

Lectures on Constitutional Law

宪法学讲义

张千帆 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目（CIP）数据

宪法学讲义/张千帆著. —北京：北京大学出版社，2011.9（学术教科书）

ISBN 978-7-301-16566-9

I. ①宪... II. ①张... III. ①宪法学-中国-高等学校-教材 IV. ①D921.01

中国版本图书馆CIP数据核字（2011）第175701号

书 名：宪法学讲义

著作责任者：张千帆 著

责任编辑：谢海燕

标准书号：ISBN 978-7-301-16566-9/D. 2927

出版发行：北京大学出版社

地 址：北京市海淀区成府路205号 100871

网 址：<http://www.pup.cn> 电子邮箱：law@pup.pku.edu.cn

电 话：邮购部62752015 发行部62750672 编辑部62752027

出版部62754962

印 刷 者：三河市富华印装厂

经 销 者：新华书店

730毫米×980毫米 16开本 37.75印张 716千字

2011年9月第1版 2011年9月第1次印刷

定 价：56.00元

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有，侵权必究

举报电话：010-62752024 电子邮箱：fd@pup.pku.edu.cn

内容简介

本书尝试将世界宪政的普遍原理和中国宪政的具体实践相结合，以中国和西方宪政国家的重要宪法判例为主线，系统讲解宪法学原理。全书共24讲，涉及宪法学的基本理论和方法、宪法的制定与修改、宪法的实施与解释、基本人权的宪法保障、选举和政党制度、政府组织结构、中央和地方关系等内容。在方法上，本书奉行“问题中心主义”——以实在和具体的宪法问题为中心，通过个案阐述宪法学的基本原理和知识。在形式上，本书以各国经典判例为主线，采取叙述、议论和实例相结合的多样化方式，力求做到生动而不失准确。全书内容翔实、体例新颖、深入浅出、博采众长，适合作为大学生宪法学教材或教学参考书。

作者简介

张千帆 美国得克萨斯大学奥斯汀分校政府学博士，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，并在相关领域出版专著和主编教材二十余部，发表论文一百一十余篇、评论二百四十余篇。

个人法律博客：<http://const123.fyfz.cn/blog/const123/>，邮箱地址：qfz@pku.edu.cn。

目 录

序 言

第一讲 什么是宪政？

一、“三农问题”：中国宪政的中心问题

二、平等权

三、生命、自由与财产

四、政治权利

五、宪法权力关系

第二讲 宪法能为我们做什么？

一、宪法的功能主义视角

二、法治是什么？

三、宪法的理论基础

第三讲 宪法是什么？概念与特征

一、“宪法”含义的变迁

二、宪法的基本结构

三、宪法的基本价值与原则

四、宪法的基本特征

第四讲 宪法学是什么

一、宪法与宪法学

二、宪法学的三个层次

三、实证宪法学的基本理论

第五讲 西方宪政史概要

- 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——“橙色革命”的前景

第六讲 中国宪政史——改良时代

- 一、预备立宪（1895—1911）
- 二、尝试立宪（1912—1926）

第七讲 中国宪政史——革命时代

- 一、国民政府时期（1928—1948）
- 二、人民共和国时期（1949年至今）
- 三、宪法的制定与修正

第八讲 从宪法到宪政——司法审查与宪法效力

- 一、基本概念
- 二、司法审查的起源
- 三、宪法效力与司法审查
- 四、中国宪法的司法适用

第九讲 司法审查的模式与方法

- 一、司法审查制度的发展与现状
- 二、审查机构
- 三、审查要件
- 四、中国宪法审查模式之探讨
- 五、宪法解释的方法
- 六、法院与民主——司法审查的政治含义、问题及启示

第十讲 中央与地方关系的基本理论

- 一、中央与地方分权的基本理论
- 二、中央与地方分权的基本原则

第十一讲 中央权力及其宪法边界

- 一、联邦制国家的中央与地方立法分权
- 二、单一制国家的中央与地方立法分权
- 三、中央—地方权限的划分标准：影响范围还是重要程度？
- 四、中央与地方财政分权

第十二讲 地方自治及其宪法界限

- 一、中央与地方的行政关系
- 二、中国的中央和地方行政关系
- 三、自上而下的局限性
- 四、中央和地方分权的法治化

第十三讲 立法机构

- 一、分权的理论基础
- 二、斗争与妥协——议会制度的起源
- 三、议会的结构与组成
- 四、议会程序
- 五、议会的职权
- 六、中国的立法机构

第十四讲 行政机构

- 一、行政权概述
- 二、一元首脑制——美国总统
- 三、双元首脑制——法国模式
- 四、双元首脑制——德国模式
- 五、中国
- 六、地方法治的宪法原则

第十五讲 司法机构

- 一、司法功能的特殊性
- 二、普通法体系——英美司法结构
- 三、欧洲大陆法体系——法国和德国
- 四、中国法院结构
- 五、中国检察院结构

第十六讲 民主的理论基础

- 一、民主是什么？
- 二、为什么需要民主——自上而下体制的诸多后果
- 三、民主的制度保障

第十七讲 政党与宪法

- 一、民主的政治条件
- 二、政党发展历程
- 三、政党的宪法地位
- 四、政党宪法义务
- 五、中国政党制度

第十八讲 宪法与选举

- 一、普遍选举
- 二、直接选举
- 三、自由与秘密选举
- 四、平等选举
- 五、中国选举制度改革

第十九讲 基本权利——平等权

- 一、权利是什么？
- 二、权利的属性
- 三、平等的构成
- 四、如何鉴别歧视？差别对待的审查标准

第二十讲 基本权利——自由权

一、“生命”

二、“自由”——非经济权利

三、经济活动自由

四、“财产”

五、代结论——方兴未艾的中国权利运动

第二十一讲 表达自由的思想基础

一、引论——言论自由的意义

二、限制言论的理由及其反驳

三、言论自由的理论基础

四、言论自由的司法适用

五、代结论——还是有点悲剧好

第二十二讲 言论自由的宪法保护

一、言论自由的宪法边界

二、“象征性言论”

三、言论自由与名誉权

四、言论自由与社会宽容

第二十三讲 新闻、出版、集会与结社自由

一、新闻与出版自由

二、集会自由及其限度

三、结社自由及其限度

第二十四讲 宗教信仰自由

一、宗教信仰自由的社会功能

二、宗教信仰的自由活动

三、宗教自由与法治

四、政教分离

五、代结语——历史的警示

序 言

本书是我多年教授北京大学法学院本科生基础主干课宪法学的讲义汇编而成。全书共24讲，正好对应一学期24次课，每次一讲、两小时。其中第一讲以中国当前的宪法问题开场，让学生们看到宪法在现实生活中的用处，借以激发同学对学习宪法的兴趣。以后的讲座围绕八个单元的内容，大致每三讲为一单元。第一单元是宪法基本理论，三讲分别解释了宪法与宪法学的基本特点以及各国共享的宪法原则。第二单元是历史，三讲梳理了中外宪政的发展脉络。

第三单元是司法审查制度，分为两讲。之所以将司法审查放在前面，不仅因为它是重要的，而且因为它是宪政的起点。没有司法审查，宪法就失去了实际的法律效力。这一单元通过案例讨论了司法审查的起源、司法审查的制度发展、宪法解释的规则与技艺、获得司法审查的权利及其界限、宪法解释的效力及其限制。

第四单元是中央和地方关系，实际上包含好几层意思。首先，在针对事项的调控方面，存在着中央和地方的权限划分问题，包括中央（联邦）政府的权限、地方（州）政府的权限以及两者之间的可能冲突。其次，中央和地方政府有时采取直接影响对方治理能力的措施。最后，单一制国家的中央和地方还存在着人事上的任免关系。在此三讲中，我们分别考察这几个层次的中央与地方关系，并通过具体案例讨论和评析中央权力的宪法限制、中央至上原则及其界限、地方保护主义的司法控制、地方自治及其限度等问题。

第五单元是政府结构和权力分配。在讨论司法与立法之间的关系之后，本书接下来讨论分权的其他方面：司法和行政以及行政和立法的关系。由于一般的行政和立法或司法的权力关系主要是行政法问题，我们在此限于讨论行政首脑或国家元首和其他宪法机构之间的关系，只有元首或行政首脑才享有宪法地位并构成宪法问题。最后，本书通过具体案

例讨论和评析行政权的司法控制、行政权力的立法控制、行政权的制约和分享等问题。

第六单元是政党与选举。在考察了政府结构以及不同部门之间的权力关系之后，下一个问题就是如何产生政府部门的人选。这对于任何体制的政府都是一个关键问题，因为无论政府结构设计多么合理，如果掌握实际权力的政府官员不对人民负责，那么这样的政府最终还是不能代表“最广大人民的根本利益”。民主是连接个体和集体理性的纽带：没有它，两者就会发生断裂，社会就会出现很多问题。人类历史的经验和教训充分表明，要保证政府代表民意，就必须对政府最重要的职位实行民主选举，而选举则离不开政党的重要作用。这一单元的三讲探讨民主选举的基本原则、政党在组织选举过程中所具有的宪法权利和义务，以及关于政党与国家、政党与选举、民主选举的宪法原则。

剩下两个单元都是关于个人基本权利。第七单元分为平等权和自由权两讲。作为现代国家的一项普遍宪法价值，平等在各国宪法都有所体现。一般来说，一部宪法既可规定普遍平等，也可强调某些重要价值的特殊平等。在具体操作层面上，平等原则禁止政府通过法律或法律规范剥夺某些人受宪法保护的权利。当然，有时法律规范看上去是为了某个历史上遭受歧视的人群保障更多的权利，但是这类规定仍然存在权利或利益冲突，也就是法律在给予他们更多权利的同时，必将损害其他人的类似权利或利益，从而构成“反向歧视”。这个单元通过案例讨论平等的基本概念、不同歧视对象的审查标准、纠偏行动、基本权利的平等保护等问题，并通过具体案例讨论和评析宪法权利的渊源与适用范围、生命权及相关问题、经济权利和人身权利。由于人的权利是多种多样的，这一单元的内容最丰富，司法判例也最有创造性。我们主要通过各个实体领域的经典判例或事例，展示法院如何创造、解释和限定权利。

最后一个单元是言论与新闻自由以及宗教信仰自由。民主社会普遍认为，政治言论对于自由民主的基本制度是至关重要的，因而不到万不得已的时候不得受到任何限制。其他类型的言论——例如有关色情、商业广告或煽动种族仇恨的言论——则不具备这种重要价值，因而其受保护程度较小，在有些国家甚至可以受到立法的自由规制。另外，针对私人的诽谤从来不受法律保护，但是为了允许公民没有后顾之忧地自由批评政府，政府官员可能至少得“牺牲”一部分名誉权。这一单元的前三讲主要讨论在宪法意义上最重要的政治言论自由，以及言论自由的进一步扩展——新闻、集会与结社自由。最后一讲探讨宗教信仰自由。和言论相比，宗教信仰是人的更为内在的心灵活动，因而受到几乎绝对的宪法保护。宗教信仰自由包含两个方面。宗教信仰自由不但禁止政府通过压

制和惩罚干涉宗教活动，而且还禁止政府在这个领域有选择地为某些宗教提供援助或其他形式的“方便”。这一讲通过具体案例讨论和评析宗教信仰自由的理论基础、宗教活动自由以及政教分离和立教条款等问题。

本来每次讲课还配备了我平时收集的许多资料图片，学生兴趣盎然，可惜由于数量太多、占用空间太大等原因，最后成书时不得不忍痛割爱。采用此书授课的教师，可以来邮件索取最新版本的授课演示文件，内含全部图片，权且作为一种弥补。

本书是我在北大常年教授大一学生宪法的心得体会，我首先要感谢在我课堂上切磋学艺、“指点江山”的全体同学。同学们刚从高中毕业，个个朝气蓬勃、热情洋溢、思维敏捷，每次下课都踊跃围着我提问，让我感觉自己也年轻不少。他们的兴趣和掌声激励我不断更新教学体例，他们的问题和质疑则促发我重新思考某些看上去已成定论的立场。本书的出版得益于北京大学出版社的大力支持，尤其是法律事业部邹记东主任的热情帮助，责任编辑谢海燕认真校读了全书并提出诸多中肯意见，在此一并表示衷心感谢。

是为序。

张千帆
2011年8月于北大法学院陈明楼

第一讲

什么是宪政？



在进入宪法课程之前，我们有必要通过实例来说明什么是宪法和宪政，以便读者对宪法和宪政产生初步的感性认识。改革开放三十多年来，中国的经济取得了飞速进步；尤其是在《行政诉讼法》实施后，法治也取得了一定的进步，但是宪政的理念和现实仍然存在很大差距。作为国家的“根本大法”，宪法应该是国家法律体系中最重要法，研究宪法的学科——宪法学——也应该是法学领域中最重要科学。例如在美国，由于联邦宪法涉及最重要个人权利和国家政策，而且最高法院通过裁决在实际生活中发生的宪法争议，对所有重要宪法规定都赋予符合社会需要权威性解释，使宪法成为对于每一个人来说最重要法。宪法诉讼产生学术争论，司法解释受到学术质疑和社会挑战，研究宪法的学术也就成为一门社会影响最大学问。

相比之下，部分因为中国宪法不能直接进入司法程序，宪法有关规定不能通过个案和人民的具体生活直接联系起来，并在实践中获得权威机构解释，政府机构违宪行为也得不到及时有效纠正，以至宪法和社会生活渐行渐远，宪法沦为一部在现实中最不重要法。宪法学理论也成了不切实际空谈和政治口号，因而长期以来在部门法学中“含金量”最低。然而，中国社会却存在着大量宪政问题。事实上，正是由于我们目前缺乏解决问题有效机制，宪法问题日积月累、越来越多。和一般法律一样，宪法并非一堆抽象原则和规定；只有落实到政治实践之中，才能真正实现宪法政治，也就是宪政。

在第一讲，让我们首先看看哪些是我们应该关注的宪政问题。其实只要你稍稍留意，无论在中国还是外国，宪政问题都是无所不在的。不过虽然宪政问题五花八门，几乎覆盖了人类生活的所有领域，但是大致可以归为个人权利和政府权力结构两大类。个人权利进一步分为自由权和平等权，政府权力结构则分为政党与选举体制、中央与地方权力分配以及政府内部分权结构。由于中国农村问题涵盖了几乎所有方面的宪政问题，我们在进入各分支之前，先看看中国农村涉及哪些宪政问题。

一、“三农问题”：中国宪政的中心问题

毛泽东曾经说过：“农民问题乃国民革命的中心问题。”^[1]农民问题也同样是中国宪政的中心问题，因为宪法和法律显然应该是为国家的所有人——至少多数人——服务的，而中国仍然是一个以农民为主体的发展中国家，农民占人口的2/3多数，因而宪法首先应该为农民服务，宪政首先应关注中国农民问题。事实上，也只有宪政才能从根本上解决中国农民问题。由于革命不等于宪政，也不能替代宪政，因而革命并不能彻底解决宪政问题。半个世纪之后，中国“三农问题”重新引起人们注意。这一事实本身表明，不实行宪政，就不可能从根本上解决“三农”问题。

近年来，“三农”问题已经引起了全国的普遍关注。以连续几个“一号文件”为标志，中央开始提倡“反哺农业”，取消了两千多年一以贯之的农业税，并对农村基础设施建设不断增加财政投入。这些固然都是十分可喜的变化。然而，虽然“三农”问题谈得很多，论者大都是从经济学和社会学的视角，但是农村宪政与法治的落后不仅是经济与社会落后的结果，更是经济与社会落后的重要原因。长期以来，中国农村一直是一个被宪政和法治“遗忘的角落”。不仅农民的宪法权利没有受到应有的重视，而且制度性歧视加剧了农村的贫困，导致了难以解决的“三农”问题。可以肯定的是，没有宪政和行政法治的实质性改善，那么无论如何重视农村的经济和社会建设，都不可能从根本上解决“三农”问题。归根结底，中国的新农村建设离不开宪政与行政法治的制度保障。^[2]

中国农村究竟涉及哪些宪政问题？第一，土地制度问题，包括农村土地所有权与使用权、农村土地征收与补偿等问题。土地制度可能是新农村制度建设的首要问题，征地补偿也一直是近年来引发社会冲突的首

要因素。用周其仁教授的话说，农村集体土地是农民剩下的最重要（如果不是唯一）的财产，因而完善土地制度是农民致富的最直接和最重要的手段。^[3]

第二，农民的自由权和平等权，包括迁徙自由、户籍制度、计划生育、集会自由与结社自由、受教育权、医疗与社会保障、公共资源的分配等一系列问题。现在，户籍制度对人身自由的束缚以及城乡二元结构所带来的巨大不平等已经引起社会广泛重视，也是宪法经常谈论的话题，更何况自由和平等本身就是现代宪法所要全力保障的终极目标。这里尤其需要突出农民的结社自由以及基础教育的重要性，因为我们关注农村的制度建设，最终目的就是让农民通过有效的制度来维护自己的权利，而不用事事都依赖自上而下的中央保护。这是为什么我们强调农民选举自己中意的官员来管理自己，农民组建自己的团体来争取和维护自己的利益。和基层选举一样，结社自由也是村民自治的一个组成部分，或至少是其必然的延伸。只有充分保障农民的政治权利，农民才能彻底摆脱自己的“弱势”地位，才能有效地利用政治和社会过程保护自己。这才是新农村建设的长远之计。当然，许多农村资源相当匮乏，农民自治未必能解决所有问题。诸如基础教育等关系农民和农村命运的事情，中央该管的还得管起来。

第三，村民自治和农村选举，涉及村民选举、村党委和村民委员会的关系、村委会行使权力的法律保障、村民监督、宗族等传统因素与村民自治的关系等一系列问题。都说“人多力量大”，但是为什么人数最多中国农民反而成了最弱势群体？这个问题值得深思。在根本上，它说明民主机制不完善，因为民主程序是一种多数主义规则，多数选民通过选举代表自己利益的议员通过对自己有利的法律统治国家，因而多数人在民主国家应该是强势而非弱势群体。近年来，村民自治和农村的基层选举确实出现了许多问题。诸如村委会“贿选”的界定、村民自治与村庄层次上的“多数人暴政”之间的关系，都已经引起宪法学研究的关注。相对来说，以农民工为主的流动人口的选举也开始突显颇具“中国特色”的问题，但还没有引起充分注意。在中国目前多达一两亿的农民工当中，有些长期居留城市，有的则和当地保持不同程度的联系。如何对待这个群体的选举权？他们究竟应该在实际工作和居住的城市投票，还是通过某种方式在户籍所在地投票？要求农民工回到户籍所在地投票显然是不现实的，而目前所采用的委托投票制度又是基层选举不规范的一个重要因素。

第四，农村治理模式之改善。选举虽然重要，但是一次选举显然不能解决农村的全部问题。更重要的是，农民在选举后必须对村干部和基

层官员保持有效监督，否则就会像卢梭所说的，他们只能在选举的那一天做一次主人，其余的时候仍然是奴仆。在这方面，一些地方的制度创新的成功经验值得关注。我们之所以主张农村民主自治，无非是因为中央的资源和能力是有限的，不可能每时每刻都盯着全国各级地方官员；如果农村宪政和法治有缺陷，那么无论中央的法令如何完善，农民的权利必然遭到侵犯。因此，宪法学需要关注的一个问题是：如何完善中央和地方关系，以利农村的地方自治？

二、平等权

1. 为什么各地人均收入差距巨大？

接着“三农”话题，城乡差别首先体现在经济和生活水平的差别。图1.1中的柱子代表中国各省的人均GDP，其中上海、北京、天津等省市遥遥领先，贵州、广西、安徽等地则远远落后，两极相差好几倍。造成地区收入差异的主要原因是农村比例，那些乡村人口比例更高的省份注定平均收入更低，因而图中显示的各省差异其实只是折射了城乡差异。事实上，如果直接比较城乡，那么差异将比图示更为显著。根据陈志武教授的计算，以2002年为例，北京的人均固定资产投资最高，为15905元，各省会城市人均9223元；地级市的人均固定资产投资为5137元；相比之下，县级最低，人均才590元。省会城市人均GDP是22565元，到地区级市是13660元，到县一级才5674元。^[1]

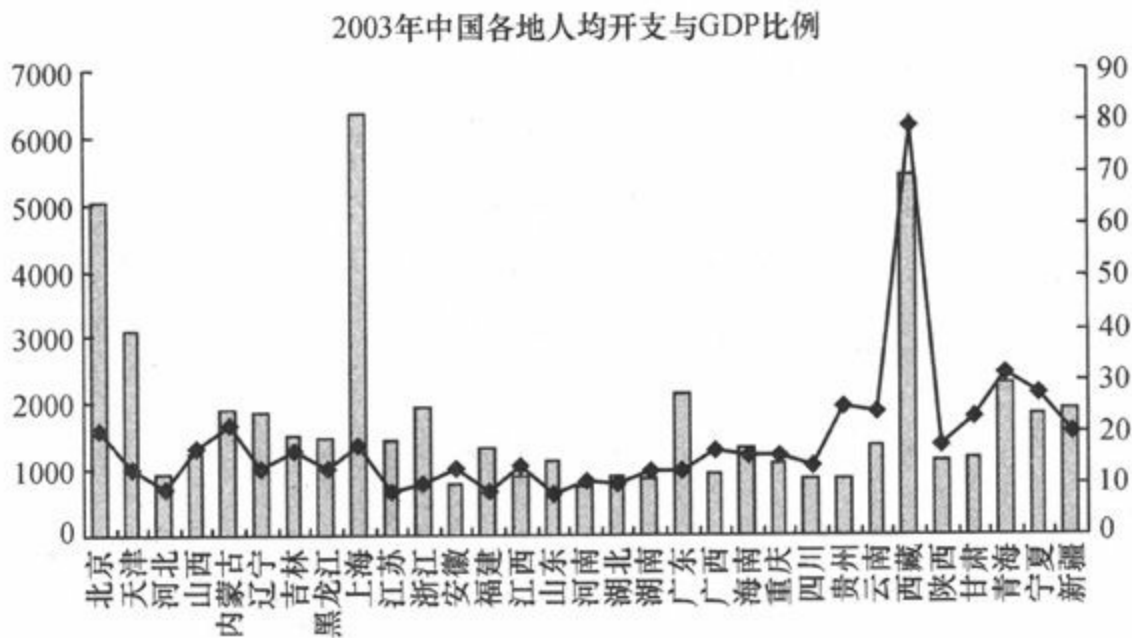


图1.1 中国各地人均开支（元）及其与地方GDP的比例

我们可以比较一下美国各地的人均收入水平。虽然各地收入水平不等，但是除了阿拉斯加州之外，各地收入差异远不如中国那么大。要知道，美国各州的分工也是迥异的；如果加州和纽约州属于商业（“第三产业”）州（当然州内肯定存在农业成分），田纳西、阿拉巴马、内布拉斯加等州显然属于农业（“第一产业”）州。然而，这些州的平均收入却相差不大。经济原因当然是美国农业人口比例少，因而农业人口仍然可以维持体面的平均收入，但是制度原因则是美国既没有城乡二元体制，也不能在宪法上禁止个人迁徙自由。如果农业州的人口太多、收入太低，你享有宪法上的迁徙自由，可以到一个相对发达而人口尚未饱和（也就是人均收入较高）的州定居。在这个意义上，迁徙自由才是保证各地人均生活水平相对均衡的制度因素。

2. 人均开支地区差异说明什么？

和人均收入类似，中国地方政府的人均开支也呈现出很大的地区差别，上海、北京、天津等大城市的人均开支远超过贵州、安徽、四川、广西等不发达地区（西藏得到大量中央转移支付，因而只能算特例）。和人均收入相比，人均开支带有更明显的公权力性质。如果人均开支可以衡量地方财政为当地公民提供的公共服务，那么人均开支差异表明公民从一个地方迁移到另一个地方所享受的公共服务存在显著差别，城市

居民所享受的公共服务远比农民更多。按理说，单一制国家应在地方均衡上发挥更大的作用，中国的中央政府在这方面发挥的作用尚不理想。

相比之下，美国等传统的联邦国家并不承认财政均等的中央角色，因而地方人均开支水平存在一定差异，但是除了阿拉斯加州和哥伦比亚特区之外，各州和地方政府开支总体上差异程度远小于中国。换言之，一个人从商业州迁徙到农业州，其所享受的公共服务和福利待遇并不因此而显著减少。地区开支平等是建立在地方收入平等及其制度基础——迁徙自由——之上的，并进一步促进了迁徙自由。德国等现代联邦国家更是通过立法强制实现地区财政均衡，中央政府在财政均衡化过程中发挥重要作用，结果是各地财政开支几乎绝对平均，地区差异不超过开支总量的0.5%。公民从一个地方迁徙到另一个地方不仅没有制度上的障碍，而且几乎感受不到任何公共福利差别。想一想，这种制度反过来对于公民的迁徙自由意味着什么？

3. 为什么中国农村全方位落后？

接着“三农”话题，制度障碍造成了当前农村的全方位的贫困——不仅是经济收入上的贫困，而且是文化和社会保障的贫困，更是法治建设的贫困。甘肃省渭源县代课教师王政明每天护送小学生回家，显现了某些贫困地区义务教育难以为继的状况。^[1]所谓“代课教师”，实际上就是教育部已经取消的“民办教师”，也就是没有纳入正式编制、收入比正规教师低得多且很可能没有接受过正规教育和训练的老师。据报道，王政明所在地区的代课教师的月工资常年只有40—80元，至多勉强养家糊口。代课教师薪水微薄却不辞劳苦、尽职尽责，固然体现出难能可贵的个人美德，但是我们却不得不反思地方为什么不能雇用收入更高的正式教师。原因无非是两个：地方财政拮据、无力支付，或地方因为过分落后而留不住人，知识结构好的、“有能耐的”都跑到条件更好的城市去了。无论哪种原因，都直接映射出制度造成的城乡二元体制的全方位后果，而基础教育的落后更使得农村失去了复兴的希望，不能不让人担忧农村的前途。

农村的法治状况更不容乐观。据调查，全国有200多个县没有一个律师。^[2]中国的县可是一个不小的单位，总共才有2000多个县级单位，平均每个县的人口高达几十万甚至上百万，而这么大的群体中竟然没有一位律师，其法治状况显然堪忧。之所以如此，无非是因为贫困地区的经济不发达，经济法律纠纷不够多，因而不能创造足够的利润吸引或留住当地律师。由制度产生的地域不平等不仅造成经济和物质生活水平差

异，而且也造成教育、文化与法治状况的巨大差异。由此可见，宪法平等原则是一个不能不认真对待的问题。

4. 农民工的不平等待遇

城乡二元体制不仅影响仍然生活在农村的农民，而且也对脱离农村、来到城市的农民——农民工——产生了不利影响。在某种意义上，这个为数1—2亿之多的人群确实构成了一个庞大“二等公民”群体。他们为城市干着城市居民不愿意干的苦、脏、累的活，拿的工资却远低于城市平均水平，而且自己的基本利益未必得到法律的有效保障。几年前，拖欠农民工年薪一度是相当普遍的现象，某些农民工在无奈之下采取极端行为，以至温家宝总理曾不得不亲自出面为农民工讨工资。某些貌似极端的行爲可能只是为了吸引公众注意，但是从中仍然折射出农民工的弱势和法律对于保护弱势群体的无力。

5. “高考移民”的独特现象

在高等教育领域，偏离平等原则的一个特异现象是“高考移民”，也就是考生家庭从高考招生的高标准省份转移到低标准省份的独特现象。几十年来，中国高校在各省的招生标准并不平等，考生户籍成为决定考生可以跨越什么高校门槛的重要因素。对于理性自私的考生来说，趋利避害、“高考移民”是高等教育机会最大化的自然选择。近年来，“高考移民”现象愈演愈烈，“移民”阶段也不断提前，大有从高中移民向初中乃至小学移民的倾向。“高考移民”现象凸显了高等教育机会地域不平等的制度现实，不仅浪费了考生家庭的经济资源，而且加剧了不同地区的贫富不均，有时甚至可能因为移民目的地省份的政策突变而剥夺移民考生的受教育权。^[1]

值得注意的是，任何高校的招生政策中既有地方保护主义（照顾本地考生）成分，也有纠偏行动（照顾少数民族或边远地区）的成分。虽然高考地方保护主义是赤裸裸的地域歧视，高考纠偏行动却具备一定的合理性与必要性，因而两者必须区别对待。问题在于，建立在考生户籍基础上的高考纠偏行动同样会导致“高考移民”，而在海南等某些“移民大省”，“高考移民”一度占了当地招生指标的一半以上，致使当地考生反而没有得到纠偏行动的实质性照顾。

6. 形形色色的政策歧视

歧视当然并不局限于地域歧视，而是可能发生于任何领域、基于任何因素，例如美国的种族歧视曾经极为严重，中国的性别歧视则仍然相当普遍。除此之外，在就业平等领域，用人单位更是可以基于年龄、身高等生理特征及健康状况进行形形色色的歧视。2003年6月，张先著报名参加了安徽省国家公务员考试，报考芜湖县委办公室经济管理岗位。他经过了笔试和面试，成绩均合格，并进入被告规定的体检程序。但在体检中，他被诊断为“乙肝小三阳”，并在复检中确诊为一、五阳（HBsAg、HbcAb阳性）。虽然这种病毒并不传染，但是他仍然因为“两对半”不符合公务员身体健康标准而不被录取，从而引发了全国首例乙肝歧视案。^[2]

目前，虽然乙肝歧视基本上从制度上解决了，五花八门的其他歧视依然存在。性别歧视、年龄歧视、生理歧视、政治歧视……不一而足；有的歧视是明文的，有的却是隐藏在地下的。目前，由于宪法没有进入诉讼，宪法平等原则并没有发挥应有的法律效力，而我们目前还没有一部禁止一般歧视的基本法，也没有一个专门打击歧视的平等委员会。在中国今后相当长时间内，反歧视仍然任重道远。

三、生命、自由与财产

1. 生命换来的自由

2003年，“非典”风波尚未完全平息，广州便发生了一起震撼全国的事件。武汉毕业生孙志刚初来广州工作，因外出上网未带身份证件而被广州警方错误收容，结果在收容所里被其他收治人员殴打致死。这一事件引起了全国上下的强烈反响，几位法学博士上书全国人大常委会，要求废除国务院的《收容遣送条例》。虽然人大常委会没有采取任何行动，国务院迅速自行废除《条例》，并以自愿救助站取代了原来的收容所。当然，国务院的及时措施并没有消除一个普遍疑问——为什么全国人大常委会再次对宪法解释保持沉默？1982年《宪法》颁布至今从来没有出台过任何宪法解释的事实，究竟说明了什么问题？



图1.2 孙志刚用生命换来收容遣送条例的废除

国务院的《收容遣送条例》在没有全国人大授权的情况下采取限制人身自由的强制措施，显然侵犯了所有公民的基本人身自由。实际上，这一体制对城乡居民并非一视同仁。收容遣送的目的是为了落实户籍制度，强制遣返流浪到城市的农村人口，因而户籍制度才是收容遣送和孙志刚悲剧的始作俑者。户籍制度不仅造成了全方位的城乡差别，而且也剥夺了广大农民的人身自由。目前，公安部和各地政府正在酝酿户籍制度改革措施，尝试逐步取消城乡二元体制。

2. 自由与秩序

收容遣送条例的废止并不是流浪乞讨问题的终结，因为流浪乞讨现象继续存在，甚至可能因为强制措施的废除而变本加厉。毕竟，即便是宪法上的自由也不是绝对的。流浪乞讨的权利应该受到保护，但是流浪乞讨人员中也有犯罪团伙，也有欺骗、盗窃、敲诈甚至胁迫未成年乞讨等违法行为。如果地方政府不能对违法乞讨采取适当的制裁，势必对地方秩序与治安产生不良影响；当然，如果地方政府的权力不受控制，又可能侵犯流浪乞讨的合法权利。这样就产生了诸多的宪法问题：如何平衡流浪者的权利和城市的秩序与安全？地方政府是否有权设置禁讨区？既然全国各地情况有别，中央统一规定或废止的“一刀切”措施是否明

智？在流浪乞讨的管制上，地方政府应在多大程度上享受自主权？如何限制地方权力？

3. 刑事正当程序

和美国《宪法》不同，中国《宪法》没有明确规定刑事正当程序，而只是笼统规定了“人身自由”。但是如果犯罪嫌疑人的正当程序得不到保障，那么就很容易纵容刑讯逼供和超期羁押，进而产生冤假错案。在名噪一时的“杀妻案”中，佘祥林被指控谋杀了自己的精神病妻子。在多次刑讯逼供之后，佘祥林按照当地公安人员的“提示”招认了谋杀罪名，但是口供和证据之间存在诸多不合的疑点，因而根据当时“疑罪从轻”的原则，终审判决15年有期徒刑。在服刑11年后，“被谋杀”的妻子突然出现，判决错误不证自明。事实上，佘祥林案绝非孤立事件，刑讯逼供和超期羁押必然产生大量冤假错案，有的犯罪嫌疑人甚至被错误执行死刑。例如和被错误执行死刑的聂树斌相比，活着平反昭雪的佘祥林显然要幸运得多。^[1]

既然佘祥林、聂树斌等案都涉及死刑判决，而死刑是对生命权的剥夺，更何况错误的死刑判决将酿成杀害无辜生命的严重后果，这些案件也引发了针对死刑本身的存废问题。目前，世界上超过半数国家都已废除死刑，《欧洲人权公约》更是明确要求所有公约国废除死刑。但是包括中国、美国、日本在内的国家还没有跨出这一步，因而仍然面临死刑和生命权之间的冲突。

和孙志刚案一样，佘祥林案也推动了中国的法律进步。事件报道后，最高人民法院和检察院采取了禁止刑讯逼供和超期羁押的一系列措施。虽然这类现象仍未完全杜绝，但是已经大为减少，犯罪嫌疑人的“沉默权”获得更有效的保障。同时，司法实践正在逐步从传统的“疑罪从轻”转向“疑罪从无”原则。2008年6月，《律师法》修改生效。新修改的律师法治理了中国刑事正当程序的另一个顽疾：限制辩护律师和犯罪嫌疑人的会面和交流，致使犯罪嫌疑人的辩护权有名无实。目前，新法刚刚开始实施，因而在实践中还存在诸多阻力。

4. 如何防止地方政府不作为？

如果佘祥林案是有关部门主动侵犯公民权利的结果，那么政府被动不作为同样也会导致公民权利得不到保障。2007年6月，一场发生在山西的人道主义灾难震动了全国的良知。洪洞县的“黑砖窑”雇用大量奴

工，其中包括为数众多的童工和智障者，完全剥夺了他们的基本尊严和人身自由。问题在于，山西黑砖窑不只是一次私人犯罪，当地政府和村委会一直知道黑砖窑的存在。事实上，当地警察曾多次上门罚款，但就是不取缔黑砖窑的存在。由于当地政府的故意不作为，山西黑砖窑得以多年长期存在。值得注意的是，这种现象并不仅限于山西一地。

宪法学不仅要研究宪法规定的制度，更需要研究制度的落实。中国1982年《宪法》第37条第1款规定：“公民的人身自由不受侵犯。”为什么这一条在山西洪洞县及某些其他地方得不到落实？我们期望地方政府为保护当地公共利益有什么作为？如何保证地方在保护公共利益上作为，在滥用权力、贪污腐败上不作为？

5. 卧室里的自由？

2002年8月，延安市宝塔区民警闯进一对被举报看黄碟的新婚夫妇家中，径直揭开被子并抱走电视机和影碟机。中国1982年《宪法》第39条第1款规定：“公民的住宅不受侵犯”，但是没有规定一般的隐私权。警察行为是否应被认为侵犯了住宅权？这是宪法解释需要解决的问题。当然，无论是隐私权还是住宅权都不是绝对的；如果住宅内发生刑事案件，警察显然应该进入。但是如果政府可以为了鸡毛蒜皮的事情随便闯入私人住宅，又确实涉嫌侵犯公民的住宅权。

另一个问题是《宪法》第35条规定了言论自由，而这不仅意味着公民有说话的自由，而且也有“听话”的自由——读报、看电视、看电影、看录像等接受信息的自由。宪政国家一般信任成年公民的自由选择，甚至接触色情信息的自由，但是显然有义务保护未成年人的身心健康不受伤害。当然，色情言论一般被认为是“低价值”言论，因而可以受到法律限制甚至禁止。即便如此，法律一般也不会把针对言论的限制延伸到卧室内。

6. 财产权与社会和谐

随着中国社会的迅速发展和城市化进程的不断深入，城市拆迁和农村土地征用成为各地普遍现象。在这个过程中，如果人民的财产权得不到有效保障，必然会损害社会和谐。近年来，农村征地和城市拆迁产生了大量社会矛盾和群体事件。事实上，征地和拆迁引发的上访数量一直高踞所有上访事由之首。

中国1982年《宪法》第13条第3款规定：“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。”然而，如何保证征收符合“公共利益的需要”？如果补偿低于市场价格，政府可以低价征收、高价卖地，将会产生什么现象？

6. “最牛钉子户”是如何产生的？

征地补偿争议自然会产生大量不愿搬迁的“钉子户”。由于一直不能和政府与开发商达成补偿协议，重庆一家“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”。^[1]当然，在网络及各方关注下，有关部门最终做出让步，与“最牛钉子户”达成补偿协议，但是显然并非所有“钉子户”都能获得如此皆大欢喜的结局。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。学习宪法的目的正是对这类问题形成独立而理智的判断。

四、政治权利

政治权利包括选举权、被选举权以及表达自由。中国1982年《宪法》第34条规定了选举权和被选举权，第35条规定：“公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”这些权利对于社会和谐而言是至关重要的。

1. 言论自由的功能

言论自由对于任何国家都发挥着重要作用，压制言论对于任何国家都将产生巨大的危险，即便受压制言论当时被普遍认为错误、有害甚至是恶毒的。1958年，原北大校长马寅初发表了《新人口论》，结果遭到猛烈批判。在次年的“庐山会议”上，原国防部长彭德怀元帅批评“大跃进”运动，结果遭到打击迫害。事后不幸证明，彭德怀和马寅初是对的，之后，“大跃进”、浮夸风愈演愈烈，最终造成全国3000万人非正常死亡；一味提倡“人多、热气高、干劲大”，结果中国平添了3亿人口。^[1]

2. 唐山地震的警示

1976年发生的唐山地震显然是一场自然灾害，但是地震造成24万人死亡却和宪法制度相关，因为当时已经有不少预报，但是这些至关重要的信息却被国家地震局的某些官员出于政治原因扣压下来了，最后致使唐山市民在毫无防备的情况下遭遇惨重伤亡。^[2]由此可见，《宪法》第35条所保障的言论自由和知情权对于人民的生命安全是至关重要的。如果允许表达自由，如果有关部门有宪法义务披露相关信息，如果老百姓的知情权获得宪法保护，那么虽然唐山仍然会发生地震，但是唐山地震的人员重大伤亡则可以避免或减少。

3. 如何规范网络言论？

近年来，网络日益成为信息交流的新型媒体，“网民”数量越来越多，网络信息也越来越丰富。当然，和传统媒体一样，网络媒体也包含不同类型的信息。某些信息可能是有害的——至少对思维不成熟的未成年人是如此，譬如色情、血腥、煽动仇恨或教唆犯罪的言论，因而网络言论也有必要加以规范乃至控制。问题是如何为了保护未成年人等正当目的规范言论，而又避免不必要地限制言论自由。如果不小心，那么法律规范很容易侵越言论自由的宪法底线。2007年9月，北京市推出“首都网络110虚拟警察”。网络虚拟警察的管辖范围不仅包括网罗色情、网络盗窃、网络诈骗、网络赌博、网络洗钱等犯罪行为，而且也包括“网络迷信”和“网络谣言”等难以界定的罪名。由于这些罪名相当宽泛和模糊，其具体适用必须慎之又慎；否则，难免重蹈剥夺言论自由的覆辙。

4. 市民“散步”的作用

2007年6月1日，众多厦门市民不约而同来到市政府门前“散步”，反对计划兴建的PX化工项目。面对广大市民的普遍质疑，厦门市政府最后重新评估了化工项目对环境的影响并决定工程迁址。厦门市民通过自由表达，成功阻止了一项带有严重环境风险的化工项目；如果压制不同意见，那么一颗生态“炸弹”将在厦门市破土动工。虽然项目的环境影响仍有争议，表达自由的作用正是在不同意见的基础上让公民自己衡量风险并作出抉择。



图1.3 2007年6月1日，厦门反对PX项目的游行队伍现场

5. 如何让弱势群体保护自己的权利？

即便面对不平等待遇，农民工也没有必要诉诸极端方式伸张自己的诉求。下图中的农民工就通过别开生面的方式吸引社会的注意，从而更理性地维护自己的权利。实际上，表达不仅包括言论与新闻，而且也包括结社。如果农民工可以组建自己的工会，由农民工自己选举产生的工会必然会争取农民工的合法权益，那么农民工个体就不用那么艰难讨薪了，更用不着总理亲自出面为他们讨工资。

6. 公民或媒体是否可以“诽谤”官员？

自从2007年1月报道的重庆“彭水诗案”开始，国内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。2008年5月，西丰县赵俊莘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。《法制日报》的《法人》杂志详细报道了此事经过，西丰县派遣大批警察来到北京的杂志社，声称负责报道的记者也犯了“诽谤罪”。然而，如果公民或媒体动辄得咎，一说话就被扣上“诽谤罪”的帽子，谁还敢批评政府？政府权力如何受到制约？宪法言论自由又如何落到实处？

7. 民主的力量

对政府官员的最根本制约，还是来自民主政治过程。通过周期性选举的压力，人民产生他们的代表并迫使后者代表他们的利益。人民代表制定代表人民利益的法律，进而监督行政，保证立法获得实施。因此，

只有民主才能保证法律和政府对人民负责。近年来，中国村委会选举出现了贿选、舞弊、上级干预等种种需要认真对待的问题。如果民主选举打了折扣，政府责任就必然出现各种问题。当然，如果选举有瑕疵，那么依法罢免未尝不是“亡羊补牢”。

五、宪法权力关系

在一个宪政国家，权利不只是不受限制的自由，而且需要国家权力的保障。但是因为国家权力可能成为侵犯权利的主体，因而权力需要受到制约，从而产生了复杂的制约机制：政府权力需要受到人民制约，中央权力需要受到地方制约，地方权力需要受到中央制约，立法权力需要受到司法制约，行政权力同时需要立法和司法制约。

1. 如何保证政府对人民负责？

在所有权力关系中，官民关系是首要关系。只有保证人民的中心地位，才能保证政府以民为本。民本的制度基础是民主，民主的首要形式是选举。现代国家宪法一般都以人民主权为基本原则，譬如中国1982年《宪法》第2条第1款规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民”，但是只有落实选举，才能实现民主。没有周期性选举，政府自我生成，因而必然感觉不到人民的压力，也就无法保证政府对人民负责。中国宪法规定全国和地方各级人大是代表人民行使权力的机构，但是如果人大选举不能依法进行，那么人大代表参政议政的能力必然大打折扣。

2007年1月，辽宁省举行实况第十届人大第五次会议，某些与会代表心不在焉、昏昏欲睡，有的甚至睡意正酣，即便会议结束时的热烈掌声也没有将他们惊醒。这样的人大代表如何代表人民的利益参政议事？而他们之所以对于自己的宪法职责如此不尽心，无非是因为他们并没有感受到选举的政治压力。

2. 民主与民生

如果民主得不到落实，那么民生就得不到保障；如果人民不能通过选举保证政府对他们负责，那么就不能防止地方政府滥用职权与民争

利，进而引发普遍不满乃至群体性事件。2008年6月28日，贵州瓮安县公安局对该县女学生李树芬的死因鉴定结果引起不满，当地群众聚集到县政府和县公安局并发生冲突，县委、政府和公安局遭到焚烧打砸，百余民警受伤。事实上，地方群众的普遍不满并不是这一次孤立事件造成的，而是地方官民矛盾长期积压的结果。正如贵州省委书记所总结的：这次事件表面的、直接的导火索是李树芬的死因，背后深层次原因却是瓮安县在矿产资源开发、移民安置、建筑拆迁等工作中侵犯群众利益的事情屡屡发生，而在处置这些矛盾纠纷和群体事件过程中，一些干部作风粗暴、工作方法简单，甚至随意动用警力。他们工作不作为、不到位，一出事就把公安机关推上第一线，群众意见很大，不但导致干群关系紧张，而且促使警民关系紧张。地方政府之所以如此作风，无非是因为他们在制度上不对当地老百姓负责。如果他们是由老百姓选举产生的，或地方民意对他们发挥很大作用，试问他们可能这么多年来一贯如此吗？为什么地方人大在这次事件的解决过程中没有发挥任何作用，甚至没有任何人期望他们发挥任何作用？

3. 豪华办公楼不仅是道德问题

如果不能保证政府对人民负责，那么就无法防止地方政府侵吞纳税人的钱财。近年来，不少地方政府的豪华办公楼纷纷曝光，其奢华程度令人吃惊。更有甚者，某些政府办公楼在兴建过程中直接侵犯了地方人民的基本利益。显然，人民建立并供养政府的目的是让政府为人民服务，而非让政府自利，但是如果不能通过民主程序控制政府权力，那么各种政府自利就是不可避免的结果。之所以出现那么多豪华办公楼，不仅仅是因为地方官员“思想觉悟不高”；更为根本的是，许多地方还没有建立起控制豪华办公楼的民主机制。

4. 如何保证“取之于民、用之于民”？

任何国家、任何地方的资源都是有限的，如何分配有限的资源就成为一个重要宪政问题。在民主体制，公共资源应被用于对公共利益至关重要的事项上，譬如保证儿童的基本安全。因此，同样是用纳税人的钱建造两座大楼，一座小学校舍、一座政府大楼，民主决策程序的政府预算将向前者倾斜，至少维持小学校舍的安全性能。在民主决策体制不完善的地方，政府预算不可避免地向相反方向倾斜，甚至连小学生的基本安全都得不到保证。在2008年5月12日的汶川大地震中，大批中小学教

学楼倒塌，造成大量正在上课的学生和老师伤亡，就显示了校舍“豆腐渣”工程的严重后果。如果地方民主不完善、公共预算没有公众参与，就不能保证纳税人的钱“取之于民、用之于民”，而非用之于官。

5. 如何防止贫困地区铺张浪费？

宪政国家经验表明，人民对财政预算的知情权和控制权是民主宪政的起步。如果政府预算不公开，人民无法监督、控制，那么即便一个地方再贫困，也不能避免政府花钱大手大脚、铺张浪费。2005年7月，西部一贫困县教育局曾拿出高档洋酒“人头马”招待大学生志愿者，而教育局局长却称费用“未超标”。为此，国务院扶贫开发领导小组专门发布“反对贫困地区铺张浪费”的通知，指出“一些贫困地区超标准兴建办公楼、用公款吃喝、超能力举办大型节庆活动等铺张浪费问题突出”，并规定贫困地区“一律不准新建、购买机关办公楼”。为什么贫困地区会发生铺张浪费现象？如何决定政府开支是否构成“铺张浪费”？究竟应该由谁决定纳税人的钱花在什么地方？

6. 如何杜绝贪污腐败？

如果民主监督不到位，不仅无法防止地方政府铺张浪费，而且也难以杜绝官员个人的贪污腐败。民主的特征是官员自下而上由选举产生，而一旦自下而上的渠道不畅通，官员任免成为自上而下的过程，那么任免权必然掌握在少数人手中，官职就难免成为权钱交易的对象了。近年来，买官卖官成为相当普遍的地方现象。卖官者可以通过交易得到一笔黑色收入，买官者钱从何来？当然是向“下游市场”伸手，最后是全社会为官场腐败买单。有的贪腐官员甚至将大批资金转移海外，一旦在位期间捞足了便一走了之。

7. 自上而下的局限性

如果自下而上的机制不发达，自上而下的监督当然也可以发挥一定作用，但是由于中央和地方、上级和下级信息不对称，上级监督成效有限，而且成本巨大。在中国的单一制体系，作为基层政府的乡镇不仅承载着繁重的执法职能，而且需要应付来自各个层次的上级监督，各种名目的达标、检查、评比活动层出不穷，令乡镇政府应接不暇。对于某些贫困地区，上级监督甚至成为财政上不能承受之重，因而只有靠“打白

条”欠账招待上级检查人员，有的餐馆甚至因此而资金欠缺、关门倒闭。即便地方政府有足够的财力还账，这笔吃喝费用最后还是由当地人民买单。

8. “上访”——中国“国情”？

由于自下而上渠道不畅通，地方问题不能在当地得到解决，不少地方的老百姓只有走“上层路线”，通过“上访”向上级领导反映地方冤屈。2005年5—7月，全国三千多县、市、区公安局长接待群众上访近15万起之多。然而，中央和上级政府的人手和资源是有限的，无法一一处理如此大量的上访，因而大量地方问题只得不了了之。要真正解决“上访”问题，只有依靠自下而上的地方民主政治过程，使地方政府真正对当地选民负责。

9. 自下而上的作用

近年来，中国台湾地区的政制不断发展，其中某些经验值得研究。正是通过保障自下而上的地方选举和言论自由等政治权利，政府官员的贪腐得到一定程度的遏制。前“总统”陈水扁的女婿因涉嫌内部交易而遭到刑讯，最后被判处8年有期徒刑。作为“第一家庭”的陈水扁夫妇涉嫌贪污“国务机要费”，而受到司法机关传讯。令人刮目相看的是，所有这一切都是在陈水扁当局当权的时候发生的。当然，不要以为台湾地区的司法机构很“牛”；如果没有新闻媒体自由揭露“第一家庭”的贪腐、没有成千上万民众的游行集会、没有国民党等“反对党”的有组织抗议，这类弊案是不可能公布于众，更不用说得到公正审判。最后，台湾民众通过选举过程撤换了不得人心的领导人。在2008年3月22日的选举中，国民党候选人马英九成功当选台湾地区领导人，完成了所谓的“二次政党轮替”。

由此可见，宪法确实和每个人的生活息息相关，因而值得每个人关注；如果宪政问题得不到妥善解决，那么政权就不可能稳固，社会就不可能安定，老百姓的基本权利乃至基本生存就得不到保障。因此，要真正关心中国，首先就应该关心中国的宪政，认真对待中国的宪政问题。我们同时看到，宪法是丰富多彩的，宪政问题是形形色色的，宪法学就像是一本故事书，但我们要告诫读者的是，学宪法并不等于听故事；故事、事件或案件只是一个体现宪法原理的问题，就像物理题是体现物理学原理的问题一样，关键是要弄清背后的原则和推理。

当然，宪法并不是什么神秘的东西。宪法不是抽象的原则，不是空洞的理论，更不是不可兑现的政治口号；恰好相反，它是一门关系具体生活的实实在在的学问。我们希望读者以平常心学宪法，像对待普通法律一样对待宪法。宪法是“基本法”、“根本大法”、“更高的法”，但宪法首先是法。只有明确宪法的基本法律定位，宪法才可能发挥实际法律效力。惟其如此，大家所学的宪法才是一门法，而不是一种另类的政治宣言。

[1] 毛泽东：《国民革命与农民运动》，载《毛泽东选集》第1卷，人民出版社1991年版，第175—179页。

[2] 参见张千帆主编：《新农村建设的制度保障》，法律出版社2007年版。

[3] 周其仁：《产权与制度变迁——中国改革的经验研究》（增订本），北京大学出版社2004年版，第54页。

[1] 陈志武：《中国为什么需要民主？》，
<http://www.tecn.cn/data/detail.php?id=14686>。

[1] 《代课教师艰辛执著震人心》，载《南方周末》2005年11月3日。

[2] 张有义：《中国：206县无律师——律师与基层渐行渐远的困惑》，载《法制日报》周末版，2006年12月24日。

[1] 例如参见张千帆：《“高考移民”谁之过》，载《新京报》2008年5月17日。

[2] 《国内首审乙肝歧视案，法庭择日再判》，载《重庆晨报》2003年12月20日。

[1] 《“聂树斌冤杀案”悬而未决》，载《南方周末》2005年3月24日；《余祥林蒙冤11载，有罪推定是祸首？》，载《新京报》2005年4月14日。

[1] 参见《最牛钉子户坚守孤岛屋》，载《新京报》2007年3月23日。

[1] 《错批一人，误增三亿》，载《光明日报》1979年8月5日。

[2] 参见张庆洲：《唐山警示录——七二八大地震漏报始末》，上海人民出版社2006年版。

第二讲

宪法能为我们做什么？



这一讲主要是解释宪法和宪法学究竟是“干什么”的，或者更直截了当地说，宪法究竟能为我们做些什么，因为贯穿这门课程的一个基本思路就是所谓的“法律功能主义”：大多数来学法律的人不只是对法学理论感兴趣，而是更关心法律能为自己或社会做什么。公民研究法律，更多的是出于如何用法律更好地保护自己的权益；立法者研究法律，是因为适合特定社会的法律能给那个社会带来最好的秩序；即便是罪犯研究法律，也是为了逃避法律的责罚，或将法律给自己带来的成本降低到最小。在这个意义上，确实如霍姆斯所说，法律是为“坏人”设计的，或者说我们得用“坏人”的眼光来看待和设计法律^[1]；在法律面前，圣人和罪犯是“平等”的：我们大家都是以一种实用主义的态度看待法律，我们所关心的主要是法律给我们带来的现实效果，而不是法律本身，因为归根结底，法律是为了你我普通人服务的；脱离了现实中的人，纯粹的“法律”本身是没有意义的。

宪法是最高的法律，但是就和一般法律一样，宪法也只能从它对现代社会的现实功能找到自己的意义。再崇高的宪法也不是“自在”“自为”的，而是为人服务的。因此，只有从功能主义视角入手，才能弄清楚宪法或宪法学究竟是什么。

一、宪法的功能主义视角

1. 法律是公民头上的“紧箍咒”

要问宪法能为我们做什么，首先必须回答我们为什么需要法律。我们不妨从《西游记》中的经典故事开始。对于普通公民来说，法律就好比孙悟空头上的紧箍咒；一旦悟空做错了事，师父唐僧就要念几句，让愚顽成性的他痛苦不堪，以致不得不痛改前非。当然，这个比喻引出的问题可能比解决的更多。其实唐僧并非神仙，他也只有一双凡人的肉眼，还不如孙悟空的火眼金睛，常常识别不出妖魔鬼怪，因而经常错怪、冤枉了悟空。既然如此，凭什么唐僧有念紧箍咒的权力？如何保证唐僧不念错经，或不在不该念的时候念紧箍咒？我们甚至还可以问，唐僧念的这部“经”到底是什么呢？这部“经”本身会不会错呢，譬如惩罚了不该惩罚的行为？《西游记》不存在这个问题，因为咒语是全知、全能、至善的如来佛定的，他老人家从不会犯错。问题是在我们现实社会中，确实“从来就没有救世主，也不靠神仙皇帝”，从来没有如来佛为我们立法；立法者也是会犯错误的凡夫俗子，这样如何保证他们规定的“经”不出错呢？这些问题对于宪政来说都是至关重要的，下面再进一步探讨。

对于我们现实生活来说，“紧箍咒”还是有必要的，因为人非圣贤，因而不能指望依靠每个人的道德觉悟约束自己的行为；作为常人，我们不仅会犯错误，而且可能犯“罪”——也就是做出“伤天害理”、严重侵害他人利益的事情。没有法律约束，没有国家强制实施法律约束，至少某些人就会像孙悟空那样无法无天，而这不能为任何良好的社会所容忍。人类建立国家的目的，就是为了让所有人生活得更好。为此，法律不得不限定人的自由，为每个人“画地为牢”；超越法律设定的“雷池”一步，我们就侵占了邻居的自由空间。

或者，我们也可以用法定的“鸟笼模型”来表达同样的意思：法律之于人类，犹如鸟笼对于笼中的小鸟一样；法律就是一张约束言行的无形之网，笼罩在每一位公民身上，任何超越法定界限的行为都应受到国家制裁。当然，这个比喻也同样引出了更多的问题，譬如究竟由谁决定“鸟笼”的大小？如何避免发生“鸟笼”被制定得太小的情况？如果小鸟大小不一，鸟笼是否应大小一律平等，还是应该按照个体特征有所差异？如何防止小鸟类似但鸟笼大小不一，甚至小鸟大笼子、大鸟小笼子的不合理状况？

不论如何，以上两个比喻已经足以说明法律的社会功能。不错，生活在孤岛上的鲁滨逊是不需要法律的；无论他如何行为，除了他自己以外不可能伤及他人。然而，一旦他有同伴，他们之间的关系就多少需要

道德规则约束；生活在一起的人越多，个人平均活动空间越小，个人自由越是需要规则约束。一旦社会达到一定规模，个人自觉遵行的道德规则不再可靠，至少个人规则的协调将产生巨大成本；社会需要统治，而统治无非是指接受一套统一的法律规则之治。

概言之，法律对于任何一个社会主要有三个方面的功能。一是维持社会秩序，保证个人安全，惩罚犯罪行为，维护基本的公共利益。二是协调社会行为，为人类社会活动提供基本的规则框架，譬如规定“红灯停、绿灯行”或“靠右行驶”的交通规则。对于第二类功能，法律规则本身的内涵是不那么重要的。事实上，我们也完全可以规定相反的交通规则，譬如香港就沿袭了英国“靠左行驶”的交通规则；我们需要的只是一套在特定区域内一致实施、没有矛盾的规则，从而避免个人之间的约定产生的巨大成本（让行车者自己约定究竟靠左还是靠右行驶显然是极为繁琐甚至危险的）。

第三，与此相关的是，一套确定的法律规则体系将给我们在社会活动中产生理性预期，而这种理性预期对于任何有目的、有计划的社会活动是必不可少的。[\[1\]](#)老板之所以在某个地方开工厂，一个重要原因就是在那个地方能找到足够数量的相对稳定的工人；工人之所以到那个工厂打工，是因为他们相信老板不会在一夜之间不付报酬就消失，而老板之所以信任工人，是因为他知道工人对他的理性预期是可信的，反之亦然。双方的选择都是基于自己和对方的理性预期，而这种预期是需要法律支撑的。我们之所以对彼此的行为选择存在相对稳定的预期乃至信任，在很大程度上是因为我们都生活在同一个法律框架之下。在这个意义上，所谓的“市场经济”并非没有计划，而只是将计划的权力从政府转移到是个体而已。法治的作用正是保证个人行为的可预见性，进而促进社会理性。

即便对于刑法，人们对实施效果的预期也是重要的。如果一个国家制度漏洞多多，刑法对众多贪官污吏形同虚设，那么不仅社会上贪污腐败盛行，而且刑法的偶尔实施也会让个别“倒霉”的贪官大跌眼镜、连呼“失算”。本来不论是为官为民，人们对社会回报都有一个正当预期，但是由于法制废弛，贪欲诱使权力不受控制的官员肆无忌惮地进行“权钱”、“权色”等各种交易，及至遭遇“不幸”查获的小概率事件，只能自叹“早知如此，何必当初”，可惜为时已晚。由此可见，一个可以形成理性预期的法律制度即便对于贪官也是有好处的。

2. 宪法是支撑法网的权利框架

在明确了法律的基本功能之后，现在可以看看宪法的功能了。法律功能主义的基本前提是具体法律是“良法”而非“恶法”，但是如何保证法律是“良法”？这就是宪法学需要考虑的问题。这个问题尤其重要，因为法律其实并非如来佛为孙悟空量身定做的“紧箍咒”，因而未必总是适合其所适用的对象。法律是人类为了统治自己而制定的，而人是不完美、有缺陷的；正是因为人有缺陷，所以才需要法律的统治，但这也表明由人制定的法律本身必然是有缺陷、不完美的。《国际歌》唱得好：“从来就没有什么救世主，也不靠神仙皇帝；要创造人类幸福，全靠我们自己。”既然我们不可能把任何意义的“如来”请来人世，人间的法律从来就是我们为自己打造的一副“紧箍咒”，而这副“紧箍咒”可能太紧。或用“鸟笼模式”来说，笼子的空间过分狭小，不必要地限制了笼中鸟的自由。

宪法的功能正是在于保证“紧箍咒”不至于太紧，“鸟笼”不至于过分狭小，笼罩在每个人身上的法网不至于过分限制人类自由。法律为了公共利益而限制人的自由，宪法则为了人的自由而限制法律的限制；法律衡量人的行为是否危害公共利益，宪法则衡量法律是否侵犯个人权利。在这个意义上，宪法是法律的法律，是衡量法律的标准，也是支撑法网的权利框架；一旦法网收得过紧，宪法的权利支架即发挥显现作用。从功能主义视角来看，宪法不同于普通法律的独特作用在于保障公民权利。在这一点上，宪法和普通法律的作用力正好相反：虽然宪法和普通法律都是为了使所有人都更好地享受自由，但是普通法律为此目的而限制人的部分自由，宪法则要求普通法律回归其原初目的。

值得注意的是，法律存在制定和执行两个环节，而宪法学主要涉及前者，后者一般是行政法学的事情。如果如来佛的紧箍咒做得大小正适合孙悟空，而唐僧错念了紧箍咒，那么问题不在紧箍咒本身，而在于控制紧箍咒的人；如果“鸟笼”的规格设计得平整，而在制作过程中走样变形，最后大小不一，也并非“鸟笼”的原初设计不对，而是制造者偏离设计方案的结果。这些问题发生在执行过程，因而属于行政法治问题；不服者可以将实际制成的“鸟笼”和原初的设计模型相对照，并要求撤换不合规格的“鸟笼”。然而，即便行政法问题也和宪法制度有关。为什么行政不按立法执行？事实上，如果行政不受立法和民意监督，那么就很难实现依法行政；如果唐僧的权力不受约束，念错经其实是挺正常的事情。如果不能指望如来佛或观世音的约束，那么只有迫使唐僧在某种意义上对孙悟空负责，才能控制唐僧念经的随意性。

如果“紧箍咒”或“鸟笼”本身的尺寸不合适，那就更不是行政法治所能解决的问题了。如果没有如来佛，如何保证“紧箍咒”尺寸合适呢？谁

才有资格规定“鸟笼”的大小？立法过程在本质上是人类为自己制定“鸟笼”的过程，究竟谁是立法者？这是一个首要的宪政问题。在宪政落后国家，人民就是被动的“笼中鸟”，等候他们之外的某种力量为他们规定并制作限制自由的笼子。在这种状况下，是无法保证“鸟笼”设计合适或制作过程符合设计方案的。没有民主宪政，既无法保证立法是“良法”，更无法实现“良法”之治。

因此，从功能主义的角度看来，社会是需要法律限制的，但法律限制必须是有必要、合目的的，也就是保护每个人的基本自由和生存空间，而非过度或任意的。那又如何保证法律的合目的性呢？这就是宪法的主要功能。宪法禁止法律没有必要地限制个人自由，或以任意的方式区分人的权利和义务。在这个意义上，宪法是限制的限制，是衡量法律限制是否适当的标准。如果标准规定本身没有问题，而政府没有按规定执行，那么这是一个行政诉讼问题；但是如果政府严格按照规定执行，问题在于规定的标准本身太低，那么行政诉讼就无能为力了。在这种情况下，只有通过宪法要求征地这道加在老百姓头上的“紧箍咒”达到公正补偿的幅度。

二、法治是什么？

在进一步解释宪法和宪政之前，有必要解释法治的含义。由于宪法也是“法”，因而宪法和一般法律之间存在共同性。当然，宪法和普通法律之间也存在差异性；宪法不是一般的法，而是“更高的法”，是衡量一般法律的标尺，一般法律相对于宪法来说是被衡量的对象。但是不论出于共性还是差异，都有必要首先理解法与法治的基本特征。

改革开放三十多年来，至少从1999年修宪开始，“法治”成为全国上下一致追求的目标。毫无疑问，相对无法无天的人治，法治是巨大的社会进步。然而，法治的大力推行也造成神化法治的泛道德化倾向，而一旦泛道德化，不但许多法治问题说不清楚，而且也会模糊视线、误导方向。假如法治等同于人权，我们似乎就不需要再追求自由了；假如法治等同于民主，我们似乎就不再需要民主了。但实际上，法治就是“法治”，也就是依“法”治国，而不是“民主”、“人权”的代名词。严格来说，即便一个独裁和专制社会也有法。看看高度极权“大一统”的秦朝，严刑峻法还尤其之多；如果官吏严格执法，也未尝不能使这些“恶法”落到实

处，而这样的社会也未必不能被称之为“法治社会”。在这个意义上，20世纪80年代的“刀制”、“水治”之争非但没有击中问题的要害，反而模糊了法治本身的局限性。^[1]

由此可见，“法”和“法治”本身是道德中性的概念。就和法未必是“良法”而非“恶法”一样，法治未必能保证良治、遏制恶治；法治既可以和大众民主联手压迫少数人，也可以由少数僭主篡权压迫多数人。秦朝之所以走向暴政，不在于其是否有“法治”，而是因为它欠缺法治本身所不能提供的东西。专制体制下制定的法也是“法”。虽然这样的法可能是侵犯基本人权的“恶法”，但是“恶法”至少在形式上仍不失为“法”，而一部法在实体上究竟是“良法”还是“恶法”，往往是见仁见智的问题，不可能在法治框架内得到答案。要保证法是“良法”、保证政府依“良法”而治，必须解决法治之外的一系列制度问题：“法”由谁制定，由谁执行？为谁服务？在这个意义上，马克思的法律工具主义理论并没有错：法确实是为“统治阶级”服务的，关键在于谁是控制法律公器的“统治阶级”。

1. 法律是一种强制性义务

作为公民头上的“紧箍咒”或限制言行自由的“鸟笼”，法律首先是一种强制义务。法律的通常表现形式是禁止加惩罚，例如中国《刑法》第102条第1款规定：“勾结外国，危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全的，处无期徒刑或者10年以上有期徒刑。”因此，纯粹法学派创始人凯尔森（Hans Kelsen）指出：“法是一种强制秩序”，是“规定制裁的初级规范”。

法律的义务观虽然看上去很严格，但实际上是以自由主义为出发点，因为它承认人生来自由，只不过人生活在现代文明社会，行为必须接受限制，因而法律不得不给他套上锁链；在法律限制之外，人是自由的，政府不得随便干预。因此，法国《人权宣言》第5条规定：“任何未被法律禁止的事都不得受到阻碍，且任何人不得被强迫去做法律并未命令的事情。”换言之，法律义务不仅限制公民自由，而且也排除了政府的非法限制或干预。

作为自由主义的一个面向，法律义务一般是消极的：法律一般只禁止对社会有害的行为，而不要求对社会有益的积极行为。当然，少数法律可能规定积极义务，例如法国的法律惩罚见死不救的不作为。另外，少数法律是受益性的，譬如社会福利法的主体是授予一种利益，但这些毕竟只是少数例外。无论是刑法、行政法还是环境法或侵权法，绝大多数法律都是以规定义务的形式出现的。即便是强调权利和义务对等的合

同法或公司法，也还是通过规定对方的义务来保障自己的权利，只不过民法义务不是针对国家的义务，而是针对私人的义务，但即便是民法义务也同样是通过国家强制实施的。

2. 法律是普遍适用的

法律是普遍适用的强制性规范，而不是针对特定个人的规范。^[1]然而，普遍适用并不等于平等适用。我们通常认为，现代西方法治和传统中国“礼治”的最大区别是法是“平等”适用的，礼则按照人的身份和地位而有差等^[2]，但是这其实误解了法和礼的本质。礼法在本质上是相同的，都是统治社会的规范。两者的主要区别在于礼是一种社会道德规范，而法是国家强制实施的法律规范，但是在礼的法典化之后，即便是这个区别也模糊了。对于我们来说，两者的最大区别无非是“礼”是古代的，“法”是现代的：其实法也不可能是绝对平等的，在这一点上和礼没有本质区别，只不过礼的区分标准（君臣、父子、男女）早已过时而已。

回到“鸟笼模型”：虽然每个个体都需要一个笼子，但是每个笼子是否应该同样大小？这是一个具体情况需要具体分析的问题。各国宪法都将平等作为首要宪法原则，譬如1982年《宪法》第33条第2款规定：“公民在法律面前一律平等”，但是究竟什么“平等”——是法律在形式上对所有公民平等适用（但是法律本身可以规定不同大小的笼子），还是法律在内容上也要平等（笼子大小相同）？是要求国家保证一种平等结果，还只是一种平等竞争的机会？事实上，人生来是不平等的，各人有不同的能力、特征、倾向，因而法律框架不能对所有人“一刀切”。例如中国《刑法》第17条规定：“已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任”；“已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚”。这些规定根据年龄，对不同人群规定了不同程度的法律义务。

问题在于，法律可以根据什么标准对不同的人群分类？如果分类理由不成立，那么区分确实构成违背宪法平等的歧视。我们将在第十九讲进一步探讨这个问题。

3. 法律是为了公共利益服务的

作为一种规范，法律不仅是一种事实，而且也必然带有价值和目的，因为任何规范背后都受到某种价值的指引，至少是某种力量的支配。例如法国《人权宣言》第5条规定：“法律只能禁止对社会有害的行

动”，其价值基础就是社会的公共利益：法律的正当目的是保护社会公共利益，对于公共利益无益的法律是不正当的。同样，宣言第4条规定：“自由在于能够做不损害他人的任何事。”这一方面表明自由是有限制的，界限正在于他人和社会公共利益。另一方面，基本自由本身就是一种善；如果没有对任何人构成伤害，就没有必要地限制自由，否则就和过分限缩“鸟笼”一样，法律不仅没有促进公共利益，反而削减了公共利益。

无论什么体制，几乎所有现代国家的法律都自称是以“公共利益”（public interest）为目的。所谓“公共”利益，特指超越任何“私人”的利益。中国传统上严格区分“公”、“私”，甚至将“公”作为“私”的反面。根据韩非的定义，“自环者谓之私，背私谓之公”^[1]，因而“公”和“私”在中文词源上就是对立的。所谓“私”，就是以自我为中心的“自私”、“自利”；“公”则意味着舍弃一己之私，“为大我，舍小我”，甚至“大公无私”。

然而，虽然自己的个人利益可能和大家的公共利益发生冲突，“公”、“私”其实是辩证统一的两个方面：公共利益确实可能和私人利益相对立，但是最终又离不开私人利益作为其基础。根据方法论的个体主义（见第三讲），“社会”其实只是一个指代其成员之和的虚拟存在：所谓“社会”，无非就是指处于某种关系结构之中的一群个体成员，社会的“公共利益”也就是这些成员私人利益的汇总。因此，公共利益不是别的，就是所有私人利益之和；离开了私人利益，公共利益就成了无源之水的虚幻之物。“私”是“公”的基础，“公”是由“私”构成的；公共利益和私人利益在本质上是一致的，夸大两者的对立显然是片面的。^[1]

事实上，虽然儒家传统在公私关系上有失偏颇，少数中国古代思想家对这个问题曾有精辟阐述。例如黄宗羲一边将君主之法斥为私家之法，一边呼吁“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”。^[2]如果人人“各得自私”、“各得自利”，那么“天下”的公共利益也就得到保障了。何启、胡礼垣指出：“大道之行，今犹未尽。……则家不妨私其家，乡不妨私其乡，即国亦不妨私其国，人亦不妨私其人。但能知人之私之未能一，知己之私之未尽蠲，如此则合人人之私以为私，于是各得其私而天下亦治矣。各得其私者，不得复以私名之也，谓之公焉可也。”^[3]因此，“私”的总和即是“公”。

西方18—19世纪逐步发展了社会功利主义（Utilitarianism）学说，以边沁和密尔为代表的功利主义思想家提出国家法律与政策必须追求“最大多数人的最大幸福”。^[4]不同的政策选择将对不同的人群产生不同的后果，有人得利、有人受损，因而个人利益的总和（也就是“公共

利益”)也不一样,而国家的任务是在所有可能的政策中选择并实施公共利益最大化的政策。虽然社会功利主义并非“天衣无缝”,它已经成为当今法学的主流理论——法经济学——的哲学基础,也是绝大多数一般法律的立法基础。今天没有哪一部立法可以完全忽略成本—利益分析,也就是功利主义分析。用功利主义的标准来衡量,所谓“良法”就是最大程度促进公共利益的法,“恶法”则反之。

4. 法律是一种公权力行为

既然法律作为社会“公器”应该代表公共而非私人利益,法律必须由公权力而非私权力负责制定和实施。早在查士丁尼时代,《法律阶梯》就明确声明“国家代表公权力,为了公共利益而制定、解释和实施法律”。任何私人都显然无权制定并实施法律,只有掌握公权力(public power)的“国家”才享有正当的立法权、执法权和司法权,因为根据理性选择理论,每个人都是理性自私的,任何私人都只会选择对自己最有利的法律或政策,但是这种“法”显然未必符合大多数人的公共利益;只有公权力制定和实施的法,才可能符合公共利益。

问题在于,和公共利益是由私人利益构成的一样,公权力也不是一个独立的实际存在,而是由私权力构成的。无论在什么体制,所谓的“公权力”都是由特定私人群体掌握的,而根据理性选择理论,这些人所执行的公共政策必然主要是为他们自己服务的。中国古代皇帝总是以“公”的形象出现的,玉玺所盖的大印就是“公”的象征,而儒家传统也尽量通过道德教化将继位太子教育成克己奉公的“明君”,通过科举考试选拔熟读儒家教义的大小官吏,但是仍然无法弥合公私之间的鸿沟,无法改变公权力最终掌握在私人手中的状况。从九品“芝麻官”到最高统治者皇帝,每一个官员都身兼公私双重身份:他们都代表“国家”,应该为公共利益服务,但他们其实又都是私人,其本性决定了他们首先考虑自己的私人利益;除非受到制度上的监督和约束,他们注定将以权谋私、贪污腐败。如何保证公权力的公共性,便成为宪法学研究的主要对象。

因此,虽然法律在价值层面上应该为公共利益服务,但是在实证层面究竟为谁的利益服务,取决于谁掌握着“公权力”,也就是谁最终控制法律的制定和实施,而这个问题直接关系国家宪政体制。根据理性选择理论,每个人都主要是理性自私的,每个人的行为都主要是为了促进和保护自己的利益,因而谁制定并实施法律,法律就为谁服务。在这个意义上,法律确实是“统治阶级的工具”。^[1]在专制君主制国家,国王是最终的立法者,因而国家法律最终是为了国王的利益服务的,即便儒家提

倡的“仁义”也只有从仁义对维护统治的角度才可能获得接受。^[2]在贵族寡头制国家，法律主要是为了少数封建贵族的利益服务。只有在民主国家，普通老百姓是最终的立法者，至少立法者和执法者必须通过定期选举向他们负责，法律才可能真正保护他们的利益，而大多数人的利益才称得上“公共利益”。

由此可见，人类统治的基本难题出自人性本身的悖论：人都是自私的，但自私的人却被要求履行公共职责；只有适当的制度才能使违背公共利益的成本内在化，从而保证这些作为官员的私人适当行使公权力。要保证立法符合公共利益，必须使立法者具备代表公共利益的理性动机。在最根本的意义上，既然公共利益是私人利益之和，最可靠的方式就是直接民主制，也就是让每个人亲自参与制定国家立法和政策。根据理性选择理论，每个人都是自己利益的最可靠代表者，也只有我们自己才真切地体会自己的切身利益和需要；如果让别人越俎代庖，必然会产生别人为什么愿意代表我们的利益以及如何知道我们的利益是什么等问题。因此，卢梭在《社会契约论》中认为立法权是不可让渡的，必须由每个公民亲自行使；如果采用英国式的代议制，通过议员为公民立法，那么公民只有在选举日是自由的；选举一过，公民又回到奴役状态。^[1]

然而，直接民主制只适合卢梭设想的原始小型社会，而不适合庞大复杂的现代社会。现代社会有明确分工，大家平时忙于自己的职业，很少有闲暇顾及不同政策对社会的影响。再加上现代社会问题（譬如环境污染、恐怖犯罪）越来越复杂，解决这些问题的立法工具通常需要高深的专业技术知识，因而立法任务也非一般人所能胜任。更不用说现代国家人数众多，中国14亿人口分布于广阔的领土范围，以目前的交流手段根本没有直接参与立法的可能性；即便互联网在世界各地高速发展，面对面的直接交流仍然是民主政治不可或缺的一个环节。换言之，直接民主虽然最可能代表“最广大人民的最根本利益”，但是在现代社会立法成本过分昂贵。^[2]既然直接民主不可行，不如退而求其次，通过间接民主形成和代表社会公共利益。虽然人民不能直接参与立法，但是他们还是可以选择议会代表，并通过这些代表制定符合公共利益的法律或政策。由于议员们面临周期性选举的压力，而并非卢梭所说的只有在选举日才受制于选民，因而可以期望代议制民主所产生的法律能够代表社会多数人的利益。虽然个别议员也有可能偏离选民利益，但是如果民主程序有效运行，人民还是可以及时替换不合格的议员，从而将这种可能性降至最低。另一方面，由于议会一般不超过几百人，议员也成为精通社会与立法工作的一门职业，因而立法质量大为提高，而立法成本则大为下降。

或者用公共选择的语言表达，统治成本包括决策失误成本和决策程序成本，而最有效率的统治就是总体成本最小的统治。^[3]如果由所有人共同决策（直接民主制），那么决策偏离公共利益的可能性最小，因而决策失误成本最低，但是决策程序成本最高；如果由一个人替所有人决策（君主制），那么决策程序成本最低，但是决策偏离公共利益的可能性最大，决策失误成本最高。这两个极端都不是统治成本最低的状态，因而都不可能是现代政体效仿的对象。相比之下，代议制民主同时具备两方面的优势，决策失误成本和程序成本都相当有限，因而是综合成本最低、效率最高的统治状态。

无论是公共利益和私人利益之间的辩证关系，还是公权和私欲的矛盾一体，都说明只有良好的制度才能维持适当的公私分界；否则，不但私人权利无力抗衡以“公共利益”为名的侵犯，而且“公权力”本身也将成为某些人以权谋私的利器。只有代议制才能保证法律代表公共利益，进而保证公权力的公共性。严复在《原强》中指出：“民不能无私也，圣人之制治也，在合天下之私以为公。然则使各私中国奈何？曰：设议院于京师，而令天下郡县各公举其守宰。”在这个意义上，议会是一个协调和整合私人利益的场所；通过民意代表之间的利益协商、交换和妥协，纷繁复杂的私人利益最终上升为公共利益，并成为国家立法的保护对象。

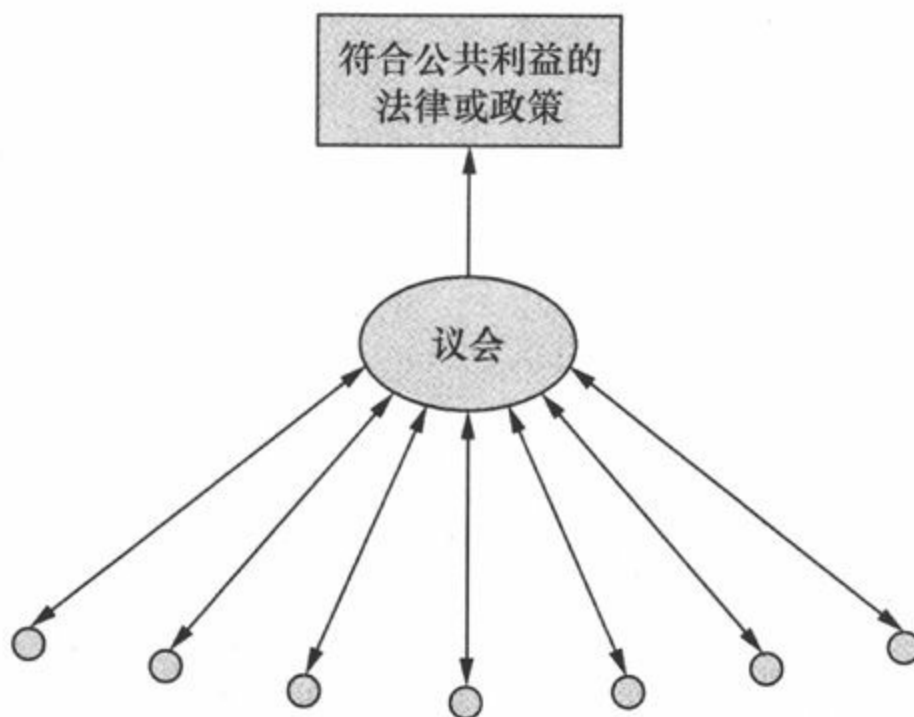


图2.1 民主整合——从私人利益到公共利益

当然，功利主义与民主并不是完全一回事。我们可以想象，某些法律可能给少数人或个别人带来巨大痛苦，而给多数人带来极为有限的快乐，以至多数人的快乐加起来不足以抵偿少数人的痛苦，因而这样的法律违背功利主义原则，但是由于多数人控制着立法机器，因而这些剥夺少数人基本利益的措施还是成为国家法律。种族歧视可以算作一个例子：它给少数族群带来物质和精神上的实实在在的痛苦，而给那些在人数或政治地位上占优势的族群带来的快乐（譬如种族优越感）其实是十分有限的。只有当众多微不足道的快乐加起来超过少数人的痛苦，多数人剥夺少数人利益的法律才符合功利主义原则。但不论如何，和少数人当政相比，多数人统治的民主制还是最有利于促进公共利益，因而也是和功利主义最吻合的体制。

5. 法律是一个等级体系

最后，我们这里的“法”其实不只是议会立法，也不只是一个议会的立法。一个国家有许多不同地区，每个地区都有一个议会；如何处理不同地区的立法关系？如何处理中央和地方、上级和下级之间的立法关系？即便在同一个地方，政府也有不同性质的立法：既有议会通过的法律，也有行政部门通过的法规或规章。如何处理议会立法和行政立法之间的关系？总之，不同的立法主体制定不同的法律规范，这些规范之间可能会相互“打架”，因而必须有一套决定主次的规则将它们形成一个有机的法律体系，而不是杂乱无章的立法堆砌。

一项法律基本原则当然是下位法服从上位法，问题是如何决定法律位阶？这个问题取决于国家性质。在君主制国家，皇帝意旨高于一切；当然，在理论上，皇帝的个人旨意未必超越礼法或祖制，但他至少在平民百姓面前是至高无上的。民主国家则正好相反，法律等级和人民的距离成反比；制定法律的主体越是接近大众，法律位阶越高。因此，议会立法高于行政立法，因为议员由各地区的人民选举产生，因而广泛代表不同地区和阶层的民意，议会制定的法律当然也相对最准确地表达公共利益；行政则只是法律的执行者，即便在有必要制定行政立法的情况下也必须以议会立法表达的公共利益为准则。由于议会代表最大多数人的利益，诸如英国、中国等国甚至接受了“议会至上”原则，议会代表最高国家权力，议会立法的效力高于包括行政立法在内的其他国家行为。

然而，议会不止一个；一个国家由多个地区构成，因而必然有多个议会。既然都是民选产生，如何确定不同议会制定的立法之位阶？如果中央和地方立法同时适用于同一个问题，而结论不同，究竟适用哪个立

法？这个问题取决于宪法规定的国家结构。在单一制（unitary）国家，中央立法一般高于地方立法，但是在中国也存在例外。在联邦

（federal）国家，中央立法则未必总是高于地方立法。联邦制的一个主要特点是按照权限确定法律位阶，而作为中央的联邦政府权力也是有限的，超越联邦宪法授权范围的联邦立法是无效的。因此，只有针对宪法授权范围内的事项，联邦议会立法才高于地方立法；如果有关事项被确定为属于各州权限范围，那么各州议会立法具有最高地位。总之，联邦国家的中央和地方按事务的性质进行分权：属于全国的事务归中央管辖，属于地方的事务归地方管辖；譬如三鹿奶粉造成“结石婴儿”显然是一个属于中央统一管辖的全国事务，而北京大学食堂的伙食质量显然是一个至多属于北京市管辖的地方问题。

在邦联（confederal）国家或政治实体，成员国政府更是一般有权不适用违反国家基本法的邦联立法。当然，这个问题在过去和现在都颇有争议。在19世纪中叶，美国南北部曾对联邦的认同产生激烈冲突，南部实际上将美国联邦认定为邦联制，各州有权废止（nullify）它们认为不适当的联邦法律。在当代的欧洲“联盟”（European Union），这个问题也是若隐若现，德国宪政法院曾判决德国有权不适用违背《基本法》的欧盟立法。^[1]事实上，即便在单一制国家，地方也未必总是适用中央法律乃至宪法，譬如中国的港澳特别行政区仅适用《基本法》、当地法律和判例以及为数很少的中央立法，而不适用绝大多数全国性法律。

联邦或邦联国家的中央与地方立法分权和法律位阶的民主理论并不矛盾。几乎所有国家都承认议会立法高于行政立法，但是如果中央立法和地方立法都是议会立法，那么谁高谁低确实存在争议空间。单一制国家只有单一的法律秩序结构，中央立法没有权限；事实上，单一制的地方政府相当于中央政府下属的行政部门，因而中央立法理所当然高于地方立法。但是联邦国家具有多重法律秩序，各州法律自成一体，甚至可以视为“国中之国”。或换个角度看，地方和中央都是民主结构，本无一成不变的高下之分；至于在具体问题中孰高孰低，需要根据问题性质决定哪个议会更有发言权：地方问题当然应由地方决定，全国问题则应由中央决定。

当然，无论是单一制还是联邦制国家，立宪与修宪程序的民主程度一般超过普通法律，因而宪法是国家的最高法律。在某些联邦国家，制宪或修宪主体比普通立法主体代表更广泛的民意，例如1788年美国联邦宪法需要当时13州中至少9个州的同意方能生效（事实上，后来所有州都陆续通过国民大会或议会表决支持联邦宪法），修宪则需要国会两院2/3多数提议、3/4州（50州中38个州）的同意。更高的制宪与修宪程序

确立了宪法的民主正当性，进而决定了宪法的最高地位。

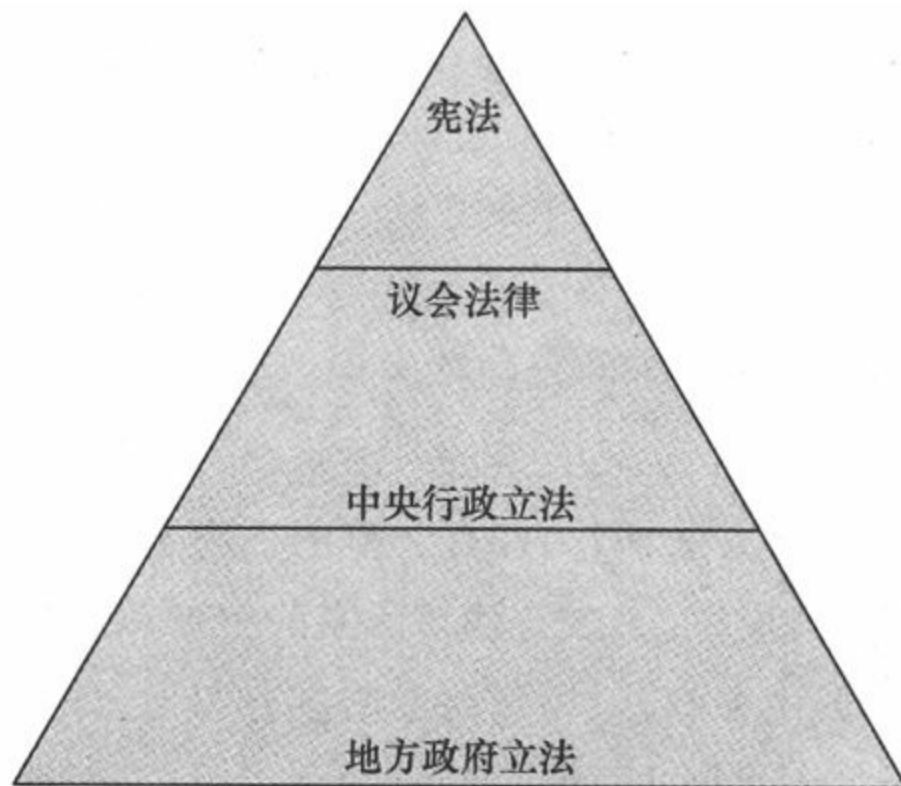


图2.2 法律效力的等级秩序

三、宪法的理论基础

1. 民主的缺陷——多数人暴政

以上围绕民主论述了法律秩序的特征，只有民主才能保证法律符合公共利益。这样不是很好吗？民主+法治就足以保证政府的所作所为符合社会公共利益，至少是大多数人的利益。但是回到我们的出发点，如何防止法律这个“紧箍咒”过分限制我们的自由？当然，不必要的限制往往损害了大多数人的利益，因而民主程序本身就足以阻止这类限制成为法律。然而，在某些情况下，多数人可以剥夺少数人的基本权利，将某些“鸟笼”限缩得很小，而不影响自己的切身利益甚至从中得利，例如美国某些州甚至在联邦废除奴隶制后仍然剥夺黑人的选举权。[\[1\]](#)由于民主

程序的主要特征是多数人决定，民主本身无法防止少数人的基本权利受到侵犯。更何况多数人可能错误认识社会的公共利益，从而做出事实上有损多数人自己的决断。

历史上一个最著名的民主悲剧就是苏格拉底之死：公元前400年，雅典陪审团以蛊惑青少年亵渎神灵的罪名，接连两次把公认的“智者”苏格拉底判处死刑。在公开辩论中，苏格拉底为自己据理力争，但终究无济于事。最后，他义无反顾地选择尊重雅典公民的判决，平静地喝下了送来的鸩毒。^[2]现在看来，雅典陪审团的多数判决显然是错误甚至愚蠢的。苏格拉底悲剧说明，任何人都会犯错误，“人民”及其“代表”也不例外。虽然如果我们相信凡人的理性，那么根据孔多塞陪审团定理^[3]，多数人决定犯错误的概率比少数人更小，但是这绝不意味着多数人不会犯错。多数人完全可能犯错误，而多数主义民主决策程序无法防止多数人的错误；事实上，多数人的错误正是通过民主程序表现出来的。

当然，更多的时候，政治过程中的多数人可能在完全清醒和知情的状态下通过法律剥夺少数人的权利，从而产生托克维尔所说的“多数人暴政”。^[1]既然是多数决定一切，民主程序通过的法律应能最大程度地保障多数人的利益，但是未必能保障少数人的权利。因此，只有民主和法治是不够的。虽然民主的法有助于保护多数人，促进大多数人的“公共利益”，却忽视了少数人的权利。从功能主义的角度看，也正因为民主和法治有缺陷，所以才需要宪法与宪政。

宪法的目的正是通过抗衡多数人的暴政，保护所有人的基本权利，保证所有“鸟笼”都不至于过分狭小，防止“紧箍咒”的规则过分严苛。世界第一部成文宪法——《美国联邦宪法》——就是为了保护少数、限制民主、抗衡多数人暴政而起草的，而这并非历史的偶然。譬如美国独立后，有些州通过立法免除农民的债务，被认为是多数人对少数人的财产权之侵犯，因而美国之所以制定《联邦宪法》，正是为了防止各州民主发展为“多数人的暴政”。1788年制定的《联邦宪法》明确禁止联邦和各州政府取消债务。

事实上，宪法的出发点和一般法律不同：如果普通法律的理论基础是社会功利主义，宪法的理论基础是社会契约论。以下简要论述契约论的基本类型及其主要思想。

2. 社会契约论概要

近代宪法一开始就是以保障权利的契约形式出现的，第五讲会更详细探讨宪法和契约之间的不解之缘。作为第一部“权利法案”，《大宪

章》是君主和封建贵族之间的权利契约。经过君主和贵族的不断斗争，权利保障被逐渐扩展到平民；在此过程中，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。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）。

社会契约论的开创者是现代第一位自由主义思想家霍布斯，其最著名的著作是1651年的《利维坦》。霍布斯的历史性贡献是完成从传统到现代的“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。《利维坦》假想了一个没有国家或政府存在的“自然状态”（State of Nature），其中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。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，以至人人都生活在“孤独、贫困、齷齪、野蛮与短命”的悲惨境界中。^[1]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，并上交给一个更超越的权力，也就是主权国家。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。由于霍布斯生活在一个动乱年代，国王和议会正在进行着一场战争，霍布斯所设想的自然状态过分严酷，以至人民只要基本生存权得到保障便别无他求，社会契约对国家的约束微不足道，因而霍布斯开创的社会契约论也被称为“专制契约论”。

虽然霍布斯的专制契约论不受新兴资产阶级的青睐，他开创的社会契约论思路对后世产生了巨大影响。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。洛克最重要的著作《二论国民政府》建立了自由主义的契约理论，因而也被称为“自由契约论”。和霍布斯类似，洛克的理论中也有一个“自然状态”，但是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。契约的目的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”。洛克提出了在当时具有革命性的学说：人民有反叛统治者的自然权利，因而受到新兴资产阶级的普遍欢迎，并为美国的独立革命提供了理论基础。在美国制宪运动中，洛克的自由契约论和孟德斯鸠的三权分立理论发挥了同样重要的作用。

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”。卢梭对自然状态的看法甚至比洛克更为乐观。在真正的自然状态下，野蛮人在丛林里健康、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。既然人类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。

值得注意的是，和洛克的自由契约论不同，卢梭的民主契约论完全建立在多数主义基础上，因而对自由主义或功能主义宪政理论贡献不大。事实上，卢梭理论中的强制平等化确实具有专制的危险性，对少数意见的简单否定则具有压制意见与言论自由的倾向。另外，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，中等国家适合贵族统治，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”，而不适合庞大复杂的现代社会。

最后，罗尔斯的当代学说借鉴了以前的三种契约论以及其他道德与政治哲学，包括亚里士多德、康德的理论及功利主义和理性选择等学说，在美国的政治多元主义基础上建立了和20世纪后期的社会问题相关的契约论。在第二次大战以后，西方世界普遍关心社会公正问题，因而罗尔斯发展了“正义契约论”，在此不赘述。^[1]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。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”,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。

3. 政治多元主义与美国宪政思想的形成

不同版本的契约论对欧美大陆产生了不同影响。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。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,而是组成社会视的一些“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,所有派系在道德上都是

大致平等的，不存在正确错误、先进落后之分，至少不存在一个超然的旁观者对派系的道德正当性做出公正判断；即便是代表大多数选民利益的政治党派，也只不过是一个“多数派系”而已。

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。

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。

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）。

因此，如果说在专制社会，最大的威胁是掌控政治权力的少数派系，那么在一个真正的民主社会，少数派系不可能垄断政治权力，多数人成为最强大因而也最需要受到制约的派系；专制社会需要多数主义民主击破少数人的权力垄断，民主社会则反而需要制约多数派系才能防止保证。因此，多数主义民主成为美国宪政的主要制衡对象。更准确地说，美国宪政就是专门为了抗衡多数人的暴政而设计的。

[1] （美）霍姆斯（Oliver Wendle Holmes）：《法律的道路》，张千帆等译，载《南京大学法律评论》2000年秋季号，第6—19页。

[1] （美）霍姆斯（Oliver Wendle Holmes）：《法律的道路》，张千帆等译，载《南京大学法律评论》2000年秋季号，第6—19页。

[1] 参见《法治与人治问题讨论集》编辑组：《法治与人治问题讨论集》，社会科学文献出版社2003年版。但参见其中于光远先生的论文：《对人治与法治问题讨论的一点看法》（第7—11页）。他在当时就清楚看到法治的局限性，例如“法治也不一定倾向于民主”（第9页）。

[1] 当然，某些国家的议会可以就特定人或事通过决议乃至“法案”（private bills），但是这类“私人法案”并非通常意义的法律。

[2] 例如“君君，臣臣，父父，子子”，参见《论语·颜渊》。

[1] 《韩非子·五蠹》。同样，许慎在《说文解字》中说：“环己谓之私，背私谓之公。”

[1] 参见张千帆：《“公共利益”的构成——对行政法的目标以及“平衡”的意义之探讨》，载《比较法研究》2005年第5期。

[2] 《明夷待访录·原君》。

[3] 《新政真诠》。

[4] 参见Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, New York: Hafner Press (1948), p. 1, nl.

