



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编

陈端洪 翟小波

〔阿根廷〕卡洛斯·桑迪亚戈·尼诺著 赵雪纲译
Carlos Santiago Nino

慎议民主的宪法

The Constitution of Deliberative Democracy



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



国家图书馆
National Library of China
100081
北京

柏拉图的民主



中国社会科学出版社
CHINA SOCIAL SCIENCE PRESS

慎议民主的宪法

The Constitution of Deliberative Democracy

「阿根廷」卡洛斯·桑迪亚戈·尼诺 著 赵雪纲 译
Carlos Santiago Nino



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

图书在版编目(CIP)数据

慎议民主的宪法 / (阿根廷) 尼诺著; 赵雪纲译. —北京: 法律出版社, 2009. 5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8696 - 2

I. 慎… II. ①尼…②赵… III. 民主—研究 IV. D082

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 115131 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/9.25 字数/208 千

版本/2009 年 5 月第 1 版

印次/2009 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 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

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8696 - 2

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

鸣 谢

我曾在以下若干学术机构举办过研讨班：布宜诺斯艾利斯大学法学院、布宜诺斯艾利斯国际研究中心、耶鲁法学院和巴塞罗纳法布拉(Pompeu Fabra)大学。本书就是这一系列讨论的成果。在这些研讨班上，同僚们和学生们充分发挥和贡献了他们的才智，提出了许多反对意见和质疑，这对写作本书极有益处。因此，我向他们致以衷心感谢。

目 录 Contents

第一章	立宪民主的复杂性 / 1
第二章	历史宪法之奉行 / 17
第三章	理想的权利宪法 / 54
第四章	诸种民主观 / 82
第五章	慎议民主观的基础 / 132
第六章	慎议民主的确立 / 176
第七章	慎议民主中的司法审查 / 226
结论	复合宪法的诸种张力 / 261
英文本编辑附言 / 268	
索引 / 270	
译后记 / 285	

立宪民主的复杂性

宪政和民主联合起来,就构成一种政府制 1
度,这种制度叫做“立宪民主”(constitutional democracy)[有时也等同于“自由民主”(liberal democracy)]。在许多人看来,这是两种可贵理想之间的愉快联姻。因为在他们看来,无论是与纯粹的民主制相比,还是与不民主的立宪政体(nondemocratic constitutional government)相较,立宪民主都是一种远为高级的政府形式。

未来的历史学家们有可能这样来描写 20 世纪的最后几十年,即把这一时段作为一个时代,在这一时代中,宪政民主的理想迅速传遍天下万国。1970 年代后期,若干南欧国家抛弃了行之多年的独裁制(dictatorship),接纳了自由民主政体。而在 1980 年代早期,大部分拉美国家都建成了立宪民主政府,弃绝了长期以来的军治(mil-



itary rule) 和独裁倾向。随着 20 世纪 80 年代的结束和 90 年代的开始,另一次立宪主义浪潮席卷了东欧和苏联,粉碎了那里的国家制度,虽然人们曾一度确信它是千年王国。或许,另一次立宪民主浪潮亦将冲击亚洲和非洲,并取代彼处的一党统治。

- 然而,民主与宪政的联姻,绝非轻而易举。当民主扩张从而
2 导致宪政削弱时,张力就会产生,而当宪政理想增强从而抑制了民主过程时,情况亦复如是。不过,我们并非轻易就能准确辨明这些张力,因为,我们还没有明确认识到什么能够使民主具有价值,哪一种模式又会使此种价值最大化,而对于宪政观念,我们还有许多模糊的认识。

尽管今日的思想家可能无一否认,民主乃治理一个社会的唯一正当体制,但他们在此种正当性的渊源问题上,却可能会聚讼纷纭。民主的价值是工具性的,还是内在的? 是程序性的,还是实体性的? 民主的价值是在于它有能避免暴政和权力垄断的消极特征呢,还是因为它与民主促进个人自我实现的积极能力相关呢? 民主的价值在于它有力量转变人们的偏好,还是在于它无意愿让这些偏好不受影响呢? 民主是独立于道德领域的政治过程,还是拣选道德价值并克服道德冲突的方法? 民主的真正主体是原子式的个人,还是群体或社团(corporations)? 民主应局限于政治组织体制范围之内,还是应扩展至民间社会的其他领域——比如说工作场所? 对民主而言,何种制度安排是必不可少的? 何种制度安排又仅仅是附带性和工具性的? 我们应如何看待一人一票制、定期选举、表达自由、权力分立、代议制、政党和司法审查?

