

## 国家权力作为财产 ——政治腐败分析（下）

陈端洪

上述两层含义对于官员的地位具有什么后果呢？从上面的线索我们看到，用人是最后的环节，也就是说某一个人是否被任用，是由统治目的、职务设立、职权界定、用人资格等决定的，当然，还有一个自愿原则。虽然在民主社会，被选举是公民的一种政治权利，但对于选举结果没有请求权。职务的存在是由统治目的或任务决定的，虽然在民主社会人们是国家权力的所有者，但是任何个人对于任何特定的职务都没有永久的排他性的占有权。一旦某项公务没有存在的必要而被取消，或者因为需要官员被调离其职位，民选的议员或政务官员被罢免，他们都不能请求“返还原物”，甚至不能主张侵权赔偿。在英国，国王传统上可以随意解雇官员（仆人），普遍认为公务员，包括军事服务人员，对于薪水也没有法律权利(legal right)，对错误的解雇也没有法律保护。公务员领域似乎处于法律演进的原始状态，但是，英国公务员实际上是最安全的，这完全是惯例使然[19]。在现代社会，虽然事实上或法律上存在职务的独立和安全，甚至终身任职的保障--比如公务员和法官，法律保障其不被随意罢免和调动，但这种终身制不像在传统的统治形式中将其看作是官员对于职务的“占有权”，法律保障的目的仅仅是，为严格客观地、没有个人考虑地履行有关具体职务的责任提供保证[20]。官员对于职务的使用权，也从本质上区别于个人对于私有财产的使用和管理，只能为公共目的服务，不像私人财产注定用于私人的收益，这就是通常所说的不能以权谋私。在纯粹的类型中，忠于职守也不像封建的或世袭的统治关系中建立在个人关系上，而是报效于非个人的客观目的。不言自明，在纯粹的官僚制下，官员对于职务，不具有遗赠权。强调官员对于职务没有财产权，不是说官员没有任何权利，或任何财产性利益或权利。官僚制度的特性还包括官员获得报酬（现代社会普遍采用货币形式）的权利，退休的权利和福利待遇权。从严格的意义上来说，不能请求司法救济的利益都不能称为权利，我国的《公务员条例》和《行政诉讼法》对于公务员地位奉行义务本位，虽然将这些利益唤作权利，但同时视之为行政机关的内部关系，不提供司法保护，还处于特别权力关系理论的阴影下。这些权利（姑且称为权利）是对于官员自身劳动的回报，本原上属于官员对于自己人身的权利，在有些国家或者可以视为一种债权，不属于对于职务的所有权或所有权的某种权能。洛克在论证财产权的原始取得时，假定上帝把大地赠与所有的人，然后从人对自身身体的所有权，推导出对于劳动果实的所有权以及对耕作的土地的所有权[21]。我们不能据此推出官员对于占据的职位具有所有权，因为国家权力是有归属的，或者属于君主或者属于人民全体或者归两者合有。

2、现代的机关组织原则上把办公室和私人住所分开，把职务上的财物同私人财产分开，个人不能把职位占为己有。从根本上把职务工作完全公共化，同私人生活范围分离，这种状况到处都经历了漫长的发展过程。

这一个特点是第一个特点的延伸和发展。第一个特点从规范的意义界定官僚制的职务，第二个特点真正从实际运作上实现公与私的分离，使职务工作完全公共化。

现代管理区别于传统的原始型管理的一个特点是，现代管理是文字化的管理，职务的执行是建立在文件（案卷）之上，建立在常设官员和文书班子的基础之上，即便是口头谈论和指令也常常用文字固定下来，这样就使办公机关成为了现代团体行为的核心。这个变化过程是官员任用的制度化和官员的职业化以及文化的普及的产物。由于职务关系不再建立在个人效忠的基础上，官员必须忠于职守，承担职务上的责任，所以上下级之间的个人信任就必须被客观的档案制度取代。造纸业的发展和文化的普及客观上为现代的文书制度提供了条件。办公文件和文书官员在使命上和工作性质上都区别于家政，如果私人的生活场所和办公场所不分开，那么职务的秘密就无法保证，职务的执行也不可能不受家务事的干扰。职务上的财物和私人财产的分离的前提是必须有充足的可供执行职务之用的财物，必须让官员有固定的、可观的报酬，以及独立的财务制度。没有充足的办公物资，就必须赋予管理者获得物资和货币收入的手段，比如收取管理费、承包捐税、出租或出售官职，这样的管理仍然处于传统的形式，将职位看成可以占有或赏赐的财产。职务工作和私人生活分离对于建立现代官僚制的另一层影响是心理上的，如果二者不分离，官员就会用对于私有财产和私事的心态和方式来对待公共职务，人情面子就会取代规章制度成为职务执行的原则，形式主义（formalistic）的、程序主义的非个人化的管理秩序永远不可能建立。