[1] Karl Marx, *Civil War in France*, *The Marx-Engels Reader* (2nd Ed.), Robert C. Tucker (ed.), W.W. Norton & Co. (1978), pp. 606—607.

[2] 例如见《孟子·梁惠王上》。

[1] J.-J. Rousseau, *On the Social Contract*, D. A. Cress (trans.), Indianapolis/Cambridge: Hackett (1987), p. 74.

[2] James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor: University of Michigan Press (1962), pp. 63—78.

[3] Ibid.

[1] Maastricht Case, 89 BverfGE 155; 参见张千帆：《西方宪政体系（下册·欧洲宪法）》（第二版），中国政法大学出版社2005年版，第210—212页。

[1] 例如见Nixon v. Herndon, 273 U. S. 536; Nixon v. Condon, 286 U. S. 73.

[2] 见Apology, in Plato, *Five Dialogues*, G. M. A. Grube (trans.), Hackett Publishing Co., 1981, pp. 23—44.

[3] Condorcet's Jury Theorem, 大意是如果每个人正确选择的概率大于1/2, 那么参与人数越多, 决策正确的可能性越大。参见Duncan Black, *The Theory of Committees and Elections*, Cambridge University Press (1958), pp. 159—180.

[1] Tyranny of majority, 参见 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence (trans.), J. P. Mayer (ed.), New York: Harper & Row (1969), pp. 250—254.

[1] Thomas Hobbes, *Leviathan*, London: Penguin (1651/1968), p. 186.

[1] 参见 John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press (1971) .

第三讲

宪法是什么？概念与特征



上一讲从实用主义和功能主义的角度，介绍了法治和宪政的性质及作用。法律追求公共利益，而公共利益只有在人民选举产生的议会才能获得准确和有效的代表。民主加法治的经典模式能最大程度地保护多数人的利益，但是未必能有效保护少数人的基本权利。为了保护所有人的权利，包括少数人的权利，我们才需要一部宪法，而宪法的理论基础不是只关注个人利益总和的社会功利主义，而是以个人对国家秩序的理性认同为前提的社会契约论。建立在洛克的自由契约论和孟德斯鸠的分权理论上，美国制宪者发展了独特的多元主义宪政理论，并制定了近代世界第一部成文宪法，其目的正是为了保护所有人的权利、抗衡多数人的暴政。

这一讲进一步探讨宪法的含义、性质和特征，并和普通法律的一般特征相区别。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，而且也并不局限于西方。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的。最早的“宪法”——1215年的英国《大宪章》——就是贵族与国王之间达成的一项契约，构成了英国也是世界宪政的起点。当然，和英国的“非成文宪法”传统不同，当今绝大多数国家都制定了成文宪法，而且发达国家尤其是大国宪法都体现出法治、民主、自由和联邦四大原则。

一、“宪法”含义的变迁

无论在中国还是西方，“宪”（constitution）字古已有之，但是宪法的古代和现代含义颇为不同。学习宪法，首先需要清楚“宪”的含义在历史上是如何演变的。

1. 古代含义

在古希腊，亚里士多德（Aristotle）把“宪法”视为整个城邦的政治秩序。在《雅典宪制》中，他和门徒探讨了雅典和140多个城邦的政治从君主、贵族到民主制度的循环嬗变。^[1]当然，在他那个年代，国家发育还不完全，因而国家的构成也相当简单和原始。在雅典民主时期，国家只是一种特殊的社团而已：它是一个包括一切有限社团的普遍社团，是所有公民为追求幸福而形成的一种“公共”（public）组织。

宪法就是一部规定社团组织结构的法律文件，在某种意义上就是我们现在说的社团“章程”。虽然这部章程对国家权力有所制约，但是在那个以个人义务为导向的传统时代，个人权利和自由观念还没有发展出来，因而宪法的作用显然不是保护个人权利，而只是明确规定政府结构。

“宪”这个字在中国经典中也出现得很早，不过和现代含义相差更远。中国最早的经典《尚书》曾多次提到“宪”，《墨子》、《管子》等其他经典都多次出现过这个字，譬如“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。”^[1]“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。”^[2]《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”经常带有先祖成规之意，不论是否成文都不得轻易改变。当然，这里的“宪”也不是现代意义上保障公民权利的宪法，而只是维护社会秩序的基本法。

2. 近代宪法的起源——英国《大宪章》及其发展

现代宪法的理论基础在于社会契约论，而近代意义上的宪法也确实

是和契约联系在一起的。世界上最早的宪法性文件——1215年的英国《大宪章》（Magna Carta），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”，它仍然具有极其伟大的进步意义。

作为长期片面教育的结果，“封建”在中国似乎成了“落后”、“保守”的代名词，但是封建制对于西方宪政的发展却发挥了重要作用。事实上，契约和封建制具有某种必然关系。封建制的特征是按照封主和封臣的相对地位分配权利和义务，契约就是规定当事人权利与义务关系的法律文件。这种制度虽然不平等，但封建社会的权力关系是和中央集权制根本不同的。在中央集权制下，王权是至高无上、神圣不可侵犯的。至少自秦朝大一统以来，中国皇帝的权威从来不得受到任何挑战。即便儒家曾说过“闻诛一夫纣矣，未闻弑君也”^[3]，但是实际上中国社会从来不可能出现一个超越的评判者，来判断某个皇帝究竟是“真龙天子”还是桀纣匹夫，因而最后还是由掌握全部国家权力的皇帝自己说了算，结果可想而知。在权力关系失衡的情况下，中央集权制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，因而也不可能产生契约传统，尤其不可能产生约束最高统治者的契约。

相比之下，封建制下的君主权力再大，也只是国内最大的封主而已；封主的权利足以压倒封臣，但是他毕竟还是要履行自己的契约义务。虽然契约关系在实体上不平等，但双方能够形成法律上的互惠关系本身表明一种基本的地位平等；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，因而双方在不平等的契约面前仍然是平等的。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。至少封建国王的力量不如中央集权专制那么强大，因而不能要求贵族无条件的臣服。譬如在《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。事实上，在近代西方，契约本身关系正是在不同社会利益的公开斗争甚至战争中逐渐形成的，而这在中央集权制下几乎是不可能的。

1215年，约翰王在和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》。^[1]虽然他以及后来的国王不断反悔，但是经过反复斗争，《大宪章》终于确立了其在英国的基本法律地位。英国贵族谋反甚至联合法国等“敌国”共同对国王宣战，也没有

被冠以“大逆不道”乃至“叛国”的罪名；及至成功之后，贵族们并没有像中国农民起义那样简单一杀了之、取而代之甚至内部为了争权夺利而自相残杀，而是仍然保证国王的基本安全和地位，只不过逼他签署了保护贵族权利的《大宪章》。这不能不说是英国封建贵族的智慧。

相比之下，中国历代皇帝永远是至高无上的；至于皇帝是否要守法、合宪，并不是一个那么有意义的问题，因为无论在理论上究竟应该权大还是法大，既然最高统治者的实际权力是不可质疑、不可制约的，因而实际上很难保证最高权力受到基本法律约束。在中国也不可能发生贵族反叛皇帝的事情，因为我们从来认为这是大逆不道的叛国之罪。虽然孟子也表达过“闻诛一夫纣矣，未闻弑君也”、“君为轻，民为贵”之类的民本主义理想，但是中国从来没有一个超然中立的判断者来判断某个统治者究竟是桀纣还是尧舜；最后还是皇帝自己说了算，而他显然不会否定自己的统治。因此，中国从古至今一直盛行最高权力信仰。这一信仰的自然后果是，任何时候都只允许一个最高统治者，所谓“一山不容二虎”。每当王朝末世、民不聊生之时，便发生农民起义，而起义者成功之后便取而代之，自己做起皇帝来，照样是一朝不容二主。即便偶尔发生分裂，出现了多个国家、多个“皇帝”，也不过是各自占地为王、实行分治，而任何特定地域都只有一个最高统治者。^[1]在同一个社会中，我们从来没有在最高层次上通过政治斗争产生妥协，最后产生一部界定各自权利义务的契约——不仅历朝没有，而且近代也没有；革命党不仅没有和清王朝妥协，也未能和袁世凯及大小军阀达成妥协，最后通过“北伐”消灭了各地军阀，实行严格的一党统治；抗战结束后，国共也未能达成妥协，最后还是通过内战决一胜负。这就是中国政治斗争的一贯模式。不可能通过利益集团的斗争达成妥协，这种模式造成了守旧或革命的两个极端。先是礼制的因循守旧，等到古礼完全过时了，又通过政治和文化革命将其一脚踢开，导致中国社会此后在道德真空和政治失序中经历长期动荡，在此不赘述。

《大宪章》共63条，至今仍有9条仍然是有效的英国法律。这部近800年前制定的宪法文件够长寿的，其长盛不衰的生命力本身就是极为了不起的成就，更彰显了普通法代代相传、承前继后的渐进传统。《大宪章》主要规定了教会自由（第1条）和“自由人”的自由（第2条），扩大了“御前扩大会议”（议会的前身）的权力，限制了国王的征税权（第12、14条），并保证司法独立与公正（第39、40、52条）。为了监督《大宪章》的实施，25名大贵族还组成一个委员会；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，御前扩大会议则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，且整体教育水平不断提高，权利保障的范围也不断扩大。国王和贵族斗争不断，而在斗争过程中都需要通过利益交换“拉拢”新的支持者；大贵族将骑士和小贵族拉进议会，国王则笼络新兴市民阶层，政治参与的范围不断扩大。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，然后于十九世纪逐步扩展到所有成年男子、妇女和非白人种族。正如弗瑞奇教授所说：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，尽管英国“宪法”一直没有成文化。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。

3. “光荣革命”及其宪政遗产

1688年的“光荣革命”是封建贵族和新兴资产阶级对国王的一次决定性胜利，为《大宪章》之后议会和王权之间延绵不断的明争暗斗画上了句号。当时，英王詹姆斯二世（James II）企图恢复天主教势力，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。政变后，国王逃亡法国，斯图亚特王朝被推翻。信奉新教的荷兰王子威廉和玛丽（詹姆斯二世长女）被迎接到英国，作为国王和女王联合登上王位，从此确立了君主立宪制。

在中国看来是不可思议的是，英国人居然从外国“引进”一位国王（当然是和本国公主联姻并联袂执政）。其实，当时欧洲国家的公主王子之间的联姻相当普遍，不少国王之间都有亲缘关系，和周天子下的春秋战国时代颇为类似。虽然不论大小，每个国家都是独立的，但是直到现代民族国家崛起之前，国家主权概念一直相当淡漠。在某种意义上，中世纪欧洲是一个“没有联邦的联邦制”。在整个欧洲历史上，从来没有实现过秦朝那样的大一统。除了短暂的军事征服之外，欧洲政治格局可以说是“一盘散沙”。听上去不可一世的“神圣罗马同盟”只是辉煌一时的门面，实际上“既不神圣，也非罗马，更不是一个同盟”。^[1]在这种格局下，国内统治者的执政地位和权威远不如中国皇帝那么稳固，各国王权

实际上面临着诸多邻国的竞争；如果国王没有做好自己的工作，到其他国家另外再找一个，或许不是那么不可思议或大逆不道的事情。而英国贵族和资产阶级之所以从外国引进国王，正是为了让国王好自为之、乖乖听话，可以享受优厚的王室待遇，但是不要动辄对英国的事情指手画脚。登基时，威廉和玛丽就被要求宣誓服从议会的法律，皇室行为受议会的限制和指导。作为一场不流血的宪法革命，“光荣革命”是英国政治史上的重要里程碑，为英国和平过渡到现代国家奠定了政治基础。

1689年，就在洛克匿名出版《政府二论》的同一年，英国议会正式通过了《权利法案》。威廉和玛丽对这部法案表示支持，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》列数了詹姆斯二世的罪恶，明确表明英国之所以从异国迎来新国王，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》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3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，法院的任职是终生的；未经议会通过和国王批准，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。

当然，英国创造了第一部近代宪法文件，但也提出了一个颇值得深思的宪法问题——为什么需要一部宪法？事实上，虽然今天绝大多数国家都已经制定一部效力最高的“成文宪法”（written constitution），英国反而成为极少数不承认需要一部成文宪法的国家之一；《大宪章》、

《权利法案》……以及1998年吸收《欧洲人权公约》的《人权法》，英国有许多部基本法律，但是独缺一部“更高的法”，因而直到今天还被作

为凤毛麟角的“非成文宪法”国家之典范。我们是否需要一部成文宪法——比一般法律位阶更高的法？如果没有成文宪法及其所衍生的司法审查制度，是否可能以及如何防止多数人暴政？我们将这些问题留到第八讲再继续探讨。

4. 现代定义

随着社会契约论的发展，尤其在1689年洛克发表《政府论》之后，西方对政府与个人关系的认识发生了显著转变。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，成为一部限制政府权力、保障个人权利的法律文件。在职能上，现代宪法的作用主要表现于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”。^[1]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。

根据《布莱克法律词典》的定义，宪法（constitution）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”。基本权利就是限定政府权力运行范围和方式的主要宪法渊源。在美国联邦《权利法案》作为修正案入宪之后，几乎所有国家的成文宪法都明确规定了基本权利，作为各国政府必须尊重和保护的目標。

二、宪法的基本结构

宪法的结构很简单，一般分为三部分：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义务权限的划分，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7条。现代国家的宪法都比较长，例如法国《第五共和宪法》有15章、92条；德国《基本法》共10章，146条；中国《宪法》分为4章，共138条。尽管在细节上存在诸多不同，各国宪法的结构在大体上是相似的。

1. 前言与总纲

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，只有80个字；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，有1800字之多。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”。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重要作用，因为其中提到了《人权宣言》和法国《宪法》的第四共和前言这两部人权保障文件，而宪法正文却几乎没有规定任何权利。

有的国家宪法还有“总纲”，目的是进一步规定宪法的基本原则。美国、法国与德国《宪法》都没有总纲，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，内含三条。其中宪法第2条规定，“法国是一个统一、世俗、民主和社会主义的共和国”，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活动。因此，统一、世俗、民主、主权在民、政党自由、社会平等构成了法国宪法的核心价值。

2. 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主要是中央政府的内部权力结构。以美国《宪法》为例，第1至第3条规定了联邦政府的国会、总统与法院的权力，第4条要求州际合作，第6条规定了重要的“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，各州法官均受之约束。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”，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。

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。但至少从历史发展来看，国会与总统和最高法院是平行的最高机构。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。

3. 宪法正文与修正案——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，美国有相

当多的州都首先规定了权利条款。^[1]德国《基本法》第一章就规定了“基本权利”，共19条。其中第一条又规定了最重要的条款：“人格尊严不可侵犯，一切国家权力均又责任取尊敬与保护之”，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章规定基本权利可以“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。

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33条第2款和第4款规定，“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条第1款规定，“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。这也是为什么宪政院在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。

4. 宪法不应该规定什么

读者需要注意的是，宪法不仅应该规定基本人权和与之相适应的制度保障机制，而且作为一部基本法，也不应面面俱到、包罗万象。首先，宪法是公民权利的保证书，因而不应该规定公民义务。其次，宪法不是普通的政策宣言，不应该规定过多的经济制度。由于经济体制必然随着经济与社会不断发展而有所变更，因而如果宪法规定的经济制度过于具体，必然成为经济改革、社会发展与立法变迁的桎梏。最后，宪法不是政治口号，因而不应该规定过多的积极权利。中国1982年《宪法》仍然规定了不少积极权利，例如劳动和社会保障的权利。这是否意味着政府有义务帮助公民就业（从而获得劳动的机会）？是否意味着广大农民应该被纳入社会保障体系？作为有约束力的法律权利，宪法规定的权利承诺是要兑现的，而诸如就业与社会保障的权利则可能要求国家承担超出其能力范围的义务。因此，要认真对待宪法，就不能将宪法变成一盒包医百病的“万金油”；事实上，万金油什么病都治不好。^[1]

三、宪法的基本价值与原则

既然宪法也是法，而法律具有目的性和规范性，因而宪法是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，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地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。

综观现代各宪政国家的宪法，我们可以总结出现代宪法的四大特征：法治、民主、自由、联邦。虽然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。中国是单一制国家，但地区差异导致因地制宜的需要，因而实际上采用了相当复杂和多元的“单一制”。虽然中

国是世界上唯一没有采取联邦制的大国，但是其实“一国两制”的灵活安排在某些方面比许多联邦制走得更远。综合起来，这四项基本特征是现代宪政国家的普遍原则。

1. 法治与分权

法治自然是宪政的“题中应有之义”，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。

值得注意的是，“徒法不足以自行”。要实现政府法治，必须符合一定的社会与政治条件，而一个必要条件是分权（Separation of Powers），因而分权也是宪政与法治国家的一项共同原则。分权包含两个维度：纵向（vertical）与横向（horizontal）。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。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。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检察与考试两种权力。

因此，分权不只有一种模式，不一定非要采取美国、法国或任何特定国家的“三权分立”，但有必要至少采取某种形式的分权。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，分开这三类机构并保证其相应的独立地位，是法治的一个基本条件。

譬如在行政诉讼中，法官必须保持独立和中立，而不受行政权力的干涉；否则，如果市长可以命令法院院长按某种方式判决，那么就不可能实现行政法治。只有保证法院对外的独立地位和法官在司法内部的独

立地位，保证法官在不受权力干预的情况下作出判决，才能实现司法公正与行政法治。

美国内战结束后不久，林肯总统遭遇刺杀，副总统约翰逊按宪法规定继任总统。继任之后，约翰逊屡次拒绝执行前任总统林肯和国会制定的重建政策，和国会之间产生了严重矛盾，结果遭到国会弹劾，最后因参议院一票之差逃过一劫，但是弹劾过程已对他本人产生极大的震慑力，足以令其事后“改邪归正”。试想假如约翰逊大权在握、为所欲为，对国会立法和政策置若罔闻，而立法和司法对其无能为力，那么美国内战后的重建政策也就不可能依法得到落实。弹劾就是分权制衡的一种方式，立法可以通过这种方式制约行政，进而保障行政法治。事实上，即便弹劾过程本身也体现了分权精神。根据美国《联邦宪法》第1条规定，弹劾由众议院发起，由参议院审判，由联邦最高法院首席大法官主持审判。假如发起与审判弹劾的权力都集中在某个部门手里，那么弹劾作为一种分权机制本身就可能受到该部门的滥用。

2. 民主

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。民主和法治都是建立在理性选择理论及其对自律和德治不信任的基础上的：如果我们可以通过“四书五经”的道德教育让人向善，其实就不需要法律（主要是刑法）来约束人民了；如果我们可以通过科举考试准确选拔德才兼备的官员，也不需要选举和法来约束他们；正是因为人治和德治是不可靠的，所以才需要通过制度让别人而非自己来约束我们：人民需要政府和法律的约束，政府更需要人民和法律的约束。事实上，民主是比法治更为根本的他律：只有通过民主，人民才能约束立法者，进而通过立法者约束所有其他官员。民主是官民关系“正常化”的开始，否则永远不可能遏制腐败和滥用权力。

因此，民主和法治可以十分和谐地在一起共存于经典统治模式之中。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规则制定，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”）。

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，每个选民都由同样分量的决定权

（“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（详见第十八讲）。

在2008年3月22日台湾地区领导人选举中，国民党候选人马英九大获全胜。但是选举并非只是投票那一刻，而是一个漫长和艰难的过程，其中不同候选人通过“宪法”所保障的言论、新闻、集会、结社等基本权利，和选民进行自由与公开的交流和沟通，相互之间展开争取选民的激烈竞争。只有如此产生的领导人才能真正代表台湾地区的民意和长远利益，加强两岸合作、改善两岸关系、促进两岸和平。

3. 权利与自由

民主加法治的经典组合倾向于保护社会多数人的利益，而这是所有法律的基本目标。相比之下，作为国家的根本大法，宪法不只是一是要保护多数人的权利，而是要保护所有人——包括少数人甚至个别人——的基本权利。这是现代自由主义的要义，也是宪法不同于普通法律的基本目标。

个人权利保障要求分权。事实上，孟德斯鸠提出分权学说的出发点正是保障个人自由。^[1]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益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。

当然，尽管多数人与少数人的权利可能发生冲突，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；在更多的时候，两者是一致甚至相辅相成的。作为自治的唯一方式，民主本身就是至关重要的政治自由。况且多数人和少数人的权利并不一定发生冲突，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。事实上，如果一个国家的多数人权利得不到保障，那么少数人的权利也得不到保障。

4. 联邦——中央与地方关系的法治化

这里的“联邦”其实含义更广，是指一种法治化的中央和地方分权关系。在单一制国家，中央和地方关系一般不是一个宪法问题，因为中央和地方之间属于上下级命令和服从关系，并没有法律明确规范，尤其是中央权限不受宪法和法律规定，因而中央立法权是无所不在的。即便某些单一制国家（如1982年之后的法国）立法规定了中央和地方分权，中央与地方的权限争议至多也只是行政法问题，而非宪法问题。相比之下，但凡联邦宪法都规定了中央权限，超越权限的中央立法即构成违宪行为。事实上，中央权限规定是联邦宪法的主要特征。

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显著不同的特点。现在被称为“联盟”（European Union）的欧洲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，而是指一种中央与地方权力的法治化分配方式。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。

一般认为，联邦制对于实现以上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。英国宪法学家戴西（A. V. Dicey）曾精辟指出，联邦主义

就是中央与地方关系的法治化。^[1]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，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。^[2]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。

四、宪法的基本特征

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，有些特征甚至与普通法律正好相反，例如普通法律一般规定公民义务，而宪法只规定政府义务，对公民则只应该赋予权利。

1. 宪法是授权性的

首先，宪法是授权性的——不只是给政府机构授予权力，更重要的是给普通公民授予权利。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，普通法律的特点是其义务性（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”。

从另一个角度看，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。既然宪法是一部“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。

因此，大多数国家的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。即便少数国家例外，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。譬如中国《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”。但是宪法毕竟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，宪法确实应该以公民权利为“本位”。^[1]

然而，这当然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，以至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。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。

既然宪法不应规定公民义务，这势必意味着公民不可能以私人身份违宪，因为义务是违法行为的存在前提。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。原告王勇等3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对不同的消费者采用不同的收费方式，因而驳回了原告请求。^[1]

原告上诉后，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，被告饭店自己撤除了关于公务员优惠的广告词。

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。当然，如果换一个场景，法院或许就不应该拒绝受理了。例如，旅游景点山海关的“购票须知”对河北省内和省外老年人规定了不同的门票政策，省内70岁以上老年人可以凭有效证件免费游览，省外70岁以上的老年人却只享受半票优惠。如果有一位70岁以上的外地游客起诉山海关内外有别的门票规定违反《宪法》第33条，法院是否应该受理？这些问题都取决于山海关管理处的性质。如果管理处行使了公权力，那么理应受宪法平等原则的约束。

2. 宪法是一部保障每个人权利的“基本法”或“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，而是由于宪法必须保护每一个理性人的权利，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。

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，“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。

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。事实上，这些法律与其说是为政府机构赋予了权力，不如说是对它们规定了行使权力的限制，以便更好地为保障公民权利服务。

例如，宪法与行政法同属于“公法”，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，但是它们的区别何在？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的意义。其次，在实体方面，顾名思义，行政法仅控制“行政”行为。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，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，那么行政行为也违反了立法，因而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^[1]，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。这个案例既是宪法案例也是行政法案例。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。

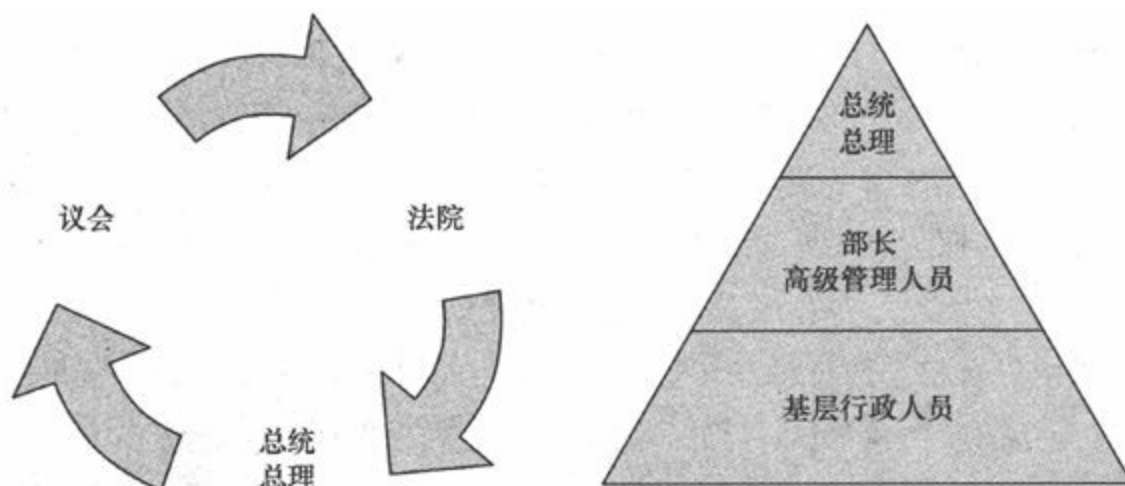


图3.1 宪法与行政法的关系

3. 宪法是相对稳定或“刚性”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发展。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，特定的法律需要及时调整，才能符合适应社会发展、促进公共利益的基本目标。

但人性中的某些基本需要是相对恒定的。人自从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，它们是人类本质属性的一部分；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，保护这些基本需要不受政府侵犯的法律也必然是稳定的。这部法律显然就是宪法。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。

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的通过。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。

正因为如此，虽然日本自民党自1955年开始就统治日本，一直占据议会多数并从中产生首相，而自民党一直希望修改“和平宪法”中的“和平条款”^[1]，以便正式建立军队以取代目前的“自卫队”。但是由于反对党的坚决反对，修宪一直未能获得宪法要求的超多数而频频流产，致使1946年《宪法》历时六十多年只字未改。修宪程序看上去是“技术细节”，但是成败往往取决于细节。日本修宪正是栽在了程序细节上。也多亏了这个“细节”，“和平宪法”的和平标志才维持至今。为了降低修宪门槛，日本参议院于2007年5月通过了《国民投票法》，规定可以通过全民公决通过宪法修正案。问题在于，据《朝日新闻》公布的一项民意调查^[1]，虽然多数选民支持修改宪法，但是只有1/3选民支持修改第9

条，因而全民公决固然可能“柔化”日本宪法的刚性，却未必是修改和平条款的捷径。

宪法文本的稳定性显然取决于修宪的难易程度，越难修改的宪法越明显体现出“刚性”。“刚性”（rigid）与“柔性”（flexible）宪法是英国政治学家布莱斯首先提出的区别。^[2]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”。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。^[3]

需要注意的是，即便所谓的“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。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。

宪法的“刚柔”和整体文本的修改难易直接相关，而不能和具体条款的弹性程度混为一谈。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1条第8款中的“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”程度相混同。

对宪政实践来说，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宪法审查机构（如全国人大常委会）对宪法的解释。如果宪法很难修正，那么确实可能产生美国最高法院的休斯首席大法官所说的“法官说什么，宪法就是什么”的状况。美国《联邦宪法》极为刚性，两百多年只增加了27条宪法

修正案，但是宪法文本的含义却和1788年大相径庭，而这个任务确实是通过司法解释完成的。在这个意义上，刚性宪法的解释者几乎成了修宪者。

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^[1]，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。因此，即便宪法文本不发生变化，宪法实质也完全可以通过灵活的司法解释而及时变通。

由于中国《宪法》长期不能获得司法适用，人们误以为宪法是“静态”的，宪法与行政法之间也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”。^[2]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，而行政法则是这些原则的具体显现。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。宪法确实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，并和行政法一样与社会一起成长、发展。

作为一部“改革宪法”，中国《宪法》面临着另一个稳定性问题：宪

法变化得太快了，以至可能失去了基本的稳定性和权威性。既然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，对经济发展也是有害的。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。^[1]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。

这是为什么美国《联邦宪法》仅涉及到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。

相比之下，中国1982年《宪法》规定了大量政策性条款。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3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。一旦规定了过多的经济制度和相关的国家政策，宪法和改革双双陷入困境。

4. 宪法是“公法”而非“母法”

宪法是“基本法”，是国家“根本大法”，但并不是包医百病的“万金油”，不论遇到什么性质的问题都可以“抹”上点。虽然宪法研究的问题确实几乎可以说是包罗万象，但是宪法却只能在严格界定的领域内适用。具体说来，宪法是“公法”，既不是“母法”，也不是“私法”。宪法确实是“最高”的，甚至是“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”。宪法的主要任务不是去干预广大的私法领域，虽然宪法的精神必须被贯彻到这些法律的解释中去；宪法的任务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。

根据奥斯丁（John Austin）的经典区分，法律包括公、私两大领域。^[2]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，由宪法与行政法两部分组成。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，不直接涉及到公共权力的行使。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。

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。

宪法之为“公法”同时表明它不可能成为“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。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，而从来不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。

5. 宪法是一门“通法”

虽然宪法有其自己的明确分工，宪法的影子几乎是无处不在的。这固然意味着宪法作为“法”应该深入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说：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。^[4]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或基本。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。拆迁补偿是一个民法问题，但也涉及到宪法保护的财产权；非法拘留或刑讯逼供是一个刑事程序问题，但显然还涉及宪法对人身自由的保护；学校不喜欢老师发表的言论，找了个借口把她开除了——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，哪里就有公法的影子；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。某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，由于宪法仅涉及到“基本权利”以及国家最高机构之间的相互作用，宪法还是具有自己的实体法。和行政法相比，宪法的实体领域更少，但是它们都如此基本和重要，每个实体领域都是如此广泛，以至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。

如何理解宪法既是“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，而宪法又是一门无所不在的“通法”，因而必然会

渗透或“辐射”到私法领域，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？假定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侵权责任法所调控的诉讼。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“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”）名誉权受民法的保护程度产生了间接影响。

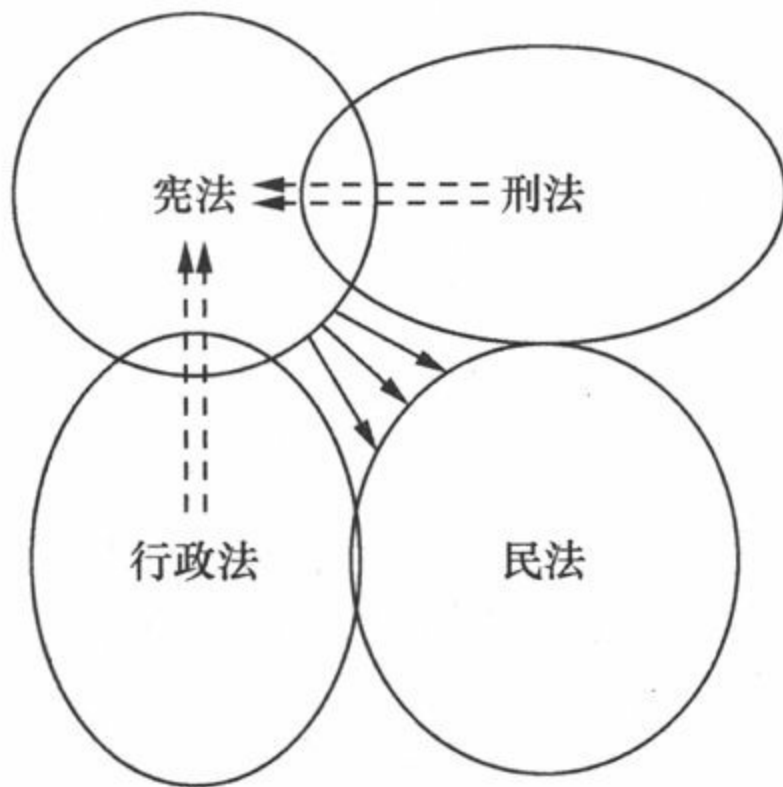


图3.2 法律问题的提升与宪法的“辐射”

一方面，任何一般法律问题都可能上升为宪法问题；另一方面，宪法控制着一般法律的解释，甚至对私法也存在“辐射”效应。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，否则司法机构就可能侵犯公民的宪法权利。

不同国家对“第三人效应”的立场并不一致。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。在新泽西、宾夕法尼亚和加利福尼亚等少数州，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。^[1]但是在联邦德国，《基本法》包含了许多普遍权利，而没有说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”，这是否表明它也不得受到私人的侵犯？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（参见第十九讲对权利“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”^[2]，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。

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），影射作者的妹夫古斯塔夫·格朗根斯（Gustaf Grundgens）抛弃自由理想，卖身投靠纳粹而成名。曼恩明确表示，格朗根斯代表了“典型的叛徒、腐化与玩世不恭的可怕象征，靠出卖自己的才能来换取庸俗的名誉和短暂的财富”。1964年，德国出版商准备重新发行《魔菲斯特》。虽然格朗根斯本人早已去世，但其养子在民事法院要求禁止该书的发行。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，因而判决养子胜诉。^[3]但是《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，出版商把官司打到联邦宪政法院，主张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得到维持。

法院多数意见和少数意见对普通法院的判决采取了不同的审查标准，因而得出了不同结论。多数意见认为，宪政法院的审查应该限于有限范围，标准也应该是相对宽松的。毕竟，德国民事法院是一个独立的法院体系，不是联邦宪政法院的下级法院，宪政法院不能用自己的判断代替民事法院的判断。只有在民事法院“没有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，并应该根据自己的独立判断严格审查普通法院的判断；只有这

样，才能保护《基本法》所保护的至关重要的言论自由。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。

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。昆特教授认为，在德国私法诉讼中，宪法权利仍然“影响”民法规则的解释。这些诉讼用的还是私法规则，但是“私法规则应根据适用的宪法规范加以解释并运用”。^[1]在这个意义上，私法中也存在着宪法的影子，宪法思想和精神对民法领域产生了“辐射”效应。

^[1] 参见 Aristotle, *The Athenian Constitution*, P.J. Rhodes trans., Penguin Books (1984) .

^[1] 《墨子·非命上》。

^[2] 《管子·立政》。

^[3] 《孟子·梁惠王下》。

^[1] 参见沈汉、刘新成：《英国议会政治史》，南京大学出版社1991年版，第18—19页。

^[1] 参见葛剑雄：《统一与分裂——中国历史的启示》，生活·读书·新知三联书店1994年版，第205—209页。

^[1] H. G. Wells, *The Outline of History: Being a Plain History of Life and Mankind*, Raymond Postgate rev., Garden City, NY: Garden City Books (1961), p. 519.

^[1] Carl Friedrich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America* (revised edition), New York: Blaisdell (1941), pp. 131, 173.

^[1] 参见张千帆：《西方宪政体系·上册：美国宪法》，中国政法大学出版社2000年版，第436—469页。

^[1] 张千帆：《宪法不应该规定什么？》，载《华东政法学院学报》2005年第3期，第25—33页。

^[1] Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, A. M. Cohler, B. C. Miller, and H. S. Stone (trans. & ed.), Cambridge University Press (1988), p. 157.

^[1] A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Ed.), London: Macmillan (1915), pp. 100, 103.

^[2] Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), NAL Penguin (1961), pp.

77—84.

[1] 参见张文显：《“权利本位”之语义和意义分析》，载《中国法学》1990年第4期。

[1] 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。

[1] *Goldberg v. Kelly*, 397 U. S. 254.

[1] 《日本宪法》第9条规定：“日本国民真诚地企望以正义和秩序为基调的国际和平，永远放弃为国家主权而发动的战争、武力威胁或使用武力作为解决国际争端的手段。为达此目的，日本不保持陆海空军和其他战争力量，不承认国家交战权。”

[1] 《日本通过法案，迈向修宪扩军》，载《羊城晚报》2007年5月15日。

[2] James Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, New York: Oxford University Press (1901).

[3] 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：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第9—12页。

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

[2] 龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社2003年版，第5页。

[1] Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., Berkeley: University of California Press (1978), p. 334.

[2] 参见 John Austin, *Lectures on Jurisprudence* (vol. 1, 4th Ed.), R. Campbell ed., London: John Murry (1879).

[1] Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence (trans.), J. P. Mayer (ed.), New York: Harper & Row, 1969, pp. 99—105.

[1] 参见张千帆：《西方宪政体系·上册：美国宪法》，中国政法大学出版社2000年版，第472—487页。

[2] *Mephisto Case*, 30 BVerfGE 173.

[3] 和美国不同，德国“最高法院”是指民法系统的最高法院，而不是整个法律体系最高法院。关于不同国家的司法制度，参见第十五讲。

[1] Peter Quint, “Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory”, 48 *Maryland Law Review* 247—347 (1989), pp. 263—264.

第四讲

宪法学是什么



以上两讲介绍了宪法的概念、价值、原则、特征等方面。宪法是衡量普通法律的基本法，是保护所有人权利的社会契约，是相对稳定和“刚性”的；宪法不是“母法”，不是私法，不是政治纲领，不应规定也无法实施不断变化的经济政策或公民义务，因而公民不可能以私人身份违宪；宪法局限于公法，但是又通过“辐射效应”贯穿整个法律领域，整个政府都是在宪法的影子下运行的；为了让政府更好地为社会服务，各国宪法一般都规定了法治、民主、自由及合理的中央与地方关系等基本价值。

这一讲探讨宪法学的基本方法。不要小看这一字之差，宪法学和宪法是性质完全不同的两码事。顾名思义，宪法学是研究宪法的学问，但是宪法是法，宪法学是或应该是科学；科学是价值中立的，法律则无一例外地包含价值规范。当然，两者是相辅相成的。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”，宪法才不至于沦为一种纯粹的政治宣传文件。

一、宪法与宪法学

1. 宪法学、意识形态与价值中立

首先需要注意的是，宪法学解释、澄清但并不创造宪法价值。宪法是由人民自己或人民授权的立宪机构创造的产物，宪法学则是法学家、宪法律师、法官等法律工作者创造的产物。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？社会秩序？经济发展？抑或环境保护？），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自己的建议，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。

在这个意义上，宪法学者和法官一样，在宪法解释过程也应该保持价值中立。这并不是说解释或判决结果本身是价值中立的，而是这个结果应该准确反映宪法本身而非解释者本人的价值取向。例如美国在制定《联邦宪法》三年后，依据修宪程序一气通过了前十条修正案，合称为“权利法案”。根据当时的一般理解，《权利法案》只适用于联邦，不能被用来针对州政府。在1833年的“码头淤泥案”^[1]，原告码头因为马里兰州的地方政府行为而被淤死，于是依据《联邦宪法》第五修正案规定的“公正补偿”条款起诉地方政府。当时，联邦最高法院还是在首席大法官马歇尔执掌之下，而马歇尔个人是主张扩张联邦权力的联邦党人。然而，马歇尔法官并没有利用看似颇为难得的“机会”，通过司法判决将联邦党立场强加于宪法之上，而是根据《联邦宪法》自身的性质以及修正案的文本、结构与历史，判决原告不能依据联邦《权利法案》起诉地方政府。

事实上，判决书作者马歇尔和《权利法案》提议者麦迪逊的政见并不吻合。当年麦迪逊继任马歇尔作为国务卿，就在马歇尔办公桌上发现了前任总统任命的治安法官，并在杰弗逊总统指示下扣押了委任状，由此引发了1803年的著名判例“马伯里诉麦迪逊”。当时，麦迪逊已倒向杰弗逊为首的反联邦党，反联邦党控制的总统与国会和联邦党主导的最高

法院在政治上成犄角之势。作为被告的国务卿拒不出庭，颇有藐视和刁难法院之意。首席大法官马歇尔通过精湛的判决技巧不仅化险为夷，而且还顺水推舟，建立了世界上第一个司法审查制度，致使反联邦党名胜实败（详见第八讲）。1819年，马歇尔通过“美国银行案”宽松解释《联邦宪法》的“弹性条款”，极大扩张了联邦权限，遭到了杰弗逊和麦迪逊的强烈批评（详见第十讲）。但是在“码头淤泥案”，马歇尔坚持宪法原意，拒绝将自己的联邦政治立场强加于限制联邦权力的《权利法案》之上。这是一起法官中立自律、凸现宪法原意的典型判例。和法官一样，学者也不能用自己的价值立场取代宪法本意。

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，不需要也不应该对这些价值进行评判，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，学者本身既没有义务也没有权利为它们的正当性提供辩护或批评。法国宪法在很长时间内拒绝接受美国的司法审查制度，甚至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。

总之，宪法本身充满了价值规范，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，这本身就是自由主义意识形态的表现；宪法学的任务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“言论自由”、“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的，也就是说它们是怎么获得“解释”的。例如在“无产阶级”试图利用这部“资产阶级”宪法保护自己的言论自由时，法院不能因为对左派言论的反感而削弱宪法对其权利的平等保护（详见第二十一、二十二讲）。当然，诸如“言论自由”、“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”。既然宪法学是一门科学，而不是意识形态的宣传工具，理应避免轻率的主观评价与表态。

2. 宪法学体系之构成

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。不过我们这里所说的“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”是否要求高考采用同样的分数线录用不同地区的考生？这些宪法问题只有在司法实践中才能解决。只有宪法条文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或根据宪法而采取的行为方式、对宪法解释产生重要影响的学术论著或更广义的宪政思想等内容。

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。然而，宪法学体系必须建立在实证科学的牢固基础上。在缺乏个案突破、积累、梳理、归纳的情况下，现在为中国的宪法学体系设计“蓝图”尚为时过早。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——无论是美国的、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（见第九讲），中国宪法学的“体系”目前可依据的材料实在不多。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。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。

二、宪法的三个层次

宪法学究竟如何成为“科学”？至少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。

1. 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。由于第一条被认为代表着《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一条的要求来界定言论自由和名誉权。

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。这类命题不同于纯粹的事实命题，如“政府侵犯了（或没有侵犯）言论自由”，后面这项命题在性质上和“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识自由的行为主体，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）。

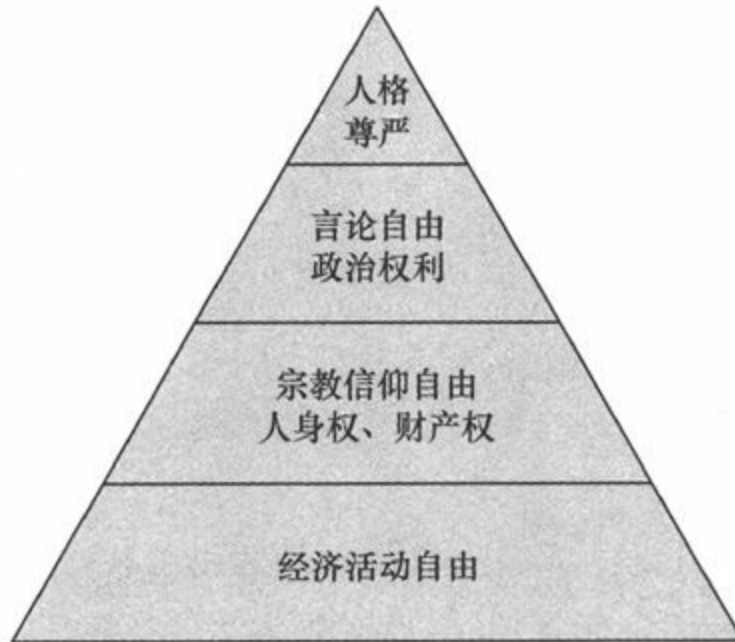


图4.1 宪法的价值等级秩序
和法律体系一样，宪法本身也规定了不同等级的价值规范，因而也具有一个价值等级秩序。

可以说，宪法中几乎每一项有意义的条款都具有规范性，有关政府权力结构的设置也是如此。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，而规范是和事实在本质上不同的两种命题。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。^[1]分析哲学和实证主义相结合，产生了现代分析法学。其代表作见奥斯丁（John Austin）的《法理学讲义》和凯尔森（Hans Kelsen）的《法与国家的一般理论》。

对于改革进程中的中国宪法来说，规范宪法学承担着十分重要的使命。1982年制宪初期，改革开放刚刚开始，中国社会还没有告别计划经济时代，“文革”遗留的“左”的流毒也没有完全肃清。在三十二年改革开放过程中，无论是中国社会现实还是中国人的思维方式都发生了巨大变化；“法治国家”、“人权”、“私有财产”相继入宪，本身就是对观念变革最忠实的记录。然而，1982年所表达的传统理念仍然是宪法的一部分，宪法同时包容了指导理念不尽一致的新旧两类条款。如何协调体现不同时代精神的宪法条文，如何把握宪法的时代精神，如何梳理和构建和谐

而稳定的宪法价值秩序，就成为宪法学者需要面对的迫切命题。

2. 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，因而必须诉诸于其他手段。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（见第九讲）。

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？

更重要的是，就和普通法律的解释一样，宪法解释也涉及到孟德斯鸠提出的分权问题。如果由同一个机构去制定、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，至少没有最高解释权。如果说在消费者保护领域，经常出现商家自己规定、自己解释的“霸王条款”，那么“霸王条款”之“霸”，正体现在制定者与解释者合而为一。同样，如果制定和解释过程缺乏分权，就不能防止宪法和法律领域同样出现“霸王条款”。

3. 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。例如人们可以研究美国最高法院的9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，就可以研究每个全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。

在诉讼过程中，建立在社会科学基础上的实证宪法学可以直接发挥关键作用。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。^[1]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3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。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。雇主穆勒拒绝遵守州法并遭到法律制裁，他在法院主张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。

按照普通法遵循先例的传统，本案似乎应该判决州政府败诉。然而，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。

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职能。

三、实证宪法学的基本理论

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？

1. 方法论的个体主义

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。^[1]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，但杜克海姆认为，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，但总的来说还是认为社会科学是可以中立的。^[1]

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，因而方法论的个体主义对宪法学也显得尤其重要。

事实上，方法论的整体主义对中国历史产生了深远影响和巨大危害。半个多世纪以来，计划经济、“人民公社”乃至全民和集体所有制都是整体主义思维的体现。问题在于，“人民”是一个抽象的整体概念，难以分解到具体而实在的个人，因而“人民”所有往往流于形式与口号，最后蜕变为实际控制者所有。更糟糕的是，控制者可以利用“人民”这个神圣的名义为滥用权力、谋取私利提供正当性，以至贪污腐败、为所欲为。“人民公社”制度剥夺了农民个人对土地的所有权和经济自由，扼杀了农民的生产积极性。1978年开始的农村经济改革宣告“人民公社”彻底失败，但是河南的南街村却标新立异，继续实行严格的集体所有制，并被一些人奉为“红色典型”。然而，最近的报道揭示所谓的“典型”其实只是一场骗局，而在这场以公有制为名的骗局中，南街村的某些干部得到了大量不明资产。^[2]由此可见，方法论之争不只有理论意义，而是可能产生深远的实际影响。

2. 理性选择理论

理性选择（rational choice）是一种政治与法律分析的行为理论。在现代，尤其是20世纪60年代以降，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。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。”^[1]“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。”^[2]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。^[3]

这是理性选择理论在法律中最早的运用。事实上，由于官员也是理性自私的，完全可能擅自违背君命、欺压百姓，因而君主有必要公开立法并完善其实施机制。因此，从法家的理性选择理论中可以推导出现代行政法治的某些要素。法家理论的主要局限性在于将希望完全寄托在国家最高统治者身上，人民对自己的命运则没有任何发言权。

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维利。在《王子论》一书中^[4]，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》。^[5]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。

理性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。

事实上，休谟早在1740年就认识到，个人的理性选择未必产生理性的集体结果。他用“农夫博弈”的故事说明，虽然社会需要合作才能创造财富，但是短视个人往往从恰恰私利出发最终选择对各方都不理性的结果。^[6]如果两个农夫在丰收季节相互合作（路径C），那么他们各自所得几乎最大（3，3）；如果相互不合作（路径D），则各自所得几乎最

小（1，1）。但是如果双方都是短期自私，那么农夫一考虑自己合作（帮助农夫二）之后，农夫二会选择合作，因为不劳而获对自己最有利（所得4），而自己将一无所获（0），所以不如一开始就选择不合作，而在此路径上农夫二必然也选择不合作，于是理性自私的人却双双得到最不理性的结果。“农夫博弈”是现代“囚徒困境”的雏形，制约着许多社会合作与集体行动。当然，如果双方博弈不止一次，而是在今后不确定的场合下可能多次相遇，那么“囚徒困境”问题或许有所缓解。^[2]

3. 公共选择理论和一元行为假定

当理性人的基本假定用于公共（主要是政府）领域时，这项理论也被称为“公共选择”（public choice）理论。布坎南和塔洛克在1962年出版的《同意的计算：宪政民主的逻辑基础》，一般被认为是公共选择理论的奠基之作。^[3]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，在这里并没有儒家的“君子”与“小人”之分。儒家虽然认为人性是基本平等的，但是“性相近、习相远”，后天养成的“第二本性”还是存在巨大的个体差异，而一旦成熟之后，个人品性是很难改变的：“唯上智与下愚不移。”^[4]从“君子”、“小人”的二元论世界观出发，儒家首先致力于道德教育将人培养成君子，再通过科举考试等方式让君子统治国家；“三纲八目”、“修齐治平”，都体现了君子治国的理念。一旦君子掌握了统治国家的权力，社会秩序与和谐就自然得到了保障。但是大多数人都未必能通过自我修养达到君子乃至圣贤的境界，因而仍然停留在理性自私的小人状态。在这种图景下，民主和法治都是徒劳甚至有害的。选举的结果不是君子统治小人，而是恰好相反，因为一群小人如何可能选出一个君子呢？如果君子在台上，事事为老百姓着想，那么为什么还需要法律约束呢？法律只能束缚他为老百姓做好事的手脚。问题在于，儒家不仅认为道德教育可以有效改变人性，而且假定科举考试是测试与鉴别道德水准的有效手段。中外历史经验表明，道德修养确实很重要，但是并不能替代民主和法治。

相比之下，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牟取私利。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。对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是有私欲和野心的“小人”，因而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。

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，而又没有足够的权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。

虽然和理性选择理论一样，公共选择理论也是第二次世界之后系统发展起来的，但是其基本思想显著影响了美国的制宪者。和中国古代法家不同的是，共和主义者的最终目标不再是维护统治者的利益，而是整个社会的公共利益。因此，他们所要防范的主要对象不再人民，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。

4. 怀疑主义——事实与价值之分

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预料，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（见第二十一讲）。“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。

教条主义首先混淆了分析哲学上规范一事实的基本区分，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”。这就和湖南人喜欢吃辣、广东人喜欢吃甜是事实，而两者都谈不上有什么对错之分一样；湖南人不能说广东人错，广东人也不能说湖南人错。所谓“萝卜白菜，各有所爱”是也。“辣比甜更好”之所以不能成为真理，是因为它不可能成为所有人都接受的立场。当然，一盘麻辣豆腐究竟辣不辣，可能因人而异，湖南人或许根本没有感觉出辣味，而广东人尝一口就辣出了眼泪。但这个问题还是存在一个客观判断，譬如我们可以设想研制一种仪器，用来精确测量食品的“辣度”；虽然湖南人和广东人感觉不同，但究竟有多辣还是一个可以客观衡量并形成共识的问题。然而，辣的究竟“好”还是“不好”，却不可能通过任何仪器客观衡量，也不可能形成共同判断，因为这句话本身就是没有意义的。

因此，说“凡人都不免一死”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。我们以前常说“资本主义必然灭亡”，其实我们真正想说的是“资本主义应该灭亡”，其“必然灭亡”似乎验证了其“应该灭亡”的下场，然后从“必然灭亡”这个可以论证的事实命题延伸出“灭亡是一件好事”这个价值命题。然而，这个延伸在逻辑上是不成立的，否则我们就和混淆“凡人都会死”与“凡人都应该死”一样犯了同样的错误。

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“凡人都不免一死”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，而主客观之间存在着不可逾越的鸿沟，以至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”。^[1]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不能引起太大公众兴趣的日常工业。

事实上，宪法价值规范本身也存在同样的问题：既然是见仁见智的价值而非铁板钉钉的事实，宪法规范也是主观而不是绝对“正确”的。一旦宪法规范失去了永恒“正确”的虚幻，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）。我们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”，制定的法律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。不论是否满意，我们可能别无选择。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。

5. 怀疑主义——逻辑与经验之分

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：即便存在“真值”的事实命题也并非绝对正确。事实命题可进一步分为逻辑和经验命题，而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测所质疑甚至推翻。因此，科学哲学家波普尔指出，所有的经验命题——包括“科学知识”——都是可被证伪的^[1]；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，康德进一步按照认知方式把命题分为“先验”（*apriori*）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*）。^[2]“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務。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，我们应该采取开放与开明的态度，欢迎不同观点的自由争论。第21讲将进一步说明西方的怀疑主义和自由主义之间的关联，同时或许也说明了为什么中国传统的教条主义是宪政的历史障碍。另一方

面，我们也有必要对极端、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，更为谨慎的是波普在《历史主义的贫困》中所提倡的“渐进社会工程”。^[1]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。

^[1] Barron v. Mayor & City Council of Baltimore, 32 U. S. 243.

^[1] 见 David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Ernest C. Mossner (ed.), London: Penguin Books (1969), Book III, Part I, Sec. 1.

^[1] Muller v. Oregon, 208 U. S. 412, 见第八讲。

^[1] 参见 Emile Durkheim, *The Division of Labor in Society*, W. D. Halls (trans.), New York: Free Press (1984).

^[1] 比较 Max Weber, *The Methodology of the Social Science*, Edward A. Shils and Henry A. Finch (tr.), New York: Free Press (1949).

^[2] 参见《南街村真相：权力经济的荒唐与可怕》，载《南方都市报》2008年2月27日。

^[1] 《商君书·算地》。

^[2] 《韩非子·心度》。

^[3] 《韩非子·五蠹》。

^[4] 例如见 Niccolò Machiavelli, *The Portable Machiavelli*, Peter Bondanella and Mark Musa trans. & ed., New York: Penguin Books (1979), pp. 106—107.

^[5] Thomas Hobbes, *Leviathan*, London: Penguin (1651/1968).

^[1] David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Ernest C. Mossner (ed.), London: Penguin Books (1969), pp. 520—521.

^[2] Dennis C. Mueller, *Public Choice II*, Cambridge University Press (1989), pp. 12—15.

^[3] James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor: University of Michigan Press (1962).

^[4] 《论语·阳货》。

^[1] Hume's Law, 直译应为“定律”，但这里译为“定理”更准确，见 David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Ernest C. Mossner (ed.), London: Penguin Books (1969), pp. 507—521.

[1] (英)波普尔:《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,第47—58页。

[2] Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*, Norman Kemp Smith (trans.), New York: St. Martin's Press (1929), pp. 48—54.

[1] Piecemeal social engineering, 见 Karl R. Popper, *The Poverty of Historicism*, New York: Harper & Row (1961), pp. 58—59, 85—98.

第五讲

西方宪政史概要



在以上四讲中，我们介绍了宪法的基本概念、理论与方法。以下三讲则要探讨中国和欧美国国家宪政发展的历史。事实上，我们已经在不同部分接触了宪政思想和制度的发展，譬如1215年《大宪章》、“光荣革命”及1689年《权利法案》等重要宪政事件，譬如社会契约论以及美国立宪的理论基础。美国建立在自由契约论基础上的政治多元主义不仅成为指导美国宪政的主流理论，而且也解释了美国立宪的政治与社会动因。正是为了保护少数人在民主社会的基本权利免遭多数人的合法剥夺，美国制宪者才积极参与联邦宪法的制定。

这一讲集中论述美国、法国、德国和欧洲联盟的宪政发展历史。根据美国政治学家杭廷顿的划分，世界民主宪政和全球经济变革一样，也经历了“三次浪潮”。第一次发生在1788年美国联邦制宪和1789年法国革命，当时整个世界还处于农业社会；第二次发生在第二次世界大战结束后，德国、意大利、日本等工业化国家在摆脱法西斯统治之后走上宪政之路；第三次发生在后工业化的1980年代末和90年代初，苏联、东欧、韩国、南非、台湾等地区或国家发生了宪政转型。当然，各国宪政发展阶段并不整齐划一，因而“三次浪潮”只是近似表达了民主宪政的主要增长阶段。下面我们简述三次浪潮的宪政发展历史。

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*）。随着市场经济的发展，公司不再需要政府特许，章程也从特许状逐渐转化为规范公司治理的结构性文件，但是原本起源于私法的越权原则为英国行政法所继承，被用来限制政府权力；在某种意义上，特定领域的行政就是一个法律特许的“公司”，授权立法就是它的“章程”，行政不得在立法授权范围之外行使权力。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。

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。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 Party）。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，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此诞生。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，以至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》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”。美国独立之后，各州相继通过了好几部州宪。实际上，它们才是世界上第一批成文宪法，而这些州宪直接延续了殖民地章程的宪政传统。

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。最后，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。

1. 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。这个州不大，却出了好几个美国历史上最杰出的政治家与思想家；华盛顿、杰弗逊、麦迪逊与首席大法官马歇尔，都是弗州人。刚刚独立，弗州宪法就成形了。这是美国第一部宪法，其内容显然深受社会契约论和《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：“人人天生都是同样自由和独立的，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。”宪法首先规定了各类公民权利，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，其中有不少条款就是取自弗州的《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。

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。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年的马萨诸塞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。

2. 《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。

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，退伍军人因不得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，也无力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马萨诸塞州西部的法院，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会议上推动国会在宾夕法尼亚州首府费城召开制宪会议，以建立一

个更为强有力的中央政权。

虽然美国联邦（或邦联）的第一部宪法并不尽如人意，它仍然向世人提供了若干启示。首先，整个立宪过程必须在自由与和平的环境下进行，宪法体制应该是全体选民在经过自由和公开的辩论之后理性选择的产物，而不是任何力量强加的结果。无论宪法目标多么崇高，都应该容许自由辩论及其产生的反对和批评意见，而不应允许任何力量压制不同意见。其次，和平立宪过程往往是渐进而非一蹴而就的；任何一次制宪都体现了制宪者当时对于国家前途的认知和共识，而体现这种认知水平的宪法结构是否符合社会发展需要只有在社会实践过程中才能显现出来，并不断产生新的认知、共识及与其相适应的宪法结构调整。在制宪初期，美国只是关注如何防范中央滥用权力，因而制定了一部中央权力最小的宪法；只是到后来才发现弱小的中央带来诸多不便，因而才调整思维并重新立宪。最后，国家结构的形成本身也没有必要一步到位。无论是美国《邦联条款》还是当代欧洲联盟的发展历史都表明，建立在共识基础上的和平立宪过程往往意味着国家结构的渐进发育；一开始，美国联邦没有行政，也没有法院，只有一个因此而说了不算的国会。在这个意义上，国家就像是一个发育不全的胚胎，可以没有行政、没有司法甚至没有议会；随着社会需要与国家意识的逐步形成，国家才渐渐羽翼丰满。欧美宪政历程清楚显示，国家权力结构是可以千姿百态、不断变化和发育生长的。

3. 费城会议——从政治斗争到制度妥协

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，有可能最终诉诸于刀剑。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，为新政府制定了一部能够付诸实践的宪法。

在1887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“3/5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。

在今天看来，费城制宪会议所达成的某些重大妥协具有显然的时代局限性；两院制的合理性并非不受挑战（譬如同期的法国革命就成立了一院制议会，否则“人民主权”或“公意”究竟体现在哪个院？）^[4]，“3/5条款”更是臭名昭著的奴隶制标志。当时，南北利益和大小州的利益似乎发生了不可调和的冲突：大州希望国会代表人数按各州选民人数的比例来计算，小州自然吃亏；南部希望州内选民人数包括没有公民权的黑奴，因而一反常态地主张这些平常在他们看来是“牲口”的奴隶这个时候都是一个顶一个的“人”，已经废除奴隶制、黑人获得公民权的北部却反而不干，坚持南部黑人统统不是“人”。最后，双方谈判、交易、妥协：南部黑奴既非“不是人”，也非完整的人，而是在计算选民人数时折算为“3/5个人”；国会采用两院制，众议院代表的分配和各州选民人数成比例，参议院代表的分配则以州为单位，各州不论大小一律两名，而且《宪法》第5条还明确禁止通过任何改变参议院平等代表的修正案。联邦宪法似乎成了不同利益团体讨价还价、明码交易的产物，有的交易甚至在我们看来是“肮脏”的。然而，这些重大妥协虽然在今天看来不那么“先进”，却创造性地打破了立宪僵局，使得制宪过程在各方自愿让步的基础上进行下去，直至大功告成，而且虽然联邦宪法或许存在这样或

那样的瑕疵，但是瑕不掩瑜，联邦宪法在总体上的顺利实施毕竟为美国的社会发展和权利保障作出了巨大贡献。事实上，正是因为这些妥协使得宪法获得各方的认同，从而为其成功实施奠定基础。试想，如果当时没有“3/5条款”，南北双方可能早就谈“崩”了，根本不会来到一起成立联邦并产生一部联邦宪法；即便大州不顾小州反对强行通过一院制，这种制度也注定会在小州强烈抵制下难以实施下去。

4. 美国立宪过程的启示

美国立宪过程的启示在于，有效的制度是在政治斗争和妥协的过程中产生的；只有在主要利益群体充分参与并自愿认同的基础上，制度才能实施下去。如果某一方不顾对立方的反对，强行通过一部法律，那么无论这部法律多么“先进”，也无论对立方的立场和要求多么“无理”，这部法律都注定在实施过程中遭遇重重阻挠。1789年的法国《人权宣言》就是一个很说明问题的例子。在各个方面，这部“宣言”都比只早一年的美国联邦宪法甚至晚两年通过的《权利法案》“先进”得多，但可惜的是，直到1971年为止，它一直停留在理念的层面，而没有成为让法国人民得到实惠的制度。

长期以来，中国法治也存在同样问题：许多法律条文看似很“先进”，却难以实施下去，法学界也总是不断在讨论着不同法律——《物权法》、《行政许可法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《劳动合同法》等等——的“超前”或“滞后”。不少法律年久失修，不能满足时代的需求；更多的法律则虽然规定得很好，但是似乎和现实需要脱节，不够“本土”、难以实施，以至成了“纸上富贵”。然而，关键问题不是某一部法律是否足够“与时俱进”或符合本土需要，而是在于法律出台的机制。既然我们的法律是由政府官员和法学专家设计的，没有经过不同利益群体的充分论辩、谈判和妥协，什么是各方认同的“需要”及其解决方案本来就不清楚，加上各级人大也不能及时有效地发挥作用表达民意，因而法律不能满足现实和时代需要本是十分正常的意料中事。事实上，没有主要利益集团的协商和认同，没有实施立法的民间动力和道德压力，即便符合社会需要的法律也将遭遇既得利益障碍而难以实施。因此，即便政府和专家设计的法是智慧的，人民也难以真正享受其中的实惠，更不可能从立法过程中学到统治自己的智慧。

一个例子是2008年元旦开始实施的《劳动合同法》。虽然这部法律的宗旨是好的，中国的劳工权利也急需得到法律保障，但是由于劳工和老板都没有直接参与立法过程，不同利益集团没有像美国立宪过程那样

直接碰撞、沟通和妥协，以至虽然法律在制定过程中也征求了大量社会意见，但是颁布后仍然引起了很大争议，尤其是资方对无固定期限合同等规定反应强烈。目前，这部法律的关键部分是否能得到有效实施，抑或最终和1995年颁布的《劳动法》一样成为“纸上富贵”，还是一个未知数。事实上，劳资之间的面对面谈判往往比一部“一刀切”的法律更为有效。2008年，深圳劳资对话会邀请劳方和资方代表直接对话，不仅增进了相互了解、同情和体谅，而且劳资双方都赞同加强工会建设，让工会更有效地代表劳工利益，并通过集体谈判实质性地参与影响劳工利益的企业决策，而这正是《劳动合同法》不够重视的部分。^[1]和美国立宪经验一样，劳资面对面的对话给我们的启示是，要让法律制度真正符合社会需要并获得有效实施，公民自己必须直接参与其中。

因此，中国不少立法之所以“不合国情”，根本原因并不是这些法律没有“本土化”，而恰恰是因为包括中国在内的各国宪法规定的民主制度没有充分发挥作用。归根结底，法律是为人民制定的，法律义务是由人民承担的，因而人民必须通过某种方式直接或间接参与立法过程，才能真正保证法律符合社会的实际需要，并在现实社会中得到有效落实。

5. 《合众国宪法》

联邦宪法草案形成之后，立即遭到了“反联邦党”（Anti-Federalists）的抵制，联邦宪法面临“难产”的危机。正在这当口，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，撰写了一系列报刊论文，前后共82篇，合编为《联邦党文集》（Federalist Papers）。作者是汉密尔顿（Alexander Hamilton）、麦迪逊（James Madison）和杰伊（John Jay）。其中最重要的是第十篇和第五十一篇都是麦迪逊写的。它们表达了美国基本立宪思想，因而几乎具有宪法性地位。

第三讲中已经提到，在《联邦党文集》第十篇，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。

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（见‘第四讲’）。

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。

事实证明，联邦宪法积极推动了美国社会的发展，进而维护了宪法本身的稳定性（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8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

得不经由法律正常程序（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。

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。此后还有两条修正案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》）。

1. 第二次世界大战之前：民主与独裁的交替

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颁布了第一部民主宪法。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。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）。

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。

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·拿破仑建立了第二帝国。1870年，法国在色当战役中惨败，帝制再次被推翻，并建立了第三共和国。

第三共和国时期是法国历史上最稳定的民主统治时期。部分是为了保证民主，防止美国宪政中出现的“法官统治”，第三共和国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。但由于第三共和国过于强调议会至上，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国的社会势力，法国政局并不稳定。1940年，法国遭到法西斯侵略，第三共和国被推翻。

2. 第二次世界大战之后：民主宪政的起飞与巩固

直到第二次大战结束后，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国。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。

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，并通过了国议院（*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》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。

1. 第二次世界大战之前

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世纪后起才获得统一。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，帝国宪法以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国（Weimar Republic）。为了和德国专制传统决裂，德国特地将首都从柏林转移到两位自由主义诗人的故乡——魏玛。次年，德国人民制定了一部自由民主的《魏玛宪法》。这部《宪法》继承鲍尔教堂宪法的传统，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。（详见第十八讲）所有这些都不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。

2. 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4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，苏联所占的地区也通过了一部宪法。从此，东联邦德国开始了长达40年的分裂。1990年的《统一条约》使东德获得兼并，德国重归统一。原联邦德国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。

《基本法》共146条，分为11章。第一章包括前19条，从积极和消极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，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。

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。

1. 《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3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、联邦德国、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。

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（Maastricht）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27个成员国，并有进一步扩大的趋势。

2. 《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个国家在罗马签署了《欧洲人权公约》（European Convention of Human Rights）。该《公约》于1953年生效，目前涵盖了26个国家。因此，《人权公约》的覆盖面比共同体条约更为广泛。《公约》共5章、66条。其中第1条首先声明：“公约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“欧洲人权执行委员会”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）分别处理人权执委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，各公约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——人权执委会和人权法院，其人员由各公约国委派组成。公民可以申诉公约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公约国法院的决定，并缺乏机制去强制实施法院判决，公约第53条规定公约国有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公约国的普遍尊重。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。

由此可见，欧洲还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。

从第二次大战至今，欧洲宪政版图仍有待整合。和1788年前后的美国一样，欧洲政体也是一个发育不全的胚胎。管辖《欧洲人权公约》的机构只有一个人权法院，欧洲联盟则虽有一个相对完善的司法制度，但是行政力量严重不足，立法过程也存在民主赤字。目前，欧洲共同体正在试图制定一部“宪法”。《欧洲宪法条约》获得通过的呼声一度很高，但是在2005年先后遭遇法国、荷兰、爱尔兰的否决。近年来，共同体的扩张趋势有所停滞。这部宪法将在何种程度上促进欧洲的联邦化，仍有待观察。可以预见，共同体的联邦化仍将是一个艰难复杂的过程，需要相当大的勇气、智慧和耐心。

六、第三波民主——“橙色革命”的前景

1989年前后，东欧和苏联发生了剧烈的政治变革，而其中某些国家至今仍未能摆脱专制的阴影。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。

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。

2004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 Yanukovich）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。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，但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。^[1]

^[1] 关于一院制和两院制的争论，参见苗连营：《立法机构》，载张千帆、肖泽晟主编：《宪法学》（第二版），法律出版社2008年版，第306—307页。现代国家虽然也普遍采用两院制，但是参众两院的立法权一般是不平等的，众议院掌握主要的立法权，因而严格来说是一院制与两院制的混合体。

^[1] 参见张千帆：《如何保障劳工权益？深圳劳资对话会的启示》，载《中国经济时报》2008年8月22日。

^[1] 参见《乌克兰大选风波难以平息》，载《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》，载《光明日报》2004年12月31日。

^[1] 《吉尔吉斯斯坦局势急转直下》，载《光明日报》2005年3月25日；《白俄罗斯拘押前总统候选人》，载《新京报》2006年3月27日。

第六讲

中国宪政史——改良时代



上一讲介绍了欧美宪政的发展，大致分为三波立宪“浪潮”。第一波以美国和法国为代表，其立宪基础分别是洛克的自由契约论和卢梭的民主契约论。美国联邦宪法综合了洛克的自由主义、孟德斯鸠的三权分立以及麦迪逊等人发展的联邦主义思想，堪称现代宪法的楷模。相比之下，法国革命产生了伟大的《人权宣言》，但是在1958年第五共和宪法之前一直没有形成保障人权的稳定制度。第二波以德国、日本等战后立宪国家为代表。虽然这些国家在战前也有宪法，但是因实行独裁专制而最后走向战争；战败后，这些国家吸取教训，努力摆脱专制文化传统，以民主、自由、法治、和平等基本原则构建新的宪法秩序，并为世界宪政发展积累了新的经验。第三波以前苏联和东欧等社会主义国家为代表。这些国家在战后实行社会主义制度，并在20世纪90年代初发生转型，其宪政进展各国不一，诸如俄罗斯等国目前仍在转型过程中。

和上述国家相比，中国宪政之路更为坎坷不平。自清末以降，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。之所以如此，是因为法治与宪政本来就是中国的弱项，法治文化在儒家传统中先天不足，祖先没有留下丰厚的遗产，近代遭遇列强又因为民族自大心理障碍而发展得断断续续，以至至今仍有许多方面不如其他国家。事实上，即便改革开放三十年后，宪法和法律在条文上相对完善，但是实施状况仍然不算理想，宪政理想和现实之间还存在很大落差。在这种情况下，我们尤其

要充分认识到自己的不足，虚心吸取其他国家的有益经验。

以下两讲探讨中国宪政的发展过程，分别讲述清末民初的改良立宪和国共两党的革命立宪历史。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。这一讲介绍前两个时期的主要事件及其特点。

虽然大都看似众所周知的往事，但是“以史为鉴”的中国一直很重视历史。一个民族要前进，有必要认真对待自己的历史。就和一个人一样，一个民族如果不能正确认识自己的过去，必然也不能正确把握自己的未来。历史确实是一面镜子，真实的历史有助于我们发现进而纠正自身文化传统中的弱点；反之，如果历史为了政治目的而受到扭曲，那么我们通过这面扭曲的镜子也只能看到一个扭曲的自我，非但不能帮助我们改进提高，反而很容易使我们沉溺于自我陶醉的虚假形象，最后任由民族虚荣心不断膨胀，坐失宪政发展的良机。在很大程度上，清朝的立宪失败和最终覆亡就是讳疾忌医、阻挠改革、咎由自取的结果。民族自大心理延误了清王朝的自我改良，致使中国丧失了发展机遇，最后无论在经济、军事还是法治建设上都远远落后于起步更晚的邻国日本；甲午战争一败涂地，是制度革新失败的必然结果，也是民族虚荣贻误改革的报应。

因此，今天我们学习宪政史，不能不以客观中立的态度正视自己的过去，承认并反思自己的缺点或弱点。只有首先看到并承认自己的弱点，才有可能纠正弱点、改进自己，从弱者转变为强者；否则，就永远只能做一个百病缠身的弱者。我们只有像邻国日本和韩国那样放下架子、摆正位置，才能学到他山之石的精华。事实上，要做到这一点并不困难，因为宪政史作为宪法学的一部分也必须恪守中立原则，避免随意对自己的历史做出情绪化、程式化与政治化的判断。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做出比较公允的评价。

一、预备立宪（1895—1911）

1. 立宪思想的形成

虽然中国历史上并不是没有宪法性规范，中国传统的“礼”可以作为在自然法和一般法之间的“基本法”^[1]，但是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确实相差太远。因此，中国立宪的困难不在于中国历史上没有一部宪法，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”，但是中国在立宪观念上的进步是极其缓慢的。先是乾隆模式的闭关锁国、孤傲自大，以至英国使节两次访华都因在“三跪九叩”等小节上相持不下、无功而归；后有两次鸦片战争以降所带来的战败耻辱，使中国人不得不对“蛮夷”们刮目相看。然而，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“师夷之技以制夷”。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；专制能使国家富强，便转而支持专制。国家主义情节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。或许是因为小国寡民既没有泱泱大国的心态，也没有放不下的儒家中心文明的包袱；或许是因为日本民族天然擅长学习和借鉴——既然早先从中国舶来了语言文字，从西方借鉴法律制度又何妨？日本现代化的步伐比中国快得多，而且完全没有“中体西用”、“国情论”或“本土论”等保守意识的牵制。虽然日本直到1860年才被佩里将军的“黑船”打破国门，比鸦片战争晚了20年，但是日本法律制度的崛起极为迅速。1868年的明治维新几乎可以说是日本的“光荣革命”，使之在中国尚困于鸦片战争和“太平天国”的内忧外患之时就顺利步入了列强的行列；1889年的《明治宪法》更是奠定了日本富强的政治基础，使日本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1200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。康有为成立的“强学会”甚至曾获得张之洞、

袁世凯等保守派的支持与捐助。^[1]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，并通过太师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100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到教育体制的改革、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。虽然维新派提出的君主立宪、召开国会等思想尚没有进入议事日程，这次改革的成功将为宪政的建立奠定政治与社会基础。

不幸，和历次变法相仿，“戊戌变法”触动了清朝统治者的切身利益，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。保守派和中间派一开始并不反对改革，但一旦具体的改革措施危及到他们的特权便改变了看法，施加压力要求慈禧干预。维新派则试图通过袁世凯发动军事政变以摆脱危险处境，结果因袁的叛节而功败垂成。这是中国立宪努力的一次重大挫折。然而，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。

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。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。

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。

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。

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：虽然君主权力受到宪法限制，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颁布《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”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转之趋势。

2. 《钦定宪法大纲》

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，痛陈立宪之利、专制之害。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”。

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。在各方压力下，清廷于1908年批准并颁布了《钦定宪法大纲》，是为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。其中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”。

《大纲》赋予臣民以9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。

尽管如此，中国地方民主仍然取得了有限进展。省谘议局决定地方政策、预算决算、税务、规章，并负责答复督抚咨询。1909年底，在江苏谘议局会长张謇的推动下，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。^[1]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，并已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。作为中央代议机构的资政院、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。

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。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。

3. 《十九信条》

清廷的倒行逆施自然激起了广大民愤，失去人心和威信。与此同时，革命暴动的势头已经蔓延全国。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》，并获得清廷公布。

《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。

然而，《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。在其名著《旧体制与法国革命》一书中，托克维尔精辟论述了法国末代皇帝路易十六的悲哀。^[1]清政府的命运再次验证了这一历史命题。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不满，从而更显得丑恶狰狞。革命爆发以后，即使像张謇这样的温和改良派也目睹清军的肆虐而放弃君主立宪，不但拒绝出任袁世凯内阁的农工商大臣一职，反而公开支持共和。至此，清廷已人心尽失，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清廷的覆亡而消沉。

4. 预备立宪失败的原因

上个世纪之交是一个动荡时期。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。[\[1\]](#)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和支持，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%[\[2\]](#)，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。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“太平天国”时期，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；他们不敢按量才录用的标准和汉族公平竞争，更不敢支持民主——试想有几个满人能被占据绝对多数的汉人选上呢？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。到上个世纪之交，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性，而之所以仍然没有揭竿而起，只是屈从于其仍掌握在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，但是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。

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，这些都反映了更深层次的原因——民主制度的缺失。究其本质，清廷无非是一个掌握统治权的既得利益集团而已，宪政改革必然要限制统治集团的权力，进而损害其既得利益，因而统治者的自然反应一概是拒斥改革。当然，拒斥改革的下场最终是灭亡，因而如果统治者有远见，那么主动接受宪政改革是维护其长期利益的明智之举。然而，满族统治者囿于短见，惟恐失权，自恃掌握国家机器，以至动辄武力弹压，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）

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

136

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，进而决定谁能制定宪法。大清的灭亡是如此，袁世凯和革命党之间的恶斗是如此，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；袁氏衰落以后，中国即进入了军阀混战的时期。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，因而一个不幸的事实是，无序和混乱代表着自由与转机。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。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寄托，但是在表面稳定的阶段，统治者往往看不到改革的必要性；及至改革迫在眉睫，则时间过于仓促，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。在缺乏思想和文化基础的情况下，旧政府垮台后没有别的选择，在经过短暂动乱之后又回到从前的专制状态。专制剥夺了人民的思想自由，使人们看不到替代机制的可能性，更不用说实践；一旦专制难以为继，则时间过分短暂，社会并没有做好宪政转型的准备，因而陷入了周而复始的专制—思想禁锢—混乱—回归专制的循环。

1. 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。^[1]

《临时约法》是民国第一部宪法性文件，共7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，比较充分地规定了人民的权利与义务。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）。

尽管起草比较仓促，《临时约法》的基本构架是比较合理的。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（详见第十四讲），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。^[1]

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，并最终为此诉诸于非常之举，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。

2. 规则开始破裂：选举总统以及制定“天坛宪草”的过程

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。和美国类似，国会采取两院制，其权力几乎完全平等。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）的两倍。^[2]首次选举后，国民党在两院共占约400席（45%），居各党之首。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，发挥了一定的平衡作用。

国会联合会通过了宪法会议规则，成立了宪法起草委员会。宪法起草期间，袁世凯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。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。^[1]于是，刺宋案在上海地方审判厅审理。

5月8日，上海地方检察厅发出传票，传令已托病辞职的赵秉钧到庭受审。一个小小的地方法院竟敢传讯总理，并公布政府高官与杀人犯之间密切往来的证据，确实是“20世纪中国司法史上空前绝后的大事”^[2]，甚至堪与1974年震动美国的水门事件审判相媲美。^[3]然而，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。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。

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。7月，两江、安徽、湖南、四川、广东和福建7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。

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。

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。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。

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。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。

3. 独裁的胜利：《中华民国约法》

在袁世凯操纵下，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。

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，该会由参议院及立法院各选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项皇冠而已。

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”。^[1]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。后来参议院又收到请愿书，继而提请政府召集国民会议。不久，参议院通过《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，袁世凯被迫取消帝制。但各省仍旧独立，并一致要求袁氏下台。6月6日，袁积愤而死。

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，原来都是有计划、有预谋、有步骤的政府操纵之产物。^[2]

4. 宪政文化及其在中国的缺失

从戊戌变法失败到大清帝国覆亡、从民国权力纷争到帝制短暂复辟，袁世凯都扮演了关键角色。袁世凯当权一生给中国宪政带来了屡次厄运，及至其身死中国的厄运仍未终止，大大小小袁世凯式的人物依然层出不穷。我们不禁要问，为什么中国总是遇到那么多袁世凯，而没有遇到华盛顿、拿破仑或戴高乐？究竟是出于偶然的还是另有深层原因？袁世凯的故事提示我们，宪政制度改革离不开宪政文化的支持。

袁世凯是大清的遗产，他的死代表了旧秩序的终结。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、最终致使清朝覆亡的一大罪人。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，并最终覆亡其中。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，这些假想都被真实的历史一次次否定了；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，以至必须被消灭，或自己所代表的利益是如此超越，以至不能作出任何让步。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。^[1]

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。

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。清政府对以康、梁等维新派之迫害，袁世凯对国民党之打击排挤，及其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。

5. 清帝复辟与中央制宪的挫折

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。虽然一度因争论激烈而引发了历史闻名的“大讼案”，但是各方都还持着认真的态度宪法制度，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。

然而，强权不论到那里，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。段惟恐达不到目的，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、毆辱议员，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。虽然《临时约法》和其他法律俱无解散议会之规定，黎元洪仍被迫违法下令，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，结束了短暂的这场复辟闹剧。

段祺瑞执政期间，曾经发生了“三一八”事件。1926年3月18日，北京80多所学校共约5000多人在天安门举行“反对八国最后通牒的国民大会”。此后，示威民众在段祺瑞执政府门前广场请愿时与军队对峙。段祺瑞担心局势失控，命令执政府内的预伏军警以武力驱散游行队伍，结果当场造成死亡47人，伤200多人。段祺瑞随即赶到现场，面对死者长跪不起，并从此终身食素，以示忏悔。由此可见，军阀虽有武力干政的嗜好，却也不尽是杀人不眨眼的屠夫。

“三一八”事件之后，国会破天荒召集非常会议，通过了屠杀首犯“应听候国民处分”的决议。京师地方检察厅对事件进行了调查取证，并发表正式认定：“此次集会请愿宗旨尚属正当，又无不正当侵害之行为，而卫队官兵遽行枪毙死伤多人，实有触犯刑律第310条之重大嫌疑。”最后，执政府的国务院总辞职。执政段祺瑞颁布“抚恤令”，并处罚了凶手。但是这一切并没有能挽救段执政的合法性。不到一个月，段祺瑞政府就在全国上下的抗议声中倒台，可见民意早在那个年代就已经发挥了相当重要的影响。

6. 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。

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，其继任赵恒惕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150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3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。

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100多部草案，省宪审查会不得不加以归并，成为红、黄、白3种草案，是谓“三色宪法”。但后来浙江并未对3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。如果涉及到省的利益，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。

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。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。如果赋予若干年民主实践的锻炼机会，那么中国公民素质有望得到显著提高，甚至省宪运动有可能获得一定程度的成功。可是由于国民党坚持北伐，通过武力统一中国，省宪运动没过几年就夭折

了。^[1]

7. 军阀滥用的民主：曹锟贿选和《中华民国宪法》

1922年，直系军阀曹锟逼走总统黎元洪，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离京南下，赴沪集会，以至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500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。^[2]

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，因而不能自拔——如果其他人都不这么做，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。

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”，见第十八讲）。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），以至 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。

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17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——而不是那几百位“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。

言归正传，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》却不无可取之处。

《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”（第一条），且“中华民国主权，属于国民全体”（第二条）。第四章（“国民”）18条，规定了国籍和公民的基本权利及义务。第五条规定，“人民于法律上无种族、阶级、宗教之别，均为平等。”

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1年内便成废纸。由于没有人民的参与和支持，中国宪法随着掌权者的频繁更迭屡立屡废，构成了社会资源的巨大浪费。军阀内战赶走了一个“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。”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。

8. 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。”^[1]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，以至无须多加论证，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。

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！

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——经常是简单的军事力量——之对比。

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。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；上层必须容许并主动推进制度改革，下层则应在参与制度实践的过程中逐步确立和新制度相适应的社会意识，并形成独立的政治诉求和成熟的政治技能。

从1908年《钦定宪法大纲》算起，中国宪政已历经百年沧桑。和百年前相比，中国今天的最大进步就是民间宪政意识空前高涨，而目前的主要瓶颈在于制度跟不上社会发展的需要，因而有必要进行渐进的制度改革，进而促进文化转变并深化制度改革。只有这样，宪政制度与文化的演进才能进入良性循环。

[1] 参见张千帆：《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。

[1] 荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第58页。

[1] 荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第142—143页。

[1] Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, Stuart Gilbert trans., New York: Doubleday (1955).

