

现代宪政的法权配置与运作规律

钱福臣*

内容提要：现代宪政是社会对民事权利、政治权利和政治权力这三种基本法权的诉求以及三种基本法权之间互动的结果。民事权利是价值起点和终点，政治权利是人民参与和控制政治权力以保障民事权利的途径。由于民事权利功能和政治权利分配原则与运作机制上的局限性，二者之间存在着潜在的冲突，可能破坏民事权利平等保护这一价值目标的实现，因此政治权力的配置方式要以调控这种冲突和平等保护民事权利为宗旨。

关键词：宪政 民事权利 政治权利 政治权力

现代宪政法权体系主要包括民事权利、政治权利和政治权力三种基本法权。^{〔1〕}现代宪政是对这三种基本法权的诉求以及这三种基本法权之间互动的结果，同时，这些基本法权配置及其运作规律也是现代宪政的核心内容。因而，基本法权的配置及其运作规律应是现代宪政问题研究的关键。从这一点入手来研究现代宪政，既可以揭示现代宪政生成的社会动力和价值因素，也可以揭示现代宪政的结构性和工具性因素以及现代宪政运作中的社会性和结构性冲突及其调控手段。

一、现代宪政法权的理论脉络和逻辑体系

现代宪政法权的逻辑体系是逐渐形成的。其赖以形成的主要环节是洛克、孟德斯鸠和麦迪逊等人的理论和美国宪法的实践。

这一逻辑体系的起点是洛克的自然权利。洛克的自然状态所涉及的自然权利，根据“政治社会”中的观点，从性质上看可以分为两类：民事权利和政治权利。民事权利即人身权和财产权。说它们是民事权利是因为这种权利在性质和内容上属于“民”所应该拥有的最基本的权利，即人依其本性生存所需要的最基本的条件。“为了正确地了解政治权力，并追溯它的起源，我们必须考究人类原来自然地处在什么状态。那是一种完备无缺的自由状态，他们在自然法的范围内，按照他们认为合适的办法，决定他们的行动和处理他们的财产和人身，而毋需得到任何人的许可或听命于任何人的意志。”^{〔2〕}在这里，洛克明确地将自然权利归结为“财产和人身”，在后文里又将其表述为

* 黑龙江大学法学院教授。

〔1〕 本文借用童之伟教授提出的“法权”一词，用意很简单：就是想给“权利”和“权力”这两个概念找到一个共同的上位概念，用起来方便，别无他求。参见童之伟：《法权与宪政》，山东人民出版社2001年版，第18页以下。

〔2〕 [英] 洛克：《政府论》下篇，叶启芳等译，商务印书馆1964年版，第5页。笔者对这段话中“完备无缺的自由状态”这一短语的翻译有不同看法。这一短语的原文为“state of perfect freedom”。其中“perfect”固然有“完美的”或“完备无缺的”的意思，但也有“完全的”的意思。原译著将其翻译为“完备无缺的状态”，与洛克下文的由于自然状态在保护人的自由方面存在缺欠而进入政治社会的说法有矛盾。但如果将其译为“完全的自由状态”则可以避免这一矛盾。“完全的”自由状态并不等于“完备无缺”的自由状态，“完全的自由状态”本身就是一种缺欠。

“生命、自由和财产”，实际上主要还是人身权和财产权。在洛克所概括的权利的三部曲中，他尤其重视财产权。这里所谓的“政治权利”，即执行自然法的权利。“为了约束所有的人不侵犯他人的权利、不互相伤害，使大家都遵守旨在维护和平和保卫全人类的自然法，自然法便在那种状态下交给每一个人去执行，使每人都有权惩罚违反自然法的人，以制止违反自然法为度。”〔3〕“人人都有惩罚罪犯和充当自然法的执行人的权利。”〔4〕在民事权利与政治权利的关系上，民事权利是目的、政治权利是手段，即政治权利的目的是“约束所有的人不侵犯他人的权利、不互相伤害，使大家都遵守旨在维护和平和保卫全人类的自然法”。

按照洛克的理论，人们订立社会契约，进入政治社会之后，自然状态中所享有的那种政治权利就被委托给了政府。于是这种权利就分为两支：一支是委托的权利，一支是委托的权力，概括起来即政治权利和政治权力。政治权利也就是对政府的选举权、监督权和反抗权，人们或公民仍保留给自己行使。政治权力即立法权、执法权和司法权，人们或公民交给自己选出的代表和代表委托的机关行使。当然，在洛克的理论中司法权还没有从执法权中明确分离出来。政治权力的三权分立是由孟德斯鸠、美国宪法之父们和著名的美国联邦最高法院首席大法官约翰·马歇尔等人逐步完成的。政治权利中的反抗权，是资产阶级革命时所极力倡导的，资产阶级建立政权以后，其程度和方式已经逐渐淡化和改变了。进入政治社会以后，洛克的自然权利中的民事权利的性质并没有发生变化，但是应当受到比自然状态更加有效的保护，当然也可能受到比自然状态更加严重的侵害，如果政治权力发生异化的话。在政治社会中，民事权利仍是目的，政治权力仍是手段。洛克反复强调：“我认为政治权力就是为了规定和保护财产而制定法律的权利，判处死刑和一切较轻处分的权利，以及使用共同体的力量来执行这些法律和保卫国家不受外来侵害的权利；而这一切都只是为了公众福利。”〔5〕在政治社会中，政治权利虽然和民事权利同属于公民的基本权利，但从二者的关系来看，民事权利仍是目的，政治权利仍是手段。这一点麦迪逊阐述得非常清楚。为了强调财产权的重要性及其安全保障，美国制宪者们思维中所使用的权利话语和分类已与《独立宣言》中的有明显不同，虽然本质内容并无大的区别。在麦迪逊和其他一些制宪者的思维中，权利的基本分类已从《独立宣言》中的生命、自由和追求幸福的权利的分类转变为首先是民事权利与政治权利的分类，而民事权利内部又分为人身权利与财产权利。从民事权利与政治权利的关系看，民事权利是目的，政治权利是手段。正如《私人财产权和美国宪政的限制》一书的作者 Jennifer Nedelsky 所概括的那样：“民事和政治自由之间的划分也许是联邦党人思想的最重要的遗产。正如我们所看到的，将民事自由界定为政府的目的之位阶是将政治自由仅仅限定为实现该目的之手段的正当化的理由。该位阶是作为民主限制的我们的当代权利观念的基础。这种权利观念直到司法审查的兴起才取得了当代的形式。但是司法审查的观念基础是在麦迪逊的架构中奠定的，该架构将民事权利，而非政治权利，作为合法政府的基石。同意的政府是合法性的必要条件，而非充分条件。同意的政府的合法范围的界定者是其目的：民事权利保护。”“这种方法的重要方面之一是它把民事权利，尤其是财产权利的意义看作是毫无疑问的。对于财产权的所有重要性来说，其意义并不是被研究的主题。”〔6〕“民事权利，其中包括人身权和财产权，应该从政治权利中区分出来。另外，政治权利被认为只是实现政府的真正目的，即民事权利保护的手段。在这种观点中，政治权利没有任何内在的实质价值。”〔7〕

