



全国公法学博士生论坛

人权保障 与权力制约

RENQUANBAOZHANG
YU
QUANLIZHIYUE

肖金明 © 主编

 山东大学出版社

全国公法学博士生论坛

人权保障与权力制约

肖金明 主编



山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

人权保障与权力制约/肖金明主编. —济南:山东大学出版社,2007.9
ISBN 978-7-5607-3463-7

- I. 人...
- II. 肖...
- III. 人权 - 保护 - 法律 - 研究 - 中国
- IV. D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 153054 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东旅科印务有限公司印刷

787 × 980 毫米 1/16 39 印张 721 千字

2007 年 9 月第 1 版 2007 年 9 月第 1 次印刷

定价:68.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换



第一届“全国公法学博士生论坛”代表合影



“全国公法学博士生论坛”筹备会议代表合影



第一届“全国公法学博士生论坛”会场

《人权保障与权力制约》

编委会

主 编：肖金明
编 委：丁保河 韩春晖 江登琴 李卫华
 骆梅英 陶 杨 王 锴 王仰文
 刘 祎 伍华军 张学武

让我们将论坛当作一份事业(代序)

肖金明

2006年5月27日,在十位宪法学和行政法学教授的倡议下,来自国内八所高校的公法学博士生代表共同发起成立了全国公法学博士生论坛。全国公法学博士生论坛首先是一个公法学学术论坛,论坛以公法学博士生为主角,汇集了全国公法学界最富创造精神和最具创新活力的一批新生学术力量,他们当然地代表着中国公法学未来的希望。在这样的意义上,全国公法学博士生论坛是一个致力于公法学未来希望的学术论坛;全国公法学博士生论坛还是一个公法学人才培养的平台,实践着一种公法学人才培养的全新模式,它构成一个不同学校、不同导师、不同博士生多元因素多元互动的机制,不仅推动着未来公法学人的学术进步,而且通过学术引导人生,在一个以未来公法学人为主体的群体中张扬良知、强化事业心和责任感,以及创就荣誉。在这样的意义上,全国公法学博士生论坛又是一个着眼于公法学历远事业的教育论坛。

越来越多的公法学博士生认同公法学博士生论坛这份事业,广泛、深切和持久地参与论坛,为论坛贡献热情、活力、质疑和创新性论点……越来越多的公法学教授关注公法学的未来,关注公法学的事业,所以关注公法学博士生论坛,在论坛上贡献经验、稳健、方法和建设性意见……全国公法学博士生论坛是一个便于形成知识合力和易于产生高新成果的论坛,引导着公法学新生代回应政治转制、经济转轨、社会转型、法制转变的时代要求,关注政治文明、和谐社会……社会主义法治理念直至社会主义新农村建设,用精神、良心和智识论证和阐释“人权保障和权力制约”、“社会公正与法治国家”……的理论



和实践命题,有意识和负责任地诠释着“公法产生力量,法治诞生希望”的基本逻辑。

2006年10月22~23日,首届全国公法学博士生论坛在山东大学成功举行。来自全国各高校和研究机构的公法学博士生代表以及受邀参加论坛的公法学教授,汇聚在齐鲁这样一个富有文化传统的的地方,分享关于现代社会文明话题的精彩论点、深邃思想、广泛共识,还有极有价值的分歧,富有远见地创新公法思维并渲染公法新文化。我们充分鉴赏了公法学博士生激扬文字的生动神态,也领略了公法学教授指点法治的大气胸怀。胸怀大气者的经历是一种风采,文字激扬者的年轻是另一种风采,倾心于学问是一种风采,热衷于宪政学问和尽心于公法学是别一种风采。首届公法学博士生论坛已经诞生和演绎了使人心动和振奋的场面,初显一个逐渐成形的“公法学人城邦”的夺目风采。我们希望,全国公法学博士生论坛坚持她已经形成的自由性和平等性。论坛少设限制并且不崇权威,自由发表观点,平等进行对话,自由和平等地争辩和沟通。这是一种良好的并且需要倍加呵护的学风。公法学博士生不仅要致力于将自由和平等嵌入公法制度当中,还应该努力地将自由性和平等性融入和保持在我们自己的论坛里。

我们希望,全国公法学博士生论坛扩大她已经预示的开放性和持久性。论坛应接纳更多的参与,以开放性维护其活力,论坛当持续长久地发展,以持久性展现生命力。这是我们必须选择的论坛发展战略。公法学博士生应当在学术上保持公法学人惯常的开放心态,精进论坛的学术和教育效力,并以“城邦”精神继续对论坛的热情持之以恒。我们更希望,全国公法学博士生将论坛真正当作一份面向中国宪政未来的风采事业!