[1] John King Fairbank, *China: A New History*, Cambridge: Harvard University Press (1992), pp.176—182.

[2] (美)沃拉：《中国：前现代化的阵痛——1800年至今的历史回顾》，廖七一译，辽宁人民出版社1989年版，第16页。

[1] 荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第227页。

[1] 荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第231页。

[2] 参见王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第359页。

[1] 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，第529页。

[2] 袁伟时：《政治策略与民初宪政的历史经验》，载《战略与管

理》2000年第6期。

[3] 在水门事件中，美国总统尼克松涉嫌指令下属窃听民主党竞选大会，因而受到地方检察官的起诉。由12位普通公民组成的大陪审团要求总统交出涉及罪证的白宫电话录音带，但是总统以特免权为由拒绝，最后最高法院一致判决总统的特免权理论不能成立，见United States v. Nixon, 418 U.S. 683。判决下达后，尼克松很快通电辞职。

[1] 见《东方杂志》第十二卷第10号，1915年10月。

[2] 参见张国福：《民国立宪史》，华文出版社1991年版，第150—151页。

[1] 荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第268页。

[1] 参见袁伟时：《二十世纪中国历史的启示》，载《炎黄春秋》2005年第9期。

[2] 荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第331页。

[1] 荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第90页。

第七讲

中国宪政史——革命时代



上一讲介绍了清末民初立宪运动，并分析了改良主义失败的原因。中国百年宪政之所以步履维艰，是因为宪政建设要求制度和文化的双重进化。没有宪政文化的支持，宪法制度难以施行；宪法制度得不到落实，宪法价值成为和老百姓利益无关的道德说教。由于没有人民的普遍参与和支持，清末立宪改革功败垂成，清朝覆灭后袁世凯倒行逆施而得不到遏制，袁死后众多军阀更是轮流登场、为所欲为，而这一切归根结底都是公民参与和宪政文化缺失的结果。

这种状况在国共北伐胜利、完成统一之后继续下去，只不过方式有所不同。如果说1911年的革命“尚未成功”，那么1928年北伐结束后国民党的革命基本成功了；中国又从乱到治，而社会也从相对自由复归高度专制。国民党率先在中国实行“党治”，希望通过“训政”实现“宪政”，但是宪政却迟迟没有到来。这一讲探讨国民政府时期和人民共和国时期的宪政发展，以及宪法修正与更新的一般规律。

一、国民政府时期（1928—1948）

1. 通过专制实现党治

国民党和袁世凯合作破裂后，饱受军力疲弱之苦。本来，武昌起义是一次偶然的胜利，辛亥革命也确实是一场不彻底的革命，因为革命果实的维持完全是革命党向清朝体制内的机会主义人物袁世凯妥协换来的；否则，袁世凯可用重兵轻而易举地清除革命党势力。辛亥革命成功后，革命党理所当然要履行承诺，将总统大权移交袁氏，其后不同党派控制的总统、内阁、议会龃龉不断，直至合作彻底破裂。及至袁死，大小军阀轮流登场，中央权力也没有国民党的份。这一切都让孙中山认为：“革命尚未成功，同志仍需努力。”而革命要成功，势必要扫除大小军阀；这样，革命力量就不能没有自己的军队。而要组建强有力的军事力量，国民党内部首先要建立高度集权体制。

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，主要体现在1923年的“革命方略”和1924年的《国民政府建国大纲》。但在实现宪政之前，孙中山认为中国首先要经过军政与训政阶段。军政也叫“军法之治”，就是革命政府用“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。训政也叫“约法之治”，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。任何县的人民在对这4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3年，训政阶段为期6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及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”。组织法第一条规定：“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”。^[1]

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。1928年，蒋介石率领完成北伐；除了东北奉系之外，基本清除了全国军阀势力，而国民党的一党专制和蒋介石的个人专制也随之达到顶峰。事实上，早在北伐完全胜利之前，国民党内部就达成“清党”协议并发动“四一二政变”，杀害共产党人和左派工人，致使第一次国共合作破裂。

当然，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1937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，国民党内部各派也不团结。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1925年11月23日，孙中山去世不久，谢持、邹鲁、林森等国民党右派便在北京西山碧云寺孙中山的灵前召开国民党一届四中全会，考虑国民党的去向和解决国民党内的共产党问题。“西山会议”宣布取消共产党员的国民党党籍，通过了反苏、反共、反对国共合作等议案。然而，由于国民党内部派系林立，共产党在国民党左派支持下有效扼制了右派的反共图谋。1926年1月，国民党第二次全国代表大会通过了弹劾西山会议派的决议案，处分了邹鲁、谢持等“西山会议派”成员。国民党右派。

再如在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。只是在日军完全征服东北，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。

2. 党治时代的开始——《中华民国训政时期约法》

北伐完成，民国从“军政”转为“训政”时期。但在孙中山去世后，国民党内部已成分裂态势，国民党内部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^[1]，但是其他派系仍然主张制定训政时期约法。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。

“太原约法草案”共210条，分为8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。

“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5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。

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。

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，因而也不可能发生根据党权所制定的法令和约法相抵触的问题。因此，约法相当明显地体现出训政时期的党治主义。至少从规定上看，约法的正式文本远比作为“异端”的“太原宪草”逊色。约法本是一党专制的产物，因而这种结果其实是在预料之中的。后来的民国宪法制定过程再次证明，在没有不同立场的其他政党实质性参与下，宪法规定的权利再多也只是为专制服务的工具。

3. 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；惟我人对于宪政，不重在施行之迟早，而重在其真伪。”^[1]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。

训政理论虽然是国民革命的产物，却和中国儒家传统一脉相传。两者的基本假设都是平民百姓是愚昧、自私、短视的，缺乏自我治理的基本能力，因而需要一个先进集团的领导和教化。如果说在古代，这个先进集团是儒家“君子”，那么革命成功之后，它就是自封为“先进”的国民党，只不过“君子不党”，而改组后的国民党则是一个高度集权的政治组

织。当然，和儒家不同的是，将自由民主作为终极目标的国民党最终是要“还政于民”、实行宪政的，但是他们坚持中国当时还不具备民主宪政的基本条件，因而老百姓必须接受这个“先进”政党的训练，提高行使政治权利的素质并在其带领下走向宪政。

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，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，但如何能保证这是一种为了自由的专制，而不是为专制而专制呢？

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，其主张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。^[1]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。

总的来说，孙中山“以党建国，待国治好，再去治他”的“党治”逻辑虽然可能一时推动国家建设，但是却无法保证“党治”可以顺利转变为法治。一旦大权在握，很难信任执政党会在适当的时候履行换权于民的承诺；即便条件成熟，执政党也会制造各种借口拒绝宪政。毕竟，自由不可能通过专制来实现；一旦实行专制，宪政和法治就失去了制度保证。国民党一党专制的教训表明，排除党外监督最终导致党内独裁和人治。

4. 国共第二次合作——从党治宪法走向国家宪法？

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和制宪也停顿下来。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12年之久。在此期间，国共第二次合作实质性地影响了宪法草案的修改。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，解释宪法的权力则被委托给9人宪法委员会行使，由议政会、司法院和监察院各推选3人组成。在共产党、民盟等“党外”势力的参与下，民国宪法有希望成为一部真正的国家宪法，而非国民党一党宪法。

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3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；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。

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；中央于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。

这些修正从根本上改变了“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5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3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。

制宪过程表明国民党在其他党派压力下作出了一定的让步，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。”^[1]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。

5. 党治产物的完成：《中华民国宪法》

可惜的是，国共合作再度破裂，即便美国居中调停也未能阻止内战。根据国大组织法和代表选举法，国大代表包括3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，涉及到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。

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。国大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40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，因而在很大程度上回到了《五五宪草》的方案。

1946年《宪法》共14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，为民有、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。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6年，这意味着国大常会为每6年召开一次，而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。

1946年《宪法》没有专门规定“中央政府”的五权结构，但“五权宪法”的实质并未改变。第四至第九章规定了总统和五院结构，和《五五宪草》类同，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独立的议会，不再向国大负责；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，可以算一项制度创新。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。

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）。

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。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灰飞烟灭，一切重新开始。

二、人民共和国时期（1949年至今）

1949年，共产党取得了大陆政权，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，中共制定过以下几部宪法或宪法性文件。

1. 《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”。

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。事实上，《共同纲领》为以后各部宪法——尤其是1954年和1982年宪法——奠定了基本原则。

2. 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第一部社会主义宪法。

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，但“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。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）。他还负责召集由副主席、全国人大委员长、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，现在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。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，更是彻底破坏了宪法与法治。因此，1954年《宪法》并没有获得认真实施。

3. 1975年与1978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4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，显得格外简括和粗糙。严格来说，1975年《宪法》只能算一个大纲，并带有明显的“文革”痕迹。

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。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。

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，确立了改革开放的基本方向，国家工作重点转移到现代化建设。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。

4. 1982年宪法

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，也是至今最稳定的一部宪法。

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），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”。第一章“总纲”共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5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》将“公民的基本权利和义务”提前到第二章，先于第三章“国家机构”，从而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：“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4条都是以往宪法所没有的，表明1982年宪法对公民权利的保护比以往更为详尽。

5. 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，以至要求宪法的修正。到目前为止，1982年宪法分别在1988、1993和1999年经过了3次修正，共计17条修正案。绝大多数修正发生在序言和总纲，并主要集中于经济制度的调整。

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，修正案在宪法第十条第四款中增加“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9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，把《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，把《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，把《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，主要把《宪法》第98条中县级人大的任期从3年改为5年。

1999年3月15日，第九届全国人大第二次会议通过了6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”，并把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条开头加入中国“实行依法治国，建设社会主义法治国家”，把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，把《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，把《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。

6. 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。^[1]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6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。

三、宪法的制定与修正

既然宪法是一部不断进化的文件，有必要简要介绍宪法进化的机制。和普通法律一样，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于“不成文”的司法途径。

1. 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9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4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。

2. 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，或影响第一条与第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。

3. 宪法修正程序

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3道程序：提案、议决和公布。^[1]美国州宪修正的提案一般采用3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。

议决是修宪最关键与最困难的一道程序。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以上多数通过。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易，体现出相当大的“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。

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。^[2]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。

4. 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讲专门探讨。以下的“德州禁止堕胎案”是一个影响深远的美国案例^[1]，它显著体现了美国法院在宪法领域的“创造性”作用。

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。

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。得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，以至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，法院多数按照怀孕的三月期（trimester）结构得出如下判决。

在第一个三月期，由于胚胎还没有成熟，堕胎手术对孕妇健康也没有严重影响，因而各州不得禁止，孕妇有权和主治大夫商量后视情况决定是否堕胎。进入第二个三月期后，由于堕胎对孕妇健康产生影响，州政府可以为了保护母亲健康而采用合理的限制堕胎程序。到了第三个三月期，由于胚胎已经成活，州政府可以为了保护胎儿生命限制乃至禁止堕胎。在本案，由于德州法律没有充分考虑孕妇在不同阶段的相关权益，不分青红皂白地将所有堕胎手术规定为刑事犯罪（除非是为了拯救母亲生命），因而违反了联邦宪法第14修正案的法律正当程序条款。

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，也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。

^[1] 引自张国福：《民国立宪史》，华文出版社1991年版，第263页。

^[1] 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第407页。

^[1] 转引自荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第402页。

^[1] 胡适：《宪政问题》，载《独立评论》1932年第1期。

^[1] 转引自荆知仁：《中国立宪史》，台湾联经出版社1984年版，第455—456页。

^[1] 参见王雷鸣、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》，载《光明日报》2004年3月22日。

^[1] 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第334页。

^[2] 同上书，第365页。

^[1] Roe v. Wade, 410 U. S. 113.

第八讲

从宪法到宪政——司法审查与宪法效力



上一讲介绍了中国革命时代的宪政发展。近百年来，中国宪政一路坎坷，直到现在也仍然处于探索和建设过程中。之所以如此，政治动荡固然是根本，而最直接的原因无非是中国一直欠缺一套司法审查制度。由于缺乏司法审查这个必要的环节，中国长期处于有宪法而无宪政的状态，宪法规定难以得到实施，宪法效力难以得到保障。

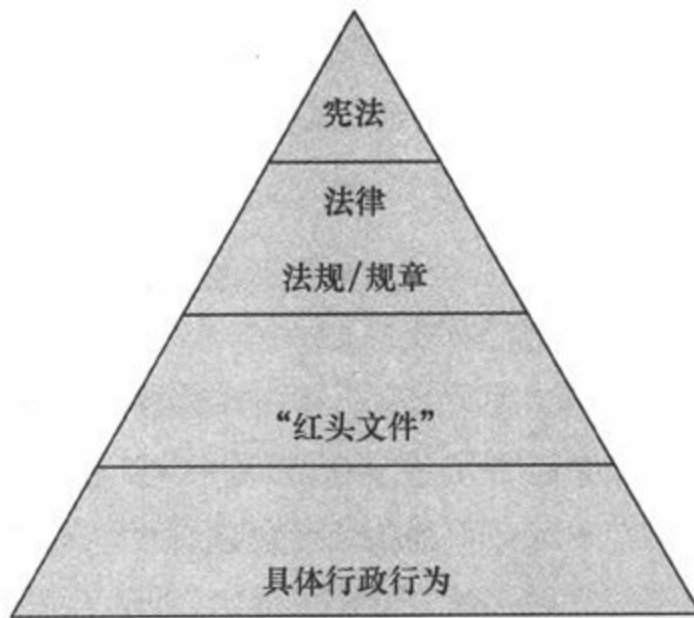
以下两讲探讨司法审查和宪法效力之间的关系，这一讲主要介绍司法审查在西方的起源。美国《宪法》并未明确规定法官有权审查立法行为，但1803年的著名案例“马伯里诉麦迪逊”首次建立了宪法审查制度，使美国《宪法》一开始就具备法律效力。我们接着考虑一个反例。在很长时间内，法国否定了马伯里决定的思维，但结果是法国《宪法》在第五共和之前一直缺乏法律效力。法国教训从反面验证了一个普遍规律：宪政离不开司法审查制度，而中国也不例外。最后，我们分析司法审查在中国的合法性与可行性。

一、基本概念

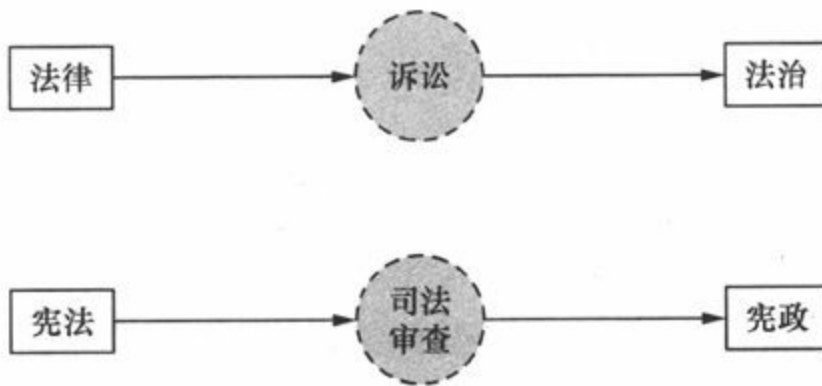
1. 宪政

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。

从另一个角度看，让法治中的“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”。宪法和普通法律同样具备实际效力，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。宪政与民主的关系，尤其是司法审查的反多数主义（counter-majoritarian）倾向，将留待下一讲讨论。



(a) 法治与宪政



(b) 从宪法到宪政

图8.1 从法治到宪政

2. 司法审查

“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”或“宪法审查”（constitutional review）则是指基于宪法对立法行为的审查，但是审查主体可以是法院，也可以是专门成立的其他性质的机构，例如中国全国人大常委会就是有权进行宪法审查的立法机构。在审查范围

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。但在包括本讲义在内的宪法教科书中，如未特别指明，“司法审查”仅限于宪法审查。

3. 司法审查与宪政

孟子曰：“徒法不足以自行。”就和法治一样，宪政的实现也需要一定的体制基础。宪政国家正反两方面的经验或教训表明，宪政离不开司法审查，否则法律就可以公然违反宪法，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。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。当然，司法审查未必是实现宪政的充分条件，就和诉讼未必是实现法治的充分条件一样，但是没有谁会否认诉讼是法治的必要条件——假如没有民事诉讼，民法能得到自动实施吗？刑法和行政法又何尝不是如此。既然这样，有什么理由认为宪法是唯一的例外呢？

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——就和有人宣称行政法规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法规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。

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的；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。只有具备有效的司法审查制度，才能完成从法律到法治、从宪法到宪政的转变。

由于司法审查和宪政之间的密切关系，两者经常被相提并论。但是严格来说，司法审查并不等同于宪政，而只是实现宪政的必要制度保障。换言之，司法审查只是宪政的一种必要因素，几乎所有宪政国家都规定或实施了司法审查制度（详见下一讲），但是除此之外，宪政还包括民主、人权、联邦等一系列其他要素。因此，我们有必要区分两种范

围不同的宪政概念：“大宪政”是指国家政治权力受到宪法约束的状态，“小宪政”则是指司法性机构通过宪法审查约束立法与行政部门的制度。“小宪政”是实现“大宪政”的手段和条件，但又可能和宪政的其他要素（如多数主义民主）相冲突。

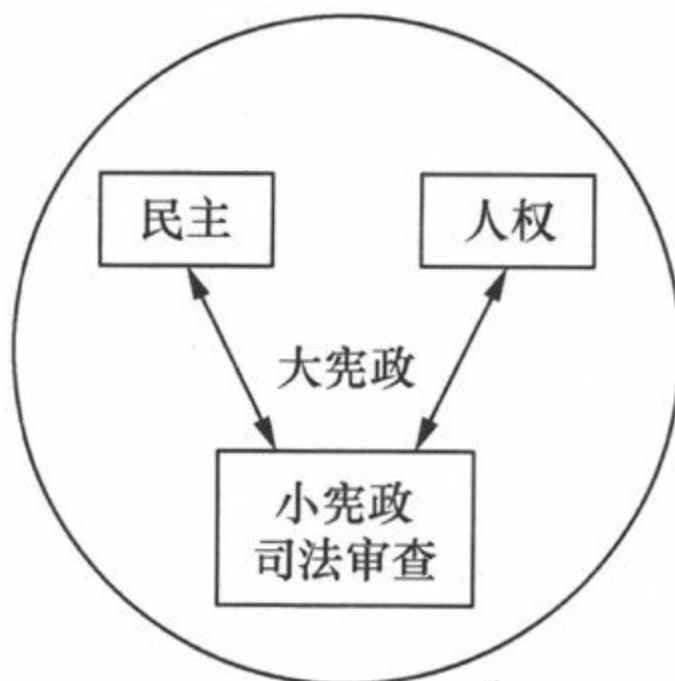


图8.2 大小两种宪政概念的关系

二、司法审查的起源

1. “博纳姆医生案”——世界宪政第一案？

司法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。^[1]

在该案，博纳姆医生无证行医，因而被皇家医生协会判处监禁。博纳姆在英国普通法院挑战这项判决。根据协会章程和有关议会立法，库

克法官判决医生协会无权作出这类判决。判决指出，监禁涉及自由之剥夺，因而授权监禁的章程条款必须严格解释，更何况协会不得做自己案件的法官。他进而在判决附论中指出，某些违背自然理性的规定即便得到议会立法授权也是无效的：

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。^[2]

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。^[3]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”。

“博纳姆医生案”也让我们反思“先例”一词的意义。普遍的误解是，普通法中的先例是像以下“马伯里诉麦迪逊”那样的著名或“典型”判例，似乎和以后的判例无关。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“先例”了。

反观中国的“案例指导”制度，“先例”往往是法院领导或审判委员会“圈定”的；虽然这种决定很可能是有理由的，譬如农村外嫁女是否应保留原村的土地，但是这些理由却没有出现在判决书中并经过公开检验，而是以行政命令的方式确定下来，并在今后判案中得到无条件的遵守。事实上，中国“先例”或“判例”制度不仅是为了保证类似判决的前后一致，而且也是为了判决“效率”——更准确地说，速度，而讨论和质疑恰恰是耗时费力的事情。然而，如果没有不断的反思、质疑和比较，通过行政命令形成的“先例”可以是很任意、很武断因而可能也很短命的。

2. “马伯里诉麦迪逊”：案件的起因

出于种种原因——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，各州开始制定州宪，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，因而有必要在此给一个详细交代。

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。恰逢最高法院的总法官年高退休，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任书寄给马伯里。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”的委任书，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任书。于是马伯里诉诸法院，要求命令国务卿送交授予他的委任书，由此引发了一场具有里程碑意义的宪法诉讼，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。

3. 马伯里决定及其推理

受案之后，站在原被告之后的联邦党和反联邦党都等着看一出好戏，但是马歇尔大法官的判决或许令双方都感到意外。法院判决原告马

伯里的权利确实受到政府被告的侵犯，而法治国家有义务为政府违法提供法律救济。这么说来，法院应该判决原告胜诉了？恰恰相反，法院判决原告败诉——不为别的，只是因为他在一个错误的法院启动了这场诉讼：诉状应先递给下级法院，而不是最高法院。那法院撤案就完事了？有人抱怨马歇尔兜了个大圈子、说了一通大道理，其实根本没必要也不恰当，因为结论就是不受理，还有多少理好说？但是如果你是当事人，法官就对你说你的案件“不属于本院受案范围”，你会感到满意吗？因此，即便不受理，也要将不受理的理由说清楚，而马歇尔这一说就创造了一个惊天动地的先例出来。

原来马伯里虽然将诉状交错了法院，但造成这个错误的不是他本人的疏漏，因为他是按照《司法法》的规定才这么做的，因而始作俑者是这部1789年国会制定的法律。法律这么规定是错误的，因为根据马歇尔的理解，宪法要求这类诉讼应由下级法院行使初审管辖权，而最高法院只能行使上诉管辖权，因而只能受理上诉而非初审案件。既然宪法不仅是法，而且是“更高的法”，法院在宪法和《司法法》发生冲突的情况下显然只能适用上位法，而《司法法》的这条管辖规定则因“违宪”而落得无效的命运。议会制定的法律居然可能是违宪的，马歇尔的结论着实让所有人都大吃一惊！别看“违宪”在今天看来几乎成了街头常识，这个词在当时还是破天荒第一次出现。

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。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。马歇尔法官雄辩地表明，尽管宪法文字没有明确规定，但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，有必要先说明美国《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。

第一，美国《宪法》的有限政府原则。美国联邦宪法本身没有任何条文，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。第二次大战后制定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。尽管在技术上受到不少批评，但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定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，那么包括立法权在内的政府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。这听上去也许令人吃惊，但一个普遍的事实是，所有宪政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崇高的名目行使的，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，并最准确地表述于《联邦党文集》第51篇。在这篇著名文献中，麦迪逊

（James Madison）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。^[1]

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。虽然议员也通过周期性选举受制于

选民控制，但是两次选举之间人民代表还是有诸多机会将自己的利益置于人民的利益之上，甚至通过立法篡改选举机制。假如议会立法索性取消了选举，将议员资格变成世袭制怎么办？这当然是一个极端的猜测，但是确实表明人民代表也可能滥用自己的立法权。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。

第二，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”。^[2]

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一定的启示。《宪法》第六章规定了“联邦最高原则”：“本宪法以及根据其所制定的合众国法律……，乃是国家的最高法律；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“根据宪法所制定的合众国法律”；如果所制定的法律——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，至少某些宪法规定没有给立法机构留下任何自由裁量的余地；否则，“宪法章节的其余部分就成为多余，变得毫无意义。”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，那么宪法规定也就名存实亡了。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5条对修宪规定的严格（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受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。^[1]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。

第三，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法规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。^[1]

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定以前的行为，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。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例的判决，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。

4. 马伯里的遗产：成文宪法的“司法化”

值得注意的是，英美都是普通法国家，司法判例在国家法律体系中发挥重要作用。但近代以来，随着议会民主的兴起，普通法逐渐让位于成文法，司法判例必须依据且不得抵触代表民意的议会立法。然而，成文宪法的制定给传统民主与法治模式带来了新的变数，马歇尔的论据也确实很大程度上依赖美国《宪法》的成文性。马伯里决定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。

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。因此，尽管宪法本身也是成文法，但是成文宪法的作用非但不是削弱司法权威，而是让司法权“更上一层楼”，颇有通过司法审查反超成文立法之势。看起来吊诡的是，成文宪法反而回归了普通法传统。

这里当然有一个前提，也就是成文宪法和司法审查之间确实存在着密不可分的依存关系。逻辑上的关系是不存在的，因为当今世界不乏有宪法而无宪政的国家，但是如果确实认真对待宪法，那么马歇尔的论点在逻辑上是难以反驳的。以英国为例，这个国家之所以迟迟不制定成文宪法，在很大程度上正是为了回避马伯里决定的结果，以免传统的议会至上教义受到司法审查的困扰。由此看来，要回避司法审查的逻辑，只有牺牲成文宪法，维持“不成文宪法”状态。

不过在当今世界，不成文宪法国家越来越成为“珍稀动物”。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。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，并规定了极其复杂的司法审查体制。虽然还不能说英国司法有权进行司法审查，它离此目标越来越近了。

5. 从政治斗争到宪政——马伯里决定的启示

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，可是说是“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的批评与反思中确立下来，成为美国宪政的首要支柱与象征，也是美国对世界宪政的开创性贡献。

对比中国清末保守派与改良派或民初国民党和袁世凯之间的较量，一个值得思考的问题是：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”？马伯里诉麦迪逊当然是政治斗争的产物，但是这种生成制度的内部斗争是建立在三权分立基础上的，因而也是不可能在一个高度集权国家出现的现象。比较以下“玉米种子案”，不难理解为什么马伯里决定这样的制度不可能从人大至上的最高权力逻辑中推演出来。

三、宪法效力与司法审查

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。

我們已经看到，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条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》那样一揽无遗、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200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，《第五共和宪法》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”。

1. 法国革命及其历史遗产

从1789年到1958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。^[1]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”。^[2]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，以至由少数法官来控制代表社会多数的议会所制定的立法，在法国人看来近乎于“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题，乃是议会在制定法律时的任务。”^[3]

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。

2. 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大战结束，法国各经历了4次共和与王朝，更换了近15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。

在第二次大战之后，法国成立了第四共和，并在激进与保守势力的激烈争斗中采取了折衷、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。^[4]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定法律，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。

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。

3. 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。1789年，法国领导了世界民主潮流；1958年，法国又率世界之先退出了传统民主模式。

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。^[1]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。^[2]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”。

在1971年的“结社法决定”^[3]，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。

4. 《人权宣言》的“司法化”——“结社法决定”

部分由于缺乏司法审查机制，1789年的《人权宣言》一直没有得到实施。直到1971年，宪政院才通过“结社法决定”改变了这种状态。^[1]1901年的《结社契约法》规定了法国的结社自由。它取消了《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；后者取名为“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”传送承认通告的收据。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，传送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、或法院未在规定时间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，参议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，社团可被自由形成，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3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3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”，因为它并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。

不过，“结社法决定”也有超越马伯里决定的地方。注意马伯里决定的依据是《联邦宪法》第3条，但是“结社法决定”的依据却并非直接来自《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。决定的依据而是“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3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3项标准则是宪政院控制权利来源的实体限制。

2008年，在第五共和成立五十周年之际，法国对《第五共和宪法》进行全面修正，其中的重要内容之一就是确认了公民提出宪法审查的权利。修正案规定，在行政法院或普通法院受理的一般诉讼案件中，如果宪法保障的个人权利受到已生效法律之侵害，当事人可以提出申诉，并由最高行政法院或最高法院进行审查；如果最高行政法院或最高法院认为有必要对该法律规定进行违宪审查，应提交宪政院审理。^[1]由此可见，虽然个人仍然不能直接提请宪政院审查已生效法律的合宪性，但是修宪已经为此奠定基础。首先，最高法院或行政法院都可以对法律合宪性的质疑进行初步审查；其次，宪政院的职能也不再限于针对未生效法律的审查，而有权审查已生效法律的合宪性。历史将证明，这一修正对于法国革命以来的民主宪政传统是意义深远的。

5. 宪法“司法化”与宪法的稳定性

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，因而也就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的丢弃它——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”。

在历史上，法国宪法可谓命运坎坷；由于法国朝野对宪政审查的激烈抵制，大革命的宏伟《宣言》并没有给平民百姓的权利提供任何实质性的宪法保护，也没有能建立一个稳定的宪法政体。只是到1958年，第五共和才建立了一部稳定的宪法，且这至少部分归功于宪政院的不懈努力。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。

美国也同样验证了这一点。美国修宪之所以难比登天，以至建国两百多年来只通过了27条修正案，不仅是因为修宪程序困难，而更是因为修宪触动无数人的利益；有的支持，有的反对，而修宪的超多数要求往往导致维持原状。1973年“堕胎案”判决一出，抗议声四起，反对派纷纷要求通过修宪撤销原判。不过反对声浪虽然波澜壮阔，但是并不统一；有的认为判决干预地方民主、贬损宗教传统，有的则认为判决对妇女自由保护得还不够，各自的修宪提议当然南辕北辙、不成气候。1989—1990年两次“焚烧国旗案”分别判决德州和联邦法律无效，也是让上上下下义愤填膺、立誓修宪，但是不过一年便销声匿迹，直到今日已无人再提此事。其实虽然修宪议论听上去甚嚣尘上，一旦真正启动必然威胁改变宪法保护的权力结构，因而招致更为强劲的反反对。一部反映主流民意并真正获得实施的宪法或许不乏反对者，但是注定拥有更多的支持者。

如果一个国家的宪法说改就改，一般无外乎两个原因。一是宪法规定不能反映社会现实或主流民意，因而不再适应社会发展。例如中国1982年宪法颁布后的四次修宪，都是因为经济改革使宪法原先规定的经济体制不适合市场经济发展，以及宪法原先没有规定法治国家、人权保障、私有财产不受侵犯、征用补偿这些基本原则。二是宪法并没有得到有效的实施，没有人感觉直接受益，也没有人感受到修宪之害，因而在修改乃至重新制宪的时刻没有人主动起来维护原有的宪法。当然，如果某些宪法条款深得民心，譬如法治、人权、财产保障，那么即便宪法没有在制度上得到有效的实施，仍然不可能随意删改这些条款。

四、中国宪法的司法适用

1. 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仰皆是，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”反而不成为“法”了——中国宪法似乎陷入了“白马非马”的悖论。

对于这种状态，中国的司法部门负有部分责任。在1955年对新疆高级人民法院的批示中，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，……在刑事判决中，宪法不宜引为论罪科刑的依据”。^[1]在1986年对江苏省高级人民法院的批复中，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。^[2]只是到了最近，在宪法效力问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适用的广泛讨论。^[3]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。此后中国《宪法》有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”……乃至在宪法制度上的进一步发展；否则，它只是中国的后无来者的“博纳姆医生案”。

2. “宪法司法化第一案”及其废止

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。10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人民法院请示由姓名权纠纷引发的受教育权问题。^[4]

最高人民法院的批示回复：“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。”^[5]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。

值得指出的是，“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，而这就引出了“第一案”同样的问题，因为从主要被告的身份来看，“第一案”主要也是一个民事案件：宪法是超越所有法律的“更高的法”，但是发挥公法作用，因而宪法义务只能被施加于国家机构，而不是公民个人。因此，民法案件不可能成为宪法案件，宪法对民法案件至多只能产生间接的“辐射效应”。

2008年12月，最高法院公告停止了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。^[1]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。^[2]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。

3. 宪法审查是否抵触中国现行的国家制度？

由于中国采取人民代表大会制度，司法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”，它和代议机构所制定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，那又该如何处理它与人大之间的关系与地位问题？

其实，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条第1、2款规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。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1/5以上的人大代表提议，并由全国人大以全体代表的2/3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确切含义，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消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大制度或人民主权原则。

[1] Dr. Bonham's Case, 8 Co. Rep. 107a, 77 Eng. Rep. 638 (C.P. 1610).

[2] Theodore Plucknett, "Bonham's Case and Judicial Review", 40 *Harvard Law Review* 30 (1926).

[3] Bernard Schwartz, *A History of the Supreme Court*, New York: Oxford University Press (1993), pp.3—6.

[1] Holmes v. Walton, 参见张千帆：《西方宪政体系（上册·美国宪法）》，中国政法大学出版社2000年版，第37—45。

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

[1] Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), NAL Penguin (1961), pp. 320—324.

[2] 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，第43—44页。

[1] 对这一问题的阐述，始见于汉密尔顿的《联邦党文集》第78篇，参见张千帆：《西方宪政体系（上册·美国宪法）》，中国政法大学出版社2000年版，第34—35页。

[1] 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，第43—44页。

[1] （法）莱昂·狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，辽海出版社1999年版，第141—142页；王名扬：《法国行政法》，中国政法大学出版社1988年版，第574—576页。

[2] 章谦凡：《市场经济的法律调控》，中国法制出版社1998年版，第258页。

[3] John Bell, *French Constitutional Law*, Oxford University

Press (1992), p. 25.

[1] 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，第12—14页。

[1] 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，第37—45页。

[2] 同上书，第41—42页。

[3] 1972 D. 685，同上书，第79—80页。

[1] 1972 D. 685，参见张千帆：《西方宪政体系（下册·欧洲宪法）》，中国政法大学出版社2001年版，第79—80页。

[1] 参见王蔚：《法国修宪新动向：五十年后回归民主？》，载《中国经济时报》2009年1月20日。

[1] 《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。

[2] 《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。

[3] 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。

[4] 《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。

[5] 《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。

[1] 参见张千帆：《法院无权回避宪法》，载《南方都市报》2009年1月7日。

[2] 《公安局政委女儿冒名顶替上大学》，载《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》，载《北京晚报》2009年5月15日。

第九讲

司法审查的模式与方法



上一讲探讨了司法审查制度的历史发展及其对中国的启示。我们看到，司法审查制度是实现宪政的必要手段。各国经验表明，宪法没有司法审查，就如同民法、刑法或行政法没有诉讼一样，规定得再完美也得不到有效实施。虽然司法审查确实存在“反多数主义难题”，但是这个难题并非不可克服，而和宪法完全不能实施的后果相比，司法可能滥用权力的后果显得轻微多了。事实上，这一讲正要证明，司法审查和民主不但没有本质冲突，而且和民主共同发挥着抗衡专制的功能。

这一讲进一步讨论司法审查的模式，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。然后，我们介绍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。最后，我们进一步探讨宪法审查与民主政治之间的关系。这种关系在民主国家里特别重要，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分享着同样的问题。

一、司法审查制度的发展与现状

不夸张地说，20世纪是司法审查的世纪。^[1]据不完全统计，在目前180多个国家和地区的宪法（或基本法）文本中，已有近150个文本规定了某种形式的司法性质的宪法审查制度，而除了美国（1803年）、印度尼西亚（2003年）、阿富汗（2004年）、伊拉克（2005年）等极少数国家之外，绝大多数国家或地区的司法审查制度都是在20世纪建立的。^[2]如果说司法审查是宪法规定获得落实的制度保障^[3]，那么从宪法到宪政的根本转变确实构成了20世纪不可逆转的大趋势，并且有理由相信这个趋势将持续到21世纪。

1. 司法审查制度的历史发展

然而，司法审查制度的发展并不是一帆风顺的，而是经历了漫长曲折的过程。自1803年的美国经典判例“马伯里诉麦迪逊”之后，司法审查制度经历了一个相当长的“休眠期”。在此后的一个多世纪里，除了法国的持续和积极抵制之外，这项制度甚至没有引起大多数国家的关注，以至在整个19世纪的绝大部分，美国可以说是实行司法审查的“孤家寡人”。在此期间，欧洲少数国家曾试图移植美国模式。1789年7月11日，拉菲亚特（La Fayette）将美国《权利法案》的草案介绍到法国，开始了欧洲借鉴美国宪法的努力，但获得成功的只有瑞士和三个北欧国家。1814年的挪威宪法没有规定司法审查，但是自从1890年代开始，最高法院的判例肯定了司法审查。在1885至1930年期间，法院判决二三十项法律违宪。^[1]由于宪法文本没有明确规定衡量法律合宪性的标准，法院只有发展不成文的宪法原则来约束立法。类似地，丹麦宪法没有规定司法审查，但1921年的判例审查了要求为了公共目的的财产征收必须给予完全补偿的法律，结论是法律并不违宪。1809年的瑞典宪法没有规定司法审查，但在1964年11月13日的著名判例中，最高法院为了将宪法惯例转化为成文法，打破了宪法沉默并行使了司法审查权。^[2]虽然1975年的宪法文本也没有规定司法审查，但1978年议会通过的修正案最终明确规定了这一制度。当然，和美国相比，北欧国家的司法审查仍然是极为温和并难得使用的。在瑞士，除了在联邦审判庭（Federal Tribunal）直接提起诉讼之外，普通人一般也可以在普通法院申请审查。根据联邦法律超越州法的原则，瑞士法官一般有权不适用违反联邦宪法的州法。但在

2000年修宪之前，瑞士的司法控制仅限于针对各州法律，而不能针对联邦法律的合宪性。

在欧洲其他地域，美国模式可以说是遭遇了“滑铁卢”。在20世纪之初，罗马尼亚和希腊法院都曾拒绝适用违宪法律，1911年的《葡萄牙宪法》第63条明确授权法院不适用这类法律，但是这些制度并没有持续下来。^[3]在两次大战之间，欧洲各国也曾试图移植美国的司法审查制度。根据《魏玛宪法》第102条，1925年11月4日的帝国法院决定判决普通法院具有司法审查的义务。然而，帝国法院却从来没有依据宪法而决定任何具体案件，除了有关平等权的有限判例之外也没有为个人权利提供任何保护。这种状况即使在战后也没有改观。1948—1956年之间，在宪政法院正式运行之前，意大利最高普通法院（Court of Cassation）实验了美国模式，代行司法审查之职，但是终究功败垂成。究其原因，首先是在此期间，欧洲国家的宪法并不是最高的法律。在法国第三共和时期，假如议会遇到法院的司法审查障碍，可以通过简单多数再次肯定原先的立法；在德国魏玛共和时期，根据《宪法》第76条规定的2/3多数通过的法律可以“实质性偏离”宪法规定并削弱基本权利，相当于在没有明确修宪的情况下改变宪法。更重要的是，欧洲法院在传统上就无权解释宪法：“在美国，宪法是神圣的；在欧洲，‘法律’——立法——是神圣的。”欧洲法官在心理上也不习惯行使司法审查所涉及的价值取向的准政治职能。他们一般是“职业”（career）法官，其职业训练主要是在于立法的技术性而非政策性适用，而宪法的实施则比普通立法解释要求更高的司法自由裁量权。^[1]这也是为什么奥地利宪法之父凯尔森（Hans Kelsen）认为司法审查带有立法而非纯粹的司法特征，因而美国模式似乎确实不适合欧洲国家的“胃口”。在凯尔森等人的倡导下，奥地利等少数国家在20世纪20年代前后实行了新的司法审查制度，从而开拓了目前世界通行的另一大司法审查模式，但是欧洲模式的确立和普及还得等待法西斯统治和战争结束之后。^[2]

司法审查的长期沉寂是完全正常的，因为无论是欧洲还是美国模式，司法审查制度都是建立在政治民主基础上的对多数主义

（majoritarian）游戏规则的一种“反动”。如果民主制度没有真正建立起来，那么这个国家的司法审查制度不仅存在阻力、缺乏动力，而且几乎完全成了“无的放矢”——司法审查就是为了制约民主而设计的，因而必然会因为民主的缺位而失去存在理由。当然，有些民主国家未必感受到司法审查制度的绝对必要性，或者在权衡利弊之后选择放弃之——例如1958年之前的法国和迄今为止的英国。其实英国只是没有一部集中的成文宪法，只有分散而残缺不全的基本法文件，但是并非没有宪法性法

律。^[3]然而，最高法的缺位至少部分造成了英国没有司法审查的事实；假如英国有一部成文宪法，那么英国法院恐怕早已遇到马歇尔法官在“马伯里诉麦迪逊”中指出的问题：如果法官遇到他认为违宪的法律该怎么办？事实上，1998年的《人权法》已经体验了这种困惑：一旦法律体系中出现了“基本法”，那么某种程度的司法审查就是在所难免的。到目前为止，正如《人权法》的复杂机制所体现的，英国的司法审查仍然被议会至上理论限制着。英国等极个别例外表明，民主是司法审查的必要而非绝对的充分条件。

但我们可以肯定地说，没有民主，司法审查制度注定建立不起来，即便一时建立起来也不可能稳固，更不可能发挥实质性作用。因此，在威权主义盛行的整个19世纪，大多数国家对司法审查制度的无动于衷是不足为怪的。事实上，即便在欧洲的先行者奥地利，司法审查也是昙花一现，很快为法西斯统治所湮灭。希腊（1975年）、葡萄牙（1976年）和西班牙（1978年）的审查制度都是在军人统治垮台后才建立的，前南斯拉夫的司法审查制度也是在脱离苏联轨道并获得政治上的自治之后，才在1963年宪法规定的基础上建立的。这些事例进一步证明，专制统治和司法审查是不能兼容的，政治民主是司法审查的必要（虽然未必充分）条件；要在世界范围内建立起行之有效的司法审查制度，还有待民主化浪潮的到来。

在第二次大战推翻纳粹和法西斯统治后，司法审查制度引起了世界各国的普遍兴趣，并在欧亚国家如雨后春笋般建立起来。这些国家的宪政革命之所以发生，是因为他们认识到宪法及其所保障的权利只有在获得司法机制的实施之后才能成为有效的法律，否则就难以遏止专制悲剧的重演。事实上，对于那些原先的非民主国家，建立宪法审查制度是解决社会危机、防止专制复苏的最好办法。因此，欧洲各国首先重建了其宪政体系。除了英国与荷兰之外，西欧和北欧各国都建立了某种形式的宪政审查制度。其中北欧国家、希腊和瑞士采纳了美国模式，奥地利（1945年）、联邦德国（1951年）、意大利（1956年）和法国（1958年）、塞浦路斯（1960年）、土耳其（1961年）、南斯拉夫（1963年）、葡萄牙（1976和1983年）、西班牙（1978年）、比利时（1984年）和波兰（1985年）等国则选择了欧洲模式。总的来说，这些国家的宪法审查是非常成功的。和法国宪政院一样，它们都积极进入政治上敏感领域，例如有关堕胎立法的合宪性、男女平等和社会福利问题。虽然判决结果各不相同，但是这些决定的共同之处在于它们都体现了一定程度的司法能动性，并都对维持宪法的生命力做出了贡献。

第二次大战并没有结束欧洲的所有专制，欧洲其他国家是等到政治

体制的根本转变之后才开始实行司法审查的。西班牙的佛朗哥（Franco）革命是欧洲变革的一个先兆。1978年宪法建立了宪法审判庭（Spanish Constitutional Tribunal），1980年开始运行。法院由12位法官组成，由国王任命，其中国会（Congress）和参议院（Senate）各提名4人、内阁和司法权力委员会（General Council of the Judicial Power）各任命2人。宪法审判庭的管辖权包括国家机构之间的权力冲突、针对侵犯基本权利的行政和司法行为的私人诉愿（amparo）、法院和条约的合宪性。适格提出合宪性审查的主体包括总统、50位众议院或参议院议员、自治区政府或护民官（defensor del pueblo）。普通法院如果在诉讼过程中遇到宪法问题，也可以向审判厅提出。尤其在国家和自治区的权力平衡问题上，审判厅已经发挥了重要作用。私人诉状制度则可追溯到阿拉贡（Aragon）王国时代，在19世纪为拉美各国所采用。西班牙1931年《宪法》也明确规定了这项制度。根据现行《宪法》，在普通法院未能提供适当保护的情况下，私人可以请求其基本权利不受行政行为或司法判决的侵犯。私人诉愿并不能直接要求审查法律的合宪性，但审查诉状的分庭可以将有关法律的合宪性问题提交给全体法庭。由于当事人不信任普通法院能形成适当的宪法原则，因而私人诉愿的提出相当频繁，构成了全部案件的90%。

在欧洲宪政复兴之后，司法审查制度——无论是欧洲模式还是美国模式——在各国逐步建立起来。首先，一些亚非国家逐步摆脱了殖民统治，并在建立独立民族国家的过程中立宪。其次，到20世纪后期，前苏联和东欧国家通过政治改革完成了和平宪政转型。和以往宪法革命不同的是，中东欧的宪法变革是以修宪形式开始的。例如在1989年，匈牙利修改了1949年《宪法》，转变为一个多党制议会民主和市场经济国家。在理论上，1949年的匈牙利《宪法》仍然有效。波兰的宪法改革也同样始于1952年《宪法》的修正案。1985年，波兰通过修宪建立了宪政法院，并于1989年进一步扩大了其审查范围。1992年，波兰因在立宪的一些根本问题上未能一致共识而通过了一部“小宪法”。只是到1997年，波兰才通过了后共时代的新《宪法》。^[1]在某种意义上，这些国家以最温和的修宪形式包装了最激进的宪法革命。与此同时，南非、韩国和中国台湾地区也发生了根本性的宪法改革。例如从1990年开始，南非白人政府出于内外压力，和曼德拉（Nelson Mandela）领导的非洲国民议会（ANC）谈判，最后同意授予有色人种选举权，从而和平完成了民主宪政转型。^[2]在所有这些国家或地区，司法审查制度必然是宪政改革的标志性成果。发展到目前阶段，世界上的宪政国家可大致分为三类：以美国为代表的具有连续和稳定宪政传统的“老牌”宪政国家，以法、德为代

表的宪政发展史上曾出现过中断的“后起”宪政国家，以及以中东欧的后共产主义国家为代表的“新兴”宪政国家。^[3]目前世界上绝大多数的司法审查制度来自这些民主宪政的后起或新兴国家。道森等教授的《比较宪政》一书总结了目前世界上的四种主要立宪模式，大致对应着政治民主的不同发展时期^[4]：第一，在“经典时期”（18世纪末至19世纪），美国和法国通过革命或战争等暴力手段推翻旧体制，美国进而在有限的政治民主之上建立了司法审查制度。第二，在战后时期（20世纪中期），德国、奥地利、意大利、日本等国在战败或外国征服下发生民主宪政革命，但是并非所有摆脱法西斯或军国主义专制的国家（如韩国）都抓住了这次机遇。第三，从1978年的西班牙革命开始，主要在苏东改革时期（20世纪末），苏联、东欧、韩国等国家和地区通过政治改革完成了和平宪政转型。第四，从战后开始，诸如南非等一些亚非国家逐步摆脱殖民地位，并在建立独立民族国家的过程中立宪。当然，立宪乃至司法审查制度的入宪未必意味着宪政，某些缺乏宪政传统的国家可能在立宪不久之后又回归专制，而专制下的“司法审查”必然是徒具虚名的。但是司法审查制度的建立毕竟意味着宪政的希望，因而宪法文本仍然是司法审查研究的起点。

2. 司法审查制度的总体分布

在目前收集的188个国家或地区的最新宪法文本中，有150个文本规定了某种形式的司法审查制度，加上美国、以色列以及三个北欧国家的司法实践，司法审查在世界范围的“覆盖率”高达82%（见表9.1）。更具体地说，规定司法审查的宪法文本的国家比例在美洲、欧洲和非洲最高（分别为92%和89%），大洋洲其次（79%），亚洲最低（65%）。^[1]目前亚洲有17个国家^[2]、欧洲^[3]和非洲^[4]各5个国家、美洲^[5]和大洋洲^[6]各3个国家没有规定任何形式的司法审查。在数量上，亚洲没有规定司法审查的国家超过了其他四大洲同样国家的总和。

表9.1 司法审查制度的世界分布（国家数量）

地理位置	司法审查/总数	分散审查制	集中审查制	混合制
亚洲	32/49(65%)	18	13	1
美洲	31/34(92%)	25	4	2
欧洲	39/44(89%)	8	26	5
非洲	42/47(89%)	13	28	1
大洋洲	11/14(79%)	11	0	
总数	155/188(82%)	75	71	9

总的来说，司法审查制度和地区的经济发展程度与法治状况并不存在严格的对应关系。这项比较研究显示，包括英国、荷兰和新西兰在内的某些发达国家也没有规定司法审查制度。以新西兰为例，1986年宪法没有规定任何司法审查机构。1990年，新西兰通过了《权利法案》，但该法只是列举了权利条款。1993年的《人权法》（Human Rights Act）及其修正案设立了“人权委员会”（Human Rights Commission）和“人权审查所”（Human Rights Review Tribunal），但并未授权这些机构审查立法合宪性的权力。虽然人权审查所带有司法性质，其成员必须由法官担任，但是其成员可以兼职并无限连任的规定（第100条）表明其独立性是相当有限的。

另一方面，在宪法中规定某种司法审查制度的国家中，也不乏埃塞俄比亚、乌干达、尼加拉瓜等相对落后国家，或像伊拉克与阿富汗这样至今战乱频仍的国家。然而，尽管不少经济和法治落后国家规定（但未必有效实施）了司法审查制度，没有实行司法审查制度的发达国家却仅限于少数例外。除了新西兰之外，这些国家主要集中于欧洲，因而都受制于欧洲联盟法院和欧洲人权法院的约束。因此，一个国家的宪法文本是否规定司法审查制度，和其经济发展水平并没有明显的相关性。

表9.1清楚显示，绝大多数国家的宪法文本都规定了某种形式的司法审查制度。至少在文本层次上，司法审查已经成为各国宪法的通例。当然，司法审查的入宪并非宪政的充分条件；事实上，它也不是严格意义上的必要条件，例如美国和北欧国家就是在没有宪法文本授权的情况下建立司法审查制度的，甚至像以色列这样的并非严格意义上的成文宪法国家最终也能行使司法审查权。然而，这些国家毕竟只是例外。对于绝大多数国家，司法审查的实践离不开宪法文本的授权。

二、审查机构

迄今为止，宪政审查在组织机构上无非采用两种模式：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。

1. 分散审查模式

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一一般性：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国家，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”表示不为宪政审查设置专门的法院。马伯里判决把宪政审查也纳入普通法院的范围。

这种体制的主要特点是其“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。和大陆法体系不同的是，普通法体系的法官享有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。

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”（consent）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。

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”（见第三和第二十二讲）。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”。

2. 集中审查模式

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、司法决定仅针对个案而不具备普遍性等，而他所设计的奥地利模式解决了这些问题。^[1]

凯尔森的名字是和他首创的“纯粹法学”紧密联系在一起^[2]，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，但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。

3. 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款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。”

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。

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。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位法官中，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。

《基本法》和组织法力图切实保障宪政法院的独立性，法院完全实行内部管理。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。起先，在法院的人事和预算上，司法部长曾有一定程度的控制权。但在1960年，宪政法院取得完全独立，以自行处理所有内部事务。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不得受到削弱，联邦宪政法院组织法的修改必须得到联邦宪政法院的同意。

4. 法国的宪政院

法国也同样没有照搬美国的经验。和受其思想影响的欧洲其他国家类似，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。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条所规定的权能领域。但宪政院并非是审查合宪性的唯一机构，例如它无权审查内阁根据第37条所制定的规章；后者属于国政院——而非宪政院——的管辖范围，且和美国的普通法院或德国宪政法院不同，宪政院起初被认为无权审查立法对公民权利的侵犯。

由于宪政院是一个“院”（Couseil），在性质上相当于一个“委员会”，而不是严格意义上的“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，不可连任。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；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也不能再保留宪政院职务。虽然宪政院并非严格的司法机构，但《宪法》第62条规定宪政院的决定约束所有的政府组织，因而明确承认了宪政院决定的法律效力。

宪政院的职能主要体现于4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。第三，在创立初期，宪政院的主要职能是控制宪法第34和37条所规定的立法与执法分权。最后也是最重要的，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，议会程序规则和组织法则在生效前必须经过宪政院审查。

根据第61条，提交审查的主体原先局限于共和国总统、总理、众议院和参议院议长，但是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。2008年的宪法修正案改变了纯粹的事前审查体制，首次承认公民附带提起事后审查的权利（详见第八讲）。虽然无论就其政治组成还是判案方式而言，宪政院都不是普通意义上的法院，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。”

5. 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。世界上绝大多数宪政国家采取事后审查制，因而司法审查的对象是已经生效的法律。事实上，在个案诉讼中，法律生效是一个必要条件；否则，假如法律效力本身存疑，法案对公民权利还没有产生任何可见影响，那么不仅案件在时间上尚未“成熟”（ripe），而且原告也因为没有受到实际伤害而缺乏适当资格（standing）。

然而，法国另辟蹊径，采取了事前审查机制。除了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。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，主要的补救办法是通过议会自己修改立法。虽然2008年修宪为事后审查提供了铺垫，但毕竟是通过间接提交，其有效性尚待观察。因此，法国宪法审查的主要特征仍然是事前审查，而事前审查必然意味着抽象审查。和普通法院不同，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。^[1]之所以如此，至少部分是因为法国仍然恪守大革命的民主理念，坚持立法一旦通过就不得再受到司法性审查；否则，似乎就等于法国人一直十分警惕的马伯里逻辑在法国最终胜利了。

和事后审查相比，事前审查有利也有弊。事前审查的主要弊端在于审查的抽象性，使得宪政院在缺乏具体个案背景的情况下做出合宪性判断，因而在某种意义上发挥了立法者而非司法者的作用。另外，在法案通过之后但生效之前提出宪法挑战，在时间上显得比较仓促；问题在于，某些法律的违宪性可能要在法律实施一段时间之后才能体现出来，而一旦法律生效后，似乎只有靠议会修改立法。事前审查的好处在于节省时间、提高效率，不会发生某些宪法案件可能一拖好几年的情况。

《宪法》第61条规定，宪政院必须在一个月的期限内作出决定，但是在内阁提请的紧急情形下，必须在8天内作出决定。最后，法国的处理方式固然限制了审查立法合宪性的时间范围，但也确实有助于提高法律效力的确定性，避免了某些法律实施了好几年乃至几十年之后才受到挑战

和撤销的不合理状况。

三、审查要件

1. 审查范围

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。

《美国联邦宪法》第3条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：只有对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三章的“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。因此，法院不能应总统之邀，对法律议案的合宪性或合适性给予不具备约束力的“咨询性意见”（Advisory Opinion）。

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。

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。

2. 诉讼主体

由于宪法诉讼的被告一般只能是政府机构，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”：前者涉及到政府机构之间的争议，因而只能由政府机构提出；后者涉及到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。

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”；它必须恰到好处，才能符合“具体争议”。首先，争议必须“成熟”（ripe）。因而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的受到挑战。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。

在法国，提起宪政申诉的权利仍未完全“下放”到普通公民。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，只有参院院长才能提交法案。修宪后，参议院少数派无须说服其院长，即可自行筹集60人签名并提交宪政院审查。皆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；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%法案的章节被要求作出修正。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章的机构分权原则，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，这种结局和制宪会议的初衷大相径庭。

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。可以说，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^[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，法国自第五共和开创的司法审查实践甚至比美国有效得多。

四、中国宪法审查模式之探讨

1. 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代给全国人大常委。

《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。

2. 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。

3. “洛阳种子案”——中国司法审查的障碍

就目前来看，司法审查在中国还存在制度和观念上的障碍。发生在2003年的“洛阳种子案”表明，在司法地位偏低的权力结构体系中，在崇尚通过政治和行政控制解决一切争端的权力文化中，司法审查制度不可能自然产生，因而虽然以下问题的性质和“马伯里案”类似，但是发生在中国的过程和结果都表明，中国法院不可能像马伯里决定那样通过机构冲突确立司法审查制度。

2001年，汝阳县种子子公司委托伊川县种子子公司代为繁育杂交玉米种子20万斤。后来，伊川县种子子公司将种子按市场价转卖他人，因而未能向汝阳县种子子公司如期履约。2003年，汝阳县种子子公司诉至洛阳中院，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”计算，被告只需要赔2万余元。^[1]

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》作为法律位阶较低的地方性法规，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24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。只是在全国舆论压力下，洛阳才撤回了免职决定。

其实，即使假定洛阳中院错判了，它也未必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”或构成“严重违法行为”。作为不同级别的代议机构，河南省人大常委会更无权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”。作为代议机构，人大也不宜直接干预司法判决，因而不仅省人大无权要求省高院对洛阳中院的“违法行为”作出“处理”，而且除了通过法律规定的上诉程序之外，省高院和市人大都无权处理中级法院的“错误判决”。“洛阳种子案”的处理方式表明，在权力金字塔中，司法即使

在其职权范围内的发挥空间也是相当有限的。

虽然“种子案”不直接涉及宪法，但是它在本质上是和马伯里决定一致的。“种子案”本身不是一个性命攸关的大案，但是已经涉及许多重要的宪法问题——中央立法和地方立法的关系、地方法院和同级人大的关系、上下级人大的权力关系以及究竟是“人大”还是“法大”的问题。按宪法规定，河南省人大常委会本来是由河南省人大选举产生，而省人大又是由洛阳市等下级人大选举产生的，应该对它的选举机构负责，但是实际上却成了它们的“上级领导”。“种子案”表明，一旦这个“领导”解释自己制定的法规，立法权和司法权以及行政命令权的高度合一会给法治带来什么。难道我们还应该坚持人大释法或释宪的集权模式吗？难道“种子案”的地方人大权力滥用还不足以显示，中国需要建立一套相对独立的宪法和法律解释制度吗？

五、宪法解释的方法

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4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。

1. 文字

和普通法律一样，宪法解释的起点也是条款的文字。如果条文的意义是明显的，解释便到此为止。例如《美国联邦宪法》第1条第2款规定：只有“达到25岁年龄，并至少有7年是合众国公民”，才能被当选为众议员；中国《宪法》第60条规定，全国人大“每届任期5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。

2. 结构

但文字解释经常难以奏效，因为条文的意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，诉诸于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意义。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，答案并不清除。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。

在特殊情况下，文字解释会因特殊困难而不可行。例如欧洲共同体条约是用好几国语言写成的，条约文字在翻译过程中难免有欠准确；另外，共同体条约、规章和指示中有许多条款包含广义措辞，使得严格的文字解释难以奏效。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，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。

3. 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一章第八节规定，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意旨作为条文的解释；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。

显然，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，尽管他们的保守主义倾向使之对大众过程所产生的许多决定同样反感。

历史主义在美国代表着相当影响的保守学派。相比之下，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。

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；即使随便找到几个代表问问，他也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。

4. 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”。格雷教授曾指出，美国的最高法院对于公民权利的保护制订了许多重要案例，极大地拓宽了宪法对公民权利的保护范围。这些案例法当然远远超过了宪法文字的含义，因而被某些法学家认为超越了法院的权力。然而，如果按照历史解释而取消这些“越权”的案例，就将表明美国公民要失去许多他们一直享受的权利（例如孕妇在第一个3月期内选择中止怀孕的自由），而这显然是不现实的。^[1]

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”。通过司法适用，宪法文本的含义随着时代的发展不断成长，原先

一个个孤零零的宪法判例最终像一棵参天大树那样形成一个活的宪法体系。

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4种解释方法。^[2]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征用，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；且普遍措词所表达的权力限度，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1条第9款列举了施加于联邦政府的限制，第10款则列举了施加于各州立法机构的限制。如果在第1条第9与第10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词，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，而不适用于各州立法。因此，我们认为州的行为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，只有驳回上诉。

六、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，并撤消它认为违宪的法律，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。

1. 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那

里，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4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。

第一个是司法失败的例子，也就是最高法院对罗斯福新政的抵制。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^[1]，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。首席大法官法官休斯（C. J. Hughes）代表法院判决工时和工资对州际贸易缺乏“直接影响”，因此原告的企业活动属于联邦无权调控的州内贸易。在遭到法院的一系列抵制之后，罗斯福总统终于提出了“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6名法官超过70岁，而其中4名是“保守派”。罗斯福提议在9名法官之上，新增6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，总统提议未能通过国会，因而没有实现。不过在1937年的一个案例中^[2]，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。

第二个是司法成功的例子，也就是1954年的“校区隔离案”。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^[1]，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，授权白人学校拒绝接受少数民族的孩子。^[2]

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”）^[3]，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、南卡罗来纳、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^[4]，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。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。和新政时期的“失败”判例不同的是，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1960年代的公民权利运动奠定了基础。

不过我们未必完全“以成败论英雄”，因为虽然新政时期的司法决定在政治上是失败的，但是这个过程未尝不符合制宪者所设计的分权制衡的原意。新政确实是对美国宪法的一次根本修正，但是这种实质性修正并没有经过修宪程序，因而最高法院作为宪法的最后守护者自然认为有义务维护宪法的传统理解，至少要通过司法审查让国会和总统对其超越传统宪法授权的措施三思而行。只是在经过和代表民意的政治分支不断碰撞之后，最高法院在确定新政措施确实代表了受到普遍支持的未来趋势之后才最后退却。在这个意义上，新政时期的司法虽然不受社会欢迎，却反而发挥了正常的消极功能。

2. 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，至今却仍富有争议。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。

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。

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。^[1]最后，也是最直接的，法国《宪法》的修宪频率也充分体现出民选机构的作用：在密特朗（Mitterrand）任总统时期的最后18个月，法国一次就通过了3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。^[2]法国的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。

德国虽然也是联邦国家，但是部分由于地域和政治传统上的差异，其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80处立法修正，远比具有200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。

和法国和德国一样，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。

当然，矛盾总是会有的；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。

3. 司法审查与民主

自从1803年美国的马伯里诉麦迪逊判决之后，司法审查就一直面临着“反多数主义难题”。对很多人来说，司法审查不就是由不直接对选民负责的少数几位法官审查多数选民选举产生的过半数议员所通过的法律，于是便指责司法审查是“不民主”甚至是“反民主”的，而法国等国正是出于这个理由长期有意识地抵制司法审查制度。事实上，民主传统最悠久的英国至今仍然坚守“议会至上”的阵地，拒绝通过成文宪法，司法审查当然也就无从开始。从表面上看，司法审查和民主之间似乎确实存在着难以调解的冲突，但是这种看法其实是很短视的。我们习惯于看到美国等宪政发达国家谈论司法审查的“反多数主义难题”，却往往忽视了一个基本事实：司法审查和民主是高度重叠的——凡是有效施行司法审查的国家都是民主国家，而除了英国、荷兰、新西兰等个别例外，几乎所有民主国家都采取了司法审查制度。在这个意义上，民主和司法审查

就像一对形影不离、相互依存的共生体。不深入探讨司法审查和民主的本质，就不能理解两者看上去矛盾但是实质上统一的现象。

司法审查和民主的高度重合并不是偶然的，而是因为两者在根本上都履行着同样的基本功能——抗衡专制，只不过两者的分工不同：如果说民主的有效功能是抗衡少数人的专制，那么司法审查的主要功能是抗衡多数人的专制。事实上，没有民主，就不可能实行有效的司法审查制度；没有司法审查，民主也难以巩固。在第二次大战推翻纳粹和法西斯统治后，司法审查制度引起了世界各国的普遍兴趣，欧洲各国迅速重建了宪政体系。只有在获得司法机制的实施之后，宪法及其所保障的权利才能成为有效的法律，否则就难以遏止专制悲剧的重演。对于原先非民主国家，建立宪法审查制度是解决社会危机、防止专制复苏的最好办法。从第二次世界大战结束后各新兴国家的宪政转型经历清楚表明，司法审查和民主之间存在着高度依存关系，专制是民主和司法审查的共同敌人：希腊（1975年）、葡萄牙（1976年）和西班牙（1978年）的审查制度都是在军人统治垮台后才建立的，前南斯拉夫的司法审查制度（1963年）也是在脱离苏联轨道并获得政治上的自治之后才建立的。

1989年之后，东欧国家在经济、政治、法律和社会等诸多领域发生了根本转变。大多数转型后的东欧国家制定了新宪法，即便在原来宪法基础上修修补补的国家也“旧瓶装新酒”，纷纷实行政治民主，同时建立司法审查制度作为实现宪政的重要手段。东欧国家的经历提供了最有说服力的证据，表明司法审查和民主不仅是完全相容，而且也是相互依存的。在东欧发生民主转型之前，司法审查并不是一个可能的制度选项；转型后，两者同时成为这些国家最重要的宪法制度。虽然在实际运行过程中可能发生矛盾，但是两者在本质上是相辅相成的：民主政治是司法审查制度得以确立的前提，司法审查则帮助民主巩固深化，并防止民主本身所不能纠正的“多数人暴政”。两者联合起来，共同抵御专制——不论是以多数人和少数人的形式。

东欧等国的宪政经验消除了一个误解：司法审查和民主是相互冲突的。从司法审查的历史、功能和实践来看，司法审查和民主之间的冲突只是表面的，而两者在本质上都同样履行着反专制职能——如果民主是为了抗衡少数人的专制，那么司法审查是为了抗衡民主体制下的多数人专制。这是为什么在几乎所有宪政国家，司法审查和民主宛如形影不离的孪生兄弟。在这个意义上，司法审查和民主之间虽然存在一定的矛盾，但在本质上是一对相互依存、相互补充和相互制衡的共生体。

在这个意义上，司法审查和民主就好比一对矛盾中的共生体。司法审查制度依靠民主获得存在理由：建立在政治民主基础上的对多数主义

(majoritarian) 游戏规则的一种“反动”；如果民主没有真正建立起来，那么司法审查制度不仅存在阻力、缺乏动力，而且几乎完全成了“无的放矢”。司法审查就是为了制约民主而设计的，因而必然会因为民主的缺位而失去存在理由。反过来，民主政治过程也离不开司法保障。宪政要求民主过程受制于法律控制，从而决定了司法性质的机构有权力干预民主政治，具体表现为司法精英和大众政治的冲突，或少数人权利与多数人利益之间的冲突。关键并不在于哪一个部门在这个冲突过程中掌握最高权力，而在于建立积极有效的对话机制，使不同权力相互制衡。

[1] 见以色列最高法院在1995年的里程碑决定：United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village, C. A.6821/93, 49 (4) P.D. 221 (1995)。

[2] 张千帆：《从宪法到宪政——司法审查制度比较研究》，载《比较法研究》2008年第1期，第72—86页。

[3] 参见张千帆：《认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性》，载《中外法学》2003年第5期，第560—580页。

[1] Louis Favoreu, *Constitutional Review in Europe*, in Louis Henkin and Albert J. Rosenthal (eds.), *Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* (1990), pp. 38—59.

[2] Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989), p. 134, n. 65.

[3] *Ibid.*, p. 135, n. 67.

[1] Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press (1989), p. 45.

[2] 参见凯尔森：《立法的司法审查》，载《南京大学法律评论》2001年春季号，第1—9页。

[3] 参见Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford University Press (1998), pp. 26—34.

[1] Wiktor Osiatynski, “A Brief History of the Constitution”, 6 *East European Constitutional Review* 66 (1997) .

[2] Norman Dorsen, Michel Rosenfeld, András Sajó, and Susanne Baer (eds.), *Comparative Constitutionalism: Cases and Materials*, St. Paul, MN: West (2003), p. 82.

[3] Ulrich K. Preuss, “Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe,” in Joachim J. Hesse and Nevil Johnson (eds.), *Constitutional Policy and Change in Europe* (1995), p. 95.

[4] Dorsen et al. (eds.), *Comparative Constitutionalism*, West Publishing Company (2003), pp. 72—73.

[1] 亚洲的比例因为分开计算中国台湾、香港和澳门地区而有所增加。如果不算这些地区，那么司法审查的覆盖率只有63%，勉强超过“及格线”。

[2] 它们是中国、伊朗、阿曼、卡塔尔、沙特阿拉伯、新加坡、越南、老挝、孟加拉国、朝鲜、印度尼西亚、约旦、马尔代夫、缅甸、文莱、土库曼斯坦、不丹。

[3] 英国、荷兰、安道尔、冰岛、圣马力诺。

[4] 坦桑尼亚、赞比亚、博茨瓦纳、津巴布韦、几内亚比绍。

[5] 巴哈马、牙买加与秘鲁。

[6] 新西兰、图瓦卢、帕劳。

[1] 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。

[2] 参见其经典著作：《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。

[1] John Bell, *French Constitutional Law*, Oxford University Press (1992), pp. 48—49.

[1] John Bell, *French Constitutional Law*, Oxford University Press (1992), pp. 48—49. Ch. 1.

[1] 参见郭国松：《法官判地方性法规无效：违法还是护法》，载《南方周末》2003年11月20日。

[1] 参见奥康娜法官（J. O'Connor）在“宾州限制堕胎案”中的意见，*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S. Ct. 2791, 见张千帆著：《西方宪政体系：美国宪法》，中国政法大学出版社2004年版，第252—256页。

[2] *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U. S. 243.

[1] *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 238.

[2] *NLRB v. Johns & Laughlin Cp.*, 301 U.S. 1.

[1] *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537.

[2] *Gong Lum v. Rice*, 275 U. S. 78.

[3] *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U. S. 483.

[4] *Brown v. Board of Education*, 349. U.S. 294.

[1] Susan Wright, *The French Conseil Constitutionnel and Constitutional Reform*, 1 *European Public Law* 23 (1995); Christian Dadomo and Susan Farran, *French Substantive Law: Key Elements*, London: 231

Sweet & Maxwell (1997) , p. 155.

[\[2\]](#) Susan Wright, “Constitutional Reform—Again”, 2 *European Public Law*, 344—348 (1996) .