从这两方面看，我国的机关还不足以称为完全意义上的现代理性的官僚制。首先，办公费用没有足够

的保证。1978年政府预算外收入相当于预算总收入的31%，到1980年和1990年初，两者几乎相等，1993年作了大调整，至1997年又基本回到1978年的水准[22]。其次，官员的工资水平不高，无法维持一个体面的生活，特别是在经济转轨过程中，政策上让一部分人先富起来，但这里的“一部分人”是排除官员的，因此，没有可以改善官员待遇的合法途径。怎么办？机关方面创造出摊派、收费、罚款[23]以及办企业等办法。官员个人方面要么下海经商，要么利用手中权力“寻租”。这个时期中国老百姓嘴边挂着许多新词语，如乱罚款、乱摊派、乱收费、官倒、三产、下海。一旦整顿起来，就把许多机关、官员普遍置于违法或者犯罪的境地。寻根溯源，堕落的激流既已形成，我们还有什么可以多怪它们的呢？除了杀一儆百，反腐败又岂能“违法必究”？

#### 四、腐败中国

当今腐败之泛滥，罄竹难书。腐败的破坏性之大从最高法院院长每年向人大的工作报告列举的严惩职务犯罪挽回的经济损失的数字中可见冰山一角。然而，腐败的危害决不能仅仅用经济数字[24]来衡量，自然灾害、经济危机和战争的影响更大，特别是经济上升时期有人甚至认为一定程度的腐败还有其积极的作用。腐败最可怕的后果是降低整个制度和政权的社会认可度，逐渐削弱政权的动员力。当腐败遍布并渗透到政治机体的核心部门时，执政党也会产生深刻的集体破产的危机感，认为长此以往将“亡党亡国”。由是观之，腐败既殃民又祸国，作正本清源的反思和处理不仅是执政党的任务，也是共和国每一个诚实而有正义感的公民的责任。

既然腐败的实质就是私欲与权力的结合，那么绝对地消除腐败只有两个办法，一是灭私欲，二是灭权力。没有私欲，人就成了神仙，也就不再需要政府；如若消灭权力，就使人类回归霍布斯丛林（The Hobessian Jungle）。两者均不现实，因此任何国家都只能相对地防止腐败，办法就是严格地界定权力的界限，制约权力，防止权力和私欲的结合。中国当今如此腐败，除了社会的原因，我认为重要的是支撑体制的观念是虚幻的，没有正视人性的弱点，从而在体制安排上缺少对于权力的制约。从财产权和财产观念的角度看，存在以下几方面的原因：道德神话的破产；权力所有者的退隐；国家--私领域的非平衡性。

