

《公法研究》总序

自古迄今 ,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域 ,以家族社会为私域 ;近代西方以政治国家为公域 ,以市民社会为私域。公、私域之划界 ,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知 ,公、私法之划分 ,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为 :公法系以保护国家公益为目的 ,与此相对 ,私法则以保护私人利益为目的。自此以后 ,尽管公、私法划界之标准多变 ,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来 ,政治国家与市民社会之分野日显 ,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国 ,虽曾因意识形态影响 ,反对公、私法划界 ,但改革实践之现实 ,总在证明“形势比人强” ,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然而更进之问题在于 ,公法、私法两者 ,究竟谁主谁从、孰本孰末 ?近年来 ,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是 ,民(私)法学科 ,趋之若鹜 ,而公法学科 ,虽不可说门可罗雀 ,但亦是相形见绌。究其原因 ,或曰私法更易趋利 ,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举 ,抑或有知者的固权理解 ,本无可

厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终致公、私法关系之颠倒。

愚以为:公、私法两者,私法为基础,公法居优位。世有私法,而无以之为基础的公法,私法内容,难以推行,私法精神,亦难得扩展。所以然者何?曰:私法通行,有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效,但无相关公法之护佑,则面对权力,其惟余规则,更兼私法之制约权力,乃自结果意义所言者,而非私法之宗旨。相较而言,不论公法学说之“管理论”、“控权论”抑或“平衡论”在立论上如何相左,但近世公法之实践,无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”,当其强调权力公开之时,同时即在树立控权旗帜。因权力之公开,既使权力之推定得以斩断,也令权力之滥用得以度量。可见,惟有立意于控权的公法,方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则,公法之不伸,公权之不约,即使私法完备无遗,想必只见开花而不见结果。

除此之外,作为保障私益之私法,难免与公共利益(即与公法)发生冲突抵牾者。当此之时,如何为之?在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代,大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来,此种情形,即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心,致使公法地位更加重要。尽管与此同时,以行政权为首之国家权力不断扩张,甚至权力制约原则因此而如履薄冰,但相

继成长之公法,使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学人,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规范、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之

“刑事法评论”，杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷，看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 二〇〇五年 六月 六日

目 录

《公法研究》总序.....	谢 晖 (v)
导 论	(vi)
第一章	
选举与权利	(2)
1.1 选举制度概述	(2)
1.2 民主的、法治的选举	(4)
1.3 自由、公正的选举与权利实践	(6)
第二章	
选举权	(12)
2.1 选举权的理论特征	(12)
2.2 平等权视野中的选举权	(15)
2.3 美国人民获得平等选举权的历程	(16)
2.4 选举制度、程序与选举权的实践	(17)
第三章	
选举与表达自由	(18)
3.1 独立、“自由”的媒体	(18)
3.2 媒体在选举过程中的功能	(19)
3.3 媒体对美国选举政治的影响	(19)

第四章	竞选自由与知情权、隐私权	(162)
	源聚 选举过程中的公民知情权	(162)
	源圆 竞选自由与公众人物的隐私权、名誉权	(162)
第五章	程序正义和选举诉讼	
	—— 圆园园年 美国总统选举法律问题个案分析	(162)
	缘聚 圆园园年 总统选举选后诉讼过程及相关讨论 ...	(162)
	缘圆 践履程序正义——诉讼机制的保障	(162)
余 论	(162)
附 录	(162)
参考文献	(162)

导 论

选举本义与民众政治诉求息息相关。18世纪的法国大思想家卢梭曾在其名著《社会契约论》卷首写下了一段名言：“人是生而自由的，但却无往而不在枷锁之中。自以为是其他一切的主人的人，反而比其他一切更为奴隶。这种变化是怎样形成的？我不清楚，是什么才使这种变化成为合法的？我自信能够解答这个问题。”^① 其后的政治思想家对这一问题广为探讨，于是人民的公意被认为是政治权威合法性的基础。现代西方国家的建制深受这种民主思潮的影响，一直遵循着由卢梭提出的问题和使用的基本概念构成的理论框架，设法使人民的公意制度化地反映出来。于是定期选举藉以表达民意，成为现代民主国家合法性的基础。

作为民主（代议民主）基础的选举在西方已有两百年的历史了，其间选举权历经一百余年得到了普及。但是选举权平等与选举作为民意的真实汇合在现实中却与理想相去尚远。以至于当代许多民主理论家对于这种现实作出了“悲观”的概括，如熊彼特、托马斯·戴伊、萨托利……^② 所谓民意，成为新的政治“谜