第十讲

中央与地方关系的基本理论



以上各讲介绍了宪法与宪政的基本概念、理论与方法，以下六讲接着探讨宪法制度，也就是国家权力的设置与分配。事实上，以上两讲涉及的司法审查便已经是重要的宪法制度。和司法审查类似，关于立法、行政与司法以及中央和地方权力的分配对宪法实施及其实施效果都具有重大影响。试想，如果立法机构不是由民主选举产生或者选举徒具形式、有名无实，那么宪法规定本身可能就不代表民意，譬如宪法可能没有规定某些重要权利或重要制度，或即便规定也因为缺乏司法审查而无法实施。宪法的最终目的在于保障人的基本权利，但是没有良好的制度只能是“画饼充饥”、“望梅止渴”。因此，为了有效保障权利，有必要探讨合理有效的宪法制度。

以下三讲探讨一个缠绕中国数千年的问题——中央和地方关系。中国是一个地大人多的统一国家，因而中央和地方关系显得尤其重要——正因为国家大，地方必须具有一定程度的自治；但是国家要统一，中央又必须维持一定程度的集权。自古以来，中国的央地关系一直是一个忽隐忽现的重要问题，但是我们在这个问题上的思路一直没有什么突破。自秦以降，中国两千多年来一直实行单一制，中央和地方就是上下级命令与服从关系，因而央地关系一直上升不到宪法层次；虽然中央行政不能覆盖庞大的地域，从而给地方分权和多元留下些许空间，但毕竟至多只是一个“没有联邦制的联邦”或“事实上的联邦制”^[1]，联邦分权从来没有在制度上确立下来。

这一讲首先通过比较联邦制和单一制，探讨中央与地方关系的基本概念、原则与理论。总的来说，目前单一制国家的数量远比联邦制更多，但是由于联邦制一般是地大人多的大国，因而两者在人口数量和地域上旗鼓相当。

一、中央与地方分权的基本理论

1. 基本概念

国家结构的形式是指国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（unitary）主权制与复合（compound）主权制，复合制又按其整合程度分为联邦制和邦联制。单一制又称中央集权制，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。

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）。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。

在严格的中央集权制国家，政令和法律出自中央政府，由地方政府贯彻执行。在联邦制国家，联邦权力虽然最高，却受到宪法限制。在一般情况下，联邦不可直接命令地方；但某些联邦制（如德国）也具有单一制的特征，联邦可要求地方政府执行其法律。邦联制和联邦制难以界定。一般来说，和联邦制相比，邦联制的中央政府组织的权力更为狭小，其成员国让渡的权力也更有限，但某些邦联制（如欧洲联盟）也可以发布由成员国实施的指示。最后，由条约组成的联盟缺乏一个具有实质意义的中央政府，其超国家机构仅发挥不具备约束力的协商和协调作用。在WTO组织成立以前，GATT就是这种性质的条约，WTO的建立

实质成为比一般条约联盟更为紧密的贸易组织。

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。在严格意义上，邦联不一定能算得上一个国家——尽管最早的美国邦联也被称为“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，但邦联宪法一般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。^[1]

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。^[1]

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、意大利等大多数国。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在比较各国制度之后得出的“定律”，小国适合民主制度，大国适合中央专制。^[2]但是“孟德斯鸠定律”实际上预设了简单的单一制，即在整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。我们在第一讲就曾提到，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。

2. 为什么纵向分权？民主与规模

中央与地方的制度安排直接取决于一个国家的实际情况。如果国家小、人口少、民族比较单一，那么政府数量和层级都不多，因而适合中央集权单一制；如果疆域广袤、人口众多或有多民族共同生活，那么全国“一刀切”的法律体系未必能充分代表多元利益，联邦制乃至更为松散的邦联制可能更加合适。问题的关键在于民主代议制存在成本，而一个合理的权力分配体制不仅需要保证政府的统治权力受到民意代表的控制与监督，而且需要将统治成本降低到最小。

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。^[1]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”。

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3000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100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。

纵向分权和地方自治是化解民主与规模两难的一种方式。既然更多的事务交给地方处理，中央立法需要关注的事项是有限的。地方分权自治不仅解决了中央立法的“一刀切”问题，而且也有效分担了中央的立法责任。在这个意义上，国家越庞大，就越需要加强地方自治，否则必然过分依赖中央行政并削弱整个国家的民主机制。中国是世界上最庞大的国家，因而也最严重地感受到孟德斯鸠定律所内含的矛盾；要解决这个矛盾，必须认真对待中央和地方分权。以下，让我们首先看看美国如何解决民主和规模之间的矛盾。

3. 为什么建立联邦？美国联邦主义的思想渊源

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，且以后为各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。第五讲曾提到，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。^[1]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。

首先，中央专制是美国当时不可能接受的。独立革命把矛头直接指向英王乔治三世，1776年的《独立宣言》单独把国王作为“靶子”，列数了他的种种罪恶。美国显然不会在这么短的时间内就重蹈英国的“覆辙”，把权力交给一个不由人民选举的自行其是的中央机构。因此，美国制宪者当时根本没有考虑大一统的中央集权模式。同样，贵族制也不可行，因为民主的大趋势已经日趋明显。事实上，《联邦宪法》第1条第9款明确规定：“合众国不得授予任何贵族头衔。”

其次，大国对民主也是一种挑战，因为民主是一种从法律上保障各州利益获得代表的体制，而人数越多，地域越辽阔，地区之间的差异就越大，人的利益就更多元化，因而势必将给民主制的运行带来困难。同时，议会代表的人数必须构成一定比例的选民人数，才能有效代表选民利益；选民人数越多，议会就越庞大，而议会的规模和其立法效率成反比。事实上，纯粹的民主制因自身难以运行，且个人在平等化的条件下不能提供满足自己所需的公共产品，从而极易导致行政专制。^[1]

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（Thomas Jefferson）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。^[2]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。

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。麦迪逊指出：“纯粹的民主从来不可能给派系危害提供疗方。这里，纯粹的民主是指由少量公民组成的社会，这些公民亲自集会并管理政府。全体的多数几乎总是感受到一种共同爱好和利益，这种政府形式本身导致交流和协调，而且不存在任何事物能抵制

牺牲弱小党派或不受欢迎者的诱惑。因此，这种民主从来是骚乱和争斗的博览会，从而与个人安全或财产权利相抵触，并通常短命而暴终。”

在某种程度上，中国以村庄为单位的基层自治可以作为麦迪逊上述观察的注脚。除了上级干预之外，中国的村委会选举还面临着贿选、胁迫、宗族势力等问题，而这些问题在这样一个平均2000多人的“熟人社会”尤其容易发生，因而村级自治尤其难以规范。小社会一般都是相对简单的社会，少数几个因素很可能对村级选举发挥决定性影响，而这些因素都是高度透明可见的，因而尤其容易形成明显的多数及其肆无忌惮的“暴政”。譬如某个大姓可能占了村庄的大多数，而姓氏是一个显而易见的特征；如果这个家族足够“抱团”，那么它很容易击败所有对立势力并垄断村级权力资源。对于这类问题，美国立宪者的解决方案不是走专制的回头路，而是进一步扩大民主的范围；一旦选举扩大到乡级乃至县级，那么宗族势力显然不可能像在村庄那样横行无忌。这就是以下麦迪逊所阐述的联邦主义理论：某个宗族、黑帮、“地头蛇”或任何势力可以轻易征服一个地方，但是一旦扩大疆土，他们的能耐立刻受到限制。如果他们构成邪恶的少数，那么完善地方民主就足以遏制少数人的暴政；如果他们构成了邪恶的多数，那么可以通过联邦层次上的多数遏制地方层次的多数人暴政。

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，你将带如更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、中央与地方分权的基本原则

中央和地方之间如何分配权力？虽然中央和地方的具体权力分配可多可少，宪政国家的纵向分权一般遵循某些基本原则。单一制国家虽然存在地方自治，但由于下级政府被认为隶属于中央政府，下级政府的权力源于中央授权，而授权范围一般由普通法律而非宪法规定，因而单一制国家的中央与地方关系至多是行政法而非宪法问题，管辖中央与地方关系的基本原则也无法从宪法诉讼的判例中体现出来。因此，以下主要以联邦国家为代表，探讨世界主要国家所普遍接受的纵向分权原则。

1. 人民主权原则

首先，中央与地方分权必然以国家统一为前提，而现代国家是建立在一个统一的人民主权基础之上，正是一个统一的人民构建了对他们负责的民主政体。单一制国家只有单一主权，因而一般不成问题，但是联邦国家具有更加复杂的双重主权结构，从而可能出现歧义。其实联邦也是统一国家，因而其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。

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^[1]，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。

作为一个统一国家，联邦的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给联邦的所有权力，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。

作为德国宪政第一案，1951年的“西南重组案”再次体现了联邦国家的人民主权原则和地方自决的限度。这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。^[1]1949年，联邦德国建立了10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150年历史的巴登（Baden）和乌腾堡

（Wurtemberg）两州，分割为巴登、乌腾堡—巴登和乌腾堡—霍亨索伦3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章，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条第三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和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。

2. 有限政府原则

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。

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。当然，这些“权力圈子”在实际上不可见、在概念上则往往模糊不清。在美国，联邦与州的相对权限主要由联邦最高法院在实际案例中确定，并且随着时代发展，为了适应社会需要而相应移动。

联邦德国的《基本法》同样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，在于制定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。

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款规定：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，制定所有必要与合适之法律。”一般认为，《联邦宪法》第1条第8前17款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。

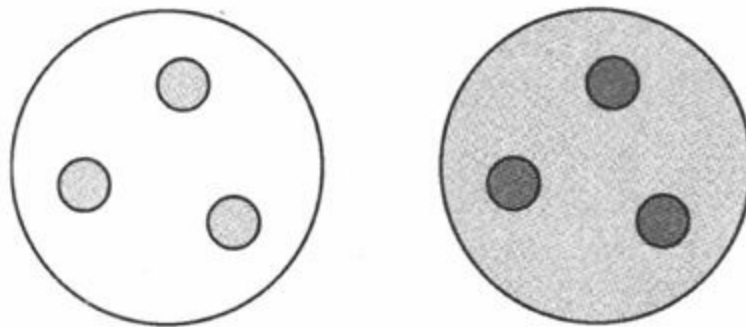


图10.1 有限政府与无限政府的立法权限
对于有限政府，圆圈代表了宪法授权政府行使的权力；对于无限政府，圆

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。有限权力宪法也可禁止政府行使某些权力，表现为大圆圈中的一些小圆圈。

在联邦主义领域内，最著名的案例是1819年的“美国银行案”。^[1]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。联邦政府分别曾于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。美国银行在巴尔地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。

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释。他最后指出：

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。

1961年的“电视台第一案”中^[1]，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）、黑森（Hesse）和下萨克逊尼州（Lower Saxony），以联邦内阁违反了宪法第30和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，并撤消了联邦政府的措施：

《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。

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定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条，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。

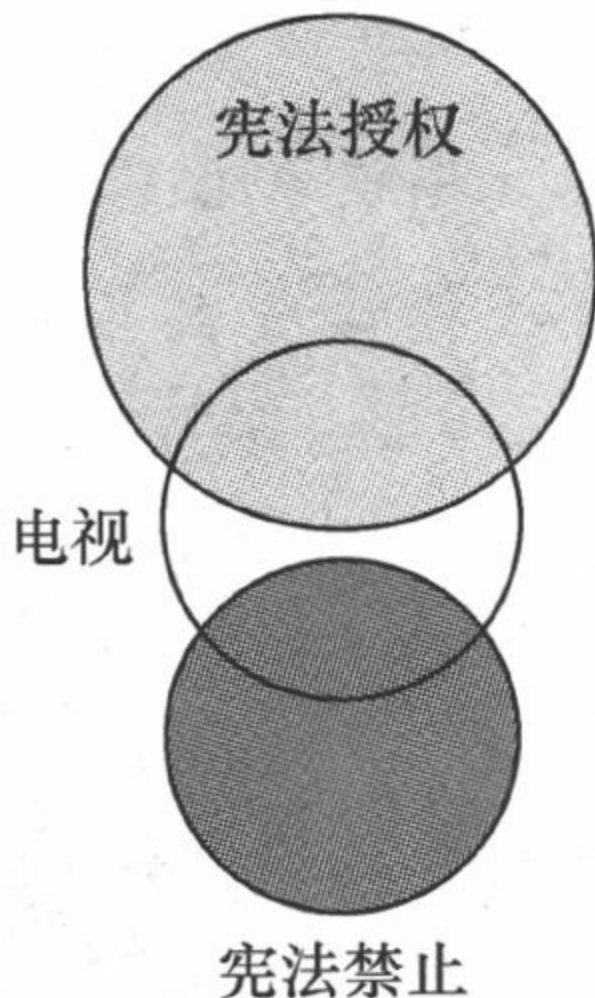


图10.2 联邦国家的立法权限

第一电视台判决表明，联邦合宪权力只能来自宪法授权；联邦不能行使授权之外的权力，更不能行使宪法禁止的权力。

3. 中央至上原则

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。《美国联邦宪法》第6条规定：“本宪法以及根据

其所制定的合众国法律.....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条也规定：“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”。这是法律体系的统一与完整的必然要求，因而并不限于联邦国家，只不过中央集权的单一制国家在这个问题上一般没有疑义，因而毋庸赘述。在联邦国家，由于联邦立法权限于宪法授权，超越宪法的联邦立法越权无效，而各州可以在法院和联邦分庭抗礼，在权限问题上和联邦一争高下，因而尤其有必要强调联邦法律在合宪范围内至上。

接着以上的“美国银行案”，联邦权限只是问题的一半。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定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。

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：

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定的法律，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。

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。

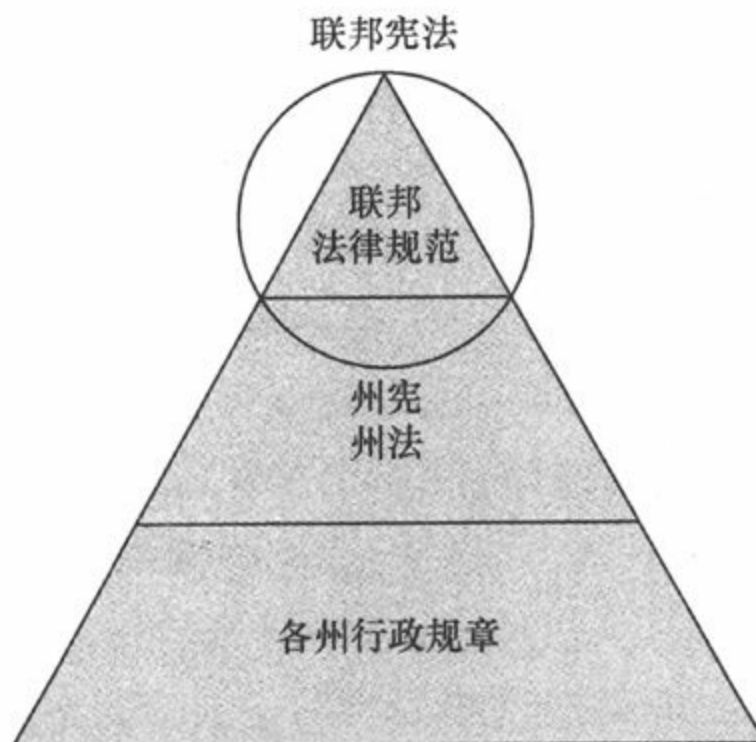


图10.3 联邦法律秩序金字塔
中央至上原则要求合宪的联邦法律规范具有最高地位。

即便在比联邦结构更为松散的欧洲联盟，共同体法律依然享有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定的“次级法律”（Secondary Laws）。在这些法律当中，具有普遍约束力的“规章”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。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。”共同体的“指令”则只有在成员国采取行动加以贯彻之后，才成为成员国的法律，但是在超过贯彻期限之后，指令也具备直接效力。在1963年的“甲醛进口税案”，欧洲最高法院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定相互责任之协议。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。

虽然共同体条约并未明确规定，但是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由，削弱后者在该成员国的效力。在1964年的“电力国有案”，欧洲法院阐述了共同体法律的最高地位原则。^[1]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ENEL。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和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。

4. 地方自治原则

地方自治并非联邦制所特有，单一制国家也可以实行地方自治，但是地方自治的特征确实在联邦国家体现得最明显。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”，而湖南、浙江等少数省份确实成功制定了自己的宪法。

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，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。

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。联邦宪政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20和28条）：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》28条第3段所保护的选举权。

5. 法治统一原则

政治多元化和地方自治不应对整个国家的法治统一产生不利影响，自治并不等于地方歧视或保护主义。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）。

《美国联邦宪法》第1条第8款授权国会调节“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”要求撤消州的措施，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）。

“潜伏贸易条款”的第一重要判例是1824年的“航运垄断案”。案情比较简单，纽约州给本州的一个金融巨头在哈德逊河的纽约段垄断经营的权利，将持有联邦航运执照的经营者排除在外。虽然原被告都是私人主体，但是由于案件的性质是关于他们各自依据的联邦法和州法之间的冲突，因而这个案件成为这个领域的里程碑。最高法院撤销了纽约州的地方保护主义垄断，打破地方对航运的垄断，维护州际贸易的自由畅通。

在1949年的“牛奶收购案”中^[1]，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。“各州所制定的立法，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。先辈们迫切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，以至贸易条款的寥寥数语，很少被争论所阐明……

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。

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。^[1]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档在门外，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”^[2]，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3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、干预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，这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（主要来自安徽的）瓜农难以承受的“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。^[1]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

255

宪法明确规定全国人大常委会会有释宪权，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。且这项工作是适合法院做的，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。

总的来说，地方自治与法治统一不能偏废。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，法治统一原则允许联邦主动干预以预防并解决地区矛盾。

6. 贸易歧视、外部效应和“内部政治制衡”——联邦法院对司法权的自我界定

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。这里涉及到两个问题。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，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。

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。

[1] 参见Yongnian Zheng, *De Facto Federalism in China: Reforms and Dynamics of Central-Local Relations*, World Scientific Publishing (2007) .

[1] 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第315—316页。

[1] 例外见王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第312—313页。

[2] Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, A. M. Cohler, B. C. Miller, and H. S. Stone (trans. & ed.), Cambridge University Press (1988), pp. 124—126.

[1] 参见James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor: University of Michigan Press (1962) .

[1] Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, A. M. Cohler, B. C. Miller, and H. S. Stone (trans. & ed.), Cambridge University Press (1988), pp. 124—126.

[1] Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence (trans.), J. P. Mayer (ed.), New York: Harper & Row (1969), pp. 668—673.

[2] 参见Herbert J. Storing (ed.), *The Anti-Federalist Papers*, University of Chicago Press (1981) .

[1] 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第312—315页。

[1] Southwest Case, 1 BVerfGE 14.

[1] McCulloch v. State of Maryland, 17 U. S. [4 Wheat] 316.

[1] First Television Case, 12 BVerfGE 205.

[1] Costa v. ENEL, Case 6/64, ECR 585.

[1] H. P. Hood & Sons v. Du Mond, 366 U. S. 525.

[1] 《北京发“封杀令”，全面驱逐潮安凉果》，载《南方日报》2005年6月17日。

[2] 《超市果脯品种将骤减》，载《新京报》2005年6月16日。

[1] 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》，载《光明日报》2005年7月22日。

第十一讲

中央权力及其宪法边界



上一讲介绍了中央和地方关系的一般原则。总的来说，任何统一国家的中央和地方关系都是建立在统一的人民主权基础上，国家权力通过宪法来自这个人民的授权。在这个基础上，单一制国家由中央政府统一行使主权，而联邦国家则由联邦和各州分享主权，中央权力限于宪法授权范围。在宪法授权的有限范围之内，中央立法权是最高的。无论是联邦制还是单一制，都可以在民主基础上实行地方自治；在属于地方权力范围内，地方立法应该由地方选民选举产生的地方议会制定，只有对当地选民负责的机构所制定的地方立法才可能真正符合地方需要。在特定疆域内，地方民主机制构成“内部政治制衡”，足以保证政府至少对大多数选民负责。地方民主也是有界限的，一个地方的民主立法不能超越其宪法边界，歧视外来的人、财、物并制定地方保护主义规则。在这种情况下，地方民主机制“失灵”，而防控地方歧视与保护主义措施的重任就主要落在司法身上。

虽然中央与地方关系的一般原则在理论上是清楚的，但在实际适用过程中却不那么容易。这一讲通过具体判例，探讨欧美国家中央与地方立法及财政权限的划分。由于有关中央与地方关系的宪法诉讼主要出现在联邦国家，我们主要探讨联邦国家的相关判例，并附带介绍单一制国家的相关制度。

一、联邦制国家的中央与地方立法分权

1. 美国联邦模式

作为世界上第一部联邦成文宪法，美国宪法并没有明文宣布自己是“联邦”，但是联邦特征明显体现在宪法结构之中。《美国联邦宪法》第1条第3款列举了17条联邦立法可以行使的权力，譬如“国会有权制订并征收国民税、关税、进口税和货物税，偿付债务，并为合众国提供共同防御及普遍福利”、“以合众国的信用借贷”、“调节国际、州际以及和印第安部落之间的贸易”、“在合众国范围内建立统一的归化法则和统一的破产法”、“制造钱币并调节其与国外货币之价值，制定度量衡”、“对伪造证券与现钞提供惩罚”、“建立邮局与邮道”、规定知识产权、“设立最高法院以下的审判庭”、“定义并惩罚在公海上所从事的海盗与重罪，以及侵犯国际法的行为”、宣战、维持陆海军并“对陆海力量的管理与调控制定规则”、“规定军事力量的组织、武装及训练”，以及“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定所有必要与合适之法律”。

就字面理解，联邦立法权限于以上权力。为了保险起见，1791年生效的第十修正案还特别规定“宪法既未委代给合众国、亦未禁止各州行使的权力，分别被保留给各州或人民”。因此，美国开创的联邦宪政的首要特征就是联邦权力有限；联邦要立法，首先要获得宪法授权。如果宪法不授权，那么即便是好事联邦也不能包揽。一个典型的例子是联邦在内战结束之后多次通过反种族歧视的《民权法案》（Civil Rights Act），但是均因为在宪法中找不到明确授权而被最高法院判决违宪。1964年，联邦再度通过《民权法案》，并再次受到宪法挑战。这一次，最高法院判决该法所禁止的歧视行为影响州际贸易，因而终于维持了法律的合宪性。

当然，即便在授权范围内，联邦权力也还是相当宽泛的，尤其是兜底的“必要与合适”条款似乎可以授予联邦无限权力。我们在1819年的“美国银行案”中看到，美国最高法院对“弹性条款”赋予宽松解释，一度扩张了联邦权力。但在绝大多数情况下，联邦权力必须“挂靠”在某一项具体授权之下，因而如何解读宪法授权就成为很关键的问题。这个问题尤其重要，因为第8款在建国200多年来一次都没有修改过，而美国社会显然发生了天翻地覆的变化，联邦权力范围自然也随之涨缩。这样一

来，如何保证表面上静止的宪法符合社会发展需要？这个任务主要是通过司法判例的宪法解释完成的。

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。早在“美国银行案”，马歇尔就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”^[1]，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（详见本书上一讲）。

在1851年的“领港调控案”中^[2]，最高法院转变了态度，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衷方案。1803年的宾州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。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。

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。1930年代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。由于最高法院最终对“州际贸易条款”赋予宽泛解释，联邦权力自此得到不断扩充；此后，极少联邦法律因为缺乏宪法授权而被判决违宪。

2. 德国联邦模式

德国联邦模式和美国大同小异，但是作为现代联邦政体，德国不仅采纳了具有自身特色的纵向分权，而且《基本法》的某些方面比美国联邦宪法更为完善，譬如《基本法》明确区分了三类不同的联邦与各州立法分权：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。”

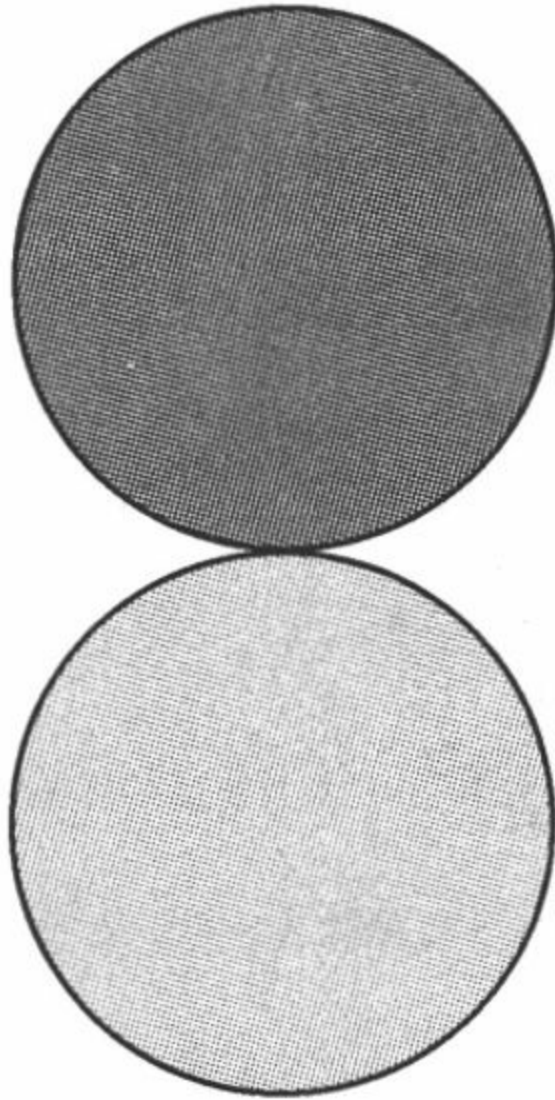
第72条第2款规定了联邦立法权范围：“取决于对联邦立法调控的需要程度，联邦应有权对下列事项制订立法：（1）一州的立法不能有效地调控该事项，或（2）州法律对该事项之调控，可能损害其他州或整个政体之利益，或（3）为了维持法律或经济统一，尤其是维持超出任何一州疆土范围内的生活水平之均衡，这类调控有所必要。”

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。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。

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，不可能完全顾及到地区差异；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，地方政府对涉及到地方利益的事务更熟悉，因而更适合调控地方事务；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，民主监督的效力就越低。另一方面，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。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。

联邦专有



联邦与各州共有

图11.1 联邦德国纵向分权机制

联邦专有、联邦和各州共有以及各州专有立法权。经典联邦模式一般认为，联邦专有和共有立法权限之外的领域即为各州专有立法权。

3. 不断成长的新政体——欧洲联盟

和美国或德国不同的是，欧洲联盟并不是一个国家，联盟或共同体

都是建立在成员国而非共同体人民基础上的，因而联盟的基本法律主要是建立共同体的条约，而非国家宪法。但是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代给共同体的权力。欧洲联盟的授权主要来自它的“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。

共同体条约的目标是在全欧洲范围内建立起共同市场（Common Market）。这包含正反两方面涵义：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。”因此，和美国一样，欧洲共同体也禁止针对货物、人员、服务和资金的地方歧视，而欧洲法院在这方面也确实发挥了和美国最高法院十分相似的作用，为形成欧洲范围的共同市场作出了重大贡献。

和美国不同的是，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约。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代的主权。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。”

在各项共同体条款中，授权最为广泛的是第308条。它规定：“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条的文字本身可见，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。”

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 and 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。”^[1]

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。

二、单一制国家的中央与地方立法分权

类似于美国的州与地方政府关系：单一制的中央与地方关系一般不是宪法问题。地方政府是州政府的一个分支，没有独立的宪法地位。地方政府可以通过中央授权立法获得同等程度的自治。



图11.2 单一制国家的中央与地方权力结构图
单一制的中央与地方关系一般不是宪法问题，但是地方政府可以通过中央授权立法获得同等程度的自治

1. 法国：走向地方自治的单一制

在法国革命之前，法国原来是一个封建国家。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（Louis XIV）“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。

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。

2. 中国：多元化的单一制

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2000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。

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。截至1998年底，中国共有32个省、自治区、直辖市，668个市，其中包括227

个地级市和227个县级市，以及1689个县和9300个乡镇单位。

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，广东和福建省还划分出一定区域，设立经济特区。目前中国有4个经济特区：深圳、珠海、厦门、汕头。

3. 中国的中央和地方立法关系

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条第4款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：

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；（十）必须由全国人民代表大会及其常务委员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。



图11.3 中国的中央与地方立法关系
《立法法》第8条规定了中央保留事项，地方人大无权根据地方需要先行制定地方法规。

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条第1款规定，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”。

值得注意的是，中国省以下只有“较大的市”才有权制定地方性法规或规章。《立法法》第63条第4款规定：“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 and 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。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。在立法权上区分“较大市”和其他市不仅缺乏宪法依据，而且也难以在审批过程中把握区分标准。至少在目前批准“较大市”的过程中，国务院并没有公开说明其所遵循的原则或标准。

第三，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、53条，法院在审判中必须“依据”法律与法规并“参照”规章，因而无权审查或撤消任何“抽象行政行为”。《立法法》第88条第2项规定，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项规定：“国务院有权改变或者撤消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、最高人民法院、最高人民检察院和各省、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”。

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宪法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”。

三、中央一地方权限的划分标准：影响范围还是重要程度？

我们看到，联邦宪法规定了中央和地方事权的划分标准，但是这个问题并非联邦制独有，单一制国家也存在同样的问题；在实行地方自治的单一制国家，这个问题尤其重要。无论是单一制还是联邦制，如果中

央和地方权限的划分标准不合理或不明晰，那么在理论和实践上都会产生许多困惑。目前各国通行两种权限划分标准：事权的影响范围和重要程度。强调地方自治的国家一般采用库利原则，按事项的影响范围划分事权归属：中央调整影响全国的事项，地方调整限于影响当地的事项。具有中央集权传统的国家则多按重要程度划分事权，越是重要的事项应留给层级越高的政府处理。

1. 影响范围

如上所述，联邦国家及其他重视地方自治的国家一般按照影响范围划分中央和地方事权。联邦制的基本原则是中央调控全国范围的事项，地方调控地方性质的事项。地方可以合理胜任的事情应该由地方管理，中央仅管理地方不能有效管理的事务。这种中央和地方分权模式不仅鼓励地方自治，而且也符合民主责任制原则。首先，由于地方之间存在差异，影响地方的问题既不可能也没有必要通过中央统一立法而得到解决。如果立法只是影响某个局部，那么中央及全国其他地方必然不会有太多兴趣考虑这类立法。在这种情况下，如果强求中央立法，必然会阻碍地方通过民主和法治渠道及时解决自己的问题。

当然，根据内部政治制衡原则（详见本书上一讲），民主是有地域局限性的，权责统一仅适用于事项影响局限于特定地域的情况。如果地方选民承担所有负担，民主的正常运行可以控制地方政府行为。如果地方负担转嫁全国其他地方，地方民主不再发挥作用；只有在这种情况下，才需要中央立法或司法机构的法律控制。

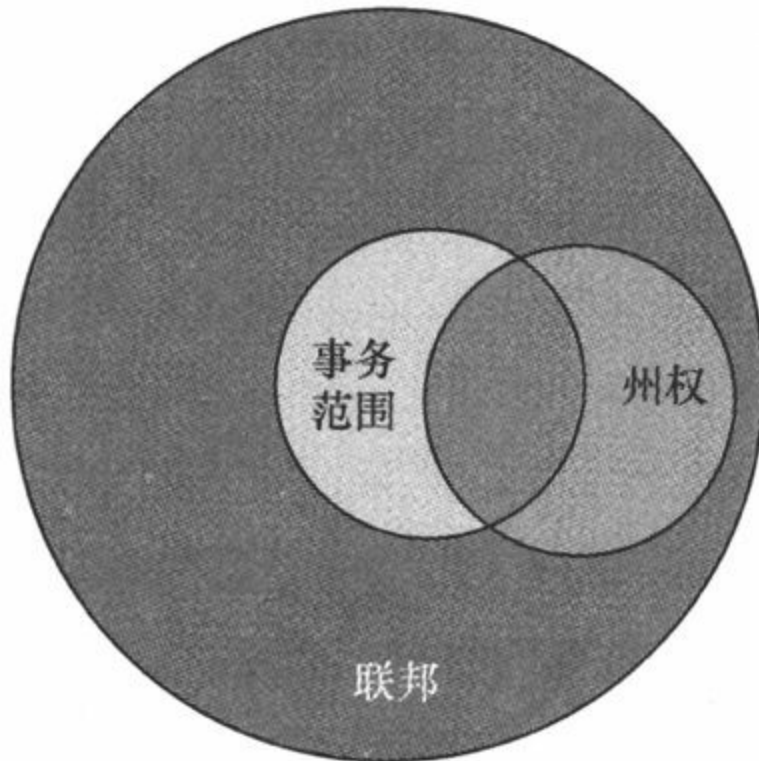


图11.4 权限划分标准——影响范围

联邦制基本原则：中央调控全国范围的事项，地方调控地方性质的事项。地方可以合理胜任的事情应该由地方管理，中央仅管理地方不能有效管理的事务。

2. 重要程度

相比之下，中央集权国家一般根据事项的重要程度确定中央和地方事权范围。譬如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，尤其有争议的是其第5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。

可以理解，中国之所以将某些重要事项的立法权收归中央所有，是出于地方可能滥用权力的顾虑，但是这样势必捆住了地方依法治理的手脚。如果中央立法不符合地方需要甚至根本不存在，那么地方政府即面临两难选择：究竟是坐视“一刀切”或法律空白的现状，还是以违反《立法法》的方式自行根据地方需要起草立法？因此，中央对立法权的保留虽然有助于保证立法质量，但同时也会束缚地方民主、阻碍地方法治，使地方政府限于或者越权、或者坐视的法治困境。在其他国家，此类问题也同样存在。回顾“美国银行案”，为什么美国似乎不如此顾忌地方滥用权力和侵犯公民基本权利？如何从根本上保证地方尊重当地老百姓的权利？

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”。中央法律规范的效力一般高于地方法律规范，行政法规不论权限范围都高于地方性法规，显示出中央行政集权体制对地方民主的影响。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等效力，在各自的权限范围内施行。”

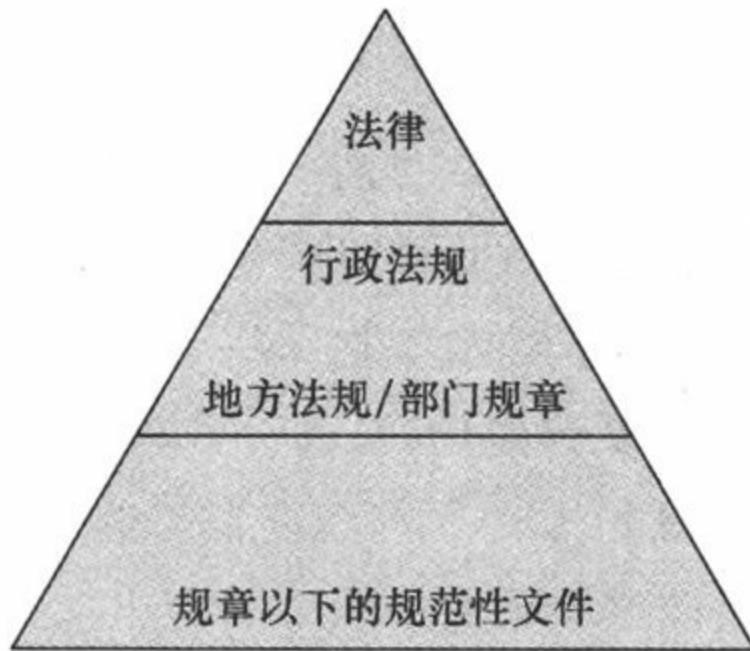


图11.5 法律规范等级效力

中央法律规范的效力一般高于地方法律规范，但是并没有规定中央部门规章和地方法律规范之间的等级，而理论上的不确定鼓励“立法打架”和地方保护主义。

第四，正是因为中央的立法权没有受到限制，因而必须打上地方折扣；无限的中央集权混淆了正当与不正当中央权力，反而损害了国家法治的统一和完整。《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项规定：“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。”但是这种程序本身极为冗长，因而迄今为止尚未得到使用，更何况国务院如何“裁决”，法律本身也没有或许不可能说明。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”。

由此可见，问题的症结在于《立法法》对央地权限的划分采取了重要程度标准。中央固然应该处理全国最重要的事情，问题是重要的事情

可能只是地方性事件，因而按照重要程度划分权限必然可能导致“一刀切”，或在中央立法未能干预的情况下造成地方法律真空。《立法法》的潜在假定是地方民主和法治是不可信的，而中央政府有能力并有义务纠正地方政府的错误，但是这个假定未必总是成立。除了“一刀切”之外，中央立法机构未必清楚地方需要，而从“上有政策、下有对策”的普遍现象来看，中央实施政策的能力其实是相当有限的，甚至无力控制它确实有义务控制的地方歧视或贸易保护主义。因此，要解决中国的中央和地方关系问题，关键还在于如何确定中央权限并在其权限范围内保证中央政令统一。

四、中央与地方财政分权

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，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。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。之所以要规定平等原则，正是为了保证联邦选民都能同样感受税负的压力，进而通过多数主义民主政治过程防止税负过重。另一方面，为了保证联邦范围内的财政均衡，联邦也可以依据某些客观标准对贫困州予以特别照顾。

1. 美国——无代表则不纳税

作为立法分权的一部分，美国的财政分权同样受制于马歇尔首席大法官在“美国银行案”中阐述的“信任”逻辑（详见本书上一讲）。联邦之所以不能信任马里兰州对联邦机构征税，是因为联邦体制下的联邦对州的征税行为缺乏控制；马里兰州的选民之所以可以信任州政府对他们征税，是因为选民可以通过周期性选举控制行使征税的州议会。缺乏代议制民主的控制机制，那么征税行为也就不可信任了，而这正体现了美国独立革命时期的民主财政意识——既然作为殖民地的美洲在英国议会没有发言权，那么它就没有义务向英国纳税。

2. 德国——另一种财政联邦主义

同样作为联邦国家，德国并不绝对强调税的地方民主控制，而是更倾向于在联邦协调下实现各州财政平等。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政法院的维持。例如宪政法院在1975年的“财政补贴案”中判决^[1]，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。

3. 中国的“分税制”和财政均衡

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中，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。^[2]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。

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，3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%。^[3]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，以至有的学者惊呼中国的“国家能力”受到了损害。^[1]

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。^[2]

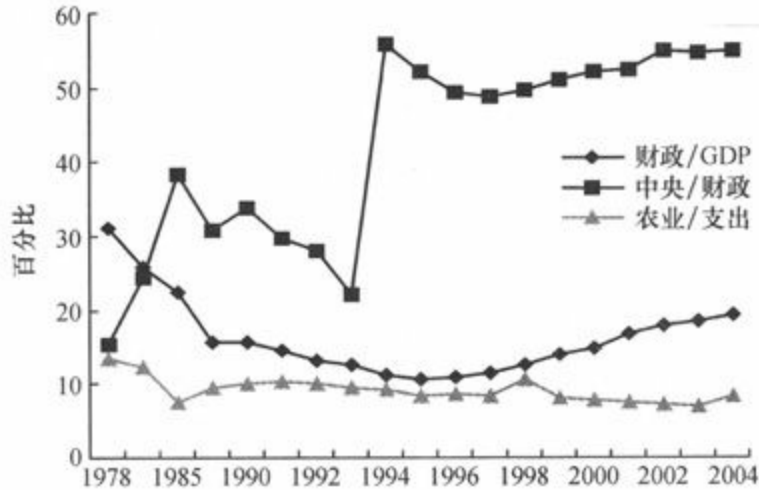


图11.6 全国财政收入占GDP比重、中央财政收入占总财政收入比重以及农业支出占全部开支比重

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。

更重要的是，中央财政立法的全面控制意味着地方民主控制的缺失；而缺乏选民的地方民主控制，征税就成为不可“信任”的纯粹权力行为。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、管理费和使用费等收费、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^[1]，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%，而其中纳入第一预算（预算内）管理的只占非税总收入的6.1%，纳入第二预算（预算外）管理的占了38.2%，而第三预算（制度外）收入则占55.7%。^[1]1996年的安徽农民人均公共费用负担为65元，其中农业税只有22元，其余43元为非税负担，“费”是“税”的两倍，体现了中国突出的“农民负担”问题。

非税财政收入的迅速增长对地区之间的财政均衡产生重要影响。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。非税财政收入中占一半以上的“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，即不受法律和政治监督的所谓“小金库”。

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。

总的来说，中国各级财政收入的分配过程具有一个共同特点——中央和地方政府之间的权力“博弈”。这一博弈过程缺少了一个关键的主体，也就是普通老百姓。目前各级人大对于本级预算控制所发挥的作用相当有限，人大本身开会期间很短，能花在预算审议上的时间很有限。更何况人大审查的预算往往只是一个不能说明什么问题的粗线条；即便有实质内容，审议完毕之后也得作为不可示人的“国家秘密”收回，社会一般民众是看不到的。如此又如何能让人民“信任”各级政府的征税过程？看来要保证政府财政“取之于民、用之于民”，还必须加强各级财政的公共参与。

4. 公共财政的公众参与

从各国经验来看，预算大概分两个过程：先由行政制订预算草案，再由议会审议、修改和通过。第一个过程各国都有，看起来也和中国差不多。譬如美国的管理和预算办公室中国的财政部颇为类似，先汇总各部门提出的预算，调整后交给总统，再由总统向国会提出预算草案。美国建国时，制宪者都认为应该由国会来管预算，行政不应该插手，但后来发现预算实在太复杂，尤其是行政部门在新政后高度专门化、复杂化，议会根本就管不过来，因而预算都是由总统先制定一个草案，然后交给国会通过。

第二个过程各国也都有，但是法治发达国家的预算审议过程要比中国长得多。美国国会要花大半年时间讨论预算报告，最后总统提出的预算草案往往被修改得面目全非。虽然某些项目——如社会保险——每年都是固定的，不能修改，但是国会在预算过程中仍然发挥决定性作用。因此，虽然各国行政都在预算过程中发挥了很大的作用，但议会还得有一个实质性的控制，否则政府开支就会和社会需要脱节。

在很大程度上，现代国家是一个财政国家，政府的主要任务就是花纳税人的钱为纳税人办事。但是究竟办哪些事，必须由纳税人选举产生的议会来决定，因为根据理性选择理论，理性自私的人一般都会首先考虑自己的利益；这样，如果完全由行政自我决定，那么纳税人的钱恐怕主要不是花在纳税人身上，而主要是花在政府官员身上。更何况即便政府想为老百姓做事，但是如果后者不能参与预算过程，那么政府往往不知道老百姓究竟需要它去做哪些事情。议会选举就是一个信息交换的过程：选民将反映自己利益的议员选上台，议员也通过和选民大量接触而得知民情。在预算审议过程中，议员当然也就知道选民究竟想要政府为

他们做什么。只有通过选举产生的议会确定预算方案，税钱才能真正实现“取之于民、用之于民”。

相比之下，中国各级人大总共才开十来天会，中间还要审议一些重要的法律、产生政府人选、听取并通过政府工作报告，花在预算上的时间则很少。这样，中国的预算开支就很容易和社会需要脱节。譬如在大多数国家，社会福利、医疗保险、基础教育都是政府开支的大头，但是在中国却长期以来微不足道。虽然现在花在这些方面的钱每年都在递增，但是总体上说离社会需要差距很大。要改变这种状况，根本在于改革财政预算制度。

当然，税收只是公共财政的一个环节。税费收上来之后，更重要的问题是如何保证这些收入如何花在社会真正需要的地方；在某种意义上，花钱比收钱更重要。当然，开支的方式一般在预算过程就决定了，但预算执行的监督是一个存在许多漏洞的大问题；即便预算明明白白写着用途，但是稍有不慎，在执行中很可能走样，因而《美国宪法》第1条规定国会不仅决定预算，而且还有一个同意拨款过程，以便监督预算执行。再加上预算中一般会预留少部分资金作为临时应急用途，而对这笔资金的动用更需要受到议会监督。虽然自新政以来中央行政集权趋势明显，虽然总统控制着形成预算的主动权，但是美国联邦国会并没有放松对税费的控制。在2008年奥巴马总统提出7000亿美元刺激经济方案之后，该方案一度受到众议院否决，最后经过多处修改才再次通过。各国经验都表明，议会对预算及其开支的实质控制是国家财政“取之于民、用之于民”的制度保障。

事实上，如果不能保证议会对预算和开支的控制，那么即便中央三令五申也无法防止地方滥用开支、打造“政绩工程”。2008年两会期间，山东济宁公开宣布将斥资300亿打造“中华文化标志城”，且此事已得到中央领导首肯、69位院士签名支持，甚至还有政协委员提出要将其“纳入国家预算”。[\[1\]](#)一时间，全国媒体、网友议论纷纷，而山东当地却反而异常沉寂。花300亿打造这么一个“文化标志城”是否值得，本来是济宁自己决定的事情。但是全国人民之所以还要管这个“闲事”，或者说这么做之所以还有其必要性和正当性，正是因为广大的山东纳税人没有对此充分发表意见。我们不确定文化城的经费最后将来自何处。如果确实要“纳入国家预算”，坐落在济宁的文化城要由全国纳税人掏腰包建造和供养，那么他们当然有权发表议论，甚至对这个工程说“不”。但更可能的情况是，工程费用的大头还得由山东省和济宁市出；尤其是在全国反对声音压倒一片之后，中央出资可能更为谨慎，但是山东方面仍表示将不惜血本继续推进。在这种情况下，本来应该轮到山东纳税人起来发表

意见，因为这个工程花的主要是他们的钱。但他们偏偏没有声音，就显得尤为不正常了，而全国人民也不得不“越俎代庖”、“换位思考”，替他们多议论两句。

“文化标志城”虽然冠以“中华”二字，毕竟主要是山东自己的事情；既然主要是山东纳税人为此付出，他们才有权对这件事情发表决定性意见。山东地方政府没有这个权力，因为花的既不是官员个人的钱，也不是当地政府的钱——“政府”本身并没有钱，政府或官员掌控的那些钱当然是属于纳税人的。同样的道理，中央除了土地审批之外，和这件事并没有太大关系，因而也不宜干预太多。至于院士虽然名望高、影响大，但是在这件事情上的正当影响恐怕不应该超过一名普通网友，因为他们不仅自己不出钱，而且似乎签名的时候也不了解情况（不少院士当时以为这个“标志”不花大钱）。与其让“标志城”戴上种种“签字”的虚假光环，还不如让那些要为此付出实际代价的山东父老乡亲们决定的实在。

要改变中国各级政府花钱大手大脚、不受监督约束的现状，必须改革目前的公共财政体制。中国的公共预算改革可以分为三个层次：首先是行政层次上的技术性改革，主要是改进预算制定、执行和审计等过程的技术与方法，提高公共预算的效率、降低制订成本。其次是行政公开和透明度改革，要求行政部门在制定预算过程中充分考虑民意，公开预算甚至公开听政。目前已有一些地方开始了这类试验，譬如浙江温岭的“民主恳谈”，取得了相当好的社会效果。最后是公共预算的制度化建设，主要是指完善各级人大的预算审议职能，例如广东省人大近年来率先尝试的预算改革。

相对来说，第一个层次的改革难度最小，但是在第二和第三层次缺位的情况下恐怕成效有限，因为在缺乏外部监督的情况下，改革的内部动力往往不足。第三个层次难度最大，但是中国公共预算改革最终必然离不开人大制度的作用；否则，即便某些地方的公共预算可能因为开明的领导而一时走在前面，但是领导调任之后就未必能持续下去。虽然人大制度改革存在一定的难度，但是即便在目前的条件下，各级人大还是有很多事情可做，譬如至少要求预算细节在人大代表和政协委员范围内公开。

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

[2] Cooley v. Board of Wardens of Port of Philadelphia, 53 U. S. [12 How.] 299.

[1] G. A. Bermann, R. J. Goebel, W. J. Davey, and E. M. Fox, *Cases and Materials on European Community Law*, St. Paul (Minn.) : West 285

Publishing (1993), p. 46.

[1] Financial Subsidies Case, 39 BVerfGE 96.

[2] 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，第174—175页。

[3] 参见同上书，第185—191页。

[1] 王绍光与胡鞍钢：《中国国家能力报告》，辽宁人民出版社1993年版，第120—121页。

[2] 参见卢洪友：《政府职能与财政体制研究》，中国财政经济出版社1999年版，第195页。

[1] 黄衍电：《中国税制结构：明辨与抉择》，中国财政经济出版社1999年版，第156页。

[1] 参见卢洪友：《政府职能与财政体制研究》，中国财政经济出版社1999年版，第232—233页。

[1] 张千帆：《“中华文化标志城”应由纳税人说了算》，载《中国经济时报》2008年3月31日。

第十二讲

地方自治及其宪法界限



上一讲主要介绍了中央和地方的立法与财政关系，其中某些方面已经超越了纯粹的法律关系。譬如地方自治原则不仅要求地方议会制定适合当地需要的立法，而且也要求地方立法者和领导人由地方选民选举产生，事权与财权划分则直接涉及执法义务的分配。除了立法权限之外，中央和地方之间还存在其他层次的关系，譬如中央和地方的行政关系，尤其是执法权的分配。在单一制国家，地方政府一般都有义务执行中央立法，但是联邦国家并不一定如此，有的联邦国家甚至出于民主责任制原则要求联邦在原则上执行自己制定的法律。

这一讲主要探讨中央与地方的行政与司法关系。与中央与地方的立法关系相比，中央与地方的行政关系尤其强调地方自治。在某些方面，联邦制下的地方自治和单一制正好相反。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。

当然，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。

一、中央与地方的行政关系

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。^[1]

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。

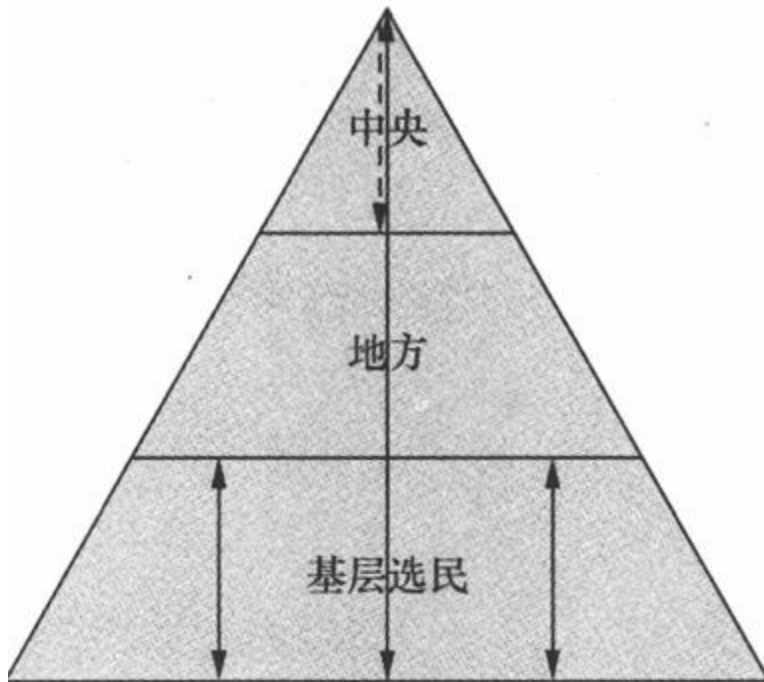


图12.1 联邦制和单一制的权力结构关系

单一制国家其实可以同样实行地方民主自治，但是在不少实行中央集权的国家，地方最高长官（如省长）往往由更高一级的机构任命产生。譬如在中国，即便实行“高度自治”的澳门总督也是由中央政府任命的，一般内地政府领导更是通过党内自上而下的组织控制层层任命的。

1. 美国模式

在以美国为代表的联邦模式中，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。联邦要在全国范围内实施《环境保护法》，那么它就得成立环境保护局，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。这一处理方式得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。

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。^[1]

1992年的“纽约州诉合众国”体现了民主责任制对中央委托地方执法的限度。^[2]1979年，美国只有3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3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3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'Connor），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备的替罪羊，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。

2. 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，各州政府则在执法上发挥主要作用。《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：“[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，以保证各州按照适用法律而执行联邦立法。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政法院受到挑战。[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。

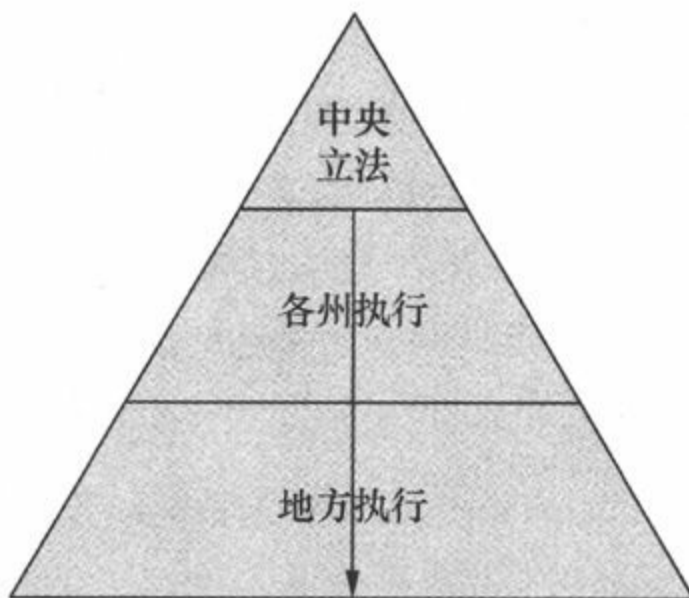


图12.2 欧洲中央与地方行政关系
欧洲模式偏离严格的民主责任对应关系

二、中国的中央和地方行政关系

虽然宪法规定了自下而上的体制，下级人大选举本级政府和上级人大，但由于执政党自上而下的作用，实际规则恰好相反。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示、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于通过了这部法律，并于1982、1986、1995年和2004年对该法作出了修正。

1. 中央和地方的一般关系

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。我国《宪法》第99条第1款规定，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、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、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令”。

第三，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。”

虽然中国宪法规定了自下而上的民主选举机制，下级人大选举本级政府和上级人大，但是实际上由于民主选举不完善，各级政府的监督主要来自上级。但是如下所述，上级监督的力度和效果必然是相当有限的。自上而下集权控制的最大问题是下级政府不是对选民负责，而是对上级负责。被判处死刑的安徽省贪官王怀忠曾有所谓名言：“关键不是让老百姓看到政绩，而是要让领导看到政绩。”在民主机制不发达的情况下，中央集权体制必然产生“政绩工程”乃至贪污腐败等各种官场现象。

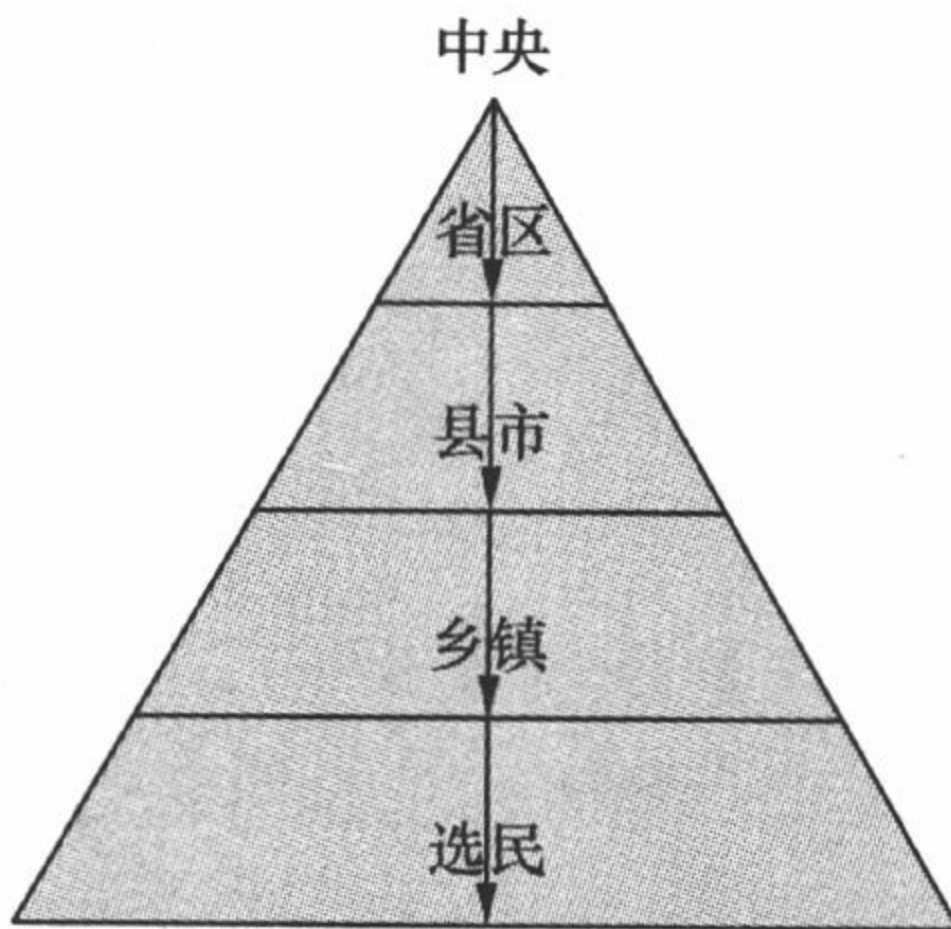


图12.3 中国的中央与地方行政关系
中国中央与地方关系的基本特点是地方政府有义务执行上级政府所制定的法律规范，上级政府则有权撤销下级政府的决定

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条第2款规定，最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院“监督”下级人民法院的审判工作。

《人民法院组织法》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：《人民法院组织法》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。同样，《宪法》第132条规定，最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。

第五，地方检察院检察长的任免受制于上级批准。《宪法》第101条第2款规定，县级以上的地方各级人民代表大会选举并罢免本级人民法院的院长和人民检察院的检察长，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。另外，地方法院院长通常是由同级地方人大选举，但《人民法院组织法》第36条规定，在两次地方人民代表大会之间，如果本级人大常委会认为法院院长需要撤换，须报请上级法院报经上级人大常委会批准。

第六，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”。

2. 民族区域自治

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。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）。

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%）。

中国的民族区域自治和美国的各种族“大熔炉”（melting pot）政策恰好相反，同时也体现了实现种族平等的两种截然不同的方式。“大熔炉”政策的出发点是各民族在原则上是平等的，国家不需要采取特别保护措施。例如如果保证地方人大及其常委会和政府首长由地方选民选举产生，那么在一般情况下少数民族的选民会选举本民族的候选人担任自治地方的领导；反之，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，则又涉嫌侵犯了汉族公民选举与被选举的权利。虽然国家在某些情况下可以采取“纠偏行动”（affirmative action），对少数民族予以特殊照顾，但是任何性质的区别对待都有违反平等原则的嫌疑。同时，人为按民族划定区域不仅可能人为突出民族特殊性，造成少数民族和其他民族在地理、经济、语言和文化上的隔绝，从而不利于国家统一，而且也可能限制这些地区的经济和社会发展。

事实上，族群身份虽然是人类交往的第一印象，却只是民主选举过程中的考虑因素之一，而且未必在所有情况下都是决定性因素。譬如黑人只占美国人口的少数，但是2008年却成功产生了第一位黑人总统奥巴马。如果只依靠黑人选票，奥巴马显然不可能当选；他的当选表明，必

然有相当多的白人及其他种族投了这位黑人的票。因此，即便在维吾尔族聚居的自治地方，如果大多数维吾尔人愿意选举汉人候选人作为人大常委会主任或自治区主席，又有何不可？同样，少数民族候选人也完全可以在汉人聚居的一般内地当选。既然选举结果是政治选择，法律和宪法不应该也没有必要干预。

3. 多元化的单一制——香港与澳门特别行政区

国家统一一般假设政治、经济和社会制度与文化基本同质，典型的例子如美国各州和欧洲联盟的成员国。但在特殊情况下，中国面临政治统一的重任，而港澳和大陆的政治模式和文化差异，而为了平息地方抵触情绪，中央不得不对制度和差异很大的港澳特区做出特殊安排。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。”

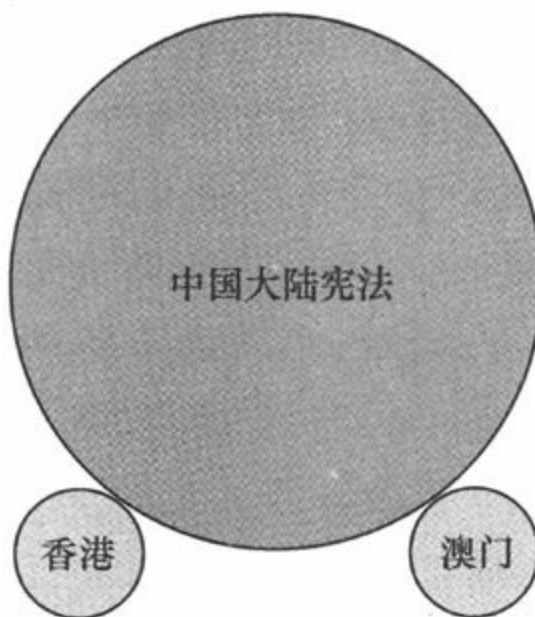
由于地区之间的巨大差异——经济制度、政治文化和法律体系的差异，在中国搞“一刀切”是不可能的。事实上，特别行政区所具有的某些自治权——主要实施本地法律（而非全国性法律）的权利、司法终审权、货币发行权及财政独立——甚至超过了联邦各州乃至邦联的成员国。《宪法》第31条把不同制度的地区融入同一个国家体制，可以说是一个世界罕见的创举。我们希望，这对于一个国家的制度改革、交流与进化是有益的。特别行政区以及其他各类制度不仅应被保证允许存在，而且应主动加入到国家法律体系的交流与对话之中；在此过程中，中央和地方可以相互借鉴在对方被证明行之有效的规则。

这两部基本法的结构极其相似，都分为9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6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3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。

政治 \ 法律	有限	高度
有限	单一制国家, 如中国, 比较英国、法国	香港与澳门特别行政区
高度	联邦制国家, 如美国、德国, 比较欧盟	未来台湾地区统一模式

(a) 地方自治模式比较



宪法与基本法：一种异常安排？

(b) 多元化的单一制——特别行政区基本法

图12.4 地方自治模式比较

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，须征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、命令或指示。

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。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。

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）。

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”。《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，但不作修改。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。

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。

《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。

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。

4. 司法自治及其局限性——“吴嘉玲等诉入境事务处处长案”^[1]

《香港基本法》第22条规定，“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徵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（三）项所产生的争

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《香港基本法》第24条第2款第（三）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。各原告提出司法覆核，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《香港基本法》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）：

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《香港基本法》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》”。

终审法院认为，《香港基本法》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《香港基本法》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，内地规定居民要有处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《香港基本法》所赋予的权利”。然而，第3号条例却同样要求在内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”。

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。《香港基本法》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与26条也规定了奉行平等、反对歧视的原则。

《国际人权公约》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。

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。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《香港基本法》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。^[1]

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。然而，基本法的解释权属于全国人大常委会，而全国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，这似乎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。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虽然被赋予高度独立的司法权和终审权，但是毕竟不是和全国人大并驾齐驱的平行机构。因此，香港法院可以审查行政长官颁布的命令乃至立法会通过的法律，但是这并不意味着它也可以审查全国人大的立法。事实上，终审法院并没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“藉此机会毫不含糊地予以阐明”，从而人为激化大陆和香港的矛盾。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。本案并不涉及全国人大立法，因而这部分判决属于可有可无的附论。在这个意义上，把“吴嘉玲案”称为香港的“马伯里决定”并不完全合适。参照“马伯里决定”，马歇尔法官是如何解决宪法需要和政治需要之间的矛盾？

“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。^[2]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？《香港基本法》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，但不作修改；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。问题在于，全国人大常委会的审查未必能有效保证香港法律或内地的有关法律符合基本法。

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。《香港基本法》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到“本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系”，“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《香港基本法》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，《香港基本法》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，因而是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，假如一旦和“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。

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22条第4款和第24条第2款第（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，均被认为涉及到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《香港基本法》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（三），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《香港基本法》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，全国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，但其他任何人是否符合第24条第2款第3项的条件“均须以本解释为准”。

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。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？

三、自上而下的局限性

1. “死亡指标”背后的无奈和出路

据《南方周末》5月24日报道，国务院2004年颁布了《关于进一步加强安全生产工作的决定》，在全国范围内设立了极为具体而复杂的“死亡指标”体系。每年年初，国务院安全生产委员会根据近几年的统计数据，给出该年度的“安全生产总指标”，包括工矿商贸、火灾、公路交通、铁路交通、民航飞行等各类事故死亡人数的总和，再分别给出各项事故的指标，并把不同的指标下放给各个系统。例如2005年“全国工矿商贸企业事故死亡人数控制目标”为16263人，“金属、非金属矿事故、矿难的死亡人数控制指标”为2645人，等等。总指标确定后，安全生产委员会按照“实际情况”，把这些指标发放给各省市。例如2004年产煤大省山西在煤炭企业获得的“死亡指标”是495人，其中大同市获得死亡指标54人，分配给大同煤矿集团的指标则是23人。

设计“死亡指标”的初衷无疑是好的，无非是为了通过硬性的指标迫使各地官员将事故死亡人数控制在一个逐年下降的规定范围之内。但是这种做法也引起了许多困惑，因为导致死亡事故的原因是多方面的，而地方官员未必有能力对所有事故承担责任。虽然北京市可以把自

307

交通管好，但是未必能有效控制外地人开车到北京交通肇事，因而这笔账算在北京市政府头上就不见得合理。有些飞来横祸，难免防不胜防；对于已经尽职尽责的地方官来说，还要为此承担责任未免有些“冤枉”，而且这些事故很可能是无法通过进一步改善工作就能避免的。再说“上有政策，下有对策”，下级官员总是可以钻法律的空子来规避义务。根据有关规定，如果在交通事故发生后的7天内出现死亡，就要算事故、占指标，结果交管部门就尽一切力量拖过7天。更何况“达标”的压力将进一步促使地方官员和肇事者联手造假，而高高在上的中央却往往无从知晓。近年来，各种事故的瞒报事件不在少数，其中许多都有地方政府插手。因此，指标体系看起来很科学，也很严格（落实到个位数），但是如何防止“村骗乡，乡骗县，一直骗到国务院”？指标体系的设计者不会不知道这些问题，但是在中国自上而下的“压力型”体制下，这似乎又是中央不得不采取的无奈之举；否则，如果地方官员没有一点压力，更不会为老百姓办实事。

地方官员确实需要压力，问题是压力来自何方？如果压力只是来自上面，那么就会产生上述种种尴尬，而且无论中央的政策制定得再好，也未见得能贯彻落实下去。反观一些法治发达国家，并没有像我们这样严格的指标体系，但是地方官员做事似乎还挺“卖力”的。为什么会这样？其实道理很简单，因为这些国家的地方官员虽然没有自上而下的压力，却面临很强大的自下而上的压力。地方官员要接受地方议会的监督，否则“乌纱帽”不保；地方议员之所以有那么大的监督动力，是因为他们自己面临着当地选民的巨大压力，否则下次选举的结果就难说了。这样一来，如果当地发生了重大责任事故，无需中央干预，地方自己就把问题“摆平”了，而且地方发生的事故给当地造成的损失，当地老百姓自然最清楚，地方官想瞒也瞒不住。毕竟，北京人自己最关心首都地区的交通安全；如果山西频发煤矿事故，首当其冲的也是山西人自己的性命和财产。如果地方官员的压力更多地来自当地人民，地方安全问题会解决得更好，也更好解决。

如此看来，“死亡指标”固然有其可以理解的难处，而且在现阶段仍然发挥着或许是不可替代的作用，但是未必能从根本上解决我们的安全问题，因而不宜作为唯一的出路。事实上，《宪法》第2条规定，国家的“一切权力属于人民”，而地方人大和全国人大同是“人民行使国家权力的机关”，因而理应对地方治理履行更多的职责。除了自上而下的指标体系之外，我们还应该思考如何完善和落实宪法规定的地方人大制度，让地方将自己治理得更好。

2. 山西黑砖窑折射地方政府缺位

自《山西晚报》2007年6月7日报道之后，山西洪洞县黑砖场大案在全国激起了轩然大波，甚至惊动了中央高层领导。先是中央政治局委员王兆国亲笔批示，使这起案件开始得到地方政府的重视；随后国家主席和国务院总理又亲自批示，使之进一步“演化成高层意志主导下的政治行动”。^[1]毫无疑问，这是一起和孙志刚事件性质同样严重的人道主义灾难；和孙志刚案一样，山西黑砖场也是在媒体首先曝光、全国舆论激愤进而引发中央直接干预下才得到解决。这样自然就产生了《中国青年报》（2007年6月15日）提出的问题：“为何惊动了中央，地方政府才想起道歉”？事实上，我们还可以进一步追问：如果不惊动中央，我们如何解决全国各地大大小小的黑砖场、黑煤矿、违法征地、官药勾结等形形色色的问题？

我们之所以要问这个问题，是因为几乎所有的问题都是在地方发生的，而偌大一个将近14亿人口的国家只有一个中央，只有一位国家主席、一位国务院总理和少数几位中央政治局委员，他们不可能亲自调查全国各地每天发生的大大小小的每一起案件并做出批示。在不能事事依赖中央领导的情况下，我们究竟依靠谁来解决层出不穷的地方问题？

黑砖场自从1990年代就已经出现，之所以今天才揭发出来并引起重视，固然涉及多重因素。窑主的黑心、包工头的凶狠、村民的冷漠乃至砖场的市场利润等等都是直接或间接的原因，但是我们没有必要对人性寄予过高的期望。杀人越货、抢劫纵火之类的事情，古今中外概莫能幸免，问题是怎样治理这些不能为社会良知所接受的事情。一旦人的行为跌破了基本的道德底线，只有通过政府这个“合法暴力”去强行制止私人的非法暴力。但是我们的地方政府在哪里？

山西洪洞的黑砖场开在退耕还林地带和风景名胜区，当地广胜寺镇的土地所、工商所、派出所、林业站、环保站都负有监管责任，但居然能一连四年“无人发现”。事实上，在媒体曝光并引起中央关注之前，“县里根本不重视这件事”。山西省则在事情败露前不久还发出通知，要求民工别去非法小矿就业，否则后果自负。问题是许多来自外地的民工如何知道矿主经营是否合法？更何况在“官煤勾结”、“官砖勾结”等等仍相当普遍的大背景下，许多非法窑、矿都开在当地政府的眼皮底下，一直在“事实上合法”地运转着。山西当地的基层政府当然知道黑砖场存在，只不过他们的兴趣不在砖窑内部的人道灾难，而在于窑主每年缴纳的税费和罚款。只要继续交纳这些“保护费”，砖窑无论发生什么事情都可以相安无事地继续运行下去；而轮到政府该做的事情——为

309

了人民的基本利益出面监管，那么从省到县到乡镇，地方政府部门都俨然做起了“甩手掌柜”。

之所以会这样，根本原因在于地方政府没有足够的监管压力。固然，目前的政绩体制对于地方官员产生了一定的压力，但是这种压力的导向未必总是促使地方政府切实解决地方问题，因为政绩的评价者是上级政府而不是下层选民，因而往往只要把表面文章做得“漂亮”一点就能升官发财。没有直接来自选民的压力，地方政府不会主动解决地方问题，最后只有依靠来自中央的上级干预。照理说，地方人大的主要职能是监督地方政府，但是山西黑窑场发生了这么大的人道危机，从头至尾没有看到一个山西人大代表有任何作为。事实上，黑窑主的父亲王东己就是当地村支书和人大代表，这也就难怪山西各级人大集体失语了。更令人担忧的是，我们似乎也从不期望他们有任何作为。

当然，山西黑砖场不只是山西的问题，因为被劫持和贩卖的奴工来自全国各地，因而当地政府部门无动于衷似乎是可以理解的，但是山西在处理给自己的民工造成大量伤亡的煤矿安全隐患中表现如何呢？山西黑砖窑的奴工有相当部分来自河南，不少民工在郑州火车站陷入火坑，郑州市公安局在保护河南民工的人身安全方面又表现如何呢？

和“孙志刚案”的最终结局（废除收容遣送制度）一样，山西黑砖场案的结局也是好的（至少解救了五百多名来自全国各地的民工）。从新闻披露和舆论关注到中央干预，这已然形成了中国目前解决制度问题的特有模式，而且不可否认的是，这种方式对于解决个案来说是行之有效的。但我们不能忘记的是，如果离我们更近的地方政府不能发挥其应有的作用，只怕更多的社会问题都将被遗忘在中央看不见、听不到、管不着的角落。

3. 如何破解“资源越多越不幸”的困局？

山西号称是中国的“煤都”，煤储量和年产量都占了全国1/4，以往一直高居各省之首。拥有如此得天独厚的自然资源，对于一个地方来说显然是好事，但是自从20世纪90年代黑煤窑泛滥之后，山西这个地方却怎么也好不起来。山西的煤除了造就为数不少的煤炭暴发户和“红顶商人”之外，似乎留给山西和留在全国人民记忆中的就只有连绵不断的矿难、矿工及其家属的苦难、“私挖滥采”、“生态破坏”和“环境污染”。为山西煤矿开发承担成本的不仅是死难矿工及其家属，而且还包括几乎所有的山西老百姓。挖煤对环境资源的损耗十分巨大，浪费大量地下水，有时甚至造成地表塌陷，洗煤更产生了严重的环境污染。革命老区吕梁

产焦煤，每到夜晚河流都成了红色。晋祠的“难老泉”则早在1994年就已经“老”了（断流），主要原因就是周围开采的小煤矿抽干了地下水。截至2004年，山西因采煤引起的严重地质灾害区域近3000平方公里，目前沉陷区面积正以每年94平方公里的速度增长。在1000多平方公里的沉陷区面前，即便是巨资治理也显得杯水车薪，水资源枯竭、土壤破坏等问题更还没有摆上治理日程。子孙后代的资源都用得差不多了，赚足了钱的大户们却已经开始考虑“生态移民”。

一边是暴富的煤老板和“红顶商人”、连年增涨的地方GDP和财政收入，一边是矿难、死亡、环境污染和生态灾难。这里实在包含了太多的悖论。按理说，在公有制中国，矿产是一级国家资源，应该让全民受益（乡镇煤矿也至少应该让全村受益），而如今富了少数人，却给当地广大人民带来死难和无穷无尽的后遗症。在发达国家，GDP或政府财政收入总是和当地的生活质量联系在一起；一个地方的人均GDP提高，表示那个地方的经济更繁荣、社会更安全、法治更进步、人民更富足，因而那个地方对于其他地方的人来说也更有吸引力。为什么山西不是这样？为什么山西的GDP上去了，矿难却下不来、生态依然遭到破坏、环境还在继续恶化，以至山西不仅是一个外人除了旅游之外不愿意居留的地方，而且许多当地已经从煤炭中暴发的富家子弟正纷纷琢磨如何“生态移民”？矿主和官员的财富、不断攀升的GDP和地方财政收入如何与矿难、生态破坏和环境污染并行不悖地共存着？为什么中国的某些地方资源越多，却反而造就了越多的不幸？

《中国经济时报》的系列报道给我们揭示了一条“黑链”，正是这条从黑矿主一直延伸到黑记者的“黑链”造成了山西的煤矿事故和环境破坏。平心而论，政府并非对黑煤窑放任不管，但是政府监管的效果似乎只是造就更多的“黑色人物”并增加“黑链”的环节，从而增添黑煤矿的寻租成本而已。然而，在成本仍然远远小于利益的情况下，黑煤矿运营依旧。在金钱面前，所有的法律控制似乎都失去作用：煤矿可能处在某个村子地下，但是只要买通村长、村书记，没有什么不可以做的；乡镇政府、纪委、矿产资源局的人也同样一一“摆平”，甚至安监局的负责人也可以利用安全检查权大把捞钱；让煤检站检查“煤票”，他们却置身“黑链”之中，按照帮助违法的贡献大小分成；记者的天职是揭露社会的阴暗面，但是黑煤窑却吸引了大量假“记者”，通过“黑材料”要挟、勒索，俨然一副“黑吃黑”的局面。从煤矿老板、煤检站“老大”及其大小喽啰乃至“黑记者”到村支书、乡镇领导、地方安监局和资源局的官员，甚至包括来自各地农村的侥幸没有碰上矿难的矿工们，似乎所有人都从山西的煤炭资源开发中分得了“一杯羹”，好一派皆大欢喜的场面！

当然，结局恰好相反。在这场疯狂瓜分煤炭资源的盛宴中，缺少了一个最重要的角色——3300多万普通的山西老百姓，而这也是为什么所有这些得利者都被加上了一个“黑”字——黑煤矿、黑矿主、黑站长、黑官员、黑记者，因为他们的私人利益是建立在损害山西老百姓的公共利益基础上的。煤炭开采的收入每天大量流进少数人的腰包，留下矿难、污染和生态毁灭——这是最大的国有资产流失！不要看现在山西的GDP连年增长，山西老百姓已经开始为煤炭资源的滥挖滥采付出代价，而且还将随着大自然对资源掠夺的全面报复而付出更昂贵的代价。最近的统计表明，一旦计入环境成本，中国一些省市的GDP并没有增长，甚至呈现出负增长。且不说煤矿工人承担着矿难事故的风险，绝大多数山西老百姓无处可去，还得在这块土地上生活；这意味着他们将不得不呼吸铅含量很高的空气，吸收溶有各种化合物的水和食物。与此同时，极少数赚够钱的老板和官员却可以一走了之，或到别处继续赚钱、污染；等到全国各地的资源都耗尽了，那些造成巨大破坏的违法犯罪者很可能已经悄然“退隐江湖”、不知所终，有的甚至可能迁居国外。

这样就产生了我们的问题：既然黑煤矿损害了绝大多数山西人的利益，或者至少山西的煤炭资源完全可以采取比现在好得多的利用方式，为什么黑煤矿仍然屡禁不止？为什么我们的法律干预不起作用？难道当地村干部或基层政府真的不知道黑煤窑存在？难道检查超采超产真的那么困难？最关键的是，为什么我们不见山西人采取行动更好地维护自己的利益？事实上，这个问题的答案也正是解决山西矿难的唯一希望所在。

在大多数情况下，基层政府当然不是不知，而是故意不为。例如在2007年6月披露的山西黑砖窑雇用奴工事件中，地方政府从一开始就是知情的，但是黑砖窑的存在对于他们来说正是生财之道——否则，罚款从哪里来？既然如此，地方官员自然不会急着杀掉这只“下金蛋的鹅”。至于上级政府则确实可能不知道黑砖窑的存在，而且越往上信息越少，直到这场骇人听闻的人道主义灾难成为全国的头版头条。由此可见，地方政府的监管不力并不是地方政府不能管或上级政府不想管。在自上而下的压力型体制下，地方官员不真正对地方选民负责，因而也没有义务为了地方的长期治理和人民的安全、健康和生存着想；相反，法律所赋予的规制权成为地方官员的寻租工具，允许他们通过纵容、帮助乃至直接参与违法活动而获得巨额利润。当然，自上而下的压力并非一点没有，但是由于上级领导并不生活在当地，不能直接感受地方作为或不作为的现实后果，因而所掌握的地方信息必然相当有限，除非发生重大事故引起了上级部门注意，但为时已晚。在自下而上监督机制缺位的情况

下，中央和地方监管不力成了一个自然的结果。这是各地煤矿事故和环境污染长期得不到解决的根本原因。

看来，要从根本上破解“资源越多越不幸”的困局，还是离不开山西老百姓自下而上的监督和参与。毕竟，山西属于世代代住在那里的山西人民，也只有他们才最在乎当地的生存环境，因而他们自然最有热情制定并落实对当地的可持续发展最有利的煤矿开采规制，也最了解当地情况和自己的需要。山西煤矿所造成的事故和污染固然不只是危害山西人的利益，而且也危害来山西煤矿打工的全国各地民工以及周边地区的利益，但是身在其中的山西人民显然是首当其冲的受害者，而山西的煤矿开发之所以造成如此不均衡的成本和利益分配，3300多万山西人民之所以成为滥开滥采的沉默的牺牲品，无非是因为他们不能有效参与影响自己利益的环境决策和保护过程，因为当地的决策者和大大小小的执法者不需要向当地选民负责。如果我们的地方选举制度真正运转起来，地方的决策者和执法者必须对当地人民负责，否则就将承担落选或弹劾的后果，那么再贪心的官员也不敢疏忽执法，地方煤矿安全和环境执法状况就不会是目前这个样子。一旦地方民主将官员的职位和当地老百姓衡量的真正的地方政绩挂起钩来，那么金钱贿赂的诱惑力再大也难以撼动地方公共利益。在民主政治过程淘汰了那些黑官员之后，煤矿腐败的黑链自然中断，那些大大小小的黑矿主、黑站长、黑记者也就自动消失了。只有这样，山西的“风光”才能好起来，山西人民才不至于成为其所拥有的煤矿资源的牺牲品。

当然，“资源越多越不幸”的悖论既不局限于山西，也不局限于煤炭。只要地方自治不健全，地方人民不能有效参与当地的决策并监督其执行，地方官员不需要真正向地方选民负责，那么这个悖论就完全可能延伸到任何资源丰富的地方。这也正是笔者读罢那则消息之后的担忧所在。

四、中央和地方分权的法治化

1. 中央和地方分权——从人治走向法治

在2008年两会期间，广东省代表团提出了“区域协调发展配套改革试验区”的建议，得到了与会代表的热烈响应。自深圳首开“特区”风气

以来，全国上下已陆陆续续出现了不少“试验区”。这些不同性质的试验区尝试不同名目的改革措施，确实为打破僵硬的中央集权体制作出了贡献。但是如果大大小小的改革试验都要经过国务院批准，中央负担未免太重了，而且也给中央各部门创造了寻租的机会。不要忘记，中国是一个拥有2800多个县、37000多个乡镇、超过65万个村的大国，中央怎么可能管得了那么多地方、那么多官员、那么多事情？况且许多事项的审批也没有什么客观标准，譬如凭什么把试验区设在这个地方而不是那个地方？难道后者真的“不具备条件”？地方究竟需要具备哪些“条件”？如何认定具备或不具备这些条件？细究起来，这些问题恐怕都得不到令人信服的答案，最后只能归结为中央——更准确地说，中央某部门的官员——就是有地方得罪不起的权力，因而要突破中央规定的条条框框，地方除了“跑部钱进”之外没有别的办法。

事实是，仅从中央近年来频繁出台的精简和放权措施就可以看出，实施了几十年的中央集权制度使中央管了太多不该管的事情；这些权力理当下放给地方，但是一旦中央仍然大权在握，地方往往只有通过不正当、不合法的手段获得这些对于地方治理来说必要的权力，从而导致中央与地方的权力博弈充斥着人情、关系、贿赂等各种个人因素。当然，问题也可能出在另一面：在某些情况下，中央政令确实代表了“最广大人民的最根本利益”，譬如减轻农民负担、维护农民工利益及其他保护弱势群体的措施，但是由于和地方政府或官员利益相冲突，于是遭到地方各级围追堵截、层层抵制，所谓“上有政策、下有对策”、“政令不出中南海”。面对这些地方抵制，中央却往往显得顾此失彼，以至中央政令、法律乃至宪法不能在全国各地得到统一落实。这是中央与地方的关系人治化的另一个表现。

从总体上说，改革开放三十年是在放权背景下展开的。时至今日，某些该下放的权力（譬如地方政策试验）还没有下放，某些该由中央管的事情（譬如环保、煤矿安全、拆迁补偿、弱势群体保护）却没有很好地管起来。虽然中国是一个单一制国家，但是作为一个大国，中国的单一制不可能只是简单的中央集权，许多事情必须下放给地方去做。因此，中央与地方分权是不可避免的大趋势，但是究竟如何分权？中央下放哪些权力、保留哪些权力？如何保证中央部门不插手不该管的事，而把该管的事真正管起来？如何从制度上保证有限范围的中央法律和政令在全国得到有效实施？现在是思考这些制度性问题的的时候了。这些问题不解决，势必成为下一步改革的障碍。

解决上述种种问题的钥匙在于中央与地方关系的法治化，也就是必须依靠一部规范中央与地方权力关系的基本法来处理央地权力冲突；否

则，如果还只是依靠中央领导的命令或指示，就无法突破几十年来“一放就乱、一收就死”的僵局。中央与地方关系法治化是一个复杂的课题，需要一系列配套的制度建构。首先，基本前提是承认中央权力的有限性：中央权力并不是无所不在的，而是应该限于对全国治理来说必要的范围内。世界各国经验都表明，中央与地方权力存在着宪法意义上的最佳配置；不是所有的事情都应该由中央来管，中央既没有义务也没有权力干预纯属地方性的事项。事实上，也只有在承认中央立法权的有限性的前提下，才能真正保证中央立法的最高地位和国家法制的统一。

其次，为了有效落实央地事权分配，还有必要实行财税分权制度；中央要分配事权，就必须负责配备相应的财政资源；否则就会导致“中央请客、地方埋单”，地方为执行中央任务而入不敷出，从而丧失地方治理能力。譬如中央20世纪90年代推行九年制义务教育的初衷显然是好的，但是由于没有配套资金，导致许多乡镇大量欠债。要避免这种情况发生，中央必须承担起相应的财政责任，同时实行财政上的“纠偏行动”，通过合理的转移支付弥补过去工业化政策给农村造成的损失。

再次，中央与地方分权的基础最终是地方人民的民主自治。如果人民没有权利统治自己，如果统治的动力是自上而下的，那么为了控制下级政府的胡作非为，就必然需要上一级政府的监督；如此重复，直到最高的中央政府。这正是中国普遍存在的“上访”现象的逻辑和路径，而众多上访问题解决不了，恰恰证明如果地方问题在地方层次上得不到解决，最后积压成山，那么无论多么神通广大的中央政府也都无能为力。这就又回到了中央集权的困境：中央只有一个，但是地方却有许许多多，一个中央如何管得住那么多地方？要保证中央的惠民政令得到落实，最终还要靠人民自己管理自己，并通过选举等方式监督自己的“父母官”。

最后，要实现中央与地方关系法治化，还必须具备适当的保障机制，特别是建立司法性质的独立审查机构。只有健全司法审查制度，才能有效防止地方保护主义，保障公民在宪法上的平等权利。事实上，由于长期实行“条块结合、以块为主”的控制模式，地方司法不能独立于当地政府，因而不仅不能遏制地方保护主义行为，而且往往自己也成为地方保护的急先锋。这种状况如果得不到有效控制，势必将国家法律体系分解得支离破碎。法治离不开司法保障，这已经是中国法治三十年的老生常谈，中央与地方关系法治化又岂能例外；中央和地方分权规定得再合理，也只是纸上谈兵，一旦缺了司法环节还是落不到实处。

2. 海峡彼岸的启示——从中正纪念堂“正名”风波看台湾的地方自治

台湾政坛的“打架”是出了名的，不过难得一见是，那里的“中央”和地方居然打了起来。2007年5月19日，陈水扁当局正式将“中正纪念堂”改名为“国立台湾民主纪念馆”，不仅招致蓝营民众的激烈抗议，也引来蓝营控制的台北市政府频出“软招”抵制。台北市文化局依据“文化资产保存法”（“文资法”），将中正纪念堂暂定为“古迹”，并接连处罚台湾民主纪念馆揭牌前后的“破坏古迹”行为（譬如所用的巨幅布幔部分遮挡了“古迹”），日前已累计罚款30万新台币。台湾当局的“教育部”则表示台北市的处罚是违法的，并将就此提出诉讼。

地方竟斗胆处罚“中央”？！这听上去似乎不可思议，但是在法治社会其实是挺平常的。事实上，在联邦制，中央和地方“打架”并不是什么新鲜事。早在1819年的里程碑案件——“美国银行案”，美国的马里兰州就对联邦成立的“美国银行”罚款。当然，最高法院最后判决马里兰州败诉，但这个判决只是表明地方不可以处罚中央合法合宪的行为，而绝不表明地方不可以处罚和抵制中央违法或违宪的行为。按照法治的一般原则，“王子犯法和庶民同罪”，即便是中央违法违宪也同样要接受法律制裁。英国宪法学名家戴西（A.V. Dicey）曾认为联邦制促进中央和地方关系的法治化，因为联邦制下的中央和地方“打架”不是靠中央的行政命令解决的，而是通过诉讼由相对中立的法院决定谁是谁非。这样一来，中央（或上级政府）就不能单靠自己掌握的权力来推行可能违法的政策或措施，“权大于法”的现象因而受到遏止。

但联邦制并不是实现法治的必要条件，单一制也同样可以实现中央和地方关系的法治化，因为单一制同样也可以实行地方自治，而地方自治才是实现法治的一个前提条件。在台湾地区施行的“民国宪法”就是单一制，而台湾的地方政府是由当地选民选举产生的，譬如现任台北市长郝龙斌就是在和民进党候选人激烈角逐之后获胜当选，而不是由陈水扁任命的。这样一来，郝龙斌当然有资本对阿扁的所作所为不“买账”，因为决定他命运的是台北市选民，而不是阿扁，于是才产生了中正纪念堂“正名”的法律冲突。否则，假如郝是由扁一手任命的，那么且不说郝必然对扁感恩戴德、惟命是从，即便他想反抗也不敢，因为阿扁既然有任命他的权力，必然就有罢黜他的权力，只要他敢说个“不”字就把他“废”了。如此，即便中正纪念堂的“正名”公然违法，也没有人敢站出来挑战它的合法性；大权在握的“中央”说什么就是什么，根本不会想到通过不胜累赘的“诉讼”来解决争端。地方自治并不是让地方成为违抗中央政令的“独立王国”，因为究竟是地方还是中央有理，法律——更准确地说，法院——自有公断，但是它确实赋予地方政府抗衡上级违法的独立地位。

笔者并不是要论证中正纪念堂“正名”究竟是否合法，而只是想指出制度对于法治的重要性。在世界法治史上，许多重要的宪法性案件都是在政治纷争中出现并得到解决的。台湾中正纪念堂的“正名”风波也是在蓝绿两大阵营的激烈“拉锯”中闹出来的，而生活在“法律帝国”中的法学家对此往往不屑一顾；如果问起来，他们的反应多半是“只不过又一起政治闹剧而已”！但是他们忽视了，法治正是在这种颇为喧嚣的“拉锯”中产生的。台湾地区最终究竟是通过法治解决这场“中央”和地方的争端，还是“只不过又一起政治闹剧而已”，现在尚不得知。然而，可以肯定的是，没有这种“拉锯”所产生的政治制衡，什么事情都是由上级领导说了算，那么法学家所期待的法治就很难找到生存空间了。

[1] A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Ed.), London: Macmillan (1915), pp. 100, 103; 参见第三讲。

[1] *South Dakota v. Dole*, 459 U. S. 823.