至此，对洛克等人建构的现代宪政法权的理论脉络和逻辑体系可以总括如下：起点是自然权

〔3〕 前引〔2〕，洛克书，第7页。

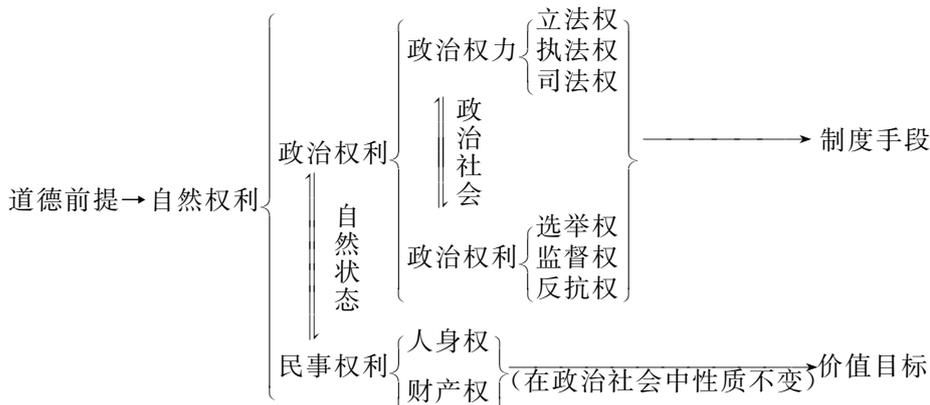
〔4〕 同上书，第8页。

〔5〕 同上书，第4页。

〔6〕 Jennifer Nedelsky, *Private Property and the Limits of American Constitutionalism, The Madisonian Framework and Its Legacy*, The University of Chicago, 1990, p. 184.

〔7〕 同上书，第5页。

利。自然权利包括政治权利和民事权利。进入政治社会以后，自然状态中的政治权利转化为政治权力和政治权利。政治权力包括立法权、执法权和司法权。政治权利主要包括选举权（包括被选举权）、监督权和反抗权。民事权利包括人身权和财产权，在进入政治社会后性质并没有改变，只是可能受到更有效的保护或更严重的侵害。这一法权体系内部的基本逻辑关系是：自然权利是道德前提，政治权力和政治权利是制度手段，民事权利是价值目标。可以用下面的简图较为直观地概括体现出来：

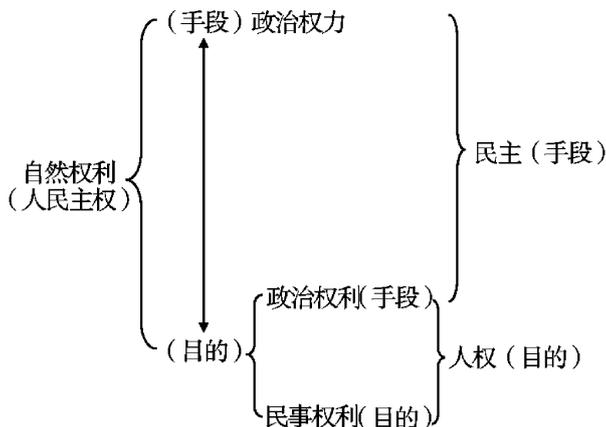


将宪政法权分为民事权利、政治权利和政治权力是对宪政基本法权的一种分类概括，这种基本法权分类及其内部关系无论在理论还是在实践上都生成于 17、18 世纪资产阶级革命时期，因而这一法权体系及其所涉及的问题具有基本性和古典性。对现代国家的宪法进行考察，我们会发现，许多国家的宪政法权体系，除了规定民事权利（人身权和财产权）、政治权利（选举权、被选举权、集会、游行示威、言论自由等权利）、政治权力（立法权、执法权、司法权）之外，还规定了宗教信仰权利，尤其是进入 20 世纪以后，许多国家的宪法还规定了社会保障方面的权利和文化方面的权利。笔者认为，宗教信仰的权利和文化方面的权利依其内容、性质和具体环境的不同或可以归入民事权利，或可以归入政治权利；而社会保障方面的权利就其内容来说，应该归属于民事权利，即财产权或人身权，就其性质来说应该从属于民事权利，是对民事权利的补充性权利。与民事权利和政治权利比较起来，社会保障的权利并不是所有人都平等享有的权利，而是一种社会和经济上的不平等的权利，是部分人（社会和经济上的弱者）享有的权利，因而，后者是在民事权利和政治权利得到保障的基础上所设定的补充性的权利。另外，民事权利是个人自治型权利，而社会保障的权利则是由政府干预而产生的他治型权利。

洛克等人建构的这种法权体系，首先被美国宪法之父们所接受和完善，并按照它建构了美国宪政法权的逻辑体系。而且，这一法权体系至今仍然与代表现代宪政潮流的人民主权、民主和人权的理论体系和制度体系相契合。在这一理论体系和制度体系中，人民主权是道德前提，民主是制度手段，而人权则是价值目标。与此理论体系和制度体系相比较，宪政法权体系中的自然权利与人民主权相契合，民事权利与人权相契合，政治权力与民主相契合，而政治权利则既与民主相契合又与人权相契合。实际上，洛克的思想本身就是一种人民主权思想，虽然洛克在其《政府论》下篇中并没有使用过“主权”一词。洛克的思想被认为是一种政治含义的人民主权思想，即“作为使国家行使的强制性权力合法化的规范性原则”意义上的“人民主权”思想。洛克的“社会契约理论体现了这样的观念，即主权最终在于被统治者”。〔8〕其国家观念为：政治权威来自它所统治的人民，而国

〔8〕 [美] 斯科特·戈登：《控制国家——西方宪政的历史》，应奇等译，江苏人民出版社 2001 年版，第 32 页。

家是一种功利性的社会现象，它是人们创造出来以使他们从和平和有序的市民社会中获益的。〔9〕现代宪政法权体系与人民主权、民主和人权的理论体系和制度体系相契合的情况可以用下面的简图比较直观地显示出来：



