

民宪论

民国宪法释疑、要义
与
中国大陆宪政制度展望

丁毅 著

简体中文第一版

2016年10月

内容简介

1946 年制宪国民大会在多党协商而成的“政协宪草”基础上制定的中华民国宪法，辅以司法院释宪体系和进一步优化的宪政制度细节，将构成一套适合中国大陆国情与民情的宪政体系。除了有关立法委员人数的条文必须修订，民国宪法其他条文皆可用于民主转型后的大陆。

本书主张中国大陆重建民国、恢复中华民国国号和宪法，并直接承袭台湾宪政发展宝贵经验的可用部分。这一进程将依靠大陆人民的力量，与台湾政界无关。

本书导论阐释民国宪法和司法院释宪体系在人权保障、政府权限方面的巨大作用和对中国大陆民主转型的重要意义，正文详细探讨民国宪法的渊源与要义，并对宪政制度细节作出展望，以论证民国宪政道路的适用性和优越性，这条道路是中国大陆民主转型的最佳选择。

作者简介

丁毅，物理学博士，工程师，现居美国加州。利用业余时间研究宪政十余年，以笔名“司徒一”发表文章多篇。2001 年起为《黄花岗》杂志社做义工，2014 年 5 月出任副主编。

作者电邮: yiding8@gmail.com

学者推介

《民宪论》充满了新意，毫无教条之论，会成为中华民国宪法研究历史上的一座里程碑，将是对大陆“民国运动”的一个巨大推动。

——辛灏年，《黄花岗》杂志主编，
著有《谁是新中国：中国现代史辨》

宪法乃国魂，中国大陆失去了民主宪法也就失去了灵魂。然而，民国的精魂在台湾发扬光大，也在大陆民间日益复苏。丁毅博士是我所知大陆朋友中研究中华民国宪法最有功力的一位（不是“之一”），他的这部《民宪论》即为中国大陆唤醒民族精魂的力作，有志于民主宪政之国人皆应研读。

——封从德，八九学运领袖，“孙文学校”校长

未来中国应该选择什么样的宪法架构实现民主立国的理想？丁毅先生这本书专门讨论了恢复 1946 年民国宪法的问题，是近年来大陆回归民国思潮的一部代表性著作。它涉及了宪法设计几乎所有的关键问题，值得关心中国未来制度设计的人仔细阅读。

——王天成，中国民主转型研究所所长，
著有《大转型：中国民主化战略研究框架》

作者和我是物理系校友，《民宪论》体现了物理专业长期训练的严谨思维和务实精神，也寄托了令人感动的爱国者对宪政民主的热情与梦想。作者研读了数百本有关专著，知识深广的程度屈指可数，使他足以和世界级大师伯仲相当的对话。不管现实多么黑暗，中国必将走向民主化，本书指出一个现实可行的方案，值得推荐。

——周锋锁，八九学运领袖，“人道中国”共同创办人

版權聲明

作者版權所有。此書得以在中國大陸出版之前，簡體中文電子版可免費下載、傳閱。正體中文版已由香港開放出版社於 2016 年 10 月出版，港台、國外讀者請用下面的鏈接購買：

開放網 (<http://www.open.com.hk/book.php>)

CreateSpace (<https://www.createspace.com/6652819>)

極少數錯誤在電子版有修正，此外兩個版本內容、頁碼完全相同。



谨以此书

纪念

孙中山先生诞生一百五十周年

暨

中华民国宪法制定七十周年

愿我中国大陆早日重归宪政民主之路

愿我国人说起“民国”

就好像美国人说起“合众国”那样自豪

自序

本书的主要部分基于笔者以笔名“司徒一”发表于《黄花岗》杂志第47期（2014年4月号）的《民国宪法要义与宪政制度展望》一文。这篇七万多字的长文，是笔者应《黄花岗》杂志主编辛灏年先生之邀，将研习民国宪法和各国宪政制度十多年的心得综合提炼，历时一个多月而写成。如果没有辛老师约稿，这些心得也许仍然埋藏在心底。

至于辛老师为何约稿，这与“民国派”内部的一场讨论有关。多年来，民国宪法遭到两方面的误解：一些自由派人士受到中共的误导，以为民国宪法是国民党包办的“党主宪法”，这一误解很容易从制宪史实和宪法内容两方面来澄清（详见本书导论）；但是，一些认同孙中山先生五权宪法理念的民国派人士以为民国宪法在政协会议上被共产党掺了沙子、背离了“建国大纲”，因而认为民国宪法至多成为过渡阶段的临时宪法、将来还要做根本性的大修。后一种观点在民国派的讨论中为笔者所反对，因为笔者认为孙中山先生晚年的主张有不妥之处，制宪过程中共产党为了维持地方割据、削弱中央政府而几乎全盘支持小党成员张君勱先生所力主的议会民主制，两方力量的牵拉使得民国宪法恰好近乎最为合理的中道。辛灏年老师获悉这场讨论后对笔者的观点很感兴趣，故而约稿。这篇长文（及本书）的第二、三章即详细阐述了笔者对孙中山先生之主张的分析和修正，连带着指出了国民党主流诠释的谬误。由于孙中山先生的崇高地位和国民党主流的巨大影响，笔者的观点在一些朋友看来也许有“离经叛道”之嫌。后续章节对民国宪法的其他方面做出了探讨，亦多有“非主流”之处。令人欣喜的是，辛灏年老师审阅稿件后表示在绝大多数议题上意见一致，并对一些细节予以指正。

封从德先生读过笔者的长文后指出以文章体例探讨如此重要的问题尚且不够，应当在此基础上进一步研究、充实，写出学术专著。辛灏年老师深表赞同。在辛老师的鼓励下，笔者潜心学习、思考，尽力保持自

我审视的心态，反复推敲原文中几乎每一个论点，加以润色、补充或修正，并依照学术论文体例添加注解，历时逾两年方成此书——封先生提出建议时曾估计需时两年，果然言中！

在笔者撰写文章并整理成书的过程中，还有程干远老师、谢幼田老师、阮大仁老师、赖可正先生、王天成先生、邬萍晖先生、袁铁明先生、蔡彦臣先生、钟孝义先生、张拓木先生、任松林先生、方政先生、肖国珍女士、李江琳女士、丁鸿富先生、夏晨曦先生、赵京先生等多位师友提出了宝贵的意见和建议，此外本书导论所回答的质疑约有一半来自一位网名“修宪”的国内网友，在此一并致谢。尤其令人感动的是，封从德先生提出修正意见和评语七十五条之多。

笔者近年来为研究宪政参阅了五百余本参考书、上千篇论文，其中大部分英文资料的一部分中文资料得自圣荷西州立大学图书馆的馆藏和圣荷西市公共图书馆的馆际借书服务，过半中文资料得自斯坦福大学图书馆和加州大学伯克利分校图书馆，还有王中义先生馈赠从台湾购置的近二十本已绝版而且无法在美国借阅的参考书、Connie女士和Tania女士代购参考书，特此致谢。没有上述图书馆的资源和朋友帮助，仅凭网路购买和下载的资料，笔者的研究势必难以达到现在的深度。

另外值得一提的是笔者的宪政研究受益于理科背景和工程师职业。物理专业求学历程有助于培养分析能力和踏实做学问的态度；硬件制造业十多年的工程项目经验则时时提醒笔者注意兼顾全局和细节、客观评估各种风险，以开放的心态对不同方法取长补短、综合利用以求优化，并在坚守原则的前提下寻求效率与效果的平衡，这些工程领域的要领与宪法学界之所谓“宪政工程学”（constitutional engineering）相通。

最后，还需要特别感谢笔者的夫人。笔者在2016年上半年和定稿前“最后冲刺”的几个星期把几乎全部业余时间投入本书的写作和润色，没有夫人持家育儿，本书不可能在孙中山先生诞生一百五十周年暨中华民国宪法制定七十周年之际问世。

丁毅 于美国加州圣荷西

民国105年（公元2016年）4月29日第一稿，10月28日定稿

目录

自 序

导 论 民国宪法释疑.....1

第一章 民国宪法的思想基础.....51

第一节 孙中山遗教与三民主义 52

第二节 对民国宪法有影响的其他意识形态 62

第三节 人权理念 65

第四节 各国宪政的经验教训 68

第二章 权能区分原理详解.....71

第一节 权能区分的概念 71

第二节 治权机关与政权（民权）机关 86

第三节 权能区分原理辩诬 98

第三章 国民大会.....103

第一节 国民大会的职能 103

第二节 国民大会与西方国家国会的关系 115

第三节 国民大会的政权（民权）运作 118

第四节 国大代表选举的最佳方式 128

第四章 总统.....137

第一节 中国人的总统情节与帝王迷思 137

第二节 总统权与人民权 142

第三节 总统、副总统选举制度的优化 155

第四节 关于半总统制和议会制的讨论 156

第五章	政府五院.....	159
第一节	行政院	160
第二节	立法院	169
第三节	司法院	192
第四节	考试院	204
第五节	监察院	207
第六节	独立机关地位问题	213
第六章	地方自治与基本国策.....	215
第一节	地方自治	215
第二节	基本国策	221
第七章	总结、展望和结论.....	231
总结		231
中国大陆民主转型道路的展望		232
结论		233
后 记	宪法所遏制的是什么?	235
附录一	民国宪法的联邦主义精神	237
附录二	转型正义和民生保障.....	251
附录三	作为大陆人，我为什么选择中华民国	263
参考书目		265

实体书封面题字 剪切自孙中山先生手书“国民政府建国大纲”

导论 民国宪法释疑

——人权保障、政府权限及其他，
兼论俄国现状不是中国宿命

随着“民国热”在中国大陆民间的兴起和一系列宣传民国宪法与法统的文章在网络上的流传，对民国宪法的质疑之声也时有所闻，其中多数都是对民国宪法的内容和制定过程缺乏了解，并对西方宪政民主的经验教训缺乏了解而想当然所致。笔者在此回答一些有代表性的质疑（问答一围绕着民国宪法的历史合法性，二、三聚焦于民国宪法的宪政主义价值即人权保障和政府权限，四至十三针对民国宪法的各个章节和权力架构，十四至十六则是引申讨论），以期解惑，并进一步论证民国宪法和司法院释宪体系的优越性和适用性。鉴于俄国威权势力的抬头导致许多人不看好中国大陆实现自由民主的前景，笔者以民国宪法和司法院释宪体系所能够起到的保障人权、遏制威权的积极作用为回应。

宪法的根本目的就是限制政府权力、保障人民权利，一部宪法如果在实践中由于社会、政治的种种局限而无法落实上述目的，制度设计再精良也是枉然，这样的实例在世界历史上举不胜举。中华民国的宪政进程，经历了多年的坎坷与波折，终于在台湾修成正果。虽然台湾现行政府组织架构经宪法增修已与民国宪法原文有很大区别，但是，就宪法的根本目的而言，民国宪法原文之人权保障和政府权限的条文在台湾并未增修，而是透过司法院释宪而发扬光大，成为台湾宪政民主制度的基石。

民国宪法和司法院释宪体系，是中国宪政艰难发展来之不易的成果，是天赐的宝藏，和其他宪政道路选择相比有更大可能确保中国大陆

民主转型的顺利进行和宪政的巩固¹——成文宪法的条文只是宪政的骨架，一个个活生生的案例基础上的宪法解释为之增添血肉，产生强大的生命力和感召力。其他制度选择都因为缺乏实践而难收此效，甚至可能埋下宪政崩坏、威权复活的祸源。

质疑一：中华民国 1946 年制宪过程充斥了包括共产党在内的各个政党的运作，制宪国民大会还设置了政党席位，这不是政党分赃是什么？中国将来必须由人民直接选出平民身分的制宪代表来制定新宪法，不如此不能保障人权并限制政府权力！

回答一：这种观点，主观而片面。其罔顾历史事实而对民国制宪过程的否定，以及对“平民制宪代表”纸上谈兵的期待，都是站不住脚的，后者甚至是危险的。具体而言：

（1）如果制宪过程为一个或几个大党所主导，那么制定出的宪法确实很可能带有党派利益和党派主张的烙印——1936 年国民党一党拟制的“五五宪草”即存有这方面的重大缺陷（详见本书一至三章）。但是，中华民国制宪过程中存在着特殊的、有利于保障平民利益的政党生态：在国共两个大党相持不下的情况下，微乎其微的小党——国社党（后与另一小党合并为民社党）的张君勱先生游走于大党之间，为两大党和其他小党所接受，成为民国宪法的主要执笔人。1946 年 2 月，具有“预备制宪会议”性质的政治协商会议宪草审议委员会委托张君勱主笔修正五五宪草，历经协商讨论，张君勱交出了优秀的答卷。民社党和青年党这两个长期在野的小型反对党，则在 1946 年底的制宪国民大会

¹ 根据宪法学家 Elkins, Ginsburg, and Melton (2005: 133-135) 在全世界二百余年来二百余个国家（包括已消失者如南越）数据的基础上对宪政制度设计的特色（design features）与宪政寿命和风险比率（hazard ratio）的关系所做的分析，再度施行的宪法（reinstated constitution）对应于较长的宪政寿命和较低的风险——当然，相关性并不等同于因果关系，笔者认为这一相关性一部分来自直接的因果关系（承袭历史经验并规避制宪失败和新宪法缺乏实践的风险），一部分来自旧宪法在其他方面的优势。此文献所反映的主要利好因素有包容性、细节性、适度的修宪灵活性（不僵化也不过于易变），民国宪法也都在很大程度上具备。

中起到了历史性的关键作用：虽然其代表只占制宪国民大会的少数席位，但他们以退场抵制为威胁，使占据多数席位的国民党不敢背弃张君勱主笔的“政协宪草”，最终通过的中华民国宪法几乎完全与政协宪草相合²（改动很少，亦多为有益的优化，详见本书正文），从而确保了民国宪法的民主性和宪政价值。

这一制宪过程，没有政党分赃的性质：国民党没有得到五五宪草的“超级总统制”；共产党没有得到“独立王国”式的联邦制（这是共产党裹挟一些小党抵制制宪国民大会的原因之一）；民社党、青年党达到了人权的积极保障、虚位总统和责任内阁、立法委员直选、省自治等有利于自由民主的制宪目的，但没有利用制宪的机会为小党设置“自肥”条款。

就制宪过程中政党与人民的关系而言，近期无望胜选掌权的小型反对党之成员，如果认同宪政民主理念，即能捍卫人民的自由并致力于限制政府权力（除整体权限，还包括限缩行政部门权力、在各个部门之间建立有效的制衡机制），因为他们对权力怀有深刻的警惕——人民自由减之一分、政府权力增之一分，他们将要面临的危险就大之一分。换句话说，和来自大党的代表相比，来自此类小党的制宪代表（其绝大多数甚至全部都具有平民身分）的利益与普通公民的利益具有更大程度的一致。如果制宪者嗅到了执政大权的味道，宪法的宪政价值和民主性就有可能大打折扣，好在民国制宪过程中小党过小，保障人权与限制政府权力成为小党的自然诉求³。

反之，即使制宪代表都是分区直选的平民，在政党政治盛行的当

² 民社党核心人物之一、制宪国大代表蒋匀田（1976：188）认为中华民国宪法“可说百分之九十八皆系政协宪草原文”。逐字对照之下，百分之九十八这一数字明显偏大，但民国宪法和政协宪草在字面上的区别主要在于不甚重要的基本国策部分增添了许多细节（参看注 465），就其实质性的内容而言，“百分之九十八”之说并不为过。

³ 以青年党为例，台湾学者陈正茂（2008：317）对青年党在政协会议中的作用做出如下评价：“……因为没有执政的野心，故该党在战后建国的规划蓝图上，较少政党之私，全然以国家的长治久安，政治的安定与人民的权利福祉为念。”

世，我们也难以指望这些代表能够摆脱政党意识形态和政党利益的影响。即使制宪会议遵循超级多数决的机制，如果离执政地位只有一步之遥的多数派主导宪法的起草，那么指望这些多数派致力于限制政府权力就近乎一厢情愿了，就算其身分在制宪时是平民也无济于事。

(2) 制宪，是一个国家历史上不应多次发生的历史事件，事关重大，必须尽可能尊重并吸纳少数派的意见，多数派必须有这个雅量。如果大党有足够的雅量，让一个认同宪政民主理念但无望胜选执政的微小政党的成员或无党派人士主笔起草宪法，那么这部宪法就有很大可能成为一部大力保障人权、限制政府权力的宪法。

1946年，中国出现了有利于制宪的局面——主笔制宪的小党人士张君勱先生是熟习宪政理论的博学鸿儒，而且国民党高层人士如蒋介石、孙科⁴深明大义，值得称道。当时国民党整体而言其实缺乏雅量，制宪国民大会的国民党籍代表凭借其多数票，在分组审议过程中已经决定背弃政协宪草、回归五五宪草。蒋介石苦口婆心进行劝说⁵，挽狂澜于既倒，促成了中华民国宪法这部高质量的民主宪法的最终通过，功不可没。

2003年，重病中的经济学家杨小凯先生与来自台湾的曲祉宁先生合写了《怎样才能使宪法得到尊重》一文，提出“宪法权威存在的第二

⁴ 张君勱(1947: 58)如是说：“我曾经听到全增嘏先生说：当时有人质问时，哲生先生答复：‘人家修改得比我们好，自然应该赞成他们。’哲生先生这种雅量，实在是可佩服的。”（按：孙科字哲生）。

⁵ 国民政府立法院在政协宪草基础上三读通过的中华民国宪法正式草案于1946年11月28日提交制宪国民大会审议，蒋介石在国民大会会场发表《说明宪法草案制订之经过与意见》讲话，力挺政协宪草之制度与精神，但未能说服大部分国民党籍代表。随后，蒋介石于12月2日、6日、9日对国民党出席制宪国民大会代表发表讲话《本党代表在国民大会中应注意的重点》、《本党对国民大会中争执诸点的意见》、《政府对于中共问题所持之方针》（后一个讲话提醒国民党人不要中了共产党的圈套），极力规劝，确实可谓苦口婆心，也可见当时国民党内对政协宪草反对声浪之强大。上述讲话皆收录于《总统蒋公思想言论总集》卷二十一·中华民国三十五年（秦孝仪主编1984）。张君勱先生和民社党、青年党制宪国大代表与国民党高层的互动对促使蒋介石先生坚守政协宪草起到了积极作用，参看蒋匀田（1976: 174-176）。

个条件（按：共七个条件）是在宪法的制订和通过时，必须要有执政者的反对派参加。宪法这个做为国家最根本的法律，不能只代表执政者的意见，还必须通过非执政者代表，特别是反对者以及少数派的同意，宪法才能具有合法性以及能被施行的条件。因此在宪法制订的过程中必须让各方，特别是反对派，都愿意参加，宪法才能具有真正的合法性。”此文也对中华民国宪法做出了如下的正面评价：“中华民国宪法在制订的过程中，是由非国民党人主持，中国共产党并参与其中。亦即，中华民国宪法制订的过程符合宪政制订的程式。”⁶

如上所述，中华民国 1946 年制宪过程中的政党运作恰恰是一个亮点，是中国历史上少有的突出共识、强调让步与妥协、尊重少数派的政治佳话。宪法学家、台湾绿营理论家李鸿禧教授对此也予以盛赞（当然，他的主张是“台独制宪”需要效法中华民国制宪过程对少数派的尊重和包容）⁷。

反之，如果中国大陆在未来的民主转型期间重新制宪，以中共六十余年来对大陆人民负面影响之深、“斗争哲学”之盛，笔者很怀疑制宪会议多数派能有雅量尊重少数派的意见，遑论将主笔起草宪法的机会让与少数派；其所能制定出的宪法的质量不容乐观。

（3）值得注意的是，如果反对党已经在地方割据或不认同宪政民主理念，那么这样的反对党即可能破坏制宪进程。共产党在 1946 年初的政协会议及其后的宪草讨论过程中起到过一定程度的积极作用（没有共产党对国民党的牵制，以国民党当时的强势，很难想象宪法草案会由小党成员主笔），在中央政治层面为制约国民党而力主议会民主制，丝毫没有把共产意识形态掺入民国宪法之中。但是，共产党参与制宪并非出于宪政民主理念⁸，实乃虚与委蛇⁹，后来因其为维持割据而力主的

⁶ 杨小凯、曲祉宁（2004：24）。此文作于 2003 年。

⁷ 李鸿禧（1994：36，230）。

⁸ 笔者在 2016 年以“七十年前的多党协商制宪”为题向一群朋友介绍中华民国制宪历程，有听众评价道：虽然共产党不懂宪政，但在政协会议期间作为地方割据力量，出于朴素的自保意识而提出的诉求（如限制中央政府的权力、加强地方自治和立法部门对行政部门的制约）大体上恰好合乎宪政主义原则。此言

“独立王国”式联邦制诉求没有得到满足，以及东北战事¹⁰等原因，而抵制了制宪国民大会。在这个问题上，不应片面偏袒共产党而苛责完成制宪的国民、民社、青年三党。所以，杨、曲二先生在其文章中提出“中华民国宪法的施行，并没有获得当时中国最大的反对党中国共产党的同意与支援。因此，中华民国宪法的合法性就存在问题”，这一观点笔者并不苟同。

无论如何，杨小凯先生对中华民国宪法是认同的，总体评价是肯定的。他在《中国统一之利弊》一文中指出：“……中国开始选举和立宪时，如果选举中的失败者不认输，谁来当这个警察强制执行游戏规则？如果无人能担当此角色，中国又可能动乱起来。而防止立宪过程中这类动乱的有效方法就是深厚的宪政渊源，使得人民对新游戏规则有信心。中国自清以来已有深厚的宪政政治渊源，此渊源在当代中国由中华民国宪法及在台湾宪政实践代表。

“因此很多台海两岸的中国人都体会到台湾之所以真正关心中国统一，是因为中华民国的宪政法统对整个中国回归宪政轨道过程的巨大价值。中华民国宪法当然不是一个台湾中国子文化中的宪法，它是在中国大陆制定，制宪过程有各个敌对的主要党派参加，因此它是民国初南北议和以来中国的第二次真正宪政过程。它有全中国的合法性。整个中国还没有任何成形的制度和人群关系能与中华民国宪法竞争在中国宪政过程中的法统上的合法性。中华人民共和国宪法由于制定过程中完全没有反对派参加，所以根本不具合法性，加上它本身的反宪政本性（四个坚持）所以在中国历史上不可能有宪政法统的合法性。

甚是。

⁹ 政治协商会议秘书长雷震（2010a: 99）对共产党参与制宪的评价是：“我深深知道，共产党对于宪法是无所谓的，他们根本没有法律观念，一切唯力是视……”。笔者认为，倘若历史的机缘使得中共全程参与制宪行宪，中共由于毫无建设民主宪政的诚意，势必在中央以搅乱政局为能事、在“解放区”厉行专制并抗拒中央政府对“解放区”人民权利的维护。

¹⁰ 大陆学者邓野（2011: 371）指出：“总括而论，尽管政协会议在全局性问题上达成了协议，然而这些全局性协议对于东北这一局部性问题却毫无作用，最终，这个局部性的问题反过来，毁掉了那些全局性协议。”

“……从历史上看，一个现代国家的形成必经立宪过程，当共产主义逆流把宪政过程完全毁弃后，一旦立宪重新回到国家的议事日程，正像俄国一九九零年重新立宪时，马上就把沙俄时代的杜马制度恢复了一样。因为大家都知道，本国的宪政经验是本国人民最容易接受，最容易建立信心的，哪怕这些宪政经验在历史上不是成功的经验，哪怕这些宪政经验已从国家的文字记录中被抹去了七十年。”¹¹

杨小凯先生英年早逝，无法亲历中国大陆的民主转型，但他的洞见和哲思指引着后继者。

(4) 下面讨论代表性的问题。小选区单一代表的选举制度，盛行于最老牌的宪政民主国家——英国和美国，而且在表观上具有选民和代表的直接对应关系，也便于问责，所以大多数中国人可能认为这是不二的选择。但是，下面三个单席选区制的例子也许会令人震惊：1998年莱索托议会选举中，第一大党以大约60%的选票，赢得了80个席位中的79席，导致小党诉诸街头暴力，政局不稳；1984年，印度国大党以48%的得票赢得了77%的议席；回到民主国家的老祖宗，2005年，英国工党以35%的选票赢得了55%的议席，老对头保守党得票率32%，得到31%的议席，第三党自由民主党得票率22%，仅得到10%的议席！个中原因很简单：单席选区制，每个选区只有一个赢家，投给落败者的选票都成了废票（不管他们以多小的差距落败），所以单席选区制在政党支持率之地域分布较不对等的情况下会导致极强的扭曲效应¹²。

由此可见，貌似简单而公平的单席选区制在开票之时即已包含了重大的不公，对少数派极其不利¹³。当世民主国家盛行的做法是一定程度

¹¹ 杨小凯（1999：87-88）。

¹² 亦称大党的“席位红利”（seat bonus），参看戴雅门（2015：211-212）。

¹³ 诺贝尔经济学奖得主威廉·阿瑟·刘易斯1965年在加拿大麦克斯特大学所做题为 *Politics in West Africa* 的讲座中指出：“The surest way to kill the idea of democracy in a plural society is to adopt the Anglo-American electoral system...”（Lewis, 1965: 71）。这句名言在政治学界广为流传，虽然并非100%适用的定律（印度迄今为止就是一个例外，因宗教政党日益壮大，前景有待观察），但中国作为多元并且缺乏宽容精神和民主传统的大国，应当引以为戒。

的比例代表制¹⁴（例如莱索托在国际组织的调解下设置了一定数量的政党比例议席，作为单席选区议席的补充）。1946 年中华民国制宪国民大会在政治协商的基础上引入了政党席位，虽然以当代的标准来衡量并非最佳方式，但在当时的历史背景下实属难能可贵。

还需要指出的是，一次性的、以制宪为目的的制宪会议不存在问责机制之土壤（投票通过宪法之后，制宪会议即完成了历史使命，制宪代表之罢免无从谈起），所以单席选区制的这一些微优势也不适用于制宪会议。

有人可能寄希望于在制宪会议中杜绝或遏制政党因素。这种浪漫的期待，在党争上百年的中国是否有望实现，笔者认为不必评论¹⁵。

顺便向大家介绍一个制宪实例：2014 年 1 月，突尼斯制宪议会在历时两年的努力之后终于完成了历史使命，通过了新宪法，那么突尼斯的制宪议会是怎样选举产生的呢？恰恰是比例代表制，而且各个政党的候选人名单是封闭式的，选民只能选党，无法改变候选人名单的排序（开放式名单多见于成熟民主国家，转型时期难以一步登天）。突尼斯的制宪议会选举以及新宪法的通过在西方社会获得了广泛的好评。笔者举这个例子，并不是说无条件赞成比例代表制，只是供大家参考，希望

¹⁴ 比例代表制的详细讨论见本书第五章。另一个照顾少数派的方法是“杰利蝟蛇”（gerrymander），即按照派别的聚居状况量体裁衣来划分单席选区，其结果往往是奇形怪状甚至支离破碎的选区（感兴趣的读者不妨在网上搜索一下“gerrymandering map”，美国一些选区的形状是令人震惊的），这一做法在美国确保了许多黑人众议员的席位。可是，这是一把双刃剑，是否利用“杰利蝟蛇”确保少数派议席取决于多数派的意志，而且多数派可以把少数派的铁票选民集中于一个选区，虽然少数派候选人在这个选区铁定当选，但周边选区的少数派铁票选民减少，有利于多数派。近年来，美国有些州的州议会多数党利用划分选区的权力，划出对自己极其有利的选区，导致巨大的争议。美国这样宪政传统悠久的国家尚且出现这种弊端，中国大陆未来的国会选举如果贸然实行英美式单席选区制，前景不容乐观。

¹⁵ 中国大陆民主派中浪漫期待人民选派代表效法美宪制定新宪者大有人在，或许可以称之为“宪法热情”。享有国际声誉的匈牙利宪法学家 Sajó（2008：79-81）对全民“宪法热情”的真实性和必要性提出毫不客气的否定，并援引美国政治学家达尔的观点，指出“浪漫的制宪图像不过是一种对民主的幻象”。

有助于打破单席选区选举制宪代表的迷思¹⁶。

(5) 1946 年制宪过程确实存有瑕疵，但不在于共产党和亲共小党对制宪国民大会的抵制，而在于制宪国民大会之民选代表（多为 1936-1937 年选出的国民党人）的资格有效性问题。就操作意义而言，如果 1946 年重新举行制宪代表选举，携抗战胜利之威而势头正旺的国民党大获全胜是毫无疑问的，当时即使修补了这一瑕疵也不会扭转制宪国民大会的代表分布格局。所以，揪住这个瑕疵不放就有吹毛求疵之嫌了。况且，美国宪法的制定和批准的过程也存有重大瑕疵¹⁷（在此不赘述），这些瑕疵无损于美国宪法的伟大。

笔者认为，一部宪法所规定的民主程序和政府产生机制如果得以实施，也就是说人民依据这部宪法参与了民主选举、构建了民选政府，那么这部宪法的合法性即法理正当性¹⁸就得到确认，哪怕其制定程序存在

¹⁶ 拉丁美洲的数据可供参考：据学者统计（Negretto 2013: 72-78），二十世纪以来拉美国制宪共计六十余次，制宪会议的选举几乎全部采用比例代表制，亦有采用比例议席与单席选区混合制者。

¹⁷ 由于 1787 年制定美国宪法的费城会议事先所获得的授权是修订美国邦联条款而不是制定新宪法，一些美国学者认为美国制宪会议甚至美国宪法在某种意义上是“非法”的，例如阿克曼（Ackerman 1991: 43, 216）使用了“illegal constitution”和“illegal convention”等说法（此书在大陆和台湾已有数个中译本，但笔者只看过英文原著，恕无法提供中译本相关文字的页码）。

¹⁸ 英文 legitimacy 在中国大陆通常译为“合法性”，但与 legality 之中译重合；在台湾通常译为“正当性”，但这一名词有更广泛的含义，可以说通的、有道理的、有理由的在一定的视角之下都可以说是正当的（justified），但不一定具有 legitimacy。台湾学界对此有过讨论（顾忠华等 1998），吴庚、蔡英文（按：政治与社会哲学学者，与蔡英文总统重名）等学者提出“正统性”或“正当合法性”之译法。吴庚大法官举出利用法律漏洞避税的例子，财政部发布命令填补法律的漏洞，尽管在某种意义上可谓“正当”（颜厥安教授指出此“正当”为英文 justification），但与法律抵触而被大法官宣布无效。

笔者认为，legitimacy 的精微含义是“法理正当性”或“合法（理）性”，只有在法理角度成立的才具有 legitimacy。与之相对，legality 是“法条符合性”或“合法（条）性”，合法条的不一定是合法理的，恶法非法。至于“法理”为何物，中华民国民法第一条“民事，法律所未规定者，依习惯；无习惯者，依法理”可资参考：台湾学者吴从周（2004: 9-28）综述各种学说，指出民法第一条之“法理”具有“自然法”、“事物本质”、“法律原则”三个角度的

瑕疵¹⁹。民国初年的临时约法在当时成为全国认同的法统，不是因为其制定程序的完美（由非民选的临时参议院制定），而是因为第一届国会的选举和召开。“曹锟宪法”字面上过得去，但在曹锟下台之后的任何政治语境中都不具有合法性，不只是因为贿选丑闻，而且是因为其所规定的民主程序从未施行。1946年制宪国民大会制定的中华民国宪法曾施行于全国大多数地区，中国人民依据这部宪法所规定的民主普选程序，于1947年选出第一届国民大会（为与制宪国民大会相区别，通常称为“行宪国民大会”）代表，于1948年选出行宪后第一届立法委员²⁰，民选政府于1948年就职。这一民主实践过程，在效果上标志着中国人民对中华民国宪法的核准²¹。

意涵，颇为精辟。

¹⁹ 匈牙利宪法学家 Sajó (2008: 79, 88) 指出：“……宪法并不需要真正获得所有公民的同意，而只要能证明政府制度的基本安排，并未对任何人——任何重要的社会行动者——造成严重不利益，即为已足。”“现代宪法的批准，常常是政治菁英间的相互妥协，它是披了民主外衣的独特菁英产物。但是现代民主立宪国家的宪法权力来源仍然是人民主权 (sovereignty of the people)。只要宪法不侵犯人民，只要宪法留给人民（亦即，个别投票者）参与常态政治、决定日常事务的管道；或者在人民强烈反对宪法的时候，让人民有机会阻碍宪法的通过，或让人民有机会修正宪法；这些都可确立人民才是真正的主权者”。

²⁰ 不可否认，这两次选举（尤其是前者）过程中，许多选区浮现了买票、配票等弊端。但是，一些负面现象在民主制度雏形时期在所难免，而且买票现象恰恰说明选举有竞争、选票能够决定选举的结果。在美国这样的发达国家，买票现象目前已经很少见，一百多年前则是很普遍的，各大城市都有“政治机器” (political machine)，以物质回馈控制选票。这在政治学领域称作扈从主义 (clientelism)，在雏形阶段的民主体制下可能盛行，随着民主的发展和深化而逐渐减少，参看美国学者福山在其巨著 *Political Order and Political Decay* 一书中的详细讨论 (Fukuyama 2014: 135-164)。

²¹ 可供参照的先例，是瑞士 1847 年内战之后制定的 1848 年联邦制宪法在近 1/3 的州（皆属于内战中落败的一方）未能获得公民投票批准，没有达到取代旧宪章所需的法定条件，但议会强行颁布实施之，拒绝批准这部宪法的各州最终接受了既成事实，参与了依据这部宪法举行的新议会选举 (Dardaneli 2011: 149)。值得指出的是，瑞士有六个州在 1848、1874、1999 年瑞士制定新宪时举行的公民投票都未能批准新宪法，也就是说至今从未批准过瑞士的任何一部联邦制宪法 (Schmitt 2005: 376)，实乃被“裹挟”加入联邦，但这六个州的

但是，如果笔者的上述观点在中国大陆民主转型时期无法成为共识，那么，一个折中方案是将民国宪法视同草案，召开宪法会议，再度复决通过（如果通过，那么宪法会议就成为“复宪国民大会”，但除非在选举代表时有议决宪法之外的授权，否则不得自我拔高为正式的国民大会），然后加以适当增修，并制定一些转型时期所必须的临时条款（例如立法委员选举之前的过渡政府产生方式）。时隔七十年的增修和转型时期条款是重大的技术问题，选民难以就其细节形成全面而具体的意见，有必要让宪法会议代表作为自主议事的法定代表而议决之（这一次重大增修之后，宪法的进一步增修即不再适宜采用自由委任的法定代表制，而应采用强制委任的委任代表制，详见回答五及本书第二、三章）。宪法事关重大，不可随意增修，除对保障人权、巩固宪政有重大意义者外，能够由一般法律来规范的事项最好留给一般法律。

质疑二：中华民国宪法喊了一堆人权口号，中共宪法也喊了一堆人权口号；中共宪法的口号根本没有效用，中华民国宪法是否也一样不能保障人权？美国宪法不空喊口号，只禁止政府侵犯人民的自由，中国应该重新制宪并效法美国宪法的人权保障模式！

回答二：具体回应这一质疑之前，让我们先做一个简单的推理：台湾解除戒严、全面行宪之后对民国宪法所作历次增修，从未改动人权保障条款；近二十余年来台湾社会的自由程度和人权保障相当值得称道，这恰恰说明民国宪法的人权保障条款行之有效。进一步讲，台湾修宪而成的“总统优越型半总统制”²²政府架构大幅度强化了总统的权力，但

公民并未因此而抵制联邦、自外于联邦。台湾某些深绿人士否认中华民国宪法之于台湾的合法性，但在瑞士的参照下，我们可以认为，自从中华民国中央民意代表全部由自由地区国民选举产生、宪法增修条文由自由地区民意代表制定，中华民国宪法和台北政府在中华民国自由地区的合法性即已完全确立。

²² 半总统制的类型划分有数种方式，台湾学者吴玉山（2011：10-14）基于半总统制的实际运作，以行政权的归属和负责为焦点，将其划分为准内阁制、换轨共治、分权妥协、总统优越四个次类型。“总统优越”指的是总统控制内阁人事与政策、内阁在事实上对总统负责，实质运作很接近总统制，甚至成为“超级总统制”。

即便如此，台湾人民的自由并没有遭到侵害，这更加证明民国宪法能够保障人权。下面详细论述之：

(1) 民国宪法第 8 条采用了源于英国的“人身保护令状”制度，以相当详细的文字为人民的身体自由提供了宪法保障：“人民身体之自由应予保障。除现行犯之逮捕由法律另定外，非经司法或警察机关依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得审问处罚。非依法定程序之逮捕、拘禁、审问、处罚，得拒绝之。人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁时，其逮捕拘禁机关应将逮捕拘禁原因，以书面告知本人及其本人指定之亲友，并至迟于二十四小时内移送该管法院审问。本人或他人亦得声请该管法院，于二十四小时内向逮捕之机关提审。法院对于前项声请，不得拒绝，并不得先令逮捕拘禁之机关查覆。逮捕拘禁之机关，对于法院之提审，不得拒绝或迟延。人民遭受任何机关非法逮捕拘禁时，其本人或他人得向法院声请追究，法院不得拒绝，并应于二十四小时内向逮捕拘禁之机关追究，依法处理。”司法院释字第 392 号对此予以更具体的解释，这里援引释字第 443 号的概括：“关于人民身体之自由，宪法第八条规定即较为详尽，其中内容属于宪法保留之事项者，纵令立法机关，亦不得制定法律加以限制”。

此条文反复强调法定程序，经大法官释宪而确立了“正当法律程序原则”。释字第 384 号：“实质正当之法律程序，兼指实体法及程序法规定之内容，就实体法而言，如须遵守罪刑法定主义；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除现行犯外，其逮捕应践行必要之司法程序、被告自白须出于自由意志、犯罪事实应依证据认定、同一行为不得重复处罚、当事人有与证人对质或诘问证人之权利、审判与检察之分离、审判过程以公开为原则及对裁判不服提供审级救济等为其要者。除依法宣告戒严或国家、人民处于紧急危难之状态，容许其有必要之例外情形外，各种法律之规定，倘与上述各项原则悖离，即应认为有违宪法上实质正当之法律程序。”²³

²³ “正当法律程序”在美国宪法体系中主要强调诉讼程序（对应于民国宪法第 16 条），司法院透过对宪法第 8 条的解释引入这一概念，引起了一些争议。

(2) 民国宪法第 22 条效法美宪第 10 条修正案,涵盖了所有其他未被罗列的人民权利(“凡人民之其他自由及权利,不妨害社会秩序公共利益者,均受宪法之保障”)。进而在第 23 条对立法权作出了严格限制(“以上各条列举之自由权利,除为防止妨碍他人自由,避免紧急危难,维持社会秩序,或增进公共利益所必要者外,不得以法律限制之”)。上述条文是民国宪法与中共宪法在人权方面的根本区别,决定了民国宪法是切实保障人权的民主宪法——其人权保障的主要来源不是若干重要人权的罗列,而是对政府行为之目的和力度的限制(透过司法机关释宪而具体化),与中共言而不行的人权口号完全不同。

美国宪法虽然没有明言“不妨害社会秩序公共利益者”这样的附加条件,但宪法解释基础上的实际宪政运作恰恰采行了类似的准则²⁴。这里需要指明的是,宪法解释属于“实质意义的宪法”或“不成文宪法”范畴;美国法学界把宪法解释归入宪法性法律(constitutional law),也就是说,美国释宪机关的实际权力大至“出口成宪”的程度,好在宪政传统和制衡机制使之具有较强的自律性。起源于英美法系的违宪审查制度,早已被大陆法系吸纳²⁵;在实行违宪审查制度的当世民主国家,不管属于哪一个法系,宪政实践中具有操作意义的“宪法”概念都包含了成文和不成文的两部分,后者主要来自释宪机关对宪法的解释。

所以,美国的宪政实践并不是美宪原文和二十七条增修条文所能够涵盖的,司法部门二百多年来的宪法解释和判例决定了宪法对人民自由

陈新民大法官(2015: 251)指出:“……透过法律保留原则、比例原则的运作,以及诉讼基本权利的充实,我国宪法自可导出正当法律原则,不必依托在宪法第 8 条的人身自由条款”。

²⁴ 例如,美国最高法院数次释宪确认,挑衅言辞(fighting words)及类似表达逾越一定界限者不受宪法保护,参看张千帆(2011: 384-391)。

²⁵ 顺便指出,随着各国司法制度的发展和优化,大陆法系和英美法系在许多方面正在走向合流(参看 Mattei and Pes 2008)。中国大陆和台湾从西方继受的主要是大陆法系,由于“制度惯性”,中国大陆民主转型之后骤然间放弃大陆法系而改行英美法系是不可能做到的,也是不必要的(不要忘记,美国路易斯安那州、加拿大魁北克省的法律体系一直以大陆法系为主干,并未导致其人权状况比不上美加其他地区),但应当逐步引入英美法系的优良成分。

及权利之保障的实际效力。

(3) 关于民国宪法第 23 条：此条文不但与晚于民国宪法两年的《世界人权宣言》第 29 条相合（“人人在行使他的权利和自由时，只受法律所确定的限制，确定此种限制的唯一目的在于保证对旁人的权利和自由给予应有的承认和尊重，并在一个民主的社会中适应道德、公共秩序和普遍福利的正当需要”），而且在台湾全面行宪后经司法院大法官释宪而对立法权和行政权形成了有力的、严格的限制，对台湾的宪政巩固起到了极其正面的作用。司法院多次根据此项条文（并参照西方民主国家宪政经验）宣布法条违宪。

司法院从德国继受的比例原则，经过历次释宪，确立为目的正当性、手段适合性、手段必要性、限制妥当性（亦称手段合比例性或狭义比例原则）四个子原则²⁶，相当于对民国宪法第 23 条之立法权限的具体诠释，已成为台湾现行宪法体系的重要组成部分。

下面以诉讼权和量刑问题为例说明比例原则的应用。释字第 507 号：“法律为防止滥行兴讼致妨害他人自由，或为避免虚耗国家有限之司法资源，对于告诉或自诉自得为合理之限制，惟此种限制仍应符合宪法第二十三条之比例原则。……专利法第一百三十一条第二项至第四项规定……被害人必须检附侵害鉴定报告，始得提出告诉，系对人民诉讼

²⁶ 司法院逐步确立这四个子原则的过程，参看黄昭元（2014：3-4）。黄舒芃（2014：3-4）对其具体意涵作出的阐释颇为简明扼要，特在此摘录：“首先，公权力行使所追求的目的，必须具有宪法上的正当性；其次，公权力为追求前述目的而使用的手段，必须有助于目的之达成；再者，公权力为追求其目的之达成，若有多个相同有效的手段可供选择，则必须使用侵害最小的手段；最后，公权力行使所保护与所侵害的权利，彼此间在损益衡量上，应处于法益相称的关系，一般又称之为狭义比例原则。”黄舒芃教授指出，上述四个子原则与国际宪法学界主流观点相合——笔者不通德文，仅就英文权威资料而言，Barak (2012: 131) 将比例原则分为下述四个组成部分：proper purpose, rational connection, necessary means, and Proportionality stricto sensu (balancing)，Luterán (2014: 21) 则采用如下划分：(1) the legitimacy of governmental aims, (2) the suitability of the means chosen to achieve those aims, (3) the necessity of the means chosen to achieve the aims, and (4) the overall balance of a state action (sometimes referred to as “proportionality in the narrow sense” or “proportionality stricto sensu” or the “law of balancing”)，二者都一一对应于司法院所确立的子原则。

权所为不必要之限制，违反前述比例原则。是上开专利法第一百三十一条第二项应检附侵害鉴定报告及同条第三项未提出前项侵害鉴定报告者，其告诉不合法之规定，应自本解释公布之日起不予适用。”释字第669号：“枪炮弹药刀械管制条例……有关空气枪部分，对犯该罪而情节轻微者，未并为得减轻其刑或另为适当刑度之规定，对人民受宪法第八条保障人身自由权所为之限制，有违宪法第二十三条之比例原则，应自本解释公布之日起至迟于一年届满时，失其效力。……鉴于限制人身自由之刑罚，严重限制人民之基本权利，系属不得已之最后手段。……刑罚对人身自由之限制与其所欲维护之法益，仍须合乎比例之关系，尤其法定刑度之高低应与行为所生之危害、行为人责任之轻重相符，始符合罪刑相当原则，而与宪法第二十三条比例原则无违。”上面第二个例子说明，民国宪法虽然没有像美宪权利法案那样明文规定禁止酷刑，但比例原则能够起到禁止酷刑的作用。

比例原则也适用于行政权。1999年，立法院制定行政程序法，第7条为“行政行为，应依下列原则为之：一、采取之方法应有助于目的之达成。二、有多种同样能达成目的之方法时，应选择对人民权益损害最少者。三、采取之方法所造成之损害不得与欲达成目的之利益显失均衡。”与比例原则的前述四个子原则相比较，上述法条实乃后三个子原则（手段适合性、手段必要性、限制妥当性）的具体内容，其意义不限于行政权限的语境。

值得指出的是，除美宪第1条第8项第18款之“必要而适当”的立法准则外，美国最高法院也已经透过释宪和判例而确立了与比例原则近乎等价的准则²⁷，可见不管是英美法系还是大陆法系，不管宪法条文字面上有多大区别，只要在行宪实践中切实遵循宪政主义之保障人民权

²⁷ 一些美国法学家指出，虽然美国司法部门很少直接使用 proportionality 的说法，但其常用的平衡原则（balancing doctrine）等违宪审查方法在实质上与比例原则大同小异（在形式上当然明显不同），参看 Bermann (1977), Sullivan and Frase (2009), Schlink (2011), Tushnet (2014: 71-91)。2011年出任司法院大法官的法学家汤德宗（2009：617）指出美国违宪审查标准与德国比例原则本质相同，依循之逻辑与操作方式不同（笔者不禁想到物理学上的薛定谔波动力学与海森堡矩阵力学的等价关系）。

利与限制政府权力的基本精神，那么美国、德国、台湾都殊途同归，因为民国宪法第 23 条所明示的“防止妨碍他人自由，避免紧急危难，维持社会秩序，增进公共利益”这四项目的，以及为实现这些目的而立法和施政之行为的必要性，正是政府存在的法理目的和政府行为的准绳，其精神洋溢于宪政民主国家之宪法条文和宪法解释的字里行间，任何宪政民主国家都不外乎此。

宪政民主国家在人权保障方面的趋同现象，对中国大陆的宪政选择具有极其重大的意义：我们真的有必要为了追求宪法条文的表现形式而否定民国宪法、刻意效法美宪吗？民国宪法确实罗列了若干重要人权，把这些罗列的人权项目称为口号或宣言也不为过，但是，欧洲各国宪法不也都采用罗列人权的“宣言模式”吗？欧洲民主国家没有一个效法美宪的，到头来大家还是在实质上走到了一起，那么，台湾所践行、所验证有效的民国宪法人权保障条款，难道仅仅因为在字面上不如美国宪法条文美观就要否定？

（4）民国宪法第 23 条所蕴含、司法院多个解释所详细阐述的比例原则，是世界各国宪政发展殊途同归的产物，是民国宪法体系的瑰宝，虽然并非完美无缺、还有进一步完善的余地，但台湾全面行宪之后的政治实践表明执政党和政府几乎没有滥用权力而侵犯人权的机会。如果中国大陆另立新宪，因缺乏宪政经验和释宪体系，人权保障条款在宪政的初步实践中被践踏的可能性将要大得多，即便在字面上效法美宪文式也于事无补。

民国宪法及司法院释宪体系，如果能够被中国大陆拿来用，对威权逆流的抗拒作用将会是极其重要的，将是大陆人民之福。中国大陆深受共产党负面影响，转型后如果从零开始把宪政发展的道路走一遍，是否有把握不发生重大偏差？恐怕不容乐观。

（5）民国宪法制定之后七十年来，人权的概念有所发展，但我们不妨比照美国：在这一时间段内，美国除了保障公民投票权的第 24 条修正案和降低投票年龄门槛的第 26 条修正案之外，并未在人权方面修宪。台湾学界多认为民国宪法第 22 条及基本国策章节为“新兴人权”

提供了保障²⁸。笔者认为，除极少数例外，国际人权条约可以涵盖人权的发展，不必诉诸宪法增修。

质疑三：看看美国宪法，政府可以做什么、不可以做什么都列得清清楚楚；民国宪法的政府权限在哪里？不像美国宪法那样列清楚就不能限制政府权力！

回答三：再来看看台湾的宪政实践，民国宪法在台增修后的现行条文只是调整了政府部门的权力分立方式、修改了政府的产生程序，并未效法美宪模式，中华民国台北政府的权力就不受到有效的限制吗？答案显然是否定的：中华民国自由地区全面行宪以来（尤其是政党轮替后十余年来），大量法条和政令被司法院宣布违宪而失效，而且行政部门无法随意发布政令，没有立法院的配合就无法推行政策。这些事实表明，民国宪法对政府权力的限制是有效的。下面详述之：

（1）民国宪法在中央地方关系上属于联邦制或“准联邦制”（是宪法保障的不冠以联邦制之名的省县自治），拙作《民国宪法的联邦主义精神》（本书附录一）有详细论证：以民国宪法为宪政基础的中华民国，就是事实上的中华联邦共和国。但是，民国宪法不同于美国宪法，中央政府权限并没有集中于立法院所对应的章节，而是效法欧陆（以德国为典型）及加拿大模式，在中央地方关系章节罗列各级政府管辖事项，而且罗列了委办事项（也就是说一步到位确立了合作联邦制）。但是，表现形式上与美宪的最大区别在于宪法未罗列之剩余权力的归属依据权力之性质采用均权原则（其事务有全国一致之性质者属于中央，有全省一致之性质者属于省，有一县之性质者属于县）²⁹，有争议时由立法院定夺³⁰，而不是像美宪那样剩余权力归各州（许多州曾有严重侵犯

²⁸ 萧淑芬（2009：217，220-224）。

²⁹ 宪法学家、台湾绿营理论家李鸿禧在《李鸿禧宪法教室》一书中对民国宪法百般攻击，唯独赞赏均权制，并认为在当代政治条件下均权制应偏向地方分权（李鸿禧 1994：163）。

³⁰ 许多学者认为此类争议应当由司法院定夺。笔者曾持有类似观点，但考虑再三之后认为，如果某一个央地权限争议在性质上属于政治问题而不是人权问

人权的法律，早期的美国联邦无法过问之）。央地权限问题，在世界范围内是单一国分权过程中的重要问题，本书第六章介绍的辅助原则可以成为民国宪法之均权原则的补充，暂不详述。地方自治，需要长期的建设；民国宪法原文囿于时代局限，当然不是终极的答案。

回过头来探讨一下民国宪法所采用的专章罗列各级政府权限之欧陆/加拿大模式：笔者认为，此模式与美国模式的区别，体现了联邦国家构建过程的不同。美国在联邦整合的层面可以称为“合成联邦国”，各州自愿加入，宪法不那样写就很难获得各州的批准（最初十三州中的五个以微弱多数票批准了美国宪法）；德国、加拿大则是武力统一或宗主国统辖之后再分权的“分权联邦国”³¹，后者的晚近实例是由单一国转变为联邦国的比利时。比利时迟至 1990 年代才制定联邦制的新宪法，可以选择美国模式或欧陆模式；不用问，选择了后者。中国落实宪法保障的地方自治之后自然属于分权联邦国，针对这一国情，民国宪法采用

题，那么司法机关似应尽量回避之；如果属于人民权利问题（包括原住民自治权问题），那么当然可以作为人权案件诉诸司法机关。此外，如果多数省份寻求某一项目的自主权，在立法委员之多数由各地选区选出（亦即全国不分区名额占少数）的情况下，立法院强行将此项目划归中央的可能性势必很小。台湾学者周柏昶、谢秉宪（2009）指出：“……宪法第十章的均权制规定事实上具备中性性格，其为中央集权的护符或为地方自治的保障，端视立法院的角色认知而定：当立法委员自认是中央政府的利益共同体时，自然成为中央集权的护符；若立委自觉是选区利益的代表时，则宪法规定将成为地方自治权扩张的利器。是以地方自治能否落实的关键，并非立宪主义者所声言的修宪，而在地方人民民主自治意识的萌芽，以及因此对选区立委进行的有效控制。”

在少数省份寻求特定项目的自主权、多数省份无所谓的情况下，立法院作为代议机关需要协商讨论是否应当允许局部特殊化，如果讨论的结果是局部特殊化不会对全国整体利益造成明显冲击并有助于满足局部的特殊需求，那么自然可以在中央立法之中允许局部例外，或在直接将特定项目划归各省的同时提供一个适合多数省份选用的“立法模板”。反之，如果地方自治体在宪法或法律言之不详的模糊地带立法，那么立法院作为宪法第 62 条所称的“国家最高立法机关”，自当有权在同一领域立法；地方与中央立法内容若有竞合之处，后者占据优位。由此可见，政治性的央地权限争议由立法院定夺似无不妥。当然，宪法亦可修改为司法部门定夺全部争议，但司法部门对政治性争议未必在行。

³¹ 美国学者斯泰潘所提出的“coming together”与“holding together”两种联邦建构模式（Stepan 1999），即“合成”与“分权”模式。

欧陆/加拿大模式，并无不妥。

不管是合成联邦国还是分权联邦国，历史发展的趋势都是合作联邦制³²（美国建国初期属于二元联邦制，联邦与各个成员界限分明，后逐步趋于合作联邦制，见下文）。只要真正落实联邦分权，政府权限的表述方式并非根本性的问题。

需要正视的是，中国大陆民主转型后不管是施行民国宪法还是另制联邦制新宪法来构建联邦，初期阶段必然需要逐步建设地方自治，其联邦制国家的性质更多的停留在纸面。全面落实地方自治和联邦分权，将是民主转型之后的新挑战。这一过程中，根本没有必要刻意追求带有“联邦”二字的国号，王天成先生在《大转型》一书中对此有论证³³。

（2）上面从联邦制的角度讨论政府权限，并不全面：单一制国家仍然需要界定政府权限，美国各州仍然需要界定政府权限。跳出央地分权的窠臼，更深层次的政府权限在哪里？远在天边，近在眼前：民国宪法第 23 条！政府的权力，本质来源于人民之自由的让渡，让渡过多则势必导致政府对人民权利的侵犯。只有以防止妨碍他人自由、避免紧急危难、维持社会秩序或增进公共利益为目的并具有必要性的法律所确立的政府权力，才是合乎宪政主义之人权保障原则的政府权力。

美国南北战争之前，联邦宪法的大部分条文对各州尚不占据优位，所以当时的联邦宪法并不能确保人民的自由和权利不受各州政府的侵犯，美国各州的荒唐法律（“荒唐”当然是以当今的眼光来看）不在此详述，一个突出的例子是某些州以特定的宗教信仰作为担任公职的条件³⁴。南北战争之后，尤其是进入二十世纪以后，除了直接限制州权的美宪第十四条修正案以外，美国联邦宪法的其他一些重要条文也透过最高

³² 关于从二元联邦制到合作联邦制的过渡，可参考这方面的专著 *From Dual to Cooperative Federalism* (Schütze 2009)，在此不详述。

³³ 王天成（2012：170）。

³⁴ 值得介绍的历史背景：1789 年，美国宪法之父麦迪逊向第一届联邦国会提出的一揽子宪法修正案中的一条是“各州不得侵犯良心的平等权利……”，英文原文 *equal rights of conscience* 字面含义是各种出自良心的、平等的权利，在美国指的主要是宗教自由和宗教平等，但这一条文未能获得国会通过，没有提交各州批准，更没有成为美宪权利法案的一部分。

法院释宪而逐步获得对各州宪法和法律的优位——虽然这些条文在字面上针对联邦（而且曾被早期的最高法院裁定只适用于联邦），但已适用于各州。也就是说，美国宪法条文把皮球踢给了各州，很多州做得较差，后来联邦法院就逐步把皮球收了回来，以多年的释宪和判例所构成的“不成文宪法”（例如联邦宪法之权利法案对各州的适用性）弥补了美国宪法体系曾经存在的漏洞。当然，不可能十全十美，恕不详述。

民国宪法第 23 条所蕴含的比例原则合乎西方民主国家的人权保障和政府权限标准；经过司法院对这一条文以及其他条文的具体诠释，政府权力之界限在原则上已经充分确立，在宪政实践中亦透过大法官裁决多个法条违宪而得到了强化。当然，还有不足，例如“通奸罪”就是历史的陈迹，尚未剔除³⁵。

（3）台湾全面行宪之后，司法院依据民国宪法第 23 条确认了体现法治精神的“法律保留原则”，行政部门透过政令或法律实施细则而施政的权力受到了有力制约。司法院释字第 367 号：“若法律仅概括授权行政机关订定施行细则者，该管行政机关关于符合立法意旨且未逾越母法规定之限度内，自亦得就执行法律有关之细节性、技术性之事项以施行细则定之，惟其内容不能抵触母法或对人民之自由权利增加法律所无之限制，行政机关在施行细则之外，为执行法律依职权发布之命令，尤应遵守上述原则。”释字第 380 号：“……国家对于大学自治之监督，应于法律规定范围内为之，并须符合宪法第二十三条规定之法律保留原则。……大学法施行细则所定内容即不得增加大学法所未规定之限

³⁵ 自韩国宪法法院于 2015 年 2 月裁定通奸罪违宪之后，中华民国自由地区成为穆斯林国家之外唯一的“通奸入罪”的司法辖区（美国一些州尚有历史遗留的“通奸罪”法条但已基本上不执行，而且在最高法院对类似法律之违宪判决的参照下基本上可以认为违宪，参看邱忠义 2013），但废除通奸罪阻力很大——法务部 2013 年 4 月、5 月两度就废除通奸罪问题委托民调机构进行调查，发现八成民众不赞成（法务部 2013）。在如此悬殊的民意压力之下，维持了通奸罪的 2002 年释字第 554 号大法官解释也就不难理解了。可是，通奸罪和释字第 554 号解释明显违背世界潮流，就比例原则之应用和社会效果而言也很值得商榷（徐昌锦 2006）。2015 年 6 月就任的四位大法官中的三位支持通奸除罪（中央社 2015a），在这一趋势下，通奸除罪化或许指日可待。

制。”释字第 394 号：“涉及人民权利之限制，其处罚之构成要件与法律效果，应由法律定之；法律若授权行政机关订定法规命令予以规范，亦须为具体明确之规定，始符宪法第二十三条法律保留原则之意旨”。

概言之，“法律保留原则”不但针对行政部门（不得越过法律授权的范围而限制人民权利），而且针对立法部门——立法对行政的授权须遵循“明确性原则”，明确的程度或法律规范的密度取决于对人民权利限制的程度。关于授权明确性原则，可进一步参看释字第 313 号：“若法律就其构成要件，授权以命令为补充规定者，授权之内容及范围应具体明确，然后据以发布命令”。释字第 443 号：“……各种自由及权利，则于符合宪法第二十三条之条件下，得以法律限制之。至何种事项应以法律直接规范或得委由命令予以规定，与所谓规范密度有关，应视规范对象、内容或法益本身及其所受限制之轻重而容许合理之差异：诸如剥夺人民生命或限制人民身体自由者，必须遵守罪刑法定主义，以制定法律之方式为之；涉及人民其他自由权利之限制者，亦应由法律加以规定，如以法律授权主管机关发布命令为补充规定时，其授权应符合具体明确之原则；若仅属与执行法律之细节性、技术性次要事项，则得由主管机关发布命令为必要之规范，虽因而对人民产生不便或轻微影响，尚非宪法所不许。又关于给付行政措施，其受法律规范之密度，自较限制人民权益者宽松，倘涉及公共利益之重大事项者，应有法律或法律授权之命令为依据之必要，乃属当然。”释字第 445 号：“国家为保障人民之集会自由，应提供适当集会场所，并保护集会、游行之安全，使其得以顺利进行。以法律限制集会、游行之权利，必须符合明确性原则与宪法第二十三条之规定。……集会游行法第十一条……第二款规定：‘有事实足认为有危害国家安全、社会秩序或公共利益之虞者’，第三款规定：‘有危害生命、身体、自由或对财物造成重大损坏之虞者’，有欠具体明确，对于在举行集会、游行以前，尚无明显而立即危险之事实状态，仅凭将来有发生之可能，即由主管机关以此作为集会、游行准否之依据部分，与宪法保障集会自由之意旨不符，均应自本解释公布之日起失其效力。”（这一解释还包含了国家为人民的自由提供保障的义务，在此不赘述。）

在台湾宪政实践中，立法院对陈水扁掣肘八年之后，终于出现了“一致政府”的局面，但立法院长对本党同僚控制的行政部门仍然施加掣肘，利用“党团协商”制度（详细讨论见本书第五章）所提供的便利，让行政部门的施政计划难以推行。前面说过，中华民国宪法体系在台湾经司法院充实之后已经深度限缩了行政部门政令所能涵盖的范畴，没有立法院的密切合作，行政部门施展不开拳脚。在此略谈这个问题，只是为了证明民国宪法体系对行政权的有效限制；关于立法部门和行政部门关系的优化，笔者在本书第五章有所讨论。

综上所述，美国宪法的政府权限表述模式在宪政实践层面并不具有特殊的优越性，和欧陆模式相比对中国并不具有更强的适用性。民国宪法采用欧陆模式，可以说是一个切合国情的选择，同时也有进一步优化的余地。

（4）最后再略谈美国联邦政府权限：虽然美国的成文宪法在字面上授予联邦政府的权力相当有限，但自罗斯福新政时期开始，美国最高法院对宪法中“州际贸易条款”的灵活解读导致联邦政府权力大幅度提升，这显然是制宪者始料莫及的。美国学者阿克曼甚至提出，罗斯福绕开了直接修宪的高门槛，而是在国会和法院的配合下以立法和释宪的方式更新和扩大了联邦政府权限，事实上实现了宪法转型³⁶。

时至今日，虽然美国各州仍然保持了相当的自主权，但联邦扩权、州权衰微是二百多年来的历史趋势。美国各州在财政上对联邦的依赖，就是重要的佐证：依赖性排行榜上排名第一的密西西比州，近一半财政收入来自联邦拨款；“独立性”最强的阿拉斯加州，这一比例也接近四分之一。

美国的宪政实践与演化表明，刻意追求宪法条文明示的政府权限，并不能保证现实与条文的一致。人民自由的保障与政府权力的限制，仅凭释宪机关的宪法解释也是不够的（甚至是靠不住的），根本的依靠在于人民对自由的追求和对政府的警惕。但是，具体到中国大陆民主转型时期，由于中共的严重负面影响，我们不但难以寄希望于新成立的释宪

³⁶ Ackerman (1998: 279-311)。

机关，甚至难以寄希望于人民自身。恢复施行民国宪法并移植台湾的释宪体系，可以产生强大的感召力和示范作用；这一选择和其他选择相比，在宪政制度的血肉和生命力层面是有无的区别而不是多少的区别，有更大的可能保障人民的自由并限制政府权力、避免威权复活。

质疑四：中华民国宪法前言提到了孙中山遗教，第1条写入了三民主义，第6条规定的国旗左上角是国民党党旗，这不是国民党的党主宪法是什么？

回答四：来自国民党的这几个符号化、象征性的烙印，丝毫不损于民国宪法的民主性和宪政价值，台湾政党轮替就是明证，民国宪法在台增修条文也不涉及这些内容。制宪过程中，民社党和青年党如果试图去除这些符号，势必对国民党产生巨大的心理刺激，有可能适得其反；在这些方面照顾国民党的感情、确保制宪的成功，是正确的做法。

具体而言，孙中山遗教和他所提出的三民主义理念之于民国宪法有一定程度的基础性是无可否认的历史事实，但基础并不是羁绊，民国宪法在这一基础之上予以修正和发展，超越了孙中山所达到的高度。民国宪法主要执笔人张君勱先生在《中华民国民主宪法十讲》一书中即对此予以说明。笔者在本书第一章提出，孙中山晚年所定格的三民主义确实具有基础性并且合乎宪政原则（当然也有瑕疵和局限），但任何政党在孙中山身后演绎发挥的三民主义版本都不具有立宪基础的地位。许多国民党理论家以孙中山的传人自居，却连孙中山之所谓“政府”二字是什么意思都弄不清楚（见本书第二章第一节），所以国民党主流三民主义诠释在民权与宪政制度方面缺乏价值，没有前途，在此不详述。

青天白日满地红国旗来源于陆皓东烈士的设计，承载了反清起义和抗日战争英烈的鲜血，具有特殊的历史意义。关于其左上角的国民党党旗，笔者认为一个变通方案就是说服国民党修改党旗。倘若国民党深明大义，修改党旗，那么以一个政党从前的党旗作为国旗的四分之一是否仍然不妥呢？不妨以瑞士为参照：瑞士的红底白十字国旗体现了基督教的影响，但无损于瑞士联邦的民主自由。

话说回来，如果中国人民认同民国宪法的其他内容但不认同上述象

征和符号，自然可以修改去除之，不必为此否定整部宪法。如果有人读到民国宪法第1条“基于三民主义”之说就读不下去了，请静下心来阅读整部宪法，切不可一叶障目。

质疑五：中华民国宪法的国民大会每六年开一次常会，这叫哪门子的国会？看起来，中华民国宪法没有国会，只有国民大会这个除了选罢总统就专事修宪的怪兽！

回答五：行使代议立法职能的国会确实不是国民大会，而是立法院。孙中山在《五权宪法》演讲中明说“立法机关就是国会”³⁷，后来司法院释字第76号也明确了立法院的国会地位。各国国会名称有别，民国宪法的代议制国会就叫做立法院。

国民大会的修宪职能并非没有限制。司法院释字第314号宪法解释明确指出：“宪法为国家根本大法，其修改关系宪政秩序之安定及国民之福祉至巨，应使国民预知其修改之目的并有表达意见之机会。国民大会临时会系依各别不同之情形及程序而召集，其非以修宪为目的而召集之临时会，自不得行使修改宪法之职权”。也就是说，国民大会不得临时起意而修宪³⁸。释字第499号更进一步，因第五次修宪之程序和内容的重大瑕疵（如国大代表“自肥”）而宣布此次修宪无效。如果把国民大会比作“怪兽”，那么这只“怪兽”已被司法院驯服。

国民大会在台湾的表现差强人意，最终被废除，一个重要原因就是

³⁷ 孙中山（1921b [1989c: 254]）。这句话在另一场同题演讲（孙中山（1921a [1989c: 239]）中亦作“立法就是国会”。

³⁸ 中华民国宪法第2条明示了主权在民的原则，虽然日常例行公事的主权代表是作为法定代表的代议制政府（包括立法和行政部门），但如果涉及重大问题（例如国土、宪法），简单多数决（立法）和首长制（行政）的法定代表制即不适宜，应当采用一种尽可能反映主权者（国民）意见的决策机制。在不实行公民复决的国家，修宪问题通常采用国会超级多数决，并且往往加以地方议会复决，这样的程序导致议员慎重行事，连带着蕴含了国民参与审议之意（透过议员的连任压力，以及繁琐的程序所经常导致的议题跨届之现象）。对照之下，国民大会在重大问题上必须征询民意，切不可临时起意而修宪，司法院释字第314号居功至伟。

国民大会成为代议机关、国民大会代表成为自主议事的法定代表，与选民脱节³⁹。国民大会代表的定位，在学理上应当是传达民意的委任代表（身分是民不是官）而不是法定代表，笔者在本书第二、三章对此有很详细的论证，释字第 314 号之修宪过程中必须充分听取国民意见的要求也与委任代表制相合。

释字第 76 号所确立的是三院制国会：“就宪法上之地位及职权之性质而言，应认国民大会、立法院、监察院共同相当于民主国家之国会”。就职能而言，国民大会虽然人数远远多于立法院，但其涉及法律的职权——创制权与复决权——暂被搁置，而且这两项权力是对立法院之立法权的补充（孙中山称之为“治法”⁴⁰），严格来讲并不能算作立法权的一部分。在这个意义上，国民大会相当于一个弱化的国会上院⁴¹（还有一个上院是监察院，笔者在本书附录一《民国宪法的联邦主义精神》文中有详细论述）。西方民主国家的国会上院通常弱于下院，而且英国的国会上院人数多于下院。

质疑六：中华民国宪法第 44 条规定“总统对于院与院间之争执，除本宪法有规定者外，得召集有关各院院长会商解决之”，第 72 条还规定立法院法律案通过后由总统公布，这不是总统独裁是什么？有资料把中华民国五权宪法结构归类于“元首集权”结构，看来正是如此！

³⁹ 有一个例外：国民大会在台湾被废除之前的最后一次“任务型国大”，透过立法院于 2005 年制定的国民大会代表选举法、国民大会职权行使法的特殊规定（代表以比例代表制选出，选票上刊印政党对宪法修正案的意见，代表的投票违反政党意见则作废）而使国大代表成为委任代表，但这之前国民大会多年的沉疴已使台湾社会形成了废除国大的普遍共识，此次“任务型国大”之任务是复决通过立法院于 2004 年提出的修宪案，此修宪案的内容之一就是废除国民大会。此前，国大代表一直作为法定代表而行事。但是，有必要指出，民国宪法原文并未规定国大代表是法定代表，详见本书第三章。

⁴⁰ 孙中山（1924b [1989a: 125]）。

⁴¹ 十九世纪末英国法学家戴雪（A. V. Dicey）指出，公民投票可以起到国会一院的作用，对代议立法机关形成制衡和补充（参看 Qvortrup 2005: 56-58）。如果选民之集合体可以在某种意义上视为国会的一个院，那么具有类似功能的国民大会自当如此。

回答六：民国宪法第 44 条在台湾并未被增修，继续有效。台湾全面行宪之后（尤其是政党轮替之后）已经成为世人公认的宪政民主政体（2000 年至 2016 年两位总统都一直被立法院掣肘就是明证），这说明第 44 条不造成总统独裁。事实上，这一条根本没有给总统以实权：首先，只有在院与院之间有争执（且不涉及宪法第 57 条行政对立法的覆议权）时，总统才可以召集有关院长开会。其次，开会是为了商议解决而不是为了仲裁，总统是会议召集人而已。中华民国的会议制度基于孙中山从美国议事制度“抄袭”而来的《民权初步》，会议召集人作为主持人的身份是中立的（总统如果需要发表意见，就不能主持会议），而且总统没有任何权力来强行仲裁。无论如何，民国宪法第 44 条都与“独裁”不搭边。

至于虚位总统或立宪君主公布法律，这是议会制国家的通行做法，不理解这一做法的恐怕是对议会制太缺乏了解了。民国宪法原文属于改进型议会制（立法院有对行政院长人选的同意权，总统公布法律、发布命令须经行政院长副署，所以总统在名义上具有的绝大多数权力都被虚化），第 72 条之所谓“总统应于收到后十日内公布之”，“应”字表明这并非权力而是义务（改为“得”字才是权力，民国宪法制定者的水平可没有低到这个地步）。也就是说，总统根本没有自行否决法律的权力（详细讨论见本书第四章第二节）。“但总统得依照本宪法第五十七条之规定办理”这一但书⁴²，将在下文讨论。

关于“元首集权”之说，1936 年国民政府提出但从未实施的五五宪草确实属于“元首集权”（所以笔者反对之）。但是，政协宪草摒弃了五五宪草的“超级总统制”，以政协宪草为蓝本的民国宪法原文之总统权力在通常情况下微乎其微，与“元首集权”不搭边（如果民国宪法原文已经是“元首集权”，台湾何必费那个劲，透过修宪来扩大总统权力？）。

这里顺便分析一下“府院之争”的担忧：民国初年，北京政府在貌

⁴² 本书征求意见稿的一些读者表示不理解“但书”二字，特此解释：“但书”是法学名词，指的是规定某种例外情况或附加一定条件的文字，往往冠以“但”字，故有此称。

似议会制（时称责任内阁制）的临时约法架构下多次发生总统与国务总理之间的“府院之争”，有人据此而不看好中国实行议会制的前景。但是，“府院之争”的重要原因之一在于临时约法的重大缺陷。民国宪法和临时约法的相关条文，比较之下高下立判。民国宪法第 37 条：“总统依法公布法律，发布命令，须经行政院院长之副署，或行政院院长及有关部会首长之副署”。显然，这一条文无懈可击，“须”字之后的文字是其前文字的必要条件，总统签发法令必须得到行政院长的副署，否则违宪而无效。临时约法第 30 条：“临时大总统代表临时政府，总揽政务，公布法律”；第 31 条：“临时大总统为执行法律或基于法律之委任，得发布命令并使发布之”；第 45 条：“国务员于临时大总统提出法律案公布法律及发布命令时须副署之”。这就留有重大漏洞，埋下了总统擅权的祸根：从字面上看，临时大总统发布命令之后就把副署的皮球踢给了国务员（按：临时约法第 43 条“国务总理及各部总长均称为国务员”），副署是国务员的义务而不是总统发布命令的必要条件⁴³。临时约法颁行之后仅三个月，袁世凯即利用这一漏洞，未经内阁同意即强行签发人事委任状，导致民国第一任国务总理唐绍仪愤而辞职。民国宪法之文字的严密性可以在很大程度上对“府院之争”防患于未然，更进一步的防备则在于宪政实践经验的积累和惯例的形成（例如执政党党魁应出任行政院长而不是总统）；某些强制性的防范措施（如总统候选人必须以无党派身分参选，当选后必须保持无党派身份直至卸任）似值得成为宪政制度细节优化过程中的考量。

质疑七：中华民国宪法把许多权力规范留给一般法律，而且连行政院长的任期都没有规定，成何体统？中国应该效法美国宪法制定新宪法，明确规定一切权力的产生、中止和更替的规范化法定程序！

⁴³ 宪法学家荆知仁（1984：230）考证史料，指出临时约法这一重大失误的祸根早在临时政府成立之前即已种下：1911 年 12 月 31 日，作为临时议会的各省都督府代表联合会之云南代表吕志伊、湖南代表宋教仁及湖北代表居正提出的临时政府组织大纲修正案即包括“国务各员执行政务，临时大总统发布法律，及有关政务之命令时，须副署之”字样，当时未及议决。

回答七：民国宪法和美国宪法的不同，本质上是欧陆模式和美国模式的不同。原因仍然是美国制宪过程的特殊性，一方面制宪会议必须尽可能给出细节（包括把某些事项如联邦众议员选举制度细节交由各州自行决定），以打消各州人民的疑虑，争取让宪法获得各州批准；另一方面，当时的邦联议会根本无法正常运作，从宪法公示全国到制宪者所预期的联邦整合这一过程中，在操作上难以再次以共识模式（例如再度召开各州代表会议）制定细节。

欧陆模式则不然。民国宪法是改进型议会制，所以让我们首先着眼于议会，看一看议会制的德国和换轨式半总统制的法国（左右共治时期接近议会制）的现行宪法：德意志联邦共和国基本法仅仅在第 38 条规定“一、德意志联邦议会议员依普通、直接、自由、平等及秘密选举法选举之。议员为全体人民之代表，不受命令与训令之拘束，只服从其良心。二、凡年满十八岁者有选举权，成年者有被选举权。三、其细则由联邦法律规定之。”第 39 条规定联邦议会任期四年。整部基本法没有涉及议员名额。法兰西第五共和国宪法第 25 条规定“由组织法规定议会每一院的任期、议员名额、议员酬金、被选举资格的条件、无被选举资格和不得兼职的制度。”民国宪法在典章架构和表述方式上主要取法于欧陆，采用宪法之外的法律来详细规定其三院制国会（包括立法院、监察院、国民大会）的具体产生方式，其次取法于美国，在宪法中规定了国会人数的计算方法，这在比较宪法学的意义上是无可厚非的。不管哪一种模式，都不是根本性的问题。

但是，看起来奇怪的是，法国宪法没有规定总理的任期。1998 年笔者第一次阅读民国宪法，没有看到行政院长的任期，诧异之余感到这与责任内阁和议会制有关，所以查阅了一些欧陆宪法，方才释然。后来读到宪法学家荆知仁先生的论文集《宪法论衡》，得知这个问题在台湾曾有争议，荆知仁先生就英国首相任期制度问题专门致函英国官方，得到了正式回函，英国官方解释是只要下院多数党在新的 대선中保持多数，首相就继续留任，不需英王重新任命⁴⁴。也就是说，阁揆任期不

⁴⁴ 荆知仁（1991：341，350-352）。

限，是议会制的老祖宗留下的传统。同时，内阁在议会换届时辞职也是多国的宪政惯例或规定，吴庚大法官在对释字第 387 号提出的不同意见书中指出了如下事实：“我国宪法第五章及第六章对行政与立法二院之关系规定綦详，独未规定行政院长之任期，亦未就立法委员改选时，行政院长应否单独辞职或全体总辞有所规定，乃系制宪当时仿效多数设有阁揆及内阁国家之例，有意加以省略，并非宪法显有阙漏，而系欲将此一问题委诸政治上实际运作加以解决，不必硬性规定。……内阁是否随国会改选而总辞，在内阁制国家其答案固属肯定，但除极少数者外（如日本及德国），鲜有以宪法明文加以规定之例”。

虽然如此，但台湾在野党和司法院在刚刚摆脱威权阴影的情况下对行政部门持有深重的警惕。1995 年，司法院作出释字第 387 号大法官解释，认为“基于民意政治与责任政治之原理，立法委员任期届满改选后第一次集会前，行政院长自应向总统提出辞职。行政院副院长、各部会首长及不管部会之政务委员系由行政院长提请总统任命，且系出席行政院会议成员，参与行政决策，亦应随同行政院长一并提出辞职。”也就是说，行政院的任期与立法委员相同。吴庚大法官对这一解释的不同意见，并不是反对其内容，只是认为这个政治问题“现时各方并无异议，无须释宪机关作任何实体上之解释”。考虑到宪政传统的薄弱，笔者认为释字第 387 号解释有很强的合理性和可操作性，而且任期制并不妨碍行政院长的连任（如果总统和新任立法院希望行政院长留任，自然可以拒绝接受其辞职，或再度提名并同意其担任下一届行政院长）。中国大陆如果恢复施行民国宪法，释字第 387 号应当作为台湾行宪而累积的“不成文宪法”之一部分而拿来用，而且一定会有人主张对行政院长的累计任期或连任次数设置上限；笔者出于对人的弱点和恶性之警惕，倾向于支持限制行政院长任期，例如每若干年内担任阁揆不得超过若干年⁴⁵。

⁴⁵ 议会制提供了较为灵活的权力更替机制（甚至执政党内部运作即可替换阁揆，较著名的例子是 1990 年英国首相撒切尔夫人遭党内同僚赫塞尔廷逼宫而辞职；2010 年澳大利亚总理陆克文被党内同僚吉拉德取代，2013 年又因吉拉德民望低迷、本党选情危急而再度出任总理，但未能挽回本党败局），所以通

质疑八：中华民国宪法根本没有给立法院以倒阁权，怎能称作议会制？

回答八：民国宪法确实不是典型的议会制，而是一种改进型的议会制（“宪法之父”张君勱先生称之为修正式内阁制，是一样的意思），为了避免重蹈某些国家频频倒阁、政局不稳的覆辙，没有给立法院以倒阁权。张君勱在《中华民国民主宪法十讲》中指出：“我们对这种所谓责任政府制，将其特点扼要的说明如下：（一）我们没有采行英美式的内阁制，各部长同时必须为国会议员。（二）我们没有要求行政院须负连带责任。（三）我们放弃了国会立即倒阁之不信任投票制度。（四）按照前文两条之规定。所谓移请政府变更政策之决议，或立法院通过之法律案，总统均有交覆议权。明白点说，如交覆议之际，达不到出席委员三分之二之人数，则变更政府之决议案或法律案，并不引起倒阁风潮。……此种内阁制，绝非英法式之内阁制，而是一种修正式之内阁制。易词言之，我们采取美国总统制下行政权稳固的长处，而不忘掉民主国中应有之责任政府之精神。我们了解欧美民主制度，已有数十年之久，但我们这次不甘心于小孩式的亦步亦趋，而愿意拿出多少创造的精神来。”⁴⁶

改进型议会制仍然属于议会制，除了立法院对行政院长人选的同意权，民国宪法还凸显了行政院对立法院负责的精神。其一，民国宪法第57条明确规定了行政院对立法院负责的方式：立法院可以对行政院提

常不规定阁揆任期上限。但是，如果一个政党或执政集团连续胜选，阁揆很可能长期任职，例如德国前总理科尔之16年。如果真的有一位政绩卓著的领导人能够持续获得选民支持，那么议会制的灵活性即可在宪法的框架下为这样的领导人提供留任的机会（反之，在总统制之下此人有可能诉诸修宪，破坏宪政秩序）。可是，在中国这样缺乏民主传统的国家，领导人如果任职过久，即使不威权化也很可能导致政治的个人化。在这一方面，博茨瓦纳前总统马西雷（该国总统由议会选出，属于议会制）为世界树立了榜样：任职近18年后，在执政地位稳固的情况下，马西雷主动辞职。笔者认为，中国大陆遭中共负面影响日久，不可寄希望于政治人物的个人品质，最好在制度上做出严格限制，例如要求20年内担任阁揆及阁员总时间不得超过15年（首次出任阁揆前担任阁员的时间不计），而且期满后至再度获得入阁资格前不得担任政党党魁。

⁴⁶ 张君勱（1947：70-72）。

出质询；虽然行政院对立法院的法案和决议有覆议权（需经总统核可），但覆议失败之后行政院长需接受立法院决议或辞职。其二，笔者认为民国宪法隐含了“建设性倒阁”的制度：在行政院失去立法院多数支持的情况下，总统如果提名为立法院所接受的行政院长替换人选，经立法院同意后即可取代原任行政院长，新任行政院长进而改组行政院部会。这种“建设性倒阁”制度与晚于民国宪法三年的德国基本法的明文规定有类似之处，不同点在于德国议会可自行选出新总理，不需德国总统提名。也就是说，民国宪法所隐含的“建设性倒阁”制度比德国制度更加倾向于维持行政部门的稳定，并在立法院与行政院发生政争的情况下给总统以一定的实权，总统对行政院长的支持可以使其续任至立法院换届为止，其间的状态虽然缺乏行政与立法的协作，但至不济不会差过美国“分立政府”（divided government，即立法和行政为不同党派所控制）的局面。对议会制的这种改进，笔者认为极其有利于稳定政局。

“建设性倒阁”的制度细节和内阁稳定度的详细论证见本书第四、五章。

除了倒阁权方面的区别，民国宪法之改进型议会制与典型议会制的区别还包括：

（1）行政院征得总统核可后可把立法院通过的法案和决议打回去覆议，立法院三分之二多数票才可维持原议。这一制度取法于美国的总统否决权，但必须由行政院长提出而不是由总统独自提出，所以并不给总统以重大实权。立法院对行政院长人选的同意权决定了行政院不可能经常启动覆议程序，所以总统的覆议核可权不可能经常行使。在政治运作的正常状态下，民国宪法之总统鲜有机会行使实权，议会制的性质是很明显的。

（2）立法院有固定任期，行政院长和总统都不得解散立法院。挪威的议会制也采用这种规定。

（3）立法委员不得兼任阁员（司法院释字第1号：“立法委员依宪法第七十五条之规定不得兼任官吏，如愿就任官吏，即应辞去立法委员。其未经辞职而就任官吏者，亦显有不继续任立法委员之意思，应于其就任官吏之时视为辞职”）。荷兰、挪威、卢森堡的议会制也有议员