[2] *New York v. United States*, 112 S. Ct. 2408.

[1] *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。

[1] 参见香港学者陈弘毅的论点：《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。

[2] 参见《全国人大及其常委会的权力不容挑战》，载《法制日报》1999年2月8日。

[1] 参见《南方都市报》2007年6月17日社论。

第十三讲 立法机构



以上三讲介绍了中央与地方关系的诸方面。在立法关系上，中央和地方必须根据立法事务的性质适当划分各自的权能；在财政关系上，中央和地方可以通过宪法或基本法律适当分工，但是地方应当拥有决定地方税制的自主权；在行政关系上，地方选民有权利通过选举决定地方政府的人选，而不受上级干预；中央可以根据效率原则委托地方执行部分中央立法，但是中央有义务在财政上给予适当补贴，避免“中央请客、地方买单”；在司法关系上，地方应该完全自治，上级法院可以通过上诉过程纠正下级偏误。对于“一国两制”的特殊安排，港澳司法享有独立终审权，但是在基本法本身的解释问题上需要协调终审法院和全国人大常委会之间的关系；在港澳政制发展方面，行政长官和立法会仍然采用功能组别选举模式，但是香港已经具备直选时间表；更重要的是，基本法以及港澳政制发展的重大进程仍然需要得到中央批准，而不能由特别行政区自行决定。

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。现代政府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。

以下三讲探讨政府的三种主要职能——立法、执法与司法及其相互关系。这一讲讨论立法和执法权力的关系及其理论基础。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。

一、分权的理论基础

我们已经看到，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3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3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义，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。

当然，我们知道，法治是有目的性的，因而分权的宪政制度同样也有目的性。（见第二讲）政府的目标无非是实现公民权利的保障和社会的良好管理等“公共利益”，且这些目标可能会发生冲突——例如公正与效率。一个理想的分权模式应能“扬长避短”，尽可能同时实现不同层面的公共利益。这是衡量权力配置合理性的唯一标准。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，从而涉及到法院和

其他两个分支的关系问题。

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。美国总统每年都要到国会两院做联邦致词（Union Address），就来年的立法重点提出建议，但其性质和国务院在全国人大的工作报告是完全不同的。美国总统既不是由国会选举产生，也不向国会负责。

1. 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。

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（见本书第二讲）。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。

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。”^[1]因此，作为国家的最高权力，立法权超越执法权与司法权。

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，例如英国前首相布莱尔（Tony Blair）当时就是工党（Labor Party）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。

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（但参见第九讲内容）。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。^[1]

和“立法至上”的精神完全一致，英国一直没有一部成文宪法。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。

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《公

约》的第2至第12条（参见本书第二讲）、第14条（禁止歧视）、第一协定的3条（平等享受财产、受教育权利、秘密与自由选举）以及第六协定的两条（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）立法必须以符合公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公约权利，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，“公共权力以不符合公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。第八条规定，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，并纠正侵犯公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。

2. 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，由于议员也是会犯错误的人，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“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”。

横向分权的思想在洛克的《二论国民政府》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《法的精神》（严复原译为“法意”）。以下是该书的一段不朽名言：

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。^[1]

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，现在和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。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（详见第八讲）。

3. 混合体制

现代国家兼采责任内阁和三权分立之长，同时设置了独立民选产生的总统和代表议会多数的总理，形成了处于总统制和责任内阁制之间的双元首脑制。例如第二次世界大战之后的德国和第五共和的法国采取了这种体制。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。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。

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。^[1]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，但未必是任何传统专制体制都能通用的良方。

二、斗争与妥协——议会制度的起源

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。

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。

现代议会首先是在英国发展而来。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到政府官员的争议。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。^[1]

和中国百年宪政的曲折蜿蜒不同，英国民主进程虽然很缓慢，但是几乎每一次重大政治交锋都是以进步力量取得胜利告终，并以制度形式确立下来。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。

在爱德华一世执政期间，英国议会得到进一步发展，最终超越了“朝廷”（high court）的职能，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。

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。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4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。1265年，英国议会再次开会。在反叛亨利三世之后，蒙福特（Simon De Montfort）试图修和并在威斯明斯特聚集支持者。这次集

会首次有两名城市小资产者选出的代表参与，被认为是“第一个真正的代议制议会”（representative Parliament）。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。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。

当然，英国议会民主的发展道路是漫长曲折的，其间充斥着国王、贵族和平民的权力斗争，但是最后民主的力量终将克服专制的力量。1640年4月，英国议会因国王中止11年后首次开会。为了获得财政支持，国王查尔斯一世不得不召集议会。议会不仅拒绝了国王的要求，而且还列举了他的一连串罪恶。国王还以颜色，宣布解散议会。同年夏天，苏格兰入侵英格兰北部。国王顾问说服他再次召集议会，这次开会长达四年，被称为“长议会”。这次开会通过了《三年法》（Triennial Act），要求议会每三年召集一次，而国王则不得在议会不同意的情况下解散议会。

三、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，

327

下院则由选民选举的代表组成。两院的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。

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。^[1]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，最后使两院都失去行动能力并依赖行政权力。

以上正反两方面意见都受到不同程度的采纳，并体现与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。

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，但两院之间的权力殊不相同。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，但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。

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。《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，每届任期限于半年。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别，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200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。

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。

四、议会程序

1. 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1条第4款（经第20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5款规定：“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”（第1条第5款）。

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和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和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 Officiel）。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。”

2. 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4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。财务法案应首先被提交众议院。”德国《基本法》第76条规定了立法的提案过程：“[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。”

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》第一章第七节规定：“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。”《法国第五共和宪法》第39条第2款规定：“财务法案应首先被提交众议院。”《法国第五共和宪法》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。

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。

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《美国联邦宪法》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，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。

五、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。

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示一律无效（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。

1. 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1条第8款把授予国会的立法权力

（Legislative Power）限制在列举事项之内：国会拥有“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，制定所有必要与合适的法律”。

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和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5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（Delits）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及其管辖范围和资源，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，譬如“议会应授权宣战”（第35条），绝大多数条约必须受到议会立法的批准才能生效（第53条）。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。

立法权也包括财政预算立法，预算直接体现着国家的立法重点和价值取舍。政府究竟应从有限的预算中投多少到社会保障、多少到义务教育、多少到国防外交，都应该由议会最后拍板决定。事实上，立法本身成本很小，法律的主要成本体现在法律的执行过程；否则，如果投入不够，很容易造成执法不严，法条徒具空文。当然，如果某件事情对社会反而有害，就更不能予以任何经费支持。因此，财政权的立法控制不仅是对法治的有效保障，而且也是对政府权力的有效监督和约束。

2. 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，民主国家设计了宪法制度，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》第二章第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；但独立行政机构的负责人必须根据法律所规定的理由才能罢免，不能由总统随意罢免。

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，但是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。

3. 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3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。

1978年的“议会调查案”表明，少数派系的调查权利构成了德国分权机制的重要保障，因而不能被多数派系随意剥夺或限制。联邦一州（Schleswig-Holstein）的宪法，对州议会之少数派的调查权力作了类似于联邦宪法的规定。根据州宪，在作为少数党的社会民主党提请下，州议会成立了特别调查委员会来调查州政府的官员行为。多数党——基督教民主党——所控制的议会通过决议，在委员会的调查清单上附加问题，其中一个问题特别针对社民党议员。议会少数派在宪政法院宣称多数决议违宪。宪政法院第二庭维持了宪政申诉，并判决多数决议违背了三权分立的宪法原则：

对议会民主，调查委员会发挥重要作用。它们使议会独立于内阁、官员和法院，来自行审查事实，而同时又行使着法院和特殊行政机构之权力。因此，委员会能够审查事实，并加以必要澄清，以履行其作为大众政府机构的宪法义务。调查委员会的任务是去支持议会工作，并为议会决定打下基础。调查的焦点自然集中于议会对内阁与行政的控制。调查被设计来澄清涉嫌滥用权力的政府事件。这类控制对三权分立具有重要意义，并只有在议会和执法机构之间存在政治对立关系时，才能受到保障……而对这种控制的保障，正是少数权利的宪法意义之所在。议会和内阁之间的对立，原来存在于立宪君主时期，现在这种对立状态已发生变化。在议会民主，多数党通常支配着内阁。今天，这种关系的特征体现于两种势力的政治对立：一边是内阁和支持它的议会派系，另一边则是反对党派。因此，对于议会体制的政府，议会多数并不主要监视内阁。这正是反对派的任务，而作为常规，它们是少数派。要使议会控制实现其目的，就不得削弱少数建立调查委员会的宪法保障之权利。

然而，建立调查委员会的要求本身，并不能充分保证少数的控制权，附加保障是必要的。最重要的是，少数必须有自由去定义调查的性质。作为原则，调查事项不得在违背少数意愿时受到改变或扩充。多数派不得违背申请者的意愿，强制调查委员会去查询更多事实。这将给委员会的工作带来不正当的延误，并混淆调查的目标和结果。

六、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《全国人大组织法》）。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、1986与1995年作出三次修正。

1. 全国人民代表大会

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（第61条）。全国人大会议必须由2/3以上代表列席才能举行。

《宪法》对人大代表的代议职能规定了法律保障。《宪法》第74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”（《全国人大组织法》第42条）。

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。全国人大组织法规定，可以向全国人大提出议案的机构包括全国人大主席团、全国人大常委会、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。议案由主席团决定交各代表团审议，或者并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。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；选举最高人民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、全国人大常委会成员、国务院和中央军委成员、最高人民法院院长和最高人民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（《全国人大组织法》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规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。

2. 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。

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）。人大常委会的代议权利也享受和普通人大代表同样的宪法保障。

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。^[1]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人民检察院，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（《全国人大组织法》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。^[2]

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、管制或者剥夺剥夺政治权利，并处罚金；情节严重的，处五年以上尤其徒刑，并处罚金或者没收财产”。修正案对《刑法》第291条也增加了一条：“投放虚假的爆炸性、毒害性、放射性、传染病病原体等物质，或者编造爆炸威胁、生化威胁、放射威胁等恐怖信息，或者明知是编造的恐怖信息而故意传播，严重扰乱社会秩序的，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制；造成严重后果的，处五年以上有期徒刑。”

第二，解释权。全国人大常委会解释宪法并监督宪法的实施，并负责解释所有法律。全国人大常委会解释“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。

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、直辖市的戒严。

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；根据最高人民检察院检察长的提请，任免最高人民检察院副检察长、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。

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。《全国人大组织法》第33条规定，在常委会议期间，常委会组成人员10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。

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。

3. 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。

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，《全国人大组织法》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”, 全国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, 全国人大组织法第九条规定, 全国人大常委会和其他国家机关可以向全国人大提出“属于全国人民代表大会职权范围内的议案”。这些条款是否表明全国人大和全国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, 即全国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全国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与67条的规定应被理解为对全国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), 而不是对全国人大立法权力的限制。事实上, 《立法法》第8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。

4. 专门委员会与工作机构

提高人大效率的一种途径是由专门委员会审议特定领域的立法。《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9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。

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。

除了专门委员会之外，全国人大常委会还具有它的“工作机构”，即法律工作委员会（简称“法工委”）。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个小组。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，他/她也不见得有时和有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”。^[4]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得通过。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。

5. 地方各级人大

要从根本上解决人口和代表之间的矛盾，必须借鉴联邦国家经验，将更多的地方性立法事务交给地方立法机构解决，让地方分担全国人大的立法责任。《宪法》第95条第1款规定：“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条第1款规定：“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。

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、镇的人民代表由选民直接选举。”经过《宪法》第98条规定：“地方各级人民代表大会每届任期五年。”《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”。

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报告”。根据《地方组织法》第8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”。

《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，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。”向县级以上的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”，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9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，代表十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。

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。

6. 地方各级人大常委会

《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条第1款规定：“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规划、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五人以上、县级人大常委会组成人员三人以上联名，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。”

7. 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”。

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的会议都那么短：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“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为代表履行职务提供服务 and 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履行人民代表的使命，即使倾家荡产也在所不惜，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，还是要在制度上下工夫。

因此，人大不是选出来就行了，而是要作为立法机关履行宪法职

责，为社会做实实在在的事情；人大选举结束，也就是人大工作的开始。然而，由于绝大多数人大代表和常委都是兼职而非专职，人大至今没有充分彰显其应有的立法和监督作用，有时甚至被戏称为“橡皮图章”。许多该立的法没有立、该废的法没有废，以至行政立法越俎代庖的现象十分普遍。譬如收容遣送制度就是在“孙志刚事件”后由国务院自行废除的，全国人大常委会既没有应法学博士上书的请求对其进行合宪性审查，也没有及时制定自愿救助立法。2007年12月4日，茅于軾、江平等69名学者联名向全国人大、国务院提出公民建议，要求对“劳动教养”制度进行违宪审查，但是全国人大常委会从来没有行使过宪法规定的这项权利，因而这次采取行动的可能性依然很小。事实上，学者频繁上书现象本身就反映出人大工作滞后。无论是劳动教养的存废、“黄金周”的调整还是北京律师在申请户口迁移过程中遭遇的制度尴尬，人大及其常委会的习惯性缺位和沉默都表明人大制度亟待完善，人大代表必须专职化，否则就难以履行宪法赋予的民主职能。

8. 兼任代表的困惑

兼职人大不仅意味着人大代表不能集中精力代表民意，而且有时还会产生预想不到的困惑。亿万富翁梁广镇因涉嫌挪用公款犯罪而被立案侦查，由此牵出身兼广东云浮、广西百色两地人大代表的离奇故事。根据《地方组织法》第35条，检察机关在对县级以上人大代表采取强制措施之前，必须事先经过其所在人大的主席团或常委会（闭会期间）许可。虽然云浮市人大常委会已经同意批捕，百色市人大常委会却拒绝许可，从而让从事调查的云浮市检察院左右为难。

双方争论的一个焦点是梁广镇是否适合在相隔千里的广东、广西两地同时担任人大代表。百色市人大常委会认为，“同一级（人大）兼职没有多大影响。如果两地同时开会，代表可以请假。现在交通发达，代表两地跑是可以的，而且代表发表意见也可以委托。”云浮市检察院则认为：“理论上，一个人可以同时兼任五级人大代表，但不能同时担任两地无隶属关系的人大代表。”

根据目前的法律规定，上述两种说法或许都不违法，因为无论是宪法还是人大选举法都没有禁止同时兼任两地人大代表，更没有禁止同时兼任不同层级的人大代表。事实上，兼任上下级人大代表一直被认为是一种十分“正常”的现象。在逻辑上，同一个人也可以同时兼任两地乃至多个地方的人大代表，而这种可能性的确在梁广镇身上成为现实。

然而，从民主代议的精神出发，以上两种说法又都是违背常理的。

地方人大作为地方“权力机关”，本应履行最重要的宪法职能；不论哪个地方、哪一级的地方人大代表不说是日理万机，也都应该是十分忙碌的，哪有那么多时间和精力兼任不同层级乃至不同地方的人大职务？梁广镇同时兼任千里之遥的两地人大代表、许多代表同时在不同层级的人大任职、这些现象在绝大多数人看来见怪不怪乃至十分“正常”……这一切都说明地方人大代表并没有真正发挥宪法要求的民主代议职能，否则又如何解释如此普遍的梁广镇现象？

当然，这种现象也确实并不奇怪，因为我们的人大制度就将人大定位于一个兼职机构，绝大多数人大代表都将民主代议作为其“第二职业”。一名普通人大代表首先必须做好人大以外的“本职工作”，才能满足基本的生活需求，剩下的时间才花在人大开会、讨论、审议、监督等事务上。但是这样一来，人大代表还有多少时间和精力花在人大的事情上呢？亿万富翁梁广镇没有养家糊口的需要，但是作为兼职代表，他同样不会花太多时间在地方民主代议上。事实上，正是人大兼职制度使之有可能同时兼任异地人大代表，而这只能表明他在哪一个地方的人大都不可能真正满足当地选民的需要。不可否认，他有钱、他投资，他或许为当地经济发展做出了贡献，但这些都是和人大不相干的两码事。他完全可以作为一位普通企业家在当地投资，而没有必要做人大代表；一旦他做了人大代表，就必须履行代表义务，但是异地兼任的事实表明，“人大代表”只是为他自己增加了一个对于当地选民来说没有实质意义的头衔而已。

在成熟的民主国家，一般只有当地居民才能当选地方议员。之所以如此，不仅因为法律可能规定了候选人的居住期限要求，更重要的是因为候选人只有和当地选民共同生活、经常沟通、相当熟悉之后才有可能当选；否则，如果连当地存在哪些社会问题、选民究竟需要什么都不知道，那么如何“代表”那个地方的利益？这就决定了几乎所有地方议员都是当地“土生土长”的，无论如何著名或富有的外来政客都无法代表地方利益，因而也无法当选地方议员。地方达到一定规模之后，社会问题复杂、繁多，因而只有全职议员才能胜任，进一步排除了异地兼任的可能性。当然，某些小地方的议员可能是兼职的，但是即便那样也犯不着异地兼任，因为兼职议员“油水”必然不多，而地方代议的义务仍然不少。既然分身乏术，似乎任何人都不会那么不辞劳苦地积极履行其他地方的代议义务。

为什么梁广镇“不辞劳苦”兼任相距甚远的两地代表职务？部分答案在于这么做可能对他来说并不“劳苦”，因为他很可能除了参加为数极少的例会之外没有真正履行过什么代表义务。当然，这也就意味着虽然他

在两地的人大代表资格都是“选”出来的，但是我们不得不对地方选举的质量打上一个问题；否则，选民为什么会“选举”一个不为他们做多少事情的人大代表呢？另外一部分答案则在于人大代表虽然对选民可能意义不大，但对他个人却会带来不少好处。长期以来，我们的兼职人大一直被认为是一种“荣誉职业”，但是近年来的事例表明，作为人大代表的好处还不只是一种荣誉而已。除了其他实在利益之外，人大代表还为梁广镇提供了一层免于法律追究的防护。

9. 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。

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与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。

立法会选出主席、副主席各一人。香港立法会主席由年满四十周岁，在香港通常居住连续满二十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十五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，并被判处监禁三十日以上；未得到立法会主席的同意，香港议员连续三个月不出席会议而无合理解释，澳门议员连续五次或间断十五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。

《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。

[1] A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Ed.), London: Macmillan (1915), pp. 114—118.

[1] Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London: Macmillan (1915), p. 39.

[1] Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, A. M. Cohler, B. C. Miller, and H. S. Stone (trans. & ed.), Cambridge University Press (1988), p. 157.

[1] 参见 Larry Diamond, *Developing Democracy: Toward Consolidation*, Baltimore: Johns Hopkins University Press (1999), p. 99.

[1] 参见沈汉、刘新成：《英国议会政治史》，南京大学出版社1991年版，第6页。

[1] 王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第202—204页。

[1] 许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社1999年版，第221页。

[2] 同上书，第222页。

[1] Hedrick Smith, *The Power Game: How Washington Works*, New York: Ballantine Books (1988), p.270.

第十四讲

行政机构



上一讲介绍了立法机构。在民主与法治国家，立法权是最重要的国家权力。这不仅因为缺乏有效的立法机构，治国就变得无法可依，而且也因为立法者由选民选举产生，因而代表最广泛的民意，进而通过代表民意的法律和日常监督保证整个政府向人民负责。可以说，立法权是民意的象征、民主国家的基石；如果立法机构不能代表民意或有名无实，那么整个国家就成了少数人為自己牟利的“私器”。

当然，“徒法不足以自行。”有了良好的立法，还必须落实到现实生活中去，而这离不开有效的行政。如何保证行政在执法过程中的合法性主要是行政法问题，在此不赘述。在宪法意义上，行政不只具备执法功能，而且作为鼎立三权之一在国家政治生活中发挥重要作用。行政首脑不仅是国家官僚机器的总开关，而且通常也是积极或至少消极的立法者和决策者，更何况元首虽然在内政受制于立法和司法的诸多牵制，但在外交事务上往往游刃有余，享有巨大的自由裁量权。

这一讲首先区分不同类型的行政权结构，然后分别论述总统制、责任内阁制和不同模式的双元首脑制，以及中国独特的三元行政结构。最后，我们通过具体事例，重点探讨行政的民主问责制和程序民主化的重要性。

一、行政权概述

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，负责签订条约，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。

1. 总统制、责任内阁制、双元首制与执行委员会制度

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。

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。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。

除了总统、责任内阁制以及双元首脑制以外，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。这是它和双元首脑不同的地方。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。

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，但瑞士制度并不是严格的“议行合一”制。

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。

2. 行政权力的监督——弹劾

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，任何对政府评头评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。

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，英国议会再未尝行使过弹劾权。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2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。

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“马伯里诉麦迪逊”更使国会下定决心，要弹劾其意见不能认同的法官。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，它必然是对司法独立的一种侵犯。

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。”

3. 行政权力的监督——不信任表决

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。

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。

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条第一款规定：“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。

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。

二、一元首脑制——美国总统

《美国宪法》第2条笼统地宣布：“执法权（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。

总统的“执法权力”并未如第1条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2条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”。

1. 紧急状态权

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、暴乱、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年发生的一系列“价格案”（Price 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根据。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示，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）。在20世纪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，指示商业部长

（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。

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：

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。

2. 行政特免权

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，以至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。尤其是美国的司法审判一般是公开的，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。

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，但主要是为了一件丑闻：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受到法院传票的文件资料。法院意见指出：

在设计我们的政府结构并在3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。

美国的水门事件以及最高法院对录音磁带的判决很自然让人联想起台湾的“国务机要费案”。2007年，台湾当局陈水扁夫妇因涉嫌贪污“国

务机要费”以及伪造文书和伪证，“第一夫人”受到检察机关起诉。阿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。今年7月1日，在屡次以健康为由拒绝出庭之后，“第一夫人”终于准备再次出庭面临审判。但就在此前一天，行政当局突然以涉及“国家机密”为由，要求正在审理此案的台湾地方法院归还政府当时提供的所有国务机要费发票，引起台湾地区舆论一片哗然。如果没有这些基本证据，“国务机要费案”当然就审不下去了。对此，台湾地方法院的回应是审理继续进行，但是因为证据可能涉及“国家机密”而不公开审理。这可以说是让陈水扁当局碰了一个“软钉子”。

不可否认的是，每个政权都有一些需要特别保护的“机密”，而且一般是由行政领导人根据法律授权划定机密范围。由于国家机密涉及敏感和重要的公共利益，行政机构在划定机密过程中享有极大的自由裁量权，一般不受实质性的司法审查。然而，在某些情况下，行政机构可能会滥用国家机密的决定权，将其变成为掩盖自己违法乱纪的“保护伞”。试想，如果法院要调查“第一家庭”涉嫌贪污国务机要费的弊案，而陈水扁控制下的行政当局却可以将主要证据全部贴上“国家机密”的封条，那么行政违法如何能得到调查和控制？

美国“水门事件”和“台湾国务机要费案”都说明了一个同样的道理：任何权力都不是绝对的，否则必然导致绝对腐败。在法治面前，即便是以国家机密的名义也不得宣称绝对权力；如果权力可以依托“国家机密”的躯壳而变得无所不为，那么法治也就荡然无存了。

三、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。

1. 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。”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。

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。”

2. 总理

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和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代给部长。”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。”

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和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。

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。

法国的“共同生存”产生了行政分支的内部分裂，在世界尚属首次。但这种现象制度决定的，因而是不足为奇的。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。^[1]

四、双元首脑制——德国模式

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一强总理模式，因而两国执法分支的设计形成了鲜明对比。

1. 联邦总统

《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，但即使在这一领域，总统权力也是有限制的：“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，在联邦宪政法院弹劾联邦总统。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，联邦宪政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。”

2. 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与64条分别定义了联邦总理和联邦部长的提名与选举：“[1]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。[2]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”。

《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。

如上一讲所述，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），才有机会提议去解散众议院。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，此举的合宪性受到联邦宪政法院的肯定。

在1984年的“议会解散案”，总理利用信任表决提议解散议会的权力有时可能成为政客增添政治实力的工具。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章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

宪政法院。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概要中，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，以至总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”（参见第九讲）。

五、中国

1954年，第一届全国人大第一次会议在通过《宪法》的同时，还制定了全国人大《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务机关的职权。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。

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。根据1982年《宪法》，中国属于“执法”职能的有3个机构：国家主席、国务院与中央军委。《宪法》对这3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3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。

1. 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。^[1]

《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与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。

2. 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，有利于军队的国家化。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。

在西方，中国的“中央军委”职能大都被归并为国防部长，而后者受总理或总统的统一指挥。美国《联邦宪法》第二章第二节明确规定，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》第五条规定：“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和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全国人大常委会负责，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。

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5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，而所有这些规定都没有提及军事法规。

最后，注意到中国在名义上有两个“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）。两个“军委”实际上是同一套班子。既然中央委员会是党的机构，而全国人大是国家机构，如何处理两者之间的关系？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，如何认定党代会根据党章选举的有效性？党章是否有可能和宪法发生冲突？如果可能，如何解决两者之间的冲突？

3. 国务院

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8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、指示和规章（《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、指示和规章；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规划和国家预算；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。

此外，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。

第四，全国人大及其常委会还可通过立法授予国务院其他职权，例如2007年《突发事件应对法》授权国务院和各级政府对2003年春大规模爆发的非典型性肺炎等突发事件采取紧急措施。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，这种人类前所未见的疾病在全国蔓延开来。为了防止“非典”进一步扩散，中央和各地政府采取了许多防范措施，例如政府指定医院作为专门接受并治疗非典病人的医院、规定某些“定点”饭店专门接受来自非典病例发生地区的客人、停止销售治疗发热咳嗽类药品、要求歌舞厅和网吧等人群聚集的地方一律停止营业等。^[1]这些紧急状态措施对公民的人身权和财产权产生了一定的限制，造成了一定的损失，但是当时并没有相关法律规定如何确定政府是否有权规定紧急措施、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及如何执行、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以及如何确定损失的程度和赔偿数额等重要问题。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》，但是没有规定启动和终止突发事件的程序、承担损失的主体、补偿标准等。事实上，即使《突发事件应对法》也没有回答全部问题，因而未来的突发事件仍然面临公共利益和个人权利的艰难平衡。

4. 国务院部门

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全国人大常委会决定。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。

改革开放以来，“行政管理体制改革”、“政府职能转变”、“机构精简”这些词汇一度令国人感到新鲜，现在却似乎因使用频率过高而失去了感召力。到目前为止，中国已经历了数次机构改革，但是效果并不显著。机构精简在实施过程中遭遇很大阻力和反弹，而且究竟应该精简哪些部门都没有定论——事实上，既没有政府解释，也没有公众讨论。几十年来，中国的行政改革一直都是关起门来自改自革，一般先由高层领导设定目标，智囊机构设计方案，再由各级部门层层实施，最后宣传单位报道战果。虽然目标不能说不高远，贯彻不能说不努力，账面成果不能说不多，但是中国行政体制依旧，人们感觉到的行政体制和社会需求之间的脱节依旧。

现在谈论行政体制改革几乎已经成了隔靴搔痒，而且有些看起来都对的说法其实是显然矛盾的。一方面，中央一直在提倡机构精简；另一方面，近年来社会对公共服务的需求和意识在不断增长。两者如何自圆其说呢？当然，通常的解释是政府职能配置不合理，不该管的事管了，该管的没有管起来。但是政府职能转变并不是那么简单的事情，那些平日坐惯了办公室的“工作人员”是不太适合处理社会救助资格的认定、煤矿安全检查或环境污染监测等一线事务的。这一切都表明，行政管理体制问题恐怕不是发明个“大部门制”这样的新潮概念就能一举解决的。都说中国的行政体制有问题，但是问题究竟出在哪里？

是中央和地方各部门机构过分臃肿？其实相比美国，中国管理环境保护、厂矿安全、食品卫生、公共健康、社会福利、劳资关系、雇佣平等、税务审计乃至交通治安的人手都远远不够。在这些领域，中国行政机构真可以说是太“精简”了！到这些单位调研，你会发现基层工作人员没几个，每人都有忙不完的事情，而更多的事情恐怕都只能得过且过、无暇顾及。但是转眼一看那些工资频涨、养尊处优、轻松悠闲的公务员（很多人对公务员的印象即是如此），或者那些每天给领导整理材料、起草讲话和报告、处理大量文件而又不知道这些对社会有什么意义的工作人员，以及那些成天忙着参加各类大会小会、讲话照本宣科而又不解决任何实际问题的领导们，社会一致的反应又是政府机构太臃肿、效率太低了！但是中国行政体制的问题显然不是机构臃肿那么简单，因而重提机构精简的老话自然难有成效了。

是部门结构太分散？再比较美国，其实人家有些行政机构——尤其是所谓的“独立管理机构”（independent agencies）——也是很小很专业的，譬如矿山安全管理局主管矿山安全，职能范围可能比中国的安监局还要窄；社会保障管理局专门负责社会福利，虽然机构很庞大，但是职权范围比中国的民政部小得多。至于具体部门之间的职能冲突，并不是什么大问题，只要立法设计缜密一点或司法解释技术一点就可以解决了。小部门变大部门就一定能解决管辖冲突、避免扯皮、提高效率吗？其实部门结构和公司结构类似，分合各有利弊。究竟自己生产元部件还是将其转包出去，取决于市场效率；同样，究竟由一个部门综合管理还是由几个部门各司其职，取决于不同结构的社会效率。“大部门制”无非就是在国务院之下撤掉几个部级领导，每个部委多几个副部长和司局级干部，各个部门换块牌子、改个名称，人员重新分配组合而已。这种改革并不能解决中国行政管理体制和社会需求严重脱节的根本问题，因而可以预见的是，诸如“大部门制”这样的提法难免重蹈“机构精简”的覆辙，虽然一时吸引公众眼球，但是最终造成“审美疲软”、不了了之。

虽然十七大报告指出了行政体制改革的基本思路，但是行政改革究竟改哪些、如何改还有待全社会共同论证。这次行政改革要取得不同以往的效果，必须一改以往自我改革的封闭模式；改革方案必须面向社会，让全社会审视和反思当前行政体制面临的问题。顾名思义，“公共行政”必须面向公众；公共服务显然不是行政自我服务的封闭系统，因而行政改革也不能延续自改自革的传统模式，否则注定收不到应有的社会效果。从宏观上看，“行政”只是贯彻落实立法的一个中间环节：它从社会吸取资源，为社会带来政策所期望产生的效果，行政效率就是行政的产出和投入之差。在法治发达国家，行政对哪些事情投入和产出都是

由立法确定的，而立法通过议会选举代表民意、满足大多数人的需求；只有在法律确定行政在什么领域吸收多少投入并产生多少效果的前提下，才有下一步如何设置行政结构的问题。在中国目前政府部门花多少钱、做什么事都基本上由行政自己说了算、公众甚至人大代表都不知道的情况下，谈论行政体制改革的意义必然是有限的，而这也正是历次行政改革的局限所在。

迄今为止，中国行政体制的最大问题就是公共性缺位——不仅是公开性、透明度和公众参与不够，而且整个的行政职能和结构都基本上是行政自我决定的，人大作为民意代表机构的作用很有限。不改变这种制度格局，恐怕机构调整幅度再大也难以让社会满意。如果制度瓶颈一时难以突破，这次行政体制改革是否可以在公开性和公众参与上多做些文章，让政府听听社会需要它做些什么事情——不论是环保、矿难、福利还是教育，也让大家看看目前的行政体制处理这些事情面临哪些问题、遭遇什么困难，然后再来决定如何设计各个部门？否则，如果还是像以往那样局限于“机构改革”，恐怕难免无的放矢，效果至多是中央大动干戈、部门人心惶惶、一批学者获得“论证”和宣讲的机会而已，到头来该做的还是没有做。

5. 地方政府的产生及其职权

1982年《宪法》第105条第1款规定：“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相同，每届任期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。

6. 村民委员会

《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。”

根据宪法，第六届全国人大常委会第23次会议于1987年11月通过了《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4日，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》。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。

《村民委员会组织法》第2条第1款规定：“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”。

村民委员会由村民会议选举产生，并对村民会议负责。《村民委员会组织法》第21、22条规定：“村民会议由村民委员会召集。有十分之一以上的村民或者三分之一以上的村民代表提议，应当召集村民会议。召集村民会议，应当提前十天通知村民”；“召开村民会议，应当有本村十八周岁以上村民的过半数，或者本村三分之二以上的户的代表参加，村民会议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；有权撤销或者变更村民委员会不适当的决定；有权撤销或者变更村民代表会议不适当的决定。”

按照村民委员会组织法第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

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的财产权和其他合法的权利和利益。”最后，管理土地资源并引导村民：“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。”

第24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：（一）本法第十九条规定的由村民会议讨论决定的事项及其实施情况；（二）国家计划生育政策的落实方案；（三）救灾救济款物的发放情况；（四）水电费的收缴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。

2010年，全国人大常委会修改《村民委员会组织法》，其中最重要的是确立了村民代表会议制度。第25、26条规定：“人数较多或者居住分散的村，可以设立村民代表会议，讨论决定村民会议授权的事项。村民代表会议由村民委员会成员和村民代表组成，村民代表应当占村民代表会议组成人员的五分之四以上，妇女村民代表应当占村民代表会议组成人员的三分之一以上。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。村民代表的任期与村民委员会的任期相同”；“村民代表会议由村民委员会召集。村民代表会议每季度召开一次。有五分之一以上的村民代表提议，应当召集村民代表会议。村民代表会议有三分之二以上的组成人员参加方可召开，所作决定应当经到会人员的过半数同意。”

7. 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”（同上条款）。行政长官由年满四十周岁，在特别行政区通常居住连续满二十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》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1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4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4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。不少于一百名的香港选举委员、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。

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律，公布法律；签署立法会通过的法律案，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。最后，处理请愿、申诉事项。

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到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：（一）因严重疾病或其他原因无力履行职务；（二）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）；（三）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。

六、地方法治的宪法原则

1. 群体性事件的警示

2008年奥运前发生的几起暴力事件看上去互不相关，其实都从不同侧面反映了社会不和谐，而且是出自同一个根源。6月28日，贵州瓮安县公安局对该县女学生李树芬的死因鉴定结果引起不满，当地群众聚集到县政府和县公安局并发生冲突，县委、政府和公安局遭到焚烧打砸，百余民警受伤。7月2日，北京密云县李各庄村民王再英倒在自家被强拆

的房屋废墟上。由于对拆迁补偿不满，王再英等一些村民拒绝搬迁，曾多次遭遇砸玻璃、揭房顶等各种形式的恐吓，最后遭到强行拆除。此后他每天晚上都到废墟附近守护，最终被暴徒打死。事实上，辽宁省本溪市青年张剑也遭受同样待遇，最终在5月14日用水果刀刺死了闯进他家并殴打他的一名拆迁者。^[1]7月3日，56岁的外地瓜农张士礼来郑州卖西瓜。城管人员不问青红皂白，抢走了瓜农的秤。张士礼前去夺秤，结果小腿被执法车轧断。附近群众将执法车团团围住，不让离开。据同一天报道，海口三轮车屡禁不绝、越禁越多，三轮车主拉帮成派，暴力抗法的现象时有发生，甚至发生过砍伤城管队员的事件。

上述事件只是当前中国社会不和谐的具有一定代表性的缩影。城管野蛮执法是众所周知的各地普遍现象。2006年曾发生“小贩杀城管”的崔英杰案，2008年初则发生过企业家用手机拍摄城管执法场面而被围殴致死的恶性事件。城管人员往往既是野蛮执法的主体，也是暴力抗法的牺牲品。如果究其表面原因，无非是部分城管执法人员素质低，工作方式粗暴。问题在于，为什么地方政府将不合格的人纳入执法队伍？为什么城管问题那么普遍，城管执法涉及那么多居民的切身利益，却很少听到有任何地方重视城管法治及其队伍建设，将它作为一件大事来抓？要知道，城管只是整个政府的一部分，地方首长最终对政府任何部分的违法行为负责，因为是他决定地方公安领导，而后者又负责城管队伍的配备、训练和管理。城管问题之所以还没有引起地方的足够重视，无非是因为地方领导不把地方民众的利益当回事；而地方领导之所以能这么做，最终是因为他们不对当地人民负责，因而不需要承担地方治理不力的直接后果。

更重要的问题是，城管人员素质提高就能避免一些社会悲剧吗？如果城管严格执法，但是所执行的法本身就侵犯了当地人民的利益，那么执法越到位，问题越严重。崔英杰之所以情急之下持刀杀人，并不是因为牺牲的城管队长执法不文明，而是因为所执行的法不人性，因为北京市的市容规定不仅禁止一切无证商贩，而且还授权没收小贩谋生的工具——在这里，崔英杰不止一次遭没收的三轮车。商贩确实需要规范，但是究竟如何规范？北京市政府征求过市民和商贩代表的意见吗？如果没有，那么试问又如何保证这样的规定符合市民和商贩的利益？在商贩的经济活动自由受到过分严厉的限制乃至剥夺之后，少数过激的反抗行为不也在情理之中吗？同样的，据说郑州市规定6月20日以后就不允许农用瓜车进城，但是这项规定是否征求过郑州市民和瓜农的意见呢？是否代表郑州市民的利益呢？亲眼目睹野蛮执法的市民质疑，瓜车进城有什么不好？市民可以吃到瓜农自种的新鲜的西瓜，比瓜贩的西瓜要强得

多。瓜农也很自觉，卖瓜的同时还不忘带着编织袋，把人们吃剩的瓜皮打扫干净。试问瓜农和市民如此互利的行为违反了政府的哪一项“天条”，有什么必要管制和禁止？政府究竟应该为了谁和什么目的服务？

至于有些人认为海口三轮车泛滥成灾、久禁不绝的“根本原因”是“管理不规范、整治缺乏力度”，我们只能说这种主张误将表面原因当作“根本原因”。试想，海口三轮车之所以屡禁不绝，显然是因为车夫们可以和崔英杰一样靠此谋生，也就是说当地存在足够的市场需求。更何况那些车夫之所以在地方法律禁止的情况下仍然乐此不疲地拉车，说明他们没有更好的谋生手段。车夫和乘客两相情愿，地方政府管得着吗？为什么要“彻底清除违法三轮车，彻底解决海口三轮车泛滥的顽疾”？说来说去，有关人士提出的理由似乎只是“确保海口良好的市容和交通秩序”。如此表面“良好”的“市容”和“秩序”或许会让短暂停留的上级领导和观光客印象更深、更舒适，但它是不是海口人民的根本利益呢？再问一个同样的问题：清除三轮车的规定是否征求过包括那些车夫在内的海口民意呢？如果没有，那么和崔英杰案中的北京市容规定和这里的郑州市规定一样，如何保证海口禁止三轮车的规定真正代表地方人民的利益？难道不正是这些剥夺车夫、商贩和瓜农利益而又未必符合地方人民利益的规定同时造成了城管野蛮执法和危及城管人员安全吗？

最后，家属对公安局死因鉴定结果不满并不少见，只不过这一次引发了大规模暴力冲突，引起了中央关注和总书记的亲自批示，瓮安县公安局政委和局长才被免去党内及行政职务。事实上，地方群众的普遍不满并不是这一次孤立事件造成的，而是地方官民矛盾长期积压的结果。正如贵州省委书记所总结的：这次事件表面的、直接的导火索是李树芬的死因，背后深层次原因却是瓮安县在矿产资源开发、移民安置、建筑拆迁等工作中侵犯群众利益的事情屡屡发生，而在处置这些矛盾纠纷和群体事件过程中，一些干部作风粗暴、工作方法简单，甚至随意动用警力。他们工作不作为、不到位，一出事就把公安机关推上第一线，群众意见很大，不但导致干群关系紧张，而且促使警民关系紧张。换言之，正是瓮安县的诸多长期不和谐因素才是造成“6·28事件”的根源，而地方政府之所以如此作风，又无非是因为他们在制度上不对当地老百姓负责。如果他们是由老百姓选举产生的，或地方民意对他们发挥很大作用，试问他们可能这么多年来一贯如此吗？

由此可见，绝大多数不和谐都是从官民矛盾中产生的。只要地方政府不对当地人民负责，社会和谐就是缘木求鱼的空想。固然，中央可以直接过问个别像“6·28”这样影响巨大的地方事件，但是不可能亲自纠正每一次地方违法和侵权行为。事实上，只要没有产生大规模群体效应，

以至惊动高层领导，中央甚至可能不知道密云县农民之死、外地瓜农在郑州的遭遇或海口三轮车夫的状态及其帮派对城管人员的伤害。如果地方政府不能有效解决地方问题，甚至可能是造成地方问题的根源，那么绝大多数中国社会矛盾都得不到解决，“和谐”自然也就谈不上了。要真正营造和谐的社会环境，只有从制度上保证地方政府对地方人民负责；地方人民或者直接参与地方决策，或者通过名副其实的选举保证民意代表在决策过程中充分反映选民需求，进而监督政府执法部门，保证符合人民需要的立法落到实处。

事实上，政府并没有必要介入社会治理的方方面面，而完全可以让不同利益群体自己通过协商和谈判妥善解决社会矛盾；政府强力干预并不能提高社会自理能力，而群体性冲突频发往往反映出社会自治和民主治理机制缺位。据《广州日报》近日报道，广州荔湾区宝华路上的摊贩和商场物管人员发生200多人械斗的群体事件。报道似乎认为摊贩在这次事件中承担主要责任，因为他们常年在这条车水马龙的繁华街道上非法摆卖，阻碍交通、拉帮结伙、抗拒执法。报纸甚至按当地流行的俗语，将摊贩直接贬为“走鬼”。作为外地人，我不了解也无法判断这次事件的确切是非。从报道来看，摊贩之错在先，久治不愈的非法沿街摆卖成为这次群体冲突的导火线，但且不说这种归责是否公平，只是怪罪摊贩并不能解决问题。在更深层次上，这次事件折射出地方民主治理的长期缺失。要从根本上解决引发冲突的社会矛盾，利益相关的不同群体必须坐下来面对面沟通和协商，而不是以暴易暴。

“摊贩”其实是中国各大城市普遍存在的问题，不独广州特有。从表面看，摊贩存在的直接原因是城管执法不力造成。广州显然早已禁止在宝华路上摆摊设点，但是由于平日城管力量不足，区区十数人根本无法和众多摊贩玩“猫捉老鼠”的游戏。只有在所谓“两创”等特殊时期，地方调动十倍以上警力，才足以改善宝华路的秩序，但是“两创”一结束，城管前脚走，摊贩后脚还。这么说，广州市政府似乎应该增加宝华路的警力，但是问题并不这么简单。城管野蛮执法早已屡见不鲜，在法治不健全的情况下加强城管往往意味着压缩平民百姓的基本生存权，而在没有民主参与的情况下，有时各种政府限制和禁令本身就是问题。几年前发生在北京的崔英杰案表明，即便扣除执法者违法等因素，不合理、不必要、好大喜功的地方规定也足以制造社会矛盾乃至悲剧。

因此，我们不能寄希望于加强执法来解决摊贩问题。摆摊设点不仅是摊贩个体的经济活动自由，不应随便受到政府限制，而且也为当地消费者作出了贡献，成为地方市场经济不可忽视的一部分。道理很简单，宝华路上的摆卖之所以如此火爆，无非是因为摆卖商品比商场的价格低

廉，更受消费者欢迎；否则，如果商品卖不出去、钱赚不回来，还会有摊贩如此固执地坚守在那条马路上吗？只要没有胁迫或欺诈，买卖双方自愿成交，这本身就是市场经济带给我们社会的效益，而这种效益远比GDP更实在、更可靠。当然，这其中可能有消费者交易时不知情的假冒伪劣商品，甚至有危害健康的“毒奶粉”、“毒大米”、“毒蔬菜”或问题猪肉，警察显然有义务查处并没收问题食品；假如崔英杰卖的烤红薯含有致癌物质，政府不仅应该没收红薯，而且可以广为宣传摊贩卖出的红薯中存在安全隐患，让问题红薯失去市场。但这是另一个问题，而如果并没有确凿的证据表明摊贩商品中存在质量或安全问题，那么我们就没有理由不让他们通过合法方式谋生牟利。

当然，即便摊贩的生存权和经营权应该受到保护，法律还是可以为了真实的公共利益限制他们行使自由的方式。不受限制的摆摊设点可能影响交通秩序、环境卫生，流动摊点还为市场整治和质量检查造成困难。对于宝华路上的摆卖，简单取缔显然不是合理有效的解决方式。更有效的治理方案可能是政府主导协调在附近建立一个贸易集市，以普通摊贩可以承受的价格租售摊位；这样既保护了摊贩的权益，又规范了市场和交通秩序。但是究竟摊贩有什么需要、给商场或路人造成什么不便、存在哪些可行的解决方案、这些方案的成本几何以及由谁买单，至今统统没有听到讨论或报道，我们看到的只有“走鬼”捣乱、秩序混乱等一面倒的报道，而如果不弄清形成这种现象的利益动因，尤其是不通过民主参与的方式发现不同主体的基本利益和需求，那么政府最终出台的解决方案未必能充分照顾方方面面的利益，也就未必能真正缓解社会矛盾。

广州发生的群体事件表明地方治理长期失效，而没有不同利益阶层的民主参与，治理失效将是中国社会见怪不怪的“常态”。民主的最大效用就是通过政治参与反映不同利益团体的需要，进而寻求各方都能接受的解决方案。要解决宝华路上的摊贩问题，我们需要建立一个民主决策的机制，让摊贩、商场、行人和当地政府推选自己的代表，通过公开公正的听证程序充分表达各自的意见和需要。只有在此基础上，才可能形成尊重各方利益的方案。到那时，我相信绝大多数摊贩都会信守他们自己参与并反映他们利益的解决方案；即便还有个别赖着不走的“流动钉子户”，清除他们也不需要耗费太多执法资源，更不会酿成如今发生的群体暴力冲突。

2. 缺乏民主责任制的后果

如果地方民主缺位，那么一个不对当地人民负责的地方政府将产生许多后果，在此略举一二。首先一个后果是地方行政的非理性膨胀。

《经济参考报》记者在采访时发现，山东省沾化县是一个人口不足40万的省级贫困县，但是除了一名县长、六名副县长之外，竟然另有15名县长助理。另一个贫困县——安徽省霍山县——竟配备了11名副县长（其中四位是上级机关安排在当地“挂职干部”），常因排名先后发生争执。看起来不好理解的是，似乎地方越贫困，副职反而越多，老百姓负担当然也越重。难怪有“班子减副，百姓减负”的说法。

有人说这是中国传统的“官本位”观念在作祟，问题是哪个国家的官员都是“官本位”，都特别看重自己的官位，而且只要能当上官，很少有人不愿意做的，因而官场冲动并非中国特有。但是在成熟的法治国家，地方职位都是由地方立法机构确定的，而地方议员是由选民选举产生的；如果官职定得太多，当地选民认为没有必要，那么地方议会肯定会感到选民的压力，职数自然下调到地方选民认可的数量。因此，法治国家的地方政府比较精简，并不是因为官员的“觉悟”比我们高，或政府不想多设几个官位，而是因为地方官的数量最终是由供养官员的老百姓自己说了算。

有人说中共中央规定了县级“一正四副”或“一正六副”的编制，但是中央组织部又否认存在任何明确规定。事实上，中央怎么知道山东的沾化县、安徽的霍山县或全国各地边边角角的哪个县究竟需要多少副县长、县长助理？一切都得根据当地实际需要确定，而中国这么大，地方这么多，各地需要又如此不同，因而中央不可能发明出一个“科学公式”来统一规定各地的编制；或者说即便存在这样的公式，其变量也如此之多，而中央对这些变量的信息又如此之少，以致对约束地方编制没有任何实质意义。因此，中央没有统一规定地方的具体编制，其实是很自然也是很明智的。

归根结底，一个地方应该有多少副县长或县长助理，必须根据当地的实际需要来决定，而谁最清楚当地的“实际需要”？当然不是中央，而是生活在当地的老百姓，以及由他们选举出来的地方民意代表。如果地方编制是由地方人大确定的，而人大代表又是由当地老百姓根据《宪法》第97条逐级选举产生的，真正对当地选民负责，那么霍山县就不会有11名副县长了，沾化县也不会有15名县长助理了，因为谁会愿意自己掏钱供养那么多干部呢？

反之，如果地方人大选举不规范，或地方人大对地方政府编制没有真正的决定权，那么贫困县副职尤其多的现象恐怕还将持续下去。即便中央出台一个统一规定限制副职数，官满为患的现象也不会就此消失；

它只会改头换面，以另一种方式继续存在，因为虽然换了汤，但药并没有变。

民主缺位的另一个后果是“黑白合流”。2007年11月，云南昭通市中级人民法院一审判决“警察黑老大”——县林业局的林政稽查大队长——死刑，罪名是组织、领导黑社会性质组织和故意杀人。据报道，这个黑团伙在当地无恶不作，因而判决下达后，饱受其苦的村民们真是“久旱逢甘霖”，纷纷燃放鞭炮庆祝黑恶势力的终结。这一幕可以说是经典的中国式结局，类似的小说、电影和电视剧就不计其数，剧情都是惊人地相似：一个地方恶霸或者笼络勾结县官，或者索性自己穿上官袍，横行霸道、为害一方，而百姓则叫苦连天、无可奈何；最后终于出来一个刚正不阿的“包青天”，历经艰险、为民除害，百姓终于重见天日。

尽管结局就和这次云南的“警察黑老大”事件一样皆大欢喜，这类传统叙事还是免不了令人深思。为什么几千年来剧情都如此千篇一律？是因为中国天生恶霸尤其之多？还是因为中国的老百姓太无能了，任由这些人胡作非为？虽然国外也不乏仗势欺人、最后“英雄救美”的浪漫故事，但中国的特点不仅是黑恶势力通常都有官方联系，而且最后也都得通过包公这样的“清官”才能铲除，否则老百姓就永无出头之日。琢磨了半天，联系“警察黑老大”和近来不时曝光的官匪勾结事件，终于悟出了其中的奥秘。

“警察黑老大”这个称呼本来是一个悖论——警察是“白道”，黑老大自然是“黑道”，照理说应该“水火不容”才对，但在某些地方黑白两造竟然结合在同一个人身上。事实上，中国历史上恶霸之所以那么多，百姓之所以诉苦无门，正是因为“黑道”依托了“白道”的力量。君不见，某个地痞不论做了什么伤天害理的事情，只要花点银子打通了衙门的关节，就可以高枕无忧、逍遥法外了。没有“白道”的默许、纵容乃至积极扶持，“黑道”其实是没有那么神通广大的。但是一旦黑白合流，老百姓当然就上天无路、入地无门，只有等待百年一遇的某个“青天”为他们申冤了。几千年来，中国历史上的黑和白就这么不明不白地混杂在一起。

看来要让黑白分流，关键还是在于“白道”，因为“黑道”是任何社会都有的，或许只是人性恶的一种自然反映而已，而“白道”却是我们为了抵抗“黑道”、保护众生而人为建立的唯一合法的暴力。如何保证“白道”站在人民而不是“黑道”那一边？答案其实很简单，那就是要让“白道”通过某种方式直接对人民负责。中国传统模式是通过儒家道德教育和“政绩体制”，但是这种模式似乎效果有限。选举制度一下子解决了我们几千年解决不了的难题。要让官对民负责，最简单的办法莫过于让人民自己选择管他们的官。且不论云南那位“警察黑老大”是如何做上县林

业局的稽查大队长，如果这个县的领导是当地老百姓选举出来的，真正对老百姓负责，或者县人大能够有效监督当地政府，那么一纸诉状就会把他撤下来，完全用不着等到黑势力如此作恶多端之后。

原来中国历史上恶霸之所以如此之多，并非完全是因为我们人种的懦弱。那么多的恶霸之所以肆无忌惮、有恃无恐，是因为他们和“警察黑老大”一样背后有“白道”撑腰，而如果没有选举迫使其对老百姓负责，白的也会变黑。这就是“警察黑老大”事件的启示。

3. 行政决策需要民主化

以上事例表明，民主监督对于行政法治是必不可少的。然而，即便在成熟的民主国家，议会仍然不可能成天守着每一个行政官员；由于时间、资源、能力等各方面的限制，议会监督的力度必然是有限的。再加上现代社会纷繁复杂，议会无力针对各种社会问题及时立法，因而大量立法权下放给行政，行政部门获得极大的立法自由裁量权。只有实现行政决策程序本身的民主化，才能保证行政决策符合社会公共利益^[1]；反之，如果行政部门关起门来自行起草影响社会的政策，而社会不能充分参与或社会表达的意见对于行政决策没有实质性影响，那么政策和社会需求脱节就不是什么新鲜事了。

2008年6月，笔者从外地出差回京，下了火车后和往常一样径直来到地铁站，却没想到平日熙熙攘攘的地铁站门口冷冷清清。一看，原来是“铁将军把门”，一问，才知道车站地铁在6月10日一大早就封了，要坐最近的地铁得去几里地以外的崇文门站。想打出租，只见以往没有多少人守候的打车点现在排起了几十米长龙，好像是久违的计划经济时代的排队买菜，令人望而生畏。无奈之下，只好走过天桥去等公交，而那里的公交也少得可怜。失去最便捷的交通方式之后，不少来来往往的旅客一脸茫然，拖着大箱小包行走在长安街上，寻找远不如车站地铁方便的替代交通方式。

众所周知，北京火车站是全国交通枢纽，每天客流量达十几万人，而对于大多数旅客来说，地铁是最便利快捷的交通方式。地铁的正常运营关乎大量市民和各地旅客交通便利的重要公共利益，地铁突然封站显然将给大量旅客带来极大不便，因而地铁站不应该是运营部门说封就封的。有关部门有义务尽力维持地铁的正常运营，除非迫于维护安全等紧急情况，不到万不得已不应采取封站等非常措施。即便遇到特殊情况，也应该充分考虑其他替代方案，尽量减少对广大旅客造成的不便。更重要的是，只要情况允许，有关部门在采取封站措施之前就应给公众一个

交代，接受公众的质询并尊重公众意见。

北京站地铁封站的理由究竟是什么？在地铁上听到的广播是“接到上级指示”，但是并没有解释原因。后来在网上看到的解释是地铁站的东南、西南两个售票厅因施工暂不能使用，造成东北和西北两个出入口客流猛增，以至“危及运营安全”。但是这种解释就足以为封站提供理由吗？虽然负责地铁运营的部门显然有义务保证“运营安全”，在“危及运营安全”的情况下采取适当的保护措施，但在我看来，搬出“运营安全”这块金字招牌并不能自动为封站措施提供合法性。

一个显然的事实是，地铁站的总客流量并没有因为售票厅施工而显著增加，因而这段时间的客流量显然是在地铁正常容纳范围之内。事实上，即便在春运等繁忙时段，北京站地铁也没有采取过封站措施；只要采取适当的管理和控制措施，北京站地铁本身完全可以容纳甚至比现在大得多的客流量。

当然，有关部门会说，因为两个售票厅关闭，其他出入口的客流量成倍增加，因而才决定封站。但如果只是出入口客流量加倍，就有必要封站吗？管理部门为什么不能采取排队、限流、加强疏导等比封站对广大旅客限制更小的措施，来维持地铁的“运营安全”？既然有关部门早已知道施工必然会造成其他出入口客流增加的问题，为什么不能像春运那样提前采取预防措施，而非要等到问题出现以后才在没有任何事先通知和协商的情况下突然封站？

事实上，限制流量是地铁管理的家常便饭，没有任何困难。凡是去过北京站的人都知道，北京站的广场很大，完全可以容纳暂时滞留的过往旅客。如果那样，来往旅客至多只需要多排一会队就能坐上地铁，而完全不用拖着行李颠沛流离。但是据说北京火车站的管理部门出于某种原因（也许同样是为了“安全”）不同意等候地铁的旅客滞留广场，并为此和地铁管理部门发生纠纷；两个管理部门不能排解纠纷，致使北京站地铁不得不封站。我们无法知道封站的确切原委，我们知道的是部门纠纷显然不能让广大旅客“埋单”。如果封站本来是没有必要的，“运营安全”完全可以通过影响更小的其他措施得到实现，那么无论什么原因都不能成为牺牲旅客交通便利的正当理由。

问题在于，虽然中央提出“以人为本”已有相当时日，有些部门仍然没有形成将“人”放在首位的习惯。北京站地铁说封就封便是一例。在采取封站这种非常措施之前，有关部门没有任何事先通知，也没有征求任何民意。想必在其看来，地铁运营成了自己说一不二的垄断权力，尤其有了“运营安全”的尚方宝剑，似乎可以为所欲为，什么时候封站、什么时候开放都凭自己一句话，公众没有任何发言和商量的余地。

事实当然是否。在任何国家，地铁都是公共事业，地铁运营必须以公共利益为目的。既然如此，利益相关的公众显然对地铁运营方式有发言权，因而只要并非迫不得已的紧急情况，那么地铁是否有必要封站或继续封站，有关部门首先应该倾听民意。

总之，为了缩短政府和人民的距离、提高政策的正当性与合理性，现在是思考和创新官民对话机制的时候了。在一个提倡公民参与的时代，各级政府官员不妨经常和人民面对面。

^[1] 译自 John Bell, *French Constitutional Law*, Oxford University Press (1992), p. 270.

^[1] 许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社1999年版，第231页。

^[1] 例如参见《新华日报》2003年5月9日；《金陵晚报》2003年5月4日报道。

^[1] 参见《让张剑案成为指导性案例》，载《南方周末》2009年10月8日。

^[1] 参见〔美〕斯图尔特（Richard B. Stewart）：《美国行政法的重构》，沈岷译，商务印书馆2002年版，第24—25页。

第十五讲

司法机构



上一讲介绍了行政机构。虽然和立法权相比，行政权的主要任务是依法行政，因而涉及决策因素相对较少，但是尽管基层行政有义务保持严格中立，行政首脑仍然是一个政治职位，因而通常由选举产生、对选民负责。与此相比，司法机构在原则上必须保持严格中立，司法的正当职能就是依法判案。因此，从立法到行政到司法过程，政治成分递减，法律成分递增。

这一讲和国家结构相结合，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，最后探讨中国的司法制度及其改革前景。西方的宪政审查制度已在第八、九讲有所介绍，在此不作为讨论重点。

一、司法职能的特殊性

1. 司法的功能与性质

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地实施。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。既然不可能让整个社会去做评判政府行为的法官，因而需要成立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。

由于司法担负着特殊的任务，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，司法过程所要首先尊重的是法律，而不是揣摩如何让人们“满意”。如实地解释与实施宪法和法律，就是最大程度地让人们满意；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。

2. 司法独立的制度保障

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，法律构成了一门独立的学科，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。

由于法官也是理性的人模式，因而为了保证司法独立性，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制度，包括对法官任期和待遇的保障、经济与社会地位的保障、回避制度和禁止单方接触等。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。这样做或许会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。例如德国法官一

且被任命之后就获得终身资格，并被保证高度的独立性。德国《基本法》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”。

为了保证司法独立，不仅法院不受外界权力干预的影响，而且法官个人也不能受到其他法官尤其是法院内部行政权力的干预。事实上，法院应该是政府中结构最简单的机构，因为法官其实不应该是“官”，不需要也不允许管理。因此，每一个法院内部应管理最小化，充分保证法官的个人独立。基层法院一般采用独任制，法官直接对判决负责；上诉法院一般采用合议制，少数服从多数，院长也只有一票。

二、普通法体系——英美司法结构

作为普通法系的始祖，英国的司法机构是高度独立的。不过英国的司法独立有一个例外，那就是它的最高法院。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。然而，“三权合一”的描述其实是不准确的。英国上院目前有500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。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，英国韵“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。

英国普通法体制有两大特点：一是普通法院享有一般管辖权（general jurisdiction），也就是同一个法院、同一位法官可以审理民

法、刑法、行政法等不同领域的诉讼，因而法官知识广博、视野宽阔，但是不同法官在不同领域的专业化程度参差不齐；二是法院判案遵循先例（*stare decisis*），相同的法律适用于性质类似的事实必须得出同样的结果。遵循先例之所以是普通法系的重要特色，是因为英国司法体系的发展先于议会民主，司法判例先于成文立法；为了防止司法判决朝令夕改或因地乃至因人而异，确保法律的可预测性，英国法院逐步形成了严格的遵循先例原则。

美国继承了英国普通法体制的主要特点，但是和单一制英国不同的是，美国代表了联邦制下的普通法体系。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。

1. 美国司法结构

《美国联邦宪法》第3条简略规定了当时被认为“危险最小”的司法权力：“合众国的司法权力应被赋予一个最高法院，以及随时由国会建立的下级法院。”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。

2. 如何保证联邦制的法治统一

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的；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诉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。《美国联邦宪法》第6条规定了“联邦至上条款”，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。

该案发生于1816年，它涉及到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，并充公其土地。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）解释了联邦法院有权审查州法院判决的法律理由：

各州法官对本州的依恋、对它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。……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它们和谐一致，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。

“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。

三、欧洲大陆法体系——法国和德国

和美国相比，欧洲大陆国家采取分散化的专门审查制度。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。

1. 联邦德国

和《美国联邦宪法》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。”和美国相比，德国的法院系统具有分散化与专门化的显著特点。不论在美国联邦或各州法院，司法管辖权都是集中与统一的：普通法院有权审理涉及宪法、行政、刑事、民事或合同等通常类型的所有案件。相比之下，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。

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，和美国不同，德国联邦和各州共享一套司法系统；联邦并没有自己的独立法院，联邦法院只是最高上诉法院。

2. 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：民事法院处理“私法”（民法与刑法）案件，行政法则处理“公法”（行政）案件。由于采取单一制，法国只有一套法院系统，民法和行政法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。

四、中国法院结构

中国的“司法”机构有两类：法院与检察院。在法律地位上，中国的司法机构是独立于行政机构的政府部门，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。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。

1. 法院结构

我国《宪法》规定，“人民法院是国家的审判机关”（《宪法》第123条），设有最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门法院。最高人民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（《宪法》第124条）。地方各级人民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”。

各级人民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。”地方各级人民法院的审判委员会委员，由院长提请本级人大常委会任免；最高人民法院审判委员会委员，由最高人民法院院长提请全国人大常委会任免。各级人民法院审判委员会会议由院长主持，本级人民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：“人民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。”最高人民法院是“最高审判机关”，监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作（《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，各级人民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适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。最高人民法院对各级法院、上级人民法院对下级人民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人民法院再审。

根据法院组织法，中国法院包含4个等级：第一，基层人民法院包括县、市、自治县和市辖区人民法院（第18条）。第二，中级人民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人民法院（第23条）。第三，高级人民法院包括设于各省、自治区和直辖市的人民法院（第26条）。最后，最高人民法院是“国家最高审判机关”（第30条）。

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与第25条规定，下级人民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。基层人民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，基层人民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）基层以上人民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，下级人民法院移送审判的第一审案件，对下级人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件，以及人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件（第25、28与32条）。最高人民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）。

2. “法院独立”还是“法官独立”？

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，“人民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？

由于中国的司法改革正在进行之中，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；法院其实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出于少数意见的行列。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。

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。^[1]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”。最近，司法考试的统一也可被认为是司法改革的一个环节。

然而，在实践中，法官个人的人格独立仍然是一个遥远的目标。事实上，司法改革的某些措施反而进一步削弱了法官独立性。例如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）。法官从最高人民法院院长（“首席大法官”）开始，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。这些措施固然加强了对法官的监督，但无疑也进一步加剧了法院行政化。

当然，虽然“机构独立”不受争议，“一府”不应干预“两院”，但是院长负责制其实为权力干预司法带来了便利。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。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。

3. “司法解释”与民主过程

和西方国家的最高法院不同，中国最高人民法院指导、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。尽管最高人民法院也审理个案，但由于中国不承认普通法国家判例的“先例”（precedents）效力，最高人民法院的判决很少发挥统一法律解释的作用。最高人民法院还通过其《公报》或其他途径有选择地发表一些下级人民法院的司法决定，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，作用更大的最高人民法院针对下级法院（通常是省、自治区或直辖市的高级人民法院）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（见第九讲）。最高人民法院还专门发表“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”，就是最高人民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人民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。虽然1982年宪法并未明确规定最高法院有“司法解释”的权力，但它却是最高人民法院最重要的职能之一。

相比之下，《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。

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；换言之，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。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”。

事实上，抽象的司法解释构成了立法权的行使，而由司法机构行使立法权不仅造成权力分工紊乱，而且可能带来权力集中的弊端。虽然中国司法在整个权力金字塔中的地位不算高，也容易受到其他权力的外部干预，但是司法权和立法权合一还是可能造成权力滥用。一个例子是各级法院为了回避某些社会敏感问题，往往随意自行缩小管辖范围，譬如拒绝受理拆迁争议。其实早在1996年，最高法院就发文要求各级法院受理，但是执行情况并不理想，拆迁官司依然面临“立案难、审理难、胜诉难”，致使被拆迁户的基本生存权得不到法律保障。2002年2月，北京曾发生过一起著名的“万人诉讼”，一万多名被拆迁户联名向第二中级人民法院提起行政诉讼，但最终法院没有审理。[\[1\]](#)司法管辖权当然应该是由法律决定的，但是一旦受制于各级法院的自行“解释”，很可能变成法院出于自身利益而非法律保护的社会利益而随意伸缩的“金箍棒”。

4. 中国法院的判决书

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—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，而法律往往是不清不楚的，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。在这方面，中国法院到目前做得可以说还很不够。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，由于长期不对外公开，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。

5. 司法改革何去何从？

自1999年最高人民法院提出第一个改革纲要之后，中国司法改革已历经十年之久。现在看来，中国司法改革的难点主要在于起点太低，以往长期重视不够；革命运动型司法理念根深蒂固、积重难返，从而导致中国“司法综合症”：人数多、素质低、资源少，司法腐败严重，独立性不够，地方保护主义十分普遍。^[1]在这个背景下，中国司法改革面临相互冲突的需要：—方面需要增强法院或法官的独立性，另—方面需要遏制司法腐败，而司法腐败的存在必然意味着司法不可能完全独立。结果，司法改革推行错案追究制，强化了法官考核与奖惩制度，在客观上反而加剧了司法行政化。

由于实质性改革困难重重，司法改革十年之后似乎失去了方向。最高人民法院的新改革纲要强调司法“让人民满意”，部分学者也提倡司法“民主化”或“大众化”。^[2]2006年4月，广州青年许霆来到某银行的ATM取款机，并利用取款机的错误连续恶意取款171笔，合计17.5万元，并潜逃在外—年。广州市中级法院认为许霆以非法侵占为目的盗窃

金融机构，行为已构成盗窃罪，且数额特别巨大，因而判处无期徒刑，剥夺政治权利终身并没收个人全部财产。判决公布后引起很大的社会反响，90%的网友都认为“量刑过重”。^[3]2008年4月，广州法院重审许霆案，最终以盗窃罪判处有期徒刑5年，罚金2万并追讨其取出的全部赃款。被告当庭表示不上诉，网络舆论也逐渐平息。提倡司法大众化的论点认为，许霆案表明民意是指导司法判决的可靠标准。^[4]但事实上，虽然民意关注确实发挥了一定的作用，许霆案并不是严格意义的“民意审判”，而是在权力干预下改判的结果。更何况即便是民意也未必一贯正确或理性，譬如在2003年的“刘涌案”，主流民意出于对黑社会的愤恨强烈要求法院恢复死刑判决，而不顾某些关键的犯罪事实尚有待认定。^[5]

虽然司法大众化主张的初衷并不错，但是宪政国家首先必须明确机构性质和职能，保证不同机构各司其职、各负其责，否则将导致制度失序并加剧权力对司法的干预。法官的首要忠诚是法律，而不是人民；如果人民不满意，应改变法律，而非让法官超越司法权限。然而，目前中国司法越位的现象仍然相当普遍。最高法院的主要任务不是判决具体案件，而是负责抽象的司法解释和政策导向，其作用等同于立法；相反，法院应该做的却没有做好，譬如判决书说理不充分，给司法任意性乃至腐败留下空间。虽然中国不接受三权分立原则，但还是承认不同职能应有所分工，而司法职能的紊乱无疑只能使中国司法离法治的正途越来越远。今后的司法改革还是需要回归法治的基本规律，明确司法的职能分工，并通过合理的制度设计保证司法做好自己的本职工作。毕竟，法官的使命是体现而非创造宪法和法律的价值选择，只有代表民意的议会才能作出立法价值选择。

当然，这并不是说民意或民意代表机构不能监督司法工作。尤其在处于转型时期，中国司法改革的起点很低，适当监督对于维持司法廉洁、提升司法素质仍然是必不可少的。司法的民意监督可以分为三个阶段：第一，入口监督是指任命或选拔法官的程序控制。法官不仅需要高超的司法技能，而且也需要符合一定的道德标准；事实上，有些国家或地区的法官是由选民选举产生的。第二，过程监督是对法官判案过程和行为的监督，譬如中国某些地方一度实行的人大对法院判决的个案监督；由于过程监督往往影响司法独立性，因而一般应尽量避免。最后，结果监督是外界对判决结果及其质量的控制。近年来，中国民意已经不单纯要求司法判决达成一个预期的结果，而是更注重司法推理的质量。从刘涌案到许霆案，民意已经体现得更为理性成熟。反之，如果法院单纯追求结果“让人民满意”，那么民意即便对判决结果没有太大异议，也不会对判决质量表示满意。譬如在2009年发生的“邓玉娇案”判决同样受

到民意的影响，但是由于司法判决书没有澄清案件事实，迁就民意的司法反而得不到民意的尊重和信任。

和1978年的经济改革一样，中国的司法改革需要自己的“小岗村”；要推进司法改革，中国今天需要的正是一次振奋人心的司法试验。我们不知道这场试验将在何时何地——既可以在广东深圳这样的经济改革中心，也可以在某个不知名的内地县城；既可以全方位进行，也可以在诸如劳资纠纷等不起眼的领域先行，但无论如何它的目的是营造一个在社会监督下保持自律的司法。这个法院就是司法改革的“小岗村”。它的成功将为司法改革注入新的血液，它的推广代表着中国司法的未来。

五、中国检察院结构

和许多国家不同的是，中国的司法系统不只有法院，而且也包括检察院。在历史上，部分由于缺乏民主和分权机制，中国尤其注重监察的作用，朝廷历来设有“御史台”、“谏官”等官职，监督文武百官甚至皇帝自己的言行。近代法国和俄罗斯实行专制集权，也建立了相当发达的监察系统。中国现代的检察制度在形式上借鉴前苏联模式，实际上在中国传统的土壤里早已有其根基。即便深受美国宪法影响的孙中山也没有照搬三权分立模式，而是提出了“五权宪法”，赋予“监察”以特殊的独立地位。1949年之后，中国将检察作为“司法”的一部分，不仅负责针对公职人员的调查起诉，而且也行使一般的刑事起诉职能。

西方国家对“司法”的定义比较狭隘，仅限于诉讼审判机构，刑事起诉则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。相比之下，中国检察院除了负责刑事起诉之外，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。事实上，起诉职能在性质上究竟属于司法还是行政，至少是有争议的。打击犯罪固然是行政职能，而且起诉权和审判权分离未尝不是对犯罪嫌疑人的一种保护，但是一旦涉及官员违法，还是需要有一个独立于行政之外的机构进行调查。在这种情况下，检察作为司法的一部分显得更有优势。

因此，即便成熟的民主和法治国家也在不断加强监察功能。虽然美国一般由司法部负责普通的刑事起诉，包括针对违法官员的调查和起诉，但是一旦涉及高官乃至最高领导人，为了防止官官相护，国会经常

临时设立独立于政府之外的“特别检察官”（special prosecutor）职位，专门负责针对政府高官的调查和起诉。例如在1974年的“水门事件”中，为了调查尼克松总统和其下属是否从事违法行为，国会专门聘请哈佛法学院的考克斯教授担任“独立检察官”。尼克松后来施压迫使他辞职，但是总统的行为招来各方非议，最后反而成为自己被迫辞职的导火索。

1. 检察院的性质与职权

中国1982年《宪法》第129条规定：“人民检察院是国家的法律监督机关”，“人民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）。最高人民检察院是“最高检察机关”，领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，并对全国人大及其常委会负责（《宪法》第132条）。最高人民检察院检察长由全国人大产生，任期和全国人大相同，连续任职不得超过两届（《宪法》第130条）。地方各级检察长由同级人大任免，并报上一级人民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与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，可以撤换下级人民检察院检察长、副检察长和检察委员会委员（《检察院组织法》第26条）。

如1982年《宪法》规定，检察院的职权是“法律监督”，主要包括对于官员渎职犯罪的“法纪监督”、审查公安侦查并决定是否逮捕合起诉的“侦查监督”、对刑事案件提起公诉并监督法院审判合法性的“司法监督”等（《检察院组织法》第5条）。

2. 刑事诉讼问题及其解决

对于普通刑事诉讼，宪法要求法院、检察院和公安机关“分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律”（第135条）。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。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）。《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。

虽然公检法合作机制规定得很完善，中国刑事诉讼体制还是出现了三大顽疾：刑讯逼供、超期羁押和妨碍律师履行职务，一度产生了佘祥林、聂树斌等多起冤假错案。刑讯逼供的主要原因在于执法素质低、刑侦手段落后、破案压力大。超期羁押的主要原因则在于程序衔接不紧，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。根据最高人民检察院的数据，1993—2001年，全国政法机关每年超期羁押的人数约5万—8万，2002年在4万人以上。近年来，刑讯逼供和超期羁押等问题引起最高法院和检察院的高度重视，各地刑讯逼供和超期羁押现象有所遏制。

在某些情况下，上下级法院之间的“踢皮球”也会造成案件久拖不决。1994年，河北承德市连续发生两起出租车司机遭劫杀案。市公安局确定了四名犯罪嫌疑人，由检察机关提起公诉。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产生的，但法院没有进行深入调查就判处死刑。被告人上诉，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，最高法院也接连两次裁定重审。2000年，在第三次发回重审后，承德中院第四次下达死刑判决。再次上诉后，河北高院开庭审理拖延九年的案件，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。根据《刑事诉讼法》有关规定，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，造成案件在一审和二审法院之间循环往复、久讼不决。上案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。

3. 法纪监督及其困惑——谁来监督监督者？

检察院的主要任务之一是法纪监督，也就是通常所说的“反贪”。检察院内专设“反贪局”，和同级党委的纪律检查委员会（“纪委”）联合行动。改革开放以来，经济发展带来更多的社会活力，同时也产生了更多的权钱交易和腐败机会，官员渎职违法和经济犯罪案件上升很快。在这个背景下，检察院和纪委对于查处贪污腐败发挥了重要作用。但是由于

反贪体制本身就是集权模式的产物，反贪本身也存在“自立、自侦、自诉”的监督盲区。正如阿克顿爵士精辟指出：“权力产生腐败，绝对权力绝对腐败。”专门治理的检察和纪检也不例外。在缺乏权力制衡的情况下，检察权也同样产生腐败。这样就产生了一个悖论：谁来监督监督者？

由于反贪局和反渎职侵权机构自上而下均设在其内部，检察院在受理自侦案件时成为集立案、侦查、决定强制措施、起诉、不诉、撤案和抗诉等七种权力于一身的特殊执法机关。^[1]由于职能上的高度集权，加上监督部门属同级检察院内设的侦查监督机构，这种监督体制本身就容易滋生司法不公和腐败。例如湖南郴州原纪委书记曾锦春是郴州官场集体腐败的核心人物，而他的“杀手锏”正是纪委掌握的“双规”权。郴州地区矿产丰富，尤以盛产煤炭著称，结果也成为乱开滥采、官煤勾结的重灾区。非法小煤矿屡禁不止，伤亡事故接连不断。有心整治小煤矿的官员却备受打击，有些甚至还遭受了牢狱之灾。曾锦春利用自己的独特权力，经常要挟各级官员在煤矿审批、监察等方面听命于他，他也以此获得现金或“干股”。在曾锦春拥有的几乎绝对权力面前，不要说郴州市的老百姓，任何一位领导都动不了他，因为和他对着干就会被“双规”。^[1]

由此可见，要从源头上根治腐败，只是靠政府内部的法纪监督是不够的，因为由官员监督官员的体制永远存在“谁来监督监督者”的问题，而最后的那位监督者不论是谁，如果自身不受监督的话也还是会腐败的。要打破这个困扰中国数千年的悖论，只有从根本上突破内部监督模式，让人民成为最终的监督者。

时至今日，中国政府权力结构面临全方位改革。目前面临的主要问题体现在宪法文本和“潜规则”的出入：规定人民主权，但实际上行政权主导立法权；规定法院独立，但实际上在所有政府部门中最弱，因而不可能有效约束其他部门的行为。要回归宪法文本，有必要改革人大制度，提高专门化和代表性，使之真正代表民意，并通过法律约束行政权力；同时改革法院制度，保证独立和公正，使之有效实施立法并约束行政权力。

^[1] 参见贺卫方：《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。

^[1] 段宏庆：《等待最高法院拆迁司法解释》，载《财经》2004年第11期（6月5日）。

^[1] Qianfan Zhang, "The People's Court in Transition: The Prospects of
405

the Chinese Judicial Reform", *Journal of Contemporary China*, Spring 2003, 12 (34), pp. 69—101.

