危险。<sup>48</sup>

在这里，斯密与霍布斯，还有联邦党人，殊途而同归了。强大的主权绝不会扼杀自由，相反，自由要建造在强大主权的磐石之上。如果依照某些人的狂热臆想，让分权染指主权的话，自由便不复存在了。但愿人们不要忘记霍布斯在《利维坦》中对历史的沉痛总结：

---

<sup>39</sup> 《利维坦》，129页。

<sup>40</sup> 《利维坦》，138页。

<sup>41</sup> 《联邦党人文集》，19页。

<sup>42</sup> 《利维坦》，138页。

<sup>43</sup> 《联邦党人文集》，17、18、114-144页。

<sup>44</sup> 《利维坦》，142页。

<sup>45</sup> 《联邦党人文集》，145-150页。

<sup>46</sup> 亚当·斯密：《国民财富的性质和原因的研究》，下卷，郭大力、王亚南译，商务印书馆，1974，254页。

<sup>47</sup> 《国民财富的性质和原因的研究》，下卷，270页。

<sup>48</sup> 《联邦党人文集》，36页。

如果英格兰绝大部分人当初没有接受一种看法，将这些权力在国王、上院、下院之间加以分割，人民便绝不会分裂而首先在政见不同的人之间发生内战，接着又在宗教自由问题方面各持异议的人之间发生内战。<sup>49</sup>

## 五、

既然主权根本不可转让、不可分割，那也就无所谓主权的分与集。因此分权与集权讨论的并不是主权问题。如前所述，洛克、孟德斯鸠他们所言的分权根本不是指分割主权。洛克明言，立法权高于一切，其它权力都从属于立法权，孟德斯鸠批评了摩罗西人拥立两个国王的愚蠢做法，这都表明了他们对于主权不可分割的态度是非常明确的。那么他们所言的分权又是怎么回事？

就我的理解，洛克、孟德斯鸠所言的分权，分的是治权，即治理国家和社会的具体职权。洛克在《政府论》中提到，因为立法机关（主权者）难以事事躬亲，所以有必要设立执行机关作为它的左膀右臂，它们之间是大脑与躯体的关系。<sup>50</sup>

如果分权指的是分割治权，则虽然古今中外的国家形态千姿百态，主权和主权者的应有之义也天差地别，我敢肯定分权是时时处处都在进行的，因为不可能有主权者能够胜任所有治权的行使。洛克如是说，连好多年前的墨子也如是说：“天子立，以其力为未足，又选择天下之贤可者，置立之以为三公。”<sup>51</sup>天子掌握最高权力，而治权却不免要分授在三公、诸侯国君、正长手里。而《利维坦》中有专章讨论“主权者的政务大臣”，也是在谈具体的治权的分配。<sup>52</sup>分权无时无处不在，意味着集权只是对分权程度相对较低的状态的一种表述，也意味着分权也不可能是现代才有的产物，现代所产出的只是新的分权形态罢了。三公九卿、三省六部，难道就不是分权？

我这样狂妄演绎，竟把分权这一伟大的理论发明与臭名昭著的专制政体联系起来。还真让说对了，在启蒙思想家眼里，分权确实不曾排斥某一类型的政体，也就是说分权完全可以兼容于一人、少数人担当主权者的政体。我们注意到，霍布斯、洛克和孟德斯鸠，他们对于政体的分类尽管有出入，但都可追根溯源至亚里士多德，即把政体分成君主制、贵族制、共和制。<sup>53</sup>亚里士多德的《政治学》中还指出，这三类政体都可能蜕变成相应的不良变体：僭主制、寡头制、平民制。无论在一人、少数人或多数人担当主权者的君主制、贵族制与共和制当中，主权者都代表着共同体的利益，但在僭主制、寡头制、平民制中，主权者只谋求个人的、富人的或穷人的利益，无一为全体公民谋求共同利益。<sup>54</sup>也就是说，在任一种政体下都可能出现暴政，区别只在于这是一人的、少数权贵的、还是多数平民的暴政。所以纵然把分权理解为把主权分配至多少人的手上也不能防止专权、极权的发生。分权要解决的，不是政体选择的问题，亚里士多德、霍布斯、孟德斯

---

<sup>49</sup> 《利维坦》，140页。

<sup>50</sup> 《政府论》，下篇，91-96页。

<sup>51</sup> 《墨子·尚同上》。

<sup>52</sup> 《利维坦》，第23章，186-191页。

<sup>53</sup> 亚里士多德：《政治学》，颜一、秦典华译，中国人民大学出版社，2003，84页。

<sup>54</sup> 同上注。



鸠从没有这样看待问题，尽管亚里士多德更青睐多数人统治的政体，霍布斯更倾向君主政体，但他们都极为明智地坚持了政体问题要从城邦和国家的实际情况出发。有识之士从不会被意识形态蒙蔽双眼，我们听听孟德斯鸠是怎么说的：

