

导 论

在过去二百年中，我们常常听到人们提起格拉斯通（Gladstone）对美利坚合众国宪法及其制定者那一著名的赞誉；格氏说，合众国宪法“乃是特定时期人类智慧和意向的最为杰出的作品。”^①美国人正是基于这一点来纪念美国宪法诞生两百周年的；他们的自豪感和满足感溢于言表，并且对立宪者的智慧和预见性带有膜拜般的赞赏。偶尔也有人谈起他们所制定的宪法是其时代的产物，它反映的某些价值——奴隶制、有限选举权、妇女的从属地位等——会使当下的人们感到难堪；但是这些说法会被认为是扫兴之谈。显然，也很少有人认为正是在应该指出，国父们所制定的宪法，从一些重要的细节来看，也不是理想和原则的完美实现。反之，套用查尔斯（Charles）和玛丽·比尔德（Mary Beard）的话，美国宪法只是“每个人第二选择的一种拼凑。”^②在学术和公共生活中，亦只有为数不多的人提出下述问题，即当美国宪法跨

入其第三个世纪时，是否需要对其作出调整，如果不是全面修正的话。

对外事务的研究者尤其表现出了一种较为清醒的态度。他们无奈地指出，在过去的二百 年中 美国人所体味到的是伊朗门丑闻的乌烟瘴气，困惑且不理解的是总统与国会就尼加拉瓜及其邻国的问题所进行的无休止的争斗，耳 的是总统与参议院对总统解释 重新解释)《反弹道导弹(ABM) 条约》的权力所主张的截然不同的意见，且目睹了美国陷入波斯湾战争和两伊战争的过程。这些年中，很多人都问过这个问题：谁在华盛顿主政？虽然国家还未濒临宪法危机，但是这些研究者当中几乎没有人会激动地宣称，调整美国对外交往事务运作的宪法安排 (constitutional arrangements) 值得庆祝。

宪法中的不确定性从一开始就困扰着美国对外关系的运作 至少自华盛顿的《中立宣言》(Neutrality Proclamation, 1795) 和《杰伊条约》(Jay Treaty, 1794) 始。最高法院法官罗伯特·H·杰克逊(Robert H. Jackson)在 1952 年一个著名的判决意见书中对那些令人困惑的条款做了权威性的解释，将总统和国会间权力分配的不明确 (或是重叠) 之处描述为“半阴影区”(twilight zone)^③。两百年来，如何运作对外事务始终是这个半阴影区的主要问题，由此也造成了宪法中许多最为棘手的问题。鉴于法学家所共知的原因——主要是指最高法院不受理案件的范

围：从宪法对案件或争讼设定的要件到谨慎地回避“政治问题”等——法院几乎没有解决这些外交领域中长期存在的问题。的确，也许是司法回避使得这些不确定性长期存在，并有扩大和加剧这些不确定性的趋势，甚至还在这些不确定性的问题上造成了司法上的半阴影区（见本书第三章）。

尽管笔者在上文强调指出了宪法中的不确定性问题，但是，对外交往领域中的许多宪法性争议却都是因宪法的明确规定所致。一个生动的实例是总统与参议院在行使他们制定条约的共同权力时发生的冲突，可以说这种冲突搅乱了美国的政治领域。从华盛顿总统时期、波尔克 Polk 时期、克利夫兰 Cleveland 时期、西奥多·罗斯福 Theodore Roosevelt 时期，一直到威尔逊 Wilson 时期，都是如此。同样，1987 年出现的关于《反弹道导弹条约》(ABM Treaty) 和 1988 年出现的关于《中程核武器条约》(INF Treaty) 的摩擦亦复如斯。所以，我们没有理由相信这类摩擦在布什总统主政期间以及其后的时期内会不再出现。撇开固有的冲突不议，宪政学者还可能指出，对于立宪者创制的内容的深刻不满以及这些内容随着时间的走样，也会产生重大的宪法张力。自 1787 年开始对政府在对外交往中的权力进行分配以来，各种情况都发生了很大变化。立宪者那一代的国会议员都较比熟络，而今却已发展成了具有五百议员的复杂机构，同时

