

民国宪制设计的庞德方案:安全与自由的衡平

陈范宏*

摘要:近代中国政潮汹涌,立宪频仍,实验了欧美成功宪制的诸多范例,然未尝胜绩。国民政府根据孙中山博稽中外的五权宪法理论,绍承清季以来的立宪之路。美国法儒庞德此时应邀来华,试图以宪法文本的解释与适用取代政治道德、政治权势之变来实现宪法的制度化。其将三民主义解读为国族统一、私权保障与服务国家。服务国家对应孙文之万能政府;而私权保障则暗合孙文所谓“听人民的话”。庞德借助这一契合重构民国宪制,从而导向其以盎格鲁美国宪政民主模式为底本,因应服务国家中社会安全与个体自由衡平之需要的司法中心模式。具体而言之,即强势且独立的司法权、弱势立法权、必要而节制的行政扩权这一服务国家理念下维持文明生活方式不易的宪制方案。

关键词:庞德 司法中心 三民主义 司法审查 服务国家

一、序说:立宪的坎坷路

政潮汹涌、立宪频仍的近代中国,宪法成为争权夺利之外衣,文本递嬗之快,令人咋舌。⁽¹⁾几乎尝试了欧美既有成功政体的主要选项(二元君主制、虚君立宪、总统制、内阁制),甚至还独立开发了混合政体(半总统制)。⁽²⁾近代立宪运动可谓坎坷,围绕政治力量的“你方唱罢我登场”,宪制设计也因之曲折反复,最终都不免落于失败窠臼,1946年民国宪法也不过局促于孤悬海岛,小锅小灶地适用至今。论者尝谓,清季民国昙花一现之宪法,几无专研意义,⁽³⁾从宪政实践经验面观之,所言不虚。但纸面宪法未能落实为宪政,并不能抹杀制宪先贤“参考古今,博稽中外”的智识贡献与宪法创作。观古鉴今,法政精英一直在探索近代立宪“屡战屡败”之因缘及对策。宪政未能肇建于中国之分析主要有三条线索:一是检讨制度规范。以宪制模式的选择为成败关键,是以有各种制度的更迭争论,究其实,乃赋予宪法不能承受之重:创建宪政。因此,立宪失败,宪制的不当选择难辞其咎。⁽⁴⁾二是反思文化

* 暨南大学知识产权研究院讲师,法学博士。本文系国家社科基金一般项目“罗马法与中国民法法典化研究(15BFX104)”的阶段性研究成果。

(1) 近代中国自晚清立宪以迄南京国民政府,共出台十多个宪法文件:《钦定宪法大纲》、《宪法重大信条》、《中华民国临时政府组织大纲》、《中华民国临时约法》、《中华民国宪法草案》(民国二年)、《中华民国约法》、《中华帝国宪法案》、《中华民国宪法草案》(民六宪草)、《中华民国宪法草案》(安福宪法)、《中华民国宪法》(曹锟宪法)、《中华民国宪法案》(国宪草案)、《训政纲领》、《中华民国约法草案》、《中华民国训政时期约法》、《中华民国宪法草案》(五五宪草)、《中华民国宪法草案修正草案》(期成宪草)、《中华民国宪法草案》(政协宪草)、《中华民国宪法》。

(2) 有论者指出近代中国宪法从开始即试图调和总统制与内阁制,于1913年“天坛宪草”半总统制即已基本定型,1946年民国宪法正式确立比较典型的半总统制,独立完成这一混合政体的创作。参见聂鑫《近代中国宪制的发展》,载《中国法学》2015年第6期,第202页。

(3) 参见张千帆《宪法学导论》,法律出版社2004年版,第87页。

(4) 参见严泉《〈天坛宪法草案〉与民初宪政选择的失败》,载《开放时代》2003年第5期,第43-52页。

传统。西方宪政肇生于文化,是一种内生性自然演进之结果;而我国传统政治文化窒碍宪政生成。诸如“权大于法”的文化环境下,宪法作为权力制衡之努力只能是徒劳;⁽⁵⁾ 欧美宪政“绝对不合中国需要”;⁽⁶⁾ 中国民众自治经验、公共教育欠缺,不具备共和制所需要之政治智慧和能力。⁽⁷⁾ 但亦不乏以传统为积极资源者,如康有为、余英时等。⁽⁸⁾ 三是权衡现实势理。势即不相上下的社会力量,“谁也不敢欺负谁”的制衡格局;理即各方之法律信仰,遵奉宪法的彼此共识。所以,制宪必须基于政治现实折衷妥协,条件不备下贸然制宪难免失败;宪法文本与政治实力为基础的“绝对宪法”脱节难以有基本共识。此外,有论者将立宪失败归罪于军阀政治;⁽⁹⁾ 因人立法、贿选宪法等程序瑕疵之诱因,归根结底仍落于前述三条线索之框架。

追溯挫败因缘,端为对症下药:倡言渐进改良者有之,如严复、胡适诸公,唯有民智开化、理性训练后方可标本兼治,重症不宜猛药;鼓吹暴力革命者有之,如孙中山、陈独秀等国共两党人士,寻求外科手术式的总体解决。前者又可细分为自上而下的立宪维新,如康有为、梁启超的变法改革;及自下而上的除旧布新,如梁漱溟的乡村建设运动。无论是激进革命,还是渐进改良,意在扫除社会历史、文化、现实等多重制约,皆以制定一部完备而可行的宪法为追求目标。最终,或无实现之时机,抑或由枪炮之射程来决定自己权力的范围进而褒贬其他。那么,在近代中国有没有一种不汲汲于以权势为基础的宪法文本革命,而笃力既存文本的解释与适用,进而实现宪法制度化的路径;跳脱于政治总解决以重组社会的“启蒙-革命”视域而是专注于尊重传统与因应时需并举的宪法实践来构建宪制政府(constitutional government)的尝试呢?

美国法学家庞德(Roscoe Pound)受聘国民政府而对中国宪制之擘画即为一例,其“内阁制不适国情”论说及“帝国主义反动帮凶与典型奴才”身份遭遇了口诛笔伐,⁽¹⁰⁾ 至于外人的具体立论及导出中国宪制之选择、路径则隐匿于历史的尘埃中。过浓的政治挂帅往往模糊了历史人物及其所参与事件的本相,更掩盖了其垂范当下的经验珍璧。近来,有论者试图跳脱于政治站队的束缚而着力于外人在华具体言行,努力还原全貌。如田雷对古德诺(Frank J. Goodnow)言行的重新解读;亦有不少注重有贺长雄具体言说而为中肯之论。⁽¹¹⁾ 然而,学界关于庞德来华之研究,主要致力于其主持国府法制改革之法制史梳理,鲜有专门论述其对民国宪政设计之解读及在既有框架内重构中国宪制的努力。关涉其“宪政意见”有关之论述,往往也仅基于文本的分析申言其对国府之力挺,或引用当时舆论之批判訾讥庞德为雇主解围之行径。⁽¹²⁾ 至于庞德把脉我国具体情势而开列之宪制“药方”则鲜有齿及。管见以为,庞德以文本解释与适用取代政治道德、政治权势之变来实现宪法的制度化,通过策略性解读及落实方案的设计,实现对民国宪制的重构,从而导向其修正后的美国式宪政民主模式,殊有回溯价

(5) 同注3引书,第106页。

(6) 参见梁漱溟《国共两党和谈中的孙科》,载《梁漱溟全集》(第7卷),山东人民出版社1993年版,第195-196页。

(7) See Frank J. Goodnow, *Reform in China*, 9 Am. Pol. Sci. Rev. 209, 211-224 (1915).