政治含义的人民主权已经成为现代宪政的一个比较普遍的原则。根据荷兰学者对截止于 20 世纪 70 年代以前生效的 142 部宪法的调查，其中 118 部宪法提到了人民主权的原则，占调查对象总数的 83.1%。〔10〕最近有学者对目前 124 部成文宪法文本进行了粗略的翻阅，得出了一个结论：“无论是资本主义国家的宪法还是社会主义国家的宪法，哪怕是仍然保留君主（国王）的国家，几乎无一不强调人民的权力与权利。”〔11〕

世界上大多数国家，尤其是西方国家，在宪政理论上都接受了洛克等人的自然状态或自然权利学说，但在宪法条文或惯例中却不一定显现自然权利的前提，多直接规定宪法由人民制定，并为人民的幸福或福利而制定。我国宪法虽然不接受洛克等资产阶级学者和政治家们的自然状态和自然权利学说，但也在序言中体现了人民主权的原则：人民当家作主是新民主主义革命胜利的结果。可见，尽管论证人民主权理论的依据不同，无论是西方国家还是中国，宪法都规定和体现了政治含义的人民主权原则：国家权力来源于人民，并且这种来源既是国家权力合法化的依据，又是规制国家权力行使方式和目标的前提。

在人民主权原则的前提下，现代宪政的法权体系中存在着两个不变因素和一个可变因素。两个不变因素即民事权利平等保护和政治权利的平均分配原则与多数决运作机制。一个可变因素即政治权力的配置方式。

二、现代宪政法权体系中的两个不变因素

（一）不变因素之一：民事权利的平等保护

从理论建构的过程来看，洛克的宪政法权体系应该是从民事权利的平等保护这一最终目的开始的。因为人身权和财产权是人的生存和发展所必须的最基本需要和条件。这一点也完全符合马克思的历史唯物主义。“正如达尔文发现有机界的发展规律一样，马克思发现了人类历史的发展规律，即历来为繁茂芜杂的意识形态所掩盖着的一个简单事实：人们首先必须吃、喝、住、穿，然后才能从事政治、科学、艺术、宗教等等；所以，直接的物质的生活资料的产生，因而一个民族或一个时

〔9〕 同上书，第 1 页。

〔10〕 [荷] 亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐：《成文宪法的比较研究》，陈云生译，华夏出版社 1987 年版，第 127 页。

〔11〕 肖君拥：《人民主权论》，山东人民出版社 2005 年版，第 234 页。

代的一定的经济发展阶段，便构成为基础，人们的国家制度、法的观点、艺术以至宗教观念，就是在这个基础上发展起来的，因而，也必须由这个基础来解释，而不是像过去那样做得相反。”〔12〕在这里，人们的“吃、喝、住、穿”以及“物质的生活资料的生产”首先需要财产权的保障，并且是人身权保障的必要条件。

从近代西方开始的以民事权利作为宪政的最终价值目标的理论和实践，是文艺复兴以后人的主体意识和人性觉醒的产物，更是资本主义生产方式的结果。“当社会日益成为资产阶级社会的时候，国家制度仍然是封建的。大规模的贸易，特别是国际贸易，尤其是世界贸易，要求有自由的、在行动上不受限制的商品所有者，他们作为商品所有者来说是有平等权利的，他们根据对他们来说全都平等的（至少在各该当地是平等的）权利进行交换。”“由于人们不再生活在像罗马帝国那样的世界帝国中，而是生活在那些相互平等地交往并且处在差不多相同的资产阶级发展阶段的独立国家所组成的体系中，所以这种要求就很自然地获得了普遍的、超出个别国家范围的性质，而自由和平等也很自然地宣布为人权。”〔13〕洛克等人的人民主权的理论就是在这样的背景下建构完善的。也就是说，资产阶级理论家们从当时的现实社会的需要和诉求出发结合历史经验和现实经验，反果推因推定出自然权利和人民主权这种道德前提，人民主权是为论证和实现民事权利这一目的服务的。所谓的“天赋人权”、“自然状态”、“社会契约”都是为论证这一现实目的而做出的主观推定。正如有学者早就洞察的那样：“洛克认为自然状态、社会契约都是为了保护财产的国家（或政府）的‘历史的’前提。我们却认为它们是反历史的，因为：历史上从来就没有过那种自然状态和社会契约。洛克又认为自然法、自然权利是国家的‘理性的’解释。我们则认为它们是唯心的，因为：自然法和自然权利都只是新兴资产阶级为了实现他们的具体要求而臆造出来的假说。”〔14〕

在现代国家中，规定或实行人民主权原则的宪法或宪政中，至少都规定或存在着民事权利、政治权利和政治权力三种基本法权。虽然可能不直接明确规定三者之间的逻辑关系和价值位阶，但从制宪者的价值观念、三者的各自功能、限制和地位等方面看，三者之间的逻辑关系和价值位阶却是不言自明的。从民事权利、政治权利和政治权力之间的关系来看，民事权利、政治权利是目的，政治权力是手段，前两者是人民保留的权利，后者是人民委托的权力，后者为前两者服务，受前两者规制。正如麦迪逊所言：“政府为人民利益而设立，并应为人民利益而运行；人民的利益存在于对生命和自由的享有，伴随着获取和使用财产，以及通常地追求和获取幸福和安全的权利。”〔15〕从民事权利与政治权利的关系来看，民事权利是目的，政治权利是手段，后者为前者服务，受前者规制。“民事权利，其中包括人身权和财产权，应该从政治权利中区分出来。另外，政治权利被认为只是实现政府的真正目的，即民事权利保护的手段。在这种观点中，政治权利没有任何内在的实质价值。”〔16〕当然，将民事权利保障作为宪政的最终价值目标，现在已不是西方国家或资本主义国家的专利。在我国，随着社会的转型、市场经济的不断发展，个人的主体意识和权利意识不断地强化，民事权利的保障必然越来越成为人民大众的法律需求和诉求，成为宪政生成和完善的强大的社会动力。我国宪法修正案将财产权写入宪法，物权法的出台，民法典的筹建，最近学界关于民法与宪法的母法地位之争，都大大地彰显了这一点。

对于近代社会的民事权利、政治权利和政治权力三者之间的关系，法国思想家邦雅曼·贡斯当论证得非常清楚：“个人自由是真正的现代自由。政治自由是个人自由的保障，因而也是不可或缺的。但是，要求我们时代的人民像古代人那样为了政治自由而牺牲所有个人自由，则必然会剥夺他

