



INSTITUTIONES NOVAE

宪法学导论

第三版

——原理与应用

张千帆 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



宪法学导论

——原理与应用

| 第三版 |

张千帆 著

图书在版编目(CIP)数据

宪法学导论:原理与应用 / 张千帆著. —3 版.

—北京:法律出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6214 - 3

I. ①宪… II. ①张… III. ①宪法学—中国 IV.
①D921.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 057304 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/固安华明印刷厂

责任印制/沙 磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/44.5 字数/790 千

版本/2014 年 4 月第 3 版

印次/2014 年 4 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939738

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6214 - 3

定价:59.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

张千帆

美国德克萨斯大学奥斯汀分校政府学博士。1999年回国后曾任南京大学法学院教授、博士生导师、《南京大学法律评论》主编。现任北京大学法学院教授、博士生导师、中国宪法学会副会长、北京大学宪法与行政法研究中心常务副主任以及法学院人大与议会研究中心主任。主要研究中外宪政、宪政转型、道德与政治哲学。在相关领域出版专著和主编教材30余部，发表论文150余篇、评论330余篇。

个人法律博客

<http://const123.fyfz.cn/blog/const123/>



序 言

东郭子问庄子：您所说的道，究竟在什么地方呢？

庄子回答说：道是无所不在的。

东郭子：您得具体一点才行。

庄子：那就让它体现在蝼蚁身上吧。

东郭子：道是宇宙的最高法则啊，怎么会如此低下呢？

庄子：那就让它在稻田的稗草里好了。

东郭子：怎么每况愈下了呢？

庄子：那就让它在残瓦碎砖里。

——《庄子·知北游》

你家要拆迁了。政府通知你，你可以得到部分补偿并选购城边新盖的住所，但必须在期限内搬走。你本不愿意搬，而且觉得政府所定的拆迁费太低了。你还怀疑政府官员和开发商之间有幕后交易，靠侵吞你和周围邻居的安置费来瓜分利润。你想找当地的人大代表反映意见，却不知道他是谁，问了一圈儿也没人知道。情急之下，你找了一群和你一样不满意的邻居，跑到政府门前交涉，结果被当地负责人斥为“聚众闹事”，并让防暴警察强行驱散。由于造成了“不良社会影响”，你被当地公安局拘留了两天，不得已做了检讨，出来前还被警告以后说话要“多注意点”。拆迁的期限到了，开发商打着“代表政府”、“以拆促迁”的旗号强行拆房，给你造成了一定的损失。你去当地法院控

告,但有关行政部门对法院施加压力,上级法院也下达文件通知,一概拒绝受理任何关于拆迁纠纷的案件。你更觉得政府中的某些腐败分子和私人开发商串通一气剥夺你的权利,于是发表了一些对法官和其他官员不利的愤激言论。结果,不但你没诉成别人,别人反而诉你侵犯了他们的“名誉权”,且一审判决你败诉。你似乎已到了走投无路的地步。

笔者相信,这并不是一个纯粹虚构的故事,它不仅可能会发生,而且已经发生在中国的各个角落。你所学的法律能为你做点什么吗?你肯定知道,这里已经涉及许多法律问题。虽然你对你住的地方没有绝对的“所有权”,但是你至少有“使用权”,因而有权对其征收获得某种公正补偿。如何补偿?国家有《土地管理法》和《城市房地产管理法》,国务院发布过《城镇国有土地使用权出让转让暂行条例》和《城市房屋拆迁管理条例》,而你所在的省或市一般有更具体的规章或规定。就这些规定的适用和补偿数额所发生的争议,主要是经济法问题。你以和平方式争取自己的权利,公安局却无端将你拘留并迫使你做检讨,显然缺乏法律依据。你可以向它或其上级部门要求行政复议,或直接提起行政诉讼,要求撤销这项违法行为并赔偿它给你带来的任何损失。这是一个行政法问题。开发商以政府为后盾强行拆房,你或者可以通过民法诉开发商的侵权行为,或者可以诉政府侵犯了你的合法财产权。法院是否应该受理你提出的拆迁争议?这是一个典型的行政诉讼受案范围问题。至于你是否侵犯了法官及其他官员的“名誉”,那要看你的言论是否构成了民法意义上的“诽谤”。如果你自己或你的代理人足够仔细,你或许还能从这条或那条法律中找到更多的依据来维护你的权利、挽回你的损失或至少帮你“出口气”。

但你可能没有意识到,你其实已经接触到好几个更高层次的问题——宪法问题。怎么,宪法是国家的“根本大法”,难道还管这些鸡毛蒜皮的小事?当然!管不了这些“小事”,它必定也管不了什么“大事”。不是“上纲上线”——虽然你对你住宅的权利是有限的,但你应该可以用“公民的住宅不受侵犯”(宪法第39条)、“公民的合法的私有财产不受侵犯”,“国家依照法律规定保护公民的私有财产权”(第13条),维护宪法为你保障的权利;如果地方政府因不满意你的言论而让公安介入,那么它显然侵犯了宪法第35条赋予你的言论自由;公安局因你的言论而剥夺你的人身自由,当然违反了行政法的行政合法性原则,但它首先违反了宪法第37条的规定:“公民的人身自由不受侵犯……禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由”;你也许还想和遭遇类似的居民一起成立一个专门为被拆迁者申诉的团体,而对你早就相当“感冒”的当地政府当然不会同意,这时你可以用宪法第35条的结社自由争取你的事业——且不论这项权利是否受到有关条例的限制,因为

任何规定都必须符合宪法,过分限制结社自由的规定是“违宪”的,因而(应该)无效;法官和其他政府官员对你的批评提出起诉,不仅侵犯了你的言论自由,而且违反了宪法第41条的规定:“公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利”;法院受到行政部门的压力而曲解法律、拒绝受理拆迁争议,不仅错误适用了行政诉讼法对受案范围的规定,而且也违反了宪法第126条对司法独立的保障。最后,你的人大代表到哪里去了?为什么大家都不知道她?这很可能表明你们当地的人大选举没有落实好,以至大家都不把人大选举当回事;但宪法规定你们区的人大代表“由选民直接选举”(第97条),这并不是一项可有可无的制度——人大代表的职能正是为了解决像你遇到的这类问题,监督地方行政部门的工作方式,反映地方选民的疾苦,疏通“官民”关系。现在,这项职能没有充分发挥出来,表明地方选举没有完全按照宪法规定的那么做。你看,说到最后,“小事”就成了“大事”。是的,你可能还从来没有感受到宪法会这么“有用”,但这些确实是一个宪政国家的宪法应该为你做的。

这就是宪法了!每当我们谈论宪法问题的时候,我们所谈论的并不是什么玄妙高深的理论,而是关系到你我实际生活中的平常事情。如果宪法就是治理社会的“道”,那么它确实就像庄子所说的那样是“无处不在”,弥漫于每个人的思维言行、政府文件的字里行间、普通人家中的每一件财物乃至至于拆迁后的残壁瓦砾之中——总而言之,渗透到社会生活的方方面面。不错,宪法是神圣的——它是国家的“根本大法”,没有比它更高的法了。但要使它真正获得公民的尊重,宪法首先必须从理论家的神坛上走下来,走进普通人的实际社会生活中去。在成为“更高的”甚至是“最高的”法之前,它首先必须是普通的法,并和普通法律一样解决实际生活中的问题;否则,它就配不上“法”的称号,也没有权利获得公民的尊重。宪法不只是一篇意识形态宣言,不是空洞的政治口号;这当然不是说宪法应该远离政治——这是不可能的,因为宪法的作用正是用法律去规范政治运作,而是说它应该更接近法律,因为宪法(应该)是一部具有实际效力的“法”,宪法学和其他法律学科一样(应该)是一门解决实际社会问题的科学。这是本书的基本出发点。

宪法(应该)是一部具有实际效力的“法”,宪法学和其他法律学科一样(应该)是一门解决实际社会问题的科学。

一、指导思想与方法

基于这个出发点,本书的基本“定位”是一本普通的法学教程——就和你看到的民法、刑法或行政诉讼法教程一样。和其他法律文件一样,宪法也包含着道德规范、价值、原则和理念;事实上,宪法尤其如此——没有这些意识形态的成分,就不可能成为一部宪法。宪法规定着国家的最高价值和规范,完全中立的宪法是不存在的。但承认这一点,并不是否认某些价值和原则是基本、普

宪法规定着国家的最高价值和规范,完全中立的宪法是不存在的。

遍与共同的,也不是否认人类的政治和社会行为存在着共同规律,更不是否认宪法学作为一门研究宪法的科学应该超越特定国家的历史局限,去寻求人类的共同本性以及任何宪法都必须保护的基本人权和价值。就和刑法(或任何其他法律)的价值观并不否定刑法学作为一门科学的客观属性一样,宪法的价值观也不否定宪法学作为一门科学的客观属性。因此,宪法作为一项法律制度涉及甚至充满着意识形态的成分,但宪法学不应该只是站在意识形态的立场上简单地褒贬自己或其他国家的宪法;中国目前的民法、刑法和行政法学已经不是这样了,宪法学也不应该例外。宪法学的作用是客观与中立地总结、梳理、比较、分析,并在此基础上对各国宪法作出严肃与谨慎的评判。这是这本书所力求——尽管不可能完全——达到的目标。

要实现上述目标,笔者认为宪法学者需要做到以下几点:

第一,实事求是,靠实际事例和具体数据而不是空头口号说明问题。实际案例是宪法的生命,是建立中国宪法学体系的素材;没有它们,宪法就成了没有兑现的空想,宪法学也就不可能真正起步,更不用说形成有价值的理论体系。在这个意义上,目前中国宪法学发展的主要障碍在于宪政实践的缺失;中国宪法学所需要不是更多的理论,而是更多的实例——宪政制度在实践过程中产生的实例。

第二,冲破禁区,自由探讨与比较其他国家的经验,并客观肯定其中的有益成分。这并不是说中国宪法没有自己特有的理念和原则,或者说宪法学者作为公民不需要尊重这些原则;但就和刑法学者必须遵守中国刑法,但仍然可以对中国和其他国家的刑法制度自由探讨与比较一样,宪法学者也必须站在一个相对中立和超越的角度来研究本国和其他国家的宪法。也只有这样,中国的宪法理论和实践才能真正在“科学的轨道”上发展进步。宪法学必须打破思想的禁区,因为中国公民的权利不承认“禁区”。和世界其他公民一样,他们有作为人所共有的不取决于具体国家制度而存在的价值和需要,因而要求国家宪法的有效保护;其他国家对本国公民的自由与权利之保障,同样可以为中国宪法所参照甚至吸收。在这个意义上,如果说“抓住老鼠的就是好猫”,那么最能够保障中国公民权利、解决中国社会实际问题的就是一部好的宪法。

第三,客观中立,抛弃主观教条主义的思维方式。要成为一门真正的“法律科学”,宪法学必须从意识形态的泥潭中解脱出来,分清实证与规范、实然与应然、“是”与“应该是”的区别,运用分析哲学的溶剂来清洗意识形态的污垢。作为一门实用科学,宪法学不只是政治工具;宪法学的使命不是盲目肯定自己、否定别人,而是通过尽可能不带成见的自由研究,客观地探索人类的共同需要、人类行为的共同规律以及适应本国特殊社会文化的特殊机制,从而为本国的宪政实践提供有意义的指导。本国的宪法固然为宪法学研究提供了一个

起点,但它绝不是终点。在这个意义上,宪法学必须“通过宪法而超越宪法”。

本书力求做到上述几点,因而比较多地采用了比较的方法,希望其他国家的宪政制度能为中国宪政的发展提供借鉴与启示。中国有过灿烂的文明,且中国文化传统也包含着宪政的形式要素,尽管从现代的眼光看,传统宪政及其所维护的价值观念注定带有严重的缺陷。(参见张千帆,2001b)只是在近代,中国文明衰落了。然而,作为一个自强不息的民族,中国人必须创造新的文明,必须重新为世界文明作出自己特有的贡献。这种文明不是旧体制的重复,而是建立在现代宪政的基础上。但新的宪政文明不可能在和世界隔绝的孤立过程中产生,而必然是在一个充分开放和交流的环境下形成的。就和建立中国的民法体系不可能不参照普通法系或大陆法系的制度,建设市场经济不可能不和世界其他国家进行贸易往来、合作与竞争一样,宪政制度的建设和发展也要求中国把自己融入世界宪政的大家庭之中。作为一个泱泱大国,中国宪政不是例外,而是世界宪政体系中不可缺少的一部分。在经济领域,中国已经加入了WTO,中国经济将日益成为世界经济的一个组成部分,并根据公正、平等的贸易规则和其他国家进行交流与竞争。笔者相信,中国的宪政迟早也会融入世界宪政体系,并以自己悠久的道德传统与深厚的文化底蕴和其他国家进行平等对话。然而,就和中国经济领域仍然是发展中国家一样,中国宪政也处于发展中状态,因而需要虚心学习其他国家的发展经验,勇于并善于吸收发达国家的长处。只有这样,中国宪政才能和经济及其他法律领域一样发展成为世界大家庭中的平等一员。

二、基本结构与特点

作为一本法学教程,本书具有普通法律教科书的特点。由于本书把宪法严格作为一门法律来对待,因此它在风格和民法、刑法或行政法没有根本区别。全书将宪法学原理与案例分析相结合,介绍与比较中国和其他国家的宪法制度。

在内容上,本书分三大部分,共八章。第一部分是概论,其中包括宪法学的基本概念,宪法的形成、发展及其思想渊源,以及宪法审查机制三章。之所以将审查机制作为概论部分,是因为发达国家的宪政经验普遍表明,宪政审查是宪法效力的必要保障;没有某种形式的宪政审查,宪法就失去了实际效力,宪法学也就成为没有意义的空头理论。因此,和前两章一样,这部分内容具有基本与普遍意义。第二与第三部分是关于宪法学实体理论。第二部分介绍国家机构,包括国家权力结构的划分,政府组织结构以及政府产生的方式三章。第三部分讨论公民权利,包括权利的基本概念和宪法保障两章。之所以把公民权利放在国家机构的后面,部分是出于循序渐进的考虑,因为“宪法”(con-

本书把宪法严格作为一门法律来对待,因此它在风格和民法、刑法或行政法没有根本区别。

stitution)的原始含义毕竟是指政府的组织法;部分则是因为国家权力的合理分配是保障公民权利的前提——我们所说的宪法保障,实际上是指通过政府有关部门依据宪法对公民权利实施的保障。

在形式上,本书将结合理论叙述和实际案例,并在适当的地方穿插“评注”(对概念或理论的说明)、“探讨”(对某些有争议问题的讨论)、“案例”(各国著名或典型判例)、动态(中外宪政的最新进展)与“思考”(对读者提出的问题)。需要强调的是,本书所注重的是有说服力的推理,而不是“正确答案”;事实上,大多数有价值的法律问题是“不存在”“正确答案”的。政府可以基于对社会影响的考虑而限制你的言论自由吗?官员可以反诉侵犯他名誉的公民吗?最高法院是否应收回对死刑的核准权?(见本书第七章)宪法是否要求私有财产受到征用时获得公正补偿?如何衡量补偿是否“公正”?对这些问题的争议本身表明,正确答案是很难发现甚至不存在的。如果你有志于宪法学,那么你能所做的只是从你对公共利益的理解出发,尽可能为某种答案提供有力论据。当然,别人可能会有不同意见。这是为什么辩论在法律中如此重要,也是为什么我们需要一个法院去评判与解决包括宪法在内的法律争议。

为了便于阅读,本书用脚注表示一般较长的案例名称,一般文献则用“()”夹注的形式,表明作者、年代和页码,并在全书最后附以参考文献。对案例的原文有修改的,一律用“[]”表示。除非特别说明,“美国宪法”是指其联邦宪法,“最高法院”是指联邦最高法院,德国的“宪政法院”一般是指联邦宪政法院。

三、几点说明

本书的标题是“宪法学导论”,副标题是“原理和运用”。之所以为“导论”,是由本书的大学教程性质决定的。因此,它的重点是介绍基本原理,而不是更深入的理论探究。如上所述,宪法学“原理”不是抽象的,而是在宪政实践基础上反思、归纳、总结的产物。事实上,纯粹的宪法学“原理”是不存在的;没有宪政实践作为基础,宪法理论只能建立在沙堆上。这正是为什么本书把司法审查的内容放在前面。

从方法论的个体主义出发(参见第一章),宪法的最终也是唯一目的在于保护公民个人的尊严和权利——尽管这些权利之间可能会发生冲突,而国家权力的设置只是实现这一目的之手段。这解释了本书为什么没有涉及某些传统宪法教科书所涉及的内容,例如公民义务和国家主权。如第一章所述,现代宪法学一般只谈公民“权利”,而不谈公民“义务”;这不是说公民没有义务遵守宪法和法律——他们当然有,而是制定宪法的全部目的在于突显下列基本观念,即国家的最终目的是保障公民权利,而不是施加义务。这是宪法和普通

法律之间的一个基本形式区别。(当然,普通法律的最终目的也是为了保障权利。)换言之,宪法对公民义务的规定是不可被实施的,而只能被理解为对公民权利本身的限制与界定。

本书也没有述及“国家主权”概念。宪法主要是国内法,而主权则是一个国际法概念,因而不是现代宪法学的关注重点,且过分注重国家主权将无疑对公民权利构成威胁。一个政府对外代表着国家的“主权”——尽管即使这个概念也因为一系列国际组织与规则的发展与深化而变得越来越不重要,对内则恰好相反:人民对它具有主权。但即使是“人民主权”这个概念,宪法学也不宜多提——问题不是人民有没有主权,他们当然有,而是这个“主权”究竟意味着什么?如何体现并体现在哪里?它是指大多数人具有直接制定法律的权力?直接选举人民代表的权力?间接选举并监督人民代表的权力?对于这些实际问题,笼统的“主权”并不能给我们带来任何启示。最重要的是,“主权”是一个抽象的整体概念,在实际中操作性不强,且容易被滥用而失去意义。因此,我们更倾向于谈论权利——一个人的具体的可被实施的权利。

最后,本书可能应该对“宪法(学)的意义”之类的题目说得更多一些。但这个题目实际上是不用多说的。事实上,我们以前对宪法(学)意义的肯定不是太少,而是太多了——不是指宪法的意义被抬得太高了,这当然是不可能的,而是指我们说得太多,而做得实在太少了。每个人都听说过宪法是国家的“根本大法”,是整个法律体系的基石,等等。但它的意义最终体现在什么地方呢?这光靠说是不能解决问题的。笔者认为,我们应该少说一点,多学一点,多做一点。宪法或宪法学的意义最终来自中国宪政制度的实践,而这不只是个别宪法学教授的使命,而是全体国民——包括这本书的所有读者——的使命。毕竟,宪法(应该)是他们制定的,也是为了他们而制定的。

目 录

Contents

序言	1
----	---

第一部分 概 论

第一章 宪法(学)是什么?	3
第一节 引论——宪法能为你做什么?	4
第二节 基本概念	6
一、法与法治	6
二、宪法与宪政	11
第三节 宪法的结构与特征	15
一、宪法结构	15
二、宪法的主要特征	21
第四节 宪法学是一门“科学”	36
一、宪法与宪法学	36
二、宪法学的三个层面	38
三、宪法学的实证研究方法	42
第五节 现代宪政的基本价值与原则	51
一、法治与分权	52
二、民主	54
三、权利与自由	54

2 目 录

四、联邦? 中央与地方关系	55
五、为了人的尊严——走向宪政价值的统一	56
第二章 宪政制度及其思想渊源的形成与发展	59
第一节 宪法的思想渊源	59
一、“宪法”一词的来历	60
二、契约与宪法——英国《大宪章》及其发展	61
三、社会契约论的发展	66
四、政治多元主义与美国宪政思想的形成	72
第二节 西方宪法的产生与发展	75
一、从章程到宪法:公法的私法起源	75
二、美国宪法	77
三、法国宪法	83
四、联邦德国	86
五、走向一个欧洲联邦?	89
六、第三波民主——转型宪政的前景	91
第三节 中国宪法的产生与发展	94
一、预备立宪(1895—1911)	95
二、尝试立宪(1912—1926)	105
三、国民政府时期(1928—1948)	128
四、人民共和国时期(1949年至今)	145
第四节 宪法的制定与修正	153
一、宪法的制定程序	153
二、宪法修正的可能性	155
三、宪法修正的程序	155
四、法院的作用	157
第三章 宪政审查与宪法效力	160
第一节 司法审查的起源	161
一、“马伯里诉麦迪逊”:案件的起因	163

二、马伯里案的推理	164
三、马伯里的遗产:宪法的“司法化”	168
第二节 宪法效力与“司法化”	169
一、法国宪法的“司法化”	169
二、中国宪法的“司法化”?	179
第三节 宪法审查的模式	183
一、审查机构	183
二、审查程序	190
三、审查范围	190
四、诉讼主体	192
五、中国宪法审查模式之探讨	195
第四节 宪法解释的方法	200
一、文字	200
二、结构	200
三、历史	201
四、目的	203
第五节 法院与民主——司法审查的政治含义、问题及启示	206
一、司法审查的政治含义	206
二、欧洲经验及其对中国的启示	211

第二部分 国家权力的结构与组织

第四章 国家结构形式——单一制、邦联制与联邦制	217
第一节 联邦制度	218
一、联邦制的思想渊源	219
二、联邦制的基本原则	221
三、联邦制下的中央与地方关系	231
四、中央和地方权限的划分	241

第二节 邦联制	246
一、欧洲联盟	248
二、联合国	254
第三节 单一制	255
一、法国	256
二、中国	256
第五章 政府组织形式——立法、执法与司法权力的分配	286
第一节 分权的理论基础	287
一、议会至上	288
二、三权分立	290
第二节 立法机构	293
一、斗争与妥协——议会制度的起源	293
二、议会的结构与组成	295
三、议会程序	299
四、议会的职权	303
五、中国的立法机构	309
第三节 国家元首与行政机构	331
一、一元首脑制——美国总统	332
二、双元首脑制——法国模式	337
三、双元首脑制——德国模式	340
四、中国	343
第四节 司法机构	359
一、普通法体系——以美国为例	362
二、欧洲大陆法体系——法国和德国	365
三、邦联制下的司法控制——欧洲法院	369
四、中国的司法机构	373
第六章 政党与选举	392
第一节 民主、选举与政党制度	393

一、民主是什么?	394
二、政党的性质与职能	406
三、政党与选举	412
第二节 政党与宪法	417
一、美国	417
二、欧洲——以联邦德国为例	424
三、中国	435
第三节 宪法与选举	440
一、美国	440
二、法国	451
三、德国	454
四、中国	458

第三部分 公民基本权利

第七章 权利的理论基础	488
第一节 权利是什么?	489
一、权利的主体:个体还是集体?	491
二、权利的属性:积极与消极	493
三、权利的对象:绝对还是相对?	496
四、权利保障的范围:有限还是无限?	498
五、权利的形式:自由与平等	500
第二节 权利的作用和分类	507
一、个人层面的权利	510
二、体制层面的权利——以言论自由为例	519
三、平等权	532
四、权利保障的共同基础——对“人格尊严”的尊重?	535

第八章 权利的宪法保障	539
第一节 表达自由	540
一、言论自由	540
二、新闻与出版自由	563
三、游行示威和集会自由	585
四、结社自由	592
第二节 宗教与信仰自由	600
一、“立教条款”	602
二、“自由活动条款”	604
第三节 社会经济权利	612
一、经济活动自由	613
二、财产权	627
三、“新财产”与社会福利	636
四、国家资助与受教育权	640
第四节 人身权利	648
一、隐私权与人身自由	648
二、迁徙自由	657
三、刑事正当程序	661
四、个人隐私与信息自决权利	670
五、道德规范对权利的限制	672
第五节 集体权利——生存权与发展权	673
参考文献	676
第一版后记	681
第二版后记	683
第三版后记	684

评注、案例目录

第一章 宪法(学)是什么?	3
评注 “法治”辨析	7
评注 “公共利益”与社会功利主义	9
评注 “宪法”的定义	12
案例 世界宪政第一案——马伯里诉麦迪逊	13
评注 国家机构在宪法中的地位和次序	17
评注 “刚性”与“柔性”宪法	20
评注 “公法”与“私法”	22
探讨 宪法是“母法”?	24
案例 公民是否可能违反宪法?	25
探讨 “宪政国家”与“法治社会”	26
探讨 权利的冲突与界限——如何对待宪法中的公民义务条款?	28
评注 宪法与行政法	32
探讨 “第三者效应”——宪法的“间接适用”	33
案例 宪法价值的冲突与平衡——“魔菲斯特案”	34
探讨 建立中国的宪法(学)体系?	38
评注 事实、规范与法律	39
探讨 “谁制定,谁解释”?	40
案例 社会科学在法庭上的作用——“妇女工时案”与“布兰代斯辩护词”	41
评注 中国古代与西方现代的理性(公共)选择理论	45
探讨 从“休谟定理”和规范—事实区分看宪法规范的本质	48
评注 “客观规律”的认知限度——逻辑命题与经验命题之分	50
评注 纵向分权与横向分权	53
评注 联邦与法治——英国学者看美国经验	56

第二章 宪政制度及其思想渊源的形成与发展	59
评注 契约的封建制起源	62
评注 “光荣革命”与《权利法案》	64
探讨 “国家”概念的起源	70
评注 美国革命与《独立宣言》	76
评注 联邦体制的理论基础——《联邦党人文集》	80
评注 君主制、共和制与君主立宪制	97
评注 宪法规则的破裂——“宋教仁案”	110
评注 中国第一次“总统大选”	110
探讨 宪政文化及其在中国的缺失	114
探讨 民主与贿选——从曹锟贿选看制度的作用	120
评注 “党治”机构——中央执行委员会	129
探讨 从训政到宪政——通过专制实现自由?	133
评注 紧急状态权力——《动员戡乱时期临时条款》	141
动态 台湾地区宪政进程概述	142
探讨 经济改革与宪法的稳定性	151
动态 伊拉克制宪过程	154
评注 中国的修宪程序——从《党章》到宪法?	156
案例 “德州禁止堕胎案”	158
第三章 宪政审查与宪法效力	160
评注 司法审查与宪政审查	161
案例 库克法官与“博纳姆医生案”——真正的世界宪政第一案?	162
案例 《人权宣言》的“司法化”——“结社法决定”	172
评注 “共和国法律所承认的基本原则”	174
探讨 宪法“司法化”与宪法的稳定性	174
评注 司法审查缺位的制度原因——英国的“不成文宪法”	175
动态 “不成文宪法”的成文化及其制度意涵	177
案例 中国“宪法司法化第一案”	180
评注 真理可能在少数人手中——普通法中的法官意见	184
评注 “奥地利模式”的起源	186
案例 “洛阳玉米种子案”——人大职权与司法独立	196

动态	中国宪法审查制度的新发展	198
探讨	历史解释的制度前提——公开社会与自由信息	202
案例	《权利法案》是否适用于州政府? 宪法解释方法的运用——“码头淤泥案”	204
探讨	宪法解释的特殊性	205
案例	司法失败——罗斯福新政与最高法院的抵制	207
案例	司法成功——“校区隔离案”	208
评注	司法自律——“政治问题”理论	210
第四章 国家结构形式——单一制、邦联制与联邦制		217
探讨	民主与规模	219
评注	“废止理论”	222
案例	德国宪政第一案——“西南重组案”	222
案例	“西南重组案”(续)	224
案例	州际贸易条款的“潜伏效应”——“牛奶收购案”	224
案例	“美国银行案”(上)	227
案例	“第一电视案”	229
案例	“美国银行案”(下)	230
案例	“纽约州诉合众国”	233
评注	中国的“分税制”和财政均衡	236
案例	“库利法则”与“领港调控案”	242
评注	贸易歧视、外部效应和“内部政治制衡”——司法权的自我界定	243
探讨	权限划分标准——事务的影响范围还是重要程度?	245
评注	为“大英联邦”正名	247
案例	“第戎葡萄酒案”	249
评注	“辅助原则”	251
案例	“甲醛进口税案”	252
案例	“电力国有案”	253
探讨	再论中央—地方权限的划分标准:影响范围还是重要程度?	259
评注	“较大的市”	260
探讨	“良性违宪”——地方试验不得不允许的“宪法变通”?	261
探讨	联邦制与单一制下的法律等级	263
探讨	如何遏制中国的地方保护主义?	266
评注	地方自治——联邦制与单一制的对比	270

4 评注、案例目录

探讨	基本法与宪法	272
案例	香港的“马伯里”走得太远了？“吴嘉玲等诉入境事务处案”	276
探讨	全国人大常委会与特别行政区的终审法院	281

第五章 政府组织形式——立法、执法与司法权力的分配 286

评注	权力的分与合——“政府”与“行政”的概念	289
评注	孟德斯鸠与三权分立	290
评注	总统制、责任内阁制与双元首脑制	292
评注	改革中的英国上院	296
评注	“立法保留权力”的性质——法国与中国比较	304
评注	弹劾与民主监督	307
探讨	(应该)公开的秘密？——人大代表投票与民主责任制	310
评注	全国人大常委会的立法权与解释权	314
探讨	全国人大和其常委会的关系	317
评注	“幕后”立法者？——人大常委会的工作机构	319
评注	中国地方选举所存在的问题	320
动态	一位人大代表的“另类”经历	321
动态	人大职能和预算控制	323
探讨	人大代表的职业化？	325
探讨	中国政协——从协商走向代议？	328
评注	执行委员会制度	332
案例	“紧急状态权力”的缺失——“钢铁公司占领案”	333
案例	执法特免权与司法审查——“合众国诉尼克松”	335
评注	二元首脑的分裂与“共生生存”	339
案例	“议会解散案”	342
探讨	宪法权利和紧急状态——“非典”之后的反思	346
探讨	中央军委的定位	349
探讨	村民委员会的性质	354
探讨	特首直选？地方自治与人大释法的限度	355
评注	三权合一？也论作为“最高法院”的英国上院	361
案例	联邦与各州法院的关系——“英民地产充公案”	363
案例	在法律和正义之间——“伊朗王妃案”	366
评注	法国的“三角诉讼”模式与“政府委员”的作用	368

案例	“议会起诉资格第三案”	370
评注	“法院独立”还是“法官独立”?	374
探讨	如何看待民意审判?	375
动态	司法改革的歧路——“唱红打黑”与“重庆模式”的破产	376
评注	获得司法救济的权利	377
探讨	“司法解释”与民主过程	379
评注	中国法院的判决书	382
探讨	建立中国的判例制度?	384
探讨	“检察独立”的困惑	387
评注	“公检法”的分工	388
第六章 政党与选举		392
评注	“民主”一词探源	394
评注	监督的力量:不同方向,不同结果	396
评注	买官卖官现象的制度根源	399
探讨	“上访”现象本质探源	400
探讨	“黑监狱”是如何产生的	402
探讨	地域代表与职业代表	404
评注	理性选择与选举成本	407
评注	“杜瓦杰定律”——选举体制与政党数量	412
案例	“5%规则”的合宪性——“巴伐利亚州党案”	415
动态	民主与专制——两种选举的对比	416
评注	“塔莱里会堂”和“分赃制度”	418
评注	“澳大利亚选票”与“分裂政府”	420
案例	党禁初选案——政党是不是“国家机构”?	424
评注	“政党国体”——德国政党的宪法地位	425
案例	政党资助的平等原则——“政党捐款免税案”	426
案例	“政党公共资助案”	427
案例	对照法国——“竞选开支决定”	429
案例	“西德媒介案”	430
案例	“极左党派案”	431
案例	“社会帝国党查禁案”	433
评注	“两委”矛盾——中国党政关系在农村基层的反映	439

评注	种族歧视、“嫌疑归类”和斯通法官的“第四脚注”	441
案例	“选区重划第二案”	442
评注	选区的滥划	444
评注	选举院制度的扭曲效果	445
案例	选举院制度的窘迫——2000年美国总统大选	446
动态	竞选活动的司法控制	449
案例	保障妇女代表——“女性限额决定”	452
案例	保护少数民族——“新卡东尼亚选举决定”	453
案例	“选区划分第二案”	455
案例	“替换候选人案”	456
案例	“缺席表决案”	457
案例	“官方宣传案”	457
探讨	“剥夺政治权利”的法律规定	460
探讨	人大常委会选举也应体现“一人一票”	463
探讨	“酝酿”与“协商”的奥妙	465
动态	杨集试验	470
动态	乡镇直选试点考察	473
探讨	村委会的困境与出路	478
探讨	如何让选票更“值钱”	481
第七章 权利的理论基础		488
评注	“权利”一词探源	490
评注	个体与集体——再谈权利的冲突与“平衡”	492
探讨	权利的“全球化”——从“公民权”到普遍“人权”	492
评注	自由主义的两种形式——经典与当代	495
案例	事实歧视——“华人洗衣店案”	505
评注	宪法权利保障的特殊意义	508
探讨	死刑的存废及其核准权的“下放”	511
评注	亚里士多德为私有财产权辩护	514
探讨	为什么政府征收必须给予“公正补偿”？	514
评注	宗教信仰(自由)的用途	518
评注	“小道消息不胫而走”——限制言论与新闻自由之困难	521
案例	言论自由与市场竞争——“抵制征兵第四案”	525

案例	“左翼党派第二案”	528
评注	托克维尔论结社自由	530
案例	“宪法平等权第一案”	533
评论	“人格尊严”与《世界人权宣言》	537
第八章 权利的宪法保障		539
案例	“清楚与现存危险”——“抵制征兵第一案”	542
探讨	“清楚与现存危险”的意义——平衡还是绝对?	544
案例	“律师政治资格案”	545
案例	“右翼党派案”	546
案例	“焚烧国旗案”	549
案例	“纽约时报案”	552
探讨	“短信干政”的是是非非	554
案例	言论自由的法律限制——“联合抵制电影案”	556
案例	“联合抵制周报案”	558
评论	政治言论的“见解”与“事实”之分	559
案例	见解的自由表达——“竞选毁谤案”	560
探讨	再论言论自由与个人名誉——德国与美国的差异及其原因	562
案例	“先人名誉第一案”	563
案例	“禁止周刊诽谤案”	565
案例	“五角大楼文件案”	566
案例	“镜报泄密案”	567
探讨	国家安全与国家秘密	570
案例	电视广播的多元化——“电视台第一案”(续)	572
案例	私人垄断与多元化——“电视台第三案”	573
案例	“新闻法决定”	575
案例	“通讯自由决定”	576
案例	“禁报谋杀案”	577
案例	“刑满出狱报道案”	578
探讨	谁敢封杀《人民日报》?	582
评注	别让“非法经营”成为限制出版的借口	584
案例	“学生抗议法院案”	587
案例	游行示威的自由与限制	589

动态	工会直选——从外企到国企(到农民工)?	596
探讨	为什么飞行员不比农民工强	599
案例	“宝塔基圣诞塑像案”	602
案例	“安息日休息解雇案”	604
案例	“宗教毒品解雇第二案”	605
评注	服役与反战信仰——比较美国与德国	608
案例	“宗教拒绝输血案”	609
评注	中国对宗教活动的管理	610
案例	“经济正当程序”的不正当起源——“蓄奴案”	614
案例	洛克勒对纽约州	615
案例	“一人转变救了九人”——“西滨旅社案”	616
评注	经济活动自由的宪法保护——法国和德国	618
案例	“药剂师执照案”	619
评注	欧洲联盟的“四大自由”	622
评注	中等审查与性别歧视	625
案例	平等权与就业歧视——“公务员乙肝病毒案”	626
案例	“国有化决定”	628
评注	德国财产权及其与公共福利的宪法平衡	630
案例	“音乐教学书籍案”	632
探讨	谁来承担“开发”的代价? 唐福珍事件与拆迁制度改革	633
案例	福利“正当程序”的界限——“残疾保险案”	637
案例	“州限子女资助案”	638
评注	德国的“社会国体”与“社会主义市场经济”	638
案例	“共同决策案”	640
案例	“移民子女学费案”	641
评注	平等保护的审查标准——“纠偏行动”	644
探讨	“义务教育”——谁的义务?	645
案例	大学招生的地域歧视——“青岛三考生状告教育部案”	647
探讨	“劳动教养”的合法性	649
案例	“隐私权”是如何产生的? ——“州禁避孕案”	651
动态	安全与隐私	653
案例	“离婚记录案”	654
探讨	艰难的平衡——胚胎的生命权与孕妇的人身自由	654

案例	“西德堕胎免罚案”	656
案例	“车辆搜查决定”	658
案例	“嫌疑归类”概念的起源——“排斥日籍居民案”	659
动态	流浪的权利和管制——孙志刚事件与收容遣送制度的废止	660
案例	佘祥林案呼唤中国的“沉默权”	661
评注	超期羁押与刑事案件的及时审判	663
评注	看守所里的人身自由	664
案例	“终身监禁案”	667
案例	“脊髓抽查案”	668
探讨	精神病院何以沦为专政工具	669
案例	“人口调查第二案”	671

第一部分 概 论

这部分介绍宪法的基本概念,共分三章。第一章介绍宪法与宪法学的基本概念和方法;第二章介绍宪法思想与制度的起源和演化;第三章探讨了宪法审查与宪法效力问题。前两章的安排是比较传统的,它们都从不同方面介绍了宪法的性质;第三章的安排则有点“反传统”,因为一般的宪法学教程都是把它们作为最后剩下的问题来讨论的。之所以把宪法审查问题“提前”讨论,不仅因为它是重要的,而且因为它是宪政的起点。没有宪法审查,宪法就失去了实际的法律效力,谈论宪法也就成了没有意义的空话。这是为什么美国宪法教程一般都把司法审查作为全书开始的原因。因此,本书也把宪法审查提前到概论部分。要有意义地讨论宪法规定的国家权力机构和公民权利保障,就必须从这里开始。

宪法审查是宪政的起点。

第一章 宪法(学)是什么?

宪法与宪法学是什么?这个问题很难用几句话说明清楚。在某种意义上,整个这本书都是为了回答这个问题。因此,初学者们只有在读完了全书以后才能获得一个完整的答案。有一点能印证这里所涉及的辩证关系:在程序上,宪法的实施应该是宪法学所要研究的最后一个环节,但没有实施,宪法就不成其为“法”。因此,在谈论宪法的实体内容之前,我们首先要谈宪法的实施机制,否则宪法就成了毫无意义的空头理论;宪法实施虽然在时间上是宪政的最后一步,但同时又是宪政的起点。

本章的任务是解释宪法与宪法学的基本概念,共分五节。第一节用一个例子说明宪法的功能,目的是给读者提供一些有关宪法本质的感性认识。第二节解释法与法治的基本特性,并和宪法与宪政概念相比较。本书的一个基本论点是宪法首先是法,具有普通法律的共同特点,因而法治是宪政的基础;当然,宪法是特殊的法,具有区别于普通法律的特殊性质。第三节定义了宪法的结构与内容,并具体指出宪法不同于普通法律的特征。第四节探讨了宪法学的研究方法,重点讨论了实证宪法学的基本行为假定。第五节阐述了现代宪法的基本价值与原则,以作为宪法制度与规范的基础。

宪法首先是法,具有普通法律的共同特点,因而法治是宪政的基础。但宪法又是特殊的法,具有区别于普通法律的特殊性质。

第一节 引论——宪法能为你做什么？

在进入抽象的讨论之前,先请你设想下面的图景,并希望你在阅读本书时能不断地联想这个图景。假设我们的社会是一个由众多公民所组成的法治社会,你是其中一员。你生活在其中,按照自己的需要、意念和兴趣自由活动着。你每天都和你周围的人不断“交换”着——可以是见解或意见,笑话或烦恼,亲情与友情,也可以是产品、知识或金钱,等等。这些众多的交换活动使你处于一个复杂的社会关系之中,这些关系被一个法律网络笼罩着;这个网络包含着各式各样的法律,调控着你方方面面的关系——你和你老师、学生、上司或同事的关系,你和你父亲、丈夫或女儿的关系,你和今天卖给你变质猪肉或“黑心棉”大衣的个体户的关系,你和上个月违法拆迁你家房屋的镇政府之间的关系,等等。(这些关系分别对应着什么法?)这个“法网”规定了人际关系的规范和行为界限。作为行为主体,你的行为不能超越它所规定的界限;作为行为的接受者,别人对你的行为也同样必须符合法律规范。任何人超越了“法网”,利益受到损害的其他人都可以诉诸法院及其他国家机构加以纠正,并获得必要的补偿。这就是法治社会的基本状态。

在法治社会,各种社会关系被一个法律网络调整和控制着。任何超越法网的行为都可以受到国家机构的有效制裁。

如果法律之网直接调整公民或政府官员的行为,宪法又是做什么的呢?宪法的主要作用在于调整这个“法网”,尤其是调整公民与政府关系的那部分法网。我们需要这个“法网”,因为社会需要秩序,因而需要政府管制;否则,“无法无天”,这个社会就乱了。要规范市场,没有工商局之类的机构不行;要整顿治安,没有公安局之类的机构不行;要提高与维持国民教育,没有公立学校和教育部这样的机构不行。在法治社会,所有这些国家机构的行为都必须获得法律的授权与规范;如果它们超越了法律为它们规定的界限,那么公民将诉诸有关行政法获得补救。但有时候问题正出在“法”本身:这个“法网”太紧了,法律规定政府管得太多、太严或程序太不规范,使得人民的活动空间被不必要地压缩在太小的范围内,或受到不公正的任意处置,而所有这些都是“合法”进行的,因而依法行政并不能解决问题。宪法的职能就是保证这个“法网”不至于太紧,法律本身不至于太严苛,从而使公民能在法治的秩序下自由活动与生存。

宪法是调整公民与政府关系的法网。

譬如法律可以规定,如果个体户未经食品卫生部门批准就擅自贩卖猪肉,有关部门可以将其没收。如果法律没有如此规定而有关部门这么做了,政府部门无疑违反了有关食品卫生法;但如果法律确实这么规定了,那么政府官员

的做法就是“合法”的。这时,个体户不可能通过行政诉讼去挽回他那被没收的食品——因为法律并没有为他提供食品不遭没收的权利。在法律上,他唯一能做的是诉诸“更高的法”来挑战一般的法:他可以挑战这项授权食品卫生部门没收其猪肉的法律违反了宪法保护公民财产的条款,因而这种法律授权不可能是有效的,因而不可能为食品卫生部门的行为提供法律依据,因而就如同授权没收的法律条文不存在一样,政府的没收行为必须因违法而被撤销,且原告必须获得补偿。通过宪政,国家能为公民保障行政法治所不能保障的权利。

因此,宪法首先是公民权利的守护神。行政法治要求政府官员按照法律规定办事,宪政则要求法律规定符合宪法对公民权利的基本保障。在这个意义上,宪法超越一般的法;它在普通的法律网络之上,监督着这个法网的松紧。法律可以影响公民与政府的关系(例如规定政府可通过一定的程序侦查刑事犯罪),也可以调节私人 and 私人之间的关系,宪法的任务是保障立法对公民所规定的限制无论如何不能侵犯宪法对公民所平等保障的自由。当然,宪法有时也会影响私人 and 私人之间的关系。譬如,如果宪法同时承认言论自由和名誉权作为基本权利,那么当一个人的言论和他人的名誉之间发生冲突的时候,宪法将间接影响普通诽谤法的解释,使之在尊重个人尊严的同时给言论自由留下充分空间。另外,宪法也在普通法的意义上直接调节国家机构之间的权力关系,因为宪法的另一个主要职能是规定国家机构的组织形态及其权限。但即使在这里,宪法制度的最终目的一般也被认为是更好地保障公民的权利。

如果一个国家采取了有效的制度,保证所有国家机构都在宪法所规定的范围内行使权力,且所有的法律及其解释都符合宪法的文字与精神,那么这个国家就实现了宪政。这首先要求宪法是“法”,和普通法律一样具有实际效力,并获得法院的实施;否则,宪法就不是真正意义的法,因而在法学领域内谈论宪法是毫无意义的。宪法不仅是法,而且是“更高的法”(higher law),因为它比普通法律具有更高的效力,并控制着普通法律的意义和解释。法律是衡量公民行为和官员行为合法性的标尺,宪法是衡量法律或立法行为合宪性的标尺。违反法律的行政行为是“违法”(illegal 或 unlawful)的,并因此无效而应被撤销;违反宪法的法律是“违宪”(unconstitutional)的,也同样因此无效而应被撤销。在宪政国家里,只有“合宪”(constitutional)的法律才被允许存在并发生效力。

宪法首先是公民权利的守护神。宪政的首要任务是保障立法对公民所规定的限制不能侵犯宪法对公民所平等保障的自由。

宪法是“更高的法”,不仅和普通法律一样具有实际效力,而且控制着普通法律的意义和解释,因而是衡量法律或立法行为合宪性的标尺。

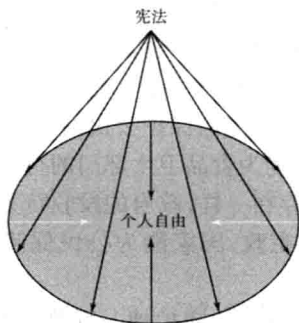


图 1.1 宪法与法律的关系

宪法的任务是调整“法网”的松紧,以保障公民权利不至于被限制得过死。这个图景的假设是公民原来具有无限的自由或权利,后来才受到国家法律为促进与保障公共利益所设定的义务。图中的圆圈相当于一个“紧箍咒”,代表着限制公民权利的程度,而调控法律的限制程度是宪法的主要任务。

第二节 基本概念

许多宪法教科书大都强调宪法和一般法之间的不同之处,本书则强调宪法与一般法之间的相同之处。本书认为,这种相同之处在中国强调得不是太多,而是太少了。由于宪法首先是“法”,它和普通法律分享一些共同特征;也只有在具备普通法律所具备的功能之后,宪法才能完成它的特殊使命。虽然宪法有其特殊性,但和它与普通法律的共性相比,共性可以说是主要的,特殊性是次要的。如果不具备这些特殊性,宪法注定是不完善的;但如果不具备法的共性,那么宪法就不成为“法”了。因此,讨论宪法必须自一般的法开始。只有在讨论了法的共性之后,才可能有意义地讨论宪法的特殊性。

一、法与法治

既然宪法首先是“法”,且法治无非就是严格依照法律的统治,有必要明确“法”的概念。根据一般理解,“法”是由国家制定并实施的强制性规范或命令;它规定禁止个人所从事的某些活动与行为,并对违法犯禁的行为规定某种制裁。国家或政府将利用其手中掌握的权力与资源,通过司法程序实施这种制裁。例如刑法规定任何人不得在没有主人的同意下占取他人的财产,否则就将构成盗窃,且如果罪名成立,可按情节轻重而被判处若干年的监禁。这是

法律最传统的形式,它具有如下一些基本特性。在澄清这些特性之后,我们可以对“法”提供一个更完备的定义。

评注 “法治”辨析

首先应该澄清的是,本书的“法治”是一个十分简单的概念:它无非就是“依法治国”的理念——可以是依照“好”的法(“良法”),也可能是依照不那么好的法(“恶法”);毕竟,制定法律的人民及其代表也是会犯错误的——这个观念将贯通整个宪法学的思维,至少是本书。更何况一部法律究竟是“良法”还是“恶法”,本身经常是见仁见智、众说纷纭的判断。假如只有“良法”的统治才是法治,那么法治就成了一个十分不确定的概念,即使严格执法也不能被称为“法治”。这样的概念太不好操作。因此,本书的“法治”就是指严格按照法律规定的统治。

“法治”并不必然要求“良法”的统治,“恶法”也可以是“法”。

既然这里的“法治”概念是简单的,它就不可能是完备的。法治需要一系列中性的条件,例如司法独立、秉公执法以及遵纪守法的社会文化,但无论法治本身如何健全,法治对于社会来说都不一定是一种完善的状态,因为“法”未必是完善的——否则,假如所有能被称为“法”的都是“良法”,那么宪政就没有必要了。法治不能代替民主,也不一定代表自由或权利;尽管它确实使人们摆脱了个人意志的任意统治,它并不保证社会不受集体或个人以法律的普遍形式所实施的专制统治。这种理解使“法治”失去了许多本不该有的光彩,但它提高了这个重要概念的清晰度;且尽管它使我们看到,只有法治还是多么不够,它绝不说明法治是一个可有可无的理念,或把它写入宪法不是一个重大进步。

对于“法治”概念的讨论,读者可参阅戴西的《宪法学导论》(Dicey, 1915)或凯尔森(1996)的《法与国家的一般理论》。

(一) 法律的规范性

法律首先是一种由国家强制实施的规范或命令。所谓规范,就是指它规定了公民应该或不应该做、允许或不允许做的事情。分析法学创始人奥斯汀(John Austin)明确提出:“每一项法律或规则……都是一项命令。”(转引自凯尔森,1996:31)纯粹法学派的开创者凯尔森(Hans Kelsen)把法律归结为一种规范秩序,且规范的目的是调整人的行为并规定作为制裁的强制行为。因此,“法是一种强制秩序”;“法律是规定制裁的初级规范。”(凯尔森,1996:19,63)对规范与事实的区别,见本章第四节的有关讨论。

法律是一种由国家强制实施的规范或命令,它规定公民应该或不应该做、允许或不允许做的事情。

(二) 法律的普适性

法律是必须平等适用于所有相关当事人的普遍规范,而不论特定当事人的社会地位、生理特征或道德素质如何。

法律的普遍或平等是指适用过程中的要求,未必能保证法律的实体内容本身是平等的。

法律是普遍适用的规范,也就是它必须平等地适用于所有相关的当事人,而不论其社会地位、生理特征或道德素质如何。中国古代法家正是基于法的普遍性,反对儒家的“刑不上大夫,礼不下庶人”之说。在现代,普适性反映为法国《人权宣言》所提倡的“在法律面前人人平等”,并且为所有法治国家所接受。因此,普适性是法或法治的一个重要特征。

当然,这里的普遍或平等是指法律在适用过程中的要求,而不能保证法律的实体内容本身是平等的。换言之,至少在狭义上,“在法律面前人人平等”并不要求法律规定本身对所有人平等。(详见本书第七章第一节五)譬如普适性并不禁止法律要求一定身高以上的学生才能报考法律专业,尽管它确实要求符合身高与其他要求的学生应被允许报考;对于不符合身高要求的学生而言,这项法律是“不平等”的,但这并不违反法律的普适性。事实上,几乎任何法律都会按照行为特征对人群进行“归类”(classification),并对不同类型的人施予权利或施加义务。例如只有“16岁以上”的人才被认为具有“行为能力”,而这决定了刑法上的权利与义务是否适用。对于法律的归类是否合理或符合更高的目的,普通的法本身并不能提供鉴别的标准。这只能是宪法学的任务。

(三) 法律的公共性

法律是由以国家为代表的公共权力制定的,并对所有人普遍地施加义务或权利,因而必须对所有人公开。

世贸组织的有关规则规定了透明度原则:没有公开的“法律”不是有效的法律,在原则上不能被用来针对当事人。

“公共性”在这里指的是两层意思。首先,法律是由以国家为代表的公共权力制定的,而不能由私人制定;私人(包括法人)只可能采取适用范围有限的道德或管理规则,且在一般情况下不能诉诸公共权力的实施。(当然,如果这些规则受到国家法律的承认,如商场的购物规则被认为构成了顾客与商场合同行为的一部分,那么它仍然可以期望法院的实施。)其次,由于法律规定了所有人的权利和义务,它必须对所有人公开。中国古代法家很早时就曾提出法令公开的思想,使“天下之吏民无不知法”。(《商君书·定分》)对于现代实用主义法学家来说,法律的基本功能是使被统治者能够预测其行为的后果,例如一个潜在的小偷可能要权衡一下他盗窃某件东西将给他带来的好处和他被抓获并受到刑事处罚的概率,再决定是不是“铤而走险”; (霍姆斯,2000:7)不公开的法律不能实现预测的基本功能,因而也不具备有效性。因此,有效的法律是公共权力制定的向全体人民公开的规范。

世界贸易组织(WTO)在基本规则中明确规定了透明度原则,见《服务贸易总协定》(GATS)第3条、《有关贸易投资措施的协定》(TRIM)第6条以及《知识产权与贸易有关方面的协定》(TRIPS)第63条。根据透明度原则,所有法律、法规、规章以及司法决定和普遍适用的行政裁决都必须公开;没有公开的“法律”不是有效的法律,在原则上对当事人无效。

(四) 法律的目的性

法律并不是任意的规范,而必须符合一定的社会目的。这是法的一种规范特性,因而可能在不同的社会中有所不同,且随着时代的发展而发生变化。由于法律是由国家政权制定的,根据理性选择理论,谁掌握了政权,法律就为谁服务。因此,法律的目的取决于政体性质。在君主专制社会里,法律的最终目的被认为是维护君主个人的权力与地位。这在中国古代的法家学说中最为明显,法家的所有考虑可以说无一不是以王权的稳固为最终出发点。在贵族统治的社会里,法律的目的被认为是维护少数人的利益——他们可以是封建地主、大资本家、执政党领导人或享有社会地位的“精神贵族”(如教会)。在现代民主社会里,法律的目的是为最终的立法者——观点或利益一致的多数人——服务;如果简单多数在一个多元社会中不存在,那么法律将为不同派别联合形成的(可能是短暂的)多数群体服务。在从专制到民主的演化过程中,法律的服务对象也经历了从一个人到少数人再到多数人的历史演变。由于民主是不可逆转的现代发展趋势,普通法律的目的越来越多是为多数人的利益服务。但在人类发展历史的所有阶段,不论法律在理论上具有什么“最终目的”,它们在实践中或多或少地为所有人——哪怕是封建专制下的臣民——提供了某种安全保障,从而实现了某种“公共利益”(public goods)。为了方便起见,我们把“公共利益”作为法律的目的。

法律必须符合一定的社会目的。在现代民主国家,普通法律的目的是为多数人的利益服务,以实现“公共利益”。

评注 “公共利益”与社会功利主义

“公共利益”究竟是什么?传统上,中国习惯于把“公”和“私”截然对立起来:“自环者谓之私,背私谓之公。”(《韩非子·五蠹》)公共利益和个人利益以什么形式发生联系?18世纪的社会功利主义(Utilitarianism)学派提供了一个简单的定义:一个社会的公共利益,就是这个社会中所有人的个人利益之和。既然国家的目的是最大程度地促进公共利益,那么它就要采取措施来实现社会“最大多数人的最大幸福”。

社会功利主义把“公共利益”定义为这个社会中所所有人的个人利益之和,国家的目的是实现社会“最大多数人的最大幸福”。

功利主义是由英国思想家边沁在1776年的《道德与立法原则》一书中系统提出,(Bentham,1948)后经19世纪思想家密尔修正而成为一门风靡西方的“显学”。(Mill,1972)由于功利主义对所有人的利益给予平等考虑,而不看人的社会地位、性别、年龄或其他特征,它在当时显然具有进步意义,并至今在经济、法律和公共政策等领域中占据统治地位。第二次世界大战以后,它受到了以罗尔斯的社会契约论为代表的自由主义理论的挑战。(Rawls,1971)如下所述,契约论和功利主义分别构成了宪法与普通法律的理论基础。

社会功利主义和民主制度有着天然联系,因为功利主义要实现“最大多

和其他程序相比,民主程序所制定的法律最有利于实现功利主义目标。

数人的最大幸福”,而民主制度则使多数人或其选择的代表成为最高立法者。根据理性选择理论,每个人都主要是自私的,也是自身利益最好的保护者,因而经过民主程序所制定的法律至少在理论上说必定最有利于多数人的利益。这是为什么议会所制定的法律在民主社会中具有仅次于宪法的最高效力,在等级上超越其他法律规范。

(五) 法律的义务性

传统的法律一般限于规定公民的义务,而不是授予权利。

法律既可以施与权利,也可以施加义务,且对某些人施加义务有时就是对其他人施与权利。但从自由主义的假定出发,人原来并不受法律约束,只是为了某些超越的社会利益——如人身与财产安全,人们才组建国家并接受其所制定的法律的统治。且由于法律不得是任意的,而是必须符合更高的理性,因而法律只是禁止少数确实对社会产生危害的行为;对于法律未曾禁止的绝大多数行为,公民仍然拥有“我行我素”的自由,是谓“法无明文规定不为罪”。况且每个人都被认为有能力最适当地谋取自己的合法利益,因而国家也不需要主动为公民提供好处。因此,传统的法律一般都限于规定义务,而不是授予权利。当然,在第二次世界大战结束后,福利社会在西方兴起,受益性的法律也逐渐增多。但到目前为止,义务性仍然是法律中的规则,受益性是其例外。

(六) 法律的效力等级

不同性质的法律规范具有不同的等级效力。在民主国家,议会代表所制定的法律规范具有更高的效力,一般约束着其他机构所制定的规范,从而形成一个统一的法律秩序。宪法具有最高等级效力。

最后,有必要提一下不同等级的法律,因为本书所指的“法律”是广义的,不限于议会立法。如上所述,法律的目的是和国家政治形态一致的。在程序上,现代民主社会的法律就是多数人选举的议会代表中的多数所制定的具有实际约束力的规则。但广义上的“法”不仅包括议会——尤其不仅限于像中国全国人大那样的中央议会——所制定的立法,而是所有国家机构制定的具有约束力的规范,包括地方议会所制定的法律或法规,行政机构所制定法规、法令或规章,甚至司法机构所作出的判例决定。只是在民主国家,由于人民代表在国家机构中具有最高的合法性,因而他们所制定的法律规范具有更高的效力,约束着其他机构——尤其是未经人民直接选举产生的行政与司法机构——所制定的规范。因此,一个国家的法律体系构成了在逻辑上和谐一致的等级秩序,其中宪法具有最高地位,其次是议会所制定的“立法”(legislation,这个名称是专属于议会法律的),最后是按等级排列的国家机构所制定的各类规章或“规范性文件”(所谓的“红头文件”)。最后这一类法律文件数量最多,且和立法一样对公民的日常生活产生重要影响。因此,尽管它们在国家法律体系中效力等级最低,但并不能排除它们是国家法律的一部分。这些法律不能抵触更高等级的法律规范,否则就不能形成一个统一的国家法律秩

序。如果我们把国家的法律秩序比作一个“金字塔”,那么宪法处于这个塔的顶峰,并通过不同等级的法律规范获得具体化;“红头文件”则处于金字塔的底部,但仍然属于国家法律秩序的组成部分。

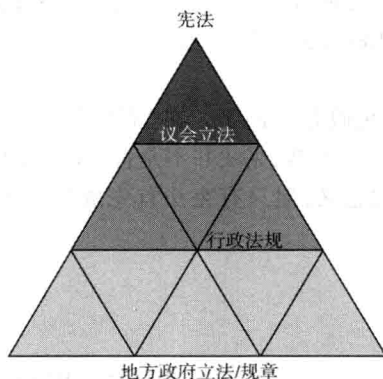


图 1.2 法律效力的等级简图

本图更适用于比较简单的单一制。对于联邦制或中国的复杂单一制,见本书第四章。但无论对于哪一种体制,中央宪法都具有最高法律效力。

综上所述,在法治国家,法律是由国家机构制定的具有强制效力的普适性规范,其目的是为社会的公共利益服务——至少是为了多数人的利益服务。一个国家的法律体系必须是统一与完整的,且不同层次的法律规范应形成一个清楚和谐的等级秩序。在民主国家,由人民直接选举的议会比其他政府机构具有更高的合法性,因而其所制定的立法比其他的法律规范具有更高的效力。

二、宪法与宪政

现代议会制定的法律很多,如何处理这些法律之间可能发生的冲突? 解决冲突的一种方式就是让它们统一于宪法的价值之中。我们都知道,宪法是最高的“法”;如果把国家的法律体系比作一个金字塔,宪法就处于这个法律金字塔的顶峰,控制着整个法律体系的意义。宪法之下的任何法律规范都必须符合宪法。当然,所有的法律都应该是按照宪法的文字或“精神”制定的,但由于宪法文字或精神并不总是那么清楚或具体,因而立法错误不是不可能发生。纠正议会立法的错误构成了宪法的独特任务。在这个意义上,宪法是“法律的法律”,是衡量所有其他法律的法律标准。

宪法(学)的任务是纠正议会立法的错误,并解决法律和法律之间的冲突。

宪法与宪政的关系和法律与法治的关系一样:法治要求公民行为受到法律规定的有效约束,宪政则要求政府所有权力的行使都被纳入宪法的轨道并受宪法的制约。

所谓“宪政”(constitutionalism),是指一种使政治运作法律化的理念或理想状态,它要求政府所有权力的行使都被纳入宪法的轨道并受宪法的制约。简单地说,宪法与宪政的关系就和法律与法治的关系一样:认真对待法律,使之真正成为约束公民行为的规则,社会就实现了法治;认真对待宪法,把宪法真正作为“法”——“更高的法”,并控制所有的政府权力——包括立法权力,国家就实现了宪政。

归根结底,宪法与宪政是一回事。在“有宪法而无宪政”的国家里,宪法其实配不上“法”的称号。当然,宪法并不是普通的法,而是“更高的法”,控制着所有其他法律规范的意义;但只有宪法首先成为真正的“法”,国家才能进入宪政状态。

评注

“宪法”的定义

在近代意义上的“宪法”,译自英文的“Constitution”。根据《布莱克法律词典》的定义,宪法是“整体权力来自被统治者的政府宪章”,是“民族或国家的基本组织法,用以确立其政府的特性与观念,对政府的内部运作规定其所必须服从的基本原则,组织政府并调节、分配及限制其不同部门的职能,并规定主权行使的范围与方式”。

宪法分为“成文”与“不成文”宪法。法院一般只适用成文宪法。

在《现代宪法》一书中,韦尔区分了“成文”(written)与“不成文”(unwritten)宪法:“在有关任何政治事务的日常讨论中,‘宪法’一词通常被用于两种意义。首先,它被用来描绘一国政府的整套体制,即建立并调节或统治政府的规则之汇总。这些规则部分具备法律效力,因为普通法庭承认并运用它们;另一些规则却并不带有法律效力,而是采取成例、常识、习俗、常规的形式;虽然法院并不承认它们是法律,它们对政府的调控却和那些被严格称为法律的规则同样有效。”(Wheare, 1966: 1)

本书讨论的焦点是韦尔教授所说的“成文宪法”,因而和普通法律一样对于法院具有约束力。事实上,即使“不成文宪法”也有法律约束力,只是法院不轻易适用它们而已。

(一) 宪法是“更高的法”

宪法是“更高的法”(higher law,有时译为“高级法”),这句话包含两层意思。宪法首先是“法”;其次,它才可能是“更高的法”,或“基本法”或“根本大法”。这两层意思确实紧密交织在一起:论证了宪法是“法”,自然也就论证了宪法是“更高的法”。

并不是所有的国家都承认它需要一部宪法——英国至今还很难说是否有

一部宪法,尽管《欧洲联盟条约》以及它自己于1998年通过的《人权法》有时被认为提供了一部“宪法”;也不是所有的国家都明确承认宪法的法律效力——宪法这部“根本大法”是否具备以上所说的法律效力,直到目前在中国尚有疑问,尽管最近似乎是在向肯定的方向发展。但这个问题本身并不新。早在二百年前的里程碑判例中,美国联邦首席大法官马歇尔(C. J. Marshall)已经对它作了相当透彻的论证。不仅如此,这个案例还确立了普通法院对议会立法的司法审查制度。(详见本书第三章)

英国至今不具备成文宪法,但许多国家的成文宪法并不具备法律效力。

案例 世界宪政第一案——马伯里诉麦迪逊^[1]

受普通法的行政法治理论之影响,美国在一开始就普遍承认宪法对行政官员的约束。事实上,马伯里案首先是一个普通的行政诉讼,其中公民马伯里要求法院命令行政官员——国务卿麦迪逊——履行其法定职责(送交前总统已经签署的委任状)。联邦最高法院可以简单地判决原告胜诉或败诉,但它并没有这么做,或者说它没有停留于本案中的行政不作为,而是更进一步,判决授权原告直接起诉到最高法院的《司法法》条款无效。具体的案情在此并不重要,但马歇尔大法官的推理却是不朽的,本书认为它并不限于美国的独特经验,而是对世界宪政与法治发展具有普遍的启迪。

马歇尔法官的推理十分清晰。他首先论证原告马伯里对其委任状具有法律权利,其次确定国家应该对权利的侵犯提供法律救济。这两点是基于英国传统的行政法治原则,是美国当时已经普遍接受、不可置疑的。问题出在看上去不起眼的第三个问题:如果法律确实能够提供救济,它是否应该是联邦最高法院所下达的强制令?这个问题涉及纯粹是技术性的司法管辖规则:强制令本身是初审法院所颁布的一种救济手段,而1789年的《司法法》授权最高法院对本案类型的案件进行初审;然而,联邦宪法第三章却明确规定了最高法院的初审与上诉管辖权,其中却没有规定最高法院可以初审马伯里类型的案件,因而《司法法》对管辖权的界定似乎不符合联邦宪法。这样,如果原告有权获得法律救济,而最高法院却不能给予救济,那一定是因为授权最高法院以司法管辖权的“法律是违宪的,因此绝对不能授予权力或规定其文字所试图规定的职责。”通过硬钻这么一个最不起眼的“牛角尖”,马歇尔法官以最引人注目的方式第一次引出了宪法效力问题:一项由议会制订的法案是否可能违反宪法,以至于法院必须认为它不存在,而不得给予它任何法律效力。

美国的马伯里决定第一次宣布,《司法法》关于司法管辖权的规定违反了联邦宪法。

对这个关键问题的论证,马歇尔法官又分了三步。首先,宪法和普通法律

[1] Marbury v. Madison, 5 U.S. 137—180.

一样具备实际效力;其次,宪法是高于普通法律的法,决定并控制着普通法律的意义;最后,和宪法抵触的法律无效,且由于在英美普通法系中,法院具有解释法律——现在包括宪法——的权威,因而法院可以判定普通立法是否符合宪。法院的这一权威为普通法传统所支持,并显然被美国的三权分立体制进一步加强了。就这样,马伯里决定创立了现代世界第一项对立法的司法审查制度。

(二) 宪政与司法审查

要防止法律违反宪法,有必要审查立法的合宪性,并授予某种司法性质的独立机构以解释宪法的最高权力。

就和法治一样,宪政的实现也需要一定的体制基础。本书不很肯定马伯里决定的最后一项论断——普通法院有权解释宪法并拒绝适用它认为违宪的法律——是否具有必然性;也许只是在没有其他替代机制的时候,它必须如此。事实上,西欧国家以后的发展表明,替代机制是存在的,例如可以建立专门审查立法合宪性的宪政法院。但无论如何,马歇尔的论点还是基本上获得了证实:有必要审查法律的合宪性,否则法律就可以公然违反宪法,国家的法律体系就丧失了统一性与完整性,宪法就不再是真正的“法”;而要审查立法的合宪性,有必要授予某种司法性质的独立机构以解释宪法的最高权力。(详见本书第三章)只有这样,才能保证所有的政府行为都符合法律,而所有的法律都符合宪法。

因此,宪政总是和某种形式的司法审查联系在一起的;没有司法审查,宪政就不存在——就和没有司法审查,行政法治就不存在一样。在有人宣称法律违反了宪法的文字或精神时,关键是需要有一个专门的国家机构来解释宪法有关条款的含义,并判定受挑战的法律是否真的违反了宪法——就和有人宣称行政规章违反了某项特定的立法,因而必须解释立法条款并决定行政规章是否与之相抵触一样。只有这样,宪法才和普通的法律一样具有实际效力,能够赋予具体当事人以权利或义务,因而也能被法院直接引用为判案依据。

(三) 宪政与法治

宪政是法治的最高形式,但同时又是对法治的一种制约。

从另一个角度看,如果法治中的“法”上升到宪法,法治也就自然上升到了宪政的高度。在这个意义上,宪政是法治的最高形式。但法治和宪政又存在着一种辩证关系,因为宪法毕竟是特殊的“更高的法”。宪法具有和普通法律同样的实际效力,但同时又控制着普通法律的意义。因此,宪政是法治的最高形式,但同时又是对法治的一种制约;如下所述,宪法的作用在于防止那些过分严厉的“恶法”成为法律。然而,如果不能处理好两者的关系,宪法审查机构轻易宣布议会制定的法案无效,宪政则有可能削弱法治并损害民主。

最后还需要特别指出的是,宪政与法治的目的不尽相同。这是由宪法不

同于普通法律的性质所决定的。在民主国家里,法治的目的主要是保护多数人的利益。这和民主国家的立法程序是一致的:普通的法律是由代表多数选民的大多数代表通过的;如果一个议会有 100 名代表投票表决,那么只要有 51 名代表赞同法案,该法案就成为对所有人都有约束力的法律。但有时候,多数人所制定的法律可能会影响少数人的基本权利;譬如在美国,占据统治地位的白人可能会制定歧视少数民族的法律,如剥夺或限制其选举权。这时,多数人的行为就被称为“多数人的暴政”(majoritarian tyranny)。这在民主社会中尤其危险,因为它所接受的唯一合法原则就是多数主义;但任何事物——不论如何神圣——都可能被滥用,民主被滥用时也会产生暴政。

防止“多数人的暴政”正是美国制宪者的主要立宪目的。当时,制宪者看到多数主义民主在美国已经形成了不可逆转的趋势——尽管这种民主仍然是极不完善的白人成年男子的民主,而这些人多数是家境贫困且教育程度颇低的农民。部分是为了保护他们作为社会上层阶级的切身利益,他们制定了联邦宪法以防止各州议会通过法律的形式来剥夺他们的权利,尤其是财产权。在这个意义上,宪政是对民主社会中法治的一种制约,是少数人抗衡“多数人暴政”的一种工具。不了解这一点,就不了解美国立宪的经济背景,(参见比尔德,1989:24—38,44—52)也就不了解宪法区别于普通法律的作用。

宪法的这一特殊作用也体现在其制定与修正程序上。和普通立法不同,宪法的制定与修改经常需要比议会代表性(因而合法性)更高的实体。在美国,国会无权修正联邦宪法,而只有在 2/3 两院议员同意时才能提议宪法的修正,且宪法修正案必须获得 3/4 多数州的通过才能生效。即使修宪主体就是议会本身——这在单一制国家里经常是这样,宪法的修正也要求超多数通过。例如在中国,必须由 2/3 全国人大代表的同意才能通过宪法修正案。对制宪与修宪主体以及程序的更高要求,体现了宪法比普通法律更高的权威与合法性。它同时表明,宪法不仅代表多数人的利益,而且保护少数人的利益。例如,美国超过 1/4 的州或中国的全国人大中超过 1/3 的代表不赞同,多数势力就无法通过修改宪法的形式来剥夺少数的权利。

宪政与法治的目的不尽相同。在民主国家里,法治的目的主要是保护多数人的利益,宪政则恰恰是要防止“多数人的暴政”。

宪法的制定和修改采用和普通法律不同的程序,也表明宪法和普通法律的不同目的。

第三节 宪法的结构与特征

一、宪法结构

要了解宪法的结构、内容与范围,最好是拿一本具体的宪法——比如中国宪法或美国宪法,自己读一读并思考总结一下,而不要只看教科书的介绍;尤

其对于法科(或任何社会科学的)学生而言,对原文或原著的印象是非常重要的。因此,要了解“宪法是什么?”,读者不妨自己先读几个国家的宪法,再回到本书或其他宪法学教科书。在这里,本书只概要总结一下不同宪法在结构上的异同。

宪法一般分为两大类规定:国家机构的设置和公民权利。

宪法一般分为三个部分:前言、正文与修正案,后面两部分一般都应该具备法律效力。宪法条款在性质上分为两类:或者是规定国家机构的设置及其权限的划分,或者是规定对公民权利的保护。有的宪法正文很短,例如美国宪法只有七章,其中每一章有若干节;现代国家的宪法都比较长,例如法国第五共和宪法有十五章,计92条,德国《基本法》共十章,计146条,中国宪法分为四章,共132条。尽管在这些方面不同,各国宪法的结构在大体上是相似的。

(一)前言与总纲

宪法前言说明制宪的主要目的和宪法所要突出的价值观念。

宪法一般都会有个“前言”或“序言”,可长可短——美国宪法的前言很短,法国第五共和宪法和德国《基本法》的前言也都很简洁,中国宪法的前言则很长。宪法前言一般说明了制宪的主要目的和宪法所要突出的价值观念,例如美国联邦宪法的制定是“为了形成一个更完善的联邦”,法国《人权宣言》强调了“人的自然、神圣与不可剥夺之权利”,1982年的中国宪法则提到了共产党的领导、马列主义、毛泽东思想与邓小平理论、人民民主专政、社会主义道路、改革开放、阶级斗争、统一大业、民族团结、尊重主权与领土完整等基本指导思想。由于前言一般被认为只是宣示性的,因而没有法律效力;即使在实行宪法审查的国家,前言也不能产生具体的权利或义务。但作为例外,法国宪法的前言对公民权利的保护发挥着至关重要的作用。

宪法的一个组成部分是国家机构的设置及其权力与义务的划分,主要有两方面的内容:中央与地方的关系和中央政府的内部权力结构。

有的宪法可能还有“总纲”,以进一步规定宪法的基本原则。美国、法国与德国宪法皆没有总纲,但法国第五共和宪法的第一章规定了“国家主权”,在性质上相当于总纲,内含3条。其中第2条规定,“法国是一个统一、世俗、民主和社会的共和国”,对“所有公民保证在法律面前的国籍、种族或宗教之平等”,共和国的座右铭是法国革命提倡的“自由、平等、博爱”,其原则是“民有、民治、民享”。第3条规定“国家主权属于人民”,选举应该“永远普遍、平等和秘密”。第4条规定了政党在选举中所发挥的作用,它们应自由形成并自由从事活动。

中国宪法的第一章规定了总纲,内含32条。其中第一条规定了中国是“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的、人民民主专政的社会主义国家”,社会主义制度是国家的“根本制度”。第2条规定,国家的“一切权力属于人民”,人民通过全国人大与地方各级人大行使国家权力。第3条规定了“民主集中制”的原则,全国与地方人大都由选举产生,对人民负责并受其监督,国家的行政、审判与检察机关则都由人大产生,对其负责并受其监督。

(二) 宪法正文: 国家机构

“宪法”(constitution)的原始含义是“组织结构”,因而宪法的一个必要组成部分是国家机构的设置及其权力与义务的划分。这主要有两方面的内容:中央与地方的关系和中央政府的内部权力结构。以美国宪法为例,第一章至第三章规定了联邦政府的国会、总统与法院的权力,第四章要求州际合作,第六章规定了重要的“联邦最高原则”,即宪法以及根据宪法所制定的法律和条约是国家的最高法律,不论各州的宪法或法律是否与之相抵触,各州法官均受其约束。美国是联邦制国家,但宪法对联邦制的规定却甚为简约。这大概是该问题在立宪当时较为敏感,且作为法治国家,宪法只需要规定中央(联邦)和地方(各州以及被认为是构成州的组成部分的地方政府)的法律关系。除此之外,联邦和各州政府完全独立。相比而言,联邦德国对联邦与各州关系的阐述要详细得多。从第二章起,《基本法》分别规定了联邦与各州关系(其中还包括基本国体和政党原则)、联邦参众议院、总统、内阁、联邦的立法权以及立法程序、联邦法律的执行和联邦行政及其各州参与、司法组织与管理、联邦与各州的财政分配。

中国和法国都是单一制国家,但中央和地方关系仍然是宪法规定的基本内容,尽管这类规定并不占据十分醒目的地位。法国宪法的正文几乎全部都是关于中央国家机构的设置:第二章至第十章分别规定了共和国总统、内阁、议会、议会与内阁之间的关系、宪政院、司法权力机构、高级法庭和经济与社会委员会。第十一章规定了法国的领土单元,分为县、省和海外领地。第十二章规定了法国与欧洲共同体之间的关系。中国宪法的第三章规定了“国家机构”,共七节,其中第一至第四节分别规定了全国人大、主席、国务院与中央军委,第五节与第六节规定了地方各级人大与政府和民族自治机关,第七节规定了中央与地方的法院与检察院。

评注 国家机构在宪法中的地位和次序

国家机构在宪法中获得规定的顺序一般代表着其宪法地位和重要性。例如全国人大是中国的最高权力机构,因而在宪法中首先获得规定。法国的总统也享有崇高的宪法地位,因而宪法首先规定了总统。尽管总统地位不应高于整个议会,总统在宪法上高于参众两院的议长。然而,在三权分立的国家里,立法、执法与司法三项最高权力总的说来是平等的。和中国宪法类似,美国宪法首先规定了国会,表明了代议机构在民主国家的最高合法性。美国宪法之所以首先规定国会,更主要是因为立法是法治国家的先决条件;议会必须首先立法,执法机构才有法可依,法院才有法可判。同样,美国宪法在三个最

国家机构在宪法中获得规定的顺序一般代表着其宪法地位和重要性。但在三权分立的国家里,立法、执法与司法三项最高权力总的说来是平等的。

高机构中最后规定了法院,并不表明司法地位不如执法或立法机构,而是因为法院判决通常是在立法与执法行为之后。事实上,正是因为司法判决是最后的,所以法官成为最终“拍板”的决定者。这对难以修正的美国宪法尤其重要,因为它表明最高法院实际上成为宪法的最高解释者甚至修订者。

(三) 宪法正文:权利保障

宪法的最终目的在于保障公民的基本权利,因而所有的现代宪法都设有专门的章节以规定受到保障的权利。而且为了强调其首要地位,有些国家把基本权利的定义放在宪法的开篇。和联邦宪法不同,美国很多州宪都首先规定了权利条款。(参见张千帆,2000:436—469)德国《基本法》第一章就规定了“基本权利”,共19条。其中第1条又规定了最重要的条款:“人格尊严不可侵犯,一切国家权力均有责任尊敬与保护之”,并进而规定其余18条具体权利。最后,“基本权利应作为可直接实施的法律,约束立法、执法与司法机构”。某些权利的行使受到一些先决条件的限制。例如第2条第1款规定:“只要不妨碍他人权利、不违反宪政秩序或道德,每个人都有权自由发展其个性。”第18条规定基本权利可以“因抵抗自由民主的基本秩序而滥用表达见解的自由”而丧失,权利是否丧失及其程度由联邦宪政法院决定,但宪政法院从未适用过这一条款。第19条专门规定了“基本权利之限制”。一般地,基本权利可以通过法律而受到限制,但“在任何情形下,基本权利的本质都不得受到侵犯”,且如果受到了公共权力的侵犯,任何人都可以求助于法院来维护其权利。

宪法的另一个组成部分是对公民基本权利的保障。为了强调基本权利的首要地位,有些国家把它们放在宪法的开篇。

中国宪法也在第二章(第一章“总纲”之后)规定了“公民的基本权利和义务”,共24条。其中第1条规定了“公民在法律面前一律平等。任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”总的来说,对权利的保障还是多于义务,纯粹对义务的规定主要体现在最后的第51—56条,但某些权利也伴随着义务。例如第46条规定,“公民有受教育的权利和义务。”第49条规定,“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护”,但“夫妻双方有实行计划生育的义务”;“父母有抚养教育未成年子女的义务,成年子女有赡养扶助父母的义务。”对于宪法应当规定义务的问题,留待以下专门讨论。

部分是因为美国制宪者把重点放在政府体制的设计而不是权利的罗列上,部分因为联邦被普遍认为是有限权力的政府,因而没有必要甚至不应该再专门规定权利,美国宪法的正文包含了很少的权利保障。主要的权利保障是以后的修正案陆续制定的,其中最重要的有1791年通过的前十条修正案,统称为《权利法案》,1864年内战结束后通过的第十三至第十五修正案等。和美国类似,法国第五共和宪法在正文中也没有专门的权利条款。这可能也是宪

政院为什么在1971年之前一直没有对立法是否侵犯了公民权利作出判决。但在1971年,它还是在宪法前言中找到了依据。前言说明法国的人权与国家主权原则定义于1789年的《人权宣言》,并获得1946年第四共和宪法前言的肯定和补充。因此,法国第五共和的宪法权利要到《人权宣言》和第四共和宪法前言里寻找。

思考 你认为一个有限权力的政府可能为什么“没有必要甚至不应该再专门规定权利”?有什么理由可以支持相反的论点?

(四) 宪法修正案

最后,宪法是一部不断进化发展的文件,有如生命一样不断更新成长。由于社会现实的变化与人类理性的提高,原先设计得再完善的宪法也会逐渐显示出其不足,因而需要及时更新。更新宪法的一个最重要的方式就是通过正式的修宪程序,对某些过时的条款进行删减或更正,对某些不足之处进行增补。这些增减既可以针对权利保障,亦可以针对国家机构的设置,甚至基本体制的规定。

美国宪法因其联邦制所导致的困难的修宪程序,在两个多世纪中仅增加了27条修正案。即便如此,美国社会的巨大变化也使某些明文修正势在必行。特别是在内战结束后,宪法必须纠正正文中的有些种族歧视的规定。因此,第十三修正案取消了蓄奴制,第十四修正案要求各州对所有公民提供法律的“正当程序”和“平等保护”。这些修正案都体现了美国社会的进步,并为实现种族平等提供了宪法依据。由于程序相对简单,美国各州的修宪要频繁得多,有的州甚至已经变换了好几部宪法。法国和德国也与此类似,且最新制定的德国《基本法》和法国第五共和宪法也都获得相当频繁的修正。

作为迅速发展的国家,中国的经济水平和法治意识都在不断进步,因而宪法修正更为频繁是完全正常的。单一制宪法所规定的修宪程序也为此带来了便利。总的来说,1982年宪法是相对稳定的。到目前为止,这部宪法经历了四个阶段的修正:1988年、1993年、1999年、2004年。其中1988年修正主要是为了适应改革开放的发展,规定了私营经济与个体经济的宪法地位。1993年修正对农村集体经济的规定做出了修改,保证了经济活动的自主权。1999年修正对经济体制作了进一步调整,并把“依法治国”作为一项基本国策。和前三次修宪相比,2004年的修正内容最多,共14条,其中最重要的是规定了“国家尊重和保障人权”以及“合法的私有财产不受侵犯”的基本原则,并要求

宪法需要不断更新,而更新宪法的一个最重要的方式是通过正式的修宪程序。

美国联邦宪法的修正非常困难,但各州宪法的修正相对简易和频繁。

作为单一制国家,中国宪法的修改也比较容易和频繁。

对私有财产和土地的征收或征用“给予补偿”。这些修正案使宪法更适应中国社会与经济发展,对于市场经济与法治社会的建设以及基本权利的保障发挥了积极意义。

修正案一般有两种处理方式。美国的处理方式是简单把它附在正文之后,并明确说明正文中的替代或删除部分。其他国家一般直接修改正文,并说明具体条款的修正年代。

评注 “刚性”与“柔性”宪法

“刚性”是指修正程序比普通立法修改程序更为严格的宪法,“柔性”宪法是指普通立法机构就可以按照立法修改程序而进行修宪的宪法。

“刚性”(rigid)与“柔性”(flexible)宪法是英国政治学家布莱斯(Bryce, 1901)首先提出的区别。这个概念比较容易引起误解,因而需要特别澄清。所谓“刚性”宪法,就是指修正程序比普通立法修改程序更为严格的宪法;所谓“柔性”宪法,指的是普通立法机构就可以按照立法修改程序而进行修宪的宪法。显然,柔性宪法比刚性宪法更易于作出明文修正,因而布莱斯称之为“柔性”。对于刚性宪法和柔性宪法的优劣之比较,参见王世杰、钱端升,1997:9—12。但除了把某些宪法性的立法作为“宪法”的英国之外,世界上几乎没有任何其他严格意义上的“柔性宪法”国家。几乎所有的成文宪法国家都只有“刚性宪法”,因而这一区别已经没有实际意义。

尽管宪法文字不变,宪法条文的意义仍然可以通过司法解释而发生变化。

在此需要注意两点:第一,即使是所谓的“不成文宪法”也不一定是“柔性宪法”,因为如果不是指具有特殊重要意义的议会立法,而是指未曾落实到文字的基本习俗与惯例,那么“不成文宪法”不是通过议会的明文修正,而是通过其他机制——如司法解释——而修改与发展的,因而其“刚柔”程度取决于其他修改机制的难易程度。第二,更重要的是,“刚性”并不一定表示宪法的意义就难以修正,因为尽管宪法的文字不变,宪法的意义可以通过司法解释等机制而发生变化。美国联邦宪法是极端“刚性”的宪法,但在过去两百多年中,美国宪法的意义在不断发生变化。

区分“刚性”和“硬性”、“柔性”和“弹性”。

因此,如此定义“刚性”与“柔性”是不幸的,因为它占用了两个本来可以用来更有用地表征宪法性质的词。某些宪法条款是“硬性”的具体规定,例如18岁以上的公民就有选举权——要改变年龄限制,只有通过明文修正,司法机构几乎没有余地进行“创造性解释”,且它们不会随着时代与场合的变化而改变其意义。有些条款则是“弹性”或宽泛的,例如美国宪法第一章第八节中的“州际贸易条款”,其中“州际贸易”可能随着经济与社会的发展而改变其范围;或者对什么是“必要与合适”的法律,在不同时代可能有不同理解。然而,以上所说的“弹性”和“柔性”并不是一回事。为了避免混淆,应当慎重使用“刚性”与“柔性”这些词,尤其是不要把这些概念和宪法的“弹性”(英文中同

样也是 flexibility) 程度相混同。

如本书第三章所述,区分“刚性”与“柔性”宪法的意义主要在于界定修宪权与宪法审查权。在成文宪法中,某些宪法(例如中国宪法)比其他国家的宪法(如美国宪法)更为“柔性”(更容易进行明文修正),表明前者的修宪机构(如全国人大)能更有效通过明文修正,来纠正其他机构——如未来的立法审查机构——对宪法的解释。

二、宪法的主要特征

和一般法律类似,宪法也分享规范性、普适性和公共性等法律的基本特征,但同时又有其性质所决定的不同于普通法律的特点,有些特征(例如宪法的授权性)甚至与普通法律正好相反。从以上对宪法结构的介绍,读者应能体会出宪法的一些特点。

(一) 宪法是“公法”

宪法和行政法一样同属于“公法”。宪法的主要任务是规定国家机构的组成、国家权力与义务的划分、国家和公民的关系等基本问题。这些问题属于“公法”领域。承担宪法义务的主体是国家与政府机构,而不是公民个人或私人机构。美国宪法第二章规定了总统的执法权力,并要求他“如实地实施法律”;执法固然是一种权力,但它又是总统的法律义务,且总统的执法权被严格限制在法律规定的范围内。中国宪法规定,全国人大由选举产生,向人民负责并接受其监督,表明人大代表对其选民负有义务。第 62 条规定,全国人大所行使的职权包括“修改宪法”、制定与修改“基本法律”、选举正副主席以及最高人民法院院长与最高检察院的检察长等官员。这些固然也都是全国人大的专有权力,但同时也是它的义务。

宪法的任务是规定国家机构的组成、其权力与义务的划分、国家和公民的关系等基本问题,属于公法领域。

各国宪法权利条款为公民提供了基本保障,同时也进一步限制了政府权力,或者说是增加了政府必须尊重与保护公民权利的义务。美国宪法第一修正案规定:“国会不得侵犯言论与新闻自由”;法国《人权宣言》第 17 条规定:“财产是不可剥夺的神圣权利;除非以合法形式建立的公共需要明确要求,且在公正补偿被事先支付的前提之下,任何财产皆不可受到剥夺”;中国宪法第 36 条规定:“公民有宗教信仰自由。任何国家机关……不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。”这些条款都限制了政府通过合法形式影响公民自由的权力。它们对政府施加义务之事实,也表明宪法是公法。

宪法不是万能的,不应干预广大的私法领域。只有承认宪法“有所不能”,才能保证宪法“有所能”。

笔者希望读者在此能确立下列观念:宪法是“最高”的,是“神圣”的,但不是万能的;事实上,只有承认宪法“有所不能”,才能保证宪法“有所能”。虽然宪法的精神必须被贯彻到这些法律的解释中去,但宪法的主要任务不是去干

预广大的私法领域,而是保证政府在所规定的权限范围内行使权力,并尊重公民的基本权利。

评注 “公法”与“私法”

在1832年的《法理学讲义》中,奥斯汀首先区分了公、私法,并指出了公法的两大组成部分:宪法与行政法。所谓公法(public law),就是关于公共权力机构的设置、官员组成及其产生方式、机构的权力及其限制等方面的法律。不同政府机构之间的权力分配及其相互作用方式、政府与私人之间的法律关系,也都属于公法内容。所谓私法(private law),就是分配私人之间权利与义务的法律,不直接涉及公共权力的行使。当然,这并不是说私法就和政府没有关系;作为“法”,它的制定、修改、解释与实施都必然是政府有关机构的事务。但在这里,政府并不是作为当事人直接参与私法事务的管理,而是作为一个中立的立法者、执行者或审判者,为私法争端的解决提供一种法律机制。

区分公私法诉讼的一个简便标准是看被告的性质,公法诉讼的被告必须是国家机构。

由于法律一般是义务性的,因而区分公私法诉讼的一个简便标准是看被告(而非原告)的性质。宪法和行政法是典型的“公法”,例如行政诉讼的被告必须是公共机构(具体界定各国有所不同);合同法、民事侵权法、公司法等民商法则是典型的“私法”,其被告必须是以私人身份坐在被告席上。但在这两者之间,不少法律的公私性质却不那么容易确定。例如虽然政府直接参与刑事起诉,但刑事被告是私人,因而如果按照被告标准来划分,刑法就成了“私法”。尽管总统或其他国家官员也可以因违法犯禁而成为刑事被告,他们这时不代表任何国家职能,而完全以其个人身份成为被告,例如在1974年的水门事件中,尼克松虽然还是美国总统,却被合众国以参与阴谋和妨碍正义告上法庭。^[2]事实上,按照法国法院体系的二分法,刑事庭和民事庭同属于一个系统,负责处理私法诉讼的“最高法院”(Cour de Cassation)也包括刑事庭,而负责公法诉讼的行政法院则自成一体。然而,刑事诉讼经常涉及刑事正当程序问题,而这在许多宪政国家可以说是头等重要的宪法问题;以美国联邦宪法为例,《权利法案》中有将近一半的条款规定了刑事被告的沉默权、获得陪审团审判的权利、获得相关证人并当庭对质的权利、公正和及时审判、不受残忍与非常处罚等一系列权利。如果刑事起诉侵犯了被告的宪法权利,被告可以反诉或上诉政府的起诉;这时,政府相当于转变为被告,原来的刑法问题则转化为一个宪法问题。

由此可见,虽然读者应该明了公私法的性质,但是区分公私法或许并非如

[2] United States v. Nixon, 418 U. S. 683. 这个判例之所以成为重要的宪法判例,并不是因为起诉对象是总统,而是因为涉及如何界定总统和司法权限的宪法问题。

此重要,何况诸如刑法、经济法、环境法和物权法等重要法律都融合公私两种不同性质于一体。事实上,即便纯粹的私法也完全可能产生宪法问题。首先,私法规定本身可能违宪(为什么?)。物权法一般被认为属于民法领域,但是如果物权法对国有企业和私有企业规定了不同的法律地位、权利或义务,那么显然可能违背中国宪法第33条所规定的平等原则。其次,即使私法本身没有问题,私法诉讼也完全可能出现宪法问题。一个典型的例子是美国1964年的里程碑案例——“纽约时报案”,^[3]其中地方官员起诉《纽约时报》侵犯名誉并索求赔偿,因而是一场民事诉讼。但是由于这个案件涉及如何界定诽谤法和言论自由的边界,因而构成了重要的宪法诉讼。在1824年的里程碑案例——“航运垄断案”,^[4]原告和被告都是私人,其中一方获得了纽约州通过法律授予的航运垄断权,另一方则依靠联邦的航运执照,因而完全是私人之间的民事纠纷。但是由于联邦法律和州法授予的权利发生冲突,法院需要界定联邦贸易权力的边界,而这也是一个宪法问题。因此,几乎任何法律纠纷都可能产生宪法问题。

在现代,由于政府广泛干预社会与市场经济,公法与私法出现了相互融合的趋势。政府对某些行业的直接垄断以及行政合同的大量发展,使界定公共权力与私人权力发生困难。且同一部法律——比如证券交易法或环境保护法——经常同时具有公私两种不同成分:就私人企业必须符合立法义务的意义上说,它是“私法”;但政府调控必须符合一定的行政程序和实体要求,在这个意义上它又是“公法”。尽管如此,公私法之间的基本界限仍然受到普遍承认。

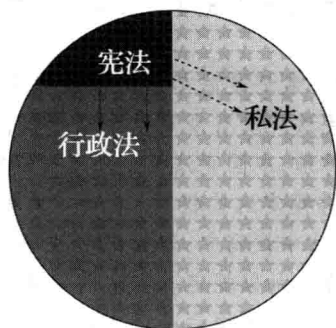


图 1.3 私法、公法与宪法的关系

宪法一般被认为属于公法领域,但作为国家的最高法律,其价值规范辐射并渗透至法律的全部领域。所有法律都必须按照宪法的文字和精神加以解释,否则司法机关就可能侵犯公民的宪法权利。

[3] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254.

[4] 3 Gibbons v. Ogden, 22 U. S. [9 Wheat] 1.

探讨 宪法是“母法”?

一种普遍流行的说法是宪法是“母法”,也就是其他所有法律的“母亲”或渊源(source),例如宪法关于全国和地方人大的规定是人大组织法的渊源,宪法关于法律等级的明确或隐含规定是《立法法》的渊源,等等。这种看法将宪法作为国家法律体系的原创性“基因”(genesis),从中各种法律或法规获得其授权与正当性。在这个意义上,普通法律体系中的每一个具体成长都来自于宪法这个最终的源流。

这种看法虽然不完全错,但至少是不全面和不准确的。确实,对于有限政府国家,宪法的重要功能之一在于为政府机构授予必要的权力,因而可以认为宪法是关于政府权力的“母法”——所有政府权力都必须源于宪法,否则就超越了宪法授权。(详见本书第四章对联邦制的阐述)然而,对于包括中国在内的单一制国家,国家立法权在本质上并不是有限的,因而政府的实质性权力无须宪法授权。这并不是说政府权力的行使可以违反宪法所规定的方式,而是说这些国家的宪法并不具有限制政府权力范围的功能,因而只要符合宪法所规定的立法程序,只要不侵犯宪法所保障的人权或违反其他特定的宪法条款,立法机构在理论上可以通过任何性质的立法。宪法并没有提到银行,而政府可以成立银行;宪法并没有提到犯罪,而国家可以打击刑事犯罪;宪法没有提到流浪乞讨,而国家可以规定流浪乞讨人员的救助办法,等等。在这个意义上,这些国家并不接受“宪法保留原则”,因而宪法和其他授权法律之间的关系并不必然是“母子”关系。

更重要的是,不论单一制还是联邦制的宪法都不限制立法去规定宪法中没有的权利。美国联邦宪法并没有规定社会福利权,但联邦政府却为公民建立了社会保障制度。同样地,中国宪法至今还没有规定任何刑事被告权利,但这并不妨碍《刑事诉讼法》规定这些权利。当然,如果某一项权利确实是重要的,那么我们期望能在宪法中找到它;但如果宪法条文有所疏漏,那么宪法并没有设置任何障碍阻止立法加以规定。宪法确实是“更高的法”,但这只是意味着立法或任何其他政府行为不得剥夺或缩减宪法已经赋予的权利,而从来禁止立法赋予更多的权利。

事实上,宪法是“公法”这一事实已经否定了“母法”理论。既然主要是在公法领域中发挥作用,宪法不可能成为私法的渊源。在广阔的私法领域,立法机构有近乎不受限制的自由调整私人 and 私人之间的关系。当然,即使是私法规定也不能过分限制个人权利,因为私法本身是一种可以受到宪法挑战的立法行为。但不论如何,作为公法的宪法不可能成为私法之母。

在不接受“宪法保留原则”的国家,宪法和其他授权法律之间的关系并不必然是“母子”关系。

作为公法的宪法不可能成为私法之母。

案例 公民是否可能违反宪法?

2000年5月,四川省成都市曾发生过一起关于宪法平等权利的案件,在性质上和次年的“宪法司法化第一案”类似。(参见本书第三章)原告王勇等三名四川大学法学院学生去被告粗粮王红光店用餐。被告的广告上写着“每位18元,国家公务员每位16元”。原告认为这是对非公务员消费者的歧视,违反了宪法第33条以及《民法通则》第3条关于“当事人在民事活动中的地位平等”原则,侵犯了公民受宪法和法律保护的平等权,因而在成都市青羊区人民法院起诉,要求被告撤销广告中对消费者的歧视对待,并返还对原告每人多收的2元。一审法院判决,法律并没有明文规定商家不能对公务员消费者给予优惠,也没有明文规定不能不同的消费者采用不同的收费方式,因而驳回了原告请求。^[5]

上诉后,成都市中级法院维持原判。法院认为,原告与被告是“平等的民事主体”。原告“作为消费者,有权根据自己的实际需要选择是否消费,对是否消费享有充分的自由”。被告并“没有强迫消费者消费的意图与行为”,“有权处分自己的民事权利,有权决定对某个群体和个人给予优惠”;且针对不同的消费群体以不同价格发出要约,“实为适应市场需要,增强竞争而采取的一种促销手段。”因此,原告认为被告的广告侵犯了宪法和民法基本原则,属于“理解不当”,其诉讼要求“于法无据”,不予支持。后来,被告饭店主动撤除了关于公务员优惠的广告词。

私人一般不可能成为宪法诉讼的被告。

思考 上案的一个解读是,以私人身份出现的公民只可能违反法律,而不可能违反宪法;质言之,“私人不可能违宪。”在法律规定的范围内,私人被告作为“平等的民事主体”是完全自由的,可以采取宪法禁止国家被告所采取的“歧视”措施。你认为法院的这一判决是否正确?为什么说原告未能恰当理解宪法和民法的基本原则?为什么说原告的诉讼要求“于法无据”?国家法律能否要求私人企业采取这种“促销手段”,对公务员或国家干部给予优惠?国有企业是否可以为了“适应市场需要”,采取类似的“促销手段”?

[5] 见成都市青羊区人民法院民事判决书,(2000)青羊民初字第810号;成都市中级人民法院民事判决书,(2000)成民终字第913号。

探讨 “宪政国家”与“法治社会”

和宪法的公法特征相联系,在此有必要澄清一个提法,以进一步彰显宪政和法治的不同特点。法治是一个社会性的概念。普通法律对公民赋予权利,并同时施加相应的义务。守法本身就是公民的基本义务。当然,政府官员也被期望守法,但法治的对象包含了每一个公民。因此,我们所说的“法治”是指一种社会状态,其中每个公民——包括政府官员——都遵守法律义务,同时获得法律的保护,而权利与义务都通过国家而得以实施。法治社会包括“法治国家”的概念,后者尤其强调“依法行政”、政府守法,但如上所述,社会是一个比国家更广泛的概念。

宪政则主要是一个国家概念。这并不是说公民可以不遵守宪法——这显然是荒唐的,但基于如下所述的理由,宪法一般不针对私人身份的公民实施,宪法义务所控制的直接对象限于国家机构与政府官员。在这个意义上,我们所说的“宪政”是指国家的一种政治状态,其中每个政府官员都在宪法所规定的权限范围内办事,并尊重公民的基本权利。如果法治社会包含“依法行政”的要求,那么宪政国家则更进一步,要求“依宪立法”,因而立法行为也必须符合宪法的文字和精神。

当然,宪政国家和法治社会是不矛盾的。把“法”上升到宪法,法治就进入了宪政;反过来,宪政国家的实现也预设了法治社会的存在。中国的目标是同时实现法治社会与宪政国家。尽管如此,读者还是应该明了这两个概念的细微差别。

(二) 宪法是授权性的

从宪法结构的讨论中可以注意到,各国宪法仅对公民提供基本权利之保障、对政府施加尊重权利之义务,而一般不对公民施加法律义务。中国宪法在这一点上是例外,但即使如此,宪法义务也和一般法律规定不同,对违反义务的行为并不提供任何具体的制裁。总的来说,宪法首先是一部保障权利的“法”——这是宪法和普通法律之间最大的区别。我们看到,普通法律的特点是义务性(当然也有少数例外);法律是为了社会的统治而制定的,规定义务的主要目的是为了防止那些对社会造成危害的个人或组织行为,以实现良好的社会秩序和安全保障。宪法则恰好相反:它的主要目的不是为了规定个人义务——因为那是普通法律的事情,而正是为了防止法律对公民自由的过分控制;在这个意义上,宪法是“控制法律的法律”。

这样,公法与私法在国家的法律体系中具有各自的职能:一般私法的目的是调控私人之间或个人与社会之间的权利与义务,行政法保证政府官员在调

法治的适用范围比宪政更广泛:法治是一个社会性概念,宪政则是一个国家概念。

普通法律主要是规定公民义务,宪法则主要是保障公民权利。

宪法是“控制法律的法律”。

控、监督与实施过程中严格按照有关法律规定,宪法则保证立法者所制定的法律具有“法”所应有的理性与目的。由于法律所保障的社会秩序最终还是为了社会中每个人的自由生活,宪法的独特任务是将法律义务保持在公民基本权利所允许的范围之内。

公法目的本身也说明宪法为什么是授权性的,而不宜规定公民义务。从历史上看,公法是人类对公共权力进行理性反思的产物。人类早期从朦胧中感觉到政府与法律的必要性,并在部落权力的相互斗争中产生了最初的国家。只是到后来,在政府与社会的斗争与互动过程中,人类才认识到国家的合法性在于它能够满足社会的基本需要;国家是一种公共权力,因而必须为了某种“公共利益”服务。然而,公共权力总是为某些私人占有,因而容易为了私人目的而被滥用。尤其是因为公共权力远大于任何私人力量,从而造成了公共权力和私人权利之间的“不平衡”,而公民个人不可能光靠自己的力量防范政府的侵犯。要恢复权利与权力的“平衡”,就必须在政府内部设置必要的制约机制,并允许公民利用政府的力量以维护自己的权利。因此,为了防止政府官员以违法形式侵犯公民的法律权利,法治国家普遍建立了行政诉讼机制,允许公民在法院挑战其认为违法的行政行为。(参见罗豪才等,1993)同样地,为了防止立法权力的滥用(包括“多数人的暴政”),宪政国家最终建立了宪法诉讼机制,允许公民在法院挑战其认为违宪的立法行为。两种公法诉讼机制的最终目的都是为了实现公共权力与私人权利的平衡,而实现这一目的之手段必然是对公共权力施加义务、对私人公民或社会组织赋予权利。

权利与义务最终是通过诉讼确立的,而对权利与义务的规定应该与诉讼制度相一致。要说宪法诉讼允许国家基于公民义务而在法院起诉公民,就和行政诉讼允许行政机构起诉公民一样没有意义,且违背公法诉讼制度的初衷。如果在诉讼中不允许实施,那么条文就不应该规定。不要忘记,宪法是一部“法”,其中所有的条款都应该具有法律效力,并且这类法律效力只有在宪法诉讼中方能体现出来。既然宪法是保障权利的法,既然宪法诉讼不应该允许公民因违反其义务而被起诉,宪法就不宜规定公民义务。在这个意义上,公民以其个人身份不可能违宪——因为和行政法一样,宪法也不是被用来“官告民”(或“民告民”),而是应该被用来“民告官”的。这当然不是说官不可以告民——刑法就是“官告民”的典型例子。只要不违反公民的基本权利,法律总是可以授权政府起诉它认为违反某些基本义务的公民,但政府不可能利用宪法去这么做。

公法是人类对公共权力进行理性反思的产物,其主要目的是为了限制公共权力,以求恢复公共权力和私人权利之间的平衡。

探讨 权利的冲突与界限——如何对待宪法中的公民义务条款?

宪法不宜纯粹规定公民义务,纯粹的公民义务应保留给普通法律加以规定。

中国宪法规定了一些公民义务条款,其中某些条款纯粹是义务性的(如第51—56条),某些条款则同时规定了权利和义务(如第46、49条)。这反映了中国历来比较强调义务的文化传统,因而具有一定的“中国特色”,甚至有一定的合理性。但如上所述,宪法不宜纯粹规定公民义务,因为这将体现不出宪法不同于普通法律的作用,况且宪法义务因笼统并缺乏制裁措施而难以实施。因此,纯粹的公民义务应保留给普通法律加以规定,宪法的首要任务是规定并保障公民的基本权利不受国家机构的侵犯。在这个意义上,宪法确实是以公民权利为“本位”。(见张文显,1999)

宪法权利与自由不是无限的,不同公民的权利可能会发生冲突。宪法可以规定公民权利的限制,以实现私人权利之间的平衡。

然而,这并不是说宪法权利与自由是无限的;否则,不同公民的权利必然会发生冲突。例如一个人的言论自由可能和他人的名誉权发生冲突,因此人并没有绝对的言论自由,而是必须和他人的权利相平衡。或者我们也可以说,一个人在行使其权利的同时,也有尊重他人权利的义务。固然,界定不同公民之间的权利与义务主要是私法的任务,但某些权利(如言论自由或人格尊严)是如此重要,以致宪法必须直接决定私人权利之间的平衡。在这个意义上,宪法可以规定公民权利的限制。

尽管如此,对宪法权利的限制仍然不宜以义务性规定的方式出现,因为限制宪法权利的最终目的还是为了保障所有人的权利。由于社会生活的基本事实就是人与人之间的权利经常会发生冲突,对权利的限制是为了所有人的权利可以和谐共存。但如果因此而规定公民义务将容易产生误导,并把宪法降低到和私法同样的地位。(为什么?)界定权利是为了实现一种平衡,但严格地说,这其实并不是某个人的权利与义务之平衡,而是不同人的权利与权利之间的平衡。因此,为了彰显宪法的首要目的,宪法应仍然仅限于规定权利,并在不同的宪法权利发生冲突时界定权利的范围。

宪法是一部保护所有人权利的基本文件,是每一个理性人都能同意接受的“社会契约”。宪法制定与修改的特别程序也表明,宪法的基本宗旨是保护个人的基本权利不受侵犯。

(三) 宪法是一部保障每个人权利的“社会契约”

宪法不仅是一部普通的权利文件,而且是一部保护所有人权利的基本文件,是每一个理性人都能同意接受的“社会契约”(social contract)。宪法的制定与修正程序也反映了这一点:普通法律只需要经过多数人民代表的同意,宪法的制定与修改则需要经过超多数同意;换言之,少数人的反对就足以阻止宪法修正。因此,一般的法律强调社会秩序和多数人的利益,宪法则还要保障少数人甚至个人的权利。这并不是说宪法不保护多数人的利益,而是由于宪法必须理性地保护每一个人的权利,因而不仅需要考虑到多数,而且还要保护少数人的基本利益不受社会强势力量的侵犯。

这个思想来自于西方16世纪发展起来的社会契约论。建立这种理论的目的是为国家提供合法性依据和标准:处于无政府状态的原始人为什么要组成国家?什么样的国家才符合人类建立国家的基本目的?社会契约论有好几个变种,(详见本书第二章)但它们大都假设人在原始自然状态有种种不利之处,而建立国家的目的是为了改善所有人的生存环境。国家的建立不是靠武力与强制,而是所有人自愿在彼此之间达成一个基本契约,以保证不侵犯他人基本权利的承诺来换取他人对自身权利的承认,并建立国家来履行这个契约。和强调多数人幸福的功利主义不同,社会契约论强调国家的基本体制必须能被每个理性人所接受——否则,理性的个人就不会同意形成社会契约来组建国家,或者说用契约论的标准来评判,侵犯个人的政府行为是不合法的。因此,功利主义注重社会效率,契约论则强调社会公正;普通的法律注重社会整体效果,宪法则把关注与保护的重心转移到个体的权利。

(四)宪法是“基本法”

作为一部“基本法”,宪法所保护的不是一般的公民权利,而是对公民生活产生重要影响的关系到人性本质的“基本权利”。对于一般的公民权利或义务之规定,乃是普通法律的任务;当然,普通立法也可以甚至应该规定基本权利(尤其是这类权利还可能受到其他私人的侵犯),但这无论如何是宪法的主要任务。从各国宪法的权利条款来看,所谓“基本权利”,主要是指关系到公民的人身、财产与精神方面的权利。鉴于西方文艺复兴和新教革命的文化背景,西方宪法对宗教信仰、言论与新闻自由、结社自由以及政治参与的权利极为重视。对基本人身权的保护主要体现在正当刑事程序和公民住宅不受侵犯的权利,对财产权的保护则限于要求对公民财产的征收必须给予适当补偿。在传统上,基本权利都是消极权利。但进入福利社会之后,某些国家的宪法还赋予公民要求政府提供最低生活保障的“积极”权利。

普通法律注重社会效率,宪法则更强调社会公正。

宪法所保护的是对公民生活产生重要影响的“基本权利”。

在政治体制和国家的设置方面,宪法显然同样是基本的。宪法一般只规定政治或经济体制的性质,中央与地方权力的基本划分(如单一制还是联邦制),最高国家机构的种类、设置、产生及其权力范围及其作用方式等重要方面。对于下级机构、地方机构以及权力分配的细节,一般由专门的组织法另行规定。

(五)宪法是相对稳定的

宪法的基本性与重要性决定了它的稳定性。当然,这并不是说普通的法律就不稳定;为了保证社会生活的连续性、可预测性以及法律本身的权威,任何法律都应该是相当稳定的。但随着社会的变化发展,法律也必须发生相应的变化以适应社会需要。普通法律通常调控着某个特定的实体领域(例如交通安全、证券市场、食品卫生),因而必将随着该领域社会实践的不断发展而

宪法要比一般法律更为稳定。

发展——例如发明了新的交通工具,交通规则就要进行创新或修正;出现了新的贸易手段(如上网买卖股票),贸易规则就要发生变化;医药学新近发现了某种食品或药品对人体健康的有害性或无害性,食品卫生法或规章也必须相应修订以符合科学发现的新证据。当然,某些法律因其特殊性质而获得更高的稳定性,例如民法——1804年制定的《法国民法典》仅受到相当少的修正,因而也可以被认为是一种“基本法”。但即使在这里,民事侵权与合同规则也发生了很大的变化——或者是通过明文修订,或者是通过创造性的司法解释。(参见章谦凡,1998:261—265)汽车的发明、大工业生产的发展、电子商务的推广,都必然要求民法典的相应部分跟上时代的步伐,及时处理社会发展所带来的新问题。因此,由于人的智慧在社会活动中的创新、发明或在认识上的不断提高,特定的法律应作出及时调整,以符合适应社会发展、促进公共利益的基本目标。

宪法的稳定性来源于人类基本需要的稳定性。

但人性中的某些基本需要是相对恒定的。人类自远古以来就有对人身与财产安全的需要——这几乎是人作为一种动物存在的本能。事实上,正是为了更好地保障这种安全,人类才建立了公共权力;显然,这种基本需要不应该被公共权力本身剥夺或侵犯。和一般动物不同,人类自古以来就有宗教信仰,有不受外界干预或强迫和超自然力量进行直接沟通的需要;人还是一种语言动物,有不受他人、社会或国家的干扰与限制而自由交流的需要。当然,我们还可以说人有获得食品与住房的基本需要,因而国家或许应该为所有人提供一些基本的生存条件。所有这些需要都是基本的,并定义着人类的本质属性;且不论社会如何变化,它们在漫长的人类历史中保持相当恒定。因此,如果一开始就获得了合理的制定,保护这些基本需要不受政府侵犯的法律也必然是稳定的。这部法律就是宪法。因此,宪法所调控事务的基本性与稳定性决定了宪法的稳定性。

宪法的稳定性是相对而非绝对的,宪法也和普通法律一样变化发展。

与此相一致,修宪程序也体现出宪法的稳定性。由于宪法是更重要或基本的,制定宪法的权威也比一般的法律具有更高的民主合法性,因为它不仅代表社会多数,而是更大多数——绝大多数甚至所有人,而修宪的困难程度和所要求的同意人数成正比:要求同意的人数越多,构成有效反对修正的人数要求就越低;如果要求所有人同意,那么一个人的反对就足以排斥修正案通过。这是可以理解的,因为宪法的修正可能会影响到人的基本权利,修宪应该更为慎重,并获得绝大多数(而非简单多数)人民的同意。因此,宪法的基本性、代表性与稳定性是紧密联系在一起。

当然,宪法的稳定性也不宜被夸大。值得再次强调的是,宪法也是“法”,因而符合法律发展的一般规律。即使是宪法的稳定性也只是“相对”的——相对于普通法律而言。这并不是说宪法就不发展,或发展得一定比其他实体

法律更慢。在某个时期,由于社会需要的突然变化,宪法条文或特定条文的解释可能也会发生相应变化。例如电子网络作为一种交流手段的普及必然会拓展言论自由的含义;9·11事件的发生以及全球恐怖主义活动的兴起,则可能给美国或其他国家的言论自由带来前所未有的挑战,因为它直接影响到国家安全与社会稳定等同样甚至更为基本的需要。但更经常地,一个国家的文化传统可能因突发的社会或政治运动而发生转变,且这种变化将迟早体现在宪法中。有时候,社会精英甚至可能利用宪法改革去推动社会转变。例如在1954年的“校区隔离案”中,^[6]美国联邦最高法院判决以往把黑人与白人孩子隔离在不同学校的政策违宪,从而推动了美国社会的种族平等与融合。(详见本书第三章)

(六) 宪法是“无所不在”的

最后,笔者想强调一下宪法以前受到忽视的一个特点:它是无处不在的。这固然意味着宪法作为“法”(应该)深入到社会生活的方方面面,对平常人的日常事务发挥实际影响。法国思想家托克维尔曾观察到:在美国,几乎任何一个政治问题都可能转化为法律问题,因而最终在法院获得解决。同样,几乎任何一个普通的法律问题都可能转化为宪法问题,只要它所涉及的权利足够重要。但这还隐含着另外一层意思:和普通法律不同,宪法并不局限于处理任何一个特定门类的事务,而是涉及几乎所有领域的人类事务——只要所涉及的权利足够基本,以至于被写入宪法,并被用来针对政府机构。你家的拆迁获得补偿了吗?这可以是一个民法问题,但也涉及宪法保护的财产权;你所辩护的当事人被非法拘留或住宅被违法搜查了,这可以是一个刑事程序问题,但它显然涉及宪法对人身自由和住宅安全的保护;你的学校不喜欢你发表的作品,因而找了个借口把你开除了——这当然是一个合同法问题,但它还涉及宪法关于言论、科学研究或文学艺术创作的自由。因此,宪法是一门“通法”,它的“影子”几乎覆盖了所有的法律专门领域。这是因为宪政国家的政府是在宪法的影子下运行的,因而凡是有政府踪迹的地方,都能找到宪法的影子。

这不仅是宪法的特点,也是公法的共同特点。因为和私法不同,公法并不局限于特定领域,而是随着政府干预的扩展而进入社会的各个领域;可以说,哪里有政府权力,哪里就(应该)有公法;在法治与宪政国家,政府是在公法的调控下活动与生存的。行政法是如此。任何一项具体的法律可能调控着治安、环境、食品卫生、工厂的健康安全、或贸易与竞争,行政法则涉及其中每一个领域的事务;这些实体事务本身很少有共性,但行政法具有其自身的规律与特性。宪法也是如此,也有自己的原则、规律与技术规则。只是在这里,由于

宪法是“无所不在”的,因为它涉及几乎所有领域的人类事务。

和私法不同,公法并不局限于特定领域,而是随着政府干预的扩展而进入社会的各个领域。

[6] Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483.

宪法仅涉及“基本权利”以及国家最高机构之间的相互作用,宪法还具有自己的实体法——并不是说行政法没有实体法(即部门法),而是行政法的实体领域是如此之多,以致分门别类的探讨可能是徒劳的。但和行政法相比,宪法的实体领域要少得多,且它们都如此重要,以致宪法教科书仍然必须讨论中央与地方关系、政府权力的设置与限制以及宪法所规定的公民基本权利(主要包括言论自由、信仰自由、结社自由、财产权、平等、正当程序等内容)。但即使如此,每个实体领域都可能如此广泛,以致任何公民与政府的争议都可能进入到其中的一个,就和任何市场调控都可能会涉及财产权、正当程序与平等保护一样。

宪法的效力等级高于行政法;宪法的控制对象是国家的最高权力机构,尤其是立法机构,行政法的控制对象是行政机构。

评注 宪法与行政法

我们知道,宪法与行政法同属于“公法”,并构成了这个领域的全部。既然两门公法的目的都在于控制与监督政府权力与活动,并赋予公民以保护自己的法律权利,它们的区别是什么?首先,两者法律效力的等级不同。如上所述,行政法和私法一样属于“普通法律”的范畴,而宪法是“基本法”,控制着包括行政法在内的所有其他法律。其次,在实体方面,顾名思义,行政法仅控制“行政”行为。各国对“行政”的定义不完全相同,但大同小异。总的来说,行政是一个实施立法的中间转化机构——它把立法文字与精神转化为社会现实,使之对具体的人产生实际效力。它低于国家的最高权力机构,但代表国家行使政府管理职能。因此,尽管行政机构一般都同时兼有立法、执法与司法权,它既不是最高立法机构(国会或人大),也不是最高执法权力(总统或国家主席)或司法权力(法院或检察院),而是除了这些最高机构以外的政府“管理”机构。与此相反,宪法的控制对象正是国家的最高权力机构,尤其是立法机构。在三权分立的国家里,除了立法机构之外,国家的最高权力还包括总统与法院。因此,宪法还调控立法、执法与司法最高权力机构之间的关系。例如总统的法令(而不是一般的行政规章)是否具有立法授权?总统是否有权拒绝向法院交出刑事陪审团所要求的录音磁带?人大代表有没有权力对司法判决进行“个案监督”?等等,都是属于宪法问题。当然,不论在联邦制还是单一制国家,中央与地方关系都是一个宪法必须规定的重要方面。

这样,在国家的整个法律体系中,私法调控纯粹私人的权利与义务之争议,公法则调控私人与政府或政府不同部门之间的法律争议。在公法范围内,如果被告行为是低于国家最高权力(并排除军事机构等一些特别机构)的政府行为,那么该争议属于行政诉讼,受行政法调控;如果涉及国家最高权力机构之间的关系或公民受宪法保护的基本权利,那么该争议就属于宪法诉讼,

受宪法调控。

当然,宪法和行政法之间也有重叠的地方。显然,行政机构也可能侵犯公民受宪法保护的基本权利。如果公民的宪法权利受到普通立法的适当保护,因而行政行为也违反了立法,那么在行政法范围内就可以获得解决;但如果这类立法不存在,或有关的立法保护不符合宪法要求,那么行政行为直接受宪法控制,因而同时是宪法与行政法的内容。例如在1970年的“福利听证案”中,^[7]美国联邦最高法院判决行政机构在剥夺社会福利之前必须给予听证。这个案例既是宪法也是行政法案例。另外,尤其在三权分立的国家里,最高权力机构在设置下属行政机构时可能会发生冲突。例如美国宪法规定,总统对合众国的高级官员具有任命权,但未规定他是否可以随意罢免这些官员。因此,国会是否可以通过立法,限制总统对邮电部长或独立管理机构委员的罢免权?这些也都是同时属于宪法与行政法的问题。

值得指出的是,由于传统的误解,宪法与行政法之间存在着一些错误的区分标准。例如19世纪德国行政法学家奥托·迈尔(Otto Mayer)曾发表过“宪法消逝,行政法长存”的评论,国内法学家也曾认为行政法是“动态的宪法”。(龚祥瑞,2003)这类观点的共同之处在于它们都认为宪法仅处理抽象原则,而行政法则是一些原则的具体显现。现代宪法与行政法的发展否定了这种片面的见解。固然,宪法要比行政法更“抽象”些,因为其规定不可能像普通法律那么具体。但抽象的宪法条款在无数宪法案例中获得了具体的意义。且就法律的相对稳定性而言,宪法与行政法都是“静态”的。美国的《联邦行政程序法》制定于1946年。虽然在半个多世纪不断获得充实与肯定,但修改很少。就法律的变化与发展来看,宪法与行政法又都是“动态”的。美国宪法虽然明文修正不多,但含义在两百多年来发生了巨大变化——否则,如果宪法真是“静态”的,那么它确实将像迈尔说的那样“消逝”了,因为静止就是僵化,而僵化的法律意味着死亡,必然为发展中的社会所淘汰。诚如上所述,宪法因其基本性而获得了稳定性,但稳定绝不意味着故步自封。事实上,由于宪法是“法”,它必然会不断运用到社会的具体实践中去,并与行政法一样,和社会一起成长、发展。

宪法与行政法之间有重叠之处,有些公法案例可能既是宪法案例,又是行政法案例。

宪法虽然比较抽象,但完全可以透过司法判例具体化,并且和行政法一样发展变化。

探讨 “第三者效应”——宪法的“间接适用”

如上所述,宪法是“公法”,宪法义务主要是针对国家机构或官员,而非私人身份的公民。然而,宪法又是“无处不在”的,因而必然会渗透或“辐射”到

[7] Goldberg v. Kelly, 397 U. S. 254.

私法领域,影响私法的意义与解释。看问题的一个角度是,尽管私法作为法律调控着纯粹的私人之间(或私人与政府作为平等的合同方之间)的关系,私法诉讼以及对相关条款的解释最后还必须由国家机构——法院——决定。法院的解释是否让私法带上“政府行为”的性质,从而使之受制于宪法审查呢?譬如有人控告你的言论侵犯了他的名誉权。如果你和他都只是普通公民,那么这是典型的民法或诽谤法所调控的诉讼。假定法院对有关法律进行解释,并决定你确实侵犯了他的名誉权,你是否可向宪法审查机构申诉法院的解释侵犯了你受宪法保护的言论自由?如果答案是肯定的,那么这项诉讼就把宪法带到民法或诽谤法——即“私法”——领域中,并要求法院对私法的解释不得侵犯宪法对公民自由的保护。这时,宪法就被认为具有“第三者效应”——在保护你的言论自由时,宪法对他(“第三者”)名誉权受诽谤法的保护程度产生了间接影响。(参见图 1.3 中宪法对私法领域的“辐射效应”)

宪法解释可能会影响到第三人的权利,从而渗透或辐射到私法领域。

西方对这个问题的答案并不一致。美国联邦法院否认宪法能被适用于私法领域,但各州法院对此问题采取了不同的处理方式。在少数州,下级法院对诽谤法的解释有可能对言论自由构成不适当的限制;在其他州,尽管平衡的结论可能相反,但下级法院对言论自由和私人名誉的平衡似乎仍可以受到审查。(参见张千帆,2000:472—487)在联邦德国,《基本法》包含了许多普遍权利,而未注明其所针对的具体对象——例如第 1 条规定:“人格尊严不可侵犯”,这是否表明它也不可受到私人的侵犯?根据宪政法院的解释,这些权利一般不能被直接用来防御私人的侵犯。(参见本书第七章对权利“相对性”的讨论)然而,通过保护“人格尊严”,《基本法》保障人的言论自由和名誉权,而两者都不得受到包括司法机构在内的国家权力之侵犯。因此,在处理诽谤诉讼中,法院必须适当平衡言论和尊严的宪法价值。在 1971 年的“魔菲斯特案”,宪政法院处理了宪法第 5 条所保障的艺术自由和人格尊严之间的关系。

如果普通法院对私法的解释影响了公民的宪法权利,那么这类解释可以受到宪法审查,以保证普通法院对宪法权利的平衡是适当的。

案例 宪法价值的冲突与平衡——“魔菲斯特案”〔8〕

在 20 世纪 30 年代流亡时期,著名德国作家克劳斯·曼恩(Klaus Mann)发表了讽刺小说《魔菲斯特》(Mephisto)。这部小说基于作者妹夫古斯塔夫·格朗根斯(Gustaf Grundgens)的经历,叙述了一个演员抛弃自由理想、投靠纳粹而成名的故事。曼恩自己承认,格朗根斯代表了“典型的叛徒、腐化与玩世不恭的可怕象征……;他靠出卖自己的才能来换取庸俗的名誉和短暂的财富”。“我把古斯塔夫……作为焦点,让那些可怜而可恶的拍马小人在其周围回

〔8〕 Mephisto Case, 30 BVerfGE 173.

旋。”1964年,德国出版商准备重新发行《魔菲斯特》一书。虽然格朗根斯本人早已去世,但其养子在汉堡上诉法院要求禁止该书的发行,并获得胜诉。出版商上诉后,联邦最高法院认为该书所含的杜撰生平故事损害了已故演员的形象,因而维持了上诉法院的禁令。《基本法》第5条第3款规定:“艺术与科学、研究与教学皆应享受自由。”根据这一条,出版商发起宪政申诉,宣称最高法院的判决侵犯了《基本法》绝对保护的艺术自由。在平衡人格、个性和言论与艺术自由的过程中。联邦宪政法院第一庭对结论发生4:4的对等分裂,因而最高法院的判决结果获得维持。

多数意见(尽管不是严格意义的“多数”)和少数意见的主要分歧在于如何审查普通法院的平衡结果。多数意见认为,宪政法院的审查应该限于有限范围,且标准应该是相对宽松的:“在决定宪政申诉时,普通法院的判决仅在狭隘限度内才受到审查。事实的建立与衡量、法律的解释及其在个案案件中的运用,乃是普通法院的事务,因而不可被联邦宪政法院所审查。……民法官的任务是衡量个别案件的事实,并考虑对任意性的普遍禁止,然后定义双方基本权利的相应领域及其极限。法官对冲突利益的衡量,可能对一方利益赋予过多或过少的重要性,但并不因此就侵犯败诉方的基本权利。[联邦宪政法院无权把普通法院当作其下级法院,并用自身对个别案件的评价来取而代之。]”只有在民法院“并未认识到权衡基本权利冲突的必要性,或其决定基于在根本上错误的观念,以致忽视了任何一方基本权利的重要性——尤其是其保护领域的范围”,宪政法院才能宣布当事人的基本权利受到侵犯。

少数意见则认为,宪政法院的审查是深入而全面的:“联邦宪政法院应独立审查受到挑战的法院判决,以根据所要求的利益权衡网络,来决定民法院是否充分考虑了”本案的艺术自由。“如果民法院不能正确决定民法基本权利,因而错误解释了宪法价值等级,那么宪法第五章第三节的保护范围及其和《基本法》其他价值决定的关系,就都受到直接影响。这类错误解释将侵犯基本权利。”且宪政法院必须根据本案的具体事实,来审查普通法院的决定是否符合宪法对艺术自由的保障。宪政法院的审查并未“篡夺上诉法院的职能。相反,它仅在所决定的案例中建立基本权利的保护范围及其对民法的效力。因此,本院仅履行了监督司法机构运用宪法规范的宪法分配职能。”否则,如果像多数意见那样仅审查法院是否承认并考虑了基本权利的影响,那么宪政法院就不能完成作为基本权利守护者的使命。通过具体平衡相互冲突的宪法权利,少数意见认为“联邦最高法院所作的利益衡量从根本上误判了宪法对艺术自由所要求的关系”,因而侵犯了曼恩的艺术自由。

无论如何,和美国联邦宪法不同,《基本法》对德国私法的解释产生了显著的影响。昆特教授(Quint,1989:263—264)指出:“在个人和国家之间的公法诉

讼中,宪法权利能直接超越所适用的公法规则。相反,在个人之间的私法争议中,宪法权利则被称为‘影响’民法规则,而非在实际上推翻之。宪法的某些思想内涵‘注入’(injection)或‘辐射’(radiation)民法,并影响着现存民法规则之解释。在这些案例中,私法规则应根据适用的宪法规范加以解释并运用,但私法规则最终仍然获得运用。”在这个意义上,私法领域中存在着宪法的影子。

第四节 宪法学是一门“科学”

宪法学只有超越特定意识形态的教条,尽可能从中立与客观的视角来审视宪法对社会的积极或消极作用,才能成为一种科学。

顾名思义,宪法学是研究宪法的学问。有时候,宪法学被冠以不同的称号:它是法学的重要“分支学科”,形成了一个完整的“理论体系”,等等。大概说得最多的是宪法学是一门“科学”,本书的作者也确实认为宪法学应该成为一门科学。要获得长足的进步,宪法必须奔驰在社会科学的轨道上;它必须成为科学家与法学家的宪法,而不只是政治家或宣传工作者的宪法。这要求宪法学超越特定意识形态的教条,超越制定宪法并赋予其效力的政治权力,尽可能从中立与客观的视角来审视宪法对社会的积极或消极作用。只有这样,宪法学才可能和物理学或经济学一样成为一种“科学”,宪法才不至于沦为了一本纯粹的宣传文件。

一、宪法与宪法学

(一) 宪法在宪法学中的作用

如前所述,既然宪法学的研究对象是宪法,宪法自然就是宪法学的基本原料或素材。值得注意的是,我们这里所说的“宪法”并不是单指某个国家的宪法中所包含的条文。固然,条文是宪法学研究的起点,但它远不是终点。宪法条文必须被运用到现实的社会与政治生活中去,才能获得实际意义。“正当程序”是否要求刑事被告在法庭上具有“沉默权”?“在法律面前一律平等”是否要求农村学生和城市学生具有同样的录取分数线?这些宪法问题只有在司法实践中才能解决。只有宪法条文就和一般的法律条文一样被用来保护具体人的权利——尤其是通过正式的司法程序,宪法条文的意义在具体的事例中获得某个权威机构的解释与宣布,宪法才体现出其法律的价值;换言之,宪法判例也应该被认为是“宪法”的一部分,因而也是宪法学的研究材料。当然,这些材料还包括国家机构对宪法的正式解释——不论是否具备最高效力——或根据宪法而采取的行为方式、对宪法理解具有直接重要影响的学术论著或更广义的宪政哲学思想等内容。

宪法学的研究对象包括宪法条文所规定的制度、宪法判例以及国家机构对宪法的正式解释。

应当强调的是,宪法学解释、澄清但并不创造宪法价值。宪法是由人民授权的立宪机构——也可以是人民自己——的产物,宪法学则是法学工作者——不只是法学家,也包括在这个领域内的律师、法官或其他官员——的产物。这是两个不可混淆的概念。宪法学显然有助于宪法的解释与发展,甚至指导宪法的制定或修正,但它不能制定或修正宪法本身;否则,学者就超越了自己的界限,行使着仅属于人民的权力。一个国家的宪法究竟应该体现什么最高价值或目标(个人自由? 国家权力? 民主? 专家治国?),乃是由人民或其授权的代议机构集体决定的选择。学者的作用只是解释将这一基本选择成文化的文件,并对实现这些基本价值目标的制度手段提出其建议,但即使如此,基本制度仍然是人民通过宪法决定的事情。一部成熟的宪法已经包括全部的价值及其获得实现的制度选择,作为逻辑或经验科学的宪法学不可能也不需要创造这些属于规范领域的基本选择。

宪法学解释、澄清但并不创造宪法价值。宪法是由人民授权的立宪机构制定的,宪法学则是法学工作者的产物。

(二) 宪法学与意识形态

从另一个角度看,既然宪法已经包含了全部必要的价值选择,宪法学本身只需要客观与中立地解释或陈述这些价值,因而并不具有价值判断的因素,也不需要对这些价值作出褒贬——因为这些选择应该是由特定国家的人民而不是学者作出的,学者本身并没有义务为它们提供合法性或提供批评。法国宪法在很长时间内拒绝接受美国的司法审查制度(即使今天也未曾完全接受);法国宪法学者的首要任务不是批评或褒奖这种做法,而是真实地陈述法国对这一问题所采取的态度与处理方式。当然,宪法学是可以对宪法作出评价的。但如果不是在纯粹表达一种个人意见的话,学者的评价必须是基于宪法所接受的普遍价值。学者可以基于被公认为更超越的价值来批评某一项宪法制度,因为这时他只是在论证宪法本身在逻辑上的不一致与不合理之处。例如假定法国宪法使个人权利的保障成为更超越的宪法目标,那么学者可以论证彻头彻尾的议会至上不符合这一目标,因而呼吁建立某种宪政审查制度。这时,学者并没有创造新的价值,而只是要更有效地实现一种已经受到宪法承认的价值。

宪法包含了民族的基本价值选择,宪法学本身只需要客观与中立地解释或陈述这些价值,因而不需要也不应该具有价值判断的因素。

总之,宪法充满着价值规范,宪法学则应该是价值中性的,尽管它解释、澄清并梳理宪法规范。如下所述,宪法具有“规范性”,而这决定了宪法必然和意识形态相关——美国宪法倡导言论自由以及对不同宗教信仰与意识形态的保护,但这本身就是自由主义意识形态的表现;宪法学的任务却不是宣扬特定的意识形态,而是把它接受为既定的宪法规范,然后严格按照条文的自然意义解释宪法。因此,美国宪法是不是资产阶级和封建阶级斗争的产物,或其中的“正当程序”与“平等保护”条款是不是资产阶级世界观的反映,并不是宪法学的研究课题;宪法学所关心的是这些条款是怎么体现在具体社会生活中

宪法充满着价值规范,宪法学则应该是价值中性的。宪法学不能流于感情化的评价,而必须和一般的法律科学一样,以客观事实与证据为基础。

的——即它们是怎么获得“解释”的。当然,诸如“平等保护”是不是在实际上保护了“资产阶级”而不是其他阶级的利益,也可以是宪法学所关心的课题。但关键在于宪法学不能流于感情化的评价,而必须和一般的法律科学一样,以客观事实与证据为基础;否则,宪法学就不成其为“科学”。本书的写作正是基于这种理解——宪法学是一门科学,而不是意识形态的宣传工具。因此,严肃的宪法学者应当避免轻率的主观评价与表态。

探讨 建立中国的宪法(学)体系?

进入 21 世纪,不少宪法学者萌发了关于中国宪法(学)体系的设想。笔者在此只是指出,现在为中国的宪法学体系设计“蓝图”或许过早。科学体系并不是建立在种种高深理论的沙堆上;它必须依靠经验作为其实际的基础。我们所知道的体系——牛顿力学体系、爱因斯坦相对论体系、量子力学体系等等,无一不是建立在大量的实验数据和观察基础上;值得探讨的西方宪政体系——美国的、德国的、法国的、欧盟或其他国家的,无一不是建立在大量实际判例的基础上。除了最高法院在 2001 年对受教育权的司法解释以外,(见本书第三章)中国宪法学的“体系”目前能依靠什么呢?然而,没有一个个活生生的事例为支撑,宪法学“体系”注定是空洞、乏味、脆弱、没有意义的。这就是为什么现在谈论“体系”尚为时过早。目前中国宪法学所要做的,是踏踏实实地把宪法适用到实际生活中去。只有那时,我们才能真正发现自己这部宪法的意义;也只有那时,宪法学的问题才有意义。没有宪政审查所产生的实际案例,宪法理论只是空洞的教条,宪法权利只是“望梅止渴”的口号,普通老百姓享受不到宪法的恩惠,宪法学家也无以在现实生活的基础上建立宪政国家所特有的宪法学体系。

谈论中国宪法(学)体系为时尚早,目前的当务之急是把宪法适用到实际生活当中去。

二、宪法学的三个层面

但在什么意义上宪法学是一门“科学”?至少在三个相互关联的层次上,宪法学表现为一种科学。首先,在规范层面上,宪法学应澄清并梳理宪法所规定的价值规范秩序;与此相关,在逻辑层面上,宪法学应提供解释宪法含义的技术;最后,也是最重要的,在实证层面上,宪法学应该是一门分析人性与社会权力的科学,并进而指导宪法的制定与修正。

规范宪法学梳理宪法规范与价值等级结构。

(一)规范宪法学

规范宪法学是对宪法规范与价值等级的探讨。首先,法律是一部规范性文件,宪法尤其是如此。不同规范形成了一个价值的等级秩序,而法学家的任务就是澄清这个价值秩序,使宪法的不同规范“各得其所”。作为一部法律文

件,宪法的不同规范不是孤立的,而是形成了一个相互联系的整体。不同的宪法规范有时可能发生冲突。这时,法学家的任务就是根据某些普遍接受的原则来解决冲突。在效力上,宪法规范的等级可能有所不同:有的规范是“首要”(primary)的,其效力高于其他的规范,因而控制着这些“次生”(secondary)规范的意义。例如德国《基本法》第1条规定:“人格尊严不得侵犯”,第5条又规定了言论自由。由于第1条被认为代表着《基本法》的核心,因而在等级上高于任何其他条款,并控制着这些条款的意义。因此,当一个人的言论自由和其他人的名誉权发生冲突的时候,德国宪政法院就必须根据宪法第1条的要求来界定言论自由和名誉权。

评注 事实、规范与法律

所谓宪法具有“规范性”(normative),是指宪法以法律的形式规定或表达了国家机构所“应该”遵循的规则。譬如说,政府“不得”侵犯言论自由,或“不得”不经由法律的正当程序而剥夺人的生命、自由或财产,或“应当”对私有财产的征收给予公正补偿,等等。这类陈述不同于纯粹的事实性陈述,如“政府侵犯了(或没有侵犯)言论自由”,后面这项陈述在性质上和“这是一张桌子”或“太阳从东边出”没有区别。规范性的法律命令只适用于人作为有意志自由的行为主体,而不适用于无意识的行动自由的自然物(例如说“太阳应该从东边出”就是没有意义的)。当然,作为自然界的一部分,人也可适用事实性陈述。

规范性命题和事实性命题在本质上完全不同。宪法同时包含了两种命题。

可以说,宪法中几乎每一项有意义的条款都具有规范性。包括政府权力的设置也是如此——规定总统对国会通过的议案具有否决权,固然是表达了这样一个事实,但它同时也隐含着受到否决的议案不应当成为立法或总统不得以其他手段反对国会立法的规范。

在1739—1740年发表的巨著《人性论》中,苏格兰怀疑主义哲学家休谟(David Hume)第一次清晰阐述了规范与事实之间的区分,从而为近代分析哲学的发展及其对传统道德哲学的挑战奠定了基础。(见 *A Treatise of Human Nature*, Book III, Part I, Sec. 1)分析哲学和实证主义相结合,产生了现代分析法学。其代表作见奥斯汀的《法理学讲义》和凯尔森的《法与国家的一般理论》。

(二) 诠释宪法学

宪法学的逻辑层面是指解释宪法条文的逻辑工具与技巧。整理宪法规范的等级秩序本身就是一种解释过程,但解释是更为广泛的方法。有些条文的

诠释宪法学提供
解释宪法条文的
逻辑工具与技巧。

解释很简单,因为宪法本身规定得很清楚、具体。例如中国“年满十八岁的公民……都有选举权和被选举权”(中国宪法第34条),其中年龄的要求就很清楚。解释者只要弄清楚当事人的实际年龄就可以了。有些条文则比较笼统,因而需要在解释上花工夫。例如第34条中的“选举权和被选举权”就不一定在所有情形下都很清楚。它是不是意味着公民都应该有权直接选举全国人大代表,还是说“选举权”只适用于某些政府机关的选举(如区人大代表)?是不是意味着年满18岁的公民都能成为社区委员会的委员?如果地方上的规定是20岁,它是不是以违宪方式剥夺了某些人的“被选举权”,还是说这项宪法权利只是适用于某些正式国家机关的选举?这些问题都是条文本身无法回答的,因而必须诉诸其他手段。宪法解释必须符合宪法的整体“精神”,尽量做到如果制宪者自己处于当时的情况也会作出同样的解释。(详见本书第三章)

探讨 “谁制定,谁解释”?

宪法解释应该尊重制宪者的原意,但让制宪者同时作为解释者却未必可行或可取。

让制宪者“自己”来解释宪法是最适合不过的,因为他们最有权威解释宪法,且作为宪法的制定者,他们对宪法有关条文的含义与精神应该是最清楚的。虽然在理论上如此,这种做法在实践中却行不通。这是因为“制宪者”经常是庞大的复数。不少国家的宪法都要求宪法的修正通过公民复决,因而参与复决的公民是真正的“制宪者”,而要把他们请回来解释宪法显然是徒劳的,更何况他们对有关条款的含义很可能并没有进行深思熟虑的推敲。对于联邦国家(如美国),联邦宪法可能要经过多数州的同意,而要核实这些州的意图是极困难的。对于单一制国家(如中国与法国)，“制宪者”是一个中央机构(如全国人大),因而由它解释宪法具有可行性。即使如此,由制定机构解释法律的做法是否合理,也是可以质疑的。对于大多数宪法条款(例如1868年通过的美国宪法第十四修正案),原来的制宪者早已仙逝,其修宪意图无从查核。既然如此,和其他机构相比,制定机构的解释难道真的具有天然的合法性?

分权理论要求制定权和解释权分离。

更重要的是,就和普通法律的解释一样,宪法解释也涉及孟德斯鸠所谈论的分权问题。如果由同样一个机构去制定、修正并解释宪法条款,那么这个机构可以同样有效地做好事或坏事;它既可以授予权利,也可以取消权利。因此,即使采取单一制的西方国家也不把宪法的最高解释权交给制定机构,而是把它委托给另一个独立机构。因此,分权理论的要求恰好相反:谁制定,谁就不能解释——就没有最高解释权。

(三) 实证宪法学

实证宪法学是指和宪法相关的经验实证研究,包括大众和精英的政治行为、权力制约的必要性及其成本、制度设计等方面。和规范宪法学与诠释宪法学不同,实证宪法学必须基于对人类行为的普遍经验假定以及对特定制度设置中的行为所作的调查,探讨社会与政治作用过程中不同事件的因果关系,并进而对制度设置是否实现了所期望的功能作出评价。(详见以下对研究方法的讨论)例如人们可以研究美国最高法院的九位法官在历年判例中的表决方式,来探讨他们的决定是否受本身的意识形态所影响,并进而说明最高法院是否有效实现了这项制度被预期实现的功能(例如政治中立)。如果中国人大代表对于具体法案的表决方式可以(至少对学者)公开,就可以研究每个中国人大代表是否有效代表了其本地区的利益;如果没有完全做到,是什么其他因素影响着人大代表的投票?人们也可以通过具体事例,比较一下英国的议行合一和美国的三权分立制度在立法效率或人权保障方面的异同:三权分立是否像美国制宪者所设想的那样对保护基本权利必不可少?对基本权利的保障程度还取决于什么其他因素?等等。总的来说,实证宪法学和政治学或政府学研究的关系极为密切。

实证宪法学是指和宪法相关的经验实证研究,通常和政治学或政府学研究的关系比较密切。

案例 社会科学在法庭上的作用——“妇女工时案”〔9〕与“布兰代斯辩护词”

法律是处理实际生活事务的工具,宪法也是一样。这就要求宪法领域的学者、法官和律师熟悉实际事务和基本的社会事实,并用实证分析的工具为现存的政策或其改革辩护。1908年的“妇女工时案”是发生在美国新政时期的一个案例。(详见本书第三章)当时,最高法院中的多数法官采取保守立场,基于陈旧观念和脱离现实的态度,频频撤销联邦和各州为保护工人安全与健康而制定的立法。就在三年之前,最高法院撤销了纽约州一项限制面包店工人工时的法律,引起了普遍的震动甚至抗议。(见本书第八章)在本案,俄勒冈州的法律禁止任何工厂或洗衣店雇用妇女每天工作超过10小时。雇主在法院宣称,这项法律违反了第十四修正案的正当程序所保障的契约自由。当时的政府辩护律师、后来成为联邦大法官的布兰代斯(Brandeis),首次运用详尽的科学事实,从妇女的生理结构及其从事的工种,论证法律对妇女提供特殊保护的必要性。布兰代斯的详尽论证迫使最高法院承认,所谓的“契约自由”并不是绝对的。妇女的生理特点使她们在谋生中处于不利地位;两性之间的内在差异,为补偿妇女承受的特殊负担而制订的立法提供了理由。尽管同样

“布兰代斯辩护词”以确凿的证据论证了法律对妇女提供特别保护的必要性,决定性地影响了联邦最高法院的宪法判决。

〔9〕 Muller v. Oregon, 208 U. S. 412.

立法对男性工人将被推翻,保护妇女的法律对保障真正的权利平等是必要的。因此,在保守主义的高峰年代,最高法院“破天荒”维持了限制妇女工时的州法,布兰代斯也因他的辩护词(brief)而闻名法律界。

三个层面相互联系:规范宪法学和诠释宪法学很接近,而实证宪法学最终为规范宪法学服务。

当然,以上三个层面是相互联系的。规范宪法学本身就是对宪法的解释,而诠释宪法学则离不开规范宪法学所确定的宪法价值结构。实证宪法学最终是为规范宪法学服务的,因为规范宪法学所确定的宪法价值(对人格尊严或基本权利的尊重与保护、民主程序的完整性、司法独立,等等)决定着实证宪法学课题的选择;人们不会把有限的精力与时间投入到一些宪法价值不明显或不重要的题目上——比如人大代表在午餐吃什么,但他们作为代表的衣食住行乃至活动经费有什么保障,则可能是一个值得研究的题目,因为这确实可能会影响到他们是否能有效行使代议制职能。

三、宪法学的实证研究方法

作为一门科学,实证宪法学具有其独特的研究方法 with 基本设定。实证宪法学固然以某种受到普遍承认的价值为目的,但它的重点是在探索不同事件之间的因果联系,尤其是特定制度设置的前因后果。宪法建构在一个国家的普遍人文关怀之上,实证宪法学的任务则是探讨实现这种关怀的制度路径。

让我们设想一个社会由众多地位与处境(如性别、年龄、教育或富裕程度)不同但本性基本相似的个人组成,且为了满足生活的某种需要而建立了政府并授予其一定的权力,实证宪法学的课题是:为了保证这些人过着某种满意或合理的生活(这本身可能就是有争议的),政府应该采取什么形式?其权力应该如何配置?如何保证权力的行使符合创设权力的目的,即保证权力不会被“滥用”?政府的权力是否应该被限制在某一个范围,在此之外人民应该被赋予不受干涉的自由?

(一)方法论的个体主义

社会科学的两种分析方法:整体主义强调事物的内在联系,个体主义则强调整体由相互联系的个体组成,只有分解并分析个体性质及其相互联系才能认识整体。

方法论的个体主义(methodological individualism)是和整体主义(holism)相对的一种研究思路。整体主义强调事物的内在联系,并坚持整体——宇宙、社会或人体——是一不可分割并不可约化为其组成部分(如社会中的个人或人体中的器官)的有机体,否则就像“盲人摸象”那样割裂了事物之间的联系,破坏了有机体的本来面目。个体主义虽然承认事物之间的因果联系,但坚持整体是由相互联系的个体组成的,且只有被分解为更细小的组成部分并分析不同部分之间的联系才能获得认识;泛泛地谈论“整体”在理论上没有意义,在实践中则可能是危险的,因为它可能被用来支持一些本来在更细致的分析面前站不住脚的观点。因此,凡是谈到宇宙,就不能不具体分析宇宙的组成部

分;谈到社会或国家,就不能不把着眼点放在组成这些整体的众多个人;谈到人体,就只能深入到人体中去研究人的大脑组织、器官、循环系统等等,而不是抽象地谈“人”。把这些器官按一定方式组织到一起,你就获得了一个“人”;把众多的人通过某种经济、政治、道德与法律关系组合起来,你就构成了一个特定形态的“社会”。社会或国家并不是什么深不可测的神秘之物,它们无非就是处于特定社会关系的个人;忽略了个体,就不可能有意义地谈论国家与社会。

两位最杰出的社会学家——法国的杜克海姆(Emile Durkheim)和德国的韦伯(Max Weber)——曾对方法论的整体主义与个体主义展开争论。在《社会劳动的分工》和《社会学方法的规则》等著作中,杜克海姆从方法论的整体主义出发,强调社会现象必须被作为一个整体研究对象,并进而强调团结、合作与凝聚力对社会的重要性。(Durkheim, 1984, 1999)韦伯的《社会科学方法论》则强调分解社会现象的可行性和必要性。值得指出的是,虽然整体主义并不一定和社会价值观念相联系,杜克海姆确实认为事实—规范是难以分离的,而韦伯虽然为社会科学研究的价值相关性(value-relevance)留下了有限的空间,总的来说还是认为社会科学是可以中立的。(Weber, 1949)

尽管方法论的个体主义与整体主义都有其合理之处,被推到极端都可能导致谬误,但现代社会科学总的来说接受了方法论的个体主义。因此,法学也应该接受这一思路。这对于宪法学而言尤其重要,因为宪法关系到“国家”、“人民”、“主权”、“人权”这类大的概念。但如果你不能从细微的地方着手,那么可以说你还没有走进宪法学殿堂的大门。方法论的个体主义要求宪法学者能“微言大义”,譬如从张三是否在刑事审讯中享有“沉默权”来看看“法律正当程序”的意义,或从李四在住宅拆迁过程中的遭遇来考察一下私有“财产”的范围和保护力度。没有这一个个小的事例来建构“正当程序”或“财产”,这类大概念必然是空洞的。这是宪法学尤其容易犯的错误,因而宪法学者不可不慎重对待之。

宪法学应更强调方法论的个体主义,通过具体个案来理解大的概念。

(二)公共选择理论的一元行为假定

理性选择(rational choice)是一种政治与法律分析的行为理论。中国的法家在春秋战国时期就建立了这种理论的雏形。在现代,尤其是20世纪60年代以后,理性选择理论被进一步系统化,构成了社会科学中占据主导地位的分析工具。当用于公共(主要是政府)领域时,这项理论也被称为“公共选择”(public choice)理论。布坎南(James M. Buchanan)和塔洛克(Gordon Tullock)在1962年出版的《同意的计算:宪政民主的逻辑基础》一书,一般被认为是公共选择理论的奠基之作。

理性(或公共)选择理论的基本假定是人的利己性。尽管某些理论的变

种(如休谟)可能承认人的有限利他性,但人主要是自私的动物;这并不要求人去“损人利己”——事实上,根据一般假定,人不太关心是否会损害别人,但每个人都主要是想为自己谋利益,即使损害他人或社会利益也在所不惜,只要这种行为不会导致他人、社会或国家的有效报复。一个人可能有同情心或道德感,甚至愿意“助人为乐”,但一旦关系到自己的切身利益——主要是人身、财产、名誉、权力等“实际”可见的东西,那么对于一般人而言,如果其利己主义欲望不受任何强制约束,极为有限的道德资源是完全靠不住的;只要可行,人将在最大程度上实现自己的利益。也许存在着例外:个别人可能具有高尚的道德情操,宁愿牺牲自己也不损害他人;但这类人必然是极少数,且极不容易一个个识别他们究竟是谁,因而他们和统治大众的政治与法律艺术没有关系。

理性选择理论假定人主要是自私的,其行为受利己动机驱动。

既然如此,公共选择理论把利己性假定扩展到所有人的行为。这是一个适用于每个人的一元论行为假定,在这里没有儒家的“君子”与“小人”之分;在公共选择理论的眼中,所有人都在一定程度上是自私自利的“小人”,一旦不受约束就可能以损害他人的方式谋取私利。政府官员甚至国家领导、具有人文关怀的知识分子、“人民代表”乃至“共和国公民”,统统都不例外。利己性是植根于每个人深处的不可磨灭的人性——它可能对人类社会的进化是不可缺少的(如传统自由主义者亚当·斯密认为的那样),可能是人性中不可救药的缺陷或弱点(如某些基督教徒可能认为的那样),但公共选择理论把它简单作为一个必须承认的基本事实。与宪法学尤其相关的是,政府或国家不是一个抽象的实体;它们只是代表着一套由具体的人占据的机构,而这些人和其他人一样都是有私欲和野心的“小人”,因此不能轻易被委以信任;由于纯粹的德治是靠不住的,这些人也必须受制于某种形式的法律约束。

公共选择理论不承认行为的二元论假定,把利己性假定统一适用于公共官员的行为。

这就是宪政中无所不在的“制约与平衡”(checks and balances)概念的理论依据。宪法学或政府学主要是关于权力平衡的科学。再回到一开始的图景,设想构成社会的这群独立而又相互联系的利己主义个体。从公共选择的角度来看,权力科学的任务是设计一个政治与社会体制,使得这个社会的每一个人都能得到一些基本保障,使得他们都有一定的能力谋取并保护自己的利益,而又没有足够的能力去过分侵害他人的利益。国家对于保护个人不受社会上其他人的侵犯是必要的——这是普通法律的任务;但同样有必要保护个人不受“国家”的侵犯——这是公法的任务。在不遗余力地适用一元论行为假定的过程中,权力科学认识到国家的最高权力也必须受到其他力量的监督,并把它作为宪法学的主要任务。在这个意义上,宪法学代表了法律王国中的最高理性。

公共选择理论要求公法学成为一门权力制衡的科学,公法必须保护个人基本权利不受政府侵犯。

公共选择理论在政治与法律科学中比较盛行,因为法治强调他律,而不

是自律。如果不承认普通人的自私性,那么法律与法治就没有必要了,因为所有人都将生活在一个不需要法律干扰的道德极乐世界里;如果不承认行政官员也有自私的一面,那么行政法治就没有必要了,因为政府将完全如实地执行法律;如果不承认人民代表与国家的其他最高领导人也有类似的局限性,如果认为他们是不会犯错误的“超人”,那么宪法或宪政也就没有必要了,因为每一项普通的法律都将符合最高的理性,并获得完美的制定、实施与解释。作为一项推论,宪政要求国家的最高权力不被置于任何一个机构手中。

评注 中国古代与西方现代理性(公共)选择理论

虽然理性选择理论只是在 20 世纪 60 年代才系统发展起来,它对中国并不那么新。早在春秋战国时代,中国的百家诸子就对人的本性展开了针锋相对的论战。儒家强调人性善,但荀子却主张人性恶,尽管这种“恶”(即自私)是可以通过教育而被转化的。他的法家弟子们索性主张人性是不可拯救地“恶”,统治者能做的只是通过法律去投其所好、避其所恶,进而达到维持统治和社会秩序的目的。“民之性:饥而求食,劳而求佚,苦则索乐,辱则求荣,此民之情也。……故曰:名利之所凑,则民道之。”(《商君书·算地》)“夫民之性,恶劳而乐佚。佚则荒,荒则不治,不治则乱,而赏刑不行于天下者必塞……故治民无常,唯治为法。”(《韩非子·心度》)用现代的语言来表达,就是说国家可以通过法律对不同的行为规定赏罚,改变人性中原始的收益(payoff)结构,从而使人们理性地去做他们原本不愿做的好事,不做他们原本想做的坏事。“故明主峭其法而严其刑也。布帛寻常,庸人不释;铄金百溢,盗跖不掇。不必害,则不释寻常;必害手,则不掇百溢。故明主必其诛也。是以赏莫如厚而信,使民利之;罚莫如重而必,使民畏之;法莫如一而固,使民知之。”(《韩非子·五蠹》)这是理性选择理论在法律中最早的运用。

中国古代法家很早就发展了理性选择理论的雏形。

在西方,首先把理性选择理论运用于政治领域的是文艺复兴以后的意大利思想家马基雅维利(Niccolo Machiavelli)。在《君主论》(*The Prince*)一书中,他一反传统道德主义方法,坦率地谈论不择手段的统治艺术。第一次把系统理论建立在理性选择基础上的是霍布斯的《利维坦》(*Leviathan*)。事实上,《利维坦》和中国法家的思想相当接近。他们都从普通人性的弱点出发,强调建立中央王权进行高压统治的必要性。当然,人性的堕落一直是西方基督教文化的中心话题,但这些思想第一次把理性选择理论运用于世俗政府,并在经过洛克、孟德斯鸠、休谟、卢梭等人的修正与完善后,对现代政治科学产生了巨大影响。

公共选择理论对美国制宪者产生了重要影响,致使其采纳了三权分立制度。

理性选择理论显著影响了美国的制宪者。但和法家不同,共和主义者的最终目标不再是维护统治者的利益,而是维护整个社会的公共利益。因此,他们所要防范的主要对象不再是人民,而是自私的统治者。如果政府权力是“必要的恶”(necessary evil),宪法必须设计必要的制度来控制权力,使之不至于被统治者任意利用而泛滥成灾。在著名的《联邦党人文集》第51篇,麦迪逊(James Madison)继承孟德斯鸠的三权分立学说,说出了下列政治学至理名言:

假如人都是神,那么政府就没有必要存在了;如果能够以神来统治人,那么无论外部或内部的政府制约也就没有必要存在了。要形成一个以人管理人的政府,其最大的困难在于,你首先必须使政府能够控制被统治者;其次必须迫使政府控制自己。对政府的首要控制乃是依赖人民,但经验早已教导人类辅助防御的必要性。

(三) 规则与理性:宪法学与社会科学

一旦宪法获得实施之后,宪法判例研究成为宪法学的主要组成部分。

尽管如此,宪法学并不等同于普通意义上的政府科学或政治哲学。毕竟,作为一门独立的学科,宪法学具有自己独特的领域。一般而言,政治哲学与社会科学在宪法学建立的初期作用比较大,但一旦成熟以后,宪法学就主要局限于遵循自身的规律和惯例。在宪政国家的法院判例中,一般找不到对洛克、卢梭或其他自然法学家格言的引证。这并不是说这些思想家的贡献不重要,而是重点转移。一般的,这些思想家在学理性的论著中比较多见,而如果宪法尚未付诸实践,这就构成了“宪法学”的全部。因此,在宪政实践不发达的国家里,宪法学通常就是某种道德理论或政治学说——某种意识形态。然而,一旦宪法形成了一部完备的文件,并在实际诉讼的过程中产生大量素材,宪法学的研究重点就转移到宪法条款的意义本身以及对实际案例的整理。因此,宪法学主要就变成了案例研究。它更注重宪法规则在现实生活中的解释与澄清,而不是分析与评价规则的合理性。

但社会变革要求不断反思宪法规则的合理性。

当然,只是遵循规则还是不够的;规则还必须符合更高的理性,否则它将被历史淘汰。这会使人想到中国的儒家——他们对“礼”的故步自封最终使这部古老的典章完全和时代脱节。宪法也是一样,它需要不断地更新——不论是通过什么方式:国王的命令、人民的意志还是法官的创造性“解释”,使自身保持和时代与社会现实相一致。每次变法的关头(最好是在此之前),都是实证科学的用武之时。根据美国宪法学家艾克曼(Bruce Ackerman)的观察,美国宪政分为平常时期和非常时期——也就是所谓的“宪政时刻”(constitutional moments)。在平常时期,宪法按照常规运行着,人民对参与几乎不感兴趣;但到了宪法体制和实际严重脱节的时候,宪政改革的时刻几乎是突然降

临,在政治上则表现为人民的参与意识异常高涨。这时,社会普遍要求宪法作出改革,而宪法学者的任务是提出可行的改革方案,使之既能符合新的社会需要,又能最大程度地继承特定的宪政传统。



图 1.4 “宪政时刻”的到来:美国的公民权利运动

尽管 1868 年的宪法第十四修正案禁止种族歧视,美国社会的种族歧视现象仍很严重。将近一个世纪之后,在黑人领袖马丁·路德·金等人的带领下,美国掀起了声势浩大的公民权利运动,推动了美国社会和政治平等化。图为马丁·路德·金带领 2.5 万名群众在阿拉巴马州游行。在公民权利运动的推动下,国会分别于 1964 年和 1965 年通过了《公民权利法》(Civil Rights Act)和《选举权利法》(Voting Rights Act)。联邦法院的判决一开始就是公民权利运动的催化剂,并在以后也受此激励,更为严格地解释宪法修正案的平等保护条款。(参见本书第三、八章)

最后,科学的武器也不能被滥用。毕竟,只有稳定的宪法规则才是有效的。让规则不断受制于理性的挑战,即使再合理的规则也将受到无端的怀疑,进而削弱其效力。因此,尽管宪法规则允许批评,但不应轻易提出修正的动议,除非这类批评说服了社会的绝大多数人。然而,在尊重和盲从、稳定和僵化、自由批评和宪法无序之间,“适度”的概念是很难把握的。

对现存宪法规则的批评和挑战不应削弱规则的效力。

宪法学者应该注意到人类认知能力的局限性,保持怀疑主义的谨慎态度。

(四) 哲学上的怀疑主义

我们说过,宪法是最高的法,宪法学代表了法律王国中最高的理性。但在结束方法论的讨论之前,还是有必要敲一下怀疑主义的警钟。人贵有“自知之明”,人的可贵之处就在于能够认识并承认自身的无知和理性的局限。社会是一个极为复杂的整体,而不论科学如何发达,人的信息和预见能力是如此有限、人的行为是如此多变而难以逆料,以至于除了对人性的个别感悟(如“任何不受控制的权力都可能被滥用”)之外,几乎不可能从宏观上总结出什么“放之四海而皆准”的社会规律。在某个历史时期,人们可能有某一个据认为不可动摇的“正确”信念,但无数次历史事实证明他们错了,至少他们的后代不一定同样坚定地分享这种信念。(参见本书第七章)“三年之丧”、妇女裹脚曾被儒家认为是反映永恒“天道”的绝对法则,但在今天看来却是荒唐可笑的;地球曾被认为是宇宙的中心,主张“日心说”的科学家曾被作为邪恶的异教徒而被钉上火刑柱;进化论出世后遭到基督教的猛烈攻击,但这些最后都被证明是“井底之蛙”的狭隘。宪法学考虑的是关于国家体制的宏大问题。对于这类问题,最艰深的社会科学也难以像物理学对力矩的分析那样给出一个确定的答案。因此,认为宪法学能为宪法提供一个绝对正确的“科学”依据,或证明特定制度的先进性与合理性,无疑是自欺欺人;事实上,一旦陷入这种误区,宪法学就不再是任何意义上的科学,而已经沦为一种教条,一种特定意识形态的工具。

探讨

从“休谟定理”和规范—事实区分看宪法规范的本质

教条主义首先混淆了分析哲学上规范—事实的基本区分,即事实陈述是有“真值”的,而规范性陈述则无所谓“正确”或“错误”。说“凡人都不能不死”是有意义的,并且可以在经验中被证实或证伪;由此而说“凡人都‘应该’死”,则显然是荒唐的。之所以如此,一是因为规范性命题本身没有真值;二是因为从“凡人都不能不死”这项陈述,并不能逻辑地推出“凡人都应该死”这项陈述。从纯粹的事实性陈述,不可能推断出规范性陈述。也许有的人“该死”,因为他杀了人;但他之所以被认为“该死”,是因为人们已经预先设定“杀人者应该偿命”这个规范性命题;或者之所以“应该”偿命——或许是基于更高的理性,例如必须要惩戒潜在的犯罪分子以维护生命安全,但即使这样,原来的命题也是基于生命安全“应该”或“值得”保护这类规范性命题之上。因此,规范性命题最后只有基于其他规范性命题(也可以加上一些事实性命题)而获得“理由”,而为所有其他规范提供理由的最终规范——如果存在的话(譬如“人民参与选举的权利不得受到侵犯”或“人权应该获得保护”)——本

事实命题和规范命题存在着逻辑上不可跨越的鸿沟。

身是不可说明的。人们至多能说的是,“我们接受了它,并且我们自认为这么做是一件好事。”换言之,事实陈述是“客观”的,而规范与价值的来源则是主观的;主客观之间存在着不可逾越的鸿沟,以致不能在逻辑上从一种类型的陈述自动过渡到另一种类型的陈述。

总之,规范性命题不可能基于纯粹的事实性陈述而获得理由。这就是著名的“休谟定理”(Hume's Law,直译应为“定律”,但这里译为“定理”更准确,见 Hume, 1969:507—521)。虽然不同版本的“后现代主义”理论都挑战严格区分规范一事实实践中的可行性,这一区分仍被科学实证主义认为是基本的。因此,宪法规范和其他规范一样,不可能获得物理学定律那样的“科学证明”。

既然价值规范是主观的,不可能具备纯粹的客观基础,那么宪法规范的理论基础最终在什么地方呢?难道宪法所保障的言论自由、信仰自由、财产权、隐私权等崇高的权利都只是人的主观臆断,可以任凭人的喜好和时代的变迁而产生或消失吗?这样一来,怎么还可能客观地比较与衡量不同制度的优劣(既然“优劣”本身就是主观判断)?其实,从比较历史的角度来看,这个问题是不难回答的。在我们今天看来是“神圣不可侵犯”的权利,古人可能根本没有意识到;或者我们今天所做的事情(例如“民告官”),古人可能认为是“大逆不道”的,更何况不同国家和文化之间尚存在着巨大差异。可以预见的是,随着时代的发展和世界经济与文化交流的深入,今天的某些被普遍认为“天经地义”的价值可能被淘汰,而一些“新潮”甚至怪异的行为规范则可能被接受为“不证自明”之理。克隆人在今天受到道德质疑甚至法律的禁止,在不远的将来则可能成为一门已不能引起太大公众兴趣的日常工业。

关键还是一个“感觉问题”:一旦宪法规范失去了永恒“正确”的平衡,我们将如何看待它们?相对的可变的宪法价值是否能令我们对自己的宪法感到满意?实证主义民主理论回避了这个不可回答的问题,而把它留给政治过程。这种理论认为,在民主社会中,唯一能“合法”决定社会价值规范并使之成为法律的是多数人或由他们选举的多数代表;法律所体现的价值规范不是别的,就是多数人的意志或偏好(preferences)。你可以像卢梭那样把多数人的选择定义为“正确”的,但这是一种几乎无意义的诡辩;事实上,多数人很可能会犯一些“低级错误”,制定其实对他们不利的法律。宪法规范更为“基本”,所反映的利益超过了一般的多数,其制定与修改程序也更为慎重,但在本质上是和法律规范相同的,因而也是由某个多数决定与改变的相对“正确”的价值。实证主义理论把民主的合法性建立在主观同意的基础上。不论你是否满意,它可能是唯一的选择。对我们来说,它至少表明宪法与法律规范的“正确性”是值得怀疑、可以争论的。

宪法规范带有主观性,不可能像实证命题那样被证明“正确”。

实证主义民主理论把“合法”的法律规范定义为代表多数人利益或意志的立法政策。

思考 1923年,中国思想界曾发生过一场“科学与玄学”论战。玄学派代表张君勱主张科学不可能解决人生观问题,科学派代表丁文江等反对。胡适试图提出一套“科学的人生观”,但其实只是提出了一些科学影响人生观的证据。(张君勱、丁文江等,1997)从休谟定理的角度看,“科学的人生观”这个命题本身存在着什么问题?是否存在“科学的宪法”?为什么?

和逻辑命题不同,经验命题不可能具备必然正确性,现在看来“正确”的经验命题可以以为以后的科学观察所否定。

评注

“客观规律”的认知限度——逻辑命题与经验命题之分

除了规范一事实之分外,怀疑主义还存在着认识论上的依据:只有逻辑命题才可能是“绝对正确”的,任何经验命题都是可被“证伪”(falsified)的。所谓逻辑命题,就是苏格拉底的三段论,包括大前提(“凡人都有一死”)、小前提(“苏格拉底是人”)和结论(“苏格拉底也不免一死”),其中结论是大前提加上小前提后逻辑演绎的必然结果。所谓经验命题,就是人们从生活或科学观察中归纳总结出来的规律,例如“地球围绕太阳转”、“太阳从东边出”或“资本主义必然灭亡,社会主义必然胜利”。和逻辑命题不同,经验命题不可能具备必然正确性。即使是受到最严格检验的物理学定律也可能在以后的实验中体现出局限性。这在科学史上是屡见不鲜的,最经典的例子是牛顿力学在近代受到相对论和量子力学的挑战。由于经验规律是从人的观察中归纳而来,而在任何时刻人的观察——不论如何准确——都是有限的,因而任何经验规律的有效性也必然是有限的,必然可能被未来新的观察数据所质疑甚至推翻。因此,科学哲学家波普尔(1986:47—58)指出,所有的经验命题——包括“科学知识”——都是可被证伪的;事实上,任何有意义的经验命题必须具备可证伪性(falsifiability)。

在《纯粹理性批判》一书中,康德(Kant,1929:48—54)进一步按照认知方式把命题分为“先验”(a priori)和“经验”(a posteriori),按照结论是否包含前提所没有的内容把命题分为“分析”(analytic)与“综合”(synthetic)。“先验”命题是不需要通过感觉和理解——因而独立于经验——形成的必然正确的命题,而他的目的是要证明“先验综合”命题之存在,进而证明他的“绝对命令”(categorical imperatives,例如“任何人都必须作为目的而非仅仅是手段而被对待”)就属于这类必然正确的先验综合命题,从而驳斥“休谟定律”的怀疑论含义:道德命令是不可能被“证明”(必然)正确的。康德的工作是伟大的,他成功地批驳了教条主义,但他并没有成功地超越怀疑主义。“休谟定律”仍然受到承认,先验和分析、经验和综合仍然联系在一起,令人信服的“先验综合”命

康德寻求绝对正确的“先验综合”命题之努力并不成功。

题仍未被找到。因此,综合命题仍然不可能超越经验的检验而被先验地证明“正确”。

在《普通法》一书中,美国霍姆斯(Holmes, 1963:5)大法官曾说过一句名言:“法律的生命不在于逻辑,而在于经验。”现实生活更是如此。我们感兴趣的绝大多数命题都是经验命题,因为通过归纳,经验命题的普遍性能使我们在适用中获得更多的知识;“必然正确”的三段论只是一种简单的同义重复,除了逻辑研究外还能给普通人的生活带来什么呢?但是如果掌握了天体运行的规律,我们最终就能把宇宙飞船送往太空;如果充分认识了DNA复制机理,我们就能自己培育出小麦、蔬菜、花朵,甚至复制人类自己,等等。然而,新鲜的代价是其风险——人类认识的自然与社会规律为文明的发展作出了巨大贡献,并且自身也在文明发展的过程中不断受到检验、否定、修正和完善。只要人类还生存着,这就是一个没有终极的过程。

如果自然规律不存在绝对正确的铁律,社会规律就更是如此了。由于人的主观性和可变性,人类的社会现象要远比自然现象复杂,总结人类历史的发展规律——如果存在的话——也是远比自然科学更为困难的任务。事实上,有些科学哲学家对于是否存在“社会科学”都表示怀疑。至少和自然科学相比,社会科学仍然处于相当不发达的阶段,因而也就谈不上坚持什么牢不可破的教条了。

既然如此,宪法学者应该采取开放与开明的态度,欢迎不同观点的自由争论。本书第七章的有关内容说明了西方的怀疑主义和自由主义的关联,同时或许也说明了为什么中国传统的教条主义是自由主义的天敌。另一方面,宪法学者也应该对极端、全盘、大规模的社会改革持怀疑态度。由于人的理性是有限的,且不能很有效地防止其滥用,明智的学者应更赞同波普在《历史主义的贫困》一书中所提倡的“渐进社会工程”(piecemeal social engineering, 见 Popper, 1961:58—59, 85—98)。如果可能的话,宪政改革应一点点来,且在迈出每一小步之后,都有充分的时间检查并纠正改革中的错误。

法律的生命是经验,但经验包含着错误的风险。

宪法学者应该对不同观点采取宽容的自由主义态度,并立足于微观社会改革。

第五节 现代宪政的基本价值与原则

如上所述,宪法是一部“规范性文件”——不是指政府办公桌上的那些“红头文件”,而是指充满价值规范的文件。一个国家可以在宪法中写入绝大多数人民认为重要或基本的任何规范概念——言论自由、正当程序、“神圣不可侵犯”的私有财产、社会主义公有制、平等、法治,等等。在自由民主的国家

宪法的首要任务是规定国家的基本价值与原则,因而而不可能是价值中性的。

里,宪法一般不直接规定国家的政治与经济体制以及正统意识形态,因为具体的体制被认为应留给人民自由决定,而言论自由意味着人民有接受各种不同意识形态之权利。但即使在这些国家里,宪法仍然不是价值中性的,因为自由民主本身就是一种意识形态——尽管它和规定任何特定正统理论的宪法具有本质区别,而政治与经济体制事实上是不受质疑的存在于宪法之后的制度基础。因此,规范性是宪法的首要特性。宪法的首要任务就是规定国家的基本价值与原则。

现代宪政国家的4项基本特征:自由、民主、法治、联邦。

综观现代各宪政国家的宪法,我们可以总结出出现代宪法的四大特征:法治、民主、自由、联邦。如下说明,最后一项特征并不一定适合所有国家,但它适用于至今为我们所知的所有宪政“大国”——美国、加拿大、澳大利亚以及处于不断整合中的欧洲联盟。当然,某些宪政“小国”——例如德国——也采纳了联邦制。中国虽然是单一制国家,但地区差异导致因地制宜的需要,因而实际情况比这简单的描述更为复杂。综合起来,这四项基本特征是现代宪政国家的普遍原则。

法治是宪政的基础,宪政是法治的最高阶段。

一、法治与分权

法治自然是宪政的“题中应有之意”,因为宪政本身是法治的最后与最高阶段;没有法治作基础,就不可能产生实质意义上的宪政。如果政府与公民不能认真对待普通的法,那么他们也必然不能认真对待“更高的法”。如上所述,把法治中的“法”上升到法律等级体系的顶峰,那么法治也就上升到宪政。因此,法治与宪政可以说是同义词;“依法治国”确实就是“依宪治国”,反之亦然。

分权被认为是法治的题中应有之意。

值得注意的是,政府法治的一个含义是分权(separation of powers),因而分权成为宪政与法治国家的一项共同原则——不见得一定要采取美国或法国或任何特定国家的“三权分立”,但至少是某种形式的分权。这是因为和德治不同,法治的核心是“他律”而不是“自律”;它所强调的不是官员对自己的道德约束——尽管这是极为重要的,而是人民对官员的控制与官员之间的相互控制。因此,它要求在政府内部建立相对分散与独立的权力中心,以实现不同部门之间的相互制衡。在此,“独立性”——人员、财政、权力等各方面的独立性——是至关重要的,因为不独立,有效的制衡就无法实现——如果议员就是执行官,那就至少不能指望这个议员能有效监督自己的行政活动;如果法官的命运和福利掌握在行政官员手中,那也不能期望他们能有效地保证行政法治。任何政府都具有立法、执法与司法三大主要职能。因此,把这三个机构分开并保证其相应的独立地位,是法治的一个基本条件。

评注 纵向分权与横向分权

由于政府权力结构本身的复杂性,分权也是一个复杂的概念。它至少包含两个维度:纵向(vertical)与横向(horizontal)。所谓“纵向分权”,就是指中央和地方政府的权力关系。由于实际限制,特定的权力单元只有在一定的人口和地域范围内才能有效行使其权力;人口太多或地域太大,一个政府就会“管不过来”。任何现代国家的疆土都足够辽阔、人口足够众多,以致不可能只采用一个政府单元。它必须根据实际需要或历史传统划分地域,分而治之。但每个地域的政府单元又不可能是完全独立的,而是必须维持一种联系与统一性。在国与国之间,政府协调只能通过国际协约完成;在一个国家内部,它要求建立更高层次的政府,而纵向分权所处理的就是更高层次的政府与基层政府之间的权力关系,也是一个国家在制度建构中首先必须解决的问题。

所谓“横向分权”,就是指同一个政府内部不同职能之间的权力划分。例如美国是联邦制,因而联邦与各州之间的关系是纵向分权问题,而联邦政府内部或某个州政府内部的权力划分则是横向分权问题。在西方国家,横向分权一般就是指三权分立,即立法、执法与司法权的分立。南京国民政府的宪法采取了“五权分立”制度,在以上三权中又加入监察与考试两种权力。(详见本书第二、四章)

法治和纵向与横向分权都有密切联系。以上讨论的是法治与横向分权的关系,它与纵向分权的关系留待以下探讨。

“纵向分权”是指中央和地方政府的权力关系。

“横向分权”是指同一个政府内部不同职能之间的权力划分。

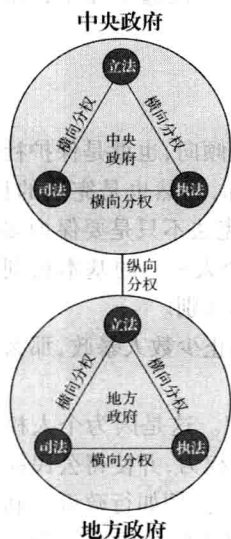


图 1.5 纵向分权与横向分权

纵向分权所处理的是中央和地方关系,横向分权则处理中央或地方政府内部不同权力分支的关系。

二、民主

只有民主才能保证法治符合人民的普遍利益。

民主固然表达了人民“自治”的理念,但在操作层面上,它和法治一样,也是一种“他律”,也就是人民在选拔官员过程中对政府的一种直接决定与控制。民主和法治可以十分和谐地共存。法治是统治国家的一种方式,但它并不直接限定制定法律的统治主体;法律可以由人民代表制定,也可以由国王或少数贵族制定,且没有理由表明后者在法律的实施上就一定不如前者。但无数历史事实证明,除非立法者本人受到人民的约束——或者就是人民自己,他们并不会自动制定符合公共利益的立法,而不为自己的私利服务;只有民主才能保证法治符合人民的普遍利益——至少是多数人的利益。因此,现代国家普遍接受了民主原则,人民直接或间接成为管理其自身事务的立法者。由于现代社会的复杂性,人民一般不直接参与国家政策的制定(“直接民主”),而是把这些事务委托给由他们选举出来的代表,并通过政治选举的压力等机制对代表们所制定的法律产生影响(“间接民主”或“代议制”)。

衡量一个国家是否实现了民主,存在一些统一适用的普遍标准。

就和其他概念一样,“民主”固然可以因政治与文化背景的不同而受到不同解释。但作为一种政治制度,民主并不是一句空话,而必须反映到政府的组成与基本运作之中。在这一点上,民主还是有一些统一适用的普遍标准。从古雅典到现代,它至少包含了下列基本要素:具备一个以上的候选人,候选人不受他人或政府干扰自由竞选,选民可以根据其利益或偏好自由选择任何候选人,每个选民都有同样分量的决定权(“一人一票”),且选举程序必须正当合法,以保证多数选民所选择的候选人成为胜者。

三、权利与自由

宪法不仅保护多数人的利益,而且也保护少数人的基本权利。

如上所述,建构在民主之上的法治具有一个普遍倾向,也就是保护社会多数人的利益。事实上,这是所有法律的一个基本目标,固然也是宪法的目标。然而,宪法还有更高的目标。作为国家的根本大法,宪法不只是一要保护多数人的权利,而是要保护所有人——包括少数人甚至一个人——的基本权利。这是现代自由主义的要义,也是宪法与普通法律的根本区别。

如果说法治是为了防止个人暴政,民主是为了防止少数人暴政,那么权利与自由保障是为了防止多数人暴政。

对少数人权利的保护要求建立独立于立法机构以外的政府机构,以审查普通法律的合宪性。

从不同的角度,对权利与自由的保障也要求分权。这是因为个人权利在政府权力面前总是显得过分弱小,因而需要分解政府权力,并使得公民能够利用政府分支之间的相互制衡来维护其宪法或法律权力。例如行政诉讼制度可以通过普通法院或专门的行政法院,允许公民利用司法机构保护其合法权利不受行政机构的侵犯;宪政诉讼可以通过普通法院或专门的宪政法院,允许公

民利用司法机构保护其宪法权利不受立法机构的侵犯。事实上,从宪法的特殊作用来看,对少数人权利的保护要求建立独立于立法机构以外的政府机构,以审查普通法律的合宪性。

最后应该指出,尽管多数人与少数人的权利可能发生冲突(我们将看到许多这类例子),宪法所保障的权利与自由并不是在所有情形下都和民主原则相矛盾;事实上,两者更经常是一致的。作为自治的唯一方式,民主本身就是一种自由——尽管主要是指多数人的自由。况且多数人和少数人的权利不一定发生冲突,而且即使发生冲突,只要所涉及的权利不是宪法所保护的“基本权利”,那么民主原则要求少数人的利益可以受到法律限制。因此,作为宪政的一个重要组成部分,多数主义民主原则在通常情况下必须发挥作用。

四、联邦? 中央与地方关系

联邦制是纵向分权的一种形式。这里的“联邦”并不是指美国、德国或任何特定国家的分权制度。“联邦”本身是一个非常广阔的概念。除了极端的单一制或独立国家之外,它可以囊括几乎所有的中央与地方权力分配体制。美国、德国、加拿大、澳大利亚等都是“联邦国家”,但它们在中央和地方的分权上有显著不同的特点。现在被称为“欧盟”(European Union)的共同体在许多方面更接近于“邦联”,但也在迅速“联邦化”。中国是一个单一制国家,但在某些方面体现出和联邦制国家类似的特点,其地方政府的自由度有时甚至比联邦国家更大。因此,这里的“联邦”不是指任何特定的纵向分权模式,而非非是指一种中央与地方权力的合理分配方式。只要地方政府在宪法上具有一定的独立自主权,就都具有联邦制的某些特点。

如上所述,联邦制一般适用于幅员辽阔的大国。这是因为大国出于其地方差异和自治的需要,尤其需要纵向分权。某些小国——例如德国——也采纳联邦制,但纵向分权的需要比大国小。不论如何,欧洲联盟的不断整合正使这些国家处于一个大的联邦环境之中。欧洲联盟的发展趋势体现了纵向分权的两大普遍特点:第一,整个世界由于经济全球化的作用而联系日益紧密,因而更高层次的权力机构正在产生——或许未来某一天甚至会产生一个超越联合国和WTO等国际组织的真正的“世界政府”;第二,地方政府(如美国的州或欧盟的成员国)并没有消失,而是发挥更积极的作用。因此,世界范围内的整合并不是简单的统一,而是一个既承认统一的需要、又强调地方差异的复杂组合过程——换言之,这是一种以联邦制为模式的统一过程。

一般认为,联邦制对于实现以上的三种宪法价值都有帮助。首先,联邦制实现了中央与地方关系权力分配的宪法化,因而有助于实现法治,也是法治精

联邦化是一种普遍的世界趋势。

联邦制有助于促进和保障人权、民主与法治。

神的集中体现。在联邦制国家,既然中央和地方的关系获得了明确的法律规定,且地方政府的地位获得了法律保障,中央与地方的权力冲突就不是靠中央命令,而是靠法律途径——主要是宪法诉讼——而得以解决。其次,联邦制也有助于民主,因为它加强了地方自治。联邦制充分保障地方政府的立法权,并使之不受中央政府的违宪或违法侵犯,而地方政府和选民的关系最为直接与密切。最后也是最重要的,如本书第四章指出,联邦制有助于个人权利与自由的保障。通过使中央与地方以及地方政府之间相互制衡,联邦制有助于防止地方民主及其所形成的多数主义势力侵犯少数人的基本权利。一方面,和同样人口与地域的单一制大国相比,联邦制加强了地方民主;但和构成同样地区与人口数量的众多独立小国相比,联邦制同时也对少数人不受多数人侵犯的权利加强了保护。事实上,也正是基于这一特性,美国建立了近代世界的第一个联邦国家。联邦制不但促进了国家法治与地方民主,而且把宪法保障扩展到独立自主、自由与自为的个体,因而是一项比较合理的分权制度。

评注

联邦与法治——英国学者看美国经验

19与20世纪之交,英国宪法学家戴西(A. V. Dicey)曾对英国的法治传统作过精辟论述。有兴趣的读者可参见其名著《宪法学导论》(有的译为《英宪精义》)。虽然英国不是联邦国家,戴西仍从他对美国联邦制度的观察中阐明了联邦与法治的相互关系(Dicey, 1915: 100, 103):

戴西认为,美国的联邦主义是法治精神的体现。

“联邦主义意味着法制主义(legalism)——即司法机构在宪法中的优越地位,以及法制精神在人民中间的普遍盛行。最高法院能够也必须定义执法和立法权力的极限;它的决定是至高无上的。[最高法院的法官不仅是宪法的守护人,而且时刻是宪法的主宰者]。”另一方面,“只有在充满法治精神,并习惯于尊敬法律的社团里,联邦系统才能发扬光大。联邦主义用诉讼来替代立法,且只有敬畏法律的人民,才可能把诉讼决定和成文立法同样看待……因此,公民们都成了宪政主义者。”

戴西的观点代表了传统的自由主义,因而在现在看来具有一定的局限性,并因此而遭到后来学者的批评。(例如参见詹宁斯,1997)然而,即使在今天,他对联邦主义的法治倾向之评论仍然是相当准确的。

五、为了人的尊严——走向宪政价值的统一

在这四项宪政规范背后,是不是存在一以贯之的更高价值?在传统上,以英美为代表的西方国家普遍把自由与权利作为最高价值。但是人为什么能享

有权利呢?这个问题并没有得到认真严肃的探讨。事实上,部分由于这个原因,西方在20世纪60年代以后出现了“权利爆炸”现象——什么都用“权利”去套,使得“权利”的范围极度膨胀,最后危及到权利这一重要概念本身的价值与意义。因此,英国法学家德沃金提出要“认真对待权利”。(参见Dworkin,1978:198)近年来,一些西方学者对这一基本问题作了比较深刻的反思,并提出了“人格尊严”(human dignity)这一概念作为权利的人性基础。在一定程度上,这是对康德哲学的回归。我们注意到德国《基本法》第1条就规定“人格尊严不可侵犯”,而其哲学基础正是康德“永远把人作为目的,而不仅仅是手段”的“绝对命令”(categorical imperative)。

笔者认为,中国传统思想——尤其是儒家学说——对人格尊严的理念具有独到的贡献。包括儒学在内中国文化传统充分肯定人与生俱有的内在价值,并主要依靠后天教育和感化促使人对其自身价值的觉悟,成为“以仁为己任”的“君子”。固然,传统的中国思想并没有开拓出权利或民主等现代观念。但它对人性中善良、高尚与积极方面的充分承认,使人成为一种具有尊严的道德存在,而人只有具备尊严,才有资格获得权利,并有能力承担义务。值得指出的是,人格尊严的概念同时蕴涵了权利与义务双重意义,因而使之成为宪法的核心价值有助于实现权利与义务的平衡,并在权利之间发生冲突的情形下为界定权利的限制提供依据。(参见张千帆,2000)

因此,人格尊严可能是一个沟通东西方道德价值对话的“桥梁”。作为权利存在以及界定的基础,它是一个更为基本的宪法范畴,并有可能成为世界共同承认的基本宪政规范。只有在承认并尊重人所固有的尊严之基础上,谈论权利、自由、民主或法治才有意义。

“人格尊严”作为基本概念进入德国宪法。

人格尊严也受到中国传统文化潜在的肯定,并进入了中国宪法。

第一章复习题

1. 什么是法治?法治有何普遍特征?什么是法律的价值与目标?
2. 什么是宪法与宪政?它们与法治之间有何联系与区别?
3. 回顾“马伯里诉麦迪逊案”,为什么说宪政离不开司法审查?
4. 什么是“刚性”宪法和“柔性”宪法?宪法的“刚性”或“柔性”对于司法审查而言有什么含义?
5. 为什么说宪法是“公法”?宪法与行政法有何联系与区别?
6. 回顾“魔菲斯特案”,什么是宪法的“第三者效应”?
7. 宪法与宪法学之间有何联系与区别?为什么说宪法学是一门科学?
8. 试解释宪法学的不同层面,并总结实证宪法学的基本方法。什么是“方法论的个体”?

主义”和“理性选择”理论? 哲学怀疑主义在宪法学中发挥什么作用?(部分回答参见本书第七章)

9. 试论述宪政基本价值与原则。它们和人格尊严之间具有什么联系?

第二章 宪政制度及其思想渊源的形成与发展

本章实际上是第一章的继续。要知道“宪法是什么”，就不能不了解宪法的过去、现状与未来。这一章探讨宪法的思想渊源以及成文宪法的形成和发展过程，分为四节。第一节介绍了宪法概念在东西方的起源，以及社会契约论对宪政思想的贡献。思想和制度是相辅相成的两个方面。宪政思想推动宪政制度的诞生与嬗变，宪政制度则促发宪政思想的形成和改进。第二节讨论了成文宪法在美国、法国、德国和欧洲联盟的发展。作为对比，第三节探讨了从中国宪法从清末民初开始的历史进程。从以上讨论可见，宪法文字与精神处于不断进化的动态过程中。在成文宪法国家里，宪法进化主要是通过制宪与修宪过程完成的。第四节介绍了宪法的制定与修正程序。

第一节 宪法的思想渊源

虽然宪政是近代西方的制度，严格意义上的宪法也是近代西方革命的产物，但有关宪法的思想却早已存在，且并不局限于西方。无论是作为思想还是制度，近代宪法是和契约观念紧密联系在一起。最早的“宪法”——1215年

近代宪法和社会契约论有紧密联系。作为最早的“宪法”，英国《大宪章》就是贵族与国王之间达成的一项契约。

的英国《大宪章》就是贵族与国王之间达成的一项契约,构成了英国宪政传统的起点。以后,社会契约论获得了系统发展,成为宪法的理论基础。最后,美国制宪者发展了独特的宪政理论,并制定了近代世界第一部成文宪法。

一、“宪法”一词的来历

(一) 古代含义

在哲学意义上,亚里士多德(Aristotle)把宪法(希腊语 *politeia*)视为整个城邦的政治秩序。在《雅典政制》(*The Athenian Constitution*)一书中,他和其门徒探讨了雅典政治从君主、贵族到民主制度的循环嬗变。在人类有历史记载的民主开端——雅典民主时期,人们并不认为政府和个人之间存在着不可调谐之矛盾。国家只是一种特殊的社团而已:它是所有公民为追求幸福而形成的一种“公共”(Public)组织,即包括一切有限社团的普遍社团。宪法即为规定这种普遍社团的组织结构之法律文件。

“宪”这个字在中国古典中出现得很早。中国最早的经典《尚书》曾数次提到“宪”,《墨子》、《管子》等其他经典都多次出现过这个字,如“先王之书,所以出国家、布施百姓者,宪也……是故古之圣王,发宪出令,设以为赏罚以劝贤沮暴。”(《墨子·非命上》)“君乃出令,布宪于国。五乡之师,五属大夫,皆受宪于太史……首宪既布,然后可以行宪。”(《管子·立政》)《国语》中有“赏善罚奸,国之宪法。”《汉书》中有“作宪垂法,为无穷之规。”这里的“宪”,都是法度、典章的意思,但又比一般的法更为基本和永久。孔颖达在《尚书正义》中对“宪”作了如下解释:“宪,法也,言圣王法天以立教于下。”因此,“宪”常带有先祖成规之意,不论成文与否,皆不得轻易改变。当然,这里的“宪”并不是现代意义上保障公民权利的宪法,而是维护社会统治的基本法。

“宪”在传统上是指比一般的法更为基本和永久的法度或典章。

(二) 现代含义

虽然古希腊哲学家很早就阐述了政体变换的机制,且早在雅典民主与罗马共和时期就出现了权力平衡和利益代表的体制设计,基于秩序和谐的传统政治理论一直持续到中世纪结束。那时发展起来的自然法理念和基督教有关个人意志自由之教义,虽然对国家权力有所制约,却并未从根本上挑战政治哲学的传统观念。相对于国家而言,个人仍然缺乏被承认为不可侵犯的基本权利。

洛克之后,西方人将政府权力视为个人权利的对立面。宪法被认为是限制政府权力,保障个人权利的法律文件。

只是到16世纪与17世纪,部分由于宗教势力的衰微和新兴商业阶层与封建贵族之间的利益冲突,西欧出现了中央统一政府的需要,由此兴起了霍布斯(Thomas Hobbes)等提倡的绝对君主学说。但与此相对应,反对无限君权的权限说亦从此崛起。尤其在洛克(John Locke)于1689年发表的《政府论下篇》之后,西方人对政府与个人关系的认识发生了显著转变,一直到今天,政府权力被视为个人权利的对立面。宪法也被赋予新的意义,它被认为是一部

限制政府权力、保障个人权利的法律文件。因此在职能上,现代宪法的作用主要表现为对政府权力所施加的有效限制。弗瑞奇教授指出:“权力限制的全部总和构成了特定社团的‘宪法’”;“除非程序限制得以确立并有效运行,真正的立宪政府并不存在。”(Friedrich,1941:131,173)由此可见,宪法概念在近代发生了根本性的转折。现代宪法不仅规定了政府结构及其运作程序,而且定义了政府不得超越的权力范围以及不得侵犯的个人权利。

(三) 宪法概念的东移

一般认为,中国近代的“宪法”一词是从日本引进的。在19世纪60年代的明治维新时期,日本开始介绍西方的“Constitution”,但译法不甚统一。留法学者箕作麟祥首先将以往汉语中使用的“国宪”译为近代意义的“宪法”,后来成为日本和中国的标准法律用语(龚刃韧,1993:5)。1882年,伊藤博文出访欧洲各国了解立宪实情,回到日本后正式使用了“宪法”一词。1889年,日本颁布了“帝国宪法”,自此确定了宪法专指国家的根本大法,并以后为中国所借鉴。

在19世纪80年代,中国改良主义思想家郑观应在《盛世危言》中首次使用“宪法”一词。在1898年的戊戌变法中,维新人士也要求清廷实行君主立宪,“立宪法、开议院、伸民权”。1908年,清政府颁布《钦定宪法大纲》,从此确定了“宪法”是汉语中专指国家基本法的法律术语。

二、契约与宪法——英国《大宪章》及其发展

现代宪法是和契约联系在一起的。契约(contract)是规定当事人权利与义务关系的法律文件,而在近代西方世界,这种契约关系是在不同社会利益的公开斗争(甚至战争)中逐渐形成的。虽然契约关系并不一定是绝对平等的,但双方能够形成法律上的互惠关系本身表明一定程度的地位平等。法律地位平等的前提是双方实力的相对平等,而社会利益的公开较量也表明实力对比的相对平衡;否则,在权力严重失衡的情况下,只可能产生绝对的服从与压制,除了叛乱以外不可能有真正的斗争与妥协。在欧洲中世纪的三个社会阶层——国王、贵族(包括教会)与平民(包括农奴)中,最低阶层人数最多但几乎没有任何权利,而国王与贵族之间则是封主与封臣的契约关系。这种关系虽不平等,但封主仍然负有一定的法律义务,封臣则拥有一定的法律权利。至少封建国王的力量不如中央集权专制那么强大,因而不能够要求贵族无条件地臣服。因此,近代的权利与义务关系首先出现在封建贵族与君主之间。事实上,产生于中世纪的第一部宪法性文件——1215年的英国《大宪章》(Magna Carta,有时也称“自由大宪章”),就是一部英国贵族迫使约翰王(King John)接受的封建权利宪章。虽然这部宪章主要限于保护封建贵族

中世纪以后,社会契约论兴起。现代宪法成为一部限制政府权力、保障个人权利的法律文件,不仅规定了政府结构及其运作程序,而且定义了政府不得超越的权力范围以及不得侵犯的个人权利。

的权利,但作为世界上的第一部限制王权的“权利法案”,它仍然具有伟大的进步意义。

评注 契约的封建制起源

契约是封建制度的产物,规定贵族和国王之间的权利和义务关系。

英国法学家梅特兰(Frederic William Maitland)曾观察到,从封建主义到资本主义市场经济的过渡是“从身份到契约”的变化;市场经济把人从土地的束缚中解放出来,使人们通过自由的契约过程决定他们的经济行为。然而,历史的发展是辩证的,并不遵循任何简单的逻辑;契约其实不是市场经济的发明,而是封建主义中世纪的产物,是贵族在中世纪抗衡国王权力的工具。应该看到的是,贵族对于平民或农奴而言或许意味着专制,但在更高的压迫者面前则意味着自由。在历史上,封建贵族对于权利和自由的保障发挥了重要作用。尽管这些权利仅限于极少数人——限于人数极少的贵族自己,但它们毕竟开创了权利保障的体制,并为以后权利的民主化和普遍化奠定了基础。毕竟,少数人的自由要比全体的奴役更好些。

契约关系形成于英国早期的分封制。1066年,诺曼公爵威廉征服了不列颠,宣布自己是最高的土地所有者,并把大部分土地分封出去。国王的直接封臣被称为总佃户,其中封土较多的是大贵族,包括教会封建主(大主教和主教)与世俗封建主(伯爵和男爵),封土较少的是骑士。总佃户的土地一部分留下直接经营,其余封土则进一步分封出去,形成了新的封主和封臣关系。这样层层分封,就构成了封建土地的等级关系。封主和封臣都享有一定的权利与义务。封臣必须宣誓效忠封主,并承担封召服役、根据封主的需要纳贡,以及出席封主所主持的法庭并提供法律咨询等义务;封主则有义务保护封臣的土地不受侵犯,并承认他们在封土上获得的经济利益以及政治统治权力。如果封臣不履行义务,封主可以没收封土;如果封主不履行义务,封臣可以提出抗议;如在一年内仍不见效,可解除效忠誓约,并要求将土地转为自主地或归上一级封主。(见沈汉、刘新成,1991:5—6)这样,尽管封主和封臣的地位并不平等,一种法律契约关系就形成了。至少,权利和义务是双向的。即使是最高统治者国王也不能以违背契约的方式,命令封臣绝对服从。在《英国的法律与习惯》一书中,13世纪的王室法庭法官布莱克顿(Lord Brecton)指出:“国王必须服从上帝和法律,因为法律造就了国王。”一旦和国王发生冲突,英国贵族总是试图用法律高于国王的理论限制王权。

即使是国王也必须遵守契约和法律,否则将遭到贵族的背弃和反抗。

1215年,约翰王在同教皇与法国的权力斗争中失败。国内贵族乘机反叛,并迫使国王于6月15日在拟定的停战和约上签字。这部国王和贵族达成

的停战和约就是著名的《大宪章》。(参见沈汉、刘新成,1990:18—19)然而,《大宪章》作为和约并不成功。事实上,它在制定三个月之后就失去了效力。五个月之后,贵族便和国王再度爆发战争,并密请法国的国王路易二世进攻英国。次年,约翰王病死。《大宪章》经过1216年和1217年修订,受到继任国王亨利三世的承认,并在1225年修订后正式成为英国法律。至今,《大宪章》中有9条仍然是有效的英国法。

《大宪章》共63条。其中第1条规定:“英国的教会应该自由,且具有不可侵犯的全部权利和自由。”第2条规定:“为了我们和子孙后代,我们还把一切以下自由授予我们王国的所有自由人。”其中比较重要的自由包括第12、14、39、52条。根据第12条与第14条,“未经国民同意”——即由贵族组成的“御前扩大会议”(后来的议会)之同意,国王不得征收协助金以外的赋税。“除非经由其同伴的判断和国家法律,任何自由人不得受到监禁、剥夺财产、被判违法、放逐或任何方式之摧毁(第39条)。”第52条进一步规定:“如果任何人未经其同伴的法律判决,就被我们剥夺财产、土地、庄园、自由或权利,我们都将立即使之归还给他。”鉴于英国法院可以根据令状(Writ)的威力而出售令状,从而导致司法不公,第40条特别规定:“我们不得对任何人出卖、剥夺或延误权利或正义。”为了监督大宪章的实施,25名大贵族组成一个委员会;如果国王违反宪章,它可采取包括剥夺土地和财产在内的一切手段予以制裁(第61条)。

作为一部封建契约,《大宪章》明确限制了王权,要求国王服从法律,并接受大贵族委员会的监督。同时,御前扩大会议——也就是以后的“议会”——具有高于国王个人的司法裁判权和批准征税权。当然,这些早期的宪章仅限于保护贵族的法律权利,缺乏财产与教育的普通百姓则无权问津。随着资产阶级的兴起,财产权以新的形式扩散于整个社会,且整体教育水平亦有所提高。在阶级利益的冲突与斗争中,平等公民权的政治观念在欧洲重新产生。它一开始仅包括新的富裕阶层,然后于19世纪逐步扩展到所有成年男子、妇女和非白人种族。正如弗瑞奇所说:原来局限于贵族与有产者的宪法权利获得了“民主化”。英国就是最早实行这类有限民主化的国家,尽管其“宪法”至今仍旧采用不成文的习惯法形式。自1215年的《大宪章》之后,权利的范围不断扩展。1628年的《权利请愿书》(Petition of Rights)、1689年的《权利法案》(Bill of Rights)以及1701年的《王位继承法》,构成了英国保护个人的生命、自由与财产权利的宪法性法律。最近,在1998年,英国的《人权法》吸收了《欧洲人权公约》的重要条款。

《大宪章》主要是保障贵族的权利。随着社会的平等化和民主化,宪法权利被逐渐扩展到全体公民。

评注 “光荣革命”与《权利法案》

1688年的“光荣革命”代表了封建贵族和新兴资产阶级对国王的一次决定性胜利。当时,英王詹姆士二世(James II)企图恢复天主教势力,因而遭到国会中代表资产阶级新教势力的辉格党(Whig)和代表土地贵族的托利党(Tory)联合反对。在政变中,国王被迫逃亡法国,斯图亚特王朝被推翻。信奉新教的威廉和玛丽(詹姆士二世长女)从荷兰被迎接到英国,作为国王和女王联合登上王位,确立了建立在资产阶级和土地贵族妥协基础上的君主立宪制度。登基时,威廉和玛丽被要求宣誓服从议会的法律,其行为受议会决定的限制和指导。作为一场不流血的革命,“光荣革命”是英国政治史上的重要里程碑,为英国从传统和平过渡到现代国家奠定了政治基础。

“光荣革命”的成功为英国从传统和平过渡到现代国家奠定了政治基础。

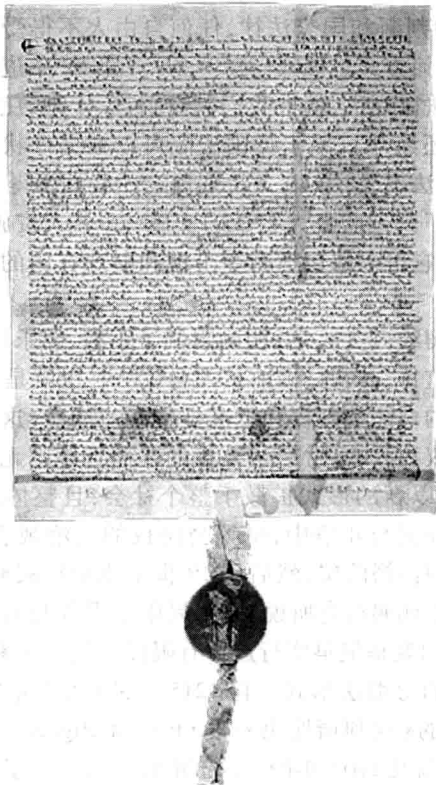


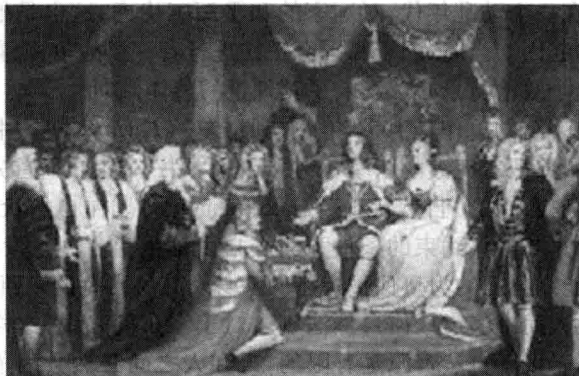
图 2.1 1215 年英国《大宪章》原版与约翰王印章

《大宪章》是世界上第一部权利法案,是英国贵族成功迫使国王妥协的封建制产物。

1689年,国会正式通过了《权利法案》。12月16日,威廉和玛丽对这部法案表达了皇家支持,从而最终取消了君权神授理论,使议会成为高于王权的最高立法机构。《权利法案》列数了詹姆士二世的罪恶,并明确表明英国之所以欢迎新的国王,是为了使“宗教、法律和自由不再受到破坏”。法案保证威廉和玛丽的王权世代相传,但条件是王室必须服从议会。《权利法案》明确规定,“如果议会没有同意,宣称要废止法律及其执行的皇家权力是非法的。”未经议会同意,国王不得废止法律、征收赋税或在平时招募军队。为了保障议会正常发挥其代议职能,“议会成员的选举应该自由”,“议会的言论、辩论与程序的自由不得在任何法院或议会之外的地方受到弹劾或质问”,“议会应经常举行会议,以解救所有苦难,并修正、维持法律。”

《权利法案》要求王室必须服从议会,法律高于王权。

《权利法案》是英国继1215年《大宪章》以后最重要的宪法文件,并被认为是美国1791年《权利法案》的前身。在这一时期的重要法律还有1679年的《人身保护法》、1689年的《宗教宽容法》(Toleration Act)、1694年的《三年选举法》(Triennial Act)以及1701年的《王位继承法》。《人身保护法》规定,如果因刑事案件而被捕,被捕者有权要求把自己的人身和逮捕命令一同移交法院,并由法院决定逮捕是否合法,拒绝这一要求的警官或狱吏将受到处罚。《选举法》禁止国王随意解散议会,并规定每三年必须进行普选。《王位继承法》则要求王位的继承必须获得议会的同意,所有重大国家决策必须获得枢密院批准方可生效,且除非议会两院奏请罢免,法官的任职是终生的;未经议会通过 and 国王批准,任何法律均属无效。这些重要法律确立了英国的君主立宪和议会民主制度,并构成了英国政治的基本法。



Presentation of The Declaration of Rights

图2.2 1689年《权利法案》被上呈威廉和玛丽(正中)

《权利法案》是英国光荣革命胜利的象征,标志着国王必须服从法律和议会至上原则的最终确立。

三、社会契约论的发展

社会契约论的目的是为国家权力的产生和维持提供合法性依据,或者说是为界定什么是合法国家权力提供标准。

如上所述,近代宪法一开始就是以权利保障的形式出现的。作为第一部“权利法案”,《大宪章》是封建君主和贵族之间的权利契约;只是在以后,对权利的法律保护才逐渐被扩展到平民。在这个过程中,作为自由主义理论基础的社会契约(social contract)论发挥了重要作用。契约论的目的是为国家权力的产生和维持提供合法性依据,或者说是为界定什么是合法国家权力提供标准。尽管国家早已存在,契约论却只是在近代才产生的思想,是西方思想家在文艺复兴、新教革命和启蒙运动的推动下对国家权力进行反思的产物。

在历史上,契约论思想对宪政的形成与发展发挥过重要作用;事实上,18世纪的许多制宪者认为,宪法在本质上就是一部社会契约。以下简要介绍对社会契约论做过开创性贡献的四位思想家——霍布斯(Thomas Hobbes)、洛克(John Locke)、卢梭(Jean-Jacques Rousseau)和当代的罗尔斯(John Rawls)。罗尔斯的正义契约论已经在本书第一章有所介绍,在此不赘述。

(一) 霍布斯的专制契约论

霍布斯开现代自由主义之先河,首次系统建立了以权利(而不是义务)为本位的政治哲学。

霍布斯是西方思想史上的一位重要人物,是社会契约论和现代自由主义的开创者,有人甚至把他比喻为“政治学界的牛顿”。他早年一直对数学与几何感兴趣,中年以后才转向政治学。作为一个彻头彻尾的“机械”唯物主义者,霍布斯把人类社会当作自然界的一个组成部分,并致力于用几何学(而不是形上学)的方法去探讨社会权力作用的力学原理,最终完成了从传统到现代的“价值倒置”,首次系统建立了以权利(而不是义务)为本位的政治哲学。同时,他生活在一个动乱年代,对国家的和平深感忧虑,这也是他之所以构造社会契约论的起因。当时,国王和国会正在进行着一场战争,而霍布斯站在了国王一边。这个政治背景必然影响了其理论的整体倾向。

霍布斯的《利维坦》假想了一个没有国家或政府存在的“自然状态”。由于缺乏政府的约束和保护,人和人之间必然会因争夺有限资源而发生“各自为战”的全面战争。

霍布斯最著名的著作是1651年的《利维坦》(Leviathan)。书的名称是一个巨大的怪物,象征着庞大的国家权力。在这本书中,霍布斯首先假想了一个没有国家或政府存在的“自然状态”(state of nature)。在自然状态下,人人都在没有任何国家与法律约束的条件下完全自由地生存。这里没有权利,也没有义务,人只能靠自己的力量保护自己的人身及其所占有的东西,并可以随心所欲地侵害他人而不违反任何自然法则。对于霍布斯来说,这样的状态一点也不令人羡慕。由于自然资源是有限的,人和人之间必然会因争夺有限资源而发生“各自为战”的全面战争。且由于人在智力和体力上是相当平等的——即使存在强者,几个人联合起来或趁他在熟睡时也能把他杀死,而人都知道这一点,因此人对保护自己及其占有品(没有作为权利的财产存在)其实一点也没有信心,因而不断生活在对邻人的觊觎和恐惧之中。因此,在自然状

态下的生存是“孤独、贫困、龌龊、野蛮与短命”的悲惨境界。(Hobbes, 186)

为了摆脱这种人人自危的“自然状态”,个人之间通过实际或虚构的契约(covenant)过程,彼此同意把自己手中的剑都交出来,给一个更超越的权力——这就是国王所代表的主权国家。只有国家才能实施合法的暴力,以抵御侵略并保障国内安定与和平。在这里,国家获得了其最初的合法性:它的存在对于人类摆脱自然状态的困境并获得某种基本保障是必要的。注意在霍布斯的理论中,契约是个人和个人之间达成的协议,在个人和国家之间则不存在任何契约。个人在国家面前没有权利,国家可以通过几乎任何法律来惩罚个人。当然,国家不能危及到个人生存——因为正是为了生存才通过契约产生了国家。但由于霍布斯把人的自然状态假想得过于糟糕,几乎任何政权——包括极为专制的政权——都符合霍布斯理论的要求。《利维坦》从个人绝对自由的极端出发,最后走到专制国家的另一极端。因此,霍布斯的契约论在这里被称为“专制契约论”。

为了摆脱“自然状态”,个人之间通过契约过程,彼此同意形成更高的主权国家,以抵御侵略并保障国内安定与和平。但霍布斯理论中的契约是个人和个人之间达成的协议,在个人和国家之间不存在任何契约。个人在国家面前没有权利,国家可以通过几乎任何法律来惩罚个人。



图 2.3 《利维坦》封面

手中握剑的是社会契约所形成的国家主权,其头为主权代表者国王,其身体由臣民组成。

(二) 洛克的自由契约论

尽管霍布斯的理论从政治学的角度来看相当严谨并前后一致,但由于它支持专制与王权的倾向而被英国资产阶级所唾弃。幸好,另一位英国思想家洛克为他们提供了在政治上能够接受的自由主义理论。如果说霍布斯是一位严格的政治权力分析家,洛克则是一位善于运用的理论设计师。洛克在很大程度上沿袭了霍布斯的思路,但把它进行改造并反过来为新兴资产阶级服务。由于它倡导人的自然权利、强调对政府的制约,洛克的理论被称为“自由契约论”。

洛克的“自然状态”假定更为乐观。人们通过契约建立国家并规定立法与司法权的分工,只是为了克服“自然状态”下的不便。

洛克最重要的著作是《政府论下篇》。早在《政府论上篇》中,他已经驳斥了当时盛行的君权神授论。《政府论下篇》则进一步建立了自由主义的契约理论。和霍布斯类似,洛克的理论中也有一个“自然状态”,但人那里并不是完全自由的。和霍布斯不同,洛克假设社会在国家成立之前就已经存在,且个人在自然状态中并不是完全自由的,而是受到上帝律法的约束。和霍布斯的理论相比,洛克的自然状态要乐观得多。自然资源相当丰富,只要劳动就能获得充足的供给;人们并没有陷入“各自为战”的状态,个人生存也并不那么悲惨。但由于没有国家,自然状态对于规定并实施人的权利与义务不太方便。因此,人们通过契约建立了国家,并规定了立法与司法权的分工。

在洛克的理论中,契约是人民和国家之间的协议。契约的目的正是保障人民所享有的权利,并且对国家设置相应的义务。如果统治者违背了基本的契约义务,人民有权揭竿而起、“向天呼吁”。人民有反叛统治者的自然权利——这种学说在当时是具有革命性的。同时需要指出,洛克首次创造了劳动价值理论,从而使财产权成为一种先于国家而存在的自然权利。人的劳动产生了财富,并赋予劳动者以自由享用的权利;只要合理使用并不产生浪费,任何人的财产权都不应被剥夺或侵犯。洛克的学说受到新兴资产阶级的普遍欢迎,并为后来的自由主义思想家广泛借鉴。它推动了美国的独立革命,并和孟德斯鸠的三权分立理论一起对美国宪政的建立发挥了重要作用。

值得注意的是,在洛克的理论中,契约是人民和国家之间(而不是人民之间的)协议。契约的目的正是保障人民所享有的权利,并且对国家设置相应的义务。如果统治者违背了基本的契约义务,人民有权揭竿而起、“向天呼吁”。人民有反叛统治者的自然权利——这种学说在当时是具有革命性的。同时需要指出,洛克首次创造了劳动价值理论,从而使财产权成为一种先于国家而存在的自然权利。人的劳动产生了财富,并赋予劳动者以自由享用的权利;只要合理使用并不产生浪费,任何人的财产权都不应被剥夺或侵犯。洛克的学说受到新兴资产阶级的普遍欢迎,并为后来的自由主义思想家广泛借鉴。它推动了美国的独立革命,并和孟德斯鸠的三权分立理论一起对美国宪政的建立发挥了重要作用。

(三) 卢梭的民主契约论

和洛克一样,卢梭也是在批判与继承霍布斯学说的基础上建立了自己的契约理论。卢梭最重要的著作有两部:《论社会不平等的起源》和《社会契约论》。第一本书彻底批判了社会文化中的种种弊端,尤其是社会不平等所造成的奴役;第二本书则寻求通过民主的社会契约,建立一个人人平等的新文明,使人类社会踏上新的自由之路。卢梭的契约论尤其强调民主与平等,因而被称为“民主契约论”。

在《论社会不平等的起源》一书中,卢梭揭露了种种违反人的自然本性的社会现象,并把它们归咎于文明的产生与发展。他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还不够远。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;霍布斯以为人的自然本性是自私、贪婪、虚伪、懦弱,但他其实是把文明人的病态形象强加到自然人身上。在真正的自然状态下,人在丛林里健康、潇洒、无忧无虑地生活着。人与人之间是相对平等的,因为他们的自然能力是相当平等的;只是在文明不知不觉发生以后,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一去不复返。因此,卢梭对自然状态的看法甚至比洛克更为乐观。在某种意义上,卢梭的观点类似于中国古代的道家。但和道家不同,卢梭并不认为人类今天还能回到快乐的洪荒时代——这已经不是一个现实的选择;要摆脱不平等文明的奴役,人不能因循守旧,而是必须通过制度创新跨过现实的障碍,进入新的自由境界。

卢梭认为“自然状态”是自由、平等和健康的,但文明社会扭曲了人性,因而需要设计新的制度恢复人的自由。

《社会契约论》的第一句就是“人生来自由,(现在)他到处都带着锁链。”如果上一本书是揭露现代文明的病态,这本书的目的则是为病态文明开政治药方。既然人已经知道不平等与不自由的根源,而又不能简单取消文明并回到已经永别的自然状态中去,那么他们就必须共同设计新的社会体制,使每个人都能在新的社会现实中重新获得自由与平等。这个体制就是人们通过相互同意建立起来的民主政权,其中公民被保证平等参与以实现公共自由。在这本不厚的书里,卢梭花了相当多的笔墨描述民主制度的构成与运作。在卢梭的民主契约中,多数意见定义着正确的立场,因而占据着绝对的统治地位。

文明社会的症结在于不平等,因而需要建立多数主义民主制度以实现平等。

人们对卢梭的学说历来褒贬不一。有人把它视为民主的宣言,有人则把它视为专制与暴政的倡议书。在解读卢梭时应该注意以下几点:第一,卢梭的民主契约仅适合小型社会。卢梭在此继承了孟德斯鸠的理论:大国适合中央行政专制,中国适合贵族统治,小国才适合民主制。由于公民之间需要进行充分交流,且彼此相互熟悉,卢梭的民主国家类似于道家理想中的“小国寡民”。第二,卢梭理论中的强制平等化确实具有专制的危险性。如果个别人看不到民主契约的好处而拒绝同意,因而甘受不平等的奴役,那么卢梭的答案是他就应该“被强迫自由”。卢梭的这句话引起了不少误解。它最终目的固然是好的——为了每个人的平等与自由,但允许强迫也确实可能导致专制与暴政。最后,卢梭对少数意见的简单否定具有压制意见与言论自由的倾向。

卢梭提倡的民主制度仅适合小型国家,并有陷入专制的危险。

(四) 社会契约与国家本质

不论根据哪种契约理论,“社会契约”的基本思路是国家并不是从来就有

社会契约论要求国家权力的行使必须符合某种社会目的(而不是统治者的个人目的),必须满足人和社会的现实需要,且只有这样行使的国家权力才是合法的。

国家是在特定政府结构下的官员所代表并行使的公共权力,其目的是实现社会所普遍认同的“公共利益”。

的,而是(或应该是)通过一组契约产生的。人和社会先于国家而存在,国家则是人类理性的有目的与有意识的后天产物。因此,这种理论彻底否定了“君权神授”的教条,并使得国家政体的形式、目的乃至人的本性都成为自由探讨的对象。最根本的,既然国家权力是由人产生的,它的行使就必须符合某种社会目的(而不是统治者的个人目的),必须满足人和社会的现实需要;只有这样的国家权力才是合法的,只有这样的政府才具有合法存在的必要或理由。

根据社会契约论的观点,人原先是处于没有国家或政府的“自然状态”。只是为了解决自然状态的困难或不方便,才产生了公共权力或国家。通过相互同意所达成的契约过程,这个实体获得了一定的授权,而且这种权力至少在目的上是有限的——它们无非是为了维护公共安全、防卫、健康、福利或道德等“公共利益”,(参见本书第一章对法律目的性的讨论)而这些公共利益都有比较客观的定义与衡量标准。为了实现公共利益,国家必须实施其从人民那里获得的权力,而这种权力必须按照其性质和职能而获得划分,并被分配到属于不同部门的政府官员;在符合基本目的之前提下,国家可以依靠社会赋予的资源来强制实施国家法律所规定的义务。在操作层面上,国家就是在特定政府结构下的官员所代表并行使的公共权力,其目的是实现社会所普遍认同的“公共利益”。宪法的任务正是表达这种公共利益及其所要求的国家权力的形式与结构。

探讨

“国家”概念的起源

尽管历史上乃至现存的国家未必都满足社会契约论的要求,“国家”毕竟是一个古老的存在。事实上,国家可能和文字的产生紧密联系在一起,以致我们不可能纯粹通过文字记载来了解国家的形成,但文字仍然是探讨古典国家的有用工具。在中国最早的经典《尚书》中,“国”字已多次出现。《尚书》分虞夏、商、周三篇,“国”字在《周书》中尤其常见,例如“皇天上帝改厥元子,兹大国殷之命。”(《尚书·召告》)“殄资泽于下民,侵戎我国家纯。”(《尚书·文侯之命》)

根据清代段玉裁的《说文解字注》,“国”的古文原来和“或”相同。“或”中有“戈”,含有守卫的意思。“以凡人各有所守,皆得谓之或。”各守其守,不能不相疑,因而“或”又有“疑惑”的意思。后来为了避免混淆,才在“或”上加了“心”字,生了“惑”字。又在“或”上加了“口”,成了“国”字。“口,回也”,是围绕的意思。至此,“国”就成了诸侯分封的土地。“国”同“邦”,“邦”同“封”。根据《周礼》的注释,古时大曰邦,小曰国。

“国”和“家”在很早就开始连用，“国家”一词在《墨子》、《荀子》以及《中庸》等《礼记》篇章中经常出现，例如“刑政治，万民和，国家富，财用足，百姓皆得暖衣饱食，便宁无忧。”（《墨子·天志》）“国家发政，夺民之用，废民之利。”（《墨子·非攻中》）“礼之于正国家也，如权衡之于轻重也，如绳墨之于曲直也。故人无礼不生，事无礼不成，国家无礼不宁。”（《荀子·大略》）“家”原是居所、堂室的意思，后引申后为贵族所拥有的家族。因此，“天子诸侯曰国，大夫曰家。”中国在传统上“国”、“家”不分，“家”是“国”的组成单元，家族势力是统治“国”的基础，最早的国就是家族统治。周天子在开国时曾分封八十多个诸侯，其中周姓的达五十多个，可见“家天下”的制度源流是很长的。但这并不是中国历史特有的，氏族形态是所有国家制度的起源。这在摩尔根的经典之作《古代社会》及其后的人类社会学工作均有论证，（参见蔡和森，1995：178—194）只是“家”对中国的政治影响特别漫长而已。

“国”、“家”不分不但不被认为是一个问题，而且一直被认为是自然并可取的。传统的“家”一直被作为“国”的缩影，也是“国”的模型。根据《大学》的“三纲八目”，社会的统治者必须经过修身、齐家、治国、平天下的渐进过程；只有先懂得如何管理一个家，才能理解如何治理一国。家庭伦理在传统中国的统治中一直发挥重要作用，统治者很早就被认为有义务维持“父义、母慈、兄友、弟恭、子孝”的五常之教。（见《左传·文公十八年》）百姓也把统治者当作“父母官”。据称在尧去世后，“百姓如丧考妣，三载，四海遏密八音。”（《尚书·舜典》）这集中反映了儒家模式的家长制统治理想。在现代，这种观念当然是不可接受的。但“国”和“家”在某种意义上确实联系在一起，因而国家的概念被保留下来，且国民之间的感情使得国家就像一个大家庭。事实上，1948年的《世界人权宣言》倡议世界各国的公民“以兄弟般的精神相对待”，表达了“四海之内皆兄弟”的情怀。

国家权力是如何产生的？中国古代经典中也有不少猜测。它们大都设定了一个生存环境恶劣的“自然状态”，但从未萌发社会契约的思想。它们全都设想有圣人出来解救生民的危难，因而被拥戴为王。即使以政治现实主义著称的法家也不例外，例如韩非在《五蠹》中说：“上古之时，人民少而禽兽众，人民不胜禽兽虫蛇。有圣人作，构木为巢，以避群害，而民悦之，使王天下，号曰有巢氏。民食果瓜蚌蛤，腥臊恶臭，而伤害肠胃，民多疾病。有圣人作，钻燧取火以化腥臊，而民说之，使王天下，号之曰燧人氏。”因此，法家号称要摒弃人治、强调法治，但也不免带上中国传统的“救星”情节。

在对国家起源的众多猜测中，最独特的是墨子的版本。墨子认为，人在自然状态下没有共同语言，相互争辩但不得其所，因而导致天下大乱，国家的目的就在于统一天下的教义。“古者民始生、未有刑政之时，盖其语，人异义。

“国”和“家”在中国很早就开始连用，“家”是“国”的组成单元，家族势力是统治“国”的基础。

中国古代经典曾对国家起源有过不少猜测，但从未发生社会契约的思想。

墨子学说认为国家的目的在于统一天下的教义,但“尚同”仍然是由圣人天子来统一天下公意的过程。

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。至有馀力,不能以相劳;腐朽馀财,不以相分;隐匿良道,不以相教。天下之乱,若禽兽然。”(《墨子·尚同上》)墨子对这个问题的解决方法是使“天下之百姓,皆上同于天子”,“天子又总天下之义,以尚同于天”,从而使“治天下之国,若治一家;使天下之民,若使一夫。”(《墨子·尚同下》)在百家诸子中,墨子的思想是最倾向平等和民主的。即便如此,墨子的“尚同”也不是通过契约过程完成的,而是设定了圣人天子来统一天下公意。契约论没有在中国产生,它最终是在19世纪末的变法改良过程中才从西方引进的。

思考 你认为中国传统和近代思想为什么没有产生社会契约论?如果宪法就是一部基本的社会契约,那么究竟是先有国家还是先有宪法?