(8) 康有为努力从传统政治与文化权威汲取养分塑造新的政治权威以实现宪制的构建,参见章永乐《共和的诤友:康有为〈拟中华民国宪法草案〉评注》,载《中外法学》2010年第2期,第243页;余英时将儒家的仁恕、墨家的兼爱、道家的无为与西方强调人之尊严、博爱、个人自由反对政治力量的过分介入等比附,认为中国人文传统不乏与现代民主精神相契合的因子,参见余英时《钱穆与中国文化》,上海远东出版社1994年版,第286页。

(9) 参见王人博《宪政之累——近代中国宪政文化的沉思》,载《现代法学》1997年第4期,第104页。

(10) 民国时期对庞德宪制观点的批判见于1946年12月上海《大公报》发表的社论《辟“不合国情说”》及戴文葆《异哉,所谓内阁制不合国情!》。参见王健编《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第130-137页。

(11) 参见李超《论民初宪法顾问有贺长雄的制宪思想》,载《湖北社会科学》2015年第7期,第106-114页;张晋藩《“变”与“不变”:20世纪上半期中国法律近代化转型的趋向问题》,载《史学月刊》2004年第7期,第5-7页。

(12) 参见王健《庞德与中国近代的法律改革》,载《现代法学》2001年第5期,第29页。

值。诚然,时移世易,但清末民国时期“富强宪法”的理念、掣肘宪政在地化之诸因素似乎换装重现。庞德提供了一个在保持既有文本基本不易,假借策略性诠释重置宪政设计,进而通过法学家、法官之解读与适用注入宪政基本元素,着眼将来宪制发展的方案,不失为宪法文本革命之外的一个平稳选择。虽然,从实践成果观之,庞德给中国指明的宪政之道未能落实而夭折,充其量在台湾仍有少许遗韵。然而,以史为鉴,回溯历史上未实现之可能选项,或许能发掘出裨益当下的养分。

职是之故,笔者拟以庞德对民国宪制的解读与重构为线索,开示其社会学法理学话语勾勒出的中国特色宪制,即以美国宪政民主模式为底本,因应服务国家(service-state)⁽¹³⁾ 社会安全与个体自由衡平之需要及对美国模式的批判、借鉴,立基于权能分配(power-distribution)而非权力分立(power-separation)的弱势立法权、广泛行政权、独立且强势司法权的司法中心主义宪制方案。

二、立宪思想的美国化解读:宪政民主的内核

1928年(民国十六年),国民政府完成北伐,奠都南京。立法院承继晚清修律以来的法律移植硕果,展开了中国法制的宏图巨擘。是时,三民主义为建国最高指导准则,宪制建设自不例外。然民族、民权、民生究系所指为何,囿于其本身的模糊性而聚讼盈庭。中华民国宪法之父张君勱以欧陆概念体系勘之为民族主义(nationalism)、民主(democracy)、社会主义(socialism),并申言各派力量侧重不同而为之解释将演绎出与宪政民主相悖的政治架构,极力驳斥三民主义入宪的做法。⁽¹⁴⁾ 庞德首先肯认三民主义作为立宪思想的事实,次而通过对之策略性解读,完成了立宪目标由工具主义(富强)易轨生活方式(服务国家)的转身;且淬取出现代宪政民主的意蕴。清季以降,立宪基本理念即以国家主义为主导的“富国强兵”思想,乃民族自救运动之一环。然而,民族救亡因素夹杂下的立宪运动,其实与宪政之理路抵牾:富强的国家诉求,终极动机非限制权力,而是为了国家的强大与民族的复兴。以富强的功利目的来理解三民主义也将导致危险的宪制安排。诚如张君勱指出,强调“民生”者,侧重团体利益而使得人权保障、个体自由及基本政治权利退居次席;笃力“民权”者,强调民主、人权等价值而倾向于引入弱肉强食的资本主义经济体系;著力“民族”者,汲汲于固有传统、道德及文化之贮存及民族独立与复兴而戕害思想自由、言论自由、社会乃至政治自由。⁽¹⁵⁾ 庞德认为这些侧重各异的阐释忽视了孙中山思想中的欧美宪政民主内核。法律与政治的根本问题是制衡,因此,对三民主义各面向的极端阐释与实践都将造成危险的对立,这与孙中山本意相悖。⁽¹⁶⁾

庞德显然不认同张君勱等以富强为诉求,以欧陆话语体系对三民主义反宪政民主嫌疑的“误读”。他认为根据孙中山学说,中国立宪之目标是构建“服务国家”,⁽¹⁷⁾ 为民众提供一种文明的生活方式,而非富国强兵等工具性诉求。“服务国家”是庞德对美国宪政民主政府发展方向的预测,乃其中和极端演绎从而平衡民族、民权、民生三者的策略性解读之基点。也正是通过“服务国家”的概念,实现了三

(13) 庞德用服务国家(service state)一词而非福利国家(welfare state),其解释为后者无法涵盖前者政府之职能且后者往往有不少华而不实无法兑现的允诺;关于何为一般福利、公众福利等之认知亦人言言殊。See Roscoe Pound, *Law in the Service State: Freedom versus Equality*, 36 A. B. A. J. 977, 977 (1950).

(14) See Chun-Mai Carsun, *Political Structure in the Chinese Draft Constitution*, 243 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 67, 75 (1946).

(15) Carsun, *supra* note 14, at 75.

(16) See Roscoe Pound, *Development of a Chinese Constitutional Law*, 23 N. Y. U. L. Q. Rev. 375, 383 (1948).

(17) See Roscoe Pound, *The Chinese Constitution*, 22 N. Y. U. L. Q. Rev. 194, 196 (1947).