不得兼任阁员的规定⁴⁷。瑞典、比利时的议员出任阁员时，议席由替补人选填充，离开内阁时重新得到议席⁴⁸，此制值得效法。

质疑九：中华民国宪法所设立的司法院为何不负责终审？

回答九：在台湾的中华民国司法院下设最高法院和最高行政法院（单独设置行政法院是大陆法系的常见做法）作为终审法院，目前共有法官一百四十余人服务于台澎金马两千三百万人民。此外，不妨参考美国制度：美国最高法院人力有限，收到的绝大多数案子都打回去不受理（例如 2011 年有 7713 起案件起诉到美国最高法院，只审理了 79 起、处理了 73 起⁴⁹），这还是在美国各州有各自的最高法院作为州内终审法院的前提之下。可见，司法院若兼为中国全国层面的终审法院，或导致机构庞大到难以想象的程度，或导致绝大多数案件得不到受理。所以，司法院不兼管终审的制度不无道理。但是，这方面还有变通的余地，本书第五章有详细讨论。

司法院除解释宪法和法律、命令外，还负责法院系统的司法行政（此为民国宪法第 77 条“掌理”二字的含义）而不掌理公安、检察。民国宪法第 82 条规定“司法院及各级法院之组织，以法律定之”，留有优化的空间。例如，国府迁台之前在全国各地设有最高法院的六个分院。中国大陆恢复施行民国宪法之后，在转型阶段不可能从零开始，现有的法院系统必然有一定程度的延续，如何优化，可留待将来讨论。

这里需要指出的，是民国宪法的单一制司法体系并不违背中央地方关系上的联邦制：美国联邦、州、印第安保留地三轨并行的司法制度，并非联邦制国家的常态，许多联邦制国家以单一的司法体系贯穿全国。在长远的将来，司法体系的联邦化是一个可以讨论的议题，但考虑到中国大陆严重缺乏宪政经验和地方自治传统，民主转型之后贸然推行司法联邦化很可能带来不利后果。美国的司法体制，在联邦层面固然体现出

⁴⁷ Lijphart (2012: 113)。

⁴⁸ Van der Hulst (2000: 48)。

⁴⁹ Supreme Court of the United States (2012)。

诸多优点，但美国联邦司法部门规模很小，目前共有八百多位联邦法官（二百余年来联邦法官总数只有三千多）⁵⁰，这一制度显然无法照搬于中国。

法官人事制度和法院审案制度的优化，也必然是转型之后司法改革的重要内容。台湾现行法官人事制度，基于考试录用和法院体制内的升迁，虽然在部门层面相对于行政权保持了独立，但内部升迁机制有可能妨碍法官判案的独立性，内部人事与外部民主机制完全脱节亦似乎偏颇。司法改革虽然不应走向民选法官这一极端，但借鉴英美的成功经验、适当引入升迁机制之外的新鲜血液（例如一定比例的中高级法官从资深律师和法学教授中选拔）以及一定范围内的陪审制度，似值得尝试，在此不详述。

质疑十：中华民国宪法把行政部门的人事权划给考试院，但台湾宪政实践中发现考用不能合一，所以设置了行政院人事行政局（现人事行政总处）以负责人事，这是否说明考试院的设置是多余的？

回答十：台湾某些学者和政治人物主张撤销考试院，效法西方的文官委员会，重新构建一个具有独立性的考试、人事机关。可是，这样的一个机关除了在名分上矮化，与按照西方文官委员会模式来改组的考试院有什么区别？

时至今日，台湾宪政趋于巩固，如果把考试院矮化为文官委员会，或许行得通。但是，在中国大陆民主转型时期，考试权在五权政府架构中被“拔高”而来的独立性和崇高地位，对中国“人情”传统和裙带关系传统具有针对性和遏制力。中国大陆转型时期不要自比英美，人家有数百年法治传统；考试院由其宪法地位而得的软性实力，和“文官委员会”级别的相同职能之机关相比，有更大可能发挥积极功效。

台湾行政部门的人事行政总处之设置，作为宪政实践的产物，对中国大陆有参考价值。进一步的讨论见本书第五章。

⁵⁰ 美国联邦司法中心（Federal Judicial Center）网站有 1789 年来全部联邦法官的列表：<http://www.fjc.gov/history/home.nsf/page/judges.html>。

质疑十一：陈水扁任总统期间监察院空转数年，是否说明监察院毫无存在的必要，应当废除？

回答十一：监察院确实不是维系国家运转所必须的部门，但我们不妨这样想：如果国会长期休会，行政部门萧规曹随、一切因循旧制，国家是不是也能运转呢？但这样的运转是健康状态吗？同样，不管是监察院还是地位稍低的监察机关，其存在对国家的健康运转都是有益的。

根据监察院 2012 年资料，全球一百五十多个国家和地区设有监察机关，职能包括审计、反腐败、保障人权等等⁵¹。鉴于中国大陆遭受中共统治六十余年而导致人心败坏、贪腐横行的现状，独立而地位崇高的监察院在民主转型和宪政巩固时期必将发挥极其重要的作用。

顺便指出，由于监察院是“发动机关”而不具有终局裁判权（弹劾案裁判权在国民大会和司法院之公务员惩戒委员会；纠举乃临时紧急处置而非定案），监察权并不削弱司法权。此外，西方国家国会之监察权多属纠正建议性质，本书第五章提出纠正权并非监察院的专属权力，立法委员亦可提出纠正建议，因此监察院和立法院亦可相辅相成。

台湾人民针对公务人员违法或失职行为的“上访”，如果无法透过相关部门“体制内”的诉愿来解决（受宪法第十六条保障），可找监察院陈情。笔者从台湾朋友口中获悉，陈情民众在监察院得到热情接待，工作人员端茶送水，与大陆“上访办”可谓天壤之别。

质疑十二：中华民国宪法涉及边疆民族的条文是否已经过时？

回答十二：恰恰相反！首先从制宪的角度来考量：如果中国大陆民主转型期间贸然制宪，由于中共的负面影响和多年的积怨，边疆民族问题很可能成为制宪过程中的重大难关，造成僵局，影响民主转型的进程，甚至导致内战和威权复辟。各方应当认识到，中国大陆民主转型如果失败，绝非边疆民族之福。所以，首先恢复施行民国宪法（增修时暂不涉及边疆民族问题），以之为起点，再从长计议，各方以清醒的头脑和冷静的心态逐步协商解决边疆民族问题，是确保民主转型顺利进行的

⁵¹ 监察院国际事务小组（2012）。

稳健途径。

民国宪法所明示的各族平等的原则和特别扶植边疆各族地方自治事业的基本国策，以及对西藏自治制度的明文保障，在转型时期可以为民族问题提供初步的解决方案。事实上，这也符合藏人领袖提出的“真正的自治”诉求。西藏流亡政府业已民主化，所以我们有理由相信，如果在民国宪法的基础上顺利实现流亡藏人的回归和西藏真正自治，其民主运作必将为包括汉族在内的中国其他各族提供榜样。

关于进一步的制度优化，笔者在本书第六章对地方自治问题和边疆民族问题提出了一些构想，其中比较新颖的是教育文化自治体的设想：设置跨越省县边界的、没有排他性疆域（即在各族杂居区域可以重选）的教育文化自治体，以满足各族保护和发展语言文化的诉求；与各族语言文化无关的民政事业可由省县自治单位承担，省县边界在转型期不宜急于变更，以避免划界所可能带来的族群冲突⁵²——虽然从全局来看中国大陆的民族矛盾主要是汉族和非汉民族之间的矛盾，但在各族杂居区域，事实上也存在着各个非汉民族之间的矛盾。

这里还有必要对自决问题略作评论：以族群或住民为单位和主体的自决权，本质上是一种集体权利，与个人的自由和权利并不具有完全的一致性⁵³。宪政主义和自由民主理念中的人权和自由，归结于个人诉求和个人自由；族群或住民集体的自决诉求，有可能对个人自由产生重大妨碍，在转型时期的特殊情况下尤其危险。笔者认为，自决问题在转型时期可以讨论，但不宜急于列入首要的议事日程。至于自决诉求的个人因素，如王公贵族的后代，点到为止，不便详述。

⁵² 族群（ethnic group），亦称族裔群体，在学界并没有确切的定义（葛永光 2000：298），但为简单起见，我们不妨以汉族和获得官方承认的少数民族（包括中国大陆五十余个官方承认的少数民族和在台湾的中华民国政府承认的十余个原住民族）作为族群划分的依据。在这里的上下文中，“划界”当然与官方承认的民族地位有关。

⁵³ 需要指出的是，语言权、文化权等带有一定程度的集体性质的权利实则具有“团体区别”的性质，并不像住民自决权那样必须集体行使，而是可以由个人依据其团体归属而行使，所以在转型时期即应积极保障。参看 Kymlicka (1995: 45-47)，林超骏（2004：316）。

国家统一，并非终极目的，但我们不妨把统一作为宪政巩固的手段：如果中国大陆分崩离析，那么新建立的各个国家（尤其是在汉土建立的一个或数个新国家）会离宪政更近还是离苏联解体后独联体各国的现状更近？

质疑十三：中华民国宪法的基本国策条文是否已经过时？

回答十三：对照民国宪法在台增修条文，不难看出，民国宪法原文的基本国策条文除第 164 条被弃置外（与台湾“精省”有关），其他条文仍然有效。在台增修条文还增加了十二条新国策，对大陆未来的宪法增修工作有借鉴意义⁵⁴。

就学理而言，宪法条文中设置基本国策章节并非绝对必要，民国宪法基本国策中的边界规范性和立法授权性的条文可以分派至其他章节，但如此之修宪属于形式主义的行为，实不妥当。笔者认为，基本国策章节不但值得保留，而且可以充实，例如纳入公共政策的个人自由原则和福利制度避免奖懒罚勤的原则（详见本书第六章）。

质疑十四：美国宪法在美国取得了巨大的成功，中国何不效法之，以美国宪法为蓝本制定新宪法？

回答十四：民国宪法已经吸纳了美国宪法的一些成功经验，如行政对立法的覆议权。但是，“以美国宪法为蓝本”的意思显然是大幅度采用美国制度，那么美宪的重要特征——总统制自然是要采用的了（不采用总统制，恐怕就谈不上“以美国宪法为蓝本”）。下面主要围绕总统制问题略作探讨：

（1）美国总统制的成功不可复制。

以总统制为特点的美国宪政制度，对许多有志于宪政民主的中国人

⁵⁴ 就“社会权”之保障而言，台湾学者雷文玫、黄舒范（2006：18）认为“除了保障国民住处之规定阙如以外，我国宪法的规定，完整地包含了第二代人权相关的权利。……增修条文中又加入许多第三代人权的規定。……无论在类型上与内容上，我国宪法目前有关社会权的规定，已经十分完整，足以提供大法官在解释宪法时，制衡立法机关与行政机关的凭借。”

有着巨大的吸引力，但中国能否透过效法美宪制定宪法而复制美国的成功？很遗憾，可能性近乎零。拉丁美洲、非洲、东南亚早已有数十个国家以美国宪法为蓝本制定了总统制的宪法，它们中有没有哪一个成功建立了长期稳定、不曾崩坏的民主政体？一个也没有。中国大陆如果以美国宪法为蓝本制定新宪法，很可能逃不出这一魔咒。

为什么？总统制导致的行政部门与立法部门双重民意授权，以及总统大选的“零和赛局”性质，是许多国家政局不稳甚至宪政崩坏的主要祸源⁵⁵。换句话说，诸多总统制国家宪政崩坏不一定是因为宪法赋予总统的权力过大——即使总统或当选人是老成持国之士，即使议会有足够的自律，总统大选的失败者及其背后的势力也有可能掀起政潮，这是总统制的制度性弱点。全民直选总统的半总统制也面临类似的问题。政治学领域许多学者的研究表明，总统制和接近总统制的半总统制在美国之外宪政传统并不深厚的国家容易导致政局不稳（肯尼亚、科特迪瓦殷鉴不远，阿富汗、印尼现状堪忧）、威权抬头（埃及、独联体各国）或宪政崩溃（亚非拉国家举不胜举）⁵⁶。

为什么总统制在美国能够成功？且不论美国人民自殖民地时期就形成的深厚的民主素养和地方自治传统，且不论美国自英国承袭的数百年普通法传统所促进的司法独立，且不论华盛顿率先垂范，只看下面这一

⁵⁵ 在西方学界掀起质疑总统制之风潮的美国学者林茨所指出的总统制的主要祸源还包括总统和议会的固定任期（Linz 1994: 6）。不过，近二十余年来拉丁美洲常见的现象就是总统在任内辞职或遭到弹劾而去职，从而化解了政府危机、不致造成政体危机（Llanos and Marsteintredet 2010），所以这一祸源已经在一定程度上找到了弥补之道，在实质效果上使总统任期获得了一些灵活性。有必要指出，拉美国家在总统制轨道上毕竟有上百年的宪政尝试。如果中国贸然实行总统制，不但没有宪政经验，而且总统将身负数亿张选票而成为世界上得票最多的政治家，一旦遭遇政府危机，总统能否坦然去职？实难想象。

值得一提的是，在总统制走向某种程度的灵活任期的同时，议会制出现了反向演变：英国 2011 年议会固定任期法（Fixed-term Parliaments Act 2011）确立了下议院的五年固定日期，在没有发生倒阁的情况下执政党不得在选情有利的时机解散议会、提前大选。

⁵⁶ 这方面的著作和论文很多，如 Reynolds (1995a: 95) 指出，尼日利亚 1993 年总统大选的结果被军方取消之时，败选的各方事不关己，甚至乐观其成。

个因素，我们会明白为什么美国的成功不可复制：美国的联邦政府是从无到有、从小到大逐渐发展而来的，美国行宪之初的数十年间联邦政府是小政府、弱政府，各州权力很大并对联邦形成了很有效的制约；总统制的内在弊端，在小政府、弱政府的时期得到了磨合，造就了长期稳定的宪政传统⁵⁷。这一条件，中国是否有？当然没有。

所以，请致力于中国大陆民主转型的有识之士放弃幻想，虚心听取政治学领域专家学者（包括美国的政治学者）的普遍共识：总统制不利于民主巩固，议会制（即内阁制）是更有利于民主巩固的宪政制度⁵⁸。

当然，议会制并非尽善尽美，传统的议会制（包括英国式小选区多数决制形成的两党主导的“西敏寺”（Westminster）类型和以色列式极端比例代表制之下的小党林立类型）虽然规避了总统制的一些容易导致民主崩溃的制度性弊端，但仍然有重大缺陷。议会制与总统制的不同之处在于，前述多数决型和小党林立型议会制形态并不是议会制的根本特征，在议会制的框架下有相当大的余地来改进（反之，双重授权和零和赛局是总统制的根本特征，在总统制框架下无法改变）。1946年制宪国民大会通过的中华民国宪法，就是一部改进型议会制的宪法，对传统议会制兴利除弊。回归民国宪法、实行改进型议会制并透过选举制度的优化而进一步发展宪政制度，是中國大陸民主转型的最佳选择。

（2）力荐书评：《美国宪法偶像的破坏者——评阿克曼《美利坚共和国的衰落》》⁵⁹。

⁵⁷ 台湾学者彭锦鹏（2001：92）提出美国总统制成功的两个条件：宪法的原生性与建国初期选民的同质性，前者即意味着笔者所说的“逐渐发展”和“磨合”，后者则不见于中国。

⁵⁸ 关于西方学界在总统制和议会制问题上的主流共识，参看 Lijphart (2004: 102)，在政治学领域影响很大的李普哈特教授认为“*There is strong scholarly consensus in favor of parliamentary government*”；Carey (2008: 94)，此文第二节题为“*The Academic Consensus Against Presidentialism*”；Elgie (2011: 10)，作者回顾了二十余年来的学术进展之后指出“... *skepticism about presidentialism remains the dominant attitude within the academic community*”。

⁵⁹ 田雷（2013）。顺便说一下，此书评涉及的阿克曼“二元民主”理论，切不可望文生义，请有兴趣者参阅田雷的相关文章或《我们人民》系列原著。

作者田雷是留美归国的宪法学家，其涉及中共宪法的文章是笔者完全不能苟同的（或许他有违心的苦衷），但他对美国宪法的阐述主要基于美国宪法学家阿克曼，所以我们不妨把他的相关文章看作阿克曼的“传声筒”。诚然，我们既不可迷信美国宪法也不可迷信阿克曼（笔者对阿克曼的某些观点就持有保留意见），但阿克曼振聋发聩的论断对我们至少有重要的参考价值。下面是田雷书评的链接和一些摘要，摘录的都是笔者赞同的观点，目的是给忙碌的读者提供方便，同时笔者强烈建议大家阅读书评全文和阿克曼的原著：

“由于国内法学界在很长时间内一直存在着美国宪法的拜物教，也由于美国宪法的理论和实践在相当程度上宰制着中国宪法学在学理和制度设计时的想象力，因此，阿克曼的警钟就不单单是为了美国读者所敲响的，同样是为中国宪法学所敲响的。

“在 1999 年的《新分权》一文中，阿克曼在比较宪法学意义上反对美国输出它的总统制，主张新民主国家借鉴德国在二战后建立的有限议会制（constrained parliamentarism）⁶⁰。但即便是在这时，阿克曼也承认总统制在美国是一种成功：‘虽然（总统）体制在美国运转得非常之好，但总统在别国被证明不亚于一场灾难。’……而到了 2010 年，阿克曼已经敲响了警钟，如果再不进行宪制的改革，总统制在新世纪内极有可能毁灭美国的共和国传统。

“……总统是如何可能成为超凡魅力型的极端主义者。阿克曼在书中指出了三种主要原因。首先，……初选中投票的基本上是共和党的右翼选民和民主党的左翼选民，这一结构性的选民组成决定了两党经常会推出更意识形态化的候选人。……其次，……媒体专家可以设计出针对不同群体的不同宣传，再辅助以社会科学性的民意调查，从而回应、控制、塑造、并且在必要时煽动群众性的民意，推销总统的极端政

⁶⁰ “有限议会制”（constrained parliamentarism）在阿克曼教授的论文（Ackerman 2000）中指的是以人民复决、独立的司法部门所进行的违宪审查、弱势的国会两院等机制对议会制做出限制。笔者认为德国战后的成功经验中更加值得强调的是议会不可随意倒阁的制度，阿克曼教授亦在这篇论文中指出德国基本法对倒阁的严格限制使得倒阁很少发生。

策。一句话，制宪者们最希望控制的煽动政治在新技术条件下却成了一门（伪）科学。最后，互联网的兴起也在破坏传统新闻媒体的商业机制。作为一个群体，政治新闻的严肃报道者和评论者正在失业，取而代之的是在网络博客空间内的非职业报道，煽动政治因此失去了它的一道主要制约机制。⁶¹

“总统制在民主转型过程中的制度失败可以说是比较政治学内已经形成的一种准共识。而在有关总统制和议会制的比较研究中，最具代表性的学者当属阿克曼在耶鲁政治系内的同事胡安·林茨教授。林茨的长文《总统制民主或者议会制民主：这会造成差别吗？》早已成为比较政治学内的必读经典。……在现代意义上，共和国的脆弱性则意味着民主宪政模式的多样化以及实现过程的复杂曲折，甚至会出现所谓的崩溃、回潮、甚至复辟。”

阿克曼教授对总统制在美国的前景敲响了警钟。无独有偶，以“历史的终结”理论著称的美国学者福山也认为美国现行政治制度正在走向衰败，许多问题可以透过改行议会制得到解决，但这是不可想象的，因为美国人几乎把美国宪法视为宗教经典，根本性的改动极其困难⁶²。中国人，请虚心倾听！

（3）力荐书评：《美国的不成文宪法》⁶³。

作者刘晗也是耶鲁大学法学院出身的青年才俊，他对美国另一位宪法学家却伯的著作《看不见的宪法》（已由田雷译为中文）所作的书评，言简意赅，尤其是开篇颇具震撼力，特此推荐并摘要。同样，摘要的目的是给忙碌的读者提供方便，同时笔者强烈建议大家阅读书评全文和却伯的原著：

“美国不是成文宪法国家么？地球人都知道。正是因为地球人都知道，所以大家都想学，因为既然它是个文本，我们就可以把它拿过来，翻译过来，把美国换成‘xx国’，就变成了该国宪法了（诸君看看菲律

⁶¹ 关于互联网对政治资讯的扭曲，笔者推荐 *Trust Me, I'm Lying: Confessions of a Media Manipulator* 一书（Holiday 2012）。

⁶² Fukuyama (2014: 503-505)。

⁶³ 刘晗（2008）。

宾宪法，利比里亚宪法），真是物美价廉。……因为美国是成文宪法国家，所以大伙都以为，只要有一部制定精良的宪法法典，一定国富民强。

“但最近以来，美国最顶级的宪法学家的最前沿的探索将会使最广大的世界人民失望了。因为他们都在研究美国的不成文宪法（America's unwritten constitution）。……却伯教授试图论证，美国宪法这个被美国人民（当然还有世界人民）认为是‘神圣文本’的羊皮卷并没有想象的那样具有强大的力量，相反，有好多无形的、隐形的、字里行间的、文本之外的力量同宪法文本一道，构成了美国宪政的成功。因此，却伯认为，我们必须区分 constitution 和 constitutional law。美国的 constitution 很大程度上是由看得见的部分和看不见的部分组成的。有好多东西是宪法没有写的，但却是构成了美国宪法的关键。

“……回到文章开首的问题，似乎我们应该换过来问，‘美国是不成文宪法国家么？’”

所谓“不成文宪法”，在有释宪制度的国家主要是宪法的解释和判例（“不成文”指的是没有写入法典，而不是没有记载于文字），其次才是宪政传统和惯例。

总统制在宪政基础薄弱的国家造成的危险和不成文宪法的重要作用，是西方学界的主流共识⁶⁴。百家争鸣的学界当然有人“捍卫”总统制⁶⁵，但根据笔者对宪法学和政治学领域的广泛涉猎，西方学界即便是

⁶⁴ 例如，被田雷指为力挺美国宪法的耶鲁大学教授阿玛，继却伯之后也出版了巨著 *America's Unwritten Constitution*，对自己先前的立场进行了平衡。

⁶⁵ 捍卫总统制的西方学者中最具“战斗性”者当属 Jose A. Cheibub，著有专著 *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy* (Cheibub 2007)。此书在 1946-2002 年数据的基础上承认总统制民主政体崩溃的机率远大于议会制，但认为其原因并不在于总统制的内在缺陷，而在于选择总统制的国家大都具有不利于民主巩固的社会状况和历史背景（尤其是军队干政的传统），在这些国家不论什么样的民主制度都难以存活。笔者认为，Cheibub 的论点有一定道理，但对中国大陆的民主转型意义不大，因为我们面临的不是宿命问题而是制度选择问题。从未有过总统制民主实践的中国大陆，如果贸然实行总统制或近似于总统制的半总统制，很难想象会比 Cheibub 所分析的总统制国家表现更好，而这些国家无一例外都在总统制已有多年实践和发展的情况下仍然发生了民主崩坏，

总统制的“捍卫者”也没有哪个像中国大陆许多并不了解宪法学和政治学的论者那样迷信总统制在民主转型国家的适用性甚至“优越性”，近年来没有哪个西方学者试图不加条件即把总统制或美国宪法的一揽子制度兜售给面临民主转型的国家⁶⁶，不否定总统制的学者在民主转型国家的制度选择问题上至多采取折中态度⁶⁷。

指望模仿美国的成文宪法而在中国复制美国的成功，实属浪漫的空想。如果中国大陆以美国宪法为蓝本制定一部总统制的新宪法，或者在

直至近三十年才走向民主巩固，而且其中委内瑞拉、玻利维亚和厄瓜多尔走向威权化的总统制不容乐观。

⁶⁶ 笔者所见最后一本一揽子推销包括总统制在内的美国宪政制度的学术专著出版于1994年（Siegan 1994），作者曾于1990年向保加利亚总理建议以美国宪法为蓝本制宪，未果。曾于2001年撰文力挺总统制（Calabresi 2001）的美国学者 Steven G. Calabresi，在其2010年的论文（Calabresi and Bady 2010）中指出总统制不适于有深度割裂或有强人政治传统的国家，仅向有“横切分割”（cross-cutting cleavage，即社会经济、文化价值等方面的阵营并不与族群相重合，而是将后者“横切”，从而降低族群冲突的风险）、有民主经验、联邦成员强势的联邦政体推销总统制（具体的推销对象是未来的联邦化的欧洲联盟）。如果满足了这些条件，总统制或议会制的选择其实已经无所谓了！中国大陆呢？

⁶⁷ 持折中态度的学者在承认议会制具有一定程度的优越性的同时，认为总统制在一定条件下适用。例如，美国学者戴雅门（Larry Diamond）认为行政制度的选择应当与选举制度的选择相匹配，如果某国决定共识型政府更合适、有多党存在，而且议会选举制度基本上是比例代表制，那么最好采用议会制；如果某国决定多数型选举制度更合适，那么总统制可能恰当而匹配（戴雅门2015：191）。笔者有不同意见，但姑且把戴雅门的观点应用于中国大陆的民主转型，那么，中国大陆转型时期共识的重要性和多党的存在是不言而喻的，一定程度的甚至完全的比例代表制也势在必行（中国大陆周边民主政体皆有一定程度的比例议席），从而接近于（乃至符合）戴雅门所说的适于采用议会制的情况。

从另一个角度考虑，多数型选举制度是否适于中国大陆呢？戴雅门认为多数型选举制度不适于有深度割裂的社会（Diamond 1999：104）。如果不考虑中国社会的割裂程度，我们不妨从多数型对中国社会的适用性着眼：多数型意味着胜者通吃、败者输光的零和赛局，这种政治模式在一个社会要想达致民主巩固，需要一种败者服输（尊重多数决）、胜者把握分寸（不凭借多数地位而欺人太甚）的政治文化，中国大陆有没有这样的政治文化？答案是显然的。

妥协之下制定一部直选总统的半总统制新宪法⁶⁸，那么重蹈独联体各国的覆辙恐怕在所难免。即使制定一部议会制的新宪法，因缺乏宪政传统和宪政实践，近期前景亦堪忧。

（4）总统制和议会制相比当然不是一无是处。例如，全民直选总统的过程和国会间接产生总理的过程相比，党内暗箱操作的空间被压缩，民意性更强。又如，锐意改革的总统在未遭国会阻挠的情况下因直接民意授权而有可能比议会制的总理更快推进改革⁶⁹。然而，总统制的上述可圈可点之处在很大程度上取决于总统的个人品质，为此而选择总统制，无异于一场豪赌——押对了宝，选出华盛顿、林肯这样的伟大人物，固然是国家民族之福，但如果在民主宪政尚未巩固之时选出巧言令色、权欲熏心的蛊惑家，中国大陆能否经承受得起？反之，议会制所强化的政党政治并不像总统制那样突出个人，行政部门的间接授权更加弱化了个人因素。以中国大陆的国情民情，应该强化政治人物的个人因素还是弱化之？答案是不言而喻的。

这或许是“两害择其轻”——议会制的不尽如人意之处，通常情况下凸显的仅仅是民主政治的不完美；总统制的缺陷，则往往关乎民主政

⁶⁸ 西方学界对半总统制的危险性也有主流共识，参看 Elgie (2011: 10, 17)。

⁶⁹ 2005 年，美国学者福山和两个研究生在题为 *Facing the Perils of Presidentialism?* 的论文中提出“Whether one regards presidentialism as good or bad depends in part on what one thinks about the need of democratic political systems to accommodate rapid political change.” (Fukuyama, Dressel, and Chang 2005: 114)。2016 年 8 月 18 日，福山教授在旧金山的 Commonwealth Club 以 *American Political Decay or Renewal?* 为题发表演讲，笔者借演讲结束后听众提问的机会询问了他对其 2005 年观点的看法：“11 years later, given the escalating political decay in the US, do you still hold the same opinion?”福山教授答道：“No, I’ve actually changed my mind. As I’ve gotten older, I’ve really decided that I don’t like presidential systems. This is partly due to just observing the way political systems work around the world. In presidential systems—a bulk of them are in Latin America with a bunch of them in Asia—you get one of two outcomes, neither of which I think is good. Either there is gridlock between two branches—between the executive and the legislative like we have now, no decisions get made—or in response to that, the legislature delegates a huge amount of authority to the executive and turns it into a kind of executive dictatorship. ... So, for all of those reasons, I really think that parliamentary systems, where the executive is an emanation of the legislature—they just tend to work better.” (Commonwealth Club 2016)

治之存亡，甚至让人民付出血的代价……上百年来，中国人民已经为政治流了太多的血，虽然中国大陆未来的民主转型之发端是否会伴随着流血不得而知，但待到民主转型启动之后，制度设计的细节直接关乎流血冲突之可能性的大小，让我们珍惜每一个人的生命，让人民在未来的民主实践中避免流血。

（5）“第三波民主化”浪潮中，许多亚非拉国家选择（或继续实行）总统制，这是不争的事实，但这一现象的主要原因在于宪政发展历程的“路径依赖”⁷⁰和美国的影响。这些国家的大多数，都是在总统制之下发生宪政崩坏后重归民主的，它们由于“路径依赖”而沿用总统制这一事实绝不为总统制贴金。

国际民主及选举协助机构（International Institute for Democracy and Electoral Assistance，简称 International IDEA）2005 年出版的《选举制度设计》（*Electoral System Design*）手册有一段令人慨叹的话语，大意是：鲜有实行总统制而长期维持民主的国家，但拉美、东南亚的一些国家执意沿用总统制，所以现在的问题是如何帮助它们设计配套制度以使总统制行得通……云云⁷¹。总统制的内在缺陷（行政与立法双重民意授权和总统大选的零和赛局性质）不可能被配套制度所改变（如果去除了二者之一就不是总统制了⁷²），所以笔者认为，如果这些国家在总统制的轨道上重归宪政之后宪政制度得以巩固，那么主要的原因在于其宪政实践（包括宪政崩坏之前的实践）经验教训的积累和国民宪政素养的提高。中国大陆远离宪政已六十余年（之前只有宪政的雏形），中共统治亦造成人心的败坏，如果贸然采行总统制，后果不堪设想，恐怕不来一两次宪政崩坏是达不到稳定状态的！

⁷⁰ 政治领域的“路径依赖”（path dependence），亦称“制度惯性”（institutional inertia），参看 Alexander (2001)，Cheibub (2007: 152)。

⁷¹ Reynolds, Reilly, and Ellis (2005: 8)。原文“commitment to presidentialism”，笔者认为结合上下文和历史背景译作“执意沿用总统制”较贴切。

⁷² 顺便说一下，“集体总统制”（collegial presidency）在少数国家有过不成功的尝试，在当代政治语境中不复存在，学界对总统制和议会制的讨论之中通常将其排除在外。

质疑十五：恢复施行中华民国宪法，就一定能使中国避免重蹈俄国的覆辙吗？

回答十五：俄国的现状，不是中国的宿命，因为中国不但有改进型议会制性质的中华民国宪法（1946 年原文），而且有台湾多年宪政实践过程中千锤百炼而得的司法院释宪体系（尤其重要的是司法院透过释宪而对立法权和行政权做出的极其严格的限制，这些解释与台湾的宪法增修条文无关）。中国大陆的民主转型，不要求助于台湾，但在大陆制定的中华民国宪法（需要略作增修）和在台湾形成的释宪体系（包括一个个活生生的案例）可以由我们直接拿来，成为人民自由的有力保障。在中国大陆宪政构建的诸多选择中，这是最佳的选择。

回顾独联体各国二十余年来的轨迹，不难发现，萌芽状态的自由民主政体，加以总统制或半总统制的制度选择，在具有深重的专制传统的后共国家很难抵御威权逆流⁷³，俄国就是典型的例子（至于哈萨克斯坦这样从未真正经历民主转型、自独立伊始即笼罩在威权阴影下的事例，对我们现在讨论的中国大陆民主转型并不具有直接的参照价值）。中国大陆的民主转型过程中，可以说威权逆流是不可避免的，在事关自由民主制度存亡的关键时刻，台湾的释宪体系和宪政经验会产生强大的感召力和遏制力，和从零开始的摸索相比有更大可能帮助民主政体度过危机，巩固宪政制度。虽然这不是 100% 的包票，但和其他选择相比，民国宪法加以取自台湾的释宪体系更有利于宪政巩固，对威权逆流有更强的抵抗力。

此外，笔者曾在 2014 年 5 月召开于旧金山的“民权研讨会”上发言指出：“人，具有恶性。中国人，我认为尤其需要警惕，因为中国大

⁷³ 威权逆流往往体现为总统扩权（Frye 2002: 82-83, 99-103），总统直选的制度恰恰为总统提供了携民意以自重的机会。有学者认为，总统扩权是总统制的特征，“总统制”的概念指的就是权力和权威流向总统，这一过程可能经历漫长的岁月，也可能迅速发生，尤其容易发生在缺乏宪政传统、仅仅在选举程序这一肤浅层面落实民主的国家（Mezey 2013: 9, 65, 214）。即便是在宪政民主制度业已巩固的西方民主国家，总统直选也可能造成政党的“总统化”（Samuels and Shugart 2010）。中国大陆未来的民主政治经得起“总统化”吗？

陆的人民已经喝了共产党的狼奶六十多年，许多人就是喝着狼奶出生长大的。……我认为这样的评价是客观的：在转型的过程之中，中国会有一群人来争当国父，争当宪法之父。考虑我们中国大陆多年来的这样一种状况，我们一定要警惕！如果现在有人戴上了国父的光环，披上了宪法之父的外衣，他们将来能否遏制个人虚荣心和自信心的恶性膨胀，能否保持灵台的一点清明，我很怀疑。……如果我们回到中华民国宪法的轨道，那么民主中国的国父只有一个就是孙中山，宪法之父只有一个就是张君勱，他们都已经都是古人了，他们的功过是非自由后人评说，但是他们不会再进一步犯错误了，我们至少可以减少一种担忧，就是活着的国父、活着的宪法之父将来有可能权力恶性膨胀。”⁷⁴ 这是民国宪政道路所独具的优势。

质疑十六：要想在恢复施行中华民国宪法的同时承认台湾释宪体系的相关部分在大陆的效力，是否需要征得台湾人民的同意？

回答十六：我们不妨拿英美作为参照：美国司法体系的健康发展，在很大程度上是由于美国承袭了英国数百年发展而成的普通法体系；美国独立后，英国能禁止美国沿用其普通法吗？美国宪法被许多国家效法，美国管得了吗？所以，台湾的释宪体系中可为大陆所用的部分，大陆只管拿来用！这是公共领域的财富。

顺便指出，中国大陆的民主转型，必须，也只能依靠大陆人民的力量，我们切不可寄希望于台湾政界出手相助（台湾偏安日久，积重难返，笔者甚至担心台湾政界有可能由于短视和“台独”情节而对大陆民主化起到破坏作用）。台湾问题的和平解决，并不是本书的话题，但台湾释宪体系的可用部分在大陆的生效，以及大陆对台湾的一般法律和判例之中可用部分的虚心承袭，对台湾问题的解决将起到正面的作用。

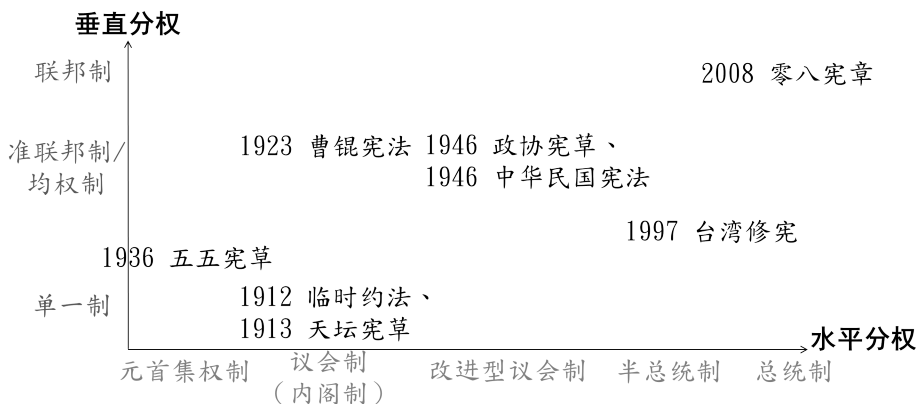
小结

上述问答涉及了政府权力的垂直分权（中央地方之间）和水平分权

⁷⁴ 丁毅（2014：47）。

（各个机关之间）的问题，笔者试用下图在这两个维度上标出中国自辛亥革命后各种宪政制度构想的大致坐标⁷⁵：

图表 1



上图中，政协宪草和以之为蓝本的中华民国宪法居于中间位置，与“中庸之道”相合：在央地关系问题上不走极端，依据事务性质而妥善分权；在政府分权（尤其是立法与行政之关系）问题上不偏于立法独大，也不刻意制造立法与行政部门的对抗，而是在依法治国和责任政治的原则下赋予行政部门一定的自主权来促进政治的稳定。

垂直分权和水平分权这两个维度中，前者的不同坐标由于当世联邦制民主国家实行“合作联邦制”、单一制民主国家强化地方分权而日趋混同（也就是说，垂直分权这一维度正在走向坍塌），所以后者对转型初期的政治发展和民主巩固具有更为重要的意义。着眼于水平分权的各种类型（不考虑早已走入历史的“元首集权制”），如果套用“上中下策”的模式来评估中国大陆未来的宪政制度选择，考虑到中国大陆被中共统治六十余年的现状，考虑到比较宪法学和比较政治学的主流共识，即议会制有助于宪政巩固、总统制容易发生宪政崩坏，那么：

（1）上策就是对改进型议会制性质的 1946 年中华民国宪法略作增

⁷⁵ “零八宪章”虽然没有明文主张总统制，但由于美国宪法在中国大陆知识界的影响，暂且将其水平坐标定位于总统制。

修之后恢复施行，更有一个上上之策就是连带着把司法院在台湾多年释宪而成的“不成文宪法”之中不涉及在台增修条文的部分也一并拿来。虽然不能保证万无一失、虽然这套制度并非完美无缺，但和其他选择相比，这是更有利于宪政巩固、对威权逆流具有更强抵抗力的选择。

此外，民国宪法之总统虚位、行政院长主政的政治架构对中国大陆人民而言并不陌生，因为中共所设置的“国家主席”职务本质上是虚职（如李先念、杨尚昆），近二十余年来中共党首担任此职，但其权力来自党内。在这个意义上，民国宪法之改进型议会制对中国大陆的具体国情而言符合“路径依赖”。

（2）中策是效法德国，制定一部议会不可随意倒阁的改进型议会制新宪法。在中国大陆，由于缺乏宪政实践，这样的新宪法对威权逆流可能缺乏足够的抵抗力，即使它在字面上达到或超越了民国宪法的高度，也只是搭建了宪政的骨架而缺乏血肉，不可过于乐观。

至于议会可以随意倒阁的传统议会制，在国会选举制度上不管是英国式单席选区制还是欧陆式比例代表制，在中国大陆这样严重缺乏宪政传统的国家很可能显现严重弊端，可以称为中下之策。

由于美国总统制的强势影响，总统制在中国大陆知识界和民间可谓深入人心，对议会制有足够了解者属于少数。所以，如果重新制宪，制定出议会制宪法的可能性也许不大。

（3）下策是制定一部总统制或半总统制（全民直选总统）的新宪法。半总统制的“总统优越”类型可谓下下之策；“准议会制”类型在欧洲的表现可圈可点，但笔者认为只要总统是直选的（美国这样与总统候选人挂钩的选举人团制也算直选）⁷⁶，威权传统深重、人民缺乏宪政

⁷⁶ 有研究表明，总统直选会加剧议会中政党的碎片化（Shvetsova 2002: 69-73），碎片化的议会恰恰助长总统扩权的倾向（Frye 2002: 82, 93），上述两个效应无异于恶性循环，在缺乏民主传统的后共国家尤其容易导致总统的威权化。有必要指出，一些研究显示，总统制国家议会中政党数量的增加并不是简单的加大了民主崩溃的风险，有效政党数量大于 5 反而会降低这一风险（Cheibub 2007: 96, 98）。但是，必须注意的是，这些研究的对象多为有多年、多次民主尝试的国家（例如拉美国家），所涵盖的后共国家数量较少、时间段较短。

素养的中国大陆就很难复制“准议会制半总统制”在欧洲的成功。

许多人仅仅看到了美国宪政的一点皮毛、不了解世界各国宪政实践的经验教训就奉总统制和美国宪法为圭臬，他们中的大多数确实出自公心，并没有做着总统梦，但指望效法美国宪法而复制美国的成功实属幻想。笔者愿意提醒两点：其一，孔子曰“思而不学则殆”。一些学者和民主人士在自己的专业领域是有学识、有建树的专家或权威，但对宪法学和政治学知之甚少，甚至只认准美国制度⁷⁷，粗通美国联邦宪法条文的字面意义、观察了美国联邦宪政的表层运作（并且对美国宪政体系的重要组成部分——各州宪政制度非常缺乏了解）就自以为可以为中国设计新宪法了，不屑于学习宪法学和政治学领域的研究成果与美国制度之外的实践经验⁷⁸。“思而不学”又急于制宪，将来政局动荡引发肯尼亚

⁷⁷ 西方也有这样的“外行”，对美国宪法推崇备至，把美国宪法的一揽子宪政制度当作适用于别国的灵丹妙药。例如，美国专栏作家托马斯·弗里德曼在2011年9月7日CNN电视台播出的专访中提出“the only thing I worry about China is when they steal the things that are hiding in plain sight in America. When they steal the Declaration of Independence, the Constitution... when they start to copy those, that's when I'll worry about China. But if their plan to get rich is to steal our intellectual property... we'll always be inventing something new faster than that.”（CNN 2011）

2015年，他在中国重复了类似的说法：“美国人有一件知识财产，中国人还没有来拿，这个东西就摆在光天化日之下，人们却视而不见，那就是我们的宪法，我们的独立宣言和权利法案。如果有一天中国人把这个也拿走了，那我们美国人就真的要担心了，因为这个地方会变成创新的动力中枢。”（《纽约时报》中文版 2015）这两段话的大意，在国内被张冠李戴到了早已过世的诺贝尔经济学奖得主米尔顿·弗里德曼头上广为流传。就自由民主价值而言，上述论断不无道理；就具体的宪政制度选择而言，如果中国真的拷贝了美国宪法，美国人需要担心的恐怕就不是中国成为创新中枢对美国造成的威胁，而是中国大陆民主转型失败对世界和平与稳定造成的威胁了。

⁷⁸ 笔者感到十分痛心的是，目前身陷囹圄的一位维权运动领袖人物入狱前撰写了盲目推崇美国制度的文章，从其内容不难看出作者对相关学术研究和各国政情并不了解就急于下结论。身负民望与道义力量的政治人物如果草率推动总统制宪法的制定，到头来很可能为反宪政的威权人物做嫁衣，后者善于利用人性的弱点蛊惑人心（参看 Mezey 2013: 172-175），借总统直选而攫取权力（不可否认，后者在议会制之下也有机会，但总统制突出候选人个人而不是政党，更有可能让“黑马”胜出，例如委内瑞拉的查韦斯）。

笔者不知道鼓吹总统制的民主人士是否有担任总统大显身手的愿望——这种愿

式的流血冲突或俄国式的威权复辟，祸及自身事小，祸及他人、祸及国家民族事大。其二，美国谚语曰“魔鬼在细节之中”（The devil is in the details），如果不去悉心探究总统制和半总统制在美国和其他国家宪政实践中的细节，嗜血的恶魔会躲藏在细节中偷笑。丑话说在前头，目的是让大家保持清醒的头脑，不致被浪漫的理想蒙蔽住审视历史与现实的目光。

对宪法学和政治学深有研究的异议人士、学者王天成先生推崇议会制、不赞成总统制和半总统制，但出于对后共国家的观察而推测中国大陆将来更可能选择半总统制⁷⁹。倘若这个预测应验，中国大陆转型之后很可能步俄国后尘走向威权化。如果没有中华民国宪法和台湾的司法院释宪体系，那么笔者可能会赞成王天成先生的推测，或者说无奈的接受这个宿命。中华民国宪法和司法院释宪体系是天赐的宝藏，使中国大陆有机会摆脱这个宿命。为了避免重蹈俄国的覆辙，为了增进中国人民的自由，让我们选择这个宝藏。切记：天与不取，反受其咎！

（本书导论初稿发表于2014年8月《黄花岗》杂志第48期）

望本身没有什么不好，但是，议会制之下的总理不也可以大显身手服务于人民吗？需要警惕的不是成为领袖的雄心，而是对总统制的盲目推崇——这一制度和议会制相比有更大可能导致中国大陆民主进程的重大挫折！但愿心仪于总统制的中国大陆民主人士能够保持开放的心态，在制度抉择的关头不致一意孤行。

⁷⁹ 王天成（2014：28）。

第一章 民国宪法的思想基础

中国大陆未来的民主转型过程中，以宪法为中心的宪政制度设计是至关重要的问题。中国大陆应当选择怎样的宪政道路？许多致力于民主事业的自由派人士出于对美国的景仰而心仪于美式制度。美国是人类历史上第一个宪政民主共和国，其宪政制度自美国宪法于 1789 年生效以来保持了极强的稳定性，合理之处自然应当借鉴。但是，出于常理，历史上首创之物几乎没有可能是近乎完善而普遍适用的。美国宪政制度的某些缺陷，美国承受得起，中国能否承受得起？美国最高法院金斯伯格大法官曾建议新进民主政体不要效法美宪⁸⁰，这一建议确有事实依据：美国国内，联邦政府效率之低下、政争之严重，在西方民主国家中属于异类；美国之外，世界各地采用美式总统制的国家鲜有民主政体的成功范例。反之，议会制是成熟民主政体的主流，即使不考虑君主立宪国家，议会制在民主程度高的共和国之中亦占据压倒多数的地位。这些国家的宪政晚于美国，其制宪者不可能不考察美宪，最后却不选择美式制度，这是很能说明问题的。但是，议会制就制度细节而言有多种版本，而且民国初年临时约法时期多次发生的府院之争也似乎表明中国的文化背景使得总统难以安于完全虚化的地位。此外，议会制与总统制之间还有过渡形态，如法国的半总统制，但半总统制在民主转型阶段亦有可能招致严重弊端。从外国宪政制度中找到适用于中国的样板，并非易事。

放眼世界、审视各国宪政制度之余，我们一方面必须深入分析中国大陆的国情与民情，另一方面不可忽视历史的传承——中共建政之前，民主宪政早已是众多志士仁人奋斗多年的目标；1946 年制宪国民大会在多党协商而成的“政协宪草”基础上审议通过的中华民国宪法，已

⁸⁰ NPR (2012)。

经为中國大陸宪政道路问题提供了极佳的答案。

民国宪法是中国迄今为止最优秀的一部宪法，经增修后仍施行于中华民国自由地区，所以也是中国施行最久的宪法。民国宪法在台多次增修，是国家统一之前因应中华民国台北政府有效管辖区域和南京政府相比大为缩小的局面而对政体架构作出的临时调整，人民权利条款保持不变。台湾解除戒严后迅速成为自由社会，说明民国宪法对人民权利的保障是切实有效的。

民国宪法原初条文所规定的政治架构，包括国民大会制度、改进型议会制（又称修正式内阁制）和中央地方均权制度，是诸多先贤总结西方各国宪政实践的经验教训、针对中国具体国情民情而提出的适当方案，至今仍然切合中国大陆的现实。本书将从意识形态、政体架构、地方自治和基本国策的角度，以政体架构为重心，介绍民国宪法之要义。

仅有一部宪法尚不足以确立宪政制度，还需要一套制度细节作为补充，所以本书对民国宪政制度细节（例如选举制度）的进一步优化作出展望，以期中国大陆人民选择民国宪政道路，顺利实现民主转型。

第一节 孙中山遗教与三民主义

民国宪法前言以“孙中山先生创立中华民国之遗教”为制宪依据，正文第一条有“中华民国基于三民主义”之说，而且国民大会、五院政府、均权制度等基本政体架构皆源于国父孙中山先生之主张，其根本的思想源流是显而易见的。下文将从三个方面分析之：

一 如何看待“主义入宪”

在简要介绍三民主义的历史传承与现实意义之前，有必要指出，孙中山遗教与三民主义写入宪法的做法虽然不符合各国宪法惯例，但这是1946年制宪过程中为了照顾国民党人的感情而采取的必要之举，而且使用了虚化措词。民国宪法的主要执笔人、代表民盟出席政协会议的张君勱先生在《中华民国民主宪法十讲》中专门作出了如下说明：

“吾们国人应知道一国家的成立，各党各人都可以有所贡献，不必互相排斥，互相诋毁，专门是己而非人。我们拿定‘道并行而不相背’的原则，自然心胸广阔，国家的事可以由各方面的人殊途同归地建筑起来。……我们生长在中华民国，无论如何不能不承认中华民国的创造是由中山先生发动的。他的三民主义、五权宪法，从清末到抗战之中，一直是形成政治上一种大力量。假定国中各政党采取互相对立的态度，对他党的政纲专以驳斥为事，这种态度决非国家之福。所以对于中山先生的遗教，已经有所成就的，大家要明白承认，他遗教中不能适用于今后的，也要明白说出，使今后有所改进。这是我们起草新宪法的态度。……宪法前文中有‘依据孙中山先生遗教’的字样；第一条更有‘中华民国基于三民主义’的字样；第五章以下的分章方式，无非要使国人知道前人的功绩，同时要全国人知道一国的制度亦决非一个人的思想所能支配，必须靠一代一代的思想来追加增补的。”⁸¹

1946年参与制宪的国民党外人士如张君勱先生并不认同三民主义，却能以大局为重，承认孙中山遗教和三民主义具有一定意义上的奠基作用，从而促成制宪共识，这种态度值得我等后辈效法。“主义入宪”时常被人用以攻击民国宪法，但我们如果以一颗平常心，暂且接受这一历史形成的事实，那么不难注意到，民国宪法第1条中的“基于”二字是关键字——三民主义是基础而不是羁绊⁸²，在基础之上发展，没有排他性，这一点在台湾透过政党轮替而得到了证明。

顺便说明，有一种观点认为民国宪法第1条提及三民主义之后即把中华民国定性为“民有民治民享之民主共和国”⁸³，乃用林肯的“民有

⁸¹ 张君勱（1947：139-141）。

⁸² 根据政治协商会议秘书长雷震（2010a：124）的记述，国民党法律专家林彬、史尚宽等在政协宪草审议过程中对“基于”二字提出异议，认为应该改为“遵照”或“依据”。在这一史料的参照下，“基于”二字的非教条性和开放性也就非常明显了。2008年出任大法官的法学家陈新民（2015：64）指出“基于”二字意味着“并非完全必须‘依照’三民主义，而有弹性”。

⁸³ 顺便指出，以自矜著称的法国在其第四、第五共和国宪法第二条亦规定法兰西共和国的原则是“民有、民治、民享的政府”（gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple）。法学家谢瀛洲（1947：31）认为“民有、民治、

民治民享”⁸⁴取代孙中山的“民族民权民生”，但这显然是望文生义，不符合制宪过程中的考量。而且，“民有民治民享”在宪法第1条的文句结构上也与其前所提及的三民主义无关⁸⁵。

民享”可用于政体但不宜用于国体；笔者以为这一责难有吹毛求疵之嫌，而且体现了“天下为公”理念的“民有”二字和包含了一定程度的“直接民主”意味的“民治”二字用于国家比用于政府更为妥当（民国宪法具有某些“受节制的直接民主”成分，见本书第二章）。法学家阮毅成（1946 [1980: 30]）即赞成民国宪法第一条的提法，并指出孙中山先生在《民权主义》演讲中已有“民有民治民享的国家”之说。

⁸⁴ 林肯原文“government of the people, by the people, and for the people”之确切含义有一定争议，例如翻译家钱歌川（1981: 226-228）认为“of the people”作宾格解、指的是“治理人民”，笔者对此不敢苟同。虽然在一定的上下文中（包括林肯的其他论述中）government of the people 可以指“治理人民的政府”，但在林肯之葛底斯堡演说的上下文中如果采用这一解读就未免无病呻吟。1863年出生的美国思想家 Santayana (1950 [1995: 396-397]) 回忆起他学生时代同学们朗诵林肯的名言、近乎怒吼般的喊出三个介词之时，除了他以外也许没人把“of the people”当作宾格，而随着林肯名言的符号化，这一语句在公众心目中的含义已经确定成为所有格（但是强调的并不是简单的“拥有”而是“人民性”，即政府官员来自人民而不是特定阶层）。“By the people”固然涵盖了“民选”即“间接民主”，但将其含义局限于“民选”则有失片面。Santayana (1950 [1995: 408]) 如是说：“Government by the people, except in small, simple, and previously disciplined communities, is therefore something elusive and ambiguous.”如果“by the people”仅仅是“民选”之意，又怎么可能捉摸不定而模糊呢？Santayana 的上下文中多次使用 self-government 的表述，含义不言自明。最后，我们再看一段当代的英文资料：“...perhaps the best short definition [of democracy], penned by Abraham Lincoln at the end of his Gettysburg Address of 1863... Democracy requires more than that some ruling elites govern for the people. Democratic government must also emerge out of the people and be exercised by the people.” (Bessette and Pitney 2012: 9) 这一段引文明显强调了广义的“民治”，不分直接民主还是间接民主；“of the people”则被阐释为“来源于人民”，相比之下“民有”二字的涵盖面更加广泛，但毕竟包含了政权公诸全民而不被王公贵族或精英阶层把持的含义，所以不失为上乘的译法。

⁸⁵ 除了上面的引文，张君勱还说过“……只能说中华民国基于三民主义，是承认民国之造成由中山先生三民主义为主动，至于今后之民国，则主权在于人民，故名曰民有民治民享共和国”（张君勱 1946 [1986: 7]），将三民主义与“民有民治民享”一前一后分开而不是混同起来。不可否认，政协会议的一些参与者（包括张君勱先生）私下确有以“民有民治民享”取代“民族民权民生”的心思，但形诸文字的宪法条文以及张君勱先生的公开论述都不反映这种

二 孙中山三民主义简析

众所周知，三民主义指的是民族、民权、民生三大主义。但是，民族主义、民权主义、民生主义三个名词在三民主义语境中的具体含义经常被误解，有必要厘清：

(1) 孙中山先生所倡导的民族主义，在实现了推翻满清这一消极目的之后，以多元并存的瑞士民族与美利坚民族为榜样⁸⁶，上升到了中华国族构建这一积极目的⁸⁷，并在儒家传统的影响下对弱小民族怀有

取代关系。此外，从程序的角度来看，民国宪法的最终制定者是制宪国民大会代表，所以宪法第一条之所谓“三民主义”的意涵取决于制宪国民大会的主流意见。考虑到国民党籍代表占据制宪国民大会之绝大多数席位并曾试图背弃政协宪草、回归五五宪草，他们不可能放弃“民族民权民生”而将三民主义与“民有民治民享”划等号。

话说回来，“民有民治民享”对“民族民权民生”有从侧面注解说明的作用，制宪国民大会代表、法学家阮毅成（1948 [1980: 39]）即在民国宪法颁行后阐述了这一作用。

⁸⁶ 这里需要区分的两种民族主义类型是以血缘、文化等族裔要素为基础的“族裔民族主义”（ethnic nationalism，清末之排满民族革命即出于此类民族主义）和以政治理念、平等权利等公民社会要素为基础的“公民民族主义”（civic nationalism，瑞士、美国、英国是此类民族主义的典范），其他类型从略，参看 Snyder (2000: 24-25)。“公民民族主义”实则为自由主义者所推崇的以宪政制度为基础的国家认同（参看江宜桦 1998: 106-113, 130-135），尽管自由主义者往往回避“民族主义”的说法。

⁸⁷ “国族”（state-nation）的概念，在孙中山的民族主义论述中有其雏形（兼有法国式单一民族融合和瑞士式多元民族整合的成分，较为强调汉族的主体地位和各族的融合，所以更倾向于法国式）。关于“国族”概念的当代意涵，一个较为全面的论述是 *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies* 一书 (Stepan, Linz, and Yadav 2010)。概言之，国族并不是以文化认同为基础、以各个族群融合成单一民族为目标，而是多民族国家在尊重并保护各个民族之多元、互补的社会文化特质的前提下，透过政治制度和政策的向心力培养国民对国家的认同，国民不分族裔都对全国国民共同体具有油然而生的我群意识。也就是说，每一个公民兼有血缘文化族群意义上和政治国族意义上的两层民族认同，后者与瑞士、美国所代表的“公民民族主义”相合。此书提出下述七个有助于打造国族的制度因素：非对称的联邦制，个人权利和群体承认，议会制政体，全国性的政党和向心的地方政党（参看注 368），政治上整合的各个族群，文化层面而不是分离倾向的民族主义，多元而互补的认同。

“兴灭国，继绝世”的关怀，以世界大同为终极目标，所以**绝不是当前知识界谈虎色变的愤青式狭隘民族主义**⁸⁸。许多人因为某些版本的民族主义的狭隘性与欺骗性而把所有的民族主义一棍子打死，这不是客观公正的态度。

鉴于中国当时一盘散沙、饱受外辱的时局，孙中山提出以民族主义凝聚力量、争取中华民族独立自主的主张⁸⁹。1946年制宪之时，中华民国作为二战同盟国和战胜国已经废除了不平等条约、获得了完整的主权，中华民族业已实现民族独立，所以民国宪法并没有涉及这一议题。民国宪法中“民族”二字出现八次，除了在本国策部分的第156至158条三处指的是国族⁹⁰，其他五处都是作为国族组成部分的族群之意，强调各族平等，并为边疆各族的权益提供保障、扶植其自治。

上述前三个因素已经为民国宪法所包含，后四个因素有待中国大陆民主转型时期促成。

⁸⁸ 从许多国家民主转型的历史经验看，转型过程中很可能发生民族主义思潮的勃兴，甚至由此引发流血冲突（Snyder 2000: 28-32）。如何遏制民粹蛊惑家和军事野心家煽动狭隘的族裔民族主义思潮？一些自由派学者可能寄希望于透过普世价值的宣教而全面遏制各种民族主义，但是，考虑到中共近年来利用民族主义、大肆宣传“勿忘国耻”而造成的不利局面，笔者不看好民族主义被全面遏制的可能性。孙中山倡导的和平、积极的民族主义，加以当代的诠释（尤其是强化“公民民族主义”的因素和多元文化在宪政价值和宪政秩序之下的共存），在民主转型过程中可以起到疏导的作用，把民众的民族主义情绪引导到健康的方向，使之成为民主化的助力。

⁸⁹ 民族主义的一个重要功能就是为“集体行动问题”（collective action problem）提供一种解决方案（参看 Tamir 1997: 233, Snyder 2000: 47）。民国初年“一盘散沙”的中国无力维持一个有效的政府，在袁世凯死后的北洋时期沦为典型的“失败国家”（failed state，例如当今的索马里、南苏丹），饱受外辱，军阀割据混战，这种情况下民族主义思潮应运而生；孙中山先生所主张的民族主义即以对外追求国家自主性、对内追求国家整合为目标（葛永光 1998 [2005: 45-54]）。中国大陆迄今仍然缺乏公民社会，孙中山所痛心疾首的“一盘散沙”现象仍然存在。待到公民社会业已成型、公民责任感深入人心，民族主义将在“公民民族主义”的方向上趋于隐形。

⁹⁰ 有学者认为宪法不宜对国族做出界定，因为国族的“宪法锁定”（constitutional entrenchment）会妨碍少数民族借助政治讨论和立法途径满足自身诉求，反而加剧离心倾向（Alonso 2011: 177-178）。如果这个论断是正确的，那么民国宪法对国族着笔不多就是一个不经意的好处。

(2) 民权主义, 就其含义而言实乃民主主义。据考证, 1919 年五四运动之前“民主”通常用作“君主”的反义词, 指的是由身分为“民”者出任国家元首, “民权”则是英语 democracy 的早期汉译之一, 对应于五四运动后“民主”一词的含义⁹¹。确实, 孙中山《民权主义》第一讲开宗明义: “今以人民管理政事, 便叫做民权”, 继而在第二讲指出“外国很多的书本和言论里头, 都是民权和自由并列”(后者正是现代汉语政治语汇中的“民主和自由”); “自由争得了之后, 学者才称这种结果为民权。所谓‘德谟克拉西’……”⁹²。所以, 作为意识形态的“民权”或“民权主义”应当理解为“民主”或“民主主义”⁹³。

作为人民权力的“民权”则是人民为了“管理政事”而行使的政治权力, 即参政权⁹⁴。孙中山有选举、罢免、创制、复决“四大民权”之说, 这个意义的“民权”当然不是“民主”的同义词, 所以“民权”二字的含义取决于上下文⁹⁵。

孙中山多次考察欧美民主制度, 而且毕生博览群书孜孜不倦, 加以及对民国初年政治经验教训的总结和对中国国情民情的认识, 提出了权能区分原理和具有民族特色的五权宪法主张, 作为其民权主义理论(即民主理论)的主要内容。惜天不假年, 孙中山先生在三民主义系列演讲中

⁹¹ 桂宏诚(2008: 100-106, 2009: 162-165)。

⁹² 孙中山(1924a[1989a: 55, 67-68])。

⁹³ 陈仪深(1980: 21-23)。

⁹⁴ 此处“权力”作“权利”的子集解, 在强调人民作为群体透过投票对政府形成制约之时宜用“权力”, 但强调公民个体参与政治的“参政权”之时亦可用“权利”, 以凸显参政权的宪法保障。

⁹⁵ 刘小妹(2009: 92)指出, “民权”一词可以指“从‘个人的权利’(自由)到‘全体人民的权利’(民主)之间的任何一个比例的‘众人的权利’”, “因时而异、因人而异、交杂多歧”, “然而‘民权’一词的独特魅力和独特性恰恰就体现在此, 它是一个独立的概念, 不能简单地对指自由、权利、民主中的任何一个, 又同时包含、杂糅并融合三者”。在孙中山民权主义的上下文中, “民权”一词的确呈现了复杂的多义性, 除了“民主”和“人民参政权”之意, 在涉及卢梭的“天赋人权”理论的段落还作广义的“人民权利”解。

公开提出权能区分原理之后不久即不幸病逝，未能作出更详尽的阐述。中外许多学者（包括国民党内的一些主流学者）误解了这一重要原理，民国宪法在这一方面遭到的攻击大都纯属误会。本书第二、三章将详细分析权能区分原理及其在民国宪法中的应用和发展。

（3）民生主义，主要包括以民生为历史发展原动力的民生史观和一系列以促进民生为目的的具体政策主张。孙中山先生和许多早期国民党人（如胡汉民先生）有感于中国当时民生困苦、工业落后的局面，在经济政策上具有一定程度的社会民主主义倾向。平均地权和节制资本的主张，如果按照字面生搬硬套，鉴于国情的演变和社会主义经济政策的内在缺陷，势必造成危害（例如印度独立后四十余年发展缓慢）。

民国宪法对平均地权问题采取了务实的做法，以类似于中国传统社会田底权与田面权相区分⁹⁶的方式，解决了“土地属于国民全体”之理念与土地使用权之私有制的矛盾⁹⁷，并透过西方民主国家通行的地产税与土地增值税制度解决了土地收益归属的问题。本书第六章将进一步论证，民国宪法将地产税与土地增值税划归国家的做法，在中国大陆民主转型之后将产生遏制极左势力的效果——以略受左派影响的中道而不是针尖对麦芒的右派制度来遏制极左，在转型时期尤其有益。节制资本问题，民国宪法有关条文相当中允，台湾经济建设实践中亦采用了“活学活用”的态度，不在此赘述。

有必要指出，孙中山虽然在经济政策上略偏左，但绝不认同马克思主义，在《民生主义》系列演讲中从民生史观出发，对马克思主义的阶级斗争和剩余价值等核心内容作出了有力的批驳⁹⁸，丝毫不因为苏俄

⁹⁶ 谢幼田（2010：108-109）。

⁹⁷ 民国宪法第143条规定“中华民国领土内之土地属于国民全体。人民依法取得之土地所有权，应受法律之保障与限制。……附着于土地之矿及经济上可供公众利用之天然力，属于国家所有，不因人民取得土地所有权而受影响。”中国人买地常说“买一块地皮”，因而民国宪法的上述规定是符合中国文化意识的。

⁹⁸ 此外，孙中山在《民权主义》演讲中主张“始初起点的地位平等”、“把平等线放在立足点”，将“把位置高的压下去”造成的“平头的平等”称为“假平等”（孙中山1924b [1989a：78，83]），亦有反对马克思主义的意味。

代表在场而留情面，这说明孙中山联俄仅仅是权宜之计。二十余年后共产党夺取中国大陆，是二战前后国际国内形势之必然性和偶然性综合作用的结果⁹⁹，将之归咎于孙中山即失之偏颇。

三 对待三民主义的应有态度

孙中山的三民主义理论，是宝贵的思想财富，但国民党对三民主义长期持有独占和排他的态度，在党内导致了三民主义的教条化，对外危害了三民主义的说服力和包容性。中国大陆一些认同三民主义的青年也在某种程度上流露了这种倾向，这一现象值得注意。

出于传承和发展的眼光，我们显然不应把三民主义局限在孙中山1924年所达到的高度。孙中山自号“日新”，取自成汤“盘铭”之“苟日新，日日新，又日新”。终其一生，他保持了“日新”的精神，虚怀若谷，学贯中西，在《三民主义》系列演讲中即引用了之前不久西方学者发表的论点，1924年3月30日还在为《民族主义》单行本手书的自序中提出“尚望同志读者，本此基础，触类引伸，匡补阙遗，更正条理，使成为一完善之书，以作宣传之课本，则其造福于吾民族、吾国家诚未可限量也。”¹⁰⁰ 假若孙中山得享高寿，必将继续修订、充实其学说。思想家殷海光先生也在《我对于三民主义的意见和建议》一文中一针见血的指出，三民主义要想有生命力，必须成为一个能够吸收各个

顺便说一下，台湾学者周世辅、周阳山（1992：188）指出孙中山之平等观有别于西方左派如政治哲学家罗尔斯“将聪明才智视为一种集体拥有的资产”之论点。笔者对罗尔斯的一些主要论点并不苟同（简言之，罗尔斯将人的社会抉择视为经济利益权衡之下的纯粹理性选择，忽视了人类道德认知与社会心理的复杂因素，其建构在简单化的出发点之上的某些思辨产物如“最大化最小值”未必经得起深入推敲，也无法在实践和实验中得到验证，在此不详述，参看Gaus 1999：101-106，周保松 2004）。本书附录二即为笔者为促进经济上“始初起点的地位平等”而提出的一种设想。

⁹⁹ 有必要指出，截至西安事变，共产党在中国境内业已式微，如果没有日本侵华，败逃苏联在所难免。反过来，即使没有国民党1920年代中期的联俄容共政策，日本侵华亦势必给共产党提供趁乱坐大的机会，希腊、南斯拉夫等国即为例证。

¹⁰⁰ 孙中山（1924a [1989a：1]）。

领域最新研究成果的开放系统：“近十几年来，对于三民主义研究得最努力的，我所知道的只有任卓宣先生。可是，他所走的路是钻到三民主义里面加以诠释。这种工作，类似中世纪的繁琐哲学家之注解亚里士多德哲学。这种路线愈走愈窄。……我们看孙先生所作三民主义序文，可知他自己并没有像他底信徒那样，把三民主义当作天经地义的意思。……世界进步得太快了，中国人底知识也有些进步。如果要它跟上时代，永远常新，并且使青年们读起来真正从内心发生兴趣，那么必须来一次改造。改造的工作，必须从吸收现代心理学……、文化人类学等等着手。”¹⁰¹

问题在于，后人对孙中山三民主义理论的诠释、补充和发扬，必然有不同的版本。一个人或一个党如果视自己的版本为正统，就很难避免独占性和排他性的倾向。意识形态的发展性与包容性的矛盾，在操作上可以说是无解的——各个宗教、各个政治理论历史上和现实中的派系纷争，从来无法避免。更为可悲的是，同一意识形态大类之内的不同流派之间，往往因为争夺相同的受众而陷入激烈的斗争，甚至因为极其微小的分歧而血流成河，意识形态截然不同的群体之间却时常相安无事。

上面的问题尽管无解，但三民主义作为载入民国宪法的立宪基础，具有极其特殊的地位，有必要在尽可能多的场合避免纷争。读者可能已经注意到，笔者经常使用“孙中山三民主义”这样的提法。笔者对三民主义与民国宪法的关系有三点意见：

（1）作为民国立宪基础的三民主义，是孙中山晚年著述所定格的三民主义。其基础性毋庸置疑，在历史背景下一定程度的局限性和不完整性也是显而易见的。孙中山身后任何人解释和发展的三民主义，不论影响大小，都不具有立宪基础的地位。例如 1936 年国民政府颁布的五

¹⁰¹ 殷海光（1960：10）。按：引文中“底”字表示所有格，现已被“的”字取代。二十世纪上半叶的惯常用法是“底”表示所有格、“的”表示形容词、“地”表示副词（参看林政华 1996），三者皆为前对后的修饰或界定，在历史上亦多有混用，细分实无必要（“得”字相反，引领补语，后修饰前，所以仍应区分开来）。现在前二者已经合并了；笔者认为“的”与“地”合并为“的”也是大势所趋。

五宪草，在很大程度上符合孙中山晚年的主张，但五五宪草的宪政制度细节设计属于对三民主义的发展，所以不应视为民国宪法的基础（事实上，民国宪法与五五宪草有巨大区别，否则张君勱不可能获得“中华民国宪法之父”的美誉）。

（2）民国制宪者及后人对孙中山设计的宪政制度作出订正和优化，并在制度细节上加以必要的补充，正是对三民主义的传承与发展。为之做出贡献者甚至可能完全不自知，例如民国宪法的主要执笔人张君勱先生并不认同三民主义。国民党所力主的五五宪草存在对西方代议制矫枉过正的成分；1946年制宪过程的各方角力之中，张君勱把宪法草案向西方代议制的方向牵拉，几经反复之后，最终定稿的政协宪草以及以此为蓝本的民国宪法相当接近最为合理的中道。在这个意义上，张君勱对三民主义和五权宪法的贡献属于“无心插柳柳成荫”之举，但既然效果是好的，张君勱的贡献就应当得到承认。

（3）超越了孙中山遗教的三民主义，在具体实践中应当回到最基本的民族认同、民主宪政和民生幸福的层面，以开放式的、有原则的兼容并包精神来面对各种政治思想流派。不应因为某人不表示认同三民主义而为其扣上“反三民主义”、“非五权宪法”之类的帽子，也不应因为某人直接声称反对三民主义而顺水推舟，因为如此声称者很可能误读了孙中山的著述，或仅仅反对其中某些明显具有历史局限性的内容。

三民主义，作为融汇了民族主义、民权（民主）主义和民生主义的政治思想，在多元化的、各有侧重的知识界不一定能够形成广泛的共识，但深究其三个部分，不妨这样考虑：只要不否认民族/国族认同的客观性（不需附加任何以国族整体为单位的政治诉求），不反对民主宪政（不需局限于某种特定的宪政制度形态），不排斥民生幸福的目的（不需主张依靠国家力量来促进民生），就与三民主义的基本原则不相冲突（甚至可以说在原则上相合）¹⁰²。怀有三民主义理念者应以基

¹⁰² 早有学者指出，三民主义“无所不包”，殷海光（1960：9）甚至称之为孙中山的“统战工具”。台湾学者石佳音（2008：25-27，68）对此作出了精辟的总结和论述，并提出三民主义“其实是‘三大问题’——民族问题、民权问题、民生问题”，“是作为一套问题架构而问世的，并不是完整的理论体

本原则而不是制度设计细节为重，尽力与他人合作、共建宪政民主的自由社会，不应强求具体主张的一致，更不应以三民主义为政争的工具。

我们甚至可以这样毫不客气的说：民国宪政所强调的是孙中山三民主义基础上的宪政制度发展，而不是某种版本（包括孙中山所定格的版本）的三民主义。以三民主义为棍棒攻击政敌的做法，将违背民国宪政以及世界各国民主宪政的核心精神。这种做法固然属于言论自由的范畴，但政府及执政党出于宪政义务，万万不可为之背书。

第二节 对民国宪法有影响的其他意识形态

1946 年制宪过程，国民党之外有多个政党参与，其中在意识形态上产生了一定影响的有二：（1）以宪法主要执笔人张君勱为代表的国家社会党（后与民主宪政党合并为民主社会党），主张温和渐进的、具有国家主义倾向的、奉行议会民主政治的社会主义。国社党作为中国民主政团同盟（民盟）的一员参与政协会议，并脱离民盟参加了制宪国民大会。（2）坚决反共并积极参与制宪的青年党（时为中国第三大政党）主张具有民族救亡色彩的国家主义。

共产党在政协会议宪草审议委员会活动期间的主要诉求是推动联邦制以保持其武装割据，在中央层面反而力主议会民主政治以制约国民党。所以，民国宪法丝毫没有受到马列主义意识形态的影响，其审议制定过程中与国民党的三民主义相角力的意识形态，是议会民主制的社会主义和国家主义。

一 议会民主制的社会主义对民国宪法的巨大影响

张君勱先生多次赴欧洲游学考察，深受欧洲社会民主主义思潮影响，接受了奉行议会民主制、主张国家干预经济生活并发展社会福利的

系”，“内容含混固然是其缺点，但是以它作为一套‘问题架构’，反而容易用来因应时局而不断重新定义其内容。”笔者认为这一说法很有道理——孙中山生前试图为三大问题提出解案，但随着时代的发展，问题也在发展，解案必须随之调整，切不可拘泥于教条！

社会主义理念；1946年制宪时，由于德、苏极权教训的反思以及自由主义的影响，他已不再突出国家的功用，并且淡化了社会主义主张¹⁰³。

张君勱主笔的民国宪法放弃了孙中山所推崇、五五宪草所具体化的总统制（总统作为政府权的代表，行政院对总统负责），转而采用改进型的议会制（总统作为人民权的代表，超然于政府五院），这是五权宪法的重大突破和合理发展。张君勱以三民主义的公开反对者的身分主持制宪，以托五权宪法之名、行三权宪法之实为目的，却在效果上优化了五权宪法，功不可没。改进型议会制的细节问题，下文将作讨论。

社会主义的影响，则深刻反映于民国宪法的基本国策部分。除了直接宣传社会主义的国家社会党/民主社会党，青年党之全民福利主张和国民党之民生主义都具有一定程度的社会主义性质，共产党则以苏联式“社会主义”为近期目标，所以1946年参与制宪的四个主要政党都具有某种意义上的“社会主义”倾向¹⁰⁴，说民国宪法由左派政党主持制定亦不为过（青年党因为坚决反共而往往被认为属于极右派，但中国自满清覆灭后即不存在强势少数民族，青年党的民族救亡纲领不包含右翼的民族压迫成分，其他主张仔细分析之下实乃左派主张，恕不赘述）。

这个不争的事实，或许会让一些自由至上主义者和新自由主义经济学者对民国宪法望而却步。但是，自由主义与社会福利实则相容¹⁰⁵，笔者也愿意现身说法：在具有强烈的自由至上理念的同时（曾于《黄花岗》杂志第30期发表《权利与自由的逻辑体系，兼论财产权属于自

¹⁰³ 参看薛化元（1993：41-42，70-71）。尤其值得指出的是，张君勱在制宪前已读过哈耶克的《通往奴役之路》，受到影响。

¹⁰⁴ 异议人士、学者蔡彦臣先生对本书前身《民国宪法要义与宪政制度展望》一文提出指正，认为应当对“社会主义”概念作出澄清，孙中山先生之社会主义思想是基于西方原初社会主义的，而不是马列主义之下的社会主义；前者是“人人享有普遍福利之社会”的政治主张，后者是国家极权主义制造“世上天国”。封从德先生也提出指正，认为需要指明这两种不同的“社会主义”在市场经济、民主政治、公平普选等问题上判若云泥。笔者对两位学者的意见深表赞同，特在此脚注中加以引用并致谢。

¹⁰⁵ 例如，自由主义经济学家哈耶克和弗里德曼不但不反对一定程度的社会福利，而且倡导最低收入保障制度（按：并非最低工资制度），见 Hayek (1994: 133-134, 1979: 55)，Friedman (1951 [2012: 8-9], 1965 [2002: 191-194])。

由》），笔者多年来对民国宪政道路的认同和对民国宪法的推崇，是自由至上主义与民国宪法之兼容性的例证。民国宪法受社会主义影响的基本国策条文，包含了当代自由民主政体无法避免的社会福利制度，而且有助于遏制极左势力，本书第六章将详细探讨。

二 国家主义对民国宪法的些微影响

当代学术意义上的国家主义（statism）泛指国家政权对社会、经济进行一定程度的控制；除安那其主义（又称无政府主义）之外的各个政治意识形态，包括主张最小政府的自由至上主义，都在社会经济理论方面或多或少具有一些国家主义的成分。然而，“国家主义”在1920年代中国的政治语汇中实则为“民族国家”概念基础上之“民族主义”的代名词¹⁰⁶，称之为“民族国家主义”或许更加贴切。这一意识形态不但强调国家积极介入社会经济活动，而且强调人民对民族国家的忠诚¹⁰⁷。如前所述，中华民国不存在强势少数民族这一事实避免了“民族国家主义”的法西斯化。

在民国制宪的具体历史环境中，国家社会党/民主社会党的国家主义成分主要体现为对社会主义的界定和补充（以国家力量实现社会主义），同时主张欧式议会制代议民主政体和社会自由，并不提倡以一定程度的直接民主作为代议民主的补充。青年党则直接以国家主义为基本理念，主张国家至上。虽然青年党针对共产党的阶级斗争而提出了“全民政治”的口号，但其全民政治指的是不分阶级的政治参与，以造就强势政府为实际目的。孙中山三民主义极其强调人民所行使的政治权力，主张人民享有选举、罢免、创制、复决四大民权，随时能够制约政府，称之为全民政治；政府虽然获得广泛授权，但在人民面前并非强势。所以，政治操作意义上的国家主义与孙中山三民主义明显不同。

¹⁰⁶ 笔者找到的关于中国国家社会党、中国青年党的英文资料如 Jeans (1997)、Levine (1992) 都用“nationalism”一词指称这两个党的“国家主义”纲领。

¹⁰⁷ 学者胡卫清指出，国家主义与民族主义的区别之一是国家主义者很少强调国家对人民的责任，只强调人民对国家的绝对服从（转引自彭叶飞 2009：16）。

1946 年制宪时期的政局，则存在着国民党多年训政的事实。训政，并不是三民主义理论的内容，而是孙中山因应中国国情而设计的军政、训政、宪政建国过程中的一环，属于三民主义之外的孙中山遗教。国民党以排他的方式所实行的训政，在效果上造成了一党独大、以党治国的局面，青年党和国家社会党所代表的国家主义者对此极力反对。

制宪过程中，政治制度上的国家主义和三民主义相比毕竟是微弱的声音，所以民国宪法的政治制度设计并没有直接体现国家主义政治理念。但是，宪法前言¹⁰⁸中“巩固国权”四字（不见于五五宪草）似可视为国家主义的烙印。考虑到制宪之前多年内忧外患、共产党武装割据和国民党在中央以党治国的历史背景，此四字以历史的眼光来衡量是妥当的，当时是能够为各方接受的。事实上，美国在经历了软弱无为的邦联政府后制定联邦宪法，也有“巩固国权”的意味。

第三节 人权理念

一 民国宪法的人权保障

基本人权的保障，是宪政的要务，自十八世纪以降即成为各国民主宪法或宪法性法律中不可或缺的部分。孙中山先生于 1920 年 8 月为吴宗慈著《中华民国宪法史前编》所作序文即指出：“宪法者，国家之构成法，亦即人民权利之保障书也。”¹⁰⁹

二战期间发生的一系列大规模侵犯人权的恶性事件，促使国际社会对人权问题加以更多关注，张君勱先生也深受国际人权运动发展的影响¹¹⁰（在《中华民国民主宪法十讲》中称之为“新人权运动”¹¹¹）。

¹⁰⁸ 在比较宪法学的意义上，各国宪法的前言有象征性的、解释性的、实质性的，参看 Orgad (2010)。民国宪法之前言，主要阐述了国民大会制宪的历史背景和目的，其性质当以象征性的政治意义为主，略具背景角度的解释性，但不应视为具有实质性和法律约束力。参看林纪东（1998：25），李震山（2005：196-199），陈新民（2015：54）。

¹⁰⁹ 孙中山（1920 [1989d: 600]）。

¹¹⁰ 1944 年，张君勱发表了《人民基本权利三项之保障》、《两时代人权运动

1945 年联合国宪章提出“不分种族、性别、语言、或宗教，增进并激励全体人类之人权及基本自由之尊重”；张君勱是出席联合国会议的中华民国代表之一，并签署了联合国宪章¹¹²。

1936 年国民政府拟制的五五宪草，包含了十九条人民权利保障条款，其中八条明文列举人民的自由，一条总括人民之其他自由和权利。但是，这九个条文的每一条都包含“非依法律不得限制之”字样（此之谓人权的“消极保障”），如此文式凸显的反而是授权政府立法限制自由，所以遭到了国民党外各界的批评。1946 年定稿的民国宪法，改正了上述弊端（亦即改为“积极保障”）¹¹³。

民国宪法的人民权利保障条款在台湾并未增修，仍然发挥着效力（本书导论分析了司法院大法官在民国宪法原文和西方国家宪政经验基础上积极释宪而形成的人权保障功效，在此不赘述）。例如，出版法于 1999 年废除之后，台湾人民即享有民国宪法所保障的充分的出版自由，这一点已为十多年来台湾出版业的实践所证明。

出版法的废除也说明这样的问题：政府从宪法获得的立法授权，导致人民的自由受到限制；人民不但需要选举出对人民负责的立法机关，而且需要在理念和行动上追求自由，使政府的立法行为尽力避免侵犯人民的自由，并在必要时由人民行使复决权以直接废除不当限制自由的法规。如果一个民主政体的人民并不追求出版自由和信息自由，甚至认为一定程度的出版审查是必要的，那么即使没有出版法也会出现类似的法律以限制出版自由。以自由精神著称的美国，就曾以宪法修正案的方式禁酒（施行十三年后废除）。人民对自由的追求，是保护自由的根本途径，这一点在任何国家都是如此。请牢记张君勱先生的肺腑之言：“我

概论》等文章，参看翁贺凯（2010：115-116）。对张君勱深有研究的台湾历史学家薛化元（1993：100-101）认为张君勱的人权思想经过了从注重自由权到强调社会权再回归自由权的发展、变化和成长；抗战胜利前夕，张君勱已经摆脱了国家主义所带来的极权阴影，社会权不再具有优位，制宪之际强调的是自由权。

¹¹¹ 张君勱（1947：23）。

¹¹² 中华民国是联合国宪章的第一签字国。

¹¹³ 郑大华（1997：430-431）。

愿意奉告诸位一句话，就是：‘你们对自己的权利有警觉性，自然就有宪法’，否则若是你们自己没有胆量维护自己的权利，那么尽管有一篇美丽的宪法，也就是孟子所谓‘徒法不能以自行’了。我对诸位说：人民对于他的权利的警觉性，乃是宪政的第一块础石。”¹¹⁴

二 人权概念的发展性

人权，是一个动态的概念，其范畴至今仍在演变之中。早期的民主宪法，以美国宪法前十条修正案为例，所保护的主要是属于自由权的消极人权（又称“第一代人权”）。中华民国 1946 年制宪之前，具有福利性质的积极人权（即经济社会文化权利，又称“第二代人权”）已经日益成为国际社会的主流共识。民国宪法第二章对人民的自由提供了广泛的保障（详见本书导论回答二），积极人权则多见于民国宪法基本国策部分的政策条款。民国宪法在台增修条文则纳入了环境权等具有集体权性质的“第三代人权”。