##### 1、道德神话的破产

任何制度的设计都基于某种人性观。共和宪政主义假定人的价值与尊严的至高性，即人的神圣性，同时又耿耿于人的迷误和弱点，结果落实到宪法的设置上，一方面突出人权保障原则，对人民持信任态度，另一方面突出有限政府原则，对统治者持不信任态度。这样，国家便建立在法治的基础上。与此相对照，中国纯粹建立在道德的结合上，贯穿整个政治社会结构的终古不变的精神就是家庭的精神，统治者有如子民家父，是全体臣民的幸福所寄。儒家学说主张内圣外王，倡导修身。身修好了，家治好了，就可以治国平天下。这与共和宪政主义正好相反，对统治者虽然以高标准要求，但总体是持信任态度，对被统治者持不信任态度（民可使由之）[25]。按照黑格尔的说法，这种政体还处于神权政治的阶段。中国的主导政治意识形态，把历史上的统治者和自己的政治敌人看成自私的，称其为剥削者，而认为自己是人民的无私的公仆。而且执政党也确实用高标准来要求自己的官员，在制度整体上努力谋求人民利益和一党领导的同一化。为道德教育的目的，为了防止人民的公仆蜕变成旧社会的衙门老爷，我们编制了一个又一个的道德寓言故事；塑造了一尊又一尊的道德偶像；创造了一条又一条的标语式的戒律；开展了一次又一次的整风、反腐运动，试图割除不小心长出来的自私的小尾巴。在制度上，我们实行低薪制，假定人民的政府官员除了满足生存的基本需要，别无所求。同时我们曾经也不允许私人财产在道德上和法律上有正当的地位，对整个社会的劳动实行控制，将社会道德问题政治化，将私人领域公共化，试图将全体公民塑造成为共产主义的新人，以便将来可以一起进入共产主义。这种道德神话不可谓不伟大，倘若这种道德神话是真实的，或者制造道德神话的努力成功，那么，人民对于政府还有什么可责求的呢？还有什么可不放心的呢？诚如麦迪逊所言，“如果天使统治人，就不需要对政府有任何外在的或内在的制约了。”[26]当然，即便如此，从个体的本性和自由而言，也未必是可长期忍受的。问题是，万一官员的德性靠不住，人们有什么救济呢？事实是，一旦国家对于私人领域的道德失去控制力而且谋求私利的机会增加，国家就突然发现自己对于官员的道德也同样丧失控制力。虽然经过上述种种努力，我们发现我们所处的时代是那么疯狂的腐败，似乎人们起码的道德堤坝都冲垮了，余下的只是突围后猛烈的反扑，长期的道德经营一夜间破产了。为什么？是不是我们的内圣型官员的假定从一开始就是一个谬误，就铸成了今天的灾难？是不是社会道德问题的政治化，灭私欲的教育和运动，除了短期效应外就注定不具有持久的力量？其实，灭私欲以防止腐败的思想，中国古人领悟最深，应用最绝，太监制度就是一个经典范例。应该承认，生理的阉割确实能达到防止贪色的目的（可是在历来的文学作品中，太监除了贪不了女色，又有几个不是恶人？），但道德的阉割在成效上却永远不可与之同日而语。还是让我们现实地面对人性，多一点对法治的信仰，少一点道德的虚幻吧！否则我们何时才能走出神权政治的阴影？我的意思不是要否定一切的道德努力，不是要取消消极的关怀。相反，我深深领会公民美德是共和国最终的依托，我想强调的是，在道德上由于公民没有可以凭借国家强制力实现的请求权和获得赔偿的权利，因此道德不能作为共和国公民的起码依靠。共和国政治健康的道德秩序的形成必须依托法治的制度框架，离开法治，完全建立在道德理想和规范上的制度，是一个“圣人”的国度，是令人神往的彼岸，可是我们在过渡到彼岸之前，如果忽视了公民作为公民的基本权利，便背离了共和政体，难免淹没在腐败的汪洋大海之中。

##### 2、权力所有者的退隐

对于任何一种权力所有制，如果权力所有者退隐（君主立宪制的君主虚化除外），腐败就是必然的，区别无非是时间的早晚和严重程度而已。在君主制下，君主的链条一断，每一个官员都成了所有者；在共

和国，如果公民没有美德，不再爱共和国了，或者“民智未开”，选举制度流于形式，那么人民作为权力的所有者便名存实亡了，取而代之的是权力的占有制，相应的统治方式是军政或训政。

中国自满清王朝寿终以来的权力体制一直存在一个无法解脱的悖论，即权力的所有制与占有制之间的悖论。为了使占有制永久化，那就必须使所有制虚化，使权力的所有者退隐，公民政治权利注定只能是纸面的文字符号，从而从本质上否定了认真对待宪法的可能性。孟德斯鸠早就指出：“中国的立法者们认为政府的主要目的是帝国的太平。在他们看来，服从是维持太平最适宜的方法”[27]。这种权力--服从的压制型太平是否定公民主体性的稳定，是没有活力的稳定。这样的权力结构具有高度的自生性、自主性和封闭性，只对上级负责，不对社会负责。是否会腐败、什么时候腐败就取决于权力体系的自洁功能的发挥。政治道德与纪律、严刑峻法是其两大自洁法宝，但在社会转型时期，政治道德与纪律的作用无异于空气清新剂，严刑峻法不过是小扫除或大扫除。由于门窗紧闭，市民社会的阳光和空气进不来，一切的自洁措施都只能收取暂时的成效。中国历史上一个朝代维持一段时期后就必然腐败，造反者卷土重来，但又总是在同一个模式上重复，逃脱不了历史的周期律。究其原因，主要在于无法改变权力结构，不敢对社会开放，不允许公民权利发达。我们在反思历史经验时，不要舍本求末，太在乎那些短期效应的措施，而忽视各王朝最终都丧失生命力的根本原因。

