

选举及其相关权利研究

— 美国选举个案分析

王雅琴 著

gong fa yan jiu

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

公法研究

山东人民出版社

选举及其相关权利研究

——以美国选举个案分析

王林军 著

王林军 著

王林军 著

王林军 著

王林军 著

王雅琴 著

选举及其相关权利研究

— 美国选举个案分析

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

选举及其相关权利研究:美国选举个案分析/王雅琴
著. — 济南:山东人民出版社,2004.3
(公法研究/谢晖,陈金钊主编)
ISBN 7-209-03417-X

I.选... II.王... III.选举法—案例—分析—
美国 IV.D971.212

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 011748 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 10.5 印张 4 插页 240 千字

2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价:21.00 元

公法研究

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

O n P u b l i c L a w

《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家,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，而与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 2002 年 11 月 10 日

弘扬法治精神 真诚支持学术

法理文库

- | | |
|-----------------------------|-----------|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢晖 著 |
| 4. 价值重建与规范选择
——中国法制现代化沉思 | 谢晖 著 |
| 5. 权利的法哲学
——黑格尔法权哲学研究 | 林喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制
——现代行政法的法律解释 | 孙笑侠 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢晖 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 著 |
| 12. 中国法理念(增订版) | 江山 著 |
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 著 |

- | | |
|---------------------|-------|
| 14. 法律思维学导论 | 林 喆 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 著 |
| 27. 权利政治论 | |
| ——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观 | 赵 明 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治 | 夏立安 著 |
| 31. 法律的社会学分析 | 魏 宏 著 |
| 32. 司法权威论 | 季金华 著 |
| 33. 程序正义论 | 徐亚文 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力 | 喻 中 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构 | 范进学 著 |

- | | |
|---------------|-------|
| 36. 法的合理性研究 | 周世中 著 |
| 37. 道与中国法律传统 | 龙大轩 著 |
| 38. 语境与工具 | |
| ——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 著 |
| 39. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 著 |

法 学 论 丛

- | | |
|----------------|------------|
| 人权研究(第一、二、三卷) | 徐显明 主编 |
| 民间法(第一、二、三卷) | 谢 晖 陈金钊 主编 |
| 法律方法(第一、二、三卷) | 陈金钊 谢 晖 主编 |
| 中国诠释学(第一辑) | 洪汉鼎 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下) | 徐显明 刘 瀚 主编 |
| 法解释的基本问题 | 刘士国 主编 |

公 法 研 究

- | | |
|----------------|-------|
| 法治与法律方法 | 陈金钊 著 |
| 欧洲:从民族国家到法的共同体 | 李道刚 著 |
| 行政法的私权文化与潜能 | 关保英 著 |
| 现代行政法的基本理念 | 陈贵民 著 |
| 从宪法到宪政 | 谢维雁 著 |
| 西方宪政思想史略 | 黄基泉 著 |

选举及其相关权利研究

——美国选举个案分析

宪法的国家结构问题

王雅琴 著

童之伟 著

私法研究

中国民法典制定问题研究

企业并购与并购法

商标权及其私益之扩张

继承法律制度研究

刘士国 著

吴国萍 周世中 著

崔立红 著

安宗林 著

公法研究

法治与法律方法

陈金钊 著

欧洲：从民族国家到法的共同体

李道刚 著

行政法的私权文化与潜能

关保英 著

现代行政法的基本理念

陈贵民 著

从宪法到宪政

谢维雁 著

西方宪政思想史略

黄基泉 著

选举及其相关权利研究

— 美国选举个案分析

王雅琴 著

宪法的国家结构问题

童之伟 著

目 录

《公法研究》总序····· 谢 晖(1)

导 论····· (1)

第一章 选举与权利····· (9)

1.1 选举制度概述····· (9)

1.2 民主的、法治的选举····· (30)

1.3 自由、公正的选举与权利实践····· (52)

第二章 选举权····· (68)

2.1 选举权的理论特征····· (68)

2.2 平等权视野中的选举权····· (81)

2.3 美国人民获得平等选举权的历程····· (87)

2.4 选举制度、程序与选举权的实践····· (109)

第三章 选举与表达自由····· (122)

3.1 独立、“自由”的媒体····· (124)

3.2 媒体在选举过程中的功能····· (137)

3.3 媒体对美国选举政治的影响····· (154)

第四章	竞选自由与知情权、隐私权	(169)
4.1	选举过程中的公民知情权	(169)
4.2	竞选自由与公众人物的隐私权、名誉权	(180)
第五章	程序正义和选举诉讼	
	——2000年美国总统选举法律问题个案分析	(196)
5.1	2000年总统选举选后诉讼过程及相关讨论 ..	(199)
5.2	践履程序正义——诉讼机制的保障	(210)
余 论	(231)
附 录	(245)
参考文献	(311)

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2003年修订3版，第4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，它们所提出来的人选，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，要消费就得赎买。参见熊彼特：《资本主义、社会主义和民主主义》，绛枫译，北京商务印书馆1979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1998年12月第2版；[美]托马斯·R·戴伊、L·哈蒙·奇格勒：《美国民主的讽刺》，张绍伦、金筑等译，河北人民出版社1997年7月版。