四、政治多元主义与美国宪政思想的形成

法国革命更多地接受了卢梭的平等主义,美国革命则接受了洛克和孟德斯鸠的自由主义。

虽然卢梭的平等主义和洛克的自由主义对专制而言是共同敌人,但法治国家对这两种学说各有偏爱。卢梭的平等主义对法国革命与《人权宣言》的制定产生了巨大影响,美国的主流则接受洛克与孟德斯鸠的学说。因此,虽然这两种学说在我们看来可能差不多,其区别是不应混淆的。法国革命的口号是“自由、平等与博爱”,但自由和平等可以是相互矛盾的;不受干预的自由市场可能会产生巨大的不平等,而民主政府的干预则可能对市场的自由竞争产生消极影响。出于不同的文化背景和社会现实,不同的宪法可能会在自由与平等之间偏重不同的价值,尽管它们对于同时缺乏这两种价值的社会而言是同样令人向往的。

建立在自由契约论的基础之上,政治多元主义构成了美国宪政的思想基础。

事实上,平等与自由作为对立价值在美国社会也有体现。早在建国前后,杰弗逊领导下的小农阶级(他们被不幸地贴上“反联邦党”的标签)就主张平等,并试图通过州议会制定立法来实现平等化(包括取消以前的债务合同)。与此针锋相对,联邦党则试图通过建立联邦宪法来保护私有产权,并限制各州议会的平等化立法措施。这里,我们可以清楚地看到洛克与卢梭在美洲土地上展开了一场思想交锋。建立在洛克的社会契约论之上,联邦党人麦迪逊发展了最早的“政治多元主义”(political pluralism)理论,并至今仍统治着美国的思想界。它不仅构成了美国宪政的思想基础,而且对于世界宪政主义具有普遍意义。

在著名的《联邦党人文集》第十篇,麦迪逊第一次提出了政治多元主义理论,并对联邦主义的必要性作了精辟阐述。和社会契约论略微不同的是,麦迪逊的出发点不是孤立的个人,而是组成社会的一些“派系”(factions)。“派系”是一个含义很广的概念,它可以是“君子”所避讳的“党”派,也可以是马克思所说的阶级,也可以是一般的社会组织或宗教团体。根据麦迪逊的定义,“派系是指一定数量的公民——不论他们是全体的多数或少数,被一种共同的爱好或利益所推动,因而联合起来、受其驱使;这种爱好或利益与其他公民的权利相冲突,或与社会的长远集体利益相匹敌。”对于美国制宪者而言,所有的政治与经济团体都是为了追求自己利益或实现自己理想的派系;代表大多数选民利益的政治党派,只不过是一个“多数派系”而已。

根据麦迪逊的《联邦党人文集》第十篇,社会是由利益或见解相互冲突的派系组成的。

不同派系之间必然会展开相互斗争。和华盛顿总统一样,麦迪逊也承认派系斗争的危害,但他把派系的形成视为人类本性的一部分,因而根除派系也就扼杀了人的基本自由,这无异于因噎废食;人类所能做的,只是通过不同方式去控制派系的危害。他指出:

要治理派系的危害有两种办法:一种是根除其原因,另一种是控制其效力。消除派系的根源又有两种方法:一种是摧毁其生存所必需的自由;另一种是赋予每个公民相同的见解、相同的爱好与相同的利益。……第一种疗方要比疾病本身更坏。自由对于派系而言就好比空气对于火灾一样;没有前者做养料,后者将骤然熄灭。但因自由滋生派系而取消政治生命至关重要的自由,就和因空气点燃毁灭性力量而企图湮灭动物生命所必须依存的空气一样愚蠢。

如果说通过摧毁自由来根除派系是荒唐的。那么我们是否可以指望派系能因为人的观念趋于一致而自动消失呢?麦迪逊认为这完全是一厢情愿:

如果说第一种疗方不明智的话,第二种疗方则是不现实。只要人的理智会继续出差错,只要人还有理性思维的自由,不同见解就会形成。……人在才能上的差异是产生财产权的根源;它对于爱好的一致性同样是同样不可逾越的障碍。一方面是人们对于不同宗教信仰与政治见解的追求,另一方面,土地利益、制造业利益、贸易利益、货币利益,以及众多更小的利益必然在文明民族中发展起来,并把人分成不同的阶层,为不同情趣和见解所驱使。

派系斗争可以受到控制,但不可能根除,除非扼杀人的基本自由。

因此,麦迪逊认为“派系的潜在根源生存于人类本性的萌芽之中”,而“调控多样化和相互干扰的利益构成现代议会的主要任务,它涉及通常和基本的政府运作中的党派或派系斗争。”既然派系是不可消除的,派系斗争是不可避免的,那么体制设计者唯一能做的就是将派系斗争所产生的危害限制在一定的范围内。

人必然会形成不同的见解,并发生利益分化,从而产生相互冲突和斗争。

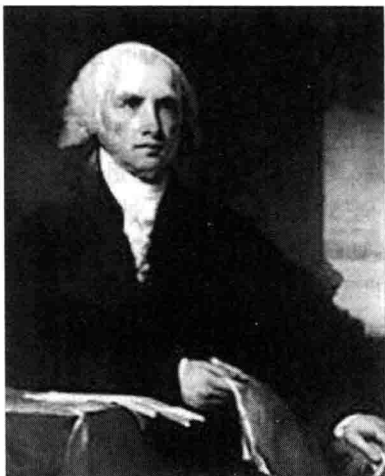


图 2.4 麦迪逊像

麦迪逊(James Madison, 1751—1836)在制宪大会上十分积极,并担任大会发言的主要记录者。在1789—1797年任联邦众议员期间,他是《权利法案》的主要起草者,并对法案成功成为宪法修正案发挥了重要作用。于1809—1817年任美国总统,为美国第四任总统。退休后回到其故乡弗吉尼亚,仍然活跃于地方政治。麦迪逊的宪法思想集中体现在《联邦党人文集》第十与五十一篇,对美国宪政产生了巨大影响。上述第十篇奠定了美国联邦主义和政治多元主义的理论基础,至今仍然代表着美国政治理论的主流。

我们可以从这段论证中看到,美国制宪者很早就承认“阶级斗争”。社会就是由利益不可调和的阶级——或划分得更细一点,派系——组成的,它们之间的相互斗争构成了人类文明发展的历史。但受西方怀疑主义(scepticism)传统的影响,美国制宪者并不承认在这些派系中存在一个更“优越”或“先进”的派系,更不承认这个派系压制、打击甚至消灭其他派系的合法性。如果“阶级斗争”存在的话,国家的任务不是要实现一个消灭阶级与阶级斗争的“极乐世界”,而正是使“阶级斗争”永远继续下去——因为根据麦迪逊的推理,在派系消失的瞬间,自由也不复存在;要维持自由,就必须制衡派系力量,制止任何派系消灭或吞并其他派系,而这正是一个政治多元主义国家的首要任务。在某种意义上,政治多元主义类似于经济自由主义。经济自由主义要求不同商品在市场中自由竞争,且消费者是竞争结果的最终决定者;政治多元主义则强调不同的观点在公共场合下公开辩论,且最后结果由广大选民决定。经济自由主义和政治多元主义也都依靠法律的保障,并将此视为国家的主要职能与义务。如果自由竞争的最终结果是导致垄断,那么国家有义务实施反不正当竞争法以维持自由竞争状态;如果多数主义的民主游戏规则将导致多数派系的“暴政”,那么宪法的任务就是最大程度地防止“多数人的暴政”,以维持多元主义的基本政治条件。宪法就是一部政治领域的反垄断法。如果宪法被认为是一部基本契约,那么这部契约的基本条款就是“同意存在不同意见”(agree to disagree)。

由于社会多数在民主体制中最强大的派系,因而它成为美国宪政的主要制衡对象。在这里,主要威胁并不是少数派系:“如果一个派系构成少数的

政治多元主义类似于经济自由主义,强调不同的观点在公共场合下公开辩论,且最后结果由广大选民决定。宪法是一部政治领域的反垄断法。

社会多数在民主体制中最强大的派系,因而成为美国宪政的主要制衡对象。

话,共和原则将提供解脱。它通过正常表决使多数击败少数的邪恶企图。少数派系也许会阻碍政府,也许会冲击社会,但它不能在宪政的形式下同时实行并隐藏其暴力。然而,当一个派系构成多数时,大众政府的形式使它能为统治的热望和利益而牺牲公共利益及其他公民的权利。因此,我们探索的目标是如何在保存大众政府形式的同时,保证公共利益和私有权利免遭多数派系的危害。”

美国的特定历史背景更巩固了多元主义在“新大陆”的根基。美洲东北部的移民者大多是在其母国英国受迫害的新教徒。他们原来是属于社会的少数“弱势者”,其宗教信仰不能见容于社会主流。来到美洲后,他们成为新的多数和强势力量,但他们并没有重蹈其前辈的覆辙。相反,信仰与言论自由、思想宽容、政治多元成为他们追求的首要目标。一个突出的体现是,尽管美国在那时是一个清一色的基督教国家,合众国宪法竟完全找不到“上帝”一词。除了某些联邦官员的宣誓提到上帝的帮助和美元上印有“我们信任上帝”的字样外,政府和宗教象征没有任何关系。且即使所提到的“上帝”也只代表普遍的超自然存在(supreme being),而不是基督教或其中的任何宗派。宪法第一修正案明确禁止国会制定任何法律为任何宗教施与优惠或施加负担,更体现了实现政教分离、保护信仰自由的决心。

美洲的特定历史背景巩固了多元主义的根基。美国宪法尤其强调言论自由和宗教信仰自由。

第二节 西方宪法的产生与发展

宪政思想固然激励并指导人们设计理性的基本契约,但宪法的产生和发展还是要靠社会实践。在近代世界,美国是最早的立宪国家。因此,在这一节,我们首先讨论美国的立宪经验,然后转向欧洲大陆的立宪过程。

一、从章程到宪法:公法的私法起源

如果探究宪法的起源,最早的“宪法”大概要算公司的章程(charter)。在市场经济尚不发达的封建社会,公司的建立不是像现在欧美国家那么容易,而是要经过政府的特别批准。这种公司类似于一种行业垄断。一旦获得批准,它就有在本行业的专营权利。同时,鉴于其垄断性质以及社会影响,公司的经营权被限制在章程所规定的范围之内。如果所经营的事务超越了范围,那么公司的行为就将被法院判为“越权”(ultra vires)。事实上,英国行政法中的越权原则就是从这里来的。更广义地说,它使人们形成了一种宪法观念,即具有公共性质的权力应被限制在一定范围之内。这是美国宪法中最基本的有限政

宪法的最早形式是公司章程。

府原则。在这个意义上,公法基本概念起源于现在被认为是私法的领域。当然,当时公私法的划分并不那么清楚。因此,更准确地说,公法和私法都脱胎于先前对公私观念处于朦胧状态的普通法。

当英国殖民者来到美国的时候,他们的角色大概相当于今天的“开发商”(developer),因而也需要英国政府的特许。早在1606年,英国皇家就授予弗吉尼亚公司《第一章程》(First Charter)。此后,北美的13个殖民地先后建立起来,且每个殖民地都有自己的章程。当然,这些章程并不是由殖民者及其后代自己制定的,而是由英国议会与国王“钦定”的。但它们构成了北美宪政的基础。事实上,弗吉尼亚州后来制定了美国(也是世界)第一部成文宪法。独立革命以后,各殖民地成立了州政府,而13个州都先后制定了自己的宪法。

评注 美国革命与《独立宣言》

在所有的大英殖民地中,美国大概天生是最不安分的一个。其他所有殖民地虽然先后建国,但都是通过和平途径获得独立,且以后也是老老实实地在“大英联邦”的羽翼之下。唯有美国人发起了暴力反叛,并通过一场历时数年的战争赢得了自己的独立。当时,革命据说是为了抗拒英王的横征暴敛,但英国是否对美洲殖民地施加了特别不公正的负担至少是有争议的。18世纪中叶,英国政府外债加剧,因而寻求新的收入来源。议会认为相当一部分债务是在和法国及印第安人战争中防卫其海外殖民地产生的,而当时美洲殖民地仅向母国交纳很少的税。1765年,英国制定了《印花税法》(Stamp Act),规定对所有在美洲发行的报纸、杂志、广告、票据、租约、合同与特许等印刷和法律文件征税。印花税侵犯了北部制造商和南部种植主的利益。他们联合中小商人和农工一致抗议英国政府的赋税,并抵制英货,致使英国议会不得不于次年撤销了《印花税法》。税法的撤销满足了大制造商和种植主等社会上层的利益,但因此而被激发起来的中下阶层并未就此罢休。在亚当斯(Samuel Adams)等人的领导下,激进分子开始认为殖民地统治本身是不公正的。他们以“无代表则不纳税”(No taxation without representation)为口号,坚持要通过革命摆脱英国的统治,建立由当地人民自己治理的国家。

当时英美斗争的焦点是在东北部的马萨诸塞州(Massachusetts)。1773年,英国政府授权东印度公司垄断英国茶叶的出口,从而严重损害了殖民地北部商人的贸易利益。他们再次联合南部力量和下层激进力量,反抗英国的措施。1774年,亚当斯领导激进分子成立了“波士顿茶叶党”(Boston Tea Par-

美洲反叛者崇尚自治,反对英国殖民统治的税法和政策。

ty)。通过采取把东印度公司的茶叶倒入海里等一系列激进行动,该党成功地诱使英国政府采取严厉的报复措施。下院通过了一系列法案,关闭波士顿港口、撤换马塞诸塞州政府、把涉嫌波士顿动乱的被告送到英国审判并限制对西部的开发,而后者尤其损害了南方种植主的利益。英国的报复行为在北美引起了公愤,并导致召开了由各地代表组成的第一届大陆国会(First Continental Congress)。大会决定全面抵制英货,并在激进分子的鼓动下开始考虑独立问题。1776年召开的第二届国会委托杰弗逊(Thomas Jefferson)起草《独立宣言》,一部伟大的政治哲学宣言由是诞生。7月4日,来自全部13州的56名代表们一致签署了宣言。它向世界首次宣布:

我们认为下列真理是不证自明的,即所有人都生来平等,造物主赋予他们以某些不可剥夺(unalienable)的权利,其中包括生命、自由以及对幸福的追求。为了保障这些权利,政府组建于人们中间,并从被统治者的同意中获得其公正的权力。一旦任何形式的政府破坏了这些目标,人民有权变更或取消之,并建立新的政府,使其所基于的原则及其权力的组织形式在他们看来最可能实现他们的安全和幸福。谨慎的考虑确实要求,长期建立起来的政府不应因微不足道和一时的原因而变更;因此,所有经验都证明,只要危害尚能忍受,人们更愿意忍受,而不是通过取消他们已经习惯的政府形式来加以纠正。然而,当一长串滥用和篡权总是跟随着同样的对象,以致显示出一种要把他们置于绝对专制之下的图谋时,他们就有权利和责任推翻这类政府,并为其未来的安全提供新的保卫者。

《独立宣言》首次宣布,任何人都具有某些不可剥夺的基本权利。

《宣言》然后把英王描绘为绝对专制的暴君,并列数了他的罪恶,最后宣布各殖民地脱离英国统治,成立“自由与独立的各州(States)”。应当指出的是,《独立宣言》并不是美国宪法的组成部分,因而不具备任何正式的宪法效力。但它是美洲所有制宪努力的前奏和基础,对美国社会与政体的建立产生了巨大影响,宣言签署之日也成为美国一年一度庆祝的“独立节”。

思考 美国革命和以后的下述中国革命有何异同?对于美国革命及英国“光荣革命”和法国革命之间的区别,参见阿伦特的《论革命》一书。(Arendt, 1963)

二、美国宪法

美国的立宪主要分三个阶段。第一,在1776年独立革命胜利后,美国13

州先后制定了自己的宪法。第二,1780年,美国各州代表制定了《邦联条款》,建立了一个弱中央政府。第三,1787年,由于邦联政府不能令人满意,各州又派代表在费城召开制宪大会,制定了《合众国宪法》,建立了权力相对集中的联邦政府。由于联邦宪法设计了比较合理的政府体制,因而虽然在以后的两个世纪中历经沧桑,宪法的形式与实质都保持基本稳定。

(一)各州宪法的形成与发展

最早制定宪法的是宪政意识最强的弗吉尼亚州(Virginia)。刚刚独立,弗州宪法就成形了。这部宪法显然受了社会契约论和《独立宣言》的影响。宪法首先列数了英国殖民统治的危害,并在开篇就公告了简短精悍的“权利宣言”,共16条。其第1条宣布:“人人天生皆同样自由和独立,且具有某些内在权利;当他们进入社会状态时,他们不可能通过任何契约,去剥夺其后代的这些权利。这些权利就是享受生命和自由,且具备手段去获得并占有财产、追求并获得幸福和安全。”第五条规定了有限的选举权,第8条与第11条规定了获得刑事与民事陪审的权利,第10条禁止残酷与非常处罚以及无理搜查或征收,第12条保障新闻自由,第15条与第16条分别规定了公民信仰宗教的权利与义务。宪法进而规定了一个三权分立的政府,议会采取两院制。总的来说,弗州宪法是各州中制定最早与最完善的一部州宪。它为其他州的立宪提供了经验,并为联邦宪法的制定打下了基础。联邦宪法《权利法案》的起草者麦迪逊就是弗吉尼亚人,且其中有不少条款似乎就是取自弗州的《权利法案》。曾有人论证,弗州宪法甚至越过大西洋,影响了法国革命以及《人权宣言》的起草。

弗吉尼亚州制定了第一部宪法,其权利宣言保障基本自由。

和弗吉尼亚同时在第一次运动中立宪的还有宾夕法尼亚州(Pennsylvania)。如果说弗吉尼亚州代表了自由主义,宾州宪法则代表比较激进的民主主义。民主化浪潮过后,这种体制被证明不可行,因而又于1790年重新制定宪法。第二次立宪运动又回到了自由主义,强调私有财产不受各州立法机构的侵犯。这次运动的代表是马萨诸塞州。和弗州与宾州宪法不同,1780年的麻州宪法至今仍然有效,其历史超过了联邦宪法,因而是美国“资格最老”的宪法。

由于美国是联邦制,各州都有自己的宪法,因而联邦宪法的制定并没有代替或取消各州宪法。相反,各州相当积极活跃地修订与完善本州的宪法,使之尽量体现本州特色和人类对自身理解的普遍提高。由于修正程序比较简单,各州相当频繁地修正其宪法。在过去的两百多年中,有的州甚至已经变换了好几部宪法。各州宪法的易变性和联邦宪法的稳定性相得益彰,构成了一个相互比较、借鉴与促进的宪政体系。

(二)《邦联条款》

早在1777年,独立后的美国各州就感觉到成立中央政府的必要性,因而派遣代表商讨并制定了《邦联条款》(Articles of Confederation)。1781年,《邦联条款》正式生效,邦联于是成为美国的第一个中央政府。种种迹象表明,独立战争以后,美国人对中央权力存在着强烈的排斥心理。因此,邦联的权力极为有限。和以后的联邦政府一样,它也有一个“国会”(Congress),但议员不是独立选出来,而是由各州选派的代表组成,且对于所有重要问题的立法都需要各州的全体同意,因而极大地限制了国会的立法权。邦联没有自己的执法机构,因而如果各州不履行邦联所规定的义务——如向邦联纳税,邦联无力强制执行。邦联也没有自己的法院,因而邦联条款的意义本身就受制于各州的不同解释。

《邦联条款》所建立的中央政府过于软弱无能,不适合美洲社会发展的需要。

无论在政治、经济、外交或军事上,邦联政府都显得软弱无能:它无力控制各州的立法权力,任凭各州议会干预司法程序,重开已经决定的法庭争议或更改法院判决,以破坏债务契约,为负责人开脱;它无权向各州征税,面对各州迟迟不履行摊派的财政义务无能为力,以致曾有一度,退伍军人因得不到独立战争期间欠付的军饷而威胁兵变;它无权调节国际与州际贸易,不能与外国签订条约,也无阻止各州之间的报复性贸易战;它无力保卫美洲的疆土,以抵制英国与西班牙挑拨与分裂各州的企图,或保护西部边疆的开发者免受印第安人的骚扰;最后,邦联没有自己的武装力量,不能保卫各州内部的社会治安。

这些弊端都表明邦联政府不能解决美国社会的问题,因而不适合美国社会的需要。1787年的谢司叛乱(Shays Rebellion)成为新宪法运动的直接导火线。在那场叛乱中,农民债务人组成的武装力量关闭了麻州西部的法院,并威胁袭击波士顿,要求州议会采取通货膨胀立法给债务人以信用救济。最后州政府满足了农民的部分要求,在没有邦联的帮助下自己解决了危机。此事发生后,联邦党领袖汉密尔顿在安那波利斯(Annapolis)会议上推动国会在宾夕法尼亚州首府费城(Philadelphia)召开制宪会议,以建立一个更为强有力的中央政权。

联邦党人提议召开大会以修改宪法。

(三)费城会议

现在看来制宪会议的发起主要是出于经济原因。一方面,各州之间的经济利益冲突导致贸易战不断升级,并在缺乏联邦权威的干预下,有可能最终诉诸刀剑。另一方面,在各州内的债权人利益正受到州议会的威胁。比尔德(Charles Beard)在《美国宪法的经济观》一书中认为,赞成与反对新宪法之间的斗争实际上是少数代表新兴动产利益集团的联邦派和多数代表小农与债务人的反联邦派之间的斗争。对推动新宪法最为热衷的是四个最大的动产利益

费城的制宪会议具有经济利益的动因。

集团:公债持有人,货币,制造业,贸易与航运。他们主张建立强大的中央政府以限制各州立法破坏契约、打击资本的权力,打破各州对外来商业竞争的各种限制,并稳定币值,保障政府债务的信用。这些代表动产利益集团的联邦派聚集了众多杰出人才,他们的积极活动终使联邦宪法得以诞生。当然,纯粹的经济分析不免忽略了非经济因素的重要作用,而且把宪法这部代表不同利益集团的妥协性文献,简单归结为单个利益集团的胜利结果。但制宪运动背后的经济成分足以说明:美国宪法的缔造者是一批经验丰富的政治活动家,他们更多地出于实际功利而非抽象理论,为新政府制订了一部能够付诸实践的宪法。

弗吉尼亚方案曾遭到反对,各方利益的妥协产生了联邦宪法。

在1787年的费城会议上,联邦主义者先发制人,一开始就提出了一个倾向于中央主义的弗吉尼亚方案(Virginia Plan)。新的国会将具有模糊而广泛的权力,国会两院的代表席位根据各州人口按比例分配。这一提案遭到了来自小州的代表们的一致反对,会议曾一度陷入僵局。最后,“大调和”(great compromise)使大小州代表们达成妥协:众议院代表全民,席位的比例按各州人口分配;参议院代表各州,不论人口多寡,每州一律两席。因此联邦议会的两院各有全民与州的成分。联邦的执法机构采取单元首脑制;总统由全民通过各州选举院(Electoral College)产生。小州代表之所以能同意这项安排,乃是由于他们认为在全国范围内不可能产生选举总统所需的足够多数;假如这种情形发生,宪法规定总统将由众议院按各州平等投票产生。此后,大小州冲突转化为地域性利益冲突。在如何处理黑奴与如何接纳西部新开发的疆土进入联邦的问题上,北部和南部代表各持己见。最后,著名的“五分之三条款”和邦联国会发布的西北法令使南北代表达成优惠南方的协议。由此可见,虽然制宪运动是由联邦党人发起,宪法本身却是一部反映当时不同地区有势力集团的利益妥协的文件。

评注

联邦体制的理论基础——《联邦党人文集》

所谓《联邦党人文集》(*Federalist Papers*),是一群赞同加强中央权力的“联邦党人”为了争取宪法在各州获得通过而撰写的一系列报刊论文,前后共82篇,作者为汉密尔顿(Alexander Hamilton)、麦迪逊(James Madison)和杰伊(John Jay)。其中最重要的是第10篇和第51篇,皆为麦迪逊所作。它们表达了美国最重要的立宪思想,因而几乎具有宪法性地位。

在上述《联邦党人文集》第10篇,麦迪逊奠定了美国的利益集团自由主义(interest group liberalism)和联邦制的理论基础。论文的焦点是探讨如何在利益相互对立的公民团体中,建立一个理性的共和政体,以控制多数派系的压

制能力,保障少数派系的自由与财产权利。最后,作者为派系斗争这个“共和国特有的病症”找到了一个“共和国的疗方”:即在各州主权之上建立有限的联邦政府,以形成对各州大众政府的有效制约。这样,在每个州内或许会形成单个压倒性的多数派系,但一州的多数势力将被其他州具有不同切身利益的多数势力所抗衡。因此,麦迪逊发现,对少数派系的保障存在于共和国的广延之中;在那里,联邦与各州的双重政府互为制约,局部与局部互为控制,并各自受制于整体。

《联邦党人文集》第10篇奠定了美国的利益集团自由主义和联邦制的理论基础。

如果联邦体制对保障自由而言是必不可少,那么下一步就要确定联邦政府的具体形式及其权力的内部结构。显然,在创立联邦政权来控制各州政府的同时,缔造者必须考虑联邦本身成为专制政权的可能性。当时已在美洲广为流传的孟德斯鸠的“三权分立”理论,提供了对民主的“辅助性防御”。但在《联邦党人文集》第51篇,麦迪逊清楚地道出了大众政府的难题:正因为人们不是神,他们才需要政府的统治;也正因为人们不能以神来统治人,政府才需要权力制约。但政府的职能即在于统治;在迫使政府有效地控制自己之前,首先必须具备一个能够统治的政府。

《联邦党人文集》第51篇提出了统治难题:社会既需要政府统治,又需要制衡政府权力。

(四)《合众国宪法》

在联邦党人的积极推动下,新宪法在各州相继得以通过。这部宪法抛弃了以往欧洲所崇尚的国家主权不可分割的教条,首次系统地尝试在地域上和机构上实行政府分权。新宪法规定了一个复合的共和政体。严格地说,它的主权既不完全在于联邦、也不完全在于各州政府;正如麦迪逊在《联邦党人文集》第39篇所言,它兼备国民与邦联的特性。不仅如此,联邦政府的最高权力还分散在三个平行机构;它们的来源各不相同:众议院由各州按地区由享有公民权的大众选出,每个人口超过三万人的地区可选一名众议员;参议院席位每个州固定两名,在当时由各州议会选出,1913年宪法修改为各州直选;总统则在全国范围内由各州选举院选出,后来在实际上和全国直选无异。因此,总统将代表联邦范围内的全体选民,考虑联邦的整体利益;而国会则代表州与地区的选民或集团的部分利益。它们的任期相互交叠:众议员任期两年,参议员六年;皆可连选连任。总统任期四年,第一任总统华盛顿以身作则,制定了至多连任一届的不成文规定,第二次大战后宪法修正使之成文化。法官则由总统任命,参议院批准,并享有终身制。因此,联邦政府的组成结构确实经过精心设计,使之能够表达各个层次的不同利益,这些利益通过政府的不同分支互相制约。而且不论多数派系如何强大,它难以在一次选举胜利中一举改换政府所有分支。

美国联邦宪法规定了复合的分权制度。

事实证明,联邦宪法比较适合美国社会的发展,因而体现出高度的稳定性(这当然也和其困难的修正程序有关)。在以后两百多年中,美国社会经历了第二次工业革命、内战和新政等一系列剧烈变化,但宪法的明文修正主要只有两次。第一次是1791年通过的《权利法案》,由前十条修正案组成。前八条修正案保障公民的各种权利,包括言论与出版自由、宗教与信仰自由、免受无理搜查和占领的人身与住宅安全以及一系列刑事审判程序的权利。第五修正案还规定:任何人“不得不经由法律正当程序(due process of law),即被剥夺生命、自由与财产”。第九与第十修正案重申了联邦政府的有限权力原则,仅发挥宪法解释的职能。所有这些修正案仅适用于联邦政府,而不适用于各州。

联邦宪法高度稳定,只经过两次主要修正:《权利法案》和内战后修正案。

第二次重要修正发生在内战以后,共有三条修正案。在这一时期,联邦宪法加强了对各州权力的控制。1865年的第十三修正案取消了蓄奴制。1868年通过的第十四修正案禁止各州侵犯公民的法律正当程序(due process of law)，“或在其管辖区域内对任何人拒绝[提供]法律的平等保护(equal protection of laws)”，其中正当程序条款被联邦最高法院解释为“吸收”了《权利法案》中的某些重要条款。因此,尽管这些条款原来仅适用于联邦,现在也适用于各州。1870年的第十五修正案禁止联邦或各州政府基于种族而歧视公民的选举权。此后还有两条禁止歧视选举权的修正案:第十九修正案和第二十六修正案分别禁止基于性别和年龄(18岁以上)而歧视公民选举权。

三、法国宪法

无独有偶,就在美国联邦宪法制定的第二年,大西洋彼岸的法国爆发了一场声势浩大的革命。1789年,法国第三阶层推翻了国王和贵族统治。8月26日,法国人民制定了举世闻名的《人与公民权利宣言》(简称《人权宣言》)。鉴于这部宣言对法国和世界人权的重要意义,将其全文照录于此。

《人与公民权利宣言》

组成国民议会的法国人民代表相信:对人权的无知、健忘和蔑视,乃是公共灾难和政府腐败的唯一根源。他们决心通过庄严宣告,来规定人的自然、神圣与不可剥夺之权利,以使本宣言不断呈现于社会的每个成员之前,使之牢记其权利和责任;使立法和执法权力的行动能时刻与每个政治机构的目的相对照,从而获得更大尊重;使基于简单和不可争辩之原则的公民申诉,能永远围绕着宪法之维持和所有人之幸福。有鉴于此,国民议会在上帝(Supreme Being)的保佑下,承认并宣布下列人类和公民之权利。

第1条:人人生来自由与平等,并有权保持之。社会区别必须基于普遍福利。

第2条:每一个政治社会的目的,皆是保护人的自然与不可战胜之权利。这些权利是自由、财产、安全和对压迫之抵制。

第3条:所有主权原则之要义皆在于国家(Nation)。任何公共机构或个人所行使的权力,都必须明确来自国家。

第4条:自由在于能够做不损害他人的任何事;因此,每个人行使自然权利的仅有限制,乃是那些保证社会其他成员享受同样权利之限制。只有法律(Loi)才能规定这些限制。

第5条:法律只能禁止对社会有害的行动。任何未被法律禁止的事物皆不得受到阻碍,且任何人不得被迫使去做法律并未命令的事情。

第6条:法律表达普遍意志。所有公民皆有权亲自或经由其代表来参与法律之形成。不论是保护抑或惩罚,法律必须对所有人一样。所有公民在法律面前平等,并根据其能力,同样有权获得所有公共荣誉、职位和雇佣;区别只能基于道德和才能。

第7条:除非根据法律及其所规定的程序,任何人不得受到指控、逮捕或拘留。那些要求、制订或执行任意命令的人必须获得惩罚;但对于根据法律的传讯或逮捕,每个公民必须立即服从:抵抗使之有罪。

第8条:法律只能制订那些严格与明确必要之处罚,且除非在错误行为(Delict)发生之前即制订、颁布并合法运用法律,任何人皆不得受到惩罚。

第9条:除非被宣布有罪,每个人都必须被假设无辜;如对一人之逮捕被判决为绝对必要,那么对逮捕而言并非绝对必需的任何严厉对待,都必须受到法律的严厉禁止。

第10条:只要其表达并未扰乱法律所建立的公共秩序,任何人不得因其见解——即使是有关宗教见解——而受到恐吓。

第11条:思想和见解的自由交流,乃是最为宝贵的人权之一;因此,除了根据法律决定的情形而必须为这项自由的滥用负责,每个公民皆可自由言论、写作并发表。

第12条:对人和公民权利之保障,要求公共力量之存在;这种力量的建立乃是为了所有人的福利,而非那些受委托者的特殊利益。

第13条:为了维持公共力量和行政开支,社团赞助是必不可少的;它必须根据能力,在所有公民之中平等分配。

第14条:公民有权通过其代表,来决定公共捐献的必要性,以自由同意之并获知其使用方式,并决定其数量、基础、征集和期限。

第15条:社会有权从每个公共官员那里获得其行政账目。

第16条:只要权利保障未获保证且三权分立未受规定,那么社会就缺乏一部宪法。

第17条:财产是不可剥夺的神圣权利;除非以合法形式建立的公共需要明确要求,且在公正补偿被事先支付的前提之下,任何财产皆不得受到剥夺。

(一) 第二次世界大战之前:民主与独裁的交替

但和中国的辛亥革命一样,法国革命也导致了很长时间的动荡。在以后一百多年中,君主独裁和民主政体相互交替,产生了许多部没有实质意义的宪法。事实上,《人权宣言》所表达的理念并没有获得直接实施。1791年,法国在君主立宪体制下建立了第一部民主宪法。它包括了《人权宣言》,建立了三权分立的政府,取消了选民的财产资格,并限制了国王权力。但在次年,法国人民就废除了君主制,建立了法国历史上的第一共和国。但革命越来越激进,并最终导致雅各宾(Jacobins)暴政。几年之间,法国人民已经从对民主的渴望转变到对混乱的厌倦。只有一个能干的独裁者才能收拾残局,而他就是拿破仑·波拿巴(Napoleon Bonaparte)。

法国革命产生了《人权宣言》。《人权宣言》长期未能获得实施。

拿破仑先做了几年第一执政官,很得民心。1802年,他成功地使执政官成为终身职位。但和袁世凯一样,他仍不满足;比袁世凯幸运的是,他在两年之内就在选民拥戴下当上皇帝,成立了第一帝国。但法国终究还是比中国幸运,因为袁世凯是一个只知道追求权力的军阀政客,拿破仑则确实是一位多方面的天才。虽然他没有制定宪法,但他运用独裁权力制定了近代世界第一部成文法典——《法国民法典》,有时也被称为《拿破仑法典》,并和《人权宣言》一样对世界各国产生了重大影响。事实上,因为法国一直缺乏一部稳定的宪法,《民法典》长期以来充当着法国基本法的角色,因而和《人权宣言》一样也是法国最古老的法典。

拿破仑主持制定的《法国民法典》发挥了基本法的作用。

滑铁卢战役之后,拿破仑政权被推翻,法国又经历了不同王朝的统治。大革命过后半个世纪,法国人民似乎又开始青睐民主。1848年,二月革命建立了新的民主体制,采纳了类似于美国总统制的第二共和宪法。但法国对民主的热情并不长。1852年,第一执政官的侄子路易·波拿巴建立了第二帝国。1870年,法国在色当战役中惨败,帝制再次被推翻,并建立了第三共和。

第三共和是法国历史上最稳定的民主统治。部分是为了保证民主,防止美国宪政中出现的“法官统治”,第三共和并没有一部成文的宪法,而只有三部议会可以随时修改的基本组织法。但由于第三共和过于强调议会至上,而议会中不同派别之间经常相持不下,因而给国家的治理带来了困难。且由于存在着反对民主共和的社会势力,法国政局并不稳定。1940年,法国遭到法西斯侵略,第三共和被推翻。

(二) 第二次世界大战之后:民主宪政的起飞与巩固

直到第二次世界大战结束后,法国才开始步入稳定的民主。即使如此,一开始的努力并不十分顺利。1946年,法国建立了第四共和。由于冷战期间,国内极左与极右势力难以调和,议会各派之间缺乏基本共识,不能形成稳定的多数,从而导致内阁如走马灯一样经常变换。因此,第四共和宪法并没有解决

法国政体一直动荡不稳。

法国历史所遗留的问题。另外,虽然宪法建立了宪法委员会,但它并未能发挥有效作用以维持宪法的实际效力。

戴高乐主持制定了第五共和宪法。

1958年,法国再次发生了政府危机,内阁和军方就阿尔及利亚独立问题发生分歧。驻扎在阿尔及利亚的法军占领了科西嘉岛,宣布拥护戴高乐将军执政。迫于压力,由中间和左翼党派组成的联合政府垮台。第四共和总统邀请戴高乐组织新政府,使法国自拿破仑以后迎来了第二个军事强人。但法国再次被证明是幸运的,因为和拿破仑一样,戴高乐不仅是一位军事领袖,而且是卓越的政治家和宪政主义者。戴高乐同意执政的条件就是允许他制定一部新宪法。“宪法协商委员会”讨论产生了第五共和宪法,并通过了国政院(Conseil d'Etat)的审查。9月28日,宪法被交由公民表决,并获得80%选民表决的通过。

第五共和宪法获得实施,有助于维持其稳定性。

第五共和宪法共15章92条。宪法前言指出:“法国人民在此庄严宣告对人权和国家主权原则的归附;这些原则定义于1789年的《人权宣言》,并获得1946年宪法前言的肯定和补充。”第五共和纠正了以前一些不切实际的民主理念,有限度地加强了行政权力,并建立宪政院(Conseil Constitutionnel)以专门监督宪法的实施。事实证明,第五共和的体制比较符合法国的“国情”,经受住了历次政治风浪的考验。宪政院的决定使得宪法条款带上了法律意义,《人权宣言》真正成为一部法律文件。既然宪法赋予实际的具体的法律权利,人民也开始对它产生了“感情”,不像以前那样对宪法是否存在觉得“无所谓”,也不会轻易变更甚至抛弃确实为他们的自由提供保障的基本法。在历时170年的曲折过程之后,法国终于进入了宪政民主的稳定轨道。

四、联邦德国

欧洲另一个主要国家——德国——的立宪经历相对较短,并经过了更为痛苦的过程。和中国类似,德国在传统上是一个专制国家,并经过了两次战败之辱,只是在20世纪中叶以后才真正步入宪政的。但建立在法治的基础上,德国宪政发展很快,大有后来者居上之势。德国的宪政经验是令人鼓舞的,值得世界各国借鉴、效仿。

(一)第二次世界大战之前

日耳曼第一部自由主义宪法是未能生效的保罗教堂宪法。日耳曼统一后德国制定了一部专制帝国宪法。

和英国与法国相比,德国在经济、工业与民族统一等各方面都是后起国家。宪政也不例外,因为它建立在统一国家的基础上,而日耳曼直到19世纪后期才获得统一。然而,日耳曼的制宪努力却早在19世纪中期就已开始。在1848年的革命中,日耳曼人民在法兰克福的保罗教堂(Paulskirche)起草了该民族第一部宪法,并对人权提供了基本保障。但由于革命流产,保罗教堂宪法从未生效。

1870年,在普鲁士联军打败法国后,俾斯麦整合了日耳曼君主国,完成了

德国统一。1871年,德国制定了第一部成文宪法。这是一部帝国宪法,国家的最高权力掌握在国王及其任命的总理手中。国王有权解释宪法、解散议会、宣布戒严、制定外交政策并监督所有联邦法律的执行。宪法也没有对公民权利提供普遍保障。虽然帝国议会实行成年男子普选制度,但由于人民缺乏参政意识,议会权力实际上为少数贵族所控制。第一次世界大战以德国战败告终,帝国宪法也随着帝国的崩溃而无效。

1918年,第一次世界大战失败后,德国仓促成立了魏玛共和(Weimar Republic)。次年,德国人民制定了一部自由民主的《魏玛宪法》。这部宪法继承保罗教堂宪法的传统,试图对个人基本权利提供实质性保障。政府实行民主选举,议会实行两院制,且帝国议会(众议院)根据政党比例代表制选出。但由于德国当时的民主基础过于薄弱,社会上层极为保守并念念不忘帝国亡灵。严峻的经济形势和大萧条所带来的经济危机,使社会处于不断的动荡与恐慌之中。比例代表制使民主政府过于分裂,难以形成稳定的多数,进而引起内阁过分频繁的更迭。(详见本书第六章)所有这些都利于一个温和民主政体的生存,并最终为纳粹的独裁统治创造了机会。

第一次世界大战失败后制定的魏玛宪法不利于政府稳定,未能获得有效的施行。

(二) 第二次世界大战之后

第二次世界大战再次战败以后,德国被盟军分为四个军事管辖区。1948年,美、英、法三国占领区的各州政府提议制定宪法。在宁静的琪米斯湖畔,宪法学家起草了以该湖命名的《基本法》草案。次年,议会理事会讨论并修改了草案,并在超过2/3州议会通过后生效。同年,前苏联所占领的地区也通过了一部宪法。从此,东西德开始了长达四十年的分裂。1990年的《统一条约》使德国重归统一。原西德的宪政体制也被扩展到前东德。统一之后,《基本法》经过少量修改,被适用于整个德国,并“对全体德国人民有效”,从而成为统一德国的宪法。

第二次世界大战结束后,西德制定了《基本法》,德国统一后也被适用于前东德。

《基本法》共146条,分为11章。第一章包括前19条,从正反两个方向定义了公民基本权利及其限制。第二章共18条,定义了国体的基本特性、联邦(Federation)和州(Laender)政府之间的权力关系、地方自治与政党原则。第三章与第四章共16条,分别规定了代表全民的联邦众议院(Bundestag)和代表各州的联邦参议院(Bundesrat)之组成、选举和议事程序。第五章与第六章共16条,分别规定了联邦总统和以总理(Chancellor)为首的联邦内阁的资历、选举、任期、权力范围和相互关系。第七章与第八章共22条,进一步处理联邦和各州的立法与执法权限。第七章界定了联邦与州政府的立法权力范围,分别列举了联邦的专有(Exclusive)立法权和联邦与州共有(Concurrent)的立法权;第八章则规定了各州执行联邦法律、联邦直接执行及其与州政府共同执行之任务,从而形成了联邦立法、各州执法的纵向分工。最后,第九章共13条,



图 2.6 德国自由宪政的诞生地——法兰克福的保罗教堂
1848年,在这里通过了从未生效的自由主义宪法。

规定了法院的结构和独立地位,并定义了联邦宪政法院的组成、选择与管辖权。

值得特别指出的是,《基本法》特别建立了宪政法院以保证宪法的实施。作为大陆法系国家,德国一直采用专门法院系统来审查不同实体领域的诉讼。《基本法》制定后,又在原有专门法院的基础上增设了一个专门法院系统——宪政法院,由联邦(最高)、各州(上诉)和地区(基层)宪政法院组成。德国综合了美国与法国的经验,授权宪政法院同时审查由公民提出的具体争议和有关政府机构提出的抽象法律争议,并撤销和《基本法》相抵触的立法条款。在战后半个多世纪的发展过程中,宪政法院制定了丰富的案例法,使《基本法》的文字与精神充分落实到社会与政治生活中,《基本法》因此而获得了公民的普遍尊重。

《基本法》建立联邦宪政法院,从而获得有效实施。

五、走向一个欧洲联邦?

在欧洲,第二次世界大战的结束标志着和平战胜了暴力,自由民主战胜了独裁专制,因而整个西欧迎来了宪政的黄金时期。法国逐渐步入了稳定的宪政民主,前法西斯国家——德国、奥地利、意大利——也从独裁专政转向建构在自由民主之上的宪政体制。但和美国的联邦制不同,欧洲近代以来一直由独立国家组成,而国家之间的分裂与对立给欧洲带来了巨大的创伤。为了防止悲剧再次发生,西欧国家尝试在更大的范围内实行宪政。法国在这方面发挥领导作用。鉴于欧洲长期分裂的历史,欧洲宪政不可能像美国那样顺利与“整齐”,不可能通过一次“费城会议”就使各独立国家放弃其最重要的主权,而成为类似于州的实体。因此,欧洲宪政注定是一个渐进、曲折的过程,且“欧洲宪法”本身也注定是一堆复杂与分裂的规则,沿着一条漫长而不确定的道路走向整合。

欧洲层面的宪政过程比美洲更为曲折。

欧洲范围内的“基本法”分为两大类:经济与人权,而两者所涵盖的国家范围又不一样。

(一)《欧洲共同体条约》与欧洲联盟

在经济领域内,欧洲宪政建立在三项共同体条约基础之上。1951年,为了防止德国重新武装后重蹈纳粹专政的覆辙,法国、西德、意大利、荷兰、比利时与卢森堡六国在巴黎签订条约,建立“欧洲煤钢共同体”。1957年,六国又在罗马签订了“欧洲原子能共同体”和“欧洲经济共同体”两项条约。以经济共同体为核心,这三项重要条约形成了“欧洲共同体”(European Community)的法律基础。它们定义了共同体立法、执法与司法机构的权力范围,规定在此范围内采取的法律措施具有最高效力,并必须在各成员国内获得统一适用。1965年,各成员国通过了《合并条约》,使三项条约具有统一的政府机构,即欧洲理事会、执行委员会、欧洲法院和欧洲议会。

三项基本条约建立了欧洲共同体,以后范围不断扩大。

此后,共同体的范围不断扩大,且整合程度亦不断深化。1986年,各成员国通过了《单一欧洲法案》,要求形成欧洲范围的统一“内部市场”(internal market)。1992年,欧洲部长理事会在荷兰的马斯特里特(Masstricht)制定了《欧洲联盟条约》,对原有的共同体条约作了根本性修正,并提出了建立“经济与金融联盟”的具体日程。根据日程计划,共同体已建立了欧洲中央银行,并于2002年开始采取统一的欧洲货币单位(ECU,简称“欧元”)。目前,共同体已经具有25个成员国,并有不断扩大的趋势。2004年,共同体实现了历史上最大的“东扩”,一次增加了10个成员国,其中绝大多数为东欧国家。

(二)《欧洲人权公约》

欧洲人权领域也和经济领域一样获得同步进展。1950年,欧洲14个国家

家在罗马签署了《欧洲人权公约》(European Convention of Human Rights)。该条约于1953年生效,目前涵盖了41个国家,其中包括最近增加的俄罗斯和东欧国家。因此,《人权公约》的覆盖面比共同体条约更为广泛。公约共五章、66条。其中第1条首先声明:“成员国政府应对其管辖范围内的每个人,保证本公约第一部分所定义的权利和自由。”第一章(第2—18条)规定了人的生命权利、言论和信仰自由、人身自由以及基本的刑事程序保障;第二章(第19条)建立了“欧洲人权委员会”和“欧洲人权法院”(European Commission and Court of Human Rights);第三章(第20—37条)和第四章(第38—56条)分别处理人权委员会和法院的结构和职能;最后,第五章(第57—66条)包括了一些普遍适用的条款。作为公约本身的补充,各成员国还在以后陆续通过了修正草案(Protocol)。

为了保障《欧洲人权公约》的实施,公约建立了自己独立的司法机构——人权委员会和人权法院,其人员由各成员国委派组成。公民可以申诉成员国侵犯了公约所提供的人权保障,并把争议提交给人权委员会进行筛选。对于被提交给人权法院审理的案件,法院有权作出具有约束力的决定。虽然人权法院本身无权撤销成员国法院的决定,并缺乏机制去强制实施法院判决,公约第53条规定成员国义务遵从人权法院的决定,且公约所保护的基本权利越来越受到各成员国的普遍尊重。近年来,人权法院所决定的案件数量不断上升,因而对于欧洲宪政在人权领域内的整合正发挥着越来越大的作用。

可以看出,欧洲尚没有形成一部统一的联邦宪法,经济和人权领域的法律保障仍分别被不同的条约和机构所管辖。这种状况固然不能完全令人满意,但欧洲正在逐步整合之中。曾经有提议要合并欧洲法院和人权法院。尽管这一提议未能实现,但它体现了对统一的联邦欧洲之向往。目前,欧洲共同体正在试图制定一部“宪法”。2004年6月的欧洲首脑会议通过了《欧洲宪法条约》(Treaty Establishing a Constitution for Europe),并进入各成员国的批准过程。然而,宪法条约接连在法国与荷兰的全民公决过程中遭遇重挫,目前仍处于搁置状态。

然而,在经过1999年阿姆斯特丹条约、2003年《尼斯条约》的有限改革之后,2009年生效的《里斯本条约》制定了《基本权利与自由宪章》,其中95%的内容和《宪法条约》相似。2010年,欧盟整合了《欧洲联盟条约》、从经济共同体条约演化而来的《欧洲联盟运作方式条约》、《欧洲联盟基本权利宪章》。由此可见,欧盟职能不再局限于原先的经济合作,而且已扩张到人权保护领域,大有和欧洲人权法院接轨的趋势。

欧洲人权公约具有独立的司法机构。

六、第三波民主——转型宪政的前景

1989年前后,东欧和前苏联发生了剧烈的政治变革,而其中某些国家至今仍未摆脱专制的阴影。虽然宪法和法律规定了选举的基本规则,但是在缺乏民主和法治传统的国家,这些制度往往在专制文化的影响下变形。在许多转型国家,民主制度仍然在确立过程之中。俄罗斯本身的改革一波三折,而普京接替叶利钦成为总统之后,俄罗斯的民主宪政更是前途未卜。

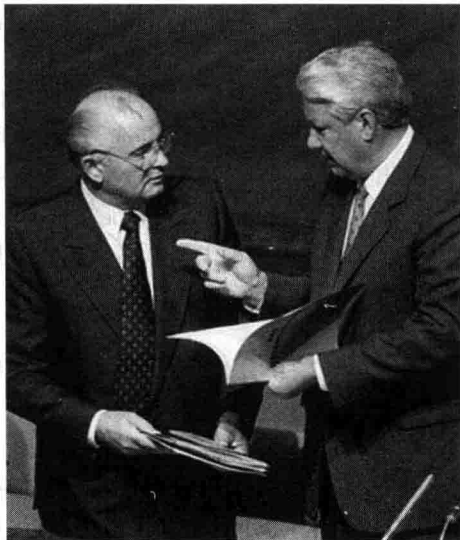


图 2.7 巨变的开端——戈尔巴乔夫和叶利钦

20世纪80年代后期,作为苏共总书记的戈尔巴乔夫开始党内改革,得到地方改革派叶利钦等人的支持。之后,叶利钦从体制内分解出来,苏联走向多党制,而这个庞然大国也随之解体。

2004年1月4日,在格鲁吉亚的总统大选中,37岁萨卡什维利击败执政10年的总统谢瓦尔德纳泽,成为格鲁吉亚的新任总统,为众多独联体国家树立了一个“和平政变”的榜样。据新华社报道,萨卡什维利的当选开创了独联体国家“反对派通过和平革命的方式民主更替政权”的先河,也揭开了东欧国家“橙色革命”的序幕。

同年11月21日,乌克兰举行总统大选。^{〔1〕}由于没有候选人获得过半的选票,决选在得票最高的两位候选人——现任总理亚努科维奇(Viktor Yanuk-

〔1〕 参见“乌克兰大选风波难以平息”,《参考消息》2004年11月26日;韩显阳:“乌克兰总统大选:曲终人未散”,《光明日报》2004年12月31日。

ovich)和反对党领导人尤先科(Viktor Yushchenko)——之间进行。根据官方统计结果,前者最后以49.5%比46.6%的微弱多数获胜。结果宣布后,反对派举行了大规模游行示威,抗议政府在选举中作弊,并号召举行全国大罢工。国际观察员指责政府在选举过程中有多起舞弊行为。美国外交部和欧盟委员会公开表示不能接受选举结果,并暗示乌克兰当局如不进行调查将受到制裁。俄罗斯总统普京则迫不及待地祝贺亲俄的亚努科维奇成功当选。乌克兰政府一度坚持不妥协,指责抗议者实际上企图政变,并暗示将采取大规模镇压活动,从而使国家濒临内战边缘。在各方面压力下,乌克兰最高法院开始审查选举舞弊问题,并最终宣判选举结果因存在严重欺诈而无效。12月26日,乌克兰再次举行总统大选,结果反对派候选人尤先科获得52%的选票获胜。虽然亚努科维奇仅获得44%的选票,他拒绝承认重选结果,并称将对重选出现的违规现象向最高法院提出上诉。12月28日,俄罗斯外交部对监督乌克兰大选的欧安组织观察员提出严厉批评,指责他们未能发现26日的大选第二轮重新投票中存在的广泛舞弊行为。但大约1.2万名外国观察员监督了重选投票过程,并表示此次投票基本公平。两次大选之间,尤先科曾在荷兰接受医疗检查,证明其在大选前曾遭人投毒致病。

几乎与此同时,罗马尼亚12日再次上演了类似的选举风波。此次选举是自1989年12月罗政局剧变以来罗举行的第五次总统选举。在11月28日举行的第一轮投票中,没有一位候选人获得半数以上的选票。根据选举法的规定,得票领先的前两名候选人参加第二轮的角逐,获得简单多数即可当选总统。在总统竞选的第二轮投票中,由于选举结果极为接近,现任总理阿德里安·讷斯塔塞和反对党候选人、布加勒斯特市长特拉扬·伯塞斯库均宣布在大选中获胜。最后结果显示,伯塞斯库以52%的得票率胜出。这些事件表明,民主制度并不因为宪法文本的规定就得到确立(consolidation),而是需要反对派的艰苦争取才能成功。只有在反对派通过合法斗争掌握政权之后,民主转型才算基本完成。虽然民主的大趋势不可阻挡,它在某些国家或地区却可能一波三折。在其他一些东欧国家,政府仍然可以通过限制言论、新闻、集会和结社自由来封杀反对派对选举结果的质疑,一如既往地民主的表面下维持专制。^[2]

在此前后,亚洲宪政也有所进展。韩国与我国台湾地区赶上“民主第三波”,分别于1986、1987年实现了宪政转型。2010年11月,缅甸当局释放了被软禁的反对派领袖、全国民主联盟总书记昂山素季。1990年,昂山素季率领

[2] “吉尔吉斯斯坦局势急转直下”,《光明日报》2005年3月25日;“白俄罗斯拘押前总统候选人”,《新京报》2006年3月27日。

民盟赢得大选,原可担任总理一职,但军政府宣布选举作废。她因不接受政府驱逐出境的交换条件,在过去21年中有15年处于被软禁状态。1991年,她获得诺贝尔和平奖,却无法亲自前往挪威领奖,只好让儿子代替自己发表了答词,其中引述了她的名言:“缅甸国民追求民主,是作为世界大家庭中自由与平等的成员为了充实全面、富有意义的生活而进行的斗争。它是永不停止的人类努力的一部分,以此证明人的精神能够超越其自然属性的瑕疵。”〔3〕她将130万美元的奖金交付信托,用于缅甸人民的健康与教育。就在其获释几天前,缅甸官方宣布,该国成功进行了20年来的首次多党制全国大选,并呼吁全国各派和各个族裔团结协作、摒弃前嫌,共同建设一个强大的缅甸。官媒《缅甸新光报》还发表“握手问候、携手前进”的社论,并释放出“如有组织愿意组建政党可以依法申请”的积极信号。同期,越南正在酝酿大规模修宪,目前已就修宪问题举行了数次全民大讨论,拟将国号“越南社会主义共和国”改为“越南民主共和国”,并建立宪法委员会,以利监督宪法的有效实施。〔4〕



图 2.8 缅甸反对派领袖获释后发表公开演讲

昂山素季呼吁缅甸人民团结一致,以全国和解的方式面对挑战,以理性正确的方式争取诉求。

从2011年开始,北非和中东出现了“阿拉伯之春”,穆斯林国家发生了民主转型的连锁反应。导火线是突尼斯的“孙志刚”事件:一位失业大学毕业生在街上卖菜,因无照经营而被警察没收,结果愤而自焚。年轻人的愤怒顿时爆发,他

〔3〕 张乐:“昂山素季获释后上千支持者迎接”,《新京报》2010年11月14日。

〔4〕 陈祥:“中国学者参与越南修宪改革”,《凤凰周刊》2012年第17期,第56-57页。

们纷纷上街抗议政府贪腐,最终导致74岁的独裁总统本—阿里下台出国。^[5]稍后,埃及爆发大规模游行示威,大批民众抗议物价高涨、失业和腐败,要求82岁的年迈总统穆巴拉克下台,解除实施了30年之久的“紧急状态令”,并进行政治经济改革。^[6]在席卷全国的示威浪潮面前,穆巴拉克不得不黯然离职并移交权力,最终因贪腐和滥权而接受法律审判。^[7]此后,阿尔及利亚、巴林、利比亚、叙利亚相继发生反政府示威。^[8]利比亚独裁者卡扎菲对示威者实行血腥镇压,最后在联合国介入下被反对派暴力推翻。^[9]叙利亚政府军与反对派仍然处于胶着状态,政府一度甚至对反对派适用化学武器,导致至少数百名平民死亡,引起国际社会强烈谴责。^[10]总的来说,破不等于立;虽然“茉莉花革命”推翻了一些阿拉伯国家的专制统治,但仍然处于建构宪政民主的转型阵痛期。

第三节 中国宪法的产生与发展

和世界宪政国家相比,中国的立宪史比较短暂,其发展历程却远比这些国家曲折。清末以降,中国社会长期处于战争与动荡的年代。其匆匆制定又匆匆抛弃的宪法如过眼云烟,目不暇接。大多数所谓的“宪法”昙花一现,因而钻研其具体条款几无意义。这说明一个道理:在动荡的大环境下,要确立宪法与宪政文化谈何容易。事实上,直到最近,中国宪法仍不是完全意义上的“法”,因而从严格的“宪法学”角度来讨论中国宪法具有特殊的困难。尽管如此,中国宪法毕竟是中国人自己的宪法,也是本书的读者最为关切的问题,因而尽管中国宪政仍有待发展,在此极有必要检讨一下中国自身的宪政历程。

根据宪法学的一般要求,本书不对不同的历史时期作简单的肯定或否定(见本书第一章对宪法学方法论的相关讨论)。“千秋功罪,自有后人评说”。

中国社会自清末起长期处于动荡状态,不适合宪政制度的发展。

[5] “突尼斯城管粗暴执法引发全国骚乱,总统外逃”,2011年1月15日,<http://news.qq.com/a/20110115/000764.htm>。

[6] “埃及万人游行逼掌权30年总统下台”,《华商报》2011年1月27日。

[7] “埃及成立修宪委员会,推进政治和民主改革”,2011年2月9日,<http://news.163.com/11/0209/22/6SG0BEMA00014JB5.html>。

[8] “多个阿拉伯国家爆发反政府抗议”,2011年2月15日,<http://news.163.com/11/0215/15/6SU06AQ00014JB5.html>。

[9] “利比亚首都爆发示威,卡扎菲之子发表电视讲话”,2011年2月21日,<http://news.163.com/11/0221/08/6TDESUG700014JB6.html>。

[10] 张乐:“叙利亚示威民众遭安全部队枪击至少120人遇难”,《新京报》2011年4月25日。

本书的任务不是在中国范围内孤立地评点中国的不同历史时期,而是试图从世界宪政的整体发展,来审视中国宪政发展所遵循的共同轨迹、规律和局限性。早先的立宪经验虽然充满着坎坷、挫折甚至荒唐的闹剧,但它们无论如何不失为中国宪政发展大过程中的可贵尝试。我们今天所需要做的不是盲目地肯定或否定自己的传统,不是站在传统这个巨人的肩膀上“厚今薄古”——这其实等于是在自我否定,而是应该认真审视中华民族作为一个历史的整体所走过的宪政路程,虚心参照其他国家的发展经验,看到自己今天仍存在的不足并努力加以改进。因此,本书的出发点是尽可能客观与中立地对待自己的历史——尤其是近代立宪史,避免对历史作出情绪化、程式化与口号式的判断。

应该客观与冷静地对待近代立宪史,避免对历史作出情绪化、程式化与口号式的判断。

笔者认为,公正地审查中国立宪史,中国宪法(史)学家应该确立以下基本态度:第一,过去的历史虽然充满坎坷,但作为中国立宪史的一部分,都有值得肯定——至少是值得认真研究——的地方。第二,中华人民共和国的宪政历程也走过弯路——这一点已经普遍承认,并由于改革开放引起社会的迅速发展,由于中国的民主与法治观念在不断提高,现行宪法中也存在着值得探讨与纠正的不足之处,因而应该允许自由、中立与客观的学术评论。第三,宪法学家应该就宪法而论宪法,把研究局限于事实—规范区别所界定的范围之内,不轻易代替今人或古人作出价值判断;不以人废言,亦不以制定者的政治背景或立场废法。最后,评论历史或现今制度必须是通过具体的事例和说理,而不是简单的结论式的肯定或否定。总之,作为一门“科学”,宪法学必须坚持“实事求是”,尽可能站在超越的立场上对中国宪政历程中的经验与教训作出比较公允的评价。

宪法学者应坚持实事求是,注意事实—规范区分,不要轻易作出价值判断。

从19世纪末期清政府尝试立宪开始至今,中国的立宪过程大致分为四个阶段:清政府的预备立宪时期,辛亥革命与军阀的尝试立宪时期,南京国民政府时期和现今的中华人民共和国时期。

一、预备立宪(1895—1911)

(一)立宪思想的形成

如上所述,中国历史上并不是没有“宪法”性规范。但中国确实一直没有一部正规的成文宪法,且传统的基本道德与法律规范和现代的自由民主宪政规范差距太远——甚至相互排斥。因此,中国立宪的困难不在于中国历史上没有一部宪法——中国人那时具有自己固守的那一套基本价值,而是在于革新与转变中国的传统思维,并使之适合现代社会的发展。要生存与发展,只有立宪“变法”,而这是一个具有根本意义的现代化变革。从近代史教科书可以看到,中国在立宪观念上的进步是极其缓慢的。从林则徐、魏源、李鸿章开始,中国士大夫只以为是有没有“坚船利炮”的问题,只需要“师夷长技以制夷”。只有少数改良主义者认识到腐朽的政治制度是中国走向富强的根本障碍,如

中国社会对宪政的认识经历了一个艰难的转变过程。

冯桂芬的《校邠庐抗议》和郑观应的《盛世危言》，但他们的主张并没有引起广泛重视。最关键的是，在这一时期的立宪努力只是为了“救亡图存”的功利目标。中国当时对国外的政治体制和社会生活方式了解极少，对自己国民的人格与生存状态没有比较与反思，而自由、民主与宪政的思想则远未深入人心。因此，宪政能使国家富强，就支持宪政；倘使专制能使国家富强，便转而支持专制。国家主义情结是中国立宪最主要的动力，也是历次立宪运动最根本的局限性。

使中国认识到宪政重要性的是日本打赢的两次战争。1868年的明治维新使日本顺利步入了列强的行列，从而成为通过君主立宪而走向富强的典范，迟早会对中国产生震动。1895年的“甲午战争”宣告了近半个世纪的“洋务运动”失败，极大地震撼了中国知识分子。在清政府准备接受马关条约的消息传来后，康有为发动在京参加会试的一千二百多名考生联名“公车上书”，痛陈变法图强的必要性。甲午战败使多数改良主义者认识到制度建构的重要性，因而纷纷学习并介绍西方宪政制度，并提出了君主立宪的初步主张。一时间，西学在朝野上下蔚然成风。（荆知仁，1984：58）以康有为、梁启超、谭嗣同等为代表的维新派进一步提出“伸民权、争民主、开议院、立宪法”的纲领，并通过翁同龢影响了年轻的光绪皇帝。1898年，光绪在维新思想的影响和慈禧太后的默许下施行“新政”，在短短一百多天时间内颁布了110条维新法令，是谓“百日维新”或“戊戌变法”。这次改良运动主要涉及教育体制的改革、官僚机关的精简、财政制度的集中、军队现代化、满族特殊待遇的取消等问题，规定满族一律自食其力，并鼓励新闻自由和平民上书的自由。

不幸，和历次变法相仿，“戊戌变法”触动了满清统治者的切身利益，因而“维新”只推行百天便遭到以慈禧太后为代表的保守势力镇压。这是中国立宪努力的一次重大挫折。尽管维新失败了，变革的压力却依然客观存在。及至1900年“义和团”运动失败，八国联军攻占京城，慈禧本人和满清的王公贵族被迫“西游”逃难，才从玩弄“义和团”与列强的平衡术中醒来，两度下诏罪己。这次事件使保守派也意识到不改革就没有出路，张之洞、刘坤一、荣禄均奏请变法。在朝野的压力下，慈禧复行新政，从1902年起下达了不少改革措施，主要目的是为了“废科举、设学堂、派游学”。至于立宪，朝廷上下的努力则依然相当疲软。即使是梁启超在1901年发表的“立宪法议”，也只代表了少数民间知识分子对宪政的希望。

第二次战争是1904年因满洲利益冲突而引发的日俄之战。这场战争以日本小国打败俄罗斯大国的结局告终，被认为是立宪国战胜专制国的决定性证明，因而再次震动了中国朝野，并推动了中国的立宪进程。从此以后，立宪和国家与民族的强盛紧密联系在一起。1905年，驻法使臣孙宝琦首先奏请立宪，其他驻外使节和官员也纷纷呼应，因而立宪成为朝廷议政的中心问题。在民间，立宪也

维新派实行了短暂的“戊戌变法”，遭到满清既得利益者的镇压。

“戊戌变法”的失败是中国立宪努力的第一次重大挫折。

日本立宪的成功和富强推动了中国的立宪过程。

成为各报纸杂志议论国事的热门话题,涵盖了以前关于变法、民权、议会的言论。

另一方面,孙中山于1905年联合各反清团体成立“同盟会”,提出了“驱除鞑虏、恢复中华、建立民国、平均地权”的主张。自此,立宪运动分为两派。(参见王世杰、钱端升,1997:345—346)一派为孙中山所领导的革命立宪运动,认为“不革命决不能立宪”,倡导建立民主共和制;另一派为康有为、梁启超所领导的改良立宪运动,主张借鉴日本或英国的君主共和制,在维持满清统治的前提下实行君主立宪。

中国立宪分为两派:革命派和改良派。

评注

君主制、共和制与君主立宪制

所谓“君主制”(Monarchy),就是国家最高权力——包括立法、执法和司法权力——掌握在君主手中的制度。譬如在辛亥革命以前,中国的所有法律都是皇帝颁布的;皇帝象征着国家主权,是所有执法权的来源,并可以直接干预司法程序。历史上,几乎所有国家都经历过君主制阶段。所谓“共和制”(Republic),就是国家最高权力掌握在人民或其选出的代表手中的体制。共和制有时专指代议制,以区别于直接民主制。西方历史上,也曾有少数地区在某个阶段采取过这类体制。譬如古雅典在公元前5世纪左右曾采用直接民主制,而古罗马大约在同时曾采取代议共和制,一直持续到将近公元纪年开端。共和制最重要的特征是国家的最高立法权掌握在人民或其代表手中,且执法甚至司法官员一般也由选举产生。

“君主制”——国家最高权力掌握在君主手中;“共和制”——国家最高权力掌握在人民或其选出的代表手中。

现代只有很少国家是纯粹的君主制,而是至少在名义多少带有共和的成分。在从君主向共和转变的过程中,曾出现过一类中间体制,即君主立宪制(Constitutional Monarchy)。所谓“君主立宪”,就是指君主虽然仍是终身、世袭的国家元首,但其权力受到成文或不成文宪法的控制。在历史上,君主立宪是封建贵族与资产阶级在和国王抗争过程中的妥协产物。通过长期斗争,1688年的英国“光荣革命”最后确立了世界上第一个君主立宪制。

“君主立宪”:君主虽然仍是终身、世袭的国家元首,但其权力受到成文或不成文宪法的控制。英国“光荣革命”确立了世界上第一个君主立宪制。

在君主立宪制中,又有实权君主与“虚位”君主之分。前一类制度更接近纯粹的君主制:虽然君主权受到宪法限制,但他仍然掌握相当程度的实权,包括任命和罢免首相、解散议会、否决议会法案、不经议会同意而颁布紧急命令等。1868年日本明治维新、1871年日耳曼统一以及中国下述《钦定宪法大纲》所试图建立的制度,都是属于实权君主立宪制。在“虚位”(有时也称“议会”)君主立宪制,君主和议会的权力对比发生了根本变化;君主只是象征性的“虚君”,国家实权掌握在内阁手中,而内阁由议会选举产生,向议会负责。因此,虚君立宪在实质上就是共和制,君主只是形式而已。英国自“光荣革命”以后至今一直采取这种体制,尽管不时有建议要废除君主。日本在第二

君主立宪制又分为实权君主与虚位君主。19世纪后期的日本和德国建立了实权君主制,英国和第二次世界大战以后的日本建立了虚位君主制。

次世界大战以后所建立也是虚君立宪制,中国清末的《十九信条》所要建立的政体接近这种制度。在现代君主制中,绝大多数为立宪君主制,而在立宪君主制中,多数又为虚君制,因而体现了共和民主的不可逆趋势。

反过来,现代共和制中也有回归“君主制”的倾向。例如美国总统虽然每四年由全国选民选举产生,且只可连任一次,但在任期间的权力恐怕比世界上任何国王都大,尤其在外交军事方面很难对其权力产生实质性控制,因而总统有时也被戏称为“共和制下的君主”。因此,名实未必总是相符,读者不可不慎辨之。

(二)《钦定宪法大纲》

诸大臣出国考察后,清廷终于宣布“仿行宪政”。

为国内立宪运动所迫,清政府于1905年成立了政治考察馆,并派载泽、戴鸿慈、端方等五大臣出洋考察,访问了日、美、英、德诸国。次年回国后,诸大臣上书清廷,皆痛陈立宪之利、专制之害。这些言论一开始受到了朝廷保守派的攻击,但在梁启超与张謇等人的影响下,载泽等人数次上书,以立宪可使“皇位永固”、“外患渐轻”、“内乱可弭”,化解国内的革命力量,晓以利害,要慈禧超越满汉隔阂,“不为众论所移,不为浮言所动”。这些奏折感化了包括慈禧在内的清廷要员。1906年,清廷下谕宣布“仿行宪政,大权统于朝廷,庶政公诸舆论”,但以“目前规制未备,民智未开”为由,决定从改革官制、振兴教育、清理财政等具体措施入手,“使绅民明悉国政,以预备立宪基础。”尽管这些措施距离正式立宪仍相当遥远,全国各地已一片欢庆。



图 2.9 1905年9月,清政府派往国外考察宪政的“五大臣”及其随从。次年,清政府宣布“仿行宪政”。

出于立宪请愿运动日益高涨的压力及对其流变为革命的恐惧,奕劻、张之洞、袁世凯等人先后敦促慈禧加快预备立宪的进程。1907年,应袁世凯奏请,清廷复派三名官员赴德、日、英三国考察宪制。应奕劻等人奏请,政治考察馆改名为宪政编查馆。该馆会同资政院按清廷意旨,草拟宪法大纲,确定了九年预备立宪计划。预备立宪清单主要包括提高国民教育,至第九年达到5%的识字率;制定民、刑、商法及诉讼法典,第一年制定,至第八年完全实施;城乡地方自治,第一年颁布章程,六七年内粗具规模并实施;清理财政,调查全国与各省岁入,颁布国家与地方税章及会计法,设立审计院,确定预算和决算;设置司法机构,在城乡各地先后成立审判厅,第六年成立行政审判院;改革官制,制定并试行中央与地方官制,颁布并实行文官考试录用章程;最后,设立议会,第一年筹办,第二年成立各省谏议局,颁布中央资政院章程并举行选举,第三年开始集会,第九年颁布议院法及议员选举法,并举行议员选举。必须承认,当时中国立宪的文化基础是极为薄弱的。人民中识字的盖不足1%,(荆知仁,1984:134—135)除了100多万乡绅之外,几乎一国都是文盲;官制严重老化、权责不明,现代意义的法典与法治更不存在,民主议政则尚未开始学步,而所有这些现代制度的建立实为立宪的必要前奏。因此,九年时间看起来长,但对于千年积弱、百废待兴的中国而言实在是必要的。然而,立宪期限如此遥远,亦容易产生疲软拖沓及多种不可预见的变数,革命党和立宪派对三心二意的清政府尤不放心。

宪政编查馆草拟宪法大纲,确定了9年预备立宪计划。中国社会的立宪基础极为薄弱。

1908年,清廷批准并颁布了《钦定宪法大纲》,这是中国的第一部宪法性文件。《大纲》共23条,分为两部分:君上大权和臣民权利与义务。其14条“君上大权”完全承袭了日本君主制,突出维护皇帝至高无上的尊严与地位。它宣布“大清皇帝统治大清帝国万世一系,永永尊戴”,“君上神圣尊严不可侵犯”,并确立了皇帝不受约束的绝对权力,包括颁布批准法律并提出议案之权,召集、停闭及解散议会之权,不受议会干预的设定官制、俸禄及罢黜百司之权,统率陆海军及确定军队编制之权,无须议会同意的宣战媾和、签定条约及派遣使节之权,宣告戒严并在紧急状态下限制人民自由之权,总揽司法并委任审判衙门之权,议会不得讨论的确定皇室经费之权等。皇帝有权发布命令,但对于“以定之法律,非交议院协赞,奏经钦定”,不以命令更改废止;如在议院闭会期间遇到紧急情况,皇帝有权代发法律诏令并筹措必需的财政,但在次年议院开会期间须交议院“协议”。

清廷颁布了中国的第一部宪法性文件——《钦定宪法大纲》,属于极端的实权君主制。

《大纲》赋予臣民九条权利、自由和义务。符合法定资格的臣民有权担任文武官员;臣民在法律规定范围内有言论、著作、出版、集会、结社的自由;臣民非按法律规定不得加以逮捕、监禁和处罚;臣民的案件可以受到法官审判,并有权专受法律所定审判衙门之审判;臣民的财产及住所无故不得侵

《大纲》也规定了臣民的某些权利和义务。

扰。同时,臣民有纳税、当兵和守法的义务,但现定赋税只有经过法律才得以更改。

显然,《大纲》的君上大权远高于臣民权利,且人民代表的权力在各方面都受到严格限制。其文字十分简略,只是勾勒出君权与民权的初步轮廓,因而只能算是一个粗略的“大纲”。其精神则更显落后,尚不如日本的明治宪法,可以说还没有达到1688年英国“光荣革命”以前的水平。中国一直把西方鄙视作“蛮夷”,却不自知本国的政治文化及制度是如何原始与野蛮。但即使这样一个丝毫算不上进步的“大纲”,也是被请愿和革命逼出来的产物,可见中国立宪何其艰难。

清末成立了资政院和省谘议局,是中国代议机构的雏形。

1908年11月,光绪和慈禧太后相继去世,溥仪即位,其父醇亲王摄政。新政府下谕表示立宪为不变国策,且九年预备期限不容改变。在此期间,各省成立了谘议局,为地方代议机构。1909年底,在江苏谘议局局长张謇的推动下,各省谘议局聚会并成立了联合会和庞大的国会请愿代表团。该团向资政院多次上书,要求早开国会,并向各省谘议局建议采取不纳税主义:国会不开,则各省谘议局不得采纳新的租税,且各局应限制本身选举的资政院议员,使其在资政院拒绝承认新的租税。(荆知仁,1984:142—143)这是一个良好的兆头,因为它表明中国的民间力量已认识到政府是建立在人民所供给的税钱基础上,有义务为纳税人服务,并开始利用自己作为纳税人的权利迫使政府改革,因而中国宪政有望沿着英美的路径发展。资政院、各省谘议局和督抚也都纷纷上书摄政王,要求早日成立临时国会。虽然这些建议一开始为摄政王所拒绝,朝廷最后还是作了让步,把立宪期限从九年缩短为五年,并指示宪政编查官增订预组内阁事宜。

中国民间力量开始意识到作为纳税人的政治权利。

然而,清廷在预组内阁事务上再次表现出其短见。1911年5月,醇亲王在资政院休会期间废除了旧内阁,成立了一个新内阁。新内阁其实并非责任内阁,总理与各国务大臣都只是辅助皇帝的幕僚,不对议会负责。其人事安排更突显了排汉意图,因而备受抨击。在13位国务大臣中,汉人仅占4位,满人占了8位,而其中皇族又占5位,因而被称为“亲贵内阁”。摄政王的至亲被委以总理、财政、农工商及海军大臣的重任,其他满人则负责陆军、司法、民政等重要部门。各省谘议局联合会对此上书指出:“君主不担负责任,皇族不组织内阁,为君主立宪国唯一之原则,今中国……第一次组织内阁之总理,适与立宪国之原则相违反。”但摄政王仍执迷不悟,竟对该疏严加斥责。(荆知仁,1984:146—147)由此可见,清廷出于其自身利益,对“君主立宪”的本意和社会的普遍理解发生了根本分歧。

清廷囿于短见,加紧排汉。

(三)《十九信条》

1911年10月10日,武昌起义爆发。一个月之内,各省宣布独立的已逾半

数。清廷见事态危急,不得不重新任用早先被罢免的袁世凯。作为一个政客,袁世凯提出了出任的六项条件,包括次年召开国会、组织责任内阁、宽容对待参与起义的革命党人、解除党禁以及最关键的——授予其指挥陆海军以及决定军队编制之全权。摄政王不得已封袁氏为钦差大臣,总管陆海军,并召资政院开临时会议。资政院多数主张取消亲贵内阁,宗室皇亲不得过问政治,制定宪法须要求人民协赞,并立即解除党禁。清廷迫于压力,无奈接受了这些主张。不久,滦州统制张绍曾联合一些军人提出十二条宪法草案,以作为进军北京的口实。清廷原本难以认同,但当天正好山西宣布独立,北京顿时陷于腹背受敌的境地,因而终于屈服下诏,取消亲贵内阁,实行责任内阁制度,授权袁世凯为总理大臣以组织内阁,开放党禁,赦免包括康有为、梁启超和汪精卫在内的因变法或革命而被禁的政治犯。同时,资政院基于十二条草案,草拟了《十九信条》,由清廷于11月3日公布。这算是中国历史上的第一部宪法,也是清朝颁布的唯一一部宪法。

《十九信条》虽然没有规定人民的权利,但实质性地限制了皇帝的权力,因而体现了清末改良立宪派的“虚君共和”思想。虽然它还是规定“大清帝国皇统万世不易”(第1条)、“皇帝神圣不可侵犯”(第2条),但“皇帝之权,以宪法规定者为限。”(第3条)且“宪法由资政院议决,由皇帝颁布之。”(第5条)“宪法改正提案权属于国会”(第6条)、“总理大臣由国会公举,皇帝任命。其他国务大臣由总理大臣推荐,皇帝任命。皇族不得为总理大臣及其他国务大臣,并各省行政长官。”(第8条)“官制官规以法律定之。”(第13条)陆海军由皇帝统率,“但对内使用时,应依国会议决之特别条件,此外不得调遣。”(第10条)“国际条约非经国会议决,不得缔结”;宣战媾和如在国会闭会期间,可由国会追认(第12条)。国会议决本年度预算以及皇室经费(第14与15条)。“皇室大典不得与宪法相抵触。”(第16条)因此,如果《钦定宪法大纲》模仿的是日本明治维新后的实权君主制,《十九信条》则已经接近英国的虚君立宪制。

《十九信条》颁布后,总理大臣袁世凯组织了新内阁。新内阁一扫旧内阁的皇族色彩,绝大多数成员由汉人担任,满清的势力已经削弱到微不足道的地步。但这一切退让都已为时太晚,不能挽救清廷的颓势。11月底,袁世凯的军队重新占领了汉口,直逼革命政府的临时所在地武昌,而革命党的军事实力、训练素质和指挥能力在当时均不敌北洋军。然而,袁氏并没有穷追猛打,而是主动与革命军和谈并达成妥协。此时,袁世凯可谓左右逢源,既可以成为革命党的朋友,又是唯一能挽清廷于不倒的铁腕人物;历史把这个机会主义者推到风口浪尖上,为他施展权术谋取私利造就了绝好机会。12月初,各独立省份表示,如果袁氏不再效忠朝廷、转向共和,便选他为总统。外国列强也认

清廷迫于危机和压力,无奈公布了《十九信条》,是中国历史上第一部宪法。

《十九信条》虽然没有规定人民的权利,但实质性地限制了皇帝的权力,体现了虚君共和思想。

为只有这位铁腕人物才能带来和平,因而予以极力支持。12月中旬,在英使调停下,袁氏派唐绍仪代表清政府与革命党代表伍廷芳于上海举行“北南和议”。革命军的目的在于争取袁世凯帮助早日结束帝制,清廷则希望袁氏为其力争实现君宪以保全帝位,致使袁氏得以“一方挟满族以难民党,一方则张民党以迫清廷”(引自荆知仁,1984:161)。清廷此时已失去实质性的领导人物,醇亲王已被迫归藩、不再预政,剩下孤儿溥仪和隆裕太后,为袁氏玩弄于股掌之上。谈判其实是在袁世凯和革命军之间进行,因而实质已不在于帝制一共和之争,而是总统人选问题。最后双方达成协议:如果袁世凯能劝清帝退位,就由他担任共和总统。

清帝退位,袁世凯做上大总统。

年底,孙中山从海外归来,旋被17个独立省份的代表选为临时大总统。1912年元旦,孙中山宣誓就职并宣布中华民国成立。他随后致电袁世凯表示将兑现承诺,一旦清帝退位,袁氏公开宣布支持共和,就将让位与袁。袁氏则称皇室的安全取决于他们能否自愿接受共和,其意图至为明显。(沃拉,1989:163)为了换取皇族的安全保障和体面的待遇,清帝于2月12日下谕退位,称“以袁世凯全权组织临时共和政府,与民军协商一办法;以期人民之安堵,海内之泰平;即令满汉蒙回藏五族,保全领土,成一大中华民国。”(引自王世杰、钱端升,1997:352)14日,孙中山辞职;次日,袁氏就被17省一致推举为第二任临时大总统。名存实亡的“大清王朝”就这样轻而易举地覆灭了,但权力交接的方式和速度不免让人为共和政体的命运担忧。

袁世凯利用清政府授权谋私,和革命军达成妥协。

因此,《十九信条》并没有能够挽救清政府的覆亡。就和大革命以前的法国一样,不论是出于自愿还是无奈,改革中的政府走在钢丝上:不改不行,但一不小心,改革就流为革命。尽管没有具体规定人民的权利与自由,《信条》的口气已经比《大纲》大大软化。对于一个国家的人民来说,政府的软弱或温和未必是一件坏事。但在中国历史上,这从来是缺乏实力的表现,而没有实力,政府就难以维持。更糟糕的是,满清政府色厉内荏、自信不足,非但不能昭然改过,还变本加厉地压制广大人民,从而更显得丑恶狰狞。至此,清廷已人心失尽,覆亡本是其自然归属,因为民心如水,得之载舟,失之覆舟。清廷因愚顽不化而不能自保,实为咎由自取。然而,这也意味着中国肇始于戊戌变法的一切预备立宪之努力亦随着满清的覆亡而消沉。

清政府一意孤行,终取灭亡。预备立宪失败。

思考 早在1215年,英国贵族就和国王通过战争达成了和平契约,即《大宪章》,成为英国宪政之开端;以后,新兴资产阶级及封建贵族和国王冲突不断,前者有充分实力取消帝制,但英国的王位却一直没有受到冲击。1868年前后,日本的武士阶层奋起造反,通过政变推翻了控制王朝的封建势力,但也

没有触动帝制,而是实现了维新改良。帝制在中国有着更悠久的历史传统和更深厚的文化基础,为什么它未能维持下去?中国社会和英、日之间有什么不同因素导致了这一不同结果?你是否认为中国当时不推翻帝制就不可能实现宪政?

(四)预备立宪失败的原因

19世纪和20世纪之交是一个动荡年代。从鸦片战争到戊戌变法到辛亥革命,中国的立宪意识和实践经历了一条艰难曲折的道路。整个中国社会是在一次次被动挨打的过程中,在对列强欺凌之愤懑和对思想启蒙之渴望的矛盾心态中,一步步觉悟出宪政的必要性;宪政思想随着列强的炮舰和鸦片一起输入中国,乃是不幸和无奈的现实。受制于既得利益的障碍,清政府的觉悟则更晚:它是在内忧外患的双重夹击下,实在走投无路的时候才不得不“仿行宪政”的。可惜等到最后不得已让步的时候,它发现和平改良已经太晚了。

尽管如此,失败未必是必然的结果。虽然改良在救亡图存的压力下举步维艰,虽然中国的博大与地方差异注定使它的改革比其邻国更为缓慢且充满变数,但有证据表明,当时中国的经济与社会关系尚未处于崩溃边缘,民族工业正处于起步阶段,一个以市场为主导的农业经济关系也正在形成(Fairbank, 1992: 176—182)。立宪思想的传播虽然缓慢,但在康、梁等改良派和革命党的鼓吹下也逐渐渗入整个社会;清廷中的改革派虽不乏袁世凯、张之洞这样见风使舵的机会主义者,但在改良主义占上风的时候对立宪努力也不乏同情者和支持者,袁世凯更为了自己独揽大权而积极主张预备立宪。因此,按当时中国的社会经济状况,假如清廷开始即有改革之诚意,从善如流、励精图治,中国未尝不能步英日之后尘,在君主立宪的名义下建立宪政。

清朝立宪最后以失败而告终,固然有多方面原因,但其中不可忽视的因素有两个。偶然原因是满人的异族统治,必然原因则是中国的传统文化和政治体制。两个原因加在一起,极大加剧了宪政改革的难度。制度与文化原因将留待以下进一步探讨,这里限于讨论失败的直接原因——日益激化的民族政治矛盾。满汉关系原来就是清政府统治中一个极其微妙的问题。满族当时仅占中国人口的2%, (沃拉, 1989: 16) 却用武力征服了整个中原。为了维持异族统治,满族人改变了自己的语言、文化和习俗,并尽可能不触动汉族官僚士大夫与乡绅的利益。朝廷实行满汉联治,各部由两名尚书和两名侍郎(相当于“副部长”),满汉各半,军机处亦同样如此。全国18个省各由巡抚主管,多为汉人担任;两省联合由督抚或总督主管,多为满人。然而,从一开始,满族统治者就对广大汉族存有潜在的恐惧,因而对汉族官员的权力设定了相

中国在矛盾心态中接受西方宪政思想。

预备立宪的失败归为两大原因——民族利益矛盾和传统制度文化。

当严厉的限制,军队则一直任用改编后的“八旗子弟”,以确保满族对汉人的统治。直到爆发“太平天国”,清廷才迫于情势危殆而不得不启用诸如曾国藩、左宗棠、李鸿章这样有才能的汉人将领,但其对汉族的防范和恐惧亦日益加深。

19世纪末期的政治改革直接触动了满族官员的既得利益,从而使民族矛盾极端尖锐化。尽管少数开明的满族官员也主张采取立宪政体,但这终究不能改变满族作为一个利益集团的保守立场;他们不敢量才录用、和汉族公平竞争,更不敢支持民主——试想有几个满人能被占据绝对对多数数的汉人选上呢?为了保护满族官员的既得利益,清廷不惜牺牲整个民族与国家的利益,成为压制改革的反动势力。从“戊戌变法”开始,清廷的改革机会不能算少,但一次次机会都在满汉权力斗争的内耗中丧失了。“戊戌变法”的失败以及后来官制改革的倒行逆施,都是民族矛盾的集中反映。清政府的愚顽不化加剧了政府与社会之间的矛盾对立,并削弱了政府在推进改革过程所不可缺少的合法性社会基础。正如梁启超指出,传统中国的专制统治本来就削弱了人民与政府的纽带,而一个少数民族的专制统治更彰显了它的不公正与专制性,削弱了它的合法性与稳定性。及至后来,连慈禧都发现不改良就要灭亡,中国已错过了改革的最好时机。到世纪之交,人民已经失去对清政府的耐心和信任,心里已经没有清政府的合法地位,而之所以仍然没有揭竿而起,只是屈从于仍掌握在政府手中的那一点武力而已。然而,干柴遍地,何愁没有烈火。因此,“驱除鞑虏”的口号在中国社会自然获得了十分普遍的响应,从而使改良极易流变为革命。在这种复杂的形势下,预备立宪谈何容易?!只有大智大慧的统治者才能维持政府稳定并推进宪政改革。19世纪末的清政府已是强弩之末、自顾不暇,没有能力与智慧完成其历史使命,致使预备立宪的努力流产。中国在遭遇列强而被迫改革之际,恰好又遇上异族统治,成为宪政发展的致命障碍。这不能不说是中华民族的巨大不幸。

政府改革的机会在既得利益和改革派之间的斗争与内耗中丧失了。

传统政治制度的悲哀在于它任由昏庸的统治者丧失了难得的机会。

当然,预备立宪的失败还有多方面的因素,例如维新派思维过于单纯,对改革与满族既得利益之间的复杂矛盾没有充分的心理准备和对应良策。但和民族矛盾一样,它们都反映了更深层次的原因——民主制度的缺失。满清以一小族坐镇华夏,本应有在火山口上之危机感,唯有顺应民心,方能江山永固。然而,满族统治者囿于短见,唯恐失权,自恃掌握国家机器,以致动辄武力弹压,百般阻挠改革大业,最终自取灭亡之祸,也给中国社会带来了长期动乱和巨大灾难。中国把宪政改革的命运完全取决于统治者的明智,并任由统治者的昏庸无能而丧失了难得的机会——这是中国政治制度的无奈与悲哀,也是整个民族不能不深切记取的沉痛教训。

二、尝试立宪(1912—1926)

清廷既末,群雄蜂起。一个政权再腐败与无能,也至少能抑制人对权力的过分野心。旧体制消失,必然会引起各派势力对政权的觊觎,而且旧体制下政府权力越大,人对政权的欲望就越强烈,因而通常会引发剧烈的权力斗争。如果各派之间对权力斗争的“游戏规则”存在着基本共识,那么政府的变迁可能沿着和平的轨道进行。但旧体制的消亡意味着社会的大变迁,许多传统价值都将被颠个“底朝天”,新的价值规范则难以在短时间内建立起来并受到普遍认同,因而一时将产生广泛的社会与道德失序,而没有道德基础与社会秩序,宪政改革就不可能进行下去。这是为什么许多发展中国家至今都未能度过从传统到现代转型的关口。如果在旧体制消亡的过程中产生了军事强人或具有压倒性势力的派系,那么新政权可能在一段时期内保持和平。但如果强权统治不能确立社会普遍支持的价值规范,那么强权之后政治动荡就难以避免了。

尽管辛亥革命推翻了清政府,但革命军势孤力单,“既无可战之兵,又无可筹之饷”,一时不可能用自己的军事力量统一中国;事实上,革命党不得不依靠旧体制造就的军事强人袁世凯去推翻旧体制,并作为妥协又将新体制的大权拱手让给他,从而必然把旧体制下的价值和利益冲突引入到新体制之内,为共和制度的动荡埋下伏笔。同时,由于中国刚刚推翻帝制,离建立在自由民主基础上的市民社会相差很远,革命党也不可能依靠广大民众对其理念的拥护来维持政权。尽管全国在反满问题上基本一致,但对国家未来的基本原则并没有共识,民主、共和与宪政的理念亦远未深入人心,更未付诸实践。结果,政府的后盾必然只能是“枪杆子”;军事实力决定了谁能控制政权,进而决定谁能制订宪法。大清的灭亡是如此,袁世凯窃取革命果实是如此,袁氏之后的诸侯混战同样是如此。袁氏掌权时,中国尚有表面上的和平;袁氏后,中国即进入了军阀混战的年代。但不论是大军阀还是小军阀,也不论谁控制北京,武人干政、强人统治是尝试立宪时期的共同特点。

这一时期虽然混乱不堪,却是转型中国立宪过程中的一个值得探讨之阶段。之所以如此,是因为专制国家在平时压制并扼杀了任何威胁旧体制的改革;只有在它衰败以后,社会才有机会自由考察并尝试实现不同的制度选择。这是所有专制国之区别于民主宪政国家的基本特征:它不可能在全社会范围内通过利益协调与合法抗争的方式来完成政权的变更。孟子曰:“天下生民久矣,一治一乱。”这是对专制国状况的真实写照。在历史上,中国的秩序几乎从来是和中央高压专制联系在一起。因此,无序和混乱代表着自由与转机——这是一个不幸的事实。在历代农民起义中,由于没有其他体制作为参照,中国人的视野总是局限于周、秦以来所设定的框框;中国的朝代更迭总是

旧规范被抛弃,新规范未建立起来,必然导致社会道德失序,从而给宪政制度的建立带来困难。

尝试立宪时期的特点是“枪杆子”决定一切。

尝试立宪虽然最终失败,但仍不失为中国宪政转型过程的一个值得研究之阶段。

沿袭老一套,“换汤不换药”。只是到了清末,各种西方思潮才进入中国,使中国人了解到民主、科学、议会、权利、宪政这些新概念。清朝衰亡以后,中国又一次面临何去何从的问题。但只有这一次,中国知识分子才有机会在一个新的层次上对国家前途和制度选择作一个反思——就和此前一个世纪的美国制宪者一样;或者说如果还没有足够时间作一个十分清醒的反思,至少社会各派的势力能够凭直觉自由发表自己的声音,并通过合法或不合法的手段使之成为制度现实。可惜,夹杂在军阀混战的炮火、“十月革命”的激动、巴黎和会的愤慨之中,理性思考和选择的时间实在太短。宪政以稳定的政府为依托,但往往新的宪政设计方案尚未完成,旧的政府大厦已经摇摇欲坠了。建树似乎永远跟不上破坏,宪政努力在这一时期往往半途而废、有始无终。尽管如此,考察自由下的失败仍要比专制下的成功更有意义。毕竟,人的行为选择只有在自由状态下才是真实的,而只有真实的选择才是值得宪法学考察的素材。

笔者已经说明,尽管这一时期的宪法是军事强权的产物,它仍然属于中国立宪过程中的一个组成部分;它至少表明,连军阀都知道要利用宪法来维护其统治的合法性。事实上,尽管这些宪法和后来的宪法一样流于形式,它们在形式上甚至相当“先进”,并在很大程度上和现代国家的宪法条文相“接轨”。考察这些宪法的形成及其在实施过程中出现的问题,尤其是新(共和)制度在旧(专制)文化下的坎坷命运,在今天仍有意义。

(一)规范权力的最初尝试:《中华民国临时约法》

辛亥革命后,为了在全国建立统一的政权机构,各省代表会集武昌,组建中华民国的南京临时政府,并制定了《中华民国临时政府大纲》。经过争论,各省代表采纳了孙中山的主张。大纲效法美国宪法,采用三权分立体制,设立临时大总统和参议院。临时大总统既是国家元首,又是政府首脑和军队统帅,由各省代表推选产生。参议院由各省都督按自定办法派遣,各省以3人为限。

1912年元旦,中华民国成立,孙中山就任临时大总统。至1月底,占全国大多数省份的代表已列席南京参议院,因而临时参议院宣告正式成立,并着手制定《临时约法》,以替代先前的《临时政府组织大纲》。《临时约法》由参议院的编辑委员会起草,于3月经临时参议院一致同意,临时大总统公布后生效,前后仅一个月。匆忙采取《临时约法》的主要原因,是袁世凯做总统已成定局,而革命党想通过国会和内阁来制约其权力。当初之所以允诺袁氏,无非是为了诱使其赞同共和、推翻帝制。现在这一目标既已实现,袁氏也如愿被公举为临时大总统,因而这一时期的斗争焦点自然转变为对总统权力的界定问题。革命党希望通过制定《临时约法》,改临时大纲的总统制为责任内阁制,使袁世凯有位无权,制止其破坏共和的图谋,因而有一定的“对人立法”因素(荆知仁,1984:227)。

《临时约法》匆忙成型,目的是制约总统袁世凯的权力。

《临时约法》是民国第一部宪法性文件,共七章,56条,主要分两个方面的内容:国家制度和基本权利。第一章“总纲”确定了民主共和的国家制度:“中华民国的主权属于国民全体”(第2条),否定了改良立宪派的“虚君共和”思想。政府组织模仿美国的三权分立和某种意义上的责任内阁制:“中华民国以参议院、临时大总统、国务员、法院,行使其统治权。”(第4条)第二章“人民”共11条,比较充分地规定人民的权利与义务。人民享有人身、住宅、财产及营业权,享有言论、著作、游行、集会、结社、通信、信仰及居住迁徙等自由。只有在为“增进公益、维持治安或非常紧急必要时”,才能依法对这些权利与自由加以限制(第15条)。第三至第六章分别规定了参议院、临时大总统、国务员和法院。参议院是最高立法机构,有权以4/5以上出席成员的3/4多数弹劾有谋叛行为的临时大总统(第11条),以3/4以上出席成员的2/3多数弹劾失职或违法的国务员(第12条)。临时大总统和国务员(包括国务总理和各部总长)为最高执法机构。“临时大总统代表临时政府总揽政务,公布法律”(第30条),并“统帅全国海陆军队”(第31条)。临时大总统任免文务职员,“但任命国务员及外交大使、公使须得参议院之同意。”(第34条)“国务员辅助临时大总统负其责任”(第43条),并在“临时大总统提出法律案、公布法律及发布命令时须副署之”(第45条)。《临时约法》还规定了司法公开和司法独立原则,“法官独立审判不受上级官厅之干涉”(第51条)。

《临时约法》确立了民主共和的基本制度,借鉴欧美的三权分立和责任内阁制。

尽管起草比较仓促,《临时约法》的基本构架还是比较合理的。它借鉴了欧美宪政制度,采取了三权分立的政府形态,建立了一院制立法机构和某种意义上的双元首脑制度,(详见本书第五章)采纳了质询与弹劾制度以及国务总理的副署制度,尝试兼采总统制和内阁责任制之所长,使两者相互制衡。同时应该指出,《临时约法》的内阁制是极不完全的,并没有规定议会的不信任表决和内阁解散议会的权力,总理基本上是总统的助手,并和美国的联邦部长一样受制于参议院的弹劾。其唯一制衡总统的实权在于对法律和命令之副署,而关于副署制度的规定又因成文仓促而显示出歧义,并因而被袁氏利用以摆脱议会控制。第45条规定,对临时大总统提出的法律案、公布的法律及发布的命令,总理“须副署之”,听上去似成了总理的义务而非权力,拒绝副署反构成违法,因而为袁氏所利用。(荆知仁,1984:231)

1912年6月,袁世凯和革命党就王芝祥担任直隶总督的问题上发生争执。唐原为袁氏亲信,南北议和时充任袁与革命党的中间人,为袁所器重,后加入革命同盟。出任总理后,唐力求按宪法精神办事,拒绝对袁的人事任命和政策言听计从,尤其是在四国银行借款问题上和袁发生重大分歧,因而和袁氏及其内阁党羽冲突不断。因此,虽然采取内阁责任制,但内阁本身并不统一服从于总理。同盟会阁员和唐一起辞职,正中袁氏下怀,使之得以在内阁安插自

总统和总理之间发生齟齬,总理辞职。

己的亲信,任命陆徵祥组阁,形成所谓的“超然总理、混合内阁”。(金冲及、胡绳武,1991:327)同年7月,临时参议院否决了陆徵祥内阁。袁氏暗使军警从中干涉、恐吓议员,从此开了武人干政的先河。

综观这一时期的特点,国民党和袁世凯斗争主要体现为国会及内阁与总统之争。国民党力图通过宪法约束袁氏的权力,袁氏则竭力要摆脱国民党和其他宪法权力的控制,并最终为此诉诸非常之举,废除约法、摧残国会。总的来说,袁世凯与国民党之间的权力斗争,从一开始就演变为人与法的较量,且最后袁氏个人的势力压倒了法的力量。

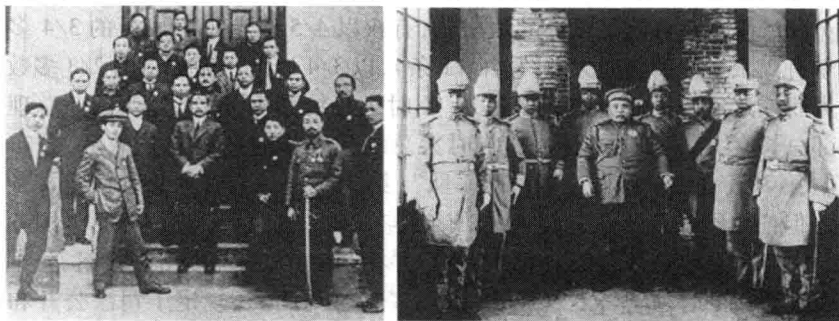


图 2.10 1912 年的孙中山南京国民政府和 1913 年接任大总统的袁世凯
革命一度给中国的宪政带来希望,但以后历史证明更多的似乎是失望。

(二) 规则开始破裂:总统选举以及“天坛宪草”的制定过程

《临时约法》成立后,革命党和袁世凯经过了几个回合的较量。第一回合是定都问题。革命党坚持临时政府必须设在南京,借此使袁氏和其满清权力的残余相隔离。但清帝退位以后,袁氏正式表示不能南下。孙中山当即提出辞职,将临时大总统转让袁氏,但坚持设都于南京;然而,袁世凯老奸巨猾,终不肯离开其大本营,革命党遂不得不同意其在北京宣誓就职。于是第一回合以袁胜告终。

1912年4月,参议院亦决定移往北京。按照《临时约法》附则规定,参议院以后陆续通过了《国会组织法》、《众议院议员选举法》和《参议院议员选举法》,并皆获得总统公布。1913年,国会正式成立,但改为两院制。和美国类似,两院权力几乎完全平等。只是宪法必须经两院联合通过,而众议院人数(556人)超过参议院人数(264人)的两倍(参见王世杰、钱端升,1997:359)。首次选举后,国民党在两院共占约400席(45%),居各党之首。

为了争取选票,这一时期的党派纷争相当激烈。1912年8月,同盟会和其他革命团体合并为国民党,从而形成了中国最早的政党之一。倾向于袁世

袁世凯坚持定都北京,拒绝南下。

凯的保守势力包括原来的保皇党、18 省的都督和各路军阀,原分散于统一党、共和党与民主党。为了和国民党相抗衡,它们于 1913 年 5 月合并为进步党。其后,袁世凯又指使其党羽组成了公民党,以总统府秘书长梁士诒为首。至此,中国的政治势力大致一分为三:主张革命的国民党,由军阀官僚组成并为袁氏御用的公民党,以及主要由立宪派组成的进步党。后者属于在两者之间摇摆的中间派,起到了一定的平衡作用。国民党在国会中势力太强,他们便组成进步党联合袁世凯与之对抗;及后来袁世凯破坏国会的意图日趋明显,则又反过来支持国民党。进步党倾向于中央集权并扩充总统的权力,国民党则倾向于地方分权并限制总统权力。一开始,进步党及公民党在众议院与国民党旗鼓相当,但后来逐步分化瓦解,因而国会中支持袁氏的势力益减。

中国最早的党派政治——国民党、公民党和进步党。

国民党与袁世凯较量的第二回合是先定宪法还是先选总统以及宪法起草委员会的组成问题。国民党主张严格按照《国会组织法》的规定,由参众两院组织宪法起草机构;袁世凯主张由大总统府直接颁布宪法起革命令,梁启超等则主张起草委员会以总统府、临时参议院、各省都督及各政党所派委员联合组成。由于国民党有法可依,且在两院占据多数,国民党的意见获得采纳。国民党还主张先定宪法,后选总统,因为总统的性质、地位与权限都只有通过宪法才能获得规定;否则不但本末倒置,而且未来宪法对总统权力的限制又将被认为是因人而设。然而,由于宪法制定需要时间,多数意见赞成先选总统(荆知仁,1984:248)。进步党合并后,其主席梁启超发表演说,主张仍推选袁世凯为总统,但先制定宪法。这一主张受到进步党和国民党的赞同而被采纳。

国会联合会通过了宪法会议规则,成立了宪法起草委员会,由两院各 30 位成员组成。其中国国民党成员最多,为 24 人,且委员长亦为国民党议员;进步党次之,为 15 人。宪法起草期间,袁氏和国民党之间的斗争不断升级。1913 年 3 月 20 日,国民党领袖宋教仁遭到暗杀。调查委员会的结果表明,袁世凯与暗杀事件有关,因而全国掀起了反袁高潮。同时,由于国库亏空,袁氏未经国会批准就擅自和五国银行签订了《善后借款合同》,并以盐税的全部收入作为抵押,损害了中国的税务主权。为了得到借款,袁氏还不惜牺牲中国的领土主权,承认列强对西藏和外蒙的控制以取悦于英、俄,其后又和日本签订了“二十一条”。5 月 5 日,国会表决宣布借款合同无效,但袁氏置之不理。7 月,两江、安徽、湖南、四川、广东和福建七省宣布脱离北京政府,开始了“赣宁讨袁”,也就是通常所说的“二次革命”。但起义很快被袁世凯镇压,孙中山和其他组织者逃亡日本避难。袁氏的气焰从此更为嚣张,逮捕与枪毙了部分参与事变的国民党成员,其中包括 6 名宪法起草委员会委员。袁氏深恐其所作所为致使人心不满,急欲登上总统宝座,便利用各地武人的压力和国民党失败后委曲求全的心理,迫使国会先行制定大总统选举法。

国民党和袁世凯之间斗争公开化,“二次革命”失败。

评注 宪法规则的破裂——“宋教仁案”

宋教仁事件表明宪法规则已发生根本破裂,国民党和袁世凯的合作无法维持下去。

在遇害之前,宋教仁一直是国民党组织的实际领袖。他主持了同盟会的改组和国民党的组建,并主张采取责任内阁制度(因而曾和主张总统制的孙中山发生过争议)。1913年,国民党在国会选举中获胜,给宋实现其理念提供了机会。宋教仁激烈抨击袁的政策,宣称他将领导制定一部英国式宪法并组成一党制内阁和虚位总统,并提议由黎元洪代替袁世凯,从而直接威胁了袁世凯的统治,遭到袁世凯和国务总理赵秉钧指使的凶手暗杀。凶犯入网后,江苏都督所搜集的证据表明袁世凯就是这次暗杀的元凶。国民党虽然同声谴责,但稳健派仍希望通过法律手段解决问题,要求成立特别法庭进行审理。袁氏竟以立宪国“司法独立”为由,阻挠成立特别法庭(金冲及、胡绳武,1991:529)。于是,宋案在上海地方审判厅审理。5月8日,上海地方检查厅发出传票,传令已托病辞职的赵秉钧到庭受审。但赵在袁世凯支持下拒不到庭,最后此案不了了之。袁氏所掌握的新闻媒体更是大造舆论,为袁开脱,进步党亦为袁袒护。章太炎曾提倡“政治解决”,即充分揭露袁氏的种种昭彰劣迹,造成迫使袁氏下台的政治形势,并力劝黎元洪竞选总统,但并未成功。政治解决和法律解决皆归失败,剩下的只有武力解决一途,由此引发了国民党的“二次革命”。“宋教仁案”创下民国恐怖政治的先例,实为共和政体的凶兆。

思考 “宋教仁案”的法律解决及政治解决之失败说明了什么?比较本书第五章中的“合众国诉尼克松案”。

1913年10月4日,由两院联合组成的宪法会议制定并直接公布了《大总统选举法》。总统的产生采取国会选举,而非公民直选。总统只能连任一次。按照正常选举,正副总统的当选者均需获得高额选票。第一和第二次投票在所有候选人中进行,当选者必须获得3/4以上的得票率。但如果两次选举均无人当选,那么最后一次在两名胜出者之间进行“决选”,获半数以上票数者当选。两天以后,袁世凯就迫不及待地根据该法规定,在数万“志愿公民”的帮助下当选总统。

评注 中国第一次“总统大选”

1913年10月6日,中国举行了历史上的首次“总统大选”。选举从上午8

点开始,一直到晚上10点结束。当时,有自称“公民”的军警便衣数万人,犹如军队一般整齐严肃,包围选举场所数十周,迫使议员们选出“众望所归”的大总统,否则不许离开议院一步。两院议员愤恨,多投废票,因而直到第三次投票才根据选举法但书所规定的过半数投票人选出总统。在最初两次投票中,袁世凯虽然得票最多,但都不满3/4多数的要求。第三次投票是在得票相对较多的袁世凯和黎元洪之间进行决选。议员们不得不忍饥终日,直到袁氏得票过半为止。此时,数万“公民”才高呼大总统“万岁”,扬长而去。次日选副总统,没有“公民”的这般“支持”,而黎在第一次投票即以超过3/4多数当选。

这就是中国第一次“大选”了。它和后来的曹锟贿选形式相反,但实质相同。袁氏其实也已经用金钱收买议员,只是仍放心不下,故又导演了武力干政之丑剧。这些军阀武夫当然是可恨的,它使中国当时的宪法设计沦为笑柄。但现象的发生确实也反映出选举制度本身的问题。思考一下,如果大选结果不是由国会议员在一个地点决定,而是由(有资格的)全体选民在全国各地的选举地点决定的,你认为过程与结果是否会有所不同?

就任大总统后,袁氏有恃无恐,一再干涉威逼国会,但均未得逞。他先是不堪《临时约法》的束缚,咨请国会立即修订《临时约法》,以增加大总统的权力,免除任期限制以及国会对其任免官员、缔结条约、宣战及媾和权力之约束。国会认为宪法正在制定过程中,因而没有修订约法之必要。后来,袁氏又咨请宪法会议,要求获得宪法的公布权,而国会则以草案尚未完成、无开议机会而未予答复。最后,袁氏要求派遣委员列席宪法会议及起草委员会。8名委员在宪法起草委员会开会时突然来到,声称受大总统委任前来陈述意见。委员会则按照宪法会议规则,仅允许国会议员旁听,其他人没有旁听权,更没有发言权,因而予以拒绝。袁世凯恼羞成怒,于次日通电各省都督与民政长官,指使其以国会监督妨碍“行政独立”为由,非议草案内容,并威胁解散国会。

由于国民党和袁世凯势力之间已经发展到剑拔弩张的地步,宪法起草委员会匆忙结束了起草过程,在一个月内完成了三读程序,于10月底发布了《中华民国宪法草案》(即“天坛宪草”)。草案第1条规定:“中华民国永远为统一民主国。”草案拒绝采取总统制,而采纳了责任内阁制,但行政机关具有颁布紧急命令与财政紧急处分的权力。由于“天坛宪草”事实上是1923年宪法的模本,其具体规定留待以下详述。其仓促制定的过程表明它仍然是新旧两派权力斗争的产物,体现了民主在武力包围下的狭小空间和险恶境地。它进一步证明,在权大于法的文化环境下,通过宪法来制衡权力的努力是徒劳的。

中国第一次“总统大选”不但反映了执政者的宪法素质问题,也反映了选举制度问题。

袁世凯干预国会进程。

“天坛宪草”仓促制定,目的还是为了制约总统权力。

袁世凯解散国会，
取消国民党员的
议会资格。

草案颁布后3日,袁世凯在各地文武官员的怂恿支持下,悍然下令解散国民党并取消国民党议员的资格。国民党与袁世凯的政治合作至此完全破裂,国会亦因不足法定人数而不能开会。对于这种毫无法律依据的所谓命令,即使以前拥护袁世凯的进步党亦同表愤慨。参众两院的残余议员向政府提出严厉质询,但国务院以质询权属于议会而非议员为由,拒不答复不足法定人数的议员质询,并为袁氏行径辩护:“大总统于危急存亡之秋,为拯溺救焚之计……事关国家治乱,何能执常例以相绳?”副总统黎元洪更会同各省文武长官,电请袁氏遣返残余议员。在经过政治会议复议之后,袁氏即通令停止两院议员职务,于是国会正式被毁。随后,政府取消了许多“颠覆性”的政治团体,查禁了带有“煽动性”的报纸杂志,中国又回到清末时代。国会与总统、民主与独裁之间的较量以后者胜利告终,而辛亥革命以来所取得的宪政成就亦不久为袁氏所抛弃。

思考 《临时约法》虽然规定总统有权“依法律宣告戒严”(第36条),但并没有规定普遍的紧急状态权力,更没有规定总统有解散政党和议会的权力。参照本书第五章“钢铁公司占领案”,你认为总统是否应该具备这类权力?和孙中山一样,袁世凯政府认为总统集权制更适合中国的“国情国势”。其《布告增修约法提议决议情形》(布告第一号)称:“虽易帝国为民国,然一般人民心理,仍责望于政府者独重,而责望于议会者轻。使为国之元首而无权,即有权而不能完全无缺,责政权无由集中,群情因之涣散,恐为大乱所由生。”^[11]另外,中国地大人多,地区之间文化差异显著,容易导致各自为政,且革命之后政局动荡,因而需要一个强势总统。你是否同意这种观点?

以上争端纯粹发生于国会和总统之间,法院完全没有介入。你认为法院是否应该介入调停?法院介入是否对解决争端有任何帮助?总统解散政党与国会的行为是否属于法院不应涉足的“政治问题”?参见本书第三、五、六章。

(三)独裁的胜利:《中华民国约法》

摧残国会前夕,袁世凯已把原来的行政会议改为政治会议,主要由总统、国务总理、中央各部委员及各省所派委员组成。1914年1月,政治会议迎合袁氏旨意,声称有必要修改《临时约法》,并制定《约法会议组织条例》。按该条例规定,约法会议的议员必须符合四种资格之一:曾任或现任高等官吏而

[11] 载《东方杂志》第十卷第12号,1914年6月1日。

“通达治术”者,出身举人以上而“夙著闻望”者,毕业于高等专门以上的学府而“研精科学”者,以及有万元以上财产而“热心公益”者。议员资格之严苛,堪称“世界之最”,而“通达治术”、“夙著闻望”之类的抽象限制又使政府能轻易操纵议员人选。况且即使当选以后,仍需被政府的审查会确定合格,方能出任议员。因此,约法会议的成员名义上是选举,实际上是政府指派,纯粹是总统的工具。

有关条例规定严苛并易于操纵的议员资格。

按照袁世凯提出的七项增修约法大纲,约法会议很快通过了《中华民国约法》,并于1914年5月1日由总统公布。这部所谓的“新约法”采用总统制,取消了《临时约法》中规定的责任内阁制及其对总统权力的限制。总统对外代表国家,统帅三军。总统有全权制定官制官规,任用国务员与外交使节,均无须经参议院同意。总统全权负责外交事务,宣战、媾和及缔约亦无须经参议院同意。总统及其咨询机关参政院有权起草正式宪法,国会以外的国民会议制定宪法,并由总统公布。总统有权召集或解散立法院,否决立法院议决的法案,并发布与法律具有同等效力的教令。总统还有紧急命令和财政紧急处分权。总而言之,“大总统”取得了至高无上的权力。

新约法采取总统制,总统囊括大权。

按新约法规定,约法会议还决定了参政院和立法院的组织法。作为政治会议的延续,参政院完全由总统委任。立法院的选举资格则和约法会议本身同样苛刻,且实际上始终没有成立。袁世凯以总统命令宣布参政院代行立法院职能。1914年底,约法会议进一步修正《大总统选举法》,改总统任期为10年,且取消了连任限制。总统继任人亦由现任总统推荐给总统选举会,该会由参政院及立法院各选50人组成。因此,袁世凯实际上已经成为终身大总统,类似于法国的第一执政官拿破仑,且选举法没有限制总统的直系亲属不得成为继任人,因而总统简直就是可以子孙相传的皇位,所缺的只是一个名号和一顶皇冠而已。

总统任期延长,取消连任限制。

但袁氏仍不满足。1915年,总统顾问、美国行政法学家古德诺(Frank Goodnow)在《亚西亚日报》上发表了“共和与君主论”一文,认为中国不宜采取民主国体,而应改为君主立宪;从中国的“历史习惯、社会经济之状况,与夫列强之关系观之,则中国之立宪,以君主制行之易,以共和制行之较难也”。^[12] 杨度等人旋即设立筹安会,从“学理”上讨论君主立宪和民主立宪之得失,号召各省军政代表加入讨论,并受到政府暗中庇护。筹安会不久宣布君主立宪可行,主张变更国体。杨度更著“君宪救国论”,洋洋万余言,为君主立宪张目。后来参政院又收到请愿书,继而提请政府召集国民会议。不久,参政院通过《国民代表大会组织法》,规定由选出的国民代表大会投票决定。1915

袁世凯称帝,受到各方反对,被迫取消帝制。

[12] 见《东方杂志》第十二卷第10号,1915年10月。

年12月11日,该院受各省国民大会之委托查阅近2000份表决,竟无一票反对,全数主张君主立宪,一致拥戴袁氏为帝!次日,袁世凯再三“推辞”后“不负众望”,下令承认帝制。12月23日,云南宣告独立,并组织护国军讨袁,各省纷纷响应。袁氏派赴前线的将领,受冯国璋和段祺瑞的密旨按兵不动,甚至一贯主张帝制的张勋都反对袁氏称帝。袁顿时四面楚歌,从原来一个军事强人沦落到人人喊打的孤家寡人。1916年3月22日,袁氏被迫取消帝制。但各省仍旧独立,并一致要求袁氏下台。6月6日,袁世凯积愤而死。

思考 一般认为,筹安会主张变更国体,属于非法甚至“叛逆”的言论。袁氏却一味姑息,辩称“研究君主制与民主制之优劣,不涉政治,苟不扰乱国家治安,则政府未便干涉”,(引自荆知仁,1984:295)俨然是为了保护言论自由。参照本书第七与第八章,你认为这类言论是否应该受到禁止?

袁氏倒台后,各省发表了其控制指示的密电、密函,总数超过60件。整个国民代表的选举和投票过程,都是有计划、有预谋、有步骤的政府操纵之产物。(参见张国福,1991:150—151)这些事件说明政府和选举及社会舆论之间应该保持什么关系?参见本书第六与第八章。

探讨

宪政文化及其在中国的缺失

袁世凯是大清的遗产,他的死代表了旧秩序至少在名义上的终结。他是清王朝的存在和灭亡的最大得益者,当然也是阻碍改良、最终致使满清覆亡的一大罪人。是他败坏了“戊戌变法”,是他导致与国民党合作的破裂,是他自己导演了君宪的闹剧,并最后覆亡其中。固然,他最后“失算”了,但袁世凯的个人悲剧也是中国社会的悲剧。假如当年袁世凯没有出卖维新派;假如他在革命后能和国民党在冲突中共存;假如他在窃取独裁权力后能安分守己地实施即使是一部独裁宪法,……中国宪政很可能会走上另一条路径。然而,这些善意的假想都一次次被真实的历史否定了;尽管中国改良运动遇到袁世凯是一种偶然,许多偶然的背后隐含着历史的必然。毕竟,失败不独是中国改良的命运,也是世界上许多其他改革的共同命运;根本的社会变革都会触及根深蒂固的观念和既得利益,因而一般都需要个别“铁腕”人物的推动,并让这些人掌握巨大的权力以克服改革的阻力,从而也给他们创造了以权谋私的大好机会。任何人都或多或少是“机会主义者”,因而一旦掌握了国家机器的权柄,都可能利用它为自己的利益服务。个别国家可能更幸运一些,但“幸运儿”毕

社会变革一般需要铁腕人物的推动,为他们提供了以权谋私的机会。

竟只是少数。如果只能依靠少数精英的智慧和道德素质——必然是不可靠的因素,宪政改革的路程就注定是坎坷、曲折甚至充满暴力的。

要使宪政改革沿着和平的方向发展,需要一种有利于宪政转型的文化。(参见以下对制度与文化的讨论)这事实上也正是困难所在,因为这种文化正是和宪政制度相适应的现代文化,正是改革所要建立的宪政文化本身;因此,要求它存在,在一定程度上相当于假设了问题的答案。宪政究竟需要什么性质的文化基础?首先,宪政文化要求适当的大众参与,从而使社会改革沿着大多数人能够认同的方向进行,因而限制政治精英的作用和权力。这就要求人民能够影响政府,因而要求一种民主文化,而这正是传统社会所缺乏的。与此相关的是,这个社会必须具备一套普遍接受的权力游戏规则,且精英对基本规则的偏离能引起足够强烈的社会反应,以便对立方能充分利用社会支持来迫使规则的破坏者就范。假如中国社会能够有效实施和平的权力游戏规则,假如国民党在受到袁世凯的排挤打击后能够依靠整个社会的约束力量,那么即使是军事强人的袁世凯也不敢如此胆大妄为了,他个人也不至于陷入人人喊打的“独夫民贼”之悲剧,政治游戏就进入了一种良性循环。最后,宪政文化确实需要一定的社会经济基础;如果社会各方利益不可调和,那么暴力冲突就难以避免。然而,社会利益真正不可调和的情形其实是极少的,多数情况是人们基于偏激的观念认为某些阶层或阶级的存在是如此不可容忍,以致必须被消灭,或自己所代表的利益是如此超越,以致不能作出任何让步。因此,宪政文化所要求的其实是宽容、同情以及相信矛盾可以通过合法途径解决的法治信念。荆知仁(1984:268)教授总结道:

任何社会,都有保守与急进两种势力。此在民主政治比较进步的国家,由于社会已经具备相当的法治基础,保守与急进双方又有共同的基本观念,所以他们的相争可以止于法而不止于斗。而在缺乏民治基础的国家,则二者的相争便往往持之以斗,而无视于法。

至少在上个世纪之交的动荡年代,中国缺乏宪政文化的基本要素。由于在传统上缺乏民主,社会大众并未能影响改良的进程;虽然为数不少的士大夫关心国家的前途命运,但政治权力最终掌握在极少数满清统治者手中,致使其能够肆无忌惮地镇压任何可能触动既得利益的改革努力。及至民国时期,情形仍复如旧。袁世凯采取非常手段暗杀反对派、废除约法、摧残国会,亦没有引起任何大规模的社会反响。从清末到民初,中国的政治斗争在性质上从来是宫廷内部的斗争,且斗争结果最终取决于双方军事实力的对比。这同时表明中国社会在这一时期缺乏受到普遍认同的权力“游戏规则”——按照赤裸裸的暴力决定胜负的“丛林规则”是一项自然法则,在严格意义上并不能被称为文明社会的“规则”。这是权力缺乏大众制约的结果——既然没有让执政

要使宪政改革沿着和平的方向发展,需要一种有利于宪政转型的文化。

至少在上个世纪之交,中国缺乏宪政文化的基本要素。

者感到畏惧的外部制约,权力游戏为什么要遵守任何规则?对权力的自信和贪婪将使统治者超越任何规则的约束。最后,民国时期的政治互动也体现了双方缺乏宽容的精神。这固然是袁氏的跋扈造成的,但国民党以后的实践表明它自己也不是一个主张政治自由的政党。

中国的传统文化中包含着信奉权力的因素。

最根本的是,中国的传统文化中包含着信奉权力的因素。信奉权力的文化不但使掌握权力的人过于自信、无所顾忌,而且使追求权力的人无所不用其极,不达到目的决不罢休。满清对以康、梁等维新派之追杀迫害,袁世凯对国民党之打击排挤,及后来国民党对共产党之斩尽杀绝,无一不是这种权力迷信文化的体现。统治社会的精英对国家的根本规则缺乏共识,社会大众也不能对统治行为产生任何影响,从而使中国的政治斗争从来是围绕党派或个人的利益,而不是以社会公共利益为目的,并反而给社会带来了巨大的资源浪费甚至灾难。可以预见,不解决宪政文化问题,就不能保证中国历史的悲剧不会重演。

(四)清帝复辟与中央制宪的挫折

各路军阀和袁世凯统治的专制本质是一样的。

袁世凯名为共和总统,实为大清传统之延续;其最后称帝,虽不免身死而为天下笑,亦未尝不是预料中事。作为一代强人,他在任的大部分时间尚能镇住北洋军分散在全国各省的大小头目,从而给共和制带来了表面上的平安。后来在民国史上先后一度拥权自重的段祺瑞、冯国璋、曹锟、吴佩孚、张勋之流,无不是袁氏旧部。现在魁首既失,各路北洋诸侯均仗恃自己的武力,跃跃欲试,梦想一统天下,坐一坐总统的交椅。其因人枉法,千姿百态,不一而足。总的来说,由于北洋势力形成于清朝,因而不独袁氏专权时期,整个尝试立宪时期都可以被视为清朝专制传统的延续,只不过因为各人实力有限、彼此钩心斗角而不能持久。其与袁氏之别,实在是大桀小桀之谓。执政名目各有不同,独裁本质则一脉相传。在这群武夫手里,中国的宪政断难取得任何实质性进展。

袁氏既死,副总统黎元洪继任大总统,直隶军阀冯国璋任副总统,皖系“安福派”势力段祺瑞为内阁总理。各省相继取消独立,全国复归统一。黎下令宣布《临时约法》和前《大总统选举法》继续有效,并应继续召集1914年解散的国会,以完成宪法。1916年8月1日,国会第一次复会,决定以1913年的“天坛宪草”为基础,继续制宪工作。宪法会议因没有袁氏当时的压力,因而讨论比较从容。在初读和二读程序中,曾就是否采纳尊孔条款、国会闭会期间是否设置常设监督机关、总统为维持公共治安或防御非常灾害是否具有紧急命令权、议员是否能兼任国公务员以及国会开临时会是否需要总统召集等问题,进行了辩论,但未能解决总统解散国会的权限和省制问题。对于前者,宪法草

案授权总统解散众议院,但须经参议院列席议员 2/3 多数的同意,且在同一会期不得再次解散。对于该规定过宽过严,引起广泛争议。对于后者,国民党议员多主张省制应当写入宪法,且省长应当民选,但梁启超等宪法研究会与宪法讨论会成员坚持反对。折中派意见则认为省制写入宪法,但省长仍由中央任命。反对意见的理由是各省都督飞扬跋扈,因而未必能遵守宪法规定的地方制度,这样势必损害宪法权威。赞成意见则认为实际混乱正因为中央与地方权限不分而起,因而不改革这一制度就无法纠正混乱。双方争辩激烈,相持不下,后来在投票时竟演变为一场武斗,成为民国史上闻名的“大讼案”。尽管如此,这段经历毕竟表明各方都还持着认真的态度对待宪法制度,且辩论过程总的来说是理性的,表明中国当时的宪政辩论已逐渐走上轨道。另一方面,后来的事实证明,宪政辩论并未发挥多少实际作用,中国政治最后还是武力说了算。

制宪各方对中央与地方关系等问题展开激烈争论。

强权不论到哪里,都不可避免地 and 民主发生冲突。袁世凯做总统,总统便和国会与内阁发生冲突;现在军阀控制了内阁,内阁和国会的冲突便成为这一时期的主要政治矛盾。1917年4月,段祺瑞内阁召集各省督军赴京举行军事会议,商讨军务及对德宣战问题,各省督军一致主张对德宣战,并向众议院提出了宣战案。国会中占多数的国民党认为段的目的是取悦于日本,并已接受了日本的秘密贷款,因而反对宣战决议。段唯恐达不到目的,又效法袁世凯的伎俩,策动所谓“公民请愿团”数千人,由陆军部人员指挥,包围议院、殴辱议员,威胁必须当天通过宣战案,否则不许离开议院。众议院愤而搁置宣战案。督军于是以宪法草案关于不信任权以及参议院对解散国会的批准权等规定不合国情为由,联名非议宪法,并提请总统解散国会。黎元洪站在国会一边,以外长副署下达命令,将段免职,结果也受到各省督军的攻击。段自己否认免职令有效,称《临时约法》总统免职令须经总理副署方能生效。各路武夫法盲亦纷纷附和,继而先后宣布脱离中央。黎为自保急召张勋入京,以抗衡段派势力。张勋率兵北上,并以解散国会为条件。虽然《临时约法》和其他法律俱无解散议会之规定,黎仍被迫违法下令,是为继袁世凯之后第二次解散国会。张勋又邀请康有为等人入京计划复辟,于是清帝下谕宣称“临朝听政,收回大权,与民更始”。但段祺瑞及多数督军反对复辟,很快摧毁了张的军队,结束了这场短暂的复辟闹剧。

军阀内阁和国民党控制的国会发生冲突,国会再次解散,张勋复辟闹剧短暂告终。

复辟平定后,黎拒绝复任,原副总统冯国璋为总统,段祺瑞仍为总理,但并不召集旧国会,因而在北京的国会立宪几乎完全停顿。梁启超等人认为“中华民国已因复辟而灭亡”,因此提议让各省重新派遣参议员,另组临时参议院,修改各选举法。1918年,新国会(或称“安福国会”)成立,并于次年完成了新的《中华民国宪法草案》,与“天坛宪草”极其类似。同时,孙中山在国会

被解散后赴广东倡议护法,部分原国会议员跟随南行,是谓“西南护法”运动,但自行集会仍不足法定人数。1918年,法定人数凑齐,宪法会议继续宪法草案的二读程序。因此,南北双方出现了两个政府和两个版本的宪法草案。但南北政府已进行对等议和,新旧国会皆不明何去何从,因而双方亦都无心制宪。

(五) 省宪运动的发展与联邦主义的兴起

既然中央统一立宪遥遥无望,而各路军阀又陷于混战,南方各省开始提出“联省自治”的主张。早在民国初期,地方自治已有先例。武昌起义后,在中央的《临时政府组织大纲》和《临时约法》制定之前,湖北、江苏、浙江、江西、贵州等各省军政府都制定了地方约法,按三权分立和内阁责任制的设想初步建立了地方议会和政府。事实上,地方军阀割据自治的思想也是20年代省宪运动的动力之一,并和国民党与势力最大的直系军阀的统一努力相抗衡。但省宪运动还是体现了中国宪政思维的进步。它主张采取某种形式的联邦制,界定中央与各省的权限,并由各省先自行制定宪法,然后再由各省选派代表制定联省宪法。这是中国最早的联邦主义构想,1920年以后在各省获得了不同程度的实践。

联省自治是中国最早的联邦主义构想。

在联省自治中,提倡最力的是湖南省,首先自行制定省宪的也是湖南省,而湖南省宪的制定显著推动了其他各省的立宪自治运动。之所以如此,是因为湖南在护法战争中受害最为惨烈,因而希望实行自治以超越南北纷争。1920年7月,湖南湘军总司令谭延闿首先宣布自治宗旨。11月,其继任赵恒锡和湖南省政府宣布自治,并开始制定省宪。省政府特聘13位专家组成起草委员会,继而由各县民选的一百五十多人组成审查委员会,以修改宪法草案。1921年12月,湖南全省公民投票通过了省宪草案,并于次年1月1日公布施行。因此,湖南省宪的制定经过了起草、审查与复决三种程序,几与美国多数州的制宪程序相似。在实体内容上,即使从现代的观点来看,湖南省宪也是相当“先进”的。由于国家宪法缺失,省宪首先规定了省与中央之间的权限。最显著的是,湖南省宪把选举权普及到全省男女,省长由全省公民表决产生。公民享有创制权与复决权。

湖南首先制定省宪,浙江等省响应。

南方其他省也借鉴湖南省的立宪经验,纷纷自行制定省宪。1921年6月,浙江督军卢永祥通电自行制宪,并组织起草委员会制定草案,后经省宪法会议通过,并于同年9月9日宣布,是谓《九九宪法》,共158条。但该宪法并未施行。次年,浙江省议会以《九九宪法》未经全民复决,决定再由省民自行提出宪法草案。由于省民们提出了一百多部草案,省宪审查会不得不加以归并,成为红、黄、白三种草案,是谓“三色宪法”。但后来浙江并未对三种颜色的草案进行投票,因而“三色宪法”也没有产生效力。其余省份如广东、四川等也曾正式制定省宪

草案,但亦未正式公布施行。因此,正式颁布省宪的只有湖南一省。

和湖南省宪类似,各省宪草具有一些共同特点。首先,它们都明确列举了省的专有事务,例如地方政府的结构、官制官规、法院编制、教育、经济、税务、军政等。如果涉及省的利益,国家法律和对外条约及军事行动均应先征求省的同意。这种规定显然和联邦制度不符,因而只能被视为表达了一种限制国家权力的自治理想。其次,省宪草案一律采纳责任内阁制,省议会对省务员有质询权和不信任权。最后,省宪草案普遍规定了公民的各项权利,尤其是男女平等、直接选举省长与议员以及解散议会的权利。解散议会的权利也是现代国家的宪法所没有的,因为它将过分削弱议会的稳定性。但总的来说,省宪规定十分全面,表明中国地方制宪已经达到相当高的水平。

省宪规定相当全面,但实施不够。

这一时期的省宪运动虽然开展得相当热烈,但也存在不足之处,其主要问题在于实施不力。即使在正式施行的湖南省,省宪也经常也未落实到实处,且并没有能改变军阀政治的局面。虽然省宪规定政府由选民直选产生,但是湖南等省还是发生了相当普遍的贿选和舞弊现象。(参见徐永康,2005)因此,省宪运动的结果仍然是有宪法而无宪政。且就少数省获得成功的事实来看,中国立宪的社会力量仍不成熟。

(六) 军阀滥用的民主:曹锟贿选和《中华民国宪法》

1920年,北方直皖两派军阀互战,段系安福派败北,政府改组并废除新修正的选举法。1922年,直奉第一次战争结束,直胜奉败。黎元洪在直系曹锟与吴佩孚支持下回北京复任总统,于是召集他自己于5年前解散的旧国会,国会又第二次恢复。恢复后,宪法会议继续审议宪法草案。宪法起草委员会继续讨论民六(1917年)议会二读程序所遗留的问题,因而草定“国权”与“地方制度”两章,引起议员热烈辩论。直到1923年6月,二读程序尚未结束,而政局又起波荡。原来曹锟一直觊觎总统的位置,因而发放津贴贿赂部分议员。这部分议员主张先解决总统问题,而另一派议员则看到民国成立以来已十余年尚无一部宪法,因而坚持议会任务应以制宪为先。由于受贿议员把制宪抛诸脑后,宪法会议常因不足法定人数而流产。

曹锟开始贿赂议员,最后靠贿选当上总统。

黎元洪后来被曹锟逼迫离京,直系将领便通电敦促早日举行总统大选。但许多反对曹锟的国会议员在黎出走后亦离京南下,赴沪集会,以致留在北京的议员不足法定人数。由于这些议员大多热心制宪,曹锟便以制宪为耳目,以重利将一部分上海议员诱回北京,北京议会竟又可开会。但宪法会议仍不满总统选举会所需要的法定人数。于是曹锟又公然发给各议员5000元贿选费,凑足了法定人数。1923年10月5日,总统选举会成会,曹锟如愿以偿当选总统。后来调查发现,曹锟派系在贿选期间至少签发五百多张支票,每张5000至万元不等,其中亲自领取的议员达190多人。(荆知仁,1984:331)

探讨 民主与贿选——从曹锟贿选看制度的作用

贿选是一种理性行为,可以通过制度加以解决。

贿赂是受到普遍谴责的行为,但也是在民主选举中经常发生的现象。之所以如此,是因为贿赂对行贿者和受贿者都有利。通过付出一定的成本,行贿者可以得到政治官职,而这意味着比他行贿成本更高的实惠——否则,他作为一个“理性”的人就不会这么做了。对于受贿者来说,他白白得到一笔钱——可能不会很多,但他失去的大概也很少:行贿者的当选对他而言一般不会是一场灾难,否则他也不会这么做了,且即使有他认为更好的人选,他的一票反正不会改变选举结果。当然,人人都贿选,那么选举就完全失去意义了,它给整个社会带来的成本是巨大的。但每个人都可能处于“囚犯困境”(prisoner's dilemma)之中,因而不可自拔——如果其他人都这么做,那么就你一个这么做并不会摧毁民主;如果其他人都这么做,就你一个不这么做也不会拯救民主;而所有人都像你这么想,所以都参与了贿选。道德谴责当然是应该的,但并不一定能解决利益所产生的问题。

澳大利亚选票制度可以使贿赂无利可图,更彻底的办法是扩大民主选举的范围。

为了防止贿选,西方国家采取了一些法律机制,譬如采用秘密投票(即“澳大利亚选票制度”,参见本书第六章)。由于投票是无记名的,即使你接受了贿赂,你也不一定非要选他,反正他不知道你投了谁的票——除非参加选举的人如此之少(少于100人),以致 he 可以从投票结果中猜出你的选择;这样一来,他也就不会来贿赂你了。一个更为彻底的解决办法是扩大选民的人数,因为人数越多,需要贿赂而获选的对象就越多,贿赂成本也就越高。试想就在十万人左右参与的地区选举中,需要贿赂的人至少是好几千。且不用说贿赂这么多人容易败露,他有这么多“贿赂资本”吗?值得为获选而付出如此昂贵的代价吗?所以,解决民主中的贿选问题不是限制民主,而恰恰是进一步扩大民主;让每一个有选举权的公民都参与到选举过程中去,你会发现贿选现象将自动消失。

贿选在美国也曾经发生过,民主化本身是解决民主选举问题的答案。

中国历史上曾经出现过曹锟贿选,现在某些人大选举也出现了类似的现象。但贿选绝不是中国民主所特有的。即使在法治程度比较高的美国,早期的参议院选举也是一片腐败。这是因为根据宪法规定,各州的两名参议员是由本州议会选举产生的。这样一来,各种各样的权力交易都发生了,当选参议员的机会直接和候选人的财富成正比。1913年的第十七修正案改变了这一现实,使各州参议员直接由该州选民选举产生。美国参议院选举的腐败不能说完全没有,但贿选作为一种系统现象到此为止。这说明什么呢?民主制度本身就是解决这个(尽管不见得是所有)民主问题的答案。如果当年总统由数亿中国公民——而不是那几十位“人民代表”——选举产生,曹锟还能贿赂

得了吗？这是为什么直接选举产生的领袖一般不会和“贿选”联系在一起。反之，如果制度未能建立起来，那就难保将来不会出现大大小小的“曹锟”们。

思考 参见本书第五章，你认为应该如何完善中国县级以上人大代表以及政府首长的选举机制？

参与贿选的返京议员虽以完成制宪大业为幌子，但毕竟做贼心虚，匆匆通过了二读与三读程序。10月10日，宪法会议即正式公布了宪法全文。这是中华民国的第一部正式宪法，却不幸因曹锟而落得“贿选宪法”的恶名。这样的宪法当然不可能让人民尊重。然而，就其具体规定而言，1923年宪法却无可取之处。

尽管中华民国第一部宪法成了“贿选宪法”，其内容不乏可取之处。

宪法共13章、141条。第一章（“国体”）、第二章（“主权”）和第三章（“国土”）各一条，规定“中华民国永远为统一民主国”（第1条），且“中华民国主权，属于国民全体”（第2条）。第四章（“国民”）18条，规定了国籍和公民的基本权利及义务。第5条规定，“人民于法律上无种族、阶级、宗教之别，均为平等。”其余各条亦为一般宪法所常见的自由，唯有第12条特别规定，“人民有尊崇孔子及信仰宗教之自由，非依法律不受限制。”早在“天坛宪草”制定期间，进步党和国民党就曾对孔教发生激烈辩论，其妥协结果是规定“国民教育以孔子之道为修身大本”。现在保守势力仍试图把儒学定义为“国教”，但受到激烈反对，因而达成了这么一个令人啼笑皆非的妥协。

和以“天坛宪草”为蓝本的宪法草案相比，1923年宪法的主要不同之处在于“国权”和“地方制度”两章。第五章“国权”明确规定中央和地方权力的划分，而地方权力的范围已不能被中央普通法律或命令所增减。第23条列举了15项国家立法并执行的事项，包括外交、国防、国籍、民刑商法、监狱制度、度量衡、货币及国立银行、税收、邮政与通讯、国有铁道和国道、国有财产与国债、专卖与特许以及文武官员的录用与监督。第24条列举了13项属于国家立法而可命令地方执行的事项，包括矿业与森林、学制、银行与交易所制度、两省以上的水利及河道、户口调查及统计、警察制度、公共卫生、文物保护等。第25条列举了11条专属省立法并执行或命令地方政府执行的事项，包括省的教育、实业、交通、市政、水利工程、田赋契税、省债和银行、警察与保安、慈善与公益事项等。对于第24、25条均未明确规定的事项，由最高法院按照事件的性质裁决国家与省的权限争议（第26条），各省之间的争议则由参议院裁决（第31条）。第33—36条规定了省权的限制，包括不得缔结政治盟约，不得妨害

1923年宪法具有联邦制成分，借鉴了美国宪法制度。

其他省或地方的利益,不得设立常备军、军官学校或军械制造厂。第十二章“地方制度”规定各省可在不和国家宪法与法律相抵触的基础上自行制定“省自治法”,并划定省县两级的地方政府结构以及两级关系(第124、125条)。第127、128条进一步规定了适用于各省的规定,包括省议会议员、省务员以及县长由直接选举产生,公民在省内住满一年后享受法律上一律平等的公民权利,县议会对县内自治事项具有立法权,且县对自治事项具有不受省政府干涉的完全执行权,省政府不得处分县有财产和自治经费,由此可见,1923年宪法在本质上属于联邦宪法。

第六章至第九章分别规定了国会、大总统、国务院和法院制度。按照美国模式,国会采取两院制(第40条)。参议院以“法定最高地方议会”选举产生(第41条),任期6年,每两年改选其中1/3议员(第47条);众议院则按选区人口比例由选举直接选举产生,任期3年。国会常会会期为4个月,定于每年8月1日举行。如果认为大总统有“谋叛行为”或国务员有“违法行为”,众议院可以2/3多数发起弹劾,弹劾正副总统要求出席议员达到总数的2/3以上(第60、61条)。参议院审理弹劾,并以2/3多数同意决定弹劾成立(第63条)。行政权则采取双元首脑制,由大总统在国务员“赞襄”下行使(第71条)。大总统由国会议员组成“总统选举会”,以选举人总数2/3以上投票产生;得票3/4以上者方可当选,但如果两次均无人当选,就在第二次得票最多的两名候选人中进行“决选”,得票过半数者当选(第73条)。总统任期5年,可以连任一次(第74条)。大总统是统率陆海军的大元帅,并可在国会同意下宣战(第82、84条)。大总统可以根据法律而宣告戒严,但如果国会认为没有戒严必要,即应发布解严宣告(第86条)。大总统可以停止参众两院会议,但每次会期停会不得超过两次,每次停会不得超过10天(第88条)。大总统任免文务百官,但国务总理的任命须经众议院同意(第81、94条)。众议院可以对国务员通过“不信任决议”(第62条)。此时,大总统或者免除有关国务员职务,或者解散众议院,但解散必须经过参议院同意,且同一会期只得解散一次;解散后,大总统应命令立即进行选举,并在5个月内定期继续开会(第89条)。国务员对众议院负责,大总统所发布的“命令及其他关系国务之文书”非经国务员副署不产生效力,但对国务总理的任免除外(第95条)。第100—101条规定了法院公开审判、法官独立审判原则。“法官在任中非依法律不得减俸、停职或转职。”(第102条)最高法院院长的任命须经参议院同意(第98条)。

第十、十一和十三章分别规定了法律通过的程序、会计事务以及宪法的修正与解释。宪法修正程序比较简单,完全由国会行使。两院列席议员2/3以上同意,可提议宪法修正(第136条)。两院组成“宪法会议”,负责宪法的解

释与修正,但不得修正国体性质(第137—139条)。宪法会议在列席成员超过总数2/3以上时开议,列席成员的3/4以上同意可修改宪法,2/3以上同意可议决宪法的解释(第140条)。

思考 第95条纠正了《临时约法》的哪些不足之处?从条文上看,第一部宪法的规定不可谓不完备或“先进”,但它并没有受到社会的普遍尊重。宪法最后一条(第141条)还特别规定:“宪法非依本章所规定之修正程序,无论经何种事变永不失其效力。”但宪法仍然很快就失去效力,甚至可以说从来没有发挥过效力。你认为一部受到社会尊重、“活在公民心中”的宪法必须具备哪些条件?

(七) 军阀独裁的延续

曹锟贿选发生后,国民党发表讨伐宣言。孙中山联合皖系段祺瑞、奉系张作霖和浙督卢永祥,形成“粤浙奉三角同盟”讨伐曹锟。1924年,直系将领冯玉祥因不满待遇而倒戈,导致直奉二次战争以奉胜直败告终。奉系势力与冯玉祥拘禁了总统曹锟,拥护段祺瑞入京组阁,组织了以“革命”自居的临时政府,推翻了1923年宪法。可惜民国第一部宪法的制定前后历时11年之久,竟在一年内便成废纸。战争赶走了一个“贿选总统”,却引来了一个独裁的“临时执政”。正如国民党于9月18日发表的“北伐宣言”指出:“民国十三年来反动纷扰之连续不绝,其分子虽有新陈代谢,而其传统思想则始终如一。”

军阀纷争赶走了贿选总统,建立了更独裁的统治。

段氏公布了“临时政府制”,一共只有六条,其中第一条规定:“临时执政总揽军民政务,统率海陆军。”因此,“临时执政”独揽一切大权。段氏还召集各地军政代表以及政府认为有“特殊资望学术经验”之人,召开“善后会议”,实为军阀代表机关。该会通过了《国民代表会议条例》,规定由政府召集国民代表会议,以“制定宪法及其施行细则”。国民代表的选举方法则和1912年众议院选举类似;各省区代表由间接选举产生,蒙、藏、青海及华侨代表则由直接选举产生。但该会议始终未能成立,因而始终未能制成宪法。不过根据该条例,各省区军政长官和“临时执政”所指派的委员可组成国宪起草委员会。

1925年,起草委员会成立,并于同年起草了《中华民国宪法案》。宪法案分五编、14章,共160条。它在很大程度上照搬了1923年宪法,只是增设了“教育”和“生计”两章。其中规定:“中华民国永为民主共和国”(第1条),“中华民国之主权本于国民全体,依宪法之规定行使之。”(第2条)宪法案删除了1923年宪法中的“统一民主国”一条,代之以各省有权制定本省宪法,因

《中华民国宪法案》建立“国事法院”，拟进行宪法诉讼。

而其联邦特征更为明确。但其中亦有数条规定赋予中央干预地方事务的权力，并赋予总统以独断的任免权。宪法案扩大了众议院权力，缩减了参议院权力。众议院由各选区选民按人口比例直接选举，参议院由各省选举三人组成，总统则由各县选出的选举人间接选举产生。宪法案最引人注目的是其规定的两类法院制度：普通法院和国事法院。普通法院受理民、刑和行政案件，国事法院则决定“法律是否抵触宪法及其他宪法上疑义之解释；国家与省区或其他地方权限之争议；关于国务总理及国务员被弹劾事件”。国事法院由最高法院的院长和四名成员以及参议院所选出的四人组成，代表了中国最早的宪法诉讼模式。

1926年，段祺瑞不能见容于直奉军阀，被迫离京，“临时执政”遂被推翻，北京政治又陷于混乱，宪法草案亦不了了之。吴佩孚主张由曹锟复任总统，但遭到奉系反对，后由曹锟颠覆时的国务总理组织“摄政内阁”。1927年，奉系张作霖推翻“摄阁”制，索性施行“军政府大元帅”统治，自任大元帅。与此同时，国民党任命蒋介石为总司令开始北伐。北伐胜利后，军政府独裁制度方告消灭。至此，北洋政府覆灭，全国复归统一，迁都南京。中国宪政从此开始了其漫长的“党治”时期。

(八) 道德与理性——对宪政文化与制度建构的评论和反思

改良派张謇曾说：“立宪固然要政府先有觉悟，主持实施，然人民也得要一齐起来发动。”（荆知仁，1984：90）中国当时缺少的正是社会大众的参与，而大众参与的缺乏构成了预备和尝试立宪失败的必然原因，即制度与文化层面的原因。从辛亥革命到北伐胜利为止，整个民国时期的政治演变过程表明了一个显然的事实：现代宪政文化的缺失。这个事实是如此显然，以致无须多加论证，但它说明了一个问题：没有宪政文化的支持，宪法制度是不可能实施、确立与巩固的。从《临时约法》开始，中国不可谓没有一种宪法制度；事实上，中国曾有过很多套宪法制度，因为不同的军阀政客上台，都要搞一套自己的宪法，尽管这些宪法存在着这样或那样的不足。但所有这些宪法制度都未能获得实施，而其中一个重要原因就是宪法制度没有一种宪政文化的支持。

所谓“文化”，就是指特定社会普遍接受的一套习惯性思维或行为方式，是社会习俗与道德规范的总称；如果人的言行不符合当地文化，就会引起普遍的反感、反对、指责甚至压制。一般认为，文化是社会的“非理性”（non-rational）因素，是一系列通常不加反思而获得接受并执行的社会规则。儒家文化要求子女在家长面前毕恭毕敬，否则子女将遭到社会谴责；在此过程中，子女、家长还是社会上其他人都一般不会去探究这项规则本身的合理性，或对各方或社会有什么实际的“好处”——简单地，这么做就是“对”的！基督教徒用餐前要祷告、伊斯兰教徒在一天特定的时候祈祷，也都与此类似。我们经常说文化

中国宪法制度一直未能获得实施的一个重要原因，是宪法制度缺乏宪政文化的支持。

具有“潜移默化”的作用,就是指文化对人的心理或思维的经常是不自觉的日常影响与控制。通过在日常生活中的教育、引导、惩戒等多种控制方式,文化得以从一代人相当完整地传递到下一代。因此,除了受到外来文化的冲击或影响,一个发达并被认为“行之有效”的本土文化是极为稳定的。(下详)

所谓“制度”,在这里就是指一套政治规则,或有些人喜欢把它称为政治权力的“游戏规则”——譬如美国国会对总统的弹劾制度,中国某些地方人大对法院的“个案监督”制度等。制度可以是确立的,即已经受到普遍接受、承认与实施的,也可以是正在确立或尝试确立的。在谈论制度时,人们更注重考虑这项制度将对所要制约之对象的理性行为带来什么影响;或者说,正是为了用理性方式约束人的理性行为,人们才设立了制度。譬如正是考虑到不同部门的政府官员都可能会滥用权力,西方某些国家才采纳了三权分立制度,而这项制度除了确实能纠正权力的滥用之外,还能通过对强制纠正的畏惧而预防权力的腐败;正是考虑到法官可能断案不公,中国某些地方才设立了人大对个案判决进行调卷监督的制度,且这项制度同样也可能具有预防和纠正的职能。在这些例子里,制度迫使政府官员考虑滥用权力对他们自己的不利后果——包括错误判决的撤销及其所导致的待遇影响、经受弹劾的考验、受到撤职甚至刑事处罚、社会地位和名誉的损害乃至丧失,并通过对权力的滥用增加成本来促使官员廉洁守法。

制度和文化之间的关系很复杂,且涉及经济和社会其他因素,在此不可能详尽探讨。它们有很多共同之处,并注定被紧密联系在一起:它们都是规则或规范,都明确或隐含表达了所预期的社会行为方式。它们的不同之处可能只是程度问题,或只是表面的——例如通常认为,制度所注重的是所要产生的外在行为(或不行为),而文化则强调心理和思想上的控制;但有哪一种文化不期望实现某种理想的道德行为?制度的设计又怎么可能忽略人的理性动机?长远来说,制度和文化必然是一对相互依存的共生体,因为文化中的许多因素,必将迟早体现于制度之中——三权分立制度体现的是一种政治自由主义文化,子女不能诉家长的传统制度体现了中国的家长制文化。文化靠国家制度的强制力而获得维持,制度靠文化的无处不在、潜移默化地影响而获得巩固。更重要的是,没有文化的支持,制度是不可能建立起来的;而没有制度的实践,也不可能完成文化的转变。因此,制度和文化是社会进步的“两条腿”,必须同时行走才能协调发展。

宪政制度和文化相辅相成,必须协调发展。

然而,制度和文化的区别对我们而言是同样重要的。首先,制度是人们为了特定目的而创造的,因而具有时代性;作为一种人类现象,文化虽然也必然是在某一段时间被“创造”的,但由于其稳定性和延续性,它的“创造者”往往不为人所知,而且其形成过程可能如此漫长,以致不能被认为是特定阶段或特

制度可以在短时间内发生变化,文化则具有巨大的惯性;制度可能先于文化而发生变化,因而和文化相脱节。

定人的产物——就和孔子被公认为弘扬但不是“创造”了中国文化一样。和发挥着无意识、不可见作用的文化相比,制度具有更多的人为因素,并一般被一群人有意地遵守、实施与维持着。其次,除了小范围的“精英”或其他特殊文化,文化的影响是普遍的;它确实像一个“染缸”,浸染着几乎每一个生活在其影响范围之内的人——这是文化的力量所在,因为它代表了整个社会的道德资源。制度的影响则可能是普遍的,但也可能仅限于局部范围,至少尚未确立的制度或某些制度的直接影响可能是如此。中国古代的御史制度尽管也被民间传诵,但它直接影响的只是朝廷的官吏;《临时约法》所表达的理念可能是参与辛亥革命的志士仁人所强烈拥护的,但他们毕竟只代表了中国社会的极少部分人。最后,尽管文化也表达所要实现的理念,但在其已经获得实现的程度上,文化是“实在”的——已经存在并确立的,制度则可能只是少部分人想要实现的理念而已。且既然制度是人为制定的行为规则,它的变化可以很快;但由于文化涉及整个社会的信仰体系,其惯性是巨大的。少数社会精英首先意识到制度变革的重要性,并可能一时掌握权力而完成制度的转变,但要使新制度获得社会的普遍认同并实现文化的转型则要困难得多。因此,制度和文化之间可能存在着脱节;制度可能先于文化而发生变化,因而和现存文化发生矛盾与冲突。

法律首先是一种制度。它是一种理性设计,目的是通过国家对法律义务的强制实施或者人对这种强制手段的畏惧来调整人的行为。这并不难理解:想想你所接触过的法律,几乎全部都是这样。合同法的基本原则是签订合同的双方都有义务履行,否则法院将判令违约方赔偿,从而使违约无利可图;行政诉讼的目的是通过授权公民在法院挑战行政行为的合法性,迫使官员依法行政;刑法的作用更不必说了。不论其性质如何,所有这些法律都以国家对于被法院确定为违法行为的强制纠正之权力为后盾,而对这种权力实施的后果之畏惧,本身就经常足以抑制违法行为的发生。因此,霍姆斯法官(2000:6)认为法律的主要功能在于“预测”:它对潜在的违法者施加违法成本,并让他自己决定从违法行为所获得的利益是否值得他“铤而走险”。固然,法律还表达了一种理念或信仰,但它首先是一种理性机制,通过规定义务以及对违反义务的惩罚,使人规避一些普遍认为对社会有害的行为。

但孟子早已指出,“徒法不足以自行”:作为人所制定的规则或规范,法律本身并没有实施自己的力量;要真正成为有效的制度,法律规则必须依靠法治文化。这是显然的,因为如果纯粹基于功利计算,那么每个人都可能认为违法因种种原因而是一件有利可图的事情——譬如执法不力,因而被查获的可能性很小,尽管这种看法实际上可能是一种错误。人的理性能力是有限的,且在这方面人各不同;即使对于善于算计的人来说,功利计算取决于许许多多不能

准确预见的未来因素——如违法行为被发现并受到惩罚的可能性。这样,法治的命运就取决于社会上每个人的计算,因而变得极为不确定。更重要的是,许多政治层面的规则 and 个人的利益并不直接相关。尼克松指使下属对政治反对派的集会进行窃听,克林顿在法庭上作伪证——这和一个普通美国老百姓的日常生活相关吗?慈禧太后镇压维新派、袁世凯恢复帝制、曹锟贿选——这些和一个普通中国老百姓的日常生活相关吗?即使相关,关系也是极为遥远和微弱的。你不会仅因为这些事件和自己的切身利益而去表达自己的观点,你这么做是确信这些人对权力的滥用无疑是“错误”的!你的习惯思维告诉你,这些行为是不可容忍的,因而你必须通过某种方式表达你的看法和情绪。这就是政治文化在你身上产生的自然反应。法治文化告诉每一个公民,法律是必须要遵守的,尽管它此时此刻未见得对你个人“有利”,你甚至不一定认为某项特定的法律是公正或对社会有利的,但这都没有关系;不论特定法律本身如何,任何人违法都是不可原谅的错误——就这么简单。没有法治文化的支持,在一个“上下交征利”的狭义理性社会,你会发现法治的实现是何其困难!

没有法治文化的支持,法治的实现极为困难。

文化对制度的作用还体现在下列方面。政治制度的直接参与者与实践者只是局限于少数精英;你我普通人不太可能是参与弹劾美国总统的参议员或选举某个曹锟做总统的议员。政治精英们本身是分裂的,并不断为了争夺权力而进行角逐;有些精英严格利用现存的制度规则——可能是因为他们的信仰,但更可能是这样做对他们更有利,有些精英则不得不“铤而走险”,利用制度所不允许的手段——譬如窃听、迫害甚至政变——来达到自己的目的。如果制度已经成为文化的一部分,且文化能够对制度的运作直接产生作用,那么文化的作用是迫使所有精英都在制度所设定的规则范围内玩弄“权力游戏”;任何违反基本“游戏规则”的政治行为都将受到社会惩罚,不论是通过舆论、罢免还是选举淘汰机制。因此,当尼克松仍坚持不向法院交出录音磁带时,大量电报每天雪片般飞入国会,要求立即弹劾总统。由于国会议员本身是由选民直接选举产生的,不论议员本人是否同情总统,他即使出于自身利益的考虑也要“表现积极一点”。对于那些本来就反对尼克松的政客们,大众选民的情绪更是难得的资源,使他们利用宪法规则就足以“扳倒”总统。对比之下,慈禧镇压维新运动、曹锟贿选、袁世凯的倒行逆施是否引起过中国公民的普遍反应呢?对于那时大多数“生活在水深火热之中”的中国人来说,明天锅里的米饭恐怕是更现实的考虑。宪政文化的缺失使提倡新制度的中国政治精英失去了最强大的社会支持,并使政治斗争的结果完全取决于宫廷力量乃至简单的军事力量之对比。

宪政文化使提倡改革的政治精英获得最强大的社会支持,并使政治斗争的结果取决于社会力量的对比。

如此说来,在制度和文化的“两条腿”之间,文化应该先行一步。要实现

制度和文化的之间必须“两条腿走路”，文化的确立得益于制度的实践。

宪政,首先应该在公民中间传播宪政文化。这当然是不会错的。但既然是“两条腿”走路,一条腿就不可能走得太远。文化固然是制度的社会心理基础,但文化本身并不是单靠灌输就能形成的,而是在制度的实践中逐步产生并确立的。如上所述,文化代表着一种“非理性”机制,使人不加功利算计就作出反应;但人毕竟在本质上是理性的,因而文化必须具备理性的基础——至少在长期社会实践中,它必须使多数人相信它对于维护他们的利益是有利的;如果一种文化最后被怀疑对社会的不利后果负责,那么这种文化就已经面临着“生存危机”,人们就会开始对文化进行反思与改良——如果不是全盘抛弃。反之,要形成一种文化,你必须使人看到它所可能带来的“实惠”(不见得只是经济实惠),且只有在满足了实际需要之后,人们才会进入更为超越的层次。制度的实践即使不能保证这些实惠,也至少使之成为可能并给人们带来希望;真正落实一件事情,要比宣传一万句更有效。实践和理念、制度和文化的实在是“两条腿”的互动,不是简单的谁先谁后或谁决定谁的问题。

因此,文化与制度的变革是一门复杂的艺术——如果不可能成为“科学”的话。在这里,任何决定论模式都几乎注定要“栽跟头”。它们必须齐头并进,而在某个特定的阶段必须先走哪一步,完全取决于特定的“国情”和改革者的智慧。这段评论的目的是要说明,宪政制度的建立并不简单是上层改革某项制度的问题;最根本的,它离不开一种宪政文化,也就是对基本宪法准则的普遍认同,而文化的建立当然也离不开制度的实践。宪政制度的确立以相应的大众文化为社会前提,而宪政文化的建立则以制度的实践为开端;上层应容许并主动推进制度改革,下层则在参与制度实践的过程中逐步形成宪政意识。

宪政制度的确立以相应的大众文化为社会前提,而宪政文化的建立则以制度的实践为开端;上层应容许并主动推进制度改革,下层则在参与制度实践的过程中逐步形成宪政意识。

孙中山主张实现宪政的三阶段。

三、国民政府时期(1928—1948)

1924年,孙中山采纳苏联顾问的建议,在广州完成了国民党改组,次年病逝。孙中山的宪政思想是三民主义与五权分立,并主要体现于1923年的“革命方略”和1924年的《国民政府建国大纲》。在实现宪政之前,孙中山认为中国首先要经过军政与训政阶段。军政(“军法之治”)是为了革命政府用“兵力扫除国内之障碍”,并通过宣传以转变人心。任何一省完成军政之后,即应进入训政。训政(“约法之治”)的基本方法是分县自治,也就是以县为单位施行民生主义和民权主义,包括选举、创制、复决与罢免权利。任何县的人民在对这四种权利经过适当训练之后,即成为完全自治的县;任何省内的所有县均已完成自治,则该省便完成了训政并进入“宪政开始时期”,中央即应允许该省国民代表选举省长。按照原来的设想,军政阶段为期三年,训政阶段为期六

年,但后来发现在规定期限内不能完全实现宪政条件。根据《建国大纲》第22、23条规定,如果全国半数省份完成了地方自治,那么国民政府即应“还政于民”,召集国民大会,以决定并颁布立法院所议定的宪法草案,进入“宪法之治”的宪政阶段。

1925年,广州政府改组为国民政府,通过了《国民政府组织法》,采取委员会制。国民政府实行了中国最早的“党治”。组织法第1条规定:“国民政府受中国国民党之指挥及监督,掌理全国政务。”组织法一开始采用“一权主义”,不但没有规定国民政府的权限,而且在形式上是一个集立法、执法和司法于一身的综合体。虽然以后的修改使之具有“五权宪法”的雏形,但政府实际上由党产生,并随时受党的指挥与监督。政府体现党的意志,并实施党的权力。往往是先有党的决议或命令,然后再照搬到政府的公文法令中。北伐以后,尽管政府组织法屡经修正,但“党治”原则在这一时期的立宪过程中始终保持不变。国民党右翼领袖胡汉民主张,在整个训政期间,“不但是党外无党,并且是党外无政,政外无党”,实行严格的一党专制;“一切权力皆由党集中,由党发施。政府由党负其保姆之责,故由党领导,由党拥护。……唯有党能代表全国人民负建国之大任,亦唯有党能领导全国人民向三民主义实现之目标而前进。”(引自张国福,1991:263)历史事实证明,对外实行一党专制的结果必然是在党内形成蒋介石集党、政、军大权于一身的个人专制,党治为人治准备了必要的政治条件。

国民党改组后开始实行党治。

评注

“党治”机构——中央执行委员会

“中央执行委员会”是国民党的一个重要权力机构,也是国民党实行“党治”的主要机制。它建立于国共第一次合作时期,是孙中山采纳苏联顾问意见后改组国民党的产物。根据1924年的《中国国民党总章》,国民党的最高权力机关是“全国代表大会”,负责修改国民党政纲、章程及其他重要事宜,由各地方选派代表组成。中央执行委员会是全国代表大会闭会期间的执行机构,由全国代表大会选举产生。中执委规定全国代表大会的组织法与选举法,代表国民党对外关系,支配党费与财政,组织国民党中央机关各部,组织并指挥各地方党部。

“中央执行委员会”是国民党实行“党治”的重要权力机构。

中执委互选常委九人,组成常务委员会,在中执委全体会议闭会期间执行职务。中执委常委会又下设一处八部:秘书处、组织部、宣传部、青年部、工人部、农民部、妇女部、外事部、商业部。这些机构组成中央党部,处理各部门具体事务。为了领导革命,中执委还决定在其内部成立“中央政治会议”(后改为“中央政治委员会”),其下又设常委三人,决定并执行政策方针,指导、监督

国民政府,并对中执委负责。中央政治会议是国民党和国民政府的“连锁机关”,是党控制政府的工具。

国民党自认为代表了全国革命人民的利益,因而可以凌驾于国家和政府之上。

1925年,国民党决定在广东成立国民政府。孙中山模仿苏俄模式,提倡“党治”,“以党建国,待国治好,再去治他。”(引自张国福,1991:244)国民党自认为代表了全国革命人民的利益,实行国共合作、建立统一战线,因而可以凌驾于国家和政府之上。6月,中执委通过了《关于政府改组议决案》,规定了国民政府的组织原则与结构。根据该议案,中央政治会议起草了《国民政府组织法》草案,并于7月1日获得中执委批准与施行。按照1927年国民党左派对组织法的修正,国民党中央执委任命国民政府委员、常务委员,组成国民政府,掌管全国政务。这是中国历史上最早的“党治”。虽然政府组织法以后屡经修正,甚至发生了从一权政府到五权政府的显著变化,国民政府主席也被禁止兼职或行使实质性权力,其个人独裁地位因而受到很大削弱,但党治的实质一直保持不变。事实上,1931年以后,国民党内部各派的权力分配更为均衡,而中执委及中央政治会议对政府的控制却更为直接与集中。

在国共合作期间,国民党实行“联俄容共”政策,中执委常委和各部领导都有名义上参加国民党的中共党员,因而尚具有一定的代表性。1926年后,国民党内部决定排挤共产党,因而在二届二中全会上通过了一个“整理党务案”,规定其他党派在在高级党部的执行委员名额不得超过总数的1/3,不得担任中央机关部长。(张国福,1991:241—242)1927年,国共合作破裂,中执委完全成为代表国民党一党意志的机构。

思考 你认为“党治”和法治有何区别?是否符合宪政精神?孙中山“待国治好,再去治他”的党治设想是否现实可行?

一党专制的程度受到当时客观条件的限制。

即使如此,国民党的一党专制还是受到一些客观条件的牵制。首先,国共合作破裂以后,共产党在城市和农村的斗争威胁着国民党独裁统治。在1936年“西安事变”以后,国共开始第二次合作,国民党的党治原则不得不有所松动。其次,日本对中国的侵略战争也削弱了国民党对国家的控制。最后,国内军阀势力尚未完全肃清,且国民党内部各派并不团结。当时,国民党内部主要分为三派:以汪精卫为首的左派,以胡汉民为首的右派,以及作为军事领袖的蒋介石。三个派系明争暗斗,在一定程度上削弱了蒋介石所代表的独裁统治,因而在党内尚存在着有限的不同意见和声音。例如在1931年,蒋介石软禁胡汉民的行动造成严重的党内危机,并被一些国民党中央监察委员会成员指责

为“非法”行为。5月,汪精卫联合反蒋人士在广州成立了与南京对抗的“国民政府”,并调动两广军阀在国共两党激战之际进入湖南。“九一八事件”以后,双方同意举行和谈,但南方派要求蒋辞去国民政府主席职务,取消三军总司令职位,且军人不得担任五院中任何一院的领导职务。受到党内左右两派夹攻和全国(尤其是青年学生)的声讨,蒋介石被迫在年底辞去所有职务。只是在日军完全占领东北,而改组后的国民党领导又束手无策的情况下,国民党内、民间团体甚至学生又请蒋复出。在这个意义上,蒋介石的经历类似于袁世凯,并最终依靠民族危机才得以维持其独裁统治。

(一)党治的开始:《中华民国训政时期约法》

1928年,北伐完成;除了东北奉系之外,基本清除了全国军阀势力。民国亦从“军政”转为“训政”时期。国民党曾就训政时期是否需要一部约法发生争论。胡汉民一派认为孙中山的遗教就是根本法,因而无须再制定约法。(王世杰、钱端升,1997:407)国民党大会的决议亦认定“总理遗教不特已成为中华民国所由创造之先天的宪法”,而且也是民国从训政到宪政时期的“根本法之原则”。但在孙中山去世后,国民党内部已成分裂态势。1930年,汪精卫等在北京成立中央党部扩大会议,与南京国民党及政府处于敌对状态。汪等七人组成起草委员会,开始起草约法。后因张学良率兵入关,北京党部迁移到太原,并于年底完成《中华民国约法草案》,是为“太原约法草案”。太原草案并未被正式采纳而成为法律,但促成了南京政府制定约法的努力,并为训政约法所借鉴。

北伐结束后,军政转变为训政,国民党内部分裂。

“太原约法草案”共210条,分为八章。草案模仿法国第三共和的基本法律,将“人权宣言”列为宪法首位。第一章25条,为孙中山的全部建国大纲。第二章为人民的权利与义务,并采用“直接保障主义”,即约法条文具有直接的保障效力,无须法律补充,且在宪法规定范围内的权利不受法律限制(第40条)。第三章规定了“国权”,对中央权力采取列举方式,凡不属于中央的权力均归地方。第四章规定了中央政府的组织结构,设立由7—11名委员组成的国民政府;进入宪政时期以后,转变为总统领导下的五院制。第五章规定了省、县两种地方制度,其中省设由县民选举的国民代表会和省监察分院,县设由选民所选举的县长、议会和监察委员会,各省有权制定自己的宪法。从第三章与第五章来看,“太原草案”的联邦制特征相当明显。第六章和第七章规定了教育和生计,包括范围广泛的免费基本教育。第八章规定了约法的解释与修改,中央监察院和最高法院联合组成的九人委员会具有解释权,中央党部和国民会议则由修改权。

“太原约法草案”对权利采取“直接保障主义”,并突出体现了联邦制特征。

“太原草案”虽然本身未成为法律,却推动了南京的制宪努力。1930年10月,蒋介石电请中央执行委员会召集会议,以决定约法的制定问题。胡汉

训政时期约法借鉴了“太原约法草案”,但更突出了国民党的独裁地位。

民仍坚持孙中山的全部遗教就是宪法,因而坚决反对制定约法。1931年2月底,胡、蒋就是否应该制定约法问题发生激烈争论,胡一度受到软禁。3月,蒋介石等在执行委员会临时会议上再次提议并获通过,成立了11人约法起草委员会。5月,中央执行与监察委员会临时全体会议通过了草案,提交国民会议表决。根据1931年的《国民会议代表选举法》,国民代表520人,由农、工、商、教育及国民党五类职业团体选举产生。国民党的执监委员、国民政府委员及五院长官也都出席,因而国民党完全控制了国民会议。三读程序很快通过,并于6月颁布了训政时期约法。和“太原草案”相比,训政时期约法显得较为粗糙,且相当集中地突出了国民党的独裁地位。

训政时期约法对权利采取了“法律保障主义”。

约法共89条,分为8章。第一章为“总纲”,规定了领土、主权、国民、国体等事宜。“中华民国之主权属于国民全体”(第2条)，“中华民国永远为统一共和国。”(第3条)第二章为“人民之权利与义务”。除了宗教信仰外,约法采取了“法律保障主义”,而不是“太原宪草”的“直接保障主义”;换言之,如果没有具体法律的保障,约法关于权利的条文便没有效力,且政府可以通过法律限制权利。第三章为“训政纲领”,照录1928年的国民党训政纲领;在训政时期,国民党全国代表大会“代表国民大会行使中央统治权”。第四与第五章分别为“民生计”与“国民教育”。第六章为“中央与地方之权限”,对中央与地方权力采取均权主义态度,但具体则留待法律进一步规定。第七章“政府之组织”分为中央与地方制度两节。中央制度完全以1930年的《国民政府组织法》为依据。“国民政府总揽中华民国之治权”,“统帅陆海空军”,“行使宣战媾和及缔结条约之权。”(第65—67条)但其下设一主席及委员若干人,均由“国民党中央委员会选任”,因而政府由党产生并对党负责。国民政府体现了“五权宪法”思想,设行政、立法、司法、监察、考试五院及各部会,各院及部会首长由主席提请国民政府任免,因而这种委员会制实际上更接近于总统制。地方制度规定各县设自治筹备会,宪政开始后省长由国民代表大会选举,其余细节则留待法律规定。第八章“附则”规定了约法的解释方法和宪法制定程序。约法第84条规定:“凡法律与本约法抵触者无效”,但第85条又规定,国民党中央执行委员会行使约法的解释权。既然约法是由党解释的,党权自然高于一切;基于党权所制定的法令,自然也不可能和约法相抵触。因此,约法相当明显地体现出训政时期的党治主义。蒋介石自己在1931年的国民会议的《政治总报告》中清楚指出:

约法由国民党解释,党权高于一切。

国民政府从表面上好像是总揽中华民国之治权,一切宣战媾和缔结条约以及预算决算都由国府掌理,其实这些问题一定先由中国国民党中央执委会交给中央政治会议决定原则,待中政会议把原则决定后,才能由国府各院部会去公布施行。所以中国国民党和国民政府的关系不是隔断的,一切权力全操于

中国国民党,由中国国民党决定以后,才交国民政府去施行,没有一件事可以经国民政府自由去行动。(张国福,1991:308—309)

探讨

从训政到宪政——通过专制实现自由？

根据孙中山的军政、训政和宪政的“三序”理论,训政是实现宪政的必要阶段。国民党之所以坚持训政为不可逾越之阶段,其公开理由和梁启超等清末维新派类同,即中国当时制度未立、“民智未开”,尚不具备实行民主宪政之条件。匆忙实行宪政,则徒具形式而已,并没有实质意义。国民党右派领袖胡汉民曾表示:“我人不但反对宪政,且必全力以实行宪政;唯我人对于宪政,不重在施行之迟早,而重在其真伪。”(引自荆知仁,1984:402)国民党当局坚持,要实行宪政,就必须由一个“党治”下的政府建立必要的政治和社会制度,教育并带领人民逐渐走向民主自治。因此,国民党虽然允许设置“民意机关”,但认为训政是绝对不可放弃的。这种观点假设,执政党作为一种“先进”的力量,具备超凡的良好意愿和能力,始终不渝地追求一个远大目标,甚至当这个目标和其切身利益相冲突也能克己奉公,为了宪政而放弃自己在一党专制中所形成的政权垄断。

国民党认为中国尚不具备宪政条件,因而必须通过党治实行训政。

虽然关于宪政条件的理论不无道理,但通过训政而实现宪政的前提则是大可商榷的。这种观点把宪政作为一个超越的目标,然后推理既然这个光明目标可望而不可即,因而首先必须经过一段黑暗的专制统治。然而,这种理论并没有指出中国如何从黑暗走向光明,亦不可能保证训政一定能朝光明的方向发展。虽然《训政时期约法》规定了建立宪政的条件,然后国民党决议又按“孙文学说”以6年(1935年)为期限,但如果到期条件还不满足,又该怎么办?事实上,1928年以后,由于种种原因,国民党在推动宪政方面建树甚微。有人认为训政时期的成绩甚至比不上清末预备立宪阶段。这样,在6年期限内实行宪政势必成为空谈,而等待宪政条件的完全满足则有遥遥无期之虞。最根本的是,执政党之作为“先锋党”的假设是否能够成立,本身是值得怀疑的。即使一开始有一个崇高的目标,政党在取得政权以后也会发生“异化”,成为和原先目标相背离的保守势力。这样就落入了一个两难境地:宪政确实需要强有力的政治与社会力量推动,但宪政动力本身又是实行宪政的根本障碍;要实现自由,首先必须经过专制,但如何保证这是一种为了自由的专制,而不是为专制而专制呢?

训政学说具有理论和实践上的困难。

1931年“九一八事件”以后,国民党曾召开“国难会议”,讨论国家的前途问题。虽然国民党预定了团结抵抗、救灾绥靖等讨论内容,会上还是出现了诸多对党治和宪政的不同观点。一类见解持民粹主义观点,事实上与国民党的

方针不谋而合,认为中国的当务之急并不是实行宪政,而是积极建设并创造民治的条件。例如梁漱溟认为国家应把乡村建设作为重点,从乡村的教育、经济和社会等基层建设入手,提高农民素质、改善农村生活;否则,奢谈宪政,华而不实,而根据中国当时的条件,宪政根本不可能成功。

另一类论点是胡适所代表的自由主义,多发表于其主编的周刊《独立评论》。这种论点虽不直接反对国民党的统治,但要求尽早结束训政、实行民治,因为民主本身是一种生活和体会过程,是培养民主能力的最有效方法,舍此无其他良方。当时引起普遍共鸣的一个逻辑,是“未有先学养子而后嫁者也”;要学游泳就必须先下水,要学弹琴先要有琴可弹,光是“纸上谈兵”是不行的。(胡适,1932)同样,中国只有在宪政过程中才能实行宪政,宪政过程本身就是培养人民宪政素质的最好训练,而由少数人把持的政权是永远不可能让人民获得真正的政治训练的,然后人民政治素质的不成熟又为专制提供了借口,从而形成恶性循环。因此,国民党应该抛弃党治,把政权建立在更稳固的宪法基础上。丁文江(1932)也主张在承认国民党统治的前提下打开政治出路,建议国民政府尊重人民的思想和言论自由,并停止利用国库支出为国民党各级党部提供费用。虽然这类建议未能立即获得采用,但它们对推动国民党的制宪进程仍然发挥了作用。

《独立评论》所代表的观点认为,民主本身是培养民主能力的最有效方法。

思考 你认为以上两种论点是否确实存在冲突?哪一种论点对实现中国的宪政更为可行?训政理论的假定是否符合合理性选择理论对人的行为假定?参见本书第一章。

(二)党治的深化:《中华民国宪法草案》

1927年6月,国民党中央执行委员会全体会议曾规定训政以六年为期,到1935年结束,但各省的训政实际上并不能如期完成。因此,对于何时应该颁布宪法,又产生了争论。“国难会议”之后,国民党领袖中主张尽快立宪者以孙科最力。他曾发表“救国纲领草案”,不再拘泥于其父孙中山的建国大纲之遗教,力排党内众议,主张从速立宪,以团结国内力量,抵抗外患、挽救危亡。1933年,孙科任立法院院长。在他的推动下,宪法草拟的工作开始进行。立法院建立了宪法草案起草委员会,孙科自任委员长。1934年3月,草案初稿正式发表,共十章、160条。初稿以国民大会所推选的国民委员会为中心,行政院院长为行政的实际负责任,总统则没有实际政治权力。初稿发表后曾征求各方意见,并于7月由立法院发表了初稿审查修正案。修正案缩小了国民

孙科等国民党领袖主张从速立宪以团结国内力量。

大会的权力,并改责任内阁制为总统制。1934年10月,立法院完成三读程序,通过了《中华民国宪法草案》。宪法草案共178条,分十二章。草案取消了国民大会的委员会,把原属于委员会的职权划归国民大会本身,小部分转移到总统、立法院与监察院。立法院的地位已接近西方议会。

1935年10月,国民党中央执行委员会的常务会议决定了五项原则,作为立法院修正草案的标准。其中第二项原则要求“政府之基础应斟酌实际政治经验”,制度应便于灵活运用、集中国力,“行政权行使之限制不宜由刚性之规定。”按照中央指示,立法院修正案大为缩减了立法院的权力,增加了总统的权力,使之比美国总统的地位更为优越。该版本后来又经过进一步修正,把国民大会任期从四年增加到六年,但常会的召集从原来每两年一次改为每三年一次,临时会的自动召集由1/4代表同意改为2/5同意,从而使国民大会行使权力的机会变得更为稀少而困难。同时,总统权力则进一步增加,其任期从四年增加到六年,有权发布紧急命令以及在经济上的紧急处置,并可在三个月内提交立法院追认。1936年5月5日,《中华民国宪法草案》获得正式宣布,是谓“五五宪草”。

宪法草案根据国民党中执委的指示作了重大修改。

《五五宪草》共八章、148条。第一章是“总纲”,体现了孙中山的三民主义和人民主权思想。第1条与第2条分别规定“中华民国为三民主义共和国”,“中华民国之主权属于国民全体。”值得指出,大凡自由民主国家的宪法一般只规定民主、共和、联邦、法治或自由等国体形式,(参见本书第一章)而不规定某种特定的意识形态作为国体的实质,否则就等于把某种政治信仰强加于国人。盖以前军阀统治时期,各路武夫尚没有足够的理论功底以提出什么“主义”,因而其所制定的宪法虽然也是出于文饰其独裁实质或甚至为专制提供便利,但终究未能使宪法成为彰显其个人意志的工具。国民党是中国第一个具备系统理论、纲领和组织的政党,北伐成功后又成为独大的执政党,故有能力把本党的学说自封为国家“正统”。但“三民主义”为国民党一党之宗旨,以其区区不足当时全国人口的1%之比例,如何能成为整个中国的宪法最高原则?又如何与宪草本身所规定的言论自由相一致?宪草第一次把中国的国体定性为三民主义,无异于把一人一党之信念强加于一国,不仅反映了中国有史以来一脉相承的教条主义传统,而且开了利用宪法实行“党治”的先河。尽管民国学者多为之辞,但这无论如何是不可否认的事实,读者不可不洞察之。

“五五宪草”使国民党意志成为宪法最高原则。

第二章共19条,规定了公民的权利和义务,对于公民自由仍然采取“间接保障”,可以通过法律加以限制。第三章规定了“国民大会”的结构。国民大会代表由各县大致按人口比例选举产生,任期六年,如果代表“违法或失职”可由原选区依法罢免(第27、30条)。国民大会有权任免正副总统和其他某

国民大会过于庞大,不能有效议事。

些高级官员,审理由监察院对正副总统及各院长提出的弹劾案(第93条),创制与复决立法并修改宪法(第32条)。宪法修正由全体代表的1/4以上代表提出,由3/4以上代表投票并获得2/3同意而生效(第147条)。但国民大会每三年才集会一次,会期一个月,如有“必要”可延长一个月,2/5以上代表同意可自行召集临时会议(第31条)。盖世上任何专制政府皆无不欲以各种手段削弱议会,务使其机构庞大臃肿不堪,不能有效议事;开会则越少越短越好,使其形同虚设,不能行使职权。“国民大会”名为体现全体人民意志,实则一个通常无所事事的摆设,不能对政府表示“不信任”,也无法对庞大的行政机构形成实质性的制约。在这方面,《五五宪草》作为一党操作的产物,尚远不如1923年的“贿选宪法”。

第四章“中央政府”规定最为详细,体现了孙中山的“五权宪法”设想。五院包括行政院、立法院、司法院、考试院与监察院,其中以行政院最为重要,为“中央政府行使行政权之最高机关”,正副院长和政务委员由总统任免,对总统负责(第55、56、58条)。总统同时为国家元首和行政领袖,超越于五权之上,任期六年,可以连任一次(第36、37条)。由于缺乏有效的议会,总统权力几乎不受任何制约。总统统率三军,“依法行使宣战、媾和及缔结条约之权”(第39条),“依法宣布戒严”(第40条),“依法任免文武官员”(第42条),均无须受到任何立法机构之批准。只是在公布法律、发布命令时,需要经过有关院的院长之副署(第38条)。但五院当中,行政、司法和考试三院的院长皆由总统任命(尽管司法和考试院长不受总统免职),其对总统的制约是否有效值得怀疑。如遇紧急状况,总统可经行政会议议决后颁布紧急命令,但必须在命令发布后3个月内提交立法院追认(第44条)。

思考 《五五宪草》所规定的强总统和行政的五权构架准确体现了“训政”精神。但当时制定宪法的目的是什么?这种宪法构架是否符合这种目的?

“五五宪草”规定了强总统和强行政的五权宪法构架。

“五权宪法”的最大特点是把立法院和司法院隶属于“中央政府”之下,而立法与司法职能又和普通理解的“政府”(即行政)有根本不同,各院的负责机构或为总统、或为国民议会,在性质上亦殊为不同。立法院为行使立法权的“最高机关”,对国民大会负责(第63条)。立法委员由国民代表选举产生,任期三年,可以连选连任(第67、68条)。立法院有权议决法律案、预算案、戒严案、大赦案、宣战或媾和案。对于立法院议决的议案,总统可以在公布与执行

前要求复议,如果立法院以出席委员 2/3 以上多数维持原案,总统有义务公布或执行,但可把法律案与条约案提请国民大会复决。由此可见,立法院是一个独立于总统、行政院及其他各院的机构,相当于一个职业议事机构,但没有议会通常具备的监督、弹劾总统或其他官员之权力。同样,司法院也是一个负责审理民、刑与行政诉讼的职业机关,为行使司法权的“最高机关”(第 76 条)。司法院的正副院长由总统任命,任期三年,对国民大会负责(第 77 条)。“法官依法独立审判。”(第 80 条)司法院负责解释宪法与法律(第 142 条)。与宪法抵触的法律与命令无效(第 140、141 条)。监察院可在法律施行后 6 个月内,提请司法院进行解释。

第五章“地方制度”否定了联邦制,施行带有地方自治的单一制。根据孙中山对“政权”与“治权”的划分,人民在地方上行使直接控制政府的“政权”,在中央则由政府代行服务人民的“治权”。省政府“执行中央法令及监督地方自治”,省长由中央政府任免,任期三年(第 98、99 条)。县为地方自治单位,地方自治事项包括“有因地制宜之性质”的事务,具体由法律确定。地方规章不得与中央法律或省的规章相抵触(第 107 条)。县设县议会和县政府,县长和议员都由选民大会选举产生,任期三年,可以连选连任(第 106、108 条)。

1936 年 7 月 1 日,《国民大会组织法》与《国民大会代表选举法》正式施行。但同年的“西安事变”和次年“七七事变”发生后,南京政府的重点转移到抗战,国民大会代表的选举亦停顿下来。直到抗战结束后,国民大会才最后得以召开,此时距宪法草案的制定已有近十二年之久。在此期间,由国民党与共产党、民主同盟及其他“社会贤达”组成的“国民参政会”和“宪政期成会”,曾对宪法草案作过几次修正,其主要内容包括:多数立法委员由立法院院长提请总统任命产生,司法院成为最高法院,不掌管司法行政,且解释宪法的权力被委托给九人宪法委员会行使,由议政会、司法院和监察院各推选三人组成。但最根本的修正是“宪政期成会”对国民大会的改变。该修正案在国民大会闭会期间设立议政会,由国民大会推选 150—200 名议员产生,任期三年,每 6 个月集会一次,相当于国民大会的常务委员会。除了议决各类议案并审理监察院提出的弹劾案之外,议政会在国民大会闭会期间还有权对行政院正副院长及各部会长官投不信任票,并如果经出席议员的 2/3 多数通过,不信任的官员必须辞职。如果总统不同意针对行政院正副院长的不信任案,应临时召集国民大会做决定。如果国大维持议政会决议,有关官员必须辞职;如果国大否决了决议,则改选议政会议员。最后,议政会还有权对国家政策或行政措施向总统及各院部会长官提出质询,并听取报告。由此可见,修正后的宪法已具备责任内阁制性质,因而偏离了“五权宪法”原来的基本精神。

“五五宪草”规定了带有地方自治的单一制,区分“政权”与“治权”。

抗战期间,有共产党和其他民主党派参与的机构对宪草进行了重要修改。

国共重庆谈判后,召开第一次政协会议,提出宪草修改原则。国民党难以接受,后经协商解决。

1940年“皖南事变”发生后,国共合作再度破裂,共产党拒绝出席国民参政会。1945年,周恩来与毛泽东先后抵达重庆和国民党进行谈判,以谋求政治解决。双方发表了“双十会谈纪要”,决定召开“政治协商会议”,召集各党派代表及社会贤达共商国是。政协成员共38人,其中共产党7人、国民党8人、青年党5人、民盟和社会贤达各9人,于1946年1月10日开幕。在大会上,政协提出了12项宪草修改原则,主要包括下列内容:立法院由选民直接选举产生,其职能相当于民主国家的议会;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;如果立法院对行政院全体不信任,行政院长或者辞职,或者提请总统解散立法院;司法院由大法官组成,由总统提名、监察院同意任命;中央与地方分权采取联邦主义,省可以制定省宪,但不得和国宪相抵触。这些修正无疑将从根本上改变“五权宪法”的基本精神,因而国民党表示不可接受,并希望其他党派能谅解他们的立场和主张。国民党六届二中全会通过了五点修改原则,要求制定宪法仍应以“建国大纲”为依据,反对联邦制和议会制。经过协商,国民党的上述意见被部分接受,并又达成三项协议,取消了立法院的不信任权和行政院的解散权,同时改“省宪”为“省自治法”。在协议的基础上,宪草审议会形成了政协对《五五宪草》的修正案草案,并被移交国民代表大会表决。

上述修正表明国民党在制宪问题上作出了一定的让步,修正后的宪法草案比《五五宪草》更能体现民意。在宪法草案被提交国民大会之后,蒋介石自己公开承认:“总统权力过分集中,必致形成极权政治,而有害于国家民族。”“在人民还不能自己掌握和巩固政权的时候,要完全信赖行使治权的人来尊重政权,这究竟是一种非常的冒险。”(引自荆知仁,1984:455—456)因此,他也认为《五五宪草》是不适用的。然而,在最后制定宪法的过程中,某些重要的修正意见并没有反映到宪法中去。结果,和《五五宪草》类似,1946年宪法基本上是一部“国民党宪法”,而不是“中国宪法”。由此可见,共产党和其他少数党派的实质性参与对制定一部名副其实的“中国”宪法发挥着关键作用;没有不同党派的独立参与,宪法就沦落为一党专制的工具。

宪法在最后制定过程中并未吸收修改意见,因而仍旧是“国民党宪法”。没有不同党派的实质性参与,宪法就沦落为一党专制的工具。

(三)党治产物的完成:《中华民国宪法》

根据国大组织法和代表选举法,国大代表包括三类:国民党中央(候补)执监委460人,政府指定者240人,选举代表共1200人,其中区域代表655人,职业代表380人,其余为少数民族及军队特种选举代表。后来共产党与民盟认为选出的原有代表已历经多年,不能代表新的民意,因而主张重新选举。各派讨论后接受了王云五的建议:选举产生的区域代表和职业代表1200人不变,但把国民党和政府控制的700名代表重新分配于各党派和社会贤达。经过协商,分配结果为国民党220名,共产党190名,民盟120名,青年党100

名,社会贤达 70 名。共产党同时主张在召开国大前改组国民政府,但这项提议始终未能达成妥协。改组后的国民政府将采取名副其实的委员会制,由 40 名委员组成。一般议案需出席委员过半数提出,涉及变更施政纲领的议案则需出席委员的 2/3 以上多数才能提出。国府委员的名额由国民党占一半,其他各党及社会贤达占一半。共产党坚持其与民盟的名额必须合占 14 名,以构成 1/3 的否决力量,但遭到国民党反对。协议失败后,共产党和民盟宣布退出政协,拒绝参加国大。

国大代表分配名额,国共协商失败,共产党退出。

1946 年 5 月,国共双方在接管东北日占区发生冲突,军事冲突不断升级,矛盾进一步深化。在美国斡旋下,双方达成了停火协议,但终未能弥合国共关系的裂痕。南京政府宣布将召开国大的日期延迟到 11 月,遭到共产党抗议。11 月 15 日,国民大会召开,85% 的代表是国民党员,共产党与民盟没有派代表参加。国民大会主席胡适接受了宪法草案,并开始审议。国民大会对宪法草案的审议经过了三读程序,其中对某些问题的争议相当激烈。在 151 条草案中,维持了 104 条,修改了四十多条,增加了 27 条。1946 年底,国民大会通过了《中华民国宪法》,定于 1947 年元月 1 日公布,并于 12 月 25 日开始施行。这部宪法最后是在没有共产党和民盟参与下制定的,在很大程度上回到了《五五宪草》的方案。

国民大会在没有共产党参与下通过宪法,基本上回到“五五宪草”。

1946 年宪法共十四章 175 条。前言仍说明宪法是依据“孙中山先生创立中华民国之遗教”。第一章“总纲”第 1 条规定:“中华民国基于三民主义,为有、民治、民享之民主共和国。”虽然三民主义是国家宪法的基础,但“民主共和国”一条的加入淡化了其党治特征。第二章第 18 条,规定了人民的权利与义务。宪法权利和自由仍采取间接保障,法律可以加以必要限制;然而,基本精神仍然是保障而非限制,因而第 23 条又规定了对法律限制之限制:“除为防止妨碍他人自由,避免紧急危难,维持社会秩序,或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之。”第三章对“国民大会”的规定基本上和《五五宪草》相同,并未采纳以后修正案的体制。且国民大会现由总统召集,在总统任满前 90 天集会。由于总统任期为六年,这意味着国大常会为每六年召开一次,且宪法也没有规定每届国大的会期。由此可见,国民大会的职能进一步弱化,其主要作用限于选举正副总统。

国大职能进一步削弱,成为选举总统的专门机构。

1946 年宪法没有像宪草那样规定“中央政府”一章,然后在各节中规定总统和五个院,但“五权宪法”的实质并未改变。第四章至第九章规定了总统和五院结构,和《五五宪草》类同,且总统仍然具有很大权力。对于“五权宪法”制度的主要修改是强化了立法院的职能,并使行政院对立法院负责,从而形成了责任内阁制(第 55 条)。立法委员由直接选举产生,每年开会两次,自行集会(第 62、68 条)。因此,立法院现在相当于一个议会,且宪法取消了立法院

立法院相当于议会,结合了内阁责任制和三权分立制度的特点。

向国民大会负责一条;事实上,会期间隔如此之长的国民大会也无法保证任何机构向它“负责”。行政院的院长由总统提名、立法院同意任命之。行政院有义务向立法院提出施政方针及报告,立法委员有权对行政院长及各部会首长提出质询(第57条)。如果立法院不同意行政院的重要政策,可以通过决议要求行政院变更之;行政院则可以经总统核可,把决议移请立法院复议;如果2/3以上的出席立法委员维持原决议,行政院长应立即接受该决议或辞职,而没有提请解散立法院的权力。行政院长可以选择辞职或接受议会的变更决议,这可算一项制度创新。在责任内阁制国家,由于内阁必须代表议会多数,因而在两者发生重大分歧时必须辞职。行政院长之所以可以选择接受议会的变更决议,是因为行政院和立法院是两个不可兼任的独立机构,因而行政院虽然向立法院负责,却并不和立法院为一体。这表明五权宪法制度不全同于英国的责任内阁,而和美国的三权分立仍有一定的相似之处。

关于司法院的规定与《五五宪草》类似,司法院复旧解释宪法,法官则明确获得了终身职位(第78、81条)。司法院的正副院长和大法官皆由总统提名,经监察院同意而获得任命,因而监察院具有美国参议院的部分职能(第79、80条)。事实上,和1913年以前的美国参议院类似,监察院由各省、直辖市议会和蒙、藏地方议会及华侨团体选举产生,任期6年,可以连选连任(第91、93条)。监察院分若干委员会,监督行政院及其各部会的工作,有权向有关部门提出纠正案,并对有违法或失职行为的中央及地方公务员提出纠举案或弹劾案(第96、97条)。监察还设有审计长,由总统提名并经立法院同意而获得任命,负责审核行政院所提出的决议案(第104、105条)。

1946年宪法加入了第十章“中央与地方之权限”。第107条列举了中央立法并执行的事项,第108条列举了中央立法并执行或委托省县执行的事项,第109条列举了省立法并执行或委托县执行的事项,与1923年宪法颇为类似。第110条还专门规定了11条由县立法并执行的事项。对于未列举的事项,其调控权力根据其性质而加以划分:具有“全国一致”性质的属于中央,具有“全省一致”性质的属于省,具有地方(县)性质的属于县,立法院解决权限争议(第111条)。这事实上反映了孙中山的“均权主义”思想,即中央与地方事权按照事务的中央或地方性质划分,而不对绝对偏向中央集权或地方分权。由此可见,虽然1946年宪法名义上仍是单一制,实质上带有相当浓厚的联邦制色彩。第十一章规定了“地方制度”,各省可以召集“省民代表大会”,根据省县自治通则制订省自治法,但不得与宪法相抵触(第112条)。各省设省议会和省政府,省长和议员均由省民选举产生(第113条)。这些规定也是吸收了1923年宪法的地方自治原则。省自治法制订后报送司法院审查,由司法院宣布违宪条文无效(第114条)。

宪法名义上仍是单一制,实质上带有相当浓厚的联邦制色彩。

思考 “均权主义”和联邦主义有何异同? 参见本书第四章“库利原则”。由立法院而非司法院解决立法权限的争议可能会产生什么问题?

评注 紧急状态权力——《动员戡乱时期临时条款》

1946 宪法并未增加总统的“紧急状态权力”。第 39 条规定,“总统依法宣布戒严,但须经立法院之通过或追认;立法院认为必要时,得决议移请总统解严。”第 43 条规定,如果遇到“天然灾害瘟疫”,或国家经济财政上发生“重大变故,须为急速处分时”,总统可以经过行政院会议之决议,在立法院休会期间按紧急命令法发布紧急命令,并在发布命令后一个月内向立法院追认;“如立法院不同意时,该紧急命令立即失效。”为了对付国共内战和经济危机,1948 年 3 月的国民大会按照制宪程序,3 天内完成三读程序,通过了《动员戡乱时期临时条款》,又称“战时宪法”。

提案人之一王世杰指出,南京政府面临着宪政和内战这对矛盾。如果按照宪法规定的权限,那么政府可能难以应付战争的危机;如果只是考虑战争的需要,则将不得不“蔑视宪法或曲解宪法条文”。(引自张国福,1991:425—426)当时商量的补救办法包括修改宪法,或由大会采取决议案授权总统处理战乱,而不修改宪法。修改宪法受到一些代表的反对,认为可能有损宪法尊严;大会决议案则不可能和宪法具有同等效力,因而不可更改总统的宪法权限。提案采取了折中的办法:不修改宪法,但按照制宪程序采取临时性条款,在战时扩大总统的紧急处分权,战后失去效力。

《临时条款》第 1 条规定:“总统在动员戡乱时期,为避免国家或人民遭遇紧急危难,或应付财政经济上重大变故,得经行政院会议之决议,为紧急处分,不受第 39 条或第 43 条所规定程序之限制。”第 3 条规定:“动员戡乱时期之终止,由总统宣告或由立法院咨请总统宣告之。”并不十分确定的是,在立法院“咨请”以后,总统是否有义务宣告“动员戡乱时期”结束。1948 年 8 月,蒋介石利用《临时条款》的授权,颁布了《财政经济紧急处分令》等一系列经济调控法令,并于 12 月宣布全国戒严。

然而,这一切并未能挽救国民党政府。1947 年,国民党自恃武力,发动内战,但在战场上节节败退。1948 年 4 月,新的国民大会选举蒋介石为总统、李宗仁为副总统。同年,国民党请求停火,共产党同意重新开始和平谈判,但双方终究未能达成妥协。1949 年 4 月,共产党占领南京,宣告国民政府的灭亡。

为了应付内战和经济危机,国大匆忙制定了“战时宪法”。

国大按照制宪程序采取临时性条款,在战时扩大总统的紧急处分权,战后失去效力。

1946 年宪法未及实施,就自动失去效力,《六法全书》亦被废除。

1946年宪法未及实施,就自动失去效力。事实上,早在2月22日,中共中央发布了《关于废除国民党六法全书和确定解放区司法原则的指示》,明确废除了国民政府时期制定的《六法全书》。至此,民国时期的一切法制成就连同其缺陷被全盘否定,一切重新开始。

动态 台湾地区宪政进程概述

1949年,国民党政权退守台湾,开始在台湾及其附属岛屿实施《中华民国宪法》,但是很快就宣布进入“动员戡乱”时期,开始了长达38年之久的“戒严”。1954年3月11日,第一届“国大”第二次会议通过决议决定《动员戡乱临时条款》继续有效。此后,临时条款经过四次修正,每次都是由“国大”按照修宪程序通过。其中1960年的第一次修正主要是为了让蒋介石第三次连任领导人,规定正副领导人在动员戡乱时期可连选连任,不受民国宪法第47条连任一次的限制。1972年的第四次修正授权总统制定充实中央民意代表机构的办法,规定“在自由地区,增加中央民意代表名额,定期选举”,和第一届中央民意代表同时行使职权。

值得注意的是,国民党迁台后中央机构已经失去了宪法上的民意基础,因为民国宪法的所有规定都是针对整个中国,但是来到台湾的中央民意代表机构显然不可能再由全体中国公民选举产生,从而产生了“万年国会”现象。所谓“万年国会”,是指1947—1948年选举产生的中华民国第一届“国大”代表、立法委员和监察委员,来台任期届满后未经改选而长期继续行使职权的非常体制。一开始,立法机构通过决议逐年延长自己的任期。1953年,蒋介石核准行政部门建议并通知“国大”秘书长,在没有变动法律和宪法的情况下便建立起国大代表不必改选的制度。1954年,司法机构认为“国家发生重大变故,事实上不能依法办理次届选举”,因而认同第一届立委、监委继续行使职权的合宪性,从而形成了“万年国会”。^[13] 可想而知,这种体制下的政府必然缺乏有效的民意监督和参与。直到1990年,国大代表除了80名增额补选之外,其余600多名都是第一届“资深代表”,立法机构也与此类似。由于这些人掌握着修宪与立法大权,却无法代表台湾民意,因而引起当地社会的强烈反对。1990年,大法官会议终于终止了“万年国会”,判决中央资深民代应于1991年底终止行使职权。^[14]

1999年的第五次增修试图改变国大的选举方式,但是被司法机构判决无

[13] “司法院”大法官会议释字第31号解释,1954年1月29日。

[14] “司法院”大法官会议释字第261号解释,1990年6月21日。

效。^[15] 这些条款之所以无效,一是因为修正程序不符合公开透明原则,“有明显重大瑕疵,已违犯修宪条文发生效力之基本规范”;二是因为“国大”代表全体国民行使政权,而增修第1条规定第四届国大代表按照立委选举各党推荐和独立候选人得票比例来分配名额,也就是以性质和职能不同的立委选举结果来分配“国大”议席并指派代表,而不是由选举程序产生,从而“抵触民主宪政之基本原则”,违背了“自由民主之宪政秩序”;三是因为“按国民主权原则,民意代表之权限,应直接源自国民之授权”,而第一和第四条增修条文分别延长了“国大”代表和立委任期,“并无宪政上不能依法改选之正当理由”,也就是“国家发生重大变故,事实上不能依法办理次届选举”,且“国大”代表自行延长任期也违背了利益回避原则,不符合“自由民主宪政秩序”。尽管如此,2000年第六次增修依旧虚化了“国大”,原先由“国大”掌握的许多重要职权由立法机构接管;2005年的最近一次修宪则完全取消了“国大”职权,“五权宪法”中的最高权力机构从此成为历史。

与前苏联、东欧和韩国一样,台湾地区的政治改革也肇始于20世纪80年代末的“民主第三波”。1987年,蒋经国在去世前开放了党禁和报禁,台湾开始存在以民主进步党为代表的本土反对势力。李登辉上台后随即废止了临时条款,并以宪法增修条文取而代之。到目前为止,民国宪法共经过七次增修。1991年的第一次增修规定了台湾地区国大代表、立委和监委的选举名额分配,1992年的第二次增修实行“总统直选”,显著改变了民国宪法的内阁制特征。1996年,台湾当局的领导人第一次实行选举,结果李登辉当选。2000年,举行了第二次大选,民进党主席陈水扁当选,并在2004年一场有争议的选举中获得连任。反对党获得“轮流执政”的机会,被认为是“台湾民主的深化”(consolidation)。当然,国民党仍然控制着立法机构的多数,因而说它是“在野党”其实并不完全准确。在2008年3月22日大选中,国民党候选人马英九、萧万长以58%的得票率胜选,从而完成了政党“第二次轮替”。

值得指出的是,“大法官会议”一直是台湾地区的释“宪”机构。尤其是自1987年开放党禁以来,该机构曾经对民国宪法作出过多项司法解释,对于保障台湾居民的基本权利发挥了重要作用。同时,台湾地区的司法机构和检察机关都有值得称道的表现。2006年5月,据国民党籍议员邱毅“爆料”,台湾当局领导人陈水扁的女婿赵建铭于2005年7月底以其母简水绵的名义,低价购买了500万股台湾土地开发信托投资公司(“台开”)的股票,当时市价约为每股新台币3.5元。后来台湾当局贷款165亿新台币给台开,该公司股价一

[15] 释字499号解释,2000年3月24日。

度高达每股 20 元,“驸马爷”从中获得暴利。^[16] 2006 年底,赵建铭等人涉嫌台开股票内幕交易,遭到起诉并被判决 6 年徒刑,其父被判决 8 年 4 个月徒刑。^[17] 同年,陈水扁夫妇涉嫌贪污“国务机要费”以及伪造文书和伪证。经过四个多月的侦查,台北高检署宣布“国务机要费”侦结。检察官在“国务机要费”的支出凭证中核验每张发票的真正消费者,最后认定“第一夫人”吴淑珍涉嫌从 2002 年 7 月间到 2006 年 3 月,以他人付款消费的发票榨领“国务机要费”中的非机要费 1480 多万元。吴淑珍等人涉嫌共同贪污(利用职务机会榨取财物)、伪造文书及伪证罪,因而受到检察机关起诉,目前仍在审理过程中。陈水扁本人则因享有行政豁免权,要等到 2008 年卸任后再予以调查起诉。针对“第一家庭”接连不断发生的弊案,台湾反贪腐倒扁总部于 2006 年双十节发起“天下围攻”活动。数以万计的“红衫军”在施明德总指挥带领下,从台北火车站广场出发,一路高呼“陈水扁下台”的口号,从东西南北四面八方包围“总统府”。^[18]



图 2.11 “在野党”的作为(中新社黄少华摄)

2006 年 6 月 3 日下午,亲民党在台北市凯德格兰大道上举行“全民呛扁,阿扁下台”集会。左二至左四为无党籍人士李敖、亲民党主席宋楚瑜以及当时的国民党主席马英九参加集会。

[16] 任海鸣:“陈水扁女婿炒股丑闻:盖子是如何揭开的”,《人民日报(海外版)》2006 年 5 月 30 日。

[17] “陈水扁女婿被判刑六年”,《新京报》2006 年 12 月 28 日。

[18] “倒扁成了端午节主题”,《环球时报》2006 年 6 月 1 日。

应该看到,制度漏洞和政府丑闻到处都有,但是能否被挖掘出来并成为“新闻”,乃至权贵人物受到铁面无情的法律追究,取决于当地的政治制度。台湾地区的检察机关之所以竟然敢治“第一家族”的罪,正是因为多党竞争的格局——虽然民进党当时控制了行政权力,但是国民党掌握了立法权和监察权;即便得罪了执政的民进党,也有反对党“撑腰”,因而检察官不怕最高领导人的打击报复。

四、人民共和国时期(1949年至今)

1949年,中华人民共和国成立,代表了国家性质的根本改变。在这一时期,除了作为临时宪法的《共同纲领》之外,中国共制定过四部宪法,分别介绍如下。

(一)《共同纲领》

1949年,共产党邀请民主党派、人民团体、解放军、各地区、少数民族及华侨等方面代表共635人,组成政治协商会议。9月29日,政治协商会议第一届全体会议通过了《中国人民政治协商会议共同纲领》,共7章、60条。其前言宣布实行“人民民主专政”,即“工人阶级、农民阶级、小资产阶级、民族资产阶级及其他爱国民主分子的人民民主统一战线的政权,而以工农联盟为基础,以工人阶级为领导”。政协是“统一战线的组织形式”,“代表全国人民的意志”。

政协第一届全体会议通过了《共同纲领》。

第一章为“总纲”。第3条宣布“取消帝国主义国家在中国的一切特权,没收官僚资本归人民的国家所有”,有步骤地转变土地所有制,“保护国家的公共财产和合作社的财产,保护工人、农民、小资产阶级和民族资产阶级的经济利益及其私有财产。”“人民依法有选举权和被选举权。”(第4条)“人民有思想、言论、出版、集会、结社、通讯、人身、居住、迁徙、宗教信仰及示威游行的自由权。”(第5条)实行男女平等,婚姻自由(第6条)。同时,“镇压一切反革命活动”,惩罚并改造反革命分子(第7条)。第二章规定了“政权机关”。第12条规定:“国家政权属于人民。”政权组织形式为人民代表大会制度,各级人大和人民政府为人民行使国家政权的机关。第三章至第七章分别规定了军事制度、经济政策、文化教育政策、民族政策与外交政策。

在1954年以前,《共同纲领》发挥着临时宪法的作用,并为正式宪法的制定提供了基础。

(二)1954年宪法

1953年1月,中央人民政府委员会开会决定成立宪法起草委员会,毛泽东任委员长。3月,毛泽东把中共中央拟定的宪法草案初稿提交给起草委员会,作为起草宪法的基础。经征求意见并修改,政府委员会于1954年9月决

定将宪法草案提交全国人大审议。1954年9月20日,第一届全国人大第一次会议通过了《中华人民共和国宪法》,为第一部社会主义宪法。

1954年宪法对国家机构和公民权利的规定相对比较完备,但后来未获得有效实施。

1954年宪法共4章、106条,分为总纲、国家机构、公民的基本权利和义务等章节。其前言表明,这部宪法以1949年的《共同纲领》为基础,“又是共同纲领的发展。”第一章“总纲”确立了社会主义所有制和人民民主原则,规定国家的基本政治制度是人民代表大会制度。中国是“工人阶级领导的,以工农联盟为基础的人民民主国家”(第1条)。“一切权力属于人民”,行使权力的机关是全国与地方各级人大(第2条)。宪法还规定了社会主义过渡时期的经济制度,即生产资料所有制包括全民所有制、集体所有制、个体劳动者所有制和资本家所有制,国营经济占领导地位,“国家保证优先发展国营经济。”(第6条)作为过渡时期,1954年宪法承认多种所有制并存,因而具有一定的灵活性。但它同时规定,过渡方法和步骤是依靠国家机关和社会力量,通过社会主义工业化及其改造,逐步消灭剥削阶级、建立社会主义。

第二章“国家机构”规定了全国人大及其常务委员会、国家主席、国务院、地方各级人大和“人民委员会”(即地方人民政府)、民族自治地方的自治机关、法院和检察院的组织形式。1954年宪法对国家机构的规定是1982年宪法的基础,因而两者大同小异。一个主要区别是关于国家主席的职权。按照1954年宪法,国家主席具有相当大的实权。除了根据全国人大及其常委的决定公布法律和法令,任免国务院总理和其他高级官员,发布戒严令并宣布战争状态之外(第40条),国家主席对外代表国家,“统率全国武装力量,担任国防委员会主席。”(第41条)还负责召集由副主席、全国人大常委会委员长、总理等组成的“最高国务会议”,并担任其主席(第43条)。在1982年宪法中,主席的权力受到很大削弱,几乎没有任何实质性的决定权。

第三章规定了19条“公民的基本权利和义务”,其中有15条是关于公民权利和自由的保障。“公民在法律上一律平等。”(第85条)公民具有平等的选举权和被选举权,精神病人和依法被剥夺选举权和被选举权的人除外(第86条)。公民还有广泛的其他自由,包括言论、出版、集会、结社、游行、示威、宗教信仰、通信秘密、人身、居住和迁徙自由(第87—90条)。

一般认为,1954年宪法的规定比较完备,并取得了较好的社会效果。但在1957年之后,中国经济政策出现了“左”倾错误,阶级斗争扩大化极大破坏了民主原则,也侵犯了宪法赋予公民的基本权利与自由。1966年,“文化大革命”爆发,极大破坏了宪法与法治。因此,1954年宪法并没有获得认真实施。

(三)1975年宪法

1975年1月17日,第四届全国人大第一次会议通过了一部新的宪法。这部宪法是在“十年动乱”的极左思潮影响下的产物,因而被认为是一次倒退。

1975年宪法共四章,其结构和1954年宪法类似,但只有30条,其中权利保障只剩下4条,因而显得格外简括和粗糙,并容易使宪法流为空洞的口号。严格来说,1975年宪法只能算一个大纲。

1975年宪法带有明显的“文革”痕迹。它强调阶级斗争(前言),并把无产阶级对资产阶级的“全面专政”扩大到整个上层建筑领域(第12条),把“大鸣、大放、大辩论、大字报”(“四大自由”)作为社会主义革命新形式(第13条)。新宪法增加了党的职能,授权中共中央委员会主席“统帅全国武装力量”(第15条)。它取消了国家主席制度和检察机关,把“革命委员会”同时作为地方各级人大的常设机关和行政机关,使之具有和人大常委会同等的权力(第22—23条),并把检察职能并入公安机关(第25条)。对于国家机构的规定也极其简略,例如国务院机构只有两条,审判机构只有一条,并取消了1954年宪法对公开审判(第76条)和独立审判(第78条)等保障。尽管“国家保护公民的劳动收入、储蓄、房屋和各种生活资料的所有权”(第9条),它否定个体经济的存在,取消公民对私有财产的继承权,以“政社合一”的人民公社取代乡镇作为农村的基层政权组织(第7条)。它显著削减了公民的权利与自由,把1954年的15项保障削减为3项。“公民的基本权利和义务是,拥护中国共产党的领导,拥护社会主义制度,服从中华人民共和国的宪法和法律。”(第26条)它取消了公民在法律面前一律平等的规定,取消了公民进行科学、文艺创作和其他文化活动的自由,并取消了实现权利的物质保障(多为“积极”权利,参见本书第七章)。在言论、游行与示威等自由之后增加了“罢工”自由,但取消了以往的“迁徙”自由(第28条)。

1975年宪法受极左思潮影响,带有“文革”的明显痕迹。其规定极为简略。

思考 “四大自由”是不是真正的言论自由?如何理解它们与上层建筑领域中“全面专政”的关系?

(四)1978年宪法

在1976年10月推翻“四人帮”以后,中共于1977年8月召开第十一次全国代表大会,宣布“文革”结束。1978年3月5日,第五届全国人大第一次会议通过了新宪法,共4章、60条,结构与以前两部宪法类似。这部宪法在很大程度上体现了“拨乱反正”的努力:宪法前言取消了1975年宪法关于“全面专政”的规定,并把建设“四个现代化”作为新时期的总任务,同时恢复了检察机关(第43条,但并未恢复国家主席),增加了公民的权利与自由。1978年宪法规定了16条“公民的基本权利和义务”,其中有13条保障公民的权利和自由。

1978年宪法体现了拨乱反正的努力,但仍带有左的思维。

但从总体上说,由于1978年宪法是在“文革”结束后不久制定的,它仍然体现出“左”的思维,例如其前言继续强调“无产阶级专政下的继续革命”、“阶级斗争”、“基本路线”,保留了“修正主义”、“新生资产阶级分子”等“文革”时期的提法,保留了“文革”时期的“四大自由”(原第45条),保留了革命委员会和人民公社制度(第7条与第34条),且并未恢复1954年宪法对法院和检察院独立性的保障(但第41条规定了公开审判原则和被告人获得辩护的权利)。

1978年12月,中共召开十一届三中全会,全面否定了“文革”的极“左”路线,抛弃了“阶级斗争为纲”的口号,提出把国家的工作重点转移到现代化建设上来的决策,确立了改革开放的基本方向。为了进一步清除极“左”影响,第五届全国人大于1979年7月通过了关于修改宪法“若干规定的决议”,在县级以上各级人大设立常委会,把地方各级革委会改为各级人民政府,并把县级人大代表由间接选举改为直接选举。1980年,全国人大对1978年宪法进行第二次修改,取消了“四大自由”。这些改革措施为1982年宪法的制定奠定了基础。

(五)1982年宪法

1982年宪法是1954年宪法的继承和发展,也是建国后最为稳定的一部宪法。

1981年中共召开十二届六中全会,肯定了十一届三中全会所提出的基本路线。1982年2月,宪法修改委员会提出了修改草案的讨论稿。4月,全国人大常委会公布了修改草案。修改委员会根据所收集的意见作了进一步修改,并于11月通过了修改草案。12月4日,第五届全国人大第五次会议正式通过并公布了现行宪法。从程序上看,1982年宪法经过了比较慎重与仔细的讨论。一般认为,这部宪法是1954年宪法的继承和发展,也是建国后最为稳定的一部宪法。

宪法前言和第五条表达了宪法在整个国家法律体系中的最高地位。

1982年宪法共4章、138条。宪法前言表达了“四项基本原则”:即坚持共产党领导,马克思列宁主义与毛泽东思想(后加入邓小平理论和“三个代表”思想),人民民主专政,社会主义道路。前言明确指出,宪法是“国家的根本法,具有最高的法律效力”。宪法第一章是“总纲”,内含32条。其中第1条规定了中国是“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”,社会主义制度是国家的“根本制度”。第2条规定国家的“一切权力属于人民”,人民通过全国人大与地方各级人大行使国家权力。第3条规定了“民主集中制”的原则,全国与地方人大都由选举产生,对人民负责并受其监督,国家的行政、审判与检察机关则都由人大产生,对其负责并受其监督。第五条明确规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”和前言相一致,这项条款表达了宪法在整个国家法律体系中的最高地位。

和以往宪法不同,1982年宪法把“公民的基本权利和义务”提前到第二

章,更彰显了公民权利的重要地位,同时也扩大了权利保护的范
围,使权利保护增加到 24 条。其中第 33 条规定了“公民在法律面前一律平等。任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”第 35 条规定:“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”第 36 条规定:“公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”第 37 条规定:“公民的人身自由不受侵犯。”和以往宪法相比,1982 年宪法增加第 38 条,规定“公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”第 39 条和第 40 条分别保护公民的住宅权和通信自由与秘密。第 41 条规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。”这四条都是以往宪法所没有的。因此,在条文上,1982 年宪法对公民权利的保护是比较详尽的。

和以往宪法相比,1982 年宪法彰显了公民权利的重要地位,并扩大了权利保护的范
围。

(六) 宪法修正案

由于改革开放的深入发展,中国的经济、政治与法律观念也在不断变化。同时,改革开放也不断产生新的问题,因而要求通过法律的形式加以解决。积累到一定的阶段,这些变化如此重要,以致要求宪法的修正。到目前为止,1982 年宪法分别在 1988、1993、1999 年和 2004 年经过了四次修正。绝大多数是对序言和总纲的修正,并主要集中于经济制度的调整。

1982 年宪法至今经过四次修正,主要是调整经济制度。

1988 年 4 月 12 日,第七届全国人大第一次会议通过了两条修正案,都是有关经济方面的内容。第一,修正案对宪法第 11 条作出补充规定:“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理。”第二,修正案在宪法第 10 条第 4 款中增加“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。

1993 年 3 月 29 日,第八届全国人大第一次会议通过了九条宪法修正案,主要包括以下内容。第一,在宪法序言中强调中国正处于“社会主义初级阶段”,且“国家的根本任务”是建设“有中国特色社会主义的理论”,以此作为经济建设的指南,并加入“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展”。第二,将宪法第 7 条中的“国营经济”、“国营企业”改为“国有经济”、“国有企业”,体现了所有权和经营权相分离的思想。第三,将宪法第 8 条第 1 款中对集体所有制的定义,从“农村人民公社、农业生产合作社”及其他形式的合作经济,改为“农村中的家庭联产承包为主的责任制”及其他形式的合作经济,后来在 1999 年的修正案中又被进一步修订。第四,将宪法第 15

条的“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用,保证国民经济按比例地协调发展”,修改为“国家实行社会主义市场经济”,“国家加强经济立法,完善宏观调控。”第五,宪法第16条和第17条原分别对国家企业和集体经济行使经营自主权规定了完成或接受“国家计划”的条件,现予取消。第六,主要将宪法第98条中县级人大的任期从3年改为5年。

1999年修宪将依法治国、建设法治国家提到宪法任务的高度。

1999年3月15日,第九届全国人大第二次会议通过了六条修正案。第一,宪法序言明确中国将“长期处于社会主义初级阶段”,并将邓小平理论和马列主义、毛泽东思想并列为现代化建设的理论基础。第二,在宪法第5条开头插入中国“实行依法治国,建设社会主义法治国家”,将法治建设提到宪法任务的高度。第三,在宪法第6条中加入“国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”第四,将宪法第8条第1款进一步修改为“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。”第五,宪法第11条及1988年修正案原规定个体经济和私营经济是社会主义公有制的“补充”,现修改为“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分”,从而提高了非公有制经济在国民经济体系中的宪法地位。第六,将宪法第28条中国家所打击的“反革命活动”,改为“危害国家安全的犯罪活动”,使这一概念在法律上更容易操作。

2004年3月14日,第十届全国人大第二次会议对宪法再次作了重要修正,通过了十四条修正案。除了在序言中加入“三个代表”思想并将“爱国统一战线”的范围扩大到“社会主义事业的建设者”之外,宪法正文的修改主要如下。第一,对宪法第10条第3款中关于土地征用或征收的规定增加了“给予补偿”的要求。第二,将宪法第11条第2款中个体经济和私营经济的概念扩大到一般的“非公有制经济”,并明确保护“非公有制经济的合法的权利和利益”。第三,将宪法第13条对私有财产的具体规定修改为“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”,不但将私有财产提高到和公共财产同样的宪法地位,而且明确规定了对私有财产的征收或征用之补偿。第四,在宪法第14条中增加第4款:“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。”第五,在宪法第33条中增加了“国家尊重和保障人权”的基本原则。第六,将宪法第67条赋予全国人大常委会的第二十项权力(决定“戒严”)改为决定“进入紧急状态”,并将第80条和第89条分别赋予国家主席和国务院的权力作了相应修

改。第七,在宪法第81条中增加了国家主席“进行国事活动”的权力。第八,将宪法第98条中关于乡镇人大代表的任期由三年改为五年,从而统一了地方各级人大的任期。

探讨 经济改革与宪法的稳定性

如本书第一章所述,宪法是国家的基本法,因而必须具有一定的稳定性,不应该频繁修改。与此相联系,既然宪法是基本法,它就不应该规定一般的国家政策,包括经济制度的细节。然而,1982年宪法总纲中包含了大量的经济制度和政策性规定。这就产生了一个难题:改革开放以来,中国的经济政策乃至不同所有制在国民经济中的比重已经发生很大变化,且今后必然还会不断发生变化,从而要求宪法作出相应修改以适应改革的需要,但不断修宪显然不利于宪法的稳定性和权威性。

和任何法律一样,宪法也有基本指导思想,但这并不表明任何重要的指导原则都必须写入宪法,一般的经济政策就更不宜进入宪法。这是因为,第一,宪法是一部稳定的基本法,因而不那么基本的政策应该由法律规定,而不应进入宪法;否则,政策变化必然要求修改宪法,从而影响宪法的稳定性和权威性。更重要的是,宪法的修改程序通常比一般法律更为复杂,因而让宪法规定一般政策将束缚立法者的手脚,使之不能随社会变化而及时调整政策。改革开放以来,中国经济发生了翻天覆地的变化,而我们的宪法却仍然基本停留在1982年的水平。每次重大的经济改革都需要获得宪法授权,不但有可能阻碍了改革的步伐,而且要求宪法频频修改,必将对宪法权威产生消极影响。

第二,宪法作为法必须是可实施的,而并不是所有的政策和原则——包括基本的或重要的原则——都具备可实施性。事实上,绝大多数有关经济制度的规定都不具备可实施性。例如如何保障国家的基本制度是社会主义公有制?且不说“社会主义”这个概念极难界定——西欧的福利国家是不是“社会主义”?民营企业的生产总值超过国有企业的国家是不是“社会主义”?在一个市场经济国家,根本就没有办法保证公有制(或私有制)一成不变,因为所有权可以通过市场公平交易随时转换,而这是宪法和法律不需要控制也控制不了的事情:国家可以征用私人的土地,私人也可以购买原属于国家的财产——只要双方自愿,国家通过法律的人为阻碍是徒劳的,也是对经济发展有害的。正如韦伯指出,在某些条件下,“法律秩序”仍保持原状,而经济关系却发生了极端的转变。在理论上,社会主义生产体系可以经由政治权力通过自由契约而逐渐采购所有生产手段,甚至不需要改变法律的任何一段话就可产生,反之亦然。(Weber,1978:334)因此,宪法对经济制度的规定不仅是不必

要的,也是难以操作、不可实施的。

我们可以比较一下美国联邦宪法。美国无疑是一个以“资本主义”市场经济(当然这两个词也有歧义)为主导的国家。但美国宪法中却找不着“资本主义”、“私有制”或“市场经济”这些字眼。显然,大多数美国人并不认为这些制度设定不重要。但宪法之所以没有规定,无非是出于两个原因:其一,关于经济制度的规定是不好操作、不可实施的,而宪法的每一条都必须获得实施。不但“私有制”这类概念模棱两可、难以界定,而且一旦经济制度发生偏离,没有人能成功主张如此直接的法律利益而获得宪法诉讼的资格。譬如国家在给予公正补偿的基础上征用私人财产,被征用者并不能因为政府增加了公有制程度而诉诸法院,因为无论是国家的经济制度是公有制还是私有制,只要她个人获得了公正补偿,那么她就没有受到使她获得诉讼资格的个人损害,因而宪法即使规定了资本主义,也无法阻止美国向社会主义转变。既然不可实施,那还不如不规定。其二,许多人可能认为经济制度无论如何重要,都应该通过人民代表的立法行为而加以改变。说不定美国哪一天也会抛弃市场经济,走向计划经济——其实,美国经济的计划成分自新政以来已经相当高。因此,霍姆斯法官在一项著名的反对意见中提醒人们:“宪法并没有制定赫伯特·斯宾塞的《社会静力学》”,^[19]美国宪法并没有接受社会达尔文主义的“人竞天择”理论,而是将社会政策——政府究竟应该干预多少?——留给受制于周期性选举的立法机构自由决定。

因此,美国联邦宪法仅涉及极少的经济权利条款。宪法正文仅一处提到这类权利:第1条第10款禁止各州政府取消合同义务,从而突显了契约自由的重要性。修正案中两处提到类似的经济权利:第五和第十四修正案分别禁止联邦和各州不经过法律正当程序就剥夺公民的生命、自由和财产,第五修正案进一步规定,“财产的征用必须获得公正补偿”。这些规定非常简洁,也非常有效地解决了诸如中国目前面临的拆迁补偿问题。

中国1982年宪法在这方面问题最多,因为它规定了大量的政策性质的条款。除了“序言”之外,“总纲”集中规定了国家的基本政策,尤其是经济制度取向。由于经济的快速发展,许多即使在改革开放后规定的宪法经济制度也已经过时,因而存在着不断修正的需要。因此,在1982年宪法之后的三次宪法修正中,绝大多数修正案是针对总纲中规定的经济制度条款。只是在2004年的修宪中,经济条款的比例才有所降低。事实上,如果确立了平等原则和市场经济原则,保证市场经济下公平交易的权利,那么许多条款本来是没有必要规定的,这样以后也就用不着不断修正。宪法的特点是容易“挂一漏万”:规

[19] Lochner v. New York, 198 U. S. 45.

定得越多,保障得越少;对国家政策的规定越仔细、越具体,政策的缺漏和矛盾就越明显。一旦规定了经济制度和相关的国家政策,宪法和改革都陷入了困境。

你认为应如何处理宪法稳定性和经济或社会改革之间的关系?

第四节 宪法的制定与修正

既然宪法是一部不断进化的文件,因此有必要简要介绍宪法进化的机制。

与普通法律一样,宪法的进化主要有两类不同机制:成文与“不成文”。宪法的成文变化就是指宪法的制定和修正程序;宪法的不成文变化是指通过司法解释而对同样的宪法文字赋予新的意义。但宪法的进化还具有和普通法律不同的特点。一般地,宪法的制定是一项宏大的努力,必须经过比普通法律更为慎重的讨论和严格的程序,且国家宪法一旦制定以后,就不轻易变动,更不能随便更换。只有在宪法的基本宗旨和精神都被普遍认为和时代格格不入或国家政治出现根本变化的情况下,才能全盘抛弃旧宪法、制定新宪法。如果只是宪法中的个别条款被认为不合时宜或宪法对某些新问题有所疏漏,一般是通过宪法修正案加以弥补。但有些国家的宪法因程序过于严格而难以明文修正,而社会发展又要求宪法发生相应的变化,这时只能通过宪法的最高解释机构通过“创造性的解释”对宪法赋予新的意义。因此,尤其在“刚性”宪法国家,宪法的进化往往诉诸“不成文”的司法途径。

宪法进化可以通过两种机制——成文和不成文(即司法解释)。

一、宪法的制定程序

一般地,一部宪法规定了自身获得修正的程序,但不是所有的宪法都明确规定制定与采纳的程序。如本书第一章所述,由于宪法是“基本法”并比普通法律代表着更高的民主合法性,制定宪法的主体通常是受选民委托的特殊代表,并遵循不同于普通立法的更为严格的程序。例如美国联邦宪法第七章规定:“如有九个州的制宪大会批准,就足以使本宪法对各州生效。”制宪大会的产生及运作方式则被留给各州自行决定。但1982年中国宪法仅规定了修正程序,而并没有明确规定其制定与通过程序。在实际操作上,中华人民共和国的四部宪法都是全国人大制定的。在美国各个州,制定程序也各不相同。有些州和中国类似,议会就可以自行制定宪法,有些州则要求成立专门的制宪大会,有些州还要求宪法提案经过选举的集体表决。一个有趣的问题是,由于宪法一般都不会规定以后宪法的制定程序,政府将如何处理对制定宪法的程序提出

宪法的制定程序一般比普通法律更为严格。

的异议——因为以前的宪法没有规定,而将要采纳的宪法在生效前又不能作为有效的法律标准。在这种情况下,一种解决办法就是把宪法简单地诉诸公民表决,给那些持不同意见者以投反对票的机会,并使争议获得政治上的解决。

动态 伊拉克制宪过程

在以美国为主的联军推翻萨达姆政权之后,伊拉克面临着艰难的重建过程。重建的标志性事件是新宪法的制定,这个过程大致分为以下几步:^[20] 第一,提出宪法草案。在长年独裁专制下,这个国家的教派严重对立,因而在第一步就遇到严重危机。宪法草案虽然几经修改,但是仍然不能满足既得利益受到打击的逊尼派的要求。2005年8月28日,伊拉克制宪委员会终于向过渡国民议会提交宪法草案的“最终版本”。什叶派和库尔德代表均在宪法草案上签字,但是逊尼派代表拒绝签字,并呼吁联合国和阿拉伯联盟进行干预。第二,两周内,制宪委员会监督印刷500万份宪法草案,向全国2600万选民发放,全国500万个家庭都将得到一份宪法草案复印件。宣传活动由至少三个不同的政府部门和独立机构进行,通过电视、报纸和广告进行宣传,呼吁伊拉克民众行使“爱国义务”,参加关于宪法草案的全民公投,用选票击败反政府武装,帮助建立一个新的伊拉克。第三,要求伊拉克选民进行登记注册。什叶派和逊尼派都鼓励本派别选民参加投票,但是目的不同。什叶派希望尽可能多的选民出来投宪法草案的赞成票,逊尼派则希望民众投票抵制对其不利的宪法草案并使之流产。最后,伊拉克独立选举委员会确定全民公投时间,并组织对宪法草案进行投票。根据临时宪法,在伊拉克的十八个省中,如果在三个省有2/3以上的选民投票否决宪法草案,这部宪法就不能通过。尽管什叶派阿拉伯人和库尔德人占伊拉克全国人口的80%,但是逊尼派阿拉伯人至少在三个省中占据多数,因而基本具备了否决宪法草案的条件。10月15日,伊拉克举行全民公投,结果宪法草案以78%的高支持率获得通过,反对票只占21%,但是逊尼派控制的两个省确实以绝对多数否决了草案。

虽然伊拉克宪法草案最终获得通过,但是以上过程表明它并没有像美国总统期望的那样完成整合伊拉克民族的使命。逊尼派的抵制情绪仍然高居不下,自杀式爆炸事件照常发生。在民主和法治国家,立宪过程可以带来不同利益集团的妥协和融合,但对于一个制度和文化截然不同的国家则未必。这是为什么1788年的美国宪法获得了立竿见影的效果,尽管种族分裂的危机隐藏其中,而2005年的伊拉克宪法则仍然前途未卜的原因。

[20] 参考《京华时报》2005年8月29日的报道。

二、宪法修正的可能性

一般而言,任何宪法条款都是可被修正或取消的。但某些国家认为其宪法中的少数条款代表了如此不可变更的原则,以至于修改这些条款就相当于抛弃了整个宪法,因而只要现行宪法仍然存在,这些条款就不可修正。它们代表了“刚性”宪法的极端。

这类条款在各国宪法中极为少见。中国宪法没有这类条款。美国联邦宪法中只有一条不可修正条款,即宪法第五章规定:“只要未获得其同意,任何州皆不应被剥夺其在参议院的平等选举权。”德国《基本法》有几项条款是不可修正的。第 79 条第 3 款规定:“如果本《基本法》的修正将影响联邦分解为各州或各州参与立法之原则,或影响第 1 条与第 20 条所建立的基本原则,那么[这类修正]就是不容许的。”这里宪法第 1 条规定“人格尊严”不可侵犯,且国家有责任尊重与保护之;第 20 条则规定了德国是“民主与社会联邦国家”。这些条款被认为构成了《基本法》的核心,其实质不得受到修正案的影响。

某些国家的某些宪法条款被规定为不可修正的。

三、宪法修正的程序

宪法对修正程序一般都规定得比较明确与详细。修宪一般经过三道程序:提案、议决和公布。(王世杰、钱端升,1997:334)

(一)提案

美国州宪修正的提案一般采用三种模式:立法提案、制宪大会与公民创制。立法提案的模式被所有的州采纳,因而议会两院的超多数可以提议宪法修正。联邦宪法的修正采取两种方式:通过国会的立法提案或 2/3 多数的州议会提案,但到目前为止,所有的修正案都是由国会提起。根据联邦宪法第 5 条的规定,修宪案需要国会两院 2/3 多数的提议。中国也采取立法提案模式。宪法第 64 条规定,宪法的修改由全国人大常委会或 1/5 以上的全国人大代表提议。

修宪的提案可以采取不同程序。

(二)议决

这是修宪最关键与最困难的一道程序。如本书第一章所述,修宪程序的困难程度决定了宪法的“刚性”或“柔性”。一般地,在单一制国家里,宪法修正比较容易,通常只需要中央议会超多数通过就可生效。例如中国宪法第 64 条规定,宪法的修改由全国人大代表以全体的 2/3 多数通过。对于议会两院制的国家,则需要两院同时以超多数通过。联邦制国家的修宪更为困难。美国联邦宪法是一个极端的例子,其修正需要获得 3/4 多数州(现在 38 个州)批准。因此,联邦宪法的明文修正极为困难。各州宪法则因其修正程序相对简单,体现出相当大的“柔性”。

修宪的议决程序很大程度上决定了宪法的刚性或柔性。

有些宪法的修正还需要通过公民复决。几乎所有的美国州宪都要求议会的修宪提案获得公民大会的批准。当然,各州也可以选择通过其他模式进行修宪,如召开专门的制宪大会。这时,宪法修正案不需要经过公民复决程序即可生效。

(三)公布

公布一般只是一个纯粹的程序而已,没有什么实质性意义。和普通立法不同,行政首脑虽然负责宪法修正案的颁布,但一般对宪法修正案不具备否决权,例如美国的州长无权提出或否决宪法修正案。在中国,这个问题一度是争议焦点,因为袁世凯曾想争取总统的公布权以获得对宪法的否决权。(王世杰、钱端升,1997:365)但现在一般认为,国家元首的公布权只是一个必经的程序,其中并不包含决定是否公布的自由裁量权。例如1982年中国宪法第80条规定,国家主席根据全国人大及其常委的决定“公布法律”。这也是一项义务性规定。

评注

中国的修宪程序——从《党章》到宪法?

据报道,2004年修宪在程序上比以往三次修宪更为民主。^[21]以往修宪一般是中共中央在党内基本决定后再征求社会意见。修正案先在全国人大代表会议之前召开的党代会上进入中共《党章》,然后通过人大会议一字不动地进入宪法。这次修宪却首先征求意见,然后交由中央决定,且全国人大在审议时对修正案文字和标点符号作了次要调整。这在人民共和国历史上还是第一次。

2003年5—6月,中央宪法修改小组在上海、四川、北京等地先后召开三次座谈会,直接听取全国31个省市、中央和国家机关有关部门和部分企业负责人以及专家学者的意见。在征求各地方和各部门意见的基础上,中央修宪小组于7月初拟出《中共中央关于修改宪法部分内容的建议》草稿。经政治局常委会和政治局会议讨论后,以征求意见稿的形式下发各省市自治区党委、中央和国家机关各部委党组、解放军总政治部以及各人民团体党组,再次征求意见。8月28日,胡锦涛总书记主持召开各民主党派中央和全国工商联的负责人以及无党派人士座谈会。座谈会在肯定征求意见稿的同时,也提出了修改建议,尤其是希望将社会变革中出现的新社会阶层都是中国特色社会主义事业的建设者的论断,反映到宪法关于统一战线的表述中。9月12日,吴邦国

[21] 见王雷鸣、沈路涛:“实施依法治国基本方略的重大举措——宪法修正案诞生记”,《光明日报》2004年3月22日。

委员长召开部分理论工作者、法学专家和经济专家座谈会,听取意见和建议。

根据这些意见,中央修宪小组进一步修改征求意见稿,采纳了关于完善土地征用制度、紧急状态制度以及在统一战线组成中增加社会主义事业的建设者等建议。在中央政治局常委会和政治局会议反复讨论后,最后形成草案并提请中共十六届三中全会审议。过去历次中共修宪建议都是经中央政治局会议审议后形成,而这次修宪首次由中央全会审议修宪建议。10月11日,出席中共十六届三中全会的342名中央委员会委员和候补委员对草案给予高度评价。10月14日,中央全会通过14条修宪建议,并向十届全国人大常委会提出。

2003年12月22日,十届全国人大常委会召开第六次会议,修宪正式进入法定程序。依据宪法第64条固定的修宪特别程序,委员长会议拟订了常委会宪法修正案草案代拟稿,于12月27日提请常委会表决,结果全票通过,并决定将修宪议案提请十届人大二次会议审议。2004年3月8日,在全国人大全体会议上,王兆国副委员长受人大常委会委托就宪法修正案草案作了说明。有些代表在会上提出了一些建议和意见。根据这些意见,大会主席团于3月12日举行第二次会议,表决通过了修宪草案,并提出审议情况报告和修宪草案修改稿,交各代表团审议。报告建议对修宪草案的两处加以修正。第一,关于土地和私有财产的征收、征用和补偿问题,建议删除一个标点符号,以明确表明“依照法律规定”既规范征收、征用行为,也规范补偿行为。第二,和中共十六大报告相一致,建议删除草案中“沿着建设中国特色社会主义道路”的“建设”两字。3月14日,出席会议的2903名全国人大代表以无记名投票方式高票通过修改后的修宪草案,仅10票反对、17票弃权。

和其他国家相比,你认为中国的修宪程序有什么特点?是否有任何不足之处?如有,应如何改进?

四、法院的作用

最后,宪法的实质性“修正”也可以“不成文”的。这当然不是说解释机构不需要用文字详细表达新解释的依据,而是指修正并没有体现于宪法条款的文字。对于明文修正的程序,以上已经述及;它是一个大众过程,通常要求议会或特殊的修宪大会提出并议定宪法修正案,有时还可能要求公民复决作为必要的批准程序。但和普通法律的修正不同,明文修宪并不总是现实的选择。尤其对于联邦国家,由于修宪程序比较困难,因而经常需要法院创造性地发挥解释职能,修改宪法条文的含义。司法的这一特殊职能留待下一章专门探讨。以下是一个影响深远的美国案例,它显著体现了美国法院在宪法领域的“创造性”作用。

明文修宪是一个大众民主过程,宪法解释的变化则是一个司法过程。

案例 “德州禁止堕胎案”^[22]

在美国,妇女是否有自由决定堕胎的权利是一个敏感的社会问题。美国联邦宪法没有提到“堕胎”,甚至没有提到普遍的“隐私权”,在传统上,天主教绝对禁止堕胎,基督教不少教派也是一样。宗教文化影响了美国社会与法律,因而自建国以来,几乎所有的州都有禁止堕胎的法律。第二次世界大战之后,随着自由化运动的兴起,不少州纷纷抛弃了以往禁止堕胎的法律,取消或显著削弱了对妇女权利的限制。但某些州仍然保留了这类法律。联邦宪法从来没有明确禁止或允许妇女自由决定的权利,联邦最高法院也一直避免对此发表意见。

“德州禁止堕胎案”的多数意见判决州法侵犯了妇女受联邦宪法保护的隐私权。

在1973年的“德州禁止堕胎案”,最高法院首次对妇女堕胎权利发表意见。德克萨斯州的法律规定,除非为了维持孕妇的生命,州内一律禁止妇女堕胎手术。最高法院运用“正当程序”条款,推翻了德州法律。布莱克蒙(J. Blackmun)法官的法院意见指出,“隐私权”足够广泛,以致包含妇女中止怀孕的决定权。但妇女的人身权利并非绝对:虽然胚胎尚未出生,因而不构成第十四修正案所保护的“个人”,但州政府仍具有重要利益,来保障孕妇健康、维持医务标准并保护潜在的胚胎生命。经过“平衡”妇女人身自由和州所代表的公共利益,法院多数得出结论:

“德州法律无视怀孕阶段和其他有关权益,把除了拯救母亲生命的一切堕胎手术统统归为刑事犯罪;这类堕胎刑事州法违反[正当程序]。[a]在第一个三月期(Trimester)截止前,堕胎决定及其实施必须留待孕妇主治医师的决定。[b]对第一期以后的阶段,为了促进母亲健康,州可以选择以和母亲健康合理相关的方式来调控堕胎程序。[c]在胎儿成活之后的阶段内,为了促进人类生命的潜在利益,州可以选择去调控甚至禁止堕胎——除非为了维持母亲的生命或健康,并根据医学鉴定以采取必要的手段。”

伦奎斯特法官(J. Rehnquist)的反对意见则认为,既然本案并不涉及婚姻,它即和隐私权无关。从36个州有关堕胎的立法史来看,妇女的堕胎权利一直受到不同程度的限制,不可能是一项“基本”权利,因而也不应受到任何特殊保护。反对意见指出,法院应该尊重州的立法机构,避免根据自身的理念来代替人民代表行使立法权力。

“堕胎案”决定引起了社会巨大反响。赞成和反对堕胎的政治力量斗争激烈,双方都曾尝试修改宪法文字来实现自身的意愿,但所有修宪努力都遭到

[22] Roe v. Wade, 410 U. S. 113.

