

菅从进 著

法理文库

权利制约权力论

山东人民出版社

菅从进 著

权利制约权力论

图书在版编目(CIP)数据

权利制约权力论/菅从进著. — 济南: 山东人民出版社, 2008. 12

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 978-7-209-04723-4

I. 权... II. 菅... III. ①权利-研究②权力-研究
IV. D9 DC33

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 001656 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

权利制约权力论

菅从进 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (140mm×203mm)

印 张 18.5

字 数 465 千字 插页 4

版 次 2008 年 12 月第 1 版

印 次 2008 年 12 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04723-4

定 价 38.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。(0633)8221365



序

以权利制约权力,是近年来我国政治学、法学等相关学界在研究遏制权力异化问题时常常提及的一个重要话题,多数学者将之视为与“以权力制约权力”相并列的一种制约权力的手段来探讨。但正是因为这种视域有限的定位,制约了对权利制约权力问题的深入探讨和思考。其实,公民权利和国家公权力的关系问题,是宪法与行政法学的核心的、法哲学层次的基本问题。我们通常将民主宪政秩序的基本价值目标概括为:制约权力,保障权利。这容易给人一种感觉:似乎权利仅仅是一种消极的保障对象,是须通过其他一系列手段规制权力后才能得到保障的结果。但如果我们进一步深入思考,认识到权利的享有或保障本质上是能动性的而不是消极性的,是法律制度建构的能动性的结果而不是静态性的状态设定,就应该承认民主宪政秩序的基本价值目标,首先是让权利有效制约权力,以实现权利与权力之间关系的真正平衡。菅从进博士在这本名为《权利制约权力论》的专著中,将权利制约权力定位为民主宪政秩序的基本向度——价值目标和基本手段的同一,根本价值追求方向与发展水平尺度的同一,可谓是大大提升了问题

的研究层次。民主宪政秩序的本质,权利制约权力机制的具体建构,权利制约权力与权力制约权力的关系等问题的探讨,也因此具有了新的理论视角和支点。

在本书中,作者首先立足于唯物史观,从民主宪政秩序的高度,分析了权利制约权力的历史和社会根据。

以洛克为代表的古典自然法理论,从唯心主义先验论的立场,提出了“天赋人权”、“社会契约论”等范畴,论证了所谓“天赋人权”对国家公权力的“先在约束”地位,为现代西方民主宪政秩序提供了理论支持,在很大程度上反映了资本主义崛起时代的要求,但这一理论的唯心论破绽又是显而易见的。民主宪政秩序,为什么会成为现代民族国家追求的一种健康而有生命力的政治法律秩序,从今天的眼光来审视,其社会历史逻辑完全可以用唯物史观的基本理论予以科学的揭示。作者认为,现代市场经济秩序催生了自主平等的权利人格主体,这种日益普遍化的权利人格主体,事实上成为建构健康的现代社会政治共同体的社会本体;这种权利人格主体及作为其保证的公民基本权利,因此具有了一种价值上的优先地位,构成国家公权力设置和运作的“价值在先约束”,由此,权利制约权力成为现代民主宪政秩序的基本向度。在此问题上,作者并不满足于理论的推导,而是立足于对英、美、法、德四个代表性国家民主宪政发展的曲折历程的简要而独到的考察,立足于对它们的正反两方面经验教训的系统总结,进一步揭示了民主宪政秩序的真正建构和完善必须以权利有效制约权力为基本向度。与此同时,作者还提出了社会主义民主宪政秩序更必须以权利有效制约权力为基本规律的命题,并从唯物史观关于未来社会是“自由人联合体”的经典理论出发,推测了社会主义社会要求自主平等的权利人格主体普遍真实化的历史趋势。应该说这是一个重要的历史预测,对我国社会主义民主宪政实践具有指导性意义。

