

张千帆

【关键词】

【点击次数】804

【阅读次数】804

我当初之所以有强烈的愿望要写这本书，是因为中国到目前为止一直将经济发展放在首位，而忽视了宪政制度的配套建设。由于宪法这么多年来一直没有得到有效实施（这也难怪，因为现行宪法文本中规定的许多经济政策、积极权利和公民义务是不可实施的），从而令人们产生了一种普遍的误解：宪法作为“根本大法”高高在上，和社会实际生活没有什么关系；虽然法治有利于经济发展，但那是民法、物权法、公司法、反不正当竞争法、证券交易法甚至环境保护法等普通立法的事情，和宪法无关。或者更“客气”一点说，宪法只是为这些法的产生提供了一种其实没有意义的“母法”依据，宪法本身既不能也不需要发挥什么实质性作用。本书的目的就是要打破这种误解，求证宪政和经济发展之间的紧密关系。这其中的“桥梁”就是法治这个概念，因为它与宪政和经济发展之间的联系已经获得公认；通过它，可以更有效地说明宪政制度对经济发展的关键作用。这是为什么本书取名为“宪政、法治与经济发展”。

在某种意义上，本书是我1998年的《市场经济的法律调控》的续篇。那本书集中讨论了西方经济的法律秩序以及西方法院对经济和社会发展的作用，没有谈论宪政，但该书的“结语”部分已经预示：“西欧国家的普遍趋势是将法律重心从私法转移到公法，从以前基于‘立法至上’的实定主义（legal positivism）走向以法院阐释为主的宪政主义。”在历史上，宪政与法治秩序对于西方国家的经济和社会发展作出过不可忽视的积极贡献。改革开放以来，中国也制定了许多的法；如果这些法律获得有效的实施，无疑将对中国的经济发展发挥巨大作用。但众所周知的是，许多法律的实施情况并不理想。我们的法律没有能防止国有资产的不断流失、没有能保护作为国家战略资源的耕地连年减少、没有能杜绝证券市场的营私舞弊、没有能产生一个健康的公司治理模式、没有能有效制止假冒伪劣产品和煤矿安全事故……这其中固然有法律规定本身的问题，但我们今天越来越认识到，即使有良好的条文规定也是远远不够的；如果得不到实施，再好的法律也如同不存在一样。和改革开放初期不同，当今中国的主要问题已经不是有没有法，而是有什么样的法？谁参与法律的制定？谁通过什么机制监督法律的实施？无庸赘言，这些问题是法律条文本本身所无法解决的（孟子早在两千多年前

就告诉我们：“徒法不足以自行”）。它们在本质上是先于法律条文而存在的宪政问题，是法律之所以成为法律的前提条件；如果它们不得到解决，法治秩序就无从建立，经济发展就将陷入混乱、不健康和不可持续的危險。

这本书从比较的角度有选择地探讨了对经济发展至关重要的宪政与（行政）法治问题。在国家这个层面上，我们主要比较美国、西欧和中国这三大版块。众所周知，美欧代表了当今世界上最主要的两种宪政治理模式，美欧宪政与法治在维持和发展市场经济过程中的作用对于我们具有显然的借鉴意义。在和经济发展直接相关的宪政层面上，我们主要关心国家权力结构和个人权利的保障——更具体地说，私有财产和经济活动自由的保护，国家结构则包括中央与地方关系以及立法、行政和司法权力的配置。当然，本书不可能探讨所有方面的宪政问题，而是在每个领域选择了一些和经济发展密切相关的典型问题。

虽然经济权利的宪法保障具有显然的重要性，但我们并没有首先讨论这个问题，而是将它放在本书的最后，先讨论国家制度对经济发展的影响。没有合理的权力结构，权利保障只是一句空话。这是为什么美国 1788 年联邦宪法的正文中只有很少几条不那么重要的权利保障条款，《权利法案》是制宪三年后以修正案的方式加进去的；法国 1958 年第五共和宪法正文中也没有权利保障条款，宪政院后采用的是宪法前言中提到的 1789 年《人权宣言》和 1946 年第四共和宪法中保障的权利。这表明权利保障并非不重要，但真正的宪政国家所关心的并不是罗列那些崇高乃至神圣的东西，而是如何通过制度保证这些权利落实到实处。

站在这个出发点上，我们选择司法独立作为首先谈论的话题。在所有政府机构当中，司法机构对于市场经济的发展贡献最大。这是因为市场经济首先意味着自由竞争，而不是政府管制，而无论是立法还是行政都意味着政府在特定领域的管制——尽管可能是通过法律的管制。根据经典的自由主义理论，市场是一种经济行为者通过自愿交易产生的一种自生自发秩序；极端一点说，即使没有政府，市场秩序仍然可能自发产生。当然，市场秩序其实需要受到政府法律的保护，但是如果我们不得不在立法、行政和司法三种机构之中选择建立一种机构，那么我们会首选司法机构，因为它对于公正解决私人之间的纠纷是必不可少的。至于什么叫作“公正”解决市场纠纷，可以通过立法规定，但也完全可以通过法官在判案过程中所积累的案例法或学者所总结、梳理的自然法原则。反之，如果我们不能保证自然公正原则或反映这些原则的成文法规定通过司法而获得公平有效的实施，那么无论多么好的法律都是白

搭。中国虽然经过了五年多司法改革，但毋庸讳言的是，司法机构还存在着诸多弊病，因而还不足以为市场秩序的建立和健全提供牢固的法治保障。本书参照了欧美法院的经验，对中国司法改革的走向进行了实证探索。

作为一个行政大国，传统中国的特征不仅是司法偏弱，而且是行政过强。尤其是 1949 年以后，由于实行计划经济，行政权力得到空前膨胀，超越了任何法律限制，任意干预和阻碍市场经济的发展。要使市场经济得以健康发展，首先必须限制和控制行政权力。因此，本书接下来探讨了行政法治对市场经济的意义。近年来，中国已经逐步认识到政府作用的有限性，“有限政府”成为行政法治的重要原则。2004 年刚实施的《行政许可法》明确体现了有限政府原则：如果可以通过公民自主决定或市场竞争机制有效调节，就不应该设置行政许可。总之，市场经济职能正成为行政理性化的一个主要推动力。我们在这本书中探讨了中国将在这个进程中遇到的诸多艰难险阻，并提出了相应对策。

除了完善司法控制之外，行政法治最终要受到立法的限制。行政根据什么“法”治理？显然是按照立法机构制定的法律——这是现代民主的题中之意，也是本书的下一个论题。二十世纪早期的经济危机表明，市场经济其实早已不是一个自我维持的神话，而是需要政府的适当干预和保护——当然不是通过行政的任意干预，而是通过议会制定反垄断法、证券交易法、社会保障法、环境和消费者保护法等一系列法律。这些法律的有效实施不仅保护健康的自由竞争，而且将纠正市场的一些不良社会后果。但是部分由于立法缺失，中国社会目前正承受着市场竞争不完善和市场消极影响的双重之苦。虽然中国自改革开放以来也制定了大量的法律，但由于种种原因，这些法律非但没有获得有效实施，而且某些法律规定本身就不能满足社会需要，因而未能营造出一个完整健全的市场秩序，同时也未能有效纠正市场经济的不良社会后果。贫富差距仍然在不断拉大，社会弱势群体（包括占人口大多数的农民）的合法利益得不到充分保障。之所以如此，关键原因在于立法作为一个政治过程还没有充分体现社会利益的普遍需要。在历史上，资本主义和民主政治的发展是相互依存、相互促进、相互制约的共生过程。市场经济为民主制度准备了物质条件，民主过程则反过来保证市场经济以符合人性的方式发展。因此，我们从欧美经验出发，花费较多笔墨探讨了市场经济秩序的政治条件以及中国民主宪政的建设方略。