还下设有无数个委员会和分支委员会以及数千名工作人员。总统变成了总统制，亦即行政机构；它拥有数百万名科层人员，而所有这些人行使的都是总统的宪法权力。几个世纪以来，联邦政府的每个部门都扩大了自己的宪法权力并发展了大量超越原宪法的权力。这是因政党和庇护权所致，因规模和复杂性所致，因合众国的发展和世界的变化所致。司法部门——亚历山大·汉密尔顿（Alexander Hamilton）谓之“最不具危险”^④的部门——亦从少量的巡回骑警发展成了具有司法至上性的一支小部队。然而，尽管有了这一切的发展，原初的宪法权力分配却依旧如故。我以为，美国的总统们往往都会认为宪法蓝图已经过时，因为我们的国家在我们所居住的世界已变成了一个重要国家；国会则常常对宪法所设定的形式感到惊诧，有时还怀念早期的简单性，尤其是对有节制的行政权的怀念；法院则常常是对他们所获致的、并被要求行使的权力感到震惊。

因此，我不会称颂那些调整对外交往行为的宪法安排，当然我也无意完全否定它们。这些具有悠久历史的制度非常有活力，我们通过它们发挥了很大的作用；情势再糟，我们也挺过来了。但是，宪法的不确定性，宪法的摩擦以及宪法的不尽人意之处滋生了宪法上的争议、不稳定性，偶尔甚至会出现宪法危机；这一切使宪法学者深感困惑，也使公民大众感到不解。如果（合众国）宪法不

需要创设新制度，那么它是否需要一次全面检修和一些修复呢？如果合众国宪法不需要很大的修正，那么现在也许应当是重新考虑我们是如何解释、如何适用和如何实施此一宪法的时候了。

本书试图对那些在对外关系运行方面困惑我们的不确定性、矛盾之处以及不尽人意之处做出界定。笔者还将就下列问题提出己见：即宪法文本的含义为何、立宪者的意图为何、他们构设的体制在过去两百年中发生了何种变化，以及我们现下所拥有的是否与祖先们的意图和将来的需要相吻合等。我认为，美国宪法第三个世纪所需要的乃是宪法建设，这会使我们重新关注原初的宪政原则，并且反映我们所达致的民主。

鉴于此，笔者拟讨论总统与国会间的问题，其间包括一系列被误认为是“战争权力”(war powers)的问题(第一章)；将那些人们所关注的问题同对缔约权(Treaty Power)的争夺联系起来(第二章)；探讨法院在一个共和国的对外交往中所起的作用，而该共和国是一种民主——立宪民主(constitutional democracy)——国家(第三章)。最后，我还要论述从对外交往关系中产生的个人权利的问题以及如何通过“道义共同体”(community of conscience)来解决这些问题，而该共同体则以对权利的尊重为其特征，也是其值得自豪之处(第四章)。

宪法·共和·民主

我们有必要首先对立宪者的政治意识形态 (political ideology) 作一番检讨。

立宪者的思想由三股思潮构成。他们追随英国立宪史，亦即英国的政治传统，其间有许多东西是被立宪者视为当然而直接舶来的。他们深受英国和欧洲思想的熏陶——如洛克 (Locke)、布莱克斯通 (Blackstone) 以及孟德斯鸠 (Montesquieu) 的思想。他们也汲取了他们自己在美国独立前后的经验。上述思潮的冲突由于政治妥协而得到了缓和，但是他们在对其基本的意识形态的承担之层面却不存在折衷之处。