其次,在本书中,作者提出了权利的三大基本权能概念,并立

足于权利与义务的对应关系,系统分析了国家公权主体与权利主体享有权利相对应的基本义务和法律责任问题,论证了权利制约权力的内在机制。

权利到底能否制约权力?权利如何制约权力?这些都是至今缺乏深层次探讨的问题,以至有的学者立足于对权利的静态性理解,得出了否定权利制约权力可能性的结论。作者则提出,任何权利,或任何权利享有,要达到充分与真实的地步,都应包含充分的三大基本权能:防御权能、受益权能和救济权能。尽管三大权能在具体权利中的地位 and 意义有所差异,但权利真正的、完整的享有,实际上意味着权利这三大权能必须真正具备和充分化;而每种权能的真正具备和充分化,就在于真正确立相对义务人的相应义务,形成具体权能与义务的充分对应关系。进而言之,权利要作为权利真正存在,或者说权利之所以成为权利,必须首先具有针对国家公权主体的充分权能;充分确认权利针对公权力主体的基本权能,是保证公民权利享有的根基所在;充分确认和落实权利的基本权能,根本上说也就是对国家公权主体相关义务的充分确认和落实;权利的基本权能的真实存在,实际上必然要求国家公权主体承担和履行充分的相应义务。由此决定,权利的充分享有本身,就意味着一个充分确认权利基本权能以及公权主体的相应义务的法律体制的存在,它这个法律体制确立的是权利有效制约权力的内在权能基础,故可称为内在制度。可以说,作者的这种理论构筑和论证,为探讨权利制约权力问题乃至权利与权力的关系问题,提供了一种体系化的创新构思。细心的读者,在本书的第二编中可以比较清晰地看到作者上述思想的发挥。

再次,与传统宪政理论不同,本书作者将权力制约权力的分权制衡机制定位为权利制约权力的辅助机制,并立足于一种历史的大视域考察其历史和现实的存在根据,揭示了分权制衡机制与自主平等的社会群体有效控制公共权力的社会需求之间的内在关联

性。

长期以来,由于把分权制衡简单等同于“三权分立”,导致人们对分权制衡体制缺乏真正全面而深刻的把握。作者则在历史的大视野下,探讨分权制衡体制的存在历史及其社会根据。本书作者对分权制衡政制的基本内容、存在形态、历史与现实的生成根据以及基本特征,进行了翔实而严密的论证,给人以耳目一新之感。其对分权制衡体制与“三权分立”体制的严格区分,是有一定说服力的。尤其是作者在合理吸收已有学术成果的基础上,进一步拓展学术研究视野,对现代国家实行“议行合一”体制的非现实性,对实行分权制衡体制的现实性,进行了独到的理论分析。

近年来,我国学者对巴黎公社式的“议行合一”体制的现实生命力问题,及其在社会主义国家的实践历程进行了比较深入的考察与研究。作者在系统梳理了相关研究成果的基础上,进一步辨析了一些把我国人大制度理解为“议行合一”体制的似是而非的观点。更重要的是,作者从现代民主国家必须建立官僚制的行政管理体制和职业化的司法体制的现实出发,充分论证了专门化的分权制衡体制的现实性,揭示了现代分权制衡体制设计与完善的基本方向。作者指出,行政管理实行相对独立的理性官僚制,司法实行专业化的独立法官制,是现代民主国家进行行政管理和公共司法的现实性选择。这决定,必须实行民主代议权与行政权、司法权的相对分立体制。这种体制需求,与现代社会主体要建立相应的分权制衡体制制约权力、保障权利的基本社会要求,恰恰是耦合的。而这种由现代工具理性性决定的专门化分权体制,也决定现代分权制衡体制从总体上只能采取专门化分权制衡体制的形态。但是,现代民主国家的民主宪政秩序要求,民主权力必须在权力体系的运作中处于核心和基础的地位,国家权力的统一性和协调性必须建立在民主宪政的基础上,而且整个国家权力应受到公民基本权利的有效制约;因此,这种专门化的分权更应是相对的,必须存