当回答了以上这些问题和其他问题之后,我们就会看到各种极端不同的民主模式了。每一种民主模式与宪政都有不同关系。对某些民主模式而言,赋予民主以价值的特征自然会产生一些要求;对另一些民主模式而言,在民主价值的制度意涵和宪政理想

(Cdeal)中包含的制度意义之间,会有一种事实的、附带的、但却真实和重要的张力。这种张力只能通过相关理想之间的妥协和调适来解决。有时,民主诸理想和宪政诸理想之间的矛盾——不管是全部矛盾,还是部分矛盾——是逻辑上的矛盾,这只能通过全部或部分放弃某些理想来克服。

首先,民主与宪政的关系主要依赖于如何解释宪政。尽管宪政理想在实践中取得了成功,也有许多学者撰文颂扬这种成功,但宪政理想本身仍然模糊不明,甚至有点神秘。有些阐释是合乎情理的。比如说,我们一般认为,英国是宪政理想的开路先锋。英国并无成文宪法,事实上,有许多学者甚至认为,由于缺乏把普通法律置于宪法之下进行审查的程序,因此英国根本就没有宪法。此外,尽管是美国引入了成文宪法理念,但美国采纳的宪法结构类型,并没有为其他被看成宪政典范的国家所追随。在这些被看成宪政典范的国家中,有许多国家采用的是君主制;它们采用的几乎都是议会制或半议会制的政府制度,而非总统制政体。这种议会制的政府制度,其权力分立理念较美国为弱。被看成宪政典范的这些国家,大都有常与比例代表制结合起来的强劲的政党传统,与美国力量较弱的政党和多数代表制度恰好相反。这些国家大部分都不是联邦制结构,或者,如果是的话,也美国的联邦结构完全不同。其中一些国家并不对立法进行司法审查,或者,如果有审查的话,它们也极不同于马伯里诉麦迪逊案所确立的审查模式。看到这些差别后,问题自然就产生了:这些被看成宪政典范的国家有什么共同之处,能有助于阐明宪政的核心意义呢?

在相当普遍的意义上,所有人都同意宪政(constitutionalism)类



似“有限政府”(limited government)这样的说法。^[1]但“有限政府”这一措辞蕴意宽泛,这一概念所含内容变易难定:

(1)宪政概念最薄的含义或许是与法治的基本理想联系在一起的。也就是说,保存某些基本法律规则以永恒地限制某些特定的政府机关,不管这些机关是民主的还是非民主的。

(2)宪政概念较厚一点的意义是,它是一种用法律规则制约政府机构的特殊方法,宪政需要一部宪法,尽管不一定是成文宪法。由于宪法的修定或废止比普通法律更为严格和艰难,因此无论宪法内容如何,它都应比普通法律更为稳固,效力也应更高。

(3)宪政概念更厚的含义包括:对隶属于宪法的法律施加形式上的限制,例如,要求法律必须普遍、明确(precise)、公开、不溯及既往、稳定和无偏私地适用(即在适用时,不得做出法律自身没有承认的差别)。

(4)我们还应加上权力分立的观念,以深化宪政概念。特别是,我们应着力强调,司法权要独立于立法机构。

(5)当宪法认识到个人权利不能被国家机构侵犯时,我们又为宪政概念增加了一个新的决定性维度。

(6)把司法审查增加进来,则宪政概念就更为厚重,因为独立的司法权是能够为公民权利提供保护的独特制度设置,因此,独立的司法权应能废止会使公民权利陷于危险之中的法律。

(7)当我们把民主加上后,国家某些部门的正当资格问题就解决了,宪政概念的厚度于是就得到大幅度的加深。

(8)最后,宪政概念的深度还有赖于它所体现出来的特殊民主模式及其制度安排——比如说,是集体的、民选的立法机构,还

[1] See Jon Elster, *Introduction to Constitutionalism and Democracy: Studies in Rationality and Social Change* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), ed. Jon Elster and Rune Slagstad, pp. 2-3.