① [法]卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1980年修订增版，第1页。

② [美]熊彼特：以“市场民主”比喻今天西方国家的民主体制，少数的几个政党支配政局，它们所提出的人选，人民只有接受或拒绝的选择，就如同少数厂商所造成之市场的寡头独占一样，要消费就得购买。参见熊彼特：《资本主义、社会主义和民主主义》终枫译，北京商务印书馆1988年版。另参见[美]乔·萨托利：《民主新论》，冯克利、阎克文译，东方出版社1988年10月第1版；[美]托马斯·戴伊、詹姆斯·奇格勒：《美国民主的讽刺》，张绍伦、金筑等译，河北人民出版社1988年7月版。

思”。对于选举理论和实践(西方的、中国的)的关注,我也不禁产生这样的疑问:选举法制化、制度化与选举的民主性、正当性的关系是什么?在选举法制化的趋势之下,选举的民主性仍不足以使人乐观,合法性程度因而也受到了影响,而西方选举制度在某种意义上说确实达到了一定的水平的,这是否意味着选举的运作与民主的理想和追求发生了矛盾?如果是,那么引起这种矛盾的因素有哪些呢?由此,以下的研究主题得以确立:探寻选举法制化与选举民主性的关系,探寻制约近现代选举民主性的主要因素及其表现形式和运转规律。这项研究工作将以西方选举为实例,但是研究的成果应当不只是“西方”的。“权利(义务)是法的核心内容”是法理学的研究结论,法律的保护、运作因而被认为是权利的保护、运作,借鉴这一结论,本书确定了这样的研究思路:以美国选举为实例,以选举相关权利的发生机制为出发点,探讨选举的运行与民主性问题。之所以选定美国为实证分析对象,原因有四:首先是为了言之有据;其次是因为美国选举、权利实践复杂,可提供的事例丰富、全面;第三是因为美国的选举制度代表现代西方选举制度的成熟阶段,又极富特色;最后是由于个人关注点所在。当然,以美国为研究个案并不等于说美国的选举制度具有移植的普遍性,但是在一般与个别的关系中,每一个个案的研究对于规律性问题的揭示都应当说是具有普遍意义的,关键在于如何理解和借鉴。正是在这个意义上和目标上,我们的研究不只是限于美国的或西方的。

美国选举实践复杂、丰富,选举在其政治生活中占据重要地位,人民信奉选举为民主的必经程序。美国选举虽然在西方国家选举中独具特色,但在某种意义上讲又具有研究的代表性。与实践状况相呼应,美国选举的研究相当丰富。发展起了多学科、多视角的研究方法和理论,借鉴和使用了政治学的、宪法学和选举法学的、社会学的、传播学的研究方法和成果,成为多学

一、理论分析框架

遵循上述主题,本书将通过对美国选举及其主要相关权利运行的分析,揭示美国选举的本质特征,揭示选举的理想与现实、选举法制化与民主性、正当性的矛盾根源,探寻民主选举的理论模式、选举民主性与民主目标的关系及其对增进民主选举的启示。

(一)首先对选举与法定权利的关系进行分析,提出民主选举所需要的权利体系,认为选举要实现其基本目标与功能,必须要使这些权利良好运行,必须提供制度的、程序的保障及有效的诉讼救济手段。

民主是选举的基本目标和价值取向,民主的选举才能很好地执行选举制度的功能。民主的选举即是自由、公正的选举,民主的选举是法治的选举,相关权利的保障是法治选举的核心。法定权利要有制度、程序与技术的保障才能成为现实,才能形成自由、公正选举良好运作的基础。法律救济是通过法律方式对权利冲突的解决,任何实体权利都要求通过相应的诉讼形式加以保护,选举诉讼是保护选举公正的最后屏障。

(二)在选举与权利关系的总论之后,对选举中主要权利(选举权、表达自由与知情权)的运行进行分析,从与选举密切相关的公民权利运行(法律设定、获得和保障)中反映选举的现实(制度、程序与运作),揭示美国选举民主的特点与本质,揭示选举制度运行的规律与矛盾。

公正、自由的选举要求以平等选举权、投票自由权、程序性权利的实现为基础。美国人民经过了漫长的历史过程取得了法律上平等选举权,我们将分析与平等的信仰相矛盾的选举基本制度设计及选举运作中存在的因素影响选举权实现的因素。

言论、表达自由在美国是得到根本法保护的基本权利,这些

自由权利都为民主、自由、公正选举所必需,本书将以选举中媒体享有的新闻自由权为主线,讨论媒体对于选举行为、选民投票意识、投票自由的影响以及对美国选举政治的影响。反映新闻自由的实质;已在一定程度上成为资本、财团的自由,成为金钱藉以操纵选举的手段;揭示使选举与选民要求存在距离的根源,以及竞选经费改革不能收到好的成效的根本原因;竞选的公益目的与私人筹集竞选经费的候选人个人利益之间的矛盾。也为竞选机制的导入和预设困难提供思路。