但是，鉴于人权概念的发展性，强求在宪法条文及修正案中罗列人权并不现实。更为务实的做法，是承认国际人权公约的超宪性¹¹⁵，并且透过立法和释宪途径来逐步落实尚未见诸国际人权公约的新兴人权¹¹⁶。

¹¹⁴ 张君勱（1947：11）。

¹¹⁵ 国际人权公约的国内效力在不同国家取决于其宪法模式或相关规定而有所不同，包括一般法律位阶、高于一般法律但低于宪法的高级法位阶、宪法位阶甚至直接入宪（法学家张文贞 [2015：11-18] 称之为“宪法的国际化”）。俄国宪法第 46 条规定每个人都可以在穷尽国内法律的人权保护途径之后依据俄国所缔结的国际条约诉诸国际人权组织，更加蕴含了国际人权条约的“超宪”色彩（但是，普京威权统治下的俄国已于 2015 年 12 月立法授权俄国宪法法院在国际法庭判决违反俄国宪法优越权的情况下裁定国际法庭判决无法执行，从而阉割了这一极其进步的条款）。笔者认为俄国宪法第 46 条值得中国借鉴，但获得“超宪性”的国际人权条约之批准途径宜比照修宪案之标准，若在立法部门获得过半支持但未能达致修宪案所需票数，则仅具有法律位阶或高级法位阶。关于国际人权诉讼制度的详细讨论，参看廖福特（2009）。

¹¹⁶ 法学家陈新民（2015：128）指出，立法者对新兴人权的裁量空间使之获得一个“成长期”，释宪机关也可以“助长”之。

三 人民义务问题

需要进一步讨论的是人民义务入宪的问题：民国宪法规定了人民纳税、服兵役、受国民教育之义务，有人为此而诟病之。殊不知，政府的要求与人民的义务构成法理上的相依关系¹¹⁷，例如美国宪法虽然没有明文规定人民纳税的义务，但授予政府立法征税的权力，导致政府可以依法要求人民纳税，也就构成了事实上的人民纳税义务。

所以，民国宪法所规定的**人民依法履行的义务应当反向理解为对政府的立法授权**，政府不依据法律则无法强迫人民履行义务。例如，人民依法纳税的义务经司法院大法官释宪而形成“租税法律主义”（释字第 217 号“人民仅依法律所定之纳税主体、税目、税率、纳税方法及纳税期间等项而负纳税之义务”），起到了限制政府权力的功效，政府行政部门无法以行政命令的方式随意征税。

或许有人会为了文字的美观而主张删除宪法中的人民义务条文，这无异于掩耳盗铃，着实不可为之。义务兵役制之存废，则是单列的议题，不在本书讨论范围之内（值得注意的是，欧洲一些老牌民主国家的宪法规定了人民服兵役之义务）。

第四节 各国宪政的经验教训

中华民国肇始之时，宪政民主共和国在全球并不多见，美国宪法与法兰西第三共和国的宪法性法律在民初制宪的尝试中起到了参考作用。第一次世界大战导致了一系列宪政民主共和国的建立，张君勱先生曾极力推崇德国魏玛宪法，但魏玛德国宪政惨遭失败，为中国制宪事业提供了很有价值的反面参照。

透过简单的对比，以及张君勱的自述，不难得出结论：民国宪法略受美国、加拿大等国宪法的影响，更多的是借鉴德国魏玛宪法的成败，吸取其合理因素，而针对其教训作出改进。下面暂对民国宪法之中央政

¹¹⁷ 司徒一（2009：155，160）。

府制度设计与德国宪法和美国宪法略作比较：

德国魏玛宪法是世界上最早的半总统制宪法之一，试图以直选产生的总统在议会与内阁之间起到协调作用，总统有权任命内阁，也有权解散议会，并有紧急状态下的独裁权，但内阁在正常运作中对议会负责，议会有倒阁权。看似中道的制度，在实施期间暴露了严重的弊端：从初期的议会频繁倒阁到后期的总统独裁，原本意图在议会制与总统制之间实现平衡的半总统制沦为从一个极端到另一个极端的震荡¹¹⁸，直至宪政被纳粹政府终结。

作为参照，这里顺便介绍一下晚于民国宪法的 1949 年德意志联邦共和国基本法。后者吸取了魏玛宪法的教训，采用了改进型的议会制：总统改为虚位，不能直接组阁而必须向议会提出总理人选，也失去了解散议会的权力（改由总理行使）和紧急独裁权。议会则受到“建设性倒阁”规定的限制，必须选出新任总理后才能对现任内阁提出“建设性不信任案”。建设性倒阁制度，加以政党进入议会的最低门槛制度（避免小党林立），确保了德意志联邦共和国政局的长期稳定¹¹⁹。

民国宪法的制度设计，则是另一种类型的改进型议会制。行政院长的产生方式与德国基本法类似（总统对行政院长的提名需要得到立法院的同意），但立法院没有单方面发动倒阁的权力。行政院长征得总统核可之后可以把立法院的决定打回去覆议（类似于美国总统的否决权），立法院需要三分之二多数票才可推翻否决。此制度吸取了美国宪法的经验，如果行政院长在立法院内的支持跌至二分之一以下，只要不低于三分之一，并且获得了总统的支持，那么行政院长就站稳了脚跟，类似于

¹¹⁸ 台湾学者沈有忠（2009：158-159，2011：43-46）因德国魏玛宪法的这一特征而称之为“分时式”、“填补式”的二元行政，属于这一类型的还包括奥地利、冰岛、斯洛文尼亚等国宪法。值得指出的是，中华民国宪法原文之总统在政局趋于不稳的情况下能够起到稳定政局的作用（参看本书第四、五章），因而具有一定程度的“分时式”色彩，但总统任命行政院长必须得到立法院的同意，也没有解散立法院的权力，而且没有直选所带来的民意基础，所以在任何情况下都没有魏玛德国总统那样的大权，国家政治没有两极震荡之虞。

¹¹⁹ 1949 年至今，德意志联邦共和国仅发生过两次倒阁，其中一次成功，一次未能选出新任总理而失败。

美国总统与国会多数席位分属两党之“分立政府”局面，政府效率低些，但政局大致稳定，避免许多议会制国家频繁倒阁的弊端。由于执政党或执政联盟的解体对其中的小派别或小党没有直接的好处（即使转投他党以形成新的多数集团，也无法仅凭立法院的意志而倒阁），民国宪法的制度可以促进执政党或执政联盟的稳定，所以立法院与行政院对立的局面不会经常发生。但是，如果二者确实发生了严重的对立，以至“分立政府”的局面难以为继，那么民国宪法仍然留有类似于“建设性倒阁”的脱困途径，这一点留待本书第四、五章详细讨论。

有必要指出，民初第一届国会在 1923 年曹锟贿选总统之后曾匆匆通过一部宪法（从未真正施行，一年后随着曹锟下台而被废止，史称“曹锟宪法”）。由于第一届国会 1923 年通过宪法之时合法性与公信力的欠缺¹²⁰，以及这部宪法“经验值”为零这一事实，多年来很少有人主张恢复这部宪法，所以民国宪政道路基本上没有歧义。至于中国大陆恢复中华民国国号但另制新宪的主张，未免有“买椟还珠”之嫌，笔者相信持此看法的朋友们了解了民国宪法的价值之后必将珍视这颗宝贵的明珠。

¹²⁰ 曾有一位喜欢较真的朋友如是说：“曹锟出钱是请国会议员来开会，没有附加条件，怎么能说是贿选呢？”笔者反问：“中国是人情社会而不是美国这样的契约社会，你按照契约社会的规则来理解中国政治，可行吗？”

第二章 权能区分原理详解

权能区分原理，是孙中山民权主义的核心内容之一，也是民国宪法中央政体架构的基本出发点之一。令人遗憾的是，权能区分原理多年来被许多人误读，连带着导致民国宪法的相关内容被误读¹²¹，所以本书在详细阐述民国宪法政体架构之前，首先对权能区分原理做一番解析。

第一节 权能区分的概念

一 基本原理

孙中山在 1924 年 4 月的《民权主义》第五讲中提出了权能区分的基本概念，即人民有权、政府有能：“诸葛亮是有能没有权的，阿斗是有人没有能的。……中国现在有四万万个阿斗……如果政府是好的，我们四万万人民便把他当作诸葛亮，把国家的全权都交到他们。如果政府是不好的，我们四万万人民可以实行皇帝的职权，罢免他们，收回国家的大权。……讲到国家的政治，根本上要人民有权；至于管理政府的人（按：指政府官员），便要付之于有能的专门家。”¹²² 权与能的具体内容，见于《民权主义》第六讲：“欧美对于政府，因为没有管理很周密的方法，所以他们的政治机关至今还是不发达。我们要不蹈他们的覆辙，根本上要人民对于政府的态度，分开权与能。把政治的大权分开成两个：一个是政府权，一个是人民权。……在人民一方面的大权，刚才

¹²¹ 台湾学界通说是中华民国宪法放弃了权能区分（例如李惠宗 2015：484-488），确切的说应该是放弃了“国民党主流诠释的权能区分”。国民党主流诠释实有大谬，应当放弃之！但笔者即将阐释的权能区分原理仍然反映于民国宪法原文的国民大会章节。

¹²² 孙中山（1924b [1989a：107-108，110，113]）。

已经讲过了，是要有四个权。这四个权是选举权、罢免权、创制权、复决权。在政府一方面的，是要有五个权，这五个权是行政权、立法权、司法权、考试权、监察权。用人民的四个政权来管理政府的五个治权，那才算是一个完全的民权政治机关。”¹²³

在权能区分原理的上下文中，“权”与“能”各自有两种含义：

(1) “权”是政治权力，有狭义与广义之分。狭义的“权”指的是对政府人事与法规的最高决定权，在民主社会即为人民权¹²⁴；广义则包含了政府权。

(2) “能”用于人（包括政府官员）即指人的才能¹²⁵，用于政府则可引申为经人民授权而获得的政府权。授权于有才能之人，是应然而且经常能够实现的状态，所以“能”的两层含义具有很大程度的一致性，但无能者获得授权的情况也时有发生¹²⁶。反过来，即使官员有才能，是否获得足够的授权以形成有能政府，仍然取决于人民的意志，所以政府之“无能”往往是因为人民不愿授予政府较大权力¹²⁷而不是因

¹²³ 孙中山（1924b [1989a: 123, 126]）。

¹²⁴ 台湾学界有将“人民权”或“政权”视同“主权”之说（谢政道 1999: 107-110），此说之滥觞似为对孙中山思想有深入研究的美籍学者林白乐（Linebarger 1937: 107）。但是，“主权”与全体国民之“政权”的关系似乎不是等价或重合的关系，而是因果关系，全体国民因为拥有“主权”而有资格行使“政权”，后者强调的是操作性而不是所有权。

¹²⁵ 美国学者林白乐（Linebarger 1937: 107）把“能”用于个人的含义解读为“competency”、“capacity”或“ability to administer”（周世辅、周阳山 [1992: 37] 将之译为“胜任”、“能力”或“治事才能”），相当贴切。

¹²⁶ 孙中山（1924b [1989a: 110]）在《民权主义》演讲第五讲中指出“现在欧美民权发达的国家，人民对于政府都没有这种态度（按：指的是‘把他们当作专门家看’），所以不能利用有本领的人去管理政府。因为这个原因，弄到在政府之中的人物都是无能……”。

¹²⁷ 孙中山（1924b [1989a: 122]）在《民权主义》演讲第六讲中指出“如果在国家之内，所建设的政府只要他发生很小的力量，是没有力的政府，那么这个政府所做的事业当然是很小，所成就的功效当然是很微”。此处政府无能，与官员之才能无关，而是由于政府“没有力”；至于“力”从何来，民主国家“所建设的政府”当然来源于人民的授权，人民如果只想让政府“发生很小的力量”，就不把较大权力授予政府。至于具体的授权方式，除了少数的修宪案

为官员不胜任。

孙中山论述了西方代议政体权能不分和政府时常无能的原因：其一，“欧美人民对于政府不知道分别权与能的界限”（反之，“中国要分开权与能是很容易的事，因为中国有阿斗和诸葛亮的先例可援”）。其二，欧美“各国所行的民权，只有一个选举权。这就是人民只有一个发动力，没有两个发动力。只能够把民权推出去，不能够把民权拉回来”。¹²⁸ 没有罢免、创制、复决诸权，能发不能收，所以欧美人民不放心给政府以较大权力，导致政府无能，人民较为放心，但享受不到有能的政府所可以创造的福利。解决这两个问题的办法在于厘清权能区分的道理，以及在人民的选举权之外落实罢免、创制、复决诸权，使人民对政府形成有效的制约，能发能收。

基于主权在民的原则，人民权（“民权”或“政权”，即狭义的“权”）具有根本性的地位；政府权（“治权”，即“能”）由人民授予而产生，居于从属地位。享有四大民权的人民可以放心授较大权力于政府——人民作为“阿斗”，深知自身能力之局限，所以平时并不行使民权，乐得清闲；在政府未尽职守或严重违背民意并无法说服人民改变看法的情况下，人民可以行使罢免权来提前取消对某些政府官员的授权，或行使创制权、复决权来直接介入立法程序。

孙中山的权能区分原理，加强民权而避免民粹¹²⁹，倡导专家治国但

（例如 1913 年美宪第十六条修正案授权联邦政府征收所得税）之外，在宪法框架下的政治运作中对政府的授权通常是透过立法而实现的，立法则取决于选举，选举中的政治议题和各个政党的施政纲领往往涉及政府在社会经济领域之“为”与“不为”或“多为”与“少为”，西方国家政党轮替也通常发生在主张限缩经济管控和福利开支的偏右政党与反其道而行之的偏左政党之间。不言而喻，孙中山的政治主张明显具有“大政府”、福利国家等“左派”色彩，我等后人切不可机械、教条的方式对待之。

¹²⁸ 孙中山（1924b [1989a: 110, 116]）。

¹²⁹ 政治上的民粹主义（populism）意味着政治蛊惑家（或“魅力型领袖”）装扮为民意的化身、借助民主程序攫夺权力，并且无视分权制衡的原则，伺机逾越宪法授权而行事（江宜桦 2001: 45, Urbinati 2014: 149-153）。权能区分原理之政府有能，不但不是集大权于领袖一身，而且强调政府分权、强调人民权对政府权施加制约，明显有别于民粹主义。

并非精英统治，符合执两用中的中道，体现了高超的政治智慧。

二 “权”与“能”的制衡，以及政府分权制衡

对比权能区分原理与西方代议制度，不难看出，权能区分原理具有二重制衡的特点：首先是人民权与政府权的对立这一最高层级的权力制衡，其次是政府内部权力部门的分立和制衡。¹³⁰

就最高层级的人民权与政府权之制衡而言，虽然人民权具有至上地位，但人民在治国问题上的无能和简单多数决所可能带来的负面效应使得权能区分的制度设计之中必须包含对人民权的缓冲、协调和制衡¹³¹，这一点下文还会详细讨论¹³²。政府权应当服务于人民，而且专家组成的有能政府有更多机会服务于人民，但政府权若行使不当即有可能成为洪水猛兽为害人民，不管政府官员故意作恶还是好心办坏事（有可能是出于良好动机的政策在执行过程中暴露重大问题，但主事官员一意孤行，不愿承认问题）。所以，人民在透过定期选举对政府作出授权之外，还有必要以其他三大民权对政府作出制衡——在政治操作意义上，人民行使民权的可能性即可对政府起到制衡作用¹³³。

就政府内部的权力架构而言，很多人认为孙中山反对制衡，纯属误解。孙中山从来没有反对过分权制衡原则，对蕴含了制衡的三权分立制度不但不是持有否定态度，而且在 1922 年撰写的《中华民国建设之基

¹³⁰ 台湾学者朱谌（1997：21-23）认为权能区分是“两阶段分权”，产生“双重安全瓣”的保障功能：五权相互合作而牵制，形成“第一重安全瓣保险丝”；政权（民权）对治权的监督则为第二重。本书所谓“二重制衡”，与朱谌教授的上述论断相当类似，不同点在于笔者认为政府权对人民权有反向制衡之功用。

¹³¹ 涂怀莹（1986：605，2000：569）。

¹³² 另一个关乎人民权之地位与界限的理论是人民作为一个整体具有“宪法机关”的地位，在宪政秩序之下需要受到宪法规范的制约。此说由德国宪法法院在判决中提出，在德国哲学家哈伯马斯的民主法治理论中得到论证，参看颜厥安（2000 [2005：17-19，27-34]）。值得注意的是，《民权主义》第六讲提及的“民权政治机关”在字面上似可理解为全体人民，但在孙中山所展示的图表的参照下，此“机关”之所指应为国民大会。

¹³³ 参看 Qvortrup (2005: 125)。

础》文中予以赞颂：“三权分立，为立宪政体之精义。盖机关分立，相待而行，不致流于专制，一也；分立之中，仍相联属，不致孤立，无伤于统一，二也。凡立宪政体莫不由之。吾于立法、司法、行政三权之外，更令监察、考试二权，亦得独立，合为五权。”¹³⁴ 这段引文中“机关分立，相待而行，不致流于专制”虽然没有说“制约”或“牵制”，但“待”字在这个上下文中恰恰作“防备、抵御”解¹³⁵，“机关分立，相待而行”意即各个机关之间相互制约！孙中山把这一事实作为三权分立之所以是“立宪政体之精义”的原因之一，怎能说他反对分权制衡呢？¹³⁶

至于权力的平衡，孙中山在这段引文中没有明说（“分立之中，仍相联属，不致孤立，无伤于统一”强调的是权力部门分立之余仍有合作¹³⁷，并未涉及平衡），但他在西方三权的基础上进一步提出将考试权、

¹³⁴ 孙中山（1922 [1989b: 353]）。

¹³⁵ 《教育部重编国语字典修订本》网页给出了“待”字读去声的五种含义，仅有“防备、抵御”与下文“不致流于专制”相合，其他含义如“依恃、凭靠”如何防止专制？而且，若以其他含义解释“待”字，即与下半句话的“仍相联属”相近或重复而不合文法。

¹³⁶ 参看张益弘（1969: 276），田炯锦（1967: 51、59，1973: 111）。台湾学者钟国允（2006: 159）说得好：“……五权分立是主张权力互相制衡的，论者批评孙中山不主张权力制衡，所应攻击的是某些后来者的诠释，却不能算到孙中山的头上。”说孙中山反对分权制衡，不啻“污名化”，请参照王天成（1999）的论断：“共和主义组织政府的一个基本原则是分权制衡，反对分权制衡也就是反对共和政体”！

¹³⁷ “分立之中，仍相联属，不致孤立，无伤于统一”这句话对孙中山思想研究也非常重要。笔者所批评的国民党之三民主义主流诠释全盘否定权力制衡，实乃大谬，但国民党内的一些开明人士对五权宪法也有认识上的误区。例如郑彦棻先生撰写的《中华百科全书》“五权宪法”词条说“三权分立偏重互相制衡，以防止专制，五权分立则分立之中、仍相联属，以发挥整体功能”（郑彦棻 1983），这句话固然没有否定五权的制衡关系（只是说三权偏重制衡，没有说五权不制衡），但把“分立之中、仍相联属，以发挥整体功能”当作五权分立之区别于三权分立的特点和优势，在孙中山引文的对照下显然有误——“分立之中、仍相联属”八个字在孙中山原文中恰恰用于解释“三权分立，为立宪政体之精义”。孙中山撰写的三民主义、五权宪法专著手稿焚毁于 1922 年 6 月 16 日的陈炯明叛变，致使后人研究三民主义、五权宪法只能以他的演

监察权从行政权、立法权中独立出来，目的正是避免行政权和立法权过于强大而产生流弊，隐含了“平衡”之意¹³⁸。

国民党之三民主义主流诠释否定分权制衡，其实也有孙中山先生本人的责任：孙中山 1923 年 12 月在广州对国民党员的演讲中以蜜蜂的分工比喻五权分工，说“蜜蜂合居的也是极多，并且很有条理，他们住在一窝之中，都是分职任事……好像国家一样，有行政、立法、司法种种人员，毫不紊乱。做起事来，既不侵越权限，又能够互相帮助。……好像一个蜂窝一样，全窝内的觅食、采花、看门等任务，都要所有的蜜蜂分别担任，各司其事。总而言之，三民主义和五权宪法，都是建国的方略。建设一个国家，好像是做成一个蜂窝，在窝内的蜜蜂，不许有损人利己的事，必要整整有条，彼此毫无冲突。”¹³⁹ 这段论述所采用的措辞很容易给人以“五权分工合作而不制衡”的印象¹⁴⁰，然而，这种印象来自概念的混淆——孙中山指的是各个政府部门之分工应当明确，职有专司，而不是否定制衡！至于各个部门“能够互相帮助”、“彼此毫无冲突”，这和制衡并不矛盾——比照三权分立，如果三权分立之立法部门与行政部门在一些问题上意见一致，行政部门主导的一些法案很快得到立法部门通过、立法部门提出的一些法案得到行政部门的支持，就发生了互助与合作，但这是否违背了分权制衡原则呢？当然不是。“制约”与“合作”并非反义词，制约之中可有合作，合作之中亦可有制约。所谓“毫无冲突”，在权力分立之明确性的上下文内指的是各个权力部门应当尊重其他部门专属职权之行使，部门之间的制约因为明确分工和互相尊重而不致达到“冲突”的程度（换句话说，制约并不等于冲

讲录为主要依据，庆幸的是孙中山为上海《新闻报》三十周年纪念而作《中华民国建设之基础》，留下了宝贵的资料，足以洗刷后人强加于他的“反对权力制衡”的污名，并帮助后人准确理解三权分立和五权分立的关系。

¹³⁸ 孙中山多次反对“议院专制”或“国会独裁”、主张监察权独立于议会，三民主义主流诠释者视之为孙中山反对权力制衡的证据，殊不知议会权力过大实乃权力不平衡所致，孙中山提出修正方案是为了加强权力的平衡，并非反对制衡。弹劾权改由独立的监察机关行使，难道就不制约行政部门了吗？

¹³⁹ 孙中山（1923b [1989c: 395, 397]）。此演讲又名《宣传造成群力》。

¹⁴⁰ 此类论述的汇总见谢政道（1999: 138-141）。

突)。当然,“毫无冲突”乃“理想状态”,政治运作之实际则是政府部门之间时而发生一定程度的冲突。孙中山对政府部门“毫无冲突”的期待与其说是天真的幻想,不如说是在演讲中为了给国民党员听众鼓劲而采取的“宣传策略”,在效果上有很强的误导性,笔者认为后人有必要持批评的眼光来看待。

国民党主流还有三权制衡导致政府无能之说¹⁴¹,这一误解与孙中山先生“政府有能”之论述有关,但不能归咎于孙中山,只能说国民党理论家们欠考虑。孙中山在1924年《民权主义》系列演讲中反复指出的是人民对政府不放心而使政府无能,并不是分权制衡导致政府无能¹⁴²。二十世纪初叶以降,西方国家的总体发展趋势是政府走向有能¹⁴³,这恰恰是在三权分立而制衡的制度下发生的。

综上所述,孙中山很显然是主张政府分权制衡的,他提出五权分立是为了对三权分立做出补充和发展而不是否定¹⁴⁴。国民党主流之误解,必须予以纠正¹⁴⁵。

¹⁴¹ 谢政道(1999: 140)。

¹⁴² 参看注127。

¹⁴³ 以美国为例,1913年通过的美宪第十六条修正案赋予联邦政府征收所得税的权力,成为美国联邦政府由“小政府”走向“大政府”的分水岭(Garrett and Rhine 2006)。

¹⁴⁴ 笔者在此为方便起见,主要依据孙中山的一段引文;台湾学者许雅棠(1992: 60-66)从《国父全集》摘录十余段引文得出结论:“五权分立是美国三权分立的延伸,至此可信是证据确凿之事。”曾任制宪国大代表、监察委员、司法院长的田炯锦先生(1967: 62)则从学理的角度指出:“……分权是造因,制衡是结果,分权而不互相制衡,乃不可能之事。”

¹⁴⁵ 张益弘着、孙科校订的《孙学体系新论》即对国民党之三民主义主流诠释否定分权制衡的说法予以驳斥(称之为“妄言”),指出“并不是三权牵制而不合作,五权合作而不牵制的”(张益弘 1969: 276-278)。令人遗憾的是,孙中山先生哲嗣亲手校订、认可的佳作,并没有能够在台湾的三民主义研究、教育体系中形成足够的影响,国民党之主流诠释积重难返,谬种流传至今,例如2014年第五版的一部《宪法与立国精神》大学教科书即沿用了五权“分工合作,相辅相成”有别于三权“相互制衡……防止政府的专横、滥权”的说法(林明煌 2014: 7)。五权分立制度难道不能“防止政府的专横、滥权”?在权力制衡的必要性已经深入人心的当今时代,笔者不禁叹息,这种把五权宪法

三 “政府”的定义与定位

进一步剖析权能区分原理之前，还有三个需要厘清的概念。

（一）“政府”的定义

汉语“政府”二字在文言中仅指宰相办公场所，其现代含义是借用古代词汇的外来词，对应于英语 *government*。此词在英国及英联邦国家通常仅指行政机关或内阁（即“政府”的狭义概念），某党执政的英国内阁常被称作某党政府。但是，在美式英语中，此词指的是包含了立法、行政、司法三个分支的全部国家机关的总和（即“政府”的广义概念），美国人指称某党执政的行政机关之时从来不说某党政府，而称之为某党或某总统的 *administration*（可译为行政当局）。广义的政府概念之下，议员、法官皆为政府官员。

孙中山著述中的“政府”一词多为广义，但有时在狭义与广义之间切换，读者需要根据上下文判断此词的具体含义。在权能区分原理的语言环境中，五权政府可以由人民授权获得“国家的全权”（见本节开头的引文）；孙中山在《民权主义》第六讲中亦详细指出：“……分开政府的大权，便可以说外国是三权分立”，“我们现在要集合中外的精华，防止一切的流弊，便要采用外国的行政权、立法权、司法权，加入中国的考试权和监察权，连成一个很好的完璧，造成一个五权分立的政府”¹⁴⁶。显然，这个上下文中的五权政府是广义概念的政府。

有人（尤其是对美国制度和美式英语不了解者）试图以狭义的“政府”概念来理解权能区分原理，认为孙中山所设想的五权政府之立法机关相当于狭义政府下设的立法局，自然是解释不通的。况且孙中山在

与权力制衡相对立的论述莫非是五权宪法理念的“高级黑”？当然，台湾教育体系并非全然如此，例如 2015 年第十五版的另一部《宪法与立国精神》指出“盖五权分立制，将五种治权分由五个机关行使，在相互制衡与分工合作下，限制政府内部权力组织之无限扩张，籍以保障人民之政治自由”，“……五种治权，除了具有权力相互制衡之作用外，并以人民与政府及政府各权力机关间职务上之分工合作为其指导原则”（赖农维 2015：244-245），即为全面、准确的描述。

¹⁴⁶ 孙中山（1924b [1989a：127]）。

《五权宪法》演讲中列举政府五权时明确指出五权之中“立法机关就是国会”¹⁴⁷，所以五权宪法的立法机关是代议立法机关，而不是从属于行政当局的立法局，这一点是毋庸置疑的¹⁴⁸。

中国大陆知识界目前深受美国影响，“政府”一词的广义概念可谓深入人心。但是，在中国从清末走向 1946 年制宪的艰难历程中，来自欧洲和日本的政治概念占据了主导地位。对满清预备立宪和中华民国制宪有重大影响的日本明治宪法¹⁴⁹和德国魏玛宪法之中“政府”一词皆为狭义，在这样的认知背景下，中华民国临时约法、天坛宪草、曹锟宪法之中的“政府”作狭义解也就在所难免了。孙中山提出权能区分理论之后，一些不了解“政府”之广义概念的学者以为孙中山企图把立法权、司法权都集中到狭义政府手中，为此攻击孙中山，实乃误会。但是，以孙中山传人自居的一批国民党理论家也不明就里，发生了类似的误解¹⁵⁰。国民党内不乏熟习美国制度者，如法学家、第一任司法院院长王宠惠先生是美国耶鲁大学法学博士，而且对大陆法系也深有研究，想必洞悉许多国民党理论家的概念混淆，但未能以权威身份加以澄清¹⁵¹。1971-1977 年担任司法院院长的田炯锦先生是美国伊利诺伊大学政治学博

¹⁴⁷ 亦作“立法就是国会”，参看注 37。

¹⁴⁸ 田炯锦（1967：18），陈春生（2014：278）。

¹⁴⁹ 日本明治宪法主要受到德国的影响。1946 年由美军占领当局主导制定的日本现行宪法日文版正文完全回避了“政府”一词，行政部门称作“内阁”。其前言中“政府”一词出现一处，涉及政府的行为所可能导致的战争灾祸，很明显是广义的“政府”概念（政府行为在这个上下文指的是国家行为而不是内阁行为）。此宪法的初稿由美军军官主笔、用英文写成，反映了美式英语“government”和“cabinet”的区分。

¹⁵⁰ 例如，高旭辉教授的《五权宪法中国民大会的几个问题》一文主张国民大会不应设置常设机构，这一主张是正确的，但其所给出的理由是“国父之主张权能区分及国民大会制，就是为了要摆脱国会的牵制，以免妨害政府之能”（高旭辉 1978 [1987：608]），这一理由实乃大谬。

¹⁵¹ 王宠惠先生在学术和政治领域有很高的成就，而且为人谦和，为官清廉，在这些方面堪称楷模。可是，1946 年中华民国制宪过程中与他密切共事的雷震（2010a：222）如是说：“王宠惠对宪法亦有研究，但老于世故，做官有窍门，决不肯多讲一句话。”一叹。

士，曾任制宪国民大会代表，他在著述中对“政府”概念做出了辨析¹⁵²；1976-1985年担任大法官的涂怀莹教授曾赴美担任访问学者，也就此问题予以澄清¹⁵³，可惜国民党内（以及“三民主义教育”课程体系内）的概念混淆已积重难返。时至今日，坚持权能区分理念的台湾蓝营人士已为数不多，可是其所坚持的往往是错误的理解之下形成的教条，令人叹惋¹⁵⁴。

值得指出的是，中华民国宪法原文中“政府”一词出现十余次，多为广义或狭义解释皆可（例如基本国策条文中给政府委以职责、划出权限），亦有少数广义用法和狭义用法¹⁵⁵。

（二）“万能政府”的含义

孙中山在《民权主义》演讲中以促成“万能政府”为运用权能区分

¹⁵² 田炯锦（1973：104-106）。

¹⁵³ 涂怀莹（1986：601，2000：563）。

¹⁵⁴ 值得肯定的是，宪法学家、台湾绿营理论家李鸿禧（2002：18）指出“孙文所指‘政府’，并非一般政治学、法学所指之拥有行政权力之行政机关的狭义‘政府’，而是指拥有全部国家权力之政府机关的广义‘政府’”，这是很准确的认识。但是，李鸿禧教授进而提出“孙文……将权力分立制之权力滥用的性恶论，完全改变为权力运营的性善论，使立场观点变得完全相反。……5种‘治权’，不使依权力分离及分立方法而彼此抑制均衡，无宁反而使这5种‘治权’分工合作”。这正是在国民党对三民主义的主流诠释之误导下形成的错误认识，可惜、可叹。

¹⁵⁵ 宜作广义解的，是第67条“立法院……各种委员会得邀请政府人员及社会上有关人员到会备询”——此条不见于五五宪草而见于政协宪草，力主欧式议会制的张君勱先生使用“政府”一词之时心中所想可能是行政部门，但“政府”和“社会”并列，所以广义解释是较为妥当的。例如，涉及司法院、考试院、监察院之立法自当邀请此三院相关人员到会备询（司法院释字第461解释提出司法、考试、监察三院院长可不去立法院委员会备询，但三院所属非独立行使职权而负责行政事务之人员并不例外）。

明显的狭义用法是地方制度章节把省县“政府”和省县议会并列，显然作行政部门解，这一用法来自国民党拟制的五五宪草。虽然笔者希望避免概念，但“政府”一词的两个含义都是客观存在的，注意依据上下文辨析即可。将来如有可能，似可考虑将狭义的省县“政府”改称省县“治府”（取“治”字隐含的“执行”之意），甚至取法“曹锟宪法”，将“省政府”改称“省务院”。

原理的目的,在这个上下文中,“万能政府”指的是在涉及人民福利的方面获得较大的授权、有充分能力服务于人民的政府¹⁵⁶(孙中山在《民权主义》演讲中提及“万能政府”的上下文中也多次使用“强有力的政府”这样的措辞来表达相同的含义)，“完全归人民使用，为人民谋幸福”¹⁵⁷，并且由于人民四大民权的落实而随时可以被人民节制。有人认为孙中山所说的“万能政府”是无所不能的政府、是宪政民主制度下“有限政府”的反义词，实属望文生义¹⁵⁸。“万”字在这里实则为“多”的意思，如“万用表”、“万能钥匙”。权能区分原理的运用，使政府有能，同时政府仍然是有限的，受宪政分权制度、人权保障条款与人民四大民权的制约与限制¹⁵⁹。换句话说，政府是否有能与是否有限，实乃施政效能与宪政法治这两个不同维度的概念（例如学界所谓“苏丹制”劫掠型政府之权力可谓无法无天，但施政效能非常低下），不可混为一谈¹⁶⁰。

¹⁵⁶ 台湾学者林桂圃撰写的《中华百科全书》“万能政府”词条（林桂圃1983）对这一概念做出了相当精辟的阐述，下面是一些摘录：“……所谓万能政府，显然是指一个具有充分为民服务，为社会解决问题的能力而言，绝不是指那具有无限威力来控制个人及社会而言。……有人误认为万能政府既是权力极大，当然是可以无所不为的，其实不然。国父所主张的万能政府，并不是无所不为的政府，而是有所为和有所不为的大有为政府。”

¹⁵⁷ 孙中山（1924b [1989a: 104]）。

¹⁵⁸ 令人遗憾的是，国民党对三民主义的主流诠释往往犯有这一错误，否定有限政府。有限政府是宪政主义的基本原则之一，三民主义在台湾式微，与其主流诠释的诸多谬误不无关系。

¹⁵⁹ 周世辅、周阳山（1992: 190）。美国学者林白乐（Linebarger 1937: 112）也在 *The Political Doctrine of Sun Yat-sen* 一书中指出：“His concrete proposals dealing with the minutiae of administrative organization, his emphasis on constitution and law, and his interest in the exact allocation of control all testify to his complete acceptance of a sharply delimited state.”

¹⁶⁰ “有限政府”概念的模糊性也是概念混淆的原因之一——在宪政主义和法治原则的上下文之内，“有限政府”指的是权力受到宪法和法律制约、不可肆意妄为的政府；然而，在自由至上主义和财政保守主义的上下文内，“有限政府”往往是“小政府”甚至“最小政府”的代名词。孙中山“万能政府”理念的政治主张是强化政府之施政作为、使政府为人民谋幸福，当然有别于自由至上主义和财政保守主义，是“最小政府”理念的反面，但否定孙中山“万能

但是,“万能”二字确实容易引起误解,所以在不必使用此二字的场合(例如不涉及孙中山引文之时)最好用“有能”二字代之。

有能政府,虽然合乎宪政主义的有限政府原则,但不同于许多自由至上主义者所主张的最小政府(只负责国防、治安、仲裁,而不为人民谋幸福)。笔者对自由至上主义有很强的认同,同时深知最小政府之不可能——人类历史上除中国汉代初期奉行“无为”原则¹⁶¹的“黄老之治”¹⁶²阶段之外,似乎不曾有最小政府理念成为国家政治基本原则的实例¹⁶³;许多自由主义者推崇备至的美国宪法,在前言中亦有“增进全民福利”(promote the general welfare)之语。为人民谋幸福的有能政府是世界各国不可避免的政治发展趋势¹⁶⁴,自由至上主义者应当致力于避免有能政府在为大多数人民谋幸福之时侵害个人和少数群体的自由,致力于监督有能政府的行为、优化其公共政策、促使其尊重个人自由与个人选择,而不应以不切实际的最小政府为政治目标,这一问题将在本书第六章详细讨论。

政府”理念者恰恰是在宪政主义的上下文之内讨论问题,把“万能政府”打为“无限政府”或“集权政府”(例如李鸿禧 1994: 212 说“西方对三权的集中已经非常害怕,孙文却只怕不是万能政府”),实乃概念混淆,令人遗憾。

¹⁶¹ 关于道家的“最小政府”理念,参看张千帆(2012: 224-225)。顺便说一下,张千帆教授在这部著作(《为了人的尊严——中国古典政治哲学批判与重构》)中分析了儒、墨、道三种学说所隐含的人格尊严的观念,指出三者都把人作为目的自身而不是作为其他目的的手段、坚持每个人的内在价值应该受到尊重和保护,从而建构了从传统文化通向宪政的桥梁。在此引用该书的最后结论:“尊重和保护人的尊严是衡量每一个政治体制和社会行为的合法性依据,也是重构之后的中国古典哲学流派所能共同接受的宪政原则。”

¹⁶² “黄老之治”的详细讨论,参看杨芳华(2006)。值得注意的是,此论文指出文帝、景帝奉行黄老治术时期仍“常下诏令,振穷养老,恤孤矜寡”(页157),可见文景治世的“无为”政府仍然负有社会福利的职能,大于“最小政府”。

¹⁶³ 1980年代英、美之“小政府”理念离“最小政府”还差得很远。

¹⁶⁴ 参看 Mezey (2013: 100-104)。许多学者(如陈新民 1991: 20-23,许育典 2013: 49-50)把以造福人民为国家行政的主要目的、同时坚持法治原则的国家形态称为“社会法治国”或“社会福利法治国”(有别于共产党之“社会主义国家”)。

以美国政府为典型的西方国家代议制政府，自二十世纪初以来的一百多年间，几乎无一例外都走向“有能”，政府在社会、经济事务方面的权限不断扩展。既然西方国家不运用权能区分原理也造成了有能政府，那么孙中山以促成有能政府为目的而提出的权能区分原理是否失去了意义呢？绝不。在绝大多数西方国家，人民在国家层面只具有定期选举权，能发不能收，而且定期的大选通常为某些重大议题所左右，政府在某些并非焦点的问题上的滥权或渎职行为（例如税法漏洞的既得利益者透过游说代议立法机关而使漏洞长期存在）往往无法在大选之时成为选民的考量。此外，两次大选之间的重大议题完全托付给代议制政府，政府即有可能不顾民意而强行立法——民意固然不可能完全正确，但政府在人民有很强烈的不同意见之时无视民意，并不妥当，在民主制度尚未成熟之时更为有害¹⁶⁵。代议制政府越有能，越容易形成这些方面的流弊，但人民的罢免、创制、复决三项民权如果得到充分的落实，就可以在很大程度上遏制代议制政府的上述弊端¹⁶⁶。

（三）权能区分之“政府”仍然是代议制政府

还需要着重指出的是，权能区分原理之下的“政府”在性质上仍然是代议制政府——孙中山对西方代议制的一些流弊提出批评，无论在逻辑上还是在孙中山本人的阐述中都不意味着全盘否定代议制、设计一个全新的制度取而代之，而是透过落实四大民权对代议制政府施加制约，以解决其流弊¹⁶⁷。在这个意义上，权能区分原理在实行（或部分实行）直接民权以补充代议政治的国家和地区已有一定程度的实践。小国寡民的瑞士可以说是成功的范例¹⁶⁸，但直接民权在美国数州（尤其是人口众

¹⁶⁵ 2014年，在台湾的中华民国立法院之多数党不顾民意，试图强行通过“服贸协议”，因而引发“太阳花学运”，即为例证。

¹⁶⁶ 一些研究表明，即便是在老牌民主国家，官员的利益集团化和寻租行为也在所难免，一定程度的直接民权有助于遏制代议制政府的膨胀和官员的“自肥”。参看 Frey and Stutzer (2006: 43-47), Mueller (2006: 215-219)。

¹⁶⁷ 田炯锦 (1973: 107-110)，涂怀莹 (1986: 603-604, 2000: 567-568)。

¹⁶⁸ 瑞士各州的人口和地域与中国各县相近，其成功经验对中国将来的县级直

多的加州)的表现差强人意。孙中山提出的国民大会制度设想虽然在台湾的实践中走上歧路、最终被废除,但笔者认为,国民大会在合理的制度设计之下可以对直接民权兴利除弊、与代议制五院政府相得益彰,下文将详细阐述之。

四 作为“阿斗”的人民

另一个容易引起疑惑的问题是孙中山将人民比作“阿斗”的做法。孙中山的时代,可以说民智未开,资讯不畅;在教育普及、信息发达的当代,尤其是在有数百年民主经验的西方民主国家,人民是否不再是“阿斗”而具有“诸葛亮”的治国能力呢?人民群策群力,是否可以“三个臭皮匠,胜过诸葛亮”,获得足够的能力来治理国家呢?很不幸,答案是否定的。

近年来社会心理学、行为心理学和行为经济学的研究成果表明,人在理性思维能力和判断力等方面存在着普遍弱点和难以摆脱的直觉心理误区,国家的治理即使对专家而言也是艰难的任务,所以人民(或者说人民中的绝大多数)的“阿斗”性质是人性的弱点所决定的客观事实,并不因为教育和科技的发达而发生根本性的改变。关于人民群策群力治国的设想,一方面,人民在绝大多数议题上甚至不能与“臭皮匠”相提并论(三个臭皮匠的故事涉及其所精通的具体领域),另一方面,人民的多元性决定了人民并不是纯一的集合体,难以凝聚共识,不但效率低下,而且频繁的、日常的直接民主机制甚至可能加剧各个社会阵营之间的割裂¹⁶⁹。

直接民主的弊端能否透过加强审议的方式得到弥补呢?美国学者阿

接民权有重大的参考价值。瑞士各州制度并非整齐划一,州与州之间的区别为直接民权的研究提供了重要的数据。一些学者的研究表明,瑞士各州和市镇之中公民直接民权范围较广的,和直接民权较少甚至完全实行代议制度的同等自治体相比,财政赤字更低、公共事业效率更高、人民生活满意度更高。美国也有类似的现象,但不如瑞士显著。当然,有必要指出,相关性并不意味着因果关系。这方面的总结,参看 Frey and Stutzer (2006: 51-55)。

¹⁶⁹ 直接民主固然能够促进大众参与,但随之而来的一个重大缺点是缺乏协商性(Fishkin 2011: 247, Sunstein 2002: 7)。

克曼、菲什金倡导的“审议日”全民审议模式（即全国放假一天，首先在电视播放辩论，之后各地选民组成小组、大会继续讨论，由此引发的讨论一直持续到投票日¹⁷⁰）似乎为大国的直接民主提供了一条广泛参与、审慎投票的路径，但笔者不敢苟同，因为这一全民参与的民主模式必须以大多数选民积极参与为前提，可是缺乏政治热情者或不关心具体议题者或许占据了选民的绝大多数¹⁷¹。在这个意义上，即便在县市级施行直接民权仍然有其流弊，好在县市级地方自治体权限较小（通常限于地方财政、地方税收、市政建设等领域，除了涉及住民的财产权之外鲜有侵犯基本人权之虞¹⁷²），所以纵使在某些情况下出现弊端亦不致发生重大的人权问题。孙中山先生倡导县级直接民权（仍是对县级代议机关的补充而不是取代），但对全国范围的直接民权持有审慎的态度（参看下文关于国民大会的讨论），实乃洞见。

综上所述，人民的直接民主只可能作为代议民主的补充而不是政治的常态，人民在定期大选之时透过选票而对国家的大方向作出的选择是最常用的民权，罢免、创制、复决三项民权则是人民在特殊情况下行使的保留权力，而不是时时行使的日常权力。此外，孙中山并未主张全国范围的直接罢免、创制、复决，而是设计了国民大会制度，并在《民权主义》演讲中提出人民“把自己的意见在国民大会上去发表”¹⁷³，暗含“审议”之意¹⁷⁴。可见，孙中山先生的权能区分原理具有恒久的价

¹⁷⁰ 参看 Ackerman and Fishkin (2004), Ackerman (2008)。

¹⁷¹ 西方学界有“理性的无知”（rational ignorance，参看 Caplan 2008）之说，因为一个选民积极参与政治需要耗费很多精力甚至财力，但对自己未必有什么直接的好处，这样，许多选民不热衷参与政治反而是某种意义上的“理性选择”。

¹⁷² 中华民国宪法第 23 条确立了对基本权利之限制的比例原则和法律保留原则，第 170 条规定“本宪法所称之法律，谓经立法院通过，总统公布之法律”，第 109、110 条所保障的省县自治项目几乎全部围绕财政经济，所以地方自治体无法以“自治”或“直接民主”为借口侵犯人权。

¹⁷³ 孙中山（1924b [1989a: 118]）。

¹⁷⁴ 没有适当的审议机制，“全民政治”的理想难免产生流弊。但是，如果这种“审议”完全托付国大代表以“代议”的方式在国民大会上讨论，将制造一

值，并且合乎主张分权制衡、对纯粹的民主作出限制的共和主义。¹⁷⁵

第二节 治权机关与政权（民权）机关

“权”高于“能”，但为方便起见，下文首先讨论“能”之特性。

一 治权机关的特性

政府，是行使治权的机关。从权与能的基本概念中不难看出，治权机关具有下列必要性质（如果没有则不是治权机关）和应有性质（如果没有，仍然可以是治权机关，只不过不是优化的治权机关）：

（1）次生性，即政府需经人民授权，是治权机关的必要性质。主权在民的宪政制度之下，只有人民的权力是原生的。

（2）相对独立性，即**政府一经授权即可在其权限之内和授权有效之时自主行事**，是治权机关的必要性质。人民可以透过行使四大民权来管束政府，但人民并不时时行使四大民权，所以，主权在民的宪政制度下的治权尽管是次生权力，相较于原生的民权仍然具有相对独立的地位。换言之，政府的意志来自政府官员的自主意志——虽然政府的目的是服务于人民，通常情况下政府官员（包括代议立法机关的议员）亦在

个庞大的代议机构，造成流弊。如何实现“审议式民主”的全民政治？笔者认为，国民大会提供了“双重审议”的途径，各个国大代表首先在各自选区组织选民进行审议，凝聚了选区民意、承载了选民训令之后到国大会场再度略做审议（亦即二重审议之中以第一重为主）。详细讨论参看本书第三章第一节。

¹⁷⁵ 中国大陆异议人士、学者王天成在其阐释共和主义的名作《论共和国》中指出：“要保证政府尊重基本人权，最深厚的力量来自人民对政府的控制，但同时还必须有助性的防备措施，那就是政府部门之间的相互监督牵制。……现代共和国的代议制不能仅从民主的角度理解，它具有‘贵族’和‘民主’的双重属性。……一种好的政府制度应有择优、汰劣机制，为精英人物奉献才智提供尽可能多的机会。明智的选择是让精英治理，但精英人物由民众定义，受民众和宪法的牵制。……不能没有民主，但民主必须受限制；共和中有民主，但共和中的民主是受节制的民主；民主而不是其他因素，应该在共和中成为主导因素；只有民主共和国，才是最符合共和精神的共和国。”（王天成1999）孙中山先生的权能区分原理在共和主义的参照下愈加闪烁出哲理之光。

相当程度上参照民意来形成自己的意志，但是，是否参照民意，取决于政府官员的自主选择，而不是法理之要求¹⁷⁶。政府官员甚至可以指出某些具体民意的不合理之处，并拒绝服从其所认为不合理的民意。

主权在民，不等于“公意”至上——“人民”之上仍然有宪政原则，纵使大多数人有一致意见也不可侵犯少数派的人权。另一方面，就公共政策的合理性而言，人民作为“阿斗”，其意志具有局限性，纵使大多数人有一致意见也未必能够做出正确的决定。在人民尚未行使创制权、复决权之时，政府是否遵循民意，必须慎之又慎。政府官员如果为了讨好选民而不加判断、一味迎合民意，就是失职¹⁷⁷。

政府的相对独立性，在权能区分原理的应用中具有重要的意义：一方面，人民作为没有治国才能的“阿斗”，其意志时常有误，政府在必要时应当对民意进行制衡；另一方面，政府仅仅从人民获得授权，没有资格携民意以自重。

（3）专家性，在人民享有四大民权的前提下，是治权机关的应有性质。罢免权、创制权、复决权的落实，使人民可以在人民认为必要时对政府加以制约，在很大程度上遏制政府官员擅权或被利益集团控制的倾向。在此基础上，人民可以把政府托付给有能力、有专长的专家，享受专家的优质服务而不必担心被专家反噬，“阿斗”与“诸葛亮”各得其所。但是，是否把政府托付给专家，取决于人民的自主选择。所以，**专家性是治权机关在充分落实民权的前提下的应有性质而不是必要性质**；在此前提业已满足的情况下，不具有专家性的治权机关不是优化的治权机关。

孙中山考察西方民主政体，注意到人民有时会舍弃专才而选出质朴而平庸之人担任政府官员，只因他们贴近民众，让选民产生更多的认同感，更相信他们能够体察民意。这种现象至今尚存，例如 2010 年爆出官员高薪丑闻的美国加州贝尔市，时任民选市长居然是个文盲。在人民

¹⁷⁶ “法理”在此指事物本质，这一名词的详细讨论参看注 18。

¹⁷⁷ 一味强调政府顺应民意、对民意反应过度，不但给煽动民粹情绪的蛊惑家提供温床，而且有损于多元化、独立媒体、法治等基本的民主价值。这方面的一个简要总结见 Alonso, Keane, and Merkel (2011: 11)。

只有定期选举官员的权力而没有其他三大民权（或其他三大民权难于行使）的代议政体中，人民对政府官员顺应民意的期待是合理的，为此而选出庸才，是传统代议政体不可避免也不应避免的局限性——传统代议政体如果强调专家治国，容易导致威权化的倾向。对崇尚自由的人民而言，选出庸才或许是两恶择其轻，但此小恶亦可让人民付出沉重的代价——庸才官员不但降低政府效率、降低政府的服务质量，而且因为能力低下而容易盲目顺从政府机关之中少数专家的意见，事实上强化了少数专家的权力，为利益集团甚至贪腐团伙大开方便之门，例如上文提及的美国文盲市长被存心贪腐的市政经理玩弄于股掌之上¹⁷⁸。又如，许多议员都是缺乏立法能力甚至连法律条文都读不太懂的绣花枕头，就很容易导致立法过程的暗箱操作，少数专家操控了立法的过程和结果（当然，专家性并不能完全避免暗箱操作，但议员在立法能力或公共事务议题上的普遍专家性在这一方面有利无害）。

在以罢免、创制、复决诸权充实民权的前提下，人民不必把政府官员贴近民众的品质作为主要考量，更有可能选择有立法能力和施政能力的专家而不是庸才担任议员和其他官职。某些选举方式有助于选出专家，本书第五章还会详述¹⁷⁹。

¹⁷⁸ 市政经理制度是在美国相当盛行的一种市政府组织模式，此制度下日常施政主要由市议会任命的市政经理负责而不是由民选市长负责。

¹⁷⁹ 有必要指出的是，孙中山除了主张公务员资格考试外，还主张透过候选人资格考试制度确保政府官员的专家性（在《五权宪法》演讲中指出“美国选举的时候，常常要闹笑话。……博士比车夫好，然而博士不能当选，这个就是只有选举，而没有考试的缘故”）（孙中山 1921a [1989c: 240]）。但是，被选举权是人民的基本权利之一，以资格考试加以限制会导致很大争议，在优化的选举制度之下亦无必要（参看本书第五章）。

民国宪法在候选人资格考试问题上语焉不详，虽然第 18 条保障了人民“应考试服公职之权”（司法院释字第 42 号解释认为“公职”包括各级民意代表），但并没有规定全部公职必须考试。也就是说，宪法第 18 条的意涵是在设有考试的情况下保障人民的应考权，属于权利保障，而不能反过来理解为资格限制。从另一个角度观之，宪法第 130 条规定“中华民国国民……除本宪法及法律别有规定者外，年满二十三岁者，有依法被选举之权”，可见被选举权的普遍限制仅有年龄一项，其他“另有规定”的限制当属特别限制，因此候选

二 政权机关（民权机关）的特性

权能区分原理的上下文之所谓“政权”，指的是人民所行使的政治权力，即四大民权。如果政权（民权）由人民根据自身意志直接行使，就谈不上“机关”，至多把选民全体看作一个广义的机关，不具有“机关”二字的通常含义¹⁸⁰。下文所说的“机关”都是通常意义而不是广义的。在人民的直接民权难以操作的情况下（例如中国这样的大国的全国范围），如果设置一个机关来传达民意，并由它间接行使原本属于人民的民权，那么它就成为“政权机关”或“民权机关”。这一机关的间接性是确定无疑的，所以有必要遵循一些原则，以保护人民的权益。

从权与能的基本概念中不难看出，政权（民权）机关具有下列必要性质（如果没有则不是政权机关）和应有性质（如果没有，仍然可以是政权机关，只不过不是优化的政权机关）：

（1）民权职能性。显然，政权（民权）机关必须行使四大民权之中至少一项权力，否则就谈不上“政权”，所以这是一条必要性质。

（2）民意性。用孙中山在《中华民国建设之基础》文中的说法，“为人民之代表者或受人民之委任者，只尽其能，不窃其权，予夺之自

人资格考试不应成为普遍的限制。在民国行宪实践中，“应考试”限于事务官、司法官等职位，并未涵盖竞选产生的代议士和负政治责任的政务官。

美国许多州实行司法官民选制度，多以律师执业若干年作为司法官候选人资格限制，在效果上与考试制度类似。但是，世界上绝大多数政区的民选公职仅限于代议士和政务官，没有类似的限制。

¹⁸⁰ 台湾学者陈春生教授（按：1937年生、从事三民主义和国家发展研究；1954年生的陈春生大法官与他重名）援引1930年代研究五权宪法颇有建树的金鸣盛先生的观点，认为孙中山所设想的政权机关——国民大会应作“全国总投票”或“公民总投票”解，至于每县选举一名代表组成的有形国民大会不应成为政权机关（否则就成为另类代议制），仅应起到人民与政府之间沟通的作用，成为“政权发动机关”，可提议发起罢免、创制、复决但由人民直接表决（陈春生1997：904-910，1998：249-254，2014：189-195）。这是一个自治的主张，于台湾亦有很大意义（第三次至第五次增修条文之总统、副总统罢免案由国民大会提出、人民表决，即与上述主张相合），但中国大陆人口过多，全国总投票即使用于直接选举总统都不是良策，更难以用于罢免、创制、复决。本书以中国大陆为着眼点，因此不讨论这一“无形国大”方案。

由仍在于人民，是以人民为主体、人民为自动者”¹⁸¹。政权（民权）机关必须遵循民意，否则广大人民的民权就被窃取，民意被少数人的个人意志取代。所以，民意性是政权（民权）机关的最高原则和必要性质，违背这一原则也就违背了“政权”（民权）概念本身。在这个意义上，政权（民权）机关的成员应当是如实传达民意的委任代表¹⁸²，有遵照选区民意而对政权（民权）事务进行投票的法理义务，而不是受人民信托、自主行使日常立法职权的法定代表¹⁸³。

西方学界有“委任式民主”（delegative democracy）的说法，此名词的一个含义是直接民主与代议制民主之间的中间状态¹⁸⁴。权能区分原理之政权（民权）机关，就是委任式民主的一种类型，但并不取代代议制政府，而是为代议制性质的治权机关提供补充并作出制衡（反之，西方政治学者之所谓“delegative democracy”在学术界通常指的是有民望的总统携民望以自重而架空议会¹⁸⁵）。

¹⁸¹ 孙中山（1922 [1989b: 353]）。

¹⁸² 台湾学者许雅棠（1992: 73-76）在孙中山多处论述的基础上对国民大会代表的委任代表性质作出了详细的论证。曾任最高法院院长、司法院副院长的法学家谢瀛洲先生力主国民大会代表应为委任代表，参看谢瀛洲（1946: 76, 1947: 120-123）。曾任司法院大法官的董翔飞教授（2000: 164-166）从学理和孙中山先生本意的角度赞成此说，但援引了法学家刘庆瑞（1957: 122-123）对委任代表制之可行性和必要性提出的质疑。本书第三章将详细论证国民大会实行委任代表制的可行性和必要性。

¹⁸³ “委任代表”以及“法定代表”的说法，乃借用民法上的相应概念，但奥地利法学家凯尔森早已指出，政治上的委任关系与法律上的、契约性的委任关系有所区别，前者无法追究法律责任，所以政治语境下的这一名词会意即可（凯尔森称之为一种“政治虚构”），不能生搬硬套法律概念，参看 Urbinati (2011: 39-41)。本书第三章第一节详细讨论了委任代表制在政权机关的操作办法。关于委任代表与法定代表的区别，请看下一小节的详细讨论。

¹⁸⁴ 例如 Ford (2002), Boldi *et al.* (2011)。这是一种非主流的观点，鲜见于严肃的学术讨论，笔者曾考虑是否完全避而不谈，最后决定略谈，因为在网上搜索 delegative democracy 这一名词还是会找到许多网页采用这一用法。

¹⁸⁵ O'Donnell (1994)。奥唐奈是政治学领域影响很大的学者，delegative democracy 在学界的通常含义就是他所指的这种不成熟的、缺乏“横向问责”（即立法、司法对行政部门之制衡）的民主形态。需要指出的是，O'Donnell 在

需要指出的是，虽然政权（民权）机关必须是民意机关，反过来民意机关不一定是政权（民权）机关。例如顾问性质的咨议会，如果由民意代表组成，即可算作民意机关，但完全不具有四大民权之中任何一项权力（甚至没有任何其他权力），所以不是政权（民权）机关。人民直选产生的代议立法机关，尽管略微具有民意性，同样不是政权（民权）机关，这一点，下文还会详细论证。

政权（民权）机关在操作上如何确保民意性，是一个很大的课题，留待本书第三章讨论。这里需要说明的是，在确保了民意性的前提下，政权（民权）机关的权力固然具有间接性（孙中山在《中华民国建设之基础》文中即把国民大会与五院政府并列为“由代表而行于中央政府”的间接民权），但可以视为“间接的直接民权”，因为政权（民权）机关成员作为具有传达民意之法理义务的委任代表，在政权（民权）议题上相当于选区民意的传声筒。如果不考虑少数“跳票”现象（包括委任代表在特殊情况下相信民意在最新资讯的参照下会发生改变、在来不及征询民意之时冒着事后被罢免的风险而改变投票立场的做法，下文将详细讨论这些例外情况），那么政权（民权）机关的权力就可以和媒体转播的声音做一类比：媒体受众听到的声音并不是原声，但具有很大程度的真实性。反之，政府作为治权机关行代议政治，包括代议立法机关成员在内的政府官员在政务问题上有权背离民意而自主行事，是纯粹的间接民权，毫无直接性可言。

（3）非专家性。政权（民权）是“阿斗”之权。权能区分原理的要义之一就是人民作为“阿斗”，深知自身能力的局限，所以只享有政权（四大民权），而把治权授予诸葛亮式的专家来行使。那么，是否应该刻意选择诸葛亮式的专家作为政权（民权）机关的成员呢？不妥。原因有二：其一，治权机关已经有许多专家，如果政权（民权）机关成员也是一群专家，二者难免陷于牵制，降低效率，而提高政府效能是权能区分的主要目的之一。其二，专家自身有很强的政治能力，难以心甘情愿

其论文中说明了其所谓“委任式民主”与民粹主义有所不同，因为民粹煽动家依赖于广泛的群众动员力量，而“委任式民主”往往伴随着民众对政治参与的逃避，把政治诉求“委任”于总统。

愿把自己的职能局限于代言“阿斗”的意志，从而容易倾向于表达个人意志、违背民意。

(4) 非官性。虽然从操作角度而言无法透过法律条文来规定专家不得进入政权（民权）机关，但为了确保政权（民权）机关的民意性质，为了避免政府官员借助政府力量或选民对他们的熟悉度而在民意代表选举中相对于非官员背景的候选人占有不公平的优势，有必要禁止政府官员参加政权（民权）机关代表选举¹⁸⁶。民国宪法第 28 条规定“现任官吏不得于其任所所在地之选举区当选为国民大会代表”，是一个良好的开端。

最适合担任民意代表的，是富于公益心、善于倾听选民声音并持有开放心态的社会贤达，他们能够与选民互动，不把个人意见凌驾于选民之上。

(5) 非专业性。四大民权不需时时行使，所以政权（民权）机关只需开很少的常会和一些临时会。但是，为了让政府治权机关与民意代表加强互动，是否应该让政权（民权）机关长期开会、让其成员全职担任民意代表呢？不可。政权（民权）机关作为“阿斗”的机关，不应频繁行使权力。如果民意代表专业化，必然导致“没事找事”的现象，形成不必要的内耗，甚至走向政权（民权）机关的独裁¹⁸⁷。

此外，台湾的经验表明，人民中需要陈情者可以找监察院或其派出

¹⁸⁶ 高旭辉（1978 [1987: 610-611]）。

¹⁸⁷ 台湾法理学家颜厥安（2000 [2005: 16-17, 35-36]）指出，“主权者常设化”必定含有“独裁化”的危险，这种独裁化往往通过“授权”的方式，例如人大授权于人大常委会。颜厥安教授认为中华民国宪法之国民大会是宪法所创设的机关，受制于宪法，其修宪权也受到宪政原则和修宪界限的约束，并非主权者常设化或民意机关的权力绝对化。大陆学者王天成（1999）指出：“大会制政府是极端、纯粹民主情绪在现代的一种表现形式，在摆脱专制追求自由的过程中必须予以警惕。如果一个国家的宪法设计了一个不受任何部门牵制却可以牵制一切部门的议会，一旦这样的宪法真正得到实施，人们将面临着另一种专制的危险——议会的专制或者说议会中的多数专制。”王天成先生在与笔者的思想交流中多次表示了对国民大会制度的保留意见；笔者深以为“大会制政府”必须避免，但国民大会制度在中华民国宪法所规划的框架的基础上可以兴利除弊，参看下一章的详细讨论。

机关，而不必麻烦民意代表，所以民意代表更缺了一条专业化的理由。传统代议政体（如美国）主要依靠国会议员听取并转达陈情者的倾诉¹⁸⁸；监察院的存在，可以把立法委员和国大代表从接受陈情的重担下解脱出来，这是五权宪法的一个优点。

（6）权力的必要性。四大民权，本来是人民自身之权，为什么一定要设置一个政权（民权）机关？原因很简单：其一，人民要想主动行使罢免权、创制权和复决权，需要一定数量的选民签字，这在中国全国这样人口极多的政区很难做到。其二，以目前世界上直接实行四大民权的政区中人口最多者——美国加利福尼亚州——为例，近四千万人口，逾两千万选民，选举权之外三项民权的施行不但遇到了收集签名的困难，而且全州广告宣传所必需的庞大财力导致利益集团对直接民权加以利用，这就根本违背了直接民主的初衷。所以，在中国的全国层面甚至各省确实应当设置政权（民权）机关，以落实罢免权、创制权和复决权，对政府形成有效制约。中国各县人口与瑞士各州相近，从瑞士直接民主的成功经验来看，县级选民可以直接行使四大民权，而不必诉诸政权（民权）机关。

但是，如何看待全国层面的选举权呢？世界上绝大多数民主政体（大至人口逾十亿的印度）的代议立法机关都由选民以各种方式直选产生，积累了丰富的成功经验。中国政体架构中设置政权（民权）机关，就全国层面的罢免权、创制权和复决权而言是必要的，但把选举代议立法机关成员的权力也完全交给政权（民权）机关就毫无必要了。

从逻辑上讲，没有必要并不意味着不可操作，政权（民权）机关选举权的操作性留待下文讨论。这里需要解释的一点是，孙中山在《民权主义》演讲中提及“用人民的四个政权来管理政府的五个治权，那才算是一个完全的民权政治机关”¹⁸⁹，这句话本身没有逻辑问题（行使全部四项民权的机关的确是完全的民权机关），但是，在制度设计的上下文之内，机关权力的完全性与适当性毫无关系，完全的不一定是适当的，

¹⁸⁸ 参看 Mezey (2008: 85)。

¹⁸⁹ 孙中山 (1924b [1989a: 126])。

不完全的不一定是不适当的。

所以，孙中山在上面那句话之后又说“有了这样的政治机关，人民和政府的力量才可以彼此平衡”，就失之武断了，这一推论在逻辑上并不成立，可以说是一种逻辑混淆¹⁹⁰。人民和政府的力量要想取得平衡，关键在于真正落实罢免权、创制权和复决权，让人民在满足一定条件之后（比如一定百分比的选民或政权机关成员签名申请）能够在政府官员任期内即施加制约，而不必等待下次大选。把选举议员的权力完全托付给政权（民权）机关，与人民对政府的制约无关，并不改变人民和政府的力量平衡。

事实上，孙中山在 1919 年出版的《孙文学说》一书中即主张“宪法制定之后，由各县人民投票选举总统，以组织行政院；选举代议士，以组织立法院……人民对于本县之政治，当有普通选举之权，创制之权，复决之权，罢官之权；而对于一国政治，除选举权之外，其余之同等权，则付托于国民大会之代表以行之。”1923 年，这一主张再度出现在《五十年来之中国革命》（又称《中国革命史》）一文中。¹⁹¹此后，孙中山的想法有所改变，在 1924 年发布的“建国大纲”中提出“国民大会对于中央政府官员有选举权”。

权力项目的必要性，是政权（民权）机关职能设计的重要考量。本书第三章将要论证，权力不完全的政权（民权）机关，加以人民直接行使的对代议士¹⁹²（即代议立法机关成员）的选举权，是比权力完全的政

¹⁹⁰ 此外，孙中山在《五权宪法》演讲和《民权主义》演讲中展示的五权宪法架构图具有极其简洁的层级关系，每县一名国民代表组成国民大会，中央政府与国民大会关联但不与人民直接关联。这样的关系固然简洁，但简洁性并不意味着合理性，简洁的不一定是合理的，不简洁的不一定是不合理的。笔者认为，由于人们对简约架构的直觉偏好，人民与中央政府之间设置国民大会的架构所具有的简洁性很可能对孙中山和许多国民党人造成了心理误导。

¹⁹¹ 孙中山（1919 [1989a: 388], 1923a [1989b: 357]）。

¹⁹² “代议士”，对应于英文 representative。西方民主国家的民选代议士皆为自由委任的法定代表，至多由于选民对代议士之罢免权的存在或代议士争取连任的企图而导致代议士重视民意、略微引入一些强制委任的成分，但在这种情况下仍然极其接近于自由委任。至于整体政治形态层面的“代议制”和“代议

权（民权）机关更合理的架构。

三 代表类型辨析

委任代表与法定代表的区别，在西方政界和学界是一个久经探讨的话题。简言之，若不考虑抽样表征，那么政治代表有三种类型：委派（delegate）和信托（trustee）两种基本类型，以及二者的混合型（称作“政客”，politico）¹⁹³。

“委派”（delegate）类型，即委任代表，强调受任人执行委任人的意旨，相当于大陆法系的“训令委任”（imperative mandate 或 binding mandate，又译“强制委任”）关系，目前并不见于西方民主国家的民选议会，仅见于德国联邦参议院，因其并非民选而是由各邦政府委派的代表所组成¹⁹⁴。

“信托”（trustee，字面含义是信托受托人）类型，在政治代表的语境中指的就是法定代表，强调“信任”之下的自主行事，相当于大陆法系的“自由委任”（free mandate 或 [free] representational mandate）关系。西欧国家之民选议会在政治运作中（甚至在宪法条文中做出规定）采用自由委任的信托模式，例如法国现行宪法第 27 条规定对议员

立法机关”等概念，更加凸显了间接的、“代替”人民审议法案、议决政务的性质（吴庚、陈淳文 2013：440）。因此，笔者在发表于《黄花岗》杂志的本书前身《民国宪法要义与宪政制度展望》文中以“代议士”一词指称法定代表。但是，由于代议政治的雏形时期有人将代议士视为委任代表，为了厘清强制委任和自由委任的关系，笔者决定在本书中不再混用“代议士”和“法定代表”这两个词汇，而是在大部分场合将代议士称为“议员”，在需要强调自由委任关系的场合称之为“法定代表”。

¹⁹³ 参看 Eulau *et al.* (1959)，吕亚力（1985：197），Nalder (2009)，Mezey (2008：119-122)。

¹⁹⁴ 参看 Van der Hulst (2000：11)。顺便指出，美国联邦参议员于 1913 年改为民选之前曾由各州议会间接选出，但和德国各州所委派、可随时撤换的参议员不同，美国联邦参议员即使在间接选举时期亦属于法理上的自由委任，州议会会对他们施加训令的企图并没有法律约束力，也不可罢免之，但有的参议员在与州议会意见相左的情况下由于政治压力而辞职（Cronin 1989：25）。

的任何强制委任都无效¹⁹⁵。在政党政治盛行的当世，自由委任的议员实则在很大程度上受制于政党¹⁹⁶，但政党的意志相对于民意仍然具有相当程度的独立性（政党胜选后偏离竞选纲领甚至 180 度转弯的现象是屡见不鲜的），在政党行为的意义上继续称之为“自由委任”亦不为过。

大陆法系的自由委任模式，在学理上基于全国整体的“国民主权”（national sovereignty）而不是隐含了选民对议员问责的“人民主权”（popular sovereignty），认为议员代表全体国民而不是其选区人民¹⁹⁷（例如德国基本法第 38 条规定民选的联邦议会“议员为全体人民之代表，不受命令与训令之拘束，只服从其良心”）；并且由此认为议员一经选出即不可被选区罢免，甚至从可否罢免的角度解释强制委任和自由委任的区别¹⁹⁸。英美法系则不然，英美两国议员兼有对选区人民的代表性和对全体国民的代表性，而且美国在理念上和政治运作上强调的是前者而不是后者¹⁹⁹，否则美国独立战争之前何来“无代表，不纳税”的口号。虽然美国国会议员没有罢免机制，但美国许多州的州议员可被选区罢免的制度已逾百年，英国则新近颁行了国会议员罢免法（Recall of MPs Act 2015）。早有学者指出，方式（style，即强制委任和自由委任之分）和焦点（focus，即全国和选区之分）是代表性的两个不同维度，不宜混淆²⁰⁰。

美国学者福山指出，在国家和公民关系的问题上，许多欧陆国家盛

¹⁹⁵ 早在法国大革命时期的 1791 年法兰西王国宪法中，强制委任即已被摒弃。

¹⁹⁶ 蔡宗珍（1996 [2004: 60-61]），萧文生（2002: 9）。

¹⁹⁷ 参看刘兆隆（2011: 3-7）。法学家陈淳文（2010: 358-365）指出“国民主权”在历史上曾强调代议政体，对立于“人民主权”所容纳的直接民主程序，但两个概念在当代已经有所融合，奉行“国民主权”理念的国家虽然仍然排斥议员罢免制度，但不再排斥一定程度的直接民主作为代议制度的补充。另一方面，奉行自由委任和国民主权概念的法国虽然在理念上强调议员代表全国，但是由于政党强势，单个议员很难对政策的制定发挥影响，所以议员的主要角色往往蜕变为选区的代言人，为选民谋求中央政府拨款（Mezey 2008: 110）。

¹⁹⁸ Van der Hulst (2000: 8-9)。

¹⁹⁹ Jackson and King (1989: 1147)，盛杏媛（2005: 4-7）。

²⁰⁰ Eulau *et al.* (1959), Pennock (1979: 321-322)。

行的概念是国家作为公共利益的监护者，高于公民的个别利益，化身为专业常设官僚机构（professional permanent bureaucracy）的国家有时为了全民公共利益而需要违背民意；美国则盛行源于英国思想家洛克的（古典）自由主义观念，认为公共利益只不过是个体利益的总和，国家作为服务于人民的公器，不能违背民意²⁰¹。这一分析，为欧陆和英美在议员代表性问题上的区别提供了注解。孙中山在欧风美雨的影响下发展出的权能区分理论兼有上述两方面的因素，一方面政府应当具有专家性，能够超越人民的局限而为人民谋幸福，另一方面人民应当以四大民权对政府形成制约，在必要的情况下迫使政府改变政策甚至撤换官员。

尽管西方国家的民选议会和选民的关系在法理上属于自由委任、不存在强制训令，但试图竞选连任的议员出于选举的压力，在选民关心的议题上有可能以委任代表自居、在自身意见与选区主流民意相左的情况下顺从选民，从而成为事实上的混合型，这种情况在英美式单席选区尤为多见。民国宪法允许选民罢免立法委员（第133条规定“被选举人得由原选举区依法罢免之”），司法院释字第331号解释将按政党比例方式选出的全国不分区立法委员代表资格与党籍挂钩，也会导致类似效果，司法院释字第499号解释理由书由此指出中华民国各级民意代表并非纯粹自由委任。笔者认为，民国宪法在立法委员与选民关系的问题上偏于英美模式，所以不是“纯粹自由委任”（即欧陆视角下议员代表全民、不可罢免）的关系，但接近于英美视角下的自由委任关系或信托关系。

美国学者 Pitkin 在其名著 *The Concept of Representation* 一书中把强制委任与自由委任的对立称为“训令与独立性的争议”（The Mandate-Independence Controversy），认为这对矛盾实则无法完全化解，也不必强求化解，而是应当避免极端的强制委派与极端的自作主张，给关于代表性的各种意见留下空间²⁰²。笔者主张政权（民权）机关成员应当是接

²⁰¹ Fukuyama (2004: 110)。

²⁰² Pitkin (1967: 166)。此处“mandate”一词是狭义的“训令”之意（近乎文言之“命”），但在 free mandate 和 imperative mandate 的上下文中“mandate”一词是广义的“委任”之意。

受选民强制委任的委任代表，同时也可以具有一定程度的灵活性，参看本书第三章第一节的详细讨论。

关于词汇表达，笔者感到“委任代表”和“法定代表”不很贴切，前者因“委任”二字的歧义而无法直接达意，只能借助“委任代表”四字的固定用法和专门解释；后者在民法上对应的“法定代理人”概念往往用于对未成年人、无行为能力人的代理，用于对人民的政治代表性则稍显不妥。令人遗憾的是，这两个词汇已经沿用多年并见于大法官释宪文，也许难以更改。如果还有更改的机会的话，那么改为“委派代表”和“信托代表”似更合适。在中文语境中，“派”字明显蕴含了遵照委托人意旨行事的含义，而且隐含的更深一层意思就是委托人在相关事务上有判断力，受派者处在委托人的监督之下（例如“派出所”之于公安局）。“信托”二字隐含的意思则是委托人在相关事宜上有可能缺乏能力和判断力、需要借助受托人的专长以维护自身利益，这恰恰是选民和议员在大多数立法议题上的关系。

第三节 权能区分原理辩诬

孙中山的权能区分原理，在学理渊源上通常被认为与英国思想家密尔（John Stuart Mill，又译穆勒、弥勒）的名著《代议制政府》（*Considerations on Representative Government*）有关²⁰³。密尔主张由专业的立法委员会拟制法律，代议机关由不具有立法能力的民选代议士组

²⁰³ 周阳山（1993：478，514-516）。对孙中山思想深有研究的台湾学者李酉潭教授有专著对比密尔（弥勒）与孙中山的政治思想，认为二者实则有很多区别（李酉潭 1999）。

需要指出的是，周阳山教授在密尔所倡导的“立法委员会”的对照之下，认为“五权分立之下的立法院，并非纯粹的‘国会’或‘代议机构’，而系由专业的立法专家（而非代议士）所构成的立法机构”。这一论点不符合孙中山 1919、1923 年两度提出的“宪法制定之后，由各县人民投票……选举代议士，以组织立法院”之主张。虽然孙中山在 1924 年提出由国民大会选举五院官员，但选举方式的直接或间接并不改变立法院成员作为代议士的性质。孙中山的构想是透过考试制度确保代议士候选人的专家性。

成，不直接立法而仅对立法委员会提出的法律案讨论之后进行表决（类似于复决），并可以对立法委员会提出拟制法律的要求（类似于创制）。孙中山虽然没有在其著述中直接提及密尔的《代议制政府》，但密尔影响极大而著述不多，孙中山博览群书，说他没有涉猎过此书是很难想象的。

此外，孙中山学习了美国学者威尔确斯（Delos F. Wilcox）详细探讨罢免、创制、复决三权的著作《全民政治》（*Government by All the People*）²⁰⁴，考察了瑞士、美国数州及美国地方自治体的直接民主制度，进而提出权能区分原理和国民大会制度，达到了新的高度。

以台湾绿营理论家李鸿禧教授为代表的某些学者出于对权能区分原理的误读，将其打为“民主集中制”²⁰⁵的假民主来攻击²⁰⁶。但是，上文介绍的权能区分原理之思想源流，即形成于列宁的民主集中制和苏维埃制问世或传入中国之前。“建国大纲”和“五五宪草”所设计的国民大会，在中央代行包括对政府官员的选举权在内的全部民权，因而在这一方面与共产党国家所谓“民主集中制”的最高苏维埃或全国人民代表大会制度有某种程度的相似性，确属孙中山晚年的一处败笔²⁰⁷，上文已

²⁰⁴ Wilcox (1912)。

²⁰⁵ 许志雄、刘淑惠（1992 [2010: 456]）如是定义“民主集中制”：“……实施议会统治制或‘民主集中制’的国家，强调议会、最高苏维埃或全国人民代表大会总揽国家权力，属于典型的权力集中制。”此为“民主集中制”在宪法制度上的含义，这一名词在政党组织运作上的含义并不相同，恕不详述。

²⁰⁶ 例如，李鸿禧（1990: 17）声称“国民大会制度本非资本主义宪法所得见，洵系社会主义宪法体制中，运营人民民主集中制之无产阶级专政底制度……孙中山先生仿此而建立‘国民大会’”。几年后，李鸿禧在“公民投票与国家改造座谈会”上断言“我个人研究比较宪法已经四十多年，从没有看过一个宪法比中华民国宪法更乱，这部宪法参用的价值意识，像国民大会就是‘人民民主集中制’，而政权和治权区分，这也是人民民主集中制”（郑钦仁、吴春贵 1999: 301）。又如，许志雄（1997: 79）认为“五权宪法模仿社会主义民主集中制的最高苏维埃或全国人民代表大会，设置国民大会”。

²⁰⁷ 在“联俄”政策的背景下，说孙中山晚年之国民大会设计完全没有受到苏俄影响是说不通的，但二者亦有明显区别（吴庚、陈淳文 2013: 364，陈新民 2015: 437）。

经讨论了孙中山从政权（民权）机关权力的完全性到权能平衡的逻辑混淆，本书下一章将要论证国民大会选举五院官员所可能导致的弊端。但是，孙中山民权主义理论对人民的局限性有清醒而深刻的认识，设置国民大会之目的是在少数的、万不得已的情况下对代议制五院政府做出制衡和补充，而不是制造一个凌驾于代议制政府之上的“太上国会”，并无“民主集中制”之“一切权力归苏维埃”的虚假民主色彩²⁰⁸。

就权能区分原理之整体而言，政权（民权）机关是否代选中央政府官员固然是一个极其重要的问题，但并非关乎原理之成立与否的根本性问题，因为权能区分原理在最基本的层面所涉及的是“政权”（民权）而不是“政权机关”，后者是为了将权能区分原理应用于中国全国层面而不得不设置的机关，如何优化这一机关的职能并避免流弊，是孙中山未竟的事业。虽然国民党拟制的五五宪草不是合格的答卷，但中华民国宪法并未拘泥于孙中山 1924 年的著述，而是对权能区分原理的具体应用和国民大会的职权做出了改进²⁰⁹。业已在 1946 年制宪过程中修正的早期理论缺陷，却被一些绿营学者揪住不放、当作权能区分原理整体和民国宪法本身的问题来攻击，令人遗憾²¹⁰。

²⁰⁸ 一个值得指出的事实，是孙中山著述很少涉及国民大会。《民权主义》系列演讲洋洋数万言，“国民大会”和“民权政治机关”这两个术语各自只出现一次；演讲末尾说民权之行使办法不能尽述，可参考《全民政治》，而此书并没有提及国民大会。笔者认为，这一事实不但说明孙中山对国民大会建制的考虑并不周到，而且说明权能区分原理与刻意强调“一切权力归苏维埃”的苏俄“民主集中制”无关。

²⁰⁹ 本书第一章已指出，张君勱大幅度删改五五宪草而确立民国宪法之政治架构之时并没有以发展权能区分理论、改进国民大会建制为目的，但无心插柳柳成荫，产生了这样的效果。

²¹⁰ 李鸿禧等极力否定中华民国宪法的绿营学者并非不知道中华民国宪法之国民大会已经与“建国大纲”和“五五宪草”所设计的国民大会大相径庭，例如李鸿禧（1990：18）用鄙夷不屑的口气评价道“国民大会经现行宪法如此扭曲变异，已变成非社会主义宪法之全国代会……”，许志雄在“国民大会与宪政改革座谈会”上指出“国民大会因为六年左右才开一次会，充其量是一个‘大而无当’的机关”（洪贵参主持 1999：277），但他们在其他论述中往往有意无意的把宪法条文所规范的国民大会和国民党早年设想中的国民大会混为一谈，而后者在蓝营学者对孙中山理论的误读和绿营学者的武断定论之下被“坐

现在我们澄清了权能区分原理与民主集中制的区别，那么体现了权能区分原理的民国宪法自然迥异于共产党国家有宪法之名而无宪政之实的“民主集中制”假宪法²¹¹。与苏联宪法、中共宪法恰恰相反，民国宪法不但包含了代议制的五院政府，而且能够以行委任代表制的国民大会对代议制政府作出制衡，在民主性上超越了绝大多数西方国家的宪法。

这里顺便讨论一下李鸿禧教授的师祖宫泽俊义²¹²以及后者的老师美浓部达吉（二人都是影响很大的日本宪法学家）对五权宪法的批评意见。《李鸿禧宪法教室》一书中提及美浓部达吉认为西方国家的人民“权”与“能”都有，并转述了宫泽俊义在1937年出版的《中华民国宪法草案评析》中的说法：“现在欧美各民主国家，人民不但拥有孙文所称的政权，同时有治权，政权与治权并不是两种不同的东西，他所称的治权是人民的权力的本质，政权则是人民行使权力的方法。”²¹³关于美浓部达吉的意见，且不论罢免、创制、复决三权在西方国家中央层级的普遍缺失（也就是说“权”不完整），仅看“能”的问题，从“能”的两个含义即政府权和个人才能两方面来看，西方国家代议制政府的治权并不直接属于人民，上文讨论过的行为心理学和行为经济学的研究成果以及日益细化的社会分工也说明治国之才能不可能为中国人民所普遍拥有，所以美浓部达吉的观点不切实际。关于宫泽俊义的观点，对照上文阐释的权能区分原理与此原理上下文中的政权（民权）、治权

实”了“民主集中制”的罪名，于是乎，国民大会在台湾运作过程中由于采用法定代表制而造成的弊端被定性为“民主集中制”的原罪，可叹。

²¹¹ 关心大陆民主事业的台湾学者曾建元（2012：330）指出“共产党参与政协期间，放弃对民主集中制宪法理论的坚持，而与拥护立宪主义、主张权力分立的民主党派站在一起”，更是妙笔——就连共产党都在1946年参与制宪过程中放弃了“民主集中制宪法理论”！

²¹² 李鸿禧曾在讲座中把宫泽俊义称作自己的老师芦部信喜的大师兄，说宫泽俊义和芦部信喜都是美浓部达吉的学生（李鸿禧1994：21）。事实上，芦部信喜是宫泽俊义的学生。李鸿禧后来说“战后一九四六年，他（芦部信喜）阅读了美浓部达吉为战后日本新宪法草案所撰写之系列论文……于是决定师事宫泽俊义，专攻宪法宪政”（李鸿禧2000：162），可见早先的说法是他做讲座时的口误，不能引以为据。