[2] 例如见陈忠林：《“常识、常理、常情”：一种法治观与法学教育观》，载《太平洋学报》2007年第6期。

[3] 杭程：《许霆案——过时的严刑峻法急需修正》，载《新京报》2008年1月2日。

[4] 例如见《最高法院院长要求法官审案从党和国家大局出发》，2009年8月30日，<http://news.163.com/09/0830/17/5HVJ4C0000120GU.html>。不过这一要求本身似乎未必得到民意支持，譬如网易上网友评论排行榜头条是“法官审案要从宪法和法律出发”，点击支持者超过13710人，反对者只有23人。

[5] 参见陈瑞华：《判决书中的正义——从刘涌案件改判看法院对刑讯逼供的处理问题》，载《政法论坛》2003年第5期。

[1] 《检察院为何贪官多？七种权力集一身滋生腐败》，载《解放日报》2005年11月14日。

[1] 《郴州三不倒纪委书记的腐败路线图：用双规作武器》，载《新京报》2006年9月29日；易水：《湖南郴州纪委书记弄权之道：很多官员曾被其双规》，载《民主与法制时报》2006年10月8日。

第十六讲

民主的理论基础



以上三讲讨论了政府组织形式。根据经典理论和各国普遍实践，政府行使立法、行政和司法三种权力，其中立法和行政首脑属于决策机构，代表人民决定国家的基本价值选择和大政方针，因而必须对人民负责；司法和一般执法部门则属于执行机构，其义务是准确适用和执行法律或政策所体现的价值选择。执行机构需要保持价值中立，因而必须通过制度设计保证其独立性；决策机构则需要代表多数人的价值选择，因而同样必须通过制度设计保证其责任性（accountability）。

以下三讲主要探讨保证决策机构对民意负责的理论和制度。决策机构应该如何形成？谁并且如何才能成为国家决策人员？这个问题很重要，因为它决定了政府的基本取向。都说政府是“为人民服务”的，但是如果不能解决制度问题，政府只会为自己而不是为人民服务。虽然政府的内部制衡也很重要，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，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，而选举都是在政党组织下进行的。

这一讲首先探讨民主的基本问题——民主是什么？为什么民主？不民主又如何，或者说专制有什么社会后果？虽然在理论上听上去似乎很简单，但是实际上我们每天都看到生活周围的不民主现象，以至于习以为常、司空见惯了。民主问题是知易行难的典型，即便道理完全清楚但推行起来也是难上加难。尽管如此，还是有必要首先从理论上阐明民主

的社会功能。

一、民主是什么？

大多数人或许都认同，民主是一个崇高的追求目标，但目标还是可以因人而异。对于我们来说，民主首先是一种利益代表机制，是一种决策程序——用英国政治学家拉斯韦尔的话说，决定着“谁在什么时候如何得到什么”。^[1]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，它意味着人民通过选举对自己负责的代表或领导人决定国家政策。因此，选举和民主是密不可分的两个概念，选举是实现民主必不可少的手段；没有符合一定标准的选举，民主就必然成了一句空话。

1. “民主”词义探源

“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。事实上，“民主”在中国经典中很早就出现了，但意思正好相反。《书》曰：“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”。^[1]这里民主的意思显然不是由民做主，而是替民做主；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”的是明朝思想家黄宗羲（1610—1695）。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。^[2]

虽然将黄宗羲比作“西方的卢梭、洛克、穆勒”^[3]未必适当，但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。尽管黄宗羲未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”^[4]，“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。

2. 民主理论基础

从实用主义与功利主义的角度看，民主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，但不是任何政府，而是一个能代表并促进“公共利益”的政府（参见第二讲）。因此，政府主要决策者必须至少能代表社会大多数人的利益。其次，为了代表多数人的利益，政府决策部门必须通过民主选举产生。这是因为第一，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，但大多数人对自已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。^[1]和计划经济时代相比，实行市场经济的中国当代社会是高度复杂分化的，阶层也十分多元化，有老板也有雇员，有教师也有学生，有农民也有市民，有信徒也有无神论者……而他们的利益和立场都不一样，在某些问题上甚至存在不可调和的冲突。如果由一个党派代表他们，究竟代表谁呢？

专制的辩护者一直主张人类认知能力有限，因而必须由“哲王”、“圣王”或某个一贯正确的党派领导。但是专制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——或用更准确的孔多塞（Condorcet）的“陪审团定理”（Jury's Theorem）来表达：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。

最后，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^[2]，他们必须是通过选举对人民负责的少部分人。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监督，譬如质询、罢免或连任竞选。总之，人民有权根据统治者的实绩来决定他们是否能够留任。这就是选举制度的要义和职能。

二、为什么需要民主——自上而下体制的诸多后果

根据理性选择理论，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。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。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（参见第十四讲）。

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。自上而下的监督机制不仅不足以控制权力腐败，而且还会产生诸多看似难以理解的怪象。

1. “政绩工程”泛滥

自上而下体制的后果首先是“政绩工程”，也就是下级官员建立一些大而无当、华而不实、劳民伤财的“亮点”蒙骗上级领导。纵然高层领导有意愿消除腐败，他们仍然有极大的困难去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。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蒙骗上级，因而产生了种种“政绩工程”，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，让上级误以为他们为当地做了多少事情。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。只要官员不受基层群众的监督，那么就不可能保证他们的行为对老百姓负责任，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”。

事实上，“政绩工程”不仅限于地方政府，甚至已经蔓延到大学，五年一度的高校教学评估就是高等教育领域的一个“政绩工程”。2007年，作为“重视迎评工作的一个表现”，广西师大校领导竟全体出动，恭迎教育部评估专家组的一位普通秘书。教学评估的准备期很长，评估前一年就得开始，大会小会不断；临评估前更是紧锣密鼓、如临大敌，组织教师加班加点、弄虚作假、“整理”甚至“制造”卷面，但是这番忙碌对于教学质量却没有什么积极意义。关键在于，教学评估不是学生对教师的评估，而是教育部对高校的评估，学生实际上没有受益。所有“政绩工程”的机理都大同小异，都是自上而下集权体制的自然产物，最后也都“异化”为上级利用权力为自己设置的寻租机会。

政治学的常识是，权力格局决定了利益格局。要让老百姓受益，那么“评估”、“检查”的决定权必须掌握在他们手里。如果换一种思路，颠倒权力和责任的方向，让官员对下面的老百姓负责，让人民自己决定政府该做哪些事情，那么效果也将正好相反，因为任何理性的人是不会和自己过不去的。只有让学生来决定教学评估，教师才有动力改善教学，学生才能真正受益。当然，那样就不会发生老师被迫在学生试卷上造假这类听上去荒诞离奇的故事，各大高校也绝不会那么紧张了。教学评估如此“隆重”的现状表明，行政权还没有对其该负责的人负责。

因此，“政绩工程”的根本问题在于评判主体错位：上级领导不是最好的评判者。地方政府的政策影响当地人民，但后者没有权力决定或控制前者的命运；上级领导控制地方职位，但他们并不直接承担地方政策产生的后果，因而感受不到政绩优劣。难怪安徽省前省长王怀忠一针见血地道破自己贪腐的“经验之谈”：“关键不是让百姓看到政绩，要让领导看到政绩。”^[1]王怀忠现象仍普遍存在，现实中还有许许多多、大大小小在位的王怀忠。

2. 浪费公共资源

由于缺乏自下而上的监督，自上而下的监督又难以到位，政府完全掌握财政预算和开支的权力，因而官员常常利用公共资源自肥。公车、公款吃喝和公费旅游的“三公”消费不再是什么新鲜概念，市区政府的豪华大楼、绚丽广场也早已是许多地方的熟悉景象，甚至贫困地区的政府设施也一点不亚于发达地区，与当地社会生活水平形成巨大反差。政府挥霍极大浪费了原本稀缺的社会资源，加剧了中国社会两极分化，尤其阻碍了贫困地区的和谐发展。

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，在6月20日“大限”前上报中央。如果地方检查不合格，中央将严惩不贷；隐瞒不报的，罪加一等。问题是，中央怎么知道地方是否瞒报？要知道，中国不仅有一个中央政府和30来个省、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。上述楼堂馆所的一系列问题也都不是简单的非选择题，不是一天两天就能查清楚的。表达查办豪华大楼和贪污腐败的决心并不难，难的是依法查办需要大量的人力、财力和信息。在政府精简的大环境下，无论中纪委如何努力，也只能查办少数几个典型的大案要案。剩下的怎么办？如果依靠各地官员的自报显然是不够的，那么中央又能依靠谁？

要从根本上控制地方豪华大楼等铺张浪费行为，最终还得依靠地方民主监督制度。毕竟，当地政府大楼是否超标，地方选民最清楚。如果他们可以通过地方人大代表控制预算，那么豪华大楼首先就盖不起来。反之，如果地方解决不了当地问题，以至层层积压、积重难返，那么最后中央也必然无能为力。对于许多地方问题，中央与其亲自动手，不如疏通舆论管道，并帮助地方完善当地的民主监督机制。

另一方面，中小学校舍的质量得不到基本保障，必然使国家的未来生活在危险之中，在遭遇自然灾害的时候就不可避免地产生严重伤害。2008年5月汶川大地震倒塌的学校有5层以上的教学楼，而且多是预制板屋顶，因而违反了国家统一规定的《中小学校建筑设计规范》。相比之下，灾区倒塌的政府行政大楼虽然不是没有，但是比例很小。政府和学校都是靠纳税人养活的公家单位，它们的房子都是从地方政府预算中拨款建造的。但是由于拨款主要由当地政府自己决定，更多的建房款自然流到政府大楼那里去了，校舍自然就面临资金短缺、质量低劣、不符合国家标准等问题。为什么国家有规定，地方不执行？难道中央和上级监督不管用吗？对于汶川个案，现在既已引起全国和中央关注，建设部又表示要彻底调查，我们或许可以期望中央直接干预可以解决汶川当地的校舍质量问题。然而，建设部、教育部、中纪委等中央机关人员不可能永远驻扎在汶川，目不转睛地盯着那里的官员落实国家标准，他们还有许多其他工作要做。他们一走，如何保证灾后重建符合灾区最广大人民的最根本利益？

从根本上说，要通过地方民主机制，让地方官员真正对当地老百姓负责。更具体地说，老百姓必须直接或间接地参与政府预算过程，让预算真正成为“公共预算”而不是政府自己控制的私人预算。当然，老百姓未必有时间和兴趣直接参与各种政治过程，因而在成熟的民主国家，他们一般委托自己的代表——议员——监督行政、决定预算。从一开始，地方政府征多少税、钱花在哪里就是由地方议会决定的，地方行政只是执行预算而已。这样一来，税钱当然就不会自动流到政府大楼那里去了。为什么那些议员会把更多的钱留给建设校舍？因为他们就是由当地老百姓选出来的。如果他们的决定违背了当地老百姓的利益，各家孩子的生命安全都得不到保障，或者将老百姓的钱浪费在建造豪华办公楼这样无益的事情上，那么老百姓同样可以将他们选下来。议员想当选、想连任，就得做符合多数选民利益的事情，并行使自己的职权，保证整个政府围绕着老百姓的利益运转。

由此可见，要让学校教学楼像政府大楼那样在灾害到来时巍然屹立，只有落实宪法规定的人大选举制度。灾区重建无疑迫在眉睫，但首先需要重建的还是地方民主机制。

3. 买官卖官盛行

浪费公共资源的另一个表现是政府机构人满为患，屡精不简。譬如山东省沾化县是一个人口不足40万的省级贫困县，但是除了一名县长、

六名副县长之外，竟然另有15名县长助理。^[1]安徽省霍山县也是一个贫困县，竟配备了11名副县长（其中四位是上级机关安排在当地“挂职干部”），常因排名先后发生争执。^[2]看起来不好理解的是，似乎地方越贫困，副职反而越多，老百姓负担当然也越重。难怪有“班子减副，百姓减负”的说法。事实上，这种现象只是民主监督不到位的自然结果。根据以上推理，如果地方人大选举不规范，或地方人大对地方政府编制没有真正的决定权，那么贫困县副职尤其多的现象还将持续下去。即便中央出台一个统一规定限制副职数，官满为患的现象也不会就此消失。

与此相联系，中国的买官现象已发展到十分严重的地步。^[3]深圳城建集团原董事长李育国索贿买官，被法院判处死缓。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。买官卖官方式多种多样，但是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。据一位山西记者说，现在到下面地方采访，根本找不到领导，因为“乡镇干部往市里跑，县级领导往太原跑，都琢磨官去了。即使找到人，也谈不出东西，因为他根本没考虑工作”。^[4]

其实在自上而下的体制下，买官卖官是十分正常甚至十分“理性”的现象。对于任何最高领导以下的特定职位来说，掌握自己命运的上级领导就那么几个，即便职位要价不菲，但是买官的成本毕竟是有限的。如果可以花钱买通他们，自己升迁后还可以利用职权卖官敛财，把买官的钱挣回来，因而仍然是一笔划算的买卖。既然买官卖官如此两厢情愿，难怪各地如此盛行。要源头上杜绝这种有害现象，只有让买官卖官的受害者——社会大众——监督官员的任免过程。

如果没有健全的民主监督机制，即便遭到免职的官员也可能不知不觉“东山再起”。近年来，中国网民注意到不少买官卖官或承担事故责任的官员免职后又悄悄复出。譬如安徽阜阳市法院因集体腐败被“一网打尽”，但是一年之后仍有许多行贿法官戴着买来的“乌纱帽”。这也是自上而下体制的自然现象，因为越往下，官越多，官民纠纷或贪污腐败越多；越往上，政府部门越少，解决纠纷或监督官员的人手和资源越少。因此，上级政府再有能耐也管不住那么多的下级官员。即便全国人民和媒体的注意力也存在同样的瓶颈，有幸引起全国注意的事件只是冰山一角，不可能一一报道发生在各地的事件并引起全国关注。这样，在全国和中央关注不到、地方选民无力监督的情况下，责任官员复出也就见怪不怪了。归根结底，责任官员复出意味着民主责任制缺位。

4. 贿选屡禁不止

如果自上而下的组织任命取代了自下而上的竞选机制，那么不仅买官卖官盛行，而且选举失去意义，其中一个表现就是贿选严重、屡禁不止。中国目前不仅人大选举存在贿选，而且一度被认为是基层民主希望的村委会选举也发生了严重乃至离奇的贿选现象。照理说，“村官不是官”，至多也就是一个“九品芝麻官”——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。^[2]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。^[1]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。^[2]

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。^[3]一张选票等于一碗羊肉泡馍，未免过于悲哀了。但是这是谁的错呢？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？

要从源头上铲除腐败，只有完成从自上而下到自下而上的制度颠覆，让政府对人民直接负责，让人民决定官员的政绩，完善民主选举制度，否则不可能保证政绩原则的贯彻落实。要根治买官卖官，只有像台湾地区那样将涉嫌贪腐的领导人选下台；要让代表民意的领导人执政，只有通过选举将他选上台。归根结底，没有民主，就不可能真正实现民本。

三、民主的制度保障

和民主是法治的政治基础一样，法治也是民主的制度保障。民主政治很容易产生法律争议，譬如选举是否存在舞弊行为，而法律争议需要通过法治而非政治途径解决。否则，如果以政治途径解决政治争议，如果获得选票多数的一方可以强迫质疑选票的声音沉默，那么民主政治就成了一场没有规则的权力斗争，民主选举的结果就失去了公众信任，而信任是任何制度得以维持的社会基础。因此，政治争议需要政治中立的裁判者，而在制度上保证独立和中立的司法显然是最适当的仲裁者。

1. 法治是民主成熟的度量

在法治成熟的国家，虽然未必所有人都同意法院判决的结果，但是大多数人都信任并尊重司法判决。譬如在2000年美国大选争议中，最高法院判决下达后引起过广泛批评，但是判决还是得到了包括败诉方在内的尊重。在法治转型国家，社会对大选的反应并不都像美国这么平和。例如在乌克兰，2004年的“橙色革命”引起了支持和反对政府双方的激烈对抗，反政府方主要依靠长期静坐和威胁罢工等抗议方式获取政府的重视。^[1]在泰国，2008年前总理他信的回国更是触发了对立双方的多起流血冲突。^[2]由此可见，选举看起来只是投票，其实远非这么简单，和平、成熟与成功的选举需要多方面的制度支持和社会基础。

所有国家的选举都会产生争议，而解决争议的方式是对特定国家的国民素质的一种考验。判断一个国家的民主是否成熟，首先要问是否存在明显违法舞弊行为？在宪政发达国家，由于选民对选举规则存在普遍的强烈认同，候选人不敢铤而走险、贸然舞弊，因而选举争议多半是由技术错误引起。即便如此，偶尔的低级舞弊行为仍不少见。^[3]在诸如袁

世凯和军阀时代的中国等民主转型国家，由于基本游戏规则尚未成为共识，多数国民对维护选举规则的意识不够强烈，至少候选人存在舞弊不受惩罚的侥幸心理，政府方面更是千方百计、不择手段使自己内定的候选人获胜，因而公然舞弊大行其道，选举违法乱象丛生。在美国大选中，民主党候选人戈尔是副总统，但是他却不能动用自己的政治实力助自己一臂之力；共和党候选人布什的兄弟是佛州州长，但是他也无法利用这层亲密关系在这个州获得有利的结果。有趣的是，最后反而是戈尔在佛州胜诉，布什则在联邦胜诉。纯粹从权力格局看，布什可以说是在“不该败”的地方败了，在“不该胜”的地方胜了。反观乌克兰选举，政府操纵的痕迹极其明显，而政府内定的总统候选人——当时的总理——确实也一开始就在“该胜”的地方胜了，但是这种不能服人的获胜方式必将招致争议甚至暴动。

2. 如何解决选举争议

其次，选举争议发生后，双方争执诉诸何种手段？对选举结果持不同意见的反对派可以利用什么途径表示异议？是和平的“口诛笔伐”、游行示威，还是不得不通过暴力冲突？再次，如何解决选举争议？谁有权担任争议解决的仲裁者？是相对独立的司法机构，还是政府做自己案件的法官？对于处于国际政治风口浪尖的某些小国来说，还可能面临外国势力的干预？总之，争议解决程序决定了究竟是“人大”还是“法大”——究竟是权还是法决定争议的结果。

譬如2006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（约千分之一一点五）的微弱优势险胜国民党候选人黄俊英。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。陈菊阵营在选举前夕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。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。

高雄选举“翻盘”事件表明，选举过程可能发生各式各样的不规范事

件——贿选、诽谤、造假、滥划选区、误计选票等等，不一而足，而这些违法违规行为都可能不正当地影响选举结果。在这种情况下，适当的司法干预就显得尤其重要，因为选举争议牵涉整个社会的方方面面，几乎所有人都和选举结果发生利害关系。根据法治的一般原则，任何人不得做自己案件的法官，因而一般人没有资格裁判选举争议，除了超越政治纷争之上的相对中立的法官。法治社会的法官之所以能保持相对中立（凡人都有一定的主观偏向，因而不可能绝对中立），是因为法治社会认识到司法独立的必要性，因而有意识地将法官隔绝在一个政治之外的中立地带。否则，诸如高雄选举这样的政治问题在法律上就“无解”了。因此，选举的法治化离不开有效的司法保障。

3. 司法判决具备社会威信

最后，解决之后的社会反应如何？社会秩序是否恢复正常？不论认为是否判得正确，民众是否愿意接受服从司法判决？在法治国家，判决过后虽然争论可能延续下去，但是街头一切恢复平静。例如美国最高法院判决后，民主党候选人戈尔副总统很快公开表示服输，并和总统当选人布什握手言和。在转型国家，由于人民对司法缺乏信心，司法判决缺乏权威，因而不论法院判得是否在理，街头政治依然持续不断。

4. 如何保证司法公正？

2000年的美国大选提示我们，政治争议需要中立的裁判者：如果能保证司法独立，法官是最适当的人选。不论是专制还是自由或民主，任何政府的存在、维持与运作都是和信任联系在一起的。一个稳定的社会必然是按照某种被普遍接受和认同的基本规则来运作，按规则的竞争产生胜负。而且不论运用规则的结果是否对某些人有利，即使失败者及其同情他的支持者也必须认同这个结果。这种规则首先必须获得政府的维持与实施，才能在人民心目中建立起有效性（“上行下效”）。只有政府官员自己先遵守规则，而不是纯粹为了自身的利益行动，并获得了普通百姓的充分信任，人民才会跟着遵守规则，从而达到社会的法治。

但是谁能被信任维持政府自律？所有人都有偏向，中立的法官是唯一可能保障民主信任的政府机构。公民相信政府基本上按照规则行动，自己也愿意遵守规则，因为信任超越具体利害关系的法官。在这个意义上，法院所维持的法治是民主的前提条件，否则民主就成为笑话。这是为什么美国政治中几乎所有的重要问题最后都会以这种或那种方式进入

法院，并在那里获得解决。利益斗争是分化的，法官是维持共同规则的枢纽，使政治对立面可以在共同规则下平等竞争。

当然，法官也是人，不可能“不食人间烟火”，而是带有凡人都有的偏向，因而不可被绝对信任。如果缺乏监督司法的社会机制，难免造成政治选举司法化和司法过程政治化，使法律判决成为法官个人的政治或道德判决。如何保证法官对宪法和法律负责，一直是法治的难题。法治国家的经验表明，要保证司法公正，外力干预并不可取，关键在于保证法官言论自由、判决公开发表并接受社会和历史的检验。归根结底，法官必须为自己的决定向法律和历史负责——这本身是巨大的信任和荣誉，也是沉重的压力：记录法官意见的那张纸很普通，但它对公众的影响却可能远远超过法官个人的影响，而其寿命又比任何法官的寿命还要长得多。在美国宪政史上，“遗臭万年”的司法决定——甚至是绝大多数法官们的决定——并不是没有，1857年的“蓄奴案”就是一个例子。^[1]这些“耻辱柱”虽然为数极少，却足以成为法官席位上所有后来者的前车之鉴。

^[1] 参见〔美〕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。

^[1] 《尚书·多方》。

^[2] 《明夷待访录·原君》。

^[3] 林启彦：《步向民主：中国知识分子与近代民主思想》，中华书局1989年版，第3页。

^[4] 《仁学·三十》。

^[1] 比较王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第132—140页。

^[2] 参见〔美〕达尔（Robert Dahl）：《论民主》，商务印书馆1999年版，第114—122页。

^[1] 曹勇：《一个副省长的“政绩”观》，载《南方周末》2002年8月22日。

^[1] 王文志、肖波：《山东一省级贫困县配6个副县长、15个县长助理》，载《经济参考报》2007年8月10日。

^[2] 陈建芬：《国家贫困县配11个副县长，常因排名先后起争执》，载《小康杂志》2006年8月18日。

^[3] 李一言：《千万买官令人瞠目，吏治整肃刻不容缓》，载《南方周末》2002年12月19日。

^[1] 李红平、邓科：《吕日周真相》，载《南方周末》2002年10月

17日。

[2] 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。

[1] 参见《重金买村官赔赚几何》，<http://news.163.com/special/o/000113A8/officeholder051111.html>。

[2] 《重金买“村副”赔赚几何，征地款过亿“机会”多》，载《华商报》2005年11月11日。

[3] 《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。

[1] 参见《乌克兰大选风波难以平息》，载《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》，载《光明日报》2004年12月31日。

[2] 数千政府支持者与反政府示威者发生流血冲突，数十人受伤，参见《曼谷街头血战，实施紧急状态》，载《新京报》2008年9月3日。

[1] 参见张千帆：《选举公正的司法保障——论负面竞选的审查标准》，载《宪政时代》（台湾地区）2007年第32卷第4期，第495—543页。

[1] *Dred Scott v. Sandford*, 60 U. S. 393.

第十七讲

政党与宪法



上一讲介绍了民主的基本理论和法治对实现民主的关键作用。所谓“民主”，无非是指人民当家作主。中国几千年历史表明，只有“民本”是不够的：如果只有君主而没有民主，那么最后结果只能是君主本位而非人民本位。要实现民主，就离不开选举，而选举又离不开政党。政党帮助组织选举，克服选举成本所产生的参与障碍；选举则产生能代表民意的立法者，使大多数议员通过的国家法律和政策代表大多数选民的利益。因此，现代民主离不开大众政党的积极参与。

当然，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。”^[1]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。

这一讲探讨大众政党的发展历程以及各国政党与宪法的关系，最后

介绍中国的政党制度及其和政府的关系。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，这一讲还将讨论宪法对政党行为的具体限制。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。

一、民主的政治条件

如果民主政治有一条“铁律”的话，那就是任何现代民主政体都离不开政党政治。虽然法治对于民主来说也是必不可少的前提条件，但是一个民主国家可以像英国那样没有司法审查，而不可能没有成熟的政党制度。19世纪以来民主制度之所以获得成功，端赖大众政党制度的发展；而此前民主之所以失败或充其量限于“贵族式民主”，根源也在于政党制度缺失。人类政治行为的本性决定了，政党和民主是两个几乎永远联系在一起的同义词。

1. 政党的性质

“党”在英文中是Party，两者的传统意思都含有“偏向”的贬义。中国从远古就对“党”字没有太大好感。《尚书·洪范》中说：“王道荡荡，无偏无党；王道平平，无党无偏。”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。^[1]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，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之发展。

2. 政党的组织功能

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：

现代政治学的公理是，政党是民主政府的必要机构。它们筛选领袖、形成议题、结合利益、组织政府并制订政策。正如德国宪政法院所承认的，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。^[1]

这是因为民主选举是一项公民“权利”，但这项权利的行使却含有不少容易忽视的成本。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。但代议制民主还是有成本的，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。问题在于，如果你是一个选民，你怎么知道谁代表你的利益呢？你平时需要读报纸、看新闻，从多种渠道了解各位候选人——他的立场、个性、能力，然后才能大致确定你倾向哪一位，而这将占用你工作以后剩余不多的宝贵时间。总之，你得付出，至少得在选举那天抽空跑去投票。

然而，那张选票给你带来的好处却是微乎其微的。在现代大选，选

民一般有几千万之众，中国有选举权的选民更是有好几亿，候选人所得的选票之差一般有几百万。这表明你去或不去投票能够改变选举结果的概率不超过几百万分之一。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，以至你不得不放弃他，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。但没有人去投票，选举制度如何能维持下去呢？

政党提供了一种节省成本的机制。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，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时机首先接近了他，等等——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 대선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显然不是一件容易的事情。你可以贴广告，为自己做宣传，也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。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，以至平民百姓根本不会对这类职位产生“非分之想”。因此，放弃竞选是完全“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。

3. 政党的职能

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。不论是一党制、两党制还是多党制，在这一点上所有国家的所有政党都一样。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。”^[1]美国州法把政党定义为“任何选举州委员会和州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。”^[1]

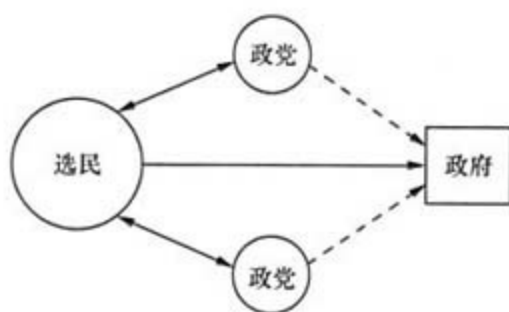


图17.1 政党的传送带功能

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。^[2]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，为政府制订公共政策。

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4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订政策的作用。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。

4. 政党的组织结构

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^[1]，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，即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。

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。^[2]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。相反，一党制由于排除了党外竞争，也很容易在党内形成高度集权甚至个人极权状态。^[3]

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，例如英国首相布莱尔是工党领袖，法国前总统密特朗长期担任社会党主席。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。

日本原本是一个多党制国家，但是自民党自1955年后就一直牢控议会多数和内阁，以至被认为实际上是“一党独大”。2009年，日本终于打破“一党独大”格局，民主党获得了众议院绝对多数议席，赢得了历史性大选，民主党领袖鸠山宣布胜选。自民党的“末代首相”麻生太郎在接受媒体采访时承认选举失败，并表示将为败选承担责任。

二、政党发展历程

1. 大众政党的产生

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。18427

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，和宪法并没有直接关系。

1832—1834年，杰克逊总统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。这一制度形成了“党魁统治”（Party Boss Rule）：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。^[1]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、扛招牌。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制度填补了空缺。

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，美国政党制度的内在缺陷也就显现无遗。

为了保证秘密选举，进步党还引进了“澳大利亚选票”制度，使得选民“分票”和“分裂政府”成为可能。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 government）：总统由一个政党统治，国会多数则由另一个政党控制，甚至国会的两院分属两党控制。

2. 现代政党制度

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。现代民主国家宪法一般都明确规定了政党职能和权利，例如法国第五共和《宪法》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。”德国《基本法》对政党的规定更为详细，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。”

事实上，德国《基本法》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的政党重蹈专制的悲剧。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。”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。

三、政党的宪法地位

政党是否有义务遵守宪法？这个问题的答案看上去很显然——政党当然要遵守宪法！但是其实不那么简单。民主国家实行相当程度的党政分离，无论哪个执政党都不等于国家机构。事实上，美国认为政党属于民间政治组织，因而也就不是宪法义务的直接承担主体。这样就产生了一个问题：政党对国家民主政治发挥的作用至关重要，但是否在政党运行过程必须履行宪法规定的某些基本义务？

1. 作为民间组织的政党

和其他西方国家一样，美国的政党也不是“国家机构”。当然，国家官员一般都是有“党性”的——譬如第一位黑人总统奥巴马是民主党的，联邦最高法院首席大法官托马斯则是共和党人。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15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。

在1944年的“党禁初选第一案”中^[1]，得克萨斯州民主党通过决议，禁止有色人种成为民主党党员来参与国会、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：

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。

在1953年的“党禁初选第二案”中^[2]，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所不能做的事情，“那就无异于允许明目张胆地滥用这些程序，去挫败第十五

修正案的目的是。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，明确禁止这类歧视行为。

2. 作为“宪法机构”的政党

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，但现在似乎更倾向仍然政党是一个准国家机构。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。^[1]

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，政党作为宪法机构而发挥职能。政党主要通过参与议

会选举来行使第21条所保障的这项权利。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，不论政党是否是“国家机构”，政党活动直接受制于宪法控制。

四、政党宪法义务

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。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。以下主要以德国为例，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。

1. 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。

一个典型的判例是“公共资助案”。^[1]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，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，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，但联邦法律受到宪政法院的维持。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，宪政法院第二庭改变了以前的宽容立场。当黑森州和德国全民党、巴伐利亚党以及倾向纳粹的国家民主党等一些未能进入议会的小党再次挑战该法合宪性的时候，联邦宪政法院判决这一分配方案违宪：

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“脱离国家”（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，“脱离国家”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。

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），规定只有在某一州至少赢得2.5%选票的政党，才能获得公共资助。在1968年的“竞选赞助案”中，宪政法院判决“2.5%规则”要求太高，并自行规定了“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。

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。《第五共和宪法》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。”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。

和德国类似，法国立法也曾规定只有选民支持超过5%的政党才能获得竞选资助。在1990年的“选举开支决定”中^[1]，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。基于《第五共和宪法》第61条第2款，总理把这些条款提交宪政院审查。宪政院撤消了对政党竞选的资助限制：

《宪法》第二、三、四条的条款，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的数量，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11条违反了宪法第2与第4条的联合规定。

2. 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，联邦德国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“联邦德国媒介案”说明了这一问题。^[2]

在1962年的北莱茵-威斯特法利亚州的竞选中，“联邦德国广播电视台”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。自民党在宪法法院宣称，它有权和其他政党获得同样播音时间，且这一权利受到广播电视台决定的侵犯。联邦宪法法院认为免费播音时间没有必要各党平等，因而否定了自民党的要求：

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章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，宪法允许电台根据政党重要性而分配不同的播音时间，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。

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，有关组织当然首先必须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积极保障和消极限制——“自卫型民主”——之间的关系。^[1]

在1975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”政党提供播音时间，理由是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、5和21条所保障的政党权利。宪法法院撤销了州法院和广播电视台的决定：

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，政党企图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。

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，就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。

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。这种做法是和《基本法》第21条第2款以及平等原则的精神背道而驰的。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条不成文的政党权利不允许电台对竞选的信息内容施加如此深远的控制。

不论政党纲领如何违宪，联邦宪政法院的专属管辖权断然排斥行政行为禁止政党之存在。当然，在政治上抗衡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》容许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。

3. 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。联邦宪政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。

宪政法院认识到，《基本法》对政党的调控遇到一个矛盾：民主原则允许具有任何倾向的政治势力通过组党来表达自己的诉求，因而这项原则也应该保护那些具有反民主倾向的政治势力；但是如果对这些势力

不加任何控制，那么德国就可能重蹈魏玛共和的覆辙。民主社会确实允许任何党派提出任何主张，但前提是必须通过民主的、理性的、和平而非暴力的方式。在这个前提之下，不论主张本身如何激进都不可怕。美国目前实行的是资本主义市场经济，但是即便有人要一夜之间实行社会主义计划经济，只要他能说服多数选民，他就应该被给予充分的机会。如霍姆斯大法官指出，这正是自由民主社会所期望的变革方式。然而，如果党派希望通过暴力和强迫而非理性说服的方式，或者其政纲表明它即便利用民主方式上台也肯定要实行极权专制，那么这样的政党可“以其人之道还治其人之身”，拒绝给予其打着“民主”旗号反民主的机会，剥夺其滥用自由的自由。

查禁违宪政党主要是出于两点理由：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，如果政党受到《基本法》的特殊保护和行政机构的特别支持，那么就不应被允许利用这些特权来摧毁保障其特权的基本秩序和政府机构。鉴于第21条第2款对政党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。

德国的违宪政党曾两次受到查禁，第一次是发生于1952年的“社会帝国党案”。^[1]“社会帝国党”于1949年成立，其部分目标是在联邦德国重组右派势力。在开始几年，社会帝国党（SRP）在几个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，并得到后者的肯定。

随着“冷战”气氛的缓和、极端势力的衰落和政府信心的增强，联邦德国政府不再反对极“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。

五、中国政党制度

1. 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8个民主党派：中国国民党革命委员会（简称“民革”）、中国民主同盟（“民盟”）、中国民主建国会（“民建”）、中国民主促进会（“民进”）、中国农工民主党（“农工”）、中国致公党、九三学社、台湾民主自治同盟（“台盟”）。

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”）。

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。最后，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。

2. 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。^[1]

在1954年以前，全国人大的职权由政协第一届全体会议代行。作为统一战线的组织，政协行使的职权包括制定或修改《政治协商会议组织法》与《共同纲领》，在全国人大产生并召开后，就有关国家建设的根本大计或重要措施，向全国人大或中央政府委员会提出建议案，选举政协全国委员会。全国委员会是政协的常设机构，在政协全体会议闭会期间行使职能；政协全体委员会休会期间，由其常务委员会作为常设机构。政协全国委员会还可决定在省会、中心城市和重要地区设立地方委员会，作为地方各民主党派和人民团体的协商机关。1949年10月，政协第一届全国委员会举行第一次会议，选举毛泽东为政协主席，周恩来等5人为副主席。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。

在后来的十年“文革”时期，政协不能正常工作。推翻“四人帮”以后，政协进入了新的发展阶段。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。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，政协对国家和地方的大政方针及经济、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计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。

和人大不同的是，政协行为并不具有严格的法律约束力。在1954年之前，中国政协曾代人大发挥过立法机构的作用。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国家机构，没有宪法地位——宪法没有提及政协，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。

3. 政党与政府——《党政领导干部选拔任用工作条例》

和西方政党不同的是，中国的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”，其中第2条规定了选用干部的6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。

第三章规定了“民主推荐”程序，包括会议投票和个别谈话两种方式（第10条）。领导班子换届时，民主推荐由下列人员参加：党委成员，人大常委会、政府、政协的党组成员或者全体领导成员，纪委领导成员，法院、检察院、党委工作部门、政府工作部门、人民团体的主要领导成员，下一级党委和政府的主要领导成员，以及“其他需要参加的人员”。上级党委组织部门主持民主推荐，召开推荐会，填写推荐票并进行统计，并向上级党委汇报推荐情况（第13条）。如果由党委推荐、人大选举或任命的领导人选落选，可根据工作需要和本人条件推荐为其他职务人选，也可以在适当时候再次推荐为同一职务人选；如果由党委推荐、人大常委会决定任命的领导人选在人大常委会未获通过，可根据工作需要和本人条件进一步酝酿，在另一次人大常委会上继续推荐，但“连续两次未获通过的，不得再推荐为本地同一职务人选”（第48条）。“党委向政府提名由政府任命的政府工作部门和机构的领导成员人选，在党委讨论决定后，由政府任命”（第45条）。

第四与第五章分别规定了“考察”和“酝酿”程序。本级党委书记办公会根据上级组织部门反馈的民主推荐情况，对考察对象人选进行酝酿，本级党委常委会提出考察对象建议名单，在和上级党委组织部门沟通后确定考察对象（第16条）。“确定考察对象时，应当把民主推荐的结果作为重要依据之一，同时防止简单地以票取人”（第17条）。考察组由党委或人事组织部门派出的两名以上成员组成，向党委主要领导成员和考察对象本人反馈考察情况（第27、28条）。对于考察合格的人选，经过公示程序后由相关部门加以任命。

最后，第十一与十二章规定了“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，“一般应免去现在职”：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。

4. “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80多万个村庄，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。^[1]

例如据《人民日报》2001年3月21日报道，山东栖霞市4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。”

为了解决这类问题，不同地方基本上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。山西的做法引起了全国各地的关注和借鉴，或许会成为今后发展方向。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。

5. 走向执政模式的法治化

长期以来，中国实行的执政模式是“党管干部”和“党领导一切”。这种模式从战火纷飞的革命年代延续下来，带有显著的准军事特征，在建国初期对于社会稳定和经济恢复与发展发挥了重要作用。然而，随着国家的政治和经济渐渐步入正轨，这种准军事化的领导方式已经明显不能适应时代的需要。传统执政模式的主要特征是各个方面的“集权”：在整个国家，执政党的组织控制延伸到社会的各个角落；在中央，执政党通过自上而下的组织系统控制下级党组织，进而控制所有层次的地方政府；在党内，权力集中于一个高层领导集团，有时甚至是个别领导人身上。这样，通过严密的组织系统，执政党选用、监督并管理大大小小的各级干部，然后通过这些干部去控制和管理社会。

应该看到，长期形成的执政模式和宪法所体现的民主与法治理念之间存在着一定的紧张关系。执政党在宪法和法律上的地位仍然不够明确，党政关系相当模糊，执政党的权力仍然缺乏制度化约束。因此，如何在一党执政的前提下实现“依法治国”？如何保证人数占总人口6%的执政党代表“最广大人民的最根本利益”？如何在维护执政党最高地位的同时，保证执政党的权力受到社会制约并在宪法和法律范围内活动？这些都是中国在新时期必须解决的重大制度问题。要解决这些问题，有必要实现执政模式的法治化。

首先，所有的现代发达国家都是稳定的法治国家，而稳定的秘诀就是政治过程和法律过程的截然分离。政治过程决定国家的大政方针，法律过程则贯彻落实政治过程决定的基本政策和法律；政治过程必须代表最广大人民的最根本利益，法律过程则必须保持独立性和中立性，只有这样才能如实落实代表人民利益的立法和政策。^[1]完整的法律过程是法治的底线，不容许任意的政治权力干预。不论国家的政治决策是如何形成的，只有保持一支高效、廉洁和中立的行政与司法队伍，才能维持国家稳定和可持续发展。

其次，执政党在政治过程和法律过程中的作用是截然不同的。当然，政党的最大作用体现在选举过程中，因为政党的主要职能就是将自己的人通过竞选进入政策制定部门，由此决定国家的大政方针。在政治过程中，代表不同选民集团的各党派议员通过相互较量、协商和妥协，最后根据多数主义规则通过有效的法律。如果议会会有一个明确的执政党（掌握明显多数的政党），那么立法就将体现这个执政党的意志。相

反，在进入法律过程之后，执政党便不能再干涉执法和司法；如果执政党对执行或判决结果不满意，而执行和判决的合法性是无懈可击的，那么执政党就只有通过修改法律来纠正这个结果。但是如果执政党随意干预法律过程，那就等于是在否定自己制定的法律，法治自然也就荡然无存了。

最后，执政党当然可以在政治过程中发挥主导作用，但是必须通过制度改革保证政治过程的民主化。只有人民通过选举充分参与政治过程，才能保证国家法律和政策真正代表最大多数人的最根本利益。1982年《宪法》明确规定了人大制度，但是人大选举过程还存在诸多问题（详见本书第十八讲），人大代表还没有充分发挥应有的作用。在目前自上而下的执政模式中，执政党尤其需要充分重视党内决策过程的民主化，及时启动党内民主改革。目前，全国某些地区已经启动了党内民主改革试验，包括地方党委会的民主选举和党政领导干部的“公推直选”。^[1]从长远看，只有从党内到党外逐步实行民主，真正实现“还权于民”^[2]，才能维持国家长治久安并完成“和平崛起”的民族使命。

^[1] Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, *The Federalist Papers*, Clinton Rossiter (ed.), NAL Penguin (1961), pp. 320—324.

^[1] 《联邦党文集》第十篇，参见本书第五讲。

^[1] Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, NC:Duke University Press (1989), p. 201.

^[1] 转引自 Paul Allen Beck and Fran J. Sorauf, *Party Politics in America* (7th edition), New York: Harper Collins (1992), p. 8.

^[1] 15 Del. Code, Sec. 101.

^[2] 参见 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).

^[1] 参见 Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, Cambridge: Harvard University Press (1965).

^[2] Charles E. Lindblom, *Politics and Markets: The World's Political Economic Systems*, New York: Basic Books (1977), pp.161—169.

^[3] 关于国家状况对国民党一党专制的牵制，参见本书第七讲。

^[1] George Washington Plunkitt, 参见 William Riordan, *Plunkitt of Tammany Hall*, New York: E. P. Dutton (1963).

^[1] *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 650.

^[2] *Terry v. Adams*, 345 U.S. 462.

[1] Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press (1997), pp. 210—211.

[1] Party Finance Cases, 20 BVerfGE 56.

[1] 89-271 DC.

[2] West Media Case, 14 BVerfGE 121.

[1] Radical Groups Case, 47 BVerfGE 198.

[1] Socialist Reich Party Case, 2 BVerfGE 1.

[1] 王士如主编：《中国宪法学》，南京大学出版社1993年版，第163页。

[1] 参见寿蓓蓓：《村官的当家权》，载《南方周末》2001年3月29日。

[1] 张千帆：《走向执政模式的法治化》，载《中国经济时报》2007年7月31日。

[1] 《中国首位公推直选乡镇党委书记接受群众质询》，载《新京报》2007年7月15日。

[2] 据《长沙晚报》2008年9月1日报道，湖南省委书记张春贤在省委解放思想讨论电话会议上提出：“前两次解放思想偏重于还利于民，这一次解放思想在继续注意还利于民的同时更偏重于还权于民！”见凌之敏：《“还权于民”关键要解放群众的创造力》，载《北京青年报》2008年9月8日。

第十八讲

宪法与选举



上一讲介绍了关于政党的宪法制度。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。民主的要义就是让国家法律和政策至少符合大多数人的利益，而要保证立法者代表大多数人的利益和意愿，每一位生活在社区的选民不仅都应有权参与选举，并通过自由交流了解不同党派或候选人的政策立场，而且每一位选民表决的分量都必须和其他选民相同。只有在这样的选举中获得多数选票的候选人才真正代表多数选民的利益，只有如此产生的议会多数议员通过的法律才符合社会多数人的利益和需要。

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。这一讲介绍美国、德国、法国等国宪法在选举过程中的应用，同时探讨中国选举制度及其需要解决的问题。要完成利益代表职能，选举必须符合如下宪法基本原则：普遍、直接、自由、平等。譬如德国《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。”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。

一、普遍选举

首先，选举权应该是普遍的宪法权利，具备选举资格的选民主体相当广泛，否则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公民的选举权。譬如中国1982年《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。”据统计，享有选举权的公民占适龄人口的97%以上。

1. 选举权的法律限制

虽然凡是公民即应普遍享有选举权，但是选举资格还是存在法律某些限制，譬如19世纪初期的美国各州将选举权限于拥有财产的男性白人，妇女、有色人种和无产者是没有选举权的。这些限制以后逐步取消，但是针对黑人的政治歧视直到1870年的第15修正案才正式取消，针对妇女的政治歧视则直到1920年的第19修正案方才取消。美国有些地方剥夺某些罪犯的选举权，但是这类规定也被最高法院判决违宪。在1985年的“州禁罪犯表决案”中^[1]，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”。

在中国，选举权可以因为严重犯罪而遭到限制。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。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），言论、出版、集会、结社、游行、示威自由（《宪法》第35条），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（《刑法》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58条规定某些类型的犯人被剥夺所有的政治权利（不只是选举与被选举权），至少与《宪法》第34条的文本存在出入。

另外，在享有选举权的公民中，选举权的行使可以还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《关于县级以下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，根据规定，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。

2. 被选举权及其法律限制

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。和选举权一样，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？是否支持加强环保？是否支持计划生育？），因而对应着支持这种组合的选民团体。候选人必须自由产生，并和选民之间进行自由交流。候选人和选民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。

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”。对立候选人之间也进行公共辩论，使选民了解他们之间的立场分歧。譬如

从1960年肯尼迪和尼克松竞选开始，美国民主党与共和党候选人在每次大选之前都要全国电视直播竞选辩论。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。

相比之下，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。《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有候选人名额，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。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，但是实际上候选人的确定很容易受到组织控制。

从推选第一轮候选人到产生正式候选人，中间还有一个“协商确定”的过程。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）。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。”^[1]因此，“代表结构”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”。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。^[2]被提名后，进入了“协商酝酿”阶段。第四选区5个居委会对4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3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。

《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，但是这些介绍一般都很简短，候选人自己也不得主动和选民交

流、增进了解。由于候选人多为组织内定，也没有和选民进行充分交流，因而大多数选民对本选区的候选人缺乏了解。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60%，对情况不清楚的占12%。^[3]在不知情的状况下，选民显然难以在不同候选人之间做出明智的选择。

二、直接选举

为了保证选举真正代表民意，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。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，因为它产生了严重的贿选现象。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。

1. 禁止中间机构

德国《基本法》要求联邦众议院通过“直接”选举产生。既然这是德国人民直接行使选举权的唯一机会，这项权利禁止任何中间机构去代替人民进行选举。因此，人民必须通过投票直接决定众议院议员。这类问题通常出现在政党名单上的比例选票。在1953年的“州党名单案”中^[4]，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条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。1957年的“替换候选人案”表达了类似原则。^[2]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。宪政法院再次判决这种做法违宪：

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。只有到在这种情况下，选举才能说是直接的。

2. 间接选举导致贿选

虽然直接选举在民主成熟国家基本上是技术问题，但在中国仍然是值得反思的制度问题，因为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。”和直接选举相比，间接选举更容易导致贿选。由于地方人大代表人数较少，贿选成本较低、回报较高，贿选内幕不容易暴露，因而往往容易得手。

据报道，2000年12月，山西运城地区撤地改市，并筹备召开市成立后的第一届人大。为了当上市人大代表，当地不少有经济实力的基层干部和个体老板等“有钱人”大肆行贿送礼，花钱买上了人大代表身份。^[1]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，个人资产据称高达几百万到几千万元，而其中有些人不惜重金拉票。贿选现象导致一些选区的“选举结果异常”。由一些无权无钱的普通群众候选人在选举中“纷纷落选”。例如盐湖区，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。企业家进入人大应该说是一种进步，但是由此也产生了相当严重的贿选问题。

更重要的是，所有政府领导都是由同级人大间接选举产生，而间接选举显然为贿选提供了方便。近年来，地方选举问题严重，买官卖官和贿选现象相当普遍，以至官场潜规则成了“拉票是正常的，不拉票才是不正常的”。譬如前河北省长助理、省党组成员李俊渠在换届过程中违规拉票，结果受到调查和惩处。当然，河北省对选举不规范行为的充分重视值得肯定，但是“亡羊补牢，犹未为晚”，更重要的是认识选举腐败的制度根源并从制度上杜绝之。目前中国地方贿选之所以如此普遍，根本原因之一是地方负责人的人大间接选举模式。要杜绝贿选，根本之道在于扩大民主范围、实现直接选举；否则，只是靠个案的清理整顿，难免“头痛医头、脚痛医脚”，不可能从根本上遏制全国各地的选举违法行为。

3. 乡镇长直选试验违宪？

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”。最近的试验发生在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。这是迄今为止中国最大规模的乡镇长“直推直选”试验。

如果追究宪法文本，乡镇长直选试验很可能是“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。2007年，全国人大秘书长正式叫停了乡镇长直选。然而，直选试验虽然不符合现行宪法规定，却不仅在各地产生了相当好的效果，而且也有效解决

了间接选举产生的贿选问题。因此，即便直选试验违宪，也只能说是促进公民政治权利的“良性违宪”，而非损害宪法权利的“恶性”违宪，因而仍然不失为有益的地方试验。^[1]

如果说乡镇长直选试验不符合宪法规定，那么党委直选则没有这个问题。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。”^[2]

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3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3名。第二，召开全镇党员和村（居）民代表大会，对前3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。虽然如此，“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”。

4. 基层直接选举

我们在第十四讲看到，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。《宪法》第111条第1款规定：“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。”根据宪法规定，全国人大常委会于1990年制定了《城市居民委员会组织法》，并于1998年修订并通过了《村民委员会组织法》。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。

《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，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，应当有妇女成员，多民族村民居住的村应当有人数较少的民族的成员”（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）。“年满十八周岁的村民，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。“有登记参加选举的村民过半数投票，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，选举结果应当当场公布”（第15条）。

当然，村单位的平均规模大约只有2000人左右，因而也容易发生贿选等不规范现象。村委会组织法第17条规定：“以暴力、威胁、欺骗、贿赂、伪造选票、虚报选举票数等不正当手段当选村民委员会成员的，当选无效。”以不正当手段妨害村民行使选举权、被选举权并破坏村委会选举的，村民有权向乡镇的人大和人民政府或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。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。”

三、自由与秘密选举

有意义的选举显然应该是一个选民根据自己的理性判断自由投票的过程，而不能受到强迫或操纵；否则，“选举”就完全失去了意义。因此，德国《基本法》第38条要求选举自由，而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；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，要求政府保障言论、新闻和集会自由，使公民能平和理性地交换意见，并且自由形成公共意见（public opinion）。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。

在1977年的“官方宣传案”中^[1]，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，发布了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：“总而言之，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%的广告被社民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章规定的议会民主原则、第21章保障的政党平等原则及第38章的自由选举原则。宪政法院第二庭支持了宪政申诉，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。

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。

自由选举要求投票是无记名与秘密的，以防政客对选民施加压力。早在19世纪，美国实行两党分开投票，致使选民投哪个党候选人的票昭然若揭，即便是无记名投票也形同虚设。进步党改革后，美国采取了“澳大利亚”选票制度，也就是将所有党派的票箱合并为一个，并将所有候选人都打在一张选票上。这样，即便行贿者站在投票箱旁边看着也无法知晓选民是否投了他的票，行贿起不到预期的作用也就推出历史舞台了。因此，和直接选举一样，秘密与自由选举也是杜绝贿选的良方。

德国《基本法》也明确规定秘密选举，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，也就是选民因特殊情况（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。在1981年的“缺席表决案”中^[1]，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。

相比之下，中国不少地方的基层选举仍然达不到秘密与自由的要求。首先，由于大量农民进城打工，不可能在选举日、专门回村投票，因而往往通过“委托投票”，但是委托投票将决定权交给了被委托者，农民工未必能按自己的意愿行使选举权。其次，各地流动票箱相当普遍，不仅难以控制投票舞弊现象，而且工作人员拿着票箱登门看着村民投票，使秘密选举有名无实。更严重的是，少数地区为了当选村委会主任

竟发生恶性暴力事件。^[2]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（见上一讲关于“两委矛盾”的评论）。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。^[3]当选村主任前一个月，崔的家门被人用斧子砍了4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20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。

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。据报道，大部分乡县干部并不支持村民自治选举。^[4]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，否则将触犯《集会游行示威法》，政府将依法采取措施。在这里，镇政府的干预显然违反了村委会组织法。在某些情况下，乡镇通过不那么明显的方式“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。^[5]

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、精简或改任它职，其主要理由是村官未能交上镇所摊派的税费。^[1]2005年取消农业税后，压力有所减轻，但是上级干预仍然相当普遍。

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。^[2]例如在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10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。

四、平等选举

最后，选举权应该是平等的，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。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。不论是选举权遭到完全剥夺还是选票分量遭到削弱，都是对选举平等的侵犯，最后的结果都是扭曲选举结果并违背多数主义民主原则。

对于选举平等，美国宪法最重要的规定是第十四修正案规定的“平等保护”条款：“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（Equal Protection of Laws）。”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进行种族歧视：“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。”两条修正案构成了对公民选举权的最早保护，中国1982年《宪法》第33、34条与之类似。

1. 地域代表还是职业代表

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份量的发言权。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。^[1]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与19世纪早期，这项制度曾一度时兴于欧洲，但第二次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”？如何划分不同职界的名额——“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，以至几乎失去意义。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。

幸好2007年，全国人大常委会明确了行政长官和立法会普选的时间表。到2017年，也就是香港回归二十周年之际，香港终于可以普选特首和立法会的全部议员。这对香港政制发展进程来说，确实是一个具有里程碑意义的重大突破。如果香港立法会和行政长官都由选民直接选举产生，那么职业代表制也将寿终正寝。

2. 什么是“一人一票”

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”^[1]，最高人民法院正式确立了“一人一票”原则。

阿拉巴马州议会选举在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1.5万人，却也有两个众院、一个参院席位。选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决定中，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。

事实上，如果不实行“一人一票”，就不仅仅是滥划选区的问题，还会出现种种看上去令人匪夷所思的怪现象。据《新京报》12月7日报道，北京怀柔区汤河口镇后安岭村闹出了一件匪夷所思的新闻——近20

户村民为了选举集体“闹离婚”。笔者以前听说过夫妻双方为了多争取一套福利分房而假离婚的，但是为选举而离婚的事情却是破天荒第一回听说。不过千万别以为这些村民荒唐，他们这一招可是有自己的道理。后安岭村正在选村民代表，而《村民委员会组织法》第25条规定，人数较多或者居住分散的村可以设立村民代表会议。“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。”如果按照“户”来分派村民代表名额，户数越多岂不是分摊到的代表名额也越多？由此可见，村民不但不糊涂，而且很聪明。他们钻了村委会组织法的空子。

要符合宪法平等原则，村民代表的选举也必须采用“一人一票”。如果村民代表会议所代表的是村子里的人而不是户，那么村民代表名额就应该以村民而不是任何其他因素进行分配。虽然以户为计算单位可能带来一些便利，但是在以“人”为本的主旋律下，村民代表的选举最好还是遵循民主社会所通行的“一人一票”原则。那样的话，至少村民不必再为选票而“离婚”了。因此，无论于情于法，还是“一人一票”好。

当然，“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）来歧视少数族群或党派。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“选区滥划第一案”。^[1]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。最高法院依据第十五修正案，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剥夺他们先前的地方表决权。”

3. 纠偏还是歧视？“善意滥划”的困惑

在某些情况下，政府故意将选区划得奇形怪状，但目的却是照顾而非歧视少数族群等政治弱势群体得代表。譬如鉴于少数种族在政治过程中遭受歧视的历史，美国有些州开始通过选区划分以促进少数种族选举自己的代表。但教育和其他领域的纠偏行动判例表明，这类选举纠偏行动也受到第十四修正案的平等保护条款之限制。在1993年的“北卡善意滥划第一案”^[1]，北卡罗来纳州的选民比例大致为78%白人、20%黑人以及1%的亚裔和印第安人，其中黑人分布比较分散。在州的100个县里，

黑人占多数的只有5个，而没有一个在11个国会选区中占多数，因而黑人自内战后重建时期开始至今就没有国会代表。根据1990年的人口统计调查，北卡州获得了联邦众议院的一个额外席位。州众议院制定了选区重划方案，将北部一个黑人占多数的一个地区划为国会选区。在联邦司法部长根据1965年的《选举权利法》反对这项方案后，州众议院通过的新方案又创造了另外一个黑人占多数的选区。两个选区的边界都高度不规则，其目的几乎公开是为了囊括了足够多数的黑人：第1号选区的形状是长钩型，像一个大问号；第12号选区则是极端的狭长形，长达160英里（256公里），像一条蛇形高速公路。新的区划将有史以来第一次在北卡产生两名黑人国会议员。北卡共和党和一些选民认为州议会的选区重划方案构成了基于种族的违宪滥划。地区法院驳回诉讼，因为白人代表仍和人口不成比例地占据绝对多数，因而选区重划方案不可能侵犯他们任何利益。争议的焦点是原告是否提出了有效的诉因（cause），可供法院审查。最高法院以5:4撤消了地区法院的意见，判决原告提出了可供审查的诉因。发回重审后，地区法院判决北卡州的第12号选区构成了基于种族的归类，且并不严格适合于促进令人信服的利益（详见第19讲）。在1996年的“第二案”^[2]，最高法院维持了地区法院的判决。判决虽然坚持选举平等原则，但是结果却延续了黑人缺乏议会代表的现状。

和美国类似，法国宪法也规定了选举平等原则，并同样面临选举纠纷问题。1958年的《第五共和宪法》第3条第3款规定：“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……选举应永远普遍、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都有权表决。”在1985年的“新卡东尼亚选举决定”中^[1]，法国内阁通过重新划分选区，对少数族群实行特别优惠。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分量的代表。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：

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，且后者在本案被明显超越。因此，法律第4条第2段对每个地区所规定的议席数目必须被宣布违宪。由于第2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。

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，但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”中^[2]，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。

某些社会弱势群体——例如妇女和少数族群——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。对于充满博爱精神的法国民族，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。在1982年的“女性限额决定”中^[1]，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L260条必须被宣布违宪。

根据宪政院的判决，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。”和美国最高法院类似，宪政院仅保障选举的形式平等而非结果平等。但是法国议会通过修宪明确授权“立法应促进妇女和男子获得选举职位的平等机会（equal access）”，从而推翻了宪政院的判决，允许立法规定候选人达到一定的女性比例。

4. “胜者通吃”问题

即便杜绝了选区划分的不规范现象，选举制度本身仍然可能扭曲选举结果。譬如美国实行“单一成员选区”（single-member district）制度，每个选区的选民选举产生一名联邦众议员，因而每个选区的选举都实行“胜者通吃”规则：对于民主、共和两大政党的任何一个来说，如果只得到49%的选票便意味着功亏一篑、血本无归。即便将近半数的选民投票支持民主党，但是共和党候选人得到微弱多数选票，那么这个选区也只能产生一名共和党议员，民主党的代表相当于零。换言之，如此产生的联邦众议院民主、共和两党议员之比未必和各自在全国获得的选票比例相称，甚至可能出现民主党全国得票超过共和党但议席少于共和党或反过来的情况。虽然由于选民分布的任意性使这种情况并不常见，但是原则上“胜者通吃”规则可能产生偏离多数主义民主的结果。

美国总统选举也同样面临“胜者通吃”产生的问题，并在2000年总统大选中体现出来。美国总统并不是直接由各地选民选举，而是由各州选民选出的“选举院”（Electoral College）选举产生，因而在性质上属于间接选举。第2条第1款第2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23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。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。

和采取单一成员选区制的众议院选举类似，美国总统的选举也具有“胜者通吃”的特征。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 and 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，但至少在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的实际支持要多。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，但就选民的的实际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4次，并在2000年选举中再次重演：在总统大选中所投的总共1亿多张“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。

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（被人或被机器认为无效）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。在一般情况下，这种比例的偏差可被忽略不记。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。共和党候选人布什和民主党候选人戈尔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“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。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，以至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、不同的检票员又可能有不同的标准。

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，联邦最高法院7位法官的整体意见发现佛州高院的决定违反了《联邦宪法》。佛州高院要求从无效选票中识别选民的意向，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。更何况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1亿多张选票加起来，戈尔是无可质疑的胜者（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。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。

[五、中国选举制度改革](#)

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、乡两级人大与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》进行了三次修正。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群的调整。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，对少数民族群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。最后，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5倍，在全国人大则是城市代表的8倍，而新的选举法一律改为4倍。2010年，全国人大终于修改《选举法》并取消了1/4条款。

1. 代表名额的城乡分配、“1/4条款”及其取消

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。

《选举法》第9至16条规定了全国和地方各级人大的代表总名额。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）。全国人大代表由省、自治区、直辖市的人大和解放军选举产生。代表名额不超过3000人。名额的分配由全国人大常委会“根据情况决定”（第15条）。省、自治区、直辖市应选全国人大代表的名额，由全国人大常委会“按照农村每一代表所代表的人口数四倍于城市每一代表所代表的人口数的原则分配”（第16条）。这就是中国选举法中体现城乡选举权差异的“1/4条款”，严重减少了农村地区选举产生的代表，显然不符合“一人一票”原则。

根据第八届全国人大第五次会议的决定^[1]，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；解放军代表人数则另行计算，大约每1万人一名代表，其代表人数约占人大代表总人数的十分之一，代表比例是已经享受巨大法律优惠的城市代表比例的20倍。

平等选举权不只是一种政治权利，而且也是其他各种权利的保障。这是因为国家的大政方针都是通过立法机构制定出来的，因而立法机构究竟如何产生直接决定了它代表谁的利益。如果农民的选举权只有城市居民的1/4，如果选举产生的多数人大代表都是城里人，那么农民和农村的利益自然得不到法律上的保障，“三农”问题就得不到根本解决。历史形成的经济权利、社会保障、医疗保险和义务教育等方面的城乡差别，其实只是选举权差别的自然结果和反映。农民利益之所以没有得到充分重视，根源就在于人大没有充分发挥实质性作用，人大中替农民说话的声音太弱。近年来，中央开始重视三农问题，这当然是好的，但是还必须通过人大制度和选举改革使农民利益得到制度化的保障。因此，要真正实现城乡平等，首先要落实农民的平等选举权。

为了取消选举权的城乡二元体制、实现政治权利平等，中共十七大报告明确提出“城乡按相同人口比例选举人大代表”。2007年11月，山东淄博淄川区率先取消了城乡选举权差别，实行同比例选举。这一举措开启了选举体制改革，是中国民主实践的良好开端。2009年，全国人大常委会提出了选举法修改草案，旨在为城乡同比例选举提供法律依据。2010年3月，第十一届全国人大三次会议审议通过了《选举法》修改，象征城乡政治歧视的1/4条款寿终正寝。

2. 性别与族群纠偏行动

为了保证妇女、归侨和少数民族群在人大的代表性，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，对少数民族群的优惠政策则体现于有关代表名额分配的具体规定中。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。人口特少的族群至少应有代表一人（第17条）。

另一方面，1982年《宪法》第4条规定“各民族一律平等”的基本原则。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。和其他国家一样，中国对妇女、归侨或少数民主的特殊保护也存在合宪性问题。

3. 人大组成与官民比例

选举名额分配改革只是一个起点，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。

当然，选举权平等未必意味着人大代表中的农民比例必须和农民的人口比例相称。在理论上，身份和代表并不是一回事。没有实质意义的选举，即便农民代表也未必能代表农民利益；有了完善的选举制度，工人或其他职业的代表未必不能代表农民。但根据中国目前的实际情况，就和工人一般会选举工人来代表他们一样，农民选出来的代表一般就是农民代表。因此，人大代表中的工人和农民比例确实是衡量国家民主化程度的一个标志。令人担忧的是，近几届全国人大代表构成中的工人和农民代表比例呈下降趋势，尤其是一线工人和农民代表人数偏少，绝大多数代表都有领导职务，农民工代表则完全不存在。对于人数已经达到1.5亿之多的农民工队伍来说，这显然是很不正常的。这种状况表明工人、农民和农民工的法律利益得不到制度保障。值得欣慰的是，这种现

象已经受到重视。2007年3月通过的《关于第十一届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决定》规定，“来自一线的工人和农民代表人数高于上一届”；“在农民工比较集中的省、直辖市，应有农民工代表”。如果可以完善农民工的选举制度，使农民工可以通过人大等途径有效参与中央和地方政治，那么对于维护农民工的权益来说要比某些“做秀”实惠得多。

目前人大组成的主要问题是干部和党员比例太高。2007年9月，新疆党委办公厅12号文件明确要求县级人大代表中领导干部代表比例不超过25%，工人、农牧民、知识分子等代表所占比例不低于75%。对于拟任新一届政府组成部门负责人的人选，一般不再推荐为本届人大代表。这一硬性规定在新疆乃至全国引起了不小的震动。乌鲁木齐市天山区人大常委会共有224位代表名额，现在已经按照该规定对代表的界别构成做了严格划分。其中干部代表55名，工人、农牧民、知识分子和“其他劳动者”169名，占代表总数的75.4%。新疆对人大中官员比例的限制是一次富有新意的地方试验。以往，地方人大的官员比例一直高居不下。例如新疆石河子市人大常委会的官员代表超过70%，以至“开一次人代会就像召开一次党委扩大会议”。这种现象至少突现了以下三大弊端：

第一，地方人大不能有效代表当地民意。顾名思义，人大是人民的人大，而不是官员的“人大”。1982年《宪法》第2条规定，地方人大和全国人大一样是代表“人民行使国家权力的机关”，而处于领导阶层的官员总是和社会下层之间存在一定的距离，因而未必能充分了解并代表广大百姓的利益。如果绝大多数人大代表都是官员，那么地方人大的民意基础必然大打折扣。虽然职业和利益之间并不存在严格的对应关系，官员也未必不能代表平民的利益，但是如此高的官员比例注定是不正常的。更何况在中国目前的现实状况下，每天上下班挤公交车、自己下地种田或站在讲台上讲课的人显然对大多数人的利益和需求更有切身体会，因而也更有资格作为人民的代表。

第二，地方人大不能有效议事。由于官员平时工作很忙、分身乏术，因而即便愿意代表民意，也很难全力以赴地履行代议职能。因此，如果人大官员比例很高，那么地方人大就不可能真正作为议会有效议事。事实上，人大官员比例高的现象折射出人大专业化程度低的现状。目前，绝大多数人大代表都是兼职的，因而只能将代议职能作为“第二职业”。虽然平民代表也是兼职代表，但是如果他们确实有履行代议职能的热情，应该会比官员投入更多的时间和精力做好代议工作。

第三，地方人大不能有效监督。人大的一项重要职能就是监督官员，但是如果人大就是由官员组成的，那就违背了法治的基本原则

——“任何人不得做自己案件的法官”，法治社会显然不会信任官员自己监督自己。如果人大也成为“官府”，那就丧失了监督官员的职能。这也是为什么除了采取议行合一的英国等国之外，发达国家普遍实行议会不兼容原则：一旦成为议员，就必须辞去政府中的其他职位。这不仅是为了保证议员的时间和精力，更重要的是为了防止议会和其他部门形成利益共同体。

新疆对人大官员比例的限制有助于解决以上问题，让地方人大更具代表性并履行实际职能。当然，议员其实是一种和身份无关的普遍职业。在理论上，官员可以代表平民，平民也可以代表官员或其他任何社会阶层，关键在于选举体制是否公正、代表和选民之间是否存在充分的交流等制度因素。在这个意义上，只要选举机制不完善，就无法从根本上解决地方人大的代表性问题。但是这并不能否定新疆规定的进步意义，更何况人大作为议会必须在人事上和行政部门分开，否则无法开展立法和监督职能。在理想情况下，人大的官员比例越低越好。现在新疆规定将比例限制在1/4，已经比其他地方进了一大步，值得各地借鉴和推广。

至于某些人对基层代表素质以及人代会是否会变成“诉苦大会”的忧虑，似乎大可不必。如果老百姓确实有许多疾苦，那么这些苦理应在人代会上诉一诉才能得到重视和解决。人大代表的“素质”并不是指教育或涵养程度，而是为老百姓办实事的意愿和能力。如果我们相信普通老百姓的判断能力，那么由他们选出来的代表“素质”应该不会太差。这次新疆为了选出“高素质”的人大代表，增加了考察代表初步候选人的项目，以确保代表“具有参政议政能力”。其实，代表能力与其由领导来“考察”，还不如由选民通过实实在在的选票来决定。

4. 人大常委会选举应体现地区平等

虽然人大选举在原则上实行“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，但是被算作为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。

然而，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（参见第十三讲）。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。

[1] Hunter v. Underwood, 471 U.S. 222.

[1] 易颖：《一个市人大代表的产生》，载《南方周末》2003年1月1日。

[2] 卢嵘、周浩：《一个普通公民的参选过程》，载《南方周末》2002年12月12日。

[3] 王士如主编：《中国宪法学》，南京大学出版社1993年版，第142页。

[1] State List Case, 3 BVerfGE 45.

[2] Nachrucker Case, 7 BVerfGE 77.

[1] 《大款贿选如了愿》，载《扬子晚报》2001年8月1日。

[1] 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。

[2] 邓科：《杨集试验：“海推”书记镇长候选人》，载《南方周末》2002年9月19日。

[1] Official Propaganda Case, 44 BVerfGE 125.

[1] Mayen Absentee Ballot Case, 59 BVerfGE 119.

[2] 张闻宇：《村级选举引发枪击事件》，载《南方周末》2002年8月22日。

[3] 王骥飞：《现在开会——一个“免职”村官的异样履职》，载《南方周末》2002年11月21日。

[4] 党国英：《村民自治的现实与未来》，载《南方周末》2002年9月20日。

[5] 参见易颖：《村主任的丢官之惑》，载《南方周末》2003年1月1日。

[1] 黄广明、何红卫：《三年撤了187名民选村官》，载《南方周末》2002年9月12日。

[2] 《农村的基层民主为何不值钱？》，载《中国青年报》2002年12月16日。

[1] 比较王世杰、钱端升：《比较宪法》，中国政法大学出版社1997年版，第143—151页。

[1] Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533.

- [1] Gomillion v. Lightfoot, 364 U.S. 339.
- [1] Shaw v. Reno, 509 U. S. 630.
- [2] Shaw v. Hunt, 517 U.S. 899.
- [1] 86-196 DC, Rec. 63 (8 August 1985) .
- [2] 86-208 DC.
- [1] 82-146 DC, Rec. 66 (18 November 1982) .
- [1] 见《人民日报》1997年3月15日。

第十九讲

基本权利——平等权



以上三讲探讨了民主及其制度要素。对于任何健康的社会来说，民主都是必要的，甚至可以说是崇高的。我们看到，没有民主，整个国家大厦就失去了合法性根基，应该为所有人服务的公权力就必然向少数既得利益集团倾斜；没有选举，民主就是空头口号；而没有政党，就不可能有效组织选举。因此，宪政国家的是通过多党竞争进行选举，通过选举实现民主。虽然选举只是民主的一部分，远不能代表民主的全部，民主也存在多种形式，但一般规律仍然是：没有政党和选举，就不可能实现民主。选举或许不是民主的充分条件，但至少是必要条件，而这个一般规律至今还没有任何例外。

然而，民主再崇高，作为制度也还只是一种手段，而不是目的本身。我们实行民主制度，为的不仅仅是参加选举或政治活动，而是为了保证政府对人民负责，进而更好地保护自己的权利。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，以上两讲已经涉及到最重要的公民权利——组织政党和参与选举的权利。它们在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。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（参见第16讲关于“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。

这一讲介绍权利的基本概念和理论基础，包括权利概念的历史演变和不同属性、权利的功能与分类以及不同权利的存在理由。然后，我们探讨平等权的基本理论与实践。

一、权利是什么？

人的权利是多方面的，宪法对于权利的内容也最为丰富；事实上，它们是如此丰富，以至于我们在这里只能展现一个缩影。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，但个人权利是如此多种多样，涉及的公民范围是如此之广，有资格提起权利诉讼的个体人数是如此之多，以至任何宪政制度所涉及到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。

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”总是共同的，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，是对人权这一世界公共领域的知识体系之贡献，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。

“权利”是一个古老的概念，但人类对自身权利的自觉意识却只是从近代才开始的。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，但是人类明白这些“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。

事实上，古代西方的权利资源并不比中国丰富多少。就和中国古代的“民主”并不是现代意义的民主一样，西方古代的“权利”也不是现代意义的权利。英语中的right或拉丁语中的jus——更准确地应被译为“正义”，也就是一个人得到其所应得的，因而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，而且还是一项义务，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。事实上，由于传统道德哲学偏重义务，义务一直是“正义”的主要属性。直到近代，正义一词的含义发生了转化，从而带上了现代“权利”的意义。在现代自由主义的开创者霍布斯那里，jus或right被用来专指现代意义的权利，也就是人应该享有的某种东西，因而正式和“义务”分道扬镳。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。

取决于其作用和影响范围，我们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。



图19.1 权利的分类

二、权利的属性

“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情况。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。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]

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。

以下讨论权利的不同方面，包括权利主体的性质、权利的属性和、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。

1. 权利的主体——个体还是集体？

根据方法论的个体主义（见第四讲），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。

即便是“人民的权利”也要谨慎对待，因为抽象的“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”。由于“人民”的利益是分化的，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。

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”。政治权利确实如此，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。生活在美国的美国人或生活在中国的中国人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。

中国《宪法》中所定义的权利几乎是清一色的“公民权利”，但是，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与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。

2. 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。

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条第1款中规定“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”。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食物、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。

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比限于消极权利的宪法提供更多的权利或自由。

3. 权利的维度——经济与社会

话说回来，“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。“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》。^[1]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。国内最近时兴的哈耶克学说实际上是经典自由主义的现代代表。

但在第二次大战前后，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。^[2]

总之，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、女性主义（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。

因此，以第二次世界大战结束为分水岭，第二代（积极）权利从传统的消极（第一代）权利中脱颖而出。传统宪法以消极自由为主，其前提假定是个人在不受政府干预的情况下通过市场机制自由计划安排活动；个人是有能力自给自足、独立生存的主体，不需要因而也不允许国家干预。例如美国《宪法》和法国《人权宣言》不承认积极权利，强调“契约自由”不受限制。转折始于1930年代经济危机，它证明市场不可自我调节，以斯密为代表的传统思维模式受到质疑。个人在社会面前是渺小的，缺乏必要的信息和彼此自动合作的能力，需要国家保护和管理。新的共识认为，自由市场的自我调节是一个神话，且加剧社会不平等，未必能保障生活底线，因而国家有义务提供。新政的共识在于，消极权利固然重要，但积极权利是有效行使消极权利的前提，否则只是空想。西欧社会主义思潮兴起，在西方制度环境下转化为社会民主，承认资本主义市场经济但要求平等。

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，因而稍后又发展出“第三代权利”（third-generation rights）。

4. 权利的对象——绝对还是相对？

权利创造义务——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。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？

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^[1]，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。法律人必须像德沃金说的那样，“认真对待权利”。^[1]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？法律一般并不创造无限或绝对的权利，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然是有限的。

作为公法，宪法一般仅规定相对权利，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，参见第十七讲）。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伸冤之权利。”这表明第一修正案仅针对国会，而并不针对各州政府。譬如在1833年的“码头淤泥案”，联邦最高法院将第五修正案对财产征收要求的“公正补偿”原则仅限于针对联邦政府，地方政府并不适用联邦宪法的这项原则。只是到20世纪初期，最高法院才通过第十四修正案有选择地“吸收”《权利法案》中的最重要权利，使之也适用于各州和地方政府。即便如此，某些次要的权利并没有被“吸收”，因而仍仅适用于联邦而非各州，其中包括

第七修正案规定的民事陪审制度。



图19.2 权力的维度与限度

当然，也有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”。然而，法国的《人权宣言》在很长时间内都未能兑现，且即使在第五共和兑现以后，宪政院也没有采取像宣言的文字那样宽泛的解释（详见第二十三讲）。

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类自由不能受到谁的侵犯——如果你的家人阻止你上街游行，你是否可以用第35条控告他们？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。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。

5. 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。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。有的条款表面上不存在限制，但权利的形容词或前缀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”。

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，个人对生命和人身权利不可剥夺，但可以通过法律加以限制。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。”

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。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。

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。

6. 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。

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，政府法律涉嫌侵犯了所有人的权利；而在平等权案件中，政府法律采用的区分标准侵犯某些人——而非其他人——的权利。几乎所有涉及到自由权的案件也涉及到平等权，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^[1]，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。

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。例如选举权既可被视为自由权——不可剥夺的参与政治选举的权利，也可被视为平等权——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”。

在司法实践中，正当程序和平等保护的思维模式大同小异，两者都要求政府行为具备基本理性。对自由权的限制不得只是为了限制而限制，而需要符合“法律正当程序”，也就是不仅要求目的正当，而且要求手段合理。譬如地方政府剥夺了上访人的权利，将某些老上访户打入精神病院：如果地方目的是害怕上访揭露真相、维持表面“和谐”假象，那么这种动机显然是不正当的。如果是为了维持社会秩序，而且确有证据表明某些上访可能妨碍社会秩序，那么可以认为目的正当，但是手段显然不合理，因为这种手段虽然一时维持了表面秩序，却没有从根本上解

决问题，反而埋下了更大隐患；即便这种手段对于维持秩序确实有效，也是不必要和不合适的，因为完全存在比剥夺上访者人身自由的成本小得多的措施实现同样目的。对平等权的限制也不得是为了限制而限制，而必须具备基本理性，也就是目的正当且所采取的手段适合实现正当目的。这就要求法律对不同人群的区分必须是基于相关因素，而不得基于不相关因素。譬如美国以前禁止有色人种参与选举，那么平等保护的问题就是种族和选举资格相关吗？种族是区别对待选举权的相关因素吗？我们很快发现，种族从来不可能成为差别对待的相关因素，也就是说基于种族的差别待遇几乎从来不可能构成正当目的，即便目的在表面上勉强正当，手段也显然不适当。

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）（见第十八讲），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。

三、平等的构成

“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”、“适用平等”和“实质平等”以及与之对应的“法律歧视”与“事实歧视”。

1. 机会平等与结果平等

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标的——例如男女同工同酬：只要工种类似，那么不论对男女，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，现代国家的宪法要求限于机会平等。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。

2. 适用平等与实质平等

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：适用平等未必能保证机会平等，实质平等也并不意味着结果平等。^[1]

适用平等是指仅要求法律在适用过程中平等，实质（substantive）平等则是指法律的内容还必须平等。例如对于中国地方人大的选举，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，适用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，有关措施才违反了适用平等原则。由于适用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。在宪法学领域内，平等原则不应仅限于适用平等，而应进一步要求实质平等。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。

实质平等又包含两层含义：表层的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。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一城市人口，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”或“显性”（explicit）歧视，效果上的歧视被称为“隐性”（implied）歧视：虽然法律文字在表面上是平等的，但在“骨子里”是歧视的。



图19.3 显性歧视与隐性歧视
显性歧视容易识别，隐性歧视就不那么容易了。（漫画作者：陈海）

3. 法律歧视与事实歧视

这项区别和实体一程序平等或显性一隐性歧视的区别密切相关，有时甚至是同一个问题。所谓“法律”（*de jure*）歧视，是指法律在文字上体现的歧视，因而也就是明显歧视；“事实”（*de facto*）歧视则包含隐性歧视和适用歧视，因而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“华人洗衣店案”。^[1]旧金山法令规定，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“隐性歧视”。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”。

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十天。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。”

作为小结，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，法律就构成了隐性歧视。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，因而和隐性歧视同样构成了“事实歧视”。适用平等原则将推翻这类适用过程中发生的歧视，但并不触及明显或隐性歧视；实质平等审查则不涉及适用过程，但将同时禁止明显与隐性歧视。

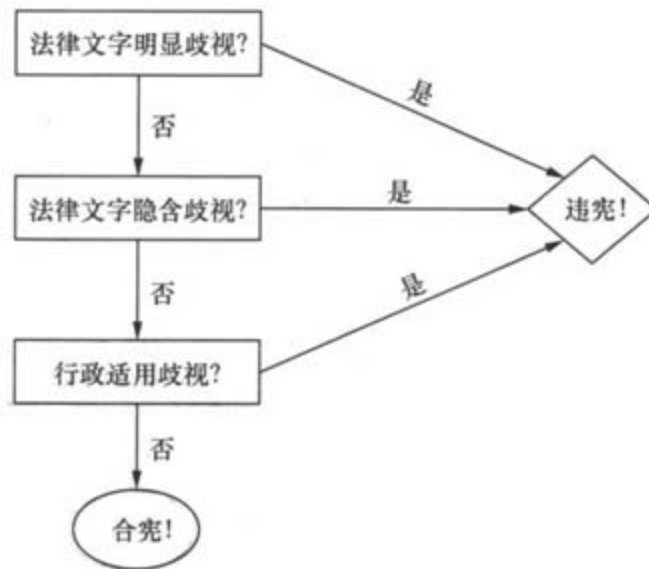


图19.4 界定平等与歧视的步骤

四、如何鉴别歧视？差别对待的审查标准

针对差别对待的对象，宪政国家的法院发展了不同的审查标准，大致可以分为严格、中等和宽松程度的审查。

1. “第四脚注”与严格审查的理论基础

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，相当多的州法律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，以至涉及种族归类的立法几乎不可能通过审查。

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^[1]，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，以至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。

斯通首席大法官的“第四脚注”开创了“政治过程”（Political Process）理论，其大意如下：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。

2. 严格审查——“嫌疑归类”概念的起源

在19的“排斥日籍居民案”^[2]，美国最高法院发展了平等保护的严格审查标准。在珍珠港事件爆发后，美国迅速加入了第二次世界大战。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。

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。

以上讨论了侵犯少数族群权利的立法归类，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、有色人种或其社会它阶层造成的遗害，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。

在1974年的“大学优惠录取案”^[1]，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。一名白人申请者本来符合录取标准，但因特别录取项目而未获录取，因而宣称特别录取项目违反了“平等保护”条款。最高法院以5:4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。

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、表示某一种族低人一等，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原则。

3. 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。

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”^[1]，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，因而建议把性别当做“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”^[2]，俄克拉荷马的法律规定：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。

4. 宽松审查

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“正常程序”条款一样被用来保护经济自由。例如在上述洛克勒案中，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”。^[1]《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，那么本条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”，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。在下一讲中的“李氏眼镜店”一案，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，法院现在要求法律说明目的；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：

在平等保护的法律领域，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。^[1]

5. 灵活的审查标准？受教育权与国家资助

影响审查标准的另一个因素是有关权利的重要程度。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不定轨迹。

在1973年的“德州校区资助案”^[2]，最高法院多数意见通过宽松审查标准维持了地方基础教育的经费差别，但是反对意见提出了相对灵活的审查标准。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宪法权利。我们也不能发现任何理由，把它作为受到隐含保护的宪法权利。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。

马歇尔法官对此表示异议，并在其反对意见中系统阐述了他的“滑动标尺”（Sliding Scale）理论：

本院已根据受影响利益的宪法意义及特殊归类的中伤程度，和

谐地调整它审查州政府歧视的仔细程度.....尽管本院从未承认宪法要求政府去提供免费的公共教育，但教育的基本重要性充分表现于本院以往的决定、我们社会赋予公共教育的独特地位、教育和我们某些最基本的宪政价值之间的关联。教育直接影响儿童行使其第一修正案权利的能力。尤其重要的是教育和政治过程之间的紧密关系、及教育对公民行使表决权的明显作用。在平等保护分析中，正是这类特殊个人利益和具体宪法保障之间的密切联系，才导致本院对诸如生育及州的选举权之行使赋予特别意义。这些因素促使我们承认教育的基本作用，并以合适的审慎程度来审查影响平等教育机会的州政府歧视理由。

最高法院在20世纪80年代决定的案例仍遵从“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。^[1]

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（J. Brennan）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全同的某种政府“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，很难和同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门外。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。

中国目前不仅基础教育条件存在严重的地域尤其是城乡差别，而且大学招生也存在严重的地方保护主义。看看下面这组国内顶尖大学的招生指标分配图，招生指标的地方差异可谓昭然若揭。以2009年为例（往年数据大同小异），北大在北京市投放的招生指标是每万名考生66.8名，在天津10.2名，在上海4.8名，全国平均2.2名，在山东与河南分别为1.1和1名。经常听到考试大省山东与河南考生抱怨录取标准不公、考试压力过大，这些当然是事实；不过从北大的录取机会来看，他们的待遇还不是最糟糕的——广东和安徽的以上数字分别只有0.68和0.66。换言之，就从万名考生中投放指标的比例这个或许过于简单化的数据来

看，广东和安徽考生进北大的概率正好只有北京考生的百分之一。或稍换个角度，如果将指标比例的倒数作为衡量考进北大的门槛高度，那么北大对广东和安徽考生设置的门槛比北京考生整整高一百倍。

不过别以为北大的招生方案是国内最糟糕的。事实上，除了北航之外，北大、清华等在京重点高校可以算是全国各大高校招生中地方歧视程度最轻的。和复旦、浙大或南京大学等为本地考生保留高达50%指标的京外重点高校相比，北大仅为北京考生保留了15%左右的指标，简直可以算是相对最不歧视的“楷模”了。仍以2009年招生为例，复旦大学在上海市投放的招生指标高达每万名考生117.1名，在浙江5.2名，在北京4.2名，全国平均2.2名，而在山东、山西、广东、河北、河南、内蒙古等10个省区投放的指标在1名以下；上海考生进复旦的机会是全国平均的53倍，山东考生的150倍，河南考生的274倍，内蒙考生的288倍。和北大等在京高校相比，复旦等京外部属院校对本地考生的保护幅度显得更加“陡峭”，而对外地考生设置的录取门槛更令人望而生畏，对本地考生的相对门槛则低得显示不出来。

除了侵犯各地考生的平等权利并造成教育资源的错误配置，大学招生地方化产生了一系列社会怪象，其中之一就是“高考移民”。先是考取清华大学的某地状元被查出是“高考移民”，结果遭到开除学籍；后是海南等省的“高考移民”连年增加，以至占用半数之多的当地名额，引起当地居民强烈不满，致使当地教育部门不得不“痛下杀手”，大规模清理“移民”考生。2007年，陕西省招生办突然出台新规定，要求只有在陕西落户满三年的考生才能在当地报考。这道三年禁考令一下子卡住了80多位原籍来自河南等地的“移民”考生。“高考移民”显然违反了国家和某些地方政策，而其中某些政策显然是合理的。问题的关键在于，只要存在高考招生的地域不平等，“高考移民”就是针对政策保护的一种自然“市场”反应，就和商品会流向利润最大的地方一样。因此，杜绝“高考移民”的真正出路无非在于保证全国各地的考生享受宪法上的平等受教育权。如果各大高校对河南考生和陕西考生采取同样的录取标准，还会有人专门为了高考而到西安买房落户吗？“高考移民”之过并不在于“移民”家庭和考生本身，而在于地域不平等的大学招生制度。这种制度一日不改，“高考移民”就一日不会止息。

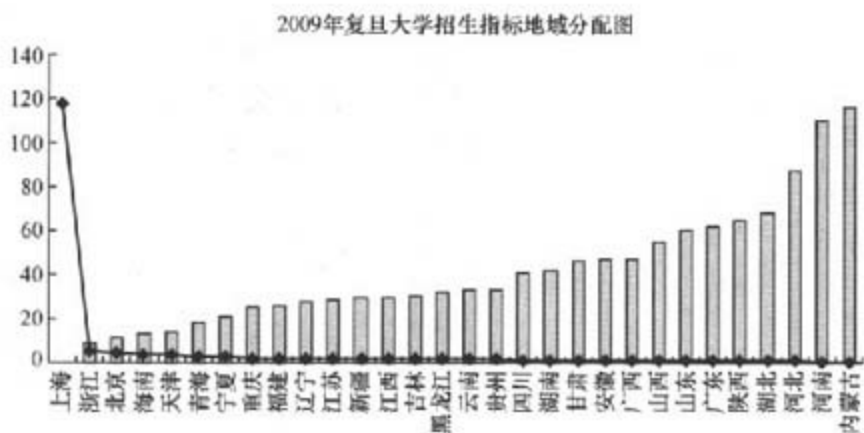
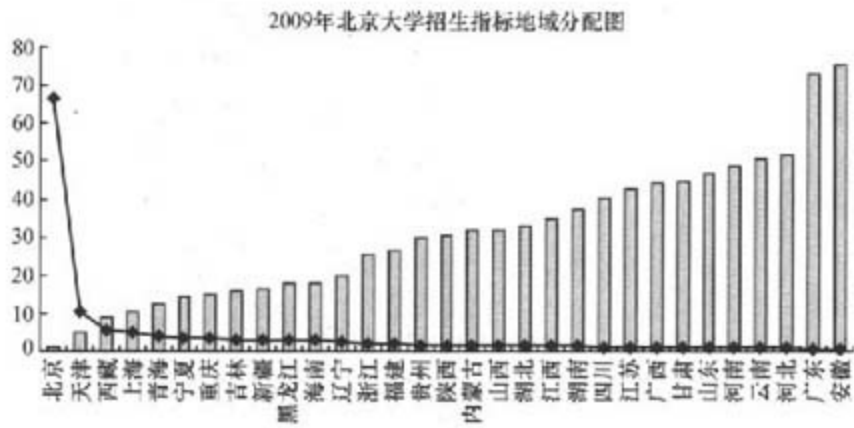


图19.5 2009年北京大学与复旦大学招生指标地域分配

上图：北大在各省市每万名考生投放指标数（点线）及其倒数（柱），后者大致对应于北大对各省市考生所设门槛的相对高度。其中西藏指标包含藏班，新疆指标包含预科生。资料来源：北京大学（校本部）2009年招生来源计划，见<http://news.xinhuanet.com/edu/2009-04/22/content>。

下图：复旦在各省市每万名考生投放指标数（点线）及其倒数（柱），后者大致对应于复旦对各省市考生所设门槛的相对高度。其中新疆指标包含预科生，而在各网站上都没有查到复旦在西藏投放任何招生指标。资料来源：各省市招生信息办公室官方网站公布数据。

[1] *Black's Law Dictionary*, 6th Edition, St. Paul, Minn. : West Publishing Co. (1990) , p. 1324.