最后，政治和立法过程是多层次的。对于像中国这样幅员辽阔的国家，中央和地方政策

都对经济发展产生显著影响。虽然中国一直采取中央集权模式，但如此泱泱大国不可能是一个均衡发展的国家；城乡之间以及沿海与内地之间存在着巨大的地方差异，因而简单的“一刀切”显然不能适应经济发展的要求，地方必须有能力和法治的途径解决自己的问题。另一方面，如果地方权力不受任何控制，那么地方权力的无限膨胀必然导致有害的地区歧视和地方保护主义，进而阻碍全国的经济发展。由于缺乏有效的宪政机制，中国地方一直在立法和人事制度上缺乏足够的自治空间，同时地方保护主义又相当严重，从而构成了难解的连环症结。

本书从另一个视角探讨了中国的中央和地方关系：财政联邦主义，也就是中央和地方在征税权上的分配机制。“税”对于中国人来说是一个既熟悉又陌生的字眼：熟悉，是因为几乎每个人都纳税，事实上政府正是靠纳税人养活的；陌生，是因为至今为止我们普通人对自己究竟应该交多少税还没有发言权。如果一个国家的民主机制不完善，则势必会出现繁多的苛捐杂税。关于税的社会冲突正是产生近代民主制度的导火线。在民主国家，“税”是一个直接影响每个人利益的基本问题，也是政府职能及其分配的法定性因素，税权的分配直接决定着中央和地方权力的分配。自 1994 年实行分税制以来，中国偏离了传统的大一统集权模式，地方获得了有限的税收自主权，但目前关于税的立法权仍然是以中央为主导。为了使地方政府有充分余地通过民主与法治的途径发展地方经济，同时遏制地方保护主义以及各种形式的乱收费现象，有必要构建新的财政分权模式。

宪政国家的言论自由		评
张千帆		
【关键词】		
		【点击次数】 1406
		【阅读次数】 1406

类似主题曾经在以下大学作过演讲：四川大学法学院，2005 年 10 月 14 日；西南政法大学法学院，2005 年 10 月 16 日；山东大学法学院，2005 年 10 月 23 日；中国青年政治学院，2005 年 11 月 9 日；中国政法大学法学院，2005 年 11 月 30 日。

言论自由与宪政的关系看起来很简单，因为所有现代宪法都包含言论自由，因而言论自由是宪法的不可缺少的一部分，也是最基本的个人权利。这是一般公认的。人们可能没有充分注意的是，言论自由同时也是宪政的必要条件。一个没有言论自由的国家是不可能实现宪政的，因为有没有言论自由意味着完全不同的思维方式。前面几篇文章论证了司法审查是宪政的制度前提——没有司法审查这个制度，宪政就无从开始；但宪政不仅要满足制度条件，还要满足文化和观念上的条件。现代宪政和言论自由的文化条件是一致的。因此，没有言论自由，表示这个国家的思维方式还没有走上宪政的轨道。这是为什么我认为言论自由和宪政之间存在着如此密切的关系。

这篇文章的目的是尽可能将言论自由的理论基础梳理清楚。通过这篇文章，我希望大家都能认同下面这个基本点，也就是限制言论的措施在绝大多数情况下是不正当的；希望大家从今以后都能成为言论自由的朋友——如果现在还不是的话，希望大家不论在特定问题上采取什么立场，都能对反对自己的言论多一点宽容，对限制言论的政策或措施多一点敏感，对于如何对待不同言论找到一个比较成熟和独立的判断。

一、基本要点

首先，让我简要介绍一点背景知识。在学习言论自由这部分内容的时候，我建议大家注意以下几个要点。首先，大家要从功能主义或实用主义的视角来看问题。宪法是什么？这个问题的答案在很大程度上取决于宪法能为我们做什么，或者说它对于我们的社会来说有什么功能或用途。前面已有文章论述，宪法的独特功能在于规范法律：宪法是法律的法，是衡量法律是否正当的标尺；那么法律又是干什么的呢？法律主要是规定公民的义务，也就说限制的行为自由，但法律限制并不是任意的。我们的行为自由之所以要受到一定的限制，是因为我们的某些行为可能会伤害社会的利益或影响他人的自由。法律不能没有必要地干预个人自由。法律之所以限制自由，必须是为了促进公认的公共利益，防止公认的社会危害，而且这种利益或危害必须是切实的，而非纯粹是猜测。宪法的主要功能就是为了防止法律限制过分

严格，为公民保障充分的自由空间。在这个意义上，任何没有公共利益为支撑的法律都是任意的，因而都通不过宪法的检验。

让我们带着这个基本思想来看言论自由（以及信仰自由）问题。和行为不同的是，言论一般不会产生直接的严重危害。这句话的直接推论是：在宪政国家，言论在一般情况下不应该受到法律限制。当然，我的言论可能会侵害你的名誉，因而也可以受到法律的制裁。但即便在这种情况下，你也不是完全无能为力。如果这个国家有言论自由，你可以通过辩论等手段为自己挽回名誉。这和我突然打你一棍子、给你造成无法挽回的人身伤害是不同的。因此，言论在一般情况下不会造成直接和严重的伤害，因而法律一般没有理由去限制人的言论。信仰就更是如此了，因为它是我们脑子里的东西。我究竟信什么，如果不通过言论等方式告诉你的话，你根本不知道。既然信仰是完全内在的，其损害他人和社会的可能性就更小了。在这个意义上，从行为到言论到信仰，法律限制和干预的正当性是依次递减。对于信仰，我们几乎可以说政府是绝对不可干预的。言论比信仰稍进一步，确实可以在少数情况下受到限制，但是限制言论的法律必须具有非同寻常的依据才能被视为正当的。

况且即使言论甚至信仰可能会导致一些有害行为，譬如他人可能因为我们传播言论和信仰而从事违法行为，但是要制止违法或有害行为，法律完全可以将矛头针对行为本身，而没有必要直接打击言论或信仰。你可能会说，如果消除这种有害的言论或信仰，不就能“除根”祸害了吗？这种做法也许对于防止某类特定的有害行为是有利的，但本文将显示，我们将为此付出比这点可能的利益大得多的代价。事实上，同样的有害行为也完全可能由其它原因激发，而如果除了行为之外，法律还惩罚言论或信仰，那么它还将涉嫌违反宪法的平等原则。

最后，我们得明白言论和信仰自由必须受到宪法的直接保护，别无选择。我们不要指望另外制定一部法律去保护言论自由和信仰自由。不少学者都曾呼吁我们应制定一部新闻法或宗教管理法，但我们已经看到普通的法律主要是规定义务而不是授予权利的。其实，从我们国家现有的新闻出版条例和宗教场所管理条例，也可以很清楚看到这一点。这些条例的第一条都会宣布以保护自由为目的，但其后的条款都是限制自由的。我们通过法律进行规定，一般只会给言论自由带来更多的限制。因此，言论与信仰自由最终应受到宪法的直接保护，而宪法也正是保障这些自由的法。

二、 言论自由的意义

首先，让我说明言论自由的不同方式。这里的“言论”是广义的言论，或许用“表达”更恰当些。它不仅是指说话，而且也包括电视、收音机、电影、报纸等多种方式。言论自由进一步延伸为集会和结社自由。由于篇幅等因素的限制，这里将不论及这些自由，但是它们对一个社会来说是至关重要的。美国的老年人协会是除了天主教协会外最大的协会，它为美国退休者的权利保障发挥了很大的作用。已经退休的老年人在地位、能力和财富上都是属于社会的“弱势”，但是他们联合起来就未必“弱”了，美国的老年人协会就从来不是一个“弱势群体”。反观我们的农民工，他们有的连讨回自己的劳动所得都有困难。因此，如果没有言论自由和结社自由，一个国家就有许多问题解决不了，就要为言论自由的缺失付出沉重的代价。