²¹³ 李鸿禧（1994：210-211）。

概念，不难看出，宫泽俊义根本没有弄明白权能区分原理是什么意思就予以批驳，实属草率之举。

不可否认，孙中山关于权能区分原理的论述有不甚详尽之处、依据这一原理作出的制度设计有一些缺陷，而且孙中山身后许多国民党人物对权能区分原理也有所误读（一个常见的误读，就是把孙中山在权能区分原理的上下文中所说的“政府”理解为英式英语的狭义“政府”，见本章第一节），并在实践中把国民大会作为一个专事修宪的、法定代表组成的代议机关来运作，没有使国民大会成为传达民意的工具。所以，许多国民党外的人士误读民权主义理论和民国宪法，不足为怪。但是，李鸿禧及其师门作为宪法学家，在误读的基础上以缺乏学术严谨性的态度对民权主义和民国宪法进行攻击，着实令人遗憾。

李鸿禧教授影响甚大，他出于误读而否定民权主义和民国宪法的著作（例如《李鸿禧宪法教室》把民国宪法贬为各种制度拼凑而成的“龙的宪法”²¹⁴，认为其窒碍难行，实则没有领会民国宪法的要义就急于下结论）在台湾民间和知识界流传甚广，甚至成为许多学校的教科书和参考书。以李鸿禧为代表的绿营理论家的影响难以量化，但民国宪法在台湾的临时增修条文背离了孙中山民权主义原则，制度设计上反而类似于并非民主宪政典范的韩国宪法，是显而易见的事实。

台湾修宪过程中并没有优化国民大会制度，而是最终废除了国民大会制度，现行公投法亦有严重弊端，导致人民在每四年一次的大选之外无法透过宪政渠道制约政府。2014年3月执政党试图在立法院强行通过“服贸协议”而触发学运，即凸显了代议制政府的弊端和简单代议制在华人社会所可能造成的深刻危机，这一教训从反面印证了孙中山民权理论对中国的价值。下文将要论证，民国宪法原初条文基础上的国民大会制度，在操作上加以优化，即可使人民获得制约政府的宪政渠道，同时对民意起到缓冲和协调的作用，促进国家政治的良性发展。

²¹⁴ 李鸿禧（1994：85，208-218）。

第三章 国民大会

鉴于中国人口基数之庞大，孙中山设计了国民大会制度——国民大会作为全国层面的政权（民权）机关，以委任代表制民主的方式行使民权²¹⁵，而不是像西方国家国会那样作为代议制政府的一部分。这一制度具有很强的原创性，需要深入探讨，并在制度细节上对孙中山的原初设想加以完善和发展。

第一节 国民大会的职能

一 国民大会选举权的界限

四大民权之中，选举权是最基本、最普遍的，各个民主国家早已积累了许多成功经验，本书第五章讨论立法委员的选举方式之时会略做介绍。

孙中山在“建国大纲”中提出由每县一名代表组成的国民大会选举中央政府官员。在“建国大纲”的上下文中，总统是政府的一部分；在民国宪法的架构中，总统超然于政府五院而成为人民权的代表。无论哪一种架构，国民大会选举总统都是合理而可行的，甚至是必要的，本节第二部分将要进一步论证。

但是，如果把选举政府五院官员的权力交给国民大会，就会出现一系列问题。

（1）复数职位导致的公平性问题。以立法院为例，应选立法委员名额过百，如果采用简单的、没有任何附加限制的间接选举制度，那么

²¹⁵ 虽然孙中山并未明说国民大会当行委任代表制，但笔者已在上一章论证，国民大会作为政权（民权）机关应当具有委任代表性质，否则名不副实。

一个大党只要控制了国民大会 50%加一的席位就可以获得 100%的立法委员席位，导致一党专权，一方面不公平，另一方面被边缘化的小党很可能诉诸街头抗议，甚至走上叛乱之路，影响社会的稳定。

在社会团体的选举中，通常采用限制连记法（即每张选票可选的人数少于应选名额）来解决这一问题。在政治选举中，政党比例代表制是通行的解决方案。与此同时，还有必要照顾地域的均衡²¹⁶，所以需要设计一个很复杂的间接选举制度，以保证公平。与之相比，立法院分区直选可以很方便的解决公平性问题，详见本书第五章。

（2）政党政治过于强化的问题。国民大会选举五院，在效果上将会导致政党政治在国大内部的强化（例如，政党必须大力争夺国大代表席位，才可以在立法院获得更多议席）。国民大会和立法院都盛行政党政治，对人民而言未必是好事——在国民大会之内，政党政治难免妨碍民意的传达，损害国民大会的民意性和公信力。立法委员的选举如果交由选民直接进行，那么国民大会就不必成为政党政治的另一个战场，更有可能充分传达民意（下文将讨论如何弱化政党在国大代表选举中的作用）。如果立法院的产生不必经由国民大会，其他各院同样无此必要。

（3）民意不可征询问题。国大代表的投票应当尽量遵循民意原则，但国大代表背后民意的可操作性在立法委员选举问题上至多达到党派倾向性的程度，绝无可能对数百个候选人作出清晰的选择。所以，要么任由各党根据一定比例确定立法委员人选，使间接选举成为橡皮图章，这就强化了党派暗箱操作，容易遭到诟病；要么国大代表根据个人意见作出投票选择，这就背离了民意原则。立法委员分区直选，即化此问题于无形。下文将要论证，即使立法委员的直选采用选党不选人的政党名单比例代表制，选民因通常缺乏党性也更容易对政党候选人名单的

²¹⁶ 1936 年的五五宪草即规定“立法委员由各省……国民代表举行预选……各提出候选人名单于国民大会选举之，其人选不以国民代表为限”，但没有照顾到少数派，如果付诸实施，很可能发生以省为单位的“胜者通吃”，有利于一党独大体制，但在国家遭遇危机的情况下有可能发生急剧震荡。土耳其开放多党选举之初实行了各省“胜者通吃”的议会选举制度，原本一党统治的威权政党——共和人民党大获全胜，但在下一次选举中即作法自毙。

合理性产生反应（例如一个政党把争议很大的人物列入名单、排在高位，会影响这个党的得票率，详细讨论见下一章），从而促成政党候选人名单的优化。国民大会对立法院的间接选举，不论是与国大代表选举原始选票的政党比例挂钩还是与国大席位的政党比例挂钩，都难以在操作上对政党形成优化候选人名单的压力。

上述问题，只要不把五院官员的选举权交给国民大会，即可规避。民国宪法规定立法委员由人民而不是由国民大会选举产生，并规定了各省名额计算方法，促成了事实上的立法委员分区直选制度²¹⁷。

综上所述，国民大会选举五院官员并不是合理的做法。孙中山晚年在这个问题上的主张，确有欠考虑之处。事实上，1936年五五宪草即没有采取国大选举全部五院官员的制度。我们不应拘泥于孙中山的具体设想，而应把握权能区分原理的要义，选择合理的制度²¹⁸。

²¹⁷ 但是，立法委员直选是否导致立法院具有政权机关（民权机关）的性质呢？不是。原因如下：其一，立法院不享有四大民权中的任何一项（值得指明的是，立法院之立法权与人民的创制权大相径庭，因为立法院是专门的审议机关，负责逐条审议法案，而人民创制过程中没有条件做到逐条审议，所创制的通常为立法原则或高度概括性的修宪案）。其二，如前所述，政权机关（民权机关）应当以民意为本，其成员不应以个人意志替代民意。立法委员是专业的法定代表，受人民信托，获得立法权，虽然享有一定的民意基础，而且在事实上时常受到民意的影响，但立法委员的行事以自主判断为原则，是否参考选区民意，是立法委员的个人选择，而不是法理的要求（亦即立法委员不是受制于选民训令的委任代表）。其三，权力机关的性质并非由其选举产生方式决定。郑彦棻先生（1990：115）对上述第二、三点原因做出了精辟的论述：“政权原应由人民直接行使，立监两院委员固可由国民大会选举产生，假如能由人民直接选举，自益可发扬民权。政权与治权之区别在其职权与作用不同，而与否由人民选举产生无关，自不能因其民选而认为政权治权不分。且选举原有委任代表与法定代表之分，政权机关关系选举委任代表以行使政权，当选代表应受选民意见之约束，不得违反选民之授权命令，国父说‘为人民代表者，或受人民之委任者，祇尽其能，不窃其权，予夺之自由，仍在人民’，意即在此。治权机关则在选贤与能，使当选者得尽其才能，以为人民服务，如仍成为人民代表则属法定代表，而非委任代表。故国民大会与立监两院，虽均由民选产生，其政权机关与治权机关之性质不同，仍至明显。”

²¹⁸ 台湾学者周阳山指出，民国宪法之限缩国民大会职权和总统职权的制度设计虽然与“建国大纲”有所不同，但有助于政治的安定，而且顺应了权能区分

二 国民大会的三重职能

虽然国民大会的原初设想以行使政权（民权）为目的，但在实际操作中，国民大会应当具有三重性。

（一）作为代选机关的国民大会

民国宪法所定义的总统职位极其重要，虽然不介入政府日常运作，但对外代表国家，对内代表人民，所以不可轻易付诸全民直选，以免总统携民意以自重、擅权乱政。但是，美国的总统间接选举制早已显现了直选的弊端（加剧社会割裂，有时选出富于煽动性而缺乏品德与才学的总统），其原因在于总统选举人团与总统候选人挂钩，选民选出的是某个总统候选人所对应的选举人，而不是自主行事的选举人²¹⁹。美国这一制度，在原理上其实符合“政权机关”的核心概念，即选举人传达民意，但在效果上是具有直选之弊端的。所以，民国宪法在总统选举问题上超越了民意的局限，不拘泥于“政权机关”的性质，而采用授权式的间接选举制度：

（1）国大代表选举与总统选举应当错开（相隔两年或三年亦不为过），选民选举国大代表是针对国大代表候选人，而不是针对总统、副总统候选人²²⁰。

（2）国大代表在国大会场选举总统、副总统时，不必征询各自选

学说的原旨（周世辅、周阳山 1992：94-97）。换句话说，虽然“建国大纲”由孙中山手撰，但其制度设计与他自己的权能区分学说并不完全相符。孙中山是伟人但不是完人，他的理论体系和制度设计绝非完美无缺，我等后人切不可拘泥于孙中山一时一地的主张，必须有所怀疑，有所修正。

²¹⁹ 美国制宪者设计选举人团制度的本意是隔开总统和选民，让选举人团自主选举总统（参看 Amar 2005：151-154，Stewart 2008：155，Mezey 2013：46-47），但并未在宪法条文中明示这一意向。由于美国宪法条文在这一方面的模糊性，选举人团制度透过各州立法和宪政惯例逐步发展为选举人与总统候选人挂钩的现状，但偶有跳票现象（Edwards 2011：51-53）。

²²⁰ 倘若国大代表选举与总统选举不错开很长时间，在任总统寻求连任即可导致国大代表选举成为“总统连任公决”，总统成功连任即获得强大的民意基础，有可能导致总统扩权，不利于宪政制度的稳定。

区的民意。

为了不鼓励总统候选人打民意牌（越是打民意牌的候选人，越有可能不满足于垂拱而治的总统职位，越有可能擅权乱政），国大代表应当不公开自己的投票。征询民意与否、公开选票与否，可以视为国大代表的自由，但从事理出发，应当建议甚至立法要求所有国大代表都不公开选票，以免某些国代的做法对别的国代造成压力。国民大会选举总统、副总统之时，其性质是获得授权、自主行事的选举人团，而不是传达民意的政权（民权）机关。

（二）作为政权机关（民权机关）的国民大会

关于四大民权（政权）之中的选举权，前面已经说过了，国民大会对总统、副总统的选举权应当是作为自主选举人团的“代选”选举权，不具有“政权”（民权）性质。

其他三项民权则不然。不同于差额选举（其准备过程不需议事，至多向候选人提问、在选举人之间进行一些讨论；其执行过程不是针对议题的可与否的二元选择），罢免、创制、复决的过程需要有针对单一议题协商议事的程序（从罢免案、创制案、复决案这三个名词即可看出，此三项民权的行使对象是需要审议再置可否的“案”；选举则不是“案”）。如果允许国大代表自主议事而行使罢免、创制、复决的权力，不回到选区征询民意，那么国民大会即背离了政权（民权）机关的民意原则，沦为代议机关（类似于密尔所设计的代议制议会）²²¹。

所以，政权（民权）机关就其民意性质而言绝不应成为代议机关（前面说的自主选举人团性质，是“代选”而不是“代议”，因而不违背这一原则）。作为政权（民权）机关而不是代议机关的国民大会，在

²²¹ 早有学者（如萨孟武 1974：181，荆知仁 1991：156）指出，国民大会代表任期六年，立法委员任期三年，新当选的立法委员能够体现最新的民意，尚未改选的国民大会却“代表人民行使政权”，不甚合理，有违背民主原则之虞。这一矛盾，只要把国民大会代表的身份定位为委任代表，即可迎刃而解：作为委任代表的国大代表必须征询民意、传达民意而不是自由表达己见，任期并不重要。

行使其“政权”性质的权力——罢免、创制、复决这三项民权之时，应当以传达民意作为法理职能，国大代表不应自主行事²²²。而且，罢免、创制、复决的投票应当是公开的，否则选民无法对国代问责。

特别需要澄清的是，民国宪法第 32 条“国民大会代表在会议时所为之言论及表决，对会外不负责任”的规定，1996 年获司法院释字第 401 号大法官解释：“宪法第三十二条及第七十三条规定国民大会代表及立法委员言论及表决之免责权，系指国民大会代表在会议时所为之言论及表决，立法委员在立法院内所为之言论及表决，不受刑事追迫，亦不负民事赔偿责任，除因违反其内部所订自律之规则而受惩戒外，并不负行政责任之意。又罢免权乃人民参政权之一种，宪法第一百三十条规定被选举人得由原选举区依法罢免之。则国民大会代表及立法委员因行使职权所为言论及表决，自应对其原选举区之选举人负政治上责任。

²²² 民国宪法对国大代表的身分定位语焉不详：第 25 条“国民大会依本宪法之规定，代表全国国民行使政权”在字面上指的是国民大会整体代表全国国民，并未说明每一位国大代表所代表的是其选区还是全国。虽然有学者如萨孟武（1974：174）认为上述条文意味着国大代表并不代表每个选区的选民，但笔者认为这种解读是很牵强的。国民政府立法院于 1947 年制定的国民大会组织法要求国大代表宣誓“代表中华民国人民依法行使职权”，无形中把国大代表个人身分定位为代表全国人民的法定代表，所以我们可以认为国大代表的法定代表身份来自国民大会组织法，而不是来自宪法原文。此后，国大代表一直作为法定代表而行事（虽然 1990 年国是会议期间建议国民大会采用委任代表制“委任直选总统”的呼声甚高 [参看李炳南 1992：148]，其原因与公民直选总统所可能带来的“台独”倾向不无关系 [参看邵宗海 1993：169]，后因李登辉推动公民直选总统而未能落实 [参看董翔飞 2010：224-233]，在此不详述），直至 2005 年国大被废除之前的最后一次“任务型国大”才透过专门立法而改为依政党比例代表制选出、遵从政党意志的委任代表制，参看汤德宗大法官对司法院释字第 721 号解释的意见书（汤德宗 2014）。

顺便指出，笔者认为该意见书有一处瑕疵：汤大法官说“国民大会代表依据宪法以‘法定代表’之身分，本于其自由意志，概括代表全国国民行使修宪权”，但是，倘若民国宪法原文果真确立了国大代表的法定代表身分，考虑到立法院 2005 年为“任务型国大”立法之时有效的第六次增修条文并未涉及国大代表身分类型，那么将任务型国大代表确定为委任代表的 2005 年国民大会代表选举法、国民大会职权行使法即成为“违宪”之法。承认民国宪法在国大代表身分问题上的模糊性、不把第 25 条所说国大代表全体对全国人民的代表性推及国大代表个体，即可以化解这一矛盾。

从而国民大会代表及立法委员经国内选举区选出者，其原选举区选举人得以国民大会代表及立法委员所为言论及表决不当为理由，依法罢免之，不受宪法第三十二条及第七十三条规定之限制。”这个解释，是合理的，为选民对国民大会代表的问责提供了法理依据。

国大代表如何征询民意？笔者与八九学运领袖封从德先生讨论这个问题时，封先生回忆起当年在广场上各个学校的代表征询各自学校同学意见再开会表决的做法，提出如下方案：政权（民权）议题必须在国民大会集会之前不晚于一定时间对全国选民公开，国大代表应当透过各自选区的媒体公开自己对政权（民权）议题的意见，并与选民充分互动、审议议题以确证民意（国大代表当然有权影响民意，选民是否接受影响，是选民的自由），然后才可以在国大会场上就政权（民权）议题投票²²³。这就为民意的传达提供了切实可行的途径，在很大程度上确保人民的权力不被国大代表窃取²²⁴。同时，政权（民权）议题的充分准备和慎重讨论，可以避免国大代表在会场上仓猝行事，由民意对政权（民权）机关形成制衡。反过来，国大代表与选民互动，也可以对民意产生缓冲作用，帮助选民冷静思考²²⁵，避免情绪化、非理性的选择²²⁶。在这

²²³ 台湾学者张文贞（2009）提出“国民主权”与“审议民主”并不必然悖离，二者并行的方式之一是国民透过审议民主的方式直接讨论，但授权决定（以美国宪法在各州的批准为例，国民在各式公共论坛直接讨论，再授权各州的宪法会议投票表决）。值得指出的一点是，美国各州的宪法会议代表接受选民训令但在会场上被反方意见说服而“跳票”的现象非常严重（参看 Maier 2011）。宪法会议是一次性的，选民无法对代表问责；国民大会则不然。

²²⁴ 下文将讨论如何透过国大代表罢免制度来遏制国大代表“跳票”的现象。

²²⁵ 以美国为参照，从两百多年前制宪时期的《联邦党人文集》到当今（以阿克曼为代表），政界学界都有人指出人民需要以郑重、审慎的方式发动宪法改革，亦即以“审议式民主”驾驭暂时的民意（参看萧高彦 2007：95-102）。值得讨论的是，阿克曼所提出的“二元民主”模式具有从“压力聚积”到“骤然释放”的突变性质（这也体现于由他引入宪法学语汇的“宪法时刻”概念），并且包含了突破宪法所规定的修宪程序而进行的“非正规的调适”（例如阿克曼认为罗斯福新政实现了宪法转型但没有采取修宪方式）。

笔者认为，突变式的、超宪式的“二元民主”在美国或许适用（可是美国在蓄奴制问题上也险些没能渡过难关），但在宪政政治基础薄弱的国家有可能成为政治灾难和宪政崩坏的序曲。直接民主与间接民主的二元并行（包括在公民投

个意义上，国民大会对民意起到一定程度的制衡作用，将有助于民权政治的良性发展²²⁷。

如果国大代表选区内的民意并没有非常明显的倾向或定见，或者国大代表与选民初步互动之后发现许多选民的意见由于讨论而发生逆转，导致原本明显的民意倾向变得模糊，怎么办？美国学者菲什金（James S. Fishkin）倡导的“协商性民意调查”（deliberative polling）民主模式，即从公众中随机抽取一个有代表性的样本进行协商讨论以获得经过深思熟虑后的民意²²⁸，是很值得推荐的方法，比选民投票更理性、效率

票之前辅以审议式民主的程序如公民审议团、协商式民调，参看张文贞 2006: 92-94, 97-101）在中国这样的大国的全国层面能否行得通令人怀疑，但是，经过改进、优化的国民大会制度可以成为“二元民主”的另一个模式，为之提供一个持续的、稳健的、宪法框架内的运行途径，而不是待到“宪法时刻”再进行动员和超越。

²²⁶ 值得注意的是，一个选区的大部分选民可能因为地域关系而在某些议题上具有类似的出发点，内部讨论很可能强化成见，导致不利于民主决策的“群体极化”效应（Sunstein 2002: 15-47）。这种情况下，国大代表可以在选区和外界之间起到极其重要的沟通作用，在与选民的互动讨论中向选民介绍外界的不同意见以避免“群体极化”，而后在国民大会会场上表达选民意见。

²²⁷ 1990 年代台湾修宪过程中曾有多项国民大会改革方案浮上台面，其中有国大代表依比例代表制完全成为委任代表的方案（后来落实于 2005 年的“任务型国大”），但没有哪个方案涉及国大代表作为委任代表与选民互动，殊为遗憾。参看周世辅、周阳山（1992: 99-107）。

²²⁸ 参看斯坦福大学协商民主研究中心（2015）。“协商性民意调查”（deliberative polling）又译“协商式抽样”、“审议式民调”，属于美国政治学家达尔（Dahl 1989: 340）所构想的“微型公众”（mini-populus 或 mini-publics）的一种实践模式，在“微型公众”的各种实践模式中已经成为“黄金标准”（Mansbridge 2010）。

顺便指出，近年来一些西方学者在学理上深入讨论了“反向民主”机制（counter-democracy，又译“抗衡民主”，意即公众对民主的不信任，体现为民间力量对代议制政府的督查、阻滞和评判，对代议制形成补充），这方面的代表作是 Rosanvallon (2008)，简介可参看 Urbinati (2014: 106-127)。协商性民调可以算作“反向民主”的一种手段，但各种“反向民主”行为并不具有完全的民主合法性，这仍然是西方学界悬而未决的议题。笔者认为，国民大会的政权机关职能可以用于解决这一问题。换言之，政府权以及人民直接行使的选举权属于“正向民主”，国大代表以协商性民调等“反向民主”方式征询民意之

更高、耗费社会资源更少²²⁹。协商性民调之发动，似应有两个途径：国大代表直接发动，或选民联名要求（因其成本较低，联名人数门槛不必很高）。如果上述做法仍然无法形成普遍共识（例如落败方在样本中的支持率高于 45%），那么似可考虑稍等一段时间再度举行协商性民调（重新抽样，人数可增多），如果第一次的落败方在第二次得到更多支持甚至反小败为小胜，即可诉诸选民投票，否则即应以协商性民调结果为准（第一次的落败方如果在第二次获得大胜，例如超过 55%，则应以第二次为准），以节约公帑。

话说回来，绝对的民意传达，尽管符合政权（民权）机关性质之法理，但在事理上偏颇。如果国大代表在自己的选区已经征询了民意并表明了意见，到了国大会场上，另一方意见得到充分陈述和讨论²³⁰，确实

后在国民大会上间接行使罢免、创制、复决权，则相当于“反向民主”的宪政渠道，为后者提供了具有民主合法性的实施途径。县级地方自治体的创制、复决议题，也可要求在选民投票表决之前必须经过协商性民调等“反向民主”审议过程。

张文贞（2009）将协商性民调归入“授权讨论”的范畴；笔者对此有不同意见。其一，协商性民调以其抽样的性质，在合适的设计之下可以具有极强的代表性，在效果上与全民分组讨论几乎无异；其二，协商式民调在法律角度并不具有“授权”的性质，无法与议会之“授权讨论”相提并论。因此，笔者认为协商性民调可以视为一种特殊的“直接讨论”；国大代表作为委任代表在协商性民调结果基础上的投票即为“国民授权决定、国民直接讨论”的一种具体制度设计。

²²⁹ 选民投票并不能保证选民对政权议题的深入了解，很多缺乏了解的选民很可能会受广告宣传所左右甚至凭直觉投票，所以即使在县级行使直接民权之时，事先进行协商民调（并将其结果印在选票上供选民参考）也是有益的。

顺便指出，笔者坚决反对“互联网民主”或“网际审议”，原因不赘述。

²³⁰ 直接民主的一个重大缺点是缺乏协商性（参看注 169）。国民大会行使“间接的直接民权”，引入一定程度的协商机制是很有益的。但是，国民大会规模极其庞大，根本无法像代议立法机关那样以“三读会”的方式协商议事。如何进行适度的、可操作的协商讨论呢？笔者认为，如下方案可供考虑：第一步，采用随机方式将国大代表分组，每组三十至五十人，进行初步讨论，主要目的是摆出各种论点而不是详细阐述。随机分组，能够覆盖不同的背景和立场，促使国大代表倾听不同意见。如果按地域分组，在一些议题上很可能发生“群体极化”现象。第二步，在全体代表出席的大会上，每一个政权议题的正反两方

说服了一些国大代表改变他们的个人立场，那么，这些国代是否有权在投票时转而支持另一方呢？考虑到各个选区的选民对国大代表有罢免权，如果一个国大代表宁愿冒着被罢免的危险而跳票，那么这个做法应当被允许，前提是国代事后必须向选民详细解释。反过来，国代也需要考虑到，自己背后的选民也听得到另一方意见，自己被说服，选民也一样有可能被说服，这时固守原有立场，反而未必体现最新的民意，只是来不及进一步征询罢了。无论如何，国代改变立场时必须慎重，必须揣度自己所代表的选民全面倾听另一方意见之后的反应，而不是国代个人之所谓“理智”或“良知”凌驾于选民之上²³¹。所以，国代如果在国大会场临时改变立场，那么此后的一个时间段之内选区选民联署罢免国代的签名数量门槛似可适当降低²³²，以防止国代轻易改变立场。这样的制度设计，可以在更大程度上保证民意的传达和事理的灵活性，让国民大会作为政权（民权）机关发挥更佳作用。

上述政权（民权）职能的论述之中，丝毫没有涉及政党政治，因为政党不宜介入国民大会政权（民权）职能的运作，以免影响民意的传达。政党针对各个政权（民权）议题在选民之中的宣传当然属于政治自由的范畴，不宜限制，但国民大会代表应超出党派之外、不应以党派为单位在国民大会内部协同活动，这似应成为法律的要求。

讨论国民大会的下一个职能之前，还需要对国民大会的政权（民权）职能的局限性略做说明。国民大会的政权（民权）职能作为“间接的直接民权”，其间接性在操作上有可能带来放大效应和扭曲效应。一

推举若干代表进行辩论。第三步，再度随机分组，协商讨论。第四步，投票表决。上述模式中，国大代表的定位类似于陪审员。如果议题不多，那么每个议题可以占用三个小时，一个小时分组初步讨论，一个小时倾听辩论，一个小时分组再度讨论，然后表决。

²³¹ 在这一原则之下，国大代表的身份仍然是代表选区民意的委任代表，但并不完全是机械的“绝对训令委任”（于早先征询民意时定格），而是具有一定程度的灵活性的“相对训令委任”。

²³² 例如某个国代在国大的一次会议内跳票一次，那么联署罢免案的门槛可降至正常门槛的一般；跳票两次，降至四分之一；如果跳票三次或更多，似可强制举行罢免投票。

个极端的例子：51%的国大代表各自选区之内 51%的选民赞成某项政权（民权）议题，其他 49%的国大代表之选民全部反对此议题，为简单起见假定各个国大代表选区人口相同，那么略超过四分之一的全国选民之赞成，即可导致国民大会的表决达到过半多数赞成。这个极端的例子不可能出现，但程度稍轻的放大效应和扭曲效应是有可能的，使选民中略低于半数的支持率导致国大代表过半的支持率。此外，国大代表选区人口的不同，导致人口较少的选区之选民的意见在国民大会中被放大。

所以，国民大会的政权（民权）职能必须慎重，即使不是修宪亦有必要设置较高的门槛，例如只有在立法院已经赞成某项政权（民权）议题的情况下才可在国民大会采用过半多数决，在立法院反对或未表态的情况下需要超级多数决。这一问题还取决于政权（民权）议题的目的是改变现状还是维持现状，本章第三节介绍复决的类型时再做详细讨论。

（三）作为咨议机关的国民大会

选举总统、副总统是国民大会作为自主选举人团的宪法权力；罢免、创制、复决三权是国民大会作为政权（民权）机关的宪法权力。然而，国民大会所能起到的作用可以超越宪法权力的范畴。

鉴于作为法定代表的立法委员具有相对独立性而无法充分反映民意，国民大会在不行使宪法权力之时似可作为咨议机关传达民意，起到顾问的作用（其咨议性质的决议对政府不具有约束力）²³³。下文讨论复决权时还会涉及立法院与国民大会在这个角度上的互动。

咨议，并不是代议，不需强调国大代表对所有议题的参与和投票表决，所以可以采用各种便利方式集思广益，不致因为国大代表人数过多而无法议事。

国民大会是否应当设立非程序性的专门事务委员会？作为政权（民权）机关，不应，因为这种性质的委员会很容易形成凌驾于民意之上的影响力，妨碍国大代表所在选区民意的传达；作为咨议机关，似乎可

²³³ 1992 年的第二次中华民国宪法增修条文规定“国民大会集会时，得听取总统国情报告，并检讨国是，提供建言”，此情况下国民大会即具有咨议机关性质。这一规定沿用至 2000 年第六次修宪。

以，因为委员会有助于整理各方意见、与政府五院互动。换个角度看，社团组织的全国代表大会可以设立委员会，那么国民大会在其作为咨议机关的一面，相当于以全国选民为成员的“全国选民协会”的代表大会，似可为其咨议职能设立委员会，前提是在法理上必须厘清此类委员会的定性，其名称似应为“国民咨议会某某委员会”，以确保其不得介入国民大会的政权（民权）职能运作。

就国民大会的运作而言，在国民大会行使自主选举人团职能和政权（民权）职能之时，除了涉及会务的程序性委员会外，非程序性的专门事务委员会应当基于法理要求处于休眠状态，直到自主选举人团职能和政权（民权）职能行使完毕之后的剩余会期，以及国大休会期间，此类委员会才可以运作（其成员似可在首都轮值，以确保国代不长期脱离选区和选民）。

国民大会是否应当设立常务委员会，以在国大休会期间受委托代行其职能？政权（民权）机关传达民意和行使罢免、创制、复决三权的法理职能，绝不可以被常务委员会僭越取代。至于其咨议职能是否应设立常委会，如果未来的共识是应当设立常委会，那么这个常委会的名称似应为“国民咨议会常务委员会”，以强调其咨议性质，避免常委会擅权乱政。

鉴于国民大会的三重性，其运作机制之中有必要区分各个职能，以利健康运作。以适逢总统选举的国民大会常会之日程为例：

（1）开幕仪式后应当直接进入代选机关阶段，执行竞选、投票程序，选出总统、副总统。

（2）总统选举结束后，国民大会的代选机关阶段即告结束，进入政权（民权）机关阶段，在民意基础上审议创制、复决议题，付诸表决，但不得临时提出创制、复决议题，以避免脱离民意。政权（民权）议题都是国大代表开会之前已经有定见的，开会时正反方的陈述和代表之间的讨论不宜过长。

（3）创制、复决议题表决结束之后，国民大会即进入咨议机关阶段，以国民咨议会的性质对政府行使顾问职能。为节约社会资源，国大代表在咨议议题上是否征询选区民意，似不必做程序性要求。国大代表

根据自己对选民的了解，如果认为某些咨议议题上的民意很明显，应当可以不去正式征询民意。

结束本节关于国民大会三重性的讨论之前，还有一个需要厘清的问题，是 1946 年制宪国民大会的定位：制宪国民大会，并不是民国宪法制度框架之下的国民大会，而是特殊的、一次性的制宪机关，具有自由委任的性质。

第二节 国民大会与西方国家国会的关系

上述国民大会三重性，显然不同于西方国家具有完整立法权的国会。自孙中山先生提出国民大会设想以来，一直有人试图把国民大会等同于西方国家的国会，并认为民国宪法应当修订，以大幅度扩展国民大会的权力。针对此类观点，曾任制宪国民大会代表、行宪后第一届立法委员、司法行政部部长、总统府秘书长等职的郑彦棻先生指出：“国民大会虽代表全国人民行使政权，固可说是人民代表机关或民意机关，但仅依权能区分说代表人民行使政权，与民主国家之国会依三权分立说代表人民行使立法权与监察权，自不相同。权能区分之政权在一般民主国家固有部分由国会行使，但其国会之职权，则多属治权，自不宜均由国民大会行使。”²³⁴

笔者基本上赞同上面的引文，只是对“权能区分之政权在一般民主国家固有部分由国会行使”之说有不同意见：笔者认为，西方国家的国会作为具有自主独立性的法定代表所组成的立法机构，事实上不具有任何的“政权机关”职能，其所行使的全部权力（包括选举、罢免总统或总理的权力）都是作为广义政府的一个分支而具有的权力，不以传达民意作为法理要求，所以没有一项权力属于“政权机关”的人民权。美国的总统选举人团，是笔者所知政权（民权）机关在西方国家的唯一实例²³⁵，而且不是成功的范例（见上文的论证）。

²³⁴ 郑彦棻（1990：115）。

²³⁵ 2000 年之前，实行半总统制的芬兰由选举人团选出总统，但芬兰的总统选

曾任制宪国民大会代表、考选部部长、司法行政部部长、司法院长等职的田炯锦先生则从孙中山先生思想发展脉络的角度厘清了“政权”的概念，从而说明国民大会并不等同于国会：

“……按照权能区分理论，国民大会行使的政权，指的是民权，亦即选举罢免创制复决四权；立法机关行使的权力，指的是政府权，即国家的立法权，亦即治权。我们如不将政权一辞的意义分辨清楚，将国民大会与立法院当作同样性质的政权机关，则必致权能混淆，彼此倾轧。

“有许多学人认为西方国家的国会，为政权机关，我国的立法院为治权机关，故其性质完全不同；西方的国会约等于我国的国民大会，而绝不同于我国的立法院。持此说者如与国父的五权宪法理论比较，显见其有所矛盾。国父在‘五权宪法’里分明说‘立法机关就是国会’，‘五权宪法的立法人员，就是国会议员’，研究五权宪法的人，怎能说立法院为治权机关，与西方的国会不同呢？他们解释说，国父称立法司法行政考试监察诸权为政权，见于十年的‘五权宪法’；主张国民大会行使政权，见于十三年年的‘民权主义’，我们对于遗教前后有不同的地方时，应以其后者为准。持此种态度研究遗教，实系厚诬国父！一个普通学人的理论，亦不会数年内完全相反，何况国父乃学贯中西之一代哲人兼政治家，他的五权宪法理论，绝不会三年内大为改变，果如此，使信仰者将如何奉行？……国父民国十年称立法司法行政等权为政权，亦即为政府权；十三年称它们为治权，亦系指的政府权。故国父对诸权性质的认识，从未改变，徒因名称的更改，——民权改称为政权，将惯常所称的政（府）权，改称为治权，以致引起无数的误会，绝非国父始料所及。”

“……一个权力为政府权或为民权，应按其性质区分，不应视其行使权力之人员，是否民选。立法权原本为政府权，不应因立法人员改为民选，便即认为民权。”²³⁶

举人团有独立性，并不像美国的总统选举人团那样遵循各州选民意志，所以不是政权机关。德国、意大利、以色列等议会制共和国的总统选举人团也是独立的，因其总统为虚位，不赘述。

²³⁶ 田炯锦（1973：101-102，104）。

郑彦棻先生、田炯锦先生作为民国制宪行宪的亲历者，其见解具有相当重要的意义。

如果说西方传统代议制政体存在权能混淆问题，那么这种混淆并不在于其国会具有政权（民权）与治权二重性，而在于西方国家的选民因为民权的不完整（人民有选举权但通常没有其他三大民权）而不得不把民意寄托在政府官员身上，从而不信任专家，时常选出有亲和力但能力平庸的议员和行政官员。这是选民对官员定位之认知的混淆，而不是政府实际定位的混淆——不管选民如何期待官员尊重民意，在事实上和法理上，议员和行政官员至多把民意作为参照，而不可能像政权（民权）机关那样必须传达民意。

虽然西方国家国会不具有政权（民权）机关的性质，但民选议员的制度（尤其是以英美为代表的小选区单一胜出制）使国会具有一定程度的民意性。民国宪法的政治架构，将西方国家国会的民意性剥离出来，主要由国民大会作为政权（民权）机关和咨议机关来体现民意。在这个前提下，立法院和监察院纵使具有一定程度的民意性，人民在认知上也不应对其定位产生不必要的混淆。

1957年司法院释字第76号大法官解释，认为国民大会、立法院、监察院共同相当于民主国家之国会。就严格的法理职能而言，西方民主国家之国会是代议性的治权机关，国民大会与之不同²³⁷，但就民意职能而言，国民大会把西方代议制度之下人民对国会传达民意的期待承接了过来，强化了民意代表性。所以，西方代议制国会所承载的民意职能之期待（不是法理职能）与作为实际职能的立法权、监察权，在民国宪法架构中分派给国民大会、立法院、监察院²³⁸。在这个意义上，民国宪法的确有“三院制国会”的架构。但就西方国会的代议立法职能而言，民国宪法采用的是一院制，即立法院总揽日常立法事宜。这一点，本书第

²³⁷ 涂怀莹大法官指出：“治权乃众人之事的日常事务的处理，故须经常行之；政权则为控制治权之用，故仅能偶一用之，乃至备而不用……是以国民大会如行使西方国会之任何权力（因其均属治权），即难符其为政权之本质。”（涂怀莹1986：603）。

²³⁸ 高旭辉（1978[1987：604-605]）。

五章还会详细讨论。

第三节 国民大会的政权（民权）运作

一 罢免权

民国宪法规定，国民大会在监察院提出对总统和副总统的弹劾案后，有对总统和副总统的罢免权²³⁹。这一点也与第 133 条“被选举人得由原选举区依法罢免之”的规定相合。

鉴于罢免案对社会所可能造成的割裂作用，罢免案不宜过多，或者说罢免案应有适当的门槛。民国宪法为国民大会对总统和副总统的罢免权设置了监察院预先提出弹劾案这一门槛，是否妥当呢？从权力制衡的角度而言，由独立于国民大会的监察院掌控这个门槛，可以避免国民大会擅权，促进政治的稳定，所以这个制度是合适的。

国民大会是否应当在总统、副总统之外获得对其他官职的罢免权？宪政尚未成熟的阶段，似无此必要，但如果我们以长远的眼光考虑未来，那么不妨从两个方面探讨：

（1）经总统提名、监察院同意而获职的司法院、考试院官员，是否应当由国民大会罢免？

民国宪法第 77 条规定司法院掌理公务员之惩戒，所以对中央公职人员的弹劾案由监察院向司法院下设的公务员惩戒委员会提出。但是，司法院长、副院长和大法官之弹劾，一方面涉及司法院内部避嫌的问题，另一方面这些官员经总统提名、监察院同意而获职，具有特殊的地位。所以，由国民大会审理针对这些官员的弹劾案，似乎更加合理²⁴⁰。

此外，考虑到司法院作为宪政制度之“压舱石”的重要作用（有违宪审查权，可以解释宪法），司法院正副院长和大法官的罢免去职似应有极高的门槛，例如必须由监察院提出弹劾案而不是国民大会自行弹

²³⁹ 由其他机关提出而不许表决者联名提出罢免案的制度称作“间接罢免”（indirect recall）。参看 Qvortrup (2013: 78)。

²⁴⁰ 田炯锦（1973：135）。

劾，而且需要在国民大会达到宪法修正案所需的四分之三多数票，以确保宪政制度的稳定。否则，短视性的政争有可能导致无谓的弹劾与罢免，危害宪政制度的尊严与稳定。

四分之三多数票的门槛是否过高？考虑到选区代表制所带来的放大效应（例如，四分之三的选区仅有微弱过半的民意支持某项罢免案，其他选区对该案的民意支持度远低于半数，那么全国选民对该案的支持度可能低于半数，但在国民大会则达到四分之三），这个门槛对涉及宪政制度的重大议案，如宪法修正案、大法官弹劾案，并不过高。实际操作中，上面的例子很难出现，但略微过半的民意支持度造成国民大会四分之三多数票的情况是很有可能。

考试院正副院长与考试委员，产生方式与司法院正副院长和大法官相同，但并不涉及宪政制度和司法院避嫌问题，所以似可走普通政务官的弹劾程序，参看本书第五章。

（2）1952 年司法院释字第 14 号大法官解释以制宪过程中的考量为依据，指出监察院对具有民意代表性质的职位（立委、监委、国大代表、省县议员）不行使弹劾权。这些职位的罢免案，自当依据宪法第 133 条，由原选举区定夺。

如果中国大陆将来在立法院设置一批全国不分区议席（由政党名单比例代表制产生），那么针对某个不分区立法委员的罢免权如何操作²⁴¹？全国选民直接行使罢免权，根本无法操作，交由国民大会征询民意

²⁴¹ 台湾现行制度乃依据 1993 年司法院释字第 331 号解释，不分区立委“如丧失其所由选出之政党党员资格时，自应丧失其中央民意代表之资格”。2013 年 9 月，国民党因内部政争，抓住立法院长的小辫子而开除其党籍，此举如果成立则将导致立法院长失去立委席位而去职，立法院长为此提出司法诉讼，保住了职位并最终保住了党籍，国民党则被法院裁决违反人民团体法，其党章与法律抵触部分无效（台湾高等法院 2014）。这个戏剧性的事件，凸显了政党透过开除立委党籍而罢免立委之制度的弊端。类似制度目前多见于一些民主程度不高的亚非拉国家（Xuclà 2014: 7）。释字第 331 号解释目前仍然有效，但因其以“党意”取代“民意”而有相当的争议，尤其在立委选举实行“两票制”之后，选民投给政党之选票与不分区候选人名单的吸引力有很大关系，使不分区立委具有一定程度的直接民意授权，因此此号解释更宜加以补充（许宗力 2014: 1069）。为了在加强政党稳定性的同时允许一定程度的灵活性，笔

之后行使则是妥当的²⁴²。为避免国民大会擅权，似有必要采用高于半数（如五分之三）的门槛，以及大选前后半年内不得罢免立法委员的限制。此外，为避免浪费社会资源，对立法委员的罢免案似不应成为国民大会召开临时会的唯一事由，可规定只有在其他议题列入日程的情况下才可以审议立委罢免案。

二 创制权和复决权

民国宪法规定国民大会有对宪法修正案的创制权、复决权（宪法修正案之创制有四分之三多数票的门槛），对普通法律的创制权、复决权搁置至全国半数县市行使过此二权之后。下面从类别、操作与制度设计细节的角度讨论这两项“治法”（孙中山语）的民权。

（一）创制与复决的概念和类别

自二十世纪初至今一百余年，西方国家在直接民权方面并没有重大突破，美国学者威尔确斯 1912 年出版的《全民政治》（*Government by All the People*）仍然具有现实意义和指导价值。下文将在参考了国际民主及选举协助机构（International Institute for Democracy and Electoral Assistance，简称 International IDEA）2008 年出版的《直接民主》（*Direct Democracy*）手册的基础上，主要依据《全民政治》的分类方式，讨论创制（initiative）与复决（referendum）。两个参考资料的主要区别是《直接民主》手册之中 initiative 一词特指公民的主动性，所以《全民政治》中的公民自请复决因其主动性而被《直接民主》手册归为 initiative 的一类²⁴³。也就是说，《全民政治》以公决的对象是公民自创

者认为，由于政治原因被开除党籍或自动退党的立法委员应当保留议席，但只能以无党籍独立身份在立法院内部活动并不得进入各个专门委员会（以减少其对院内党团力量配比的影响），在院外则可以加入其他政党或另行组党，参与下一次选举。

²⁴² 政治因素不宜成为罢免立法委员的理由。立法委员如果行止有亏（例如 2013 年立法院长“关说”事件），似可由一定数量的国大代表联名提出罢免案交由国民大会议决，足够高的联署门槛可以避免小题大做。

²⁴³ International IDEA (2008: 61) 把 initiative 分为“公民创制”（citizens’

提案还是代议立法机关的法案为划分标准，将“治法”的公决分为创制和复决²⁴⁴，但《直接民主》手册以公决行动发端于公民还是当局为标准，将其分为主动公决和被动公决。考虑到孙中山民权主义和民国宪法的历史传承性，我们有必要沿用创制和复决的两分法。

（1）创制，传统上指的是选民或政权（民权）机关主动提出对宪法或普通法律的修正案，或提出新法律的立法原则²⁴⁵（通常不是法律细节条文，因为选民或政权机关成员在立法工作方面并非专家）。创制案的提出，需要一定比例的投票人签名的门槛，以避免极少数人牵动多数、浪费社会资源。民国宪法之国民大会行使创制权之时，考虑到国大代表人数不过数千、联名发起创制并不困难，为了避免国大代表擅权，其联名门槛可以远远高于各县选民直接创制复决的联名门槛。民国宪法

initiative) 和“公民要求的复决”(citizen-demanded referendum, 即笔者所说的公民自请复决) 两类，然后又说两类 initiatives 都归结于一场公决投票(referendum vote)。这些英文词汇上述用法的另一个例子是美国学者 Tsebelis (2002: 125) 在其“否决者”(veto players) 理论中采用类似于“支序分类”的办法把公决即 referendum 层层剥开，公民创制是这一分类树最深层的一个枝权（借用支序分类学的概念，《全民政治》中的“创制”在否决者理论中是一个“单系群”，“复决”则是一个“并系群”）。

²⁴⁴ Wilcox (1912: 131)。

²⁴⁵ 第一届国民大会曾与 1965 年召集临时会，透过对动员戡乱时期临时条款的修改，解除了民国宪法第 27 条对国民大会的创制复决两权的冻结，其所通过的戡乱条款修正案即采用了“创制中央法律原则”而不是“创制中央法律”的说法。此次会议制定了“国民大会创制复决两权行使办法”，其中涉及创制权的部分可供参考：“国民大会创制之立法原则，咨请总统移送立法院。立法院应于同一会期内依据原则，完成立法程序。但内容繁复，或有特殊情形者，得延长一会期。前项立法原则立法院不得变更。”“国民大会创制之立法原则，经完成立法程序后，非经国民大会决议，立法院不得修正或废止。”

关于复决权，也有类似的规定：“经复决修正否决或废止之法律，立法院不得再制定相同之法律。”但是，在国民大会行使创制复决权之后如果社会情势发生变化，导致国民大会早先的决定不再符合时宜，是否仍然一定要禁止立法院做出修改呢？笔者认为，考虑到国民大会以委任代表制行使政权之手续相当繁杂，可以考虑设置一个时间限制，例如六年（或立法院改选两次），在此时间段内立法院不得改变国民大会的“治法”决定，之后似应允许立法院以超级多数票改变之。

原初条文规定五分之二以上的国大代表联名请求即可召集国大临时会，这个门槛似可适用于国民大会的创制复决。

国大代表联署的创制案，在达到签名门槛之后、付诸国民大会表决之前（或在国民大会决定召开临时会之前），似应允许立法院直接拿来表决，此做法称作“间接创制”²⁴⁶（不经过代议立法机关而直接付诸选民/政权机关表决则称作“直接创制”）。如果立法院决定依照创制案直接立法，那么国民大会即不必议决之，这是简化手续、节约公帑的良策²⁴⁷。

另一类并非公民投票但在启动程序上与创制权有所类似的公民政治行为，是公民联名要求代议立法机关把某项议题列入议事日程，因其与创制权相似，故称为“议程创制”（agenda initiative）。考虑到民国宪法之国民大会的三重性，“议程创制”似可成为作为咨议机关的国民大会与立法院互动的一种形式。在实行直接民权的政区，“议程创制”签名门槛可低于普通创制，遭到代议立法机关否定之后可征集更多签名以达到普通创制案的门槛²⁴⁸。

（2）复决，指的是选民或政权（民权）机关对代议立法机关之作为置以可否，在类型上更加复杂。目前世界上人民享有复决权的各个国家或联邦成员（如瑞士联邦和美国许多州）通行的做法是：代议立法机关所通过的法律、规章，人民通常“有权”复决，但没有任何一个政体把所有的法规都提请复决（理论上可以这样设想，实践上行不通，因为效率过于低下）。所以，国民大会对法律的复决需要一定的门槛。

威尔确斯在《全民政治》中把复决权分为以下三个大类（其中又有子类）：

其一，强制（obligatory）复决。此类复决由宪法或专门法律规定其

²⁴⁶ 有的政区还允许代议立法机关提出替换案，把原始创制案和替换案一并提交选民表决（Dubois and Feeney 1998: 27, 35-37, 50）。

²⁴⁷ 需要注意的是，如果一项创制案被代议立法机关拿来表决通过而绕开公决或政权机关表决，那么代议立法机关将来如果意图更改或废止该创制案所造成之法，应加以严格限制，例如超级多数票或强制复决。

²⁴⁸ Dubois and Feeney (1998: 36)。

范围，为保证正常的效率，通常只有宪法修正案和极少数重大法案才需要强制复决，但许多国家的宪法或相关法律中也规定某些类别的法案不得复决。

民国宪法规定立法院四分之三多数票通过的修宪案必须提交国民大会复决。民国宪政的未来发展中，是否有必要扩展强制复决的范围，将是有待讨论的议题。立法院微弱多数票通过的法案（例如因一些立法委员缺席或弃权而导致赞成票不及“绝对多数”即立法院总人数之半数），以及有立法院“自肥”性质的，似可考虑强制复决。

其二，选择性（optional）复决。这是最常见的复决，用于不需强制复决的法案，分三个子类。

甲，代议立法机关通过法案之时由多数派主动提请复决。这自然显示了代议立法机关对人民的尊重，但有推卸责任之嫌，所以有人认为不宜采用。出于这种顾虑，如果民国宪政的未来发展中出现了这方面的呼声，那么应当考虑设置一定的立法院支持率上限，高于这个上限而通过的法案就不应允许多数派主动提请复决。

乙，代议立法机关内部落败的少数派或法规发布人决定将法案提请复决。这又分两种情况：

A，法案在代议立法机关内部获得通过。为了避免浪费社会资源，超过一定的“高票”标准而通过的法案应当禁止任何人提请复决；未达高票标准的（例如未及“绝对多数”即议席总数的半数），似可允许法规发布人（在中央即为总统）决定提请复决。

B，法案在代议立法机关内部没有通过。这是一个很特殊的情况：前述各种类型的法案复决，最终结果都是“双多”（即代议立法机关的多数和人民/政权机关的多数）才通过，但这一类复决的对象在代议立法机关里只有少数支持，人民或政权（民权）机关的支持再多也是“单多”。这种情况如果允许复决，需要设置较高的门槛，只有微弱差距落败的法案才可以提请复决。

丙，人民或政权（民权）机关自请复决。同样分为两种情况：

A，不管一项法规是以多高的票数通过的，人民或政权（民权）机关都应当有权自请复决，除非其类别在宪法规定不得复决的范围内。

1, 除少数紧急措施外, 法规签署发布之后通常不会立即生效, 在其生效之前如果有足够的选民或政权(民权)机关成员联名要求复决(可以是针对其中的某些条文), 那么此法规(或特定条文)即须暂缓生效, 留待复决。

2, 如果法规生效之后才有足够的签名要求复决, 那么法规效力不宜暂停, 因为这种情况可以作用于人民习以为常的旧法律, 少数人的签名不应导致旧法律的暂停。此类复决, 在形式上和实质上都与前述其他各种类型的复决不同: 在法规尚未生效的情况下, 复决案所针对的是法案本身, 赞成票指的是赞成通过法案; 待到法规业已生效之后, 复决案的内容即应转为负面, 赞成票指的是赞成废止该法规, 在操作上可以说是法规废止案之“创制”, 只是因为其“治法”的标的在于代议立法机关通过的法规而归入复决范畴²⁴⁹。

B, 法案在代议立法机关内部没有通过, 人民或政权(民权)机关自请复决。这一情况与提请复决(乙B)没有本质区别。

归纳起来, 上述各种情况中的三种特殊类型, 即提请复决或自请复决在代议立法机关落败的法案(乙B或丙B), 以及自请复决已经生效的法规(丙A2)²⁵⁰, 都和创制权的行使有所类似, 可以导致人民或政权(民权)机关“单多”票数改变现状, 所以必须特殊对待, 例如赞成

²⁴⁹ “废法”复决(abrogative referendum)以意大利为典型, 参看 International IDEA (2008: 65-66)。值得注意的是, 孙中山先生在《民权主义》演讲中提出: “若是大家看到了从前的旧法律, 以为是很不利于人民的, 便要有一种权, 自己去修改, 修改好了之后, 便要政府执行修改的新法律, 废止从前的旧法律。关于这种权, 叫做复决权, 这就是第四个民权。”(孙中山 1924b [1989a: 125])这一说法并不严谨, 旧法律的修改属于创制而不是复决, 其废止才是复决的一种类型。演讲中出现纰漏实属难免; 孙中山亦在演讲末尾请听众参看廖仲凯译威尔确斯《全民政治》以了解创制、复决的详情。

²⁵⁰ 从“对称性”的角度出发, 是否还应该有关“提请复决已经生效的法规”这一类型呢? 答案是否定的: 其一, 如果代议立法机关审议了现行法律的废止案, 因为废止案本身具有法案的性质, 其复决可并入前述各种提请复决的类型, 不必单列。其二, 笔者认为不应允许任何人(例如总统)在代议立法机关没有审议现行法律的废止案、亦没有自请废止之联署达到门槛的情况下提请复决现行法规, 这种做法有可能扰乱政局。

票必须达到超级多数，以及省级地域上的多数所形成的“双多”，下文将讨论之。

其三，咨询性（advisory）复决。在代议立法机关无法把握民意之时，可以提出一个大致的意向，作为咨询性的议题，提请人民复决。但这个意见是柔性的，代议立法机关看到复决结果后说“知道了”就可以了，没有任何硬性要求。人民自然也可以提出类似的投票议题，但称作咨询性创制（或建议性创制）²⁵¹。

台湾做过的几次公投，都是咨询性的，是政客的工具，给人以“瞎折腾”之感²⁵²。鉴于国民大会具有咨议职能，立法院与国民大会之间的互动可以给立法院提供民意信息，通常情况下没有必要兴师动众以复决或创制的形式（要求国大代表在选区正式征询民意）处理咨询性的议题。如果允许之，似应采用较高的门槛（例如立法院多数加以总统的同意，才可以提出咨询性复决议题）。

（二）创制权与复决权的操作

待到国民大会获得对普通法律的创制权与复决权之后，这两项民权不应被国民大会频繁行使，而应作为“保留权力”，只在例外情况下（如立法院对人民强烈要求的立法项目迟疑不决，或立法院所立法在人民中产生很大争议时）才适合行使。郑彦棻先生如是说：

“（有人）认为政权之行使，不可一日中断，国民大会闭会期间应有常设机构，以行使政权。对国民大会集会除每届总统任满前集会后，

²⁵¹ 一个典型的例子是新西兰 2009 年针对政府立法禁止家长体罚子女而举行的咨询性创制，尽管超过 80% 的投票人赞成体罚，执政党和反对党一致反对，对公投结果置之不理。

²⁵² 苏永钦（2001：28）如是评价咨询性公投：“如果说现代的民主政治，最多只是代议制加进一点直接民主的机制，则咨询性公投就可以说是混合中的混合……如果已经决定要建立直接民主机制，则这种半真半假的公投，实际上是花费同样的有形无形成本，却得不到一半的好处。相对于真正的意见调查，现代民意调查的技术，已可用其百分之一的经费，做到精准百倍的调查，而尚无须付出法制被破坏的代价。在这种情形下引进咨询性公投，不管是偶发的，或是建立长期制度，在民主理论上都很难合理化。”

亦有每年或每三年定期集会之主张。不知国家主权固不可一日中断，政权亦为人民经常享有，但非必经常行使，四项政权之性质除选举权可定期行使外，其余罢免、创制、复决三权，都不是可以经常行使的。且国民大会受全国人民之委任，代表行使政权，自不能互选代表，以代表之代表，行使职权……”²⁵³

国民大会的修宪权是一道杀手锏，违反宪法条文的法律创制案可以引发修宪案，在绝大多数代表的支持之下获得通过。就一般条文而言，民国宪法的修宪门槛相当严格，基本上可以保证公平性和合理性。但是，涉及国民大会扩权的修宪案，因其“自肥”性质，应有严格的限制，或将这种性质的国大自请修宪条文的生效日期推迟到下一届国民大会开幕之日，或禁止国大代表主动提出，而只能由立法院提出、提请国民大会复决。依据司法院释宪先例，避免国大自肥的规定可以由司法院作出，不必诉诸宪法修正案。

（三）制度设计的其他考量

鉴于国民大会的非专家性、民意的不稳定性和大国的地域复杂性，国民大会在修宪之外“治法”的权力似有必要受到进一步的限制。

其一，如果具有一定资格或达到一定门槛的反对者认为创制案有违宪之虞，似应允许反对者把创制案提交司法院作合宪性审核，确认合宪之后才可提交国民大会表决。这个做法不同于美国违宪审查制度的诉讼原则（美国法院只能透过处理诉讼来审查法律的合宪性²⁵⁴），但民国司法制度自有其特色，有关部门甚至个人皆可依法提请司法院审查法律。

²⁵³ 郑彦棻（1990：117-118）。

²⁵⁴ 有必要指出，在实行公民创制复决的美国二十余个州，创制案的程序瑕疵争议通常可以在付诸表决之前由反对者提起司法诉讼，其中数州还允许创制案实质内容合宪性的事前诉讼（Dubois and Feeney 1998：43-45）。在不允许事前就实质内容提起诉讼的美国西海岸三州，有资料（Qvortrup 2013：139）指出，获得通过的创制案中的 54% 都在事后遭到诉讼，其中 55% 被法院全部或部分推翻。如此高的比例，说明事前审查确实能够节省社会资源。

为了降低社会成本，应当让违宪的创制案及早止步²⁵⁵。

其二，创制案、现行法规自请复决案（以废止案为形式）和未获立法院通过的法案之复决案，就国民大会和立法院的关系而言，一旦通过即为国民大会之“单多”改变法律体系的现状，似应采用较高门槛（例如五分之三的超级多数），以降低民意的易变性对法律体系的冲击²⁵⁶。达到过半多数但不及超级多数者，似可待到立法院换届之后强制列入立法院议程，如果新一届立法院不予通过，似可在国民大会代表再度征求民意之后以超过立法院反对票比例的赞成票比例予以通过。

上文讨论罢免权时提及的间接投票所导致的放大效应，支持较高门槛的考量。此外，人口分布的不均衡也可能带来放大效应——国大代表主要由各县选出，人口不满百万之县皆有一个代表名额，所以人口少的县意见趋同之时，有可能以不及全国半数的选民人数，指挥过半的国大代表。两种放大效应所导致的不代表全国过半选民的国民大会过半多数，如果与立法院过半多数意见相一致，不一定会招致巨大争议，但在国民大会“单多”的情况下，放大效应而造成的勉强过半多数就显得很不妥当。

其三，地域的考量，似应成为另一道门槛。瑞士的“双多”原则，即过半的全国选民与过半的州，值得借鉴²⁵⁷。例如，不但要求国民大会全部有效票数的五分之三多数，而且分省计票，需要在过半省份达到过半多数。这个做法，相当于以国民大会全国计票和分省计票的“双

²⁵⁵ 地方自治体的创制案，似可采用类似的方法，但地方创制案是否合乎该地自治法似应由该地法院裁决，针对国家宪法的合宪性裁决则是司法院的保留权力。可以类比的例子是瑞士联邦法院有权审查各州的创制案（Dubois and Feeney 1998: 57）。

²⁵⁶ 反过来，如果立法院通过的法案尚未生效，那么国民大会似可仅凭过半多数否决之（在程序上是复决案未获多数票通过）。此时国民大会的作用与两院制议会之上院类似，相当于在立法程序中增加了一个“否决关卡”（veto gate）。

²⁵⁷ 一些美国学者（如 Ellis 2002: 140）认为瑞士的直接民主制度优于美国各州的直接民主制度。限于篇幅，本书无法深入讨论直接民主制度（尤其是县级直接民权）。

多”，代替国民大会与立法院的“双多”。

第四节 国大代表选举的最佳方式

一 投票制度

上文说过，国民大会内部不宜实行政党政治，否则国大代表的党性会妨碍民意的传达。但是，即使国民大会会议期间的运作可以超出党派，在国大代表选举过程中也不宜强行要求候选人无党无派。为了在国民大会削弱政党政治，最好从制度设计的细节入手，在保障政党自由的前提之下，采用在间接的效果上有助于削弱政党政治的柔性做法。

什么样的制度可以达到这种间接效果呢？回答这个问题之前，我们不妨对与国民大会代表分县选举的制度有所类似的美国众议院和英国下议院选举制度略作分析。美国众议院和英国下议院由小选区单一代表组成。在具体的选举制度上，美国众议员和英国下议员的选举采用相对多数单一胜出制，每个选民选择一个中意的候选人，每个选区得票最多者当选。在三个或更多候选人的情况下，当选人得票可能不及半数。这个制度，对大党极其有利（因为大党可以高效动用组织力量和财力资源），在效果上促成了英美两国的两党制²⁵⁸（小党和无党派人士通常没有机会赢得议席，变革时期异军突起的第三党或者迅速边缘化，或者取代原有两党之一的地位，被取代者迅速边缘化）。

如果国民大会代表选举采用类似于英美国会下院的制度，每个选区多个候选人争夺唯一的国大代表席位、每个选民只选择一个中意的候选人、获得相对多数票者胜出，那么，下述弊端几乎是不可避免的：1，依附于政党的候选人因政党资源而占据优势，党性越强，越有可能获得政党的大力支持；2，各个候选人互相攻讦，毒化政治空气；3，立场类

²⁵⁸ 这是政治学领域著名的“杜瓦杰法则”（Duverger's law，又译“迪维尔热定律”），即单席位区相对多数制倾向于导致两党制。这方面的简要介绍参看 Taagepera (2007: 27, 103)，专门研究参看论文集 Grofman, Blais, and Bowler (2009)。

似的候选人分割票仓，有时会导致少数阵营的候选人胜出。上述最后一个弊端，在来自少数派的国大代表罔顾多数派民意的情况下可以透过罢免程序来解决，但这是对社会资源的浪费。

如何杜绝这些弊端呢？西方国家在数百年的民主实践中早已找到了许多经实践证明更为优化的选举方式。只考虑单一胜者的情况，那么，澳大利亚众议员选举所实行的排序复选制（*alternative voting*，又称 *instant-runoff voting*）就是一个很好的方案。“排序复选”的意思是选民在选票上对候选人进行排序，划出第一选择、第二选择……（选择的数量可以有上限），开票时首先计算第一选择，得票最低者被淘汰，其得票按第二选择分派给其他候选人，然后再淘汰得票最低者，依此类推，直至产生最后的赢家。另一个可以遏制前述弊端的方案是曾实行于希腊议会选举²⁵⁹的认可投票制（*approval voting*，又称“同意投票”），即选民可以在选票上对自己认可的多个候选人都表示同意，获得认可票数最多者胜选²⁶⁰。

排序复选制和认可投票制都不限制政党自由，候选人可以寻求政党的支持，但党性强的人物并不占据优势，因为此类候选人在选民中的地位容易两极分化，虽然有很大机会被党性强的选民列为第一选择或认可，但很可能完全不被其他选民列入排序选择或认可人选之中。立场温和的人士，包括无党派人士，则有可能成为更多选民的选择之一²⁶¹。

²⁵⁹ 希腊议会选举已改为政党名单比例代表制。

²⁶⁰ 值得指出的是，同意投票制推进一步而成的“计分投票”制度（*range voting* 或 *score voting*，即给每个候选人打分、总得分最多者胜选，类似于某些体育或文娱比赛的裁判打分制度）有一些优点，有人大力鼓吹，但在学界鲜有支持者而有极力反对者（例如 Tideman 2006: 238 以其易于配票操控，将其归于“不可支持”的类型），对选民而言也有负担较重（不再是简单的可否而是逐一打分）的缺点。不管计分投票制是优是劣，委任代表制的国大代表选举过程中精细打分实属“炮弹打麻雀”，不值得如此麻烦。

²⁶¹ 巴布亚新几内亚 1975 年独立之前的三次议会选举采用单席选区排序复选制，独立后为了简化选举制度而改行单席选区相对多数制，2003 年再行排序复选制（加以如下限制：每张选票必须做出三个排序选择，不能更多，少于三个者无效）。相比之下，排序复选制具有明显的优势，议员不但立场较为温和，而且对基本盘之外的选民多有照顾。相对多数制则不然，议员多专心经营

此外,排序复选制和认可投票制可以在很大程度上避免候选人之间的攻讦,因为某个候选人如果大肆攻击另一个候选人,就触怒了后者的支持者,难以被他们列为次优选择或共同列入认可人选。各个候选人为了增加得票机会,势必致力于向选民展示自己的亲和力和对民意的尊重,而不是以攻击政敌为能事,这样的选举过程有助于形成良性的政治氛围。

国大代表之代表性的问题,也可以迎刃而解。同一个阵营如果有多人参选,该阵营的基本盘选民通常会在自己阵营的候选人之间排序或确定认可人选,相当于在计票时集中了选票,通常可以避免不具有代表性的候选人因对立阵营票仓被分割而胜出。

必须承认,不存在十全十美的选举制度,排序复选制和认可投票制各有一些弊端²⁶²。但是,考虑到国大代表作为委任代表受制于选民意

基本盘而无视其他选民的利益。参看 Reilly (1997), Reilly (2007)。

由此引中的一个考量是单席选区排序复选制或许较为适用于中国大陆省县议会选举,因为排序复选制而产生的省县议员有较大可能促成较为公平的资源分配,参看 Barkan (1995)。立法院则不然,因议席数量不宜太多而全国人口过多,最好实行以各省为主要选区的比例代表制(各省选出的立法委员只需力求国家资源在各省的分配大致公平,省之下自治层级的资源分配则可托付给省县议会),参看 Reynolds (1995b) 及本书第五章第二节。

顺便指出,虽然大陆法系国家通常强调自由委任并要求议员代表全国而不是选区(Van der Hulst 2000: 8),但指望议员完全不考虑选区利益显然不切实际。在这个问题上,韩国宪法第 46 条第 2 项“国会议员优先考虑国家利益,凭良心行使职权”是较为妥当的规定,在优先考虑国家利益的前提下不排除选区利益的考虑。

²⁶² 单席选区排序复选制在理论上常见的批评是“投票悖论”(孔多塞悖论)和“阿罗悖论”(阿罗不可能定理),选举实务上也可能在某些情况下发生弊端,例如中间派候选人被大多数选民排名靠后而过早遭到淘汰;认可投票制亦有其弊端,例如美国 1800 年大选所例证的“伯尔困境”(Burr Dilemma)。Poundstone (2008) 对这两个选举制度的弊端有详细论述,在此不详述。

顺便说一下, Poundstone (2008) 较为推崇计分投票制,但此制争议极大——平心而论,计分投票制用于国大代表选举这样无关痛痒的政治竞逐倒还不是不可行,只是失之于“杀鸡用牛刀”,但如果涉及权力较大的职位,因其颠覆了“多数决”,笔者不看好这一选制在政治实务中得到采用的前景。如果一国人民的民主素养已经达到了可以放弃多数决而接纳“高分决”的程度,这个国家

旨、个人自主职能极其有限，笔者认为：**国大代表选举的过程远远重于结果**。在中国大陆民主转型初期，积极、正面的选举过程对于塑造国民的民主素养大有裨益。一个选举制度如果有助于避免“负面选战”，那么即使在投票结果上有时会使最佳候选人落选，只要不导致缺乏代表性者胜选，并且易于理解、不难操作，就可以视为适用。

综上所述，排序复选制和认可投票制都是国大代表选举的可行方式²⁶³。选举制度细节可以透过宪法之外的普通法律来规定，但属于宪政制度的核心内容，我们有必要未雨绸缪，在中国大陆重归宪政民主道路之前作出这方面的准备。

二 代表名额的分配

民国宪法第 26 条详细列举了不同类型的国民大会代表：

1，第一款规定“每县市及其同等区域各选出代表一人，但其人口逾五十万人者，每增加五十万人，增选代表一人”，那么，代表人数多于一人的县市是否应当采用多席选区（即一个选区选出多个代表）呢？笔者认为，虽然此条文隐含了多席选区之意，但并未明确说明，所以可以在普通法律规定的制度细节中将代表人数多于一人的县市拆分为数个单一代表选区。这样做的原因在于国大代表问责机制：如果多席选区的少数派集中选票而使他们中意的一名候选人当选，然后这名国大代表在国大会议中的投票违背了选区多数人的意愿，那么选区多数派即可启动

用什么选举制度也许就无足轻重了，未必有动力改革选制；反之，如果一个国家的政治存在着泰国红衫军、黄衫军那样的尖锐对立，该国人民（尤其是占人口多数的一派）真的能够同意放弃“多数决”选制吗？

²⁶³ 一组有趣的数据是，一群研究投票制的学者在 2010 年召开于法国的一个学术研讨会上投票选择其所认为最好的单一胜者选举的投票制度（可多选，也就是说这些学者采用“认可投票制”），其结果是认可投票制排名第一（68%），其次是排序复选制（45%），计分投票制则排名靠后（9%）。当然，这仅仅是 22 位与会学者的意见。详情请看 Laslier (2012)。

笔者阅览大量的文献资料、多方对比之后为单席选区的选举推介两个投票制度，然后注意到上述数据，两个中意的制度恰恰排名前列，欣喜之余觉得这不是巧合——朋友们如果怀着开放而务实的心态探索选举制度的奥妙，或许所见略同。

罢免程序，形成无谓的政争。这个问题，在单席选区即不存在。所以，单席选区制最适合于实行委任代表制的国民大会。至于如何划分选区，以一县二选区为例，考虑到县政府驻地通常具有较高的城镇化程度、在民意方面很可能与农业乡镇多有不一致之处，较为合适的划分选区办法是县政府驻地及邻近乡镇划为一个选区，其余乡镇则形成一个环形或半环形选区。

民国宪法制定之时尚不存在“地级市”和“县级市”之说，“市”只分为直辖市和省辖市两类。依照这种区划方式，中共行政建制之下地级市的各个市辖区将合在一起视为一个“市”。在市辖区人口高于五十万的情况下，合并计算将可分得更多国大代表名额——举例而言，一个地级市分为两个市辖区，人口各八十万人和九十万人，如果两个市辖区合在一起，共一百七十万人口，可分得三个国大代表名额；如果市辖区被视为县，那么各自只能得到一个名额。但是，如果市辖区人口少于五十万，那么将其视同县份更为有利。考虑到市辖区住民对其所在区通常不具有强烈的乡土认同，笔者认为市辖区的选区划分宜以国大代表名额最大化为原则，但在住民有特殊要求的情况下（例如市辖区由县改区为时不久、乡土认同较强）可以灵活从事。

人口多于五十万的市辖县和县级市将面临两难局面，其中八、九十万人口者很可能感到名额分配不公，但百分之百的公平实难做到。为灵活起见，似应允许此类县市在住民同意的前提下改为地级市的市辖区，以削弱乡土认同为代价换取更多的国大代表名额。

为了增加名额而拆分县、区的做法是不应允许的。中国大陆民主转型时期，行政区划之边界不宜变更，以免在划界问题上发生冲突、妨碍民主制度的巩固。

2，第二款规定“蒙古选出代表，每盟四人，每特别旗一人”，能否适用单席选区排序复选制或认可投票制呢？这里，需要注意 1946 年制宪之时一些蒙汉杂居区域（例如绥远省）实行的“蒙汉分治、旗县并存”建制，同一地域可以存在旗、县两个政府，分管蒙、汉居民²⁶⁴。所

²⁶⁴ 庆格勒图（1996）。

以，此款所规定的国大代表名额实乃专门留给蒙古族的名额²⁶⁵。考虑到目前内蒙古人口之大多数为汉人这一现状，有必要在国大代表选举制度上采用双重选区制：蒙古族人口为少数的内蒙古各县市、旗除按民国宪法第 26 条第一款之规定而设置不分民族的选区之外，还应按上述第二款之规定，专门设置若干蒙古族选区，蒙古族选民可在普通选区和蒙古族选区二者之中择一。

在一人一票的双重选区制之下允许非汉民族选民选择其选区归属，就会出现如下情况：一些非汉民族选民对本族选区代表人选不很重视，认为只要代表本族就可以了，同时希望普通选区选出一个善于倾听非汉民族声音的代表，那么他们很可能愿意成为普通选区的选民，甚至一个非汉民族家庭里一些人选择普通选区、另一些人选择民族选区。这就有利于民族沟通，避免极化²⁶⁶。

3，第三款规定“西藏选出代表，其名额以法律定之”²⁶⁷。现今西藏自治区的辖区大于 1946 年制宪时噶厦政府辖区，已分为七十余个县级行政区，而且藏族在各县区占人口之绝大多数，所以依照第一款的方式分配国民大会代表名额对藏人有利。各省藏族聚居区的藏族代表名额见下文的探讨。

4，第四款规定“其他各民族在边疆地区选出代表，其名额以法律定之”。此处“其他各民族在边疆地区”实则隐含了“社会经济方面处于弱势地位的原住民族”之意，不宜局限于字面，应作广义解读²⁶⁸。还

²⁶⁵ 1947 年国民大会代表选举罢免法依照民国宪法的规定而设置的“蒙古各盟、旗”国大代表名额共 57 人。当时外蒙古的独立已获国民政府承认，这些名额属于内蒙。

²⁶⁶ 反之，比利时采用了僵化的民族选票制度，没有设置超越民族界限的选区，也不允许选民自主选择其选区归属，因而加剧了民族割裂，国家分裂似乎在所难免。本书第五章讨论立法院的边疆民族议席保障之时完全回避了民族选票制度，亦有避免重蹈比利时之覆辙的考虑。

²⁶⁷ 1947 年国民大会代表选举罢免法设置西藏代表 40 人，包括噶厦政府辖区 14 人，康、青、甘、川、云五省藏民 15 人，内地藏民 11 人。

²⁶⁸ 国民政府于 1947 年制定的国民大会代表选举罢免法施行条例第 52 条规定“边疆地区之各民族，系指四川、西康、云南、贵州、广西、湖南六省之西南

需要特别指出的是,1946年制宪之时回民并没有被视为一个民族,其国大代表名额保障来自民国宪法第135条:“内地生活习惯特殊之国民代表名额及选举,其办法以法律定之。”在第26条第四款的广义解读和第135条的双重参照下,聚居地远离边疆的原住少数民族(如土家族)和生活习惯特殊的回民都有宪法保障的专设国大代表名额。

在操作上,笔者认为,中国大陆之“民族自治地方”²⁶⁹不管距离边疆远近、不管自治民族是不是弱势原住民族,宜参照第二款的蒙古族代表名额制度,以双重选区的方式,在自治民族占人口少数的“民族自治地方”为自治民族提供国大代表名额保障。自治民族占少数的自治县应获得一个自治民族专设名额。自治州内可为自治民族确保至少四个国大代表名额(自治民族人口过少的,如新疆巴音郭楞蒙古自治州,应当酌情调低),如果自治民族占人口大多数的县份少于四个,应在其他县份设置双重选区以补足四个名额。新疆、宁夏、广西三个自治区则可考虑以地区和地级市为单位分别评估是否达致“民族区域自治”标准再行估算(例如,汉族人口比例接近100%的广西北海市、玉林市显然不需设置非汉民族代表名额)。

上述非汉民族国大代表名额保障方式,在人口较多的非汉民族中对满族较为不利(满族仅有十余个自治县)。但是,考虑到满族目前的整体教育程度远高于汉族、在社会经济方面明显处于优势地位,其在平等考选所产生的国家公职人员中所占比例必将远大于人口比例。广义的“代表性”概念包含了民意代表之外的公职名额²⁷⁰,满族在后者中的优

边疆民族”,属于广义解读。第一届行宪国民大会代表之中,除了依据上述规定而选出的西南原住民族代表17人之外,还包括来自全国各地的满族代表17人,并不是基于宪法和行宪法规的名额保障(制宪国民大会上满族代表提出名额保障的要求,但因满族业已汉化,未获通过),而是出自满族文化协进会主席溥儒于1947年10月致函国民政府提出的满族国大代表名单(吕柏良2009),属于法规之外的特殊照顾。新疆没有专门设置民族代表名额,但因维族当时占新疆人口较大比重,新疆分县选出的六十余位国大代表多半为维族。

²⁶⁹ 在大陆的行政区划建制中,“民族自治地方”最低为自治县,不包括自治乡镇、自治村。

²⁷⁰ 参看Norman (2006: 113)。少数、弱势与非主流群体在文官体制中占据的人

势对其专设国大代表名额偏少的问题构成了补偿²⁷¹。

5, 第五款规定“侨居国外之国民选出代表, 其名额以法律定之”。世界上有十余个国家的国会为在外侨民专门设置代表席位²⁷², 例如法国参议院 348 个席位(皆为间接选举产生, 任期 9 年)中有 12 个侨民席位, 意大利众、参两院都有侨民席位。虽然侨民席位在全球并非主流, 但在法国、意大利的参照下, 国民大会宜保留侨选席位, 选区的设置可考虑以华侨人口为基础, 在一个大洲或大国之内每五十万华侨选出代表一人²⁷³。

6, 第六款规定“职业团体选出代表, 其名额以法律定之”。此类别不合当今世界潮流²⁷⁴, 宜先以法律暂行冻结(名额为零), 待到国民大会召开, 可考虑修宪剔除之, 或继续由法律冻结。

7, 第七款规定“妇女团体选出代表, 其名额以法律定之”。从英美的经验来看, 单席选区制度对妇女候选人不利, 但是, 国民大会代表作为传达民意的委任代表, 其性别比例意义不大。在立法院保障妇女名额的情况下(参看本书第五章), 大部分女性选民也许不会纠结于国民大会代表的性别比例, 所以这一类别似应和职业团体类别同样处置。

员组成, 亦称“代表性官僚”(孙炜 2010)。

²⁷¹ 在满汉两族已经基本上完全同化的情况下, 值得警惕的是“微小差异的自恋”(Narcissism of Minor Difference, 语出弗洛伊德)这一心理现象在社会政治领域的投射所可能造成的危险后果: 西方有学者(如 Ignatieff 1998、Figlio 2012)指出, 相似的族群之间反而可能出于微小的差异而爆发极其激烈的冲突。鉴于此, 有识之士不应在不必要的场合(例如满族散居地区)刻意强化满汉之分, 否则“满遗”与“皇汉”的网络语言暴力演变为真实暴力就铸成大错了。

²⁷² International IDEA (2007: 28)。

²⁷³ 1947 年国民大会代表选举罢免法设置的侨选国大代表名额共 57 人。

²⁷⁴ 宪法学家荆知仁(1991: 136-142)指出, 职业团体代表制是十九世纪末至二十世纪上半叶较有市场的一种主张, 在少数国家有过不同程度的尝试, 但弊病甚多。政治学者陈春生(2014: 199)亦持否定意见, 并且指出职业团体会员名册问题在 1960、1970 年代台湾补选中央公职人员时多次造成纠纷。

第四章 总统

孙中山先生所设计的五权宪法架构中，总统主政，在职能上是政府权的代表，在制度上属于极其接近于总统制的双首长制²⁷⁵（因行政院长对总统负责而不是对立法院负责，称之为总统制亦不为过²⁷⁶）。民国宪法则不然，总统对五院除了缺乏强制力的协调职能外仅有极其有限的实权，统而不治，在效果上成为国民大会的常设机关，因而成为人民权的代表。所以，民国宪法在制度上属于改进型的议会制，或者说是极其接近于议会制的双首长制。

下文将从历史和现实的角度对总统地位和职能进行分析，并连带着讨论副总统所能行使的日常职能。

第一节 中国人的总统情节与帝王迷思

虽然笔者从未以科学方法就国人对总统制的看法做过调查、统计，但笔者认识的有志于宪政民主事业的国人在认真分析总统制与议会制的利弊之前大都认同总统制（笔者本人亦不例外），而且这一认同往往是出于直觉。笔者和一些朋友探讨了这个现象，认为总统制的倾向主要来自两方面的影响：其一，实行总统制的美国，是中国人熟知的宪政民主范例；其二，中国历史上长期实行君主制，帝王掌握大权。

这两方面的影响具有潜移默化的效果，固然促使国人倾向于总统制，但如果认真分析美国制度与中国历史，不难得出相反的结论。

²⁷⁵ “双首长制”在学界并不是一个明确的概念，例如吴庚、陈淳文（2013：321）认为议会内阁制（包括君主立宪）就属于双首长制的一类。

²⁷⁶ “五五宪草”规定“行政院设院长副院长各一人，政务委员若干人，由总统任免之”，“……各对总统负其责任”。

一 美国宪法的神话与总统制的危险

美国宪政制度虽然为人们所熟知，但绝非世界领先的典范。英国《经济学人》杂志自 2006 年以来多次评估全球各个国家的“民主指数”，美国从未名列前茅，例如 2012 年美国的排名是第 21 位（排名前 17 位的都实行议会制，包括 9 个立宪君主国和 8 个议会制共和国）。美国近年来总统与众议院之间的恶性政争导致的联邦政府关门等恶果（在先进民主国家绝无仅有），即显示了总统制的弊端：行政权与立法权的严格分立，在二者被不同党派控制的情况下容易导致严重的政争，不但政府效率极其低下，而且对社会产生了割裂的作用，左右两派严重对立²⁷⁷。中国大陆未来民主制度尚未巩固之时，如果实行美式总统制而出现类似的局面，是否会危及民主制度的生存？

在民主理论方面有丰硕建树的美国政治学家达尔（Robert A. Dahl）在《美国宪法有多民主？》（*How Democratic Is the American Constitution?*，又译《美国宪法的民主批判》）一书中指出，1787 年美国制宪者选择总统制并不是在某种政治理论指引下深思熟虑的结果（对美国制宪者有巨大影响的法国思想家孟德斯鸠并未提出总统制构想），而是在制宪会议讨论数月而难以形成共识、与会者不愿拖延的情况下，回到制宪会议已经否定过的几个选择中，匆匆挑选的一个争议较小的选择²⁷⁸。当时世界上并没有议会制共和国的先例可循，英国的议会民主制亦尚未定型（英王仍有一定行政权力），美国的总统制实乃受英国王政影响而设计的任期制“民选君主”制度。达尔认为，美国的特殊国情民情使得美国不管选择怎样的宪政制度都可以获得成功²⁷⁹；换言之，美国宪政的成功并不能证明美国宪政制度的优越性。美国立国之前即已具有深厚的地方自治传统、地方民主经验和人民中普遍的自由理念；这些优

²⁷⁷ 顺便说一下，一些学者认为总统制在民主转型期间可能有助于大刀阔斧进行政治改革，殊不知这一善意的期待只有在总统的政党掌控议会多数的情况下方能够实现。参看注 69。

²⁷⁸ Dahl (2004: 66-67)。

²⁷⁹ Dahl (2006: 143)。

势，中国都不具备，指望透过效法美式制度而复制美国的成功，实属一厢情愿。

自美国行宪至今二百余年，上百个共和国出现在世界各地，其中效法美国选择总统制而顺利形成稳定的民主政体者寥寥无几（若不考虑小国寡民的太平洋岛国，这一数字是零）。如果只看失败的宪政尝试，自然兼有总统制与议会制两种形态，但如果放眼于成功的宪政国家，议会制则占据了压倒多数的地位。这个现象，早已为政治学界所注意。王天成先生在《大转型》一书中指出：

“转型政治学占主流的观点认为，议会制要比总统制有助于民主的巩固和持久。行政部门与立法部门互不依赖的政府架构是总统制，在这种架构之下，总统和议会都由人民直接选举产生，总统既是国家元首又是行政首脑。由于总统不是议会选举的，他所在的政党经常不是议会中的多数党，立法部门与行政部门之间便经常不一致。当冲突、僵局出现的时候，由于总统与议会相互独立、各有固定的任期，冲突、僵局没有宪法渠道可以化解。如果总统寻求非法手段打破僵局，将导致宪法、政体危机，民主便处于危险之中了；如果抛开议会进行统治，也会损害民主政体。总统与议会之间经常性的冲突与僵局，以及由此导致的信任危机、效能低下等问题，也会为军人政变提供诱因、机会。