在相应的交叉性、干预性的权力配置,形成积极制约平衡机制。这种机制,应在尊重现代行政和司法机关的相对独立性及专门化分工的基础上,既应满足国家公共权力体系需要的统一性、协调性和效率性,更应满足公民权利有效制约权力的社会需求。其中后者,应是进行这种权力体制设计的最重要使命。换言之,现代分权制衡体制,必须能为公民基本权利的充分法律确认,为基本权利具备充分的基本权能提供权力体制的保障和支持;权利有效制约权力作为民主宪政秩序的基本向度,必须成为检验现代分权制衡体制设计和运作成功水平的基本尺度;或者说,现代分权制衡体制设计和运作的完善,必须在最根本上服从权利有效制约权力这一民主宪政秩序的基本向度。应该说,作者的这种理论论证,对正确认知在坚持我国人民代表大会制度的基础上完善应有的分权制衡机制的重要性和基本方向,不无启迪意义。

最后,作者从权利基本权能的充分确认和充分具备的角度,论证了相应分权制衡机制的重要性。这也是一个重要的创新性的理论视角。

一些必要的权力制约权力机制,如民意机关对行政机关监督制衡机制,司法机关对行政机关司法审查机制等,一直被人们视做是实现权力制约权力以防止权力滥用从而保障公民基本权利的重要手段,这显然是有道理的。但作者却从公民基本权利归根结底是一种法律制度化的享有的角度,从权利有效制约权力的角度,把各种分权制衡机制定位为保证公民基本权利获得充分的法律确认,并真正具有充分的基本权能尤其是针对公权主体的基本权能的保障机制,从而把问题的认知更推进了一步。近些年来,我国不少学者从人民主权原则和人权保障理论出发,能够强调公民的基本权利享有,这是巨大的进步,但仍有一些学者却并不认同:必要的分权制衡机制,是保证公民充分享有基本权利的必不可少的权力体制保障。作者在本书中则力图通过理论论证来表明:现代公

民权利的充分享有,亦即公民基本权利的各种基本权能的充分化,必须要通过必要的权力制衡机制的充分建立,才能真正具备和存在;否则,所谓宪法和法律对公民基本权利的充分确认和保障,就可能是“名惠而实不至”。

总体而言,在这部学术论著中,作者对权利制约权力问题的立论较为高远,论证也较为深刻,体现了作者多学科学术优势和综合研究能力。但应该指出,作为对权利制约权力问题的创新性思考,其中的一些不足之处也是显而易见的,如对一些概念的界定尚需进一步推敲,对一些提法还需要认真斟酌,对一些问题的论证还显得粗糙,等等。这些问题的存在,恰恰说明学无止境,个人认识能力的有限,因此希望作者在今后的研究中继续思索,进一步深化本课题的研究。我相信本著作的出版,对于推动我国公法学人关注和研究权利制约权力以及权利与权力关系等问题是有积极意义的。更希望更多的学术同仁,能对菅从进博士在本书中提出和论证的观点予以关注和批评。健康的学术争鸣是学术进步的动力,而我们公法学人能做的事情,无非是为建立和完善我国的民主宪政秩序提供宝贵而切实可行的学术理论支持。

是为序。

苏州大学法学院教授、博士生导师 杨海坤

2008年11月16日于苏州

目 录

序 杨海坤(1)

导 言 (1)

上编 基础理论

编首语 (17)

第一章 权利人格主体与民主宪政国家 (20)

一、权利是什么 (21)

二、权利人格主体的生成及其社会本体地位 (58)

三、民主宪政国家的社会根据和基本向度 (71)

第二章 民主宪政的曲折行进与历史昭示 (92)

一、19世纪以前的西方民主立宪 (93)

二、19世纪初至“一战”前的西方民主宪政 (118)

三、“一战”以来的西方民主宪政 (157)

四、西方民主宪政曲折行进的历史昭示 (198)

五、社会主义民主宪政与权利制约权力 (230)

中编 内在制度论

编首语 (247)

