



南京大学

法律评论

Nanjing University Law Review

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2014年春季卷(总第41卷)



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014040840

D9-55
05
V41

南京大學

法律评论

Nanjing University Law Review

中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊

2014年春季卷(总第41卷)



法律出版社



北航

C1728091

D9-55
05
V41

图书在版编目(CIP)数据

南京大学法律评论. 2014 年春季卷 / 张仁善主编. —
北京: 法律出版社, 2014. 3
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6211 - 2

I. ①南… II. ①张… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 053687 号

南京大学法律评论
(2014 年春季卷)

张仁善 主编

责任编辑 刘文科
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

版本 2014 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 25.75 字数 527 千

印次 2014 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6211 - 2

定价: 55.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主 任 李友根

委 员

(以汉语拼音为序)

狄小华	范 健	胡晓红	金 俭	李友根	邵建东
宋 晓	孙国祥	王太高	吴建斌	吴英姿	肖 冰
杨春福	叶金强	张 淳	张仁善	周安平	

编辑部

主 编 张仁善

编 辑

胡晓红	秦宗文	税 兵	吴卫星	咸鸿昌	熊静波
徐棣枫	杨辉忠				

英文校审

咸鸿昌

南京大学法学院主办

《南京大学法律评论》稿约及投稿格式

《南京大学法律评论》系中文社会科学引文索引(CSSCI)来源集刊,每年分春、秋两季号,由法律出版社出版。

本刊拟登载高质量的法学学术文章。竭诚欢迎中外法律学人踊跃投稿。对所有来稿实行匿名评审制度,如决定刊用来稿,编辑部将在两个月内予以答复。一经刊用,即致稿酬。两个月后未接到用稿通知者,可自行处理稿件,编辑部将不再另行通知,切勿一稿多投。

翻译稿请自行处理好版权转让事宜,投稿时,须附上翻译原件及相关签名同意翻译刊用资料。

投稿格式要求

一、来稿须提交 word 文档格式纸本、电子文本(可用电子邮件发送或随寄磁盘)各一份。

二、一律使用新式标点符号,除破折号、省略号各占两格外,其他标点均占一格。书刊及论文均用“《》”号,此点尤请投稿人留意。

三、文章以及标题序号用“一、二”;二级序号用“(一)、(二)……”;三级序号用“1.、2.……”。

四、数字用法

1. 表示公元纪年及公制度量衡值,用阿拉伯数字;纪年书写要完整,如 1980 年,不可写成 80 年;“年代”前须标明世纪,如“20 世纪 90 年代”……。

2. 夏历及清代以前纪年一律用中文数字,提及帝王年号,须加公元纪年,如“康熙二年(1663 年)……”;中华民国纪年用公历阿拉伯数字。

3. 杂志卷、期、号等用阿拉伯数字。

4. 惯用语、缩略语、词组、约数等,用中文数字,如“八国联军”、“一二·九运动”、“五年来”、“五六人”等。

五、注释体例

1. 一律使用脚注,每一页重新编号。用自动插入的“○”内“1、2……”序号。序号在标点符号之后。

2. 报刊引用,依次标明注号、作者、篇名、报刊名、年代卷次、出版日期,如“金克木:《主题学的应用》,载《读书》1986年第3期”……;报纸须注明到第×版;不同地点出版的同一报刊,应在报刊前加注出版地,如“天津《大公报》”……。

3. 引用书籍首次出现时,依次标明注号、作者、书名、出版单位、出版年、版次、页码。再次出现时可不标明版本。

4. 译著须标明序号、作者国别、作者、书名、译者、出版单位、出版年月、版次、页码等。如“[美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2007年版,第×页”。