让我们一起祝福这份风采事业盛气不衰!

让我们共同期待中国公法学事业的美好未来!

目 录

自由与权力:普布利乌斯的思想世界	姜 峰(1)
自由与权力之间	
——张君勱宪政思想的演变	王仰文(24)
人权与权力:并非此消彼长	
——人权保障与权力制约关系的多维度思考	王春业(39)
主权的现代性反思与公共性回归	陈志英 伍华军(49)
立宪主义下的新课题:契约自由与基本权利保护	(64)
也论有限政府	
——历史面貌与现实选择	魏 武(75)
通过释宪的权力控制	
——一种诠释学的诠释	祝 捷(99)
当代中国司法权理论发展之透视	张卓明(111)
人权保障的公益诉讼路径分析	金亮新(124)
论立法不作为的违宪	王 锴(134)
宪法诉讼模式及其权力制衡功能	韩树军(157)
突发事件处置与新闻自由保障的宪法学思考	
——从《突发事件应对法》(草案)之第45、57条谈起	刘 玮(170)
军事权的宪法规制	
——以我国宪法文本为例	宦吉娥(191)
论村民自治权及其运行中的权力制约问题	郝红梅(207)
论农村义务教育中的国家义务	王晓滨(222)
近代立宪主义视角下的宪法学命题	夏泽祥(241)



公民法律文化是参与行政的文化基础	李卫华(255)
论诚信政府与行政承诺	王青斌 陶 杨(263)
比例原则的一个理论性推演	
——以《娱乐场所管理条例》第五条为剖析对象	蒋红珍(286)
政府监管媒体之行政法分析	邓小兵(300)
论我国行政诉讼中的调解	杨炳超(310)
行政补偿制度研究:新的框架、理论与方法	王 旭(319)
公有公共设施损害赔偿	
——路径比较与选择	赵 鹏(337)
论刑事证明标准的人权保障功能	封利强(355)
权利救济的真空和补缺	
——论行政诉讼和民事诉讼的衔接	吴淞豫(371)
谁来监督“监督者”	
——对建立检察机关职务犯罪侦查监督约束机制的理性思考	
.....	张学武(386)
初论台湾地区人权保障发展之历史与现行趋势	刘性仁(399)
论德国宪法学中的“客观价值秩序”	冯健鹏(409)
新政后美国行政法发展的重心流变	
——《行政法的几个核心问题》评介	骆梅英(426)
附录一 全国公法学博士生论坛重要文献	(442)
全国公法学博士生论坛成立倡议书	(442)
全国公法学博士生论坛章程	(443)
全国公法学博士生论坛规则	(445)
全国公法学博士生论坛网站	(446)
全国公法学博士生论坛投稿注释规范	(447)
全国公法学博士生论坛投稿者个人信息表	(449)
全国公法学博士生论坛论文专家匿名评审表	(451)



全国公法学博士生论坛筹备会议 暨第一届理事会第一次会议纪要	(452)
全国公法学博士生论坛第一届理事会第二次会议纪要	(453)
附录二 第一届全国公法学博士生论坛概况	(456)
第一届全国公法学博士生论坛组织机构	(456)
第一届全国公法学博士生论坛征稿审稿情况	(458)
第一届全国公法学博士生论坛日程	(459)
附录三 第一届全国公法学博士生论坛发言记录	(474)
开幕式	(474)
第一单元 人权理论	(480)
第二单元 人权实践	(491)
第三单元 权力制约	(507)
第四单元 违宪审查	(523)
第五单元 宪政理论	(541)
第六单元 宪政实践	(559)
第七单元 行政法理论	(574)
第八单元 法治行政	(589)
闭幕式	(605)
后 记	(614)

自由与权力：普布利乌斯的思想世界

姜 峰*

内容摘要 本文以美国建国时期联邦党人的宪法理论为例对权力与自由的关系进行了讨论,检讨了那种认为二者是此消彼长的零和关系的论调。普布利乌斯的理论表明,政府权力具有两个相互联系的特征:第一,基于个人自由所具有的公共属性,政府权力对自由的实现是极为重要的;第二,权力自身必须具备某些属性,包括基于人民的“同意”以及通过权力的分立和制衡来约束自身,这些属性对于改善权力的品格是重要的。本文结论的可能意义在于,通过强化权力的民意基础和内部约束,政府权威的自身品质可得以改善,对于寻求变革的威权政府而言有助于摆脱无政府与强权治理的两难困境。