“与总统制不同，在议会制架构中，只有议会是民选的，行政首脑即总理由多数党领袖出任，议会中的多数党或联合多数组织内阁。因此，行政部门与立法部门冲突的机率大大降低。并且，当两者发生不一致的时候，根据议会制的原则，议会可以投不信任票倒阁，总理也可以解散议会提前举行大选。所以，在议会制架构下，行政部门与立法部门发生冲突时，出现的危机是政府危机而不是政体危机，存在宪法管道化解，通过倒阁或重新举行大选，行政部门与立法部门可以重新达成多数的一致。过去的经验表明，总统制民主崩溃的机率要高于议会制民主。当然总统制不是必然会失败，议会制也不是一定会成功。但在政治、经济条件相差不大的情况下，议会制要比总统制有更强的生命力。”²⁸⁰

²⁸⁰ 王天成（2012：31-32）。

肯尼亚、科特迪瓦等国因总统选举纠纷而造成流血冲突，以及苏联解体后形成的许多总统制国家和近乎总统制的半总统制国家（如俄国）走向威权政治甚至重返专制的事实，都为总统制的危险性提供了例证。本书导论对此问题作出了详细讨论，在此不赘述。

二 中国君主制的常态和双首长制的传统

大权独揽、为所欲为，是“帝王”二字在许多中国人心目中的直观形象。满清乾隆皇帝宣称“乾纲独断，乃本朝家法”，似乎印证了国人对君主制的印象。满清是中国末代王朝，对国人心理的影响自然超过前朝历代，近年来国内盛行的辫子戏及其所反映的奴性文化就是证明。但是，满清作为文化落后的少数民族以军事征服的手段建立的王朝，从初期具有部落色彩的议政王大臣会议到中后期凸显军国色彩的军机处，清庭的核心辅政机构根本不能与历史上的宰相和内阁相提并论，满清之君主专制实乃历史的例外。

回顾满清之前历代，不难注意到，中国历史的常态实乃君权与相权的并立。通称“宰相”的最高行政大臣（正式官职多称“丞相”），自君主制于秦代定型，直至明初，一千五百余年不曾中断。近世立宪君主国和议会制共和国所实行的首相/总理副署制度（副署者负实际责任，国家元首保持超然地位²⁸¹），在中国古代的宰相制度中早已出现雏形。

²⁸¹ 参看《中华百科全书》“副署”词条（詹文雄 1983）：“英国为内阁制度的创始者，其负责制度亦较为健全。一、负责的意义及负责者的范围：英国内阁负责的方法，重在副署制度（Counter-signature）。所谓副署，是副署者自己表示同意之行为，因而副署并非代替他人之行为，亦非代替他人而负责，乃自己同意之行为，即对于自己的行为而负其责任。因之，凡有副署行为者，必须负责。依英国宪法，国王君临而不统治，一切行为，至少须有国务员一人副署，力能生效，则每一国务员，关于主管事项，均须副署。据此，在英国内阁制下，所谓内阁负责，并不以阁员为限，凡未入阁的一般国务员，均包括在内。二、负责的对象与管辖：国务员在名义上对国会负责，其所负责任，可分为两种：一为法律责任，即违犯法律时应负的责任，国会对之可行使弹劾权；另一为政治责任，即违反民意时应负的责任，国会对之可行使不信任权；不过在事实上，法律责任为法律问题，属法院管辖，政治责任为政策问题，受民意支配。三、负责的方式与结果：凡国务员涉及主管事项，无论是自己行为或部

著名的例证，是宋太祖同时罢免了以范质为首的全部三位宰相之后，任命赵普为相的诏书找不到宰相副署而无法生效，最后由宰相级别的开封府尹赵光义副署，才结束了这个法理上的尴尬局面²⁸²。相权对君权的制约，是中国君主制政治制度的惯例；就副署制度而言，称之为君相双首长制亦不为过²⁸³。

明太祖朱元璋于洪武十三年胡惟庸案之后废除了宰相制度，集君权相权于一身。不过两年，明太祖即不堪重负，设置大学士以辅政。大学士的地位，从洪武年间的秘书顾问，经永乐年间设置内阁，至宣德年间首席内阁大学士（通称“首辅”）杨士奇因明宣宗的信任而获得大权，宰相制度得以变相恢复。更值得指出的是，有明一代，不管相权的大小或有无，文官集团对君权的制约始终存在，君权的有无反而不具有决定性的意义——明神宗怠政三十余年，国家政治在内阁为首的文官集团主持之下得以正常运转。

满清以野蛮的征服和残酷的文字狱打断了中国人的脊梁，各族文武官员竞相以当奴才为荣，甚至闹出了清帝在大臣自称奴才的奏折上批示“称臣得体”的笑话²⁸⁴。虽然史学界有“清承明制”的说法，但这种传承在于制度的表观形式而不在于内涵。如果不考虑清室退位之前的数月，明代内阁和文官集团对君权的制约从未在清代重现。

出于直觉而心仪于总统制的国人，请扪心自问，满清君主专制和奴性文化的遗毒是否潜伏在我们的内心（或许被近年来大量的“辫子戏”植入我们的内心）？中共历来歪曲历史以愚弄人民，把中国君主制社会一概打为“封建专制”，满清之前中国历代君权受到相权及文官集团制约的史实不为国人所熟知。如果厘清了历史真相，并且认识到美式总统

属行为，单独负行为责任，是为单独负责（Several Liability）；凡属内阁的责任，须负连带责任，是为连带责任（Joint Liability）。 ”

²⁸² 钱穆（2001：43）。

²⁸³ 台湾学者、第四届监察委员葛永光（2004：439）指出，孙中山之权能区分理论以阿斗与诸葛亮为例证，蕴含了双首长制之意。

²⁸⁴ 高风（2013）。此文指出“奴才”之称为满人所专用，汉人只能称“臣”，称“奴才”反而僭越。感兴趣的读者不妨在网上搜索关键字“称臣得体”，即可找到雍正朱批奏折的照片。

制的弊端，那么，我们是否应当反思对总统制的直觉偏好，进而选择更加符合传统文化精华与西方大多数民主国家先进经验的制度？

总统完全虚位、议会随时可以倒阁的典型议会制，一方面未必合乎中国国情，另一方面有走极端的意味，不合执两用中之古训。民国宪法的改进型议会制，因总统具有少量实权和一定的柔性权力而属于非常倾向于议会制的双首长制，为我们提供了最佳的答案。

第二节 总统权与人民权

一 总统权力辨析

（一）些微的实权，兼述“建设性倒阁”

民国宪法明文赋予总统的各项权力之中，笔者认为全然的实权仅有一项：覆议核可权。根据民国宪法第 57 条的规定²⁸⁵，行政院长若想把立法院决议或法案打回去覆议（效果上相当于否决），需经总统核可。与美国宪法相比较，美国总统的否决权在民国宪法中分派给总统与行政院长，二者必须意见一致方可否决立法院决议。台湾有学者认为总统的覆议核可权应当理解为虚权²⁸⁶，但比照 1946 年 4 月完稿的政协宪草和 1946 年 12 月制宪国民大会最终通过的中华民国宪法，不难发现，总统的覆议核可权并不见于政协宪草，而是后来加入并获得制宪国民大会认可的²⁸⁷，显然具有对行政院的覆议权加以一定程度的制约之意味，所以

²⁸⁵ 值得注意的是，第 57 条列于“行政院”章而不是“总统”章，后者所列十余条总统权在本书的分析框架下皆非实权。

²⁸⁶ 例如胡佛（1998：257-258），吴庚、陈淳文（2013：395-396）。

²⁸⁷ 总统的覆议核可权乃时任国民政府外交部长的法学家王世杰所主张，在政协宪草审议过程中由于中共的反对而未能获得共识。但是，根据雷震（2010b：88-90）的记述，1946 年 11 月初雷震、王宠惠受国民政府委托整理润色政协宪草，在整理过程中针对覆议制度专门征询了王世杰的意见。雷震并未详谈覆议制度条文是如何推敲、整理的，但最后的整理稿添加了总统的核可权，王世杰很可能对此起到了关键的作用。这一个“夹带过关”的制度细节，确保了民国宪法的自洽（见“建设性倒阁”制度之讨论），可谓幸事。

不是虚权。²⁸⁸

在这项明文规定的实权之外，总统是否还有其他的隐性实权呢？笔者比照德国制度，认为民国宪法隐含了总统的“建设性倒阁发动权”。所谓“建设性倒阁”是来自德国的概念，德国基本法规定联邦议会必须首先选出新任总理才可以对现任内阁提出不信任案，从而避免了一些议会制国家以及魏玛德国频繁倒阁、频繁解散议会的不稳局面。民国宪法原文并未将倒阁权赋予立法院，用意固然是加强行政机关的相对稳定，但在立法院与行政院之间存在政争的情况下，如果总统不支持行政院长，而且立法院形成了新的多数集团，那么总统即可依据立法院的最新多数共识，提名新的行政院长人选，新任行政院长一经立法院同意，即应取代原行政院长，重新建立责任内阁。也就是说，立法院与总统协力，以稳定政局、促成立法行政两院协同运作的“一致政府”为目的，可以进行事实上的“建设性倒阁”。1994年的中华民国宪法在台第三次增修条文规定“行政院院长之免职命令，须新提名之行政院院长经立法院同意后生效”，在字面上是发自总统的“建设性免职”，和民国宪法原文即已隐含的“建设性倒阁”实则为一枚硬币的两面²⁸⁹。这一方案因需要总统提名而与德国制度略有不同（后者允许德国联邦议会自行选举总理

顺便介绍一下，上述整理稿又由孙科召集多人再行审议之后提交国民政府立法院，立法院只做了微小改动，于11月22日通过；国民政府于11月28日将立法院通过的宪草版本提交制宪国民大会审议。

²⁸⁸ 法学家汤德宗（1993：34-35）从宪政制度运作和权力来源的角度出发，认为总统的覆议核可权只有解释为实权方可在责任政治和政府安定两方面获得合理的折中，而且行政院长的权力并不是直接来自选民而是来自立法院的同意与总统的提名，如果总统核可为虚权，行政院覆议太容易，将导致“安定有余，负责不足”。

在台湾的宪政实践中，2006年1月，时任行政院长因预算案之覆议案未能得到总统核可而辞职，虽然此时台湾已修宪而改为半总统制政体，但这一案例对于覆议核可权之性质仍然具有参照价值。

²⁸⁹ 汤德宗（2005b：35）认为1994年修宪“引进德国所谓‘建设性不信任投票’”；笔者认为这是对民国宪法原文已经暗含之“建设性倒阁”的明文确认。但是，1997年的第四次增修条文取消了立法院对行政院长人选的同意权。

继任人，总统必须接受议会决议），但与德国制度同样是在绝然没有倒阁权的制度与毫无限制的倒阁权之间的中道。

在“建设性倒阁”制度的对照下，总统之覆议核可权作为实权的性质更加明显：在立法院对行政院的支持率降至一半以下但仍高于三分之一的情况下，如果行政院能独自行使覆议权而成功推翻立法院决议，总统却能提名新的行政院长人选、立法院以过半多数即可同意，就造成了宪法上的矛盾，有可能触发恶性政争，动摇国本。制宪国民大会给总统以覆议核可权，即避免了这一矛盾局面的出现，确保了民国宪法的自治。

但是，上述“建设性倒阁”制度还有两个疑点需要厘清：

其一，如果严格依照民国宪法第 37 条之“总统……发布命令，须经行政院院长之副署”的字面含义，那么总统在立法院同意新任行政院长人选之后发布任命命令仍然需要原任行政院长副署，此时如果原任行政院长不愿去职、拒绝副署，怎么办？这一矛盾，可以从副署制度之本质和宪政运作的自治性两方面来看待：首先，副署制度的根本用意在于责任政治，副署者承担责任。如果原任行政院长需要副署其继任者之任命命令，副署之后马上离职，谈何“承担责任”呢？可见，即将离职的行政院长副署自身的免职命令和继任者的任命命令都是极不合理的。其次，在行政院长、副院长都因故出缺的情况下²⁹⁰，行政院不再具有法定首长，新院长人选因为无人副署而永远无法获得任命²⁹¹，成何体统呢？所以，从宪法解释的角度而言，尽管民国宪法原文没有明文规定行政院长人选经立法院同意后的任命命令不需副署（显然是制宪过程中的疏漏，后于台湾修宪时弥补），但司法院可以基于上述理由，以大法官释

²⁹⁰ 这一可能性在政治动荡时期不容忽视。例如，1981 年 8 月，伊朗总统、总理在反对派制造的爆炸袭击中同时遇难。

²⁹¹ 读者可能回想起本章第一节讲的宋太祖任命新宰相找不到时任宰相副署的典故。当时的制度是宰相多人，任命新宰相只需时任宰相一人副署即可，蕴含了宰相群体的连续性之意；宋太祖一次性罢免了全部三位宰相，即违反了祖制，自取其辱（按：赵匡胤是宋朝之“祖”，但中国历代王朝讲求“正朔”之传承，前朝旧制亦为“祖制”）。中华民国宪法之行政院长仅有一人，当然不能套用古时制度，新院长之任命不可取决于原任院长。

宪的方式宣布立法院所同意的新任行政院长之任命命令不需原任行政院长副署²⁹²。

其二，民国宪法原文并没有规定原任行政院长在新任行政院长业已产生之后如何去职（或自动去职，或被正式免职）。1994 年在台增修条文之“建设性免职”条文实乃良策，但是，在没有法律或宪法增修条文对行政院长去职程序做出规定的情况下，司法院大法官亦可透过宪法解释来正式确认新任行政院长之任命命令具有免除原任行政院长职务的法律效力，新院长就职之时原任院长自动去职，以避免原任行政院长拒绝去职、造成宪法危机。这一解释，符合民国制宪者力求促进政局的稳定并实现责任政治的初衷，并且有德意志联邦共和国的成功经验作为参照，所以获得司法院大法官的认可基本上是没有悬念的。

上述实权，不可能经常行使（只有在立法院与行政院发生对立的情况下才会发生，或许数十年不见一次），所以民国宪法原文在制度上没有给总统以擅权的空间。

（二）责任内阁制所虚化的人事权

总统对行政院长的提名权，在正常情况下并不能称作实权。立法院有对行政院长人选的同意权，而且宪法第 57 条明确规定了行政院对立法院负责的原则，所以总统必须提名立法院多数党团所认可的行政院长人选——即便在前文所述“建设性倒阁”的情况下，总统的实权仅在于透过提名而启动“建设性倒阁”程序，被提名之人选仍然取决于立法院之多数派。但是，如果立法院没有多数党，也没有形成稳定的多数集团，总统的提名权即具有更加重要的作用，趋于实化²⁹³。西方议会制国家有时会出现少数派内阁，其任命获得议会通过时，投赞成票但并未加

²⁹² 考虑到中国大陆被中共统治多年导致斗争哲学、厚黑学盛行，民主制度尚未巩固之时司法院大法官释宪解决重大政治问题或许会有被当权政治人物无视之虞。因此，以修宪的方式规定行政院长任免命令不需副署（或由立法院长代表行使同意权的立法院副署之），自然更为稳妥。在宪法相关条文尚未增修的情况下，司法院释宪仍然是可行的选择。

²⁹³ 总统可以穿针引线、促使某些政党结盟以形成议会多数集团，或在无法形成多数联盟的情况下提名一位可以为过半立委所接受的人选。

入内阁的党派通常都有观望心态，所以少数派内阁往往短命。民国宪法之改进型议会制，并没有给立法院以单方面随意倒阁的权力，可以遏制党派的观望心态、促成多数集团的形成，所以总统对行政院长提名权的实化不会经常发生²⁹⁴。

至于民国宪法第 56 条“行政院副院长，各部会首长及不管部会之政务委员，由行政院长提请总统任命之”，“提请”二字在字面上似乎给总统以对阁员人选的同意权²⁹⁵，但是，基于行政院对立法院负责的原则，总统的个人好恶不应凌驾于立法院的意愿之上。如果立法院多数党或执政集团透过内部协商而产生了一套行政院阁员名单，总统不宜拒绝²⁹⁶，个别提名的否定只可能是少数例外而不会成为常态。此外，司法院释字第 387 号解释的理由书指出“行政院副院长、各部会首长及不管部会之政务委员，则系由行政院长依其政治理念，提请总统任命……”，可见阁员人选应基于行政院长及其背后的执政集团的政治理

²⁹⁴ 如果中国大陆民主转型时期的普遍共识是尽量限缩总统权力、不给总统以虚权实化的机会，那么德国基本法的相关条文值得借鉴：“如（总统提出的）提名人选未能当选，联邦议院可在选举程序后 14 日内以联邦议院议员多数票选举联邦总理”；“如在上述期限内选举未成功，应立即进行重新选举。在重新选举中得票最多者即当选。当选人如获得联邦议院的过半数选票，联邦总统须在选举后 7 日内予以任命。当选人没有获得过半数票时，联邦总统在 7 日内或对之予以任命，或解散联邦议院。”（引自德国基本法第 63 条，中译本见 <http://www.recht-harmonisch.de/GG-chinesisch.pdf>）。

²⁹⁵ 张君勱先生即有此意，在《中华民国民主宪法十讲》中如是说：“……总统之用人权，甚为宽广。因为内阁阁员不必须为议会议员。总统尽可在议会之外选人。由此可见，我们的内阁与议会制度下的内阁，迥不相同。未来之总统，其用人权较诸英王及法总统宽广得多。如果总统选一非国会议员充当部长，只须其行政院长同意，此人便可为部长了。”（张君勱 1947：71）制宪意旨固然是宪法解释的重要依据，但并非绝对的依据（参看本书第五章司法院一节），笔者认为张君勱先生的上述论点应淡化处理：承认总统在行政院人事问题上能够起到一定作用，但由于行政院对立法院负责，总统不能成为人事任免之主导人物。

²⁹⁶ 中华民国行宪之初的一段史料可供参考：1949 年李宗仁代理总统职务期间，行政院长何应钦辞职，李宗仁提名阎锡山继任行政院长得到立法院同意后希望白崇禧担任国防部长，但阎锡山表示愿意自己兼任国防部长，李宗仁尊重了阎锡山的意见（董翔飞 2000：327）。虽然发生在战争期间，仍属先例。

念，而不是总统的政治理念²⁹⁷。在此基础上的一個推论就是，如果总统试图否定行政院长对某个阁员人选的提名，总统与被提名人在政治理念上的分歧不能成为理由，替换人选应来自后者所属的政党或联盟²⁹⁸。行政院长为了避免被提名人因行止有亏而遭总统否定，势必慎重选择。

总统对司法院、考试院正副院长和大法官、考试委员有提名权，但行政院长对上述职位之任命命令的副署权决定了总统在提名之时必须考虑行政院长是否会拒绝副署。在总统与行政院长政治立场相左的情况下，政治立场较为中立者方才可能获得提名和任命，行使同意权的监察院所具有的一定程度的超然性可以进一步降低政治倾向对这些职位的影响²⁹⁹。

总统对监察院审计长的提名，需要立法院同意，表面上与总统对行政院长的提名权类似，但审计权具有极强的超然性和客观性，而且任命命令需要行政院长副署，所以总统对审计长的提名权基本上是一项虚化

²⁹⁷ 释字第 387 号解释于 1995 年发布之时施行于台湾的宪法增修条文尚未破坏行政院对立法院负责的原则，立法院仍然有对行政院长人选的事先同意权，所以这一解释可以视为针对民国宪法原文的解释。

²⁹⁸ “提请”二字所隐含的总统同意权如果被滥用（例如总统由于个人成见或党派因素而阻挠某些政见不合者入阁、破坏执政联盟的稳定性），将造成恶性政争。如果中国大陆民主转型时期的普遍共识是尽量限缩总统权力，那么德国基本法第 64 条“联邦各部部长由联邦总统根据联邦总理的提名予以任免”这样不隐含总统同意权的文式值得借鉴（但是，德国在宪政实践中仍然发展出了总统在一定程度上的“人事审查权”，即“总统可以基于政治道德和对法律的认知，审查所要任命的官员的身分或任命前的程序是否合法”，不合法即可拒绝任命，参看吴朝旺 1997：117）。

²⁹⁹ 台湾已在宪法增修条文中取消了行政院长对司法院、考试院高层职位任免命令的副署权，有些学者赞成之，认为这些人事的选任是总统和同意机关的职责，行政院长不应介入（例如苏子乔 2013：186），也有学者大力反对之，认为有损于责任内阁制，甚至主张提名即需副署（胡佛 1998：298-299）。笔者的立场接近于胡佛教授：司法院、考试院高层职位的任免命令如果不需副署，确实会削弱议会制政体、强化总统权力。至于提名是否应当副署，为了避免总统提名之人选获得同意后的任命命令得不到行政院长副署这一尴尬局面，笔者认为新任行政院长人选之外的提名可采用“提名命令”的方式，从而需要副署，迫使总统在提名时即与行政院长沟通。这一方式连带的好处是避免行使同意权之机关消极对待提名、迟迟不将同意投票列入日程而导致宪法机关空转。

的权力。

至于民国宪法第 41 条“依法任免文武官员”，除上文所论证的行政院长职位属于例外，其他职位皆需行政院长副署，毋庸赘言。

（三）虚化的法律公布权，兼论总统表达不同政见的合宪途径

民国宪法第 37 条规定：“总统依法公布法律，发布命令，须经行政院院长之副署，或行政院院长及有关部会首长之副署”，第 72 条规定“立法院法律案通过后，移送总统及行政院，总统应于收到后十日内公布之，但总统得依照本宪法第五十七条之规定办理”。一项法律案获得立法院通过之后³⁰⁰，只要得到行政院长的支持，行政院长不提出覆议，总统即有于收到之后十日内公布法律的义务³⁰¹（“应”公布之，而不是“得”公布之）。

但是，如果总统出于政见分歧而反对这一法律案，在行政院长不提出覆议的情况下拖延至收到十日之后仍然没有公布之，即违反了宪法，形成恶性的政争。由于民国宪法的改进型议会制并未授予总统“袋中否决”的权力³⁰²，总统如果做出上述违宪行为，即违背了其“遵守宪法，

³⁰⁰ 立法院通过法律案是总统公布法律的前提，倘若法律案根本没有在形式上获得通过即移送总统和行政院，总统自当以程序要件未获满足为由拒绝公布之。但是，如果涉及的争议在于立法程序的瑕疵（即立法院虽然满足了多数票表决之“通过”要件，但表决之前的审议和表决之程序有违背立法院议事规则之嫌），总统能否拒绝公布呢？陈新民大法官（2015：515）指出，司法院释字第 342 号解释将大法官审查立法程序争议之权限缩在“不待调查即可断定其无效的重大程度”，不重大的瑕疵即便是大法官都不应审查，那么总统对立法程序也不拥有形式审查权。

³⁰¹ 许育典（2013：386）。

³⁰² 这一名词的字面意思是扣下不发，在美国指的是总统在国会即将届满之时对法案做出否决，原国会来不及推翻否决，新一届国会开会后上一届国会的法案即不成案，总统的否决不可再被推翻。在德国，由于基本法第 82 条规定“依基本法规定所制定之法律，经副署后”由总统公布，隐含了“法律合乎基本法”这一要件，总统认为法律违宪而拒绝发布之事件确发生过数起（吴朝旺 1997：117，Kokott and Kaspar 2012：804，陈新民 2015：516）。中华民国宪法第 72 条仅仅规定了“立法院通过”和“不适于第 57 条之覆议规定”两个程序要件，并未授权总统就法律是否符合宪进行判断（亦即中华民国宪法的“守

尽忠职务”（见民国宪法第 48 条）的就职誓言，应当受到严厉的惩戒，否则有损于宪法的尊严和宪政秩序的稳定。笔者认为，可透过立法或释宪的方式做出规定：拒绝履行宪法义务的总统，视同不能视事³⁰³；十日期满而不公布法律的情况下，自是日起由副总统代行总统职权，公布该法律（十日后仍不公布者亦视同不能视事，由行政院长代行总统职权并公布该法律）。至于总统的复职途径，考虑到总统职权被代行乃强制之举³⁰⁴，为凸显惩戒之效，笔者认为只有在监察院就总统违宪一事提出弹劾³⁰⁵但弹劾案未能获得国民大会通过的情况下，总统才可以复职（弹劾案一旦通过，总统即被正式罢免，代总统成为正式总统）³⁰⁶。

无论如何，上述政争一旦发生，将严重影响国家的宪政秩序，最好能够防患于未然。笔者认为，总统虽然无法对法律案进行“袋中否决”，但在总统强烈反对某个法律案、不愿签名公布之的情况下，还有一个合宪的脱困途径：总统收到该法律案后，在十日之期到达之前休假数日，休假期间副总统作为代总统公布该法律案；如果副总统持相同政见，亦可休假，由行政院长出任代总统并公布该法律案。上述做法，使总统不必违心签发法律，假期结束后自动复行视事，从而维持宪政秩序的稳定³⁰⁷。

护者”不是总统而是司法院大法官），所以总统自不可妄做“袋中否决”。

³⁰³ “视事”二字隐含了义务的履行，拒绝履行宪法义务的总统自当视为不能视事。

³⁰⁴ 总统职权之代行分意定与强制两种情况（参看陈新民 2015：490-491）。1949 年 1 月蒋中正总统下野属于自行意定之举（并非辞职，否则李宗仁副总统将成为正式总统而不是代总统），所以可以在次年 3 月复行视事。

³⁰⁵ 法治斌、董保城（2014：344）认为总统倘若延期不公布法律“即有失职之嫌，从而可能构成监察院弹劾之事由”；笔者认为“之嫌”、“可能”都太客气，这是毋庸置疑的失职。

³⁰⁶ 如果监察院迟至总统任期届满仍未能提出弹劾案，那么总统即处于不能视事的状态至届满为止，不得复职。这是在民国宪法条文框架内的推论，如果这一情况真的发生，那么国民大会很可能为此召开临时会，以议决修宪案，更快解决问题。在总统有合宪途径表达政见的情况下，做出违宪之举的可能性很小，所以上述修宪设想似不必未雨绸缪。

³⁰⁷ 此外，民国宪法原文框架内国民大会对法律案的复决权虽然被搁置，但国

在此顺便指出，民国宪法第 38、40 条规定的总统缔结条约、宣战媾和、大赦等权力，由于第 63 条将法律案和大赦案、宣战案、媾和案、条约案并列规定立法院有议决之权，可见总统并没有这些事务的决定权，只是在形式上代表国家签署而已，应视同法律案³⁰⁸，适用宪法第 72 条并须行政院长副署。

（四）虚化的紧急状态权和命令发布权

民国宪法第 39 条、第 43 条规定总统宣布戒严和发布紧急命令，但

民大会有修宪权，如果总统所反对的法律确实非常不得人心，那么国民大会在 2/5 以上的代表联名要求的情况下可召开临时会，以修宪的方式推翻该法律。因此，总统更无必要做出违宪之举。

³⁰⁸ 政治学家萨孟武（2007：341）指出：“……预算之类，它系政府（本书作者按：此处为狭义，指行政部门）与议会双方同意的财务行政，苟因实质不是法律，而不视为法律，则政府可藉词于其非法律，而用命令变更之。是故今日民主国所谓法律均指形式的意义，凡由议会制定的，不问其内容如何，都称之为法律。例如上述之预算以及大赦、宣战，公债的募集、领土的交换，这一切实质上随时行政行为，形式上均以法律的形式为之。……吾国宪法既将法律与预算、戒严、大赦、宣战、媾和、条约等分开（第五八条第二项及第六三条），同时又只谓‘命令与宪法或法律抵触者无效’（第一七二条），这种规定可令法学者发生许多不必要的问题。”笔者赞同萨孟武教授对民国宪法的这一批评意见。

民国宪法原文的这一漏洞已由 1995 年的释字第 391 号大法官解释予以一定程度的弥补，该解释的理由书指出“预算案亦有其特殊性而与法律案不同……两者规定之内容、拘束之对象及持续性完全不同，故预算案实质上为行政行为之一种，但基于民主宪政之原理，预算案又必须由立法机关审议通过而具有法律之形式，故有称之为措施性法律（Massnahmegesetz）者，以有别于通常意义之法律。”上述引文的要点在于“基于民主宪政之原理，预算案又必须由立法机关审议通过而具有法律之形式”（此说后在释字第 520 号解释中再度得到确认），至于“措施性法律”之说，有一定争议（陈新民 2015：616）。

仅就预算案之位阶而言，预算案虽然并非实质性的法律，但是在形式上应当比照法律，享有法律的尊严。民国宪法第 63 条所列其他各种类别之案，虽然审议程序依据立法院议事规则和法律案有所不同（仅需二读而不是法律案、预算案之三读），但同样“必须由立法机关审议通过而具有法律之形式”，亦当如萨孟武教授所主张，成为形式意义上的法律，虽非实质性的法律，仍应具有高于命令的位阶，在公布方式上也应视同法律案。

这两项权力一方面需要行政院长的副署，另一方面需要立法院的通过或追认，紧急命令的发布还需要依据立法院制定的紧急命令法³⁰⁹，所以并非实权。如果有人对此有所怀疑，那么不妨对照动员戡乱时期临时条款，后者把紧急处分权完全授予总统和行政院会议，冻结了立法院对紧急措施的同意权，立法院如有不同意见，无法以简单多数票解除戒严或使紧急命令失效，只能依据民国宪法第 57 条以三分之二多数票标准迫使总统和行政院变更或废止紧急措施（如此高的门槛，在效果上使总统和行政院获得了不受立法院监督的发布政令的权力，立法院被边缘化）。相比之下，民国宪法原文明显反映了议会制的精神。

如何看待民国宪法第 36、40、42 条所列举的总统统帅军队，特赦、减刑和复权，以及授予荣典等权力呢？这些权力的行使，需要透过发布命令（包括褒扬令、勋章证书³¹⁰）的方式，也就需要行政院长的副署³¹¹。

反过来，如果总统对行政院长所提请发布的命令有不同意见，是否可以拒绝发布呢？笔者认为，凡是不需立法院议决者（如针对特定个人的赦免令、减刑令），总统似应保留拒绝发布之权（在效果上相当于同意权），以遏制行政院滥权的可能性。此权当与总统对行政院长所提阁员人选的同意权类似，基本上属于虚权，悬而不发，行政院势必不敢轻举妄动，以免得不到总统签发而自取其辱。需要说明的是，行政院依法制定的政令可由行政院有关部门发布而不需总统发布，上述拒绝发布命令之权乃针对宪法授权总统发布的数种命令，总统无法藉此擅权乱政。

军令是一个特殊的情况。中华民国行宪伊始即透过动员戡乱时期临时条款授予总统紧急权，总统透过紧急权而获得了实质上的国防统帅

³⁰⁹ 由于动员戡乱条例和台湾的宪法增修条文，紧急命令法至今尚未制定。另一方面，1948 年第一届国民大会通过动员戡乱条例的原因之一就是立法院尚未来得及制定紧急命令法（薛化元 1997：84-85，99）。

³¹⁰ 法学家阮毅成（1948 [1980：55]）认为荣典属礼仪性质，应当不需副署，这一论点很有道理，但笔者在网上查到的中华民国行宪后总统颁发的褒扬令和勋章证书之照片都显示有行政院长之副署，似已成惯例。

³¹¹ 参看萨孟武（2007：203-205）。

权；临时条款废止之后取而代之的宪法增修条文则规定“总统为决定国家安全有关大政方针，得设国家安全会议及所属国家安全局”，把戡乱时期设置的总统直属之国家安全机关固化沿用至今。因此，台湾的国防法制经验一向脱离民国宪法原文，无法直接为中国大陆所参照。笔者认为，从民国宪法原文出发，军令如果由总统发布则面临副署问题³¹²，有可能在危急的关头发生僵局并妨碍总统的超然性。所以，军令宜由主管部门即国防部发布³¹³，不需经由总统之手；民国宪法第 36 条之“总统统率全国陆海空军”宜作最狭义解读，仅体现于国防部长和参谋总长人选由总统同意（需行政院长提名）、任免命令由总统发布（需行政院长副署）。

（五）其他虚权

民国宪法第 44 条规定的总统在五院之间发生争执时的调解权（“总统对于院与院间之争执，除本宪法有规定者外，得召集有关各院长会商解决之”），则是一项柔性权力，因为总统召集有关院长商议时并不具有专断力和仲裁权（总统对行政院长向立法院提交覆议案的核可权，属于“除本宪法有规定者”的例外）。总统调解五院争端这一柔性权力，对总统的定位有很重要的作用。孙中山原本设想总统主持行政，相当于把总统放置在权能区分体系中政府权一方，但民国宪法不但不由总统主政，而且总统对五院的协调职能也是处于超然的斡旋地位而不是硬性的决断地位，所以总统的定位并不在于政府权。

³¹² 台湾有学者（如李惠宗 2015：535）认为总统之统帅权在宪法中列于副署条款之前，因此不受副署条款之约束，总统发布军令不需副署。此说并非通说，排列靠前的条文当然可以受到靠后条文之限制（陈新民 2015：498-499）。此外，法学家阮毅成（1948 [1980：54-55]）认为总统颁布军令不需行政院长副署的理由之一是民国宪法第五章“行政”并未赋予行政院长指挥军队的权力，但阅读宪法第五章即不难发现，这一章只是大体规定了行政院运作程序的原则，具体管辖事项一条都没有列出，所以上述理由并不成立。

³¹³ 德国基本法第 65 条规定“国防部长对武装部队有命令指挥之权”，第 115 条规定“防卫情况一经宣布，武装部队之命令指挥权移归联邦总理”，可供借鉴。

总统召集各院院长会商，是否应当采用发出召集令并由行政院长副署的形式呢？据笔者所知，民国宪法第 44 条迄今从未有过应用，因此无先例可循。就此条之意义和功能而言，总统出面调解院际争端，哪怕有“政治责任”也在于总统，实在谈不上由行政院长承担责任。所以，笔者认为总统召集发生争执各院院长会商可以采用柔性的“邀请函”形式而不是硬性的“召集令”形式，从而规避副署与否的争议³¹⁴。至于受邀院长可否拒绝出席会商，从宪法规定来看属于其宪法义务，是不应拒绝的。

综上所述，民国宪法原文之总统仅有两项不常行使的实权，其他权力皆属虚权（至多在少数情况下对行政院单方面的决定有消极抵制之权），基本上是虚位总统，在正常情况下实权属于行政院长（非常情况可能性很小，此时总统亦无法专权，见下一章）。

二 总统与国民大会的关系

总统定位于何方？国民大会的制度设计，为我们提供了答案。国民大会作为权能区分原理之人民权在中央的机关，只开很少的常会和临时会。如前所述，国民大会休会期间即使设置委员会继续活动，也只应以“国民咨议会”的顾问名义。这种情况下，总统和副总统作为仅有的两个由国民大会选出的常设职位，就具有了人民权之常设机关的地位。

如前所述，人民权并不需要随时行使，所以总统绝不应假人民之名义玩弄权术。国民大会作为自主选举人团间接选举总统的制度，使总统无法携民意以自重，有助于宪政制度的稳定。常设机关性质在这里并不意味着权力的代行，而是意味着辅助，所以总统必须以人民的公仆自居而不是以民意的代言人自居，服务于人民，并与人民和国大代表互动。

国民大会休会期间，总统与副总统作为人民权的常设机关，有理由也有必要为人民与政府的互动提供便利。虽然民国宪法并没有明文规定，但总统与副总统在这方面是当仁不让的，而且民意沟通属于柔性职

³¹⁴ 吴庚、陈淳文（2013：400）认为可以由行政院长形式上副署召集令，但尊重总统的主动权。

能，不但不必载入宪法，而且在没有任何相关法律的情况下也可以成为不成文的惯例。考虑到总统身负诸多礼仪性职能，作为候补总统的副总统是承担民意沟通任务的合适人选。如果国民大会以国民咨议会的名义设置常委会，那么副总统似可担任常委会的执行主席，辅佐总统汇集民意，但与政府五院的柔性沟通似以总统出面为佳。

此外，鉴于民国宪法原文并未规定国民大会设置议长，国民大会开会期间总统似可担任会议主席。例如，不竞选连任的现任总统可以在国民大会的代选机关阶段主持总统选举（若现任总统竞选连任，国民大会应推举临时主席）；总统当选人即使尚未宣誓就职，亦可在国民大会的政权（民权）机关和咨议机关阶段担任会议主席。上述设想并不需要成为宪法条文，可由普通法律规定之。

三 总统权力进一步优化的展望

上述权力之外，总统是否应当在宪政巩固之后额外获得某些对国家政治有所裨益的权力呢？笔者认为，针对总统在国民大会和五院政府之间的桥梁作用，考虑到总统的柔性运作在客观效果上可以减少国民大会行使创制、复决二权的必要性，我们似应在相反的方向作出某种设计，使总统能够在必要的情况下帮助国民大会行使政权（民权）职能。例如，立法院微弱多数票（例如超过出席人数之半数但不及立法院总人数之半数）通过的法案，若获得行政院长的支持，即无法否决，但总统如果认为法案不妥，似应有权将法案提请国民大会复决。

四 如何避免虚位总统掌控实权

中华民国纵使在动员戡乱期间，动员戡乱时期临时条款仍然没有把紧急命令权完全赋予总统一人，而是规定总统“得经行政院会议之决议，为紧急处分”。两蒋任总统时，台湾政治是事实上的总统制，但在两位蒋总统之间还有三年的过渡期由严家淦担任总统，虽然此时动员戡乱时期临时条款已于 1966 年修正而赋予总统更大权力（设置动员戡乱机构，决定动员戡乱有关大政方针，并处理战地政务），实权却掌握在行政院长蒋经国手中。个中原因，在于两蒋是执政党——中国国民党的

党魁³¹⁵。

如果执政党党魁出任行政院长而不是总统，是否可以避免虚位总统的实权化呢？土耳其提供了现实的例子：担任总理多年并且政绩卓著的前总理埃尔多安于 2014 年当选总统（该国首次直选总统）后卸去执政党党魁职务，继任党魁者出任总理；尽管土耳其宪法并未给予总统很大实权，尽管土耳其宪法规定总统需要断绝与其原属政党的关系，但埃尔多安仍然是土耳其的实权人物。

所以，在宪政传统并不深厚的国家，如果主流共识是避免总统擅权、强化责任内阁制，那么有必要采用一些“猛药”，例如规定总统候选人参选前若干年不得具有政党党籍，并明文禁止俄国式“二人转”。

第三节 总统、副总统选举制度的优化

民国总统拥有超然于政府而代表人民的特殊地位，实权不多，但其各项实权和柔性权力的运用都要求总统具有平和的政治心态和高超的政治技巧，所以总统人选极其重要。中国儒家“内圣外王”的愿景，用于总统是很合适的。上文讨论过，全国选民直选总统（或者选举与总统候选人挂钩的选举人）是很不妥当的做法，不但容易选出巧言令色的煽动家，而且有可能导致总统携民意以自重。所以，民国总统由国民大会作为自主选举人团而选出，是最佳途径。

就具体的选举方式而言，如何促使国民大会选出合适的人选？上文讨论国大代表选举方式时推荐的排序复选制和认可投票制，有助于选出行为大度、立场温和、为多方接受者，并避免候选人之间的恶性负面选战。目前西方已有爱尔兰采用排序复选制选举总统。

另一个常为人们所关心的问题是如何避免贿选。笔者认为，国民大会选举总统、副总统时应强制匿名投票，并禁止国大代表事后公开自己

³¹⁵ 值得指出的是，李登辉主政初期虽然具有国民党党魁身份但地位尚未稳固，在党内地位较高的行政院长李焕、郝柏村都握有相当程度的实权。倘若民国宪法原文的议会制在当时的台湾得以落实，执政党党魁之弱势将造成内阁多头分享实权的局面。

的选择，使企图贿选者面临“肉包子打狗，有去无回”的局面，因无法确证国大代表的投票选择而却步。贿选问题，在任何选举中都有可能发生，选举机关不应讳谈这种可能性，反而应当正视之，时时提醒投票人不要玷污选票、即使得到了小恩小惠也不要为之改变自己的投票选择。

此外，一个值得优化的细节是总统与副总统应当联袂参选。1948年第一届国民大会分别选出总统蒋中正与副总统李宗仁，二者的不和对后来的政局起到了不利影响，这个历史教训应当吸取。

第四节 关于半总统制和议会制的讨论

总统完全虚位的议会制，盛行于众多成熟民主国家，而且在德国经制度改进而获得很大的成功。与此同时，以法国为代表的半总统制则在民主转型时期的国家暴露出一定的缺陷。民国宪法的政体架构，因总统有些微实权而介于典型的议会制和半总统制之间，所以有必要结合中国国情进一步讨论，以辨析各种制度的适用性。

一 半总统制

这里首先讨论半总统制。政治学界通常概念中的半总统制，指的是总统由全民直选³¹⁶、有一定实权但不直接主持行政的制度，主持行政的总理则透过提名同意机制或倒阁机制对议会负责³¹⁷。民国宪法的制度与这种意义上的半总统制的最大区别在于民国总统由国民大会作为自主选举人团选出，不面向全国选民进行竞选活动。如前所述，直选产生的总统容易产生携民意以自重的倾向³¹⁸，所以法国式半总统制在民主转型初期有可能带来不利后果。民国宪法之双首长制，极其倾向于议会制，而且总统与人民之间隔有国民大会，这就使总统难以擅权乱政。

³¹⁶ 公认的半总统制国家芬兰曾实行的选举人团制度是一个例外。

³¹⁷ 参看 Elgie (2011: 22)。

³¹⁸ 如果中国大陆真的进行总统直选，总统聚集数亿选民的信任于一身，将成为全世界获得选票最多的政治家，有几个人能够在这种情况下抵住自重、扩权的诱惑？

台湾对民国宪法的现行增修条文，除了总统直选之外，在表面上给立法院以对行政院长提出不信任案的权力，看似半总统制，但行政院长在因不信任案通过而辞职的同时可以呈请总统解散立法院，这种玉石俱焚的可能性导致立法院投鼠忌器，因不愿被解散而从未提出过实质性的不信任案³¹⁹（迄今所有的不信任案都是立法院少数党的作秀行为，明知通不过却执意提出），也就形成了极其接近总统制的半总统制，行政院长逐渐矮化为为总统的幕僚长，所谓“不信任案”机制成为一纸空文³²⁰。

台湾历次总统直选，直接决定了政府行政权的党派归属，对社会的割裂都起到了推波助澜的作用³²¹，为这种类型的半总统制（或者说事实上的总统制³²²）对华人社会的适用性打上了问号。华人社会一方面讲人情，另一方面有分化对立倾向（“党争”并非近现代的新生事物）；中国大陆的宪政制度设计应当针对这些特点，兴利除弊。

二 总统完全虚位的议会制

再讨论德国式的议会制。德国的成功制度，能否移植于中国？考虑到民国初年议会制性质的临时约法之下多次发生府院之争（总统与总理的政争），中国的国情民情是否决定了总统难以满足于完全虚化的地

³¹⁹ 台湾首次出现“分立政府”局面之时，立法委员选举制度仍然是多席选区单记不可让渡投票制（详情见本书第五章第二节），此选制非常不利于现任议员竞选连任，这是立法院不敢倒阁的一个深层次原因（参看苏子乔 2013：201-202，283-287）。

³²⁰ 1997 年台湾修宪的主要参考对象是法国半总统制（修宪前曾专门派团去法国拜访政法界人士、考察学习宪制），但法国制度的一个决定性因素——总统主动解散国会的权力（新任总统在国会反对阵营控制的情况下可以立即解散国会重新选举，如果新选出的国会仍然为对立阵营所控制，总统即不得不服从民意，实现左右共治），在修宪过程中因为国民党与民进党的政治妥协而遭删除，这是法国式左右共治无法在台湾实现的制度性原因之一。参看黄秀瑞（2006：48-51）。

³²¹ 社会割裂的加剧，会进而导致政党极端化，参看林春元（2013：350-352）。

³²² 法学家汤德宗（2005b：45）称之为“貌似半总统制的实质总统制”。

位？在总理与议会相处融洽的情况下，总统未必有插手的机会，但如果总理与议会之间发生政争，总统能否坦然置之度外？或者说，总统在这种情况下是否有必要发挥影响，帮助稳定政局？

笔者认为，指望中国大陆未来的总统完全不受官本位思维之影响、完全没有权力欲望，是不切实际的。与其说在宪制架构上将总统完全虚化、在政局不稳之时听任虚位总统伺机越权行事，不如像民国宪法这般，特意给总统留有在政局不稳之时直接起作用的实权，在平时则考虑到代议制政府相对于人民的独立性，给总统和副总统以沟通政府与人民这一柔性职能。这样的制度，可以促使总统和副总统发挥更多的正面作用，规避其难以完全摈弃的权力欲望在某些情况下可能带来的不利影响。

三 议会选出的行政总统

最后再讨论一个特殊的情况：南非由议会选出主持行政的总统，这个制度是否适用于中国？笔者认为，在议会存在南非非国大那样长期稳定的多数党的情况下，南非制度固然可行，但这种情况下民国宪法之改进型议会制一样适用。甄别各种制度的试金石，在于议会不存在稳定的多数联盟、政局趋于不稳的情况。南非制度面临这一试金石，将使国家没有一个地位超然、能够稳定政局的人物，因而不合适的。此外，即使采用一种非常有助于大党的选举方式（例如英美式单席选区制），也无法打包票形成议会的稳定多数，而且在民主转型初期对大党过于有利的选举方式会妨碍国家政治的公信力、诱发冲突，甚至导致大党及其党魁的威权化倾向，所以这个方向也是不可取的。

民国宪法具有极其精妙的平衡机制，发扬了议会制的优点而避免其缺陷，并且有助于避免政治人物的人性弱点所可能造成的危害³²³，是中国大陆的最佳选择。

³²³ 有人认为“基于人性和现实国情……总统制适合于中国”（因其系狱，在此不点名），笔者看到此说，不禁一声叹息。总统制把人性的阴暗面催发得淋漓尽致，在美国也不例外。

第五章 政府五院

民国宪法之五院架构，与孙中山先生晚年的五权宪法设想有所不同：行政院对立法院负责而不是对国民大会负责，立法委员由选民选出而不是由国民大会选出，监察院成为具有西方国家国会上院一部分职能的半民意机关。“宪法之父”张君勱先生则公开宣传三权分立的议会民主制。所以，许多忠实于“建国大纲”的人士否认民国宪法是五权宪法，可以理解。但是，这种观点实乃出于对孙中山权能区分原理要旨的误读，拘泥于并非要旨的制度设计细节而忽视了全局。下面引用郑彦棻先生的论点说明这一问题：

“……五权宪法的基本理论在权能区分、五权分立、均权制度与地方自治，这都正是我们现行宪法的特质，怎能说现行宪法并非五权宪法呢？”³²⁴

“……关于立监两院：（有人）认为立监两院均由民选，其职权与三权分立的国会上下两院相似，有违五权宪法思想；又认为立监两院既属治权机关，应由国民大会选举，其职权亦与各国国会有别。自然，政权机关与治权机关性质不同，职权有别，但其区别在前者代表人民行使四权来管理政府，后者在四权管理下行使五权来为人民服务，立监两院在四权管理下行使立法权和监察权来为人民服务，并不违反治权机关的性质。但宪法第六十二条立法院‘代表人民行使立法权’的规定，则易使政权机关和治权机关的性质，混淆不清，宜加考虑”³²⁵。至立法委员由

³²⁴ 郑彦棻（1990：57）。

³²⁵ “代表人民”四字不见于五五宪草，很明显是代议政治的倡导者留下的痕迹，但对立法院职能而言不造成任何区别，因为此处的“代表”之性质当为自主议事的法定代表。因此，笔者对郑彦棻先生对民国宪法的这一批评不敢苟同。

人民直接选举罢免和监察委员由地方议会间接选举，也和治权机关的性质并不违背，因为选举罢免系属政权，原应由人民直接行使，只因为我国幅员广大、人口众多，在中央才由国民大会间接行使，但在必要时，如能仍由人民直接行使，可更充分发挥政权的作用。所以立监两院的组织和职权，虽然有些地方可再加研究，但在基本上并不违反其治权机关的性质。”³²⁶

厘清了民国宪法的五权宪法性质之后，让我们分析五院制度设计的一些重要问题：

第一节 行政院

一 责任政治

民国宪法第 57 条规定：

“行政院依左列规定，对立法院负责：

“一、行政院有向立法院提出施政方针及施政报告之责。立法委员在开会时，有向行政院院长及行政院各部会首长质询之权。

“二、立法院对于行政院之重要政策不赞同时，得以决议移请行政院变更之³²⁷。行政院对于立法院之决议，得经总统之核可，移请立法院覆议。覆议时，如经出席立法委员三分之二维持原决议，行政院院长应立即接受该决议或辞职。

³²⁶ 郑彦棻（1990：64-65）。

³²⁷ 对照此条第三款，此处“决议”显然不包括法律案、预算案之议决，所针对的是行政院在法律和预算的框架所限定的操作空间内自行决定的施政措施，例如外交政策、基础建设项目等。此外，从制宪历史来讲，政协宪草对立法院推翻此类决议的覆议设置了 2/3 多数票的门槛，法律案则只要立法院过半多数再度通过即维持原案（制宪国民大会最后通过的中华民国宪法改为 2/3 多数票方可维持原案），可见第二款与第三款有明显不同。萨孟武（1974：234）认为重要政策已经包含在法律案和预算案之中，进而认为民国宪法第 57 条似没有重复规定之必要；倘若萨教授经历了“核四”项目引发的立法院与行政院的巨大政争，也许就不会做此评论。1997 年中华民国自由地区第四次修宪后不再适用宪法原文第 57 条，“核四”政争与修宪之后的体制不无关系。

“三、行政院对于立法院决议之法律案、预算案、条约案，如认为有窒碍难行时，得经总统之核可，于该决议案送达行政院十日内，移请立法院覆议。覆议时，如经出席立法委员三分之二维持原案，行政院院长应即接受该决议或辞职。”

行政院基于上述规定，以改进型议会制的方式对立法院负责，立法院没有倒阁权，行政院长和总统也没有解散立法院的权力，这些都是民国宪法的重要特色。上述规定还具有“对事不对人”的性质，围绕着政策、法案而不是针对内阁，在立法院和行政院分歧不大、不涉及原则问题的情况下，行政院长如果覆议失败则可接受立法院意见而不必辞职，从而促进政局的稳定³²⁸。

本书上一章论及民国总统的权力时已经阐述了行政院长和阁员的产生机制，下文将详细讨论行政院对立法院负责的具体方式和几种可能出现的情况（其他一些可能性极小的情况从略）。为文字表达方便起见，下文经常以“内阁”二字指称行政院领导班子。

（1）在立法院存在多数党或稳定的执政联盟的情况下，立法院与行政院之间通常可以形成较好的协同运作，大大提高政府效率。同时，二者的协同性意味着行政院长不太可能试图把立法院的决议或法案打回去覆议，所以总统基本上没有机会行使对覆议案的核可权，更谈不上发动“建设性倒阁”。也就是说，在这种情况下，总统仅有的实权即趋于无形，国家政体是事实上的议会制。

立法院与行政院的协同性，有可能导致执政党团擅权的倾向。此时，总统作为人民权的代表，可以以国民大会和民意为后盾，施加柔性影响力。此外，总统如果获得了将立法院微弱多数票通过的法案提请国民大会复决的权力，即可在必要时对执政党团进行硬性制衡。

顺便说明，有人认为议会制没有做到行政权与立法权的严格分立，总统制则有助于二者的分立，这个说法不无道理，但如果因此而厚总统

³²⁸ 法学家汤德宗（1993：35）基于“负责”与“安定”保持衡平的思考，认为宪法应当修改为覆议失败之后行政院长即应辞职。由于“建设性倒阁”途径之存在，笔者认为不必将覆议与“信任投票”等同起来。当然，覆议失败之后行政院长很可能主动辞职。

制、薄议会制就失之务虚了，因为现代民主国家普遍实行政党政治，在行政机关与立法机关为同一个政党或执政联盟主导的情况下，不论是总统制还是议会制都会出现行政与立法二权协同运作的局面，仅仅根据制度的大框架来奢谈权力分立是不切实际之举。下文的讨论将表明，民国宪法的改进型议会制使行政院在对立法院负责的同时具有相当程度的独立性，在行政与立法二权的协作与冲突之间形成了比总统制和典型议会制更为精妙的平衡。

（2）在立法院无法形成多数集团的情况下，如果立法院同意由一位能够为总统和过半立法委员所接受的人选出任行政院长、组织少数派内阁，那么这个少数派内阁只要保持住总统和超过三分之一立法委员的支持，就站稳了脚跟，能够与总统联手否决立法院的决议和法案³²⁹。这个局面，因立法院与行政院缺乏协同性而导致政府施政效率不高。至不济，不会差过美国“分立政府”的局面，国家政局可以保持稳定。总统虽然以其对行政院长的支持而不具有中立地位（在政治影响力的角度可以说由此而获得了一些实权），但仍然具有一定程度的超然性，除了涉及覆议案核可权的事宜之外，并不介入行政院的具体运作。

上文分析过，立法院内部有志于入阁的政党一旦放弃了与其他党派联合形成多数集团的机会，就会因为立法院没有单方面倒阁权而难以再次找到入阁的机会。所以，民国宪法的制度设计在没有哪个政党赢得立法委员选举多数席位的情况下有助于打消各个政党的观望心态、促成多数联盟的形成和巩固，少数派内阁不会经常出现。也就是说，总统透过对“少数派行政院长”的支持而获得一些实权的情况不会经常发生，很可能在很长时间内仅仅作作为一种可能性而停留在纸面，。

³²⁹ 这里需要指出的一个细节问题是台湾宪政实践中已经允许行政院和总统对法案的特定条文提出“条项覆议”（line item veto，又称逐项覆议、部分覆议）（参看林纪东 1992：239-240，汤德宗 2005c：87，苏子乔 2013：173），这一做法不同于美国联邦制度（美国总统只能否决整部法案；国会曾立法授予总统条项覆议之权，被最高法院裁定违宪）。民国宪法第 57 条之文意似乎并没有允许条项覆议，笔者亦倾向于否定这一做法，因为法律往往牵一发而动全身，否定少数条款之时或许会导致其他条款需要修正，不如覆议整部法案并解释原因，立法院若无法推翻覆议则可针对覆议之原因做出修正，再度通过。

(3) 如果立法院执政党团解体、行政院长在立法院内所获支持跌至半数以下,原有的多数派内阁即蜕变为少数派内阁。这时,如果总统继续支持行政院长,那么只要行政院长保持了立法院超过三分之一席位的支持,行政院即可正常运转,与诞生伊始即为少数派性质的内阁没有区别。

总统对国家政局的重要作用,在五院正常运转时并不明显,但在政局趋于不稳时即可体现:总统对行政院长的支持,可以促进立法院执政集团的稳定,因为在这种情况下执政集团的解体通常不能导致行政院的重组(行政院长在立法院所获支持从过半跌至不超过三分之一的可能性不大,但即使在这一极端情况下,总统对行政院长的支持仍然可以维持内阁的存续³³⁰)。

笔者认为,民国宪法的这一特点是对传统议会制的一个重大改进。议会制的一个经常遭到诟病的弊端就是大党在没有赢得多数席位的情况下为了拉拢小党组成执政联盟而给小党过多好处,小党入阁后也能够以撤出联盟、发动倒阁为威胁,对大党进行要挟;小党党魁虽然通常不出任阁揆,但因其“造王者”(英文 *kingmaker*) 的地位而得到与其所获民众支持率不相称的大权,在一些重要议题上呼风唤雨³³¹。民国宪法以其精妙的制度设计,不给小党以自重的机会,有助于减少政治勒索行为,加强内阁的民主性和政局的稳定。

(4) 如果少数派内阁失去了总统的支持,行政院长也就失去了否决立法院决议的可能,立法院过半多数票即可对行政院施加指挥或进行杯葛。此时,如果立法院并没有形成一个不支持现任行政院的多数联盟,那么立法院即难以行事,对行政院的指挥或杯葛会停留在比较有限的程度,行政院长虽然没有总统的支持,其地位还是大体稳固的,但效率低下。

³³⁰ 这种“超级少数派”内阁似缺乏存在的价值,本章第二节提出透过修宪来允许立法院以超级多数决自行解散,从而提前举行大选、形成新内阁。当然,立法院如果形成了三分之二多数集团,即可处处杯葛行政院并且不担心覆议,很难想象行政院长在这种情况下还会恋栈不走。

³³¹ 参看戴雅门(2015: 184)。

这种碎片化的政局，不利于民主制度的巩固，所以避免立法院的碎片化将是立法委员选举制度设计的一个重要考量。下文讨论立法委员选举制度时会推荐一种优化的制度，在顾及公平性与代表性的同时有助于多数联盟的形成。

（5）如果少数派内阁失去了总统的支持，而且立法院形成了不支持现任行政院的多数联盟，那么这个多数联盟即可凭借其过半多数票，处处为难行政院，促使内阁总辞职，以在多数联盟的基础上产生新的行政院。

可是，如果屡遭立法院为难的行政院长一再拒绝辞职，而且表面上声称接受立法院决议，实则阳奉阴违、消极怠政³³²，立法院应当如何应对？这个局面，是恶性的政争，会影响国家政局的稳定，有违民国宪法制宪者的初衷，所以有必要避免，而且不宜留待监察院启动弹劾程序，否则政争势必加剧。事实上，民国宪法已经为这一宪政僵局提供了解决方案：在立法院形成了新的多数集团的前提下，如果总统不支持现任行政院长，那么总统即可依据立法院的最新多数共识，提名新的行政院长人选；新任行政院长一经立法院同意，即应取代原行政院长，重新建立责任内阁。也就是说，虽然立法院没有直接的倒阁权，但立法院与总统协力即可进行“建设性倒阁”。这一制度的详细讨论见本书上一章第二节，在此不重复。

二 行政院的稳定性

在上文分析的基础上，笔者试图构建一个简单的模型，以具体说明行政院的稳定性即便在立法院不存在多数党的情况下仍能维持。

场景：立法院存在大党甲、大党乙和小党丙。大党甲、大党乙各自议席都超过三分之一但不过半。小党丙与其一结盟即可形成过半多数，但在整体政治立场上更接近大党甲。为简单起见，其他小党忽略不计。需要指出的是，“最小获胜联合内阁”即勉强超过议会半数的执政联盟

³³² 谢瀛洲（1947：156）、萨孟武（1974：222）等学者对这一危险相当忧心，认为是民国宪法的重大疏漏。笔者认为无需担忧，因为民国宪法暗含“建设性倒阁”这一脱困途径。

并不是多党制的定律，议会制国家经常出现基础广泛的“超量联合内阁”，后者哪怕去掉一两个小党仍然保有议会多数席位，更具稳定性，所以这里仅仅考虑“最小获胜联合内阁”趋于不稳的情况。

政局的四角关系：除上述三党，总统以其对行政院长的提名权和对覆议案的核可权，亦成为决定政局稳定性的一个因子。

平衡状态：大党甲和小党丙联合执政，其权力分配较为适当（大党不感到被勒索，小党不感到被边缘化）；总统没有实权。

平衡移动一：大党甲将小党丙边缘化，小党丙愤而退出内阁，转而与大党乙、总统联手发动“建设性倒阁”，大党乙和小党丙联合组建新内阁。因小党丙事先并没有勒索大党的胃口，其得到的权力应当超过其被大党甲边缘化之后剩余的权力，但不一定达到原有程度。这一状况对大党甲毫无好处，所以大党甲在“建设性倒阁”有可能发生的情况下排挤小党丙（亦即“平衡移动一”）的可能性不大。

平衡移动二：大党甲将小党丙边缘化，小党丙愤而退出内阁，总统亦不支持大党甲，但其他各党因政治立场的分歧而无法组成多数集团，立法院因碎片化而无法行事，大党甲的少数派内阁苟延残喘，与“看守政府”无异，只待下一次大选。所以，“平衡移动二”对来自大党甲的行政院长很可能弊大于利，发生的可能性不大。

平衡移动三：大党甲将小党丙边缘化，小党丙愤而退出内阁并与大党乙结盟，但总统支持大党甲，大党甲的少数派内阁依赖于总统的支持。由于少数派内阁难以推动立法，其剩余权力相当有限，而且这所剩无几的权力也不能由来自大党甲的行政院长独揽，仍然需要与人分享，只是合作伙伴从小党丙换为总统。所以，这一种“平衡移动”对来自大党甲的行政院长而言未必有好处。如果总统是大党甲的成员，大党甲作为一个政党固然在整体上有可能得利，但此时行政院长的考量难免涉及个人权力。从这一角度出发，如果行政院长不愿仰总统的鼻息，就不一定有将小党丙逼出内阁的动机。但是，如果总统是大党甲的党魁或幕后实权人物，希望在外交、国防等主要由行政部门决断的领域踢开小党、发挥主导作用，那么行政院长可能会不得已而为之。所以，在总统深深卷入政党政治的情况下，“平衡移动三”有可能发生；在总统超然于政

党、基本上没有政党利益纽带的情况下，“平衡移动三”发生的可能性趋于消弭。

平衡移动四：小党丙在权力分配上对大党甲进行政治勒索未果，愤而退出内阁，转而与大党乙、总统联手发动“建设性倒阁”，大党乙和小党丙联合组建新内阁。因总统支持大党乙，即使小党丙在和大党乙组阁之时勒索后者而获得较大权力，也很可能在新内阁建立之后不久就被边缘化，因为大党乙把在政治立场上距自己较远的小党丙排挤之后与总统分享权力（即上述“平衡移动三”由大党乙唱主角），仍然好过原本在行政方面“一无所有”的状态。所以，“平衡移动四”虽然有利于大党乙和总统，但很可能不利于小党丙，后者沙盘推演、权衡利弊之后不一定这样做。也就是说，“平衡移动四”发生的可能性不大。

平衡移动五：大党甲与小党丙在重大议题上发生冲突，小党丙虽然知道自己与大党乙、总统联手发动“建设性倒阁”之后很可能被边缘化，但极其看重这一重大议题，大党乙和总统恰好在此议题上的立场接近小党丙，于是发生“建设性倒阁”，小党丙在前述议题上的立场成为新政府的政策。但是，小党丙需要认真权衡的是大党乙和总统是否会采取始乱终弃的态度，引诱小党丙倒阁之后再排挤之，然后在前述议题上改变政策。只有在小党丙相当确认大党乙和总统在此议题上不会出尔反尔的情况下，“平衡移动五”才有较大可能发生。但是，小党丙还有另外一个选择项：在这一议题上走立法途径而不是倒阁途径，在立法院提出法案，寻求大党乙对这一法案的支持，法案通过之后大党甲的行政院长如果试图提交覆议，将得不到总统的核可。如果大党乙和总统拒绝这一选项、坚持发动“建设性倒阁”，那么二者对这一议题的态度即值得怀疑；小党丙考虑到自己在整体政治立场上与大党甲更为接近，或许会拒绝“建设性倒阁”，坚持走立法途径解决前述议题。如果大党乙和总统仍然拒绝走立法途径，则凸显其权力欲望，未必能够得到任何好处，反而让小党丙和选民怀疑其立场；小党丙失去的只是在这一个议题上推行政见的机会，在更多议题上仍然能够与大党甲合作。反之，如果大党乙同意走立法途径，至少能够使其在前述议题上的立场成为法律和政策，或许有助于在下次大选中争取选票。所以，立法途径解决问题的

可能性远远大于“平衡移动五”的可能性。

平衡移动六：大党甲与小党丙在重大议题上发生冲突，小党丙愤而退出内阁，但大党乙和总统在此议题上的立场与小党丙并不接近，无法联手发动“建设性倒阁”，大党甲维持少数派内阁。小党丙固然彰显了其在前述议题上的立场，但并不能使其立场成为政府政策。只有在小党丙确信这一做法有助于其在下一次大选中赢得更多选票的情况下，“平衡移动六”才有较大可能发生。但是，小党丙需要考虑到，其在前述议题上的立场异于两个大党，在下次大选中就此议题而咸鱼翻身成为大党的机会未必很大，为了彰显立场而退出内阁、导致政治僵局的做法可能疏离中间派选民。所以，整体而言“平衡移动六”发生的可能性不大。

以上六种“平衡移动”类型之外，笔者所能够想到的其他情况或明显不太可能，或与上述类型之一类似，故不赘述。

综上所述，民国宪法原文的制度设计之下，政治立场较为接近的**两党联合执政、权力分配较为适当的状态有很大可能成为稳定的平衡状态**。如果能够在制度上对总统人选做出资格限制（例如总统候选人参选之前若干年不得具有政党党籍），确保总统超然于党派，这一平衡状态将更加稳定。

此外，我们不妨拿德国的“建设性倒阁”制度做比较：德国制度之中不存在总统的作用，小党丙若勒索大党甲未果，则可倒向大党乙，后者对小党丙许以更大权力，即可与之联合执政；大党甲考虑到这种可能性，面对小党丙的勒索很可能会做出一定程度的让步。两种情况下，小党丙作为“造王者”都得到好处，与之合作的大党都会心有不甘。和以色列那样随意倒阁的议会制相比，德国的改进型议会制对“造王者”有一定程度的遏制，但遏制的程度尚且不如民国宪法的改进型议会制。

三 行政院任期问题

民国宪法没有明文规定行政院领导班子的任期。1995年，司法院作出释字第387号大法官解释，认为“基于民意政治与责任政治之原理，立法委员任期届满改选后第一次集会前，行政院院长自应向总统提出辞职。行政院副院长、各部会首长及不管部会之政务委员系由行政院

院长提请总统任命，且系出席行政院会议成员，参与行政决策，亦应随同行政院院长一并提出辞职。”也就是说，行政院的任期与立法委员相同，仅为三年。这一解释有很强的合理性和可操作性，而且任期制并不妨碍行政院长的连任（如果总统和新任立法院希望行政院长留任，自然可以拒绝接受其辞职）。

上文讨论过，因为立法院无法自行发动倒阁，总统和行政院长也没有解散立法院的权力，所以在某些情况下可以出现行政院与立法院步调很不一致的局面。这种局面一旦出现，延续时间不宜过久。但是，频繁的选举会导致政府的短视，所以立法院和行政院的任期应当在两种考量之间寻找平衡点。笔者认为，三年的任期是较为优化的选择³³³。事实上，如果立法院形成了稳定的多数联盟、政府获得广泛的支持，那么立法院和行政院的三年任期都只具有象征性意义。

四 行政院权限问题

民国宪法并未明示行政院之权限，是否属于重大疏失呢？当然不是。美国宪法除了列举一些总统职权之外，同样没有详述行政部门的权限。原因在于，依法施政是宪政民主国家的基本原则，行政部门的权限乃由立法部门依据宪法原则而划定。至于具体的部门分工，考虑到其他四院之执掌在民国宪法中有列举式的规定，剩余项目之默认归属自当在于行政院，但由于考试院的执掌项目采用了开放式列举，以及宪法明定的职权可以导出引申职权，立法院自当有权以立法的方式做出合理安排。例如，选举委员会这一并不具有宪法位阶但责任重大的独立机关宜挂靠于考试院而不是行政院，国家人权委员会由于分担监察职能而宜为监察院的一部分，皆可由立法院以法律定之，详见本章第四、五节。

³³³ 法学家汤德宗（2005b：26）认为民国宪法原文之制度设计导致“稳定有余而效率不足”的“弱势内阁制”，所以立法委员和行政院长任期限三年的好处就是人民对“稳定而无效率”的政府最多忍受三年。关于“弱势内阁制”之说，笔者认为，在比例代表制强化政党政治的前提下，如果立法院形成了稳定的执政党或执政联盟，行政院即不致沦为弱势。如果立法院没有形成过半数的联盟，“少数派内阁”在民主制度的常见形态之下都是弱势的，民国宪法也不例外。

第二节 立法院

一 立法委员人数问题

民国宪法对今日之中国大陆具有极强的适用性，唯一一条必须修改的条文是立法院的人数：民国制宪者忽视了中国人口增长的势头，关于立法委员人数，在第 64 条规定“各省、各直辖市选出者，其人口在三百以下者五人，其人口超过三百万者，每满一百万人增选一人”，用于今日之中国大陆即会导致立法委员人数超过一千五百，绝然没有正常议事的可能。为了保证议事效率，而且考虑到国民大会已经承载了民意职能，立法委员总数似应控制在四百以内。如果设置一定数量的全国不分区议席，那么上述规定似可改为“人口在三千万以下者五人，其人口超过三千万者，每满一千万人增选一人”³³⁴。

其他立法委员名额（边疆民族地区、华侨、职业团体），宪法规定另以法律定之。

关于边疆民族，本书第三章对这一概念作出了极其广义的解读（体会制宪者的用意，解读为“社会经济地位处于弱势的原住民族”），但立法委员人数不宜过多，如欲不超过四百人，那么，笔者认为不妨以中

³³⁴ 根据 2010 年中国大陆人口普查数据，此方法将产生 201 个分省议席。由于对人口较少的省区的照顾，此方法有一定程度的“分配不均”（malapportionment），按照 Taagepera and Shugart (1989: 104-105) 的算法，“分配不均度”约为 0.143，和 Samuels and Snyder (2001: 660-661) 用此法算出的 78 国议会下院数据相比属于偏高类型，放在这 78 国之中将排在第 12 位。考虑到立法院是中华民国宪法架构中唯一的代议立法机关，无法采用美国这样在众议院照顾人口比例、在参议院照顾小州的做法（美国众议院的分配不均度是 0.014，参议院则高达 0.364），立法院的议席配置适当照顾小省是有必要的（虽然并不是所有的一院制国家都有较高的分配不均度，但在上述 78 国列表之中不均度前十位的国家有八个实行一院制，例如韩国，不均度高达 0.208）。设置一些全国不分区议席，将有助于降低分配不均度（Samuels and Snyder 2001: 657），但为非汉民族专设议席又会将其拉高。笔者认为，占人口绝大多数的汉族应当有足够的雅量给非汉民族适当的照顾。暂不计入西藏、青海、宁夏、新疆、内蒙这几个人口较少而非汉民族比重较高的省区，那么其他省区的分配不均度降至 0.086，全国不分区议席可进一步降低之。

共现行地市级“民族区域自治”单位为出发点：（1）内蒙、新疆、广西三个自治区在不限民族的分省名额之外增设五个非汉民族立委名额。西藏人口不多，绝大多数为藏族，五个分省名额势必被藏族包揽，不必增设名额。宁夏人口不多，不宜增设名额，可在其作为省区而得的五个名额之中保障三个非汉民族名额。根据上述设想，五个自治区共 40 个立委名额，其中至少 23 个来自非汉民族。（2）全国其他省区目前共有 25 个自治州，除延边朝鲜族自治州因自治民族并非弱势原住民族（朝鲜族教育水准在全国各族名列前茅）而排除在外，其余 24 个自治州可依据地域进行归并，原则上每两个自治州得到一个非汉民族立委名额³³⁵。按照上述算法，非汉民族议席至少 35 个³³⁶。考虑到内地分省席位以及全国不分区席位中势必产生一些非汉民族立委³³⁷，如果立法委员总数四百人，非汉民族立委比例将超过其在中国大陆总人口中所占的 9% 比例³³⁸。

至于侨选和职业团体名额，民国宪法在台湾的增修条文将其并入全国不分区议席，这一做法值得借鉴³³⁹。

³³⁵ 为促进民族合作，选举方式应在保障非汉民族议席的前提下弱化民族区别，所以各省的非汉民族立委名额最好以保障席位的方式并入省级多席位区（例如某省基本名额 5 个、非汉民族名额 2 个，那么该省即可成为 7 个席位的多席位区，其中 2 席必须由非汉民族成员出任），参看本节下一部分。

³³⁶ 中国大陆获得官方承认的少数民族共 55 个，人口少者无法得到保障席位，是否会导致小族利益受损呢？从台湾设置原住民立委席位的经验看，台湾学者罗清俊、陈文学（2009）的研究表明大选区制（全国六个原住民席位为一个大选区）选出的原住民立委并没有特别争取补助款来照顾自己所属的族群，反而关心与自己不同族的原住民。笔者相信这一正面现象将在中国大陆重现，尤其在大选区制之下。

³³⁷ 例如，满族平均教育水平高于汉族、在东北三省人口不少，东北乃至其他省区和全国不分区选出一些满族立法委员几乎是毫无疑问的。

³³⁸ 少数民族聚居地区势必出现以地方民族为基本盘的政党。为了避免地方民族政党的狭隘化，有必要透过选举制度促使各个政党跨越族裔进行合作，详见本节第三部分。

³³⁹ 1990 年，台湾朝野和民间人士为解决宪政争议问题而召开国是会议，就宪法增修达成一系列共识，关于国会改革，提出依政党比例代表制选出全国不分区代表，并入原职业代表、侨选代表，以及争议中的大陆代表。

香港、澳门在 1946 年制宪之时尚未回归中华民国，其立委议席也应在关于立法委员人数的修宪案中一并解决。笔者认为，香港似可比照直辖市获得五席，但澳门人口过少，似应获得一个席位。

台湾则需要特殊对待。如果中国大陆光复民国，那么在台湾的中华民国和在大陆的中华民国具有对等地位（台湾在礼仪上居尊），很可能在相当长的时间内共存，统一与否的问题不宜急于提上议事日程。两岸本着互相尊重的原则，可以考虑在对方的立法院派驻若干观察员。

在上述设想之下，总人数为四百人的立法院可能具有如下构成：近二百一十个分省议席（包括港澳），三十个非汉民族专设议席，一百六十余个全国不分区议席。

二 立法委员选举制度概述

民国宪法规定，立法委员选举的具体制度以法律定之。

（一）多席选区单记不可让渡投票制

1946 年制宪后，作为看守政府的国民政府于 1947 年制定了立法院立法委员选举罢免法及其实施条例，大体上采用了多席选区立委直选制度。各省一般分为每区四至六个席位的数个选区，具体的选举方式是单记不可让渡投票制³⁴⁰，每票只可选一个候选人，选区有几个席位，得票总数居前几位者当选。这种选举方式符合民主原则，但在操作上有一些严重弊端：例如，某个候选人得票过多则有可能导致同一政党内其他候选人落选，因此政党需要在各个选区组织配票，避免党内候选人之间的竞争³⁴¹。又如，台湾的选举经验表明，这一选举方式在某些情况下为金权政治制造了温床，明显有黑金背景、被多数选民唾弃的候选人仍然有可能凭借少数选票而当选³⁴²。台湾已经改革了选举制度，中国大陆将来

³⁴⁰ 之所以采用单记不可让渡投票制，显然是日本影响所致，日本早在 1900 年即开始在众议院选举实行此制（王业立 2006：91）。

³⁴¹ 王业立（2006：100）。

³⁴² 王业立（2006：101），杨承烨（2014：369）。

也不宜采用多席选区单记不可让渡投票制³⁴³。

（二）并立制，兼论单席选区制

台湾现行的立法委员选举制度，是单席选区制议席与全国不分区及侨居国外国民议席的混合体，称作并立制（亦称独立混合制或平行混合制），其中全国不分区及侨居国外国民（下简称“全国不分区”）议席采用盛行于欧陆的政党名单比例代表制。选民在立法委员选举中投两票，一票选人，针对自己所在选区的候选人，另一票选党，针对全国不分区的政党候选人名单（全国不分区议席大致按各党得票比例进行分配³⁴⁴，每个党赢得几个不分区议席，其所提出的候选人排序名单的前几位即当选）。这个制度，和以前的制度相比是很大的改进，但其中的分区议席采用英美式的单席选区相对多数制，已经呈现了两个严重弊端：

其一，两个大党主导了选举，各自的选民基本盘日趋激进，中间派选民则被大党绑架。

其二，区域立委往往缺乏立法知识与能力，却又携民意以自重。立法院中行为荒唐者多为区域立委³⁴⁵，但他们因民意后盾而有恃无恐，甚

³⁴³ 顺便指出，阿富汗在塔利班政权被美军推翻之后举行的国会选举采行了这一制度，显现了不利于政党政治发展的弊端，在此不详述。

³⁴⁴ 这里有一个需要注意的问题：全国不分区议席应该作为一个独立的选区来按比例分配，还是应该用于弥补各个政党在各地选区所获议席与其在全国得票比例的差距？前者就是台湾所实行的并立制，对大党较有利。后者称联立制或依附混合制，以德国为典型，对小党较有利。例如，议会半数议席为全国不分区，某小党在全国得票 10%，得票率如此低的小党通常很难在各地选区胜出，在联立制之下即便在各地选区被剃了光头，仍可分得议会席位总数的 10%，在并立制之下则仅得全国不分区议席的 10%，即议会席位总数的 5%。笔者在这两个选择中略倾向于并立制，因其有助于形成多数党或多数联盟，并避免议会中政党的碎片化。

³⁴⁵ 笔者从台湾朋友口中获悉这一现象，尚未在学术文献中查到相关的统计，但根据台湾学者张淑中的第六、七届立法院“肢体暴力”列表（张淑中 2012）及第六届立法院“议事暴力”列表（张淑中、姚中原 2012：293-294），做出如下分析：第六届立法院“肢体暴力”事件和具有身体侵害性质的“议事暴力”事件之中可以确认施暴人或扭打双方的共 11 起、涉及 16 人，其中 15 人（94%）为区域立委，明显高于区域立委占此届立法院总人数 78%

至故意透过某些出格行为来增加在媒体的出镜率，以有辱斯文的方式凸显党性，巩固自己的选民基本盘，至于政治空气的败坏和社会的割裂，就不是他们在乎的事了。

上文讨论国民大会代表选举制度时推荐的排序复选制和认可投票制，如果用于区域立委的选举，可以在一定程度上缓解上述弊端，但效果有限：

其一，大党在单席选区制的框架之内无论如何都占有极大优势。比如一个小党在全国各个选区都获得大约 10% 选民的支持，那么不管采用什么选举方式，这个小党都很可能一个议席也得不到；如果其选民分布不均匀，那么或许能够得到一些议席，但所占议席比例会远远低于其所获得选民支持的比例。西方民主国家的经验表明，单席选区制容易促成两党制，中间派选民的声音得不到表达。台湾的政治实践表明，两党制加剧了社会割裂和社会阵营之间的敌对态度，对华人社会未必合适。虽然毫无限制的多党制也有严重弊端，但我们面临的并不是二者择一，而是寻求一个更好的中道，下文很快就要讨论这个中道。

其二，任何针对候选人个人的选举，都势必凸显候选人的口才和外貌³⁴⁶，才能反而难以得到展现。对国民大会代表的选举而言，国大代表只需善于和选民沟通、忠实于民意即可，不需才能高超，但立法委员作为专职议员，应当有立法专长或公共事务特定领域的专长，否则难以胜任。

其三，台湾的 73 个区域立委议席，平均每个选区 32 万人口，其立

的比例。第七届立法院“肢体暴力”事件之中可以确认施暴人或扭打双方的共 6 起、涉及 8 人，其中 6 人（75%）为区域立委，稍高于区域立委占此届立法院总人数 70% 的比例，在统计上相当，但值得注意的是，卷入暴力事件的两位不分区立委之一在第八、九届立委选举转战区域而当选，另一位是第三至六届区域立委，在第八届选举的不分区名单上排名靠后（似乎说明暴力事件之出镜率无助于名单排名？）而落选。

³⁴⁶ 候选人的外貌对选举结果的巨大影响，早已是西方学界深入研究而确认的事实，在老牌民主国家和新进民主国家都是如此，参看 Todorov *et al.* (2005), Lawson *et al.* (2010)。顺便讲一个笔者的父亲所见的真实的笑话：肉店卖猪头，个个大同小异，某君反复挑选才买了一个，别人问他为什么挑这个，答曰：“这个猪头长得好看！”

委选战即已耗资巨大。中国全国范围，国民大会的每个选区不超过一百万人口，仍可操作，但是，立法院的议事效率问题决定了立委人数不宜过多（否则难以议事），每一个立委席位对应于人数极多的选民，立委竞选势必需要极多的资金，容易导致利益集团对立委的操控³⁴⁷。

综上所述，立法委员单席选区制（以及包含了这种制度的并立制³⁴⁸）不合中国国情。

（三）政党名单比例代表制

台湾之全国不分区议席的选举所采用的政党名单比例代表制，在欧陆国家盛行。这种选举方式，对中国大陆人民而言可能显得陌生，但《经济学人》民主指数排行榜上名列前茅的国家几乎都实行某种形式的比例代表制，这个事实是发人深省的。

如果我们担心以政党为操作对象的比例代表制导致议员与选民之间的隔阂，那么，请仔细分析：选人的制度，真的能够避免议员与选民之间的隔阂吗？美国众议院 435 个议席之中的绝大多数（350 上下）都属于两个大党的“安全选区”，缺乏竞争，导致矛盾局面：国会整体受民

³⁴⁷ 利益集团对单席选区国会议员选举的巨大影响，即便在美国这样的老牌民主国家也不例外，但中国大陆更应当和拉丁美洲相比拟，巴西即有这方面的殷鉴，参看 Mezey (2008: 165)。

顺便指出，候选人竞选资金的问题也导致多席选区单记可让渡投票制（亦称“可转移单票制”）不宜用于立法委员选举。不同于中华民国曾经施行过的单计“不可让渡”投票制，“可让渡”的意思是选民在多席选区对候选人作出排序选择，得票最多者达到确保当选的一定票数之后，多余票数按照第二选择的比例让渡给其他候选人。这一制度在效果上接近比例代表制，在选举人较少的情况下有许多优点，将来在中国大陆似可用于选民人数较少的多席选举（如县市议会）和间接多席选举（如省议会选举监察委员），参看 Reynolds, Reilly, and Ellis (2005: 71-77)。但是，与之有异曲同工之妙的认可投票制（参看本书第三章第四节）也适于此类选举（Brams 2008: 133-135），在此不赘述。

³⁴⁸ 意大利和一些后共国家实行单席选区加全国不分区并立制的经历表明，并立制一方面导致政党竞争的对立阵营两极分化，另一方面无法解决政党碎片化的问题。关于意大利（1993-2005 年尝试并立制之后已经回到比例代表制基础上的大党奖励制），参看 Massetti (2006)。关于后共国家，参看 Shvetsova (2002: 69-73)。

众支持率惨至 10%，但数次选举并未改变国会构成。英国和美国作为最古老的立宪君主国和宪政民主共和国，其所实行的单席选区制为中国人所熟知，但我们的思想如果突破英美制度的羁绊，放眼于世界，那么政党名单比例代表制的普遍性是显而易见的³⁴⁹。

台湾现行立法院混合选举制度中的全国不分区立委，大都表现良好并具有立法能力或特定领域的专业水准³⁵⁰，因为水平高的候选人列入政党名单有助于吸引选民³⁵¹，争议人物如果上榜则会拉低政党的得票率³⁵²。也就是说，政党名单制度有自纠正机制，可以在很大程度上避免黑金背景或行为不堪的候选人列入名单。

民国宪法的政治架构，有国民大会作为民意机关，有监察院负责接待民众陈情³⁵³，所以立法委员的选举完全可以效法欧陆国家的经验，不拘泥于一个选区一个议席的民意代表性，而在以省为单位的大选区完全实行政党名单比例代表制³⁵⁴。是否设置全国不分区议席，则有待讨论

³⁴⁹ 议会制加比例代表制，是许多政治学者推崇的黄金组合，参看 Lijphart (1991)。

³⁵⁰ 不可否认，不分区立委亦有一些职责表现不佳者（乃就立法职责表现而言，并非行止有亏），李文元（2013：70）以“不分区立委表现的两极化”称之，但在整体上予以肯定。