失败。反对堕胎的一方还试图通过国会立法,把胚胎定义为具有生命的“个人”,使之处于第十四修正案的保护之下,并禁止各州动用公款来协助堕胎。至今为止,亦没有任何立法努力获得成功。这也反映了司法解释在“刚性”宪法国家的关键作用。尽管“堕胎案”的具体结论以后受到了法院自己的修正,它的中心原则已经成为美国宪法的一部分。

极端的社会政治力量试图通过明文修宪改变最高法院的宪法解释,但一直未能成功。

思考 根据以上信息,你赞同多数意见还是反对意见? 联想《联邦党人文集》第十篇(见本书第一章)，“德州禁止堕胎案”的决定是否体现美国制宪者的设想? 如反对意见指出,这种设想可能具有什么问题?

第二章复习题

1. “宪法”这个词是怎么来的? 宪政思想在西方是如何产生与发展起来的? 世界上第一部“宪法”是在什么社会环境下起源于什么地方?
2. 美国最早的宪法是什么? 在联邦宪法制定之前,美国已经具备什么样的宪政理论与实践基础? 为什么要制定联邦宪法? 为什么要制定“联邦”(而不是其他类型的)宪法?
3. 法国的《人权宣言》和第一部宪法是在什么社会背景下产生的? 为什么法国历史上产生了那么多部宪法(而美国联邦宪法至今为止只有一部)?
4. 德国宪政经历了什么样的曲折过程? 为什么魏玛宪法没有能够维持下去? 《基本法》的主要特点是什么? 它在何种意义上纠正了魏玛宪法的弊端?
5. 清末立宪运动具有哪些特征? 为什么会失败? 什么是共和制、君主制与君主立宪制?
6. 北伐胜利以前,民国时期的立宪经历了哪些过程? 有什么共同特点? 中国的立宪过程为什么如此艰难曲折? 中国的第一次“总统大选”以及后来的曹锟贿选说明了什么? “联省自治”有什么积极意义和局限性?
7. 按照孙中山的设想,中国将分为哪几个阶段建立什么样的宪法? 国民党政府所制定的宪法有哪些特征与局限性?
8. 1949年以后,中国共制定过哪几部宪法? 为什么要对现行宪法进行修正?
9. 宪法的制定与修正需要经过哪些程序? 为什么有些宪法条款或许不应获得修正? 什么是宪法的“不成文修正”? 参见“德州禁止堕胎案”,你更倾向于宪法的成文修正还是不成文修正? 为什么?

第三章 宪政审查与宪法效力

宪法效力是和司法审查制度是否存在紧密联系在一起。

宪法效力及其保障机制是一个重要问题。这个问题不解决,宪法是“更高的法”就只是空中楼阁;再精美的体制设计,再华丽的“权利”、“自由”、“民主”之类的辞藻都只是空话,得不到法律的切实保障。综观西方宪政史,宪法效力是和司法审查紧密联系在一起;没有司法性质的机构对立法进行独立与中立的审查,宪法条文和精神之落实就完全取决于立法机构的意愿,法治也就不可能真正上升到宪政。因此,本书把这一问题提到前面讨论,因为司法审查不仅是宪政程序的终结,更是宪政得以开展的制度前提。

这一章探讨宪政审查和宪法效力之间的关系,分为五节。第一节介绍了宪法审查在西方的起源。美国宪法并未明确规定法官有权审查立法行为,但1803年的著名案例“马伯里诉麦迪逊”首次建立了宪法审查制度,使美国宪法一开始就具备法律效力。第二节考虑了一个反例。在很长时间内,法国否定了马伯里决定的思维。结果,法国宪法在第五共和之前一直缺乏法律效力。第三节讨论了司法审查的模式,阐述了普通法院模式与专门法院模式、事前审查与事后审查、抽象审查与具体审查、官员提起争议与公民原告之间的相互关系。第四节介绍了宪法解释的方法及其与普通法律解释的异同。对于采纳宪法审查机制的国家而言,宪法解释的方法尤其重要,因为它往往决定了司法自由裁量权的范围。第五节探讨了宪法审查与民主政治之间的关系。这种关系

在民主国家特别重要,因为从事宪法审查的法官一般不是直接由选民产生的,但却对立法的合宪性具有决定权,从而可能和人民代表所行使的权力发生冲突。这是为什么虽然马伯里决定早已确立了美国的司法审查制度,法官的作用却仍然不断受到争议。不独美国如此,所有具备宪法审查的宪政国家都面对着同样的问题。

评注 司法审查与宪政审查

“司法审查”(judicial review)一般是指法院或司法性质的机构对政府行为的审查,主要包括立法与行政行为的审查。“宪政审查”(constitutional review,或称“宪法审查”)是指法院或专门成立的审查机构,基于宪法对立法行为的审查。在这个意义上,“司法审查”是一个更广泛的概念,包括了行政法审查与宪法审查。但在本书中,如未特别指明,“司法审查”就是指的宪法审查。在国外尤其是普通法国家的学术文献中,这两个名词经常混用,但读者应该了解两者在更广义上的区别。另外,值得注意的是,对于联邦德国,宪政审查和司法审查是两个意义不同于以上解释的专有名词。(见本章第三节)

国内不少学者把宪政审查翻译为“违宪审查”。虽然这项制度的含义确实是审查立法的“合宪性”或“违宪性”,但“违宪审查”至少不是准确的直译,而且似乎也难以从字面上直接理解这项制度的含义。因此,这个词还是译为“宪政审查”或“宪法审查”更为适宜,意指一种依据宪法对政府立法行为的审查制度。

第一节 司法审查的起源

宪政审查在西方有着漫长的思想渊源。从古雅典的斯多葛学派到阿奎那的中世纪经院哲学到霍布斯开创的近代自然法学派,西方主流思想一直坚持法律必须符合某种更高的理性。这种思想也影响了法院。早在1610年的“博纳姆医生案”,英国王座法院的库克大法官就曾宣布,一项违背自然正义(natural justice)的议会法案是无效的。但因为种种原因——尤其是受议会至上的民主思潮的影响,宪政审查作为一种法律制度一直没有发展出来。直到1776年美国独立之后,各州开始制订州宪,情况才开始发生变化。在1780年的“刑事陪审人数案”,^[1]新泽西州的法律规定刑事陪审团由6人(而非12人)组

宪政审查在英美国源远流长。

[1] Holmes v. Walton, 参见张千帆:2000,37—45。

成。州的最高法院判决这项法案因违反了州宪而无效。这可能是北美法院第一次宣布立法违宪的案例。然而,宪政审查作为一项制度的建立还必须等待1803年的“马伯里诉麦迪逊”〔2〕。在这个历史性的案例中,马歇尔首席大法官(C. J. Marshall)代表联邦最高法院宣布国会的一项立法条款违宪。既然这个案例被公认为世界宪政主义的起源,因而有必要在此作一番较详细的讨论。

案例 库克法官与“博纳姆医生案”〔3〕——真正的世界宪政第一案?

库克大法官(Edward Coke, 1552—1634)是杰出的英国法学家,曾在伊丽莎白女王时期任下院议长和司法部长,后来被詹姆斯一世任命为王座法院(King's Bench)的首席大法官。他曾经亲口警告过自高自大、喜好弄权的国王:“国王高于任何人,但低于上帝和法律。”库克一生著述甚丰,曾出版4卷本的《英国法大全》和13卷案例汇编,至今仍被美国法院所引用。有学者甚至认为,库克的案例汇编对英国遵循先例规则的形成作出了首要贡献。“博纳姆医生案”是他一生判决过的最著名案例。(Plucknett, 1926)他在该案中指出:

在许多案例中,普通法将控制议会法案,且有时判决它们完全无效;当议会法案违反了普遍权利或理性,或不可能被实施,那么普通法就将控制它并判决这类法案无效。



图 3.1 库克大法官像

库克法官所判的“博纳姆医生案”可以说是世界宪政主义的起源。

〔2〕 Marbury v. Madison, 5 U. S. 137—180.

〔3〕 Dr. Bonham's Case, 8 Co. Rep. 107a, 77 Eng. Rep. 638 (C. P. 1610).

库克的这个论断并没有被英国法学界接受。事实上,现代英美法的普遍原则是和议会立法相抵触的普通法(即法官制定的法)无效。因此,“博纳姆医生案”虽然开了法院审查议会立法的先河,但在英国却是“后无来者”。然而,它对美国司法审查制度的建立产生了巨大影响。(Schwartz,1993:3—6)在某种意义上,库克的观点在英国属于“异端”;但在英国后来的“敌国”——美国——那里,它却成了“正统”,可以说是一朵“墙外红”的花。

“博纳姆医生案”所建议的司法审查制度并没有被英国接受。

思考 “博纳姆医生案”是不是应该让你反思一下“先例”一词的意义?普遍的误解是,普通法中的先例是像下述“马伯里诉麦迪逊”那样的著名或“典型”判例,以后的案例则不是先例。但马伯里决定之所以成了“先例”,正是因为它的“正确性”为无数的后来案例所肯定、默认和假设。公正地说,这些众多的“后来者”也发挥了某种先例作用,尽管其影响不如马伯里决定那么巨大。事实上,它们是马伯里的影响之载体;没有它们,马伯里决定就像“博纳姆医生案”那样成了孤家寡人,当然也就不成其为“先例”了。

一、“马伯里诉麦迪逊”:案件的起因

原案在很大程度上起因于美国当时的两党政治斗争。如前所述,美国当时主要存在两个派别:以汉密尔顿等人为首的联邦党和以杰弗逊领导的反联邦党。早在制宪时期,两党就进行过激烈的辩论与较量。华盛顿总统辞职后,联邦党人亚当斯(John Adams)当选总统。但在1800年,杰弗逊共和党人在国会与总统选举中大获全胜,杰弗逊本人当选总统,麦迪逊被任命为国务卿。在联邦政府的三个分支中,联邦党在两个民选分支皆告失利,于是形成了“跛鸭政府”(lame duck government,意指站不住脚,即将下台)。在联邦党人的最后岁月里,亚当斯总统尽力使法院机构充斥联邦党人选。恰逢最高法院的首席大法官年高退休,他便把自己的国务卿约翰·马歇尔(John Marshall)任命为首席大法官。同时,联邦党国会仓促通过法律,极大地扩建了地区法院和法官数量,并抢在杰弗逊上任总统之前批准了所有总统的提名。曾有传说,就在他离任的午夜,亚当斯总统还忙不迭地签署法官的任命书。因此这些匆忙上任法官也被戏称为“午夜法官”(midnight judges)。

本案的原告马伯里就是其中之一。他的职位是不甚起眼、任期只有五年的“治安法官”(justice of peace)。按照联邦法律,这个职位由总统任命、参院批准,再由总统签署,并交国务卿盖印后送给受任者。马伯里的任命经过了所有这些程序,但也许当时的国务卿马歇尔因公务繁忙,未能把经过签署盖印的

委托书寄给马伯里。麦迪逊继任国务卿后,在其前任的抽屉里发现马伯里等几名“治安法官”的委托书,于是请示新任总统杰弗逊。杰弗逊本来对联邦党的作为已十分恼火,当即指示扣压所有未寄出的委托书。于是马伯里诉诸法院,要求命令国务卿送交授予他的委托书。

一项貌不惊人的管辖技术规则,竟为创立司法审查原则提供了桥梁。按照1789年《司法法》的授权,马伯里直接将争议起诉到最高法院。法院要求被告国务卿出庭作证,但国务卿不予理睬。马伯里请求法院下达强制令(Mandamus),指令国务卿送交委托书。

二、马伯里案的推理

马歇尔法官论证,司法审查制度在总体上符合美国宪法的精神。

马歇尔法官的推理如果不是完全无懈可击的,也至少是非常清晰的。(参见本书第一章的介绍)正如反对者的挑战所宣称的,美国宪法完全没有规定法院具有司法审查的权力。但马歇尔法官雄辩地表明,尽管宪法文字没有明确规定,司法审查制度在总体上符合美国宪法的特质和“精神”。在具体讨论马歇尔法官的论证之前,有必要先阐明美国宪法一以贯之的基本原则:有限政府原则,因为不理解这项原则,也就不可能理解马伯里决定的逻辑。



图 3.2 马歇尔首席大法官像

马歇尔(John Marshall, 1755—1835)是美国联邦最高法院第四任首席大法官,他在“马伯里诉麦迪逊”一案中的意见奠定了世界上最早的司法审查制度。

(一) 美国宪法的有限政府原则

美国联邦宪法本身并没有任何条文,明确规定宪法条款本身具有普通法律的约束力(当然,即使有,它也可以被当作是一句庄严的宣言而被忽略)。对这一重要问题唯一有些提示的,是宪法第3条第2款:“司法权力应扩展到所有起因于本宪法及合众国法律或……条约的案件。”这项条款的文字似乎表明宪法也和普通的“法律”或“条约”一样,可以产生获得司法审查的诉因,且法院似乎在审查过程中应有权依据宪法条款。但如果宪法确实要授权宪政审查,这项条款似乎过于隐晦与简要。缺乏明文渊源,一直被认为是美国宪政审查的最大困难。第二次世界大战后制订的现代德国与法国宪法都避免了这一困难,因而也就不再需要马伯里式的长篇大论。但在当时,马歇尔法官必须从理论上令人信服地论证宪法的法律效力。笔者认为他基本上做到了这一点。尽管在技术上受到很多批评,马歇尔法官的论证总的来说符合美国宪法的基本精神,并且为以后授权司法审查的条文提供了有力的理论依据。

马歇尔法官的最高出发点是美国宪法所代表的有限政府原则。这一点贯穿了论证的全部,并且使论证超越了所有苛刻的批评,因为它抓住了美国宪法的本质。所谓“有限政府”,无疑就是指所有的政府权力都是有限的——不仅是行政权力,而且更重要的是立法权力,因为它是法治国家所有权力的来源。如果不承认立法权力的有限性,那么即使是法治国家也是一个权力无限的国家,因为立法机构可以制订法律去授权政府做世界上的任何事,不论如何伟大或荒诞、仁慈或暴戾。我们可以肯定地说,如果不承认立法权力的有限性,谈论宪法甚至是一件多余的事情:这部宪法是多余的,或者是因为它完全没有约束力,或者是它和普通法律一样可以被议会随意修改——在前者,它根本不是法;在后者,说它是一部“宪法”没有任何特殊的含义。因此,如果宪法的缔造者认为宪法不是多余的,而是应该发挥某种实际作用,那么政府权力——包括立法权力——就不能是无限的。限制政府的权力,正是宪法的主要目的;所有不接受这种限制的国家——譬如第五共和以前的法国,不可能具备有意义的宪法。这句话听上去可能有些令人吃惊,但一个普遍的事实是,所有宪政国家——也就是“认真对待宪法”的国家——都在不同程度上接受了有限政府原则。

可以论证,宪法缔造者中许多出类拔萃的人物都接受有限政府原则。美国宪政最显著的精神——也是它留给世界最深远的思想遗产,就是不承认没有限制的权力——不论这种权力是以多么高尚的名目行使的,更不承认不受控制、至高无上的政府权力,其中当然也包括立法权。这种理论直接来源于西方的怀疑主义及其对人性的不信任,并最精辟地表述于《联邦党人文集》第51篇。在这篇著名文献中,麦迪逊(James Madison)指出:“假如人都是神,那么

马伯里决定的出发点是美国宪法所代表的有限政府原则,即包括立法权在内的所有政府权力都是有限的。

美国宪政的精神是不承认没有限制、至高无上的政府权力。

政府就没有必要存在了;如果能够以神来统治人,那么无论外部或内部的政府制约也就没必要存在了。要形成一个以人管理人的政府,其最大的困难在于,你首先必须使政府能够控制被统治者;其次必须迫使政府控制自己。对政府的首要控制乃是依赖人民,但经验早已教导人类辅助防御的必要性。”(Hamilton et al., 1961:320—324)这里所说的“辅助防御”在此就是指三权分立的宪法体制,其主要目的之一是制衡在民主社会中合法性最高的立法权力。这是因为议会代表也是人而不是神,也可能会犯错误。因此,如果我们把不可能“以神来统治人”的逻辑前后一致地运用到立法领域,那么逻辑的结论只能是立法权也必须受到限制。

(二) 宪法是“更高的法”

马歇尔尤其利用美国宪法的成文性质,来论证宪法的实际效力:“无疑,所有那些设计成文宪章的人们都把它设想为形成民族的基本与首要之法律。”“那些反对法院把宪法考虑为首要法律的人,就必然被归结为坚持要求法院只看法律,而对宪法视而不见。这个教条将破坏所有成文宪法的基础……它将给立法机构以实际和真正的无限权力,却口口声声要把[立法]权力局限在狭窄的范围之内。它规定限制,却宣称那些限制可被随意超越。”(张千帆,2000:43—44)

既然宪法是一项首要“法律”,和普通的法律一样具备约束力,那么下一步就必须解决宪法和普通立法之间的关系。宪法条文对此提供了有限的启示。宪法第六条规定了“联邦最高原则”：“本宪法以及根据其所制订的合众国法律和所有条约……是国家的最高法律;不论任何州的宪法或法律是否与之相抵触,各州法官均受之约束。”因此,“国家的最高法律”并不是任何法律,而是“根据[宪法]所制订的合众国法律”;如果所制订的法律——如果我们还能称之为法律的话——不符合宪法,那么它就不能被承认为“国家的最高法律”,也不能约束各州的法官。

以宪法对司法管辖权的条款为例,马歇尔法官论证至少宪法的某些规定没有给立法机构留下任何自由裁量的余地;否则,“宪法条款的其余部分就成为多余,就毫无意义。”如果宪法明确规定,最高法院对某类案件的管辖权是初审,而对另一类案件的管辖权是上诉,那么立法就不得随意改变之;假如议会可以“指鹿为马”,把初审改为上诉、上诉改为初审,那么宪法也就名存实亡了。宪法缔造者的初衷显然不允许宪法可以被普通立法随意修改。这从宪法第五章对修宪规定的严格(和过于困难的)程序就可看出——否则,规定特殊的宪法程序还有什么意义呢?

更重要的是,特殊的修宪程序体现了宪法和普通法律之间不同的权力基础。马歇尔对这一点没有作太多的阐述,但从人民的“原始权利”、“最高权

美国宪法的条文暗示,宪法和普通法律一样具有约束力,并约束着普通法律。

威”、“原始与最高的意志”等措辞可以看出,宪法之所以是“首要”法律,正是因为它直接来自于全体人民,并代表了所有人的基本利益。固然,无论是宪法还是立法,其最后的权力都来自于人民。然而,现代民主的多数主义规则毕竟表明,一部普通的立法只需要得到多数人的赞同就可获得通过,因而立法所代表的实际上是多数人而非全体人的利益。宪法的修正则需要绝大多数人的赞同,因而比普通立法具有更高的权威和民主合法性。假如允许立法机构擅自改变宪法,就相当于允许议会代表篡夺授权他们的人民的权利。^[4]在某种意义上,宪法之所以高于普通立法,正是因为人民高于其代表,人民的全体高于部分——尽管是其中的多数部分。

(三) 法院判决违反宪法的法律无效

马歇尔法官最后论证,法院有权判断法律的合宪性。这一点在当时最具有争议,且直到今天,美国法学界对法院可以在何种程度上行使司法审查的权力仍然争论不休。但马歇尔非常巧妙地回避了批评的锋芒,而只证明这一命题的弱形式:“如果一项与宪法抵触的立法法案是无效的……,那么它是否仍然约束着法院,并强制它们给予其效力?”笔者认为,要论证这一点并不困难,且马歇尔论证得相当完美。既然已经论证了宪法是法律,而且是“首要”的“更高的法”,那么解决宪法与普通法律之间的冲突就是法院的任务。这就和法院解决行政规章和立法之间的冲突一样,而在法治国家——不仅在美国,而且在英、法、德等不同法律体系的国家,法院解释法律并解决其冲突的权力是不受质疑的。马歇尔法官指出:

值得强调的是,阐明何为法律是司法部门的职权与责任……如果两个法律相互冲突,法院必须决定每个[法律]的运作。因此,如果一项法律违背了宪法,如果法律与宪法都被应用于一个特殊案件,因而法院必须或者不顾宪法,顺从法律决定案件;或者不顾法律,顺从宪法;那么法院必须在冲突的规则中确定何者支配案件之判决。这是司法责任的根本所在。(张千帆,2000:43—44)

因此,法官必须能够解释宪法,并根据他对宪法的解释来判断立法是否合宪;否则,法官就成了不得不有意识地忽视宪法的明文规定而屈从于法律——例如宪法明明禁止事后制刑,却有一项刑法被用来惩罚在法律制订以前的行为,法官也只好默许违宪的法律惩罚无辜。这样,法院就成了纵容立法违宪、侵犯公民权利的帮凶,而这显然是不可接受的。在立法和宪法相冲突的程度上,法官必须忽略立法规定,而适用“更高的法”。从这个角度来看,法院并不需要宣布有关立法条款无效,而是只要决定立法在特定的案件中是否适用。

宪法之所以是首要法律,是因为它直接来自于全体人民,并代表了所有人的基本利益。

普通法院有义务解决普通法律和宪法的冲突。

如果立法和宪法相冲突,法官必须忽略立法规定,而适用“更高的法”。

[4] 对这一问题的阐述,始见于汉密尔顿的《联邦党人文集》第78篇,参见张千帆,2000:34—

但在实际上,由于普通法院的“遵循先例”规则,以后的案例必须遵循先前类似案件的判决,司法决定带有普遍性。且由于司法程序发生在立法与执法程序之后,而在美国的联邦体制下,国会又无权通过修宪,因而司法决定事实上是不受国会及其他机构控制的最终结论。

思考 从政治斗争走向宪政

回到开始,撇开马伯里的法律逻辑不谈,我们知道这个建立美国宪政制度的里程碑案例原来起源于两党之间的政治斗争。马歇尔的解决方式固然是巧妙的:通过判决授权马伯里起诉的《司法法》条款无效,法院不需要解决这一棘手的问题——否则,如果判决原告胜诉,杰弗逊政府对法院判决置之不理怎么办?但同时又把立法机构的行为置于法院的控制之下,可以说是“输了一场战斗,但赢了一场战争”。因此,不但两个政党在总统和国会的舞台上有所斗争,而且法院也介入了和总统与国会的斗争,并通过发明司法审查这一工具赢得的这场斗争;事实上,马伯里案的政治背景是昭然若揭的——一个由联邦党控制的司法机构反对反联邦党控制的立法与执法机构。然而,就是在这样紧张的政治环境下,尽管马伯里案当时受到了激烈批评与争议,尽管杰弗逊政府一度想弹劾包括马歇尔在内的联邦党法官,但他们毕竟未能成功;最后,“马伯里”还是赢了,司法审查制度在不断地批评与反思中确立下来,成为美国宪政的首要支柱与象征。

对比一下民国时期国民党和袁世凯之间的较量。同样也是政治斗争,并且至少在开始时都是通过合法形式开展的政治斗争,为什么中国就没有能够产生自己的“马伯里”?

三、马伯里案的遗产:宪法的“司法化”

马伯里案的推理使宪法成为国家法律体系中的一部分,并可以被司法机构在审判过程中直接作为判案依据,因而导致了宪法的“司法化”(judicialization)。宪法不仅表达了一种理念,也不是抽象的“社会契约”;就和行政法、公司法或其他任何普通的法律一样,它表达了可以直接实施的制宪者意志,因而具有一般法律所具有的强制效力。事实上,也只有获得“司法化”之后,宪法才能进入到普通人的生活中去,而不是高高在上、一尘不染的“最高法”或“根本法”——换言之,宪法效力才能真正体现出来。

“宪法效力”可以有两种相关但强弱程度不同的形式。它的“弱形式”就是目前所指的宪法的“司法化”,即宪法条文可以被当作法院判案的依据。在“弱形式”下,宪法效力的意义在于当立法未能对宪法所规定的权利提供更具

马伯里决定导致了宪法的“司法化”,使之成为国家法律体系中的一部分。

体保护时,宪法条文允许法院或宪政审查机构发展案例法,对权利提供独立的宪法保护。它的“强形式”则更进一步,要求某个独立于议会的机构能够依据宪法来审查立法的合宪性,从而建立马伯里案所指的宪政审查体制。换言之,在作用最大的程度上,宪法效力的“弱形式”可以纠正立法机构的不作为,而“强形式”则要求纠正立法机构的违宪行为。在逻辑上,宪法效力的“强形式”必然以“弱形式”的存在为必要条件,但这两种形式在根本上是一致的,因为如果宪法确实是“法”,且是在效力上“更高的法”,那么就必然需要处理宪法和普通立法之间的关系问题。因此,宪法效力的最高体现是宪法对立法的实体控制。在根本上,任何国家的宪政制度都必须面临其“强形式”及其所隐含的理论与实践问题。

马伯里案直接建立了宪法效力的“强形式”,宣布一项和宪法抵触的立法条款无效——换言之,法院拒绝在所有的类似案件中适用之。在这个案例之后,美国联邦宪法才在完整的意义上成为“更高的法”。幸好,这个案例决定于美国联邦立宪后不久(15年),因而联邦在制宪之初就进入了宪政的轨道。正是在这个里程碑的基础上,美国宪法才得以在社会生活中不断发展,在处理众多实际问题中形成了丰富的案例体系。

宪法效力可以有强弱不同的两种形式。“弱形式”是指宪法条文可以被当作法院判案的依据,“强形式”则要求某个独立于议会的机构能够依据宪法来审查立法的合宪性。

第二节 宪法效力与“司法化”

以上提供了一个正面例子,证明司法审查和宪法效力之间的相互联系。和美国恰成对比的是法国。长期以来,法国一直有意识地拒绝接受美国的司法审查制度,因而为司法审查与宪法效力之间的关系提供了一个反面例证。通过考察法国曲折的宪政经历,可以使我們更加清楚地看到司法审查对维护宪法效力的必要性。

一、法国宪法的“司法化”

第二章已经论及,法国的宪法史和美国几乎同样悠久。事实上,阅读法国的《人权宣言》要远比美国的《权利法案》更激动人心。可以说,《人权宣言》的17章对人的所有重要权利都作了规定——与生俱有的自由与平等、禁止歧视、法治原则、无罪推定、言论与宗教信仰自由、财产权及其充公的公正补偿,凡此种种,《人权宣言》所罗列的这些权利在今天不但完全没有过时,而且比以往任何时候都更受到强烈的拥护。与此相比,美国宪法的前十项(其实相关的只有前八项)修正案却显得有点“咬文嚼字”,完全没有《人权宣言》那样一览无遗、气势宏大。但和法案相比,宣言毕竟还是显示出一些根本的局限

法国《人权宣言》对基本权利的规定非常全面,但长期未能获得实施。

性。尽管它们都保障人的权利,此后近两个世纪的发展历史表明,法国虽然拥有一部完美的《人权宣言》,但直到20世纪70年代,法国人的权利并没有受到宪法的保障。相比之下,美国的《权利法案》虽然离完美的境界相差很远,甚至到今天都仍有待完善,但毕竟在这二百年中给普通的美国人提供了某种保护。其原因并不难找:在1958年的第五共和之前,法国一直没有实质性的宪政审查制度,因而《人权宣言》一直只是停留在“宣言”的水平上,并没有落实到国家政治生活的具体实践中。第五共和宪法的前言明确肯定了《人权宣言》所定义的人权和国家主权原则,从而使“宣言”成为宪法的一部分。更为重要的是,第五共和第一次建立了宪政院以及独特的宪政审查制度,以监督议会与内阁对分权原则的尊重。1971年的“结社法决定”使宪政院进入了广阔的人权保护领域,并在此后成为公民宪法权利的守护人。至此,宪政审查使法国宪法真正成为“更高的法”。

(一) 法国革命及其历史遗产

从1789年到1958年或1971年,法国的宪政之路是漫长而艰难的。这当然和法国革命的历史背景有很大关系。如果马伯里的逻辑不错的话,宪政的关键在于司法审查,而法国司法机构由于和“第二等级”的天然联系而在大革命后声名狼藉。贵族出身的法官是大革命的主要整肃对象,尽管他们在大革命之后由于社会法治的需要而陆续回到原来的位置,但要把控制政权的钥匙放在他们手里是不可想象的。事实上,不要说宪政审查,即使对行政的司法审查也是在大革命近一个世纪以后才最后确立起来。(狄骥,1999:141—142;王名扬,1988:574—576)在相当长的一段时间内,甚至最高法院的判决都受制于国民议会的“个案监督”,每年需要定期通过法院的“工作报告”。(章谦凡,1998:258)法官的社会地位和声誉决定了他们不可能担负起宪政审查的崇高使命。他们至多只是一些精通解释技术的官僚,在人民代表的监督下履行着(被认为是)机械的法律适用职能。

法国的历史选择并不是偶然的,而是有着更深刻的理论基础。受卢梭的民主契约理论影响,法国革命从一开始就是一场相当纯粹的多数主义革命,其中受到剥削与压制的人数众多的“第三等级”寻求从少数人那里夺回他们的“自然权利”。多数主义的民主原则在法国是如此根深蒂固,以致由少数法官来控制代表社会多数的议会所制订的立法,在法国人看来近乎“大逆不道”。早在1791年的宪法就明确宣布:“法国不存在比法律更高的权威。”第三共和索性没有成文宪法,而以1875年制定的三部组织法作为政府结构的框架,因而完全回避了公民的基本权利问题。公法学家马尔伯格(Carre de Malberg)甚至宣称,第三共和不存在任何超越法律的宪法,且“解释应是立法者行为,这再自然不过了……换言之,审查法律是否符合宪法,并解决可能出现的问

法官成为法国革命的打击对象,因而不可能受到信任。

多数主义的民主原则在法国根深蒂固,禁止少数法官来控制议会所制订的立法。

题,乃是议会在制订法律时的任务。”(Bell,1992:25)

法国并不是不了解美国的宪政经验或不知道“马伯里诉麦迪逊”;恰恰相反,他们正是因为了解美国及其司法审查制度,所以才想避免美国在他们看来不可接受的弊端。新政时期最高法院的表现,被认为完全证实了司法审查将摧毁民主并使法官篡夺人民代表权力的预言。兰波(Edouard Lambert)利用具体实例证明,宪政审查将抑制社会进步,且使得司法机构卷入政治,从而丧失其独立地位和威望。作为显著例证,美国联邦最高法院就曾在20世纪30年代利用“经济正常程序”理论,来阻碍总统和国会的新政改革,而这种事例绝不应在法国重演。

法国不接受马伯里决定的推理。

(二)告别历史:为宪政审查辩护

然而,“天下没有免费的午餐”,法国为它的固执付出了代价。拒绝宪政审查固然避免了“法官政府”的弊端,但成本是法国的宪法失去了法律的约束力,因而根本不能算“法”。由于它和人民的日常生活没有太大关系,“变法”并不会引起多少人的激烈拥护或反对。这也是造成法国政治动荡的原因之一。从大革命开始到第二次世界大战结束,法国各经历了四次共和与王朝,更换了近十五部宪法——反正宪法改制在法国不是一件对人民有切身利益的大事,普通人并没有把它太当回事。

法国宪法未能获得实施,因而和社会生活失去联系,导致频繁的宪法改换和政治动荡。

在第二次世界大战之后,法国成立了第四共和,并在激进与保守势力的激烈斗争中采取了折中、有限的宪法审查机制,建立了宪法委员会。但从组成和职能上看,它主要是一个政治而非司法机构,且在以后12年的短暂历史中没有太多作为。(张千帆,2001:12—14)这个阶段可以被视为法国向宪政审查体制的过渡阶段。当时,还有相当多数的政府官员和学者仍然反对建立宪政院的提议,抵制任何司法机构实行宪政审查。学者的观点体现了法国传统的民主和分权理论:国家是民族的代表,而议会则代表了国家的普遍意志;议会的职能是代表人民去建立与解释宪法,并根据其自身的宪法解释来制订法律,而这项权力不应受到不是由人民直接选举的法官们的过多干预。在政治上,宪政审查也受到多数议员的反对,因为它将直接限制立法权力。

第四共和:法国开始向宪政审查制度过渡。

结果,和以前的宪法一样,第四共和的宪法并没有获得尊重。尽管宪法前言宣布:“不论种族、宗教或信仰,每个人都具有不可剥夺的神圣权利。它庄严肯定1789年《人权宣言》所尊重的人和公民的权利与自由,以及共和国法律所承认的基本原则”,并规定了一系列社会和经济权利,这些宪法权利和原则并未获得实施。宪法委员会的作用只是调解不同政府机构之间关于宪法问题的纠纷,但缺乏直接采取必要行动的管辖权,因而其存在显得可有可无。议会对执法机构的广泛授权经常明显超越宪法范围,但从未受到任何审查或质疑。当然,假如马歇尔大法官再世,所有这些在他眼里都是不足为奇的,因为

但宪法委员会仍未能发挥实际作用。

它们都准确验证了他在150年前的预言:没有一个独立的宪法审查机构,宪法所规定的分权原则就得不到保障,公民的基本宪法权利也完全取决于立法者的意愿。

(三) 第五共和与法国宪法的“司法化”

1958年,法国建立了第五共和,标志着具有法国特色的宪政主义的开始。作为这一根本变革的理论基础,法国否定了“议会至上”的传统理论,转而承认“有限政府”原则。和美国一样,只有承认每一项政府权力——包括立法权力——都有其限制,法国宪政才可能具备实质性意义。

第五共和否定议会至上,通过建立宪政院和授予内阁有限立法权来限制议会权利。

第五共和从两个具体的方面纠正了“议会至上”传统的偏激。首先,执法机构(内阁)的有限立法权获得了宪法保障,不允许立法机构侵犯。其次,后来被证明更重要的是,宪法专门建立宪政院以维持政府机构的分权。在一开始,宪政院的主要目的是保持法国的三权分立传统,并保证立法与执法机构在各自的权力范围内运行。尽管宪政院也带有政治成分,但以后的发展表明它基本上是一个独立与中立的司法机构。(张千帆,2001:37—45)原先能够把议会法案提交宪政院审查的官员仅限于总统、总理和参众两院的议长,但1974年的宪法修正案使得60名参议员或众议员也获得了同样权利,从而使构成足够数量的议会少数派也有权挑战议会法案。虽然普通公民仍然无权提出宪法申诉,这项改革被证明意义重大,因为它使得宪政院所审查的立法数量迅速上升,且挑战的理由越来越多地基于公民的基本权利。(张千帆,2001:41—42)此后,宪政院对宪法所规定的分权和基本权利发展了相当丰富的案例法,从而使宪法获得了政府的实施与公民的普遍尊重。宪政院也发展为一个可以和美国的最高法院相比拟的宪政法院。和1788年的美国宪法一样,1958年的法国宪法也获得了“司法化”。

1971年的“结社法决定”扩展了宪政院的管辖权。

在1971年的“结社法决定”中,宪政院第一次干预了限制公民权利的立法。这项决定的依据是第五共和宪法前言:“法国人民在此庄严宣告其对人权和国家主权的原则之归附;这些原则定义于1789年的《人权宣言》,并获得1946年宪法前言的肯定和补充。”因此,第五共和宪法同时承认了《人权宣言》和第四共和宪法前言的有效性。根据第四共和宪法前言关于“共和国法律承认和宪法前言庄严肯定的基本原则”,宪政院判决议会一项限制公民结社的法案违宪。

案例 《人权宣言》的“司法化”——“结社法决定”〔5〕

1901年的《结社契约法》规定了法国的结社自由。(详见本书第八章)它

〔5〕 1972 D. 685,参见张千帆,2001:79—80。

取消了刑法典所规定的事前限制,并允许通过递交简单的申请表而结为社团。第五共和成立后,这项法律仍然有效。在1970年5月,蓬皮杜内阁解散了一个发表左翼言论的小型组织。作为对右翼政府的抗议,萨特(Jean-Paul Sartre)等左翼知识分子成立了一个新组织,取名为“人民之友”,恰好和原被解散组织的报名相同。根据1901年法律的第5条,新组织向巴黎市警察局递交了通告,以获得组织的法人地位。警察局长认为新组织乃是刚被查禁的旧组织之翻版,因而在内政部长指示下,拒绝向“人民之友”送达承认通告的收据。组织发起人在巴黎的行政法院起诉局长决定。行政法院认为,送达收据以承认社团的法人地位,乃是局长必须履行的责任,因而立刻推翻了局长的决定。

内务部长承认巴黎行政法院的决定正确,因而未向国政院上诉,而是向议会寻求支持。内阁提议立法来修正1901年的法律,通过要求结社获得事前的司法批准,以推翻行政法院的决定。对于看起来违反1901年法律第3条或第8条的结社,修正后的第7条授权公共起诉官把社团的事先通告提交地方普通法院。只有起诉官未曾提交法院、或法院未在规定时限内判决社团违法或是以前解散组织的翻版,行政机关才能传送通告收据,以承认组织的法人地位。1971年,众议院通过了这项提议。但根据宪法第61条,参院议长把这项法律提交宪政院审查。宪政院判决包含内阁提议的法案第3条违宪:

受到共和国法律之承认和宪法前言之庄严肯定的基本原则,包括了结社自由原则,且这项原则是1901年法律的普遍条款之基础。由于这项原则,社团可以自由形成,并简单通过事先递交通告而公开化。因此,除了可针对特殊类型的结社所采取的行动,即使它们可能看起来无效或具备非法目标,社团之形成亦不得受制于事前行政——甚至司法——控制。……这项法律的第三章之目的是规定程序,使已作出通告之社团的法律资格受制于事前司法控制,借以审查它们是否合法;因此,即使它并不影响尚未公开的社团之创立,第三章的规定必须被宣布违宪。

“结社法决定”并不能被称为法国的“马伯里”,因为它不是宪政院撤销议会法案的第一项决定;宪政院的职能也早已受到第五共和宪法之规定与限制,且宪政院至今仍限于立法的事前审查,而没有像“马伯里诉麦迪逊”那样创造性地扩展自己的司法职能。但在法国人权领域里,它是配得上这个称号的。自从1789年以来,《人权宣言》这部伟大的文件一直缺乏法律效力。通过赋予宪法前言以实际效力,宪政院确实使《人权宣言》在“司法化”以后获得了法律的生命力。

评注 “共和国法律所承认的基本原则”

宪政院依据“共和国法律所承认……的基本原则”，判决议会法案无效。

注意“结社法决定”的依据并非直接来自《人权宣言》或第四共和宪法前言规定的权利，因为它们都没有明确规定普遍的结社自由——第四共和宪法前言第4条规定了参加工会的权利，但这项权利和本案的社团无关。决定的依据是“共和国法律所承认……的基本原则”，但两部宪法本身并没有澄清这些“基本原则”究竟是什么，因而它们被留给宪政院通过解释加以确定。宪政院的案例法表明，“基本原则”是一个开放体系，因而并不限于任何正式列举的清单。宪政院筛选“1946年前言生效以前所通过的共和国立法”，以决定何为具备宪法效力的“基本原则”。由于第三共和缺乏权利宣言，基本原则大都来自表达传统价值的法律，例如1881年的新闻自由法、1901年的结社自由法和1905年的宗教自由法。然而，并非所有表达共和国传统的先前法律都可具备宪法效力。有关立法必须符合三项条件，才能构成“共和国法律所承认的基本原则”。首先，基本原则必须包含于“法律”之中，因此行政法令不能作为合适来源。法律是否构成基本原则，并不取决于其有效性；如果宪政院认为它足够重要，那么已被取消的法律仍然可构成基本原则。其次，基本原则必须包含于“共和国”而非法国历史上帝国的法律。最后，共和国法律所定义的原则必须足够“基本”。如果前两项标准只是权利来源的程序限制，那么第三项标准则是宪政院控制权利来源的实体限制。

思考 法国的“结社法决定”在事实方面是否和马伯里案多少有点相似？诉讼过程有哪些不同之处？法国把“共和国法律所承认的基本原则”这个开放体系作为审查立法的依据，会不会产生司法专制和任意性？

探讨 宪法“司法化”与宪法的稳定性

法国经验证明宪法的“司法化”有助于宪法的稳定性。

和美国的联邦宪法相对比，法国的宪政历程似乎证明宪法的“司法化”有助于宪法的稳定性。在第五共和之前，法国宪法更换频繁，只是在第五共和建立了宪政院以后才趋于稳定。笔者认为，这种现象并不是偶然的，而是有着更深层次的原因。在获得“司法化”以前，宪法一直仅停留在纸面上，缺乏实际的法律效力。因此，更换一部宪法并不会损害任何个人的法律利益，因而也不会遇到太大的阻力。相反，当宪政院的实质性审查形成了一套案例体系之后，它对法国政体的运作产生了不可忽视的影响。尤其在1971年的“结社法决定”之后，宪政院的案例法进入了公民权利领域，而1974年的改革则使得少

数议员能够挑战多数代表通过的法案,因而极大地增加了宪政院干预立法的潜力。一旦宪政院的决定被普遍认为对公民权利的保护是必不可少的,一旦宪法在“司法化”之后和人们的日常生活发生密切的关系,社会就将对这部宪法产生深厚的“感情”,就不会像以前那样轻易地丢弃它——因为放弃这部宪法,也就等于自动放弃了人民一直享有的法律权利。只有这样的宪法才可能真正获得人民的尊重,并像卢梭所说的那样永远“刻在公民的心中”。

1971年的“结社法决定”使宪法进入到普通人的生活,从而使《人权宣言》中所包含的不朽的宪法原则带上实际的法律效力。几十年来,宪政院的案例法不断丰富发展,受到了大多数法国人民与政府官员的尊重与认同。第五共和所建立的宪政审查制度促进了法国宪法的稳定性,使之至今丝毫没有衰落的迹象。

评注 司法审查缺位的制度原因——英国的“不成文宪法”

和“立法至上”的精神完全一致,英国一直没有一部成文宪法。(详见本书第五章第一节,并回顾马伯里决定论述的成文宪法与司法审查之间的关系)所谓英国没有一部“成文”(written)宪法的说法,是指英国宪法并不体现于任何一部专门制定的宪法文件。在历史上,英国唯一的部成文宪法是内战后克伦威尔(Cromwell)政权在1653年制定的《政府契约》(Instrument of Government)。但这部宪法在1660年就因君主制的恢复而告终,此后英国人似乎再也没有兴趣制定成文宪法。然而,这并不是说英国没有宪法性的基本法律。事实上,英国认为它一直具有“不成文”(unwritten)宪法。所谓“不成文宪法”,是指英国议会在历年来形成的习惯和制定的被认为具有宪法效力的基本法律。英国的不成文宪法主要包含四类来源:立法(statutes)、法院形成的普通法、以议会习惯法为主的宪法习惯(customs)以及学说理论。(Phillips, Jackson, and Leopold, 2001: 18)

“立法”分为“主要”(primary)和“次要”(subordinate)立法。主要立法就是议会制定的立法(Acts of Parliament),次要立法就是委托(delegated)立法,即议会授权某些人或机构制定的立法。例如议会授权“女王委员会”(Queen in Council)制定委员会命令(Orders in Council),为授权法案所规定的原则补充细节,在议会闭会期间如遇紧急情况尤其有用。议会还经常授权部长、地方政府和公共企业制定委托立法。构成宪法性文件的立法或准立法包括1215年的《大宪章》、1628年的《权利请愿书》、1679年的《人身保护法》、1689年的《权利法案》、1701年的《王位继承法》、1911年的《议会法》、1918年的《国民参政法》、1928年的《选举平等法》、1969年的《人民代表法》以及最近的《人权

法》等。当然,这些法律原则上是议会可以随时变更的,因而“不成文宪法”是极端的“柔性”宪法。(见本书第一章)然而,由于这些法律形成了英国宪政传统的一部分,议会不会轻易改变它们所规定的基本权利或制度,并自觉使以后制定的普通立法和它们相一致。由于“议会至上”不允许立法受到司法审查,英国当然也就不存在任何人挑战某项立法是否符合“不成文宪法”的可能性。

法院在具体案件中阐发的重要原则构成了英国宪法的重要组成部分。尽管英国法院无权审查议会立法,但它们可以撤销侵犯公民权利的行政行为。这类案例不下几百个,确立了英国宪法的一系列重要原则,包括国王不能通过宣告(proclamation)创造罪名,^[6]“有权利就有救济”,^[7]普遍的搜捕许可权(general warrant)是非法的,^[8]英国政府无权为有议会的殖民地立法,^[9]“国家行为”(act of state)不能为针对友善国家的外国人的民事侵权行为辩护,^[10]没有议会授权就不得征税,^[11]听证权^[12]以及法官的豁免权^[13]。

自从诺曼征服之后,起源于封建制度的习惯就构成了英国宪政传统的重要部分。所谓“习惯”,是指其约束力受到普遍承认但尚未获得司法决定的行为规则。要构成获得法院承认的习惯,一项规则必须是确定并合理的,其约束力必须获得当事人的承认,具有“无法追忆的古老起源”(immemorial antiquity),且必须连续存在。(参见 Phillips, Jackson, and Leopold, 2001: 20)现在,“古老起源”已经不再是基本要求。最重要的宪法习惯包括国王特权(royal prerogative)和议会豁免权(parliamentary privilege)。前者已经成为普通法的一部分,后者则不需要符合“古老起源”的要求。议会习惯是议会而非法院发展起来的,但受到法院的承认。

一般来说,不论作者如何有名,法学家的理论或教程并不被认为是具有约束力的宪法组成部分。但由于某些古老的立法或司法决定已经散失,无从查考,因而一些古老的法学著作被作为古代法的权威阐述,且如果没有被后来的立法或案例所更改,这些书籍所归纳的法律仍被适用。这些书籍包括格兰维尔(Glanvill)于1189年前后和布拉克顿(Bracton)大法官于1250年前后发表的《盎格鲁习惯法汇编》(Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae),科

[6] Case of Proclamations, 12 Co. Rep. 74 (1610).

[7] Ashby v. White, Ld. Raym. 938 (1703).

[8] Entick v. Carrington, 19 St. Tr. 1029 (1765).

[9] Campbell v. Hall, 1 Cowp. 204 (1774).

[10] Johnstone v. Pedler, [1921] 2 A. C. 262.

[11] Attorney General v. Wilts United Dairies, 91 L. J. K. B. 897 (1922).

[12] Ridge v. Baldwin, [1964] A. C. 40.

[13] In re Mc. C (A Minor), [1985] A. C. 528.

克(Coke)大法官在1628—1644年发表的《英国法大全》(*Institutes of the Laws of England*),黑尔(Hale)大法官在去世多年后于1736年发表的《皇家诉讼史》(*History of the Pleas of the Crown*),霍金斯(Hawkins)于1716年发表的《皇家诉讼》(*Pleas of the Crown*),福斯特(Foster)于1762年发表的《皇家案例》(*Crown Cases*),以及布莱克斯通(Blackstone)于1765—1769年发表的《英国法评注》(*Commentaries on the Laws of England*)。布莱克斯通的《评注》虽然内容最全面,但因其年代最近,因而在法律上的权威性不如以前的著作。(Phillips, Jackson, and Leopold, 2001: 21)

动态 “不成文宪法”的成文化及其制度意涵

目前,除了以色列和1996年以前的新西兰之外,世界上没有成文宪法的国家大概只剩下英国了;1996年,新西兰议会制定了一部《宪法法》(*Constitutional Act*),从而也告别了“不成文宪法”的时代。当然,英国也在发生变化。事实上,在有限范围内,英国已经有了一部成文宪法——这就是欧洲共同体条约。由于议会法案不得抵触共同体的条约和其他立法,且欧洲法院和英国法院本身有权解释共同体的法律规范,英国议会的“主权”已经受到限制——包括本国法院的限制。

“不成文宪法”是指英国议会在历年来形成的习惯和制定的被认为具有宪法效力的基本法律。

近年来,英国有人倡议要制定一部成文宪法,其中不乏包括德沃金在内的著名法学家。1998年,英国通过了一部《人权法》(*Human Rights Act*),明确吸收了《欧洲人权公约》的主要条款,包括协约的第2—12条(参见本书第二章)、第14条(禁止歧视)、第一草案的3条(平等享受财产、受教育权利、秘密与自由选举)以及第六草案的两条(死刑的取消及其例外)。在解释这些条款时,英国法院被要求考虑欧洲人权法院和委员会的判决或意见。(第2条)《人权法》第3条规定:“只要可能,主要(primary)和次要(subordinate)立法必须以符合协约权利的方式获得解读并被给予效力”,但法案并不影响先前法律的效力。第4条第2款规定,“如果法院有理由认为法律条款不符合协约权利,他可以宣布该冲突。”这里的“法院”包括上院、枢密院司法委员会、高等法院和上诉法院。第6款规定,法院的宣布并不影响有关条款的“效力、继续运行或执行”,对当事人也没有约束力。但第6条又规定:“公共权力以不符合协约权利的方式行为是违法的”,除非根据首要立法,公共权力不可能作出其他行为。这里的“公共权力”不包括英国议会,但包括上院的司法机构。第7条规定,如果公民认为公共权力以违反《人权法》的方式侵犯了其权益,那么他可在一年或法院“在考虑所有情形后认为公正”的期限内提起诉讼。第8条规定,如果法院认为公共权力的行为违法,那么它有权“在其权力范围内提

供或作出任何它认为公正与适当的救济或决定”。因此,《人权法》授权适当的法院宣布议会法案违反了《欧洲人权公约》所保障的权利,并纠正侵犯协约权利的行政与司法行为——只要它们不是在法律命令下作出的;另一方面,法院宣布并不直接触动任何法律的效力。《人权法》对于英国的“议会之上”传统之含义,还有待英国议会和法院在以后的互动过程中展现出来。

在2004年的“反恐拘留案”中,^[14]九名外籍恐怖主义嫌疑分子挑战英国内务部的拘留决定。2001年,9·11事件发生后,英国内阁促使议会迅速增订了2000年反恐法,同时制定了针对1998年《人权法》的“减损令”(Derogation Order),授权政府在紧急状态下针对外国人采取偏离《欧洲人权公约》第5条第1款的措施。英国上院宾汉姆大法官(Lord Bingham)的判决不仅撤消了内阁的“减损令”,而且“宣布《反恐怖主义、犯罪和安全感》第23条不符合《欧洲人权公约》,因为它违反了比例原则,并以国籍或移民身份歧视的方式授权拘留国际恐怖主义嫌疑分子”。但正如斯科特法官(Lord Scott)指出,这种宣示并不具有严格的法律效力,因而反恐法第23条仍然有效:

法院的义务是解释并适用议会立法,不应轻易假定议会会有意违背公约。但是如果立法措辞清楚明白,如果议会明确表达了制定不符合公约条款的规定,那么法院必须忽略这个事实,继续适用立法规定并赋予其法律效力。立法规定可能违背了英国对于《欧洲人权公约》的条约义务,但仍然构成有效和可实施的立法。1998年《人权法》并没有也不可能剥夺议会制定不符合《欧洲人权公约》的权力。

因此,尽管上院宣示可能在效果上促使下院修改反恐法的有关条款,英国目前还不具备严格意义上的司法审查制度。当然,《欧洲人权公约》和共同体法律相当于凌驾在英国议会立法之上的“成文宪法”,而英国法院也有权“宣布”议会立法“违宪”,但是和美国联邦宪法第6条规定的各州法官的权力与义务不同的是(参见本书第四章),英国法院的宣示仍然不具备“撤销”的法律效力。至少在理论上,《人权法》并没有打破“议会至上”的戒律,议会立法对于英国法院来说仍然具有绝对的约束力。

思考 为什么说英国没有成文宪法“是和它的‘立法至上’精神完全一致的”? 1998年《人权法》的通过可能具有什么含义?

[14] A & Others v. Home Secretary, [2004] UKHL 56.

二、中国宪法的“司法化”?

法国的宪政历程并不是一个孤立的经验,具有普遍意义,并值得中国借鉴。首先,它表明宪政审查是各法治国家的发展趋势。法国对宪政审查的态度最终发生了根本转变,本身表明了宪政审查的必要性。法国经验同时表明,宪政审查制度的建立即使在一个以往激烈抵制的国家也是可能的。因此,只要在实践中采取稳妥的措施,宪政审查制度是完全可以建立起来的。

法国经验证明,一个国家可以较短时间内转变对宪政审查的态度。

(一) 中国宪法的问题及其答案

和历史上的法国一样,中国宪法也一直为其效力问题所困扰。宪法经常被奉为统治社会的“基本法”,国家的“根本大法”。事实上,2000年通过并生效的《立法法》第78条明确规定:“宪法具有最高的法律效力,一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。”然而,一旦把注意力从书面文字转移到现实生活,答案却并不那么令人鼓舞。宪法理论与法律实践的脱节,使人们对宪法的实际效力产生质疑。宪法第33条规定,中国“公民在法律面前一律平等”,但在实际生活中,各种规定、文件、甚至法律规章对性别、年龄乃至各种生理特征的歧视可以说是俯拾皆是,且至今仍“合法”存在着;宪法第46条规定“公民有受教育的权利和义务”,但直到不久以前,宪法的这条规定形同虚设,且农村地区的广大学生至今仍然未能充分享受到这一宪法权利。城市与乡村在各方面的巨大差距,必然使“在法律面前人人平等”的宪法原则难以贯彻。更为严重的是,对于什么是“在法律面前人人平等”、“公民的人身自由”或“受教育的权利”等基本问题,人们从来没有获得政府的权威答复,因而也就从来不明瞭它们的确切法律含义。每当人的基本权利遭到侵犯而不能受到法律有效保护的时候,人们不禁要问,宪法的法律意义体现在什么地方?宪法是“基本法”、“根本大法”,但“根本大法”反而不成其为“法”了——中国宪法似乎陷入了“白马非马”的悖论。

中国的社会现实和宪法规定之间存在着较大差距。

对于这种状态,中国的司法部门负有部分责任。在1955年对新疆高级法院的批示中,最高法院明确指出“宪法是我们国家的根本法,也是一切法律的‘母法’”,但“对刑事方面,它并不规定如何论罪科刑的问题,[因而]在刑事判决中,宪法不宜引为论罪科刑的依据”^[15]。在1986年对江苏省高级法院的批复中,最高法院再次指示法院在审理民事与经济案件中可以引用法律和行政法规,而没有提及宪法^[16]。这些决定本身可能并没有错(为什么?),但它们似乎确实表达了法院不能适用宪法的论点。只是到了最近,在宪法效力问

最高法院最近似乎改变了对是否可以直接适用宪法条款的看法,使中国宪法的“司法化”成为可能。

[15] 《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》,研字第11298号。

[16] 《关于人民法院制作法律文书如何引用法律规范性文件的批复》,法(研)[1986]31号。

题引起了人们足够的关注之后,最高法院终于才改变看法。在2001年8月13日生效的批复中,最高法院明确判决被告侵犯了原告“依据宪法规定所享有的受教育的基本权利”,从而引发了关于宪法“司法化”的广泛讨论。^[17]对于实际效力长期处于“休眠”状态的中国宪法而言,这的确是一个福音。宪法的“司法化”可能被证明是可喜的第一步,此后中国宪法有希望获得真正的法律效力,成为公民权利的可靠独立保障,成为名副其实的“根本大法”。当然,要使“第一案”成为中国宪政的里程碑,还必须有“第二案”、“第三案”……乃至在宪政制度上的进一步发展;否则,它可能只是中国的后无来者的“博纳姆医生案”。

案例 中国“宪法司法化第一案”^[18]

1990年,齐玉苓通过了统招考试,并被山东济宁商校录取为财会专业委培生,但其录取通知书被中学同学陈晓琪及其父盗用,济宁商校、滕州市教委以及原所在中学滕州八中负有部分责任。陈冒名上学读完了商校,以后又冒名在银行工作;齐则一直未收到录取通知书而不知事情真相,因而失去了委培上学的机会,只能在一家工厂工作,并后来改上技校。十年后,齐玉苓偶然发现其中原委,因而在法院状告陈晓琪等侵犯了其姓名权和受教育权。山东枣庄中级人民法院判决被告侵犯了原告姓名权并赔偿原告的精神损失,但认为原告已放弃了受教育权。上诉后,山东省高级人民法院向最高法院请示由姓名权纠纷引发的受教育权问题。^[19]

最高法院的批示回复:“经研究,我们认为,根据本案事实,陈晓琪等以侵犯姓名权的手段,侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利,并造成了具体的损害后果,应承担相应的民事责任。”山东法院据此判决,被告陈晓琪及其父亲陈克政必须赔偿原告因受教育权被侵犯而蒙受的直接与间接损失,其他被告——包括本案所涉及的商校、中学和市教委——负连带责任。

[17] 参见“冒名上学事件引发宪法司法化第一案”,载《南方周末》2001年8月16日;“不容侵犯的受教育权——我国首例侵犯受教育权案件引出的话题”,载《光明日报》2001年9月4日。

[18] 《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》,法释[2001]25号,见“齐玉苓诉陈晓琪等以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利纠纷案”,《最高人民法院公报》2001年第5期,第152、158—161页。

[19] 《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》,1999鲁民终字第258号。

思考 “第一案”的问题与意义

1. 最高法院对“第一案”的批复是相当典型的——它们通常就是这么简短。如果你是被告(或原告)代理人,这一“经研究”但没有说明如何“研究”的批复让你满意吗?
2. 有人指出,“第一案”是一项完全“没有必要”的决定,因为《教育法》已经保障公民的受教育权,因而法院没有必要再适用宪法。注意齐玉苓案发生于1990年,而《教育法》是在1995年才通过的。在2001年审理这一案件时,是否可以适用《教育法》?为什么?即使假定《教育法》在案件发生时即已生效,法院是否就不应该或“没有必要”适用宪法条款?
3. “第一案”并非“前无古人”,因而有的学者认为它并不是真正的“第一案”。例如上海市中级法院早在1988年的民事案件中就曾引用过相关的宪法条款,尽管判案依据仍然是《民法通则》和《民事诉讼法》。事实上,法院在民事案件中经常引用宪法。你认为“引用”和“适用”之间是否存在区别?宪法条款的“引用”在判决书中(应)发挥什么作用?一个案例是否仅因为引用了宪法条款就应被视为宪法案例?
4. 宪法是超越所有法律的“更高的法”,但主要发挥公法作用,因而宪法义务只能被施加于国家机构,而不是公民个人。参照本书第一章所阐述的宪法基本特征,你认为以上“第一案”的处理可能存在着什么问题?原告是否可以依据宪法而使被告负“民事责任”?应当如何纠正?
5. 另一个值得考虑的问题是,最高法院是否应该直接代替山东省高级人民法院作出被告侵权的具体裁判?毕竟,地方法院一般更熟悉案件的事实,而最高法院的主要职能是解释法律——在这里是说明宪法条款可以被司法判决书直接引用,以及宪法“受教育权”的范围和内涵。但在本案适用宪法条款,并不自动决定被告的责任;被告究竟是否应承担的责任,是否还牵涉到应由请示法院决定的事实问题?
6. “宪法司法化第一案”发生的背景是公民受教育权,但如果宪法真的被“司法化”了,它当然不应局限于受教育权;和“第一案”中的受教育权一样,几乎所有的宪法权利都可能经过“司法化”而成为判案的直接依据。参见本书第七章的“宪法平等权第一案”,并反思宪法司法化可能具备的意义和影响。

2008年12月,最高法院公告正式停止了2001年对齐玉苓案批复的法律

效力,但是没有说明停止效力的理由。^[20]然而,和齐玉苓相似的事件却没有停止。2009年3月,湖南邵阳的罗彩霞通过一次偶然的机会发现自己遭遇了和齐玉苓类似的经历。^[21]2004年高考后,她的同学王佳俊在“全省人民满意的公仆”、时任隆回县公安局政委的父亲王峥嵘协助下,打通层层关节,冒名顶替她被贵州师范大学录取,而她自己则被迫复读一年。几年后,王佳俊顺利毕业,罗彩霞则因身份被盗用而得不到教师资格。和齐玉苓一样,罗彩霞的受教育权和工作权同时受到私人和公权力的侵犯。齐玉苓批复的废止容易让人产生一个错误印象,也就是中国法院是无权解释和适用宪法的。虽然中共十八届三中全会作出了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,其中特别提到“维护宪法法律权威……进一步健全宪法实施监督机制和程序”,而且最高法院院长也已经换人,但是齐玉苓案批复“后无来者”的现状尚未改变。

(二) 宪法审查是否抵触中国现行的国家制度?

宪政审查制度必须处理好审查机构和立法机构之间的关系。

中国采取人民代表大会制度,宪政审查是否和中国宪法相抵触?这是一个首要问题,且如果不获得解决,进一步讨论就无法开展。一旦宪法成为“法”,它和代议机构所制订的普通法律之间的潜在矛盾立即显现出来,而这是一个任何宪政国家都必须解决的根本问题。这一问题尤其敏感,因为笔者认为审查机构必须具备高度独立性——如果不独立,那怎么能保证它能对人大立法进行有效监督?毕竟,根据法治的普遍原则,“任何人不能做自己案件的法官”;如果审查机构不能充分独立于人大控制,那么也就变相地允许了人大做自己案件(即立法合宪性)的法官,宪政审查也就发挥不了实际作用。然而,如果审查机构是相对独立的,那又如何处理它与人大之间的关系与地位问题?

宪政审查和中国宪法的人大制度并不矛盾。

宪政审查和人大制度实际上并不存在任何抵触。1982年宪法第2条规定:“一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”根据这一规定,全国与地方各级人大是行使国家主权的唯一合宪机构。这种理解在本文被假定正确,而人大行使主权的主要方式就是制定有关法律或地方性法规(以下统称为“人大立法”)。如果现在允许一个独立的机构对人大立法进行宪政审查,是否表明审查机构“篡夺”了人大所行使的主权?仔细推敲起来,这个问题其实并不存在。首先,人大所行使的并不是原始意义上的“主权”,而是由人民委托行使的“主权”。人民具有国

[20] 参见张千帆:“法院无权回避宪法”,《南方都市报》2009年1月7日。

[21] “公安局政委女儿冒名顶替上大学”,《中国青年报》2009年5月5日。事实上,冒名顶替上学事件相当频繁,绝非限于罗彩霞或齐玉苓个案,例如参见“‘北京版罗彩霞’被冒名10年,班主任导演克隆事件”,《北京晚报》2009年5月15日。

家的全部主权本身并不表明人民不能通过宪法把部分主权委托其他机构行使。因此,宪政审查机构对立法的审查并不能被认为是必然侵犯了人民代表大会的权力,因为后者的主权是次生甚至可能是有限的;如果获得人民的宪法授权,宪政审查机构可以合宪地限制人大的立法权力,而这和中国的宪法制度并不必然矛盾。

其次,即使认为人大获得了人民的全部主权,宪政审查也并不表明人大的“主权”必然受到了侵犯,因为修改宪法文字的权力最后掌握在人大代表手里。宪法第64条规定,宪法修改由全国人大常委或五分之一以上的人大代表提议,并由全国人大“以全体代表的三分之二以上多数通过”。宪政审查机构当然不能明显扭曲宪法的具体规定或立法的明确含义,但有时宪法条款过于宽泛或立法意义比较模糊,从而给审查机构的“创造性解释”带来了一定的自由度。在这种情形下,如果人大不满意宪政审查机构对宪法的解释,它可以通过明文修正而使宪法或立法条款更加明确,从而推翻审查机构的错误解释。对于普通立法,这事实上是西方国家的议会经常采取的手段。如上所述,法国议会近年来就连续几次通过修宪撤销了宪政院决定的效力。因此,只要人大掌握着修宪的权力,那么它就仍然掌握着最后的主权。尽管如果建立独立的宪政审查机构,该机构和人大之间的微妙关系需要获得妥善处理,但无论哪种宪政审查体制的建立都不在根本上抵触人民主权原则和人民代表大会制度。

全国人大可以通过修宪机制纠正审查机构的不当解释。

第三节 宪法审查的模式

一、审查机构

迄今为止,宪政审查在组织机构上主要采用两种模式。第一种是马歇尔大法官在1803年的马伯里案中所创建的“分散”审查模式,其特征是普通法院有权审查立法的合宪性。第二种是1920年奥地利宪法所建立的“集中”审查模式,即建立专门的“宪政法院”(Constitutional Courts)来审查立法的合宪性问题。下面我们分别讨论这两种模式。

两种宪法审查模式:分散和集中模式。

(一)普通法院

在1803年的马伯里案之后,美国确立了普通法院作为其司法审查机构。这里的“普通”具有相互关联的双重意义。第一,它代表普通法(common law)体系。这是美国从英国所继承的遗产。这个法系的特点是其一概性:和大陆法国家不同,普通法国家不按照实体领域划分不同类型的诉讼,同一个法院处理几乎所有类型的诉讼——民事、刑事或行政。第二,“普通”表示不为宪政

普通法国家的法院具有普遍司法管辖权。

审查设置专门的法院。马伯里案把宪政审查也纳入普通法院的范围。

这种体制的另一个特点是其“分散性”,即任何普通法院都可以和审理其他类型案件一样审理宪法案件;要提出宪法申诉,公民不需要(也不可能)到专门处理宪法案件的法院。美国联邦和各州都有自己的宪法和独立的法院系统。一般地,每个系统分为三个等级:基层、上诉与最高法院,通常采用二审终审制,因为最高法院仅选择审理极少数上诉案件。联邦最高法院是联邦宪法的最高解释者,各州最高法院则是各州宪法与法律的最高解释者。但由于最高法院仅审理比例很小的案件,上诉法院是绝大多数宪法案件的最后决定者。根据宪法第二章,美国联邦法院的法官全部是由总统任命、参议院批准,且其任期实际上是终身的,除非被弹劾。为了保证法官的独立性,宪法第三章规定:联邦法官们“应在行为端正期间担任职务,并且在指定日期领取其公务报酬;这种报酬在他们的连续任职期间不得被减少”。

评注 真理可能在少数人手中——普通法中的法官意见

普通法院审查宪法案件,不需要专门法院。

普通法体系还有一个区别于大陆法体系的特点,就是法官个人发表意见的自由。在英国,如果案件由合议庭审理,那么每个法官都将发表意见,并全部公开发表。因此,一个法院意见实际上是这些法官意见之和,获得多数法官支持的论点胜诉。欧洲大陆则相反:法院发表一个不记名的统一意见,法官个人一般没有发表意见的自由,因而人们了解不到法院不同意见的状况。这大概是因为欧洲大陆国家认为法院是一个机构,必须以统一的声音发言,而不同声音必然削弱法院的权威。法国至今仍不发表任何法院意见,德国宪政法院允许发表反对意见,但实际上这种情况很少出现。

普通法体系的风格是法官对判决表达个人意见,美国法院存在公开发表的“多数意见”和“少数意见”。

在美国,马歇尔首席大法官采取了一个折中方式:他把法院意见归并为“多数意见”(majority opinion)和“少数意见”(minority opinion),从此确定了美国案例法的模式。当然,近年来,法官们越来越多地发表自己的“赞同”(concurring)意见,似乎有点复兴了英国的传统方式。所谓“赞同意见”,是指赞同多数意见的结论而非其依据,因而法官觉得有必要陈述自己的意见。多数意见所陈述的理由或“依据”(holding)具有法律约束力和先例效力,少数意见虽然同样公开发表,但至多只能为以后判案起参考作用。什么构成多数与少数,完全是由法院对具体问题的投票决定的。值得注意的是,首席大法官也和其他大法官一样只有一票。因此,他完全有可能代表法院的少数意见。他的唯一“特权”是:如果他的意见属于多数意见,他有权指定某个法官(也可以是他自己)起草法院意见,而如何陈述多数意见达到其结论的理由与依据是相当重要的——毕竟,法院判决不只是一项决定,不只是一次简单的权力行

使,因为任何国家权力都必须符合理性,民主制度下的司法权力尤其必须说明判决所基于的法律理由。(为什么?)

在历史上,美国法院的少数意见对于法律改革发挥了重要的积极作用。在最著名的法官意见中,相当多的不是多数意见,而是少数意见。代表多数意见的一方虽然“赢”了,但历史可能证明少数意见更具有说服力,因而最后采纳了少数意见的建议。从理性的角度看,这是完全正常的。就和民主一样,法院决定的多数主义只不过是一项合理而方便的规则;毕竟,根据孔多塞的“陪审团定理”,多数一般被认为比少数更有可能正确。然而,这种正确性只是概率高低而已,因而不可能受到绝对保证;事实上,由于任何人都会犯错误,任何由人组成的机构都不可能保证“绝对正确”。(参见本书第一章与第八章)法院或法院的多数意见也不例外。多数意见虽然比少数意见更可能正确,但它不可能垄断真理;有时,真理确实可能“掌握在少数人手中”。在普通法体系中,少数意见和多数意见进行着一种平等与公开的对话。通过这种对话,少数意见的存在为法律的平稳变革奠定了基础。

美国联邦最高法院的首席大法官在投票时并没有任何特权。

美国的司法审查体制带有显著的“美国特点”,因而不一定适合其他国家。无论马歇尔大法官的论点如何雄辩有力,都不能改变一个基本事实,即对立法的司法审查在美国乃至世界宪政史上是一项开天辟地的创举。在当时,这种创制行为只有在美国才可能发生,因为那里不仅有一个在传统上受到高度尊重的司法体系,而且这一体系的顶端——联邦最高法院——在美国宪法中上升到和立法机构平行的地位(否则就很难解释为什么司法传统更为悠久的英国直到前不久还在争论着到底要不要一部《权利法案》)。另外,美国模式无疑是最古老的,并在修修补补之后一直延续到今天;且就和大众政治的政党模式一样,起源于美国的司法审查对于社会与经济发展发挥过巨大作用。但古老的东西总不太可能是完美的。至少在理论上,美国式司法审查存在着一些令人困惑的问题。尤其在欧洲大陆,法院的相对地位不如普通法国家那么突出,且司法审查也确实可能和议会至上的民主原则相冲突,因此,美国宪政文化的特殊性注定了司法审查体制不可能不改头换面,就在欧洲大陆获得“本土化”。

(二) 专门法院

欧洲宪政必须具备适合自己体制与文化的独特模式,这也是奥地利法学家凯尔森认为不能照搬美国模式的原因。他从欧洲视角探讨了美国司法审查体制中所存在的问题,并用他对奥地利宪政的切身体验说明了解决这些问题的途径。凯尔森的反对意见主要是技术性的,例如美国的司法审查模式对法律的确定性产生不利影响、宪法诉讼对原告资格的要求过于严格、司法决定仅

历史往往证明法院的少数意见更具有说服力。

针对个案而不具备普遍性等。他所设计的奥地利模式解决了这些问题:(凯尔森,2001:1—9)

由宪政法院行使对立法的司法审查权。

通过把立法的司法审查保留给一个特别法院——即所谓的宪政法院(Verfassungsgerichtshof),1920年的奥地利宪法第137条至第148条实现了这种中央化。同时,宪法授权这一法院以撤销(annul)它发现构成违宪的立法。撤销整个立法并非总是必要的;如果违宪条款可以和立法的其他部分分开,那么法院可以只撤销该条款。法院决定不仅使立法或其特定条款对具体案例无效,而且也使它对所有将来的案件普遍地无效。一旦决定生效,被撤销的立法就停止存在。法院的撤销决定在原则上只是在事后(*ex nunc*)生效;除了我们以后将要谈到的例外,它没有追溯力。这种追溯力很少具备理由,不仅因为每一种追溯效力都有严重后果,而且特别因为决定涉及宪法立法者的行为;且立法者也有权解释宪法,即使他在这方面受制于司法控制。只要法院尚未宣布立法违宪,立法者在其立法行为中所表达的意见就必须获得尊重。但撤销立法的宪政法院决定缺乏追溯力的规则却有一个例外。被法院决定撤销的立法不再被适用到提出司法审查并导致立法被撤销的那个案例。既然这个案例发生于撤销之前,后者针对这个案例而言具有追溯效果。

评注 “奥地利模式”的起源

奥地利法学家凯尔森的名字是和他首创的“纯粹法学”紧密联系在一起, (参见他的经典著作《法与国家的一般理论》)但他同时又当之无愧地被誉为“奥地利宪政之父”。奥地利——乃至后来整个西欧——的宪政模式,基本上是按照他的理论构想发展起来的。从这个意义上说,即使称凯氏为“欧洲宪政之父”也不过分,而他本人也一度出任过奥地利宪政法院的大法官。尽管“奥地利模式”生不逢时,诞生后不久就被法西斯政权所取代,且凯尔森最终也迫不得已流亡美国,它毕竟首创了欧洲的宪政审查模式,并且虽然走过了一大段弯路,它今天却证明几乎和美国的宪政审查模式具有同样的生命力。

历史证明,凯尔森的宪政理论具有相当超前的预见力。直到奥地利宪法制定后半世纪,法国才迟疑地放弃了对司法审查的敌视态度,致使它的宪政尝试比德、奥晚了许多年,且法国对宪政审查的接受仍然是相当不彻底的,因为第五共和所建立的事前而非事后审查的独特体制带有某些根本的局限性。法国一直接受人民主权至上的理论,一度对美国的宪法审查模式不屑一顾,但美国宪政虽有种种不尽如人意的地方,总的来说还是一帆风顺的。相比之下,欧洲宪政却历经坎坷。好在第二次世界大战之后,欧洲——尤其是联邦德国与奥地利——又回到了凯尔森当年提出的洞见,并经过宪政法院的不懈努力,

到今天已发展出一个可以与美洲相媲美的宪政模式。阅读凯尔森从美国对奥地利宪法构想的回顾,后人不得不惊叹它和今天的运作何其相似。

凯尔森对美国模式的批评和对奥地利模式的说明,参见其经典论文:“立法的司法审查——奥地利和美国宪法的比较研究”,《南京大学法律评论》2001年春季刊,第1—9页。

凯尔森设计了以集中审查为特征的奥地利模式。

(三) 德国宪政法院

第二次世界大战之后,联邦德国的《基本法》采取了和大陆法特征相一致的奥地利模式。《基本法》为起源于自身的宪政争议提供了最终仲裁者——联邦宪政法院。在通常的司法系统之上,《基本法》建立了独立的宪政法院系统来专门处理宪政争议。联邦的每个州都有一个宪政法院,以处理涉及本州事务的宪政审查与司法审查。联邦宪政法院是其最高上诉法院,并和政府的立法与执法机构同样享有宪法地位。联邦宪政法院的院长职位,仅次于联邦总统、联邦总理和联邦参众两院院长。《基本法》第94条第1节规定了联邦宪政法院及其组成:“联邦宪政法院应由联邦法官和其他成员组成。联邦宪政法院的一半成员应由联邦众议院选举,另一半由参议院选举。他们不得是联邦众议院、参议院、联邦内阁成员,或任何相应的各州政府机构成员。”

德国《基本法》建立了独立的宪政法院系统来专门处理宪政争议。

由于《基本法》只提供了一个结构轮廓,对组织与人事上具体细节之确定,被留待《联邦宪政法院组织法》。1951年的组织法正式成立了联邦宪政法院。它详细规定了联邦宪政法院的双庭结构及各自的管辖范围、联席庭的权力、法官资格、司法选择程序以及法官退休或撤换的条件。宪政法院分为两个庭,并各自具有独立的成员与管辖。第一庭(First Senate)专门处理政治中立的司法审查(judicial review),听取涉及个人权利的宪政申诉及其他法院提交的具体宪政争议;第二庭(Second Senate)则专门从事宪法审查(constitutional review),以决定宪法政治机构之间的争议以及抽象法律审查。由于司法审查的案件数量占据全部宪政争议的95%,第一庭的工作量过分集中,因而后来一部分司法审查案件被转移到第二庭。

宪政法院分为两个庭,各自具有独立的成员与管辖。

宪政法院的法官必须至少40岁,并具有被选为联邦众议员的资格。和通常法院不同,宪政法院的法官并非必须全部是职业法官。事实上,在每个庭的8名法官中,只有3名是其他联邦法院的职业法官。但近来法官资格要求宪政法官必须通过两次全国法律考试。法官的来源主要是联邦法官、高级公务官员、联邦议员和大学教授。一旦被选为宪政法院的法官,除了作为大学教授之外,法官们在任职期间不得担任其他专门职务。也和通常法官不同,宪政法官并非终身制。1970年的职务任期法规定,宪政法院的法官每届任期12年,不得连任。且即使任期未满,达到68岁的法官亦必须退休。强制退休防止了

宪政法院的法官每届任期12年,不得连任,达到68岁的法官必须退休。

法院老年化,而单届任期则有助于保障法官的独立性。1962年之后,两庭的法官数量固定为16名,每庭8名。组织法规定两庭的法官皆由联邦两院联合选择;联邦众议院和参议院分别选择每个庭的4名法官,并且两院交替选择每个庭的庭长。

《基本法》明确授予宪政法院以司法审查权;1951年的组织法明确规定:“联邦宪政法院的决定约束着联邦和州的宪法机构,以及所有法院与公共权力。”尽管司法审查和宪政审查都意味着对民主政权的控制与干涉,宪政法院的决定很快受到联邦德国各级政府的普遍尊重。

宪政法院具有高度的独立性。

《基本法》和组织法力图切实保障宪政法院的独立性。法官受到普遍尊敬,不但享有崇高的社会地位,而且具有丰厚的职业收入以保障其经济独立。1968年,联邦议会通过宪法修正而非同寻常地承认:即使在战备状态下,联邦宪政法院仍然保持其独立地位和职能。第115g条规定:“联邦宪政法院的宪法地位和宪法职能之履行,皆不得受到削弱。除非有必要维持法院的运行能力,且联邦宪政法院持同样意见,联邦宪政法院组织法不得被联合委员会通过立法而加以修正。在制订这类法律的过程中,联邦宪政法院可采取必要措施,以维持法院落实工作之能力。联邦宪政法院对于本条第二与第三句的任何决定,皆应要求在场法官的2/3多数[之同意]。”

(四) 法国的宪政院

法国建立宪政院是为了保持法国的三权分立传统,并保证立法和执法机构在各自的权能领域内行动。

法国并没有采取美国由普通法院所实施的分散审查模式,而是按照凯尔森的理论建立了由专门法院管辖的集中审查模式。如前所述,第五共和的一项创新是明确承认议会立法权的界限和内阁的立法作用,另一创新则是建立宪政院(Conseil Constitutionnel)。建立宪政院的初衷是为了保持法国的三权分立传统,并保证立法和执法机构在各自的权能领域内行动。宪法协商委员会在制宪讨论中指出:宪政院是“公共权力和谐运作的基本要素”。更具体地说,宪政院的主要目的是审查议会立法的合宪性,以保证它们限于宪法第34章所规定的权能领域。

宪政院的组成带有政治成分,不是严格意义上的法院。

注意宪政院是一个“院”(Couseil),在性质上既不同于“委员会”,也不是严格意义上的“法院”(Cour)。在组成上,宪政院与第四共和的宪法委员会有些相似,它们都带有显著的政治成分。宪法第56条规定:“宪政院应包括9名成员,其职务任期9年,不可再任。宪政院成员的1/3应每3年更新一次。共和国总统、众议院和参议院议长应各任命3名成员。宪政院院长应被共和国总统任命。在表决持平的情形下,他应投决定票。”为了提高宪政院的威望,第56条还允许法国前总统加入宪政院:“除了以上规定的9名成员之外,共和国前总统应终身是宪政院的当然(ex officio)成员。”但在实际上,只有第四共和的两位前总统曾担任宪政院职务,第五共和总统从未担任这项职务,且

自从1962年以来,没有任何法国总统参与宪政院的事务。因此,宪政院的九名人选现在完全由第56条的任命方式产生。另外,根据第57条,“宪政院成员不应兼任部长或议会成员。”因此在1962年,蓬皮杜必须辞去宪政院职务才能担任总理。1984年,德斯坦进入众议院后亦不能再保留宪政院职务。虽然宪政院并非严格的司法机构,宪法第62条规定宪政院的决定约束所有的政府组织,因而承认了宪政院决定的法律效力。

宪政院的职能主要体现于四个方面:

第一,它首先是选举法院,有责任保证政府机构的选举正常进行。第58条规定:“宪政院应保证共和国总统的正常选举。它应审查申诉,并宣布表决结果。”同样,宪政院还保证参众两院代表的正常选举[第59条]和复决的正常程序[第60条]。在选举进行的10天之内,候选人或选民可把选举争议投诉宪政院。根据随机抽票,宪政院分为三个三人小组,在国政院或审计院的协助下决定争议。

第二,在总统根据第16条行使紧急权力之前,宪政院应对行使权力的必要性提出建议。尽管宪政院的建议并不具备法律约束力,它们极具权威性,因而经常显著影响总统行动。另外,第7条还授权宪政院决定总统职能是否受到障碍,并作出明确通告;如果总统职位因此而出现空缺,那么新的总统选举必须在一个月举行。

第三,在创立初期,宪政院的主要职能是控制宪法第34条和第37条所规定的立法与执法分权。第37条规定:“那些未处于法律领域的事务应具备调控(Regulatory)性质。”1958年根据宪法制订的《宪政院组织法》(即第58—1067号法规)第26条亦规定:“宪政院应通过具备理由的宣判,以决定向它提交的条款是处于法律(loi)抑或规章(reglement)领域内。”

第四,也是最重要的,和上述职权相一致,宪政院负责审查法案的合宪性。在法案获得颁布之前,宪法指定的政府官员可选择把法案提交宪政院审查。

无论就其政治组成还是判案方式而言,宪政院皆非普通意义上的法院。首先,除了其决定选举问题的职能之外,宪政院只能实行事前控制——而非普通法院通常实行的事后审查。但如本书第三章所述,1974年的改革使得60名参议员或众议员能够联名申请宪政院审查。和普通法院相反,宪政院并不决定当事人之间的具体争议,而是在法律实施前处理其有效性的抽象问题。宪政院的责任是创造普遍的宪法理论,去影响未来的政府运作。贝尔教授指出:“和普通法院不同,宪政院并不解决当事人之间的特殊争议,而是以抽象方式,去决定将影响未来各类案件的法律之有效性。它因而被称为决定文字——而非诉讼人。另外,宪政院接受了其创立宪法理论的责任;这项理论远不如私人、刑事或行政法确定。因此,宪政院尝试在其决定中规定宪法的普遍

宪政院主要有四项职能,其一是保证政府机构的选举正常进行。

其二,在总统根据第16条行使紧急权力前对行使权力的必要性提出建议。

其三,控制宪法第34和37条所规定的立法与执法分权。

最后,在法案获得颁布之前审查其合宪性。

宪政院对立法的合宪性实行事前控制,因而只能进行抽象审查;普通法模式实行事后控制,一般只能进行具体审查。

原则,而非简单作出有关特殊法律的具体决定。它以这种方式为内阁、议会和法院提供了普遍指导。”(Bell,1992:48—49)

二、审查程序

审查程序分为两类:事前与事后审查。所谓“事后”审查,是指法案在正式通过后进行的审查;这时,审查的对象是已经生效的立法。“事前”审查则是指在法案生效以前即进行的审查,审查的对象一般是议会已经通过但尚未正式生效的法案。世界上大多数宪政国家——包括美国、德国和欧洲联盟——采取事后审查机制,但法国采取了事前审查机制,因而值得特别说明一下。

法国宪法规定某些政府官员可以把法案提交宪政院审查。

在法案获得颁布之前,法国宪法所指定的政府官员可选择把法案提交宪政院审查。第五共和宪法第61条规定:“在法律获得颁布之前,共和国总统、总理、众议院和参议院议长或60名众议院代表或参议员可把它提交宪政院。在以上段落所规定的情形下,宪政院必须在一个月的期限内作出决定。然而,在内阁提请的紧急情形下,这个期限应被缩短为8天。”宪政院决定的法律效力受到第62条的特别保证:“被宣布违宪的条款不得受到颁布或贯彻。宪政院的决定不得被上诉到任何权力机构。它们必须受到政府权力机构以及所有行政和司法机构的承认。”

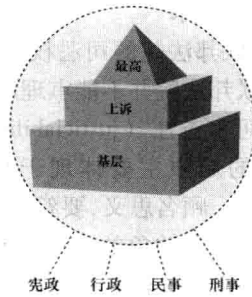
法律在生效以后就不能再受到宪政院的审查,唯一的补救办法只能是通过议会自己修改立法。

两类特殊法律必须在生效前被提交给宪政院审查:议会程序规则和超越普通立法的组织法。第46条要求组织法在颁布前获得宪政院的强制审查:“只有在宪政院宣布其合宪性之后,组织法方可获得颁布。”第61条进一步规定:“在获得颁布与获得运用之前,组织法和议会规则必须被提交宪政院,以决定其合宪性。”如果法律未经挑战而生效,那么法律在生效以后就不能再受到宪政院的审查。这时,唯一的补救办法是通过议会自己修改立法。法国的处理方式固然限制了审查立法合宪性的时间范围,但确实有助于提高法律效力的确定性,因而有其独到的合理之处。

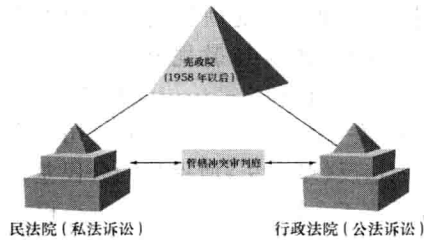
三、审查范围

事前审查必然是抽象的,事后审查则既可以是具体的,也可以是抽象的。

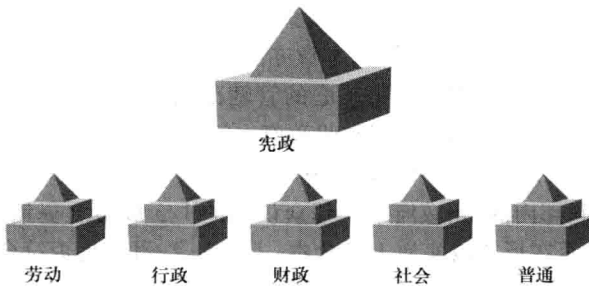
宪政审查的对象也具备两类不同性质:具体(concrete)行为与抽象(abstract)行为。对于事前审查,既然法律尚未生效,因而不可能已经影响任何具体人的利益,法国宪政院对立法的审查必然是“抽象”的,而不是针对具体的人和事。事后审查则既可以是具体的,也可以是抽象的。由于对立法的审查是事后而非事前,可能已经影响了具体人的权益,因而审查可以是具体的,但抽象审查——针对立法本身而非其任何适用的审查——仍然是可能的。



(a) 美国的分散审查模式: 联邦和各州都有一套具有普遍管辖权 (general jurisdiction) 的法院系统, 每个等级的法院或法官原则上可审查不同领域的案件。



(b) 法国的“有限集中”审查模式: 1873年后确立了公法和私法两个法院系统, 1958年后建立了宪政院以处理宪法争议。



(c) 德国的“完全集中”审查模式: 在普通法院之外设立行政、财政、社会、劳动四类特殊法院, 1949年的《基本法》建立了宪政法院系统。

图 3.3 集中与分散审查模式

(一)美国的“具体争议”要求

美国联邦法院的司法权力局限于具体审查。

美国联邦宪法第三章把联邦法院的司法权力扩展到所有起因于宪法、合众国法律或条约等案件,但联邦法院并不能审理所有进入法院的案件:只有在宪法与法律意义上具备“可审查性”(justiciability)的案件,法院才能行使司法管辖权。法院审查权力的局限主要体现于宪法第3条的“具体争议”(cases and controversies)要求。顾名思义,要符合这一要求,争议必须不仅是实在而非虚拟的,而且是具体而非抽象的。法院能够审理的争议必须具有确定原告和被告,原告具备合适诉讼资格并遭受现存的实际与法律损害,而且法院决定具有法律约束力。

(二)德国的混合模式

德国宪政法院可以进行具体和抽象审查。

如果美国宪法只允许法院审查具体争议,而法国的事前审查模式注定宪政院的审查只能是抽象审查,那么德国《基本法》则同时兼容了两种性质的审查。首先,《基本法》授权宪政法院受理公民提出的宪法申诉,而公民申诉必须是具体的。《基本法》第94条第4a款规定:

对“任何人因宣称其基本权利之一……受到公共权力之侵犯而作出的违宪申诉”,联邦宪政法院第一庭皆有权决定。通过司法审查,法院可以宣布立法、执法或司法决定,因违反《基本法》所保障的公民基本权利而无效,并要求相应政府机构作出合适改正。第一庭对法律的审查权力,还包括各州宪政法院或其他法院所提交的“具体审查”(concrete review)。第100条第1款规定:“如果法院的决定取决于某项法律的有效性,且法院认为该法律违宪,那么法院即应中止审判程序;且如果认为州法违反了本州宪法,那么法院应交由该州对宪政争议具有管辖权的州法院而获得决定;如果认为法律违反了《基本法》,那么法院应交由联邦宪政法院以获得决定。在[法院]认为州法抵触了本《基本法》或联邦法律的案件中,本章亦同样适用。”

事前审查的诉讼一般只允许特定政府官员作为原告,事后审查的诉讼可允许普通公民作为原告。

抽象审查主要是宪政法院第二庭的管辖范围。根据第93条第1款的规定,在联邦政府的机构之间、联邦和州政府之间以及政党因被宣布为违宪而引起的争议中,第二庭负责解释《基本法》有关条款的含义。第2款规定,第二庭还有权“应联邦内阁、州政府或联邦众议院的1/3成员之提请,对有关联邦与各州法律是否在形式或实质上符合本《基本法》、州法是否符合联邦法律的不同意见或质疑”作出决定。因此,在收到有关政府机构的申请时,宪政法院有权对法律作出具体或抽象审查。

四、诉讼主体

如本书第一章所述,宪法诉讼的被告一般只能是政府机构,因而这里仅考虑诉讼原告问题。和审查性质与审查程序直接相关的一个问题,是究竟谁可

以提起宪法争议。事前审查还包含着一个限制,即在法律生效之前,由于它尚未影响任何具体公民的权益,因而普通公民一般不能作为挑战立法的原告。事实上,如以上法国宪法第41条和第61条所示,只有特定的政府官员才能把问题提交宪政院审查,普通公民至今缺乏这项权利。在美国和德国,由于对立法的审查是事后而非事前,已经影响了具体人的权益,因而普通公民可以直接挑战。如上所述,和美国类似,德国联邦宪政法院可以审查直接由公民提出的宪政申诉。德国为此专门区分了“宪政审查”与“司法审查”:前者涉及政府机构之间的争议,因而只能由政府机构提出;后者涉及政府机构与公民之间的争议,因而只能由公民提出(为什么?)。事实上,这也是第一庭与第二庭的职能划分:第一庭处理由公民提出的司法审查,第二庭则主要负责处理宪政审查。对于公民提出的宪法争议,提出挑战的个人一般必须具备适当的资格。

(一) 美国的诉讼资格

美国宪法中的“具体争议”要求也包含了原告资格。除了案件必须是具体的(而不是抽象地针对立法本身)之外,诉讼既不能“太早”,也不能“太晚”;它必须恰当时机,才能符合“具体争议”。首先,争议必须“成熟”(ripe)。如果某一州的法律禁止某类政治竞选活动、或要求解雇宣扬暴力推翻政府的教师或强令政府职员永不支持共产主义,那么在这类法律得到实施并给个人造成实际伤害或迫切危险之前,公民一般不能以违反宪法个人权利为由而提出挑战。原告也不能提出已经“过时”(moot)的争议。显然,如果立法已经纠正了被宣称为违宪的法律或对法律造成的个人损害给予补偿,原告亦不能再以法律违宪为由起诉。如果法律造成的损害已经过去,那么除非该法有可能在以后给原告继续造成损害,原告一般不得宣称该法违宪。最后,原告必须承受实际和法律损害,具备合适的诉讼资格(standing)。例如一般说来,原告不能以联邦纳税人的身份,笼统地基于宪法修正案来挑战政府的某项开支计划。再如,要利用“法律正当程序”挑战有损环境保护的政府政策,原告还必须证明政策对自身利益的实际伤害。

美国的宪法诉讼要求争议必须成熟且未过时,而原告承受了实际与法律损害。

(二) 法国的发展

如上所述,在法国,提起宪政申诉的权利至今仍未能“下放”到普通公民。事实上,究竟何人有权提交,乃是制宪大会辩论最长久的课题。政府草案开始仅允许“四巨头”提交:共和国总统、总理及参众两院的议长。司法部长和政府委员一致反对把这项权利授予公民。直到1974年以前,议会少数一直不能提交立法,提交权力的行使限于政府“四巨头”。

1974年,新当政的德斯坦政府引入宪法修正,增加了第61条第2款,致使提交权利扩展到参议院或众议院的60名议员。从此,议会少数派获得了在宪政院挑战议会法案合宪性的机会。此前,对于众议院强加于参议院而通过的法案,只有参院议长才能提交法案。现在,参议院少数派无须说服其议长,即可自行筹集60

1974年的宪法修正扩展了提交宪法审查的议员范围,使议会少数派获得了挑战法案合宪性的机会。

人签名并提交宪政院审查,也可联合其他党派而提交审查。这项改革产生了巨大影响,并显著增强了宪政院在法国政治中的作用。在1974年后,基于第61条第2款提交的法案数量剧增;20世纪80年代的宪政院决定占以往总数的60%以上,且其中超过3/4的受审查立法遭到推翻,87.5%法案的条款被要求作出修正。绝大多数对法案的挑战来自少数派,且挑战基础不再限于第34条的机构分权原则,而是越来越多地基于基本权利等实体理由。结果,宪政院的职能获得显著扩展。

2008年,在第五共和宪法颁布半个世纪之际,法国全面修改宪法,打破了公民个人不能提出宪法诉讼的传统禁忌。新增宪法第61-1条规定:“如果在法庭诉讼过程中有人主张立法规定侵犯了宪法保障的权利和自由,事情可以由国政院或最高法院提交给宪政院在确定的时间内决定。”在经过2008年和2009年两次修改后,^[22]《宪政院组织法》专门加入“关于合宪性前提问题的初步决定”一章,于2010年3月1日生效。为了落实“合宪性前提问题”(question prioritaire constitutionnelle,简称QPC)的审查,议会还制定了《宪法第61-1条适用组织法》,授权公民在民事、刑事或行政诉讼中挑战已经生效的相关法律的合宪性。下级法院并不直接审理宪法问题,而是将其转交最高法院或国政院,由其在三个月内决定是否有必要提交宪政院审查。

因此,无论是分散式还是集中式,宪政审查的宗旨都是一样的,即审查立法的合宪性。对于这个目的而言,法国独特的宪政审查模式甚至比美国更为有效。几乎所有重要或有争议的议会法案都在生效前经过宪政院的审查,且被撤销的法案超过了提交的半数;(Bell, 1992: Ch. 1)相比之下,从新政以后,美国很少有联邦法律被最高法院撤销。在这个意义上,法国已完全进入了“马伯里决定”所开拓的宪政轨道。

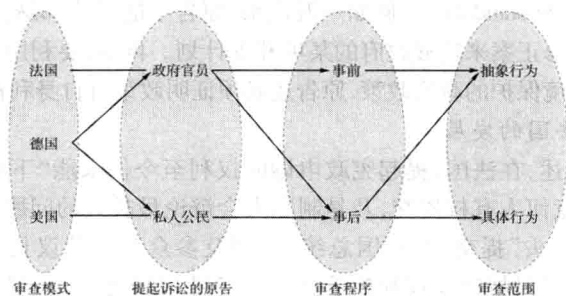


图 3.4 审查模式、审查程序、审查范围和诉讼原告的关系

这里的箭头只表明逻辑上的可能性,而不表明实际的制度规定。例如法国仅允许特定的政府官员提起宪法争议,但事实上并不允许事后审查。

[22] Institutional Acts No. 2008 - 695 of 15 July 2008 & 2009 - 1523 of 10 December 2009.

五、中国宪法审查模式之探讨

(一) 宪法解释机构的性质

我们早先已经说明,宪法审查制度不仅对宪法效力来说是必要的,而且也符合中国宪法的基本精神。但它的引入会不会和中国目前具体的宪法规定相抵触?笔者认为,这确实是可能的,因而要求对现行宪法条款作出适当修正。中国宪法把宪法的解释权完全委托给全国人大常委会。宪法第67条规定,全国人大的常务委员会有权“解释宪法,监督宪法的实施;……解释法律”。如果引入新的宪法条款授权建立相对独立的宪法审查机构,就势必要妥善处理这一机构的审查权力和人大常委的解释权之间的关系。要做到这一点并不困难。事实上,法治的基本原则要求制定权和审查权相分离。

法治原则要求,“没有人能做自己案件的法官。”我们只需要以行政诉讼为例即足以说明这个道理:没有人会认为,作出处罚的行政官员也应该是审查处罚决定合法性的法官,否则行政诉讼就完全成了多余;由于每个人都“主要是自私的”,而行政官员当然会偏袒他自己的决定,因而必然不是客观中立的审判官。只要行政权力仍然被要求符合立法的文字与精神,且只要行政决定并不能被假设一贯正确,就有必要使行政行为受制于一个中立的(即和行政官员及其行为没有直接关系的)法官之审查。把这项原则用到立法领域,推理和结论都完全一样:只要立法权力的行使仍被要求符合宪法的文字和精神,且只要立法者并不是一贯正确,那就有必要使立法行为受制于一个中立与独立的法官之审查;否则,宪政审查就失去了实质意义。中国宪法把立法的解释权与审查权全部授予人大或其分支,结果自然是使审查(甚至“解释”)有名无实。

和法治一样,宪政审查并没有把审查权力留给立法者自己。法治的基本精神是他律。由于不信任行政官员——否则也就没有必要实现法治,法治假定官员需要一种来自外部力量的制约;宪政则是对立法官员或多数力量的一种不信任——至少是不完全信任立法者自身的能力或良好意愿,因而建立起相对独立的司法性机构审查立法的合宪性。没有独立审查机构的约束,宪政在根本上就成了一种人治——而这在逻辑上是前后矛盾的。因此,宪政审查离不开一个独立于立法的国家机构。

可以论证,宪政审查机构在本质上应该是一个类似于法院的司法机构。这个机构最好是司法性的,因为解释与审判本身主要是一项司法任务。正如马歇尔法官指出,“阐明何为法律乃是司法部门的职权与责任。”并非所有的立法代表都精通司法解释的技术,且即使精通,繁忙的立法事务也将使他们无暇顾及个案解释与判断;而把解释权委托给其下属的专业工作人员,又将产生

宪政审查制度的引入可能要求中国修正某些宪法条款。

法治原则要求宪政审查机构应该独立于全国人大及其常委会。

宪政审查机构在本质上应该是一个类似于法院的司法机构。

非立法代表的解释是否具备法律效力的困难问题。除了把这项任务通过宪法授权给一个相对独立的宪政审查机构,似乎没有更好的解决办法。

(二)普通法院还是专门法院?

在形式上,中国建立了统一的“人民法院”制度,因而似乎类似于普通法国家;但由于法院内部分为民事、刑事、经济与行政各庭处理不同实体领域的案件,中国的司法体制在实质上更接近于欧洲大陆的专门化法院系统。从这个角度来说,设置专门的宪法审查机构更为合适。尤其是宪法作为一门独立的“法”,其发展也必须专门化,因而需要专门的机构来解释宪法。

更重要的是,根据中国目前的人大代表制度,普通的法院已经被普遍认为在人大的领导与监督下工作,因而似乎不是适当行使宪政审查的独立机构。《宪法》第124条规定,作为“最高审判机关”的最高法院的院长由全国人大产生。第126条规定,法院依法“独立行使审判权”,不受“行政机关、社会团体和个人的干涉”,但没有具体规定不受人大的干预。事实上,第128条规定,最高法院向全国人大及其常委“负责”,地方各级法院则向“产生它的国家权力机关负责”。人事任免权和负责制必然削弱了法院相对于人大的独立性。同时,中国法院目前相对于人大的被领导地位,也使之没有足够的宪法权威来审查立法行为——被领导者当然没有足够的权力、信心和独立性来审查领导者的行为,因而有必要建立宪法权威更高的审查机构。总之,和美国的普通法院审查模式相比,欧洲大陆的专门审查模式应更适合中国的现行状况。

中国可能更适合欧洲大陆的专门审查模式。

思考 你是否同意上述观点?尽管普通法体制离中国的现行制度相距甚远,你认为它是否具有任何值得借鉴的地方?

案例

“洛阳玉米种子案”——人大职权与司法独立^[23]

2001年,汝阳县种子分公司委托伊川县种子分公司代为繁育杂交玉米种子20万斤。后来,伊川县种子分公司将种子按市场价转卖他人,因而未能向汝阳县种子分公司如期履约。2003年,汝阳县种子分公司诉至洛阳中院,要求赔偿。双方就赔偿价格和适用法律发生了争议。原告主张适用《种子法》,以“市场价”计算,要求被告赔偿其损失70万余元。被告则主张适用《河南省农作物种子管理条例》,其中第36条规定农作物种子必须由政府定价,而以“政府指导价”

[23] 参见郭国松:“法官判地方性法规无效:违法还是护法”,《南方周末》2003年11月20日。

计算,被告只需要赔2万余元。

由助理审判员李慧娟担任审判长的合议庭支持了原告的诉讼请求,判决被告赔偿原告经济损失近60万元。法院认为,自从《种子法》于2000年12月实施后,原来由政府垄断和限价经营的农作物种子全部转为市场调节。尽管《种子法》对农作物种子的价格没有具体规定,但其立法精神是种子价格应由市场调节,这也是《价格法》早已确立的原则。判决书中指出:“《种子法》实施后,玉米种子的价格已由市场调节,《条例》作为法律阶位较低的地方性法规,其与《种子法》相冲突的条款自然无效。”

由于涉及法律适用的问题,合议庭将审理意见提交审判委员会讨论,会上并没有人提出异议。不料,这一似乎不起眼的判决却触怒了制定条例的河南省人大常委会。常委会第二十四次主任会议认为,洛阳中院判决的“实质是对省人大常委会通过的地方性法规的违法审查,违背了我国人民代表大会制度,侵犯了权力机关的职权,……是严重违法行为”。

河南省人大常委会分别向省高级人民法院和洛阳市人大常委会发出上述“通报”,要求省高院对洛阳中院的“严重违法行为作出认真、严肃的处理”,并请洛阳市人大常委会“纠正洛阳市中级人民法院的违法行为,对直接责任人员和主管领导依法作出处理,通报洛阳市有关单位”。根据省、市人大常委会提出的处理要求,洛阳中院党组于11月7日作出书面决定,分别撤销李慧娟的审判长职务和当时受委托签发判决书的一位副庭长的职务,并免去李慧娟的助理审判员资格。

判决“闯了大祸”之后,洛阳中院的不少领导和同事埋怨李慧娟,认为她完全可以在判决中直接适用《种子法》,而无须对《条例》进行评价。但她却认为:“最高法院一直强调要在民商事审判活动中加强裁判文书的说理,而这个案件双方争执的焦点,就是《种子法》和《条例》到底该用哪一个,这直接涉及当事人的权利,必须在判决书中充分阐述适用法律的理由,决不能武断地用‘本院不予采纳’来敷衍。《条例》的有关条款因为与上位法相抵触而自然无效,是《立法法》规定的,我们不过是根据《立法法》,在判决书中表明不适用《条例》的依据。”

洛阳中院的判决是不是对《种子法》的正确解释,在此是一个次要的问题。更为根本的是判决之后发生的一系列事件及其宪法含义。首先,假定河南省的《条例》确实和《种子法》发生冲突,你认为法官应该怎么判?究竟应该由谁来解决法律规范之间的冲突(“立法打架”)?

其次,即使假定洛阳中院错判了,它是否违背了宪法规定的人民代表大会制度,“侵犯了权力机关的职权”,并构成“严重违法行为”?河南省人大常委会是否有权力要求洛阳市人大常委会“纠正”法院的“违法行为”,并“对直接

责任人员和主管领导依法作出处理”?是否有权要求省高院对洛阳中院的“违法行为”作出“处理”?省高院和市人大是否有权处理中级法院的错误判决?

另外一个问题是,假定这确实是一份公然违法并需要受到惩罚的判决,究竟谁应该承担责任。毕竟,承办案件的法官并没有擅自作出这项判决,判决书是经过审判委员会集体讨论并通过的,因而应该承担责任的似乎是审委会,因为如果它不同意,这份判决并不能生效。因此,承办案件的李慧娟认为“这是一个怪圈,法官对自己承办的案件没有决定权,而案件一旦出了问题,承办案件的法官就成了一切错误的罪魁祸首。这种体制挫伤的不仅是法官的工作积极性,而且也会导致法官失去责任感,导致司法的不公正。”你是否同意她的判断?

动态

中国宪法审查制度的新发展

尽管1982年宪法第五条明确规定中国实行“依法治国”、建立“法治国家”,国家维护“法制的统一和尊严”,“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”,且2004年的宪法修正案进一步规定“国家尊重和保障人权”,但由于中国长期以来缺乏有效的法律规范审查制度,宪法所表达的良好愿望往往只是停留在纸面上,而没有获得切实的贯彻和实施。不仅下位法违反上位法现象普遍存在,而且宪法所保障的公民权利也时而受到中央与地方法规、规章以及大大小小的规范性文件之侵犯。为了解决这些问题,2000年实施的《立法法》规定了一套立法审查制度。(详见本书第四章第三节)但由于没有规定专职的审查机构,《立法法》所规定的审查机制难以得到落实。2004年,全国人大常委会在法律工作委员会(“法工委”)下设了“法规审查备案室”,专门处理行政法规、地方性法规和部门规章等法律规范的违宪与违法问题。

2005年,全国人大常委会修订了《法规备案审查工作程序》,并通过了《司法解释备案审查工作程序》。^[24]如果国务院、中央军委、最高法院、最高检察院和各省、自治区、直辖市的人大常委会认为法规同宪法或者法律相抵触,可向全国人大常委会书面提出审查要求。上述机关以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为法规同宪法或者法律相抵触,也可向全国人大常委会书面提出审查建议,由法制工作委员会(“法工委”)负责接收、登记,并进行研究;必要时,报秘书长批准后,送有关专门委员会进行审查。另外,如

[24] “全国人大明确违宪审查程序,迈出重要一步”,《新京报》2005年12月20日。

果专门委员会认为备案的法规同宪法或者法律相抵触,可以主动进行审查,会同法工委提出书面审查意见;如果法工委认为备案的法规同宪法或者法律相抵触,需要主动进行审查,也可以提出书面建议,报秘书长同意后送有关专门委员会进行审查。关于纠正同宪法或者法律相抵触的法规,具体程序如下:一是与制定机关进行沟通协商;二是通过有关专门委员会提出书面审查意见,要求制定机关纠正;三是经过上述工作,制定机关仍不纠正的,通过常委会审议决定,撤销同宪法或者法律相抵触的法规。最后,最高法院和最高检察院制定的司法解释应自公布之日起30日内报送全国人大常委会备案。国务院等国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为司法解释同宪法或者法律相抵触,均可向全国人大常委会书面提出审查要求或审查建议。

迄今为止,全国人大常委会尚未正式行使宪法解释的权力,国家机构也尚未向其提出审查请求,但是一些公民已尝试采用《立法法》规定的立法审查机制。2003年孙志刚案件发生后,三名法学博士曾上书全国人大常委会,建议审查国务院收容遣送条例的合宪性。(详见本书第八章第四节)2004年12月,以史洪学为首的七位沈阳农民向全国人大常委会递交了一份违宪审查建议书,请求对国土资源部《报国务院批准的建设用地审查办法》以及国务院的批复(131号文件)进行违宪审查。这些农民因对沈阳某村征用土地的补偿标准过低提出异议,最终于2004年8月在北京一中院起诉国土资源部,请求法院撤销国土资源部批准征地的批复。一审判决农民败诉,认为国土资源部依据国务院131号文件,并无超越法定职权的行为。但七位农民认为,《土地管理法》规定基本农田和超过一定面积的土地征用只能由国务院批准,且根据国务院自己制定的实施条例,批准征地的行为应该是公开的。但在实际操作过程中,131号文件将征地的批复权交给国土资源部,从而导致诸多征地行为的相对人无法行使法律法规所赋予的救济权利。^[25]

2005年8月,江西省赣州市居民杨涛和北京居民王金贵上书全国人大常委会,提请审查国务院的《婚姻登记条例》及黑龙江省人大常委会修正的《母婴保健条例》。^[26]2005年6月,黑龙江省人大常委会修正了其《母婴保健条例》中有关“婚前医学检查”的事项,保留了原条例中规定的“准备结婚的男女双方应当接受婚前医学检查和婚前健康教育,凭婚前医学检查证明,到婚姻登记机关办理婚姻登记”等内容。此次立法行为被理解为“恢复强制婚检”,而国务院在2003年8月颁行的《婚姻登记条例》第5条规定了办理结婚登记的内地居民需要提交的有关证件,其中并没有包括需要提交“婚前医学检查证

[25] 段宏庆:“沈阳七农民申请违宪审查”,《财经》2004年第25期(12月27日),第122页。

[26] “两公民致信全国人大”,《新京报》2005年8月3日。

明”的要求(即所谓“自愿婚检”)。两公民认为,地方性法规与行政法规在这一问题的规定上显然存在抵触。此外,全国人大常委会在1994年10月颁布的《母婴保健法》第12条明确规定,男女双方在结婚登记时,应当持有婚前医学检查证明或者医学鉴定证明。因此,行政法规在“婚前医学检查证明”的问题上也和法律规定相抵触。

思考 上述申请并没有引发任何正式的宪法解释决定。为什么全国人大常委会至今没有行使宪法解释权?这对于立法审查制度具有什么含义?你认为法规备案审查制度有什么意义?还存在什么局限性?注意《立法法》本身并没有将司法解释纳入立法审查范围,(详见本书第四章第三节和第五章第四节)这是否表明《法规备案审查工作程序》违反了《立法法》?

第四节 宪法解释的方法

宪法解释有四种方法:文字、结构、历史、目的。

既然宪法是“法”,那么宪法条款就必须和普通法律一样获得解释。因此,宪法解释也适用普通法律的解释方法。当然,宪法有其不同于普通法律的特殊性,因而在解释过程中有时需要不同处理,但这并不能否定宪法和普通法律之间的共性。在解释方法上,宪法也同样适用普通法律的四种解释方法:文字(textual)、结构(contextual)、历史(historical)和目的(teleological),现分别介绍如下。

一、文字

文字是宪法解释的起点,但仅适用于具体明确的宪法条款。

和普通法律一样,宪法解释的起点也是条款的文字。如果条文的含义是明显的,解释便到此为止。例如美国联邦宪法第一章第二节规定:只有“达到25岁年龄,并至少有7年是合众国公民”,才能当选为众议员;中国宪法第60条规定,全国人大“每届任期五年”,等等,都是含义非常明确的条款,无须复杂的解释技术。法律实证主义者主张从文字的通常意义着手,尊重立法的明确意志,从而避免法官通过宪法解释而注入自己的观点。

二、结构

但文字解释经常难以奏效,因为条文的含义往往并不那么清楚。这对宪

法而言尤其普遍,因为宪法条文要比普通法律更为抽象、概括。这时,诉诸宪法文件的整体结构可能会有所帮助。有时就孤立来看,特定条文的意义本身并不很清楚,而从整个文件的上下文来考察可以帮助澄清条文的含义。例如美国宪法第五修正案规定:任何人“不得不经由法律正当程序,即被剥夺生命、自由与财产;私有财产不得未获公正补偿即遭征用(taking)”。这里并未说明“剥夺生命、自由与财产”或“征用”私有财产的主体,因此这项修正案究竟是针对联邦政府还是各州政府,还是同时针对两者?单从第五修正案本身,答案并不清楚。但第一修正案规定,“国会”不得侵犯宗教信仰与言论自由,而它是和第五修正案作为《权利法案》一起通过的。因此,结合第一修正案,第五修正案所针对的侵权主体就清楚了:它们都只是针对联邦政府,而不是各州政府。

宪法上下文结构
有时可澄清特定
条款的含义。

根据结构解释方法,每一项共同体的法律条款都必须根据其上下文及法律的整体结构而获得一致解释。中国宪法的主要适用对象是汉族,因而一般没有这个问题。但假如一个藏族公民基于宪法的藏文版本而提出自己的权利诉求,这就有可能和汉文版本不一致,因而仍然存在着解释问题。不论如何,这些都是单纯依赖宪法条文所不能解决的问题,而结构解释方法可能会有所帮助。

三、历史

条文和结构都是从宪法文本的客观含义出发,注重宪法当时的静态意义。即使把这两种方法结合起来,也并不能解决所有问题。事实上,一些最重要的宪法条款并不能如此获得解释。例如上述美国宪法第五修正案中“正当程序”指的是什么?它是不是要求国会通过规定最高工时或最低工资,限制雇主与雇员之间签订合同的自由?是否意味着不得禁止堕胎?这无论从文字和结构上看都不清楚。最显然的例子是宪法第1条第8款规定,国会“有权调节‘州际贸易’,而‘州际贸易’不是一个固定的概念,而是随着社会与经济的发展而不断扩大的范畴。因此,宪法解释还需要更多的指导,而一项很重要的指导就是特定条文的历史含义。这其实也是普通法的基本精神:除非被证明显然不合理,过去的解释应该约束未来的判决。

历史主义者强调条文在制定时所具有的含义,并认为条文的原始意义仍然约束今天的解释者。在美国,历史主义学派所主张的观点也被称为“原意主义”(originalism)或初衷主义(intentionalism)。它们要求解释者必须把自己置于当时的环境与社会背景,设想制宪者在那种情形下会如何解释特定的条文,并如实采用制宪者的旨意作为条文的解释;由于解释者无权制宪,他们也无权扩展条文的意义,或按照他们所理解的社会需要加以灵活解释。因此,对

历史主义学派强
调宪法解释应尊
重条文在制定时
的原始含义。

于第五或第十四修正案中的“正当程序”条款,历史主义者会坚持解释者回到1791年通过《权利法案》或1868年通过第十四修正案的时代,问一问修宪者当时是如何理解这项条款的,然后如实适用之,而不要问如此适用是否会产生不良的社会后果或和现代精神相背离。因此,如果“正当程序”在1868年不会禁止政府对堕胎的限制,那么今天也应采取同样的理解。就和普通法律一样,宪法的约束力正在于立法者的意志——在这里是原来制定或修订宪法的立宪者的意志。

历史解释具有保守倾向,限制法官作出创造性解释的权力。

很明显地,历史解释具有其性质所决定的保守性——简单地因为它要求回到过去,并把过去的理解适用于未来。如果质问他们为什么不能采取更“合理”的解释,使过去制定的条文符合今天的理解与需要,那么他们会说这不是法官的任务,而是有权制宪或修宪者的任务。法官的解释是主观与任意的,他们并不是由人民选举产生,因而也不能代表人民。如果人民确实要把堕胎变成一种权利,那么他们就应该通过修宪过程把这种思想明确写入宪法。因此,尤其在美国,历史主义者经常以限制司法权、提高立法权(或人民主权)的理由为自己辩护,尽管他们保守主义者对大众过程所产生的许多决定并无好感。

历史解释方法在欧洲并不盛行。

历史主义在美国代表着相当影响的保守学派。相比而言,德国法学界似乎不那样重视《基本法》的初衷。对于《基本法》的阐释,缔造者的设想至多是考虑因素之一,且文本的客观意义明显胜过缔造者的主观想法。在欧洲共同体法院,历史解释也不可行,因为产生共同体的官方文件往往或者不存在、或者未发表,这使得法院不能依靠这些原始文件来解释条约的宪法基础;另外,产生共同体立法的关键讨论与交流通常在理事会和执委会之间秘密进行,从而使法院难以发现立法的真正意图。因此,结构和如下所说的目的解释在法院决定中占据首要地位。

探讨

历史解释的制度前提——公开社会与自由信息

历史主义解释是有前提的——因为制宪者或修宪者很可能早就不在人世了,解释者不可能当面询问他们。历史解释的前提是具有充分的具有法律约束力的历史资料。你想知道“正当程序”在1791年或1868年是什么意思,或者说制宪者认为它是什么意思,你必须具有当时在制宪或修宪大会上辩论的原始记录,并指望从这些辩论中找出理解“正当程序”的线索。同样,即使在今天,你想知道1999年中国宪法修正案中“危害国家安全罪”是否包括惩罚“邪教”,你也不太可能去逐个找到当时举手通过这项修正案的全国人大代表;即使随便找到一个代表问问,他也很可能会说他当时并没有想过这一问

题。这时你只有去找通过这项修正案的历史:提议者为什么要把“反革命罪”改为“危害国家安全罪”?他们在人大开会时如何解释的?人大代表们是否提出过质疑或问题?有没有对什么构成“危害国家安全”产生争论?最后哪些代表赞成这项修正案,且他们对这个概念的理解是什么?等等。只有人大对这一问题曾进行过有意义的辩论、找到了人大辩论的详细记录并回答了这些问题——可能是答案相当难找的问题,历史主义解释才有可能。且为了使解释具有公信力和说服力,这些原始材料必须公开发表,使一般的人都能查阅并审查解释是否准确、合理。历史解释的关键在于它要求比较完善的民主代议机制以及公开与自由发表的信息,但并不是每一个国家都能满足这些条件。

四、目的

历史解释是严谨的,但也是困难的——不只是如上所述在技术上困难,而且经常是完全不现实的。这对于那些“刚性”宪法国家尤其是如此。历史主义的目的是控制法官的自由裁量权,把决定宪法意义的权力留给由人民代表所控制的修宪过程。但如果宪法是极为“刚性”的,例如美国的联邦宪法,修宪几乎是不可能的;如果不能及时修改条文的意义,那么或者就使得宪法规定不合理,或者使立法行为得不到有意义的宪法控制。不论如何,美国的法院一直没有严格遵循历史学派的主张而“袖手旁观”。

历史解释的前提是政府信息公开。

因此,宪法解释需要更宽松的指导原则。这项原则要求宪法解释考虑有关条款所寻求达到的目标,以及从条款实施之日起的含义演化。在所有解释方法中,目的性解释是最为宽松的。用这种方法一般总能从原始条款中推演出法官所需要的现代含义,其效果既可能是扩充政府的权力——如“州际贸易”条款,也可能是扩大公民的权利——如“正当程序”。如上所述,欧洲法院比较倾向于对共同体条约和法律采用目的性解释。由于共同体条约明确要求规章和指示陈明立法目标和理由,它们通常可被发现于每项共同体立法的前言中。

严格遵循历史解释在美国也会遇到实际困难,因而宪法解释需要更宽松的的目的性指导原则。目的性解释方法要求法官考虑特定条款所寻求实现的目标。

宪法解释所必须考虑的一个目的是宪法适应于政治现实。和普通法官不同,宪政法官必须不仅通晓法律条文,而且理解政治需要。因此,宪政法院必须在法律与政治之间划出一个合理平衡。曾在宪政法院服务二十年的院长莱布霍茨(Leibholz)指出:“如要设想去运用普遍的宪政原则,而又不试图把它们和既定的政治秩序形成合理关系,那真是不可接受的形式正定主义之幻想。[宪法条文]和宪政现实之间的现存冲突,既不允许偏向宪法[条文]的纯粹法律答案,也不允许偏向宪政现实的纯粹社会学答案。更确切地,这一冲突必须被视为规范主义和存在主义之间的辩证关系。”

在1833年的“码头淤泥案”中,马歇尔法官的意见言简意赅地运用了以上四种解释方法。在阅读时,看看你是否能辨别出这些方法。

案例 《权利法案》是否适用于州政府? 宪法解释方法的运用——“码头淤泥案”^[27]

“码头淤泥案”判决联邦宪法的《权利条款》不适用于各州政府。

在该案中,巴尔地摩市为修筑街道而改变了河流流向。分流导致大量泥沙淤积在原告拜伦拥有的码头,水深变浅使得绝大多数船只不能靠岸,因而使码头失去商业价值。拜伦宣称,作为州政府的分支,市政府的措施构成了第五修正案意义上的私有财产占取,因而要求公正补偿。马歇尔首席大法官传达的法院意见否定了原告的要求,明确判决《权利法案》不能被用来限制各州政府:

本案的问题极为重要,但并不困难。联邦宪法是被合众国人民为自身及其政府——而非各州政府——而制订与创立的。每个州为自身创立一部宪法,并在该宪法中,为其特定政府的权力提供它所认为合适的限制。合众国人民缔造了他们认为最适合其特情且最能促进其利益的合众国政府。他们授予合众国政府的权力,将由他们自己来行使;且普遍措辞所表达的权力限度,自然也必适用于联邦宪法所创立的政府。这些权限是宪法自身设置的,而非不同州的人民为了不同目的而缔造的不同政府。[因此,第五修正案必须被理解为限制联邦政府权力,而不适用于各州。宪法第一条]第九节列举了施加于联邦政府的限制,第十节则列举了施加于各州立法机构的限制。[如果]在第一条第九款与第十款,宪法正文简单明确地区分了施加于联邦政府和各州政府之上的限制;如果适用于各州权力的每一项限制都运用了直接表达这种意图的文字,那么要偏离这种安全和谨慎的修宪方式,就首先必须找到某些强烈理由。但我们未能发现[这类理由]。假如这些修正案被设想去限制各州政府的权力,那么其制订者一定会模仿宪法原来的缔造者,并把这种意图表达出来……

但普遍承认的历史是,制订合众国宪法的伟大革命曾遭到强烈反对。当时广泛流行的忧虑是:那些守护我国利益的爱国政治家们认为对联邦必不可少的权力,对于取得联邦所寻求的无价目标确实是必要的,但也可能以危及自由的方式被行使。在几乎每一个州的宪法批准大会上,都建议过采纳修正案以防御权力滥用。这些修正案要求防止联邦——而非各州——政府的侵权。为了符合如此普遍表达的公共情绪,并平息广泛存在的忧虑,修正案根据宪法要求的多数而在国会受到提议,并被各州批准。这些修正案并未包含任何措辞,以表露它们适用于各州政府的设想。本院并不能如此运用之。我们的意见是:第五修正案的[公正补偿]条款仅被设想来限制合众国政府的权力,而

[27] Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U. S. 243.

不适用于各州立法。因此,我们认为[州的行动]和合众国宪法之间并不存在矛盾。因而本院对诉因没有管辖权;撤销案件。

探讨 宪法解释的特殊性

在上述1803年的“马伯里诉麦迪逊”决定中,马歇尔法官指出:“人民具有原始权利,为其未来政府创立在他们看来最有利于自身幸福的原则;这是整个美利坚构架得以建立的基础。这项原始权利的运用是一件极为宏大的努力;它不能——也不应该——被经常重复。因此,如此建立起来的原则被视为是基本的。且由于来自[这些原则]的权力[具有最高权威]且难得变动,它们被设计为永久性的。”在1819年的“美国银行案”(见本书下一章),他进一步指出:

宪法条款被设计去经受漫长岁月的考验,因而必须适应人类事务的各种危难。假如要在所有未来时期去规定政府执行权力的手段,那就完全改变了这部文件的特性,并赋之以普通法典的性质。紧急情况至多只能被模糊预见,并只有在发生时才能被解决;如要用一成不变的规则去处理这类情形,那必将是不明智的企图。如要宣称只有那些立法手段——而非最佳手段——才能获得使用,否则授权即为无效,那就将剥夺立法机构的能力,以利用经验、运用理性并调节立法去适应形势。假如我们把这种解释原则应用到政府的任何权力,我们将发现它在运作上是如此有害,以致不得不抛弃它。

宪法解释不能过分严格,否则会束缚立法机构的手脚。

在1816年的“英民地产充公案”^[28](详见本书第五章)斯道利法官(J. Story)类似地指出:

宪法不可避免地采用广义文字。在制订我们伟大的自由宪章时,如果琐细地规定权力或宣布实施这些权力的手段,那将不适合大众目标……这项文件并非被设计来适应区区几年的紧急需要,而是将承受漫长岁月的流逝。我们不可预见,怎样的权力变化和进步将对宪章的普遍目的是不可缺少的,或什么在现在看来有益的限制与规定,最终却可能推翻系统本身。因此,宪法权力表达于广义的文字中,允许立法机构去不时自行采纳手段以实现合法目标,并按照我们的智慧和公共利益的要求,去模制与设计其权力的行使。

根据上述观点,宪法和普通法相比有什么特殊性?(参考本书第一章)这些特殊性对于宪法解释意味着什么?

[28] Martin v. Hunter's Lessee, 14 U. S. 304.

第五节 法院与民主——司法审查的政治含义、问题及启示

以上论证了司法审查的必要性。没有司法审查机制,宪法就不能获得有效的实施,就在实践中失去了法律效力,因而就不能成为真正意义上的“法”。然而,如果司法审查对于宪法效力是不可少的,它也产生了独特的宪法权力关系问题。这个问题在民主社会中是敏感的,因为从事宪法审查的法官一般不是由公民直接选举出来的,而且为了保障其独立性,审查过程在很大程度上隔绝于民主政治的压力。因此,问题自然是在保证司法独立性的同时,如何同时保证法官们在其职权范围内适当行使宪法审查的权力。司法独立是司法公正的前提,但两者同时又可以是一对矛盾。这当然不是什么新鲜的观点,因为这对矛盾同样存在于任何法治国家。但对于宪政而言,这对矛盾尤其突出,因为宪政的含义不仅是授权一个带有司法性的机构去审查代表人民的议会所通过的法律,并撤销它认为违宪的法律,而且这个机构的决定很可能是最终的。毕竟,法官也是普通人,且根据公共选择理论的预言也有可能滥用自己的权力。

司法审查可能和民主政治发生矛盾。

司法审查的问题于是就成为如何监督监督者。一方面,在宪政国家,法官(即从事宪法监督的司法性官员)监督着立法行为;另一方面,司法监督的权力本身也必须受到监督——通常是修宪或立法机构的监督。第二种监督的有效程度取决于宪法的修改机制:在“柔性宪法”国家,对审查机构的立法监督相对比较有效;在“刚性宪法”国家,立法监督则难以(甚至不可能)发挥作用。以下分别探讨司法审查在这两类国家的政治影响。

只有在刚性宪法国家,立法机构对司法的监督难以发挥作用。

一、司法审查的政治含义

在“刚性”宪法国家,司法审查权尤其受到争议,因为既然宪法修正非常困难,但宪法有时又必须获得修正以和时代保持一致,法院实际上成了修宪机构。尤其是在联邦国家,修宪的权力往往不在中央议会,而经由各州同意的修宪过程又极为漫长、困难。即使中央议会的绝大多数代表都不同意宪法审查机构的决定,它也很可能没有能力纠正这项决定。这样,宪法文字难以改变,但宪法文字的意义又必须随着社会的发展而进化,因而需要审查机构对宪法条文进行灵活解释。通过创造性的“解释”,法院更新着宪法条文的含义,使宪法在外观不变的情况下仍然“活着”。在这些宪政国家里,对宪法解释权力的监督基本上是通过解释机构的自我控制,而控制力度部分取决于司法解释的方法,因为解释方法往往决定了司法审查的自由裁量权之范围。在上述四

条文主义和历史主义方法对司法裁量权的限制比较严格,结构与目的性解释则相对宽松。

种方法中,条文与历史主义方法比较严格,因而司法自由裁量权较小;结构与目的性解释则比较宽松,因而对应着相对较大的司法权力。一般来说,只有宽松的解释方法才能允许一部刚性宪法随着时代的变化而成长。当然,这并不是说宪法解释可以是任意的,而不受任何社会或政治控制;相反,法院对宪法的解释必须获得社会的普遍认同才能确立并生存下来。因此,刚性宪法的成长固然往往起源于司法解释的创新,但毕竟脱离不了宪政文化的社会土壤。以下两个案例清楚体现了美国宪法作为“活的宪法”是如何成长的。

案例 司法失败——罗斯福新政与最高法院的抵制

在19世纪末期,资本主义现代工业——尤其是电气和铁路——的发展,产生了全国性的经济规模,因此也产生了对全面政府调控的需求。一方面,庞大的企业和贸易规模往往超出任何一州范围,使各州政府无能为力,只有联邦政府才能有效调控现代经济。尤其是在1929年的大萧条之后,政府干预市场的需要体现得更为明显。1932年,民主党候选人罗斯福当选总统,开始制定一系列立法以恢复经济,从而开始了所谓的“新政”(New Deal)。然而,最高法院仍然念念不忘经典自由主义,试图维持最少政府干预和财产权利不可侵犯的传统观念,并根据自身对宪法的理解来限制政府职能,因此接连宣布联邦和各州的经济调控法律违宪。最高法院对新政的顽固抵制最终触发了一场宪政危机。

在这个时期,法院约束联邦政府的手段之一,就是对“州际贸易”的范围给予狭隘的解释,要求调控事项只和贸易“直接相关”,而不能扩展到州际贸易开始之前或结束之后的活动。为此,法院截然区分“贸易”(commerce)和“生产”(production)或“制造”(manufacturing)概念:州际贸易只限于和各州贸易直接相关的事项,包括直接附属于商品的买卖和运输,而不包括把材料转变为成品的生产制造过程。否则,国会不但可以调节贸易和制造业,也可以调节农业、渔业、股票公司和其他一切人类活动,其权力范围就将变得漫无止境。

因此,在1935年的“谢克特家禽案”中,^[29]罗斯福政府的一项主要政策——《全国工业恢复法》(National Industrial Recovery Act)——受到挑战,并因为超越州际贸易条款而被法院宣布违宪。这项法案授权联邦政府,“为工商业制订公平竞争的规则。”在它授权下,执法机构不遗巨细,制订了几百条行政规章。其中之一就是“家禽规则”(Live Poultry Code),它规定了家禽业工人的工时和工资限度。该案涉及纽约市的家禽销售,其中96%的家禽来自外州。谢克特是家禽销售商,他从市管理委员会那里买来家禽,然后运往他

美国最高法院对新政措施的抵制产生了宪法危机。

联邦最高法院对宪法的“州际贸易”条款采取狭隘解释,宣布国会立法违宪。

[29] Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U. S. 238.

在布鲁克林的屠宰场。联邦行政机关裁决,谢克特工厂违反了“家禽规则”所规定的工资和工时限制,谢克特则宣称政府法律违宪。政府在法院的辩护是:工人的工时和工资将影响产品价格,靠高工时和低工资获得的廉价产品将降低市场价格,增加市场对便宜物资的整体需求,并最终破坏整个价格结构;而既然政府有权保护整个大陆的贸易,它也就有权调节工时和工资。但首席大法官休斯(C. J. Hughes)排斥了这种论点,认为工时和工资对州际贸易缺乏“直接影响”,因此谢克特的企业活动属于联邦无权调控的州内贸易。

最高法院的个别成员最后自行转变观念,结束了和总统与国会的抗衡。

在遭到法院的一系列抵制之后,罗斯福总统提出了“填塞法院计划”(Court Packing Plan),从而使最高法院和总统与国会之间的矛盾达到高潮。当时最高法院有六名法官超过70岁,而其中四名是“保守派”。罗斯福提议在九名法官之上,新增六名法官,美其名曰“帮助”法院处理案件,实际上是要通过任命新法官,使法院受控于支持新政的力量之手。法官们一致表示现行法院完全有能力处理案件,并不需要总统“帮助”。最后,鉴于它给三权分立原则带来的明显威胁,总统提议未能获得国会通过,因而没有实现。最后,在1937年的一个案例中,^[30]法院自行改变了态度,并在此后大大放宽了对政府经济调控权的限制。宪政危机遂告结束。

思考 大多数人都认为“新政”标志着最高法院的“失败”。你是否同意这种观点?“新政”的这段经历是否和制宪者当初的设想相矛盾?

案例 司法成功——“校区隔离案”

各州“平等隔离”政策的合宪性受到最高法院承认,纵容州政府进行种族歧视。

在美国内战结束后,蓄奴制被联邦宪法取消,第十四修正案规定各州必须对所有人给予“平等保护”。然而,种族歧视却以各种方式继续变相存在着。种族歧视得以合法存在的一种方式叫做“平等隔离”,当时为许多州所采纳。所谓“平等隔离”,主要是针对黑人的种族隔离政策,规定州内的旅店、列车、剧院等公共场所应把黑人和白人隔离开来,但为他们提供对等的设施,以避免公然违反第十四修正案的“平等保护”规定。在1898年的一个案例中,^[31]联邦最高法院明确承认了“平等隔离”的合宪性,从而默认了州政府的种族隔离政策。在公共学校,州政府更是有恃无恐地采取种族歧视政策,授权白人学校

[30] NLRB v. Johns & Laughlin Cp., 301 U. S. 1.

[31] Plessy v. Ferguson, 163 U. S. 537.

拒绝接受少数民族的孩子。^[32]

到了20世纪50年代,最高法院在沃伦首席大法官(C. J. Warren)的领导
下活跃起来,并使第十四修正案的“平等保护”条款获得真正的生命力。在
1954年的“校区隔离第一案”(或称布朗第一案),^[33]最高法院终于宣布各州
对中小学实行的“平等隔离”政策违宪,从而推翻了半个多世纪前“车厢隔离
案”的结论。“校区隔离案”是来自坎萨斯、南卡罗兰纳、弗吉尼亚和德拉华四
州的集体诉讼(class action)。它们共同的主题是:所在州的黑人公民起诉州
法对中小学采取的“平等隔离”政策。在各州决定中,坎州和南卡法院认为隔
离学校的设施已经“平等”,因而驳回原告要求;弗州和德拉华法院则认为设
施尚有欠平等,因而弗州法院要求州政府实行进一步平等化,而德拉华法院则
要求白人学校录取黑人学生。所有州法院都维持了州法的“平等隔离”条款。
但在沃伦法官的意见中,联邦最高法院判决种族隔离是“内在不平等”的,因
此必然侵犯“平等保护”原则:

我们现在考虑所提出的问题:即使物质条件和其他“有形”因子可能平
等,在公立学校对儿童实行纯粹基于种族的隔离,是否剥夺少数民族的孩子获
得平等教育的机会?我们相信这种隔离确实剥夺平等机会……纯粹基于种
族而把这些孩子和其他类似年龄与资历的孩子隔离开来,将对他们在社团
中的地位产生低人一等的感觉,并可能以难以复原的方式影响他们的心灵
和思维。……隔离的教育设施是内在不平等的。原告或其他处境相似的人,
被剥夺了第十四修正案保障的法律平等保护。

在最高法院“取消隔离”(desegregation)的决定下达之后,全国各地反应
强烈。在南部各州,法院决定的实施遇到来自政府和社会的巨大阻力。鉴于
这些困难,最高法院于次年下达“校区隔离第二案”的决定,^[34]授权地区法院
根据当地实情,采取合适步骤来逐渐取消隔离。但“校区隔离案”的判决只标
志着取消隔离运动的开始。在蓄奴制被取消近一个世纪的南部,种族歧视仍
然根深蒂固。一些州与地方政府或公开抵制法院决定的实施,或对私人团体
的暴力行为熟视无睹。如1957年,在阿肯色州的小岩市(Little Rock),一群
暴徒阻挡黑人学生进入刚被取消隔离的白人学校。联邦政府被迫动用军队,
以保护这些黑人孩子安全入校。1965年,阿拉巴马州的州长华利斯(George
Wallace)竟亲自站在校门口,阻挡黑人学生进入原来全为白人的公立学校,只
是在联邦部队到来后方才退却。取消中小学的种族隔离,是通过数百乃至上

1954年的“校区
隔离第一案”宣
布在学校实行的
“平等隔离”政策
违宪。

法院决定的实施
曾受到地方政府的
阻挠,迫使法院
进一步直接干预
地方教育。

[32] Gong Lum v. Rice, 275 U. S. 78.

[33] Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U. S. 483.

[34] Brown v. Board of Education, 349 U. S. 294.

千次诉讼才获得部分完成。到 60 年代末,法院逐渐失去了耐心。各地学校专区(school districts)被给予机会,自行制订计划以取消种族隔离。如校区仍然坚持消极抗拒,法院将直接颁布命令去实现种族结合。由于乡村居民隔离程度较小,乡村学校的种族交融相对容易进行。在城市,由于黑白居民倾向于分别居住不同的区域,取消城市学校的隔离存在实际困难。为此,法院发明了独特的“校车接送”(busing)系统,把居住不同地区的学生送出本地学校,从而打破了城市居住的种族隔离限制。

虽然“校区隔离案”的决定也遭到了某些社会势力的抵制,但历史证明这项司法决定获得了美国社会的普遍支持;事实上,它唤醒了公民对平等的意识,并为 20 世纪 60 年代的公民权利运动奠定了基础。

思考 对比最高法院在“新政”期间的不同遭遇,你认为以上两个案例在性质上是否有任何不同?——还是事后论英雄,“胜者为王败者寇?”

评注 司法自律——“政治问题”理论

既然民意代表机构对司法审查的监督在美国这样的刚性宪法国家极其困难,法院的自律就显得尤其重要。至少,法院不应干预宪法留给民意代表机构作出的某些决定。这类问题不是司法机构所能决定的“法律问题”,而是由政治机构决定的“政治问题”(political questions),因而法院不应受理。事实上,正是在马伯里诉麦迪逊这个案例中,首席大法官马歇尔首次提出了政治问题理论。他认为某些问题在性质上属于政治领域,应由政治机构——由民选产生的总统和国会——决定,且决定者直接通过选举过程承担政治责任。这类“政治行为”通常没有受到宪法或法律的明确规定,因而也不适合法院干涉,唯一的控制渠道是通过选举迫使政治决策者为这些决定向选民负责。在这个意义上,马伯里决定不仅建立了司法审查制度,而且同时隐含着司法审查的界限,也就是政治与法律问题的基本分界。马伯里决定首先发展了“政治问题”(political question)理论的雏形,后来的判例又逐步完善了这种理论。

在 1962 年的“选区划分案”,^[35] 美国最高法院系统地提出了判断政治问题的标准。田纳西州不顾人口分布的显著变化,仍沿用 1901 年划分选区(Reapportionment)的法律,通过削弱代表比例来排斥黑人选民,因而被指控为违

[35] Baker v. Carr, 369 U. S. 186.

反宪法的平等保护与平等选举保障。在决定实体问题之前,法院首先必须决定选区划分是否属于其不应干涉的政治问题。州政府声称该案属于政治问题,但最高法院予以否认,并判决法院有权审查州的选举法。在多数意见中,布伦南法官(J. Brennan)阐述了政治问题理论,并提出了判断政治问题的六个因素。由于这些因素彼此之间的相互联系,它们大致可归为三类。第一,管辖权问题,也就是宪法是否把司法性裁决权委托给政府的另一个分支?第二,司法标准问题,也就是法院是否具有可操作的法律规则之指导?第三,所谓的“审慎”(prudence)原则,其含义是法官承担较少的政治责任,因而应尽可能避免行使司法自由裁量权。此后,“政治问题”成为约束美国法院干预政治决定的宪政理论。

二、欧洲经验及其对中国的启示

如法国经历证明,虽然对执法和司法决定的法律控制早已在法治国家得到确认,但对法院是否有权去审查代表人民意志的议会立法这一问题,至今却仍有争议。尽管第五共和宪法和德国《基本法》都明确建立了宪法审查机构,因而欧洲宪政国家无须马伯里式的传奇就确立了宪法审查制度,但这类机构的权力范围则仍然不断受到争议。由此可见,宪政与民主的关系并不是美国的特殊问题,而是宪政国家普遍存在的问题。这里仅通过法国和德国的经验,说明不同国家如何处理宪政与民主的辩证关系。

(一) 法国——通过修宪实现立法主权

如上所述,部分由于法国革命的遗产,三权分立 in 法国历史上采取了排斥法院审查的特殊形式。第五共和从根本上改变了传统理论,但这种变化的开端在于立法和执法权力之间的重新分配:议会失去了干预一切事务的权力,立法权被限于制订基本原则,且不得侵犯内阁制订具体或补充规章的权力。司法权则仅受到有限的加强:普通法院和国政院的权力和地位原封不动,并在此之上建立了专门从事宪法审查的宪政院;但建立宪政院的初衷乃是为了保障落实新的分权机制,而非纯粹基于任何宪法或其他超越原则去推翻议会立法。然而,实践的发展逐渐偏离了这一初衷。通过发展复杂与完善的案例法体系,宪政院同时保护内阁与议会的宪法权力。且如下所述,尽管受到事前审查程序的限制,宪政院已成为有效保障实体权利的特殊机构。

美国的司法审查之所以产生这么多争议,主要是因为联邦宪法是一部相当“刚性”的宪法。对于“柔性”宪法,由于制宪机构能够相对容易地改变宪法文字,因而司法审查不应和民主原则发生太激烈的冲突。“柔性”宪法一般和单一制国家联系在一起,因为在那里,制宪机构一般就是中央立法机构,而中央机构的集中修宪过程总要比修宪权力被“下放”到地方的分散修宪过程简

宪政与民主的潜在矛盾同样存在于欧洲。

柔性宪法的修宪比较容易,因而减轻了宪政和民主之间的矛盾。

易。法国与中国都是单一制国家,而其宪法都是属于“柔性”的,因而宪政审查制度并不和民主相矛盾。

法国宪法的修正比较频繁,有时直接否定宪政院的宪法解释。

我们已经看到,法国宪法的“司法化”并不是没有经过争论与抵制。然而,法国作为一个单一制国家的修宪机制部分化解了民主与宪政的矛盾。法国宪法允许立法机构仅通过超多数程序就能修正宪法,从而有效防止了宪政院把自身意志凌驾于人民代表之上的反民主倾向。当然,这自然产生了宪法在什么意义上高于普通法律的问题:如果宪法和普通法律的修改程序差不多,那么当两者之间发生冲突的时候,议会可以选择修改宪法而不是法律。这在1993年确实发生了:在宪政院判决新移民法的几项条款侵犯了1946年宪法前言之后,议会两院以3/5超多数成功修宪,明确允许移民法的通过,因而压倒了宪政院的宪法解释。(Wright,1995;Dadomo and Farran,1997:155)最后,也是最直接的,法国宪法的修宪频率也充分体现岫民选机构的作用:在密特朗(Mitterrand)任总统时期的最后18个月,法国一次就通过了三项修正案;而在希拉克(Chirac)就任总统的9个月内,议会已通过了两项宪法修正案。(Wright,1996)法国的问题并不是宪法太稳定以至宪政院成了改变宪法实质含义的“超级议会”,而是它似乎太不稳定,立法机构可以随时利用修宪去做它通过普通法律就能做的事情。

思考 法国解决宪政与民主这对矛盾的方式可能存在着什么问题?如果立法机构可以随便修改宪法,那么宪法在什么意义上还是“更高的法”?关于马歇尔法官对这种结果的批评,参见本章的马伯里决定(或张千帆,2000:43—44)。

(二) 德国——宪法修正与宪政法院的作用

在德国,宪政法院通过两种方式去宣判法律之违宪:宪政法院可以判决法律因违宪而无效,并在决定下达时停止效力;它也可以判决法律违宪,但并非无效。后者被称为训诫决定(admonitory decision),即如果法律和《基本法》相抵触,立法机构将被要求修正法律;但在作出修正前的过渡时期,该法律仍然有效。训诫决定避免直接宣布法律之违宪,因而缓冲了宪政决定的政治影响。

在现实中,宪政法院注重大陆法系的“司法节制”(judicial restraint)传统,自觉接受三权分立理论之约束,充分尊重政府的立法与行政裁量权。尽管如此,“司法能动”(judicial activism)的结果仍然是不可忽视的:到1987年为止,宪政法院共宣布391项法律与规章违反了《基本法》,其中70%是联邦法律。

司法的政治化与政治的司法化似乎不可避免。由于宪政审查允许政党起诉宪政法院,民主政治过程中的失败方可以诉诸法院,以期反败为胜。因此,由少数法官组成的宪政法院可能利用司法与宪政审查权,来干预民主政治。这种危险并非天方夜谭。民意测验表明,宪政法院获得近3/4的公众信任,高于联邦政府中任何其他分支。宪政法院的公共威望,使得其存在本身即可能震慑联邦议会,甚至阻碍立法的自由活动。

德国宪政法院相当频繁地宣布议会法案违宪,但仍享有崇高威望。

归根到底,和美国的最高法院类似,宪政法院的职能与其说是控制其他宪法机构,还不如说是保持宪法所规定的分权结构之合法性。但要保护政府其他分支的合法性,宪政法院就必须在公众心目中维持其本身的合法地位。在《联邦德国的宪政法理学》一书中,美国学者考玛斯(Kommers)教授指出:“在德国体制中,法院的最终合法性在于其道德权威,在于政府机构对其命令的自愿服从。”权力机构自觉服从法院决定的根本原因,还是在于整个民族的法治观念。正如前宪政法院法官鲁普(Rupp)指出:“实施法院决定的唯一将士,乃是它的道德权威、有关人士的良知,以及最后希望——人民对法律和良好政府之尊敬。”

值得指出的是,部分由于地域和政治传统上的差异,联邦德国的修宪程序要比美国简单得多。如果不触及第1条或第20条所定义的《基本法》核心,那么只要议会两院的2/3多数通过立法,《基本法》无须经过各州议会的批准即可得到修正。在创立后不到半个世纪的时间内,《基本法》已先后经过不下八十处立法修正,远比具有二百年历史的美国宪法频繁。这也意味着,如果德国的立法机构不同意宪政法院对《基本法》的解释,它能够通过非常立法程序来修改《基本法》之含义。因此,和美国宪法相比,《基本法》似乎更接近立法的法律,而不是法院的法律。一旦时代变化使得《基本法》的修正成为必需,德国的参众两院就可及时作出必要的文字修正,从而减轻了宪政法院通过司法解释来扩充文字含义之负担。然而,《基本法》的立法文字改动至今多属次要;即使像两德统一这样的重大事件,也不能更改德国公民权利和基本国体之实质。因此,在某种意义上甚至超过美国的最高法院,联邦宪政法院将始终是《基本法》中心原则的最高阐释者。

德国《基本法》也是相对“柔性”的,但其中包括了少数不可修正条款。

和法国、德国一样,中国宪法也是“柔性”宪法,且并没有任何不可修改的“永久性条款”,因而授权独立机构依据宪法去审查立法并不表明该机构超越了人大的权力;如果相当多数的人大代表不同意该机构的结论,它可以简单通过2/3多数对宪法进行修正,或可以在宪法中规定适当机制,以允许人大通过多数或超多数直接纠正审查机构的个案决定。通过修宪或其他机制,宪政审查既能保证人大立法的合宪性和权威性,又能保证人大仍然掌握最后的代议制主权,并及时纠正不适当的司法决定。

中国宪法的“柔性”程度比较高,因而全国人大仍然可以通过修宪维持其宪法最高权力。

良好的宪政制度必须使立法机构和宪法审查机构开展有益的对话。

当然,矛盾总是会有;任何机制都不可能消除人类所必然面临的矛盾,回避宪政审查也同样是如此。宪政的宗旨是要使政治服从宪法,使民主过程受制于司法控制。这就决定了宪法是一部“政治法”,决定了司法性质的机构必须能够干预民主政治,从而产生了司法过程所代表的精英政治和议会过程所代表的大众政治之间的冲突,并有时表现为少数人权利和多数人利益之间的冲突。作为理性动物,人所能做的只是使不同性质的机构能够相互控制,同时尽量减少制衡所产生的能量浪费与内耗。这表明议会过程完全不受控制或完全受制于司法控制,都是失衡的表现;更为合理的体制应该让议会和它的审查机构进行一种有益的对话,其中司法性机构对立法行为有所控制,但立法最终还是能体现至少大部分公民的意志。

第三章复习题

1. 回顾“马伯里诉麦迪逊”,马歇尔大法官的论证是不是无懈可击的?宪法是不是必须“司法化”才能获得法律效力?
2. 法国为什么一直反对司法审查?第五共和的转变又说明了什么?
3. 回顾中国“宪法司法化第一案”,宪法的“司法化”可能会产生什么问题?这些问题是否能在现行宪法的框架下获得比较圆满的解决?
4. 什么是普通法院模式与专门法院模式?试解释事前审查与事后审查、抽象审查与具体审查,并阐述官员提起争议与公民原告之间的相互关系。
5. 和普通法律相比,宪法解释有何共同性或特殊性?
6. 为什么说法院与民主的潜在矛盾在“刚性”宪法中尤其突出?美国最高法院在历史上的“成功”和“失败”可能具有哪些启示?中国宪法的“柔性”具有什么含义?

第二部分 国家权力的结构与组织

第一部分介绍了宪法(学)的基本概念,这部分讨论宪法所设计的政府结构。之所以在基本权利之前讨论政府结构,并不是因为权利不重要——它无疑是最重要的,并构成了宪法的最终目的,但笔者同意美国制宪者的观点,即合理的政体设计是权利保障的前提。没有科学的制度设计,对权利与自由的侵犯就可能会防不胜防,况且即使是针对政府侵犯所设置的审查与监督机制,最终也是依靠政府本身的一部分——普通法院或其他司法性审查机构——才得以完成的。因此,政体设计不合理,权利就成了一句空话;要保障权利,首先要探讨什么是对权利保障最有效的政府体制——就和要实施宪法,首先要设立宪法审查机制一样。

合理的制度设计是权利保障的前提。

第二部分共分为三章。第四章讨论国家结构或“纵向分权”(vertical separation of powers)问题,即中央和地方权力的关系。(参见本书第一章,图 1.5)这是一个必须首先讨论的问题,因为明确了中央和地方政府的性质及其关系,才能有意义地谈论中央政府或地方政府内部的权力配置。政府组织或“横向分权”(horizontal separation of powers)是第五章的内容。第六章讨论政府机构的产生机制。在现代民主社会,制定国家基本政策的政府官员一般是通过民主选举产生的,而政党在选举中发挥着关键作用。

第四章 国家结构形式

——单一制、邦联制与联邦制

如果给你一片土地去建立一个国家,你首先要考虑的是你的国家应该具有一个什么样的权力结构。如果你的土地有方圆好几百里,人口也有好几百万,那么你会发现只建立一个政府是管不过来的。你首先要根据人口的众寡和面积大小,把你的国家分割为若干块,在每一块都成立一个政府,赋予它管理人民的权力。然后,你得考虑这些不同地区的政府之间应该是什么关系;分而治之解决了管理问题,但同时带来了协调问题。如果这个地方发行一种货币,那个地方发行另一种,或这个地方对所有别的地方来的货物都征收很高的管理费,或不允许其他地方的人来这里开公司,或者某种权利被这个地方认为是必不可少的,但在别的地方却被认为碍手碍脚,或者这个地方的法院遵循一种程序,别的地方法院遵循完全不同的程序,那么你会发现这些差异可能对统治是极不便利的。所以,你需要建立某种机制协调地区之间的法律差异。你可以让这些所有这些地方都成为“独立王国”,然后指望它们之间达成条约;你也可以在允许地方独立性的同时迫使它们承认某些基本的共同原则,在某些方面受制于统一的中央法律调控,或索性建立一个强大的中央政权直接命令各地政府。

任何民族或国家都有多种制度选择。

不论如何,这些是我们在本章所要考虑的问题。国家结构的形式是指国

现代国家的结构主要分为单一制与复合制,复合制又按其整合程度分为联邦制和邦联制。

联邦和邦联都是范围广泛的概念,代表一系列整合程度高低不一的政体。

家各部分领土的政治权力之间的关系,主要包括中央与地方政府的权力关系。现代国家的结构主要分为两种:单一制与复合制,复合制又按其整合程度分为联邦制和邦联制。单一(unitary)制,又称中央集权制,是指国家政治制度是一个中央控制下的统一整体,主要表现为国家只有一部宪法和一个最高中央政府,地方政权从属于中央政府的领导、授权或委托。复合(compound)制则更为复杂、有统有分,主要表现为国家具有一部以上的宪法,中央政府权力有限,而地方政府则高度自治。

本章分为三节。第一节首先讨论联邦制度。之所以如此,是因为联邦制是一个范围最广泛的范畴。在松散的一极,它可以表示由普通条约联系起来的独立国家;在集中的一极,它可以用来表征一个实行单一制的中央集权国家。探讨联邦制可以开阔视野,使我们看到垂直权力关系的各种不同可能的组合,并追究它们的背后的原因、后果及理由。第二节讨论邦联制度。和联邦类似,邦联也是一个范围广泛的概念。这一节将介绍两个例子:相当紧密的欧洲联盟和极为松散的联合国。最后,第三节讨论单一制,简单介绍了法国的特点,重点介绍了中国的中央与地方关系。

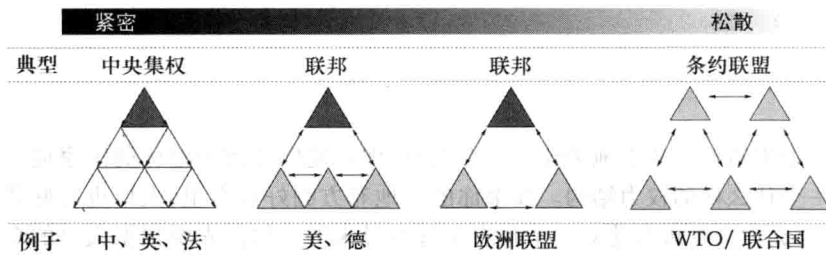


图 4.1 联邦、邦联和单一制

从左到右,国家权力结构从紧密到松散。

第一节 联邦制度

在复合政体中,联邦制代表相对紧密的政体结构。联邦国家具有统一的中央宪法,中央政府代表国家主权,并一般掌握着国家的军事和外交权。邦联制则更为松散,一般由条约联系在一起的成员国组成,因而不能被称为一个“国家”,也不具备一部统一的宪法。(但也存在例外,下详)

目前,除中国以外的几乎所有“大国”都采取了某种形式的联邦制。世界

上的联邦国家包括美国、德国、加拿大、澳大利亚、印度、俄罗斯等国。

一、联邦制的思想渊源

美国是世界上第一个联邦国家,在建立之初曾进行过相当仔细的考虑与辩论,且以后为世界各国联邦国家所借鉴与效仿,因而讨论美国联邦的建立具有普遍意义。如本书第二章所述,美国立宪的首要目标是保障政治多元主义,联邦制就是为了保证多元主义的第一个体制选择。因此,联邦体制的建立并不是偶然的,而是美国制宪者在考察古今不同国家体制的利弊得失之后有意识作出的选择。当时,美国处于政治的十字路口,就国家的规模来说面临着大、中、小三种传统的体制选择。根据孟德斯鸠的推理,大国适合中央专制,中等国家适合贵族形成的封建统治,小国则适合经典的民主制。(Montesquieu, 1988:124—126)美国没有简单地采纳其中任何一种模式,而是从政治多元主义的需要出发,糅合了不同体制的长处,形成了独特的混合型体制安排。

联邦制是为了保障多元主义的一个制度选择。美国没有简单采纳大、中、小任何一种国家模式,而是形成了独特的混合体制安排。

探讨

民主与规模

公共选择学派的创始人布坎南和塔洛克曾在《同意的计算》一书中指出,代议制所带来的公共利益必须和其成本相平衡。(Buchanan and Tullock, 1962)他们的考虑中心是统治成本问题,目的是在理论上设计一个能使统治成本最小化的宪政制度。他们假想了两种极端情形:由一个人决定社会政策的制度和由全体公民共同决策的制度。第一种制度的决策过程最简单,因而相应的成本也最小,但由于一个人缺乏代表性,其所决定的政策和社会的公共利益之间的差距也最大,因而其统治成本也必定很高。第二种制度最具有代表性,因而可以期望其所决定的社会政策最可能符合公共利益,但由于决策过程极为困难,最终的统治成本必然也相当高。宪政研究的任务是找到一个中间状态,使决策者具有足够的代表性,但规模又不至于太大,决策成本不至于太高。用数学的语言表达,如果 B 代表决策所要实现的公共利益, $p(n)$ 代表决策偏离公共利益的概率, $C(n)$ 代表决策过程的成本,其中 n 是决定决策机构代表性的决策人数,因而 p 和 C 都是 n 的函数,那么宪法设计的目标是使 $p(n)B + C(n)$ 最小化。决策人数太多或太少,都将增加统治成本,因而良好的宪政制度应在两个极端之间寻求一个“平衡”。

公共选择理论寻求一种宪政制度,使得统治成本最小化。

以中国为例,如果把全部立法权都集中在全国人大,那么要达到和美国众议院的代表与选民的同样比例,就要求我国每个人大代表所代表的选民不超过 50 万人,也就是目前近三千人的规模。然而,全国人大并不是一个高效率的立法机构,且由于代表职位的业余性——就和 17—18 世纪的英国一样,普

中国人口数量给代议制带来特殊困难。

通人大代表也没有充分发挥出其应有的立法作用。可以预见,即使人大在将来获得专业化,如此庞大的机构也难以运行。美国众议院只有435名,是全国人大的1/5,而且议员全部是全职工作(尽管正式开会时间只有几个月);尽管如此,众议院的运行已经相当困难,因而不得不组成多个委员会(committees)与分委会(sub-committees)。中国的解决方式是把大部分立法职能转移给人大常委会,后者只有一百多人,但其代表与选民的比例却只有1:1000万。如此低的代表比例,不禁使人忧虑人大常委会的代表性。中国大概是世界上把立法权交给一个常委会的仅有国家,但它确实反映了一个大国的民主难题。

你认为应如何解决中国的人口数量和代议制之间的矛盾?两者之间究竟有没有矛盾?

杰弗逊所代表的小农利益主张建立小型民主国家。

如果美国不应该成为中央专制的大国,这是不是表明整个美洲应该建立一个相对独立的小国(例如在殖民地基础上形成的东部13州),并在每个小国内采取古希腊的城邦型民主——当然不是直接民主制,但是以多数选民为主导的代议制?确实,以杰弗逊为代表的反联邦党人(Anti-Federalists)强烈主张建立小型民主国家,因为他们认为这种制度最能响应大多数人(尤其是社会下层)的需要。(Storing,1981)然而,由于联邦党人的思想在制宪过程中占了上风,小型民主体制并未获得采纳;相反,联邦主义者倡议建立一个大国——不是简单的中央集权制,而是各州具有一定主权但又受制于中央制衡的联邦分权体制。

联邦党不接受纯粹的民主制。

正是为了纠正民主的多数主义倾向,美国制宪者抛弃了小国民主的理想,转而采取共和体制。

制宪者的方案是建立一个权力有限的联邦国家,通过扩展民主的范围来削弱民主的威胁。

和古希腊的“纯粹民主”相比,美国共和有两个特点:“第一,在共和政体内政府权力授予少数被全体选出的公民;第二,共和政体能扩展到更多数量的公民和更为辽阔的疆土。”第一点就是代议制,第二点则是联邦主义的首要特征。公民直接参与的“纯粹民主”必然仅限于小国寡民的农业社会,至多只能实现松散的邦联制;代议制可以通过调节代表与选民的比例,使民主可被扩展到地大物博、人口众多的工业国家,从而为联邦制奠定了政治基础,而后者将使“共和国内的派系不那么可怕”。麦迪逊的推理是:

社会越小,特殊党派和利益集团的数量就越少;不同党派和利益团体的数量越少,相同党派形成多数的机遇就越频繁。况且形成多数的个体人数越少,其范围越狭窄,他们协作并实现压制计划就越容易。扩大范围,你将带入更多多样化的党派和利益集团,你将减少全体的多数具备同样动机去侵犯其他公民权利的可能性。即使这种共同动机存在的话,它也将使所有人更难察觉到其存在和发现自身力量而彼此一致行动……因此,共和相对于民主政体在控制

帮派效力上的优势,同样为大型相对于小型共和国所享有,同样为联邦相对于各州成员所享有……派系首领的影响可以在特定的州内煽动火焰,但不能把大火蔓延到其他各州。一个宗教派别可能在邦联的一部分演变成政治派系,但散布于各地的多种宗派必将保护国家政体免受那个宗派的危害。为纸币、为取消债务、为平等分配财产或为任何其他不适当或邪恶的计划——所有这些狂热可以侵扰某个特定的联邦成员,但不能同样容易地弥漫整个联邦;就像天花可能侵染某个特定的县或区,但不能感染整个州一样。

因此,通过联邦主义的体制设计,通过把民主扩展到辽阔的美洲土地,美国制宪者“用一个共和国的疗方来医治共和国最易患的病症”。两个世纪的历史表明,联邦制确实为美国的政治多元主义作出了重要贡献。

二、联邦制的基本原则

联邦制虽然强调地方分权,但仍然是一个统一的国家,因而比较平衡地体现了不同方面的需要。以下分述各联邦国家所普遍接受的基本原则。

(一)人民主权原则

联邦国家的一个首要特征是联邦政府由联邦的全体人民——而不是联邦内的各州政府——授权并产生,联邦的宪法和法律也直接针对联邦人民而非各州发挥效力。美国联邦宪法前言第一句话就是“我们合众国人民,为了形成一个更完善的联邦”,特地制定了合众国宪法。由此可见,授权制定联邦宪法的最终权威在于“合众国人民”,而不是当时在邦联松散统治下的各“主权”州。因此,联邦宪法及其法律的制定、修改与适用无须经过各州政府的同意;合众国宪法与法律由联邦人民委托的代表制定,并直接作用于联邦公民而非各州之上。

联邦国家的主权属于全体人民,而不是各州政府。这是联邦区别于邦联的最主要特征。

以下我们将看到,这是一条贯穿美国联邦宪法的基本原则,也是联邦区别于邦联的一个主要特征。当然,某些邦联——例如下述欧洲共同体——的法律也直接作用于邦联公民,(王世杰、钱端升,1997:312—315)但一般而言,邦联的基本法和普通法都由邦联的成员国或州所选派的代表制定,而不是由邦联“人民”——如果存在这个概念的话——直接选举的代表制定。

在这个意义上,联邦还是一个统一的国家,中央政府对外代表国家的主权,对内则在联邦人民的直接授权下进行统治。当然,各州并不被认为丧失了全部“主权”,而是保留了联邦宪法未曾明确或隐含授予联邦的所有权力,因而在某种意义上和中央政府分享着“主权”。以下所说的某些原则——各州自治原则与联邦和睦原则,有限政府原则与联邦最高原则——有时会发生相互矛盾,但它们最后都在人民主权原则那里获得统一。这是因为联邦体制最终是为了整个联邦人民的福利而设计的,其他原则只是这个大原则的具体反映,并必须通过它而获得适当的调和。

联邦是一个统一国家,其授权直接来自于人民而不是各州。

评注 “废止理论”(Nullification Doctrine)

废止理论认为州有权废止联邦法律在州内的效力。

在1864年美国内战结束之前,南部各州曾一度坚持“各州主权”(State Rights),认为个别州具有独立主权,能够废止或拒绝执行州法院自行认为违宪的联邦法律,因而被称为“废止理论”(Nullification Doctrine)。从建国到内战结束以前,至少有七个州的最高法院拒绝承认联邦法院审查州法院决定的宪法权力。直到内战结束后,“废止理论”才告消失。此后,各州官员如罔视联邦法院的判决,联邦法院即可因蔑视法庭(Contempt of Court)罪制裁之,并可要求执法机构帮助强制实施联邦法律。

你认为“废止理论”是否符合联邦的普遍原则和美国宪法的具体规定?

案例 德国宪政第一案——“西南重组案”^[1]

德国宪政法院解释《基本法》对联邦制的保障。

1951年的“西南重组案”是联邦宪政法院成立之后审理的第一个案件,有德国的“马伯里诉麦迪逊”之称。1949年,西德建立了十个州以及具有特殊法律地位的西柏林。在划分州界时,协约国主要考虑了军事与行政便利,而忽视了德国各州的传统延续性。例如在西南地区,盟军把具有一百五十年历史的巴登(Baden)和乌藤堡(Wurttemberg)两州,分割为巴登、乌藤堡—巴登和乌藤堡—霍亨索伦三州。这种做法削弱了公民对各州政府的依附,因而给联邦主义造成不利影响。针对西南地区,《基本法》第118条的临时条款特地允许被拆散的三个州通过协议而进行合并;如果三州之间不能达成协议,那么联邦政府就有权通过立法去重组这些州的结构。

“西南重组案”就是涉及西南地区的三州合并争议。在三州未能达成协议后,联邦政府两次通过重组法案,着手合并三州。其中第二重组法案根据《基本法》第118条,规定了三州合并的具体步骤。巴登州政府以重组法律违反民主和联邦原则为由,启动宪政审查程序,在联邦宪政法院挑战这两项联邦法律的合宪性。在这个历史性案例中,联邦宪政法院第二庭首次对联邦宪法的基本原则作出权威阐述,并为以后的宪政审查奠定了里程碑。对于各州民主自治和联邦利益之间的关系,它明确指出:

[巴登州宣称,]在联邦之内,如果成员州的人民反对合并,那么该州就不得被取消,且联邦宪法在原则上保障各州领土之存在。但《基本法》明确偏离了这项规则。作为不可侵犯的原则,第79条第3款仅保障联邦必须被“分解为州”。对现存各州及其州界,《基本法》并未包含任何保障。相反,从第29

[1] Southwest Case, 1 BVerfGE 14.

条和第 118 条,它允许单个州的边界改变及联邦领土之重组;这类重组可能导致取消一个或几个现存的州。即使违反该州人民的意愿,这种重组仍可以实现。因此,《基本法》采纳了“灵活的联邦国体”……

人民必须在原则上自己决定其基本秩序,乃是民主原则的必然含义。[作为联邦成员,巴登州必然属于该州人民。在民主国家,一州人民具有自决权利。]然而,作为联邦的成员州,巴登并不自主或独立,而是联邦秩序的一部分;其主权在各个不同方面受到联邦秩序之限制……在某种程度上,就组成联邦的成员州而论,民主和联邦主义原则相互冲突。只有两者同时承受某些限制,它们才能达成调和。对于联邦领土的重组案件,问题的性质决定:为了一项更为广泛的整体利益,一州人民的自决权应受到限制。在联邦国体的可能范围内,民主原则受到《基本法》的保障:第 29 条和第 118 条分别规定,联邦全体人民和重组地区人民的意愿,将作出最终决定。

民主自治和联邦主义有可能发生冲突,两者必须受到限制才能相互调和。

(二)各州自治原则

联邦政府固然直接从全体人民中产生,而无须经过各州,但作为一种平衡制度,联邦制区别于集权制的关键之处在于地方自治。只要各州具备适当的调控能力,有关事务就应该通过州的宪法或法律加以调控,联邦不应加以干预;只要不和联邦宪法与合宪的联邦法律或条约发生冲突,各州就有权制定所有必要的法律以处理本州的事务。因此,在联邦制下的各州一般都有自己的宪法和一整套完备的法律制度。这在美国体现得最明显:目前 50 个州都有自己的宪法,因而美国共有 51 部宪法;每个州都有自己独立的立法、执法与司法系统,以及独立的民法、刑法与行政法系统——有些已成为法典,有些则仍是法院维持的判例法。德国各州也都有自己的宪法以及独立的政府组织,但民法与刑法等基本法典则沿用联邦法律。在民国时期,中国也曾一度试图实行“省宪自治”,且少数省份成功制定了自己的宪法。(参见上一章)

地方自治是联邦制区别于集权制的关键之处。

联邦制的优点是它允许各州自治,因地制宜,制定适合当地情况的法律。地方自治也能更好地促进民主原则(参见本书第一章),因为和中央政府相比,地方政府和选民的距离更近,联系更为紧密。同时,联邦制也造成了宪法与法律的多元化。联邦和各州法律可以相互借鉴,且在某种意义上处于互相竞争、“适者生存”的状态。联邦制的缺点是在法律上不是很“经济”,对国家的法律资源要求比较高。且由于很多套法律同时并行,可能会产生大量的法律冲突问题。这并不表明联邦制的法律在逻辑上有任何矛盾,而是它在实践中产生的冲突需要司法机构不断界定不同法律的适用范围。

联邦制能更好地促进民主原则,并造成宪法与法律的多元化,缺点是对国家的法律资源要求比较高。

案例 “西南重组案”(续)

在“西南重组案”中,第一重组法为了避免州议会的重新选举,把州议会的任期延长到重组完成之后。联邦宪法法院判决这项联邦措施违反了民主自治原则:

《基本法》把民主作为政府体制的基石(第二十章和第二十八章):联邦德国是民主联邦国家。在《基本法》意义内,一州的宪政秩序必须符合基于法治的民主国体。联邦政府保障各州的宪政秩序与此政治秩序相一致。《基本法》规定,民主不仅要求议会控制政府,而且禁止以任何违宪手段,去消除或破坏选民的选举权……的确,民主原则并不要求各州议会的任期不得超过四年,或不能为重要原因而延长。但既然各州人民在采纳其州宪时确定了本州议会的任期,这项原则确实要求,任期延长必须经过宪法规定的程序或人民同意。如果未经州选民的同意即组织了被州宪所定期的选举,那么联邦政府就侵犯了公民在民主国体的基本权利——即《基本法》二十八章第三段所保护的选举权。

民主原则要求对地方选举制度的改变必须经过当地选民的同意。

(三) 联邦和睦原则

联邦制度所保障的政治多元化和地方自治不应对整个联邦的稳定与和平产生不利影响。各州或地方政府可能会采取“损人利己”的法律,歧视其他地区的利益。这时,不同地区就会发生矛盾,且如果得不到及时与有效解决,就有可能导致矛盾升级,甚至发生武力冲突。事实上,美国当时之所以采取联邦制(而不是更为松散的邦联制度),重要原因之一正是为了防止地区冲突的出现与恶化。联邦宪法第1条第8款特别授权国会调节“州际贸易”,以防各州的地方保护主义措施导致相互报复,从而破坏整个美洲大陆的共同市场。德国《基本法》第71条也授权联邦政府专门处理个别州的调控可能会“损害其他州或整个政体之利益”的事项。不仅如此,联邦还有权“为了维持法律或经济统一,尤其是维持超出任何一州疆土范围内的生活水平之均衡”,制定“必要”的调控。且宪政法院的案例法进一步要求,联邦和各州都有义务顾全大局,以“效忠联邦”的方式行动,以实现“联邦和睦”(Federal Comity)。

为了妥善解决地方利益冲突,联邦必须发挥协调作用。

案例 州际贸易条款的“潜伏效应”——“牛奶收购案”^[2]

美国联邦宪法第一章第八节授权国会调节“州际贸易”。因此,如果有关事项被法院判决属于“州际贸易”(如跨州交通),那么联邦政府就可合宪加以

[2] H. P. Hood & Sons v. DuMond, 366 U. S. 525.

调控;反之,如果有关事项属于纯粹的“州内贸易”(如某地区的小饭店),那么只有各州可以加以调控,联邦无权进行干预——这是下述“有限政府原则”的基本要义。然而,“州际贸易条款”并没有明确禁止各州干预州际贸易——尽管如果这种干预和现有的联邦法律相冲突,下述“联邦最高原则”要求撤销州的措施,而各州很多措施都对州际贸易具有直接或间接影响。例如州法对食品卫生的规定可能迫使饭店不从外州订购某些食物,州法对州内公路上的车速限制或安全规定无疑也影响了州际交通。问题是,当国会会在特定领域内没有依据贸易条款而进行明确规定时,各州是不是完全自由,还是仍然在某种意义上受制于宪法条款的限制?虽然从条文上看,贸易条款仅正面授予联邦以调控州际贸易的权力,但从一开始,最高法院就承认贸易条款的两面性:即它还具有限制各州调控权力的“消极作用”,这时它又被称为“潜伏贸易条款”(dormant commerce clause)。

美国联邦宪法授权联邦政府调控州际贸易而非州内贸易,同时禁止各州干涉州际贸易。

在1949年的“牛奶收购案”中,波士顿的牛奶经销商试图从纽约州购买牛奶。为了降低运输成本,他想要在纽约州增加牛奶收购站。但纽约州的农业市场委员会认为来自外州的贸易可能给州内市场带来“破坏性竞争”,因而拒绝批准原告的应用。联邦最高法院一致认为纽约州的行为构成了州际贸易条款所禁止的地方保护主义。杰克生法官(J. Jackson)肯定了贸易条款的“潜伏效应”,并精辟指出:

一旦胜利使殖民地摆脱了战争所施加的团结压力,各州就开始走向无序和贸易战。“各州所制订的立法,纯粹出于对自身利益、自身产品的重要性以及其政治或商业地位的优势或劣势之估计。”[这将直接威胁整个联邦的和平与安全。]先辈们迫不及待地保护各州治理内部事务的权力;但与此形成鲜明对比,他们还希望对国际与州际贸易的调控实行联邦化。再没有其他联邦权力的必要性,被如此普遍地受到承认;也没有各州的其他权力,如此轻易地遭到放弃。[正如麦迪逊指出:]“如对贸易缺乏统一调控,各州就将单独行使这项权力;这不仅被证明是失败的,而且产生了敌对、冲突和报复性调控。”对各州之间贸易实行中央调控的必要性是如此显然且被彻底理解,以致贸易条款的寥寥数语,很少被争论所阐明……

美国制宪的主要目的之一是为了防止各州贸易歧视与保护主义。

贸易条款是联邦权力最丰富的来源之一,也同样是它和各州立法相冲突的丰富源泉。尽管宪法授权国会去调控各州之间的贸易,它并未说明各州在缺乏国会行动时可以或不得行使何种权力。[或许]比明文解释更为重要,本院对非同寻常的宪法沉默赋予意义,从而促进了民族团结和繁荣。

历史证明,“潜伏贸易条款”是控制地方保护主义的最有效工具。在过去两个多世纪中,美国联邦法院对各州形形色色的贸易歧视和保护主义措施可以说是毫不手软,确实有力维护了北美大陆的共同市场。从限制出口水电或

美国最高法院对贸易条款的解释要求,各州的贸易规定必须目标合法、手段合理。

天然气等州内资源、到要求生虾或甜瓜在州内加工、到要求牛奶在市中心附近消毒乃至禁止州外废品运输到州内填埋,各州的地方保护主义立法可以说是不胜枚举;如果任由它们泛滥成灾,那就势必割裂全国范围内的共同市场,损害贸易自由并阻碍经济竞争和发展。在这一领域,联邦最高法院发展了丰富的案例法。它们的一个共同要求各州的贸易调控必须具备合法目标,且立法措施必须和所宣称的目标合理相关。所谓“合法目标”,主要是指州内人民的健康、安全、卫生、福利以及社会道德,但不得是纯粹的经济利益或市场稳定——美国法院假定,保证市场秩序和经济效率的最佳途径是促进而不是阻碍自由竞争。因此,任何纯粹为保护州内经济利益的立法都将被视为州际贸易条款所禁止的保护主义立法,因而都将为联邦法院所撤销。

(四)有限政府原则

有限政府原则:如果宪法没有规定,那么这项权力在原则上就不为政府所具有。

几乎所有的联邦宪法都是有限权力的宪法。这是联邦宪法所共享的首要原则,也是解释联邦宪法的一条重要规则。一部宪法可以授权政府维持军队、从事外交、维护治安、建立邮政、调控全国范围内的贸易等等。对于宪法没有明文规定的权力,该怎么处理呢?有限政府原则是说,如果宪法没有规定,那么这项权力在原则上就不为政府所具有。由于宪法只可能授予某些特定的权力,这表明有限权力的政府不具备宪法所没有规定的所有“剩余”权力。

联邦宪法的性质是“授予而非限制”,各州宪法的性质是“限制而非授予”。

显然,和政治多元主义相一致,美国联邦政府是一个有限权力的政府。与构成“原始主权”的州政府不同,新成立的联邦政府被设想为一个有限的政府;它的权力限于宪法授权的范围,尽管这个范围的具体大小取决于对文字含义的解释,且我们将看到,它随着时代而变化。宪法未曾授予的权力,正如后来的宪法第十修正案所言,“属于各州与人民。”因此,各州的宪法被认为是“限制而非授予”(limitation-not-grant),即州政府的立法权力被假设有效,除非它们受到联邦或本州宪法明确规定的限制。与此相反,联邦宪法则是“授予而非限制”(grant-not-limitation),即除非联邦宪法明确授权,联邦权力被假设无效。在理论上,我们可以把宪法想象成定义一些封闭的“权力圈子”。对于各州立法权力,这些“圈子”规定了限制范围:在圈内的权力是被禁止使用的,所有在圈外的权力则被假设允许使用。对于联邦政府,这些“圈子”则规定了授权范围:只有在圈内的权力是被允许使用的,凡是在圈外的权力都被假设为无效而受到禁止。

德国《基本法》也接受有限政府原则。

联邦德国的《基本法》亦规定了有限政府原则。第30条把联邦权力限于《基本法》的授权范围:“除非本《基本法》规定或允许,政府权力之行使和政府职能之履行,乃是加在各州之上的责任。”联邦具有某些专有立法权以及和各州共有的立法权,但不具备宪法所未规定的剩余立法权。《基本法》第70条

第1款规定：“凡是《基本法》未授予联邦的立法权力，各州就有权立法。”州政府具有独立的立法、执法与司法系统。州议会的主要任务，在于制订并通过有关本州事务之法律，并选送代表进入联邦参议院，以影响联邦的立法与行政。

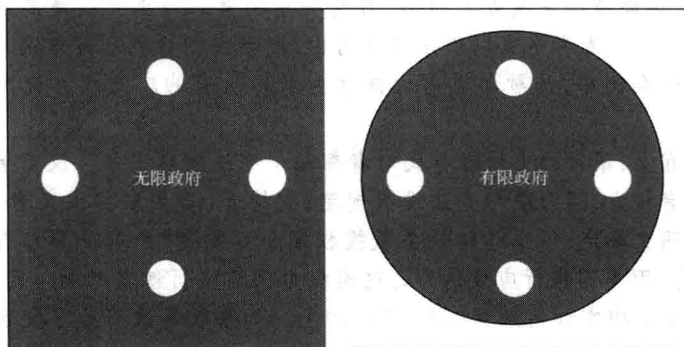


图 4.2 有限政府与无限政府的立法权力范围

对于有限政府，大圆圈代表了宪法授权政府行使的权力；对于无限政府，小圆圈代表了宪法禁止政府行使的权力，除此之外政府可以行使一切权力。有限权力宪法也可进一步明确禁止政府行使某些权力，表现为大圆圈中的一些小圆圈。这些小圆圈对应着宪法的什么条款？

因此，联邦一般被认为只有宪法所明确列举的权力或这些权力中所“必然隐含”的其他权力。但同时应该指出，有的宪法为了便于行使这些权力，规定了一些“弹性条款”。例如美国宪法第1条第8款在列举联邦权力之后，第18项规定：国会“有权为执行上述权力及宪法赋予合众国政府或其部门官员的所有其他权力，制订所有必要与合适之法律。”一般认为，联邦宪法第1条第8款前17项列举的是联邦政府可以实现的目标，而这一款则授权联邦政府可以采取某些“必要与合适”的立法手段。如以下案例所示，这类条款为联邦权限的宽泛解释提供了文字基础。

联邦宪法中的“弹性条款”扩张了联邦权力。

案例 “美国银行案”^[3] (上)

在联邦主义领域内，最著名的案例是1819年的“美国银行案”。在这个案例中，马歇尔大法官系统阐述了美国的联邦主义原则。案件起因于对联邦政府成立美国银行并在各州设立分支是否合宪的争议。联邦政府分别于1791年和1816年两次成立过美国银行，这里的争议是针对第二美国银行。由于各种原因，第二美国银行引起了一些州的敌视。当时，联邦有五个州对银

[3] McCulloch v. State of Maryland, 17 U. S. [4 Wheat] 316.

行实行歧视性征税。其中马里兰州的众议院通过立法对美国银行颁发的票据征收其数值2%的印花税,或每年交纳1.5万美元可免除印花税,要求相当严苛。州法还对违规行为确定了处罚。美国银行在巴尔的摩的分支拒不遵守州法的规定,因而被州法院处以罚款,且这一判决受到马里兰州最高法院的维持。分支出纳员麦考洛克以州法违宪为由,把案件上诉到联邦最高法院。在这个历史性案例中,马歇尔首席大法官为联邦政府的广泛权力奠定了法律基础。

“美国银行案”的争议焦点集中在什么是国会可以制定的“必要与合适之法律”。

在法庭上,银行的支持者与反对者都基于宪法据理力争。反对者认为联邦政府没有权力,因为联邦宪法没有规定;支持者(多为联邦主义者)则认为宪法虽未明文规定,但上述弹性条款授权国会以制定“所有必要与合适之法律”的权力,而美国银行应被认为是这类权力的适当行使之产物。因此,争议的焦点最后集中在如何解释“必要”一词上。如果联邦政府为了实现宪法所列举的目标只能采取“绝对必要”的手段,那么银行就不符合如此严格的要求;如果“必要”只是意味着对实现目标适当、有用、有所帮助,那么“必要与合适”条款就可被认为授权政府建立银行。

马歇尔大法官对宪法的弹性条款采用了比较宽松的解釋。

马歇尔法官首先根据宪法的性质确定了宪法解释的原则:“宪法的性质要求,宪法条款仅能勾勒宏伟纲要、指明重要目标,并从目标本身的性质中,推断出组成那些目标的次要成分。我们无论从宪法性质还是宪法文字都能推测,美国宪法的缔造者接受了这一思想……在考虑这个问题时,我们永远不应忘记,我们正在阐释的乃是一部宪法。”“提供‘必要与合适’条款的宪法,被设计去经受漫长岁月的考验,因而必须适应人类事务的各种危难。假如要在所有未来时期去规定政府执行权力的手段,那就完全改变了这部文件的特性,并赋之以普通法典的性质。紧急情况至多只能被模糊预见,并只有在发生时才能被解决。”如果极为严格地解释国会所能采取的手段,“那就将剥夺立法机构的能力,以利用经验、运用理性并调节立法去适应形势。”因此,马歇尔法官对“必要”一词采取了宽松的解釋。他最后指出:

如果国会立法的目的合宪,那么所有“合适的手段”都是合宪的。

我们承认,政府权力是有限的,并且这些限制不得被超越。但我们认为,宪法的完好解释应该允许国家立法机构具有选择手段的裁量权,使授予的权力得到实施,从而使立法机构能以最有利于人民的方式,履行分派给它的最高职责。[让我们]使目的合法,使之处于宪法的范围之内,那么所有合适的手段——只要清楚地适合目的,只要不受禁止、而是和宪法的文字与精神相一致,就都是合宪的。

思考 你认为马歇尔法官对“必要”一词的解释是否符合美国或普遍的联邦主义基本原则?

案例 “第一电视案”〔4〕

1961年的“第一电视案”中,德国遇到了类似于“美国银行案”的争议。在这个重要案例中,由阿登纳(Konrad Adenauer)总理领导的联邦内阁,提议在各州现有的电视系统上建立由联邦控制的电视台。联邦内阁不顾各州政府的反对,通过法规以建立第二套电视系统。社会民主党控制的布里门(Bremen)、汉堡(Hamburg)、海斯(Hesse)和下萨克逊尼州(Lower Saxony),以联邦内阁违反了宪法第30条和第70条保障的各州权力为由,提请宪政法院宣布该法律无效。联邦内阁则坚持,既然《基本法》第73条已把调控邮电通讯列为联邦的专有立法权,这项条款也就授权联邦政府去建立电视台。在法院意见的第一部分,宪政法院分析了联邦权力的范围及其极限,并撤销了联邦政府的措施:

《基本法》按照有利于各州权能的原则,来调节联邦和各州的立法权能……只有在《基本法》授权的情形下,联邦政府才有立法权[第70条第1款]。因此,作为一般规则,联邦立法权力仅来自《基本法》的明确授权之条文。在不确定时,没有任何假设能偏袒联邦权能。《基本法》的体制秩序,要求对授权联邦的第73条赋予严格解释。

《基本法》强调各州自治,联邦的立法权必须具备宪法授权。

公共利益要求,只有联邦才能有效调控无线通讯;广播也是如此。为了防止混乱,联邦政府必须统一调控电台频率范围的分布和定界、确定地点和发射功率、控制无线通讯、实施国际协议、并保护广播不受广泛或地区干扰。对于这些事务,第73条第7款允许联邦政府去制订必不可少的统一调控。但这一目标的实现并不要求,在无线通讯的技术问题之外,联邦法律进一步去调控广播节目之制作。

根据第73条第7款,既然联邦政府可以调控广播,那么它也可以通过法律去规定其‘组织结构’。因而对于广播设施之运作的负责机构,联邦政府有权颁布规章。然而,联邦所颁布的组织规则,只能限于那些建立和从事发射技术之运作的机构。对节目制造和制造者的组织调控,乃是各州立法机构的事务。联邦政府无权调控在发送技术层面之外的广播事务。

〔4〕 First Television Case, 12 BVerfGE 205.

(五) 联邦最高原则

虽然联邦权力的范围是有限的,在此有限的范围之内,联邦宪法与法律却具有最高权威。这是法律体系的统一与完整的必然要求。美国联邦宪法第六章规定:“本宪法以及根据其所制订的合众国法律和合众国权力下签定或将签定的所有条约,乃是国土的最高法律;不论任何州的宪法或法律是否与之相左,各州法官均受之约束。”联邦德国《基本法》第31条亦规定:“联邦法律高于各州法律。”这里的联邦法律当然是指联邦根据宪法有权制定的法律;否则,违宪的立法并不构成有效的“法律”。

在有限的授权范围之内,联邦宪法与法律具有最高权威。

案例 “美国银行案”(下)

“美国银行案”的问题仅解决了一半。既然判决国会授权成立美国银行的法律是合宪的,那么马里兰州的议会是否还可以对它进行征税?对第二个问题,法院的回答是否定的。这并不是说联邦和各州权力在任何情况下都不能共存——譬如对个人的征税权显然是可以共存的,美国绝大多数州都对个人征收所得税,联邦也是如此,而没有人认为这两种权力存在着内在冲突。但如果联邦权力和各州权力发生了冲突,而我们已经解决了第一个问题——联邦权力是在宪法授权范围之内的,那么联邦最高原则就要求联邦的合宪措施超越各州限制。马歇尔法官指出:

[贯穿我们宪法的]原则,乃是宪法和根据它所制订的法律具有最高地位;它们控制各州的宪法和法律,而不能反受其控制。从这条公理可以导出其他推论……:第一,创建的权力包含着保持的权力;第二,如果由另一手把持,摧毁的权力将抵触创建与保持的权力;第三,当两者之间存在抵触时,最高权力必须控制,而不能让位于在其之下的权力。既然国会创立和维持银行的权力……已不再被认为有疑问,那么再显然不过,各州用以摧毁它的征税权力必须受到否定。

合宪的联邦权力高于州的任何权力。

马里兰州的论点是州法对联邦银行进行征税并不一定“摧毁”银行,联邦应该“信任”州议会不会滥用其立法权。马歇尔反驳了这种论点,并首次发展了民主责任制原则。他指出:

我们承认,向人民和其财产征税,乃是政府本身生存之必需,并且可在政府选择的最大程度,合法地施加在其适用对象上。对滥用权力的仅有保障,乃是政府自身的结构。在征税时,立法机构对其选民发生作用。这一般是防止横征暴敛的充分保障。因此,一州的人民授权他们的政府对他们自己和其财产征税,并由于政府的迫切需要可能是无限的,他们对这项权力的行使并未规

定任何限制。他们的信心基于立法者的切身利益和选民对其代表的影响,以保护他们免遭这项权力的滥用。但联邦政府所采用的手段并不具有这项保障,同样理论也不能支持一州对联邦征税。这些手段并非授之于某特定州的人民或其立法机构的选民,而是授之于所有州的人民。它们为了所有人的利益,授之于所有人,并在理论上应服从仅属于所有人的政府……一州的主权扩展到其自身权力所允许存在的一切事物;但它是否扩展到国会为实施合众国人民的授权而采取的手段呢?我们认为它显然不能。联邦权力并非授之于一州的人民。它们授之于整个合众国的人民;联邦政府根据宪法所制订的法律,被宣布为具有最高地位。因此,一州的人民不能授予扩展到合众国的主权。

如下所述,这段话对美国的中央与地方关系具有重要影响。在本案,由于马里兰州不适当地影响了美国银行的运作,其征税措施必须被撤销。

只有规定有关措施的机构受到利益受影响者的制衡,才可能信任该机构行使权力。

思考 联合考虑“美国银行案”的两部分,在联邦制或其他有限政府国家,如何处理中央与地方权力的冲突?在处理时,你需要考虑哪两个问题?处理这两个问题的原则是什么?

三、联邦制下的中央与地方关系

如上所述,联邦制具有两套独立的政府制度和法律制度。联邦和各州都有自己的宪法及其所规定的政府组织,联邦和各州之间的关系基本上是纯粹的法律关系。联邦一般无权命令各州执行某项任务,各州也不能阻碍联邦的运行;如果联邦措施和各州措施发生冲突——例如联邦银行在各州运行,而州立法要求对其征税,那么最后将归结于授权这些措施的法律之间的冲突,而法律冲突的解决将取决于联邦宪法对中央与地方权力的界定——或更准确地说,法院对宪法界定的司法解释。因此,英国法学家戴西曾精辟指出,联邦制是和政府法治分不开的。(Dicey, 1915: 100, 103; 参见本书第一章)

联邦制使中央和地方关系法律化。

但在法律的执行方面,英美和欧洲大陆的联邦模式又存在不同之处。这主要表现在以美国为代表的英美模式(包括加拿大与澳大利亚,但不包括英国)基于民主责任制理论,联邦和各州职能几乎完全独立,而以德国为代表的大陆模式则存在着一定程度的分工:联邦更侧重于负责立法,而各州则负责执行联邦法律。

但在执法过程中,欧洲大陆的联邦国家依赖地方政府,在美国则在原则上完全独立。

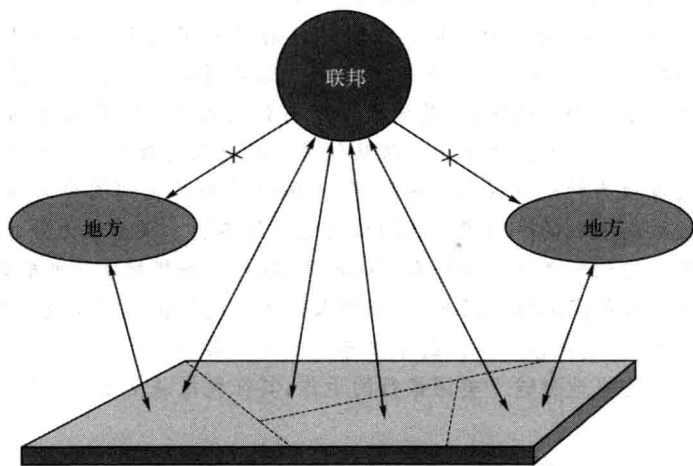


图 4.3 联邦制和单一制的权力结构关系

在单一制下,地方最高长官(如省长)一般由更高级的机构(如全国人大)任命产生,其权力关系见图 4.1。在联邦制下,中央和地方政府在人事关系上完全独立,各自在宪法授权的范围内独立行使职权。因此,中央不可能依靠人事控制来命令地方政府来贯彻国家政策,而只有通过宪法授权的范围内制定法律来调控全国性事务。在民主国家里,这表现为联邦和地方政府官员具有不同的选民基础,各级官员由他们必须对其负责的相应选民产生。

(一) 英美模式

在以美国为代表的英美模式中,联邦和各州具有自己的执法系统,独立执行本政府制定的法律。联邦要在全国内实施《环境保护法》,那么它就应成立环境保护局,并在各地设立分部以执行这项法律。联邦不得把执法任务强行摊派到各州政府头上。这一处理方式的理论依据是民主责任制原则,在上述“美国银行案”中已获得充分阐述。

马歇尔法官的意见具有如下重要含义。第一,政府权力和义务必须平衡。州政府的立法官员对本州人民制定法律并实行统治;反过来,他们受制于本州人民的周期性选举,从而对选民们负责。州的立法行为必须合理,而其合理性来自于议员对选民的责任;缺乏选民的民主控制,州政府官员就可能通过任何专制或任意的法律。第二,在民主责任制的政府系统中,公民的权利和义务也是平衡的,因为是他们最终对统治自己的法律负责。这是民主“自治”的基本特点。如果选民们期望政府促进社会公益,那就必须舍得交税;选民交多少税,政府做多少“好事”;选民不指望政府做太多“好事”,就可以少纳税。纳税义务和对福利的期望相平衡,而这个平衡最终是由选民们自己决定的。

美国理论是,权利和义务必须对应同样主体,联邦和各州必须在各自职能范围内行使职权。

最后,联邦政府和联邦选民之间也存在着对应的权力、权利与义务之间的平衡关系,但联邦和各州之间则不存在相应的平衡关系。联邦政府是由全体联邦人民选举出来的,特定州的人民参与但并不能决定联邦立法官员的选择;在普遍意义上,联邦人民也不参与特定州的选举。因此,特定州的人民及其所选举的政府不能决定联邦政策,联邦政府也不能决定特定州的政策;否则,就必然打破了民主责任制所建立的平衡。譬如假如允许联邦政府命令州政府实施联邦立法,而州政府及其选民并不愿意,那么就没有什么力量能控制联邦立法的合理性,因为州的选民并不能通过选举压力而改变他们认为不合理的联邦立法。反过来,州政府也不能对联邦措施设置障碍,因为联邦措施是为了整个联邦的普遍利益,而这是特定州的人民或官员都没有权力决定的。

总之,各州不能阻碍联邦,联邦也不能命令各州。对于后者,美国历史上也发生过好几起案例。总的原则是,联邦政府不能强迫各州实施联邦立法,但可以通过“物质刺激”等方式引导各州贯彻联邦政策。最常见的方式是联邦立法规定,如果一州主动落实联邦立法,那么它就可以获得一定的联邦经费资助。例如美国各州都规定,只有一定年龄以上的人才能在商店买酒,否则要追究卖酒者的法律责任,但各州规定的最低年龄并不一致。为了统一各州规定并鼓励各州提高“酒龄”标准,联邦可以规定统一的21岁低限,且任何愿意实施联邦“酒龄”的州都可以获得建造高速公路基金。这项措施被最高法院判决合宪。^[5]

联邦不得强令各州履行联邦职能,否则将打破民主责任制所建立的平衡体系。

联邦可以通过“物质刺激”引导各州贯彻联邦政策。

案例

“纽约州诉合众国”^[6]

在1979年,美国只有三个州处理低放射性核废料:内华达、华盛顿和南卡罗来纳。全国所有的核废料都必须送往三州处理。在前两个州先后宣布关闭处理设施之后,南卡也命令把允许进入该州的核废料减半。为了对付全国危机,国会于1980年制订了《低放射性废料政策法》,要求各州为处理州内产生的核废料负责。国会授权各州之间形成区域同盟,并把处理设施的使用限于成员州所产生的核废料。到1985年,全国仅形成三个同盟。在1985年的修正案中,国会为各州响应联邦提议的调控机制,提供了三种“物质鼓励”。第一种是“金钱鼓励”:在限期内服从联邦提议的州,将得到部分联邦资助。第二种是“渠道鼓励”:国会授权同盟对那些不在限期内形成同盟的州,逐渐增加其处理费用,并可最终拒绝处理这些州的核废料。最后一种是“获得所有

[5] South Dakota v. Dole, 459 U. S. 823.

[6] New York v. United States, 112 S. Ct. 2408. 4

权”:如果一州不能及时处理州内产生的核废料,那么在其产生者或占有者的请求下,该州必须获得核废料的所有权和占有权,并对由此造成的所有损害负责。纽约州产生大量低放射性核废料,但未参与区域同盟。它在法院挑战联邦物质鼓励的合宪性。在1992年的“纽约州诉合众国”一案中,联邦最高法院判决第一种与第二种鼓励合宪,但国会的第三种规定构成了强制,因而违宪无效。最高法院的第一位女法官奥康娜(J. O’Conner),全面分析与总结了美国联邦主义的传统和现代特征。沿着马歇尔法官的思路,她强调指出:

如果一州的居民认为联邦政策不符合地方利益,他们可以选择拒绝联邦资助。如果该州居民要求他们的政府,把注意力和资源投入不同于国会认为重要的问题,那么他们可以选择联邦政府——而非本州——来承担联邦指令调控的项目,并在州法未被优先的程度,他们可以继续补充那个项目。当国会鼓励——而非强制——各州调控时,各州政府对地方选民的选择仍然保持敏感;各州官员对其人民仍然保持可靠。相反,一旦联邦政府迫使各州去调控,联邦和各州的可靠性就同时削弱。譬如,如果纽约州的公民并不认为处理放射性废料符合他们的最佳利益,那么他们可以选举那些分享这一观点的官员。如果这种观点和全国选民的观点相左,那么它总是可在‘联邦最高条款’下受到优先;在这种情况下,是联邦政府在大庭广众下作出决定,并当决定结果有害或不得人心时,是联邦官员将承担后果。但当联邦政府指示各州去调控时,各州官员就可能成为承担公共责任的替罪羊,而制订调控项目的联邦官员,却可能被隔绝于选民对其决定的作用。因此,对于那些未被联邦调控优先的事务,当各州获选官员因联邦强制而不能根据地方选民观点来调控时,其可靠性就受到削弱。

如果联邦只是鼓励各州调控,各州政府仍然可以自由选择并对地方选民负责;如果联邦直接调控,那么联邦政府将对全体联邦选民负责。

(二) 欧洲大陆模式

欧洲大陆似乎并没有接受马歇尔法官所发展的美国观点。因此,地方执行中央立法被认为是一件正常的事情。联邦德国是一个典型的例子。尽管《基本法》对联邦和各州的立法权限作了详细规定,它仍然不能避免现代政府本能的中央化倾向。联邦政府在立法上占主导地位,各州政府则在立法上发挥主要作用。《基本法》第83条规定了各州政府的执法权能:“除非本《基本法》另行规定或允许,各州应执行关系到其自身事务的联邦法律”。对于这些事务,第84条允许“(1)如果各州对自身事务执行联邦法律,那么除非经由参议院同意的法律另行规定,各州即可建立有关权力机构并调控行政程序。”但是以后的章节为联邦内阁对地方政府的直接干预提供了可能性:

德国《基本法》允许联邦制定立法,由各州实施。

(2) 联邦内阁可在参议院同意下颁布普遍行政规章。(3) 联邦内阁应实行监督,以保证各州按照所适用的法律来执行联邦立法。为此,联邦内阁可以向各州最高权力机关派遣专员,并在[各州政府]同意下,或在其拒绝同意、但在参议院同意下,向下级权力机关派遣专员。(4) 如果在[各州]执行联邦法律的过程中,联邦内阁发现各州未能克服现存的缺陷,那么在联邦内阁或有关州的请求下,参议院应决定该州是否违反了法律。参议院的决定可在联邦宪法法院受到挑战。(5) 对于联邦法律之执行,在获得参议院同意时,法律可授权联邦内阁对特定案情发布个别指示。除非联邦内阁认为事态紧急,这类指示应被发布到州的最高权力机关。

因此,德国不仅允许联邦制定法律、各州执行法律的合作模式,而且还授权联邦政府对各州执法进行广泛的监督。不仅如此,根据1969年修宪所加入的“合作联邦主义”(cooperative federalism)原则,联邦还有义务在各州之间采取“财政均衡”政策。《基本法》第104a条第4款授权联邦政府“为了防止整体经济平衡之波动或在联邦领土内均衡经济能力之差异,或促进经济增长,可为各州、社团或其联盟的特别重要投资而授予各州以财政援助”。第107条第2款规定联邦有义务“保障财政强州与弱州之间的合理均衡”,并通过法律“从联邦基金中拨款给财政弱州”,以保证各地人民实现大致均衡的生活水平。为此,联邦政府可以通过法律要求富裕的州交纳一定数量的财政均衡资金,以利在各州之间实现贫富均衡。其中某些措施引起了富州的不满,并引发了法庭诉讼,但联邦的财政均衡措施一般受到宪法法院的维持。例如宪法法院在1975年的“财政补贴案”中判决,^[7]由于联邦财政资助的法律要求参议院的同意,而参议院的组成更有效地代表了各州利益,因而各州的参与保证了联邦资助不会限制或破坏各州的自主权。

德国联邦政府有义务在各州之间采取“财政均衡”政策,保障财政强州与弱州之间的合理均衡。

思考 为什么参议院一般更能代表各州利益? 参照下一章的内容。和德国不同,美国联邦政府无权向各州征税。宪法第一章第八节明确规定:“所有关税、进口税和货物税应该在合众国范围内全部统一。”这项规定体现了美国的什么考虑? 德国的“合作联邦主义”和“财政均衡”政策是否会削弱“内部政治制衡”? 你认为是德国还是美国的处理方式更为合理?

[7] Financial Subsidies Case, 39 BVerfGE 96.

评注 中国的“分税制”和财政均衡〔8〕

作为单一制国家,中国的税收权力在传统上一直集中于中央,地方税体系很不发达。在中国两千多年的历史,并不存在真正的地方税,因而也从来没有出现过地方一级的财政。(何帆,1998:174—175)在高度集中的计划经济体制下,中央政府垄断了税收的立法权,统一制定并实施税收制度,并采取统收统支的管理制度,地方政府的各项财政收入均上缴中央。税收征管机构只有一套,由中央垂直领导,统征统管。收入支配权也完全属于中央政府,地方政府只是在行政法规下享有少量预算外收入的支配权,其行使职能所需要的各项支出均由中央按特定项目层层下拨。由于地方无法在统收统支的中央集权框架内满足自己的需求,地方政府往往不得不采用法律外(extra-legal)的方式解决问题,例如私自截扣中央的财政收入,或在中央法定税收之上征集或摊派各种税费。

在中国,中央政府垄断了税收立法权。

改革开放后,中国实行渐进式财政分权改革。

改革开放后,中国财政体制实行了渐进式的分权改革。中央对某些省份进行了财政体制改革的试验,在江苏省实行“固定比例包干”,在四川实行“划分收支、分级包干”。“固定比例包干”制度允许江苏建立自己的独立预算体系,中央政府事先规定江苏省应上缴的收入比例;在上缴了中央财政收入款项之后,江苏可自主安排自留收入。“划分收支”制度则仍保留较大的中央控制权。它将所有收入划分为中央固定收入(中央企业收入和关税等)、地方固定收入(地方企业收入、农牧业税和地方税等)、中央与地方固定比例分成收入(部分企业收入)和中央与地方调剂收入(工商税)。在80年代早期,绝大多数省份实行四川模式。此外,三个直辖市仍然受到中央的集中控制。中央仅允许上海保留10%的财政收入,而江苏则可保留38%。(参见何帆,1998:185—191)1987年后,中国实行了不同形式的“财政大包干”,确定了地方上缴人物或补助数额的绝对数值,并保持数年不变。“财政大包干”制度进一步增大了地方财政收入,但在一定程度上削弱了中央财政收入,以致有的学者惊呼中国的“国家能力”受到了损害。(王绍光与胡鞍钢,1993:120—121)

分税制是一次整体性和结构性税制改革。

1994年,中国开始实行“分税制”,对税收的征管和支配在中央和地方各级政府之间实行明确分工。这是建国以来规模最大、范围最广、影响最深的一次整体性和结构性税制改革。分税制按照税种划分各级政府的收入,将维护国家利益、实施宏观调控所必需的税种划为中央税,将适合地方征管的税种划为地方税,将同经济发展直接相关的主要税种划为中央与地方共享税。它还依照各级政府的事权划分确立了支出标准。中央财政主要承担下列方面所需

〔8〕 这部分内容得益于博士研究生张道庆所提供的资料,特此感谢。

的支出:国家安全、外交与中央国家机关运转,调整国民经济结构、协调地区发展、实施宏观调控,并发展由中央直接调控的事业。地方财政则主要承担本地区政权机关所需支出,以及本地区经济与事业发展所需支出。分税后,中国分设了国税和地税两套管理机构,其中国税局负责中央税和中央与地方共享税的征收,地税局则主要负责地方税的征收,因而税收征管权从原来的高度集中走向适度分散。分税制增强了政府总体的财政筹资功能,调动了地方政府开辟财源、严格征管的积极性,遏制了财政收入占 GDP 比重连年下滑的趋势。1994 以后的几年里,公共收入稳步增长。工商税每年保持 20% 左右的增长,高于同期国民生产总值(GNP)的增长(但低于 GDP 的增长速度)。地方政府逐步具备了自己稳定的税种和财政收入来源,由地方支配的税收比例也逐渐扩大。地方税收占全国税收总额的比例已达 45%。加上中央对地方的税收返还以及大量归地方支配的预算外和制度外收入,地方政府以各种形式实际支配的公共财力要远远大于中央政府。(参见卢洪友,1999:195)

另一方面,改革后的税收立法权和政策制定权仍然集中于中央。中央仍控制了地方税收的制定权、解释权、税目的决定权和税率的调整权,地方仅负责税的征收。地方政府的事权范围相对较大,但财政范围相对较小。地方政府只有小部分税收行政规定的制定权,对一些税种的税制具有微调权,例如对城镇土地使用税和车船税的税额决定权。且即使这小部分权力也是中央授予的,其行使受中央监督,不得超越中央设定的范围。地方税收政策主要来自中央授权的结果是缺乏稳定性,并产生了比较明显的短期行为。税制改革后,流转税收入偏重,超过税收总额的 60% 以上,企业和个人所得税偏低,还未达到以往占税收总额的 20% 的水平。这种格局也表明双重主体税制只是一种形式。中央税以增值税和消费税收入为主,地方税的税种主要包括土地使用税、房产税、车船使用税等。改革后的地方税缺乏税基宽、税源充足、收入稳定的主体税种,地方税的固定收入仍然偏少,弹性较差,不能随着经济发展和物价水平的上涨而相应增加。地方政府的大部分财政收入仍然来自于中央转移支付资金的返还和共享税中的地方分成。

改革开放对财政的另一个后果是“预算外”和“制度外”等非税财政收入大规模上升。所谓“非税财政收入”,就是指政府通过经营和财产收入、管理费和使用权等收费、罚款和没收等非征税方式获得的收入。在西方法治国家,税收一般占公共收入的 90% 以上,因而非税收入仅占很小比例。然而,非税财政收入在中国却名目繁多、规模庞大、管理混乱。某些非税收入被纳入预算计划,和税收一样受预算法的控制;某些非税收入则放在预算外管理,受行政法规约束,被称为“预算外”收入;还有某些非税收入既不纳入预算内,又不纳入预算外,而是由征收主体自收自支、自行管理,几乎不受任何法律约束,被称

但改革后税收法定权仍基本上集中于中央。

改革开放的一个后果是“预算外”和“制度外”等非税财政收入大规模上升。

为“制度外”收入。非税财政收入的征收主体主要是地方政府,地方非税收入占非税总收入的90%。改革开放以来,非税收入的总趋势是不断上升,其中又以预算外和制度外收入增长尤为迅猛。以1996年为例,税收收入为6910亿元,比上年增长14.4%,但预算外收入为3893亿元,比上年增长了60%!两项合计为1.1万亿元,宏观税负水平为17%,和世界上其他中等偏下国家相仿。但如果加上各级政府部门批准收取的第二预算外收费和基金(不包括乱收费),那么总的税负水平可能达到25%以上,(黄衍电,1999:156)接近世界上中等偏上收入国家的28%(包含社会保障税)水平。在该年的公共收入中,税收仅占45.8%,非税收入占54.2%。

2005年底,十届全国人大常委会第十九次会议高票通过了关于废止农业税条例的决定,这一在中国延续了两千六百年的“皇粮国税”就此取消。^[9]2006年初,中共中央和国务院又通过了《关于推进社会主义新农村建设的若干意见》的“一号文件”,也是近三年来第三个有关“三农”工作的一号文件。在随后的十届全国人大四次会议上,新农村建设成为讨论的重要内容。重点在于帮助欠发达地区发展经济和社会事业,救助社会弱势群体和经济困难的城乡居民。^[10]在中央财政支持向农村倾斜的环境下,农民负担有望得到一定程度的减轻。

虽然各种“乱收费”现象得到一定的遏制,但是地方政府很快找到了更有效的敛财手段——“土地财政”。进入2000年,各地政府以“发展”的名义大肆征地、拆迁,由此获得的土地财政收入成为地方政府更大、更稳定的财源,许多地方的土地财政收入占政府收入的一半以上。这个结果是不可避免的,因为1994年的分税制在制度上是一场分权改革,在结果上却是一场集权改革;相对于各级地方,中央税收比重显著提高,而绝大部分公共职能仍然由地方承担,事权和财权严重失衡。虽然中国向地方转移部分资金,但是转移支付一般只能用于专项开支,并不能用于基本公共服务的一般性开支,因而一方面加剧了地方的“跑步钱进”,另一方面却不能填补地方税收缺口。于是,各级地方便把手伸向了人民赖以生存的土地和房屋,各种悲剧也就在神州大地登场了(详见本书第八章唐福珍事件)。

[9] “九亿农民告别‘皇粮国税’”,《光明日报》2005年12月30日;“划时代的决定”,《新京报》2005年12月30日。

[10] “中央数千亿调节贫富差距,支持中西部资金增两成”,《新京报》2006年3月7日。

思考 税收与联邦民主

1. 税收看上去是一个枯燥的题目,但它却直接关系到普通人的日常生活。事实上,读者应能记得,正是对赋税和征税权的争议引发了英国的议会民主和美国的独立战争。(参见本书第二章)在美国和德国等联邦国家,各州(地方)有独立于联邦(中央)的征税权。联邦税率必须在全国保持一致,不得给予任何州以特殊优惠。结合上述内容和下述政治制衡理论,为什么要规定平等原则?这项原则可能会给联邦范围内的财政均衡带来什么影响?联邦和各州重复征税,是否会对公民或企业产生过重负担?有什么机制可以防止税负过重?
2. 如果税收的立法权在中央(相对于地方)过于集中,其在中央内部又过于分散。中国税收的立法制度并不完善,税收措施目前多由国务院的行政法规加以规定。不少税种——包括三大流转税,即增值税、消费税和营业税——都只有国务院发布的暂行条例。全国人大及其常委会所制定和颁布的税法仅限于规定税收程序的税收征管法和包含少数税种的税收实体法,包括中外合资企业所得税法与外国企业所得税法。即使像1994年分税制这样的重大举措,也是通过行政规定完成的,缺乏稳定可靠的立法基础。人大税法的缺失可能会导致什么后果?宪法对此是否可以有任何作为?
3. 对于国民收入水平比较低而社会福利的财政负担不算高的中国而言,中国的税负水平达到25%是否合适?结合本书第一章所阐述的民主原则,你认为中国公民的税负为什么那么高?无论历年如何变化,中国财政收入的分配过程具有一个共同特点,也就是中央和地方政府之间的权力“博弈”。你认为这一博弈过程可能缺少了哪个主体?
4. 据调查,在中国某些经济相对落后和财力不足的地区,税负水平反而高于全国平均水平。例如山西、贵州、云南、甘肃和宁夏的人均GDP低于江苏、浙江、广东等相对富庶的省份,但各项税收收入占GDP的比例却高出近八个百分点。(黄衍电,1999:158)为什么会出现这种现象?它对中国的财政均衡有何含义?由于中国的税负水平是由中央确定的,中央政府中有没有类似于美国或德国参议院的代表各地利益的机构?
5. 按照目前的税种划分,中央的固定收入包括关税、中央企业所得税和上缴利润、铁道、银行总行和保险总公司等部门集中交纳的收入等。地方固定收入包括地方企业所得税和上缴利润、个人所得税、城镇土地税、土地增值税、国有土地有偿使用收入、房产税与农牧业税等。中央和地方共享收入包括增值税、资源税与证券交易税,其中证券交易税为中央与地方分享

50%,增值税为中央75%、地方25%。这种分税方式是否合理?例如为什么个人所得税等税种一定要属于地方而非中央的固定收入?划分中央和地方共享收入比例的依据是什么?是否可能在整体上为分税制提供任何客观依据?

6. 按照目前的事权划分,中央财政具体包括中央统管的基本建设投资、由中央财政安排的工业与农业支出、国防与武警费用、外交和援外支出、中央级行政管理费与公检法支出,以及文化、教育、卫生、科学等各项事业费用。地方财政包括由地方政府负责的各项类似事务的支出。然而,对于单一制国家,是否可能明确划分中央与地方的事权?关于联邦制国家对这一问题的处理,参见以下的论述,尤其是“库利法则”。以法院为例,你认为地方法院的支出是否应由地方政府拨款?哪些地方事务需要中央拨款,哪些应由地方自求平衡?在目前的分税体制下,如何保证各级政府所获得的收入正好满足履行其事权的财政需要?
7. 非税财政收入的迅速增长对地区之间的财政均衡产生什么影响?一方面,加上非税财政收入以后,公共收入中的中央比例只是30%左右,影响了中央政府本身的管理与执行能力,也限制了利用全国收入补贴贫困省份、实行财政均衡的能力。另一方面,非税财政收入和地区经济发展程度紧密相关;一般而言,非税财政收入在富裕的省远高于相对贫困的省。为什么会出现这种现象?是否应该、可能或如何消除这种现象?
8. 非税财政收入取代正常的税收可能具有什么弊端?其中占一半以上的“制度外”收入主要来自地方政府越权审批的基金,行政事业单位和垄断企业擅自扩大收费范围或随意提高收费标准,地方部门和单位在修桥筑路、整治江河、兴办学校或医院等公益设施时采取行政命令向企业或居民强制集资、摊派,工商、物价、交通、环保等部门在法律、法规以外擅自扩大罚没范围、提高罚没标准,以及国有企事业单位或行政管理部门以各种名目设立筹集的自收自支资金,即所谓“小金库”。你认为应如何通过制度来杜绝“制度外”资金?
9. 虽然媒体对取消农业税等政策一片叫好,必须看到的是新农村改革仍然是在中央主导下进行的。事实上,农业税的一律取消本身就再次验证了中央在税种设定上说一不二的垄断权。且尽管减轻农民负担是一件好事,但是取消农业税的措施本身对农民负担影响不大。^[11]在地方民主和法治没有得到根本改进且中央和地方的税权关系没有理顺的情况下,你认为新农村建设是否能从根本上解决“三农”问题?

[11] “取消农业税,全国农民人均受益140元”,《新京报》2006年3月9日。

四、中央和地方权限的划分

建立联邦制的首要目的就是兼顾统一与地方自治的需要,一方面保证因地制宜,另一方面保证各地区之间的和谐与合作。因此,中央与地方权限的划分标准是“各得其所”:让中央政府和地方政府去管理最适合自身的事务。取决于具体事务的影响范围,全国性的事务应该由中央政府调控,地方性的事务则应该由地方政府调控。一般地,根据民主自治原则,由民主选举产生的地方政府最熟悉当地人民的切身利益,并能够最有效地采取符合当地利益的措施,因而应被假定具有调控权力;只有在证明地方调控不合适的时候,中央政府才应插手干预。一个最重要的情形是特定的地方调控不适当地影响了其他地区的利益,因而可能产生地区冲突。这时,联邦和睦原则要求联邦主动干预以预防并解决地区矛盾。

中央和地方权限的划分应有利于实现民主自治原则。

(一) 美国

在美国,中央与地方的权力划分并不是静止的,而是随着社会发展而变化。这在州际贸易领域体现得尤其清楚。在建国之初,美国处于第二次工业革命之前,州际贸易仅占国家经济的小部分比例,因而联邦权力也被宪法局限在很小的范围内。在美国宪法创立一个半世纪之后,由于现代工业和交通技术的发展,汉密尔顿等联邦党人所提倡的中央主义似乎取得了最终胜利。在“美国银行案”中,马歇尔仿佛预见了一个多世纪后联邦权力的扩充。只要为了宪法授权的目的,联邦政府可以采取任何“必要与合适”的手段。在1824年的“航运垄断案”,^[12]马歇尔又把联邦的贸易调控权扩展到各州界内,并依靠联邦法律的最高地位,排斥各州插手联邦调控的领域。19世纪中叶的“库利原则”根据调控对象的内在性质,区分全国性和地方性事务,从而为联邦和各州的贸易调控权限规定了更为实际的标准。到19世纪后期,随着现代经济的迅速发展,联邦和各州政府及时作出反应,利用全面系统的法律调控来维持经济增长,并消除后者带来的不良后果。但由保守法官控制的最高法院不能作出及时转变。就在民主政府迅速扩充权力的同时,法院加强了对政府权力的限制。因此,联邦调控的对象必须和州际贸易“直接相关”;政府不能控制对贸易产生“间接”影响的生产过程,无论其影响如何重大。新政最终带来了法院的转变,使之与民主机构保持一致。对于贸易调控,现代法院给予国会裁量权以很大尊重。只要国会发现联邦调控和州际贸易之间的联系具有理性基础,法院就将肯定法律的合宪性。

在美国,中央与地方的权力划分随着社会发展而变化,法院现在高度尊重国会的立法自由裁量权。

[12] Gibbons v. Ogden, 22 U. S. [9 Wheat] 1.

案例 “库利法则”与“领港调控案”^[13]

“州际贸易条款”的宪法意义也在不断进化之中。建国之初,这项条款的性质一直是受争议的问题。尤其是当联邦立法没有主动干预时,各州是否能触及关系到州际贸易的调控?马歇尔时期的回答基本上是否定的。但在1851年的“领港调控案”中,最高法院转变了态度。法院发展了著名的“库利法则”(Colley's Doctrine),在联邦独占和各州主权之间选择了一个折中方案。

1803年,宾西法尼亚州的议会通过法律,规定进出费城港的轮船必须接受港务局的领港,并交纳领港费;否则将被罚款一半领港费。库利未遵守这一规则,因而被州法院罚款。他以宾州法律和联邦宪法的若干条款——尤其是州际贸易条款——相抵触为由,上诉联邦最高法院,以期挽回受罚的领港费。科迪斯法官(J. Curtis)的法院意见维持了宾州的立法,并指出:

当调控的性质要求国会行使其专有权力,它一定是指被调控事物的性质要求国会的专有立法。调控贸易的权力包含着广阔的领域,它包括不仅为数众多、而且性质各异的事物;有些必须要求单个统一的规则,在每个港口对合众国的贸易发挥平等作用;有些就像本案的问题,必须要求多样化,才能满足航运的地方需要。对于贸易权力的性质是否要求国会的专有立法,无论是绝对肯定或否定,都将误解这项权力的对象性质,并将把只适合部分的答案强加在全部对象的身上。无论什么事物,只要它在性质上是全国性的或只允许单个统一系统或调控计划,它的性质就要求国会的专有立法。显然,对领港员和领港事务的调控不属于这类法律。……它是地方性——而非全国性——问题;它最好不是被单个系统或计划所调控,而是应由各州根据其境内港口的地方特殊性,合适地使用其裁量权。

“库利法则”要求根据调控对象的性质来界定中央和地方权限。

库利法则要求根据事物性质来分布调控权力。因此,如果事务要求全国统一调控,那么国会就具有专有立法权;如果事务需要根据地方特色得到多样化处理,那么即使它处于国会权力范围之内,只要国会没有制订立法去优先(Pre-empt)各州调控,各州就仍有权行使共有调控权。作为一项灵活的司法标准,库利法则为现代法院的利益平衡规则提供了历史根据。

另一方面,如果国会没有明确行使权力,州际贸易条款的“潜伏效应”对各州的贸易立法仍具有某种控制效力。到了“领港调控案”的时代,最高法院已经完全默认了“潜伏效应”之存在。为了维持北美大陆的经济统一,防止各

[13] Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia, 53 U. S. [12 How.] 299.

州的歧视性立法损害州际贸易,同时确保各州主权不受联邦侵犯,联邦最高法院历年根据实际情况,制订合乎国情的案例法,从而对保障宪法规定的联邦体制作出了不可磨灭的贡献。当国会未能在州际贸易的特定领域制订出明确调控时,法院必须解释“潜伏贸易条款”对各州调控权力的限制。无论对交通、州税、流入或流出贸易,还是各州对州内企业或自然资源的保护,只要州法对州际贸易带有歧视目的或效果,都将被法院判决违宪。唯一的例外是各州对州内居民的健康和安全保护,并且各州所采取的手段必须是所有选择中歧视性最小的。如果州法不具有歧视性,那么法院将平衡它对州际贸易的负担和给各州或地方社团带来的合法利益。只要不给州际贸易带来过重负担,非歧视性州法则一般受到维持。因此,美国的中央与地方权限之划分在很大程度上是由法院的案例法决定的。

评注

贸易歧视、外部效应和“内部政治制衡”——司法权的自我界定

尽管州际贸易条款禁止地方保护主义和贸易歧视,宪法的禁止并不能为联邦法院过度干预各州自治提供理由。这里涉及两个问题。首先,根据地方自治原则,联邦不应过分限制各州根据自身需要自由立法的权力。毕竟,联邦所代表的全国利益并不是抽象的,而必须被落实到各州及其所代表的人民;只有当一州的措施损害了其他州的利益时,“联邦利益”才被认为受到影响,联邦才能合宪地为了整体和睦与繁荣而适度干预。其次,如果国会尚未根据州际贸易条款的授权而进行干预,那么州际贸易条款即进入“潜伏期”,问题便转化为由谁来解释并实施其“潜伏效应”。不言而喻,实施者只能是联邦法院,因为只有联邦法院才能公正地裁决州的贸易立法行为是否符合贸易条款。但由于联邦法官们并非由选民选举产生,司法对民主立法过程的干预总是存在合法性的问题。根据民主原则,法院在一般情况下必须尊重立法决定,避免干预甚至取代议会代表的代议职能;只有在“必要”的时候,法院才能对各州立法进行干预。关键问题是,什么时候才是“必要”的呢?为了保障地方民主自治,联邦法院通过案例法界定了自己的职能。简言之,只有各州的民主过程产生了“外部效应”(externality),因而不能发挥有效的内部制衡作用甚至将对州际贸易产生损害,联邦干预才是必要的;只有国会的联邦政治过程未能主动干预,联邦的司法干预才是必要的。

从1819年的“美国银行案”开始,最高法院从制度功能主义出发,逐渐发展了“内部政治制衡”(internal political check)原则。在1819年的著名案例中,马歇尔法官否定了关于联邦应该信任各州的论点。马里兰州政府坚持,即使州政府掌握着通过对联邦银行征税而摧毁联邦计划的可能,联邦也应该信

即使国会没有明确行使权力,州际贸易条款的“潜伏效应”对各州的贸易立法仍具有某种控制效力。

当一个州的措施具有州际影响时,联邦法院进行必要的审查。为了避免过度干预民主,联邦法院把司法干预限制于必要范围内。

如果一州通过歧视性调控法律,以保护本州利益、排斥外来竞争,州的内部政治制衡机制就失灵了,因而为联邦法院对各州政治过程的干预提供了正当理由。

任州政府不会如此滥用权力。但马歇尔法官拒绝接受这种仅基于良好意愿的空头支票。如果对联邦的损害能给马里兰州带来利益,那么州的民主过程并不能提供任何防范。由于州的人民仅从州政府措施获取利益,而并不吸收其所带来的成本,州内民主过程只能更肯定损害联邦的地方措施。(这么说的理论假设是什么?)这时,联邦怎么能信任各州?联邦对州的信任必须建立在理性的制度建构基础上。如果一州同样承受着联邦或联邦其他州的负担,那么联邦可以信任该州的民主过程能够保证这种负担不是任意的;(为什么?)这样,法院也就没有必要干预。然而,当各州通过歧视性调控法律,以保护本州利益、排斥外来竞争时,那么联邦信任的制度基础就不存在了,因为该州并不平等地承受其措施对其他地区产生的负担,因而州的内部政治制衡机制“失灵”了。既然州的民主过程并不能约束州的立法行为,法院对各州政治过程的干预也就具备了正当理由。

内部政治制衡原则:当一州的民主程序能够自动保护州际贸易时,法院应该信任并避免干涉该州的民主政治;只有在州内民主程序不能防止州政府侵犯州际贸易时,法院才可干预。

在州际贸易领域内,内部政治制衡原则的要义是:当一州的民主程序能够自动保护州际贸易时,法院应该信任并避免干涉该州的民主政治;但当州内民主程序不能防止州政府侵犯州际贸易时,法院即可予以制止。因此,如果一州的贸易调控对州内和州外贸易产生同样负担,那么由于该州和州际贸易利害一致,州内的民主程序将阻止政府去对州际贸易增添过重负担;否则,这种调控将同样损害该州选民的利益,因而地方选民可通过民主选举,对其立法机构产生淘汰压力。然而,当一州以损害州际贸易的方式来为州内贸易谋利时,由于州内选民并不按比例承担本州调控对州际贸易的负担,这种州内民主制衡机制就不再奏效。这时,如果国会仍然保持沉默,联邦法院就可以干预各州立法,来保障联邦完整、防止经济分裂。因此,当一州采取歧视州际贸易的调控时,由于调控负担主要落在州外,内部政治制衡失效,联邦利益要求法院对州法进行更为严格的审查,并撤销该州民选机构的歧视性决定。在这个意义上,法院的主要作用是防止州内民主过程产生“外部效应”。在实际案例中,一州的贸易调控是否违反了内部政治制衡,将直接决定法院对州法的尊重程度和判决结果。

思考 “内部政治制衡”理论是在联邦主义的环境下发展起来的。它是否适用于单一制国家?为什么?

(二)德国

作为联邦国体,德国采纳了具有自身特色的纵向分权。《基本法》详细定义了联邦与各州的立法权范围;它们主要分为三类:联邦专有(exclusive)、联

邦和各州共有 (concurrent) 以及各州专有立法权。第 71 条进一步定义了专有管辖权的概念:“对于联邦专有的立法权力之事项,只有在联邦法律明确授权时,各州才能在[授权]范围内有权立法。”第 72 条第 1 款定义了共有立法权概念:“对于共有立法权事项,只要联邦未行使立法权,各州应有权立法。”

第 72 条第 2 款规定了联邦立法权范围:“取决于对联邦立法调控的需要程度,联邦应有权对下列事项制订立法:(1)一州的立法不能有效地调控该事项,或(2)州法律对该事项之调控,可能损害其他州或整个政体之利益,或(3)为了维持法律或经济统一,尤其是维持超出任何一州疆土范围内的生活水平之均衡,这类调控有所必要。”

因此,和美国的“库利法则”和“内部政治制衡原则”一样,德国《基本法》的目的也是为了让联邦政府去调控一州政府所力不能及的事务,或纠正州内民主程序所产生且不可能消除的外部效应。

探讨

权限划分标准——事务的影响范围还是重要程度?

值得注意的是,无论在美国还是德国,中央与地方政府权限的划分标准都是有关事务的影响范围,而不是其重要程度。最典型的例子是美国的“州际贸易条款”:国会仅有权调控国际、州际以及与印第安部落之间的贸易,而无权调控纯粹发生于州内的贸易。这并不是因为国际与州际贸易比州内贸易更为重要——在美国建国初期,后者对于一般人来说要重要得多,而是基于上述联邦主义基本原则,尤其是有限政府和民主原则。首先,中央调控具有全国影响的事务、地方调控影响限于局部范围的事务,乃是事物性质决定的;中央制定的法律是普适的,不可能完全顾及地区差异;地方需要是多样化、多层次的,也不可能都来找中央政府解决问题。其次,地方政府对涉及地方利益的事务更熟悉,因而更适合调控地方事务;如果事务影响只是地方性的,不能感受到影响的其他地区选民也不可能对政策提供有意义的见解——就和上海人难以感受到云南地区面临的越境贩毒问题一样。对于超过一州范围的事务,由于各州之间因交易成本很高或“内部政治制衡”不起作用等原因而未必能达成一致解决方案,因而必须由中央政府调控。然而,中央政府的权力是有限的——只是对各州或地方政府不能有效调控的事务,它才发挥作用。在这个意义上,中央政府的作用是“辅助性”的(subsidiary)。最后,根据民主责任原则,地方政府应该负责调控地方事务,因为它们将更有效地受到地方选民的监督。政府层次越高、管辖地区越大、选民人数越多,民主监督的成本越高,监督效力就越低。因此,对于影响范围是局部性的地方事务——不论影响的重要程度如何,地方政府应受到充分信任,去行使民主自治的权力。

德国:联邦政府的权力限于调控各州不能有效调控的事项。

上述逻辑也同样适用于其他联邦或邦联政治实体。例如德国《基本法》规定了联邦的专属立法权及其与各州的共有立法权;“凡是《基本法》未授予联邦的立法权力,各州就有权立法。”(第70条第1款)联邦与各州的权力划分取决于有关事务的影响范围,因而联邦仅有权对下列领域制定法律:“一州的立法不能有效地调控该事项”,“州法律对该事项之调控可能损害其他州或整个政体之利益”,或“为了维持法律或经济统一,尤其是维持超出任何一州疆土范围内的生活水平之均衡,这类调控有所必要”。欧洲共同体条约也是建立在有限政府的基本原则之上。1986年的《单一欧洲法》对于环境保护领域的共同体立法加入了“辅助原则”。根据1992年的《欧洲联盟条约》第5条,只有当立法目标不能单靠成员国来充分实现,因而由于有关事务的“范围和影响”,它可被共同体更佳实现时,共同体才应该采取行动。如果这一条件不满足,那么无论事务性质如何“重要”,它都处于成员国或地方政府的权力范围。

联邦主义的权限划分标准是,中央作用只是“辅助性”的。联邦德国和欧洲联盟都承认“辅助原则”。

思考 你认为上述联邦主义逻辑有哪些必须满足的前提条件?