言论自由的意义有两个层面：个人的和制度上的。言论对个人的重要性不需要强调了。语言是人区别于动物的一个首要特征，也是社会交流的最重要手段。由于言论的成本很小，而交流极为便利，言论是我们日常生活中发生最频繁的一种活动。如果不让我们说话，我想象不出来我们将生活在一个什么样的世界。但言论自由的重要性并不仅限于个人层面。更重要的是，言论自由对维护国家制度是十分重要的一种手段。尤其是对于民主制度，没有言论自由是不可想象的。这是因为选举需要信息，需要选民和候选人之间的自由交流，而没有言论自由，这些政治信息都不具备，理智的选举如何开展？我们现在的地方选举就存在这个问题。候选人坐在台上不说话，只是由选举委员会做一个很简单的介绍，选民都不知道他们的政策、立场、主张是什么，这样究竟选谁呢？最后，人们只能根据他们的相貌、服饰、性别等种种不相关的因素进行选择。民主最基本的条件就是公民和政府、选民和候选人之间存在有效的交流，否则选举就失去了意义，民主就失去了理性。

除此之外，言论自由对于一个诚信社会也是必不可少的。近年来，我们一直在提倡“诚信”。经济学家提倡市场诚信，后来法学家又提倡政府诚信。但从宪法制度的角度看，建立诚信的必要条件是言论自由。如果言论被压制住了，人们不敢说真话，怎么可能造就一个诚信的社会？摧毁社会道德的最有效手段不是对立的理论或学说，而是自身的虚伪。一个人可以在辩论中一败涂地，但这并不意味着他的主张输了——事实上，他可能因为失败而获得同

情，甚至可能因为木讷而获得信任。相反，如果人们发现他说的一切只不过是一张“遮羞布”，任何雄辩都救不了他，狡辩只能使失败更彻底。压制言论将造就虚假，迫使人们公开说谎，而虚伪是摧毁所有道德和良知的最有力的腐蚀剂。我不是说有了言论自由，我们就有了诚信社会；但是没有言论自由，建造诚信社会必然是难上加难。

这就是为什么言论自由在宪法中占有如此重要的地位。在宪政国家，言论自由占了宪法学很大的篇幅。大家可能知道，美国宪法学的案例教科书都是很厚的，通常有大开本的 1500 页左右。在这些材料当中，国家结构（指中央和地方权力之间的冲突以及部门权力冲突）占 1/3，个人权利占 2/3，而在所有大大小小的权利之中，言论自由的内容独占“半壁江山”。也就是说，在宪法学教科书中，足有全部内容的 1/3（约 500 页）专门是关于言论自由，足见言论自由这个领域的丰富和重要。这样，也难怪美国法学院可以专门为第一修正案（言论和信仰自由）开一门课。

三、 限制言论自由的困难

言论自由不仅重要，而且限制言论的措施往往是事与愿违的。政府一般都是为了维护自己的形象而去限制言论，但是最后的结果却是适得其反。19 世纪 30 年代，法国思想家托克维尔到美国游历了一年，写了一本影响巨大的《美国的民主》，其中他提到政府限制言论的困难。由于言论和新闻的传播成本很小，信息总是会通过某种途径散播出去的。政府可以将正规渠道控制住，但是消息还是通过种种“地下渠道”不胫而走，形成了所谓的“小道消息”。其实在一个言论自由的国家，是不存在“小道消息”的。言论一概放开了，还有什么小道大道之分呢？如果托克维尔时代是如此，今天的信息时代就更是如此了，网络言论的控制显然比传统方式还要困难得多。

但我们的历史传统是没有言论自由这个概念的。自周秦以来，我们一直采用一种堵嘴的方式：政府将他的嘴堵上，然后组织御用文人批判一通，将其“批倒批臭”后，就以为完事了。其实，事情并没有了结，有时还适得其反。近二三十年的一个常见现象是，官方的批评反而成了个人成名的捷径。一个人原先可能也不过如此，一旦被点名，他的仕途就此为止，但他在社会上顿时红火起来；一本书可能本来是普通平凡的，但一旦被定为禁书，它在各大书

店销声匿迹，但马上成为全国畅销书，黑市小贩到处可见，男女老少一睹为快。这种现象完全是制度造成的对不同观念的饥渴所产生的。就像有一种果子被禁止去尝，但是人们偏偏就想去尝一尝一样。越是禁止的东西，人们就越想去碰一碰。言论也是一样，因而对不同言论和思想的禁止往往是得不偿失的。

事实上，我们对不同意见完全没有必要那么紧张。在《美国的民主》那本书里，托克维尔注意到一个现象：言论和新闻自由在一个宪政国家是危险最小的，因为你已经把言路放开了，老百姓对于各种各样的不同消息乃至恶意中伤都习惯了，因而反而不会受到多大伤害。当然，在一个没有言论自由的国家，一下子放开言论确实可能会产生某种社会不适应，但这究竟是谁的错呢？

四、 限制言论自由的理由

虽然言论问题很重要，但世界上几乎所有国家都压制过言论。即使是实施言论自由最早的美国，在出现危机的时候还是要压制某些言论。为什么会这样？让我们进入本文的正题。

在中外历史上，压制言论有两种理论依据：教条主义和实用主义。中国在传统上一直奉行教条主义，这种理论只承认自己一种理论是正确的。孟子曾不遗余力的抨击墨家的功利主义和杨子的享乐主义，认为它们都是异端邪说，只有儒家才是唯一的真理。秦朝统一后，儒家曾受到迫害。等到儒家在汉朝取得正统地位以后，它便转而封杀其它学说。由于教条主义认为只有一种理论是正确的，其他都是错误甚至邪恶的，压制这些言论具有天然的合法性，因而教条主义一直是专制政府的理论基础。但教条主义并不只限于中国，在西方同样也有漫长的传统。在中世纪，天主教统治了西方世界近千年，直到文艺复兴和新教革命时期才有所改变。原先，教皇和整个教会制度垄断了《圣经》的解释和个人与上帝的联系。新教革命彻底打破了这种垄断结构，强调个人可以通过《圣经》直接和上帝沟通，从而将天主教会撇在一边。由于个人可能对《圣经》作出不同的理解，其后在基督教内部产生许许多多的教派。各派主张不同的教义，彼此之间水火不相容，发生了许多关乎宗教的战争。经过无数次血与火的洗礼，最后他们才发现谁都说服不了谁，谁也征服不了谁，因而不如相互宽容、“和平

共处”。西方世界这样才逐渐从一元的教条主义回归到古希腊时期的相对多元的怀疑主义。

第二种理论是实用主义。这种理论并不关心言论的正确与否，而是更关注言论所产生的社会后果。在某种意义上，正确的言论可能更有害。比方说，任何国家都有国家机密。什么叫“国家秘密”？就是不能被披露给大家的事实，因为这些事实披露了以后会损害公共利益。当然，究竟什么构成“国家秘密”、由谁经过什么程序界定国家秘密——这些本身都是宪法问题。过分宽泛的界定恐怕是不合适的，比如唐山地震的死亡人数是地震发生后三年才见诸报道；云南曾经发生过仅次于唐山的大地震，但直到三十年之后才被报道出来，等等。这些都一度被认为是国家秘密，但有些“秘密”恐怕是应该公开的。不论怎么说，国家秘密是真实的事实，但正是这类事实的披露可能会给社会带来危害，因而禁止披露恰恰是因为事实的存在。不是事实的东西是谣言，而不是“国家秘密”，因而适当的控制手段是辟谣而不是禁止披露。

在近代，教条主义已经衰落，但实用主义却延续了很长时间，至今仍未销声匿迹。这是因为言论自由关涉到统治的稳定性，而这在东西方都一样。十六七世纪的时候，英国一位著名的大法官曾经说过，政府是不能随便批评的，即使“正确”的批评也可能是有害的，有可能动摇政府的统治基础，而且往往是你说得越正确，就越有说服力，对统治的威胁也越严重。根据这种逻辑，越是正确的言论似乎越需要压制。