第三章 权利的防御权能与公权主体的消极义务	····· (250)
一、权利的防御权能及其属性	····· (251)
二、权利的防御权能的主要指向	····· (255)
三、公权主体的消极义务与法律确认	····· (267)
第四章 权利的受益权能与公权主体的给付义务	····· (289)
一、权利的受益权能及其属性	····· (290)
二、权利的受益权能的主要指向	····· (297)
三、受益权能与公权主体的两种积极义务	····· (302)
四、公权主体的给付义务与法律确认	····· (308)
第五章 权利的救济权能与权力制约	····· (319)
一、权利的救济权能及其属性	····· (319)
二、权利救济权能的发展	····· (326)
三、权利的获赔权能与国家赔偿立法	····· (334)
四、公力救助义务及其合理配置	····· (347)

下编 辅助体制论

编首语	····· (357)
第六章 分权制衡体制的历史根据	····· (360)
一、大视域下的分权制衡体制范畴	····· (361)
二、古典市民社会的分权制衡体制	····· (367)
三、城市市民社会的分权制衡体制	····· (400)
四、现代分权制衡体制:以英国为例	····· (418)

五、分权制衡体制的基本特征	(429)
第七章 现代民主宪政的基本政制选择	
——是“议行合一”还是合理的分权制衡	(438)
一、“议行合一”的肯定说与否定说	(438)
二、“议行合一”的实践性问题	(450)
三、分权制衡体制的现实性	(477)
第八章 分权制衡体制与权利确认	(492)
一、应有权利	(492)
二、现代社会主体的应有权利	(501)
三、分权制衡体制与权利确认的充分化	(513)
第九章 分权制衡体制与权利制约权力的实现	(529)
一、民意机关制衡行政与权利制约权力	(530)
二、司法审查行政机制与权利制约权力	(552)
结 语	(571)
后 记	(574)



导 言

民主宪政,是现代^① 民主国家的基本制度追求,是民主法治建设的核心制度。所谓民主宪政,从主流观点来说,是一种以民主为基础,以法治为基本治理形式,以司法为屏障,以分权制衡为手段,以保护个人自由为终极目标的政法体制。人们通常认为,民主宪政的基本宗旨或目标是制约权力,保障权利。但事实上,权利决非消极的被保障对象,权力亦不能离开权利的作用而得以有效制约。民主宪政秩序的根本向度,应是通过民主和宪政秩序的建构,通过公民权利的宪政性确认和保障,使公民权利尤其是基本权利具有针对国家公权力的充分权益和能力,使权利有效制约权力,从而使权利能够真正得到存在或享有。从总体上看,权利制约权力,体现了现代民主宪政的基本价值目标与实现这一目标的有效的作用机制的统一。人类社会发展的进程表明,民主宪政是人类在社

^① 本书所指的现代,是指从16世纪起由西方国家首先开始而至今仍延续的历史时代。因为,英文“modern”就是指称“现代”,而我国传统关于近代与现代的划分,有过多的政治和地方色彩。文中所称的“现代早期”,指称19世纪以前的现代历史阶段。

会发展中积累的共同财富。虽然在不同的文化背景下,在追求民主宪政的不同民族国家中,宪政文明建设呈现出不同的特点和类型;但不可否认,作为人类文明史上结出的重大制度文明成果,权利制约权力的民主宪政价值目标和内在机制,具有跨越地域的属性。舍此而言的民主宪政,只能是“口惠而实不至”。