选民的知情权得到合法合理的保障与满足关系到选民选择自由权的实现,关系到选举的真正符合民意,美国是世界上知情权法律保障最充分的国家之一。而在竞选策略下的选民之所“知”大多表面化和缺乏客观性,通过对选举知情权实践的研究,分析这种状况形成的原因;媒体为政党、为财团所控制、候选人的政治目的和利益与选民利益相分离。

如何通过竞选使得选民能作出更有意义的选择,改善选举运作中影响平等、自由选举权实现的因素,如选举技术的更新与规范,选举法律规范的统一等,协调竞选自由与选民知情权的关系,解决竞选自由与隐私权等权利的冲突,解决竞选必要的经费基础与金钱控制选举的关系,是任何有竞选的选举制度都必须面对的问题。

(三)借助 2000 年美国大选启动联邦最高法院参加的诉讼主导性争议解决机制的个案分析,讨论选举程序的重要性及司法权威、宪法至上等法治理念的启示及其对于法治选举、民主选举的意义。

(四)结合美国选举现实的讨论,简要总结、分析选举的理想与现实、法制化与民主性、正当性的矛盾的根源,探寻选举的理论模式、选举本身的民主性与民主的目标之间的关系及其带给我们的关于增进民主选举的一些启示。

二、研究方法

本书将以辩证唯物论、历史唯物论的基本原理作为总的指导和基本方法论,以选举相关权利为基本线索,以多方位的视角(历史与现状、理论与实践、个别与一般、进步与局限、系统与发展、宏观与微观)客观地分析影响选举民主性、正当性的诸因素。采用权利的分析方法(在这里权利分析既作为研究内容又作为研究方法)结构——功能的方法、个案分析方法及对象方法与元方法结合的方法,借鉴法学、政治哲学、文化学、大众传播学、系统论等多学科的研究成果把选举放在民主的环境中、法治的环境中,结合其本身所处的特定历史阶段进行系统、动态分析而得出有关的基本结论。

三、研究重点

(一)运用选举的权利分析方法。以选举本体论、选举价值论与选举运行论为研究结构。以选举相关权利为基点、为主线,对于选举实践和选举价值、目标的问题进行系统研究,揭示影响选举民主性的因素、选举现实与理想矛盾的根源以及选举制度发展的根本动力。分析框架是:现当代选举以民主为基本目标和价值取向→民主的选举即是自由、公正的选举→民主的选举需要法律的保障→法的保障以权利的保障、程序的保障为核心→自由、公正选举所要求的公民权利体系→这些权利在美国选举中的运行及实现情况→在权利实践与选举现实(制度、程序、技术、操作等的关系中)揭示出促使选举真正民主化及选举发展的矛盾或动力。

(二)提出自由、公正选举的权利体系。

(三)总结美国联邦法院对于选举权、选举制度发展中做出的历史贡献。

(四)提出 利益集团参与选举是在美国原有的地域选举制中渗透了界别代表的因素,体现了制度的自我调节功能,也反映了现当代民主是间接民主与半直接民主相结合的特点。^①

(五)藉美国选举诉讼机制的个案分析论述程序公正对于选举公正、合法的重要意义。

(六)对于选举民主性、正当性与权力合法性的关系作了进一步探讨,认为合法性程度与选举的民主化程度直接相关,自由、公正的选举有利于合法性的提高。

选举的基本价值也正是追求人的民主权利和自由的实现,权利为实现公正、自由选举提供了条件,而法治是根本的保障。这是各国选举实践共同的准则与结论。

选举是现代民主的重要机制,虽然选举不是民主的全部,其作用也不应夸大,但它始终是当代代议制民主制度中最基本、最关键的制度形式,选举研究是民主的一个重大课题。国外的选举研究(如美国)已经相当深入,而我国的选举理论既不完善又与选举的实践脱节,互为因果,选举制度建设与实践也没有达到应有的水平,如何借鉴国外选举实践与理论成果为我所用,以权利研究为切入点进行选举问题的探讨对于进行具有实践性的、系统性的选举理论研究是一种尝试。在围绕着这一初衷的著作撰写过程中,笔者不断体会到这一研究是一种有益的探索。

^① 参见应克复:《西方民主史》,中国社会科学出版社 1997年 9月第 1页版。

第一章 选举与权利

作为人类为自身的存在和发展选择统治者或管理者的行为,选举这项历史悠久的社会活动体现了人们对平等与公正的理想追求,从古至今,它都是民主生活的组成部分,经历了漫长、曲折的历史过程而发展到了今天的水平。“历史上依次更替的一切社会制度都只是人类社会由低级到高级的无穷尽发展进程中的一些暂时阶段”。“这种辩证哲学推翻了一切关于最终的绝对真理和与之相适应的人类绝对状态的想法”。^①本书正是以马克思、恩格斯这一已为历史实践证实的经典论断为基本指导来探讨以民主为背景的选举及其相关权利问题。