〔12〕 恩格斯：《在马克思墓前的讲话》，《马克思恩格斯选集》，人民出版社1972年版，第3卷，第574页。

〔13〕 《马克思恩格斯选集》，人民出版社1972年版，第3卷，第144、145页。

〔14〕 吴恩裕：《论洛克的政治思想》，[英]洛克：《政府论》下篇，第ix页。

〔15〕 前引〔6〕，Jennifer Nedelsky书，第17页。

〔16〕 同上书，第5页。

们的个人自由，而一旦实现了这一结果，剥夺他们的政治自由也就是轻而易举的了。”^{〔17〕}“因此，先生们，我们需要代议制度，代议制是这样一种组织，一个国家可以凭借这种组织安排少数个人去做国家自身不能或不愿做的事。穷人照料自己的事；富人雇佣管家。这就是古代和现代民族的历史。代议制就是，大众希望维护自己的利益。于是委托一定数量的人做他们的代表。不过，除非是白痴，任何雇佣管家的富人都会对管家是否尽职进行密切监视，以防止他们玩忽职守、腐化堕落或昏庸无能；此外，为了评价这些代表的管理，那些深谋远虑的土地所有者会对各种事务以及他们委托代理人所进行的管理保持良好的了解。同理，那些为了享有适合于他们的自由而求助代议制的人，也必须对他们的代表行使一种积极的持续的监视，必须保留权利，以便当代表背弃了对他们的信任时将其免职，当他们滥用权力时剥夺其权力。”^{〔18〕}

（二）不变因素之二：政治权利的平均分配原则与多数决运作机制

现代国家的宪政比较普遍地奉行政治含义的人民主权原则，该原则下的宪政政体多为代议制民主，即至少是立法机关由人民选举产生，行使人民所委托的立法权和其他权力。人民自己所保留的政治权利为选举权、监督权和反抗权。这三种政治权利的客体都是政治权力，即政府权力。选举权是产生政治权力的权利，监督权是制止政治权力为非的权利，反抗权是矫正政治权力的权利。在这三种政治权利中，选举权是基础性的和主要的权利，因为没有选举权就不能产生政府权力，自然也就不会有对政府的监督权和反抗权。选举权是一种程序化的权利，即其行使一般要遵循严格的法定程序。监督权中的某些权利，如罢免权，一般也要遵循严格的法定程序。反抗权，在洛克的理论中是一种自然权利、法外权利。在现代社会中，反抗权的形式和强度都趋于缓和，用“抗议权”来概括也许更加恰当。其中有些权利是合法权利，如游行示威的权利、罢工权利；而有些权利则仍是一种自然权利、法外权利，如良心不服从和非暴力抵抗。反抗权中的合法权利的行使虽然也可能存在一些限制性的程序规定，但总的来说是非常规性和程序化的权利。本文这里主要讨论的是政治权利中的程序化权利。

在施行人民主权和代议制民主的现代国家中，程序化的政治权利的分配原则是平均分配，运作机制是多数决。

达尔将现代代议制民主的政治制度概括为六点：（1）选举产生的官员；（2）自由、公正和定期的选举；（3）表达意见的自由；（4）接触多种信息的来源；（5）社团的自治；（6）包容广泛的公民身份。^{〔19〕}这六点中第1、2两点涉及本文所谓的程序化的政治权利，而第6点则说明了本文意义上的政治权利的分配原则，即平均分配。“每一个在这个国家永久居住、并遵守它的法律的成年人，都应该拥有与他人同等的权利，拥有上述五项政治制度所必须的权利。这包括，在自由公正的选举中投票选举官员的权利，竞选选举性职务的权利，自由表达的权利，组织、参与独立的政治组织的权利，接触独立的信息来源的权利，以及大规模民主的政治制度有效运行所不可缺少的各种自由和机会方面的权利。”^{〔20〕}本文所论政治权利及其分配原则与达尔论述中的含义和范围是一致的，但主要侧重对决策机关即立法机关的选举权和罢免权方面。应该指出，在西方，政治权利的分配原则，从近代社会到现代社会经历了一个明显的发展趋势，即由限制、歧视向普遍和平均分配的发展。在今天的西方，政治权利的普遍和平均分配已经成为一个不证自明的公理。由此，罗尔斯才将该原则作为他的“正义的两个原则”中的第一个原则和优先原则。“粗略地说，公民的基本自由权就是政治自由权（选举权和有资格担任公职的权利）以及言论和集会自由、良心自由权和思想自

〔17〕 [法] 邦雅曼·贡斯当：《古代人的自由与现代人的自由》，阎克文等译，商务印书馆1999年版，第41页。

〔18〕 同上书，第43页以下。

〔19〕 [美] 罗伯特·达尔：《论民主》，李柏光等译，商务印书馆1999年版，第94页。

〔20〕 同上书，第94页以下。

由、人身自由和拥有（个人）财产的权利、按法治概念规定不受任意逮捕和拘押的自由。第一个原则规定所有这些自由权都是平等的，因为正义社会里的公民是应该拥有同等的基本权利的。”〔21〕罗尔斯所主张的应该平等分配的“公民的基本自由权”中的“政治自由权（选举权和有资格担任公职的权利）以及言论和集会自由、良心自由权和思想自由”大致等同于本文的“政治权利”。中国的宪法也十分明确地规定了公民政治权利平等分配的原则。

民主制度，不论其模式和程度有如何多样和复杂，有一个基本点是不变的，即政治权利运作机制上的多数决原则。卢梭与洛克的人民主权论根本不同，但他们都接受和主张多数决原则。洛克主张：“当某些人基于每人的同意组成一个共同体时，他们就因此把这个共同体形成一个整体，具有作为一个整体而行动的权力，而这只有经大多数人的同意和决定才能办到的。要知道，任何共同体既然只能根据它的各个个人的同意而行动，而它作为一个整体又必须行动一致，这就有必要使主体的行动以较大的力量的意向为转移，这个较大的力量就是大多数人的同意。”“当每个人和其他人同意建立一个由一个政府统辖的国家的时候，他使自己对这个社会的每一个成员负有服从大多数的决定和取决于大多数的义务……。”〔22〕卢梭认为：“多数表决的规则，其本身就是一种约定的确立，并且假定至少是有过一次全体一致的同意。”〔23〕