5. 引用西文论著,依西文惯例标注。

六、投稿须附300字左右的中英文摘要、关键词及题目的英文翻译。

七、本刊文章将提供给相关期刊数据网,以便读者检索、引用。投寄本刊作者,视为同意此约定。凡不符合本刊投稿格式要求者,作无效稿件处理。

八、来稿请写明作者姓名、性别、工作单位、职称、通信地址、邮编、来稿字数。稿件请寄编辑部信箱,请勿寄给个人,以免遗失。

编辑部地址:南京市汉口路22号南京大学法学院,210093;电子信箱 lawreview@nju.edu.cn;编辑部电话:025-83594109。



北航

C1728091

· 法学理论 ·

多维度的选举权

——基于霍菲尔德权利理论的一个分析 张卓明(3)

施米特对魏玛宪制的反思及其政治宪法理论的建构 田飞龙(15)

法律科学的诺贝尔奖

——理论、经验工作与法学研究中的科学方法

..... [美]托马斯·S.尤伦 著 赵娟 译(36)

论柏拉图的规则观 郭俊义(72)

· 法社会学 ·

民生发展视角下社会保障权的价值分析 石红梅(85)

基层法院裁判过程的法社会学分析

——以离婚案件中的子女抚养问题切入 韩宝(99)

· 法律史学 ·

民国时期弱势群体的法律保护 谢冬慧(137)

从领事法庭到驻华法院:美国在华治外法权模式转型 李洋(154)

论谢觉哉对新民主主义宪政观的理论发展 周鹏宇(168)

· 民事法学 ·

物权的本质 张永健(185)

家族信托的法律困境与发展 于霄(201)

论违反竞业禁止的民事责任 翟业虎(211)

· 刑事法学 ·

合规计划的效度之维

——逻辑与实证的双重展开 李本灿(227)

我国黑社会犯罪刑事立法的反思与完善 蔡军(240)

· 经济法学 ·

论中国在ICSID 被诉第一案中的仲裁管辖权问题 漆彤(253)

跨国诉讼追索流失文物的法律困境

——基于查巴德诉俄罗斯政府案的分析 孙雯(265)

保险法理论的发展与保险实务的应对及挑战

——以《保险法司法解释二》的实施为中心 岳卫 卢云云(276)

论“木桶理论”在专利权经济价值分析中的应用 刘运华(285)

· 环境法学 ·

论作为概念群落的环境权 陈 伟(293)

民营小水电开发运营中的法律制度运行检讨

——基于鄂西某民营小水电站的调查 黄利红(305)

美国联邦政府的煤矿安全生产监管制度研究 苏苗罕(315)

· 诉讼法学 ·

法官澄清义务研究 龙宗智 孙末非(333)

优先公正 兼顾效率:两岸刑事诉讼法修改的共同趋向

——以公诉案件起诉与一审程序为视角 顾永忠(346)

从社群主义拯救罪错少年

——恢复性少年司法及其社区参与 吴啟铮(358)

· 书评 ·

清代州县的法律生活图景

——读《清代县域民事纠纷与法律秩序考察》 李增增(381)

· 会议综述 ·

第七届全国法律文化博士论坛会议综述 李银笙(389)

法治中国与宪法实施

——江苏省法学会法理学与宪法学研究会 2013 年年会综述 季秀平(397)

法 学 理 论

多维度的选举权

——基于霍菲尔德权利理论的一个分析*

张卓明**

〔摘 要〕 选举权包含多种法规范上的地位和关系,可看作一个有关选举的权利束。按照霍菲尔德的权利理论,可以从权力、自由、豁免和要求四个维度来理解选举权。在权力维度上,选举权意味着对授权和代表关系的法律控制力,选民行使选举权的结果便是授权和代表关系的形成、变动和消灭。在自由维度上,选举权意味着个人有权自由地行使选举权力,不受国家、组织和他人的干涉。在豁免维度上,选举权意味着公民有不受约束的选举自由,国家没有不当干预选举自由的权力。要求维度的选举权与其他维度的选举权紧密相连,它以选举权之权力、自由和豁免三要素为主张对象,在一定意义上,其他维度的选举权只有与要求维度的选举权结合起来,才能变得更有力量、更具有可实现性。