民主义与美国式宪政民主的挂钩接榫。庞德从当时中国所处之时代背景出发,认为三民主义立足于20世纪政治乃个人自由挑战的认知,进而具体阐释了其对三民主义的独特理解:(1)民族主义即中国为统一和谐的政治共同体,所有族群平等相处;获得国际社会的平等相待;最终实现国内的和谐与世界和平。(2)民权主义即对政府权力的限制,以保护个人在文明生活中的合理预期,即公民权利;以此来拒斥那种否认个体权利与自由的全能政府(omnicompetent government)理念。(3)民生主义即“服务国家”原则,即政府不仅提供传统领域的公共安全与秩序,而且提供一般性服务(general services),通过渐进的程序,因应具体的情势调和个人利益与社会利益。⁽¹⁸⁾换言之,三民主义系指国家统一与和谐、私权保障和服务国家。“服务国家”之构建,民族主义是其前提,民权主义乃其内核,民生主义则强调个人利益与社会利益的动态平衡。因此,三民主义所追求者为中国人一种文明的生活方式,以及为此方式之实现所配备之宪制架构及政治共同体之整合。由此观之,孙中山宪政思想之逻辑起点——民权主义注重对个体权利之捍卫而掣肘公权,在当时的历史条件下甚至与富强的诉求背驰。考虑到孙中山将“民权”而非富强定位为欧美革命的根本目标,⁽¹⁹⁾由此观之,庞德对三民主义去功利化的解读可谓切中肯綮。

在完成立宪目标预设的“拨乱反正”之后,庞德着手三民主义宪政体制的构想。在庞德看来,三民主义借助其宪法性权威决定了民国宪法的规范设计及其发展。首先,在“服务国家”诉求的统帅下,民族、民权、民生不仅没有冲突解释之虞,而且为宪政民主内涵在中国之理论发展与落实厚植了基础。⁽²⁰⁾具体而言之,民族主义的统一与和谐内涵,窒息了地方分离主义与宗派、阶层、族群歧视的空间;民权主义对私权的坚定捍卫将抵制立法与行政专制的侵犯;民生主义则加于政府以提供更好公共福祉的义务。其次,三民主义乃解释与适用宪法,进而发展宪法以护卫私权免遭公权戕害的后盾。无论是政治家、立法者操作宪法,还是法官处理宪法难题,衡奉三民主义“捍卫私权、推进服务国家”理念为圭臬。鉴于非因公务员之过错,仅为政府权力运作而致个人损害之情形,超出宪法第24条的射程范围,⁽²¹⁾庞德认为这是三民主义用武之时,根据“服务国家”的价值预设,政府为公众利益而为服务行为致私权受害,后果之承担者当然是公众,即受害人亦得主张国家赔偿。⁽²²⁾换言之,面对规范有限而实践无穷的困局,三民主义是弥隙文本与现实脱节的利器。再次,三民主义適切调适了“服务国家”中个人自由与公共安全之冲突。由于“服务国家”不仅提供基本的秩序与安全,而且将产出更多的社会、经济服务来满足人们之生活需求,甚或可以说除灵魂福利外,政府将无所不能。⁽²³⁾政府对个体生活的全面介入也因之相伴而生,在个体自由与公共安全中寻求中道权衡成为宪制设计的核心诉求。将此一诉求投射于孙文学说,即民生、民族主义的实践非牺牲而是增进民权主义之实现;民权主义是抑制民生、民族主义实践中政府权力扩张以保持平衡的阀门。在庞德看来,民权即美国宪法中的权利法案(Bills of Rights),⁽²⁴⁾而权利法案正是18世纪晚期盎格鲁美国公法(Anglo-American public law)因应政府权力扩张而挤压个人自由空间之情势,于宪法中确立的制衡规范。⁽²⁵⁾由此,庞德完成了三民

(18) Pound, *supra* note 16, at 384.

(19) 参见孙中山《孙中山全集》(第九卷),中华书局1986年版,第306页。

(20) Pound, *supra* note 16, at 384.

(21) 《中华民国宪法》第24条“凡公务员违法侵害人民之自由或权利者,除依法律受惩戒外,应负刑事及民事责任。被害人民就其所受损害,并得依法律向国家请求赔偿。”

(22) Pound, *supra* note 16, at 385-386.

(23) Pound, *supra* note 13, at 977.

(24) Pound, *supra* note 17, at 194.

(25) See Roscoe Pound, *Justice According to Law*, 14 Colum. L. Rev. 103, 115 (1914).

主义的良性解读与美国宪政传统内质契合的工作。

庞德为彰显其对孙中山学说之美国化理解的合理性,申言孙中山本人对其学说之阐释是理解与适用三民主义的根本依据。⁽²⁶⁾从孙中山对三民主义的界定可窥知美国式宪政诚为其宪制设计之重要参照。其在阐释民权主义、民生主义时,多以欧美是从,尤奉美国为尊。将三民主义等同于林肯总统的“国家是人民所共有,政治是人民所共管,利益是人民所共享”⁽²⁷⁾。此立论正与庞德对宪法第1条之解读契合,无论从“尽可能使各规范有效且协调”的法律解释原则,还是“确保公共安全、增进国民福祉”的宣示,皆昭示三民主义与民享、民有、民治共和国的内在同质性。⁽²⁸⁾

综上以观,庞德将三民主义策略性地解读为“国族统一”、“私权保障”、“服务国家”三原则。此类解读实在差序化民族、民权、民生三者位阶,视民权为核心,民族、民生均以之为实现民权为要务。因此,在庞德的思虑中,专注取法美国的权利法案(民权)才是三民主义解释之正途。民族主义所贮存之救亡意蕴完全服务于私权保障与增进福祉的目的,而不是相反。如此实现了立宪目标非富强而是文明的生活方式的转变。再以民权、民生为切入点,经由美国宪制模式发展之趋势——“服务国家”,庞德顺理成章地将美式宪政民主的内涵嫁接于三民主义之中。庞德对三民主义的点睛之笔奠定了其解读并重塑中国宪制的基础。

三、宪制范例备选项及比较:服务国家之选择

“服务国家”的兴起是庞德评析各国宪制及修正美国三权分立模式的前提性判断。与传统国家“守夜人”仅提供一般安全、秩序不同,服务国家全面介入各项福利事业,几乎提供除灵魂福利之外的所有公共产品。但是,赋予政府以更多的权力来换取更多的公共服务,政府权力的急剧扩张也随之而来,逐步进化为全权国家(omnicompetent state),其离专制国家(absolute state)也即一步之遥。⁽²⁹⁾甚至,由于不利行政扩权以因应时需,对分权制衡(checks and balances)、权力限制(limited authorities)等之质疑也甚嚣尘上。⁽³⁰⁾根据庞德观察,自由与公平的博弈中服务国家给宪制带来之影响主要有以下方面:⁽³¹⁾首先,传统自由,诸如个人自主自决等观念让位于一种新的自由观念,即免于贫困、免于恐惧的自由。个人自助事业也遭遇社会福利事业更多侵入,政府职权得以快速扩张。其次,作为美国宪制特色的权利法案是限制政府行为、确保私权从而满足文明社会生活期望的设置,且配备司法分支执行之。然而,服务国家开始改变美国权利法案的观念。因为服务国家的特征之一即给公众以慷慨的权利承诺,如宪法中“消灭贫困”、“保障休息”等宣称,它们或根本不是法律规范,抑或无法兑现诺言。宪法开具这类空头支票,其实损伤了整个宪制结构。再次,宣示性权利无法从政治与法律得到满足的恶果之一即是宪法信念的式微,而这是走向独裁国家的关键一步。在此背景下,服务国家抛出其最大的卖点:一个强人、超级领袖可以完成制衡机制无法企及的业绩。极权政府亦鼓吹唯有权力的集中方能兑现宪法承诺,甚至倡言宪政民主本身就是一种矛盾。因为民主意味着不受制约的多数意志,多数意志当为唯一主宰者,因此民主的导向是独裁政府而非宪政政府。最后,服务国家之颠覆在道德、经

(26) Pound, *supra* note 16, at 382.