要想改变历史的周期律，我们就必须改变权力结构，让国家权力的所有者--人民真正进入政治对话，实现从压制型稳定向动态平衡型稳定转换。

共产党从成立的时候起，直至革命的每一个阶段，都是为了人民、来源于人民、信任人民和依靠人民的，它的全部的力量和信心来源于马克思主义的真理和人民。惟其如此，在革命的初期，毛泽东乐观地预言星星之火可以燎原，在日本帝国主义全面侵入中国、国民党节节败退的民族灾难面前，他又坚信依靠人民可以通过持久战驱除日军，在解放战争中，又神奇地以少胜多，以排山倒海之势将国民党军队赶出大陆。正是人民性使共产党受到人民的支持和热爱，使其具有无坚不摧的力量。在与黄炎培的一次谈话中，毛泽东深刻察觉到了新政权区别于旧王朝，可以克服历史周期律的根本点，这就是民主。现在重温起来，仿佛是对今天人们的耳提面命。毛泽东在世时时刻注意防止干部脱离人民群众，形成了密切联系群众的工作作风，建立起人民代表大会制和政治协商的制度。可惜的是他晚年又热衷于从大乱走向大治的大民主，大民主虽然不是压制型的而极富动态性，但它完全脱离法治和宪政，是没有秩序的暴民行动，只有破坏性没有建设性，文革的结果就是砸烂了初步建立起来的社会主义民主制度和法律机制。

压制型稳定行不通，大民主也行不通，中国当今的出路在于建立动态平衡型稳定。所谓动态平衡型稳定，是指市民社会与政府之间彼此平衡，二者通过合法对峙完成合作的秩序模式。这种模式基于民主，因此富有活力；它受制于宪制法治，因此稳定，富有连续性。实现动态平衡型稳定的第一步就是让权力的所有者--公民出场，公民出场又必须采取制度化的方式，这就是通过行使宪法基本权利参与政治对话。从这个意义上说，改革选举制度，建立违宪审查制度乃当务之急。

### 3、国家--私领域的非平衡性

实现动态平衡型稳定的一个前提是私领域的充分发达，私领域没能充分发育不足以与国家对峙是中国腐败的原因之一。为什么私领域欠发达会导致腐败呢？二者之间有什么内在联系吗？要理解这一点，也许诉诸逻辑不如诉诸经验，政治领域那条千古不易的铁律已经说得淋漓尽致：权力有腐败的趋势，绝对的权力，绝对的腐败。

私领域是对权力的外在制约，这里我不想泛泛论及私领域，只要集中关注私有财产就够了。有一个简单的事实摆在我们面前，所有的宪政国家都是私有制，这不应该是巧合，必有其内在的规律。私有财产与宪政的联系在于：私有财产是宪政所假定的独立人格赖以存在的基础；是公民自由的保障；是分散人们对于权力的热衷、对抗权力的一种巨大的力量。从亚里士多德起，人们就认为财产的私有制更有效率，西方著名的“共有悲剧”表达的意思就是，在公有制下，人们对于财产会不负责任地超负荷地使用，最终造成财产的毁灭和普遍的贫困。布坎南认为历来的经济学家都忽视另一个重要的视角，那就是，私有财产对于自由的不可或缺的意义。他将自由理解为个人选择免于对他人的依赖。私有财产是个人独立性和自由的基本保障，它可以使个人的生活独立于其他人的影响而进行自由选择，即便在市场可以提供任何服务的“租赁社会”人们都需要起码的私有财产来维持其独立性[28]。从政治的意义上来说，私有财产是个人和国家的边界之间的制度化的卫士。如果私有财产缺位，个人没有物质的独立性，处处依赖政府，其作为公民的政治权利也不可能得到充分、大胆的行使，国家权力便失去了制约。