关键词 自由;权力;普布利乌斯

在组织一个人统治人的政府时,最大困难在于必须首先使政府能管理被统治者,然后再使政府管理自身。^①

——亚历山大·汉密尔顿

立法、行政和司法权置于同一人手中,不论是一个、少数人或许多人,不论是世袭的、自己任命的或选举的,均可公正地断定是虐政。^②

——詹姆斯·麦迪逊

* 姜峰,北京大学法学院博士研究生,山东大学法学院讲师。

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第264页。

② [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第246页。



一、引 论

政治和社会生活的主题,可以归结为个人与社会的关系问题,因而成为社会理论的一个核心。在政治哲学上,个人与社会的关系集中体现为自由与权力的关系如何处理,对不同方面的侧重,形成了政治哲学史上的不同流派。如同许多其他见解一样,它们构成了一个思想的武库,随时等待着为不同目的而战的人们选择使用。在思想家那里,历史也常被作为破碎的片断使用,它们是等待编织成协调一致的锦缎的质料,在不同的人们那里被赋予不同的情感和诉求——爱与恨、希望与恐惧、赞美或者是反对。凌厉的思想家或许尤其如此,所以思想所呈现的外貌,往往并不如其本来的逻辑那样均衡,也给误解留下了余地。

作为宪政思想渊源之一的自由主义,也常常面临同样的境地。在反对君主专制的年代,它是自然权利哲学宣扬的个人权利的号角;在平等化浪潮席卷世界的时代,它是抵制“多数暴政”的盾牌;在试图消除社会不公的人们那里,它被用来反对自己——平等的自由带来的不平等社会后果;在极权主义日渐颓败的年代里,它被视为国家主义的主要敌人,是自由主义对个人权利和自由的伸张,给了自由的敌人——专制权力以重重的一击。不过,当人们把权威等同于奴役,把服从等同于屈从的同时,也把自由等同于不受约束。自由与权力在很多人眼里已经成为此消彼长的零和博弈,它们的历史似乎为此提供了足够的证据,仿佛这个命题已成为自由主义定义中不可分割的部分。

原因可能是复杂的。那些生活于自由政府治下的人们,似乎只是忘记而不是厌恶谈论权威,因为它已经淡出政治争论的核心领域,他们更关心遗产税应该高一点还是低一点,对失业者的救济期长一点还是短一点,以及政府对经济的干预多一点还是少一点,他们争论政府起作用的范围和方式,却很少怀疑政府即意味着力量。而那些生活于威权政府下的人们,出于对暴政的恐惧,更多地从西方自由传统中吸收了个人至上观念和不干预主义,鲜于注意到自由亦需要权力保驾护航。西方老师不谈论权威,在东方学生那里被误解为反对权威,20 世纪的冷战经历,愈强化了自由及其敌人之间的意识形态色彩,紧张变成了不可调和的对立,本可携手并进,却已宛若仇敌。

然而,自由与权力真的已是狭路相逢? 这一立场不但在当下的复杂社会面前是一个误解,若是追溯到现代成文宪法的起源——美国联邦立宪的时代,或许也是一个本可澄清的问题。本文试图以此为例说明,在权力基于“同意”、自身受到约束、致力于公益的条件下,它与自由的关系是可以协调的,而宪政主义的目的,恰恰是在它们的紧张中寻求一致。美国联邦立宪的启示,即在于通过改善



权力自身的品格达到保障自由的目的,集权专制是自由的敌人,而基于民主、分权和共和主义公益导向的权力则可以成为自由的保障。对于威权政府的制度变革来讲,这或许可以成为一个有益的智识前提。

上述立场其实并非新奇之见,它只是在重申一个被遮蔽的主题。本文对美国联邦立宪的经验所作的观察,似乎可以提供一个证据。不过,这样的讨论或许多少要冒着从具体历史得出抽象结论的危险,作为一个矫正的方式,我们将把对美国立宪思想的讨论放在一个更宽泛的传统中进行。

二、个人自由的公共属性

普布利乌斯认为,基于美国当时的经验,对自由的威胁至少来自两个不同但相互联系的方面:第一,来自于各州间的无政府状态对权利保护的缺席;第二,来自于社会上另一部分人的压迫,正如公共权力可能被滥用一样,行使权利的个体也可能基于诱惑把权利用到极限。这两个方面,直接地与邦联的软弱无力有关,也与政府体制本身的构成状况有关。

1787年的联邦宪法序言,清晰地揭示了立宪的目的——“为了建立一个更加完善的联邦”,为新宪法辩护的《联邦党人文集》(下文简称《文集》),全部的篇章都是围绕这一主题展开的。在第1篇,汉密尔顿开宗明义:“对目前邦联政府的无能有了无可置疑的经验以后,要请你们为美利坚合众国慎重考虑一部新的宪法。”那么,邦联政府为什么“无能”,什么才是一个“更加完善”的联邦?