(27) 同注19引书,第394页。

(28) Pound, *supra* note 16, at 386-387.

(29) See Roscoe Pound, *The Rule of Law and the Modern Social Welfare State*, 7 Vand. L. Rev. 1, 10 (1953-1954).

(30) See Roscoe Pound, *The Constitution: Its Development, Adaptability, and Future*, 23 A. B. A. J. 739, 739-740 (1937).

(31) See Roscoe Pound, *Law and Service State: Freedom versus Equality*, 36 A. B. A. J. 977, 977-980 (1950).

济、一般福利、基本法律理念等领域亦余波荡漾。如侵权法中不论主观过错的绝对责任扩张,践行承诺的契约精神也在预期违约等理论的冲击下荡然无存,盎格鲁美国法逐步盛行合同的国家干预主义(contractual dirigism)等等,而这些恰是美国宪政民主稳固的要素。⁽³²⁾

虽然服务国家不乏危害宪政民主之虞,但庞德认为其错不在服务国家本身。复杂的工业社会中,对于很多事业政府比个人更为便利且更具能力承担。那么政府权力扩张成为必然趋势的情况下,需着重考量的是如何在服务国家境遇下维持宪政民主体制于不坠。⁽³³⁾庞德通过当时比较成功的宪制范例之探讨断言:民众大会制度、瑞士委员会制囿于中国幅员辽阔、各地风俗迥异等之国情不足取;俄国极权而非宪政民主体制不能学;而迄至20世纪英美宪制乃最为成功的模式。⁽³⁴⁾但庞德揆诸中国固有国情认为议会制/内阁制亦难以移植成功。庞德唯独对总统制是否适合中国未作明确表态,但从其对美国宪制策略性解读来看,行政、立法、司法等几乎皆比照美国为修正之论。鉴于美国三权分立模式无法满足服务国家之需求,且其又非宪政民主的必备配置,而英美宪制之核心在独立的司法权免受立法权、行政权之胁迫与指挥。⁽³⁵⁾庞德提出了既迎合服务国家赋予政府广泛权力之要求,又不至于使之侵害个体自由的宪制安排:修正式美国宪政民主体制,或其所谓的“司法中心主义”模式。⁽³⁶⁾具体而言,即弱化立法权、扩张行政权、强势司法权;而通过庞德的解读,以孙文学说为指导的中华民国宪制就是这样一种新型体制。⁽³⁷⁾

四、宪法文本的创造性解释:法学家再造立法

国民政府立宪,衡以践行孙文学说为依归。而孙中山宪制设计之蓝图即为20世纪之中国造一“驾乎欧美之上”的新“政治机器”:构建一万能政府;且使其听人民的话。⁽³⁸⁾新造之原理即“权能分开”。庞德话语体系中的“服务国家”对应孙文之“万能政府”;而私权的宪制保障则暗合孙文所谓“听人民的话”。借助这一契合及其对孙文学说的独特理解,庞德开启了对中国宪制的解读与重构。具体而言之,其方案是中和“五五宪草”(简称宪草)与1946年宪法(简称宪法),从中创造性挖掘出“强势司法权”、“弱势立法权”、“必要而节制的行政扩权”这一“服务国家”理念下修正式美国宪制模式。

(一) 乐见弱势立法权:议会专制的教训

孙中山将政权与治权区分,前者由选举、罢免、创制、复决四权组成;后者分立法、行政、司法、监察、考试五权。其汲取瑞士直接民权精神,将政权留给国民大会行使,治权交由政府运作。在庞德看来,九权不过是欧美宪制中行政、立法、司法三权的再分配。因此,其在解读中国宪制时,仍是围绕立法、行政、司法三权展开,且与美国模式的比较中折衷权衡。虽然庞德批判普通法典的理念,呼吁中国制宪者毋庸亦步亦趋于欧美宪法,但是基本的宪政民主原理却坚如磐石:立法权与行政权的分离及司法权必须独立。庞德认为,现代服务国家不仅行政权与司法权彼此渗透,而且立法与行政功能也很难

(32) *Id.* at 1050 - 1053.

(33) See Roscoe Pound, *The Ideal Elements in Law* 357 - 358 (Indianapolis, Ind.: Liberty Fund 2002).

(34) Pound, *supra* note 17, at 210.

(35) See Roscoe Pound, *The Place of the Judiciary in a Democratic Polity*, 27 A. B. A. J. 133, 135 - 139 (1941).

(36) 但庞德反复强调三权分立模式无法适应服务国家之需要,因此保持其制衡精义而为权力再分配与界定,将司法分支移位于宪制架构之中心,恢复普通法的传统。庞德论说常将法官、法庭或司法权置于宪制的核心,乃过去与未来的掌控者与法律的活圣人。See Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 Colum. L. Rev. 605, 622 (1908).

(37) Pound, *supra* note 17, at 214.

(38) 同注19引书,第321页。

截然分开。⁽³⁹⁾ 美国三权分立的实践使得立法与行政、行政与司法摩擦不断,有时甚至危害到整个宪政体制,而解决方案往往只能留待下次大选实现平衡。⁽⁴⁰⁾ 有鉴于此,庞德以权力分配(distribution of powers)取代权力分立(separation of powers)。他认为,权力分立的理念与现代政府的效率追求背道而驰,更无法满足服务国家集中权力的诉求。⁽⁴¹⁾ 而权力分配则意味着权力之间并不是那么泾渭分明,非此即彼。⁽⁴²⁾ 因此,庞德对于中国未采美式三权分立模式而是采权力分配的做法推崇有加。其亦是在此基础上,对中国宪制斟酌损益实现三权的重新分配。

庞德关于立法权的思考主要是从法国式议会专制、英国光荣革命后的议会专权及其在北美的运作实践淬炼经验,对强势立法权深度狐疑而乐见其弱势的配置。法国革命以降,毫无限制的立法权致使政局动荡,纸面宪法更迭频繁窒碍法治权威树立;⁽⁴³⁾ 英国议会专制致其国内与殖民地弊政丛生。美国宪制史上,立法权与行政权的摩擦也从未中断。且因有立法的掣肘,行政效率低下成为美国宪制模式的基本特征。⁽⁴⁴⁾ 总之,检讨立法权强势的教训,使得庞德对弱化立法权持欢迎态度。

在近代中国宪制史上,立法权之格局起伏,在“天坛宪草”时期达到顶峰,形成了与当时政治力量对比不甚协调的“议会中心主义”模式。随着国民党与袁世凯的决裂,该模式淡出历史舞台。庞德基于对立法权专制危害的认识,婉转地表达了对正式宪法文本的批判,而主张回到“宪草”的布局。兹将“宪草”与宪法关于立法院规定比较如下:

比较内容	五五宪草	正式宪法
地位	最高立法机关	最高立法机关
职权	决议法律案、预算案、戒严案、大赦案、宣战案、媾和案、条约案等;就立法事宜质询其他部门	决议法律案、预算案、戒严案、大赦案、宣战案、媾和案、条约案等
选举、任期	正、副院长,立法委员国民大会间接选举并对其负责;任期三年,连选得连任	正、副院长,立法委员任期三年,连选得连任;正、副院长由委员互选;立法委员由人民选举
议事	无规定	常会每年两次,临时会由总统咨请或立法委员四分之一以上请求;关系院院长及首长可列席陈述意见
对行政权监督	总统提交复议之议决案,出席委员三分之二以上维持原案者,总统必须公布;但对于法律案、条约案由国民大会复决	行政院长,由总统提名,经立法院同意任命;行政院对立法院负责;经总统核可交付之复议案,出席委员三分之二以上维持者,行政院长应接受或辞职
宪法修正提议	无	立法委员有提议权,议决仍需国民大会复决。
委员履职保障	院内言论与表决不负责任;除现行犯,非经立法院许可,不得逮捕或拘禁	院内言论与表决不负责任;除现行犯,非经立法院许可,不得逮捕或拘禁
兼职禁止	不得兼任公职或执行业务	不得兼任公职或执行业务

(39) Pound, *supra* note 29, at 19.

(40) Pound, *supra* note 17, at 224.

(41) See Roscoe Pound, *The American Idea of Government*, 10 *Vital Speeches of the Day* 681, 683 (1944).

(42) Pound, *supra* note 17, at 223.

(43) See Pound, *supra* note 16, at 392.

(44) 庞德肯认美国三权分立的宪制保障违背了行政追求效率的原则,但指出这是为了实现更高的价值。Pound, *supra* note 35, at 134.

诚如上表所示,“宪草”中立法权几乎被限制在一般性立法的范畴,其对行政权的制约非常有限。甚至其职责范围内之法律案、条约案等重要议案复议之决定权亦被国民大会瓜分。其正、副院长、委员均由国民大会选举,立法院没有任何人事决定权。正式宪法则试图扭转立法院孱弱的局面。首先,“宪草”所界定基本职权不变情况下,取消了质询其他部门仅限于立法事项的规定。其次,扩大民众参与,立法委员之选举由国民大会间接选举改为人民直接选举,以及正、副院长由委员互选等的修正在一定程度上缓解了国民大会对立法权的束缚。再次,采用内阁对议会负责的模式,行政院需向立法院负责,而且行政院长经立法院同意任命。最后,确立立法院对行政院不信任投票新模式,即对于经总统核可交付之复议案,出席委员三分之二以上维持者,行政院长应接受或辞职。

尽管制宪者试图以“修正式内阁”来改变立法权羸弱的设计,然为平衡计,内阁制国家中议会常有的弹劾权、倒阁权、修宪释宪权、疆土决定权、违宪审查权等未置备于立法院,相较而言仍属于弱势立法权,然而庞德对于内阁制因素导入而强化立法权的做法不以为然,斥之为危险倾向且表达了对“宪草”对应设计的赞赏。⁽⁴⁵⁾ 但是对于正式宪法强化对立法权限制的规定,庞德予以肯定。如宪法规定立法院法律案直接提请司法审查,即无需如美国的具体诉讼来启动,也不必如“宪草”所规定的得由监察院提请。⁽⁴⁶⁾ 为实现对立法权的削弱,庞德还建议引入美国的司法审查模式,个人可以提起对立法侵害私权的控告。⁽⁴⁷⁾ 他认为立法院与英国议会截然不同,前者不具有后者的全权性与不受限制之权力,甚至也并非英国议会乃自己行为的最终裁决者,由司法法院实现对立法院的全程监控。⁽⁴⁸⁾ 而且从立法委员不得兼任官吏之规定可见总统制痕迹明晰。当然,庞德也坦诚,立法权滥用远没有行政权肆意扩张所带来的危害大。因此,在庞德思忖服务国家的宪制安排时,精力主要集中于行政权与司法权的博弈,立法权相对边缘化;甚至将司法而非立法作为法律的开始。⁽⁴⁹⁾

(二) 怵惕行政权扩张:服务国家所必需

诚如前述,庞德指出随着服务国家之兴起,人们对安全、自由、政府职能及宪政民主等观念丕变,其最卓著者或可首推行政权的急剧扩张。但是,立基于权力分立、彼此制约的总统制窒息了行政权的扩张,而英国式的内阁制/议会制可能导致的立法权专制又教训诸多,皆无法因应服务国家功能之履行。因此,重置行政权分配与定位以便利其“必要而危险”的扩张成为庞德行政权设计的基本理念。庞德认为中国宪法所要解决的首要问题是构建统一、稳定且延续的政府,而这一目标舍安定强大的中央集权无法实现。基于此,庞德对正式宪法重纸面民主而轻国之时需,以内阁制严重削弱行政权的做法深表隐忧。⁽⁵⁰⁾ “宪草”与正式宪法关于总统选举、任期、统帅权、荣典权、赦免权、外交权、任免文武官员等事项无甚出入,兹将其权限相异之规范列表如下:

(45) Pound, *supra* note 17, at 227.

(46) *Id.* at 229-230.

(47) *Id.* at 222.

(48) Pound, *supra* note 16, at 390.

(49) See Roscoe Pound, *Possibilities of Law For World Stability*, 1 *Syracuse L. Rev.* 337, 340 (1949-1950).

(50) Pound, *supra* note 17, at 228-229.

比较内容	五五宪草	正式宪法
公布法令权	依法公布法律法令,且关系院院长副署	依法公布法律法令,须经行政院长或院长及相关部会首长副署
戒严解严权	依法宣布戒严解严	依法宣布戒严,但须立法院通过或追认,且立法院得议决提请解严
紧急命令权	经行政会议议决,三个月内提交立法院追认	立法院休会期间,得经行政院会议议决,但一个月提请立法院追认,如立法院不同意,立即失效
行政院组织权	任免行政院正、副院长,政务委员,各部会首长;均对总统负责	行政院长由总统提名,经立法院同意任命之;副院长、各部首长及政务委员,由行政院长提请总统任命之;行政院对立法院负责
考试院组织权	正、副院长,考试委员由总统任命,对国民大会负责	正、副院长,考试委员由总统提名,监察院同意任命
司法院组织权	正、副院长由总统任命,对国民大会负责	正、副院长,大法官由总统提名,监察院任命

览表可知,“宪草”以总统为核心的行政权远远超过美国总统制下行政分支的权力。行政院完全置于总统掌控之下;考试院、司法院之人事任命权亦决定于总统;紧急命令、戒严解严、法律之发布几乎无任何限制。除监察院处于行政权射程之外,行政、立法、司法几乎全部统合于或一定程度受制于总统之权力,满足了庞德所谓的“赋予更多权力以换取更多服务”的服务国家理念。⁽⁵¹⁾然而,正式宪法则反其道而行之,旨在贯彻欧陆的内阁制精神。⁽⁵²⁾