³⁵¹ 参看葛永光（2001），萧怡靖（2012：54-56）。

³⁵² 2016 年 1 月台湾大选的国民党不分区立委名单以争议较大的时任立法院长领军，反之，民进党名单前八位皆为专业人士，两党选举布局高下立判（李明轩 2015）。

³⁵³ 针对民众陈情诉求之个案施以援手，是西方国家国会议员直接服务于选民的两种主要方式之一，称作“杂务”（errands）。另一方式是把政府经费和公共建设项目导向选区，称作“猪肉桶”（pork barrel）或“耳朵记号”（earmark），意译则为特殊专款。参看 Mezey (2008)；作者指出议员处理民众个案杂务起到了“监察使”（ombudsman）的职能（该书页 85）。

³⁵⁴ 美国学者 Carey and Hix (2011: 395) 在二战后六十余年八十余国六百余次民主选举数据的基础上指出，席位数量较少（例如四至八席）的多席选区比例性足够高（和更多席位的选区相差无几），而且政治责任易于辨识（在这个方面接近于英美式单席选区而优于更多席位的选区），兼有两个优点，是选举制度的“甜蜜点”（sweet spot）。从这个角度考虑，议席多于十个的省似可拆分为两个选区。这样，按省分配的议席的各个选区至少五席、至多九席。下文一

（笔者认为一定数量的全国不分区议席有助于政治的稳定）³⁵⁵。

这里需要略谈三个顾虑：

其一，比例代表制通常导致多党制，很少出现单一政党执政的情况，这是否适合中国国情与民情？笔者认为，答案是肯定的，有下述两方面原因：

（1）从反面来看，由于中国长期的“官本位”传统和中共的负面影响，如果中国大陆民主化之后出现单一大党执政的情况，此执政党很可能会走向威权化、压制反对党，妨碍民主宪政的巩固。

（2）从正面来讲，中国作为一个内部差异极大的多元国家，有必要采用中间路线，政策不宜过于偏左或过于偏右。中国大陆民主化之后，左派和右派政党的出现几乎是不可避免的，这两个对立阵营组成联合政府的可能性不大，为了避免两党制造成的政策两极震荡和社会割裂，比例代表制所促成的多党制和中间派政党经常入阁的局面是更好的选择。

诚然，多党制在中国历史上不曾有过实践，但考虑到中国作为“人情社会”导致国人普遍精于人情这一事实，如果一个或数个中间派政党在立法院站稳脚跟，那么中间派有可能跨越党派界限，或与左派、或与右派联合执政，促使政策趋于温和，并保持长期的稳定性。未能参与组阁的政党，也有可能因为与中间派的良好关系而对内阁不采取激烈对抗的态度，而且可以对执政联盟所推动的法案提出建设性的优化意见（或者其反对意见透过中间派的斡旋而被执政联盟采纳一部分，从而在效果

概以“省级选区”称之。

³⁵⁵ 上文讨论过的并立制与联立制的区别，在这里同样需要考虑。李普哈特（Lijphart 2004: 101, 2008: 192-193）推崇补偿性的全国不分区议席，亦即双层比例代表制（类似于联立制，在全国各个中小型选区实行比例代表制的同时，设置一些全国不分区议席，用于弥补各个政党在各地选区所获议席与其在全国得票比例的差距），理由之一是这一制度有助于照顾少数派。但是，在边疆民族已有议席保障的情况下，笔者认为政党整合似应成为更重要的考量，至少在民主转型初期应当如此。如果在转型启动后、第一次立法委员选举之前在这个问题上发生重大争议，那么一个折中方案是预先设定前两次立委选举的全国不分区议席作为一个独立选区，自第三次立委选举起改为补偿性的双层比例代表制。

上促成法案的优化)。与经常陷入“零和游戏”的两党制相比,多党制能够促成双赢、多赢,形成“共识决”而不是“多数决”的民主运作机制,具有明显的优势³⁵⁶。

其二,政党名单比例代表制,意味着法定政党政治,是否不妥?答案很简单:民主程度高的西方国家,无一例外都在代议立法机关实行政党政治;包括美国、英国这样没有政党比例代表制度的,也自然而然在乡镇自治体之外的所有政府层级形成了政党政治(只不过是具有割裂性的两党制)。中国要想独辟蹊径,摆脱政党政治,可能性近乎零。更为务实的做法,是在立法院透过比例代表制实行政党政治,而在国民大会淡化政党政治、彰显民意,二者相得益彰。

其三,政党名单比例代表制是否违反民国宪法第129条所规定的直接选举原则?答案是否定的:只要政党所提出的候选人排序名单在登记截止时业已确定、选民投票时可以看到名单,即为直接选举³⁵⁷。

三 政党名单比例代表制的最佳版本

政党名单比例代表制的具体细节还有许多值得深入讨论之处,这里单列一小节分析之。

(一) 政党名单概述

承载了西方众多民主国家多年经验的政党名单比例代表制,通常包含如下的核心内容:1,选民透过选票作出对政党(或同等组织)候选人排序名单的选择。2,各选区的议席按政党票数比例分配,议员从各个政党的候选人排序名单中依序产生。3,无党派人士可以作为“单人政党”或数人联合起来作为具有政党地位的“独立参选团”参加选举(后者可以增加赢面,只要候选人之间能够就座次达成共识)。

最简单的做法,是在选票上只选党,不选人(选票上或选举手册上通常列出各党的候选人排序名单,所以选民在效果上仍然是直接作出了

³⁵⁶ 参看 Lijphart (2012: 30-46)。

³⁵⁷ 参看许育典(2013: 316), 杨承烨(2014: 338)。

对候选人的选择)。以在台湾的中华民国立法院之全国不分区议席为例³⁵⁸，开票时各党按得票比例分配议席名额³⁵⁹，按候选人在各党名单上的排序填充议席，之后如果剩下不足一个议席的零头，汇总在一起成为整数余额，还需根据各党零头的大小来分配余额议席（此即“最大余额”制度，有的国家则实行“多数奖励”制度，将余额奖励给得票最多的政党）。

³⁵⁸ 公职人员选举罢免法（民国 104 年 2 月 4 日修正）第 67 条。

³⁵⁹ 这是一个简化的描述。由于从政党得票比例换算到议席难免存在“零头”，比例代表制的议席分配在操作上难以直接按照比例，一般采用某种计算方法来间接达到近似成比例分配议席的目的，常用的方法有最大余额法和最高均数法。

在台湾的中华民国立法院之全国不分区议席和香港立法会部分议席采用“黑尔数额最大余额法”，总票数除以议席数量即为获得一个席位所需票数（称作“黑尔数额”，Hare quota 或“简单数额”，simple quota）；按各党得票比例计算议席名额并向下取整的方法，在效果上与根据黑尔数额分配议席的方法等价。如此分配议席之后如果还剩下几个议席余额没有分配出，就按照各党票数余额的多少，把议席余额分给票数余额排前几位的政党。上述方法浅显易懂，但在议席数量较少的选区不利于大党而有利于小党（小党不一定能够达到黑尔数额，但有较大机会从余额中获得席位）。如果立法院的大多数席位来自以省为单位的选区，那么对小党的照顾在中国大陆民主转型初期有可能不利于执政联盟的形成和政局的稳定。黑尔数额制还有其他一些问题，在此不赘述。

西方民主国家最为盛行的方法是最高均数法的“顿特法”（d'Hondt method）子类型，这一方法在效果上完全避免了议席余额的出现，但算法和道理较为难懂，在此从略。中国大陆民主转型阶段似不宜采用让绝大多数选民摸不着头脑的计算方法；那么，什么方法更合适呢？有一个在数学上和顿特法等价、在概念上浅显易懂的数额方法，消除了议席余额，称作“无余额数额”（remainderless quota）或“足够数额”（sufficient quota），参看 Taagepera (2007: 33), Colomer (2004b: 44)。计算这一数额的做法是：议席数量加一再除总票数，所得数字向上取整，初步算出一个议席所需的选票数额（称作“特罗普数额”，Droop quota），试着分配议席，如有议席余额，则把数额降低一票再试，如此反复，直到全部议席都由降低之后的数额分配干净而无余额为止（各党得票仍难免有余额）。这一方法的原始构想早在 1792 年就由杰斐逊针对美国各州众议员名额分配而提出，但在没有计算机的时代难以操作，所以较为难懂但不难操作的顿特法大行于世。当今时代，无余额数额法在计算机上的操作已经不成问题，所以很值得推荐。以上讨论的各种方法之详情参看 Colomer (2004b)，初步介绍参看刘骐嘉、胡志华（1997）。

此外,大多数实行比例代表制的国家都设置最低门槛,得票率低于最低门槛的政党得不到议席。这种做法是为了避免小党林立的现象,虽然降低了比例性并且对小党不甚公平,但实属不得已而为之³⁶⁰。门槛的高低,以 3%-5%为多。在台湾的中华民国立法院之全国不分区议席有 5%的门槛,土耳其则高达 10%。在中国大陆,如果设置全国不分区议席,门槛的高度不宜走极端,3%-5%似较合适。在以省为单位的选区则不一定设置专门的门槛,因为各个选区议席不多,议席数量加一再除 100%,即为自然门槛³⁶¹(例如在有 9 个议席的省,10%即为门槛),但在各党选票过于分散的情况下还需要某种后备方案³⁶²。

设置门槛的好处毋庸置疑,但投给不及门槛的小党的选票都成为废票,对投下这些选票的选民而言是不公平的。极端的例子,如土耳其 2002 年选举中 10%的门槛导致 46%的选票成为废票,这一结果降低了选举的民主性。中国大陆民主转型初期,社会上政党林立几乎是必然的现象,选举中不高的门槛也有可能导致相当大的废票率,而且某些阵营有可能因为选票分散于许多立场近似的小党而一无所获,这些情况一旦

³⁶⁰ 从东欧后共国家的经验来看(Juberias: 2004: 323),一定程度但不走极端的比例代表制是大势所趋:转型后最初采用多数决制的东欧国家或引入一些比例议席,或完全改为比例代表制;最初采用较高程度的比例代表制者则透过得票率门槛等方式对比例性做出了节制。

³⁶¹ 笔者把非人为设置的得票率门槛称作“自然门槛”。根据英文文献,“自然门槛”分两类:其一是“入围门槛”(inclusion threshold,亦称 threshold of representation),达到这一门槛则在有利条件下有可能获得席位(但不保证一定获得席位)。此门槛与议席分配方法和选区内参选政党数目有很大关系,恕不详述。其二是“出局门槛”(exclusion threshold),达到这一门槛就保证获得至少一个席位,达不到则在不利条件下有可能出局。通常情况下,议席数量加一再除 100%所得数字是出局门槛(在参选政党数目少于或等于议席数量的情况下,一些议席分配方法的出局门槛计算公式需要修正,在此不赘述)。关于“门槛”算法的详情,参看 Taagepera (2007: 243)。在数学上,出局门槛必然大于入围门槛;二者之间的模糊地带,取决于各党得票的具体分布。

³⁶² 在小党林立、选票极其分散的情况下,可能只有很少政党达到门槛,甚至没有任何一个政党达到门槛。为此,可以在选举制度中设置后备方案,例如在达到门槛的政党少于三个的情况下,得票排名前三位的政党都入围,进入议席分配流程。当然,进入这一流程并不保证获得议席。

发生，会降低人民对民主的信心，危及民主宪政的稳定。

此外，许多选民为避免自己的选票成为废票，有可能出于“弃保”心态，舍弃自己最中意的中小型政党而转投差强人意的大党，导致许多中小型政党的得票率明显低于其民意支持率。这种弃保效应，对支持率距离门槛不远的政党而言极不公平。

有没有办法解决高废票率和弃保效应的问题呢？

（二）排序复选政党名单

上文讨论国大代表选举和总统选举时介绍过的排序复选制，就是答案。也就是说，把针对人的排序复选移植到针对党的选票上来，在选民对最中意的政党投下一票之外，还允许选民在选票上作出第二、第三甚至更多选择；开票时先看第一选择，淘汰不及门槛者中得票最低者，其得票若有第二选择，则按第二选择分派，如此反复（若某张选票第二选择也被淘汰，则看第三选择），直至剩下的政党都达到门槛³⁶³。

对中国大陆选民而言，排序复选政党的方法不会让人感到奇怪，因为高校招生过程中实行多年的考生填报第一志愿、第二志愿、第三志愿的制度与排序复选制异曲同工。

这种“排序复选政党名单比例代表制”，可以使选民放心在第一选择反映自己的真实政见，在第二或第三选择确保选票不致作废，一揽子解决了废票现象和弃保效应的问题（废票难以完全消除，但可以减少到无足轻重的程度），强化了选举的民主性³⁶⁴。此外，还有三个附带的好

³⁶³ 此门槛在各省选区以出局门槛为佳，还需辅以至少若干个政党进入议席分配流程这一后备方案。

³⁶⁴ 除了排序复选制，本书第三、四章还推荐了认可投票制，后者能否和政党名单比例代表制结合起来呢？有趣的是，德国学者 Alós-Ferrer and Granić (2010) 已经做过了这方面的实验，在黑森邦 2008 年的邦议会选举中以 Messel 镇为试点，请九百余位选民在正式选票（单席位区两票联立制，一票选人、一票选党）之外投下认可投票制的实验选票，可以对多个候选人、多个政党表示认可。其结果是小党获利、大党受损，例如绿党在政党选票中的得票比例从正式选票的 7% 暴增至实验选票的 16%，而社会民主党从 38.9% 跌至 23.9%。同样的实验在 2009 年的德国联邦大选中在另一小镇重复进行，居然扭转乾坤，

处:

其一, 选战之中, 各个政党为了避免激怒其他政党的选民、失去被列为第二或第三选择的机会, 势必致力于正面竞选、强调自己政纲的优势, 而不是大肆采用负面竞选、互相攻讦。在中国大陆民主转型的初期, 积极正面的政治空气有助于民主政治的巩固, 所以排序复选制不论选人还是选党都是极佳的选择。

其二, 未达门槛而被淘汰的小党, 自然有兴趣知道自己的选民如何作出排序选择。如果其中大部分的后备选择都包含了另一个政党, 那么这两个党渐行渐近就成为水到渠成之举。选民透过选票促成的政党整合, 比政党高层互动而导致的整合更具有稳固的基础。

其三, 过关而获得议席的中小型政党, 在决定是否与大党联合组成联盟之时, 同样可以参考自己的选民的其他选择, 这就为政党联盟的形成提供了有力的民意基础, 有助于政局的稳定。³⁶⁵

中国大陆民主转型的初期, 大党独断专行的现象不利于民主的巩固。与一党制(指的是一个大党、多个无足轻重的小党)和两党制相比, 透过“排序复选政党名单比例代表制”而改进的多党制有助于减

绿党从正式选票的第三位一跃而为实验选票的第一位。个中原因在于, 最中意于某大党、其次中意于某小党的选民在此制之下对两个党都表示认可, 和传统选制相比不增加大党的得票, 只增加小党的得票。反之, 排序复选制用于政党名单, 大党铁定不会出局, 所以第二选择投给小党并不影响计票结果。上述实验说明, 认可投票制用于政党名单比例代表制有可能不利于政局的稳定(难以形成大党)。排序复选制用于政党名单, 就没有这一弊端。

排序复选政党名单比例代表制在理论上并不复杂, 然而, 笔者形成这一构想之后查阅了选举理论与实务领域的大量学术文献, 尚未见到关于此制的任何论述, 更谈不上实践或实验。在中、英文互联网上只查到一篇没有署名的英文博客文章(FairVote 2014)简单谈论了这一选制的设想。笔者在此抛砖引玉, 希望引发进一步的讨论和研究。

³⁶⁵ 意大利学者萨托利将政党联盟分为偏于极化、内斗频繁的“异质”(heterogeneous)类型与理念接近、易于妥协的“同质”(homogeneous)类型, 认为后者有助于形成各党积极协作、治理能力较强的联合政府, 参见Sartori (1997: 60)。笔者认为, 政党名单的排序复选为政党结盟提供了民意基础, 有助于促进执政联盟的同质化。至于 1940 年代中共鼓吹国共两党组建联合政府, 因其极强的异质性而不可能成为解决当时中国政治问题的有效方案。

少政争、促进共识，实现“共识决”而不是“多数决”（后者有更大可能导致社会割裂和政治危机）。

（三）转型初期政党整合的途径

结束本小节之前，有必要对中国大陆民主转型初期的政党政治问题略作讨论。民国初年数百个政党骤然涌现，台湾开放党禁之后也有类似局面，那么中国大陆重现政党百花齐放的格局几乎是必然的。但是，这样的格局必须尽快整合为几个中型和大型政党，以促进政治的稳定。否则萌芽状态的小党鳞次栉比，选民难免无所适从，民主转型过程中极其重要的最初几次选举有可能弊病环生。

如何促成小党的整合呢？笔者认为，中国大陆以重归民国法统的方式实现民主转型并选择合适的选举制度，即可在选举过程中自然而然推动政党整合：

（1）中国大陆民主转型过程中第一个选举，应当是国民大会代表的选举，以单席选区排序复选或认可投票的方式产生绝大多数甚至全部国大代表（同时可以考虑连带着选举产生县级和基层自治政府，但后者因自治法规尚不完善而具有临时性质）。如前所述，国大代表选举的排序复选制有利于温和的、党性不强的候选人，可以淡化政党政治对国民大会的影响，但选举过程并不排斥政党。国大代表选票上针对候选人的排序，可以体现选民对各个候选人以及各个政党相似度的观感。所以，国民大会代表选举结束后，国大代表选票的数据分析和即将到来的立法委员选举的压力将促成第一波政党整合。

（2）鉴于民国宪法原文所规定的立法委员人数计算方式已不切合当前情况，国民大会必须就立法委员人数问题对宪法作出增修。此外，为进一步促进政党整合，可考虑在关于立法委员人数的修宪案或选举法中加入政党地域分布的要求，例如一个政党必须在至少 10 个省级选区达到参加立法委员选举的标准（提出候选人名单，并得到一定数量的选民的签名支持），才可获准参加任何一省的立法委员选举³⁶⁶。上述做

³⁶⁶ 党员之多数为非汉民族的政党在为非汉民族提供议席保障的省区应免于这

法，能够避免政党地域性碎片化的局面，促成第二波政党整合。两波整合之后，达到参选标准的政党数量不会过多，便于选民挑选。

第二波政党整合的同时，还可以发生以非汉民族为基本盘的政党与全国性大党的合作。前者势必难以获得全国不分区议席，但是，民国宪法为非汉民族提供了议席保障（参看本节第一部分的讨论），在这一前提下，地方性政党从议席保障所获得的优势弥补了其在全国整体范围的劣势³⁶⁷。在设有非汉民族议席保障的选区，排序复选政党名单制度可以让非汉民族选民一票多用，如果第一、第二选择投给了有望夺得民族保障议席但无法竞争全国不分区议席的地方性政党，那么第三、第四选择可以投给全国性的大党。这样的安排有助于地方性政党和全国性的大党在民意基础上的合作，增强前者的向心倾向，这正是斯泰潘、林茨等学者倡导的有利于“打造国族”的因素之一³⁶⁸。

一限制。在台湾的参照下，汉族内部以地域、方言为基础的政党分化似有必要予以遏制。笔者认为，民国宪法基本国策条文为边疆民族（意指弱势原住民族）提供的自治保障可以成为非汉民族政党“开绿灯”之法源，汉族的地方性政党则得不到同等待遇，否则汉族内部（甚至在一个省的汉族居民之间）形成并强化“语群”（此概念参看葛永光 2000：287）之间的割裂，不利于民主巩固。

³⁶⁷ 选举法可以做出如下规定：在设有非汉民族议席保障的选区，暂不考虑非汉民族保障议席而仅仅依据政党名单尝试分配议席之后，如果非汉民族席位尚未达到保障额度，那么这一非终局议席分配步骤中得到汉族议席最多的政党（若数党并列最多，则取其中得到非汉民族选票最多者）必须将一个汉族席位让与其名单内尚未入围者中排名最高的非汉民族候选人，依此类推，直至该选区非汉民族席位达到保障额度为止。

³⁶⁸ 参看注 87 以及 Reilly (2001), Reilly (2012)。Reilly 倡导“向心主义”（centripetalism），即透过选举制度设计（例如单席选区排序复选制、单记可让渡投票制）促使政治人物跨越族群界限争取选票、实现政治妥协，并促进立场居中、有凝聚力、包含多个族裔的政党的形成。Reilly (2001: 188) 认为其所提倡的向心主义模式最适于两种情况：（1）族群数量极多（如巴布亚新几内亚）；（2）族群数量较少但高度分散、混杂居住。笔者认为，中国这样主要民族人口比重极大、少数民族在其聚居区人口比重较大的国家，主要民族和少数民族各自的聚居区都不具有上述两种情况。少数民族集中的区域必然涌现民族政党（禁止组建民族政党则有违自由原则，保加利亚 1991 年宪法有这方面的限制，但在国际压力下透过司法释宪途径赋予民族政党合法地位，参看

(3) 排序复选政党名单比例代表制的立法委员选举, 则会促成第三波政党整合, 奠定其后数年的政党格局。此外, 还有一个值得考虑的临时制度是要求在民主转型后第一届立法院获得席位超过一定比例的政党都进入行政院组成大联合内阁, 以进行磨合并避免激进政策。

(4) 为了限制地域性政党, 一个值得考虑的做法是借鉴“票池”(vote pooling) 模式³⁶⁹, 对全国不分区议席做出限制, 要求一个政党必须在一定数量的省级选区达到门槛才可分得全国不分区议席, 甚至可以依据各个政党在全国各省级选区得票率的离散程度, 对其在全国的总票数做出下调³⁷⁰, 再分配全国不分区议席。但是, 在民主转型初期, 许多政党尚且难以在全国各地打开局面, 所以“票池”模式不妨预设从第二

Smilov 2013: 631-633), 最佳方案是透过政党名单排序复选比例代表制促使地方民族政党与全国性大党合作, 达到“向心”的效果, 可以称作另一种“向心主义模式”。

³⁶⁹ “票池”指的是候选人在基本盘之外争取其他选民支持、汇集不同群体的选票(参看 Horowitz 1991: 177-203; Horowitz 2002: 23, 26; 戴雅门 2015: 190, 256-257), 例如尼日利亚要求总统当選人不但贏得全国范围的最高票, 而且在至少三分之二的州获得四分之一以上的选票。霍洛维茨认为引入票池机制的总统制在族群深度割裂的国家优于英式单席选区相对多数模式的议会制(Horowitz 1990)。但票池并非总统选举制度的专利, 在议员选举制度上可以采用单席选区排序复选制(Horowitz 1991: 188-191)或单记可让渡投票制(Reilly 2001: 131-148)而形成票池。笔者认为, 议会内部执政联盟的形成亦可引入票池机制, 例如依据地域划分议员团(可以是虚拟的, 仅用于计票, 不以此为单位进行活动), 要求阁揆必须在至少三分之二的地域议员团获得四分之一以上的支持。

³⁷⁰ 关于政党在各选区得票率离散程度的计算方法, 笔者认为以各选区的分区立委议席数量为权重的加权标准差(weighted standard deviation)较为合适。加权标准差, 是统计学的初等概念, 可查阅统计学教科书或网路资料, 高中以上学力者应当不难理解, 在此不赘述。政党在各选区得票率的加权标准差, 除以其全国总得票率, 所得系数可以作为“偏区罚率”, 从其总票数中扣除相应的部分。在各个选区得票率较为均匀的政党, 标准差近乎零, 基本上不受影响; 得票分布较不均匀的政党则遭到较大惩罚, 例如全国总得票率为40%但各选区得票率加权标准差为10%的政党, “偏区罚率”为25%。对各个政党施加“偏区罚率”后再度计算得票率, 有些原本达到门槛的小党可能跌破门槛而出局, 其得票按排序复选的后备选择分派给其他政党后的各党得票可视为最终数字, 用以分配全国不分区议席。

次或第三次立委选举开始使用³⁷¹。这样的预设规定，有助于促使在不同地域力量较强、政治立场接近的几个小党整合为中型、大型政党。

四 政党候选人名单公平性问题

政党候选人名单，涉及政党内部的暗箱操作，有可能招致争议。

就名单人选而言，如前所述，名单是对选民公开的（可以要求各个参选政党在选举登记截止日必须公开候选人名单，以确保选举的直接性，给选民足够的时间来分析名单、甄别候选人），所以各个政党内部议定名单之时必须考虑选民的反应，争议人物列入名单会影响政党的得票（例如黑金背景者有可能把全党拉下马；观点极端者虽然可以巩固基本盘，但同时会吓走许多中间派、无党派选民）。也就是说，名单的公开性可以促成名单人选的优化，名单产生过程之暗箱操作所可能带来的一些弊端由此得到遏制³⁷²。

就名单之内的候选人排序而言，政党暗箱操作有可能导致某些在选民中众望所归的候选人因党内派系平衡与权力运作问题而排名靠后，甚至可能发生下述情况：某个排名居中或靠后的候选人获得许多选民的支持，提升了政党的得票率，但开票后按排序分配议席时这位候选人因排名不够靠前而未能入围³⁷³。为了避免这种不甚公平的现象，许多国家采

³⁷¹ 可以类比的先例，是德国联邦议会选举之比例议席的 5%得票率门槛在 1990 年两德刚刚统一时被法院暂时推翻，因为东德地区政党发展尚处在雏形阶段（Pildes 2012: 538）。

³⁷² 政党的内部运作是否民主，根本上取决于选民对其运作方式的认可程度。如果一个内部运作不够民主的政党能够营造长期稳定的选民基本盘，即使制度因素避免了党魁霸权也难以推动深层次的党内民主。反之，西方国家的经验表明，败选往往成为强化党内民主的动力（Cross and Blais 2012）。

³⁷³ 这一现象在封闭式名单制度下可以为政党所利用。Galasso and Nannicini (2015) 指出，政党可以把党性较强的候选人放在封闭式名单的较高位置，依靠基本盘而铁定当选，然后把能力较强、对独立选民更有吸引力但党性不强、有可能在议会投票中违背政党意见的候选人放在名单的居中位置，不能铁定当选。后一类候选人吸引来独立选民的选票，提升了政党的得票率，才可当选。台湾学者包正豪（2009）也在台湾各党的不分区立委名单中观察到了类似现象，即排名靠前者多为现任立法委员、政务官员或党务官员，专家学者较少进

用了一定程度的“开放式名单”制度³⁷⁴。这里不枚举开放式名单的可能方式，而是针对中国国情，推荐较为合适的制度：

在中国大陆民主转型的初期，鉴于选民民主习惯的缺乏和政党政治的不成熟，似不宜急于追求选举制度的完善。封闭式名单，即选民在代议立法机关的选举中只选党、不选人，因其简单易行并有助于加强政党的凝聚力³⁷⁵，是民主转型初期最为适合的选择。政党内部制定名单之时可能出现的不公平现象，在政党政治的幼年时期可以透过候选人另投他党而得到一定程度的解决。

待到民主政治在中国大陆日趋巩固，早期多个政党经过重新洗牌而整合为几个中型、大型政党和一些边缘化的小党，前述政党分裂重组机制即逐渐失去普遍的可行性。此时，名单制度可考虑优化。例如，在针对政党投票的基础上，允许选民在所选政党的候选人名单上进一步圈选一个或数个候选人³⁷⁶。排名靠后的候选人，如果被一定百分比之上的选民圈选，其排序即上升至名单前列（这些候选人之间，以得票多少排序）。可以预料的是，如果没有出现名单排序过于离谱的现象，大多数

入“安全名单”（但是，2016年民进党不分区名单前八位皆为党政事务之外的专业人士，参看李明轩 2015）。笔者认为，议员在议会投票中遵从政党意见是西方民主国家政党政治的常态，不必在制度上强求削弱候选人的党性，透过政党竞争的压力促成候选人名单的逐步优化即可。

³⁷⁴ 值得注意的是，开放式名单制度有可能造成弊端。1948年至1992年，意大利的大部分选区都允许选民在投票给政党的同时在政党候选人名单中排序挑选三位最中意的候选人，这一制度不但助长了议员和助选人的恩主-扈从关系（D'Alimonte 2005: 254-255），被黑金政党用来配票，甚至提供了舞弊的温床，各个政党的监票员互相保证正确统计各党得票，至于各党内部候选人的排序得票，监票员就互不监督，随意舞弊，根据党内大佬的意旨把某些排序并不靠前的候选人扶上位（Sartori 1997: 18）。意大利的教训似乎说明幼年时期的民主选举制度不宜采用开放名单，否则容易滋生弊端并长期固化。待到民主制度已经巩固、国民民主素养大为提高，再引入开放名单制度，发生流弊的危险势必降低。

³⁷⁵ Lijphart (2004: 101)。

³⁷⁶ 在省级选区，由于席位不多，甚至可以采用更大程度的开放式名单。此外，开放式名单最好首先由一些省级选区进行尝试（可在不同选区尝试不同版本的开放式名单制度），不宜在全国贸然全面实施。

选民可能会图省事而不圈选任何候选人（可视同圈选排名首位者）。

此外，政党在各省选区的名单似应由各省党部或各省党员会议自行决定，而不宜由中央党部包揽各省名单和全国不分区名单，否则党魁权力势必过大，而且有可能出现“异地当选”的现象（例如党魁把亲信安插到该党支持率较高的省份的候选人名单上，尽管亲信的住地和籍贯并不在这一省份）³⁷⁷。如果实行一定程度的公费竞选制度，那么国家似应根据选民登记、选票等指标，直接划拨一部分竞选经费给各个政党的各省党部，而不是把全部资金交给各党的中央党部。公费竞选是民主国家常见的制度，有长期的经验可循³⁷⁸，但已超出本书所讨论的范围，恕不详述。

五 妇女名额问题

民国宪法第 64 条规定妇女立法委员名额以法律定之。台湾目前立法院的区域席位没有妇女名额，全国不分区席位则要求各党当选人之一半为妇女。中国大陆民主化之后，如果绝大多数议席实行比例代表制，似可考虑类似做法，规定开票之后各选区内各个政党议席的妇女比例。按排序名单填充议席之时，如果达不到妇女比例，则需要让排名靠后的女性候选人优先分得议席³⁷⁹。考虑到女性选民的力量，名单上妇女候选人过少的政党势必很难赢得女性选民的支持，所以政党名单比例代表制有利于增加妇女议席的比重，最低名额的规定虽然有必要存在，但在实

³⁷⁷ “异地当选”是政党奖励忠实分子的一种手段，参看 Galasso and Nannicini (2015: 262)。“异地当选”之正当性的一个前提是议员代表全国而不代表各自的选区，但正如本书第二章所论证，笔者认为议员应当既代表全国又在一定程度上代表选区。如果各省党部或各省党员会议对本省选区候选人名单有决定权或主导权，“异地当选”现象即不太可能发生。

³⁷⁸ 参看李惠宗（1998），国立政治大学选举研究中心（2007）。

³⁷⁹ 类似的做法，可用于解决职业团体代表问题。例如，要求各个政党的全国不分区候选人名单中单独列出代表工商业劳方、资方、农民、教育等职业团体的候选人，得票较多的若干个政党需要把几个席位优先分配给若干个职业界别，政党得票排名越靠前，越需要涵盖更多职业界别，排名稍靠后的政党则只需涵盖较大的职业界别。这样的安排，有助于促使政党（尤其是大党）重视各个职业，而不是偏重于狭窄的基本盘。

际操作中或许不会经常触及底线。

六 立法委员缺位替补问题

民国宪法第 75 条规定“立法委员不得兼任官吏”，也就是说，如果立法委员成为行政院阁员，即应从立法院去职。此外，立法委员辞职或去世也会造成缺位。政党名单比例代表制，在缺位出现时可从原有名单中替补，不需另行补选。

顺便说明，张君勱先生在《中华民国民主宪法十讲》中有如下建议：宪法第 75 条“既有此规定，自然部长人才无法取之于立法院之内，或者说凡被任命为部长之人，非辞立法委员不可。但我以为此条文之解释如何，应俟吾们对于立法院之政策决定之后，然后其解释乃有意义。假定政府与各党决定部长可以兼任立法委员，就是说凡任部长之人，不必辞去立委，则部长议席可以保留，虽部长不坐在原座位之上，甚至不许投票亦无不可，但一旦辞去部长之后，仍可回到立法院议席上。此种办法好处，就是有行政经验之人，可以参加立法工作，对于立法方面只有好处。”³⁸⁰ 张君勱先生的主张（并非制宪共识而是他在事后提出的较为牵强的变通方式），在司法院大法官解释中并未得到赞同，但在比例代表制的情况下，可以有如下的变通方式：立法委员因出任阁员而辞职者，其政党依据名单排序而推出的替补立委具有临时性，一旦原任立委离开内阁，只要其原有立法院任期尚未结束，而且本人有意返回立法院，即可在立法院复职，其替补人选则自动去职。这个变通方式在欧洲议会制国家有先例可循³⁸¹，确保了立法院人数的稳定，并且可以透过立法而不是修宪的方式来实现。

七 立法院任期问题

民国宪法第 65 条规定立法院委员任期三年，可连选连任。立法委员和内阁成员是否应当有连任次数的最高限制呢？这个问题，在中国大

³⁸⁰ 张君勱（1947：149）。

³⁸¹ 瑞典、比利时采用这种方法，参看 Van der Hulst (2000: 48)。

陆民主转型初期没有实际意义，可留待民主制度巩固之后再做讨论³⁸²。

另一个值得讨论的问题是立法院的固定任期。如前所述，民国宪法之制度作为改进型议会制，为促进政局的稳定而没有给立法院以单方面倒阁权，也没有给总统和行政院长以解散立法院的权力，但既然在倒阁问题上可以有“建设性倒阁”的变通机制，那么在立法院解散问题上是否应当允许一定程度的变通呢？笔者认为，可以考虑透过修宪赋予立法院以超级多数决的方式自行解散的权力：在立法院剩余任期超过一年的情况下，经立法委员总数三分之二同意，立法院可自行解散，在一个月內举行选举，新选出的立法院补足上一届的剩余任期。这一设想对应于本章第一节简略提及的一个特殊情况：如果总统所支持的行政院长在立法院所获支持跌之三分之一或更低，那么这样的“超级少数派”内阁存在的价值也许是有限的，立法院在无法形成稳定的三分之二多数集团杯葛行政院长而迫使其辞职的情况下，只要“自行了断”，即可诉诸选民，形成新的立法院和新的内阁。这在效果上是一种特殊的倒阁途径，因其不可能经常发生，无损于民国宪法促进政治稳定性的初衷。

八 代议立法机关一院制问题

虽然民国宪法的国会制度有“三院制”之说，但代议立法机关仅有立法院，就代议立法职能而言是事实上的一院制。考虑到代议立法机关两院制盛行于多数民主国家，民国宪法在这一方面是否有欠缺呢？为了找到这个问题的答案，我们不妨参照美国政治学家达尔的观点。达尔在《美国宪法有多民主？》书中指出，虽然几乎所有的联邦制国家和许多单一制国家都实行两院制，但是，即使在透过上院的议席配置来促进联邦成员平等地位的联邦制国家之中，上院具有较强立法能力的也只有四个，许多国家的上院都趋于虚化无为。对于一些欧洲国家取消国会上院的做法（如瑞典于 1970 年由两院制改为一院制），达尔表示赞同³⁸³。

³⁸² 为了促进立法委员的专业化、提高立法质量，笔者认为如果设置最高累计任期上限则应当选择一个较大的数字，例如 30 年（可以使大多数长期连任的立法委员连任至适宜退休的年龄，“功成身退”）。

³⁸³ Dahl (2004: 45-46)。

达尔的著作主要是面向美国读者，对美国宪政制度的缺点作出批判，但对中国读者也有参考价值。

中国大陆民主转型的初期，如果设置具有较强立法能力的国会上院，有可能因为上下两院的政争而影响民主宪政的巩固。此外，如果上下两院被同一个多数党控制，那么两院之间即难以做到充分的制衡，反而由于每一个法案都必须获得两院通过而降低立法效率。

立法院作为一院制代议立法机关，可以避免上述问题，但立法院多数派擅权的现象也是有可能发生的。如果立法院多数派的行径普遍不得人心，国民大会在民主宪政初期尽管尚未获得对普通法律的创制权和复决权，也可考虑使出修宪权这一杀手锏。事实上，国民大会和总统的潜在影响力（包括修宪的威胁和柔性影响）有可能对立法院形成足够的制约。

民国宪法的长期目标（在国民大会获得对普通法律的创制权和复决权之后）是在平时授权立法院以较高效率行使代议立法职能，在必要情况下由充分体现民意、实行委任代表制民主机制的国民大会对立法院作出制衡，以兼得高效和制衡之利。如果中国大陆民主转型之时的普遍共识是避免立法院擅权，那么，提前赋予国民大会对普通法律的创制权和复决权，以及给总统以将不及高票标准的立法院法案提请国民大会复决的权力，是胜过两院制代议制度的方案。台湾 2014 年立法院多数党试图强行通过“服贸协议”而引发学运，似乎说明中国大陆民主转型之时需要对代议立法机关施加足够的制衡³⁸⁴，以防患于未然。

九 立法院长定位问题

在台湾的中华民国立法院，本应成为华人世界的民主样板，但令人遗憾的是，不但许多立法委员行径荒唐，而且立法院长对立法委员的违

³⁸⁴ 从另一角度着眼，两岸协议由行政部门主导、由执政党凭借其国会多数席位试图强行通过，反映的不仅仅是立法部门的问题而是整个代议民主机制的问题。前任大法官许宗力（2014：1063）认为“在代议民主显有功能缺陷之状况下，我国直接民主如公投、罢免等制度亦因设计不良而几乎无法运作，无法成为制衡行政权之管道。”

规行为往往听之任之。究其原因，有必要指出，民国宪法在台增修后形成的两党制和事实上的总统制政体，使立法院和总统主导的行政院不再具有协同性，所以立法院长的权力得到强化（美国众议院议长和参议院多数党领袖权力很大，也是同样的道理）³⁸⁵。这一前提之下，立法院长对某些立委违反议事秩序的行为采用放任的态度，在效果上为暗箱操作的“党团协商”提供了理由³⁸⁶，进一步强化了自身权力。但话说回来，立法院长扩权，对掌握行政实权的总统起到了制衡作用、避免其擅权，并使少数党的意见在立法程序中得到了一定程度的尊重，所以有其正面作用。

民国宪法原初条文所规定的改进型议会制，在绝大多数情况下可以保证立法院和行政院的协同性，并且有国民大会和超然于五院政府的总统对政府擅权的倾向进行柔性制衡（必要时可施加硬性制衡），所以民国宪法重新施行于中国大陆之后的立法院不应出现实权院长。理想的状态是效法议会制国家常见的制度，议长（立法院长）以超然的姿态负责主持会议、履行程序性的任务，并依据议事规则执行纪律、维持秩序，而不具有政治性的实权³⁸⁷。但是，由于缺乏民主传统，中国大陆在民主

³⁸⁵ 一般来讲，议会制国家的国会议长处于中立地位，总统制国家的国会议长因立法与行政壁垒分明而具有政治实权，参看萨孟武（2007：245-246），陈淑芳（2001：188-190），杨日青（2014：265-266）。

³⁸⁶ “党团协商”制度实不可取。台湾学者、民进党政治人物赵弘章（2005）指出了这一制度的许多严重弊端，如：弱化了立法院各个委员会的功能，无法落实专业审查；并未提升议事效率、防止立法停滞（按：2008-2016年国民党“一致政府”期间，立法怠滞现象仍然严重）；因“党团协商”过程不透明、无记录而导致黑箱立法和利益输送；小党轻易杯葛法案，等等。类似观点见吴庚、陈淳文（2013：455）。

³⁸⁷ “议长中立化”已成为台湾两大党的共识：国民党在2015年10月提出“国会议事效率化、协商透明化、议长中立化”三项国会改革目标（中央社2015b）；2016年1月大选中大获全胜的民进党在选后数天举行的中常会上就国会议长中立化问题提出三点原则：“一、立法院的正、副院长不应参与政党活动。二、立法院的正、副院长不应担任所属政党任何层级职务（含中央常务执行委员、中央执行委员，中央评议委员等）。三、立法院的正、副院长，除依据宪法代表立法院参与由总统所召集行政、立法之间解决争执的相关会议外，不应参与党政协调平台机制的相关会议。此外，立法院的正、副院长主持

转型初期乃至转型启动之后相当长的时间能否真正做到“议长中立化”是令人怀疑的，如果负有“中立化”之期待的议长滥用其在议事程序等方面所能够支配的弹性空间，将有碍民主巩固。为此，德国式“合议制”议长制度（各个党团推派一人组成主席团，轮流担任议长、副议长，并依席次比例推派代表组成“元老院”，议长做出决定前需征求“元老院”的意见³⁸⁸）似乎是较好的选择。

立法委员的违规行为，虽然可以在规则的基础上进行惩戒，但防患于未然是最佳策略。多党制的共识式民主机制，以及选党不选人的比例代表制，有助于在立法院形成健康的议事氛围，促使少数党立法委员选择文明理性的行为方式。

第三节 司法院

一 司法院的定位

（一）现状

民国宪法第 77 条规定“司法院为国家最高司法机关，掌理民事、刑事、行政诉讼之审判，及公务员之惩戒。”中华民国行宪实践中，司法院除大法官释宪外，角色是司法行政机关³⁸⁹而不是终审法院，下设最高法院、最高行政法院和公务员惩戒委员会承担终审职能（最高法院、最高行政法院之下再设置各级法院³⁹⁰，公惩会则为一审制）。各个

议事，应秉持议事中立之原则，不得偏袒。”（民主进步党 2016）但是，考虑到台湾修宪之后形成了近乎总统制的半总统制政体，一旦再度发生“分立政府”的情况（即总统和行政院长不属于国会多数派别），“议长中立化”的制度很可能难以为继。

³⁸⁸ 参看陈淑芳（2001：201-202）。

³⁸⁹ 大法官不兼任司法院正副院长者不介入司法行政事务。

³⁹⁰ 最高法院之下的高等法院和各级法院原本划归行政院司法行政部，1960 年释字第 86 号解释认为“高等法院以下各级法院及分院既分掌民事、刑事诉讼之审判，自亦应隶属于司法院”，迟至 1980 年方才落实。吴庚大法官认为释字第 86 号解释属于“温和的‘警告性裁判’”，没有明文宣告违宪，如果得

法院以及公惩会皆为独立机关，法院尽管审级高低不同，仍享有独立性。法律的实施和公诉事宜，则依据西方国家常见做法，由行政部门负责³⁹¹（对应于大陆常用的“公检法”概念，“公”与“检”属于行政机关，“法”属于司法院）。

如果读者对司法院的司法行政职能有所困惑，不妨借鉴美国制度：美国联邦法院体系的司法行政权，曾属于联邦行政分支的司法部；1934年美国国会立法授权最高法院制定联邦法院的程序规则，1939年又设置了美国法院行政局，在最高法院首席大法官及下属法院代表所组成的司法会议的监督之下负责联邦法院体系的司法行政³⁹²。至于司法院之下近乎“单一制”的司法体系，在联邦制国家亦属常见（美国的联邦、州、印第安保留地司法体系并行的做法，并不通行于世界各地联邦制国家）。

（二）制宪者的意旨和司法界的反应

司法院的上述实际定位，是否与宪法第 77 条不相符合呢？这一问题，在台湾司法界争议多年，尽管 2001 年释字第 530 号大法官解释认为制宪意旨是司法院成为最高审判机关，仍然争议不断；而且这一解释提出立法院应在两年内完成司法院改制之立法，引起了强烈的反弹，截至 2016 年本书定稿之时仍未立法落实，可以说已经无疾而终。

不到改正则可能在将来正式宣告违宪（吴庚 2005：5，吴庚、陈淳文 2013：657）。虽然“警告性裁判”不是明文宣告违宪，但在解释性的意涵上与违宪宣告没有本质区别（仅仅在政治操作意涵上有所区别），行政部门多年置之不理，凸显了威权体制下宪政不到位的局面。至于后来的释字第 530 号解释在民主体制下仍然无法落实，主要原因在于其争议性；释字第 86 号解释所主张的法院系统之司法行政从行政体系剥离、检察系统留在行政体系，即审检分离，没有巨大争议。

³⁹¹ 1990 年代台湾修宪过程中有学者主张将检察系统甚至整个法务部从行政院划归监察院，以借助监察院作为超越党派的宪法机关的地位，避免行政干扰、增强公正性与独立性（周阳山 1990 [1993：162]，周世辅、周阳山 1992：128-129）。

³⁹² 苏永钦（2004：51）。此论文介绍了西方主要民主国家的司法行政制度（有多种模式）。

笔者为了探求司法院定位之制宪意旨与宪法条文所能够容纳的解释空间，查阅了台湾法学界和司法实务界数十篇论文和研讨记录，认为法学家法治斌教授³⁹³和苏永钦教授³⁹⁴以制宪国民大会速记录、《国民大会实录》、制宪国大代表阮毅成先生著《制宪日记》等史料为基础做出的考证较为详实。兹概述如下：（1）1946年1月政协会议决议案以美国制度为蓝本，提出“司法院即为国家最高法院，不兼管司法行政，由大法官若干人组织之”³⁹⁵；4月版的政协宪草依据前述决议将司法院定位为大法官若干人组成的最高审判机关，兼管宪法解释，但没有明文规定司法行政的归属。（2）制宪国民大会并未推翻政协会议关于司法院负责审判的决定（政协宪草之司法院为“国家最高审判机关”在宪法中

³⁹³ 法治斌（2002）。该文对释字第530号持赞成态度。

³⁹⁴ 苏永钦（2002a）。该文与前注的史实考证基本一致，但从义理和实务出发，对释字第530号持反对态度。笔者多方比较之下，基本赞成苏永钦教授的意见。见解类似的还有吴信华（2015：657-661），

³⁹⁵ 政协会议为什么坚决反对司法院兼管司法行政呢？根据政协秘书长雷震（2010a：267-268）的记述，原因是“政协民主人士”认为司法院兼管司法行政会破坏司法审判，而且司法行政涉及国家财政，不能单独分立，离不开行政院。这两个理由仔细推敲都是站不住脚的：司法行政由行政院管辖，就不会破坏司法审判吗？司法预算固然属于行政院制定的总预算的一部分，但作为专项预算可以在总预算中单独列出、由立法院定夺（此即台湾1997年修宪所规定的“司法院所提出之年度司法概算，行政院不得删减，但得加注意见，编入中央政府总预算案，送立法院审议”），为何一定要取决于行政院呢？笔者揣度，“政协民主人士”举出上述似是而非的理由，很可能是受共产党怂恿、被共产党推出来当枪使，而共产党暗中的真正目的是确保其割据地区的法院设置、司法人事等地方司法行政事项不受中央司法院的束缚——如果司法行政属于行政院，那么依据地方自治原则，地方政府享有地方立法权、行政权，连带着可以要求享有地方司法行政权。关于这一猜测，一个旁证是共产党在政协会议宪草小组力争地方法官民选（张君勱先生反对中共的司法地方化主张，没有迁就中共）。此外，民社党蒋匀田（1976：62）关于政协宪草审议会围绕地方制度之争吵的追忆似可推及司法行政权归属的问题，成为间接的史料证据：“当时中共因内外的处境，所型成的心理设想，重在保持地方的完整自治权力，不愿让中央政府插足其间。此一设想，不要说当时富于优越感的国民党未曾识透，就是我们这些处在逆境的在野党，也未能深解中共代表们的心理。所以一顿二挫，无端的拖延时间。及乎内外的形势变了，和谈有利的条件，亦随之而变。”

改为“国家最高司法机关”仅仅是为了与其他四院之定位相对称而做的文字调整)³⁹⁶。(3)制宪国民大会分组审查宪法草案过程中,负责审查司法院一章的第四审查委员会绝大多数意见主张司法行政属于司法院,试图改变政协关于司法院不兼管司法行政的决定,直至国民党中央对国民党籍制宪国大代表做出“原草案有关司法院之组织及大法官超出党派以外两条,必须维持,不必再提司法行政部属于司法院”³⁹⁷的指示方才作罢;最后通过的宪法和政协宪草一样只字未提司法行政问题。

(4)制宪国民大会否定了政协宪草为司法院设计的美式最高法院架构(大法官兼管审判和释宪),为了减轻大法官的工作负担而有所分工³⁹⁸,在宪法第79条明文规定大法官职权为解释宪法及统一解释法律、命令,言外之意是司法院应另设一批法官专事审判³⁹⁹。(5)宪法颁布后,司法院体制和司法行政归属问题在司法实务界激起强烈反弹,例如最高法院、行政法院、中央公务员惩戒委员会全体同仁公开发表《对于司法院应兼掌司法行政之意见》。因司法界的强烈反对,国民政府为预

³⁹⁶ 另一个有争议的条文是政协宪草之“司法院及其以下各级法院之组织,以法律定之”在民国宪法中改为“司法院之组织及各级法院之组织,以法律定之”,似乎将司法院排除在“法院”之外,但这一改动并非制宪国民大会所为,而是在政协宪草提交国民政府立法院通过之前经王宠惠、雷震等人做最后的文字整理时所做(雷震 2010b: 92),包含在立法院提交国民大会的正式宪草中。立法院长孙科向国民大会介绍宪草时仍然说宪草所设计的司法院“相当于美国之最高法院”,所以在意旨上不一定有明显改变。

³⁹⁷ 直接引自阮毅成(1970: 56)。

³⁹⁸ 根据制宪国民大会速记录,与会代表明确指出:“现在最高法院推事(按:‘推事’为法官的旧称)约有百余人,掌理全国诉讼,尚感人力不敷,倘将来设大法官百余人,甚为困难。我国最高法院与美国不同,大法官须对全国人民解释法律,在欧美各国大法官除办普通审判外,兼为解释宪法,故于条文中决定增加掌理前条规定事项数字,对大法官任务作明确规定”(《国民大会制宪会议记录誊正本(四)》页18-19,转引自苏永钦1998: 265)。

³⁹⁹ 苏永钦(1998: 212-213)认为司法院作为宪法机关,其成员没有不定定于宪法而须另以法律补充之理,所以对司法院另设法官是否符合制宪意旨表示怀疑。笔者很推崇苏永钦教授的司法院改革方案,但不敢苟同上述怀疑,因为制宪国民大会审议过程中纷争不断,在这个细节问题上略有疏漏并不奇怪,不宜因为“应然”而排除疏漏之可能。

备行宪而制定（尚未施行）的司法院组织法在行宪前夕修正，原定的司法院分庭审案制度（按：“法庭”并非独立机关）改为司法院下设最高法院等独立机关审案的制度，维持了行宪前的旧制。

上述历史脉络之中，需要厘清的一个概念就是“司法行政”。广义的“司法行政”包含了检察系统和法院系统二者，此即前述国民党中央指示“不必再提司法行政部属于司法院”之所谓“司法行政部”在制宪之时的管辖范围。也就是说，司法行政之归属的争议，包含了审、检是否“分家”的争议。行宪之初，司法行政部仍然属于行政院而不是司法院，即反映了制宪意旨，但最高法院、行政法院（当时为一审制，谈不上“最高”）、公惩会成为司法院之下的独立机关。至 1980 年各级法院皆划归司法院，行政院下的司法行政部不再兼管法院行政、改称法务部，检察系统和法院系统的司法行政完全分开。

（三）解释和展望

笔者认为，尽管制宪者的意旨是司法院分庭设法官负责审案，但制宪意旨不能成为绝对的标准，宪法条文文句本身所能够容纳的合理解释不能仅仅因为不合制宪意旨而宣布违宪⁴⁰⁰。换句话说，虽然制宪者对宪法的每一个条文都有其原始意旨，但如果一些条文使用了模棱两可的语言，那么这些条文在制宪意旨之外的合理解读亦可成立。“原意主义”的信奉者可能不以为然，但是，对不起，制宪者既然语焉不详，那么其意旨仅仅具有参考价值而不具有完全的约束力⁴⁰¹——制宪者没有明说的

⁴⁰⁰ 宪法解释的方法包括文意解释、体系解释（“体系”指的是整部宪法各个条文间的关联）、目的解释、历史解释、比较解释（与外国法制相比较）等数种，以文意解释为起点，辅以其他方法综合考量（许育典 2013：25-27，法治斌、董保城 2014：93-94，陈新民 2015：773-777，吴信华 2015：26-31，511-520，李惠宗 2015：27-29）。制宪意旨仅属于历史解释的一种类型，并非宪法解释的全部。德国宪法学界通说认为上述五种解释方法之中的“客观解释”即文义（语意）解释、体系（逻辑）解释和目的解释，占据优先地位；历史解释则属于主观的解释方法，扮演辅助角色（许育典 2013：27，陈新民 2015：777）。

⁴⁰¹ 关于“原意主义”之局限性的详细讨论，参看林超骏（2002 [2006：151-

意旨，如果很容易满足，满足之当然是较佳的选择；如果此类意旨施行难度很大或根本缺乏可行性，那么在宪法文句合理解读的范围内选择较易施行的一种解读，即可避免修宪的难关或违宪的争议。前述法院系统之司法行政逐步移至司法院，就是因为从政协宪草到中华民国宪法都没有能够明确反映政协会议之“司法院……不兼管司法行政”的决议，留下了广泛的合宪解释空间⁴⁰²。

司法院所“掌理”的民事、刑事、行政诉讼之审判及公务员之惩戒，是否一定解释为司法院设置若干分庭负责审案呢？在考试院、监察院建制的参照下，答案是否定的。考、监两院皆设有部会，以监察院为例，民国宪法第 90 条规定“监察院为国家最高监察机关，行使同意、弹劾、纠举及审计权”，但行使审计权的审计部在理论上和实务上都属于独立机关，仅在机关行政关系上挂靠于监察院。同理，司法院下设最高法院等独立机关负责审案的做法，是民国宪法第 77 条的一种合理解释，司法院作为司法行政机关的确具有“掌理”（掌控、管理）的职能。

对照美国联邦司法制度，虽然美国最高法院是名义上的终审法院，但绝大多数上诉案件被美国最高法院拒绝受理，导致次级法院的意见成为终审判决，对败诉者而言有失公正，这一制度不宜效法。在中国这样的大国，如果为了公正而保证所有允许上诉的案件都被终审法院受理，那么终审法院势必负担极重，需要相当多的人力（中华民国在大陆时期，各地设有最高法院的六个分院行使终审职能）。这种情况下，如果以司法院作为单一的终审法院，那么司法院将极其臃肿。指望中国照搬美国联邦最高法院运作模式，到头来很可能东施效颦。

司法院改制的讨论在台湾已有二十余年，众说纷纭（包括前述释字第 530 号大法官解释），其中许多方案或许适用于台湾但未必能够推及中国大陆。笔者通读了大量相关资料，比较之下认为 1990 年代司法院成立的“司法院定位委员会”于 1997 年通过但未被司法院采纳的“现

158])。

⁴⁰² 苏永钦（1998：211-214）就司法院定位问题提出“宪法留下广大形成空间”，司法行政权的归属至少有三种定位都可在宪法可容纳的范围内成立。

制微调方案”⁴⁰³ 值得中国大陆参考。概言之，司法院本部分为司法行政机关和释宪机关、下设终审法院的大体架构不变，但在司法行政的运作细节上以实行合议制的司法院会议作为主要决策机构（会议成员除司法院正副院长、较高审级法院之院长，还应包含法官代表、律师代表、法学界代表），司法行政业务以司法保护、研究发展、行政监督为中心；此外，司法人事仍由专设的人事审议委员会负责⁴⁰⁴。

但是，在司法院直接成为单一终审法院和下设数个终审法院这两种模式之间，是否还有某种中道呢？本节第三部分将要探讨司法院大法官在这一方面所可能起到的作用。

二 大法官和司法院长的定位

民国宪法第 78 条规定“司法院解释宪法，并有统一解释法律及命令之权”，进而在第 79 条设置了大法官若干人，掌理第 78 条规定事项，但没有规定大法官对这些事项的掌理是以议事会议的形式还是以宪法法院的形式。民国宪法颁行以来的司法实践，选用了大法官会议的形式⁴⁰⁵，直至近年来才增设非常设的宪法法庭，所以宪法和法规的解释并不像美国那样走诉讼程序，而是由有关部门或个人遇到问题并满足一定条件时提请司法院作出解释。这一做法，具有灵活性，许多违宪或错误执法的举动可以被及时制止在萌芽状态或防患于未然，和美国层层上诉的制度相比更为合理。

⁴⁰³ 此方案正式名称为“多元化多轨制合并现制改良案”，由法学家苏永钦教授（2010 年出任司法院副院长）倡导，详见苏永钦（1998：210，238-241）。

⁴⁰⁴ 关于西方主要民主国家的司法人事制度，参看苏永钦（2008a）。

二战之后，“司法委员会”（judicial council）的建制在西方国家逐渐成为主流，其中权力大者可以任免法官，参看 Garoupa and Ginsburg（2009）。在台湾的中华民国司法院设置人事审议委员会负责审议法官之任免等事项，此委员会实行合议制，对司法院本身的首长制形成调剂（苏永钦 1998：235-236）。

⁴⁰⁵ 司法院大法官会议法于 1993 年修正更名为司法院大法官审理案件法，自此“司法院大法官”成为正式机关，尽管大法官仍然主要采用会议的方式行使职权（该法第二条规定“司法院大法官，以会议方式，合议审理司法院解释宪法与统一解释法律及命令之案件”）。

但是，大法官制度造成了一个微妙的局面：大法官，是不是法官？民国宪法第 81 条规定“法官为终身职”，但作为看守政府的国民政府于行宪前制定的司法院组织法规定大法官任期 9 年⁴⁰⁶，并未保障大法官卸任后享有法官待遇，也就是说不把大法官作为法官来对待。该法于 1992 年修订时加入了“大法官任期届满而未连任者，视同停止办理案件之司法官”的规定，使大法官获得了法官待遇，避免了“白马非马”的矛盾。2005 年的释字第 601 号解释直言“司法院大法官为宪法上法官”，为这一争议划上了句号。

大法官任期如果过短，势必强化民意对司法院释宪权的影响。司法权，尤其是其中的释宪权，虽然由于司法院官员非民选亦不实行责任政治而缺乏民主性，但在民意沸腾或政策趋于激进的特殊情况下可以对国家政治起到“压舱石”的作用⁴⁰⁷。例如，美国罗斯福新政初期的某些激进法案被偏于保守的美国最高法院裁定违宪，事后的政治经济发展证明当时被推翻的一些法律根本不可能行得通，美国最高法院的保守举动在效果上避免了新政的冒进和失败。民意的不稳定性、短视性和多数群体罔顾少数群体利益的倾向决定了民意需要一定程度的制衡，这是共和主义的重要原则。立法院虽然在法理上具有相对于民意的独立性，但因为频繁改选而往往服从民意，所以司法院的释宪权是对民意的更强制衡⁴⁰⁸。因此，司法院大法官与民意的适当远离是有益的，在大法官制度设

⁴⁰⁶ 原可连任；1997 年增修条文将大法官任期缩短为 8 年，不得连任。

⁴⁰⁷ 值得注意的是，美国政治学家达尔指出，司法部门裁定法条违宪的情况在释宪案例中属于少数，对时任立法部门新立之法的违宪裁决更是少之又少（Dahl 1957），这一点在台湾也被印证（任冀平、谢秉宪 2005：474-493）。所谓“压舱石”的作用，针对的是较少发生的特殊情况，司法部门与立法部门的对抗绝不是民主政体的常态。在中国大陆民主制度尚未巩固之时，司法部门更需自律，不宜动辄与立法部门对抗。

⁴⁰⁸ 反之，足够强大而持久的民意对司法释宪部门形成制约。美国宪法学家阿克曼在其“二元民主”理论框架中提出，违宪审查是“二元民主”体系的一项重要功能；司法部门对议会所立法条的大量否定，可以提醒人民“宪法时刻”的到来（Ackerman 1988：192）。在“宪法时刻”，人民可以透过修改宪法而制止司法部门的违宪裁决，司法部门也可以选择顺应民意，透过合宪裁决而在不改变宪法条文的情况下对宪法体系进行发展、更新（例如罗斯福新政后期美

计上即使不实行美式终身在职制，亦应考虑较长的任期（如德国联邦宪法法院之 12 年）。

考虑到司法院正副院长有司法行政职权，其任期较短亦属妥当，但民国宪法在台增修条文不给司法院正副院长提供任期保障的做法似无必要。尤其在总统为间接选举之虚位总统的情况下，司法院正副院长似可与总统同样任期六年，但不必与总统同步（错开一至三年当属妥当）。

司法院长正副院长可兼任大法官，院长主持议事，但只有在自己的一票对表决结果产生影响时才参与表决⁴⁰⁹，平时尽量保持中立。在大法官过半多数认为法律违宪但无法达到三分之二之高门槛的情况下，司法院长似应获准将大法官的过半意见整理为修宪案草案，声请立法院或国民大会提出修宪案（在程序上需要依据宪法第 174 条，由立法委员四分之一联署或国民大会代表总额五分之一联署提出），以宪法增修条文的方式厘清一些重大争议⁴¹⁰。司法院正副院长的较短任期，可以在一定程

国最高法院改变了对新政的敌视态度，做出了许多合宪裁决）。

⁴⁰⁹ 台湾现行司法院大法官审理案件法规定“大法官解释宪法，应有大法官现有总额三分之二之出席，及出席人三分之二同意，方得通过。但宣告命令抵触宪法时，以出席人过半数同意行之。”以此为标准来考量，那么司法院在院长之外可设置 20 名大法官（包括副院长一人），院长未投票时如果法律违宪案 13 票对 7 票或命令违宪案 10 票对 10 票，院长投出一票即可发挥作用。

笔者的设想是，如果不兼任正副院长的司法院大法官总数 19 人、任期 12 年且不得连任，不妨实行固定任期制，每 3 年更替 5 人或 4 人；出缺职位剩余任期不满一年者，替补人选似可自动续任下一任期，以节约政治资源。

⁴¹⁰ 美国最高法院时常以微弱多数做出重大的释宪决定，但美国宪法的修订极其困难，在近乎“祖宗之法不可改”的情况下，美国最高法院透过释宪而造成宪政运作之实质性改变的做法实乃不得已而为之，有些主张高法应与时俱进、积极释宪的学者甚至称之为“进行中的宪法会议”（ongoing constitutional convention，参看 Calvi and Coleman 2012: 151），美国威尔逊总统则称之为“制宪会议的持续会期”（a kind of Constitutional Assembly in continuous session，转引自 Arendt 1963: 201，萧高彦 2007: 83）。国民大会是中华民国的“休眠中的宪法会议”，在必要时可以“激活”之而成为“宪法会议”的新会期，在充分征询民意、谨慎审议的基础上透过修宪案对宪法的某些问题做出澄清和更新。

这一问题上，还可以参考瑞士制度。瑞士并不实行联邦法院对联邦法律的违宪审查，但公民全体以其对宪法修正案的创制、复决权而在效果上起到了类似于

度上增加司法院大法官的民意因素。

三 司法院释宪的个案效力

民国宪法在台增修条文，包含了“宪法法庭”制度，负责政治性的功能，审理总统、副总统之弹劾及政党违宪之解散事项（“政党违宪”之说乃继受自德国鉴于纳粹党夺权的教训而在基本法中规定的制度，目前在世界上并不多见，中国大陆将来是否有必要为了防范反民主政党而继受这一“防御性民主”制度，不在本书讨论之内）。“宪法法庭”迄今极其有限的几次运作，其实都是为了给违宪审查的当事双方提供言词辩论的机会而采用法庭的形式。

笔者认为，如果不急于引入政党的宪法义务和“政党违宪”制度，那么由司法院大法官组成的宪法法庭即可以容纳在民国宪法原初条文的框架之内，由司法院组织法设置（亦可常设化，即司法院大法官之“会议”直接冠以“宪法法庭”之名，但仍可采用内部会议的方式），而不需诉诸修宪程序。

宪法法庭虽然不是法律上的终审机关，但作为“法庭”，如果审理涉及人民权利的个案之宪法争议，是否应当对个案的判决直接发生效力呢？台湾现行制度对这一问题的答案是否定的（亦即采用“抽象审查”制度，而不是直接作用于个案的“具体审查”），已经出现了相当尴尬的情况：人民声请释宪并在抽象的宪法解释层面得到司法院大法官的有利解释，然后回到法院系统寻求重新判决，最高法院却以大法官解释不适用于声请释宪者的具体案件为理由维持原判⁴¹¹。也就是说，声请释宪的人民无法从司法院大法官得到直接的司法救济。在现有的建制下，上述矛盾有没有解决方案呢？笔者认为，答案是肯定的，因为法院的判决具有“命令”的性质——对人民之权利义务施加影响的政府决定，若非法律，皆可视为“命令”；法院作为广义政府之司法部门的独立机关，

宪法法院的“仲裁者”作用（Blindenbacher and Watts 2002: 10）。中国不可能像小国寡民的瑞士那样依赖公民投票解决宪法争议，但国民大会的建制可以为宪法争议之解决提供一个可行的替换途径。

⁴¹¹ 参看顾立雄等（2011）。

其判决即可归类于针对个案的“司法命令”范畴，与宪法或法律抵触者无效⁴¹²。所以，司法院大法官除了抽象解释外，应当有权宣布法院的判决因抵触宪法或法律而无效，从而建立德式“宪法诉愿”制度，直接提供法益。在这个意义上，司法院大法官并不具有完整的终审权（不能在推翻法院判决之后进一步作出新的判决），但可以说具有部分的决定权，将有助于人权保障。上述设想，在操作上强化了司法院作为最高司法机关的地位，同时不妨碍司法院的司法行政职能。

但是，德国“宪法诉愿”制度的经验表明，宪法法院以违宪为由推翻专业法院之裁决，往往由于宪法法院在具体案件上缺乏专业背景等原因而引起争议，德国法学界甚至有废除这一制度的呼声，东欧国家民主转型之后也大都没有效法此制⁴¹³。考虑到中国大陆民主转型是一项极其庞大而艰巨的任务，在转型初期，似可考虑完全继受台湾现行违宪审查制度，司法院暂不直接推翻个案判决，待到宪政体制运作一段时间之后可视情况而决定是否改变做法——如上所述，由于司法院的违宪审查可以透过“命令”二字的解释而获得及于个案之效力，这一制度的启动不必经由修宪或立法途径，在司法院认为适当的时机透过一个判例即可达到目的。但是，未来的司法院在这个问题上必须慎之又慎——以中国大陆之大，个案的宪法诉愿一旦实行，有可能引来大量的诉愿案件，司法院如果不堪重负而关闭宪法诉愿的渠道，势必有损于其威信，所以接受诉愿的标准以及执行中的把关极其重要⁴¹⁴。

⁴¹² 法学家萧文生（2000：491）指出：“宪法既然拘束所有国家权力，司法权当然在内，而属于司法权内部的最高审级法院所为的判决本属国家权力的一环，自应受到宪法的拘束，而作为保障宪法效力及保护基本权利的大法官自得对于司法权的行使是否合宪加以审查。……大法官审查终局裁判的界限究竟应如何确立，虽系十分困难的问题，但却不能因此项技术上的困难，即可认为终局裁判行为不受大法官的审查。”

⁴¹³ 苏永钦教授即撰有专文反对实行宪法诉愿制度（苏永钦 2007）。

⁴¹⁴ 陈新民大法官（2015：794-795）认为应当继受德国宪法法院行使宪法裁判权之“赫克准则”，即专门法院未能正确体认基本人权的精神，而且法官判断之瑕疵严重到接近恣意滥权的程度（此准则之详情参看刘淑范 1998：218-227）。

四 普通法院法官违宪审查权的问题

民国宪法第 78 条规定“司法院解释宪法”，第 171、173 条重申“法律与宪法有无抵触发生疑义时，由司法院解释之”，“宪法之解释，由司法院为之”，因而属于典型的“集中审查”制度，不同于美国式的“分散审查”制度，即基层法官可裁决法律违宪、层层上诉至最高法院定论。然而，即便像民国宪法这样明确的“集中审查”，亦为一定程度的“分散审查”留下了空间。1995 年，司法院释字第 371 号指出：“惟宪法乃国家最高规范，法官均有优先遵守之义务，各级法院法官于审理案件时，对于应适用之法律，依其合理之确信，认为有抵触宪法之疑义者，自应许其先行声请解释宪法以求解决，无须受诉讼审级之限制。既可消除法官对遵守宪法与依据法律之间可能发生之取舍困难，亦可避免司法资源之浪费。是遇有前述情形，各级法院得以之为先决问题裁定停止诉讼程序，并提出客观上形成确信法律为违宪之具体理由，声请本院大法官解释。”自此，台湾各级法院法官获得了直接声请释宪的权力，距离分散审查只有一步之遥。倘若法官声请释宪书以其特殊地位而与其他类型的声请释宪书区别开来、冠以“初步认定违宪意见书”之名，并且在递交司法院之时公开发布⁴¹⁵，即可视为分散审查的一种类型，或者说是严格的集中审查与极端的分散审查之间的过渡型。

法官声请司法院释宪的制度，在效果上相当于“二审制”，跳过中间的所有审级。中国大陆假若照搬美国的逐级违宪审查制度，如果中层法院推翻基层法官的违宪裁决，然后最高法院再推翻中层法院的违宪裁决，在转型初期有可能对民主宪政的巩固产生负面影响。违宪审查的“二审制”在宪法问题上避免过多的反复，并加强效率，有其优越性。

五 司法院在民主转型时期的作用

司法院在中国大陆民主转型时期有可能起到重要的职能作用和政治作用：

⁴¹⁵ 目前，法官声请释宪书在大法官做成宪法解释前不公开，如果大法官不受理声请则永不公开，参看蔡志宏法官（2014）对此的批评。

（一）中共虽然不施法治，但近年来毕竟建立起了一个庞大的法律体系。中国大陆民主转型启动之时不可能全盘废除中共法律，只能从侵犯人权的恶法开始，分批修正或废除。司法院以其违宪审查权，可以担当审查中共法律的重任。在立法工作尚来不及全面开展之时（尤其在过渡政府的临时立法院因尚未获得民意授权而难以积极立法之时），临时司法院与临时立法院可以密切共事，本着务实的精神，依据中华民国宪法对中共法律体系进行改造，确保民主转型的顺利进行。

（二）中国大陆倘若以重归中华民国国统、法统的方式实现民主转型，两个中华民国政府将并存于海峡两岸，这一状态可能持续相当长的时间。基于台湾法学界对民国宪政（尤其是人权保障部分）的熟习，大陆政府可考虑延请台湾法学界和司法实务界人士到大陆司法院和各级法院任职（甚至出任大法官）。待到长远的将来，如果两岸政府能够统合，司法院很可能成为台湾人员比重最大的中央政府部门。

长远而言，海峡两岸法律体系最好能够趋同以便于两岸交流，而且台湾的司法实践和宪政实践决定了台湾现行法律体系在相当多的方面将是大陆所靠拢的方向。例如，2011年6月，在台湾的民国立法院三读通过了法官法，为法官人事制度的优化提供了法律依据。民国宪法所规定的法官终身制，并不意味着铁饭碗，而是需要适当的法官录用机制和惩戒机制作为补充；法官法是这方面的重要法律，是台湾宪政体系的一部分⁴¹⁶。

第四节 考试院

一 考试院的职能和意义

民国宪法第77条规定“考试院为国家最高考试机关，掌理考试、任用、铨叙、考绩、级俸、升迁、保障、褒奖、抚恤、退休、养老等事

⁴¹⁶ 必须承认，现行法官法只是一个开端，司法制度与实践的一些问题（如人民普遍认为糊涂断案的“恐龙法官”没有淘汰机制）仍待解决，参看吴庚、陈淳文（2013：491）。本书导论回答九略谈了司法人事和审判制度优化设想。

项。”五院之中，考试院获宪法所列权力事项最多，实则政治影响力最小者，主要作为人事机关负责维持国家文官体系的正常运转⁴¹⁷，其次负责专门职业及技术人员资格的考核。

考试院的职能，在西方国家通常属于行政机关，所以考试院相当于从广义的行政权中分离出的一个较小的分支，因其需要超然于其他政府部门而专门设置为五权之一，独立运作。西方国家宪政民主制度发展至今，并未有在行政权外专门设立考试院者，说明考试权不一定有必要从行政权分出。但是，考试权的分立具有浓烈的民族特色和悠久的历史传统，是孙中山先生集中西文明大成而提出的主张，纵使缺乏绝对的必要性，只要能够透过考试院建制和职能的优化来兴利除弊，亦值得传承。

此外，考试权的分立在盛行“人情”的华人社会具有特殊的意义。中国大陆民主转型之后，如果考试权归属于行政权，甚至分派至各个行政部门，能否避免“人情”的负面影响、确保文官制度的政治中立性？虽然我们难以直接回答这一问题，但台湾的实践表明考试院对公务员选拔过程的透明和公正起到了有益的作用。中国大陆应当效法华人世界的成功经验，而不是把西方制度细节奉为金科玉律——西方制度生搬硬套于中国，在“人情社会”的背景下南橘北枳的可能性是不容忽视的。

二 考试院职能优化与强化之展望

考试院在考选职能之外所掌管的诸多人事行政职能，确有相当大的优化余地，笔者对这此并没有很深入的研究，在此只想抛砖引玉：笔者认为，民国宪法原文之考试院“掌理”考试之外多个事项的规定，可对“掌理”二字灵活解读。民国宪法在台增修条文将任用、考绩、级俸、升迁、褒奖等事项改为只由考试院负责其法制事项而由行政院人事行政

⁴¹⁷ 孙中山生前有关考试权的论述中只提及考试权分管考试及铨定资格，并未提及考绩、升迁等铨叙事项，但1914年的中华革命党总章所规定的考试院职权包括“调查职员事功而定其勋绩”，是考试院广泛负责人事权之先河（参看陈春生2014：303-304）。此制于1928年落实于政府组织架构，国民政府首任考试院长戴季陶将考试院的考选职能与铨叙职能比作古时的礼部与吏部（许南雄1990：142）。

机关负责执行，但是，如果不走修宪途径，那么这些事项的最后决定权（类似于“终审权”）仍可由考试院保留，行政院则可设置人事行政机关负责日常运作——也就是说，相关人员认为行政院人事部门之任用、升迁等决定不公平时可向考试院提出异议，由考试院调查、定夺，但比照司法部门“不诉不理”的原则，如果没有异议（当属普遍情况），考试院就不介入。这就对行政部门的内部人事权形成制约，但不过分干涉之。

此外，虽然考试院职权有限，但既然专门设置独立于行政院并超然于政党的考试院，那么现属行政院职权范围的某些有利益冲突之嫌的事项似可划归考试院。例如，选举事务的管理和监督，似应从政党政治影响下的行政院转移至超然于政党的考试院⁴¹⁸。考虑到宪法并未规定选举机关的归属，以及考试院职权的开放式列举（“等”字），这一职权似乎不必走修宪途径，而可以由普通法律确定之。

顺便讨论一下候选人资格的问题：孙中山先生的原初主张是参加选举的候选人需经考试院核准资格，但代议机关的选举只要实行政党名单比例代表制（适用于立法院和各省议会）就有候选人自动优化机制，不必再由考试院介入。至于县及其下的基层自治体的行政长官和议员是否需要引入候选人考试机制，可留待将来讨论（美国加州贝尔市“文盲市长”和市政官员贪渎的丑闻，似乎说明起码的、不构成严重负担或歧视的资格门槛如高中或同等学力有其价值）。

三 考试院的任期

宪法正文并未规定考试院的任期。考试院组织法自 1947 年在大陆制定至台湾增修后的现行版本，皆规定考试院正副院长及考试委员任期六年，没有连任限制。此制度似可沿用于中国大陆民主转型之后。但是，六年任期与总统同步，似无必要，可考虑延长之，并且和总统任期错开。

⁴¹⁸ 周世辅、周阳山（1992：122，135-137），周阳山（1993：537）。

第五节 监察院

民国宪法第 90 条规定“监察院为国家最高监察机关，行使同意、弹劾、纠举及审计权”，其后诸条文中又进一步赋予监察院对行政院的调查权和纠正权。孙中山原初构想中的监察院主要负责弹劾与审计，其中的弹劾权乃受中国古代御史制度的启发，审计权来自西方国会制度。民国宪法所增加的权力项目，强化了监察院的职能，使之更容易为人民所用，并且与西方国家类似制度有相合之处。

一 相当于国会上院的监察院

监察院对总统所提名的司法院、考试院正副院长和大法官、考试委员有同意权，此制度乃受美国参议院的同意权之影响而来。监察院四项基本权责之中的三项，在西方国家皆属于国会；加之监察委员主要由各省议会选出（借鉴了美国宪法原始条文的制度），任期六年（无连任限制），无形中使监察院具有了国会上院的性质⁴¹⁹。

考虑到各省议会难免盛行政党政治，监察院是否会像许多西方国家的国会上院那样流于政争呢？民国宪法在台增修条文规定“监察委员须超出党派以外，依据法律独立行使职权”，颇有裨益。

笔者认为，如果保留监察院的地方民意代表性，那么似可考虑要求立法院以微弱多数票通过的法案经监察院院会以二读（整体审议而不逐条审议）的方式通过，方可送交总统公布。

此外，监察委员向行政部门提出纠正案（依据民国宪法第 97 条“监察院经各该委员会之审查及决议，得提出纠正案，移送行政院及其

⁴¹⁹ 以监察院为国会上院的设想，在政协会议期间由傅斯年提出（雷震 2010b: 217），由张君勱初步落实于宪法草案，但政协宪草与民国宪法的监察院都缺乏法案审议权。行宪初期，雷震（1953: 18）在《自由中国》杂志的宪政制度讨论中提出监察院保留原有名称但全面改制为国会上院（宪法第 63 条规定立法院议决的法律案等都需监察院协同议决，但行政院仍只对立法院负责）。1990 年代台湾修宪过程中亦有强化监察院的国会上院职能（如增加一定范围的法案审议权）的方案（周阳山 1990 [1993: 158]），周世辅、周阳山 1992: 125-126）。

有关部会，促其注意改善”）而遭相关人员巧言答辩未能落实者，若非个案而具有广泛性（例如法律实施细则的不当之处），似可经监察院院会审议通过，向立法院提出法律案，以监察院发动、立法院通过的方式强行纠正行政部门的偏差。

但是，监察院的纠正权是否有削弱立法院之虞呢？笔者和王天成先生讨论过监察权问题，受王先生希望在转型期间加强立法部门职能之主张的启发，认为纠正权并非民国宪法第 90 条明文划归监察院的专属权力，而是从“提出纠正案”的操作流程而来，民国宪法第 97 条在文意上并没有排除立法院兼有纠正权之可能。此外，民国宪法第 57 条既然将“对于行政院之重要政策不赞同时，得以决议移请行政院变更之”这一硬性的“强制纠正权”赋予立法院，那么立法委员一人或数人向行政院提出柔性的“纠正建议书”亦无不妥。概言之，监察院和立法院应皆有建议性的纠正权，前者固然见诸宪法并获得“纠正案”之形式但并未因此而获得强制性，后者虽然不见于宪法但当属默认允许的宪政运作，立法委员在其立法职权行使过程中如果注意到行政院某些措施应当改善，大可不必绕道监察院，径直提出纠正建议书即可。行政院当事部门若有不同意见、不愿遵从纠正建议，只要以委婉的方式做出答辩，通常情况下未必能够“上纲上线”到确认失职而提出纠举或弹劾的程度，此时监察院或当事立法委员要想强制纠正，对具有广泛性的问题可以提请立法院通过法律案（包括法律修正案）或决议案。

虽然孙中山构思监察制度之时不一定参考过西方类似制度，但起源于北欧的监察使（ombudsman，又译申诉专员）制度与监察院的纠正职能有可比性。以瑞典为例，监察使是国会下设的独立机构，任何人（包括非瑞典公民）都可以就公权力不公正的问题向监察使提出申诉⁴²⁰。在许多拉美国家，负责保护人权、接受人民陈情的独立监察使甚至称作护民官（西语 Defensoria del Pueblo，英语 Public Protector）。一些西方国家还设置了针对公共事业的专业监察使，以维护公共事业用户的利益。

⁴²⁰ 欧洲国家以及欧盟之监察使除接受人民陈情，主要行使调查及提出纠正建议之职能，参看杨智杰（2012）。

二 弹劾权归属和弹劾程序问题

当代西方国家国会很少动用弹劾权，而且其弹劾案之审理权在民意机关而不在司法部门，这是不争的事实，也成为台湾绿营主张废除监察院的理由之一⁴²¹。然而，中国大陆受中共负面影响过深、过久，民主转型初期甚至相当长的时间内可能时常浮现泰国他信、意大利贝卢斯科尼式的公德私德严重有亏者胜选执政。立法部门兼管弹劾的制度，在此类有才无德的政治人物透过政党力量同时控制立法部门和行政部门之时即难以起到有效的遏制作用。独立而地位崇高并且超出党派的监察院，则在上述情况下凸显其存在的价值，成为“达摩克里斯之剑”。

前述“一致政府”之下，纵使弹劾案得以发动，民意机关对弹劾案的审理结果亦在意料之中，所以独立的司法部门（公务员惩戒委员会）审理弹劾案的制度有其合理性。但是，公惩会之运作似应针对政务官与事务官的区别而有所不同：非政治性的、常任的事务官之弹劾案，由资深法官身份的公惩会委员审理并无不可，但中央政府政务官（上至行政院长、考试院长）之弹劾具有政治性，事关重大，似应以法律规定法院全体大法官兼任公惩会特别委员，仅在行政院、考试院政务官遭弹劾时出面和公惩会普通委员一道参与审理。司法院正副院长和大法官的弹劾案则似应由国民大会审理，见本书第三章第三节的讨论。

三 监察院派出单位和地方监察机关

监察院对中央及地方公职人员的弹劾权与纠举权（纠举指的是勒令停职待裁或其他紧急处分，并非惩戒或裁决），一方面意味着监察院必须设置地方派出单位（经监察院组织法确定为监察委员行署），另一方面决定了上访陈情者在无法从行政部门（透过宪法第 16 条确保的诉愿权）和地方监察部门得到满意处置的情况下以监察委员行署为倾诉对象，使之具有上访接待机关的职能。访民提供的信息，有助于监察院行使其监察职权；监察院的独立地位，有助于调查和解决问题。所以，访民和监察院之间有很大可能实现良性互动，有利于社会矛盾的化解。

⁴²¹ 例如李鸿禧（1994：212-214）。

地方自治层级是否应当设置地方监察机关呢？以中国之大，当有必要。独立于监察院的地方监察机关应可在地方自治层级分担弹劾职能与纠举职能⁴²²、承担纠正职能⁴²³。成绩卓著的地方监察人员，亦可成为中央监察委员的合适人选。

四 监察院的反腐职能

官员腐败问题，是中国大陆目前的焦点问题之一，中共一党专政的政治制度下腐败问题不可能得到根本的遏制。中国大陆民主化之后，独立的司法与自由的媒体会对腐败问题起到很大的遏制作用；同时，监察院亦须当仁不让，理应成为反腐的主力，似可在监察院下设置专门的调查机关和廉政机关⁴²⁴，并且赋予监察院以司法起诉权⁴²⁵甚至弹劾案的初审权（司法院下设的公惩会成为终审机关）⁴²⁶。