第二节 邦联制

当中央相对于地方的权力减弱到一定的程度,联邦制就蜕化为邦联制(confederation)。总的来说,“邦联”和“联邦”只是一个分权程度问题,有时较难界定。在严格意义上,邦联不一定能算得上一个国家——尽管最早的美利坚邦联也被称为“合众国”。虽然和“联邦”一样,“邦联”也是一个含义很广的概念,包含种类很多,但一般而言,邦联宪法不是直接由邦联公民产生的。它更像一组国际条约,其中具有独立主权的各成员国国家同意建立一个超国家的政治实体。1780—1788年的美国邦联也可被认为是这种性质,各州在独立革命后成为独立国家,且邦联的成立并未从根本上改变其实质。因此,邦联宪法是建构于各成员国政府而非其全体公民之上的——这是它和联邦制的本质区别。尽管某些邦联的法律措施可以直接适用于成员国公民,这一区别使得邦联中各成员对于关系到自己的一些重要事务具有高度自主权,包括脱离邦联的权力——但以后者作为区别邦联与联邦的唯一标准,未免过于狭隘。(王世杰、钱端升,1997:315—316)

“邦联”和“联邦”只是一个分权程度问题,较难界定。邦联宪法一般不是直接由邦联公民产生的,更像一组由主权国家形成的国际条约。

由于联邦和邦联概念都很宽,而且两者有较大部分重叠,因而要找到毫无

例外地区区别这两类国家的标准是困难的。但一般来说,由于邦联宪法是由组成邦联的各成员产生的,因而其修正也是通过这些成员国政府,而非属于邦联或由全体邦联人民委托的某个中央机构。事实上,美国联邦在这方面仍具有某种“邦联”性。不论如何,邦联成员要比联邦各州具有更大的自治权。首先,邦联政府的权限要比联邦受到更多的限制。例如欧洲共同体只是主要调控经济事务,而一般不能干预非经济事务。其次,邦联立法比联邦更多地受制于成员的牵制。某些重要的立法措施可能需要成员代表的超多数甚至全体同意,因而少数成员的反对就足以阻碍邦联措施的通过;联邦立法则和单一制类似,采取简单的多数主义规则。最后,邦联成员一般尚保留着某些传统的“主权”职能,如军事、国防、外交等权力,而联邦宪法把这些权力委托给联邦政府行使。(例外见王世杰、钱端升,1997:312—313)

邦联政府的权限要比联邦受到更多的限制,邦联立法比联邦更多地受制于成员的牵制。

以下仅举两个极端的邦联例子:松散邦联的极端是联合国(United Nations),紧密邦联的极端是欧洲共同体(European Community)。它们验证了一个定律:组织越是松散的实体,其所能包容的成员就越多,其能容忍的政治、经济与文化差异就越大;组织越是紧密,包容不同成员的能力就越小,对成员之间的一致性要求也越高。总的来说,和联邦相比,邦联应能扩展到更广的范围,且松散的邦联能比紧密的邦联拥有更多的成员。

评注 为“大英联邦”正名

在用词上,“联邦”和“邦联”经常会产生混淆,因而读者不能完全根据其呼来辨别政体的性质。最典型的例子就是由英国及其前殖民地组成的“大英联邦”(British Commonwealth)。这个所谓的“联邦”其实只能至多算做邦联,而且是极为松散的邦联,其中各成员国都是完全独立的国家。事实上,其中某些国家本身才是真正意义上的联邦。现代的“大英联邦”是第二次世界大战之后的产物,始于1947年印度和巴基斯坦的独立,成于1949年的《伦敦宣言》。事实上,新的“联邦”已经去掉了“大英”的前缀,表明它不再是由英国统治的实体。在20世纪50年代与60年代,随着殖民地不断独立,联邦成员迅速扩充,目前包括加拿大、澳大利亚、新西兰、印度、巴基斯坦、新加坡、马来西亚、南非等54个发达与发展中国家。

虽然“大英联邦”有一个共同的“元首”——英国女王,但由于女王的权力在英国也只是名义性的,“联邦”权力已经很小。它每年召开政府首脑(Commonwealth Heads of Government)会议,商讨与协调国家政策,并发表联合宣言。最有影响的宣言包括1971年的《新加坡宣言》和1991年的《哈拉尔宣言》。它们确立了各成员的共同价值观念——民主、法治和良好的政府管理。

“大英联邦”的权力已经微不足道。

1965年,政府首脑建立了秘书处(Commonwealth Secretariat),设于伦敦,由秘书长领导,负责实施政府首脑会议的决定。秘书长由政府首脑选出,任期四年,至多连任一次。目前,秘书处有近270名雇员。从秘书处的规模亦可看出,“大英联邦”的权力其实是很小的。

一、欧洲联盟

1992年的《欧洲联盟条约》形成后,欧洲共同体也被称为“欧洲联盟”(European Union)。无论是“联盟”还是“共同体”,其政体性质是一样的,且同样容易产生歧义。美国联邦宪法前言也自称为“Union”,但我们在那里把它译为“联邦”,但这里却译为“联盟”,因为共同体一般被认为是一个更接近邦联性质的政体——注意第一次世界大战后建立的联合国之前身也叫“国际联盟”(League of Nations)。然而,和一般的联盟不同,欧洲共同体是一个联系相当紧密的邦联,并正在逐步整合走向联邦。

欧洲共同体是一个联系相当紧密的邦联,并正在逐步整合走向联邦。

欧洲联盟的邦联性首先体现在它的“基本法”:三部共同体条约——《欧洲煤钢共同体条约》、《欧洲原子能共同体条约》和《欧洲经济共同体条约》,其中后者的影响最普遍也最重要。《经济共同体条约》的前言也表明了邦联的基本特征:“各成员国决心在欧洲人民中间奠定更为紧密的基础,……决定建立欧洲经济共同体。”同样,1992年的《欧洲联盟条约》前言指出:“各成员国决心在建立欧洲共同体的欧洲整合过程中开创新阶段,……为促进欧洲整合而采取进一步措施,决定建立欧洲联盟。”由此可见,共同体或联盟都是由各成员国而非共同体人民建立的。

(一) 共同体的基本目标与手段

共同体条约的目标是在全欧洲范围内建立起共同市场。

作为一部欧洲联盟的经济宪章,共同体条约的目标乃是在全欧洲范围内建立起共同市场(common market)。这包含正反两方面含义:在负面意义上,共同市场在成员国之间取消所有直接或间接的贸易障碍;在正面意义上,共同市场要求在整个欧洲范围内制订适用于各成员国的规章和政策。经济共同体条约的第2条规定:“共同体的任务乃是建立共同市场,并逐渐协调成员国的经济政策,以在整个共同体范围内促进经济活动的和谐发展、连续与平衡扩张,并加速提高生活水平和各成员国之间的紧密关系。”

为了实现这些目标,第3条进一步规定了共同体采取的手段:“(a)在成员国之间取消对进出口物资的关税和数量限制以及一切具有同等效果的其他措施;(b)共同贸易政策;(c)内部市场,其特征是在成员国之间取消对个人、服务和资金的流动自由之限制;……(g)保证共同市场的竞争不受扭曲的机制;(h)在内部市场的运行需要的程度上,协调各成员国之法律;……(k)增强经济与社会团结。”

根据这些原则,共同体条约在以后的章节里分别规定了物资、人身、服务

和资金流动的“四大自由”(four freedoms)原则,以在西欧大陆形成自由贸易领域。1986年的《单一欧洲法》增添了重要的第14条,它规定:“共同体应采取的措施,在1992年底之前逐渐建立内部市场(internal market)……内部市场应成为没有内部界限之区域,并根据本条约的条款,它保证物资、个人、服务和资金的自由流动。”和美国联邦法院对州际贸易条款的“潜伏效应”所发展的案例法相似,欧洲法院基于这些贸易自由原则发展了丰富的案例法,防止成员国形形色色的歧视性保护主义措施,从而有效维持了共同市场的稳定。

共同体条约规定了物资、人身、服务和资金流动的“四大自由”。

案例 “第戎葡萄酒案”^[14]

经济共同体条约第28条禁止进口数量限制:“在不损害以下条款的前提下,进口数量限额及一切等效措施,都应在成员国之间受到禁止。”第28条不但禁止明显含有歧视其他成员国的数量限制或其等效措施,而且还禁止虽非明显歧视、却对进出口贸易具有限制效果的成员国措施。这项重要原则建立于1979年的“第戎葡萄酒案”。德国法律规定酒类产品的酒精含量必须超过25%,而在法国市场上流通的本案饮料却只有15%—20%的酒精含量,因而不能进入德国市场。据称德国法律是为了保护公共健康,防止含酒量低的酒类饮料充斥市场,因为后者被认为比含酒量高的饮料更容易导致酗酒。在德国法律被起诉违反共同体条约第28条后,海斯州的财务法院向欧洲最高法院提交了两个问题。欧洲法院判决本案只适用共同体法律的第28条,而非第31条,因而对第二个问题给予否定回答。针对第一个问题,总辩护官认为执委会的第70/50号指示“过于宽松”,因为它允许非歧视性措施的存在。他指出:“衡量一项措施是否构成等效措施的标准,并非在于它是否歧视贸易,而是它是否限制贸易。”欧洲法院赞同总辩护官的见解。

然而,“有关酒类饮料的最低酒精含量要求,并不促进公共利益,因而不能超越物资的自由流动之要求;后者构成共同体的基本规则。在实际上,这类要求的主要效果是在国内市场排斥其他成员国不符合指标的产品,从而促进酒精含量高的酒类饮料。”因此,“只要酒类饮料在一个成员国合法生产与销售,就不存在有效理由去禁止它们进入任何其他成员国;这类产品的销售不应受到法律限制,以禁止酒精含量低于国家法律所规定的饮料进入其市场。”

如果成员国有必要满足保护公共健康等强制性要求,有关措施并不违反共同体条约。

“第戎葡萄酒案”是共同体物资流动自由领域内的一块里程碑。在各成员国保护主义盛行的年代里,它有力促进了共同体的市场整合与竞争,从而有

但纯粹的经济保护主义并不符合要求。

[14] Cassis de Dijon, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Case 120/78, ECR 649.

助于提高产品质量、降低消费价格,并为共同体内部市场的协调提供了新的途径。在“第戎葡萄酒案”之后,执委会承认其第70/50指示对条约第28条的贯彻存有缺陷。根据执委会自身的理解,“第戎葡萄酒案”的主要精神是:“任何在一成员国合法制造并销售的产品,必须在原则上被允许进入任何其他成员国的市场。”因此,“第戎葡萄酒案”包含着“相互信任”(reciprocal trust)原则:即如果一成员国的法律允许某产品进入其市场,那么所有其他成员国都应该信任前者的判断,同样允许该产品进入其本国市场,从而使之得以在共同体范围内自由流通。在效果上,互信原则使进口商品摆脱了出产国和进口国的双重检查负担,从而促进了成员国之间的自由贸易。与此同时,通过扩大第28条“强制要求”的例外范围,欧洲法院得以兼顾各成员国的传统和地方特色。

如果一成员国的法律允许某产品进入其市场,那么所有其他成员国都应该信任前者的判断,同样允许该产品进入其本国市场,使之得以在共同体范围内自由流通。

(二) 共同体的政府机构及其权限

为了完成以上目标,条约第7条规定了共同体机构的形式:“授权共同体的任务应被下列机构所执行:欧洲议会、部长理事会、执行委员会、最高法院及审计院。每个机构应在本条约的授权范围内行动。”第10条进一步对各成员国施加责任:“成员国应采取所有合适的普遍或特殊措施,以保证实现本条约所规定的责任、或由共同体机构所采取的行动所产生之责任。它们应促进共同体任务之完成,并避免采取任何措施去阻碍本条约的目标之实现。”

共同体条约的性质也是“授权而非限制”,但某些条款的授权措辞相当广泛。

和美国的联邦宪法类似,共同体条约也是一项“授权而非限制”的文件:即如果缺乏明确或隐含授权,那么共同体机构即被假设无权行动;成员国政府保留所有未被委托给共同体的权力。然而,某些共同体条款——如第308条——所定义的权力相当广泛。对于条约赋予共同体机构的权力范围,一般存在以下三种不同观点:一种认为共同体权力仅限于条约的明确授权,另一种则认为共同体机构具备广泛的外事权力。最后一种认为共同体具有广泛的隐含权力,有权形成任何有关共同体立法事务的国际协议。欧洲最高法院似乎倾向于最后这种观点,对条约的授权给予广泛解释。正如博曼(Bermann)教授指出:“共同体机构仅享有授予权力,而成员国则被假设保留一切未曾委托的主权。但另一方面,一旦发现其措施处于共同体的领域之内,那么普遍的看法是:只要尊重有关条约条款的所有实体和程序条件,共同体机构就可根据它们认为适当的方式,广泛或狭隘地自由立法。”

共同体条约中的“弹性条款”。

在各项共同体条款中,授权最为广泛的无疑是第308条:“在共同市场的运行中,如果共同体行动对共同体的目标之实现有所必要,但本条约并未提供必要权力,那么在根据执委会的建议并同欧洲议会协商之后,理事会应该经由全体同意而采取合适措施。”这项条款类似于美国联邦宪法第一章第八节中的“弹性条款”,似乎授予共同体机构以包罗万象的权力,因为仅有的制衡是

要求理事会必须一致赞成才能采纳有关措施。但根据欧洲法院的判决,第308条的适用范围并非无限:“从第308条的文字本身可知,只有在条约并未授予共同体机构去采纳受质疑之措施的必要权力时,才有理由把它作为有关措施的法律基础。”

评注 “辅助原则”

共同体条约所包含的广义条款可能授予共同体机构以无限权能,这种危险在20世纪90年代的“欧洲联盟”构想中尤为显著。与这种中央化的趋势相抗衡,共同体发展了“辅助原则”(subsidiarity principle)。博曼教授给予如下定义:“根据这项原则,即使对处于共同体领域内的事务,但只要成员国能够与共同体本身同样有效地取得调控目标,那么成员国就仍然保留它们的立法权。在这个意义上,共同体的权能是‘辅助’性的。”(Bermann et al., 1993:46)

1986年的《单一欧洲法》首次在其增添的环境保护条款中加入了“辅助原则”:“只有当环保目标能在‘共同体层面’比在成员国层面获得更佳实现时,共同体才应该采取行动。鉴于1992年的《欧洲联盟条约》将极大扩展共同体的权能领域,且把立法程序放宽为理事会的限额多数,条约第5条明确规定:“根据辅助原则,在不属于专有管辖权的范围内,只有当提议行动的目标不能单靠成员国来充分实现,因而由于提议行动的范围和影响,它可被共同体更佳实现时,共同体才应该采取行动。”目前,对于欧洲法院是否可以基于“辅助原则”而实行司法审查,仍然存有疑义。

辅助原则:即使对处于共同体领域内的事务,只要成员国能够和共同体本身同样有效地取得调控目标,那么成员国就仍然保留它们的立法权。

(三) 共同体法律的基本结构:直接效力与最高地位

连同其后的《统一欧洲法案》和《欧洲联盟条约》,创立共同体的三项原始条约构成了共同体的“首要法律”(primary law)。除此之外,共同体还存在根据这些首要法律而制订的“次级法律”(secondary laws)。根据经济共同体条约第249条规定,共同体的次级法律分为三类。第一类是具有普遍约束力的“规章”,它们具有“直接效力”(direct effect),即无须成员国采取任何行动,共同体规章即构成成员国法律秩序的一部分;规章约束成员国的政府机构和司法决定,并推翻任何与之相抵触的成员国法律。第二类是共同体的“指令”;指令并不一定具有普遍约束力,且成员国可以选择贯彻指令的形式和方法。只有在成员国采取行动加以贯彻之后,指令才成为成员国的法律;然而,在超过贯彻期限之后,指令亦可能具备“直接效力”。由于绝大多数的共同体调控都采纳指令形式,它们的直接效力成为共同体法律的关键问题。第三类是“决定”;它只适用于决定所针对的特定国家。

除了条约之外,共同体法律还包括规章、指令和决定。规章和符合条件的指令在各成员国具有直接效力。

欧洲法院根据共同体条约审查共同体的所有法律行为。共同体构成了国际法中全新的法律秩序,直接对共同体公民施加义务。

所有三类共同体法律都具备约束力,因而亦都受制于欧洲法院的司法审查。欧洲法院可以根据共同体条约,判决共同体机构所制订的规章、指令或决定因超越授权范围而无效。因此,共同体政治机构的立法权力不但限于条约的明确授权和程序约束,而且受到“法官制法”(judge-made law)的广泛制约。

如上所述,欧洲共同体并非美国意义上的联邦政府;作为各成员国之间达成的条约,共同体法律似乎只适用于成员国政府,而不能直接对成员国的公民施加责任或授予权利。但事实上,共同体的法律结构明显偏离了这种邦联模式的限制。共同体条约并非成员国之间形成的普通国际条约;它创立了新的权力机构和法律秩序,并在一定程度上对各国公民直接授予法律权利。因此,共同体条约第 230 条和第 232 条授权个人起诉共同体机构的违法行为或未能行动。对于成员国政府,第 249 条明确规定:“[规章]应具备完全约束力,并直接适用于所有成员国。”这实际上意味着共同体规章构成了各成员国法律秩序的一部分,因而必须受到国家法院的实施;公民可以根据共同体法律,在国家法院直接挑战国家政府机构的行为或决定。不仅如此,符合必要条件的指令亦具有类似的“直接效力”。通过明确规定,共同体条约偏离了通常的邦联模式,使共同体法律和联邦法律一样在各成员国具备直接效力。

案例 “甲醛进口税案”^[15]

作为共同体最高法的条约本身是否具备直接效力?欧洲法院判决,共同体条约并不是所有条款都具备直接效力,而是只有“无条件”并“足够准确”的条款才具备直接效力。在这方面,首要案例是 1963 年的“甲醛进口税案”。1960 年,荷兰政府把从德国进口的尿素甲醛重新归类,使其进口税从原来的 3% 上升到 8%。原告公司起诉这一措施违反了共同体条约的第 25 条,因为后者禁止成员国对共同体内的贸易物资进一步增加关税。荷兰的税务部把两个问题转交欧洲最高法院决定:共同体条约的第 25 条是否在成员国内部具有直接效力,以及如果肯定,荷兰政府在本案的税务措施是否构成了第 25 条所禁止的增税。欧洲最高法院肯定了该条款的直接效力,并首次系统地阐述了共同体条约的直接效力原则:

欧洲经济共同体条约的目的,乃是创立一个共同市场,并使其运作直接影响共同体的公民;这表明条约并非仅在协约国之间制订相互责任之协议。这项解释受到条约前言之肯定;它并不只提及政府,而且影响个人。一个特例是设立某些主权之机构,其权力行使将同时影响成员国及其国民……另外,根据

[15] van Gend en Loos v. Nederlandse Tariefcommissie, Case 26/62, ECR I.

第 234 条的构架,欧洲最高法院的作用,乃是保证各国法院对条约的统一解释;这亦表明国民有权在成员国法院起诉受条约承认的各国政府。我们从中必须得出结论:共同体构成了国际法中全新的法律秩序;在有限范围内,各国为了共同体利益而限制了它们的主权,并且共同体的组成部分不仅包括各成员国、而且包括各国公民。因此,共同体法律独立于成员国的立法;它不仅对个人施加责任,而且对他们授予法律权利。后者不仅来源于条约的明确授权,而且来自条约对个人、成员国以及共同体机构所施加的明确责任。

欧洲最高法院一直承认共同体条约和法律的最高地位。

假如只有直接效力、而缺乏最高地位,那么共同体法律相对于成员国法律的关系将有欠明朗。和美国宪法不同,共同体条约并未明确规定共同体法律的最高地位,但欧洲最高法院从一开始就承认共同体条约和法律的最高地位(supremacy of community law)。和美国的联邦法律类似,共同体权力必须受到条约的明确或隐含授予;但在条约授权的合法范围内,共同体法律具有最高地位,任何与之抵触的成员国法律都应被判决无效。成员国不得利用任何国家法律去推翻共同体法律,就连长期有效的宪法传统亦不例外;政府不能借国家宪政结构的原则或宪法基本权利与共同体法律不合为理由,去削弱后者在该成员国的效力。在 1970 年的“出口押金充公案”,欧洲法院指出:

如用成员国法律的规则或概念来决定共同体机构所采纳措施的有效性,那就将对共同体法律的统一和功效产生不利影响。这类措施的有效性只能根据共同体法律加以决定。事实上,共同体条约是法律的独立源泉。就其性质而言,基于条约的法律不可能被国家法律规则所推翻;否则,前者就被剥夺了成员国法律之性质,且共同体本身的法律基础就将受到质疑。因此,共同体措施的有效性或在成员国的效力,不能因为它抵触国家宪法的基本权利或国家宪政结构的原则而受到影响。

案例 “电力国有案”^[16]

关于共同体法律的最高地位原则,首要案例是 1964 年的“电力国有案”。在 1962 年,意大利政府使电力工业国有化,并把财产转移到新组织 ENLE。科斯塔拒绝支付欠 ENLE 的三美元电费,并宣称国有化法案违反了意大利宪法及共同体条约的第 31、88、97 条。米兰法院把这些问题同时转交给意大利宪政法院和欧洲最高法院,以获得它们的初步决定。但意大利政府宣称:只有意大利宪政法院才有权推翻国家立法,因此问题只应被转交给宪政法院,欧洲

[16] Costa v. ENLE, Case 6/64, ECR 585.

法院在此缺乏管辖权。欧洲最高法院驳回了意大利的论点,并系统阐述了共同体法律的最高地位原则:

和其他国际条约不同,组成欧洲经济共同体的条约创立了自身的秩序,并在条约生效之时就和各成员国的国家秩序结合一体。这样,这项秩序就对它们产生约束力。事实上,各国创立了永久存在的共同体,并除了具备国际地位以及从各国转移到共同体的权力之外,共同体具有自身的机构、自身的人格和自身的法律权能;因而在尽管有限的领域内,各成员国限制了自身的主权,并创设了一套同时约束其国民及其自身的法律体系。既然各成员国的法律体系接受了来自共同体的条款——尤其是条约的措词和精神,其推论必然是成员国不得单方面采取事后措施,来抵触它们基于互惠基础而接受的法律秩序……各成员国把来自条约的权利和责任从其国家秩序转移到共同体秩序,从而明确限制了各自的主权;此后,各国不得通过和共同体目标相抵触的法律。

任何成员国都不得通过和共同体目标相抵触的法律。

二、联合国

1945年6月26日,联合国的国际组织会议在旧金山结束,50个国家的代表签署了《联合国宪章》(Charter of the United Nations),于1945年10月24日生效。今天,世界上几乎所有国家都加入了联合国。联合国已发展为193个会员国的大家庭,并为解决国际冲突、维护世界和平作出了贡献。但“联合国”并不是一个国家,也不是任何意义上的“世界政府”。它并不制订具有约束力的法律,国家主权仍然属于各会员国。

“联合国”不是一个国家,不是“世界政府”,不制订具有约束力的法律。国家主权仍然属于各会员国。

作为联合国的基本文件,宪章规定了会员国的权利与义务,并建立了联合国的基本原则和组织机构。宪章序言声明“我们联合国人民决心……重申基本人权,人格尊严与价值,以及男女与大小各国平等权利之信念……”,“决定联合我们的努力以实现这些目标,因而我们的政府通过其代表……同意目前的《联合国宪章》,并在此建立定名为联合国的国际组织。”尽管其序言是以“人民”的名义开头,但宪章实际上是各国政府的同意下建立的。

《联合国宪章》规定了联合国的4项宗旨和基本原则。

宪章第1条规定了联合国的四项宗旨:“一、维持国际和平及安全;并为此目的:采取有效集体办法,以防止且消除对于和平之威胁,制止侵略行为或其他和平之破坏;并以和平方法且依正义及国际法之原则,调整或解决足以破坏和平之国际争端或情势。二、发展国际间以尊重人民平等权利及自决原则为根据之友好关系,并采取其他适当办法,以增强普遍和平。三、促成国际合作,以解决国际间属于经济、社会、文化及人类福利性质之国际问题,且不分种族、性别、语言或宗教,增进并激励对全人类之人权及基本自由之尊重。四、构成一协调各国行动之中心,以达成上述共同目的。”依据这些宗旨,第2条规定了

联合国的基本原则,其中包括“会员国主权平等”、以和平方式解决国际争端、在国际关系上不使用威胁或武力以及不侵害国家领土完整与政治独立等原则。第7款规定,宪章不得被解释为“授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件”。

根据第7条的规定,联合国本身共有六个主要机构:大会、安全理事会、经济与社会理事会、托管理事会、国际法院及秘书处,且“联合国可依本宪章设立其认为必需的辅助机关”。其中除了设在荷兰海牙(Hague)的国际法院之外,其余主要机构都设在纽约的联合国总部。

第三节 单一制

当联邦制走向紧密与集中的极端——当权力不断从地方向中央转移,它就到达了单一制。和联邦制与邦联制不同,单一制是一个在理论上比较狭隘的概念。一般地,它表明中央政府代表了国家的所有主权,且除了宪法规定的公民基本权利的限制之外具有无限权力;地方政府只是中央政府的分支,有义务服从中央命令,且不具备宪法保障的自治权力——这并不是说地方政府不是民主自治的,而是中央政府可以随时通过法律或命令超越并取消地方规定。因此,单一制国家的地方政权不可能有自己的宪法,因为地方政府的权限本身完全是由国家宪法与法律决定的。联邦或邦联中各成员之所以有自己的宪法,是因为这些体制的基本法律承认中央政府的权力是有限的,各地区成员掌握了主要的政府职能以及所有未曾明确划拨联邦的剩余职能。在单一制国家,虽然地方政府可能从事并管理着众多事务,但其相对低微的法律地位使之不可能拥有自己的宪法。事实上,在许多单一制国家,地方议会所采纳的普遍立法性文件甚至不能被称为“法律”。

目前,世界上的单一制国家包括中国、法国、英国、意大利等国。一个普遍的现象是,采取单一制的国家规模都相当有限——当然,像德国这样规模并不太大的国家也可能采取联邦制。根据孟德斯鸠及卢梭的传统观点,小国适合民主制度,大国适合中央专制。这种观点实际上预设了单一制,即在个国家实行一种统一制度——或者民主制,或者君主制。因此,实行单一制的民主国家必然被局限于规模有限的社群。本书第一章曾经指出,在大国实行名副其实的单一制民主有其不可避免的困难,即使代议制仍然摆脱不了大国固有的困境。但联邦制打破了传统局限,通过把政府职能下放到地方,并通过宪法保障地方政府的民主自治,联邦宪法使得中央“大民主”和地方“小民主”同时成

单一制:中央政府代表了国家的所有主权,地方政府只是中央政府的分支,有义务服从中央命令。

要在单一制实行民主,国家规模受到限制。联邦制使民主在大国成为可能。

为可能——这并不是什么超越社会规律的“奇迹”，而是纵向分权使得民主政府在自己的管辖范围内有能力处理有限的事务。

一、法国

法国具有实行中央集权的历史传统。

在法国革命之前,法国是一个封建国家。但如托克维尔指出,法国早在11世纪就开始了中央集权过程。到路易十四“大独裁者”的时代,法国已经是一个典型的中央集权国家了。自从在1789年的大革命扫除了地方封建势力之后,法国形成了统一的中央民主政府。不论以后采取共和抑或君主制,中央集权一直是法国政体的特征,地方政府缺乏独立自主权。直到20世纪80年代以前,中央政府一直通过行省的最高长官(prefect)来控制地方政府。和大独裁者路易十四(Louis XIV)时期的地方总督(intendant)类似,拿破仑时代的行省长官监督地方机构的决定,并可自行撤销违法的地方决定。市长从来是中央政府的代表,他通过行省长官向巴黎负责法律和命令的执行。市长可受到行省长官的纪律制裁,后者则只能受到中央部长的控制与处分。

在大革命以前的封建制,法国地方的行政区划十分复杂。大革命消除了各地差异,划分了整齐的行政区域,分为行省(department)、专区(arrondissement)、县区(canton)和市镇(commune)四个等级。在后来的发展中,中间两个等级——专区与县区——受到很大削弱。近年来兴起了新的行政区域组织:大区 and 由地方团体联合组成的地域性公务法人。目前,最重要的地方行政组织是市镇、行省和大区。全法国目前被分成96个行省和大约38000个地区,这些众多的地区又结合为大约700个都市和1300个企业联合组织(syndicates)。地区是行政管理的最小单元,它们包括500个居民左右。

近年来,法国实行了有限程度的纵向分权,地方政府获得了财政控制。

法国的中央与地方关系有些类似于美国的州与地方政府关系。在美国,地方政府被认为是州政府的一个分支,没有独立的宪法地位。法国也是如此,因而宪法对地方政府几乎未加任何规定。第五共和宪法第72条规定:“共和国的领土单元是市镇、行省和海外领地……根据法律所规定的条件,这些单元应通过选举理事会来自行管理。在行省和领地,政府代表应对全国利益与行政监督负责,并保证法律获得尊重。”1982年,法国实行了有限程度的纵向分权。地方政府获得了财政控制,且市长开始具备独立于所在行省的自主权。市长现在无须任何法律或法令的明确或隐含授权,即可调控并决定地方治安与公共秩序事务。为了防止地方政府滥用权力并保证地方决定的合法性,原先的上级行政控制现被行政法院的司法控制所取代。

二、中国

中国是世界上单一制历史最长的国家。自秦朝统一以来,中国在两千多

年的漫长历史中基本上保持着中央集权体制。对地方政府和人民而言,中央王权一直具有至高无上、不可抗拒的权威。当然,由于中国地大、人多,加上中央权力本身的局限性,它的控制实际上不可能深入到社会的各个角落。同时,地理上的隔绝和交通工具的限制,也给各地经济与文化交流带来了障碍,形成了多个稳定的地方群落和民族,从而使一定程度的地方自治成为现实的必需。在历史上,中央政府也确实依赖地方官吏与乡绅实现统治。因此,在中央集权的大框架下,中国社会从来带有显著的地区差异和地方自治的特征。如果说中国是一个“单一制”,它必定是一个多元化的单一制。

中国是单一制历史最长的国家,中央王权一直具有至高无上的权威,但地区差异使中国的单一制具有多元化。

(一) 历史沿革

在历史上,中国的行政区域几经变化。公元前221—207年,秦始皇建立了第一个统一的中央集权帝国。全国分为36个郡,下设县、乡、亭、里等行政区域。汉朝恢复封建,设置了州、郡、县三级权力,并为魏、晋、南北朝所沿袭。隋朝改为郡、县两级,至唐宋又复改为道(路)、郡、县三级制度。元朝创立省级行政区划,设置了省、路、府、州、县五级制度。明朝恢复为省、府、县三级。清朝设置了18个省、5个将军辖区,共26个行政区。辛亥革命之后,北洋军阀建立了22个省、5个特别行政区,实行省、道、县、乡四级管理体制。1928年之后,国民党政府基本上实行省、县、乡三级统治。(王士如编,1993:185)

1949年之后,中国的行政区域又经过了几个阶段的变化。建国初期,曾建立东北、华北、西北、华东、中南、西南六大行政区,直接领导省、市单位。1954年,各大行政区委员会陆续撤销,省级单位直接归中央领导,实行了省、专员公署、县、区、乡或公社的“三实二虚”制度。所谓“三实二虚”,就是指在省、县、乡三级地方政权基础上,设立两级派出机构:省、自治区、直辖市的派出机构是行政公署,县级政府的派出机构则是区公所。(王士如编,1993:186,188)直辖市和人口20万以上的市都设区,市辖区再划分为街道,下设派出所。直辖市和省辖市可以领导县和自治县。1975年,专区改为地区,并成为实体权力单位。1978年以后,“三实二虚”制度又得到恢复,并增设了自治县和一些市,恢复了乡、镇和民族乡。

1982年宪法第30条规定了中国的行政区域划分:全国分为省、自治区、直辖市;省、自治区分为自治州、县、自治县、市;县、自治县分为乡、民族乡、镇。直辖市和较大的市分为区、县,自治州则分为县、自治县、市。自治区、自治州、自治县都是“民族自治地方”。因此,中国现行的行政区划基本上采取三级制:省(自治区、直辖市)、县(自治县、市)、乡(民族乡、镇)。有的省、自治区下设自治州、市,而州、市下属的县级单位又设立乡级单位,因而属于四级制。据2004年统计,中国目前共有283个地级市、374个县级市、852个市辖区、5904个街道办事处、2862个县级区划、17781个乡、19171个镇和652718个村民委员会。

“一国两制”构想是单一制宪法下的创举。

为了适应改革开放的形势,宪法第31条进一步规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”和省、自治区、直辖市一样,特别行政区也是直属中央政府领导的一级地方政权,并按照“一国两制”的设想,可以实行不同的社会与法律制度。1997年和1999年,香港和澳门回归后成为中国的两个特别行政区。另外,经全国人大批准,广东、福建与海南省还划分出一定区域,设立经济特区。目前中国有四个经济特区:深圳、珠海、厦门、汕头。

根据宪法第62条与第89条,行政区域的设立、撤销、合并或更名需要经过分级审批程序。全国人大负责批准省、自治区、直辖市的建置以及特别行政区的设立,这些区域的划分与界线变更则由国务院审批;国务院批准自治州、县、自治县、市及市辖区的建制,并可授权省、自治区、直辖市政府审批县、市及市辖区的部分行政区域界线之变更。省、自治区、直辖市政府批准乡、民族乡、镇的建置和划分。

(二) 中央与地方的立法关系

宪法并没有明确说明如何界定中央和地方所行使的职权,也没有具体规定如何解决中央和地方法律规范之间的冲突。《立法法》规定了法律规范的效力、等级、制定程序以及冲突解决方式。

在“依法治国”、建立“法治国家”的大环境下,中央与地方关系必须获得法律的界定。1982年宪法第3条只是规定了一个笼统原则:“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。”宪法并没有明确说明如何界定中央和地方所行使的职权,也没有具体规定如何解决中央和地方法律规范之间的冲突。但这些冲突实际上相当常见,因而导致了普遍的“立法打架”现象。为了解决这个问题,第九届全国人大第三次会议于2000年3月15日通过了《立法法》,并于同年7月1日开始实施。《立法法》是规定法律规范的效力、等级、制定程序以及冲突解决方式的基本法,在某种意义上是“法律的法律”。

根据宪法与《立法法》的有关规定,中国目前具有下列几类不同等级的法律规范:由全国人大及其常委会制定的“法律”,由国务院制定的“行政法规”,由国务院各部、委制定的部门规章,由各省、自治区或直辖市人大及其常委会制定的“地方性法规”,以及由这些区域的政府所制定的地方政府规章。从法条规定上看,中国的中央和地方分权具有如下特点:

《立法法》把某些重要事项规定为全国人大或人大常委会的专有立法权。

第一,尽管法律不得和宪法相抵触,中国宪法并未规定全国人大及其常委会的立法权不能侵入任何地方领域。相反,《立法法》把某些重要事项规定为全国人大或人大常委会的专有立法权。第8条规定:“下列事项只能制定法律:(一)国家主权的事项;(二)各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;(三)民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;(四)犯罪和刑罚;(五)对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;(六)对非国有财产的征收;(七)民事基本制度;

(八)基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;(九)诉讼和仲裁制度;”以及必须由全国人大及其常委会制定法律的“其他事项”。第9条规定,如果尚未对这些事项制定法律,全国人大及其常委会可以授权国务院“根据实际需要,对其中的部分事项先制定行政法规,但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外”。各省、自治区与直辖市的人大及其常委会不可能被授权根据地方需要,对上述领域先行制定地方性法规。

探讨

再论中央—地方权限的划分标准:影响范围还是重要程度?

中国把重要事项的立法划归为专属全国人大及其常委会的权力,固然有其合理的一面。其中某些事项按各国通例本属于中央政府,例如关于“国家主权”的事项、对中央与地方国家机构的组织与职权的基本规定、基本的经济与法律制度等。况且人民代表的层次越高,其素质就越能得到保障,并接受全国性的关注与监督;尤其在民主机制尚不完善的情况下,如果把一些重要立法权下放到地方人大或常委会,那么这些权力就有可能受到滥用,从而允许以合法形式侵犯公民的基本权利,而且这类侵犯有可能因其地方性而逃脱注意。然而,按照民主自治的基本原则,权限划分的自然方法是按照事项的影响范围而非重要程度。尤其是地方政府必须被允许采用它认为最有效的手段,来维持地方秩序并保护公共利益。如果按照重要程度来划分职权,那么就必然会在某些情况下导致不便。在《立法法》第8条的列项中,尤其具有争议的是其第五款中“限制人身自由的强制措施和处罚”。

设想在五一节长假期间,北京、上海、广州等地为了维护公共秩序,决定遣返滞留本地的“三无”人员。但遣返本身构成了“限制人身自由的强制措施”,因而根据《立法法》的规定,这些城市的人大及其常委会无权决定,而必须由全国人大或常委会通过制定法律加以规定。但全国其他地区因问题并非如此突出,而无须采用类似手段,因而这是一个地区性而非全国性的需要——换言之,虽然遣返关系到公民的人身自由,在这里它是一个不适合全国立法机构决定的问题。根据《立法法》所规定的限制,我们看不到地方政府能找到依法解决其特殊问题的有效途径。

中国按照事项的重要程度而不是影响范围来划分中央与地方政府权限。

宪法和《立法法》对地方立法权的限制有可能削弱依法解决地方问题的能力。

思考 你认为美国会如何解决这类问题?为什么它似乎不如此顾忌地方自治对权力的滥用和对公民基本权利的侵犯?

地方政府的立法权限。

第二,地方政府具有一定的权力管理本地区的事务。《立法法》第63条规定,各省、自治区、直辖市的人大及其常委会“根据本行政区域的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规。”较大市的人大及其常委会亦“根据本市的具体情况和实际需要”制定地方性法规,并“报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行”。有关人大常委会应当“对其合法性进行审查,同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规不抵触的,应当在四个月内予以批准。”如果较大市的地方性法规和同本省、自治区的政府规章相抵触,应当作出处理决定。

根据《立法法》第64条,地方性法规可以对两类事务作出规定:“为执行法律、行政法规的规定,需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项”和“属于地方性事务需要制定地方性法规的事项”。另外,“其他事项国家尚未制定法律或者行政法规的,省、自治区、直辖市和较大的市根据本地方的具体情况和实际需要,可以先制定地方性法规。在国家制定的法律或者行政法规生效后,地方性法规同法律或者行政法规相抵触的规定无效,制定机关应当及时予以修改或者废止。”根据第73条,各省、自治区、直辖市和较大市的政府可就两类事项作出规定:“为执行法律、行政法规、地方性法规的规定需要制定规章的事项”和“属于本行政区域的具体行政管理事项”。

评注 “较大的市”

《立法法》第63条规定:“本法所称较大的市是指省、自治区的人民政府所在地的市,经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。”因此,“较大的市”包括各省与自治区政府所在地,深圳、珠海、厦门等经济特区以及由国务院批准的市。国务院于1984、1988、1992和1993年共批准了重庆、青岛、大连、唐山、宁波、无锡、苏州和徐州等36个市为“较大的市”。如上所述,和省与直辖市一样,“较大市”的人大及其常委会有权根据本市的具体情况和实际需要,在不抵触更高的法律规范的前提下制定地方性法规,其人民政府亦可以为执行法律或法规以及行政管理而制定有关规章。

只有国务院批准的较大市的人大机构和政府才有立法权。

由于一般市的人大或常委以及人民政府没有立法权,什么样的市才能成为“较大市”有时会成为敏感问题。你认为是否应该在立法权上区分“较大市”和其他市?国务院在批准“较大市”的过程中应遵循什么原则?是否存在可操作的合理区分标准?这些标准或原则是否应被公开规定?

第三,中央政府的法律规范在效力上一般高于地方法律规范,但这并不是绝对的原则。根据宪法和《立法法》第78—80条的规定,法律的规范的等级

从高到低依次为宪法、法律、行政法规、地方性法规，“地方性法规的效力高于本级和下级地方政府规章”。但这些法律没有规定地方性法规和部门规章以及部门规章和地方政府规章之间的法律等级。第82条规定：“部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间具有同效力，在各自的权限范围内施行。”

探讨 “良性违宪”——地方试验不得不允许的“宪法变通”？

宪法和《立法法》的上述规定可被认为是对单一制的一种偏离，也是对地方自治的有限让步。地方法规和规章必须符合中央的宪法、法律和行政法规，但是可以和中央部门的规章以及规章以下的规范性文件有一定出入。但是如上所述，在按照事务的重要程度而非影响范围划分权限的国家，中央和地方的立法关系面临着更为根本的困惑。如果统一的中央法律并不适合地方需要，或地方甚至无权规定某些领域的事项，而中央法律又没有适当规定，地方如何通过民主和法治解决地方问题？由此可见，宪法和《立法法》所允许的有限例外并不足以支撑中国的地方自治；在某些情况下，地方可能不得不偏离中央的法律乃至宪法，才能满足地方需要。（参见本书第六章第三节对乡镇直选试验的讨论）这把我们带到了一个看起来不甚相关的命题——“良性违宪”。

“良性违宪”是一个颇有争议的概念，其大意是由于宪法某些条款可能本身不合理或和时代脱节，法律应该被允许去弥补宪法的缺失或纠正其缺陷。（参见郝铁川，1996）假设中国宪法第34条的规定——被剥夺政治权利的人丧失选举权——是不合理的，因为它被认为违反了更高的原则——譬如人们以后可能会认为选举权是如此基本的人权，以至不得以任何理由遭到剥夺，那么“良性违宪”理论就允许立法机构通过法律改变这一实践。这时，由于立法符合比宪法更高的（尽管可能是不成文的）原则，因而其“违宪”行为应该受到容许。当然，在中国目前的立法实践中，由于几乎所有立法都是以2/3以上多数代表通过的，已经达到了修宪程序所要求的多数，因而这一问题应该可以通过明确修宪加以解决。换言之，即便“良性”的中央法律也是没有什么理由违宪的。

但值得注意的是，地方法律规范并不遵循同样的逻辑。在中国，许多改革是在地方发起的，而地方显然无权修改宪法和中央法律。在改革的初级阶段，中央政府或许还没有察觉全面改革的必要性，或许是出于慎重的考虑不愿贸然在全国推广，因而往往默认甚至鼓励和安排地方的改革试验，通过地方试验为全国范围的改革积累经验。综观二十多年的改革历程，几乎所有意义重大的举措都是首先在地方试验成功的条件下才在全国范围内推行的。事实上，这些举措之所以“意义重大”，正是因为它们突破了当时的宪法与法律框架，因而必然和当时的体制有所冲突。假如不允许地方试验，那么中国只有面临

两种选择:或者维持原状,或者在没有任何经验积累的基础上贸然在全国范围内进行后果未知的改革,从而极大增加改革的风险和难度。这样,如果一概以“违法”乃至“违宪”为由禁止地方试验,那么就很可能扼杀了改革的种子,最后延缓全国从地方改革的经验和教训中受益的进程。

一个最明显的例子是被称为“中国奇迹”的当代经济改革。1978年,安徽凤阳小岗的18户农民自发实行“大包干”,正式揭开了中国农村土地改革的序幕,中国农村土地制度从单纯的集体所有制向集体所有、家庭经营的两权分离模式转变。但不能忘记的是,那次改革是在1978年宪法的背景下发生的,而该宪法“总纲”第7条规定:“农村人民公社经济是社会主义劳动群众集体所有制经济……在保证人民公社集体经济占绝对优势的条件下,人民公社社员可以经营少量的自留地和家庭副业。”虽然宪法没有说明“集体所有制经济”究竟是什么,也没有明确禁止家庭承包制度,但是第7条显然表明农民的“自留地和家庭副业”等私营成分只能作为集体所有制的例外,以公社为基础的集体化经济必须占据“绝对优势”。用当时的宪法标准来衡量,1978年的改革似乎代表了一个“错误”的方向。事实上,即便是现行宪法在1982年制定时仍然没有承认家庭承包制;相反,它继续承认人民公社作为集体所有制的主要形式。直到1993年第二次修宪之后,第8条才明确承认家庭承包制的宪法地位:“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。”但在此十年前,中共中央早已于1983年颁发了《关于印发农村经济政策的基于问题的通知》,全国农村开始普遍推行包干到户。到1983年底,98%左右的基本核算单位都实行了包干到户,家庭承包经营的土地面积占耕地总面积的97%左右,实现了土地所有权与使用权的分离。这些都发生在1993年修宪之前,因而是没有宪法授权的,而中央的“通知”也不能使之合宪化。1993年的宪法修正案只是承认和肯定了早在十年前没有宪法授权的条件下去完成的既定事实而已。假如我们没有1978年开始的地方改革,假如我们当时因为改革合宪性的疑问而压制了这场自下而上的自发试验,那么我们今天的社会和法律将会是什么样子呢?

“良性违宪”构成了单一制宪法的难题,且越不完善的宪法越容易出现这个难题。1978年开始的经济改革之所以“违宪”,主要是因为1978年宪法规定了严格以“人民公社”为主体的集体所有制,违背了广大农民的意愿,剥夺了他们的生产自主权。试想,假如1978年宪法没有限制和剥夺农民的基本自由,也没有强行规定“人民公社”等特定的生产组织结构,那么1978年改革是否还有必要“违宪”呢?在这个意义上,良性的地方试验只是在单一制宪法框架下不得已而为之的一种宪法变通。

良性违宪的地方试验只是单一制宪法框架下的一种宪法变通。

你认为“良性违宪”理论可能会产生什么问题？除了必要的地方试验之外，你是否可以为全国人大或其常委会制定违宪法律找到任何理由？什么是“违宪”？立法保护宪法没有规定的公民权利是否构成“违宪”？为什么？如何鉴别“良性”和“恶性”违宪？是否可能以及如何从根本上解决“良性违宪”难题？参见张千帆，2007。

第四，《立法法》没有规定“中央最高原则”，而是在中央（部门规章）和地方法律规范发生冲突时，规定了解决冲突的程序。第86条第2款规定：“地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院提出意见，国务院认为应当适用地方性法规的，应当决定在该地方适用地方性法规的规定；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。”第3款规定：“部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。”由于不明了这些规范的相对等级，地方性法规和规章无须和部门规章保持一致，并可在发生冲突时期望获得国务院或全国人大常委会的有利裁决。因此，规范等级的不明确可能会助长“立法打架”。

宪法和《立法法》没有规定地方性法规和部门规章以及部门规章和地方政府规章之间的法律等级。《立法法》规定了解决中央（部门规章）和地方法律规范发生冲突的程序。

探讨 联邦制与单一制下的法律等级

不论是联邦制还是单一制，现代国家的人口与尺度都足够庞大，因而其政府结构也相当复杂。一般地，任何国家都不只有一个层次的政府机构，而是有一个中央政府与一系列地方政府，在每一个政府中一般都有专门的立法机构以及一系列制定更低层次规范的行政机构。一个国家的法律体系必须是统一与和谐的，但不同层次的众多机构都有权制定法律规范，从而可能引起立法冲突与混乱（即所谓“立法打架”）。在某个特定政府的内部，这个问题比较容易解决，因为如上所述，不同机构的等级决定了其法律规范的等级，而更高级的规范控制着相对下级规范。但对于不同层次的政府而言，这个问题更为复杂，并可能会牵涉到不同的价值与原则。例如，如何决定中央政府的行政机构和地方政府的代议机构之高低？民主原则将更支持后者，但统一性原则更支持前者。中央与地方关系是任何国家都面临的问题，也是政府学或宪法学所必须讨论的问题，而其中的一个方面就是中央与地方的立法关系。

美国是一个联邦制国家，其法律结构相当复杂。不但联邦有宪法和法律，各州也有自己的宪法、一整套法律制度和独立的司法机构。尽管如此，它的法律等级是相对简单、清楚而和谐的。首先，联邦宪法具有最高地位；所有的法律，包括联邦法律、各州宪法与法律，都必须符合联邦宪法。宪法在有限范围

美国法律的等级是相对简单、清楚、和谐的。

内为联邦授予权力,国会可以在这个范围内制定法律。超越宪法范围的立法将构成违宪而无效,但符合宪法的联邦法律——包括国会立法与条约——具有最高地位,超越各州与之抵触的所有法律规范;同样,符合宪法与有关联邦法律的行政规章也具有最高地位,超越包括各州宪法在内的法律规范。这样,美国形成了一套复杂但(至少在逻辑上)统一的法律制度。当然,联邦与各州之间的法律规范也经常发生冲突。这类冲突统一由联邦或州的司法机构解决。

中国法律规范的等级不明确可能会助长“立法打架”。

中国是一个单一制国家,就政府等级而言十分简单——全国人大是国家的最高机构,它及其常委会所制定法律具有最高效力;然而,法律等级则相当复杂。全国人大及其常委会所制定的法律以及国务院所制定行政法规超越其他类型的法律规范,这一点是清楚的。但国务院所属部委所制定的规章和地方人大所制定的地方性法规以及地方政府部门所制定的规章之间,则没有清楚的等级划分。因此,如果教育部规章和上海市人大的有关法规发生冲突,我们无法判定哪个规范具有更高的效力,而只有把它移交给国务院处理;根据2000年的《立法法》,如果国务院认为教育部规章有效,那么问题还必须进一步上交全国人大常委会处理。这种处理方法虽然具有民主性的一面,但可能效率太低,不足以处理中国目前相当普遍的“立法打架”现象,从而有损于国家法律体系的完整与统一。

中国法律规范冲突的解决主要是靠制定这些规范的上级机构,而不是独立的司法性机构。

第五,由于上述审查机制决定了它们在性质上必然是抽象的(而不是针对具体争议),法律规范冲突的解决主要是靠制定这些规范的上级机构,而不是独立的司法性机构。事实上,部分和目前司法机构的地位有关,《立法法》完全没有提到法院。这是和中国法院在行政诉讼中限于审查“具体行政行为”的规定是一致的。根据《行政诉讼法》第52条与第53条,法院在审判中必须“依据”法律与法规并“参照”规章,因而无权审查或撤销任何“抽象行政行为”。《立法法》第88条第2款规定,全国人大常委会“有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规,有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规”;第3款规定:“国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章。”第89条规定了下级机关的备案义务,以便审查:“行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章应当在公布后的三十日内依照下列规定报有关机关备案”,其中各省、自治区、直辖市所制定的地方性法规报全国人大常委会和国务院备案;较大市制定的地方性法规,亦由其上级人大常委会报全国人大常委会和国务院备案。

《立法法》还授权有关国家机构、社会组织或公民个人对法律规范的冲突提出审查建议,而这些规定也表明审查不是司法性的。一般地,正式的司法审查具有比较严格的资格限制,且提出抽象审查的主体限于国家机构或政党,而非一般的社会组织或公民。但《立法法》对提出审查建议的资格规定得非常宽松,几乎任何人都可以提出审查建议。第90条规定,国务院、中央军事委员

会、最高法院、最高检察院和各省、自治区、直辖市的人大常委会认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向全国人大常委会书面提出进行审查的要求,“由常务委员会工作机构分送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”“其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民”可以向全国人大常委会书面提出进行审查的建议,“由常务委员会工作机构进行研究”,并“必要时,送有关的专门委员会进行审查、提出意见。”

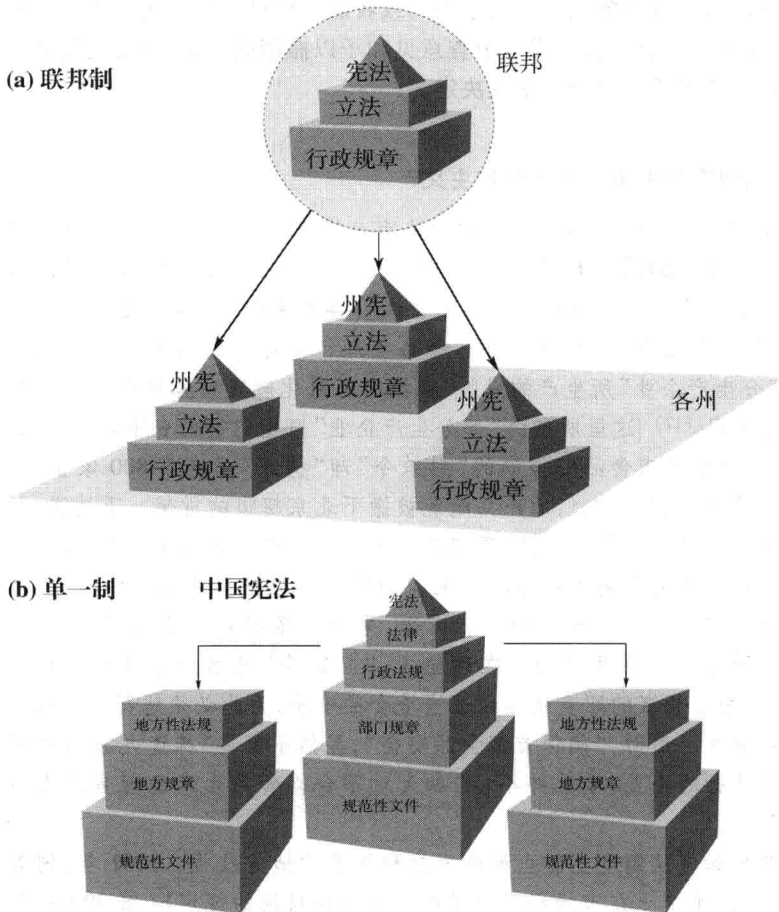


图 4.4 联邦制和单一制下的法律等级关系

对于简单的单一制,见图 1.2。事实上,任何国家都可能存在央地“立法打架”,譬如美国也会发生联邦与各州或地方的“立法打架”。法治国家必须有一套解决立法冲突的法理标准,并配备有效的冲突解决机制。什么样的联邦法律规范才高于地方政府的法律规范?从中国的中央与地方法律等级关系中,你能看到哪些不确定因素?

《立法法》规定了复杂的立法审查机制。

第91条规定,全国人大专门委员会“在审查中认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同宪法或者法律相抵触的,可以向制定机关提出书面审查意见;也可以由法律委员会与有关的专门委员会召开联合审查会议,要求制定机关到会说明情况,再向制定机关提出书面审查意见。”制定机关应当在两个月内研究提出是否修改的意见,并向全国人大法律委员会和有关的专门委员会反馈。全国人大法律委员会和有关的专门委员会“审查认为行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例同或者法律相抵触而制定机关不予修改的,可以向委员长会议提出书面审查意见和予以撤销的议案,由委员长会议决定是否提请常务委员会会议审议决定。”

探讨 如何遏制中国的地方保护主义?

由于宪法和《立法法》所规定的立法审查机制不力,中国目前的地方保护主义相当严重。2005年6月,北京市政府食品安全办发布了“封杀令”,“责令全市经营者停止购进和销售产自广东省潮安县的果脯、蜜饯产品”,其理由是“确保首都食品安全,加大对不合格食品生产经营者的失信惩戒力度”,而潮安的“部分生产企业”所生产的果脯、蜜饯因二氧化硫残留量超标曾多次被判为不合格食品。^[17]这里所谓的“部分生产企业”概指已被检查不合格的12家潮安企业,而北京市食品安全办的“封杀令”却“株连”了全县800家企业,其中不乏名优企业,导致它们的产品统统被撤下北京超市的货架。不消说,封杀行为从市场角度看是愚蠢的:它不仅将广东产品的供应者挡在门外,而且也使北京本地的消费者失去了品尝广东果脯的机会。根据北京本地的报道,潮安产品撤出后,“货架上立即变得稀稀落落,果脯产品所剩无几”,^[18]足见潮安果脯在当地是相当受欢迎的。在理论上,“封杀令”显然是站不住脚的。确实,食品安全监管者的职责就是保证当地食品安全,为此必须惩罚不合格食品的生产经营者。然而,“确保首都食品安全”,显然不需要“株连九族”;惩罚无辜的质量达标的企业,显然并不能“加大对不合格食品生产经营者的失信惩戒力度”。

问题是如何从制度上防止如此公然和任意的地方歧视。2001年,国务院曾发布过《关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁的规定》(第303号令),其中第三条“禁止任何单位或个人违反法律、行政法规和国务院的规定,以任何方式阻挠、干预外地产品或工程建设类服务进入本地市场,或者对阻挠、干

[17] “北京发‘封杀令’,全面驱逐潮安凉果”,《南方日报》2005年6月17日。

[18] “超市果脯品种将骤减”,《新京报》2005年6月16日。

外地产品或服务进入本地市场的行为纵容、包庇,限制公平竞争。”然而,北京封杀广东果脯事件以及全国各地发生的种种地方保护主义事件表明,项规定并没有得到很好的实施。几乎就在北京封杀广东果脯的同时,南京市公安交管部门为了“建设文明城市”,发布了一则令瓜农(主要来自安徽的)难以承受的“通告”,24小时全天候禁止运瓜拖拉机、三轮车进城。无论是对北京的封杀令还是对南京的禁运令,中国目前尚不能通过法治化途径有效加以防范。国务院第303号令只是规定:“任何单位和个人均有权对地区封锁行为进行抵制。”但是如果地方政府就是不让外地产品进城,试问后者如何“进行抵制”?如果说潮安的名牌企业还有足够实力敦促地方政府甚至省政府部门出面和北京市进行政治斡旋,安徽的瓜农们恐怕就没有这个能力了。事实上,为了能使自己的西瓜早点进城,一些瓜农只得高价租用车辆重新装运西瓜,而更多瓜农则不得不“打道回府”,或将西瓜卖给瓜贩,或就地低价销售,不仅损害了外地瓜农的收益,也使南京市内的消费者为“建设文明城市”承担了西瓜价格高居不下的成本。^[19] 试想全国上下有多少个“食品安全办”、“公安交管部门”等诸如此类的地方单位。如果它们都能像这样以某种公共利益为由,动辄对外地产品进行封锁或其他方式的歧视,而我们却没有正当有效的手段加以控制和防范,国家将陷入怎样的困境! 如果不存在正当合法的防控手段,那么不正当的区域报复和相互歧视就将取而代之。如果广东省不能说服北京市撤销“封杀令”,转而封杀北京生产的果脯作为报复;如果安徽省因为瓜农不能进城,转而刁难南京的盐水鸭,……到那个时候,无处不在的地方保护主义壁垒将把这个统一的国家分割为一个个彼此不能和谐交流的孤岛。

要有效解决这类层出不穷的问题再现,只有通过宪法层次的制度建构。美国经验很清楚地证明了这一点。在美国,很难想象会发生这类事件。为什么? 因为美国宪法有两件中国目前不具备的东西。首先,联邦宪法第1条第8款规定了国会调节“州际贸易”(interstate commerce)的权力,因而地方和地方之间的贸易争端原则上都可以在联邦那里获得解决。其次,也是更重要的,1803年的“马伯里诉麦迪逊”确立了司法审查制度。既然联邦法院可以审查国会的违宪行为,当然也有权力审查州政府的违宪规定,因而可以依据州际贸易条款审查地方规定是否合宪。中国宪法目前没有明确规定“省际贸易”事项,但这个障碍不是根本性的。作为一个单一制国家,它理应比联邦制美国更为统一。宪法前言和正文也明确提到了发展“市场经济”,而地方保护主义——不论动机是否正当——显然是对市场经济有害的。如果有必要,我们

[19] 对于南京市后来的政策改进,见郑晋鸣:“运瓜”新规折射文明南京,《光明日报》2005年7月22日。

可以在以后修宪中加入禁止地方保护主义的文字。但即便如此,即便有宪法文本的明令禁止,地方保护主义就销声匿迹了吗?不要忘记,地方保护主义背后是有强烈利益驱动的,因而没有制度性约束就不会自然消失。事实上,国务院第303号令已经规定得非常清楚,但仍然出现了明目张胆的封杀和禁运。这本身说明地方保护主义的遏制不单纯是一个文本规定的问题,而更是一个制度实施的问题。这使我们转到宪法目前所缺的第二个东西:有效的宪法审查制度。

让我们考虑一个现实问题:如果发生了北京封杀潮安果脯这样的经济纠纷,究竟由谁出来处理最合适?北京和广东都可能有自己的理由,但根据法治的基本原则——任何人不能做自己案件的法官,任何一家政府都不能对这个问题具有最终的决定权。显然,在地区之间发生纠纷的情况下,最适合的决定者是中央政府——全国人大及其常委会、国务院、法院或其他相关部门,因为只有它们才具备对于公正决定来说必不可少的中立性。事实上,处理区域纠纷也是中央政府责无旁贷的义务。作为一个统一的国家,中国有义务保障任何地区的人和物在全国范围内不受阻碍地自由流动;如果某个地区的人或产品受到了其他地方的歧视,那么国家必须为其提供有效的法律救济。确实,假如全国人大、全国人大常委会或国务院中有一家出面,就能妥善地处理这件事情,但是它们最后并没有出面。为什么?这是因为这些机构的共同特征决定了它们并不适合直接出面处理。毕竟,我们只有一个每年会期十来天的全国人大,只有一个每两个月集会一次的忙于审议各种法律的全国人大常委会,只有一个为处理全国上下各类行政事务而日理万机的国务院。让它们中的任何一个出来处理这么一件不大不小的事件,这合适吗?再说全国有多少类似的地区纠纷,它们能处理过来吗?这可能也是为什么虽然宪法明确规定全国人大常委会释宪权,但是1982年宪法施行二十多年来它还没有正式行使过这项权力。

这样,控制地方保护主义的重担就落到了法院身上——或者,如果对现行法院是否适合履行这项职责存在异议,可以成立司法性质的宪法审查机构。毕竟,美国的选择并不是偶然的,而是带有一种功能上的必然性。如果立法机关和行政机关是独一无二的,法院或审查机构却可以有很多个,从而有效化解了工作量的问题。且这项工作适合法院做的,因为它具有独特的司法性质。潮安的果脯是否有问题,问题的范围有多大(只是12家,还是800家企业的产品都可能有问题),应该按照什么标准(北京的还是广东的,还是国家统一的,对所有产品都适用一个标准是否合理)去判断果脯是否合格,封杀这种方式对于保护北京市民的食品安全是否有必要,以及是否存在比一律封杀的力度更轻但同样有效的保护措施等等——这些在本质上都不是政治谈判的问题,

而是应该实事求是地做出客观判断的法律问题。因此,在立法、行政和司法三者之间,后者最有能力作出合适的判断。当然,前提是司法的中立性、独立性和职业素质能得到充分保证。

(三) 中央与地方的权力关系

作为单一制的特点,中央与地方的权力关系在中国主要体现为上级领导下级。和以美国为代表的联邦制不同,单一制地方政府一般有责任实施中央制定的法律,并接受上级政府的指令、命令与监督。一个例外是省、市人大代表应从下级人大产生。宪法第97条规定:“省、直辖市、设区的市的人民代表大会代表由下一级的人民代表大会选举。”除了宪法之外,规定中央与地方政府权力关系的基本法律还有《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(简称“地方组织法”)。1979年7月1日,第五届全国人大第二次会议通过了这部法律,并于1982、1986、1995与2004年对该法作出了修正。

单一制的特点是中央与地方的权力关系主要体现为上级领导下级。

中央和地方的上下级关系主要体现在以下几个方面:

第一,地方政府有义务执行上级政府所制定的法律规范。中国宪法第99条规定,地方各级人大有义务“在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行”。地方组织法第44条规定,县级以上的地方各级人大常委会“在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规和上级人民代表大会及其常务委员会决议的遵守和执行”。地方组织法第59条规定,县级以上的地方各级人民政府执行本级人大及其常委会的决议,“以及上级国家行政机关的决定和命令”。

第二,上级政府有权撤销下级政府的决定。宪法第104条和地方组织法第44条规定,地方各级人大常委会的职能包括“撤销下一级人民代表大会及其常务委员会的不适当的决议”。宪法第108条规定:“县级以上的地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权改变或者撤销所属各工作部门和下级人民政府的不适当的决定。”地方组织法第59条规定,县级以上的地方各级人民政府“领导所属各工作部门和下级人民政府的工作”,并“改变或者撤销所属各工作部门的不适当的命令、指令和下级人民政府的不适当的决定、命令”。

第三,对各地人民政府的行政职能实行横向与纵向双重监督。根据宪法第110条,地方各级政府对本级人大负责并报告工作。在本级人大闭会期间,县级以上的地方各级政府对本级人大常委会负责并报告工作。但与此同时,“地方各级人民政府对上一级国家行政机关负责并报告工作。全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院。”宪法第109条规定,县级以上的地方各级政府设立审计机关。“地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权,对本级人民政府和上一级审计机关负责。”

对各地人民政府的行政职能实行横向与纵向双重监督。

上级法院与检察院对下级法院与检察院具有监督作用。

第四,上级法院与检察院对下级法院与检察院具有监督作用。宪法第127条规定,最高法院监督地方各级法院和专门法院的审判工作,上级法院“监督”下级法院的审判工作。法院组织法第17条规定,“下级人民法院的审判工作受上级人民法院监督。”监督的一种方式就是上级法院的主动纠错职能:法院组织法第14条规定,各级法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定,如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误,必须提交审判委员会处理。最高法院对各级法院、上级法院对下级法院已经发生法律效力的判决和裁定,如果发现确有错误,有权提审或者指令下级法院再审。同样,宪法第132条规定,最高检察院领导地方各级检察院和专门检察院的工作,上级检察院领导下级检察院的工作。

第五,在最基层的组织单位——村民委员会,也能找到上级影响的痕迹。《村民委员会组织法》第4条规定,乡镇人民政府“对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助,但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项”;另一方面,“村民委员会协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作。”

评注

地方自治——联邦制与单一制的对比

在联邦制,不同层次的代议制机构一般是独立的,各级议会的议员都由选民直接选举产生,各级政府对所选选民而不是上级政府负责。

单一制并不必然导致上下级从属关系。

与此相对比,联邦制下的地方自治在某些方面和单一制正好相反。首先,不同层次的代议制机构一般是独立的,中央、各州和地方议会的议员都由选民直接选举产生。其次,不同层次的政府一般自行负责实施其制定的法律规范,但某些联邦制国家(如德国)也由地方政府执行联邦法律。再次,不同层次的法律规范都具有独立地位,一般不能受到上级政府撤销;在某些三权分立国家,议会并不能撤销其授权制定的行政规章。如果不同等级的法律规范发生冲突,冲突通常在法院获得解决。最后,由于不同层次的政府具有自己的选民基础,从而具备一定的独立性,一般不直接受制于上级政府的监督。但在像德国这样的联邦国家,地方政府在执行联邦法律的过程中受到联邦政府的监督。

值得指出的是,单一制并不必然导致上下级从属关系。法国在1982年以后的发展经验表明,中央政府可以主动放权,使地方政府获得更大的自主权,甚至其自主程度并不亚于联邦各州以下的地方政府。中央集权国家和联邦或邦联国家的主要不同之处,在于其地方自治的程度没有宪法保障,因而完全取决于中央政府的意愿,可以随时被立法所改变。

和其他国家不同,中国宪法中的“自治”是和民族区域联系在一起的。1952年,中央人民政府的政务院曾发布《民族区域自治实施纲要》,1954年和1982年宪法也都规定了民族区域自治制度,1984年又颁布了《民族区域自治法》。1982年宪法第4条规定:“各少数民族聚居的地方实行区域自治,设立

自治机关,行使自治权……各民族都有使用和发展自己的语言文字的自由,都有保持或者改革自己的风俗习惯的自由。”第三章第六节规定了“民族自治地方的自治机关”。“民族自治地方的自治机关是自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。”(第112条)民族区域自治的一个主要体现是由少数民族自己担任政府领导。自治地方的人大常委会主任或副主任以及政府首长应由本地少数民族的公民担任。(第113、114条)

中国宪法中的“自治”突出地体现于民族区域自治。

民族区域自治的另一个体现是地方自行制定政策和立法并管理地方财政及其他事务的权力。自治地方“依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定的权限行使自治权,根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策。”(第115条)自治地方的人大“有权依照当地民族的政治、经济和文化特点,制定自治条例和单行条例”。自治条例和单行条例报上一级人大批准后生效,并报全国人大常委会备案。(第116条)自治机关还有管理地方财政的自治权。“凡是依照国家财政体制属于民族自治地方的财政收入,都应当由民族自治地方的自治机关自主地安排使用。”(第117条)民族自治地方的财政是“一级财政”,即国家财政的组成部分。国务院按照优待民族自治地方的原则,规定民族自治地方的财政收入和支出的项目。自治机关在国家计划的指导下,自主地安排和管理地方性的经济建设,(第118条)自主管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育,(第119条)并经国务院批准,可以组织本地方维护社会治安的公安部队。(第120条)

目前,中国已先后建立了140多个民族自治地方,包括西藏、内蒙古、新疆(维吾尔族)、宁夏(回族)以及广西(壮族)5个自治区、31个自治州、104个自治县,涵盖了44个少数民族、近6000万人口(全国少数民族人口的85%以上)、约610万平方公里(全国总面积的60%)。

思考 中国宪法对民族区域制度的规定主要是为了保护少数民族的平等权利。你认为是否有必要规定少数民族公民担任自治地方的领导?如果地方人大及其常委会和政府首长由地方选民选举产生,这个问题是否应该自行解决?如果在有汉人杂居的自治地方硬性规定少数民族担任政府领导,是否侵犯了汉族公民选举与被选举的权利?

民族区域制度是否有助于国家统一?如何解决地方自治和经济发展两种不同需要之间的矛盾?民族区域自治是否会限制这些地区的经济开发?和中国相反,美国采取的是各种族“大熔炉”政策。如果采取这种政策,如何保障不同民族或种族“在法律面前一律平等”的权利?

(四) 单一制下的多元化——香港与澳门特别行政区

根据“一国两制”的构想,中国分别于1997年和1999年收回香港与澳门主权。1990年4月4日,第七届全国人大第三次会议通过了《香港特别行政区基本法》,于1997年7月1日开始实施。1993年3月31日,第八届全国人大第一次全体会议通过了《澳门特别行政区基本法》,于1999年12月20日起实施。两部基本法的第11条都规定,“特别行政区的制度和政策,包括社会、经济制度,有关保障居民的基本权利和自由的制度,行政管理、立法和司法方面的制度,以及有关政策,均以本法的规定为依据。”“特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触。”

香港和澳门基本法在特别行政区享有最高地位。

探讨 基本法与宪法

香港与澳门基本法是统治这两个特别行政区的最高法。特别行政区的政治、经济与社会制度以及公民的基本权利和自由,都以基本法的规定为最终“依据”;特别行政区制定与适用的法律,都不得与基本法相抵触。基本法没有提到宪法,而特别行政区的政治、经济与法律制度无疑和宪法规定的一般地方政府制度具有明显差异。但既然香港与澳门是中国的一部分,且两部基本法只是全国人大所制定的普通立法(抑或作为“基本法”,它们并不是那么“普通”的法律?),一个尖锐的问题是:基本法是不是“违宪”了?

对这个问题的技术性回答是,1982年宪法已经预料到这种情形的出现,并通过第31条授权全国人大实现“一国两制”的设想:“在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”尽管宪法第五条规定,“一切法律……都不得同宪法相抵触”——似乎应包括基本法和特别行政区所实施的其他法律,但宪法本身已明确把特别行政区制度委托全国人大按实际需要加以规定,或者说明确允许人大所制定的基本法偏离宪法所规定的基本制度与原则,因而基本法以及根据其所制定的特区法律可被视为合宪的例外。

中国宪法明确允许全国人大所制定的基本法偏离宪法本身所规定的基本制度与原则。

不论如何,这个例子表明中国虽然表面上是“单一制”,但由于地区之间的巨大差异——经济制度、政治文化和法律体系的差异,在中国搞“一刀切”是不可能的。事实上,特别行政区所具有的某些自治权——主要实施本地法律(而非全国性法律)的权利、司法终审权、货币发行权及财政独立——甚至超过了联邦各州乃至邦联的成员。宪法第31条把不同制度的地区融入同一个国家体制,可以说是一个世界罕见的创举。我们希望,这对于一个国家的制度改革、交流与进化是有益的。特别行政区以及其他各类制度不仅应被保证允许存在,而且应主动加入到国家法律体系的交流与对话之中;在此过程中,中央和地方可以相互借鉴在对方被证明行之有效的规则。

思考 宪法第33条还规定:中国“公民在法律面前一律平等”。你和香港与澳门居民都是中国“公民”,但适用的法律制度却不一样。这是否表明基本法侵犯了宪法的平等原则?

如果基本法是宪法所允许的特例,两者之间可以存在基本制度上的差异,那么根据宪法制定的内地法律和根据基本法制定的特区法律可能会发生冲突。如何解决这类法律冲突?在适用于特区的程度上,全国人大及其常委会所制定的法律是否必须符合基本法?试从立法主体的性质与立法程序的角度加以讨论。

这两部基本法的结构极其相似,都分为九章。第一章为“总则”,第二章为中央和特别行政区的关系,第三章为“居民的基本权利和义务”。第四章为“政治体制”,其中香港基本法分为六节:行政长官、行政机关、立法机关、司法机关、区域组织、公务人员,澳门基本法则与此全同,仅在最后加上“宣誓效忠”。第五章规定了经济事务,第六章规定文化与社会事务,第七章规定对外事务。第八章规定基本法的解释和修改,第九章为附则。香港基本法共160条,澳门基本法共145条。两者都包括了三个附件,即特别行政区行政长官的产生办法、特别行政区立法会的产生办法和在特别行政区实施的全国性法律。鉴于其相似性,本书在此就两者的中央与地方关系一并讨论。它们具有如下一些共同特点。

第一也是最基本的,和普通地方政府不同,特别行政区被保证高度自治。两部基本法的第2条与第12条都规定,全国人大授权“特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”特别行政区是“享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。”虽然同属于中央政府的管辖之下,一般的地方政府没有这些权力。为了充分保证特别行政区的高度自治,两部基本法的第22条规定,中央政府所属各部门、各省、自治区、直辖市均不得干预特别行政区根据基本法自行管理的事务。中央各部门、各省、自治区、直辖市如需在特别行政区设立机构,须经得特别行政区政府同意并经中央政府批准。相比之下,一般的地方政府必须执行并服从中央政府的法规、规章、政策、命令或指令。

第二,特别行政区没有独立的外交权,但在对外事务中发挥相当程度的独立作用,并可以自己的名义加入某些国际组织。两部基本法的第13条都规定,中央政府通过外交部在香港和澳门设立机构,负责管理与特别行政区有关的外交事务,但中国可授权特别行政区依照基本法自行处理有关的对外事务。

特别行政区享有高度自治权,直辖于中央政府,各部门和地方不得干预。

外国在特别行政区设立领事机构或其他官方、半官方机构,须经中央政府批准。(香港基本法第157条、澳门基本法第142条)特别行政区政府的代表可作为中国政府代表团的成员,参加由中央政府进行的同特别行政区直接有关的外交谈判。(香港基本法第150条、澳门基本法第135条)特别行政区可在经济、贸易、金融、航运、通讯、旅游、文化、体育等领域以“中国香港”或“中国澳门”的名义,单独地同世界各国、各地区及有关国际组织保持和发展关系,签订和履行有关协议。(香港基本法第151条、澳门基本法第136条)最后,对于中国缔结的国际协议,中央政府可根据情况和特别行政区的需要,在征询特别行政区政府的意见后,决定是否适用于特别行政区。(香港基本法第153条、澳门基本法第138条)

第三,中央负责特别行政区的防务,但在地区治安上相互合作。两部基本法的第14条规定,中央政府负责管理特别行政区的防务,特区政府负责维持社会治安。中央政府派驻特别行政区负责防务的军队不干预特别行政区的地方事务。驻军人员除须遵守全国性的法律外,还须遵守特别行政区的法律。驻军费用由中央政府负担。

特别行政区保持
财政独立。

第四,特别行政区在财政上保持高度独立。香港基本法第106条、澳门基本法第104条规定:“特别行政区保持财政独立。”特别行政区财政收入全部由特区“自行支配,不上缴中央人民政府。”中央政府也不在特别行政区征税。“特别行政区为单独的关税地区”,可以“中国香港”或“中国澳门”的名义参加《关税和贸易总协定》及某些国际贸易协约。(香港基本法第116条、澳门基本法第112条)

特别行政区在重
要官员的任命上
受制于中央批准。

第五,特别行政区对自己的事务实行自治,但在重要官员的任命上受制于中央批准。一方面,两部基本法的第16条规定,特别行政区享有行政管理权,依照基本法的有关规定自行处理特别行政区的行政事务。另一方面,根据两部基本法的第15条,中央政府任命特区行政长官和行政机关的“主要官员”。特区行政长官依照基本法的规定对中央政府和特别行政区负责。(香港基本法第43条、澳门基本法第46条)特区行政长官“在当地通过选举或协商产生,由中央人民政府任命”。(香港基本法第45条、澳门基本法第47条)澳门基本法第90条还规定,澳门特别行政区检察长“由行政长官提名,报中央人民政府任命。”最高司法官员的任免应向中央备案。香港基本法第90条规定,特区终审法院的法官和高等法院首席法官的任命或免职,须由行政长官征得立法会同意,并报全国人大常委会备案。澳门基本法第88条规定,特区终审法院院长的任命和免职须报全国人大常委会备案。因此,香港法院的备案要求要比澳门法院更高。但一般认为,备案的要求并不对法官的任免权构成实质性限制。

第六,特别行政区在立法事务上享有高度自治权,但中央保留最高审查权。两部基本法的第8条和第17条规定:“特别行政区享有立法权。”特别行政区原有法律,“即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法”,除同基本法相抵触或经特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”特别行政区的立法机关制定的法律须报全国人大常委会备案,但“备案不影响该法律的生效”。全国人大常委会在征询其所属的特区基本法委员会后,如认为特区立法机关制定的任何法律不符合本法关于中央管理的事务及中央和特区关系的条款,可将有关法律发回,但不做修改。经全国人大常委会发回的法律立即失效。除特别行政区的法律另有规定外,该法律的失效没有溯及力。

除了基本法所特别列举的全国性法律之外,特别行政区一般只适用基本法以及特区所制定的法律。两部基本法的第18条规定,在特别行政区实行的法律包括基本法、符合基本法的原有法律和特区立法机关制定的法律。除列于基本法附件三者外,全国性法律不在特别行政区实施。全国人大常委会在征询其所属的特区基本法委员会和特别行政区政府的意见后,可对列于附件三的法律作出增减,但任何列入附件三的法律,限于有关国防、外交和其他按基本法规定不属于特别行政区自治范围的法律。如果全国人大常委会决定宣布战争状态,或因特别行政区内发生特区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定特区进入紧急状态,中央政府可发布命令将有关全国性法律在特别行政区实施。目前,附件三的全国性法律主要包括《国籍法》、《外交特权与豁免条例》、《领事特权与豁免条例》、《领海及毗连区法》、《国旗法》、《国徽法》以及有关国都、国歌、国旗与国庆日的决议。1997年7月,第八届全国人大常委会第26次会议决定对香港基本法附件三作部分增减,增加了《香港特别行政区驻军法》等法律。1999年12月,第九届全国人大常委会第十三次会议通过了澳门基本法附件三的全性法律之决定,增加了《专属经济区和大陆架法》与《澳门特别行政区驻军法》。这些全国性法律并不触及到特别行政区的基本制度。

香港基本法第160条、澳门基本法第145条规定,除由全国人大常委会宣布为同基本法抵触者外,特别行政区在成立时的原有法律采用为特别行政区法律;如以后发现有的法律与基本法抵触,可依照本法规定和法定程序修改或停止生效。1997年2月23日,第八届全国人大常委会第二十四次会议根据这一条款通过了《关于根据〈基本法〉第一百六十条处理香港原有法律的决定》,审议了香港特别行政区筹备委员会关于处理香港原有法律问题的建议,列举了它认为抵触《基本法》的香港原有条例、附属立法及其部分条款,并对香港基本法在某些方面的应用作了解释。

特别行政区在立法事务上享有高度自治权,但全国人大常委会保留最高审查权。

特别行政区只适用基本法、特区所制定的法律以及基本法所特别列举的全国性法律。

特别行政区的司法机构具有高度的自治权,但对于“国家行为”没有管辖权。

第七,特别行政区在司法方面具有高度自治权,但对于“国家行为”没有管辖权,且受制于中央对基本法的解释。两部基本法的第19条都规定,“特别行政区享有独立的司法权和终审权。”特别行政区法院除继续保持原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制外,对特别行政区所有的案件均有审判权。但特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,又须取得中央人民政府的证明书。

基本法的解释权属于全国人大常委会,特区法院可自行解释基本法关于特别行政区自治范围内的条款。

香港基本法第158条、澳门基本法第143条规定,基本法的解释权属于全国人大常委会。后者授权特别行政区法院在审理案件时对基本法关于特别行政区“自治范围内的条款自行解释”。在审理案件时,特别行政区法院对基本法的其他条款也可解释。但如特别行政区法院需要对基本法关于中央政府管理的事务或中央和特别行政区关系的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,那么在对该案件作出不可上诉的终局判决前,应由特别行政区终审法院提请全国人大常委会对有关条款作出解释。在引用该条款时,特别行政区法院应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此以前作出的判决不受影响。在对基本法进行解释前,全国人大常委会应征询其所属的特别行政区基本法委员会的意见。

案例 香港的“马伯里”走得太远了? “吴嘉玲等诉入境事务处案”^[20]

香港终审法院对基本法的解释在内地和香港产生了激烈争议。

香港基本法第22条第4款规定:“中国其他地区的人进入香港特别行政区须办理批准手续,其中进入香港特别行政区定居的人数由中央人民政府主管部门征求香港特别行政区政府的意见后确定。”第24条规定,“香港特别行政区居民……包括永久性居民和非永久性居民。”第2款把“永久性居民”定义为:“(一)在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民;(二)在香港特别行政区成立以前或以后在香港通常居住连续七年以上的中国公民;(三)第(一)、(二)两项所列居民在香港以外所生的中国籍子女”。在1999年1月29日下达的判决中,香港终审法院处理了基本法第24条第2款第3项所

[20] Ng Ka Ling and Ors v. Director of Immigration, [1999] 1 HKC 291。判决书的原文是英文,这里所用的是法院自行公布中译本。中英文的两个版本之间曾在 constitutional jurisdiction 一词上产生歧义和误解。内地学者一开始把它译为“宪法性管辖权”,并对其所包含的主权含义发表批评。但在法院自行公布的文本中,这个词被译为“宪法赋予法院的司法管辖权”。争议于是被转化为基本法能否被称为香港特区的“宪法”这一次要问题。本案的讨论得益于赵娟副教授提供的资料,特此感谢。

产生的争议,而这项判决本身以非常方式在内地和香港产生了激烈争议。

1997年7月1日,香港临时立法会制定了《人民入境(修订)(第2号)条例》。该条例附表1第2段修改了以前的规定,引入了基本法中所未提到的父母与子女关系要求。第2(a)段规定,只有“父亲或母亲已在香港定居或已享有香港居留权”,在香港出生的中国公民才能成为永久居民;第2(c)段规定,对于永久居民在香港以外所生的中国籍子女,其父亲或母亲在子女出生时须已获得香港居留权,该子女才能成为永久居民。附表1第1(2)段定义了父母与子女关系。对于非婚生子女,任何母亲与其非婚生子女之间都被视为存在“父母与子女的关系”,但对父亲的规定则不同:“只有当该子女其后因父母结婚而获确立婚生地位,该男子与该子女之间才存在有父亲与子女的关系。”7月10日,临时立法会制定了《入境(修订)(第3号)条例》,并规定从7月1日起实施。该条例规定,对于根据第2号条例附表1第2(c)段凭血缘关系而成为永久居民的人士,必须持有有效的旅行证件及居留权证明书,才能确立其永久居民身份。根据入境处于7月11日发布的“公告”,居民权证明书必须在当地公安厅出入境管理处提出,而不可来香港提出。出入境管理处负责发放通行证,分为单程证和双程证。单程证一般是发给前来定居的人,受定额限制;双程证则一般发给非为定居来港的人。只有单程证才是第3号条例所指的有效旅行证件,且如果没有大陆出入境管理处批准的单程证,即使香港入境处批准了居留权申请,亦不能确立居民身份。

原告是几位在内地出生的中国籍公民,在1997年7月1日或之前来到香港,其父亲都已是符合条件的香港居民。他们向香港入境处申请居民身份,但遭到拒绝并被拘留。原告们宣称,他们应享有基本法第24条第2款第3项所授予的居留权。入境处处长则根据第3号条例所引入的计划,坚持原告必须具有附贴有居留权证明书的单程通行证才能确立其居民身份,而原告无一具有单程通行证。原告中还有一位非婚生女孩,母亲在其一周岁即去世,因而根据第2号条例不可能和其生父建立父女关系。各原告提出司法复核,请求推翻入境管理处的决定。但负责初审的原讼庭法官维持了入境处的决定,判定原告败诉,且这项决定在上诉后受到高等法院的维持。再次上诉后,香港终审法院考虑了第2号条例和第3号条例有关规定的合宪性问题,并撤销了下级法院的决定。法院是否具有审查立法的权力,本身是一个相当敏感的问题。然而,终审法院不但判决它显然有权审查特区立法机构所制定的法律,而且认为它有权审查全国人大及其常委会所制定的法律,从而引起了中国的强烈反应。

根据基本法第19条所保障的独立司法权和终审权,终审法院认为特区法院具有“宪法赋予法院的司法管辖权”(constitutional jurisdiction):

终审法院不但判决自己显然有权审查特区立法机构所制定的法律,而且甚至认为它有权审查全国人大及其常委会所制定的法律。

在行使《基本法》所赋予的司法权时,特区的法院有责任执行及解释《基本法》。毫无疑问,香港法院有权审核特区立法机关所制定的法例或行政机关之行为是否符合《基本法》,倘若发现有抵触《基本法》的情况出现,则法院有权裁定有关法例或行为无效。法院行使这方面的司法管辖权乃责无旁贷,没有酌情余地。因此,若确实有抵触之情况,则法院最低限度必须就该抵触部分,裁定某法例或行政行为无效。……行使这方面的司法管辖权时,法院是按《基本法》执行宪法上的职务,以宪法制衡政府的行政及立法机构,确保它们依《基本法》行事。

如果法院审查香港立法或行政行为的权力是“毫无疑问”的,它是否有权根据基本法去审查全国人大及其常委会制定的法律则“一直引起争议”。但终审法院仍然坚持“特区法院确实有此司法管辖权,而且有责任在发现有抵触时,宣布此等行为无效”。终审法院的理由似乎是基本法赋予特区的“高度自治”和“独立的司法权”(第2条),《中英联合声明》以及基本法第5条保证“原有的资本主义制度”50年内不变。尽管基本法规定解释权属于全国人大常委会,但人大常委会授权特区法院解释基本法的各项条款,且法院有义务“依照”包括基本法在内的适用于特区的法律审判案件,(第8、18、84、158条)而“香港特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触”。(第11条)法院因此认为,“为了行使司法管辖权去执行及解释《基本法》,法院必须具有上述的司法管辖权去审核全国人民代表大会及其常务委员会的行为,以确保这些行为符合《基本法》”。

终审法院对基本法采取了灵活宽泛的目的性解释方法。

关于解释基本法的方法,终审法院注意到“宪法是一份具有灵活性的文件,旨在配合时代转变和适应环境的需要”。因此,法院采取了相当灵活宽泛的目的性解释方法:

解释《基本法》这样的宪法时,法院均会采用考虑立法目的这种取向……因为宪法只陈述一般原则及表明目的,而不会流于讲究细节和界定词义,故必然有不详尽及含糊不清之处。在解决这些疑难时,法院必须根据宪法本身及宪法以外的其他有关资料确定宪法所宣示的原则及目的,并把这些原则和目的加以贯彻落实。因此,在确定文件的真正含义时,法院必须考虑文件的目的和有关条款,同时也必须按文件的背景来考虑文本的字句,而文件的背景对解释宪法性文件尤其重要。

宪法解释还将参照《公民与政治权利国际公约》。

关于基本法的目的,终审法院主要考虑了《联合声明》所阐述的基本方针和政策,包括“一国两制”、国家统一与高度自治原则。法院注意到基本法第三章一开始就界定了香港居民的类别,然后列举了受保障的各项自由,包括永久居民所享有的居留权。“这些自由是两制中香港制度的重心所在。”为了使之获得充分保障,法院“应该采纳宽松的解释”。对于永久居民的类别,法院

认为基本法第 39 条规定为“继续有效”的《公民与政治权利国际公约》“尤其有助于解释”。

终审法院认为,基本法第 24 条所保障的居留权是一项“核心权利”,因而采取了“一种宽松的取向”,且这种取向不受第 22(4)条的影响。根据法院的解释,第 22(4)条及根据其所制定的内地法律仅适用于非永久居民的人士,而不适用于永久居民。如果申请人享有基本法第 24 条所赋予的居留权,那么即使他在内地,也不受内地出入境管理处对单程证和配额数目的限制;否则,同样拥有永久居民身份的人就受到了不同对待,也使永久居民进入香港的权利受到内地行政机关的控制,从而将削弱特区的自治权,而这并不是第 22(4)条的原意。因此,内地规定居民要有出境批准才可进入香港的法律“当然可以全面在国内执行,但却不能作为一项宪法的基础来规限《基本法》所赋予的权利”。然而,第 3 号条例却同样要求在內地的永久居民必须先持有单程证才可享受居留权,因而这部分条例被判决“违宪”。

终审法院还考虑了第 3 号条例规定追溯力的条款,并引用了《公民与政治权利国际公约》第 15(1)条对事后制刑的禁止。下级法院认为,该条例虽然规定了追溯力,但禁止根据具有追溯力的条文对任何提出指控并定罪,因而仍然有效。但终审法院认为追溯条文仍然可能造成不公正的民事后果和其他不利影响,因而判决违宪。

最后,终审法院撤销了第 2 号条例对非婚生子女的父亲与母亲之区别。基本法第 25 条规定:“香港居民在法律面前一律平等”,国际人权公约第 3 条与第 26 条也规定了奉行平等、反对歧视的原则。公约第 23 条认定家庭是社会的自然与基本单位,应该受到国家的保护。近年来,香港本地的法律也呈现出明显趋势,同等对待婚生子女与非婚生子女。第 2 号条例附表 1 第 1(2)段不仅区别婚生和非婚生子女,还对非婚生子女的居民身份区分父亲与母亲的血缘关系。法院认为这些区别不具备合理基础,因而构成了违宪歧视。

法院认定基本法所保障的居留权是一项核心权利,判决单程证规定过分限制了这项权利。

终审法院还基本法规定的平等权,撤销了对非婚生子女的歧视性规定。

思考 “独立的司法权和终审权”及其限制——对吴嘉玲案的反思

1. 香港的司法制度源于英国的普通法体系,且这一制度为基本法明确保留,而英国法院并没有终审法院在此宣称的司法审查权力。参考本书第三章和第五章。鉴于此,特区法院是否能行使司法审查的权力?终审法院承认,香港法院在回归前无权审查立法行为是否违反了英国的不成文宪法或作为殖民地宪法文件的《英皇制诰》,但认为基本法改变了殖民地的普通法制度。尽管基本法第 19 条提到特区法院“继续保持原有法律制度和原则

对法院审判权所作的限制”(第2款),且对“国防、外交等国家行为无管辖权”(第3款),终审法院似乎认为对司法管辖权的限制必须有基本法的明确依据,而第3款以及第158条(不得解释中央政府管理的事务和中央与特区关系)是第2款的明示;既然没有被基本法明确否定,潜伏于司法权之中的宪法审查权便不可受到限制。你认为法院的论点是否具有说服力?司法权是否必然隐含了对立法的司法审查权?参见香港学者陈弘毅(1998)的论点。

2. 终审法院的判决至少在效果上表明,适用于中国其他地区的法律如果被特区法院认为和基本法相抵触,就不适用于香港居民。这是否类似于美国内战前的“废止理论”?能否在基本法中找到这种理论的依据?既然基本法的解释权属于全国人大常委会,而人大常委会又负责制定全国性法律,同时基本法本身也是全国性法律,这是否表明终审法院关于特区法院有权审查人大立法的论点存在着不可克服的困难?试从立法主体和审查主体的性质进行讨论。和马伯里决定中的美国联邦法院相比,香港特别行政区法院所处的制度环境有何不同?这些区别是否对特区法院的司法审查权之存在或范围产生影响?
3. 在马伯里决定中,司法对行政行为——包括各个层次的“抽象”行政规范——之控制没有受到任何挑战。这是否说明特区法院可以拒绝在香港适用其认为“违宪”的法规、规章或规范性文件?为什么?
4. 终审法院是否有必要在这个案例中决定特区法院是否有权审查全国人大及其常委会的立法,并“借此机会毫不含糊地予以阐明”?在普通法体系中,法院意见中对推导结论有必要的部分被称为理由或“依据”(holding),对推导结论无关的部分则被称为“附论”(dicta)——它们只是表露了法官自己对某些附带问题的看法,并不具备先例效力。终审法院的这部分判决是依据还是附论?
5. 参照本书第七章的有关论述,终审法院是如何理解基本法第25条所规定的“香港居民在法律面前一律平等”?它和1982年宪法第33条在效力上有什么异同?为什么?
6. 香港特区政府统计处的调查结果显示,终审法院的判决结果将使内地有资格获得居留权的人数增加167万,(参见林来梵,2001:413)而香港特区的土地和社会资源根本无法满足新移民在教育、住房、医疗卫生和福利等方面的基本需要,从而将引发严重的社会问题并损害特区的稳定与繁荣。政府披露这一信息之后,社会舆论和普通市民反应强烈。这是否表明终审法院的判决是“错误”的?你认为应如何处理宪法(或基本法)权利和社会需要的关系?

7. 在这个意义上,把吴嘉玲案称为香港的“马伯里决定”是否合适?参照上一章,马歇尔法官是如何解决宪法需要和政治需要之间的矛盾?尽管吴嘉玲案未必在严格意义上是终审法院宣称司法审查权的第一案,它和马伯里案在哪些方面具有相似之处?
8. 吴嘉玲案的判决——尤其是终审法院关于审查全国人大及其常委会立法的议论——引起了不少内地学者的强烈反对。^[21] 这些意见认为,特区法院“根本无权审查和宣布人大及其常委会的立法行为无效”,“人大的立法行为和决定是任何机构都不能挑战和否定的”;终审法院宣称这种权力,“实质上是认为自己可以凌驾于人大及其常委会之上”。不仅如此,审查香港法律是否符合基本法也是专属全国人大常委会的权力。你是否同意这些看法?基本法第17条规定,特区立法须报全国人大常委会备案。在征询基本法委员会意见后,全国人大常委会如认为有关立法不符合基本法关于中央管理的事务及中央和特区关系的条款,可将有关法律发回,但不做修改;经全国人民代表大会常务委员会发回的法律立即失效。第160条规定,除了为全国人大常委会宣布和基本法相抵触的之外,香港的原有法律采用为特区法律。这些规定是否为上述论点提供了充分依据?全国人大常委会的审查是否能有效保证香港法律或内地的有关法律符合基本法?
9. 1999年12月3日,香港特区终审法院在另一个案例中澄清:“法院在审理案件时,所行使解释《基本法》的权力来自人大常委会根据158(2)及158(3)条的授权”,并表示全国人大常委会对基本法的解释权是不能质疑的,是“全面及无限制的”。^[22] 全国人大常委会法制工作委员会的发言人对此表示满意。这是否表明终审法院在司法审查问题上作出了让步?

探讨

全国人大常委会与特别行政区的终审法院

不论终审法院是否有权根据基本法解释或审查立法,全国人大常委会无疑具有解释基本法的最高权力。基本法第158条明确规定,“本法的解释权属于”全国人大常委会。人大常委会“授权”特区法院“对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释”。特区法院也可解释“本法的其他条款”,但如果有关条款涉及“本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别

[21] 参见“全国人大及其常委会的权力不容挑战”,《法制日报》1999年2月8日。

[22] Lau Kong Yung and Others v. Director of Immigration, [1999] 2 HKLFAR 322—324.

基本法并未明确规定启动全国人大常委会解释的程序,因而使人大常委会的干预方式产生争议。

“行政区关系”,“而该条款的解释又影响到案件的判决”,那么终审法院应在不可上诉的终审判决前提请人大常委会进行解释。由于基本法并未明确规定启动人大常委会解释的程序,人大常委会似乎只有在特区终审法院提请时才能行使这项最高权力。如果基本法条款需要全国人大常委会解释,但特别行政区终审法院又没有主动提请解释,全国人大常委会是否能够主动干预?基本法对此亦未作具体说明,因而在实践中产生了争议。

在上案中,终审法院在判决前并没有依照基本法第158条第3款的规定请全国人大常委会作出解释。法院认为,该条款中的“‘自行’二字强调了特区的高度自治及其法院的独立性”,并视之为“宪法上的授权”。由于第158条还授权特区法院解释其他条款,终审法院以下的各级法院有权解释基本法的所有条款。(为什么?)法院也注意到第158条第3款所规定的终审法院不能自行解释的“范围之外的条款”,即涉及中央政府管理的事务以及中央和特区关系的条款,但坚持认为有关条款是否符合类别条件(是否属于“范围之外”)并需要加以解释(是否影响案件的判决)，“唯独终审法院才可决定”，全国人大常委会无权决定。代表入境处的律师指出,基本法第22(4)条规定内地人士进入香港须办理批准手续,其中进入香港定居的人数由中央政府主管部门征求特区政府的意见后确定,而第22条处于第二章“中央和香港特别行政区的关系”之内,且必须在此获得解释才能确定申请人的居留权,因而需要提请全国人大常委会解释的条款。然而,法院虽然承认第22(4)条是“范围之外的条款”,且它和第24条的解释有关,但否认两个条款在释义上的关系就使第24条也成为“范围之外的条款”;否则,一旦和“范围之外的条款”发生联系就必须提请全国人大常委会解释,那么基本法中的所有条款——包括第158条授权特区法院“自行解释”的特区自治范围内的条款——也都可能变成“范围之外的条款”,而终审法院认为这将“严重削弱特区的自治”。因此,终审法院是否需要提交基本法的解释,取决于个案所涉及的“最主要需要解释”的条款;只有“最主要需要解释”的条款是“范围之外”的,终审法院才需要提交解释。在本案,“在实质上最主要需要解释”的条款是第24条,而该条款本身并不涉及中央政府管理的事务或中央与特区关系,因而并不属于“范围之外”,终审法院也无须提请全国人大常委会解释。事实上,第24条所规定的居留权正属于特区法院“自行解释”的自治事项。

终审法院认为,只有“最主要需要解释”的条款是范围之外的,它才需要提交人大常委会解释。

全国人大常委会经国务院提请解释了基本法的有关条款,认为香港终审法院的解释“不符合立法原意”。

1999年6月26日,第九届全国人大常委会第十次会议通过了《关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第二十二条第四款和第二十四条第二款(三)项的解释》。香港特区终审法院在上案中所解释的基本法第22(4)条和第24条,均被认为涉及中央管理的事务和中央与香港的关系。应香港特区行政长官根据基本法第43条和第48条第2项的有关规定提交的报告,国

务院提出了提请全国人大解释香港基本法上述两条款的议案。全国人大常委会认为“终审法院的解释又不符合立法原意”，经征询全国人大常委会香港基本法委员会的意见，根据宪法第67条和基本法第158条第1款的规定，对香港基本法的上述条款进行了解释。1996年8月10日，全国人大香港特区筹备委员会的第四次全体会议已通过一项关于实施基本法第24条第2款的“意见”。为了体现“立法原意”，人大常委会的解释特别引用了这项意见。

事实上，人大常委会对第24条第2款第3项的解释和终审法院的解释类同：对于凭借血缘关系而获得居民身份的人士，只要求其在出生时“父母双方或一方”必须符合基本法第24条第2款前两项的条件，而并不区分父亲与母亲或婚生与非婚生子女。但对于第22条第4款的解释，人大常委会仍然坚持所有在内地的申请者，“包括香港永久性居民在内地所生的中国籍子女，不论以何种事由要求进入香港特别行政区，均须依照国家有关法律、行政法规的规定，向其所在地区的有关机关申请办理批准手续”，并获得其所制发的有效证件才能进入香港，否则将构成违法入境。人大常委会的解释并不影响吴嘉玲案的当事人根据终审法院1月29日的判决所获得的居留权，但其他任何人是是否符合第24条第2款第3项的条件“均须以本解释为准”。

思考 全国人大常委会的解释权及其可能的限制或障碍

1. 全国人大常委会的解释在程序上是否符合香港基本法的规定？注意该解释首先由特别行政区的行政长官提出，其所依据的两条规定为香港基本法第43条与第48条。其中第43条规定：“香港特别行政区行政长官是香港特别行政区的首长，代表香港特别行政区。香港特别行政区行政长官依照本法的规定对中央人民政府和香港特别行政区负责。”第48条规定了行政长官的职权，其中被引用的第二项为“负责执行本法和依照本法适用于香港特别行政区的其他法律”。从这两条规定，你能否得出行政长官有权向国务院提交关于质疑终审法院解释的结论？香港基本法也没有规定国务院（即“中央人民政府”）提请全国人大常委会解释的职权。第158条仅要求终审法院在应该提请时主动提请人大常委会解释，而没有授权国务院或其他机构提请解释或人大常委会在终审法院没有提请时自行解释。你是否认为基本法有必要规定全国人大常委会主动干预的程序？
2. 第158条所规定的提请机制有些类似于欧洲共同体的“提交”（reference）制度。（参见本书下一章）如果成员国法院在判案过程中遇到共同体法律的解释与适用问题，且共同体法律的解释将对判决结果产生影响，那么成员国最高法院应把该问题提交给欧洲法院加以解释。但这里也存在一个

“灰色区域”:如果成员国法院拒绝提交共同体问题,那么欧洲法院不能自行干预。这是否表明全国人大常委会也应该等待终审法院的提请才能干预——除非基本法以后另行规定了干预程序?为什么?

3. 既然基本法第158条已“授权”特区法院“自行解释”自治范围内的条款,全国人大常委会是否失去了对这些条款的解释权?换言之,第158条的“授权”是否把人大常委会的解释权限定于基本法的部分条款,即“特区自治范围”之外的条款,并在这个意义上,人大常委会和特区法院分享对基本法的解释权?
4. 如果终审法院对其是否有权审查人大立法的观点只是不影响上案判决结果的“附论”,这是否表明它没有必要在该案中把这个问题提请全国人大常委会解释?是否表明人大常委会不应就终审法院的这一“附论”发表意见?
5. 对“立法原意”的“主观”解释方法之批评,参见林来梵,2001:422—425。全国人大常委会为什么强调“立法原意”?它的解释是否表明终审法院的判决偏离了“立法原意”?
6. 人大解释坚持认为,基本法第22条第4款要求所有的申请人——包括香港居民在内地出生的子女——获得当地出入境管理局的有效批准,才能合法入境。但根据人大常委会对第24条的解释,符合条件的香港居民在内地出生的子女是基本法意义上的永久居民。如果内地行政机构不批准这些子女的出境申请或香港入境处不批准入境申请,他们有什么法律救济?你认为这些救济是否充分?

特别行政区可以提出基本法的修改议案,但修改基本法的权力在于全国人大。

最后,特别行政区可以提出基本法的修改议案,但修改基本法的权力在于中央。香港基本法第159条、澳门基本法第144条规定,基本法的修改权属于全国人大,修改提案权属于全国人大常委会、国务院和特别行政区。特别行政区的修改议案须经特别行政区的全国人大代表2/3多数、立法会全体议员2/3多数和行政长官同意后,交由特别行政区出席全国人大的代表团向全国人大提出。特区修改议案的提出同时需要其在中央议会和本地议会的超多数通过,并征求行政长官同意,因而是相当严格的要求。因此,如果说基本法相当于特别行政区的“宪法”,那么其制定、修改与最终解释权都不在特别行政区本身,而在于中央,且特别行政区的任何法律都不能和基本法以及全国人大常委会的相关解释相冲突。

第四章复习题

1. 什么是单一制、联邦制和邦联制？它们之间有何异同？它们各自的思想渊源是什么？
2. 什么是联邦制的基本原则？什么叫“有限政府”？它和联邦制有何关系？
3. 回顾“美国银行案”，什么是联邦制宪法所必须考虑的两个问题？回答这两个问题的宪法原则或依据分别是什么？
4. 什么是州际贸易条款及其“潜伏效应”？什么是“库利原则”？比较美国、中国及其他国家，如何界定中央与地方的权限？
5. 论述“内部政治制衡”以及联邦主义和民主的关系。为什么孟德斯鸠等思想家认为大国不适合实行民主制度？美国的联邦主义构想如何解决民主和规模的矛盾？
6. 试解释欧洲共同体法律的直接效力和最高地位。什么是“辅助原则”？
7. 联合国是一个什么性质的组织？中国在联合国发挥什么作用？国际法院的判决对中国是否具有强制管辖权？为什么？
8. 试论述中国中央和地方权力的划分及其立法权限之界定，并比较和美国的异同。你认为中国的法律体系是否比美国更为统一？中国实行的“分税制”是否可被认为是财政联邦主义的一种形式？
9. 香港和澳门特区基本法和宪法之间是什么关系？参照吴嘉玲案的判决以及全国人大常委会的解释，特区法院有没有权力审查全国人大及其常委会的立法是否符合基本法？有没有权力审查特区本地立法是否符合基本法？

第五章 政府组织形式

——立法、执法与司法权力的分配

在从地域上划分国家权力并确定中央和地方的权力关系之后,下一步就是进入到中央或地方政府本身,并考察具体政府内部的权力分配。毕竟,政府不可能是一个整体,因为政府职能注定是有分工的。现代社会本身是一个高度分化、极为复杂的实体,我们每天都和很多人发生不同性质的交流和作用,而这些关系在某种程度上需要受到法律的调控。因此,现代政府总是忙于制定、解释并实施各式各样的法律。如果你选择从政作为你的职业生涯,你在任何特定时候只能选一样——你不可能做议员的同时还做法官。这样做当然违反了“三权分立”或“不得兼职”等宪法原则,但更简单地说,现代政府的每一种职能的日常事务都如此繁重,以致你不可能有那么多时间和精力把两份工作都做好。因此,现代政府(古代政府其实也大致如此)被分为众多不同的部门,它们分别由不同的人负责和运作,专门从事不同类型的职务。

不同政府部门的兼职违反了分权原则和社会分工的需要。

这一章讨论政府的三种主要职能——立法、执法与司法,以及它们之间的关系。第一节讨论立法和执法权力的关系及其理论基础,以下各节则分别讨论各国的立法、执法和司法部门的职权。限于篇幅,除了中国以外,对其他国家的讨论限于其中央(或联邦)政府。对于联邦政府,各州政府的结构与联邦

政府大同小异;对于单一制,地方政府被认为是中央下属机构,因而一般是行政法的内容。

第一节 分权的理论基础

如本书第一章所述,分权是和法治联系在一起的,甚至可以被认为是法治的要求或一种形式。法治要求政府官员的个人权力受到控制,而分权不仅通过职能分工而使有效的政府管理成为可能,而且也通过不同部门的相互制衡来帮助控制官员的人治、实现法治。由于这个原因,西方的分权理论是和“法”紧密联系在一起的,并根据法的创立、执行和判决过程分为立法、执法和司法三项主要政府职能。这并不是说其他权力就不可能存在——例如孙中山在中国提出过“五权宪法”理论,除了上述三种权力之外,还有专门的监督机构和考试机构。然而,就法治的角度来看,考试对于保证官员的道德和法律素质固然重要,也是现代行政法治之前提,但似乎和法没有直接关系,因而更适合作为一种特殊职能加以处理。检察与监督固然体现了中国传统的特点,但监督本来已经是三权制衡的题中应有之意,况且中国一般也把检察院划归为“司法”职能。因此,从根本上说,政府职能主要限于立法、执法与司法三种。不论这三种权力之间关系如何,任何国家的政府都必然具备这三种形式的权力及其某种方式的分工。

分权原则是法治的要求。

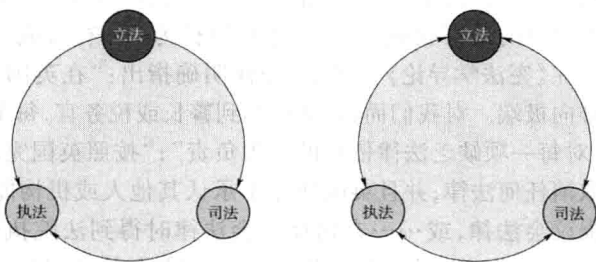


图 5.1 三权分立和议会至上

在遵从议会至上的国家,议会的宪法地位高于政府的执法与司法分支。事实上,这些国家一般认为执法权和司法权都是议会立法赋予的,且议会在原则上(尽管实际上未必)可以随时通过修改立法而变更甚至取消之。在三权分立国家,立法、执法和司法三权的宪法地位则基本上是平行的,不分高下,且其他——尤其是司法——分支可以制约立法行为而实现宪法所要求的权力平衡。

本节主要讨论这三种权力的基本关系及其理论依据。由于司法权在所有法治国家都是相当超然独立的,因而这里所要考虑的主要问题是立法与执法两个分支的关系。在这一领域,西方主要有两类不同制度:议会至上和三权分立,中国的人大代表制度也可被认为是前者的一种。当然,三权分立国家还存在着对立法行为的司法审查问题,从而涉及法院和其他两个分支的关系问题。

一、议会至上

至少在有史记载的绝大部分时期,人类政府虽然有权力分工,但权力总是相当集中的——集中在一个政府单位或一个特定的机构甚至一个人手中。在君主制时代,虽然政府职能必然有分工,但最高权力至少在名义上只属于国王一人。在某种意义上,集权是最原始和最简单的政府形式,是人类从野蛮到文明过渡进程的产物。出于人对权力象征的愚昧崇拜、对自我决定和自我管理的能力缺乏意识,且对政府科学了解甚少,因而沿用了君主专制的制度。

近代议会民主制度的发展确立了立法至上原则。

在近代,随着民主选举和议会制度的逐步发展,政府权力开始发生分化,不同的权力由公民选出的不同机构和官员所掌握。(见本书第二章)1688年“光荣革命”以后,英国议会确立了统治地位,代表了封建贵族和新兴资产阶级对王权的决定性胜利。这是民主对专制的胜利,而在民主与法治社会,立法权无疑是首要的。因此,英国从一开始就确立了议会至上与立法至上的制度,并至今仍然保持有效。

议会的立法权代表了国家至高无上的权力,超越执法权与司法权,不受任何其他权力的控制。

所谓“议会至上”或“立法至上”(legislative supremacy),议会的立法权代表了国家至高无上的权力,不受任何其他权力的控制。它是民主与法治原则的集中体现:民主,是因为法律是由人民选出的议会代表所制定的;法治,是因为法律代表了国家的最高权威,任何其他政府行为——行政或司法——都必须服从法律。在《宪法学导论》一书中,戴西明确指出:“在英国,法律平等的思想……被推向极端。对我们而言,从首相到警长或税务官,每个官员就和其他公民一样,对每一项缺乏法律依据的行为负责”;“按照英国宪法,议会……有权制订或取消任何法律;并且英国法律不承认其他人或机构能够制订规章以压倒或毁损议会法律,或……在违反议会法律时得到法院执行。”(Dicey, 1915:114,18)因此,作为国家的最高权力,立法权超越执法权与司法权。

“议行合一”是指行政首脑是从议会产生或者说就是由议会领导组成的制度。

英国还确立了现代最早的“议行合一”制度。所谓“议行合一”,是指行政首脑是从议会产生,或者说就是由议会领导组成。英国的最高行政机构——内阁(Cabinet)——通过议会选举产生,首相就是议会多数党领袖,内阁部长也是由首相任命本党议员产生。内阁向议会负责。如果内阁提议的主要政策不能获得议会多数的赞同,那就表示内阁和议会之间产生了重大分歧,因而必须重新组阁。这时,内阁宣布解散议会并进行重新选举,从而产生新的首相和

内阁。这项制度被称为“责任内阁制”。

如下所述,中国的人民代表大会制度也是某种形式的“议行合一”。然而,和英国不同,中国的最高行政机构——国务院——虽然是由全国人大选举产生并向人大负责,但其领导成员(即常委会组成人员)不能兼任“国家行政机关、审判机关和检察机关”的职务。(宪法第65条)和英国一样,全国人大制定宪法和法律,是国家的最高权力机构,不受任何其他权力的控制。

评注 权力的分与合——“政府”与“行政”的概念

以上三种权力只是表示纯粹的职能形式,而不是掌握这些权力的机构。某一类权力当然不一定仅由一个机构行使,某一个机构也可以具备不同形式的权力。因此,权力的配置可以采取多种不同形式。例如立法权可以同时为国会和总统所分享,并受到司法审查的控制——事实上,在普通法国家,传统意义上的“不成文法”就是由法官制定的。一般的“立法机构”或“司法机构”虽然职能相对单一,但也行使着不止一种职能,现代行政机构则更是同时行使三种职能。一个比较容易引起误解的是“执法机构”,因为这里的“执法”既可以是指单纯的执法职能或复合的“行政机构”。具体含义一般只有在上下文才能辨明。

“行政”(administration)是指低于最高首脑的政府分支(如中国的国务院或美国的环境保护局),但有时也被用来指称最高首脑所领导的全体政府机构(如“布什当局”)。在中国和一些双元首脑制的国家(如法国与德国)，“政府”(或内阁)和行政基本上是等同的。但在美国这样的单元首脑制国家,总统一般被称为三项权力中的“执法”(executive)分支。这当然并不是说美国总统仅负责中国“执法大队”意义上的事务,而只是用这个传统的名词来指称这个最高行政机构。并且为了避免和“行政”混淆,笔者沿用了“执法”来翻译“executive”一词,希望不至于引起误解。

最后,“政府”(government)有两种意思。在广义上,它是指所有的国家机构;在这个意义上,它是“国家”(state)的代言人,代表国家行使公共权力。在狭义上,它指上述大政府概念中的一个分支——通常是其最高行政分支,例如英国的内阁或中国的中央与地方“人民政府”。本书中的“政府”主要是指第一个意思,因此“政府”既包括行政部门,也包括立法与司法机构。

英国的“议会至上”使它不可能采取美国以后所发展的司法审查制度——因为根据通常理解,假如议会立法受制于法官的合宪性审查,那么它就不可能“至高无上”了。(但参见本书第三章)因此,戴西在《宪法学导论》中指出:

英国法官从不宣称或运用任何权力来废除议会立法,而议会法律则可以

“行政”、“执法”和“政府”概念都存在歧义,需要从上下文辨明。

“议会至上”和宪法审查制度不相容。

不时取消法官的法律。简言之,法院制法从属于议会立法,只能在[议会]的同意下进行,并受到议会监督;且在大英帝国的任何部分,不存在任何人、集团、执法、立法或司法机构能基于法律违反了宪法或任何理由,宣布任何英国议会通过的法律无效,当然除非它被议会取消。(Dicey,1915:39)

二、三权分立

随着人类思想的进步与发展,“议会至上”与“立法至上”的理念受到了挑战,政府权力也逐渐由集中走向分立。到18世纪,伟大的法国思想家孟德斯鸠系统提出了立法、执法与司法的“三权分立”思想,并在美国和法国获得不同形式的实施。如果议会至上代表了民主主义的思维,三权分立则代表了自由主义思想,因为根据孟德斯鸠的原意,三权分立的目的是为了防止政府侵犯公民的个人权利。除了防范其他机构对权利的侵犯之外,由于议员也会犯错误,议会也可能制定错误的法律,因而有必要受到其他权力的制衡,且这一思想渗透了美国的制宪过程。因此,从议会至上到三权分立的过渡,也是从法治(“立法至上”)到宪政(“宪法至上”)的过渡——议会制定的法律还必须符合“更高的法”。

从议会至上到三权分立的过渡,也是从法治到宪政的过渡。

评注

孟德斯鸠与三权分立

横向分权的思想在洛克的《政府论下篇》已经出现,但三权分立制度及其对权利与自由的保障作用则还是首先由孟德斯鸠提出。孟氏早年曾游历英国,并对其议会分权制度留下深刻影响。受英国经验的启发,他进一步分析总结了政府权力的性质及其和个人自由之间的关系,并花费毕生经历,于1748年完成了鸿篇巨制《论法的精神》(严复原译为“法意”)。以下是该书的一段不朽名言:

《法的精神》系统提出了三权分立学说。

当立法权与执法权联合在一人或单个行政机构手中时,自由就消失了,因为人们将害怕制造暴戾法律的同一个君主或元老院将以暴戾的方式执行它们。当司法权不和立法权或执法权分离时,自由也不复存在。如果它和立法权相结合,那么在公民的生命和自由之上的权力就将是任意的,因为法官也将是立法者;如果它和执法权相结合,法官就能具有压迫者的力量。如果同一个或一群人——贵族也好,平民也好——运用这三项权力:制定法律的权力、执行公共决议的权力、和判定罪行或个人争议的权力,那么一切都将丧失殆尽。(Montesquieu,1988:157)

孟德斯鸠的思想对美国制宪者产生了巨大影响。由于美国制宪者的首要考虑是如何制衡政府权力,以更有效地保障公民权利,美国很自然地采取了三

权分立模式。由于任何政府官员——包括立法者——都会滥用权力,因而不能信赖任何“至高无上”的权力,美国制宪者的考虑重点是如何分配政府三个部门的权力,以实现“以雄心制雄心”的设想。在《联邦党人文集》第51篇,麦迪逊精辟指出:

假如人都是神,那么政府就没有必要存在了;如果能够以神来统治人,那么无论外部或内部的政府制约也就没必要存在了。要形成一个以人管理人的政府,其最大的困难在于,你首先必须使政府能够控制被统治者;其次必须迫使政府控制自己。对政府的首要控制乃是依赖人民,但经验早已教导人类辅助防御的必要性。

为了达到这个目的,美国实行了三权分立制度。和英国不同,美国的立法、执法和司法部门都具有直接的宪法基础,且根据孟德斯鸠的设想,三项最高权力相互平行,不存在任何一个“最高权力”,且在人事上完全独立、不可兼任。和英国首相不同,美国总统由选举院独立产生,和现在选民直接选举非常类似,因而具备独立的选民基础。国会不能因政策不合而罢免总统——尽管可以基于有限理由进行弹劾,总统也不能解散议会。事实上,在第二次世界大战以后,三权分立产生了“分裂政府”——国会和总统分别由两个不同的党派控制,而这在“议行合一”制度下是不可能的(下详),最后,司法机构一旦经过总统任命、参议院批准,就完全独立(和总统一样受制于国会弹劾)。在1803年的著名案例“马伯里诉麦迪逊”中,联邦最高法院确立了对立法的司法审查权,实现了对立法权的宪法控制。(详见本书第三章)

要形成一个以人管理人的政府,首先必须使政府能够统治,其次必须迫使政府自我制衡。

三权分立的基本设想是三项最高权力相互平行,不存在任何一个“最高权力”,且在人事上完全独立、不可兼任。



图5.2 孟德斯鸠头像

孟德斯鸠(Charles de Secondat, baron de La Brède et de Montesquieu, 1689—1755), 法国贵族,曾投入毕生精力写成巨著《论法的精神》,并和洛克一起被认为是美国宪法的思想缔造者。

评注 总统制、责任内阁制与双元首脑制

和责任内阁制相比,三权分立提高了行政首脑相对于立法机构的权力。

总统制是三权分立区别于“议行合一”制度的一个特征,因为它要求三项权力具有同等的独立地位,因而行政首脑具有自己的选民基础,而不需要依靠议会的信任而存在。虽然国会对总统可以通过弹劾而实现某种控制,且总统有义务执行国会通过的法律,但总统仍然在外交内政事务中具有相当大的自主权;如果两者在重大政策上发生意见分歧,那么总统和国会都分别对其选民负责,国会并没有权力直接控制总统。且在成熟的三权分立体制下,弹劾是一种不应经常行使的非常权力。因此,和责任内阁制相比,三权分立提高了行政首脑相对于立法机构的权力。

“双元首脑”制度既有选民直接选举产生的总统,又有内阁决定并向内阁负责的总理。由于两者的产生基础不同(选民和议会),因而存在着出现分裂政府的可能性。

在总统制和责任内阁制之间存在着一种混合体制,即双元首脑制。这种制度综合了总统制和责任内阁制两种特征,既有选民直接选举产生的总统,又有内阁决定并向内阁负责的总理。总统和总理都负责国家的行政事务,因而形成了一种“双元首脑”制度。第二次世界大战之后的德国和法国第五共和采取了这种体制。这种制度的关键是处理双元首脑之间的关系。一般来说,总统至少在名义上高于总理。总统是国家的象征,一般负责外交,总理则专务内政,但具体分工取决于各国宪法的规定。例如德国的外交事务仍由总理负责,总统类似于“虚君”;第五共和的法国总统则享有很大的实权,不仅负责外交,而且对内政也有很广泛的决定权,包括对总理的任免权。(下译)因此,取决于总统和总理之间的权力分配,有的双元首脑制更接近于总统制,有的则更接近于责任内阁制。对于总统和总理都有实权的国家(如法国),由于两者的产生基础不同(选民和议会),因而也存在着出现分裂政府的可能性。

三权分立制度使总统权力超越议会的直接控制,增加了总统滥用权力的可能性,从而难以在一些民主文化不成熟的发展中国家获得实施。责任内阁制难以以为政治强人所接受,双元首脑制则在操作上过于复杂。

由于三权分立制度提升了总统权力,使之超越议会的直接控制,从而增加了总统滥用权力的可能性,它难以在一些民主文化不成熟的发展中国家获得实施。比较政治的学者从拉丁美洲国家的实践经验认为,责任内阁制相对而言更能促进民主文化的形成以及对独裁权力的制约,因而更适合民主转型国家。(参见 Diamond, 1999: 99)然而,发展中国家一般都存在着强势人物——譬如中华民国时期的袁世凯,因而责任内阁制固然有助于遏制强人权力,但本身恐难以以为强人所甘心接受。最后可能产生双元首脑的妥协,强人自任总统,而其权力在一定程度上受到责任内阁之约束。民国时期,中国即采用这种制度。然而,双元首脑制在运作上相当复杂,难以以为不成熟的民主所驾驭。且总统和总理之间的紧张根源在于更深层次的专制与民主之矛盾,固不可能因宪法制度的巧设而自动消除,因而这种制度容易导致双元首脑之间权力斗争不断,最后影响整个制度的稳定。因此,双元首脑作为一种制度妥协固然可能对民主转型一时有利,但仍未必是任何传统专制体制都能通用的良方。

第二节 立法机构

不论在单一制还是联邦制,议会是一个国家最为重要的权力机构。这是因为现代政府普遍接受了民主与法治的基本原则,而议会是通过人民代表制定法律的机构。除了中国的县级以上人大和欧盟立法机构(部长理事会)等少数例外,各国议会一般由选民直接选举产生,因而是选民影响国家政治和方针政策的最重要途径。

这一节讨论议会制度的不同方面,包括其发展历史、职权范围以及召集与立法程序,最后介绍中国的人民代表大会制度。

一、斗争与妥协——议会制度的起源

所谓“议会”,无非是指一种国家议事机构。这项制度的雏形出现于人类文明史的开端,盖古代原始民主制度都有某种形式的议事机构。梁启超的“古议会论”一文试图论证,西方现代议会制度,中国古代实已有之。这种论点虽嫌穿凿附会,但古代的议事制度不可能完全是后人伪造的。中国最早的经典《尚书》曾记载氏族首领和各部落诸侯(“四岳”)商讨治理之事,一些重要的官员就是在这类由贵族参加的氏族会议上任免的。(参见“尧典”、“舜典”、“皋陶”等篇章)

议事制度源远流长。

“议会”的英文 Parliament 来自于法文 Parler,意为谈话或会谈。议会就是专门进行这类会谈的场所。当然,它不是一般的私人会谈场所。在 13 世纪,它主要是指规则会议或王室法庭的庭审会议。事实上,“议会”一开始主要并不是立法机构,而是兼有议事和司法职能的机构。在封建时代,法国的地方“议会”(Parlement)其实就是法庭。之所以如此,是因为不成文的习惯法在早期社会中发挥着主要作用,因而政府的主要职能在于根据习惯法裁判争议。

封建时代的议会是兼有议事和司法职能的机构。

现代议会首先是在英国发展而来的。早在公元 9 世纪中叶,盎格鲁·撒克逊国王开始不定期召集“贤人会议”,由主教、郡长、诸侯及贵族组成。贤人会议权限很广,讨论议题包括王位继承人、税收、外交、防卫、分封等重要事务。贤人会议还是国家的最高法庭,审理地方法庭不能判决或涉及政府官员的争议。国王颁布法令,往往需要贤人会议的同意。1066 年,诺曼部落入侵并征服盎格鲁·撒克逊之后,威廉一世(William I, 1066—1081)曾要求各郡派代表到宫廷共同确定旧的习惯法。亨利一世(Henry I, 1100—1135)加冕时宣誓保证,法律的改动必须和封臣商量。亨利二世(Henry II, 1154—1189)用普通法

(Common Law)统一了各地习惯法,但并没有改变国王颁布法律之前必须得到封臣同意的原则。因此,约翰王(King John,1199—1216)宣布法律时总要宣称事先已得到封臣同意。(见沈汉、刘新成,1991:6)

1066年后,英国重新分配土地,并形成了新的封主—封臣关系。为了解决封主之间以及封主与封臣之间的纠纷,封主开设了由其主持的封主法庭,法庭成员由封臣组成。国王是国家最大的封主,其封主法庭由各直接封臣(“总佃户”)组成。由于国王的封臣众多(1086年大约有1400个,其中180个是大贵族,见沈汉、刘新成,1991:5),分封条件复杂,因而一般的封主法庭难以解决所有法律纠纷。一部分大贵族组成了常设法庭,被称为“御前会议”,以解决总佃户之间及其与国王之间的纠纷。御前会议实际上是全国最高法院。为了提高某些复杂案例的权威,扩大法律咨询的范围,后来又成立了“御前扩大会议”。1234年,亨利三世涉嫌谋害英国贵族集团的首领,贵族发动暴乱,迫使国王改革政府机构,把御前会议分裂为三个并列的王室法庭:王座法庭、中央普通法庭和财务法庭。从这些法庭的上诉被提交给御前扩大会议,因而后者成为普通法的最高上诉法庭。到13世纪中叶,御前扩大会议已被通称为“议会”。由此可见,初期的“议会”以司法职能为主。

随着成文法规在统治中发挥越来越重要的作用,议会的立法职能不断提高。英国议会的决策权是在和国王争夺对战争和税收的控制权过程中发展起来的。1242年,议会集体阻止了亨利三世破坏和约对法宣战的企图,拒绝批准发动战争所要求的赋税,并要求国王同意政治改革。1258年,亨利三世因国库空虚,再度召开议会,并被迫与大贵族达成协议,成立由御前会议大臣和大贵族组成的委员会拟订政治改革条例。委员会向议会提交了“贵族请愿书”(即《牛津条例》),要求重建御前会议,且议会应成为一个定期举行会议的最高立法机构,不再根据国王的意愿召开。到爱德华一世,每年定期定点召开两次议会已形成制度,大贵族获得了对参与国家事务的保证,议会成为贵族向国王集中提出请愿的场所。在爱德华二世,议会权力在同国王的斗争中进一步提高。1322年前后,议会的结构发生重大改革。此前,大贵族是否能出席议会取决于国王的意愿,只有接到国王的议会召集令才能出席,且贵族请愿书在提交议会前必须经过王室法庭的法官或书记官筛选;此后,每个大贵族都获得了出席议会的权利,国王在召集议会前有义务发出邀请,且出席议会的大贵族自己担任请愿书的立案官和审判官。这样,贵族真正成为议会的主体。

随着商业和城市的发展,中小贵族(即骑士)和市民的地位逐渐上升。12世纪与13世纪,商品经济的发展使社会各阶层的财富分配发生变化。国王不再满足于从直接封臣中征税,中小贵族和市民成为国王征税的重要对象。根据《大宪章》关于“未经国民同意不得征税”的原则,他们开始被邀请进入议

英国贵族组成以司法职能为主的御前会议及其扩大会议。

在和国王争夺对战争和税收的控制权过程中,英国议会发展了决策权。

会。起初,征税并不需要获得他们的同意,大贵族被认为代表全社会批准赋税。但由于大贵族和国王之间存在着矛盾,国王在御前扩大会议上提出的征税要求经常受到攻击,因而便通过直接召见地方代表向中小贵族和市民征税,大贵族不再能代表他们。后来,国王在召集议会时有时责成郡长选派所在郡的中小贵族和市民作为地方代表出席,以便同时向各阶层提出征税要求。1213年,约翰王下令要求各郡郡长选派四名骑士出席御前扩大会议,成为召集中小贵族出席议会的先例。在国王和大贵族的斗争中,中小贵族和市民成为双方都想争取和利用的中间力量。14世纪初,在议会结构被调整后,他们也成为议会的当然会员。一开始,地方代表的要求必须通过大贵族提出请愿,其职权限于批准赋税;在大贵族成为立案官和审判官之后,地方代表开始享有直接请愿的权利,且职权不再限于赋税范围。1313年的议会召集令明确规定地方代表有“决议权”。(沈汉、刘新成,1991:34)在爱德华二世统治后期,多数议会法规是在地方代表请愿的基础上修改形成的。1325年后,地方代表成为议会不可缺少的组成部分,议会成为各阶级均有一定席位的等级代表机构。

英国议会一开始是大贵族和国王斗争的产物,因而大贵族在议会中占据主导地位,骑士和市民处于从属地位。“物以类聚”。14世纪中期,不同等级的代表开始分开议事。包括高级教士和世俗贵族在内的大贵族形成了上院,骑士和市民则形成了下院。1343年,骑士和市民议员第一次单独召开会议,标志着下院的形成。1376年后,下院代表推选产生了自己的议长,标志着下院组织日趋成熟。后来因为“玫瑰战争”等原因,大贵族的势力消耗殆尽,上院逐渐退居被动地位,下院则作为社会利益的代表稳步发展。近代世界上最早的议会体制从此形成。

二、议会的结构与组成

法国政治思想家西耶士(Abbe Sieyes)曾坚持采取一院制、废除两院制,因为由选举产生的第一院必须统治第二院:如果两院意见一致,那么第二院是多余的;如果两院发生分歧,那么第二院就是错误的。尽管如此,目前世界各国的议会多为“两院制”(bicameralism),只有少数是一院制,但两院之间通常以其中一个院为主。之所以如此,盖与近代议会产生的特殊历史背景有关。如上所述,英国发展了最初的两院制:“上院”(或“贵族院”,House of Lords)和“下院”(或“平民院”,House of Commons)。两院制反映了封建贵族和城市平民之间的政治妥协。上院由世袭贵族和在各行业因有特殊贡献而被国王封爵的人组成,下院则由选民选举的代表组成。两院在权力上并不是平等的,而是其中的一个院占据主导地位。下院是一个专职机构,上院则是一个兼职机构,因而开会缺席现象十分普遍。随着民主力量的不断强大,上院的立法权力

随着商业和城市的发展,中小贵族和市民的地位逐渐上升,议会成为各阶级均有一定席位的等级代表机构。

大贵族和骑士及市民的分化产生了上下两院,下院以后作为社会利益的代表获得了稳步发展。

两院制反映了封建贵族和城市平民之间的政治妥协。英国目前的主要立法机构是由选举产生的下院。

受到越来越多的限制,越来越像一个类似于中国政协的协商机构。目前,英国的主要立法机构是由选举产生的下院。因此,英国虽然在形式上是两院制,实质上已接近一院制。

思考 英国和中国都是单一制国家,也都采纳了“议会至上”模式,且议会(基本上)是一院制。试论述单一制和“议会至上”以及一院制的联系与区别。

评注 改革中的英国上院

如上所述,英国上院在传统上是“贵族院”。在英国议会史上,上院贵族在和国王的斗争过程中发挥了巨大作用。只是随着下院的发展和民主的不断深化,上院才逐渐“大权旁落”,失去了其封建时代的辉煌。但上院并不甘于“退出历史舞台”。它不排斥改革,并在不断改革的过程中努力进化着。历年来,上院的成分也在不断变化。目前,上院仍然包括大主教和主教在内的 26 名教会成员,但绝大多数成员都已经是世俗成员。然而,英国朝野对上院的有限改革仍不满足;毕竟,在一个民主平等的现代社会里,“贵族”是难以找到一个合法立足点的。

1997 年,工党执政后发表题为《议会现代化:改革上院》的白皮书,宣布了改革上院的系统计划。1999 年,工党制定了《上院法》(House of Lords Act),明确废除了贵族世袭体制,并建立了“过渡议会”(transitional house)。政府专门建立的皇家委员会建议,改革后的上院应当广泛代表英国社会的利益,反映不同地区、职业、文化、种族和宗教的观点或需要,并构成英国宪法体制中的制衡力量,在辅助下院制定立法政策的同时,促使下院和内阁进行清醒的反思。委员会建议成立独立的“任命委员会”,任命除了主教和法官之外的上院成员。新的上院大约将有 550 名成员。

改革后的上院主要行使下列职能:审查法律草案和委托立法,监督行政权力,提出议案,拖延立法程序,修改下院送交的“公共提案”(public bills)。最后这项职能最为重要,并占据了上院的大部分时间。大约一半的内阁提案受到上院修改。上院的修正平均每年达两千多处,其中大部分受到下院和内阁通过。有时,上院把内阁提案修改得面目全非,以致内阁不得不放弃原来的提案。在以往每年有十多个内阁提案不能获得通过。1997 年工党执政后,这个数字还有所上升。由此可见,英国上院不但不会被废除,而且将在改革后发挥更为重要的作用。

除了历史背景之外,两院制还受到一些其他原因的支持和反对。第一,和英国的历史发展相关,两院制使议会能同时代表不同性质的利益。英国议会的上下两院分别代表贵族和平民的利益,美国国会的参众两院则分别代表各州和各地人口的利益;除此之外,还可采取别的体制来代表职业、宗教或少数民族等派别。反对这一见解的意见则认为代表民意的机构应该是唯一的,譬如英国的上院并不代表民意,因而只能处于从属与次要地位;如果两个院都是由选举产生,那么当它们的多数意见发生矛盾时,就产生了究竟哪个院最终代表民意的困难。(王世杰、钱端升,1997:202—204)第二,由于立法需要同时经过两院的审查,两院制有助于提高立法质量。反对意见则认为,两院程序过分复杂,增加了立法成本,从而妨碍社会通过法律获得改革与进步。第三,更重要的是,两院制有助于控制立法权的滥用。事实上,美国主要是为了这个目的而设置了参众两院,因为制宪者认为立法机构具有主动性以及其他机构所没有的以合法形式侵犯公民权利之便利,因而尤其需要加以控制。反对意见则认为针对议会的控制具有反民主倾向,并容易助长政府中的专制力量,最后使两院皆失去行动能力而依赖行政权力。

赞成或反对两院制的其他意见。

以上正反两方面意见都受到不同程度的采纳,并体现于现代议会制度的设计之中。为了限制中央政府的权力,美国宪法采取了严格的两院制,且两院权力基本平等。宪法第一章规定“这里授予的所有立法权力应被赋予合众国的国会,它由参议院(Senate)和众议院(House of Representatives)组成”,继而分别规定了两院的组成与选举方式、成员的资格与会议程序。众议员每两年、参议员每6年选举一次,皆可连选连任。参议员每州一律两名,众议员席位则按各州人口比例分配。任何法律必须同时通过众议院和参议院的批准。这样使两院互相制约,不但削弱了在当时被认为最可能侵犯分权原则的国会,也有助于保障合众国内小州的权利。

美国国会采取严格的两院制。

受卢梭的影响,法国历来强调大众主权和议会至上,因而虽然也采取两院制,但两院之间的权力大不相同。为了保证政府稳定,第五共和偏离了这种做法,削弱了议会权力,相应增强了总统与内阁的权力,并适当提高了参议院的地位。宪法第24条规定:“议会应由众议院(National Assembly)和参议院(Senate)组成。众议院代表应由直选产生。参议院应由间接选举而产生。它应保证共和国领土单元之代表。生活在国外的法国人,应在参议院内获得代表。”由于参众两院的组成方式不同,两院地位仍不相等。虽然参议院具备提议法案的权利,参议院对众议院通过的法律缺乏绝对否决权。如果两院意见出现分歧,那么众议院可通过再次表决而超越参院否决。

法国议会虽然采取两院制,但两院的权力并不相等。

德国《基本法》也设置了权力不相等的议会两院,但其主要目的是使参议院在更大程度上代表各州,因而联邦政府的分权结构体现了联邦主义原则。

和美国一样,德国联邦参议院更多地代表各州的利益。

《基本法》第50章规定:“各州应通过联邦参议院参与联邦的立法和行政。”联邦政府的立法机构采取两院制:任期4年的联邦众议院(Bundestag)代表全民,联邦参议院(Bundesrat)则在更大程度上代表各州,由州任命产生。第51章规定了参议院的组成:“[1]联邦参议院应由州政府所任命与召回的成员组成。州政府的其他成员可作为其替代。[2]每个州应至少有3票;超过200万居民的州应有4票,超过600万居民的州5票,超过700万居民的州6票。[3]每个州可以派遣和其票数同样多的代表。每个州必须由在场成员或其替代投联票(block vote)。”因此,尽管各州在代表人数上并不相同,以州为单位的表决实际上给予各州代表在参议院以平等地位。

欧洲议会由选举产生,但权力有限。

欧洲联盟的议会民主尚有待发展,但在某种意义上也具备两院制的雏形。共同体最重要的立法机构是由各成员国政府部长组成的“部长理事会”(Council of Ministers),它负责通过所有的共同体法律。理事会分为总理事会(General Council)和特殊理事会(Specialist Councils)。总理事会由各成员国的外交部长组成,特殊理事会则由相应部门的各国政府部长组成。根据经济共同体条约第203条,各国部长轮流担任理事会主席,每届任限于半年。和理事会相对应,欧洲共同体的另一个立法分支是欧洲议会(European Parliament,简称EP)。1952年,《煤钢条约》建立了“共同议会”。1979年,共同议会首次实行全民直选。1986年通过的《统一欧洲条约》(SEA)把它正式称为“欧洲议会”。迄今为止,欧洲议会是在共同体范围内由选民直选的唯一机构。共同体条约第190条规定了各成员国在欧洲议会的名额。随着新成员国的加入,欧洲议会的人数不断增加。欧洲议会目前由来自15个成员国的610名成员组成,任期五年。议员的座次排列并不按其国度,而是按其政治党派。现在议会分为十个党派,其中最大的团体是占有二百多个席位的社会党。虽然欧洲议会是欧盟的民意代表机构,但其实际权力极为有限,因而构成了上述规则的例外。

两院之间,更直接代表民意的机关一般具有更高地位。

综上所述,现代国家的议会一般都采用两院制,但两院权力并不一定平等。两院之间的权力分配部分取决于两院的组成方式。众议院(或下院)几乎毫无例外,全部都由选民直接选举产生,因而可被视为代表民意的机关;参议院(或上院)则有的由直接选举产生,有的是间接选举产生,有的则基本上不代表民意。一般而言,选举产生的参议院具有更高的民主合法性,因而其地位及权力和众议院更为平等,不经选举产生的参议院则在立法事务上仅有有限的参与权。

思考 为什么议院的权力取决于议院的组成方式?参见本书第一章。你认为中国是否有必要在人大之外成立“第二院”?中央与地方人大的结构是否应有所区别?为什么?

三、议会程序

(一) 议会的召集

在英国历史上,由于议会是从国王的辅助机构脱胎而来,是否召集议会、何时及何地召集议会都由国王自己全权决定。这样,议会开会自然极不规则。在以后的政治斗争中,议会逐渐独立并掌握了主动权,议会的集会日期、地点和期限亦逐渐固定下来。例如美国联邦宪法第一章第四节(经第二十修正案修改)规定:“国会应每年至少集会一次,且这次会议应在元月3日中午开始,除非他们通过法律选定了另外一天。”第五节规定:“在国会开会期间,任何一院不应不经另一院的同意而休会超过3天,也不应在和两院开会地以外的地方重新开会。”总统并没有权力召集或解散国会,即使出现紧急状况也是如此。国会开会一般对外公开,并保持记录:“各院应保持其议事录,并不时发表有关议事录,除了那些据他们判断要求保密的部分;且各院成员对任何问题的赞成与否决应根据1/5到会议员的愿望而被记到议事录上。”(宪法第一章第五节)

通过政治斗争,议会逐渐掌握了召集和开会的决定权。

与此类似,法国第五共和宪法也规定了议会的召集程序。根据第28条,议会有权在每年举行两次普通会议。但一反以往规定会议最短期限的宪法惯例,第五共和宪法规定了会议的最长时期:“第一次会议应始于10月2日;它应历时80天。第二次会议应始于4月2日,它不得超过90天。”另外,议会还可在某些情形下召开特殊会议。第29条和第30条分别规定:“在总理或众议院多数成员的提请下,议会应召开非常会议,以考虑某特殊议程”;“除了议会有权集会的情形,非常会议应经由共和国总统的法令而召开并休会。”在一般情形下,议会开会对外公开,且内阁有权参与。第31条和第33条规定:“内阁成员应可参加两院会议。如果如此请求,其意见应获得听取。”“议会两院会议应该公开。争论的详细报告应发表于‘政府议事录’(Journal Official)。在总理或其1/10成员的提请下,每个议院可召开秘密委员会。”

议会开会具有固定期限,一般把每年一半时间用于开会。

(二) 立法程序

在所有现代民主与法治国家,议会的首要职能是制定法律。为了保证法律代表社会的公共利益,宪法一般规定了立法所必须遵循的程序。立法程序主要包括四个过程:议案的提出、讨论、通过和颁布。法律的颁布过程几乎完全是一种形式,因而在此不予讨论。

一般而言,议员个人、国家元首或内阁领导均有权提出议案。美国宪法虽未明确规定,但在实践中一直是这么做的。法国第五共和宪法第39条规定:“总理和议会成员皆有权提议立法。在获得国政院之协商后,内阁议案应在部长会议获得讨论,并向两院之一的书记备案。”德国《基本法》第76条规定

议员、国家元首或内阁领导一般均有权提出议案。

了立法的提案过程：“[1]法律提案应由联邦内阁、众议院或参议院成员引入联邦众议院。[2]联邦内阁的法律提案应首先递交参议院。参议院有权在六个星期内对该法案陈述意见。[3]参议院的提案应在3个月内由联邦内阁提交众议院。这时，联邦内阁应陈述其观点。”

议会一般把大多数时间用于总统或内阁提出的预算方案。

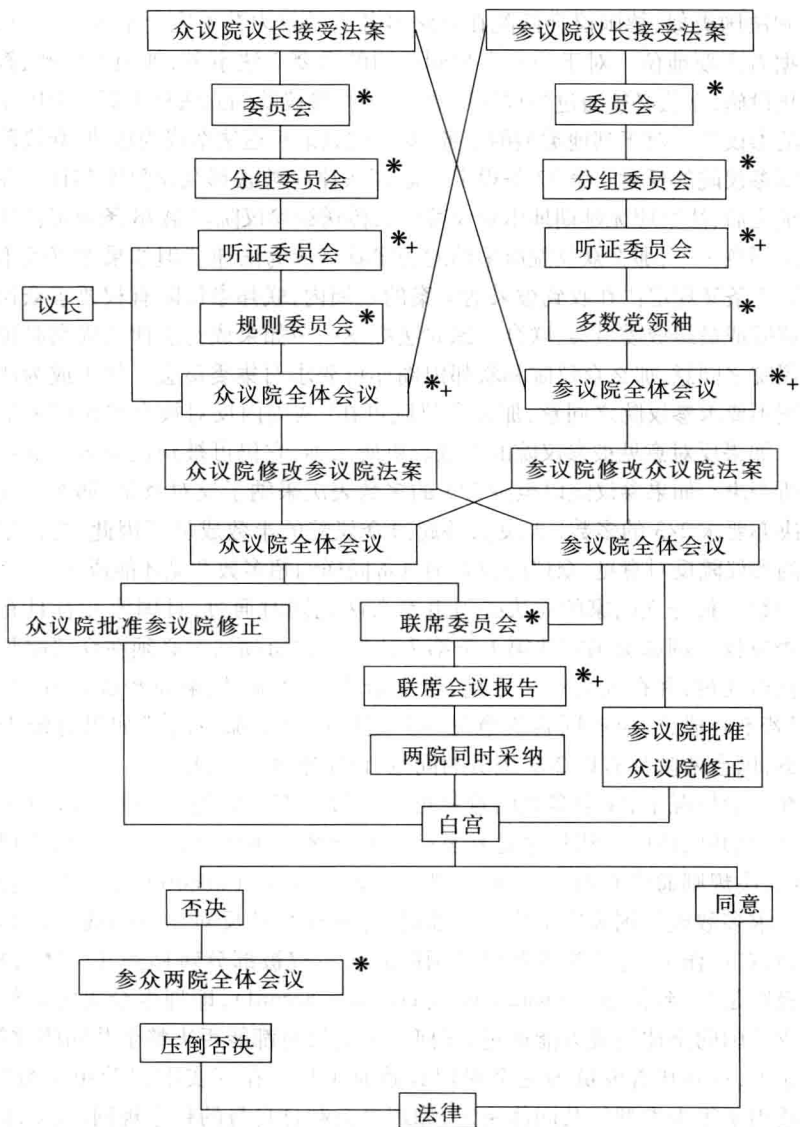
在立法程序中最为复杂的流程是议会的讨论。议会讨论的程序一般由专门立法规定，宪法至多提供一个轮廓。在普通开会期间，议会把大多数时间用于总统或内阁提出的预算方案。在所有法案中，预算和征税法案占据着特殊地位。美国联邦宪法第1条第7款规定：“所有征集岁入的法案必须来自众议院；但就和其他法案一样，参议院可以提出或同意修正案。”法国宪法第39条规定：“财务法案应首先被提交众议院。”第48条规定：“根据内阁制定的顺序，对内阁提出或同意法案的讨论应在议会日程中享有优先权”，因而内阁实际上控制着议会讨论的议程。

同一个法案在两院同时进行讨论，一般先由有关专门委员会对立法提案进行筛选和加工。

由于立法任务繁重，现代议会一般在正式讨论前由专门委员会对立法提案进行筛选、酝酿和完善。图5.3描绘了美国国会两院立法的实际操作程序。在议院负责人收到提案之后，酝酿过程即已开始，议案被送交委员会或小组委员会(subcommittee)讨论。只有在委员会审议完毕后，才能进入下一个议程。提案被相继交给听证委员会(hearings committee)和众议院的规则委员会(rules committee,)或参议院的多数党领袖，听取其修改意见并送交议院全体讨论。在该院讨论通过后，法案被送交另一院讨论，上述程序重新开始。在程序结束后，另一院可对前院议案提出修改，并将修改后的法案送回前院再进行表决。如果法案就此通过，便送交白宫由总统批准；否则，两院将组成联合委员会(conference committee)，并产生共同的会议报告，以期获得两院采纳。

对于两院权力不平等的国家，如果法案不能以同样文本通过两院，众议院的意见一般是决定性的。

宪法一般规定立法应以同样文本由两院同时通过，但如果在协商后两院不能达成共识，那么众议院可以采取最后决定。例如法国宪法第45条规定：“每项内阁或议会法案皆应相继受到议会两院之审查，以期通过全同的文字。”如果两院之间产生歧见，以致在各院二读之后不可能采纳内阁或议会法案，或如果内阁宣布事务紧急，两院在初读之后不能采纳法案，那么总理有权召集由两院同样人数组成的联合委员会，以考虑正在讨论之中的有关事务之文字。如果联合委员会未能赞同一个共同文本，那么在两院再读之后，内阁可提请众议院给予最后决定。对于组织法，“如果两院之间缺乏协议，那么众议院必须以成员的绝对多数，才能在终读时采纳法案。”(第46条)



* 法案可受到修正,+法案可在此无疾而终

图 5.3 美国国会的立法程序

从这张相当简化的流程图可以看到,两院制的立法程序要比一院制复杂困难得多。

参照 Lowi and Ginsberg,1990:213。

和法国类似,德国议会两院在立法事务上的权力并不完全平等,其中众议院占据着主要地位。对于一些影响到各州的重要立法事务,如地方行政、教育和文化设施,立法必须通过参议院同意。这时,参议院的立法权类似于美国联邦政府的参议院。对于其他类型的事务,参议院只能延迟法案成为法律;众议院可以压倒参议院的反对。第77条规定:“联邦法律应被联邦众议院所制订。在他们采纳之后,法案应无延期地由众议院院长传送给参议院。”第78条规定:“如果参议院同意……,那么众议院所采纳的法案就将成为法律。”但如果参议院不同意,第77条又规定:“在收到被采纳法案的三周内,联邦参议院有权要求众议院和参议院成员组成委员会,联合考虑立法提案……如果成为法律的提案必须经过参议院之同意,那么众议院和联邦内阁亦可要求召集委员会。如果成为法律的提案不要求参议院之同意,那么参议院可在[两周内反对被众议院所采纳的提案。]如果反对意见被参议院的多数表决所采纳,它仍可被众议院多数成员之决定所否决。如果参议院以至少2/3的多数表决采纳了反对意见,那么众议院的否决亦要求2/3的多数[表决],并超过众议院的半数成员。”因此,要否定超多数的参议院反对意见,众议院也必须具备同样的超多数意见才能成功。

美国宪法要求法案必须同时通过国会两院。如果总统否决了法案,只有两院以超多数再次通过法案才成为法律。

少数三权分立国家的立法必须由参众两院同时通过,且国家元首具有有限的否决权。例如美国宪法第1条第7款规定:“每项法案必须在众议院与参议院获得通过,并在成为法律之前,送交合众国总统;如果他赞成,即应签署之,但若不赞成,则应连同否决意见一并退回提议的那一院。”如果总统否决了法案,国会两院只有以2/3成员的同意,该法案才成为法律。

欧洲共同体立法具有复杂的程序规则。

在一般情况下,议会多数同意就可以通过法案。但为了照顾到成员国的利益,欧洲共同体的立法程序尤其复杂。共同体的主要立法机构是部长理事会,其表决规则通常有两个极端:一极是“简单多数”(majority),即理事会决定只要求多数成员国表决赞成即获通过,并对少数持反对意见的成员国具备约束力;在运作上,这意味着各成员国的政府主权被部分转移到共同体机构。另一极则是“一致同意”(unanimity或common accord),即理事会决定必须获得各成员国的全体赞成方能通过,任何一国的反对都能否决整个共同体政策;在运作上,这意味着成员国完全保留其政府主权。在现实中,“简单多数”规则只适用于很少类型的共同体决定,如理事会制订自身的程序规则,或要求执委会从事研究、提出方案。另一方面,“一致同意”规则亦只限于对其他权力机构发生重要影响的领域:如改变欧洲法院的法官和总辩护官人数、改变欧洲初审法院的管辖权、改变执委会人数、建议对欧洲议会的选举采取统一程序、接受新的成员国及有关协议,以及一些政治上高度敏感的决定——如间接税的协调、通过共同体法律的普遍权力、在特殊情形下授权国家补贴等。对于大多数关键的共同体政策——如“四大自由”、关税联盟(Custom Union)、竞争政策以及农

业、渔业和交通共同政策,共同体条约规定了在两极之间的折中表决规则——“限额多数”(qualified majority)。如果理事会被要求按限额多数通过决定,其成员的表决应按照条约第 205 条第 2 款所规定的成员国权重。限额多数规则要求近 3/4 的成员国赞同,但没有任何成员国具有绝对的立法否决权。

四、议会的职权

议会既为立法机构,制定与修改法律自然是议会最重要的职权,以上所比较的两院权力主要也是指立法权。但议会还有一些其他权力,大致可被归并为财政权、人事任免权和监督权。监督权是指议会对政府除议员外的其他官员的控制权,受到监督的官员一般包括行政与司法部门的官员。人事任免权是议会任命或罢免某些官员的权力。显然,人事任免权对官员具备某种威慑力量,因而具有一定的监督作用,但它和监督权又不完全相同。财政权是指议会批准年度征税方案与财政拨款的权力。它既有立法权的性质——因为国家财政预算与征税方案一般采取特别立法的形式,又有监督权的性质——因为议会对行政预算和拨款的控制也意味着对行政权力本身的控制。本书在此把它作为立法权的一个特例,不单独加以讨论。

除了立法权外,议会还具有财政权、人事任免权和监督权。

为了保障议员独立行使职权,现代国家对议员个人的人身权利普遍提供了特别保护。在历史上,这些权利形成于英国议会和国王斗争的过程中,并受到一些国家宪法的明确保护。例如法国第五共和宪法第 26 条明确保护议员的豁免权:“任何议会成员不得因其在行使职能时发表意见或表决,而受到指控、搜查、逮捕、拘留或审讯。”第 27 条规定:“所有约束议会成员的指令一律无效(null and void)。议会成员之表决属于个人权利。”美国宪法虽未明确规定,但议员的这些权利受到普遍承认,在此不赘述。

(一) 立法权

由于法治国家的所有政府行为都必须基于法律,立法权实际上规定了国家整体权力的范围。在单一制国家,中央的立法权不受任何限制;但在联邦国家,联邦立法权是有限的,且其范围受到宪法的界定。在美国立宪时期,尽管联邦党提出的“弗吉尼亚方案”(Virginia Plan)曾一度笼统、广泛地规定国会权力,制宪会议的妥协结果是尝试明确、具体地规定这些权力。宪法第一条第八款把授予国会的立法权力(legislative power)限制在列举事项之内:国会“制订并征收国民税、关税、进口税和货物税,支付债务,并为合众国提供共同防御及普遍福利;但所有关税、进口税和货物税应该在合众国范围内全部统一”,“以合众国的信用借贷”,“调节与外国、各州和印第安部落之间的贸易”,“制造钱币并调节其与国外货币的价值,制定度量衡”,“对伪造证券与现行货币提供惩罚”,“建立邮局与邮道”,“设立最高法院以下的审判庭”,“宣战……”,“招集

在联邦制,中央议会的立法权是有限的。

并维持陆军;但为此拨款不得超过两年期限”,“装备与维持海军”,“提供招集武装力量来执行联邦法律、镇压叛乱与抵抗侵略”等,并最后“为执行上述权力以及宪法赋予合众国政府……的所有其他权力,制订所有必要与合适的法律。”

在单一制国家,立法权可以是无限的,但法国第五共和宪法限制了议会的立法领域。

法国是单一制国家,但第五共和宪法限制了议会的立法权。宪法第34条和第37条界定了第五共和的议会和内阁立法权。第34条把立法权限于“法律”(loi)的制定,第37条则授权内阁制订“法律”范围之外的规章。对于议会的立法权,第34条规定了五类主要领域:“所有法律应被议会通过”,法律应建立有关下列五个领域事务的调控。第一,公民权利及为行使其公共自由而授予公民的基本保障,为保护公民人身或财产而施加的国防责任,国籍、个人地位和法律权能、婚姻契约、继承和赠礼,决定罪行(crimes)和过错(délits)及对其所施加的处罚;刑事程序;大赦;创立新的司法系统及文官职位,所有类型的征税基础、方式和税率,以及颁发货币。第二,全国和地方议会的选举机制,公共机构的种类,对国家雇用的公务和军事人员所授予的基本保障,企业的国有化及私有化。第三,法律应决定下列事务的基本原则:国防,教育,地方社团的自由管理、其管辖范围及资源,民事和商业责任的财产权利,以及有关雇佣、工会和社会保险的立法。第四,根据组织法提供的条件和保留,财务法应决定国家的财政来源和责任。第五,有关国家计划的法律应决定国家经济和社会行动之目标。另外,宪法其他几项条款亦特别授权议会立法。根据第35章,“议会应授权宣战。”第36章规定:“戒严法应被部长会议的法令所颁布。但如果其实施超过12天,它必须获得议会授权。”第47条授权议会表决财务法。第53条规定绝大多数条约必须受到议会立法的批准才能生效。第72—74条授权议会调控国外领地的管理。最后,1958年宪法的前言还包括其他两项议会权能:1789年的《人权宣言》第7条要求议会决定在何种情形下,个人才能受到指控、逮捕与拘留,且议会应规定相应的刑事处罚;1946年的宪法前言则规定,只有法律才能调控罢工权利。

评注

“立法保留权力”的性质——法国与中国比较

法国第五共和宪法的目的是保证议会在其职能范围内行使立法权,中国《立法法》则是为了保证某些重要事务只能通过全国人大及其常委会的立法。

法国第五共和宪法的第34条和中国《立法法》第8条都规定,某些重要领域的立法只有中央议会才能制定。(参见本书上一章)然而,第34条的出发点和《立法法》第8条正好相反,因为第8条的目的在于保证全国人大或其常委会对所列举的事项具有专有立法权,而第34条的主要目的是限制而非保证议会权力。在传统上,法国的所有立法事务都只能由议会规定。历史证明,法国议会经常为利益集团所牵制,影响了立法进程乃至政局的稳定。为了保持稳定,第五共和宪法首次限制了议会权力,并允许内阁分享第34条所规定的范围之外的次要立法权。另外,虽然总统或总理并不具备类似美国总统的

立法否决权,由于立法因限于第34条的范围而经常需要法令去调控细节,内阁可以通过拒绝制订必要法令来有效阻碍议会立法。

由此可见,法国宪法第34条和中国《立法法》表面相似,但实质相反。另外,《立法法》对法律事务的保留具有明显的中央与地方立法权关系之含义,而法国宪法第34条则仅关系到立法—执法权能划分,因而是一个典型的横向分权问题。法国和中国的差异并不是因为两国的政治体制安排有所不同——它们都是单一制,而是因为法国宪法和中国《立法法》之所以产生的特殊历史背景。第五共和宪法的目的是把议会权力限制于制定重要立法原则,《立法法》则是要保证全国人大及其常委会对重要事务的立法权。

(二)人事任免权

和间接民主制度相一致,各国选民对于官员的直接控制限于选举;一旦获选之后,选民并没有直接罢免总统或议会代表的权利,而只有等到下一次选举进行重新选择。之所以如此,部分是为了保证政府形成后的稳定性、确定性与独立性。如果选民对在任官员不满意,只有通过新闻舆论的压力。虽然这对控制官员行为很重要,但它毕竟是间接的;至少在理论上,有些官员可以甘冒落选的风险而一意孤行。因此,民主国家设计了宪政制度,通过人事任免和监督机制来控制任官员的行为,只是这些权力一般都是由议会代表或其授权成立的机构行使,而不是由选民直接行使。

对于责任内阁制而言,议会的人事任免权是自然的,因为内阁就是从议会多数党派或不同党派的联合中产生的。例如在英国,多数党领袖自动是内阁首相,内阁各部的部长也都由多数党议员担任。内阁由议会产生,向议会负责。如果内阁在重大政策问题上和议会多数发生分歧,议会可投“不信任”票,内阁必须集体辞职,因而相当于罢免整个内阁。

对于三权分立下的总统制国家,国家元首一般不是由议会产生,而是由选民直接选举产生。然而,议会仍然对人事任免具有一定的控制权。美国联邦宪法第2条第4款规定,总统任命大使、公使和领事、最高法院的法官及其他联邦官员,但必须经过“参议院的建议与同意”。因此,联邦法院的法官、内阁官员以及独立管理机构(independent regulatory agencies)的负责人都由总统任命、参院批准。宪法并未规定参议院是否有权控制任何官员的罢免,因而在以后的宪法诉讼中产生了一些争议。简言之,现在确立的规则是,联邦内阁部长可由总统直接罢免,不受参议院的控制;^[1]但独立行政机构的负责人必须根

人事任免权一般由议会行使,而不是由选民直接行使。

责任内阁制保证内阁在重大政策问题上必须和议会多数保持一致。

三权分立下的总统在人事任免方面受到国会的一定牵制。

[1] Myers v. United States, 272 U. S. 52.

据法律所规定的理由才能罢免,不能由总统随意罢免。〔2〕

在同时采纳总统和责任内阁的双元体制中,议会的人事任免权一般限于责任内阁的产生。例如德国联邦众议院的主要任务之一是选举联邦总理。虽然总理由联邦总统提名,这一人选实际上由政党实力决定;多数党或联合党派决定的人选,保证能够获得提名。内阁向众议院负责,并必须和众议院的多数意见保持一致。但鉴于魏玛共和的教训,以防政府的频繁瘫痪,《基本法》采取了适当机制以稳定联邦执法与立法机构之关系,从而使议会撤换总理变得更为困难。要罢免内阁,众议院不仅需要不信任表决,而且必须先选出总理的继任,然后才能替换内阁。第 67 条定义了所谓的“建设性不信任表决”(constructive vote of no confidence):“〔1〕只有通过其成员之多数表决以选举〔总理〕继任,并请求联邦总统去罢免联邦总理,联邦众议院才能表达它对联邦总理缺乏信任。联邦总统应同意其请求,并任命所选出的继任者。〔2〕在动议与选举之间应间隔 48 小时。”因此,联邦众议院只有在选出总理的继任后才能撤换其前任,从而避免了旧内阁既去、新内阁不来的窘困现象。

(三) 监督权

监督权可以采取不同的形式,主要包括议会成员对其他部门官员的质询、听证、调查与弹劾。所谓质询(inquiry),就是议会对某行政决定提出疑问,并要求政府作出口头或书面答复。所谓听证(hearing),一般是指议员在接到公民对具体政府行为的申诉后,召集有关当事人并采取准司法程序进行调查,因而是调查的一种形式。所谓调查(investigation),一般是指成立专门的议会委员会或议员授权的委员会,对官员受指控的违法或渎职行为进行调查。所谓弹劾(impeachment),是指议会对被指控违法或渎职的官员进行审查,并在发现证据确凿后罢免其职务。弹劾的效果仅限于免除官员的职务。如果要进一步对官员判罪,则需经过正常的司法程序。

在这几种形式中,以质询、听证和调查最为常见,以弹劾效果最为显著、社会影响最大。在稳定的民主体制中,议会监督一般通过前三种形式就能解决问题。这几类形式的监督虽然不产生直接的法律后果,但它们通常能对行政官员施加的压力以端正其行为。只是在屡次质询无果、调查证明有关人员确实犯有重大过失或罪行时,才启动弹劾程序。因此,弹劾是在“忍无可忍”、万不得已的情况下才启动的最后一步,一般并不轻易使用。

对于兼有总统制和内阁制的双元首脑,议会弹劾一般仅针对总统,因为责任内阁的总理直接对议会负责,并可因不信任表决而被罢免。例如法国第五共和宪法第 67 条规定,众议院和参议院以同样数量选举的议会成员可组成高

在双元首脑制,议会的人事任免权一般限于责任内阁的产生。德国《基本法》规定了“建设性不信任表决”,以保证政府稳定。

监督权包括议会成员对其他部门官员的质询、听证、调查与弹劾。

弹劾是万不得已的最后一步,一般不轻易使用。

〔2〕 Humphrey's Executor v. United States, 295 U. S. 602 (1935).

级法庭,以审理对总统的弹劾。但第 68 条规定:“除非犯有叛国罪,共和国总统不应对其履行职责所采取的行动负责。只有根据两院在公开表决中获得成员的绝对多数,他才能受到指控。他应被高级法庭审判。”这项权力至今尚未获得运用。

对于三权分立国家,由于不存在不信任表决机制,弹劾制度成为控制官员行为的一条主要途径。美国联邦宪法第 1 条第 2 款与第 4 款规定:“众议院应有全权[提议]弹劾”,“参议院应有全权审理弹劾……当合众国总统受到起诉时,[最高法院的]首席大法官应主持[审理程序];并且除非到会会员有 2/3 赞同,无人能被定罪”。第 2 条第 4 款又规定:“如果被确定犯有叛国、行贿受贿、或其他重罪或不端行为(high crimes and misdemeanors),正副总统和所有合众国公共官员可经弹劾而被撤职”。

纯粹的三权分立国家不存在不信任表决机制,因而弹劾成为控制官员的重要手段。

评注

弹劾与民主监督

弹劾制度起源于英国,具有悠久的历史。1308 年,英国大贵族首次通过议会行使弹劾权,以“人民”的名义提出弹劾请愿,要求罢免国王的外籍宠臣。1310 年,大贵族进一步主张议会为国家权力的中心,有权宣战、媾和并弹劾大臣。1327 年,大贵族乘爱德华二世(Edward II)滞留国外期间独自召集议会,竟成功迫使他接受废除国王的弹劾案。1399 年,弹劾制度正式确立。此前,理查德二世(Richard II)一意孤行,专横跋扈。他命令上院宣布,任何对政府评头品足的言论都是对国王权威的蔑视,任何人不得在下院煽动反对国王和政府的情绪,否则将犯叛国罪。他迫使议会废除了弹劾法规,并严惩了主持弹劾的贵族领袖,从而否定了议会的弹劾权与审判权。他企图以少数人组成的委员会来取代议会,从而彻底摆脱议会的控制。国王的这一系列措施引起了普遍非议,并最终导致暴乱,国王被迫退位。议会列举了国王“独裁、破坏自由与法律、不正当利用议会、践踏议会法规、狂妄地凌驾于法律之上并妄称立法权为国王独有”等 23 项罪名。上院以议会最高法庭的名义宣布废黜理查德二世。从此之后,没有一个国王再敢把个人权力凌驾于议会之上,议会成为国家的最高权力机构。

英国在 14 世纪就曾成功弹劾国王。

由于责任内阁制尚未形成,且司法机构尚未完全脱离行政控制而取得独立地位,弹劾对英国早期的议会制度相当重要。但在法院独立之后,可以通过司法程序来制裁公务员的违法或犯罪行为。在内阁责任制确立以后,还可通过不信任表决罢免内阁成员。因此,自 19 世纪至今,英国议会再未行使过弹劾权。然而,在美国制宪时期,弹劾制度已被美国效仿采用。

在美国的三权分立体制下,由于不存在内阁责任制的监督机制,联邦对官

弹劾在美国也是一种“非常权力”,美国只有少数几位总统“有幸”经历。

员的民主监督主要是通过国会弹劾。国会可以弹劾几乎所有的联邦官员——不仅是选民选举的总统,还包括选民并不直接选举的法官、各部部长以及行政机构的其他高级官员。但弹劾被认为是一种“非常权力”,不应被经常行使。毕竟,分权制度虽然强调制衡,但政府只有在不同分支相互尊重与合作的大环境下才能有效运行。因此,在历史上,真正“不幸”经历弹劾程序的只有两位美国总统——1864年林肯的继任约翰逊(Andrew Johnson)和1998年的克林顿(William Clinton)。前者是因为总统和国会政策发生重大分歧,而总统屡次拒绝履行国会的内战后重建(reconstruction)立法;后者是因为桃色新闻及其引发的总统在法庭上作伪证。两次弹劾都不成功——参议院在弹劾约翰逊时“功亏一篑”,只差一票,但已使后者为“惊弓之鸟”,后来转变了态度。1972年的“水门事件”使尼克松总统差一点受到弹劾。当时众议院已经发起了弹劾程序,但他在参议院审理弹劾之前就宣布辞职。

弹劾制与责任内阁制在性质上完全不同,议会不能仅出于政策分歧而进行弹劾。

值得注意的是,弹劾制与责任内阁制在性质上完全不同。责任内阁制是一种“议行合一”制度,要求执法分支和立法分支在大政方针上保持一致;因此,如果内阁政策不能获得议会多数的认同,那么就产生了“信任危机”,议会将通过“不信任表决”否定内阁,而内阁一般也有权力解散议会,从而重新进行议会大选并产生和议会保持一致的新内阁。美国总统制虽然要求总统“如实执行”国会制定的法律,但并不要求总统在政策上和国会完全一致。由于总统和国会议员具备独立的选民基础,完全一致也不可能——现代十分常见的“分裂政府”充分表明了这一点。事实上,总统和国会之间的政策分歧正是三权分立的题中应有之意,一般被认为是总统对国会的一种制衡方式(当然不是没有限度的)。因此,国会不能仅因为总统或其他官员和自身存在政策分歧就进行弹劾。如果官员拒绝履行国会规定的法定职责,利益受到影响的有关公民可以诉诸行政诉讼。只有在总统或官员构成了严重的违法行为,弹劾才是正当的;否则,国会就滥用了自己的权力。

美国建国初期曾计划弹劾政见不和的法官,但未成功。

在美国历史上,弹劾制度固然发挥了有限的民主监督作用,但它同时也证明这项权力可能受到国会滥用。最显著的例子是杰弗逊总统时期的分裂政府——以马歇尔为首的联邦党控制的法院和反联邦党控制的国会。1803年的“马布里诉麦迪逊”更使国会下定决心,要弹劾政见不同的法官。在总统的支持下,国会试图弹劾联邦党的切斯大法官(J. Chase),但没有成功;据说假如成功,国会还有计划要弹劾首席大法官本人。这些事件虽然并未发生,但在当时的环境下是完全可能的,而如果发生的话,它显然是对司法独立的一种侵犯。

思考 国会是否有权力弹劾各州官员？为什么？参见上一章内容。你认为弹劾制度有哪些优越性或局限性？如何协调民主监督和官员独立性——尤其是司法独立——之间的矛盾？

卢梭更赞同直接民主和选民直接参与自己事务的管理，并认为像美国总统大选那样的体制是选民“只在四年中的那一天是主人，其余日子都是奴隶”。你认为这种看法是否准确？为什么？

由上可见，弹劾作为一种监督方式仅适用于和总统制相关联的制度；对于内阁制下的官员，其民主监督方式最终在于不信任表决。其他制度——质询、听证与调查——则虽然经常是弹劾或不信任表决之前奏，但其运用并不分总统制或内阁制。然而，由于责任内阁制采取“议行合一”制度，议会对内阁的监督尤其需要受到认真对待。在大多数情况下，内阁和议会多数保持一致，因而有效监督只能来自议会的少数派别。因此，要保证议会对行政的有效监督，宪法就必须保证少数党派甚至个别议员的质询和调查权力。

一个显著的例子是实行责任内阁制的德国联邦政府。尽管联邦总理由众议院选举，联邦内阁向议会负责，内阁事实上掌握着信息优势和政党影响，因而往往决定着议会政策及其议事日程。且总理或其他内阁官员经常是议会多数派系的首领，因而不可指望议会多数能对内阁构成有效的控制。因此，对执法机构的真正控制，必须来自议会多数的反对党。《基本法》为这一关键机制作出了明确规定。不但联邦众议院的 1/3 议员可在宪政法院启动“抽象规范控制”程序，以挑战法案的合宪性，而且每个代表都有权获得必要信息，并且少数党派能够发动立法调查。第 44 条第 1 款规定：“联邦众议院有权——并在 1/4 成员提议下有责任——建立调查委员会；后者应在公共听证会上获得必要证据。”议会少数派别可发动立法调查，从而对执法行为构成重要监督。因此，议会政府三权分立与其说是立法和执法机构的分权，还不如说是内阁领导的多数派系和议会少数派系之间的制衡。对于由此产生的争议，《基本法》还为少数派系的权利提供了司法保障，授权联邦宪政法院审理党派争议。如果议会少数党派的调查权受到压制，可以向宪政法院提出起诉。

内阁一般掌握着信息优势，且兼任议会领导，因而难以受到有效监督。

五、中国的立法机构

中国负责立法的全国性机构是全国人大及其常委会。1949 年的《共同纲领》规定，全国人大是国家的最高权力机关。1953 年至 1954 年，中国产生了各级地方人大，在此基础上产生了出席全国人大的代表名单。1954 年召开了

中国从一开始就确立了人大制度,但十年动乱时期未能施行。

第一届全国人大第一次会议,人大制度正式运行,并通过了第一部宪法和某些国家机关的组织法。1957年反右斗争扩大化以后,各级人大的工作都受到不同程度的影响。1966年“文革”爆发后,国家政治进入了混乱状态,全国人大及其常委会在长达十年期间未召开会议,因而人大制度名存实亡。1975年召开了第四届全国人大第一次会议,恢复了中国的人大制度。1982年宪法对国家机构进行了重大改革,扩大了全国人大常委会的职权,并赋予它直接行使立法权,但规定常委会成员不得兼任行政、审判和检察职务。

对于人大的组织与职权之规定,基本法律是1982年宪法和1982年12月10日第五届全国人大第五次会议通过的《全国人民代表大会组织法》(简称“人大组织法”)。对于地方立法机构,第五届全国人大第二次会议于1979年7月1日通过了《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》(简称“地方组织法”),并于1982年、1986年、1995年与2004年作出四次修正。

(一) 全国人民代表大会

宪法规定全国人大是“最高”国家权力机关,和其常委会一起行使立法权。

全国人大是“最高国家权力机关”,其常设机关是全国人大常委会。(宪法第57条)全国人大及其常委会“行使国家立法权”。(第58条)全国人大“由省、自治区、直辖市和军队选出的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表。”(第59条)全国人大代表的选举由全国人大常委会主持,每届任期五年。在任期届满的两个月以前,全国人大常委会必须完成下届全国人大代表的选举。(第60条)

全国人大每年开会一次,会期仅约2周。

全国人大会议每年举行一次,由全国人大常委会召集,并选举主席团主持会议。人大议事规则规定,全国人大会议于每年第一季度举行,会期大约两星期。如果全国人大常委会认为必要,或者有1/5以上的全国人大代表提议,可以临时召集全国人大会议。(宪法第61条)全国人大会议必须由2/3以上代表出席才能举行。

人大代表的代议职能受到宪法的保障。宪法第74条与第75条规定,非经全国人大会议主席团许可,在全国人大闭会期间非经人大常委会许可,全国人大代表不受逮捕或者刑事审判。人大代表在人大各种会议上的“发言和表决,不受法律追究”。另外,全国人大代表在出席人大会议和执行其他属于代表的职务时,“国家根据实际需要给予适当的补贴和物质上的便利。”(人大组织法第42条)

探讨

(应该)公开的秘密? ——人大代表投票与民主责任制

即使在今天的信息时代,公开和保密也是一个值得琢磨的平衡。一方面,各国越来越强调行政决定和信息对外界公开。美国自20世纪60年代初就制

定了《信息自由法》，授权公民向行政机构直接索取有关信息，后来各国纷纷效仿。但另一方面，各国也普遍忧虑个人的隐私权受到侵犯，且行政首脑和下属的秘密交流一直受到法律上的保护；否则，如果什么都可能被公开，官员之间就不敢坦率说话了。（参见本书第五章第三节“合众国诉尼克松”一案）法院的判决应该公开，并充分说明理由，但即使十分公开的美国联邦最高法院也有需要保密的时候：在庭审每个案件之后，最高法院的九位法官总要关起门来讨论一下如何判决，而且严格遵守的“君子协定”是会上无论说什么都不准走漏半点“风声”。当然，最后哪一位法官判了什么，在普通法风格的判决中是一目了然的。欧洲大陆法院的“保密工作”做得更好，其普遍特点是“集体决定”（德国例外），也就是司法判决总是以“法院”的名义，法官不在决定上单独签名；这样，即使法官之间存在严重分歧，外界（尤其是诉讼当事人）也看不出他们应该感激或诅咒谁。事实上，WTO的争端解决机制所采取的就是大陆型模式，据说这样可以更好地保护争端解决机构的独立性和中立性，防止有关专家组成员在判决过程中受到本国的政治压力。当然，保密只是反映了一个方面的需要。凡是不需要保密的东西，无疑还是应该公开。究竟何时公开、何时保密，主要取决于政府职能的性质以及公开或保密对于政府职能的履行究竟产生什么影响。

议会代表的投票决定是否应该公开呢？到目前为止，中国人大代表（包括人大常委会委员）的投票是一律保密的，而且随着科技的发展，保密工作可以说是越做越好。我们至多只能看到人大投票的整体结果，譬如对于2004年宪法修正案各有多少人投了赞成票、反对票和弃权票，但我们不知道究竟谁投了这些票，而只能猜测比如政府部门的代表更可能对征用或征收的补偿条款投反对票，等等。据说2004年第十届全国人大会议的投票保密机制比以往任何时候都更为完善，而这被普遍认为是时代的“进步”，因为保密使人大代表不需要顾虑政府部门事后打击报复。

但与此相反，美国议员的投票及其在议会的言论是完全公开的，并且有案可查；谁对某个问题说了什么、最后怎么投票，每次开会的会议记录都记载得一清二楚。这样不仅为宪法学者的学术研究提供了便利（见本书第三章第四节关于历史解释的探讨），更重要的是为广大选民提供了必要的信息。他们的逻辑是，如果你连议会代表在重要问题上投什么票都不知道，那你怎么监督你所选举的议员呢？又怎么决定你在下次选举中是否还要选她？你当初是因为认同她对社会福利、堕胎、伊拉克战事等一系列重要问题所声明的立场才选了她，但如果一旦当选，你反而不知道她在立法过程中究竟站在哪一边，那么如何防止她在竞选时弄虚作假、出尔反尔？民主责任制（democratic accountability）的一个基本要求是政府官员对选民负责，而信息公开是保证选民监督

官员的一个必不可少的机制。如果行政决定不对公民公开,那么公民就无法保证行政官员对他们负责;如果议员表决不对公民公开,那么公民就无从保证立法官员对他们负责。当然,信息公开产生公众压力,压力将削弱议员的独立性,但这种“独立性”正是一位代表选民的立法官员所不该有的。法律确实保障议员在议会的言行不受法律追究,但没有也不可能保障议员的言行不承担政治后果;否则,如果连应该反映民意的议会都超脱于大众的政治压力之外,那么这个政府就不可能是民主政府了。

中国人大代表的投票是否应该公开呢?这取决于我们对人大代表的期望和人大制度的现实。如果我们期望人大代表是对广大选民而不是政府官员负责,那么代表们的投票和议论似乎应该公开。宪法规定人大是国家的最高权力机关,代表人民行使国家主权,且人大代表由选民直接或间接选举产生;在行使职权过程中,人大代表不仅不应受到政府部门的干预,而且所有政府官员都应该向人大负责。然而,如果在实际操作过程中,人大代表确实会承受来自政府部门的压力,且人大代表的提名和当选都在一定程度上取决于政府部门的支持,那么人大表决的保密制度在现阶段也许确实是对人大代表独立性的一种保护。

你认为中国人大代表的投票是否应该最终走向公开?在从保密到公开的过程中,人大制度应该在哪些方面进行配套改革?(参考本节以下讨论)

根据宪法第62条,全国人大所行使的职权主要包括以下几个方面:

第一,立法权,包括修改宪法并监督宪法的实施,以及制定和修改刑事、民事、国家机构及其他“基本法律”。关于国家机构的基本法律现包括人大组织法、国务院组织法、地方组织法、法院组织法、检察院组织法、选举法、民族区域自治法以及关于设立特别行政区的法律等。人大组织法第9条规定,可以向全国人大提出议案的机构包括全国人大主席团、人大常委会、人大各专门委员会、国务院、中央军委、最高法院和最高检察院。议案由主席团决定交各代表团审议,或者先交有关的专门委员会审议、提出报告,再由主席团审议决定提交大会表决。一个代表团或者30名以上的代表也可以向全国人大提出其职权范围内的议案,由主席团决定是否列入大会议程。(第10条)提案应包含案由、案据和方案。

第二,人事任免权,包括选举国家正副主席;根据国家主席的提名,决定国务院总理的人选,并根据国务院总理的提名,决定国务院副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长的人选;选举中央军委主席,并根据军委主席的提名,决定中央军委其他组成人员的人选;选举最高法院院长和检察院检察长。全国人大有权罢免所有以上官员,(第63条)并改变或撤销全国人大常委会“不适当的决定”。1/10之上代表可联名提出对国家正副主席、全

除了立法权之外,全国人大还行使多种职权。

人大常委会成员、国务院和中央军委成员、最高法院院长和最高检察院检察长的罢免案。罢免案应写明理由并提供有关材料。大会主席团将罢免案交由各代表团审议后,由全体会议表决,或者由全体会议决定组织调查委员会,再由全国人大下次会议根据调查委员会报告审议决定。

第三,监督国家机关的工作,质询国务院及各部、委。在全国人大会议期间,一个代表团或者30名以上的代表可以书面提出对国务院及其各部或委员会的质询案,由主席团决定交受质询机关书面答复,或者由受质询机关的领导人在主席团会议、或有关的专门委员会会议、或有关的代表团会议上口头答复。(人大组织法第16条)质询案应写明质询对象、问题及内容。如果对质询的答复不满意,应代表或代表团要求,主席团还可决定由受质询机关再次答复,或成立特别调查委员会。

第四,决定国家重大政策,包括审查和批准国民经济和社会发展计划和计划执行情况的报告,以及国家的预算和预算执行情况的报告;批准省、自治区和直辖市的建置,并决定特别行政区的设立及其制度;决定战争与和平问题。

思考 除了国家机构和法律制度以外,专属全国人大制定的“基本法律”(“其他”类)是否还应包括涉及公民基本权利的法律?——例如关于言论、出版、集会、结社、宗教信仰以及人身自由的规定?如果人大常委会和国务院就可以加以限制,如何体现这些权利的基本性?《立法法》对此是如何规定的?(复习本书第四章)

(二)全国人大常委会

全国人大常委会由全国人大选举产生,对全国人大“负责并报告工作”。(宪法第69条)人大常委会每届任期和全国人大相同,并行使职权到下届全国人大选出新的常务委员会为止。(第66条)宪法并未规定常委会成员的具体名额,通常是由每届全国人大第一次会议选举和决定任命办法确定。第一次会议主席团从代表中提出常委会人选,经各代表团协商后,由主席团根据多数代表的意见确定候选人名单,最后由大会全体会议选举产生。常委会普通成员实行差额选举,但法律没有规定差额比例,仍由全国人大会议在选举办法中确定;正副委员长和秘书长则仍采用等额选举。

全国人大常委会由人大选举产生,向人大负责。

与普通人大代表相比,常委会委员的任职受到更多的限制。宪法第65条规定,全国人大常委会的组成人员“不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。”人大正副委员长“连续任职不得超过两届”。(第66条)人大常

全国人大常委会委员不得兼任政府部门其他职务。

委会的代议权利也享受和普通人大代表同样的宪法保障。

全国人大常委会一般每两个月一次,会期约为一周。

按照全国人大常委会的议事规则和多年形成的惯例,人大常委会目前每两个月举行一次会议,通常在双月下旬召开,会期一般为一周左右。(许崇德主编,1999:221)在每次举行会议前一周,委员长会议决定常委会议召开的日期及会期,并拟定议程草案,由常委会全体会议决定。

宪法第67条规定,全国人大常委会主要行使以下几方面的权力:

第一,立法权。全国人大常委会有权制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的“其他法律”;在全国人大闭会期间,对全国人大制定的法律进行“部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触”。在常委会立法过程中,全国人大各专门委员会、国务院、中央军委、最高人民法院和最高检察院,可以向常委会提出属于常委会职权范围内的议案,由委员长会议决定提请常委会议审议,或者先交有关的专门委员会审议、提出报告,再提请常委会议审议。常委会组成人员十人以上也可以向常委会提出属于常委会职权范围内的议案,由委员长会议决定是否提请常委会议审议。(人大组织法第32条)目前,列入议程的法律草案一般要经过三次以上的常委会议审议,才能交付表决。(许崇德主编,1999:222)

第二,解释权。全国人大常委会有权解释宪法并监督宪法的实施,并负责解释所有法律。人大常委会有权“撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令”;“撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议”。如果各地区或部门提出法律条文本身需要进一步明确界定或补充规定,由全国人大常委会秘书长交法律委员会以及有关专门委员会研究,征求有关部门意见,提出解释方案,经常委会全体审议后作出法律解释。属于行政、审判或检察工作中具体应用问题,分别由国务院及主管部门、最高法院或最高检察院解释。如果最高法院和最高检察院的解释发生原则性分歧,报请全国人大常委会解释或决定。

评注

全国人大常委会的立法权与解释权

尽管在一般情况下,全国人大常委会只能制定和修改除应当由全国人大制定的法律以外的“其他法律”,在全国人大闭会期间,人大常委会有权对全国人大制定的法律进行“部分补充和修改,但是不得同该法律的基本原则相抵触”。(宪法第67条)至今为止,还没有发生过同基本法律的“基本原则相抵触”的情形,大部分人大常委会的修改在全国人大全面修订基本法律过程中获得承认与吸收。近年来,为了适应社会需要,全国人大常委会比较频繁地运用对基本法律(主要是刑法)的修正权。例如在2001年9月11日针对美国

的恐怖袭击之后,人大常委会及时在刑法中增加了关于恐怖活动的规定,加大了对组织、领导、从事、资助恐怖活动的打击力度。在2001年12月29日,第九届全国人大常委会第25次会议上通过了《刑法修正案(三)》。“为了惩治恐怖活动犯罪,保障国家和人民生命、财产安全,维护社会秩序”,对刑法的部分条款作了修改补充。除了修改以前的刑法条款外,修正案还补充了刑法第120条,对“资助恐怖活动组织或者实施恐怖活动的个人的,处五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利,并处罚金;情节严重的,处五年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产”。同时,修正案对刑法第291条也增加了一条。

虽然全国人大常委会负责“解释”所有法律,但它并不经常行使这项权力,且人大常委会的解释至今主要集中于刑法领域,很少涉及民法和行政法。例如在2002年4月28日,第九届全国人大常委会第27次会议通过了对刑法第294条第1款和第384条第1款的解释,^[3]其中对第294条的解释澄清了“黑社会性质组织”这一有争议的概念。1997年,全国人大修订了刑法。应公安部门的建议,刑法第294条中首次规定了与“黑社会性质组织”有关的三个罪名:凡是组织、领导、发展,或入境发展,或包庇、纵容黑社会性质组织的均为犯罪,违者处以10年以下有期徒刑。2000年,为了便于“打黑除恶”斗争在法律上的操作,最高法院对刑法第294条作了一个司法解释,规定“黑社会性质组织”一般具有下列特征:组织结构比较紧密,以获取经济利益为目的,暴力破坏性以及国家工作人员提供非法保护。最后一项特征——“黑保护伞”——引发了众多法律争议,不少以“黑社会性质组织”为罪名的起诉因黑保护伞证据不足而被驳回。^[4] 检察系统认为司法解释过于严格,不利于“打早打小”。根据其提议,全国人大常委会于2002年对这个概念作了立法解释,从而自动终止了最高法院的司法解释。(为什么?)它否定了“黑保护伞”是构成“黑社会性质组织”的必要条件,并把“黑社会性质的组织”解释为同时具备下列特征:第一,“形成较稳定的犯罪组织,人数较多,有明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定”;第二,“有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益,具有一定的经济实力,以支持该组织的活动”;第三,“以暴力、威胁或者其他手段,有组织地多次进行违法犯罪活动,为非作恶,欺压、残害群众”;第四,“通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇或者纵容,称霸一方,在一定区域或者行业内,形成非法控制或者严重影响,严重破坏经济、社会生活秩序。”显然,是否存在“国家工作人员的包庇或者纵容”不再是一个必要条件。这是一条相对而言比较详细且具有重要实质性意义的解

全国人大及其常委会分别负责制定“基本”法律和除此之外的其他法律。

全国人大常委会对刑法的解释澄清了“黑社会性质组织”这类具体含义有争议的概念。

[3] 参见《最高人民法院公报》2002年第3期,第76页。

[4] 参见张捷:“‘黑保护伞’引发的法律问题”,《南方周末》2002年5月9日。

释。尽管如此,人大常委会的法律解释仍然没有说明任何理由。

全国人大常委会对法律的修改一般不具备追溯力,但对法律的解释可追溯到有关法律条款生效的日期。

根据法治的一般原则,全国人大常委会对法律的修改构成了新的法律规范,因而不能有追溯力,只能从公布并施行之日起开始适用。虽然全国人大常委会的法律“解释”是普遍与抽象的,而非针对特定的人或事,它们至少在理论上说是对已经生效的法律之阐述,而不是制定任何新的法律规范——尽管在实践上,“解释”和“创制”经常是很难区分的。因此,人大常委会的法律解释一般具有追溯力:它的效力一直追溯到其所解释的法律生效的日期。当然,由于现实的限制和法律确定性的需要,新的解释一般不能改变已决案例。但对于正在审理的案件,人大常委会的解释可以适用于发生在法律制定后与解释前的行为。然而,公正和可预见性的基本原则又要求,人大常委会的法律解释不应该对实际不知情的行为者具有追溯力。

思考 你是否同意全国人大常委会对“黑社会性质组织”的解释?人大常委会有全权“解释”法律,是否表明它的任何解释都必须被认为是“正确”的?如何判断或界定人大常委会的法律解释是否“正确”?如果全国人大不同意人大常委会的修改或解释——例如它认为人大常委会对“黑社会性质组织”的解释过宽或过严,是否可以采取任何措施加以纠正?

刑法总则第3条规定:“法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处罚。”根据全国人大常委会对刑法第121条与第291条的补充,最高人民法院和最高检察院增添了“资助恐怖活动罪”、“投放虚假危险物质罪”和“编造、故意传播虚假恐怖信息罪”〔5〕。因此,人大常委会对刑法的补充增加了罪名,使原来不构成犯罪的行为受制于刑事处罚。这是否抵触了刑法的“基本原则”?如何判定全国人大常委会对“基本法律”的修改是否抵触了该法律的“基本原则”?

第三,重大政策决定权。在全国人大闭会期间,全国人大常委会负责审查和批准国民经济和社会发展计划、国家预算在执行过程中所必须作的部分调整方案;决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除;规定军人和外交人员的衔级制度和其他专门衔级制度。最后,在全国人大闭会期间,如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况,人大常委

〔5〕《关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》,法释〔2002〕7号,2002年3月26日起实施,见《最高人民法院公报》2002年第3期,第80—81页。

会决定战争状态的宣布;决定全国总动员或者局部动员;决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态。

第四,人事任免权。在全国人大闭会期间,全国人大常委会根据国务院总理的提名,决定部长、委员会主任、审计长、秘书长的人选;根据中央军委主席的提名,决定军委其他组成人员的人选;根据最高人民法院院长的提请,任免最高人民法院副院长、审判员、审判委员会委员和军事法院院长;根据最高检察院检察长的提请,任免最高检察院副检察长、检察员、检察委员会委员和军事检察院检察长,并且批准省、自治区、直辖市的检察院检察长的任免;决定驻外全权代表的任免。对于任免案的审议,提请任免的机关应介绍被任免人员的基本情况;常委会审议中如提出问题,有关负责人应到会回答询问并作出解释。

全国人大常委会可在全国人大闭会期间行使部分人事任免权。

第五,监督权。全国人大常委会负责监督国务院、中央军委、最高人民法院和最高检察院的工作,并对国务院及各部、委提出质询。人大组织法第33条规定,在常委会议期间,常委会组成人员十人以上可以向常委会书面提出对国务院及其各部或委员会的质询案,由委员长会议决定交受质询机关书面答复,或者由受质询机关的领导人在常委会议上或者有关的专门委员会会议上口头答复。在专门委员会会议上答复的,提质询案的常委会组成人员可以出席会议并发表意见。

探讨 全国人大和其常委会的关系

中国几乎是世界上唯一授权人大常委会可以独立制定法律的国家。由于人大每年仅开一次会,且开会时间很短,来不及处理大量的社会问题,人大常委会一直发挥着重要的立法职能。但人大常委会是一个规模很小的机构(100多人),未必能充分代表中国各地区、各民族的广大利益。因此,处理好全国人大和人大常委会的关系就显得尤其重要。

中国是世界上唯一由议会的常委会发挥重要立法职能的国家,体现了立法效率和代表性之间的矛盾。

在人事上,1982年宪法规定全国人大选举并有权罢免人大常委会成员,(第65条)全国人大常委会向人大负责,并必须在人大每次开会时向人大报告工作。(宪法第69条、人大组织法第34条)全国人大有权改变或者撤销全国人大常委会“不适当的决定”。(宪法第62条)

宪法第64条规定,全国人大常委会(以及1/5以上的人大代表)有权提议宪法修改,全国人大2/3以上多数通过宪法修改。在立法上,全国人大主要负责制定“基本法律”。第62条规定:全国人大“制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律”,人大常委会则制定和修改除应当由全国人大制定的法律“以外的其他法律”。(第67条)另外,人大组织法第九条规定,人大常委会和其他国家机构可以向全国人大提出“属于全国人民代表大会职权范

国内的议案”。这些条款是否表明全国人大和人大常委会的关系类似于议会和总理在法国第五共和的关系,即人大只能制定与修改宪法和“基本法律”,而所有其他法律一概都是人大常委会的职权范围?虽然从其人数、聚会时间和工作效率上看,全国人大应主要限于讨论、制定并修改“基本法律”,但这种解释在理论上似乎过于狭隘。既然全国人大是“最高国家权力机关”,(宪法第57条)对立法权如此严格的限制必须具有明文规定,而既然缺乏明文规定,宪法和组织法的上述条文应被理解为人大不仅有权制定“基本法律”,而且应该有权制定其选择制定的所有法律。换言之,宪法第62条与第67条的规定应被理解为对人大常委会的立法权力之限制(只能制定与修改“基本法律”以外的其他法律),而不是对人大立法权力的限制。事实上,《立法法》第八条所规定的专属全国人大的立法权已经扩充了对“基本法律”的理解。

全国人大和人大常委会在立法职能上有所分工。

思考 全国人大常委会独立制定法律的权力可能产生什么问题?中国宪法为解决这些问题提供了哪些机制?你认为这些机制是否有效?

在美国,每个国会议员都可以提出议案;当然,提案是否能获得全会讨论,仍取决于专门委员会的审查。中国宪法没有规定什么人可以向全国人大提案,但人大组织法第9条规定,人大主席团、人大常委会及各专门委员会、国务院、中央军委、最高人民法院和最高检察院可以向全国人大提案。第10条规定,全国人大代表30人以上可以提出议案,但仍需主席团的批准。事实上,通过这项制度提出议案的成功率并不高。你认为是否有必要并是否可能让人大代表个人提出议案?为什么?

宪法第70条规定,全国人大设立民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会和其他需要设立的专门委员会。加上后来设立的内务司法委员会、环境与资源保护委员会和农业与农村委员会,现在共有九个专门委员会。专门委员会由人大选举产生,受人大领导并向人大负责。在全国人大闭会期间,各专门委员会受人大常委会的领导。这些专门委员会是全国人大及其常委会的常设工作机关,还有一些临时性的委员会则按需要临时设置。专门委员会是辅助性机构,负责研究、审议和拟订有关议案,没有独立的法定职权和最后决定权。

全国人大下设九个专门委员会。

专门委员会的特点是其专业化。各专门委员会成员都是有关领域的专家,或长期从事该领域工作。大部分人大常委会成员都是专门委员会成员。例如第九届全国人大各专门委员会成员共175人,其中常委会成员达102人。

各专门委员会一般由一名人大常委会副委员长分管联系工作。专门委员会的工作主要通过会议方式进行。这类会议有两种方式：全体会议和主任委员会议。委员会全体会议一般每个月或每两个月举行一次，主任委员会议一般每半个月举行一次。

全国人大常委会下设代表资格审查委员会、香港及澳门特别行政区基本法委员会、法制工作委员会、预算工作委员会以及办公厅等机构。

专门委员会有专业化的特点，大部分成员由人大常委会兼任。

评注 “幕后”立法者？——人大常委会的工作机构

法律工作委员会（简称“法工委”）是全国人大常委会的“工作机构”。法工委目前有140多名工作人员，按照不同的法律领域分为若干小组。虽然绝大部分工作人员——包括不少负责人——都不是人大代表，法工委还是履行着一些重要的日常立法职能。《立法法》第90条规定，如果有关国家机构认为法规或条例和宪法与法律相抵触，可以向全国人大常委会书面提出审查要求，由法工委分送有关专门委员会进行审查并提出意见；如果社会团体、企事业单位或公民个人提出这类要求，则先由法工委“进行研究，必要时”才送交有关专门委员会。由此可见，对于后一类要求，法工委实际上起着“过滤”的作用。

“法工委”是全国人大常委会的“工作机构”，履行着重要的日常立法职能。

法工委并不是独特的中国现象。由于立法事务繁多，议会“工作机构”的膨胀是世界各国的普遍趋势。例如在美国，每个议员背后都有一套庞大的工作班子，帮助议员处理繁杂的日常事务并实现其立法设想。这类机构是需要的，因为即使议员本人具有良好的法律素质，也不见得有时间 and 能力把立法设想用精密的法律语言表达出来。随着社会的发展和立法需求的上升，法律工作机构越来越不可少，并发挥着越来越重要的职能。在美国，由于议员过分繁忙，希望通过某种立法的利益集团通常是和议员的工作人员在打交道，因而后者有时被称为是“幕后立法者”或“影子政府”。（Smith, 1988:270）当然，工作机构操纵立法的作用是有限的，因为其所起草的立法必须和议员的想法一致，并最后还得获得议会多数议员的通过。这在中国也是如此。因此，法工委虽然是身在幕后的“无名英雄”，他们并不是最终的立法者。

随着社会的发展和立法需求的上升，法律工作机构越来越不可少，并发挥着越来越重要的职能。

思考 你认为法工委的职能是太强了还是太弱了？它是否应该具有解释立法并指导法院的权力？是否应该有权过滤公民向人大常委会提出的审查请求？为什么？

(三) 地方各级人大及其常委会

地方各级人大是地方国家权力机关。只有县级以上地方各级人大设立常委会。

宪法第95条规定：“省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇设立人民代表大会和人民政府。”第96条规定：“地方各级人民代表大会是地方国家权力机关。”只有县级以上的地方各级人大设立常务委员会。地方组织法第11条规定，地方各级人大会议每年至少举行一次。“经过五分之一以上代表提议，可以临时召集本级人民代表大会会议。”县级以上的地方各级人大常委会召集本级人大会议，并主持每次会议的预备会议，以选举本次会议的主席团和秘书长，并通过会议议程。乡镇人大会议选举主席团主持会议，并负责召集下次本级人大会议。

县级及其以下的人大代表由直选产生，县级以上人大代表间接选举产生。

按照地区级别，人大代表的选举分为直接与间接两类。宪法第97条规定：“省、直辖市、设区的市的人民代表大会代表由下一级的人民代表大会选举；县、不设区的市、市辖区、乡、民族乡、镇的人民代表大会代表由选民直接选举。”经过2004年修正后的第98条规定：“地方各级人民代表大会每届任期五年”，因而直接选举的人大代表和间接选举的代表具有同样的任期。宪法第102条规定，间接选举产生的人大代表“受原选举单位的监督”，直接选举产生的人大代表则“受选民的监督”。

评注 中国地方选举所存在的问题〔6〕

中国地方选举的参选率近二十年来一路攀升，个别地方甚至接近100%。实证调查表明，这种现象有几方面原因：第一，举国动员；第二，委托投票被滥用，在总投票数中占相当比例，少则百分之十几，多则百分之三四十；第三，流动票箱中水分较大（大约10%），选举机构工作人员代写选票也比较普遍。据在北京郊区、河北、辽宁等地的调查称，如果不采取特殊手段，参选率将直线下降，不仅达不到法定人数，甚至下跌到百分之二三十左右。

一个普遍的问题是厌选情绪严重，甚至人大系统也有相当一部分人感到厌烦。实际调查表明，有四五成的人不愿意再参加选举或抱无所谓态度。这些人无论受教育程度如何，都认为选举和自己无关。大量问卷调查的结论表明，“民主选举与公民素质和文化水平没有直接关系；相反，只有利益才是决定选举的动力。”“公民的文化素质并不能决定他的政治参与能力。说农民素质太低，搞不了选举，完全是一种主观想象。”事实上，恰恰是在“素质最低”的基层农村，选举最有意义。〔7〕

〔6〕 参考蔡定剑主编：《中国选举状况的报告》，法律出版社2002年版。

〔7〕 “村民自治五年风雨，基层民主曲折演进”，《南方周末》2003年11月6日。

另一个问题是选民对候选人缺乏了解。在各级人大代表的选举中,候选人介绍一般都只印发两三百字的简历,除姓名、年龄、学历、工作经历外,几乎没有其他资料。问卷调查显示,有一半人最想了解候选人的“能力和水平”,三成人想了解“道德和品行”。但现在的候选人介绍恰恰没有这两项内容。78%代表只了解国家机关候选人“一点简历”,有12.4%的人“很不了解”,只有6.4%的人表示“很了解”。一些地方开展了候选人亮相的做法,大致有三种形式:全体会议上亮相,代表团会议上亮相,电视亮相。但亮相时一般不讲话。由于亮相时间短,代表难以全面了解候选人才干、思想和主张,只能凭相貌等不相关因素就决定投票,以致有的候选人因貌不如人而被淘汰。

候选人提名有两种方式:组织提名和代表联合提名。但代表联合提名实际上受到很大限制,有些地方已经名存实亡。影响代表联合提名的主要因素包括不给代表发提名表、不允许代表进行“串连”酝酿提名、不允许代表进行任何形式的会下活动和跨团或提名,同时又把每个代表团划得很小,使代表很难在本代表团内征集到联名所需要的人数。

动态 一位人大代表的“另类”经历〔8〕

2002年12月,湖北潜江市人大代表姚立法为了解正在进行的第五届村委会换届选举,未经同意而拿了市民政局的一份文件,结果遭到殴打。此前,姚牵头自费编印了一本《谁当村官,村民说了算》的小册子,以问答形式宣传《村民委员会组织法》、《湖北省村民委员会选举办法》等法律法规,并将1.5万册资料免费送到农家。市新闻出版局突然认定小册子是“擅自编印的非法出版物”,责令姚将已散发的小册子迅速收回,交新闻出版部门统一销毁,并处以8000元罚款。

从1987年潜江市举行第一届人大代表开始,姚就参与人大竞选。但其所在单位教育局警告联名推选姚的年轻人不要搞“自由主义”,要求他们撤回对姚的提名。在1990年的第二届人大代表选举中,姚为了让更多的选民认识自己,油印并散发了2000份个人简历。市政府得知后专门派人找姚谈话,要求他停止散发材料、退出竞选。在1993年的第三次人大选举中,姚连写三封“致选民朋友的信”,除了推介自己以外,主要是向选民介绍选举法律和实施细则,并指出选举过程中的违法之处。市里的一位主要领导在一次会议上忧心忡忡地将姚的公开竞选材料念了一遍,称这种风气“很危险”,决不能任其发展下去。在这次选举中,姚仍未被确定为正式候选人。尽管他在另选中得

〔8〕 黄广明:“一个‘布衣代表’的现实”,《南方周末》2003年1月16日。

票第一,超过参选总人数的30%,但他仍未当选。一位当时负责教育选区代表选举工作的原教育局副局长说,姚竞选人大代表是合法和正常的,但“在特定的环境下被视为不正常”。“上面对我有压力,人大代表人选,一般上面都有一个内定意见。”

1995年底,姚已被某些人评价为“哗众取宠”、“官迷心窍”甚至“神经病”。姚与教委协商停薪留职5年,只好靠做小生意谋生,开了一家代灌液化气的小店。1998年底,潜江市举行第四届人大代表选举。姚在一个月内发出13封“致选民朋友的信”,提醒他们思考几个和他们切身利益相关的问题。虽然他仍未成为正式候选人,但选举那天出现了爆炸性结果:姚得票列总票数第二,当选为教育选区仅有的两名代表之一,并将另外两名正式候选人挤出局,成为全国屈指可数的作为另选人当选人大代表。

姚当选市人大代表后,立即“搅活了”潜江的政治空气。2000年四届人大二次会议期间,姚获悉湖北省准备将天门、潜江和仙桃三市合并成立地级市“江汉市”。姚起草“潜江人民坚决反对成立江汉市的议案”,指出成立该市对经济发展没有半点好处,只能安排一批省级机关精简下来的干部,同时建设江汉市要占用大批农田,需要十几亿元甚至几十亿元的巨资,每年还要消耗上亿元的政府日常支出。随后,姚发动318名代表中的166人签名,传真到国务院。最后,成立“江汉市”的计划被终止。2002年,四届人大四次会议召开。会议共收到议案建议160多条,其中姚独占58条,涉及许多政府部门。人大有关部门负责人提醒姚:“议案的质量要高一点,要为政府分忧解难,不要增加政府麻烦。要管大事不要管小事。”

在会下,找姚反映难点问题、钉子问题的人络绎不绝。当选人大代表四年来,姚反映问题的各种调查报告、议案建议以及各种普法宣传资料足有两尺多厚。每年,姚为民众反映问题花去的车船费、资料费、电话费、邮寄费和招待费达五六千元。1998年,姚经调查发现,潜江市教师应领而实际未领补贴部分的总金额达一亿多元,并组织4000名教师联名上书至市政府。1999年,姚走访选民后得知并追查出示教委和实验小学某些领导从1998年长江特大洪水捐款中截留两万多元,在姚追查曝光后才汇往他处。2000年,他组织多位市人大代表视察并发现,市政府向250辆出租车车主非法收取了几百万元的“出租车有偿使用费”。当地群众对“姚代表”赞不绝口,但市人大常委会代表工作委员会主任却认为他是一个“有争议的人物”。争议之一就是人大代表在闭会期间的活动应由人大常委会安排,而姚却喜欢单打独斗。

姚在人大代表职务上的作为都是利用业余时间。他曾申请做专职人大代表,但遭到拒绝。2002年底召开的市人大第五次会议中,姚竞选新一届省人大代表失败,但在潜江市省人大代表的另选人中他又得票第一。

然而,做完一届之后,虽然姚立法的工作深得当地民心,他却在2003年潜江市人大代表的换届选举中神秘“落选”了,后来更因为继续推动民主选举而成了一位“敏感”人物。

请你用所学过的宪法学知识(包括下述本书第八章的内容),分析上述故事的每一个细节。

思考 另据报道,2003年地方上层换届改选的一个普遍特点是,省市人大主任普遍都由书记兼任,书记是政治局委员的除外。兼任制度从1992年就开始了,但地方人大主任一般是一线领导退居二线时进行过渡的职位,现在成为本次换届的原则。据称这样可以“加强党的领导,保持党的领导核心的作用”,“是对人大工作、对立法工作的重视”,“便于把党的意志通过国家机构变成国家的意志”。^[9]对于县乡的兼任争议较大,没有硬性规定。你是否同意党政兼任的做法?为什么?

根据宪法,除了遵守与执行中央法律与政策之外,地方各级人大有下列职能:

第一,政策审议与制定职能。宪法第99条规定,地方各级人大“依照法律规定的权限,通过和发布决议,审查和决定地方的经济建设、文化建设和公共事业建设的计划。”县级以上的地方各级人大“审查和批准本行政区域内的国民经济和社会发展规划、预算以及它们的执行情况的报告”。根据地方组织法第八条,它还有权“讨论、决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、环境和资源保护、民政、民族等工作的重大事项”。第9条规定,乡镇人大“审查和批准本行政区域内的财政预算和预算执行情况的报告”,并“决定本行政区域内的民政工作的实施计划”。

动态

人大职能和预算控制^[10]

地方人大的各项职能。

对政府预算的规划和控制是议会的最主要职能。但直到2003年1月14日,走在全国前面的广东省人大代表才“第一次知道,政府在怎么花钱”。600多页的预算表列出了102个省直部门的项目类别、名称、资金来源及简要说

[9] 邓科、林楚方:“新一轮地方换届的几大特点”,《南方周末》2003年1月23日。

[10] 参见张立:“220亿政府开支将会怎么花”,《南方周末》2003年1月23日。

明。据称这“标志着人民的代表——民意——从此将对人民缴纳给政府的钱财的去向,真正进行严格的审议和监督”。以往人大对财政预算的监督大多流于形式。预算细化后,已有参加计划预算委员会的代表对预算草案中的支出提出了疑问,例如省国土资源厅四个处室都申请了宣传教育经费,加起来总额近170万元,“这是不是重复申请?金额是否过大?”广州代表团的11名代表联名提出了全国的第一份预算修正案,建议在政府性基金支出中包括医疗保险基金。但该修正案未能提交大会审议,因为“这份提案超出了省政府的权限,只有国务院和财政部批准,才能设立此类基金。”

为什么医疗保险基金的设立超过了省政府权限,必须由国务院和财政部批准?中央政府是否有必要控制地方政府的税收和财政预算?为什么?(参见本书第四章)

事实上,广东省于2001年就首次尝试了编制相对细化的预算案,并对人大代表公开,但当年只有7个省级部门的预算纳入了这个计划。2004年,被提交人大审议的省级部门扩大到114个,审议金额突破225亿元。三年前只是几页纸的政府预算案,现在成了3厘米厚的大手册。

长期以来,预算都是作为“机密”对待,只是在人大开会时发给代表,会后立即收回。你认为预算是否应该向公众公开?除了人大代表之外,普通公民是否有任何宪法权利了解并监督预算?为什么?

地方组织法第18条规定,地方各级人大举行会议的时候,主席团、常务委员会、各专门委员会、本级人民政府,县级以上的地方各级人大代表十人以上联名,乡镇人大代表五人以上联名,皆可以向本级人民代表大会提出属于本级人民代表大会职权范围内的议案,由主席团决定提交人民代表大会会议审议,或者并交有关的专门委员会审议、提出报告或意见,再由主席团审议决定提交大会表决。

第二,选举与罢免职能。宪法第101条规定,地方各级人大分别选举并有权罢免本级政府的首长。县级以上的地方各级人大代表还选举并有权罢免本级法院的院长和检察院的检察长,但检察长的选举与罢免须报上级检察院的检察长提请该级人大常委会批准。地方组织法第23条规定,国家机关领导人员的选举采用无记名投票方式。第24条规定,“获得过半数选票的候选人人数超过应选名额时,以得票多的当选。如遇票数相等不能确定当选人时,应当就票数相等的人再次投票,以得票多的当选。获得过半数选票的当选人数少于应选名额时,不足的名额另行选举。”

地方组织法第26条规定,县级以上的地方各级人大举行会议的时候,主席团、常委会或者1/10以上代表联名,可以提出对本级人大常委会的组成人

员、政府组成人员、法院院长、检察院检察长的罢免案,由主席团提请大会审议。乡镇人大的主席团或者1/5以上代表联名,可以提出对人大正副主席和正副首长的罢免案,由主席团提请大会审议。“罢免案应当写明罢免理由。被提出罢免的人员有权在主席团会议或者大会全体会议上提出申辩意见,或者书面提出申辩意见。在主席团会议上提出的申辩意见或者书面提出的申辩意见,由主席团印发会议。”向县级以上地方各级人大提出的罢免案,“由主席团交会议审议后,提请全体会议表决;或者由主席团提议,经全体会议决定,组织调查委员会”,由本级人大下次会议根据调查委员会的报告审议决定。

第三,监督与纠正职能。宪法第99条和地方组织法第8条规定,县级以上的地方各级人大听取和审查本级人大常委会、本级人民政府以及法院与检察院的工作报告,有权改变或者撤销本级人大常委会“不适当的决定”(地方组织法为“不适当的决议”),并“撤销本级人民政府的不适当的决定和命令”。地方组织法第九条规定,乡镇人大听取和审查同级人民政府的工作报告,有权撤销其“不适当的决定和命令”。

地方组织法第28条还规定,在地方各级人大举行会议的时候,代表10人以上联名可以书面提出对本级人民政府和它所属各工作部门以及法院、检察院的质询案。“质询案必须写明质询对象、质询的问题和内容。质询案由主席团决定交由受质询机关在主席团会议、大会全体会议或者有关的专门委员会会议上口头答复,或者由受质询机关书面答复。在主席团会议或者专门委员会会议上答复的,提质询案的代表有权列席会议,发表意见。”另外,县级以上各级人大主席团或1/10以上代表书面联名,可以向本级人大提请组织关于特定问题的调查委员会,由主席团提请全体会议决定。调查委员会应向本级人大提出调查报告。

地方人大有权质询本级行政部门以及法院和检察院。

第四,权利保障职能。地方组织法第8条规定,地方各级人大都有义务保护国有财产、集体财产和私人所有的合法财产,保障公民的人身权利、民主权利和其他权利,保障法律赋予妇女的男女平等、同工同酬和婚姻自由等各项权利。

地方组织法第30条规定,“省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民代表大会根据需要,可以设法制(政法)委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会等专门委员会。”各专门委员会受本级人大领导,在大会闭会期间受本级人大常委会领导。各专门委员会的正副主任和委员的人选,由主席团在代表中提名,大会通过。在大会闭会期间,常务委员会可以补充任命专门委员会的个别副主任委员和部分委员,由主任会议提名,常委会议通过。

地方人大也设有专门委员会。

探讨

人大代表的职业化?

在欧洲中世纪,议员是一项属于贵族的荣誉职业;平民不但没有作为议员

议会原来只是一项属于有闲阶级的荣誉职业,随着民主化而获得职业化。

的政治权利,也没有政治参与的经济能力。之所以如此,一个重要原因是议会那时并不是一个职业机构,而是多少相当于一个“业余爱好者协会”。既然它不提供薪水,只有那些“有闲阶级”(leisure class)才有能力参与;普通人平时需要成天工作以维持生计,因而没有经济能力去做其他“闲事”。近代以来,随着社会的复杂化和民主参政意识的提高,议会职能不断提升,议会立法不断取代由司法贵族制定的判例法。自从18世纪以来,英国下议院(House of Commons)的地位不断提高,议会也逐渐成为一门独立的正式职业。如果你做议员,那么你就可以获得受到国家保障的体面收入,而无须从事“第二职业”。由于现代社会高度复杂,而法治国家的社会关系必须获得立法的及时调整,议员是一项很繁忙的专门职业,因而不容许从事“第二职业”。

绝大多数人大代表乃至人大常委会的普通委员都在从事着别的社会职业,不可能长时间投入人大工作。

尽管人大代表是一种荣誉,中国议会至今仍然是一项非正式职业:除了人大常委会的正副主任之外,绝大多数人大代表甚至人大常委会的普通委员——不论是地方的还是中央的——都在从事着别的社会职业;参加人大只是其“第二职业”,因为“经济基础”毕竟是第一性的。这可能也是为什么中国人大会议都那么短:绝大多数代表都不可能长时间离开他们的工作岗位。但在这么短的时间里,人大代表很难实质性地行使其代议职能。立法是一项耗时费力且经常需要困难的利益妥协的工作,因而要求专门的注意力。当然,人大有一些专职工作人员(例如上述法工委),但他们中间大多数人并不是人大代表,因而不能代表选民的利益。中国的人大代表多数不是“任何意义上的贵族”,而是普通公民。但作为一项普通公民从事的非正式职业,人大代表是否能适当地行使其代议职能呢?

人大代表的资源极为有限,远远不够有效履行人大职能的要求。

人大代表目前的资源配备,也反映出人大制度的问题。除了比较丰厚的固定收入之外,西方议员一般都具有一整套由政府免费提供的工作条件,包括办公设施、履行职务的经费以及一定规模的工作班子。中国的人大代表有什么呢?地方组织法第36条规定,地方各级人大代表在出席人大会议和“执行代表职务的时候,国家根据需要给予往返的旅费和必要的物质上的便利或者补贴。”另外,全国人大常委会的办公厅被要求对代表履行职务提供服务和便利。但要真正履行人民代表的代议职能,这些加起来仍显得太有限了。确实,极个别的好人可以为了履行人民代表的使命,即使倾家荡产也在所不惜,^[11]但我们不可能期望所有的人大代表都能如此克己奉公。最根本的,我们还是在制度上下工夫。

[11] 例如四川省泸州市就曾出现过这样的“好人”,见曹勇、王甘霖:“‘骑士代表’艰难履职”,《南方周末》2002年2月28日。这则故事与其说是报道这位人大代表的事迹,还不如说是反映了一个普遍问题——人大代表想为选民做点实事是何其困难!对于曾的个人遭遇,见“曾建余:戴罪而被罢免的人大代表”,《南方周末》2002年末特刊。



图 5.4 全国首例直选出来的县级人大代表曾建余在履行代表职责

在履行职责过程中,曾建余先后支出 5000 多元,以后更建立了“曾代表工作室”,在热心志愿者的帮助下维持。但当地对地方人大代表的“活动经费”每年只补助 50 元(市级人大代表每年补贴 150 元),加上一次性的视察活动费,剩下的只有靠代表自愿掏腰包。人大组织法第 33 条规定:“代表的活动经费,应当列入本级财政预算。”从上述例子看,你认为这条规定是否能充分保障人大代表履行职责?曾建余只是一国有企业的普通职工,家境并不宽裕,并因履行作为代表的份内义务而花去了自己原本有限的积蓄。这些事实说明目前的人大制度存在着什么问题?

思考 上图展示的是一个“不成功”的例子,这里还有一个很“成功”的例子。^[12]在中共十六大上亮相,成为民营企业家蒋锡培“最为自豪的成功”：“我喜欢钱,越多越好,也喜欢名誉和地位。”蒋是江苏省出席十六大的 68 名代表中唯一的富豪。据称这表明“中国民间资本的持有者、支配者被执政党和政府认可”,并“深刻暗示着:在政治权利和权力的调整道路上,中国迈出了里程碑式的一步”。虽然西方国家的议员中也不乏家境富裕者,但在那里富人当选一般都不被当作是民主的骄傲。近年来,这种现象在中国的兴起——尤其是公共舆论对它几乎毫无保留的积极评价——是否确实是“里程碑式”的进步?除了权钱交易等其他诸多可能的含义之外,你认为这种现象还反映了中国民主化过程中的什么问题?

[12] 见江华:“蒋锡培:好风送我”,《南方周末》2003 年 1 月 1 日。

县级以上地方人大选举并罢免本级人大常委会委员,地方人大常委会对本级人大负责。

地方各级人大常委会的各项职能。

宪法第103条规定,县级以上的地方各级人大常委会对本级人大“负责并报告工作”。后者有权选举并罢免本级人大常委会的组成人员。地方组织法第45条规定:“常务委员会会议由主任召集,每两个月至少举行一次。”常委会决议由其全体组成人员的过半数通过。和普通人大代表不同,地方各级人大常委会的组成人员“不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。”地方组织法第14条规定,乡镇人大的正副主席不得兼任国家行政机关职务。另外,地方组织法还规定了人大常委会成员的名额范围;根据地方人口数量,地方人大常委会为11人以上,最多不超过85人。

宪法第104条规定,除了执行中央与上级的法律或命令之外,地方各级人大常委会的主要职能是“讨论、决定本行政区域内各方面工作的重大事项;监督本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作;撤销本级人民政府的不适当的决定和命令;撤销下一级人民代表大会的不适当的决议;依照法律规定的权限决定国家机关工作人员的任免。”

根据地方组织法第44条的更具体规定,县级以上的地方各级人大常委会行使下列职权:

第一,政策商议与制定。地方人大常委会“讨论、决定本行政区域内的政治、经济、教育、科学、文化、卫生、环境和资源保护、民政、民族等工作的重大事项;根据本级人民政府的建议,决定对本行政区域内的国民经济和社会发展计划、预算的部分变更。”

第二,选举与任免职能。地方人大常委会“领导或者主持本级人民代表大会代表的选举”,根据政府首长的提名,“决定本级政府秘书长、厅长、局长、委员会主任、科长的任免,报上一级人民政府备案”,任免法院副院长、检察院副检察长及其以下的人员,批准任免下一级检察院的检察长,并在本级人大闭会期间,决定政府副首长的“个别任免”,撤销由其任命的政府其他组织人员和法院副院长、检察院副检察长及其以下人员。

第三,监督与纠正职能。地方人大常委会监督本级人民政府、法院和检察院的工作,联系本级人大代表,“受理人民群众对上述机关和国家工作人员的申诉和意见”。地方组织法第47条规定,在常委会议期间,省、市人大常委会组成人员5人以上、县级人大常委会组成人员3人以上联名,可以向常委会书面提出对本级人民政府、法院与检察院的质询案。“质询案必须写明质询对象、质询的问题和内容。”

探讨

中国政协——从协商走向代议?

在1954年之前,中国政协曾代表人大发挥过立法机构的作用。(见本书

第六章)1959年以来,政协全国委员会一直和全国人大同时开会,是谓每年的“两会”。政协委员列席全国人大会议,已成为一项不成文的制度。然而,政协并不是一个正式的国家机构,因而没有宪法地位。尽管宪法在“序言”里肯定了“政治协商会议是有广泛代表性的统一战线组织”,并将在国家的政治生活、对外活动、经济建设以及维护国家的统一和团结中“进一步发挥它的重要作用”,但宪法的“国家机构”和正文的其他部分均没有提及政协,而政协在1954年之后也不能通过具有法律约束力的决定。正如它的名称所表示的,它的作用在于“协商”,以求各党派达成认识上的一致。政协同时具有一定的监督、建议与批评职能,但监督作用也主要不是通过法律形式发挥出来。

曾有人提议政协可以作为中国的另一个议会——“上议院”或参议院。你认为政协有没有可能和必要成为正式的国家立法或监督机构?有没有必要至少制定一部《政治协商法》,使政协像目前的欧洲议会那样,成为一个程序受到法律规定的协商机构?

(四)特别行政区

香港与澳门特别行政区的立法机关是“立法会”。(香港基本法第66条、澳门基本法第67条)香港立法会由在外国无居留权的香港永久性居民中的中国公民组成。但非中国籍的永久性居民和在外国有居留权的永久性居民也可以当选为香港立法会议员,其所占比例不得超过立法会全体议员的20%。(香港基本法第67条)澳门立法会议员由特别行政区永久性居民担任。(澳门基本法第68条)两部基本法的第69条规定,除了第一届任期另行规定外,立法会议员任期4年。

特别行政区的立法机关是“立法会”。

香港立法会由选举产生,其产生办法根据“特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至全部议员由普选产生的目标。”(香港基本法第68条)澳门立法会“多数议员”由选举产生(澳门基本法第68条与第69条)。两部基本法的“附件二”规定了特别行政区立法会议员的产生办法。香港立法会每届60人,第一届立法会按照《全国人民代表大会关于澳门特别行政区第一届政府和立法会产生办法的决定》产生。第二届立法会组成如下:功能团体选举的议员30人,选举委员会选举的议员6人,分区直接选举的议员24人。第三届立法会仅由功能团体选举和分区直接选举的议员组成,各30人。澳门特别行政区第一届立法会按照《全国人民代表大会关于香港特别行政区第一届政府和立法会产生办法的决定》产生。第二届立法会由27人组成,其中直接选举和间接的议员各10人,委任的议员7人。第三届及以后各届立法会由29人组成,其中直接选举的委员增加到12人,其余议员不变。

立法会采用直接和间接选举的方式,并包含一定比例的职业代表。

立法会选出主席、副主席各一人。香港立法会主席由年满40周岁,在香

立法会通过的法案,须经行政长官签署、公布,方能生效。

港通常居住连续满 20 年并在外国无居留权的永久性居民中的中国公民担任;澳门立法会主席的资格要求较宽松,由在澳门通常居住连续满 15 年的永久性居民中的中国公民担任。(香港基本法第 71 条、澳门基本法第 72 条)根据香港基本法第 72 条、澳门基本法第 74 条,特别行政区立法会主席的主要职能是主持会议并决定议程,其中政府提出的议案应优先列入议程,决定开会时间,在休会期间可召开特别会议,并应行政长官的要求召开紧急会议。澳门立法会还可自行召开紧急会议。

特别行政区立法会议员依照基本法规定和法定程序提出议案。“凡不涉及公共收支、政治体制或政府运作的议案,可由立法会议员个别或联名提出。”凡涉及政府政策的议案,在提出前必须得到行政长官的书面同意。(香港基本法第 74 条、澳门基本法第 75 条)“立法会通过的法案,须经行政长官签署、公布,方能生效。”(香港基本法第 75 条、澳门基本法第 78 条)

立法会议员的权利和义务。

立法会议员在立法会的会议上发言或表决不受法律追究。(香港基本法第 76 条、澳门基本法第 79 条)香港立法会议员“在出席会议时和赴会途中不受逮捕”。(香港基本法第 77 条)澳门立法会议员“非经立法会许可不受逮捕,但现行犯不在此限”。(澳门基本法第 80 条)但议员如有下列情况之一,立法会可决定并宣布其丧失立法会议员的资格:因严重疾病或其他情况无力履行职务;接受政府的委任而出任公务人员或担任法律规定不得兼任的其他职务;行为不检或违反立法会议员誓言;犯有刑事罪行,并被判处监禁 30 日以上;未得到立法会主席的同意,香港议员连续 3 个月不出席会议而无合理解释,澳门议员连续五次或间断 15 次缺席会议而无合理解释。另外,丧失和放弃香港永久性居民的身份、破产或经法庭裁定偿还债务而不履行,也构成香港立法会议员丧失资格的理由。对于行为不检、违反誓言或犯有刑事罪行的议员,香港基本法均要求立法会出席会议的议员 2/3 通过谴责才丧失资格。

立法会的职权。立法会可对行政长官提出弹劾案,但中央政府最终决定是否弹劾。

香港基本法第 73 条和澳门基本法第 71 条规定,特别行政区立法会行使下列方面的职权:第一,根据基本法规定并依照法定程序制定、修改和废除法律,澳门立法会还有权“暂停实施”法律。第二,根据政府的提案,审核、通过财政预算;批准税收和公共开支。第三,听取行政长官的施政报告并进行辩论;依照法定程序对政府的工作提出质询;就任何有关公共利益问题进行辩论。第四,香港立法会有权同意终审法院法官和高等法院首席法官的任免。第五,接受居民申诉并作出处理。第六,对行政长官提出“弹劾案”,但中央政府最终决定是否弹劾:如果香港立法会全体议员的 1/4、澳门立法会全体议员的 1/3 联合动议,指控行政长官有严重违法或渎职行为而不辞职,经立法会通过进行调查,立法会可委托终审法院首席法官或院长负责组成独立的调查委员会,负责调查并向立法会提出报告。如该调查委员会认为有足够证据构成

上述指控,立法会以全体议员 2/3 多数通过,可提出弹劾案,报请中央人民政府决定。最后,在行使上述各项职权时,如有需要,可传召有关人士出席作证和提供证据。

第三节 国家元首与行政机构

国家元首和行政首脑一般被归为政府的“执法”(executive)分支,通常行使以下几类权力。首先,它通过任命下级官员组成行政系统,负责执行国家法律。这是它的首要任务,但首脑的任命权通常还包括司法机构的官员。其次,它管理国家的外交和国防,负责签定条约,并统率陆海空三军。最后,它还具备有限的立法权。这类权力又分为三类:第一,在符合宪法与议会立法的前提下,制定并颁布行政法规或命令;第二,起草立法(包括预算案)并提交议会通过;第三,在三权分立国家,对议会立法行使否决权。在责任内阁制国家,如果议会对内阁投不信任票,那么国家元首或行政首脑一般还有解散议会的权力。

在大多数现代民主国家,最高执法官员一般由选民直接选举或议会(通常是众议院)间接选举产生,并向选民或其选举机构负责。国家元首或行政首脑以下的高级官员则既可以由议会选举产生,也可以由最高官员任命、议会同意产生。除非因犯有刑事罪或严重渎职而受到弹劾或法律制裁,由选民直选的官员只有在下一次选举中被淘汰。向议会负责的官员(如责任内阁)则可以在任期内因失去议会多数的信任而被罢免。由总统或总理直接任命的官员通常是在总统或总理的意愿下任职,但如果任职条件受到法律的具体规定,那么总统或总理也不能随意罢免这些官员。

国家元首和行政首脑有时合二为一,如美国总统,但现在议会政府更倾向于执法分支的二元化,如法国与德国。总统或国家主席是国家的象征,有时只是一个“虚君”,如德国总统,但有时亦行使相当大的职权,如法国总统。基于文官统治原则,两者之一同时也担任国家的最高军事领导人。但中国的国家主席、总理和中央军委主席是三个不同的职位,可以由不同的人担任。国家元首与行政首脑一般由选民直接选举(如美国与法国总统)或由议会选举产生(如中国的上述三个领导人、法国总理),内阁负责制下的首相或总理由议会多数党决定。

国家元首和行政首脑一般具有 3 类职能:执行法律、负责外交与国防并统率军队、参与立法。

最高行政官员一般由选民直接选举或议会(通常是众议院)间接选举产生,并向选民或其选举机构负责。其他高级官员则既可以由议会选举产生,也可以由最高官员任命、议会同意产生。

国家元首和行政首脑可以是一个人,也可以是两个人甚至三个人。

评注 执行委员会制度

委员会制度的执法机构是由多名委员组成的委员会,委员会决定由多数委员作出。

除了总统、责任内阁制以及双元首制以外,还有一种“多元首脑”制。这种制度的执法机构是由多名委员组成的委员会,委员会决定由多数委员作出。事实上,“多元首脑”只是指最高执法官员有多人,执法机构其实还是一个。这是它和双元首制不同的地方。采用委员会制度的国家比较少,且一般限于组织松散、权力有限的联邦或邦联政府,例如瑞士联邦和欧洲联盟的执法机构。(下详)

瑞士宪法确立了最早的委员会制度。欧洲共同体采取了执行委员会制度。

最早的委员会制度是1847年瑞士宪法确立的。委员会由联邦议会的两院选出的7名委员组成,对应于7个联邦机构的部长。委员任期4年,可以连任;事实上,许多委员几乎是终身任职。委员会主席兼任联邦总统,由委员会选举产生,任期1年,不可连任。主席对外履行各种礼节仪式,接待外国元首和使节;对内兼任部长。平时,主席和其他委员一样,重大问题要求7人合议。联邦委员会负责执行议会的决定,且无权解散议会。同时,议会否决委员会的政策或提案,并不导致委员会的辞职。议员不得兼任委员。因此,尽管联邦委员会由议会选举产生,瑞士制度并不是严格的“议行合一”制。

美国的独立管理委员会和中国的村委会也是采用委员会制度。

对于国家元首或最高行政首脑,世界上实行委员会制度的国家并不多。中国1949年的《政府组织法》所规定的“中央人民政府委员会”和“政务院”,基本上采取委员会制度,但1982年宪法采取了总理和地方首长负责制。然而,不少下级行政机构采取多人负责的委员会制度。显著的例子是美国的独立管理委员会,一般由单数(3至7人)委员组成。为了保障独立机构的中立性,任何特定政党的委员人选不得超过一半以上。中国目前的村民委员会也可以被认为是以委员会为管理形式的农村基层自治组织。

以下,我们以几个主要国家为代表,分别讨论执法分支的几种典型模式。

一、一元首脑制——美国总统

美国宪法第二章笼统地宣布:“执法权力(executive power)应被赋予美利坚合众国的总统,任期四年”,继而规定了正副总统的候选人资格、薪金与选举方式。他们由各州在组成人数上与该州参众两院席位之和相同的选举院(electoral college),按总票数的多数选出。如选举院投票未产生多数,则在众院按照每州同等一票选出。

美国宪法对总统权力规定得相当简略。

总统的“执法权力”并未如第一章对国会那样得到详细规定。除了上述宪法赋予他的立法否决权之外,宪法第二章授予他如下主要权力:“总统应作为合众国海陆军及各州武装部队的总司令”,“他有权在参议院的建议与同意下,在参院到会2/3多数赞成时缔结条约,并在参议院建议与同意下任命大

使、其他公使和领事、最高法院的法官和所有其他……由法律建立的合众国官员。”但“国会如认为合适,可以通过法律把下级官员的任命权授予总统一人或内阁部门的领导”。至于什么是宪法意义上的“下级官员”,则主要是由最高法院在历年诉讼中逐步建立的案例法而得以确定。最后,“他应不时地给国会提供关于联邦状况的信息,并建议它们考虑他所认为必要与便利的措施……,他应谨慎诚实地执行法律,并委任所有的合众国官员。”

为了能够及时采取应急措施,现代国家的宪法一般都规定了行政首脑在紧急状态下具有特殊权力,采取在平常状态下所不能采取的措施。美国宪法是世界上唯一没有规定行政首脑具有任何形式的“紧急状态权力”的宪法。在和平时期,总统的执法权力取决于国会法律的合适授权。即使如此,在战争、传染病暴发、经济危机或其他紧急状态下,总统一般被认为具有更大程度的自主权。这反映在1863年发生的捕获敌船系列案(Prize Cases)。在内战期间,林肯总统下令封锁属于南部邦联各州的货船。联邦军队捕获并充公了这类船只以后,货船主人把争议上诉到最高法院,声称总统法令缺乏法律依据。最高法院以5:4的表决驳回了上诉。法院反对意见认为只有国会才能决定战争是否存在或是否应该宣战;在此之前,各州公民的人身或财产不得受到执法机构的惩罚。多数意见则认为,虽然总统不能对外国或各州发动或宣布战争,国会在1795年和1807年的法律已经授权他运用陆海军力量,来保护合众国不受外国势力侵犯,并镇压反对合众国或各州的暴乱。因此,为抵御侵略,总统不仅有权力,而且有责任不等待任何立法指令,自行使用武力还击。现在内战突然爆发,总统采取的措施是为应急所必需的,因此并未超越法律授权的范围。

然而,总统采取的应急措施并非始终都能得到最高法院的批准。如果总统行动不但未得到法律的明文许可,而且违背国会明确或隐含的立法旨意,那么法院将宣布总统行动因缺乏法律依据而无效。这个例子突出地体现在1952年的“钢铁公司占领案”(Steel Seizure Case)。

美国联邦宪法没有规定总统具有任何“紧急权力”。

如果总统行为违背国会的立法意图,将被法院宣布无效。

案例 “紧急状态权力”的缺失——“钢铁公司占领案”^[13]

在50年代初,杜鲁门总统因朝鲜战争需要,下令占领劳资双方不能达成集体协议的钢铁公司。总统发布10340号行政命令,指令商业部长(secretary of commerce)暂时占领并操作某些钢铁公司的厂房设施,以度过这段困难时期。这些公司的雇主在服从政府命令的同时,在联邦法院提起诉讼,宣称政府

[13] Youngstown Sheet & Tube Co. et al. v. Sawyer, 1952, 72 S. Ct. 863.