庞德显然反感宪法逆服务国家趋势而动的做法;但对超级总统制又有保留的肯认,这源于其服务国家行政权扩张的基本底线:不能为提供社会服务而侵害私权。他认为行政部门提供普遍福利已成为政府必要之职能且客观存在,行政权的扩张无可避免。⁽⁵³⁾通过检讨美国权力分立实践,其认为执行权定位限定了行政部门扩权的空间,那种“某个权力必须专属三个分支之一”的权力分立观念被实践证明是对行政扩权的巨大障碍,也是美国宪制无法因应时势之原因。⁽⁵⁴⁾此种宪制下的执行权已无法涵盖提供各种社会服务的行政分支之权能,且无法涵摄服务国家中行政分支越界司法、立法的事实。因此,庞德主张以行政权(administrative)替代执行权(executive),⁽⁵⁵⁾基于此,在理解五权宪法时,庞德主张解读为行政院(administrative yuan)而非执行院(executive yuan)。⁽⁵⁶⁾而且,对于有架空行政权嫌疑之做法,庞德亦不予认同。如庞德驳斥国民大会设置常任机构的提议,申言其可能蜕变为寡头统治或独裁,因为一旦常任机构行使国民大会之权,那么总统的行政权专断将随时可能被废黜,其因应服务国家的特质也将无实现之可能。不仅如此,庞德还质疑宪法企图以内阁制废除行政权专断且辅之以全面限制总统权力之设计。其认为宪法更多侧重对英国内阁制与美国总统制的亦步亦趋以彰显民主,全然不顾中国选举经验匮乏之事实;远逊于“宪草”汲汲于国家统一与安定以奠定宪政基础的设计。⁽⁵⁷⁾甚至断言,打破立法院与行政院的平行结构,立法院将扮演超级行政院角色,这与孙中山五

(51) Pound, *supra* note 31, at 978.

(52) 参见张君勱《中华民国民主宪法十讲》,商务印书馆1947年版,第65-68页。

(53) Pound, *supra* note 33, at 86.

(54) Pound, *supra* note 35, at 136.

(55) Pound, *supra* note 17, at 204.

(56) *Id.* at 225.

(57) *Id.* at 196.

权宪法的宪制构想背道而驰。^[58]

宪法试图对“宪草”中总统权力做全方位限缩,恨不能为立法院谋得英国全权议会的至高地位。然而,庞德除极力反对打破行政院与立法院平衡的内阁制设计外,对其他限制规范的设计未予置评,而是从总体上予以肯定。^[59]这折射出庞德对超级总统之适度限制持开放态度,庞德论说中反复强调服务国家不必然也不应该是独裁国家。^[60]如宪法取消总统对考试院、司法院组织权;而以总统提名,监察院任命代之;在公布法令权、戒严权、紧急命令权等方面设置严苛的立法院监督。庞德限制总统行政权最明显者在质疑行政院对总统负责的安排。^[61]其指出中国宪制的总统与美国总统类似意在保障其超然性不为党争所累,但总统对行政院的完全控制消弭了这种超然性,因为总统取代行政院成为真正负行政责任的机关。这种将行政院从总统之“军机处”改为独担责任且向国民大会负责的部门,体现了庞德对总统权力予以适度制衡的理念。

综上所述,庞德在考量中国宪制行政权配置时主要有两大依据:其一,服务国家催生的行政扩权;其二,安全、统一、延续之政府比民主诉求更为迫切的国势。“宪草”中总统权限远胜美国总统,尤其人事任命权上更是将行政院配置成执行总统意志之机构,司法院与考试院组织权亦被总统收入囊中。这显然超出了庞德所谓服务国家行政权扩张的范畴,几近独裁。因此,庞德中和“宪草”与宪法,不认同前者的行政院向总统负责,也反对后者的行政院向立法院负责,而是倾向于直接向国民大会负责;鉴于宪草在立法、外交、紧急命令等事权上总统独断太盛,因此认可宪法适度限缩超级总统之权力。诚然,行政权的急剧扩张与向司法、立法的积极渗透,因应了服务国家职能定位之需求,但对个人自由的威胁亦接踵而来。庞德将狙击“修正式总统制”蜕变为独裁制的重任预留给了独立且强势的司法权。

(三) 打造强势司法权:宪制政府的保障

从前述立法权之弱化,行政权之扩张来看,两权之失衡昭昭,宪制政府质变为独裁政权或一念之间。尤其行政权行使准立法权、准司法权动摇了整个宪政政府的根基。庞德坚信:以法官创制和执行法律的体制实现了稳定与变迁的平衡。^[62]而英美的全部经验昭示,所有个体自由保障的设计中,司法独立于行政与立法是最根本性的。^[63]因此,构筑法治(the rule of law)抵制官僚或超人独裁(super-man dictatorship)之藩篱,维持服务国家行政扩权境遇下宪制政府与文明生活存续之使命,庞德开出的药方是:强势且独立的司法权配置。

首先,权利法案之落实需以强势司法权为后盾。公权力对私域介入的深化催生了权力限制升级的诉求,而18世纪后期英美法以“权利法案”提供相应的解决方案。^[64]庞德将权利法案模式二分:其一,劝慰式的宣言。此模式寄望政府善意行使权力,然鉴于权力扩张与滥用的天性往往徒劳,而矫正的方案往往是革命与暴动,法国人权宣言即为著例。其二,权利法案被作为最高法律之组成部分,所有人平等适用且受害人可起诉至法院来保障实施,通过法庭的诉讼程序来矫正对权利之侵犯,美国权

[58] *Id.* at 227 - 228.

[59] *Id.* at 194 - 232.

[60] Pound, *supra* note 29, at 21 - 22.

[61] Pound, *supra* note 17, at 228.

[62] Pound, *supra* note 30, at 742.

[63] Pound, *supra* note 17, at 206.

[64] Pound, *supra* note 16, at 387.

利法案即是这一模式的典型代表。⁽⁶⁵⁾ 服务国家兴起后,民众日益汲汲于政府服务对自己需求与期望的满足而忽视或让渡个体自由,那么何以使个体自由与合理诉求免受政治权力干涉之权利法案不沦为具文呢?庞德认为唯有复兴司法权,以强势且独立的司法分支方能构筑自由的壁垒。⁽⁶⁶⁾

