

季卫东:从“依法治国”到民主选举 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E5\\_AD\\_A3\\_E5\\_8D\\_AB\\_E4\\_B8\\_9C\\_\\_c122\\_486017.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E5_AD_A3_E5_8D_AB_E4_B8_9C__c122_486017.htm) 二十世纪是“民主主义的世纪”，同时也是法学世界观普及的世纪。在1850年，舒塔尔（Friedrich Julius Stahl）主张：“国家应该是法治国家。这既是一个口号，也是近代发展的实际的推动力”。到了1977年，弗里德曼指出：“在二十世纪中，人民对政府的要求和对法的要求与一百年前相比有了极大的增加”。尽管在1970年代后期开始出现对欧美自由主义法治传统的怀疑和批判，但1995年诞生的WTO体制在一定程度上意味着法治秩序的全球化。在中国，从人治转向法治仍然是大多数人的诉求。西方的近代法治有两种基本类型：一种是英国的“法律支配（the Rule of law）”模式，产生于王权与议会的反复斗争，强调以议会主义为媒介的立法过程，因而法治和民主的互动关系较明显。另一种是德国的“法治国家（Rechtsstaat）”模式，把成文法体系作为前提，侧重于法律的解释适用以及国家行为在形式上的合法性。在德国，与形式主义色彩较浓的“法治国家”概念相对应，还有“社会国家”概念，强调平等性、民主性以及弱者保护。按照佛尔斯托霍夫（Ernst Forsthoff）的理论，法治国家的原则与社会国家的原则是互相矛盾的。但是现在这种理论已被多数学者所否定，占主流的观点主要受H·黑勒思想的影响，把形式的法治国家与实质的法治国家在社会民主主义的基础上统一起来。如果我们承认民主主义的信念是国家行使其强制力时必须首先经过人们同意的程序的许可，那么无论议会主义法治还是形式主义法治

，都是可以接受的。实际上，奥地利的民主主义斗士、1919年共和国宪法主要起草人凯尔森（Hans Kelsen）就是从形式主义、价值相对主义和彻底的法律实证主义的角度来理解民主与法治的关系。他反对霍布斯把国家当作运作法律的“巨灵”的见解。在他倡导的纯粹法学中，为了避免法学成为政治和意识形态的奴仆这一时弊，作为历史事实的国家权力与作为规范的法律体系之间设有严格的界限，而反国家权力的民主主义与限制、抗衡国家权力的法治秩序之间则有着浓密的亲和性。凯尔森认为，宽容是民主的基本哲学范畴，民主主义的政治制度必须允许不同政治信念之间的自由竞争；法律则应该是公开的自由讨论的结果。麦迪逊主义的民主理论在强调自然权这一高于法律的实质性价值的方面，明显地区别于凯尔森法学。但是，它的中心命题是把民主理解为对国家权力的外部监控，而分权和法治则构成监控的手段--归根结底这还同样是一种程序主义的民主观。不妨说，只有在程序的基础上民主才具有超越文化价值的普遍意义。当然，程序主义的法治与民主之间也可能发生冲突，其中最典型的实例是法官的司法审查，在这里，法官的身份基本上不取决于民意，但他的司法审查却可以否定根据多数表决的原理而通过的法律。的确，人民也能够通过选举立法者和弹劾法官的方式控制司法机关。但是，按照审判独立的原则，人民却不能够对具体案件处理的过程和决定进行干涉。为了缓解司法审查与民主政治之间的紧张关系，出现了两种主要解释。一种是从自由主义的角度来为司法审查进行辩护，强调司法审查在保障人权、避免多数人专制方面的功能与民主主义是一致的。其中又可以区分出两个有所不同的假设：（1）法官独

立于政治的近代主义假设；（2）法官干预政治的后近代主义假设--与政治上的多数派不同的社会上的真正多数人的利益由“民主的法官”来代表和斟酌决定。另一种解释是从民主主义本身的角度来为司法审查进行辩护，把它解释为民主政治的自我保存手段。就像不能根据契约自由的原则来承认奴隶契约一样，也不能根据大多数的意志（立法）来否定个人的自由，因为个人的各种自由正是民主的基础。总之，无论采取何种立场都得面对这样的实际：没有司法审查，“群众专政”、“议会独裁”、多数人压抑少数人进而压抑社会进步的事态就会发生。但是还要注意，一旦导入司法审查的制度，那么人民也要审查司法就是题中应有之义。在中国的政治背景下，从群众参与的角度来理解民主主义倒不十分难（当然还有说起来容易做起来难的一面），问题是缺少以法律手段来保护少数人的自由权的观念。在这个意义上，提出通过法治国家的建设来发展民主政治的口号是一次飞跃。但是，围绕法治国家建设的思路，还存在着十分尖锐的对立。以严刑峻罚、令行禁止为特征的法家式的法治，显然不符合自由民主的要求。如果不改变官本位的恶习，彻底的法律实证主义也具有助纣为虐的危险性。至于“权大于法”的观念更是政治改革的最大障碍。在这一方面，我们注意到中国的政治和法律的话语最近开始出现某些令人欢欣鼓舞的变化。例如全国人大的乔石委员长根据宪法指出，一切国家权力属于人民，而人民行使权力的机关是人民代表大会；应由全国人大及其常委会统一行使最高国家权力，在这个前提下明确划分国家的行政权、审判权、检察权和武装力量的领导权。最高人民检察院副检察长张穹强调，“法律面前不允许有‘特