⁴²² 民国宪法第 97 条规定“监察院对于中央及地方公务人员，认为有失职或违法情事，得提出纠举案或弹劾案……”，并没有采用“纠举案或弹劾案由监察院提出”这样的文式。虽然在中央层级由于宪法对行政院之外其他四院的列举式分工（未列举事项默认归属行政院，亦可由立法院视情况划定归属，详见本章第一节第四小节）而由监察院专享纠举权和弹劾权，但由于央地关系上的均权原则（宜归地方者应归地方，详见下一章），针对地方公务人员的纠举权和弹劾权似乎不是监察院的专属权力，应可与地方监察机关分享之，而且以后者为主力。

⁴²³ 民国宪法第 97 条仅赋予监察院对中央行政部门的纠正权，针对地方行政部门的纠正权自由由地方议会行使，但由地方监察机关分享此权亦属良策。

⁴²⁴ 例如将现属行政院法务部的下列机关划归监察院：调查局（陈春生 2014：367）、廉政署（杨文豪 2013：108）或政风机关（谢建财 2006：138-139）。此外，还有将整个法务部从行政院移至监察院的主张，参看注 391。

⁴²⁵ 值得指出的是，中华民国行宪实践中并未将许多西方国家监察机关所具有的司法起诉权赋予监察院，这是一个有待改进的方面。陈淳文（2006：34-36，2007：172）、杨文豪（2013：112）认为宪法第 97 条授权监察院对公务人员“如涉及刑事，应移送法院办理”，已经蕴含了直接起诉之权，可在监察院内设置一定数量的检察官承担这一任务。更有甚者，汤德宗（2005c：94-98）提出将监察院完全改制为常设的独立检察官群。

⁴²⁶ 邢子玉（2006：144）主张在监察院设立一个公职人员惩戒简易庭，审判结果等同于地方法院效力。此制若用于中国大陆，似可设于各个监察委员行署。在没有为此修宪的情况下，简易庭也许无法做出具有强制力的惩戒裁决，但似

显然，反腐行动需要依靠来自人民和政府内部知情人的举报和申诉，并在制度上要求政府运作有极高的透明度（监察院对行政机关的调查权有助于提高政府透明度，似可扩展到行政机关之外的中央地方全部政府部门）。但是，许多腐败行为，如收受贿赂，往往较为隐蔽。所以，西方国家在反腐行动中经常采用“钓鱼执法”的方式，安排便衣探员或线人设下陷阱，如果官员经不起诱惑，即犯下了腐败罪行。“钓鱼执法”的做法是否妥当？如果答案是肯定的，那么是否应当由监察院来执行？笔者认为，针对官员（包括事务官、政务官、议员⁴²⁷等）的“钓鱼执法”是妥当的，因为公职人员就职时皆须宣誓廉洁奉公，任职期间必须忠于职守，如果经不起“钓鱼执法”的考验，就是违背了誓言，应当与真实腐败同罪。但是，针对并非官员的普通公民的“钓鱼执法”缺乏公义基础，因为人皆生而具有人性的弱点。笔者认为监察院应当负责针对官员的“钓鱼执法”并强力执行，但属于行政部门的公安机关针对普通公民的“钓鱼执法”必须受到极其严格的限制（例如，必须有理由怀疑，并获得司法部门的批准），而且应以透过“钓鱼”来查证其他违法行为为目的⁴²⁸，普通公民被“钓鱼”而犯下的罪行似应免于惩治。

可比照刑事上的认罪协商，作为监察院内部的预案审理：监察委员提出弹劾案之预案，若未能通过简易庭则可撤回；若通过，可在移交公惩会前留出数天的“宽限期”，此时弹劾案在程序上仍在预案阶段，尚未正式提出，涉案官员审时度势，只要自行辞职，即可避免在履历上留下遭弹劾的污点。

顺便指出，台湾政界有人将修宪后不再具有国会性质的监察院称作“准司法机关”（例如 1993 年司法院释字第 325 号解释所附立法委员陈水扁等七十三人声请书），监察院对此予以否认，因为准司法机关通常指的是兼有不完全的司法权的独立行政协议机关（吴秀玲 2006：48，陈水亮 1993）。倘若监察院透过修宪而获得弹劾案的正式初审权，似可视为广义的“准司法机关”。

⁴²⁷ 民国宪法并未赋予监察院弹劾民意代表的权利，但各级议员被台湾民众评价为清廉程度较差（余致力 2006：171-172）。笔者认为，监察院对各级议员虽然不得提出弹劾，但应当有调查权（类似于美国 FBI 在这方面的权力，如加州州议会参议员余胤良被 FBI 调查落马）甚至起诉权。

⁴²⁸ 1951 年《自由中国》社论《政府不可诱民入罪》指出：“我们姑且承认打进圈里去是侦查和破获某种案情的必要技术，但也得有个前提，即在客观方面先有这个案情存在，侦缉的人只是伪装参加其他罪行，而不是以骗术诱人犯罪。”（《自由中国》杂志社 1951：4）如此铮言，却得罪了国民党当局，雷

五 监察委员任期和选举制度问题

民国宪法规定监察委员任期六年，不可谓短，但竞选连任的压力仍然有可能妨碍监察权的正常行使⁴²⁹。反之，行宪后第一届监察院在台湾成为“万年国会”之一院以后，监察委员在事实上获得了职位保障，一些老监委的表现令人称道⁴³⁰。如何化解这一矛盾呢？笔者认为，在对候选人资格做出严格限制的前提下，监察委员任期可大大延长，例如 12 年甚至 15 年，并禁止连任，但在卸任之后提供优厚待遇保障。

为了避免各省选举监察委员的制度被地方政客利用⁴³¹，考虑到监察委员的调查、弹劾职能实乃司法程序的上游运作（涉及刑事者移送法院，弹劾案亦司法院之公惩会审理），监察委员候选人的资格似可限于具有高等司法官身份者⁴³²、在地方监察机关任职若干年成绩卓著者，以及有较高的法学背景⁴³³（例如法学博士学位）并且律师执业或担任省级以上议员若干年者。

六 监察院下设之独立机关：审计监督与人权保障

根据监察院的统计，世界上有 150 多个国家和地区设有监察使公署或同等机关。有些国家并列设有人权保障机关和侧重于审计的监察机关（如韩国的国民权益委员会和监察院，波兰的民权监察使公署和最高监察院⁴³⁴），中华民国审计部则是监察院之下的独立机关。民国宪法虽然

震和《自由中国》自此与国民党渐行渐远，实乃历史的遗憾。

⁴²⁹ 大陆学者聂鑫（2009：150）认为：“将监察院参议院化实际上不是监察院吸收了参议院的职权，而是议会（参议院）反噬了监察院，导致监察机关不能独立。”

⁴³⁰ 吴庚、陈淳文（2013：512）。

⁴³¹ 贿选丑闻，以及所选非人的现象，在行宪后第一届监察委员在全国各省的选举和台湾增补中央民意代表选举时已经多次发生。

⁴³² 监察院组织法所规定的监察委员资格之一是“任简任司法官十年以上，并曾任高等法院、高等法院检察署以上司法机关司法官，成绩优异者”。“简任”是台湾文官体系中的高级职等；“司法官”即法官、检察官。

⁴³³ 北欧四国国会监察使之资格要求即包括法学素养（邢子玉 2006：131）。

⁴³⁴ 民国宪法之审计部在形式上挂靠于监察院，实则为独立机关，类似于韩国

没有专门规定监察院的人权保障职能，但这一职能在操作上显然属于监察院职权范围，监察院的纠举权（勒令停职待裁或其他紧急处分）对人权保障尤其有用。在台湾的中华民国监察院自 2000 年起设置人权保障委员会，但尚未达到“国家人权委员会”的级别⁴³⁵；台湾学界和法律界早有在监察院下依据“巴黎原则”设置“国家人权委员会”的呼声⁴³⁶。

第六节 独立机关地位问题

本章考试院一节讨论从简，原因在于笔者希望大陆人士对考试权之独立性的问题保持开放的态度。即便民国宪法的相关条文以及考试权在台湾的实践有不足之处，世界各国设置级别稍低的独立考试机关的经验对中国大陆也有重要的参考价值。孙中山将考试与监察两权独立出来，固然有文化遗产的因素，但何尝不是因为中国这个“人情社会”需要专门针对政府官员的人性弱点下一剂猛药？

值得注意的是，西方宪政发展至今，业已出现了类似于“五权宪法”的倾向。例如，美国宪法学家 Tushnet 总结西方国家宪政实践和理论的发展，指出行政事务官在一些学者眼中俨然成为有别于政务官的“第四个政府分支”⁴³⁷。此外，“第五个政府分支”的概念也已出现，

监察院和波兰最高监察院。此类独立机关在西方国家往往挂靠于其所监督的立法或行政部门，但在盛行人情的华人社会将其挂靠于监察院实属妥当之举。

⁴³⁵ 只是内部编组，不是正式的机关，参看李念祖（2012：137）。

⁴³⁶ 例如许宏迪（2005：101-120），陈淳文（2006：37，2007：174），李念祖（2012）。“巴黎原则”（The Paris Principles）全称“增进和保护人权——关于国家机构的地位的原则”，是联合国大会 1993 年通过的指导性准则，强调国家人权机关的广泛授权、地位的宪法或法律保障、成员的多元化、独立性、充足的经费等等，感兴趣的读者请参阅联合国人权高级专员办事处的官方全文（联合国 1993）。

⁴³⁷ 关于“第四权”，法学家汤德宗（1993：27）指出典型的美国联邦行政机关从国会获得的授权除了执法之外还包括订颁命令（rule-making）和裁决争议（adjudication），亦即在其管制范围内“兼有立法、行政与司法三种权能”，虽然名义上居于总统之下，但“实际上拥有广泛之裁量权，总统、国会与法院皆不得不给予相当之尊重”。

但所指不一，Tushnet 主要着笔于反腐败、选举事务等方面⁴³⁸。在许多大陆知识分子和台湾绿营人士奉三权分立为金科玉律之时，西方宪政实践和理论的发展难道不令我们深思？⁴³⁹

另外一个值得注意的区分，是“独立机关”的类型。考试院和监察院是典型的具有宪法地位的独立机关，此外行政院之下还设有中央选举委员会、公平交易委员会、国家通讯传播委员会等不具有宪法地位而来自法律授权的独立机关。前文也曾提及，司法院之下的各个法院和监察院之下的审计部都具有独立机关的性质。各个独立机关，如何合理划分其归属呢？笔者认为，不妨回到五权宪法设想的源头：早在 1906 年的《三民主义与中国民族之前途》演讲中，孙中山解释监察权独立的理由时即已指出“……裁判人民的机关已经独立，裁判官吏的机关却仍在别的机关之下，这也是论理上说不去的，故此这机关也要独立。”⁴⁴⁰ 独立机关之归属，以其职权行使的主要对象是“官”还是“民”为依据，殊为妥当。公平交易委员会乃至中央银行这样的独立机关，因其主要涉及对人民的施政，自可划归行政院，但选举委员会、人权委员会等对公权力做出防范的独立机关于情于理皆适宜划归考试院、监察院。此类独立机关在考试院、监察院之下仍可保持极强的独立性（可比照审计部之独立性），并不受到考试院长、监察院长的直接指挥。

⁴³⁸ Tushnet (2014: 98-103)。

⁴³⁹ 颇具反讽意味的是，台湾绿营执政期间于 2005 年举办“新兴民主的宪政改造”国际研讨会，请来的美国宪法学家 Tom Ginsburg 发表对台湾宪改的看法，提出“……中华民国宪法效法中国古代的御史，设立监察院，类似 Ackerman 教授笔下的‘廉能部’（Integrity Branch）（2000: 694），在当时算是相当先进。……三权分立的政府制度本来就不一定完全适合复杂的现代政府……而五权宪法的部分设计亦非完全无可取之处。现代宪法中经常设有独立的监督机关，故不应轻易将监察院从宪法中删除。”（Ginsburg 2008: 249）。除监察院而后快的台湾绿营学者和政治人物听到 Ginsburg 教授力挺监察院，不知作何感想？

⁴⁴⁰ 孙中山（1906 [1989c: 14]）。

第六章 地方自治与基本国策

民国宪法罗列中央地方权限和基本国策的做法，明显受到了 1919 年德国魏玛宪法的影响。上文论述过，德国魏玛宪法在中央政治制度设计上的严重缺点和教训，在 1946 年中华民国制宪过程中已被考虑，促成了民国宪法之改进型议会制。

基本国策入宪，并不是西方国家惯例，亦有一定程度的争议性，但无关宪政制度大体。下面分别简述地方制度和基本国策问题。

第一节 地方自治

地方自治是一个很大的话题，笔者在《黄花岗》杂志第 46 期发表的《民国宪法的联邦主义精神——致联邦主义者的呼吁》（本书附录一）文中详细讨论过民国宪法之地方制度的联邦主义性质，所以在此不再重复阐述这一论点，而是主要讨论地方制度细节的展望。

一 台湾的经验

民国宪法基于中央地方均权制的原则，规定了具有广义联邦制性质的省县二级自治架构，但自治制度细节留给省县自治通则，后者因内战而至今仍未制订。

台湾现行地方制度法是因应宪法增修后“精省”的局面而制定的地方自治规范。具有公法人地位、设置立法机关和行政机关的地方自治团体分两个层级，第一级为直辖市、县、市，设议会、政府，第二级为乡、镇、县辖市，设代表会、公所。省则成为行政院派出机构而不是自治层级，不设置立法机关而只设置咨询性质的省咨议会。直辖市和市划分为区，设置区公所；乡、镇、区划分为村、里，设置办公处；村、里

划分为邻，不设置机关。

与民国宪法原文的省县自治架构相比较，台湾的地方自治制度在县以下增加了乡、镇、县辖市作为基层自治体，对中国大陆未来的地方自治制度设计有借鉴价值。直辖市和县级市所分之区，虽然与县所分之乡镇有可比性，但不具有地方自治团体的地位，区长一般由上级自治团体指派，这一点也是很有启发性的——都市化所造成的民政事业一体化，决定了直辖市和县级市是自然的地方自治团体，但其下的区则缺乏独立性；县之下的乡、镇、县辖市虽然规模较小，但自成一体，更需要全面自治，自主办理民政事业。

中国大陆目前的单一制行政体系，在省县之间设置了州/地/市层级。关于民主转型之后此层级的地位，下文有初步探讨。

台湾的村里自治单位，与大陆农村类似，不设置立法机关，但行政长为民选。虽然都市范围内的里没有必要成为法人自治体，但自然村的法人资格具有现实意义，也可从东邻日本找到成功的例证。

中国大陆未来的最基层地方自治架构似可为自治（具有公法人地位）的自然村和半自治（并非法人，但行政长由居民选出）的里，不设置代议机关而行直接民权（按：村民委员会是行政机关）。

虽然民国宪法并没有为县以下的乡镇、村里自治体提供自治权的保障，但西方国家的经验表明宪法对基层自治的保障并不具有必要性，例如具有数百年自治传统的美国就没有在宪法中涉及基层自治，而是由各州自行决定基层自治办法。所以，基层自治的规范可以付诸普通法律，还可考虑并入省县自治通则。

二 西方的经验

自民国制宪至今七十年来，地方自治在西方国家取得了长足的进展，许多原本中央集权的单一制欧洲国家已经呈现了联邦化的倾向，积累了丰富的经验。这对中国大陆未来的地方自治建设是重要的参照。

（一）辅助原则

欧洲地方自治事业最宝贵的经验，是载入“欧洲地方自治宪章”以

及欧洲联盟诸条约的辅助原则（principle of subsidiarity，又译“辅助性原则”）。这一原则的含义，是个人和基层的自主权具有优先地位，更高层级的政府存在之目的是为个人和基层提供辅助，做后者无法胜任的工作。换言之，地方自治制度的原则是高层级辅助低层级，而不是传统的单一制那样低层级辅助高层级。

以高辅低的辅助原则，在民国宪法诞生之后方才大行其道⁴⁴¹，对中国大陆未来地方自治制度的优化具有极其重要的指导意义，虽然不一定以宪法修正案的方式载入宪法，但有必要载入省县自治通则。与孙中山先生提出的均权制相比，二者实则为一枚硬币的两面⁴⁴²——在划分国家与地方之间、各个自治体之间的权限之时，以高辅低的考量与权力行使之适宜性（即“均权”）的考量相辅相成，可以促进自治制度的优化。

（二）狄龙规则

与此同时，我们应当考察美国这个以自治精神著称的联邦制国家的地方自治制度。美国各州下设的县（county，又译“郡”）并不是完全自治体而是州的派出机构；村、镇、市可经州议会批准而成为公法人自治体，但美国许多州并不承认基层自治体的自治主权，州议会会有权改变其自治权限，甚至在必要情况下剥夺其自治地位（这一制度，通常冠以之作出法理论证的爱荷华州最高法院狄龙大法官之名，称做“狄龙规则”⁴⁴³）。例如，在实行狄龙规则的某州，某小镇招募了与其人口和治安不成比例的大量警力，在穿过小镇郊外的公路上设置较低的车辆限速，大肆拦截超速车辆，以开罚单为小镇创收，那么，即使被罚司机确

⁴⁴¹ 辅助原则的概念可以上溯到古典哲学，但在二战之后才逐步从哲学原理转化为法律概念，参看王玉叶（2000：5-8）。

⁴⁴² 美国学者 Levinson (2010: 290) 对辅助原则的描述几乎可以一字不改就成为均权制的定义：“... the political principal of subsidiarity, which is the commitment to locate political decisionmaking at the level that makes the most sense in any given situation, which may often be local. It is worth emphasizing, incidentally, that the principle of subsidiarity supports allocation of decisionmaking responsibility to the center as easily as to the periphery, depending on which one believes is most suited to confront the issue at hand.”

⁴⁴³ “狄龙规则”的详细讨论见董礼洁（2008），陈科霖（2015）。

实超速，即使该镇居民从往来过客缴纳的交通罚款中尝到甜头，如果小镇的这种行为过于放肆、违反了起码的社会正义，州议会即可决定限制甚至剥夺该镇的自治权⁴⁴⁴。美国这样的宪政民主旗舰，亦间或出现小镇滥权的现象，所以中国大陆未来的地方自治建设不宜采用理想化的乐观主义做法，狄龙规则值得借鉴。

狄龙规则在美国的另一个应用，是州议会可以决定将某些已经具有法人地位的地方自治体强制合并，即使这一决定遭到当地居民的反对。民国宪法为省县自治提供了保障，所以省县的重组与划界似应以住民同意为原则⁴⁴⁵，但狄龙规则对省县之间和县以下的自治体似可适用。也就是说，省与县作为宪法规定的自治体，在中国地方自治体系中可以起到支点的作用，成为具有自治主权的公法人；其他自治体则不具有自治主权，在必要情况下可以由更高层级的主权自治体施加控制（自治主权的有无，即为狄龙规则在中国制度中的体现，不需正式冠以“狄龙规则”之名）。考虑到省对县自治所能够起到的监督职能，以及各级自治体的权限基本划定之后所应有的稳定性，县议会如果认为需要对其下某一自治体施加控制或将某些自治体强制合并，似应征得省议会的同意。同理，省对省县之间的自治体的强制行为似应以立法院的同意为前提。

辅助原则与狄龙规则并不矛盾，因为人性的弱点（包括贪婪、短视）有可能反映于地方自治体，导致其透过民主途径作出的决定在某些情况下出现流弊。片面强调地方住民自治权的不可侵犯性，有可能招致不良后果，这种危险在民主转型初期尤其值得注意。辅助原则和狄龙规则并存，在扶植地方自治体的同时对其作出制衡，有助于其健康发展。待到民主宪政和地方自治完全巩固之后，狄龙规则（即主权自治体与非

⁴⁴⁴ 近期的一个实例是弗吉尼亚州议会于 2015 年 2 月通过法案（House Bill 1400 Item 3-6.05），针对开交罚单过度的市镇，将其所得罚款的大部分收归州库（CBS 2015）。

⁴⁴⁵ 民国宪法第 108 条将“行政区划”列为“中央立法并执行之，或交由省县执行之”的事项。笔者认为，行政区划的变动在通常情况下应当属于后者，由中央立法确定原则，细节尽可能交由省县议会或选民投票决定并执行之，只有在极其特殊的情况下才由中央强行划界（亦即中央“执行之”作为中央的保留权力但尽量不动用；如果动用，似应采用超级多数决）。

主权自治体的区别)可能只剩下字面意义而不再具有操作层面的必要性,但仍应保留于自治法规之中,以对地方自治体恶性发展的倾向作出遏制。

三 民族自治的可行途径

如何为非汉民族提供自治保障?这个问题上常见的主张,是以非汉民族聚居的地域为单位划分边界,创设自治体。但是,这一主张一方面忽视了历史背景(例如“大西藏”在历史上长期分属于不同的行政单位),另一方面各族杂居地区的划界工作会遇到难题,甚至引发流血冲突。

笔者认为,非汉民族自治问题的解决,需要跳出窠臼,寻找最佳方案:

(1)考虑族群认同与自治事业的关系,地方自治的许多方面,例如卫生、交通、治安,基本上不涉及族群认同;反之,族群认同的最根本因素——语言和文化(包括宗教),在地方自治的诸多内容之中只有教育体系等少数项目与之有关。

(2)地方自治的表现形式,没有必要拘泥于常见的层级,反而可以在必要的情况下为某些自治项目设立跨越层级、跨越省界县界、不具有排他性地理疆界的专门自治单位,不像通常的自治体那样负责一定地域内几乎全部的自治事业,而只负责专项事业。

基于上述两个方面的考量,不难得出结论:非汉民族自治的关键在于,针对族群认同的要素,在透过宪政民主制度充分保障人权的基础上,确保各个族群传承发展本族语言文化的机会。具体的操作方案,就是在不涉及教育、文化的地方政府职能方面尽量保持现有区划不变,而在教育、文化方面采用灵活的自治政策,设立跨越省县边界并在各族杂居地区有一定重迭的教育文化自治体⁴⁴⁶,使非汉民族可以透过自己的教

⁴⁴⁶ 比利时除了“大区”作为国家之下的最高级行政区划,还依据语言而设置了“社群”(分管语言、文化、教育等事务),大区和社群相重迭,法语社区和荷兰语社群在首都布鲁塞尔相重迭。这一制度值得借鉴,但比利时之加剧族群割裂的选举制度则为殷鉴,参看注266。

育文化自治体实现本族语言文化的传承和发展⁴⁴⁷。与此同时，不凸显族群特性的民政事业由省、县、基层自治体负责，其管辖范围应当尽量以历史沿革为出发点，在中国大陆的宪政民主制度巩固之前不宜急于重组⁴⁴⁸。教育文化自治体制度，能够尊重和保护各族的特殊性，并避免以族群为单位冒进自治所可能带来的族群冲突的危险。

在各族杂居地区，教育文化自治体可以呈现盘根错节的局面，居民或以自然村为单位、或以学校招生地域范围为单位，举行投票，对公立学校的教育文化自治体归属作出选择。如果两个选择得票比较接近，则可设立两所学校，每个学生的就学由家长决定⁴⁴⁹。如果某项选择在某一地区的每一个投票单位都不占优势，但此项选择在临近的几个投票单位的总和达到了一定的标准，那么此项选择所对应的教育文化自治体就应当在达到标准的数个投票单位的居中位置开办学校，以满足需求。如果某项选择在某个地区占据压倒多数地位，但少数派的家长不愿让孩子进入多数派所决定的教育文化体系，那么，为了尊重个人自由和受教育的权利，国家应当为这些学生发放教育代金券，学生可以凭代金券冲抵私立学校或外地公立学校的一部分学费（代金券制度将在下一节详细讨论）⁴⁵⁰。上述设想以其灵活性避免了零和游戏，兼顾了族群自治需求和

⁴⁴⁷ 非地域自治（non-territorial autonomy）或民族文化自治（national cultural autonomy）的概念，最早由奥地利政治家、奥地利共和国国父卡尔·伦纳（Karl Renner）于 1899 年奥匈帝国时期提出，其文章的英译本见 Renner (1899 [2005])。

⁴⁴⁸ 倡导“票池”与“向心主义”的学者霍洛维茨（Horowitz 2008: 1218）认为，为了促进族群合作，地方自治体的族群构成应当具有“异质性”（即包含多个族群）而不是“同质性”（按族群分布划界）。这一主张如果应用于未来的辖区重组则可能招致争议（Norman 2006: 106），但就现有省县辖区之保持而言有正面意义。

⁴⁴⁹ 家长为未成年子女自由选择教育途径的教育选择权（包括放弃民族语言教育而选择大语种教育的权利）是国际公认的原则，参看王前龙（2011）。

⁴⁵⁰ 印度、比利时、荷兰等国为达到一定标准的私立学校（包括教会学校）比照公立学校直接从政府划拨经费，法国政府则为教会学校的教师支付工资（Lijphart 2004: 105, Stepan 2000: 41-42），和教育代金券制度效果类似。但是，从美国的经验看，政府直接为私立学校提供经费的做法在严格遵循政教分

个人自由⁴⁵¹。教育文化自治体在地域方面不具有排他性的地理疆界，可以互相交叉重迭，而且与省、县及基层自治体并行不悖⁴⁵²。

基于民主原则的省县自治，在某些省县有可能自然形成非汉民族的绝对主导地位（如藏族在西藏），也有可能形成汉族主导省政、非汉民族主导某些县乡的局面。在后一种情况下，教育文化自治体制度就成为民主原则与族群自治之间的桥梁，不偏于任何一个极端，有助于民主宪政的巩固，也有助于多元并存、各族和睦的中华国族的长远发展。

教育文化自治体制度与民国宪法的省县自治和教育文化条款并不矛盾。教育文化自治体可以具有特殊的公法人地位，由专门法律规范其与各级自治体的协作关系（包括财务关系），以及基层教育文化机关的民主选举机制和问责机制。

此外，民国宪法第 168、169 条规定了国家扶植边疆民族自治的基本国策，对教育文化自治体和各级自治体皆可适用。作为特殊公法人的教育文化自治体，可以获得国家的特别扶助，在符合民主原则和国家关于教育水准的基本要求的基础上自主办理教育文化事业，在涉及宗教的领域（如藏族幼童出家或在寺庙接受教育）还可以有特殊的规定，在此不详细讨论。

第二节 基本国策

1919 年德国魏玛宪法开创了国策单列章节载入宪法的先例，但这一做法在魏玛德国时期即引发了争议，某些国策难以具有规范性的效

离原则的国家可能会遇到很大阻力，所以教育代金券制度是一个较好的变通方案。

⁴⁵¹ 有学者指出，非地域自治制度的一个问题在于自治机关的建制通常仍然需要一定的地域基础和应用范围（Keating 2012: 15）。笔者认为，教育代金券制度将选择的自由赋予个人和家庭，可以使教育方面的非地域自治制度在相当大的程度上突破地域的束缚（在外求学的食宿费用固然成为限制条件，但可以透过官方与非官方的各种途径予以一定程度的补助）。

⁴⁵² 西方有学者甚至提出各级政府的各种服务职能都可以具有重迭的辖区，相互竞争，以便公民自由选择。参看 Frey and Eichenberger (1999), Frey (2001)。

力。当世各个民主国家的宪法，以相当长的篇幅规划基本国策的并不多见。但是，基本国策入宪并不是重大瑕疵，我们应当采用务实的态度对待民国宪法的国策内容。

一 不同性质的国策条文

基本国策，尽管具有前瞻性和指导性，但社会经济的动态发展意味着制宪者不可能预料到日后所有的政策细节，制宪者的善意期待也可能带来某些不切实际的政策愿景。因此，民国宪法基本国策条文并非全部具有约束力，某些条文必须采用灵活的解读。下面从约束力的角度分三类讨论基本国策条文⁴⁵³：

（一）边界规范性的国策条文

为政府行为和政府人事构成划出边界条件的规范性国策条文，具有完全的约束力，不得灵活解读。外国宪法中的此类条文时常散见于宪法各个章节，而不是集中于专门的国策章节。

民国宪法第 138-140 条对军队国家化和军人不得干政的规定，就是典型的边界规范性条文，通行于民主国家⁴⁵⁴。第 164 条关于教育、科学、文化经费占预算总额的最低比例，亦属于边界规范。

值得特别讨论的是民国宪法第 160 条之“六岁至十二岁之学龄儿童，一律受基本教育，免纳学费”的规定。此条言辞确切，没有变通解释的余地，在约束力的角度上属于政府行为的边界规范，而且直接形成了人民的公法权利，适龄儿童接受基本教育时若被索取学费可拒付⁴⁵⁵。

⁴⁵³ 看待基本国策的另一个角度是依据其内容所涉及的政策领域划分为“部门宪法”（如国防宪法、经济宪法、文化宪法等），参看苏永钦（2002）。

⁴⁵⁴ 陈新民大法官（2015：1016-1017）把军队国家化归入“制度保障”范畴的基本国策，此类别还包括一些必须依靠立法方可实现的福利政策，如宪法第 155 条的社会保险制度、157 条的公医制度等（陈新民 1988：114-115）。笔者未采用“制度保障”的类别划分，因其概念较为模糊，许多基本国策条文既可以说是“制度保障”又可以说是“宪法委托”，在立法院完成立法任务之前，“制度”尚不存在，只有在立法之后方成为“保障”。

⁴⁵⁵ 参看陈新民（1988 [1990：123]，2015：1018）。陈大法官指出，其他貌似

（二）立法授权式的国策条文

某些国策条文明确提及“经法律许可”或“依法律限制”，相当于对政府的立法授权，就法理而言是规范性的授权条文，但没有具体划出边界条件，所以就操作而言留有充分的弹性空间。政府如何立法，虽然需要依据宪法相关条文提出的立法原则，但仍然具有因地、因时制宜的灵活性。

民国宪法第 145 条“国家对于私人财富及私营事业，认为有妨害国计民生之平衡发展者，应以法律限制之”，就是典型的例子。以美国政府为代表的西方国家政府，虽然不一定从宪法中获得如此明确的授权，但透过对税收条款和经济贸易条款的灵活解读，无一例外在这些方面积极立法，如美国的反托拉斯法。民国政府如何衡量“国计民生之平衡发展”，取决于动态的时代共识而不是 1946 年制宪者的定见。国府迁台之后并不拘泥于“节制资本”的字面意义，而是实行了促进私营产业发展的经济政策，带动了台湾的经济腾飞。

（三）方针愿景性的国策条文

并非边界条件亦没有明示立法授权的国策条文，具有施政方针和愿景的性质⁴⁵⁶，实际效力取决于其在具体社会经济环境中的可操作性。政府立法施政之时，如果有条件满足宪法中相关国策的要求，则应当满足之；如果没有条件，那么政府决定部分履行或无为，并不违宪⁴⁵⁷。但

公法权利的条文是“请求权”而不是“拒绝权”，仍然需要立法方可落实，故属于“宪法委托”而不是宪法所直接形成的公法权利。

⁴⁵⁶ 在比较宪法学的意义上，爱尔兰宪法和印度宪法在社会政策方面都有大段条文归入“指导原则”（Directive Principles），原则上无法透过司法途径强迫行政部门执行或强迫立法部门立即立法（但近年来也有例外，参看 Davis 2012: 1032-1033）。意大利、芬兰等国宪法虽然不明说“指导原则”，但许多宪法权利和建制的落实依赖于立法部门的作为，从颁布宪法到完成立法可能经过多年，其间无法诉诸司法（Oliver and Fusaro 2011: 390）。

⁴⁵⁷ 台湾学者林明锵（1997）、林明昕（2004）、黄舒范（2006）等引入德国学界的“国家目标规定”学说，认为“方针条款”概念已经落伍，此类条款以其“国家目标规定”的性质而具有“宪法委托”式的法规范约束力（但不直接

是，政府立法施政不可与宪法基本国策反其道而行之，因为民国宪法第171条明文规定“法律与宪法抵触者无效”。

例如，民国宪法第152条“人民具有工作能力者，国家应予以适当之工作机会”，在字面上显然是一个理想化的愿景，没有完全实现之可能，至多得到部分实现。如果国家遇到财政困难而无法帮助失业人口就业，那么国家的无为并不是对这一条文的直接抵触，也就属于宪法容许的范围之内。至于国家机关在必要时裁撤冗员的做法，与民国宪法第152条无关，因为此条文指的是国家帮助就业，而不是由国家作为雇主来直接提供就业机会；反之，国家作为公法人，享有相应的权利⁴⁵⁸，包括裁撤冗员的权利。

此外，方针愿景性的基本国策条文如果涉及并非日常通用语汇的意识形态术语，其含义应当以其后的细节条文为准，而不应以宪法之外的任何意识形态为准。民国宪法第142条“国民经济应以民生主义为基本

形成可寻求司法救济的基本权利即“主观权利”），不但立法部门需要推动这些“国家目标”的立法，行政、司法乃至考试、监察部门也需要在职权行使的个案中落实“国家目标”的宪法法益。

笔者认为，在明文的立法授权和明显的理想愿景这两个极端之间存在着“连续谱”性质的过渡地带，“宪法委托”式的“国家目标规定”可以视为“方针条款”的一个子集而不是对立面。至于国策条款的归类划分，考虑到明文的立法授权隐含了法律保留原则（亦即必须待到立法部门完成立法方才产生实际效力），立法授权类型似应单独归为一类；没有明文提出立法授权的国策条款皆可归于方针条款，后者不但包含了“理想愿景”，而且包含了广义的“宪法委托”。但是，立法授权条款亦属于“宪法委托”（即狭义的“宪法委托”，参看陈新民1984，许育典2006：543），因此，另一种划分（陈新民1988：113，2015：1015-1016）是将“宪法委托”不管是否有明文立法授权都划为一类，“理想愿景”则作为狭义的“方针条款”划为另类（许育典2006：543称之为“单纯的国家目标条款”）。这一做法不无道理，缺点在于“宪法委托”和“方针条款”之间的界限不甚分明。话说回来，如果暂不考虑法规约束力的问题，那么方针条款不管是“方针愿景”还是“宪法委托”，都为政府行为指引了方向，在立法尚不到位的情况下仍然具有柔性的影响力；在有条件的情况下，政府立法施政应尽可能优先推动宪法基本国策之落实。考虑到当代政府所能够支配的资源相当广泛，“方针愿景”与“宪法委托”之区别在大多数情况下当趋于消弭。

⁴⁵⁸ 关于公法人之权利，参看李建良、刘淑范（2005）。

原则，实施平均地权，节制资本，以谋国计民生之均足”，因涉及意识形态术语而不具有明确含义⁴⁵⁹，需要由第 143-151 条阐发其具体内容。

“平均地权，节制资本”在民国宪法中并不意味着孙中山生前带有理想主义色彩的具体政策主张，而是由第 143-145 条作出务实的界定。

“愿景”入宪，固然具有政治意义，但在司法角度是否多此一举呢？否也。其一，宪法“方针条款”在司法部门的个案审理中可以用作参照，甚至用于对其他权利施加限制⁴⁶⁰。其二，宪法位阶的基本国策一旦形诸法律，即不能被司法部门以“违宪”为由全盘推翻⁴⁶¹（针对其立法的违宪审查至多否定一些细节⁴⁶²）。也就是说，方针愿景一旦载入宪法，即在效果上限缩了违宪审查的范围。例如，对边疆民族⁴⁶³的特殊照顾在形式上违反了宪法第 5 条和第 7 条所明定的平等原则（汉族贫困地区和散居汉族地区的非汉民族无法获得同等照顾），如果没有列入宪法基本国策（第 168、169 条），即可能难以通过违宪审查⁴⁶⁴。

⁴⁵⁹ “主义入宪”确实不妥。虽然孙中山民生主义的许多主张在中华民国制宪、行宪过程中得到了阐发和落实，但是司法院大法官释宪从未引用民生主义。台湾有学者认为“三民主义很长的一段时间沦为官方的意识形态，以致清流当中，有许多人敬而远之”，参看刘士豪（2005 [2006: 426-427]）。

⁴⁶⁰ 参看 Tushnet (2008: 238)，一个例子是南非政府为洪灾难民提供的临时住处对邻近居民造成了影响，邻近居民以财产权被侵犯为由诉诸法院，从财产权的角度来看不无道理，但法院以南非宪法的社会经济权利条款为依据驳回了这一起诉。

⁴⁶¹ 参看杨智杰（2010: 132-133, 172-173），

⁴⁶² 司法院大法官释字第 580 号解释以财产权保障为理由，部分推翻了依据宪法基本国策制定的“三七五减租条例”，即引起争议；倘若没有宪法基本国策的扶助自耕农和改善农民生活条款，以当时司法院的倾向（土地改革利益受损者数十年咬牙切齿的痛恨，在来自绿营的许玉秀大法官的协同意见书中呼之欲出），更大程度的违宪裁决是不难想象的。

⁴⁶³ 系指“弱势原住民族”，参看本书第三章第四节关于边疆民族国大代表名额的论证。

⁴⁶⁴ 类似的例子是民国宪法在台增修条文所增添的“全民健保”国策，如果只是透过立法来推行，即可能遭到违背宪法第 23 条之比例原则的非议，参看颜厥安（2006: 20）。

二 以“中间略左”的国策遏制极左

1946年4月的政协宪草之基本国策条文相当笼统。制宪国民大会期间，以国民党籍代表为主体的制宪国民大会接受了政协宪草的政体架构（仅有略微修正），但在地方自治和基本国策方面对政协宪草作出了扩展，阐明了许多细节⁴⁶⁵。民国宪法关于国民经济、社会安全、教育文化的基本国策条文所具有的左派倾向或社会主义倾向，实则反映了参与制宪的国民党、民主社会党和青年党对左派政策的认同，以及左派思潮在当时全球范围的影响力——二战前后，宪政民主国家没有一个选择以右翼经济、社会政策对抗极左共产势力，而是无一例外采用了略受左派影响的、温和的经济、社会政策⁴⁶⁶，甚至有工党或社会党胜选执政。

以二十一世纪的视角来衡量，定格于1946年的民国宪法基本国策条文大都属于现代自由民主国家（包括美国这样并非福利国家者）的政府普遍承担的社会职能。政党竞争和选民的民生诉求，导致经济、社会、教育政策中间偏左的状态成为现代自由民主国家的常态，民国宪法的基本国策在这个尺度上只是中间略左（和当代福利国家相比甚至靠右），而且在经济政策上为自由经济留有巨大的立法空间⁴⁶⁷。

从务实的角度考虑，民主转型之后的中国大陆不可能实现“最小政府”或“无为而治”，东欧国家民主转型之后也纷纷将社会权写入宪法

⁴⁶⁵ 关于张君勱对基本国策的淡化处理以及制宪国民大会讨论、充实基本国策条文之详细过程，参看吴青盈（2004：73-95），郭明政（2006：340-341）。

⁴⁶⁶ 一个典型的例子是美军占领当局于1946年起草的日本现行宪法，其“左”的程度远超过民国宪法，不但放弃战争，而且规定“全体国民都享有健康而文化的最低限度的生活的权利。国家必须在生活的一切方面为提高和增进社会福利、社会保障以及公共卫生而努力”，并且“保障劳动者的团结、集体交涉以及其他集体行动的权利”。众所周知，军事当局的政治立场通常偏右（日本战后数年的实际统治者麦克阿瑟将军在美国内政方面也属于偏右的共和党），却主持制定了这样一部大力保障社会权的宪法，可见社会权入宪在二战之后实乃大势所趋。

⁴⁶⁷ 台湾学界多认为中华民国宪法包含了“民生福利国”原则（如黄舒范 2006，吴庚、陈淳文 2013：58-59），亦有不同意见（如吴信华 2015：139-142）。笔者认为这一学理上的争议缺乏实际意义，在社会福利和经济自由之间寻求平衡才是要务（参看下一小节关于国策的展望）。

⁴⁶⁸，所以自由至上主义者和新自由主义经济学者有必要以客观的眼光看待民国宪法。事实上，民国宪法的基本国策条文不但可行，而且可以以其“中间略左”的性质，起到遏制极左势力的功效。

就大体而言，民国宪法的经济、社会、教育政策能够容纳中国大陆未来无法避免的社会福利诉求，并为之提供框架，可以避免其恶性膨胀。中国大陆贫富悬殊和仇富心态盛行的国情民情有可能为极左政治力量的兴起提供温床，民国宪法的基本国策对人民可以有相当大的吸引力，对极左势力不啻釜底抽薪。

就细节而言，民国宪法第 143 条对“平均地权”所作具体解释中的“土地价值非因施以劳力资本而增加者，应由国家征收土地增值税，归人民共享之”，在效果上将土地增值税划为国家税种，这就避免了极左势力在地方施行某些极左政策的可能——如果极左政党在地方自治体胜选，将无法对土地增值课以重税。此外，土地增值税“归人民共享之”而不是“分享之”的规定也避免了劫富济贫、均分财富的误区⁴⁶⁹，即使左派政党在中央胜选，亦无法平分土地增值税，必须依据“共享”的原则用之于公共事业。

三 国策展望

如前所述，民国宪法的基本国策章节并无大碍。但是，在保留 1946 年的基本国策的同时，是否有必要添加新的内容呢？笔者认为，除了台湾修宪过程中增添的国策条文值得参考以外，下述自由主义的考量似可作为具有强制力的边界规范载入宪法，成为对 1946 年左派影响的平衡和补充。

⁴⁶⁸ 雷文玟（2002）。

⁴⁶⁹ 睿智的古人早已观察到“升米恩，斗米仇”的社会心理现象，劫富济贫反而有可能在受益者一方激化“仇富”心态。笔者在本书附录二提出一套福利制度设想，主要以资源收益为基础，如果需要透过税收为福利开源，亦应避免将所得税、土地增值税（后者其实是一种特殊的所得税）等具有“劫富”性质的税种用于再分配，交易税、增值税（来自货物流通或劳务而不是土地）等具有社会资源性质的税种则可考虑。

（一）公共政策的个人自由原则

自由主义在民国制宪的年代并不是国内外思潮的主流，今日则具有极大的影响力。政治经济领域多年来的理论与实践已经表明，组成“人民”的个人并不具有利益的一致性，国家政策在相当多的情况下会侵犯一部分个人的利益和自由。虽然“自由”并不是绝对的，但是“公益”同样并非绝对，如果在政策上强调人民的整体利益（或者说多数人的利益）而忽视了个人自由和少数人的利益，那么政策走向偏差的可能性势必加大。国家和各个自治体制定公共政策之时，有必要尽量尊重个人自由，在尽可能多的方面给个人以选择的机会。

上文讨论教育文化自治体制度时简单提及的教育代金券制度，就是典型的例子。如果家长出于某种原因不愿送子女去公立学校入学，政府是否应当以代金券的形式为他们提供一定的补偿，以冲抵私立学校的费用？笔者认为，教育代金券制度尊重个人自由，促进社会的多元化，为公立学校造成竞争压力以提高其质量，并且在多族杂居地区为教育选择问题提供解决方案，具有很强的合理性。

教育代金券制度的讨论，仅仅是抛砖引玉。如果一定程度的个人自由原则能够载入宪法，将大有裨益。例如：国家及自治公法人制定公共政策，应以尊重个人自由和个人选择为基本原则，人民不选用公营事业而蒙受重大经济损失者⁴⁷⁰，应按适当比例，专款专用，予以补偿。

个人自由，在孙中山先生的三民主义理论体系中并未得到正面表述。但是，这一事实出于国民革命的历史背景，孙中山强调的是国民党党员让渡个人自由于政党，形成合力，以期在革命成功后享受自由平等的权利（1924年11月在黄埔军官学校的告别演说中更以商人投资与分红的时间差为例，说明这个道理⁴⁷¹）。孙中山毕生致力于革命事业，不

⁴⁷⁰ 公共图书馆、公共交通等公用事业所造成的税务负担并不沉重，从不使用这些设施的人谈不上蒙受重大经济损失，所以笔者认为不必补偿。至于界限何在，似可留待将来做个案处理，透过立法实例和司法判例做出大致的界定（不必强求精确性，可留有弹性空间）。

⁴⁷¹ 孙中山（1924c [1989c: 512]）。

曾就革命成功、宪政施行之后的个人自由问题作出详细阐述。事实上，与公共政策有关的个人自由选择问题在西方学术界直至近几十年（甚至近十数年）方才获得重大突破。我等后人在宪政制度设计之中为个人自由和个人选择提供保障，在某种意义上继续了先贤未竟的事业。

（二）福利制度避免奖懒罚勤的原则

虽然中国几乎没有成为欧式福利国家的可能，但一定程度的社会福利是不可避免的，也为民国宪法基本国策所要求。在这一前提下，自由主义者的要务是优化福利制度，至少需要避免福利制度奖懒罚勤的倾向。为此，在宪法的国策部分明示福利制度不得奖懒罚勤这一基本原则，就具有积极正面的意义，为中国大陆未来福利制度的立法过程提供准绳。

如何避免奖懒罚勤呢？笔者在《黄花岗》杂志第 49 期发表的《转型正义和民生保障——“国民福利基金”的设想》一文对此作出了初步的探讨（概言之，以“人头福利”取代低保福利和所得税免税额，全体国民不分收入高低皆享有同等福利），作为附录二收录于本书。

（三）刑罚之保护社会和个人责任的原则

1996 年，美国俄勒冈州选民行使创制权，高票通过了州宪修正案⁴⁷²，将该州宪法原文之“刑罚法律应基于改造的原则，而不是报复性的正义（vindicative justice）”改为保护社会、个人担当（personal responsibility）、个人行为课责（accountability for one's actions）和改造等原则并重。俄勒冈州宪法的这一修正，直接导致反社会、无人性的冷血变态罪犯被重判⁴⁷³。笔者尚不知道哪个独立主权国家的宪法有类似条

⁴⁷² 此修正案（Measure 26）由“犯罪受害者联合”组织（Crime Victims United）创始人 Kouns 夫妇发起，获得了俄勒冈州立法部门和选民的压倒性支持（参议院 24 票对 3 票，众议院 54 票对 1 票，选民 66.62%对 33.38%），少数反对意见主要围绕着“报复性的正义”禁令之去除，鲜有反对保护社会、反对个人责任者。

⁴⁷³ Raine (2013: 333)。这个案例于 1999 年宣判，至今（2016 年）历次上诉仍

文，但是，西方民主国家愈演愈烈的一个倾向就是百般寻找外在原因为严重刑事犯开脱罪责、使之从轻发落，有鉴于此，笔者认为美国俄勒冈州的上述州宪修正案具有重要的参考价值⁴⁷⁴。但是，此条修正案剔除了俄勒冈州宪法原文对“报复性的正义”的排斥，具有很强的“刑罚民粹主义”色彩⁴⁷⁵。为了平衡起见，似应在突出保护社会、个人责任和改造等原则的同时明文否定“报复性的正义”⁴⁷⁶。

维持原判。

⁴⁷⁴ 有必要指出，保护社会和个人责任的原则与死刑存废问题无关，“终身监禁不得假释”的刑罚也与这两个原则相合。

⁴⁷⁵ 李怀胜（2015）。

⁴⁷⁶ 法学家许福生（2010a：105，2015b：507-527）主张实施“相对应报的‘两极化刑事政策’”，将长期剥夺自由的“自由刑”作为对严重刑事罪犯没有其他替代措施情况下的最后手段，这一主张在不妨碍保护社会和个人责任之原则的前提下可资参考。

第七章 总结、展望和结论

总结

1946 年制宪国民大会在多方协商的基础上制定的中华民国宪法，包含了精妙的制度设计，对当今和未来的中国仍然具有适用性。宪法之外的宪政制度细节，亦需要结合中国国情与民情，作出优化选择。中国大陆如果恢复施行中华民国宪法，还可以直接承袭司法院在台湾释宪体系在人权保障和政府权限等方面的巨大成就，有助于宪政民主制度的巩固。

与西方国家盛行的传统代议政体相比较，民国宪法的重要特色是以国民大会对代议制五院政府作出补充和制衡。为此，本书以相当长的篇幅论述了权能区分原理和国民大会制度的细节，指出国民大会应当实行委任代表制民主机制。中国作为人口极多的大国，不宜全盘照搬西方代议制度（议员人数过多则难以议事，人数稍少则每一名议员对应于过多的选民），也难以进行全国范围的公民投票。实行委任代表制的国民大会，在人民和代议制政府之间提供了传达民意的宪政渠道，对中国尤为适合。

总统一职，在民国宪法的改进型议会制中并非完全虚位，而是具有些微实权，在行政院与立法院相争之时可以影响政局走向，平时则有民意沟通方面的柔性职能。国民大会间接选举总统的制度有助于选出合适的人选并避免其擅权倾向，切合中国国情、民情和传统。

政府五院之中，行政院在对立法院负责的同时具有相当程度的独立性，有助于政治的稳定。立法院作为唯一的代议立法机关，责任重大，所以其构成和选举制度的优化极其重要，本书在这一方面作出了深入探讨，并提出了有助于“共识决”民主机制的“排序复选政党名单比例代

表制”作为立法委员选举的最佳方式。司法院、考试院、监察院的架构优化、职能优化和政治价值，也是本书的议题。

地方自治和基本国策，并不是本书的重点，但这两个方面有许多制度优化的空间，国策的解读方式也有必要厘清。在民国宪法有关条文、台湾的经验和西方国家经验的基础上，本书进一步提出了教育文化自治体的设想，作为边疆地区民族自治问题的解决方案，以及反映自由主义理念的公共政策主张，作为对民国宪法基本国策的补充。

总览民国宪法，笔者认为，唯一一处必须修正的条文是规定立法委员人数的第 64 条。其他条文的修订或增删，亦可在时机成熟的时候进行，但制度设计之优化通常可以透过普通法律而不是宪法。

中国大陆民主转型道路的展望

民国宪法曾施行于中国大多数地区，中国人民曾依据民国宪法，以民主普选的方式，于 1947 年选出第一届国民大会代表，于 1948 年选出行宪后第一届立法委员，这两次民主选举确立了民国宪法的合法性即法理正当性⁴⁷⁷。中共以武力夺取大陆政权，中止了民国宪法在中国大陆的实施效力，但中共在大陆以非民主的方式制定的所有宪法都有名无实，民国宪法仍然是中国唯一一部具有法理正当性的宪法。中国大陆民主转型的过程，应当是回归民国法统的过程——在中共宪法已废、亦没有新宪法取代民国宪法的情况下，民国宪法是中国大陆转型时期的当然选择，甚至可以不需再度核准即恢复效力。在台湾的中华民国司法院释宪体系中不涉及在台增修条文的部分，亦可由中国大陆直接承袭。

但是，民国宪法从恢复效力到完全落实，必须有一个过渡时期。在这一过渡时期的初期，临时政府可以大致依照民国宪法的架构来组织，并奉行民国宪法和司法院释宪体系的人权保障制度，为人民的自由提供切实的保障。但是，临时政府并不具有合乎民主程序的民意授权，尚且不是民主政府。临时政府以自由为原则，以宪政为基础，以民主为导

⁴⁷⁷ 即英文 legitimacy，参看注 18。

向，在稳定大局之后即应着手准备国民大会代表的选举，作为中国大陆民主转型过程中的第一次全国大选。

此届国民大会负有修订宪法和选举总统的任务（可称作“复宪国民大会”），而且有可能需要通过一些具有宪法效力的临时条款（例如民选立法院就职之前的过渡政府组织架构），以确保中国大陆民主转型的顺利进行。基于民国宪法原文在国民大会代表之性质问题上的模糊性，考虑到委任代表制因效率极低而难以适用于转型期，复宪国民大会应作为代议机关，以稳健而不失效率的方式完成上述重大任务，然后自下一次集会起在罢免、创制、复决议题上改行委任代表制。为避免国大代表对这一“自缚手脚”的修宪案发生抵触，可由临时立法院在国大代表选举之前即就国民大会之委任代表制提出修宪案公之于众，形成民意共识，再由复宪国民大会第一次会议予以通过；国大代表在此次会期仍作为法定代表议决其他修宪案。

国民大会的召开，将是中国大陆民主转型过程中里程碑式的成就。其后的立法委员选举（依据国民大会修订民国宪法第 64 条而确定的立法委员名额），将是这一过程的下一座里程碑——民选的代议立法机关和随之形成的责任内阁，将标志着中国大陆的中央政府获得完全的民意授权，成为合乎国际标准的民主政府。但是，民主宪政建设必须以切实的地方自治为依托，这一任务仍将需要相当长的时间。

必须强调的是，中国大陆重建民国、复行民国宪法，所依靠的是大陆人民的力量，并不取决于台湾。两个中华民国可以在相当长的时间内并存于海峡两岸，中国大陆宪政民主制度的巩固和台海的和平将是大陆转型期间的首要任务，台湾问题的解决可以留待将来。

结论

略为增修的民国宪法，加以配套的制度细节和司法院在台湾释宪体系的可用部分，是非常适合于中国的宪政制度，是中国大陆民主转型的最佳选择。

与此同时，人民的民主素养和宪政理念、活跃的公民社会、独立自由的媒体，是宪政民主得以巩固的必要条件。民国宪法及配套制度对这些因素有积极的促进作用，民间团体与个人也责无旁贷。在民国宪政制度框架之下，人民与政府的良性互动必将造就一个民主、自由、人民幸福而有尊严的中华民国，这将是我等奋斗的目标。

后记 宪法所遏制的是什么？

如果读者朋友能够耐心读完本书，那么感谢您对拙作的赏识。不管您是否赞同本书的核心论点即中华民国宪法对中国大陆民主转型的适用性，一个顾虑有可能挥之不去：七十年前的先贤制定的宪法，有什么理由约束后世？

为了回答这个问题，请考虑另一个更加根本的问题：宪法所遏制的是什么？从宪法的目的（即保障人民权利、限制政府权力）而言，很显然，合乎宪政主义原则的宪法能够遏制政府擅权的倾向。但是，仅仅如此吗？宪法还在遏制什么呢？

这里，我们有必要换一个角度来思考：宪政民主的哲理基础和人文价值，在于对人的尊重和对人的警惕。在这个意义上，宪政主义的宪法所遏制的是人性的弱点、局限和阴暗面。人性的这些负面因素，不但映射于政府，而且体现于每一位公民，遭受中共统治六十余年之严重负面影响的中国大陆人民更是如此。

合乎宪政主义原则的宪法，透过条文上的制度设计和实践中的宪政经验而直接遏制政府之恶、间接遏制人性之恶。一部几十年前甚至一、二百年前制定的宪法之所以能够持续焕发生命力，不但是因为宪法不断被增修、解释，而且是因为宪法及其附带的宪政体系所遏制的人性之恶并不随着时代的发展而改变。西方民主国家轻易不会制定新宪（近年来少有的例子如 1999 年瑞士新宪法实则为老宪法和多年来增修条文的综合整理，并未改变宪法制度的实质内容），其原因多少包含了民主政体的国民出于对人性之恶的深刻认识而对宪法产生的敬畏之心。

中国大陆呢？我们难道有足够的自信认为我们能够超越西方民主国家的境界吗？在这样一个缺乏法治传统、道德严重败坏的社会，要想让一部崭新的、未曾实践的宪法得到国民和政府官员的普遍尊重，恐怕有相当的难度。笔者殷切希望有志于宪政民主事业的中国大陆人士对中共

统治多年的后果有清醒的认识，勇于承认我们自身的严重局限。民国宪法加以司法院释宪体系而成的中华民国法统，是中国宪政艰难发展一百多年的成果，来之不易，我等应当珍惜之！

附录一 民国宪法的联邦主义精神

——致联邦主义者的呼吁

联邦主义在中国知识界有相当大的影响，《零八宪章》即以“联邦共和”为基本主张之一，并提出建立“中华联邦共和国”。值得注意的是，中国的联邦主义者大都认为中国大陆民主化之后应当制定联邦制新宪法（海内外异议人士拟制的草案即不止一部），而忽视了 1946 年制宪国民大会通过、1947-1948 年曾施行于全国大部、经增修后至今仍施行于台澎金马的中华民国宪法（下称“民国宪法”）。但是，探究其详细条文即不难看出，民国宪法具备了相当程度的联邦主义精神。笔者愿略做分析，以期在联邦主义者与民国派之间找到最大的共识。

一 倾向于联邦制的“均权制”

民国宪法的地方制度脱胎于孙中山先生倡导的“均权制”——“国民政府建国大纲”（下称“建国大纲”）第十七条提出“关于中央与省之权限采均权制度。凡事务有全国一致之性质者，划归中央；有因地制宜之性质者，划归地方；不偏于中央集权或地方分权。”

虽然均权制就权限划分而言“不偏于中央集权或地方分权”，但取决于具体的政治架构（尤其是行政部门的产生方式与问责机制），有可能倾向于单一制，亦有可能倾向于联邦制。“建国大纲”以县自治为本，就县权而言有联邦制的倾向，但省作为中央与县之间的联络单位，仅有半自治地位，民选省长须受中央指挥，协办省内之国家行政，所以就省权而言有单一制的倾向。国民政府于 1936 年拟定的“五五宪草”要求民选县长受省长指挥，省长则由中央政府任免，省成为“执行中央法令，及监督地方自治”的中央派出机构，如此之均权制已经走样到了

近乎单一制的程度。1946 年政治协商会议及其后的宪草审议委员会会议中，力主“五五宪草”的国民党与为维持割据而主张“联邦制”的共产党争执不下；经民盟代表张君勱斡旋，国民党作出了重大让步。张君勱执笔的 1946 年 4 月版“政协宪草”及以之为蓝本的民国宪法规定省县皆自治，省长县长皆为民选，而且不再有“接受……指挥”字样，所以民国宪法之均权制倾向于联邦制。

民国宪法之所以不自称联邦制，除了“均权制”概念外，还与中共当时对“联邦制”的界定有关。中共在尚未看到武力攻占全国的希望之时，为使共占区保持国中之国的地位，要求省得自行制定省宪，以及地方法官民选。在这两个原则问题上，国民党最终没有让步。

民国宪法授权中央制定省县自治通则，省依据宪法和省县自治通则制定的自治法须送交司法院批准，省自治法实施过程中出现重大障碍时由司法院长主持中央五院院长委员会解决之。在宪法明确规定的自治架构之外另立中央法律以进一步规范地方自治，的确不同于典型的联邦制。但是，为制约中共而设置的省县自治通则因中共叛乱而至今尚未制定（台湾在宪法增修后以地方制度法为地方自治之法源），这就为民国宪法框架下强化地方自治留下了空间。联邦主义者的努力，可以优化省县自治通则的内容，确保其成为地方自治的助力而不是阻碍。

至于地方法官民选，会导致司法部门为易变之民意所左右，损害共和政体的均衡与稳定，西方政治学界普遍认为是不合理的制度，亦鲜有施行者。目前全球二十多个联邦制国家中，除美国等少数，多以近乎单一的司法体系贯穿全国，所以民国宪法所规定的司法权归中央的司法制度没有问题，在此不赘述。

民国宪法还有一个与美式联邦制的区别，在于宪法没有明确划归中央或地方的权责项目有争议时由立法院定夺⁴⁷⁸。当然，这只是确立了中央在此问题上的权威，并不是说立法院一定会把争议事项划归中央。美国宪法第十条修正案规定未划归联邦的权力属于州或人民，但事实上联

⁴⁷⁸ 此规定当然可以修改为司法院定夺，但不一定有必要修改，参看注 30。

邦政府权力日益增大，以至被批评为向单一制靠拢，说明美宪之规定并不能有效保护地方权力。

二 民国宪法合乎联邦主义精神

何谓联邦主义？这个名词在学术界并没有一个公认的确切含义，但是，从不同学者关于联邦主义的论述之中，我们可以体会到联邦主义的一些基本精神，并以之为参照，审视民国宪法。

为方便起见，笔者首先援引 MBA 智库百科网站“联邦主义”词条的部分内容⁴⁷⁹：

（1）“麦凯（R.W.G. Mackay）在欧洲一体化背景下给出了联邦主义的如下定义：联邦主义是一种分配政府权力的方法，以使得中央和地方政府在一个有限范围内是独立的但却又是相互合作的。检验这项原则是否实施的方法是看中央和地方权威是否相互独立。”就省县立法部门与行政部门的权威而言，民国宪法规定了民选省县议会与省县长的制度，划分了中央、省、县的权限，没有把省、县作为中央的下属单位，所以符合中央与地方相对独立的精神。

（2）“维斯蒂里希（Ernest Wistrich）在一个关于欧洲联邦的建议中提出了不同于麦凯的联邦主义的定义：联邦主义的实质是权力的非集中化，以便需要在离公民更近的较低政府水平上得到满足。这个定义并没有把联邦主义限定在两个层次组织国家权力，而是强调了联邦多层分权的可能性。”民国宪法的省县自治制度，以及选民在县这一“离公民更近”的自治层面的直接民权，明显符合多层分权的精神。

（3）“……从联邦分权原则演绎出的‘权力分散’原则，是《马斯特里赫特条约》的核心。……哈里森（Reginald Harrison）指出……真正的联邦主义是权力在许多层次不同的经济、社会、文化利益之间的极端的分散和再分配。”民国宪法之中央地方合理划分权限的均权原则，省可以透过省自治法协调省县关系的规定，以及县民直接民权，在相当程度上符合权力分散和再分配的精神。

⁴⁷⁹ MBA 智库百科“联邦主义”词条：<http://wiki.mbalib.com/zh-tw/联邦主义>

(4) “奥斯特罗姆 (Vincent Ostrom) 认为……联邦主义是使宪法成为实在法律，而不仅是道德宣言的最关键的建制。……复合共和制并不是意味着次一级的共和国组成了联邦共和国，不是几个小的共和国政府组成了大的共和国政府。而是同时存在着两个或多个层次的共和国们，最高层次即为联邦共和国。因此，同一个地域范围，可以同时属于重迭存在的两个或两个以上的共和国。所有这些共和国的政府们都是面对公民个人的，每一个公民，同时都是两个乃至数个共和国的公民。全国性政府也直接面对公民个人，而不是封建式的‘分级管理’，即每一级政府各自管理下级政府，而不直接面对公民个人。每个共和国都拥有独立的但有限的权力。联邦政府和次级共和国政府都是面对公民个人的，它的权力是独立的，直接来源于人民，有独立的手段来执行这些权力。政府面对个人，避免了对集体而不是对个人课以责任，而个人责任，是可实施法律的基础。”民国宪法规定中央、省、县三类政府的立法、行政部门皆民选，对公民分担不同的权责，可以解释为没有上下级关系，所以符合“复合共和制”的精神。

这里需要说明的一点是，民国宪法允许划归中央的某些事项在中央立法后交由省县执行之，省亦可把划归省的事项在省立法后交由县执行之。这看似属于“分级管理”，但“复合共和制”的原则不应以机械教条的思维来运用，美国这个联邦制的典范亦早已走向“合作联邦主义” (cooperative federalism)，例如美国联邦政府对低收入人群的医疗补助 (Medicaid) 即交由各州政府执行。具有法人地位的各类政府之间的合作，包括反向的委办（例如镇政府把某些公共服务职能“外包”给县政府），经常是提高效率、节约公帑的良策。

顺便说一下，1923 年民初第一届国会在曹锟贿选总统之后匆匆通过的一部“中华民国宪法”（因直系政令仅及华北数省而从未施行于全国），被某些联邦主义者视为“联邦制宪法”，但此宪法规定“省、县自治行政机关，执行国家行政有违背法令时，国家得依法律之规定惩戒之”。此“惩戒”，即国家对省、县课以责任，明显违背了“复合共和制”的联邦主义原则。合作联邦主义早已盛行于包括美国在内的当代联邦制国家，委办事宜执行不力的情况如何应对，不在本文议题之内。

下面列举一些中国学者对联邦主义的论述⁴⁸⁰，引文可能不代表其整体观点，管中窥豹而已：

(1) 以力主联邦制而著称的吴稼祥先生在《中国的“经济联邦主义”》一文中如是说：“窃以为，联邦主义思想的核心，是自治。逐级自治的国家虽然不都是联邦国家，但联邦国家一定是逐级自治的。逐级自治在一个小的民族国家，一般不会促使该国采纳联邦主义的制度安排，但在大多数情况下，会把一个多民族多宗教的大型国家或超大型国家，一个政治、宗教、文化多元化的大国逐步推向政治、经济的联邦主义。”笔者很赞同吴先生的这段论述，也认为民国宪法的县省逐级自治制度符合“联邦主义思想的核心”和“政治、经济的联邦主义”。民国宪法之地方制度虽然不是典型的联邦制，但可以视为某种形式的“联邦主义的制度安排”。

(2) 刘军宁先生在《联邦主义：自由主义的大国方案》一文中提出：“联邦主义则是一种由下至上的多中心政治秩序。现代联邦主义的一个重要的价值基础是个人的自主与群体的自治。……联邦主义的核心问题是在一个人类社会如何构建保障个人的自由与自主的政治秩序，如何才能实现真正的自治，如何才不至被居于社会之上的国家或政府不经同意却专横地统治着社会大众。……联邦主义作为一种政治秩序，可以说就是等于：（个人）自主+（地方）自治+（国家）共治。……联邦主义扩大了人民对各地政治的直接参预。事实上，联邦主义为各地采取因地制宜的民主模式，提供了理想的试验场所。”民国宪法保护个人自由，设置了县民直接民权制度和全国的国民大会制度以对政府形成制约，并且规定各省、县因地制宜制定省自治法、县自治法，所以在很大程度上符合上述引文里描述的联邦主义精神。

(3) 王天成先生在《四论共和国：关于联邦制的思考》一文中提出：“多中心、自治、非集权，尊重多样性，保护少数，以及维护国家的统一，这就是联邦主义者的基本主张。”民国宪法不正是体现了这些

⁴⁸⁰ 这些论述皆来自网文，恕不依照学术论文文体例标明出处，感兴趣的读者请在网上搜索文章标题。

基本主张吗？值得厘清的一点是，“多中心”是强化地方自治的必然结果，与此同时，联邦大国的全国政府成为“中心的中心”也是世界范围内的共同趋势，美国这样的联邦制典范亦不例外。所以，民国宪法以“中央”二字指称全国政府并不违背“多中心”的精神，虽然就联邦主义而言这并不是最佳措词。

（4）王怡先生在《分权、财政与联邦主义》一文中讨论了一个重要的细节问题：“联邦主义国家的地方议会，享有条块划分下的立法权（A 的立法归联邦，B 的立法归地方）而不是级别划分下的立法权（A 和 B 的立法归中央，A1 和 B1 的立法归地方，但不能与 A 和 B 的立法相违背），这样的地方议会才是独立而非从属的。”换句话说，二者各管各的，而不是上面定大样，下面定细节。民国宪法明确列举了中央、省、县立法机构的职权范围，确保了地方议会的独立性，所以从这个角度来看亦符合联邦主义精神。需要说明的是，省县自治通则所规范的省自治法、县自治法为省民、县民代表大会而不是地方议会所制定，所以自治法的从属性质不妨碍地方议会的独立性。

至此，我们已经可以认定，民国宪法虽然没有联邦制之名，但具有相当程度的联邦主义精神。

话说回来，民国宪法有没有违背联邦主义精神之处呢？笔者研习民国宪法，没有注意到与联邦主义精神相抵触的条文，只认为两个词语或许可以视为中国中央集权传统的痕迹：其一，上文讨论过的“中央”二字；其二，“直辖市”之“直辖”二字。

考虑到印度作为成熟的联邦制国家在日常政治语言中一向以“中央”（centre）指称全国政府，以及西方学者论述联邦主义时使用过“中央”的说法（例如前面引用的麦凯对联邦主义的定义，英文原文用词是“central and regional governments”和“central and regional authorities”），我们不必避讳“中央”二字，不必把“中央”与“联邦主义”对立起来。如果有选择的余地，联邦主义者想必愿意另择词语。但是，考虑到全国政府“中央”地位的客观性，我们不应拘泥于称谓，而应致力于落实地方自治，促成多中心格局。

至于“直辖市”之建制，撤销亦无妨（可升格为省），或保留这一

建制，作为类似于美国首都华盛顿哥伦比亚特区的半自治中央辖区。此细节问题即使在美国亦无伤大体，我们更不会一叶障目。

综上所述，我们有理由得出结论：民国宪法符合联邦主义精神。

三 “联省”的监察院和“联县”的国民大会

民国宪法可否算作广义的联邦制宪法呢？王天成先生在《四论共和国：关于联邦制的思考》文中为联邦制下了这样的定义：

“概而言之，联邦制是一种多中心的复合共和制，是关于自治、非集权、多样性的宪制安排。它有两个基本的建构原则，第一，制定一部有严格修改程式的宪法，在全国政府与各构成单位（州、省、邦）之间分割国家权力。全国政府管理国防、外交、统一大市场等与全国人民密切相关、需要集中管理的特殊事项，其他与各构成单位人民密切相关、能够分别管理的一般性事项，都由各构成单位政府管理。第二，各构成单位人民有自治或自组织权。各构成单位议会议员、政府首长，由当地人民选举产生。绝大多数联邦国家的构成单位并且有自己的宪法，规定自己的政府组织形式。此外，联邦制还有两个并非不重要的原则：联邦议会一般实行两院制，其中一院按人口比例选举产生，另一院由各构成单位选举或任命的代表组成；当联邦与各构成单位发生权力冲突时，由独立的司法机构——联邦最高法院或宪法法院依据宪法裁决。”

不难看出，民国宪法符合上述联邦制定义中的两项基本建构原则，也在很大程度上符合权力冲突司法仲裁的原则。这里略做说明：（1）关于国家权力的分割，王天成先生在《大转型》一书中进一步指出“单一制下的地方自治与联邦制的根本区别不在于分权程度，而在于地方的自治权来源于中央的授予，不是以宪法而是以法律确定的。”⁴⁸¹ 民国宪法明确列举中央、省、县权限，从而在宪法层面确定了省县自治权。省县自治通则并不涉及自治权的与夺。（2）关于自治单位的宪法，我们可以认为省自治法、县自治法具有地方宪法的性质。（3）省自治法执行过程中遇到重大障碍时，民国宪法规定由司法院长主持五院院长委

⁴⁸¹ 王天成（2012：165）。

员会处理，可视为没有宪法其他条文或其他法律可循的情况下的柔性应对方案，否则司法院可自行裁决，而不必诉诸五院院长组成的委员会。

上述联邦制定义中的两院制原则，是一个值得深入探讨的问题。民国宪法的五权宪法架构，并不包含典型的两院制议会。但是，如果我们把眼界放宽，在地方代表性的问题上跳出代议立法机构的窠臼，则不难注意到，民国宪法用相当巧妙的办法解决了这一问题：

首先，监察院之监察委员主要由各省议会选举产生，每省五人。监察院虽然没有立法权，但对司法院、考试院有人事同意权，这一点与美国联邦参议院类似。至于监察院的其他权力如弹劾权、审计权，在世界各国通常属于国会（部分属于国会上院）。所以，监察院相当于放弃了立法权的国会上院（而且其间接选举方式有助于共和制度的平衡与稳定），就其构成而言体现了“联省”的力量。

其次，在作为代议立法机关的立法院提出法案并非唯一的立法途径。待到全国半数之县市选民曾行使创制权、复决权，国民大会即可获得对中央法律的创制权、复决权，对立法院形成制约，在效果上可以遏制代议立法机构易受利益集团左右的倾向。国民大会不是代议机构，其成员是“业余”的委任代表而不是“专业”的议员，也不是常设机构，只开很少的常会和临时会，所以中央日常立法由立法院进行，而且立法院做得越好，国民大会越没有必要频繁行使创制权、复决权。但是，国民大会潜在的介入立法程序的能力在某种程度上类似于国会上院的立法权。国民大会绝大多数代表由全国各县选民选举产生，百万人口以下之县每县一人，体现了“联县”的力量。

由是观之，联邦制国家国会上院或“联邦院”的职能在民国宪法中大致分派给“联省”的监察院和“联县”的国民大会。有人把立法院、监察院和国民大会的设置称作“三院制”，并不严谨，但这个提法与“两院制”相对照，有助于理解民国宪法的内涵。

将民国宪法定性为广义的联邦制或“准联邦制”宪法，并不为过。但是，鉴于“联邦制”在中国政治语汇中的特定含义（强调各省分权或内地与周边分权），我们不妨这样说：民国宪法是一部符合联邦主义精神的联省联县民主共和宪法。

四 “联省自治”的泡影和联邦制国家成功的前提

许多联邦主义者对 1920 年代昙花一现的“联省自治”运动评价甚高，褒扬陈炯明、连带着痛扁孙中山的文章比比皆是。客观评述“联省自治”运动的著作已有不少，笔者无意狗尾续貂，只想略谈两点：

(1) “联省自治”运动期间出台的各色省宪，包括被许多人归功于陈炯明的《广东省宪法草案》，皆设立省军。《广东省宪法草案》即规定本省海陆军俱为省军，国家对外宣战时，本省军队之“一部分”得受国家政府之指挥⁴⁸²（引号为本文作者所加以示强调）；本省内之要塞建筑或武库军港及兵工厂造船厂等均为本省所有。如此之“联省自治”，是联邦还是邦联？国家控制不了要塞、军港，也指挥不动全部军队，能否经得起强敌入侵的考验？一边口口声声“采用美制”，一边把美国军队国家化的制度⁴⁸³抛到九霄云外，个中原因，不言自明。

(2) 叶曙明先生的《国会现场：1911-1928》一书记载了如下史料：

⁴⁸² 广东省宪法草案的这一条款很明显是受了湖南省宪法的影响（后者第 88 条规定“中华民国对外宣战时，本省军队之一部得受国政府之指挥”。但是，湖南省宪法完全没有提及要塞、兵工厂为本省所有，在这一点上广东省宪法草案幕后人物的割据心态是呼之欲出的。

⁴⁸³ 军队国家化，并不是指全部军队由中央政府直接控制，而是指军队的文官控制和全国协调，这一点不可望文生义。美国各州保持了受联邦宪法和联邦法律约束但有相当自主权的武装力量（下面依照美国的习惯称作“民兵”）。联邦宪法授权美国国会“规定征召民兵的组织、装备和纪律，规定可能征召为合众国服务的那部分民兵的管理办法；但民兵军官的任命和按照国会规定纪律训练民兵的权力由各州保留”，并规定“任何一州，未经国会同意……不得在和平时保持军队或战舰”。联邦法律方面，首先是 1792 年的民兵法，各州民兵力量的建制和装备由联邦国会做出大致规划，这是美国从殖民地时期各自为政的民兵制度走向正规化的开始。1903 年民兵法做出了改革，加强了民兵建制的正规化（例如训练制度），并且开始由联邦国库拨款支持各州民兵建制（这是“合作联邦主义”的一种体现）。尤其值得注意的是，自 20 世纪初开始，美国各州民兵部队的主体部分称作“国民警卫队”（National Guard），“国民”二字用于其命名，含义不言而喻。更晚近的改革发生在中国军阀混战之后，只看美国宪法和 1920 年代之前美国所走过的轨迹就不难得出结论，美国各州民兵制度和中国军阀割据实在是云泥之分。

“陈炯明回到广州后，国会在第一公园举行隆重的‘欢迎游园会’。……当陈炯明步入会场时，鼓乐齐鸣，欢声雷动。一群青年学生列队，激动而腼腆地高唱起《欢迎陈总司令援桂凯旋乐歌》：

“他宏愿救民水火，独破自治天荒。

社鼠城狐，荼毒腹地，一怒杀伐用张。

桂人呼吁，惊心动魄，义师伐罪侮亡。

杀人见血，救人救彻，真是菩萨心腹。

直捣邕宁，如汤沃雪，驱尽封豕贪狼。

雄军所至，一月三捷，士女箪食壶浆。

陈师整旋，凯歌竞奏，沿途阵马风桥。

造成两粤，辅车幸福，纪功史册煌煌。

……” 484

经历了毛共个人崇拜的国人，读到这段史料不知是否会有哭笑不得之感。

笔者不否认陈炯明留下了一些反映了联邦主义思想的文字（不论这些文字成文于其大权在握之时还是退隐香港之后），只想提醒大家，不要因为认同联邦主义而忽视“联省自治”的军头倡导者们的历史局限性，他们并不是心口不二的谦谦君子。

更不应忘记的是，“联省自治”的现实来由，则是武人控制中央即求“武力统一”、割据地方即求“自保”的政治手段；二十余年之后中共对“联邦制”的立场随着战局的改变而改变，与此别无二致。可以毫不客气的说，武人拥兵自重、厉行割据并在所控地区收买人心的现象在中国历史上多次出现，民国初年的这一次只是在 1920 年代初期一度披上了来自西方政治理论的“自治”外衣而已。

“联省自治”运动究竟有没有可能在中国建立稳定的联邦共和政体呢？1920 年代的割据混战，以及其后形形色色的叛乱割据，基本上已经给出了答案。此外，我们不妨放眼世界，看看现有的联邦制国家是在怎样的情况下取得成功的。为方便起见，不考虑小国寡民的群岛、二三

484 叶曙明（2013：232-233）。

个成员组成的小联邦和处于专制政府或威权政府统治下的伪联邦，那么，联邦制度自建立之日起即长期稳定、从未出现专制政府的国家，或联邦制度建立后曾短期出现过专制政府，但民主宪政早已巩固的国家，只有屈指可数的几个：澳大利亚、奥地利、德国、加拿大、美国、瑞士、印度。

这些成功的联邦制国家的共同点在于，它们的国土在历史上长期分属于许多相对独立的小邦或殖民地，联邦成员大都有自治的经验，甚至“乡镇共和”的民情，没有中央集权的传统。

1920年代的中国，到底有多大可能跻身于上述国家的行列？答案是显然的。巴西、墨西哥等拉美联邦制国家所走的长期陷于专制或威权、而后逐渐民主化的联邦共和道路，恐怕也是乐观的期待。

联邦主义者们，如果你们出于对“联省自治”的好感而对孙中山心怀芥蒂，进而反对传承于孙中山五权宪法体系的民国宪法，那么，请冷静思考，“联省自治”运动是否真的能够把中国直接引向民主与自由？

五 孙中山的宪政建构方略与美国式的联邦整合

如果撇开对“联省自治”运动的幻想，我们或许能够以更加客观的眼光看待颇受许多联邦主义者诟病的“建国大纲”。孙中山认识到当时中国国民的民主素养与自治能力尚待提高，故而主张透过“训政”训练国民，从训练各县县民实行自治做起；一省全数之县皆达完全自治后，即为省之“宪政开始时期”，民选省长，以均权原则划分中央与省之权限；过半数省份达至“宪政开始时期”，即制定全国宪法，举行大选，完成宪政。“建国大纲”多达一半的条文围绕地方自治。以当代的标准，自然能找出纰漏，但是，如果我们总览其方略，则可以注意到，由县自省至全国的宪政建构过程，在方向上类似于美国、瑞士等西方联邦国家各个小邦聚合为联邦的“整合”模式。

由于时局的不利和时代局限，国民政府迟迟不能在推行自治的任务上取得预期的进展，为了履行宪政承诺，不得不在地方自治远远没有完成的情况下启动国家制宪的进程。幸运的是，1946年的多党妥协为我们留下了一部合乎联邦主义精神的民主共和宪法。

必须承认，民国宪法的制定和颁行属于自中央向地方分权的方向，并不是联邦整合的方向。但是，我们是否应当这样理解：民国宪法之彻底实施，有赖于省县自治的实现；在此之前，国家行宪乃初始过渡阶段，全国政府出于宪法责任而必须促进地方自治；直到各县各省皆完成自治，民国宪政方才完成？

中国大陆民主转型时期，即使以典型联邦制的方式，一步到位分权于各省，真正的联邦主义者亦不会认为联邦主义理念就此实现，更深层的地方自治建设是必由之路。省权在自治基础和全国宪政尚未巩固之时即陡然增大，有可能导致政局不稳，危及新生的民主制度。更加稳健的选择，是在中央层面对民国宪法略做增修后恢复施行，以确立国家政权的合法性、确保政局的稳定，进而采取从小到大的整合模式，不急于制定整部省县自治通则，而是循序渐进，逐步立法：首先培植最基层村民、市民自行组织的自治单位，继而建设乡镇自治、社区自治以为县自治之前提，县自治实现后在州/地/市级建立合理的自治制度以为省自治之前提，最后完成省自治（上述各级自治体除县、省依据宪法为完全自治单位外，其他某些自治体有可能仅具半自治地位，此问题有待讨论）。如此，则民国宪法的全面实施过程，即中华民国联邦整合的过程。

如此渐进式的联邦构建过程，许多联邦主义者或许会认为过于保守。但是，关于地方自治建设进程的速度，笔者认为，至少有两方面的原因使我们不应持有浪漫的乐观态度。

其一，社会急剧变革时期，压力的释放和反弹带来群体情绪的高昂，人民迸发的参与热情和政治诉求可以成为自治的起点，但不足以促成自治制度的优化和巩固。骤变转型时期的普遍积极性，不可能固化为社会的常态，待到情绪趋于平静，社会的平衡点必然移动，所以趁热打铁造就的制度很可能带来长远的隐患。地方自治体（尤其是非普选产生的委员会）如果在转型时期自发形成，其合法性不应超过临时政府或看守政府的范畴，其架构不应固化。

其二，中共的统治导致中国大陆传统乡约自治荡然无存；中共近年来推行的村民自治，亦以其片面强调选举、缺乏参与监督与分权制衡而

不足以成为未来中国大陆地方自治之滥觞。至于西方民主社会公民参政的成功经验，如近百年前孙中山透过《民权初步》介绍给国人的集会结社方法与议事规则，熟习者寥寥无几。所以，中国大陆的民情决定了地方自治不会一蹴而就，我们切不可怀有急于求成的心态，切不可低估地方自治建设的艰巨性，否则难免欲速不达。

回顾历史，民初各省代表授权产生的具有联邦性质的临时政府与1920年代“联省自治”运动之所以几乎没有成功的机会，与其空中楼阁式的构建方式不无关系。“建国大纲”强调县自治，是正确的方向，但是，传统士绅主导的、乡规民约基础上的乡镇自治，与现代社会强调公民参与和个人责任的地方自治相去甚远，国民亦鲜有民政事业的自治经验，所以国民政府即使在未遭兵祸的相对发达地区推行县自治亦遇到困难。梁漱溟、晏阳初为代表的“乡村建设派”，从中国传统文化的精华和西方先进经验等方面入手，推广教育，促进乡自治乃至县自治，在1930年代中期取得了可喜的成就，但这一进程因日本侵华和中共叛乱而中断。

时至今日，尽管中共的负面影响造成了不利局面，但基础教育的普及和信息技术的发达为中国大陆未来的地方自治建设提供了便利条件。所以，我们有理由持有谨慎的乐观态度：联邦主义精神指引下的多级地方自治，经过我们的不懈努力，可以在中国大陆实现。中共专制统治的结束，只是中国大陆民主化的阶段性目标，届时我们将面临建设地方自治的挑战。让我们从基层做起，使自由社会的自治理念与民主参与方式透过实践深入人心。

结论：联邦主义者们，请选择民国宪法

联邦主义者在对待历史人物和历史事件的看法上或许会与民国派长期存在分歧，但是，让我们求同存异，不要让历史的包袱阻碍前进的道路。一旦放下包袱，客观分析民国宪法，或许会有“蓦然回首，那人却在灯火阑珊处”之感。

民国派并不赞成在中国实行美式联邦制度或民族联邦制度，也不一定以联邦主义者自居，但民国宪法所洋溢的地方自治理念使得地方自治

成为民国派的要务。就这个意义而言，民国派或者早已具有联邦主义理念，或者由认同民国宪法而认同其所体现的联邦主义精神，所以民国派可以归于广义的联邦主义者的行列。

联邦主义者们，未来中国大陆民主转型过程中另立新宪虽然并非完全不可行，但会招致难以预料的变数。现在我们既然已经有了民国宪法这部符合联邦主义精神的民主共和宪法，何不拿来用呢？只要本着联邦主义精神全面推行主权在民和分权共和的各级地方自治，何必在乎国号和宪法不含“联邦”二字？王天成先生在《大转型》书中即已指出均权制“实际上也就是不同于美国联邦制的一种联邦制选择，而且虽然有相当程度联邦制之实却没有联邦制之名”，并以印度为例说明联邦制国家可以刻意选择强调统一的名词来称呼整个国家（印度宪法使用 Union 一词）⁴⁸⁵。