多数决运作机制发挥作用的主要方式为：首先，选举程序中的多数决导致选举出来的决策者是多数人的代表；其次，选举出来的决策机构在作出具体决策时往往仍采用多数决机制；再次，有时决策机构决策的作出可能采取非常规性的民主方式，即全民公决或民意调查，这仍是一种形式的多数决。依据民意调查进行决策的方式，在现代社会正在变得愈来愈举足轻重。正如达尔在谈到美国总统选举时所说：“虽然新当选的总统经常提出选民授权统治的要求，但是，你越是仔细地检查支持这项要求的一系列假设，它们之间的联系就越显得脆弱。从一种不过是投票选举总统的方式来推断选民的意愿，这需要信任上不同寻常的‘跳跃’。虽然系统的民意调查为理解公众态度和期望提供了更坚实的基础，但是总统授权统治的要求只不过是建立在一种选举结果的基础之上，这种要求的出现比系统的民意调查早一个多世纪。”“自1940年代开始，这两者间的一致性更多地是出于仔细关注民意调查的结果，而不是对选举结果进行的解读茶叶式的占卜。”〔24〕

应该看到，民主的多数决原则，因其本身的局限性和弊端，在西方一直受到多方面的质疑和修正，但至今为止，人们似乎仍然没有找到十全十美的更好的方案来完全取代它。

总之本文所使用的民主一词的含义是如下意义上的民主，即“把民主理解为建立在‘一人一票’原则基础之上的简单的多数决定规则”。〔25〕而现代民主制度中的政治权利的平均分配原则和多数决的运作机制是现代宪政法权体系中的一个固定的、不变因素。

三、现代宪政法权体系中的一个可变因素

（一）现代宪政法权体系中两个不变因素之间的冲突

在现代宪政的法权体系中，民事权利的平等保护是近现代社会人性解放和市场经济发展所要求的一个先定的、不变的价值因素。而产生和监督并决定政治权力行使方向的政治权利分配和运作的民主原则和机制，即政治权利的平均分配原则和多数决的运作机制，则通过经验总结和理性抉择，

〔21〕 [美] 约翰·罗尔斯：《正义论》，谢延光译，上海译文出版社1991年版，第67页。

〔22〕 前引〔2〕，洛克书，第60页。

〔23〕 [法] 卢梭：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆1982年版，第22页。

〔24〕 [美] 罗伯特·A. 达尔：《美国宪法的民主批判》，佟德志译，东方出版社2007年版，第93页。

〔25〕 [美] 乔恩·埃尔斯特：《导言》，载 [美] 埃尔斯特等编：《宪政与民主——理性与社会变迁研究》，潘勤等译，三联书店1997年版，第2页。

被选定为通过操纵政治权力来实现民事权利平等保护的方案。“为民主辩护的理由在于，在所有可能的选择中，它最接近于下列一个或多个基本价值或利益：即政治平等，自由，道德的自我发展，共同利益，公正的道德妥协，考虑到每个人利益的约束性决策，社会效用，需求的满足。”〔26〕也就是说，与君主制的一个人统治、贵族制的少数人统治相比较，民主制的多数人的统治最接近于民事权利平等保护的先定价值实现的要求。由此，政治权利的平均分配原则和多数决的运作机制也是现代宪政法权体系中的一个先定的、不变的手段性因素。但这里必须强调：将政治权利的分配原则和运作机制定性为手段性因素是相对于民事权利保护这一宪政法权体系中的最终价值因素来说的。如果从民事权利和政治权利同属宪政基本人权界域和与政治权力的配置方式这一因素来看，则民事权利平等保护和政治权利的平均分配原则与多数决运作机制两个因素是现代宪政普遍选择的宪政的两个趋同的、先定的价值因素，而政治权力的配置方式则是从属于前两个因素的手段性因素。前两个因素是封闭的、不变的，后一个因素是服务于前两个因素的、开放的、可变的。

在政治权利的分配原则与运作机制方面，现代政治权利的分配取向虽然是平等的和平均的，但政治权利中的程序化权利的运作机制却不得不采取多数决的方案。这实际上只是民主制下政治权利运作的操作性机制，在实际生活中，这一操作性机制如果转变为多数人的绝对统治的话，在选举和决策中实际上就剥夺了少数人的选择权和决策权，也即在落实人民主权原则时，实际上将一部分人从人民中排除出去。就如萨托利所描述的那样：“当用多数标准来解释人民时，所提供的只是‘操作性定义’。也就是说，由于决策过程并且为了作出决策，人民才分成了多数和少数。但事实依然是，人民是由多数加上少数组成的。所以多数标准如果（错误地）变成了绝对的多数统治，这一变化在现实世界中的意义，就是人民的一部分变成了被排除的一部分人。因此，这里的论点是，当把民主等同于单纯的多数统治时，人民的一部分（往往是很大的一部分）就会因此而变为非人民（non-demos）。”〔27〕萨托利似乎并不担心选举中的“多数标准”会变成社会上的“绝对的多数统治”。他认为选举人的多数是临时的、流动的，社会上很难形成一个持续的固定的多数。“对这一原则的分析并不能证明许多人，众多的人或——如果你乐意这样说的话——群众的实质性多数统治。原因不难说明。由于这里涉及的是一个制度化的机构（一个政府、议会、政党），‘多数’所指的便是某种有形的、有内聚力的运作单位。如果涉及的是上述大范围的、分散的集体，‘多数’一般而言便是指一个短命的集合体。选民的多数基本上只是选举中的人为现象，因此也是作为传播制度的政党制度的人为现象。就这里的多数而言，它们倾向于不断地解散和重组自身。老实说，公民中的多数——‘群众多数’——是无数团体和个人不断集合和解体的一个过程。这并不是否认，群众多数可以像运作单位那样，在相当一段时间内结为一体发挥作用。但是，群众多数，当并且只当它具备一定的稳定性和相当时间内的内聚力时，才能成为‘运作的多数’。要想发生这种情况，人口中的多数必须是由强大的政党、阶级或种族认同者组成。在西方的民主制度中，鲜有这种情况发生。在大多数时间，具体的群众多数也是周期性地变动不居的多数，它不可能在任何严格意义上维持或产生‘多数的统治’。因此就群众多数而言，没有多少理由担心多数的专制；这里的问题在于，从多数决策的方法中不能推导出有什么集团构成了多数并从事决策。多数方法只是指一个数学上的多数，并不指群体中具有持续性的一大部分人。”〔28〕“全面的设计是避免把‘全权’只授予多数或少数。我们的分析就要说明，实际发生的正是这样。具体言之，在选举——投票过程中，具体的多数产生着具体的少数。它又服从着多数标准——这就是从群众选民产生政府的整个过程。”〔29〕