〔关键词〕 选举权 霍菲尔德 权利理论 参政权

我们一般说选举权是参政权或政治权利,这固然道出了选举权的重要内容和特征,但并不是选举权的全部,且有简单化之嫌。其实,选举权包含多种法规范上的地位和关系,可以说构成了有关选举的权利束。透过霍菲尔德的权利分析框架剖析选举权,我们可以明了选举权之构成的复杂性,其由权力、自由、豁免和要求等不同维度的权利形式类型所构成。

一、霍菲尔德的权利分析框架

在美国分析法学家霍菲尔德看来,我们日常所说的(广义上的)“权利”概念在逻辑形式上可能包含四种类型,即狭义上的权利或要求(claim)、特权(privilege)或自由(liberty)、权力(power)和豁免(immunity);我们日常所说的(广义上的)“义务”概念也是

* 本文系国家社科基金重大项目“法律文明史”(项目编号11&ZD081)之子项目“现代公法的变革”及国家社科基金青年项目“选举权的法理研究”(项目编号:09CFX015)的成果之一。

** 法学博士,华东政法大学法律学院副教授。上海:201620

如此,可能包含义务(duty)、无权利(no-right)、无权力(disability)和责任(liability)等四种形式类型。这些概念构成“法律概念的最小公分母”,由这些概念构成的八种法律关系是“最小的法律关系”。我们平常所说的某一权利往往同时包含多个此种“最小的法律关系”。^①

霍菲尔德的权利理论核心是各种法律关系的逻辑关系,其最大的贡献是为我们提供了完整的权利逻辑结构,他通过法律上的“对应关系”(jural correlatives)和法律上的“相反关系”(jural opposites)这两组逻辑关系来解释,可以图示如下:^②

法律上的 对应关系	权利(right)	特权(privilege)	权力(power)	豁免(immunity)
	义务(duty)	无权利(no-right)	责任(liability)	无权力(disability)
法律上的 相反关系	权利(right)	特权(privilege)	权力(power)	豁免(immunity)
	无权利(no-right)	义务(duty)	无权力(disability)	责任(liability)

所谓“对应关系”是指“相伴而随”、“相反相成”的关系,“有一方必有另一方,无一方必无另一方”。正是在这个意义上,我们常说“权利是与义务相对应的,若无相应的义务,便谈不上享有权利”。^③ 四种对应关系的具体含义可解释如下:

1. 权利(right)—义务(duty)。这里的权利与义务是狭义上或严格意义上而言的,其中,权利与要求(claim)近义。两者的对应关系表现为:X 具有要求 Y 作为或不作为的权利,Y 根据 X 的要求有作为或不作为的义务。

2. 特权(privilege)—无权利(no-right)。这里的特权与自由(liberty)近义,和属于某个人或某阶级的特殊的(法律上的)好处这种一般的特权含义有所不同。两者的对应关系表现为:X 具有作为或不作为的特权(自由),Y 无权利“要求 X 作为或不作为”。

3. 权力(power)—责任(liability)。这里的权力不同于日常所指的物理意义上和事

① See Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions As Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. , Walter Wheeler Cook, New Haven: Yale University Press, 1923. [美]霍菲尔德:《基本法律概念》,张书友译,中国法制出版社2009年版。另,可参见陈端洪先生的中译文,载氏著:《宪治与主权》,法律出版社2007年版,第340页以下。国内专门的介绍性文章可参见杜万华:《霍菲尔德法律分析理论简介》,载《外国法学研究》1985年第3、4期;沈宗灵:《对霍菲尔德法律概念学说的比较研究》,载《中国社会科学》1990年第1期;王涌:《寻找法律概念的“最小公分母”》,载《比较法研究》1998年第2期;翟小波:《对 Hohfeld 权利及其类似概念的初步理解》,载《北大法律评论》2003年第5卷第2辑;李剑:《对霍菲尔德法律权利概念的分析》,载《外国哲学》2003年卷,商务印书馆2003年版。

② 就 Correlatives 一词的译法尚有争论,有学者译为“关联”或“相关”,另有学者主张译为“相依”,参见翟小波:《对 Hohfeld 权利及其类似概念的初步理解》,载《北大法律评论》2003年第5卷第2辑。