然而,曾几何时,人权、权利、权利制约权力、权力制约权力等宪政的核心价值或机制并不为我们所接纳,甚至视其为西方社会的专利和洪水猛兽。所以,国内相关学界对这一宪法哲学层次问题的探讨至今还是相当有限的,给人以不明就里之感。探讨权利和权力关系问题,尤其是权利制约权力问题,应属于宪法哲学的核心内容,它旨在揭示民主宪政的价值目标和基本机制原理,为宪政体制和机制的设计提供价值指引。它不是对现行民主宪政的简单注释,而是立足于民主宪政目标和基本机制确立的应然性,着重探讨理想的民主宪政是什么样的,为什么应当这样,对中国现实的民主宪政的水平和不足做出合理的把握。当然,研究此问题,绝不是对中国现代民主宪政建设的简单否定,而是客观地肯定其成绩,揭示其不足,为完善中国特色社会主义的民主宪政制度,解决执政党和人民政府正在遭遇的严重腐败和权力异化问题,提供一定的理论支持。可以说,权利有效制约权力,是民主宪政建设的理想境界,是宪政追求的价值目标和手段的统一。抓住此问题,就抓住了宪法哲学的核心,宪法哲学才因之有可能成为一门科学。

权利制约权力的民主宪政理论,首先是西方现代早期的古典自由主义者阐发的,其基本范畴包括自然状态、自然法、天赋人权、社会契约论、三权分立等,哲学基础是唯心主义先验论。它以一个“清道夫”的姿态,为行将到来的政治社会提供了理论论证和制度设想,以非历史主义的思维方式最大限度地满足了时代要求,满足了市民社会对其国家权力的制约。因此,马克思主义经典作家对其阶级局限性和哲学方法的局限性进行了批判,但他们也充分肯

定了其中包涵的人民主权原则的理论以及市民社会的法权关系(在其背后是现代经济基础)决定政治国家权力的原理。此后,由于大工业兴起时代的自由资本主义,要求资本通过限制国家公共权力而全面支配社会,而自然权利学说虽可以为当时民众主张基本自由与权利提供传统的理论武器,但由于其存在明显的先验论破绽,并因时代的局限仅限于论证生命、财产、自由、法律上的平等和政治参与等基本权利,已很难充当民众主张政治平等权利和社会权利的武器,因此,功利主义的宪政理论应运而生。功利主义虽然认为“最大多数人的最大幸福是正确与错误的衡量标准”,^①认定功利原则而不是自由原则为最高价值标准,主张用其去重新审查所有的社会价值,但又认为社会主体必要的自由和权利是达到快乐或幸福的必要手段,因此必须立法确认并保障公民的相应自由和权利。不过,该政法哲学也存在偏离民主宪政基本价值的倾向。首先,将权利置于手段的地位,成了受制于多数人权力的东西,这样就否定了权利和自由对权力的“在先约束”地位。由于把功利原则作为最高价值标准,把权利作为实现这一最高价值的手段,这样,诸如“公民是否应具有相应的权利”,“公民为什么能够享有相应自由”等问题,就变成了是否有利于“最大多数人的最大幸福”的问题。而基于“最大多数人的最大幸福”,“多数人掌握的权力”亦必放到绝对的地位。其次,把权利赤裸裸地理解为创造和获得快乐的能力,为传统宪政理论的社会个体的权利增添了利己主义的毒素,极大地支持了社会现实中自由资本所要求的特权和支配力。正是资本全面统治社会的局面,促使唯物史观经典作家创立了以消灭资本主义经济和国家制度,超越政治解放,实现社会的真正解放为目标的革命理论。然而,资本主义制度的经济和政治危机,同样促使部分思想家将“最大多数人的最大幸福是正确与

^① [英]杰米里·边沁:《政府片论》,沈叔平等译,商务印书馆1997年版,第92页。

错误的衡量标准”这一功利主义的标准作新的理解,认为只有在社会中充分发展个体性的人,才能得到真正的幸福;而只有这些人,才能对作为整体的社会做出比较大的贡献。他们要求下层民众的基本社会经济权利,要求国家相对于这些权利承担积极作为的义务,限制资本的权力,促进社会经济的民主化。因此,从19世纪末开始,功利主义宪政理论又为新自由主义宪政理论^①取代,它适应了现代资本主义社会改良的需要,以社会经济权利和公民权利的名义,为社会下层民众应享有的权利提供了论证,赋予了国家对社会进行积极干预的权力和责任,使权利制约权力的宪政理论具有了新的社会内容,适应了现代市场经济所要求的社会主体与政治国家的关系。虽然其哲学基础仍是建立于社会正义、“无知之幕”等唯心先验的哲学范畴之上。