措施违法。地区法院判决总统命令确实不具备立法或宪法依据,且这一判决受到最高法院多数法官的维持。

总统权力有两个来源:宪法授权与合宪的立法授权。

如果你做总统律师,你怎么为他辩护呢?在宪政国家,任何权力都必须来自于宪法,连最高的立法权力也不例外。立法必须符合宪法,而行政权力必须符合宪法与合宪的法律。因此,总统的权力可能有两个来源。如果存在着合宪的立法授权,那么你可以从普通法律中找到总统权力的依据。然而,当时并没有这样的法律。事实上,1947年,国会曾经讨论过是否要授予总统这类权力,但遭到了多数代表的否决。如果没有立法授权,总统的权力只有直接来自宪法。你已经看到,美国宪法对总统权力的规定极为简略,因为行政职能主要是执行国会制定的法律。他有任命权和立法否决权,但这些都和本案无关。唯一有希望的一条是宪法第二章第二节,总统是“合众国海陆军及各州武装部队的总司令”。但这一条是否授权总统发布命令去占领钢铁公司呢?最高法院多数意见的回答是否定的。其中杰克逊法官(J. Jackson)的赞同意见把总统权力的范围分为三种不同情形:^[14]

宪法授权与立法授权是否存在,造成3种不同情形,法院按情形作出程度不同的审查。

取决于和国会权力的结合或分裂,总统权力并非一成不变,而是起伏不定……[1]当总统按照国会的明确或隐含授权而行动时,他的权力处于极大,因为它包括其自身所具有的一切权力,加上国会所能委代的一切权力。仅在这种情况下,他可说是联邦主权的化身。如果他的行为在这种情况下被认为违宪,那么这通常表明联邦政府作为整体而缺乏权力。总统根据国会立法而执行的占领,将被最强烈的有效性假定和最宽大的司法解释所支持,并且举证责任将最沉重地落在任何非难这项权力的一方。[2]当总统在缺乏国会授予或否决的权力而行动时,他只能依靠他自身的独立权力;但存在着一段地平带,在那里他和国会可共享权力或其分布不甚肯定。因此,至少在实际上,国会的惰性、中立或默许有时可授权——如果不是邀请——产生于总统独立责任的措施。在这个领域内,对权力的任何实际标准很可能取决于事态的紧急程度,而非抽象的法律理论。[3]当总统采取和国会明确或隐含意志相左的措施时,他的权力处在其最低潮,因为那时他仅能依赖他自身的宪法权力,减去任何对这一事务的国会权力。在这类案件中,法院只有通过废止国会在这—议题上行动,才能支持总统的专有控制。总统对如此独断与排他权力的索求必须受到谨慎检查,因为它关系到我们宪政体系所建立的平衡。

在本案,鉴于先前的立法历史,总统所采取的措施被划为第三种情况,因而受到了法院的严格审查,且未能通过审查。

[14] 这是什么性质的意见?参见本书第三章。

美国大概是世界上唯一动不动就把国家总统告上法庭的国家——幸好它似乎已经习惯了,以致那里的天并没有因此“塌下来”。前任总统克林顿(William Clinton)已经不止一次在被告席上焦头烂额,引起了世界各国的兴趣与关注。但总统毕竟是一国元首——尤其在美国,是掌握巨大国家权力的元首。即使作为个人他应该在法律面前和普通公民同样平等,国家元首的重要职能也要求他在法庭上具有某种“执法特免权”(executive privileges)。这并不能使之免于起诉——否则就丧失了对总统行为的司法控制,但这为司法审查规定了界限。特别是某些信息可能关系到国防、军事、外交等重大国家利益,不能随便在法院上透露——读者应该知道,美国法院的审判一般是公开的,允许记者报道,且初审经常由平民组成的陪审团参加,对总统的刑事指控也不例外。因此,总统在法庭上享有什么程度的特免权,一直是一个相当微妙的问题。事实上,早在1803年的著名案例——“马伯里诉麦迪逊”中,马歇尔大法官就曾对此阐发过精辟的见解。在1974年的“合众国诉尼克松”案中,联邦最高法院再次讨论并定义了总统特免权的界限。

总统作为国家元首的重要职能使之获得一定的“执法特免权”。

案例 执法特免权与司法审查——“合众国诉尼克松”^[15]

尼克松是一位中国人熟悉的总统,他在1972年的访华为中美恢复正常关系奠定了基础。在美国,他也几乎是一个家喻户晓的人物,但主要是由于丑闻:1974年的水门(Watergate)事件。尼克松总统的直属官员被发现利用行政职权,企图窃听民主党全国代表大会的竞选策略。在哥伦比亚特区的联邦地区法院,联邦政府起诉了直接涉及丑闻的官员,并调查总统与事件的联系。为此,由12位普通公民组成的大陪审团(Grand Jury),要求法院传票总统出示他与这些官员某些对话的录音磁带,且该传票获得地区法院的批准。总统承认磁带的存在,但以行政特免权为由拒绝交出磁带,并且想方设法、利用职权施加压力,迫使坚持立场的特别起诉官考克斯(A. Cox)教授辞职。总统的行为激起众怒,每天都有大量电报发至国会,要求弹劾总统,导致国会启动了弹劾程序。关于录音磁带的争议迅速传到最高法院。在那里,总统律师仍基于广泛的行政特免权,宣称总统行为不能受到法院审查。最高法院一致认为法院具有管辖权,并判决总统必须交出收到法院传票的文件资料。法院意见指出:

尼克松总统因涉嫌水门事件而受到起诉,一度拒绝交出录音磁带。

在设计我们的政府结构并在三个平行分支中分布主权时,宪法缔造者寻求提供一个综合系统,但并未把三权分立设想为绝对独立地运作……如果只是泛泛地基于公共利益,宣称对非军事和非外交讨论的保密,即认定第二章的

总统和官员的对话有保密的需要,但总统特免权必须和法治的需要相平衡,不能拒绝向法官提交有关证据。

[15] United States v. Nixon, 418 U. S. 683.

总统权力提供了特免权,使总统免于履行对实施刑事法所必需的传票,那么这就将打破‘可行政府’的平衡机制,并严重削弱宪法第三章赋予法院的作用。既然……司法程序的合法需要可以超过总统特免权,那么这些利益冲突就必须以保存各个分支的基本职能的方式而获得解决。要解决这一问题的权利与责任,司法机构仍然必须对代表总统的陈述予以高度尊重。就和法官讨论对保密的要求一样,总统对决策过程中的对话和通信获得保密的期望,乃是对保护坦诚、客观、率直甚至严厉意见的公共利益所必不可少的。在形成政策和决定的过程中,总统和其助手必须以许多人可能只愿私下透露的形式,去自由探索各种可能的途径。这些考虑为总统通讯的特免权提供了理由。这种特免权是政府运作的根本,并不可分离地植根于三权分立的宪法原理之中。然而,特免权的假定还必须从我们法治传统的角度来考虑……法院的明确责任,在于维持[正当程序等法律的]保障。为达到这一目的,[法院]就必须能获得所有相关与可被接受的证据。……如果不能接触具体事实,刑事起诉就可能遭到彻底挫败。在初步的审核证明了对话和待决刑事案件的相关性之后,有限数量的透露并不会损害总统对通讯保密的广泛利益。



图 5.5 尼克松引咎辞职

由于涉嫌“水门事件”,尼克松成为美国历史上至今唯一一位主动辞职的总统;否则,根据当时的情势,他很可能成为美国历史上至今唯一一位被国会两院成功弹劾的总统。图为尼克松总统及其家人向内阁和白宫工作人员道别。

思考 根据以上意见,你认为美国总统是否具有任何“执法特免权”?这种权力的依据主要是什么?

二、双元首脑制——法国模式

第五共和的首要特征是加强双元执法首脑。按照其地位次序,宪法首先定义了共和国总统与内阁,使内阁的剩余立法权获得宪法基础,并使总统成为名副其实的国家元首。因此,和美国的单元总统制和英国的责任内阁制均不相同,总统制和责任内阁制同时存在于法国,且两者之间的合作成为1958年宪法的独特问题。

(一) 共和国总统

第五共和宪法第5条对总统赋予众多首要责任:“共和国总统应保证宪法获得尊重。他应通过仲裁来保证政府权力的正常运作及国家的持续存在。他应是国家独立、领土完整和社团协约与条约获得尊重的保障者。”另外,第64条规定:“共和国总统应是司法权力独立的保障者。”

由于众多的法国选民分散居住于海外殖民地,总统直选原来被以为不可实现,因而法国总统以前由8万全国和地方代表组成的选举院产生。1962年,戴高乐把授权总统直选的修宪法案提交公民复决,并使之获得多数批准。其中第6和第7条规定:“共和国总统应每7年经由直接普选而获选举……共和国总统应获所投票数的绝对多数而当选。”从此,和美国的联邦总统类似,法国总统亦和全国选民进行直接对话,因而具备独立的民主权力基础。

第五共和总统不但享有崇高威望,而且具备广泛的实权。首先,总统对内阁具备任命权。第8条规定:“共和国总统应任命总理。如果后者递交内阁辞呈,他应中止总理的职能。根据总理提议,总统应任命内阁其他成员并中止其职能。”第9条进一步规定:“共和国总统应主持部长会议(Council of Ministers)。”另外,总统还任命国家的公务人员和军事官员(第13条)以及大使和对外特使(第14条),并负责谈判与批准条约(第52条)。虽然内阁的持续运作取决于议会信任,总理实际上在总统的赏识下行使职权。例如在1972与1984年,法国总理皆因失去总统支持而主动辞职。

其次,总统不仅负责颁布法律,还有参与立法的有限权力。第10条规定:“在最终采纳的法律被转交内阁后的15天内,共和国总统应颁布法律。在此期限截止前,他可要求议会再次考虑法律或其某些条款。这项要求不得被拒绝。”另外,在内阁失去议会信任时,第五共和的总统还有权解散众议院。第12条规定:“在和总理及两院议长磋商后,共和国总统可宣布解散国民大会。”

双元首脑制结合了总统制和责任内阁制,其共同生存是一个潜在问题。

法国第五共和总统享有广泛实权,是“强总统”模式。

和以往时期相比,这项权力在第五共和的运用频繁得多:在以前80年中,总统的解散权力仅被用过一次;但自第五共和成立以来,它已被用过四次。

宪法第16条赋予总统“紧急权力”。

最后,总统主管军事与国防。第15条规定:“共和国总统应是武装部队总司令。他应主持高级国防会议和委员会。”最具争议的是宪法第16条,它授予总统以广泛的紧急权力:“一旦共和国机构、国家独立、领土完整或国际义务的履行受到严重和即刻的威胁,且政府宪法权力机构的正常运作遭到中断,共和国总统应在正式磋商总理、两院议长和宪政院之后,采取这些情形所要求的措施。总统应把这些措施的消息通告全国。这些措施的目标必须是为了保证政府的宪法权力机构获得手段,以在尽可能短的时间内完成其所分配的职能。这类措施应获得宪政院的协商。议会应有权集会。在总统行使紧急权力期间,国民议会不得被解散。”

(二) 总理

总理和内阁也掌握相当实权。

第五共和不但造就了一个强总统,而且产生了一个相对稳定与有效的内阁。和负责外交的总统相互分工,内阁主管内政的日常运作,并制订必要的规章与法令。宪法第20条规定:“内阁应决定并指导国家政策。它应指挥行政和武装力量。根据第49条和第50条所规定的条件和程序,它应向议会负责。”内阁由总理(Premier)领导,并实行集体责任制。根据第21条,“总理应指导内阁运行。他应对国防负责。他应保证法律的执行。受制于第13条的规定,他应具备调控权力,并任命公务和军事职务。他应将其某些权力委托给部长。”第22条进一步规定:“如果情形需要,总理决定应获得有关负责执行的部长之副署。”

内阁成员主要由总统任命。

为了促进政府稳定,第五共和尤其注意执法和立法机构之间的分权。负责监督制宪的德布利指出:“责任内阁制的建立原则,乃是基于避免动荡风险的程序。”这项原则体现于职能和人事两个层面。在职能上,宪法把议会的立法范围限于第34条所列举的事务之内,第37条使内阁的剩余立法权首次获得宪法基础。在人事上,宪法禁止议员兼任部长,从而限制了议会对内阁的人事控制,并使执法机构具备更多的管理作用。议会可制定法律,并授权内阁制订政策,但它不应挑战总统任命的内阁人选。第23条规定:“内阁成员的职务和下列职能互不相容:任何议会职能之行使、任何全国层面的企业职务、职业或劳工组织以及任何公共雇佣或职业活动。”在第五共和,内阁成员由总统全权任命,并仅以有限方式向议会负责。

不仅如此,第五共和宪法还限制议会利用不信任表决以罢免内阁的权力。第50条规定:“如果众议院采纳了制裁动议,或拒绝批准内阁方案或其普遍政策宣言,那么总理就必须向共和国总统递交内阁辞呈。”但根据第49条,议会制裁(Censure)内阁的动议必须获得成员绝对多数的通过:根据情形,在经过

部长会议讨论后,总理可向众议院保证其对内阁方案或普遍政策宣言的内阁责任。通过制裁(Censure)动议,众议院可质询内阁责任。只有在它获得众议院至少1/10的成员之签署,这类动议才能被接受。表决必须在动议备案48小时后才能进行。[只有众议院成员的多数才能采纳制裁动议。]如果制裁动议受到否定,那么除非下段规定的情形,其签署者不可在同样会议的进程中引入另一项动议。在部长会议考虑之后,总理可向议会保证内阁责任,以获得对文本的表决。在这种情形下,除非根据上段所规定的条件,在24小时内发起的制裁动议获得表决,文本就将被认为获得采纳。总理有权提请参议院批准普遍政策宣言。这项要求比英国的不信任表决更加严格,且有些类似联邦德国的“建设性不信任表决”,因为如果议会获得成员多数以制裁内阁,这多少表明议会能够达成共识以形成新的内阁。对不信任表决的限制有助于维持议会政府的稳定。

议会的不信任表决权受到某些限制。

在有限程度上,内阁还对总统权力构成约束。宪法第19条规定:“除第8条第一段、第11、12、16、18、54、56、61条规定的决定外,共和国总统的决定应获得总理的副署,并如果情形需要,获得合适部长的副署。”在内阁负责的议会体制下,虽然总统任命内阁人选,但内阁组成必须符合众议院的多数党派才能获得接受。在20世纪80年代中期以前,总统和议会多数——即内阁组成——都属于同一政党。因此在第五共和建立后的30年内,内阁始终和总统保持和谐。

评注 二元首脑的分裂与“共同生存”

1986年,总统和内阁之间的这种和谐被首次打破。左翼的社会党赢得了总统选举,密特朗得以连任总统;右翼党派却获得议会多数,并组成以希拉克(Chirac)为首的保守派内阁,从此开始了双元执法首脑之间的“共同生存”(cohabitation)阶段。由于宪法并未规定在这种情形下的具体规则,总统和总理各自对其相应的角色制订了一系列惯例。

“双元首脑”最终产生分裂,合作只可能基于宪法而非纯粹的党派政治基础上。

法国的“共同生存”产生了执法分支的内部分裂,在世界尚属首次。但这种现象是制度决定的,因而不是不足为奇的。由于总统由选民直接产生,而总理则必须符合议会多数的党派倾向,法国选民完全可以和美国选民一样在总统与议会选举中投“分票”,导致总统和议会之间由不同党派控制的分裂,并进而产生总统和总理之间的分裂。这种制度甚至超越了字面意义上的三权分立,在执法分支内部进一步产生分权制衡。另一方面,这种制度的运作要求也非同寻常之高——它要求不同的政府分支和政党之间不仅相互竞争、制约,而且相互尊重、合作,尤其是各派必须都遵守宪法,严格按照宪法规定运作——

因为在党派分裂的背景,宪法成为唯一的统一与整合力量。因此,密特朗在1986年给众议院的信函中指出,“尊重宪法——全部宪法”是“共同生存”期间“唯一可能、唯一合理、唯一符合国家利益”的解决方案。(译自 Bell, 1992: 270)

思考 根据民国初期的《临时约法》所设立的体制,袁世凯和国民党之间也出现了“分裂政府”现象和“共同生存”问题。总统、总理和议会之间不断出现矛盾。你认为合作为什么难以进行下去?失败的结果是不是必然的?参见本书第二章。

三、双元首脑制——德国模式

德国采取了弱总统—强总理模式。

和法国类似,德国的立法机构实行两院制,执法机构则采用双元首脑制度,即分立的联邦总统(Federal President)和联邦内阁(Federal Government)。然而,总统和以总理为首的内阁之间的权力分配很不一样。如果法国宪法采取了强总统模式,德国则采取了弱总统—强总理模式,因而两国执法分支的设计形成了鲜明对比。

(一) 联邦总统

《基本法》第54条规定了联邦总统的选举方式:“(1)联邦总统应被联邦大会(Federal Convention)不经辩论而选出。每个有资格选举众议院并达到40岁年龄的德国人,皆有权获选。(2)联邦总统职位的任期应长达5年。连续连任仅可允许一次。(3)联邦大会应由联邦众议院之成员以及由州议会根据比例代表原则所选出的同样数量之成员组成。”

《基本法》极大削弱了总统权力,使之只具备象征性作用。

《基本法》记取了魏玛宪法的教训,极大削弱了联邦总统的权力。联邦总统不由人民直选,而由联邦众议院临时成立的联邦大会间接选举。而且总统不再具有魏玛时期任命总理内阁与独立解散议会的权力。在名义上,联邦总统在《基本法》中具有最高地位,但总统权力大都是象征性的。《基本法》第59条规定了总统在国际关系中代表联邦之权力:“(1)联邦总统应在国际关系中代表联邦。他应代表联邦和外国缔结条约。他应任命与接受使节。”但即使在这一领域,总统权力也是有限制的:“(2)对于调节联邦的政治关系或有关联邦立法事务之条约,应以联邦法律之形式,(获得)在特定情形下具有立法权能之机构的同意或参与。”另外,《基本法》第60条第1款规定了总统任命与罢免联邦法官和公务人员的权力:“除非法律另行规定,联邦总统应任命与罢免联邦法官、联邦公务人员、现役和退役官员。”

作为权力制衡机制的一部分,《基本法》第 61 条规定了针对联邦总统的弹劾程序:“(1)联邦众议院或参议院可因[联邦总统]故意违反本《基本法》或其他联邦法律,在联邦宪法法院弹劾联邦总统。弹劾提议应被至少众议院 1/4 成员或参议院 1/4 投票所签署。弹劾决定应要求众议院成员的 2/3 或参议院投票的 2/3 多数……(2)如发现联邦总统犯有故意违反本《基本法》或其他联邦法律,联邦宪法法院可以宣布他丧失职位。弹劾之后,它可颁发临时命令,阻止联邦总统行使其职权。”

(二)总理和内阁

真正具有实权的是另一个执法分支——以联邦总理(Federal Chancellor)为首的联邦内阁。《基本法》第 62 条规定:“联邦内阁应由联邦总理和联邦部长们组成。”第 63 条与第 64 条分别定义了联邦总理和联邦部长的提名与选举:“在联邦总统提议下,联邦总理应被联邦众议院不经辩论而选出。赢得众议院多数成员之表决的人选应获得选举。获选人应受到联邦总统之任命”;“在联邦总理提议下,联邦部长们应被联邦总统任命与解职。”

总理由联邦众议院选举产生。

《基本法》第 65 条规定了联邦内阁行使的权力:“联邦总理应确定普遍的政策纲领,并为之负责。在这些纲领的限制之内,每个联邦部长应独立处理本部门的事务,并自行负责。联邦内阁应决定联邦部长们之间的不同意见。联邦总理应根据其所采纳并受到联邦总统批准的程序规则,处理联邦内阁的事务。”尽管 1956 年和 1968 年的宪法修正规定“命令武装力量的权力应被授予联邦国防部长”,联邦内阁的主要权力仍然集中于联邦总理。

联邦总理具有广泛权力。

出于现代政府的需要,《基本法》还授予执法机构以有限的立法权。首先,除了议会立法,联邦内阁可以在立法授权范围内颁布法令(ordinances)。第 80 条第 1 款规定:“联邦内阁、联邦部长或各州政府,均可被法律授权去颁布法令。授权的内容、目的和范围,应受到有关法律之规定。法令应陈明法律理由。如果规定权力可被委代,那么这类委代应要求[有关机构去颁布]另一项法令。”其次,在“立法紧急状态”(legislative emergency)之下,《基本法》承认联邦内阁的法律提案直接成为法律之可能性:“如果在第 68 章的情形之下,联邦众议院并未被解散,且尽管联邦内阁宣布其迫切性,众议院仍然否决了法案,那么在联邦内阁提请、参议院同意之下,联邦总统可对该法案宣布立法紧急状态……在立法紧急状态被宣布后,如果联邦众议院再次否决法案、或以联邦内阁声明不能接受的文本采纳了法案,那么在联邦参议院赞同的程度上,该法案应被承认为法律。如果众议院在其引入的四星期内仍未通过法案,[以上规定]同样适用。”

如上所述,为了保证议会政府的稳定,德国采取了“建设性不信任表决”制度;与此相对应,总理也只有通过议会信任表决(vote of confidence),才有

信任表决和不信任表决机制都旨在保持议会和政府稳定。

机会提议去解散众议院。第68条规定:“如果对联邦总理的信任表决未获联邦众议院之多数,那么在联邦总理的提议下,联邦总统可在21天内解散众议院。一旦众议院以多数成员选举了另一位联邦总理,解散权即失效。在动议和对其表决之间,应间隔48小时。”通过定义联邦内阁的任期,政府的连续性得到更为明确的保障。第69条第2款规定:“在任何情况下,[上届]联邦总理或联邦部长的职位任期,应在新众议院的集会时结束。”

1949年以后,信任表决与不信任表决在联邦德国都只发生过两次,且其中只有一次,联邦总理因失去议会信任而下台。1972年,众议院试图替换社民党总理布兰特(Willy Brandt)。在议会不信任表决失败后,布兰特通过议会的信任表决而成功辞职,从而得以提前组织大选,并再度成功当选。十年之后,众议院成功地选举了基督教民盟的科尔(Kohl)来替代社民党总理施密特(Schmidt)。年底,科尔通过信任表决,成功地提议解散众议院,提前组织大选,并获得更大的议会多数。在后来受到质疑时,此举的合宪性得到联邦宪法法院的肯定。

案例 “议会解散案”^[16]

信任表决有时可被总理用来为不正当目的而解散议会。

总理有权利利用信任表决来提议解散议会,有时可能成为政客借用宪法权力来增添政治实力的工具。这显著地体现于1984年的“议会解散案”。1982年,原来和社会民主党联合的自由民主党,转而和基督教民主党结盟,致使社民党总理施密特(Schmidt)失去联邦众议院的多数信任而下台。事先被众议院选出的科尔(Kohl),领导基督教民主党执掌联邦内阁。这发生在正式大选之后的两年,下届大选还在两年之后。为了在议会获得更大的多数赞同,科尔试图在任职中期,提前举行大选。因而基督教民主党要求与之结盟的众议员先“自我否定”,对科尔提议的信任表决投反对票,以启动宪法第68条所规定的议会解散程序,然后进行重新选举。因此,尽管科尔在实际上获得议会的多数赞成,他仍然成功地“失去”了信任表决,并得以提议联邦总统解散议会。这一行为因受到宪政挑战而被上诉到联邦宪法法院。一个困难的问题是,在决定是否解散议会的问题上,总理究竟有多少自由裁量权?总理的决定能否受到实质性的宪政审查?对这一政治性案件,宪政法院下达了120多页的意见书。在其自行总结的意见纲要中,宪政法院第二庭指出:

只有总理在政治上不可能占据议会的优势力量而进行统治,第68条才允许总理去试图解散众议院。政治局势必须如此削弱其统治能力,以致总

[16] Parliamentary Dissolution Case, 62 BVerfGE 1.

理不再能继续获得议会多数之信任,以执行有意义的政策。这是第 68 条第 1 款不成文的组成部分。如允许充分掌握议会多数的总理去请求议员对信任表决投反对票,从而使他能在有利时机解散议会,那就不符合第 68 条的意义。类似地,现行议会阶段的任务构成了特殊困难之事实,亦不能为解散提供理由。

然而,由于《基本法》允许总理、议会和总统三个最高宪法机构“行使判断、衡量及作出政治决定的自由裁量权”,宪政法院对议会解散问题的审查要比对普通立法的审查更为宽松。“宪法主要依靠第 68 条所包含的自动系统,来达到最高宪法机构之间的相互(reciprocal)政治制衡。只有当政治行为的宪法标准可被明确陈述为规则时,联邦宪政法院才可决定规则是否受到了侵犯。”因此,宪政法院基本上把议会解散视为至少不可严格审查的“政治问题”。(参见本书第三章)

《基本法》依赖总理、总统和议会三者来决定信任表决问题,因而法院不宜干预。

思考 德国是否会和法国和美国一样出现“分裂政府”现象?为什么?

四、中国

1954年,第一届全国人大第一次会议在通过宪法的同时,还制定了人大组织法、国务院组织法、地方组织法、法院组织法和检察院组织法。宪法和地方组织法规定,县级以上地方各级人民委员会行使人民政府和地方人大常委会的职权。50年代后期,政府机构受到了极左思潮的冲击,并在“文革”期间受到严重破坏。由于各级人大长期不开会,无法选举政府官员。国家主席长期空缺,国务院的地位受到削弱;部、委被大幅度撤销或合并,大批干部被停职,人员大量下放。国家的指挥中心成了“中央文革领导小组”,地方上则建立了“革命委员会”,即由无产阶级革命派、革命领导干部代表和军队代表参加的“三结合”。1975年宪法明确不再设立国家主席,并肯定了地方各级革命委员会的地位,使之成为地方各级人大常设机关和人民政府,同时规定人民公社为“政社合一”组织,公社人大为农村权力机关,管理委员会为行政机关。1978年宪法基本上恢复了1954年的政府体制,但保留了革命委员会的名称。1979年,第五届全国人大第二次会议修改宪法,地方各级革命委员会才改名为地方人民政府,并在县级以上各级人大设立常委会,因而地方各级政府不再具有本级人大常委会的性质和职权。

中国的政府组织结构随着政治风波而剧烈变化。

1982年宪法恢复了国家主席,并设立中央军委,国务院和地方政府实行首长负责制,同时取消了政社合一的人民公社体制,建立了乡级地方政府。根

1982年以后趋于稳定,政府职能由国家主席、国务院和中央军委三个机构行使。

据1982年宪法,中国属于“执法”职能的有三个机构:国家主席、国务院与中央军委。宪法对这三个机构都作了规定,其中对国家主席和中央军委的规定比较简略,对国务院的规定比较详尽。1982年12月10日,第五届全国人大第五次会议通过了《国务院组织法》,进一步规定了国务院的组织与职权。以下分别讨论这三个中央机构、地方政府机构、村民委员会以及特别行政区的政府组织。

(一) 国家主席

国家主席的前身是1949年《政府组织法》规定的“中央人民政府委员会”,是当时的最高权力机关,由正副主席、秘书长和56名委员组成。委员会对外代表国家,对内主持行政管理,并集体行使国家元首的权力。委员会主席只是权力有限的成员,并不代表整个机构。1954年宪法首次设置了国家主席机构,具有统帅全国武装力量、提议任免国务院总理的职权。和1949年宪法下的政府主席相比,1954年宪法的国家主席权力要大得多。但由于主席所行使的大部分职权是执行全国人大及其常委会的决定,因而也可认为他和全国人大及其常委会构成了国家的“集体元首”。1982年宪法恢复了国家主席职位,但大大缩小了主席的职权。国家主席完全摆脱了行政事务,不再召开最高国务会议并担任其主席,也不再统率武装力量并担任国防委员会主席。由于中国人大制度的限制,宪法并没有明确规定主席是“国家元首”;一般认为,国家主席和全国人大常委会共同履行国家元首的职能。(许崇德主编,1999:231)

1982年宪法恢复了国家主席,但极大缩小了其权力。

宪法第79条规定,有选举权和被选举权的年满45周岁的中国公民可以被选为国家正副主席,由全国人大选举产生,其任期与全国人大相同,连续任职不得超过两届。国家主席的年龄限制之所以比较高,是因为这个职位具有荣誉性质,因而要求德高望重的人担任。

宪法第80条与第81条规定了国家主席的职能,主要包括以下方面。国家主席根据全国人大及其常委会的决定“公布法律”,任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长,授予国家的勋章和荣誉称号,发布特赦令,发布戒严令,宣布战争状态,发布动员令。另外,国家主席代表中国接受外国使节,并根据全国人大及其常委会的决定,派遣和召回驻外全权代表,批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。

思考 上述职能是国家主席的一项程序性义务,还是隐含了实质性权力? 国家主席有没有自由裁量权不公布全国人大或常委会通过的法律,或不批准其通过的条约? 他更类似于德国总统、法国总统还是美国总统?

(二) 国务院

国务院的前身是1949年《政府组织法》确立的“政务院”，是当时国家政务的最高执行机关。政务院由中央人民政府委员会组织，对它负责并报告工作。政务院由正副总理、秘书长和政务委员组成，因而是一种委员会议制，尽管政务委员可兼任各部部长和各委员会主任。政务院每周举行一次政务会议，总体上实行集体讨论并决定的集体责任制。1954年宪法取消了政务委员，把政务院改为“国务院”，实行部长会议制。虽然国务院带有更多的首长负责制倾向，但基本上仍实行集体责任制。1982年宪法改为总理负责制，但重大问题仍然需要经过国务院常务会议或全体会议讨论决定，因而严格说来也结合了委员会议制和部长会议制的特点。1982年宪法还恢复了1975年和1978年宪法取消的秘书长，并增设了审计长职务。

国务院在1982年以后改为总理负责制。

根据1982年宪法第85条，国务院“即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关。”国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成，实行总理负责制。各部委实行部长、主任负责制。（第86条）

如前所述，国务院总理由全国人大产生，其每届任期和全国人大相同。“总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。”（宪法第87条）国务院对全国人大负责并报告工作，在人大闭会期间对全国人大常委会负责并报告工作。（第92条）国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并，经总理提出，由全国人大决定；在人大闭会期间，由全国人大常委会决定。（《国务院组织法》第八条）各部、委设部长、主任一人，副部长、副主任二至四人，委员五至十人。（第9条）

国务院总理由全国人大产生，对其负责并报告工作。

国务院会议分为全体会议和常务会议，都由总理召集并主持。国务院全体会议由国务院全体成员组成，常务会议则由总理、副总理、国务委员、秘书长组成。（《国务院组织法》第4条）国务委员受总理委托，负责某些方面的工作或者专项任务，并且可以代表国务院进行外事活动。（第6条）

宪法第91条规定，国务院建立审计机关，对国务院各部门和地方各级政府的财政收支，对国家的财政金融机构和企业事业组织的财务收支以及渎职违法行为，进行审计监督。“审计机关在国务院总理领导下，依照法律规定独立行使审计监督权，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。”

根据宪法第89条，国务院主要行使以下几个方面职权：

第一，统一全国法令。根据宪法和法律，国务院规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；向全国人大或人大常委会提出议案。各部委则根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限内发布命令、指令和规

国务院的职权。

章。(宪法第90条)

第二,统一国家行政机关的工作。国务院统一规定各部和各委员会的任务和职责,统一领导各部委的工作,并且领导不属于各部委的“全国性的行政工作”;改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指令和规章;统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分;改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令;批准省、自治区、直辖市的区域划分,批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分。

第三,管理政治、经济、社会、文化、国防等各方面工作。国务院负责编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算;领导和管理经济工作和城乡建设、教育、科学、文化、卫生、体育、计划生育、民政、公安、司法行政和监察等工作;管理对外事务,同外国缔结条约和协定;领导和管理国防建设,决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区的戒严;领导和管理民族事务,保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利;保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益;

最后,为了实现上述目标而完善行政机构的内部管理,主要包括审定行政机构的编制,依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员。

除了上述宪法权力外,全国人大及其常委会还可通过立法授予国务院其他职权。

思考 参照《立法法》,全国人大及其常委会对国务院的立法授权受到什么限制?

探讨

宪法权利和紧急状态——“非典”之后的反思

突发事件永远是对宪法和权利的考验。在平常状态下,法治社会主要通过法律范围内的自我调节自动运行着;除非出现违法情形,政府一般没有理由干预或侵犯公民的人身权和财产权。然而,一旦出现了紧急状态——譬如自然灾害、重大事故或严重的传染性疾病,社会单靠自身的力量无法维持正常秩序,因而政府必须积极干预以解除社会危难。由于时间紧迫,政府必须果断采取必要措施,以防公民的人身安全、健康或财产遭受更大损失。但在这个过程中,政府的某些决定和措施将不可避免导致公民的人身自由或财产受到一定程度的限制甚至剥夺。

2003年春季暴发的“非典型性肺炎”(SARS)是一个典型的例子。2002年底,广东省首先发现非典病例,但由于当时重视不够、防治不力,这种人类前所未有的疾病在全国蔓延开来。由于这种疾病可以通过空气接触传染,因而一度曾在全国引起恐慌。中央和各地政府采取了许多防范措施,尽力防止非典扩散。其中某些措施显然是必要的,且对人身自由和财产权利的限制是相当次要的,例如在飞机场和火车站等交通枢纽要求旅客测体温并填写申报单。但有些措施对人身和财产的限制相当严重,且其必要性也值得商榷。“非典”虽然过去了,但它的法律后果遗留下来,要求我们提供适当的法律救济,并为以后的类似突发事件从制度上做好准备。考虑以下几个例子。

2003年4月24日,镇江市政府把地处大市口的河滨饭店作为“定点”饭店,专门接受来自非典病例发生地区的客人。这一消息一度引起饭店工作人员的恐慌,并致使饭店退掉事先预订的四百多桌宴席。^[17]更为常见的是政府指定医院作为专门接受并治疗非典病人的医院。由于一开始设施比较简陋,病房隔离不充分,可能会致使某些疑似病人染上非典,产生伤害甚至导致死亡。究竟谁应该对受害者承担法律责任?医院还是政府?还是受害者自认倒霉?2003年5月4日,南京地区非典防治指挥部发出紧急通知,即日起全市零售企业一律停止销售治疗发热、咳嗽类药品。如有前来药店询问者,一律劝其到公布的发热门诊就诊。各类药品监督管理部门被要求加大检查力度,违者当场责令其关门停业,暂扣“药品经营许可证”,并就地张贴停业公告。截至当日,南京发现了四例非典疑似病例。^[18]另外,一些人群聚集的地方——如歌舞厅和网吧——也一律停止营业。政府是否应该补偿这些规定所带来的经济损失?

更为根本的问题是,如何确定政府是否有权规定上述紧急措施?当事人是否可以提出争议甚至诉讼?哪些部门可以在什么情况下采取什么类型和程度的紧急措施?紧急措施的决定需要经过什么程序?如何执行?如何决定紧急状态是否已经结束?紧急措施所产生的损失究竟应该由谁来承担?政府还是受害者自己?如何确定损失的程度和赔偿数额?

2003年5月9日,国务院颁布并实施了《突发公共卫生事件应急条例》,将“突发公共卫生事件”定义为“突然发生,造成或者可能造成社会公众健康严重损害的重大传染病疫情、群体性不明原因疾病、重大食物和职业中毒以及其他严重影响公众健康的事件”(第2条)。如果发生这类事件,将由国务院设立全国突发事件应急处理指挥部,卫生部制定(国务院批准)关于突发事件

[17] 《新华日报》2003年5月9日。

[18] 《金陵晚报》2003年5月4日。

的监测和预警、信息收集、分析、报告、通报以及处理方案的“应急预案”。(第10—11条)《条例》还对地方政府及其卫生行政部门的隐瞒、缓报、谎报以及玩忽职守行为规定了法律责任,(第45—50条),对个人或单位“阻碍突发事件应急处理工作人员执行职务”以及“散布谣言、哄抬物价、欺骗消费者,扰乱社会秩序、市场秩序”的行为规定了行政或刑事处罚。(第51—52条)

你认为《应急条例》是否解决了以上提出的问题?除了《戒严法》、《传染病防治法》以及上述条例等分散立法之外,中国目前还缺少一部统一规范紧急事件的处理方式之法律。你认为未来的《紧急状态法》应该规定哪些方面的内容?

国务院部门的结构改变由全国人大或其常委会决定,其他机构的变化可由国务院自己决定。

历年来,国务院行政机构的设置经过几次重大变化和调整。1997年,国务院制定了《行政机构设置和编制管理条例》。经过1998年的机构改革,国务院现设置以下的行政机构:国务院办公厅、组成部门、直属机构、办事机构以及议事协调机构。这些机构一般设立司、处两级内设机构。国务院部门的设置、撤销或合并由国务院机构编制管理机关提出草案,经国务院常务会议讨论通过后,由国务院总理提请全国人大或人大常委会决定。国务院可以直接决定其直属机构、办事机构、议事协调机构以及组成部门所管理的行政机构之设立、撤销或合并。

国务院的组成部门履行国务院的基本行政管理职能,包括23个部、4个委员会、中国人民银行和审计署。这23个部是外交部、国防部、教育部、科学技术部、公安部、国家安全部、监察部、民政部、司法部、财政部、环境保护部、人力资源和社会保障部、国土资源部、建设部、铁道部、交通部、信息产业部、水利部、农业部、商务部、文化部、卫生部。4个委员会是国家发展和改革委员会、国防科技工业委员会、民族事务委员会、计划生育委员会。

国务院直属机构主管国务院的专门业务,因而具有独立的行政管理职能。这些机构包括海关总署、国家税务总局、国家质量监督检验检疫总局、环境保护总局、民用航空总局、广播电影电视总局、体育总局、统计局、工商行政管理总局、新闻出版总署(国家版权局)、林业局、食品药品监督管理局、安全生产监督管理局、知识产权局、旅游局、有色金属工业局、宗教事务局、国务院参事室、国务院机关事务管理局。

国务院办事机构协助总理办理专门事项,不具备独立的行政管理职能。它们包括国务院侨务办公室、港澳事务办公室、法制办公室、国务院研究室、台湾事务办公室以及新闻办公室。

另外,国务院组成部门还管理一些行政机构,主管特定业务并行使行政管理职能。它们包括国家粮食局、烟草专卖局、外国专家局、海洋局、测绘局、邮

政局、文物局、中医药管理局、外汇管理局。海关总署管理国家出入境检验检疫局,为唯一的国务院直属机构管理的行政机构。

国务院的议事协调机构承担跨国务院行政机构的业务工作的组织协调,包括国家国防动员委员会、国务院中央军委专门委员会、国家边防委员会、国务院学位委员会、国务院防汛抗旱总指挥部、国务院三峡工程建设委员会、国务院扶贫开发领导小组、国务院军队转业干部安置工作小组等。

思考 由于现代行政事务高度复杂,不同部门之间的职能交叉是一个普遍现象。你认为各部、委员会、直属机构与办事机构之间的职能区分是否清楚?为什么不把直属机构——例如工商管理总局和税务总局——也作为部或委员会?

思考 由于现代行政事务高度复杂,不同部门之间的职能交叉是一个普遍现象。你认为各部、委员会、直属机构与办事机构之间的职能区分是否清楚?为什么不把直属机构——例如工商管理总局和税务总局——也作为部或委员会?

(三) 中央军事委员会

1949年的《共同纲领》规定,解放军和公安部队受中央人民政府“人民革命军事委员会”统率,后者由中央人民政府委员会任命。1954年宪法设立了国防委员会,由国家主席担任国防委员会主席,统率全国武装力量。1975年和1978年宪法取消了国防委员会,中共中央委员会主席统率全国武装力量,混淆了政党和国家职能。

1982年宪法设立了中央军委。宪法第93条规定,“中央军事委员会领导全国武装力量”,因而是最高军事领导机关。中央军委实行主席负责制,军委主席由全国人大产生,其任期和全国人大相同,并对全国人大及其常委会负责。(第94条)宪法对这个机构的职能规定极为简略,且也不存在更为具体的军委组织法。

宪法对中央军委的规定极为简略。

探讨

中央军委的定位

类似中国的“中央军委”职能,在西方大都被归并到国防部,而国防部长又受总理或总统的统一指挥。美国联邦宪法第二条第二款明确规定,总统是“合众国海陆军及各州武装部队的总司令”,具体事务则由国防部和陆海空各部联合指挥。法国第五共和宪法第5条规定:“共和国总统是武装部队总司令”,并主持高级国防会议和委员会。内阁具体指挥武装力量和国防事务。(第20条和第21条)德国《基本法》第66条把“指挥武装力量之权力”赋予联邦国防部长,根据总理提名由总统任免。在这个意义上,1954年的中国宪法

西方国家的军事首脑一般由总统或总理兼任。

似更接近西方对军事权的处理。1982年宪法把最高军事指挥权和决策权授予独立于国家主席和国务院的中央军委,而具体事务则由国防部负责。由于中央军委和国防部是两个分开的机构,而国防部又从属于国务院,受总理领导,这就产生了两个部门的职权分工问题。既然所有这些机构都最终向全国人大和人大常委会负责,解决中央军委、国防部或国务院之间分歧的理论答案是全国人大及其常委会。

宪法和法律对中央军委所制定的军事法规之关系不明确。

2000年的《立法法》第93条规定:“中央军事委员会根据宪法和法律,制定军事法规。”但军事法规并没有被纳入《立法法》的控制范围之内。1982年宪法第1条规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”《立法法》第78条又加入:“宪法具有最高的法律效力”,且“自治条例、单行条例和规章”也不得和宪法相抵触。所有这些规定都没有提及军事法规。这是否表明军事法规构成了唯一的例外,不需要保证和宪法及法律相一致?军事法规和行为是否需要受到法律控制?现行宪法是否为这种控制或监督提供了任何有效机制?

中国现行的军事领导体制是,存在两个“中央军事委员会”。1982年宪法里规定的是国家的中央军委,而《中国共产党章程》提到了“党的中央军事委员会”,其“组成人员由中央委员会决定”。(2002年党章第22条)。中央委员会是党的机构,而全国人大是国家机构,一般而言,党的全国代表大会是在全国人大换届选举之前举行,因而中央委员会首先决定军委主席的人选。这是否表明这一人选必须在此后召开的全国人大获得通过?万一全国人大根据宪法程序选举了一个不同的军委主席,党章的选举结果是否有可能和宪法程序的选举发生冲突?如果可能,如何解决两者之间的冲突?

2004年9月19日,中共十六届四中全会决定由胡锦涛接替江泽民担任中央军委主席,后者同时表示将向全国人大辞去目前担任的国家军委主席职务。但在其正式卸任之前,中国存在着两个由不同人选担任的两个系统的军委主席。在2005年3月的十届全国人大三次会议上,全国人大表决接受了江泽民关于辞去国家军委主席的报告,并选举胡锦涛为新的国家军委主席。至此,党的军委主席和国家军委主席由两人担任的状况方告结束。但是在此之前,胡锦涛已作为党的军委主席任免了部分军事领导人员。

(四) 地方政府的产生及其职权

中国地方各级政府实行首长负责制,对本级人大负责。

1982年宪法第105条规定,“地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。”地方各级政府实行首长负责制,每届任期和本级人大任期同为5年。宪法第110条规定,地方各级政府对本级人大负责并报告工作。在本级人大闭会期间,县级以上的地方各级政府对

本级人大常委会负责并报告工作。与此同时,“地方各级人民政府对上一级国家行政机关负责并报告工作。全国地方各级人民政府都是国务院统一领导下的国家行政机关,都服从国务院。”

宪法第 107 条规定了地方政府的职能。县级以上地方各级政府“依照法律规定的权限,管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作,发布决定和命令,任免、培训、考核和奖惩行政工作人员。”地方组织法第 59 条与第 61 条进行了更为详细的规定。除了执行本级人大及其常委会的决议以及上级行政机关的决定和命令,领导所属各部门和下级政府的工作之外,地方各级政府还和地方人大一样,有义务保障财产、公民的人身及其他权利以及妇女的平等权利。

地方政府的职能。

地方组织法第 64 条规定,省、自治区、直辖市政府的厅、局、委员会等工作部门的设立、增加、减少或者合并,“由本级人民政府报请国务院批准”,并报本级人大常委会备案。自治州、县、自治县、市、市辖区政府的局、科等工作部门的设立、增加、减少或者合并,“由本级人民政府报请上一级人民政府批准”,并报本级人大常委会备案。县级以上的地方各级政府还设立审计机关。“地方各级审计机关依照法律规定独立行使审计监督权,对本级人民政府和上一级审计机关负责。”(宪法第 109 条)

地方政府工作部门的结构变化需经上一级政府批准。

地方组织法第 68 条规定,省、自治区、直辖市政府在必要的时候,“经国务院批准,可以设立若干派出机关。”1954 年地方组织法把这类派出机关称为“专员公署”,所辖区域称为“专区”。1975 年宪法把专区改为地区,并设立人大和革命委员会,使之成为具备独立职权的机构。1978 年宪法恢复了地区的派出机构性质,并将“专员公署”改为“行政公署”。1983 年以来,经济比较发达地区实行地市合并、市管县的制度,撤销了一大批地区和行政公署。1986 年修改地方组织法,不再使用“行政公署”名称。地方组织法还规定,县、自治县、市政府在必要的时候,“经省、自治区、直辖市的人民政府批准,可以设立若干区公所,作为它的派出机关。”市辖区、不设区的市政府“经上一级人民政府批准,可以设立若干街道办事处,作为它的派出机关。”

思考 如何使“引咎辞职”制度化?

2004 年春,接连三个单位的党政领导(吉林市长、北京密云县长和中国石油公司总经理)因本单位的重大责任事故而“引咎辞职”。中共中央已经批准了《党政领导干部辞职暂行规定》,要求“党政领导干部因工作严重失误、失职造成重大损失或恶劣影响,或者对重大事故负有重要领导责任等,不宜再担任

现职,本人应当引咎辞去现任领导职务”。《暂行规定》和三起引咎辞职事件突出体现了中国正在向“责任政府”(accountable government)的理念转变。但规定中的引咎辞职制度似乎是建立在当事人自愿的假定之上的,而从法治的角度来看,自愿辞职显然是不可靠的,因为法治政府强调他律,而非单纯依靠自律。事实上,上述三位领导之所以主动提出辞职,必然或多或少受到了党内、同事或社会舆论的压力。问题在于,法治社会要求这种压力通过制度化的途径发挥作用,以保证因种种原因而“不宜再担任现职”的领导及时下台。

1982年中国宪法也规定了有关领导人的“罢免”。宪法第63条规定,全国人大有权罢免国家正副主席、国务院正副总理、国务委员、部长、中央军委主席、最高人民法院院长和最高检察院检察长等领导人的职务;第101条规定,地方各级人大有权罢免本级政府的行政首长、本级法院院长和检察院检察长。但这些规定过于笼统,在程序上难以操作,且没有得到其他法律的细化。只有建立起可操作的罢免机制,才能真正落实宪法所规定的人大监督职能,实现责任政府的民主理念。你认为应如何细化宪法规定的罢免制度?和欧美的弹劾制度相比,中国目前规定的“罢免”在性质和程序上有何异同?

(五) 村民委员会

村委会是农村基层具有管理职能的组织。

宪法第111条规定,“城市和农村按居民居住地区设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织。居民委员会、村民委员会的主任、副主任和委员由居民选举……居民委员会、村民委员会设人民调解、治安保卫、公共卫生等委员会,办理本居住地区的公共事务和公益事业,调解民间纠纷,协助维护社会治安,并且向人民政府反映群众的意见、要求和提出建议。”

1987年11月第六届全国人大常委会第23次会议通过了《村民委员会组织法(试行)》,于1988年6月1日开始实施。1989年12月,第七届全国人大常委会第十一次会议通过了《城市居民委员会组织法》,于1990年1月1日起实施。1998年11月,第九届全国人大常委会第五次会议对1987年的试行法律进行了修订,通过了《村民委员会组织法》,2010年再次修订。近年来,村民委员会制度得到了长足的发展,成为中国基层民主试验的一个重要部分,因此在这里重点加以讨论。

上级政府“指导、支持和帮助”但“不得干预”村民自治,村委会有义务“协助”上级政府开展工作。

《村民委员会组织法》第2条规定:“村民委员会是村民自我管理、自我教育、自我服务的基层群众性自治组织,实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督。”第5条规定:“乡、民族乡、镇的人民政府对村民委员会的工作给予指导、支持和帮助,但是不得干预依法属于村民自治范围内的事项”,而同时又要要求“村民委员会协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作。”

村民委员会由村民直接选举产生,并对村民负责。《村民委员会组织法》第21、22条规定:“村民会议由本村18周岁以上的村民组成”;“召开村民会议,应当有本村18周岁以上村民的过半数参加,或者有本村2/3以上的户的代表参加,所作决定应当经到会人员的过半数通过。”第23条规定:“村民会议审议村民委员会的年度工作报告,评议村民委员会成员的工作。”

村委会由村民选举产生,对村民负责。

思考 和地方人大代表一样,村民委员会也是一项“第二职业”。村民委员会组织法第九条规定,“村民委员会成员不脱离生产,根据情况,可以给予适当补贴。”村主任每年有近万元的工资。对于经济不发达地区而言,这是一个不小的数目。除了这个原因以外,你认为一个村民为什么想当选为村委会成员?在经济发达和不发达地区,人们当选村委会成员的动机是否可能不同?

按照村委会组织法第8条的规定,除了调解纠纷、维护治安、反映意见等职能外,村民委员会还行使以下职能:第一,支持与发展经济生产:“支持和组织村民依法发展各种形式的合作经济和其他经济,承担本村生产的服务和协调工作”。第二,保障村民的合法权益:“尊重并支持集体经济组织依法独立进行经济活动的自主权,维护以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,保障集体经济组织和村民、承包经营户、联户或者合伙的合法财产权和其他合法权益。”第三,管理土地资源并维护生态环境:“村民委员会依照法律规定,管理本村属于村农民集体所有的土地和其他财产,引导村民合理利用自然资源,保护和改善生态环境。”

村委会的职能。

思考 如果村民自治章程、村规民约或所决定的其他事项和国家法律相抵触,你认为应该如何处理?

第30条规定了村民委员会的村务公开制度。村民委员会应当及时公布下列事项,其中涉及财务的事项至少每六个月公布一次,接受村民的监督:本法第23、24条规定的由村民会议讨论决定的事项及其实施情况;计划生育政策的落实方案;救灾救济款物的发放情况,以及涉及本村村民利益、村民普遍关心的其他事项。村民委员会应当保证公布内容的真实性,并接受村民的查询。村民委员会不及时公布应当公布的事项或者公布的事项不真实的,村民

村委会必须实行村务公开。

有权向乡、民族乡、镇人民政府或者县级人民政府及其有关主管部门反映,有关政府机关应当负责调查核实,责令公布;经查证确有违法行为的,有关人员应当依法承担责任。

探讨

村民委员会的性质

宪法第 111 条规定,“村民委员会是基层群众性自治组织。”但它究竟是一个什么性质的“自治组织”?其主要职能是商讨并决定本村发展的基本政策(“立法”)?还是执行村民会议所决定的事务(“执法”或“行政”)?如果村民委员会的决定损害了村民的合法利益,它是否有能力承担法律责任?对于这些问题,宪法和《村民委员会组织法》都未明确规定。在西方,基层组织一般被作为地方政府的一部分,因而其行为属于政府行为,受到宪法和行政法的控制。虽然村民委员会不算正式的国家机构,但既然宪法规定了它的基本制度,它毕竟履行着基层管理职能,因而有必要对它的权力范围和性质加以探讨。

如果把村民会议视为地方“议会”,那么村民委员会似乎主要是一个执法性质的机构;但由于村民会议是由全体村民组成的,它所选举产生的也可以是一个更接近议事性质的机构。从组织法的简略规定可见,村民委员会是一个兼有立法和行政职能的机构。从调解纠纷、维护治安、支持生产、保障权益、管理土地及教育村民的职能上看,村民委员会具有行政甚至一部分司法性质的职能。另一方面,尽管根据组织法第 24 条规定,征地补偿费的使用与分配方案、误工补贴的人数及补贴标准、村办学校及村建道路等村公益事业的经费筹集方案、村集体经济项目的立项与承包方案、村民的承包经营方案、宅基地的使用方案等事项必须经过村民会议讨论,村民委员会显然被认为有权采取关系到本村利益的经济建设方案,因而具有一定程度的立法职能。

村委会作为农村基层组织同时履行着管理、立法和裁决职能。

(六) 特别行政区

香港基本法第 43 条、澳门基本法第 45 条规定,行政长官是特别行政区的首长,代表特别行政区。行政长官依照基本法的规定对中央政府和特别行政区负责。特区行政长官在当地“通过选举或协商产生,由中央人民政府任命”。(香港基本法第 45 条、澳门基本法第 47 条)行政长官的产生办法根据“特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达至由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标。”(同上)行政长官由年满 40 周岁,在特别行政区通常居住连续满 20 年并在外国无居留权的永久性居民中的中国公民担任。(香港基本法第 44 条、澳门基本法第 46 条)特别行政区行政长官任期五年,可连任一次。(香港基本法第 46 条、澳门基本法

行政长官是特别行政区的首长,由特区选举委员会选举产生,国务院任命。

第48条)香港行政长官必须“廉洁奉公、尽忠职守”,澳门行政长官“在任职期内不得从事私人赢利活动”。行政长官就任时应向特别行政区终审法院的首席法官或院长申报财产,记录在案。(香港基本法第47条、澳门基本法第49条)

两部基本法的“附件一”规定了特别行政区行政长官的产生办法。第一款规定:“行政长官由一个具有广泛代表性的选举委员会根据本法选出,由中央人民政府任命。”香港选举委员会共800人,由下列四个领域的人士组成:工商、金融界,专业界,劳工、社会服务、宗教等界,立法会议员、区域性组织代表、香港地区全国人大代表、香港地区全国政协委员的代表。每个领域200人。澳门选举委员会同样分以上四个领域,但组成人数分别为100、80、80与40人。澳门各个界别的划分,以及每个界别中何种组织可以产生选举委员会委员的名额,“由澳门特别行政区根据民主、开放的原则制定选举法加以规定。”选举委员会每届任期五年。不少于100名的香港选举委员、不少于50名的澳门选举委员可联合提名行政长官候选人。每名委员只可提出一名候选人。

探讨

特首直选? 地方自治与人大释法的限度

“港人治港”是地方自治的题中之意,因而香港基本法第45条和第68条明确规定,特别行政区的行政长官和全部立法会议员最终都将由香港选民自己通过普选产生。问题在于基本法并未明确规定回归十年(2007年)之后的普选进程,而只是笼统地表达了“根据实际情况和循序渐进的原则”。附件一和附件二分别规定,2007年以后“如需修改”,“须经立法会全体议员2/3多数通过,行政长官同意”,且要修改关于行政长官选举的规定须报请全国人大常委会批准,要修改关于立法会选举方式的规定须报全国人大常委会备案。香港部分人士激烈主张通过基本法附件的程序在2007年实现立法会乃至行政长官的直选,但这种意见受到中央政府的否定。

2004年4月6日,全国人大常委会再次主动释法,^[19]第十届常委会第八次会议作出了《关于〈香港特别行政区基本法〉附件一第七条和附件二第三条的解释》。该解释指出:

是否需要进行修改,香港特别行政区行政长官应向[全国人大常委会]提出报告,由[全国人大常委会]依照《香港特别行政区基本法》第四十五条和第六十八条规定,根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则确定。修改行政长官产生办法和立法会产生办法及立法会法案、议案表决程序的法案

[19] 关于人大常委会1999年的主动释法程序问题,参见上一章第三节的讨论。

及其修正案,应由香港特别行政区政府向立法会提出。

值得注意的是,香港基本法并没有明确规定上述程序,因而有关选举制度的修改看上去只要求立法会2/3多数通过、行政长官同意并报全国人大常委会批准或备案,而不需要事先经过人大常委会决定是否“需要”修改,且有关修改办法应由特区政府提出。你认为人大常委会的解释是《基本法》及其附件的题中之意,还是基本法本意中所没有的附加程序?

当然,这并不表明完全不能规定附加程序,但附加规定必须通过修改《基本法》附件的有关程序,而不是全国人大常委会的“解释”。人大常委会的解释权并不是无限的,而是必须基于《基本法》文字和结构所体现的自然含义;事实上,在1999年的人大释法事件中,全国人大常委会本身也非常重视《基本法》的“原意”;否则,全国人大常委会的“解释”必将架空《基本法》及其附件所规定的基本决策程序。

2004年4月15日,香港行政长官提出了关于2007年行政长官和2008年立法会产生办法是否需要修改的报告,建议根据九项原则对基本法附件所规定的选举制度进行修改,要求香港政制发展必须遵循行政主导、循序渐进、社会各阶层均衡参与以及保证香港的经济、金融与财政稳定等原则。4月26日,第十届全国人大常委会第九次会议通过了《关于香港特别行政区2007年行政长官和2008年立法会产生办法有关问题的决定》,认为行政长官和立法会都还不具备普选的条件,因而决定2007—2008年的选举不实行普选,并明确规定2008年立法会的功能团体和分区直选各占一半的选举方式“维持不变,立法会对法案、议案的表决程序维持不变”,尽管第三任行政长官和第四届立法会的具体产生办法可“作出符合循序渐进原则的适当修改”。

你认为是否应由全国人大常委会决定特别行政区是否具备普选条件以及“是否需要”修改特首和立法会的选举方式?为什么?

2005年3月,国务院批准了香港行政长官董建华提出的辞职请求。根据基本法第53条以及《行政长官选举条例》,香港必须于7月10日选举新的行政长官。但补选的行政长官任期究竟是原任期的剩余部分,还是新的一届5年任期?基本法和条例都没有明确规定。香港署理行政长官曾荫权将这一问题提交给国务院,国务院提请全国人大常委会进行解释。虽然已有人就这个问题申请司法复核,但由于司法复核可能需要较长时间,因而未必能如期补选新的行政长官,从而影响港府的正常运作和市场稳定,全国人大常委会再次行使了解释权,宣布补选的行政长官只有剩余任期。^[20] 根据人大常委会法工委

[20] 《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国香港特别行政区基本法〉第五十三条第二款的解释》,2005年4月27日第十届全国人大常委会第15次会议通过。

副主任李飞的说明,基本法起草委员会的政治体制专题小组曾对行政长官缺位的情况有所讨论,并体现于文本表述的变化,例如将原先的表述“在六个月内产生新的一届行政长官”删除了“一届”二字,表明补选行政长官不应具有新的一届任期。另外,选举委员会的任期也是五年,其法定职责就是选举行政长官,包括在任期内补选新的行政长官。^[21]因此,由该委员会选出的行政长官只能完成剩余任期,而不能跨过五年任期的既定范围。

人大释法和中央控制并不能从根本上化解香港内部的政治对立,有时反而会间接加剧内部对立。曾荫权接任香港特首之后,曾经提出一个相对保守的政制改革方案。但在2005年12月21日,该方案因未能获得立法会2/3多数支持而流产。虽然政改方案受到了中央的高度肯定,但香港的泛民主派却出于种种原因而不能接受方案。且不论究竟谁应该最终为这次政改搁浅负责,问题是特首明知不能保证政改方案获得2/3多数的支持,却还是抱着一种试试看的侥幸心理冒险将方案提交立法会,而不是做更多的协调和沟通来获得更大多数的支持。特首之所以有“资本”这么做,正是因为自信有了中央的支持,更何况如果因港内需求而修改方案,又未必能获得中央的认可。由于特首是由中央任免的,且除了在极少数情况下他无须对立法会负责(见基本法第52条),因而对于他来说获得中央认可很可能是更重要的。但这种考虑的最后结果是,政改方案没有跨出立法会的大门。由此可见,中央的支持有可能使特首自感踌躇满志;既有“尚方宝剑”在手,便自以为可以呼风唤雨,而不再以谦虚平和的姿态去认真谋求最大多数支持的方案,进而造成诸如此次政改方案搁浅的尴尬。如果在2007—2008年选举前没有新的方案出台,这将意味着香港民主进程的一次挫折。

幸好,2007年12月,在香港回归十周年之际,为了回应多数香港市民关于实行“双普选”的愿望,行政长官曾荫权向全国人大常委会提交了《关于香港特别行政区政制发展咨询情况及2012年行政长官和立法会产生办法是否需要修改的报告》。十届全国人大常委会第31次会议审议后认为,2012年香港行政长官的选举不实行普选,也不实行全部议员的普选,功能团体和分区直选产生的议员各占半数的比例以及立法会对法案、议案的表决程序均维持不变,但是2017年可以实行特首和全部议员的普选。因此,到香港回归二十年之际,有望实现《基本法》设定的“双普选”目标。当然,选举办法的具体修改还需要经过《基本法》规定的五个步骤:行政长官向全国人大常委会提出报告、全国人大常委会对是否需要修改作出决定、特区政府向立法会提出产生办法的修改法案并经立法会全体议员2/3多数通过、行政长官同意修改法案并

[21] 见《光明日报》2005年4月28日报道。

将有关法案报全国人大常委会,由全国人大常委会批准或备案。^[22]

特区行政长官的
职能。

根据香港基本法第48条、澳门基本法第50条,特区行政长官行使以下方面的职权:第一,负责执行基本法和依照该法适用于香港特别行政区的其他法律;执行中央政府就基本法规定的有关事务发出的指令。第二,签署立法会通过的法案,公布法律;签署立法会通过的财政预算案,将财政预算、决算报中央政府备案。澳门行政长官还有权批准向立法会提出有关财政收入或支出的动议。第三,决定政府政策和发布行政命令。第四,行政长官提名并报请中央政府任命下列主要官员:各司司长、各局局长,廉政专员,审计署署长,警务处处长,入境事务处处长,海关负责人;建议中央政府免除上述官员职务;依照法定程序任免各级法院法官和其他公职人员。澳门行政长官还有权委任部分立法会议员,任免检察官,依照法定程序提名并报请中央政府任命检察长,或建议中央政府免除检察长的职务。第五,代表特别行政区政府处理中央授权的对外事务和其他事务。第六,批准向立法会提出有关财政收入或支出的动议。第七,根据安全和重大公共利益的考虑,决定政府官员或其他负责政府公务的人员是否向立法会或其属下的委员会作证和提供证据。第八,依法赦免或减轻刑事罪犯的刑罚。第九,处理请愿、申诉事项。

行政长官对特区
立法具有有限的
否决权,并有权在
某些情况下解散
立法会。

和美国总统类似,行政长官对立法具有否决权,但否决的理由限于特别行政区的“整体利益”。行政长官如认为立法会通过的法案不符合特别行政区的整体利益,可在三个月内将法案发回立法会重议,立法会如以不少于全体议员2/3多数再次通过原案,行政长官必须在30天内签署公布。(香港基本法第49条、澳门基本法第51条)行政长官如拒绝签署立法会再次通过的法案,或立法会拒绝通过政府提出的财政预算案或其他涉及特别行政区整体利益的重要法案,经协商仍不能取得一致意见,行政长官可解散立法会。行政长官在解散立法会前,须征询行政会议的意见。澳门行政长官还应向公众说明理由。行政长官在其一任任期内只能解散立法会一次。(香港基本法第50条、澳门基本法第52条)香港立法会如拒绝批准政府提出的财政预算案,行政长官可向立法会申请临时拨款;如果由于立法会已被解散而不能批准拨款,行政长官可在选出新的立法会前的一段时期内,按上一财政年度的开支标准,批准临时短期拨款。澳门立法会如拒绝批准政府提出的财政预算案,行政长官可径直接上一财政年度的开支标准,批准临时短期拨款。(香港基本法第51条、澳门

[22] 参见全国人大常委会副秘书长乔晓阳关于《全国人民代表大会常务委员会关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定(草案)》的说明,2007年12月26日。

基本法第 53 条)

香港基本法第 52 条、澳门基本法第 54 条规定,行政长官如有下列情况之一者必须辞职:(1)因严重疾病或其他原因无力履行职务;(2)因两次拒绝签署立法会通过的法案而解散立法会,重选的立法会仍以全体议员 2/3 多数通过所争议的原案,而行政长官仍拒绝签署(澳门行政长官在 30 天拒绝签署);(3)因立法会拒绝通过财政预算案或其他关系到特区整体利益的重要法案而解散立法会,重选的立法会继续拒绝通过所争议的原案。

行政长官在某些情况下必须辞职。

香港特区的行政会议、澳门特区的行政会是协助行政长官决策的机构,由行政长官主持。(香港基本法第 54 条与第 56 条、澳门基本法第 56 条与第 58 条)行政会议或行政会的成员由行政长官从行政机关的主要官员、立法会议员和社会人士中委任,其任免由行政长官决定。(香港基本法第 55 条、澳门基本法第 57 条)行政会议或行政会成员的任期应不超过委任他的行政长官的任期。行政长官在作出重要决策、向立法会提交法案、制定附属法规和解散立法会前,须征询行政会议的意见,但人事任免、纪律制裁和紧急情况下采取的措施除外。行政长官如不采纳行政会议多数成员的意见,应将具体理由记录在案。(香港基本法第 56 条、澳门基本法第 58 条)

行政会(议)协助行政长官决策。

特别行政区还设立廉政公署和审计署,“独立工作,对行政长官负责。”(香港基本法第 57 条与第 58 条、澳门基本法第 59 条与第 60 条)香港律政司主管刑事检察工作,“不受任何干涉。”(香港基本法第 63 条)

特别行政区政府在行政长官领导下工作,行使下列职权:(1)制定并执行政策;(2)管理各项行政事务;(3)办理本法规定的中央政府授权的对外事务;(4)编制并提出财政预算、决算;(5)拟定、编制并提出法案、议案、附属法规;(6)委派官员列席立法会并代表政府发言。(香港基本法第 63 条、澳门基本法第 64 条)特别行政区政府还必须遵守法律,对特别行政区立法会负责:执行立法会通过并已生效的法律;定期向立法会作施政报告;答复立法会议员的质询;征税和公共开支须经立法会批准。(香港基本法第 64 条、澳门基本法第 65 条)

特区政府的职权。

第四节 司法机构

在政府的三项基本职能中,司法职能最为特殊。根据实证主义民主理论,立法机构决定国家法律与政策的价值取向,因而必须由选民直接选举产生。行政机构的主要任务是如实地执行与实施立法机构所制定的法律。在这个意义上,它并不涉及价值规范问题。但事实上,各国行政首脑都直接参与甚至领

司法的特殊性在于其政治中立性。

导国家政策的制定,因而也应该由选举产生。与此不同,司法机构的一项主要任务是审查宪法或法律是否获得了如实的实施。在这个意义上,政府是在做“自己诉因的法官”——评判自己的所作所为是否符合自己制定的法律规范。虽然这是法治原则所禁止的,但似乎并没有更好的可行的解决方案——否则怎么办呢?让整个社会去做评判政府行为的法官吗?这不好操作,而且效果也不一定好。你会发现最后还是需要一个专门的评判机构。由于这个机构掌握着公共权力,因而必然是政府的一部分,这就是通常所说的司法机构。由于它担负着特殊的任务,因而必须被赋予特殊的性质。在设计立法与执法机构的过程中,重点是保证这些官员反映民意;在建立司法机构的过程中,重点是保证法官的独立性。这并不是说司法行为不需要反映民意,而是民主选举和监督已经保证民意在立法与执法过程中获得充分反映,司法过程首先尊重的是法律,而不是揣摩如何让人民“满意”。如实地解释与实施宪法和法律,就是最大程度地让人民满意;否则,法官就超越了自己的权限,侵越到立法与执法领域,从而违背了民主原则。

司法独立是法治社会的制度前提,是司法公正的必要条件。

不仅如此,司法独立还是法治的制度前提。法律解释及其适用本身需要一些特殊技巧,因而要求一定的专门训练。随着社会生活与法律日趋复杂,法律成一门独立的学科,法学也形成了一种职业。我们习惯把负责专门解释并适用法律的官员称为法官。由于法律必须获得平等与普遍的适用,法官们不能受到法律之外的任何因素的影响——例如和当事人的关系、其他政府官员的意愿、社会压力等其他和法官个人有利害关系因素。因此,和其他政府职能不同,司法职能被隔绝开来,以保证法官的独立性,使之在断案时仅考虑法律而不考虑任何不相关因素。司法独立是实现司法公正的必要(尽管未必是充分)条件,而司法公正是法治的基本要求。

为了保证法官的独立性,也就是保证法官不受和法律不相关的因素之影响,法治国家的宪法普遍采取了一系列措施,包括对法官任期和待遇的保障、经济与社会地位的保障、禁止单方接触等。在许多国家,法官并不是由选民选举直接产生,而是由国家元首任命、议会批准产生。这样做将削弱社会对司法行为的监督和控制,但被证明有助于保障司法独立。

思考 为什么行政首脑应该选举产生?举例说明行政首脑如何参与国家政策与法律的制定。法官是否完全不参与国家法律的形成?如果回答是否定的,司法独立会产生什么问题?从法律普适性的要求出发,(见本书第一章)你认为还需要什么其他条件才能实现司法公正?

评注 三权合一？也论作为“最高法院”的英国上院

和其他法治国家一样,英国的司法机构也是高度独立的。然而,除了有限的立法职能外,英国上院还行使着另一项非同寻常的职能——它还是英国的最高法院。这样一来,英国似乎就成了“三权合一”体制了:议会下院产生最高行政首脑,上院则掌握着最高司法权。作为三权合一的个人象征,上院的议长同时是“司法大臣”(lord chancellor)。这是一个集三权于一身的职位。司法大臣几乎肯定是内阁成员,因而也必须是下院议员。作为政府的宪法与法律资深顾问,他在内阁中扮演着司法部长的角色,并负责实施政府的宪法与法律改革计划。作为最高法院的院长和上诉法院的当然成员,他还负责任命或推荐任命英国的法官和其他文职官员。

英国上院的一小部分也是英国的最高法院。

然而,“三权合一”的描述其实是不准确的。英国上院现在有近七百多名成员,但行使司法权的“法官”仅限于其中为数很少的“法律成员”(law lords),主要包括法官、律师和法学教授。目前只有12位在职“法律成员”。法官一般3人或5人组成合议庭,轮换审理案件。因此,和美国的最高法院不同,英国的“最高法院”并不是一个人员固定的机构,而是一些随个案变化的法官小组。

英国上院的司法体制是1876年的《上诉管辖法》(Appellate Jurisdiction Act)确立的。在此之前,上院中很少成员具有适当的司法素质,因而直到18世纪末,上院并不被认为是通常意义上的法院。在1844年的案例中,^[23]上院正式确立了非司法(lay)成员不参与审理上诉案件的原则。1876年的法案最后建立了带薪的“上诉法官”(lords of appeal in ordinary)。上诉法官必须具有至少2年的高等司法经历或15年的出庭律师(barrister)经历。第二次世界大战之后,上院形成了“上诉委员会”(appellate committee),通常包括5名法官。上诉委员会的意见并没有约束力,并向上院司法庭(house in the chamber)报告,由该机构作出最终决定。

英国的“最高法院”也经过了职业化演变。

上院法官作为立法者和司法者的双重身份有可能抵触《欧洲人权公约》的规定。欧洲人权法院在2000年的案例中判决,^[24]如果上院法官事先已经参与了关于人权法的辩论,然后又审查和该法有关的诉讼,就有可能违反了公约第6条的规定。尽管如此,这个问题并非不可解决。在回避其立法职能之后,上院的法官是名副其实的英国“最高法院”的大法官。

上院法官作为立法者和司法者的双重身份有可能抵触《欧洲人权公约》的规定,需要建立回避制度。

[23] O'Connell v. Queen, 11 Cl. & Fin. 155, 421—426.

[24] McGonnell v. United Kingdom, E. H. R. R. 289.

2009年10月1日,英国终于建立了统一的最高法院,由其继承原先属于贵族院的最高司法权,并和议会与内阁完全独立。最高法院由12名大法官组成,审理全英国的民事上诉案件和英格兰、威尔士及北爱尔兰的刑事上诉案件。法院信息可查阅 <http://www.supremecourt.gov.uk/>。

这一节和国家结构相结合,分别介绍普通法与大陆法体系的司法制度,包括美国的联邦与各州、法国、联邦德国以及欧洲联盟的法院,最后介绍中国的司法制度。西方的宪政审查制度已在本书第三章有所介绍,在此仅对有关内容加以讨论,但不作为重点。

一、普通法体系——以美国为例

如果英国代表了单一制下的普通法体制,美国则是联邦制下的普通法制度之代表。美国的司法制度具有代表性,因为就其本身而言,美国的联邦和各州司法系统和单一制国家类似,但联邦和各州法院之间又存在着联邦制所特有的权力关系问题。一旦联邦和各州法律发生冲突,就必须界定联邦和各州法院的解释权限。这一问题尤其重要,因为联邦制强调地方自治,因为联邦的立法和执法分支都无权直接干预各州事务;联邦和各州的关系只能通过联邦宪法和法律加以调控,而联邦宪法和法律的解释自然取决于联邦法院,但如果联邦法院不适当地侵犯了各州的自主权,就可能引发联邦与各州矛盾,甚至给整个联邦体制带来危机。(参见本书第八章的“蓄奴案”)

美国联邦法院制度本身是政治妥协的产物。早在合众国成立以前,各州的司法系统就已独立运行。直到今天,它们仍然审理着绝大部分涉及本州法律的刑事、民事与合同案件。对于这类案件,各州最高法院对法律的解释是最高;作为有限政府的一部分,联邦法院无权问津。但新政体的宪法适用于联邦各州,且国会将在宪法规定的范围内,为整个合众国制定法律。对于联邦宪法和法律,究竟应该仍由各州法院、还是成立联邦法院来解释与实施呢?在制宪会议上,联邦法院的权力范围曾一度是各地代表的主要争议。以汉密尔顿为首的联邦党人要求宪法同时建立最高法院与下级法院系统,并赋以名副其实的管辖权;以杰弗逊为首的“共和党”(Jeffersonian Republicans)则只愿意建立一个不带下属机构的最高法院,使联邦法院的权力有名无实。双方妥协的结果是由宪法设立最高法院,但授权国会通过立法建立下级联邦法院,并规定其管辖范围。

联邦宪法第三条简略规定了当时被认为“危险最小”的司法权力:“合众国的司法权应被赋予一个最高法院,以及随时由国会建立的下级法院。”为了保证司法独立,“最高与下级法院的法官们应在行为端正期间内担任职务,并

美国代表了联邦制下的普通法司法制度。

在联邦制下,各州法院负责解释各州法律,且它们对州法的解释具有最高地位。

且在指定日期领取他们的公务报酬,这种报酬在他们的连续任职期间不得减少。”因此,虽然法官受到总统任命、参院批准,一旦受到委任即获得终身可靠的独立地位,从而对执法与立法权力进行有效的司法控制。第三条第二款定义了联邦司法管辖权(jurisdiction):“司法权力应扩展到所有起因于本宪法及合众国法律或……条约的案件、……合众国作为诉讼方的争议、两个或两个以上州之间的争议、一州公民和另一州之间的争议、不同州的公民之间的争议”,继而分别规定了最高法院的初始(original)与上诉(appellate)管辖权。

联邦宪法规定了最高法院,下级法院则由国会立法规定。

在1789年的第一次会议期间,国会通过《司法法》(Judicial Act),创立了在近一个世纪内保持稳定的下级联邦法院组织。在结构上,联邦法院主要分为三个层次。地区法院(district courts)对普通案件具有初审管辖权,对地区法院判决不服的诉讼方有上诉权。合众国划分了九个巡回区(circuits),在每个巡回区都设置了上诉法院(courts of appeals)。只要当事人在法定期限内上诉,并符合其他法律要求,上诉法院就必须受理上诉案件。联邦和大多数州都基本上采取二审终审制。对上诉法院判决不服的,可再次申请上诉到最高法院。但对第二次上诉,当事人不具有获得审理的权利。在一般情况下,最高法院有裁量权根据案件在宪法意义上的重要程度,决定是否颁发调案令状(writ of certiorari)来受理上诉。最高法院大约只受理5%的申请。各州司法制度与此大同小异。

联邦法院分为三个等级,基本上采用二审终审制度。

在建国初期,联邦法院首先需要解决的问题是它与各州法院之间的关系。联邦与各州的双重法院系统不仅要求按照案件的法律起因,合理分配司法管辖权,而且对于两者同时具有管辖权的案件,要求存在一种统一司法解释的法律机制。前面已提到宪法第六章所规定的“最高条款”,它使各州法官受到合众国宪法与法律的约束,从而赋予各州法院解释联邦宪法的权力。问题在于,当各州法院和联邦法院对宪法的解释不一致时,或者说当某些州的最高法院有意抵触最高联邦法院的解释时,何者解释效力为上?对此,1789年的《司法法》明确规定,最高法院对合众国条约是否有效、州法是否符合联邦宪法与法律,以及如何解释联邦宪法、法律与条约等问题上具有最终判决权。这个现在看来甚为合理的答案,在当时却颇有争议,并随后被弗吉尼亚最高法院宣布为抵触联邦宪法。在以下案例中,联邦最高法院对这个问题首次给予明确解答。

联邦制需要处理好联邦法院和各州法院的解释效力之关系。

案例

联邦与各州法院的关系——“英民地产充公案”^[25]

该案发生于1816年,它涉及原来英国居民在弗吉尼亚拥有的一大片地产。在美洲独立后,弗吉尼亚的法律宣布驱逐战争时期效忠英国分子,并将其

[25] Martin v. Hunter's Lessee, 14 U. S. 304.

土地充公。马丁从一位英国贵族那里继承了地产,但州政府根据这项法律,宣称该地产已归州所有,并于1789年将其所有权从州转移到一名叫亨特的人,继而转移到其租户。马丁则依据合众国和英国在1783年签订的“和平条约”(Peace Treaty)与1794年的“杰伊条约”(Jay Treaty),拒绝放弃地产。亨特的租户依据州法起诉州法院,要求驱逐马丁,并在弗吉尼亚州的最高上诉法院获得胜诉。根据1789年司法法案的授权,马丁上诉到联邦最高法院,并获得有利于他的法院命令(Mandate),但弗州上诉法院拒绝承认联邦法院有权审理州法院的决定。于是最高法院对此再次发表意见。在法院意见中,斯道利法官(J. Story)不仅陈述了联邦法院有权审查州法院决定的法律理由,而且阐明了美国联邦主义的普遍特点。

显然,宪法基于自身的理论,根据采纳了它的美国人民的判断来施予或保留权力。[各州法官]对本州的依恋、对他州的嫉妒及本州利益的纠葛,有时确实可能会阻碍或控制……司法的正常管辖。因此,对于各州之间、不同州的公民之间、……一州政府和他州公民或外籍人之间以及公民和外籍人之间的争议,宪法允许当事人在国会权威之下,使争议受到全国性审判庭听取、审理与决定……对于其他可被列数的案件——起因于合众国宪法、法律和条约的案件、影响到大使和其他公使的案件及海事管辖案件,其所触及到民族安全、和平与主权的更高理由与更为广泛的特性,则可为授予[联邦]专有管辖权提供正当理由。

联邦法院对联邦宪法和法律的解释约束各州法院,以防止地方保护主义。

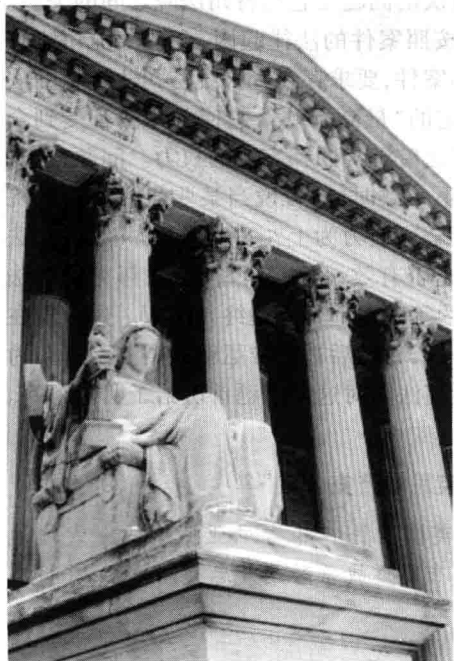


图 5.6 美国联邦最高法院

联邦最高法院北门,塑像为“正义之沉思”(Contemplation of Justice),刻在房梁上的一行字是“法律下的平等正义”(Equal Justice Under Law)。

但这还不是全部。另一种动机……可能导致宪法授予上诉管辖权,以使之处于[各州法院的]决定之上。这种动机出于一种重要性甚至是必要性,即在整个合众国内对宪法范围内的所有议题形成统一决定。在不同的州,同样博学与正直的法官们可能以不同方式解释合众国的法律、条约、甚至宪法本身。假如不存在修正权力以控制这些冲突不一的判决并使他们和谐一致,那么合众国的宪法在不同州就将不一样,并可能在任何两个州都不具有全同的解释、义务或效力……联邦法院的上诉管辖权必将继续对这种弊病提供唯一合适的解救。

法律的统一性也要求联邦法院的法律解释具有更高效力。

“地产充公案”确立了最高法院是联邦法律的最终阐释者的基本原则,从而为合众国统一各州对联邦法律的解释奠定了基础。联邦大法官霍姆斯(J. Holmes)认为该案的重要性甚至超过了马伯里决定,无疑说明了统一司法管辖权对维护联邦体制的关键作用。

思考 比较马伯里诉麦迪逊和“地产充公案”,它们所解决的问题在性质上有何不同?为什么“地产充公案”甚至可能更为重要?它对应于中国目前的什么问题?

二、欧洲大陆法体系——法国和德国

如本书第三章所述,欧洲大陆国家采取集中的专门审查制度。和普通法系不同,大陆法系的司法管辖权区分公法与私法诉讼,不同的法庭分别审理民事、刑事、行政和宪政诉讼。在具体设置上,不同的大陆国家又有不同特点。这里以单一制的法国和联邦制的德国为代表,讨论大陆国家的司法模式。

(一) 联邦德国

德国的法院系统具有集中化与专门化的显著特点。相对而言,德国的司法权力在横向和纵向都有不同分配。在横向上,和普通法院不同,德国不存在统一的司法管辖权以处理全部领域的法律问题。通常的司法功能分布在五套平行与独立的法院系统:普通法院审理民法与刑事案件,四种特别法院分别处理行政、社会、劳动与财政争议。通过在横向实行司法管辖分工,这些法院对其本专业的法律积累了丰富的司法经验。

德国司法职能由五套平行和独立的专门法院系统履行。

在纵向上,每个系统又根据等级,分成联邦、各州与地方法院。其中地方法院是初审法院,各州法院是上诉法院,联邦法院则是最高法院。《基本法》第95条规定了联邦的普通法院系统:“对于普通、行政、财政、劳动和社会管辖,联邦应建立联邦正义法院、联邦行政法院、联邦财政法院、联邦劳动法院和联邦社会法

和美国不同,德国联邦和各州分享同一套法院系统,联邦法院只是最高法院。

院,以作为其相应的最高法院。具有权能的联邦部长,以及由具有权能的各州部长和众议院选出的同样人数之成员所组成的法官选择委员会,应联合选择这些法院的法官。”因此,联邦并没有独立的司法系统,联邦法院只是最高上诉法院。

一旦被任命之后,法官就获得终身资格,并被保证高度的独立性。第97条规定:“法官应该独立,并仅服从法律。除非基于法律所规定的理由与形式,并通过司法决定,被任命为终身的专职法官不得违反其意愿,而被撤职、永久或暂时中止职位,给予不同职位或在职务限期终止前提早退休。立法可以对终身任命的法官规定退休的年龄限制。当法院结构或地区发生变化时,法官可被转移到另一个法院或调离职位,但他们应保持全薪。”法官如果渎职或违法,议会可以提请处分,但最终的处分决定权在于联邦宪政法院。第98条规定了联邦和各州法官的法律地位,“如果联邦法官以官方或非官方形式,违反了本《基本法》或一州的宪政秩序原则,那么在众议院的提请下,联邦宪政法院可以2/3之多数,决定该法官被给予不同职位或退休。在故意违犯之情形下,可决定将他撤职。”

和美国宪法第3条第1款完全类似,《基本法》也把“司法权力”授予司法机构。《基本法》第92条规定:“司法权力应被授予法官;它应由联邦宪政法院、本《基本法》规定的联邦法院及各州法院所行使。”但如何界定“司法权力”的范围?一般认为,普通法体系的法院在历史上一直通过案例法积极参与制定社会政策,并经常主动适用“自然法”去弥补成文法的不足;大陆法体系的法院则循规蹈矩,机械被动地适用议会制定的成文法条文,避免用自己对自然正义的主观认识去替代人民代表的立法判断。通过授权宪政法院审查立法的合宪性,1949年的《基本法》明确否定了这种司法保守观点。在以下1973年的“伊朗王妃案”,联邦宪政法院进一步肯定了普通法院运用自然法以补充成文法的必要性与合宪性。

案例 在法律和正义之间——“伊朗王妃案”^[26]

无疑,法院应当依法审判。然而,法律有时因种种原因而不能及时跟上时代的发展,因而可能要求司法机构作出创造性的决定。尤其是当“年久失修”的典章未能明确提供条款,以合适保障基本权利时,《基本法》精神可能不但允许、而且要求法院去填补“立法空隙”(Legislative Gap)。与此相关的是,德国区分两种不同意义的“法律”:即成文立法(Gesetz)和不成文的权利或正义(Recht)。前者是指议会制订的成文、具体的法律规则;而后者是指普遍、理性的法律原理,它含有不成文的自然法因素,超越约束具体的成文规章。在修改

《基本法》保证德国司法独立。

德国区分两种意义的法律:成文立法和不成文的权利。

[26] Princess Soraya Case, 34 BVerfGE 269.

《基本法》的文法时,起草者在关键的第20条加入了这个含义广泛的字眼。第3款规定:“立法机构必须服从宪政秩序;执法和司法机构必须服从法律(Gesetz)和正义(Recht)。”在1973年的“伊朗王妃案”,宪政法院对这项条款赋予了自然法解释。

按照德国传统,对于私人合法利益的非物质损害——如诽谤,《德国民法典》第823(1)条不允许金钱赔偿。伊朗国王的前妻索罗娅王妃,宣称与她会谈的德国报社记者披露了她的私生活,因此以诽谤罪在德国普通法院控告报社。最高法院判决王妃胜诉,而且在立法未修改《民法典》情形下,授予她金钱赔偿。被告报社不服,以法院未能依法判决、因而违反了宪法第20(3)条为由,上诉宪政法院。宪政法院第二庭维持了最高法院的判决,并指出:

法官在传统上受法律约束。这是分权原则——因而也是法治原则——的内在要素。然而,通过规定法官受制于“法律和正义”,我们宪法的第20章在某种程度上改变了传统的表达方式。普遍流行的观点,隐含着抛弃狭隘地依赖先前法律之倾向。第20章选择的表达提醒我们,尽管一般而言,“法律和正义”具有同样范畴,它们不一定总是如此。正义并不等于成文法的总和。在某些情形下,法律能够存在于国家所制订的实定规范之外。这类法律的源泉来自宪法秩序;它是具有实际意义的无所不包之系统,并发挥着纠正成文规范的作用。法院的任务是发现这类法律,并在具有约束力的案例中使之成为现实。宪法并未限制法官,迫使他在其所面临的特定案件中应用立法所命令的文字。这种有关司法职能的[狭隘]概念,假设在成文法律秩序中不存在空隙(Gap);这种状态虽将有利于法律的确定性,但在实际上却是不可实现的。法官的任务并不局限于确定并实施立法决定。他可能必须作出价值判断,即在他的决定中揭示并实施宪法秩序内在的价值观念——尽管它们未能合适地表达在成文法的语言中。在履行这项任务时,法官必须抵制任意性;他的决定必须基于理理论据。他必须澄清,成文法未能履行其功能,去为现有法律问题提供公正解答。当成文法失败时,法官决定通过运用常理和‘社团所建立的普遍正义观念’,来填补现存的空隙。

《基本法》抛弃了司法保守主义,要求法官运用常理和普遍正义观念来填补立法空隙。

(二) 法国

作为大陆法体系的母国,法国和德国一样采取专门化的司法系统,但法国法院的划分不如德国那样细。按照法的性质,法国把法院分为两类:民法院处理私法——包括民法与刑法——案件,行政法院则处理公法——即行政——案件。由于采取单一制,法国只有一套法院系统,民法院和行政法院都有自己的最高法院。如果在私法和公法之间产生管辖争议,则由两院同样数量的法官在司法部长协调下组成“权限争议庭”加以解决。

法国法院分为民法院和行政法院。

评注 法国的“三角诉讼”模式与“政府委员”的作用

和英美普通法的“对敌式”(adversarial)诉讼不同,法国行政法采纳了一种“三角诉讼”模式:即不但当事人双方或其辩护律师在法庭上据理力争,而且和争论没有利害关系的独立政府官员从中性的立场出发,基于法律与社会的普遍利益而对法院判决发表独立观点。在报告法官陈述初步意见之后,这位委员提出自己的“结论”(conclusion)以结束整个辩论过程。在每个案件中,法院都必须听取他的意见,并和当事人的辩护词相比,通常给予更高的重视。这个特殊的官员在民法院被称为“总辩护官”(advocat general),在行政法院则被称为“政府委员”(commissaire du gouvernement)。后者由1831年的法令创设。由于该法令极为简短,且无立法历史可寻,开始担任这个职务的年轻官员很快使自己完全独立于政府控制。以后的法律也从未对它作过详细规定,因此政府委员实际上是从习惯中诞生与发展出来的机制。

除了原告与被告,法国还有政府代表参与诉讼。

行政法院的“政府委员”代表法律和社会利益,而不是诉讼任何一方。

政府委员的任务是独立形成并表达自己的“结论”,详尽严格地回顾国政院发展的案例法历史,并预测行政法的未来发展趋势,为国政院对新的社会问题应该采取的最佳答案提供建议。在这个意义上,“政府委员并非政府代表。就法院内部的运作而言,他仅处于法院院长的权威之下。他的任务是解释每个在法院待决的上诉所提出的疑问,并在阐述他的结论时,完全独立、毫无偏袒地依据案件的事实和适用法律,宣布他对案件的评价,并根据他的良知,表述他对上诉法庭的争议所要求的解答意见”。(译自 Brown & Bell, 1977:102)因此,政府委员事实上代表整个社会的利益。更确切地说,他应该被称为“法律委员”(commissaire de loi)。由于和民法院类似,行政法院的判决意见通常极为简短,于是政府委员对案例法的详尽分析经常被学者作为法院判决的依据。可以说,几乎对于行政法历史上的每一个重要案例,政府委员的建议对国政院形成新的法律都发挥过举足轻重的影响。例如1871年的布朗柯(Blanco)决定奠定了法国公法的发展基础,而这项决定就采纳了政府委员的意见;在1945年的一个著名案例中,国政院发展了法国的“听证权利”,而这项决定也是在吸收了政府委员的意见后形成的。(参见 von Mehren and Gordley, 1977:463—465)

法国的“三角诉讼”体制对欧洲大陆法系产生了显著影响。虽然这一诉讼模式没有被法国宪政院采纳,它已被欧洲共同体的最高法院所采纳。

思考 和英美的“对敌式”相比,你认为法国的诉讼模式有何利弊? 参见下述内容,法国的“政府委员”和中国的检察院有何不同?

法国和德国的法院会不会出现像美国法院那样的管辖分工问题? 为什么?

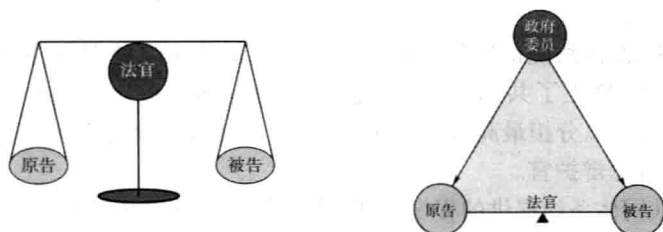


图 5.7 普通诉讼模式和法国的三角诉讼比较

三、邦联制下的司法控制——欧洲法院

邦联制——尤其是像欧洲联盟那样组织相当紧密的邦联——在许多方面都和联邦制相似。司法制度也是如此。和美国类似，欧洲联盟与成员国之间的关系也是主要通过法律加以规范的，因而司法机构在界定共同体和成员国的权能问题上发挥着决定性作用。共同体的司法机构是设在卢森堡的“欧洲正义法院”（European Court of Justice）以及后来设置的初审法院。欧洲正义法院是共同体的最高法院，目前由 15 位法官和 8 名总辩护官（advocate-general）组成。条约第 223 条规定：“法官和总辩护官的人选必须具有无可置疑的独立性，且或具备其所在国对最高司法职务所要求之素质，或是在能力上获得承认的法理学家；他们应被各成员国政府一致任命，任期六年……并可获得连续任命。”绝大多数法官和总辩护官来自“欧洲四强”，即法、德、英和意大利。每位法官和总辩护官都由 3 名私人律师协助。院长（president）由法官们举行无记名投票的绝对多数产生，每届任期三年，主管法院的行政和财政事务。法院程序多属书面答辩而非口头辩论，官方语言是法语。

共同体的司法机构是欧洲最高法院和初审法院。

共同体条约第 220 条规定：“最高法院应保证法律在本条约的解释和应用中获得遵守。”欧洲法院实行公开审判，总辩护官必须公开向法庭报告其法律观点。但为了保证法官的独立性，法官们的定案讨论遵从严格的秘密规则。另外，和美国最高法院不同，欧洲法院的决定获得全体法官的签名，因而不存在少数意见，也就无从知晓内部不同意见。据认为，这种措施有助于法官的独立性，使之能够忽略来自本国的政治压力。

共同体条约第 222 条进一步规定：“最高法院应受到 6 名总辩护官的帮助。总辩护官的责任是完全公正与独立行动，在最高法院上对案件公开发表理性意见，以协助法院履行第 220 条所赋予的责任。”欧洲法院的总辩护官机制直接借用了上述法国体制。欧洲法院的总辩护官作用与此类似；和报告法官一样，尽管总辩护官的意见对法院并不具备约束力，他们的意见对共同体有关方面的法律提供了中立与详尽的回顾。为了充分保证总辩护官的独立性，

共同体条约保证总辩护官的独立性。

他虽然可以参与涉及其所在国的诉讼,却不能对其所在国是原告或被告的诉讼发表任何意见。

共同体机构和成员国都可以成为被告。

近年来,欧洲法院的案件数量激增。为了帮助法院处理案件,1986年的《单一欧洲法》修正了共同体条约,建立“欧洲初审法院”(European Court of First Instance),以分担最高法院的司法工作。目前,欧洲初审法院共有12名法官,但没有总辩护官。

根据共同体条约提供的程序规则,共同体机构、成员国政府或公民皆可来到欧洲最高法院,起诉据称违反共同体条约或法律的个人、企业、成员国或共同体机构。除了第226条授权执委会起诉成员国的诉讼之外,成员国或共同体其他机构——包括欧洲议会——亦可起诉执委会或理事会。

案例 “议会起诉资格第三案”^[27]

共同体条约并未明确授予欧洲议会起诉权。

除了保障共同体法律的统一实施,欧洲最高法院还有责任保证共同体内不同机构之间的妥善分权。这体现于1990年的“议会起诉资格第三案”。在前苏联的切诺比尔(Chernobyl)核事故发生之后,理事会基于《欧洲原子能条约》(Euratom)的第31章,根据执委会提议而采纳了第3954/87号规章,以规定食物和饲料中允许放射性污染的最高含量。根据条约这项条款的程序规定,理事会仅需同议会进行协商(consultation)。但欧洲议会要求执委会把规章的法律基础改为《经济共同体条约》第95条,从而要求理事会同议会合作(cooperation)立法,以增加议会的立法参与。执委会未予理睬,理事会通过了规章。欧洲议会在最高法院起诉,要求以程序不当为由撤销规章。理事会在辩论中认为,无论是共同体条约第173条还是与之类似的原子能条约第203条,皆未明确授权议会起诉以推翻规章的权力,因此动议法庭撤销议会的诉讼。欧洲议会则强调,共同体条约第155条要求执委会保证共同体的法律获得实施,并有责任保证议会权力获得尊重;然而,这种保证在本案并不可靠,因为正是执委会本身未能履行责任,并拒绝了议会要求。因此,尽管缺乏条约的明确授权,法院必须填补这一“法律真空”(legal vacuum),以保障议会保护自身权力的能力。总辩护官赞同欧洲议会的要求,建议法院驳回理事会的反对。欧洲最高法院驳回了理事会要求撤销议会起诉的动议,并指出:

根据条约,本院的任务是保证法律在条约的解释和运用中得到遵守;它必须能够维持机构的权力平衡,从而通过对议会之期望实现目的合适的法律补救,在议会要求下审查对议会权力之尊重。当然,在完成这项任务时,法院不

[27] European Parliament v. Council of EC, C—70/88, ECR I—2041.

能不要求[起诉方去]证明相关利益之存在,就把议会列为可根据第 230 条或第 203 条起诉之机构。然而,法院的责任是保证条约有关机构权力平衡的条款获得完全贯彻,且为对议会及其他机构权力之侵犯提供法律补救,从而使条约所规定的法律补救可通过确定与有效的方式而得以实施。

条约中并无任何条款授权议会为撤销而起诉;这可能构成程序空隙(procedural gap),但它并不能超越建立欧洲共同体的条约所规定的基本利益,以维持并遵守机构权力平衡。因此,只要诉讼仅寻求对议会权力之保障,且仅基于宣称侵权之陈述,那么议会为抗衡理事会或执委会行动而提出的撤销诉讼就可受到审理。如果条件得以满足,议会的撤销诉讼即受制于条约对其他机构提出的撤销诉讼而制订的同样规则。

1992 年的《欧洲联盟条约》把“议会起诉资格第三案”的判决结果变成明文规定。它修正了第 230 条,并授权欧洲议会和欧洲中央银行为保护其机构权力而获得司法审查之权利。与此同时,司法审查的范围亦将扩充到新的“共同决定”以及产生法律效力的议会行为。

欧洲法院有义务保证共同体机构的权力平衡,包括欧洲议会的权力不受侵犯。

虽然条约并未明确授权议会起诉,但共同体权力平衡的基本原则要求法院对条文作宽松解释。

欧盟条约肯定了法院判决,并使之成文化。

思考 在作出上述结论的过程中,欧洲法院运用了什么解释方法?

对于成员国或共同体机构的侵权,欧洲法院通常只作出宣布性(declaratory)决定,而无权通过财政制裁来实施其自身决定。由于这个原因,某些成员国迟迟不作出实际行动来服从法院决定。然而,如果成员国持续不能服从法院判决,执委会可再次起诉并要求罚款;这时,欧洲法院可选择对有关成员国实行经济制裁,且并不需要限于执委会建议的数额。最后,根据第 243 条,最高法院还可在其决定的案件中规定任何必要的临时措施。

不论是成员国还是执委会或理事会,都必须服从欧洲法院的司法决定。第 228 条规定:“如果最高法院发现成员国未能履行本条约所规定的责任,那么该成员国应被要求去采取必要措施,以服从最高法院之判决。”第 233 条进一步规定:“如果[共同体]机构的行为被宣布无效,或因未能行动而被宣布为抵触本条约,那么该机构应被要求采取必要措施,去服从最高法院的判决。”

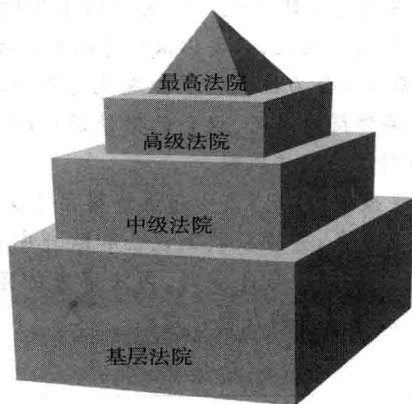
除了直接在欧洲法院起诉成员国或共同体机构,大约有一半的案件来自成员国法院的“初步提交”(preliminary reference)。对凡是涉及共同体法律的案件,成员国法院可把共同体的法律问题提交给欧洲最高法院,以获得其“初步决定”(preliminary ruling)。条约第 234 条规定:“最高法院应有管辖权对下列事务给予初步决定:(a)本条约的解释;(b)共同体机构行为的有效性及其

各成员国和共同体机构有义务服从欧洲法院的判决。

欧洲法院的许多案件来自成员国法院的提交。

解释;(c)理事会法案所建立机构的立法解释。当这类问题出现于成员国的任何法院或审判庭时,如认为问题的决定对其判决的作出有所必要,那么该法院或审判庭可提请欧洲最高法院对问题给予决定。如根据国家法律,法院或审判庭的决定不再具备司法救济,那么该法院或审判庭应把问题提交欧洲最高法院。”通过初步提交程序,欧洲最高法院决定了共同体法律中某些最重要的原则。

(a) 单一制



(b) 联邦制

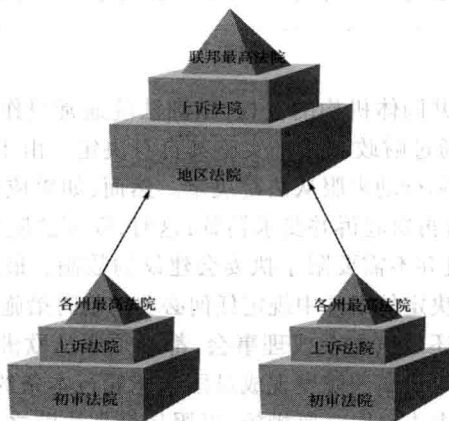


图 5.8 联邦制和单一制司法管辖权比较

思考 参考本书第三章,美国联邦法院是否具备欧洲法院的“初步提交”制度?为什么?参见上一章,欧洲法院与成员国法院的关系和中国人大常委会与特别行政区法院之间的关系有何异同?

四、中国的司法机构

中国的“司法”机构有两类:法院与检察院。1954年宪法使法院与检察院和地方人民委员会分开,不再从属于地方政府。但在“文革”期间,检察院一律被撤销,法院也受到一定程度的削弱。1975年宪法明确肯定了检察院的取消,检察职能归公安机关行使,且地方各级法院院长由同级革命委员会任免。1978年宪法恢复了检察院。1979年7月1日,第五届全国人大第二次会议通过了《法院组织法》和《检察院组织法》,并于1983年对这两部法律进行了修改。这些法律和1982年宪法构成了这两个机构的基本法。

中国司法机构包括法院和检察院。

在法律地位上,中国的司法机构是独立于行政机构——包括国务院——的政府部门,仅向同级人大及其常委会负责。这种设置有利于提高司法机构的独立性,而独立性对于司法职能是极为重要的。和立法机构不同,司法机构的主要作用不是利益代表,而是严格按照立法机构所制定的法律判案,因而要求严格的独立性和中立性。当然,和三权分立国家不同,中国司法机构的地位仍低于人大及其常委会,由同级人大选举并向它们报告工作。

法院和检察院独立于行政部门,直接向同级人大及其常委会负责。

(一) 法院

中国宪法规定,“法院是国家的审判机关”,(第123条)设有最高法院、地方各级法院和军事法院等专门法院。最高法院院长由全国人大产生,其任期和全国人大相同,连续任职不得超过两届。(第124条)地方各级法院院长由同级人大任免,副院长、审判委员会委员和审判员由院长报请同级人大任免。法院组织法第23条规定,有选举权和被选举权的年满23岁的公民可以被选举为法院院长,或者被任命为其他工作人员,被剥夺过政治权利的人除外。1993年的修正案在这一条中加入“法院的审判人员必须具有法律专业知识。”

中国法院的领导成员由人大及其常委会选举产生。

各级法院设立审判委员会,其任务是“总结审判经验,讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的问题。”地方各级法院的审判委员会委员,由院长提请本级人大常委会任免;最高法院审判委员会委员,由最高法院院长提请全国人大常委会任免。各级法院审判委员会会议由院长主持,本级检察院检察长可以列席。(法院组织法第11条)

宪法第126条规定,“法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”最高法院是“最高审判机关”,监督地方各级法院和专门法院的审判工作,(宪法第127条)并对全国人大及其常委会负责。法院组织法第14条规定,各级法院院长对本院已经发生法律效力判决和裁定,如果发现在认定事实或者在适用法律上确有错误,必须提交审判委员会处理。最高法院对各级法院、上级法院对下级法院已经发生法律效力判决和裁定,如果发现确有错误,有权提审或者指令下级法院再审。

法院设立审判委员会,决定重大或疑难案件。

中国宪法保证法院作为司法机构的独立性。

评注 “法院独立”还是“法官独立”?

《法官法》保证法官的独立性。

1982年宪法第125条和其他基本法律——包括有关组织法和诉讼法——都明确规定,“法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”根据字面理解,这些规定意味着法院的审判过程具备一定的独立性,不受政府、社会和私人的干预。但这似乎并不要求法官个人在判案时具有独立性。事实上,法院院长和审判委员会可以对其认为错误的已经产生法律效力的判决进行审查与纠正。这项权力有时可能和“法官独立”发生矛盾。然而,1995年通过、2001年修正的《法官法》第8条又规定:“法官享有依法审判案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉”之权利。因此,中国目前的司法制度究竟是法官个人独立,还是只是法院作为一个机构的独立?

中国对这个问题尚没有一个明确的答案。我们只有从发展的眼光来看问题。在西方,“司法独立”(judicial independence)意味着法官独立。这表明法官个人的审判过程不受法院内部行政机构的干预。当然,法院作为一个整体仍然对法官具有某种监督作用;如果法官贪赃枉法,那么法院可以对其进行制裁。但由于弹劾制度的存在,对法官的监督主要是议会职能;法律更多的是保护法官和法院本身的权力不受外界的削弱,例如德国《基本法》第115g条规定,“联邦宪政法院的宪法地位及其宪法职能之履行不得受到削弱”;对于任何影响到联邦宪政法院的立法,必须经过2/3多数法官的同意才有效。在法院内部,法官个人的独立性受到尊重和保障,不受院长所行使的行政管理职能的影响。在审判过程中,法院院长和其他法官一样都只有一票;合议庭的多数意见并不因为院长的反对而无效,因而法院院长经常可能处于少数意见的行列。因此,西方法院实行的是“法官责任制”,而非“院长负责制”。法院也不存在审判委员会,审查已经生效的司法判决;如果当事人对判决的法律基础有疑问,一般只有通过正式的上诉过程才可加以纠正。

西方法治国家的“司法独立”是指法官独立,实行法官负责制而非院长负责制。

由于历史传统等多种原因,中国原先对司法独立不够重视。近年来,随着一部分学者的呼吁和社会法治意识的提高,人们越来越关注司法公正和司法独立问题。(贺卫方,1995)然而,由于法制尚不健全,部分司法人员的职业素质仍有待提高,目前尚不可能实现西方意义上的司法独立。但由于司法独立对维护司法公正的至关重要性,中国最高人民法院于1999年10月颁布了《人民法院五年改革纲要》,旨在提高法官素质并精简法官队伍,增强法院和法官个人的独立性,使之成为“真正意义上的法官”。^[28]最近,司法考试的统一也可被

[28] “我国法院将进行重大改革”,《新华日报》1999年10月25日,引最高法院副院长祝铭山语。

认为是司法改革的一个环节。因此,在“转型”阶段中,中国司法制度的特征仍然是“法院独立”,但越来越强调法官个人的独立性。《法官法》所表达的“法官独立”,正是体现了这个理念。

对于中国实现“法官独立”的困难,见陕西省富平县法院的法官王亚光的遭遇:他因为“死不认错”,和该院审判委员会抗争,最后被通报批评乃至免职“待岗”。^[29] 在河南省卢龙县法院,原院长贾庭润也因拒绝按照“上面”的意思定案,被革去院长职务,赶出法院,成为县司法局一名普通干部。贾被贬后又受到“留党察看”两年的处分,行政级别和职务工资分别降了两级,从原来的620元降到350元,致使多病缠身的贾连医院都住不起。^[30] 如果司法制度得不到有效的改革,至少可以说河南的那个地区在今后很长时间内出不了贾庭润那样的法官了。

中国司法改革旨在提高法官素质、保证司法公正。

中国离法官独立仍有相当距离。

探讨

如何看待民意审判?

司法不独立不仅体现于政府对司法的干预,有时也体现为司法对公共舆论的让步。2006年4月,许霆发现广州某地的银行自动柜员机(ATM)出现异常,自己银行卡的余额只有170多元,却能取款1000元而不能如实扣账,便连续取款170次,先后获得17余万元。由于17万元已经构成“数额特别巨大”,广州中级法院一审判决许霆无期徒刑,结果引起全国巨大反响,舆论普遍认为判决过重。在请示最高法院之后,广州中院二审判决五年徒刑。^[31] 许多人认为,这个结果标志着民意的胜利,但也有不少人担忧媒体对司法的干预。另外,舆论干预也可能产生畸轻畸重的结果。在云南,一位大学生恶意取款40多万元。虽然已经退还了钱,但还是判了无期徒刑,并且到广州许霆案发生时已经服刑7年。^[32] 由此可见,民意未必能在所有情况下及时有效地发挥作用。

事实上,许霆案并不是民意审判的首例。早在2002年4月,沈阳“黑道霸主”刘涌被一审判处死刑,但二审因证据不足而改判死缓,判决书甚至认为侦查过程可能存在刑讯逼供。虽然似乎得到大多数刑法学家的肯定,改判引起了相当强烈的社会抗议,并被不少民众认为是权力和金钱干预的结果。2003年12月,最高法院“破天荒”首次提审刘涌案,并亲自再度判决死刑,许多人

[29] “依法判案何罪之有”,《人民日报》2001年2月22日;黄广明:“一名法官‘抗上’的代价”,《南方周末》2001年3月22日。

[30] 郭国松:“恪守法官的良知有多难?”,《南方周末》2002年12月5日。

[31] 李朝涛等:“许霆轻判庭上惊叹一片,法院称属特案特判”,《信息时报》2008年4月1日。

[32] 参见“云南版‘许霆案’有望改判”,《楚天都市报》2008年4月16日。

为此拍手称快。^[33] 2008年4月,新任最高法院院长在讲话中明确表示,死刑判决需要考虑有关行为的违法性质、社会危害以及人民群众的“感觉”。

你如何看待“民意审判”? 死刑判决是否应考虑多数人的“民意”和“感觉”? 为什么? 如何在维持舆论监督的基础上保证司法独立? 在人大制度没有充分发挥作用的情况下,民意可能发挥什么积极作用?

思考 2001年修正的《法官法》规定了法官的考核与奖惩制度,并设立了法官考评委员会,由5—9人组成,本院院长任考评委员会主任。(第48—49条)法官从最高法院院长(“首席大法官”)起,分为大法官、高级法官和法官12级。(第18条)“法官等级的确定,以法官所任职务、德才表现、业务水平、审判工作实绩和工作年限为依据。”(第19条)从目前任命情况来看,法官等级和所担任职务等级有很大关系,这些规定和实践是否有利于法官独立? 为什么?

1982年宪法并没有规定法院不受立法机构——人大及其常委会——的“干涉”。事实上,各级法院的领导都由同级人大选举,向同级人大及其常委会负责并汇报工作。你如何看待法院和立法机构之间的关系? 如何防止法官受到同级人大或政府部门的压力而实行地方保护主义? 现在某些地方所实行的“个案监督”制度,即人大或常委会调取反映意见比较大的司法决定,并对发现有问题的责成司法机关重新考虑。这项制度是否符合宪法第125条保证的“法院独立”? (参见本书第三章关于洛阳玉米种子案的讨论)

动态

司法改革的歧路——“唱红打黑”与“重庆模式”的破产

2008年,随着肖扬院长的离任,最高法院制定了《人民法院第三个五年改革纲要》,中国司法改革似乎迷失了方向。最高法院要求各级法院学习四十年代延安时期的“马锡五模式”,鼓励法官去“田间地头”办案,甚至对各级法院硬性规定调解率,似乎唯有“大调解”才能“让人民满意”。法学界不仅有人借用美国的“司法能动”话语为此背书,而且有人反对先前的司法职业化改革方向,提倡司法“民主化”或“大众化”。^[34]

[33] “最高法院今日提审‘刘涌案件’有两大悬念”,《北京晨报》2003年12月18日。

[34] 关于司法职业化与大众化之争,参见张千帆:“司法大众化是一个伪命题”,《经济观察报》2008年7月26日;何兵:“司法民主化是个伪命题吗”,《经济观察报》2008年8月28日;贺卫方、陈忠林:“中国法治应该怎样向前走”,《经济观察报》2008年10月18日。

与此同时,薄熙来主政下的重庆开展了轰轰烈烈的“唱红打黑”运动,通过王立军掌控的公检法系统实行运动式执法、突击式审判,用刑讯逼供等手段制造了大量冤假错案。

2012年初,薄熙来因对其妻谷开来杀人案的处理极不满意,打了王立军一巴掌,致使后者上演夜逃美国驻成都领事馆的大戏,才牵出重庆黑幕。同年8月,薄熙来因受贿、贪污、滥用职权而受到审判。庭审过程跌宕起伏、众人瞩目,甚至被称为“世纪审判”。微博直播是此次庭审的重大亮点,兴许能为推动审判公开提供契机;被告被赋予相当程度的辩护权,对三项指控给予有力回驳。虽然薄熙来被判处无期徒刑,但是各地尤其是重庆本地仍有一些民众支持“打黑”,认为他为市民办了实事。

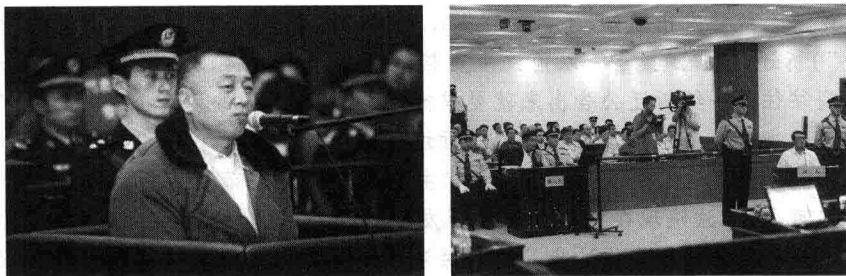


图5.9 左图为律师李庄在重庆受审,右图为曾经叱咤风云的王立军在薄熙来案件审判中作证。

2013年11月召开的十八届三中全会为司法改革“拨乱反正”,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》部署了三个方面的司法改革。首先,“确保依法独立公正行使审判权检察权。改革司法管理体制,推动省以下地方法院、检察院人财物统一管理,探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度,保证国家法律统一正确实施。”其次,“健全司法权力运行机制……改革审判委员会制度,完善主审法官、合议庭办案责任制,让审理者裁判、由裁判者负责”。最后也最重要的是,“推进审判公开……增强法律文书说理性,推动公开法院生效裁判文书”。

评注 获得司法救济的权利^[35]

另一方面,在涉及公民基本权利的某些案件中,中国法院的自由裁量权又确实不受控制。虽然许多国家的宪法都没有明确规定,但法治国家的长期传

[35] 曾民、陈海:“79号文和它的两个反对者”,《南方周末》2003年1月16日。

统表明司法救济之获得是公民的一项基本权利。根据“没有救济,就没有权利”的逻辑,获得司法救济的权利可以说是所有其他权利获得保障的前提。英国历史悠久的“释放人身令”(Writ of Habeas Corpus)在本质上是一种司法救济权,也就是当某人遭到政府扣押时,他有权要求政府迅速将他移交给法院,由法院裁决扣押是否合法。但在中国,司法救济权尚未受到充分重视。一个突出的体现就是政府或法院自身有时随意限制受案范围,从而使得某些公民的合法权利失去了司法保障。和所有法治国家不同的是,中国所有级别的法院都有一个特别机构——立案庭。许多案件在立案阶段就被挡在法庭门外。

近年来,拆迁是一个不少地方法院避之唯恐不及的敏感问题。例如浙江省法院系统曾发出通知,不再受理拆迁人提出的强制腾退(即通常所说的“强迁”)拆迁户的官司。^[36] 以前法院直接受理拆迁人的强制腾退诉请,导致开发商往往是一纸拆迁公告出来就要求拆迁户搬家;不搬的话,就法庭上见。但据说后来有一个基层法院在强制执行过程中出现了伤亡事故,“震动很大,所以中院才出了这么个通知。”通知的“主要精神还是规范房屋拆迁,让老百姓有路可走”。法院现在把拆迁户和开发商拉到一起,劝告他们协商解决,“有时甚至敦促开发商多作让步。”这种做法可能具有一定的效果,但从宪法的角度看,地方法院是否有权宣布不受理某一类诉讼?受案范围的限制是否真正解决了拆迁问题的症结?为什么?难道法院在此作出有利于拆迁户的决定所用的手段——限制受案范围,不能被同样用来作出不利于拆迁户的决定——拒绝受理拆迁户为了维护自己权利而提出的诉讼?

事实上,早在1996年,最高法院就下发过“关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复”,规定公民可以对不服的有关政府裁决向法院起诉,“法院应当作为行政案件受理”。然而,实际上拆迁官司仍然很难打:“拆迁官司难,立案难、审理难、胜诉难。”2002年2月,北京曾发生过一起著名的拆迁官司,1万多名被拆迁户联名向第二中级法院提起行政诉讼,被称为“万人诉讼”,但最终法院没有审理。^[37] 从2002年底开始,最高法院着手制定关于拆迁案件的全面司法解释,出台了《关于审理城市房屋拆迁行政案件若干问题的规定》征求意见稿。该规定的指导思想以保护被拆迁人的合法权益为主,兼顾拆迁人的合法权益,通过法院的公正审判来规范和监督行政机关依法行政和履行职责,要求法院在原则上受理拆迁当事人因不服行政机关做出房屋

[36] 见陶丰、谢春雷:“浙江法院‘拆迁’变法”,《南方周末》2003年10月9日。

[37] 段宏庆:“等待最高法院拆迁司法解释”,《财经》2004年第11期(6月5日),第104-109页。

拆迁的具体行政行为而提起的诉讼。

2011年国务院颁布实施的《国有土地上房屋征收与补偿条例》第14条明确规定：“被征收人对市、县级人民政府作出的房屋征收决定不服的，可以依法申请行政复议，也可以依法提起行政诉讼。”

根据法院组织法，中国法院共分四个等级。第一，基层法院包括县、市、自治县和市辖区法院。（第18条）第二，中级法院包括在各省与自治区内按地区设立、在直辖市内设立、在省与自治区辖市以及自治州的法院。（第23条）第三，高级法院包括设于各省、自治区和直辖市的法院。（第26条）最后，最高法院是“国家最高审判机关”。（第30条）

中国法院分为4个等级。

除了这些法院以外，还有设在特定部门或审判特定案件的“专门法院”。1979年的法院组织法规定，专门法院包括军事法院、铁路运输法院、水上运输法院、森林法院等。这些法院专门受理与设立部门有关的专业性强或涉及机密的特殊案件。1982年宪法规定，军事法院院长由最高人民法院院长提请全国人大常委会任免。其他法院的组织和职权由全国人大及其常委会专门规定。

法院审判管辖权的划分部分取决于案件的重要性。法院组织法第21条与第25条规定，下级法院对它所受理的刑事和民事案件，认为案情重大应当由上级人民法院审判的时候，可以请求移送上级人民法院审判。基层法院审判刑事和民事的第一审案件，但是法律、法令另有规定的案件除外。（第21条）除了审判案件外，基层法院还处理不需要开庭审判的民事纠纷和轻微的刑事案件，并指导人民调解委员会的工作。（第22条）基层以上法院的审判范围包括法律、法令规定由其管辖的第一审案件，下级法院移送审判的第一审案件，对下级法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件，以及检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件。（第25、28、32条）最高法院对于在审判过程中如何具体应用法律、法令的问题，进行解释。（第33条）

中国法院审判管辖权的划分部分取决于案件的重要性。

探讨

“司法解释”与民主过程

和西方国家的最高法院不同，中国最高法院指导、协调并统一各地法院审判工作的主要方式不是通过判决个案，而是发布普遍的司法解释。尽管最高法院也审理个案，^[38]但由于中国不承认普通法国家判例的“先例”（precedents）效力，最高法院的判决很少发挥统一法律解释的作用。最高法院还通

[38] 对于最高法院判决的个案代表，见“成克杰受贿案”，最高人民法院刑事裁定书，（2000）刑复字第214号。参见《最高人民法院公报》2000年第5期，第161—162页。

中国宪法并未明确规定法院的司法解释权,但司法解释是最高法院的重要职能。

过其《公报》或其他途径有选择地发表一些下级法院的司法决定,但这些决定主要是作为裁判文书的“榜样”,而不是确立特定领域中的法律解释。在这方面,作用更大的是最高法院针对下级法院(通常是省、自治区或直辖市的高级法院)对特定问题的请示所发表的“批复”,例如对山东省高级人民法院请示齐玉苓案的批复。(参见本书第三章)这类批复也被广义地称为“司法解释”,因为它们解决了某一类问题的法律解释,如宪法受教育权——或更广泛地说,宪法规定的任何权利——是否能被作为独立的判案依据。但最高法院还专门发表“司法解释”,以集中解决特定法律中的疑难问题,如2000年施行的《关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》。所谓“司法解释”,就是最高法院对法律与法规的意义及适用进行抽象性的解释。一般来说,司法解释的形成是基于全国各地法院在特定领域的个案判决之上,但又并不针对任何特定的个案。在这个意义上,司法解释是一种“抽象司法行为”,相当于最高法院对法律或法规的进一步细化,约束并指导着所有下级法院的审判实践。1982年宪法并未明确规定最高法院有“司法解释”的权力,但它被证明是最高法院最重要的职能之一。

司法解释有时可能补充或扩展原来的法律规定。

最高法院的大多数司法解释都是对特定法条的正常意义之阐述,然而,在某些情形下,司法解释补充或扩展了原来的法律。例如《行政诉讼法》第25条规定:“由法律、法规授权的组织所作的具体行政行为,该组织是被告。”因此,能够作为行政诉讼被告的主体似乎是由“法律、法规”授权的组织。但最高法院在2000年的解释指出:“法律、法规或者规章授权行使行政职权的行政机关内设机构、派出机构或者其他组织行使行政职权,超出法定授权实施行政行为……应当以实施该行为的机构或者组织为被告。”^[39]由于“规章授权行使行政职权”的组织也能成为被告,最高法院的司法解释扩充了被告的范围。这时,法院实际上在行使着本属于全国人大或常委会的立法职能。在更多的情形下,原来的法条意义不完全清楚——例如《行政诉讼法》中所规定的“具体行政行为”,因而需要最高法院加以界定。当然,按照宪法规定,全国人大常委会具有解释法律的最高权力。但由于种种原因,人大常委会迄今为止在刑法领域外很少行使这项权力,而大多数法律都包含着需要通过解释才能适用的抽象条款,因而最高法院的司法解释对判案发挥着重要作用。

美国联邦法院不能发布抽象的司法解释。

西方对于这个问题的处理方式大同小异。美国联邦宪法第3条把司法职能限于决定“具体争议”(cases and controversies),因而严格禁止法院制定任何具有外部约束力的“抽象司法行为”。当然,作为普通法国家,美国法院对法律的司法解释具有先例作用,但先例必须是在具体个案中形成的,法官或法

[39] 同注[35],第20条。参见《最高人民法院公报》2000年第3期,第87—93页。

院不可能超越个案而独立发布任何“司法解释”。美国的处理方式主要有两种考虑。首先,普通法传统认为,任何超越个案的抽象解释或理解都带有任意性;如果法律的意义是不确定的,那么它只能在个案中体现出来,而司法职能正是把抽象的法律规定运用到具体个案中去。更重要的是,抽象的“解释”在性质上属于立法行为,而这项权力仅属于人民代表,因而是法官不能染指的;假如法官超越个案而“解释”法律,那么他就跨越了司法权力的边界,进入在本质上不属于其权力范围的领域,从而也侵犯了法治与民主原则。(为什么?)

和联邦法院不同,美国的某些州法院、欧洲大陆国家的法院以及国际法院可以发表特定的“抽象司法行为”——咨询性意见(advisory opinion)。所谓“咨询性意见”,是指法院应政府其他部门——立法机构、行政首脑或部门首长——的邀请,对宪法或法律的特定条款进行阐释。这类意见一般仅限于特定条款,而不是整个一部法律,且只是“咨询性”的,因而没有法律约束力——申请咨询的部门可以把法院解释作为参考,但没有法律义务遵从之。对于下级法院,咨询性意见同样只有参考作用。因此,总的来说,尽管某些西方法院可以发布抽象意见,它们不能发表任何抽象的具有约束力的“司法解释”。

某些国家的法院可以发布抽象的咨询意见,但这类意见一般没有法律约束力。

思考 由于宪法并未明确授权最高法院进行“司法解释”,法院组织法第33条的规定是否符合宪法?为什么?对于不适当的司法解释,中国宪法提供了什么纠错机制?美国禁止“抽象司法行为”的理由是否适用于中国法院?为什么?

法院审判案件实行两审终审制。(第12条)地方各级法院第一审案件的判决和裁定,当事人可以按照法律规定的程序向上一级法院上诉,检察院可以按照法律规定的程序向上一级法院抗诉。地方各级法院第一审案件的判决和裁定,如果在上诉期限内当事人不上诉、检察院不抗诉,就是发生法律效力的判决和裁定。中级、高级和最高法院审判的第二审案件的判决和裁定以及最高法院审判的第一审案件的判决和裁定,都是终审的判决和裁定,也就是发生法律效力的判决和裁定。死刑案件除由最高人民法院判决的以外,应当报请最高人民法院核准。(第13条)根据1983年的修改,对于因杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安而判处死刑的案件,最高法院“在必要的时候”可授权高级法院核准。鉴于死刑复核权的下放产生了一系

中国也实行两审终审制度,但死刑案件须报最高法院核准。

列问题,最高人民法院的《人民法院第二个五年改革纲要》已收回死刑复核权,并组建了相当庞大的团队履行复核职能。

评注 中国法院的判决书

判决书的作用正在于解释事实认定是否清楚,或对法律的理解是否正确。中国法院的判决书说理不够。

中国司法改革的一个重要内容就是判决书的改革与公布。以前,中国法院不太注重裁判文书的推理、论证和书写方式,“八股”作风和形式主义比较严重。判决书通常包括事实认定、适用法条和结论,而忽略了如何解释法律并把法律条文适用到个案事实的说理过程。例如在行政诉讼判决书中,法院最后几乎都会引用《行政诉讼法》中“事实认定清楚”、“适用法律正确”的套话,然后结论便不证自明了。但判决书的作用正是在于阐释为什么行政官员的事实认定是清楚的,或对法律的理解是正确或错误的。在—项争议中,双方对某些关键事实所提供的说明必然是不同的,对法律条文的含义之理解注定也是不同的——否则,假如真是那么“不证自明”的,怎么还会产生任何争议呢?即使法官亲自调查,也未必能完全弄清事实的真相,因而必须决定更相信某一方的陈述。法官究竟根据什么证据规则或原则采信哪一方的版本?这是必须加以说明的问题,而且事实问题通常很复杂,需要花费大量篇幅分析各方观点的可信度。适当地解释法律更是法官的义务,而法律条文本身往往是不清楚的,因而需要法官根据立法目的、精神以及某些普遍的法律原则加以解释。所谓“解释”,就不是一个简单的结论,譬如宪法第46条的“受教育权”就是适用或不适用于某个特定案子。(参见本书第三章的齐玉苓案)根据具体需要,法院还必须说明宪法保护“受教育权”的目的是什么,究竟适用于什么类型的被告,包括哪些内容(例如是否包括免费中等教育或职业培训,为什么?),可能有哪些对立因素要求削弱受教育权的保护,这些考虑是否为某些更超越的目标或原则所支持,等等。在这方面,中国法院到目前做得可以说还远远不够。尤其和英、美及欧盟国家的法院意见书相比,中国法院判决书的质量还有相当差距。最严重的问题是,由于一直不对外公开,裁判文书中的漏洞和缺陷不能受到法学界和社会的审查与监督,从而变相维持了判决书的低质量。^[40]

[40] 梁书斌:“一份判决6处错误,牡丹江中院低劣裁判文书引起当事人强烈不满”,《光明日报》2005年6月17日。



图 5.10 一农民工手持拍卖判决书的牌子,孤零零地等待“买主”前来搭话。

司法论证和推理不严密,无疑将造成法律和事实的脱节,显著增加错判误判的可能性,从而削弱司法公正。为了推动审判方式的改革,促进司法公正,最高法院发布了《裁判文书公布管理办法》,[41]从2000年起有选择地向社会公布裁判文书。目前,最高法院公布裁判文书主要有五个渠道:第一,对于“有重大影响的案件”,通过中央新闻媒体(例如《人民日报》和《法制日报》)公布;第二,对于“具有典型意义、有一定指导作用的案件”,通过《最高人民法院公报》、《人民法院报》等机关报刊不定期公布;第三,对于“日常的裁判文书”,通过因特网在最高法院网站(www.court.gov.cn)和《人民法院报》网站(www.rmfb.com)公布,是公布裁判文书的一种主要形式;第四,最高法院专门为公众设立裁判文书查阅室,任何公民都可以凭身份证到设在北京的查阅室查阅已公布的裁判文书。第五,人民法院出版社有选择地定期公布裁判文书汇编。应该指出,这些措施对于提高中国法院判决书的质量是有意义的,并已获得某些地区的积极响应。[42]

《公布管理办法》还规定了“不宜公布”的几种情况:“裁判文书中涉及国

判决书的公开化是社会监督司法公正的一个渠道,最高法院有选择地公开部分裁判文书。

[41] 法办发[2000]4号,2000年6月15日起施行。参见《最高人民法院公报》2000年第4期,第118页;“最高人民法院公布首批审理案件的裁判文书”,《新华日报》2001年6月20日。

[42] 例如见江苏省高级人民法院:《优秀裁判文书汇编》,2000年(内部资料)。

几类判决书“不宜公布”。

家政治生活,公布后可能产生不良影响的”;“案件涉及国家机密、商业机密,未成年人犯罪和个人隐私情况的”;“裁判文书比较集中反映死刑数字的”;“裁判文书中过多涉及其他人和事,因可能会给他人造成精神压力或给法院工作带来不利影响而无必要公布的”;“裁判文书中的理由部分说理不透彻,不足以印证裁判主文的”;“裁判文书文字表达存在缺陷、错误的”以及“其他不宜公布的裁判文书”。最后,对于“擅自对外公布裁判文书造成重大恶劣影响的,按照有关规定追究有关人员的责任”。

除了判决书本身的质量等问题外,中国目前还普遍存在“执行难”问题。由于种种原因,即便事实和法律都没有问题的法院判决也未必得到有效的执行。法院判决不能及时兑现,当事人的合法权益得不到保障,判决书成为一纸空文。少数当事人甚至在百般无奈的情况下,当街叫卖判决书——如果有谁可以帮助执行判决,就可以得到判决标的和“拍卖”金额之间的差价。这种现象无疑严重削弱了司法威信和政府诚信,也加剧了社会对司法效力的不信任。如果即便赢了诉讼也不意味着获得救济,也就难怪司法成为许多人尽量回避的“最后一条路”、“没有办法的办法”。如果农民工打赢了官司也得不到拖欠的工资,那么他们就只有诉诸其他的非法律途径了。^[43]

思考 你认为最高人民法院的上述措施对提高判决书的质量是否充分? 还有哪些地方需要改进? 是否应该对“擅自对外公布”的人追究责任? 究竟按照什么“有关规定”追究什么性质(政治? 行政? 法律?)的责任? 在何种情况下,公布裁判文书会“造成重大恶劣影响”?

探讨 建立中国的判例制度?

近年来,一些地方法院借鉴普通法的制度创新可能有助于提高判决书的质量,从而保证司法公正。2002年,河南郑州市中原区法院率先采用了“先例判决”制度,并大胆付诸司法实践,成为法学界关注和争议的焦点。^[44] 简言之,中原区的做法是通过审判委员会确定一个“先例”范围,以后类似案件的判决就“依葫芦画瓢”,和先前的判决保持一致。这种做法的目的是提高审判效率,保证判决的一致性和确定性。最高法院似乎已经肯定了这一实践。

[43] “农民工胜诉后拿不到血汗钱,当街叫卖判决书”,《华商晨报》2005年10月11日。

[44] 张千帆:“‘先例’与理性——为中国的司法判例制度辩护”,《法制日报》2002年10月31日。

2005年10月,最高法院出台了《人民法院第二个五年改革纲要》,规定了2004年至2008年司法改革的主要内容,其中第二大项专门是关于“改革和完善审判指导制度与法律统一适用机制”。

事实上,遵循先例是法治的普遍要求,因而建立某种形式的判例制度确实是中国的当务之急。但“先例”不应该由法院钦定,因为先例的效力主要不是靠命令产生的,而是来自于它的合理性和说服力。在判例制度从无到有的过程中,法院审判委员会可以采取一些积极引导措施,但同时是要防止行政过度干预的倾向。最重要的是通过判例制度形成一种运用先例的思维方式,掌握比附、区分案例的司法技能,并进而从社会政策的角度体会、反思与评判先例的合理性。为了建立统一的判例体系,中国法院应该积极转变司法职能。上级法院的主要作用不是审理“大案”“要案”,也不是作出抽象的“司法解释”,而是通过具体判例过程统一下级法院的司法解释。最后,各级法院应该尽快公布全部司法判决书,至少及时公布法院自己认为是“先例”的判决意见。为了保证先例判决符合社会发展的需要,全国法院应该建构一个判例的互联网体系。

与此同时,一些地方的法院开始改革判决书的写作方式。上海市中级法院曾发表法官的不同意见,北京市第一中级法院稍后也采纳了这种做法。^[45] 2003年12月21日,李冰花了112元买了两张华星影城的电影票,准备看《手机》,但在检票时工作人员以其所带饮料非影城所售为由,拒绝让其入场。李冰认为,华星影城禁止观众外带饮料和食品的规定严重侵犯了消费者的正当权益,排斥了消费者的正当选择权。2004年9月,海淀法院一审判决驳回了其诉讼请求。上诉后,北京一中院的判决书首次公开写明了合议庭截然不同的两种意见,其中多数意见驳回消费者上诉请求,但认为影院构成侵权的少数意见也呈现在判决书中。原告公开表示:“这是一份值得尊重的判决书。尽管败诉,我仍然接受。”华星影城则接受法院建议,降低了部分饮料价格。由此可见,判决书公开不同意见的实践完全可能产生良好的社会效果。

思考 判例制度或“先例判决”制度是否符合1982年宪法?为什么?在中国实行判例制度存在什么理论和实践上的障碍?需要做好哪些准备?

[45] “华星影城案判决书公开法官分歧”,《新京报》2005年6月23日。

(二) 检察院

1982年宪法规定,“检察院是国家的法律监督机关,”(第129条)设有最高检察院、地方各级检察院和军事检察院等专门检察院。最高检察院检察长由全国人大产生,其任期和全国人大相同,连续任职不得超过两届。(第130条)地方各级检察长由同级人大任免,并报上一级检察院检察长提请该级人大常委会批准。(检察院组织法第22、23条)副检察长、检察委员会委员和检察员由检察长提请本级人大任免。全国和省、自治区、直辖市人大常委会根据本级检察院检察长的建议,可以撤换下级检察院检察长、副检察长和检察委员会委员。(检察院组织法第26条)

检察院是“法律监督机关”。检察长由同级人大任免,报上一级人大常委会批准。

检察院的领导体制历年来经历了较大变化。1951年,中央人民政府委员会通过了《各级人民检察署组织通则》,规定了检察机关的双重领导体制,即地方各级检察院同时受上级检察署和同级人民政府委员会的领导。1954年宪法和检察院组织法改为垂直领导,规定“地方各级人民检察院独立行使职权,不受地方国家机关的干涉”,并在上级检察院的领导和最高检察院的“统一领导”下进行工作。1978年宪法把检察院上下级之间的领导关系改为监督关系。但1979年第五届全国人大第二次会议修改宪法并制定了检察院组织法,又把上下级关系改回领导关系,并恢复了双重领导体制。这项体制延续至今。1982年宪法规定,“检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”(宪法第131条)最高检察院是“最高检察机关”,领导地方各级检察院和专门检察院的工作,并对全国人大及其常委会负责。(宪法第132条)

检察院的上下级关系历年来多次变化。

检察院组织法第5条规定了检察院的职权,主要包括下列方面:第一,“特种法纪监督”:对于叛国案、分裂国家案以及严重破坏国家的政策、法律、法令、政令统一实施的重大犯罪案件,行使检察权。第二,“普通法纪监督”:对于国家工作人员的一般渎职犯罪活动进行监督,对需要检察院直接受理的刑事案件进行侦查。第三,“侦查监督”:审查公安机关侦查的案件,决定是否逮捕、起诉或者免于起诉;监督公安机关的侦查活动是否合法。第四,“司法监督”:对于刑事案件提起并支持公诉,监督法院的审判活动是否合法。第五,“执行监督”:监督刑事案件判决、裁定的执行,以及监狱、看守所、劳动改造机关的活动是否合法。第六,“依法保障公民对于违法的国家工作人员提出控告的权利,追究侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利的人的法律责任”。(第6条)各级检察院设立检察委员会,实行民主集中制。在检察长主持下,检察院讨论决定重大案件和重要问题。如果检察长在重大问题上不同意多数决定,可以报请本级人大常委会决定。

检察院的职权。

探讨 “检察独立”的困惑

1954年和1982年宪法把检察院作为一个独立于行政(国务院)和法院的监督和起诉机构。1954年宪法侧重检察院对行政机构的一般监督,但被认为取代了执政党的职能而被取消,1982年宪法则更侧重其起诉职能。然而,检察院究竟属于政府的“司法”(judicial)还是“执法”(executive)分支?这是一个素来就有争议的问题。西方国家对“司法机构”的定义比较狭隘,仅限于诉讼审判机构。中国检察院所行使的一个主要职能——刑事起诉,在西方一般归并为行政分支——例如美国的司法部,相当于在法院代表政府起诉方的律师。因此,一个自然的问题是检察院是否能被归并到从属于国务院的司法部。但中国的检察院目前还分担着监督司法审判并提起抗诉的职能,因而在这个意义上可以被视为传统司法机构的补充。笔者在此根据中国理解,把检察院作为“司法”性质的机构处理,但读者应该知道它和西方意义上的“司法机构”是不同的。

中国的检察制度虽然未必是世界主流,但是提出了一个普遍存在的问题:如何保证检察官的独立性?要知道,起诉犯罪是一项巨大的权力;如果检察职能完全依附于政治,如果执政党完全控制检察机关,因而可以动辄调查并起诉在野党的骨干分子,那么民主就名存实亡了。在台湾地区,不仅“红衫军”的“天下围攻”没有导致陈水扁下台,而且后来“绿营”反击并揭露国民党主席马英九将政府补贴官员的“特别费”公款私用。2007年2月,台北高检署以贪污罪起诉马英九。马英九随即按先前承诺,辞去国民党主席职务,但仍然参加台湾地区领导人选举。8月14日,台北地方法院一审判决马英九无罪,目前检方已提出上诉。问题在于,国民党总统候选人的案件已经进入二审阶段,而民进党候选人谢长廷等人涉嫌的弊案却还没有进入实质性调查和起诉阶段,这种区别对待是否体现了司法过程的政治干预?如果将检察机关隶属于“司法”部门,似乎有助于保证起诉过程的独立与公正。

然而,各国主流模式并没有简单将公诉机关归并为“司法”职能。事实上,美国在这个问题上的态度是暧昧的。一方面,在1988年的判例中,^[46]美国最高法院的多数意见明确肯定了独立检察官制度的合宪性,因而国会可以通过立法成立专门的临时调查和公诉机关。在水门事件之后,“独立检察官”成为美国报纸头版头条频繁出现的字眼。另一方面,美国一般的检察机关隶属于行政而非司法。在上述判例的反对意见中,斯格利亚法官(J. Scalia)认为刑事起诉是纯粹行政性的权力,因为是否起诉的决定取决于许多政策性考

刑事起诉职能在西方被归为行政部门。中国检察院兼有起诉和监督职能。

[46] Morrison v. Olson, 487 U. S. 654 (1988).

量,例如外交与安全,而这类考量的自由空间极大,不可能受到政策的严格规范。至于如何防止起诉权的滥用,斯格利亚认为一是靠三权分立自身建立起来的相互制约机制,二是最终依靠民主政治压力,因为公诉部门的负责人司法部长对总统负责,而普选产生的总统直接对选民负责。事实上,独立检察官制度并不能保证检察官个人公正行使起诉权。既然要保证“独立”,检察权反而得不到任何政治控制;由于独立检察官的职责是选择案件和被告,而挑选调查对象并罗织罪名将成为起诉权的最危险滥用。当然,如果检察官隶属于行政系统,那又将面临如何保证检察不受行政和政治控制的问题。

你认为选民压力是否足以保证检察公正?如何从制度上既保证检察独立,又防止检察官个人的任意性或政治影响?

思考 授权检察院监督法院判决,是否会对司法独立产生不利影响?权力导致腐败,检察院也不例外。^[47] 监督者本身的监督问题总是存在的——你认为应该由谁来监督检察院?和“法院独立”与“法官独立”问题类似,你如何理解“检察院独立”和“检察官独立”之间的关系?是否应该提倡检察官个人独立行使检察权?

根据检察院组织法第22、23条,地方各级检察长的任免须报上一级检察院检察长提请该级人大常委会批准,而对地方各级法院院长的任免却没有类似规定。为什么检察长的任免需要受制于更多的程序控制?

评注 “公检法”的分工

宪法第135条规定,法院、检察院和公安机关办理刑事案件,“应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”三者的具体分工主要见于检察院组织法。一般来说,公安机关负责对刑事案件的侦察、拘留、执行逮捕和预审,检察院负责批准逮捕、提起公诉、侦察直接受理的案件,法院则负责审判。

检察院组织法第11条规定,检察院发现并且认为有犯罪行为时,应当依照法律程序立案侦查,或者交给公安机关进行侦查。侦查终结,检察院认为必须对被告人追究刑事责任时,应当向法院提起公诉;认为不需要追究刑事责任时,应当说明理由并将原案撤销;如果需要补充侦查,应通知公安机关补充侦

公检法对办理刑事案件分工负责。

[47] “人民检察院为何贪官多?七种权力集一身滋生腐败”,<http://news.163.com>,2005-11-14。

查,亦可自行侦查。第14条规定,检察院对于公安机关移送的案件所作的批准逮捕的决定、不起诉或者免于起诉的决定,公安机关认为有错误时,可以要求检察院复议,并且在意见不被接受时可以进一步要求上级检察院复核。上级检察院应当及时作出决定,通知下级检察院和公安机关执行。检察院认为公安机关的侦查活动有违法行为,应通知公安机关予以纠正。如果认为公安机关对应当立案侦查的案件不立案侦查,检察院应要求公安机关说明不立案的理由;如果认为公安机关不立案理由不能成立,应通知公安机关立案。

如果检察院的起诉书包含明确的指控犯罪事实,法院应开庭审判。除适用简易程序的案件外,检察院应派员出席法庭支持公诉。如果发现法院审理案件违反法律规定的诉讼程序,检察院有权要求法院纠正。地方各级检察院认为本级法院第一审案件的判决和裁定有错误时,应当按照上诉程序提出抗诉。(检察院组织法第17条)如果认为法院有关减刑或假释的裁定不当,检察院应提出书面纠正意见;执行机关在刑罚执行过程中如认为判决有误,应请检察院或原判法院处理。法院组织法第14条、检察院组织法第18条都规定,最高检察院对于各级法院、上级检察院对于下级法院已经发生法律效力的判决和裁定,如果发现确有错误,应当按照审判监督程序提出抗诉。

检察院有权对错误的法院判决提出抗诉。

(三)特别行政区

各级法院是特别行政区的司法机关,行使特别行政区的审判权。(香港基本法第80条、澳门基本法第82条)香港特别行政区设立终审法院、高等法院、区域法院、裁判署法庭和其他专门法庭。高等法院设上诉法庭和原讼法庭。原在香港实行的司法体制,除因设立特区终审法院而产生变化外,予以保留。(香港基本法第81条)终审权属于香港特别行政区终审法院。终审法院可根据需要邀请其他普通法适用地区的法官参加审判。(香港基本法第82条)澳门特别行政区设立初级法院、中级法院和终审法院,终审权属于终审法院。(澳门基本法第84条)澳门还设立行政法院。行政法院是管辖行政诉讼和税务诉讼的法院。不服行政法院裁决者,可向中级法院上诉。(澳门基本法第86条)

特别行政区“法院独立进行审判”,不受任何干涉,且司法人员履行审判职责的行为不受法律追究。(香港基本法第85条、澳门基本法第83条)。澳门法院只服从法律,法官“依法进行审判,不听从任何命令或指令”,但遇到基本法第19条第三款所规定的国防与外交行为除外。法官在任职期间,不得兼任其他公职或任何私人职务,也不得在政治性团体中担任任何职务。(澳门基本法第89条)

基本法保证特区法院司法独立。

特别行政区法院的法官,根据当地法官和法律界及其他方面知名人士组

特区法官由行政长官任命,首席法官须征求立法会同意。

成的独立委员会推荐,由行政长官任命。(香港基本法第88条、澳门基本法第87条)澳门法官的选用以其专业资格为标准,符合标准的外籍法官也可聘用。香港终审法院和高等法院的首席法官,应在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民担任。终审法院的法官和高等法院首席法官的任命或免职,还须由行政长官征得立法会同意,并报全国人大常委会备案。(香港基本法第90条)澳门各级法院的院长由行政长官从法官中选任。终审法院院长由澳门永久性居民中的中国公民担任,其任免须报全国人大常委会备案。(澳门基本法第88条)

特别行政区的法官只有在无力履行职责或行为与职务不相称的情况下,行政长官才可根据终审法院的首席法官或院长任命的不少于三名当地法官组成的审议庭的建议,予以免职。(香港基本法第89条、澳门组织法第87条)香港终审法院的首席法官只有在无力履行职责或行为不检的情况下,行政长官才可任命不少于五名当地法官组成的审议庭进行审议,并可根据其建议予以免职。澳门终审法院法官的免职由行政长官根据澳门特别行政区立法会议员组成的审议委员会的建议决定,终审法院法官的任命和免职须报全国人民代表大会常务委员会备案。

澳门特别行政区建立了检察院,检察官由行政长官任命。

澳门特别行政区还建立了检察院。澳门基本法第90条规定,检察院“独立行使法律赋予的检察职能,不受任何干涉。”检察长由澳门永久性居民中的中国公民担任,由行政长官提名,报中央政府任命。检察官经检察长提名,由行政长官任命。

第五章复习题

1. 什么是“议会至上”?什么是“三权分立”?两者之间有什么联系与区别?什么是英国的“不成文宪法”制度?
2. 什么是总统制、责任内阁制、委员会制和双元首脑制?分别叙述总统制和内阁制下议会监督行政分支的机制。什么是“建设性不信任表决”?
3. 议会是如何发展起来的?有哪些职权?美国的国会和中国的全国人大以及特别行政区的“立法会”之间有何联系与区别?为什么人大代表需要职业化?
4. 论述美国、法国与德国总统之间的异同。其中哪一个更类似于中国的国家主席的职权?
5. 回顾“合众国诉尼克松案”,什么是美国总统的“执法特免权”及其限制?美国总统是不是有紧急状态权力?中国的国家主席是否有权宣布紧急状态?

6. 中国的国务院和英国及法国内阁以及欧洲共同体的执行委员会有何不同？香港与澳门特别行政区的行政首长和普通地方政府的职权及产生方式有何不同？
7. 什么是“分裂政府”？产生分裂政府的政治前提是什么？
8. 比较中国最高法院、美国最高法院、法国宪政院、德国宪政法院以及欧洲法院的管辖权之异同。美国最高法院是否能发布“司法解释”？为什么？特别行政区法院和普通地方法院的管辖权有何异同？

第六章 政党与选举

以上两章讨论了国家权力的划分和政府组织形式。但政府是如何形成的呢？谁并且如何才能成为国家官员？这个问题很重要，因为尽管我们在前两章费心设计了（中央与地方）政府之间和政府内部的种种制衡机制，但如果没有这一章所要探讨的政党民主，那么我们基本上就只能停留在古代御史或现代纪委和检察院的水平。虽然政府内部的制衡很重要，但中国历史就足以证明，无论设计如何精巧，光靠它们是不够的；要保证政府整体上符合公共利益，防止“官官相护”或陷害忠良，（参见本书第二章对宪政制度与文化的讨论）人民还必须对政府的产生具有直接的发言权。在现代民主国家，政府的产生离不开选举，而选举都是在政党及竞选机构的组织下进行的。我们都听说，政府是“为人民服务”的，而保证你得到“服务”的第一步就是你能够在官员的选择上发表自己的意见，并且你最后投的那一票和其他人一样能对官员的产生多少发挥一点作用。

这听上去简单，但选举其实是一个很复杂的过程，可能会发生五花八门的各类新鲜事。首先，你怎么知道选谁呢？你可以听候选人自己或别人介绍，但他们可能（或几乎肯定）会“骗”你，夸大自己、贬低别人。在某些民主尚处于“转型”时期的国家，他们可能还会来贿赂你——“买”你的选票，甚至通过某种方式胁迫你选他们想要你选的人。因此，如果选举要有意义，你首先必须能自由并理性地行使你的选举权；你还必须能够获得充分的信息，知道候选人一

仅有政府的内部制衡是不够的。现代民主政府的产生离不开选举，而选举都是在政党及竞选机构的组织下进行的。理性的选举需要充分的真实信息。

政党可以帮助选民弄清候选人的背景。

旦上台后究竟想干什么——他是不是支持保障个体经济的所有权？是不是会为农民建立一套社会福利的基本保障（如果你是城市居民，你可能会认为那是在花你的纳税钱）？是不是赞成两岸统一？等等。既然出来投票了，你总得把一个自己喜欢的人选上去，不要“选错对象”了。

你会发现，要弄清这些人的背景是很困难的，而政党可以帮助你，因为你平时早已对他们的政策纲领耳濡目染了；因此，你只要选举某个你平时喜欢的政党所支持的候选人就够了。不同的政党代表不同的纲领，吸引不同的选民群体。但政党多了，政府又容易变得不稳定，极左和极右政党尤其是不稳定因素。有些国家的宪法允许政府取缔这样的政党，但这类权力运用得太多，政党的正常活动自由又将受到影响——因为你毕竟不想让政府替你决定政党的候选人。如果碰巧你就想做候选人，那么你遇到的问题更多了。这个位置可能已经被政府“内定”了，或者你会接到威胁你退选的匿名电话，甚至你所在的党正是政府想要取缔的。再说政府是否能对不同的政党区别对待——给这个党拨更多的财政资助，或提供更多的免费电视或广播宣传时间？如果你是属于这个党的，你当然很高兴，但其他人很可能会用宪法来挑战这种做法。

选举权可能会受到滥用。

最后，如果选举体制一“失控”，你很快会发现人的聪明才智如何用到“歪门邪道”上。^{〔1〕}你可能会注意到你所在的选区人数有十万选民，而邻近的选区还不到两万人，但两个区都同样只有一名代表；或者选区被划得乱七八糟的，结果发现你所在的选区多属于另一个党的选民，你所属的党根本不可能被选上；或者你所喜欢的候选人因法律对少数民族或妇女代表名额的规定而被挤掉了。如果你没有其他的办法改变这种状况，宪法或许能为你提供帮助。

这一章专门讨论政党组织选举并产生政府的过程，共分三节。第一节解释关于政党、选举和民主的一些基本概念。第二节探讨宪法对政党的作用，包括对政党活动自由的保障与限制。第三节讨论宪法所规定的选举程序及其所赋予的选举权。

第一节 民主、选举与政党制度

本章所谈论的政党与选举制度，都围绕着民主这个核心。民主不仅是理念和口号，必须在自由与平等的选举中得到落实，而政党主要是组织选举的

〔1〕 如果需要—一个乡镇人大代表直选“出格”的例子，见杨海鹏：“明公村‘人大选举日’事件”，《南方周末》2002年2月28日。

“机器”。这一节介绍有关民主、选举和政党的基本概念,并讨论了民主对选举的要求以及选举和政党制度之间的关系。

一、民主是什么?

民主首先是一种利益代表机制。实现民主的必要手段是选举,否则民主只是一句空话。

“民主”可以代表很多东西。我们经常听说,民主“是一种生活方式”,“是属于人民的不可剥夺的政治权利”,“是不可抗拒的世界潮流”。这些当然都对。但对于政治学家来说,民主首先是一种利益代表机制。它是一种决策程序——套用拉斯韦尔(Harold Lasswell,1992)的话说,决定着“谁在什么时候如何得到什么”。任何政治制度最终都会影响社会资源的分配,民主作为一种政治制度也同样如此。在实体意义上,它意味着普通人——具有选举权的所有公民(“选民”)——都能或多或少对国家的政治决定产生影响;在程序意义上——这是我们谈论民主的主要意义,它表达了人民选举代表(有时是人民自己)决定国家政策的基本思想。因此,选举和民主是密不可分的两个概念,选举是实现民主的必不可少的手段;没有符合一定标准的选举,民主就必然成了一句空话。

评注

“民主”一词探源

民主在中国古代是替民作主的意思,黄宗羲首先提出了“民主君客”思想。

“民主”对应于英文中的 Democracy,来源于希腊文 dēmokratia。这个词由两部分组成:dēmos 意指“人民”,kratia 的原意是“力量”或“权力”,后被用来代表“政府”与“统治”。因此,这个五四时期所称的“德先生”就是指由人民“当家作主”的政府或统治。由此可见,“民主”这个词用的还是相当准确的。不过,“民主”在中国经典中很早就出现了,但意思正好相反。《尚书·多方》说道:“天惟时求民主,乃大降显休命于成汤,刑殄有夏”;“乃惟成汤克以尔多方简,代夏作民主。”这里的民主显然不是由民做主,而是替民做主的意思;人民大众不是统治者,而是被统治者。到了近代,“民主”这个词在中国改变了含义。最早完成这个“价值颠覆”的大概是明朝黄宗羲(1610—1695)的《明夷待访录》。他继承孟子的“君轻民贵”思想,进一步阐发了“民主君客”学说:

“古者以天下为主,君为客;凡君之所毕世而经营者,为天下也。今也以君为主,天下为客;凡天下之无地而得安宁者,为君也。是以其未得之,荼毒天下之肝脑,离散天下之子女,以博我一人之产业……其既得之也,敲剥天下之骨髓,离散天下之子女,以奉我一人之淫乐……然则为天下之大害者,君而已矣!向使无君,人各得自私也,人各得自利也。”(《原君》)

黄宗羲的学说还包含着一定的宪政思想。既然统治的目的不是为了统治者的个人利益,而是为了广大人民的福利,衡量治乱的标准就不是朝代的兴衰。“盖天下之治乱,不在一姓之兴亡,而在万民之忧乐。是故桀纣之亡,乃

所以为治也；秦政蒙古之兴，乃所以为乱也；晋宋齐梁之兴亡，无与于治乱者也。”（《原臣》）天下的治乱，也不取决于法治的存亡，而取决于法的性质。他提出“三代之上有法，三代之下无法。”（《原法》）这并不是因为后来的国家没有法，而是其“所谓法者，一家之法，而非天下之法也”，因而是“私”法，是“非法之法”。“三代之法，藏天下于天下者也”；“后世之法，藏天下于筐篋者也。”由于统治者立法是为了一己之私，因而不得不设法防备他人侵越。“故其法不得不密。法愈密，而天下之乱，即生于法之中，所谓非法之法也。”这样的法并不能保障天下太平，而恰是斗争和混乱的根源。因此，“天下之治乱，不系于法之存亡。”换言之，只有符合正当目的之法，才能给社会带来长治久安。

虽然黄宗羲未必能被适当地比为“西方的卢梭、洛克、穆勒”，（林启彦，1989:3）在君主专制到处高扬的17世纪，他的思想不论在东方还是在西方都是超前的，因而说他是中国的洛克或卢梭并不过分。尽管黄宗羲并没有能超越儒家的民本主义传统，进而提出实现“民主君客”理想的政治制度，但对于自秦以来万马齐喑、原地踏步的中国政治思想，上述“离经叛道”的言论无异于振聋发聩的雷鸣，对后世产生了巨大的影响。到戊戌变法时代，谭嗣同等谈论“废君统、倡民主”，（《仁学·三十》）“民主”一词已经和“平等”“自由”一样，带上了中国知识界所普遍接受的现代意义。

法之所以为“法”，是因为它能代表广大人民的利益，否则就是“私法”、“非法之法”。

从实用主义与功利主义的角度看，民主选举的理论基础大致如下。首先，一般都同意，社会需要一个政府的统治，但什么样的政府呢？回到本书第一章：一个能够代表并促进“公共利益”的政府，其中你我的根本利益都能获得一定程度的保障。（参见本书第二章对社会契约论的讨论）因此，这个政府的主要领导人——尤其是政策与法律决定机构——必须能至少近似地代表社会中每个人的利益。其次，这个政府由谁组成并如何产生呢？这个问题的答案又需要下列经验假定。

第一，社会利益是分化与不同的，每个人都有其特殊的利益和需要，且这些利益和需要经常产生不可调和的冲突，因而不可能前后一致地被同一个党派、组织或个人所代表。

第二，根据理性选择理论，每个人都是自己利益的最可靠代表和守护人。确实，不一定每个人都能清楚地知道并表达自己的利益，但大多数人对自己的利益和需要比别人更为清楚，至少在适当的引导和公共辩论之后是如此（比较王世杰、钱端升，1997:132—140）。

第三，对第二点的否认一直是专制的借口，而即使专制能在人类认知能力的局限性上找到一点为自己辩护的理由，它也不可能解决人的私欲和对权力的滥用问题——即使存在比人民自己或其代表更明智的人选，这样的人未必

社会利益是分化、不同且彼此矛盾的，因而不可能全部由一个党派来代表，而是由和其利益或观点相一致的不同党派来代表。

统治者未必情愿促进公共利益,也未必知道公共利益究竟是什么。

能在非民主程序中成为统治者,且即使他成为统治者并知道公共利益的需要,在缺乏外界压力的制度中,他也未必会情愿采取最能促进公共利益的法律或政策。退一万步说,即使能够找到“大公无私”的“明君”,确实愿意采用最符合公共利益的国家政策,他也未必有能力识别真正的公共利益,并可能会犯“常识性错误”。这使我们联想起诸葛亮和皮匠的故事——或用更准确的语言来表达,孔多塞(Condorcet)的“陪审团定理”(jury's theorem):如果人的认知错误是随机发生的,那么不同人的错误可以相互抵消,最后“大浪淘沙”,把真理的金子筛选出来;且人数越多,其集体决定发生错误的可能性越小(尽管不可能降到零)。因此,掌握政府的统治者或者是人民自己(“直接民主”),或者是受人民控制的代表。

由于直接民主不可行,选举成为控制统治者的最有效手段。

第四,由于现代社会的规模决定了“直接民主”因成本太高而不可行,(参见达尔,1999:114—122)他们必须是受人民控制的少部分人。最后,控制的最有效方式是选举。统治者首先是由选民们从代表不同利益的候选人中选出来,然后使他们的行为受到周期性的检查——可以是质询、罢免或连任竞选。总之,人民有权根据统治者的实绩来决定是否他们是否能够留任。这就是选举制度的要义和职能。

思考 你是否认为上述每一步推理都是无懈可击的,还是有些经验假定取决于特定社会或历史阶段的状况?除了统治成本以外,还有什么其他理由说明间接民主或许比直接民主更好?参见《联邦党人文集》第十篇。

对于人类行为的基本设定,你认为民主和法治这两项基本宪法原则有什么共同之处?参见本书第一章。

评注

监督的力量:不同方向,不同结果

民主选举是自下而上的监督政府机制,专制政府只能依靠自上而下的监督。

根据理性选择理论,(回顾本书第一章)任何官员都需要监督,而监督既可以来自下层百姓,也可以来自高层官员。由上可见,民主的作用主要在于通过利益代表机制产生政府,并在政府产生后通过下次大选或公共舆论的压力监督官员的行为。在这个意义上,民主选举是自下而上的监督政府机制。由于在传统上缺乏民主,中国下层一直不能对控制或监督政府官员的行为发挥任何有效作用;当然,普通老百姓可以通过“上访”等途径申诉自己的不幸,但问题是否能获得解决,最终取决于贪官污吏的上司是否清廉并具备足够的能力和勇气为民申冤。尽管官员们一般都经受过良好的教育,他们并不能保证

不会滥用权力。因此,权力监督在中国也同样必要,但由于缺乏民主及其自下而上的监督机制,自上而下的监督就显得必不可少。这就是为什么在中国历史上,“治官”的成败可以说是关系到王朝的兴衰。当然,“治官”这里是指以官治官,而不是以民治官。大凡在专制国家里,由于缺乏民治,只能靠以官治官,因而“治官”制度尤比民主国家发达。沙皇时代的检察制度、中国古代的御史、五权宪法中的监察权乃至1954年宪法所规定的检察制度,都是“治官”的典型。

然而,如果没有自下而上的监督,那么不论“治官”制度如何发达,它都不可能从源头上控制腐败。这是由人的本性及其固有的局限性所决定的。纵然高层领导有意愿消除腐败,他们仍然有极大的困难弄清楚哪些下级官员是贤明的而应受到提拔。“选贤与能”是所有政府的准则,而官员是否贤能只能从他们的政绩中看出来;问题在于官员是否有政绩,领导本人在绝大多数情况下不会有亲身体验,因为他不可能是其下级的管理对象,而我们所说的“政绩”就是指官员对他所管理的地区做了多少好事,当地人得到了多少收益。因此,让领导去发现官员贤能与否,已经隔了一层;且上级和下级隔的距离越大、层次越多,就越难获得准确的信息,下级就越容易制造假象去蒙骗上级来获得提升,因而产生了种种“政绩工程”,也就是建立一些大而无当、华而不实、劳民伤财的“亮点”,目的不是为了给当地群众办实事,解决他们的实际困难,而是吸引上级和外界的注意力,让他们误以为当地官员做了多了不起的事情。^[2]更何况上级或同级监督者本身也不是牢不可破的“超人”。由于他们人数很少,且并不承受地方政策所产生的直接后果,地方官员可以期望用贿赂去“摆平”他们。显然,只要官员不对他们应该负责的人——其政策与行为所影响的广大百姓——负责,那么就不可能保证他们的行为是负责任的,也不可能保证整个政府体制能按照公正的政绩原则运作——因为理应评判“政绩”的人不能参与决定政府产生的过程,而决定官员命运的人又因种种原因难以评判真正的“政绩”。

直接选举并不能解决所有问题,但它能解决许多没有它就不能解决的问题。中国目前的体制是部分地方人大代表采取直接选举,(见上一章)而几乎所有的行政首长都由地方同级人大间接选举产生。间接选举是民主监督机制的一个重要进步,但实践证明,公民通过间接选举对官员的监督作用远不如直接选举的作用,中国自民国以来种种间接选举制度所体现的弊病可以作为例证。(参见本书第二章)直到最近,一位曾经权重一时的副省长还说:即使政

自上而下的治官制度不可能从源头上遏制腐败。官员可以通过虚报政绩来隐瞒真实信息,或通过贿赂获得升迁。由于官员行为最终影响的是人民,官员应该直接向人民负责。

间接选举具有一些内在局限性。

[2] 例如,参见“重庆黄金镇政府举债建办公楼,外形酷似天安门”,<http://news.163.com>,2004-12-29;“山西临汾市尧都区建了‘天安门’又建华门”,<http://news.163.com>,2005-11-13;“山东枣庄修‘政府上班大道’,最宽102米占地逾千亩”,《新京报》2005年6月29日;“领导认为标准不够高,玉门新广场刚竣工就拆”,《北京青年报》2005年11月7日。

绩是衡量官员的标准,“关键不是让百姓看到政绩,要让领导看到政绩。”〔3〕根据中国目前的选举制度,你认为他说的这句话“正常”吗?如果某些问题一直要解决而又解决不了,是否应该考虑一下问题的制度成因?

思考 “政绩体制”的标志——豪华政府办公楼

近年来,各地政府的楼堂馆所引起了社会的普遍关注。不经意间,笔者自己也收藏了各地豪华办公楼的照片,不仅有重庆某镇的“天安门”,还有南京雨花区的“白宫”等等。不少地方虽然经济不发达,有的甚至戴着“贫困县”的帽子,政府大楼却格外豪华,和当地的经济水平与居民平均收入形成了巨大反差。相形之下,国外政府办公楼则显得“寒酸”得多。不仅印度、巴基斯坦等发展中国家的政府大楼相当简陋,就连美国许多富裕地区的地方政府也远不能和国内相比;它们有的还在一百多年的老建筑办公,有的则索性在商业写字楼里租用几套办公室,全然显不出一个发达国家的“气派”。〔4〕2007年4月底,中纪委联合八个部委下发了《关于开展党政机关办公楼等楼堂馆所建设项目清理工作的通知》,要求各地区、各部门对近年来党政机关办公楼等建设项目进行一次全面彻底的清理,然后上报中央。问题是,中央怎么知道地方是否瞒报?中国不仅有一个中央政府和三十多个省、自治区、直辖市,而且还有2800多个县、37000多个乡镇。这么大的国家,这么多的地方政府,只靠一个中央显然是管不过来的。你认为如何从根本上解决地方政府的楼堂馆所问题?

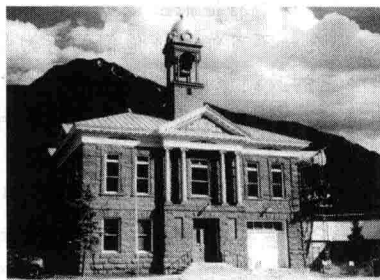


图 6.1 贫困地区的豪华办公楼(左)

别以为左图是美国白宫,这是中国安徽阜阳市颍泉区的办公楼,比美国科罗拉多州政府的办公楼(右)阔气多了;后者从1907年用到今天,已有百年历史,在中国的许多地方官员眼里一定不符合“与时俱进”的标准。来源:http://news.163.com/07/0225/15/386FIM7I00011SM9_2.html

〔3〕 曹勇:“一个副省长的‘政绩’观”,《南方周末》2002年8月22日。

〔4〕 见《国际先驱导报》2007年7月3日报道。

评注 买官卖官现象的制度根源

与此相联系,中国的买(卖)官现象已相当严重,在此仅举一二。深圳城建集团原董事长李育国索贿买官,被法院判处死缓。^[5] 2000年3月,李因不满其将从“肥缺”位置上被调走,当即动用100万元托人为其活动。4月,深圳领导班子即将换届,李还想“更上一层楼”,从正局级迈向副市级,欣然接受“中间人”开出1000万元的价码。即便不一定像李那样采取明码买官的方式,官员的升官之道在本质上是一致的。你认为应如何从“源头”上解决这类问题?这类问题的“源头”究竟是什么?

2003年,黑龙江省各级纪检监察机关立案查办案件7290件,处分违纪党员干部7442人,其中地厅级干部4人,县处级干部358人。^[6] 1992年11月至2002年2月,马德在先后担任黑龙江省牡丹江市副市长、绥化地区行署专员、绥化地区地委书记、绥化市委书记期间,利用提拔使用干部等职务之便为他人牟取利益,先后收受18人贿赂,共计人民币56.3万元、美金5.5万元,涉嫌受贿罪。据可靠消息称,绥化市下辖10个县市半数以上的处级以上干部卷入此案,仅绥化市各部门的一把手就有数十人,是1949年以来最大卖官案。2000年5月至8月,王慎义在担任黑龙江省绥化市市长期间,利用职务便利,在发展地区经济、城市开发建设的工作中,为他人减免涉建项目税费或牟取其他利益,先后收受十余人贿赂,赃款赃物共计折合人民币200余万元。2005年,马德和王慎义分别被判处死缓和15年徒刑。^[7]

近年来,安徽省有18位县(区)委书记因卖官受贿等原因被查处,县委书记的岗位似乎已成了腐败“第一重灾区”。^[8] 根据最高检察院的报告,这样的现象不止存在于安徽省,其他地方也普遍存在。之所以如此,是因为县处级干部处于行政管理的中枢,掌握并行使着政府的绝大多数实质性权力,譬如行政审批、市场监管、资金拨付、人事安排等权力。尤其是执掌一县之政的县处级干部们,权力尤其巨大而灵活。县区主要官员拥有管理全县范围内一切事务的权力,不仅是干部的提拔任用,就连重大工程的决策往往都是由县区主要官员“一锤定音”。县的主政者通常拥有难以想象的财政权、人事权和审批

[5] 李一言:“千万买官令人瞠目,吏治整肃刻不容缓”,《南方周末》2002年12月19日。

[6] “全国最大卖官案侦查终结,韩桂芝受贿案牵连其中”,《新京报》2004年8月4日。

[7] “马德被判死缓表示不上诉”,《新京报》2005年7月29日。对于其他官场腐败事件,可参见吴小亮、麦维:“徐国健‘官权’腐败链”,《财经》2004年第14期(7月20日),第26-27页;“湖北襄樊原市委书记卖官窝案,引发当地官场地震”,《武汉晚报》2005年8月20日。

[8] “以民主和法治的‘县政’约束县官”,《新京报》2005年6月20日。

权。尤其是一个县区通常有数百科级干部职位,因而卖官成为县区主要官员“致富”的重要门道。然而,权力本身未必意味着腐败;之所以导致腐败,其根本原因是在于权力没有受到足够的制约和监督。安徽纪委将问题的根源概括为“上级监督太远,同级监督太弱,下级监督太难”。目前,上级、同级和下级三方面的监督都存在明显不足。

上级和同级监督的困难从目前的监督方式就可见一斑:腐败案件很少是通过正常途径揭发出来的。近年来,全国发生的几乎所有腐败大案要案背后,都有“情妇”的影子。例如海军原副司令王守业之所以落马,最终是“栽”在了包养的情妇身上。有人统计,贪官“东窗事发”80%是由非正常渠道曝光的,也就是由小偷偷出、官官相杀杀出、日记写出、艳舞舞出、不幸事故牵出。据说贪官现在有五怕:一怕事故,二怕刁民,三怕小偷,四怕意外,五怕情人,以至于怕天怕地,就是不怕纪检和检察。山东泰安原市委书记胡建学坦言:“官做到我们这一级,也就没人能管了。”广西玉林原市委书记李乘龙感叹:“我的权力太大了,没人敢监督我。”〔9〕

探讨 “上访”现象本质探源

与自上而下的监督模式一脉相承,“上访”成为中国颇为独特的社会现象。事实上,甚至有农民从上访中“悟”出了卖官的道理,竟前后诈骗官员十余次,敛财数百万元。〔10〕近年来,随着经济开发导致社会冲突加剧,上访数量不断上升。根据建设部的统计数据,仅2004年上半年,因征地拆迁的上访量就超过往年全年总量。2003年,全国上访共3929批,18071人。截止到2004年6月,全国就有4026批、18620人上访,其中集体上访905批、13223人。〔11〕在农村,由于《土地承包法》没有为土地纠纷提供有效的解决机制,农民只有选择上访。全国每年农地纠纷案都有数万件之多,农民为此而上访的人数剧增。据农业部信访办统计,2004年上半年土地上访高达3312人次,占总上访量的2/3,四、五月份达到月均860人次。4月20日,数百名天津等地的上访农民坐在北京国土资源部楼前要求反映失去土地的困难,坚持为自己的承包地纠纷“讨说法”。〔12〕

作为中国的传统政治文化现象,上访的独特之处正在于“上”字。老百姓

〔9〕 萧坊:“‘情妇’成‘反腐功臣’令人尴尬”,《光明日报》2006年9月16日。

〔10〕 “农民上访悟出官场道理,卖官骗局骗倒省地税局长”,《重庆晨报》2005年9月29日。

〔11〕 赵小剑:“‘土地新政’背后的政治经济学”,《财经》2004年第21期(11月1日),第90-93页。

〔12〕 常红晓:“硬化《土地承包法》”,《财经》2004年第14期(7月20日),第110-112页。

在当地解决不了问题,因而不得不辗转跋涉,向当地官员的上级领导直至中央反映冤屈,并企求他们为其“做主”解决问题。这和民主与法治国家解决问题的方式是截然不同的。任何国家都存在需要解决的社会问题,但在民主和法治国家,地方问题基本上在地方“消化”,用不着上升到中央。事实上,在联邦制国家,中央政府一般无权干预地方的政治或司法决定。如果地方官员滥用了他们的权力,那么老百姓首先可通过地方的民主政治过程将他们选下来,或通过舆论的压力迫使有关机构罢免其职务,至少也可以通过地方法院撤销其违法侵权行为。只有在多数人垄断了政治过程或地方法院对维护当事人的联邦法律权利不力的情况下,这个问题才上升到联邦,且即使在这种情况下,一般也是由联邦法院出面解决;只有在需要专门通过一部联邦法律的时候,才轮到联邦立法机构,行政部门则基本上没有干预的机会。这些国家之所以不存在“上访”现象,并不是因为它们不存在社会矛盾——无论经济如何发达,社会矛盾总是存在的,而是因为地方民主和法治有效解决了地方矛盾。中国的“上访”现象如此普遍,正说明其地方民主和法治严重滞后,因而不能及时与有效解决地方发生的问题。

问题在于,“上访”并不能有效解决地方问题。即便上级部门有意愿解决下级问题,也必然受到时间、精力和资源的限制。须知我们只有一个中央,却有许许多多地方;中央不可能准确了解地方发生的每一件事情,在市场经济和机构精简的大环境下也没有足够的人力去调查每一件上访的事由。事实上,上访已经给中国的地方治理产生了巨大成本。在四川成都,年逾七旬的宁素芬为其丈夫魏嗣沛的刑事案件上访三十年、进京八十余次,其后半生就是在上访中度过的,她个人为此付出的代价不可谓不高昂,而社会也为此耗费巨大资源。^[13] 四川省人大常委会曾专门为此案成立调查小组,并作出调查结论,但是此后又无结果。虽然魏嗣沛已死于狱中多年,她仍然在为丈夫的“平反”奔忙,漫漫上访路不知何年才是头。试问中国上下每天发生多少起比此更严重的纠纷,难道可能都通过这种方式加以解决?这么来看,许多上访申诉杳无音信、不了了之,也就毫不奇怪了。

为了让上访机制发挥有效的作用,国务院于2005年1月发布了新的《信访条例》,明确规定了政府部门及信访机构的法律责任。如果构成超越或滥用职权,应当作为而不作为,适用法律、法规错误或者违反法定程序,或拒不执行有权处理的行政机关作出的支持信访请求意见,从而导致信访事项发生并造成严重后果,将对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分,构成犯罪的将追究其刑事责任。(第40条)如果对信访事项有权处理的行政

[13] 李蒙:“上访30年”,《民主与法制》2013年第25期,第56-58页。

机关推诿、敷衍、拖延信访事项办理或者未在法定期限内办结信访事项,对事实清楚、符合法律或其他有关规定的投诉请求未予支持,将由其上级行政机关责令改正,造成严重后果的将对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分。(第43条)这些规定固然是对信访机制的改进,但是基于以上讨论,你是否认为它们能从根本上解决上(信)访问题?

探讨 “黑监狱”是如何产生的

2010年9月,一则“黑监狱”报道震惊全国。北京安元鼎保安公司与地方政府签订协议并收取佣金,在京设立多处“黑监狱”,专门用于关押并押送到京上访者。这种“公权外包”或公权私用的做法当然是对公民人身自由的严重侵犯,也严重违背了《立法法》第八条的规定:凡是涉及“限制人身自由的强制措施和处罚”,都只有全国人大或常委会的法律才能规定,而国家法律显然没有授权各地屡屡发生的“截访”,更不可能授权地方政府将限制人身自由的公权力“转包”给私人行使。没有任何正当法律授权却每天在从事绑架、拘禁和押送公民的严重违法行为,这样的私人“公司”只能被定性为黑社会组织;地方政府和黑社会组织沆瀣一气,委托授权其行使地方原本就不能合法行使的公权力,只能被定性为黑白勾结,其后果是十分深远和可怕的。

讽刺的是,“黑监狱”恰恰是在中央决定撤销部分基层“驻京办”之后应运而生。当时关于安元鼎的报道有一句名言:“撤掉了驻京办,撤不掉驻京办的需求。”想不到一年之后,一语成谶:一个安元鼎倒下了,但是若干个“安元鼎”们站起来。^[14]各地“驻京办”是自上而下治理模式下的独特“中国现象”,其主要使命一是“跑部钱进”,二是协助地方信访办拘禁赴京上访人员,让他们在北京“失踪”并遣返原地。驻京办被撤销后,对驻京办的需求依然不减,任务也就转移到安元鼎这样的黑监狱那里;换言之,安元鼎等黑监狱的出现是撤销驻京办的直接后果。撤销驻京办本来是一件好事,有助于节约地方开支并遏制“跑部钱进”,但是在自上而下的中央集权体制下,这项用意良好的改革却滋生了“黑监狱”这类对人权更严重的侵犯,其中制度根源不能不令人深思。

只要自上而下的政绩体制不变,就不可能消除上访的制度根源;只要政绩考察仍然将上访数量作为重要指标,甚至要求地方在国家重大活动期间达到进京上访的零指标,那么各种“截访”就不可避免,取消“驻京办”即只能产生“黑监狱”。

[14] “‘安元鼎’们为何依然猖獗”,《新京报》2011年8月4日。

思考 如果议会确实能够履行利益代表职能,那么它可以节省许多不必要的社会成本。美国一直对台湾施压,尽量兜售昂贵的武器,但是军购案必须通过立法院才能生效。2004年6月,台湾当局提出高达6108亿元新台币的军购特别预算,受到岛内各界的强烈反对。由于国民党和亲民党组成的泛蓝阵营在立法机构占多数,军购案竟然被连续封杀50余次,最后在大幅削减的情况下才获得通过。经过“在野党”的努力,军购预算已由原先的6108亿新台币降至2990亿新台币,为台湾地区节省了大量无谓的开销。^[15]

要完成利益代表职能,选举应该具备如下基本特征:

第一,选举权应该是普遍的;否则,很简单,所谓选举就不能代表所有人的利益。只有基于令人信服的公共利益的理由——如主要由年龄表征的发育状态不足以使之参与有意义的政治决定,才可以通过法律剥夺任何人的选举权。

第二,被选举权也应该是普遍的,候选人应当自由产生;否则,公众就失去了可供选择的对象。原则上,每个候选人都公开表明他代表了某种特定的政策组合(如是否支持消除贫富两极分化?是否支持计划生育?等等),因而对应着支持这种组合的选民团体。一般地,候选人应该心表如一,真心拥护其所代表的政策。这个要求并不是必须的,因为统治者的直接利益是维持统治,而

选举权必须是普遍的,才能代表所有人的利益。

候选人应当自由产生,每个候选人都代表了一种政策组合。选举过程必须是自由的,采取秘密的无记名表决制度。



图 6.2 台湾地区大选中泛蓝支持者“挺马”场面

竞选是激烈、热闹甚至是戏剧性的竞争过程,其目的是完成选民与候选人之间的信息交换。通过竞选,政党或候选人向选民表明了他们的政策立场和个人素质,同时也在和选民的接触过程中了解社会的需求分布。

[15] 张浩:“美国高度关注台湾军购案并不断施加压力”,《环球时报》2006年9月7日。

不是代表其他人(“人民”)的利益,因而我们只需要保证其维持统治的利益通过选举而受到直接控制。但在事实上,每个候选人都有自己的政治观念,且这种观念将对统治行为产生难以掩盖的稳定影响。

第三,选举过程应该是自由的,而不是受到强迫或操纵的;否则,“选举”就完全失去了意义。这基本上要求投票是无记名与秘密的,以防止政客对选民施加压力。

第四,选举权应该是平等的,即每张选票都应大致代表同样的分量(“一人一票”原则);否则,和其他选民相比,某些选民就被不适当地剥夺或限制了选举权。如下所述,这个领域产生了最多的宪法诉讼。根据广义解释,选举权的平等也包括了普遍性要求;如果某类人口被剥夺了选举权,那么问题自然是这种剥夺是否构成了对基本权利的歧视。因此,在1985年的“州禁罪犯表决案”中,^[16]美国阿拉巴马州的宪法规定:凡是犯有“道德败坏”(moral turpitude)之罪的人,一律被剥夺选举权。鉴于这项规定对黑人公民的不均衡影响,联邦最高法院判决州宪条款违反了第十四修正案的“平等保护”。

选举权必须平等,每张选票都应大致代表同样的分量(“一人一票”原则)。“地域代表”制度要求每个选区的人口大致相等,并产生同样数量的代表。“职业代表”制度则按照行业来分配代表选举人名额。

探讨 地域代表与职业代表

平等原则的一个基本要求是按照人口来分配代表名额,每一定数量的人口产生一名代表。这要求适当地划分选区,使每个选区的人口大致相等,并产生同样数量的代表。这就是“地域代表”(geographical representation)——某地区的代表固然代表了该地域的利益,但更重要的是她使得该地区的选民在国家议会中获得平等分量的发言权。与此相对的是“职业代表”(functional representation),也就是按照行业来分配代表选举人名额的制度。(比较王世杰、钱端升,1997:143—151)由于某行业的选举人一般只能选择该行业的代表,因而选举人名额的分配也决定了代表名额的分配;如果所选择的是一个行政长官,那么选举人名额代表了选择权力的分配。在18世纪与19世纪早期,这项制度曾一度时兴于欧洲,但第二次世界大战以后在世界主要宪政国家几乎已销声匿迹。中国香港与澳门特别行政区的行政长官的选举团采用这种制度。

职业代表制容易在行业的划分和名额分配上产生歧视。

职业代表制的指导思想是经济主义,即人类的利益和需要主要体现为由职业和阶级决定的经济利益,理想的政治组织就是以不同行业组织所形成的联治。这种观点固然不无道理,但人的利益毕竟是多方面的,不仅有经济利益,还有社会、文化、政治、信仰等各方面的利益。当然,同一个行业当中有不

[16] Hunter v. Underwood, 471 U. S. 222.

同倾向的候选人,因而能在一定程度上代表多元化的利益,但把选民的选择按照职业进行划分仍然是一种不必要的限制。更何况如何界定何种职业属于何界——如警察或公务员是否属于“劳工、社会服务、宗教等界”,如何划分不同职业的名额——“工商、金融界”代表为什么多于“文化、教育、专业等界”或“劳工、社会服务、宗教等界”代表?为什么要为“立法会议员的代表、市政机构成员的代表”等专门规定选举人名额?(澳门基本法附件一)这些问题都难以找到令人信服的依据。通过人为规定不同职业的名额,职业代表制度可能对选举权产生不适当的限制或歧视,因而一般不为现代民主政体所采纳。民主的要义是代议制所代表的是人,而不是职业、财产或其他东西。

当然,职业代表制也可以严格按照职业人口分配选举人或代表名额。但这种做法使得职业代表制和地区代表制的功能如此接近,以致几乎失去意义。况且职业人口是经常变动的,而除了拆迁、移民等其他不经常发生的重大社会事件所带来的变化,地区人口则相对保持恒定,因而比较容易统计,且选区疆界相当确定。另外,选区的划分最为简单、连续且不容易发生遗漏,职业的划分则掺有相当成分的人为判断,且某些职业人口很可能受到忽视或遗忘。最后,职业代表制排斥了所有的失业人口,从而使选民范围限于社会的既得利益者,因而不利于社会改革,并不可避免地和平等原则相冲突。

思考 结合下段的讨论,你认为职业代表制度还可能从什么方面限制了民主?为什么说它“不可避免地和平等原则相冲突”?

2004年4月,香港各界就2007—2008年的行政长官和立法会是否进行普选产生激烈争议。来自工商界的人士反对普选,其理由是香港目前只有不足两成人交税,且社会结构中一半是“低学历人士”,这样普选出来的立法会代表和特首必定是“福利派代表”。那时,香港良好的营商环境将不复存在。现在香港政坛仍然缺乏商界声音,因而有必要在政府中吸纳更多的商界人士,而这就要求保留功能团体代表制;否则,如果实行“一人一票”,“选民七至八成来自基层,怎么可能会有均衡参与及代表商界或专业等界别利益?”^[17]内地报纸报道的这些言论反映了民主的什么潜在问题?反映了内地和香港人士对民主制度的认识可能存在着什么问题?

[17] “香港工商界人士表示,香港政制发展必须循序渐进地进行”,《光明日报》2004年4月23日。

选举应尽可能是直接而非间接的,间接选举降低监督效率。

第五,选举应尽可能是直接而非间接的。所谓“直接选举”,就是政策制定者直接由选民选举产生,例如美国的联邦众议院和现在的参议院;所谓间接选举,就是由人民选举的代表进一步选择最终决策者,例如在1913年通过的第十七修正案之前,美国的联邦参议员是由各州议会代表决定的。目前美国总统的“选举院”(Electoral College)制度在名义上是间接选举,即由各州先产生选举人,然后由选举人选择联邦总统,但选举人的选择实际上受到严格限制,因而美国总统的选举很接近直接选举。(下详)就和直接民主一样,直接选举虽然成本可能要比间接选举高,但它显然更为民主,且对统治者构成更有效的监督。一般地,任何监督都不可能是绝对有效的,且每增加一个环节,监督效率就相应下降。因此,在1913年以前,要监督联邦参议院,美国选民只有通过监督各州众议院,而实践证明这种监督不可能很有效。因此,选举越是间接,代表选代表的层级越多,选举的控制与监督效率就越低。

思考 不要混淆直接—间接民主和直接—间接选举。它们之间在性质和职能上有何不同?回顾本书第二章关于中国立宪史的讨论,间接选举还有什么弊端?

二、政党的性质与职能

“党”在英文中是 Party,其传统意思都含有“偏向”的贬义。中国从远古就对“党”字没有太大好感。《书》曰:“王道荡荡,无偏无党;王道平平,无党无偏。”(《尚书·洪范》)在这个意义上,“党”就是“偏”,是和公平、坦荡相对立的。这就难怪洁身自好的儒家如此强调“君子不党”,且中国传统出于对“朋党之祸”的恐惧,一直抑制着政党的发展;这自然也是皇帝所希望的,因为政党的发展将直接挑战皇权及其对施行正义之垄断。连民初时期的党派都避讳自称“党”,而叫“会”或“社”,譬如“政闻社”、“兴中会”或“同盟会”。在西方,“党”同样是被定义为追求特定利益的政治派系,并且不同政党之间因为利益或见解的冲突而相互斗争;如不加控制,这种斗争势必加剧,有可能危及社会的基本秩序与稳定。(参见本书第四章,《联邦党人文集》第十篇)因此,迟至美国建立联邦宪法之时,西方对“党”还是十分讨厌的,但政党政治的发展与实践逐渐改变了对它的看法。传统的观点是,“党”必然代表着和公共利益相对立的私人利益,(但参见本书第一章的说明)如果任其发展就必将损害公共利益;这种观点是相当准确的,但如果能够让多个不同的政党相互制衡,并通过公平竞争产生政府,那么整个国家就可能从“偏”走向“正”。现代西方

党派必然有所偏向,因而中西方传统上厌恶“党”字。现代选举制度让多个不同的政党相互制衡,并通过公平竞争产生政府。

的政治实践表明,在相互认同、容许共存的基本文化前提下,多党和平竞争的自由民主秩序是可以实现的。公正的实现最终不是通过对政党的禁止,而恰恰是通过允许各类党派的自由与全面发展。

事实上,对于民主政体来说,现代政党的作用是无论如何都不可能被夸大的。没有政党,就不可能组织有实质意义的大众选举,而大众选举是任何现代民主的基础和本质特征。政党是民主选举必不可少的动员和组织力量。政党同时是加强政府与公民联系、减少统治与被统治者距离的手段,它提供向政府反映社会需求的渠道,并通过这种反馈过程为政府提供统治合法性。可以说,一个国家的政党运作是否成功,直接决定着民主体制的成败。考玛斯教授指出:“政党是民主政府的必要机构;这是现代政治学的公理。它们筛选领袖、形成议题、结合利益、组织政府并制定政策。正如宪法法院所承认的,在具有成千上万选民的现代国家,政党是履行这些职能的理性和民主手段:理性是因为它们为选民提供了政策选择;民主是因为它们提供了多数规则和在人民赞同下统治的机制。”(Kommers,1989:201)

政党是民主选举必不可少的动员和组织力量。政党运作是否成功,直接决定着民主体制的成败。

思考 民国时期,中国改变了对“党”的传统消极看法,甚至一度出现过政党林立的现象,而党员的跨党现象十分普遍。其中某些党派——例如国民党——不甘为某个阶级或集团的利益所局限,并自称代表全中国、全民族的利益。这说明什么问题?

评注

理性选择与选举成本

民主选举是一项公民“权利”——这并不错,但这项权利的行使却含有不易忽视的成本。和直接民主相比,代议制民主的宗旨是降低统治成本;随着社会的复杂化和政体范围的扩大,不可能把所有事情都让公民亲自聚会决定,而是必须委托专职的代表反映公民的意见、利益和需要。但代议制民主还是具有成本,且如果不解决这个问题,民主就不可行。由于“人民”或“公民”的利益是多元化的,不同阶层、派别或信仰的人都需要在政府中获得一定的代表,因而有权自由选择能够代表他们利益的代表。这样,人民代表的候选人也是各式各样的;民主作为一种制度过程的本义就是让不同的选民去选择离自己的理想或诉求最近的候选人,然后把获得多数选民青睐的候选人定义为胜者,就这么简单。如果你是一个选民,你怎么知道谁代表你的利益呢?候选人总是在台上把自己吹得天花乱坠,好像他代表全人类,但你知道不能只相信他自

对于选民,行使民主权利具有成本,而直接收益甚微。

己的话。你平时需要读报纸、看新闻,从多种渠道了解各位候选人——不只是他的立场,还有他的个性和能力,然后可以大致肯定你倾向哪一位,而这将占用你工作以后剩余不多的宝贵时间。至少,你得在选举那天抽空跑去投票,而那可能是一个周末,你可能想睡个懒觉,缓解一下一周工作的疲乏。总之,你得付出——尽管可能不是很多。

但你得到什么呢?你的那张选票真的意味着什么吗?在现代大选,选民一般有几千万之众。候选人所得的选票之差一般有几百万。这表明你投的那一票——不论是投谁的——只有不到百万分之一的作用,换言之,你去(或不去)投票能够改变选举结果的概率不超过百万分之一。投谁的票真的有那么大差别吗?现代民主的一个趋势就是政党及其候选人之间的“趋同”,各位候选人的差异是相当微妙的,而且你并不一定能找到令你完全称心如意的候选人,或这样难得的人即使存在,他当选的概率也可能是不幸如此之小,以致你不得不放弃他,而被迫在你的“第二选择”系列中考虑如何权衡自己多方面的利益。谁明天上台都不表明你马上会发横财或揭不开锅。加上你那张选票极有限的分量,你去投票所能为你自己带来的利或规避的害,完全不足以抵偿你去投票付出的哪怕不多的成本。你如果是“理性”的,就不应该做这种得不偿失的事情;事实上,任何理性的选民都不应该参加投票。那么为什么还有那么人去投票呢?选举制度为什么仍然存在着呢?西方的理性选择学者百思不得其解。

如果理性选择不能解释选民的投票行为,答案可能在于某些非理性因素,譬如公民的道德责任感或从履行公民义务中获得的快感——你之所以去投票,是为了履行一项神圣的职责或行使一项来之不易的民主权利,你感到非常荣耀,等等。道德资源当然是一个不可忽视的因素,并且它可能确实在相当大程度上解释了这类利益和成本都不太高的问题。但人毕竟还是理性动物,成本—利益平衡不可能不发挥作用。假如你住在城东而投票站设在城西,你来回一趟要花去你大半天工夫,你恐怕真要权衡一下是不是值得去行使你的公民权利。否则,美国最高法院也不用判决州政府故意把投票箱设在离黑人住区很远的地方是违宪的做法了。自古以来,如何吸引公民出来投票,一直是民主寻求解决的问题。古雅典的做法是给每个参与选举的公民以一定的补贴——有点像“曹锟贿选”了,只是获得补贴的选民范围应该大得多,而且事先也不是为了特定的候选人;澳大利亚等国的做法则是把选举规定为一项法律义务,不履行这项义务将受到轻微的处罚。这些措施都是从调整人的理性动机着手,通过增加参与的收益或不参与的成本来提高选民的参与。

政党提供了另一种节省成本的机制。西方的政治行为学研究表明,人一般在早年就选择了其所认同的政党——可能是因为这个人的家庭背景或教育,

非理性因素可以帮助克服狭隘利己主义的短视,但最终要靠制度来倾斜个人成本—利益分析的结果。

可能是因为他的天生倾向或社会处境,可能是因为某个党有一个他从小仰慕的领导人,可能是因为这个党在一次偶然的机会有首先接近了他等等,并且这个选择在大多数人的一生中保持恒定。政党为它的选民提供免费的政治教育,告诉他们下一个追求目标是什么并如何有效实现之。政党为选民提供免费的政治宣传与信息,并通过建立政党和众多候选人之间的关系,归并与简化选民的政治选择。如果你是某个党的“铁杆”党员,那么你在大选中几乎用不着费神去选择——你的党已经为你决定了选谁。参与轰轰烈烈的政党活动还给你提供了一种你自己平时找不到的集体认同感和归属感,“同志”之间的相互鼓励给彼此带来温暖和自信,让你觉得自己属于一项更大的事业。

如果选民的参与离不开政党,那么候选人就更是如此了。假定你想在一个10万人口左右的市辖区竞选人大代表。要获得好几万张选票,可不是容易的事情。你怎么让当地人知道你呢?光是让选举委员会在投票前为你做十分钟的介绍,大概是不够的。如果人大代表真的能为本地区的人做点事,选民的选择也确实应该慎重一些,只有真正对你比较了解才能信任你。你可以贴广告,为自己做宣传。如果你肯破费,你可以印一些简单的材料,甚至上电视——这样影响面肯定大得多,但开销肯定也高得多。算了,这实在太困难了。你平时还要上班、过日子,值得为了一个基层人大代表投入那么多吗?注意这还只是一个小市区的选举,市级、省级甚至全国人大的选举——如果将来举行直选的话——就更不用说了;上规模的选举对财力和知名度的要求是如此之高,以致你根本不会对这类职位产生“非分之想”,除非你确实非常有名或特别富有——这也正是为什么民主政治经常和金钱、贿赂与丑闻联系在一起。因此,你打算放弃是完全“理智”的。但就在这个时候,政党可以帮助你。通过组织的集体力量,政党自己筹集经费。如果它认为你有希望或你对该党有贡献,它可以动员本党资源帮助你做宣传,为你提供竞选经费,或更简单的,鼓励本党的党员投你的票。无形之中,政党帮助候选人降低了许多竞选成本。

政党通过理性或非理性机制降低选举成本。

政党也帮助候选人降低竞选成本。

任何政党的组织都是为了采取有效的政治行动,以最大程度地争取或保持政党所掌握的政治权力。这对所有国家的所有政党——不论是一党制、两党制还是多党制——都一样。对于一党制(或一党领导下的多党制),执政党的主要职能是通过控制国家政策的制定和重要领导职位的安排,维持其执政地位。在多党制下,任何特定政党的目标也是为了通过竞选过程把本党的人选输送到政府系统中去,让他们占据重要领导职位并控制国家政策的制定。根据一位美国学者的定义,“政党是通过赢得公共职务的选举,为了以团体(group)的名义获得对政府的控制而组织起来的团体。”(转引自 Beck and Sorau, 1992:8)美国特拉华州的立法把政党定义为“任何选举州委员会和州

政党的目的是为了采取有效的政治行动,以最大程度地争取或保持政党所掌握的政治权力。

选举大会之官员的政治组织,选举大会由从每个代表地区选举出来的代表组成;在这些地区,政党具有经过登记的成员,并提名总统与副总统的选举人候选人,或提名由普选决定的官员之候选人。”(15 Del. Code, Sec. 101)

政党本身并不一定直接决定政策,但它们在政策的形成过程中发挥领导作用。美国政党的这一作用已发生退化。

尽管政党本身并不一定直接决定政策,它们在政策的形成过程中发挥领导作用。美国政治学家伯恩纳姆教授指出,有效的政党具备四种功能。(Burnham, 1975)首先,它代表互为冲突的利益,动员选民参加政治选举,并给民主政府赋予合法性。其次,它负责选择雇佣人员,填补政党在选举获胜后得到的政府职位。再次,政党还控制教育与媒介网络,为大众提供政治教育。最后,也是最重要的,为政府制定公共政策。取决于国家的政党制度,各国政党有强有弱,完成上述职能的能力也各不相同。总的来说,美国的政党力量不如西欧政党,尤其是代表左翼势力的社会民主党。欧洲政党一般能同时履行以上四项职能,美国政党则通常只能有效地完成前两项职能:动员选举与施予官职(即“分赃”)。共和与民主两大党都不强调意识形态,也不具备系统的政治纲领,很少发挥大众教育和制定政策的作用。在19世纪,美国的政党尚能积极从事政治与社会宣传活动。到20世纪,这一功能也发生退化,政党不能组织起来提供定期的政治教育。相比而言,西欧选民对政治过程的参与更为广泛积极。政党具备有效的集中组织能力,不但动员广大选民参加投票,而且提供大众政治教育并负责制订国家政策。另外,社会民主党实行自动登记,降低了对政治参与的初始障碍。尽管如此,西方政党的基本职能是相同的,即负责动员选举并帮助候选人获胜。

政党组织具有领导核心、政治骨干和普通党员3层结构。

共同的职能决定了所有政党的组织结构具有一定的相似性。和其他组织一样,政党也是一个以行动效率为导向的等级结构。一般地,政党组织具有三层结构:由少数在党内担任要职的职业政客所构成的核心,在此核心周围拥有个人追随者的政治骨干,包括政党所要重点推出的各类政府职务的候选人,以及绝大多数除选举外与政党没有太多直接联系的普通党员与潜在选民。如果在政治领域里套用奥尔森的“集体行动”(collective action)逻辑,(Olson, 1965)政党制度是一种“公共产品”,而绝大多数受益者并不愿意参加日常的政党活动,因而只有存在那些从政党制度中获得不成比例的利益的小团体——以政治为职业并从中直接获益的政客,政党制度才能形成并维持下去。

一党制和多党制或两党制的选举过程和“游戏规则”仍然极为不同。

当然,尽管不同的政党具有相似性,一党制和多党制或两党制的选举过程和“游戏规则”仍然是极为不同的。在前者,执政党直接或间接控制着候选人的产生;在后者,候选人原则上自由产生,数量不限——所有政党的候选人就和商场里陈列的商品一样,最后由“顾客”(选民)根据其偏好投票选择,获得多数选票的获胜。在这个意义上,一党控制的选举类似于计划经济,其中执政党控制着“商品”的供给;多党制类似于市场经济,生产什么“商品”由政治市

场的需求决定。(Lindblom, 1977:161—169)这些差别也将不可避免地影响政党的组织形式、权力结构和政治文化。多党制国家的主流政党(不排除一些极端党派的例外)虽然也强调纪律和服从,但党的领导阶层一般由党员选举产生,且在党内能保证充分的言论自由,并能通过和平方式与相对公开的方式解决党内分歧。

最后,不同的选举制度还意味着政党和政府的不同关系。在美国,政党和政府虽然存在着千丝万缕的联系,但两者至少在形式上是“分家”的。重要职位的候选人虽然也是党内的重量级人物,但他一般不是党的领袖,例如总统布什并不是共和党主席,克林顿也不是民主党领袖。政党的主要任务只不过是帮助克林顿或布什这样的政治候选人成功当选,并组成本党占主导地位的政府领导班子。政党的使命仅限于选举,并在新的政府成立之时终止,直到下次政府改选之前重新开始。在某种意义上,这样的政党更像是一个政府前的民间组织,因而产生了它是否属于国家机构的一部分并有义务服从宪法的问题。在采用内阁责任制的西欧国家,议会多数党控制着内阁人选,多数党领袖一般就是总理或首相,在这个意义上,执政党就是政府。但即使在那里,政党和政府仍然是独立的两条线,执政党并不直接统治着政府。在大选胜利后,执政党需要成立单独的领导班子。虽然党内政要很可能会进入政府,因而党政人员发生某种程度的重合,政党和政府仍然是两套班子。另外,在多党制国家,为了防止专制垄断,执政党一般被禁止动用国家力量来促进本党利益。由于中

不同的选举制度还意味着政党和政府的不同关系。

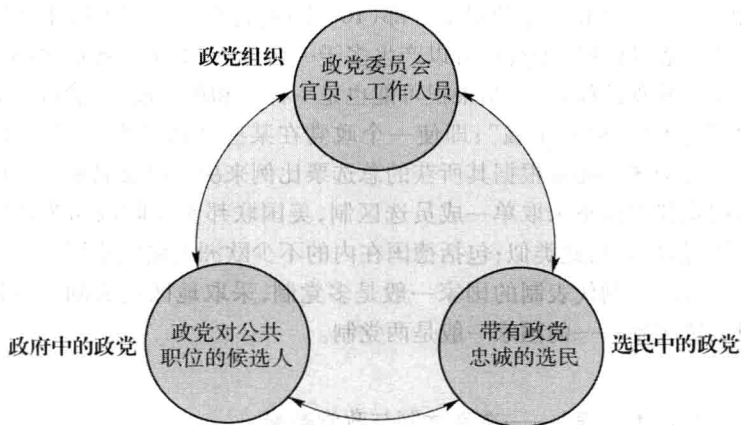


图 6.3 政党的结构,参照 Beck and Sorauf, 1992:11

政府外的政党通过组织大众选举,负责向政府输送其推荐的官员。政府官员负责制定国家政策,作用于广大选民,且本届政府的实绩成为选民在下次大选作出选择的衡量标准。

中央和地方政府都是自下而上单独选举产生,中央和地方政府的领导位置可能被不同的政党所控制。因此,即使严格意义上的内阁责任制国家也可能存在着多个党派的“分裂”统治。由于党政在一般状态下是可分离的,本书中的“政党”是指在政府外独立履行选举职能的政治组织。

三、政党与选举

(一)比例代表制与地区代表制

按照议会代表的产生方式,选举体制大致分为两种:地区代表制(district representation)和比例代表制(proportional representation)。为了使中央议会代表地方利益,也为了选举过程的分工进行,一个国家都要划分若干选区。所谓“地区代表制”,就是在每个选区都独立地由该地区选民选出一名或多名代表,这些代表之和组成了中央(或联邦)议会,例如美国的国会众议院。在美国众议院选举,每个选区都仅产生一名代表,因而被称为“单一成员选区制”(single-member district)。所谓“比例代表制”,就是由全国的选民选择政党而非议员个人,因而选民们投的是“党票”,然后各政党按照所获得的选票比例分配议员名额。例如德国绿党获得了全国15%的选票,而假定联邦众议院有200个席位,那么绿党就能选派30名成员进入众议院。

“地区代表制”由各地区选民选出一名或多名代表,组成了中央(或联邦)议会;“比例代表制”由全国的选民选择政党,然后各政党按照所获得的选票比例分配议员名额。

地区代表制或单一成员选区制有时也被称为“胜者全赢”制度,也就是如果某地区有两个政党(两个以上也一样),那么一个政党只要获得多数(如51%)的选票,它就相当于获得了全部(100%)的选票——因为这个选区只能选出一个代表;即使每个选举可以产生多于一名代表,如果多数选民前后一致地选择同一政党的候选人,结果很可能也是一样。和单一成员选区制不同,比例代表制度不是“胜者全赢”;即使一个政党在某些选区获得了多数,该党在全国范围内的选票还要根据其所获的总选票比例来决定议员名额。英国和美国联邦的众议院选举采取单一成员选区制,美国联邦参议院以州为选区单位进行选举,但性质与此类似;包括德国在内的不少欧洲大陆国家则采纳比例代表制度。采取比例代表制的国家一般是多党制,采取地区代表制——特别是单一成员选区制——的国家一般是两党制。

和比例代表制不同能够,地区代表制或单一成员选区制也被称为“胜者全赢”制度。

评注

“杜瓦杰定律”——选举体制与政党数量

“杜瓦杰定律”:单一成员选区制更容易产生两党制,比例代表制则倾向于产生多党制。

“杜瓦杰定律”(Duverger's Law)是以首先提出该定律的法国政治学家命名的。它的大意是,相比而言,单一成员选区制更容易产生两党制,比例代表制则倾向于产生多党制。为什么呢?假设“常胜党”是单一成员选区制的第三个小党,代表着大约全国15%的选民。既然支持该党的选民人数不够,

它可能在所有的选区内都不能获得多数选票——也就是说,常胜党进入中央议会的成员人数竟是0!这时它可能很自然地设想:与其“玉碎”,不如“瓦全”——不如就牺牲一点“原则”,归附两大党中更接近该党诉求的一个,并和它谈判,让常胜党也能在全国一定数量的选区内获胜,从而在中央议会中能有一定的代表与声音。因此,单一成员选区制的“胜者通吃”特征对这些小党产生了压力;为了保证一定比例的代表,它们宁愿归附两大党中的一个。其实,为了尽量赢得多数选区的胜利,两大党本身也生存在压力之下,因而也会主动妥协以吸收尽可能多的小党。结果单一成员选区制使得英美等国形成了稳定的两党制。再设想常胜党是比例代表制国家里的小党,它就没有这种压力要和大党联合,因为反正它可以保证获得所获选票比例的代表名额。因此,比例代表制鼓励多种政党独立存在。在比例代表制国家里,你一般能在议会里发现许多小党,而没有哪一个政党构成绝对多数;要构成稳定的多数,经常要求不同党派之间的妥协与联合。



图6.4 难得出现的美国第三党

杜瓦杰定律并不是一项“铁律”——它并没有预言采纳单一成员选区代表制的国家从来不可能产生第三党,而只是这些国家的第三党要比那些采纳比例代表制的国家更难产生和维持。事实上,在美国的进步党期间、第一次世界大战前后以及战后少数时期,第三党确实存在。图为1992年的总统竞选辩论,左为共和党候选人老布什(George Bush),右为民主党候选人克林顿(Bill Clinton),中间站立者为无党派候选人佩罗(Ross Perot)。

从“杜瓦杰定律”亦可看出,多党制和两党制在实质上是—样的。尽管两党制是多党制的一个特例,它实际上是选区制度所造成的自然结果。和多党制国家一样,两党制国家(如美国)的宪法也不能人为规定任何执政党的领导地位。在这个意义上,“寡头统治”和法定的垄断尚有本质不同。事实上,不

多党制和两党制在实质上是一致的。

论在比例代表制还是(单一成员)地区代表制,多党竞争的结果是形成相当稳定的两大党对峙状态;即使在多党制国家,众多小党的实际作用是相对微弱的。

杜瓦杰是在其《政党》一书中提出这一定律的。(Duverger, 1954)关于“杜瓦杰定律”的评论,参见 Sartori, 1994:40—48。

(二)混合代表制——地区代表与比例代表的折中

纯粹的比例代表制鼓励政党的分化,有助于多元化社会利益的代表,但有可能对议会政府的稳定产生不利影响,并对参与政府的各党合作要求很高。尤其在转型国家,民主文化尚未深入人心,民主制度尚未巩固(consolidation),不同政党尚未形成宽容与合作之习惯,这种制度势必难以维持下去。1919年的德国魏玛宪法采取了比例代表制,因而议会中存在着为数众多的政党,从而提高了不同政党之间合作的难度和成本,造成了政府动荡与最终垮台。第二次世界大战之后,为了防止这种现象再次出现,但同时又为了保证不同政党在议会中获得公正的代表,《基本法》采取了混合体制:一半众议院议员由比例代表制选出,另一半则由单一成员选举制选出。这样既保证了不同政党的代表性,又不至于摧毁议会政府的稳定性。

纯粹的比例代表制有助于多元化社会利益的代表,但可能对议会政府的稳定产生不利影响,因而德国《基本法》采取了比例代表和地区代表的混合体制。

比例代表制还受到“5%规则”的立法限制,防止太多小党进入议会。

在和地区代表制相结合的基础上,比例代表制还受到“5%规则”(Five-Percent Rule)的立法限制。根据这项规则,政党只有在全国范围内具有5%以上的选民实力,方可得到比例代表进入联邦议会。新的政党还必须收集一定百分比的选民签名,以证明它获得了足够的选民支持。由于这项规则的目的是充分保障议会稳定,防止代表基础太薄弱的分裂政党进入议会,它的合宪性得到宪政法院的肯定,并被德国各级政府所采纳。但任何超过5%的普通限制,都必须具备特别或迫不得已的理由;如在1952年,州的“7%规则”就被宪政法院宣布无效。对于少数民族来说,尽管《基本法》未作特殊规定,各州立法机构如果愿意,即可以使他们免除“5%规则”之限制。

混合代表制使战后德国处于两党与多党之间的中间状态。现在的德国代议制被归结为“两个半政党体制”:相对左倾的社会民主党(SPD)和右倾的基督教民主联盟(CDU)构成了两大反对党;相比而言小得多的自由民主党(FDP)虽只算“半个政党”,但足以阻止任何一个大党独立构成2/3多数,因而在重要立法活动中必须获得其联合。其他政党组织的实际作用则更小。联合政府要求所有政策必须得到政党的妥协与合作,从而制约了多数党控制的联邦立法与执法机构压制少数党派之能力。近年来,绿党(Green Party)的实力不断增强,已取代自由党而成为德国的第三大党。

案例 “5%规则”的合宪性——“巴伐利亚州党案”

在1957年的“巴伐利亚州党案”中，“5%规则”的合宪性受到挑战。巴伐利亚党在本州内势力强大，但在全国范围内未能获得5%的选票，因而不能进入联邦众议院。该党在联邦宪政法院宣称，“5%规则”违反了《基本法》第3(1)、38(1)和21条对政党的保障，并且该规则以整个联邦而非各州为计算单位，因而违反了《基本法》的联邦主义特性。宪政法院第二庭维持了“5%规则”的合宪性，并首次系统阐述了政党竞选的平等机会原则：

平等原则并不要求，立法者必须以绝对同样的方式来对待个人和其有关社会团体；它允许经过适当考虑之区分。平等原则是否——或在多大程度上——允许立法者去区别调控某些事务，取决于这类事务的性质。就选举而言，历史进展和《基本法》的民主—平等基础，要求我们的出发点必须是：每个平等公民都能根据他自己的意愿，以决定他愿意何人成为人民代表，从而对于选举结果，一票和另一票在原则上具有同样的法律影响。在《基本法》所创造的自由民主秩序中，所有公民在表决权上的平等价值是基本的。选票价值一定不能因教育、宗教、财产、社会阶层、种族或性别而有所不同。

选票价值也不能因选民的政治见解而有所不同。根据《基本法》第21条第1款，既然政党的主要任务正是去参与形成人民的政治意愿，宪法对它们所保障的组党自由，在原则上必然关系到它们在选举中的自由影响——即所有政党的权利平等……只有根据《基本法》第21条第2款，‘危及’政治体制的政党才能被联邦宪政法院所取缔。

但选举的目标不仅是为了实现个体选民的政治意愿，而且也是为了产生一个有效的政治机构——议会。民主原则要求按准确比例去反映不同的大众政治观点；但如果这项原则被始终如一地运用到其极端，那么议会就可能分裂成许多小团体，从而将阻碍甚至阻止多数之产生。由于在一个党派内部，不同社会阶层及其利益之间的妥协已经形成，大党将有利于议会内部之合作。不受限制的比例代表，将为小规模团体获得议会代表而创造机会；这些团体并不代表和公共福利相协调的政治纲领，而基本上仅代表一边倒的利益。然而，只有对公共福利负责的明确议会多数，才能形成在外交与内政层面上都有能力的内阁，去完成实体立法任务。因此，根据何种政党对完成议会任务更为合适，法律可对政党加以合法区分。基于这些理由，所谓的‘分裂党派’(splinter parties)，可被排除于比例代表选举的席位分布之外。

虽然《基本法》并未规定任何具体的选举体制，比例代表和地区代表的混合体制及受到宪政法院承认的“5%规则”，已具有相当于宪法条款的稳定地

《基本法》要求选票在原则上具有同样的法律影响，不能有所歧视。另一方面，要考虑政府稳定。宪政法院判决，不符合5%规则的小党可以被合宪地排除于议会之外。

任何显著不利于弱小党派的立法措施，都将受到联邦宪政法院的严格审查。

位。因此,尽管在以后也曾有改变选举制度的提议,且在60年代底,联合执政的各大党还一度扬言要过渡到单一的地区代表制,以排斥小党进入议会,这些企图始终没有成功。“巴伐利亚州党案”表明,任何这类显著不利于弱小党派的立法措施,都将受到联邦宪政法院的严格审查。

动态 民主与专制——两种选举的对比^[18]

选举是社会利益为了争取政治权力而激烈角逐的过程。由于社会利益是分化的,因而可以预料由人民选举的议会也必然由代表不同利益的党派组成。2002年9月22日,德国联邦议会举行第15届大选,社会民主党和绿党所形成的“红绿联盟”以微弱优势胜出,赢得了603个联邦议院席位中的306席,社民党总理施罗德(Schroeder)执政。在这次大选中,共有20多个政党或联盟参加了角逐。德国统一后共16个州,分为299个选区。在6120万合法选民中,约79%参加了大选投票。得票超过5%的有4个政党:社民党获得38.5%的选票和251个议席,联盟党获得38.5%的选票和248个议席,绿党获得8.6%的选票和55个议席,和联盟党结盟的自由民主党获得7.4%的选票和47个议席。民主社会党则获得了4%的选票,因未能超过5%而只保留了2个直选议席。社民党的得票率比上届大选的40.9%有所下降,但绿党得票率则明显超过了上届的6.7%,因而红绿联盟仍然获得了47.1%的选票和306个议席。虽然没有达到半数,这个比例已经是非常不容易的成就。

虽然总统在任何特定的时候只能有一个,因而必然只属于某一个党派,但总统的选票在民主国家和议会一样四分五裂。(参见第五章的“美国总统大选案”)具有讽刺意味的是,独裁国家反而动不动就出现“全票当选”的奇迹。看看已经垮台的前伊拉克政府的选举。2002年10月15日,伊拉克看守总理举行全民公决,1100多万有资格投票的选民全部参加并投了赞成票,居然没有一张反对或弃权票!总统萨达姆以100%的全票再次连任,任期7年。萨达姆于1979年开始出任总统,在1995年举行的伊拉克“有史以来第一次全民公决”中以99.96%的得票率连任总统。伊拉克革命指挥委员会副主席、全民公决监督委员会主席、萨达姆的家族成员易卜拉欣称,这次全民公决完全是按照民主程序进行的,充分反映了伊拉克人民和国家的意志。“那些不理解伊拉克的人,当然不相信这样的得票率。”据报道,在1995年的那次“选举”中,“有2500名选民投了反对票,此后不久便失踪了。”

当然,“全票当选”之后不久,萨达姆政权就被美英联军推翻了。从一

[18] 刘月琴:“萨达姆政权的根基”,《南方周末》2002年9月19日。

位选民的角度来看,你认为一个本国的独裁者和外国强加的政权有本质区别吗?

第二节 政党与宪法

政党并不是从来存在的。事实上,它们是相当近代的产物。只是在制定了1788年宪法将近半个世纪以后,美国才产生了世界上最早的现代政党制度。这固然是民主的自然要求,但我们可以从这么长的间隔中看到,政党是民主经验发展到一定程度的产物,同时又是带动现代民主运行的必不可少的“机器”——美国在19世纪后期一直是这么称呼民主党的。从美国的经验来看,大众政党固然是少数政客为了当选而发明的机制,但它同时也帮助解决了分权机制给政府运作所带来的困难。麦迪逊在《联邦党人文集》第51篇中指出:“一个大众政府的困难在于,你首先必须使政府能够统治,然后迫使它自己控制自己。”(Hamilton et al., 1961:320—324)为了保障自由和权利,宪法要求政府分权,而分权不可避免的“副作用”是削弱政府的统治职能。因此,无论政党存在于宪法之中还是掩藏在宪法背后,政党政治和宪法制度的关系都是最关键的。

政党帮助解决了分权机制给政府运作带来的困难。

这一节探讨大众政党的发展历程以及各国政党与宪法的关系。在西方国家,党政分离产生了政党的宪法地位问题。虽然政党不是国家机构,各国基本上都认为政党有义务遵守宪法。既然宪法义务直接或间接适用于政党,这一节还将讨论宪法对政党行为的具体限制,最后介绍中国的政党制度及其和政府的关系。

一、美国

在制定美国联邦宪法的时候,现代意义上的政党还不存在。联邦宪法完全没有——也不可能——提到政党。事实上,政党(party)被普遍认为是潜在危害最大的派系(faction);尽管麦迪逊的《联邦党人文集》第十篇肯定了不同派系共存的必要,但并没有否定它们可能会导致政治集权争权夺利、相互倾轧,从而阻碍政府的正常运转并损害公共利益。因此,华盛顿总统在离任前特地“庄严警告”党派斗争的危害。所谓的“联邦党”和“杰弗逊共和党”(Jeffersonian Republicans)之间的斗争,也充分反映了党派斗争的危害,而两者都只不过是少数上层活跃分子组成的“贵族党”而已。19世纪30年代,美国产生了世界上最早的大众政党,但这一制度是在竞选过程中发展起来的,和宪法并没

美国的大众政党是在竞选过程中发展起来的,和宪法并没有直接和必然关系。

有直接关系。

(一) 美国政党的兴起

在18世纪末,最初的两大敌对党派仅局限于联邦政府的内部动员。它们在国会内建立“决策会议”(Caucuses)操纵总统提名与选举过程,使宪法提供的选举院制度有名无实。从1788到1799年,联邦派在政府中占据上风。该党派崇尚贵族政治,主张“君子不党”;1800年,杰弗逊领导国会的反联邦党势力,在总统与国会选举中大获全胜。在此后二十年中,“共和党”赢得3/4的众议院席位与总统选举人以及4/5的参议院席位。除了最高法院之外,联邦党在政府中的势力自此衰落。联邦党的衰落使政党竞争过早消失,政党活动因而失去组织目标。“共和党”的压倒性胜利反使自己内部分裂,党派斗争转化为在“共和党”内的派系斗争。因此,杰弗逊时代的政党活动亦主要局限在政府内部;它们并不具备后来在政府外组织的现代化、大众型政党的基本特点。在这个时期,民众的政治参与极为有限;政党组织松散而力量脆弱。宪法整个忽略了政党领导的可能性,党派也不具备组织选民与领导政府的能力。

1824年,“杰弗逊共和党”分裂为四个派系,此后杰克逊(Andrew Jackson)领导的派系成立了第一个现代政党:民主党(Democratic Party)。该党第一次在政府外组织大众动员,把大批以前具有选举权但未参与政治过程的民众带到投票箱,因而首次实现了总统民选,使得民主党在1829年的总统与国会选举中获胜。“杰克逊革命”(Jacksonian Revolution)开创了民主党时代:在此后三十年里,民主党统治白宫与众院24年、参院26年。与此同时,联邦的大多数州迅速取消过去对选民资格的财产限制,使美国成为第一个实行大多数白人男子普选的国家,比欧洲至少早了三十年。当时,美国仍有80%的农业人口。因此,和欧洲大陆的民主不同,美国在工业资本主义和都市化之前首先迈入大众民主。为了与新兴的民主势力相抗衡,以前的联邦党联合反对派系在1834—1840年间组成了辉格党(Whigs Party),从而标志着现代两党系统的成熟。1848年,民主党成立了全国委员会,辉格党则在内战后演变为现在的共和党。美国的政党结构此后保持基本不变。

美国早期的政党活动主要局限在政府内部,民众的政治参与极为有限。

“杰克逊革命”开创了世界上第一个大众型政党——民主党。

评注

“塔莱里会堂”和“分赃制度”

杰克逊时代改革了以前的国会决策会议提名总统候选人的方式,在全国范围实行了代表大会(Convention)制度。在全国大会上,各地区被选出的代表队伍通过相互竞争与妥协,最终产生政党的总统候选人。这一制度使得“党魁统治”(party boss rule)成为可能:地方政党领袖通过控制本地区代表队伍的人选,得以操纵总统候选人的提名。在这个时期,美国两党竞争激烈,选

举结果接近平衡。政党进行广泛的政治动员,简化竞选程序,并负责把选票送到选民手中,因而在联邦范围内产生了高水平的政治参与,参加投票的选民达到占具有选举权人数的75%—80%。

在这一时期最活跃的是以“塔莱里会堂”(Tammany Hall)为代表的“政党机器”,而其最有代表性的政治领袖是纽约市的党魁普朗奇(George Washington Plunkitt)。(参见 Riordan, 1963)一开始,塔莱里会堂是一个以印第安部落酋长命名的非政治性俱乐部,后来逐渐发展为民主党的政治机器。到19世纪中期,它已经能控制纽约市的市长选举,而附属的大小党魁也随之发迹。塔莱里的成功几乎完全是政党制度在自然发展过程中得不到完善的结果。在自然形成之后,美国政党的活动经费很少;由于“党政分离”,政府几乎不给予任何资助。候选人自己——尤其是刚“入门”的挑战者——也难以筹集大量经费参与竞选,从而演化出一套政党“分赃制度”(patronage system)。在这个制度下,候选人招集一批亲信为自己免费服务——从筹划竞选纲领到拉赞助、拉招牌;如果成功当选,那么这些人将按照竞选过程中的贡献大小而被分配一定的职位。那个时候,美国的联邦和地方政府可以说是“一朝天子一朝臣”:从国务卿或州务卿到基层行政人员乃至清洁工,一律由政府首长任命。因此,政府职业成为当选者“论功行赏”的“赃物”。“分赃制度”调动了政治参与者的积极性,带动了美国民主政治机器的运转,为美国宪法与选举法律制度填补了空缺。

民主制度早期的党魁政治演化出一套政党分赃制度。

到19世纪末期,分赃制导致了大量的政府腐败和低效率;毕竟,竞选有方的未必具备治理才能。进步党(Progressives)运动对美国的政党体制进行了意义深远的改革,1883年的《公民服务法》建立了美国的文官考试系统,极大缩小了分赃制的范围与作用。目前,美国联邦政府的分赃制仅限于部级行政领导——这一般被认为对政府信任以及政策制定与贯彻的一致性是必要的。由于公务系统的改革并没有配套政党制度的更新,致使美国的政党与民主受到严重打击。普朗奇的预言被证明是对的:美国政党的运转依赖“分赃制”。一旦公务改革削弱了这一制度,美国政党就分崩离析,而美国民主也不能维持下去。公民服务改革体现了美国政党制度内在的缺陷,而对这些缺陷的制度弥补至今尚未完成。

分赃制导致政府腐败和低效率。进步党运动建立了文官考试系统,极大缩小了分赃范围,但也同时打击了政党力量。

(二)美国政党的衰落

美国的政党主要以地方组织为基础。每个政府阶层都存在政党的委员会。总的说来,美国的政党力量较为薄弱:党员既无标准,又无责任参与政党活动。在全国范围内,政党内部缺乏团结。在组织结构上,政党缺乏集中领导能力来制订国家政策。因此,在地方上,政党控制从上至下;在联邦范围内,政党联合从下到上。政党内部根据地域分成多个不同的利益派别,只是在提名

美国政党的衰落导致参与率下降。

总统候选人的全国代表大会上,这些派系才来到一起,通过利益妥协达成暂时的联盟。内部组织的松散和分赃制的削弱使选民的政治参与骤然下降,以致到20世纪20年代,美国的选举参与率只有现代西欧的1/3至2/5之间。因此,正是在现代工业化产生社会危机时期,美国的政党开始衰落。这和进步党同时从几个方面削弱政党发展有密切关系。

首先,也许是出于对自由主义的向往和对多数民主专制的恐惧,进步党不欢迎激烈的政党竞争与广泛的大众参与。各州开始要求选民事先进行个人选举登记,为大众政治参与设置了起始障碍。这一要求对社会中上层无甚影响,但在北部城市对下层居民构成严重障碍;对于在南部农村刚获得公民权的黑人,这种障碍几乎不可逾越。其次,在提名总统候选人的全国会议之前,增加了地方直接初选制度。原来,党员在地方会议上选举党员代表团,代表团然后再决定总统候选人;这种程序使得总统候选人的提名由地方政党领袖控制。现在,党员在初选会议上直接选举总统候选人,使地方政党领袖失去了提名候选人的权力。最后,进步党引进了“澳大利亚选票”制度,使得选民“分票”和“分裂政府”成为可能。

“澳大利亚选票”制度的引入使得选民“分票”和“分裂政府”成为可能。

“澳大利亚选票”制度解决了贿选问题,但也减少了政党对选民的影响。

“分票”是指同一选民在不同机构的选举中投不同政党的票,从而产生了“分裂政府”现象。

评注 “澳大利亚选票”与“分裂政府”

所谓“澳大利亚选票”(Australian ballot)制度,就是指秘密投票制度。政府先把所有候选人的名单印在选票上,由选民投票后放入统一的票箱。这项制度由澳大利亚首先采纳,故以此命名。在以前,美国选民投的是政党发到手中的“党票”,且两党的票箱是分开的,因而选民投哪个党或哪个候选人的票“一目了然”。在那时候,候选人贿赂选民投自己票的做法极为普遍,然后候选人可以监督“受贿者”履行其“承诺”。采取澳大利亚选票制以后,监督履行不再可能,因为候选人不知道选民在放入统一票箱的无记名票上投了谁的票,因而候选人也不再会有理性动机去贿赂选民。因此,澳大利亚的秘密投票制度给予选民以更大的自由,并自然消灭了贿选,但同时因减少了政党对选民的影响而使“分票”现象成为可能。

所谓“分票”(split ticket),是指同一选民在总统选举中投一党的票,而在国会议员选举中却投另一党的票,或在国会选举中投一个党的众议院候选人,而投另一个党的参议院候选人。以前,选票由政党印刷分发到选民手里,且只包括该党的候选人;由于投票活动仅是半公开的,选民分票颇为困难。现在,政府准备的选票不分党派,它们包括所有竞选人的名字;这种无党派选票使现代选民分票变得容易。这类现象的普遍化代表了选民对政党认同意识的下降,标志着美国政党力量的衰落。它使得美国出现了“分裂政府”(divided

第二次世界大战之后,美国总统和国会通常由不同党派控制。

半个世纪以后,进步党时期削弱美国政党的一系列措施终于在统计数据上显示了效果。路维在《个人总统》中指出,政党组织的衰落表现在多个方面。首先,澳大利亚选票制度使选民分票轻而易举。从1942年到1972年,在投票中选择同一政党的总统与国会议员的选民比例从62%下降到38%。在1980年这个比例是37%;当年里根获选就是因为他获得了28%的民主党选民支持,而卡特却只获得12%的共和党选民支持。自从第二次世界大战以后,“分裂政府”的现象已成为常规。(Lowi,1985:80—86)2000年,在共和党候选人布什险胜戈尔当选总统的同时,民主党在参议院的改选中占了微弱多数。只是在2002年的中期选举中,民主党出乎意料的失利才使共和党同时掌握了总统和国会两院的多数。这是美国政治自半个世纪以来难得的统一,而其能维持多久现在尚难定论。

缺乏政党组织的结果是“投票选民消失”:参与选举的选民比例显著下降。在20世纪50年代与60年代,总统选举的参与率保持在70%,而国会在总统选举年和非总统选举年的参与率则分别在50%与65%上下。但70年代参与率陡降,总统选举的参与率勉强超过50%。1988年,只有半数具有选举权的公民参加了总统选举;国会选举的参与率则更低。各州行政首脑通常只由1/3至2/5的选民选出。1976年,纽约市的联邦政府选举的参与率达到150年以来的最低点(42%),次年的市长选举达到自1834年的第一次选举以来的历史最低点。因此,如果世界上有些国家的公民缺乏真正的民主选举权,那么拥有这种权利的美国人却似乎不太看重它的行使。

政党组织的衰落不但造成选民参与下降,同时也产生了“阶级扭曲”,使社会下层更倾向于放弃选举。

伯恩纳姆指出,政党组织的衰落不但造成选民参与下降,同时也产生了“阶级扭曲”(class skew)。对于那些缺乏其他信息来源的选民来说,政党是提供这些选民计算参与功利的重要捷径。由于获得政治信息的能力本身存在着巨大的阶级差异,政党宣传为社会下层提供了必不可少的政治信息。因此,政党作用的消失不但降低了选民的整体参与,也使原来就笃信命运、不信政治、倾向弃权的下层更少参与。美国从70年代开始的统治危机,要求社会各个阶层——包括中产阶级和社会下层——改变政治观念,并改革政党结构,使之能把近一半“消失了的选民”带回政治过程。只有这样,“美国的民主”才能真正代表全体选民的利益——而非某些阶层的特殊利益。近年来,美国的政党力量有所恢复,但由于政党制度未发生根本改革,这种恢复能否持久,尚待观察。

思考 你认为单一成员地区代表制还是比例代表制更能增加选民参与的动机? 选举制度的不同是否也造成了美国与欧洲参与率的差别?