③ 夏勇:《中国民权哲学》,生活·读书·新知三联书店2004年版,第330页。

实意义上的作用力和影响力,而是与(法律上的)能力(ability)近义。两者的对应关系表现为:X具有改变自己与Y或者Y与其他人之间的法律关系的权力(能力),Y必须承受权力之行使所带来的法律关系之变动的后果。这种后果对于Y来说,可以是不利的,也可以是有利的,因而这里的责任概念,与一般的承担某种不利后果的责任含义有所不同。

4. 豁免(immunity)—无权力(disability)。两者的对应关系表现为:Y不具有改变自己与X或者X与其他人之间的法律关系的权力(能力),这对X来说即为“豁免”,对Y来说即为“无权力”。这里的豁免与免除(exemption)近义,意味着免受他人法律权力的控制。

所谓“相反关系”是指“相互反对”、“相互否定”的关系。^①霍菲尔德在为狭义上的权利寻找相反方(opposite)时,因找不到一个合适的词来表达,不得已造了一个新词: no-right,即无权利,这清楚地表明了两者的相反或否定关系。倘若不死守避免造生词的规矩,那么,权力(power)的相反方可以表达为 no-power(disability),即无权力;特权(privilege)的相反方可以表达为 no-privilege(duty),即无特权(义务);豁免(immunity)的相反方可以表达为 no-immunity(liability),即不能豁免(责任)。四种相反关系可以解释为:

1. 权利(right)—无权利(no-right)。两者的相反关系表现为:X具有要求Y作为或不作为的权利,X没有要求Y作为或不作为的权利。换言之,X有权利意味着有要求权,其相反方就是没有要求权。

2. 特权(privilege)—义务(duty)。两者的相反关系表现为:X具有作为或不作为的特权(自由),X没有作为或不作为的特权(自由)。换言之,特权意味着X免受Y的权利(要求)约束的自由,其相反方就是没有特权,这意味着没有这种自由,而只能按照Y的权利(要求)作为或不作为,这便是义务。

3. 权力(power)—无权力(disability)。两者的相反关系表现为:X具有改变自己与Y或者Y与其他人之间的法律关系的权力(能力);X没有改变自己与Y或者Y与其他人之间的法律关系的权力(能力)。换言之,X有权力意味着有控制他人特定法律关系的能力,其相反方就是没有权力,这意味着没有这种控制性的能力。

4. 豁免(immunity)—(责任)(liability)。两者的相反关系表现为:X在特定的法律关系中,有权免受Y的法律权力(能力)的控制;X在特定的法律关系中,无权免受Y的法律权力(能力)的控制。换言之,X有豁免权意味着免受他人法律权力的约束,其相反方就是无豁免权,意味着不能免除他人法律权力的约束,这便是责任,即必须承受他人权力之行使所带来的法律关系之变动的后果。

尽管霍菲尔德的权利分析框架是从私法上的权利入手而建构起来的,但是这并不妨

^① 参见翟小波:《对 Hohfeld 权利及其类似概念的初步理解》,载《北大法律评论》2003年第5卷第2辑。

碍将其运用于公法上的权利和道德权利,在这些领域,它仍然是有效的分析工具。譬如,我国学者曾借用霍菲尔德的权利分析理论建构起公法权利义务关系的分析模型。^①也有国外学者指出:“有关权利结构的诸多讨论,常常集中在霍菲尔德的著作上,或者至少会和他的著作开始。……尽管我们应该清楚,霍菲尔德是个法学家,而不是道德哲学家,他所使用的术语专门用来描述各种基本法律概念之间的关系。纵然如此,许多哲学家发现,借用他的术语,将之用于道德领域,很容易上手。”^②