(一) 邦联的缺陷

1781年,独立后的北美各州怀着对政府权威的警惕和必须建立某种联合的双重心态,组建了一个松散的邦联来协调相互的关系,这就是《邦联条例》所确立的体制。《条例》确立的唯一权力机构,是集立法、行政、裁判权能于一体的邦联国会,各州无论大小,在国会中均享有平等表决权。引人注目的是,国会无权对各州公民实施权威,它只能通过州政府发挥影响,但也无权强令各州执行邦联决议;邦联国会虽下设行政和纠纷裁决机构,其功能却极其有限。国会实际上只是一个州际协调机构。从各州间政治关系来看,独立后的十三州在很大程度上仍处于无政府状态,不过,这同《独立宣言》所宣告的事实是一致的,北美不是作为一个整体独立,而是各州相对于英王独立,独立不是一个事件,而是一组事件。

邦联的缺陷越来越明显,无政府状态从各个方面显现出来。国会无权征税,这使它缺乏解决问题的财政能力。独立战争期间,大陆会议曾举债4000万美元,现在却无力偿还,当国会要求各州负担1000万美元战争费用时,各州只能支



付150万。国会无权强制州政府和其所属公民做任何事情,公民只受州政府统治。贸易方面,国会虽有权与外国签署协定,却无力保证各州执行。有的公民从外国进口商品却拒绝付款,意识到贸易风险的外国商人不愿再与美国人做生意。当英国发现美国国会根本无力控制外贸时,曾关闭西印度群岛和北美间的贸易通道。由于不能将商品出口到其他国家,很多美国人无钱可赚,而另有一些人则无法从国外买到商品。

州与州之间的关系也日渐败坏。国会无权调节州际贸易,结果一些州对经过本州销往其他州的商品征税,纽约和宾夕法尼亚都向销往新泽西的商品征收苛捐杂税,这种情况严重阻碍了经济的发展。更糟糕的是,政府不能有效保护公民的财产权。战争结束后,大量亲英分子还住在美国,联邦政府和英王签订的《巴黎条约》承诺保护亲英分子的权利,确保他们受到公平对待,而一些州拒绝承认该条约,亲英分子向其债务人索债时,常常遇到障碍,有的州政府还在战争期间没收他们的财产作为惩罚。这不但使公民财产权受到威胁,而且由于联邦政府无力信守条约义务,同英国的紧张关系有增无减。控制州议会的党派还通过了取消债务的法律,他们通过发行纸币导致通货膨胀,使债务人获利,债权人遭殃。

外交方面,邦联国会只是各州的传声筒,没有能力用一个统一而有力的声音说话。邦联政府甚至都没有发动战争的能力,正如汉密尔顿抱怨的,“迄今为止还没有一次印第安人战争是由于软弱无能的邦联政府的侵犯引起的;但是却有几个实例表明,印第安人战争是由于个别州的不当行为引起的,这些州不能或不愿意制止或惩罚犯罪行为,从而造成了对许多无辜居民的屠杀”^①。

国会中有些州的代表经常缺席,致使许多决议无法通过,到了1785年,甚至邦联国会主席约翰·汉考克本人也懒得到纽约去主持国会,另一任国会主席戴维·拉姆齐则警告说,“无政府状态和无止境的州际战争,直到有一天,或者某个未来的凯撒大帝把我们的自由夺走,或者我们沦为欧洲政治的玩物”^②。普布利乌斯不无痛切地指出,“我们可以正确地说,现在几乎达到国家蒙受耻辱的最后阶段了。凡是能伤害一个独立国家的尊严或降低其品格的事情,我们差不多都经历过了”^③。1786年,马塞诸塞州发生了“谢斯起义”,这次仅有两百多人的

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第14页。

② David Ramsay to Certain States, New York, 31 January 1786, in Letters of Delegates, vol. 23, p. 130.

③ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第71页。



叛乱在充分暴露了邦联的无能之后才最终被平息下去。这一事件成为改变邦联体制的直接动因。^①

在制宪会议和批准新宪法的辩论过程中,集体的安全是被作为个人幸福的条件对待的,而这一条件必须通过集体的合作实现。杰伊认为,集体的安全就是全体的利益,“再没有比政府的必不可少这件事情更加明确了”^②,而建立统一的联邦有助于“全体的安全”。“联合和一个有效的全国政府是必要的,它可以使他们处于和保持在一种不致引起战争,而有助于制止和阻碍战争的状态。这种状态存在于尽可能好的防御状态之中,而且必然依赖于政府、军队和国家的资源。”^③同样,如果不能行使有效的州际司法合作,犯罪就会日益猖獗,危及人们认为的各种好东西,这种状况的改变,只能依赖于一个强有力的政府。所以总的来看,自由不仅是一件私人物品,更是有待政府提供的公共物品。

(二) 社会性压迫

对自由的威胁也来自于社会本身,这个方面在自由主义理论中经常处于被遮蔽的地位。因为,强调这一方面似乎是在分裂“人民”、“社会”自身。毕竟,把人民、公民或社会的一部分描述为“压迫者”在道德上和政治上都是困难的。用我们当下的评价来说,这“在政治上不正确”——人民是崇高而神圣的,怎能成为压迫者?我们看到,联邦党人在同反联邦党人的宪法论辩中就面临着这一被意识形态化了的争论。为了论证强有力的联邦政府的必要性,普布利乌斯不免要强调权力的意义,而这很容易地就被反联邦派指责为爱好专制。在《文集》第1篇,普布利乌斯对那些以保障自由为名否定权威的人表达了不满,下面的文字清晰显示了双方态度的分歧:

他们会共同希望表明自己意见的正确性,而且用慷慨激昂的高声演说和尖酸刻薄的谩骂来增加皈依者的人数。明智而热情地支持政府的权能和效率,会被诬蔑为出于爱好专制权力,反对自由原则。对人民权利的威胁过于谨慎的防范——这通常是理智上的过错,而不是感情上的过错——却被说成只是托词和诡计,是牺牲公益沽名钓誉的陈腐钓饵。一方面,人们会忘

① 1786年5月,在马里兰州召开了安那波利斯会议,这是第二年制宪会议的一个序幕,会上建议大陆会议召开一次修改《邦联条例》的会议。1787年5月25日至9月17日,旨在修改《邦联条例》的会议在费城召开,共有12个州的55名代表参加,罗德岛州拒绝参加。大会制定了一部新的合众国宪法草案交由各州审议,批准过程中,反对和支持的两派进行了激烈的公开辩论。

② [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第7页。

③ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第17页。



记,妒忌通常伴随着爱情,自由的崇高热情容易受到狭隘的怀疑精神的影响。另一方面,人们同样会忘记,政府的力量是保障自由不可缺少的东西;要想正确而精明地判断,它们的利益是不可分的;危险的野心多半为热心于人民权利的漂亮外衣所掩盖,很少用热心拥护政府坚定而有效率的严峻面孔作掩护。历史会教导我们,前者比后者更加必然地导致专制道路;在推翻共和国特许权的那些人当中,大多数是以讨好人民开始发迹的,他们以蛊惑家开始,以专制者告终。^①

在这段文字中,普布利乌斯实际上暗示,当把支持政府的权能诬蔑为爱好专制,把对人民权利的谨慎防范当作牺牲公益时,政治理论争论实际上已经被意识形态化了,宪法辩论一旦陷入这样的境地,就不会朝着接近真理的目标推进,而一味地“讨好人民”恰恰使得那些人会“以蛊惑家开始,以专制者告终”。这一论辩为普布利乌斯关于自由与权力的全部讨论确立了一个出发点。从《文集》的全部论文中可以发现,自由最需防范的危险是“社会中一部分人压迫另一部分人的危险”,政府专制可能不过是社会专制的一种表现形式而已。

从前面对邦联缺陷的描述也能看得出,这种社会专制的危险是现实存在的,财产权的保护是一个例子,“财产”不是指特定的物品,而是表示一种受保护的关系,如果不能通过公共机构防止内部的侵害,这一权利就难以实现。作为民主制核心的多数决定原则,强化了这一危险,普布利乌斯由此发现“滥用自由与滥用权力一样,都可能危及自由”^②。美国面临的问题不是由于政府本身权力太大造成的,在于无法为受到侵害的自由提供有效的救济,它太缺乏作为政府应有的力量了。从这一方面来看,保障自由之目的达成,奉行不干预主义是行不通的。汉密尔顿毫不掩饰地说,“坚强有力的政府”是“对自由和财产的进一步保证”。^③这一点并不是新的见解,从一些思想家的论述中,我们可以看到普布利乌斯思想的影子。霍布斯曾经说过,“没有武力,信约便只是一纸空文,完全没有力量使人们得到安全保障”^④。杰里米·边沁认为,“财产与法律同生共死。

① [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第5页。

② [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第324页。

③ [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第6页。

④ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第128页。