五、 反驳教条主义——价值与事实判断之分

让我们首先反驳教条主义。所有的教条主义理论，不论其主张的特定教条为何，都有一个共同的通病，也就是不分价值(value)与事实(fact)这两种性质截然不同的判断。所谓事实判断，是指针对价值中立的事实做出的判断。事实命题是可以通过经验的判断标准验证真伪的。我手里拿的是一瓶矿泉水还是一瓶花生油，我们可以通过经验观察去检验它。对于事实问题，我们有一个客观的判断标准。与此不同的是价值判断，或者说是规范(norm)判断。它是我们对某种事件或现象所表达的主观评价，也就是这是“好”的还是“恶”的，“应该”做的还是“不应该”做的。作为主观判断，价值判断是因人而异的，没有检验真伪的客观标

准，因而也没有严格意义上的对错之分。

在此有必要提到休谟定理(Hume's Law)。大家可能知道，休谟是怀疑主义的集大成者。他的这个定理是说，当你用逻辑的方法去推断价值命题的时候，前提当中必然也包含着价值命题，不可能从纯粹的事实命题逻辑地推演到价值命题。所谓逻辑，就是传统的三段论：如果你知道大前提是正确的——凡人都不免一死，小前提也是正确的——苏格拉底是人，那么结论也必然是正确的——苏格拉底必有一死。休谟定理是说，如果结论是一个价值命题，譬如“社会主义就是好！”，那么无论你怎么往回推，前提中必然也得有价值命题，而不可能全部都是可用客观标准检验的事实命题。因此，所有的价值判断最终都是主观的，是在逻辑上不可能被证明绝对“正确”或“错误”的。

休谟定理看上去简单甚至有点乏味，但它在骨子里对法律和道德的正当性发起了挑战。在某种意义上，道德法则就像是人的口味：川渝人喜欢吃辣的，广东人喜欢吃甜的，而甜的或辣的本身却没有正误之分。既然如此，政府还有什么理由将价值判断强加在公民头上呢？由于价值判断本身没有对错之分，任何强加都是没有正当依据的。事实上，任何强加价值判断的政府都是严格意义上的专制政府，因为专制正是将没有理由的东西强加在别人头上。法律也将义务强加在公民头上，但如果这种法律是必要的，也就是说它实现了一种公认的公共利益，那么我们并不说它是专制的法律；但如果所强加的法律义务是没有理由的，那么这就是地地道道的专制之法。中外历史上很多当时认为天经地义的东西，像“三纲五常”、“三年之丧”、天主教的教义、带上神学色彩的“地心说”，等等，都早已经失去了“绝对正确”的光环。在我们今天看来，人类以往固执坚持的某些东西简直就是一场笑话。之所以如此，休谟定理提供了最终的解释，且如果我们的制度没有根本的改进，这种笑话还会继续下去。看上去不起眼的休谟定理让我们得出了这么一个多少有点惊人的结论。

在此值得一提的是康德。休谟的怀疑主义摧毁了教条主义的基础，但它的自然推论是道德相对主义乃至虚无主义。康德对此深恶痛绝，他想创造一种超越教条主义和怀疑主义的学说，既不陷入传统教条主义的陷阱，又可避免怀疑主义的不良倾向，因而写下了他那不朽的三部批判，在此相关的主要是其《纯粹理性批判》、《实践理性批判》和《道德的形而上学基础》。他特地将命题分为先验的和经验的，分析和综合的。分析命题就是通过逻辑推理形成的，综合命题则通过与此相反的归纳过程而形成的：苏格拉底死了，柏拉图死了，孔子死

了……至今我们见过的人都死了，所以归纳的结论就是凡人都难免一死。经验命题是通过经验观察而形成的，先验命题则是先于或独立于经验过程而形成的。一般来说，分析（逻辑）命题是先验的，不需要通过经验观察就知道对错的；综合命题则是经验的，也就是通过个案观察和归纳总结才形成的。但康德偏偏要证明先验综合判断之存在。他的一个著名例子是“ $5+7=12$ ”，他认为这个简单的数学命题既不是经验判断，也不是分析判断，而是先验综合判断。他进而想证明他的“绝对命令”（categorical imperatives）也是先验综合判断。譬如“人应该永远被作为目的，而非仅仅作为手段”，他认为是先验综合判断。既然是先验的，绝对命令就应该是绝对“正确”的，就像“ $5+7=12$ ”一样，而不是因人而异的个人主观判断。然而，虽然哲学家对康德的学说褒贬不一，相当一致的共识是康德并未能超越怀疑主义和教条主义，令人满意地证明他的绝对命令是先验综合判断。最后，既然不可能所有人都接受同一种教条，我们仍然必须认真对待休谟定理。

六、 反驳（不够实用的）实用主义

康德的学说发展将我们带到限制言论的另一种依据——实用主义。在西方，教条主义早已站不住脚了，但是实用主义仍有一定的市场。我并不反对实用主义。事实上，我们也正是从实用主义和工具主义的角度为言论自由辩护的。但我主张我们的实用主义必须对于我们社会是真正“实用”的，而不是以此为名号的短浅之见。这种短浅的实用主义认为，政府可以不管言论的对错，但是如果言论（不论正确与否）可能危及政府或社会稳定，政府总不能撒手不管。现在让我们应对这种论点。这是本文更主要的任务，因为实用主义论点可以打动更多的人，而且它也确实并非一无是处。

我们已经看到，任何政府都没有正当理由将不存在客观标准的价值判断强加在个人之上。那么事实判断又如何呢？根据康德的分类，事实命题有两种：先验的分析命题和经验的综合命题。逻辑命题是绝对正确的，但是逻辑命题对我们并没有太多的用处，因为逻辑推理的结论早已包含在前提之中。如果你已经知道前提是正确的，那么结论当然也是正确的。这也正是为什么绝对正确的东西一般没有什么用处，而有用的东西却又不可能是绝对正确的。套用霍姆斯的话说，我们的现实生活是经验而非逻辑。所有对我们日常生活有价值的创造都是经验的产物，包括前不久发射成功的神舟六号。这些东西是不可能通过三段论推演出来的，

而是通过观察上归纳上升到一般自然规律，然后反过来运用到实际生活而产生的。因此，经验命题对于我们有用得多，但有用的代价是经验命题是不可能像逻辑命题那样绝对正确的，而总是存在着错误的可能性。当代哲学家波普尔(Karl Popper)曾提出一个“可证伪性理论”，也就是任何有意义的命题都必须是可证伪的，否则就是无意义的同义重复。这也从另一个侧面说明，经验命题总是存在被证明错误的可能性。

让我举一个极端的例子：太阳每天从东方升起，西方落下。自有人类以来，我们每天都看到这种运动。这是一个经验观察，绝对正确吗？当然不是，其实没有什么能保证明天还是这样。或许会有一颗我们天文学家没有预见到的彗星撞了地球，导致其反向运转。这样，如果我们还活着的话，看到的将不是太阳从东方升起，而是从西方升起，东方落下了。这种概率当然是微乎其微的，但是它在严格意义上不是零。不论是十的负多少次方，它是一个非零（尽管是未知）的正数。连我们最习以为常的几乎已成铁律的自然现象都是如此，比此复杂得多、规律性差得多的社会后果又如何预测？因此，和价值判断不同，事实判断确实是存在衡量对错的标准的，但是由于社会事实本身的高度复杂性和人类预测的有限能力，衡量的结果往往是未知的。

从理论上讲，政府确实可以禁止对社会有害的言论。问题在于，究竟什么对社会有利或有害？究竟谁有权利做出最终的权威判断，以至他能够正当地打压不同意见？这不仅是一个价值判断。更多的时候，在我们可以基本同意利和害是什么的情况下，它是一个经验判断，而任何人的经验判断都可能出错。在这个问题上，政府也不例外。政府是由可能犯错误的人组成的，因而也不可能避免犯错误的可能性，甚至并不能保证比普通人犯错的概率更低。