目录 选举制度概述

一、选举与选举制度的含义

(一) 选举

人类的选举活动与选举的概念称得上历史久远了。^② 选举

① 《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第100页。

② “所有的人,无论男女,都参加选举(谈到易洛魁人选举酋长的问题时——引者注)”(参见:《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1995年版,第100页),“政治的萌芽必须从蒙昧社会状态中的氏族组织中寻找,然后,顺着政治制度的各种演进形态,下推到政治社会的建立。”;氏族成员的权利、特权和义务如下:(一)选举氏族首领和酋长的权利。(二)罢免氏族首领和酋长的权利。……”在易洛魁人塞内卡部中,每逢一个首领死去时,本氏族的成员就举行一次会议来提名继承人,按照他们的习惯,必须在两名候选人当中投票表决,这两人都得是本氏族的成员。每个成年男女都被召集来,让他或她表示赞成谁的意见,得到大多数人同意的候选人就成为被提名的人。”参见[美]摩尔根:《古代社会》(上册)杨东莼等译,商务印书馆1987年版,第239页。

一词源于拉丁语动词 *electio* 意为挑选。“它是一种具有公认规则的程序形式,人们据此而从所有人或一些人中选择几个人或一个人担任一定职务。”^① 这是选举的基本含义,这种选举领袖或代表的方法几乎在每个社会都存在,而在不同的历史阶段有不同的形式、具体内容和含义。

民主有古代民主、近代民主和现代民主三个阶段,选举有古代选举、近代选举和现代选举的三种历史形态。古代选举与近、现代选举在投票制度、选举的范围及程序的公正方面都有很大差异,在民主体制中的地位是不同的。与代议制相联系的选举是从近代开始的,也可以说有选择性的自由选举从某种意义上是从近代才开始的。现代选举是对近代选举的发展和更新。现当代选举的特定含义是指产生国家公职人员的活动,即享有政治权利的公民经过投票或其他方式选择代表他们行使国家公共权力的人。选举在现代民主政治中占据了一个极为重要的地位。科恩在回答什么是民主时说:“民主是一种社会管理体制,在该体制中社会成员大体上能直接或间接地参与或可以参与影响全体成员的决策。”^② 显然,这种社会管理体制的基础就是选举。因为社会与政治生活的现实表明,社会与政治管理的决策不可能是社会大多数人的共同参与作出的,而只能由少数人参与作出。这就决定了民主的社会管理体制只能确立在选举基础上。

在选举理论中,选举是一个总称,它包括多种不同性质和形式的选举,依选举对象来划分,有立法选举(选出国会议员)、政府首脑选举(总统选举)和其他一些国家公职人员的选举(如法官的选举);依程序划分,有预选、正式选举和补选;依所涉及的

① [英] 戴维·米勒等编:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国问题研究所等组织编译,中国政法大学出版社 1992 年 1 月版,第 104 页。

② [美] 科恩:《论民主》,晨崇智译,商务印书馆 1992 年版,第 15 页。

范围划分,有全国性选举和地方性选举。各种选举由于目标不一样,在方法和程序上有所区别,但原理是共通的,运作是相联系的。只是在不同的国家,这些选举的重要性有所不同。

(二) 选举制度

选举制度是现代民主国家的一项政治制度,是由一系列与选举原则、选举程序、选举方法相关的经法律规范形成的各种具体制度构成的整体和总称。^①如美国总统选举制度、美国国会选举制度等。我们经常提到的直接选举制、多数选举制、比例代表制、选举人团制等都是就整个选举制度中的某一方面、某一部分的具体制度而言的,虽然有时也被用来划分选举制度的类型,但并不包含和概括选举的全过程。选举制与选举制度是不同的。

在当代,几乎每一个国家的每一种选举制度都由以下几方面组成:(一)选民及其选举资格;(二)候选人,享有被选举权并在投票前被预先提出供选民投票选择的人员,并非所有的公民都可以成为候选人,要成为候选人必须首先具备一定的资格,具备一定的资格后才可能被提名为候选人;(三)选举单位;(四)选举方式和投票方式;(五)选举监督和选举争议解决机制。

二、当代美国选举制度

选举是当今美国政治生活极其重要的组成部分,美国每年

^① 另有解释为:“(选举制度)是向候选人和政党分派公职、把选票转换成席位的一种方法。……选举制度可以从三个方面来分析。首先,计算选票的方法或‘选举程序’——主要有复数法、多数法和比例法这样三种;第二,选区的大小或‘地区’大小——选区可以是单名额选区、多名额选区或全国性的;第三,投票人选择候选人的程度。”参见[英]戴维·米勒等编:《布莱克维尔政治学百科全书》,中国问题研究所等组织编译,中国政法大学出版社 1992 年 1 月版,第 100 页。