应当承认,现代西方国家权利制约权力的民主宪政理论和实践,既有反映西方资本主义统治和西方文化传统的特殊主义的价值,也有体现着现代市场经济基础上市民社会与政治国家之间理性关系的普遍主义的价值。在一定意义上,其特殊主义的价值正是借助普遍主义得以确立的,其普遍主义价值也是与其特殊主义

^① 代表人物包括斯图亚特·密尔、霍布斯、帕特兰·罗素、格林、悉尼·胡克、富兰克林·罗斯福、罗尔斯、德沃金等。他们强调公民的社会经济权利,并更加强调公民的政治权利,把宪政体制下的政治范畴诸如平等、民主、公正引入社会经济生活领域,作为实现现代宪政国家的改造过程。如密尔强调:代议制政府之所以重要,不仅因为它为追求个人自由设置了一些边界,而且因为它是个性自由发展的一个重要方面。(参见[美]戴维·赫尔德:《民主的模式》,燕继荣等译,中央编译局出版社1998年版,第126页)又如,罗素着眼于通过合作主义来限制私有制在经济上的绝对自由,使政府能够为社会和政治事务建构一个框架,以维护社会正义和经济民主。(参见同上,第287页)罗尔斯的正义论,德沃金对美国宪法的道德解读,都从一个侧面强调了政府承担解决社会分配危机的责任。(参见[美]罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,上海译文出版社1991年版,第11页;[美]德沃金:《自由的法——对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,上海人民出版社2001年版,第50页)

的价值相互裹挟而显现的。长期以来,我国相关学界对这一理论及实践,往往持两种具有对立性的简单化态度。一是持简单否定的态度,认为权利制约权力的民主宪政理论,是典型的资产阶级的专利品,社会主义国家不能认同它的任何原则和内容。二是持简单肯定的态度,把反映资本统治和西方传统的内容也视为具有普遍意义的东西,不能区分民主宪政制度的一般机制和特殊范式的不同,甚至把其局限性异常明显的唯心主义的思想方法和结论也视为真理。目前,我国已确立市场经济体制的目标模式,但却正遭遇迟迟不能得到有效遏制的严重权力滥用问题,权利制约权力的民主宪政建设追求已获得普遍的社会认同。因此,在诸多研究权力腐败和权力制约的学术成果中,多提到权利制约权力的问题,把它作为制约权力防止其滥用的一个手段来探讨。但是,至今尚没有人立足于唯物史观的基本立场,系统科学地阐发权利制约权力在现代民主宪政建设中的核心价值地位,具体分析它的内在机制及辅助或保障机制,并实证性地深入分析我国民主宪政建设目前客观存在的一些具体机制上的缺陷。^① 本书旨在对这些方面做出自己的努力。通过本书之探讨,旨在阐明如下理论看法:

1. 依据唯物史观的基本立场考察历史,不难发现,民主宪政是特定的社会群体建构满足自身社会需要的政制选择,体现的是具有自主平等人格的社会主体建构和掌控自身需要的国家公权力的社会关系。这种由特定的社会物质生活条件催生的社会主体,可以称为权利人格主体。这种政制选择虽然受阶级关系状况的影

^① 从国内现有文献看,相关学界的一些学者和理论工作者都较关注权利制约权力问题,但立足点多是将其作为权力制约和反腐败的一种手段来探讨,缺乏应有的深度。如有的学位论文尽管是以权利制约权力为题的,但实际上是具体论述民主选举权、舆论监督权、知情权和公益诉讼权等几项具体公民权利对权力滥用的制约作用。可以说,国内尚无人从宪法哲学的高度系统思考和研究权利制约权力这一具有重大现实意义的问题,亦无系统的研究成果。