当然，这是一个法治主义的行为假定。我们没有必要无条件地同意这个行为假定。事实上，中国的儒家传统是反对这种假定的。儒家认为世界上有君子、有小人，他们在本质上是完全不同的，而儒家的任务是要把君子而非小人送进政府做官。既然君子比小人高明，也不会滥用手里的权力，当然就不需要制度制约了，尤其是不能让小人通过选举去选择和约束君子——试想，自私自利、目光短浅的小人能选出来什么人呀？但不论怎么说，这种假定在我们今天看来似乎过时了。假如不过时，我们也不会再在宪法修正案中加入建设“法治国家”的字眼。假如我们可以绝对信任政府的道德和能力，假如官员都是不会犯错的“君子”，我们为什么还要用宪法和法律去约束他们呢？这看起来是自相矛盾的。既然接受了法治主义的行

为假定，那么我们就必须假定政府对言论的判断也可能出错。这样也使我们看到，言论自由的逻辑最终是和法治完全一致的。接受了法治的逻辑，也就意味着接受了言论自由。

七、为什么保护言论自由？密尔的论点

英国哲学家密尔(John Stuart Mill)写过一本很有名的书：《论自由》。我强烈推荐那些没有读过的读者去读一读，因为这本书对言论自由做了非常精彩的辩护。密尔阐述了三理由。第一，任何见解都有可能是正确的，所以政府在压制任何论点的时候，都存在着其所压制的是正确论点的可能性。第二，所有论点多少都包含了一些正确和错误、合理的与不合理的主张，而对见解的压制将使社会失去言论中正确或合理的那部分。第三，即使某种见解全错了，没有一点对的地方(当然这是不可能的，但我们姑且假定这样极端的例子是存在的)，它也仍然有其存在的价值，因为它将有助于我们澄清正确的见解，以防正确的见解因养尊处优而失去了生命力和战斗力。

先看第一个论点：任何论点都有可能是正确的。任何人都不能正当地宣称掌握了绝对真理，别人的不同意见就是谬误。极端的怀疑主义者甚至怀疑世界上是否有真理存在，但即使世界上存在真理，由于人的认识有限，任何人都不可能掌握最终的真理。真理是无限的，而任何经验归纳都只能建立在有限的个案基础上；从有限的个案推出无限的规律，这种规律必然不是绝对正确的，而是存在着错误的可能性（“可证伪性”）。只有从无限的经验归纳出来的规律才有可能绝对正确的，但可惜我们凡人都是有限的。道家说：“人生有涯而知无涯。”用有限的人生去追求无限的知识，这种知识必然是不完全的。虽然没有理由过分悲观或消沉，虽然我们还是要不断追求真理，但是我们必须明白，我们在有限的人生掌握的这点“真理”——如果可以这么称呼的话——不可能是绝对或永恒的。以前，人们以为牛顿三大定律是不可能错的绝对真理，但是到 20 世纪初还是被相对论和量子力学修正了。自然科学是如此，研究对象复杂得多的社会科学又何尝不是例外？以前我们以为马克思的学说是绝对正确的，但后来我们也知道未必是这样，有的亚洲社会可能真的没有经历过奴隶阶段。由于人的认识能力极其有限，而社会又高度复杂，因而我们至少在今天还没有看到一成不变的统治社会的“铁律”。

让我举一个发生在我们国家的例子，说明当时绝大多数人认为不可思议的事情是如何可能发生的。毛泽东发动“大跃进”之后，当时的国防部长彭德怀元帅在“庐山会议”上提出批评。包括刘少奇和周恩来等党内高层人士原本是支持彭德怀的，但即使他们在伟大领袖面前也不敢坚持主张，而是轮流表态批判彭德怀，最后形成一面倒的局势。如果国家领导人的言论自由都不能保障，那些砸锅炼铁的普通农民就更不用说了，“大跃进”便毫无遮拦、轰轰烈烈地进行下去。但很不幸的是，彭德怀最后被证明是正确的，而我们也因为压制他的言论而付出了饿死几千万人的惨重代价。设想，假如我们可以善待不同的言论，假如彭德怀的意见和普通农民的抵触情绪可以公开发表，也许我们国家可以为三年“自然灾害”做好准备，这场惨剧也不至于发展到如此惨烈的程度。到后来的“文革”，刘少奇自己也遭到迫害。他手持宪法力争自己的基本权利，但无济于事，最后还是冤死狱中。事实上，如果一个国家的宪法不能保护普通公民，那么它也保护不了共和国主席。最后，没有任何人能防止集体悲剧的发生。从这个例子我们可以看到，言论自由的缺失会造成多么严重的社会灾难。真理有时确实可能掌握在少数人手中，不论他们在多数人看来是如何荒谬甚至邪恶。在轰轰烈烈的运动时代，彭德怀的话听上去可能是不合时宜乃至离经叛道的，但是事后的灾难证明真理正是在他手中。

第二，既然凡人都会犯错误，其论点都会有谬误，但一般也都有正确的部分，因而发现真理的最佳途径是通过相互辩论、相互纠错，像大浪淘沙那样逐渐发掘出真正的金子。人的认知水平基本上是平等的，没有谁能宣称他垄断了全部真理，剩下的只有属于别人的谬误。就和宣称只有他自己才享有接近真理的特权一样，这只能是痴人说梦而已。由凡人形成的政府也没有超越常人的“特异功能”，不可能通过有限的能力去认知全部真理。事实上，自古至今，人间的有限真理极少是由政府直接发现的。这一点，中外莫能例外。政府或许能通过资金上或组织上的支持帮助发现真理，但如果政府宣称它自己比常人更有能力发现乃至垄断真理，那就只能认为它是在自说自话。如果政府进而利用手中的权力强迫不同意见沉默，那么它其实并不是在维护真理，而是在真理的名义下实施着一种强权逻辑。

第三，即使一种论点完全错了，它还是有存在的必要，因为任何所谓“正确”的东西也需要通过挑战才能澄清它的意义并获得生命力。早在密尔之前，密尔顿(John Milton)就已经提出，真理是在战场上产生的；真理不怕挑战，不怕厮杀，不怕自由的辩论。更准确地说，人类对真理的认识是不怕挑战的。即使真理和谬误混战成一团，人民也不会完全迷失，因为

每个人都有一定的认知能力，我们要相信普通人的这种基本能力。相反，垄断的真理则是迟早要衰落的。中世纪，天主教一直垄断宗教事务，基督教逐渐名存实亡了，以至尼采后来宣布“上帝死了”。新教革命曾被认为是基督教的危机，因为统一的“真理”被打破了。但具有讽刺意味的是，基督教最后不但没有衰落，却反而更强盛了，真正的信徒更多了。信仰和怀疑是一对十分微妙的矛盾，信仰本身是容不得怀疑的。如果基督教徒对心中的神是否存在有丝毫怀疑，那只能说明他其实并不信他宣称信的东西。然而，没有怀疑和质疑，也就没有真正的信仰。没有经过质疑的信仰只能是一种盲信，日后很可能会在怀疑的侵蚀下消失殆尽。只有经过挑战、怀疑和反思，剩下的才是真正的信仰。

因此，真理是需要挑战的，真理也不怕挑战。相反，没有挑战，真理的火花将慢慢熄灭。西方的基督教就是在逆境中成长起来的，马克思主义也是如此。在西方，马克思的学说不是主流，但是它却非常有生命力，总是有相当一批虔诚的信徒，其中不乏像哈贝马斯这样的知名学者。且我可以断言，只要私有制和市场经济仍然占据主导地位，马克思的价值就不会衰落，因为它确实对纠正自由市场本身的偏激发挥着不可替代的作用。然而，在马克思的学说被奉为正统教条的国家，马克思主义却反而失去了生命力，真正信奉马克思主义的人反而越来越少。对于这些国家，言论自由能够帮助马克思主义恢复其内在的生命力。