是一个同样也是民选产生的、集立法和行政功能于一体的个人机构。

通过评价宪政是否具有上述各种不同特征,我们就有可能比较和对照宪政的变易不居的含义及其动力机制。即使最薄含义上的宪政概念也有理论上的启发性和实践上的重要价值。我的意思是,一个国家应有一部宪法,以作为该国法律制度的基础。当然,我们对“宪法”一词仍有相当多的困惑,但是,我们仍可判定,宪法指的是一套规则 and 标准,正是这套规则 and 标准为政治权力的组织提供了基本可能,并确定了政府和个人之间的关系,而且还为通常的立法活动施加了某些限制。在此最低限的意义上,宪法不必是成文的,而可以是习俗的,就像英国宪法那样。首先,这样一部宪法的内容无须设定,它可以含有任何内容。因此,无论是说斯大林治下的苏联有宪法,还是说南非的种族隔离政府有宪法,都不算错。这样理解宪政,与在拉美语境中从事研究的学者的理解尤其相近。宪法不仅存在于像当今时代的民主盛行时期,而且也存在于军人专政时期。拉美军人政府就经常试图通过口头上服务于基本规范和标准——这是较弱意义上的宪政特征——来使自己的统治正当化。 5

然而,在宪政的这种最薄的意义上,我们会发现一些有趣的问题。有些规则以此种或彼种方式来确定权力的组织,确定政府和公民之间的关系,这样的规则是存在的,这一事实以及这些规则并不隶属于普通立法程序这样的事实,可以为公民提供一些对抗政府之无常的最低限度的保障,这就是与法治相伴而生的长处。关于此种意义上的宪政及其好处,有一个例子,那就是智利的皮诺切特(Augusto Pinochet)的统治,他的统治数年前已被民主政体所取代。众所周知,皮诺切特政府在1980年曾谋求通过公民投票批准制定宪法来使自己的统治正当化。尽管皮诺切特的



宪法包含很多荒诞不经的不民主条款,但是智利人仍然普遍认为,它有助于限制政府滥用权力。此外,在诉讼中,通过援引宪法条款,智利获得了很多民主进步,因为,法院有时为了要在国内或国际舆论前保住面子,就倾向于遵守宪法条款。

如果比较智利的经验与阿根廷处于最后的军人政府治下的经验,会颇有启发。政变后,阿根廷军人集团制定了一部基本的《国家重建程序章程》(Statute of the Process of National Reconstruction)。这一章程对权力的使用施加了一些限制,并且该章程还宣告,除章程对之作出改变的内容外,此前存在的宪法继续有效。尽管做了这些事情,军人集团仍然极不情愿遵守甚至是由他们自己制定的规范性制度。就在“反对颠覆的肮脏战争”中对人权的践踏而言,这当然是最明显不过的事情。在此情况下,当军人政府为恐怖活动设下严酷的刑罚和简易审判时,它就公然破坏了现行法律。另外,军人集团对用法律规范限制自己的权力又作了最低限度的口头许诺,这一事实至关重要。在一些案件中,有些人被随意拘捕或失踪,后来最高法院为他们签署了人身保护令状,其中有些人还被军人政府授了荣誉称号。

自然,宪政概念的最厚的含义,是最有理论和实践意义的。这一最厚的含义不仅要求要有规则来组织权力,要确立此种规则对普通立法程序的优越性,而且尤其要求要对那些调整公共生活的法律的程序和内容进行特殊限制。这些限制就构成了自由民主(liberal democracy)这一概念,它们好像是永远处于张力中的两种理想相结合的产物。首先,存在一个参与性政治过程的理想,按照这一理想,受到政治决定影响的所有人,在这些决定的形成过程中,都有平等发言权;其次,存在一个有限政府的理想,在此有限政府中,即便多数人也不能侵犯固有的(entrenched)个人利益。这一维度反映了唯自由论者(libertarian)的精神特质,我们看

到,此一意义上的宪政,似乎就是看似冲突的卢梭理想和洛克理想的综合。

当全面考察世界各地的宪政演变之后,我们就容易领会强调自由民主——宪政的最厚意义——的两个构成部分的各种程度了。在美国的历史经验中,尽管随时间不同而有所变化,但有限政府这一点一直得到突出强调。这部分是受到权力分立影响的结果。正如阿克曼(Bruce Ackerman)所言,权力的多层次分立,阻止了任何政治组织可以宣称代表所有人民。^[2]此外,这一体制还规定了“互相监督和平衡”,政府的联邦制结构,以及至少在全国层次上公众对选举的参与,这些制度(安排)使得这一体制总体而言相当稳妥。最重要的是,掌握在非民选官员手中的强有力的司法审查制度,非常有助于对关涉个人权利的宪法的模糊规定,作出扩大性解释。