〔26〕 [英] 戴维·赫尔德：《民主的模式》，燕继荣等译，中央编译出版社2004年版，第4页。

〔27〕 [美] 乔·萨托利：《民主新论》，冯克利等译，东方出版社1997年版，第36页。

〔28〕 同上书，第140页以下。

〔29〕 同上书，第141页。

但是，在现代社会，民事权利虽然在法律上平等地保护人们的财产利益和人身利益，却无法保障人们在实际上平等地拥有实现财产利益和人身利益的能力，因此也无法保障社会上所有的人实际地处于相同的财产所有状况和人身状况。如依不同的财产占有状况，社会上可能存在着穷人和富人之分；依不同的人身状况，在存在着较大城乡差别的国家，社会上有城镇人和乡村人之分。如此，具有不同的财产占有状况和人身状况的人群就要在社会上结成不同的利益集团。正如根据美国宪法起草时的社会状况所总结的那样：“造成党争的最普遍而持久的原因，是财产分配的不同和不平等。有产者和无产者在社会上总会形成不同的利益集团。债权人和债务人也有同样的区别。土地占有者集团、制造业集团、商人集团、金融业集团和许多较小的集团，在文明国家里必然会形成，从而使他们划分为不同的阶级，受到不同情感和见解的支配。”〔30〕

一方面，直接行使政治决策权力（尤其是立法权）的人，是由平等享有政治权利的公民通过多数决的机制选举出来的代表，行使政治决策权力的机构在作出政治决策的时候也往往采取多数决的机制，有时政治决策机构作出决策的依据还可能是同样采取多数决机制的全民公决或民意调查。由此产生了西方政治学家所担心的“多数人的暴政”的问题。是否真正会出现多数人的暴政取决于多数决只是一个为了作出决策的“操作性定义”，还是会变成“绝对的多数统治”。而是否会变成绝对的多数统治，则取决于社会上是否会存在着一个持续的固定的多数。如果真如萨托利所说，“选举人的多数是临时的、流动的，社会上很难形成一个持续的固定的多数”，则多数决的机制就只是一个作出决策的操作性方案，不会导致多数人的绝对统治或多数人的暴政。另一方面，对民事权利的平等保护，只能平等地保护人们的财产利益和人身利益，却无法保障人们实际上平均地享有财产利益和人身利益。这样，依据财产利益和人身利益的不同，社会上就会形成不同的利益集团。至少在一个中等以下的发达国家里，拥有财产和拥有较多财产的人（有产者）占社会人口的少数，不拥有财产和拥有较少财产的人（无产者）则占社会人口的多数，而人身利益也往往与拥有财产的状况相关联。如此，无产者就会在社会上“形成一个持续的固定多数”，使自己从经济上的弱势群体变成政治上的强势群体，利用合法的政治权力的行使，从根本上破坏民事权利的平等保护，如制定通过平均分配财产、发行纸币使货币贬值之类的法律。

正是根据这种情况，麦迪逊敏锐地发现了民事权利，尤其是财产权的平等保护与政治权利分配和运作机制之间的冲突。他认为：好的政府必须能够既保护人身权又保护财产权。在共和政府里，因为第三种权利，即所有的人都应当只受他们同意的法律的约束的权利，上述两种权利是互竞的。问题在于，如果政治权利被平等地授予所有的人，则人身权和财产权将不会受到平等的保护。有产者能够被依赖尊重人身权，因为在人身权中他们也享有利益。但是无产者并不在财产权中享有相应的利益。只要穷人的纯粹的人数优势通过平等的政治权利转化为政治权力，财产权就会被置于危险境地。在美国对财产权的威胁尤其是暗中为害的，因为它是采取诸如货币贬值这种非直接的方式而不是直接征用的方式进行的。没有人否认财产权是一种基本权利，但是无产者多数将要求摧毁财产安全的措施。因此，以与共和原则相一致的方式对人身权和财产权提供平等的保护是政治问题中最大的难题。〔31〕

如果按麦迪逊的估价，无产者在社会上是固定的多数，而有产者是固定的少数的话，则在共和（代议制民主）制度下，按照政治权利的平均分配原则与多数决运行机制，在民事权利方面作为弱势群体的无产者就会借助人数的优势成为政治权利方面的强势群体，并且利用对政治权力的合法行使剥夺有产者的财产。基于此种认识，以麦迪逊为首的美国宪法的设计者们，把解决这一难题作为核心任务和至上关怀。“对于那些其观点在制宪会议上取得胜利的人来说，财产权是一个共和国

〔30〕 [美] 汉密尔顿等：《联邦党人文集》，程逢如等译，商务印书馆1980年版，第46页以下。

〔31〕 前引〔6〕，Jennifer Nedelsky书，第5页。

里处于危险境地的权利的核心。正是财产权使他们意识到在民众政府里少数人权利的天然的脆弱性，并因此，也正是财产权变成了这一更大的问题的中心点。”〔32〕

（二）现代宪政法权体系中的可变因素对两个不变因素之间冲突的调控

既然肯定民事权利的平等保护和政治权利的平均分配原则与多数决运作机制两个因素是现代社会普遍选择的宪政的两个趋同的、先定的价值因素，则这两个因素就制约着政治权力配置方式这一手段性因素。后一个因素的选择应以保障前两个因素的合理实现为目的和标准。既然至少在中等以下的发达国家里，无产者会形成一个持续固定的多数，并容易依据政治权利的分配原则和运作机制以及政治权力的产生方式，通过操作政治权力而从根本上（尤其是立法上）破坏民事权利的平等保护，那么，调控这种冲突、消除这一弊端，就成为宪政制度设计、政治权力配置的核心目标和任务。