[1] Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London: Penguin (1986) , pp. 109—121.

[2] 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）或柏林《对自由的四篇论文》：Frederick von Hayek, *The Constitution of Liberty*, University of

Chicago Press (1960) ; Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press (1969) .

[1] 比较许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社1999年版，第147—150页。

[1] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press (1978) .

[1] F. S. Royster Guano Co. v. Virginia 253 U. S. 412.

[1] 例如“形式平等”与“实质平等”，比较许崇德主编：《宪法》，中国人民大学出版社2009年版，第152—156页。

[1] Yick Wo v. Hopkins, Wo Lee v. Hopkins, 118 U.S. 356.

[1] United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144.

[2] Korematsu v. United States, 323 U.S. 214.

[1] University of California Regents v. Bakke, 438 U.S. 265.

[1] Frontiero v. Richardson, 411 U.S. 677.

[2] Craig v. Boren, 429 U. S. 190.

[1] Railway Express Agency v. New York, 336 U. S. 106.

[1] Gerald Gunther, *Constitutional Law* (12th Ed.) , Westbury, NY: Foundation Press (1991) , p. 606.

[2] San Antonio School Dist. v. Rodriguez, 411 U.S. 1.

[1] Plyler v. Doe, 457 U.S. 202.

第二十讲

基本权利——自由权



上一讲介绍了权利的一般特性和平等权的理论及应用。我们看到，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。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。

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》第七至第九条规定了刑事程序权利，第10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。

社会契约论认为，某些权利对于任何人的生存是如此重要，以至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。这一讲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）。包括选举权在内的政治权利见第十七、十八讲，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）则参见以下四讲。

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，涉及到生命的例子并不多。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。”但除了西欧以外，这类国家属于少数。美国曾有人提议，死刑属于第八修正案所禁止的“残忍

507

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，亦可被认为是侵犯了生命权。

1. 中国死刑存废

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》（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。改革开放之后，随着犯罪率的上升，最高法院将大部分死刑核准权下放各省高级人民法院行使。

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。例如2002年，陕西省延安市人董伟被判决故意杀人。^[1]省高级人民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”。最后，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，陕西省高级人民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，核查有关证人证言并反复讨论”作出的。新合议庭共5名成员，原合议庭人员占了3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。

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违背了法治基本原则——任何人不得做自己案件的法官，因而显然不能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，接下来相继曝光的河北聂树斌“冤杀”案与湖北佘祥林“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。^[2]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，死刑复核程序由最高法院统一行使。

为了一劳永逸地避免这类问题，也许应该索性废除死刑。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。事实上，中国领导人毛泽东一度提出过“少杀”、“慎杀”，刘少奇则早已提出“逐步地达到完全废除死刑”的主张，而这一主张至今未能实现。近年来，一些法学家再度呼吁取消死刑。^[3]

2. 艰难的平衡：胚胎的生命权与孕妇的人身自由

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1980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。在1993年的“宾州限制堕胎案”中^[1]，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。宾西法利亚州在1982年通过的控制堕胎法包含五项限制，其中除了第三项“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。

堕胎问题当然不仅限于美国，而是西方各国争论的焦点。在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。法国议会主动制定了宽松的堕胎法案，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”。^[2]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。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。

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“积极”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》第二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,联邦德国的堕胎法却经历了完全不同的命运。

1974年,社会民主党以一票优势通过了类似于东德、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。

在1975年的“联邦德国堕胎免罚案”中^[1],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2款的“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章的保护,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,如果对以上两个问题的回答都是肯定的,因而联邦德国议会具备正面责任去制定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:

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段。另外,这项责任还来自《基本法》第1条第1段,因为发展中生命还享有第1章第一段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。

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，堕胎自由在前联邦德国和在其他国家相差无几。

二、“自由”——非经济权利

和“生命”和“财产”相比，“自由”的范围更为广泛。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）已在第十七、十八讲中讨论，言论自由的作用则将在以下专门讨论。除了经济权利之外，关系到个人的自由主要是“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、住宅权和刑事正当程序。根据我们的定义，它属于“非经济”权利领域，因而并不包括经济活动自由和拥有财产的权利。这里主要探讨下列基本人身权利：人身自由和隐私权、迁徙自由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。名誉权主要受民法保护，在此不赘述；对于个人名誉和言论自由的平衡，见第二十一讲对表达自由的讨论。

1. 隐私权

为了保护人性的尊严，人有保护其隐私的普遍需要。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。到60年代，30年代一度销声匿迹的“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。

“实体正当程序”的复兴始于1965年的“州禁避孕案”。[\[1\]](#)康涅狄克州

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。

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。我们所面对的是比《权利法案》还更古老的隐私权。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。

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^[1]，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（J. Brennan）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。

德国《基本法》没有规定普遍的“隐私权”，但是第2条保障“每个人都有权自由发展其人格（personality）”，并被被宪政法院解释为对普遍

隐私权的保护。在1972年的“病历保密案”^[2]，宪政法院基于第1条的尊严条款和第2条的人格条款，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。当然，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”^[1]，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。

中国宪法并没有明确规定隐私权，但是第38条规定“公民的人格尊严不受侵犯”。改革开放以来，中国社会的权利意识得到巨大提高，其中包括对他人隐私的尊重。但是在实践过程中，有时仍难免发生践踏隐私权的事件。2006年11月29日，深圳市福田区警方召开两场大会，对百名卖淫女、嫖客等进行公开处理，吸引了千余名当地群众前来观看。深圳警方让卖淫女等涉黄人员在大庭广众“亮相”之举引发网友激烈讨论，大多数网友认为中国应该是法治国家，公开处理反而有损执法机关形象的树立。譬如“人民网”上一位网友指出：“卖淫嫖娼者只是违反了治安管理条例，并未触犯刑法。他们是合法的公民，享有宪法赋予的人格尊严。警方把他们拉去游行示众是犯法行为，应追究决策者的责任。”^[2]

隐私权部分体现于个人的住宅安全以及邮件与通讯秘密。譬如德国《基本法》规定：“邮政与通讯隐私不可侵犯”（第10条）；“住宅不可侵犯”（第13条）。中国1982年《宪法》规定：“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。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）。《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。”

对隐私权的侵犯不仅损害个人尊严，甚至可能造成社会悲剧。半个世纪前，渝中区在校女生周德翔执着追求被下放到长寿湖农场改造的男子罗立平，并给他写了10封情书。然而，因为这些书信被农场保卫科审查时扣留了下来，而罗立平则一直被蒙在鼓里。直到2008年4月中旬，农场工作人员在清理当年积存下来的档案时，才意外发现了这些被扣达

50年之久的信照。^[3]当年，他们完全可能成为一对生活美满幸福的鸳鸯夫妻，但是半个世纪之后却双方都不知下落，即便重逢也已经七八十岁，再也无法弥补逝去的光阴。

改革开放之后，中国社会尊重隐私的意识得到极大提高，上述悲剧应该不会重演，但是对住宅隐私的侵犯还时有发生。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。^[4]他因和新婚妻子在家看“黄碟”而被关押，挨了打、罚了钱，出来就成了功能性精神病。由此可见，侵犯隐私的后果是相当严重的。在美国，警察进入居民住宅之前必须获得法院批准，并证明调查或拘留对象具有犯罪的合理嫌疑（probable cause）。司法程序有助于防止警察滥用权力侵犯住宅自由。

2. 人身自由

人身自由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。”中国宪法也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。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）。

为了保证公民的人身自由不受违法侵犯，中国《立法法》第八条特别规定，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。”

在缺乏自下而上民主监督的情况下，如果限制人身自由的地方权力不受中央约束，确实可能产生严重的滥用权力，据报道，山东新泰多名对征地拆迁不满的上访农民被镇政府抓回送进精神病院，直到签下不再上访的保证书后才被放出。其中一位50多岁农民孙法武还曾经因为上访而遭到拘留，后来被送进山东省“少年劳动教养管理所”劳教，理由就是“到国家信访局上访，大声吵闹滋事，扰乱国家机关正常的工作秩序”。就这样一个上访记录劣迹昭彰的新泰市，却因“信访成绩突出”而被山东省授予“先进称号”，成为首批“平安山东”建设“先进市”。在这种背景下，深圳市2009年关于“非正常上访者”可受到劳教的规定就让人尤其担心。^[1]

3. 刑事正当程序

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。被告还应有权被告知指控的性质与理由，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》第七条规定：“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。”第九条规定：“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都应在不超过逮捕的第二天即被送交法院。

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。

《基本法》第2条明确保护人身安全不受侵犯。联合考虑第一条的人格尊严和第二条的个性自由，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。

在1963年的“脊髓抽查案”^[1]，一公司经理屡次拒绝合适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《刑事程序法典》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：

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。

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”在中国的刑事侦察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不奇怪了。

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。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。”^[1]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记录的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。余的母亲因四处贴粘寻人启事和上访，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1995年为上访而被拘41天，其女儿则在15岁时辍学。此前，她的学习成绩一直很好，虽然家里穷，但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聂树斌等受害者来说，余祥林还算幸运的，因为他毕竟活着恢复了自己的清白。^[2]广西兴业县农民谢洪武根本没有经过审判，仅凭一张《拘留证》就被关押28年之久。1974年6月，他被公安部门以“私藏反动传单”为由送入看守所。直到1996年，检察机关发现谢的冤情，经6年查证后终于将事实查清。2002年10月，谢洪武才被无罪释放，可以说创下了超期羁押的“吉尼斯纪录”。^[3]近年来，随着余祥林、谢洪武等冤案的相继曝光，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。

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，从头到脚不能动弹。王爱民在这种条件下十来天之久，最后死亡或许确实是十分“自然”的。在许多地方，看守所的条件还不如监狱。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。虽然佘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呆了20天就死在那里。在此以后一年多内，媒体又报道了好几起类似事件，造成全国关注的就有发生在云南晋宁县看守所的“躲猫猫”事件，还有人居然“做噩梦”死在了江西九江看守所。

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（《看守所条例》第七章、第23条）。试问，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、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。由此可见，正是法治的空白造成葫芦岛看守所的悲剧。要防止类似的悲剧重演，只有改革看守所的职能定位和法律制度，实现“无罪推定”原则，对收押待审的犯罪嫌疑人实行人性化管理。

4. 迁徙自由

德国《基本法》规定：“在联邦领土上，所有德国人都应享受迁徙自由”，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”^[1]，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。

《美国宪法》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。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。第四条规定了对自由行动的限制，第五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。

在1977年的“车辆搜查决定”中^[1]，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：

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条授权司法机构去实施其保障。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，这段条文侵犯了对个人自由之保护所基于的基本原则，因而违宪。

自2003年孙志刚事件以来，中国实施了半个世纪之久的户籍制度成为众矢之的。城乡二元体制及其所衍生的户籍制度和收容遣送等歧视政策剥夺了广大农民的人身自由和农民工的平等权利，在全国各大城市产

生了大量“二等公民”。他们从事着城市居民不愿从事的底层工作，用廉价劳动力为城市发展和维护贡献了巨大产值，但是自己却得不到一个基本体面的生活，同时也产生了大量社会问题。由于孩子不能进入城市义务教育体系，低工资不足以维持整个家庭在城市定居的日常开支，更不能指望从城市福利系统得到分文眷顾，绝大多数农民工常年单身在外打工，只有逢年过节才能回家团聚。户籍制度拆散了许多家庭，人为造成了大量的妻离子散和“留守儿童”，不仅给农村家庭带来艰辛和不幸、给整个社会带来不安定，而且也使国家的未来蒙上阴影。在城市高速繁荣发展的同时，农村、农民和农民工付出了不成比例的代价。

显然，在一个法律统一的国家，尤其在《宪法》第33条规定的平等原则面前，公民权利不能因为户籍而遭到如此任意的差别待遇。近年来，包括深圳在内的不少地方陆续启动了户籍改革。虽然只是“迟到的正义”，地方户籍改革无论对于农民工群体的平等权利还是整个社会的健康发展都是十分必要的。据报道，深圳市政府将于今年8月1日起在全市实施居住证制度。2007年7月，深圳市政府颁布了《居住证试行办法》，并曾在盐田区域进行试点。持有深圳“居住证”的居民子女可在深圳接受义务教育，持有10年长期“居住证”的居民将被纳入社会保障体系。对于流动人口居全国之深的深圳来说，这项措施将产生深远影响。目前在深圳超过1400万人的总人口中，本地户籍人口不过200多万，外来“流动人口”的比例高达85%，因而这场改革在深圳启动可谓正合“天时地利”，其必要性和迫切性自不待言。

然而，户籍改革只依靠地方试验是不够的。作为弱势群体，农民工等“外来人口”不能参与当地的政治过程，不能形成自己的政治和社会力量，也不能有效表达自己的诉求和需要，因而在很大程度上只能依靠当地的同情和关爱才能享受宪法赋予的基本权利。问题在于，某些地方——譬如深圳——可能比较主动“自觉”，其他地方就未必了，而基本权利的受保护程度完全取决于靠不住的地方自觉，显然是不妥当的。在这种情况下，中央必须发挥作用。在各地试验进行到一定阶段，时机成熟、方案清晰之后，中央应该像当年推广承包制那样在全国统一推广成功的户籍改革。当然，在此之前，中央应首先取消自己制定的所有不平等政策。

三、经济活动自由

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与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。

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关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权”（第17条）。

以下主要比较美国和德国对经济活动自由的不同立场，并简要探讨中国经济活动领域存在的问题。

1. 美国——从契约自由到干预自由

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。

新政时期，美国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定劳工保护法案。1905年，最高法院裁决了著名的“洛克勒诉纽约州”^[1]，从而标志着“经济正当程序”作为一项司法理论的最终成熟。纽约州的《劳动法》第110条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5名法官，判决州法违宪。其余4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定赫伯特·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。

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。

然而，霍姆斯等法官的意见只是少数，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^[1]，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”^[2]，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”。1937年，法院内部的意见转变解决了这场宪政危机。在1937年的“西滨旅社案”中^[3]，一位原先采取保守立场的法官转变了他的立场，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。从此之后，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。在1955年的“李氏眼镜店案”^[1]，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。因此，在洛克勒案半个世纪之后，最高法院完全回到了霍尔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。

2. 德国——区分职业选择与实务

和美国相比，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定法律去调控职业“实务”（Practice）。在1958

年的“药剂师执照案”^[2]，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。

巴伐利亚州制定了《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。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。

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定影响职业的选择或实务之规章。但这并不意味着议会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，后者是个人印象之基础。职业选择是自我决定的行为，是个人自由意志的行为，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。

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。

这项对立法限制的分层标准决定了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，所制定的任何要求，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。

事实上，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，因而要求法院权衡私人与公共的相对利益。在1980年的“巧克力糖果案”^[1]，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。

3. 中国——如何根除城管暴力

自1978年改革开放以来，中国公民的经济活动自由得到巨大改善。1993年的宪法修正案明确规定：“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）。但是由于中国市场经济从计划经济脱胎而来，因而不可能避免带有国家干预的痕迹。^[1]一个突出的问题是城乡发展过程中的冲突与融合，尤其是大量农民摊贩到城市供应蔬菜、水果或加工食品，一方面为城市居民提供了价廉物美的服务，另一方面也确实给城市的食品安全、环境卫生、马路交通乃至市容增加了压力。在这种情况下，市政府当然有义务监管，但问题是如何监管。如果监管不当，那么不仅未必能有效保护城市的食品安全与环境卫生等公共利益，而且也会剥夺农民的基本生计，甚至造成暴力冲突和社会悲剧。

目前，由于各地城市管理方式简单，过分关注城市市容等次要利益，没有充分保护小贩的生存权和经济活动自由，因而引发了多起冲突和悲剧。2006年，北京城管没收了小贩崔英杰赖以生存的三轮车，致使崔在愤怒和绝望之下挥刀杀死了城管队长李志强。^[2]再加上某些城管人

员素质不高，执法方式野蛮粗暴，“城管”已经成为一个贬义词。2008年7月3日，56岁的外地瓜农张士礼来郑州卖西瓜。城管人员不问青红皂白，抢走了瓜农的秤。张上前夺秤，结果小腿被执法车轧断。附近群众将执法车团团围住、不让离开，造成恶劣影响。为了有效规范城管权力并减少城市冲突，国务院拟通过立法改变摊贩的法律地位，保障摊贩在城市合法经营的权利。^[3]

四、“财产”

“财产”是各国普遍保护的对象。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征用”。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。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。”

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品、医疗、住房、免费教育等社会福利。例如1982年《宪法》还规定了许多积极权利。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

527

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）。

这部分讨论宪法在“社会经济”领域内保障的主要权利，包括财产权、社会福利以及教育的公共资助。

1. 亚里士多德为私有产权辩护

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认为这是一种极端的理想主义，并批评了老师的思想。^[1]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。”^[2]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。^[3]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”。^[4]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、对富豪门的阿谀奉承等等，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。^[5]

当然，作为提倡“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”。^[6]“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。”^[7]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。

2. 财产保障的边界——“新财产”与社会福利

《美国联邦宪法第十四修正案》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，因而政府无须经过对财产保障的法律程序，在任何时候都可以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，营业执照便不具备程序保护。

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。“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。

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”。^[1]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说明理由的书面决定。

当然，“新财产”的程序保障也不是没有限度的。在1976年的“残疾保险案”^[2]，美国最高法院对“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。最高法院区分了“福利听证案”，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；最后，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。

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。和受到《宪法》第1条以及第十四和第十五修正案明文保障的公民选举权相比，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，因而和传统的财产权利不同，“新财产”仅受到有限的程序保障。

3. 财产征收的条件——公共利益与公正补偿

财产权不是无限的，可以为了公共利益而受到限制甚至剥夺，但征收必须给予公正补偿，公共利益和公正补偿是国家征用财产必须遵循的宪法原则。尽管国家在经济管理过程中对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。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“征用”（Expropriation或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：第一，政府必须在征用之前支付补偿；第二，补偿必须公正。

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，且第545条进一步规定，财产只有为公共利益才可获得征用。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年宪法前制定的普遍立法限制之构架。”^[1]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，而仅要求法律制定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。

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，国政院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二条所规定的“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。

在1982年的“国有化决定”中^[1]，宪政院首先认为自身有权控制议会对于公共需要的衡量，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：

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。

因此，宪政院判决被提交审查的法律违反了《人权宣言》第17条的公正补偿原则，并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。

和法国类似，德国《基本法》第14条规定了财产权及其与公共福利的宪法平衡：“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。财产施加责任。其使用应该为公共福利服务。只有以公共福利为由才能征用财产。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。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。

4. 如何消除“钉子户”

如果不能保证公正补偿，则不仅被征收者的基本生计得不到保障，容易引起个人悲剧和社会动荡，而且还将造成政府过度征收，并产生社会资源巨大浪费。近年来，中国群体性事件越来越多，主要原因之一正是征地补偿不公导致政府频繁圈地和社会矛盾激化。由于地方政府可以低价征地，然后高价卖给开发商，从中赚取巨额利润，征地已经成了不少地方政府的主要财源，甚至造就了为数量不少的贪官，进而产生了地

方政府官员的“圈地”冲动。中国各地方兴未艾的城市化过程，实际上就是通过征地变更土地所有权性质完成的，但是这种方式的城市化产生了巨大的社会代价。一方面，农民对土地的基本利益得不到保障；另一方面，大量廉价征收的“开发区”被搁置抛荒，极大浪费了中国很有限的耕地资源。

2004年4月报道的“铁本事件”表明，在不公正补偿造成的巨大利益驱动下，中央行政命令甚至都是无效的。铁本公司在常州新北区长江沿岸违法占地、建设840万吨钢铁项目。国务院组成联合调查组发现：“当地政府及有关部门严重违反国家有关法律法规，越权分22次将投资高达105.9亿元的项目分拆审批；违规审批征用土地6541亩，违规组织实施征地拆迁”，其中耕地4585亩，包括基本农田1200亩，现已无法复耕。更严重的是，违法占地直接造成常州魏村镇、扬中西来桥镇2000多户6000多名农民流离失所，遭强行拆迁的农民大部分无奈租借邻村房屋或暂住亲友家中。^[1]

事实上，不仅农村征地悲剧不断，城市拆迁也不太平，原因和农村土地冲突如出一辙。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。例如2009年11月13日，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抵制。在相持了近三小时后，唐福珍情绪失控，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。^[1]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》。

要从源头上防止征地和拆迁悲剧重演，首先必须杜绝官员个人腐败、违法圈地，但更重要的还是必须保证政府为征收行为付出市场代价。公正补偿的宪法要求迫使政府感受到市场压力，必须像私人那样为征收决定精打细算。近年来，公民维权意识不断提高。2007年《物权法》颁布之际，重庆等地先后出现了拒绝搬迁的“最牛钉子户”（参见第一讲）。这些“钉子户”之所以“牛”，是因为《宪法》和《物权法》表达了保护私有财产的基本精神。其实如果政府在强制征地过程中必须遵循公平交易的市场规则，给被征地者一个公平的市场价格作为补偿——这块地在市场上值多少，政府就得补偿多少，“钉子户”自然就少了。

事实上，不仅政府征收不得违反公正补偿原则，即便以民主或“公共利益”的名义也不得损害补偿公正；一旦发生这种情况，司法就有义务纠正。2007年，广州猎德村曾两次召开股东大会，以全体股东98.6%的高票通过了目前的《拆迁补偿安置方案》，但是补偿范围仅限于四层，而且不包括阳台，因而遭到四家“钉子户”的反对并向法院提出

诉讼。然而，广州中院并没有履行司法应尽的义务，终审判决认为猎德“钉子户”影响了村集体利益和其他村民的合法权益；其土地归集体所有，村里有权收回；由于土地和土地上的房子不可分割，因而房子也必须一并交付拆除；至于拆迁补偿，则按照村股东大会通过的补偿方案所规定的标准。

既然“公平市价”的公正补偿已是法治国家的通行标准，猎德“钉子户”应该获得什么标准的拆迁补偿，在宪法和法律上已有定论，而这个标准是民主投票改变不了的。打个比方说，如果宪法规定公民到18岁就享有选举权，那么除非通过宪法程序修改这条规定，任何集体都不得通过投票规定公民到20岁才享有选举权，即便100%投票赞同也不能为违法或违宪行为提供正当性。现在，既然《宪法》和《物权法》都要求拆迁必须给予补偿，猎德村显然无权通过投票改变宪法和法律所要求的补偿标准，它所通过的补偿方案得票再高也不意味着正当合法。猎德村的补偿方案是否符合宪法和法律要求的公正补偿标准，还应该受到司法检验，否则宪法和法律保障的公民权利就得不到落实。既然司法是保护公民权利的最后一道关口，法院有义务解释并实施《宪法》和《物权法》所提到的“补偿”标准，防止公民的基本权利受到任何形式的侵犯，包括假借民主形式的侵犯。事实上，在法治国家，司法的首要职责正是在于防止所谓的“多数人暴政”（tyranny of majority），也就是多数人以“民主”的形式剥夺少数人的基本权利。

要规范目前失序的地方征地过程，中央有必要出台强硬政策，禁止目前绝大多数地方征收行为。为此，中央首先需要转变思维，明确肯定地方政府的主要职能是提供地方公共物品，而不再是发展经济和增加GDP，因而也不应在城市化和城市改造过程中发挥主导作用。城市化和城市改造应在政府规划和审批控制下，在当地居民和开发商自愿协商基础上自然进行。这样，地方政府就失去了绝大部分征地理由。开发商要用地，不是去找当地政府商量并借用公权力压低补偿和强制拆迁，而是要找当地居民商量并得到多数居民的同意。在农村，这意味着要召开村民会议并得到多数拆迁户的同意。如果补偿标准和安置方案让多数利益相关的居民满意，那么根本无须政府介入就完成了城市化和城市改造过程。如果多数利益相关人同意开发方案，但是少数“钉子户”坚持不走，那么开发商可以请求法院决定补偿标准的合法性与合宪性；如果法院确认补偿达到了“公正”标准，那么开放商才可以申请政府强制拆迁。在整个过程中，政府只能发挥中立和被动的作用。

总之，如果征地意味着政府和开发商之间的双赢交易，利益受到影响的农民或城市居民则反而成了局外人，那么原本属于他们的“公共利

益”自然成了牺牲品。要切实保障“公共利益”，只有让人民自己发挥更大的作用，在社会发展进程中决定自己的命运。

五、代结论——方兴未艾的中国权利运动

无论在财产权和经济自由、人身自由和刑事正当程序、隐私权还是平等权领域，中国的权利运动正在崛起。从齐玉苓案和孙志刚案开始，户籍制度改革、迁徙自由、沉默权和禁止刑讯逼供及超期羁押、消除乙肝歧视、出租车司机“罢工”维权、废止《拆迁条例》……公民参与推动下的权利运动正在中国一步步展开。虽然孙志刚们、唐福珍们为中国社会进步付出了生命的代价，但是作为中国权利运动的里程碑，他们不会从中国公民的记忆中消失。如果他们的悲剧和无数人的抗争最后可以转化为制度进步，那么中国维权道路固然曲折，但前景终究是光明的。

[1] 参见曾民：《枪下留人》，载《南方周末》2002年7月18日；《“枪下留人”案再调查》，载《南方周末》2002年9月19日。

[2] 《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年10月26日访问。

[3] 郭光东：《死刑：保留？废除？》，载《南方周末》2003年1月9日。

[1] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 112 S. Ct. 2791.

[2] J.C.P. H. 18030.

[1] German Abortion Case, 39 BVerfGE 1.

[1] Griswold v. Connecticut, 381 U. S. 479.

[1] Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438.

[2] 32 BVerfGE 373.

[1] 33 BVerfGE 367.

[2] 《深圳扫黄妓女嫖客示众，有损于执法者形象》，
<http://society.people.com.cn/GB/8217/75496/75499/5140235.html>.

[3] 《女子写给恋人10封情书被农场扣留50年》，载《重庆商报》2008年10月1日。

[1] 见《南方周末》2002年末版的报道。

[1] 《深圳规定多次“非正常上访”将被劳教》，载《广州日报》2009年11月12日。

[1] Spinal Tap Case, 16 BVerfGE 194.

[1] 《佘祥林蒙冤11载，有罪推定是祸首？》，载《新京报》2005年4月14日。

[2] 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》，载《大河报》2005年6月7日；《执法者的枉法与冷漠，安徽一农民屈死看守所》，<http://www.jxfazhi.gov.cn/2005-7/20057682725.htm>，2005年7月5日访问；《五名青年被冤杀人焚尸羁押11年，两人死在看守所》，载《燕赵都市报》2005年10月17日。

[3] 《三十年人大监督故事：罢免副省长湖南开先河》，载《检察日报》2008年12月15日。

[1] Elfes Case, 6 BVerfGE 32.

[1] 76-78 DC, Rec. 33, 1978 D. 173 (12 January 1977) .

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

[1] Adkins v. Children's Hospital, 261 U.S. 525.

[2] Morehead v. New York ex rel. Tipaldo, 298 U. S. 587.

[3] West Coast Hotel Co. v. Parrish, 300 U. S. 379.

[1] Williamson v. Lee Optical Co., 348 U. S. 483.

[2] Apothecary Act Case, 7 BVerfGE 377.

[1] 53 BVerfGE 135.

[1] 例如参见张千帆等合著：《宪政、法治与经济发展》，北京大学出版社2004年版。

[2] 赵凌、郑焰：《北京城管队长之死》，载《南方周末》2006年9月14日。

[3] 《新规拟允许流动摊贩登记成个体户引热议》，载《中国青年报》2009年7月25日。

[1] Aristotle, *The Politics*, Stephen Everson (ed.), Cambridge University Press (1988) .

[2] 1263a25-29.

[3] 1263b1-2.

[4] 1263b7-8.

[5] 1263b15-25.

[6] 1263a39-40.

[7] 第七篇，1229b41-1330a3.

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

[2] Mathews v. Eldridge, 424 U.S. 319.

[1] 61-4 FNR.

[1] 81-132 DC.

[1] 何禹欣、陈芳：《铁本之乱》，载《财经》2004年第10期（5月20日），第77—86页。

[1] 《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>.

第二十一讲

表达自由的思想基础



以上两讲介绍了权利的一般理论以及平等权和自由权的理论与适用。从财产权到人身权、从经济自由到刑事正当程序，人的自由和权利确实是多种多样的，但有关权利保障的宪法机制是大同小异的。总的来说，人的行为自由不可能是无限的，法律就是限制自由的“鸟笼”或“紧箍咒”。法律限制是必要的，因为不受限制的自由必然会侵犯他人的自由，而宪法之所以允许法律限制，最终也正是在于其对保障所有人的自由与权利之功用。用宪法语言来表达，限制自由的法律要通过宪法审查，首先必须目的正当，至少不得为了限制而限制自由，因而限制本身并非正当目的；其次，法律还必须是实现正当目的的必要与合理之手段，而不得对自由和权利增设不必要的负担。至于司法审查的标准应该多么严格，则取决于具体权利的重要程度及其受保障的迫切程度。

以下三讲探讨众多权利中最重要的权利：言论或表达自由。言论自由与宪政的关系看起来很简单，因为所有现代宪法都包含言论自由，因而言论自由是宪法的不可缺少的一部分，也是最基本的个人权利。这是得到公认的。人们可能没有充分注意的是，言论自由同时也是宪政的必要条件。一个没有言论自由的国家是不可能实现宪政的，因为有没有言论自由意味着完全不同的思维方式。第八讲论证了司法审查是宪政的制度前提——没有司法审查这个制度，宪政就无从开始。但宪政不仅要满足制度条件，还要满足文化和观念上的条件。现代宪政和言论自由的文化条件是一致的。因此，没有言论自由，表示这个国家的思维方式还没

有走上宪政的轨道。这是为什么言论自由和宪政之间存在着如此密切的关系。

这一讲的目的是梳理言论自由的理论基础，基本主张是限制言论的措施在绝大多数情况下都是不正当的。言论自由的实践其实比抽象原则更困难，因为不宽容几乎可以说是人类进化而来的天性。几乎没有人反对言论自由这个基本原则，但是一旦在真正需要言论自由的场合下，许多人都会不自觉地采取反言论自由的思维方式。作者希望能将言论自由的道理讲清楚，在此基础上读者都能成为言论自由的朋友，以后不论在特定问题上采取什么立场，都能对反对自己的言论多一点宽容，对限制言论的政策或措施多一点敏感，对于如何对待不同言论找到一个比较成熟和独立的判断。

一、引论——言论自由的意义

在学习言论自由这部分内容的时候，需要注意以下几个要点。首先，大家要从功能主义或实用主义的视角来看问题。宪法是什么？这个问题的答案在很大程度上取决于宪法能为我们做什么，或者说它对于我们的社会来说有什么功能或用途。前面已有文章论述，宪法的独特功能在于规范法律：宪法是法律的法，是衡量法律是否正当的标尺。那么法律又是干什么的呢？法律主要是规定公民的义务，也就说限制的行为自由，但法律限制并不是任意的。我们的行为自由之所以要受到一定的限制，是因为我们的某些行为可能会伤害社会的利益或影响他人的自由。法律不能没有必要地干预个人自由。法律之所以限制自由，必须是为了促进公认的公共利益，防止公认的社会危害，而且这种利益或危害必须是切实的，而非纯粹是猜测。宪法的主要功能就是为了防止法律限制过分严格，为公民保障充分的自由空间。在这个意义上，任何没有公共利益为支撑的法律都是任意的，因而都通不过宪法的检验。

1. 行为有责任，言论有自由

让我们带着这个基本思想来看言论自由（以及信仰自由）问题。和行为不同的是，言论一般不会产生直接的严重危害。这句话的直接推论是：在宪政国家，言论在一般情况下不应该受到法律限制。当然，我的

言论可能会侵害你的名誉，因而也可以受到法律的制裁。但即便在这种情况下，你也不是完全无能为力。如果这个国家有言论自由，你可以通过辩论等手段为自己挽回名誉。这和我突然打你一棍子、给你造成无法挽回的人身伤害是不同的。因此，言论在一般情况下不会造成直接和严重的伤害，因而法律一般没有理由去限制人的言论。信仰就更是如此了，因为它是我们脑子里的东西。我究竟信什么，如果我不通过言论等方式告诉你的话，你根本不知道。既然信仰是完全内在的，其损害他人和社会的可能性就更小了。在这个意义上，从行为到言论到信仰，法律限制和干预的正当性是依次递减。对于信仰，我们几乎可以说政府是绝对不可干预的。言论比信仰稍进一步，确实可以在少数情况下受到限制，但是限制言论的法律必须具有非同寻常的依据才能被视为正当的。

况且即使言论甚至信仰可能会导致一些有害行为，譬如他人可能因为我们传播言论和信仰而从事违法行为，但是要制止违法或有害行为，法律完全可以将矛头针对行为本身，而没有必要直接打击言论或信仰。你可能会说，如果消除这种有害的言论或信仰，不就能“除根”祸害了吗？这种做法也许对于防止某类特定的有害行为是有利的，但本文将显示，我们将为此付出比这点可能的利益大得多的代价。事实上，同样的有害行为也完全可能由其他原因激发，而如果除了行为之外，法律还惩罚言论或信仰，那么它还将涉嫌违反宪法的平等原则。

不论是作为率真表露还是刻意炒作的结果，2008年5月的汶川地震将“范跑跑”推上舆论焦点。其实“跑跑”现象的是非是十分明确的，因为它说明了一个宪法上的常识：我们每个人都要为自己的行为（或不行为）承担责任，但是言论却应该是几乎完全自由的。但在“范跑跑”事件上，我们似乎正好颠倒了宪法上的是非：“跑跑”行为在法律上似乎是自由的，而范本人却因为事后或许“多余”的言论而遭到处罚。我们在法律上似乎没有明确规定教师在突发事件中保护学生的义务，因而不能依法惩罚临阵脱逃的“跑跑”行为，但是如果不能在法律上惩罚“范跑跑”的行为，那么更不能惩罚他事后发表的言论，因为我们根本没有惩罚言论的法律。事实上，《宪法》第35条规定了言论自由，因而禁止国家通过惩罚言论的法律。你认为教师在地震时优先安置学生的义务是“天经地义”的，他则认为求生是每个人的本能，而教师也不过是人而已。这两种主张其实没有绝对的“正确”、“错误”之分，只不过在下一次人大修改立法的时候我的主张可能获得多数支持，于是安置学生成为每个教师必须履行的法律义务。如果若干年后，“范跑跑”还是教师并再次不幸遇上地震，那么他就不能再跑了，否则就将受到法律制裁。但是即便如此，他也没有必要（其实也无法强迫）对这类法律义务表示“心服口服”；恰

好相反，他不仅可以私下里“心不服”，而且也完全可以公开表示“口不服”。

因此，“范跑跑”有义务在行为上服从法律，或者自己承担违法后果，但是他不仅有权利为自己辩护，而且有权利公开抗议法律强加在他头上的义务。我们可能永远都认为他是错的，因而他的抗辩永远是徒劳的，但是我们必须理解，这是宪法赋予他的任何力量都不能剥夺的基本权利；一旦剥夺了他的言论自由，那么我们就反而成了违法者，而且所违反的不是一般的法，而是国家的根本大法。事后看来，“范跑跑”的言论并没有产生任何社会伤害或道德风险。社会针对“跑跑”行为的争论不仅没有影响抗震救灾，而且也没有混淆关于教师责任的基本是非。如果“跑跑”的自我辩护发挥了任何作用的话，那就是帮助我们更深入地反思人性、更清晰地明辨教师义务、更及时地填补法律漏洞。事实上，这场辩论也帮助“跑跑”反思自己的行为和道德义务。这就是公开辩论给我们带来的社会效果。由此可见，即便可能是完全“错误”的言论也没有那么可怕。惩罚“错误”言论、压制不同观点除了满足一时的好胜心理之外，并不能给我们带来任何好处。围绕“跑跑”事件的争论提示我们一个常识：行为有责任，但言论有自由。

最后，我们得明白言论和信仰自由必须受到宪法的直接保护，别无选择。我们不要指望另外制定一部法律去保护言论自由和信仰自由。不少学者都曾呼吁我们应制定一部新闻法或宗教管理法，但我们已经看到普通的法律主要是规定义务而不是授予权利的。其实，从我们国家现有的新闻出版条例和宗教场所管理条例，也可以很清楚看到这一点。这些条例的第一条都会宣布以保护自由为目的，但其后的条款都是限制自由的。我们通过法律进行规定，一般只会给言论自由带来更多的限制。因此，言论与信仰自由最终应受到宪法的直接保护，而宪法也正是保障这些自由的法。

2. 言论自由的功能

首先，让我们说明言论自由的不同方式。这里的“言论”是广义的言论，或许用“表达”更恰当些。它不仅是指说话，而且也包括电视、收音机、电影、报纸等多种方式。言论自由进一步延伸为集会和结社自由。由于篇幅等因素的限制，这里将不论及这些自由，但是它们对一个社会来说是至关重要的。美国的老年人协会是除了天主教协会外最大的协会，它为美国退休者的权利保障发挥了很大的作用。已经退休的老年人在地位、能力和财富上都是属于社会的“弱势”，但是他们联合起来就未

必“弱”了，美国的老年人协会就从来不是一个“弱势群体”。反观我们的农民工，他们有的连讨回自己的劳动所得都有困难。因此，如果没有言论自由和结社自由，一个国家就有许多问题解决不了，就要为言论自由的缺失付出沉重的代价。

言论自由的意义有两个层面：个人的和制度上的。言论对个人的重要性不需要强调了。语言是人之区别于动物的一个首要特征，也是社会交流的最重要手段。由于言论的成本很小，而交流极为便利，言论是我们日常生活中发生最频繁的一种活动。如果不让我们说话，那么难以想象我们将生活在一个什么样的世界。但言论自由的重要性并不仅限于个人层面。更重要的是，言论自由对维护国家制度是十分重要的一种手段；尤其是对于民主制度，没有言论自由是不可想象的。专制不需要言论自由，甚至没有言论自由最好，民主则离不开言论自由。这是因为选举需要信息，需要选民和候选人之间的自由交流，而没有言论自由，这些政治信息都不具备，理智的选举如何开展？我们现在的地方选举就存在这个问题。候选人坐在台上不说话，只是由选举委员会做一个很简单的介绍，选民都不知道他们的政策、立场、主张是什么，这样究竟选谁呢？最后，人们只能根据他们的相貌、服饰、性别等种种不相关的因素进行选择。民主最基本的条件就是公民和政府、选民和候选人之间存在有效的交流，否则选举就失去了意义，民主就失去了理性。

除此之外，言论自由对于一个诚信社会也是必不可少的。近年来，我们一直在提倡“诚信”。经济学家提倡市场诚信，后来法学家又提倡政府诚信。但从宪法制度的角度看，建立诚信的必要条件是言论自由。如果言论被压制住了，人们不敢说真话，怎么可能造就一个诚信的社会？摧毁社会道德的最有效手段不是对立的理论或学说，而是自身的虚伪。一个人可以在辩论中一败涂地，但这并不意味着他的主张输了——事实上，他可能因为失败而获得同情，甚至可能因为木讷而获得信任。相反，如果人们发现他说的一切只不过是一张“遮羞布”，任何雄辩都救不了他，狡辩只能使失败更彻底。压制言论将造就虚假，迫使人们公开说谎，而虚伪是摧毁所有道德和良知的最有力的腐蚀剂。我不是说有了言论自由，我们就有了诚信社会；但是没有言论自由，建造诚信社会必然是难上加难。

这就是为什么言论自由在宪法中占有如此重要的地位。在宪政国家，言论自由占了宪法学很大的篇幅。大家可能知道，美国宪法学的案例教科书都是很厚的，通常有大开本的1500页左右。在这些材料当中，国家结构（指中央和地方权力之间的冲突以及部门权力冲突）占1/3，个人权利占2/3，而在所有大大小小的权利之中，言论自由的内容独

占“半壁江山”。也就是说，在宪法学教科书中，足有全部内容的1/3（约500页）专门是关于言论自由，足见言论自由这个领域的丰富和重要。这样，也难怪美国法学院可以专门为第一修正案（言论和信仰自由）开一门课。

二、限制言论的理由及其反驳

虽然言论问题很重要，但世界上几乎所有国家都压制过言论。即使是实施言论自由最早的美 国，在出现危机的时候还是要压制某些言论。为什么会这样？让我们现在进入正题。

1. 教条主义与实用主义

在中外历史上，压制言论有两种理论依据：教条主义和实用主义。中国在传统上一直奉行教条主义，这种理论只承认自己一种理论是正确的。孟子曾不遗余力的抨击墨家的功利主义和杨子的享乐主义，认为它们都是异端邪说，只有儒家才是唯一的真理。秦朝统一后，儒家曾受到迫害。等到儒家在汉朝取得正统地位以后，它便转而封杀其他学说。由于教条主义认为只有一种理论是正确的，其他都是错误甚至邪恶的，压制这些言论具有天然的合法性，因而教条主义一直是专制政府的理论基础。但教条主义并不只限于中国，在西方同样也有漫长的传统。在中世纪，天主教统治了西方世界近千年，直到文艺复兴和新教革命时期才有所改变。原先，教皇和整个教会制度垄断了《圣经》的解释和个人与上帝的联系。新教革命彻底打破了这种垄断结构，强调个人可以通过《圣经》直接和上帝沟通，从而将天主教会撇在一边。由于个人可能对《圣经》作出不同的理解，其后在基督教内部产生许许多多的教派。各派主张不同的教义，彼此之间水火不相容，发生了许多关乎宗教的战争。经过无数次血与火的洗礼，最后他们才发现谁都说服不了谁，谁也征服不了谁，因而不如相互宽容、“和平共处”。西方世界这样才逐渐从一元的教条主义回归到古希腊时期的相对多元的怀疑主义。

第二种理论是实用主义。这种理论并不关心言论的正确与否，而是更关注言论所产生的社会后果。在某种意义上，正确的言论可能更有害。比方说，任何国家都有国家机密。什么叫“国家秘密”？就是不能被

披露给大家的事实，因为这些事实披露了以后会损害公共利益。当然，究竟什么构成“国家秘密”、由谁经过什么程序界定国家秘密，这些本身都是宪法问题。过分宽泛的界定恐怕是不合适的。比如唐山地震的死亡人数是地震发生后三年才见诸报道；云南曾经发生过仅次于唐山的大地震，但直到三十年之后才被报道出来，等等。这些都一度被认为是国家秘密，但有些“秘密”恐怕是应该公开的。不论怎么说，国家秘密是真实的事实，但正是这类事实的披露可能会给社会带来危害，因而禁止披露恰恰是因为事实的存在。不是事实的东西是谣言，而不是“国家秘密”，因而适当的控制手段是辟谣而不是禁止披露。

在近代，教条主义已经衰落，但实用主义却延续了很长时间，至今仍未销声匿迹。这是因为言论自由关涉到统治的稳定性，而这在东西方都一样。十六七世纪的时候，英国一位著名的大法官曾经说过，政府是不能随便批评的，即使“正确”的批评也可能是有害的，有可能动摇政府的统治基础，而且往往是你说得越正确，就越有说服力，对统治的威胁也越严重。根据这种逻辑，越是正确的言论似乎越需要压制。

2. 反驳教条主义——价值与事实判断之分

让我们首先反驳教条主义。所有的教条主义理论，不论其主张的特定教条为何，都有一个共同的通病，也就是不分价值（value）与事实（fact）这两种性质截然不同的判断。所谓事实判断，是指针对价值中立的事实做出的判断。事实命题是可以通过经验的判断标准验证真伪的。我手里拿的是一瓶矿泉水还是一瓶花生油，我们可以通过经验观察去检验它。对于事实问题，我们有一个客观的判断标准。与此不同的是价值判断，或者说是规范（norm）判断。它是我们对某种事件或现象所表达的主观评价，也就是这是“好”的还是“恶”的，“应该”做的还是“不应该”做的。作为主观判断，价值判断是因人而异的，没有检验真伪的客观标准，因而也没有严格意义上的对错之分。

在此有必要提到休谟定理（Hume's Law）。休谟是怀疑主义的集大成者。他的这个定理是说，当你用逻辑的方法去推断价值命题的时候，前提当中必然也包含着价值命题，不可能从纯粹的事实命题逻辑地推演到价值命题。所谓逻辑，就是传统的三段论：如果你知道大前提是正确的——凡人都不免一死，小前提也是正确的——苏格拉底是人，那么结论也必然是正确的——苏格拉底必有一死。休谟定理是说，如果结论是一个价值命题，譬如“社会主义就是好！”，那么无论你怎么往回推，前提中必然也得有价值命题，而不可能全部都是可用客观标准检验的事实

命题。为什么好呢？因为根据马克思的学说，社会主义代表最先进的生产力，但是最先进的生产力就好吗？这仍然是一个可能见仁见智的价值命题，譬如有人可能会认为生态环境比GDP增长更重要，有人可能会认为在发生冲突的时候政治民主比经济发展更重要.....因此，所有的价值判断最终都是主观的，是在逻辑上不可能被证明绝对“正确”或“错误”的。

休谟定理看上去简单甚至有点乏味，但它在骨子里对法律和道德的正当性发起了挑战。在某种意义上，价值选举就像是人的口味：川渝人喜欢吃辣的，广东人喜欢吃甜的，而甜的或辣的本身却没有正误之分。既然如此，政府还有什么理由将价值判断强加在公民头上呢？由于价值判断本身没有对错之分，任何强加都是没有正当依据的。事实上，任何强加价值判断的政府都是严格意义上的专制政府，因为专制正是将没有理由的东西强加在别人头上。法律也将义务强加在公民头上，但如果这种法律是必要的，也就是说它实现了一种公认的公共利益，那么我们并不说它是专制的法律；但如果所强加的法律义务是没有理由的，那么这就是地地道道的专制之法。中外历史上很多当时认为天经地义的东西，像“三纲五常”、“三年之丧”、天主教的教义、带上神学色彩的“地心说”，等等，都早已经失去了“绝对正确”的光环。在我们今天看来，人类以往固执坚持的某些东西简直就是一场笑话。之所以如此，休谟定理提供了最终的解释，且如果我们的制度没有根本的改进，这种笑话还会继续下去。看上去不起眼的休谟定理让我们得出了这么一个多少有点惊人的结论。

在此值得一提的是康德。休谟的怀疑主义摧毁了教条主义的基础，但它的自然推论是道德相对主义乃至虚无主义。康德对此深恶痛绝，他想创造一种超越教条主义和怀疑主义的学说，既不陷入传统教条主义的陷阱，又可避免怀疑主义的不良倾向，因而写下了他那不朽的三部批判，在此相关的主要是其《纯粹理性批判》、《实践理性批判》和《道德的形上学基础》。他特地将命题分为先验的和经验的，分析和综合的。分析命题就是通过逻辑推理形成的，综合命题则通过与此相反的归纳过程而形成的：苏格拉底死了，柏拉图死了，孔子死了.....至今我们见过的人都死了，所以归纳的结论就是凡人都难免一死。经验命题是通过经验观察而形成的，先验命题则是先于或独立于经验过程而形成的。一般来说，分析（逻辑）命题是先验的，不需要通过经验观察就知道对错的；综合命题则是经验的，也就是通过个案观察和归纳总结才形成的。但康德偏偏要证明先验综合判断之存在。他的一个著名例子是“ $5 + 7 = 12$ ”，他认为这个简单的数学命题既不是经验判断，也不是分析判

断，而是先验综合判断。他进而想证明他的“绝对命令”（categorical imperatives）也是先验综合判断。譬如“人应该永远被作为目的，而非仅仅作为手段”，他认为是先验综合判断。既然是先验的，绝对命令就应该是绝对“正确”的，就像“ $5 + 7 = 12$ ”一样，而不是因人而异的个人主观判断。然而，虽然哲学家对康德的学说褒贬不一，相当一致的共识是康德并未能超越怀疑主义和教条主义，令人满意地证明他的绝对命令是先验综合判断。最后，既然不可能所有人都接受同一种教条，我们仍然必须认真对待休谟定理。

3. 反驳（不够实用的）实用主义

康德学说的发展将我们带到限制言论的另一种依据——实用主义。在西方，教条主义早已站不住脚了，但是实用主义仍有一定的市场。虽然我们正是从实用主义和工具主义的角度为言论自由辩护的，实用主义必须对于我们社会是真正“实用”的，而不是以此为名号的短浅之见。这种短浅的实用主义认为，政府可以不管言论的对错，但是如果言论（不论正确与否）可能危及政府或社会稳定，政府总不能撒手不管。现在让我们应对这种论点。这是本文更主要的任务，因为实用主义论点可以打动更多的人，而且它也确实并非一无是处。

我们已经看到，任何政府都没有正当理由将不存在客观标准的价值判断强加在个人之上。那么事实判断又如何呢？根据康德的分类，事实命题有两种：先验的分析命题和经验的综合命题。逻辑命题是绝对正确的，但是逻辑命题对我们并没有太多的用处，因为逻辑推理的结论早已包含在前提之中。如果你已经知道前提是正确的，那么结论当然也是正确的。这也正是为什么绝对正确的东西一般没有什么用处，而有用的东西却又不可能是绝对正确的。套用霍姆斯的话说，我们的现实生活是经验而非逻辑。所有对我们日常生活有价值的创造都是经验的产物，包括前不久发射成功的神舟六号。这些东西是不可能通过三段论推演出来的，而是通过观察上归纳上升到一般自然规律，然后反过来运用到实际生活而产生的。因此，经验命题对于我们有用得多，但有用的代价是经验命题是不可能像逻辑命题那样绝对正确的，而总是存在着错误的可能性。当代哲学家波普尔（Karl Popper）曾提出一个“可证伪性理论”，也就是任何有意义的命题都必须是可证伪的，否则就是无意义的同义重复。这也从另一个侧面说明，经验命题总是存在被证明错误的可能性。

举一个极端的例子：太阳每天从东方升起，西方落下。自有人类以来，我们每天都看到这种运动。这是一个经验观察，绝对正确吗？当然

不是，其实没有什么能保证明天还是这样。或许会有一颗我们天文学家没有预见到的彗星撞了地球，导致其反向运转。这样，如果我们还活着的话，看到的将不是太阳从东方升起，而是从西方升起，东方落下了。这种概率当然是微乎其微的，但是它在严格意义上不是零。不论是十的负多少次方，它是一个非零（尽管是未知）的正数。连我们最习以为常的几乎已成铁律的自然现象都是如此，比此复杂得多、规律性差得多的社会后果又如何预测？因此，和价值判断不同，事实判断确实是存在衡量对错的标准的，但是由于社会事实本身的高度复杂性和人类预测的有限能力，衡量的结果往往是未知的。

从理论上讲，政府确实可以禁止对社会有害的言论。问题在于，究竟什么对社会有利或有害？究竟谁有权利做出最终的权威判断，以至他能够正当地打压不同意见？这不仅是一个价值判断。更多的时候，在我们可以基本同意利和害是什么的情况下，它是一个经验判断，而任何人的经验判断都可能出错。在这个问题上，政府也不例外。政府是由可能犯错误的人组成的，因而也不可能避免犯错误的可能性，甚至并不能保证比普通人犯错的概率更低。

当然，这是一个法治主义的行为假定。我们没有必要无条件地同意这个行为假定。事实上，中国的儒家传统是反对这种假定的。儒家认为世界上有君子、有小人，他们在本质上是完全不同的，而儒家的任务是要把君子而非小人送进政府做官。既然君子比小人高明，也不会滥用手里的权力，当然就不需要制度制约了，尤其是不能让小人通过选举去选择和约束君子——试想，自私自利、目光短浅的小人能选出来什么人呀？但不论怎么说，这种假定在我们今天看来似乎过时了。假如不过时，我们也不会再在宪法修正案中加入建设“法治国家”的字眼。假如我们可以绝对信任政府的道德和能力，假如官员都是不会犯错的“君子”，我们为什么还要用宪法和法律去约束他们呢？这看起来是自相矛盾的。既然接受了法治主义的行为假定，那么我们就必须假定政府对言论的判断也可能出错。这样也使我们看到，言论自由的逻辑最终是和法治完全一致的。接受了法治的逻辑，也就意味着接受了言论自由。

2007年闹得沸沸扬扬的“华南虎照”事件证明，政府也可能犯错误，民间智慧是不可小看的。在经过八个月的激烈论战之后，陕西省政府终于出面澄清或承认事实真相，至少对虎照本身给了一个交代，部分责任人受到查处。八个月的“虎照门”事件折射出地方政府行为方式的五光十色，暴露了某些部门好大喜功、热衷“政绩”、纵容造假、欺上瞒下的一贯做派。虎照事件对我们的最大启示就是政府未必代表真理或正确的立场。如果我们比较一下论辩双方的“阵容”，不难发现最明显的区别就

是“周老虎”有陕西省林业厅众多官员的支持，而“打虎派”则是没有任何官方背景的一介平民：活跃的“打虎派”成员傅德志是中科院植物研究所的研究员，郝劲松更是多次状告铁道部的维权律师。这场论战以“打虎派”完胜、陕西省林业厅“挂白旗”告终，充分说明政府是可能犯错误的。如果八个月的论战可以被认为是探索虎照真伪的过程，那么民间智慧完全未必输给政府。换言之，普通平民也和政府一样有能力认识真理；虎照事件的结局甚至表明，平民对真理的认知能力一点不比政府差。

刨去“虎照门”的戏剧性因素，虎照鉴定实际上是一项高度专业化的科学判断。如果说虎照造假委实不易，那么虎照真伪的鉴定还要难得多；尤其是如果“周老虎”技艺高超，炮制的虎照达到天衣无缝、以假乱真的水平，那么像我这样的非专业人士更是无从鉴别真伪。然而，即使对于如此专业的科学判断，真理也并非垄断在政府手中。其实和我们普通人相比，政府官员对于这个问题并不懂得更多。当然，他们可以请一些权威专家来帮助鉴定，但这些也是民间“打虎派”完全可以做到的，譬如他们和政府一样有能力邀请美国专家李昌钰来鉴定虎照的真伪。如果个人“打虎”力量分散有限，那么在宪法结社自由保护下，他们完全成立一个“打虎团”，由此集中起来的社会力量完全可以和政府资源相媲美。即便政府可以设立和维持某些国家实验室，集中一批权威专家和先进设备，但是这些实验室并非隶属于政府的行政部门，也不是为佐证政府立场服务的；它们和政府没有什么关系，它们的任务就是在没有政府干预的条件下自由地探索真理。总之，一个不言自明的真理是，就和政府并不创造价值一样，政府也不创造真理。在真理面前，政府是没有特权的，是和百姓平等的。

更重要的是，即便我们普通人没有能力像专家那样鉴别虎照的真伪，我们还是有能力听取和权衡不同专家提出的论据，并在此基础上做出一个明智的判断。论证可能是专业的、晦涩的、烦琐的，但是只要双方都把事实证据摆在桌面上，多数网民还是会在权衡不同论据之后做出正确判断。事实上，早在陕西省公布调查结果之前，网络意见早已倒向“打虎派”一边，“周老虎”已经是一只几乎人人喊打的纸老虎。政府只是通过法律手段立案侦查，通过更多的事实还原“周老虎”的真相而已。即使没有政府干预，即使陕西省政府旗帜鲜明地站在“周老虎”一边，虎照事件也没有产生混淆视听、蒙蔽大众、蛊惑人心的后果。恰好相反，它再次证明“群众的眼睛是雪亮的”；人民不是愚不可及的阿斗，他们有能力在自由言论的百花园中鉴别香花毒草。虽然任何人乃至所有人的判断都可能发生错误，例如绝大多数中国人都曾陷于“大跃进”和“文革”的

548

狂热之中、雅典500多人组成的陪审团曾两次判决苏格拉底死刑，但是如果我们相信普通人的基本理性，如果没有什么能让我们理智地相信包括政府在内的少数精英比一般人更正确，那么多数人在信息公开、言论自由和论辩充分的环境下所做出的判断还是更可能正确、更接近真理。虎照事件的结局表明，政府立场未必正确，政府干预并不能给我们带来更多的真理。在真理面前，官民是平等的，人民完全有能力通过自己的探索，发现通向真理的路径。

4. 限制言论之难

言论自由不仅重要，而且限制言论的措施往往是事与愿违的。政府一般都是为了维护自己的形象而去限制言论，但是最后的结果却是适得其反。19世纪30年代，法国思想家托克维尔到美国游历了一年，写了一本影响巨大的《美国的民主》，其中他提到政府限制言论的困难。由于言论和新闻的传播成本很小，信息总是会通过某种途径散播出去的。政府可以将正规渠道控制住，但是消息还是通过种种“地下渠道”不胫而走，形成了所谓的“小道消息”。其实在一个言论自由的国家，是不存在“小道消息”的。言论一概放开了，还有什么小道大道之分呢？如果托克维尔时代是如此，今天的信息时代就更是如此了，网络言论的控制显然比传统方式还要困难得多。

但我们的历史传统是没有言论自由这个概念的。自周秦以来，我们一直采用一种堵嘴的方式：政府将他的嘴堵上，然后组织御用文人批判一通，将其“批倒批臭”后，就以为完事了。其实，事情并没有了结，有时还适得其反。近二三十年的一个常见现象是，官方的批评反而成了个人成名的捷径。一个人原先可能也不过如此，一旦被点名，他的仕途就此为止，但他在社会上顿时红火起来；一本书可能本来是普通平凡的，但一旦被定为禁书，它在各大书店销声匿迹，但马上成为全国畅销书，黑市小贩到处可见，男女老少一睹为快。这种现象完全是制度造成的对不同观念的饥渴所产生的。就像有一种果子被禁止去尝，但是人们偏偏就想去尝一尝一样。越是禁止的东西，人们就越想去碰一碰。言论也是一样，因而对不同言论和思想的禁止往往是得不偿失的。

事实上，我们对不同意见的言论完全没有必要那么紧张。在《美国的民主》那本书里，托克维尔注意到一个现象：言论和新闻自由在一个宪政国家是危险最小的，因为你已经把言路放开了，老百姓对于各种各样的不同消息乃至恶意中伤都习惯了，因而反而不会受到多大伤害。李敖曾在北大演讲的时候说过：言论自由好比三级片，只要敢放开，其实

没什么好害怕的。这可以说是以比较粗俗的方式表达了托克维尔的思想。当然，在一个没有言论自由的国家，一下子放开言论确实可能会产生某种社会不适应，但这究竟是谁的错呢？

三、言论自由的理论基础

英国哲学家密尔（John Stuart Mill）的《论自由》为言论自由提供了非常精彩的辩护。密尔阐述了三条理由：第一，任何见解都有可能是正确的，所以政府在压制任何论点的时候，都存在着其所压制的是正确论点的可能性。第二，所有论点多少都包含了一些正确和错误、合理的与不合理的主张，而对见解的压制将使社会失去言论中正确或合理的那部分。第三，即使某种见解全错了，没有一点对的地方（当然这是不可能的，但我们姑且假定这样极端的例子是存在的），它也仍然有其存在的价值，因为它将有助于我们澄清正确的见解，以防正确的见解因养尊处优而失去了生命力和战斗力。

1. 任何人都不能垄断真理

先看第一个论点：任何论点都有可能是正确的。任何人都不能正当宣称掌握了绝对真理，别人的不同意见就是谬误。极端的怀疑主义者甚至怀疑世界上是否有真理存在，但即使世界上存在真理，由于人的认识有限，任何人都不能掌握最终的真理。真理是无限的，而任何经验归纳都只能建立在有限的个案基础上；从有限的个案推出无限的规律，这种规律必然不是绝对正确的，而是存在着错误的可能性（“可证伪性”）。只有从无限的经验归纳出来的规律才有可能绝对正确的，但可惜我们凡人都是有限的。道家说：“人生有涯而知无涯。”用有限的人生去追求无限的知识，这种知识必然是不完全的。虽然我们没有理由过分悲观或消沉，虽然我们还是要不断追求真理，但是我们必须明白，我们在有限的人生掌握的这点“真理”——如果可以这么称呼的话——不可能是绝对或永恒的。以前，人们以为牛顿三大定律是不可能错的绝对真理，但是到20世纪初还是被相对论和量子力学修正了。自然科学是如此，研究对象复杂得多的社会科学又何尝不是例外？以前我们以为马克思的学说是绝对正确的，但后来我们也知道未必是这样，有的亚洲社会可

能真的没有经历过奴隶阶段。由于人的认识能力极其有限，而社会又高度复杂，因而我们至少在今天还没有看到一成不变的统治社会的“铁律”。

在此举一个发生在中国的例子，说明当时绝大多数人认为不可思议的事情是如何可能发生的。毛泽东发动“大跃进”之后，当时的国防部长彭德怀元帅在“庐山会议”上提出批评。包括刘少奇和周恩来等党内高层人士原本是支持彭彭德怀的，但即使他们在伟大领袖面前也不敢坚持主张，而是轮流表态批判彭德怀，最后形成一面倒的局势。如果国家领导人的言论自由都不能保障，那些砸锅炼铁的普通农民就更不用说了，“大跃进”便毫无遮拦、轰轰烈烈地进行下去。但很不幸的是，彭德怀最后被证明是正确的，而我们也因为压制他的言论而付出了饿死几千万人的惨重代价。设想，假如我们可以善待不同的言论，假如彭德怀的意见和普通农民的抵触情绪可以公开发表，也许我们国家可以为三年“自然灾害”做好准备，这场惨剧也不至于发展到如此惨烈的程度。到后来的“文革”，刘少奇自己也遭到迫害。他手持宪法力争自己的基本权利，但无济于事，最后还是冤死狱中。事实上，如果一个国家的宪法不能保护普通公民，那么它也保护不了共和国主席。最后，没有任何人能防止集体悲剧的发生。从这个例子我们可以看到，言论自由的缺失会造成多么严重的社会灾难。真理有时确实可能掌握在少数人手中，不论他们在多数人看来是如何荒谬甚至邪恶。在轰轰烈烈的运动时代，彭德怀的话听上去可能是不合时宜乃至离经叛道的，但是事后的灾难证明真理正是在他手中。

2. 任何人都不能垄断全部真理

第二，既然凡人都会犯错误，其论点都会有谬误，但一般也都有正确的部分，因而发现真理的最佳途径是通过相互辩论、相互纠错，像大浪淘沙那样逐渐发掘出真正的金子。人的认知水平基本上是平等的，没有谁能宣称他垄断了全部真理，剩下的只有属于别人的谬误。就和宣称只有他自己才享有接近真理的特权一样，这只能是痴人说梦而已。由凡人形成的政府也没有超越常人的“特异功能”，不可能通过有限的去认知全部真理。事实上，自古至今，人间的有限真理极少是由政府直接发现的。这一点，中外莫能例外。政府或许能通过资金上或组织上的支持帮助发现真理，但如果政府宣称它自己比常人更有能力发现乃至垄断真理，那就只能认为它是在自说自话。如果政府进而利用手中的权力强迫不同意见沉默，那么它其实并不是在维护真理，而是在真理的名义下

实施着一种强权逻辑。

当代事件同样证明，政府并不垄断真理。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，早在今年三月的“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”。

绝大多数读者或许和厦门市民一样，都不是化工或环境专家，无法马上对PX是否致癌或致畸产生一个专业的看法，但是双方显然都无权宣称自己的立场代表了全部真理，对方论点只是谬误。政府并没有能力垄断真理，尤其因为化学物质致癌致畸的潜伏期可能很长；即便最先进的现代科技手段不能探测出其对人的危害，也未必意味着PX对人体无害。事实上，即便化工厂确实不会产生严重的健康和安全风险，厦门市民也有权拒绝：在工业发展和环境质量或哪怕只是心理上的安宁之间，他们完全可以放弃前者、选择后者。毕竟，厦门不是厦门市政府的厦门，而是厦门市民的厦门。现在决策工程上马的官员，很可能过不了几年就升任别处，但是绝大多数厦门市民将世代居住在那里；工业产值和财政收入会给现在的决策者带来一时的“政绩”，而厦门市民却要为此长期承担环境、生态和景观上的成本。因此，厦门市民完全有权表达自己对化工项目的担忧和反对，而厦门市政府最终也顺应民意、从善如流，决定改迁化工厂址。

3. “真理”需要“谬误”挑战

最后，即使一种论点完全错了，它还是有存在的必要，因为任何所谓“正确”的东西也需要通过挑战才能澄清它的意义并获得生命力。早在密尔之前，密尔顿（John Milton）就已经提出，真理是在战场上产生的，真理不怕挑战，不怕厮杀，不怕自由的辩论。更准确地说，人类对真理的认识是不怕挑战的。即使真理和谬误混战成一团，人民也不会完全迷失，因为每个人都有一定的认知能力，我们要相信普通人的这种基

本能力。相反，垄断的真理则是迟早要衰落的。中世纪，天主教一直垄断宗教事务，基督教逐渐名存实亡了，以至尼采后来宣布“上帝死了”。新教革命曾被认为是基督教的危机，因为统一的“真理”被打破了。但具有讽刺意味的是，基督教最后不但没有衰落，却反而更强盛了，真正的信徒更多了。信仰和怀疑是一对十分微妙的矛盾，信仰本身是容不得怀疑的。如果基督教徒对心中的神是否存在有丝毫怀疑，那只能说明他其实并不信他宣称信的东西。然而，没有怀疑和质疑，也就没有真正的信仰。没有经过质疑的信仰只能是一种盲信，日后很可能在怀疑的侵蚀下消失殆尽。只有经过挑战、怀疑和反思，剩下的才是真正的信仰。

因此，真理是需要挑战的，真理也不怕挑战。相反，没有挑战，真理的火花将慢慢熄灭。西方的基督教就是在逆境中成长起来的，马克思主义也是如此。在西方，马克思的学说不是主流，但是它却非常有生命力，总是有相当一批虔诚的信徒，其中不乏像哈贝马斯这样的知名学者。且可以断言，只要私有制和市场经济仍然占据主导地位，马克思主义的价值就不会衰落，因为它确实对纠正自由市场本身的偏激发挥着不可替代的作用。事实上，根据密尔的逻辑，即便马克思批评错了，马克思主义对资本主义正统学说的挑战仍然有价值。反之，即便马克思的学说确实是绝对真理，也仍然需要对立学说的挑战才能维持生命力。一旦马克思的学说被奉为绝对正确的正统，马克思的学说却反而容易成为僵化的教条而失去生命力；要恢复马克思主义的内在生命力，只有从宪法上充分保障言论自由。

四、言论自由的司法适用

在这个理论基础之上，现在让我们来考察一下美国法院为言论自由发展的司法实践，主要是用来界定政府在什么情况下可以合宪地干预或限制言论的标准。美国保护言论自由的宪法依据是著名的第一修正案，它禁止国会制定剥夺言论自由的法律。因此，国会不得通过立法剥夺言论自由。这是否意味着其他政府部门——如行政部门——可以剥夺言论自由呢？那就更不可以了，因为没有立法授权，任何部门都无权侵犯言论自由。事实上，这只是一个行政法问题，上升不到宪法的高度。在民主与法治国家，如果你控制了立法行为，那么你也控制了其他部门的行为，因为任何没有立法授权的政府行为都是越权无效的。因此，如果一

个国家的民主与法治搞好了，那么对言论自由的最大威胁是来自立法，而不是其他政府行为。

美国是一个崇尚言论自由的国家。建国后很长时间内，言论自由一直没有受到挑战。在某种程度上，这是因为美国社会一直比较稳定。如果一个国家对自己的力量很有信心，那么它就像一个强壮的巨人，不会在乎一些侏儒说坏话、扔石头。但是当它脆弱的时候，当国家面临危机的时候，它对敌对言论就会表现出一种本能的恐惧。

1. 思想的自由市场理论

在20世纪两次世界大战以及后来的冷战期间，美国政府通过了一些法律去控制左派的反战言论。1917年的十月革命后，美国社会也出现了社会主义势力，他们普遍反对美国参与世界大战。某些左派团体宣扬通过暴力推翻美国的宪法制度，从而引起了许多人的恐惧。就在1917年，威尔逊政府通过了《反间谍法》，惩罚任何阻碍战争的行为。如果一个人要说服他的朋友不要去参军，因为这场战争是不正义的，就可能受到法律的制裁。虽然一些左派人士认为资产阶级宪法是欺骗人民的手段，这并不妨碍他们在遇到麻烦的时候用宪法来保护自己的权利。他们主张，这部法律违反了第一修正案为他们保护的言论自由。在当时那种情况下，最高法院的多数没有接受他们的主张。只有霍姆斯（J. Holmes）等少数法官坚持要保护他们的言论自由。事实上，霍姆斯起初也是站在多数这边的。正是他在1919年有关抵制征兵的系列案中发展了第一修正案的“清楚与现存危险”（clear and present danger）标准，也就是只有在言论将产生清楚与现存危险的时候，政府才能加以控制，但是和其他法官都很宽泛地解释了这项标准。

但是到了第四个案例的时候，霍姆斯突然站在了多数的对立面。他认为要从严解释“清楚与现存危险”标准，言论自由应该受到更严格的保护。他说，压制不同意见其实是一种十分自然的冲动。如果你对自己的主张有自信，如果你确信自己的主张是对的，对社会是有益的，而不是胡说八道或逢场作戏，那么你在不能说服对方的时候自然会想到动用国家的权力去强迫对方接受。然而，霍姆斯提醒我们要保持清醒的头脑，因为我们已经有过太多的前车之鉴。有些话听上去一钱不值，至少在当时令大多数人反感，但最后偏偏证明是对的；有些理论听上去美好、正确，但实施之后却令人大失所望，甚至产生严重的社会灾难。因此，当我们看到“时间推翻过一度富有战斗力的许多信念”，“至善最好通过思想的自由交流”而不是政府或法律的强迫来获得。“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。”

这就是思想的自由市场理论。在某种意义上，思想或言论就好比商品，听众（或观众或读者）就好比消费者。政府没有必要去干预不同思想之间的自由竞争，就像政府没有必要去干预不同品牌的商品之间的自由竞争一样。我们以前搞计划经济，由政府指定生产什么、消费什么，现在我们发现这么做不行。在全世界范围内，没有一件名牌产品是政府由指定产生的。究竟哪一家产品质量更好、性价比更高，必须由市场也就是广大的消费者决定，政府并不知道。思想也是这样。一种思想究竟上“香花”还是“毒草”，政府是没有能力决定的，它应该由思想的广大消费者去决定。我们以前经常说，“人民的眼睛是雪亮的。”既然如此，就应该相信人民，由人民自己来决定究竟接受哪种思想、不接受哪种思想。这样，通过优胜劣汰，通过思想之间的自由竞争，真正受大多数人欢迎的思想或理论脱颖而出，而和政府指定的结果相比，这种思想是“香花”的可能性要高得多，因为社会大多数人的综合判断远比政府少数人的判断可靠。

不难看出，霍姆斯的立论是建立在怀疑主义基础上的。如果可以确切地知道历史发展的终极规律，如果可以确切地知道什么措施、政策或规则对于社会发展最好，如果政府有独特的能力发现这些规律和规则，那么我们就需要自由言论了，让政府帮我们研究、计划和施行就是了，自由言论只能起颠倒是非、混淆优劣的作用。然而，我们的世界是复杂的，而预见能力则是极有限的。在你上大学的时候，你能预知今后一辈子发生的事情吗？一个人的前途已是如此不确定，对于由许许多多的个人组成的社会，不确定因素还要多得多，远非我们所能准确预见的。因此，霍姆斯将统治比喻为赌博，每天都要将“宝”押在对于未来的不完全知识之上。我们制定一部法律，无非是期望它今后给我们带来最大的利，防止最大的害，但是何为利、何为害以及如何最有效地趋利避害，现有的知识和信息往往是很有有限的。美国制宪者在纵容蓄奴制的时候，势必不会预见到这种制度在几十年后会引发内战；中国在制定户籍制度的时候，一定是为了解决当时突出的社会问题，而不会预见到城乡二元结构在今天造成的种种困惑与弊端。毕竟，任何人都不是料事如神的先知。在法律和政策的实施过程中，必然会产生许多意想不到的后果，要求我们保持一种自我克制、谦虚和警惕，不要随便去压制那些我们认为错误的观点。虽然我们不喜歡甚至厌恶某些论点，它们仍然可能包含着某些真知灼见，也许只有时间能证明它们的价值。

一个自然的问题是，如何对待那些政府认为“有害”的思想？毕竟，即使经济市场也不是完全自由的。今天的市场上存在着不少假冒伪劣产

品，消费者未必有足够能力识别之，因而仍然需要政府的干预和保护，否则可能给消费者造成严重后果。事实上，“自由市场”今天即使在美国也只是一个神话，政府早已对市场采取全面干预。经过20世纪30年代的“大萧条”等经济危机之后，人们已经不再相信市场自我调节的功能了。然而，思想的自由市场却反而没有衰落，因为思想的市场并没有经历类似的“危机”。假冒伪劣产品和虚假广告很可能使信息有限的消费者上当受骗，因而政府必须干预，但“有害”言论的坏处却并非那么直接和严重，因而政府仍然没有干预的理由。至少，在它们产生危害之前，我们仍然可以通过自由的辩论认清言论的实质。如果某种思想真的那么“有害”，那么我们期望人民自己迟早会发现它的坏处，除非他们是白痴。既然“人民的眼睛是雪亮的”，我们应该对他们的能力有一个基本的信任。说到底，言论自由最终所依靠的就是对人民的信任和对统治者的不信任。当然，这里的信任和不信任都不是绝对的。所谓人民，也不过就是会犯错误的平民百姓而已。他们正因为会犯错误，所以才需要政府的统治，而一个绝对不被信任的政府是无法统治下去的。这句话无非是说，不要过分信任政府，也不要过分不信任群众。否则，如果你把信任完全放在政府这一边，如果政府在任何情况下都是可信的，而不同意见只是出于群氓的愚昧而已，那么言论自由哪里还有生存空间呢？如果政府不会犯错误，那又要法治干什么呢？

霍姆斯的逻辑当然不仅适用于美国，而是和法治逻辑一样具有普适价值。任何国家都有必要认真对待言论自由，中国也不例外。2007年9月起，北京推出“首都网络110虚拟警察”，在各大门户网站上岗。网络虚拟警察的管辖范围以网络传播淫秽信息、贩卖违禁物品等网络犯罪为主，但是网上犯罪还包括网络盗窃、网络诈骗、网络赌博、网络恐怖事件、网络洗钱、网络迷信和网络谣言等9类犯罪行为。在网络信息满天飞的时代，网络需要适当管制，这是无可非议的。法律本来禁止的有害行为，并不因为网络的出现而合法化，罪犯也不应通过网络就获得更多的犯罪机会。然而，虽然网络警察制度的初衷是好的，但还是存在一些隐忧。令人担心的是，某些网络犯罪的定义是如此宽泛和模糊，以至让普通人无法预知罪与非罪的边界；政府在界定过程中也势必遇到同样困难，从而很可能造成执法随意性。最成问题的两类犯罪是“网络迷信”和“网络谣言”。北京市的有关规定将网络谣言定义为利用网络发布“有害言论”，但是没有说明什么言论是“有害”的。《宪法》第35条规定公民有言论和出版的自由，而网络言论显然也在宪法保护范围之内。

俗话说，“三个臭皮匠，顶个诸葛亮”。普通老百姓未必是最聪明的，但是如果给他们完全的信息并允许他们充分讨论、畅所欲言，那么

556

他们的集体判断犯错误的可能性应该比政府更小。以前我们也说过，“群众的眼睛是雪亮的”。我们要信任普通老百姓有能力在“百花齐放”、“眼花缭乱”的环境下鉴别“香花毒草”，并在大多数时候作出对大多数人最有利的判断。因此，只要还有足够的时间公开讨论，只要有关言论不会马上就产生清楚的危害，那么政府就不应该限制这类言论；如果政府要限制言论，就必须证明这种言论所产生的危险是清楚（而非模糊不清）的，是已经或即将发生（而非在将来某个不定的时候发生）的，否则就要承担败诉的后果。不能清楚定义边界的权力是令人担忧的，即使是“虚拟”的网络警察也不例外。

2. 德国插曲——政治言论的“见解”与“事实”之分

和美国法院相比，德国宪政法院对言论自由的保护显得更加仔细。在分析《基本法》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”成份。这体现于以上探讨的“见解”（Opinion）与“事实”（Facts）成分之间的区别：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。在1982年的“竞选毁谤案”^[1]，宪政法院阐述了见解和事实的区分原则。

在欧洲议会的竞选中，社会民主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，宣称法院决定侵犯了《基本法》第5条第1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，也在根本上处于第1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。

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：

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。

当然，即使见解的表达亦并非没有限制。如上所述，法院必须平衡

第1条的人格尊严、第2条的人格权和第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。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。情急之下，候选人确实可能言不择词、无所不用其极，但是如果选民政治素质成熟，这种做法反而得不偿失、损害毁谤者自己的形象和选票。和美国法院一样，德国宪政法院也将最终的信任赋予政治言论的“消费者”——普通选民。

3. 言论自由的社会前提——信任、勇气和远见

因此，言论自由最终取决于我们究竟把信任放在哪一边——人民还是政府那里。美国的宪法理论最终将基本信任放在普通人那里。这么做当然是有风险的，因为人民也会犯错误。一个最惨痛的教训就是纳粹第三帝国的兴起。不要忘记，纳粹也是通过民主的方式上台的，因为希特勒的狂热煽动吸引了相当多的德国人，最后在许多民众的支持下上台并将德国和整个世界引向战争的深渊。这类例子确实存在，但我们也不要夸大其普遍性。毕竟，它们是屈指可数的，自由民主的反对者反复引证的似乎也只有纳粹这个极端的例子。除了这个极有争议的例子（因为纳粹德国显然并不是真正的自由民主，而只不过是利用了自由民主的弱点窃取了政权），我们并没有听说一个国家因为实行了民主和言论自由而走向灾难，而反面的例子却是不胜枚举。事实上，就和我们个人一样，政府也是理性自私的，因而在政府干预言论的时候，大多数时候其实未必是因为言论对社会真的有害，而是因为政府不能容忍不同意见的批评。然而，如果政府失去了舆论监督，权力就将失控，贪污腐败、贪赃枉法就不可能得到遏制，而这显然是对社会有害的。如果政府可以随意压制反对的言论，那么它就不只是真理的维护者，而是成了真理的“发明者”和“定义者”。我们都听说过“指鹿为马”的故事，而言论自由的作用正在于防止这类事件的发生。

不论如何，言论自由还是有风险的，因而实施这种制度仍然需要相当的勇气。在1925年的“左翼党派第二案”中，霍姆斯的“战友”布兰代斯法官（J. Brandeis）为言论自由做过很经典的辩护。他认为，美国制宪者是支持言论自由的，因为他们相信幸福来自于自由，自由来自于勇

气，而那些赢得了独立战争的人并非懦夫，他们并没有牺牲自由来巩固秩序。他们知道言论自由的风险，但更明白压制言论的风险远远高于言论自由的风险。通过简单惩罚引起恐惧，并不能使社会更稳定。恰恰相反，压制必将产生仇恨，而仇恨显然将威胁政府和社会稳定。

政府之所以要压制言论，并不是因为其自身强大，而恰好暴露了自身的虚弱，因为大多数压制正是出于对言论的恐惧。许多恐惧其实是没有理性根据的，而言论自由的作用就在于超越这种非理性的恐惧。在西方历史上，“人们曾因害怕巫婆而焚烧妇女。”在中国历史上，也发生过因迷信和恐惧而导致的大规模迫害。美国学者孔飞力（Phillip Cohen）曾写过一本书，名为《叫魂》，讲述的是明朝的宗教迫害。[\[1\]](#)当时民间流行一种传说，据说有的和尚、道士将小孩子的名字写在纸条上，就将孩子的灵魂带走了。有一天，两个和尚经过一个村庄，村民们怎么看他们都不顺眼，便以为他们是来叫魂的，于是让官府将他们抓起来。刑讯逼供之后，他们不但自己招认了“罪行”，而且还供出一大堆同犯，造成了明代的大冤狱。巫术究竟是不是骗人的？有没有“叫魂”这回事？这些问题原来可以通过自由辩论解决，政府不应该插手，而政府采用的合法（或非法）暴力最终导致了悲剧。

因此，霍姆斯的理论要求政府和法律在一般情况下不应该干预人的思想和言论。只有在言论一经传播出去就会立刻产生严重危害的情况下，对言论的限制才具有正当性。这种言论当然是有的，譬如2005年伊拉克的穆斯林教徒在举行盛大宗教活动的时候，有人突然高喊“恐怖袭击来了”，结果引起人们的恐慌，在逃跑中踩死踩伤上万人。言论自由当然不是保护这种言论，它们是完全可以受到法律制裁的。然而，要控制或制裁言论，言论的危害必须是清楚的而不是模糊的，必须是立即就会发生而不是遥遥无期的，必须是实际存在而不是凭空猜测。否则，如果政府随便找个借口就可以控制言论，那么言论自由就不存在了，政府的任意性和滥用权力也就无法避免了。更严重的是，国家对话语权的垄断人为造成了无谓的社会争斗、迫害和反抗。

在秦始皇三十四年（公元前213年），秦朝高官淳于越反对当时实行的“郡县制”，要求根据古制分封子弟。丞相李斯加以驳斥，并主张禁止“儒生”以古非今，以私学诽谤朝政。秦始皇采纳李斯的建议，下令焚烧《秦记》以外的列国史记，对不属于博士馆的私藏《诗》、《书》等也限期交出烧毁；有敢谈论《诗》、《书》的处死，称赞过去的而议论现在政策的灭族；禁止私学，想学法令的人必须以官吏为师。这种措施引起许多读书人的不满。第二年，许多方士、儒生攻击秦始皇。秦始皇派人调查，并将460多名方士和儒生挖大坑活埋。到了汉代，儒学“翻

身”了，从异端邪说摇身变为“正统”。但是遭受迫害的儒家并没有吸取压制言论的教训，自己成为“正统”后又去压制别的“异端邪说”；有压制就有斗争，人的本性是自卫，尤其是压制往往没有理由，因而徒然引发无端的迫害、斗争和倾轧。

事实上，尽管言论自由限制了政府权力，但这种限制在某些情况下正是对政府的一种解脱，使之不需要因干预过多而卷入“剪不断、理还乱”的社会纠纷。这里再举一个例子。英国小说家拉什迪写了一本书，叫《撒旦诗篇》，其中有针对伊斯兰教生活方式的不友善评论，引起了伊斯兰教团体的愤怒。纽约出售这本书的两个书店还发生了恐怖爆炸。但是恐怖事件没有阻止这本书的销售，反而使之成为排行榜上名列前茅的畅销书。结果，当时的伊朗领袖霍梅尼公开要求美国禁止这本书的发行。我不知道当时的美国总统用了什么外交辞令，但是他要推脱干系实在是太容易了。他有一个最冠冕堂皇的理由：宪法第一修正案禁止我这么做！和伊朗不同的是，美国政府是不能干预言论自由的——别说总统不能干预，连国会的法律都不能干预。当然，如果书的作者伤害了特定团体或个人的名誉，后者可以上法院告他，但是这不管总统的事。这是美国社会的一个常识。假如哪个总统斗胆答应这个要求的话，他肯定是被哄下台的。当然，这种智商的人也不可能做上总统。然而，假如美国宪法没有禁止，假如政府可以干预言论，那么它究竟帮哪边说话呢？如果站在书的作者这边，那无疑会冒犯广大的穆斯林团体；如果站在穆斯林这边，又可能会冒犯许多对穆斯林有成见的派别。这真是一个两难。不论站在哪一边，政府都会无端树立许多个敌人，而这对于社会的稳定与和谐显然是不利的。第一修正案为美国政府解决了这么一个头疼的问题。通过禁止政府干预言论自由，言论自由不仅保护了作者和读者，而且也保护了政府自己。值得我们深思的是，中国宪法对言论自由的保护能为社会和谐与稳定做什么。

五、代结论——还是有点悲剧好

既然言论自由有那么多好处，对言论自由的剥夺或限制有那么多风险和弊端，那么为什么许多国家却仍然没有真正的言论自由呢？原因是多方面的。首先，言论自由的好处是全社会共享的，但是最直接的代价却是由政府承担的，因为言论一旦放开，政府就可能受到批评，而是否

561

实施言论自由的决定权在于政府。和我们个人一样，世界上哪个政府都不情愿“挨批”，这是人之常情，而言论自由的价值恰恰在于保护批评政府的那部分言论，因为表扬政府的言论是不需要受到特别保护的。这就是言论自由的一个最根本的悖论。其次，言论自由的收益是长远的，而代价则是眼前的。压制一种反对意见，我心里马上会产生一种快感，而压制的危害则需要经过长年累月形成制度和习惯之后才能看出来。事实上，正如托克维尔指出，所有的家长式专制都带有一种欺骗性，因为它对于满足人类特定需要的效果是立竿见影的，坏处则在很长时间过后才能显现出来，而到那个时候整个社会已经回天无力了。自由社会则正好相反：坏处是立竿见影的，好处则要假以时日才能为平民百姓所领悟。在一个言论自由国家，如果发展状况还不那么理想的话，所有的阴暗面都将一览无遗，到处都显得灰蒙蒙的，令人感到沮丧和压抑，完全没有太平盛世的歌舞升平的迹象。许多生活在言论自由中的人并不知足或感恩，直到他的自由受到了实在的威胁，或看到没有言论自由的国家事实上是一种什么状况。因此，言论自由不仅是一项宪法制度，而且也是一种宪政文化和国民素质；要将言论自由落到实处，一个民族不仅需要勇气，还需要智慧和和远见。

最后，让我们以一个悲剧的话题结束。曾有一篇文学专业的硕士论文提出了一个值得深思的主题：我们半个多世纪以来竟没有一部真正的悲剧文学。“文化大革命”之后，一度流行过“伤痕文学”，可是“伤痕文学”并不是悲剧，因为那些老教师、老干部虽然受到过迫害，政府最后还是为他们平反了，所以结尾仍然是喜剧。记得以前看过一部上世纪二三十年代的电影，叫《一江春水向东流》。这是一部真正的悲剧，因为结尾是主人公自杀了，再“平反”也没有用了。但它所反映的是那个时代的悲剧，而不是我们这个时代的悲剧。然而，我们知道周围还是有不少悲剧的。远的不说，近年来因为经济发展而产生了种种社会冲突，对于有的个人或家庭来说是以悲剧结束的。但是我们的作家却不能写这些东西。他们不写，使我们生活在一种“集体的无知”之中，使我们误以为这些悲剧不存在，误以为造成这些悲剧的隐患不存在。既然不知道问题的存在，那就更不可能通过理性的讨论去及时发现问题、消除隐患、防止悲剧的重演，而这对于建设和谐社会显然是不利的。为了在现实生活中少发生一些悲剧，还是让我们看到和听到更多的悲剧吧。

[1] Campaign Slur Case,61 BVerfGE 1.