八、言论自由的司法保障——思想的自由市场理论

在这个理论基础上，现在让我们来考察一下美国法院为言论自由发展的司法实践，主要是用来界定政府在什么情况下可以合宪地干预或限制言论的标准。美国保护言论自由的宪法依据是著名的第一修正案，它禁止国会制定剥夺言论自由的法律。因此，国会不得通过立法剥夺言论自由。这是否意味着其它政府部门——如行政部门——可以剥夺言论自由呢？那就更不可以了，因为没有立法授权，任何部门都无权侵犯言论自由。事实上，这只是一个行政法问题，上升不到宪法的高度。在民主与法治国家，如果你控制了立法行为，那么你也就控制了其它部门的行为，因为任何没有立法授权的政府行为都是越权无效的。因此，如果一个国家的民主与法治搞好了，那么对言论自由的最大威胁是来自立法，而不是其它政府行为。

美国是一个崇尚言论自由的国家（有时甚至可能过了头）。建国后很长时间内，言论自由一直没有受到挑战。在某种程度上，这是因为美国社会一直比较稳定。如果一个国家对自己的力量很有信心，那么它就像一个强壮的巨人，不会在乎一些侏儒说坏话、扔石头。但是当它脆弱的时候，当国家面临危机的时候，它对敌对言论就会表现出一种本能的恐惧。美国也是这样。

在 20 世纪二次世界大战以及后来的冷战期间，美国政府通过了一些法律去控制左派的反战言论。1917 年的十月革命后，美国社会也出现了社会主义势力，他们普遍反对美国参与世界大战。某些左派团体宣扬通过暴力推翻美国的宪法制度，从而引起了许多人的恐惧。就在 1917 年，威尔逊政府通过了《反间谍法》，惩罚任何阻碍战争的行为。如果一个人要说服他的朋友不要去参军，因为这场战争是不正义的，就可能受到法律的制裁。虽然信奉马克思主义的左派人士认为资产阶级宪法是欺骗人民的手段，这并不妨碍他们在遇到麻烦的时候用宪法来保护自己的权利。他们主张，这部法律违反了第一修正案为他们保护的言论自由。在当时那种情况下，最高法院的多数没有接受他们的主张。只有霍姆斯(J. Holmes)等少数法官坚持要保护他们的言论自由。事实上，霍姆斯起初也是站在多数这边的。正是他在 1919 年有关抵制征兵的系列案中发展了第一修正案的“清楚与现存危险”(clear and present danger)标准，也就是只有在言论将产生清楚与现存危险的时候，政府才能加以控制，但是他和其他法官都很宽泛地解释了这项标准。

然而，但是到了第四个案例的时候，霍姆斯突然站在了多数的对立面。他认为要从严解释“清楚与现存危险”标准，言论自由应该受到更严格的保护。他说，压制不同意见其实是一种十分自然的冲动。如果你对自己的主张有自信，如果你确信自己的主张是对的，对社会是有益的，而不是胡说八道或逢场作戏，那么你在不能说服对方的时候自然会想到动用国家的权力去强迫对方接受。然而，霍姆斯提醒我们要保持清醒的头脑，因为我们已经有过太多的前车之鉴。有些话听上去一钱不值，至少在当时令大多数人反感，但最后偏偏证明是对的；有些理论听上去美好、正确，但实施之后却令人大失所望，甚至产生严重的社会灾难。因此，当我们看到“时间推翻过一度富有战斗力的许多信念”，“至善最好通过思想的自由交流”而不是政府或法律的强迫来获得。“对真理的最佳检验，在于思想在市场竞争中获得接受的力量。”

这就是思想的自由市场理论。在某种意义上，思想或言论就好比商品，听众（或观众或读者）就好比消费者。政府没有必要去干预不同思想之间的自由竞争，就像政府没有必要去干预不同品牌的商品之间的自由竞争一样。我们以前搞计划经济，由政府指定生产什么、消费什么，现在我们发现这么做不行。在全世界范围内，我敢说没有一件名牌产品是政府由指定产生的。究竟哪一家产品质量更好、信价比更高，必须由市场也就是广大的消费者决定，政府并不知道。思想也是这样。一种思想究竟上“香花”还是“毒草”，政府是没有能力决定的，它应该由思想的广大消费者去决定。我们以前经常说，“人民的眼睛是雪亮的。”既然如此，就应该相信人民，由人民自己来决定究竟接受哪种思想、不接受哪种思想。这样，通过优胜劣汰，通过思想之间的自由竞争，真正受大多数人欢迎的思想或理论脱颖而出，而和政府指定的结果相比，这种思想是“香花”的可能性要高得多，因为社会大多数人的综合判断远比政府少数人的判断可靠。

不难看出，霍姆斯的立论是建立在怀疑主义基础上的。如果可以确切地知道历史发展的终极规律，如果可以确切地知道什么措施、政策或规则对于社会发展最好，如果政府有独特的能力发现这些规律和规则，那么我们就需要自由言论了，让政府帮我们研究、计划和施行就是了，自由言论只能起颠倒是非、混淆优劣的作用。然而，我们的世界是复杂的，而预见能力则是极有限的。在你上大学的时候，你能预知今后一辈子发生的事情吗？一个人的前途已是如此不确定，对于由许许多多的个人组成的社会，不确定因素还要多得多，远非我们所能准确预见的。因此，霍姆斯将统治比喻为赌博，每天都要将“宝”押在对于未来的不完全知识之上。我们制定一部法律，无非是期望它今后给我们带来最大的利，防止最大的害，但是何为利、何为害以及如何最有效地趋利避害，现有的知识和信息往往是很有限的。美国制宪者在纵容蓄奴制的时候，势必不会预见到这种制度在几十年后会引发内战；中国在制定户籍制度的时候，一定是为了解决当时突出的社会问题，而不会预见到城乡二元结构在今天造成的种种困惑与弊端。毕竟，任何人都不是料事如神的先知。在法律和政策的实施过程中，必然会产生许多意想不到的后果，要求我们保持一种自我克制、谦虚和警惕，不要随便去压制那些我们认为错误的观点。虽然我们不喜欢甚至厌恶某些论点，它们仍然可能包含着某些真知灼见，也许只有时间能证明它们的价值。

一个自然的问题是，如何对待那些政府认为“有害”的思想？毕竟，即使经济市场也不是完全自由的。今天的市场上存在着不少假冒伪劣产品，消费者未必有足够能力识别之，因

而仍然需要政府的干预和保护，否则可能给消费者造成严重后果。事实上，“自由市场”今天即使在美国也只是是一个神话，政府早已对市场采取全面干预。经过 20 世纪 30 年代的“大萧条”等经济危机之后，人们已经不再相信市场自我调节的功能了。然而，思想的自由市场却反而没有衰落，因为思想的市场并没有经历类似的“危机”。假冒伪劣产品和虚假广告很可能使信息有限的消费者上当受骗，因而政府必须干预，但“有害”言论的害处却并非那么直接和严重，因而政府仍然没有干预的理由。至少，在它们产生危害之前，我们仍然可以通过自由的辩论认清言论的实质。如果某种思想真的那么“有害”，那么我们期望人民自己迟早会发现它的害处，除非他们是白痴。既然“人民的眼睛是雪亮的”，我们应该对他们的能力有一个基本的信任。说到底，言论自由最终所依靠的就是对人民的信任和对统治者的不信任。当然，这里的信任和不信任都不是绝对的。所谓人民，也不过就是会犯错误的平民百姓而已。他们正因为会犯错误，所以才需要政府的统治，而一个绝对不被信任的政府是无法统治下去的。这句话无非是说，不要过分信任政府，也不要过分不信任群众。否则，如果你把信任完全放在政府这一边，如果政府在任何情况下都是可信的，而不同意见只是出于群众的愚昧而已，那么言论自由哪里还有生存空间呢？