民主政治和贵族政治的国家，在性质上，并不是自由的国家。政治自由只在宽和的政府里存在。不过它并不是经常存在于政治宽和的国家里；它只在那样的国家的权力不被滥用的时候才存在。<sup>55</sup>

恰恰发轫于此，我们才找到西方思想家提出分权的良苦用心，那就是在政体确立也就是主权确立之后，要通过合理分配治权来防止因政体蜕变而危及共同体安全。《论法的精神》长篇大论寻求的就是如何针对每种政体的各自原则用不同的分权模式防止政体的腐化。<sup>56</sup>一言以蔽之，分权是为保持主权的健康和强大而产生的。

因此，用无分权导致专权、极权来批评中外的君主政体，或者批评今天中国的一党专政制度完全是“城隍庙里拜菩萨——找错了门”。以分权乃分配治权观之，首先，这些国家存在分权，其次，这些政制也不会妨碍分权。孟德斯鸠说，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；当司法权不同立法权和行政权分立，自由也就不存在了。<sup>57</sup>这一说法是不够清晰的，至少是容易误导人的，因为他没有提到前提条件，立法权、行政权和司法权的源泉在哪里？总得先有了立法、行政、司法权，才能分立吧？前面我们已经说过了，权力的源泉只能是主权。那么孟德斯鸠谈这三权应该分别掌握在不同的人或机关的手里，显然不能认为是说三权应该分别掌握在不同的主权者手里。要么主权者凌驾于这些人和机关之上，要么其中某一人和机关作为主权者凌驾于其他人和机关之上，结果都是分权不涉主权。

孟德斯鸠认为权力一旦集中，国王或议会就将制定并执行暴虐的法律，侵害公民的生命和自由，<sup>58</sup>如果以为这个说法是针对主权而言的话，它在逻辑上也不成立。也是前面讲过的，霍布斯和斯密都雄辩地论证了，主权者大权独揽，主权非常强大的时候，臣民或公民能享有更加充分的自由。君主热衷于损害自己的王国怎么会是一种规律？而一党为什么就一定比党员总人数占人口同样比例的两党或多党糟糕呢？一党之中的宗派之争，跟党与党之间的党争又有什么分别？这是我难以理解的。

但是如果权力分立指的是治权的分立，孟德斯鸠的说法实乃卓识远见。当从事实际治理事务的人或机关握有过多的权力时，他们的自身利益就背离了共同体利益，政体在这个时候就会发生蜕变，主权就会受到损害，共同体就会面临解体或覆亡的威胁。合理的分权可以避免这种危险，保持政体的健康和主权的强盛，从而保证共同体的安全和人们的自由。分权，不但不涉主权，它生来就是为主权服务的。

由此想到中英两国在香港问题上的谈判。英国当局居然向中国政府提出什么“主权换治权”的方案，他们书读得太差，把老祖宗的教训忘得一干二净了，他

---

<sup>55</sup> 《论法的精神》，上册，183、184页。

<sup>56</sup> 《论法的精神》，上册。

<sup>57</sup> 《论法的精神》，上册，185页。

<sup>58</sup> 同上注。

们忘了主权是不得分割的；但其实他们是书读得太好，他们清楚得很，这种分权方案一旦被接受，主权就不成其为主权。他们可没忘记老祖宗，只是不把别人的主权当主权想任意宰割就是了。

## 六、

本文的题目似乎要讨论分权与集权的问题，但实际成了分权与主权的问题。本文强调主权不可分割，主权先于、高于分权，分权指涉的是分配治权。这是不是只在做文字游戏呢？最终你不还是在讨论权力的分散和集中吗？我以为不是的，本文的梳理有超越修辞的地方。称谓问题有时不仅仅是称谓问题。

首先，在逻辑上这一区分是必要的。它帮助我们理清了历史上关于分权的争论，而且，所有纷争最终总得有一个一锤定音的时刻，光有分权在理论上不能解释这一事实。在分权之上引入主权，在逻辑上更加顺理成章。

但逻辑除了对理论家外没有那么重要，真正重要的是这一分析解释了一个所有人类共同体都会面临的问题。不要忘记，本文所涉及的作者基本都是经历过共同体危机的。当共同体处于危险关头，主权问题的生死攸关的意义就清晰地显现出来，危机是召唤主权的飞符。此时此刻，主权凌驾分权、法律乃至一切，这既是一种特权，也是一种义务，即对共同体也对自己负责的义务。主权不可能受分权的制约，因为分权来自授权，授权来自法律，而法律来自主权。诚如美国联邦大法官们所言，美利坚的主权不来自宪法，而来自独立战争的胜利，主权先于宪法。<sup>59</sup>基于这一事实，美国主权者在宪政时刻屡屡突破分权、法律甚至宪法，不但具有合理性，而且无违合法性。<sup>60</sup>同理，新中国的主权不来自共和国宪法，而来自人民解放战争的胜利。有法律人会为这个论点鼓掌吗？