诚然，民国宪法的某些文字（主要是符号化、象征性的内容如孙中山遗教、三民主义，和一些仅具指导参照意义的经济社会政策条款）或许会让许多联邦主义者从感情上难以接受。但是，即便是民国派也未必完全赞成把这些内容写入宪法，只以其无损宪政制度而接受其存在。一方面，瑕不掩瑜，另一方面，民国宪法重新施行之前确有必要略做修订（例如立法委员人数需要控制在合理范围），届时自然可以讨论某些文字是否应当改动。

《零八宪章》的签署者们，你们的主张，包括“联邦共和”的主张，可以透过民国宪法的重新施行而得到实现。民国宪法之联邦共和，透过因地制宜的省自治法、县自治法而为各地、各族共同繁荣的制度设计留下了进一步探索的空间。以民国宪法为宪政基础的中华民国，就是事实上的“中华联邦共和国”。

联邦主义者们，为了在即将到来的中国大陆民主转型的关键时期获得一部能够为各方易于接受、能够迅速稳定大局的宪法，为了避免不同版本的联邦制宪法草案在竞争中趋于碎片化而影响民主转型的顺利进行，为了在海峡两岸形成宪政法统层面的凝聚力，请选择民国宪法。如

⁴⁸⁵ 王天成（2012：170）。

此，则联邦主义者与民国派将殊途同归，从结束中共专制到建设地方自治皆可为同道。

（初稿发表于 2013 年 12 月《黄花岗》杂志第 46 期，有删改和订正）

附录二 转型正义和民生保障

——“国民福利基金”的设想

引言

贫富悬殊，发生在任何国家都是棘手的社会问题；中国大陆官员贪腐和权钱交易而导致贫富差距急剧扩大，使这一问题尤为严重，对中国大陆未来的民主转型构成了严峻的挑战。不管我们在宪政制度设计上有多么精妙的考量，如果在转型初期不能以公正和稳健的方式解决中共统治期间少数人聚敛的非正当财富的归属问题、在民主巩固时期不能本着公平和中允的原则解决新增财富的分配问题，那么不论是低收入阶层对社会财富分配正义诉求的幻灭，还是高收入阶层对高税收基础上的再分配政策的反对，都会削弱新生的宪政民主政体的稳定度。中国大陆民主转型进程如果遭遇重大挫折，对中国乃至世界都有可能带来灾难性的后果，所以中国民主力量必须认真对待包括分配正义在内的转型问题细节，尽量作出充分的准备，力求中国大陆民主转型一次成功，让中国人民永享自由和福乐。

平分不义之财和国有资产的做法，如苏联解体后全民领取股票以均分国有资产，在俄国遭到了惨痛的失败，新兴寡头迅速主导经济命脉，低收入者被边缘化。中国不应行此下策。那么，什么是上策呢？笔者认为，以分配正义为目的、独立于国家财政的“国民福利基金”，就是答案。罚没的不义之财和国有资产成为基金的资产，红利用于福利分配。

一 基金的性质

近年来在国际金融界兴起的主权财富基金（英文 sovereign wealth fund），主要用于福利专款、外汇储备和资源收益的管理。挪威的“政府养老基金”（来自石油收入），是一个极其成功的例子。中国大陆的社保基金和中投公司，都属于主权财富基金，但前者羊毛出在羊身上，后者管理的外汇储备因货币制度的特殊要求而颇受限制，都不适合直接用于财富分配。

中国大陆转型过程中可行的方案，是以满足分配正义的诉求为目的，设立全体国民分享的主权财富基金。“主权”二字，主要针对在全球金融市场的投资，不必出现在基金的正式名称中。考虑到基金分红具有社会福利的性质，我们不妨称之为“国民福利基金”。

二 基金资产的来源

笔者认为，国民福利基金的资产应当有三个主要来源：充公的不义之财，国有企业资产，国有资源收益。税收则不宜用于补充国民福利基金资产。

（1）清算不义之财而罚没的资产（包括非正当途径敛财者自愿交出的资产）。除现金外，还包括房地产、企业股权之类。

例如，贪官受贿而坐拥的数十套住房可直接成为国民福利基金的房地产投资，基金可委托中介将住房出租以获利，而不必变卖。转型期间如果急于变卖罚没的非现金资产，毫无疑问将冲击市场，很容易导致富豪财团低价收购大量资产，造成新的社会不公，埋下隐患。这种现象在法国大革命期间即已出现，中国必须吸取各国历史的教训，切不可急于变卖罚没而来的资产。

涉嫌权钱交易的资产（例如温氏家族的“二十七亿”），往往具有一定程度的模糊性，短期内或许难于决定归属，但此类资产以股份为主，所以可以冻结股份转让权（冻结期间的股份及其红利由国民福利基金代管），留待合适的时机再作出妥善处理。这个缓冲期不但有助于规避转型初期的情绪化倾向、促进最终的公平正义，而且有助于稳定经济局势，涉案企业的运营不致受到重大影响。上述程序，自始至终必须保持高度的透明，置于人民监督之下。转型初期地方自治尚难以落实之时，各地人民团体对非正当资产的监督有助于自治的演练和公民意识的提高。

在一定的期限内，在不义之财尚未被发现或尚未被举报的情况下，非正当途径敛财者主动提交财产清单的做法是值得肯定的，似应给予一定比例的保留以作为鼓励，具体的比例和条件不是本文讨论的话题。保留比例一经确定，即应随着时间的推移而缩减，至截止日期减小为零。此外，从提交清单到最后核算的一段时间内，清单上的财产应当由国民福利基金代管（盈利可在核算后按比例分成），以求最大公平。

考虑到地方层级的贪官主要在地方敛财，其资产被罚没后是否应当属于贪官所在地的居民而不属于全体国民？笔者认为，地方自治层级在时机成熟之后也可以设立各个层级的福利基金，而且全国各地的清查工作必须依赖各地人员，但在转型初期不宜急于区分全国与地方。国民福利基金可以设置地方分支，主要负责各地的清查工作，在这一阶段性任务基本完成之后，国民福利基金在各地的分支机构就可以逐步转轨为地方基金，在归属上独立于全国基金，在运作上保持各级基金的密切合作。全国基金和地方基金的资产分割标准和比例，涉及官员流动性和对全国危害的程度，也在一定程度上取决于未来的民意，在转型初期不必急于决定。

（2）国有企业资产。

政府作为公法人，并不等同于国家，也不等同于国民，我们可以说政府和国民之间存在着不可避免的对立关系，即使政府是民主选举产生的也不例外。中国大陆国有企业之所谓“国有”，本质上是全体国民所有，不应成为政府这一公法人的“私产”，其产权应当属于国民福利基

金（按：国民福利基金是一个特殊的公法人，在财务上作为“民库”与政府的“国库”相区分，但需要依靠政府来执行一些强制措施，类似于司法部门依靠行政部门执行判决）。中国大陆近年来“国进民退”的结果，是国有企业利税仍然占据了中央财政收入的过半比重。国企税款固然可以用于政府开支，但国企利润理应属于国民，成为国民福利基金红利的一部分。

国有企业是否应当在一定程度上私有化，是值得讨论的议题，但绝不应当在转型期间急于进行，以避免不必要的乱局。国有企业划归国民福利基金，是否会在应当私有化的场合妨碍私有化？答案很简单：一方面，国有企业利润归于政府之“国库”同样有积重难返之虞；另一方面，私有化不应导致国民福利基金收入减少，不是把原本属于国民的利润让与少数寡头或一群股民，而是透过私人资本参股和市场化管理而实现双赢互惠。

“国进民退”的现象，很大程度上与国有企业在某些行业的垄断有关。民主转型之后，目前被国企垄断的大部分行业势必逐步开放，届时国企如果亏损或倒闭，怎么办？国民福利基金是否会因此而阻挡这些行业的开放？这些问题，下文再详细讨论。

（3）国有资源收益。

国有资源的所有权，同样应当属于国民而不是政府。政府可以对资源征税，税后的资源净利部分应当收归国民福利基金。挪威石油资源支撑的主权财富基金，是极佳的榜样，所以资源收益管理的问题在此不赘述。

不可再生资源的收益，应当主要用于本金的积累，附带着还可以在基金红利较少的年份拿出一部分直接用于福利分配，以保持福利金额的稳定性。可再生资源的收益应当在多大程度上用于福利分配，不妨留待将来讨论。

资源的种类，除了显而易见的自然资源和土地资源外，还包括社会资源，例如“节能减排量”。如果中国大陆未来的民主政权决定以经济杠杆控制污染和二氧化碳排放，考虑到控制对象的受害者是国民而不是政府，那么此类经济杠杆即具有社会资源的性质，税收之外的收益有必

要纳入国民福利基金，不宜由政府支配。

这里需要着重指出的是，国企垄断行业的经营权，在性质上是一种社会资源，应当作为国民福利基金所拥有的资源来处理。目前中国大陆国企垄断的行业，绝大多数都需要巨额资本才能进入，不是个人创业者或小型私人资本能够涉足的，如果贸然开放，最大的赢家将是大公司、大财团，有可能步俄国后尘导致经济的寡头化。相反，国民福利基金作为资源的所有者，可以用拍卖许可证的方式逐步开放这些行业，竞拍的私人资本需要以现金或股权的方式对国民福利基金作出补偿（关于拍卖的具体策略，可以参考美国政府运用赛局理论拍卖通讯频段的做法，几十年来美国政府由此获得了上千亿美元的收入）。这是一个双赢的机制，不但引入竞争、降低成本、提高服务质量，而且不损害国民福利基金的收益，长远而言甚至可以增加国民福利。前面讨论国有企业时提到的难题，由此得到化解。

具有资源性质的经营权，还涉及某些目前被禁行业的开放和国内市场的对外开放，这些问题不妨留待将来再做详细讨论。关于后者，有必要指出，虽然中共在某些市场领域对外商的限制有违贸易自由原则，但这种限制所产生的资源不应忽视，中国大陆未来的民主政府也不应白白放弃迫使外商分利于国民的机会。

待到各地福利基金设立之后，来自国有资源的一部分收益可以适当分配于资源所在地方，这个问题的细节不必在转型初期急于确定。

（4）税收和财富再分配问题。

自由主义经济学家哈耶克、弗里德曼都认为一定程度的社会福利是必要的，进而提出一定程度的最低收入保障是合理的。弗里德曼的具体方案是“负所得税”制度，一定标准之下的低收入者不但不缴纳个人所得税，而且由税务局倒贴现金以增加收入。这一主张已经在美国得到了部分的实现。

但是，不管是由税务局直接办理还是绕个弯子先纳入国库再由专门的福利机构办理，来自税收的财富再分配都可能造成“升米恩，斗米仇”的社会心理现象，笔者对此持保留意见。笔者认为，税收用于国家机关的运转和公益事业（包括教育、医疗等领域专款专用的福利支

出），国民福利基金的红利用于不限制用途的现金福利，就义理而言是最佳做法（就实际操作而言，现金福利的一部分是否需要来自税收，可留待将来经由民主立法程序甚至修宪程序作出决定）。

从国民福利基金获得的现金福利，由于全体国民对基金的共同拥有而天经地义，受益人堂堂正正获得分红，不会有心理负担。而且，对这一福利收入适当征税（可采用低于其他收入的税率）就使得每一位国民都成为纳税人，有助于培养国民的民主意识。

顺便说一下，弗里德曼倡导最低收入保障的同时，也反对最低工资制度，但后一个主张在美国和其他发达国家难以实现。国民福利基金的分红，如果足以成为最低收入保障，就可以使最低工资制度成为不必要之举，有助于增强劳动力市场的活力、增加就业机会。

三 福利的分配

笔者主张的分配原则极其简单：全民平均分配！和古代的“人头税”相反，平均分配的国民福利基金红利是一种“人头福利”。前面说过，资源收益的一部分可以在金融投资年景不好的时候用于补充红利，所以“人头福利”可以维持相当强的稳定性。如果未来的民主决定是一部分税款也用于财富再分配，笔者同样主张平均分配，而且可以委托国民福利基金代为分发，在“人头福利”的账面上标明哪一部分来自基金分红、哪一部分来自税收即可。

这个简单的做法，是否对高收入者额外照顾、对低收入者不公？答案也很简单：只要在个人所得税制度里取消起始收入的免税额，就不存在对高收入者的倾斜。在“人头福利”作为最低收入保障的情况下，任何收入都应当纳税，不再享受免税额（这样做的一个附带的好处是大大简化个人所得税制度）。对高收入者来讲，“人头福利”只不过是取代了个人所得税的免税额；对低收入者来讲，现行税务制度下收入如果低于免税额就无法享受免税额的全部好处，代之以“人头福利”则受益更多。

福利制度也可以大为简化。例如，只要“人头福利”高于“低保”，后者就可以取消，不再采用主观性的低收入标准。任何主观标准

都有很大可能造成机构的臃肿，并为官员腐败和受益人“钻空子”提供温床；“人头福利”则不然，完全采用客观化的标准，可以确保机构的精干、手续的简明。此外，与收入挂钩的福利制度（如前述“负所得税”制度）势必导致挣钱越多福利越少，直至减少为零，从而在“贫困线”上下的一定范围内打击低收入者的就业积极性，导致许多人为了吃福利而或者不愿就业、或者谋求“灰色收入”；“人头福利”则完全不存在这一弊端，而且减小了“灰色经济”的诱惑力，有助于经济结构的健康。

“人头福利”的另一个重要优点，在于对城乡差别和地域差别的调剂。同样的福利收入在低消费地区有更大的购买力，可以缓解城市膨胀的压力和贫困地区的人力流失，有助于均衡发展。考虑到边疆民族地区消费水准普遍偏低，全国“人头福利”在效果上形成了对这些地区的经济扶植，有助于增强国家的凝聚力和向心力。消费水准较高的地区，可以透过地方福利基金和其他形式的地方福利制度解决当地贫困人口的福利问题，作为对全国“人头福利”的补充。

为避免多生子女以领取福利的现象，未成年人之“人头福利”有必要采用特殊的方式，例如营养和教育方面专款专用。值得指出的是，全民的幼儿学前教育可以透过国民福利基金而实现（不应强制进入国立的学前教育机构，而是应该给家长以选择，包括在家长通过资格考核的前提下在家进行幼儿教育这一选择）。教育学和心理学的研究表明，婴幼儿时期的抚养和教育如果得当，对青少年时期和成年后的社会行为有极大的裨益，所以这方面的投资是极其重要的，或许这就是通向人间乐土的钥匙。

被定罪而在押者，监禁期间的“人头福利”可强制划归监狱系统以冲抵开支。监狱开支在发达国家是政府的沉重负担，来自国民福利基金的款项有助于降低政府赤字，使政府能够专注于公益事业。

侨居海外的国民，是否应当享有“人头福利”？这个问题，相较于国民福利基金的整体是微小的部分，似可采用大度而不失公平的态度处理之，但在双重国籍的情况下似应考虑停发福利。

还有一个引申的问题值得讨论：如果高收入者把“人头福利”作为

额外的收入而存在福利账户内，低收入者却不得不动用福利款，长期下去是否形成分配不公的心理效果？尽管就理性分析而言这种区别谈不上不公平，但是人的心理无法完全诉诸理性，所以笔者认为应当在制度上促使国民直接使用福利款，例如福利账户零利息（可以用免除管理费作为零利息的理由）。虽然有些人把福利款转出福利账户之后还是存了起来，但是在表观效果上减少了贫富对立（在福利账户上留有余额的高收入者甚至可以说是吃了零利息的亏），所以应当能够避免或缓解上面讨论的心理现象。此外，势必有许多人觉得福利款是白来的钱财，因而乐于把福利款消费出去，这就对全国各地的经济形成了正面刺激，所以说“人头福利”的经济扶植效应不限于贫困地区和边疆地区。

另外一个问题不涉及福利但与转型正义有关，即对中共侵犯人权行径之受害者的补偿。就性质而言，这种补偿属于国家赔偿，可以从国库拨款。但是，为了鼓励民主政权全面否定专制、放下包袱轻装上阵，为了避免民主政权的有关部门由于财政压力而在补偿问题上两头不讨好，笔者认为可以考虑由国民福利基金而不是国库负责承担政治性的国家赔偿。既然把中共统治下贪官聚敛的不义之财纳入国民福利基金，反过来由国民福利基金负责对受害者提供合理赔偿也很可能易于为国民所接受，并且有助于社会和解和宪政巩固。

四 基金的管理

国民福利基金作为属于全体国民而不属于政府公法人的经济实体，在管理上应当具有极强的独立性，可比照“美联储”的标准。中华民国宪法所规定的国民大会，由身份为“民”的国民代表组成，超然于政府之外，在操作上可以成为国民福利基金的负责对象。

国民福利基金资产的现金部分，切不可进行琐碎化的单只股票跟踪投资，一方面是因为琐碎化的投资势必造成机构臃肿并滋生腐败，另一方面是因为经济学界的研究表明所谓“理财”和大盘相比长期平均下来的效果基本上归零（甚至比不过大盘）。现金的股市投资，必须以全球各大股市的指数基金为主，或许可以依据一定的标准跟进某些首发股（IPO）。在这一原则之下，国民福利基金的金融投资管理人员编制可

以极其小型而高效。

国民福利基金所直接拥有的股权，包括罚没的不义之财中的股权部分、原国有企业的股权、开放国企垄断行业时拍卖许可证而得的私企股权、跟进某些首发股而买入的股权等等，不应导致基金管理层干涉企业运作。最佳的做法，是基金只能作为被动的持股人，让基金持股的各个企业按照市场化的私营企业方式来运作。基金管理层可以制定一定的标准来决定减持某些股票，但不应增持，以避免琐碎化的投资。减持的标准应当尽可能客观化、长远化，以避免腐败。

国民福利基金在全国各地的不动产（主要是罚没的贪官房产），可以委托各地的地方福利基金代为管理（当然，这种“管理”指的不是由地方福利基金直接负责出租房产，而是由地方福利基金与房产中介打交道，运用市场化机制间接管理房产）。反过来，各地福利基金的现金部分似应委托国民福利基金进行投资，以避免各地分散投资造成的人力资源消耗，并避免腐败。

结论

国民福利基金，将国民共有而分享的财富与政府公法人直接控制的国库区分开来，有助于实现分配正义，在中国大陆民主转型时期还可以承担起落实转型正义这一历史任务，并起到极其重要的缓冲作用。大陆人民普遍存在分配正义的诉求，这一诉求的满足，将有助于民主转型的顺利进行。

本文只讨论现金福利。至于教育、医疗方面的福利，可以透过税收来调节，而且应当引入市场竞争机制而不由政府包办（例如学费代金券制度、医疗专用账户制度等等），暂不讨论。需要提及的是，笔者认为来自国民福利基金的现金福利不应与医疗福利直接挂钩，医疗福利应另行处理，否则这会成为一个无底洞，使现金福利失去应有的意义。至于应当实行什么样的税收制度，这与贫富差距问题有密切关系，但税制改革并不是民主转型初期的迫切任务（为了经济秩序的稳定，在转型期间甚至可以大致沿用旧的税制），所以除了以“人头福利”取代个人所得税免税额之外，税制问题不在本文讨论的范围之内。

一百多年前，孙中山先生提出了民生主义，试图为中国经济发展和民生福利问题寻求解决方案。由于时代局限，孙中山的具体主张不可能照搬于今日。为之提供补充，在自由和公正的原则之下实现孙先生促进国民民生幸福的理想，是我等后人的责任。

后记

笔者在“民国研讨会”上首次公开提出了国民福利基金的设想，会后有几位朋友提出质疑。

质疑之一：国民福利基金如果真的行得通，为什么美国没有这样做？

答：美国这样的西方发达国家，数百年来私有经济一直占据绝对主导地位，基本上不存在不义之财和国企垄断。如果在美国设立国民福利基金，自然资源收益将是主要来源。但是，仅凭自然资源收益，在美国这样的大国远远不能满足最低收入保障的需求，福利制度势必在极大程度上诉诸税收。

中共的统治，不但产生了大量的不义之财，而且国家对重要行业的垄断所带来的一个正面效果就是垄断行业经营权成为一种国有的社会资源，使国民福利基金的设想在中国大陆具有更强的可行性。

事实上，中国大陆目前的经济结构可以说是设置国民福利基金的最佳时机：适于小型私人资本自由竞争的行业早已开放经营，具有较大盈利空间但需要雄厚资本的行业多为国企垄断。反过来，在小型私人资本和股份制尚不发达、“公有制”全面垄断社会经济之时，各行各业对私人资本的开放如果采用拍卖许可证的方式就会限制许多行业的自由竞争，也就是说为时过早；待到国企垄断行业已经全面开放之后，就错过了迫使大型财团分利于民的机会（可以分利于“官”，即税收归政府所有，但这并非良策）。

质疑之二：国有资产由国民福利基金接管而不是全民分股，是否符合自由主义原则？

答：首先，所谓全民分股，至多给每一个国民略微增加一点买卖股票的自由，和整体的经济自由相比微不足道。其次，一个人预期能够得

到的“人头福利”在经济运作上可以成为抵押物（当然可以立法禁止，但在实际操作上是无法杜绝的，不如不禁），而且和全民分股之后的股票买卖相比具有一个重要的优势：股票买卖的效果是永久性的，卖出即永远失去，买入即可永远持有，容易造成财富的聚敛和经济的寡头化；“人头福利”则随着一个人生命的终止而终止，不具有永久性。

诚然，全民分股的做法在捷克这样的后共小国取得了成功，但在俄国的失败是俄国目前经济寡头化、人民麻木化、政治威权化的原因之一。如果在中国大陆实行全民分股，成功了当然好，一旦失败，会有什么后果？分股之后最急于变卖股票的是经济上处于最不利地位的，如果他们变卖股票之后追悔莫及，如果新政府无力控制通货膨胀而导致变卖股票得到的现金迅速贬值，他们是否会对新生的民主政权产生反感和不认同，进而危及宪政民主制度的巩固？我们难以估量全民分股做法的胜算，但无论如何不可能有 100% 的胜算，那么，我们能够承受失败的风险？

提出上述质疑的那位朋友考虑了全民分股的政治风险之后，认为自己虽然是坚决的自由主义者，但是不愿看到分股失败所可能造成的政治危害；为了确保中国大陆民主转型的成功，他愿意在这个问题上从绝对的自由主义立场退让一步，放弃全民分股的主张，转而支持国民福利基金接管国有资产。

质疑之三：“人头福利”是否会滋生懒汉？

答：没有“人头福利”，懒汉仍然是懒汉，君不见身强力壮的乞丐？有了“人头福利”，尤其在其他福利制度进一步完善之后，人们对行乞行为的态度也许会大为转变，乞丐数量很可能大为减少，而且不法乞丐残害儿童以骗取同情的现象很可能得以杜绝。

质疑之四：国民福利基金在小国也许容易操作，在中国这样的大国是否难以操作？

答：在大国自然难度更大，但是，在不义之财清查问题和国有企业归属问题没有更好的解决方案的情况下，国民福利基金这一方案值得一试！尤其在转型期间，国民福利基金所起到的缓冲作用是极其有益的。待到清查不义之财这一历史任务完成之后，如果国民福利基金运转不

畅，那么还有机会改为全民分股。但是，如果一开始就进行全民分股，以后就没有回头路可走了。

所以，国民福利基金至少可以成为转型期间的解决方案。如果长期运转良好，国民福利基金将为民生提供持久的保障。

（发表于 2014 年 11 月《黄花岗》杂志第 49 期，有微调；限于时间，没有加注，但关于哈耶克和弗里德曼在福利制度与最低收入保障问题上的主张可参看注 105）

附录三 作为大陆人，我为什么选择 中华民国

作为一名关心中国前途的中国大陆留美学人，我是民主派、自由派、宪政派、法治派……但如果限用三个字来描述我的政治立场，那么，我是民国派。

我并非自幼就是民国派。1998年夏天以前，民主、自由、宪政、法治等字眼都是我的口头禅，民国只是脑海角落里模糊的认知，记得那年初夏帮一位朋友校阅文稿时看到“国父孙中山”五个字，还建议他不要这样写。可是，不久以后一个偶然的机，我听到了辛灏年老师关于民国历史的一场简短的演讲，深受启发。随后，我在网络上查阅了中华民国宪法，大为叹服之余，感到自己对民国知之甚少，于是开始涉猎民国历史、政治，尤其对民国宪法有浓厚的兴趣。研读民国宪法和相关资料越深入，越感到需要和西方民主国家的宪法进行比较，并且需要从思想源流入手来了解民国制宪历程。为此博览群书，深入思考，多方探讨，其结果是我对中华民国的信心日益坚定。现在，我仍然是民主派、自由派、宪政派、法治派……，但我自称民国派，因为，中华民国的道路和方向，就是民主、自由、宪政、法治……的道路和方向。

以民国宪法为骨架、司法院释宪体系和台湾宪政实践为血肉的民国法统，是中国大陆宪政道路的最佳选择。民国法统当然不是完美的，但中国大陆的其他宪政道路选择都不像民国法统这样有多年实践经验教训的积淀，这是有无的区别而不是多少的区别。中华民国当然不是完美的，但中华民国的缺陷如日月之食，过也，人皆见之，更也，人皆仰之。我选择中华民国，不是因为完美，而是因为她的缺陷是已知的，她的改进是持续而有效的。

我不否认中国大陆民主进程中另立国号、另制新宪之后有顺利走向民主宪政的可能，但是，考虑到俄国威权势力抬头的现状，考虑到共产党统治中国大陆六十多年的负面影响，我们有多大把握在一条没有实践过的道路上走稳？中华民国法统，固然不能百分之百确保中国大陆民主进程的顺利前行，但在其他条件类似的情况下，法统的传承哪怕只带来些微的裨益，也可能在民主发展遇到重大危机的时刻决定历史的走向。为此，让我们选择中华民国。

（本文是笔者在 2015 年 9 月“纪念国军抗战·光复民国大陆”研讨会上的书面发言，有删改）

参考书目

一 中文部分（姓名拼音为序）

- Ackerman, Bruce (2008), 《审议式公民复决与华人宪政主义的未来》, 收录于叶俊荣、张文贞主编(2008), 页3-10。
- 包正豪(2009), 《比例代表制下民选菁英甄补的特征与趋势》, 2009年台湾政治学会年会暨学术研讨会论文。
- 蔡志宏(2014), 《法官释宪声请书, 为什么不公开?》, 《自由时报》自由评论网2014年1月27日, <http://talk.ltn.com.tw/article/paper/750233>。
- 蔡宗珍(1996), 《国民主权于宪政国家之理论结构》, 《月旦法学杂志》第20期, 页30-39。亦题为《国民主权于宪政国家之具体结构与相关问题之检讨》, 收录于蔡宗珍(2004), 《宪法与国家(一)》, 台北市: 元照出版有限公司, 页47-63。
- 陈春生(1997), 《国民大会在五权宪法上的定位》, 收于《现代国家与宪法: 李鸿禧教授六秩华诞祝寿论文集》, 台北市: 月旦出版社股份有限公司, 页889-912。
- (1998), 《中华民国宪法原理》, 台北市: 明文书局股份有限公司。
- (2014), 《政府论——孙中山政治思想研究(三)》, 台北市: 台湾商务印书馆股份有限公司。
- 陈春生主编(1987), 《国父思想论文选集》, 台北市: 台湾学生书局。
- 陈淳文(2006), 《监察院变革方向刍议》, 台北市: 行政院研究发展考核委员会。亦收录于行政院研究发展考核委员会主编, 《宪改方向盘》, 台北市: 五南图书出版公司, 页137-171。
- (2007), 《中央政府体制改革的谜思与展望》, 收录于汤德宗、廖福特主编, 《宪法解释之理论与实务(第五辑)》, 台北市: 中央研究院法律学研究所, 页99-175。
- (2010), 《民主共和与国民主权——评司法院大法官释字第645号解释》, 收录于黄舒芄主编, 《宪法解释之理论与实务(第七辑)(下册)》, 台北市: 中央研究院法律学研究所, 页325-382。
- 陈科霖(2015), 《狄龙规则与地方自治: 美国的实践经验及对中国的借鉴启示》, 《甘肃行政学院学报》2015年第2期, 页4-14。

- 陈淑芳(2001),《从体制观点看立法院院长的角色》,收录于苏永钦主编,《国会改革 台湾民主宪政的新境界》,台北市:财团法人新台湾人文教基金会,页187-205。
- 陈水亮(1993),《准司法机关理论介述》,《律师通讯》第169期,页20-24。
- 陈新民(1984),《论“宪法委托”之理论》,《政大法学评论》第29期,页197-236。亦收录于陈新民(1990),《宪法基本权利之基本理论》(上册),台北市:作者自刊,页37-93。
- (1988),《论“社会基本权利”》,《人文及社会科学集刊》第一卷第1期,页199-225。亦收录于陈新民(1990),《宪法基本权利之基本理论》(上册),台北市:作者自刊,页95-128。
- (1991),《行政法学总论》,台北市:作者自刊。
- (2015),《宪法学释论》(修正八版),台北市:作者自刊。
- 陈仪深(1980),《中山先生的民主理论》,台北市:台湾商务印书馆股份有限公司。
- 陈正茂(2008),《中国青年党研究论集》,台北市:秀威资讯科技股份有限公司。
- 戴雅门(2015),《民主转型22讲》,天安门民主大学译,香港:溯源书社。
- 邓野(2011),《联合政府与一党训政:1944~1946年国共政争》(修订再版),北京:社会科学文献出版社。
- 丁毅(2014),《革命与宪政》,《黄花岗》第48期,页46-47。
- 董礼洁(2008),《美国城市的法律地位——狄龙规则的过去与现在》,《行政法学研究》2008年第1期,页134-140。
- 董翔飞(2000),《中国宪法与政府》(修订四十版),台北市:作者自刊。
- (2010),《董翔飞大法官回忆录:细数50年公务生涯》,台北市:国史馆。
- 法务部(2013),法务部新闻稿(编号:02-091),
<https://www.moj.gov.tw/public/Attachment/36131056620.pdf>
- 法治斌(2002),《司法行政与司法审判之分与合——评司法院释字第五三〇号解释之功与过》,收录于《当代公法新论(上):翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》,台北市:元照出版有限公司,页773-793。亦收录于法治斌(2003),《法治国家与表意自由》,台北市:正典出版文化有限公司,页73-96。
- 法治斌、董保城(2014),《宪法新论》(第六版),台北市:元照出版有限公司。

- 高风（2013），《臣与奴才及狗》，《开放》杂志第316期（2013年4月号），<http://www.open.com.hk/content.php?id=1271>
- 高旭辉（1978），《五权宪法中国民大会的几个问题》，《中华学报》第五卷第二期。收录于陈春生主编（1987），页599-615。
- 葛永光（1998），《意识形态与发展——中山先生思想与国家发展理论的对话》，发表于“中山思想与当代重要思潮对话学术研讨会”，收录于葛永光（2005），页39-58。
- （2000），《政党政治与民主发展》（第二版），台北县：国立空中大学。
- （2001），《政党不分区立委选拔之战略意涵》，《国家政策论坛》，第1卷第8期，页89-90。
- （2004），《民权主义与台湾的民主巩固》，《第七届孙中山与现代中国学术研讨会论文集》，台北市：国立国父纪念馆，页433-440。亦收录于葛永光（2005），页243-257。
- （2005），《意识形态与发展——中山思想与台湾发展经验》，台北市：幼狮文化事业股份有限公司。
- Ginsburg, Tom（2008），〈台湾的宪改选择——兼论全球的趋势〉，收录于叶俊荣、张文贞主编（2008），页3-10。
- 顾立雄等（2011），《“赢了解释、输了官司？——大法官定期宣告失效与个案救济”座谈会会议纪录》，《月旦法学杂志》第193期（2011年6月号），页260-274。
- 顾忠华等（1998），《“合法性与正当性”座谈会》，《当代》杂志第128期（1998年4月号），页93-106。
- 桂宏诚（2008），《中华民国立宪理论与1947年的宪政选择》，台北市：秀威资讯科技股份有限公司。
- （2009），《中国立宪主义的思想根基——道德、民主与法治》，北京：社会科学文献出版社。
- 郭明政（2006），《社会宪法—社会安全制度的宪法规范》，收录于苏永钦主编（2006），页93-106。
- 国立政治大学选举研究中心（2007），《公费选举制度之研究》，内政部委托研究报告。
- 国民大会秘书处（1946），《国民大会实录》。南京：国民大会秘书处。电子版见国民大会网站，<http://www.na.gov.tw/ch/publish/publish-04.html>
- 洪贵参等（1999），《国民大会与宪政改革座谈会》，《现代学术研究》专刊9，页275-285。
- 胡佛（1998），《宪政结构与政府体制》，台北市：三民书局股份有限公司。

黄舒芃(2006),《社会权在我国宪法中的保障》,《中原财经法学》第16期。

——(2014),《比例原则之解释方法》,大法官103年度学术研讨会论文。

黄秀瑞(2006),《中央政府体制改革的选择(政治篇)》,台北市:行政院研究发展考核委员会。亦收录于行政院研究发展考核委员会主编,《宪政方向盘》,台北市:五南图书出版公司,页97-136。

黄昭元(2014),《大法官解释适用比例原则的再检讨》,大法官103年度学术研讨会论文。

监察院国际事务小组(2012),《世界监察制度手册(第二版)》,台北市:监察院。

江宜桦(1998),《自由主义、民族主义与国家认同》,台北市:扬智文化事业股份有限公司。

——(2001),《自由民主的理路》,台北市:联经出版事业股份有限公司。

蒋匀田(1976),《中国近代史转捩点》,香港:友联出版社有限公司。

荆知仁(1984),《中国立宪史》,台北市:联经出版事业公司。

——(1991),《宪法论衡》,台北市:东大图书公司。

赖农维(2015),《宪法与立国精神》第十五版,台北市:千华数位文化有限公司。

雷文玫(2002),《再访“社会权”》,收录于《当代公法新论(下)——翁岳生教授七秩诞辰祝寿论文集》,台北市:元照出版有限公司,页571-600。

雷文玫、黄舒芃(2006),《社会权入宪的分析及基本国策中有关社会福利政策的检讨》,台北市:行政院研究发展考核委员会。亦收录于行政院研究发展考核委员会主编,《宪政方向盘》,台北市:五南图书出版公司,页385-426。

雷震(1953),《监察院之将来(六)》,《自由中国》第8卷第3期,页16-20。

——(2010a),《中华民国制宪史——政治协商会议宪法草案》,薛化元主编,台北县:稻乡出版社。

——(2010b),《中华民国制宪史——制宪国民大会》,薛化元主编,台北县:稻乡出版社。

李炳南(1992),《宪政改革与国是会议》,台北市:永然文化出版股份有限公司。

李鸿禧(1990),《改造宪政体制之若干宪法学见解》,《现代学术研究》专刊3,页1-42。

——(1994),《李鸿禧宪法教室》,台北市:月旦出版社股份有限公司。

- （2000），《缔造战后日本宪法学之芦部信喜人与思想之素描》，《月旦法学杂志》第 61 期，页 162-166。
- （2002），《中华民国立宪政治的病理分析——以孙文的五权宪法为中心》，收录于李鸿禧等著（2002），页 1-25。
- 李鸿禧等著（2002），《台湾宪法之纵剖横切》，台北市：元照出版有限公司。
- 李怀胜（2015），《西方刑罚民粹主义的缘起、立场与策略》，《政法论坛》卷 33 第 4 期。
- 李惠宗（1998），《我国“政党补助法”之商榷》，《月旦法学杂志》第 32 期，页 60-69。亦收录于李惠宗（1999），《权力分立与基本权保障》，台北市：韦伯文化事业出版社，页 189-208。
- （2015），《宪法要义》（第七版），台北市：元照出版有限公司。
- 李建良、刘淑范（2005），《“公法人”基本权利能力问题初探——试解基本权利“本质”之一道难题》，收录于汤德宗主编，《宪法解释之理论与实务（第四辑）》，台北市：中央研究院法律学研究所筹备处，页 291-410。
- 李明轩（2015），《看懂两党不分区立委名单玄机》，《天下》杂志第 586 期。
- 李念祖（2012），《论依巴黎原则于监察院设置国家人权委员会》，《台湾人权学刊》第 1 卷第 3 期，页 125-143。
- 李文元（2013），《我国不分区立委选制之探讨——立委职能表现之比较》，东海大学政治学系硕士学位论文。
- 李酉潭（1999），《自由、平等与民主——约翰弥勒与孙中山的政治思想》，台北市：国立编译馆。
- 李震山（2005），《论宪政改革与基本权利保障》，《国立中正大学法学集刊》第 18 期，页 183-252。
- 联合国（1993），《增进和保护人权——关于国家机构的地位的原则》，电子版见 http://www.ohchr.org/CH/Issues/Documents/other_instruments/63.PDF
- 廖福特（2009），《宪法解释机关之国际人权挑战》，收录于廖福特主编，《宪法解释之理论与实务（第六辑）（上册）》，台北市：中央研究院法律学研究所，页 273-325。
- 林超骏（2002），《Scalia 大法官之宪法解释观——原意主义者之回应与挑战》，《宪政时代》第 28 卷第 2 期。亦收录于林超骏（2006），《超越继受之宪法学——理想与现实》，台北市：元照出版有限公司，页 123-185。
- （2004），《初论多元文化主义（Multiculturalism）作为我国原住民权益保障之理论基础——以 Will Kymlicka 与其对手间之辩论为起点》，收录于《法治与现代行政法学——法治斌教授纪念论文集》，台北市：元照出

- 版有限公司, 页 309-341。亦收录于林超骏(2006), 《超越继受之宪法学——理想与现实》, 台北市: 元照出版有限公司, 页 251-286。
- 林春元(2013), 《台湾宪政体制与政党政治下的权力分立》, 《中研院法学期刊》第 12 期。
- 林桂圖(1983), 《万能政府》, 《中华百科全书》Chinese Encyclopedia Online 西元 1983 年典藏版,
<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=3134>
- 林纪东(1992), 《中华民国宪法逐条释义(二)》(修订五版), 台北市: 三民书局股份有限公司。
- (1998), 《中华民国宪法逐条释义(一)》(修订八版), 台北市: 三民书局股份有限公司。
- 林明煌(2014), 《宪法与立国精神》第五版, 新北市: 华立图书股份有限公司。
- 林明锵(1997), 《论基本国策——以环境基本国策为中心》, 收于《现代国家与宪法: 李鸿禧教授六秩华诞祝寿论文集》, 台北市: 月旦出版社股份有限公司, 页 1465-1504。
- 林明昕(2004), 《原住民地位之保障作为“基本权利”或“基本国策”?》, 《宪政时代》, 第 29 卷第 3 期, 页 335-358。亦收录于林明昕(2006), 《公法学的开拓线——理论、实务与体系之建构》, 台北市: 元照出版公司。
- 林政华(1996), 《北平汉语“的、得、地、底”等字问题综论》, 《妙心》杂志第 11 期。电子版见 <http://www.mst.org.tw/magazine/The-Rest/rest1196.htm>
- 刘晗(2008), 《美国的不成文宪法》,
<http://old.civillaw.com.cn/article/default.asp?id=41632>
- 刘骥嘉、胡志华(1997), 《比例代表选举制度》, 香港: 临时立法会秘书处。
- 刘庆瑞(1957), 《中华民国宪法要义》, 台北市: 作者自刊。
- 刘士豪(2005), 《我国之“劳动宪法”》, 《铭传大学法学论丛》第 4 期, 页 145-196。亦收录于苏永钦主编(2006), 页 395-434。
- 刘淑范(1998), 《宪法审判权与一般审判权间之分工问题: 试论德国联邦宪法法院保障基本权利功能之界限》, 收录于刘孔中、李建良主编, 《宪法解释之理论与实务(第一辑)》, 台北市: 中央研究院中山人文社会科学研究所, 页 199-248。
- 刘小妹(2009), 《中国近代宪政理论的特质研究》, 北京: 知识产权出版社。
- 刘兆隆(2011), 《民主宪政的理论基础》, 收录于刘兆隆主编, 《中华民国宪法综论》, 新北市: 晶典文化事业出版社, 页 1-27。

- 罗清俊、陈文学（2009），《影响原住民政策利益分配的因素：族群代表或选举竞争？》，《选举研究》第16卷第2期，页167-207。
- 吕柏良（2010），《清末民初旗人生计问题之研究(1875—1949)》，国立政治大学民族研究所硕士学位论文。与本书相关的第四章电子版见 <http://www.ethnos.nccu.edu.tw/doc/9801presentation/02.pdf>
- 吕亚力（1985），《政治学》，台北市：三民书局股份有限公司。
- 民主进步党（2016），《民主进步党第十六届第五十九次中常会新闻稿》，http://www.dpp.org.tw/news_content.php?sn=8783
- 聂鑫（2009），《中西之间的民国监察院》，《清华法学》2009年第5期，页138-150。
- 《纽约时报》中文版（2015），《与弗里德曼对话：中美才是“一国两制”关系》，2015年4月1日，电子版见 <http://cn.nytimes.com/china/20150401/cc01friedman/zh-hant/>
- 彭锦鹏（2001），《总统制是可取的制度吗？》，《政治科学论丛》第14期，页75-106。
- 彭叶飞（2009），《国家主义之梦——中国青年党建国理论研究》，四川师范大学硕士学位论文。
- 钱歌川（1981），《英文疑难详解》，北京：中国对外翻译出版公司。
- 钱穆（2001），《中国历代政治得失》，北京：三联书店。
- 秦孝仪主编（1984），《总统蒋公思想言论总集》卷二十一·演讲·中华民国三十五年，台北：中国国民党中央委员会党史委员会。电子版见中正文教基金会网站，http://www.ccfed.org.tw/ccfed001/index.php?option=com_content&view=category&id=155&Itemid=256
- 主编（1989a），《国父全集》（第一册），台北市：近代中国出版社。
- 主编（1989b），《国父全集》（第二册），台北市：近代中国出版社。
- 主编（1989c），《国父全集》（第三册），台北市：近代中国出版社。
- 主编（1989d），《国父全集》（第九册），台北市：近代中国出版社。电子版见国立国父纪念馆网站，<http://sunology.culture.tw/gs32/sunyatsen/ebook/index.html>
- 庆格勒图（1996），《绥远地区解决“旗县并存、蒙汉分治”问题初探》，《内蒙古师大学报（哲学社会科学版）》1996年第1期，页62-69。
- 邱忠义（2013），《以自主隐私权之侵害评析我国通奸罪之处罚》，《辅仁法学》第46期，页87-151。
- 任冀平、谢秉宪（2005），《司法与政治——我国违宪审查权的政治限制》，收录于汤德宗主编，《宪法解释之理论与实务（第四辑）》，台北市：中央研究院法律学研究所筹备处，页461-521。

- 阮毅成(1946),《国体·国都·国大》,《胜流》半月刊第4卷第12期,收录于阮毅成(1980),页27-34。
- (1948),《中国宪法的特质》,《胜流》半月刊第7卷第8期,收录于阮毅成(1980),页38-64。
- (1980),《法语》(上册),台北市:台湾商务印书馆。
- Sajó, András (2008),《论制宪与修宪》,收录于叶俊荣、张文贞主编(2008),页71-90。
- 萨孟武(1974),《中国宪法新论》,台北市:三民书局有限公司。
- (2007),《中国宪法新论》修订二版(黄俊杰修订),台北市:三民书局股份有限公司。
- 邵宗海(1993),《国民大会定位争议之探讨》,《“孙逸仙思想与廿一世纪”论文集》,新加坡:孙逸仙思想与廿一世纪论文集国际学术研讨会筹备会,页165-174。
- 沈有忠(2009),《从半总统制谈威玛宪法的制宪理论与实际:议会民主到行政独裁》,《中研院法学期刊》第4期,页151-205。
- (2011),《半总统制下行政体系二元化之内涵》,《政治科学论丛》第47期,页33-64。亦收录于沈有忠、吴玉山主编(2012),页103-132。
- 沈有忠、吴玉山主编(2012),《权力在哪里?从多个角度看半总统制》,台北市:五南图书出版股份有限公司。
- 盛杏溪(2005),《选区代表与集体代表:立法委员的代表角色》,《东吴政治学报》第21期,页1-40。
- 石佳音(2008),《中国国民党的意识形态与组织特征》,国立台湾大学社会科学学院政治学系博士学位论文。
- 斯坦福大学协商民主研究中心(2015),《Deliberative Polling(协商性民意调查)》, <http://cdd.stanford.edu/mm/2015/03/what-is-deliberative-polling-cn.pdf>
- 司徒一(2009),《权利与自由的逻辑体系,兼论财产权属于自由》,《黄花岗》第30期,页155-160。
- 苏永钦(1998),《司法院重新定位——从司法院定位问题涉及的三个层面评估四个定位方案》,收录于苏永钦,《司法改革的再改革——从人民的角度看问题,用社会科学的方法解决问题》,台北市:月旦出版社股份有限公司,页207-303。
- (2001),《创制复决与咨询性公投——从民主理论与宪法的角度探讨》,《宪政时代》第27卷第2期,页21-49。亦收录于苏永钦(2002c),页91-130。

- (2002a),《宪法解释方法上的错误示范——轻描淡写改变了整个司法体制的第五三〇号解释》,《月旦法学杂志》第81期,页48-64。亦收录于苏永钦(2002c),页369-400。
- (2002b),《部门宪法——宪法释义学的新路径?》,收录于苏永钦(2002c),页421-456。亦收录于苏永钦主编(2006),页3-32。
- (2002c),《走入新世纪的宪政主义》,台北市:元照出版有限公司。
- (2004),《司法行政组织的发展趋势——从审判独立与国家给付司法义务的紧张关系谈起》,收录于《法治与现代行政法学——法治斌教授纪念论文集》,台北市:元照出版有限公司,页45-91。亦收录于苏永钦(2008b),页333-381。
- (2007),《裁判宪法诉愿?——德国和台湾违宪审查制度的选择》,《法令月刊》第58卷第3期,页4-22。亦收录于苏永钦(2008b),页129-159。
- (2008a),《从司法官的选任制度看法系的分道和汇流》,《检察新论》第4期,页12-28。亦收录于苏永钦(2008b),页383-413。
- (2008b),《寻找共和国》,台北市:元照出版有限公司。
- 苏永钦主编(2006),《部门宪法》,台北市:元照出版有限公司。
- 苏子乔(2013),《中华民国宪法——宪政体制的原理与实际》,台北市:三民书局股份有限公司。
- 孙炜(2010),《设置族群型代表性行政机关的理论论证》,《台湾政治学刊》第14卷第1期,页105-158。
- 孙中山(1906),《三民主义与中国民族之前途》,收录于秦孝仪主编(1989c),页8-14。
- (1919),《孙文学说》,收录于秦孝仪主编(1989a),页351-422。
- (1920),《吴宗慈着“中华民国宪法史前编”序》,收录于秦孝仪主编(1989d),页600。
- (1921a),《五权宪法演讲录》,收录于秦孝仪主编(1989c),页233-242。
- (1921b),《五权宪法》,收录于秦孝仪主编(1989c),页246-257。
- (1922),《中华民国建设之基础》,收录于秦孝仪主编(1989c),页351-354。
- (1923a),《中华革命史》,收录于秦孝仪主编(1989c),页354-364。
- (1923b),《国民党奋斗之法宜注重宣传不宜专注重军事》,收录于秦孝仪主编(1989c),页392-401。
- (1924a),《民族主义》,收录于秦孝仪主编(1989a),页1-54。

——(1924b),《民权主义》,收录于秦孝仪主编(1989a),页55-128。

——(1924c),《革命成功个人不能有自由团体要有自由》,收录于秦孝仪主编(1989c),页506-512。

台湾高等法院(2014),《台湾高等法院103年度上字第491号之新闻稿》,
<http://tph.judicial.gov.tw/GetFile.asp?FileID=36960>

汤德宗(1993),《论两岸关系条例第九十五条之合宪性——我国宪法中行政与立法两权关系探微》,《宪政时代》第19卷第2期,页23-48。以《论两岸关系条例第九十五条之合宪性——宪法第五十七条阐微》为题收录于汤德宗(2005a),页343-384。

——(2005a),《权力分立新论(卷一)宪法结构与动态平衡》,台北市:元照出版有限公司。

——(2005b),《论九七修宪后的宪法结构——宪改工程的另类选择》,收录于汤德宗(2005a),页1-58。

——(2005c),《新世纪宪改工程——“弱势总统制”改进方案》,收录于汤德宗(2005a),页59-105。

——(2009),《违宪审查基准体系建构初探——“阶层式比例原则”构想》,收录于廖福特主编,《宪法解释之理论与实务(第六辑)(下册)》,台北市:中央研究院法律学研究所,页581-660。

——(2014),《释字第七二一号解释部分协同暨部分不同意见书》,
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/721部分协同暨部分不同意见书-汤大法官德宗.pdf>

田炯锦(1967),《宪法论集》,台北市:正中书局。

——(1973),《五权宪法与三权宪法》,台北市:黎明文化事业公司。

田雷(2013),《美国宪法偶像的破坏者——评阿克曼《美利坚共和国的衰落》》,《读书》2013年第6期,网络版见
<http://www.aisixiang.com/data/66256.html>

涂怀莹(1986),《论五权宪法的理论建制构想与我国宪法的“问题”》,收录于蒋一安主编,《中山学术论集》(下),台北市:正中书局,页595-623。

——(2000),《宪法基本问题研究》,台北市:国立编译馆。

王前龙(2011),《设置原住民族学校的两个动力:民族自决权与家长选择权》,《台湾教育评论月刊》第1卷第2期,页38-39。

王天成(1999),《论共和国——重申一个伟大的传统》,
<http://www.aisixiang.com/data/10596.html>

——(2012),《大转型——中国民主化战略研究框架》,香港:晨钟书局。

- (2014),《宪政制度政府架构类型与选择》,《黄花岗》第48期,页27-28。
- 王业立(2006),《比较选举制度》(第四版),台北市:五南图书出版公司。
- 王玉叶(2000),《欧洲联盟之辅助原则》,《欧美研究》第30卷第2期,页1-30。
- 翁贺凯(2010),《现代中国的自由民族主义:张君勱民族建国思想评传》,北京:法律出版社。
- 吴朝旺(1997),《析论德国联邦总统的角色》,《复兴岗学报》第60期,页111-127。
- 吴从周(2004),《论民法第一条之“法理”:最高法院相关民事判决判例综合整理分析》,《东吴法律学报》第15卷第2期,页1-104。
- 吴庚(2005),《社会变迁与宪法解释》,《宪法解释之理论与实务》第4辑,页1-7。
- 吴庚、陈淳文(2013),《宪法理论与政府体制》,台北市:作者自刊。
- 吴青盈(2004),《宪法福利国原则的轨迹:由福利国家类型论谈起》,国立政治大学法律研究所硕士学位论文。
- 吴信华(2015),《宪法释论》(修订二版),台北市:三民书局股份有限公司。
- 吴秀玲(2006),《论我国监察权的演变与未来发展方向》,《国家发展研究》第6卷第1期,页29-65。
- 吴玉山(2011),《半总统制:全球发展与研究议程》,《政治科学论丛》第47期,页1-32。亦收录于沈有忠、吴玉山主编(2012),页1-28。
- 萧高彦(2007),《《联邦论》中的宪政主义与人民主权》,《政治与社会哲学评论》第22期,页65-108。
- 萧淑芬(2009),《“新兴人权”之保障与发展初探:我国与日本之比较》,《中研院法学期刊》第4期,页207-231。
- 萧文生(2000),《基本权利侵害之救济》,收录于李建良、简资修主编,《宪法解释之理论与实务(第二辑)》,台北市:中央研究院中山人文社会科学研究所,页471-496。
- (2002),《民主法治国之试金石——自法律观点论国会议员的待遇》,收录于刘孔中、陈新民主编,《宪法解释之理论与实务(第三辑下册)》,台北市:中央研究院中山人文社会科学研究所,页1-77。
- 萧怡靖(2012),《民众对立法委员选举之政党不分区名单的认知与影响:以2008年立法委员选举为例》,《选举研究》第19卷第1期,页33-67。
- 谢建财(2006),《我国廉政机制变革之研究》,国立台湾大学政治学系硕士学位论文。

- 谢瀛洲（1946），《中国政府大纲》，上海：会文堂新记书局。
- （1947），《中华民国宪法论》，上海：作者自刊。
- 谢幼田（2010），《乡村社会的毁灭——毛泽东暴民政治代价》，香港：明镜出版社。
- 谢政道（1999），《孙中山之宪政思想》，台北市：五南图书出版有限公司。
- 邢子玉（2006），《我国监察权的变迁分析》，国立台湾师范大学政治学研究所硕士学位论文。
- 徐昌锦（2006），《通奸除罪化：案例研究与实证分析》，台北市：五南图书出版公司。
- 许福生（2010a），《风险社会与犯罪治理》，台北市：元照出版有限公司。
- （2010b），《犯罪与刑事政策学》，台北市：元照出版有限公司。
- 许宏迪（2005），《全球人权的启示：以台湾设立国家人权委员会为中心》，国立台湾大学法律研究所硕士学位论文。
- 许南雄（1990），《人事机构幕僚制与独立制之比较》，《法商学报》第24期，页115-151。
- 许雅棠（1992），《民治与民主之间——试论 Sartori、邹文海、孙中山思考 Democracy 的困境》，台北市：唐山出版社。
- 许育典（2006），《教育宪法的建构》，收录于苏永钦主编（2006），页507-560。
- （2013），《宪法》（第六版），台北市：元照出版有限公司。
- 许志雄（1997），《宪法的生命力》，《现代学术研究》第8期，页47-81。
- 许志雄、刘淑惠（1992），《国民大会的定位与存废》，发表于“当前宪政改革之目标与宪政方案之评估”研讨会，收录于许志雄（2010），《宪法秩序之变动》（第二版），台北市：元照出版有限公司，页451-459。
- 许宗力（2014），《2013年宪法发展回归》，《台大法学论丛》第43卷特刊，页1031-1074。
- 薛化元（1993），《民主宪政与民族主义的辩证发展》，台北县：稻乡出版社。
- （1997），《中华民国宪政蓝图的历史演变——以行政权为中心的考察》，《现代学术研究》专刊8，页83-110。
- 颜厥安（2000），《国民主权与宪政国家》，《政大法学评论》第63期，页47-80。亦收录于颜厥安（2005），《宪邦异式——宪政法理学论文集》，台北市：元照。
- （2006），《人权清单与宪法上保障人权之相关机制的整体检讨》，台北市：行政院研究发展考核委员会。亦收录于行政院研究发展考核委员会主编，《宪政方向盘》，台北市：五南图书出版公司，页273-296。

- 杨承烨（2014），《由宪法平等选举原则评析我国立法委员选举制度》，《中研院法学期刊》第15期，页331-400。
- 杨芳华（2006），《汉初黄老学说的经世观及其实践》，国立中山大学中国文学系硕士学位论文。
- 杨日青（2014），《立法部门》，收录于陈义彦主编，《政治学》第五版，台北市：五南图书出版股份有限公司，页259-284。
- 杨文豪（2013），《监察院防腐机制功能与检讨》，国立台湾师范大学政治学研究所硕士学位论文。
- 杨小凯（1999），《中国统一之利弊》，《北京之春》1999年10月号（总第77期），页84-88。
- 杨小凯、曲社宁（2004），《怎样才能使宪法得到尊重》，《北京之春》2004年8月号（总第135期），页24-26。
- 杨智杰（2010），《从基本国策执行检讨违宪审查模式：兼论财产权与基本国策冲突》，《国立中正大学法学集刊》第28期，页121-185。
- （2012），《欧洲监察使的质权行使方式与具体贡献》，《东海大学法学研究》第37期，页39-96。
- 叶俊荣、张文贞主编（2008），《新兴民主的宪政改造》，台北市：国立台湾大学人文社会高等研究院。
- 叶曙明（2013），《国会现场：1911-1928》，杭州：浙江人民出版社。
- 殷海光（1960），《我对于三民主义的意见和建议》，《自由中国》第22卷第12期，页9-10。亦收录于殷海光（2011），《政治与社会（下）》（殷海光全集10），台北市：国立台湾大学出版中心，页1166-1170。
- 余致力（2006），《倡廉反贪与民主治理》，《台湾民主季刊》第3卷第3期，页165-176。
- 曾建元（2012），《中国共产党对民国《南京宪法》的贡献》，《中国史研究》第81辑，页313-333。
- 詹文雄（1983），〈副署〉，《中华百科全书》Chinese Encyclopedia Online 西元1983年典藏版，<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=5516>
- 张君勱（1946），《中国新宪法起草经过》，《再生》周刊第220期，收录于中国民主社会党国民大会代表党部编印（1986），《中华民国宪法与张君勱》，页5-7。
- （1947），《中华民国民主宪法十讲》，上海：商务印书馆。电子版见《黄花岗》杂志网站
http://www.huanghuagang.org/hhgLibrary/year2009/constitution_lectures.html
- 张千帆（2011），《美国联邦宪法》，北京：法律出版社。

- （2012），《为了人的尊严——中国古典政治哲学批判与重构》，北京：中国民主法制出版社。
- 张淑中（2012），《台湾国会暴力防治对策之探讨——第六及七届立法院案例分析》，《犯罪、刑罚与矫正研究》第4卷第1期，页107-136。
- 张淑中、姚中原（2012），《台湾宪政改革：修宪理论、政治过程与制度影响》，台北市：五南图书出版股份有限公司。
- 张文贞（2006），《公民复决修宪在当代宪政主义上的意涵》，《台湾民主季刊》第3卷第2期，页87-118。
- （2009），《审议民主与国民主权之合致或悖离？——美国制宪经验的分析》，收录于萧高彦主编，《宪政基本价值》，台北市：中央研究院人文社会科学研究中心，页31-60。
- （2015），《国际人权公约与宪法解释——汇流的模式、功能及台湾实践》，大法官104年度学术研讨会论文，
<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/E400/能及台湾实践.pdf>
- 张益弘（1969），《孙学体系新论》，台北：中华大典编印会。
- 赵弘章（2005），《我国立法院委员会专业化与党团协商透明化之分析》，《中山人文社会科学期刊》第13卷第1期，页37-54。
- 郑大华（1997），《张君勱传》，北京：中华书局。
- 郑钦仁、吴春贵主持（1999），《公民投票与国家改造座谈会》，《现代学术研究》专刊9，页287-309。
- 郑彦棻（1983），《五权宪法》，《中华百科全书》Chinese Encyclopedia Online 西元1983年典藏版，
<http://ap6.pccu.edu.tw/Encyclopedia/data.asp?id=1545>
- （1990），《宪法论丛》（第三版），台北市：东大图书公司。
- 钟国允（2006），《从权力分立原则论宪政结构问题》，收于钟国允，《宪政体制之建构与发展》，作者自刊，页135-173。
- 中央社（2015a），《通奸除罪化3大法官被提名人赞成》，
<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201506110181-1.aspx>
- （2015b），《国会议长中立化 朱立伦提3大国会改革》，
<http://www.cna.com.tw/news/aip/201510280264-1.aspx>
- 周柏彰、谢秉宪（2009），《中央集权、均权或地方分权：对宪法第十章的新解读》，发表于第三届《地方自治与民主发展：2009年县市长选举与地方发展》研讨会，东海大学政治系主办。
- 周保松（2004），《自由主义、平等与差异原则》，《政治与社会哲学评论》第8期，页121-179。

- 周世辅、周阳山 (1992), 《中山思想新诠: 民权主义与中华民国》, 台北市: 三民书局股份有限公司。
- 周阳山 (1990), 《关于监察院的几种修宪拟议》, 中华民国宪政改革学术研讨会论文, 收于周阳山 (1993), 《民族与民主的当代诠释》, 台北市: 正中书局, 页 155-168。
- (1993), 《民权主义与中华民国宪法》, 收于胡佛等著, 《中华民国宪法与立国精神》, 台北市: 三民书局股份有限公司, 页 461-612。
- 朱谌 (1997), 《宪政分权理论及其制度》, 台北市: 五南图书出版公司。
- 《自由中国》杂志社 (1951), 《政府不可诱民入罪》, 《自由中国》第 4 卷第 11 期, 页 4、31。

二 英文部分

- Ackerman, Bruce (1988). 'Neo-federalism', in Elster, Jon and Slagstad, Rune (eds.), *Constitutionalism and democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 153-193.
- (1991). *We the People, Volume 1: Foundations*. Cambridge, MA: Belknap.
- (1998). *We the People, Volume 2: Transformations*. Cambridge, MA: Belknap.
- (2000). 'The New Separation of Powers'. *Harvard Law Review*, 113: 633-729.
- (2008). 见中文部分。
- Ackerman, Bruce and Fishkin, James (2004). *Deliberation Day*. New Haven: Yale University Press.
- Alexnader, Gerald (2001). 'Institutions, Path Dependence, and Democratic Consolidation'. *Journal of Theoretical Politics*, 13(3): 249-269.
- Alonso, Sonia (2011). 'Representative Democracy and the Multinational *demos*', in Alonso, Sonia, Keane, John, and Merkel, Wolfgang (2011), pp. 169-190.
- Alonso, Sonia, Keane, John, and Merkel, Wolfgang (2011). *The Future of Representative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Alós-Ferrer, Carlos and Granić, Đura-Georg (2010). 'Approval Voting in Germany: Description of a Field Experiment', in Laslier, Jean-François and Sanver, M. Remzi (eds.), *Handbook on Approval Voting*. Berlin: Springer, pp. 397-411.
- Amar, Akhil Reed (2005). *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House.
- Arendt, Hannah (1963). *On Revolution*. New York: Viking Press.
- Barak, Aharon (translated by Kalir, Doron) (2012). *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Barkan, Joel D. (1995). 'Elections in Agrarian Societies'. *Journal of Democracy*, 6(4): 106-116. Also in Diamond and Plattner (2006), pp. 135-145.

- Bermann, George A. (1978). 'The Principle of Proportionality'. *American Journal of Comparative Law*. (Supplement) 26: 415-432.
- Bessette, Joseph M. and Pitney, John J. (2012). *American Government and Politics: Deliberation, Democracy and Citizenship* (Election Update). Boston: Wadsworth.
- Blindenbacher, Raoul and Watts, Ronald L. (2003). 'Federalism in a Changing World – A Conceptual Framework for the Conference', in Blindenbacher, Raoul and Koller, Arnold (eds.), *Federalism in a Changing World – Learning from Each Other*, Montreal: McGill-Queen's University Press, pp. 7-25.
- Boldi, Paulo. *et al.* (2011). Viscous Democracy for Social Networks. *Communications of the ACM*, 54(6), 129-137.
- Brams, Steven J. (2008). *Mathematics and Democracy: Designing Better Voting and Fair-Division Procedures*. Princeton: Princeton University Press.
- Calabresi, Steven G. (2001). 'The Virtues of Presidential Government: Why Professor Ackerman is Wrong to Prefer the German to the US Constitution'. *Constitutional Commentary*, 18: 51-104.
- Calabresi, Steven G. and Bady, Kyle (2010). 'Is the Separation of Powers Exportable?' *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 33: 5-16.
- Calvi, James V. and Coleman, Susan (2012). *American Law and Legal Systems* (7th Edition). New York: Routledge.
- Caplan, Bryan D. (2008). *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*. Princeton: Princeton University Press.
- Carey, John M. (2008). 'Presidential versus Parliamentary Government', in Claude Ménard and Mary M. Shirley (eds.), *Handbook of New Institutional Economics*. Berlin: Springer, pp. 91-122.
- Carey, John M. and Hix, Simon. 'The Electoral Sweet Spot: Low-Magnitude Proportional Electoral Systems'. *American Journal of Political Science*, 55(2): 383-397.
- CBS (2015). *New laws aim to put brakes on nation's speed traps*. CBS NEWS August 17, 2015, 6:59 AM. <http://www.cbsnews.com/news/speed-trap-profits-could-come-end-small-town-new-laws/>
- Cheibub, José Antonio (2007). *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CNN (2011). *PIERS MORGAN TONIGHT, Interview with Thomas Friedman; Interview with Rudy Guiliani*, aired Sep. 7, 2011 - 21:00 ET. <http://www.cnn.com/TRANSCRIPTS/1109/07/pmt.01.html>
- Colomer, Joseph M. (ed.) (2004a). *Handbook of Electoral System Choice*. London: Palgrave-Macmillan.
- (2004b). 'The Strategy and History of Electoral System Choice', in Colomer (2004b), pp. 3-78.

- Commonwealth Club (2016). *Francis Fukuyama: American Political Decay or Renewal?* <http://www.commonwealthclub.org/events/archive/podcast/francis-fukuyama-american-political-decay-or-renewal> (笔者的提问和福山教授的回答在音频文档的 48 分 53 秒至 50 分 47 秒处)
- Congleton, Roger D. and Swedenborg, Birgitta (eds.) (2006). *Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Evidence*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Cronin, Thomas E. (1989). *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Cross, William, and Blais, André (2012). 'Who selects the party leader?' *Party Politics*, 18(2): 127-150.
- Dahl, Robert A. (1957). 'Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker'. *Journal of Public Law*, 6: 279-295.
- (1989). *Democracy and Its Critics*. New Haven: Yale University Press.
- (2004). *How Democratic is the American Constitution* (2nd Edition). New Haven: Yale University Press.
- (2006). *A Preface to Democratic Theory* (Expended Edition). Chicago: University of Chicago Press.
- D'Alimonte, Roberto (2005). 'Italy: A Case of Fragmented Bipolarism', in Gallagher, Michael and Mitchell, Paul, *The Politics of Electoral Systems*, Oxford, Oxford University Press, pp. 253-276.
- Dardaneli, Paolo (2011). 'The Emergence and Evolution of Democracy in Switzerland', in Malone, Mary Fran T. (ed.), *Achieving Democracy: Democratization in Theory and Practice*. New York: Continuum, pp. 141-163.
- Davis, D. M. (2012). 'Socio-Economic Rights', in Rosenfeld and Sajó (eds.) (2006), pp. 1020-1053.
- Diamond, Larry (1999). *Developing Democracy: Toward Consolidtion*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Diamond, Larry and Plattner, Marc F. (eds.) (2006). *Electoral Systems and Democracy*. Baltimore: John Hopkins University Press.
- Dubois, Philip L. and Feeney, Floyd (1998). *Lawmaking by Initiative : Issues, Options, and Comparisons*. New York: Agathon Press.
- Edwards, George C. III (2011). *Why the Electoral College Is Bad for America* (2nd Edition). New Haven, CT: Yale University Press.
- Elkins, Zachary, Ginsburg, Tom, and Melton, James (2005). *The Endurance of National Constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Ellis, Richard J. (2002). *Democratic Delusions: The Initiative Process in America*. Lawrence: University Press of Kansas.

- FairVote (2014). *Ranked Choice Party List: Raising the Threshold in Israel Without Hurting Arab Israelis*. <http://www.fairvote.org/ranked-choice-party-list-raising-the-threshold-in-israel-without-hurting-arab-israelis>
- Figlio, Karl. (2012) 'The Dread of Sameness: Social Hatred and Freud's "Narcissism of Minor Differences"', in Auestad, Lene (ed.), *Psychoanalysis and Politics: Exclusion and the Politics of Representation*. London: Karnac Books, pp. 7-24.
- Fishkin, James S. (2011). 'Deliberative Democracy and Constitutions'. *Social Philosophy and Policy*, 28(1): 242-260.
- Ford, Bryan (2002). *Delegative Democracy*. <http://www.brynosaurus.com/deleg/deleg.pdf>
- Frey, Bruno S. (2001). 'A Utopia? Government without Territorial Monopoly'. *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*, 157: 162-175.
- Frey, Bruno S. and Eichenberger, Reiner (1999). *The New Democratic Federalism for Europe: Functional, Overlapping, and Competing Jurisdictions*. Cheltenham, UK: Edward Elgar
- Frey, Bruno S. and Stutzer, Alois (2006). 'Direct Democracy: Designing a Living Constitution', in Congleton and Swedenborg (2006), pp. 39-80.
- Friedman, Milton (1951). 'Neo-Liberalism and its Prospects'. *Farmand*, February 17: 89-93. Also in Ebenstein, Lanny (Ed.) (2012). *The Indispensable Milton Friedman: Essays on Politics and Economics*. Washington: Regnery Publishing, pp. 3-10.
- (1965). 'Alleviation of Poverty', in Weisbrod, Burton A. (ed.), *The Economics of Poverty: An American Paradox*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, pp. 151-155. Also in Friedman, Milton (2002). *Capitalism and Freedom* (Fortieth Anniversary Edition). Chicago: University of Chicago Press, pp. 190-195.
- Frye, Timothy (2002). 'Presidents, Parliaments, and Democracy: Insights from the Post-Communist World', in Reynolds (2002), pp. 81-103.
- Fukuyama, Francis (2004). *State-building: Governance and World Order in the 21st Century*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- (2014). *Political Order and Political Decay: from the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Fukuyama, Francis, Dressel, Bjorn, and Chang, Boo-Seung (2005). 'Facing the Perils of Presidentialism?'. *Journal of Democracy*, 16(2): 102-116.
- Gagnon, Alain-G. and Keating, Michael (eds.) (2012). *Political Autonomy and Divided Societies: Imagining Aemocratic Alternatives in Complex Settings*. Basingstoke, UK: Palgrave Macmillan.
- Galasso, Vincenzo and Nannicini, Tommaso (2015). 'So closed: Political selection in proportional systems'. *European Journal of Political Economy*, 40(B): 260-273.

- Garoupa, Nuno M. and Ginsburg, Tom (2009). 'Guarding the guardians: Judicial councils and judicial independence'. *American Journal of Comparative Law*, 57 (1): 103-134.
- Garrett, Thomas A. and Rhine, Russell M. (2006). 'On the Size and Growth of Government'. *Review-Federal Reserve Bank of Saint Louis*, 88(1): 13-30.
- Gaus, Gerald F. (1999). *Social Philosophy*. Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe.
- Ginsburg, Tom (2008). 见中文部分。
- Grofman, Bernard, Blais, André, and Bowler, Shaun (eds.) (2009). *Duverger's Law of Plurality Voting: The Logic of Party Competition in Canada, India, the United Kingdom and the United States*. New York: Springer.
- Hayek, Friedrich A. (1979). *Law, Legislation and Liberty, Volume 3: The Political Order of a Free People*. Chicago: University of Chicago Press.
- (1994). *The Road to Serfdom* (Fifth Anniversary Edition). Chicago: University of Chicago Press.
- Holiday, Ryan (2012). *Trust Me, I'm Lying: Confessions of a Media Manipulator*. New York: Portfolio.
- Horowitz, Donald L. (1990). 'Comparing Democratic Systems'. *Journal of Democracy*, 1(4): 73-79.
- (1991). *A Democratic South Africa? Constitutional Engineering in a Divided Society*. Berkeley: University of California Press
- (2002). 'Constitutional Design: Proposals versus Processes', in Reynolds (2002), pp. 15-36.
- (2008). 'Conciliatory Institutions and Constitutional Processes in Post-Conflict States'. *William & Mary Law Review*, 49(4): 1213.
- Ignatieff, Michael (1998). *The Warrior's Honor: Ethnic War and the Modern Conscience*. New York: Metropolitan Books.
- International IDEA (2007). *Voting from Abroad: The International IDEA Handbook*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- (2008). *Direct Democracy: The International IDEA Handbook*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Jackson, John E. and David C. King (1989). 'Public Goods, Private Interests, and Representation'. *American Political Science Review*, 83(4): 1143-1164.
- Jeans, Roger B. (1997). *Democracy and Socialism in Republican China: the Politics of Zhang Junmai (Carsun Chang), 1906-1941*. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield
- Juberías, Carlos Flores (2004). 'Eastern Europe: General Overview', in Colomer (2004a), pp. 309-331.
- Keating, Michael (2012). 'Rethinking Territorial Autonomy', in Gagnon and Keating (2012), pp. 13-31.

- Kokott, Juliane and Kaspar, Martin (2012). 'Securing Constitutional Efficacy', in Rosenfeld and Sajó (eds.) (2006), pp. 795-815.
- Kymlicka, Will (1995). *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. New York: Oxford University Press.
- Laslier, Jean-François (2012). 'And the Loser is... Plurality Voting', in Felsenthal, Dan and Machover, Moshé (eds.), *Electoral Systems: Paradoxes, Assumptions, and Procedures*, New York: Springer, pp. 327-351.
- Lawson, Chappell *et al.* (2010). 'Looking Like a Winner: Candidate Appearance and Electoral Success in New Democracies'. *World Politics*, 62(4), 561-593.
- Levine, Marilyn A. (1992). 'Zeng Qi and the Frozen Revolution', in Jeans, Roger B. (ed.), *Roads Not Taken: The Struggle of Opposition Parties in Twentieth-Century China*. Boulder, CO: Westview Press, pp. 225-240.
- Levinson, Sanford (2010). *Framed : America's 51 Constitutions and the Crisis of Governance*. Oxford: Oxford University Press.
- Lewis, W. Arthur (1965). *Politics in West Africa*. Oxford: Oxford University Press.
- Lijphart, Arend (1991). 'Constitutional Choices for New Democracies'. *Journal of Democracy*, 2(1): 72-84. Also in Diamond and Plattner (2006), pp. 73-85.
- (2004). 'Constitutional Design for Divided Societies'. *Journal of Democracy*, 15(2): 96-109. Also in, in Diamond and Plattner (2006), pp. 42-55.
- (2008). *Thinking about Democracy: Power Sharing and Majority Rule in Theory and Practice*. New York: Routledge.
- (2012). *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries* (2nd Edition). New Haven, CT: Yale University Press.
- Linebarger, Paul Myron Anthony (1937). *The Political Doctrines of Sun Yat-sen: An Exposition of the Sun Min Chu I*. Baltimore: The John Hopkins Press. 电子版见 <http://www.gutenberg.org/ebooks/39356>
- Linz, Juan J. (1994). 'Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?' In Linz, Juan J. and Valenzuela, Arturo (eds.), *The Failure of Presidential Democracy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, pp. 3-87.
- Llanos, Mariana and Marsteintredet, Leiv (eds.) (2010). *Presidential breakdowns in Latin America: causes and outcomes of executive instability in developing democracies*. New York: Palgrave Macmillan.
- Luterán, Martin (2014). 'The Lost Meaning of Proportionality', in Huscroft, Grant, Miller, Bradley W., and Webber, Gregoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 21-42.
- Maier, Pauline (2011). *Ratification: The People Debate the Constitution, 1787-1788*. New York: Simon & Schuster.
- Mansbridge, Jane (2003). 'Rethinking Representation'. *American Political Science Review*, 97(4): 515-528.

- (2010). ‘Deliberative Polling as the Gold Standard’. *The Good Society*, 19(1): 55-62.
- Masseti, Emanuele (2006). ‘Electoral Reform in Italy: from PR to Mixed System and (Almost) Back Again’. *Representation*, 42(3): 261-269.
- Mattei, Ugo and Pes, Luca G. (2008). ‘Civil Law and Common Law: Toward Convergence?’ In Caldeira, Gregory A., Kelemen, R. Daniel, and Whittington, Keith E. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, pp. 267-280.
- Mezey, Michael L. (2008). *Representative Democracy: Legislators and Their Constituents*. Lanham, MD: Rowman & Littlefield.
- (2013). *Presidentialism: Power in Comparative Perspective*. Boulder, CO: Lynne Rienner Publishers.
- Mueller, Dennis C. (2006). ‘Federalism: A Constitutional Perspective’, in Congleton and Swedenborg (2006), pp. 205-228.
- Nalder, Kimberly L. (2008). ‘Representative Role Types’, in Warren, Kenneth F. (ed.), *Encyclopedia of U.S. Campaigns, Elections, and Electoral Behavior*, Thousand Oaks, CA: SAGE Publications, pp. 709-709.
- Negretto, Gabriel L. (2013). *Making Constitutions: Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Norman, Wayne (2006). *Negotiating Nationalism: Nation-Building, Federalism, and Secession in the Multinational State*. Oxford: Oxford University Press.
- NPR (2012). *Should U.S. Constitution be an International Model?*
<http://www.npr.org/2012/07/04/156186033/should-u-s-constitution-be-an-international-model>
- O'Donnell, Guillermo A. (1994). ‘Delegative Democracy’. *Journal of Democracy*, 5(1): 55-69.
- Oliver, Dawn and Fusaro, Carlo (2011). ‘Changing Constitutions: Comparative Analysis’, in Oliver, Dawn and Fusaro, Carlo (eds.), *How Constitutions Change: A Comparative Study*. London: Bloomsbury Publishing, pp. 381-404.
- Pennock, J. Roland (1979). *Democratic Political Theory*. Princeton: Princeton University Press.
- Pildes, Richard H. (2012). ‘Elections’, in Rosenfeld and Sajó (eds.) (2006), pp. 529-543.
- Pitkin, Hanna Fenichel (1967). *The Concept of Representation*. Berkeley and Los Angeles: University of California Press.
- Poundstone, William (2008). *Gaming the Vote: Why Elections Aren't Fair (and What We Can Do about it)*. New York: Hill and Wang.
- Qvortrup, Matt (2005). *A Comparative Study of Referendums: Government by the People* (2nd Edition). Manchester: Manchester University Press.

- (2013). *Direct Democracy: A Comparative Study of the Theory and Practice of Government by the People*. Manchester: Manchester University Press.
- Raine, Adrian (2013). *The Anatomy of Violence: The Biological Roots of Crime*. New York: Pantheon Books.
- Reilly, Benjamin (1997). 'The Alternative Vote and Ethnic Accommodation - New Evidence from Papua New Guinea'. *Electoral Studies*, 16(1), 1-11.
- (2001). *Democracy in Divided Societies: Electoral Engineering for Conflict Management*. Cambridge: Cambridge University Press.
- (2007). 'Political Engineering in the Asia-Pacific'. *Journal of Democracy*, 18(1): 58-72.
- (2012). 'Institutional Designs for Diverse Democracies: Consociationalism, Centripetalism and Communalism Compared'. *European Political Science*, 11(2): 259-270.
- Renner, Karl (1899). 'State and Nation', in Nimni, Ephraim (ed.) (2005), *National-Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*. New York: Routledge, pp. 15-48.
- Reynolds, Andrew (1995a). 'Constitutional Engineering in Southern Africa'. *Journal of Democracy*, 6(2), 86-99. Also in Diamond and Plattner (2006), pp. 121-134.
- (1995b). 'The Case for Proportionality'. *Journal of Democracy*, 6(4): 117-124. Also in Diamond and Plattner (2006), pp. 146-153.
- (ed.) (2002). *The Architecture of Democracy: Constitutional Design, Conflict Management, and Democracy*. London: Oxford University Press.
- Reynolds, Andrew, Reilly, Ben, and Ellis, Andrew (2005). *Electoral System Design: The New International IDEA Handbook*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.
- Rosanvallon, Pierre (translated by Goldhammer, Arthur) (2008). *Counter-Democracy: Politics in an Age of Distrust*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rosenfeld, Michel and Sajó, András (eds.) (2012), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Sajó, András (2008). 见中文部分。
- Samuels, David J. and Shugart, Matthew S. (2010). *Presidents, Parties, And Prime Ministers: How the Separation of Powers Affects Party Organization and Behavior*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Samuels, David J. and Snyder, Richard (2001). 'The Value of a Vote: Malapportionment in Comparative Perspective'. *British Journal of Political Science*, 31(4): 651-671.
- Santayana, George (1951). *Dominations and Powers: Reflections on Liberty, Society, and Government*. New York: Charles Scribner's Sons. Republished in 1995, New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers.

- Sartori, Giovanni (1997). *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives, and Outcomes* (2nd Edition). New York: New York University Press.
- Schlink, Bernhard (2011). 'Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but Here'. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 22: 291-302.
- Schmitt, Nicolas (2005). 'Swiss Confederation', in Kincaid, John and Tarr, G. Alan (eds.), *Constitutional Origins, Structure, and Change in Federal Countries*. Montreal: McGill-Queen's University Press, pp. 347-380.
- Schütze, Robert (2009). *From Dual to Cooperative Federalism: the changing structure of European law*. Oxford, Oxford University Press.
- Shvetsova, Olga (2002). 'Institutions and Coalition Building in Post Communist Transitions', in Reynolds (2002), pp. 55-78.
- Siegan, Bernard H. (1994). *Drafting a Constitution for a Nation or Republic Emerging into Freedom* (2nd Edition). Fairfax, VA: George Mason University Press.
- Smilov, Daniel (2013). 'Constitutionalism of Shallow Foundations: The Case of Bulgaria', in Galligan, Denis J., and Versteeg, Mila (eds.), *Social and political foundations of constitutions*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 611-636.
- Snyder, Jack L. (2000). *From Voting to Violence: Democratization and Nationalist Conflict*. New York: Norton.
- Stepan, Alfred C. (1999). 'Federalism and Democracy: Beyond the US Model'. *Journal of Democracy*, 10(4): 19-34.
- (2000). 'Religion, democracy, and the "Twin Tolerations".' *Journal of democracy*, 11(4): 37-57.
- Stepan, Alfred C., Linz, Juan J., and Yadav, Yogendra (2010). *Crafting State-Nations: India and Other Multinational Democracies*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Stewart, David O. (2008). *The Summer of 1787: The Men Who Invented the Constitution*. New York: Simon & Schuster.
- Sullivan, E. Thomas and Frase, Richard S. (2009). *Proportionality Principles in American law: Controlling Excessive Government Actions*. Oxford, Oxford University Press.
- Sunstein, Cass (2002). *Designing Democracy: What Constitutions Do*. Oxford, Oxford University Press.
- Supreme Court of the United States (2012). *2012 Year-End Report on the Federal Judiciary*. <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2012year-endreport.pdf>
- Taagepera, Rein (2007). *Predicting Party Sizes: The Logic of Simple Electoral Systems*. Oxford: Oxford University Press.

- Taagepera, Rein and Shugart, Matthew Soberg (1989). *Seats and Votes: The Effects and Determinants of Electoral Systems*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Tamir, Yael (1997). 'Pro Patria Mori! Death and the State'. In McKim, Robert and McMahan, Jeff (eds.), *The Morality of Nationalism*, Oxford, Oxford University Press, pp. 227-41.
- Tideman, Nicolaus (2006). *Collective Decisions and Voting: The Potential for Public Choice*. Aldershot: Ashgate.
- Todorov, Alexander *et al.* (2005). 'Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes'. *Science*, 308(5728): 1623-26.
- Tsebelis, George (2002). *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton, NJ: Princeton University Press
- Tushnet, Mark (2008). *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- (2014). *Advanced Introduction to Comparative Constitutional Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar.
- Urbinati, Nadia (2011). 'Representative Democracy and its Critics', in Alonso, Keane, and Merkel (2011), pp. 23-49.
- (2014). *Democracy Disfigured*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Van der Hulst, Marc (2000). *The Parliamentary Mandate: A Global Comparative Study*. Geneva: Inter-Parliamentary Union.
- Wilcox, Delos F. (1912). *Government by All the People; or, The Initiative, the Referendum, and the Recall as Instruments of Democracy*. New York: The Macmillan Company. 电子版见
<https://archive.org/details/governmentbyallp00wile>
- Xuclà, Jordi (2014). *Post-Electoral Shifting in Members' Political Affiliation and Its Repercussions on the Composition of National Delegations*. Report by Committee on Rules of Procedure, Immunities and Institutional Affairs, Parliamentary Assembly, Council of Europe.