霍菲尔德提供的权利概念,纯粹是从逻辑和形式上入手的,而试图把价值和内容方面排除出去,这也是经常为人所诟病的地方。不过,也正是因为它的纯粹性,才使得权利思维的清晰达到极致,因而可以有效地作为权利分析的框架和始点。下面从权利概念的四个“最小公分母”入手,考察我们耳熟能详的选举权,揭示其四个方面的维度。为清晰和方便起见,狭义上的权利和特权直接以其近义项,即要求与自由标示。

二、权力维度的选举权

在某种意义上,选举权是一种权力。选举权的行使就是选举权力的行使。按照霍菲尔德的理论,权力就是对特定法律关系的“控制力”,权力的行使会造成特定法律关系的形成、变动和消灭。就选举权力(the power of voting)而言,它意味着对授权和代表关系的法律控制力,它的行使会造成授权和代表关系的形成、变动和消灭,即形成授权和代表关系,或使原有的授权和代表关系归于结束,并形成新的授权和代表关系。传统上,说选举权是一种典型的参政权,其着眼点就在于选举权的权力维度。譬如德国公法学家耶林内克从“个人的意志参与国家统治的运作,个人被承认为国家权力的主体”这种所谓个人的“主动身份”中导出了包括选举权在内的参政权。^③在笔者看来,选举权的参政功能,与其说是规范意义上的功能,不如说是社会意义上的功能,是选举权作为法律权力在现实中运用的结果,在某种意义上也是其规范性功能的实现结果。

作为法律权力的选举权有其特殊性,即须众人集合起来行使,方能造成上述法律关系的形成、变动和消灭。这一点与私法上一般的权利之权力维度有所不同,譬如个人将自己的财产捐赠出去,就可以直接引起财产法律关系的变动,这便是个人独自行使民法上的财产权之权力的结果。正是由于选举权力须集合行使方能产生效果,所以特别依赖于组织和程序,组织和程序的完备对于个人选举权力的实现来说至关重要。而现实中,个人的选举权力也很容易被组织和程序虚化和架空,借着组织和程序,多数人的选举权力易为少数人所操控。涉及选举权力最终实现的组织和程序很多,举其大

① 参见夏勇:《中国民权哲学》,生活·读书·新知三联书店2004年版,第220页以下。

② John R. Rowan, *Conflict of Rights*, Westview Press, 1999, p. 20.

③ 参见李建良:《基本权利的理念变迁与功能体系——从耶林内克“身份理论”谈起(上)》,载《宪政时代》第29卷第1期。

端有:选民登记、制作选民名单、候选人提名、候选人介绍宣传或竞选、投票、计票和开票。

在一定的组织和程序下,选民通过分散的个人选举权力来控制代表及其政策,最终掌握主权。从分散的个人权力到主权,这中间有个分散的权力的集中过程,这就涉及多数决的民主机制,根据决策事项的性质与重要程度,实行简单多数决(出席者中过半数)、绝对多数决(全体成员中过半数)或特别加重多数决(如2/3多数),这些多数决机制只是集体决策行为不得已的最不坏的技术手段,其行为被视为或拟制为主权行为。尽管这种拟制较之于其他诸如君主或所谓的智者代表全民的拟制更优,但仍然是拟制,再加上人民主权本身是人的尊严和自主这一内在价值的外在实现,所以,多数决机制还应受到包括选举权在内的基本权利的限制。

权力维度本身必然包含自由的要素,这种自由是积极的,即权力享有者根据自己的意志自由地决定,就选举权力而言,就是决定何者当选,决定授权和代表关系的形成与变动。这是选举权力本身所包含的自由决定之范围。至于选举权力不得转让、不得委托、不得代理、不得抛弃诸如此类的法律规定,其本身并非与选举权力相冲突。譬如,强制投票所设定的义务,可以与选举权力共存,换言之,一个人既有选举权力,但又有投票义务。另外,正是因为权力的行使需要具备一定的意志条件,所以,对于不具备此项条件的年幼者或精神病患者,就可以限制其行使。当然,如果纯粹从逻辑形式上看,说一个人享有权力,又限制其行使,或规定其停止行使,这意味着他没有权力,如同霍菲尔德所认为的,权力的相反方即无权力。而且,从实际效果上看,限制某人行使权力与没有权力也是一样的。我们国家《宪法》和《中华人民共和国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》)规定的“中华人民共和国年满十八周岁的公民,……都有选举权和被选举权”可以在这个意义上予以理解。