有，波斯纳法官会是一个。也许他还会为主权凌驾司法独立之上鼓掌。在《并非自杀契约》一书中，波斯纳法官虽然没有明确指出当危机来临之际谁是主权者，但他相当明确地指出，联邦最高法院不是。<sup>61</sup>我们发现，在现代生活中我们常常会用国家、政府、甚至在中国还用共产党这些概念作为主权者的笼统指称，但法院这个概念从来没享受过这一殊荣，我们大多数人在谈主权时脑海很少出现法院。事实上，没钱、没剑、少人、非民选的司法如何能够在一个绝对的意义上独立？真叫人犯糊涂。说到底，司法机关只是在平时可以就普通事务享有独立裁判权。可别忘了，孟德斯鸠谈三权分立，他所说的司法权是“关于民政法规的行政权力”，只是为了表述方便，把他叫做司法权，以容易区别于“有关国际法事项的行政权力”即行政权。<sup>62</sup>所以他又说：“在上述三权中，司法权在某种意义上可以说是不存在的。”<sup>63</sup>这也是洛克为什么只区分立法权与执行权的原因。而且即使这种程度上的独立权也只是主权“承包”给它的；一旦危机来临，主权者就收回去了，有点像一只手，放松的时候有五个指头，攥紧的时候就是一个拳头，但终究那是一只手而不是五只手。主权面前，何来司法独立？我们什么时候看到生死

---

<sup>59</sup> 转引自波斯纳：《并非自杀契约》，苏力译，北京大学出版社，2010，6页。

<sup>60</sup> 《并非自杀契约》，159-164页。

<sup>61</sup> 《并非自杀契约》，11页。

<sup>62</sup> 《论法的精神》，上册，185页。

<sup>63</sup> 《论法的精神》，上册，190页。

攸关的国家大事是由一个日常法院哪怕是最高法院来决定的？处死查理一世？南北战争？罗斯福新政？纽伦堡、东京审判？应对 911？审判林彪、四人帮反革命集团？中国改革开放？一个也没有！在这个意义上杰克逊大法官的话更应该翻转来说：你们说得对不是因为你们说了算，你们说了算只是因为你们说得对。说得对，或沉默得对，让你说了算；说得不对，主权就要说不。

彻底斩断分权之手伸向主权的理论取向还有利于正确地揭示，分权不能决定政体，也不专属于某一类型的政体，从而有力地驳斥了把分权作为判断政体优劣的标准说法。相反，主权是分权得以发生的前提，因而政体要解决的是从实际国情出发建立主权的问题，也就是利维坦问题，或者说是建国（state building）问题。<sup>64</sup>对近代中国而言，外敌环峙、内部动荡、民族问题复杂、国家积贫积弱，所有这些因素都构成了“亡国灭种”的共同体危机，国家需要一个强有力的政党承担起主权者的角色，而且不能承受三权分立的模式。毛泽东为首的第一代共和国领导人反复强调“中国共产党是全中国人民的领导核心。没有这样一个核心，社会主义事业就不能胜利”，<sup>65</sup>邓小平反复说三权鼎立不适合中国，<sup>66</sup>正是这一道理。比起救亡图存，分不分权有什么重要？

论及此，我们会明白，韩非、马基雅维利不厌其烦地、极其露骨地探讨南面之术，甚至鼓动君主为捍卫君权可以无视法律与道德的束缚，“妥善地使用”暴力和诈术，不是为专制、极权服务，而是要解决主权的问题，归根结底是解决共同体的安全问题，也即个人的自由问题。杰克逊大法官说得漂亮：“问题并非选择秩序还是选择自由；而是选择有序的自由还是选择既无自由也无秩序的天下大乱。”<sup>67</sup>不过还是让我们再一次向霍布斯和他的《利维坦》致敬吧——

人类的事情决不可能没有一点毛病。而任何政府形式可能对全体人民普遍发生的最大不利跟伴随内战而来的惨状和可怕的灾难相比起来或者跟那种无人统治，没有服从法律与强制力量以约束其人民的掠夺与复仇之手的紊乱状态比起来，简直就是小巫见大巫了。<sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> 参见苏力教授：“中央与地方的分权”，见苏力：《道路通向城市》，法律出版社，2004，45-83页。

<sup>65</sup> “中国共产党是全中国人民的领导核心”，见《毛泽东选集》，第五卷，人民出版社，1977，430页。

<sup>66</sup> “旗帜鲜明地反对资产阶级自由化”，“没有安定的政治环境什么事都干不成”，见《邓小平文选》，第三卷，

<sup>67</sup> 转引自《并非自杀契约》，扉页。

<sup>68</sup> 《利维坦》，141页。