(三) 政党与宪法

和其他西方国家一样,美国的政党也不是“国家机构”。当然,国家官员总是有“党性”的——譬如布什总统是共和党人,第二位女大法官金斯伯格则是民主党人。但这并不表明宪法本身具有任何党性。宪法创立一系列国家机构及其附带的职位,而不论什么党的人占据这些职位。政党则通过组织竞选,负责把本党的人输送到政府的不同职位上去。在美国,一旦完成选举,政党的任务即暂告结束——直到下次选举开始。被选上的政府官员自行运作;他们可能制定和本党倾向保持一致的政策,但这更多的是因为他们所代表的就是本党选民的利益,而并非直接来自党部的命令。党存在于宪法和政府之外;它的职能在于帮助本党候选人赢得选举、产生政府,但并不代替政府运作,也不对政府行为负责。说得更极端一点,它是介于公共与私人之间的社会组织。

这就产生一个问题:如果政党被认为是政府之外的民间组织,那么它也和普通私人一样不能直接承担宪法义务。回到本书第一章,宪法的一个特征是其公法性和授权性,仅对那些被认为属于国家的公共机构施加责任,对普通公民或一般的社会组织则纯粹赋予权利。这样,政党就可以公然以侵犯公民宪法权利的形式组织竞选,而不受法律追究。私人可以进行种族歧视——例如拒绝雇佣少数民族的人或为他们提供服务,而不受宪法的追究(联邦或各州政府的立法仍可以惩罚这种行为),政党在竞选过程中能否进行种族歧视?宪法第十五修正案禁止联邦和州政府基于种族而歧视公民的选举权,但它是否能适用于政党行为?美国对这个问题曾产生争议。最后,联邦最高法院还是通过迂回的方式承认了政党的公共性质。虽然政党不是正式的国家机构,政党的行为必须符合宪法。

对于政治选举,美国的种族歧视原来非常普遍。一开始,某些州公然以法律形式禁止黑人参与州政府的初选。由于这类行为是国家机构所为,显然构成了“州政府行为”(state action),因而最高法院毫无困难地判决它们侵犯了宪法第十五修正案所保障的选举权。如果州政府没有主动进行立法干预,而是放任本州的政党从事歧视行为,那么州政府是否因“不作为”——没有制定立法去禁止这类行为——而被判决违宪?在一般情况下,立法机构不会因其不作为而被判决违宪,否则司法机构的权力就没有界限了;但在选举这个重要领域内,最高法院认为,如果州政府对政党选举活动提供了详细的规则,但唯独不禁止种族歧视,那么这类有意“不作为”的规则仍可能构成“州政府行为”并违宪。如果州政府完全没有进行立法干预,它仍然可能被认为把政府权力委托给政党,并由于在其管辖范围内允许政党实施宪法所禁止的种族歧视而违宪。

政党是介于公共与私人之间的社会组织,其任务是把本党候选人输送到政府职位。

宪法义务在原则上只适用于正式国家机构,但美国最高法院仍然要求政党行为符合宪法。

最高法院认为州议会有积极义务制定有关法律,防止政党在竞选过程中进行种族歧视。

案例 党禁初选案——政党是不是“国家机构”？

在1944年的“党禁初选第一案”中，^[19]德克萨斯州民主党通过决议，禁止有色人种成为民主党员，来参与国会、州长及其他官员的选举。由于德州对政党选举提供了详细的规则，但未能禁止种族歧视，这类规则被判决违宪。最高法院指出：

州政府不能通过允许民间组织在选举过程中进行种族歧视，来间接侵犯平等保护。

合众国是宪政民主国家；其组织法授予所有公民参与官员选举的权利，不受任何州基于种族的限制。这项被授予人民的选择机会，不能因各州允许私人组织在选举中实行种族歧视而遭到废弃。如果宪法权利可被如此间接地剥夺，那么它们就失去了实际价值。

州政府也不能允许政党在初选过程中实施种族歧视。

在1953年的“党禁初选第二案”中，^[20]主要由私人控制的德州县级组织——“坚鸟党团”(Jaybird Party)，以种族歧视的方式操纵民主党的地方初选过程。该组织全由白人组成，其初选所决定的地方人选一直在州的初选竞争中获胜。最高法院指出，如果一州允许政党去做政府自己不能做的事情，“那就无异于允许明目张胆地滥用这些程序，去挫败第十五修正案的目的。使用县级操纵的初选来认可违宪选举的结果，仅使侵权复杂化而已。如一州通过这类伎俩，在其境内允许使用任何机制来产生违宪选举的等价物，那就违反了第十五修正案。”虽然初选不是最终的选举，但它是选举过程的一部分，因而歧视行为仍然违宪。

因此，虽然政党在美国不算“国家机构”，但由于地方立法机构被要求对政党的选举活动进行调控，以禁止政党在选举过程中的任何种族歧视行为。因此，政党歧视或者违反州法的平等条款，或者如果州法未能禁止歧视，州法本身将被判决违宪而必须作出修正，以禁止这类歧视行为。

二、欧洲——以联邦德国为例

在欧洲联盟的范围内，关于政党的宪法案例数德国最为丰富。法国宪法虽然也对政党的作用作了有关规定，但远不如德国《基本法》详细，且宪政院对政党问题的决定也极为有限。欧洲联盟的民主过程则受到目前体制的极大限制，其中主要的权力机构——理事会和执委会——皆由成员国政府委派，而非由选民选举。由各成员国选民直选产生的只有欧洲议会，而该机构相当于一个政治协商会议，其立法权力极为有限。因此，讨论整个欧洲层面上的选举

[19] Smith v. Allwright, 321 U. S. 650.

[20] Terry v. Adams, 345 U. S. 462.

与政党作用意义不大。由于这些原因,我们把焦点集中在联邦德国,只是在适当的地方和法国进行比较。

美国宪法建立在大众政党兴起之前,因而宪法没有对政党作出规定。德国《基本法》则相反。它不但是极为现代的产物,而且有了纳粹的“前车之鉴”,它的一个主要目的就是为了防止德国重蹈政党专制的悲剧。为了保障《基本法》所建立的宪政秩序,第18条特别对个人权利规定了限制:“如果为了抵抗自由民主的基本秩序,任何人滥用表达见解的自由……,那么他将丧失这些基本自由。联邦宪政法院应决定这些权利之丧失及其程度。”同时,《基本法》对政党作出了详细的规定。第21条第1款规定:“政党应参与形成人民的政治意愿;它们可被自由建立。其内部结构应符合民主原则。它们对财源、资产和资金使用负有公共责任。”为了防止政党权力的滥用,第2款对政党性质规定了和第18条类似的限制。为了保证政党体制的顺利运行,第93条还授权联邦宪政法院审查政党启动的“组织争议”(Organstreit),以防止联邦或各州政府采取有损政党体制完整的立法或行政措施。

德国《基本法》的主要目的是防止政党重蹈纳粹专制的悲剧,因而对政党进行了详细规定。

评注

“政党国体”——德国政党的宪法地位

政党是不是一个国家机构?这个问题在德国也有争议。传统的观点和美国一样,但现在似乎更倾向政党仍然是一个准国家机构。考玛斯教授指出:

一种看法认为政党是国家的准官方机构。政党具备这项特征,是因为它们在现代大众民主中发挥至关重要的作用。它们是国家权力和政治代表的主要引擎,并以这种权能去形成与回应‘人民的政治意愿’。对于理想的政党国体,政党不仅必须具有竞争力,而且必须是统一、活跃并具备纲领的公民组织,能够教育选民并代表他们的利益……与之相对立的看法,则更接近德国对政党的传统观点。尽管接受政党是现代民主的必要机构,并且第21条创立了政党国体,这个观点并不假设政党和国家之间有任何联系。按照这种解释,政党是扎根于社会的自发组织,而非国家的一部分。它们可以帮助形成人民的政治意愿,但并不代表国家意愿。国家是奉献于公共利益的独立实体,但公共利益之表达或实施,并不取决于政党。(Kommers,1989:210—211)

德国对政党的国家性质曾有过两种不同观点。

在以上两种政党和国家关系的对立观点之间,联邦宪政法院采取了一种中间态度。由于政党在现代民主中的重要作用,法院在历年来发展了“政党国体”理论(德文Parteienstaat)。如果公民的结社自由受到第9条的保护与限制,那么政党地位则被提高到普通组织之上。在《基本法》建立初期,宪政法院曾一度把政党和国家机构等同看待。但在1954年的联席决定中,法院把政党确定为“宪法机构”：“通过参与形成人民政治意愿的过程,政党作为宪法机

宪政法院最后把政党确定为“宪法机构”,因而其活动直接受制于宪法控制。

构而发挥职能。政党主要通过参与议会选举,来行使这项第21条所保障的权利。如果政党在这一领域内积极活动,并为这项来自我们宪政特殊职能的权利而奋斗,那么它们就有权在本院的宪政程序中行使其[自身作为宪法机构之权利]。”既然如此,不论政党是否“国家机构”,政党活动直接受制于宪法控制。

如上所述,政党主要是为了赢得选举而设立的组织机构;对于选民和候选人而言,政党在选举中的作用是筹集财政资助和扩大媒介影响。为了保证民主的顺利运行,德国政党的相当一部分资助直接来自国家,且由于主要媒介为公共所有,符合标准的政党有权为竞选的目的而获得一定的免费播音时间。这使得政党的财政资助和媒介行为直接受制于宪法控制(为什么?)。同时,为了防止政党滥用权力以推翻自由民主的基本秩序,《基本法》授权联邦政府取缔某些极端党派。取缔行为当然也受制于宪法和宪政法院的控制。以下,我们探讨影响政党实际运作的三个重要问题:财政资助、大众媒介、政党的内部组织及其宪法限制。德国宪政法院对这三个问题都发表过独到的观点。

(一) 财政资助

对于现代政党的有效运行,最关键的莫过于财政来源。如果政党是一架机器,那么财政资助就是维持这架机器运转的燃料。简言之,政党的组织机构、选民联络、广告宣传等一切活动,都离不开金钱。而要提供这些开销,只靠成员的党费或捐款是远远不够的。政党还必须通过各种渠道,获得社会或国家的广泛资助。如何以合宪与合法手段去获得充分资助,乃是每个政党机构所必须考虑的中心策略问题。在此,我们针对《基本法》所保障的政党机会平等之原则,分别讨论宪政法院对公民和国家提供政党资助所施加的限制。

为了保障政党之间的有效竞争,并避免使它们过分依赖利益集团,国家可以为政党提供资助。公共资助无须平均分配于各党;它们的分配可以适合每个政党的选民实力。但法院告诫说,这类公共资助不得加剧现有政党在竞选中事实上的不平等。

案例 政党资助的平等原则——“政党捐款免税案”^[21]

关于公民对政党的资助,典型的案例是1958年的“政党捐款免税案”。在50年代执政期间,基督教民主党通过联邦法律,允许公民从其可征税收入

为了防止政党滥用权力以推翻自由民主的基本秩序,《基本法》授权联邦政府取缔某些极端党派。取缔行为受制于宪法和宪政法院的控制。

财政资助对政党活动至关重要。

国家可以为政党提供资助,但必须符合宪法条件。

[21] Party Tax Deduction Case, 8 BVerfGE 51.

中,减免部分对政党的捐款。社会民主党控制的海斯州政府,在联邦宪法法院挑战其合宪性。海斯州宣称,这项法律使富裕阶层集中的政党获得更多财政资助,因而歧视其他主要依靠中下层选民支持的政党——如社民党。宪法法院第二庭判决该法律违反了平等原则:

由于现代竞选要求巨额开支,今天的所有政党都取决于捐款;没有政党能仅靠其成员的捐献,来承担自身财政需求。[在民主多党制国家,所有政党都被同样鼓励去参与人民的政治意愿之形成。]确实,国家没有义务保证政党的财政需求得到满足;但如果立法者制订任何规章来促进政党财政,那么规章就必须和宪法一致,且尤其不得侵犯政党机会平等的基本权利。

[既然收入税率随着可征税的收入数额而增加,从可征税收入中减免政党捐款的可能性,为企业纳税者和高收入阶层提供了捐助动机。]由于新的规章,这些纳税人能在某些情况下加倍其捐款,而并不比以前付更多的税。然而,对政党捐款之免税,并不为低收入的纳税人提供更大动机,因为他们所能承受的捐助通常是如此之小,以致不能超过免税开支的最低标准总额。

1959年,联邦众议院通过了《政党财政法案》,授权政府对政党的“政治教育”给予公共资助。公共资金按照各政党在议会所占席位比例加以分配,因而这项法律得到进入议会的各党派普遍支持。1961年,一个未能进入议会的小党——德国全民党(All-German Block Party),挑战该法的合宪性,但联邦法律受到宪法法院的维持。到1964年,对政党的公共资助达到3800万马克。鉴于联邦对政党的资助迅速上涨,宪法法院第二庭改变了以前的宽容立场。在以下的“公共资助案”中,宪法法院判决立法的某些限制违宪。

案例 “政党公共资助案”^[22]

众议院的四大党——基督教民主联盟、基督教社会联盟、社会民主党和自由民主党——各获20%,其余20%由议会各小党按其席位总数分配。海斯州和一些未能进入议会的小党——如德国全民党、巴伐利亚党和倾向纳粹的国家民主党,在宪法法院宣称联邦法律违宪。联邦宪法法院同意宪政申诉,并指出:

人民意志的形成和国家意志的形成,以不同方式交织一体。然而在民主国家,大众意愿的形成必须始于人民——而非国家机构。只有在人民政治意愿的形成过程中,国家机构才得以产生。[这一次序]意味着:在原则上,国家机构不得在人民见解和意愿的形成中积极活动;这个过程必须在原则上保持“独立于

国家没有积极义务提供政党资助,但如果提供资助,则不得侵犯政党机会平等的基本权利。

德国议会对党党资助的免税方案违宪。

[22] Party Finance Cases, 20 BVerfGE 56.

国家”(State-free)。假如允许行政或立法机构去影响这个过程,就不符合自由和公开形成人民意愿的民主原则;只有具备特殊理由,这类行动才被认为合法。

政府必须自下而上产生,国家机构在原则上不得影响人民见解和意愿的形成过程。

政党在个人和国家之间构成中间联系;即使在两届选举之间,它们也是公民实现其意志的手段。政党是人民的“喉舌”。如果政党支持内阁,那么它们便在人民和政治领导之间建立并保持联系。如果作为少数党,它们则形成并增强政治反对力量。它们作为中介,参与公共见解之形成。政党集中[公民]对政治权力及其行使的意见、利益和努力,平衡与塑造之,并试图在形成国家意志的过程中使之开花结果。[在现代大众民主中,政党决定性地影响着最高政府职位之任命。它们通过在国家系统的机构和职位工作,尤其通过影响议会的决定和措施,来参与国家意志的形成。正因为政党的这些活动,“独立于国家”的宪法规则、及全民见解和意愿必须公开形成之原则,禁止国家把政党合并到组织化的政府领域。]

政党是人民的“喉舌”,是个人和国家之间的中介。

如果立法者为竞选开支提供补偿,那就必须尊重第21条为政党所保障的自由。立法者还必须注意,所提的“方案”不得和政党平等原则相冲突。这项原则并不限于选举法,而且也适用于整个广泛的选举领域,包括对竞选开支的偿付……就这类调控而言,立法者的自由行动受到相当狭隘的限制。除非具备特殊与迫不得已之理由,宪法禁止以任何不平等的方式去对待政党。”

1967年,为了满足联邦宪政法院在“公共资助案”中提出的要求,众议院各党派联合制订了《政党法》(Political Party Act)。该法案的七个部分规定了政党的地位和职能、内部组织结构、禁止违宪政党的实施、候选人的提名、政党的公共财政资助、对竞选资金来源和开支的公布和审计,并对民法典和税务法涉及政党的部分作出修改。和美国的竞选资助法律不同,《政党法》对私人捐助没有规定上限,而只要求所有超过2万马克的个人捐款及超过20万马克的企业捐款必须公布。对于公共资助,《政党法》试图符合“财政补贴”决定,规定各政党只能为补偿“合适竞选的必要开支”,按照所获第二票(比例选票)的总数,获得每票2.5马克的资助。到1974年和1983年,这个数目分别上升到3.5马克和5.0马克。但该法又规定,只有在一州至少赢得2.5%选票的政党,才能获得公共资助。不出所料,政党法案又产生了一轮新的诉讼。在1968年的“竞选赞助案”中,宪政法院肯定了法案的私人捐助的免税部分,但判决企业比个人更高的公布限额无效。法院认为,作为法人的企业必须和个人平等对待,因而也必须公布所有超过2万马克的捐款。同时,政党必须赢得2.5%选票才能获得公共资助的规定,也因要求太高而无效。法院自行规定了“0.5%”规则:只要政党至少赢得0.5%的全部选票,它就应该被认为是“足够认真的竞选参与者”,因而有资格按选票的比例获得公共资助。

为了保证政党之间的公平竞争,财政资助的立法方案必须符合政党平等原则。

案例 对照法国——“竞选开支决定”^[23]

法国第五共和宪法提到了政党,但对政党的规定不如德国宪法详细。宪法第2条规定:“法国是一个统一、世俗、民主和社会主义的共和国……共和国的座右铭是‘自由、平等、博爱’,它的原则是民有、民治、民享。”第4条规定:“政党和团体应在选举意见的表达过程中发挥作用。它们应被自由形成,并应自由从事活动。它们必须尊重国家主权和民主原则。”如下所述,法国《人权宣言》和第五共和宪法还规定了选举权的平等。这些原则被宪政院解释为要求政党竞选经费的平等分配。

在1990年的“选举开支决定”中,1988年3月通过的立法寻求支持政党竞选,并使候选人受制于公开审查。虽然其公共开支条款受到广泛支持,这项法案因歧视小党利益而受到批评。和德国类似,法国立法也规定只有选民支持超过5%的政党才能获得竞选资助。基于宪法第61条第2款,总理把这些条款提交宪政院审查。宪政院推翻了对政党竞选的资助限制,并指出:

宪法第2、3、4条的条款并不阻止国家对帮助表达选民愿望的政党或团体授予财政资助。但为了符合平等和自由原则,被授予的资助必须符合客观标准。另外,所采纳的援助机制不得产生或建立政党对国家之依赖,或削弱各种不同思潮与见解的民主表达。即使对政党或团体的援助纯粹基于它们向众议院选送候选人之人数,且可受制于它们必须获得最低选票支持之要求,议会所采纳的标准亦不得忽视思想多元化的要求;后者构成了民主的基础。

另一方面,为了把国家资助按照选举结果的比例而分配给政党,只有那些“在每个选区至少获得5%选票的结果”才获得考虑;由于其所选择的阈值,这项要求可能阻碍新思想之表达。因此,就法律所施加的这项条件而言,我们必须宣布,被提交的法律第十一章违反了宪法第2条与第4条的联合规定。

将政党必须赢得一定比例的选票作为获得资助的条件,也不得过于严格。法国宪法对政党的规定不如德国宪法详细,但也规定了选举权平等原则。

政党资助必须符合客观标准,且不得产生政党对国家之依赖,或削弱各种不同思潮与见解的民主表达。规定只有至少获得5%选票的政党才能获得资助之条件,同样违反了法国宪法的平等原则。

思考 在多党竞争体制下,由于执政党在大选后可能发生轮替,任何政党都不可能垄断统治权,因而也不可能垄断财政权。在美国,政党资金主要通过竞选募集获得,政党并不从国家那里得一分钱。欧洲国家为了保证政党资金的基本平等,因而对各大政党给予一定的竞选资助,但是政党资助的前提是党、国分离;党产和国库自然分离,才出现政党财政资助的宪法问题。与此相比,在一党执政体制下,由于党政不分,执政党一般没有习惯区分党和国家的

[23] 89—271 DC.

财产,党政机关的预算直接纳入国家预算体系之中,从而使党产和国家财产之间形成一种“剪不断、理还乱”的复杂局面。例如国民党到台湾后仍然实行一党专制、党国不分,以至在民主转型后,“追讨党产”早已成为民进党的竞选口号,也是国民党长期摆脱不了的一个历史包袱。你认为执政党和民主党派的预算是否应该接受人大监督?

(二) 大众媒介

如果财政来源是政党机器得以运行的动力,那么大众媒介则是这架机器获得输入与输出的渠道。政党必须通过政治宣传向大众树立形象,而大众则必须及时了解政党纲领和行动日程。因此,现代技术提供的广播与电视通讯,就为民主体制所必需的信息交流提供了关键手段。和美国不同,西德的广播电视台属于国家所有,因而有义务平等分配为政党竞选提供的免费播音时间。但和国家对政党的财政资助一样,这类时间可以考虑政党大小,因而无须实行平均分配。1962年的“西德媒介案”说明了这一问题。

大众媒介对现代民主制度的信息交流提供了关键手段。

案例 “西德媒介案”^[24]

在1962年的北莱茵—威斯法利亚州的竞选中,“西德广播电视台”根据各大政党的竞选实力,为它们分别配备了不同的免费播音时间。例如以5分钟为一单元,基督教民主党获得13个单元,社会民主党获得11个单元,而相对较小的自由民主党只获得5个单元。自民党在宪政法院宣称,它有权和其他政党同样播音时间,且这一权利受到广播电视台决定的侵犯。联邦宪政法院否定了自民党的要求,并指出:

联邦德国的广播和电视台为公共所有;这导致了官方分配政党播音时间的必要性……在竞选过程中,机会平等原则要求广播电视台的国有企业大致保持中立。但这项原则不仅允许时间的平等分配,且也在具备重要理由时,允许时间的不同分配。继报社之后,广播和电视是最重要的通讯手段;通过它们,公民获得对形成见解所必需的信息。如要按照《基本法》第5条来公正完成这一任务,时间编排就必须遵从平衡、客观和相互尊重的基本标准。这项任务的一部分,是为重要的政治、意识形态和社会团体之平衡[传达]客观信息。通过为竞选目的而分配播音时间,广播和电视向选民报告政党的相对重要性,从而发挥重要的社会作用。

尽管在原则上,宪法允许[电台去]根据政党重要性而分配不同的播音时

欧洲某些国家的广播电视台属于国家所有,因而有义务平等分配为政党竞选提供的免费播音时间。

[24] West Media Case, 14 BVerfGE 121.

间,宪法还对这些区别加以限制。[公共广播电视台]不得允许这些区别,去严重危及所有参与选举的政党之间基本自由之竞争。它们尤其不得把在其波段范围内竞选的小团体,完全排斥于广播和电视宣传之外。

在本案,自由民主党并没有被完全剥夺免费广播时间。事实上,自民党所获得的免费时间在比例上超过其所获选票近一倍,因而电台对时间的分配并不违宪。

公共广播电视台对免费播音时间的分配不得严重危及所有参与选举的政党之间基本自由之竞争,尤其是不得把在其波段范围内竞选的小团体完全排斥于广播和电视宣传之外。

思考 美国的电视台都是私有并私营的,上述德国宪法问题会不会在美国出现?在中国会不会出现?为什么?

一个更极端的情况是媒介完全拒绝给政党提供播音时间。要获得播音时间,有关组织当然首先要符合构成政党的条件。《政党法》第2条规定,“政党代表公民的结社;在永久或相当长一段时间内,这些公民影响联邦德国或个别州的政治意志之形成,并且他们期望在联邦或一州议会代表人民。[构成政党的条件是,]从政党规模、组织稳定性、成员数量及其公共影响来衡量,其活动整体必须足以表明其目标的严肃性。”有关组织是否符合这些条件,可以受到法院审查。如果符合这些条件,媒介是否还可以根据政党的性质而自行拒绝提供播音机会?《基本法》授权联邦政府取缔那些违反自由民主基本秩序的政党,但并没有把判断政府是否违宪的权力交给媒介。1978年的“极左党派案”,显示了宪法对平等的正面保障和负面限制——下述“自卫型民主”——之间的关系。

构成政党必须符合法定条件。

案例

“极左党派案”^[25]

在1975年与1976年的联邦和各州竞选中,三个州的广播电视台拒绝为三个极左政党——德国共产党、德国马克思—列宁主义共产党和西德共产党联盟——提供播音时间。其理由在于,这三个政党宣扬极端的革命性纲领,并号召摧毁现存的宪政秩序。州的行政法院维持了广播电视台的决定。三个党派在联邦宪法法院挑战这些决定的合宪性,指控它们侵犯了《基本法》第3条、第5条和第21条所保障的政党权利。宪法法院推翻了州法院和广播电视台的决定,并指出:

[25] Radical Groups Case, 47 BVerfGE 198.

申诉方期望对联邦德国人民的政治意志之形成施加影响。其组织的规模与稳定性、其成员数量和公共影响,都符合[组党]的基本要求。如初审程序所示,他们被允许作为政党,参与联邦和各州选举,并以后试图在竞选过程中赢得席位。申诉方有可能从事着违宪目标之追求,尤其是废除议会制,但这并不剥夺其政党特征。宪法第21条第2款规定,如果出于其目标或追随者的行为,政党寻求去削弱或废除自由民主的基本秩序或危及联邦德国之存在,那么政党就是违宪的。这种表达方式显示,政治组织作为政党的地位,应该和其违宪或合宪性质受到分别判断。

根据机会平等原则,广播电视台不可因相信某些政党微不足道或甚至有害,即拒绝为它们在选举的参与过程中提供播音时间。

虽然《基本法》并未明确提及所有政党的机会平等权利,这项权利隐含于[《基本法》所支持的]多党制原则和[第21条第1款所保障的]组党自由。[由于选举]受到公共权力措施的影响,这项受到平等对待的基本权利,不仅适用于选举本身,而且被扩展到竞选之宣传;在现代民主国家,观念的传播对现代大众民主是必不可少的……因此,根据机会平等原则,广播电视台不可因相信某些政党微不足道或甚至有害,即拒绝为它们在选举的参与过程中提供播音时间。另一方面,只要[这些电台]授予新的小党以合适的广播时间,那么机会平等原则并不禁止它们在播音时间的分配上对政党加以区别。

除非具备特别相关的理由,机会平等原则禁止公共权力对政党去实行任何区别对待。

广播电视台无权仅因竞选广告含有反对宪法之观点,就拒绝为政党提供播音时间。相对于《基本法》第21条第2款以及平等原则之精神,这种做法是背道而驰的。(a)除非具备特别相关的理由,机会平等原则禁止公共权力对政党去实行任何区别对待……即使政党的目标是摧毁民主国体并至少废弃联邦德国的部分宪政秩序,且一旦它们赢得议会席位,就将构成政治危险,广播电视台也无权仅因为面对违宪的政治目标和纲领,就通过拒绝提供广播竞选来对付这种危险。第21条不成文的政党特权,不允许电台对竞选的信息内容施加如此深远的控制。

只有联邦宪法法院才能裁定政党是否违宪。

不论政党纲领如何违宪,联邦宪法法院对管辖权的垄断,断然排斥行政行动去禁止政党之存在。当然,在政治上反对这类政党的可能性是存在的;但政党必须在政治上能自由行动,而不受任何阻碍。直到这类政党被宣布违宪之前,《基本法》容忍其活动所带来的内在危险。[这项原则]必须受到广播电视台的尊重。

试图破坏宪法秩序或危害国家生存的政党是违宪的。《基本法》规定联邦宪法法院决定政党的合宪性。

(三) 自卫型民主

为了充分记取纳粹政权摧毁魏玛共和的教训,《基本法》第21条在保障政党地位和作用的同时,也对政党的内在性质提供了限制。第2款规定:“如果出于其目标或追随者的行为,政党试图去破坏或废弃自由民主的基本秩序、或危及联邦德国之生存,那么它就是违宪的。联邦宪法法院应决定其违宪性”

问题。”所谓“自由民主的基本秩序”，在以下的“社会帝国党”一案中得到法院的明确定义：

自由民主的基本秩序，可被定义为一种秩序：它排斥任何形式的专制和任意性，并代表了法治之下的政府体制；通过现存多数所表达的意愿，这项政府体制基于人民自决、自由和平等。这项秩序的基本原则至少包括：尊重《基本法》所授予的具体形式之人权，尤其是对于生命和自由发展的个人权利；大众主权；三权分立；责任内阁制；行政合法性；司法独立；多党制原则，以及对所有政党的平等机会。

宪法法院认识到，《基本法》对政党的调控遇到一个问题：民主原则应允许具有任何倾向的政治势力，通过组党来表达自身；如要前后一致，这项原则也应该保护那些具有反民主倾向的政治势力。然而，如果对这些势力不加任何控制，那么德国就可能重蹈魏玛共和的覆辙。对违宪政党的查禁主要是为了两个目的。首先，政府有责任去保护《基本法》所规定、联邦宪政法院所解释的自由民主基本秩序，而不能听任极端党派去摧毁之。其次，政党受到《基本法》的特殊保护和行政机构的特别支持；与此相一致，政党不应被允许去利用这些特权，来摧毁保障其特权的基本秩序和政府机构。同理，根据《基本法》第18条，个人如滥用自由，其基本权利可被取消；受到自由民主秩序保障的个人自由，不得被用来摧毁他人自由以及保护这种自由的基础——基本秩序本身。然而，鉴于第21条第2款和第18条对政党与个人自由的潜在深远影响，为了杜绝政府滥用权力的可能性，《基本法》不允许联邦政府像禁止普通结社那样直接采取行动；内阁或议会只能提议宪政法院去查禁政党或取消自由。只有联邦宪政法院才能作出最终决定。

尽管个人从未因违抗自由民主的基本秩序而被剥夺自由，违宪政党曾两次受到查禁。第一次就是发生于1952年的“社会帝国党案”。

案例 “社会帝国党查禁案”^[26]

“社会帝国党”于1949年成立，其部分目标是在西德重组右派势力。在开始几年，社会帝国党(SRP)在数州获得相当数量的支持，并在联邦议会中获得两个席位。由于该党对联邦内阁和民主政府的敌视态度，阿登纳政府于1951年提请联邦宪政法院予以取缔。接受案件后，第一庭命令搜查帝国党的办公室及其领导人的住宅，以获取有关证据。法院对政党取缔首次发表了如下意见：

自由民主的基本秩序排斥任何形式的专制和任意性，并代表了法治之下的政府体制；通过现存多数所表达的意愿，这项政府体制基于人民自决、自由和平等。

政府有责任去保护《基本法》所规定的自由民主基本秩序，而不能听任极端党派去摧毁之。且政党受到《基本法》的特殊保护和行政机构的特别支持，因而政党不应被允许去利用这些特权，来摧毁保障其特权的基本秩序和政府机构。

[26] Socialist Reich Party Case, 2 BVerfGE 1.

魏玛宪法不承认政党,但《基本法》明确承认政党是形成人民政治意愿的媒介。

在第一次大战之后,尽管当时的民主宪政生活在很大程度上由政党决定,魏玛宪法几乎从未提及政党。这项忽略的原因是多方面的,但最后归结为一项民主理论:它拒绝承认自由个人和人民整体意志之间的媒介团体;这个整体意志是个体意志之总和,并通过作为“全民代表”的议员,在议会里得到代表……《基本法》更为现实;它抛弃了这种观点,并明确承认政党是形成人民政治意愿的媒介——即使不是唯一的媒介。

对德国宪政所发展的自由民主国家而言,政治见解和结社的自由,乃是公民受到保障的基本权利。另一方面,来自人民的最高权力须通过选举和表决得以行使,又是每一个民主体制之本性。但针对大型现代民主国家之现实,只有通过作为政治组织的政党运作,这项大众意愿才能体现出来。这两个基本概念得出同样结论:政党的建立和活动不得受到限制。德国宪法缔造者所面临的问题在于,是否能全盘实施这项结论,抑或在最近经验的启发下,应该对这一领域规定某些限制。缔造者必须考虑,基于任何政治观念来组建政党的绝对自由,是否应该受到特定的民主统治原则之限制;且企图利用民主手段的形式来废除民主的政党,是否必须被排除于政治过程之外。缔造者还必须顾及与此相联系的危险:政府可能因此而试图去取消给它招惹麻烦的反对党。

《基本法》禁止违宪政党之存在,但为了防止滥用这项手段之危险,第21条授权联邦宪政法院决定违宪性问题。宪政法院从政党的组织结构 and 性质判决,内在组织不符合民主原则的极右党派确实违宪。

《基本法》第21条尝试去调解这些问题。一方面,它建立了政党必须自由形成之原则。另一方面,它提供了禁止‘违宪’政党活动之手段。为了防止滥用这项手段之危险,第21条授权联邦宪政法院去决定违宪性问题,并尽可能确定这类判决的事实要求。同时,这些规定所基于的基本观念,为解释第21条提供了重要指示……在民主国家,政党具有特殊重要性。通过合法手段,政党可期望改变个别条款或甚至整体宪法机构;只有当寻求推翻《基本法》所体现的最高基本价值——自由民主秩序时,它们才能被驱逐出政治舞台……根据《基本法》作出的宪政决定,基本宪政秩序最终基于下列观念:人具有其自身的独立价值,并且自由与平等是民族统一的永久和内在价值。因此,这项基本秩序所充满的价值,反对那些排斥人类尊严、自由和平等的极权国家之秩序……[对政党合宪性]问题的答案,来自下列考虑:只有在政党否定自由民主的最高原则时,它才能被排除出政治过程。如果政党的内在组织不符合民主原则,那么一般结论将是:政党试图在整个国家推行其自身的结构原则。

随着冷战气氛的缓和、极端势力的衰落和政府信心的增强,西德政府不再反对极左或极右政党的存在。1975年,内政部长公开报告了国家民主党的反宪法目标和活动。这一行动受到联邦宪政法院的肯定。法院指出,即使宪政法院从未宣布该党违宪,宪法还是允许政府机构公开揭露从事违宪活动的政党。但政府并未进一步提议宪政法院去查禁任何政党。

三、中国

(一) 政党制度

和西方不同,中国实行“共产党领导的多党合作”制度。在多党合作下受到承认的有以下八个民主党派。中国国民党革命委员会(简称“民革”)成立于1948年,主要成员是原国民党中和中共保持合作的党员。中国民主同盟(“民盟”)成立于1941年,主要成员是文教、科技界知识分子;它于1947年被国民党政府宣布为“非法团体”而被迫解散,1948年在香港重新组建。中国民主建国会(“民建”)成立于1945年,主要成员是工商界人士。中国民主促进会(“民进”)成立于1945年,主要成员为教育界和文化出版界知识分子。中国农工民主党(“农工”)初创于1927年,原名“中华革命党”,1947年改为“农工”,主要成员是医药卫生界、工程技术界和文化教育界的知识分子。中国致公党于1925年成立于旧金山,主要成员是归国华侨和侨眷。九三学社成立于1946年,主要成员是文化教育界、科学技术界的中高级知识分子。台湾民主自治同盟(“台盟”)是台湾省籍人士在1947年的“2·28”事件之后于香港成立的政治团体。

中国的“多党合作”制度承认八个民主党派。

1956年,在完成对农业、手工业和资本主义工商业的社会主义改造之后,中国出现了究竟采取严格的一党制还是多党并存的问题。毛泽东对此提出了“长期共存、互相监督”的基本方针,并列入中共第八次全国代表大会的决议,从而确定了共产党领导的多党合作制度。但在1957年,这一方针就在“反右”扩大化中受到很大冲击,不少民主党派领导人及成员被错划为“右派分子”而遭到迫害。在后来的十年“文革”时期,民主党派更未能发挥正常作用。1979年,邓小平重新提出在中国实行共产党领导下的多党合作制度的必要性。1982年,中共第十二次全国代表大会再次确定了多党合作方针。1989年,中共中央通过了《关于坚持和完善中国共产党领导的多党合作和政治协商制度的意见》(以下简称意见)。

毛泽东提出了“长期共存、互相监督”的基本方针,邓小平以后重新提出了多党合作的必要性。多党合作以共产党领导为前提。

根据1989年的意见,共产党领导的多党合作制度包括下列主要方面:第一,共产党是执政党与领导核心,在政治原则、政治方向和重大方针政策上领导各民主党派。第二,各民主党派是接受共产党领导的参政党,与中共通力合作。第三,多党合作的基本方针是“长期共存、互相监督”。第四,民主党派参政的主要内容是参与国家大政方针和领导人选的协商,参与国家方针、政策、法律及法规的制定与执行,鼓励支持民主党派与无党派人士对党和国家的方针政策、各项工作提出意见、批评、建议。第四,多党合作在目前阶段的主要方式包括共产党与民主党派的政治协商,民主党派或无党派人士在国家权力机关参政议政,并担任各级政府或司法机关的领导职务。

(二)政治协商会议

“统一战线”是共产党领导下的政治联盟,包括“工农联盟”和“其他一切爱国者”联盟。统一战线的组织形式是政治协商会议。

在更广泛的范围内,中国还存在着一条“统一战线”,即共产党领导下的政治联盟,主要包括两个联盟:由劳动者形成的“工农联盟”,现在也包括知识分子;以及工人和“其他一切爱国者”的联盟,即劳动者和可以合作的非劳动者之间的联盟,包括拥护国家统一的台湾与港澳同胞、海外侨胞。

统一战线的组织形式是政治协商会议。政协的历史可以追溯到1945年在重庆举行的国共谈判。当时,国民党同意召开由各党派代表参加的政治协商会议(“旧政协”)。各党派通过政治协商,确定了和平民主五项协议,打破了国民党的一党专政。1948年,中共发出“五一号召”,沿用了“政治协商”的名称,提议各民主党派、人民团体及社会贤达召开新的政协会议,成立联合政府。1949年9月,共产党与各民主党派及人民团体召开了第一届政治协商会议,制定了《中国人民政治协商会议共同纲领》与《中央人民政府组织法》,产生了中央政府委员会。在该委员会的63名成员中,民主党派和无党派人士占31名,国家副主席、政务院副总理也有民主党派的领导人,因而较好体现了联合政府与多党合作原则。(王士如编,1993:163)

在1954年以前,政协第一届全体会议代行全国人大的职权。

在1954年以前,全国人大的职权由政协第一届全体会议代行。1954年,全国人大代表产生并召开大会,制定了第一部宪法以代替作为临时宪法的《共同纲领》,并结束了政协代行人大权力的作用。同年召开了政协第二届全国委员会第一次会议,周恩来当选为政协主席,并作了政治报告,指出政协本身的“统一战线作用仍然存在”。1962年,在经历三年困难时期之后,政协召开了第三次会议。周恩来作了《我国人民民主统一战线的新发展》报告,提议把“社会主义建设”作为统一战线的新任务,并对开展学术性研究和讨论提出了建议。

政协的主要职能是政治协商和民主监督。

在后来的十年“文革”时期,政协不能正常工作。1978年12月,政协召开第五届第一次会议。邓小平当选为政协主席并致开幕词,把促进“安定团结”和现代化建设作为统一战线的基本任务。1982年12月,各民主党派在第五届全国政协第五次会议上通过了《政治协商会议章程》,确认了这一基本任务。1994年3月,政协第八届全国委员会第二次会议对章程作了修订。2000年和2004年,《章程》分别再次受到修订。2004年的修正案在总纲中特别强调:“政治协商制度是我国的一项基本政治制度。”章程规定:政协“全国委员会和地方委员会的主要职能是政治协商和民主监督,组织参加本会的各党派、各社会团体和各族各界人士参政议政。”

政治协商是指在决策之前或决策执行过程中,政协对国家和大政方针及经济、政治、文化、社会生活的重大问题进行协商。

政治协商是指在决策之前或决策执行过程中,政协对国家和大政方针及经济、政治、文化、社会生活的重大问题进行协商。政协全国或地方委员会可根据共产党、人大常委会、各级政府、民主党派及人民团体的建议,举行

由各党派与团体负责人及各界代表参加的会议,并进行协商。根据1989年的政协全国委员会《关于政治协商和民主监督的暂行规定》,政治协商的主要内容有民主法制建设和改革开放的重要方针政策及其重要部署、政府工作报告、国家财政预算、经济与社会发展规划、国家重要法律草案、中共中央提出的国家领导人选、国家政治的重要事项、省级行政区划的变动、外交与国家统一的重要方针政策、群众生活的重大问题、各党派之间的共同性事务及政协内部的重要事务等。政治协商的主要形式包括政协全国委员会的全体会议、常委会议及其专题座谈会、主席会议以及各专门委员会根据需要召开的协商座谈会。

民主监督则是指在决策执行之后,政协对宪法、法律和法规的实施以及重大方针政策的贯彻执行和国家机关及其工作人员的工作,通过建议与批评。除了法律与政策的落实情况之外,民主监督的主要内容还包括国民经济和社会发展规划及财政预算的执行,国家机关及其工作人员在履行职责、遵纪守法、为政清廉方面的情况,以及参加政协全国委员会各单位和个人对章程的遵守和政协决议的执行等。监督主要形式有政协全国委员会的全体会议、常委会议或主席会议向中共中央、全国人大常委会或国务院提出建议案,各专门委员会提出建议或报告,委员通过视察、提案、举报或参加中共中央委员会及国务院有关部门组织的调查与检查,提出建议或批评。

(三) 政党与政府——《党政领导干部选拔任用工作条例》

中国的执政党直接参与政府的领导工作,并对党政机关干部的选任发挥重要作用。2002年7月,中共中央发布了《党政领导干部选拔任用工作条例》,取代了1995年颁布的《暂行条例》。条例规定了选用干部的条件,并要求各级党委及其组织(人事)部门严格把关。对上级、本级、下级的干部任用,不符合条例规定的不上报、不上会、不审批。中共中央关于印发条例的通知还要求实行干部选用的工作责任追究制度,对用人失察或失误而造成严重后果的,追究主要责任人及其他直接责任人的责任,并查处违反条例规定的原则、条件、程序和纪律而选用干部的决定,对问题严重的给予党纪政纪处分。

《干部任用条例》共13章,74条。第一章为“总则”。第2条规定了选用干部的六项原则:党管干部原则,德才兼备、任人唯贤原则,群众公认、注重实绩原则,公开、平等、竞争、择优原则,民主集中制原则,依法办事原则。根据第4条,条例适用于下列党政领导干部的选用:中共中央、全国人大常委会、国务院、全国政协、中央纪律检查委员会的工作部门或者机关内设机构的领导成员,最高法院、最高检察院的领导成员(不含正职)和内设机构的领导成员,县级以上各级地方党委、人大常委会、政府、政协、纪委、法院、检察院及其工作部门或者机关内设机构的领导成员,以及上列工作部门内设机构的领导成员。

民主监督是指在决策执行之后,政协对宪法、法律和法规的实施以及重大方针政策的贯彻执行和国家机关及其工作人员的工作,通过建议与批评。

中共中央的干部选用条例规定了各级干部选用的条件。

选用干部应遵循党管干部等原则。党政干部必须符合一定的思想条件。

县级以上党委、政府的直属事业单位和工会、共青团、妇联等人民团体的领导干部选用,非党员领导干部以及处级以上非领导职务的选用,均参照本条例执行。

党委讨论并决定
干部人选。

第二章至第七章分别规定了“选拔任用条件”、“民主推荐”程序、“考察”和“酝酿”程序、“讨论决定”和“任职”程序。市县党政领导正职的拟任及推荐人选由上级党委常委会提名,党委全体会议审议并进行无记名投票表决;党委全体会议闭会期间,由党委常委会作出决定。(第33条)对于提任厅、局级以下领导职务的,在党委讨论决定之后、下发任职通知之前,“应在一定范围内进行公示”,公示期一般为7至15天。(第38条)

第十一章与第十二章规定了“免职、辞职、降职”与“纪律和监督”。党政领导干部如有下列情形之一,“一般应免去现职”:达到任职年龄界限或退休年龄界限;在年度考核与干部考察中,民主测评不称职票超过2/3,并经组织考核认定不称职;因工作需要或其他原因,应当免去现职。(第55条)如果党委及其人事组织部门根据党政领导干部任职期间的表现,认定其已不再适合担任现职,通过一定程序责令其辞去现任领导职务。(第60条)党委及其人事组织部门、纪检机关和监察部门对干部选用工作进行监督检查,受理有关举报与申诉。(第66条)如果用人失察失误造成严重后果,应追究主要责任人及其他直接责任人的责任。

2004年3月,中央政治局会议审议通过了《公开选拔党政领导干部工作暂行规定》、《党政机关竞争上岗工作暂行规定》、《党的地方委员会全体会议对下一级党委、政府领导班子正职拟任人选和推荐人选表决办法》、《党政领导干部辞职暂行规定》和《关于党政领导干部辞职从事经营活动有关问题的意见》等干部人事制度改革文件。这五个文件反映了中央推进干部人事制度改革的努力。

思考 为什么《干部任用条例》仅适用于中央国家机关“工作部门”或“内设机构”领导成员的选用?(第4条)为什么不适用于最高法院与最高检察院的正职领导成员?这一限制为什么不适用于各级地方法院与检察院?民主推荐的结果应向上级党委汇报(第13条),但条例并不要求对外(包括参加民主推荐的成员)公开。你认为推荐结果是否应当公开?

最后,第十届全国人大常委会于2005年4月通过了《公务员法》,于2006年1月1日开始生效。其第2条规定:“本法所称公务员,是指依法履行公职、

纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。”根据此规定,中共党政机关、各民主党派以及政协等占“国家行政编制”并由“国家财政负担工资福利”的工作人员被明确纳入“公务员”的范畴,从而进一步加强了党和国家之间的融合。

评注 “两委”矛盾——中国党政关系在农村基层的反映

除了任用干部之外,政党还直接参与政府事务的领导和管理,因而在政府机关内部产生了党政两套班子。一般地,通过党政领导由一人兼任或明确党政职能的分工(如明确首长负责制或党委“一把手”)等措施,两套班子能够避免发生矛盾。尤其是党委对机关干部的人选发挥决定性作用,因而通常能保证两者和谐一致。然而,近年来农村基层选举的发展打破了原来的干部任用模式,也给中国的党政关系带来了新的挑战。

据统计,中国目前有八十万多个村庄,绝大多数都展开了村委会选举。据学者估计,其中实施得比较好的大约有三成。村委会制度的实施导致了村庄传统权力结构的“裂变”,引发了村委会和村党支部之间的权力冲突。目前绝大多数村庄还是“村民选村长,党员选书记”;村委会主任是村民自发选举出来的,而支书则是由党员推选,必要时可由镇党委直接任命。在某些地方,出现了村长“一呼百应”,书记“说话不灵”的现象,从而产生了村委会和村党支部之间的矛盾。^[27]

据《人民日报》2001年3月21日报道,山东栖霞市四个镇的57名村委会成员集体要求辞职,原因是“由于村党支部和镇党委、政府片面强调党领导一切,采取支部包办代替村委会的做法”,致使新当选的“村官”有职无权。“村里的财务、公章不交接,财务支出由支书一人说了算。镇党委、政府不但不解决‘村官’们反映的问题,反而对村委会成员随意‘诫勉’甚至停职。”

对于解决这类问题,不同地方采取了两种解决办法。一种是山东威海市所实行的“两委一把手‘一肩挑’”的做法,由村长兼任书记。村委会选举先产生村长,然后基层党委再把当选的村委会主任调整为支部书记;如果村委会主任不是党员但具备党员条件,就积极培养发展入党。另一种是山西省河曲县在1991年实行的“两票制”,使村民在党支部成员与书记的选择上开始拥有发言权。“两票制”的第一票是村民“信任投票”,或称“民意票”,由全体村民不记名推选村党支部书记、副书记和委员的候选人;第二票是乡镇党委根据信任投票的结果向村党支部提出差额候选人,由全体党员投票选举党支部。山

中国政府机关内部存在着党政两套班子,可能发生权力冲突。

农村实行的村委会选举制度分化了原村党支部的权力,产生了“两委”矛盾。

有些地方村委会工作遇到村党支部的阻力,导致集体辞职。

各地采取了不同的解决办法,以期弥合“两委”之间的隔阂。

[27] 参见寿蓓蓓:“村官的当家权”,《南方周末》2001年3月29日。

西的做法引起了全国各地的关注和借鉴。例如深圳市委组织部就推行了“两票制”,并据称取得了“乐观”的效果。

思考 比较两种解决方法,你更赞成哪一种?为什么?西方政府是否会出现这类问题?两种办法中哪一种办法更接近内阁制?对于山东威海实行的“一肩挑”,如果村委会主任不愿意入党或不符合入党条件怎么办?

第三节 宪法与选举

选举过程中最容易发生对公民选举权的歧视,因而宪法的平等原则尤其重要。

政党活动的主要目的是赢得选举并产生政府,因而选举过程是国家政治的中心环节。为了保证公正的利益代表,宪政国家的选举过程都受到宪法控制。由于选举过程中最容易发生对公民选举权的歧视,宪法的平等原则尤其重要。美国在世界上首先发展了大众民主制度,因而其宪法约束机制也最早发达。相比之下,德国的民主制度发展较晚,但宪法对选举权的保障最为系统周密。

这一节讨论美国、德国和法国宪法在选举过程中的运用,最后介绍中国的选举制度。

一、美国

美国联邦政府中的总统和国会均由选举产生,各州情形与此类似。

美国联邦政府的组成结构经过精心设计,使之能够表达各个层次的不同利益,这些利益通过政府的不同分支互相制约。且不论多数派系在特定时期如何强大,它难以在一次选举胜利中一举改换政府所有分支。因此,在美国联邦政府的三个分支中有两个分支——总统和国会两院——是由选举产生的。各州的情形与此类似,州长和议会两院全部经由本州选民产生,不少州的法官也和他们一样民选产生。凡是经由选举产生的公共职位——不论是联邦还是各州选举,都必须符合联邦宪法的规定。

内战结束后,第十四修正案规定了“正当程序”和“平等保护”条款。第十五修正案专门禁止对选举权进行种族歧视。

对于选举问题,宪法最重要的规定就是第十四修正案的“平等保护”。内战以后,美国修正了联邦宪法,相继通过了第十三至第十五修正案,其中最重要的是1868年通过的第十四修正案。其第1款规定:“所有在合众国出生或入籍、并受制于其管辖权的人,都是合众国公民和其居住州的公民。任何州不得制订或实施任何法律,来剥夺合众国公民的优惠与豁免权。各州亦不得不得

经由法律正当程序(due process of law),即剥夺任何人的生命、自由或财产,或在其管辖区域内对任何人拒绝[提供]法律的平等保护(equal protection of laws)。”此后,“正当程序”(详见本书第八章)和“平等保护”构成了公民权利最重要的两块基石。第2款规定:“众议员应在各州按其相应的人口数量分配,计入每个州的全部人数,排除不纳税的印第安人”,从而取消了宪法第1条第2款的“3/5条款”,即在按各州人口分配众议院代表席位时把非自由人(即黑奴)按3/5人头计算。尽管平等保护当时是针对各州的,最高法院在1954年的案例中判决它也适用于联邦政府。(“正当程序”是否适用于联邦政府?为什么?参见本书第三章的“码头淤泥案”)

1870年通过的第十五修正案特别禁止联邦或各州政府对选举权存在种族歧视:“合众国公民的选举权,不得被合众国或任何州以种族、肤色或从前的奴役状态为由而否认或剥夺。”对于选举而言,第十五修正案最为相关,但第十四修正案的广义解释也可涵盖平等选举原则。这两条修正案构成了对公民选举权的最早保护。

种族歧视立法被称为“嫌疑归类”,将受到最严格的司法审查。

以下,我们分别讨论议会和总统选举所应符合的宪法要求。

评注

种族歧视、“嫌疑归类”和斯通法官的“第四脚注”

美国联邦法院认为,对于某些特殊的平等保护问题,法院有权对立法进行特别严格的审查。最典型的就是涉及种族歧视的立法,这类立法把种族或肤色作为归类的对象,并对不同的归类进行区别对待。例如在20世纪60年代以前,相当多的州法规定白人和黑人不得通婚,或旅店、剧院、列车等公共设施必须把白人与有色人种分开。这类立法被最高法院称为“嫌疑归类”(suspect classification)。它们将受到如此严格的司法审查,以致涉及种族归类的立法几乎不可能通过审查。

斯通法官的第四脚注阐明,如果立法对“分散和孤立的少数团体”进行歧视,法院可以进行严格审查。

为什么最高法院对种族歧视采取如此严格的审查呢?由于司法审查必将和代表民主的立法权力相冲突,严格审查的合法性何在?在1938年的“凯罗琳产品案”中,^[28]斯通首席大法官(C. J. Stone)在其意见的“第四脚注”中首次阐明了法院需要实行严格审查的特殊情形:

如果立法看起来显然处于宪法明确禁止的范围内,那么对其合宪运作的假定可能具有更狭隘的范围。……对分散和孤立的少数团体(discrete and insular minorities)之歧视,可能构成特殊情形,以致通常可被依靠来保护少数的政治程序运作受到严重削弱,因而相应要求更为仔细的司法调查。

[28] United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144.

政治过程理论:由于民主政治程序通常制订合理的法律,法院在一般情况下尊重立法决定;但在某些特殊情形下,民主程序不能正常运作,或即使能够运作,这类程序也将导致多数派系对少数派系的歧视与压制,法院有理由对立法进行更严格的审查。

斯通总法官的“第四脚注”创始了“政治过程”(political process)理论。其要旨是:由于民主政治程序通常制订合理的法律,法院在一般情况下尊重立法决定;但在某些特殊情形下,民主程序不能正常运作,或即使能够运作,这类程序也将导致多数派系对少数派系的歧视与压制,而“分散和孤立”的少数派系本身无力通过民主程序来摆脱多数专制。譬如少数民族根据定义就必然是人口中的少数,因而无论如何不可能有机会转化为社会多数,通过立法过程来充分保障自己的权利不受多数势力的侵犯。因此,如果立法明目张胆地把种族作为规定对象,并企图损害少数民族利益,法院即有理由对立法实行更为严格的审查。这时,司法机构可以进行严格审查,因为民主过程的运行已不能实现预期的效果,而司法权力的行使只是为了纠正立法程序可能产生的缺陷。

思考 “第四脚注”的政治过程理论是否让你想起另外一个非常类似但发生背景完全不同的理论?回顾本书第四章的内容。

(一) 议会选举——选区划分与“一人一票”原则

对于议会选举,最关键的问题是选区划分。选举权利不仅是公民投票的行动自由,它还意味着公民有权要求公正的选举结果。如果选区划分不公,那么有些选区少量选民就能选举一个代表,有些选区大量选民才能选出一个代表。这样,每张选票的分量就出现了差别,某些选区的选民在议会获得利益代表的机会就受到了歧视甚至剥夺。出于故意或疏忽,美国有些州不顾几十年来人口分布的巨大变化,仍旧沿用20世纪初的选区划分机制,从而使得不同地区的选民人数和代表比例显著失调。在1964年的“选区重划第二案”,最高法院正式确立了“一人一票”原则。

案例 “选区重划第二案”^[29]

人口分布的变化可能要求重新划分选区。

阿拉巴马州议会选举在20世纪60年代的选区划分,仍然按照1901年的宪法规定。但60年来的人口分布变化,使得选举结果极为不公。该州议会虽然提议对此进行改革,但程度极为有限。选区人口和代表席位的比例,在不同地区差异显著。例如根据60年代的联邦人口统计,有的选区超过60万人,却只有7个众院、1个参院席位;而有的选区不过区区1.5万人,却也有两个众院、一个参院席位。选

[29] Reynolds v. Sims, 377 U. S. 533.

区代表比例的最高与最低之比在州参议院达到 41:1,在州众议院亦达 16:1。结果,参众两院多数议员都只代表阿州的 1/4 人口。这一选举机制受到选民团体的挑战,并被联邦地区判决违反了第十四修正案的“平等保护”条款。最高法院肯定了地区法院的决定。沃伦首席大法官(C. J. Warren)的法院意见指出:

无论在联邦抑或各州选举,合众国宪法均保护一切有资格的公民之选举权……选民有权自由选举自己所选择的候选人,乃是民主社会的要旨;且对这项权利的任何限制,都将触及代议制政府的核心。就如同全然禁止选举的自由举行,对公民选票分量的贬低与削弱,也可同样有效地剥夺选举权。我国代议制政府的基本原则是:不论种族、性别、经济地位或州内的居住地点,同样人数的人民必须获得同等代表。立法者代表人民,而非树木或田亩。立法者被选民所选举,而非农场、城市或经济利益。只要我们的政府仍然具有代议形式,且我们的立法机构仍然是人民直选并直接代表人民的政府工具,那么以自由和不受削弱的方式选举议员的权利,就是我们政治体制的基石。

在一个基于代议制政府的社会,逻辑的要求是州的多数人民选举州的多数议员。既然立法划分选区的基本目的,乃是取得公正和有效的公民代表,(平等保护)条款保障所有选民在州议员选举中的平等参与机会。就和基于诸如种族或经济地位的歧视一样,因居住地点而削弱选票的分量,也同样削弱第十四修正案保护的基本宪法权利……在立法选区划分争议的決定中,人口必然是考虑的起点和首要标准。一个有资格投票的公民,并不因为他生活在城市或农场而有所不同。这是我们宪法(平等保护)条款的明确与强烈要求;这是一个法治——而非人治——政府概念的基本组成部分;这是林肯的(民有、民治、民享)观念之核心。(平等保护)条款至少要求,居住各地、任何种族的所有公民,在州议会获得基本平等的代表。

我们判决,作为一项宪法标准,(平等保护)条款要求州的议会两院席位必须基于人口而获得分配。简言之,如果和居住州内其他地方的公民选票相比,某地区公民的选票分量受到显著削弱,那么个人选举州议员的权利就受到了违宪侵犯。

代议制政府的基本原则是:不论种族、性别、经济地位或州内的居住地点,同样人数的人民必须获得同等代表。

削弱公民选票分量,就相当于剥夺选举权。

平等保护条款要求,居住各地、任何种族的所有公民,在州议会获得基本平等的代表。

思考 在“选区重划第一案”,^[30]联邦最高法院考虑了选区划分是不是属于不可审查的“政治问题”。回顾本书第三章对这一问题的讨论,联系斯通法官的“第四脚注”,你认为选区重划是否(应该)属于“政治问题”?

[30] Baker v. Carr, 369 U. S. 186.

评注 选区的滥划

最高法院规定了“一人一票”原则。政府还可以通过滥划选区,在表面上满足“一人一票”原则的同时进行种族歧视。

“一人一票”原则并非总能保障平等的选举结果。事实上,通过现代计算机处理人文地理数据,州政府可以在几乎严格满足“一人一票”的基础上,通过滥划政治选区(**political gerrymandering**)来歧视少数民族或党派。这类选区划分法律当然不会明言歧视意图,因而法院必须从政府的具体行为和选举结果来决定“歧视目的”是否存在。典型的例子是1960年的“选区滥划阿拉巴马州的法律把原为四方形的塔斯克基市(Tuskegee),变成一个28边奇异图形。结果排斥了该市选区内99%的黑人,而保留了全部白人居民。



图 6.6 张牙舞爪的选区

第一案”。^[31] 最高法院基于第十五修正案,判决阿州重划选区法案无效。法兰克福特法官(J. Frankfurter)认为:“州法完全是考虑把白人和有色人种隔离,通过拒黑人公民于市门之外,来剥夺他们先前的地方表决权。”

(二) 总统选举

美国总统不是直接由选民选举,而是由各州选民选出的选举院选举产生。

联邦宪法第二章基本上包含了有关合众国总统的所有重要规定,例如任期(4年)和选举方式。美国总统并不是直接由各地选民选举,而是由各州选

[31] Gomillion v. Lightfoot, 364 U. S. 339.

民选出的“选举院”(Electoral College)选举产生,因而在性质上属于间接选举。第二章第一节第二段规定:“每个州应以其立法机构所指示的方式任命选举人,其数量等于该州在国会所具有的参议员与众议员席位的全部。”1961年的第二十三修正案为哥伦比亚特区增设了总统选举人名额。将众议院人数(435人)、参议院人数(100人)和特区名额相加,目前的总统选举院共538人。第一节第三段规定了总统选举人的任命、集会和表决程序,后来这一段被1804年的第十二修正案所替代。根据规定,当选的总统必须获得多数选举人的选票,即现在须至少达到270票。

联邦宪法在多处规定,公民的选举权不得因种族、性别或年龄而受到剥夺或削弱。这些保障是普遍的,不仅适用于总统选举。如上所述,意义深远的第十四修正案已被解释为要求“一人一票”原则。有趣的是,由于联邦宪法把总统选举人的选择决定权交给了各州立法机构,如果州议会不把这项权利直接转交给选民,而是由自己直接选择总统选举人,那么平等保护的问题就不存在。只有在州议会作为实施联邦宪法第2条第1款授权的手段,选择全州选举来任命选举团成员之后,公民个人才有选举合众国总统的选举人的宪法权利。因此,联邦最高法院在1892年的一个案例指出,^[32]在选择任命选举人的方式上,州议会的权力是“全面”(plenary)的。例如它可以选择自己去任命选举人;事实上,在联邦宪法制订许多年后,这一直是好几个州的立法机构所采取的方式。但随着历史的发展,各州逐渐把选择选举人的权利赋予公民个人。当然,任何州的议会都可以收回这项联邦宪法原授予它的权力,但目前美国所有的州确实都由公民来选举总统的选举人。而一旦州议会选择把这项权利交给选民,州对这项权利的规定就受到联邦宪法相关条款的制约。既然州的法律现在已把选择选举人的权利交给了选民,那么州的立法、执法与司法行为就不得以任何方式侵犯或歧视这项权利。

评注

选举院制度的扭曲效果

和采取单一成员选区制的众议院选举有些类似,美国总统的选举也具有“胜者全赢,负者尽输”的特征。假定某个州的选民对民主党与共和党的支持率是49:51,那么共和党就将获得全部选举人的选票。例如在佛罗里达州,如果我们确切地知道布什比戈尔多获得那么一点点选票,那么美国的选举院体制将使他获得该州全部的选举人票。同样,如果选民在全国范围内对共和党与民主党候选人的支持率是40:60,那么完全有可能出现下列情形,即共和党

各州有全面裁量权决定选举人的产生方式,但只要规定选举人由选举产生,就必须遵守联邦宪法的平等保护原则。

[32] McPherson v. Blacker, 146 U. S. 1, 35.

候选人在各个州内都被民主党击败,从而使获选的民主党候选人获得100%的选票,和选民对两党的实际支持比例大相径庭。当然,选民在全国分布的不规则与随机性使得这类情形并未发生,但至少理论上存在着发生的可能。

在大多数情形下,当选总统获得的选举人票相对于落选人而言显得比选民的 actual 支持要多;但在少数情形下则可能反过来,甚至当选总统虽然获得了多数选举人票,但就选民的 actual 支持而言还比落选者更少。在上述例子中,如果绝大多数民主党选民集中于少数几个州,而共和党选民则在其余的多数州以微弱多数超过民主党选民,那么选举院制度就可能使受到全国绝对多数选民支持的候选人落选。因此,选举院制度可能会违反简单多数主义的民主原则。

这种情况历史上曾发生过四次。例如,在1888年的总统大选中,哈里森(Benjamin Harrison)的全民选票多于其竞争对手克利夫兰(Grover Cleveland),但后者获得了多数选举人的支持而当选总统。在2000年的总统选举中,类似的情况再次重演:在总统大选中所投的总共一亿多张“全民选票”(popular votes)中,戈尔比布什多获得30万票。这一差距虽然不大,却是不受争议的事实。因此,根据简单多数原则,戈尔应获选美国总统。然而,选举院制度却允许布什获得了微弱多数的选举人而当选。因此,尤其当双方得票接近的时候,选举院投票的结果确实可能和全民投票的结果相反。不仅如此,选举院制度还使2000年的总统大选陷入了更深的困扰。

选举院制度可能会使总统选举的结果不同于直选结果。这类情形在美国历史上确实发生过。

案例

选举院制度的窘迫——2000年美国大选

2000年11月7日举行的美国总统大选突显了民主选举中的一个普遍事实:一定比例的无效(或被人或机器认为无效)选票之存在。在美国的全国选举中,一般有2%左右的选票由于这样或那样的原因作废:有的可能故意不选任何候选人,有的选了两个或两个以上的候选人,有的在标记时犯了错误,有的因标记不明显而被机器误认为是废票,等等。在一般情况下,这种比例的偏差可被忽略不计。但如果双方选票相当接近,这种误差则有可能影响整个选举的结果。这种情况在2000年的美国总统大选中确实发生了。共和党候选人布什(George Bush, Jr.)和民主党候选人戈尔(Albert Gore)所获的选票极为接近。在关键的佛罗里达州,两者的选票尤其接近:在将近600万张佛州选票中,布什比戈尔仅多不到1000张选票,小于全部选票的万分之二。但根据选举院制度,布什被佛州宣布为胜者,因而获得了全部选举人的选票。戈尔则挑战佛州所公布的选举结果,认为某些自动识别选票的机器未能适当识别出投他的票;否则,结果很可能正好相反。根据当时的情况,佛州的选举结果决定

任何选举都会有一定比例的废票,有时候有效的选票可能被机器认为是废票。布什和戈尔在佛罗里达州选票非常接近,被机器误认无效的表决可能起决定性作用。

了整个联邦总统的人选——谁赢得这个州,谁就赢得了多数选举人而当选总统。但佛州的结果被选举误差困扰着。

争议的主要焦点在于那些有问题的选票卡。选民被要求用一支尖笔在纸卡上穿孔,但有些选票未被完全穿孔,使得机器不能识别它们,例如应被穿孔的部分有时还连在卡上,有时则只有一个受压的印子(即后来很有名的“酒窝选票”)。这些选票还是表明了选民的“意向”,但机器(扫描仪)却以为选民完全没有选择而属于无效选票。戈尔的论点是这些实际有效的“无效”选票中,选他的居多数,且数量足以表明他实际获胜。怎么解决这个问题呢?让全部佛州选民再投一次票吗?这不太可行,且宪法也未如此规定。就认定机器自动计票的结果,将那些“酒窝选票”弃置不顾吗?似乎又显然有失公正,尽管联邦最高法院的多数意见基本上就是这么决定的。戈尔提出对他认为有问题的那些选票进行手工计票,也就是让人去重新检验一下那些被某些选区的检票机认为无效的选票,并把那些清楚表明“选民意向”的选票挑出来。但是究竟重新检验哪些选票呢?如果检查某些戈尔失利的选区,布什可能要求检查他失利的选区,甚至检查他失利的某些其他州的选票——当然,他必须能证明那里的失误是如此之多,以致纠正后他有可能反败为胜。这样,任何一场选举都可能变得没完没了;民主要求公正,但它也同样需要效率和结果的确定性。再说,让谁去检验这些废票呢?检验需要什么标准?“酒窝”压得多深才算“清楚表明”了选民意向?不同的选区、不同的检票员可能有不同的标准——有的是无意的,有的是故意的。和机器不同,人是有偏向的;民主党的检票员可能会采取对戈尔有利的标准来解释选票,共和党检票员则会反其道而行之,而任何一种做法都是对选民权利的歧视。法官应该介入吗?还是她就应该信任地方检票员所宣布的结果?如果介入,究竟是佛州自己的法官——因为这是在佛州举行并主要受佛州法律管辖的选举,还是联邦法院的法官——因为这毕竟是联邦总统的选举?你看,民主不是“请客吃饭”,一个看上去简单的小问题却引发出这许多不容易解决的大问题。

整个过程导致了大量诉讼,在此只能略述一二。(详见张千帆,2001b)。还得记住时间不等人:根据联邦法律的规定,佛州结果必须在12月18日之前确定其结果,否则国会可根据联邦法律拒绝计入该州的选举结果。12月8日,佛州最高法院以4:3的判决下达了“戈尔诉哈里斯”决定,^[33]命令州政府在剩下的时间内对9000张选票进行手工计票。布什把这一决定上诉到联邦最高法院,宣称佛州法院的决定违反了联邦宪法。12月12日,在“布什诉戈

佛罗里达州最高法院要求对某些选区的废票进行手工计票,但这项决定被联邦最高法院以宪法理由撤销。

联邦最高法院的大法官们对一些重要问题的看法存在分歧。

[33] Gore v. Harris, 772 So. 2d 1243.

尔”决定中,^[34]联邦最高法院下达的最后判决以5:4撤销了佛州高院的判决。最高法院的七位大法官认为佛州高院所要求的重新计票存在着宪法问题。其中两位法官虽然同意多数意见的这一含糊结论,但所要求作出的救济不同,并在少数意见中单独表达了他们的观点。以首席大法官为首的五位法官构成了多数意见,判决佛州高院的决定违反了联邦宪法和法律。其余的法官则基于不同理由,表达了反对这一判决的少数意见。

多数与少数意见之间的争议主要围绕着三个相互关联的问题:第一,联邦法院是否应该干预这项发生在佛州的选举争议;更准确地说,联邦法院对这项争议有没有合适的管辖权(或称“受案范围”)。多数意见认为,在佛州进行的是关于联邦总统的选举,且直接涉及选民受宪法第十四修正案保护的平等权利,因而联邦法院显然应该干预;少数意见则认为,宪法已经把选择选举人的任务委托给各州,对选举方式的规定完全是各州的事务,联邦的干预是极为有限的。第二,佛州高院的判决是否违反了联邦法律,或以违反联邦宪法第2条的形式改变了州法的立法原意?第三,佛州高院对“缺票”的处理方式是否侵犯了联邦宪法第十四修正案所保障的平等保护?事实上,对第三个问题的肯定回答也就基本上回答了第一个问题。

最高法院多数意见认为,佛州法院对手工计票的标准太模糊,容易导致错误并损害候选人与选民的宪法权利。

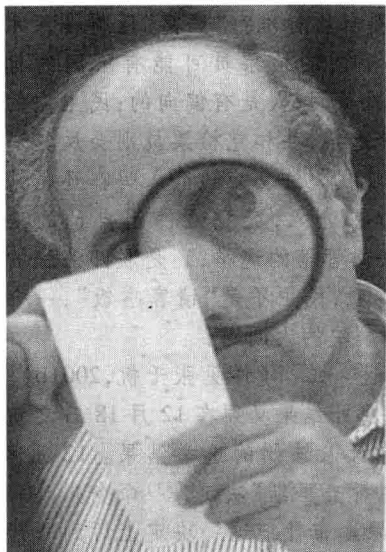


图6.7 “酒窝选票”的困惑

佛罗里达州的官员正在审视一张“酒窝选票”,看“酒窝”是否足够深,以致达到了法院关于“清楚表明了选民意愿”的要求;如果未达到要求,那么机器识别它是废票的结果就是正确的。

[34] Bush v. Gore, 121 S. Ct. 525.

在实体上,平等保护是本案的选举争议中最根本的问题;也正是在这个问题上,最高法院七位法官的整体意见发现佛州高院的决定违反了联邦宪法。佛州高院要求从这些选票上识别选民的意向,联邦最高法院却认为这种做法未能满足平等保护的最低限度要求,即不得任意对待选票以侵犯选民的基本权利。尽管从表面上看,发现选民意向是一项无可非议的普遍要求,但它在具体运用的时候缺乏统一的标准来保证统一运用。最高法院的多数意见指出,问题的关键在于检票团所面临的是一张沉默的纸,而不是一个还能补充解释的人。在诉讼过程中,确实有证据表明不同地区之间在适用“选民意向”标准上的差异,以及同一地区的前后不一致。例如有一个选区的标准要比棕榈滩选区更为宽松,因而发现的新选票是后者的三倍,而这项结果和两个选区之间的人口差异显著不成比例。但加入整体意见的两位法官认为,这并不表明佛州就不应该举行重新计票;只要佛州高院纠正了手工计票的标准,使之更为明确、具体、统一,重新计票还是应该尽快进行。多数意见则认为,重新计票已经为时过晚,而匆忙进行则反而容易导致错误并损害候选人与选民的宪法权利。

不论如何,这次从民主政治中引发的争议最终还是在法院获得了解决,并且和往常一样,不管持什么立场的美国人都表示对法院的最终判决“买账”。然而,在激烈的辩论中,美国人似乎忽略了这场风波的“始作俑者”——古老的选举院制度。在这次大选中,这项制度所造成的误差颠倒了选举结果:如果把所有一亿多张选票加起来,戈尔是无可置疑的胜者(尽管30万张选票的获胜差距并不大)。因此,不论佛罗里达州的结果如何,根据民主的基本原则和大多数美国人的实际愿望,戈尔而非布什才应该是真正的赢家。

美国人似乎默认了这一由选举院体制导致的结果,而只是在技术上找原因。造成这次选举的困惑有很多原因,但最根本的原因仍在于选举院这一似乎已经过时的体制。尽管联邦党人曾为美国总统的选举院制度辩护,(参见《联邦党人文集》第68篇,Hamilton et al.,1961:411—415)过去的理由和选举院的现代运行方式已不相关。这项过时的制度不但违背了现代多数主义民主的公正观念,而且使得选举的最终结果过分依赖特定州的选票统计的准确度,从而直接引发了这场本来不必要的世纪争议。事实上,如果在全国范围内采用简单的多数规则,那么这次纷纷扬扬的佛州选举争议根本就不会发生。

美国争论各方似乎忽视了选举院制度是导致大选问题的根本原因。

动态

竞选活动的司法控制

选举并不只是涉及技术细节,而是或多或少都掺杂着不同程度的人为干预因素。选举看上去简单——似乎就是投票而已,但是实际上涉及许多复杂的细节,可以说几乎在任何一个环节都可能出问题。在选前,候选人可能通过

造谣中伤、相互抹黑,或通过各种方式贿赂或胁迫选民,影响选民的正常选择;在投票过程中,候选人阵营可能造假,例如怂恿不法分子重复投票,选民也可能有意或无意投出无效票(例如空白票或同时选了两个敌对候选人);选举结束后,计票过程还可能发生影响准确和公正的事件,例如在缺乏各方监督的情况下故意误计选票。问题是,如何解决选举争议?

2007年6月15日,台湾高雄市地方法院的合议庭以2比1一审判决民进党市长陈菊当选无效。去年12月9日,高雄进行市长选举,将近76万选民参加投票,最后陈菊以1114票(约千分之一点五)的微弱优势险胜国民党候选人黄俊英。^[35]黄俊英阵营当场提出选举无效,指出选举过程中发生的一系列不规范现象,其中关键的一点就是陈菊阵营在选举前一天“爆料”黄俊英买票贿选(“走路工事件”),出示了一盘录影带并三次举行记者招待会。调查发现,陈菊阵营还发送过近3万条手机短信指称黄俊英贿选。后来却证明,录影带中并没有关于贿选的确凿证据,而这些宣传却有效损害了国民党候选人的形象。虽然原先在民意调查中大幅度领先,黄俊英最后还是落选。如果陈菊阵营对黄俊英的指控确实是子虚乌有的,而黄俊英阵营却因为时间紧迫来不及做出适当申辩,那么许多选民确实可能受到误导并将选票误投给中伤者,从而产生不公正的选举结果。

谁有资格解决选举争议?出于明显的利益纠葛,我们显然不能信任当事人的候选人,而只能信任一个相对中立和超越的机构来裁判争议。一个自然的选择就是法院,因为在保证司法独立的前提下,法官一般被认为超越于政治纷争和利益纠葛之上,因而最有能力做出公正和中立的判决。但正是因为独立的司法一般是不直接对选民负责的,法官在干预民主选举过程中要抱着“战战兢兢、如履薄冰”的心态,谨慎小心地界定自己的权限。在处理高雄选举事件的过程中,法官需要妥善处理两个相当敏感的关系:一是言论自由和选举公正的关系,二是选举公正和民主稳定的关系。

首先,选举是候选人和选民之间的信息交换过程。在规范的选举过程中,候选人代表的是政策、才干、魄力和品行等一系列个人素质和政治立场。只有在经过充分的信息交流之后,选民才可能充分了解各位候选人,最后通过比较做出明智的选择。为了保证充分的信息交流,选举过程中的言论应该是完全放开的;否则,言论限制必然将限制信息交流,从而影响和扭曲选举结果。但是这样马上产生一个问题:如何对待一些造谣中伤的不实之词?法治国家的一般处理方式是,竞选各方可以尽情表达自己的价值观念,甚至以极端的方式否定对方的立场。然而,各方的言论在原则上应该属实;如果存在事实错误

[35] “黄俊英正式提出‘选举无效’之诉”,《新京报》2006年12月29日。

(譬如高雄选举的贿选指控),受害方可以提请法院予以纠正。但是即使涉及事实问题,法官也未必事必躬亲,以免过多干预民主政治,而有些错误可以在保证言论自由的环境下获得自动纠正。如果受害方有机会为自己辩护,通过言论澄清事实,那么法院或许就没有必要干预。当然,如果当事人出于种种原因没有机会提出适当澄清,那么法院确实应该及时干预。在高雄选举前夕,陈菊阵营抛出对方贿选的指控,可以说是打了黄俊英一个措手不及,而指控的准确性却在未定之天。由于失实的指控很可能误导选举结果,法院显然不能袖手旁观,否则必然助长选举中的不正之风。事实上,笔者甚至认为法院应被授权延迟选举,等到司法确认和澄清事实后再进行选举,以免浪费选举资源、打击选民热情。

其次,一旦选举结束而当事人提出争议,法院当然有义务保证选举结果公正,但是为了避免不适当的干预,也为了民主选举的稳定性和权威性,法院在一般情况下应尊重选举结果。即便当事人证明选举过程存在违法行为,也不应轻易判决选举无效并要求重新选举。只有在当事人提出足够的证据,证明他在违法行为不存在的情况下很有可能胜选,法院才可以撤销选举结果。在高雄市选举中,双方选票仅相差不到千分之二,而据国民党委托机构所做的民意调查来看,分别有21%和26%的被调查人认为民进党的不实宣传对其选择产生了“重大影响”或“影响”。虽然这份调查未必完全客观,但是它至少说明相当部分的选民可能在没有不实宣传的情况下做出不同选择,因而在选举中胜出的应该是黄俊英而不是陈菊。如果原告确实能证明被告的违法行为使得选举结果变得不确定,法院自然有义务宣布当选无效并命令重新选举。

高雄市长选举“翻盘”事件让我们看到,民主选举是需要一个独立和公正的司法来维护的。且不论高雄选举的司法判决是否在理,单从台湾当局领导人的表现就可以看出司法独立的重要性。陈水扁在选举当天就一再刻意提醒选民黄俊英的“贿选”,法院判决后又公开指责判决不公。假如司法权完全拿捏在执政党领导人手里,这样的判决显然是不可想象的。如果没有一个不受干扰而相对超脱的司法机构定分止争,那么选举各方迟早都会身不由己、不择手段地向道德底线赛跑,选举最后也就沦为了一场骗术的竞演。

二、法国

法国历来注重平等。早在1789年,《人权宣言》第6条即规定:“法律表达普遍意志。所有公民皆有权亲自或经由其代表来参与法律之形成。”1958年的第五共和宪法第3条第3款进一步规定:“国家主权属于人民;人民通过其代表和复决方式来行使这一主权。人民的任何部分或个人,皆不得自行篡夺其主权之行使。根据宪法所规定的条件,选举权既可直接、亦可间接。它应

法国传统注重平等,但某些弱势群体可能需要政府的特殊照顾。

永远普遍、平等和秘密。根据法律所决定的条件,所有成年且享有公民与政治权利的男女法国公民皆可表决。”

另一方面,某些社会弱势群体——例如妇女和少数民族——在历史上一直受到欺压和歧视,可能需要国家政策的“特殊照顾”,以弥补历史造成的不公,并帮助他们尽快达到和社会其他团体同样水平的“起跑线”上。尽管你可以说这些政策有助于实现真正的平等,它们毕竟含有对不同公民类别的区别对待,从而可能和宪法的平等原则相冲突——优惠了少数人,就意味着损害了多数人,因而这类政策具有“反向歧视”的效果。

对于宽宏大量的法国而言,对弱势群体的特殊照顾可能是自然的。但在选举领域中,这类政策必须和宪法的平等原则协调起来。宪政院的案例表明,良好的意愿并不能使“反向歧视”自动合宪。

(一)“反向歧视”问题

根据平等原则,法律不得基于种族、国籍或性别而对表决权加以歧视。这种歧视不仅可以针对少数人,也可以针对多数人。有时,政府想为社会的弱势群体——例如妇女或少数民族——“做好事”,在代表名额的分配为他们提供优惠。这种措施被称为“反向歧视”(reverse discrimination),即议会多数代表不是歧视社会少数,而是“歧视”多数本身。严格来说,虽然立法意图是好的,但这种做法也侵犯了平等原则。以下案例表明,宪政院果然不允许“反向歧视”在法国存在。

“反向歧视”是指议会多数代表制定的照顾少数、歧视多数的措施。

案例 保障妇女代表——“女性限额决定”^[36]

在1982年的“女性限额决定”中,社会党的议会修正案在《选举法典》中加入地方选举条款,要求政党的候选人名单至多只能包括3/4的同性人选,以保证妇女获得一定比例的候选机会。这项法律因其他原因而被提交,但宪政院宣布它侵犯了宪法平等原则:

比较[宪法第3条和《人权宣言》第6条]可知,公民地位本身产生了选举权,且只要未因年龄、低能、国籍或其他用来保护选民自由或被选人独立性的任何理由而被排除,所有人都具备同等被选资格。这些宪法价值原则反对把任何选民或有资格的候选人加以归类。这项原则适用于所有政治选举,尤其是地方议员的选举。由此可见,在制订提交选民的名单过程中,基于性别而区分候选人之规则,抵触了以上提及的宪法原则。因此,……法律第4条所规定的《选举法典》第260章必须被宣布违宪。

宪法平等原则禁止在选举领域实行反向歧视。

[36] 82—146 DC, Rec. 66 (18 November 1982).

由此可见,无论是1789年宣言第6条还是1959年宪法第3条,都不允许“反向歧视”。弗代尔(Vedel)教授在1979年指出:“为妇女——而非男子——保留一定数量职位的文字,抵触了平等原则。”宪政院仅保障选举的形式平等——而非结果平等。

思考 联系斯通法官的“第四脚注”,你认为法院是否应该对性别歧视也实行严格审查?对于妇女的优惠(或对男子的歧视)是不是应该适用同样的审查标准?

(二) 选区划分

上述案例也使某些保护少数民族的政策受到质疑。既然立法不得给妇女代表提供特殊优惠,那么它也不能优惠少数民族。在1985年的“新卡东尼亚选举决定”中,法国内阁通过重新划分选区,对少数民族实行特别优惠。宪政院推翻了优惠殖民地选民的比例代表制立法。

案例 保护少数民族——“新卡东尼亚选举决定”^[37]

为了解决新卡东尼亚(New Caledonia)殖民地的政治局势,内阁希望削弱南部白人的反对独立势力。因此,新的国会(Congress)选举体制,对处于少数的本地选民区域给予更大份分的代表。殖民地岛被分为四个选区,其中南部白人选区占18个席位,其余3个非白人选区共占25个席位。由于选区划分和席位分配的不合理,殖民地白人社团所支持的右翼党派把这些条款提交宪政审查;宪政院判决选举法违宪:

根据宪法第74条,[宪法第2条第1款和第3条第3款及《人权宣言》第6条]并不阻止议会去考虑所有相关事务——尤其是人口的地理分布,以在海外殖民地的具体组织架构内创立并界定选区。为此,法律第3条并不侵犯宪法第2条。

但为了使领土及其居民的代表性符合宪法第3条,国会必须在基本上根据人口而获得选举;作为海外领地的议事机构,它的作用并不限于领土管辖。这并不表明每个地区的代表必须一定和其人口成比例,或不能考虑其他公共利益之要求;但即使如此,这些因素亦只能在有限程度上获得考虑,且后者在

保护少数民族的选区划分措施也违反平等原则。

[37] 86—196 DC, Rec. 63 (8 August 1985).

本案被明显超越。[因此,法律第4条第二段对每个地区]所规定的议席数目必须被宣布违宪。由于第二段和这些条款不可分割,[我们]必须宣布它在整体上抵触了宪法。

法律仅允许选区划分在平均人口的20%水平上发生偏差,选区人口的偏差一般不得超过这一范围。

1985年,社会党改变了法国的选举机制,使之成为单一地区代表制,而后又重新引入了比例代表制,以使“国家阵线”和共产党获利,同时减少右翼联盟所获的多数。在右翼党派执政后,希拉克内阁试图在下次大选前恢复以往体制,因而通过法律授权重划选区,并在议会暑期休会期间使之成为法规。在1986年的“选举授权法决定”(86—208 DC)中,宪政院维持了这项法规,但保留对法规的“严格解释”,即政府不得任意滥划选区,且对人口比例原则的偏离限于法律所提及的情形——缺乏连续疆界或超过四万居民的选区(Canton)。宪政院指出:“根据普选提名的众议院,应基本上按照人口而获选。”当然,实现绝对的人口平等既不可能、亦无必要,议会可考虑公共利益要求而加以适当修正。事实上,法律允许选区划分在平均人口的20%水平上发生偏差,但超过这一极限的划分只能在特殊情形下才受到允许,且必须符合公共利益要求。在同年的“选举边界决定”(86—218 DC)中,宪政院并未发现有关法规存在明显的错误或忽略,因而驳回了有关滥划选区的指控。总的来说,宪政院的任务是控制选举的显著不平等,而非保证选举平等的政治程序目标。

三、德国

《基本法》对议会选举规定了四项原则:平等、直接、秘密、自由。

《基本法》第38条第1款规定:“德国众议院的代表应在直接、自愿、平等与秘密选举中产生。他们应是全体人民的代表,不受任何命令和指示约束,并只服从其自己的良知。”因此,《基本法》对议会选举过程明确规定了四项原则:平等、直接、秘密、自由。

比例代表制一般不会出现“胜者全赢”现象,但德国采取了混合代表制,因而仍存在选举平等问题。比例代表制和地区代表制的混合产生了独特的选举权平等问题。

比例代表制一般不会出现像美国“胜者通吃”规则所造成的不公现象,(为什么?)但德国并没有采取纯粹的比例代表制。对于议会选举,1949年的联邦议会决定采取地区代表和比例代表相结合的选举方式,在原来西德的国土上划分了248个选区,各区向联邦众议院选出一位代表。联邦众议院共有498个席位,其分布则由各政党的成员比例决定。因此,选民在选举中投两票:第一票给地区候选人,第二票则给列出候选人名单的政党。政党在根据第二票获得的比例席位中,扣除该党在各州获得的地区代表人数,再把剩余席位按先后次序分给党票名单上的候选人。如果进入议会的政党未能赢得任何地区选票,那么它仍将获得比例代表的全部选票。如果政党获得的地区选票总数超过了其比例选票,那么它将保留所有地区席位,因而众议院可能会出现少量“超额席位”(surplus seats)。在这种情况下,选举结果仍可能抵触宪法规定

的平等原则。

(一)“平等”(equal)

平等原则不但意味着政党具有平等机会之权利,公民也有权要求其表决对选举结果产生同等比例的影响,或者说,每个公民的选票应具有平等的实际价值。和采取单一地区代表制的美国众院选举一样,德国的一大类有关选举平等的案件涉及选区划分。但由于德国联邦众议院的席位分配,和全国范围内超过5%标准的政党得票总数成正比,因而各地选区的人口是否均匀,一般不会给选举结果带来太大差异。然而,如果各个地区的人口在历年来发生显著变化,那么这种变化可能通过“超额席位”,影响政党在一州的席位总数。

根据选举法第6(3)条,即使一党获得的席位超过了比例代表制所规定的总数,它也将保留所获得的地区席位总数;在这种情况下,选票分量确实将会不同。因此,在1961年的“选区划分第一案”中,^[38]联邦宪政法院指出:如果立法机构对地区之间的人口显著差异未作及时处理,那么任何这类地区由简单多数所产生的代表,都不符合《基本法》的平等原则。

德国官方机构利用国家资金发布竞选广告。

案例

“选区划分第二案”^[39]

在1963年的“选区划分第二案”中,宪政法院进一步阐述了这一原则。在1961年联邦众议院选举中,由于一州(Schleswig-Holstein)被分成太多的选区,因而基督教民主党赢得了三张额外地区选票。原告在联邦宪政法院挑战选举的合宪性,宣称这一结果违反了《基本法》保障的平等权利。法院拒绝宣布以前的联邦选举违宪,但同时要求州议会为以后的选举重新分配选区:

平等选举权原则意味着,每个人应能够以尽可能平等的形式行使其表决权……在由同样规模的选区组成的纯粹多数表决系统中,当所有选票都具有同样价值时,每张选票都有同样的分量;比例代表制系统的选举平等,也要求类似的选票权重。因此,只要在技术上可能,就必须产生大致同样人口之选区,以使[各州选区的总数和它]在联邦国土的总人口份额相称,从而避免任何州具有更多的选区。如果所有地区具有类似规模,那么它们在各州的合适分布就得到保障,从而把超额代表保持在宪法允许的最低限度。

联邦众议院的选举是德国选民直接行使选举权的唯一机会,因而不允许任何中介机构干预。

(二)“直接”(direct)

《基本法》的另一项要求是“直接”选举。魏玛宪法授予相当广泛的直接

[38] Apportionment Case I, 13 BVerfGE 261.

[39] Apportionment Case II, 16 BVerfGE 130.

直接选举原则限制了政党决定替代人的权力。

选举权和公民复决权。不仅议会、而且总统亦由公民直选产生。总统可以自行召集民意测验,来解决宪法争议,甚至可以直接把议会法案递交公民复决。《基本法》总的来说不赞成直接民主。公民复决权利受到严格限制,且总统不再由人民直选。联邦众议院的选举,乃是人民直接行使选举权的唯一机会,这项权利排斥任何中间机构去代替人民进行选举。因此,人民必须通过投票,去直接决定众议院议员。在地区进行的直接选举一般没有这类问题,它们通常存在于政党名单上的比例选票。

在1953年的“州党名单案”中,^[40]州的选举法允许政党为了填补新出现的议员空缺,在选举后增加名单上的提名候选人。联邦宪政法院指出,第38章规定的直接选举,不仅意味着选民选择其政党,而是直接选举其代表。候选人的最终选择权必须取决于选民意志。但这项法律却允许政党在选民表决后自行提名候选人,因而违反了直接选举原则。

案例 “替换候选人案”^[41]

1957年的“替换候选人案”表达了类似原则。在联邦选举后不久,自由民主党议员辞职。自民党指定在政党名单上的候选人接替,但他不是第一、而是排名在后的候选人。在判决这种做法违宪时,宪政法院再次强调:

直接选举原则确实要求,任何中介的选举团体必须被禁止;但它并不因此而得到满足。它还禁止任何分离选民和其候选人的选举程序;这类程序授权其他机构来选择代表,并在以后通过选票,允许选民批准这些选择的可能性。直接选举原则所要求的选举程序,乃是每项表决都针对一个特定或可识别的候选人;在选举后,没有任何中介力量可有裁量权来选择代表。只有选民最终决定,他们的话才能算数。只有到那时,选举才能说是直接的。

(三)“秘密”(secret)

秘密选举的目的是使选民在不受社会或官方压力的情形下自由作出选择。

《基本法》的秘密选举要求,和自由选举相联系。秘密选举的目的,是使选民在不受社会或官方压力的情形下自由作出选择。当然,在联邦德国早已不存在极权国家徒有虚名的“秘密选举”。但这类问题经常出现在缺席投票。这类表决是指选民因特殊情况(如旅居外地或健康欠佳)而不能亲身参与,而必须委托他人代为表决。

[40] State List Case, 3 BVerfGE 45.

[41] Nachrucker Case, 7 BVerfGE 77.

案例 “缺席表决案”^[42]

在1981年的“缺席表决案”中,梅恩市的缺席表决达到全市选票的16%。宪政法院认为,当选民因健康或其他原因而不能亲自参与时,他确实可以通过缺席表决来投票。但为了保持秘密,选票必须被装在密封信中寄给有关官员,并附有投票人的身份公证。类似于“喀尔卡核电站案”的“动态保护”理论,法院进一步指出:

尽管立法机构有宪法权力去规定并促进缺席表决,它仍然有责任保证公民的表决权利受到保护。立法者和负责颁布执法指令的机构,有义务连续审查现有的处理缺席表决之调控,以决定新形势对选举的完善性是否造成出乎意料之危险。如果发现权力滥用对选举自由和秘密产生了不必要的不利影响,那么立法机构就有宪法责任去修正或改变原来的规章。同理,实施这些规章的选举机构和地方政府应监督其执行,以保护缺席表决的秘密和自由。

(四)“自由”(free)

最后,《基本法》第38章要求选举自由。自由选举首先意味着选民不受官方、政党、社会或其他第三者的压力,在这一点上它和秘密选举相同。因此,选举必须是一个开放的过程,国家不得运用特权进行干涉。自由选举还代表着多元主义和多党竞争的制度,这要求政府保障言论、新闻和集会自由,使公民能平和地交换意见,并且自由形成公共见解(public opinion)。最后,自由选举一方面承认多数统治的民主原则,另一方面要求保障居于少数的党派通过自由辩论和公正的表决程序,获得成为多数的现实机会。而要切实保障少数的合法权利,又必须具备独立的司法机构,才能把多数政府有效地控制在宪政与法律范围之内。

自由选举具有多重含义。

案例 “官方宣传案”^[43]

在1977年的“官方宣传案”中,联邦宪政法院不仅讨论了自由选举原则,而且阐明了《基本法》对现行政府在选举中的行为限制。在1976年的联邦选举中,德国出版和信息局等官方机构利用政府资金,发放了600万份传单,揭示现任行政机构所授予的公共利益。其中在《镜报》上的一幅政府资助的广告称:“总之,这个政府给你们带来了更多的自由。”这些用来宣传现政府政绩的经费,来自原来分配给行政机构发布信息的资金。而近60%的广告被社

德国官方机构利用国家资金发布竞选广告。

[42] Mayen Absentee Ballot Case, 59 BVerfGE 119.

[43] Official Propaganda Case, 44 BVerfGE 125.

党和自民党联合政府占有,反对党基督教民主党只获得0.26%。基督教民主党在宪政法院启动“组织争议”程序,宣称政府的这些开支违反了《基本法》第20条规定的议会民主原则、第21条保障的政党平等原则及第38章的自由选举原则。宪政法院第二庭维持了宪政申诉,并指出:

政府必须保障民主合法化——即议会代表选举——的基本过程之完整性。通过采取在第20条第2款意义上的表决,人民意愿得以自下而上地产生:从人民到宪法机构,而非反过来。不错,这些宪法机构的所作所为,对形成选民的意愿和见解具有相当强烈之影响;它们的行为本身在选民决定中发挥作用。但宪法机构不得以其官方权能,为了控制这些机构而试图在选举中利用特殊手段来影响大众意愿之形成。在竞选时,宪法禁止宪法机构把自身和政党等同起来,并以公共基金去支持或反对政党。它们尤其被禁止去通过广告来影响选民决定。另外,限制联邦众议院和联邦内阁任期的宪法原则,也不允许现存联邦政府以宪法机构的权能去寻求重新获选,从而促使自身成为“未来政府”。当然,这并不妨碍联邦政府的成员以非官方身份,代表政党来参与竞选。

《基本法》禁止国家机构利用公共基金去支持或反对政党,但允许政府官员以非官方身份代表政党来参与竞选。

《基本法》禁止国家在竞选中偏向一边,来影响政治权力集团之间的竞争力量关系。国家机构必须在竞选中保持中立。

简言之,不论其政治信仰或派别如何,所有公民皆承担着支持这个国家之代价。只是为了公共利益,这些财源才受托于国家使用。作为基于法治和社会正义的国家,联邦德国通过许多不同途径来达到这个目的,尤其是支持在多元社会人口中的不同部分和团体,及其各式各样的利益……然而,如果由公众普遍提供与产生的基金,被用来赞同或反对一个政党或竞选人,那么为不同团体服务之承诺,并不能扩展到诸如议会选举这类关键的政治情形。形成大众的政治见解和人民意愿之过程,均以表决行动而告终。《基本法》容许公民和其政治团体在法律权利之外的不平等;然而,它禁止国家在竞选中偏向一边,来影响政治权力集团之间的竞争力量关系。国家机构必须为每个人服务,并在竞选中保持中立。

四、中国

中国的选举制度主要是关于各级人大代表,以及近年来全面普及的村民委员会选举。1953年,中央政府委员会通过了第一部选举法。1953—1954年,全国基层人大进行了第一次直接选举,并于1954年9月召开了第一届全国人大会议。后来由于极左思潮的影响和“文革”十年动乱,中国的选举和各级人大一直处于不正常状态。1979年7月1日,第五届全国人大第二次会议通过了新的《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》(以下简称“选举法”)。新的选举法把直接选举扩展到县级人大,把等额选举改为差额选举,废止了基层选举采用书面或举手表决的做法,一律采取无记名投票,并

中国的选举主要发生在各级人大,有关选举法有所改进。

比较详细地规定了代表的监督与罢免程序。根据新的选举法,全国县、乡两级人大于1981年底进行换届选举。

1982年宪法颁布后,全国人大又对选举法进行了四次修正。1982年的修正规定了选举委员会介绍候选人的程序,并对每个代表所代表的人口数作了有利于少数民族的调整。1986年的修正确定了上级人大常委指导或领导下级人大选举的原则,对少数民族代表所代表的人口数作了进一步调整,实行了新的选民登记方法,并确定了相对灵活的选区划分原则。1995年的修正规定了地方各级人大代表的名额,表达了逐步提高妇女代表比例的设想,并缩小了城乡选民在选举权上的差别。原来农村代表所代表的人口数在省级人大是城市代表的五倍,在全国人大则是城市代表的八倍;新的选举法一律改为四倍。最后,2004年的修正对基层选举笼统规定了预选机制。

新的选举法缩小但并未取消城乡差别。

(一) 各级人大选举

1. 选举制度的设置与选民主体

以县级单位为分界线,中国各级人大的选举采用直接与间接相结合的方式。1982年宪法第97条规定:“省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会的代表,由下一级人民代表大会选举;不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人民代表大会的代表,由选民直接选举。”军队例外,“单独进行选举,选举办法另订。”(选举法第5条)。

思考 为什么要规定县级以上的人大代表由下一级人大间接选举?军队的例外可能有什么理由?根据第八届全国人大第五次会议的决定,^[44]对于第九届全国人大(1998—2003年),农村人口为每88万人一名代表,城市人口为每22万人一名代表,军队则大约每1万人一名代表,其代表人数占人大代表总人数的1/10,代表比例是已经享受巨大法律优惠的城市人口的20倍。如此巨大的代表比例差异是否具备宪法理由?由于宪法并未明确允许这一例外,选举法这样规定是否可能违反任何宪法原则?参见宪法第5条和第34条。在操作层面上,军队代表比例可能突显了什么问题?参见以上对职业代表制的讨论。

军队的代表比例超过其他行业。

选举权与被选举权是一项宪法权利,而且主体的定义相当广泛。1982年宪法34条规定:“年满18周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、

选举权和被选举权是一项宪法权利,但受制于剥夺政治权利的有关法律限制。

[44] 见《人民日报》1997年3月15日。

宗教信仰、教育程度、财产状况的居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人没有选举权和被选举权。”据统计,享有选举权的公民占适龄人口的97%以上。

探讨 “剥夺政治权利”的法律规定

宪法对言论自由等权利的保护并未规定“剥夺政治权利”的例外。

根据1979年制定的刑法第34条,“剥夺政治权利”是三种“附加刑”中的一种(其他两种为罚金和没收财产)。第54条规定,“剥夺政治权利”包括剥夺选举权与被选举权(宪法第34条权利),言论、出版、集会、结社、游行、示威自由(宪法第35条权利),担任国家机关职务以及国有公司、企事业单位和人民团体领导职务的权利。第56条规定,对于危害国家安全的犯罪分子“应当”剥夺政治权利,对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子,“可以”附加剥夺政治权利。第57条规定,“对于判处死刑、无期徒刑的犯罪分子,应当剥夺政治权利终身”;如果死缓或无期徒刑减为有期徒刑,剥夺政治权利的期限改为3年以上、10年以下。对于其他情形,剥夺期限为1年以上、5年以下。(刑法第55条)在政治权利被剥夺期间,犯人不得享有第54条规定的各项权利。(第58条)

虽然宪法第34条把被剥夺政治权利的人排除于享受选举权的主体之外,宪法第35条并没有提供类似的例外;它简单规定,中国“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威自由”。宪法所保障的言论及其他相关自由似乎是无条件的,为任何“公民”所享有;只要犯人没有被剥夺公民资格,他似乎就应该享有公民的政治权利。除了第34条之外,宪法并没有允许法律剥夺公民的其他政治权利。刑法第54条与第58条规定某些类型的犯人剥夺所有的政治权利(不只是选举与被选举权),是否违反了宪法?固然,在受监禁期间不方便甚至不可能行使宪法第35条所保障的某些权利,但这和问题的答案无关。你认为有没有理由或必要“剥夺政治权利”?

尤其值得注意的是,剥夺政治权利是附加在刑满释放之后的刑罚。刑法第58条第1款规定:“附加剥夺政治权利的刑期,从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算;剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。”一旦刑满释放之后,原先的罪犯已成为一个普通公民,刑法是否还可以剥夺公民的基本政治权利?剥夺政治权利对于罪犯出狱后的心理恢复与“重新做人”可能产生什么影响?关于联邦德国对罪犯出狱后的人格尊严保护,参见“刑满出狱报导案”,《西方宪政体系(欧洲宪法)》第九章(张千帆,2001)。

在享有选举权的公民中,选举权的行使可以受到以下方面的限制。首先,

选举法第26条规定：“精神病患者不能行使选举权利的，选举委员会确认，不列入选民名单。”1983年，第五届全国人大常委会第20次会议通过了《关于县级以上人民代表大会直接选举的若干规定》，其中第3条也作了类似规定。根据这些规定，精神病患者仍然是享有选举权的主体，但如果患病使其丧失行使选举权的能力，那么在其丧失能力期间可暂“不行使”选举权。其次，根据规定第4条，因犯有危害国家安全罪或其他严重刑事犯罪案件而被羁押、或涉嫌犯有这类罪行而正在受侦查或起诉审判的人，经法院或检察院决定，在羁押期间停止行使选举权。最后，下列人员准予行使选举权：被判处有期徒刑、拘役或管制但没有被剥夺政治权利的人；被羁押、正在受侦查、起诉、审判，而检察院或法院没有决定停止行使选举权的人；正在取保候审或被监视居住的人；正在受劳动教养的人以及正在受拘留处罚的人。这些人员参加选举，可以在流动票箱投票或委托有选举权的亲属或其他公民代为投票，由选举委员会和执行监禁、羁押、拘留或劳动教养的机关共同决定。

精神病患者和犯有严重刑事犯罪的人可以经法院或检察院决定停止行使选举权。

思考 选举委员会如何“确认”精神病患者能否“行使选举权利”？宪法并没有规定精神病患者不能参加选举。选举法如此规定是否违反了任何宪法原则？

最后，为保障选民和代表自由行使选举权和被选举权，第52条规定对下列违法行为“依法给予行政处分或者刑事处罚：（一）用暴力、威胁、欺骗、贿赂等非法手段破坏选举或者妨害选民和代表自由行使选举权和被选举权的；（二）伪造选举文件、虚报选举票数或者有其他违法行为的；（三）对于控告、检举选举中违法行为的人，或者对于提出要求罢免代表的人进行压制、报复的。”

2. 代表名额的分配

由于法治国家的法律规范是由多数人民代表制定的，而人民代表又是从多数选民的表决中选举产生的，代表名额的分配构成了选举的关键。国家是由众多地区组成的；由于地方利益的多样化，几乎任何级别的选举——全国的或地方的——都必然在不同地区分别举行，而人民代表必然来自于国家的某个地区，并最能代表本地区的选民利益和需要，因而也是由本地区的选民选出——这就和上海市的选民不清楚西藏自治区的人民需要什么，因而也不应该有权选择那里的全国人大代表一样简单。根据“一人一票”的民主原则，每个选民只有一票，必须保证和其他选民的一票具有同样的分量；且由此选出的

地域代表制最为简单，必须遵循“一人一票”原则。

每个代表必须代表大致同样多数的选民,各个地区的代表人数和其选举基数之比必须大致相同。

城市人口所拥有
的人大代表比例
是农村同样人口
的4倍。

2010年之前,选举法第9条至第11条规定了地方各级人大的代表总名额。第12条规定,自治州、县、自治县的人大代表名额,由本级人大常委会“按照农村每一代表所代表的人口数四倍于镇每一代表所代表的人口数的原则分配。”县、自治县行政区域内,镇的人口特多或企事业单位的职工人数在全县总人口中所占比例较大的,经省、自治区、直辖市的人大常委会决定,农村每一代表所代表的人口数可小于四倍比例。不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人大代表名额分配到选区,按选区进行选举。选区可以按居住状况划分,也可以按生产单位、事业单位、工作单位划分。选区的大小,按照每一选区选一名至三名代表划分。(第24条)最后,“城镇各选区每一代表所代表的人口数应当大体相等。农村各选区每一代表所代表的人口数应当大体相等。”(第25条)

2007年10月,中共十七大报告建议“城乡按相同人口比例选举人大代表”,表明中央要解决长期实施的“1/4条款”造成各级人大的城乡代表比例不平等问题,使人大选举符合“一人一票”原则,也就是每个人大代表所代表的选民基数应不分城乡、大致均等。11月,山东淄博淄川区便率先取消了城乡选举权差别,将省十届人大常委会按城乡同比例标准确定的第十一届人大代表名额分配到各选举单位。严格来说,淄博选举制度改革仍然存在一定的法律障碍,因为选举法还没有修改,因而地方各级人大代表名额在原则上还是应该依照现行“1/4条款”进行分配。

思考 尽管保证了城镇和城镇、农村和农村之间的代表比例基本平等,如此公然区别城镇与农村的法律在现代国家已经很少见了。它是否符合中国宪法的平等原则?有什么现实理由可能为增加或减少农村代表比例辩护?据统计,1949年,全国有城镇136个,城镇人口占全国人口的10%;1993年,全国城镇发展到576个,人口占到20%以上——这样的理由是不是充分?(参见乔晓阳,1995)

2010年修改后的选举法第16条明确规定:全国人大代表名额由人大常委会根据各省人口数,“按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则,以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。”全国人大代表由省、自治区、直辖市的人大和军队选举产生,代表名额不超过3000人。

(第15条)全国少数民族应选全国人大代表的数量,由全国人大常委会参照各少数民族的人口数和分布等情况,分配给各省、自治区、直辖市的人民代表大会选出。人口特少的民族,至少应有代表一人。(第17条)

为了保证妇女、归侨和少数民族在人大的代表性,选举法采取了一定的特殊保障。第6条规定,在全国人大和地方各级人大的代表中,“应当有适当数量的妇女代表,并逐步提高妇女代表的比例”;全国人大和归侨人数较多地区的地方人大,应当有适当名额的归侨代表。对少数民族的优惠政策体现于有关代表名额分配的具体规定中。

选举法对妇女和少数民族等代表采取了特殊保障。

探讨 人大常委会选举也应体现“一人一票”

即便人大选举实行“一人一票”,也未必意味着人大常委会选举受此原则约束。事实上,目前还没有引起普遍关注的是,人大常委会选举和构成严重偏离了地区平等。和全国人大相比,全国人大常委会的城乡代表比例差别更大。按照全国选民的“一人一票”计算,来自各省的人大常委在全国人大常委会的人数比例应和该省人口占全国总人口的比例大致相等,也就是两个比例之比应该等于1。但是九届全国人大常委会的地区分布显然和这个标准相差很远,属于天津、北京、上海代表团的常委比例和这些地区的人口比例之比远大于1,例如北京的这个比值高达3.5、天津4.8、上海2.5;属于山西、山东、广东、四川、陕西等代表团的常委比例和地区人口比例之比则远小于1,例如山西的比值只有0.2、山东和广东0.4、四川0.5。

尤其值得注意的是,全国人大在各地“戴帽下达”约250多个代表指标;这些代表都在中央党政部门工作,由中央指定,但是被算作北京以外的其他地区代表。虽然这种做法对近3000人的全国人大影响不大,但是显著影响了只有129名成员的人大常委会结构,因而来自北京地区的常委在全国人大常委会中的实际比例远高于表面统计数据。

之所以造成这种现象,是因为《选举法》虽然比较具体地规定了人大选举,但是对于常委会的选举方式却语焉不详。和全国人大代表由各省人大按人口比例选举产生不同的是,全国人大常委会是由全国人大作为一个集体选举产生的,因而似乎只要保证每个人大代表“一人一票”就行了,至于选出什么结果、常委地区分布如何似乎都不需要考虑。然而,事情并非如此简单。人大常委会并不是一个普通的人大委员会,而是一个可以独立通过法律的立法机构,因而常委会选举不仅要保证人大代表的“一人一票”,而且选举结果最终还要反映全国选民的“一人一票”。人大常委会的间接选举模式并不能成为常委会构成偏离地区平等的理由。

或许是中国的特殊国情,作为代议机构和立法机构,人大常委会的作用一点不亚于人大本身。以全国人大为例,由于全国人大规模庞大、每年会期很短、运行效率较低,因而中国绝大多数的法律其实是由全国人大常委会制定的。虽然全国人大负责制定少数的“基本法律”,但是可以毫不夸张地说,人大常委会是中国的实际立法者。既然如此,全国人大常委会的构成应该大致和各地人口成比例,因为只有这样,代议机构才能均衡反映全国各地的多元需求和利益结构;反之,如果代议机构的代表构成严重偏离了各地人口结构,那么某些地方利益必然不能在中央得到充分反映。要保证全国人大常委会及其立法真正代表全体选民(而不仅是某些地区)的利益,就必须从法律上保证来自各地的常委会成员在常委会所占的名额和当地人口比例相称。

事实上,达到这个目标并不困难。它只是要求人大在选举常委会之前应首先按照各地人口比例,分配来自各地的常委会成员名额。换言之,在全国人大选举实现“一人一票”的基础上,全国人大常委会应按照相同比例从各地代表团中选出。如果全国人大及其常委会都维持现有规模,那么这意味着每个人大代表团都应大致推选代表人数4.3%的常委会成员。当然,个别地区可以因特殊情况而特殊处理,例如某些边远地区人数太少,因而可以规定人大代表和常委会成员的名额下限,但是规则必须是人大常委会构成基本符合各地人口比例。

归根结底,在“以人为本”的大原则指导下,立法者应该代表人,而不是地区、行业、财产或任何别的东西。由于人大常委会和人大一样是一个代议机构,因而其构成也必须符合“公民在法律面前一律平等”的宪法原则。

思考 特殊保护还是违反平等?

如上所述,民主选举的首要原则是“一人一票”、公平竞争。它所关注的对象是“公民”,而不论其种族、性别、职业、财富或教育程度如何,因而选举过程并不一定保证某个种族、性别、职业、身份或其他类别的公民获得代表。对妇女、侨胞或少数民族的特殊保护,是否违反了宪法第四条规定的“各民族一律平等”之原则?参见上述法国宪政院对类似问题的处理。有什么宪法理由可能为这些保护政策辩护?参见上述斯通法官的“第四脚注”。

当然,选举名额分配的改革只是一个起点,而远不是终点。选举权平等之后,选举过程是否能产生真正代表农民利益的代表?代表们是否能有效履行宪法赋予的代议职责?这些才是问题的根本。在目前的选举体制下,干部占了人大代表的绝对多数,他们是否了解并代表农民的利益?虽然理论上干部也能代表基层群众的利益,但是实际效果如何是要打问号的。另外,干部平时工作都很忙,因而即使他们愿意代表农民并在一定程度上了解农民的需要,他

们是否有足够的时间和精力履行自己的职责,真正替农民说话、办事?这也是一个问号。要真正保障农民的选举权,还要落实许多配套制度;没有这些制度,即便人大代表基数实行城乡平等,也不能解决实质性问题。

你认为如何解决人大代表或常委会委员的身份问题?要有效代表人民的利益,是否有必要保证代表的身份必须是农民?为什么?

3. 人大代表候选人的产生

候选人的产生是选举的另一个关键,因为它决定了可供选民自由选择的范围。选举法第29条规定:“各级人民代表大会的代表候选人,按选区或者选举单位提名产生。”各政党、各人民团体,可以联合或者单独推荐代表候选人。选民或者代表,十人以上联名,也可以推荐代表候选人。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍候选人的情况。第30条规定了差额选举。代表候选人的名额,应多于应选代表的名额。由选民直接选举的代表候选人名额,应多于应选代表名额1/3至一倍;由地方各级人大选举上一级人大代表候选人的名额,应多于应选代表名额1/5至1/2。

候选人的产生方式是选举的关键,因为它决定了可供选民自由选择的范围。

由选民直接选举的人大代表候选人,由各选区选民和各政党、各人民团体提名推荐。选举委员会汇总后,在选举日的十五日以前公布,并“由各该选区的选民小组反复酝酿、讨论、协商,根据较多数选民的意见,确定正式代表候选人名单,并在选举日的五日以前公布。”(第31条)县级以上的地方各级人大在选举上一级人大代表时,提名、酝酿代表候选人的时间不得少于两天。各级人大主席团将依法提出的代表候选人名单印发给全体代表,由全体代表酝酿、讨论。如果所提候选人的人数符合第30条规定的差额比例,直接进行投票选举。如果所提候选人的人数超过第30条规定的最高差额比例,进行预选,根据预选时得票多少的顺序,按照本级人大确定的具体差额比例,确定正式代表候选人名单,进行投票选举。县级以上的地方各级人大在选举上一级人大代表时,代表候选人不限于各该级人大的代表。(第32条)

探讨

“酝酿”与“协商”的奥妙

从推选第一轮候选人到产生正式候选人,中间有一个“协商确定”的过程。2002年9月,宜兴地区进行了人大代表选举。宜城镇灵谷公司的选举工作负责人说:“既然是人大代表,当然就要最具代表性。”^[45]因此,“代表结构”

[45] 易颖:“一个市人大代表的产生”,《南方周末》2003年1月1日。

从推选到产生正式候选人,中间有一个颇有讲究的协商确定过程。

是确定正式候选人的一个关键要素。在第33次宜兴市人大常委会上,市第十四届人大代表名额的分配方案获得通过。15号选区的代表结构被确定为“一个局级干部,一个非党员的科技人员和一名非党员的女性代表”。事实上,在各选民小组最初推荐候选人的时候,选举工作人员已经将这个范围告知选民。但汇集上来的第一轮候选人的人数比原来确定的名额高出几倍。所以在汇总票数之后,选区的各选举领导小组成员“开会碰头,商议确定正式候选人名单”。

类似的过程也出现在其他地区。2002年10月28日,天津市大港区选举人大代表。^[46]被提名后,进入了“协商酝酿”阶段。第四选区五个居委会对四个被提名人进行酝酿,要去除其中一位。居委会主任在酝酿前阅读了一份材料,要求当选对象最好是一男一女,一个无党派或法律工作者。其他三位一个是当地派出所负责人,一个是无党派居委会负责人,还有一个是无党派的下岗女职工,都符合要求。投票时,选民们一头雾水,不知道谁是谁。最后,党员派出所主任和下岗女工当选,也没有进行唱票。

你认为人大代表的“代表性”是否应该通过在不同特征(如性别、党派)的人中分配名额来实现?这类“酝酿”或“协商”过程以及候选人的确定标准可能违背了哪些宪法原则?

候选人和选民之间的交流是至关重要的;否则,素质再好的候选人也不会为广大选民所知,因而一开始就不可能脱颖而出。在众多候选人之间究竟选择谁的问题,也只有通过选民和候选人之间的广泛交流才能找到答案。选举法第33条规定,选举委员会或者人大主席团应当向选民或者代表介绍代表候选人的情况。推荐代表候选人的政党、人民团体和选民、代表可以在选民小组或者代表小组会议上介绍所推荐的代表候选人的情况。

候选人和选民之间的交流是至关重要的,因为选民的选择必须具备必要信息。

思考 你觉得选举委员会或人大主席团的介绍会很充分吗?为什么不由候选人自己介绍情况?

4. 选举程序

根据选举法第7条,各级人大常委会主持同级人大代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会,主持本级人大代表

各级人大的选举由本级人大常委会或选举委员会主持。

[46] 卢嵘、周浩:“一个普通公民的参选过程”,《南方周末》2002年12月12日。

的选举。这些选举委员会受本级或上一级人大常委会的领导。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人大常委会指导本行政区域内县级以下人大代表的选举工作。“各级人民代表大会的选举经费,由国库开支。”(第8条)

思考 各级人大常委会是由同级人大选举产生的,而县级以上人大代表又是从下一级人大选举产生的。由人大常委会来“主持”、“领导”或“指导”本级或下级人大的选举,是否有不妥之处?

在选民直接选举人大代表时,选民凭身份证或者选民证领取选票。各选区应当设立投票站、流动票箱或者召开选举大会进行选举。投票选举由选举委员会主持。(第34条)选民如果在选举期间外出,经选举委员会同意,可以书面委托其他选民代为投票,但每一选民接受的委托不得超过三人。(第38条)县级以上的地方各级人大在选举上一级人大代表时,由各该级人大主席团主持。(第35条)各级人大代表的选举,“一律采用无记名投票的方法。”(第36条)

投票结束后,由选民或者代表推选的监票、计票人员和选举委员会或者人大主席团成员将投票人数和票数加以核对,作出记录,并由监票人签字。(第39条)每次选举所投的票数,多于投票人数的无效;每一选票所选的人数,多于规定应选代表人数的作废。(第40条)选举结果由选举委员会或者人大主席团确定是否有效,并予以宣布。(第42条)

第41条规定,在选民直接选举人大代表时,选区全体选民的过半数参加投票,选举有效。代表候选人获得参加投票的选民过半数的选票时,始得当选。县级以上的地方各级人大在选举上一级人大代表时,代表候选人获得全体代表过半数的选票时,始得当选。获得过半数选票的代表候选人的人数超过应选代表名额时,以得票多的当选。如遇票数相等不能确定当选人时,应当就票数相等的候选人再次投票,以得票多的当选。获得过半数选票的当选代表的人数少于应选代表的名额时,不足的名额另行选举。另行选举时,根据在第一次投票时得票多少的顺序,按照第31条规定的差额比例,确定候选人名单。另行选举县级和乡级的人民代表大会代表时,代表候选人以得票多的当选,但是得票数不得少于选票的1/3;县级以上的地方各级人大在另行选举上一级人大代表时,代表候选人获得全体代表过半数的选票,始得当选。

有效选举的条件。

思考 现代“曹锟现象”的兴起?

据报道,2000年12月,山西运城地区撤地建市,并筹备召开市成立后的第一届人大。为了当上市人大代表,当地不少“有钱人”——包括有经济实力的基层干部和个体老板——大肆行贿送礼,花钱买上了人大代表身份。^[47]在贿选中,以运城市所属河津市选区问题最严重。该选区产生了32名运城市人大代表候选人,其中“戴帽下达”的候选人6名,其余26名由河津市选举产生。在这26人中,中共河津市委推荐一部分“正式候选人”,另一部分则是由10名以上河津市人大代表联名推选产生的“差额候选人”。后者多是基层比较富裕的村委会主任或党支部书记,以及当地率先致富的私营企业主,个人资产据称达几百万到几千万元,而其中有些人不惜重金拉票。

中国某些地区的人大选举出现了贿选现象。选民可以提出罢免人大代表。中国首先在农村推广了村民委员会选举制度,城市居民委员会的选举尚有待施行。

贿选现象导致一些选区的“选举结果异常”。由当地党委推荐的候选人——特别是无权无钱的普通群众候选人——在选举中“纷纷落选”。例如在河津选区,市委推荐的6名候选人有4名落选,而12名“差额候选人”有9人当选。盐湖区党委提名的6名农民候选人和2名教师候选人全部落选。当选代表中,私营企业主的比例明显增加。你认为单凭提名候选人“纷纷落选”或“私营企业主的比例明显增加”这些事实,是否就能表明“选举结果异常”?参考本书第二章,解释贿选发生的制度原因。如何杜绝这类现象发生?

并不奇怪的是,官商结合使人大代表的队伍混入了一些不法分子。因向举报人下跪而闻名的李信利用担任济宁市副市长兼高新技术产业开发区管委会主任、党工委书记的职务之便,为他人谋取利益并收受他人巨额贿赂。但即使如此,他仍然依法当选山东省人大代表。^[48]2004年2月,举报人李玉春发现李信涉嫌犯罪并开始举报。李信知道后便指使自己的弟弟带着公安人员将其非法绑架殴打,并强迫写下“保证书”。李玉春先后向检察院、反贪局、公安厅、纪委反映情况,但这一切既没有动摇李信的政府职位,也没有影响其如期当选省人大代表。只是到6月,李信才演出向举报人下跪、写保证书和送钱封口等闹剧,不久后由山东省人大常委会表决许可被依法逮捕。2005年4月26日,原第九届全国人大代表、长春吉港集团公司监事会主席桑粤春贪污涉黑案在吉林市中级人民法院一审宣判,同案宣判的还有这个黑社会性质组织的16名团伙成员,骨干均为桑氏家族内部成员。法院判决桑粤春因犯有组织、领导黑社会性质组织罪、贪污罪、诈骗罪、强奸罪等14项罪名,判处其死刑并没收个人全部财产。^[49]

[47] “大款贿选如了愿”,《扬子晚报》2001年8月1日。

[48] 康劲:“李信是咋当上人大代表的”,《光明日报》2004年8月13日。

[49] “从红顶商人到涉黑案主角:桑粤春犯罪启示录”,<http://news.163.com>,2005-04-29。

5. 对代表的监督与罢免

对于县级和乡级的人大代表,原选区选民30人以上联名,可以向县级人大常委会书面提出罢免要求。罢免要求应当写明罢免理由。被提出罢免的代表有权在选民会议上提出申辩意见,也可以书面提出申辩意见。县级的人大常委会应当将罢免要求和被提出罢免的代表的书面申辩意见印发原选区选民。对罢免的表决由县级人大常委会派有关负责人员主持。(第44条)县级以上的地方各级人大举行会议的时候,主席团或者1/10以上代表联名,可以提出对由该级人大选出的上一级人大代表的罢免案。(第45条)罢免县级和乡级的人大代表,须经原选区过半数的选民通过。罢免由县级以上的地方各级人大选出的代表,须经同级人大过半数的代表通过;在代表大会闭会期间,须经常委会组成人员的过半数通过。罢免的决议,须报送上一级人民代表大会常务委员会备案。(第47条)

村委会由村民直接选举产生,实行差额选举。

思考 目前,就已经发生于县级以下人大代表的少数个案来看,罢免理由大都限于代表的贪赃违法或重大失职行为。选举法没有提到选民罢免的标准。你认为罢免标准应该是什么?选举法是否应该规定罢免代表的标准?

(二) 中国基层民主试验

根据现行宪法和有关组织法的规定,地方行政首长全部由当地人大间接选举产生。尽管如此,少数地区还是对于直接选举做了有益的尝试。传统的实践是由上级党委提名候选人,由同级人大决定行政首长的人选,有人形象地称之为“上级党委画圈,人大代表举手”。在地方试验过程中,某些地区改革了候选人的产生方式,由选民直接选举候选人,再由地方人大在候选人中产生首长人选;某些地区则更进一步,选民不仅选出候选人,而且也直接投票产生他们的地方“父母官”,并称之为“公推公选”或“直推直选”。

1. 选举候选人

在西方,候选人一般是通过一定数量的选民提名并进行预选而产生的。因此,在进行最终选举之前,各候选人已经“过五关、斩六将”。到大选时,由于“幸存”的候选人已经充分曝光,关心选举的选民对候选人的政策立场已经相当了解,因而具备相关信息以作出适当选择。相比而言,中国各级人大代表的候选人几乎完全由选举委员会或人大主席团确定。这样可能会产生什么问题呢?据报道,在一项对北京市某些地区的调查中,认为本选区代表称职的选民少于20%,根本不知道自己的人大代表是谁或做过什么事情的选民占将近

西方候选人一般经过漫长的预选过程,中国各级人大代表的候选人几乎完全由选举委员会或人大主席团确定。

60%,对情况不清楚的占12%。(王士如编,1993:142)

动态 杨集试验

中国个别乡镇尝试选举改革。

从一个完全不同的角度,中国的地方政府尝试改革基层权力的选举方式,其结果很可能会改善上述状况。2002年8月8日,湖北省京山县杨集镇党委、政府发出了一封“致全镇选民、党员的公开信”：“本次换届选举,将对选举办法进行大胆的改革和创新;一是改革候选人的产生方式,变过去的上级党委说了算为群众说了算。本次换届选举中,镇党委书记、镇长和村‘两委’班子成员候选人,将由全体选民(或党员)直接提名,严格按得票多少确定。二是改革镇党委书记和镇长的选举方式,变过去的等额选举为差额选举。”^[50]

基层民主试验使选民获得选择候选人的权利。

在基层民主建设过程中,四川等地也曾对乡镇长的选举进行过有益的探索,但不论是公选还是直选,以前的选举都由上级党委提名的候选人参与,而杨集则把提名权交给了群众;候选人不由上级党委指定,完全由老百姓自己推荐。按照方案,“海推直选”分三个步骤进行。第一,召开全镇选民大会,根据自己意愿推荐书记、镇长初步候选人,按得票多少取其前三名。第二,召开全镇党员和村(居)民代表大会,对前三名进行投票,按得票多少取前两名为“正式候选人”。最后,召开党代会和人代会,对两名正式候选人投票,直接差额选举产生镇党委书记、镇长。

8月26日,“杨集试验”正式启动第一步:召开全体选民大会,“海推”书记、镇长的初步候选人。共有18人被推选为镇党委书记候选人,其中12人为原班成员,另外5人为镇机关干部,1人为村支书。现任书记以80%的得票率高居首位,现任镇长得票58.7%,也排名第一。9月4日,杨集镇党代会从两名正式候选人中推选出第一位“海推书记”,原书记高票当选。9月16日,杨集镇第一届人代会的50名代表选举了第一位“海推镇长”,原镇长以32票竞选成功。选举前,两位正式候选人发表了精心准备的就职演说。据称县领导对谁胜出心里一点没底,但事先已经表态,谁当选都是正常的,县里不会进行任何干预。

大多数选民认为应该由他们决定候选人。

据京山县内部人士称,“杨集试验”的直接动力来自上层。之所以把试点放在杨集,一是因为杨集镇现任领导班子比较得力,干群关系较好,因而改革的阻力和风险不会太大;二是杨集是一个小镇,人口少、好操作,“即使失败了影响面也不会很大。”而选举方式的改革也“顺应了民意”。杨集镇共1.5万人。京山县曾对其中2200余名农民就镇领导班子换届选举问题进行了随机

[50] 邓科:“杨集试验:‘海推’书记镇长候选人”,《南方周末》2002年9月19日。

调查,结果发现超过半数的人认为镇领导班子换届对自己的生产生活有很大影响。1613(73.3%)人认为镇党委书记和镇长候选人应由全体选民和党员提名产生,并在正式选举中应进行差额选举。只有226人(10%)认为应由上级党委提名,332人(15%)认为可以进行等额选举。

另一方面,有些选民仍不以为然。据说镇上“很多人都不把它当大事,有几个人投票时还不太想去呢!”记者遇到一对正忙着打理香菇的夫妇,男的说参加了候选人的推选。组长挨家挨户把推选票送上门来让他们填,他也不认识谁,不知道谁好谁差,就把原来的书记、镇长名字填了上去。女的说“定谁不定谁还不是上面说了算”。在当初推行村级民主自治时,也遇到了类似的情况。村民们一开始并不相信自己的选票能决定谁当村干部,因而不把投票当回事,有的甚至把孙悟空、猪八戒的名字写上去。后来公布时,村民发现村干部果真按照得票多少排名,而且排名榜上把孙悟空、猪八戒得多少票都登出来,才开始信了。既然觉得自己的票还真有点用,村民就认真参与选举了。

不论如何,“海推直选”让杨集镇的很多干部都感到压力和紧张。镇领导干部的工作态度和方式也发生了很大变化。以前久拖不决的事情,现在很快就解决了。通过这么一个有限的改革,杨集镇的干部和群众都似乎切身感受到了“民主的力量”。

部分选民对选举冷淡,但如果让他们相信选举的真实性,又会有兴趣参与。



图6.8 杨集镇人在对“海推”结果进行“唱票”

思考 杨集试验的启示和局限

1. 据称,“杨集改革的方案很费了设计者的一番心思。第一步‘海推’体现的是民意,而后两步则是与党和人大制度的现行规定相衔接,这样不至于使改革方案与法律法规相抵触。”分析这段话的含义,它如何体现了现有制度的局限性?

2. 镇长最后在 50 名人大代表选举产生,可能会发生什么现象?

3. 记者遇到的那对夫妇说的话反映了什么问题?在选举规模进一步扩大之前,中国必须做好什么样的制度准备?

4. 据透露,县委在确定试点过程重征求过几个乡镇党委书记的意见,全部都坚决不同意在所在镇搞试点。事实上,杨集镇委书记也担心镇长直选“风险太大”,将同事选掉不好交代,因而一口回绝。为了消除镇委书记落选之忧,县委组织部变通了程序,将测评票和推荐票合在一起,向选民暗示提名。镇委书记还反复要求在第一轮推荐投票前由主持选举的镇干部引导选民的投票倾向,并反复宣讲当选条件,而口头宣讲的条件和县委文件有许多不一致的地方,如将年龄从 50 岁改为 45 岁以下,如果不是乡镇班子成员则必须 30 岁以下。第一轮投票结果是所有在任班子成员都以高票成为初步候选人,竞选成为原镇班子成员的内部竞争。因此,这次选举其实没有体制外的人参与,而体制内的成员由于缺乏体制外的就业机会,因而只能循规蹈矩,按照县乡惯例形成的游戏规则行事。尽管如此,选举还是给候选人带来很大压力。镇长声称“经历了血与火的考验”,有些成员甚至打算落选以后远走他乡或下海经商。(贺雪峰,2004:176-180,198-199)这个“内幕”是否改变你对“杨集试验”的看法?

5. 村委会选举经历了从不信到信的过程,乡镇干部乃至以后更高层的选举是否也能保证经历类似的过程?为什么?

2. 乡镇直选

从 1998 年开始,中国部分地区对乡镇行政领导的直选进行了自发的尝试:最早的改革出现在四川省遂宁市市中区的 4 个乡镇。1998 年 5 月和 9 月,市中区政府在保石镇和横山镇首先进行了镇长公选的试点,并在该区的东禅镇和莲花乡进行了党委书记的公选。1998 年 12 月,市中区步云乡正式产生了全国第一位民选乡长(谭晓秋)。同年 10 月,四川省南部县于在 79 个乡镇试行公推公选制,选举副乡(镇)长。稍后,该省绵阳市在本市的 11 个乡镇进行了乡镇长人大代表直接提名选举乡镇长的实验。不久,全国其他地方开

始进行类似的改革。1999年初,广东深圳在龙岗区大鹏镇实行“两票制”,即需要经过两轮投票。同年4月,山西省临猗县卓里镇也进行了乡镇长选举的“两票选任制”试验,模仿在村委会和村党支部选举中已较为普及的“两票制”。2004年4月,云南省红河哈尼族彝族自治州在其下辖的石屏县推行乡镇长选举改革,7个乡镇的乡镇长均由选民直接选举产生。这是迄今为止我国最大规模的乡镇长“直推直选”试验。

表一 中国基层首长直选试验进程^[51]

时间	地点	内容
1998年6月	四川省遂宁市市中区保石镇	公选镇长和党委书记
1998年10月	四川省南部县79个乡镇	178个副乡镇长职位实行公推公选
1998年12月	四川省遂宁市市中区步云乡	第一次通过选民直接投票选举产生乡长
1998-1999年	四川省绵阳市11个乡镇	镇人大代表直接提名、选举乡镇长
1999年初	四川眉山市青神县南城乡	直接选举乡镇长
1999年1月	广东省深圳市龙岗区大鹏镇	群众投票推荐候选人、民主测验、人代会投票的“两票制”选举产生镇长
1999年4月	山西临猗县卓里镇	全体选民对候选人投信任票,再在人代会上投选举票,选出镇长和人大主席
2000年12月	四川省成都市新都区木兰镇	639名党员以公推直选的方式选举党委书记
2003年6月	江苏省宿豫县11个乡镇	33名镇长竞选人进行了答辩和代表选举,乡镇党政正职“公推竞选”
2003年11月	江苏省徐州市沛县和金坛市	“公推公选”县长、市长候选人
2004年4月	云南红河哈尼族彝族自治州石屏县	7个乡镇的乡镇长由选民直接选举产生

动态

乡镇直选试点考察

1. 南城试验^[52]

1998年12月5日,四川省眉山市青神县南城乡全体乡民一万四千多人以直选的方式选举产生了乡政府的乡长和副乡长,全体党员共500多人也在12月25日以直选的方式产生了乡党委书记。全乡18个选区同时进行投票,共发出选票14753张,回收14616张,其中有效票14323张,废票293张,弃权票

[51] 参考“最大规模乡镇直选云南启动”,《领导决策信息》2003年第50期。

[52] 参见李凡主编:《选举改革与基层民主研究》,附录三。

162张。两名乡长候选人得票数分别为9611和4197张,原副乡长商志忠当选为乡长。根据当时的选举法规定,直接选举产生的正副乡长任期为三年,报乡第十五届人代会备案,而乡第十五届人代会第一次会议则不再选举正副乡长。12月25日,南城乡又进行了乡党委书记、副书记、党委委员、纪委书记和纪委委员的直接选举,采取个人报名、党员推荐和组织推荐的方式报县委组织部,符合条件的成为正式候选人,由全乡535名党员进行投票。原乡党委书记李学权得票462张,当选为党委书记。

南城乡正副乡长候选人的提名主要采取了自我报名、群众推荐和组织推荐的方式。正乡长的提名条件比较严格,要求有两年以上在县范围内副科级以上工作经历,并同时要求有大专以上学历和党员条件。这些条件可能过分限制了年轻有为的村民竞选乡长的机会。群众推荐的规定很宽松,只要有一个群众提名就可以产生一个正副乡长的初步候选人。候选人名单再由乡选举委员会(乡党委)进行审查,以保证候选人符合提名条件,然后将符合条件的初步候选人名单上报县政府审查,以确定为候选人。这种提名方式模仿村委会选举中海选方式,但是用在乡镇选举中则显得过于宽松,而由村民选举产生的候选人再由乡党委和县有关机构进行筛选也不符合民主的原则。

竞选程序比较简单。11月19日,候选人发表竞选讲演,乡村社干部、党小组长、选民代表、人大代表等逾千人参加。讲演的中心内容是南城乡的经济发展,讲演之后由听众进行了提问。共有18名选民提出了27个有关的问题,这些问题基本上也是围绕经济发展这个中心。需要指出的是,这样的竞职演说和回答问题并不是真正的竞选辩论,也没有就南城乡经济发展、农民负担、干部作风等问题展开真正的辩论。况且大部分村民并没有直接参与讲演大会,正副乡长候选人的施政方针是通过参加竞职演说的代表回去传达的,也放了录像,但村民们对候选人并没有直接的了解,也不十分清楚这些候选人想要做什么和怎么做。在竞选讲演大会和预选及最后投票之间,候选人也没有和村民进行更多的直接交流。竞选辩论开展不充分的一个直接后果是村民对选举缺乏参与热情,且以后对直选产生的乡镇政府的作为也不太感兴趣。有的老百姓仍然认为选举是走过场,实际上还是上级指派。南城试验对于直选提出了一个重要问题,也就是如何让老百姓在一个超出村范围的选举中了解他们所不熟悉的候选人。

11月28日,南城乡由全乡选民进行预选,从初步候选人中投票选出两个乡长正式候选人、四个副乡长正式候选人。这一实践改变了一些地方的乡镇长选举改革所用的精英集团投票方式,避免了小集团挑选正式候选人的做法。不足之处是,南城乡的预选主要采取流动票箱的方式,将流动票箱拿到村民小组进行投票。以往实践表明,这种做法很可能直接影响选举结果。

最后,南城乡分为18个投票站进行投票,投票结束后当场在每一个投票站公开点票并公布结果,再由各个投票站将投票结果汇总到乡选举委员会,由其公布最终结果。投票过程存在一些程序问题。首先,按照选举章程的规定,南城乡的选举可以实行代票,一个选民最多不得超过代投3票。当时,南城乡共有选民近15000多人,其中3000多人出外打工。当时投票的总数是14600多票,表明没有回乡的人由别人代他们投了票。代票有两种情况:一是家庭成员可以代票,二是投票人在投票日临时有急事外出,可以委托他人投票。问题是代票不一定能真正反映投票人的意愿,即便是同一个家庭内部成员之间也会有不同的想法。其次,南城乡的选举允许代划票。由于一些老年人是文盲,因而需要在投票时请人帮忙划票,而在此过程中有人或者没有按照老人意愿进行划票,或者是在划票的时候干扰了老人的意愿。最后,南城乡的选举并没有进行秘密投票。虽然在投票场地开放了一些教室作为秘密投票间,但是并没有规定所有的投票人都必须进秘密投票间,因而秘密投票间形同虚设。实际上,南城乡用的仍然是村委会的传统投票办法:选民们坐在一起,投票时互相传看、互相商量,有的还指点别人投票。上述问题对于选举结果的公正产生了一定的消极影响。

2. 石屏试验^[53]

云南省红河州由哈尼、彝、苗、傣、壮等9个少数民族组成,少数民族人口占总人口的一半以上。但就在这样一个边疆少数民族自治州,却出人意料地进行了一场迄今为止全国最大规模的“直推直选”乡镇长改革。不仅如此,2004年7月17日到8月30日间,红河州又在所属的泸西县10个乡镇进行了乡镇党委班子直选改革。

据报道,这次乡镇长直选是红河州委(主要是州委书记)决定的。为了规范选举程序,州乡镇长直选试点工作领导小组制定了25个文件。整个直选包括六个步骤:调查、研究、准备,宣传、发动选民登记,选举乡镇人大代表并召开乡镇人代会,推荐、确定乡镇长候选人,选民直接投票选举乡镇长,以及乡镇人代会复会并审查选举结果。

和南城试验相比,石屏试验的“直推直选”模式有一些改进。乡镇长的初步候选人由自我推荐或30个以上的选民联名推荐。候选人的条件并不那么严格,主要是本镇户口,年龄25岁以上、45岁以下以及大专以上学历。在石屏县的乡镇长直选中,自荐或联名推荐出来的初步候选人达77人之多,其中有13名中小学教师、6名村委会干部、14位农民和1位私企老板。初步候选人在乡镇联席会议上发表施政演说,由联席会议代表无记名投票产生2名正

[53] 参见“最大规模乡镇直选云南启动”,《领导决策信息》2003年第50期。

式候选人。正式候选人再到各选区同选民见面并发表竞选演讲,最后由选民直接投票选举产生乡镇长。

村民们参选的积极性出乎州县两级组织的意料。据统计,石屏县直选乡镇长试点的7个乡镇共有70个村委会,合法选民10.66万名,其中10.35万选民参加了选举投票,参选率高达97.1%。虽然最后当选的都是原来拟任的乡镇长,但是选举还是发挥了作用,乡镇长们竞选时所做出的某些承诺已经变为现实。例如在巡回竞选演讲时,老街村的村民们向候选镇长陈青提到了建立农贸市场问题,他当时承诺“如果当选,将尽快解决这个问题”,而现在两排崭新的农贸市场大棚已经完工。底莫村是深山里的小乡村,不通电话。巡回竞选演讲时,底莫村的村民们也拿这个问题考问过陈青,结果他当选后不久该村就通了电话。新镇长当选后,村子里十多年没有修通的水沟十几天就修好了,烤烟的灌溉有了保证,收成也好了很多。陈青镇长当初承诺的“三三制”工作日程(各花1/3时间在镇里处理公务、下乡了解情况解决问题、到上面跑项目)也基本兑现,村民反映“他现在经常到村里来”。许多村民始料未及的是,乡镇长直选居然会带来实实在在的好处。

当然,成效的背后也有成本。有人曾为石屏试验算过一笔账:对于一个2.7万人口的镇,“直推直选”耗资近20万元,其中包括培训骨干及各种会议经费、补助村委会直选工作经费、文艺演出、宣传经费等。如此算来,石屏试验的经济成本高达100多万元。对于这个云南省贫困县来说,这显然不是一个小数目。毕竟,民主是有代价的。相对于其收益来说,这个代价值得吗?

思考 基层民主试验的困惑

1. 上述基层民主化试点都发生在中国相对不发达地区,石屏试验更是在中越边境的少数民族地区进行的。回顾第二章有关民国时期对选民素质、经济发展和教育程度等民主条件的讨论,你认为基层民主试验的成功能说明什么问题?你现在是否更理解和认同胡适的立场?

2. 乡镇长直选改革在解决一些问题的同时,同时也产生了一些新问题。其中最突出的问题就是直选产生的乡镇长与间接选举或上级任命的其他官员之间的矛盾,以及直选乡长对下(选民)和对上(上级党委和政府)之间的矛盾。这些矛盾实质上都是由于权力来源不同而产生的。同时直选正副乡镇长和党委有助于部分化解但不可能根除这种矛盾,一场实质性改革难免与原有体制不兼容。因此,在时机成熟时必须出台配套改革措施,否则原有的改革也将半途而废、前功尽弃。事实上,有些地区的改革似乎已经出现了退步。2001年12月,步云乡乡长任期已满,而此次选举的方法变成了“半直选”:由全体

选民直选举乡长候选人,交由党委提名,最后由人代会进行等额选举。^[54]

迄今为止,地方直选试验都是地方自发进行的,中央对于这些试验的合法性并没有给予肯定或否定的评价。对于中国基层民主的推广,你认为中央能够或应该做什么?

3. 如果细究宪法文本的话,这些试验可能是“违宪”的,因为宪法第101条明确规定了乡镇长由地方人大间接选举的机制。红河州委的一位官员说:“直选乡镇长虽然是一件好事情,但与现行法律不一致。”事实上,这正是某些地区民主改革止步不前的重要原因。你认为应如何处理“好事情”和“现行法律(宪法)”规定之间的关系?从上述基层直选试验中,你是否能看到“良性违宪”理论的合法(宪)性?(见本书第四章第三节)在某种意义上,“试验”是否必然意味着有必要违法甚至“违宪”?

3. 中国基层民主:从农村到城市

村民委员会和居民委员会是中国的基层自治组织,也可以说是中国民主的起点。由于种种原因,中国的基层民主在农村比城市先行一步。1998年后,中国首先在农村推广了村民委员会选举制度。

2010年修订的《村民委员会组织法》第3条规定:“村民委员会根据村民居住状况、人口多少,按照便于群众自治的原则设立。村民委员会的设立、撤销、范围调整,由乡、民族乡、镇的人民政府提出,经村民会议讨论同意后,报县级人民政府批准。”“村民委员会由主任、副主任和委员共三至七人组成。村民委员会成员中,妇女应当有适当的名额,多民族村民居住的村应当有少数民族的成员。”(第6条)村委会成员由选举产生:“村民委员会主任、副主任和委员,由村民直接选举产生。任何组织或者个人不得指定、委派或者撤换村民委员会成员。村民委员会每届任期三年,届满应当及时举行换届选举。村民委员会成员可以连选连任。”(第11条)“年满18周岁的村民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权。”(第13条)“村民委员会的选举,由村民选举委员会主持。村民选举委员会成员由村民会议或者各村民小组推选产生。”(第12条)本村有选举权的村民直接提名候选人。候选人的名额应当多于应选名额,实行差额选举。“有选举权的村民的过半数投票,选举有效;候选人获得参加投票的村民的过半数的选票,始得当选。选举实行无记名投票、公开计票的方法,选

[54] 参见赵丽江:“论中国乡镇公共治理结构变革的启动——中西部地区三个乡镇综合改革案例引起的思考”,<http://www.zhinong.cn/data/detail.php?id=5197>。

举结果应当当场公布。”(第14条)

村委会组织法第17条规定,以威胁、贿赂、伪造选票等不正当手段,妨害村民行使选举权、被选举权,破坏村委会选举的,村民有权向乡镇的人大和人民政府或者县级人大常委会和政府及其有关主管部门举报,有关机关应当负责调查并依法处理。“以威胁、贿赂、伪造选票等不正当手段当选的,其当选无效。”第16条规定:“本村五分之一以上有选举权的村民或者三分之一以上的村民代表联名,可以提出罢免村民委员会成员的要求,并说明要求罢免的理由。被提出罢免的村民委员会成员有权提出申辩意见。罢免村民委员会成员,须有登记参加选举的村民过半数投票,并须经投票的村民过半数通过。”

城市基层民主处于试验阶段。

尽管全国人大常委会于1990年就制定了《居民委员会组织法》,城市基层民主仍然处于试验阶段。至今为止,居委会的工作人员一直由街道办事处提名,由居委会的居民代表对候选人投票产生。当选的居委会直接对街道而非选民负责,贯彻街道所布置的政府任务。从1999年开始,民政部在全国挑选了26个城市对居民自治进行试验。城市社区的选举改革从沈阳开始,于2000年扩展到北京、上海、南京、杭州、武汉、合肥、西安、青岛和海口等地的少数地区,并于2001年对广西某些地区进行了较大范围的直选试验。可以预料,城市基层民主即将被逐步推广到中国各地。^[55]

探讨

村委会的困境与出路

某些村委会的选举过程中出现了违法事件,且工作阻力重重。

虽然村委会选举是基层民主的可贵尝试,这项制度在各地取得的效果显著不同。选举当中发生滥用权力的现象仍是不可避免的,个别地区为了当选村委会主任竟然还发生了恶性暴力事件。^[56]村委会和传统的村级权力中心——尤其是村党支部——发生直接的利益冲突,有时甚至在村委会选举时就引发激烈的权力争夺。(见以上关于“两委矛盾”的评注)据报道,为了当上村主任,山东微山县民选村主任崔祥联个人付出了沉重代价。^[57]当选村主任前一个月,崔的家门被人用斧子砍了四个大洞,2万斤瓜蔓也被付之一炬。由于没有财务权,做事只能自己垫资,至今已为村集体担负债务二十多万元。当选后,村委会工作仍困难重重,追缴村公章、建立并公开村账的努力无一不以挨打受骂收场。和更大规模的选举相比,你认为基层选举更容易发生哪些问题?是否存在任何有效途径防范这些现象发生?

村委会选举的另一个普遍发生的违法现象是上级领导干预。(为什么

[55] 参见卢嵘:“北京首次基层民主实验直击”,《南方周末》2002年8月22日。

[56] 张闻宇:“村级选举引发枪击事件”,《南方周末》2002年8月22日。

[57] 王骥飞:“现在开会——一个‘免职’村官的异样履职”,《南方周末》2002年11月21日。

“违法”?)据报道,大部分乡县干部并不支持村民自治选举。^[58]在上例,崔祥联后来索性遭到镇党委免职。副镇长当面宣布,村主任一职自行取消,由党支部负责各项工作。且既然他已不再是村主任,没有权力以村委会名义召集村民会议。在这里,镇政府的干预显然违反了村委会组织法,但乡镇是否可以通过其他不那么明显的方式“指导、支持和帮助”村委会的工作——例如鼓励一部分村民集体罢免已当选的村委会,或写好辞职书让村主任签字?^[59]

上级干预村委会选举的现象相当普遍。

在湖北咸宁市通山县大路乡塘下村,余兰芳做了88天的村主任,就被乡党委书记和县司法局长等领导宣布“停职反省”。^[60]理由是余自费复印从省税改办拿回来的文件并在群众代表大会上宣读,从而构成“教唆群众抗税”、竞选中以“税费减半”等言语蛊惑群众拉选票。不久,县公安局索性将她抓走,并下达“治安管理处罚裁决书”,称其“公然与政府对抗,发动塘下村村民拒绝上交税费,致使大路乡政府在塘下村甚至全乡的税费征收工作无法开展,构成拒绝、阻碍国家工作人员依法执行职务,给予行政拘留15天处罚。”据报道,这位55岁的女村官为了反映村小学被建成“豆腐渣”工程等问题,耗费所有积蓄4万多元,跑了2万多公里,找县、市、省和国家各级多个部门反映情况,最后却得到这个结果。

上述现象并不是孤立的,而是在全国各地都有不同程度的存在。从1999年9月28日的村委会换届选举到2002年5月1日,湖北潜江市的329位选举产生的村委会主任被乡镇组织或个人违规宣布撤换的达187人,占总数的57%。撤换形式包括免职、停职、降职、精简或改任他职,其主要理由是村官未能交上镇所摊派的税费,“收不上来税费就下”。有一位镇干部说:“曾有一个村民在竞选村官时扬言,‘我当选就是要让老百姓一分钱都不交’,这是不可能的。如果有人有钱,该交的却不交,我们肯定会不客气。”^[61]

村委会不可能完全按照自己的意愿办事。

上述村官竞选时的“扬言”说明了什么问题?镇干部的“不客气”又说明了什么?如何确定什么是“该交的”?应该由谁确定?有人说,“[上述]现象反映了一种制度冲突,即村官‘民选制’和其他官员‘任命制’之间的冲突。”如何理解这句话的含义?如何解决这种制度冲突?重读本书第四章的“美国银行案”以及相关案例,并回顾地方自治、全国统一和民主责任制之间的关系。

上级和党政干预的一个后果可能是贬低村委会选举的价值。^[62]例如在

[58] 党国英:“村民自治的现实与未来”,《南方周末》2002年9月20日。

[59] 参见易颖:“村主任的丢官之感”,《南方周末》2003年1月1日。

[60] 何红卫、从玉华:“民选女村长艰难维权”,《中国青年报》2004年4月28日。

[61] 黄广明、何红卫:“三年撤了187名民选村官”,《南方周末》2002年9月12日。

[62] “农村的基层民主为何不值钱?”,《中国青年报》2002年12月16日。

上级和党政干预的一个后果是贬低村委会选举的价值。

2002年的换届选举中,河南省汝阳县小店镇小店村出现了严重的“拉票”现象。候选人只需要10元就能“买”走农民的选举权。据称基层民主不值钱的根本原因是未能实现其基本价值,村民的民主权利得不到真正的兑现,因而农民认为这张选票就值十来块钱。在“海选”过程中,经常出现“选举时有民主,选举完没民主”的现象。当选的村委会可能隔天就被乡镇政府“撤职”或“审查”掉,因而村民不太重视这种随时都可能被撤换的民主。为了防止乡镇干预、提高基层选举的价值,你认为应采取什么有效的制度措施?

思考 如何保证村民代表的公正选举

如果说民主选举的功能对于各国来说是普遍的,那么选举过程中可能产生的问题也是普遍的,某些发生在其他国家的事情同样也可能发生在中国基层选举。2006年4月,在河北省石家庄市新华区杜北乡东营村选举村民代表过程中,全村1950名选民中的900多选民联名要求以村民小组会议的形式,以无记名投票、秘密写票、差额选举的方式选举村民代表,但村党支部却强行将全村划分成52个选区,每个选区党支部指定一名负责人。^[63]据村民反映,这些负责人就是内定的村民代表。他们拿着选票到村民家要村民填他们的票,并给5元钱(名义是误工费补贴,但实际上并没有任何人“误工”)。最后,这些负责人80%当选村民代表。

上案的独特之处当然是在于“村民代表”这个概念。《村民委员会组织法》显然不认为村民代表会议是一个重要机构。事实上,该法的制定者当时很可能认为这个机构在大多数村子无须存在,因为根据该法第18条的规定,村委会主要向村民会议负责并报告工作,村民会议是直接民主在村这个层次的体现。只是在“人数较多或者居住分散的村,可以推选产生村民代表,由村民委员会召集村民代表开会,讨论决定村民会议授权的事项”。(第21条)因此,村民代表会议只是在特殊情况下作为村民会议的一种替代。但是由于种种原因,村民会议往往不容易召集,且许多事情可能确实也无须“劳师动众”,不如授权规模更小的村民代表会议处理。在某种意义上,村民会议和村民代表之间的关系类似于全国人大和其常委会之间的关系。如果选举得当且运行正常,村民代表会议理应更高效地监督村委会的工作。不论如何,由于“人数较多或者居住分散”的定义相当模糊,不论是否出于实际需要,某些村都可能建立村民代表会议并赋之以实权,譬如产生村民选举委员会的权力。

[63] “划片选举的‘猫腻’——石家庄新华区东营村划片选举村民代表引发900多选民不满”,《检察日报》2006年4月24日。

问题在于,村民会议作为一种直接民主本来是用不着选举的,但村民代表会议作为一种间接民主却首先得由村民选举产生,而不论规模大小、级别高低,从尊贵的总统到低微的“村官”,选举都是一门大学问。然而,《村民委员会组织法》却对村民代表的选举方式语焉不详。第21条只是笼统规定:“村民代表由村民按每五户至十五户推选一人,或者由各村民小组推选若干人。”这就给形形色色的不规范选举行为提供了机会,其中之一就是选区划分权的滥用。借鉴美国“选区重划案”和“选区滥划案”的判决,你认为中国村民代表选区划分应遵循哪些宪法原则?对于不到2000名选民的村,有必要划分“选区”吗?划分选区可能带来什么好处?可能产生什么风险?

探讨 如何让选票更“值钱”

近年来,一些地方的村委会选举发生了严重乃至离奇的贿选现象。照理说,“村官不是官”,按照宪法的定义,村委会是一个“基层群众性自治组织”。但在一些地方,候选人却不惜重金贿选这个看上去不起眼的职位。例如在2003年举行的村委会主任换届选举中,山西省河津市的老窑头村发生了一起颇为离奇的花费天价争当村官的事件。^[64]在竞选过程中,两位村委会主任的候选人王玉峰、史明泽分别向村民承诺,如果能够当选,就向全村1300口人按人头发钱。两人开始了竞标过程,从最初的每人200元逐步上升到1800元和2000元。最后王玉峰赢得竞选,当选为村委会主任,并立即兑现了承诺,向全村每人发放现金1800元,总共花去近200万元。另外两个当选的村委员副主任也分别向村民发放了现金十几万元。

花那么多的钱当一个村委会干部,究竟“图”什么?其实,从候选人的角度看,这笔账并不难算。在目前情况下,村委会掌握着村经济资源的决定权和分配权,但无论在政治还是法律上这些权力却很少受到约束。不受控制的权力必然产生腐败,而从中获得的灰色收入足以抵消竞选时的各种花费。事实上,村官虽然官衔不大,但权力却不小,村里的一切大小事务都是村官说了算。除了可能的政治资本之外,做上村官意味着直接的经济资源支配权,包括承包权和征地权。^[65]目前,诸如矿产、水利、动植物等集体资源的发包权和经营权大多掌握在村干部手里。在发生征地的地方,村官们又是有关款项发放的最

[64] 中央电视台西部频道《新闻夜话》:“我花194万当村官”,2003年9月9日23点30分 CCTV-12 首播。

[65] 参见“重金买村官赔赚几何”,<http://news.163.com/special/o/000113A8/officeholder051111.html>。

后一道关口。通过行使公共权力所产生的垄断租金,绕过各种法规和上级的监督出卖土地并截留收入,村官在一个具备资源禀赋的地区是不难“发迹”的。〔66〕

在兰州市红古区窑街镇滩子村,村委会自1985年的20年里没有公开过村财务状况,没有召开过村民代表大会,也没有公开进行过换届选举。由于不满村干部的胡作非为和矿队办的“不作为”,去年年底滩子村村民自发组织“罢免”了村委会,“封存”了村财务账目,并聘请了会计师事务所对20年来的村财务状况进行了审计。〔67〕结果发现在此20年间村煤矿分红的526万多元中,代表滩子村2000多口人的村委会财务仅分得178多万元,而主要包括村干部在内的十余人却分得348万多元。审计报告同时显示,近35万元的专款专用的青苗补偿费、塌陷补偿、树木补偿等补助款,被村委会截留后转入管理费收入。村民们还反映,村委会收取的煤矿管理费、页岩矿分红收入、房租等合计139万多元,也都被村干部以工资、奖金、福利、各种补助的名义瓜分了。

既然村民并不能通过选举村官来控制这些集体资源,村委会选举也就难免“变味”,贿选也就成为习以为常、见怪不怪的事情。村民所关心的并不是选举结果,而是自己能从选举过程中得到什么好处,选票能卖出什么价钱。在陕西省大荔县,一些候选人公开许诺:投一张票,发一碗羊肉泡馍的票,选民拿票可以到羊肉泡馍馆吃一碗羊肉泡馍。〔68〕一张选票等于一碗羊肉泡馍,未免过于悲哀了。但这是谁的错呢?如果选谁真的意味着收入和资源的不同分配,真的关系到日后的切身利益,那些村民还会再拿他们的选票去换羊肉泡馍吗?

目前,虽然打击村官犯罪的法律机制还有待完善,已有村官因贪污受贿而受到法律制裁。〔69〕当然,即使在法治和监督不到位的现状下,还是有村民积极捍卫自己的权利。在上述滩子村事件,村民强烈不满该村村委会干部20年

〔66〕“重金买‘村副’赔赚几何,征地款过亿‘机会’多”,《华商报》2005年11月11日;“村官是怎样卖掉土地的”,<http://news.163.com>,2005-11-11。当然,在资源不那么富裕的村子,村官的好处是有限的。据曹锦清教授调查,做村支书或村长有五大好处:第一,村里的政治和社会地位高于一般村民;第二,能结交乡镇官员,替子女安排工作;第三,陪来村检查工作的乡镇干部吃喝;第四,分配宅基地和承包地时为自己与亲友谋点好处,计划生育上也是如此;第五,在承办修路、打井、修建小学等公共工程时收受一定的回扣。村官的月薪一般只有一两千,但是喝酒、抽烟几乎不用自己掏钱。明暗收入加起来,年收入大约在三万左右。(参见曹锦清,2000:561,670)

〔67〕“‘高薪村官’拿钱称应该,‘三无农民’贫困无人问”,<http://news.163.com>,2005-04-12。

〔68〕“村民十元卖掉选举权,草根民主成为富人政治”,<http://news.163.com>,2005-08-02。

〔69〕“村官卖地拿好处难定受贿,职务犯罪存法律盲区”,《南方都市报》2005年4月5日;“村官不算官,抬手能遮天:贵阳村官结党贪占逾千万”,《中国青年报》2005年1月4日。

来未公开村财务状况、未进行换届选举并从村办煤窑分红中领取比村民多上百倍的收益等做法,一举罢免了村委会。^[70] 2004年4月,陕西大荔县城关镇西关村的286名村民联名将县民政局、镇政府、县政府告上法庭。^[71] 渭南市合阳县法院肯定了村民的主张,撤销了城关镇政府先前否定村民所反映问题的调查报告。

其实,只要仔细想想,不难发现选票应该是很值钱的。唯利是图的贿选者之所以来“买”你的选票,正是因为他们知道选票远不止他们付出的那个价码。等到他们当选之后,必然变本加厉搜刮民脂民膏、掠夺属于村民的资源,结果必然是“羊毛出在羊身上”,村民们为自己的短视买单、“占小便宜吃大亏”。2011年9月,广东乌坎村民们看清了这一点。他们的村委会和以上村子如出一辙,多年没有经过改选,村务和财务从来不公开,村民们完全被蒙在鼓里,对自己的几千亩地被悄悄卖给开发商浑然不觉。等到他们觉悟过来,乌坎村民不仅要地,更要选票,最后用选票把践踏自己权利的村主任选下来,把代表自己利益的村委会选上去。

由此可见,选票是“值钱”的,但是要让自己手中的选票恢复其本来应有的价值,村民必须行动起来,至少在选举那一天投出属于自己的一票。



图 6.9 乌坎村民在行动

[70] “甘肃调查村民罢免‘高薪村官’事件”, <http://news.163.com>, 2005-04-14。

[71] “陕西286名村民用法律解决村官选举贿选争议问题”,《中国青年报》2004年12月20日。

第六章复习题

1. 什么是民主及其理论基础? 民主选举有哪些基本特征? 什么是地域代表和职业代表?
2. 政党有哪些职能? 在选举中发挥什么作用? 什么是比例代表制、地区代表制和混合代表制? 什么是“杜瓦杰定律”?
3. 政党是不是“国家机构”? 是否可能违反宪法? 为什么? 政党需要遵循哪些宪法基本原则?
4. 政府和政党之间应该具有什么关系? 政府是否可以取缔政党? 是否可以利用国库资助政党竞选? 什么是“自卫型民主”?
5. 民主选举必须符合哪些宪法条件? “第四脚注”表达了什么意思? 为什么法院对某些宪法条件特别严格?
6. 什么是“澳大利亚选票”制度? 它可能导致什么结果? “分裂政府”的制度成因是什么? 参考上一章,这种现象对于宪法理论具有什么含义?
7. 什么是“一人一票”原则? 美国的总统选举制度是否符合这项原则? 中国地方人大的选举是否符合这项原则? 这项原则可能允许什么例外?
8. 中国的基层民主已取得哪些成就? 目前遇到哪些困难? 如何从制度上解决这些困难?

第三部分 公民基本权利

在最后这部分,我们终于到达了宪法的“目的地”——公民基本权利。保护公民的基本权利,是任何一部现代宪法的基本目的;否则,不论如何神圣或崇高的“法”,都不配被称为“宪法”。这部分内容之所以“姗姗来迟”,显然不是因为它最不重要——作为宪法的最高目标,它当然是最重要的,但就和一次长途跋涉一样,权利既然是最终目标就不可能是旅途的起点。不论权利是先天存在的还是被宪法或法律赋予的,权利的保障取决于国家制度的合理设置。“权利条款”并不是一长串华丽辞藻的堆积,它还必须在我们的实际生活中意味着什么。我们已看到,没有科学的政府分权和中央与地方关系的配置,个人权利与自由就得不到可靠保障;没有宪政审查,权利就没有实质意义;没有承认并尊重司法决定的法治政府,宪法权利也不可能落实到实处。因此,在遥望目的地的同时,我们必须首先探索通往目标的路径。这就是以前两部分所做的,它们是“万里长征的第一步”。

当然,上一章已经涉及最重要的公民权利——组织政党和参与选举的权利。它们是什么任何大众民主政府所不可少的,而民主是所有现代宪政的基础。民主有可能产生“多数人暴政”,因而必须适当防范;但没有民主,没有普遍、平等、自由、直接的选举,公民和政府就失去了最重要的纽带,公民对国家官员就失去了最重要的制衡,因而就无法保证国家将代表最广大人民的基本利益,也就无法从源头上消除公共权力的滥用和腐败。

没有宪政审查,权利就没有实质意义;没有承认并尊重司法决定的法治政府,宪法权利不可能落实到实处。

宪政之所以超越民主和法治,在于它能防止多种多样的个人权利受到普通法律的不当侵犯。

然而,作为一种集体决策过程,民主并不一定总能保证个人权利得到尊重与保障。(参见本书第三章关于“多数人暴政”的讨论)事实上,宪政之所以超越民主和法治,正在于它能防止多种多样的个人权利受到普通法律的不当侵犯。

人的权利是多方面的,并且这部分内容将尽量展示权利的多姿多彩。人不仅参与政治——尽管这是公民自由的最高体现;还参与着广泛的社会、家庭、经济与文化活动;人需要维持体面的生存,具有稳定的住所,去他想去的地方,做他想做的工作并获得维持生计的收入等等。这些是一个普通人生活的基本方面,是作为一个人的基本需要,因而不但不应该受到国家的任意干预或压制,而且应该受到宪法和法律的有效保护——因为满足这些需要,正是设置国家的目的所在。结果,宪法对于权利的内容也最为丰富;事实上,它们是如此丰富,以至于本书在这部分只能展现一个缩影。去翻一下任何西方宪法的教科书,你会发现关于基本权利的内容是国家机构所不能比拟的——不是因为关于国家机构的内容不重要,它们当然是至关重要的,但个人权利是如此多种多样,涉及的公民范围是如此之广,能够提起权利诉讼的个体人数是如此之多——除非国家法律不允许这类诉讼,以致任何宪政制度所涉及的权利案件都将至少在数量上占据绝对优势。这和权利的基本性与重要性是相称的。

个人权利是多种多样的,因而关于权利的诉讼占据宪法诉讼的绝大部分。

国家制度可以各有别,人的权利则是普遍并超越国界的。在最根本的意义上,中国人、美国人、欧洲人、非洲人都是“人”,都有作为“人”的基本特征和需要,因而也都应该享有共同的基本权利。这并不表明权利没有地区和文化差异,但一旦进入到“人”的核心,这些差异是次要的;在“基本”权利的领域内,共性占据着主要地位。因此,和前两部分不同,这部分区分不同类型的权利,但并不区分国家。当然,各国对同样权利的处理可能有所不同,但它们只是体现了实现同样目标的不同途径。当我们谈论中国公民的宪法权利时,美国、法国或德国法院对特定权利的解释和决定只是被作为有用的参照而已。严格地说,并不存在中国的、美国的、法国的或德国的权利;“权利”是共同的,尽管对它的理解可以有所不同。各国对权利的理论探讨和实际保障,是对人权这一公共领域的世界知识体系之贡献,是全人类的共同财富,因而也是中国宪政可以吸收的养料。这并不否认实现权利的历史阶段性,但如果目前因客观条件的限制而不能完全实施某项权利,我们至少应通过比较展望未来的发展方向。

国家制度可以各有别,人的权利则是普遍并超越国界的。各国对权利的理论探讨和实际保障,是对人权这一公共领域的世界知识体系之贡献,是全人类的共同财富。

这部分共分两章。第一章叙述权利的理论基础,第二章探讨各国宪法对权利的保障。这并不是说理论先于实践——实际上往往是反过来,

但作为一本教科书,本书必须先介绍一些基本概念和知识。由于宪法主要是授权性的“公法”,(见本书第一章)这部分主要探讨公民的基本权利而非义务;只是在界定个人权利的过程中,才对义务作为一个相关的概念进行讨论。不论如何,笔者再次强调,尽管宪法可以表达公民义务,但这类“义务”不应具有直接实施的法律效力,否则就混淆了普通法律和宪法的不同职能。

第七章 权利的理论基础

“权利”是一项崇高而古老的观念,但人类对自身权利的自觉意识只是从近代才开始。1776年的《独立宣言》第一次向世界表达了人类对权利的向往:某些真理是不证自明的。然而,人类明白这些“不证自明”的真理却是经历了一个艰难漫长的过程。因此,“人为什么有权利?”或“人有哪些权利?”仍然是值得探讨、需要回答的问题。

本章的主要目的是探讨权利的理论基础,共分两节。第一节解释了权利的基本概念和不同属性。第二节根据权利的作用对它加以分类,并为不同类型的权利提供了存在理由。取决于其作用和影响范围,本书把实体权利分为两大类:个人(personal)层面的权利和体制(institutional)层面的权利。体制层面的权利又包括两类:直接的政治权利(参政、选举、政党自由),以及和维持政治体制有关的更广泛的“政治性权利”(包括言论、出版、集会、结社等在内的“表达自由”)。个人层面的权利又分为社会经济(socio-economic)权利(主要指财产权、经济活动自由、社会福利,以及和财政资助相关的受教育权)和除此之外的“非经济权利”,而后者又包括文化权利(宗教信仰自由),人身权利(生命权、人身自由、住宅权、隐私权、名誉权、迁徙自由、信息自决权、刑事正当程序)。当然,如果一开始就分为经济与非经济两大类,体制层面的权利也属于“非经济”类型。(见图 7.1)

实体权利分为两大类:个人层面和体制层面。体制层面的权利包括直接的政治权利和政治性权利,个人层面的权利包括社会经济权利和非经济权利。

第一节 权利是什么？

“权利”(rights)这个词可以从不同角度去理解。在抽象意义上,它是指正义或使法律带上正义特征的超然道德法则;在具体意义上,它是指人所具有的自由行动之能力。在规范意义上,它可以指人先于国家甚至社会而存在的一种不得剥夺之能力;在实证意义上,它可以指宪法或法律所实际赋予的能力。它可以是指一种提倡个人自由不受侵犯的理念或观念,也可以指个体在某些方面的能力受到保护的**实际状态。权利和“自由”(liberty)经常被作为同义词而混用,而自由既可以被作为一种不受外力拘束的状态,亦可指一种不受阻碍的活动能力。在这里,我们主要取后面这种意思。因此,根据词典定义,权利是“一人所具有的在国家认同并帮助下控制他人行为的能力”。^[1]

“权利”的不同含义。

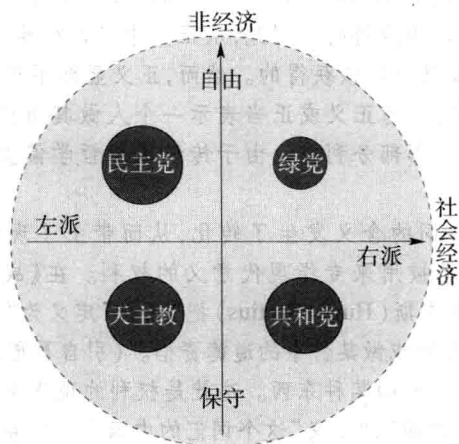


图 7.1 自由的维度

尽管权利多种多样,公共选择理论一般把权利分为两个维度:社会经济(socioeconomic)与其他“非经济”权利。“社会经济”主要包括经济平等与社会福利,“非经济”权利则涉及种族与性别平等、刑事正当程序、人身自由、隐私权等问题。如图所示,古典与现代“自由主义”对这些问题的立场正好相反。图中党派所处位置代表其政策立场。

[1] Black's Law Dictionary, 6th Edition, St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, p. 1324.

宪法权利是指受到宪法规定的国家不可侵犯或有义务保护的一种活动能力。

对于实证宪法学而言,“宪法权利”是指受到宪法规定的国家不可侵犯或有义务保护的一种活动能力;这种能力是否受到侵犯或适当保护,受制于司法性机构的独立审查,且如果它确实因国家侵犯或未能适当保护而受到损害,国家有义务提供适当的补救。因此,在更广的意义上,权利也包含着保护权利(或自由)的制度。

这一节讨论权利的不同方面,包括权利主体的性质、权利的属性、和权利相对的承担义务的对象、权利保障的范围以及形式,并重点探讨了权利保障的一种形式——平等权——的含义。

评注 “权利”一词探源

“权利”的原来意义是“正义”。

和德文中的 **Recht** 与法文中的 **droit** 不同,英文中的 **Right** 既可以用作名词,也可以用作形容词。用作形容词时,它是指“正确”、“正当”或符合道德规则的意思。名词的意义一开始与此相同,后来发生了不同的演化。所有这些词汇都有一个共同的词源,即拉丁语中的 **Jus**,通常译为“正义”。所谓正义,就是指一个人得到其所应得的。因此,从正义中可以衍生出现代“权利”的含义,即一人应被保障其所应该获得的。然而,正义显然不只是现代意义上的权利;它还是一项义务,因为正义或正当表示一个人做其所应该做的事情,并且不得到超过其应得的那部分利益。由于传统道德哲学偏重义务,义务一直是“正义”的主要属性。

“正义”的意义以后发生了变化,权利获得了现代含义。

到近代,正义一词的含义发生了转化,从而带上了现代“权利”的意义。在霍布斯那里,**Jus** 已被用来专指现代意义的权利。在《战争与和平法》一书中,国际法学家格老秀斯(**Hugo Grotius**)把“正义”定义为“一个人所具备的能使其正当拥有某种东西或做某件事的道德资格。”(引自夏勇,1992:138—140)因此,正义成为一人所享有的某种东西。这就是权利的现代含义。随着现代自由主义对传统价值的“颠覆”,“正义”这个词汇的内涵也从义务过渡到权利。

宪法把权利与法律统一到一起。

现代自由主义的开创者霍布斯认为权利和法律是相互对立的,因为权利意味着自由,而法律则规定禁止。但对立是表面的,统一是内在的,因为法治的最终目的毕竟是为了保护而非限制自由。因此,在实证的法律(**lex, law, loi, gesetz**)和更超越的目标——权利(**jus, right, droit, recht**)——之间,存在着一种对立与统一的辩证关系,且对权利的追求构成了所有法律进步与发展的动力。不论如何,宪法把权利与法律统一到一起:宪法不仅是法律,而且是专门保护权利的法律,其所禁止的正是侵犯权利的法律。在这个意义上,宪法确实是一种特殊的法:作为“更高的法”,它处于普通法律和“自然正义”之间,是连接规范与实证、道德与法律、天堂与人间两个世界的桥梁。

一、权利的主体：个体还是集体？

根据方法论的个体主义，(见本书第一章)我们主张享有权利的主体最终是个体，而不是集体；所有的集体概念——国家、民族、人民、社群或组织——最终都必须落实到个体头上。我们说“中国”、“中国人民”或“中华民族”，无非是指这些概念所涵盖的每一个中国人；失去了活生生的个体，空洞的集体或整体是不存在的——就和不存在没有树木的“森林”一样。事实上，“权利”这个概念一开始就是作为个体不受集体侵犯的保障而发展起来的；失去了个体主义的背景，抽象地谈论“权利”就失去了意义，甚至可能受到滥用，成为国家在高谈“权利”的幌子下侵犯个人权利的借口。

权利首先是个体而不是集体的概念。

值得指出的是，一个经常听到的名词是“人民的权利”。如上所述，这个名词所指的只可能是构成“人民”的每一个人的权利。抽象的“人民”是不存在的。事实上，一旦深入到“人民”这个概念的内部，我们立刻发现抽象地谈论这个概念是多么空洞甚至有害。“人民”并不是一个密不可分的整体，它由许多个体组成，而每个个体都有自己的爱好、需要和权利，且这些权利并不一定是一致的，而是经常发生冲突——这是现代社会的简单现实。你的言论自由和别人的名誉权、雇主开除雇员的决定自由和雇员的罢工自由、工业发展的自由和居民对生存环境的权利，等等——所有这些“人民”或“公民”的权利都存在着至少是潜在的冲突与对抗，而调整这些相互冲突的权利正是现代国家的任务。没有任何一个党派、组织或集团能宣称它代表全体“人民”——否则，由于“人民”的利益是分化的，这个集团岂不是要得“精神分裂症”了么？即使由多数选民选举出来的国家官员也只能代表“人民”中的多数而不是全体，而“国家”不是别的什么更神秘的东西，就是这些官员所组成的权力机构；空泛地宣称“人民的权利”除了作为一种宣传的便利之外，不会带来任何好处，但它确实可能麻痹人的警惕心，使人轻易忽视权利和权利之间的冲突，并在“人民”的幌子下牺牲社会某些群体的权利。

“人民”是一个集体概念，是由许多利益和观念相互冲突的个体组成的，因而空泛地谈论“人民的权利”没有意义。

因此，尤其在处理一个国家内部事务中，诸如“人民”之类的集体概念显得过分宽泛。只有在对外事务中，这类概念才可能有用。例如“中国”的发展权是指中国在国际经济秩序中获得公平竞争与发展的机会之权利，这类“第三代权利”可以为中国政府所代表，并和其他国家的权利相对抗。在这里，“中国的发展权”代表了每一个中国人的权利，假定他们之中不存在任何冲突。但即使在这里，似乎也以称呼“中国人”的发展权更为适宜。

评注 个体与集体——再谈权利的冲突与“平衡”

从以上讨论可见,个人权利是不可能和“国家权利”发生冲突的。这不是因为别的,而是国家作为一个整体概念包含了个体,而整体不可能和其组成部分发生冲突。我们所说的冲突,其实是指不同部分之间的冲突,即一群公民的权利和另一群公民的权利之间的冲突,而国家不可能仅代表其中的任何一部分并以其名义发言。国家和国家之间的冲突是可能的,公民和公民之间的冲突也是可能,但一个国家不可能和其本国公民的权利发生冲突。即使是一个公民和其他所有公民之间的利益冲突,把它说成是这个公民和“国家”之间的冲突也是不准确的,因为“国家”也包含了他,而他不可能和自己发生冲突。因此,当我们谈论权利的冲突与平衡时,必须首先确定适合的主体;国家与个人之间的权利是不可能“平衡”的,因为整体的利益总是大于其组成部分的利益。谈论“国家权利”或“民族权利”的危险,从中可见一斑。

个体权利只可能和其他个体的权利发生冲突,不可能和国家权利相冲突,因而也无从“平衡”个人权利与国家权利。

探讨 权利的“全球化”——从“公民权”到普遍“人权”

如果权利是属于个体的,什么范围的个体享有宪法所保障的权利?从表面上看,由于宪法带有明显的国家性,因而宪法权利似应限于组成国家的“公民”。政治权利——组党、参与选举和成为政府雇员的权利——确实如此;可以合理认为,只有“公民”才有权利参与国家的政治和管理事务。因此,政治权利往往是和“公民权”联系在一起的。但其他权利和政治并没有直接关系,而是应该被认为是作为人的一般权利,因而上述见解显得过于狭隘。当然,只有生活在特定国家管辖范围之内的人才可能享有这个国家的权利;不生活在中国或美国,自然也就无法享有中国宪法或美国宪法所保障的权利。但生活在中国的美国人或生活在美国的中国人都同样有义务遵守所在国的法律,并通过纳税、服务和交流等多种途径为当地社会作出贡献,理应获得所在国法律——包括宪法——的保护,而不论是否是所在国的公民。无论宪法文字如何规定,现代国家的通例是非政治性的宪法权利——包括言论、新闻、集会、结社等具有政治含义的权利——同样为生活在特定国家的所有人所享有;是否属于特定国家的公民,并不能成为享有这些基本“人权”的先决条件。事实上,在某些国家,某些政治权利——例如地方政府的选举权——也可以为生活在当地的外国人所行使。如下所述的某些“积极权利”可能例外,因为某些社会福利通常被认为只有公民才能享受。

严格意义的政治权利一般和“公民”身份联系在一起,但其他权利应该是不分国界的普遍人权。

在这个意义上,权利是一个率先“国际化”(internationalization)或“全球化”(globalization)的概念。早在1789年,法国就制定了《人和公民权利的宣言》(Declaration of Rights of Man and of Citizen),明确区别了作为“公民”的权

利和作为一般“人”的普遍权利。在宣言的 17 条权利中,只有两条被限于“公民”:第 6 条规定所有“公民”都有权参与法律之形成,“所有公民在法律面前平等”,并根据能力获得公共职位,但“法律必须对所有人一样”;第 14 条规定,“公民有权通过其代表来决定公共捐献的必要性”。因此,所有公民权都仅限于政治权利,其他权利则是对所有人一律平等的。根据美国宪法第十四修正案,法律的“正当程序”和“平等保护”也适用于所有人,而不仅限于公民。

相比而言,中国宪法中所定义的权利几乎是清一色的“公民权利”。显然,中国没有任何意思要歧视生活在中国的外国人;事实上,许多中国法律都明确表示,除非法律特别规定,普通法律一般平等适用于境内的外国人或无国籍人。(如《民法通则》第 8 条,《行政诉讼法》第 70、71 条,《国家赔偿法》第 33 条)然而,在宪法观念上,从“公民权”到普遍“人权”的转变仍有待完成。2004 年的宪法修正标志着中国在这个方面的显著进步,宪法第 33 条明确规定:“国家尊重和保障人权。”

中国宪法中所定义的权利是清一色的“公民权利”,仍待完成从公民权到普遍人权的观念转变。

二、权利的属性:积极与消极

如上所述,权利是指一种不受侵犯与阻碍的自由活动之能力。在这个意义上,权利有两种属性:积极的与消极的。所谓“消极权利”(negative),有时也被译为“负面”或“被动”权利,是指个人不受国家或其他组织侵犯的自由。例如美国宪法第一修正案禁止国会制订法律来剥夺公民的言论自由,就是一项消极权利。传统的观点认为,人原本有能力自由行为,例如发表言论、从事宗教活动、加入政党组织、选择并从事某项职业、签订合同等等;但从事这些活动的自由可能受到政府的限制或剥夺,因而必须在适当程度上受到宪法的保护。消极权利就像一张盾,政府或法律所代表的公共权力(power)就像一杆矛,权利之盾保护个人不受政府之矛的进攻与伤害。

“消极权利”是指个人不受国家或其他组织侵犯的自由。

所谓“积极”(positive)权利,是指个人有向国家或他人索取财富、安全或其他利益的正面能力。例如中国宪法第 45 条规定“公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利”,就是一项积极权利。根据现代观点,人并不是在所有情况下都能自由行动。这里的自由必须受到广义理解:它不仅是指人的身体或思想活动不受外力的阻碍,而是一种从事有意义、有价值、有目标的活动之能力;这类活动要求具备一定的外部条件,而国家的义务是为个人提供必要的条件以实现这种“自由”。例如人有创作的自由,但要有意义地创作,创作者必须受到适当的教育;任何人从事任何活动,都必须首先能够正常地生存,而这意味着她必须获得适当的食物、住宅、卫生、安全等生存条件;否则,这些条件不具备,也可以认为她被“剥夺”了从事活动的的能力或自由。因此,如果宪法保障积极权利,公民就可以向国家索取

“积极权利”是指个人有向国家或他人索取财富、安全或其他利益的正面能力。

食品、住宅、教育等利益。这时,积极权利好像是主动进攻的矛,其所针对的不是国家的侵犯行为,而是其不作为。

传统宪法以消极权利为主,“第二代权利”以社会福利等积极权利为主。

传统宪法一律以消极权利为主,这种状况直到现当代才有所改变。美国宪法几乎没有规定任何积极权利,法国的《人权宣言》也是如此。这是因为传统观点认为公民在政府面前是弱者,需要防止其活动自由受到侵犯的保障。但在1929年的大萧条之后,经济领域内的消极权利——主要是雇主不受限制的契约自由——开始受到质疑,并在20世纪30年代后期消失。第二次世界大战结束后,西方社会进入了后工业化的福利时代,于是“第二代权利”——主要以经济福利为主的积极权利——开始兴起。1946年法国第四共和宪法是较早保护积极权利的宪法。其前言第8条规定:“国家为个人和家庭保证对其发展所必要的条件。”第9条规定:“国家对所有人——尤其是儿童、母亲和老年工人——保证健康保护、物质安全、休息和闲暇。如果因为年龄、身体或精神状态、或经济状况而不能工作,那么任何这类人都有权从社团获得体面生存之手段。”第11条规定:“国家对儿童和成人保障获得教育、职业训练和文化活动的平等机会。国家有责任在所有层面上建立免费和世俗的公共教育。”这些是积极权利的典型。美国虽然不存在实体意义上的积极权利,但最高法院在1970年以后把社会福利作为和财产同样对待,因而其剥夺不得违反“法律的正当程序”。

中国宪法规定了许多积极权力。

中国1982年宪法也规定积极权利。例如第42条规定:“公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。……国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。”第43条规定:“劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施,规定职工的工作时间和休假制度。”第44条规定:“国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。”第45条规定:“公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。”第46条规定:“公民有受教育的权利和义务。国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。”第47条规定:“国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给以鼓励和帮助。”

思考 你认为应该如何解释宪法第42条?它是不是意味着失业人员享有国家安排就业的权利?第44条规定只有在企、事业单位和国家机关工作的“退休人员”才有权依法获得社会保障,是否和宪法第33条所规定的平等原则相抵触?如何理解第45条?它是否意味着广大农民也有享受社会保险的权利?1982年宪法自通过至今已有二十年,但农村的社会保险仍未建立起来,这意味着什么?如何界定何为“有益于人民的创造性工作”?

最后应该指出,积极权利表面上为公民提供了更多的权利,实际上也为政府干预社会和经济提供了巨大权力。美国的新政是一个典型的例子,它创立了庞大的行政机构,使美国从传统的自由主义国家过渡到现代干预主义国家。中国也是这样。以上的思考问题表明,要真正履行宪法所规定的正面义务,国家必须进一步扩大其行政管理能力,成立许多新的行政机构。同时,积极权利的实施经常较难判定,因而容易使规定流于口号与形式。事实上,世界上规定积极权利的宪法几乎也都规定了公民义务。例如法国第四共和宪法前言第3条规定:“每个人都有责任工作,并有权获得职业。”中国宪法也在多处规定了公民义务,尤其是第33条规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”由此看来,规定积极权利的宪法未必限于消极权利的宪法提供更多的权利或自由。

积极权利表面上为公民提供了更多的权利,实际上为政府干预社会和经济提供了巨大权力。

评注

自由主义的两种形式——经典与当代

“自由主义”(liberalism)是一个很大的“口袋”,里面装着各式各样的有时甚至相互对立的東西。读者应该知道的是,自由主义包含着几乎相反两种形式。“经典”(classical)自由主义以消极权利为主,其代表是亚当·斯密的《国富论》。(Smith,1986:109—121)这种理论主张经济自由主义,强调市场的自由竞争,通过市场这只“看不见的手”来调节社会资源的分配,同时要求政府减少干预,因而也被称为“放任自由主义”(laissez faire)。在18世纪的封建背景下,这种理论要求打破国家专制的桎梏,因而具有“自由”与进步意义。在今天,尤其在美国,经典自由主义仍然有相当广泛的影响。国内近年时兴的哈耶克学说,实际上是经典自由主义的现代代表。

经典自由主义提倡消极权利,赞成自由竞争。

但在第二次世界大战前后,随着福利社会的发展,经典自由主义反而显得“保守”了,甚至经常被称为“保守主义”——英国的“保守党”所代表的就是经典自由主义立场。这一时期发展了当代或“新”(new)自由主义,其许多主

经典自由主义现在成了“保守主义”,新自由主义强调积极权利。

张与传统自由主义正好相反。新自由主义强调“积极权利”,因而主张国家应该积极干预,以实现公民自由的物质条件。更具体地说,在经济领域内,新自由主义主张在保持现有所有制的前提下实行大幅度的社会资源再分配,以促进社会平等,并为每个公民提供生存所必备的基本条件:食品、住房、工伤与失业保险、免费基本教育等。到20世纪70年代,新自由主义运动进一步要求国家清除环境污染并保证工厂车间的安全与健康。这些要求使得政府的行政机构迅速膨胀,并广泛干预着各方面的社会事务。有的传统自由主义学者甚至认为,所谓的“积极自由”其实是一种政府控制下的奴役,从“消极权利”向“积极权利”的过渡意味着公民丧失而非得到更多的自由。对于经典自由主义的代表作,参见洪堡的《论国家的作用》、哈耶克的《自由秩序原理》(Hayek, 1960)或伯林《对自由的四篇论文》(Berlin, 1960)。

社会问题一般可分为经济与非经济两个维度,每个维度都有自由和保守之争。

读者应该进一步明了,社会问题是多方面的,而在各个方面都会有自由与保守两极之争。我们大致能把这些问题分为两个维度:经济与非经济(或“社会”)。在经济维度上,经典自由主义主张放任自由的不予干预政策,新自由主义则总体上赞成国家积极干预以维护市场秩序并促进社会平等,因而相对“左倾”——后马克思主义和“新左派”(New Left)经常也属于这一行列。在社会维度上,经典自由主义体现出传统道德的保守倾向;新自由主义则支持各类“后现代”自由,包括个性解放、同性恋的权利、女权主义(feminism)运动等。当然,经济和社会两个维度的组合还可派生出多种其他意识形态派别。

三、权利的对象:绝对还是相对?

权利创造义务——这并不是说一个人的权利和义务必须平衡,在享受权利的同时也必须履行义务;这种要求是合理的,但并不是在逻辑上必须的,因而宪法或法律没有必要这么做,且实际上几乎不可能确定权利和义务是否实现了严格的对等。这个问题将在权利的保障范围进一步讨论。这句话的意思而是说,如果有人享受权利,那么就必然有其他人承担义务;如果你有“言论自由”,那么这就必然表明你的这项自由至少不能受到某些人的侵犯,这些人有义务避免侵犯你的自由。这些人就是你的权利所针对的“对象”;权利的对象就是承担相应义务的主体。我们的问题是,这些人是谁?如果宪法规定你的言论自由不可侵犯,它究竟是指政府或某一类政府不可侵犯你的自由,还是指其他以私人身份的公民也不可侵犯?

某人的权利意味着其他人的义务。

绝对的权利针对所有人,相对的权利仅针对某些人。

所谓“绝对”(absolute)的权利对象,是指权利对所有人施加义务。因此,绝对的权利针对所有人,不仅禁止政府侵犯,而且也禁止任何公民私人或社会组织的侵犯。所谓“相对”(relative或qualified)的权利对象,是指权利仅对某些人施加义务,因而仅禁止这些特定对象的侵犯;“相对”权利是指权利仅针

对某些对象存在,而不是像“绝对”权利那样针对所有可能的对象而存在。注意这里所定义的“绝对权利”或“相对权利”和某些其他作者的定义不同,(比较许崇德主编,1999:147—150)这些词汇有时被用来表示权利的有限性或无限性。

一般地,法律既可以规定绝对权利,也可以规定相对权利。但无论如何规定,读者应该理解权利所适用的对象范围。法律学者区别于普通人的特点是具体、严谨和认真;他必须能像德沃金所说的那样“认真对待权利”;(Dworkin,1978)因为这也正是法律的特点。在法治社会,法律调整着人们的权利和义务关系,并将产生实际后果;如果你所辩护的当事人误认为言论自由是绝对或无限的,结果被控告损害了他人名誉,他可能会面临相当一笔数额的赔偿金——你能不认真吗?人的社会生活是具体的,这也就决定了法律必然是具体与谨慎的。法律一般并不创造无限或绝对的权利——如果在火车站有乞丐问你要钱,你的同情心可能要求你慷慨解囊,但法律不会强迫你这么做。换言之,宪法或法律或许会授权那位乞丐从中央或其居住地的政府那里获得援助,但他们的权利并不能扩展到像你这样素不相识的人。否则,“权利”就成了无法兑现的“无底洞”,就成了空洞的说教与口号;但宪法和法律的承诺是必须要兑现的,不然国家就失去了信誉,而“民无信不立”。因此,法律权利的适用范围必须明确。

法律不创造无限或绝对的权利,否则难以兑现。

由于宪法的公法特性,(回顾本书第一章)宪法一般仅规定相对权利,即宪法权利通常仅针对政府,而并不针对私人或非政府组织。(当然,政党可能作为一个例外,参见本书上一章的讨论)不但如此,在联邦制国家,宪法权利可能仅针对中央政府而非地方政府,反之亦然。例如美国联邦宪法第一修正案规定:“国会不得制订法律,去涉及任何宗教组织或禁止其自由活动,或剥夺言论或新闻自由,或剥夺人民和平集会与请愿政府给予申冤之权利。”这表明第一修正案仅针对国会,而并不针对各州政府。(参见本书第三章的“码头淤泥案”)但某些宪法或宪法性文件也规定“绝对权利”。例如法国《人权宣言》第10条规定:“只要其表达并未扰乱法律所建立的公共秩序,任何人不得因其见解——即使是有关宗教见解——而受到恐吓。”这里的被动时态仅说明了权利的主体——“任何人”,但并没有具体指明谁不得对见解的表达进行“恐吓”。第11条规定:“思想和见解的自由交流,乃是最为宝贵的人权之一;因此,除了根据法律决定的情形而必须为这项自由的滥用负责,每个公民皆可自由言论、写作并发表。”同样,这里也没有说明谁不能干涉公民“自由言论、写作并发表”。

宪法一般仅规定相对权利,即宪法权利通常仅针对政府,而并不针对私人或非政府组织。

中国宪法几乎所有的权利条款在文字上都是“绝对”的。例如第35条规定:“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由”,而并没有具体规定这

中国宪法规定的权利在文字上是绝对的,但应受到限制性解释。

类自由不能受到谁的侵犯——如果你服务的私人公司老板阻止你上街游行,你是否可以用第35条控告他?第36条规定:“公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。”这一条明确规定信仰自由不得受到社会团体和个人的侵犯,因而似乎无疑是一项绝对权利。此外,“公民的人身自由不受侵犯。”(第37条)“公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”(第38条)“公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”(第39条)“公民的通信自由和通信秘密受法律的保护……任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”(第40条)根据文字解释,这些条款不但保障公民的权利,而且也对公民施加了不得侵犯权利的义务。但如本书第一章指出,宪法作为“公法”的主要任务是防止公民权利受到国家的侵犯,因而其主旨是为公民授予权利而非施加义务。因此,中国宪法的“绝对权利”不应解释为可被用来直接对公民施加义务,而只是在界定公民权利的过程中发挥作用。在操作上,权利应是“相对”的——仅限于针对国家机构的侵犯。

四、权利保障的范围:有限还是无限?

这个问题和以上问题相关,但性质并不相同。不论宪法文字如何规定,权利总归是有限(limited)或有条件的(conditional)。所谓“有限”的权利保障范围,就是指个人权利的范围或空间具有一定的界限,超过这个界限就不受宪法或法律的保护。“无限”(unlimited)的权利范围是指个人权利不受任何条件或界限的约束。这在实际上是不可能的——即使是最基本的生命权都不是无限的,至少今天还有许多国家对严重危害社会秩序的行为处以死刑。宪法不可能保障无限的个人权利,因为人类社会的生存空间是有限的,因而一个人权利的膨胀必然迟早会影响到其他人的权利——经济活动的自由可能会危及周围邻居的生存,言论与出版自由可能会损害别人的名誉,新闻自由可能会泄露个人隐私或国家机密,传教的自由可能会妨碍他人不信教的权利,等等。根据平等原则,每个人都有权平等享受宪法赋予的权利,只要不损害他人的宪法权利与利益。因此,权利几乎总是有限或有条件的——条件就是自己对宪法权利的享受不损害他人的宪法权利。这是任何宪法保障的逻辑要求。有关审查机构的任务就是通过解释宪法条款,确定每个人的权利界限。

有的宪法虽然没有明确规定权利的界限,但法院一直把权利解释为有限的。如上所述,美国第一修正案规定了国会不得“剥夺”公民的言论与新闻自由,因而看上去是一项不受限制的权利,但联邦最高法院从来认为这项权利是有限制的。(详见下章)有的条款表面上不存在限制,但权利的形容词或前缀

宪法保障的个人权利是有限的,否则就会侵犯他人的宪法权利。宪法权利的条件是个人对宪法权利的享受不损害他人的宪法权利,每个人的权利界限由宪法解释机构决定。

往往在解释过程中发挥限制的作用。例如第八修正案规定:政府“不得要求过重保释金,亦不得施加过重罚款,或加以残忍与非常处罚”。其中“过重”就是一个需要解释的限制;政府显然也不是不可以加以处罚,而只是不得加以“残忍与非常”的处罚而已。第五与第十四修正案规定任何人不得不经由“法律的正当程序”,就被剥夺“生命、自由与财产”。这项条款并不是说人对“生命、自由与财产”具有不可剥夺的权利,而只是对剥夺“生命、自由与财产”具有获得“正当程序”的权利;只要政府的程序被认为是“正当”的,就可以剥夺“生命、自由与财产”。

某些宪法条款的文字隐含着对权利的限制。

有些国家的宪法则明确规定了权利的界限。法国《人权宣言》第4条明确规定:“自由在于能够做不损害他人的任何事;因此,每个人行使自然权利的仅有限制,乃是那些保证社会其他成员享受同样权利之限制。只有法律(loi)才能规定这些限制。”德国《基本法》第2条规定:“只要不妨碍他人权利、不违反宪政秩序或道德,每个人都有权自由发展其个性。每个人都有生命和人身完整之权利。个人自由不可侵犯。对这些权利之限制,只有根据法律才能加以实现。”因此,个人自由发展个性的权利,不得妨碍他人的权利或违反宪政秩序,个人对生命和人身的权利不可剥夺,但可以通过法律而加以限制。第5条第1款对表达自由给予高度保护,但第2款规定:“根据普遍法律条款、为保护青年的法律条款、及尊重个人荣誉之权利,上述权利可受到限制。”第5条第3款规定:“艺术与科学、研究与教学皆应享受自由”,但“教学自由不应免除任何人对宪法的忠诚”。第8条第1款规定:“无需事先通知或允许,所有德国人都有权举行和平与非武装集会。”但第2款接着规定:“对于露天集会,本项权利可根据法律而受到限制。”第9条第1款规定:“所有德国人都有权结成协会、合伙与企业。”但第2款又规定:“如果结社目的或行动违反了刑事法、抵抗宪政秩序或国际协定,那么协会即应被禁止。”第10条规定:“邮政与通讯隐私不可侵犯。这项权利只有根据法律才能受到限制。”这表明邮件与通讯隐私虽然不可“侵犯”,但还是可以依法加以“限制”。最“厉害”的限制是第18条关于丧失基本权利的规定:“任何人为抵抗自由民主的基本秩序而滥用表达见解的自由……都将丧失这些基本权利。”

某些国家的宪法条款则明确规定了权利的界限。

综上所述,个人的宪法权利可以受到两方面的限制。首先,宪法所承认并保护的“权利”被限制在不和他人权利发生冲突的范围内;其次,宪法有时明确授权法律对权利加以限制。由此产生的问题是,法律在限制权利的过程中本身是否受到限制,还是可以任何方式限制权利?根据常识,回答应该是法律限制本身也有限制——它必须符合宪法要求。多数宪法条款并没有明确指出这一点,因而把它完全留给宪政审查机构的解释,但有些条款则明确表达了“限制之限制”。例如法国的《人权宣言》规定了法律所必须符合的一些要求。

宪法有时明确规定了对法律限制的限制。

第5条规定:“法律只能禁止对社会有害的行动。”第8条规定:“法律只能制订那些严格与明确必要之处罚。”第9条规定:“如对一人之逮捕被判决为绝对必要,那么对逮捕而言并非绝对必需的任何严厉对待,都必须受到法律的严厉禁止。”这些都是对法律规定本身的宪法性限制。

德国《基本法》第19条第1款明确规定:“对于在本《基本法》之下,基本权利可根据法律而被限制,这类法律应受到普遍应用,而非仅针对个别情形。另外,这类法律应指明基本权利及有关章节。”第2款规定:“在任何情形下,基本权利的本质皆不得受到侵犯。”一个具体的例子是第11条。其第1款规定了迁徙自由,第2款则规定:“只有通过或按照法律,且限于以下情形,这项权利才能受到限制:……这类限制必须有所必要,以防止联邦或一州之存在或自由民主基本秩序的即刻危险、抵御流行疾病之危险、处理自然灾害或尤其严重的事故、保护青年人不受忽视或防止犯罪。”另一个例子是第10条规定了法律可以限制邮政与通讯隐私,并可“规定所有受到影响的个人不被通告这类限制,且对法院之求助,可被议会所任命的机构与辅助机构之案件审查所取代”,但条件是这类法律必须“有助于保护自由民主的基本秩序、或联邦或一州的存在或安全”。

德国《基本法》规定,法律对权利的限制必须是必要的。

中国宪法也规定公民权利的限制。首先,宪法所规定的公民义务本身就是对权利的直接限制。第33条规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”其次,少数条款也明确规定了权利的界限。第51条明确规定:“公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”更具体的例子是第36条:“国家保护正常的宗教活动”,但“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配。”这些都是对宗教活动的限制。第41条规定公民对国家机关及其工作人员的违法失职行为有权提出申诉、控告或检举,“但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”但书就是对申诉、控告与检举权的限制。另外,某些权利通过前缀而加以限制。例如第50条规定,国家保护华侨的“正当”权利和利益。最后,某些权利可以通过法律而加以限制。第34条规定了普遍的公民选举与被选举权,“但是依照法律被剥夺政治权利的人除外”。宪法并没有对这类法律加以界定、限制或具体说明。

五、权利的形式:自由与平等

在形式上,权利分为两类:自由权与平等权。它们对应于美国宪法第十四修正案的两个不同条款:正当程序(Due Process)与平等保护(Equal Protection)——前者禁止政府“不经由法律的正当程序,即剥夺任何人的生命、自由和财产”,其中“自由”的范围最为广泛,并可被认为涵盖了“生命”和“财产”;

后者禁止政府“拒绝对任何人提供法律的平等保护”。因此,“自由权”是说每个人都生来具有某些自由或权利;这些权利并不是绝对不可以被剥夺,但对这些权利的剥夺必须具备正当理由(实质意义上的“正当程序”),并符合“法律的正当程序”(纯粹程序意义上的“正当程序”)。平等权则是说人对上述权利的享受必须是平等的。自由权的考虑焦点是享有该权利的主体,以及个人享有这种权利对社会或国家的积极与消极意义;平等权的考虑则主要是比较个体和个体之间的区别或差异,并探讨这种差异是否“合理”。平等虽然也是个人权利,但它取决于和他人境况的比较,因而是一种“人际”(interpersonal)权利。

权利保障的两种形式:自由权和平等权。

和保护自由权的正当程序相比,“平等保护”的运用方式有所不同。在自由权案件中,政府法律据称侵犯了所有人的权利;而在平等权案件中,政府法律据称采用了任意的区分标准,来侵犯某些人——而非其他人——的权利。几乎所有涉及自由权的案件也涉及平等权,因为绝大多数法律都包含“立法归类”(legislative classification)。例如法律可能规定,只有超过18岁的公民才有权参加选举,或对同样的城市人口与农村人口规定不同的代表名额,或对犯有三次(而非两次或四次)某些(而非其他)重罪的惯犯实行强制绝育;这里的18岁年龄、城市人口或农村人口以及特定类型的惯犯,都属于立法归类。因此,法律经常通过归类,对符合归类特征的个人给予某种特殊奖励或惩罚,从而对在归类之内和之外的人们产生不同影响。显然,要使政府能够履行其立法职能来进行统治,并非所有涉及归类的法律都受到宪法禁止,只有那些“不合理”的归类才违反“法律平等保护”。在1920年的案例中,^[2]美国最高法院指出:“归类必须合理而非任意,且必须基于和立法目标具有正当和实质关系的某种区别,从而使所有处境类似的人都获得类似处置。”对于处境并非类似的人,立法可以基于合宪目标加以合理区分。

自由权和平等权的运用方式与场合不同。

思考 回顾斯通法官的“第四脚注”,法院何时要对立法归类或区别的合理性进行严格审查?为什么?

需要澄清的是,平等权并不是自由权以外的一种“额外”的权利,而是权利的一种保障形式。譬如不论你生活在城市还是农村,宪法规定你有平等的受教育权。这是因为你首先有受教育权(“自由权”),然后你才能要求你的这项权利和他人是平等的;“平等”本身并不创造权利,也不能超越任何实体权

平等权并不是一种额外的实体权利。

[2] F. S. Royster Guano Co. v. Virginia 253 U. S. 412.

利而抽象存在,而只是保护你的受教育权不以某种特定方式(歧视)受到限制或剥夺。在这个意义上,平等权依托于自由权之上——如果一项“权利”本身不存在,那就谈不上“平等”问题。严格地说,任何受宪法或法律承认的权利都可以具有“正当程序”和“平等保护”两种保障方式,因为任何一项权利都既可能被国家剥夺,也可能受到歧视;有时,两者甚至是同一个问题:你的权利受到了“歧视”,表明你的权利受到了他人没有受到的“剥夺”——如果所有人的权利都同样遭到了剥夺,那么它就是一个纯粹的“自由权”或“正当程序”问题。取决于看问题的角度,某些权利一般可被简单归为“自由权”——例如言论与新闻自由、信仰自由、人身自由、住宅安全、刑事正当程序,但并不是所有的具体权利都能被划归为“自由权”或“平等权”中的一种。例如选举权既可视作自由权——不可剥夺的参与政治选举的权利,亦可被视为平等权——和其他公民同等的参与政治并决定国家政策之权利。财产权、经济活动自由、社会福利、公共教育等领域也是一样。因此,平等权和自由权应该被视为任何实体权利一般具备的两种“形式”。

平等权也可以有积极和消极之分。

和自由一样,取决于政府的作为或不作为,平等权也可以有积极和消极之分。如果政府主动歧视了个人——如通过法律禁止有色人种参加选举,或规定公立学校的种族隔离,那么消极的平等权就足以撤销不平等措施;如果政府并未主动干预,但对于存在的社会歧视状态熟视无睹——例如听任政党组织进行种族歧视,或在地区人口发生显著变化之后未能及时重划选区,(见上一章)那么政府的不作为仍有可能违宪。这时,平等权就具有积极的属性,要求政府采取积极行动以消除其不作为导致的不平等状态。

“平等”具有多种不同的含义,其中最主要的三层含义是“结果平等”和“机会平等”,“实际平等”与“表面平等”以及“实体平等”和“程序平等”。以下分别论述平等的三层含义。

(一) 机会平等与结果平等

“结果平等”要求各人同样获得最后所要实现的目标,“机会平等”仅要求个人获得平等机会去实现目标。

所谓“结果平等”(equal result),就是要求各人同样获得最后所要实现的目标——例如男女同工同酬:只要工种类似,那么不论是男是女,最后所获得的报酬必须相同。所谓“机会平等”(equal opportunity),就是仅要求个人获得平等机会去实现目标。例如“择优录取”要求大学按照统一的分数线录取学生,不同种族、性别、年龄的学生都有均等机会参加考试,并按照考试成绩决定是否录取,但这一原则并不保证所有参加考试的学生都能被录取,或具有被录取的平等概率。职业雇佣也不需要给所有种族或性别的申请者平等分配名额,而是按照能力、经验和教育程度给予所有申请者以获得录用的平等机会。因此,何为“平等机会”,往往最终取决于什么是可以合法考虑的因素——例如成绩、能力、经验、教育,什么是不得考虑的因素——例如性别、种族、年龄等

其他因素。这个界限并不是绝对的:对于一般职业而言不可考虑的因素,特殊职业却是可以考虑的——例如公安学校或许可以按照人的体格甚至性别加以区别对待,护理学院或许可以考虑性别、性格等因素。

在大多数情形下,现代国家的宪法保障限于机会平等。然而,“结果”平等和“机会”平等之间的区分,有时取决于对目标的想法。例如就保障教育本身来说,教育权的平等保护是一种结果平等;但如果目标是未来的生活和职业,那么平等教育权就只是一种机会平等。

(二) 程序性平等与实体性平等

中国宪法第33条规定:“公民在法律面前一律平等”。它是指公民在法律规定面前平等——例如选举法在适用过程中对城市人口和城市人口之间、农村人口和农村人口之间实行平等,还是指“法律”本身也必须平等——选举法必须平等对待城市人口和农村人口?首先应该注意,我们在此所处理的是和上述“机会”——“结果”平等根本不同的问题:程序性平等未必能保证机会平等,实体性平等也并不意味着结果平等。读者应该清楚,它们是在性质上截然不同的两类问题,不能混用这两类名词。(例如“形式平等”与“实质平等”,比较许崇德主编,1999:152—156)

“程序”(procedural)平等是指仅要求法律在适用过程中平等,“实体”(substantive)平等则是指法律的内容还必须平等。例如对于全国和地方人大的选举,选举法规定农村人口仅获得同样城市人口的1/4人数的代表。这一规定对农村人口而言是“不平等”的,因而对城市人口和农村人口的选举权的区别对待有可能和实体性平等原则相抵触。然而,程序性平等并不考虑法律本身的不平等,而仅考虑那些在法律上处于平等地位的人是否在法律适用过程中享受了平等。因此,只有城市人口的选举权和其他城市人口相比出现了不平等,或者说农村人口的选举权和其他农村人口相比出现了不平等,也就是说选举法未能被平等适用于按照该法本身的规定处于同样地位的公民时,有关措施才违反了程序性平等原则。由于程序平等原则禁止法律在实施或适用过程中对个案进行歧视,它一般在行政法领域内发挥作用。

实体性平等又包含两层含义:表层的含义是法律在文字上的平等(即以下的“表面平等”),更深层的含义则是法律在效果上的平等。假如选举法在原则上不区分农村人口和城市人口的人大代表名额,但规定人大代表名额按照地区的纳税多少按比例分配,那么由于城市人口的收入高于农村人口,因而纳税数额总体上也比农村高;因此,尽管法律在文字上不明确区分农村—城市人口,但按纳税分配代表名额的做法仍然产生了区别的效果。如果构成了“歧视”(discrimination),文字上的歧视被称为“明显”(explicit)歧视,效果上的歧视被称为“隐含”(implied)歧视——虽然法律文字在表面上是平等的,但

现代宪法一般仅要求机会平等。

“程序”平等是指仅要求法律在适用过程中平等,“实体”平等则是指法律的内容还必须平等。

实体性平等的表层含义是法律在文字上的平等,更深层的含义则是法律在效果上的平等。文字上的歧视被称为“明显”歧视,效果上的歧视被称为“隐含”歧视。

在“骨子里”是歧视的。

宪法平等原则不仅应要求程序平等,而且应要求实体平等。

在宪法学领域内,平等原则不应仅限于程序性平等,而应进一步要求实体性平等;否则,宪法对于普通法律就失去了控制作用,平等原则就失去了宪法意义。事实上,和正当程序一样,美国的平等保护也分为两种意义:程序与实体;程序性平等保护主要是行政法的内容,实体性平等保护才是宪法学内容。需要注意的是,程序性平等显然不能保证实体性平等,但实体性平等也未必能保证程序性平等(为什么?参见以下的讨论)。

思考 中国宪法第34条规定:“年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”试从实体平等和程序平等的不同要求,解释第34条是否和第33条相冲突。

再设想某条法律规定,只有具备大专以上学历的公民才可参加县级人民代表大会的选举。对于这条法律而言,第34条所规定的是实体平等还是程序平等?

(三)表面平等与实际平等

这项区别和实体—程序平等的区别密切相关,有时甚至是同一个问题。所谓“表面平等”,是指法律在文字形式上平等;所谓“实际平等”,是指形式上平等的法律在运用过程中也获得了平等的效果,因而实现了实质意义的平等(注意这并不一定等于“结果平等”,为什么?)。显然,“表面平等”的法律未必达到“实际平等”的效果。从另一个角度来理解,平等的对立面是“歧视”。不符合表面平等的法律构成了“法律上的歧视”(de jure discrimination),符合表面平等但不符合实际平等的法律或措施构成了“事实上的歧视”(de facto discrimination)。

符合表面平等但不符合实际平等的法律或措施构成了“事实上的歧视”,分为两种情形:法律具有歧视目的,或在适用过程中发生歧视。

“事实歧视”可以发生于两种情形。第一,法律本身就带有歧视目的或必然产生歧视的效果。例如以下案例的法令规定,在木头房屋经营的洗衣店都需要经过市政府的批准,而砖瓦房的洗衣店则不需要批准;如果木头房洗衣店全部或绝大多数都为华人拥有,而砖瓦房洗衣店基本上为非华裔经营者拥有,那么尽管这项法令表面上并不是针对华裔的,但实际上可能具有歧视华人的目的,至少其对种族的影响极不均衡,因而可能产生了歧视效果。这时,法律就构成了“隐含歧视”。第二,法令本身并不带有歧视,但在适用过程中发生了歧视。如果上述法令中规定的木头房洗衣店不但适用于华裔,同时也适用于非华裔经营者,那么法令可被认为不是针对华人的;但在市政府的批准过程

中,绝大多数华裔都遭到拒绝,而多数非华裔都获得批准,那么市政府必须为这种差异提供理由,否则也构成了“事实歧视”。

案例 事实歧视——“华人洗衣店案”^[3]

1880年,旧金山市制订的法令规定:“如从本法令通过之日起,任何人未经管理局的事先同意,即在旧金山市县内建立、维持或从事洗衣业,那都将构成违法;在砖瓦房内的洗衣店除外。”违者可被处以最高1000美元或半年监禁。当时在旧金山共有320家洗衣店,其中240家归华人所有。由于310家洗衣店和市内90%的房屋皆用木头而非砖瓦盖成,该项限制适用于绝大多数华裔或非华裔洗衣店。原告吴氏于1861年从中国来到加州,在当地从事洗衣业已20余年,并一直遵守市政府的卫生与安全检查要求。但在1885年,市管理当局拒绝延长他的洗衣业执照。吴氏因继续从事洗衣业而被罚款10美元,并因未交罚款而被县长改判监禁10天。和他处境类似的华人中,有两百多人的申请遭到拒绝,其中150人因未交罚款而遭拘留。然而,除了一人例外,80名非华裔申请者皆获得市管理局的批准。吴氏请求加州最高法院推翻市管理局的决定,并下达释放人身令(Writ of Habeas Corpus)。加州最高法院认为“市管理官员是权衡事实的法官”,因而维持地方政府的决定,驳回了原告要求。

上诉后,联邦最高法院推翻了加州法院的决定。法官们注意到清政府在1880年与美国订有条约:“如果在合众国领土上永久或暂时居住的中国劳工,受到任何其他人的虐待,那么合众国政府应竭尽全力、采取措施以保护他们,并保证他们和最惠国公民享受同样的权利、优惠与豁免。”最高法院进一步指出,第十四修正案的“正当程序”和“平等保护”条款并非限于美国公民,而是适用于美国境内的任何人,因而市政府侵犯了对华裔居民的“平等保护”。马修斯法官(J. Matthews)的法院意见指出:“法律本身可能在表面上公正无偏;但如果它被公共权力不公正地加以运用与实施,因而在实际上非法歧视了处境类似的个人权利,那么宪法仍然禁止法律对平等正义的剥夺。”

即使法律表面上平等,但在运用过程中非法歧视了处境类似的个人权利,也将侵犯宪法的平等保护原则。

思考 从以上数据,证明旧金山市政府确实歧视性地实施了有关洗衣店的法令。用这个例子说明,实际平等是不是“结果平等”?你认为区分砖瓦房和木头房本身是不是任意的?市政府这么规定可能有什么理由?

“法律歧视”和“明显歧视”、“事实歧视”和“隐含歧视”之间是什么关系?

[3] Yick Wo v. Hopkins, Wo Lee v. Hopkins, 118 U. S. 356.

法律规范在运用过程中可能侵犯平等原则的三个层面:明显歧视、具有歧视效果以及适用中发生歧视。

作为总结,平等是和歧视相对的。法律规范在运用过程中可能在三个层面上违反平等原则。首先,法律文字可能歧视了不同类别的公民。这时,法律构成了明显歧视,在表面上就不符合平等原则。其次,法律虽然在表面上平等,但对不同类别的公民隐含着歧视目的或歧视效果。这时,法律就构成了隐含歧视。最后,虽然法律在内容上本身没有问题,但在实施与适用过程中出现了歧视现象,因而和隐含歧视同样构成了“事实歧视”。程序性平等审查将推翻这类适用过程中发生的歧视,但并不触及明显或隐含歧视;实体性平等审查不涉及适用过程,但将同时禁止明显与隐含歧视。最后,实际平等则禁止事实歧视,包括隐含歧视和适用过程中出现的歧视。

读者在此要注意下列区别:程序性平等和实体性平等是指对“平等”要求的理解——根据程序性理解,“平等”不要求审查法律的内容和实质,因而通过程序性平等审查的法律未必符合“表面平等”要求,但通过实体性平等审查的法律应该是符合表面平等的;表面平等和实际平等则是指法律及其运用过程的特征,并且是在法律文字平等的基础上进一步审查法律的实际运用后果。程序性平等和实际平等都把审查的焦点放在法律规范的适用过程上,但程序性平等忽视法律内容的平等,而实际平等则已假定内容(文字)平等,再进一步追究法律在运用过程中是否获得平等效果;符合实际平等的法律应该也符合程序性平等原则,但反之未必,因为程序性平等审查仅能保证法律地位类似

几种平等概念的关系。

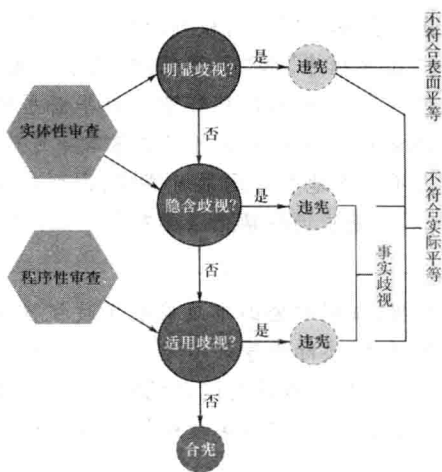


图 7.2 不同层次的平等与歧视

的个人获得类似的处理,但不能保证法律本身不对不同的人进行明显或隐含的歧视。无论法律违反了程序性还是实体性平等原则,都不可能符合实际平等;只有一项法律同时通过了实体性和程序性平等原则的审查,它才是符合实际平等的法律。

思考 假定在上述旧金山市政府的批准过程中,会说英语的华裔申请者都获得了批准,而不会说英语的全部遭到拒绝。市政府的法令和措施是否能通过程序平等和实体平等审查?是否符合表面平等和实际平等?

中国大多数单位规定女职工 55 岁退休,男职工 60 岁退休。这项规定可能在什么意义上和平等原则相抵触?你所适用的是程序平等还是实体平等原则?如果法律规定,国家机关和国有企业必须对男女大学毕业生一视同仁,而用人单位在录用过程中仍然“灵活掌握”用人标准,审查此类行为所适用的是实体平等还是程序平等?

美国许多州一度曾禁止不同种族的通婚。如果白人和黑人通婚,那么双方都将受到法律惩罚。这类法律是否侵犯了平等保护原则?联邦最高法院的哈伦大法官(J. Harlan)认为,种族隔离的法律其实侵犯了自由权,(参见本书第三章的“车厢隔离案”)你是否同意?为什么?

第二节 权利的作用和分类

为什么保障权利或自由?这个问题的答案直接决定了人的哪些能力应该被定义为受保护的“权利”,因而它和权利的类型直接相关。权利的保障固然是一种制度,有时还被归结为人的与生俱有的自然属性,但这种制度并不是从来就有的,而是人类有意识创造的产物,其思想基础是一种新的世界观。事实上,虽然“权利”这个词早已存在,但以保护个人权利为首要目标的国家制度却是相当晚近的事件。传统的政治与法律制度虽然也涉及权利,但这类权利一般仅限于社会上层,如 1215 年的英国《大宪章》。现代国家则把权利作为一种属于所有人的普遍人权,而不论人的地位、财富、性别、种族等其他特征如何。这个思维的转变要归功于霍布斯(Thomas Hobbes)所开创的近代自由主义。从柏拉图和亚里士多德开始,传统的理论一直把“公共利益”、社会秩序或其他集体概念作为国家的终极目标;自由主义把传统价值颠倒过来,第一次

自由主义把国家目标的定位从公民义务转变为公民权利,要求个人权利被作为公共权力的起点和终点。

把个人的基本权利作为国家的基础。根据建立国家的基本契约,国家的最终目的在于保障每个人的基本权利。(参见本书第二章)因此,国家不是天经地义的;它的存在是为了个人服务,而不是反过来。自由主义要求,个人权利被作为公共权力的起点和终点。

保障权利的理由来自于受保障的自由或能力对个人或社会生活的重要性。

权利之所以需要获得保障,是因为人的某些自由或能力对于人的社会生活而言是至关重要的。如上所述,这类能力在形式上可分为两类——自由权和平等权;某些具体权利主要体现为自由权,某些权利则还涉及平等——例如平等的选举权和选票分量。按照其作用或影响范围,权利又可分为以下两类。第一类权利是在个人层面的自由,其主要目的是满足个人生活的需要;如果国家不被要求为个人需要提供积极的保障,那么它至少不应该损害个人满足基本需要的能力。第二类也是个人权利,但它的理由主要来自于对维持特定国家体制的必要性,而这种体制被认为最终对保障个人在所有层面的自由都是重要的。对于后面这一类,某些权利对体制的作用是直接和显然的——例如参与选举等政治权利,一般只有公民才能行使;某些权利的作用则更为间接,并且属于任何人都可以行使的基本“人权”,但最终证明对于维护民主政体同样重要——例如言论、新闻、结社与集会自由。

虽然任何权利都具有社会性并最终都落实到个人,某些权利和个人的关系更为直接与密切,某些权利则对于维护自由与民主制度本身发挥更直接的作用。

当然,这种分类方法在一定程度上是模糊甚至是任意的。根据方法论的个体主义,社会和国家必然是由众多个人组成的;在这个意义上,个人利益也就是社会和国家利益。(参见本书第一章)因此,保护个人权利也就等于是在保护社会的集体权利;信仰自由是一种个人基本权利,但保护了每个人的信仰自由,也就等于保护了整个社会的自由,况且对信仰自由的尊重与保护本身就是特定社会制度与政治理念的反映。反过来,“体制层面”的权利——如言论自由——对个人和对社会同样是至关重要的。另一方面,个人活动必然具备社会影响。财产权和经济活动自由一般被认为是一种个人权利,但对它们的法律保护无疑将促进整个社会的繁荣和稳定,因而具有显然的社会价值。有些权利同时具有直接的个人和社会双重意义——受教育权既是个人自我实现的手段,又是造就公民社会的必要工具。尽管如此,笔者认为程度上的区别仍然存在并且是重要的。某些权利——如人身自由——和个人直接相关,某些权利则虽然也以个人为始终,但对于维护自由与民主制度本身发挥更直接的作用,因而需要分别加以讨论。

评注 宪法权利保障的特殊意义

权利可以获得宪法的保障,也可以获得一般法律的保障。事实上,即使没有法律保障,也不能说权利和自由就不存在。法国《人权宣言》第4条规定:

“自由在于能够做不损害他人的任何事；因此，每个人行使自然权利的仅有限制，乃是那些保证社会其他成员享受同样权利之限制。只有法律(loi)才能规定这些限制。”第5条规定：“任何未被法律禁止的事物皆不得受到阻碍，且任何人不得被迫去做法律并未命令的事情。”因此，自由主义传统的主流观点认为，法律的主要作用在于规定公民义务、限制公民自由(当然是为了促进公共利益或保障其他权利，例如剥夺罪犯的自由是为了保护其他公民的人身安全)，但限制与义务只是特别规定的例外，自由仍然是规则；没有法律规定，反而意味着公民有更多的自由——因为每个人都可以做不受法律禁止的任何事，只要不损害他人的同样权利。

既然如此，宪法为什么还要规定权利呢？这是因为个人的某些权利是如此基本，因而不应受到公共权力的侵犯，即使是以法律的方式；至少，要剥夺或限制人的自由，法律必须具备充分的理由。由于人民害怕其代表会制定过分严厉或压制的法律，因而才在宪法里特别规定某些个人自由应该受到特别保护。这也正是制定宪法的全部目的。某些宪法——主要是联邦制宪法——进而规定了“有限政府”原则，把政府通过法律行使权力的范围限于宪法所列举的事项之内。(见本书第一章和第三章)事实上，美国之所以在制宪时没有规定权利法案，很大的原因是制宪者认为宪法已经采纳了有限政府原则，因而无须再特别规定权利——既然宪法本来就没有授权政府干预言论自由，为什么还要特别声明言论自由不可侵犯？不论如何，美国制宪者不久还是通过了《权利法案》，特别强调政府不得不经由“法律的正当程序”，就剥夺任何人的“生命、自由和财产”。

个人的某些权利是如此基本，不应受到公共权力的侵犯，因而即使是采用有限政府原则的宪法也特别加以强调。

之所以如此，主要是因为即使在有限的权力范围之内，联邦政府还是有可能通过合法手段侵犯基本权利，譬如在调控州际贸易的过程中过分限制第二修正案所保护的拥有并佩带枪支的权利。因此，即便对于权力范围有限的联邦国家，宪法还是有必要规定基本权利之保障。至于由此可能引起的误解——联邦可能因宪法的权利条款而被认为拥有除了权利条款所禁止之外的一切权力，可以通过特别说明加以澄清。为此，《权利法案》的最后两条(第九与第十修正案)特别声明：“宪法所列举的某些权利，不应被解释为剥夺或取消人民所保留的其他权利”；“宪法既未委代给合众国，亦未禁止各州[使用]的权力，分别被保留给各州或人民。”

因此，和普通法律对权利的保护不同，宪法规定权利的目的正是为了保障人的自然或基本权利不受法律的侵犯。(重温本书第一章)行政对权利的侵犯可以通过法律来消除与纠正，立法对权利的侵犯则只有通过宪法的消除和纠正。宪法可能侵犯基本权利吗？一般而言，宪法或其解释可能对权利的保障不充分，但不太可能主动侵犯权利。(为什么?)或者说，这构成了宪法应该是一部纯粹的授权法的另一条理由。

宪法规定权利的目的主要是为了保障人的基本权利不受法律的侵犯。

以下,我们讨论各类实体权利及其平等保障的作用,并最终探讨所有权利的共同依据——对“人格尊严”的尊重与保护。

一、个人层面的权利

社会契约论认为,某些权利对于任何人的生存是如此重要,以致所有人都会同意它们应受到保护。在霍布斯那里,基本权利是极为有限的——它基本上限于人的物质生存。洛克等后来的自由主义思想家又加入了私有财产不可侵犯的理念。到1776年,美国《独立宣言》已经作为“不证自明”的真理,宣称生命、自由和财产是“不可剥夺”的天赋人权。“生命、自由、财产”基本上囊括了所有个人层面的权利。在三者中间,“生命”和“财产”的意义是相对确定的,尽管财产权的范畴以后有所扩充。

生命、自由和财产被普遍认为是不可剥夺的天赋人权。

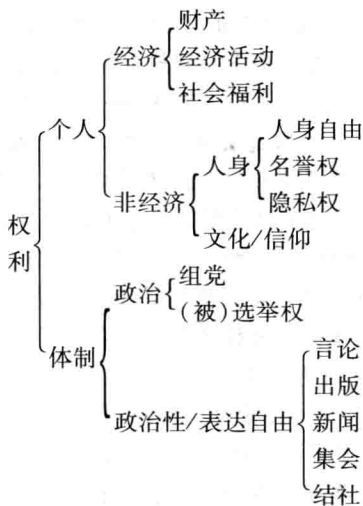


图 7.3 权利的分类

(一)“生命”

“生命”的重要性确实是“不证自明”的,但除了在极端情况外,涉及生命的例子并不多。20世纪70年代以来,一个争议最大的问题是平衡胚胎的生命权和孕妇决定堕胎的权利;我们将在下一章看到,各国对这一问题的处理方式不完全一致。另外,在某些国家,死刑受到禁止,因而对刑事犯罪判处死刑的法律可以被认为是侵犯了人的生命权。例如德国《基本法》第102条规定:“死刑应被取消。”西欧国家目前已普遍废除死刑,但美国仍保留死刑。美国曾有人提议,死刑属于第八修正案所禁止的“残忍与非常处罚”,但这种理解已被最高法院所否定。在其他国家,如果法院对死刑的判决不慎重,亦可被认

生命权主要涉及堕胎和死刑的存废问题。

为是侵犯了生命权。

中国传统上即重视人的生命,死刑一般须经皇帝亲自批准。1982年的中国宪法未规定“生命权”,但1979年制定、1997年修订的刑法第48条规定:“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子,如果不是必须立即执行的,可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”1979年制定的《刑事诉讼法》(第144条)和《法院组织法》(第13条)都规定,只有中级法院才有权判处死刑,且“应当报请最高人民法院核准”。这些规定体现了中国法律对生命权的尊重。然而,为了打击严重的刑事犯罪,最高法院对死刑的核准制度未能得到有效实施。全国人大常委会在1980年决定,对于当年发生的严重危害社会治安的现行刑事犯罪,其死刑核准权可由最高法院授权省、直辖市与自治区高级法院代为行使。1983年,全国人大常委会修正了《法院组织法》第13条。对于因杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和治安而判处死刑的案件,最高法院“在必要的时候”可授权高级法院核准。最高法院在同年发布的《关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的通知》中规定,在严厉打击刑事犯罪活动期间,除了因反革命和贪污等严重经济犯罪案件而判处死刑的需要报最高法院批准外,对因杀人等严重危害公共安全和治安而判处死刑的案件,最高法院授权各省、自治区和直辖市高级法院以及军事法院行使核准权,因而各高级法院一般也有死刑的核准权。

中国判处死刑原则上需要最高法院核准,但最高法院可把核准权下放给高级法院行使。

探讨

死刑的存废及其核准权的“下放”

在操作上,死刑核准权的“下放”导致某些死刑案件被轻率处理。据粗略统计,在各省高院报请最高法院核准的死刑案件中,改判率超过10%。这表明核准权下放后,死刑的错用至少是可能存在的。参照最近发生的以下事例,考虑下列问题:[4]

陕西省延安市人董伟被判决故意杀人。省高级法院认为一审认定事实无误,量刑适当。犯人将被拉向法场,执行枪决。被告律师上北京向最高法院申诉,终于庆幸地找到一位“青天”。在离执行仅差4分钟的时候,法官接到通知暂缓执行死刑。最高法院指示陕西高院对该案进行复核。2002年8月26日,陕西省高级法院下达了终审裁定,维持了原来的判决。9月5日,在“枪下留人”令下达130天以后,27岁的董伟在延安郊外被枪决。据称陕西高院的这项决定是“根据最高人民法院的指示,另行组成合议庭,认真审查全案,核

死刑核准权的“下放”可能会导致某些死刑案件被轻率处理。

[4] 参见曾民:“枪下留人”,《南方周末》2002年7月18日;“‘枪下留人’案再调查”,《南方周末》2002年9月19日。

查有关证人证言并反复讨论”作出的。新合议庭共五名成员,原合议庭人员占了三名。被告家属强烈要求其中一位成员回避,但被拒绝。由于认为本案“事实清楚”,陕西高院决定不公开审理。这样,整个案件只是在一审时公开审理了两小时,在此期间还审理了被告表哥的窝藏罪一案。

你认为1983年的修正案是否有损对“生命权”的尊重?注意到刑法和刑事诉讼法尚未改变由最高法院核准死刑案件的规定,而根据《立法法》,这两部法律是由全国人大制定的“基本法律”,其效力高于由全国人大常委会制定并修改的《法院组织法》。1983年的修正是否抵触了更高的法律规范?

由于省高级人民法院本身是死刑案件的二审法院,由同样的法院行使复核权是否有助于达到防止错判错杀的目的?自董伟“枪下留人案”以来,社会各界强烈呼吁最高法院收回死刑复核权,接下来连续曝光的河北聂树斌“冤杀”案与湖北余祥林“杀妻”案等冤案进一步突显了收回复核权的必要性。死刑复核权应该上收最高法院,已成为社会共识。^[5]为了遏止死刑冤案,最高法院已决定统一收回死刑复核权。2005年出台的《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》将“改革和完善诉讼程序制度”作为其首要重点,而改革与完善死刑案件的审判程序及复核程序又是其中的重中之重。《纲要》明确规定,2006年以后,法院依照二审程序审理的死刑案件均应当开庭审理,死刑复核程序将由最高人民法院统一行使。由最高法院复核每一个死刑案件是否可行?在许多西欧国家,死刑已被取消,但在美国仍被保留,且被判处死刑的犯人一般并没有获得联邦或州最高法院复核的权利。

世界上许多国家
已废除死刑。

最后,为了一劳永逸地避免这类问题,是否应该索性废除死刑?毕竟,废除死刑似乎是文明社会的大趋势。除了美国和日本之外,法治国家几乎全部废除了死刑。据统计,世界上目前已有111个国家在法律上或事实上废除了死刑,且每年平均有3个国家废除死刑。在中国,香港和澳门也已废除死刑。近年来,一些法学家再度呼吁取消死刑。^[6]你认为废除死刑是不是尊重“生命权”的要求?取消死刑有什么障碍?为什么要保留或废除死刑?

2010年10月,二十岁的西安大学生药家鑫深夜驾车将人撞倒,后又连刺八刀致人死亡后逃逸。虽然他此后被父母带去自首,并在法庭上表示痛悔,但是法院在民意压力下仍然判其死刑。^[7]2011年7月,云南省高级法院试行慎判死刑政策,以自首情节和悔罪态度较好为由将奸杀少女并摔死婴儿的李昌

[5] “中国要将死刑核准权统一收归最高人民法院行使”, <http://news.163.com>, 2005-10-26。

[6] 郭光东:“死刑:保留?废除?”,《南方周末》2003年1月9日。

[7] <http://news.163.com/special/yaojiaxinan/>。

奎改判死缓,引起社会轩然大波。在社会压力面前,云南高院重新判处李昌奎死刑。〔8〕这两起死刑判决均引起社会激烈争议,支持与反对死刑的对立主张相持不下。除了死刑存废问题之外,注意药家鑫案发生在陕西,李昌奎案发生在云南,你对量刑轻重的地方差异有何见解?