欧洲的经验非常不同于美国,欧洲国家特别强调厚的宪政中的政治参与或民主的部分。强调这一点,是很普通的常识。在欧洲,议会政体把公众代表联合起来,以便在更大程度上主张自己的民主正当性;这又和高参选率的传统结合在一起,有时,立法还规定了义务投票制。此外,许多欧洲国家都是单一制国家。假若它们像德国那样是联邦制国家,它们的权力分立制度也和美国的情况不同,较少地冒犯国会为人民说话的主张。大体而言,司法审查对欧洲传统而言是一个外来事物。这样,通过特殊审判机构——即宪法法院——加强宪法控制的模式在当今之扩展,在欧洲比在美国更多地保留了政治过程的影响,因为这些宪法法院与政治过程有更为直接的联系。

欧洲和美国的观察家们已经看到,公众参与和有限政府作为 7

[2] Bruce Ackerman, *We the People* (Cambridge: Harvard University Press, 1991).



自由民主的两个组成部分,并非是各自单独运作的。无论在欧洲还是在美国,都存在着赋予此要素或彼要素以不同重要性的政治行动和思想潮流。注意一下美国最近的共和主义思想运动(republican intellectual movement)的复兴吧:它把民主看成是参与性对话,这与多元主义或精英主义观点都是对立的。然而,在欧洲的语境中,欧盟一体化的扩展和深化,使得自由民主的两个内容——公众参与和有限政府——都已呈弱化之势。

当我们把目光从欧洲和美国转向拉美时,我们就会发现一种公众参与和有限政府的奇特结合。大部分拉美国家都制定了一套类似北美模式的宪法制度,但它们同时也采纳了深受欧洲大陆影响的超宪法(paraconstitutional)的规范和程序及其他法律实践。这样一来,一方面拉美国家已采用了总统制的政府形式,且常伴以强有力的司法审查传统和突出的联邦制内容,而另一方面,拉美国家又常常追随欧洲传统。比如说,在国家的概念中,在公共行政中,在选举过程中的政党角色中,在法律体系的一般结构中,在关涉民事、刑事的实体法和程序法中,在司法体制的结构中,我们很容易就能看到拉美所受的欧洲影响。拉美不情愿或艰难地接受了自由民主宪政的两个部分——政治参与和有限政府,这反映在以下事实中:政治参与和有限政府这两种理念,都只是被部分内化到了公众的政治文化之中。经验研究支持了下述假设:民众在参与维度上对民主的支持,要远大于他们对宽容和尊重权利的自由维度的支持。^[3]

宪政似乎明确要求,我们既应认识到宪政的民主之维的重要性,又不能忽视它的自由或权利之维的重要性。考虑到这些价值

[3] See Edgard Catterberg, *Los argentinos frente a la política: Cultura política y opinión pública en la transición a la democracia* (Buenos Aires: Editorial Planeta Argentina, 1989).

在制度上的种种变化,我们就要建立一个理解这些变化的规范性框架,这非常重要。对那些追求在不同国家中巩固宪政的政治家和政治理论家来说,此规范性框架结构将有助于他们实现自己的目的。

作为规范概念的民主

8 宪法专家和政治活动家经常会参与到巩固民主政体的过程中去。这些人只是从主观正当性(subjective legitimacy)的角度从而也是从政治体制的稳定性和功能性的角度,发现了种种民主观念的重要性。主观正当性由公众对政府及其命令的道德正当性的普遍化信仰构成。因此,民主最终被人们看成是以稳定为结果或目标的工具。实际上,当那些推动或设计制度变革的参与民主转型过程的人们,消除倒退回威权主义的危险时,他们是想要巩固和稳定民主的结构。他们试图要在社会良知中保存和培养一种意识,那就是,现行体制是正当的:特别是当面临在满足社会需要上可能出现的不足时,这种意识就更要保存和培养。本书的一个重要目标就是要试图说明,作为制度设计问题的一种解决之道,上述方法忽略了一个基本维度。在我看来,问题不是主观的正当性而是客观的正当性。我所关注的,不是使特定共同体对于什么会使某个政治体制在道德上具有正当性的信念,而是实际上使得它具有道德正当性的东西。