立宪者们信奉的是天赋权利 (inherent rights)、社会契约、宪政及共和。

各州宪法以及后来的合众国宪法都反映了立宪者的这些治国理论。这些不证自明的真理浓缩于杰斐逊 (Jefferson) 的那一著名、且铭刻于人们脑海中的话语，就是“人人生而平等，他们都从他们的造物主那里获致了某些不可转让的权利，其中包括生命权、自由权和追求幸福的权利。为了保障这些权利，人们才建立了政府。而政府的正当权力 则获致于被统治者的同意。”最终权力 (亦即主权) 在民，因为合法的政府产生于并且依赖于人民的

同意。州政府和联邦政府的成立就是为了“保障这些权利”。

宪 法

一个合法的政治社会应基于人民的同意，这种同意应在人们为建立政府而达成的社会契约中反映出来。这种社会契约通常采取宪法的形式，而宪法又会确定政制构架 (a framework of government) 及其建制蓝图。通过立宪性契约 (constitutional contract)，人们同意受统治。即将成立的政府的官员们则需要作出承诺，尊重宪法蓝图及其对他们的限制。

对于立宪者那一代人而言 宪法与政府共存 如果要有政府，毫无疑问就需要宪法。立宪者那一代人是从小国独立出来的，而英国就有宪法。尽管英国宪法未以成文形式或未在一个地方以成文形式存在，但却是皇家律令、宪章、议会法令 其他文件、惯例和传统的高度总括，也正是这些形式表现出来的宪法确立了政府体制和机构。一如博林布鲁克 Bolingbroke 所言：

“关于宪法，恰当而确切地讲，我们意指的是那些源出于某些固定的理性原则和为了达到某些确定的公益目标而制定的法律条文、制度和惯例的总和；

而正是这些构成了总的体制。据此，有关共同体同意受统治……。当……公共事务得到明智治理并且完全与该宪法的原则和目的相吻合时，我们就称之为好政府。”

那些新独立的州当时正在建立新的政治社会，因而也就需要新的宪法。

即使在费城通过《独立宣言》（1776年）以前，大陆会议就已决定，以前的每一个殖民地将成为独立的州，而且应当成立各自的州政府。^⑥这样，当十三个州一经独立，它们就都订立了各自的新宪法并确立了各自的新政府。1787年各州代表又集会于费城，本来是为了修改《邦联条例》（Articles of Confederation），但最终却认为一个更为完善的联盟需要的不是邦联而是一个新的中央政府，因此，必须用一部宪法来取代该《条例》。这样，1787年的大会才在日后被称为制宪会议。而代表们经过仔细斟酌后发表的文献开宗明义地指出，“我们人民……特此制定美利坚合众国宪法”。与各州宪法一样，合众国宪法是人民为建立新政府而达致的契约，也是人民与即将成立的政府间所达成的契约。人民根据所规定的形式同意受统治，并且受制于该宪法所规定的条款；而政府亦保证尊重那些规定。

宪 政

每一部宪法都提出一种政制构架，但是与人们的一般认识相反，一部宪法并不一定代表一种与共和原则或民主原则、尊重人权或其他独特价值的原则相吻合的构架。许多宪法仅仅是对政府形式的描述，亦就是一种宣言或是对未来的一种希望或设计。^①有些宪法并不含有权利法案。有些宪法甚至不具有法律意义，当然更谈不上是最高法律了。有些自称是最高法律的宪法，事实上并非如此。从下列原因我们便可看出：它们或是未受到重视，或是未得到执行，甚或政治当局可以随时修改它们。当然，即使存有上述缺陷的宪法，也含有对政府的某些限制。存在宪法这一事实本身，就意味着某种法治，某种对独裁和专断的限制。

对于立宪者而言，一部宪法的意义绝不仅于此，它还意指‘宪政’(constitutionalism)——即将成立的政府要受到宪法的制约，而且只能根据其条款来进行统治并受制于其限制。当然，这种统治必须局限于人民同意授予其的权力和为了人民同意的目标。