权力的相对应方是必须承受法律关系变动结果的责任。与选举权力相伴而随的责任便是,国家以及作为国家主人一员的公民必须承受选民行使选举权力所造成的公法性法律关系形成或变动的结果。这种责任具体表现为:在计票和开票的过程中,不篡改、不作弊,忠实于选民的原意,尊重选民行使选举权力的结果,竞选失败者对竞选胜利者的承认,以及当政者对权力交接的协助,等等。否则,就是没有履行相应的责任,构成对人民权力的侵犯和篡夺。

三、自由维度的选举权

按照霍菲尔德的理论,自由就是免受他人要求权约束可以作为与不作为的权利。如前所述,权力维度也包含了积极的自由要素,因而权力维度的选举权与自由维度的选举权在这一点上有着密切的联系。这意味着个人有权自由地行使选举权力,不受国家、组织和他人的干涉。正是为了确保个人按照自己的意愿自由决定投谁的票,避免对自由投票施压,所以要设置秘密投票或无记名投票。秘密投票的形式,一般是在投票场所开设专门的秘密写票间,不准任何人(包括选举工作人员)进入。已填好的选票,由投票人自

已投入票箱。有的国家,如英国,还在选票外罩上一层硬纸套,以加强秘密性。^①这样一来,就可以保证人们根据自己的意志而不是根据上司、主人或党派、集团的意志行使选举权,因为秘密投票使人们得以避免在公开投票下的那种盲从心理和各种压迫感,而且选举中的贿赂行为也将得到有力抑制,因为在没有公开监督投票的情形下选民完全可能拿了贿赂而不买行贿者的账。所以,现代国家一般都把秘密投票作为选举的一项原则。我国《选举法》也确认了这一原则,第38条第1款规定:“全国和地方各级人民代表大会代表的选举,一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处。”其中“选举时应当设有秘密写票处”是2010年选举法修改新增的,其目的就在于强化秘密投票原则,加强对选举自由的保护。

为什么不允许买卖选票?为什么不允许个人转让选举权力?除了公民德性、有效民主等外在理由之外,更重要的是人的尊严与自主这一基础性价值所要求的,买卖选票、贿选行为,是对人的尊严的亵渎,是对个人自主的贬低,就如同自愿为奴一样,是应该被禁止的。禁止转让选举权力,构成选举自由的限制,不过,这种限制可理解为自由的内在限制。基于同样的道理,选举权力具有人身性或固有性,一般应由权利人亲自行使,而不许委托行使。而且,委托投票与秘密投票原则直接相悖,有损选举权力的自由行使。从现实层面讲,委托也很容易成为攫取他人权力的途径。

就此而言,我国《选举法》第40条关于“委托投票”的规定有所不妥。该法条规定:“选民如果在选举期间外出,经选举委员会同意,可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过三人,并应当按照委托人的意愿代为投票。”其中,“并应当按照委托人的意愿代为投票”是2010年选举法修改新增的,这当然是值得肯定的,但如何落实显然是个难题,且没有从根本上解决委托投票的困境。委托投票的规定与《选举法》第43条第1款的“双过半数”规定不无关系,该条款规定:“在选民直接选举人民代表大会代表时,选区全体选民的过半数参加投票,选举有效。代表候选人获得参加投票的选民过半数的选票时,始得当选。”这一规定的出发点,即提高当选者的民意基础固然可嘉,但因此设置“委托投票”,以增加投票率,减少因未过半数选举无效的结果,似乎是手段不当。