麦迪逊选择的具体方案是分权与制衡。麦迪逊认为：“立法、行政和司法权置于同一人手中，不论是一个人、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。”〔33〕“在共和国里极其重要的是，不仅要保护社会防止统治者的压迫，而且要保护一部分社会反对另一部分的不公。在不同阶级的公民中必然存在着不同的利益。如果多数人由一种共同利益联合起来，少数人的权利就没有保障。”〔34〕制宪者们认为避免这种现象出现的最好方法是政府权力之间的分立与制衡。因而制宪者们在全国政府中首先确立了立法、司法和行政三种职权的部分分立和交叉，即三权分立和制衡制度，并且三种职权的产生方式、来源和任期各自不同，然后又将立法机构分为来源不同和互相制约的两个不同部门。尤其是参议院的产生方式以及任期更是直接体现了制宪者们的少数人控制多数人、有产者控制无产者通过民主体力“为非”的立宪意图。正如查尔斯·A·比尔德所概括的那样：“通过考察可以发现没有任何两个主要的政府分支部门来自于同一个渊源。众议院源自各州认为适合于给予公民权的民众。参议院由各州的立法机构选举产生，而在1787年，各州的立法机构几乎一致地基于财产权资格而产生，只不过这种财产权资格有的是对上院的要求而有的是对下院的要求。总统将由各州立法机关可以决定的方式选出的选举人——在所有情况下由一个单方面远离自由选民的机构——选择。司法机关将由总统和参议院选择，二者都远离直接的民众控制并比众议院享有更长的任期。”〔35〕汉密尔顿对这种政体设计的意图也有着比较明确的阐述：“组成全国政府的成分的不同，尤其是这些成分在政府各部门起作用的方式的不同，必然在任何局部的选举计划中成为意见一致的有力障碍。联邦各部分人民在财产状况、生性和生活习惯等方面的不同，足以造成他们的议员对待社会上不同阶层和地位的重大差别。虽然在同一政府之下的密切交往，会有助于某些方面的逐渐同化，然而精神上和物质上的原因还会程度不同地长期助长这方面的不同倾向和喜好。但是这个问题上看来影响最大的，将是政府各组成部分的不同构成方式。众议院直接由人民选举，总统由人民为此目的而选出的选举人选举，这样就没有什么可能会有一种共同利益把这些不同部分结合起来，偏袒任何一个阶级的选举人。”〔36〕

分权与制衡是以麦迪逊为首的美国宪法起草者们所选择的解决宪政法权体系中两个不变因素之间冲突，控制民主弊端的一种政治权力配置方案，虽然这种方案在西方国家宪政政治权力配置中被广泛采纳，但它仍然不是固定不变的唯一方案。正如有的学者所说：“现代共和主义者必将支持某些有助于防止多数人之威胁的制度。他们必将欣然寻求那些与前现代的共和主义联系在一起的反多

〔32〕 同上书，第6页。

〔33〕 前引〔30〕，汉密尔顿等书，第246页。

〔34〕 同上书，第266页。

〔35〕 See Charles A. Beard, *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*, The Free Press, 1986, p. 162.

〔36〕 前引〔30〕，汉密尔顿等书，第305页。

数至上的措施，比如，议会的两院制分置、对法律宪政约束的认可，以及引入一套权利法案等等。当然，应当采取什么样的反多数至上的措施将取决于当地的环境；这是一个可以从经验上展开争论的问题。但很难想象，共和主义者会放弃其中的任何一种。”〔37〕显然，在这里，方案应该是可变的——不同的国家和社会可以根据各自不同的情况进行探索和选择。但方案所要解决的问题是不变的，“要设法避免把‘全权’只交给多数或少数，而是把它同时交给多数和少数”，“在宪政背景下，关键是少数而不是多数。更确切地说，这一背景下的问题是少数或各少数派必须享有反对权。在这里‘多数统治和少数的权利’这句话获得了最确切的含义和特别突出的位置。如果反对权受到阻碍、骚扰或践踏，我们便可以从宪政意义上称其为‘多数专制’。”〔38〕

四、现代宪政法权配置与运作规律的中国语境

西方现代宪政法权体系生成于资产阶级革命前后，是市场经济和民主政治的产物。宪政是市场经济和民主政治中的民事权利、政治权利和政治权力诉求及其互动的产物。因而，民事权利、政治权利和政治权力及其互动关系构成了现代宪政的核心内容。民事权利的平等保护，尤其是财产所有权和契约自由权的平等保护，是市场经济孕育的个人权利诉求，是现代宪政法权体系生成的原始的社会动力。政治权利的运行则是市场经济中的个人控制国家政治权力以保护民事权利的需要。由于政治权利的民主分配原则和运行机制与民事权利平等保护的价值目标在一定的社会条件下可能存在着潜在的矛盾和冲突，因而政治权力的配置方式反过来应服务于这种潜在矛盾和冲突的调控与解决。

正是这一社会现实逻辑决定了西方现代宪政法权配置及其运行的理论逻辑：民事权利的平等保护是一个先定的、不变的价值因素，而政治权利的平均分配原则和多数决运作机制则是由民事权利平等保护这一价值因素所决定的、虽然并不完美但却是目前为止最佳的一个手段性因素，是现代宪政法权体系中的另一个先定的、不变因素，而且与政治权力相比也可以说是一个价值因素。政治权力的配置方式与前两个不变因素相比较，是一个可变的、从属的、工具性因素。政治权利的作用是控制国家政治权力以保护民事权利。但由于政治权利的平均分配原则和多数决运作机制决定了其在保护民事权利方面并不完美，具有产生“多数人暴政”的危险，因而政治权力的配置方式必须服务于消弭政治权利民主分配原则和运作机制的弊端，以实现民事权利平等保护这一宪政的最终价值目标。

中国目前正处于社会转型期，其基础是经济体制的转型，即计划经济向市场经济的转型。经济体制的转型是人民主权的社会主义社会本质的要求。社会主义社会的本质目的是尽可能地满足人民的利益需求，而实现这一本质目的的本质途径是最大化地解放生产力，从计划经济向市场经济的转型就是这一本质途径的要求。

在市场经济的背景下，人民的公正利益首先必须通过对个人的民事权利，即财产权和人身权的平等保护来实现。因而，随着经济体制由计划经济向市场经济转型，社会对财产权和人身权保护的诉求也必然经历转型。具体体现为，在财产权保护方面，社会经历了只保护集体和公有财产权向承认和保护个人和私有财产权的转型；在人身权保护方面，社会经历了由政治分层向经济分层、由身份制向契约制的转型。宪法修正案、物权法的通过、民法典的筹建以及学界关于民法宪法根本法地位之争无不彰显了民事权利保护方面的这种强烈的转型趋势。