对于立宪者而言，宪政还意味着更多的含义。杰斐逊认为，从欧洲思想中，立宪者一代习得了对有限政府的崇奉——亦即自由式国家的最小的政府。自由民同意建

立政府并同意受其统治，仅仅是为了保障其生命权、自由权、财产权和其他权利。个人可以保有这些权利，甚至可以据此对抗政府中的人民代表。

我们总是谈论我们的宪法权利，但对于立宪者而言，权利并非来源于宪法亦不取决于宪法。权利先于宪法，先于社会和政府而存在。政府的目的是为了保障人们原则上在有任何形式的政府之前就享有的权利；这些权利乃是造物主的赐予物。在同意型构一个社会的同时，个人同意放弃其某些自由和财产，并将这些自由和财产授予其代表以便实行统治。但是人民——所有居民——又保有着终极权力，并且个人能够继续享有对抗人民代表的权利。一部宪法也许会明确规定个人所保有的权利，并提醒政府应当尊重这些权利，例如，“国会不得制定限制出版自由的法律。”但是，个人在宪法存在之前就享有

• 就这点而言，立宪者的意识形态明显与处于支配地位的欧洲思想及英国宪政原则不尽相同。在卢梭(Rousseau)的社会契约论中，个人集合起来构成“民族”(nation)，因而主权在民族。据此，个人并不保有权利；个人自由和财产的保障，是通过该民族的“公意”(general will)来实现的。因为在该民族中，每个个人都得到了充分且平等的代表。与卢梭不同，洛克所提出的社会契约论主张个人保有权利，但是英国的宪法性文献以及英国的宪政实践一般都是称“人民”的权利，而非个人的权利。人民的权利基于议会与国王之间的契约，并通过法律而得到保障。卢梭的理论要比洛克的理论更倾向于认为，个体的英国公民必须从人民代表所颁布的法律中寻求保护。保守主义者如伯克(Burke)、改良主义者如边沁(Bentham)都不相信天赋人权，也不接受所谓可以对抗议会亦即人民代表的权利。

了这一自由，所以政府有义务尊重这一自由并尊重他（她）的其他保有权利，即使这些权利在宪法中未予阐述甚至未曾提到，亦应如此。

立宪者们所构设的宪政还旨在实现另一种意义上的有限政府。他们认为，只要政府的权力得以分立，政府就会受到限制。立法权应与行政权分立，而这两者都应与司法权分立。再者，在这三个部门之间还应有制衡。

(checks and balances)

总之，美国的宪政意味着政府应受制于宪法。它意味着一种有限政府，即政府只享有人民同意授予它的权力并只为了人民同意的目的，而这一切又受制于法治。它还意味着权力的分立以避免权力集中和专制的危险。宪政还意指广泛私人领域的保留和每个个人权利的保留。（我以为，这并不意味着对浪漫的自由主义的承当或是从形式上坚持三权分立，尽管合众国最高法院有时坚持这一点。）^⑧另外，宪政也许还要求一个诸如司法机构的独立机关行使司法权，以保证政府不偏离宪法规定，尤其是保证权力不会集中以及个人权利不受侵犯。

共和与民主

立宪者们建立了一个宪政共和国，而且他们所制定的

宪法也明确要求合众国“保证该联邦中的各个州都采取共和政府的形式。”* 共和在立宪者时期的定义与今天一样不甚清楚。从词源学上讲，“共和”的意思基本上相当于公共财富或公共利益 (commonwealth or common weal) 但那本身并不含有政治权力之渊源或政府特征的意义。然而，一如在古罗马一样，立宪者们认为，共和制与君主制是相对的。但是共和并不仅仅是反对世袭统治、或是反对贵族头衔、或者是反对采邑和阶级等级制。对于立宪者而言，与在古罗马一样，共和意味着最高权力掌握在人民手中、权力的渊源是人民，以及政府是由人民建立的并且是向人民负责的。