关心为巩固民主做最优政治设计的政治参与者和政治学家,并非不受证明民主正当性这一问题的影响。他们通常都是民主的坚定信徒,且想当然认为民主就是最好的政治制度。然而,他们并未认识到,使得民主成为最好政治制度的东西,与保存民主的手段之确定,具有重要关系。相反,他们通常都接受一种“高度写实主义”的观点,这一观点的特征是,在很大程度上把民主看成



以结果为取向的过程。采纳这一观点的人所得出的结论是：使民主成为最好的政治体制的任何东西，都能依据某些事实特征来确定。这些事实特征有：公民变更政府的常规途径、权力的分立或对基本权利的尊重。此外，一些典范国家的现行体制还是道德上最好的体制的显明例证，比如美国、英国、德国和西班牙。通过辨识和复制可取的现象或结果，这些政治活动家想要以价值中立的方式来寻找确立或保存上述体制的合适方法。

9 这一系列想法都错了。正如萨托利 (Giovanni Sartori) 所说，民主是一个规范性概念，如果不充分论述其特定制度据以证成的评价性概念，就不能深刻地认识民主。用萨托利的话说：“民主是什么这一问题，不能与民主应当是什么这一问题分开。”〔4〕民主内部的种种特殊制度之间的内在冲突和张力，表明此一规范性追问是不可避免的；这些冲突和张力，使得你不可能仅仅辨识和采纳合适的民主制度。民主是一种代表制现象，还是因为在庞大的社会中实行直接民主有困难、退而求其次的一种辅助性制度？它是行政权力和立法权力的分立，还是一种非强制性的制度安排——议会民主可能会使民主丧失部分价值？它是否把权利典章看做由最高法院之类的独立机构来实施的对多数决定的限制？民主与议会的全面主权是否兼容？政党是独特的民主制度吗？在更完善地运作的民主中，政党是否就不再必要？比例选举制是民主代议制的最合适的方法吗？抑或它只是由于技术原因而不得不被选择的诸种方法之一？

当我们充分意识到这些问题的意义后，就有了结论：特定的价值理论，仅是证成了一套选择，并不存在脱离特定价值理论的

〔4〕 Giovanni Sartori, *Democratic Theory* (Detroit: Wayne state University Press, 1962), pp. 4-5.

民主制度。如果不是系统地直接面对那些证成特定民主制度的道德理论,我们就不能发现那些通常被认为是民主的制度,也不能找到能巩固这些制度的方法。简单地说,现实不会告诉我们,在关系到民主这样的规范性概念时,什么制度是最基本的,而哪些制度又是次要的和辅助性的。我们不能确定,我们能够控制哪些辅助性的制度,以保存民主概念的实质内容。“高度写实主义者”不是这样看问题的,于是就犯糊涂了。

对民主的规范性概念的需要,很接近于德沃金(Ronald Dworkin)表达的看法,他主张说,描述一种实践,必然涉及对该实践的某种解释性态度。^[5]在某种意义上,民主是一种社会实践,它包含规则性的行为和可预期的态度。这些实践构成了各种制度,而这些制度又以特定的目标或价值为旨归。如果我们不采用一种解释的态度,参照某些目标或价值来理解特定的行为和态度,那么我们就不能思虑缜密地(thoughtfully)参与实践,也不能作为理智的观察者来理解实践。此实践可以与不同的目标或价值相兼容——尽管这些价值或目标或许不能与我们碰巧想到的任何目标或价值相兼容——因此我们就必须选择我们认为最正当的那种价值。一旦我们如此做了,与该种价值相关联的对实践的解释,自然就可以确认和支持这一实践本身了。

10

我们会把民主的某些特征看做附带的和可有可无的,而把另一些特征看做核心的并因而是仍需扩大的。由于同样原因,这种把民主当成一个规范性概念的过程,也不应引导我们走向另一个乌托邦主义的极端。这种立场不仅会导致为不可能的事物而奋斗,还会把当前各种社会实践的各种实际构成部分的民主价值看成是平等的。因此,我们凭直觉认为,美国或(比如说)瑞典的政

[5] Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge: Harvard University Press, 1986), p. 66.