〔37〕 [澳] 菲利普·佩迪特：《共和主义——一种关于自由和政府的理论》，刘训练译，江苏人民出版社2006年版，第201页以下。

〔38〕 前引〔27〕，萨托利书，第136页以下。

随着经济体制改革的不断深入,我国的政治体制也必然要进行相应的改革。改革的方向和主线即从目的型民主向参与型民主转型。所谓目的型民主即在坚持人民主权原则和以人民的利益为根本的前提下,在政治权力的产生和行使上由执政党为民做主。而公民的政治权利则在一定程度上被虚置。目的型民主是被动型民主,其内在原因是“民弱”,即“民”没有动机和能力去主动行使自己的政治权利从而参与政治权力,“民”虽是政治权力产生和行使的主体,但却处于被监护人的境地。而参与型民主的特点是在政治权力的产生和行使方面,由公民通过对政治权利的程序化行使进行参与,也即民自做主。在这里,参与型民主中公民政治权利的程序化行使的最低要求是公民普选权原则基础上的“多数决”机制。参与型民主是主动型民主,其内在条件应该是“民强”,即“民”有动机和能力去主动行使政治权利,从而主动参与政治权力的产生和行使。而市场经济和民事权利保护恰恰能够为这种动机和能力创造条件。在市场经济和民法建设已经取得阶段性进展的今天,发展参与型民主在中国已经被提到了议事日程。建构和完善参与型民主的目标与决心见于中国共产党第十七次全国代表大会报告关于“扩大人民民主”、“发展基层民主”、“依法实行民主选举、民主决策、民主管理、民主监督,保障人民的知情权、参与权、表达权、监督权”、以及有关完善人民代表大会和政治协商制度等具体规划之中。

值得注意的是,中国是社会主义国家。社会主义的本质目的是实现人民的共同发展和共同富裕。为此国家曾尝试以生产资料完全公有制为基础的计划经济体制。实践证明,这种体制在现有阶段不利于生产力的发展,因而不利于社会主义本质目的的实现,非但不能实现人民的共同富裕和发展,反而导致共同贫穷。市场经济和个人民事权利保护能够尽可能地发挥人的主观能动性从而促进生产力的发展。但市场经济按自由竞争的规律运行,而民事权利只保护产权独立和契约自由,因而,由于不同的人按市场经济的规律和规则获取财产的条件和能力方面存在较大差异,市场经济和民事权利无能保障所有的人平均地拥有财产。国家虽然可以通过社会保障的政策,保障市场竞争和民事权利实现方面的弱者,但是这种保障是有限的,即在保障主体方面只能保障那些不具备基本生活能力和条件的人,而在保障水平上,也只能保障基本的生活条件。因而市场经济和民事权利在中国虽然是消除社会共同贫穷、达至共同富裕的必然途径,但却不能消除社会主体在财产拥有方面的巨大差异,这种差异即使社会达到了共同富裕的目标,也仍会存在。因而社会上可能出现麦迪逊在200余年前所看到的美国社会存在的那种因财产占有状况不同而形成的不同的利益集团。由此社会上就可能形成以财产拥有状况为纽带和界域的、持续、稳定的多数和少数,虽然也许不像麦迪逊所看到的美国自由资本主义时期那种界域分明的无产者和有产者的区分。“瑞典是目前世界上较接近于共同富裕的国家,但瑞典的生产资料财富,约98%掌握在2%人的手中。”〔39〕因而,麦迪逊的观察和结论在现代社会,乃至将来相当长的时期内仍然具有适用性。“人的才能是多种多样的,因而就有财产权的产生,这种多样性对于达到利益一致来说,不亚于无法排除的障碍。保护这些才能,是政府的首要目的。由于保护了获取财产的各种不同才能,立刻就会产生不同程度的和各种各样的财产占有情况;而由于这一切对各财产所有人的感情和见解的影响,从而使社会划分成不同利益集团和党派。”〔40〕

在社会上能够形成以财产拥有状况为纽带和界域的、持续、稳定的多数和少数的背景下,建设和实施以普选权原则和多数决机制为底线的参与型民主,就可能出现多数人利用手中掌控的立法权和决策权来侵害或剥夺少数人的权利或利益的情况,也即可能出现西方思想家所担心的民主制中“多数人的暴政”问题。即使社会发展成了被许多学者理想化了的的中产阶级占多数的所谓“橄榄型”社会,也仍有可能形成以某种共同利益为纽带的持续、固定的多数。假如社会上中产阶级占有选举

〔39〕 朱相远:《树立现代共同富裕观——正确对待收入差距》,《光明日报》2008年1月17日。

〔40〕 前引〔30〕,汉密尔顿等书,第46页。

权人口总数的 60%，而贫产阶级和富产阶级各占 20%，则最没有可能以共同的利益为纽带联合起来的是贫产阶级和富产阶级，而中产阶级则既可能与贫产阶级联合起来，即拥有一定数额以下财产的阶级因共同利益联合起来，也可能与富产阶级联合起来，即拥有一定数额以上财产的阶级联合起来，如果中产阶级和贫产阶级联合起来，则富产阶级就成了绝对的少数，而如果中产阶级和富产阶级联合起来，则贫产阶级就成了绝对的少数。而且，交通、通讯、电视和网络高度发达的现代社会也为多数人的联络和联合以形成共同的意见提供了和正在提供着前所未有的便利条件。在民主制下，如果多数人及其代表根据个人利益进行投票和决策，则少数人的权利和利益就会受到剥夺或侵害。由此，政治权力的配置方式就“要设法避免把‘全权’只交给多数或少数，而是把它同时交给多数和少数”，使少数或各少数派必须享有反对权。

由于中国目前参与型民主还没有建立和完善起来，当务之急应该是不遗余力地大力发展和完善参与型民主，只有在这一优先性前提得以实现的情况下，才能考虑用政治权力配置方式的手段来制约和控制民主制度在民事权利平等保护方面可能出现的弊端。因为，在参与型民主还没有建设和完善到一定程度之前，在社会上还相当程度地存在着权大于法、钱大于法、情大于法的情况下，多数人还不具备掌控和操纵政治权力为害的条件，而具备这些条件的人也许恰恰是少数。因而，用政治权力配置方式的手段来制约和控制民主制度在民事权利平等保护方面可能出现的弊端，在中国大概应当是相当一段时间以后的事。

· 简 讯 ·

第四届“俄罗斯法制与法学”国际学术研讨会即将召开

由中国社会科学院法学研究所《法学研究》编辑部与黑龙江大学法学院联合举办的第四届“俄罗斯法制与法学”国际学术研讨会定于 2008 年 7 月 28 日—30 日在哈尔滨召开，会议将主要讨论“俄罗斯法制与法学的新发展”问题。国内高校、科研机构及有关国家机关中从事俄罗斯法研究的专家学者及部分俄罗斯法学家将参加会议。“俄罗斯法制与法学”学术研讨会从 2001 年开始迄今已经举办了四届，从最初的关注苏联法学对中国法学的影响逐渐转到当代俄罗斯法制与法学的发展状况，取得了丰硕的成果。现在《俄罗斯法论丛》已经出版了第一卷，本届会议后将结集出版《俄罗斯法论丛》第二卷。有兴趣参加会议的专家学者请与本编辑部联系。