家长制宪法下，公与私无法真正分离，私不能取得道德上的正当位置，因此，不存在一种对抗公的力量，不存在一个让公民自保的安全区域。社会主义计划经济体制下，全部的生产资料属于国家或者集体，甚至连自己的人力资源也不属于自己，个人作为劳动力供应者被分配某个职业角色，按照角色定位投入劳动，回过头来在最后的产出中被分配一个固定的份额。这种情况下，公共财产被政治化，变成了公共权力[29]，个人处于最大限度的依附地位[30]，即自由受最大限度的限制，国家拥有全权，个人哪里有可能对抗全权国家呢？

也许人们会反驳，计划经济时期，中国的腐败不如现在严重，不正好否定了上述理论的有效性吗？如果把腐败限定在向私领域索取利益特别是经济利益的含义上，那么，可以说，计划经济时期腐败不是严重的社会问题，因为私人手中几乎没有剩余的财富。在这样的体制下，由于国家和集体垄断了社会的财富，权力就是一切，获得权力就意味着财富，因此，人们的私欲表现为对权力的疯狂追逐。这时期我个人认为不是不腐败，而是腐败的表现形式从受贿转换为对权力的直接攫取，对政治对手的迫害。这完全符合本文

关于腐败的界定:贪欲与权力的结合,不同之处只是欲望改变了目标。今天的腐败仍然有多少是因为贪恋乌纱、讨好上层而致!

改革开放后,私人经济从被敌视到被漠视到受正视到受重视,地位逐渐提高,相应地,私领域逐步扩大。但是在这个转型过程中,一方面由于私有财产地位不确定,国家仍然垄断主要的资源并死把着管制手段,私领域的扩大和财富的增长很大程度上还是依赖于政府,另一方面由于私人获取财富的机会丰富,私人财富大量增长,人们愿意也有能力为争取、巩固并扩大发展空间采取贿赂手段,官员手中的权力变成了寻租的资本。因此,腐败甚嚣尘上。究其缘由,我以为最主要的还是国家--私领域的非平衡性。

这种非平衡性,第二次世界大战后在传统的私有制国家也同样出现了。政府像一个神奇的吸管,吸走了税收和权力,然后吐出财富。政府所创造的财富形式有:收入和福利;工作;职业许可证;特许;合同;补贴;公共资源的使用;服务。这些财富有一个共同的特点,它们逐渐取代传统的私有财产的地位,人们越来越依赖和政府的关系,靠由政府根据所谓的"公共利益"决定发放条件的赏赐(government largess)过活。这种依赖性又造成对政府进一步依赖的恶性循环,使个人和企业、大学和研究机构承受很大的压力,它毁坏了个人主义和独立性的基础。对于政府赏赐,法律不承认人们的财产权,政府享有广泛的决定给与或者收回的自由裁量权,很容易滋生腐败:私经济领域有些受益,有些受损,造成不平等;政府和那些关系户结成伙伴关系(partnership),促成其目标的实现;在与对手的冲突中,政府权力机制被关系户利用,成了私人手中的工具。政府赏赐的哲学在根本特征上与封建主义雷同,因此,公共利益国家被称为新封建主义(new feudalism)[31]。

西方学者所谓的新封建主义相比我们的计划经济,甚至经过二十年改革后的今天乃小巫见大巫,何足为奇!他们的惊警从关心个人自由和权利的立场看却不无道理,可以让我们更清醒地认识到国家--私领域的非平衡性是腐败的温床。

前面提到,绝对地消灭腐败只有两个办法,一是灭私欲,一是灭权力。虽然我们不愿也不可能从整体上取消国家权力,但是部分地取消、放松国家管制是应该的,也是可能的。只要取消多余的许可、审批,政府程序公开,腐败便自然会减少。因为腐败对于行贿者来说,就是一种机会成本,一朝用不着投入这些成本,任何理性的人自然都不会花那些冤枉钱。加入WTO的机会史无前例地向我们明确提出了非管制化,如何划定权力的边界和限度呢?我们历来只作实用主义的判断,何曾从公民权利和自由的立场思考过这个问题?我们不仅要认真对待效率,更要认真地对待权利和自由。只有在兼顾两者的基础上进行的改革才具有持久的生命力。