如果中国社会的主流民意仍不放弃对暴力犯罪判处死刑,非暴力犯罪的死刑判决则更有争议。2012年1月,浙江省高级法院二审维持了吴英集资案的死刑判决,引起经济学家、法学家乃至普通民众的诸多非议。〔9〕除了审判程序、罪名界定以及“非法集资”罪名本身的正当性之外,吴英案的死刑判决比药、李两案更不妥当,也更显示了废除死刑——至少废除某些死刑——的必要性。和上述两案不同的是,吴英并没有对任何人的生命或人身造成暴力伤害,因而也没有产生巨大的民愤;即便“集资诈骗”罪名成立,也只是伤害了11个受害人的经济利益,并导致他们的资金未能存入合法的银行,从而对国家金融调控产生不便,但是仅此似乎远不足以上升到“给国家和人民利益造成了重大损失”的高度。对经济犯罪的死刑判决显示,一些地方法院对国人的生命不够尊重。

(二)“财产”

“财产”是各国普遍保护的對象。美国宪法第五修正案除了要求正当程序外,还规定“私有财产不得未获公正补偿即遭占取”。法国《人权宣言》第17条更规定:“财产是不可剥夺的神圣权利;除非以合法形式建立的公共需要明确要求,且在公正补偿被事先支付的前提之下,任何财产皆不得受到剥夺。”德国《基本法》第14条规定:“财产和继承权利应得到保障。其内容与限制应被法律所决定。”中国宪法第12条规定:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。”第13条改为:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

财产权不是绝对的,但财产的征用必须获得公正补偿。

在更广的意义上,财产权包含了经济活动的自由。无论对于个人发展还是社会繁荣,普遍意义上的经济自由都是重要的。德国《基本法》第12条规定:“所有德国人都拥有权自由选择其职业、工作地点及学习或训练地点。职业事务可根据法律而加以调控。强制劳动只能强加于被法院判决剥夺自由的人。”中国宪法也规定了企业的经营自主权。根据1993年的修正案,“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。”(第16条)“集体经济组织在遵守有

广义的财产权包括经济活动自由。

〔8〕“云南高院再审李昌奎强奸杀人案,当庭改判死刑”,《新京报》2011年8月23日。

〔9〕“浙江吴英集资诈骗案二审维持死刑判决”,《山西晚报》2012年1月19日。

关法律的前提下,有独立进行经济活动的自主权。”(第17条)

另外,在这一领域也可开拓出一些“积极权利”,从而要求国家对有困难的公民提供适当的食物、医疗、住房、免费教育等社会福利。这些已在权利的属性问题中有所讨论,在此不赘述。

评注 亚里士多德为私有财产权辩护

公有制和私有制在西方思想史上同样源远流长。早在苏格拉底和柏拉图的《理想国》那里,人们就发现了共产主义的原型。但柏拉图的学生亚里士多德(Aristotle, 1988)认为这是一种极端的理想主义,并批评了老师的思想。他在《政治学》第二篇中指出:“财产在某种意义上应是公共的,但作为一般规则应是私有的,因为如果每个人都具有独特的利益,人们就不会相互埋怨,且他们将取得更大的进步,因为每个人都会关注其自己的事务。”(1263a25—29)由于“自爱是大自然并非无缘无故所赋予的感觉”,人对拥有事物所感受到的快乐(和公有制相比)是“无法衡量”的。(1263b1—2)不仅如此,也只有在人具有私有财产的时候,他才能从对朋友的慷慨资助中获得巨大快乐,而“这些好处都将在过分统一的国家里丧失”。(1263b7—8)他进一步指出了公有制的弊端:

[公有化]立法可能具有慈善的假象;人们容易为它所吸引,并容易被引诱相信:通过某种奇妙的方式,人人都将成为朋友——尤其是当某人谴责各国目前所存在的罪恶,例如对合同的诉讼、对诈骗的判罪、对富豪们的阿谀奉承等等,并把它们说成是私有财产的拥有所引起的。然而,这些罪恶的起因是邪恶而不是共产制之缺失。事实上,我们看到那些共同拥有所有财物的人群中间争吵不断,尽管他们和拥有私人财产的人数相比为数寥寥。(1263b15—25)

当然,作为一位提倡“中庸”(principle of the mean)的思想家,亚里士多德也不赞成极端的私有制。他认为“财产应是私有的,其使用则应是公共的”。(1263a39—40)“我并不认为财产应像某些人那样坚持是公共的,而只是通过友善的同意形成公共的使用,且任何公民的基本生计都不应出现匮乏。”(第七篇,1229b41—1330a3)因此,尽管赞成私有制,亚里士多德还是考虑到公民的社会福利,因而具有相当的前瞻性。在一定程度上,德国《基本法》第14与15条对私有财产的保障和限制正反映了这种公私之间的平衡。

探讨 为什么政府征收必须给予“公正补偿”?

虽然财产的使用应促进公共福利,甚至私有财产可以被充为公有,政府只有在付出“公正补偿”(just compensation)的前提下才能为公共目的而征收财

亚里士多德更赞成私有制。

公有制存在一些问题。

私有财产的使用必须符合公共目的。

产。如美国第五修正案所示,宪政国家要求财产征收符合两个条件:一是征收的目的必须是为了“公共利益”,二是被征收者获得“公正补偿”。和“公共利益”相比,“公正补偿”是一个更容易确定也更具有实质意义的问题。由于它涉及公民的基本财产权,宪政国家在这个问题上是不含糊的:补偿必须是“公正”的,也就是补偿数额必须是被征收财产的“公平市场价值”。当然,公平市价究竟是什么——是征收前的市价还是征收后的预期市价,是征收者的收益还是被征收者的成本,如何在市场经济不发达的地区确定市场价值等等,这本身是一门本文不可能在此涉及的大学问。但是公平市价究竟是什么可以慢慢深究,补偿按照市价标准这个大原则必须先确定下来。

之所以如此,不仅是因为这项宪法标准保护了被征收者的基本权利,而且更因为它有助于防止政府滥用征收权。在很大程度上,政府的征收决定取决于补偿标准。中国各地之所以出现所谓的“圈地运动”,而“圈地”之后又有许多地被搁置荒废,正是因为征地无论如何使用,都是一件利润巨大的事情,而巨大的利润从何而来?很大部分正是来自人为降低征收成本、压榨征地补偿,使之远低于公平市价。这样,通过低价征收,本来属于老百姓的利益被政府和开发商剥夺了。且最后的结果不仅是老百姓的基本利益被剥夺,而且政府因利益驱动而盲目征收也导致经济上的巨大浪费。

征收补偿至少部分是为了强迫政府将征收的成本内部化,从而使社会资源配置达到经济学意义上的最佳点。显然,征收行为不仅具有管理成本,而且具有昂贵的机会成本(**opportunity cost**):一旦财产被政府征收,它就不可能再被任何私人使用。如果政府不需要给予补偿——不需要花钱就可征收财产,那么政府可能会受到“财政错觉”(**fiscal illusion**)之影响,也就是政府官员将误以为所征收的资源没有机会成本或机会成本很低,从而作出非理性决策。其结果必然导致政府过度征收,进而导致资源的错误配置和浪费。为了避免发生财政错觉,宪法要求政府给予完全补偿或赔偿,迫使政府比较征收的机会成本和征收后的财产价值。如果政府必须为征收的财产提供补偿,那么政府官员就必须比较社会资源在政府手中的价值和在私人手中的价值。只有在期望有关资源因公共工程而将产生比补偿更高价值的情况下,政府才会决定征收。在这个意义上,公正补偿条款将政府从一个权力机构转变为一个理性人:就和普通理性的个人一样,政府在决定过程中也必须平衡成本和收益,从而有助于保证征收行为符合社会利益。

最后需要指出的是,在历史上,“公共利益”一直被当作是低价征收的依据:如果说赢利性的征收必须给予充分补偿,那么征收一旦有了“公共利益”为尚方宝剑,似乎就可以天经地义地“白拿”,譬如高速公路的建造通常只给予标准很低的补偿。这种论点的荒谬之处在今天已如此明显,以至不再需要

花费笔墨。事实上,这样的“公共利益”早已成为侵犯权利、过度征收和政府腐败的保护伞。我们显然不愿意看到它在征收过程中发挥这样的作用。宪法和物权法意义上的“公共利益”不是对滥用权力的授权,而正是对征收权的制约。要做到这一点,其实并不困难:我们只需要取消“公共利益”的特殊地位,要求所有的征收行为——不论是为了什么目的——都一视同仁按照市场原则给予公正补偿。

这样,“公共利益”和补偿标准之间的关系就摆正了。公共利益是对征收权的事前限制,公正补偿则是对征收权的事后救济。两者缺一不可,只是公共利益的控制主要在于民主政治过程,而补偿标准则不仅有程序控制,而且也有实体控制——在法治国家,如果你对补偿不满,你还可以在法院挑战补偿标准,尽管你一般不能成功挑战征收的“公共利益”属性。两者又是相辅相成的,因为所谓“事前”“事后”都是辩证的,事后补偿其实为事前决定公共利益的最大化提供了判断依据;如果最后证明征收的成本是如此之高,以至超过了收益,那么征收行为本身就不符合公共利益标准。(事实上,这也是为什么法国宪法要求在征收前就给予补偿的原因。)且和“公共利益”一样,补偿标准首先也应该由民主程序决定。如果补偿方案是由当地人大(至少人大常委会)通过的,难道你不觉得捉摸不定的“合理补偿”多了一层保险吗?

思考 2004年宪法修正案要求对征收“给予补偿”,但没有规定什么性质的“补偿”。2005年公布的物权法草案规定了政府作为公权力在征收过程中的权限:“为了公共利益的需要,县级以上人民政府依照法律规定的权限和程序,可以征收、征用单位、个人的不动产或者动产,但应当按照国家规定给予补偿;没有国家规定的,应当给予合理补偿。”你如何看待“合理补偿”?应如何确定“合理”补偿?凡是国家规定了补偿的地方,就应该按照国家规定吗?为什么?

据报道,全国各地征收补偿不规范的现象相当普遍。^[10] 内蒙古自治区赤峰市松山区拆迁办的一名工作人员称:“在我们这里,拆迁根本没有章法,想咋整就咋整。”他揭露了拆迁办造假表骗取国家资金,又在补偿中采取恶劣手段坑害被拆迁人的伎俩。其中包括与被拆迁人串通增大补偿金、无证房变有证房套取国家补偿、捏造假名私分补偿金、涂改房产证让房屋面积缩水、串通评估所压低补偿标准、威胁被拆迁户索取好处费、整算分付耍赖克扣补偿款以及用特权以暴力拆迁相威胁,譬如切断被拆迁户的水电、上房扒屋顶、夜间用砖

[10] “拆迁办干部自曝拆迁黑幕”,《新京报》2005年7月26日。

头砸门窗、动用公安和法院干警打人、拘人和实施强制拆迁等。近几年来,松山区因暴力拆迁被打伤、致残的公民就有三四十人。你认为公正补偿的宪法原则是否有助于防止这类现象发生?如何落实这项原则?

(三)“自由”

相比而言,“自由”的范围极为广泛。如上所述,自由分为两个层面:政治性自由(选举权与表达自由等)和主要关系到个人的自由(人身权利)。一部分政治权利(选举权)已在本书第六章讨论,言论自由的作用则将在以下专门讨论。除了上述经济权利之外,关系到个人的自由主要包括信仰自由、人身自由、个性发展自由、住宅自由、隐私权以及在国家的刑事起诉中获得正当程序与公正审判的权利。这里简要讨论这些“非经济”(non-economic)性质的自由。

“自由”的范围很广,这里主要考虑非经济性质的个人层面自由。

第一,人身自由与住宅安全都是人类生活的基本方面,其重要性是不言而喻的。因此,美国联邦宪法第四修正案规定:“人民免受无理搜查和占领的人身与住宅安全,不得受到侵犯。”德国《基本法》规定:“在联邦领土上,所有德国人皆应享受迁徙自由。”(第11条)“住宅不可侵犯。”(第13条)中国宪法规定:“公民的人身自由不受侵犯。”(第37条)“公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”(第39条)

第二,为了保护人性的尊严,人还有保护其隐私的普遍需要。这部分体现于邮件与通讯秘密。中国宪法第40条规定:“公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”澳门基本法第30条明确规定:“澳门居民享有个人的名誉权、私人生活和家庭生活的隐私权。”德国《基本法》第10条规定:“邮政与通讯隐私不可侵犯。”美国宪法并不包含隐私权的文字,但从20世纪40年代开始,最高法院逐渐发展出隐私权的概念,主要用于保护两性之间的行为和妇女决定堕胎的自主权。

第三,为了保证社会的安全与稳定,国家必须惩罚刑事犯罪,但为了避免误伤无辜,国家还应该提供健全的刑事审判制度,以保障正当程序和公正审判。美国宪法第五修正案规定:“除非受到大陪审团之起诉,任何人不得被强制回答死罪或其他重大罪行……任何人不得对同一罪名,受到生命或人身的多重惩罚;亦不得在任何刑事案件中,被强制作为反对自己之证人。”第六修正案规定:“在刑事起诉中,被告应享有获得及时与公开审判之权利;审判应由犯罪所发生的州和地区之陪审团所作出。[被告]还应有权被通告指控的

性质与理由,面质反对他的证人、获得有利于他的证人之强制程序,并为其辩护而获得律师之帮助。”法国《人权宣言》第7条规定:“除非根据法律及其所规定的程序,任何人不得受到指控、逮捕或拘留。”第9条规定:“除非被宣布有罪,每个人都必须被假设无辜。”德国《基本法》第103条规定:“人人都有权依法在法院获得听证……按照普遍的刑事立法,对于同一行为而言,任何人不得受到一次以上惩罚。”第104条规定:“个人自由只能被正式法律所限制,且限制形式必须和法律规定相一致。受到拘留的人不得受到精神或肉体虐待。只有法官才能决定是否或继续允许对任何自由之剥夺……在逮捕第二天之后,警察不得继续以其权力拘留任何人。细节应受到法律之调控。因涉嫌犯罪而被暂时逮捕的任何人,皆应在不超过逮捕的第二天即被送交法院。”

最后,信仰也是人性的基本需要,且由于信仰是主观与内在的,国家干预必然是无效的,并极可能导致任意和严酷的专制。美国宪法第一修正案规定:“国会不得制定法律,以涉及宗教信仰或禁止其自由活动。”法国《人权宣言》第10条规定,任何人不得因其关于宗教的见解而受到骚扰或恐吓。德国《基本法》第4条规定:“信仰、道德、信奉宗教或特殊哲学的自由,均不得受到侵犯。不受干扰的宗教活动应获得保障。”鉴于纳粹时期对人类良知的践踏,第3款还特别规定:“任何人皆不得被强迫违反其良知,为涉及武器使用的战争而服役。”中国宪法第36条规定:“公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。”信仰权可以被视为一种文化权利。

各国宪法都明确规定了宗教信仰自由。

评注

宗教信仰(自由)的用途

在《论美国的民主》一书中,托克维尔从人的本性出发论证宗教存在的重要性。“专制或许不需要信仰,但自由不行。”(Tocqueville, 1969:294)他在上卷中认为,自由人的心灵必然对世俗世界之外的事物产生向往,而剥夺信仰自由将使这种欲望得不到满足。且宗教一般都主张正义、行善和约束私欲,压制宗教将损害社会道德,并混淆正义与邪恶,从而在人心产生无数种难以满足的物质欲望,最终向专制主义打开大门。在该书下卷中,托克维尔对宗教的实用主义态度更为明显。他甚至认为无论什么宗教——哪怕是世界上最“粗制滥造”的信仰——对社会都有好处,因为信仰是几乎每个人都必须有的,而剥夺自由必将产生心灵的空虚和“信仰危机”。即使最伟大的哲学家也不得不相信无数前人论证过的理论设定,而不忙于亲自求证它们的正确性,才能在前人的基础上建造自己的楼阁。因此,“宗教的主要功能是净化、控制和约束人在平等时期对物质生活的过分和单一追求……它将永远不能成功地阻止人们

信仰具有道德功能。

热爱财富,但它将引导他们用诚实的手段致富。”(Tocqueville, 1969:448)

托克维尔进一步认为,宗教的这种力量来自其超越政治的地位。与当时欧洲的宗教相比,美国的宗教之所以有活力,正因为它脱离政治。在欧洲,宗教和政治纠葛在一起,不同的宗教势力总想获得官方的认同,甚至获得唯我独尊的垄断地位,以压制其他信仰,从而彼此之间争斗不断,而这类宗教纷争其实是以宗教为名的政治权力斗争。然而,一旦卷入政治,宗教就将面临衰亡。这是因为政治是一种世俗力量,它可能一时强大,但其寿命是短暂的。因此,如果和政治发生联系,宗教虽然可能分享其一时的强盛,但必然摆脱不了和其一同衰落的命运。设想如果美国基督教的某个教派和民主党发生了联系,那么它固然能随着民主党总统的上台而获得好处,但也必将在4年或8年后随着总统易位而受到冷落。因此,宗教要长盛不衰,就必须割断和政治的纽带。宗教“长寿”的秘诀最终在于政教分离。(Tocqueville, 1969:295—301; 参见本书下一章对政教分离的相关论述)。

宗教的力量来自其超越政治的地位。宗教要长盛不衰,就必须割断和政治的纽带。

二、体制层面的权利——以言论自由为例

和第一类权利相似,体制层面(institutional)的权利也是关系到个人的自由,但其存在理由很大一部分来自于这类自由对政治体制的作用。和国家制度直接相关的自由当然包括组织政党和参与选举过程的权利,这在上一章已加以讨论。与此相关的还有公民的各类“表达自由”(freedom of expression),包括言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。(中国宪法第35条)这些自由虽然不一定直接触动国家的政治制度,但它们影响甚至决定着国家政治得以运行的社会环境与文化基础。事实上,从有关刑法条款来看,中国把这些权利和选举权一样划归为“政治权利”的范畴。

体制层面的权利也关系到个人的自由,但其存在理由主要来自于这类自由对政治体制的作用。

在此,我们以言论自由(freedom of speech)为代表,论述这些相关权利的重要性。事实上,如果采取广义解释,言论自由可以涵盖新闻、出版、游行、示威等自由。在某种意义上,集会和结社自由也可以被视为言论自由的一种沿展,尽管各国宪法专门有条款对它们提供特殊保护。美国宪法第一修正案规定:“国会不得制定法律,……剥夺言论或出版自由,或[剥夺]人民和平集会与请愿政府给予申冤之权利。”法国于1901年制定的《结社契约法》是结社自由领域的宪法性法律。其第2条规定:“个人可自由结社,而无须获得批准或事前宣告。”第3条对这项权利进行了限制:“如果基于非法目的、和法律或良好道德相抵触、或其目标是为了削弱国家的领土完整或政府的共和形式,那么任何这类社团(Association)一律无效。”第四共和宪法前言第四条还规定:“每个人皆可通过工会行动来保护其权利和利益,并可选择加入工会。”第5条规定:“罢工权利可在有关法律的构架内获得行使。”德国《基本法》第8条规定:

言论或表达自由涵盖了一系列相关自由。

“无须事先通知或允许,所有德国人都有权举行和平与非武装集会。对于露天集会,本项权利可根据法律而受到限制。”第九条规定:“所有德国人都有权结成协会、合伙与企业。如果结社目的或行动违反了刑事法、抵抗宪政秩序或国际协定,那么协会即应被禁止。每个人和所有职业都应被保证结社权利,以保障和提高工作与经济条件。限制或破坏这项权利的协议一律无效;为此采取的措施是非法的。”因此,和言论与新闻自由相比,现代宪法一般对集会与结社自由赋予更多的限制。

(一) 言论自由的重要性

言论自由不仅是个人的重要自由,而且是其他几乎所有自由的前提。

在所有自由当中,言论自由最为重要。这固然和人的本性有关——人是一种“语言动物”,她需要用话语、文字、图像、音乐、歌声、表情、姿态等各种方式的“言论”和他人交流;看看普通人的日常行为,言论是最常见、最便利、成本最小、传播最快的人类交流方式,因而也是最容易产生争议和诉讼的人间行为——翻开美国法学院的案例书,在通常一千五百页左右的教程中,一半以上的篇幅全是关于各类言论自由的案例。禁锢言论,就等于戕灭人性——假如不信,你可以设想一个没有言论的沉默世界,社会生活(如果还存在的话)将变得多么乏味、不便、孤独、可怕!但更重要的是,言论自由是所有其他自由的前提;可以说,没有言论自由,其他自由就不存在,至少得不到可靠的保障。这是因为言论还是一种政治性权利,是民主政治得以开展并维持的前提。没有自由言论,人民就不可能对政府官员的所作所为提出意见和批评;公共信息就得不到充分交流和传播,因而也不可能产生一个理性的民主政府——如果你都不清楚人民代表所代表的利益或立场是什么,又如何作出明智的选择呢?

言论自由还直接维系着社会的道德基础。

不仅如此,言论自由还直接维系着社会的道德基础。限制言论——尤其是统治势力不愿听到的言论,人们就不敢说真话,社会就必然充斥着空话、大话、假话。人人心照不宣,却因为压力或诱惑而被迫公开说谎。没有什么能比这更摧残一个民族的人格和良知,整个社会将变得麻木不仁、玩世不恭。没有人敢于真诚地探讨切中要害的社会问题,也没有人敢信任别人,因为这种社会充斥着形形色色的“骗子”——自由虽未必能保证诚实,却是诚实的处所;压制自由,诚实就消失了。社会将失去互信的基础,陷入一个尔虞我诈、相互防备、孤独炎凉的道德荒漠。因此,压制言论,就将制造虚假、狡诈、背叛、冷漠。相反,言论自由所造就的是一个真诚、严肃、务实的人格;畅所欲言不仅使有意义的政治交流成为可能,而且使人得以超越对压制的恐惧,恢复作为人的真性和尊严。

评注 “小道消息不胫而走”——限制言论与新闻自由之困难

不仅言论自由具有重要作用,而且限制言论自由具有特殊困难。在《论美国的民主》一书中,托克维尔讨论了新闻自由的特点,并认为这一领域或者绝对自由、或者绝对奴役,在两个极端之间不存在中间状态。(Tocqueville, 1969:180—181)这是因为新闻和光一样,传播速度快、成本低,因而只要留下一点空间,限制新闻的努力就将归于失败。因此,要限制言论和新闻,唯一的途径是全面封杀写作和表达自由,形成万马齐喑的独裁专制。但即使正常的新闻被封锁,“小道消息”还是可以不经而走,并由于人民的新鲜与好奇在社会广泛传播。新闻封锁的目的原来是为了维护政府形象,但除非在极端专制和封闭的国家,这一手段往往是得不偿失——如果老百姓明明知道政府在封锁消息,因而政府提供的信息不可信,信息封锁如何提高政府在公民心中的地位呢?现代信息技术——尤其是计算机网络技术——的发展使不同地区的人类信息交流越来越容易,也使对言论的控制越来越困难。

托克维尔进一步指出,新闻对社会的危险和新闻自由的程度成反比。如果一个国家只有少数几家报社,那么它们的消息对社会就起着举足轻重的影响;相反,如果这个国家有多种报纸,那么它们之间的竞争将部分抵消各自的影响。因此,新闻媒介的分量和其数量成反比;在新闻越不自由的国家,新闻自由就越危险。“最开明的美国人把报社权力的微弱归因于其不可思议的分散;那里的政治学格言是,中和报纸作用的唯一办法是增加它们的数量。”(Tocqueville, 1969:184)

当然,这个条件在今天已不再成立了;在竞争和垄断的背景下,美国新闻早已不是“不可思议的分散”,而是为少数几家寡头所拥有。和电视与广播相比,报纸因对运转资金的要求相对较低,仍然维持了一定程度的多元化。但现代发展趋势总的表明,只是消极地保护新闻自由已经不够了;要切实保障新闻自由,法院还必须进一步规定电台和报社组织在利益与观点上的多元化(参见下一章的相关论述)

限制言论自由具有特殊困难。新闻封锁的目的是为了维护政府形象,但除非在极端专制和封闭的国家,这一手段往往是得不偿失。

在新闻越不自由的国家,新闻自由就越危险。

思考 言论自由不仅因为重要而不应限制,而且往往也很难限制。1950年代,国民党统治的台湾地区通过了《出版法》,其中包括许多模糊宽泛的限制,其如何适用完全取决于审查者当时的“直感”。国民党对言论自由的限制产生了许多荒诞的悲喜剧。例如金庸的武侠小说《射雕英雄传》在台湾不得不改名为《大漠英雄传》,原因就是毛泽东的《沁园春·雪》有“弯弓射大雕”一语;邓丽君演唱的根据抗战时期歌曲改编的“何日君再来”也被禁止,原因

是可能被人联想为对“共军”的怀旧之情。在戒严 38 年间,台湾地区总共禁止了两三百首歌曲。其中一首歌的歌词有一句“滴了一滴泪”,被指责为荒诞(眼泪怎么可能只有“一滴”?)而遭禁止;有的歌则因为过于凄婉,被认为有对现实不满之嫌而遭禁止。然而,这些令人啼笑皆非的禁令并没有发挥实质作用,反而成了今日的笑柄。不仅如此,这些歌在台湾地区越禁越红,书也越禁越畅销。为什么会出现这种现象?它对于言论自由意味着什么?

(二) 言论与新闻自由的历史

虽然如此,言论自由绝不是从来存在的。作为一项制度,它其实是相当现代的产物。阻碍言论自由的主要有两种相关的原因:教条主义和对社会动乱的恐惧。教条主义(dogmatism)在定义上就是言论自由的死敌,因为它确信只有一种学说——尤其是道德或政治学说——是正确的;既然如此,其他与此不同的学说必然是谬误,因而没有存在的必要。在中国和西方传统上,教条主义在绝大多数阶段中占据着统治地位。在西方,文艺复兴和新教革命极大地打击了传统教条的道德权威,并恢复了怀疑主义的历史地位。近代分析哲学对事实与规范的区分更使得教条主义丧失了哲学基础,成为没有逻辑意义的自我肯定。但如果在哲学上失去了意义,对言论的控制被长期认为对社会稳定是必要的。如果允许任何人随便诋毁政府,政府就失去了威信,因而难以维持必要的统治。在 1704 年的案例中,^[11] 英国上院的霍特大法官(Lord Holt)表达了当时的普遍忧虑:

如不禁止个人对人民灌输反政府思想,那么任何政府都不能生存;因为每一个政府都需要人民对它具有良好印象。对所有政府而言最为糟糕的,正是对政府管理产生敌视的努力。这一直被认为是犯罪,并且除非它受到惩罚,任何政府都自身难保。

在历史上,对言论的控制通常采用两种方式:通过政府对出版业实行审查和垄断的事前限制(Prior Restraint)和通过法律惩罚煽动或诽谤的事后控制。在 1688 年“光荣革命”(见本书第二章)以前,英国的国王(Crown)一直掌有控制出版的最高主权。从 16 世纪的亨利八世开始,王室即通过皇家审查、垄断专利以及枢密院(Privy Council)和星室法院(Star Chamber)的命令,来控制出版行业。1529 年,皇家告示发表了英国第一份禁止出版的“异端和亵渎”书单。1538 年,国王制订了对英国所有书籍的审查系统;没有经过王室任命的审查官同意,任何书籍的发行皆属违法。1557 年,皇家委托“书文公司”(Stat-

阻碍言论自由的主要有两种相关的原因:教条主义和对社会动乱的恐惧。

传统观点认为,政府需要维持良好形象,因而不允许随便批评。

对言论的控制通常采用两种方式:通过政府对出版业实行审查和垄断的事前限制和通过法律惩罚煽动或诽谤的事后控制。

[11] Rex v. Tutchin, Holt 424.

ioner Company)行使这一职能。公司成员对国内媒介具有全盘控制权力;所有出版商都必须从公司官员那里获得许可,所有报社都必须在公司登记;除非属于公司成员或经由皇家特许,一切出版都受到查禁。“光荣革命”之后,对出版的控制权力从王室转移到议会(Parliament),逐渐放宽了对出版的审查。在1694年,议会拒绝延长对“书文公司”的垄断特权,使出版控制从特许审查转变为征税或补贴。因此,一方面,政府对某些知名作家授予补贴,以促进它所欣赏的观点。另一方面,从1712年开始,报纸、传单、广告、杂志受制于政府的征税,这一措施有助于消除一些批评政府政策的短期刊物。直到19世纪前半叶,对出版施加的各类税收才销声匿迹。

控制言论的另一种方法是对煽动诽谤的指控。如果垄断审查在言论发表之前实行事前限制,那么煽动诽谤则在言论发表之后进行事后追究。煽动诽谤经常受到严厉惩罚,包括终身监禁和巨额罚款。在16世纪后期,这一理论原由星室法院发展起来;它原来的基础是:国王是一切正义与法律的源泉;他自然一贯正确,因而其行为超越任何人的批评。当星室法院在1641年被废除之后,普通法院接管了对煽动诽谤言论的审查。后来,煽动诽谤理论受到显著扩展;任何讨论政府行为的书籍和文章,都可能被定为煽动诽谤罪。和普通言论不同,政治言论的确实性并不能为批评者开脱。在某种程度上,对政府的批评越确切就越有罪,因为批评越具有说服力,就越可能严重破坏政府的形象。直到1792年通过了《福克斯诽谤法》(Fox's Libel Act)之后,才改变了这种状况。到1843年,英国终于放弃了诽谤法施加的绝对责任,允许为公共利益而发表的作品通过证明确实性而获得辩护。尽管如此,对不确实言论所规定的处罚仍然相当严厉。

政治言论的确实性并不能为批评者开脱。批评越具有说服力,就越可能严重破坏政府的形象。

(三)为言论自由辩护——从怀疑主义到市场竞争

到19世纪,资产阶级成为经济和社会的中坚力量,自由主义思潮随之兴起。在政治层面上,人们对言论自由的态度也发生了转变。通过进步人士的争取奋斗,言论和新闻自由逐渐成为公民社会的普遍诉求。在1859年的《论自由》一书中,经典自由主义理论家密尔精辟总结了压制言论自由的几大危害:(Mill,1972:Ch. 2)

第一,如果有任何见解被迫沉默,那么我们可以肯定知道:这种见解可能是正确的;否认它就等于假设我们自己一贯正确。第二,尽管被迫沉默的见解可能有错,它经常含有部分真理;且既然对于任何议题,占据普遍优势的见解很少或不代表全部真理,那么只有通过不同意见的交锋,才有任何可能提供真理的其余部分。第三,即使被接受的见解不但正确、而且代表全部真理,除非它受到有力和激烈的挑战,绝大多数接受者将以偏见的方式接受之,而很少能感受到其理性基础。不仅如此,学说本身将处于失去意义或受到削弱的危险中。

密尔总结压制言论的几大危害。

第一,任何人都不能宣称他认识了不含有任何谬误的绝对真理。

第二,不同的意见一般都包含着部分真理,没有人能宣称他垄断了真理的全部。

密尔的出发点是发轫于古希腊的西方怀疑主义传统。首先,绝对或唯一的真理是否存在,没有任何人能够验证;即使存在,也没有任何人有权宣称他认识了这种“真理”。终极真理在性质上是无限的,需要通过无限次试验才可能显现出来,而任何人、党派或学派都必然是有限的,因而在有限的时间和能力范围内不可能达到无限的目标;如果有一点可以肯定的话,那就是他们都会犯错误,但没有什么机制保证他们一定自己能够纠正错误。对自然或社会规律的认识必然是来自人的感知和理解,而这两种过程都可能会发生错误;即使人的意念或认识本身没有错误——而这实际上是不可能的,也不可能在有限的生命甚至整个人类历史所允许的有限次试验中绝对掌握作为真理的规律。即使对于“太阳东出西落”这样确定的经验命题,也存在着哪一天被否证的可能,更不用说人类发展的社会规律取决于人的主观努力等多种无法确定的因素。因此,任何人都不能宣称他认识了不含有任何谬误的绝对真理。(参见本书第一章对怀疑主义的论述,包括“休谟定律”区分事实—规范的含义)谦逊并不是美德——一个人在广阔无垠的宇宙和人类自身的历史长河面前本来就相当渺小;它只是一种反映客观的态度,但这种态度确实使人更为宽容。

其次,由于人的认识水平基本上是平等的,不同的意见一般都包含着部分真理,因而更没有人能宣称“只有”他才能认识真理的全部。真理有时确实可能掌握在少数人或“不受欢迎”的人手中——掌握在那些被社会主流势力批判、憎恨和不能容忍的人手中。在1958年进入“大跃进”、1966年进入“文化大革命”的高潮之际,全中国有几个人怀疑过这些“伟大运动”的正确性?假如能听一听在“庐山会议”上受到猛烈批判的彭德怀元帅的意见,假如能够让广大农民说出自己的真心话,那么全国上下就不至于蒙在一片“大好形势”的鼓里,极“左”的悲剧可能就不会发生,至少不会发展到如此惨烈的程度。同样地,北大校长马寅初教授于1957年发表《新人口论》,呼吁提高人口质量、控制人口数量。在今天看来,这个主张的正确性早已不用论证了,但是在当时“人多热气高、干劲大”的一片声浪中遭到严厉批判。结果是中国人口的年增长率一度高达2%—3%,至少比适当控制人口的状态多了4亿人,从而对自然资源产生巨大压力、对社会进步和发展形成严重制约。没有言论自由,就不能防止这类悲剧发生,也不能保证类似的悲剧不会重演。

最后,即使假定被社会接受而不加质疑的观念代表了全部真理——这实际上当然又是不可能的,这种观念的确切含义仍然需要在辩论和挑战中获得澄清。如果上帝就是像《圣经》所宣称的那样,他和基督及其所创造的人类世界究竟是什么关系?既然人是按照上帝的映象(image)所创造的,为什么人间社会有那么多罪恶?罪恶起源于何处——在映象所反映的本原,在本原以外的世界(譬如蛇,但这似乎表明全能的上帝并不控制一切),还是在神秘的

创造过程之中?上帝为什么不应该对其所创造的人间所发生的一切负责?如果说人被给予叛离神的自由,那么人对这种自由的行使在什么意义上构成了“原罪”?如果一切都是由历史规律命中注定的,是不是任何人都不需要对其行为导致的后果负责?所有这些问题都不可能通过任何官方钦定而获得实质性的解决。事实上,在争论这些和其他问题的过程中,基督教本身不能达成一致意见而分裂为许多个教派。一个有趣的现象是,分裂和争执不但没有使基督教衰落下去,而且反而更增添了它的活力;争论得越激烈,似乎就越表明人们的认真和确信的态度——不然为什么还要煞有介事地争论呢?倒是在那些某一种教条被奉为不可置疑、不可挑战之“真理”的地方,“真理”失去了意义。怀疑从来是信仰的天敌,但一个社会失去了怀疑,也就失去了信仰;没有对信仰的挑战和反思,信仰本身就不可能确立和深化,就像建在沙堆上的大厦一样迟早要倒塌。

归根结底,人是一种信仰动物,他追求并渴望垄断真理。他的自信往往致使他轻信自己的发现,他的好胜致使他急于把自己的观念强加到别人头上,并对不同意见感到难以容忍;如果可能,他将利用所掌握的权力让自己的观念获得社会的普遍承认,并获得某种官封的“正统”地位以保证其确定性,且如果压制带来抱怨的话,他可以因自己的好心而获得慰藉。因此,在中外历史上,许多教条曾被奉为人类或宇宙的“铁律”、不可置疑的“真理”或不可偏离的“天道”,并以至仁至善的名义对“异端”采取了最为严厉的惩罚。教士不能结婚、男女不能避孕、妇女不能堕胎,曾被认为是不容置疑的上帝旨意;“三纲五常”、“三年之丧”、妇女裹脚,曾被认为是人性的最高体现,是人之所以为人的道德法则。在坚信不疑地实施这些宇宙法则的过程中,国家和社会制造了多少人间悲喜剧,但人们到头来还是发现,那些曾被不遗余力捍卫过的“真理”只不过是一场历史笑话而已;它们造就了权势、权威以及公认为合法的暴力,但这些并不能使它们变得更“正确”,或改变它们迟早被揭穿和淘汰的命运。殷鉴不远,人类理应从他们的历史中汲取一点教训。

第三,真理是在不断争论的过程中建立起来并获得意义。

利用公共权力去压制言论自由是人类的内倾向。

案例 言论自由与市场竞争——“抵制征兵第四案”^[12]

上述论点指导着美国最高法院对宪法第一修正案的解释。在第一次世界大战前后,美国联邦与各州出于对“红祸”的恐惧,制定了一系列法律来惩罚左派言行。(详见下一章)1917年,国会制定了《反间谍法》(Espionage Act),惩罚干预合众国军事行动的任何企图、故意引起士兵违抗、兵变或背叛的言行

[12] Abrams v. United States, 250 U. S. 616.

美国在两次大战期间通过立法惩罚反战言论。

以及故意阻碍征兵计划的言行。根据这一法案,五名俄籍美国居民受到四点指控。第一,“以背叛、污秽、辱骂的语言描绘合众国政府形式”;第二,“企图蔑视、嘲弄、毁誉并拒不从合众国政府”;第三,“企图煽动、挑拨并鼓励反对合众国进行战争”;第四,阴谋“通过言论、文字、印刷与出版,蓄意违法怂恿、煽动并鼓吹削减对从事战争所必需的军火生产。”五名被告皆自称是“反叛者”、“革命派”、“无政府主义人士”或“社会主义者”。他们印刷并分发了5000份传单,这些传单刊登了两篇文章。第一篇文章题为“虚伪的美国及其同盟”,谴责美国对帝国主义干涉苏联无动于衷;第二篇文章题为“工人们,觉醒吧”,它最后宣称:“我们对野蛮干预的回答必然是大罢工!工人们,准备战斗!”

在地区法院,这些被告因以上言论而被陪审团判决有罪。最高法院维持了陪审团的裁决。多数法官认为,这些传单清楚表明了挑动和鼓励去抵制合众国战备的企图,并为了削减战争所必需的军火生产而煽动和提议兵工厂大罢工。但霍姆斯法官(J. Holmes)发表了著名的反对意见——他能自由地发表反对意见,本身对言论自由已是耐人寻味的,且虽然他在这项意见中是少数,他所发展的市场理论最终为美国社会和最高法院的多数所接受。他精辟指出:

在我看来,对表达见解实行迫害是完全符合逻辑的。如果你对自己的假定或权力不加怀疑,并一心想得到某种结果,你自然会把自己的意愿表达在法律之中,并扫除一切反对障碍。允许反对言论似乎表明你认为其言论无足轻重——就像有人说他能够化方为圆,或你怀疑自己的权力或假设。但一旦人们理解时间曾推翻过一度富有战斗力的许多信念,他们终于……坚信:他们所期望的至善,最好通过思想的自由交流(free trade)获得;对真理的最佳检验,在于思想在市场竞争中获得接受的力量,并且这项真理是其愿望得以实现的唯一基础。无论如何,这是我们的宪法理论;它是一场试验,正如任何生活都是一场试验。每年每月,我们都必须把命运押在对未来的预见之上,而这种预见必然基于不完善的知识。既然这项试验是我们体制的一部分,我们就应该永远保持警惕,避免试图去控制那些我们憎恨并认为致命的言论——除非它们如此紧迫地威胁去干扰迫切的合法目标,以致要求立刻控制来拯救国家。……把危害留待时间来加以纠正,有时确实会构成直接危险;只有这种紧急情形才能为第一修正案的绝对命令提供任何例外。

霍姆斯法官的反对意见阐述了言论自由的市场竞争理论。

既然生活是一场“试验”,以生活为原料的宪政也必然是一场试验。每一项宪法决定、每一项法律或国家政策,都基于对未来状况的猜测。中国加入WTO是一件好事吗?它无疑表明中国经济正式跨入了世界的门槛,中国可以

和发达与发展中国家按照国际贸易规则进行自由、公平竞争。但这显然不一定是有利无害的:跨国公司的涌入可能会打击国内工业,使已经处于困难之中的国有企业“雪上加霜”;失业人口会增加吗?社会福利制度的建构能跟上社会需要的节奏吗?农产品的进口是否会冲击中国农业?银行业的前景如何?国际竞争压力将意味着促使中国企业建立现代化的管理制度,提高工作人员的素质,还是导致它们面临亏损甚至破产的厄运?这些问题在加入WTO之前是无法准确回答的。在很大程度上,它取决于中国的政策、国民的素质、企业的努力等诸多数学方程无法决定的因素。因此,加入WTO对中国也是一场“试验”,其后果是不可能完全预见的;和许多读者一样,笔者也“相信”(至少希望)它总的来说是一件“好事”,但他必须承认,他(或任何人都)只能相信、希望或猜测,而不可能对此表达任何绝对“正确”的见解。既然如此,有人对此提出异议,乃是完全正常与正当的。忧虑或恐惧是危害的信号,因而不但不应该受到压制,反而正是社会和政府所必须认真对待的。

既然没有人能确切把握或垄断真理,既然人的知识必然是基于对未来不完全准确的预见之上;既然任何法律、政策、思想或理论都不可能绝对“正确”,那么就没有理由压制不同意见。既然没有任何人能够垄断真理,也就没有人能垄断衡量真理的权力。就和没有人能宣称“熊猫牌”电视是世界上最好的电视、“桑塔纳”一定是世界上最好的汽车一样,什么是对社会最有价值的观念将在思想的“自由市场”上获得检验;某种观点是“香花”还是“毒草”,并不需要官方鉴定,因为思想观念的广大“消费者”根据其自身经验和需要知道得更清楚,因而他们的“鉴定”(拥护还是反对)更为可靠。如果某种思想对社会是有害的,那么如果我们相信广大公民的判断能力——就和我们相信消费者可以对是否选择“熊猫牌”或“桑塔纳”作出明智选择一样,这种思想将和劣质产品一样在思想市场上迅速淘汰;最后在市场竞争中保留下来的,是那些长期证明对社会有效的思想观念。

既然任何法律、政策、思想或理论都不可能绝对“正确”,就没有理由压制不同意见。既然没有任何人能够垄断真理;也就没有人能垄断衡量真理的权力。

思考 你认为观念能否被比喻为一种“商品”?思想交锋是否和一般商品的市场竞争有类似之处?即使对于一般市场,国家仍然制定了反不正当竞争、消费者保护等各类法律。它们对言论自由具有什么含义?参见以下讨论。

(四) 自由、恐惧与信任

上述论点的前提是“信任”。这个词和包括宪法在内的法律没有什么直

言论自由预设了对公民鉴别能力的信任,公民的鉴别能力是在制度的实践中锻炼出来的。

接关系,但它在这里再次发挥了关键作用。(它还在本书什么地方起过作用?)必须强调的是,言论是有可能产生社会后果的;如果社会后果足够严重,那么政府可以加以控制。政府对言论可以进行合法控制的程度,取决于公众作为“观念的消费者”可被信任的程度。如果“消费者”可以被信任鉴别“香花”、“毒草”,那么政府对言论的控制就没有太大余地;但如果对“消费者”的鉴别能力有疑问,并且错误的鉴定被认为将产生严重的社会后果,那么就“市场失灵”的情形一样,政府就有理由为了公共利益而进行控制或干预。公民是否能被信任——这当然和公民素质有关,但答案也取决于观念和态度;公民的能力未必如想象得那么低,对鉴别能力的要求和控制的必要性也未必如想象得那么高。更何况鉴别能力是锻炼出来的——如果公民一直没有鉴别的机会,那么他们就不会发展鉴别能力;政府因公民能力不够而控制言论,但它忽视了正是这种控制削弱了公民的能力。

无论如何,如果是为了防止言论的不良后果而进行控制,那么这种后果不应仅被宣称,而必须被比较确凿地证明。中外历史证明,没有哪个政府特别喜欢言论自由;即使那些原先提倡言论自由的人,一旦自己上台以后也就改变了看法——连那么了不起的杰弗逊总统也是这样。这其实是十分自然的——有谁会愿意别人在台下指手画脚,让人感到芒刺在背呢?但历史同样证明,人类已经饱尝了专制的苦果。对言论的压制不但使政府变得肆无忌惮,使人们失去真理的另一面,使整个社会或民族看不到自己的弱点与盲点,使思想的市场变得空前凋零与贫乏,它还导致许多无谓的争斗、迫害和报复——或用经济学的話說,导致巨大的内耗和资源浪费。看看中国历史上儒家如何一开始自己受迫害,然后又如何压制别的“异端邪说”:其实在今天看来,儒家、法家、墨家、道家都有合理成分,同时并存并非不可能,更没有什么社会危害,而相互压制、争夺“正统”倒确实给社会增添了不安定因素——尊严和安全是人的基本需要,自卫和复仇是人的本能。因此,言论自由所可能产生的危害,必须和压制自由所产生的危害相平衡。以下案例对这个问题作了充分阐述。

任何政府都不喜欢言论自由,但社会将吞下压制言论的苦果。

案例 “左翼党派第二案”^[13]

第一次世界大战之后,战事暂告结束,因而联邦政府失去了控制左派言论的理由。但各州仍然处于“红祸”的恐惧之中,因而继续实施州法以惩罚左派言论。在1927年的“左翼党派第二案”中,加州的《犯罪集团刑事法》(Criminal Syndicalism Act),把鼓吹、教唆、帮助或鼓动利用暴力来改变政治或企业

[13] Whitney v. California, 274 U. S. 357.

所有权的活动定义为重罪。被告惠特妮是相对激进的共产劳动党成员。该党把莫斯科制订的“第三国际宣言”作为党纲,目的是在美国形成“统一的工人阶级革命运动”,通过阶级斗争来推翻资本主义统治、建立无产阶级专政并实现共产主义。虽然被告表明她本人并不赞同该党的暴力革命主张或去违反任何法律,她还是受到指控并被州法院定罪。在联邦最高法院,被告宣称“犯罪集团法”违反了第十四修正案的正当程序、平等保护和对自由言论的保障。最高法院的多数意见驳回了对州法的全部挑战,但布兰代斯法官(J. Brandeis)发表的赞同意见为自由言论作了最精彩的辩护:

那些赢得我们独立的人相信,国家的最终目的在于保障人类发展才能的自由;并且在政府内部,其理智力量应超越任意力量。他们把自由同时作为宝贵的目标与手段。他们相信幸福在于自由,自由来自勇气。他们相信:自由思考、畅所欲言,乃是发现与传播政治真理所必不可少的手段;没有自由言论,任何集会讨论都将徒劳无获;有了自由言论,讨论本身通常就提供了合适防御,以抵制有害理论的传播;公共讨论乃是政治责任,它应成为美国政府的基本原则。他们认识到所有人类机构所面临的风险;但他们也知道:简单地通过惩罚犯罪而引起恐惧,并不能使秩序获得保障;压制思考、希望和想象必将招致灾难。他们知道:畏惧孕育着压制,压制孕育着仇恨,而仇恨威胁着政府的稳定;安全之路在于自由讨论、伸张不幸并提出解救的机会……他们相信公共讨论中的理性力量,并避免使用最糟糕的武力形式——法律——来强制沉默。他们承认政府多数的偶然专制,因而修正宪法使自由言论和集会受到保障。

对严重伤害的恐惧本身,并不能为自由言论的压制提供理由;人们曾因害怕巫婆而焚烧妇女。言论本身的作用就在于把人们从非理性的恐惧中解脱出来。要为压制言论提供理由,就必须存在畏惧的合理基础:一旦实行自由言论,严重危害就将产生;所忧虑的危险必须迫在眉睫,并且所要防止的危害必须是严重的……如果宣扬违法并未构成煽动,且没有证据表明这类倡议将被立即实施,那么无论在道德上应受到何种谴责,宣扬违法并不能成为剥夺自由言论的理由。我们必须记住宣扬与煽动、准备与企图、集会与阴谋之间的区别。要发现清楚与现存的危险,政府必须证明即刻的严重暴力可被预期或受到鼓动。

那些经过革命并赢得我们独立的人并非懦夫;他们不怕政治交流。他们并未牺牲自由来巩固秩序。在大众政治过程中,勇敢自立的人们对自由和无畏的理性力量充满着信心;除非所忧虑的危害是如此紧迫,以致它将在进行完全讨论的机会之前降临,任何来自言论的危险都不能被认为是清楚与现存的。如果有时间通过讨论来揭示谬误,那么为了通过教育来预防危害,合适方法是更多的言论——而非强制沉默。只有紧急状态才能为压制提供理由;如果权力必须与自由和解,这就是必然规则。

自由言论本身通常就为抵制有害理论的传播提供了合适防御,压制言论将导致仇恨并威胁稳定。

只有当实行自由言论就将产生严重危害,才有理由压制言论;危险必须迫在眉睫,并且所要防止的危害必须是严重的。

如果有时间通过讨论来揭示谬误,那么合适方法是更多的言论——而非强制沉默。

因此,如果我们能“相信公共讨论中的理性力量”,不怕政治交流,不被“非理性的恐惧”所压倒,那么巩固秩序的手段是更多而不是更少的言论自由。事实上,言论本身就是医治“非理性恐惧”的药方。允许那些反对中国加入WTO的意见公开发表,是否会“扰乱人心”?是否会阻碍经济改革的进程甚至破坏社会的“安定团结”?我们并不能说这种恐惧是“杞人忧天”,但它本身也确实只是一种猜测而已。允许反对意见以各种形式公开发表、充分发挥,并不一定会产生任何严重后果;相反,它可能在辩论的过程中受到有力的反驳,从而使更多的人对WTO的运作更为了解,并对中国加入WTO的前景更有信心;抑或辩论的结果表明,对WTO的忧虑并非无中生有,因而政府至少应该采取适当的防范措施来保护中国公民的利益,而这只不过更证明了言论自由的必要性。如果要压制对WTO的反对意见,就不能仅基于对这种意见的恐惧及其社会后果的猜测,而必须证明这种意见一旦流入社会,就立刻会产生清楚和严重的危害,因而不可能通过交流、辩论、说服、教育的过程加以纠正。

这就是霍姆斯法官为第一修正案所发展的审查标准:清楚与现存危险(clear and present danger)标准。(详见本书下一章)要控制言论,危害必须是真实的而非想象的,是清楚的而非模糊或不确定的,是即刻就要发生而非遥遥无期的。所谓“清楚”,是指危险不是一种模糊的想象或推测,而是普通人按照常识都能认识到的危险,而且危险是相当严重的——例如暴动或骚乱;所谓“现存”,是指危险立刻就要发生,而不是在将来的某个时候——因为到那时,公开与充分的讨论和辩论完全可以防止危险的发生,而不需要人为控制。

既然言论自由——尤其是批评政府的自由——具有如此重要的社会价值,为什么对言论自由的保障即使在欧美国家也只是近代的现象,而至今在世界范围内仍然是例外而非规则?这主要是因为言论自由的代价在许多人眼里是明显的,而收益却是长期与潜在的。压制一句显然不受欢迎的言论当时就能产生快感,但不至于立刻引发暴政,而对某些言论的纵容则确实可能会影响社会安定,至少很多人认为如此。一般人看不到压制变成系统规则以后的长期危害,政府则显然出于自身利益更乐于弹压对自己的批评。因此,保护言论自由的前提是一个民族的远见和勇气——不只是统治者的远见,因为我们不能期望他们都能像子路那样“闻过则喜”,更是普通百姓对国家长远利益的理性认识和关怀,且这还假定他们的关怀能通过某种政治机制成为现实。这是为什么言论自由作为一项宪法制度的建立是如此困难。

评注 托克维尔论结社自由

广义的言论或表达自由还包括结社自由。但和一般的言论或新闻自由相

美国法院根据“清楚与现存危险”标准,审查特定言论是否可以受到限制。

保护言论自由的前提是一个民族的远见和勇气。

结社自由更加危险并更难于控制,因而很少有国家能容忍没有限制的结社自由,但结社自由对于自由民主而言极为重要。

比,结社自由更加危险,也更难以控制,因而很少有国家能容忍没有限制的结社自由。然而,结社自由对于自由民主而言极为重要;没有它,公民就成了一个个游离的“孤子”,相互之间不能形成理解、共识和感情,也不能形成市民社会(civil society)来管理自己的事务,因而最后必然事事依赖国家,无形中助长了政府与社会的家长式专制主义倾向。

在《论美国的民主》一书中,托克维尔为结社自由提供了精辟的辩护。通过培养公民团结自治,结社自由是民主社会防止政府专制的最有力手段。结社能够团结公民个体的力量以抵御国家与社会的专制。每个人的力量都是微弱的,并在现代大社会中容易产生消极悲观的情绪;但社团能把公民们带到一起,增强他们的力量、信心和感情,使他们更为相互关心。如果公民获得了结社自由,那么他们不论大事小事都会养成结社的习惯,并通过社团的力量来解决他们之间的问题,从而减少政府直接干预的必要性。

结社自由是民主社会防止政府专制的最有力手段。

当然,某些极端社团可能会危及到社会稳定,例如美国一直允许“三K党”(Ku Klux Klan)存在,而这一组织曾用暴力迫害黑人等少数民族,并至今仍鼓吹采取暴力手段实行种族歧视。但托克维尔认为,结社自由无论如何危险,也将防止地下组织的存在;与其禁止这类组织,不如使它们的活动公开化。因此,“在美国只有派系,而不存在阴谋家。”“在极为复杂的人类法律系统中,极端的自由有时能纠正自由的滥用,极端的民主能预防民主的危险。”(Tocqueville, 1969:521—524)



图 7.4 社团的力量——美国退休者协会

大概每个老年人都是弱者,但他们加在一起就未必了。美国退休者协会是全美第二大组织,仅次于天主教会。1983年,该组织把会员最低年龄从55岁降低到50岁,因而又增加了几百万会员。

结社自由和组党自由紧密结合在一起。

最后,结社自由和组党自由是紧密结合在一起的,因为党派无非就是一种特殊的公民团体——为选举而组织的政治团体。托克维尔认为,如果政党被禁止,那么一般的公民团体必然就很少见;而如果政党被允许自由存在,那么政党实践又将给公民社团提供广泛经验。在一个政治压抑的国家里,其公民社团必然也格外强调组织纪律和等级控制。因此,一个民族的公民结社的技能取决于其组织政治社团的技能,而公民结社又是通往政治结社的必经之路。

三、平等权

各国宪法不仅禁止上述权利被无理剥夺,而且普遍规定这些权利不得受到歧视。例如法国《人权宣言》第6条规定了最早的平等原则:“法律表达普遍意志。所有公民皆有权亲自或经由其代表来参与法律之形成。不论是保护抑或惩罚,法律必须对所有人一样。所有公民在法律面前平等,并根据其能力,同样有权获得所有公共荣誉、职位和雇佣;区别只能基于道德和才能。”1868年,美国宪法第十四修正案规定了“平等保护”(equal protection)原则:各州不得“在其管辖区域内对任何人拒绝提供法律的平等保护”。德国《基本法》第3条规定:“所有人应在法律面前平等。男女具有平等权利。没有任何人可以因为其性别、出身、种族、语言、国籍、信仰、宗教或政治见解,而受到歧视或优待。”中国宪法第33条规定:“公民在法律面前一律平等。”另外,第四条规定了“各民族一律平等”的原则,第48条规定了妇女和男子平等的政治、经济、社会、文化权利和“同工同酬”原则。最后,某些宪法条款虽没有明确提到“平等”,但反映了平等原则。例如中国宪法第五条规定:“任何组织或者个人都不得超越宪法和法律的特权”,第34条规定了选举权的平等,第36条禁止歧视信仰和不信仰宗教的公民。

为什么要平等?平等权被普遍认为是一项基本权利,其影响范围既可以限于个人或“人际”层面——例如私人职业雇佣中对种族歧视的禁止,也可以涉及国家制度——例如选举权的平等既是一种个人参政权利,又可能对国家机构的组成产生影响。对于后面这种更广范围的影响,平等的社会作用是显然的,毋庸赘述。在个人与人际层面上,平等权仍然可能是相当重要的。首先,许多法律区别是完全任意的,例如基于种族、性别、年龄的歧视。如果出于工作需要,政府完全可以规定和工作要求更为相关的标准,如教育、能力、工作经验等因素。可以肯定地说,基于种族的区别是完全任意的,基于性别和年龄的区别至多也只不过是提供了一个方便的区分标准,且在很多情形下是没有必要的,完全可以被更为客观、公正与相关的标准所替代。因此,强调平等有助于提高工作效率并减少政府的任意性。其次,平等反映了基本的公正观念,并可能关系到人的尊严。回顾本书第三章中的“校区隔离案”,州的公立学校

某些法律区别是任意的,破坏了社会的平等竞争,并可能损害人的尊严。

在那里宣称它们为白人和黑人孩子提供了平等的教育设施,但沃伦大法官的意见还是判决种族隔离是“内在不平等”的,因为它伤害了有色人种的自尊心,并实际上对他们的社会地位产生了低人一等的感觉。最后也是最显然的,平等将直接帮助社会受歧视的弱势群体获得平等竞争的机会。当然,在这个意义上,平等权的作用接近于自由权,即帮助受歧视者恢复本来属于他们的权利,例如基于能力在职业市场上竞争的权利。

和自由权一样,平等权也是有限的。国家可以为了正当的理由而区别对待不同种类的公民;事实上,几乎所有的法律都对公民进行区分或“归类”。区别的合宪性或正当性取决于区别的目的及其和目的之间的相关程度。法律不能为了区别而区别——这就构成了任意的歧视;但法律可以为了公共利益和政府职能的需要而规定,只有具备某些素质的公民才具有某类权利——例如只有“年满 18 周岁的公民”才能参加选举,或为了促进民族平等与和睦而对少数民族给予特别优惠,等等。总之,法律区别必须基于宪法可以接受的理由,并被证明是对实现宪法目标的合理相关的手段——例如要求年满 40 周岁的公民才有选举权的规定就可以被认为不是合理的。

平等权对于中国十分重要,因为中国目前存在着很多基于各类标准区别对待公民的规定、规章、法规甚至法律。有些区别是合理的,有些区别则不一定合理。如果你即将毕业,那么你在找工作的时候会发现,你是女生的身份可能在多数情形下意味着对你不利,接近婚龄的女生尤其如此,同样年龄的男生则没有问题。用人单位的考虑是可以理解的,但即使是出于工作便利的考虑,也必须和宪法的平等原则相调和。其他规定有的要求一定的身高、视力甚至相貌——这对“模特”职业是必要的,但对其他职业是否如此?有的排斥患有生理缺陷的人,不一而足。这些区分标准是否确实和工作要求相关,至少应该是宪法学研究的一个问题。

但国家可以出于正当目的而区别对待不同类别的公民。法律区别必须基于宪法可以接受的理由,并被证明是对实现宪法目标的合理相关的手段。

平等权对于中国十分重要,因为中国目前存在着很多基于各类标准区别对待公民的规定、规章、法规甚至法律。

案例 “宪法平等权第一案”^[14]

2001 年 12 月 23 日,中国人民银行成都分行在《成都商报》刊登《招录员工启事》,其中第 1 条规定了“招录对象”:“2002 年普通高等院校全日制应届毕业生具有大学本科及以上学历的经济、金融、计算机、法律、人力资源管理、外语等专业的学生。男性身高在 168 公分、女性身高在 155 公分以上,生源地不限。”原告蒋韬是四川大学法学院应届毕业生,身高不符合上述报名条件。他认为银行被告侵犯了其享有的担任国家公职的宪法平等权,在成都市武侯

[14] 成都市武侯区人民法院行政裁定书,(2002)武侯行初字第 3 号。

区法院起诉被告。

法院判决,根据《银行法》规定,“中国人民银行在国务院领导下,制定和实施货币政策,对金融业实施监督管理。”被告成都分行是人民银行的分支机构,根据授权负责本辖区的金融监督管理,因而是“行使金融管理行政职权的行政机关”。然而,“行政行为是行政机关及其工作人员依照宪法、法律、法规行使职权,实施行政管理职能的活动。”法院认为被告发布的招录启事并不是“行使金融管理行政职权、实施行政管理的行为”,因而不是行政诉讼意义上的可诉行政行为。另外,被告行为在作出时“并未对外产生拘束力或公定力”,因为启事要到2002年1月11—17日的报名期才产生效力,而被告已在此之前就修改了招录启事,撤销了对招录对象的身高限制,因而并未给被告带来实际损害。据此,法院驳回了原告的起诉。

思考 宪法平等权的司法化?

1. 如本书第三章所述,宪法的“司法化”并不局限于特定的受教育权;既然宪法第33条保障公民在法律面前一律平等,而平等问题在中国极为普遍与突出,宪法司法化应能在这一领域同样有所作为。事实上,和“宪法司法化第一案”相比,本案是一个更为典型的宪法案例。武侯区法院似乎认为,本案的原告找对“对象”了,因为和齐玉苓案不同,被告并不是以私人身份出现的公民(例如盗用姓名权的个人或采用不同消费标准的快餐店),而是一个国家机构的分支。在这个意义上,本案更有希望成为名副其实的中国“宪法司法化第一案”。然而,尽管本案获得了全国媒介的关注,^[15]它并没有成为宪法司法化的“第一案”,因为法院不但判决原告败诉,而且完全没有引用宪法的具体条款。法院认为被告的招录启事不构成可诉的行政行为,超越了法院根据行政诉讼法的受案范围。你认为这一判决是否正确?可诉的行政行为是否(应)限于行政机构对外履行法定职能的行为,而不包括机构人员的录用规定或决定?

2. 法院的另一个理由是被告在报名期以前就修改了招录启事,取消了其中的身高限制。如果被告银行在修改后并未通过报刊媒介特别说明,而某个潜在的申请者读了原来的启事后就放弃了报名的念头。在报名截止后,原来的启事虽然已经过(她所不知道的)修改,是否仍应被认为发生了“拘束力或公定力”,因而可能可以受到失去报名机会者的挑战?

和“司法化第一案”相比,“平等权第一案”更适合作为宪法案例。

[15] 参见中央电视台2002年4月22日的《今日说法》节目,以及中央电视台3频道在5月23日播放的《聊天》节目。

3. 不论招录启事是否可受到司法审查,你是否认为银行的身高限制侵犯了宪法为公民保障的平等权利?为什么?专业限制是否也侵犯了平等权?为什么?地方用人单位是否可以把录用限于本地居民?对于这些问题,参见下一章的相关讨论。

四、权利保障的共同基础——对“人格尊严”的尊重?

最后,“人格尊严”(human dignity)的理念为所有权利提供了共同的理由。这个概念可以包含两种理解。(参见许崇德主编,1999:173—174)在狭义上,“人格”是指人身、自由和财产等有形权利之外但仍然关系到人的价值之权利,主要包括名誉权及其所附带的姓名权、肖像权与隐私权。中国宪法第38条规定:“公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”从该条规定可见,中国宪法的“人格尊严”观念主要是指人的名誉、声誉、隐私等权利。《民法通则》第101条规定:“公民、法人享有名誉权,公民的人格尊严受法律保护,禁止用侮辱、诽谤等方式损害公民、法人的名誉。”根据第五章第四节(第98—105条),生命健康权、姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和婚姻自主权等权利被定义为“人身权”。《行政诉讼法》第11条规定,对于侵犯人身权和财产权的具体行政行为,公民可以在法院提起行政诉讼,其中包括针对侵犯名誉权等各项权利的行政行为。第67条授权公民、法人及其他组织对侵犯合法权益的具体行政行为提出赔偿诉讼,但《国家赔偿法》第三条把行政机关对侵犯人身权的赔偿范围限于造成身体伤害或死亡的违法行为,因而似乎不包括对人格尊严造成的损害。最后,刑法第246条对“以暴力或者其他方法公然侮辱他人或者捏造事实诽谤他人,情节严重”的行为规定了处罚,包括剥夺政治权利。这些规定可以被视为对宪法“人格尊严”的具体法律保障。

“人格尊严”包括狭义与广义两种理解。

思考 2006年11月29日,深圳福田警方召开两场大会,公开处理了百名涉黄人员。涉嫌卖淫嫖娼等违法犯罪活动的人员被全副武装的民警押解到现场,吸引了千余名当地群众前来观看。据介绍,这是福田警方严厉打击涉黄犯罪的专项行动。^[16] 你认为这项行动是否侵犯了犯罪人员的人格尊严?为什么?

[16] “深圳公开处理百名卖淫女嫖客引来千人观看”,《南方都市报》2006年11月30日。

广义的人格尊严把人作为一种道德存在,强调对普遍的个人自由、人身安全与自主决定权、个性发展和信息自决等权利的保护。

在广义上,“人格”表征宪法与法律所认可的人的主体地位以及权利能力;它包括上述名誉、隐私等权利,但还包括普遍的个人自由、人身安全与自主决定权、个性发展和信息自决的权利等方面。在这个意义上,宪法把通常所说的“独立人格”法律化,并用“人格尊严”来表达个人作为道德主体的独立地位和内在价值。作为具有价值的道德主体,人是具有“尊严”的存在,且人的尊严不得受到任何力量的侵犯——私人、团体或国家;事实上,国家的首要任务正是保障每个人的尊严受到适当保护。(参见张千帆,2012)因此,德国《基本法》第1条规定:“人的尊严不可侵犯。一切国家权力均有责任,尊敬与保护之。”广义的人格尊严是所有基本权利的基础和源泉,并控制着基本权利的含义及其界限。(见本书下一章)

对人格尊严的尊重隐含着对言论自由和选举权等基本权利的保障。

狭义的“人格尊严”固然保护公民的名誉及其他无形权利,但对某些基本权利(如言论自由)形成了限制。广义的“人格尊严”当然也对所有权利规定了界限,但同时为所有类型的基本权利提供了存在理由——没有基本的自由,人就成了奴隶,哪里谈得上尊严?首先,对人格尊严的尊重要求体制层面的自由——例如选举权和言论自由——获得充分保障。既然人是独立的道德主体,个人有充分的能力管理自己,并对自己的言行负责;国家尤其没有权力禁止公民对政府行为的批评,而是必须在体制上保障公民们畅所欲言,无所畏惧地表达自己对政府的观点。孔子曾说,“邦有道,危言危行;邦无道,危行言孙。”(《论语·宪问》)但不论有道、无道,对权力的恐惧总归是和“君子”的尊严不合拍的。作为一项道德理念,人格尊严的目标是形成一种国家制度,尽可能使所有人成为独立、自治、自由的道德主体。事实上,国家就是建立在公民的自由选择基础上的;剥夺或限制普遍选举权,必然是对公民的道德能力与政治知识的一种不信任,必然意味着公民就和未成年儿童一样不成熟,因而必须受制于家长式统治。因此,对人格尊严的尊重至少要求不断扩大直接选举权的范围,允许在政治上成熟的公民充分参与对自己事务的管理。

人格尊严可能还要求所有公民受到国家的平等尊重与保护。

在纯粹的个人层面上,对人格尊严的尊重要求每个人都能主要凭借自己的能力获得体面的生存,因而个人必须被允许自由从事各类对社会无害的活动——包括信仰、职业活动、获得财产及其法律保护,并且他的生存状态不应该受到政府的无理侵犯,譬如对他人身自由的限制必须经过正当的法律程序,其住宅安全必须获得保障,等等。如果他的权利受到了侵犯,那么作为一个平等主体,他应该有能力和请求法院通过公正与体面的审查程序,将侵犯者——个人、组织或政府官员——绳之以法,并获得适当的救济。

最后,人格尊严还要求人际层面的平等权获得充分尊重。在最内在的意义上,尽管各人的道德素质与能力存在着差别,每个公民的基本人格都是平等的,因而应该被给予平等机会去追求自己的道德目标或生活方式。国家对不

同公民进行歧视,必然将伤害受歧视者的自尊,也是对这些公民人格的不尊重。因此,权利与自由的平等享受也是人格尊严的应有之意。(参见张千帆,2012)

评论

“人格尊严”与《世界人权宣言》

1948年12月10日,联合国大会通过并颁布《世界人权宣言》(Universal Declaration of Human Rights)。《宣言》在一开始就明确承认了人格尊严,并把它作为一项首要的人类价值。其序言指出:“鉴于对人类家庭所有成员的内在尊严及其平等与不可剥夺的权利之承认,乃是世界自由、正义与和平的基础;……鉴于联合国各国人民已在联合国宪章中重申他们对基本人权、人格尊严和价值以及男女平等权利之信念……”,特发布了30条权利宣言。

《宣言》第1条规定:“人人生而自由,并在尊严和权利上一律平等。他们富有理性和良知,并应以兄弟般的精神相对待。”第2条规定,人人有权平等享受权利与自由,不分种族、性别、宗教、政治或其他见解、国籍或社会出身、财产或其他区别。第3条规定:“人人有权享有生命、自由和人身安全。”其余各条分别规定了在法律面前人人平等并享受平等保护的权利(第7条),免受残忍、不人道或侮辱性的待遇或刑罚之权利(第5条),免遭任意逮捕、拘禁或放逐的权利(第9条),对基本权利的侵犯获得国际法庭之审判及补救之权利(第8条),对刑事指控获得独立法庭的公正与公开审判之权利(第10条),无罪推定(第11条),名誉权、荣誉权以及对私生活、家庭、住宅和通信不受任意干涉的隐私权(第12条),迁徙自由(第13条),婚姻自由与家庭受国家保护的权力(第16条),财产权(第17条),思想、良知、宗教与信仰自由(第18条),意见与言论自由(第19条),和平集会与结社自由(第20条),民主参政、选举和参与公务的权利(第21条),享受社会保障以及“个人尊严和人格的自由发展”所必需的经济、社会和文化方面的各种权利(第22条),职业选择自由、同工同酬以及加入工会的权利(第23条),享受基本的衣食、住房、医疗和必要的社会服务以及老年和失业保险(第25条),受教育权,其目的“在于充分发展人的个性并加强对人权和基本自由的尊重”(第26条),科学与艺术创造自由(第27条)。最后,第29条规定:“人人在行使他的权利和自由时,只受法律所确定的限制;确定此种限制的唯一目的在于保证对他人的权利和自由给予应有的承认和尊重,并在一个民主社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要。”

《世界人权宣言》的制定是一次具有重要历史意义的事件。它表达了世界各国对基本人权的共识,以及尊重与保护人格尊严和自由的共同愿望。作

《世界人权宣言》把人格尊严作为一项首要的人类价值。

《世界人权宣言》没有法律约束力,但表达了世界各国尊重与保护人格尊严的共同愿望。

为宣言,它并没有法律约束力,也不是联合国宪章的一部分。但对于基本人权的全球化,《宣言》发挥了巨大的鼓舞和推动作用。

思考 为什么《世界人权宣言》没有正式法律效力?为什么它不能被国际法院所实施?回顾本书第四章对联合国制度的介绍以及邦联特性的讨论。

第七章复习题

1. 什么是“权利”?它有哪些基本特征?为什么说“国家制度可以各有别,人的权利则是普遍并超越国界的”?
2. 什么是“自由权”和“平等权”?它们两者之间是什么关系?什么是机会平等与结果平等、程序平等与实体平等、表面平等与实际平等?它们之间有什么联系和区别?什么是“事实歧视”与“法律歧视”?
3. 权利分为哪几种主要类型?分类依据是什么?权利或自由一般有几个“维度”?
4. 为什么说言论自由在各类权利中尤其重要?什么是言论自由的“市场竞争”理论?它的理论依据是什么?为什么说对言论自由的宽容态度体现了一种“信任”?
5. 为什么说对人格尊严的尊重可能为各项宪法权利的保障提供了共同基础?

第八章 权利的宪法保障

如上一章所述,权利在性质上分为两大类——自由权与平等权。美国宪法第十四修正案从抽象意义上保障了自由权(“正当程序”)和平等权(“平等保护”)。法国《人权宣言》第1条规定:“人人生来并有权保持自由与平等。社会区别必须基于普遍福利。”第2条规定,国家的目的是为了保护“自由、财产、安全”等权利。第6条规定了公民“在法律面前平等”的权利。德国《基本法》第1条规定:“人的尊严不可侵犯。一切国家权力均有责任,去尊敬与保护之。”第2条规定了人的个性自由、生命和人身权利,且“个人自由不可侵犯”。第3条规定了平等权利。中国宪法第二章规定了“公民的基本权利和义务”,其中第33条规定了“公民在法律面前一律平等”的权利,其余各条规定了具体的权利和义务。

在实体上,权利又可分为诸多不同的具体领域,主要包括政治性权利(参政权、选举权与政党自由,言论、新闻、出版、集会与结社自由)、文化权利(信仰自由)、人身权利(生命权、人身自由、住宅安全、受教育权、刑事正当程序等)以及社会经济权利(经济活动自由、财产权、社会福利、受教育权)。各国宪法对此的规定亦大同小异。美国宪法的《权利法案》及其他修正案条款特别保障了具体的权利,如第一修正案保护言论、新闻、信仰、集会及结社自由,第四修正案保护人身自由与住宅安全,第五至第八修正案保护刑事与民事正

权利分为自由权和
平等权,以及多
种不同的具体实
体领域。

当程序,第十五、十九和二十六修正案分别禁止对选举权基于种族、性别和年龄而加以歧视。法国《人权宣言》第7条至第9条规定了刑事程序权利,第10条与第11条则规定了表达与信仰自由。第17条规定了财产权。1946年的第四共和宪法前言则肯定了关于经济、社会和教育等方面的积极权利。德国《基本法》的整个第一部分规定了“基本权利”,共19条,从第4条开始则分别规定了信仰、言论、集会、结社、通讯、迁徙与职业选择自由,以及住宅安全和财产权等权利。

这一章讨论各国宪法对下列几个领域的具体权利之保障:社会经济领域的自由(财产权、经济活动自由、社会福利、受教育权)、个人在非经济领域的人身权利(生命权与人身自由、住宅安全、隐私权、名誉权、信息自决权、刑事正当程序等)及文化权利(信仰自由),以及体制层面的“表达自由”(言论、新闻、出版、集会、结社自由等)。包括选举权在内的政治权利见本书第六章。如上一章所述,平等权是对权利的一种保障形式,因而不作为独立的实体权利而单独加以讨论——否则,平等权和选举权及其他权利即可能发生重叠。另外,作为一种抽象的权利形式,平等权在性质上也不能和具体权利相提并论,而是应被作为一种保护方式在相关的具体权利中加以讨论。

不应把平等权和实体权利混为一谈。

第一节 表达自由

如上一章所述,言论自由对于维持民主政治制度是不可缺少的。在现代,言论自由的范围已受到极大扩充,不仅包括象征性言论或表达性行为,也包括新闻、出版、集会、结社等自由,因而经常被作为“表达自由”(freedom of expression)或见解自由(freedom of opinion)的同义词。对于这些自由,中国宪法也都有所规定:“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”(第35条)在这一节,我们通过众多案例来探讨这些自由是如何受到各国宪法保护的。

“表达自由”包括言论、新闻、出版、集会、结社等自由。

一、言论自由

现代国家普遍取消了对言论自由的事前限制,但仍保留了不同形式的事后限制。

如上一章所示,言论自由是一项来之不易的基本权利。在传统上,国家对公民言论同时实施事前限制(如出版审查、交纳保证金、报告或备案)和事后限制(追究诽谤或煽动罪)。现代国家普遍取消了事前限制,但仍保留了不同形式的事后限制,尽管其追究力度在各国受到不同程度的削弱。到19世纪末,宪法学家戴西在《宪法学导论》中总结道:

我们的现行法律允许任何人随心所欲地谈论、写作或出版;但如果他误用了这项自由,他就必须接受惩罚。如果他不正当地攻击个人,诽谤的受害者就可以诉讼赔偿;另一方面,如果书面文字或印刷作品煽动叛国或不道德行为,那么触犯者可以受到指控和审判。对其行为而言,诽谤者自己的诚实信念或良好意愿并非有效的法律辩护。每个人都有权发表公正和坦率的批评。但“批评者必须把自己限于批评,而非使之成为非难个人的面纱;他也不得仅出于对行使谴责权力的热爱,使自己陷于鲁莽和不公正的攻击”。……尽管确实的言论可以为诽谤指控辩护,如果发表的言论损害了个人而并未给公众带来利益,那么即使言论完全确实,发表言论的个人仍然可受到刑事处罚。

英国当时的新闻自由与其说来自法律对它提供的优惠,还不如说是因为政府行为受到严格的法律控制。只要能获得议会多数的赞同,法律几乎可以对言论规定任何限制;但有了法律,政府就不能任意处置它认为对自己不利的言论。由于英国不存在成文宪法,言论自由的保护完全依赖社会的法治与公众的宽容。言论自由的宪法保护最早起源于美国的州宪和1791年制定的第一修正案。以后,言论自由成为各国宪法所保护的對象。

英国对言论和新闻自由的保护主要来自对政府行为严格的法律控制以及公众的宽容态度。

(一) 言论自由的界限——“清楚与现存危险”标准

在美国独立之时,普通法虽然抛弃了对出版的事前审查,但仍然保留煽动诽谤法对有害言论的事后追究。独立后的各州政府继承了英国普通法——包括它对言论自由的保障与限制。在1788年批准宪法之后,各州又于次年通过了《权利法案》(Bill of Rights),其中第一修正案明确禁止国会剥夺言论和新闻自由,但在此后一个多世纪内并未限制各州政府。且对于第一修正案的解释,法学界历来持有两种观点:保守的解释认为,第一修正案仅明确取消对言论和新闻自由的“事前限制”(prior restraint);更为激进的解释则坚持这项修正案具有双重目的,不但取消了事前限制,而且禁止对煽动诽谤的指控。

美国对第一修正案存在着激进和保守两种理解。

在建国之初,国会对言论的严格控制,表现在恶名昭彰的《排外与反煽动法案》(Alien and Seditious Act)。1798年,当时控制政府的联邦党人(Federalists)通过这项法案,来迫害反联邦的杰弗逊党人(Jeffersonians)。法案允许被告通过证明确实性进行辩护,并规定陪审团同时决定法律和事实。尽管具备这些限制,法案还是受到了包括杰弗逊和麦迪逊在内的制宪者的联合攻击,并被指责为公然违宪。在麦迪逊看来,自由批评公共官员的权利,乃是美国政府的基本原则。《反煽动法案》引起了巨大的政治反弹。部分由于利用这项法案所进行的迫害行为,联邦党人终于声名狼藉,并在选票箱前败给了其政治对手。1800年,杰弗逊总统上任后,立即对所有被该法定罪的个人实行大赦,并给予政府赔偿。次年,《反煽动法案》自行过期、无疾而终。在《反煽动法案》的风波平息后,国会在整个19世纪并未制订任何法律去严重约束言论

建国初期的《反煽动法案》曾压制言论自由。

自由。

对美国言论自由的考验,主要是在社会动荡时期。回顾上一章布兰代斯法官(J. Brandeis)在“左翼党派第二案”中的赞同意见,对言论的控制主要是起源于对言论的憎恨与恐惧。如果国家正处于非常时期(例如战争状态),或社会运动将威胁改变国家制度,或某种学说被认为将对社会产生严重危害,那么国家将通过法律制裁有关的言论,以防止言论的扩散。美国也是如此。在第一次世界大战前后,各类左派势力在美国发展壮大并异常活跃。在1917年威尔逊(Woodrow Wilson)总统宣布加入欧洲战争之后,这一决定受到社会主义等其他左派的激烈反对。他们纷纷举行集会、发表演说,鼓动人们抵制美国政府的备战政策,并批评政府对欧洲列强干涉新苏维埃政府的军事行动无动于衷。加上“十月革命”在俄国的胜利,这些活动引起美国社会对左翼势力的普遍恐惧;许多人不能容忍对政府备战的敌视态度,并畏惧苏俄势力在美国的渗透。结果,作为少数政治派别的社会主义者受到普遍的社会和政治歧视。

威尔逊总统同样不能容忍反对派对政府备战政策的非难。为了保证联邦政策的顺利实现,国会于1917年制订了《反间谍法》(Espionage Act)。该法大部分针对间谍活动和透露军事机密,但其第一部分第3条规定了三项新的犯罪活动:“在合众国参战时,任何人不得企图干涉合众国军事行动的成功或促使其敌人成功,以故意制造或传达虚假报道或错误陈述;任何人不得故意引起或试图引起合众国陆海军的违抗、不忠、兵变或拒绝履行责任;任何人不得故意阻碍合众国的征兵计划,以损害合众国或其服役。违者可被判罚不超过1万美元罚款或20年监禁。”此后,联邦政府根据《反间谍法》,频繁指控左翼党派成员阻碍政府征兵。一些诉讼最终被上诉到最高法院,因而产生了以下一系列“抵制征兵案”。贯穿这些案例始终的问题是:为了保护公共秩序,政府具有何种权力去禁止、控制或惩罚公民言论。在1919年的“抵制征兵第一案”,霍姆斯法官(J. Holmes)为最高法院首次确定了“清楚与现存危险”的司法标准。

案例 “清楚与现存危险”——“抵制征兵第一案”^[1]

该案的被告申克是美国社会党总书记;在该党散发的传单中,他要求人们“不要向恐吓投降”,但其倡议仅限于通过立法来取消《反间谍法》等和平措施。传单还号召“索求你的权利”,并称“如果你不索取并支持你的权利,你就在帮助剥夺或毁谤合众国所有居民都有神圣责任去保留的权利”。传单还否

[1] Schenk v. United States, 249 U. S. 47.

在社会遇到国内外危机时,言论自由尤其受到考验。

第一次大战期间的《反间谍法》禁止阻碍征兵的言行。

认政府有权把美国公民送往国外去枪杀其他国家的人民,并坚持“你必须完成你的本分,去维护并支持这个国家的人民权利”。联邦政府认为申克在鼓动抵制政府征兵,因而根据《反间谍法》加以指控。在地区法院审讯后,大陪审团裁决被告有罪。上诉到最高法院后,霍姆斯法官的意见指出:

我们承认,在通常时期的许多场合,被告具有宪法权利,去谈论在其传单中所谈论的全部内容。但每一项行为的特征,取决于它在被作出时的情形。即使对自由言论最严格的保护,也不会保护一人在剧院谎报火灾而造成一场恐慌。它甚至不保护一人被禁止言论,以避免可能具有的暴力效果。每一个案例的问题是:言论是否被用在如此场合,以致将造成清楚与现存的危险(Clear and Present Danger),并带来国会有关禁止的实际危害。这是一个程度问题。当国家处于战争时期,许多在和平时期可被谈论的事物,将对战备努力构成如此障碍,以致这类言论不能再被忍受,且法院不得认为它们受到任何宪法权利的保护……如果征兵过程受到实际阻碍,那么被告就得对言论所造成的后果负法律责任。1917年的法律第四节不但惩罚实际妨碍,而且惩罚企图妨碍的阴谋。如果行动(演说或散发传单)和其倾向及行动的意图相一致,那么我们就没有理由说,只有目标的成功实现才使行动犯法。

最高法院认为,被告的言论构成了政府可以合宪通过法律控制的“清楚与现存危险”,因而肯定了地区判决的判决。以后,最高法院基于对“清楚与现存危险”的宽松解释,对“抵制征兵第二案”和“第三案”作出了类似判决。如上一章所述,到“抵制征兵第四案”,霍姆斯法官改变了他在以前三个案例中的观点,开始对他自己提出的司法标准采取严格解释,但他的意见只代表法院的少数意见,多数意见仍然采取宽松解释。

进入20世纪30年代和40年代后,美国社会对左派言论的恐惧有所减退。同时,政府反对者在数量上相应减少,且对他们的审讯大都相对宽松。第一修正案似乎重新开始发挥作用,来保障社会反对派的言论自由。然而,第二次世界大战结束后,美苏进入冷战状态,美国国内对共产主义的恐惧迅速进入高潮。普遍的传闻是共产党已渗透到政府、工会和大学内部,随时都可能发生暴力革命。在麦卡锡(Joseph McCarthy)等人的鼓动下,参议院特地成立了“内部安全委员会”,众议院也成立“反美活动委员会”,以遏制共产主义势力的扩展。联邦行政机构以“爱国主义”的名义,要求雇员表示忠诚、人人过关。各州政府亦自行调查左翼组织,要求公共学校教员起誓效忠政府。对易受左派势力控制的工会,1947年修正的《劳资关系法》(NLRA)第九条规定,除非工会干部提供证据表明他们不是共产党员,联邦劳资关系局(NLRB)不得实施工会的权利。在受到基于第一修正案的挑战时,这项修正法案的合宪性受到最高法院的肯定。

言论是否受到宪法保护,取决于它是否会造成“清楚与现存的危险”。

联邦法院对“清楚与现存的危险”标准存在着严格与宽松解释。

冷战时期,美国再次加强了对言论的控制。

法院对宪法的宽松解释未能对左翼言论提供特殊保护。

在相对缓和的气氛下,宪法对言论自由的保障有所加强。

在这种情势下,国会通过了《史密斯法案》(Smith Act)。法案第2条规定:“任何人不得故意鼓吹、帮助、建议或教唆他人有责任、必要或需要,去通过暴力或谋杀官员来推翻或摧毁合众国内的任何政府;……组织或帮助组织任何人组成协会、团体或集会,来教唆、鼓吹、或鼓励暴力推翻或摧毁合众国内任何政府,或明知其目的而成为这类协会、团体或集会的成员。违者犯法。”在50年代和60年代初,联邦政府根据《史密斯法案》指控共产党在美国的活动,因而产生了一系列“美共案”。这些案例的特点是对“清楚与现存危险”标准赋予新的宽松解释,从而授予联邦政府以广泛权力去起诉共产党员。

到了60年代后期,冷战威胁有所缓和,美国社会意识形态的钟摆似乎又从极右位置走向平衡。人们发现,和共产党嫌疑相比,麦卡锡的迫害狂热对自由或许更加危险。法院亦显著加强了对言论自由的保护,第一修正案再次“复活”。此后,美国卷入越南战争。一些公民团体对战争表示强烈抗议,但即使激烈的反战言行亦得到法院的宽容。如在1969年的“威胁刺杀总统案”,〔2〕被告瓦茨拒绝加入征兵行列,并扬言说:“如果他们强迫我扛起来福枪,我想象中第一个要杀的是[发动越战的总统]约翰逊。我才不会去杀我的黑人弟兄。”联邦政府根据1917年的法律,指控瓦茨蓄意威胁共和国总统的生命。最高法院认为被告只是用激进方式来表达其反战态度而已。由于政治言论受到第一修正案的保护,被告不能因表达政治观点而受到政府指控。

探讨

“清楚与现存危险”的意义——平衡还是绝对?

美国法官对言论自由是否意味着绝对保护还是需要平衡不同因素产生了争议。

第一修正案简单规定了“国会不得剥夺言论或新闻自由”,而没有附加任何条件——譬如说,宪法并没有表明它只保护“正常”、“合理”或对社会“有益”的言论,而似乎是保护任何言论或新闻的自由。这是否表明公民具有绝对的言论自由?即使对于霍姆斯和布兰代斯这样强调言论自由的法官,“清楚与现存危险”标准也不一定意味着绝对保护;法院需要平衡言论对于个人的重要性和对社会所可能产生的实际危害,只不过当时的少数意见要求言论对社会的危害必须足够清楚和严重,才能加以限制。在二战结束后,最高法院对“清楚与现存危险”标准的解释产生了不同意见。多数法官仍然采用利益“平衡”标准,少数法官则反对任何形式的平衡,坚持认为第一修正案对自由言论授予“绝对”保护。

在1961年的“律师政治资格案”中,最高法院处理了一起基于州法的共产党员案件,多数意见和少数意见就言论自由的标准展开了争论。在此之后,不同意见虽然仍然存在,但出现了相互妥协的趋势。在界定什么是宪法所保护的言

〔2〕 Watts v. United States, 394 U. S. 705.

论自由过程中,现代法院区分了不同类型的言论,并对“清楚与现存危险”标准加以严格解释:只要不属于淫秽、泄恨、挑衅、鼓动犯罪或商业广告等有限类型,言论就受到第一修正案的切实保护;政府要限制言论的内容,就必须证明不仅言论很有可能产生迫切危害、危害程度相当严重,而且散布言论的被告具有故意违法的主观意图。因此,除了特定的几类言论之外,所有言论的内容受到了几乎是“绝对”的宪法保护,其中对政治言论的保护尤其严格。考虑下案中的少数意见。

除了几类例外,言论自由一般受到几乎绝对的保护。

案例 “律师政治资格案”〔3〕

加利福尼亚州的法律规定:要获得律师资格,申请者必须具备“良好道德品质”,并不得“宣扬用暴力或其他违宪手段推翻合众国或本州政府”。“加州律师资格审查委员会”被授权根据这一要求,去审查所有律师申请人的资格。1953年,原告科尼斯伯格通过了加州的律师资格笔试。在资格审查中,委员会屡次问起他以前和共产党的联系,他一概拒绝回答,但一再表示他从来不相信暴力革命学说。由于这个原因,尽管原告符合所有其他条件,审查委员会拒绝批准其律师资格。原告起诉,但加州法院拒绝审理。上诉后,联邦最高法院认为这项决定缺乏事实根据,因而违反了第十四修正案所保障的正当程序,并把案件驳回加州,要求资格委员会重新考虑。在重新审查中,原告仍然拒绝回答有关共产党员身份的提问。审查委员会认为原告阻碍进一步调查,因而再次拒绝批准原告的律师资格。

再次上诉后,最高法院的多数意见肯定了委员会的结论。哈兰法官(J. Harlan)的法院意见运用了“平衡标准”,来权衡政府的治安利益和个人的言论利益。他认为:“每当宪法的保护被宣称去禁止政府权力的有效行使时,[法院]必须进行调和,并妥善权衡所牵涉的各方利益。”布莱克法官(J. Black)的少数意见则坚决反对这项标准,并坚持第一修正案给予言论自由以“绝对保护”。他指出:

多数意见采用平衡标准,但少数意见主张给予绝对保护。

我相信,对自由的剥夺只是基于以下的恐惧:狂热者所谈论的政府形式,和这个国家所支持的任何事情格格不入;这可能使美国人民背离对我们政府形式的忠诚。我认为这种恐惧是毫无根据的,因为我相信,美国人民对我们自由生活方式的忠诚和热爱是如此根深蒂固,以致任何屈从于专制政府的谈论或争议都不能使他们有所动摇。这种对美国人民的信任造就了第一修正案的采纳;它明确允许人民谈论他们对政府的想法,并允许持不同政见者反对政府。这个革命性的自由观念具备如下基础:宪法建立了一个如此有利于个人自由的政府,以致反对政府的言论不能对满足和快乐的公民社会造成任何伤害。

〔3〕 Konigsberg v. State Bar of California, 366 U. S. 36.

思考 你认为言论自由的保护是绝对的还是相对的? 布莱克法官的少数意见表达了一种什么假定? 参见上一章“左翼党派第二案”中布兰代斯法官的赞同意见。更根本的,反对言论自由的人是否应该被允许言论自由? 或被允许自由宣扬推翻保障这项自由的制度之言论? 参见本书第六章有关德国“自卫型民主”的讨论,并比较德、美在观念上的异同。

霍姆斯等法官的少数意见最终被普遍接受。

最后,在1969年的“右翼党派案”,最高法院正式推翻了1927年“左翼党派第二案”的多数决定,从而完成了向霍姆斯—布兰代斯理论的转折。(参见上一章)此后,最高法院在“平衡标准”和“绝对”保护之间确定了折中位置。

案例 “右翼党派案”〔4〕

和“左翼党派第二案”中的加州法律类似,俄亥俄州的《犯罪集团法》惩罚宣扬用暴力来推翻政府。根据这项法律,一名三K党(Ku Klux Klan)首领被判罚1000美元赔款和1至10年监禁。他曾通过电视媒介,召集地方三K党成员,带着武器、弹药、圣经和红头罩,在电视上辱骂黑人和犹太人,并扬言“如果我们的总统、国会和最高法院继续压制高加索白种人,我们将采取某些报复行动。我们足有40万人,将于7月4日[独立节]向国会进军”。在俄州法院肯定了对他的定罪之后,他上诉联邦最高法院,宣称《犯罪集团法》违反了第一和第十四修正案。最高法院的整体意见(Per Curium Opinion)推翻了州法:

法院否定了“左翼党派第二案”的多数决定。

“左翼党派第二案”已被其后的决定彻底抛弃。这些决定形成的原则是:除非宣扬使用暴力或违反法律的倡议是为了煽动或制造迫在眉睫的非法行为,宪法所保障的言论自由和新闻自由就不允许一州去禁止这类倡议。如果一项法律不能把[诉诸暴力的教唆区别于暴力行动的准备],那么它就不能容许地侵犯了第一和第十四修正案所保障的自由。它把被我们宪法豁免于政府控制的言论,包揽在其判罪范围之内。

政府仍然可以规定言论的时间、地点与方式,但必须保持“内容中性”。

在“右翼党派案”之后,法院采取的基本方法是把言论加以分类(Categorization):某些具体类型的言论——例如鼓励犯罪、商业广告以及挑衅、泄恨或淫秽言论——不受第一修正案的保护,因而立法机构可行使裁量权加以调控;其他类型的言论——尤其是政治讨论——属于第一修正案保护的“言论自由”范围。对于后者,只要为了促进重要公共利益而采取必要措施,政府仍然

〔4〕 Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444.

可以调控言论的时间、地点或方式。然而,政府调控必须保持“内容中性”(content neutral),即调控不得规定或限制言论所要表达的内容信息。对于受保护言论的“内容调控”,法院仍然沿用霍姆斯法官的“清楚与现存危险”一词,因而要求对每个案例的实际情况作出平衡。然而,这项平衡在实际上强烈倾向于保护个人的言论自由。法院要求言论不但相当可能导致即刻的危害,而且危害必须相当严重,政府才能限制受宪法保护的言论。不仅如此,“右翼党派案”还要求政府证明被告具有损害公共利益的主观意图。鉴于这类证明极为困难,这项标准在实际上对言论内容给予绝对保护。因此在半个世纪之后,最高法院最终接受并超越了霍姆斯和布兰代斯法官所表达的少数意见。

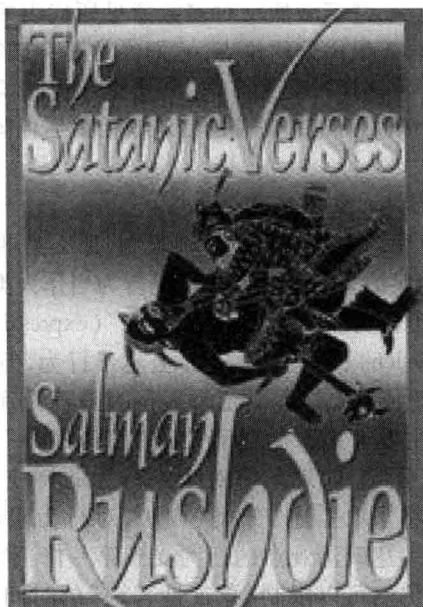


图 8.1 言论自由——争议与超脱

一位英国作者的小说《撒旦诗篇》对伊斯兰教发表了不友善的评论。在美国发行时,这部小说引起了某些团体的愤怒。当时的伊朗领袖霍梅尼(Ayatollah Khomeini)甚至向作者及其美国出版商和书店发出了死亡威胁,且两个销售这本小说的书店确曾发生爆炸。然而,《撒旦诗篇》不但继续发行,而且成了最畅销的小说之一。值得注意的是,只要书中没有诽谤或淫秽内容,第一修正案就保障书籍的出版不受政府干预。在这个例子中,我们看到第一修正案不仅保护了言论,而且在某种意义上也保护了政府。尽管这本书引起了广泛的社会争议,美国政府却从未卷入争议而成为任何社会团体的攻击目标。如果伊朗、伊拉克或其他伊斯兰国家要求美国政府采取适当行动禁止该书的出版,美国政府固然没有义务这么做,但还可以把责任完全推给宪法第一修正案——因为它使美国政府没有任何权力采取这类行动。

往往是在言论自由最需要保护的时候,法院提供的宪法保护最微弱。

尽管如此,第一修正案的曲折发展历程仍然令人深思,因为现代标准之所以严格,至少部分原因是社会环境比较宽松。由于言论可能会产生社会动荡的结果,越不稳定和缺乏自信的社会就越倾向于压制言论,但往往正是在这种社会里,言论自由需要获得可靠的宪法保障。结果,正是在自由言论最需要受到保护的时候,法院所提供的宪法保护往往最微弱。事实上,2001年“9·11”恐怖袭击事件的发生已经对美国的言论自由再度产生消极影响。

法院少数意见的言论自由最终保障了美国社会的言论自由。

言论自由的美国历程所带来的唯一欣慰是,保护言论的自由主义观点虽然属于少数意见,但获得了公开发表并最终产生了广泛的社会影响。我们从前一章看到,虽然法院并未能超越社会主流的影响而存在与运作,至少法官们可以自由发表少数意见,甚至激烈反对多数意见所代表的社会哲学。我们看到,反对意见往往包含着最优秀的论点;它们经常是突破案例法传统的起点,随着岁月的流逝从少数逐渐转变为多数,并最终获得法院和社会的采纳。至少,法院的言论是自由的,而正是法院的言论自由最后保障了整个社会的言论自由。

(二) 第一修正案和“象征性言论”

某些行为是为了表达意念,因而构成了“象征性言论”。

如果说言论可因煽动违法行为而受到限制,那么某些行为则因和言论类似地表达观念而受到保护。某些学者甚至把行为当作人类的意念表达和自我实现的基本方式,这类行为被称为“表达性行为”(expressive conduct)或“象征性言论”(symbolic speech),即它们在表面上属于行为,但实际上和普通言论一样,要表达一种思想或观点。在决定个人行为是否受到第一修正案对言论自由的保护时,法院主要考虑行为是否带有“言论成分”以及政府调控是否针对行为的“言论成分”。如果政府对个人行为的调控是针对行为所要表达的内容,那么法院将采取上述“分类”方法,对行为限制作出和言论限制类似的处理。因此,表达政治观点的行为受到第一修正案的言论自由保护。不过即使如此,政府仍然可以限制“象征性言论”的时间、地点或方式;且只要不触及行为所要表达的内容,法院就应维持为促进重要公共利益而采取的必要政府调控。相反,如果政府调控行为的目的和自由言论无关,那么法院将“平衡”政府所保护的公共利益和行为调控对言论偶然产生的影响程度。

在1968年的“征兵登记卡案”,^[5]法院处理了涉及反对越战的“表达性行为”,并根据法律是否针对行为中的言论成分提出了不同的审查标准。1965年,国会修正《普遍军训和服役法》,禁止任何人“伪造、篡改、故意摧毁、故意破坏或以任何其他方式更改登记卡”。奥布莱恩和三名同伴在众目睽睽

[5] United States v. O'Brien, 391 U.S. 367.

之下,在市法院门口烧毁了征兵登记卡,他们因违反 1965 年的法律而被逮捕。在审讯中,被告对陪审团说,他烧毁登记卡的目的,是为了让其他人采取和他同样的反战信念。联邦上诉法院认为国会法案剥夺了言论自由,因而判决联邦法律违宪。最高法院推翻了这一判决,并认为 1965 年的法律符合所有这些要求,因而对奥布莱恩的违法行为定罪是合宪的。沃伦首席大法官对区分何为“象征性言论”提出了系统的审查标准:

“即使假设原告行为中的交流成分足以使第一修正案发挥作用,毁灭征兵登记卡也未必是宪法保护的行为。本院已经判决,如果‘言论’和‘非言论’成分结合于同一行为之中,足够重要的公共利益能够为偶然限制第一修正案自由提供理由……我们认为,如果政府调控处于政府的宪法权力之内,且促进重要或显著的公共利益;如果公共利益和对言论自由的压制无关;并如果对第一修正案自由的偶然限制,对于促进这项利益是必要的,那么政府调控就显然具有充分理由。”

相反,如果法律的目的不是别的,正是针对行为中言论成分,那么就针对普通的言论一样,司法审查的标准将要严格得多。这体现在 1989 年的“焚烧国旗案”。美国联邦法律规定:“任何人公开残损、磨灭、玷污、焚烧或践踏任何合众国国旗,从而故意对它表示轻蔑,都应受到不超过一千美金罚款或一年监禁的惩罚。”各州的法律对于国旗的保护也具有类似规定。

政府对表达式行为的压制是否合宪,取决于它是否针对言论本身。

为了限制言论而制定的法律将受到严格审查。

案例 “焚烧国旗案”〔6〕

在 1984 年,共和党在达拉斯举行全国大会。詹森等大约一百名反对里根当局的示威者,在大街上游行并高呼政治口号。当示威者来到市政厅门前,詹森接过一面美国国旗,使之浸上煤油并开始焚烧。示威者一边焚烧,一边欢呼歌唱:“美国——红、白、蓝,我们对你吐痰。”几名目击者在审判中证实,他们受到严重冒犯,但没有人受到任何人身伤害或威胁。此后,詹森因焚烧国旗而违反了德克萨斯州的有关法律,并被州法院判服一年监禁和两千美元罚款。德州的刑事上诉法院推翻了定罪,并认为惩罚损坏国旗的州法违反了第一修正案。联邦最高法院以 5:4 的分裂表决维持了这一判决。

布仁南法官(J. Brennan)的多数意见把本案和上案相区分。他指出:“和限制书面或口头语言相比,政府一般可以更自由地限制表达式行为。然而,它不得因其具有表达成分而禁止特定行为。[帮助决定言论限制是否有效的因素,并非言论的语言或非语言性质,而是政府的相关利益。]”上案的宽松规则

〔6〕 Texas v. Johnson,491 U. S. 397.

州法的目的是为了限制了言论,因而受到了严格审查。

仅适用于那些“政府利益和对言论自由的压制无关”的案子。如果法院发现本案事实并不涉及州政府所宣称的利益,“征兵登记卡案”的标准就不适用。在辩论过程中,州政府提供两项独立的公共利益来为定罪提供理由:防止破坏治安(breach of peace)并维护国旗作为民族和国家象征。法院多数意见认为,本案被告的行为并未损害公共安全,因而并不涉及政府所宣称的第一项利益。第二项利益则关系到对言论的压制,因而正适用严格的审查标准。多数意见指出:

德州显然考虑到,焚烧国旗的活动将导致人们相信:国旗不再代表民族或国家象征,或国旗所反映的观念在事实上停止存在——即我们不再是一个团结的民族。由于行为所传递的信息内容,詹森的政治见解受到限制。因此,我们必须使州所宣称的维护国旗之特殊象征的公共利益,受制于“最严格的审查”。

多数意见认为惩罚对国旗的亵渎并不能使国旗更神圣,惩罚对言论自由的滥用并不能使人更尊重言论自由的标志。

第一修正案有一项基本原则:政府不得因社会发现某种观念本身令人生厌或不合人意,就去禁止人们表达这种观念。事实上,我们今天的判决将加强——而非削弱——国旗在我们社团中理当受到尊敬的地位。我们的决定再次肯定了国旗本身最能反映的自由原则;我们容忍类似詹森在本案的批评,乃是我们力量的标志和源泉。[维护国旗之特殊地位的合适方法,并非去惩罚那些对国家事务有不同想法的人们,而是去说服他们看到自己的错误。]我们惩罚亵渎,并不能使国旗变得神圣,因为如果这么做,我们就淡化了这个令人崇敬的象征所表达的自由。

伦奎斯特法官(J. Rehnquist)等四位法官的反对意见指出,除了阿拉斯加和怀俄明州,各州和联邦都有禁止焚烧国旗的法律。事实上,在整个两百多年的历史,美国国旗成为体现国家的明显象征。“它既不代表任何特定政党的观点,也不代表任何特定政治哲学。简言之,国旗并非一项‘观念’或‘观点’,在观念市场上为受到承认而竞争。”因此,反对意见认为被告行为根本够不上受第一修正案保护的言论,且第一修正案不应被理解撤销被普遍表达在国会立法以及48州法律的规定。

思考 你更同意多数意见还是少数意见? 少数意见表达了什么司法哲学? 它对于言论自由领域有什么含义?

1990年6月28日,中国第七届全国人大常委会第十四次会议通过了《国旗法》。第3条规定:“每个公民和组织,都应当尊重和爱护国旗。”第5条和第6条规定了必须升挂国旗的某些国家机构,第7条规定:“国庆节、国际劳动节、元旦和春节,各级国家机关和各人民团体应当升挂国旗”;企事业单位、村

民与居民委员会以及广场、公园等公共活动场所，“有条件的可以升挂国旗”。这些国旗“应当早晨升起，傍晚降下”。（第12条）如果下列人士逝世，下半旗志哀：国家主席、全国人大常委会委员长、总理、中央军委主席、政协全国委员会主席、对中国或“对世界和平或者人类进步事业作出杰出贡献的人”；“发生重大伤亡的不幸事件或者严重自然灾害造成重大伤亡时，可以下半旗志哀。”（第14条）究竟是否存在“杰出贡献”或“重大伤亡”而需要下半旗，由国务院决定；所有下半旗的日期和场所，由国务院或国家成立的治丧机构决定。“升挂国旗，应当将国旗置于显著的位置。”（第15条）“在直立的旗杆上升降国旗，应当徐徐升降。升起时，必须将国旗升至杆顶；降下时，不得使国旗落地。”（第16条）“不得升挂破损、污损、褪色或者不合规格的国旗。”（第17条）“国旗及图案不得用作商标和广告，不得用于私人丧事活动。”（第18条）最后，“在公众场合故意以焚烧、毁损、涂划、玷污、践踏等方式侮辱”国旗的，依法追究刑事责任；情节较轻的，参照治安管理处罚条例的规定，由公安机关处以15日以下拘留。（第19条）

同时，全国人大常委会还通过了《关于惩治侮辱中华人民共和国国旗国徽罪的决定》，对刑法作出了补充规定。对于违反第19条的，“处三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。”

《国旗法》明确规定了必须和可以升挂国旗的场合。这是否表明公民在其他场合——譬如在自己家里——不得升挂国旗？为什么需要这么规定？这种限制是否侵犯了公民表达爱国主义的自由？如何确定公共场所是否“有条件”在节假日升挂国旗？为什么不得中午或晚上升挂国旗？国旗一定是给人看的吗？在黑夜里飘扬的国旗是否会损害国家标志或尊严？如果一面国旗经历了多年风雨之后有所褪色或破损，是否就一定不再适合升挂？如果一位你所尊敬的爱国志士去世了，或者发生了你认为严重的不幸事件，你为什么不能在自己门前竖立一个旗杆下半旗表达你的哀思？如果中国战士在一次对外战争中阵亡了，是否能像美国那样用国旗覆盖其遗体？最后，第19条以及补充规定的刑事惩罚是否和限制公民升挂国旗的规定一样侵犯了公民的表达自由？

如果说悬挂国旗是我们尚不拥有的表达权利，那么红领巾、统一校服则可被视为强加在孩子身上的表达方式。2011年10月，西安市未央区第一实验小学让“学习、思想品德表现稍差”的学生佩戴“绿领巾”。此举被认为对这些孩子“心理造成极大创伤”，已被主管部门叫停。其实，要求孩子佩戴“绿领巾”的做法除了伤害他们的自尊，在学生当中造成“好生”、“差生”、“红领巾”、“绿领巾”的差别对待之外，更大的问题在于侵犯了所有孩子的表达自由。在目前的教育体制下，如果学校和老师要求学生做什么，学生显然是不可

中国《国旗法》详细规定了国旗的升挂方式以及对侮辱国旗行为的惩罚。

以不做的。因此,佩戴“绿领巾”是对学生服饰的一种强迫,而服饰是个人表达的一个重要方面,强迫要求某种特定的服饰只能被认定是对宪法第35条赋予的表达自由的粗暴干涉。

(三)自由言论与政府名誉

对政府名誉的保护限制批评政府的言论。

和英国类似,美国各州也都有完备的诽谤法,以保护公民的个人名誉不受他人言论的损害。在1964年以前,这类法律不但保护私人名誉,而且也保护公共官员的个人名誉。然而,使批评公共官员的言论受制于诽谤法的惩罚,很可能抑制公民对公共事务的自由讨论。由于在公共讨论中,言论所含的事实经常可能不够准确或难以在法院证明其真实性,公民或媒介可能顾虑到法律的刑事处罚或巨额赔偿,而不敢畅所欲言、自由发表批评意见。鉴于各州诽谤法对第一修正案保障的言论和新闻自由所产生的不利影响,1964年的“纽约时报案”显著修正了当时的诽谤法条款,极大限制了它们对“公共官员”(public official)所提供的名誉保护。

案例

“纽约时报案”〔7〕

1960年3月,“纽约时报”刊登了一则政治广告:“关注他们的呼声”。广告描述全美各地的黑人团体和青年学生举行的抗议种族歧视活动,以及他们所遭受的恐怖主义报复。文中特别提到,阿拉巴马州的蒙哥马利市政府动用军警以镇压黑人抗议活动。四名市政官(Commissioners)分别在州法院提出诽谤诉讼,声称时报的广告损害了他们的名誉。在本案,市政官苏利文要求“纽约时报”和广告署名的个人作出巨额赔偿。原告举出广告陈述有欠准确的数项事实,如黑人领袖马丁·路德·金(Martin Luther King)只被政府逮捕过四次,而文中却称七次。这些事件大都在原告担任市政官之前发生。虽然广告并未指名道姓,原告声称人们自然会把事件和负责治安保护的市政官联系起来,因而损害他的个人名誉。州法院基于严格的私人诽谤规则,假定广告的诽谤存在(Libelous per se);除非被告能够证明广告所作的陈述属实,他们就对假定错误的陈述所造成的诽谤负有赔偿责任,且原告无须证明实际损失的存在,就可获得惩罚性赔偿(Punitive Damage)。根据这一规则,陪审团裁决诽谤确实存在,并判决被告50万美元的罚金。阿州最高法院肯定了这一判决,并否定第一修正案保护诽谤言论。原告的言论显然有权获得宪法保护,但

〔7〕 New York Times Co. v. Sullivan, 376 U. S. 254.

问题是某些事实陈述上的错误以及原告所宣称的诽谤是否使之丧失保护。在这个问题上,联邦最高法院推翻了阿州法院的判决。布仁南法官的意见指出:

对公共问题的争议应该健康进行、不受阻碍,并广泛公开;它很可能包括对政府及其官员的激烈、辛辣、且有时尖锐的攻击。我国对这项原则作出了深远的承诺……法院对第一修正案保障的权威解释,一直不承认把证明言论的确实性作为例外——无论是法官、陪审团抑或行政官员主持这种证明;它尤其反对把证明确实性的举证负担加在演说者身上。宪法保障并不取决于‘观念或信仰是否确实、流行或具备社会功利’。[在自由辩论中,错误陈述是不可避免的;要使言论自由具有它所需要的‘呼吸空间’,这类错误就必须受到容忍。]

因此,州法不得对公共言论施加刑事惩罚。不仅如此,多数意见还判决这类言论不得受到民事诽谤法的追究:“民事判决足以使那些表达公共批评的人们感到胆怯;第一修正案自由不能在这种恐惧气氛中生存。”事实上,诽谤者可能受到巨额罚款,民事诽谤法对言论自由所产生的风险可能要比刑法高得多。且即使言论本身是真实的,言论者也可能因不能确定能否在法院上证明其真实性或因诉讼开支而受到震慑,从而不敢表达他们的批评。因此,“诽谤赔偿规则削弱了公共辩论的活力并限制其多样化;它不符合第一和第十四修正案。”法院认为,“宪法保护所要求的联邦规则是:公共官员必须证明被告的陈述带有‘实际恶意’(Actual Malice),即被告明知陈述是错误的,或满不在乎地罔顾陈述是否错误;否则官员就不能对有关其官方行为的诽谤错误而获得赔偿。”

在第一修正案的历史上,1964年的“纽约时报案”是一块里程碑。最高法院不但免除了被告证明言论确实性的负担,取消了惩罚性赔偿,并把赔偿限于实际损失,而且要求宣称名誉受到损害的公共官员去证明被告带有“实际恶意”;而这项证明要求是如此困难,以致在实际上几乎不可能获得满足。在此之后,在政策实施中具有裁量权的公共官员不再能够要求州诽谤法的保护,以惩罚公民或媒介的不实陈述对其名誉的损害。在某种意义上,这是行使第一修正案保障的言论自由所必须付出的代价;出于自由讨论公共事务的需要,进入公共领域的官员即丧失了要求名誉保障的法律权利。在1967年的“足球教练和退伍将军案”^[8]最高法院把“公共官员”概念扩展到“公共人物”(public figure)。尽管原告并非政府官员,而只是经常对社会发挥影响的公共人物,“纽约时报案”规则亦同样适用。因此,乔治亚大学的足球教练不能控告

言论自由要求政府容忍言论批评中的错误。

法律不得对公共言论规定刑事或民事处罚。

最高法院进一步扩展了“纽约时报案”的适用范围。

[8] Curtis Publishing Co. v. Butts, Associated Press v. Walker, 388 U. S. 130.

一家报社,尽管报纸宣称他预先安排了一场足球赛的结果;一位退伍将军亦不能指控美联社,尽管后者报道他率领一群暴徒去抵制密西西比大学消除种族隔离的努力。

思考 你认为“纽约时报案”及以后案例的处理方式是否合理?一个人是否应该因成为政府官员而丧失名誉权的法律或宪法保护?在界定“言论自由”的范围时,需要考虑哪些因素?参照前一章为言论自由的辩护。

探讨 “短信干政”的是是非非

2006年9月,重庆市彭水县教委借调干部秦中飞因一则针砭时弊的短信诗词失去了自由。8月中旬,秦中飞编了一则手机短信《沁园春·彭水》。^[9]由于该短信有代指地方领导的内容,县委领导获悉短信内容后立即要求公安部门介入调查,警方很快就确定了短信编写者。当时彭水县领导层即将换届,重庆市委干部考察工作组就要进驻彭水县。如果这当口出乱子,很可能影响其政绩评价。县领导欲借处理“彭水诗案”整肃人文环境,化解不良影响。9月1日上午,彭水县公安局、检察院侦查监督科、法院刑庭多个部门领导坐在一起研究案情。研究结果很快出炉,决定以涉嫌诽谤罪立案调查,否则会影响社会稳定和政治稳定。一名县领导会上提出了具体要求:“出手要狠,效果要好,五天内办结。”当天,警方两次审讯秦中飞,同时对秦中飞的办公室进行了搜查。当晚,县长、县委副书记和政法委书记兼公安局局长会同检察院等部门再次就此案件召开会议。县长认为公安局办案不力,效果不明显,要求加派人手办案并让检察院提前介入。会后,彭水县公安局马上以涉嫌“诽谤罪”将秦中飞刑事拘留,羁押在看守所。公安局随后向检察院提请逮捕秦中飞。由于之前的会议对此案已经有了“定论”,检察院迅速下发了逮捕令。9月11日,秦中飞被执行逮捕。10月7日,公安局将此案移送检察院起诉。经媒体曝光后,此案得到了重庆市委书记和公安局局长的关注,并在全国造成了很大的影响,中央领导也对此作出了批示。重庆市有关部门组成调查组展开调查后,认定秦中飞无罪、撤销起诉并发放了国家赔偿金。

[9] 马儿跑远,伟哥滋阴,华仔脓胞。看今日彭水,满眼瘴气,官民冲突,不可开交。城建打人,公安辱尸,竟向百姓放空炮。更哪堪,痛移民难移,徒增苦恼。

官场月黑风高,抓人权财权有绝招。叹白云中学,空中楼阁,生源痛失,老师外跑。虎口宾馆,竟落虎口,留得沙陀彩虹桥。俱往矣,当痛定思痛,不要骚搞。

从2007年1月才报道的“彭水诗案”开始,国内陆续出现了一连串通过手机短信或上网等方式“诽谤”地方干部的事件。这些事件的始作俑者大都立即受到地方政府的全力调查和严厉惩罚。例如据《新京报》2007年4月9日报道,张志坚只是在网上转贴了海口康力元公司与国家药监局官员“权钱交易”的文章,就被关押九个月,直到国家药监局长案发后才被检方撤诉。在此期间,他丢了自己的工作,可谓损失惨重。根据同一天的报道,山西稷山县人大法工委主任等三名干部认为县委书记在投资环境、职工工资等问题上失信于民,将问责材料邮寄给运城市委等单位,十天后便遭到警方调查和拘留,并被判为“诽谤”。不论这些人的最终命运如何,其他人有了他们的“前车之鉴”,注定再也不敢“诽谤”领导干部,免得自己“吃不了兜着走”。这样一来,诸如药监局的“官药勾结”等腐败行为也就因为只有“天知、地知”而更肆无忌惮了。

最近,辽宁西丰的短信诽谤案又增加了一层变数。西丰县赵俊苹因不满其加油站被征收并遭遇法律迫害,编了一首攻击西丰县委书记的打油诗,通过短信发给部分西丰领导干部,结果以“偷税、诽谤”的名义受到通缉,并在北京举报期间被抓回西丰。西丰县法院一审判决赵俊苹“捏造事实诽谤他人,情节严重,危害社会秩序”,已构成“诽谤罪”,判处有期徒刑一年半。《法制日报》的《法人》杂志详细报道了此事经过,并被网络媒体广泛转载。和地方政府以往对诽谤案的反应稍有不同的是,这次西丰县不仅将“诽谤”者打入大牢,而且派遣大批警察来到北京的报社,声称负责报道的记者也犯了“诽谤罪”,还出示了《立案通知》及《拘传证》。在西丰县委领导眼里,不仅公民对县委的批评构成“诽谤”,而且媒体对“诽谤”事件的报道也构成了“诽谤”。

在阅读“纽约时报案”之后,你认为中国应如何处理政府官员的名誉权问题?被诽谤者是私人公民还是政府官员,是否应该有所区别对待?公民或媒体是否可以“诽谤”政府官员?为什么?

(四) 言论自由与私人名誉

宪法一般不直接保护权利不受私人的侵犯,但如果私人之间的宪法权利发生了冲突,有的宪法要求法院必须平衡相互冲突的权利;这时,宪法就带上了“第三者效应”,在保护双方权利的同时也界定了各自权利的限制。(见本书第一章的讨论)德国可以作为这类宪法的典型。尤其是其第1条宣布:“人格尊严不可侵犯。一切国家权力皆有责任尊敬与保护之。”第2条第1款进而规定:“只要不妨碍他人权利,且不违反宪政秩序或道德,每个人都有权自由发展其个性。”《基本法》第1条与第2条构成了整个德国宪法的核心,它们体现了《基本法》对个人权利和社会责任的融合与统一。第1条的人格尊严表

德国《基本法》具有“第三者效应”,必须在私法领域内平衡言论自由和对人格尊严的保护。

达了宪法的中心价值——而非具体权利,因而它必须和其他具体条款联合使用才能奏效。第2条则表达了发展个性自由的普遍权利,并经常和第一条联合考虑。人格尊严同时具备“主观”与“客观”性质,从而既禁止政府干涉个人自由,又对国家施加正面责任去创造人格尊严得以实现的条件。不仅如此,个人还有尊重他人权利的社会责任。

美国宪法仅适用于政府行为,德国宪法则对私法领域具有“间接影响”。

对于宪法效力问题,德国宪政法院的案例法显著不同于美国的“政府行为”理论。两者的主要区别在于:按照“政府行为”是否存在,美国宪法的效力呈现出从无到有的“跳跃式”;在私人之间的许多争议中,即使实体宪法价值可能受到深远影响,美国宪法仍然缺乏任何适用性。但根据对私法解释的“间接影响”之强弱,德国《基本法》的效力呈现出连续变化的“渐进模式”。根据德国理论,宪法权利的影响随着两大法系——公法和私法——的区分而变化:在公法领域,宪法“直接”并完全适用。在私法领域,根据1958年的“联合抵制电影案”,宪法仅间接适用,但它具备某些受到削弱的效力。这种处理方法的重要结果之一,乃是宪法的潜在效力不能在任何案件中被完全忽略。由于《基本法》“间接”适用于私法争议,宪法至少间接适用于所有那些实体宪法价值可能受到影响的案件。

德国宪法本身规定了言论自由的限制。

德国《基本法》详细规定了言论自由及其限制。第5条第1款规定:“每个人都有权在言论、文字和图像中自由表达和传播其见解,并从通常可获得的来源中获取信息。”第2款规定:“根据普遍法律条款、为保护青年的法律条款、及尊重个人荣誉之权利,上述权利可受到限制。”问题在于,言论自由是否可受到法律的任何限制——只要是构成了“普遍”法律?譬如诽谤法是否能以任何方式惩罚言论自由给个人名誉所可能带来的损害,而普通法院也只需要严格实施有关的法律条款?在以下案例中,联邦宪政法院回答了这个问题。

案例

言论自由的法律限制——“联合抵制电影案”^[10]

纳粹时期的著名电影导演曾导演过反犹太人的宣传影片,后于1950年受到审讯并被释放。复出后,他导演了电影“永恒情侣”。但在德国公映前,汉堡市的公共关系主任吕特(Erich Lüth)号召电影制片商和发行商联合抵制这部电影。根据《德国民法典》第826条对“违反良好道德以故意损害他人”的行为之禁止,制片公司在德国地区法院获得禁令,禁止吕特所号召的联合抵制。吕特则在宪政法院提起申诉,宣称法院决定侵犯了《基本法》第五章所保护的言论自由。宪政法院详细阐述了《基本法》对于民法解释的影响,并撤销

[10] Lüth Case, 7 BverfGE 198; 参见《西方宪政体系:欧洲宪法》,第414—419页。

了地区法院的禁令。对于“普遍法律”是否可以限制言论自由,宪政法院指出:

表达见解的基本权利,乃是人类个性在社会中最直接的表现,且属于最高贵的人权之一……它对自由民主的宪政秩序是绝对基本的,因为只有它才使得不断的思想交流和见解竞争成为可能;后者形成这类秩序的生命血液。事实上,它是“几乎所有其他形式的自由之基石和必不可少之条件”。

由于言论自由在自由民主国家内的根本重要性,如果允许这项基本权利的实质受制于普通法律及解释法律的司法决定,那将是前后矛盾的。相反,就基本权利和私法之间的关系而言,以上讨论的普遍原则在此同样适用。法院必须根据基本权利的重要性,来衡量限制基本权利的普遍法律之效果。它们必须解释这些法律,以保存基本权利的重要地位;在自由民主国家内——尤其针对公共政治,这项解释过程必须假设言论自由在所有领域的根本作用。对于基本权利和‘普遍法律’之间的相互关系,法院不得解释为‘普遍法律’对基本权利之适用性的单向限制;相反,它们之间存在着一种相互影响。根据第5条的文字,“普遍法律”对基本权利规定了界限;但反之,这些法律的解释,必须参照这项基本权利在自由民主国家的价值建立之作用,因而任何对基本权利的限制作用本身亦必须受到限制。

如果言论形成了对普遍福利至关重要的公共舆论,那么私人——尤其是经济——利益必须让步。这并不表明这些利益缺乏任何保障;基本权利的价值就在于它能为每个人所运用。如果感到经受了某人的公共言论之损害,那么任何人皆可作出公共回应。只有在不同见解以同样的自由度而获得表达的冲突过程中,公共舆论才得以形成,且社会的个体成员才能形成其个人意见……每个人都具备同样的基本权利。既然在庞大社团的社会生活中,个人之间的利益和权利冲突不断发生,相互冲突的权利必须就根据它们在社会领域中值得保护之程度,而受到不断的相互平衡。不论由此对个人去自由发展其自身的机会产生何种限制,这类平衡必须获得接受。在此,任何人都不能依赖宪法第2条的绝对保护。

在权衡了宪法第2条所保护的个性权利和第5条所保护的言论自由之后,联邦宪政法院判决最高法院错误判断了言论自由这一基本权利的特殊重要性。由于后者在适用法律的时候未能考虑言论权利的重要性,其决定必须被撤销。

宪政法院肯定言论自由对自由民主的宪政秩序是必不可少的。

限制言论自由的“普遍法律”不得受到任意解释。

普通法院在解释过程中必须适当平衡言论自由和其他权利。

思考 上案判决中关于言论自由是“几乎所有其他形式的自由之基石和必不可少之条件”,来自美国最高法院卡多佐法官(J. Cardozo)在1925年的

“左翼党派第一案”中的一句话。^[11]由此可见,德国法院对美国法院在同样领域内的发展还是相当关注。“联合抵制电影案”和“纽约时报案”有何不同?你认为美国法院会如何处理“抵制电影案”?

“联合抵制电影案”具有多种重要意义。

和“西南重组案”类似,(见本书第四章)“联合抵制电影案”是德国宪政史上的一块里程碑。宪政法院在此阐述了言论自由体系所涉及的基本理由,说明了言论在公共论坛所实现的目的,并鉴别了用于权衡言论权利和其他受法律保护之利益的司法标准。正如考玛斯教授指出,这一案例对宪法理论包含着多重意义:“第一,这项决定强调了言论的个人和社会层面。个人尊重言论,乃是因为其思想和精神本质要求对话和讨论;社会拥护言论,乃是由于它对政治民主的重要性。第二,和其他基本权利类似,言论同时具备积极和消极特征。它的负面保护个人不受对言论的广泛限制;其正面迫使国家及其机构为言论权利的有效行使去建立必要条件。第三,和为私人目的或财政增益而发表的自我中心之言论相比,为公共目的而发表的政治或中立言论,具备更高的宪法保护层次。第四,‘抵制电影案’把《基本法》的解释地位,确定为客观价值的等级体系。^[12]第五,也是最重要的,宪法的客观价值影响着所有领域的法律——包括私法。”(Kommers, 1989:368)

但某些言论也不受德国宪法保护。

但在言论自由和人格或其他权利的平衡中,前者未必总占上风。尤其到20世纪60年代末,宪政法院对保护言论自由的态度有所转变。1969年的“联合抵制周报案”表明,某些言论并不处于第五章的保护之内。和“抵制电影案”类似,“抵制周报案”也涉及鼓动经济联合抵制(Boycott)的言论。要获得宪法保护,宪政法院要求所采取的手段必须能被接受,且不损害他人的同样自由。就和经济市场上存在不正当竞争一样,思想“市场”的竞争也存在不正当手段——包括利用经济压力来影响与左右他人观点的表达。

案例 “联合抵制周报案”^[13]

在柏林墙被筑起后,一个称为“布林费尔”(Blinkfüer)的左倾小报仍然为东德的电视与广播节目刊登广告。报界巨头斯普林格(Springer)向其销售商发布传单,指令它们停止出售刊登东德节目广告的报纸(只有布林费尔一家),并威胁对不服从的零售商拒绝供应其自身报纸。根据《德国民法典》第

[11] Gitlow v. New York, 268 U. S. 652.

[12] 对于该案的这部分意见,详见张千帆,2001:412—420。

[13] Blinkfüer Case, 25 BVerfGE 256.

823条,布林费尔起诉斯普林格犯有不正当竞争行为,并在地区法院获得胜诉。基于“抵制电影案”的决定,最高人民法院认为抵制的号召受到第5条的保护,因而撤销了地区法院的判决。布林费尔反过来运用《基本法》第5条权利,在宪政法院申诉最高人民法院的决定和斯普林格侵犯了其言论自由。在第一庭的意见中,宪政法院的权利平衡达到了和“抵制电影案”相反的结论,并撤销了最高人民法院的判决。宪政法院指出:

联合抵制的倡议者所采取的手段必须在宪法上可被接受。如果并非纯粹基于思想论点——换言之,如果并非限于描述、解释或考虑本身的说服力,而是采取超越这些限度的手段,以剥夺那些受影响者在缺乏经济压力的情形下自由决定之能力,那么言论的基本权利并不保护联合抵制。后者[的手段]尤其包括威胁或宣布严重损害,以及利用社会或经济上的依赖地位来对联合抵制加以特殊支持。思想的自由辩论,乃是自由民主之运行的绝对前提,因为只有它才能保障对普遍的公共和政治问题的公开讨论。如果为了阻碍宪法保障的见解和新闻之传播,经济压力之行使给受影响者带来了严重损害,那么它就侵犯了在形成政治见解过程中的机会平等。它还抵触了自由表达见解的基本权利之意义和性质;后者被预期去保障公共舆论的思想交锋。

根据这些标准对被告行为进行衡量之后,宪政法院认为最高人民法院过宽解释了自由表达见解的基本权利之保护范围。在本案,被告在行使其言论权利的过程中采取不正当的经济制裁手段,因而反而侵犯了原告受《基本法》第5条所保障的言论自由。考玛斯教授指出:

“抵制周报案”贯穿着德国的言论法学中两条不断重现之主题。首先,最值得保护的交流,乃是对“见解的思想交锋”有所贡献之言论。在决定这类交锋是否存在的过程中,法院不仅审查交流的内容,而且就像“抵制电影案”一样,它还审查言论者的动机和目的。其次,法院把它的任务视为利益平衡。在“抵制周报案”的情形下,不受经济压力地运行企业的权利,超越了倡议联合抵制的自由。在这方面,“抵制周报案”不同于“抵制电影案”。在后者,宪法价值超越了私法损失的补偿;在前者,根据私法的损失补偿则超越了斯普林格公司的言论要求。但宪法价值仍然重要,因为法院进一步判决:斯普林格公司在实际上侵犯了布林费尔传播信息之权利。因此,法院再次强调了‘抵制电影案’的主要教诲,即宪法价值影响私法的解释和运用——尽管这种影响是间接的。

压制他人言论自由的言论并不受宪法保护。

某些言论比其他类型的言论更值得保护。

评论

政治言论的“见解”与“事实”之分

在分析第5条对言论自由的保护过程中,宪政法院区分言论的“主观”与“客观”成分。这体现于言论的“见解”(opinion)与“事实”(facts)成分之间的

宪政法院区分言论中的“见解”和“事实”因素,并禁止对见解的表达加以限制。

区别:见解是发言人的主观价值判断,事实则是统计数据、事件过程或受引用的言论等客观信息。对于客观事实,宪政法院要求准确度;但对于主观见解,发言人则必须被允许畅所欲言。例如在1976年的“监狱隐私案”,囚犯在信中向家属抱怨法官不公。宪政法院判决被拘留者具备和家人通信的自由,且不论家信如何欠准或粗俗,犯人必须被允许完全表达其见解。在1982年的“竞选毁谤案”,宪政法院阐述了见解和事实的区分原则。

案例 见解的自由表达——“竞选毁谤案”^[14]

在欧洲议会的竞选中,社会党候选人把巴伐利亚州的多数党——基督教社会联盟(CSU)——称为“欧洲的纳粹党”。基督教社会联盟在地区法院获得禁令,以禁止候选人公开重复这一指控,否则将开始民事赔偿诉讼。这项决定受到上诉法院的维持。社民党候选人提出宪政申诉,宣称法院判决侵犯了《基本法》第5条第1款和第2款。在第一庭的决定中,宪政法院判决宪法申诉有理并成立。它指出:

这项基本权利并不明确区分“价值判断”和“事实陈述”;它保障所有人的言论自由之权利。不论是否能为其判断提供可信的理由,每个人都有自由叙述其思想。同时,自由言论的目的是形成见解,去说服并对他人施加思想影响。价值判断从来是指去说服别人;这是为何它受到《基本法》第5条第1款的保护。基本权利被主要用来保护言论者的个人见解。见解究竟“富有价值”或“分文不值”、“正确”或“错误”,抑或它是带有感情或理性,在此毫不相关。如果有关见解对公共问题的思想交锋有所贡献,那么它就被假设受到自由言论的原则之保护。即使是辛辣或夸张的言论——尤其是那些在竞选高潮所流露的言论,亦在根本上处于第5条第1款的保护之内。

这项原则并不以同样方式适用于事实陈述。虚假的信息并非是应受保护的好事。故意说谎并不受到第5条第1款之保护。这同样适用于错误引文。虽然事实陈述的错误并不使之自动处于第5条第1款的保护之外,但和见解之表达相比,它们更易于被普遍法律所限制。对“见解”之表达是否受到《基本法》保护的決定,主要取决于是否存在陈述观点、采取立场或在思想争论的构架中坚持见解之要素。见解的价值、真实性或理性并不重要。严格而言,事实陈述并非“见解”之表达。但由于它形成了见解之基础,这类陈述仍然受到《基本法》的[有限保护]。在第5条第1款意义上的“见解”概念,应被理解为在思想争论的构架内表达观点、采取立场或坚持见解。这同样适用于和事实

对主观见解的表达几乎享受绝对的宪法保护。

对客观事实的陈述并不受到同样程度的保护。

[14] Campaign Slur Case, 61 BVerfGE 1.

报道相结合的言论——尤其是在两者不能分离的情形下。

宪政法院认为,本案的“基督教社会联盟是欧洲的新纳粹党”之语是竞选演说的一部分,属于受第5条第1款所保护的见解之表达。就字面理解,这项陈述显然是错误的,在欧洲也不存在“新纳粹党”。但说这句话的意图显然不是为了陈述事实,而是试图通过夸张来说服听众,使之在欧洲议会的选举中支持社会民主党。这类话在竞选中是常见的,并在性质上属于见解的领域;选民也很清楚,演说者只是表露其见解来赢得听众。当然,人们可以从有关言论中发现事实,例如基督教社会联盟是极右政党。但宪政法院认为,言论所包含的“价值判断超过了事实内容”,而普通法院却错误地把申诉者的言论归为对事实的错误陈述。

夸张的比喻属于见解而非事实陈述。

更为重要的是,普通法院“未能考虑宣称受到诽谤的个人[或团体]地位的至关重要性及其参与受第5条第1款所保护的公共舆论的形成过程之程度。如果一人自愿使自身暴露于公共批评,那么他就放弃了部分其受到保护的私人领域。对政党而言,这项原则……将获得更为严格的应用,因为和普遍公民甚至个体政客不同,政党的存在与活动被自动理解为政治生活的一部分……在这种情形下,即使对于可被任何民主党派认为是诽谤的辛辣言辞,政党都必须承受之。在政治斗争的高潮,尤其因为政党有机会通过政治手段来保护自身,[这类评论]并不非同寻常。”因此,在平衡言论自由和名誉权之后,宪政法院判决候选人的言论权利不得受到限制。

政党竞选容许辛辣激烈的言辞。

当然,即使见解的表达亦非没有限制。如上所述,法院必须平衡第1条的人格尊严、第2条的个性自由和第5条的言论自由之间的冲突。除此之外,对言论的限制因素还包括其客观性、军事纪律、对雇主的忠诚以及政府工作人员——包括法官、公务员和军人——的效忠责任。不过,如果上级发言已进入公共场合,那么其下属可以公开对它进行言论挑战。

对见解表达的保护也有一定限制。

思考 和“纽约时报案”类似,“竞选毁谤案”的意见也提示,言论自由和人格尊严的平衡取决于言论的重要性和假定对方失去至少部分名誉保护的合理性。在政治竞选的场合下,这两个因素决定了言论自由超越名誉权的保护。你认为这种假定是否合理?试比较两个案例的异同。

探讨

再论言论自由与个人名誉——德国与美国的差异及其原因

和德国《基本法》不同,美国宪法仅考虑言论自由,并把个人名誉权的保护留给立法裁量权;尤其在1964年的“纽约时报案”之后,为了充分保障在政治领域内言论自由的宪法权利,公共官员几乎失去了个人名誉的立法保护。与此不同,《基本法》不仅承认言论自由,而且把人格尊严与个性自由置于宪法价值之首位,因而要求立法与司法机构考虑冲突权利之平衡,且这项平衡最终受制于联邦宪政法院的独立审查。宪法权利的平衡带来两个结果:首先,它规定了正面保障人格尊严的立法责任,从而约束了德国立法机构在名誉保护领域的裁量权。其次,宪政价值渗透了私法体系;如果在私人之间的诉讼中,普通法院片面保护言论自由,从而未能充分考虑人格与个性自由的地位,那么名誉受到损害的一方即可对诽谤诉讼的不利判决提出宪政申诉。因此,宪法平衡导致私法的“宪法化”,即虽然《基本法》并不直接控制私人之间的行为,但它“影响”着私法解释,从而对私人及其团体间接规定了宪法责任,使之同时尊重他人的言论权利和人格尊严。

针对人格尊严和言论自由之间的司法平衡,德美两国的不同宪法文字和处理方式体现了其历史差异。美国宪法起草于独立战争胜利之后,人们当时对英国国王的言论压制记忆犹新,因而第一修正案对言论自由提供了无可置疑的绝对保障。和各州宪法类似,联邦宪法的第一修正案简单规定:“国会……不得剥夺言论或新闻自由。”由于诽谤法在当时对个人名誉提供了严格保护,第一代美国人无须过虑人格尊严和个性自由所可能受到的侵犯。相反,德国《基本法》制订于第二次世界大战结束之际;鉴于纳粹政权对人格与个性的无情摧残,联邦德国的缔造者痛定思痛,决心制订一部宪法以永远避免悲剧之重演。因此,《基本法》开章即无条件宣布:“人格尊严不受侵犯。”部分出于个人权利在20世纪所具备的滥用之潜力,宪法对言论和新闻自由的保障则显得详细而谨慎,并使之受制于普遍法律的限制。因此,德美两国的宪政发展和其宪法文字与政治历史相一致。

德美两国对权利平衡所作出的不同选择,还和它们在处罚性质上的差异有关。在欧洲大陆法系,诽谤通常构成一项罪行。虽然如此,现代诽谤罪一般仅受到宣告性判决(declaratory judgment)——即禁止被告再次发表类似的诽谤性言论。只有在被告无视法院判决、继续诽谤原告名誉时,他才受制于民事诉讼以赔偿原告的名誉损失。然而,在经过20世纪改革的英美普通法体系,私人或公共诽谤多属于民事侵权行为;一旦证明成立,对诽谤者的处罚通常是巨额赔偿。正如联邦最高法院在“纽约时报案”中指出,这类民事罚款事实上比刑事惩罚更为可怕,因为一则报道可能在全国各地招致诽谤诉讼,从而使报

德国宪法的第三者效应导致私法的“宪法化”。

美国宪法没有保护人格尊严的条款。

欧洲大陆对诽谤罪的判处比美国更轻,因而对言论自由的影响相对较小。

社因承担不起巨额罚款或诉讼开支而面临倒闭之威胁。因此,法庭开支与罚款将对言论自由产生“泼冷水”效应,使得人们对公共事务噤若寒蝉。或许正是出于这个原因,美国的最高法院才对言论与新闻自由作出更大承诺;同样,正由于缺乏这类“泼冷水”后果,德国的宪政法院才得以为人格尊严提供更坚实的保障,而无阻碍言论自由的后顾之忧。

和美国宪法的“单向约束”相比,德国《基本法》的“双向约束”似乎更为可取。一方面,言论与新闻自由必须获得保障,这对现代民主政治尤为重要。对于公共事务,诽谤法必须根据宪法原则而获得宽松解释,且不得对诽谤者处以巨额罚款,以避免对言论自由“泼冷水”。如果政治家的个人名誉受到损害,那么他仅有权获得名义补偿、禁止被告再犯,以正其身、清其名。另一方面,言论自由必须基于对个人的人格与尊严的适当尊重之上。即使在政治领域,纯粹的个人攻击与人身侮辱似乎不应受到宪法保护,因为它对理性的政治交流少有帮助。政治家亦不因投入政治就完全失去了对个人名誉的法律保护。在一定程度上,对言论自由的理智约束,亦将提高政治讨论的质量,并减少因过分激烈的口头攻击而诉诸暴力行为之倾向。对于一个缺乏民主传统和政治宽容精神的国家,对人格的宪法保障以及对言论的相应法律约束尤为必要。在这方面,法院可对有序民主之维持作出正面贡献。因此,在言论和人格尊严之间发生不可避免的冲突时,法院应该根据具体情形而加以适当平衡。

德国对言论与新闻自由的处理方法更值得中国借鉴。

案例 “先人名誉第一案”

和德国基本法类似,中国宪法也同时保护言论自由(第35条)和人格尊严(第38条)。2002年11月9日,长春市中级法院作出一审判决,认定虹影的长篇小说《K》触犯法律,禁止发行并赔偿原告陈小滢的精神损失。陈小滢是陈源(陈西滢)和凌叔华之女。她认为从书中描写的时间、地点、人物可以推知,书中的主角——武汉大学文学院院长“程”——分明是指涉其父,而“林”则影射其母。原告宣称《K》肆意污蔑,以淫秽的手法杜撰了许多“不堪入目”的情节,内容黄色下流,从而引发了全国首起“先人名誉案”,也是第一起关于出版成书的小说官司,因而引起了文学界的震动。

你认为这场法律争议是否或在什么意义上可上升为宪法争议?对于先人名誉的类似争议,参见本书第一章的“魔菲斯特案”。

二、新闻与出版自由

言论自由和新闻与出版自由紧密相关,因为新闻与出版是言论的载体。尤其在现代大众社会,新闻媒介是人们交流思想和信息的主要工具。因此,

新闻自由和言论自由紧密相关。

要在实质上保护言论自由,就必然要保护登载言论的报纸、杂志、书刊、电影、电视及电台广播等大众媒介。事实上,两者可以说是“难分难舍”——多数关于新闻与出版的案例(如上述“纽约时报案”),在严格意义上是言论自由案例,只不过言论是通过广播、电视、报刊或书籍中的某种特定方式转载的。因此,作为一项普遍保障,言论自由本身即隐含着新闻与出版自由;对新闻和出版自由的限制,必然是对言论自由传播的极大限制。另一方面,在制度上,新闻与出版本身具有某些特殊性,因而可能要求比一般言论更多的特殊保护。

美国宪法并未明确规定是否对新闻自由赋予特别保障。

除了言论自由的普遍保障之外,美国宪法的第一修正案确实特别提到了新闻自由:“国会不得……剥夺言论或新闻自由。”但这是否表明,除了普遍的言论自由以外,缔造者还设想第一修正案对新闻媒介提供特殊保护?抑或“新闻自由条款”并不比“言论自由条款”包含更多的内容,而只是同义重复?美国对这一问题并没有清楚的答案。1975年,斯图亚特法官(J. Stewart)在耶鲁法学院所发表的讲话支持前一种观点:“新闻自由的保障基本上是宪法的结构条款。《权利法案》的绝大多数其他条款保护具体的自由或具体的人权:例如言论自由、信仰自由、获得辩护律师的权利以及禁止被强制自陷法网的权利。相对而言,‘新闻自由条款’把保护扩展到机构。简言之,只有出版社才是被授予明确宪法保护的私有企业。”然而,最高法院对此从未正式发表意见。

德国《基本法》对新闻自由赋予独立和具体的保障。

和美国宪法第一修正案的“言论或新闻自由”不同,德国宪法对新闻自由的保障独立而具体。《基本法》第5条第1款特别规定:“通过广播和摄像的出版自由和报道自由必须受到保障,并禁止审查。”毕竟,和美国宪法相比,《基本法》产生于一个半世纪之后。面对现代通讯与传播技术的迅速发展,德国缔造者尝试通过宪法文字,来解决现代大众媒介所特有的问题。考玛斯教授指出:“根据第5条,新闻自由是一项分离和独立的自由。在明确规定‘通过广播和摄影的报道自由’时,国父们清楚预期了电子媒体的作用及其在信息社会中不断上升的重要性。但他们是否同样意识到先进媒介技术给自由言论所带来的危险,则并非如此清楚。”(Kommers, 1989:396)

(一)新闻自由与事前限制

第一修正案禁止对新闻媒介进行事前审查。

除了诽谤法的约束之外,新闻自由还可能受到政府的事前限制或审查。就美国宪法而言,和以上的言论自由类似,对新闻媒介的事前限制也同样抵触第一修正案的保障。如上所述,早在第一修正案制订之初,这项原则就得以确立。然而,1931年的“禁止周刊诽谤案”扩大了这项原则的适用范围。

案例 “禁止周刊诽谤案”^[15]

在1925年通过的明尼苏达州法律规定：“任何人……不得从事日常制造、发表、散播、占有、销售或赠送……恶意、中伤与诽谤的报纸、杂志或其他期刊。违者犯有妨害罪(Nuisance)，且任何犯有妨害罪的个人都可受到禁止……在这类诉讼中，被告辩护可以证明作品的确实性，且发表是为了正当目的并带有良好动机。”如果被告违抗法院的暂时或永久禁令，可被处以1000美元罚款或一年监禁。根据这项法律，《星期六周刊》被指控诽谤当地的犹太人和政府官员。地区法院在审判后发现指控有据，因而禁止发表“《星期六周刊》的任何未来版本”以及“任何以其他名义发表的恶意、中伤与诽谤性作品”。明州最高法院基于程序理由，维持了这一判决。在以下休斯首席大法官(C. J. Hughes)的意见中，联邦最高法院以5:4表决推翻了州法院的决定，并判决州法违宪。多数意见注意到，在一百五十年以来，几乎从来没有法律试图对涉及官员渎职的出版施加事前限制。这一事实表明，这类限制将侵犯宪法权利。“公共官员的品质与行为必须在新闻媒介中受到公开争论与自由讨论；他们对错误指控的补救，在于根据提供纠正与惩罚的诽谤法来提出诉讼，而非限制报纸和期刊出版的事前程序。”法院进一步指出：

[历年来，]政府行政变得越来越复杂、渎职与腐化的机会越来越多、犯罪越来越严重，且不忠的官员可能包容犯罪，因而犯罪联盟和官方失职将使生命和财产的基本保障受到削弱；这种危险表明，我们需要无畏和警觉的新闻机构。确实，新闻自由可能被堕落的流言制造者所滥用；但在涉及官员的不当行为中，这一点也不削弱媒介免受事前限制的必要性。对这类可能存在的滥用实行事后惩罚，才是符合宪法权利的合适补救。

政府越复杂、腐化和渎职的机会越多，越需要新闻监督。

州政府宣称州法是为了防止谣言的传播，从而避免扰乱公共治安、挑起殴斗或犯罪。但多数意见并不认为这类论点有任何帮助：“对不当行为——尤其是官员渎职——的指控，必将制造公共丑闻，但宪法保障的理论是：阻止出版的权力将引起更严重的公共危害……对不当行为的指控可能制造仇恨及诉诸暴力解决手段的倾向；这一点也没有新鲜之处。但这一众所周知的倾向，并不改变保护媒介不受出版审查和限制的决定……假如这类考虑能够授权立法去干涉出版的初始自由，那么宪法保护终将退化为表面文字。”

防止谣言传播、维护公共治安，并不构成限制新闻自由的理由。

以上案例并非表明政府绝对不能实行事前限制。为了保障公共道德与治安，地方政府很可能必须实行某种程度的事前审查。电影审查即为一例。在

[15] Near v. Minnesota, 283 U. S. 297.

政府可以为保障公共道德而对某些电影实行事前审查。

这种情形下,第一修正案对新闻与言论自由的保障,主要体现于对审查制度的程序限制。在1965年的“淫秽电影审查案”,^[16] 马里兰州的法律即规定了这类电影审查制度。被告未经事先审查就公开放映电影;尽管州政府承认该电影本来会获得批准,被告还是因未能符合州法要求而受到指控。在联邦最高法院,布仁南法官的多数意见仅在仔细分析了州审查程序的各个方面之后,才推翻了审查制度的有效性。法院多数意见注意到马里兰州让行政官员单独作出初始决定,且司法上诉可能占用很长时间。布仁南法官的意见强调,事前审查制度通常被假定无效,且州政府具有沉重的举证负担去反驳这种不利假定。“要使影片事先上交审查的非刑事程序合宪,它必须具备为避免审查制度的危险性而设置的程序保障。”首先,审查官具有举证负担,证明影片并非属于受保护的言论。其次,关于影片是否构成受保护言论的问题,州的要求不得使审查官的决定在效果上成为最终决定,而是必须提供司法审查机制。最后,州政府必须保证,审查官将在指定的短时间内,或者颁发许可,或者上法院去限制影片的放映。

(二)新闻自由与国家秘密

新闻自由可能和国家安全相冲突。

对事前限制的另一项应用是涉及国家机密的案件。为了政府的有效运作,政府显然有权保护一定数量的国家机密。但另一方面,民主政府区别于专制政府的主要特征,即在于人民可以自由讨论一切公共事务;政府不能通过把任何议题标榜为“国家机密”,就禁止公民或媒介进行讨论,并以“国家安全”为名来惩罚“泄密者”。因此,如1971年的“五角大楼文件案”所示,国家的安全利益和第一修正案保护的言论与新闻自由可能发生冲突。

案例 “五角大楼文件案”^[17]

在越南战争期间,反战人士埃尔思伯格(Daniel Ellsberg)接受了题为“美国越战史”的国防部文件,文件主要描述了美国政府发动越战的经过。埃尔思伯格试图通过报社来披露这些文件,从而使内部政治斗争公开化,并对政府的备战政策施加公众压力。联邦政府要求法院立即禁止报社发表这批文件,并称一旦这些信息获得公开,后果将是“增加美国战士的伤亡、摧毁盟国合作、极大增加和敌人谈判的困难并延长战争”。两个联邦上诉法院分别作出不同判决:哥伦比亚特区法院准许《华盛顿邮报》发行消息,而第二巡回区法院却禁止《纽约时报》发表同样报道。上诉法院之间的分歧需要获得联邦最高法院消除,以形成统一的法律解释。政府律师辩称执法部门有权保护国家,并禁止那些危及国家安全的信息受到公布,其权力

[16] Freedman v. Maryland, 380 U. S. 51.

[17] Cases of Pentagon Papers, New York Times v. United States, 403 U. S. 713.

来自两个相关的源泉:总统主管外交事务的宪法权力及其武装部队总司令权力。

然而,最高法院以 6:3 表决,认为政府所出示的证据并不足以禁止敏感文件的披露,因而否定了政府禁止发表的要求。法院的全体意见指出:“对于任何对言论的事前禁止,本院都假设它违宪无效。因此,政府具有沉重的举证负担,去证明施加这类限制的理由。”持多数意见的法官基于不同理由,判决本案文件的披露不能受到联邦政府的事前限制。

只有满足沉重的举证负担,政府才能证明事前限制的正当性。

当然,美国对政府机密材料的公开化也不是无限的。例如在 1979 年的“氢弹秘密案”,^[18] 联邦地区法院即禁止发表有关氢弹制造的文章。被告《进步》月刊并非要发表尚未公开的机密材料,而只是拼凑现已公开的各路资料并汇总为“氢弹秘密”一文。联邦政府宣称,一旦发表这些经过被告综合的情报,合众国利益将受到“立刻、直接和不可挽回的损害”,因而要求地区法院予以禁止。联邦地区法院把这个案件和“五角大楼文件案”相区别,同意了政府要求。首先,在前案,政府并未能建立合适的立法根据;而在本案,1954 年的《原子能法》授权联邦政府去禁止任何人“交流、传播或披露受到限制的数据——如有理由相信这类数据将被用来损害美国或为任何外国提供优势”。其次,“五角大楼文件”仅包括历史数据,而本案的数据则涉及现在和未来的核武器制造。最后,政府在前案未能充分证明媒介披露将威胁国家安全;而在本案,这种威胁是不言而喻的。

政府机密材料也不能被无限制公开。

对于其他民主国家而言,“五角大楼文件案”的决定也许是不可思议的。例如在英国,《官方机密法》很可能禁止类似材料的公布。但类似的问题在欧洲国家同样存在,尽管处理方式未必相同。在联邦德国的宪政史上,宪政法院最受争议的决定或许是 1966 年的“镜报泄密案”。

案例

“镜报泄密案”^[19]

在 1962 年,《镜报》(Der Spiegel) 周刊发表了有关北约(NATO)行动的轰动性封面故事,详细披露了北约和西德的军事计划及西德军事的弱点,并指责国防部长斯特劳斯(Franz Josef Strauss)企图使西德装备原子战略武器。一天晚上,西德联邦和州警察联合袭击了镜报周刊的总部,逮捕了周刊的编辑并带走大批资料。经过三年的法院诉讼,最高民法院的刑事庭最后因缺乏证据而驳回了政府针对镜报的指控。但镜报编辑仍然提出宪政申诉,宣称法院原

“拼合理论”:如果报刊基于各种公开来源的信息片段而拼合成连贯的军事方案,且可能有利于敌国并危及联邦德国的生存,法院就可假设有关报道构成了叛国罪。

[18] United States v. Progressive, Inc., 467 F. Supp. 990 (W. D. Wis.).

[19] Der Spiegel, 20 BVerfGE 162.

先授权政府的搜查与逮捕许可侵犯了法治原则和第5条言论自由。虽然他们并未直接挑战授权政府行动的基础——叛国法,编辑们宣称政府对叛国法所采用的“拼合理论”(mosaic theory)解释违反了宪法。根据这一理论,即使镜报在实际上并未披露任何被归为机密的军事消息,但如果基于各种公开来源的信息片段而拼合成连贯的军事方案,且可能有利于敌国并危及联邦德国的生存,那么法院仍可假设报道故事构成了叛国罪。在第一庭的意见中,宪政法院发生4:4的对等分裂;由于未能构成多数,政府行动的合宪性受到维持。然而,宪政法院的双方意见都不接受对叛国法的“拼合理论”之解释。法院意见指出:

不受政府控制和审查之限制的新闻自由,乃是自由社会的基本要素;一个在政治上活跃并正常出版的自由报刊,对现代民主而言尤其必不可少。如果公民要作出政治决定,那么他们必须具备彻底信息;他们还必须熟悉他人的见解,以权衡行动的其他途径。新闻机构使讨论之继续保持生气;它提供信息,并对其采取立场,从而为公共争论确定方位。新闻机构表达了公共舆论,并澄清公共问题,从而为公民判断提供了便利……新闻机构的这项‘公共使命’是重要的,且[这项使命]不能被确立的公共权力所实现。出版公司必须能够在社会层面上自由组织。它们根据自由市场原则而运作,并具备私有企业的组织形式。它们在思想和经济上相互竞争,且这一过程不得受到国家的干预。

在民主国家里,自由报刊的职能对应于它在《基本法》下的法律地位。第5条保障新闻自由。这项保障在《基本法》内的位置及其传统意义,强调了这项权利的主观特征。这意味着个人和企业可不受官方干预而自由运作。在某种意义上,[这项权利的主观层面]授予新闻机构以有利的法律地位。新闻自由还具备客观的一面,即它保障‘自由新闻’机构之存在。独立于个人权利之外,且不论有关何种调控,国家都有责任在法律体系的所有领域内尊重新闻自由之原则。这项原则体现于从事出版的企业之自由、从事记者职业的自由机会以及公共机构的披露信息之责任。另外,国家可能具备采取行动的正面责任,以防对见解的垄断之发展。

新闻自由还可能和《基本法》保护的其他价值发生矛盾;它可能和个人、团体或普遍社团的权利相冲突。《基本法》授权法律体系以调控这项冲突的任务;新闻机构也是其对象之一;只要利益至少和新闻自由同样值得保护,新闻机构就必须尊重他人及普遍公众的法律权益。对媒介成员授予的特权地位,完全是出于其职能,且仅限于这项职能的范围之内。它并非个人特权问题;脱离了普遍有效规范之个人自由,必须根据这一背景而获得解释。

因此,《基本法》第5条第2款规定言论与新闻等自由可以受到“普遍法律”的限制。本案中的叛国法也是属于“普遍”法律,其目的是保护德国免受

新闻机构对维持自由民主社会担负着公共使命,因而不能适用拼合理论。

新闻自由包含一系列更具体的自由。

新闻自由可能和其他宪法权利发生冲突。

外敌侵犯；当报刊对国防机密发表事实、议论或观察时，叛国法就和新闻自由发生冲突。宪政法院不能采纳政府的下列论点，“即新闻自由以联邦德国的存在为前提，并将随着国家的摧毁而消失，[因而采用事前审查的政策]去迅速解决这一冲突。”法院指出：自由民主秩序……要求警觉的新闻机构去自愿批评国家事务——包括军事结构和政策。从这个角度来考虑，军事机密对国家安全的必要性，并非是和新闻自由相互排斥的原则。相反，它们取长补短，因为它们都是为了维护联邦德国。[普通法院]应该考虑这项目标，来解决两种必要性之间的冲突。因此，法院必须考虑被披露的事实对潜在敌人和对公共舆论之形成的重要性。针对在国防领域内获得重要事件信息的需要，[它们]必须平衡报道对国家安全所可能产生的危险。

在审查事实过程中，宪政法院第一庭的8名法官对等分裂。根据《联邦宪政法院组织法》的有关规定，这表明下级法院的意见受到维持。4名持反对意见的法官认为，由于新闻机构肩负着报道事实的公共职能，叛国法对新闻机构的适用应该比普通公民更为宽松；如果所披露的“国防机密”已经成为公开讨论的话题，并已被普遍知晓，那么新闻机构对信息的综合与总结并不能被认为是触及了任何“机密”。因此，“拼合理论”是《基本法》所不能接受的。少数意见进一步指出：

军事领域并不能免除于对民主政府之体系如此关键的自由与公共讨论……讨论政府的基本国防政策、国家武装力量之强弱、为保证防御能力而采取之措施的有效或无效性以及公共资金在军事上的合适使用，乃是新闻的合法职能。它的责任是告诉公众这些问题，并为每个公民[对这些问题]的决定提供必要事实。显然，这并不包括发表所有细节；但每当涉及新闻报道时，对军方事实的合法与非法报道之界限划分，总应比普通叛国案更为宽松。因为新闻机构的正常任务，正是收集并组织信息，使之成为对既定事件或现象的和谐描述，或分析单独信息并使之集合成模式，然后提供结论。这类事实的事前披露，在原则上排斥新闻叛国的可能性。否则，新闻机构向公众告知国防的基本问题并激发公众讨论之能力，势必受到决定性阻碍。

新闻自由和军事机密对维护国家的长治久安来说同样重要。

少数意见认为，军事领域并不绝对排斥新闻自由。

思考 比较“镜报泄密案”与“五角大楼文件案”，两者的判案依据是否一致？如果让两国法院互换角色去判对方的案件，它们是否会达到同样结论？

探讨 国家安全与国家秘密

国家秘密和国家安全是紧密联系在一起的两个概念,泄露国家秘密是损害国家安全的一种常见形式,而从以上案例中可知,对国家安全和国家秘密的保护都可能和个人权利——尤其是新闻自由——发生冲突。1993年2月22日,第七届全国人大常委会第三十次会议通过了《国家安全法》,规定任何组织和个人进行危害国家安全的行为都必须受到法律追究。(第4条)这里所指的“危害国家安全的行为”,是指境外机构、组织、个人实施或者指使、资助他人实施的,或者境内组织、个人与境外机构、组织、个人相勾结实施的行为,包括“阴谋颠覆政府,分裂国家,推翻社会主义制度”;“参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务”;“窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密”;“策动、勾引、收买国家工作人员叛变”以及“进行危害国家安全的其他破坏活动”。后来制定的《国家安全法实施细则》第8条又定义了“其他破坏活动”,主要包括组织、策划或者实施恐怖活动,捏造、歪曲事实或发表、散布文字或言论,制造民族纠纷、煽动民族分裂,以及利用宗教等手段进行危害国家安全的活动。

如何定义“国家安全”?如何判断“国家安全”是否受到了危害?《国家安全法》禁止并惩罚危害国家安全的“行为”,这是否表明它允许可能对国家安全产生不利影响的“言论”?如果一份公开发行的报纸披露了属于“国家秘密”的信息,且这一信息可能为境外人员所获知,它是否触犯了《国家安全法》?要惩罚有关行为,是否需要证明这类行为已经给国家安全带来危害,或至少肯定会带来危害?

1988年9月,第七届全国人大常委会第三次会议通过了《保守国家秘密法》(以下简称“保密法”),2010年曾进行修订。其中第2条把“国家秘密”定义为“关系国家的安全和利益,依照法定程序确定,在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项”,主要包括下列活动中的秘密事项:国家事务的重大决策、国防建设和武装力量活动、外交和外事活动、国民经济和社会发展、科学技术、维护国家安全活动和追查刑事犯罪,以及政党秘密事项。(第9条)根据后来制定的《保守国家秘密法实施办法》第4条,如果某一事项泄露后会造成下列后果之一,就应当列入国家秘密及其密级的具体范围(即“保密范围”):“危害国家政权的巩固和防御能力”,“影响国家统一、民族团结和社会安定”,“损害国家在对外活动中的政治、经济利益”,“影响国家领导人、外国要员的安全”,“妨害国家重要的安全保卫工作”,“使保护国家秘密的措施可靠性降低或者失效”,“削弱国家的经济、科技实力”以及“使国家机关依法行使职权失去保障”。

国家秘密的密级分为“绝密”、“机密”、“秘密”三级,保密期限相应为30、20、10年(第15条)。“绝密”是其泄露会使国家的安全和利益遭受“特别严

中国的《国家安全法》禁止并惩罚任何“危害国家安全的行为”。

中国的保密法及其实施办法规定了保密事项的范围。

重”损害的“最重要”国家秘密；“机密”是其泄露会使国家的安全和利益遭受“严重”损害的“重要”国家秘密，“秘密”则是指其泄露会使国家的安全和利益遭受损害的“一般”国家秘密。（第10条）国家秘密及其密级的具体范围，由国家保密工作部门分别会同外交、公安、国家安全和其他中央有关机关规定。军事方面的国家秘密及其密级的具体范围，由中央军事委员会规定。（第11条）对是否属于国家秘密和属于何种密级有争议的，由国家或者省、自治区、直辖市的保密工作部门确定。（第20条）对是否属于国家秘密和属于何种密级不明确的事项，绝密级由国家保密工作部门确定；机密级由省、自治区、直辖市的或者其上级的保密工作部门确定；秘密级由省、自治区政府所在地的市和国务院批准的较大的市的或者其上级的保密工作部门确定。如果事项泄露后对国家的安全和利益的损害程度已发生明显变化，或因为工作需要，原接触范围需要作出很大改变，应由确定密级的机关、单位及时变更事项的密级。（第12条）如果事项公开后无损于国家的安全和利益，或从全局衡量公开后对国家更为有利，应根据情况变化，由确定密级的机关、单位及时解密。（第15条）

《保密法》第48条规定，如果有人故意或者过失泄露国家秘密，情节严重的，依照刑法追究刑事责任；泄露国家秘密而不够刑事处罚的，可以酌情给予行政处分。所谓“泄露国家秘密”，是指使国家秘密被不应知悉者知悉，或使国家秘密超出了限定的接触范围，而不能证明未被不应知悉者知悉的。

保密法惩罚泄露
国家秘密的行为。

如何判断以及由谁判断对国家秘密的泄露是否构成“故意”或“过失”？如果一份杂志首先泄露了国家秘密，而其他报纸杂志或其他媒体进一步散播了这一秘密，这类“二次泄露”是否也受到《保密法》的禁止？在确定保密范围的过程中，“保密工作部门”是否具有不受限制的自由裁量权？如果不是，什么机构可以限制这一裁量权？各级人大或法院是否可以审查保密决定的合法性与合理性？

《国家安全法》第13条要求国家安全机关及其工作人员应当严格依法办事，“不得超越职权、滥用职权，不得侵犯组织和个人的合法权益”。“任何公民和组织对国家安全机关及其工作人员超越职权、滥用职权和其他违法行为，都有权向上级国家安全机关或者有关部门检举、控告。上级国家安全机关或者有关部门应当及时查清事实，负责处理。”（第22条）如果《国家安全法》或《保密法》的实施不适当地限制了公民的宪法与法律权利，对权利的侵犯是否可以获得司法救济？

（三）市场垄断与多元化

对新闻自由的宪法保护并不限于传统的报社领域，它还随着现代通讯手段的更新而扩展到新兴电子媒体——电视与电台广播。但正如下面涉及电视

电视与电台广播容易形成垄断,削弱新闻自由。

台的一系列案例所示,电视与电台广播造成独特的多元化(plurality)问题。和报社不同,电视与广播电台因频道有限、技术复杂且耗资庞大,而更易于导致所有权的集中。在1961年的“电视台第一案”,德国联邦宪法法院对这一问题作了经典阐述。

案例 电视广播的多元化——“电视台第一案”(续)^[20]

在战后重建时期,联邦政府在西德设立了国家电视台。宪法法院第二庭判决这一决定违宪,因为联邦立法侵犯了《基本法》为各州保留的权力。(参见本书第四章)不仅如此,在第二部分意见中,联邦宪法法院判决国立电视台的结构还违反了《基本法》的新闻自由保障。法院指出:

从收集信息到传播新闻与见解,第5条第1款特别保障新闻机构的独立自主。如果国家寻求直接或间接地调控或指导新闻机构或其分部,那么它就侵犯了这项保障。只有在众多独立报刊的竞争下,且国家保持不改变新闻机构的自由映象,宪法对新闻自由的保障才允许政府干预。我们必须考虑以上提及的第五条内容,才能衡量第五章对广播的意义。尽管具有以下讨论的特殊性,广播和报刊同样属于现代大众交流的必不可少之手段;它影响并帮助形成公共舆论,且是这一过程的关键成因。对形成公共舆论的参与,绝非限于新的节目、政治评论或有关过去、现在或未来政治问题的系列报道;它还发生于戏剧、音乐演出、酒吧歌舞表演、甚至节目所表现的布景……这清楚表明,机构自由对广播的重要性绝不低于报刊。

广播区别于报刊的特殊性在此显得尤其重要:相对多数的独立刊物存在于德国媒介,它们包括意识形态和政治观点的广泛范围;但在广播领域,由于技术原因和广播的极高代价,电台数量则必然很少。由于广播领域的独特情形,[电台]必须采取特殊的预防措施,来实现并维持第五章所提供的广播自由。现行广播设施的组织原则,提供了实现这一目标的一种途径:立法创立了在公法下运作的法律实体,它负责制作广播节目,但脱离国家影响或至多受制于有限的国家监督。它的管理董事会实际上由各个重要的政治、哲学和社会团体之代表组成;他们有权监督节目负责人,保证其服从立法条款,并要求适当比例的利益相关者参与[节目制作]。在现行技术条件下,如果其权力具备这些钳制,那么在国家层面上授予某机构的广播垄断并不抵触第5条。

由于公司的现实状况是完全处于国家控制之下,“成为联邦的工具”,因而“西德电视公司”的成立和存在都侵犯了《基本法》第5条对新闻自由的保护。

政府不得侵犯新闻机构的独立自主权。

广播比报刊更容易形成垄断,因而其董事会的组成尤其必须反映社会多元化。

[20] First Television Case, 12 BverfGE 205.

“电视台第一案”被称为“广播领域的大宪章”，它首次确立了电视广播领域中的多元化原则。根据法院意见，“[公共舆论]之形成，既不应仰仗政府、亦不应仰仗单一社会团体之鼻息。”因此，对广播机构的判断标准是多元化——而非所有权，即广播电台是否受到社会各个阶层的多元化控制，而非是否存在国家或私人对所有权的垄断。公共权力对广播媒介的垄断受到明确允许，且只要受到仔细监督以符合公共利益，私人垄断亦被允许。

对广播机构的判断标准不是所有权的性质，而是机构组成的多元化程度。

在1971年的“电视台第二案”，^[21] 宪政法院考虑了公共广播的经济独立问题。为了使电子媒体摆脱政府经济实力的控制，西德在战后成立了非营利的广播公司。公共广播不受国家资助，且费用由电视观众承担。在联邦政府对非盈利的广播公司征税后，这项决定在宪政法院受到挑战。宪政法院推翻了政府的征税决定，并强调自由民主基本秩序与广播之间的紧密联系。广播是形成公共舆论的重要工具，其影响至深至远，且易于被一边倒的宣传所误用。因此，电视台既不能受政府垄断，亦不能完全诉诸自由市场，使之受制于独立私人的垄断。在本案，由于电视台属于非盈利的公共企业，政府不得对它征税。

电视台既不能被政府垄断，也不能被私人垄断。

最后，在电视广播领域内，对新闻自由的威胁不仅来自国家干预，而且来自私人垄断；无论垄断主体是公共政治权力还是私人经济权力，市场垄断都将削弱新闻自由和“思想市场”的多元化。根据“第一案”原则，《基本法》第5条不但禁止国家、而且禁止私人对新闻自由的干涉。后者体现于1981年的“电视台第三案”。

案例 私人垄断与多元化——“电视台第三案”^[22]

在1967年，萨尔州(Saarland)的立法在西德首次批准私人拥有的电台营业。这项法律使私人 and 公共广播公司受制于同样的多元化原则，包括其董事会的多元化代表要求。私人电台被要求成立13人组成的顾问董事会，其中包括天主教、基督教和其他公共成员。但法案既未注明顾问董事会的职责，亦未指定其他董事会成员的雇用方式。根据这项法律，州政府拒绝对“自由广播公司”(FRAG)授予营业执照。电视台在州的行政法院挑战这项决定，但两度败诉。再次上诉之后，行政法院把州法条款提交宪政法院。在第一庭的意见中，宪政法院澄清了新闻自由对私人广播执照的建立和批准的宪法要求：

[21] Second Television Case, 31 BVerfGE 328.

[22] Third Television Case, 57 BVerfGE 295.

议会立法必须保证私人广播公司也能表达不同见解。

[议会未能注明条件来维持广播自由,并平衡相互冲突的价值或利益。这项保障广播自由之使命,不能被委托行政官员或广播公司本身。立法必须规定管理广播行业的政策。]市场的不定规律未必产生符合广播自由之标准的节目选择。尽管报刊的历史发展产生某些平衡,并在基本上足以保障[公民]继续去接受全面信息并形成见解,[我们]并不能假设同样情形适用于私人广播……我们并不知道‘见解的市场’是否能够出现,使得不同见解能不受剪辑地获得表达。[我们]必须面对下列危险,即[私人广播]可能把值得散播的见解,排斥于公共舆论的形成过程之外,且占有广播频率和财源的见解持有者,可能对公共舆论的形成过程施加支配性影响。

和美国法院不同,宪政法院并不假设广播私有化一定会自动产生“见解的市场”。

因此,议会必须制订实体、组织和程序条款来实现广播自由的职能,并保证宪法第五章第一款的权利获得保障。由于本案的州议会未能制定足够详细的法律来规定批准私人广播执照的行政程序,因而不符合宪法要求。换言之,议会立法不得如此模糊,以致授予没有限制的行政裁量权以决定是否批准私人广播的运行。和美国法院不同,宪政法院并不假设广播私有化一定会自动产生“见解的市场”;市场垄断已经成为现代经济中的普遍现象,而在新闻广播领域内,经济垄断也意味着观念与见解的垄断——如果没有立法的多元化要求,新闻媒介必然会限于传播那些垄断者喜爱的观念,并取决于垄断寡头们的任意喜好。

思考 除了“公共广播电视台”(PBS)和“美国之音”(VOA)受政府资助和立法调控以外,美国的其他广播公司都是私有和私营的,联邦和各州并没有对它们规定多元化的要求。为什么美国没有采取和“电视台第三案”类似的做法?这么做可能会和宪法的什么其他原则或权利相冲突?

法国媒介的所有权垄断同样产生对新闻的私人限制。

报社和新闻广播的垄断问题也同样存在于法国。1789年的《人权宣言》第11条宣布:“思想和见解的自由交流乃是最为宝贵的人权之一;因此,除非根据法律决定的情形而必须为这项自由的滥用负责,每个公民皆可自由言论、写作并发表。”到19世纪后期,法国对言论和新闻自由的法律限制在自由化运动中被逐渐取消。1881年的法律取消了事前限制,并最终宣布新闻自由。但和其他民主国家类似,法国媒介的主要现代问题并非国家限制,而是在于因所有权的垄断而产生的私人限制。早在第三共和时期,报社所有权过于集中的问题就已出现。由于大规模投资的要求和激烈的市场竞争,报社所有权集中于少数财团寡头手中,且发表内容受到后者的显著影响。到第二次世界大战前后,这一问题在电台和电视广播领域中尤为显著:由于频道有限,广播自由

受到技术条件的限制。这一问题最终获得了立法解答。1944年的法规强调报社所有权的透明度,并规定报社公布管理结构。

为了给政治讨论提供充分机会,并为不同见解达成共识提供基础,宪政院在通讯与交流领域制订了系统的案例法。通过重新解释通讯自由,宪政院在媒介领域确立了三项宪法价值:多元化、透明度和获得调控的竞争。这三项价值都被认为是议会决定的概念,因而宪政院仅行使有限控制。如下所述,多元化是衡量通讯自由的主要原则,受到了宪政院最严格的实施。对于报社所有制结构的透明度和竞争原则,宪政院则仅实行宽松控制,因而议会放松对透明度的立法要求未必违宪。且由于宪政院认为竞争本身并非宪法要求,而只是实现多元化的手段,议会立法规定有关公司的最大数量并保障调控机构的独立性,就符合宪法要求。在1982、1986和1989年,不同执政党下的内阁建立了组成完全不同的调控机构,但新闻监督机构的调控权力无大变化,因而全被判决合宪。

宪政院在媒介领域确立了三项宪法价值:多元化、透明度和获得调控的竞争。

在新闻媒介领域,宪政院所发展的案例法主要是针对20世纪80年代的党派更迭及其所带来的政策变化。在70年代兴起报社合并之后,社会党内阁加强了对报社所有权的调控,规定个人拥有报社股份的比例上限不超过15%。1984年的《新闻法》限制了报社所有权的规模,并建立报社委员会的监督机构。在1984年的“新闻法决定”中,^[23] 宪政院驳回了基于新闻自由的挑战,判决所有权结构的公布要求并不侵犯新闻自由。但仅受制于谨慎和严格的解释之下,法律限制才未因侵犯多元化原则而无效。宪政院要求报社拥有足够大型的编辑队伍,并保证新闻记者的活动自由和作品发表的“观念自主权”;为此,编辑必须是带有职业执照的记者,使之成为报社巨头和作品出版之间的中介。在这些条件下,透明度要求非但不削弱新闻多元化,而且是后者的必要条件。

宪政院认为,透明度是保证新闻多元化的必要条件。

在1986年保守党上台后,希拉克(Chirac)内阁寻求修正1984年的法律,以减少社会党在1984年对新闻机构的调控,并中止了对一些庞大报社帝国的指控。在1986年的“新闻法决定”中,宪政院判决法律修正因削弱了报社多元化而违宪。

案例

“新闻法决定”^[24]

1986年的立法修改取消了1944年有关法国新闻组织的法令以及1984年法律对报社财政透明度和多元化的规定。法案第11条把有关政治和一般信

[23] 84—181 DC.

[24] 86—210 DC, Rec. 110.

息的报纸所允许占有之市场份额,从15%提高到在全国领域内总发行量的30%。社会党议员挑战对这些法律条款的取消与修正,并把问题提交宪政院。

立法对透明度的要求并不侵犯新闻自由。

对于透明度问题,宪政院指出:“对财政透明度的贯彻远非抵触或限制新闻自由,而是通过使读者以真正自由的方式行使其选择,并对报社所提供的信息形成明智判断,从而有助于增强这项自由的有效行使。但如上所述,和它所取消的先前法律相比,议会可为实现财政透明度的目标而引进不同方法。因此,虽然新的规定不如现行法律严格,这本身并不构成违宪理由……为了实现透明度的目标,议会所采取的方法并不带有任何明显错误。”

不能保证报社多元化的立法违宪。

对于多元化问题,宪政院重复了1984年的“新闻法决定”,但指出了修改法案中所包含的缺陷:“第11条的规定并不能防止个人或团体去利用公司法的完全合法之程序,使自身同时成为数类现存日报的完全与有效之主人,且可超越第11条本身对报纸的发行阈值之限制。因此,草案第11条绝不是议会可被允许制订的保护报社多元化之改进方法;它并不能保证交流手段的有效性,且和先前条款的取消相联系,它的效果是剥夺宪法价值原则的法律保护。”基于上述原因,宪政院宣布第11条违宪。

在电视广播领域,执政党的更替也带来了政策与结构变化。第二次世界大战后,法国的电视与电台广播一直处于政府垄断之下。1981年社会党执政后,国家控制有所放松,且议会立法打破了国家对电台的垄断。1985年底,社会党在下台前已开始允许私人拥有电视台。作为第一个私人频道,第五台被授予社会党的支持者。社会党还计划开放更多的私人频道。1986年执政后,希拉克的保守党内阁寻求以多种方式改革广播领域,其重要组成部分是使最大的法国第一电视台(TF1)私有化。改革还包括放宽对广播的调控限制,并建立了“全国通讯自由委员会”(CNCL)。在1986年的“通讯自由决定”中,宪政院判决内阁提议的法案部分违宪。

案例 “通讯自由决定”^[25]

1986年的法律第1条规定,利用电视通讯服务的自由可在必要程度上受到限制,以保障思想潮流的多元化表述;第3条设立了“全国通讯自由委员会”,并使之有责任促进思想潮流的多元化表述。反对派代表宣称有关多元化的规定不够准确,且未能防止多元媒介(Multi-media)的所有权集中。第39条只禁止一人同时拥有几家私人广播电台的25%份额;第41条则禁止在同一地区拥有超

[25] 86—217 DC, Rec. 141.

过一家的广播公司,但并未禁止私人在全国地区拥有多家公司。这些修正后的立法条款不能充分保障思想的多元化,因而被宪政院判决违宪。

对于多元化问题,宪政院的意见指出:“社会文化潮流的多元化本身是宪法价值的一项目标,且对这类多元化的尊重乃是民主的前提之一。如果在公共和私人行业内,视听交流手段所针对的公众不能接触不同特征的表达,以保障信息的真实可靠性,那么 1789 年《人权宣言》第 11 条所保障的思想和见解的自由交流就不会有效。”

根据第五共和宪法第 34 条,“法律应决定有关公民权利的规则、及为行使公共自由而授予公民的基本保障。”由于立法第 39 条和第 41 条存在着空隙,不能充分限制可能损害多元化的所有权垄断,议会忽视了它在宪法第 34 条下的权能。由于宪政院认为“草案第 39 条和第 41 条本身并不符合宪法要求,以保证广播或普遍媒介领域的多元化”,它们被宣布违宪。

(四) 新闻媒介、司法公正和被告人格

以上的案例显示,法院一直是新闻自由的有力保障。但在有些情形下,新闻机构可能和法院发生直接冲突。在此考虑新闻机构和法院之间的两层关系:一方面,为了保障公正审判,法院可能具备有限权力去限制媒介在审判前报道案情;另一方面,作为普通法传统,法院有义务向媒介公开。后者涉及新闻机构获得政府信息的权利。如下所述,虽然新闻机构通常并没有从政府获取信息的权利,政府也没有向媒介提供信息责任,但新闻机构有权参与法院的公开审讯。

和诽谤法类似,事前限制可能被用来维护某类公民的权利。例如,新闻媒介对即将开始或正在进行的刑事审判进行全面报道,可能会影响陪审团的观点,从而损害被告获得公正审判的权利。因此,某些州采取“弹压言论法则”(gag order),禁止媒介在审判结束前对刑事案件进行详细报道。然而,由于事前限制对言论和新闻自由的不利影响,且存在其他方法来保证被告的公正审判权利,法院一般不得禁止对刑事审判的报道。

多元化是一项宪法价值目标,有助于保障信息的真实可靠。

普通法传统的法院有义务向媒介公开。

在审判结束前,法院可以禁止媒介对刑事案件进行详细报道。

案例 “禁报谋杀案”^[26]

1976 年,内布拉斯加州法院根据“弹压言论法则”,禁止报纸去报道一个当地闻名的集体谋杀案嫌疑的供词,以保证公正的陪审团审判。联邦最高法院推翻了这项判决,伯格大法官的意见指出:

[26] Nebraska Press Association v. Stuart, 427 U. S. 539.

法院的事前限制对新闻自由具有“泼冷水”效果。

对于第一修正案权利,事前限制是最为严重和最不能被容忍的侵犯。刑事惩罚或诽谤赔款受制于全副程序保护;直到穷尽了所有上诉审查的途径,判决的影响一直受到延迟。但事前限制却施加立刻和不可挽回的处罚。如果说在发表之后实行刑事或民事处罚是对言论“泼冷水”,那么事前限制则至少一时“冻结”言论……在决定中,我们必须检验初审法官所面对的证据,以决定(a)审判前新闻报道的性质与程度;(b)是否存在其他措施,来缓和在审判前不受限制的公开报道所造成的影响;(c)限制报道的命令对防止危险多么有效。限制命令的准确措辞也很重要。

法院认为,本案对公开报道具有的危害程度及其发生可能性的证明,并未达到事前限制所要求的确定程度。

在1980年以前,如果说法院一般不能禁止对刑事审判的新闻报道,那么新闻机构也无权参与法院审判。宪法第六修正案确实授予刑事被告获得及时与公开审讯的权利,但这项权利仅适用于被告本人——而非新闻媒介。因此,如果原告、被告与法官三方同意,法官就被认为有权关闭法庭、进行内部审判。1980年的“公开审讯案”改变了这一实践。^[27] 该案涉及对一名犯罪嫌疑人的审判方式,他被指控刺杀旅店经理。在弗吉尼亚州的地方法院,他被判决犯有二级谋杀,但后来发现审判有误。在重审中,当地报社记者列席了审判。被告律师要求法官关闭法庭、排斥记者。法院在征求原告律师同意后,答应了被告要求。判决结果是被告无罪获释。报社起诉,称法官不公开审讯的决定侵犯了报社的新闻自由。最高法院的多数意见认为,刑事和民事审判都长期被假定公开,因而推翻了弗州最高法院的决定,并肯定了报社要求。

如上所述,德国《基本法》第2条第1款规定:“只要不妨碍他人权利、不违反宪政秩序或道德,每个人都有权自由发展其个性。”和“魔菲斯特案”中的艺术自由类似,新闻自由同样可能和人的个性自由相冲突。在1973年的“刑满出狱报道案”,联邦宪政法院处理了宪法第2条和第5条所保护的之间的冲突。

案例 “刑满出狱报道案”^[28]

勒巴赫(Lebach)因协助抢劫军火并杀死重伤数名战士而被判服六年徒刑。在他即将刑满出狱时,电视台把当时的犯罪经过制成新闻报道,并展示其

根据普通法传统,民事和刑事审判都长期被假定公开。

[27] Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia, 448 U. S. 555.

[28] Lebach Case, 35 BVerfGE 202.

姓名、照片及其同性恋倾向。勒巴赫要求州法院禁止电视台的报道,但基于《基本法》第五章所保障的言论与新闻自由,州的地区与上诉法院都驳回了原告的要求。勒巴赫在宪政法院提出申诉,宣称电视台报道侵犯了其受第二章保护的个性自由。宪政法院第一庭独立平衡了第2条与第5条所保障的个性与言论权利,并禁止电视台重播犯罪经过。法院指出:

人格尊严和自由发展个性之权利,对每个人保证自主领域,从而使个人通过发展并保护其个体而形成其私生活。这包括保持独身自好并排斥他人干扰或检查之权利。它还包括个人对自身的肖像和言论之权利,尤其是决定如何处置自己肖像之权利。每个人在原则上都有权自行决定:其他人是否并在何种程度上可公开报道其生活或毕生经历的某些遭遇。当然,个人对私人生活的决定权并不是绝对的。如果作为社团一员的个人和他人之间达成关系,并通过其存在或行为去影响他人,从而触及他人的私人领域或社团生活之利益,那么除非涉及其不可侵犯的最深层生活,他主宰其自身的私人领域之全权,就可受到限制。只要足够强烈,任何社会联系都可对公共权力为整体公共利益而采取的措施提供理由,以刊登嫌疑照片来帮助刑事调查。然而,不论是解决犯罪的国家利益还是任何其他公共利益,都不能一成不变地为个人领域之侵犯提供理由。相反,和人格尊严的最高宪法价值紧密相连,自由发展并获得[尊重]的个性自由极为重要;它要求对个性自由的侵犯限于必要范围,且永远和《基本法》第2条第1款连同第一章第一节所规定的保护法则相平衡。

另一方面,接受信息的权利也不是绝对的。“个性自由的至关重要性,不仅要求[被告的]不可侵犯和最为内层的私人领域获得保护,而且要求[报道机构去]严格尊重比例原则。对个人领域之侵犯,限于对[公众]接受信息的利益需要之合适满足;对被告所产生的伤害,则必须和其犯罪严重程度或对公众的重要性成比例。因此,披露姓名、刊登照片或采用其他手段来鉴别犯罪者[等措施],并非在任何情形下都受到允许。”

在平衡宪法第2条和第5条所保护价值的过程中,法院必须考虑两种宪法价值和人格尊严之关系,因为后者是宪法价值体系的核心。“广播自由可能具备对个性自由的限制效果;但对于公共广播对‘个性’所产生的任何损害,都必须和报道对自由交流的意义成比例。[法院还必须考虑:]广播是否可能无须对私人领域造成深远侵犯,即实现其合法利益。”因此,如果对于犯罪事件而言,公众接受现存信息的利益已获得了满足,那么罪犯“不受干扰”的权利就变得更为重要。媒介和公众并没有任意的权利,把罪犯生活的个人层面转变成讨论或消遣之对象。一旦刑事法庭已指控被告,并为其吸引公众注意的行为定罪,那么就没有理由对罪犯个人层面的进一步或重复侵犯。

新闻自由也可能会侵犯他人的人格权利和个性发展。

新闻机构应该遵循比例原则,使对个性自由的侵犯仅限于必要手段。

在保障人格尊严和个性自由的平衡中,法院必须考虑两种宪法价值和人格尊严之关系。

思考 “刑满出狱报道案”和“禁报谋杀案”的决定依据是否有所不同?如果确实不同,它们反映了德国和美国宪法的什么区别?

(五) 中国对新闻自由的法律规定

中国在上传统上对言论采取事后追究制。

中国各部宪法都保障言论与新闻自由,但这项自由亦受到立法的普遍限制。对于出版物,中国在上传统上一直采取事前放任、事后追究制度。(王世杰、钱端升,1999:91)即使是严酷的清朝文字狱,在性质上也只不过属于事后惩罚。最早的事前限制是1908年的光绪报律,对于报社成立规定了交纳押金和报告官府的条件,并对报刊的发行实行事前审查制度。这种制度对报纸的发行增添了极大的负担,且官府也不胜其烦。

袁世凯时期的报纸条例和出版法规定了事前限制。

民国成立后,《临时约法》承认言论和出版自由,清末报律自然废止。但《临时约法》第15条规定,约法权利“有认为增进公益、维持治安或非常紧急必要时,得依法律限制之”。1914年,袁世凯曾颁布报纸条例和出版法,其中报纸条例专门规定报纸的出版,出版法则规定报纸以外的“文字图画”之出版。报纸条例采用许可和保证金制度。报刊必须在出版前获得警察机关的认可,并交纳押金。如果未获许可或未交纳保证金而发行,警察官署可以直接决定罚金并停止发行。凡涉及下列九项内容的报刊均为非法:淆乱政体,妨害治安,败坏风俗,涉及经有关官署禁止发行的外交军事秘密及其他政务,预审尚未获得公审的案件或禁止旁听的诉讼,涉及国会及其他官署会议依法禁止旁听的内容、煽动、庇护、赞赏、救护犯罪人或刑事被告人或陷害刑事被告人,攻击个人隐私或损害其名誉。如果报纸被指控违反了上述禁止,其处分权属于法院。

1916年,黎元洪复任总统,废止了报纸条例。于是报纸的出版受制于出版法。该法对出版仅规定了备案制,但对合法出版内容的限制和报纸条例类似。1926年,段祺瑞因各方面的反对意见而废止了出版法。此后,全国新闻出版实行自由。但北京仍存在着“管理新闻营业规则”,对限制报社的成立甚至比报纸条例更为严格。(王世杰、钱端升,1999:93)

国民党统治时期主要实行事后追究制。

1930年,南京政府颁布了新的出版法,其管辖范围包括报纸杂志、书籍及“其他出版品”。根据该法,报纸和杂志采用备案制,书籍和其他出版物则可自由发行。但出版物不得登载下列内容:意图破坏国民党或三民主义,意图颠覆国民政府或损害中华民国利益,意图破坏公共秩序,妨害善良风俗,禁止公开诉讼的辩论。一党专制和一种教条对新闻出版的限制,从此开始。对于违法的出版物,内政部可以纠正、警告或扣押。虽然1931年的《训政时期约法》

规定了“发表言论及刊行著作之自由”，但第 15 条允许法律加以限制，因而出版法并不违反约法。以后，国民党又规定了若干新闻检查办法；凡是重要都市的报纸，必须经过审查后方可发行。

1949 年以后，四部宪法都先后规定了新闻出版的自由。1982 年宪法第 35 条规定：“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”但有关法规对出版物实行了相当严格的事前审查和事后追究制度。1997 年，国务院颁布了《出版管理条例》。第 5 条规定：“公民在行使出版自由的权利的时候，必须遵守宪法和法律，不得反对宪法确定的基本原则，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”根据第 11 条，出版单位的设立首先必须向省级政府的出版行政部门申请，经审核同意后转报国家新闻出版署审批。在获得许可证并登记后，出版单位即取得法人资格。图书、音像及电子出版物出版社的年度计划及“涉及国家安全、社会安定等方面的重大选题”，（第 19 条）须经省级政府的出版行政部门转报新闻出版署备案。在出版物发行前，出版单位应向新闻出版署、北京图书馆（现国家图书馆）和中国版本图书馆免费送交样本。第 25 条规定，任何出版物不得含有下列八项内容：反对宪法确立的基本原则，危害国家统一、主权和领土完整，危害国家安全、荣誉和利益，煽动民族分裂、侵害少数民族风俗习惯、破坏民族团结，泄露国家机密，宣扬淫秽、迷信或暴力、危害社会公德和民族优秀文化传统，侮辱或诽谤他人，以及“法律、法规规定禁止的其他内容”。如果从事出版、发行、印刷或复制业务的违反了上述规定，可“没收出版物和违法所得，并处违法所得三倍以上十倍以下的罚款”，情节严重的可责令停业整顿或吊销许可证，构成犯罪的可追究刑事责任。

1982 年宪法规定了言论与出版自由，但受制于事前审查和事后追究制度。

2005 年 9 月，国务院新闻办公室和信息产业部联合发布《互联网新闻信息服务管理规定》，其第 19 条对互联网信息划定了 11 处禁区，主要包括违反宪法确定的基本原则，危害国家安全、泄露国家秘密、颠覆国家政权和破坏国家统一，损害国家荣誉和利益，煽动民族仇恨、民族歧视、破坏民族团结，破坏国家宗教政策、宣扬邪教和封建迷信，散布谣言、扰乱社会秩序并破坏社会稳定，散布淫秽、色情、赌博、暴力、恐怖或者教唆犯罪，侮辱或者诽谤他人、侵害他人合法权益，煽动非法集会、结社、游行、示威、聚众扰乱社会秩序，以及以非法民间组织名义活动。对于违规者，国务院新闻办公室或各省政府新闻办公室依据各自职权责令停止违法活动，并处 1 万元以上 3 万元以下的罚款。^[29]与此同时，地方政府也通过有关措施限制互联网活动。例如江苏省委颁发了《加强和改进大学生思想政治教育的实施意见》，要求加强校园网络管理，建

[29] “互联网严禁煽动非法游行”，《新京报》2005 年 9 月 26 日。

立监控和管理平台,“过滤”删除错误信息,并要求电子公告栏严格实行用户实名注册制度。^[30]

思考 网络言论的自由与限度

2010年10月17日,“推友”程建萍和华春瑋在无锡网上看到四川绵阳反日游行的视频,对一些游行者抢砸路边行人的录像机、照相机表示不满,随后在推特上发了一条推文:“反日游行和砸日货没有新意,你们可以坐飞机到上海去,砸上海世博园内的日本馆。”程建萍在转发推文时还加了一句:“愤青们,冲啊。”为此,程被无锡警方拘留5天,华被拘留10天,而拘留期满后,程又立即被其户籍所在地的河南公安部门从无锡押回,并被判处劳教一年。

2007年7月至2012年3月,兰州失业教师陈平福在博客与微博上发表或转载了“向埃及人民学习,我们不想再忍受花言巧语的愚弄”、“不当奴化教育的帮凶”、“中国特色——领导创造思想”、“抗拒民主和法制,全民族都是输家”、“我在自己的祖国被自己的仆人欺负”等文章。检方认定他“通过互联网攻击党和政府,诋毁、诬蔑国家政权与社会主义制度”,其“行为”已构成煽动颠覆国家政权罪。

2013年7月21日,女歌手吴虹飞发表了“想炸”北京人才交流中心的居委会和建委的微博。她后来可能意识到不妥,特地加了一条“搞笑”微博为自己解围:“我想炸——北京人才交流中心的居委会旁边的麦当劳——的鸡翅,薯条,馒头……”,但是仍然被北京警方拘留,引起了不小的网络争议。有的网友认为吴有言论自由,但也有网友认为吴的言论已构成《治安管理处罚法》第25条第3项禁止的“扬言实施放火、爆炸、投放危险物质扰乱公共秩序”的言论,甚至已构成《刑法》第291条规定的“编造、故意传播虚假恐怖信息罪”。

你如何看待以上几起事件中政府行为的合宪性?如何确定公民言论自由的法律边界?

探讨

谁敢封杀《人民日报》?^[31]

除了法律限制之外,中国的新闻报道有时还必须面对地方政府所采取的违法封杀,甚至中央党报都不能幸免。2003年8月28日,《人民日报》第5版

[30] “江苏高校BBS将实行实名制”,《新京报》2005年10月6日。

[31] 成功、陶达嫔:“定南‘人民日报事件’后果前因”,《南方周末》2003年9月18日。

刊登出一篇报道,题为“如此拆房为谁谋利”。文章大意是批评江西省定南县政府先违规出让土地,后又不顾法院要求诉讼期间“停止执行”的裁定,组织人力赶在法官到达前强行拆毁地上房屋。8月30日上午,县武装部门口的水泥墙上悄悄贴上了这篇文章的复印件,引来许多人观看。不一会儿,人群中传闻县里已经派人把这张报纸封杀了。一位面色严肃的人挤进人群,一手撕掉了墙上的复印文章。据说第二天下午,县里来了两位领导,要求带走前一天的《人民日报》。最后,8月28日《人民日报》第5版被单独抽出来“封存”了。因此,除了私下复印的一些报纸之外,那一天的《人民日报》第5版从当地全部“失踪”。

定南事件反映了什么?针对这类行为,普通报社可能具有什么宪法或法律救济?作为中央党报,《人民日报》是否享有宪法所规定的“新闻自由”?为什么?除了报社本身之外,谁还应该有权起诉地方政府的违法封杀?地方政府之所以封杀报道,是因为它将在群众中间进一步产生不满,从而破坏政府的形象。政府是否可以为了维护当地秩序和政府形象而封杀报纸?为什么?

如果地方政府对新闻报道不满,有可能采取违法手段进行干预。^[32]例如2005年7月4日,新华社“新华视点”专栏播发“浙江临海:政府图政绩学校比气派”,报道了浙江临海市多所中小学在政府的推动下,不惜背债几千万元甚至高达数亿元,竞相攀比迁建豪华校舍陷入困境的现象,在当地引起强烈反响。^[33]报道播发后,《人民日报》、《新华每日电讯》和台州市委机关报《台州日报》等60多家媒体刊登了报道。一时间,临海群众争相传阅,认为“符合事实”、“反映了群众的呼声”,且新华社敢于将真相公布出来,是在挽救临海的教育。许多百姓寄希望于舆论批评能引起当地政府的重视,加以整改。然而,当地某些领导却指责当地报纸转载“这样的文章”“不负责任”。在临海的一次领导干部会议上,该市的一位主要领导公然指责有关部门“监管不严”,让临海不好的影响扩大化。7月7日,在市里的统一布置下,《今日临海》在头版用整版的篇幅以“教育,临海的一张名片——我市教育发展纪实”为题,并配发评论员文章予以回应。当地电视台也挤出黄金时段,在很长的一段时间里不懈宣传临海教育的“辉煌成就”。当新华社又派记者调查临海教育问题时,当地政府得知后立即紧急部署,要求一些校长通知学校教职工,遇到记者采访时“不要乱说话”、“推说不知道”,并马上向上级报告,如果谁把临海学校问题捅出去,就要“严肃处理”。这个例子表明新闻自由具有什么社会价值?你认为应如何让它的价值发挥出来?

[32] 例如见“不满乱收费被曝光,交警队长率众冲击报社”,《生活日报》2005年10月22日。

[33] “建豪华校舍遭曝光,当地领导指责媒体‘不负责任’”,《新京报》2005年9月18日。

评注 别让“非法经营”成为限制出版的借口

如果地方政府连党媒都敢封杀,普通出版物当然就更不在话下了。2010年8月19日,几名来自陕西渭南的便衣警察带走了报告文学《大迁徙》的作者谢朝平,罪名是“涉嫌非法经营”。^[34]所谓“非法经营”,是指谢朝平与《火花》杂志社达成协议,以增刊方式印了一万册《大迁徙》,而增刊没有事先上报审批。此前,渭南市文化稽查队已经以“杂志属非法出版物”为由,没收了几千册《大迁徙》;库区各县市政府还派出公安、乡镇干部和文化稽查队员,从移民家里搜走《大迁徙》增刊,并扣压了4600册运回的“非法出版物”。

要说谢朝平“非法经营”,显然是无稽之谈,因为“经营”的目的必然是赢利,而谢朝平只是出于一个记者和作家的正义感,应渭南当地移民的请求写了反映他们境遇的《大迁徙》,没有证据表明他收了任何人的钱款。事实上,为了争取作品的出版,谢朝平自己掏了五万元印刷费。在缺乏任何赢利目的的情况下,“非法经营”显然不成立,渭南警方对谢朝平的拘留构成对公民人身自由的任意侵犯。即便因为程序瑕疵而构成“非法出版”,违规主体也是杂志社而非作者,因为申报审批是杂志社的义务,作者本人是无法履行这一义务的。

其实谁都知道,渭南警方不仅侵犯了谢朝平的人身自由,而且也侵犯了他和众多移民的言论自由以及中国公众的知情权。渭南之所以对谢朝平大动干戈,当然不是因为什么“非法经营”,而是他写的《大迁徙》真实记录了三门峡库区几十万移民的历史,揭露了当地官员挪用移民安置款、占用移民土地、造成大量移民上访等问题。既然关涉地方政府的“形象”和官员个人的“乌纱帽”,渭南不遗余力拘捕谢朝平、压制《大迁徙》出版的行为动机也就不难理解了,而这种真实目的不可告人的行为严重违背了宪法第35条保障公民享有的言论与出版自由。陕西省有关部门以程序瑕疵为由将《大迁徙》定性为“非法出版物”,不啻授予渭南政府一柄滥用公权、压制言论的尚方宝剑。省市两级串通合谋,无非是为了继续隐瞒地方移民问题的真相。如果揭露真相的作品成了“非法出版物”,那么这个国家还能出版什么呢?

宪法第35条规定言论和出版自由的目的是为了为了防止发生在渭南的所有这一切,进而给中国社会带来真正的和谐稳定。如果公民失去了抗议政府违法的言论自由,如果任何揭露地方官员腐败的报道或出版物都将受到封杀,相关记者或作家都将以莫须有的罪名遭到迫害,那么中央政府和全国人民一

[34] 钱昊平:“陕西渭南警方进京抓走作家,称其出书涉非法经营”,《新京报》2010年9月1日。

样都将沉浸在表面的“和谐”与“稳定”中,地方政府官员则将更加肆无忌惮地滥用公权力并造成越来越严重的社会不公,冤假错案、流离失所、民不聊生将伴随着贪污腐败遍布全国各地,“上访”大军源源不断,群体性冲突此起彼伏,而中央却只能等到事件发展到不可收拾的地步才有所察觉。如此发展下去,整个中国犹如“盲人骑瞎马,夜半临深池”,岂非迟早有一天会面临“国将不国”的厄运?言论和出版自由的功能正在于及时揭露地方问题,以利中央尽早发现问题并进行整治,进而从源头上消除社会的不稳定因素并增强体制合法性。

三、游行示威和集会自由

在某种意义上,游行示威和集会也是属于广义的“言论”或“表达”,因为游行和集会的目的无非是为了表达某种政治见解并期望获得广泛的支持或同情。根据中国《集会游行示威法》第2条的定义,集会是指“聚集于露天公共场所,发表意见、表达意愿的活动”,游行是指“在公共道路、露天公共场所列队行进、表达公共意愿的活动”,示威是指“在露天公共场所或者公共道路上以集会、游行、静坐等方式,表达要求、抗议或支持、声援等公共意愿的活动”。这些活动不包括“文娱、体育活动,正常的宗教活动,传统的民间习俗活动”。但也正由于游行示威和集会是一种可能产生重大公共影响的集体行为,各国为这些活动的自由所提供的保障也更为谨慎。一般地,公民在从事这类活动之前都需要向有关政府部门提出申请,并在某些情况下受到限制或禁止。然而,立法限制或禁止不得侵犯游行或集会自由的实质。

(一) 美国

除了言论和新闻自由,美国宪法第一修正案还明确规定“国会不得……剥夺人民和平集会与请愿政府以伸张正义的权利”。事实上,集会和请愿权利来历已久。早在1215年,《大宪章》(Magna Carta)就保障下院(House of Commons)向国王请愿、要求伸张不平的权利。以后,作为这项《大宪章》权利的扩展,每个平民都有权集会并请愿下院。这项传统权利被新移民带到美洲殖民地,在美国立宪后,它和言论与新闻自由一并纳入《权利法案》。在历史上,联邦公民的请愿权利只受到一次立法挑战。1836年,国会曾采取“弹压言论法则”来抑制废奴主义者的言论和请愿活动。1840年,国会立法禁止接受任何涉及蓄奴制的请愿。但在小亚当斯(John Quincy Adams)的总统任期内,这项规则最终在1844年被取消。

各国的游行示威和集会自由都受到一定程度的限制。

集会和请愿是英国传统权利。

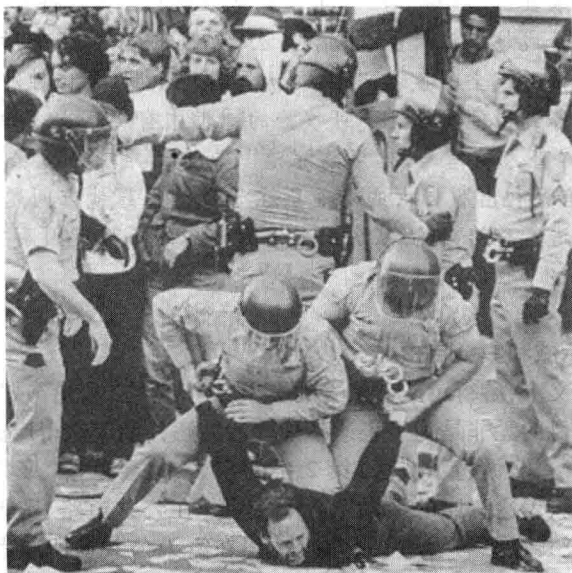


图 8.2 游行示威的限度

加利福尼亚大学伯克利分校的学生举行抗议,被警察拘捕。警察一定认为学生的行为已经出格,但学生则可能认为他们的抗议完全是和平理性的。合法游行示威的“度”有时很难把握,最后只有靠法官在平衡宪法保护集会自由之精神和社会对秩序之需要的过程中加以界定。

法院在具体案例中必须平衡个人的集会权利和公众对维护秩序的利益。

根据第一修正案,公民有权在传统的“公共场所”(traditional public forum)进行和平集会和游行。然而,如果这项权利的行使方式危及公共治安,政府则有权加以限制甚至禁止。这时,法院必须平衡相互冲突的个人与公共利益。因此,一方面,即使公共集会可能具有一定的暴力风险,政府亦不能以扰乱治安为由而一味拒绝批准;另一方面,政府可以禁止在法院周围的示威或纠察,以保障司法职能的正常行使。对于游行阻塞街道的中间情形,法院至今避免确定普遍规则,而是根据案件事实来作出具体决定。

游行示威一般需要事先申请许可。

一般而言,政府可以要求游行示威者事先申请地方政府的许可。在1941年的“游行许可第一案”,^[35]法院判决州政府可以要求示威者提前通知政府,使之有机会提供合适的警察保护,并防止交通阻塞或因在同一时间和地点发生两组游行或集会而引起混乱。然而,州的有关法律必须对批准条件作出适当的详细规定;如果缺乏合适标准,州法就将使地方政府具有无限裁量权去决

[35] Cox v. New Hampshire, 312 U. S. 579.

定游行的批准,从而对公民受第一修正案保障的权利增添过重负担。

另一种常见的情形是政府拒绝了公民的申请,但公民却相信州的有关法律或决定违宪,并因照常游行示威而受到政府处罚。最高法院在1953年的“游行许可第二案”判决,^[36]如果游行许可遭到拒绝,公民可以要求法院对政府决定作出司法审查;然而在此期间,政府可以禁止游行示威的举行。1967年和1969年的“黑人牧师游行案”都涉及同样事实。阿拉巴马州的地方规章规定,如果“公共福利、和平、治安、健康、正派、良好秩序、道德或便利要求”,政府可拒绝批准游行。公民必须服从政府禁止游行的决定。即使决定有误,公民也要等待法院审查推翻决定之后才能游行。包括马丁·路德·金在内的一群黑人牧师准备举行抗议种族歧视的游行,市政府经缺席审判而拒绝了他们的申请。牧师们认为政府决定是“权力的野蛮显示”,并因照常游行而被判决犯有蔑视法院的刑事罪。在“第一案”,^[37]联邦最高法院以5:4表决判决州的决定合宪。由于在申请的早先阶段存在司法审查,牧师们应当在游行前诉诸法院以寻求许可;如果上诉后申请再次遭到拒绝或延迟,则又另当别论。然而,在两年后的“第二案”,^[38]最高法院判决原告违反了州法而非法院命令,从而避免了蔑视法庭罪。在本案,过于广泛的地方规章授予政府无限权力来决定游行的许可,因而违宪无效。

另一类情形涉及公民在法院周围游行或设置纠察。1965年的两个“学生抗议法院案”表明了这类行为的宪法保护及其限制。

如果申请遭到拒绝,申请者可上诉法院。

案例

“学生抗议法院案”^[39]

路易斯安纳州的23名黑人学生因在实行种族隔离的饭店外设置纠察而被逮捕。被告考克斯率领2000名学生和平示威,抗议逮捕决定。他们来到拘留学生的法院周围,并和约200名白人相互对峙。考克斯发表讲话,宣称逮捕是非法的,并鼓励示威者去实行种族隔离的饭店静坐抗议。这引起某些白人的骚动,但双方都未发生任何暴力冲突。1950年的路州法律规定:“任何人不得在法院附近举行纠察或游行,以企图给司法管理造成障碍,或影响任何法官、陪审员、见证人或法庭官员履行责任;违者应被判罚不超过5000美元罚款或一年监禁。”考克斯因扰乱治安以及在法院设置纠察而受到起诉。最高法院同时否定了两项指控。在“第一案”中,法院认为禁止扰乱治安的州法过于

[36] Poulos v. New Hampshire, 345 U. S. 395.

[37] Walker v. Birmingham, 388 U. S. 307.

[38] Shuttlesworth v. Birmingham, 394 U. S. 147.

[39] Cox v. Louisiana, I & II, 379 U. S. 536, 559.

广泛,且示威者并未采取任何暴力行动,因此政府指控无效。

然而,在“第二案”中,最高法院认为禁止在法院周围纠察的州法有效。哥德伯格法官(J. Goldberg)的法院意见指出:

我们的决定体现出一些清楚的原则。虽然言论和集会自由对我们民主社会是必不可少的,但它们并不表明,每个想表达见解和信仰的人都可以在任何时间与地点对团体发言。对自由的宪法保障隐含着维持公共秩序的社会组织之存在;没有这项秩序,自由本身将在过度混乱中丧失。对街道游行实行控制,乃是政府履行责任以保证这项必要秩序清楚例证。为所有人的利益而促进公共便利的非歧视性限制,并不能因试图行使某些公民权利而遭到忽略——尽管在其他情形下,这些公民的权利将受到保护。人们没有理由去无视熟悉的红绿灯,而把它作为社会抗议的手段。人们也不能违反交通规章,坚持在时代广场的高峰期间举行集会来表达言论自由。政府机构有责任和义务保持街道畅通,并防止交通阻塞。一群示威者无权坚持封锁大街,或进入公共或私人建筑,而阻止无意听他们宣传的行人通过。我们特别排斥被告的以下主张:根据第一修正案,通过在街道或公路上设置警戒、游行或纠察行为来进行的思想交流,和纯粹通过语言来进行的思想交流具有同样程度的自由。

法院重申,“在赞成法治下的自由民主社会中,暴力没有地位;且和平抗议的权利并不表明,每个人都可以在任何地点时间表达他想表达的见解和信仰。即使最和平的抗议,也必须在合适的时间和地点举行;每个公民都有明确责任和义务,去遵从一切有效的法律。”因此,法律可以适当禁止某些示威方式。

(二)德国

作为表达自由的一部分,德国《基本法》第8条保护“举行和平与非武装集会”的权利,而无须事先通知或允许,但这项权利受制于公共秩序的考虑。在1985年的“核电站示威案”,^[40]环境保护人士举行盛大露天集会,以抗议在该市建立核电站。根据法律规定,示威必须获得地方政府的许可证。政府批准了环保示威的许可,但把示威限于远离核电站的场所。在这项决定受到宪政申诉的挑战后,宪政法院承认个人和集体示威的权利对自由民主的意义重大,但由于大型集会中通常有少数人具备暴力倾向,地方官员可按照公共安全需要加以合理调控。然而,官方考虑不可仅因少数人的暴力而削弱示威权利。在本案,上诉法院未能充分考虑第五章言论自由的重要性,因而其决定被驳回重新考虑。

游行集会不能忽视某些基本的社会规则。

即使是和平集会也必须在合适的时间和地点举行。

德国的游行集会权利受制于公共秩序的考虑,但政府不能仅因少数人的暴力倾向而削弱这项权利。

[40] 69 BverfGE 344.

(三) 中国

1989年10月31日,第七届全国人大常委会第十次会议通过了《集会游行示威法》,对游行、示威和集会活动规定了程序和实质性限制。根据第7条,除了国家举行或决定举行的庆祝与纪念活动,以及国家机关、政党、社会团体、企事业单位依照法律或组织章程举行的集会外,这些活动必须向主管机关——当地的市、县公安局或城市公安分局——提出申请并获得许可。主管机关在申请举行日期的2天前将决定书通知负责人,不许可的决定应该说明理由,逾期不通知的将被视为许可。(第9条)如对不许可的决定不服,活动负责人可在接到决定通知之日3日内向同级政府申请复议,政府应在收到申请复议书3日内作出决定。(第13条)第12条规定,具有下列四种情形的活动不予许可:反对宪法所确定的基本原则,危害国家统一、主权和领土完整,煽动民族分裂,或有“充分根据认为”申请举行的活动将“直接危害公共安全或者严重破坏社会秩序”。另外,公民不得在其居住地以外的城市发动、组织或参加当地公民的集会、游行与示威,(第15条)国家机关工作人员不得组织或参加违背法律规定的职责与义务的活动。(第16条)如果未获许可而举行这类活动,公安机关可对其负责人和直接责任人员处以警告或15日以下拘留。

中国的《集会游行示威法》对游行、示威和集会活动规定了程序和实质性限制。

1992年,国务院根据《集会游行示威法》制定了《实施条例》,进一步细化了其中某些规定。

案例 游行示威的自由与限制^[41]

2004年3月22日,一支百余号人的队伍举着白色条幅,拿大喇叭喊着口号:“还我血汗钱,子孙要吃饭”、“旧村要改造”等,行进在浙江金华市通往市政府的街道上。9月3日,婺城区法院“根据《刑法》第296条、第25条第1款、第61条的规定”,判决被告吴品禄、杨郁菡非法集会、游行、示威罪,判处有期徒刑一年六个月。

游行队伍来自毗邻金华火车站的洪源村,一个被城市包围的村庄。村的四周都已是道路和城区建筑,村民的住房收缩到一片狭小的区域。村民对1993年以来的征地补偿的发放标准很有意见,认为每月30—100元的补偿过低,村中32户拆迁纠纷还没有解决。2004年初,以吴品禄为主的几个村民开始筹划旧村改造,希望能守住靠近火车站的“风水宝地”,并在开发中实现更多的自主权。他们召集了一次会议,选出了“旧村改造筹备小组”,写出了一份“关于在政府统一规划下通过村民自筹资金对洪源旧村进行就地改造的报

[41] 徐楠:“浙江‘非法游行’第一案”,《南方周末》2004年9月9日。

告”。筹备小组还认为村支部、村委会没有为旧村改造更好地落实政策,争取资金。经过筹备小组商议,村民开始在本村范围内举条幅、喊口号游行。几天后,一位被征收超高费的村民建议,钱是被街道办事处罚的,因而应该一起到街道去。人群涌动起来,百余人到了街道办事处。经现场劝阻后,百余村民在下午到了市政府。区信访局局长让村民选出代表来谈问题,但杨郁菡说“我们不是来上访的,我们是来游行示威的。”村民希望和市领导直接对话,而不是当时在场的区干部或街道干部,并在僵持中静坐三小时。当晚,婺城区五大班子人员进村;第二天,区委工作组进村。征地补偿月度发放标准很快提高到每月500元,楼房超高费也予以清退,村民集中反映的一些问题开始得到解决。

4月5日,吴品禄等人开始在村中筹划罢免村支部书记和村委会主任,写了一份村民“强烈要求罢免不称职”书记和主任的报告。次日,他们开始在村民中征集签名。但就在午夜时分,吴品禄、杨郁菡被逮捕。7月6日,婺城区检察院提起公诉,认为吴、杨等人在未向公安机关申请并获得许可的情况下带领村民游行集会,致使街道办事处和市政府无法正常工作,严重影响了政府机关的正常办公秩序,构成了非法集会、游行和示威罪。辩护词列举了非法集会、游行、示威罪的四个构成要件:犯罪主体为举行集会、游行、示威的负责人和直接责任人,犯罪客体是社会公共秩序和公共安全,客观方面表现为违反《集会游行示威法》的有关规定,主观方面则表现为故意,即明知违法但为达到目的或发泄不满,故意以此向有关单位施加压力。但区法院认为,这次静坐、游行严重破坏了区、市两级党委、政府在人民群众中的良好形象,对鼓动群众进行不法上访请愿活动起到了推波助澜的作用,因而已达到严重破坏社会秩序的程度。在质证过程中,公诉机关提交19份证据全部被法院确认。辩方提供9份证据却因村民证言“与查明的事实不符”和书面证据“缺乏必要的形式要件,且与公诉机关指控的犯罪事实没有关联性”,均未获得确认——其中包括那份罢免报告,辩护律师认为村干部害怕官衔保不住才动用专政工具、限制被告自由。你认为地方政府逮捕示威者的理由是否充分?是否经得起宪法上的推敲?

和针对言论自由的限制类似,针对游行集会的控制有时也是徒劳的。2007年6月初,厦门百万市民一度“疯传”同一条手机短信,内容都是针对将在厦门海沧区建造的大型PX化工项目。该项目投资超过百亿,预计投入生产后将给厦门带来高达800亿的工业产值,但是却可能对厦门产生严重的环境风险。事实上,早在2007年的“两会”期间,就有105名政协委员联名提出了工程停建或迁址的议案,只不过当时没有受到应有的重视。这项被称为政协“头号提案”的牵头人认为,“PX就是对二甲苯,属危险化学品和高致癌物,

对胎儿有极高的致畸率”，因而这类项目只有建在远离城市的地方才安全，而现在这个项目的选址就在人口超过10万的海沧区附近，安全隐患是显而易见的。厦门市政府对此的说法是PX并非剧毒，而且“组织了大批专业人员查阅了国内国外的资料，还没有发现PX会致畸、致癌的报道”。这个问题本身是可以争议的，问题是当地政府如临大敌，采取的收缴杂志、关闭论坛、屏蔽短信等控制措施。你认为这些措施是否必要？是否合宪？



图 8.3 2007 年厦门市民“集体散步”

事实上，假如没有厦门市民的广泛参与，PX项目肯定还处于“现在进行时”，就连全国政协的“头号提案”都止不住。至少，厦门市民的行动引起了中央的及时关注。在中国这样一个泱泱大国，中央不可能注意到每一个地方细节，但是如果地方人民通过各种方式对某一个政府决定显示出超乎寻常的关注，那就向中央传递了一个讯号——这是一个关系地方民生的重大事件。这是否就是《尚书》所说的“天视自我民视，天听自我民听”的道理？如何从制度上保证人民的呼声“上达天听”？要保证及时了解地方民意，防止地方官员滥用权力、欺压百姓，中央究竟应该做什么？

2013年6月，最高检察院发布《关于充分发挥检察职能深入推进平安中国建设的通知》，要求依法严厉打击危害国家安全犯罪，切实维护政治安全，坚决打击以颠覆国家政权为目的进行的非法集会、聚众扰乱社会秩序与公共场所秩序等犯罪活动。2013年4月，袁冬、张宝成、侯欣、马新立等四人在北京西单街头打出“公民要求官员公开财产”的横幅，结果以扰乱公共场所秩序的罪名遭到刑拘。学者许志永、投资人王功权也因为发起“新公民运动”，同样以聚众扰乱社会秩序的罪名被刑拘。^[42]《刑法》第290条规定的“聚众扰乱社会秩序罪”是指“情节严重，致使工作、生产、营业和教学、科研无法进行，

[42] 周鑫、王晟：“知名投资人王功权涉嫌扰乱公共场所秩序被刑拘”，《京华时报》2013年9月14日。

造成严重损失”的行为。你认为上述活动是否构成《刑法》禁止的有关行为？如何协调《刑法》相关条款和宪法第 35 条之间的关系？公民集会自由的宪法边界何在？

思考 《集会游行示威法》规定的许可制是否符合宪法第 35 条保障的“游行、示威自由”？对于当地政府的不许可决定，公民是否可以提起行政诉讼？为什么？

四、结社自由

根据中国《社会团体登记管理条例》的第 2 条，社会团体是指“公民自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织”，不包括国家机关。广义的社团可以包括政党，但政党因其特殊重要性而被单独讨论，因而结社自由所保护的社团一般指的是民间社团。如上一章所述，结社自由的风险比言论与新闻自由更大，但它对民主社会也具有同样重要的意义。

(一) 美国

虽然第一修正案并未明确规定结社权利，但最高法院案例法综合第一修正案对言论、新闻、集会和请愿权利的保障，逐渐发展出“结社自由”(associational freedom)理论。最高法院所发展的“结社自由”理论，最初来自一系列争取黑人权益的诉讼。它们全都涉及“全美促进有色人种协会”(NAACP)，其中最重要的案例是 1958 年的“黑人协会名单案”。^[43] 阿拉巴马州的法律要求任何企业或协会向州政府申请并获得批准，才能在州内合法活动。“有色人种协会”未获得阿州允许，即在州内活动。在州政府起诉后，州法院要求协会提供有关信息以及成员名单。鉴于以前的类似披露曾给黑人成员带来人身威胁与经济制裁，协会提供了所有其他被要求的信息及其领导成员姓名，但拒绝提供普通成员名单。阿州法院因而判决协会犯有民事蔑视罪。联邦最高法院推翻了这一判决。

最高法院从第一修正案中发展出结社自由。

[43] NAACP v. Alabama, 357 U. S. 449.

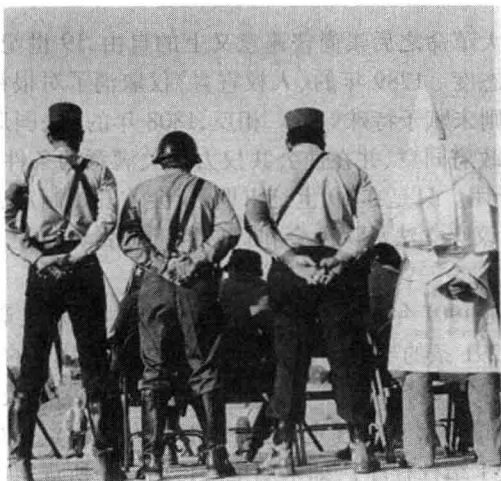


图 8.4 结社自由的代价

不仅“好人”有结社自由，“坏人”也有结社自由。结社自由要求社会必须允许那些不受主流意见欢迎的团体合法存在并公开活动，包括图中所示的新纳粹组织和三 K 党（右边戴尖帽者），除非他们公然宣传并积极策划用暴力推翻现行国家体制。

当然，结社自由并不是一项绝对权利；各州政府可以为促进合宪与合法利益，而限制协会的政策或活动。例如在 1984 年的“结社性别歧视案”，^[44] 明尼苏达州的法律禁止在公共场所实行性别歧视。一个全美协会把选举权限于 18—35 岁的男子，因而被指控违反了明州法律。协会的辩护宣称，其结社权利受到第一修正案的保护，因而不受州法的干预。最高法院否定了这种论点，判决州法并未侵犯公民的结社自由。法院指出，个人可能具有两类结社自由：首先，个人有自由选择结社，以建立并维持个人之间的亲密关系。这项自由在此无关，因为本案的全国性协会活动允许互不相识的陌生人参与。其次，个人有权参与第一修正案所保护的结社活动，但这项权利并非绝对：“为了言论目的而结社的权利并非绝对。如果采纳规章是为了实现州的迫切公共利益、并对观点的压制无关，且不能被其他对结社自由限制更小的手段加以实现，那么这类对结社权利的侵犯就具备合适理由。”在本案，州法并非针对言论的内容，并且对协会的男性成员并不构成显著负担，因而符合宪法。在此以后，最高法院一直维持各州禁止协会歧视的法律。

个人具有两类结社自由：自由选择结社并参与结社活动。

[44] Roberts v. US Jaycees, 468 U. S. 609.

(二) 法国

法国 19 世纪的结社自由很有限。

尽管法国在大革命之后崇尚普遍意义上的自由,19 世纪的法国人却对结社自由采取敌视态度。1789 年的《人权宣言》仅取消了对报社的事前限制,对普遍的结社自由则未赋予特殊保护。相反,1808 年的《法国刑法典》第 291 条规定,“只有获得政府同意、并在使公共权力机关满意的条件下”,才能组成任何超过 20 人的社团。只是在 19 世纪末期,议会才开始制定法律来保护“公共自由”。1884 年,议会立法承认工会和贸易组织的活动自由,1898 年进一步承认了合作社自由。

1901 年的《结社契约法》保障结社自由。

最重要的还是 1901 年的《结社契约法》。如本书第三章所述,这项法律取消了刑法典第 291 条的事前限制,并允许通过递交简单的申请表而结为社团。《结社契约法》第 2 条宣布:“个人可自由结社,而无须获得批准或事前通告;但只有使自身符合第五条规定,它们才能享有法律资格(Juridical Capacity)。”第 5 条规定了结社程序:“如果期望获得第六条所规定的法律资格,所有这类社团都必须通过其创始人的努力而使自身公开。[社团]应在省政府作出初步通告。”第 6 条保证社团的诉讼资格:“每一个作出正常通告的社团,皆无须任何特殊批准,即可在法院诉讼并获得财产。”当然,1901 年的法律也对结社设置了一定限制。第 3 条规定:“如果基于非法目的、违背法律或良好道德、或其目标是为了削弱国家的领土完整或政府的共和形式,那么任何这类社团(Association)都一律无效。”第 7 条进一步规定:“在第三条所规定的无效情形下,根据任何相关个人的请求或公共起诉官的动议,民事审判庭应宣布社团之解散。在违背第五条规定的情形下,解散可根据任何相关个人或公共起诉官的提请而获得宣布。”第 8 条进而规定了违规处罚。

1936 年的法律限制结社以保障社会治安。

因此,自 20 世纪开始,法国的长期原则是禁止政府对结社自由的事前限制。结社活动的自由无须官方批准,政府只能在事后追究权利的滥用。但在 30 年代法西斯主义所制造的政治紧张状态下,法国议会采取了一系列抵制措施来保障治安。其中最重要的是 1936 年的《武装集团和私人民兵法》,这项法律的第 1 条宣布:“通过共和国总统在部长会议所作出的法令,所有下列社团或团体都将被解散:(1)在街上煽动武装游行;(2)以军事组织形式展示其武装集团或私人民兵之特征,但为军事训练而获得政府批准的协会除外;(3)其目标是削弱国家的领土完整、或武力攻击政府的共和形式;……(6)基于祖籍、种族或国籍……针对某人或团体而煽动歧视、仇恨或暴力。”在 30 年代,布鲁姆(Leon Blum)的“人民阵线”曾成功引用这项法律,解散了几个宣扬法西斯暴力的政治组织。

在第五共和建立后,以上法律仍然有效。在 1968 年发生的学生暴乱之后,戴高乐引用同样的 1936 年法律第一节,至少禁止了十六个左派组织。七

个被解散的政治组织在国政院挑战政府决定,其中三个组织——“共产国际组织”(O. C. I)、“反叛者”和“革命学生联盟”——获得胜诉。国政院判决总统对这些组织的解散命令逾权违法,因为它们只是要求组织总罢工而已,并曾明确反对武装游行,因而并未违反 1936 年的法律禁止。在 1970 年 5 月,蓬皮杜内阁根据 1936 年的法律解散了一个发表左翼言论的小型组织。这一行动最后引发了 1971 年的“结社法决定”,宪政院判决议会对 1901 年《结社法》的修改违反了“共和国法律所承认的基本原则”。(详见本书第三章)

(三) 德国

德国《基本法》第 9 条规定了公民的结社自由,其第一节宣布:“所有德国人都有权结成协会、合伙与企业。”但类似于第 21 条的“自卫型民主”原则,第 2 款对结社自由规定了限制:“如果结社目的或行动违反了刑事法、或抵制宪政秩序或国际协定,那么协会则应受到禁止。”和德国集体谈判的长期传统相一致,第 3 款特别规定了工会和雇主的结社权利:“每个人和所有职业都应被保证结社权利,以保障和改善工作与经济条件。限制或破坏这项权利的协议一律无效,为此采取的措施是非法的。”作为《基本法》直接针对私人行动的少数宪法诉因,这项条款禁止私人团体去侵犯自由决定加入或拒绝加入社团的权利。

德国宪法保障结社自由,但结社目的和行为必须合法。

(四) 中国

1998 年,国务院制定了《社会团体登记管理条例》,取代了 1989 年发布的同样条例。条例对公民的结社规定了某些程序和实体限制。其第 3 条规定,社团的成立必须经过“业务主管单位”审查同意并进行登记,参加政协的人民团体、经国务院批准免于登记的团体以及经本单位批准成立并在本单位内部活动的团体除外。全国性的社团由国务院的登记管理机关负责登记管理,地方性的社团由所在地政府的登记管理机关负责登记管理。(第 7 条)根据第 10 条,成立社团必须具备下列条件:有 50 个以上的个人会员或 30 个以上的单位会员,有合法的资产和经费来源——全国性社团有 10 万元以上的活动资金、地方性社团有 3 万元以上活动资金,有和业务活动相适应的专职工作人员,并有独立承担民事责任的能力。

中国的《社会团体登记管理条例》对结社规定了较严格的程序和实体限制。

第 4 条规定,社会团体“不得反对宪法确定的基本原则,不得危害国家的统一、安全和民族的团结,不得损害国家利益、社会公共利益以及其他组织和公民的合法权益,不得违背社会道德风尚”。如果申请筹备的社团宗旨或业务范围不符合上述规定,或“在同一行政区域内已有业务范围相同或者相似的社会团体,没有必要成立”,或发起人、拟任负责人正在或曾经受到剥夺政治权利的刑事处罚,登记管理机关不予批准筹备。(第 13 条)登记管理机关应在收到全部有效文件之日起 60 天内作出决定,不予批准的应说明理由。

(第12条)完成筹备工作并通过章程以后,社团递交登记申请书和有关文件,登记管理机关在30天内完成审查,并对符合要求的社团准予登记。(第16条)第27条规定,登记管理机关对社团进行年度检查,对社团违反条例的行为给予行政处罚。第28条规定,业务主管单位负责社团年度检查的初审,协助登记管理机关查处社团的违法行为。社团应于每年3月底前报送上年度的工作报告,经业务主管单位初审同意后,在5月底前报送登记管理机关。工作报告的内容包括按照章程开展活动的情况、人员和机构变动以及财务管理等情况。(第31条)

思考 《社会团体登记管理条例》的事前审批——包括严格的资金条件、同一地区内职能不得重复的要求以及年度检查制度——是否符合宪法第35条保障的结社自由?“结社自由”是否应该仅受到只有全国人大才能制定的“基本法律”之限制?对于不予登记的决定是否存在任何法律救济?

动态

工会直选——从外企到国企(到农民工)?^[45]

据中华全国总工会基层组织建设工作部部长透露,广东、福建、浙江、山东等地目前都出现了外资企业直选工会主席的试点。港资虎彩集团有限公司举行了工会选举,包括公司总经理在内的数百名工会会员听取了候选人发表竞选演讲,然后员工自由提问。最后,约占员工总数80%的500多工会会员参加无记名投票,并进行公开唱票和当场公示计票结果。作为劳资谈判的结果,新年过后员工的工作时间从5天半缩减为5天。据说这一尝试和“正在推行的工会民主化、群众化改革是一致的,直选是工会选举的方向,中国正在加快推进在200人以下的中小企业实行工会主席直选”。

工会主席的直选(或其缺失)涉及哪些宪法问题?为什么只是准备实行“200人以下的中小企业”的工会直选?这本身可能会产生什么宪法问题?宪法权利不只具有理论意义,而是将产生深远的社会效果。考虑以下问题:

2003年春节,民工讨工资难成为各地的一个普遍问题。不知为什么,大多数地方的实践似乎是,民工一年只领一次工资,因而如果雇主到年终拖欠或克扣工资,必然会引起民工的强烈反应——他们不能眼看着辛苦一年的血汗钱付诸东流!由于权利缺乏法律的有效保障,不少民工只有通过弱者特有的

[45] “外资企业直选工会主席”,《新华日报》2003年1月29日。

方式向社会表达他们的抗议——譬如跳楼或爬电线杆。民工的工资问题也确实因此而引起了社会的普遍关注,温家宝总理甚至亲自出面为民工讨工资。^[46]这一幕固然令人感动,但想一想,为什么其他国家的总理不需要在百忙之中去做这类事情?都说民工是社会的“弱势群体”,但他们为什么会成为“弱势群体”?(为什么美国的老年人和退休者不是“弱势群体”?)宪法——更具体地说,结社自由——的实施如何能帮助民工为他们自己讨回工资和正义?

当然,也有少数民工不堪侮辱、铤而走险。2005年5月,甘肃农民工王斌余数次讨要工钱无果,在愤怒之下连杀4人、重伤1人,后到当地公安局投案自首。虽然公众对其行为的正当性争论很激烈,他最终还是被判处死刑。但无论对判决的合理性采取什么立场,“王斌余现象”却值得中国社会深思。^[47]

不可否认,在社会舆论的推动下,中央和各级政府为农民工待遇做了不少工作。为了建立预防拖欠的长效机制,国务院于2005年3月1日召开了清欠工作会议,制定了一系列规范性文件。部际工作联席会议通过了《2005年清理建设领域拖欠工程款工作要点》,使该年成为各地建设主管部门的“高压年”。4月11日,国务院派出10个解决拖欠工程款的专项督查工作组,赴吉林、内蒙古、河南、广东、河北、云南、四川、湖南、青海与海南10省督查清理拖欠工程款的情况。政府投资项目拖欠是此次督查的重中之重,计划在6月底前基本解决2004年以前拖欠的农民工工资,2006年10月底以前解决拖欠工程款问题,以完成国务院2004年提出的三年内完成清欠任务的要求。东部地区要力争全部完成政府投资项目清欠,西部地区则要基本完成(75%—80%)。^[48]地方政府也采取积极措施,帮助清理拖欠工资的案件。^[49]但是调查显示,农民工的工资和待遇问题仍然没有得到彻底解决,因工资纠纷而导致的群体事件仍不时发生。^[50]据国务院研究室发布的《中国农民工调研报

[46] 见“500万元工钱至今没拿到手”,《新京报》2003年12月5日。在某些情况下,甚至总理批示都未必能有效解决问题,见“黑龙江特大坑农案惊动中央,总理批示未讨回公道”,<http://www.zhinong.cn/data/detail.php?id=3922>。

[47] “17岁农民工讨薪被骂‘像条狗’,怒杀4人自首”,《南方都市报》2005年9月5日。

[48] 董山峰:“为了农民工工资不再被拖欠”,《光明日报》2005年6月23日。

[49] “北京法院建立处理拖欠农民工工资案件快速通道”,《光明日报》2005年7月26日;“讨薪热线每天接数十求助电话”,《新京报》2005年12月26日;“南京将强制推行民工月薪制,工资必须以货币支付”,《江南时报》2005年11月5日。

[50] 参见“工人讨工资与施工方互殴,近百人持械斗殴15分钟”,《京华时报》2005年8月24日;“民工讨薪公安处长面前遭百人暴打,场面失控”,《重庆晚报》2005年8月26日;“600工人街头集体讨薪,沿线堵车长达两公里”,《新快报》2005年8月30日;“重庆民工广东讨薪遭200凶徒围殴,24人伤1人亡”,《重庆商报》2005年10月18日。

告》,基本能按时领取工资的被调查农民工不到48%。^[51]

因此,政府积极保护(至少是不故意歧视)固然是必要的,但是这对于保障农民工的合法权益来说并不是充分的。要从根本上保护农民工等弱势群体的权利,还得依靠他们通过自由结社保护自己。因此,吸收农民工加入工会的提议越来越受重视。全国人大常委会在2003年所作的一次调研中发现,全国进城农民工已达1亿多人,其中大部分游离于工会组织之外。中华全国总工会发布的《2004年中国工会维护职工合法权益蓝皮书》表明,截至2003年9月底,共有3500万名进城务工人员加入了工会组织。问题在于,在目前的状态下,工会究竟能为保护弱势群体做什么?