[1] 参见孔飞力：《叫魂——1768年中国妖术大恐慌》，上海三联书店1999年版。

第二十二讲

言论自由的宪法保护



上一讲介绍了言论自由的理论基础。言论自由是所有宪法权利中最重要的一项基本权利，也是社会和谐所不可或缺的制度保障。没有言论自由，选举失去意义，民主失去价值，社会矛盾堆积如山，而统治者却浑然不觉，在表面的“和谐”之下自我陶醉，以至不仅平民百姓的大量疾苦无法上达“天听”，而且官民矛盾越陷越深，政权合法性危机越来越严重，社会陷入动乱和专制的周而复始的恶性循环之中。因此，和民主一样，言论自由的宪法保障是一个国家最重要的宪法制度。

当然，言论自由也不是绝对的。我们不能随意损害他人的名誉，我们不能散布虚假广告，我们也不能谎报地震并造成恐慌，然后用“言论自由”为自己开脱。宪法对言论自由的保护究竟在什么情况下发挥作用？如何鉴别宪法应该保护和不应该保护的言论？在明确了言论自由的基本哲学之后，这些实际问题才是言论自由的关键所在。

这一讲通过中外宪法判例或事件，探讨言论自由的宪法保护及其限度。在美国，第一修正案的保护限度体现于“清楚与现存危险”的审查标准：除非产生清楚的即刻发生的危险，言论不得受到政府控制。但是这项审查标准虽然看上去比第一修正案的文字更详细，其实本身也是相当抽象和模糊的，因而同样需要司法解释。根据言论的性质，司法审查的标准也有所不同，譬如价值判断享有几乎绝对的自由，政府一律不得干预；事实陈述则可以受到检验，因而不准确的事实陈述可以受到一定限制。诽谤就是一类影响个人名誉的错误陈述，因而言论自由显然并不意

味着纵容诽谤。然而，为了保证公民或媒体在监督和批评政府官员时没有诽谤诉讼的后顾之忧，宪政国家又在很大程度上免除了针对官员的诽谤责任，以免对言论和新闻自由产生“泼冷水”效应。

一、言论自由的宪法边界

我们在上一讲看到，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（A.V. Dicey）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。

由此可见，英国当时的新闻自由与其说来自法律对它提供特别保护，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，法律可以对言论规定几乎任何限制；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。

1. 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。

对美国言论自由的考验，主要是在社会动荡时期。回顾上一讲布兰代斯法官（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，但其第一部分第三节规定了三项新的犯罪活动：“在合众国参战时，[1]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；[2]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；[3]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”^[1]，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。

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”。它还否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，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，以至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，许多在和平时可被谈论的事物，将对战备努力构成如此障碍，以至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。到“抵制征兵第四案”，霍姆斯法官改变了他在以前3个案例中的观点，开始采取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（见第二十一讲）。

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。法院也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”^[1]，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安全。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。

2. “清楚与现存危险”的意义——平衡还是绝对？

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^[1]，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。

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，并妥善权衡所牵涉到的各方利益。”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：

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，以至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，以至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。

最后，在1969年的“右翼党派案”^[1]，最高法院正式推翻了1927年“左翼党派第二案”的多数决定，从而完成了向霍尔姆斯—布兰代斯理论的转折（参见第二十一讲）。此后，最高法院在“平衡标准”和“绝对”保护之间确定了折衷位置。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—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）撤销了州法：

“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切的违法行为，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分于暴力行动的准备，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，包揽在其定罪范围之内。

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”，法院仍然沿用霍尔姆斯法官的“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。在半个世纪之后，最高法院最终接受并超越了霍尔姆斯和布兰代斯法官所表达的少数意见。

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。

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。我们从上一讲看到，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、“象征性言论”

如果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做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），即它们在表面上行为，但实际上和普通言论一样，要表达一种思想或观点。譬如你对老师讲课效果不满意，因而做出某种不满意的举动，如走出教室并把门“怦”地关上；你的行为目的并不是要大声关门，而是意有所指，也就是表达对老师讲课的不满。

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“言论成份”以及政府调控是否针对行为的“言论成份”。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”^[1]，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、故意破坏或以其他方式更改登记卡”。奥布莱恩和三名同伴在众目睽睽之下，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”。^[2]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。

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得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性行为。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，因而并不涉及到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：

得州显然考虑到，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”。

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4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中，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。

最高法院判决出台后，国会两院非常愤怒，两院迅速以绝对多数通过了联邦版的保护国旗法。结果法律生效当天就有人在国会门前焚烧国旗，并获得挑战联邦立法合宪性的诉讼资格。最高法院再次以5:4判决国旗保护法违宪，双方理由和上案类似。^[1]

中国《国旗法》第3条明确规定：“每个公民和组织都应当尊重和爱护国旗。”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）。但是究竟是否存在“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）。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3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利”。2009年，重庆一度出现侮辱党旗、国旗事件，省委书记亲自批示要依法“严肃处理”。

《国旗法》规定产生了一系列问题。譬如关于升挂国旗场合的规定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？在黑夜飘扬中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？最后，第19条以及补充规定的刑事处罚是否和限制公民升挂国旗的规定一样限制了公民的表达自由？

三、言论自由与名誉权

1. 言论自由与政府名誉

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确实性，公民或媒介可能顾虑到法律的刑事处罚或巨额赔偿，而避免不受约束地自由发表批评意见。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。^[1]

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。4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4次，而文中却称7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，并授予原告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处罚。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不敢受到震慑，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，以至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”^[1]，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。

2. 中国地方官员的“名誉维权”

近年来，尤其是随着互联网和手机短信作为传播方式的发展，中国各级官员频繁诉诸法律维护自己的“名誉权”。反映政府自我保护意识的一个最极端的事件发生在湖北天门市，城管将一位用手机拍摄野蛮执法

的企业主当场围殴致死。^[1]这种暴力行为显然违法，但从宪政国家的经验看，即便“合法”维护官员名誉也是违背宪法常识的作为。

官员名誉权的第一个案例是2006年发生在重庆的“彭水诗案”，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》：

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，留得沙沱彩虹桥。俱往矣，当痛定思痛，不要骚搞。

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并启动起诉程序。经媒体曝光后，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。

重庆“彭水诗案”之后，国内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，而在此期间，他丢了自己的工作和未婚妻，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。

在处理官员名誉问题上，法治发达国家基本上采用了和美国同样的规则，在纵容批评错误和官员腐败这两种风险中做出了一边倒的选择。中国没有必要照搬其他国家的做法，但是中国同样有舆论监督和控制腐败的需要。事实上，《宪法》第41条明确规定，公民“有提出批评和建议的权利”，以及“向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利”，而且“任何人不得压制和打击报复”。这样看来，公民是否可以“诽谤”官员不应该是一个问题，因为除非是出自主观恶意，即便我们对政府官员批评错了，那也不应该构成“诽谤”。

2008年，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，这次的西丰县似乎过分“自信”了一点，不仅将“诽谤”者打入大牢，而且派遣大批警察来到北京的杂志社，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”。笔者不得不说，这些判断是缺乏宪法常识的。

在信息爆炸的现代社会，任何个人的声音都是微弱的，即便通过手机短信等现代化工具也不例外。公民的声音如何受到社会重视？这就要靠《法人》杂志这样的媒体，媒体相当于公民言论的“扩音器”；它将重要事件从纷繁嘈杂的信息海洋中过滤并提取出来，引起全国关注，帮助人民监督政府和政府自我监督。可以说，中国社会近年来取得的每一点重大进步都离不开媒体的作用。没有报刊、电视、广播、网络的新闻报道，我们都不可能知道“孙志刚事件”、“山西黑砖窑事件”、“厦门PX事件”……更不用说解决这些事件中的问题了。新闻监督是最有效的社会监督机制，也是公民权利最有力的保障。因此，如果说公民个人的言论自由受到宪法保护，那么媒体的报道自由更应该受到保护。事实上，上

述“纽约时报案”就是专门针对媒体的报道自由。为了避免给言论自由“泼冷水”，政府不仅不得禁止公民个人“诽谤”，也不得禁止媒体“诽谤”。当然，就和个人一样，媒体也得承担法律和道义的责任；如果媒体诽谤了平民百姓，就得承担相应的法律责任。然而，为了保护普通百姓的基本权利，为了保证政府受到有效监督，政府官员就不能因为媒体报道对自己不利而随便指责“诽谤”；即使报道错了，政府也得“忍”着点，而不是像西丰县委那样利用自己掌握的公权力到处抓人。

四、言论自由与社会宽容

言论自由不仅需要司法的制度性保护，而且也需要宽容的社会文化环境。在一个不宽容的社会，不可能容忍自由开明的法院；即便侥幸存在这样的法院，容忍言论自由的判决也势必淹没在社会非议和谩骂之中。对于长期在教条主义统治下的中国，社会宽容对于言论自由显得尤其重要，而近年来的一系列事件却让人对缺乏宽容的“国民性”不无担忧。

1. 自由与宽容

显而易见，一个进步的民族必然是一个宽容的民族；一个心胸狭隘的民族不能宽容别人的批评，也必然听不进别人的意见，包括那些有助于中国进步的善意批评，最后必然失去诸多自我改进的机会。忠言逆耳的常识、讳疾忌医的教训、闻过则喜的美德，在此就不赘述了。在此只是从宪法的角度谈谈，我们应如何对待那些不中听的言论。

从宪法上看，这个问题很简单。大千世界、林林总总，什么人都有，什么想法、什么言论都有，我们不可能在乎每个人都在说些什么。更重要的是，在许多情况下，也很难鉴别不同言论对于我们自己意味着什么。一句奉承让我们沾沾自喜，但是很可能纵容了实际上对我们有害的行为；一句批评很不中听，但是很可能让我们悬崖勒马。彭德怀在“庐山会议”上反对“左”倾冒进政策、马寅初提倡“新人口论”，他们的话现在听上去何其中肯，但当时在绝大多数人耳里是何其不中听，甚至“反动”、“恶毒”、“别有用心”，但是最后却不幸证明他们是对的。事实上，批评可能是善意的，也可能是恶意乃至刻毒的，但言者的意图或

态度既不重要也很难甄别，重要的是不同思想、不同意见、不同言论的充分表达对于社会进步的作用。换言之，如果我们不能宽容那些我们不爱听的言论，那么最后倒霉的是我们自己。

当然，我们也有自由用自己的方式表达自己的意见，起诉那些贬损名誉的言论甚至抵制个别国家的商品，但是如何对待不中听的言论，我们自己心里要有一杆秤。霍姆斯在另一个场合精辟指出，好听的言论其实是用不着保护的，需要保护的恰恰是那些不中听的言论。我们的宪法也规定了言论自由，而言论自由不仅是一项政府不应干预的权利，而且还意味着一种宽容的社会心态；一个承受不起洋人的批评、嘲弄乃至谩骂的民族，是不可能容忍本国人的言论自由的。对于那些无聊的骂街，我们大可一笑了之；我们的宽容并不意味着懦弱，而恰恰是民族自信的表现。对于那些认真的批评，则无论中听与否，都是需要认真对待的。

实际上，如果我们信任大多数人的判断，民主社会根本没有必要控制言论，甚至可以说越是有害的言论，越没有必要去控制它。为什么？因为既然它那么有害，而大多数人都不是白痴，都能看到其中之害，那么看上去越有害的主张反而越没害，因为没有人会把这种主张当真。譬如有谁会相信“太阳明天从西边出”这种胡言乱语呢？如果大多数人不信，而这个国家的大政方针、基本国策确实是由大多数人说了算，那么即便错误的言论又有什么危害呢？因此，如果有人想在美国实现共产主义，那么确实应该像霍姆斯说的那样给他充分的机会。如果大多数人不接受，那么选票结果就是显示他错误的最有力证明；如果他的主张赢得了大多数人，那对美国是一件好事，因为民主的真谛就是通过理性辩论、说服和选举来决定这个国家的未来走向。在这个意义上，无论多么边缘、极端乃至荒唐，任何主张都有机会成为国家政策。同样，无论对于我们来说是否中听，任何评论或建议在中国也应该有自己的机会；民主、法治、人权、分权这些东西原来是西方的，究竟是否适合中国“国情”应该在自由宽松的环境下通过辩论让人民做出知情选择。如果他们是有害的，那么大多数中国人不会接受；如果大多数人接受了，那么谁又有权说他们的判断错了呢？

当然，前提是我们相信多数人的判断能力。也许个别主张是毒性很强的“糖衣炮弹”，外表很漂亮，内部“毒性”很强，常人一听就“中毒”，譬如1932年纳粹就凭着欺骗民众赢得绝对多数选票上台的。这种可能性确实存在，但是言论自由的反对者必须拿出确凿证据，表明某种言论一放开就必然产生“清楚与现存的危险”；现在说来说去，也只能举纳粹、法西斯或苏格拉底之死等极个别例子，而古今中外无数事例都已经证明罗隆基在1929年的名言：“压制言论自由的危险比言论自由的危险更危

险。”^[1]因此，要真正对这个国家负责任，还是对他人言论宽容一点的好。

2. 爱国与理性

国外媒体针对西藏问题批评中国并拿“奥运”说事，同时也激起国内部分民众的强烈爱国反应。以抵制家乐福为由头，正反双方已形成旗帜鲜明的两大阵营。看起来抵制派声音更强大，口号也更激进，网上甚至已将反对派上纲上线到“汉奸”、“卖国贼”的高度。这类争论本来是完全正常的，也是公民言论自由的体现。即便言辞激烈、夸张一点，也远比万马齐喑好得多。从宪法角度看，这场争论让人感到欣慰；只有当言论游离于“出格”边缘的时候，才能考验这个民族对言论自由的耐受力。但是如果动辄“扣帽子”、“打棍子”，不仅无助于探讨问题的实质，而且很可能将整个讨论误引到骂街、抹黑、人身攻击的歧途上去。爱国主义本来是一种宝贵的社会资本，但是如果为一种非理性的力量所主导，那么盲目的“爱国”往往会产生误国的效果。因此，即便爱国也是需要一点理性的。

从法律上看，抵制家乐福的言论是否合法甚至受宪法保护，取决于有关言论的表达方式。如果只是停留于“口诛笔伐”，那么无论如何激烈的言论都享有宪法自由。即便网络号召得到广泛响应，也未必干预；家乐福完全可以站出来为自己辩护，反抵制主张也可以通过各种渠道伸张自己的理由，最后是非输赢由广大的消费者评判。在这件事情上，商品的消费者同时也是思想的“消费者”，言论自由也是经济利益的有效保障。即便言论自由不足以保障经济权利，抵制产生了一定的经济影响，家乐福蒙受一时的利润损失也未必足以压倒言论自由。当然，如果个别商家企图趁火打劫、发“爱国”财，那又另当别论。某些地方甚至发生了大卡车堵塞家乐福入口、反抵制者遭到水瓶袭击等事件，则更是“出言而入行”，既不宜提倡更不应保护。爱国显然是无可非议的，但即便是出于爱国的言论也要注意表达方式。毕竟，它只是思想市场上诸多言论的一种，因而没有权利以绝对“正确”自居压制其他言论，更不得转化为各种妨碍公民自由选择物质或思想商品的压力乃至暴力。和其他言论一样，爱国言论显然享受宪法保护的自由，但是越雷池一步，便反而成为剥夺他人言论和选择自由的利器。因此，任何权利都不是无限的，爱国言论的自由也不例外。

更重要的是，要做一个真正的而不是虚假的爱国者，首先必须明白“爱国”的意义。^[1]理性的爱国首先在于“爱”字的真义。在这个意义

上，爱国和爱一个人其实是完全一致的。对于一个人，我们都知道有真爱、假爱或溺爱之分。如果别人不分是非地说自己好话，即便自己做错了还是一味阿谀奉承，那么这种“爱”显然不是真爱。虽然每个人都喜欢听好话，但是我们都听说过讳疾忌医的故事；凡是理智的人不会不听逆耳忠言，因为只有批评才能使一个人更加完善。因此，中国传统儒学极为强调内省，主张“闻过则喜”。如果别人说我脸上有一块泥巴，我得赶紧照照镜子，如果无中生有可以感到庆幸，如果说得属实则尽快清除自己的污点，免得更多的人笑而不言，而不是怪罪言者无礼；如果射靶不中，也怨不得靶放歪了，而是只能怪自己射技不精，赶紧提高自己才是。孟子说：“反身而诚，乐莫大焉。”这种态度与其说是虚怀若谷的美德，不如说是一种理性自私的精明，因为只有这样做才对自己真正有益。反之，如果一个人不断吹嘘自己或祖宗八代如何了不起，别人说一个不是就怒气冲冲、恶言相对，那么这种人与其说是狂妄可笑，不如说是肤浅、短视、无知、可怜，因为任何有点远见的人都知道这种态度伤害的无非是自己而已。

其实不论他人的批评是善意还是恶意，我们大可不必在意其背后的图谋；儒家传统告诉我们，真正应该在乎的不是别人怎么说我们，而是我们自己究竟如何。不可否认的是，中国今天还存在许多问题，因而与其将注意力放在如何回应对方的攻击，不如切实解决自己的问题，让别人无话可说。也只有这样，中国才能真正崛起，中国人才能得到真正的实惠而非虚假的口惠。大凡缺乏自信的人，往往摇摆于自负与自卑两极之间：一方面对自己身上的问题束手无策，进而麻木不仁和回避否认；一旦遭遇批评，则又暴跳如雷，顺势将一切问题都归咎于“帝国主义”或“卖国贼”的阴谋，但是这种不能正视自己的态度不仅看不到中国的真问题，更谈不上发现问题的根源并从制度上解决问题，最后反而贻误了中国的发展良机。从根子上解决中国的问题，让中国变得更好——这才是真爱国。

3. 哀悼日的忧思

汶川地震，伤亡惨重，举国哀痛。中央决定2008年5月19—21日为全国哀悼日，以表达全国人民对受灾死者的哀思。一时间，报纸、电视全部是清一色的灾区相关报道，娱乐、体育乃至一般的新闻和评论一律取消，有的频道停播，几乎所有在播的频道都是同一个节目、同一个画面，令人颇为吃惊。不少网站还提醒大家“国难日”应注意的事项，如乌鲁木齐拼客网建议：第一：三天国丧期间，着装要正式、肃穆，不要

穿戴太时尚或者颜色鲜艳的衣服、鞋帽，女同志不要用鲜艳的口红眼影化妆彩装，不要佩戴时尚的首饰；第二：工休的时候不许开音乐、不许打牌，不许打闹嬉戏；第三：要注意维护公共场所的气氛，在街上行走的时候，不要三五成群的嬉闹；第四：下班之后不要出入舞厅、卡拉OK厅、台球社，也不要在家里放歌曲，唱卡拉OK举办朋友聚会；第五：可以佩戴一些表示哀悼、追念的标志或饰品；第六：今天下午14:28起，停止工作三分钟；第七：这是第一次为百姓举行国丧，有些百姓会不习惯、不重视，也不知道该怎么做，希望大家尽量在亲朋好友中传递这些信息，并随时纠正看到的不正确行为。由此可见，哀悼日的思维定式不只是体现于政府规定，而且具有广泛的社会基础。

国难当头，哀悼本是人之常情，还有谁会反对呢？作为文明礼仪之邦，中国也一直存在为去世的重要人物哀悼的传统。家有“三年之丧”，国有已故领导人祭奠。据说尧帝死后，“百姓如丧考妣，三载，四海遏密八音”。^[1]现在只哀悼三天，难道还过分吗？更何况哀悼的不是位高权重的领导人，而是在地震灾害中死去的普通老百姓。这难道不正是国家“以民为本”、尊重人性的体现吗？

然而，在宪法面前，三天和三年、领导人和老百姓并没有本质区别。在性质上，汶川地震的强制哀悼和舜典中所说的“四海遏密八音”是一致的，都是通过行政命令在全国统一禁止某些内容的言论——无论是娱乐（“八音”）还是严肃的话题。如果老百姓出于对尧的自发爱戴而“如丧考妣”、三年远离“八音”，当然另当别论，但是这么整齐划一的行为显然不可能是完全自发的，而必然是政府统一规定的结果，就和今天如果没有政府规定，各大媒体绝不可能在哀悼日如此整齐一样。不同的是，中国在那个时代还没有一部宪法，而现在则不仅有了一部宪法，而且宪法还明确规定了表达自由，表明国家不能像以前那样随意限制不同的表达方式；恰好相反，国家必须遵循宪法表达自由的约束。

表达自由意味着什么？在汶川地震这件事情上，它意味着公民有自由以不同的方式表达自己的哀悼——说得极端一点，甚至有自由不表示哀悼。在我们绝大多数人眼里，这种态度在道德上显然是错误的。不错，我们可以予以强烈的道德谴责；这不仅不违反表达自由，而恰恰是表达哀悼的自由之体现。但是如果再越雷池一步，从道德压力上升到行政命令，要求所有媒体都以一种方式表达一种声音，那么表达自由就受到了宪法所不允许的限制。但是如果强制规定哀悼，全国媒体步调不一，有些娱乐节目照常进行，主持人和参与人还在嬉笑怒骂，岂不是和举国哀痛的气氛很不合拍、很不和谐吗？是的，这种可能性确实存在，但这也正是表达自由所要求的宽容。即便在道德上绝对正确的哀悼死者

583

这个问题上，表达自由也要求我们容忍不同意见，至少国家不能通过强制手段予以禁止。

事实上，哀悼死者不独是中国传统，而是各国通行的人之常情。美国政府大楼的国旗似乎一年中大半年是半升半降的，公民自己在家也可以下半旗哀悼自己认为值得哀悼的人。关键在于，公民的哀悼是自发的，是国家不能通过任何手段强迫的。更何况“强扭的瓜不甜”，在道德乃至政治压力下强迫出来的哀痛表情也是我们不屑的。哀痛本来是发自内心的真情流露，而不应该是外力强加的结果。从这次地震后全国上下的强烈反应来看，有多少人、多少媒体在为灾难沉痛哀悼，又有多少单位和团体在为救灾出钱出力？！国家根本不需要告诉国人和媒体怎么做，我们完全会以自认为最恰当的方式表达自己的情感。可是即便如此，各地仍然普遍要求市民甚至中小学生捐钱捐物，向“灾区人民表达心意”，而且捐献物品还不能太旧，有的学校甚至要求“八成新”，最好是买来新的捐上，却反而使捐献流于形式。

显然，没有人反对哀悼汶川地震的受难者，应该也没有人会反对国家将一年中的某个日子特别规定为哀悼日，尽管具体哪个日子在征求全国民意后再确定或许更妥当。然而，如果国家再进一步规定哀悼方式，造成全国媒体步调一致、千篇一律，这种行为方式恐怕就不是“靠近人情”或“走向人性”，而是令人回忆起半个世纪以前的那个年代，我们因为压制了彭德怀的言论而少了三千万人，又因为压制马寅初的言论而增添了四亿人口。而大多数国人甚至大多数媒体人没有用自己的表达自由对此表达半点异议，甚至认为理所应当，在深层意识上对表达自由的宪政精神表现出令人担忧的淡漠。汶川地震产生了国人的强烈情感，但正是这类事件才是言论自由的试金石；一个国家有没有言论自由，或是否能包容不同意见，正体现在大多数人对他们认为显然错误的少数立场的态度上。

-
- [1] Schenck v. United States, 249 U. S. 47.
 - [1] Watts v. United States, 394 U. S. 705.
 - [1] Konigsberg v. State Bar of California, 366 U. S. 36.
 - [1] Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444.
 - [1] United States v. O'Brien, 391 U. S. 367.
 - [2] Texas v. Johnson, 491 U.S. 397.
 - [1] United States v. Eichman, 496 U. S. 310.
 - [1] New York Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254.
 - [1] Curtis Publishing Co. v. Butts, Associated Press v. Walker, 388

U.S. 130.

[\[1\]](#) 黄鹏程、程平：《男子拍下城管粗暴执法照片，拒绝删除被打死》，载《楚天都市报》2008年1月8日。

[\[1\]](#) 《告压迫言论自由者》，载《新月》第2卷第6、7号合刊，1929年9月。

[\[1\]](#) 参见张千帆：《什么是真正的爱国主义》，载《领导者》（香港）2009年第4期，第137—145页。

[\[1\]](#) 《尚书·舜典》。

第二十三讲

新闻、出版、集会与结社自由



从以上两讲我们看到，言论自由对于维持民主政治和社会和谐是不可缺少的。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式行为，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）

在这一讲，我们通过众多案例来探讨这些重要权利是如何受到各国宪法保护的。和狭义的言论自由一样，这些自由对于一个和谐社会也是至关重要的。如果没有新闻与出版自由，不同个人观点就得不到公众检验，社会就无从判断什么是对和谐与稳定最有利的主张；没有集会自由，特定群体的需求和声音就无法传达给社会并引起公众重视；没有结社自由，弱势群体就无法团结起来壮大每个弱者的力量，无论是个人还是群体的合法权益都得不到保障，社会矛盾也永远得不到及时和有效解决。没有广义的表达自由，社会只是表面“和谐”；只有保障表达自由和民主政治，社会才能走向真正和谐。因此，表达自由确实是崇高的宪法理念，但是绝非仅仅理念而已；表达自由能为我们节省许多社会和经济成本，没有表达自由的社会将付出巨大代价。在这个意义上，制度也会生成GDP，表达自由对社会的作用绝不亚于经济发展。

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，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。

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。

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。”^[1]

1. 新闻自由与事前限制

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。早在第一修正案制订之初，这项原则就得以确立，但是1931年的“禁止周刊诽谤案”扩大了这项原则的适用范围。^[2]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真实性，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。

在休斯总法官（C.J. Hughes）的多数意见中，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150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。

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于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。

中国1949年以后，四部宪法都先后规定了新闻出版自由。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年国务院颁布的《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8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传统文化，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3倍以上10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。

2. 新闻自由与国家秘密

对事前限制的另一项应用是涉及国家机密的案件。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。^[1]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。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“国家秘密”，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”。事实上，“国家秘密”并不是天然存在的，而是人为划定的；从领导人的年龄到死刑判决人数，几乎任何事情都可能成为“国家秘密”，但在一个信息公开的民主社会，它们可能正是需要公开的“秘密”；政府的自然倾向是将对自已不利的消息划为“国家秘密”，而这正是一个民主和法治社会所要防止的。

在越南战争期间，反战人士埃尔思伯格（Daniel Ellsberg）获得了题为“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。

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”^[2]，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《原子能法案》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，而这种威胁在本案是不言而喻的。

其他自由民主国家也同样遭遇国家秘密和新闻自由之间的冲突，而处理方式未必完全相同。例如在英国，《官方机密法》很可能禁止类似材料的公布，但是德国却未必认同上述“拼合理论”——如果支离破碎的细节并不涉及国家秘密，拼凑起来的完整故事则仍可能产生社会危害而被禁止公布。在联邦德国的宪政史上，1966年的“镜报泄密案”是最受争

议的决定之一，而联邦宪政法院的判决本身也发生了4比4分裂。^[1]

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，详细披露了北约和联邦德国的军事计划及联邦德国军事的弱点，并指责国防部长斯特劳斯（Franz Josef Strauss）企图使联邦德国装备原子战略武器。在一天晚上，联邦德国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，宣称法院原先授权政府的搜查与逮捕许可侵犯了法治原则和第五条言论自由。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，宪政法院发生四比四的对等分裂；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。宪政法院没有采纳政府的下列论点，也就是“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。”多数意见指出：

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，它们相辅相成，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。

3. 国家秘密与信息公开

和西方国家相比，中国的保密规定一直十分周密。1988年颁布的《保守国家秘密法》（简称《保密法》）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，以及政党事务（第8条）。根据《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”。由此可见，保密范围相当宽泛。

国家秘密的密级分为“绝密”、“机密”、“秘密”三级（《保守国家秘密法实施办法》第9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。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13条）。不仅参与国家秘密决策的包括中央和地方的多个部门，而且在实践中，省以下的地方政府经常也将自己发布的“红头文件”作为“国家秘密”，从而造成设密主体过多、保密范围过宽、“国家秘密”泛滥的现象。譬如2000年2月，国家保密局和民政部联合制定了《民政工作中国家秘密及其密级具体范围的规定》（71号文件），其中第4条规定，“因自然灾害导致的逃荒、要饭、死亡人员总数及相关资料也属于国家秘密”。2005年8月，保密局修改71号文件，终于删除了“死亡人员总数”六个字，但是自然灾害导致的逃荒、要饭及相关资料在原则上仍然属于国家秘密。

“国家秘密”过宽过多显然不利于保障公民知情权，尤其不利于天灾人祸等突发事件的应对处理。长期以来，地方政府的态度是“灾难不是新闻，抗灾救灾才是新闻”。出于对社会稳定和政治因素的考虑，各地政府对新闻传媒的要求是对于灾难新闻必须持特别慎重的态度，积极宣传战胜灾害的成绩，反对纯客观地报道灾情。结果，唐山大地震具体死亡人数是等到地震发生三年后才允许报道的^[1]；1970年云南通海大地震中死亡了1.6万人，仅次于唐山地震，但直到举行大地震30周年祭集会时才首次正式披露死伤人数和财产损失情况。1975年曾发生河南板桥水库溃坝事件，但是事件真相却从来没有披露。^[2]各地政府为逃避责任而瞒报矿难事故，更是近年来常见现象。

人为隐瞒真相的后果远不只限于人民被剥夺事后知情权，而是可能人为引发及其严重的社会灾难。事实上，1976年的唐山地震已有多起预报，但是由于当时政治气氛敏感而没有披露预报信息，致使24万人在没有任何准备的情况下永远埋在残砖瓦砾之下；在唐山附近的青龙县，由于县委书记顶着丢官的风险向当地的47万人民披露了地震预报，同样的地震没有造成一人死亡，由此可见信息公开对平民百姓的重要性。2003

年“非典”过程中，某些地方政府故意瞒报，致使平民在不知情的情况下无法采取自救措施，人为导致“非典”的大肆蔓延，从而给平民百姓的生命和健康产生巨大威胁。只是在中央明确禁止各地瞒报之后，人民在知情基础上诉诸适当自救之后，“非典”疫情才逐渐得到控制。事实上，信息公开和言论自由不仅不会妨碍政府救灾，而且还会有所助益。譬如在2008年汶川地震中，有的灾难现场正是通过网络传播发现并积极组织营救的。

2008年5月，划时代的《政府信息公开条例》正式施行，目的正是“保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息，提高政府工作的透明度，促进依法行政，充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和社会活动的服务作用”。实践证明，政府信息对于人民的生活乃至生命是何等重要，但是迄今为止，条例执行的状况仍然和规定的目标距离甚远，政府信息公开在许多地方仍然是例外而非规则；政府不公开信息的理由或借口太多，公民申请信息公开的胜算太小。尤其是信息公开条例和保密法之间还存在诸多出入，修改保密法、减少设密主体、缩小保密范围势在必行。

4. 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。但正如以下涉及电视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”^[1]，德国联邦宪政法院对这一问题作了经典阐述。

在战后重建时期，联邦政府在联邦德国设立了国家电视台。宪政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（参见第十讲）。不仅如此，在第二部分意见中，联邦宪政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5条内容，才能衡量第5

条对广播的意义。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5条所提供的广播自由。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，并要求合适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“联邦德国电视公司”的成立和存在都侵犯了《基本法》第5条对新闻自由的保护。“电视台第一案”首次确立了电视广播领域中的多元化原则，因而有“广播领域的大宪章”之称。根据法院意见，“公共舆论之形成既不应仰仗政府，也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私有化，也就是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。如果可以保证管理机构代表社会多元利益，那么国家对所有权的垄断也未尝不可；反之，如果不能保证管理权的多元化，那么即便私人垄断也不允许。事实上，正是为了防止私人垄断损害新闻外部多元化，德国等欧洲国家才通过国家垄断促进内部多元化。

因此，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，而且也禁止私人对新闻自由的干涉。和美国法院不同，德国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。相比之下，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。

法国也同样存在报社和新闻广播的垄断问题。1789年《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，因而除非根据法律决定的情形而必须为这项自由的滥用负责，每个公民都有权自由言论、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、透明度和受到规范的竞争。其中多元化是衡量通讯自由的主要原则，因而受到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。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，议会立法只要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1970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^[1]，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，但还是对法律限制进行了严格解释。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。

在1986年保守党上台后，希拉克（Chirac）内阁试图修正1984年的

法律，减少了社会党在1984年对新闻机构的调控，取消了1984年法律对报社财政透明度和多元化等规定。《法案》第11条把有关政治和一般信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。在1986年的“新闻法决定”^[2]，宪政院判决法律修正因削弱了报社多元化而违宪。对于多元化问题，宪政院指出了修改《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，《法案》第11条绝不是议会可被允许制订的保护报社多元化的改进方法；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。

在1986年的“通讯自由决定”^[3]，宪政院再次判决内阁提议的《法案》部分违宪。《法案》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。

5. 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直接发生作用——甚至冲突。本节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。后者涉及到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

向媒介提供信息的责任，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，美国某些州采取“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。

在1976年的“禁报谋杀案”^[1]，内布拉斯加州法院根据“弹压言论法则”，禁止报纸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。联邦最高法院撤销了这项判决，伯格大法官的意见指出：

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。限制命令的准确措词也很重要。

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。^[1]该案涉及对一名犯罪嫌疑的审判方式，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，并判决被告无罪获释。报社起诉，称法官关闭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，因而撤销了弗州最高法院的决定，并肯定了报

社要求。

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”^[2]，联邦宪政法院处理了《宪法》第2条和第5条所保护的价值观之间的冲突。勒巴赫（Lebach）因协助抢劫军火并杀死与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》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2条保护的个性自由。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，从而触及到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人格自由极为重要；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1条第1款所规定的保护法则相平衡。

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‘人格’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，媒介和公众无权将罪犯生活的个人层面转变成讨论或消遣的对象；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。

虽然中国《宪法》第125条明确规定“法院审理案件，除法律规定的特殊情况外，一律公开进行”，但是中国法院也同样面临不同价值之间的权衡，而在实践过程中司法为了回避社会压力，往往对敏感案件进行不公开审判。譬如2008年，无业青年杨佳为寻求报复潜入上海闸北区公安局连杀9人，引起了全国轰动，许多网友质疑其杀人动机和精神状态，但法院还是决定不公开审判，从而导致社会对审判的公正性产生怀疑。^[1]

2009年12月，中国最高法院下发《关于人民法院接受新闻媒体舆论监督的若干规定》，要求各级法院应当主动接受新闻媒体的舆论监督；同时，如果新闻媒体对正在审理的案件报道严重失实或者恶意进行倾向性报道、损害司法权威、违反法律规定，则将依法追究相应责任。^[2]一方面，对于公开审判的案件，媒体记者和公众可以旁听；对新闻媒体旁听案件庭审、采访报道法院工作、要求提供相关材料的，法院应当根据具体情况提供便利。另一方面，记者旁听庭审应当遵守法庭纪律，未经批准不得录音、录像和摄影。如果法院发现新闻媒体在采访报道法院工作时存在违规情形，可以依法追究相应责任。违规情形包括损害国家安全和公共利益、泄露国家秘密、商业秘密，对正在审理的案件报道严重失实或者恶意进行倾向性报道、损害司法权威、影响公正审判，以侮辱、诽谤等方式损害法官名誉，或损害当事人名誉权等人格权、侵犯诉讼参与人的隐私和安全，歪曲事实、恶意炒作、干扰法院审判或执行活动，造成严重不良影响。这些规定本身当然不无道理，困难在于由谁解释和界定这些颇为笼统的新闻限制。司法限制新闻监督的主要问题是法院裁定自己接受新闻监督的限度，不符合“任何人不得做自己案件法官”的基本法治原则。

6. 小结——新闻自由就是GDP

本讲的宗旨在于说明，新闻自由无疑是重要的宪法理念，但它不仅是理念而已；对于一个健康社会来说，新闻自由发挥着诸多实际的功用。信息是理性的基础，新闻自由首先意味着人民享有知情权，可以根据自然或社会状况及时调整自己的行为；如果人民事先知道自然灾害或流行病毒，就可以采取适当防御措施，将生命、健康、财产损失降至最小。试想，假如当年关于唐山地震的预报能够拯救24万人的生命，那将折合成多少GDP？新闻自由意味着人民知道官员的所作所为，因而有能力监督官员腐败；新闻自由意味着纳税人知道政府的钱究竟花在哪里，因而能防止政府“三公”等挥霍浪费；新闻自由意味着社会可以及时了解不同阶层的饥寒疾苦，因而能保证真正的社会和谐……没有新闻自由，所谓的“和谐”可以很可怕；如果中央不保证限制新闻自由，那么地方就可以变本加厉压制不同的声音，即便出了问题也可以造假瞒报，用表面的“和谐”掩盖实质的不和谐，进而导致社会矛盾日益激化。要有效监督地方政府、名副其实地促进社会和谐，中央其实只需要保证新闻自由。新闻自由就是难以计量的GDP，或更准确地说，就是人民的幸福指数和社会文明程度。

二、集会自由及其限度

1. 什么是集会或游行示威？

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

601

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。

2. 各国宪法对集会自由的保护

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。英国早在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进入《权利法案》。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，政府也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。

一般来说，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”^[1]，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。1965年的两个“学生抗议法院案”表明了法院周围示威的宪法权利及其限度。^[2]“第一案”判决处罚示威者的州法不得过分宽泛，但是在“第二案”中，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的清楚例证。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。人们没有理由去罔视熟悉的红绿灯，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。

在赞成法治下的自由民主社会中，暴力没有地位；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遵从一切有效的法律。

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”^[1]，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重大意义，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治安需要加以合理调控。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5条言论自由的重要性，因而其决定被驳回重新考虑。

3. 集会自由对中国的意义

中国1989年的《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。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，活动负责人可在街道决定通知之日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4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。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。

中国经验表明，宪法规定的游行示威自由也是保障社会和谐的有效手段。厦门PX事件如今可以说是中国环保运动的一个里程碑，但这个称号可是来之不易。早在2006年的“两会”期间，就有105名政协委员联名提出了厦门PX项目停建或迁址的议案。然而，即便是这项政协“头号提案”也没能阻挡项目的进程。2007年6月初，向来温和的厦门市民只好自己行动起来。百万市民一度“疯传”同一条手机短信，内容都是针对这个似已盖棺定论的项目；上千市民不约而同上街集体“散步”，向市政府传达自己的愿望。幸运的是，厦门市政府也是比较温和的；他们没有一意孤行，更没有采取强硬措施对付那些看上去“不听话”甚至和政府“对着干”的市民，而是答应对项目进行重新评估，并且启动了公众参与程序，和市民们面对面探讨PX项目的利弊得失，最后作出项目迁建漳州的理性决定。至此，厦门PX事件终于获得了一个皆大欢喜的结局。

事后看来，厦门PX事件虽然有惊无险，但也不无“后怕”。假如厦门市民当初没有那么大的勇气或智慧，假如厦门市政府在听到反对意见后并不那么“温和”，假如政府官员面对市民诉求只是做做“表面文章”，……那么PX项目可能已经准备开工了，而广大厦门市民往后的日子就不好说了。换言之，换一个地方，当地居民就未必那么幸运了，因为在那里很可能发生厦门没有发生的一切。因此，我们在为厦门市民庆幸的同时，应该看到自己在制度上的缺漏；否则，如果不及时堵住制度缺漏，那么厦门的幸运很可能意味着其他地方的不幸。如果厦门市首开政府和市民共同决定大型项目的先例，那么我们就应该使这一先例制度化，使公众参与成为每一个具有重大公共影响的大型项目的程序要件。

2008年，成都近200名市民上街“散步”，抗议刚动工不久的四川石化项目，结果成都警方以非法游行示威或利用网络散布谣言、煽动闹事甚至“颠覆国家政权”等罪名拘留了6名市民。但是从相关报道看，这次成都散步和厦门、上海的“散步”一样，并没有产生任何社会危害，而只是表达了当地市民反对石化项目的意愿而已。这种形式的“散步”是公民受宪法保护的基本自由，因而不应受到随意干涉、限制乃至惩罚，更不

能动辄以颠覆国家政权这样严重的罪名实施严厉打击。

宪法之所以保护言论自由，正在于其对维护社会和谐的作用。自由言论固然可能一时导致流言蜚语甚至满城风雨，但是即便如此也比万马齐喑、噤若寒蝉的高压局面要好。而言论的表达可以通过多种方式，言谈、出版、博客、集会、游行都是宪法明确保护的正当表达方式。当然，如果选择集会或游行，一般需要经过批准，以免引起交通堵塞、扰乱秩序等问题，但是批准只是一个涉及时间、地点、路径的程序，政府不能因为不喜欢游行所要表达的观点而进行实质审查，否则就违背了言论自由的宗旨。政府并不是一贯正确的神仙，完全可能在一些重要政策问题上犯错误，而这种错误只有通过公民自由表达不同意见才可能得到纠正。事实上，正是政府不喜欢的观点才有必要通过游行或集会等方式表达出来，以引起足够的同情和重视。2007年夏，在厦门市民为了抵制PX项目而出来“散步”时，厦门市政府也是不高兴的，一度也采取过控制和打压手段，但最后还是证明厦门市民更可能是对的，而厦门PX项目也因为市民散步而被迁移到一个更安全合理的地址。

成都散步和厦门散步如出一辙，甚至可以说是后者的“拷贝”。四川石化项目距离人口密集的成都市区不到50公里，而且处于“上风上水”的位置。一旦发生事故，那么整个成都地区的空气和水等基本生态资源将遭到严重污染的威胁，因而和厦门市民一样，部分成都市民通过集体散步表达自己的忧虑。这种忧虑是完全可以理解的，但是“拷贝”的命运却远不如“正本”；如果厦门市政府最终容忍了市民散步并吸取了他们的意见，成都市政府似乎并没有这点“雅量”。在公民言论自由没有得到全国统一和有效保护的情况下，自然会出现这种不同境遇，因为各地政府的素质和开明程度不同，对言论自由的宽容度自然也有所不同。但相同的是，如果公民不能自由表达意见，就无从纠正政府决策过程中出现的偏差，也无法防止政策偏差所产生的社会后果。如果厦门PX项目可能对厦门市构成环境威胁，四川石化项目建成后不同样可能成为成都地区的一颗“生态炸弹”吗？

三、结社自由及其限度

1. 什么是结社自由？

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。

和集会自由类似，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。通过结社，原本“弱势”的许多个人都变得“强势”起来。譬如已退休的老人无论在哪方面都是“弱势”的，但在美国，他们组成了规模仅次于天主教的第二大协会，在国会山熙熙攘攘的游说集团中少不了他们的代言人。这样一来，原本年老体弱的他们就不再“弱势”了，退休金、医疗保险、养老保障当然也就不必看任何人的眼色，因为法律已经规定了很优厚的退休待遇。

2. 各国宪法对结社自由的保障

虽然《美国第一修正案》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”。^[1]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，但拒绝提供普通会员名单。阿州法院因而判决协会犯有民事蔑视罪。联邦最高法院撤销了这一判决。

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。重要转折出现在1901年的《结社契约法》。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5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6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。”

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》。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1936年法律，至少禁止了16个左派组织。7个被解散的政治组织在国政院挑战政府决定，其中3个左派组织获得胜诉。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”（详见第八讲）。

3. 结社自由对中国的意义

和法治国家相比，中国1998年的《社会团体登记管理条例》对公民的结社规定了相当严格的程序和实体限制。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。

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无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。

社团是社会弱势群体组织起来，表达集体诉求并保护自身合法权益的重要渠道。《社会团体登记管理条例》规定了事前审批、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等制度，造成社团申请相当困难；而没有社团，社会弱势个体就无法和强势群体抗衡，从而永远沦为遭受欺凌、剥夺、歧视的对象，进而引发社会冲突和悲剧。一个突出的例子是现行工会制度。虽然近年来某些外资与合资企业开始试验工会选举，但是由于绝大多数工会并非由工人自己选举产生，因而并不能有效代表工人利益；即便个别工会积极维护工人利益，也很容易在缺乏法律保护的状态下遭遇老板打击报复。^[1]

工会维权不力不仅造成工人权益得不到保障，而且也未必能防止变相罢工或抗议。事实上，中国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。一开始，采取这种行为方式的农民工确实是出于悲情或冲动；到后来，多数农民工之所以这么做，主要目的似乎是吸引社会的“眼球”，因而才有“做秀”的嫌疑。但即便是“做秀”，农民工不得不以这些极端方式来伸张自己的诉求，仍然反映出其走投无路的悲哀。个别农民工甚至因为受到歧视和侮辱，不惜铤而走险、以暴易暴。2005年，17岁的农民工王斌余因为老板克扣工资并侮辱人格，在愤怒中杀死四人后被判处死刑。^[2]

2008年，重庆、海南等地的出租车司机出现大规模“罢运”，也是因为司机群体缺乏真正代表自己利益的工会，致使司机们在权利长期遭到剥夺的情况下不得不采用这种途径吸引社会注意。如果工会不能为员工有效维权，甚至像飞行员这样的“高级白领”都可能采取非正常方式维权。2008年3月，东航云南分公司18个航班在到达目的地上空后集体返航。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。和处在社会底层的农民工相比，身怀绝技的飞行员“强势”多了，但是在管理层面前，飞行员还是“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。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。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”。

因此，东航集体返航事件的本质和农民工的“跳楼秀”是完全一致的，只不过东航飞行员是用几千名旅客的安全和时间而不是自己的生命作为赌注。不论谁是谁非，就和大家通过农民工“跳楼”知道农民工的“存在”、通过出租车司机“罢工”知道出租车司机的“存在”一样，通过飞行员“罢飞”，大家也终于知道了飞行员的“存在”——或用一位飞行员自己的话说，终于“让社会听到了民航飞行员的心声”。然而，为了让社会听到飞行员、农民工、出租车司机或任何人群的“心声”，有必要付出这么高的代价吗？

社会群体不仅可以通过报刊、广播、电视等媒体反映自己的心声，而且可以合法组织起来争取自己的权利。“团结就是力量。”每个工人在资本面前都是天然弱势的，但是工人自己选举产生的工会就未必了；如有代表自己利益的工会出面和老板交涉，那么工人的“底气”就大不一样了。如果实在不行，工会还可以使用最后一招——组织合法罢工，迫使老板在生产中断、利润受损的压力下妥协。

如果飞行员或农民工都有了自己的工会，而且这些工会由各自成员选举产生，因而都能有效代表成员利益，那么农民工就用不着“跳楼”了，也用不着总理出面为他们讨工资了；飞行员也没有必要“冒天下之大不韪”，靠空中“罢飞”来吸引社会注意了。实在不行，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，1954年《宪法》原先是规定了罢工权的，但是后来取消了，据说理由是“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也同样可能和老板发生利益冲突，因而也同样需要罢工的权利。适度的罢工权——至少是可以合法罢工的威胁——不仅不会影响经济生产，反倒有利于防止诸如空中“罢飞”这样的非理性行为。工会和老板吵架甚至组织罢工看上去是不和谐的，但是有了这种权利，农民工不用“跳楼”、飞行员不用“罢飞”，社会实际上更和谐了。

[1] Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal*
609

Republic of Germany, Durham, NC:Duke University Press (1989), p. 396.

[2] *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 297.

[1] *Cases of Pentagon Papers; New York Times v. United States*, 403 U. S. 713.

[2] *United States v. Progressive, Inc.*, 467 F. Supp. 990 (W. D. Wis.) .

[1] *Der Spiegel*, 20 BVerfGE 162.

[1] <http://news.163.com>, 2005年7月27日报道。

[2] 王维洛: 《1975年河南板桥水库溃坝, 谁在隐瞒真相》, <http://news.163.com>, 2005年7月13日; 《哈尔滨地下工程坍塌, 人民不需要知道真相?》, 载《新民周刊》2005年11月21日。

[1] *First Television Case*, 12 BverfGE 205.

[1] 84-181 DC.

[2] 86-210 DC, Rec. 110.

[3] 86-217 DC, Rec. 141.

[1] *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U. S. 539.

[1] *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555.

[2] *Lebach Case*, 35 BVerfGE 202.

[1] 《杨佳袭警案29日庭审因故取消, 律师质疑办案程序》, 载《重庆晨报》2008年7月30日。

[2] 《最高法: 媒体恶意倾向性报道在审案件将追责》, <http://news.qq.com/a/20091223/002592.htm>, 2009年12月23日。

[1] *Cox v. New Hampshire*, 312 U. S. 579.

[2] *Cox v. Louisiana, I & II*, 379 U. S. 536, 559.

[1] 69 BverfGE 344.

[1] *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449.

[1] 例如关于北京三环公司原工会主席唐晓东的遭遇, 见《被炒工会主席仲裁胜出》, 载《新京报》2006年9月15日。

[2] 《17岁农民工讨薪被骂“像条狗”, 怒杀4人自首》, 载《南方都市报》2005年9月5日。

第二十四讲

宗教信仰自由



以上三讲论述了表达自由的原理和应用。由于言论和行为不同，在一般情况下不会产生直接的社会危害，因而国家一般没有必要限制和干预。加上言论和新闻自由对于维持现代民主与社会和谐的关键作用，它们成为最重要的宪法制度。除非确实产生了清楚、现存与严重的危险，任何言论都不应受到政府压制。失实乃至准确的言论可能产生风险，但是用罗隆基的话表达：“压迫言论自由的危险，比言论自由的危险更危险。”^[1]

与言论等意念表达相比，宗教信仰更为内在，产生外在危险的可能性更小，因而国家更没有理由干预。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。”

这一讲探讨宗教信仰自由的理论及其宪法实践。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，以至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，这一讲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。

一、宗教信仰自由的社会功能

和言论自由类似，宗教信仰自由之所以应该受到宪法保护，是因为信仰必然包含价值，而价值是个人的、主观的、内在的，不存在衡量“正确”或“错误”的标准，因而政府干预没有任何正当性。和一般主张不同的是，信仰包含不可能验证真伪的超验（transcendental）主张；有限的人不可能通过自然世界的经验现象，证明无限和超自然的上帝是否存在。在这个意义上，无神论其实也是一种信仰。由于信仰是主观内在的，外在干预必然是徒劳无效的，而古今中外历史经验表明，压制信仰极容易践踏个人良知。即便对于某些信仰激发的恐怖袭击等有害行为，也完全可以区分信仰与行为；法律当然可以惩罚有害的行为，但是没有理由也没有必要针对信仰本身。

在《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必要性。“专制或许不需要信仰，但自由不行。”^[1]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“信仰危及”。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

612

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组织人们热爱财富，但它将引导他们用诚实的手段致富”。^[2]

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，甚至获得惟我独尊的垄断地位，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。^[1]

在西方历史上，宗教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漩涡，给社会带来了动荡和灾难。在当年的美国殖民者中，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。

二、宗教信仰的自由活动

《美国宪法第一修正案》首先禁止政府通过法律干预宗教的“自由活动”。和禁止立教条款相比，这项条款更为重要，因为它最直接地保障一项个人的基本权利，且立教条款在某种意义上是实现宗教自由的制度性手段。这项条款简单要求，政府不得禁止起因于宗教信仰的任何行为或活动，或对其施加任何显著负担。尽管政府规制的目标未必是宗教

信仰，而是针对某种行为，但由于信仰和行为之间不可避免地存在着联系，针对行为的规制仍然可能对宗教自由产生负担。因此，一个突出的问题是如何平衡宗教信仰自由和政府所保护的公共利益。在一个极端，不允许任何例外的法治可能会对信仰自由产生过分的负担，甚至鼓励政府通过形式上中立和普适的法律变相惩罚特定的宗教信仰；在另一个极端，没有限制的宗教信仰自由将允许人人各自为法，从而损害社会的法治秩序。在进入这些问题的讨论之前，我们首先需要界定“宗教信仰”的范围。不论宪法保护在理论上多么严格，如果宪法所保护的“宗教信仰”的定义过分狭隘，或政府有权随意宣布某种教派为“邪教”，那么宗教信仰自由在实际上并不能得到切实保障。

1. “宗教信仰”的定义与范围

要确定《第一修正案》对宗教自由的保护范围和力度，首先要确定什么构成宪法意义上的“宗教”信仰。如果一杀人者宣称他之所以杀人，是因为他相信人死后上天堂，因而他应上帝召唤“成全”了受害者，他能宣称“自由活动”的权利而受到第一修正案的保护吗？法院可以出于两类理由而拒绝提供保护：第一，他的信仰完全不可信，不构成“宗教信仰”，因而不受宪法保护；第二，即使构成宪法意义上的宗教信仰，国家也可以不论信仰如何而惩罚对社会有害的行为。第二类理由将面临以后所讨论的问题：如果法律所禁止的行为在特定情况下恰好是由宗教信仰引起的，国家是否有义务豁免这些行为的法律责任。第一类理由的困难在于确切地定义“宗教”，并检验宣称者的诚实性。事实上，最高法院从未确切定义宗教信仰的范围。要构成受到保护的宗教信仰，原告并不需要基于上帝或全能的存在，亦无须证明其主观信仰为全体信徒所分享。

必须指出，宗教条款显然禁止政府探询信仰本身的“正确”或“谬误”；否则，由于几乎所有关于超自然存在的宗教信仰都是不可证实的，政府将有权禁止它认为“错误”的任何信仰，从而回到中世纪的宗教专制。这当然是不可接受的。“尽管自由活动条款并未授权任何人忽视普适性刑事法律，政府不得制定基于特定宗教信仰之谬误的刑法。这类法律将违反自由活动条款。”但问题是，当某些人可能利用宗教行骗时，政府是否可以检验其信仰的真实程度。譬如政府是否可以用测谎仪探测，当事人究竟是真的相信大多数人认为荒诞不经的某个宗教主张，还是只是为了逃避法律的惩罚而编造的弥天大谎？

在1944年的“宗教诈骗案”^[1]，“我是”（I am）运动的发起人自称为

神的使者，能包治百病，即使是现代医学上的不治之症也不例外。联邦政府指控他们“清楚地知道”这些宣称是错误的，但仍然如此宣称以骗得其追随者的捐赠。联邦地区法院指示陪审团考虑被告是否诚实地相信自己所说的话，而不论被告的主张本身是否正确或谬误。上诉法院认为还必须考虑被告主张本身是否正确，因而撤销了地区法院的判决。再次上诉后，最高法院撤销了上诉法院的决定。道格拉斯法官（J.Douglas）的多数意见指出，政府不可探询宗教信仰正确与否。被告有自由信仰任何不可证实的东西。所谓“谬误”，经常只是在多数人的信仰中如此认为而已，而不是真正宗教的绝对定义。多数意见将案件发回地区法院重审，但从未明确决定是否可探询被告信仰的真实程度。在案件重新上诉后，最高法院因法院错误排斥了陪审团中的一名妇女而撤销了定罪。

杰克逊法官（J. Jackson）反对将案件发回重审，因为他认为《第一修正案》禁止对宗教诈骗进行任何探询。他认为，对信仰的诚实程度之检验在实质上和对信仰本身的检验差不多，因为除非能证明特定信仰是不足为信的，很少有人会因信仰不诚实而被定罪。另外，允许政府探询传教者（preacher）的信仰是否真诚本身对宗教自由是危险的，对宗教诈骗的探询最终将危及任何信仰的宣扬者。为了保证宗教自由，政府必须放弃干预宗教的权力，包括对宗教诈骗的指控。“轻信的人们可能把财富、思维和希望寄托给居心叵测的人所宣扬的价值可疑的宗教，乃是宗教自由必须付出的代价。”

但需要澄清的是，政府不能质疑信仰，并不表明它不能禁止基于这些信仰的行为。法律完全可以禁止不按受到承认的医疗方法而治病收钱的做法，而不论这种做法的宗教信仰如何。在这种情况下，唯一的问题是政府的一般禁止是否侵犯了当事人的自由活动自由。另外，杰克逊法官并没有坚持第一修正案禁止对信仰的真诚程度进行任何检验。如果有人利用宗教信仰积极主张某项利益——例如犹太教因安息日问题被辞退后向政府索取失业救济，那么即使是下述“安息日休息解雇案”也没有解决政府是否可以检验其信仰是否诚实的问题。换言之，法院可能认为，个人可以利用宗教信仰作为自我保护的盾牌，而不能无条件地作为向政府索取利益的矛。^[1]但无论如何，以后的案例证实，政府质疑宗教信仰可信度的权力似乎是相当有限的。

2. 宗教活动自由的宪法保护

总的来说，美国自《第一修正案》制定以来，明目张胆侵犯宗教活动自由的案件已极为少见。1993年，终于浮现了一个涉及宗教祭祀的案

件。以动物祭祀作为宗教仪式的一部分具有古老的根源。整篇《旧约》都提到了动物祭祀，且它在耶路撒冷第二神殿被摧毁前对犹太教的活动发挥了重要作用。现代以色列每年仍举行祭祀，以纪念亚伯拉罕

（Abraham）当年将公羊而不是自己的儿子作为祭品。起源于19世纪的“圣徒之路”（Santeria）是东非部落被作为奴隶运到古巴后融合传统非洲宗教和罗马天主教的产物，而动物祭祀是其宗教仪式的一部分。“圣徒之路”认为宗教的延续就取决于祭祀，因而在出生、结婚、治病、丧葬以及每年的仪式上都要履行祭祀。祭品包括鸡、鸭、鸽、猪、羊和乌龟。这些动物被杀死后煮熟了吃掉，治病和丧葬仪式的祭品除外。

古巴革命后，“圣徒之路”普遍受到迫害，宗教活动因而转入地下。其中不少人逃亡美国，目前在佛罗里达州南部的信徒估计不下5万人。1987年，一信奉“圣徒之路”的教会在佛州希利市（Hialeah）租了一块地方，并宣布要在此建立教堂、学校、博物馆和文化中心。该市许多市民对“圣徒之路”的到来忧心忡忡，并敦促市政议会召开紧急会议。市议会在开会后采取决议，宣布“本市重申其禁止任何宗教团体从事任何不符合公共道德、和平或安全的活动”。市议会随后通过了第87—40号法令，吸收了佛州禁止“不必要地或残酷地杀害任何动物”的第828.12号法律。在佛州司法部长建议州法和地方法令也可禁止杀害用于宗教仪式的动物祭祀之后，市议会宣布该市的政策是反对将动物用于宗教祭祀，并将刑事起诉任何从事动物祭祀的人或组织。市议会又全体通过了禁止为宗教祭祀而杀害动物的法令，并宣布“市内的动物祭祀和社区的公共健康、安全、福利与道德相抵触”。法令将其适用限于“为任何类型的仪式而杀害、屠宰或牺牲动物的任何人或组织，而不论是否吃掉动物的血肉”，但为有营业执照的屠户屠宰“专门为食品目的而饲养”的动物提供了豁免。违法行为将被处以不超过500美元的罚款和 / 或不超过60天的监禁。

“圣徒之路”的教会起诉希利市的法令，但联邦地区法院判决这些法令并没有违反自由活动条款，且这一判决为联邦第十一巡回区上诉法院所维持。在以下肯尼迪法官传达的法院意见中，最高法院以9:0一致撤销了下级法院的意见，判决市法令违宪。^[1]

尽管动物祭祀可能在某些人看来是可憎的，“宗教信仰不需要在他人看来是可以接受、符合逻辑、前后一致或能够理解，就能获得第一修正案的保护”。（引“拒绝制造兵器案”）既然动物祭祀和宗教崇拜之间存在着历史上的联系，关于动物祭祀是其宗教的组成部分之主张“不能被认为是荒诞不经或不可置信的”。

我们关于自由活动条款的案例确立了下列原则，即中立和普适的法律不需要通过令人信服的政府利益而获得理由，即使法律对特定宗教活动具有偶然的负担效果。（引下述“宗教毒品解雇第二案”）一项未能满足这些要求的法律则必须通过令人信服的政府利益才能获得理由，且必须严格适合于促进这一利益。

法院在审查记录后认定，法令的目的是压制“圣徒之路”的核心部分，且对该宗教的活动产生了显著负担。“当然，不利影响并不一定总是导致目标违法之认定。例如社会伤害可能是政府和歧视不怎么相关的考虑因素。（引‘摩门重婚案’）本案的问题确实隐含着和宗教无关的多重考虑，例如对祭祀动物产生的痛苦或虐待，以及不当处理产生的健康风险。但总起来考虑，法令揭示了和这些合法考虑不相干的目标，以及将上诉人及其宗教活动作为打击对象的违法企图。”法院注意到，法令所禁止的行为几乎只有“圣徒之路”的宗教活动。“尽管圣徒之路的祭祀受到禁止，在几乎所有其他情况下，既不更必要也不更人道的屠宰都不受惩罚。”另外，法令还“以对于实现其所宣称的目标而言不必要的方式禁止了宗教行为”。同时，范围更小的规制将同样实现州政府防止虐待动物的利益。对于保证动物的适当护养，有关条件和对待方式的规制是更为合理的手段，而不是禁止为祭祀而对动物的占有。对于禁止残酷的屠宰方式，州法已经规定用利器迅速切断颈动脉是准许的人道方式。地区法院认为，“圣徒之路”的祭祀虽然也切断动物的颈动脉，但方法不那么牢靠，因而是无人道的。但如果确实如此，市政府的法令应规定屠宰动物的适当方法，而不是禁止和祭祀有关的宗教。法院最后指出：

自由活动条款要求政府自己作出宗教宽容的承诺，且如果对于国家干预来自于对宗教的敌意或其活动的不信任之提议有哪怕半点疑问，所有官员必须停下来重温他们自己对宪法及其所保护权利的崇高义务。官员们必须坚决抵制纠缠不休的要求，并保证法律和规制施加负担的唯一理由是世俗的。立法者不得发明用来迫害或压制宗教或其活动的计谋，不论是明显的还是隐蔽的。这里受质疑的法律在制定时违背了这些宪法原则，因而无效。

因此，自由活动条款禁止联邦、各州和地方政府基于宗教信仰而施加负担或施与利益。政府不得基于特定宗教信仰之谬误而以刑法禁止之，法院也不可基于宗教信仰调节宗教纠纷，包括财产纠纷。任何因宗教信仰而惩罚或剥夺利益的法律都在表面上无效，因为它不可能满足证明“令

人信服的政府利益”的举证要求。如果法律以宗教信仰为标准来决定行为的合法性，也将构成对宗教信仰的直接惩罚。

3. 宗教活动的管理及其限度

中国《宪法》第36条在保障宗教信仰自由的同时，也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。”据此，中国对宗教活动的管理实行登记制，并进行事后监督。1994年的《宗教活动场所管理条例》第2条规定，设立宗教活动场所首先必须进行登记。第4条规定：“任何人不得利用宗教活动场所进行破坏国家统一、民族团结、社会安定、损害公民身体健康和妨碍国家教育制度的活动。”县级以上政府的宗教事务部门指导并监督条例的执行情况，并对违反规定的活动按情节轻重给予警告、停止活动、撤销登记的处罚，情节严重的可提请同级政府予以取缔（第13、14条）。当事人如对行政处罚决定不服，可申请行政复议或提起行政诉讼（第16条）。

1997年3月，全国人大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266条（诈骗公私财物罪）定罪处罚。1999年10月，全国人大常委会进一步通过了《关于取缔邪教组织、防范和惩治邪教活动的决定》。

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。”

问题在于，宗教与“邪教”之间是否存在可操作的界限？如果套用以上标准，那么诸如基督教、伊斯兰教等某些受到承认的“正常”宗教也可以被界定为“邪教”。任何宗教信仰都包含不可能通过经验完全证实的超自然力量，因而多少都会利用宗教名义、“神化首要分子”，否则就不叫信仰了。当今世界上大多数恐怖分子可能都是穆斯林，这是否意味着我们可以宣布伊斯兰教是“邪教”呢？当然不能，因为绝大多数穆斯林是爱好和平的；至于少数恐怖组织打着宗教的旗号进行暴力活动，并不是教义本身教唆恐怖主义，而是这些教派的首领鼓动信徒从事偏离教义的活动。因此，在宗教自由国家，不存在所谓“邪教”；如果政府可以动辄将其不喜欢的宗教定义为“邪教”，宗教自由也就不存在了。既然无法清楚界定宗教和“邪教”，如果宪法不能保护邪教，那么必然也不能保护“正常”的宗教。

再次回到第二十一讲的“信任”问题：如果一个教派如此“邪恶”，只教杀人、放火、自杀这些十恶不赦的东西，为什么还有人相信它？如果一个宗教拥有许多信徒，而政府却坚持将它定性为“邪教”，为什么政府一定比这些人高明？唯一的解释是“邪教”具有非凡的迷惑能力，让人不知不觉地“走火入魔”，完全丧失抵抗能力。这种魔法无边的邪教也许存在，但政府必须拿出实际证据，而不能单靠凭空臆测或宣称。

如果只是要打击暴力犯罪，那么无论犯罪是否出于宗教动机，都可以一视同仁地受到法律制裁。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。上述《解释》所定义的全部违法行为和行为是否带有宗教目的完全无关，因而完全可以在不涉及宗教的世俗法律框架内加以解决。如果对违反刑法的宗教活动作出的专门规定和普通刑法相同，那么这种规定是没有必要的；如果针对宗教违法活动的规定和一般刑事处罚有所不同，则涉嫌违反“在法律面前一律平等”的宪法原则。既然造成的社会危害是类似的，为什么宗教（或“邪教”）违法行为比世俗违法行为受到更重（或更轻）的处罚呢？

虽然宪法规定宗教信仰自由，但是长期的无神论教育还是造成中国社会经常将宗教信仰和“迷信”联系在一起。2008年，北京市的相关规定

将网络迷信定义为利用网络开展各类“迷信活动”，但是却没有说明（事实上也很难说明）究竟什么是“迷信”，譬如在网上宣传关羽是“关帝”或“关神”是否属于应该打击、禁止的“迷信”？宗教信仰是公民的基本权利，1982年《宪法》第36条明确规定“公民有宗教信仰自由”，而在某种意义上，几乎所有信仰都带有一定的“迷信”色彩，因为所有宗教信仰都带有一种超自然因而不可能通过感官和认知等经验方式确证的主张。如果有人硬说关羽是“神”，那么虽然他不能以我们认为可接受的方式证明给我们看，但我们也无法证明他是错的，因为谁都没见过神。由此可见，这种信仰是否属于“迷信”，完全是见仁见智的个人判断，我们也不可能发明出一个众人都是可以接受的客观标准来界定“迷信”和“正确”或“正常”的信仰。这样一来，如果政府可以按照自己的判断禁止和惩罚“网络迷信”，那么就不可能实现依法行政，《宪法》第36条所保护的宗教信仰自由也就失去意义了。

三、宗教自由与法治

在原则上，宗教活动自由和以下的政教分离原则都要求国家法律针对人的行为，而无视行为的宗教或世俗动机，一视同仁地对待信教者和不信者。如果行为合法，那么信教者不应因宗教而受到法律惩罚；如果行为违法，那么也不应因为行为的宗教动机而受到豁免。然而，宗教义务和世俗法律义务确实可能发生冲突。在这种情况下，政府可以为信教者提供一定的豁免，但是必须把握好限度，否则宗教豁免很容易演变为政教纠葛。

1. 信仰自由与失业救济

在1963年的“安息日休息解雇案”^[1]，美国联邦最高法院解释了“自由活动”的含义。某犹太教派的成员把星期六作为其“安息日”（Sabbath Day）。她因不愿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。第一修正案不允许南卡州政府通过失业资格的要求，迫使工人放弃其有关安息日的宗教信仰。

2. 刑事责任豁免

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^[1]，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^[2]，最高法院的不同意见对这一见解发生了争论。

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”（controlled 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’经常不仅涉及到信仰和信奉之宣称，而且还涉及到物质行为的执行（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显然是违宪的。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”涉及到政府官员对有关行为的个别权衡，而本案则仅涉及到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。”

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权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，才能合宪地运用普适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出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。

和美国类似，德国《基本法》也要求法院适当平衡个人信仰自由与社会价值的冲突。在1971年的“宗教拒绝输血案”^[1]，被告和他的妻子同属于“福音兄弟会”成员。在出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智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，但因未能证明她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，因而在宪政法院挑战法院判决对他的定罪。宪政法院第一庭判决，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。它而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会而决定其行为取向，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。但就象对艺术表达自由的限制一样，对宗教自由的限制只能被宪法本身所决定。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。

关于刑法，基于宗教信念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，以至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。

宪政法院将这些原则运用到本案，并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，被告并没有刑法责任去替代其妻子作出决定。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。

3. 服役与反战信仰

如中国宪法规定，服役是公民的法定义务，但是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6（j）条免除了其作战义务。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。

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。

[四、政教分离](#)

1. 政教分离原则

除了保障宗教自由活动之外，《美国宪法第一修正案》还禁止国会制定关于宗教的“设立”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。

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”^[1]，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]；最后，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”^[1]，最高法院显示了“莱蒙法则”的运用方式。

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4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3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”。

2. 政教分离的限度

和美国相比，欧洲不少国家并不严格要求政教分离。例如在德国，教会一国家之间的历史联系影响着现代政教关系的实践。《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，尤其是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。

和西方国家相比，中国《宪法》第36条并没有明确规定政教分离原则，但是这一原则受到政府、社会和学术界的普遍承认。然而，在政教实践中，宗教和国家之间还是存在一定联系，尤其表现在中国特有的宗教协会上。中国各宗教协会经历了一个发展过程，但总的趋势是准国家机关的性质越来越明显，独立性相对较弱。宗教协会带有准官方性质，逐渐成为政府在宗教事务方面的“助手”；协会工作人员也和国家工作人员类似，享受级别和待遇。中国各宗教协会在宗旨、任务、任期和任职条件上和党政机关之间越来越接近，在活动经费等方面也在相当程度上依赖行政机关。

五、代结语——历史的警示

经过二十四讲之后，现在不可能也没有必要再总结一遍宪法学的内容。归根结底，宪法学是理念、方法和实践的结合，是一门帮助我们解决实际社会生活问题的科学。当然，中国目前的现实和宪法表达的理念之间还存在较大脱节，学习宪法必须首先学会如何面对这种脱节。我们不是柏拉图《理想国》洞穴中的洞人，不可能永远生活在“高贵的谎言”之中；现实永远是不完美的，永远和理念之间存在张力，只不过这种张力在我们这里尤其大一点而已。我们希望读者不要逃避或放弃，既不要为了理念而逃避现实，也不要因为现实而放弃理念。宪法是一部权利保障法，但是权利并不从天上掉下来的，而是大家在履行公民义务过程中争取来的；至少在学了宪法之后，用宪法理念改造现实社会也就成为每一个公民与生俱有、不可超脱的义务。因此，面对脱节，我们没有理由沉沦；我们应该看到问题、承认问题存在，运用自己所学的宪法知识和别人的宪政经验，解决我们自己的宪政问题，缩短理论和实际的差距，用智慧和勇气创造中国的宪政文明。

作为一种观察和分析方法，宪法学的基本精神就是怀疑主义，而怀疑精神正是长期受教条主义统治的中国社会尤其缺少和尤其需要的。中国当代史上已经出现过许多悲剧，但在发生的当时几乎没有人认为它是错的，否则就不会发生了。中国人是聪明的，但凡人都有自作聪明的倾向，以为发生在前人的事情不可能发生在我们自己身上。其实在事发当时看来，所有冤假错案都是“情有可原”的；尽管现在听起来很荒唐，如果你被置身在当时那种环境，被虚假的信息和“事实”包围着，你会认为那是一个十分自然甚至天经地义的决定：打击现行“反革命”可能错吗？早一点实现人类大同理想有什么不对？对社会危害极大的“邪教”难道不应该取缔吗？……然而，当错误一而再、再而三地发生，必须冷静地估量自己的判断能力，承认在同样的制度环境下，自己也完全可能犯同样的错误，因为政府对善恶的判断本身可能是错的；否则，我们就不可能吸取教训，也不能防止悲剧重演。如果政府在任何情况下都是可信的，如果政府言论总是正确的，行为总是正当合法的，那么就没有必要来学宪法，也没有必要学行政法，甚至根本没有必要来学法，因为整个法治首先是针对政府的。

法治和法学犹如一个钱币相辅相成的两面，法治实践离不开法学理论指引，法学研究则更离不开法治实践提供的原始素材与根基。中国法

学之所以不发达，宪法学尤其不发达，很大一个原因是中国法治与宪政仍然很不发达。学者的法学研究可以推动法治，宪法学者的宪法研究可以推动宪政，但这种推动终究是间接的，公民亲身参与的宪政与法治实践才是不可替代的第一推动力；没有公民直接参与所推动的宪政与法治进步，法学或宪法学也就成了无本之木，根本不可能成长为庇护公民权利的参天大树。在这个意义上，中国宪法学至今还不存在；它需要靠大家通过自己的点滴努力创造出来，就像齐玉苓案件一度推动了公民宪法意识和司法审查研究、孙志刚事件终结了收容遣送制度、唐福珍事件则废止了拆迁条例那样。如果这本书对中国宪政与宪法学发展有任何积极作用的话，就是希望大家在学习宪法之后，能够更加有意识、有目的、有策略地将自己学得的知识运用到日常社会实践中去。中国宪法绝不是一个政府或学者说了算的封闭体系，而是一个在广大公民参与和推动下不断发展的开放体系。

推动宪政很难吗？这么多年来，中国社会各方面取得许多进步，但宪政基本上还是原地踏步，说明确实很难。这个世界上有些事情是知难行易，有些事情是知易行难。宪政是属于后面那种：困难不难理解，原因不难分析，但是行动依旧很艰难。维护专制很容易，因为既得利益集团人数少，少数人对自己的利益看得很重很清楚，行动起来很麻利；推动宪政却很难，因为宪政是为了大家的事业，而恰恰是大家很难行动起来。这早已不是一个“抛头颅、洒热血”的年代，几乎没有人会愿意牺牲自己去成就一项后果很不确定的事业；孙志刚和唐福珍是丧失了自己的生命，才无意中换来了收容遣送和拆迁条例的废除。我们每个人都多多少少是一个机会主义者，都多少想搭别人的便车；尤其是对于宪政这样多少有点风险的事业，我们更像是困境中的囚徒：让我一个人去碰体制，必然碰得头破血流也无济于事；如果别人齐心协力推动宪政，我不费吹灰之力就可坐享其成。如果每个人都采取囚徒思维，那么这群自以为聪明的可怜虫自然永远也享受不到宪政的恩惠。

当然，我们也不用绝望，因为我们不是囚徒——或者模仿更严谨的康德式话语，不仅仅是囚徒而已。我们有智慧，当然不因为眼前的一点蝇头小利所羁绊；我们有勇气，不会因眼前的一点障碍而退缩；我们有自信，不需要也不屑坐享他人的成果，只有奋斗得来的果实才能让自己满足。总之，既然看到了“囚徒困境”，我们应该有能力超越它。只有摆脱了囚徒思维，我们的宪政才有希望，我们也才能过上真正有尊严的生活。其实不用多说，读者自己清楚，我们每个人心中都有向往宪政的一盏灯。除了极少数鼠目寸光的既得利益者之外，谁会反对宪政呢？谁不愿意在宪政之下过有意义、有尊严的生活？这种生活离我们并不那么遥

远。子曰：“仁远乎哉？我欲仁，斯仁至矣。”^[1]和崇高的“仁”相比，宪政对我们的要求又不知宽松多少倍。我们只要做一个真正的共和国公民，宪政也就不期而至了。

要做共和国的公民并不难。一个公民不仅自己具备理性、宽容、自由、守法等共和的美德，而且对自己国家的制度也秉持一定的期望。他尊重合法的权威，也维护自己的尊严；他尊重他人的隐私，但保留批评政府的自由；他保持独立的个性，但坚持结社和集会的权利；他从不逃税，但是要求知道税钱花在哪里；他有义务参加选举，但前提是选举必须有意义，也就是说他的选票必须是一次知情的、自由的、平等的选择——必须是有“选择”的，因而候选人必须自由产生，而不是“等额选举”或幕后内定；选择必须是自由的，因而不能受到暴力胁迫或组织指示；选择必须是知情的，因而候选人和选民之间必须存在充分的交流，候选人有自由在合法范围内充分展开，选民则有权利从自由的新闻报道获得全面信息；选择还必须是平等的，因而每一票的分量都是大致相等的，城乡、性别、职业、地区都不构成区别对待的正当理由。或许以上某些方面一时还做不到，但是保持一份期许和诉求难道真的那么难吗？

对于我们老百姓而言，宪政确实是很宽容的，宪法只是意味着权利，而没有义务；我们用不着担心宪法的惩罚，用不着为私人违宪的风险而胆怯。不过，如果我们没有勇气承担自己的责任，那么我们就没有资格享受宪法权利。只要点亮每个人心中的那盏灯，宪政之火即刻燎原。

^[1] 《告压迫言论自由者》，载《新月》第2卷第6、7号合刊，1929年9月。

^[1] Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence (trans.), J. P. Mayer (ed.), New York: Harper & Row (1969), p. 294.

^[2] Tocqueville, *Democracy in America*, Oversea Publishing Houses (1999), p. 448.

^[1] Tocqueville, *Democracy in America*, Oversea Publishing Houses (1999), pp.295—301, 参见这一讲对政教分离的相关论述。

^[1] United States v. Ballard, 322 U. S. 78.

^[1] Nowak and Rotunda, *Constitutional Law*, p. 1240.

^[1] Church of the Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah, 508 U. S. 520.

^[1] Sherbert v. Verner, 374 U. S. 398.

[1] Employment Div. v. Smith, 485 U. S. 660.

[2] Employment Div. Ore. Dept. of Human Res. v. Smith, 110 S. Ct. 1595.

[1] Blood Transfusion Case, 32 BVerfGE 98;译自 Donald Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, NC: Duke University Press (1989), pp. 452—455.

[1] Lemon v. Kurtzman, 403 U.S. 602.

[1] Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668.

[1] 《论语·述而》。