在选举自由充分保障的情形下,无须特别规定过半数参加选举方才有效,也往往足以反映民意。而在选举自由未获保障的情形下,有此规定,只是把选举权当作组织化与合法化的工具而已,这与组织动员甚至采取不正当压力迫使选民投票毫无二致。这里还涉及有无不参加选举投票的自由这个值得讨论的问题。倘若有不参加选举的自由,那么,这一规定更显得有所不足。不过,在我国,“委托投票”客观上对流动选民的选举权有一定保障作用,如果废除“委托投票”,可能使很多流动选民不方便投票,因而需要配合户籍制度改革,有效保障流动选民的选举权。此外,应区别“委托投票”与“代写选票”。我国《选举法》第38条第2款规定:“选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的,可以委托

^① 参见林尚立:《选举政治》,三联书店(香港)有限公司1993年版,第60页。

他信任的人代写。”这里的“代写选票”是为了使不能填写选票的选民也能行使选举权,它虽可能与秘密投票原则相悖,但也是利害权衡之后不得已的办法。

就选举权力的代理而言,有人或许会说,孩子虽因无一定意志能力而不能行使选举权力,但可否由父母代理孩子,代行孩子的选举权。基于选举权力的人身性和固有性,同样不能代理。而且,要是可以代理,代理人实际上就具有复数选举权力,从而与他人处于不平等的地位。转让、委托选举权力客观上也都会产生违反选举平等的效果。自主和自由内在地蕴涵和要求平等,对平等的违反意味着对自由的侵犯。^① 自由行使选举权力必然要求平等行使选举权力。我们之所以在直觉上就能感到买卖选票、贿选、复数选举权会造成不公正的选举,就是因为它们违反选举平等,侵害选举自由。选举平等不仅要求一人一票,而且要求一票一值,所以真正自由的选举还要求在划分选区、竞选过程等对于行使权力至关重要的方面接近平等。正是在这个意义上,2010年选举法修改最主要的内容,即“实行城乡按相同人口比例选举人大代表”,不仅解决了农村选民与城市选民之间的票力平等问题,同时还扩展了农村选民的自由和权力。

由上可知,所谓自由行使选举权,排除选举权力的转让、委托和代理。基于上面同样的道理,选举权自然不得抛弃,但是可否选择不行使?或者说,所谓自由行使选举权力,是否包括不行使选举权力?这又可分为两个小问题,一是个人在选举中是否可以不做选择,投弃权票,二是个人可否不参加选举,有无不参选的自由。对于第一个问题,没有多大疑问,即可以看作自由行使选举权力的一部分,它虽没有积极地做出选择,实则可视为做出了选择,即对既有候选人都不满意,从而不选择。这是因为选举权力的自由行使依赖于投票前的组织和程序,其自由度的高低取决于差额选举、选民提出候选人的自由是否得到保障等前提性步骤,最后投票阶段的选择其实受制于前面的程序。正因为如此,我们常在宽泛的意义上称选举自由,它包括投票程序之前诸多阶段中选民的自由选择。所以,允许选举人投弃权票可以说是积极行使选举权力的补充,这同应该允许选举人在填票时另填他人姓名的道理一样。而且,在秘密选举的原则下,不允许弃权的规定也是不现实的。所以,我国《选举法》第39条明确规定:“选举人对于代表候选人可以投赞成票,可以投反对票,可以另选其他任何选民,也可以弃权。”

关于第二个问题,则较为复杂。允许投弃权票的理由也适用于不参加选举的部分情形。但是不参加选举的情形可能还包括对公共事务不感兴趣,或者基于私利不想参与的情形,这种不积极行使自由的状况甚至在投弃权票的人中间也有可能存在。这就涉及有无不行使选举权的消极自由这个问题。有学者指出,选举权所代表的自由种类是积极参与选举的自由,而不是免受干预的不参与的消极自由,因而主张强制投票制。^② 所谓强制

^① See Samuel Freeman, Sunstein on the Constitution, in *Law and Philosophy*, No. 15, 1996, pp. 437 - 445.

^② See Heather Lardy, Is there a Right not to Vote?, in *Oxford Journal of Legal Studies*, No. 2, 2004, pp. 303 - 321.