九、言论自由的社会依托——信任、勇气和远见

因此，言论自由最终取决于我们究竟把信任放在那一边——人民还是政府那里。美国的宪政理论最终将基本信任放在普通人那里。这么做当然是有风险的，因为人民也会犯错误。一个最惨痛的教训就是纳粹第三帝国的兴起。不要忘记，纳粹也是通过民主的方式上台的，因为希特勒的狂热煽动吸引了相当多的德国人，最后在许多民众的支持下上台并将德国和整个世界引向战争的深渊。所以这类例子并非没有，但我们也不要夸大其普遍性。毕竟，它们是屈指可数的，自由民主的反对者反复引证的似乎也只有纳粹这个极端的例子。除了这个极有争议的例子（因为纳粹德国显然并不是真正的自由民主，而只不过是利用了自由民主的弱点窃取了政权），我并没有听说一个国家因为实行了民主和言论自由而走向灾难，而反面的例子却是不胜枚举。事实上，就和我们个人一样，政府也是理性自私的，因而在政府干预言论的时候，大多数时候其实未必是因为言论对社会真的有害，而是因为政府不能容忍不同意见的批评。然而，如果政府失去了舆论监督，权力就将失控，贪污腐败、贪赃枉法就不可能

得到遏制，而这显然是对社会有害的。如果政府可以随意压制反对的言论，那么它就不只是真理的维护者，而是成了真理的“发明者”和“定义者”。我们都听说过“指鹿为马”的故事，而言论自由的作用正在于防止这类事件的发生。

不论如何，言论自由还是有风险的，因而实施这种制度仍然需要相当的勇气。在 1925 年的“左翼党派第二案”中，霍姆斯的“战友”布兰代斯法官(J. Brandeis)为言论自由做过很经典的辩护。他认为，美国制宪者是支持言论自由的，因为他们相信幸福来自于自由，自由来自于勇气，而那些赢得了独立战争的人并非懦夫，他们并没有牺牲自由来巩固秩序。他们知道言论自由的风险，但更明白压制言论的风险远远高于言论自由的风险。通过简单惩罚引起恐惧，并不能使社会更稳定。恰恰相反，压制必将产生仇恨，而仇恨显然将威胁政府和社会稳定。

政府之所以要压制言论，并不是因为其自身强大，而恰好暴露了自身的虚弱，因为大多数压制正是出于对言论的恐惧。许多恐惧其实是没有理性根据的，而言论自由的作用就在于超越这种非理性的恐惧。在西方历史上，“人们曾因害怕巫婆而焚烧妇女。”在中国历史上，也发生过因迷信和恐惧而导致的大规模迫害。美国学者孔飞力(Phillip Cohen)曾写过一本书，名为《叫魂》，讲述的是明朝的宗教迫害。当时民间流行一种传说，据说有的和尚、道士将小孩子的名字写在纸条上，就将孩子的灵魂带走了。有一天，两个和尚经过一个村庄，村民们怎么看他们都不顺眼，便以为他们是来叫魂的，于是让官府将他们抓起来。刑讯逼供之后，他们不但自己招认了“罪行”，而且还供出一大堆同犯，造成了明代的大冤狱。巫术究竟是不是骗人的？有没有“叫魂”这回事？这些问题原来可以通过自由辩论解决，政府不应该插手，而政府采用的合法（或非法）暴力最终导致了悲剧。因此，霍姆斯的理论要求政府和法律在一般情况下不应该干预人的思想和言论。只有在言论一经传播出去就会立刻产生严重危害的情况下，对言论的限制才具有正当性。这种言论当然是有的，譬如 2005 年伊拉克的穆斯林教徒在举行盛大宗教活动的时候，有人突然高喊“恐怖袭击来了！”，结果引起人们的恐慌，在逃跑中踩死踩伤上万人。言论自由当然不是保护这种言论，它们是完全可以受到法律制裁的。然而，要控制或制裁言论，言论的危害必须是清楚的而不是模糊的，必须是立即就会发生而不是遥遥无期的，必须是实际存在而不是凭空猜测。

事实上，尽管言论自由限制了政府权力，但这种限制在某些情况下正是对政府的一种解

脱，使之不需要因干预过多而卷入“剪不断、理还乱”的社会纠纷。让我再举一个例子。英国小说家写了一本书，叫《撒旦斯篇》，其中有针对伊斯兰教生活方式的不友善评论，引起了伊斯兰教团体的愤怒。纽约出售这本书的两个书店还发生了恐怖爆炸。但是恐怖事件没有阻止这本书的销售，反而使之成为排行榜上名列前茅的畅销书。结果，当时的伊朗领袖霍梅尼公开要求美国禁止这本书的发行。我不知道当时的美国总统用了什么外交辞令，但是他要推脱干系实在是太容易了。他有一个最冠冕堂皇的理由：宪法第一修正案禁止我这么做！和伊朗不同的是，美国政府是不能干预言论自由的——别说总统不能干预，连国会的法律都不能干预。当然，如果书的作者伤害了特定团体或个人的名誉，后者可以上法院告他，但是这不管总统的事。这是美国社会的一个常识。假如哪个总统斗胆答应这个要求的话，他肯定是被哄下台的。当然，这种智商的人也不可能做上总统。然而，假如美国宪法没有禁止，假如政府可以干预言论，那么它究竟帮哪边说话呢？如果站在书的作者这边，那无疑会冒犯广大的穆斯林团体；如果站在穆斯林这边，又可能会冒犯许多对穆斯林有成见的派别。这真是一个两难。不论站在哪一边，政府都会无端树立许多个敌人，而这对于社会的稳定与和谐显然是不利的。第一修正案为美国政府解决了这么一个头疼的问题。通过禁止政府干预言论自由，言论自由不仅保护了作者和读者，而且也保护了政府自己。值得我们深思的是，中国宪法对言论自由的保护能为社会和谐与稳定做什么。

既然言论自由有那么多好处，对言论自由的剥夺或限制有那么多风险和弊端，那么为什么许多国家却仍然没有真正的言论自由呢？原因是多方面的。首先，言论自由的好处是全社会共享的，但是最直接的代价却是由政府承担的，因为言论一旦放开，政府就可能受到批评，而是否实施言论自由的决定权在于政府。和我们个人一样，世界上哪个政府都不情愿“挨批”，这是人之常情，而言论自由的价值恰恰在于保护批评政府的那部分言论，因为表扬政府的言论是不需要受到特别保护的。这就是言论自由的一个最根本的悖论。其次，言论自由的收益是长远的，而代价则是眼前的。压制一种反对意见，我心里马上会产生一种快感，而压制的危害则需要经过长年累月形成制度和习惯之后才能看出来。事实上，正如托克维尔指出，所有的家长式专制都带有一种欺骗性，因为它对于满足人类特定需要的效果是立竿见影的，坏处则在很长时间过后才能显现出来，而到那个时候整个社会已经回天无力了。自由社会则正好相反：坏处是立竿见影的，好处则要假以时日才能为平民百姓所领悟。在一个言论自由国家，如果发展状况还不那么理想的话，所有的阴暗面都将一览无遗，到处都显得灰蒙蒙的，

令人感到沮丧和压抑，完全没有太平盛世的歌舞升平的迹象。许多生活在言论自由中的人并不知足或感恩，直到他的自由受到了实在的威胁，或看到没有言论自由的国家事实上是一种什么状况。因此，要将言论自由落到实处，一个民族不仅需要勇气，还需要智慧和和远见。