#### 五、结语:让权利所有者教会执法者如何执法

列宁于1895年秋末写过一篇《对工厂工人罚款法的解释》的文章。这篇论文(我认为是真正学术意义上的论文)值得我们每个公法研究者(包括劳动法研究者)仔细研读。1886年俄国迫于工人的压力制定《罚款法》规范厂主对工人的罚款。为了执行该法,政府设置了视察员,但视察员袒护厂主规避法律,导致工潮发生,政府才下令取消厂主的一些规避措施。对此,列宁写道,"实行法律的不是工厂视察员先生,而是工人自己,他们证明了自己是不让别人愚弄的,是会维护自己的权利的……可见工人教会了视察员实行法律。"[32]

我们抛开文章的背景和列宁主张、赞成的具体措施,从中可以领会到一个深刻的执法原理:要想使法律得到真正的实行,要想防止执法者玩忽职守或者贪赃枉法,最有效的方式是让权利所有者(利害关系人)捍卫自己的权利。从牧羊式执法向服务性执法转变,最关键的是权利与权力的对峙。只有权利所有者才能真正在乎自己的权利和利益,才能教会执法者如何执法。因此,认真对待权利是防止腐败的根本办法。对于公民来说,财产权和自由一样重要。我们今天的腐败与我们历来轻视私有财产密切相关,腐败分子把相对人的腰包看成巧取豪夺的财源,把公共财产当成自己看管的无主财产,无视最终真正的所有者--公民的存在。

利害关系人在执法中登场有一个制度前提,这就是程序制度和表达自由。程序制度包括立法程序、行政程序和司法程序。程序神秘化、模糊化和繁琐化是一切权力增值的秘诀,是腐败滋生的温床。因此,程序必须是开放的,所谓开放的是指公开的,并允许利害关系人参与的,应该把执法者和利害关系人都当成参与的主体,而不能把利害关系人当成客体;程序必须公正,尽可能是对抗式的;程序必须明确、合乎理性,一切决定都应该说明理由。表达自由包括出版自由和新闻自由,没有表达自由,开放程序带入的不是哑巴,就是疯子;没有表达自由,连直谏也要担心犯颜,"皇帝的新衣"哟,只有寒风才能呼叫它的美丽。

---

\* 北京大学法学院副教授。本文是985课题"宪政与财产权"的一个边缘性成果。对于财产权的兴趣开始于若干年之前,1999年我受耶鲁法学院中国法中心的资助赴该中心就此从事专门研究,虽然在耶鲁期间完成的草纲至今没有成文,该中心主任Paul Gewirtz和副主任Johnathan Hecht一直充满信心地关注题目的进展。我还要特别感谢信春鹰教授,在耶鲁的日子里那许多富有启发性的讨论使我受益匪浅。

[1] [英]霍布豪斯著,《形而上学的国家论》,商务印书馆,2000年,第26页。

[2] 孟德斯鸠,《论法的精神》,商务印书馆,1987年,第26章,第15节。

[3] A. M. Honore, 'Ownership' in Oxford Essays in Jurisprudence, A. G. Guest (ed.) (Oxford, Clarendon Press, 1961), pp. 107-47.

[4] L. T. Hobhouse, M.A., 'The Historical Evolution of Property, in Fact and in Idea', collected in

"PROPERTY Its Duties and Rights", Macmillan and Co., Limited, 1915, pp. 6- 9.

[5] 参见, 王沪宁编, 《腐败与反腐败--当代国外反腐败问题研究》, 上海人民出版社, 1990年, 第16页--19页。

[6] 同前引孟德斯鸠, 第15页。

[7] 参见 [法]蒲鲁东 著 《什么是所有权》, 商务印书馆, 1982年, 第224页。

[8] 参见 James Tully, *Strange Multiplicity constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge University Press, 1994, Chapter 3, *The historical formation of modern constitutionalism: the empire of uniformity*, pp. 58-98.