没有真正的工会,甚至可以发生人命关天的大事。2010年5月25日清晨,19岁青年李海从深圳观澜富士康大楼上纵身跳下,制造了这家企业在过去半年内12位员工跳楼自杀、10死2伤的纪录。如此令人震惊的“血汗”纪录却引来了诸多无关痛痒的“分析”,有的说是富士康的“企业文化”问题,因为企业内部管理实行严格的命令—服从模式,上级可以动辄训斥打骂下级;有的说是农民工不能适应快速工业化、城市化、现代化转型,致使企业不得不实行“严格”的管理政策;有的说是80后、90后心理素质脆弱,不能像老一辈那样任劳任怨、做牛做马,不能接受吃饭、干活、上厕所、睡觉这种周而复始、机械乏味的流水线生活,甚至还有的是媒体报道对员工自杀产生了不良的鼓励效果……一个员工跳楼可能是个人问题,但是又怎能解释那么多青年人群起而效之?

富士康工人接二连三跳楼自杀的原因其实很简单,那就是中国工人在工会保护缺位的环境下遭遇彻底“原子化”。如果不是劳动环境极其恶劣、工人个体极度缺乏团体关怀,绝不会发展到接连选择跳楼自杀的程度。富士康的工人必须两分钟内在主板上贴18张胶纸,一天要贴220块主板,天天都在接受同一种指令、重复同一个动作,还不用说完不成规定任务的羞辱和处罚……在这样的工作环境下,任何正常人的精神都可能会出问题;压抑、烦恼、郁闷无处倾诉,久之必然在心里埋下“定时炸弹”,一旦触发就将上演一幕人生悲剧。这当然不是说工会的作用仅在于帮老板做员工的“思想工作”,而是如此非人道的工作条件只能在一个工会不发挥任何保护作用的企业里存在。事实上,从事发到现在,所有媒体报道从未出现过“工会”二字,全国亿万网民、读者也从未想到工会居然和此事有任何关联,本身就已经为工会角色的习惯性缺位做了完美注脚。

[51] “农民工按时领薪者不足半数”,《新京报》2006年4月17日。

探讨

为什么飞行员不比农民工强

没有结社自由,不要说农民或农民工成了弱势群体,就连城里人也逃脱不了“弱势群体”的命运。据报道,近年来出租车司机的生存状况每况愈下,维权之路屡屡受挫,主要问题体现于高度的精神压力、超长时间的疲劳驾驶、身体状况恶化但没有体检、对出租车公司的不公平待遇无能为力、事故保险因成本昂贵而形同虚设等。在全国各主要城市,至今普遍没有建立或拥有专门代表出租车司机群体利益的机构或协会。各地的所谓“出租车协会”大多是由出租车经营公司作为成员组建起来的,有些协会虽象征性地拥有少数司机会员,但也因不被广大司机认同或不能代表大多数司机的利益而流于形式。出租车公司的工会基本也是由企业正式员工参加,而与同公司保持松散型合同关系的出租车司机无关。结社自由的缺位既然使出租车司机成了城市的“弱势群体”,那么完全也可以使几乎任何社会阶层成为缺乏自我保护能力的“弱势群体”。^[52]

2008年3月底,东航云南分公司18个航班在飞抵目的地上空后集体返航,引起了全国关注。事后,东航管理层终于承认事件并非因气候引起,而是存在人为原因。所谓“人为原因”,无非就是劳资双方对飞行员工资、待遇、扣税额等问题的分歧长期得不到解决,也没有引起社会广泛关注,因而部分飞行员才铤而走险,演出集体返航这一幕,希望引起社会关注,同时也给管理层施加压力。

事实上,国内劳资纠纷引发的群体事件已不在少数。记忆犹新的例子显然是拖欠农民工工资,一度引起一些农民工采取跳楼、爬电线杆甚至暴力伤害等极端行为。当然,和农民工相比,飞行员“强势”多了。他们人数稀缺、供不应求、待遇优厚。然而,在管理层面前,飞行员似乎还是“弱势”的。和往往没有合同的农民工正好相反,飞行员和航空公司签的一般是99年的终身合同,相当于一辈子不能“改嫁”其他航空公司的“卖身契”,违约则可能要付出上百万的巨额赔偿。当然,航空公司之所以如此规定,也必有自己的道理,但是在双方力量不对称的情况下,利益分歧无法通过和平甚至合法的途径加以解决。飞行员有难处、有要求,管理层完全可以不听;法院投诉无门,因为法律也对航空公司有利。在这种情况下,飞行员只有和农民工一样,通过极端行为向社会证明自己的“存在”。用一位飞行员的话说,返航事件终于“让社会听到了民航飞行员的心声”。

[52] 连警察都可能成为“弱势群体”,见“南京市民扣留民警阻止拆违,触发袭警罪之争”,<http://news.163.com>,2005-10-29。

但是要实现这个目的,是否有必要采取如此极端的手段?在宪政国家,农民工或飞行员如何不需要诉诸极端行为,就能让社会听到他们的心声?宪法中的哪些相关制度有助于社会稳定与和谐?即便劳资双方谈不拢,在地面组织合法罢工也远比到天上“罢工”风险和成本更小。事实上,1975年宪法和1982年宪法都规定了罢工权,但是1982年宪法取消了这项权利,当时的理由据说是只有“资本主义国家”的工人才需要罢工。但是从东航返航事件来看,社会主义国家的工人是否也同样需要这项权利?为什么?罢工权利究竟将损害还是促进社会和谐?

2011年,广州市首先试行放松结社管制。广州市民政局发布《关于进一步深化社会组织登记改革助推社会组织发展的通知》,其中规定:“除依据国家法律法规规定需前置行政审批外,行业协会、异地商会、公益服务类、社会服务类、经济类、科技类、体育类、文化类社会组织等可以直接向登记管理机关申请登记。”^[53]广州社团登记新规简化了登记程序,缩短了审批时间,降低了部分行业协会的准入门槛,尤其是放宽了社团登记限制,突破了“一业一会”的传统限制,允许同一行业根据实际需要成立多个行业协会,对于中国非政府组织的良性发展具有开创性的重大意义,也恰恰是宪法第35条规定的结社自由的题中之意。

这一地方试验受到十八届三中全会的明确肯定。《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确提出:“激发社会组织活力。正确处理政府和社会关系,加快实施政社分开,推进社会组织明确权责、依法自治、发挥作用……限期实现行业协会商会与行政机关真正脱钩,重点培育和优先发展行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织,成立时直接依法申请登记。”

第二节 宗教与信仰自由

宗教与信仰自由和言论自由同样重要。在中世纪,对不同信仰的压制和迫害引发了无数次宗教冲突甚至战争,且国家因明确支持或反对某个教派而直接卷入宗教冲突的旋涡,给社会带来了动荡和灾难。在当年的美国殖民者

[53] 李强、文燕媚:“广州社会组织直接申请登记,同一行业可成立多个协会”,《南方日报》2011年11月23日。

中,许多正是因为不满意英国政府对其“国教”的支持和对“异教”的压制而远渡重洋的。美国的制宪者深知宗教迫害对社会的危害,因而把宗教与信仰自由作为宪法保护的首要对象。因此,美国宪法第一修正案的第一句话就是“国会不得制定关于宗教信仰之建立或禁止其自由活动的法律。”和言论自由一样,第一修正案对宗教信仰的保护是绝对与无条件的。

第一修正案首先保障宗教信仰自由。

今天,对宗教与信仰自由的保护已成为各国宪法不可少的内容。中国宪法第36条规定:“公民有宗教信仰自由。任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教,不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。”

然而,由于中西文化的差异,谈论宗教信仰比其他问题更为困难。在中国近代史上,宗教问题固然也引发过严重的社会冲突,但直到最近,这个问题似乎并没有引起广泛的社会注意和讨论。中国并不具备西方历史上宗教冲突的背景,因而可能难以理解西方意义上的宗教信仰自由所关注的具体问题。可能在中国人看来,大多数关于宗教信仰自由的宪法案例都是一些“鸡毛蒜皮”,难以提起兴趣。事实上,中西方关于宗教信仰的认识差异是如此之大,以致有意义的对话似乎难以进行;西方人可能对中国的某些做法感到不可置信,中国人则未必理解西方为什么把如此宝贵的司法资源花在这些微不足道的问题上。因此,本节仅限于美国与德国的经验,极有选择地讨论一些中国读者可能更关心的宗教信仰问题。

中西方文化差异可能会导致在宗教信仰问题上沟通困难。

思考 1995年的中国《教育法》第8条规定:“教育活动必须符合国家和社会公共利益。国家实行教育与宗教相分离。任何组织和个人不得利用宗教进行妨碍国家教育制度的活动。”参考下述内容,如何理解“教育与宗教相分离”?它是否表明,国家教育机构不得教授有关宗教方面的课程?或不得宣传无神论或压制特定的教义?私人教育机构(如民办大学)是否可以合法宣扬特定的宗教?为什么?参见本书第一章关于宪法性质的论述。

美国宪法第一修正案规定,国会不得制定关于宗教的“建立”或禁止其自由活动(free exercise)之法律。所谓“关于”(respecting),可以是正面的——如鼓励或资助,也可以是负面的——如打击、压制或取缔。所谓“建立”(Establishment),就是指国家不能把任何宗教确立为一种“正统”;由于这个词被用来针对英国的“国教”,因而第一修正案的这项条款也被称为“立教条款”。因此,根据第一修正案,联邦既不能促进某些特定的宗教活动,亦不可对任何信仰进行打击报复——或用杰弗逊的话说,在政府和宗教之间存在

在政府和宗教之间的“分离之墙”使政府不能以任何方式插手宗教事务。

着一堵“分离之墙”(wall of separation),使政府不能以任何方式插手宗教事务。到20世纪20年代,联邦最高法院判决第十四修正案“吸收”了第一修正案,因而后者对宗教信仰自由的保障也同样适用于各州政府。

一、“立教条款”

在历史上,联邦最高法院对“立教条款”的含义发展了丰富的案例法。在1971年的“莱蒙案”,^[54]最高法院系统提出了用“立教条款”检验立法合宪性的“三部曲”标准:“第一,立法必须具有世俗立法目的;第二,其主要或首要的效果必须既非促进亦非抑制[宗教];第三,立法还必须避免和宗教形成‘过分的政府纠葛(Entanglement)’。”伯格首席大法官的多数意见指出:我们“必须承认分离的界线远非一堵‘高墙’,而是取决于特定关系的所有情形的模糊不清且可变的屏障。”在1984年的“宝塔基圣诞塑像案”,最高法院显示了“莱蒙法则”的运用方式。

“立教条款”检验法律合宪性的“三部曲”标准:世俗目的、中性效果、避免过分纠葛。

案例 “宝塔基圣诞塑像案”^[55]

在每年的圣诞节,罗德岛的宝塔基(Pawtucket)市政府总要在市中心的公园里举办圣诞展览。和全美许多城镇的展览一样,这一展览包括圣诞树、圣诞老人的屋子、“节日问候”的大横幅等,以及本案所考虑的焦点:有关耶稣诞生的塑像(creche),其中包括婴儿时期的耶稣、玛丽和约瑟夫、众神和国王们、牧羊人及一些动物。所有展览品都属于市政府。地区法院判决市政府在展览中包括这些塑像违反了“立教条款”,并获得了第一巡回区法院的维持。在伯格首席大法官(C. J. Burger)的意见中,最高法院推翻了这一判决。

伯格法官首先指出了判决的困难:在每一个有关立教条款的案件中,法院必须防止教会或政府彼此之间的侵犯,但两者在现实中却不可能完全分离。杰弗逊的所谓“分离之墙”是“有用的形象性语言”,但“对于教会与国家之间实际存在的关系而言,这一比喻本身并非是对实践层面的完全准确之描述。”社会生活的方方面面都相互联系在一起,并都离不开政府的调控。根据伯格法官的理解,联邦宪法并未要求政教彻底分离,而是要求达到所有宗教之间的宽容与调和,并禁止对任何教派进行歧视。在美国历史上,社会生活确实和宗教有着种种紧密联系。不论在美国的国父们还是领导人的讲话与文件中,都能发现对宗教价值观念的频繁引用。通过官方宣布,美国总统和国会把基督

宗教对美国政治生活具有广泛影响,“政教分离”不是绝对的,法院不能机械地解释“立教条款”。

[54] Lemon v. Kurtzman, 403 U. S. 602.

[55] Lynch v. Donnelly, 465 US 668.

教的圣诞节和感恩节宣布为全国节假日。在每张美元纸币上,都能发现“我们信任上帝”这一立法规定的美国座右铭,在向美国国旗的“忠诚誓约”(pledge of allegiance)中,也出现了“在上帝之下的统一民族”。鉴于宗教在美国公众生活中的广泛影响,法院不能机械、绝对地解释“立教条款”。

因此,在审查受到挑战的政府立法或行为时,法院所决定的是它们是否确实要设立一种宗教或信仰,或至少具备这种倾向。在这一界定过程中,法院所探询的是这些立法或官方行为是否具备世俗目标,其主要效果是不是促进或打击宗教,以及它是否在政府和宗教之间产生过分纠葛。首先,对于这项“莱蒙法则”的目的探询,法院只是在肯定立法或行为完全被宗教动机所支配时才推翻之。本案中的圣诞塑像并不能被认为是市政府有目的要对某种特定的宗教信仰表达官方支持。相反,这里的塑像只是以往节日庆祝的传统节目。市政府所举办的展览只是为了描绘圣诞节的来历,因而具备世俗目标。其次,法院多数意见也不同意少数意见和地区法院认为塑像有利于基督教信仰的判断。比较法院以往在这方面的案例,多数意见认为塑像在此为某种特定的宗教所赋予的利益即使有,也只是“间接、遥远与偶然的”。最后,多数意见同意地区法院认为本案并不涉及宗教和国家之间任何直接的“行政纠葛”,但不同意它认为本案的诉讼本身因产生“政治分裂”而导致“过分纠葛”;诉讼人并不能通过起诉而造成分裂表象,并利用它作为纠葛的证据。

在四名法官的反对意见中,布仁南(J. Brennan)法官认为耶稣诞生塑像在“莱蒙法则”的所有三个方面都未能通过审查。首先,如果宝塔基市政府具备任何有效的世俗目的,那么所有这些目的都能轻易通过其他手段达到。市政府宣称它具有庆祝节日和促进零售的世俗目的,但这些目的显然不能包括这里反映宗派排他倾向的圣诞塑像。其次,塑像所产生的主要效果是对其所体现的宗教信仰表达政府的官方认可,对属于少数的宗教团体以及那些不属于任何宗教团体的人表示其观点并不值得公共承认与支持。最后,市政府在展览中包括圣诞塑像也构成了“过分纠葛”的显著威胁;由于社团中存在着不同的宗教派别,对地方政府是否可采用宗教(基督教)象征的争论将因此而持续下去。

少数意见进一步反驳了多数意见的两个论点:第一,通过把注意力集中于节日庆祝的世俗背景,多数意见淡化了圣诞塑像的宗教含义;第二,一旦发现把圣诞节法定为全国性节日是合宪之举,多数意见即认为政府参与节日庆祝的任何形式就都是合宪的。少数意见指出,在美国文化中,圣诞节同时包含了世俗与宗教成分。政府可以参与这一庆祝活动,但这并不表明政府可采用任何形式。在本案,耶稣诞生的塑像显然来源于有关圣经故事;它是基督教信仰的主要象征,为拯救和赎罪照亮了道路。“对基督徒而言,这条道路是唯一、高贵与神圣的。”但对于那些不分享这些信仰的人而言,对耶稣诞生故事的官

法院多数意见认为宝塔基市政府的圣诞塑像满足“莱蒙法则”的检验。

反对意见认为圣诞塑像未能通过“三部曲”检验标准的任何一个。

反对意见认为,政府的圣诞塑像触犯了不认同基督教信仰的公民。

方认可却不时提醒他们的信仰与基督教的差别。“被一个民选政府基于宗教理由而如此排斥,构成了立教条款到今天为止仍不能支持的侮辱与伤害。”

少数意见承认,政府确实可以在某种程度上被宗教信仰的实践提供某种机会而不违反立教条款,例如宣布12月25日为公共节日;在此,政府仅使公共活动的日历适应了许多美国人的期望,他们想在那一天访问亲友、参加宗教仪式并从一年的繁忙中获得休息。第一修正案的“自由活动条款”并不要求政府这么做,但政府以世俗方式庆祝这一节日(如在公共场所装饰花灯与圣诞老人)并不侵犯“立教条款”。另外,即使节日的建立在一开始具有宗教目的和意义,但如果现在已经因世俗化而完全失去了宗教含义,那么政府仍然可以从事这些活动(例如感恩节)。最后,由于政治与宗教在美国文化传统中和社会活动紧密相连,不可能完全禁止政府在公共活动中承认某些宗教信仰的影响,例如在美元上印有“我们信任上帝”或“忠诚誓约”中出现的上帝字眼。但这些行为之所以未触犯立教条款,乃是因为它们在近于机械的不断重复中已完全失去了宗教含义。它们唯一剩下的只是一项必要的世俗职能,那就是让公共活动变得更为庄严肃穆。但本案的耶稣诞生塑像并不适合以上几类活动的任何一种。少数意见把它定性为“用公共设施和资金去支持宗教象征”的强制性步骤,目的是“在忽视少数人的前提下建立多数人的宗派偏向”。

政府活动中原来的某些宗教倾向因不断重复和世俗化而失去了宗教意义。

思考 你更同意上述多数意见还是少数意见?为什么?你的回答是否和你自己是不是基督教徒有任何关系?根据少数意见,政府是否不能带有任何宗教性质的象征?有什么标准可以区分合宪或违宪的宗教象征?

二、“自由活动条款”

“自由活动条款”防止政府对特定宗教进行有意或无意的歧视与打击。

第一修正案的另一项条款是政府不得禁止宗教的“自由活动”。如果上案所处理的是政府对特定宗教信仰的优惠,那么“自由活动条款”的作用是防止政府对特定宗教进行有意或无意的歧视与打击。在1963年的“安息日休息解雇案”中,最高法院解释了“自由活动”的含义。

案例

“安息日休息解雇案”^[56]

某犹太教派的成员把星期六作为其“安息日”(Sabbath Day)。她因不愿

[56] Sherbert v. Verner, 374 U. S. 398.

在周六工作而被解雇,且因此而找不到其他适合的工作。其所在州——南卡罗来纳——政府官员拒绝向她颁发失业救济,因为有关失业救济的州法禁止那些无故拒绝接受适合工作的工人获得救济。州的最高法院维持了这项决定。联邦最高法院推翻了州政府的决定。

布仁南法官(J. Brennan)的多数意见指出,任何给第一修正案的“自由活动”权利带来负担的政府行为,必须具有“令人信服的州政府利益”(compelling state interest)。在本案,有关失业救济资格的州法显然给宗教的自由活动带来负担。尽管州法并未通过刑事处罚来迫使人们遵守六天工作制,它仍然给上诉人带来压力,使之在她的宗教原则和失业救济的利益之间作出两难选择。在此,州政府仅建议某些伪装基于宗教理由而反对周六工作的人可能提出欺骗性要求,从而减少失业救济资金,并阻碍必须在周六开业的雇主们安排工作。但州政府似乎并没有在州法院的诉讼中提供这类理由,且未能提供任何事实依据以证明其对怠工与欺骗行为的顾虑之合理性。即使这些顾虑是合理的,州政府也有责任证明其所采取的措施是对宗教自由活动的权利负担最小的措施,即不存在其他措施能以负担更小的方式来达到同样目的。当然,宪法并不给予任何因宗教信仰而导致失业的人以获得救济的权利;例如,因宗教信仰而不能成为社会有用成员的人无权获得救济。但本案并不存在这类情形。根据宪法要求,南卡州政府不能通过失业资格的要求来迫使工人放弃其有关安息日的宗教信仰。

政府有责任证明其所采取的措施是对宗教自由活动的权利负担最小的措施。

另一方面,如果宗教信仰引发了法律所禁止或惩罚的行为,那么法律并不因为惩罚这类对社会有害的行为而侵犯第一修正案。政府也可以因为某人犯有这类禁止的行为而给予更轻的处罚,例如解除其在政府的职务或在因信仰而被私人雇主解聘后拒绝颁发社会救济,尽管这类行为是由于宗教信仰而引发的。在1988年的“宗教毒品解雇第一案”中,^[57]最高法院的多数意见表示:“如果州政府已通过刑事法来惩罚某类受宗教激发的行为,而并不侵犯第一修正案,那么它肯定能对从事这些行为的人施加更轻的负担,以拒绝授予失业救济利益。”在1990年的“第二案”中,最高法院的不同意见对这一见解发生了争论。

如果宗教信仰引发了法律所禁止或惩罚的行为,法律并不因为惩罚这类对社会有害的行为而侵犯第一修正案。

案例

“宗教毒品解雇第二案”^[58]

俄勒冈州的法律禁止有意或在知情的条件下占有“受控制的物质”(con-

[57] Employment Div. v. Smith, 485 U. S. 660.

[58] Employment Div. Ore. Dept. of Human Res. v. Smith, 110 S. Ct. 1595.

trolled substance),包括一种从植物中提取的名叫“墨斯卡灵”的轻度致幻药物(peyote)。这种药物在“美洲土著人教堂”的祭祀仪式中被信徒服用,两名在私人毒品患者恢复中心工作的教会成员因服用这种药物而被解雇,且他们申请失业救济遭到拒绝,因为他们是因和工作有关的“错误行为”(misconduct)而被解雇的。俄勒冈最高法院推翻了这项决定,判决对原告福利申请的拒绝侵犯了宗教自由活动的权利。州法院认为对毒品的刑事处罚在此无关,因为州法对福利限制所规定的“错误行为”限制并不是为了执行刑事法,而是为了保证州的社会福利基金被用于正当目的,而本案所涉及的州利益并不能为对宗教自由活动所施加的负担提供充分理由。上诉后,联邦最高法院发回重审,要求州法院决定州法是否也禁止在宗教仪式上使用这种毒品。俄州最高法院发现州的刑事法并不允许任何例外,因而也适用于本案在宗教祭祀仪式中对毒品的使用,并进而判决州法在这个程度上违反联邦宪法的“自由活动”条款。再次上诉后,联邦最高法院撤销了俄州法院的决定,判决州法合宪。

斯格利亚法官(J. Scalia)的多数意见指出:“宗教权的自由活动首先并首要意味着相信并宣称信奉个人所期望的任何宗教理论。[但]‘宗教权的行使’经常不仅涉及信仰和信奉之宣称,而且还涉及物质行为的执行(或回避执行):和他人聚集在一起进行崇拜仪式、参与圣礼使用面包和酒、传教以及回避某种食物或交通方式。”如果州法基于宗教信仰的原因而禁止行为,那么这类禁止无疑侵犯了第一修正案。例如,禁止铸造用于崇拜仪式的塑像或向金牛鞠躬,无疑是违宪的。但在本案,对宗教权的自由活动之影响并不是州法的目的,而是其附带效果。就和出版社不能因政府征税即宣称言论自由受到侵犯一样,宗教信徒一般也不能因征税或其他政府要求所造成的负担而宣称其宗教权的自由活动受到侵犯。内容中性并普遍适用的法律,一般不会被法院认为因侵犯第一修正案而受到推翻。

法院多数意见限制了1963年的“安息日休息解雇案”的适用范围,明确指出该案的实际效力仅限于有关失业救济的争议。两案的最大区别在于,原告行为在1963年的案例中并不受法律禁止,但在本案却受到州法的禁止和惩罚。且多数意见认为“安息日休息解雇案”涉及政府官员对有关行为的个别权衡,而本案则仅涉及刑事法对某种具体行为形式的普遍禁止,因而并不适用“休息解雇案”所制定的要求州政府证明“令人信服的政府利益”的严格标准。在其他领域中,这项标准曾有助于宪法规范所要求的种族平等与不同观点的自由交流;而在这里,它却将产生私人权利凌驾于普适法律之上的宪法怪胎(constitutional anomaly)。更何况平等保护条款下的“令人信服”标准并不适用于那些种族中性、而仅对某特定种族产生不同效果的法律,第一修正案所要求的严格标准也不适用于那些并不针对言论本身、而仅对言论自由具有限制

内容中性并普遍适用的法律一般不被认为侵犯第一修正案。

第一修正案不适用于那些并不针对言论本身、而仅对言论自由具有限制效果的法律。

效果的法律。斯格利亚法官指出：“要使个人遵守这类法律的责任取决于法律与其宗教信仰相一致，除非州政府的利益是‘令人信服’的——即允许个人因其信仰的缘故而‘成为其自身之上的法律’，同时抵触宪政传统和普通常识。”

多数意见最后指出，尽管第一修正案保护基本权利不受政府的干涉，它们并不就此而脱离了民主政治过程。尽管民主政治的结果可能会影响到部分宗教信仰行为，但这总比一个“各自为法”的无政府社会要好得多，也比一个由法官来权衡所有法律的重要性和宗教行为对个人信仰是否“核心”的社会要好。

三位持反对意见的法官认为，多数意见背离了法院历年来在宗教自由活动领域所发展的案例法。第一修正案的案例法一贯表明，州政府必须具备令人信服且不能被限制作为更小的手段所达到之利益，才能合宪地运用普遍性禁止并拒绝为宗教行为提供豁免。首先，这里的州政府利益不能是抽象或象征性的，而必须是具体的，但俄州政府却未能对禁止药物的宗教使用提供任何令人信服的具体利益。本案中的宗教信仰并未鼓动其信徒违法；相反，它禁止药物的非宗教使用，并宣扬自我节制、家庭责任和戒酒。据州政府辩称，为禁药的宗教使用提供豁免会削弱其对药物法的统一、公正与确定的实施，并可能招致对类似的宗教豁免提出大量申请。然而，联邦政府和近乎一半的州许多年来都对墨斯卡灵为宗教目的之使用提供豁免，但并没有遇到州政府在此所宣称的问题。且对墨斯卡灵这类药物的宗教使用提供豁免，并不意味着州政府也必须为其他作用更强的药物——如大麻和海洛因——提供豁免，也不表明州政府违反了“立教条款”。在此，墨斯卡灵被认为是神的载体，且吞吃这类药物属于崇拜与圣餐行为；没有它，崇拜者就不能完成其宗教的基本仪式。联邦政府承认，包括墨斯卡灵的这类药物因其神圣性而具备宗教意义。因此，《美国印第安人宗教自由法案》把保护印第安人信仰传统宗教的自由作为立法政策。尽管他们的信仰在他人看来不算正统，它们必须受到法院的谨慎保护；否则，第一修正案和国会政策对土著印第安人的保护就永远只能是一种空想。

多数意见认为，基本权利并不能脱离民主政治过程，否则将导致“各自为法”的无政府状态。

反对意见仍坚持要求州政府具备令人信服的理由。

思考 你更赞同多数意见还是少数意见？这个案例是否确实不同于以上的“安息日休息解雇案”？你能否在这些案例和上述“象征性言论”之间找到共同之处？

评注 服役与反战信仰——比较美国与德国

如果你的信仰或良知告诉你,你不应该加入任何战争或拿起武器去杀人,不论战争本身是否“正义”或必要,但偏偏轮到你被征兵入伍,你可以基于宗教信仰自由而获得豁免吗?美国宪法本身并没有特别保证任何人可以基于其宗教信仰而拒绝履行公民的国防义务,但有关立法对这项权利提供了有限保障。对于那些因“宗教实践和信仰”而反对“任何形式的战争”的良知反战者,1948年的《普遍军事训练与服务法》第六(j)章免除了其作战义务。这里的宗教信仰被定义为“和上帝(Supreme Being)有关之信仰,其义务超越那些产生于任何人际关系的义务,但不包括本质上属于政治、社会或哲学观点,或仅仅是个人的道德准则。”因此,仅仅信奉某种和平主义的政治或社会哲学,并不能免除参加战争的义务;显然,即使认为战争是非正义的,除非能证明其宗教信仰反对“任何形式的战争”,公民也不能拒绝履行这项义务。

美国因“宗教实践和信仰”而反对“任何形式的战争”的良知反战者可免除作战义务。

和美国宪法的第一修正案类似,德国《基本法》第4条规定:“信仰、道德、信奉宗教或特殊哲学的自由,均不得受到侵犯。不受干扰的宗教活动应获得保障。”为了汲取纳粹时期违背良知的教训,第4条第3款还特别规定:“任何人皆不得被强迫违反其良知(conscience),为涉及武器使用的战争而服役。”显然,“良知”的范围要比信仰更广。另一方面,德国并不像美国那样强调“政教分离”,而是注重个人信仰和社会价值之间的平衡。考玛斯(Kommers, 1989:503)教授指出:

德国宪法禁止任何人被强迫违反良知而服役。

在西德,历史的强力铸造了教会—国家关系的实践。《基本法》有关宗教的条款命令国家在意识形态或宗教价值领域内保持中立,并对教会与教派遵守平等对待的政策。同时,宗教条款还比宗教多元化的宽容包含了更多的内涵。根据解释,它们要求国家对那些受宗教激发的行为授予特殊保护,只要这类行为并不危及合法的社团利益或他人权利。同理,根据中立性的德国理解,国家在政教关系上的中立原则允许教会和国家在相当程度上的合作。和美国政教关系中的强烈‘分离主义’模式相反,《基本法》在国家公共生活中赋予宗教以特殊角色,它表现为在公共学校中有关家长权利和宗教教育的宪法条款。

德国在政教关系上的中立原则允许政府和教会在某种程度上合作。

和其他基本权利领域一样,西德在政教关系领域中的宪政主义代表了相互冲突的个人和社团权利及价值之间的微妙平衡。《基本法》本身经常要求联邦宪政法院平衡不同的条款,尽管附属于某特定条款(即一项权利或价值)的重要性取决于法院在宪法中所发现的其在价值等级秩序中的位置。无论在政教关系还是其他领域,这种普遍解释意味着任何特定的宪法选择都不应被允许去完全否定与之对抗的权利、价值或利益。根据德国的宪政主义观念,解释者的任务是让每一项在既定情形下利害攸关的宪法价值最佳化。

案例 “宗教拒绝输血案”^[59]

1971年的“宗教拒绝输血案”体现了个人与社会价值的冲突与平衡。被告和他的妻子同属于“福音兄弟会”成员。在生第四个孩子的时候,被告妻子出现异常而需要输血,但她基于宗教信仰而拒绝输血,结果死亡。被告当时确实把医生请到家中,但把输血决定权完全留给当时神志清醒并有思维能力的妻子。被告起初被指控犯有疏忽杀人罪,但因未能证明他妻子的死因是他拒绝送她去医院治疗而在上诉时被推翻。其后,他又因未能给妻子提供必要帮助而被控犯有轻罪。事实上,该宗派的信仰并未特别禁止输血。但被告仍然宣称其行为是基于自己对宗教信仰之理解,因而在宪法法院挑战法院判决对他的定罪。宪法法院第一庭判决,被告受《基本法》第4条第1款保护信仰自由的基本权利确实受到了侵犯。法院指出:

宪法不仅对受到承认的教会和宗教团体,而且也对其他宗教组织的成员保障宗教自由。宗教自由的行使既不取决于社团的人数,也不取决于其社会影响。它是来自约束国家保持意识形态和宗教中立的命令,以及教会与宗派平等的原则。在一个人格尊严具有最高价值且个人的自由自决权也被承认为重要社团价值的国家,信仰自由赋予个人以不受国家干预的法律领域,在其中他可按照自己的信念而生活。在这方面,信仰自由并不仅限于宗教宽容……它不仅包括信或不信的内在自由,而且还包括表达、公开承认并传播其信仰的外在自由。后者包括个人按照其信仰的教诲而决定其行为取向,并按照其内部信念而行动。

然而,信仰自由并非不受限制。“和其他所有基本权利一样,《基本法》第4条第1款所保障的自由来自宪法对人的观念,即人作为负责任的个性在社会团体中自由发展。即使对那些获得无保留保障的基本权利,这些宪法所承认的个人的社团联系也施加了正式限制。但就像对艺术表达自由的限制一样,对宗教自由的限制只能为宪法本身所决定。因为宗教自由不能被立法机构所限制,它既不能受到普遍法律秩序的限制,也不能受到没有宪法依据和法治的充分保障的不确定条款之限制,以在社团利益受到威胁的时候允许对[宪法权利之限制]。相反,[我们]必须根据《基本法》的价值秩序以及对这一基本价值体系的统一性之考虑,在宗教自由的保障构架下解决冲突。作为这一价值体系的一部分,宗教自由也是宽容命令的组成部分,尤其对于《基本法》所保障的人格尊严,后者作为其超越价值统治着基本权利的整个价值体系。”

德国宪法要求国家保持意识形态和宗教中立,并平等对待教会与宗派。

宗教自由不能被普遍法律所限制,但可以被其他人的宪法权利所限制。

[59] Blood Transfusion Case, 32 BVerfGE 98; 译自 Kommers 1989:452—455.

宗教信念不应受到刑事处罚。

关于刑法,基于宗教信仰而行为或不行为的人,可能发现自己和占据统治地位的道德及其所产生的法律责任相冲突。如果有人基于其宗教而犯有可被惩罚的行为,那就出现了《基本法》第4条第1款和刑法目标之间的冲突。这位触犯者并不是出于任何缺乏对法律秩序的尊重而抵抗这一秩序;他也希望维护刑法所体现的法律价值。然而,他却发现自己处于普遍法律秩序和其个人信仰的命令相竞争的边界上,且他感到一种要遵守其信念的更高命令之义务。即使这项个人决定在客观上和统治社会的价值相冲突,它也并非如此应受指责,以致要求使用社会最严厉的武器——刑事法系统——来惩罚触犯者。不论何种判决,基于任何刑法体系的目标(惩罚、预防或对触犯者的改造),刑事处罚对这类事实而言都不是合适的制裁。如果被普遍接受的法律责任和信仰的命令发生实际冲突,且因此而对触犯者所产生的精神危机将构成侵犯其人格尊严的过度社会反响,那么《基本法》第4条第1款所包含的所有公共权力都必须尊重严肃的宗教信仰之责任,必须要求刑法有所宽松。

把这些原则运用到本案,宪政法院认为下级法院错误解释了《基本法》第4条第1款,因而错误适用了刑事法典。在此,被告及其妻子拒绝接受输血是基于其宗教信仰。被告的妻子有能力为自己决定,她基于《基本法》第2条第1款所保障的行动自由而拒绝接受医疗。由于婚姻双方都是自主个人,双方都有权利去发展其个性,也都有自由按照自己的信念而行动。因此,被告并没有刑事责任去替代其妻子作出决定。

思考 在本案,宪政法院并没有判决刑法典的条款违宪或不适用,而是民法院在适用刑法条款时未能按照《基本法》的精神进行解释。虽然宪政法院考虑了个人和社会价值之间的平衡,你认为它对宗教信仰的保护比美国更为严格还是宽松?

评注 中国对宗教活动的管理

除了保障宗教信仰自由以外,中国宪法第36条还对宗教信仰规定了某些限制:“国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教从事破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动。”据此,中国对宗教活动的管理实行登记制,并进行事后监督。2005年3月,国务院颁布实施了《宗教事务条例》。其中第6条将宗教团体视为社会团体,因而须满足社团登记要求:“宗教团体的成立、变更和注销,应当依照《社会团体登记管理条例》的规定办

中国的《宗教活动场所管理条例》规定了登记制,并对宗教活动实行事后监督。

理登记。”第12条规定：“信教公民的集体宗教活动，一般应当在经登记的宗教活动场所”内举行。第22条要求跨省或在宗教活动场所外举行的大型宗教活动应由主办团体在拟举行日的30日前，向举办地的省政府宗教事务部门提出申请。后者应在15日内作出批准或者不予批准的决定。如对宗教事务部门的具体行政行为不服，可以申请行政复议；如对行政复议决定不服，可以进一步提起行政诉讼（第46条）。

和中国公民相比，外国人的宗教活动受到更严格的限制。1994年的《外国人宗教活动管理规定》第8条规定，外国人“不得在中国境内成立宗教组织、设立宗教办事机构、设立宗教活动场所或者开办宗教院校，不得在中国公民中发展教徒、委任宗教教职人员和进行其他传教活动”。

1997年3月14日，第八届全国人大第五次会议修订了刑法有关条款，并对刑法第300条作了如下修正：“组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信破坏国家法律、行政法规的实施”或“蒙骗他人，致人死亡的”，处三年以上七年以下有期徒刑；“情节特别严重的，处七年以上有期徒刑。”另外，“组织和利用会道门、邪教组织或者利用迷信奸淫妇女、诈骗财物的”，分别依照刑法第236条（强奸罪）和第266条（诈骗公私财物罪）定罪处罚。1999年10月30日，第九届全国人大常委会第十二次会议进一步通过了《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》。

全国人大对刑法的修正惩罚邪教。

1999年10月和2001年6月，“为依法惩处组织和利用邪教组织进行犯罪活动”，最高人民法院和最高检察院两次联合发布了《关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》，对法院如何审理有关案件进一步给予指导。根据1999年解释第1条的定义，“邪教组织”是指“冒用宗教、气功或者其他名义建立，神化首要分子，利用制造、散布迷信邪说等手段蛊惑、蒙骗他人，发展、控制成员，危害社会的非法组织”。如果实施下列行为，“邪教组织”的活动即可根据刑法第300条定罪：“（一）聚众围攻、冲击国家机关、企业事业单位，扰乱国家机关、企业事业单位的工作、生产、经营、教学和科研秩序的；（二）非法举行集会、游行、示威，煽动、欺骗、组织其成员或者其他人聚众围攻、冲击、强占、哄闹公共场所及宗教活动场所，扰乱社会秩序的；（三）抗拒有关部门取缔或者已经被有关部门取缔，又恢复或者另行建立邪教组织，或者继续进行邪教活动的；（四）煽动、欺骗、组织其成员或者其他人不履行法定义务，情节严重的；（五）出版、印刷、复制、发行宣扬邪教内容出版物，以及印制邪教组织标识的；（六）其他破坏国家法律、行政法规实施行为的。”（第2条）解释还进一步定义了刑法第300条中关于“情节特别严重”的情形。（第2条与第3条）

最高人民法院和检察院联合解释“邪教组织”及其可被惩罚的活动。

思考 宗教与“邪教”之分

1. 什么是“正常”的宗教活动?如何界定宗教活动是否“正常”?如何判断一自称为宗教的组织是否“冒用宗教、气功或者其他名义”,从而构成了《解释》所定义的“邪教组织”?如何区分“迷信”和普通宗教活动?你是否认为所有的宗教都带有某种“迷信”?

2. 宗教信仰自由的要旨是把法律惩罚的对象限于对社会产生危害的行为,而非可能导致这种行为的信仰——如果暴徒聚众闹事,那么他们的行为是否基于某种信仰并不能使之免于法律追究,因为法律所追究的是外在行为,而不是内在信仰。根据修正后的刑法第300条和两院的《解释》,你认为有没有必要对违反刑法的宗教活动之处罚作出专门规定?如果对宗教活动的处罚规定和其他行为的有关规定不同,能否适用“在法律面前一律平等”的原则?

3. 刑法第300条并没有定义“邪教组织”,而只规定了“破坏国家法律、行政法规实施”、“蒙骗他人,致人死亡”以及“奸淫妇女、诈骗财物”等几项具体构成犯罪的行为。1999年最高法院与最高检察院的《解释》是否扩大了定罪范围?全国人大是否应该把定义“邪教组织”的权力留给司法机关?由于刑法也没有说明什么构成“情节特别严重”,《解释》对此提供了更为具体的定义,例如对于“致人死亡”的特别严重情节是指“造成3人以上死亡的”,或死亡人数虽不满3人,但造成“多人重伤”的行为。你认为《解释》的这类条款是否构成了立法行为?根据中国宪法,司法机关是否具有这类权力?

4. 由于宗教信仰自由被认为是一项基本权利,是否应该通过国务院的《管理条例》加以限制?是否要求全国人大或常委会的立法?根据上述案例,德国是否允许这项权利受到立法限制?

5. 2011年12月,西藏自治区广泛开展“送国旗、送领袖像进村入户进寺庙”活动。区党委统战部召开工作会议落实寺庙“九有”,即有四位领袖像、有国旗、有道路、有水、有电、有广播电视、有电影、有书屋、有报纸(《人民日报》、《西藏日报》)。道路、水电等设施无疑为寺庙和教众提供了便利,但领袖像、国旗等世俗政治标志进入宗教场所是否合适?

第三节 社会经济权利

和言论自由与信仰自由不同,财产权与经济自由作为一种宪法权利在

18、19世纪很受推崇,但现在早已不是“神圣不可侵犯”的权利。现代国家普遍对个人的财产与经济活动施加各类立法限制,且只要不是过分不合理,这类限制一般都被认为合宪。然而,德国宪法对职业活动自由规定了更具体和严格的保障。除了公正补偿外,德国和法国宪法对财产的征用都规定了以“公共利益”为目标的要求,且《人权宣言》要求财产的征用必须获得事前补偿。相比而言,美国宪法只是在第五修正案里规定财产权“不得不经由法律正当程序”而被剥夺,且财产征用必须获得公正补偿。

各国宪法都规定了社会经济权利的保障。

中国宪法也规定了许多社会经济权利。1982年宪法第12条规定:“社会主义的公有财产神圣不可侵犯。”第13条规定:“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权。国家依照法律规定保护公民的私有财产的继承权。”根据1993年的修正案,“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。”(第16条)“集体经济组织在遵守有关法律的前提下,有独立进行经济活动的自主权。”(第17条)1982年宪法还规定了积极权利。例如“公民有劳动的权利和义务。国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。……国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。”(第42条)“劳动者有休息的权利。国家发展劳动者休息和休养的设施,规定职工的工作时间和休假制度。”(第43条)“国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。”(第44条)“公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。”(第45条)“公民有受教育的权利和义务。国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。”(第46条)

这一节讨论宪法在“社会经济”领域内保障的主要权利,包括财产权、经济活动自由、社会福利以及教育的公共资助。

一、经济活动自由

如上所述,美国宪法对权利的保护具有两种基本形式:正当程序和平等保护。以下分别讨论这两种形式对经济活动自由的保护。

(一)正当程序

在新政以前,美国法院一度接受了“经济正当程序”理论。作为“实体正当程序”理论的分支,“经济正当程序”是指法院基于自身对传统经济理论的信仰,主要包括传统的“自由放任”与“契约自由”(freedom of contract),认定

“经济正当程序”理论:最高法院认定经济权利是受到第五或第十四修正案特殊保护的“自由”或“财产”,并借此禁止联邦和各州立法机构对经济领域的干预。

经济权利是受到第五或第十四修正案特殊保护的“自由”或“财产”,并借此禁止联邦或各州立法机构对经济领域的干预。因此,即使联邦或各州立法完全符合法律程序,法院也可能认为它们在内容上违反宪法或自然法的普遍原理而予以推翻。这一理论的发展表明,司法审查权力确实可能成为少数法官打击民主意志的手段。

案例 “经济正当程序”的不正当起源——“蓄奴案”^[60]

“经济正当程序”起源于一个让最高法院威望扫地的案例——1857的“蓄奴案”。在1820年,为了调解南北在蓄奴制上的分歧,国会制订了“密苏里和约”(Missouri Compromise)。它在承认南部蓄奴制的同时,排除联邦北部某些指定地区蓄奴,并规定黑奴一旦进入这些地区,即自动摆脱奴役状态。特雷德·斯格特原是一名南部黑奴,他跟随主人,在禁止蓄奴的伊利诺衣州和路易斯安纳州北部居住了三年。回到密苏里州之后,他要求根据“密苏里和约”规定,获得公民身份。原主人上诉法院,要求维护自己的“财产权利”。联邦最高法院判决:“密苏里和约”违反了第五修正案保障的“法律正当程序”。法官们各自发表了八项不同意见,总共竟超过200页。其中谈尼首席大法官(C. J. Taney)的意见称:

“蓄奴案”的多数意见肯定黑人为宪法所保护的“财产”。

财产权利和个人权利相结合,并被宪法第五修正案置于同样地位:它规定任何人不得不经法律正当程序,即被剥夺生命、自由和财产。如果合众国公民未曾违反任何法律,仅因为他自身或带着他的财产进入合众国的特定地域,就被国会法案剥夺自由或财产,那么这项国会法案就难以承受法律正当程序的尊称。

反对意见认为多数意见任意解释了宪法的“正当程序”条款。

有两位法官表示异议,其中科迪斯法官(J. Curtis)的反对意见指出:“宪法的严格解释必须基于那些决定法律解释的固定规则;如果这项原则被遗弃,且法官个人的理论见解被允许去控制其意义,那么我们就不再具备一部宪法。我们就处于个人统治的政府之下;法官们暂时具有权力,根据他们自认为宪法所应该具有的意义,去宣布宪法究竟是什么。”

一般认为,“蓄奴案”对美国内战起了推波助澜的作用。北部继续反对蓄奴制的存在,南北矛盾进一步加剧。在意见下达后的几年内,最高法院的威信在全国下降到最低点,因而法院也由此转入“司法节制”状态,谨慎避免再度触犯大众情绪。直到内战结束后,最高法院的威望才逐渐恢复。

[60] Dred Scott v. Sandford, 60 U. S. 393.

到新政时期,最高法院又逐渐回到了“司法能动”状态。如本书第三章与第四章所述,最高法院通过狭隘解释“州际贸易”概念,在“禁止童工”等案中推翻联邦政府对经济的“间接”调控。在各州层面,最高法院利用第十四修正案的“法律正当程序”,来禁止州的立法机构制订劳工保护法案。在1897年的“海运保险公司案”中,^[61]路易斯安纳州通过法律,禁止任何未完全符合州法的保险公司来保险路州财产。原告寄信给纽约州一家没有路州营业执照的保险公司,建议海运货物事务,因而被州法院定罪。联邦最高法院认为州法未经法律正当程序,即剥夺被告自由,因而侵犯了第十四修正案。派克海姆法官(J. Peckham)表达了法院的一致意见:“第十四修正案提及的自由,不仅意味着公民有权不受人身限制,而且包括以下公民权利:自由享受其所有天赋,并以一切合法方式去自由运用之,根据其意愿去生存与工作,通过任何合法职业来谋求生计,追求任何生活方式或业余爱好,并签订所有合适与必要的契约,以成功达到上述目的。”1905年,最高法院决定了著名的“洛克勒诉纽约州”,从而标志着“经济正当程序”作为一项司法理论的最终成熟。

法院把第十四修正案的“正当程序”条款解释为保护经济权利。

案例 洛克勒对纽约州^[62]

纽约州的劳动法第110节,规定了面包店工人的最高工时:“在饼干、面包或蛋糕店,任何职员不得被要求或允许每星期工作超过60小时,或每天超过10小时。”洛克勒因被指控违反了州劳动法,而被罚款50美元。在州法院败诉后,他上诉联邦最高法院,宣称纽约州的限制工时法律,违反了第十四修正案的“正常程序”条款所保障的“契约自由”。虽然法院承认州政府具有广泛的“治安权力”(Police Power),以保护公共健康、安全、道德或福利,它并不把纯粹调节工时的劳工法视为健康法,因而州法超出了其治安权力的范围。派克海姆代表最高法院的五位法官,判决州法违宪。其余四位法官发表了反对意见,其中霍姆斯法官(J. Holmes)的反对意见从根本上质疑法院多数的司法哲学:

州宪和州法可经由多种方式去调控公民生活;假如作为立法者,我们也许会认为这些法律和本案的州法同样有害、专制或干涉合同自由……只要不干涉他人的同样自由,公民为所欲为的自由已成为某些著名作家的习惯用语;但这类自由被学校法律、邮政局和每个州或地方机构所干涉;不论个人是否情愿,这些机构为了它们认为合意的目的而扣取他的钱财。第十四修正案并未制订赫伯特·斯宾塞先生的《社会静力学》……对于合众国与各州联合削弱

霍姆斯法官的反对意见认为,宪法并不认同特定的意识形态。

[61] Allgeyer v. Louisiana, 165 U. S. 578.

[62] Lochner v. New York, 198 U. S. 45.

合同自由的法律和决定,本院并不少见。某些法律可能体现了法官赞同的诉求或偏见,某些可能不会如此。但宪法并非被设想来体现特殊的经济理论,不论是自由放任抑或家长统治……宪法是为具有基本不同观点的人民而创造的,且我们发现某些法律包括的见解是否自然、熟悉,抑或新鲜甚至震惊,不应使我们对法律是否抵触合众国宪法盖棺论定。

法官对宪法的解释不应加入自己的主观见解。

霍姆斯法官所提到的《社会静力学》(*Social Statics*),是社会达尔文主义者斯宾塞(Herbert Spencer)的代表作。它提倡国家放任自由,允许个人自由竞争、“适者生存”,且只有这样的社会才能朝优胜的方向进化。霍姆斯法官的意思是第十四修正案中的“正当程序”条款并不表示宪法接受了社会达尔文主义;事实上,一部自由民主宪法不应该接受任何固定的教条,国家的基本经济与社会制度应该由人民通过其代表决定,法院不宜通过宪法解释干预民主过程。既然本案的州法并不显然违背宪法规定,它的合宪性应该受到法院的维持。

思考 回顾“蓄奴案”、“焚烧国旗案”、“抵制征兵案”、“德州禁止堕胎案”——几乎所有著名(也就是说有争议的)案件,不论是多数意见还是少数意见,你更赞同哪种司法哲学——司法能动还是司法节制(它们是什么)?你的答案是否取决于不同领域?它们对你而言是否意味着任何区别?

然而,霍姆斯等法官的意见再次是少数而已,最高法院的多数意见仍然在经济调控领域内采取保守立场。在1923年的“妇女工资第一案”中,^[63]最高法院认为第十九修正案取消了妇女的从属社会地位;既然男女已经平等,契约自由就不应再受到特殊限制。无视何种合同、贸易和工种,就强制规定最低工资,构成了立法权力的任意行使。在1936年的“妇女工资第二案”,^[64]法院又作出类似判决,直接触发了罗斯福总统的“填塞法院计划”。(参见本书第三章)1937年,法院内部的意见转变解决了这场宪政危机。

案例

“一人转变救了九人”——“西滨旅社案”^[65]

在1937年的“西滨旅社案”中,一位原先采取保守立场的法官转变了他

[63] Adkins v. Children's Hospital, 261 U. S. 525.

[64] Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U. S. 587.

[65] West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U. S. 379.

的立场,致使法院以 5:4 多数维持了一项州对妇女最低工资的规定,从而明确推翻了法院在“工资第一案”中的判决。休斯首席大法官(C. J. Hughes)的意见指出:

那些挑战妇女最低工资的人宣称,[纽约州的]规章剥夺了契约自由。这项自由究竟是什么?宪法并未提及契约自由。它仅提到自由,并禁止不经法律正当程序来剥夺自由。在禁止这类剥夺时,宪法并未承认绝对或不受控制的自由。宪法下的自由,必然受制于正常程序的限制;如果根据社团利益而采纳的规章与目标合理相关,那么它本身就是正当程序。

立法机构显然有权把妇女考虑为接受最低报酬的阶层,她们的谈判能力相对软弱,且因生计所迫,她们容易成为那些贪婪雇主的牺牲品。立法机构有权采取措施,去减少‘血汗体制’的罪恶;这种体制通过低得不能维持生存的工资,对工人实行剥削,并利用她们的无力状况进行最有害的竞争。立法机构有权考虑,其最低工资要求是实施保护政策的重要帮助。许多州采纳类似的要求表明,[经济]罪恶是存在的,并且州政府决心采取措施加以控制。我们只需决定,对这项诉求的立法回应并不能被认为是任意的。

西滨旅社案标志着“经济正当程序”的衰落。在此之后,法院不再用“实体正当程序”理论来严格审查联邦或各州的经济立法。

最高法院的态度有所转变,霍姆斯等法官的少数意见获得接受。

思考 美国法院固然代表了国家法治的保障和象征,但从这次宪政危机及其解决方式来看,法院有时也带有一些偶然性甚至任意性。你如何认识这个问题?

在 1955 年的“李氏眼镜店案”,^[66] 法院从先前维护“契约自由”的极端,走向“放任调控”的另一极端。俄克勒荷马州的法律规定,只有具有执照的配镜师或眼科医生,或具有其书面处方者,才能为顾客配备眼镜,甚至眼镜制造商亦必须获得他们的处方。州法的目的明显是为了保护配镜师和眼科医生的经济利益,限制职业竞争。联邦地区法院判定它违宪:尽管立法机构表面上处理着一项有关公共利益的事务,它所采取的手段既无必要,又和目标无关。但最高法院推翻了地区法院的结论,并主动为俄州找出支持理由,几乎使“合理相关标准”有名无实。道格拉斯法官(J. Douglas)的意见指出:“在许多情形下,俄州法律或许是浪费或毫无必要的要求。但平衡新要求的利弊,乃是立法

“经济正当程序”理论完全衰落,司法审查标准极为宽松。

[66] Williamson v. Lee Optical Co., 348 U. S. 483.

机构——而非法院——的任务……法院过去曾利用正当程序条款,因法律不明智、不妥当或与特定学派的理论格格不入,而推翻州法对商业和工业状态的调控;那个时代已经一去不复返了。”最后,在1963年的“债务调节案”,^[67]坎帕萨斯州的法律除了“合法从事律师业”以外,禁止任何人从事“调节债务的工作”。最高法院一致肯定了州法的合宪性。

法院现在采用“最低合理”标准审查限制“契约自由”的立法。

因此,在洛克勒案半个世纪之后,最高法院完全回到了霍姆斯法官的著名反对论断。法院不再死守自身对传统经济哲学的信仰,来推翻联邦或各州立法机构的经济决定。冈瑟(Gunther, 1991: 462—463)教授总结了洛克勒决定的错误。他主要指出两点:首先,法院对宪法修正案的“自由”采取广义解释,使之包括宪法未明确规定的“契约自由”。其次,法院认为“契约自由”尤其重要或“基本”,以致值得司法机构加以特别保护。因此,在处理经济权利案件中,法院名义上只审查立法手段和合法目标是否合理相关,实际上则偏离了传统的“最低合理”(minimum rationality)标准,而采取更为严格的司法审查,从而使立法遭到推翻的可能性大为增加。在洛克勒案之后,法院尽管仍然承认“契约自由”是正当程序所保障“自由”的一个层面,但退而采用真正的“最低合理”标准去审查立法:只要合理的人可能认为立法机构采取的手段将促进合法目标,立法的合宪性即受到法院肯定。在经济事务上,法院甚至走向宽松标准的极端:司法审查假定经济调控的合宪性,并即使法律自身未明确宣布,法院也可以主动替立法寻找理由,从而使合理性审查有名无实。1937年以后,法院不但拒绝宣布联邦调控超越州际贸易权力,也从未判决任何联邦或各州的经济立法违反“法律正当程序”。

评注 经济活动自由的宪法保护——法国和德国

法国宪法对企业与贸易自由的保护更为薄弱。

和美国相比,法国宪法对企业与贸易自由的保护更为薄弱。无论是1789年的《人权宣言》还是1946年的宪法前言,均未明确包括贸易或企业自由。然而,这项自由理所当然受到资产阶级的支持。早在1791年,立法(Loi Chapelier)就承认贸易与企业活动自由,其第7条规定:“任何人都有自由从事任何适合于自身的企业、职业、艺术或贸易。”然而,由于这项条款并非共和国法律,它从未获得宪政院所承认的宪法地位。但贸易自由获得国政院的长期承认。根据1930年国政院案例的解释,这项原则禁止公共企业同私人竞争或对后者施加事先批准的要求。但由于宪政院从未承认这项原则的宪法效力,议会从来可以决定公务从事何种活动。即使它具备宪法价值,企业自由既非

[67] Ferguson v. Skrupa, 372 U. S. 726.

普遍、亦非绝对,它被认为仅存在于议会规定的构架之内。法国的企业自由在层次上低于新闻或人身自由。尽管它只能受到立法——而非规章——限制,宪政院限于纠正议会的明显错误,因而仅对市场经济提供有限程度的保障。

1946年的宪法前言规定了一系列普遍的经济权利:工作权利、加入工会权利、罢工权利及参与企业管理的权利。由于这些条款含义模糊且缺乏自动实施的效力,宪政院承认它们的宪法地位,但允许议会在贯彻时具备广泛裁量权。在这一领域,宪政院的作用仅限于推翻明显不当的立法决定。在1977年的“青年雇用法决定”中,^[68]宪政院否认前言所宣布的所有价值都享有同样的宪法地位;且“在尊重前言所宣布的原则同时,议会有权决定其贯彻条件”。虽然宪法前言第六段规定“每个工人可通过其代表来参与集体谈判,以决定工作条件,并参与企业管理”,但第五段规定“罢工权利可在有关法律的构架内获得行使。”因此,议会有自由去规定必要手段,以制订劳工和工会法的基本原则。只是在宪法价值受到明显侵犯时,这项立法裁量权才受到宪政院的限制。

法国议会有广泛的自由裁量权规定劳工和工会法的基本原则。

和法国与美国相比,德国《基本法》对经济活动自由提供了更具体和有效的保障。第12条保护公民的职业选择权利,其第1款规定:“所有德国人都有权去自由选择其职业、工作地点、及学习或训练场所。职业实务则可根据法律而加以调控。”因此,宪法明确保护职业“选择”(Choice)的自由,但同时又授权议会制订法律去调控职业“实务”(Practice)。在1958年的“药剂师执照案”,宪政法院首次发展了所谓“分层理论”(德文 Stufentheorie),以阐明“选择”和“实务”之间的区别,并对“职业”(德文 Beruf)一词作出广义解释。

德国《基本法》保护职业“选择”的自由,同时授权立法调控职业“实务”。

案例 “药剂师执照案”^[69]

巴伐利亚州制订了《药剂师法案》(Apothecary Act),把任何特定社团中的药剂师执照限于一定数量。只有新的药房在商业上可行,且对附近的竞争不造成经济损害,州法才授权颁发新的执照。一位新移民是东德的药剂师,他向巴州政府申请营业执照。但根据州法规定,州政府拒绝批准他开业。该东德移民提出宪政申诉,宣称州政府决定及有关州法条款侵犯了其职业自由。宪政法院第一庭首次阐述了第12条职业自由的普遍解释原则:

根据基本权利的真实意义来理解,第12条的文字表明议会可调控职业的“实务”(practice),而非职业的“选择”(choice)。但这不可能是这项条款的

[68] 77—79 DC.

[69] Apothecary Act Case, 7 BVerfGE 377.

职业的选择和实务是联系在一起的。

[真正]含义,因为“选择”和“实务”概念并非相互排斥。从事某项职业的开始,同时代表着职业的选择及其实务的起始。事实上,直到获得实践之前,职业的选择可能并不表现出来。与此类似,留在某项职业的意愿,亦通过连续实践而获得表达;和实务的自愿中断类似,它们也是职业选择的行为。两种概念代表了复杂的统一,且尽管可从不同角度来看待,它们都被结合于“职业活动”一词之中。

分层理论:调控权力越是针对职业选择,其限度就越狭隘;调控权力越是针对职业实务,其限度就越广泛。

不论如何,第12条第1款是一项统一的基本权利,因为第2款的保留条款授权议会去制订影响职业的选择或实务之规章。但这并不意味着议会有权在同等程度上调控职业活动的各个层面。第12条的文字显然表明,职业选择仍应保持“自由”,而职业实务则可受到调控。对这段文字的解释,不允许假设议会可对每个“层面”实行同等控制。立法对职业选择的影响越大,其调控权力就越有限。这种解释符合宪法的基本概念,后者是个人映象之基础。职业选择是自我决定的行为,是个人自由意志的行为;它必须尽可能被保护不受国家侵犯。但在职业实务领域内,个人直接影响社会生活;[职业活动的]这一层面受制于他人和社会利益的调控。因此,议会有权制定规章,去影响职业选择或实务。调控权力越是针对职业选择,其限度就越狭隘;调控权力越是针对职业实务,其限度就越广泛。

针对选择自由的立法调控必须是限制作用最小的。

对支配职业活动的规章而言,其普遍原则可被总结如下:基于公共利益的考虑,职业实务可被合理的规章所限制。然而,选择职业的自由只能为了迫切的公共利益而受到限制;换言之,如果在仔细考虑之后,议会决定公共利益必须受到保护,那么它可为保护这项利益而施加限制;[但条件是:]这项保护之实现,不能够通过对选择自由的影响更小的限制来达到。在对职业选择自由之侵犯不可避免的情形下,立法者必须永远使用对基本权利限制最小的调控手段。

针对职业实务的立法调控可以广泛考虑利益平衡。

这项对立法限制的分层标准,支配着调控职业活动的议会权力:在调控职业实务时,立法者具备最大程度的自由。在调控这类实务时,他们可广泛考虑功利的算计。立法者可对职业实务的权利施加限制,以防止对公众的损害和危险;他们还可为获得更多的社会总收益而促进职业。在此,宪法仅保护个人不受过分沉重与无理的侵犯。除了这些例外,这类对职业自由的限制并不过分影响公民,因为后者已经具有一项职业,且[立法限制]保持其行使职业的权利不受侵犯。

另一方面,如果[议会]使选取职业活动之权利取决于某些要求之履行,从而影响到职业的选择,那么只有在这类行动对保护特别重要的社团利益绝对必要时,基于公共利益的调控方才合法;在所有这类情形下,所选择的限制措施必须产生最小可能的干预。然而,规定职业录取条件的调控性质,取决于立法是否处理个人条件——例如教育背景和训练,抑或和个人资格无关且个

人并不具备任何控制的客观条件。

[为职业录取而采纳]对个人(主观)条件之调控,乃是立法权力的合法行使。如根据事先建立的正式标准加以决定,那么只有具备合适资格的申请人才被职业或行业所录取。许多职业要求知识与技能;后者只有通过理论和实践培训才能获得。没有这类准备,这类职业的实务就不可能进行或存有缺陷,甚至对公众产生危险……因此,[我们]在此需要选择对自由加以限制,以保障公众不受某些损失或危险。这类限制是合理的,因为早在选择之前,不同职业的申请者就明白他们是否具备合适资格。比例原则在此发挥作用;所制订的任何要求,必须对所追求的目标——例如职业安全和实务秩序——具备合理关系。

但如果国家进一步控制录取的客观条件,情形就不相同。这类事务并不控制于个人之手。这种限制抵触了基本权利的精神和宗旨,因为即使一人符合录取要求,因而被国家允许作出自由选择,他也将被拒于职业门外……如允许在职业和道德上合格的申请者从事职业,他们对公众的直接损害一点也不明显,因而[议会]经常不能证明,对职业选择的限制和所期望的结果之间具备联系。这类情形存在着不当立法动机的危险。在本案,[议会]似乎想施加录取限制,来保护现存药剂师不受进一步竞争;根据普遍共识,这种动机从来不能为限制职业的选择自由而提供理由。这类粗鲁和最极端的手段,禁止在职业和道德上合格的申请人加入其所选择的职业;除了与平等原则的可能冲突之外,它还侵犯了选择职业的个人权利。只有基于极为狭隘定义的措词,对录取客观条件的限制才会受到允许。一般而言,只有需要它们去防止对极为重要的社团利益造成明显或高度可能之危险,[议会才可施加之。]

立法权力可以调控职业录取的个人主观条件,例如知识与技能。

但控制职业录用的客观条件一般是违宪的。

思考 美国宪法没有保障特别的职业“选择”自由,且我们看到,新政以后,“经济实体正当程序”理论也不再能够给类似的自由提供有效保护。但针对州的立法,美国宪法可能有什么限制?(回顾本书第四章)

在1958年的“药剂师执照案”之后,宪政法院的一系列案例进一步阐明了《基本法》所保障的职业自由,以及区分职业“选择”与“实务”的“分层理论”。在次年的“助产士限制案”,^[70]宪政法院维持了对助产士规定年龄限制的法律。但在1960年的“医疗保险案”,议会立法仅授权一定数量的医生,去诊断在国家医疗系统下保险的病人。这项法律因侵犯第12条的职业选择自

宪政法院的案例运用分层理论,区别处理对职业选择和实务的立法限制。

[70] 9 BVerfGE 338.

由而被推翻。在1965年的“零售商限制案”,法律对百货销售商施加技术教育要求;这项法律因对职业的自由选择施加过重负担,而被宪政法院宣布违宪。

职业自由需要和重要或迫切的公共利益相平衡。

消费者保护法必须符合比例原则,否则也可能侵犯宪法保障的职业自由。

然而,职业自由并非绝对;在权衡天平的另一端,还必须考虑有关公共利益的重要性与迫切程度。在1975年的“拖运货车执照案”,^[71] 交通运输官员根据法律规定的限额,拒绝对拖运车辆颁发执照。和《药剂师执照法案》的命运不同,这项法律受到宪政法院的维持。根据长车货运交通的性质、代价和复杂程度,法律限额在此被认为是合适与必要之手段,去预防对迫切公共利益的威胁。在此,联邦铁路的正常维持对国民经济和个人利益均必不可少,因而可为法律限制提供充分理由。在1982年的“周末商店关闭案”,^[72] 宪政法院还维持了调控商业营业时间的法律。

不仅法律对职业规定的明确限额可能违宪,即使是普遍的消费者保护法亦可能违反第12条保障的职业自由。这类法律必须符合比例原则,因而要求法院去权衡私人与公共的相对利益。在1980年的“巧克力糖果案”,^[73] 联邦的消费者保护法限制圣诞节和复活节的糖果制造商,并禁止其销售可能与巧克力产品相混淆的食品。这项法律被宪政法院推翻。法院认为,法律调控必须具备对公共利益的合理考虑,且必须选择对实现这一目的而言必要与合适的手段。如果存在限制效果更小的手段以实现立法目标,那么议会就超越了其裁量权的合适范围。在本案,尽管消费者保护属于公共利益,因而为职业活动的限制提供了理由,但消费者保护未必要求对产品销售的禁止;事实上,合适的标签就足以达到这一目标。

评注 欧洲联盟的“四大自由”

经济共同体条约规定了物资、人员、资金流动自由以及提供服务与开业自由。

我们知道,“欧洲联盟”(European Union)建立在共同体三项基本条约基础上,其主要职能是保证成员国之间的经济与贸易自由。经济共同体条约第3条第1款要求“在成员国之间取消对进出口物资的关税和数量限制以及一切具有同等效果的其他措施”,并定义了“内部市场”(internal market)概念,“其特征是在成员国之间取消对个人、服务和资金的流动自由之限制。”物资、人员与资金的流动自由以及提供服务与开业自由,合并构成了“四大自由”。其中物资流动自由乃是其他一切自由的基础。和美国联邦宪法的“州际贸易条款”相仿,这项基本概念主要包括三个方面:首先,取消成员国之间的进出

[71] 40 BVerfGE 296.

[72] 59 BVerfGE 336.

[73] 53 BVerfGE 135.

口关税或具有同等效果之收费,并对第三国采取统一的关税政策;其次,取消成员国内部的歧视性或保护主义征税;最后,取消对进出口所施加的非关税数量限制。我们看到,欧洲法院在1979年的“第戎葡萄酒案”中判决,德国法律对酒类产品酒精含量的规定违反了条约第28条所禁止的数量限制或其等效措施。(参见本书第四章)

物资与资金流动自由以及提供服务的自由主要涉及成员国的贸易调控限制,因而通常和人权没有直接关系。欧洲法院一般并不涉及基本人权,尽管偶尔也会判决关于共同体或成员国措施限制经济活动自由的指控;关于欧洲人权的主要法律文件是《欧洲人权公约》,其司法机构是欧洲人权法院。(参见张千帆,2001:606—622)但在有限意义上,共同体的开业自由可被视为一种职业活动的自由。对于开业权利,经济共同体条约第43条规定了三个方面:在其他成员国建立机构(agency)、分支(branch)或分部(subsidiary)之权利。

和人权最为相关的共同体领域是人员流动自由。条约第39条规定:“对于就业、薪水和其他工作和就业条件,[人员]流动自由应在成员国的工人之间取消任何基于国籍之歧视。”要保证工人流动自由,各类附带的社会福利政策必须及时跟上。因此,人员流动自由逐渐产生了更为普遍的“共同体公民权”(community citizenship)。在这一领域,共同体最重要的立法是1968制订的第1612/68号“工人流动自由”规章。它共分三大章:第一章规定了工人自由流动的基本权利,其中第1条规定了共同体公民在任何成员国从事职业活动的权利。第二章扩充了禁止歧视原则,其中第8条处理工会和工人代表权利;移民工人原先只有选举权,1976年的修正使他们获得了被选为工人代表的权利。第三章则定义了移民家属的权利,如和移民工人的同居权以及移民子女的受教育权利。因此,人员流动自由在共同体范围内产生了工人(及家属)为寻求职业而自由迁徙的权利、从事职业活动并参与工会的权利、社会福利和子女受教育权、选举和被选举权等一系列权利。

(二) 平等保护

经济活动自由的另一类宪法保护是“平等”。在美国宪法,“平等保护”的现代标准对种族归类极为严格,对经济归类则曾极为宽松,而现代又有更为严格的趋势。在理论上,虽然“平等保护”条款并未和“生命、自由与财产”相联系,但它也可以和“正当程序”条款一样被用来保护经济自由。例如在上述洛克案中,纽约州法律对面包店工人提供特殊保护,并对其雇主造成特殊负担,因而除了利用“经济正当程序”之外,法院还可认为州法对面包店的归类不合理,判决它违反“经济平等保护”。但由于在50年代以前,“平等保护”条款一直发挥次要作用,法院从未产生类似“经济平等保护”的理论。因此,对

其中开业自由属于职业活动自由。

人员流动自由包括自由迁徙、禁止歧视、从事职业活动、工会代表的选举与被选举权、社会福利与受教育权等一系列权利。

平等保护条款对经济立法的控制相当宽松。

经济归类的立法从来只受到宽松的合理性审查。

传统的宽松标准显著表现在1949年的“州禁广告车辆案”。^[74] 纽约市交通规章第124条规定:“任何人不得在任何街道运行广告车辆;如果其目的并非主要为广告宣传,那么本节并不禁止企业雇主在日常用于商业的车辆上刊登商业布告。”一大型货物运输公司违反了市交通规章对广告车辆的禁止而受到处罚,它宣称规章违反了“平等保护”条款。最高法院一致肯定了规章的合宪性。道格拉斯法官(J. Douglas)的意见指出,规章是为了避免车辆广告转移驾驶员的注意力而导致车祸,因而具备合适立法目的。但规章采取的手段属于“过少包含”,也就是未能禁止性质类似的其他行为,因为规章允许日常商业车辆刊登布告,从而可能产生和广告车辆类似的后果。然而,法院采用了低要求的“合理性标准”,允许地方政府采用部分方案、逐步解决交通问题。

和正当程序在经济立法领域的发展相一致,沃伦法院对经济归类审查的宽松程度有增无减。在上一章提及的“李氏眼镜店”一案中,州法因给配镜师和眼科医师提供特殊利益,不但受到“正当程序”、而且受到“平等保护”的挑战。最高法院同时驳回了两项挑战:州法采取的归类并不要求与目的完全吻合,而是可以“逐步”达到其合法目的。只有州法完全不存在任何理由时,法院才会予以推翻。这无异于向各州涉及经济利益的立法敞开绿灯,使“平等保护”对经济归类的审查形同虚设。直到20世纪60年代末沃伦退休前,极度宽松标准一直被法院用来审查经济归类。

进入70年代和80年代后,法院对经济归类的宽松标准有所动摇。和60年代的“广告车辆案”和“李氏眼镜店案”不同,法院现在要求法律陈明目的;只靠律师在法庭辩论中事后提出的理由是不够的。这些案例表明,在审查经济立法归类时,现代法院已偏离了极端宽松标准。冈瑟教授总结说:

在平等保护的领域,现代法院至少表明两点显著变化。第一,和沃伦法院不同,对“旧”平等保护程式的引用,不再标志着立法归类受到极度尊重,或受挑战的法律几乎自动合法……偶尔,对“基本合理”标准的革新提示,法院可能加强审查强度。第二,在某些领域,现代法院提出平等保护审查的标准,尽管比宽松的“旧”平等保护显著加强,却仍然低于“新”平等保护的要求。性别歧视是这类“中等”程度审查的最好例子……无论对于目标还是手段,审查标准都属于“中等”:如果只有“迫不得已”的目标才能通过[新的]严格审查,而“合法”目标就能通过旧的审查标准,那么中等审查则要求“重要”目标;如果在“新”平等保护下,手段必须是“必要”的;而在“旧”平等保护下,手段

美国法院一般采用“合理性标准”审查立法的经济归类。

对于不同领域,法院适用平等保护条款的力度有所不同。

[74] *Railway Express Agency v. New York*, 336 U. S. 106.

只需“合理相关”；那么手段必须“充分相关”(substantially related)，才能通过“中等”程度的审查。(Gunther, 1991: 606)

评注 中等审查与性别歧视

如上所述,涉及性别的立法归类属于“中等审查”(intermediate scrutiny)范围。在历史上,美国妇女所受的政治和社会歧视并不亚于有色人种。无论在社会、经济、还是家庭,妇女从来处于从属地位。在建国后的130年中,妇女一直是美国没有选举权的公民。直到1920年,联邦宪法的第十九修正案才保障妇女的政治选举权利。但法院并未立即把第十四修正案的“平等保护”扩展到性别歧视。即使后来运用“平等保护”来审查性别歧视,其标准也十分宽松。

性别歧视将受制于中等程度的审查。

在沃伦法院对种族归类的严格审查达到高潮之后,法院对性别歧视的态度也发生明显转变,并曾有从极端宽松走向极端严格的趋向。在1973年的“女兵配偶补助案”,^[75]联邦法律允许男性军人自动获得家属补助,对女性服役者则要求证明其配偶的依赖性。法院多数基于合理性标准,判决联邦法律无效。但四名法官的赞同意见根据斯通法官的“第四脚注”,认为妇女虽然不算“分散与孤立”的少数,却在政治过程内部缺乏代表,因而建议把性别当作“嫌疑归类”,受制于和种族歧视类似的严格审查。然而,法院并未因此而对性别归类采取严格审查标准。在极端宽松和极端严格的两极之间,法院最后确定对性别归类采用“中等审查”。在1976年的“男女酒龄案”,^[76]俄克勒荷马的法律规定:女子年满18岁即可购买含3.2%酒精的饮料,而男子要年满21岁才能购买同样酒精饮料。在法律规定的男女差别受到挑战之后,布仁南法官的意见基于“中等审查”标准:“性别归类必须具备重要政府目标,并且必须和实现这些目标充分相关”,并判决州法违宪。

思考 你认为性别归类应当适用什么审查标准? 答案是否应取决于立法究竟是歧视妇女还是为她们提供特别优惠(即下述“纠偏行动”)? 为什么? 在“男女酒龄案”中,州法还可因年龄歧视受到挑战。你认为区分不同年龄的立法应受到什么程度的司法审查?

[75] *Frontiero v. Richardson*, 411 U. S. 677.

[76] *Craig v. Boren*, 429 U. S. 190.

法国传统文化注重平等。

最后,和美国一样,“平等”也是法国的一项基本原则。1789年,法国革命取消贵族和僧侣的特权,排斥任何社会地位与继承权所带来的特殊化。自从大革命之后,平等就一直是法国共和传统的中心价值。最经常引用的《人权宣言》第1条宣布:“人人生来自由与平等,并有权保持这种状态。社会区别必须基于普遍福利”。第6条进一步规定“不论是保护抑或惩罚,法律必须对所有人一样。所有公民在法律面前平等”。第13条规定社团平等负担公共开支。从整体而言,1946年的宪法前言是一部平等权利文件;它比《人权宣言》更进一步,对平等权利提供了全面保障。第1条宣布种族与宗教平等,第3条规定性别平等,第12条与第13条分别规定公共负担和教育机会的平等原则。法国自大革命后是如此注重平等,以至托克维尔把平等作为法国民主与中央专制的灵魂。(Tocqueville, 1955:207)

但宪法对平等权利的保护却相当有限。

然而,虽然平等是法国社会与政治的普遍价值,它却并不具备直接实施的法律效力。令人惊讶的是,在如此注重平等的法国,平等概念在传统的宪法或行政法论著中匆匆带过、可有可无。即使到1958年,第五共和宪法亦只在第2条规定“所有公民……在法律面前的国籍、种族或宗教平等”,第3条规定:“[政治选举]应永远普遍、平等与秘密。根据法律所决定的条件,所有成年且享有公民与政治权利的男女法国公民皆可表决。”除此之外,法国人并不享受美国宪法第十四修正案所保障的普遍平等权利。宪政院的平等理论亦相当有限。至今为止,平等在法国并非普遍运用的法律原则,它仅具备有限的适用范围和作用形式,并只禁止对具体宪法价值的歧视。由于只有具体的平等条款才要求议会为歧视提供理由,宪政院必须考虑特定领域的宪法文字。

案例 平等权与就业歧视——“公务员乙肝病毒案”

就和拆迁等问题一样,就业歧视也可能会产生意想不到的后果。2003年,浙江曾发生一起恶性案件,一位乙肝病毒携带者因招工被拒而杀死了招工人员,一度轰动全国。这种暴力行为理当受到法律的惩罚,但它同时提醒人们注意,歧视是可能导致社会不满和报复的不公行为。这个案件的被告就不能接受:为什么某些有生理缺陷的人申请工作不受限制,而自己带有乙肝病毒就失去了平等竞争的机会——更何況并不是所有的乙肝病毒都传染?非理性的规定最终将导致非理性的回应。

2003年12月,安徽省芜湖市中级人民法院受理了一起关于就业平等权的案件。原告于2003年6月报名参加了安徽省的国家公务员考试,报考职务为芜湖县委办公室经济管理。原告经过了笔试和面试,成绩均合格,并进入被告规定的体检程序。在体检中,原告被诊断为“乙肝小三阳”,并在复检中确诊为

一、五阳(HBsAg、HbcAb 阳性)。被告根据复检结果禁止原告进入考核程序,并以口头方式宣布,原告由于“两对半”不符合公务员身体健康标准而不被录取。

原告认为,被告仅仅根据原告体检一、五阳的事实,就确定原告不符合公务员身体健康标准的具体行政行为,构成了对原告的恶意歧视,未能履行国家尊重和保障人权并在法律上平等对待公民的宪法职责。歧视行为不仅违反了宪法第33条第2款“公民在法律面前人人平等”之规定,而且也严重地侵犯了原告的合法权益。原告虽然是乙肝病毒携带者,但仍然享有公民平等担任国家公务员的基本权利。被告的行为剥夺了原告担任国家公务员的资格和劳动权利,应当承担相应的法律责任。原告因此请求法院判决被告的决定不符合国家公务员身体健康标准,并非法剥夺了原告进入考核程序的资格。

你认为法院应该如何处理这起争议?运用其他国家关于宪法平等权的经验,就业歧视应该受到什么程度的司法审查?为什么?判断政府人事管理部门是否构成了原告所宣称的“恶意歧视”,应取决于哪些事实因素?

法院最后的判决是被告取消原告进入考核程序的行政决定“证据不足”,但驳回了原告的其他请求。在接受记者采访中,安徽省高级法院的行政审判庭庭长认为:“宪法规定的平等原则,是以法律规定为前提的同等对待”,因而否定了体检标准侵犯宪法平等权。(周伟,2004:100)你认为这种观点是否正确?

二、财产权

尽管国家在经济管理过程中对财产权性质的调整具有相当大的自由裁量权,法国宪法还是对财产权实行了相当严格的保护。1789年的《人权宣言》第2条宣布,财产权属于“人的自然和不可超越的权利”之一。第17条规定:“财产是不可剥夺的神圣权利;除非以合法形式建立的公共需要明确要求,且在公正补偿获得事先支付的前提下,任何财产皆不得受到征用。”财产权主要涉及三个问题。首先,何为“财产”;其次,何为对财产的“征收”(Expropriation)或“占取”(Taking);最后,法国还特别要求财产为公共利益的征用获得“事前”补偿。最后这项条款的渊源来自中世纪法律,并被国政院的案例法所继承。宪政院借鉴了国政院的案例法,使这项原则具备宪法效力。因此,一旦构成征用,其补偿就必须符合两项条件:首先,政府必须在征用之前支付补偿;其次,补偿必须公正。

法国宪法要求政府必须在征用之前支付公正补偿。

尽管这些条款的措词绝对,它们的适用范围从来受到相当程度的限制。根据宪政院的早期决定,传统形式的财产具备宪法价值。财产权的范围定义于《法国民法典》第544条,第545条进一步规定,财产只有为公共利益才可被

社会改革极大限制了财产权的绝对性。

征用。尽管财产属于必须获得法律定义的基本权利,宪政院在1961年的案例中指出:“这些原则必须确定于1958年宪法前制订的普遍立法限制之构架。”〔77〕这些先前法律对财产实行范围广泛的限制,从而显著降低了财产作为宪法权利的重要性。20世纪的法国农业重组和工业计划之立法,极大限制了财产权的绝对性。1946年宪法前言第九段甚至规定,垄断产权将作为公共财产而获得充公。对于议会立法调控的范围,1958年宪法第34条似乎并不区分公共和私人财产,而仅要求法律制订基本原则以控制产权制度。有的学者甚至宣称,财产权不应被视为宪法原则;它已受到如此普遍的立法约束,以致不能再被认为是“不可侵犯的神圣权利”。总起来说,议会立法和内阁规章都有广泛权力,来修正或重组财产权的内涵。

案例 “国有化决定”〔78〕

在1979年,社会党和共产党发布“共同纲领”,尝试对法国经济实行广泛的社会主义改革。由于提议的立法将把银行、钢铁、军火及其他大公司国有化,并使之受制于政府计划指令,这些法律被认为要求首先修正宪法。但在当时,修宪在参议院受到阻碍。反对意见认为集体化措施超过了公共需要,且宪政院有责任加以干预。社会党则坚持,何为公共需要乃是由人民代表决定的国家主权问题。在1981年入选内阁之后,社会党寻求使一些战略企业和主要银行国有化。在法案起草阶段,国政府亦建议这些法案要求修宪。由于社会党在参议院仅占据少数,必要的宪法修正势必难以获得通过,因而内阁选择通过普通立法。两院的反对派议员把法案提交宪政院,使经济改革首次受到宪政挑战。在辩护中,社会党多数派援引第五共和宪法第2条所规定的“社会”国体。反对派则强调“社会”国体仅限于对个人的关怀;如果引入更为广泛的国有化措施,多数派必须首先修宪才能立法。

宪政院只纠正立法在利益平衡过程中的明显错误。

在1982年的“国有化决定”中,宪政院首先认为自身有权控制议会对公共需要的衡量,但仅限于在议会衡量明显错误时才加以干预。在对事实的衡量上,宪政院并未发现社会党犯了任何明显错误,而是认为议会决定是对付经济危机、促进就业与增长的合理措施。虽然宪政院并不认为必须修宪,但它对国有化权力施加了严格限制,并判决某些国有化措施的若干次要细节——如财产征用的补偿数额及计算方法——违背了平等原则。对于立法所规定的补偿体制,宪政院指出:

〔77〕 61—4 FNR.

〔78〕 81—132 DC.

根据《人权宣言》第17条,为公共需要而对财产权之征用,要求公正与事前之补偿。……然而,现在审查中的条款却以不平等的方式实现了这项目标。[条款]把排除分部资产的净资产以及排除分部利润的净平均利润作为参照;这对有关公司导致了极为不同的结果。它们的决定并非基于经济和财政状况的客观区别,而是基于管理技术和结账方法之不同,但后者本身对补偿的衡量缺乏任何关系。另外,作为必然结果,受审查中的条款剥夺了前股东本应在1981财政年度获得的红利。[在整体上,就股票交易所报的公司份额而言,交换价值的计算方法导致不平等对待;速度和简化的实际考虑,并不能为这种不平等程度提供理由。]

财产的补偿必须公正,并符合平等原则。

因此,就补偿的公正性而言,被提交宪政院审查的法律违反了《人权宣言》第17条要求。宪政院要求补偿数额必须在实体上正确。通过高度复杂的计算,宪政院对议会衡量进行了非同寻常的干预;由于计算方法不当,议会过低估计了某些私有企业的价值,因而被判决有欠公正。

刚开始不久,社会主义改革就招致巨大的财政困难,因而被迫“紧急刹车”。四年之后,右翼政党控制了议会和内阁,并开始对国有化政策“反攻倒算”。1986年,希拉克右翼党派刚入主内阁,便首先提议减少国家控制以进一步实现经济自由化。内阁的“允许公共行业呼吸”方案涉及范围广泛的所有权改革,它计划在五年内使附录列举的65家大企业私有化。这不仅包括那些在1982年被社会党国有化的企业,而且包括自1944年解放以来早期政府的国有化企业。根据第4条规定,至迟到1991年3月,国家在65个企业中直接或间接持有的多数股份必须被转移到私人行业。第5条授权内阁在6个月内制定法规,对私有化企业的估价以及转换的法律和财政形式制订规则。

议会少数派对此提出两点反对理由,并把它们提交宪政院审查。首先,社会党认为私有化法律试图把垄断企业转移给私人,因而侵犯了1946年宪法前言第九段。其次,内阁试图取消1945年法规,从而使国家在经济危机时期束手无策;反对派宣称,这将放弃宪法要求的保障,例如法国人的平等与团结,以及在国家灾难之前负担平等。

在1986年的“私有化决定”中,^[79]宪政院严格解释了1946年宪法前言第九段的效力;虽然某些电信联合公司接近垄断,宪政院仍然认为议会多数的决定并非明显错误。但宪法考虑对私有化的范围与程度仍然相当重要。宪政院在维持私有化措施的同时,对法律条款进行了详尽与仔细的解释。虽然议会具备广泛的裁量权去定义财产,财产的征用必须获得公正补偿,使得公共代

国有化和私有化措施都可能侵犯财产权利。

[79] 86—207 DC, Rec. 61.

价由整个社团来承担。和1982年的“国有化决定”一样,宪政院对补偿数额进行了详细具体的分析。它不但要求行政机构去获得独立专家的衡量,以计算国有企业的真实价值,而且要求考虑六项不同因素,从而为以后在行政法院挑战不公决定提供法律基础。

评注 德国财产权及其与公共福利的宪法平衡

德国宪法的财产权同时包括个人权利和社会义务,并要求两者适当平衡。

《基本法》第14条第1款规定:“财产和继承权利应得到保障。其内涵与限制应被法律所决定。”根据第2款,“财产施加责任。其使用应该为公共福利服务。”但第3款又规定:“只有以公共福利为由才能占取财产。它的实现必须根据调控补偿性质与程度的法律。这种补偿应通过建立公共利益和受影响利益之间的公正平衡来加以确定。对于有关补偿数量的争议,[当事人]可求助于具有普通管辖权的法院。”从字面上看,德国宪法的财产权概念同时包括了个人权利和社会责任的矛盾观念。一方面,社会国体原则要求财产权利必须为公共福利服务,且议会可制定法律去规定与限制财产权的内涵。另一方面,《基本法》保障财产权和继承权的存在,因而立法限制不得侵犯财产权的核心;且比美国联邦宪法的第五和第十四修正案更进一步,德国宪法不仅要求财产的占取获得公正补偿,而且占取本身必须基于公共福利。无论是《基本法》的文字和精神,都要求德国政府去适当平衡个人自由与公共利益;且和其他宪法规范一样,这项平衡最终受制于联邦宪政法院的司法与宪政审查。

财产权的定义和范围主要是一个私法问题。

根据《基本法》第14条的结构,德国财产权概念涉及三大问题。首先,何为财产权的法律基础及其范围。作为法治国家,德国财产权的存在显然先于任何成文宪法——包括《基本法》;财产权利主要受到《德国民法典》(BGB)第90条和第903条的定义,因而它主要是一个私法问题。然而,《基本法》的原则影响着民法典产权条款的解释。宪法保障四种类型的财产权:动产、不动产及其索求权利,知识产权——包括版权、专利与商标,工业与商业财产,以及社会保险利益。

宪政法院扩展了财产权的范围。

作为福利国家的发展结果,德国财产观念在战后发生显著扩充,因而出现了类似美国的“新财产”概念。(下详)联邦宪政法院的案例显著扩展了传统财产权的范围;财产权现被认为包括退休金和社会保险。宪政法院指出:“获得退休金的权利履行着[社会]职能,其保护属于财产保障的任务。[它们具备构成宪法财产概念的所有特征。]对今天社会的大多数公民而言,其生存保障并非通过私有财产,而是通过其工作收获以及相关的集体保险系统;在历史上,后者从来和财产权的观念相联系……就对退休金的预期而言,保险利益已取代了私人防护措施之形式。”

因此,和其他经济发达国家类似,德国的财产权是一个变化的概念。如果可按照不同的历史阶段对它加以“分代”,那么德国的财产权可被分为三代:第一代是传统的防御性权利,它主要针对国家对私人产权的侵犯。自20世纪以来,这项权利的重要性相对下降,而被作为第二代的劳工福利和集体谈判权利所替代。第三代权利则强调公正分享自然资源和国民产值,并在健康的环境下和平生存。结果,权利的重点从消极防御性权利转移到积极的福利和分享权利——例如廉价住房和免费教育权利。

总的来说,政府具备广泛权力和责任,去指导与组织国民经济。这种观点是德国普遍存在的共识;1957年的《贸易限制法》、1967年的《经济稳定法》以及在1951年和1976年制订的《共同决策法》,都授权政府去调控经济的不同层面。和新政后的美国宪法类似,德国《基本法》亦不阻碍政府调控经济的努力,去把社会国体的理想付诸实施。反之,宪法也不阻碍政府放弃先前的调控,并给私人企业增加自主权。

如1961年的“大众汽车私有化案”^[80]所示,联邦和州政府可决定把某些国有企业私有化。在第二次世界大战之后,下萨克逊尼州和联邦政府继承了“大众汽车公司”(Volkswagen)的产权。但在1960年,政府决定通过出售其60%的股份,使企业获得部分私有化。为了团结工人,法律允许大众汽车的雇员首先以低价购买股份。为了扩散所有权,立法对任何人的最大购买数量规定了限制:雇员十股、其他人五股;法律还允许分期付款,以鼓励低薪阶层的参与。由于销售过量,非雇员实际上只能购买二到三股。某些团体发起宪政申诉,宣称私有化立法放弃了公共财产,侵犯了《基本法》第15条所规定的财产社会化原则,并剥夺了某些团体的平等权利。宪政法院第一庭驳回了原告们的各项挑战。

第二个问题是征用财产的“公共福利”要求。在1968年的“汉堡洪水控制案”中,^[81]宪政法院讨论了这个问题。在1964年,汉堡州通过了《排水堤防法》,把州内所有被归为堤坝区域的草地征用为公共财产,并对草地的私人所有者给予经济补偿。几个在堤坝区域内的地产拥有者在宪政法院挑战这项法律,宣称它侵犯了第14条授予他们的基本权利。宪政法院第一庭详细阐述了第14条第1款和第3款之间的区别,以及《基本法》和魏玛宪法在财产权保障方面的区别。和美国宪法类似,魏玛宪法的目的是保证当事人获得适当的补偿,除此之外对征用没有其他要求;第14条虽然也要求公正补偿,但其主要职能并不在此,而是保证公民对现存财产的拥有权。因此,财产权不仅体现于

德国财产权分为3代:传统的防御性权利、劳工福利和集体谈判权利以及社会资源的公正分享。

政府具有调整国民经济的广泛权力。

对财产的征用还必须符合“公共福利”。

[80] Volkswagen Privatization Case, 12 BVerfGE 354.

[81] 24 BVerfGE 367.

对征用的补偿,而且更是个人的一种基本权利;“财产权主要并非物质保障,而是个人保障。”它构成个人自由活动的领域,使之能够“以担负责任的方式去从事自我定义的活动”。这是为什么第14条第3款要求征用还必须符合公共利益。尽管具备这些广义限制,宪政法院仍然判决汉堡州征用堤坝区域土地的法律合宪。法院指出,只要财产被用于具体的公共目的——例如建造堤防,那么占取就符合宪法第14条的公共福利要求。

征用必须给予公正补偿。

最后,如果财产的征用符合公共福利,征用还必须获得“公正补偿”。根据《基本法》第14条第3款的规定,法院必须确定财产受到征用的个人是否获得公正补偿。如上所述,财产权并不限于在传统上有形的动产、不动产或工业财产,它还包括无形的知识产权——例如版权和专利。在1971年决定的五个具有争议的产权案例表明,《基本法》对财产权利的保护也包括知识产权。但由于知识产权独特的社会属性,议会可根据公共利益去决定版权或专利权的性质与范围。和其他类型的财产权相比,宪政法院在此尤其强调知识产权的社会属性,并把它和宪法第2条的个性权利与第5条的艺术自由联系起来考虑。因此,尽管议会可以允许某些教育和文化机构不经作者同意而使用其作品,它不可授权不经任何补偿而使用具有版权的创作成果。

案例 “音乐教学书籍案”^[82]

1971年的“音乐教学书籍案”代表了宪政法院在这一领域的判案原则。联邦议会于1965年修正《联邦版权法》,允许某类文学或艺术书籍被包括在作品丛书中,专供宗教和教学使用。在复制并散发这类书籍之前,有关单位必须就其书籍的使用事先通知作者,以获得其同意并给予报酬。但这项要求并不适用于音乐学院对书籍的使用。几位音乐家提出宪政申诉,宣称版权法的修正案侵犯了第14条授予他们的财产权利。宪政法院判决原告的宪政申诉成立,并指出:

版权也是财产权的一种形式,其征用应获得补偿。

当受保护的作品被发表后,它就不再处于个人的全权处置之下,因为[那时]它已同时进入社会领域,从而成为对时代的文化知识作出贡献的独立成分。因此,大众具备显著利益,去保证青年在受教育过程中接触这些艺术创造。这同样适用于这类教育项目的参与者。假如作者能完全自由地禁止使用其作品……,那么这一社会使命就不可能实现。通过狭隘地定义作品的使用之目的,作者的合法利益已受到合理考虑。鉴于教堂在[我们]公共生活中的特殊地位,为宗教事业而使用[作品],显然具备理由。

[82] 31 BVerfGE 229.

然而,由于允许不经任何补偿即使用版权资料,受挑战的条款违反了宪法。这一措施拒绝为其作品的复制与分发提供[任何补偿],因而削弱了作者处置财产的权利,因为他不再能阻止其作品被使用,或通过合同去建立作品使用之条件。如果确实不存在获得专利税的普通机会,且[议会未能]制订立法[去为版权提供其他补偿,]那么这项限制就在相当程度上削弱了作品版权的经济价值。根据财产保障,只要大众利益并未超越作者的利益,作者就在原则上有权对其作品的经济价值索求补偿。我们必须记住,在此涉及的是艺术家自身的知识和个人创造……因此,并非每一项公共利益的考虑,都能为剥夺补偿权利提供理由。无限利用版权作品的公共利益本身,尤其不能提供充分[理由]。这种对版权所有者的限制强度,要求[这项理由必须构成]迫切公共利益,才能维持其有效性。

公共利益未必能为剥夺补偿权利提供理由。

作家的作品是学校书籍之复制的前提。作者的创造是决定性的;没有他的贡献,这类书籍就不可能出现。但[立法]限制的全部负担都落在作者的肩上;他被要求去免费捐献其服务。无论是编辑、出版社抑或印刷厂,[立法]均未剥夺其他任何人对这类公共努力的补偿份额。因此,这项政策缺乏令人信服的理由。

思考 宪政法院主要基于哪些理由撤销了《联邦版权法》有关宗教和教学版权使用的条款?

经过2004年修正,中国宪法第13条现在规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”你认为“合法的私有财产”或“私有财产权”是否包括知识产权?中央或地方政府是否可以为了“公共利益”而规定无偿使用课本等教学材料?

探讨

谁来承担“开发”的代价? 唐福珍事件与拆迁制度改革

本书开始提到的拆迁问题不是虚构的。事实上,它已成为2001年以来中国社会普遍关注的热点问题,因为它确实影响着成千上万的普通百姓的利益。如果他们的宪法和法律权利在改革发展的过程中得不到切实保障,就可能产生意想不到的矛盾甚至悲剧。改革本来是为了改善老百姓的生存状况,同时也至少使“一部分人先富起来”,但如果改革的利益和成本分配过分不均,政府又不能提供有效解决利益纠纷并维护社会公正的机制,势必导致老百姓对

改革的正当性失去信心,甚至对自己的前途感到绝望。^[83]

2001年国务院修订的《城市房屋拆迁管理条例》更是授权地方政府在没有完成征收程序的情况下强制拆迁,造成相当普遍的权力滥用和暴力冲突,也产生了大量不愿搬迁的“钉子户”。授权有关部门在协商不成的情况下实施强行拆迁,是否违反了宪法第13条对私有财产之保护?政府部门和法院可以下令强制拆迁居民房屋,是否违反了宪法第39条规定的“公民的住宅不受侵犯”?2002年,杭州市“钉子户”刘进成向杭州市长公开电话投诉《条例》有违宪法,一位负责人回答说:中国宪法和外国的不一样,条例是经过浙江省人大通过的;宪法只是原则,条例则是具体的,因而在实际操作过程中还是要适用条例的规定。^[84]这个答复有理吗?

2007年10月起开始实施的《物权法》对征收补偿的处理基本上是有规定的按规定,没有具体规定的则给予“合理补偿”。这种方案是否符合宪法要求?应该如何理解“合理”补偿?

你认为应该如何分配政府、开发商和拆迁户之间的权利和义务?现行宪法是否(应该)对解决拆迁争议有所帮助?是否规定拆迁户应当获得某种“公正”的补偿?如果开发商拆迁邻居的住户而影响了“钉子户”的安全或利益——例如盲流入住或财物被小偷盗窃,应该由谁对此承担责任?如何在拆迁过程中保证不同方面的权利和义务获得实施?

就在《物权法》通过全国人大审议的当天,重庆市九龙坡区法院对重庆的“最牛钉子户”下达了限期搬迁的“最后通牒”。由于一直不能和政府与开发商达成补偿协议,一位“最牛钉子户”长期拒绝搬迁,其坚守的屋子也成为周围唯一没有被拆迁的“孤岛”。对于重庆以及全国各地发生的“钉子户”现象,赞成者认为当事人是在为了正当的私有财产而斗争,反对者则认为他们是在漫天要价。你如何看待这个问题?为什么中国会出现那么多“钉子户”?重庆的“最牛钉子户”最终与政府达成补偿协议,结局可以说是“皆大欢喜”,但是在这个看似圆满的结局背后,你能看到哪些不那么圆满的地方?

2009年11月13日,强拆终于上演了震惊全国的一幕。成都市金牛区在拆除违法建筑过程中,遭到被拆迁户唐福珍的抵制。在相持了近三小时后,唐

[83] 有关拆迁的争议已经导致了几起全国关注的事件,南京等地曾先后出现自焚,有的甚至专门来到首都采取这种过激行为,见《新民周刊》2003年9月2日。对于用宪法保护私有产权的尝试,见“政府发出强制搬迁通知书,老人手持宪法进行抵制”,《中国青年报》2004年4月5日;“一块土地争议28年,村民手拿着宪法告赢县政府”,<http://news.qq.com>,2006-04-03。

[84] 谢春雷:“杭州昌化新村拆迁被指‘不公’”,载《南方周末》2003年1月16日。

福珍情绪失控,向自己身上倾倒了汽油并用自备打火机点燃,因抢救无效死亡。^[85] 和2003年孙志刚事件一样,唐福珍事件也引起全国强烈反响,国务院迅速表示将废除拆迁条例。2011年3月,国务院经过征求民意并和地方反复博弈,终于废止城市拆迁条例,代之以《国有土地上房屋征收与补偿条例》,明确规定了拆迁必须符合公共利益、公正补偿和公共参与原则。

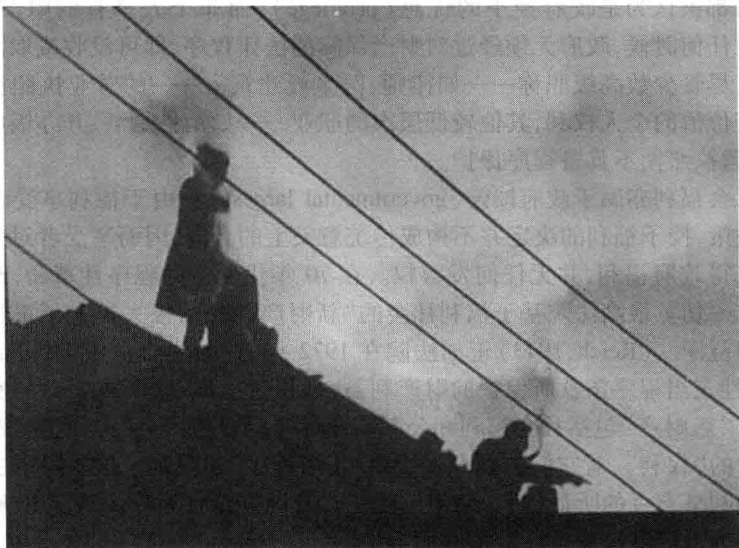


图 8.5 成都被拆迁户唐福珍自焚抗拆

思考 早先,《物权法(草案)》一度引发了激烈的社会争议,有人甚至公开指责其中的某些规定“违宪”,草案的修改与审议过程也因此而一度中断。违宪论者认定《物权法(草案)》违宪的主要论据是它没有重复1982年宪法第12条的规定:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”,并存在将国家、集体和个人财产平等对待之嫌疑,从而背离了宪法的“社会主义方向”。你如何看待这种指责?《物权法》是否可能违宪?参见本书第一章第三节对“公法与私法”的评注以及第二章第三节对“经济改革与宪法的稳定性”之探讨。

[85] “成都拆迁户与城管对峙3小时后自焚身亡”, <http://news.163.com/09/1202/10/5PH8QC3K00011229.html>.

三、“新财产”与社会福利

美国的财产权范围原先相当狭隘,社会福利是政府授予的优惠而非财产,因而其剥夺无须经过正当程序。

美国宪法第十四修正案规定,“财产”权利受到“法律正当程序”的保护。但在20世纪70年代以前,正当程序的“财产”概念的范围相当狭隘,它主要只包括财产法通常定义的不动产、动产和金钱或证券。社会福利、政府职位和经营许可都被认为是政府授予的优惠(privilege),而非个人享有的财产权利。因而在任何时候,政府无须经过对财产保障的法律程序,即可没收或取消这些优惠。尽管少数高级职称——如律师、医生或建筑家——的营业执照被视为某种有价值的个人权利,其他较低层次的职业——如销售烟酒、开办饭店酒吧等,经营执照便不具备程序保护。

“新财产”理论扩充了财产权及其正当程序保护。

社会福利亦属于政府馈赠(governmental largess)。由于福利享受者并未参与决策,授予福利的决定并不构成传统意义上的合同,因而享受者对是否能继续获得政府福利,并无任何发言权。在70年代发生的程序性革命,改变了所有这一切。最高法院基于福利社会的“新财产”概念,极大扩充了正当程序的适用范围。(Reich,1973)正如法院在1972年的“大学合同案”中指出,^[86]“程序性正当程序条款所保护的财产利益,远超过土地、动产或钱财的实际拥有权。”“新财产”包括社会福利和公共职业等政府馈赠;一旦从“优惠”变为类似财产的“权利”,对它们的剥夺就受到“正当程序”的限制。这些限制主要表现在福利享有者的听证权利,使他们能在政府机关面前陈诉状况,在政府正式决定前为自己继续获得社会福利而辩护。

“福利听证案”判决,社会福利是类似于财产的个人权利,政府在剥夺前必须经过某种听证。

1970年的“福利听证案”正式触发了社会福利领域的“正当程序革命”。^[87]纽约州的“社会服务局”事先不经听证,即终止对“从属子女的家庭资助”(AFDC)。法律确实规定了事后听证和司法审查,并一旦发现终止决定有误,即补发资助。然而,最高法院认为事后听证和审查是不够的。布仁南法官(J. Brennan)的意见指出,宪法前言要求政府“促进普遍福利”,因而对公民至关重要的社会福利,不能再被视为随时都可取消的馈赠,而是类似于财产的个人权利。政府在剥夺这项权利之前,必须经过某种公正程序。鉴于事前听证给政府机关带来的潜在负担,政府并不需要采取全部司法审查程序。在“平衡”个人福利和政府利益之后,法院要求政府机关采取全部行政程序:及时通知、口头陈述与辩论、相互盘问和反驳不利证据的机会、获得辩护律师和公正决策者以及陈明理由的书面决定。

[86] Boards of Regents v. Roth, 408 U. S. 564.

[87] Goldberg v. Kelly, 397 U. S. 254.

案例 福利“正当程序”的界限——“残疾保险案”^[88]

但在1976年的“残疾保险案”中,法院对“福利听证案”要求的全副程序有所保留。联邦《社会保险法》(Social Security Act)授权社会保险机构,对残疾人员是否恢复正常作出临时审核,并把决定通知当事人。机关的初步决定附有事实理由,且当事人可以提供附加信息。加上医学检验的证据,政府机关再最终决定是否中断残疾福利;如当事人不服,可以要求机关复议。最高法院和“福利听证案”相区别,认为法案规定的程序符合宪法。法院指出,正当程序条款只要求足够公正的程序。要使政府得以有效运行,在保证政府决定具备法律正当程序的同时,法院最终还必须依赖对行政机构的信任。正当程序不是一成不变的规则,它要求随着不同情形,对公正决策和行政代价作出适当平衡。为此,法院发展了“灵活的正当程序”(flexible due process)规则:

和某些法律规则不同,正当程序并非具有固定内涵的技术概念;它和时间、地点与场合有关。正当程序是可变的,并要求特定情形所要求的程序保护。因此,要决定在此提供的行政程序是否充分合宪,就要分析受到影响的政府和私人利益。我们以往的决定表明,要鉴别正当程序的具体要求,一般需要考虑三个不同因子:第一,受到官方行动影响的私人利益;第二,现有程序错误地剥夺这类利益的风险以及附加或替代程序所能保证的可能价值;第三,政府利益,包括其涉及的职能以及附加或替换程序的要求所将导致的财政和行政负担。

然而,至今为止,除了上述程序性保障以外,美国联邦法院尚未把社会福利视为基本权益。公民选举权受到宪法第一章以及第十四和第十五修正案的明文保障。与此相反,社会福利在美国宪法却难以找到文字基础。除了前言中的“促进普遍福利”外,宪法并未提及任何具体的福利权利。但即使在崇尚自由主义的美国,随着“福利国家”(welfare state)在20世纪60年代末的兴起,社会福利也越来越倾向于成为一种个人“权利”。在法学界,米丘曼(Frank Michelman)教授提出的理论认为,生活贫困者应有权获得最基本的利益,以成为对社会有用的成员;法院应该运用比合理性审查更为严格的标准,来保护对这项基本利益免受政府剥夺。在1970年的“州限子女资助案”,最高法院并未接受这种论点。

公正必须和效率相平衡,美国法院因而发展了“灵活的正当程序”规则。

在决定正当程序的保护程度过程中,法院须考虑不同因素。

除了程序保障以外,社会福利并不是“基本”权利。

[88] Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319.

案例 “州限子女资助案”^[89]

马里兰州参与“从属子女家庭资助”(AFDC)的联邦项目。州政府对贫困家庭的每个从属子女给予一定数量的政府资助,但对每个这类家庭又规定了每月250美元的上限。这样,对于每个从属子女所获得资助,子女多的家庭将低于未受上限影响的家庭。联邦地区法院判决州限违反了有关联邦法律,且因歧视子女人数多的家庭而违反“平等保护”条款。最高法院多数意见同时推翻了这两项判决,维持了州的限制。斯图亚特法官(J. Stewart)的意见指出:

在经济和社会福利领域,一州并不因为法律归类有欠完美而侵犯‘平等保护’条款。如果归类具有某种“合理基础”(reasonable basis),那么它并不因为归类‘不具备数学精度或在实际上导致某些不平等’而违宪……这项标准遵从的原则是:第十四修正案并未授权联邦法院,对各州关于何为明智的经济或社会政策而强加自身的观点。根据平等保护条款长期确立的这项意义,马里兰州对资助上限的调控在宪法上是有效的。该调控被发现具有下列坚实基础:州具有合法利益去鼓励就业,并避免在接受福利的家庭和工作的贫困家庭之间产生歧视……公共福利的资助项目中存在难以处理的经济、社会、甚至哲学问题;它们并非本院的事务。宪法对福利管理系统施加了某些程序保障。但宪法并未授权本院去猜疑各州官员;后者具有困难责任,在无数潜在的福利接受者中分配有限的公共福利资金。

社会福利的分配并不要求绝对平等。

评注 德国的“社会国体”与“社会市场经济”

在民主、法治和联邦国体之上,联邦德国还被认为是“社会国体”(德国 Sozialstaat)。和其他三大国体一样,社会国体也被宪政法院承认为联邦德国的基石,因而不能随意修正。《基本法》在两处提到“社会”一词:第20条规定西德是“社会联邦国家”,第28条第1款则要求联邦内各州遵从“共和、民主和社会法治国体之原则”。如上所述,和社会国体原则相一致,《基本法》第14条规定了财产权利及其社会责任以及对财产占取的补偿。另外,第15条允许政府把土地、资源和生产手段“社会化”。

《基本法》规定了德国的“社会国体”性质。

在1949年制订《基本法》之时,社会国体原则并未引起任何争议。联邦宪政法院明确宣布,《基本法》并未规定任何具体的经济体制;社会国体属于法律规范,因而具备现实效力。尽管如此,社会国体并非可被直接实施的法律;它仅授权各级政府机构采取立法和执法行动,通过法律或规章来实现社会

[89] Dandridge v. Williams, 397 U. S. 471.

市场经济。和其他国体不同,社会国体的意义更为广泛。它表达一种笼统的社会公正理念,因而缺乏可被直接实施的法律效力。部分由于其含义过于笼统广泛,社会公正原则在实际上仅是具体权利的“催化剂”——而非个人权利本身。宪法所体现的社会正义必须通过立法调控的具体化,才能具备法律约束力。因此,社会市场经济的内涵主要决定于议会在宪法构架内制订的经济与社会立法。然而,社会国体原则却可能对宪法和法律条款的解释产生重要影响。事实上,它正是“社会市场经济”的宪法基础。

在社会国体的基础上,西德在第二次世界大战结束后实行了“社会市场经济”(德文 *Soziale Marktwirtschaft*)。它在一定程度上反映了德国对社会公正和经济自由的平衡考虑。一方面,社会市场的经济基础是私有财产、结社自由以及私人企业的自主权。另一方面,政府有责任制订广泛的经济和社会政策,以补充市场经济在运作上的不足——例如政府调控竞争以防止垄断,并提供市场经济不能以合理代价所提供的必要公共福利,以保障每个人的基本生活需要。根据社会国体原则,政府有责任促进财产的公正分配,使每个人都能分享基本的社会财富。作为社会保险制度的先驱,德国政府还对尚未参与或已退出经济活动的个人提供帮助与照顾,后者包括学生、病人、退休工人和失业者。因此,作为社会国体原则的体现,社会市场经济“既非自由放任、亦非福利国家,而是在自由经济观念和财富与机会的分配平等之间寻求调和”。

虽然联邦德国实行了基于私有制的社会市场经济,联邦宪政法院从一开始就判决《基本法》的“中立”地位,即它并不规定任何具体的经济体制。因此,议会在原则上可以追求任何可行的经济政策。然而,立法措施仍然必须处于宪法所规定的个人权利构架之内。根据第12条的职业自由和第14条的财产权利等宪法条款,经典自由主义者坚持认为《基本法》规定了“资本主义”体制。与此针锋相对,新马克思主义者则根据第15条的“社会化”条款,宣扬《基本法》采纳了“社会主义”体制。联邦宪政法院拒绝接受任何一种极端答案,而在两者之间选择了一条中间道路。

社会福利政策在德国具有长期历史。早在19世纪初期,俾斯麦时代的德国政府就开始实行系统的经济干预和社会保险政策。在1954年,联邦行政法院判决社会正义原则授予穷人获得福利资助的个人权利。但这项原则不能被个人直接依赖,而是必须基于立法调控。宪法确实要求政府提供人类基本需要,但何为“基本需要”则是立法者决定的问题。然而,社会国体原则可以辅助并影响其他权利条款的解释,它们包括《基本法》第1条的人格尊严、第3条的平等保护、第5条第3款的促进科技艺术、第6条的建立家庭与婚姻权利、第7条的教育机会、第9条的自由结社和工作条件以及第14条的公正补偿。

“社会国体”是抽象的正义理念,必须经过立法具体化以后才能加以实施。

“社会市场经济”反映了社会公正和经济自由的平衡。

联邦宪政法院一直强调《基本法》的政治中立地位,拒绝采用任何特定的意识形态理论解释“社会国体”。

社会公正原则必须经过立法实施才能适用于个人。

案例 “共同决策案”^[90]

1979年的“共同决策案”同时涉及财产权利、职业选择和结社自由。“共同决策”(Co-determination)是德国社会民主的一项长期政策,它通过在整个企业阶层建立“监督委员会”,使工人代表得以参与企业管理。1976年,联邦众议院以压倒多数通过《共同决策法》,把雇员代表在监委会的投票实力提高到与雇主代表接近相等的程度。这项法案适用于所有超过2000名雇员的私人与公共企业,但其实际的决策影响限于大约250个拥有上市股票的企业,因为在这些企业中,股东无权干涉企业管理,而监委会则有权制订企业的董事会人选,并掌握着管理、投资和股票分红决策,因此可以说操纵了企业的经营管理。《共同决策法》规定,雇员选出的代表和股东代表人数相同;但在遇到双方持平的情形下,由监委会主席(一般是股东代表)投决定票。另外,监委会还保留2至3个席位给企业的工会代表,从而增加了工会参与企业管理的能力。

在1976年以前,多数企业主对共同决策并无敌意。但1976年的《共同决策法》是一项企业改革的重大方案,使那些具有上市股票的企业主们深感不安。他们认为这项法案授予工人太多权利,使雇员在监委会享有同等代表权力,直接参与控制企业经营决策;现在,工人代表同时坐在谈判桌的两边,因而构成劳工控制管理的第一步,这无异于背离资本主义的基本经济秩序。因此,9个企业和14个企业主团体在联邦宪法法院提出申诉,宣称《共同决策法》侵犯了《基本法》第14条保障的财产权利、第12条第1款保障的个人选择职业自由、第9条第3款保护的集体谈判自由以及第2条第1款保障的从事经贸活动的个性权利。

主要基于财产的社会属性,宪法法院第一庭驳回了原告企业的要求,并肯定了《共同决策法》的合宪性。例如宪法第14条保障财产权利,但社会国体原则又对财产权的行使施加公共责任;第12条保证职业“选择”的自由,但政府又可为公共利益而调控职业“实务”。最后,第9条同时保障雇员与雇主的结社或拒绝结社之自由;和社会国体原则相一致,雇员有权通过集体谈判来改善工作与经济状况,且这项权利不得受到雇主的剥夺或削弱。

四、国家资助与受教育权

如果说选举权是受到明文保护的宪法权利,而社会福利则是仅受到最低

《共同决策法》威胁了雇主的控制权,但宪法法院驳回了其宪法申诉。

[90] 50 BVerfGE 290.

限度司法保护的利益,那么公共教育所受到的平等保护则介于两者之间。美国的初等和中学教育分为私立和公立学校,其中公立学校属于州政府的一部分。在传统上,美国公立学校的财政资助主要来自学校当地的财产税(property tax)。可想而知,在贫富地区之间,公立学校来自财产税的教育经费差别巨大。联邦和各州资助在相当程度上弥补了财政差异,但各地公立学校相对于每个学生的经费额并不相同,而各州政府默认了残存的差异。对于究竟运用何种标准来审查公立学校不平衡的教育经费,最高法院的案例法呈现出

地区贫富差距使美国公立学校的财政资助产生差异。

不定轨迹。就1973年的“德州校区资助案”而言,^[91]在德克萨斯州的圣·安东尼奥地区,最贫困地区的财产价值是每个学生5960美元;即使以州法允许的最高税率(1.05%)征收财产税,该地区每个学生只能获得26美元的教育经费。而在最富裕的地区,可征税财产价值是每个学生49000美元;即使仅以0.85%的税率征税,每个学生即可获得333美元的教育经费。在联邦和州政府补助之后,贫富地区的教育经费,被分别提高到每个学生356和594美元,因而在比例上得到显著的平等化,但在绝对数值上仍然相当不平等。贫困地区的居民挑战德州的公共教育财政系统,宣称州政府纵容不平等的教育经费,违反了第十四修正案规定的平等保护。联邦地区法院认为财富构成嫌疑归类,且教育属于“基本权利”,因而推翻了州法。最高法院的多数意见推翻了地区法院结论,同时驳回了“嫌疑归类”和基本权利两项理由。鲍威尔法官(J. Powell)的意见指出:

平等保护并不要求绝对平等或准确的平等优势……教育显然不是联邦宪法明确保护的權利。我们也不能发现任何理由,把它作为受到隐含保护的權利。教育无可置疑的重要性,并不能使本院偏离审查各州社会和经济立法的通常标准。

最高法院在80年代的案例仍遵从“德州校区资助案”的多数意见。因此,最高法院至今仍倾向于运用合理性标准,来审查对教育机会的限制是否符合“平等保护”条款。以下1982年的“移民子女学费案”只是一个特例。

平等保护条款并不要求教育资源的绝对平等。

案例 “移民子女学费案”^[92]

德州对合众国公民或合法外籍居民提供免费公共教育,却对未注册的非法移民子女征收学费。法院考虑的问题是,德州拒绝对非法移民的学龄子女

[91] San Antonio School Dist. v. Rodriguez, 411 U. S. 1.

[92] Plyler v. Doe, 457 U. S. 202.

提供免费公共教育,是否违反了第十四修正案的“平等保护”条款。布仁南法官的多数意见,认为州法确实违反了“平等保护”:

限制入境法的无能为力或松懈实施,使我国境内出现了成千上万的非法移民的“地下人口”。这种情形产生了由非注册外籍居民组成的永久阶层之幽灵;他们作为廉价劳动力的来源而被鼓励留住此地,却被剥夺了我们社会提供给公民和合法居民的利益。对于一个以尊崇法律平等原则为骄傲的民族,这类下层阶级的存在是最为困扰的问题……立法把家长过错的负担转移到其子女身上,并不符合正义的基本观念。基于儿童不能控制的法律特征,德州法律施加了歧视性负担。法律对这些儿童出现于合众国境内而加以惩罚,因而很难找到合适理由……

公共教育并非宪法授予个人的“权利”,但也不仅仅是和其他社会福利共同的某种政府“利益”。其区别在于教育对维持我们基本机制的重要性,以及教育之剥夺对儿童生活所产生的长期影响。另外,教育提供了基本工具,使个人能够采取富有经济效益的生活方式,从而有利于所有人。总之,教育对维系我们的社会结构具有基本作用。当某些团体被剥夺机会去吸收我们社会秩序所基于的价值和技能时,我们不能忽略国家所承受的显著社会代价。文盲是一种持久障碍;在其一生中的每天,不能读写都将妨碍被剥夺基本教育的个人。对社会与经济利益以及智力和心理健康的剥夺,将给个人带来无可估量的损失;再加上对个人成就的阻碍,基于法律地位而剥夺基本教育的原则,很难和[平等保护]的平等构架相调和。

[州政府辩称,本案的归类将促进“保护州为合法居民提供教育的有限资源”。]我们可识别三种可能支持[州法]的政府利益。第一,[州政府]可能试图通过阻止非法移民的进入来保护自身。但记录并不存在证据表明,非法移民给州的经济带来任何显著负担。相反,现有证据表明,非法移民对地方经济和州的财政贡献了劳动和税收,却未充分使用公共服务。非法进入德州的主要动机是谋生;很少非法移民来到这里是为了去利用其免费教育。因此,我们认为,至少和禁止非法移民谋职的途径相比,对非注册儿童征收学费是“控制非法移民浪潮的荒谬与无效的企图”。第二,[德州]宣称,由于对州政府提供高质量公共教育的能力构成特殊负担,非注册儿童可被合适地排斥于[校外]。但记录并未提供任何证据说明,对非注册儿童的排斥可能提高州内总的教育素质……对于教育代价和需要,非注册儿童基本上与合法居民的子女没有区别。最后,德州宣称,非注册儿童在合众国的非法身份,使之不太可能在州内长期居留,[因而他们的]教育不会对州内有益的社会或政治作用有用武之地。即使这类利益是合法的,它也极难被定量确定。州并不能保证任何儿童或公民,会把州所提供的教育在州界内发挥作用。不论如何,许多受这类

通过影响子女入学来惩罚非法移民是不公正的。

教育对个人和社会都是至关重要的,因而需受到特别保护。

州政府为其限制措施所提供的几点理由都没有说服力。

归类阻碍的非注册儿童将不定期地留在我国,并且有些将成为合众国的合法居民或公民……因此,无论剥夺这些儿童的教育将能获得何种补偿,和对这些儿童、州和国家所带来的代价相比,它们是微不足道的。

思考 如果美国非法移民仍享有免费义务教育,那么中国合法打工者的随迁子女不仅义务教育可能受歧视,而且高中毕业后因为没有当地户籍而必须回原籍参加高考。这个问题在京沪尤其突出,因为改革三十年来,发达省市的经济已经对外开放,因而各地各类人才云集,但是户籍并未完全开放,教育歧视就是其中一个重要方面。许多家庭长年在京沪工作,有的长达十多年,他们的子女都在随迁地长大成人,有的连家乡话都听不懂,但就是因为户口不在京沪,因而高考必须返回其户籍所在地。按照2002年起推行的“分省命题”体制,京沪等发达省市均采用自己的试卷,和全国各地都不一样,而高考是根“指挥棒”,指挥着各地的中小学教学;高考试卷不一样,教学内容和模式也都不一样,意味着这些孩子在京沪中小学教育之后是不能适应户籍所在地的高考的。要求随迁子女回户籍所在地高考,不仅让他们和当地考生一样受到京沪等省市对外地考生的招生歧视,而且也让他们在起跑线上落后当地考生一大截,从而对他们造成双重歧视。

2010年11月,一万多名非京籍家长在《取消高考户籍限制呼吁书》和《2011年北京高考报名紧急建议》上签名并递交北京市教委和教育部,希望允许广大外来人口子女在京参加高考。在随迁子女家长们的持续推动下,中央政府终于作出积极回应。2012年8月30日,国务院办公厅转发教育部等四部门《关于做好进城务工人员随迁子女接受义务教育后在当地参加升学考试工作的意见》(国办发[2012]46号),要求各省原则上应于年底前出台有关随迁子女升学考试的方案。各省应根据进城务工人员在当地的合法稳定职业、合法稳定住所(含租赁)和参加社会保险年限,以及随迁子女在当地连续就学年限,确定其在当地参加高考的具体条件。虽然全国多数省市制定的方案有效解决了当地随迁子女的高考问题,京沪仍然将大部分符合上述规定条件的随迁子女拒之高考门外。^[93]

[93] 刘泽宇:“万余家长联名上书呼吁允许外地考生在北京高考”,《新京报》2010年11月26日;“随迁子女异地高考政策获批”,《京华时报》2012年9月1日;“异地高考准入:家长有工作有住所所有收入”,《新京报》2012年9月7日;刘惠生:“那一年,他们向教育公平和宪法发问”,《法治周末》2013年2月5日。

评注 平等保护的审查标准——“纠偏行动”

“纠偏行动”：为了弥补与纠正法律歧视在历史上造成的遗害而给受害者规定特殊优惠的方案或措施。

以上讨论了对性别、种族或国籍有害的立法归类。另一种立法归类则反其道而行之：为了弥补与纠正法律歧视在历史上给妇女、有色人种或社会其他阶层造成的遗害，立法或行政机构在规定雇用、录取或交易过程中，决定给这些阶层带来特殊优惠。这类社会项目被统称为“纠偏行动”(affirmative action)，它们在“平等保护”条款下的审查标准一直悬而未决。以针对种族的“纠偏行动”项目为例，它们是否应该和有害歧视同样受制于严格审查？无论在法学界或法院内部，这个问题至今仍然受到广泛争议。

法院多数意见认为，大学在录取中可以把种族多元化作为一个考虑因素，但不得为少数民族保留最低数量的名额。

在1974年的“大学优惠录取案”，^[94]加州大学戴维斯分校的医学院为了弥补以往种族歧视的遗留后果，对少数人种的申请者采取了特殊录取项目，在100个名额中明确为少数人种保留了16个。一名本来符合录取标准、但因特别录取项目而未获录取的白人申请者，宣称特别录取项目违反了“平等保护”条款。最高法院以5:4表决，判决加大的“纠偏行动”方案违宪。对基于何种标准来审查“纠偏行动”，法院并未达成多数意见。不过多数法官同意，大学在录取中可以把种族考虑为一个因素，但不得仅基于种族，即剥夺白人原告的录取机会或利益。法院意见认为，公立大学考虑录取少数民族来促进学生团体的多样化，本身是合法的政府目标，但为此目的而明确保留最低数量的名额，即构成明显歧视而无效。高校可以采取类似哈佛大学的录取方式，仅把种族作为一个参考因素。

反对意见认为，“纠偏行动”应该和种族歧视区别对待。

四名持反对意见的法官则认为，禁止任意或有害歧视的严格审查，并不适用于为弥补以往歧视而给少数民族提供特殊利益的“纠偏行动”。因此，如果种族归类的目的是补救以往歧视的遗留后果，且不玷污(Stigmatize)任何特定种族的声誉、表示某一民族低人一等，那么这类“有益归类”(Benign Classification)应受到“中等程度”的审查。按照这个标准，如果州法是为了促进“重要”的政府目标、且归类手段与合法目标“充分相关”，那么州法就符合“平等保护”。

思考 参照斯通法官的“第四脚注”，你认为“纠偏行动”是否应适用严格审查标准？

2005年，北京大学对“非通用语种”(即小语种)的男女考生设置了不同的分数线，文理科女生分数线分别比男生高出了8分和17分。显然，对于同样考分的考生，这个男女有别的录取标准将对男生更有利；对于那些达到了男

[94] University of California Regents v. Bakke, 438 U. S. 265.

性分数线而不够女性分数线的女生,则将被无情挡在北大门外。一位成绩优秀但因此而未能进北大的女毕业生对这项标准提出异议,认为这是“明目张胆的性别歧视”。^[95] 你是否同意这一主张?为什么?

探讨 “义务教育”——谁的义务?

中国宪法第46条规定:“公民有受教育的权利和义务。国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。”1986年4月12日,第六届全国人大第四次会议通过了《义务教育法》。1995年3月18日,第八届全国人大第三次会议通过了《教育法》。其第9条规定:“公民有受教育的权利和义务。公民不分民族、种族、性别、职业、财产状况、宗教信仰等,依法享有平等的受教育机会。”因此,宪法和《教育法》都表明受教育不仅是公民的权利,也是公民的义务。《教育法》第18条规定:“国家实行九年制义务教育制度。各级人民政府采取各种措施保障适龄儿童、少年就学。”所谓“义务教育”,在英文中也就是“强制性”(compulsory)教育,可见“义务教育”中的义务首先是加在少年儿童的家或监护人身上。《义务教育法》第11条明确规定:“父母或者其他监护人必须使适龄的子女或者被监护人按时入学,接受规定年限的义务教育……禁止任何组织或者个人招用应该接受义务教育的适龄儿童、少年就业。”另一方面,宪法还规定国家培养青少年与儿童的“全面发展”,《教育法》要求各级政府“保障”适龄少年儿童就学,可见中央与地方政府也有“义务”保证少年儿童受教育的权利获得实施。《义务教育法》规定:“国家对接受义务教育的学生免收学费。国家设立助学金,帮助贫困学生就学。”(第10条)“实施义务教育所需事业费和基本建设投资,由国务院和地方各级人民政府负责筹措,予以保证。”(第12条)

2001年全国人大常委会批准的《经济、社会与文化权利国际公约》也保障受教育权(right to education)。第13条第1款规定:“本公约缔约各国承认,人人有受教育的权利。它们同意,教育应鼓励人的个性和尊严的充分发展,加强对人权和基本自由的尊重,并使所有的人能有效地参加自由社会,促进各民族之间和各种族、人种或宗教团体之间的了解、容忍和友谊。”为了充分实现这一权利,第2款规定“初等教育应属义务性质并一律免费”,并要求中等和高等教育也逐步实行免费制度。第13条是《公约》中最长也是规定最全面的条款,足见《公约》对受教育权的重视。这是因为受教育权不仅本身被认为是一项基本人权,而且也是实现其他基本权利的必不可少之手段,对于实现社

义务教育是公民的权利和义务,也是国家的义务。

适用于中国的经社文权利公约保护受教育权,要求国家尊重、保护与实现基础教育的存在性、可获得性、可接受性和灵活性。

[95] “北大高考录取涉嫌性别歧视,男女生设不同分数线”,《瞭望东方周刊》2005年8月29日。

会平等和维持政治民主至关重要。(为什么?)第14条进一步规定,如果缔约国在缔约时未能实施免费的义务初等教育,就有义务“在两年之内制定和采取一个逐步实行的详细行动计划,以规定在合理的年限内实现一切人均得受免费的义务性教育的原则”。

根据1999年联合国“经济、社会与文化委员会”对第13条采纳的“一般评论”(General Comment),初等教育应同时包含四个主要特征:存在(availability)、可获得(accessibility)、可接受(acceptability)以及灵活性(flexibility)。“存在”是指有关地区必须存在足够数量并运行良好的教育机构,“可获得”则是指教育机会可被任何人平等获得。后者又包含三个层面:禁止歧视、物质上的可获得(例如儿童能够就近入学或具有远程教育设施)以及经济上的可获得——教育成本必须在所有人都能承受的范围内。和其他要求不同,禁止歧视的要求在成员方加入公约之始即发生效力,而不接受逐步改善或财政困难等例外。“可接受”是指课程设置必须可被学生以及家长接受,并符合国家规定的最低标准。“灵活性”则是指教育必须具有较强的适应性,能够满足社会发展变化和學生未来生活的需要。国家有义务不断严格监控教育政策、机构设置、课程安排及财政支出等各个方面,以保证第13条的有效实施。

对于所有四个特征,国家都有三个层次的义务:尊重(respect)、保护(protect)与实现(fulfill)。“尊重”是指会员国不得阻碍公民对受教育权的享有,“保护”是指会员国有义务禁止第三方干涉他人的受教育权,“实现”则进一步要求会员国帮助个人或社区享受其受教育权,并提供适当的教育设施。作为一般规则,如果个人或团体因其不可控制的原因而不能通过其自己的能力适当享有受教育权,那么国家就有义务提供帮助。国家既可能正面直接违反义务——例如在保证教育机会的适当存在和可获得性方面有所退化,也可能消极不履行其条约义务,例如未能首先建立免费初等教育。

你认为中国目前的中小学教育制度是否符合第13条第1款所规定的目标?第2款表明,“义务教育”是和免费教育联系在一起的。国家从长远的公共利益出发,通过法律强制规定适龄儿童必须接受初等教育,但“强制”本身意味着国家不仅不得再向家庭收取相关费用,而且必须创造条件“保障”适龄儿童就学——否则,交不起教育费用的家庭怎么办?理性的法律不可惩罚无力履行与承担法律责任的人。《义务教育法》明确规定义务教育不但不收学费,而且设立助学金帮助贫困生就学。《教育法》虽然没有明确规定义务教育是免费教育,但第9条保证公民不分职业与“财产状况”都有平等受教育的机会,第18条要求各级政府“采取各种措施保障”适龄儿童就学,至少应被理解为禁止以各种名义向就学儿童乱收费。在批准《公约》之后,初等教育的免费要求也同样适用于中国各地的中小学教育机构。

因此,“义务教育”确实是适龄儿童及其家庭的义务,但更是政府的义务。然而,“巧妇难为无米之炊”。《教育法》第26条规定了设立学校及其他教育机构所必须具备的“基本条件”,包括具有合格的教师,符合规定标准的教学场所及设施、设备,以及必备的办学资金和稳定的经费来源。目前,中国不少乡镇政府因财政拮据而不能建立适当的教育场所或维持师资力量,致使许多农村儿童辍学。这对国家财政制度和农村正在进行的税费改革具有什么含义?你认为中国应采取何种措施来满足公约第13条与第14条的要求?农村儿童是否可以状告政府未能给她提供适当的教育机会?除了宪法第46条外,她的诉因还可能有什么其他宪法依据?

中国某些地区尚有待满足国际公约所规定的义务。

案例 大学招生的地域歧视——“青岛三考生状告教育部案”

2001年,青岛三名高中考生向教育部提起行政诉讼,主张其所作出的关于全国普通高校高等教育招生计划的行政行为侵犯了她们的平等受教育权。由于各高校在各地招生分配名额,因而根据各地考试成绩的情况,同一所高校在各地划定的录取分数线各不相同。例如,北京大学每年在北京地区的招生人数大约占总招生额的13%,远高于其他任何地区,结果是对于同样的考卷,山东、江苏、河南等地考生每年要比北京考生多100多分才能进入北大。^[96]2001年,文科专科提档线在青岛是509分,一般本科是539分,重点本科是575分,而在北京的重点本科提档线是456分,两地分数线相差近120分。^[97]按照这三位女生的高考成绩,她们假如是北京居民完全可以上比较理想的重点大学,而作为青岛居民则连普通大学都上不了。只是因为她们的户籍在青岛而不是北京,境遇就面临如此巨大的差异,让她们感到颇不公平。由于种种原因,法院最后没有受理她们的起诉。如果你是法官,你如何评判大学招生地区指标和录取标准的合宪性?

2006年3月,中国政法大学提出将按各地人口比例分配录取指标。^[98]你认为此举是否有助于解决高考招生计划的合宪性问题?将人口作为分配录取指标的标准,是否就一定符合平等原则?人口多的地区是否就应该得到更多的高等教育机会?

高考录取线的地区差异直接导致屡禁不止的“高考移民”现象,也就是考生家庭将户籍迁移到招生指标相对较多而录取线相对较低的省份。据报道,

[96] 对于北京大学网上公布的部分地区高考录取分数线,见“招生动态:北京大学2004年各省录取线”,<http://pkunews.pku.edu.cn/newsshow.php?id=22762>。

[97] “全国统考录取,分数却相差悬殊,青岛三考生告教育部”,《齐鲁晚报》2001年8月22日。

[98] “政法大招生名额和各省人口成比例”,《新京报》2006年3月11—12日。

2005年陕西铜川近7800名考生的近十分之一为“移民”考生,调查核实后取消高考资格165人,慑于压力自动放弃高考的292人。对已参加高考的279人,教育部门按有关规定取消274人的录取资格,保留符合规定的5人的录取资格。省政府对109名相关责任人进行责任追究,其中给予党政纪律处分47人,移送司法机关24人。^[99]可悲的是,某些考出高分甚至成为地方状元的考生也因为违规“移民”而被取消入学资格。^[100]出于对举报和调查的畏惧,“高考移民”们一般不敢“树大招风”,因而出现了“高考移民怕当状元”的怪状。一名河北考生移民青海,经过不准报名、当状元被禁填报志愿的三年“历练”之后,最后“主动”考低分上大学。^[101]

试问这一切都是为了什么?究竟谁是“始作俑者”?除了损害平等和公正之外,“高考移民”是社会资源的巨大浪费。^[102]在这个意义上,宪法第33条平等原则所要保证的不仅是崇高的平等和公正理念,而且也是社会的基本理性和效率这些很“实用”的东西。

第四节 人身权利

“人身权利”是指除了政治、宗教和社会经济权利之外的和个人直接相关的其他权利。

“人身权利”包括一系列和个人直接相关的权利,譬如生命权、人身活动自由、迁徙自由、隐私权、名誉权、住宅权、信息自决权和刑事正当程序。因此,它比严格意义上的“人身自由”范围更广。根据我们的定义,它并不包括经济活动自由和拥有财产的权利,属于“非经济”权利领域。

这一节主要探讨下列基本人身权利:人身自由和隐私权、迁徙自由、刑事正当程序以及信息自决权。名誉权通常受民法保护,在此不赘述;对于个人名誉和言论自由的平衡,见以上对表达自由的讨论。

一、隐私权与人身自由

中国宪法规定了某些人身权利应受到保障:“公民的人身自由不受侵犯。”(第37条)虽然宪法没有提到普遍的隐私权,但“公民的住宅不受侵犯。

[99] “铜川高考移民事件109名干部受处”,《新京报》2006年2月16日。

[100] 参见“海南移民理科状元被限报重点大学,离家整整三天”,《海南特区报》2005年7月14日;“清华新生涉嫌‘高考移民’被取消录取资格”,《北京晨报》2006年3月31日。

[101] “高招指标分配存在地域歧视,高考移民生怕当状元”,《新京报》2006年2月28日。

[102] 例如见“湖北考生巨资移民,138学子被海南取消高考资格”,《法制日报》2005年5月31日。

禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”(第39条)“公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”(第40条)

探讨 “劳动教养”的合法性

为了保证公民的人身自由不受违法侵犯,中国《立法法》第8条特别规定,只有通过法律才能规定限制人身自由的强制措施和处罚。长期存在的“劳动教养”显然是对人身自由的一种剥夺,但中国刑法却从来没有对此加以规定。虽然“劳动教养”的合法性有疑问,它在中国的历史已经很长。1957年8月1日,全国人大常委会第七十八次会议通过决议,批准了国务院《关于劳动教养问题的决定》。该决定根据1954年宪法第100条的规定,“为了把游手好闲、违反法纪、不务正业的有劳动力的人,改造成为自食其力的新人”,规定了不追究刑事责任但“应当加以收容实行劳动教养”的几种人。劳教是“对于被劳动教养的人实行强制性教育改造的一种措施,也是对他们安置就业的一种办法”。劳教“由民政、公安部门,所在机关、团体、企业、学校等单位,或者家长、监护人提出申请,经省、自治区、直辖市人民委员会或者它们委托的机关批准。”《决定》并没有规定劳教的期限。1979年11月29日,第五届全国人大常委会第十二次会议通过决议,批准了国务院《关于劳动教养的补充规定》。省、自治区、直辖市和大中城市人民政府成立劳动教养管理委员会,由民政、公安、劳动部门的负责人组成,领导和管理劳动教养的工作,并审查批准“需要实行劳动教养的人”。它还规定了劳教的期限和劳教人员及其家属的平等权利:“劳动教养的期限为一年至三年。必要时得延长一年。节日、星期日休息。”“劳动教养人员解除劳动教养后,就业、上学不受歧视。对劳动教养人员的家属、子女不得歧视。”

劳教是对于被劳动教养的人实行强制性教育改造的一种措施。

根据上述《决定》、《补充规定》以及全国人大常委会后来制定的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》,公安部于1983年制定了《劳动教养试行办法》,并获得国务院的“原则同意”。《试行办法》共11章、69条,比较详细地规定了劳动教养的场所、收容审批和行政管理等事项。劳教是“对被劳动教养的人实行强制性教育改造的行政措施,是处理人民内部矛盾的一种方法”。(第2条)劳教场所“是对被劳动教养的人,实行强制性教育改造的机关,是改造人,造就人的特殊学校,也是特殊事业单位。”(第3条)第10条规定了收容劳动教养的几种人:“(一)罪行轻微,不够刑事处罚的反革命分子、反党反社会主义分子;(二)结伙杀人、抢劫、强奸、放火等犯罪团伙中,不

公安部的《劳动教养试行办法》规定了应接受劳动教养的几种人。

够刑事处罚的;(三)有流氓、卖淫、盗窃、诈骗等违法犯罪行为,屡教不改,不够刑事处罚的;(四)聚众斗殴、寻衅滋事、煽动闹事等扰乱社会治安,不够刑事处罚的;(五)有工作岗位,长期拒绝劳动,破坏劳动纪律,而又不无理取闹,扰乱生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和生活秩序,妨碍公务,不听劝告和制止的;(六)教唆他人违法犯罪,不够刑事处罚的。”

有关劳动教养的规定可能不符合《立法法》。

国务院和公安部制定的有关劳动教养的规定是否违反了《立法法》?如何解决两者之间可能存在的冲突?全国人大常委会对国务院《决定》和《补充规定》的批准,是否表明它们获得了《立法法》意义上的“法律”效力?对人身自由的剥夺是否应受到只有全国人大才能制定的“基本法律”的规定?全国人大或其常委会是否能授权国务院制定有关剥夺人身自由的规定?为什么?

就和收容遣送制度一样,劳教制度的初衷在当时环境下或许是可以理解的,但是在实施过程中发生了“变质”。在某些情况下,它被用于打击报复等不正当目的。自湖南唐慧案和重庆任建宇案曝光以来,施行了半个多世纪的劳教制度饱受社会诟病。尤其是2009年重庆“打黑”运动中的劳教扩大化显示,现有体制框架下的劳教权力极易遭到滥用,成为剥夺公民基本权利的工具。唐慧因为多次为女儿上访,而被认定为“严重扰乱了单位秩序和社会秩序”并判处劳教一年半。而唐慧的遭遇显然并非孤立个案,所有老上访户都可以被认定为“无理取闹”、“扰乱秩序”、“妨碍公务”、“不听劝告”,因而在各地都成了劳教对象。大学生“村官”任建宇因为发表或转发了一些“攻击”政府的言论,而被认定为“煽动颠覆国家政权”并判处劳教两年。同在重庆的彭洪则因为转发了“打黑”漫画《保护伞》,而被认定为“诽谤”并处以劳教两年。劳教制度沦为无理剥夺公民基本自由的帮凶。^[103]

更有甚者,在重庆“打黑”高峰期,凡是“有前科”的带刀者都成为劳教对象,而无需证明他们对社会产生了任何现实危害或哪怕是危险倾向。这种做法显然是违法的,因为根据《治安管理处罚法》的规定,对于非法携带枪支、弹药或刀弩等国家规定的管制器具行为,只能处以5日以下拘留及500元以下罚款。劳教制度却将地方剥夺公民自由的权力扩张到法外,极大延长了拘留期限。在2011年7月至9月的“治安综合整治行动”中,重庆警方治安拘留了一万多人,其中至少上千人被劳教。近年来,“疑罪从轻”政策因违背法治与公正原则而遭到彻底否定,却又通过劳教死灰复燃。被劳教者至多只有犯罪

[103] 参见孔璞:“中国将推进劳教制度改革”,《新京报》2013年1月8日;“重庆男子因跟帖被劳教,警察称要怪就怪王立军”,2012年10月26日,http://news.qq.com/a/20121026/001086_1.htm;“拆迁户发举报帖被劳教,官方称其扰乱公共秩序”,2013年3月20日,http://legal.people.com.cn/n/2013/0320/c42510-20845283.html.

倾向或嫌疑,却可以在没有任何犯罪证据的情况下遭到劳教。

最后,劳教决定过程相当草率,被劳教者几乎没有任何程序权利保障,劳教权力的恣意行使得不到实质约束。劳教制度的设立者以为劳教是一种行政处罚,期限较短、痛苦较小,因而程序保护似可弱化;其实劳教期限可以长达四年,比许多刑事判决更长,但是劳教决定过程却全然没有《刑法》规定的司法程序保护。按照1979年全国人大常委会批准的国务院《关于劳动教养的补充规定》,各省和大中城市政府成立劳教管理委员会,由民政、公安、劳动部门的负责人组成,但实际上是由当地公安部门主导的。几乎所有劳教决定都是地方公安部门单方面作出,当事人并不能为自己有效辩护,更不可能像刑事诉讼那样请辩护律师。虽然《试行办法》允许被劳教者提出异议,但是复查仍然在审批机关内部进行,不足以约束审批机关自身的权力滥用。事实上,由于公安部门对被劳教者掌握着不受监督的生杀大权,被劳教者一般不敢在被劳教期间提出质疑,以免遭到打击报复。这样一来,劳教就成了政府可以不通过《刑法》程序而长期关押公民的任意手段。

2013年11月,中共十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确要求“废止劳动教养制度,完善对违法犯罪行为的惩治和矫正法律,健全社区矫正制度”,这一限制公民人身自由长达半个多世纪的制度终将寿终正寝。

美国宪法没有明确规定“隐私权”。它是最高法院利用第十四修正案的“正当程序”条款之创造。在洛克勒哲学衰落之后,“实体正当程序”曾一度销声匿迹。但在1942年的“强制绝育案”,^[104]最高法院基于生育是“人的基本公民自由”,推翻了俄克勒荷马州一项对重罪惯犯实行强制绝育的法律。道格拉斯法官(J. Douglas)的意见指出:“州的任何试验,对罪犯而言都是无可挽回的创伤。他将被永远剥夺基本自由。”因此,法院采用了“严格审查”(strict scrutiny)标准,认为州法构成了宪法禁止的歧视。到60年代,在30年代消失的“个人自由”与“基本权利”等“实体正当程序”词汇,又以不同形式重新回到最高法院的意见中。这具体表现在一系列涉及家庭、婚姻和两性关系的案例中。

美国最高法院从“正当程序”条款创造了隐私权概念。

案例 “隐私权”是如何产生的?——“州禁避孕案”^[105]

“实体正当程序”的复兴始于1965年的“州禁避孕案”。康乃迪克州通过法律,禁止任何人为避孕而使用任何药物或用具,违者将被处以至少50美元

[104] Skinner v. Oklahoma, 316 U. S. 535.

[105] Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479.

罚款、或 60 天到一年的监禁。另外,任何人为避孕提供帮助或建议,也将被当做主犯处理。一名医生和耶鲁大学的医学教授,因给已婚夫妻提供避孕的医学建议,而各被罚款 100 美元。州的上诉法院肯定了这一决定。败诉者来到联邦最高法院,宣称康州法律违反了第十四修正案的正当程序条款。在推翻康州法律与决定的法院意见中,道格拉斯法官发展了独特的“权利伴影”(Penumbra)理论,从而显著扩充了《权利法案》条款的实体内容:

权利的“伴影”理论:虽然宪法未明确提到隐私权,但不同的具体条款都隐含了隐私概念,合起来创造了“隐私区域”。

《权利法案》的具体保障具有一系列伴影;它们来自那些赋予自身内容与生命力的保障。不同保障创造了“隐私区域”(zone of privacy)。我们已经看到第一修正案的伴影所包含的结社权利。第四和第五修正案被解释为保护“住宅和生活隐私”,不受任何政府侵犯……对于这些“隐私和安息”的伴影权利,我们已经有过许多争论。这些案例证明,在此要求受到承认的隐私权是合法存在的。

隐私权原先从婚姻关系产生出来。

因此,本案涉及的关系处于数项基本宪法保障所创造的隐私区域内。[禁止使用避孕用具的州法,]是和婚姻关系的隐私观念相抵触的。我们所面对的,乃是比《权利法案》更古老的隐私权利。婚姻是近乎神圣的亲密结合。这种结合促进了生活方式的和谐与相互忠诚……和我们先前所决定的任何目的相比,它的目的都同样高贵。

思考 你认为道格拉斯法官的“权利伴影”是确有宪法依据,还是一门“无中生有”的艺术?

如上所述,虽然中国宪法并不保护普遍的隐私权,但宪法第 39 条确实保护“公民的住宅不受侵犯。”据报道,2002 年 11 月 16 日,张林从延安市宝塔区西坪看守所回家,但这时的他已和以前判若两人。^[106] 他因和新婚妻子在家看“黄碟”而被关押,挨了打、罚了钱,出来就患了功能性精神病。这也许是一个反应过于极端的例子,但你是否认为中国宪法保护夫妻在自己家中看录像的权利不受侵犯?为什么?

在“州禁避孕案”中,“隐私权”的基础是夫妻之间的婚姻关系。进入 20 世纪 70 年代,隐私权被扩展为普遍的个人权利。在 1972 年的“禁运避孕用具案”中,^[107] 原告运送避孕用具,而接受人是一未婚者,因而婚姻隐私并不重

[106] 见《南方周末》2002 年末版的报道。

[107] Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438.

要。虽然回避了基本权利问题,法院基于平等保护的合理性最低标准,推翻了禁止运送避孕用具的州法。布仁南法官的意见指出:“在‘州禁避孕案’中,隐私权确实基于婚姻关系。但已婚夫妻并非自身具有思维和心脏的独立实体,而是由两个具有分离思想与感情组成的个人。如果隐私权具有任何意义,它必然是‘个人’权利,不论结婚还是单身;对于决定是否生育孩子这一影响个人的根本问题,个人有自由不受缺乏理由的政府侵犯。”

最高法院后来将隐私权发展为一般的个人权利。

动态 安全与隐私^[108]

“9·11”事件之后,美国政府为了防止恐怖袭击再次发生,普遍加强了安全管理,并专门成立了“国土安全局”。然而,在公民权利的天平上,安全只是一个方面;在天平的另一边,还有言论自由、新闻自由、宗教信仰自由、人身自由和隐私权等同样重要的权利。天平的两边必须保持适当的平衡。安全并不是绝对的,对安全的过分重视可能导致其他宪法权利受到忽视甚至侵犯。2003年,因可能侵害本国公民人身权利,美国参众两院勒令美国国防部中止开发“美国历史上最大的监视计划”。参众两院还将否决所有使用该计划成果监视本土美国公民的政府预算案,然而两院允许将该系统用于监视非美国人和海外美国人。

据《华盛顿邮报》报道,根据美国参众两院达成的协议,隶属于美国国防部国防高级研究计划局的信息预警办公室将被关闭。虽然该办公室正在开发的一些高性能监视软件不能被用在本土美国人身上,但参众两院同意将此系统移交给相关部门,用来搜集外国人和美国海外公民的资料。一名美国参议员的高级助手在9月25日表示,移交的项目中包括一套协作软件,它将允许美国特工汇总原本分散在美国各部门的相关信息。

鉴于美国遭受恐怖袭击的可能性,已退役的国防高级研究计划局局长John Poindexter在任期间便酝酿开发一套恐怖信息预警系统,为此他专门成立了信息预警办公室并亲自领导。该恐怖信息预警系统,可用来监测计算机访问路径及信用卡记录、医疗记录等个人档案,以迅速发现恐怖袭击的征兆。计划一经披露,就引起美国社会极大争议,美国参众两院都对该计划提出异议。已与该计划斗争数月的议员怀登表示,该系统会“侵犯美国公民的隐私和公民自由”。

2003年早些时候,众议院打算允许该计划继续进行,只是在实施对美国

[108] 参见李传涛:“五角大楼‘封冻’监视系统——美国最大的监视计划因侵犯人权而中止”,《北京青年报》2003年9月28日。

公民的监视时,需经众议院逐例核准。但在国防部被迫向公众披露出更多细节后,负责2004年国防拨款法案的参议院意识到该计划必须被彻底废止。最终,参议院在24日与众议院达成协议后,从2004年国防部开支中删除了开发恐怖预警系统的预算,该办公室也因此关闭。

本书曾经指出,作为社会多数利益的代表,议会可能通过法律途径侵犯少数人的宪法权利。通过这个例子,你对权利保障可能会产生什么新的见解?

案例 “离婚记录案”^[109]

德国《基本法》第10条规定了“邮政与通讯隐私”,但没有规定普遍的“隐私权”。然而,《基本法》第2条保障“每个人都有权自由发展其个性(personality)”。这一条被宪政法院解释为对普遍隐私权的保护。

在1970年的“离婚记录案”,一高级公务员因和前秘书发生性关系,而受到内部行政纪律检查。在此之前,他曾一度提出离婚诉讼,且法院记录了其婚外关系的详情。行政调查官向法院索取这份记录,以证实针对公务员的行政制裁。部分基于法院所披露的材料,行政机关撤销了公务员的职务。公务员提出宪政申诉以挑战法院披露其婚姻材料的决定,并宣称法院决定侵犯了其人格与个性自由。宪政法院第一庭判决宪政申诉成立,并指出:

个性形成于个人的隐私领域,且宪法保护公民免受国家对这一领域的任何侵犯。这项宪法命令要求[政府]去尊重[个人]生活的隐私;[其基础]在于宪法第2条第1款所保证的个性自由发展的权利。

宪政法院认为,离婚诉讼的记录确实涉及婚姻配偶的私人生活,但这些记录并非完全隔绝于外界审阅。这里,法院再次平衡了隐私权和社会需要。为了解决婚姻权利和利益的冲突,私人生活的层面可在法庭诉讼中受到披露。但任何这类披露都必须限于直接涉及的当事人。只有在配偶双方的同意之下,记录的内容才可被外界所接触。“在缺乏双方同意时,这类侵犯只有在符合比例原则时才具备理由。”

德国《基本法》的个性自由被解释为保障个人生活隐私。

探讨 艰难的平衡——胚胎的生命权与孕妇的人身自由

如本书第三章所述,美国一些州的法律原先仍对堕胎保持严格限制,但在1973年的“德州堕胎案”及其后的案例中,这些限制先后被联邦最高法院的司法审查所推翻。最高法院判决,在怀孕的第一个三月期内,妇女的隐私权超越了州政府保护胚胎生命的公共利益,因此州政府在这一期间不得过分限制妇

[109] Divorce Record Case, 27 BVerfGE 344.

女堕胎。法院多数意见基本上认为,胚胎的生命权在第一个三月期之后才形成并值得考虑。自从80年代共和党总统执政以来,尽管法官的成员变换使最高法院趋于保守,法院的分裂意见还是维持了“堕胎案”的基本决定。最后,在1993年的“宾州限制堕胎案”中,^[110]持不同司法和社会哲学的法官们又进行了针锋相对的较量。宾夕法尼亚州在1982年通过的控制堕胎法包含五项条款:[1]在堕胎之前,寻求堕胎的妇女必须给予“知情同意”(Informed Consent),并至少在堕胎手术24小时以前,她应被提供某些信息;[2]寻求堕胎的未成年少女必须获得一位家长的同意,但法院可以免除这项要求;[3]已婚妇女要寻求堕胎,必须签署一项声明,表明她已把堕胎想法通知她的配偶;[4]在“紧急医疗”情形下,以上要求得以免除;[5]医生必须向政府提供有关堕胎设施的报告。除了第三项“配偶通知”要求,最高法院的多数意见肯定了所有其他条款的合宪性。

堕胎牵涉到多方面的权利,要求复杂的权利平衡。

堕胎问题当然不仅限于美国,而是西方各国争论的焦点。在20世纪70年代早期,西欧和美国几乎不约而同地放宽了法律对堕胎的限制。法国议会主动制订了宽松的堕胎法案,以允许孕妇在怀孕开始12周内堕胎,且其合宪性在宪政院的事前审查中受到维持。这一领域的典型案例围绕1975年的“堕胎法决定”。^[111]在1974年德斯坦当选总统之后,新政府的一项改革即为堕胎法。这项法案采取类似于美国最高法院“德州禁止堕胎案”的处理方式,放宽了对妇女寻求堕胎的限制。它规定:“如孕妇的状况使之处于痛苦(法语détresse)状态,她即可要求医生中止怀孕。堕胎只能在怀孕第十周之前实现。”如果两位医生认为继续怀孕将危及妇女健康,或胎儿可能经受尤其严重的状态,那么堕胎可在任何阶段进行。这项法案压倒了戴高乐派系的反对而获得通过。作为限制,法案第1条保证尊重每个人“从生命开端”的权利,并只有在必要情形下才能受到侵犯。在此之前,医生必须使孕妇获得规劝,且私立医院和医生有权拒绝施行堕胎手术。但法律对“痛苦状态”和“必要情形”缺乏基本标准,使之完全处于医生或病人控制之下。修正后的堕胎法被宣称违背了《人权宣言》第2条对生命自由的保护、1946年宪法前言对母亲和儿童健康的保护以及欧洲共同体条约所规定的权利,并被60名众院代表提交宪政院审查。宪政院拒绝基于条约而推翻立法,因为宪政院只能基于宪法来审查立法;虽然超越立法,条约并不构成宪法的一部分。

法国的立法改革也规定了妇女的堕胎权利。

在联邦德国,《基本法》第2条除了保护个性的自由发展以外,第2款还保障“生命权利……不受侵犯”。和美国与法国类似,这项权利在德国亦产生了

[110] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791.

[111] J. C. P. II. 18030.

德国《基本法》同时保障生命权和个性自由不受侵犯,平衡结果和美国与法国大相径庭。

胚胎的生命权利和妇女的人身自由之间的冲突。然而,德国的堕胎案例显著体现出《基本法》权利的“正面”属性,即政府不仅不得侵犯个人权利,而且在某些情形下具备正面责任去保护胚胎生命。因此,虽然德国妇女也具备《基本法》第2条所授予的个性自由,因而具备一定程度的人身权利以独立作出和自身关系重大的决定,但和法美两国相比,西德的堕胎法却经历了完全不同的命运。

案例 “西德堕胎免罚案”^[112]

在历史上,德国法律一直禁止妇女在任何阶段的堕胎,并对医生与孕妇的违规予以刑事惩罚。根据《德国刑法典》第218条,对堕胎处罚的唯一司法例外是保护母亲生命的需要。在第二次大战后,西德继承了以往的主要法典——包括民法典与刑法典。尽管东德在以后放宽了对堕胎的限制,西德仍旧处罚堕胎行为。但在1974年,社会民主党以一票之差通过了类似于东德、法国与美国的法律,允许妇女在怀孕后12周内堕胎;堕胎必须由具备执照的医生完成,且孕妇有责任向医生或专门机构对公共或私人资助寻求建议。除非出于医疗、优生或道德(指强奸或乱伦情形)理由,在怀孕3个月后的堕胎手术仍将受到法律制裁。在《堕胎改革法》被通过3天之后,巴登—乌藤堡等州在宪政法院宣称新的法律侵犯了胚胎的人格与生命权利。应州政府的提请,宪政法院临时中止了堕胎法的效力,同时重新实施禁止堕胎的先前刑法,并开始对法律的合宪性进行听证。

在1975年的“西德堕胎免罚案”中,宪政法院平衡了胚胎的生命权利和妇女的堕胎自由之间的冲突。多数意见考虑了如下三个问题:首先,胚胎是否属于第2条意义上的“生命”?第二节的“每个人”一词究竟包括多大范围?其次,如果胚胎的生命权利确实受到第2条的保护,这项保护是否要求政府采取积极的法律措施?值得注意,美国最高法院仅判决州政府不得在三月期内禁止堕胎;但即使州政府并不禁止三个月期之后的堕胎手术,州政府的未能行动不会被判决违宪,因为美国政府通常并不具备这类正面责任。最后,如果对上述两个问题的回答都是肯定的,因而西德议会具备正面责任去制订或维持法律以保护胚胎生命,那么何为适合于这项保护的具体措施?议会立法是否必须对堕胎者施加刑事处罚,抑或《堕胎改革法》的简短规劝即已足够?在以下的意见中,第一庭的多数法官对所有三个问题都采取了正面回答;少数法官则在肯定回答前两个问题的前提下,认为现存立法即构成保护胚胎生命的合

宪政法院判决胚胎具有生命权,且应受到立法的正面保护。

[112] German Abortion Case, 39 BVerfGE 1.

适手段。多数意见的提纲指出：

对宪法秩序而言,人类生命无疑代表着最高价值;它是人类尊严的关键基础……及所有其他基本权利的前提。因此,国家保护所有人类生命的责任直接来自《基本法》第2条第2款。另外,这项责任还来自《基本法》第1条第1款,因为发展中生命还享有第1条第1款对人类尊严所提供的保护。人类生命一旦存在,它就有权获得人类尊严;决定性问题的并非这项尊严的主体是否意识到它,并知道如何去保护它。人类存在的开端所固有的潜在能力,就足以建立人类尊严。

生命权利被赋予最高价值,因而国家有责任加以保护。

由于宪政法院认为胚胎具备生命权利,且超越了妇女的人身自由,德国的堕胎法自由化受到其他国家所未遇到的阻力。宪政法院的多数意见判决胚胎并非“全人”,因而不享受正常人所具备的同样权利;但一旦形成两周之后,胚胎就开始具备独立的法律价值,因而值得一定程度的宪法积极保护。为了达到这一目标,议会必须采取合适手段,去替代被取消的堕胎刑事处罚;且根据宪政法院的独立衡量,现行法案所规定的简短规劝是不够的。当然,尽管宪政法院的多数意见恢复了禁止堕胎的先前法律,由于它对堕胎手术允许“社会影响”等例外,堕胎自由在前西德和在其他国家相差无几。

议会有义务采取适当措施保护胚胎的生命权。

1992年,统一后的德国议会制订了新的堕胎法。社会民主党对这一问题本身分裂为两派,其中多数派要求对第一个三月期内的堕胎免除刑事处罚,而代之以强制规劝所施加的道德责任。同年,这一提案在宪政法院受到挑战。宪政法院的冗长意见再次判决提案无效。它肯定了1975堕胎案所确定的原则,并对早期堕胎的处置规定了具体建议。首先,规劝的内容和目的必须明白无误,即为了说服孕妇打消堕胎的意念,但妇女最终仍自行作出决定。对于宪政法院而言,堕胎虽非罪行,但亦非是一件正当合法的光彩行为。其次,立法必须防止他人无理影响妇女的堕胎决定,并对这类人施加刑事处罚。最后,政府对堕胎手术的资助必须受到谨慎控制与监督;如果“社会影响”的存在并不明确,那么政府不应给予资助。在效果上,1993年的宪政法院决定使堕胎手术的医师与规劝机构相分离,并要求妇女堕胎经过令人可畏的漫长程序。虽然堕胎在多数情形下都缺乏法定资助,大多数州都为妇女堕胎增加了机会。在严格遵守劝解程序的前提下,修正后的堕胎法允许孕妇自行决定堕胎事务,并从医疗保险中偿付堕胎手术的开支。

宪政法院再次干预关于堕胎的立法。

二、迁徙自由

德国《基本法》第11条保障“在联邦领土上”的迁徙自由,但这项自由也可以从第2条的个性自由延伸出来。在很大程度上,个性的自由发展主要包

宪法的迁徙自由一般限于国内,不包括出国旅行。

含着自由行动的个人权利,其中包括迁徙自由。但个性自由并不比第 11 条的具体规定提供更多的保障。在 1957 年的“旅行护照案”,^[113]极右党派的发言人(Elfes)在国内外会议和游行上猛烈抨击联邦德国的国防政策与东西统一。在其出国旅行护照被拒绝批准之后,他发起宪政申诉,宣称这项决定侵犯了其受到第 11 条保护的迁徙自由。宪政法院第一庭判决迁徙权利并不包括出国旅行,并进而自行审查了第 2 条个性自由的含义。

从法国《人权宣言》可推出迁徙自由。

法国《人权宣言》虽然没有具体保障迁徙自由,但这项权利也可以从保护自由的普遍条款中延伸出来,并使之包含免受行政任意干预的自由。第 2 条宣布,保护人的自由与权利乃是任何政治社会之最终目的:“每一个政治社会的目的是保护人的自然和不可超越的权利。这些权利是自由、财产、安全和抵制压迫。”1789 年的主要考虑是针对行政权力对个人的行动自由施加任意的人身限制,例如不经审判的行政拘留。宣言第 7 条模仿英国的人身释放令状,构成了法国刑事程序的新模式:“除非根据法律及其所规定的程序,任何人不得受到指控、逮捕或拘留。”当然,1789 年的宣言并未忽视问题的另一面,即自由的法律极限。第 4 条规定了对自由行动的限制,第 5 条则允许法律防止对社会秩序和他人权利的危害。虽然政府的治安权力可以限制人身自由,立法必须准确定义权力使用的范围和条件。

案例 “车辆搜查决定”^[114]

在 1977 年的“车辆搜查决定”中,1789 年宣言第 2 条被用来限制政府行动。在社会党众议院代表提交有关法律之后,宪政院确定迁徙自由属于宪法基本原则,且不受无理搜查的干涉:

立法对车辆搜查赋予无限的自由裁量权,侵犯了宪法对个人自由的保护。

个人自由构成了共和国法律所承认的基本原则之一;后者被 1946 年的宪法前言所宣布,并为 1958 年的宪法所肯定。通过肯定这项原则,宪法第 66 条授权司法机关去实施其保障。提交宪政院审查的法律之目的,乃是授权司法警察(Judicial Police)或执行其命令的代理,在车主或司机在场时搜查公路上的任何车辆。只要符合以上两项条件,司法警官或执行命令的代理即可在所有情形下毫无限制地行使授权;它无须引用特殊权力的法律机制、无须当事人犯有违规,且无须使这些控制取决于损害公共秩序的威胁是否存在之法律(loi)。这些权力的范围未曾在其他任何地方受到定义,就被授予司法警官及其代理;由于这些权力可被行使的情形极为广泛,且它们所能产生的控制范围缺乏准确度,这

[113] Elfes Case, 6 BVerfGE 32.

[114] 76—78 DC, Rec. 33, 1978 D. 173 (12 January 1977).

段条文侵犯了对个人自由之保护所基于的基本原则,因此违宪。

美国宪法也没有具体规定迁徙自由,但它暗含于普遍的“自由”之中,因而不经由正当程序便不可被剥夺。有时候,这项自由还可受到“平等保护”条款的保障。事实上,“平等保护”对种族歧视的禁止作用就是起源于有关迁徙自由的案例。在1944年的“排斥日籍居民案”,最高法院多数运用严格审查的标准,通过了一项在战备状态下排斥日籍美国居民的军事规定。

美国对平等保护的严格审查标准起源于限制迁徙权的案例。

案例 “嫌疑归类”概念的起源——“排斥日籍居民案”^[115]

在珍珠港事件爆发后的1941年,罗斯福总统发布为防止“间谍与破坏”的行政命令,授权部队司令可以指定某些区域,排除任何人“进入、滞留或离开”。针对日本后裔的美籍居民,“西岸项目”建立了宵禁、拘留、及排除进入某些指定的西岸地区。在此,一日本后裔违反了军队命令,进入排斥日籍居民进入的地区,因而被判有罪。最高法院基于总统广泛的战备权力,判决军事当局的规定合宪。但布莱克法官(J. Black)的法院意见,首次把针对种族的政府决定确定为“嫌疑归类”,从而要求法院实行严格审查:

所有削弱个别种族的公民权利之法律限制,都立刻构成嫌疑。这并非说它们全部违宪;而是说法院必须使它们受制于最严格的审查。迫切的公共需要有时可能为这类限制的存在提供理由;但种族敌视从来不能成立……就和宵禁一样,军事当局认为有必要排斥日本人种;尽管我们毫不怀疑他们绝大多数忠于本国,他们中确实存在着不定数量的不忠者。

嫌疑归类:所有削弱个别种族的公民权利的法律限制,将受到最严格的司法审查。

如本书第三章所述,到了20世纪50年代,“平等保护”条款在沃伦法院获得真正的生命力。在1954年的“校区隔离第一案”(或称布朗第一案),最高法院终于宣布各州对中小学实行的“平等隔离”政策违宪,从而推翻了半个多世纪前“车厢隔离案”的结论。从此以后,一般被认为构成了本案所发展的“嫌疑归类”,任何立法都几乎注定违宪。

思考 1982年以前,中国各部宪法均规定了迁徙自由,但1982年宪法没有规定公民具有迁徙自由。事实上,中国户籍制度对迁徙自由构成了一定的障碍。你认为迁徙自由是不是宪法应该规定的基本权利?

[115] Korematsu v. United States, 323 U. S. 214.

动态 流浪的权利和管制——孙志刚事件与收容遣送制度的废止^[116]

收容遣送制度是经济改革发展发展到一定阶段的产物。经济改革刚开始,中国农村就突显出地少人多的问题。许多农民来到城市谋求生计,其中有些成为今天的“农民工”,但有些却自愿或不自愿地成为没有职业的流浪人口,主要靠乞讨为生。为了保证城市的治安和生活质量不受影响,国务院于1982年颁布了《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》,通过收容和遣返原籍的办法解决流浪问题。其中第6条要求被收容人员必须服从收容、遣送,遵守收容遣送站的规章制度。该办法的实施细则第13条规定:“收容遣送站要及时组织遣送。”省内被收容人员留站待遣时间一般不超过15天,省外的一般不超过一个月。但因为种种原因,各地收容所并不能保证所有待遣人员在收容期间都受到人道的待遇。有的收容所疏于管理、玩忽职守,甚至将收容遣送作为创收的来源。

社会对收容遣送制度的不满在震动全国的“孙志刚案”爆发出来。孙志刚是武汉某大学毕业生,毕业后为广州某服装公司雇员。2003年3月17日晚,孙因未携带任何证件上街,被执行统一清查任务的天河区公安分局黄村街派出所民警带回询问,随后被错误作为“三无”人员送至收容待遣所。次日,孙称自己有病而被送往市卫生部门负责的收容人员救治站。3月20日凌晨,孙遭同病房被收治人员殴打致伤而死。事发后,广东省、市成立了联合调查组,抓获并查处了有关负责人。

尽管孙志刚本人并不应该是收容遣送的对象——因而事件的性质决定了它只是一个普通的行政和刑事案件,但这一悲剧的发生引发人们在更深的层次上质疑并挑战收容遣送制度的合宪性与正当性。三位法学博士致信全国人大常委会,要求审查收容遣送规定的合宪性。人大常委会未作出反应,但国务院很快废止了收容遣送办法,并于同年6月20日颁布了《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》。新办法将原来强制性的收容遣送改为自愿性质的“临时性社会救助措施”,并规定“救助站应当保障受助人员在站内的人身安全和随身携带物品的安全”(第9条)，“救助站不得向受助人员、其亲属或者所在单位收取费用,不得以任何借口组织受助人员从事生产劳动。”(第10条)

1982年的《收容遣送办法》是否违反了宪法?为什么?“孙志刚案”的症结究竟在什么地方——收容遣送本身违宪?收容遣送在执行过程中违法?执

[116] “孙志刚案取得突破性进展”,《新华日报》2003年5月14日。

法人员素质太低?被收治人员没有获得司法保护?据报道,在收容遣送制度废止后,某些大城市又受到乞丐和偷盗等治安问题的困扰。如何解决这些问题?如何平衡城市治安和流浪者的权利(如果有任何“权利”的话)?

当然,在收容遣送制度背后,是更深层次的户籍制度和城乡二元结构。孙志刚事件在导致废除收容遣送制度的同时,也促使人们反思实施了半个世纪之久的户籍制度的合理性与正当性。一些地方已经开始以不同方式松动户籍限制,公安部也在抓紧研究进一步深化户籍制度改革的意见,拟取消农业、非农业户口的界限,探索建立城乡统一的户口登记管理制度,同时以具有合法固定住所作为落户的基本条件,逐步放宽大中城市户口迁移限制。由此,首先起于地方的户籍制度改革开始准备在全国范围内推行。^[117]

三、刑事正当程序

刑事正当程序是美国宪法第五至第八修正案的内容,其中包括犯罪嫌疑人获得大陪审团审判、公开与及时审判、禁止一事多罚、禁止残忍与非常处罚、被告知指控理由并对质证人、在法庭保持沉默并获得辩护律师等权利。这些权利在德国与法国也受到不同程度和不同方式的保护。

美国《权利法案》规定了诸多刑事正当程序。

虽然中国宪法第37条比较具体地规定了“人身自由”并“禁止非法拘禁”,这项规定在很长时间内一直没有得到落实。长期以来,刑讯逼供、超期羁押和妨碍律师履行职务是中国刑事诉讼三大顽疾。最近,由于社会舆论和政府的高度重视,刑讯逼供和超期羁押问题得到了有效解决。

案例 余祥林案呼唤中国的“沉默权”

中国宪法并未对刑事正当程序作出具体规定,而是把它留给了刑法与刑事诉讼法处理。事实上,“无罪推定”权利也不是法律的明确规定,而是学界探索的产物。最近在某些地区初步实行的“沉默权”制度也是在没有宪法与法律规定的前提下发展出来的,但在实际操作上受到很大限制。然而,事实证明,“沉默权”在中国的刑事侦查与诉讼中也是同样必要的;没有这项权利,刑讯逼供屡禁不止就一点也不奇怪了。

刑讯逼供一度是“家常便饭”,但是其造成的最闻名的冤案莫过于余祥林“杀妻”案。1994年,湖北京山人余祥林因“杀妻”先后被判处死刑和15年徒刑。在11天的审讯过程中,余遭到刑讯逼供,被迫供出了四种作案方式。这

[117] 见《法制日报》2005年10月26日报道;“户籍改革意见即将明朗,实行大户籍改革”,<http://news.163.com>。

在后来的审判中曾被作为疑点提出。当时,刑警队指导员见他实在说不出死者的方位,就将他拉到写字台旁,边讲解如何走边给他画了一张“行走路线图”,直到最后的口供和实地发现的证据吻合为止。1998年3月,京山县检察院指控余祥林犯故意杀人罪。在提审过程中,余发现两位法官并没有按照他所说的话去记录,便拒绝签字。这时审判长竟说:“你签不签字都一样,这都是和‘上面’商量好了的。”^[118]1998年6月,余祥林被判处有期徒刑15年,附加剥夺政治权利5年。

2005年3月,他那有精神病史的前妻再现,证明了他的无辜。在湖北省委书记的直接指示下,这个显而易见的“杀妻”冤案被迅速纠正。2005年4月,京山县法院纠正了七年前的错误判决。余祥林得到了梦寐以求的清白,被宣布无罪开释并获得了创纪录的45万元国家赔偿。但是此时他已被囚禁3995天,余家也为洗清这个不白之冤付出了惨痛的代价。余的母亲因四处张贴寻人启事和上访,1995年5月被抓,在京山县公安局看守所被关了九个月,出来时已是耳聋眼瞎,不能行走,三个月后便去世,时年54岁。其兄也因上访而被拘41天,其女儿则在15岁时辍学,到深圳打工。此前,她的学习成绩一直很好,由于家里穷镇政府免了她的学杂费。后来因为她成了“杀人犯”的女儿,学杂费不能再免。

当然,余祥林的悲剧远非个案。事实上,比起那些冤死于刑讯逼供的受害者来说,余祥林还算幸运的,因为他毕竟活着恢复了自己的清白。^[119]即使案件有疑点,法院也不会判决无罪释放,唯恐放走了杀人犯。只有在真凶落网的案件中,被错抓的人才能获得自由。^[120]

这些当然都是刑法问题,但也是重要的宪法问题。你认为中国宪法是否应规定某些基本的刑事正当程序?除了“沉默权”以外,主审以上案件的法院都发现了一点疑点,因而作出了不同程度的从轻发落——否则,这些刑事被告也不会活着出狱了。如果真正的凶手后来没有被发现,是否意味着被错判的

中国宪法尚未明确规定任何刑事审判权利。

[118] “余祥林蒙冤11载,有罪推定是祸首?”,《新京报》2005年4月14日。

[119] 例如“凶手”伏法16年,“死者”至今健在,《新京报》2005年6月16日;“是刑讯逼供还是自然死亡?农民程习志死亡调查”,<http://news.163.com>,2005-06-07;“执法者的枉法与冷漠,安徽一农民屈死看守所”,<http://news.163.com>,2005-07-05;“五名青年被冤杀人焚尸羁押11年,两人死在看守所”,《燕赵都市报》2005年10月17日。

[120] 郭国松、曾民:“‘死囚’遗书”,《南方周末》2001年8月23日;张立:“从判‘无期’到宣告无罪”,《南方周末》2002年9月30日;“警察‘杀人’疑窦重重,八年六审不判死难获释”,<http://news.163.com>,2005-06-07。在最近的一个案件中,由于检察官“火眼金睛”纠正错案,王树红在近300天的牢狱之灾后得以恢复自由。见“云南农民遭刑讯逼供冤案昭雪,最高检表彰专案组”,《生活新报》2005年8月27日。

刑事被告永远不可能“翻案”？但如果证据有疑问，被告是否一开始就应被判为无罪释放？换言之，中国是否也应该采取类似美国的“确定无疑”(proof beyond reasonable doubt)的定罪标准？为什么？

随着中央和最高司法机构加大整治力度，刑讯逼供者被要求承担民事、行政乃至刑事责任，刑讯逼供现象最近明显减少。2005年，最高法院颁布了《人民法院第二个五年改革纲要(2004-2008)》，其工作重点之一是“制定刑事证据规则，依法排除用刑讯逼供等非法方法获得的言辞证据，……进一步落实保障人权和无罪推定原则”。2005年，法院宣告2162名疑犯无罪，为10万名符合法律援助的被告人指定了辩护人，检察院立案侦查了110起刑讯逼供。^[121]但和以下的超期羁押问题一样，刑讯逼供的改善也是在中央的政治高压下实现的。在刑事正当程序缺位和刑事司法制度没有根本改变的情况下，这场“运动”是否能持续下去仍有待观察。

评注

超期羁押与刑事案件的及时审判

刑讯逼供的孪生“弟兄”是超期羁押。事实上，正是超期羁押为刑讯逼供提供了便利的温床。在法治国家，犯罪嫌疑人被逮捕后立即(一般在48小时内)移送司法机关，且预审阶段有辩护律师参与，从而有效防止了刑讯逼供现象。中国的羁押时限本身已很长，再加上超期羁押和律师参与的缺失，难免发生形形色色的刑讯逼供。

根据《刑事诉讼法》规定，对于被拘留人，提请批准逮捕的时限最长为30日，批捕时限最长14日，侦查羁押时限为7个月，起诉时限为45天，一审与二审时限各为75天。如果诉讼程序衔接紧密，普通刑事案件在二审终结前的羁押时间合计不超过160天，即使重大复杂案件也不应超过15个月。但在现实中，拘留后不按期提请逮捕、提请后不按期批捕、批捕后不按期侦结、侦结后不按期审查起诉、起诉后不按期审结，凡此种种造成了一度相当普遍的超期羁押现象。最高检察院提供的数据表明，在1993—2001年间，全国政法机关每年超期羁押的人数一直维持在5—8万，2002年在4万人以上。^[122]由于社会的高度关注，政府和两院最近采取有力措施，集中清理了现有的超期羁押。据报道，2005年的超期羁押人数已降至300人以下。^[123]

即便解决了超期羁押问题，刑事诉讼机制本身仍然可能延误正义的到达。

[121] 《新京报》2006年3月12日报道。

[122] 对于一次“国内罕见的超期羁押”，见黄广明：“不明不白被关12年”，《南方周末》2003年1月29日；另见“无罪被押1100多天——林超忠错案始末”，《南方日报》2005年9月23日。

[123] 《新京报》2006年3月12日报道。

根据《刑事诉讼法》，二审法院在经过审理后认为原判决事实不清或证据不足，可以在查清事实后直接改判，也可以裁定撤销原判、发回原审法院重判。第二种选择在中国刑事审判中相当普遍，从而造成案件在一审和二审法院之间循环往复、久讼不决。在下案中，同样的事实证据和判决在同样的法官之间来回徘徊了七年之久。

1994年7月30日和8月16日晚，河北承德市连续发生两起出租车司机遭劫杀案。^[124]市公安局确定了四名犯罪嫌疑人，由检察机关提起公诉。事实上，在此之前，早在1994年11月，四人已被先后收容审查。在审判过程中，四名被告均推翻了预审阶段的有罪供述，并宣称原来的供述是在刑讯逼供中被迫做出的。但法院没有进行深入调查就判处死刑。被告人不服并上诉，河北省高院认为证据不足，一审判决“事实不清楚”，裁定撤销原判、发回重审。以后，一审法院接连两次以几乎同样的事实证据判决四被告死刑，高院也接连两次裁定重审。2000年10月20日，在高院第三次发回重审22个月之后，承德中院第四次下达死刑判决。再次上诉后，河北高院开庭审理这个已经拖延整整九年的案件，一一罗列并肯定了高院自己原先质疑的证据，认定抢劫罪名成立，并判处其中3人死缓、1人无期徒刑。

评注 看守所里的人身自由

近年来，随着佘祥林、聂树斌等冤案的相继曝光，刑事正当程序受到社会广泛关注。最高法院也先后出台一系列政策，严厉禁止刑讯逼供、超期羁押等违规行为，并收回了死刑复核权。一时间，中国的刑事正义似乎得到了很大改善。在2007年12月4日的“法治宣传日”，69名学者上书全国人大常委会，要求废除劳动教养制度，表明劳教制度的合法性也开始受到关注。然而，发生在辽宁葫芦岛看守所的死亡事件表明，中国的刑事改革至今忽略了一个不起眼但是同样可能置人于死地的地方。

2006年7月，王爱民夫妇因“非法行医罪”被收押在葫芦岛市看守所。20天后，王爱民被发现死在看守所的安全椅（“老虎凳”）上。当地检方提供的尸检结论是“自然死亡”，但是据知情人透露，因王爱民“闹监”，曾有两名在押男犯对王爱民进行殴打，然后将其固定在“老虎凳”上。所谓“老虎凳”，是看守所在法条允许范围之外自制的一种“制动”机械；它将人从脖颈到脚踝捆绑固定起来，致使周身无法动弹。据说王爱民在“老虎凳”上固定了十来天，此间具体情况不得而知，因为看守所声称“当时的监控设备坏了”，不能提供监控

[124] 麦维：“‘疑罪从无’的现实境遇”，《财经》2004年第7期（4月5日），第92-94页。

录像。^[125] 但是不论当时发生了什么,也不论尸检结论是否经得起推敲,无论是谁在这种条件下长时间生存,死亡都是十分“正常”乃至“自然”的结果。

至于为什么要用“老虎凳”,葫芦岛看守所所长的解释更是令人吃惊:因为很多类似王爱民的收押人员都觉得自己冤,情绪不稳定,出现精神失控或自虐行为实属“正常”。然而,看守所究竟是什么地方?为什么“很多”收押人员都会“情绪不稳定”,甚至出现“精神失控”或“自虐行为”,而这些现象居然在所长眼里十分“正常”?为什么竟然还有人死在那里?

看守所并不是一所监狱,而只是一个临时关押等候审判的犯罪嫌疑人的地方——换言之,是临时限制公民自由的地方,因为那些人还没有经过公正审判,还没有被合法地定罪,因而理应享有普通公民的基本权利(当然,即便是已被定罪的罪犯也应该享有一定的基本权利)。然而,虽然“无罪推定”等刑法原则已经为法学界普遍接受,大多数人还是将看守所看成是关押犯人的监狱。一些习惯性称呼便足以反映看守所的实际定位:收押人员情绪不稳定,被称为“闹监”;媒体也习惯将收押人员称为“疑犯”——虽然存“疑”,但是已经定性为“犯”;1990年国务院颁布的《看守所条例》和公安部自1991年起“试行”至今的《实施办法》,则索性将收押人员称为“人犯”。这么看来,看守所就是一所关押“未决犯”的“临时监狱”。

事实上,在许多地方,看守所的条件还不如监狱。和“孙志刚事件”类似,在两名在押“男犯”殴打王爱民的整个过程中,看守所的管教始终在场,但是并未制止,使用“老虎凳”很可能还是他们授意执行的。虽然余祥林是在审判过程中屈打成招,在监狱里度过十多年,但毕竟还是活着出来了,而王爱民却只在看守所待了20天就死在那里。如果说调查和审判过程现在多少受刑事诉讼法约束,监狱管理多少受行政法约束,那么看守所至今还是法治的阳光没有照到的地方,看守所管理仍然带有不受法律约束的自由度和任意性。在这种情况下,权力滥用就不可避免地发生了。

毋庸置疑的是,目前规范看守所管理的《看守所条例》已经严重落后于中国社会和法治进步。虽然刑法和刑事诉讼法都历经修正,“无罪推定”已成为宪法性基本原则,但是看守所还是按照严重滞后的传统思维对待收押待审的犯罪嫌疑人,看守所的职能定位仍然是几十年一贯的破案至上。和其他国家不同的是,中国的看守所不仅履行着审前收押的义务,而且还承载着侦破余罪甚至“对人犯进行法制、道德以及必要的形势和劳动教育”及奖惩功能(见《看守所条例》第七章第23条)。然而,如果连收押人员是否犯罪都还没有定论,“教育”、“奖惩”又从何谈起?在基本功能定位错误的基础上,看守所集收押、

[125] 刘炎迅、五小哥:“辽宁一疑犯满身伤痕死在看守所”,《新世纪周刊》2008年1月20日。

侦破、教育、奖惩等诸项大权于一身,看守所的管理权自然膨胀得无边无际、无拘无束,看守所里发生滥用权力、剥夺人权的事件也就不足为奇了。

你认为应如何改变看守所的现状?

(一) 法国平等原则的应用

1975年,法国修改了《刑事程序法典》,授予地区刑事法院的院长以不受上诉的裁量权,去决定案件究竟由法典第398条规定的三名法官合审,抑或由一名法官单审。69名参议员向宪政院提交修正案。在1975年的“法官人数决定”中,^[126] 宪政院对法官单审的挑战未发表意见,因而这一措施本身似乎合宪,但宪政院判决授予院长裁量权的条款侵犯了平等原则:

“尤其作为刑事法,被提交的法律第6条侵犯了在法院之前的平等原则;后者包含于1789年《人权宣言》所宣布的在法律面前的平等原则,并受到宪法前言的庄严肯定。这项原则……禁止根据不同规则所组成的法院,去判决在类似情形下受到同样违法指控的公民。最后,宪法第34条把建立有关刑事程序的规则保留给立法,因而当涉及公民的基本权利和自由时,它禁止立法者把法律第6条……所包含的权力委托给其他机构去行使。因此,这些条款必须被认为抵触宪法。”

刑事法庭的组成规则侵犯了法国宪法的平等原则。

法国的平等原则不仅适用于刑事程序,而且适用于实体处罚。后者包含三项要求:对受处罚者进行平等归类,对类似犯罪行为规定平等处罚,并平等运用之。在上述“安全与自由决定”中,法律对某些犯罪行为减轻处罚,但使之仅适用于法案生效后所犯的罪行。宪政院判决这项限制无效,因为平等原则要求从轻判决被运用于获得判决的所有案例。在本案,法律对平等待遇所施加的限制与合适处罚无关,而只是带来行政便利,因而不能为歧视提供合适理由。然而,在形式平等的构架内,宪政院则允许法官在判刑时行使裁量权。

法国的平等原则还适用于实体刑事处罚。

如果立法处理的是不同性质的问题,那么宪政院通常允许议会区分处罚的程度。在1980年的“镇压强暴决定”中(80—125 DC),议会立法惩罚15岁以下的不正派异性行为,但同性行为的惩罚年龄则被规定在18岁。社会党因该法案歧视同性恋而表示反对,但宪政院认为两者属于不同性质的问题,因而驳回了宪政挑战。

(二) 德国的人格尊严及其对人身安全的保护

德国《基本法》第1条保护人格尊严不受侵犯,第2条保护人的个性自由发展,其中第2款明确规定:“每个人都有生命和人身完整(Physical Integrity)之权利。”第1条与第2条的联合不仅保护刑事审判的正当程序,而且对实体

[126] 75—76 DC, J. C. P. II. 17691, Rec. 25 (27 December 1973)

惩罚规定了限制。在1977年的“终身监禁案”，宪政法院进一步阐述了其人格尊严理论在刑法领域的运用。

案例 “终身监禁案”^[127]

尽管《基本法》第102条明确取消了死刑，它并未取消终身监禁。根据1969年修正的《德国刑法典》，任何出于残忍或为掩盖其他罪行而杀人的被告，都必须被判处终身徒刑。本案的被告即被指控犯有这种罪行。在审判之前，地区法院认为这种处罚侵犯了宪法第1条的人格条款；议会有责任保护任何人——包括罪犯——的人格尊严，而终身监禁的处罚却对罪犯构成严重的精神打击，并使之对重返社会丧失希望。地区法院认为强制终身监禁将把罪犯降格为“工具”(Object)，因而违背了《基本法》保护人格的宗旨。在该案被提交后，宪政法院第一庭发表了如下意见：

《基本法》的宪法原则包括对人格的尊重与保护。自由人及其人格乃是宪法秩序的最高价值。国家的所有形式都有责任尊重并保卫之。这基于如下观念：作为精神与道德存在，人被赋予自由决定与发展自身的权利。在《基本法》的意义上，这项自由并非是孤立与自我中心的个人自由，而是与社团相关并受其约束的个人自由。在这种社团约束下，自由不能“在原则上无限”；然而，个人自主权必须获得保护。这意味着国家必须认为个人在社会中具备同等价值。把人降格为国家工具，是和人的尊严相抵触的。“每个人必须形成其自己生活”的原则，毫无保留地适用于法律的所有领域。刑事制裁要求最高程度的公正；在这一领域中，第1条第1款决定惩罚的性质及犯罪与偿还之间的关系……每项惩罚必须和犯罪者的罪行及其严重程度公正相关。对人格的尊重尤其要求禁止残酷、非人和污辱人格的惩罚。国家不能把犯罪者当作防止犯罪的工具，以损害其受宪法保护的社会价值与获得尊重的权利。它必须维持那些决定个人及其社会存在的基础假设。因此，如果联系考虑国家所基于的社会正义，那么尤其在刑事处罚的执行过程中，第1条第1款要求国家保障和人类生活相称的基本存在。以这种方式来理解人格，那么国家就不可强制剥夺个人自由，并永不允许他重新获得自由的机会。

从第1条第1款的制高点 and 法治原则来衡量终身监禁的合宪性表明，囚犯必须被给予具体和现实的机会在以后重新获得自由；只有这样，才有可能人道地实施终身监禁。如果不考虑其个性发展来对待囚犯，并永远剥夺他获得自由的一切希望，那么国家就打击了人格的核心。有关授予大赦的法律条款

德国的人格尊严理论是刑事正当程序的宪法基础。

刑事处罚不可过重，否则就构成对人格尊严的侮辱。

[127] Life Imprisonment Case, 45 BVerfGE 187.

并不足以保障这一希望,使判刑在人格意义上可被承受。

根据“终身监禁案”的原则,议会修正了刑法典有关条款;它允许法院把罪行的严重程度作为一个因素,来考虑终身刑事犯的释放问题。在1986年的“战犯服刑案”,^[128] 宪政法院考虑了罪行的严重程度是否可作为拒绝释放的唯一理由。一名前党卫军成员曾负责把50名受害者送往奥辛维茨集中营的毒气室,其中包括儿童与孕妇。他因此而被判服终身徒刑。在狱中度过88岁时,他向德国刑事法庭申请减刑释放。但考虑其罪行的严重程度,法兰克福的高级法院拒绝了其请求。宪政法院认为高级法院适当平衡了各种因素,因而维持了这项决定的合宪性。但宪政法院坚持,不论罪行的性质如何,每个被判终身监禁的罪犯都必须被给予机会,使之在能够重新获得自由的现实希望中生存。

被判处终身监禁的囚犯应有机会获得有关机构的考虑,以重新获得自由。

《基本法》第2条第2款明确保护人身安全不受侵犯。联合考虑第1条的人格尊严和第2条的个性自由,宪政法院经常运用这项条款来规定刑事程序的宪法限制。虽然被告有责任接受某些对司法调查有所必要的人身或医疗检查,但检查内容必须由审判法官根据宪法要求加以明确注明,且必须符合比例原则。

案例 “脊髓抽查案”^[129]

在1963年的“脊髓抽查案”,一公司经理屡次拒绝恰当填写商业部所要求的有关企业信息。他退回表格,并加上一些不着边际、无理取闹的评论。商业部据此对他施加500马克的罚款,但他拒绝支付。在收集罚款过程中,地区法官怀疑这位经理的中枢神经出了毛病,因而根据《刑事诉讼法典》第81a条,命令他通过抽取脊髓的医疗检查以决定其精神状态。上诉法院维持了这一决定。经理提出宪政申诉,宣称法院决定侵犯了《基本法》第103条的听证权利和第2条第2款所保障的人身安全。宪政法院第一庭推翻了普通法院的决定,并指出:

刑事处罚的幅度应遵循比例原则。

在决定涉及强制抽取体液的案件中,就和在涉及政府侵犯自由领域的所有案件一样,法官必须遵从相对于目标和手段的比例原则。犯罪问题的解决基于特别重要的法治原则;尽管这项公共利益通常为侵犯被告自由提供理由,对自由的侵犯越严重,这项普遍利益就越不充分。因此,为了合适衡量手段和目的之间的关系,我们还必须考虑刑事过失的严重程度……根据基本权利的

[128] 72 BverfGE 105.

[129] Spinal Tap Case, 16 BVerfGE 194.

意义来运用法律,所提议的措施必须和犯罪严重程度成比例,以使侦探犯罪对被告所带来的结果不比所预期的惩罚更重。

在1972年的“病历保密案”,^[130] 宪政法院肯定了上案的判决原则。基于第1条的人格条款和第2条的个性自由条款,宪政法院拒绝接受医生记录以作为指控犯罪嫌疑的证据;即使保密记录的透露将有助于指控程序,这项公共利益亦不足以侵犯医生和病人之间的隐私关系。因此,和个性自由相联系的隐私权对刑事侦察构成了限制。但正如“离婚记录案”本身显示,个人的信息秘密并非绝对权利;在某些情形下,压倒性的公共利益可能提供理由以在法院披露私人信息。在1973年的“录音记录案”,^[131] 宪政法院禁止在刑事诉讼中使用受害者和被告对话的秘密录音。然而,法院强调了平衡个人的隐私利益和主持刑事正义的公共利益之必要。因此,如果信息和被告的私人个性层面无关,那么接受录音证据的公共利益就和个人权利成比例。但如果将触及被告个性自由的内核,那么任何信息的公开披露均受到绝对禁止。在经过平衡之后,宪政法院维持了本案被告的隐私权利。

探讨 精神病院何以沦为专政工具

上访体制不仅可能产生各种“截访”乃至“黑监狱”等侵犯人权现象(参见本书第六章),甚至可能将正常人关进精神病院。2010年5月1日是《信访条例》颁布施行五周年的纪念日,但迎接它的却是一则涉及上访的公权滥用报道。^[132] 性情耿直的徐林东只是因为看不惯“一个腿脚不灵的女人在村里常常被打”,帮她到北京“越级上访”告乡政府的状,就被政府送进精神病院。没有精神病鉴定,也没有监护人的签字,医院却强行收治了病人,理由就是“政府送进来的”。精神病院的逻辑是“乡政府说你有精神病,你就有,说你没有就没有”;乡政府的逻辑则是“他在认识上偏执,偏执本身就是个精神问题”。这位“为人热心,就是太直”、“不知道拐弯儿”的农民就这样被诊断为“偏执性精神障碍”,据他自己统计在医院里被捆绑过48次、电击54次,并长期接受注射镇静剂等各种强制“治疗”。

地方精神病院几乎成了老上访户的“收容所”,甚至连拍摄上访也能被送进精神病院。^[133] 像徐林东这样诚实、耿直、热心的公民本来是一个健康民族

[130] 32 BVerfGE 373.

[131] 33 BVerfGE 367.

[132] “河南农民进京上访‘被精神病’六年半”,《南都周刊》2010年4月30日。

[133] “湖北两男子拍摄上访被送精神病院”,《羊城晚报》2010年4月11日。

的精神支柱,却落得如此悲惨的下场。无论是2005年施行的新条例还是1995年施行的老条例,任何一部立法都不可能纵容如此无法无天的迫害行为。上访及其引发的诸多权力滥用显然不是一个法律问题,也不是像某些专家想象的那样,只要出台一部《信访法》就“终结”的。^[134]

要防止此类严重侵犯基本人权的事件重演,你认为需要落实哪些宪法制度?

四、个人隐私与信息自决权利

信息技术的发展可能会威胁到个人隐私的保护。

隐私权表明个人有能力决定并控制一些关于自己的基本信息之披露。可能出人意料的是,这项权利可能受到现代科技的侵犯;信息技术越发达,个人信息的收集与获取就越容易,且信息的传播范围就越广泛,从而削弱个人的决定与控制权。正如宪政法院的前院长本达(Benda)法官指出,人格的现代威胁并非来自专制的压迫工具,而是出于现代社会的复杂程度和科技进步侵犯个人隐私的潜力。有鉴于此,宪政法院通过发展案例法,使个性自由包括自我决定个人信息的权利。

在人格尊严的主观领域,第一个重要案例是1969年的“人口调查第一案”。^[135] 联邦人口调查法规定对住家和雇主收集周期性统计数据。在1960年,这项法律的修正案进一步要求收集居民休假旅行的信息。原告因拒绝提供这一信息而被罚款100马克。他在宪政法院挑战法律修正案的合宪性,宣称其强迫提供信息的规定侵犯了他在《基本法》第1条保护下的人格尊严。宪政法院第一庭阐述了人格尊严在主观层面上的含义,并维持了人口调查法修正案的合宪性。但它指出:

国家在收集信息过程中不能把人仅作为工具对待。

根据《基本法》对人的映象,每个人都有权在社团获得社会承认与尊重。一旦国家把人仅当作工具(Object)来对待,它就侵犯了人的尊严。因此,即使人口调查以匿名统计的方式进行,如果要求个人记录并登记有关个人的一切层面,那么它亦将抵触尊严原则。国家无权彻底检查公民的个人事务,以揭穿受到保护的隐私领域。为了其人格以自由与负责的方式发展,国家必须为个人保留内在空间。在这个空间之内,个人是自身的主宰。因此,个人可以完全排斥外在世界,独自退回内在主体,并享受其隐居的权利。

调查过程必须保证个人隐私不受披露。

显然,并非每一项要求透露个人资料的统计调查都侵犯人格,或在生活最为隐私的领域内触及其自决权利。法院还必须平衡收集信息的社会需要。“由于某些信息对政府计划有所必要,作为社会一员的每个人都有责任回答

[134] 譬如见“专家建议制定信访法终结非正常上访”,《瞭望东方周刊》2010年4月19日。

[135] Microcensus Case, 27 BVerfGE 1.

官方人口调查及有关自身的某些问题。”因此,如果官方调查仅涉及个人与周围世界之间的关系,尤其是不带个人特征的匿名信息,那么它一般并不侵犯个人隐私。但这项结论成立的前提是匿名本身必须获得合适保护。在本案,法院认为有两个因素保障了信息的匿名性。首先,立法禁止发表有关个人的信息;其次,人口调查者有法律责任维持信息的保密性。且如果缺乏明确的法律授权,负责官员不得以其官员身份,向其上司报告任何人口调查的信息。尽管有关调查问卷确实涉及隐私领域,但它并不强迫个人披露其私人生活的内部细节,因而并不涉及国家不可侵犯的最隐私领域。因此,宪政法院判决对休假旅行所收集人口的调查数据并不侵犯《基本法》第1条。

案例 “人口调查第二案”^[136]

在1983年,《联邦人口调查法》规定对德国的人口和社会结构收集全面数据。法案不但要求提供基本的个人信息,而且要求公民填写详细表格,包括其收入来源、职业、教育背景、工作时数、交通方式等有关事项。法案某些章节授权把这些统计数据移交地方政府,以帮助其区域规划、调查、环境保护和选区重划等事务。由于法案直接威胁基本权利,这一案件在申诉程序上属于少数例外:公民无须穷尽行政救济,即可发起宪政申诉。应一百多位公民的宪政申诉,宪政法院非同寻常地临时中止《联邦人口调查法》的实施,并在8个月后下达意见。宪政法院维持了人口调查法的绝大多数条款,但要求议会修正某些特殊规定,以防法律漏洞导致在收集、储存、使用并转移个人信息过程中的滥用权力。这一要求使得该法被延迟四年之后方才实施。在1983年的意见中,宪政法院第一庭正式首创了个人的“信息自决权利”:

从自动数据处理的现行和未来状态来看,个人的决定权利需要特殊保护。今天,由于……储存高度私人化信息的技术手段在实际上是无限的,且可在自动数据处理的帮助下于数秒钟内被调取,这项权利尤其受到危及。另外,特别是在建立集成信息系统时,如和其他数据结合一体,这类信息可产生部分或几乎完全的个性轮廓;受到影响的个人则缺乏足够手段,来控制其使用及真实性。获得信息并施加影响的可能性已增加到前所未有的程度,并可能因公共意识对人所产生的心理压力而影响个人行为。

即使在数据处理技术的现行条件下,自我决定的观念亦要求个人被给予

现代数据处理技术削弱了个人保护其隐私的能力。

[136] Census Act Case, 65 BVerfGE 1.

但个人自我决定的能力是自由民主社会运行的必要条件。

自由,去决定采取何种行动,包括决定是否实施其自身决定的自由。如果个人不能足够准确地预计国家将在其既定社会环境中公布何种个人信息,那么个人的计划和自由决策权利就将受到决定性的阻碍……如果某人预计国家将官方记录他所出席的会议或对公民创制的参与,并相信这可能产生个人风险,那么此人就可能回避行使他的第8条和第9条结社权利。这将不仅削弱个人的发展机会,而且也将损害公共福利,因为对基于公民行动和参与能力的自由民主社团而言,自我决定乃是其基本运行条件。

因此,作为在数据处理的现代条件下自由发展个性的前提,个人必须被保护免受个人数据的无限收集、储存、使用和传递。《基本法》第2条第1款要求议会注明所有官方数据收集程序的目的和条件,以使公民可清楚知道何种信息为何种理由而被收集。这类法律授权必须遵从法治原则,且具备清楚构架以避免因过于模糊而违宪。在制订这些法律时,议会还必须遵从比例原则。这项原则来自基本权利……的性质,且被提高到宪法规范的高度。只有在对保护公共利益有所必要的程度上,国家才能加以限制。

五、道德规范对权利的限制

如上一章指出,基本权利当然不是没有限制的。各国宪法一般都要求,个人对权利的享受以尊重他人的权利为前提。(见中国宪法第51条)因此,他人权利的平等享受构成了基本权利的界限。有些国家的宪法还规定了社会道德对权利的限制。中国宪法第53条规定:“公民必须遵守宪法和法律……遵守公共秩序,尊重社会公德。”同样,德国《基本法》第2条宣布:“只要不妨碍他人权利且不违反宪政秩序或道德,每个人都有权自由发展其个性。”这些文字表明,个性自由的前提是不妨碍“他人权利”,且不违反“宪政秩序”或“道德准则”。在此,我们简略讨论宪政法院的案例法对“道德”限制的解释。

取决于宪政法院对该词的理解,所谓“道德规范”是一项含义广泛的普遍概念。这体现于1957年的“同性恋案”中。^[137]《德国民法典》第175条惩罚男性——而非女性——之间的同性恋行为。两名男性同性恋提出宪政申诉,宣称这项条款侵犯了其平等权利和个性自由。宪政法院驳回了原告们的申诉理由,并认为“同性恋活动显然违背道德规范”。即使在性生活领域,社会要求其成员符合某些规则,因而法律可以合宪惩罚同性恋行为。

但如果宪政法院认为道德规范或宪政秩序未受威胁,那么个性自由发展

道德规范可能对个人自由构成限制。

[137] 6 BVerfGE 389.

的权利将受到切实保护。在1979年的“改性换名案”,^[138]原告经过改性手术从男性变为女性。地方民事法院允许原告把公民身份及显示性别的名字变成妇女。在国务卿提出反对后,柏林地区法院推翻了这项决定,并受到最高民事法院的维持。原告提出宪政申诉,宣称其人格与个性自由受到侵犯。宪政法院第一庭撤销了最高法院和柏林法院的决定:“只是在道德法律所规定的限度之内,个性自由发展的权利才受到保护。在本案,道德法律并未受到侵犯。”根据联邦宪政法院的决定,就个人和其公民伙伴的关系而言,国家可调控个人的私人生活,但它不得侵犯生活的最深层领域。国家拒绝允许申诉者姓名的正式改变,并不能带来任何公共利益;这将侵犯《基本法》第1条第1款和第2条第1款所保障的基本权利。

思考 你认为个人基本权利和社会道德之间是什么关系?如何定义“道德规范”?如果允许“社会道德”约束公民权利,是否会对基本权利产生任意限制?参照本书第四章对“多数人暴政”的讨论。

第五节 集体权利——生存权与发展权

第二次世界大战之后,权利的宪政理论与实践发生了两个方面的转变。一方面,在国内范围,如上所述,发达国家从传统的消极权利走向积极权利,主要是社会福利及其所附带的其他社会经济权利(如受教育权),是谓“第二代权利”(second-generation rights)。另一方面,在国际范围,随着各殖民地的相继独立和南北贸易交流的加深,各发展中国家要求独立自主、民族自决以及在公正的国际规则下生存发展的呼声越来越高,因而在稍后发展出“第三代权利”(third-generation rights)。

“第二代权利”是以社会福利为代表的“积极权利”,“第三代权利”是民族自决所要求的集体生存权与发展权。

1966年12月16日,联合国大会的第2200A(XXI)决议通过了《公民权利和政治权利国际公约》和《经济、社会与文化权利国际公约》,并开放给各国签字、批准和加入生效。两公约的第1条都规定:“所有人民都有自决权。他们凭这种权利自由决定他们的政治地位,并自由谋求他们的经济、社会和文化的发展。所有人民得为他们自己的目的自由处置他们的天然财富和资源,而不

[138] 49 BVerfGE 286.

联合国两公约保护民族的生存权和发展权。

损害根据基于互利原则的国际经济合作和国际法而产生的任何义务。在任何情况下不得剥夺一个人民自己的生存手段。本公约缔约各国……应在符合联合国宪章规定的条件下,促进自决权的实现,并尊重这种权利。”两公约已于1976年3月23日生效。1997年和1998年,中国外交部代表中国政府分别签署了经济权利公约和政治权利公约。2001年2月28日,第九届全国人大常委会第二十次会议批准了《经济、社会与文化权利国际公约》,并对个别条款作了保留。这表明经济权利公约已成为中国法律的一部分。

缔约国有义务实现公约所规定的公民权利。

应该指出,公约规定的大多数权利仍然属于传统范围,但少数条款对缔约国施加了义务并规定了国际合作的可能性。《经济、社会与文化权利国际公约》第2条规定:“每一缔约国家承担尽最大能力个别采取步骤或经由国际援助和合作,特别是经济和技术方面的援助和合作,采取步骤,以使用一切适当方法,尤其包括用立法方法,逐渐达到本公约中所承认的权利的充分实现。”第2条然后规定了平等原则,但“发展中国家,在适当顾到人权及它们的民族经济的情况下,得决定它们对非本国国民的享受本公约中所承认的经济权利给予什么程度的保证。”各国可以依据公约而对权利之享有规定限制,但限制不得和这些权利的性质相违背,且只能受到“为了促进民主社会中普遍福利的目的之法律所确定”。(第4条)第11条规定:“本公约缔约各国承认人人有权为他自己和家庭获得相当的生活水准,包括足够的食物、衣着和住房,并能不断改进生活条件。各缔约国将采取适当的步骤保证实现这一权利,并承认认为此而实行基于自愿同意的国际合作的重要性。”

中国对公约所规定的有关工会权利采取了保留。

中国对《经济、社会与文化权利国际公约》所保留的是第8条关于组织与加入工会的权利。这项要求缔约国保证下列权利:“人人有权组织工会和参加他所选择的工会,以促进和保护他的经济和社会利益”;“工会有权自由地进行工作”,而这项权利以及自由组织与加入工会的权利之行使只能受到法律的限制,且这类限制必须是对“民主社会中为国家安全或公共秩序的利益或为保护他人的权利和自由必要的”;最后,“工会有权建立全国性的协会或联合会,有权组织或参加国际工会组织。”由于中国目前的工会是法定的,且地方工会是中华全国总工会的下属机构,因而和公约所规定的工会体制不一致。

中国的保留不适用香港与澳门特别行政区。

作为“一国两制”设想的体现,中国对公约所采取的保留并不适用于香港与澳门特别行政区。香港基本法第39条、澳门基本法第40条规定,《公民权利和政治权利国际公约》、《经济、社会与文化权利的国际公约》和国际劳工公约适用于特别行政区的有关规定继续有效,并通过特别行政区的法律予以实施。

思考 你认为《经济、社会与文化权利国际公约》第8条对于保障雇员的福利(譬如为民工索取拖欠的工资)是否必要?在西方,自由组建并决定是否加入工会是结社自由的一部分。这是否表明第8条也应是中国公民的一项基本权利?如果它属于中国的基本权利,由全国人大常委会(而非全国人大)对这项权利作出保留是否合适?如果人大常委会在批准或废除条约过程中作出了不适当的决定,全国人大是否有权进行任何干预?参考本书第五章的讨论。

你认为应如何理解“第三代权利”?它们在什么场合下更有意义?

第八章复习题

1. 试论述言论自由的界限。什么是对言论的“事前限制”和“事后限制”?什么是“清楚与现存危险”标准?
2. 什么是象征性言论?审查对象性言论的限制适合什么标准?
3. “纽约时报案”确立了什么原则?言论自由和个人名誉之间是什么关系?比较美国和德国的处理方式之异同。
4. 什么是新闻出版的“事前”和“事后”限制?(应)如何平衡新闻自由和国家机密?如何保证广播电视的多元化?中国新闻出版具有什么法律限制?
5. 游行示威和结社自由必须符合哪些限制?中国的有关法律规定了哪几类限制?
6. 比较美国和德国宪法,宗教与信仰自由意味着政府与宗教之间应该是一种什么关系?
7. 社会经济权利主要包括哪些方面?什么是美国的“经济正当程序”理论?这一理论的兴衰经历了怎样的曲折过程?霍姆斯法官关于“斯宾塞先生的社会静力学”的评论表达了什么意思?对经济权利的限制适用于什么力度的平等保护审查?试比较与总结各国对这类宪法权利的保护力度。
8. 财产权包括哪些基本要素?什么是“新财产”概念?它给美国的社会福利法学带来什么变化?
9. 什么是“纠偏行动”?中国法律是否存在“纠偏行动”条款?试举例说明。这些条款可能和什么宪法原则相冲突?
10. “隐私权”主要包括哪些方面?参照美国等国的经验,试解释宪法权利如何随着社会变化而创造发展。

参考文献

1. Hannah Arendt, *On Revolution*, New York: Penguin, 1963.
2. Aristotle, *Nicomachean Ethics: Translation, Introduction, and Commentary*, Sarah Broadie and Christopher Rowe (trans.), Oxford University Press, 2002.
3. Aristotle, *The Politics*, Stephen Everson (ed.), Cambridge University Press, 1988.
4. 比尔德(Charles Beard):《美国宪法的经济观》,何希齐译,商务印书馆1989年版。
5. Paul Allen Beck and Fran R J. Sorauf, *Party Politics in America* (7th edition), New York: HarperCollins, 1992.
6. John Bell, *French Constitutional Law*, Oxford University Press, 1992.
7. Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, New York: Hafner Press, 1948.
8. 8Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969.
9. Brown & Bell, *French Administrative Law*(4th ed.), Oxford: Clarendon Press, 1993.
10. James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, New York: Oxford University Press, 1901.
11. James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1962.
12. Walter Dean Burnham, "Party Systems and Political Process", In W. N. Chambers and W. D. Burnham (ed.), *The American Party Systems*, New York: Oxford University Press, 1975.
13. 蔡和森:《社会进化史》,东方出版社1996年版。
14. 曹锦清:《黄河边上的中国——一个学者对乡村社会的观察与思考》,上海文艺出版社2000年版。
15. 陈弘毅:“论香港特别行政区法院的违宪审查权”,载《中外法学》1998年第5期。
16. Christian Dado and Susan Farran, *French Substantive Law: Key Elements*, London: Sweet & Maxwell (1997), p. 155.
17. 达尔(Robert Dahl):《论民主》,商务印书馆1999年版。
18. Larry Diamond, *Developing Democracy: Toward Consolidation*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1999.
19. A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Ed.), London: Macmillan (1915).
20. 丁文江:“中国政治的出路”,载《独立评论》1932年第11期。
21. Maurice Duverger, *Political Parties*, New York: Wiley, 1954.
22. Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, W. D. Halls (trans.), New York: Free Press,

- 1984.
23. 杜克海姆(Emile Durkheim):《社会学方法的规则》,胡伟译,华夏出版社1999年版。
 24. Maurice Duverger, *Political Parties*, New York: Wiley, 1954.
 25. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1978.
 26. John King Fairbank, *China: A New History*, Cambridge: Harvard University Press, 1992.
 27. Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America* (revised edition), New York: Blaisdell, 1941.
 28. 龚刃韧:《现代日本司法透视》,世界知识出版社1993年版。
 29. 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》,法律出版社2003年版。
 30. T. C. Grey, Do We Have An Unwritten Constitution? *27 Stanford Law Review* 703—717.
 31. Gerald Gunther, *Constitutional Law* (12th Ed.), Westbury, NY: Foundation Press, 1991.
 32. Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), NAL Penguin (1961).
 33. 郝铁川:“论良性违宪”,载《法学研究》1996年第4期。
 34. Frederick von Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, 1960.
 35. 何帆:《为市场经济立宪——当代中国的财政问题》,今日中国出版社1998年版。
 36. 贺卫方:“通过司法实现社会正义:对中国法官现状的一个透视”,载夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1995年版。
 37. 贺雪峰:《乡村研究的国情意识》,湖北人民出版社2004年版。
 38. Thomas Hobbes, *Leviathan*, London: Penguin, [1651] 1968.
 39. Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, Mark DeWolfe Howe (ed.), Boston: Little, Brown and Co., 1963.
 40. 霍姆斯(Oliver Wendell Holmes):“法律的道路”,载《南京大学法律评论》2000年秋季刊,第7页。
 41. 胡适:“宪政问题”,载《独立评论》1932年第1期。
 42. 黄衍文:《中国税制结构:明辨与抉择》,中国财政经济出版社1999年版。
 43. 洪堡(Wilhelm von Humboldt):《论国家的作用》,林荣远、冯兴元译,中国社会科学出版社1998年版。
 44. David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Ernest C. Mossner (ed.), London: Penguin Books, 1969.
 45. 詹宁斯(W. Ivor Jennings):《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,三联书店1997年版。
 46. 金冲及、胡绳武:《辛亥革命史稿(第四卷·革命的成功与失败)》,上海人民出版社1991年版。
 47. 荆知仁:《中国立宪史》,联经出版社1984年版。
 48. Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, Norman Kep Smith (trans.), New York: St. Martin's Press, 1929.
 49. Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, NC: Duke University Press, 1989.
 50. 汉斯·凯尔森(Hans Kelsen):《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版。

51. 汉斯·凯尔森:“立法的司法审查——奥地利和美国宪法的比较研究”,载《南京大学法律评论》2001年春季刊,第1—9页。
52. 拉斯韦尔(Harold Lasswell):《政治学:谁得到什么?何时和如何得到?》,杨昌裕译,商务印书馆1999年版。
53. 林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,法律出版社2001年版。
54. 林启彦:《步向民主:中国知识分子与近代民主思想》,香港中华书局1989年版。
55. Charles E. Lindblom, *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems*, New York: Basic Books, 1977.
56. John Locke, *Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed.), Cambridge University Press, 1960.
57. Theodore J. Lowi, *Personal President: Power Invested, Promise Unful-filled*, Ithica, NY: Cornell University Press, 1985.
58. Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, *American Government: Freedom and Power*, New York: W. W. Norton, 1990.
59. 卢洪友:《政府职能与财政体制研究》,中国财政经济出版社1999年版。
60. 罗豪才、袁曙宏、李文栋:“现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡”,载《中国法学》1993年第1期,第52—59页。
61. Arthur von Mehren and James Gordley, *The Civil Law System* (2nd ed.), Little, Brown & Co. Boston, 1977.
62. John Stuart Mill, *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, London: J. M. Dent & Sons Ltd., 1972.
63. Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, A. M. Cohler, B. C. Miller, and H. S. Stone (trans. & ed.), Cambridge University Press, 1988.
64. 摩根根(Lewis H. Morgan):《古代社会》,杨东莼等译,商务印书馆1995年版。
65. Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge: Harvard University Press, 1965.
66. O. Hood Phillips, Paul Jackson, and Patricia Leopold, *Constitutional and Administrative Law*, London: Sweet & Maxwell, 2001.
67. Theodore Plucknett, *Bonham's Case and Judicial Review*, 40 Harvard Law Review 30 (1926).
68. Karl R. Popper, *The Poverty of Historicism*, New York: Harper & Row, 1961.
69. 波普尔(Karl R. Popper):《猜想与反驳——科学知识的增长》,傅季重等译,上海译文出版社1986年版。
70. 钱大群:“‘宪’义略考”,载《南京大学学报》1984年第2期。
71. 乔晓阳:“关于选举法和地方组织法的主要修改内容”,载《中国法学》1995年第5期。
72. Peter Quint, *Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory*, 48 *Maryland Law Review* 247—347 (1989).
73. John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, 1971.
74. Charles Reich, *The New Property*, 73 *Yale Law Journal* 733—787 (1973).

75. J.-J. Rousseau, *Discourse on the Origin and Foundations of Inequality among Men*, M. Cranston (trans.), London: Penguin Books (1984).
76. J.-J. Rousseau, *On the Social Contract*, D. A. Cress (trans.), Indianapolis/Cambridge: Hackett (1987).
77. William Riordan, *Plunkitt of Tammany Hall*, New York: E. P. Dutton, 1963.
78. J.-J. Rousseau, *Discourse on the Origin and Foundations of Inequality among Men*, M. Cranston (trans.), London: Penguin Books (1984).
79. J.-J. Rousseau, *On the Social Contract*, D. A. Cress (trans.), Indianapolis/Cambridge: Hackett (1987).
80. Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York University Press, 1994.
81. Schuppert, Right to Property, In U. Karpen (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft (1988), p. 108.
82. Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York: Oxford University Press, 1993.
83. 沈汉、刘新成:《英国议会政治史》,南京大学出版社 1991 年版。
84. Herbert A. Simon, *Models of Man: Social and Rational*, New York: John Wiley and Sons, 1957.
85. Herbert A. Simon, *Models of Bounded Rationality: Empirically Grounded Economic Reason*, Cambridge: MIT Press, 1997.
86. Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London: Penguin, 1986.
87. Hedrick Smith, *The Power Game: How Washington Works*, New York: Ballantine Books, 1988.
88. Herbert J. Storing (ed.), *The Anti-Federalist Papers*, University of Chicago Press, 1981.
89. Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, Stuart Gilbert (trans.), New York: Doubleday, 1955.
90. Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence (trans.), J. P. Mayer (ed.), New York: Harper & Row, 1969.
91. 沃拉(Ranbir Vohra),《中国:前现代化的阵痛——1800 年至今的历史回顾》,廖七一等译,辽宁人民出版社 1989 年版。
92. 王绍光、胡鞍钢:《中国国家能力报告》,辽宁人民出版社 1993 年版。
93. 王世杰、钱端升:《比较宪法》,中国政法大学出版社 1997 年版。
94. 王士如主编:《中国宪法学》,南京大学出版社 1993 年版。
95. Max Weber, *The Methodology of the Social Science*, Edward A. Shils and Henry A. Finch (tr.), New York: Free Press, 1949.
96. Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., Berkeley: University of California Press (1978).
97. Kenneth Wheare, *Modern Constitutions*, London: Oxford University Press, 1966.
98. Susan Wright, *The French Conseil Constitutionnel and Constitutional Reform*, 1 *European Public Law* 23 (1995).

99. Susan Wright, *Constitutional Reform-Again*, 2 *European Public Law* 344—348 (1996).
100. 夏勇:《人权概念起源》,中国政法大学出版社1992年版。
101. 许崇德主编:《宪法》,中国人民大学出版社1999年版。
102. 徐永康:“中国宪政之路特点考察”,载《南京大学法律评论》2005年秋季号,第157—171页。
103. 张国福:《民国立宪史》,华文出版社1991年版。
104. 张君勱、丁文江等,《科学与人生观》,山东人民出版社1997年版。
105. 章谦凡:《市场经济的法律调控》,中国法制出版社1998年版。
106. Zhang Qianfan, *The Idea of Human Dignity: A Reconstruction of Confucianism*, *Journal of Chinese Philosophy* 27 (3): 299—330, September 2000.
107. 张千帆:《西方宪政体系·上册:美国宪法》,中国政法大学出版社2000年版。
108. 张千帆:《西方宪政体系·下册:欧洲宪法》,中国政法大学出版社2001年版。
109. 张千帆:“论美国总统大选中的宪政问题”,载《中外法学》2001年第4期。
110. 张千帆:“在自然法与一般法之间:关于‘礼’的宪法学分析”,载方流芳主编:《法大评论》,中国政法大学出版社2001年版,第336—368页。
111. 张千帆:“宪法变通与地方试验”,载《法学研究》2007年第1期,第63—73页。
112. 周伟:《宪法基本权利司法救济研究》,中国人民公安大学出版社2003年版。
113. 周伟:“宪法的监督、实施与解释”,载张千帆、肖泽晟主编:《宪法学》,法律出版社2004年版,第79—141页。

第一版后记

我首先要感谢法律出版社教育分社丁小宣社长对我的一贯支持；是他给予我这个和众多大学生“见面”的难得机会。这本书是为了宪法学的学生而写的，而它本身也是教学的产物。我感谢我在南京大学教过的研究生——有的已经或即将成为同事，特别是赵娟、黄建军、李燕萍、夏正林、赵雪雁等；他们在课堂上的讨论和问题为我提供了诸多启示，让我真切体会到“教学相长”这句古训的含义。

这本书的初稿主要是在2002年暑假期间于苏格兰的圣·安德鲁斯大学(University of St. Andrews)完成的。宁静的海边、肃穆的古堡、宜人而多变的气候，使人每天都能带着清新的思维投入写作。我要感谢牛津大学的“中国研究中心”主任邦宁(Nicholas Bunin)博士给予我宝贵的访问机会，感谢圣·安德鲁斯大学的“伦理、哲学和公共事务中心”主任阿查德(David Archard)教授的热情接待，以及该校哲学系的良好设施与服务，感谢英国理事会(British Council)为我慷慨提供的研究资助，并感谢两次在此参加中国政治哲学会议的全体与会者。

当然，本书的写作过程还得到许多其他方面的帮助。我必须感谢在南京大学的诸多良师益友——尤其是校长蒋树声教授和法学院前院长范健教授。没有他们的支持和关怀，我在南京大学的学术经历一定不会如此顺利，这本书因而也不会如此顺利地完成。此外，四川大学法学院的周伟博士为我提供了他所参与的宪法诉讼的法院判决书，我在南京大学的博士生赵娟和张道庆为我准备过不同方面的背景资料，和悉尼大学博士生庄重等朋友的交谈也使我获益匪浅。对于他们和其他在此未能提及的各位同仁的宝贵支持，在此一并致谢。

赴英访问时，儿子尚不满三个月。我的双亲、岳父母一家特别是妻子魏晓阳承担了全部的劳作，全力支持我顺利完成了这本书的写作。每想起他们的辛苦，便尤不敢懈怠。我谨把这本书献给他们。

本书出版后，作者受到了学生、学者以及其他人士的不少鼓励。但毋庸置疑的是，本书的第一版尚存在诸多不完善之处。在第二次印刷进行完善的过程中，笔者得到责任编辑董彦斌

和负责插图的美编温波的热情帮助。《浙江学刊》编辑王莉和湘潭大学法学院研究生程蕾曾仔细阅读全书,并指出多处文字错误。在教学过程中,好学的北京大学法学院学生(主要是04与05级本科生)提出许多问题,促使作者反思并改进书中某些方面的表述。在第四次印刷前的完善过程中,笔者得到责任编辑谭柏平的热情帮助。厦门大学法学院的胡兆云老师和浙江大学宪法与行政法专业的冯健鹏博士对本书修订提出了宝贵意见,尤其是前者还提醒我增加乡镇直选的事例,后者则建议我进一步关注转型国家和地区的宪政发展。南京大学法学院宪法与行政法专业研究生余冠文(Sam)对本书进行了全面校订,指出了书中数十处文字错误,精神颇为难能可贵。

张千帆

2003年12月

第二版后记

在本书第一版问世四年后,小宣社长建议修订出版第二版。其实早在第一版之后,本书就处在不断修订的状态之中。除了一些文字勘误之外,某些增印版还根据中国和世界各国的最新宪政发展增删了部分内容,也更换了部分图片。在这个意义上,第二版只是这个过程的继续。笔者感谢赵晓东、李君、北大深圳06级法硕班研究生林蔚和拉萨市中级检察院的李显辉通读了全书,并对本书的印刷错误等不足之处提出了许多中肯意见和建议。在二版编辑过程中,责任编辑郭相宏博士提出了许多宝贵意见。本书一定还有诸多地方需要进一步完善,希望读者和作者一起像关注中国宪政那样继续关注本书的成长。对于以上宝贵帮助和支持,在此一并致以诚挚的感谢,并希望本书能继续在社会的关心和批评中不断完善。

就在第二版付印之时,适逢我外婆邱均华辞世。她恰好生于辛亥年间,可以说是历经“三代”。作为中国第一代从家庭走向社会的现代女性,她为自己和家庭的生存付出了太多的辛劳,而从我这个后辈得到的回报又实在太少。我谨将第二版奉献给她,以寄托无尽的忏悔和哀思。

张千帆
2008年8月

第三版后记

从2008年第二版至今,过去五年中国发生了许许多多的事情。如果说2004年出版第一版的时候,我们所知的中国宪法事件稀如珍宝,以致几乎每一件都被全盘吸收的话,那么第二版尚能吸收此间发生的主要宪法事件。今天,笔者平时不经意间积累的具有宪法意义的事件信息量已经“爆棚”,以致此次修订再也无法像以前那样仔细过滤自己的电子文档,而只能把过去五年内发生的印象最深刻的宪法性事件放进来;不少事件也只能点到为止,不能全面深入展开评论。篇幅有限,遗漏之处在所难免,还望读者见谅并请持续关注。

在更新过程中,北京大学宪法与行政法专业的博士生贺亚宜提出了诸多有价值的修改意见。黄谦先生通读了第一版,并详尽提出此前未曾注意的文字修改意见。法律出版社法律教育分社丁小宣社长和张立明、陈慧编辑对本书的全面更新给予大力支持,在此谨表衷心感谢。

张千帆

2014年1月



- 古罗马时代，两部**法学阶梯**先后撰成，杰作不朽。
- 哲人其萎，后世继之。
- 今天，我们奉献这套**法学新阶梯**丛书，追先贤之洪业，成新一代法学教科书。
- 我们也向有志学习法律的学子们致意。
- 我们相信，经过不懈努力，学子们最美丽的希望定能实现。

上架建议 | 法学教材·宪法学

ISBN 978-7-5118-6214-3



9 787511 862143 >

定价：59.00元

[General Information]

SS号=13515269

封面	
书名	
版权	
前言	
目录	
序言	
第一部分 概论	
第一章 宪法(学)是什么?	
第一节 引论——宪法能为你做什么?	
第二节 基本概念	
一、法与法治	
二、宪法与宪政	
第三节 宪法的结构与特征	
一、宪法结构	
二、宪法的主要特征	
第四节 宪法学是一门“科学”	
一、宪法与宪法学	
二、宪法学的三个层面	
三、宪法学的实证研究方法	
第五节 现代宪政的基本价值与原则	
一、法治与分权	
二、民主	
三、权利与自由	
四、联邦?中央与地方关系	
五、为了人的尊严——走向宪政价值的统一	
第二章 宪政制度及其思想渊源的形成与发展	
第一节 宪法的思想渊源	
一、“宪法”一词的来历	
二、契约与宪法——英国《大宪章》及其发展	
三、社会契约论的发展	
四、政治多元主义与美国宪政思想的形成	
第二节 西方宪法的产生与发展	
一、从章程到宪法：公法的私法起源	
二、美国宪法	
三、法国宪法	

四、联邦德国

五、走向一个欧洲联邦？

六、第三波民主——转型宪政的前景

第三节 中国宪法的产生与发展

一、预备立宪（1895—1911）

二、尝试立宪（1912—1926）

三、国民政府时期（1928—1948）

四、人民共和国时期（1949年至今）

第四节 宪法的制定与修正

一、宪法的制定程序

二、宪法修正的可能性

三、宪法修正的程序

四、法院的作用

第三章 宪政审查与宪法效力

第一节 司法审查的起源

一、“马伯里诉麦迪逊”：案件的起因

二、马伯里案的推理

三、马伯里的遗产：宪法的“司法化”

第二节 宪法效力与“司法化”

一、法国宪法的“司法化”

二、中国宪法的“司法化”？

第三节 宪法审查的模式

一、审查机构

二、审查程序

三、审查范围

四、诉讼主体

五、中国宪法审查模式之探讨

第四节 宪法解释的方法

一、文字

二、结构

三、历史

四、目的

第五节 法院与民主——司法审查的政治含义、问题及启示

一、司法审查的政治含义

二、欧洲经验及其对中国的启示

第二部分 国家权力的结构与组织

第四章 国家结构形式——单一制、邦联制与联邦制

第一节 联邦制度

- 一、联邦制的思想渊源
- 二、联邦制的基本原则
- 三、联邦制下的中央与地方关系
- 四、中央和地方权限的划分

第二节 邦联制

- 一、欧洲联盟
- 二、联合国

第三节 单一制

- 一、法国
- 二、中国

第五章 政府组织形式——立法、执法与司法权力的分配

第一节 分权的理论基础

- 一、议会至上
- 二、三权分立

第二节 立法机构

- 一、斗争与妥协——议会制度的起源
- 二、议会的结构与组成
- 三、议会程序
- 四、议会的职权
- 五、中国的立法机构

第三节 国家元首与行政机构

- 一、一元首脑制——美国总统
- 二、双元首脑制——法国模式
- 三、双元首脑制——德国模式
- 四、中国

第四节 司法机构

- 一、普通法体系——以美国为例
- 二、欧洲大陆法体系——法国和德国
- 三、邦联制下的司法控制——欧洲法院
- 四、中国的司法机构

第六章 政党与选举

第一节 民主、选举与政党制度

一、民主是什么？

二、政党的性质与职能

三、政党与选举

第二节 政党与宪法

一、美国

二、欧洲——以联邦德国为例

三、中国

第三节 宪法与选举

一、美国

二、法国

三、德国

四、中国

第三部分 公民基本权利

第七章 权利的理论基础

第一节 权利是什么？

一、权利的主体：个体还是集体？

二、权利的属性：积极与消极

三、权利的对象：绝对还是相对？

四、权利保障的范围：有限还是无限？

五、权利的形式：自由与平等

第二节 权利的作用和分类

一、个人层面的权利

二、体制层面的权利——以言论自由为例

三、平等权

四、权利保障的共同基础——对“人格尊严”的尊重？

第八章 权利的宪法保障

第一节 表达自由

一、言论自由

二、新闻与出版自由

三、游行示威和集会自由

四、结社自由

第二节 宗教与信仰自由

一、“立教条款”

二、“自由活动条款”

第三节 社会经济权利

- 一、经济活动自由
- 二、财产权
- 三、“新财产”与社会福利
- 四、国家资助与受教育权
- 第四节 人身权利
 - 一、隐私权与人身自由
 - 二、迁徙自由
 - 三、刑事正当程序
 - 四、个人隐私与信息自决权利
 - 五、道德规范对权利的限制
- 第五节 集体权利——生存权与发展权
- 参考文献
- 第一版后记
- 第二版后记
- 第三版后记
- 封底