殊公民’ ”。中共中央党校的黄子毅教授认为，“法律应具有至高无上的权威”。公安大学法律系崔敏教授引用邓小平关于“党要管党内纪律问题，法律范围的问题应该由国家和政府管。党干预太多，不利于在全体人民中树立法制观念”的讲话，要求作为执政党的中国共产党也必须在宪法和法律的范围内活动，应该带头遵守法制，作出表率。关于个人权利保护与民主的关系的法学讨论还不多见。值得一提的是崔之元教授和甘阳博士的观点。崔之元受美国批判法学等过激思潮的影响，在法制建设方面更强调防止少数人专制的问题，如司法审查导致的“司法专制（judicial tyranny）”以及政府权力或者私人权力的过度集中，这是符合民主主义精神的。但是，过分夸大缺乏制度上的操作可行性的“不稳定权利”概念的意义，把法制理解为“大民主的动态的制度化”，把“法律民主化”理解为相对于法律本身的个人自由意志的彻底发挥，根本忽视法治在防止多数人专制方面的功能，这样的论调是否真的有利于中国的个人自由和民主化呢？我持怀疑的态度。与崔之元相比较，甘阳对于个人自由有更深切的关怀、更自觉的认识。但可惜他对于个人自由的制度性保障则缺乏必要的论述，片面强调公民个体与中央国家的直接的政治联系，否定中间层的制度建构的意义。他在讨论建立在个人自由的基础之上的民主政治时，提出了全国直接选举人民代表的建议，这当然是一种不坏的选择。然而，需要注意的是，关于民主的各种主要理论都指出，仅凭一次又一次的国民投票并不足以防止专制——既包括僭主式的少数人专政，也包括托克维尔在《美国的民主》一书所忧虑的来自全民投票制的多数派专政（tyranny of the majority）；除了选举

之外，各种法治要素也是民主的基本内容。很遗憾，甘阳却对后者持有一种莫名其妙的反感，斥之为“鼠目寸光的法律与秩序市侩主义”。在考虑通过法治实现民主的思路时，洛伊针对无视正式的程序要件而进行无原则的讨价还价和妥协的利益集团自由主义（注意：他所说的自由主义与我们一般理解的个人权利受法制保护的自由主义有所不同）的种种破坏民主的弊病提出的“依法的民主主义（juridical democracy）”概念可供参考。在这里，所谓“依法的（juridical）”不能等同于“司法的（judicial）”，而是强调通过各种法律手段明确行为的规范和责任，在国家和个人之间建立一种基本共识，一种公共哲学。依法的民主主义不仅仅限于程序，它还注意社会公正等实质内容；其形式由法制规定，其内容通过民主的政治讨论而确立；在这种政治体制下，司法的权力受到限制，政府活动的原则和方针必须由议会制定。洛伊的理论是以美国社会为背景的，并不能简单搬到其他国家。但是，他有几个观点包含着普遍性。例如，他揭示了法治的本质是调和民主与自由的冲突；指出政治参加不仅是民主主义的，也应该是自由主义的；强调特权性利益团体的存在势必妨碍多元社会中的公正交涉；试图通过扩大参加决策的范围的方式来保证社会的均衡，等等。在中国要发展依法的民主政治或者建设民主的法治国家，核心问题是把现存的群众参加政治的实践纳入法制的轨道。为此，有两个非常关键的环节是不可缺少的。一个环节是法律监督机制的建立和健全。主要指全国人民代表大会及其常务委员会对宪法、法律以及法令在全国范围内的统一实施和遵守实行的制度上的监督，包括（1）制定一部明确规定法律监督的权

限和行使监督权的机构、方式、程序、规则的法律；（2）设立违宪审查委员会或宪法法院之类的具有权威性的机构；（3）彻底贯彻司法独立的原则，特别是把法院、检察院的财政、人事的管理权限收归最高法院等具体举措。在1997年3月召开的八届人大五次会议上，代表们普遍而强烈地要求加强对国家权力的法律监督和舆论监督，人大常委会也一直在推动监督法的起草公布，但是似乎仍有很大的阻力。一些明显的违法违宪的政治现象依然畅通无阻。在民主和法治的建设方面的另一个关键环节是全国人民代表大会以及地方各级人民代表大会的议会化。由于卢梭和马克思的影响，基于人民主权的直接民主和“议行合一”的观念在中国至今根深蒂固。但是，冷静分析各国的民主政治的实践经验，不能不承认在既存的社会条件中，议会是有效地推行民主主义的唯一现实的方式。人民代表大会在一定程度上具有代议制的性质，但由于不承认完全的代表普选制和政党竞选活动，它与议会主义的原理还是有本质的不同。在短期内中国走向多党政治的可能性不大，实行全国直接选举人民代表更会造成极大的混乱。所以，人大的议会化需要经过若干过渡阶段。首先，应该强调人大对党政机关的活动进行大胆的批评和议论，即所谓“否决的政治”（监督机制的强化也是其中一项重要内容）的正当性，形成行政精英与代议精英旗鼓相当的二元国政格局。其次，使地方利益代表组织化、制度化，由全国人大发挥协调中央和地方关系的功能。再次，扩大人大在参加和监督财政预算的编制、执行方面的作用。最后，加强政协的权力，使之达到能够制衡共产党的执政活动、培养政党指导者、促进政策竞争的地步。为了保证上述两点，选举制度的

改革和发展是必要的。但是，从建立安定的依法民主主义体制的立场来看，我不认为应立即实行最高领袖的直选和全国人大代表的普选。其实，中国政治改革的初步实践已经预示了更现实可行的民主化方式：只要近期把行政首脑的真正的直接选举从村民委员会扩大到乡镇乃至县市，把人民代表的直接选举从县扩大到省、直辖市，中国的政治生态和权力的正统化、合法化机制就会发生根本性变化。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)