[9] 1986年第二次修正的《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》第33条和第35条规定了选举委托。第33条规定, "选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的, 可以委托他信任的人代写。"显然, 代写是形式委托。第35条规定, "如果选民在选举期间外出, 经选举委员会同意, 可以书面委托其他选民代为投票。"对该条文应当为, 选民可以委托其他选民代为投票, 而不是全权选举, 否则选举权就成为可以让渡的权利, 人们就无法防止选举权的地下交易。实证观察结果可能发现许多违背选举法的事例, 但不能因此而否定原则的效力。

[10] 蒲鲁东进一步推出, 所有权是同政治权和公民权的平等极不相容的, 所以它是不能存在的。同注8, 第224--225页。我想强调, 同样重要的是, 如果只有平等, 没有严格的财产权制度, 那么结果就是多数人对于少数富有的剥夺和暴政。[11] 在美国, 法院曾经在一个案件中宣布一个重新分配方案无效, 因为根据该方案, 最大的选区超出数学上平均的选区人数2.43%, 法院接受过的一个方案是最大选区与理想选区相差0.086%。参见 Jethro K. Lieberman, *The Evolving Constitution*, Random House, 1992, p.361。

[12] 每一部宪法都必须达成两个目标, 首先赢得权威, 其次运用权威。英国宪法分为两部分, 即尊严部分--激励并维护人们的尊崇--和效用部分--工作与治理。见Walter Bagehot, *The English Constitution*, Fontana / Collins, 1976, p. 61.

[13] 列宁《论国家和法》, 法律出版社, 1960年, 第二卷, 第311页。

[14] 中国宪法学界曾经争议过宪法序言的效力, 如果从权力体制的视角看, 共产党领导毫无疑问是中国宪法的根本原则, 其唯一的体现就在序言中, 怎么可以想象宪法序言整体上没有法律效力呢? 否定宪法序言效力的主张无论从规范意义上还是从对权力体制的描述意义上都是没有基础的和不真实的。当然, 共产党的领导权在宪法体制运作过程中的某些具体权力及其运作方式, 也可以解释成宪法惯例。

[15] [德]马克思·韦伯 著, 《经济与社会》, 商务印书馆, 1998年, 上卷, 第246页。

[16] 同前引[德]马克思·韦伯 下卷, 第278--281页。

[17] 按照职位分类理论, 职务是设立职位的基础, 两者有区别, 本文交换适用

[18] [奥]凯尔森 著 《法与国家的一般理论》, 中国大百科全书出版社, 1996年, 第216页。本文所说的机构或机关是狭义上的概念, 这种狭义上的机关/机构称为官员。

[19] H. W. R. Wade, *Administrative Law*, fifth ed., Clarendon Press, 1982, p.62.

[20] 同前引马克思·韦伯, 下卷, 第258页。

[21] John Lock, *Two treaties of Government*, edited by Mark Goldie, pp. 127- 140.

[22] 转引自 胡鞍钢 主编 《中国: 挑战腐败》, 浙江人民出版社, 2001年, 第21-22页。

[23] 西部某基层地方设立派出所, 但没有办公场所和设备, 没有经费, 最后所长"因地制宜", 对贩毒和吸毒者普遍罚款, 终于使派出所能正常运作, 但不久东窗事发, 所长连同几个干警均被逮捕。

[24] 同前引胡鞍钢, 第34-64页。

[25] 这种不信任态度, 保留在《行政处罚法》的"处罚与教育相结合"的原则中, 该原则明显把执法者当成老百姓的先生了, 带有浓厚的训政色彩。《行政处罚法》这个立法传统来源于前苏联。

[26] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊 著 《联邦党人文集》, 商务印书馆, 1982年, 第五十一篇, 第264页。

[27] 同前引孟德斯鸠, 上册, 第315页。

[28] 参见 James M. Buchanan, *Property as a Guarantor of Liberty*, Edward Elgar Publishing Limited, 1993.

[29] 现代经济条件下"作为使用目的的财产"的重要性已降低到最低限度, 绝大多数的财产作为权力而存在。关于作为个人使用的财产与作为权力的财产的区分, 参见前引L. T. Hobhouse 论文。

[30] 同前引James M. Buchanan, P.47.

[31] Charles A. Reich, *The New Property*, *The Yale Law Journal*, Vol. 73, April 1964, pp.733-787.

[32] 列宁《论国家和法》, 法律出版社, 1960年, 第一卷, 第55页。

来源: 公法评论

《宪治与主权》序言

国家权力作为财产——政治腐败分析

排他性与他者化：中国农村“外嫁女”案件的财产权分析

立法的民主合法性与立法至上

司法与民主：中国司法民主化及其批判

宪政初论

面对真实

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办

电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720