詹姆斯·麦迪逊 (James Madison) 解释道：

如果我们为了就不同政府形式赖以确立的不同原

* 美国宪法第 4 条第 4 款。《联邦党人文集》第三十九篇 詹姆斯·麦迪逊说：

出现的第一个问题是：政府的一般形式和方面是否就是严格意义上的共和制。显而易见，再没有其他政府形式符合美国人民的天性符合美国独立战争的基本原则或者符合鼓励每个爱好自由之士把我们的一切政治实验寄托于人类自治能力上的光荣决定了。因此，如果发现制宪会议的计划不符合共和的品格，共和的倡导者肯定会因其不再能为之辩护而予以放弃。

那么，何谓共和形式的特殊品格呢？如果寻求对此问题的回答，而不求助于一些原则，反而求助于政治论者所适用于不同国家宪法的这个术语，是绝不可能获得满意的回答的……这些范例之间彼此不同的程度，几乎同它们与真正的共和国的不同一样，这就表明这个术语在政治论文中应用得极不确切。

则而寻找到一个标准 我们会将共和定义为 或至少会将这一名称给予)一个直接或间接从人民大众中获致其所有权力的政府,而且是由那些在有限时期内品行良好的掌权人所管理的政府。最为关键的是,这个政府应从整个社会而不是从这个社会中它所认同的极小部分人中产生。否则 少数专制的贵族 通过其权力的代表来进行压迫)也会渴望共和者的地位并自誉其政府就是光荣的共和政府。对共和政府而言,管理它的人应由人民直接或间接任命,而且他们的任期应按明确规定的年限执行 否则 合众国的每一任政府以及其他任何一个一直组织得很好 有些可以组织得很好 并且管理得很好的民众政府就会发生蜕变,不再具有共和性质。

代议制政府

在一个共和国中,人民既拥有主权又是被统治者;就

* 《联邦党人文集》第三十九篇。麦迪逊继续指出:

根据联邦各州的宪法,政府的某些官员只能由人民间接任命。根据大多数州的宪法 首席行政长官本人就是这样任命的。根据一个州的宪法 这种任命方式扩大到立法机构的某一个同等部门。根据所有的宪法,最高公职的任期同样会延长到一定的期限 在许多场合下 在立法和行政部门内 会延长若干年。此外 根据大多数宪法的条款 以及在这个问题上最值得尊重的公认意见 司法部门的成员由于忠实履行职责而可以保留他们的职位

这一点而言，这种共和也是民主的。但是立宪者们则对共和与民主做了严格的界分。他们认为，民主意味着直接民选政府，所有决策由人民在大会中投票做出；而共和的含义则是代议制政府（representative government）。当然，直接民选政府，或由人民集会选出政府，对于任何人口较多的社会而言都是不现实的（如果不是不可能的话）。但是，立宪者们对于直接民选政府的反对具有着更深刻的含义。立宪者们坚信代议制政府。他们认为，代议制政府是一种更好的政府形式，对于公共利益有更多益处。人民应当通过人民中的精英来进行统治。立宪者们担心大众（the common man）^⑨（尤其是在公共场合和人多时）会被煽动者所操纵。另外，他们还认为直接民主制容易产生派性。

政府官员应当代表人民，而且麦迪逊指出，代表应当由人民选出。但是，人民可以直接或间接地选择自己的代表。立宪者们并不认为直接选举更好。确实，从他们所制定的宪法中我们可以看出，他们似乎更倾向于间接选举。只有众议院是明确的代表——只有其成员被称为“代表”。即使选举这些代表，投票资格也是由各州自己确定的；而在各州，确定这些资格的立法机构亦并非是完全直接民选的。或许立宪者们认为参议院也代表人民；然而参议员却由该州的“立法机构选出”而不是由人民选举。总统或许可被认为代表人民，但是，他的选举比