因此,庞德称赞中国明智地选择了盎格鲁美国法的权利保护模式。⁽⁶⁷⁾ 中国不仅有完备的权利法案设定而且以司法权之保障实施为后盾。如人身保护(第8条)、公务员及国家赔偿责任(第24条)皆赋予个人向法庭起诉之权,由法庭强制执行。纵使权利法案中的宣示性条款如第7条,庞德亦认为在法官解释与适用宪法时亦可将之解读为制约行政、立法、司法的恣意而保护私权的逻辑起点。庞德通过加持司法权的解读试图在中国构建美国式的司法审查模式,即个人可以在普通法院发起对立法与法令(立法权与行政权)的挑战。然而,美国司法审查的艰难实践昭示需要强大的法庭(strong courts)作为支撑,否则难以为继。⁽⁶⁸⁾ 关于此,庞德从两方面强化中国宪法中的司法权:一则肯认宪法明确赋予多于美国司法分支权力的设计。如颂扬司法院对立合宪性的审查,抛弃宪草规定的经由监察院动议,而是直接送审的全程监管模式(第171条);而且认为此安排较美国个案审查为优。⁽⁶⁹⁾ 二则矫正司法权介入违宪审查规定的不彻底。从宪法文本解释来看,直接宣告违宪的权力并未赋予法庭而是交给大法官解释,再通过法庭的执行来完成违宪审查的程序,庞德认为此安排无法彻底保障权利法案。⁽⁷⁰⁾ 其将这些瑕疵的纠正诉诸于法官、法学家对宪法原则的阐释与发展,如第16条可导出个人起诉至法院或申诉至司法院挑战违宪法律与法令之原则。⁽⁷¹⁾ 换言之,即通过解释与适用宪法的实践使得法庭获得美国式违宪审查之权力。

其次,独立且强势之司法权乃捍卫法治的坚强后盾。社会安全与个体自由是西方文明的核心价值,而它们皆由法治原则(doctrine of the rule of law)护卫。然而服务国家出现后,二者关系异常紧张。行政权与立法权的肆意扩张不断挑战以权力制衡为基础的法治原则,进而威胁自由传统。在庞德看来,确保法律运作的司法权旁落是对法治原则的最大侵害。⁽⁷²⁾ 庞德一方面检讨了行政机关行使司法权的劣势及对法治原则背离的本质,认为现代服务国家诉求行政分支执掌更广泛的司法职能,进入20世纪甚至日渐有将行政权置于司法审查之外的趋势,这加大了行政专制(administration absolutism)的风险。⁽⁷³⁾ 庞德另一方面论证了法官执掌司法权具有行政机关无可比拟的优越性,如稳定性与灵活性兼备,⁽⁷⁴⁾ 防止专断与制衡的能力等。⁽⁷⁵⁾ 此外,庞德还提出了实现司法功能发挥的最佳人选:法律家,以法学家、法官、律师为核心的法律职业共同体,诚如他指出,法院及法学职业共同体“必须无畏地肩负起如何使法律迎合世界发展之需要以保护法治原则”。⁽⁷⁶⁾ 以法官为中心(judge-centered)的普通

(65) Pound, *supra* note 49, at 341-342.

(66) Pound, *supra* note 29, at 21.

(67) Pound, *supra* note 16, at 389.

(68) Pound, *supra* note 17, at 222.

(69) *Id.* at 229.

(70) *Id.* at 224-225.

(71) Pound, *supra* note 16, at 390.

(72) 庞德指出在行政机关不断压迫立法机关提高其司法权能及免除司法审查,不断蚕食司法权的管辖范畴,法的统治将蜕变为行政独裁。See Roscoe Pound, *Report of the Special Committee on Administrative Law*, 63 Annu. Rep. A. B. A. 331, 338-339 (1938).

(73) See Roscoe Pound, *Jurisprudence II*, 414 (St. Paul, West Pub. Co. 1959).

(74) See Roscoe Pound, *The Spirit of The Common Law*, 176 (Marshall Jones Company, 1931).

(75) Pound, *supra* note 73, at 457.

(76) See Roscoe Pound, *Executive Justice*, 55 Am. L. Reg. 137, 146 (1907).

法传统亦昭示,没有训练有素的法官来维持且重塑法律所设定的制衡,法律本身难以驾驭成熟的社会经济秩序。⁽⁷⁷⁾

庞德认为,中国由司法院统领最高行政法院和最高法院并与处理民事、刑事案件的普通法院并列,这规避了行政司法受迫政治压力及受行政长官控制而有失公允中立的弊病。⁽⁷⁸⁾但是,行政法院之设立仍是当时的权宜选择,一俟司法分支的改革完成,最终将由普通法院统一管辖。⁽⁷⁹⁾因此,庞德毫不讳言对中国超越美国设立司法院举措的溢美。⁽⁸⁰⁾庞德取缔行政司法的根本之途乃在于中国建立统一法律教育。当时中国法律家们风格各异的解释及适用法律的技术使得如何借鉴美国宪法成为比较棘手的问题。⁽⁸¹⁾因此,庞德操刀中国司法改革的核心工程即移植美国的法律教育于中国,从课程设计到图书馆建设;从教师配备到授课模式,庞德为中国打造了一套美国式的法学教育体制,⁽⁸²⁾期能培养出一批批熟稔普通法法律技术且谙熟社会学法理学的法官、法学家、律师,以支撑司法分支的现代功能。

再次,扩张司法权以维护宪政民主制及文明社会秩序。庞德认为宪政民主政府是美国宪制的核心特征之一。⁽⁸³⁾在宪政民主体制下,法院而非立法、行政机关具有找寻宪法真意的决定性功能,即所谓最终司法控制(ultimate judicial control)。⁽⁸⁴⁾因此,从横向的分权来看,倘出现行政、立法、司法职能模糊的宪法空白,其最终裁决者在司法机关;从纵向的分权来看,中央与地方事权的纠纷亦应由司法权衡酌。任何弱化司法权对行政意志审查的做法将葬送宪政政府。⁽⁸⁵⁾基于此,一方面,庞德在设计中国的司法权之前置性举措即为中国宪法的适用选择了美国化路径。宪法第80条要求法官超越党派、派系且独立行使司法权,庞德认为这要求中国宪法之适用走美国模式:使得政治问题法律化。对国民党中央政治会议全程监控立宪、宪法解释与适用,庞德委婉批评并极力主张将宪法作为法律文件而非政治文件对待。⁽⁸⁶⁾另一方面,服务国家兴起后混合型的权力日益出现使得三权之界限更加模糊。那么面对新生权力与权力界限模糊情形,谁来决定其归属呢?庞德的回答是交由司法权来解决。⁽⁸⁷⁾如五院之间关系的细节与原则、权力重叠或冲突的处理等皆应由司法分支来完成。⁽⁸⁸⁾换言之,宪法构筑宪制的骨架,而司法分支在解释与适用中逐步点缀一系列基本原则与细节,最终建构起宪政政府的大厦。此外,庞德主张由司法院垄断法律解释权。他指出如将法律中的抽象概念让渡给立法或行政机关行使,将给权力制衡带来毁灭性灾难。⁽⁸⁹⁾事实上,庞德设计中国宪制时,极力注重法院解释与发展宪法的功能。如置宪法判例于正式法源之地位,直接赋予法官造法之权能;如果这仍是通过法律解释间接立法,那么赋予法官根据权威宪法学说——孙中山论著修正宪法,则等同于将属于

(77) Pound, *supra* note 35, at 135-136.

(78) Pound, *supra* note 72, at 344.

(79) Pound, *supra* note 25, at 25.

(80) Roscoe Pound papers, at pt. 3, Reel 61, 190, 121 (Harvard Law School Archive 601559).