参议员的选举还要间接。按宪法明文规定，总统是由各州“以一种由其立法机构指定的方式”任命的选举人选出的。

有限选举权

对于立宪者而言，民选政府并不意味着政府由所有人选举产生。无论是选举那些批准合众国宪法的州大会代表或是选举众议院议员，还是民选各州立法分支机构（这些立法分支机构在决定选举众议员、总统和参议员的资格时起一定的作用）奴隶、甚至那些自由黑人、妇女和没有足够财产的人都无资格投票。估计当年只有大约百分之五的人口参加了对批准宪法大会代表的选举，^⑩尽管宪法仍以“我们人民……”自称。直接或间接地参加选举各州政府的代表以及其后联邦政府的代表的人数，也没有比百分之五的人多多少。

这样，尽管共和意味着尊奉人民主权和被统治者的同意，但事实上，有主权的人民和能表示同意的被统治者

* 许多人都认为，参议院并不代表人民，而只代表各州，因为各州各有两名参议员，而不论其人口的多少。而且，参议院并不是“大众的”，而是“贵族的”。参议员与众议员相比，不仅人数少而且任期长。参议院和众议院一般来讲具有平等的立法权，但是参议院还享有一些其他特别的权力。如核准缔约权、确认任命权。

只占人口的一小部分。共和尊奉代议制和责任政府，但是只有一些个别“代表”是由选民直接选举的，那么，也只有这些个别“代表”可被认为是对选民负责的。共和似乎很珍视制约和平衡，但是制约和平衡在很大程度上是由那些并非由人民直接选举因而不会对选民负责的官员予以运作的。另外，无论公职的选举是直接的还是间接的，有资格的选民只是该公职所应代表的人民中的一小部分。

然而，即使在 1787 年，民主也是一个颇具吸引力的字眼。大多立宪者不愿表现得反民主甚或是不民主。结果，联邦党人“努力给其贵族式的文献披上了民主外衣”。^①无论如何，过去二百年来，共和及民主的观念都已发生了变化，二者在内容上也彼此重叠。立宪者们当年所认定的民主与共和之间的根本区别已然不复存在：民主现在也被看作代议制，而我们当下的民主则是一种代议民主（a representative democracy）。（立宪者们会认为，代议民主是一种矛盾形容法。总而言之，将共和升格为良好政府的特征这一现象已被对民主的信奉所取代。

即使对民主的这种信奉也得到了丰富和精炼。我们扩大了人民的定义。我们亦进一步思考了代表和责任的问题。尽管直接选举政府总体上仍被认为不可能，但是，某种形式的公众参与已逐渐被认为是可欲的（desirable）、

并对推行更为真实的民主有益。

更为重要的是，当下，所有的人都有了投票资格。尽管只是量上的发展，然而，慢慢地，曾经非常有限的选举权，事实上已经成为全体人民的权利。影响人们资格的障碍逐渐被消除了——1870 年是种族障碍、1920 年是性别障碍、1964 年是财产障碍（通过人头税或其他税）、1971 年是年龄障碍（那些 18 岁以上的人）。1970 年，国会中止了识字率标准。^⑫然后，当最高法院确立了普选权时，所有障碍都消失了。最高法院认为人人有权得到同等法律保护的宪法权利，应包括人人有同等的平等选举权。^⑬

我们在 1789 年制定宪法时的人民只是三百万居民中的一小部分。而今天，我们把当时的宪法接受为我们当下的宪法而予以支持捍卫并同意受统治的人民，实际上是全国二亿五千万居民中的所有公民。我们所有的公民都得到了代表，而且是直接代表。^{**} 从名义上和形式

* 根据宪法的规定，投票资格乃是由各州决定的，而且各州都把投票权限于美国公民。但是所有出生于美国的人都是公民，而且所有准许在美国定居的外籍人，根据不太复杂的程序，亦可以授予公民资格。

** 在某种意义上讲，参议院仍代表各州，而不代表人民，因为各州具有同等名额的代表席位而不论其人口在数量上的差别，但是在 75 年以前，我们开始朝直接选举参议员的方向迈进。哥伦比亚特区的居民未能在参议院或众议院被代表，但是根据宪法第二十三修正案，他们却确实参加了选举总统选举人的活动。