(81) See Roscoe Pound, *Law and Court in China: Progress in the Administration of Justice*, 34 A. B. A. J. 273, 275 (1948).

(82) 庞德关于中国法学教育美国化改革方案的详尽论述,参见庞德《关于中国法律教育问题的初步报告》,载王健编《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第504-539页。

(83) Pound, *supra* note 41, at 681.

(84) Pound, *supra* note 29, at 29.

(85) Pound, *supra* note 30, at 739.

(86) Pound, *supra* note 16, at 390.

(87) Pound, *supra* note 35, at 136.

(88) Pound, *supra* note 16, at 378.

(89) Pound, *supra* note 30, at 741.

国民大会之宪法修正职权置于司法机关。如前所述,宪法第24条未能全面贯彻三民主义服务国家的理念,庞德即主张法官以三民主义为依据矫正之。

综上以观,庞德的司法权设计不仅有凌驾于政府“治权”之势,甚至有侵入属于国民大会部分“政权”之虞,或可谓超级司法权。总之,服务国家不至蜕变为极权体制,避免权利法案沦为空头支票,解决央地权限划分、五院关系及权力分配等宪制危机,宪政因应时势的发展及在地化等无不以独立且强势的司法权为支撑。庞德不仅回归普通法中司法权的核心地位,而且将之置于整个宪政架构的中心,是比立法权、行政权更理性且稳定的平衡力量,视“司法中心主义”是服务国家平衡个人自由与社会安全以维持文明生活方式(civilization)的良方。

五、结论:认真对待司法

孙中山的宪制设计理想是“造成万能且听人民的话之政府”以成地球上的“新世界”。其既重视人权、国民大会等实现民权的功能,又寄望一个高效与强大“全能政府”(an all-powerful government)。但是,全能政府极易僭越行政专断的必要范围(administrative prerogative),甚至是独裁。是以,根据其思想所拟之“宪草”因应全能政府的需求,构建了超级总统制,又以人民之“政权”规制政府之“治权”。庞德思虑所及在服务国家不可避免,万能政府成为或将要成为现实之情况,寻觅社会安全与个体自由的中道权衡。其从19世纪最耀眼的英、美宪制精义中发掘出司法权必须独立于立法权与行政权;进而以此为轴心,主要结合美国三权分立的实践,将三权作一次重新分配,形成以强势、独立司法权为中心的宪制架构。庞德以“宪草”、“1946年宪法”文本为基础折衷权衡解读出修正式美国宪制模式,引入其认为抵制专制的灵丹妙药“司法中心主义”于中国宪法中,以强势司法权勾勒中国宪制政府(constitutional government)的蓝图。

庞德策略性解读立宪思想:三民主义之追求乃“服务国家”,其内理是美式宪政民主,无论是国族统一(民族)还是服务国家(民生)概以私权保障(民权)为目标。中国宪制以权力分配取代美国式的权力分立,使行政权获得了扩张的法理空间却又在司法权的严密监视之下而不敢、也不能越雷池半步。实现了“万能政府”与“有效监管”的统一。庞德在评析中国宪制重新分配行政、立法、司法三权时,总是围绕削弱立法权、审慎扩张行政权,防止议会专制与行政专制,尽可能将独立且强势的司法权塑造成宪政民主制的最后屏障。因此,在庞德的解读下,立法院仅剩一般性立法的职权,即立法院无倒阁权,弹劾权也被收归监察院、国民大会。法院则可通过处理五院关系及权限分配之纠纷介入本属于行政与立法之事务。从行政权的设计来看,庞德不反对因应政府服务功能需求的行政扩权,而是关注行政权如何行使,实则强调司法审查的深度介入。以功能分配取代权力分立为基础所勾勒出的弱势立法权、广泛行政权及强势且独立的司法权宪制模式,顺应了服务国家行政权以更积极主动的方式介入社会生活的趋势,又确保了将司法职能收归法院,且通过司法扩权实现法院对行政行为监督的升级改造。

庞德将历史、文化、社会作为宪制基石的三要素,而我国历史上是以皇权为核心并没有三权分立之制度实践,文化与社会更鲜有以司法权制约行政权的基因。即便是清末立宪以来的法制近代化,中国引入议会主权理念,将之作为民主政治之核心,从理论到实践一直是立法权与行政权之间博弈得如

火如荼,甚少将司法权作为中心来对待。⁽⁹⁰⁾ 从世界范围来看,司法机关获得与立法机关、行政机关分庭抗礼之地位且在宪法的解释与适用上拥有广泛职权,成功的范例除美国外似乎寥寥。⁽⁹¹⁾ 庞德打造强势且独立司法权的设计不可不谓另辟蹊径,但是在美国司法分支基础上的进一步扩权从而形成以司法权为中心的宪制安排欲落地于我国不免存在诸多窒碍。但是,庞德通过把脉我国实际及宪制发展理论导出的宪制在地化之步骤、方法及可行的路径,仍颇值玩味。在服务国家的趋势下,议会专断不足取,行政扩权成必然,为持守安全与自由之间的平衡,司法权的改造与升级成为一个不错的选项。于构建我国宪制而言,庞德方案的最大价值或许在提醒我们“认真对待司法”及对司法人才培养的重视:纸面宪法落实为宪政;通过宪法文本的解释与适用丰盈宪法内涵;化解宪政危机,实现政治问题的法律化;保持对行政权扩张的深刻警惕等等兹事体大问题之处理无不以司法权的适当配置为要务。诚然时移世易,庞德所解读之中国及世界情势丕变,但政府权力扩张而危害个体自由之虞的宪政难题却并未消逝而是时论时新,因此重访庞德因应服务国家兴起之背景对中国宪制的擘画仍颇具镜鉴意义。

Roscoe Pound and Chinese Constitution: Seeking the Balance between Security and Freedom

Chen Fanhong

Abstract: In modern China, we have experienced different constitutional modes which achieved great success in western country. However, none of them brought constitutional government for Chinese people. GMD government drafted Chinese Constitution according to Sun Yat - sen' teachings and recruited Roscoe Pound as legal adviser. Instead of political morality and political powers, Pound tried to take the interpretation and application of Constitution as the right way to constitutional government. As his analysis, the Three People's Principle means Nation Unity, Bills of Rights, Service State. This interpretation just parallel with Sun's omnicompetent government and People's rights. From this perspective, Pound tried to find a solution to keep balance between security and freedom in service state which sharp expansion of administrative power was inevitable. Pound suggested that strong and independent Judicial power, limited Legislation, expansion and controlled administrative power is the way to protect and develop civilized society and constitutional government for China.

Keywords: Roscoe Pound; judicial - centralism; Three People's Principles; judicial review; service state

(责任编辑:丁洁琳)

⁽⁹⁰⁾ 但康有为或许是个例外,其关于美式独立司法权以制衡强行政权的论述,参见章永乐《共和的诤友:康有为〈拟中华民国宪法草案〉评注》,载《中外法学》2010年第2期,第240页。

⁽⁹¹⁾ 同注2引文,第201页。