最后，我想以一个悲剧的话题结束。曾有一篇文学专业的硕士论文引起了我的注意，它的主题是我们半个世纪以来并没有真正的悲剧文学。文革之后，一度流行过“伤痕文学”，可是“伤痕文学”并不是悲剧，因为那些老教师、老干部虽然受到过迫害，政府最后还是为他们平反了，所以结尾仍然是喜剧。我记得自己小时候曾看过一部上世纪二三十年代的电影，叫《一江春水向东流》。这是一部真正的悲剧，因为结尾是主人公自杀了，再“平反”也没有用了。但它所反映的是那个时代的悲剧，而不是我们这个时代的悲剧。然而，我知道我们周围还是有不少悲剧的。远的不说，近年来因为经济发展而产生了种种社会冲突，对于有的个人或家庭来说是以悲剧结束的。但是我们的作家却不能写这些东西。他们不写，使我们生活在我称之为一种“集体的无知”之中，使我们误以为这些悲剧不存在，误以为造成这些悲剧的隐患不存在。既然不知道问题的存在，那就更不可能通过理性的讨论去及时发现问题、消除隐患、防止悲剧的重演，而这对于建设和谐社会似乎是不利的。我因此提议：为了在现实生活中少发生一些悲剧，让我们看到和听到更多的悲剧吧。

【出处】
转自北大公法网
【写作年份】2006
【学科类别】宪法->中国宪法

宪法的用途与误用——如何看待物权法中的宪法问题？	评
张千帆	
【摘要】	
本文针对物权法草案起草与审议过程中出现的宪法争议，论述了宪法的正确适用方法。文章认为，1982年宪法包含了不同性质的条款。其中许多条款在法律上具有确定的意义，因而是可以实施的；有些条款则只是表达了一种政治理想或政策取向，在法律实践中不具备可操作性。在宪法的适用和讨论过程中，我们必须认真对待宪法，将宪法作为一部实实在在的法律，仅限于适用那些在法律上可以实施的条款。我们尤其要避免将宪法作为政治攻击的工具，否则就将误用宪法并阻碍社会与经济发展。	

【关键词】宪法，物权法，可实施性

【点击次数】1171

【阅读次数】1171

最近几个月以来，《物权法（草案）》引发了激烈的社会争议，有人甚至公开指责其中的某些规定“违宪”（以下简称“违宪论”），草案的修改与审议过程也因此而一度中断。作为宪法学者，我对这种现象感到一种本能的兴奋，因为不论我个人在此特定问题上的立场如何，我赞成言论自由，赞成任何一部法律都必须经受过实质性的辩论和质疑，这么一部对国计民生可能产生重大影响的法律自然更不必说了。^[1]我相信任何人都可能会犯错误，这部法律的起草者和审议者自然也不例外，而我更相信人民的集体智慧。不论普通老百姓是否能理解高深的法律理论和术语，他们来自实际经验和切身利益的直觉都应有助于纠正立法精英的偏差。有人对物权法草案有这样或那样的意见，乃是完全正常的。事实上，任何人都可以认为并主张国家的任何法律或法规“违宪”。在一个宪法规定了言论自由的国家里，这本来应该是他们的权利。

然而，作为宪法学者，我同时也对争论过程中出现的一些偏差感到本能的担忧。自觉运用宪法是一件好事，但是宪法的运用必须符合宪法学的基本常识和常规。毕竟，宪法不应该是一盒“万金油”，谁都可以随便进来“沾”一点，然后再用“宪法”这块“金字招牌”指责别人违背了某某“基本原则”或“政治方向”。弄不好，这种做法很可能“误用”了宪法，甚至产生不良的社会后果。虽然我们每个人都确实有自由表达这类见解，但是对于宪法究竟是什么、怎么用，我们还是要在学术上讨一个“公道”。

尼采曾经写过一本名叫《历史的用途与误用》的小册子，其中他说道：“我们服务于历史，只是因为历史服务于生活；但是如果将历史研究的价值超过某个极点，那么我们就割裂了生活并使之堕落。”^[2]宪法也是如此，过犹不及；如果用得不当，我们还真的可能反而阻碍了社会发展，违背宪政的初衷。因此，我借用了这本书的题目，目的是以围绕物权法草案的争论为背景，探讨我们究竟应该如何运用自己的宪法。

一、（请）认真对待宪法

虽然每个人都有权利发表见解，法学家也不例外，我还是认为法学家应该更严肃地对待宪法问题，避免轻易将自己的价值观强加在其讨论的对象——宪法和法律——之上。在这个意义上，我反对将学术讨论本身意识形态化。我假定我们都能同意：我们在这里花费版面、笔墨以及读者的时间进行讨论，不是为了一场论者个人出于不同价值立场的争吵，而是弄清楚宪法在这个问题上的意义究竟是什么，否则将是对这本杂志及其读者的亵渎。当然，几乎任何人都价值立场，都有在民主政治过程中表达自己的权利。但是在讨论学术问题的时候，我们还是应该尽可能将自己个人的价值观放在一边，共同遵循普遍承认的价值中立的学术规则。如果没有共同尊重的学术讨论的基本规则作为底线，那么争论就失去了鉴别真伪、判定胜负的理性基础，这样的争论当然也是没有任何意义的。好在法学家一般都假定，他们在分析问题的時候是价值中立的。这种假定有时是自欺欺人的，但是基于上述理由，价值中立的目标即使是可望而不可及，也不妨成为我们共同的追求；否则，只怕一场争论下来，除了针锋相对的价值观彼此擦肩而过、造成一时的热闹和繁忙之外，什么实际问题都解决不了。

我认为以下主张是不可反驳的，因而应该成为学术讨论的各方共同接受的起点：宪法首先是一部“法”，因而必须体现出可实施(enforceable)的法律效力；^[3] 在我们衡量一部法律的合宪性时，我们所引用的宪法条款必须具备在法律上可以实施的确切意义。这个标准对宪法问题的讨论尤其重要，因为几乎任何国家的宪法都集中规定了大量基本原则，其中某些原则只是对宪法解释发挥某种指导性作用，未必能在法律上获得直接的实施。不可否认的是，某些宪法原则只是表达了一种笼统的政治理念，而这种理念在具体情况下（譬如在物权法某些规定的合宪性上）意味着什么，在本质上是一个见仁见智的问题，不可能得到一个统一的令人心服的“标准答案”。然而，如果论者将自己的价值观掺入这类理念，并宣称这是对宪法基本原则惟一正确的理解，那么他就偏离了学术讨论的出发点；他实际上是在对于对立的学术观点发动一场政治攻击，而将政治斗争带入学术的做法显然是不合适、不可取的。

我相信这个提议并没有带入我个人的主观立场。我在此只是主张，我们以一种负责任的态度看待自己的宪法。宪法是国家的“根本大法”，但它首先是一部法律，因而我们必须至少像一部法律那样认真对待它。在一部法律当中，并不是所有的条款都有公认和确定的意义；事实上，1982年宪法和物权法草案都是如此。有些宪法条款是不可操作的，因而不能作为衡量法律合宪性的尺度。这些条款虽然在宪法之中，但是其目的是表达一种政治理想，而不

是可实施的法律标准。因此，我们（尤其是作为法学家）不能随意指责物权法或任何其它法律违背某些笼统的宪法原则。如果在这些问题上“较真”，那么我们所做的其实只能是喊口号、“抓辫子”而已。我们这么做，并不能给宪法带来任何尊严；恰恰相反，我们只能使它沦落为政治口号，成为“文革”式的政治斗争乃至人身攻击的工具。试问，这种表面上“维护”宪法的行为，难道不正是对宪法最大的亵渎吗？！

因此，允许我向违宪论者建议：请认真对待我们自己的宪法！如果我们不能对它赋予更多的尊重，那么也至少请给它以一般“法律待遇”，而不要将它作为纯粹的政治口号或打击不同意见的工具。事实上，对于一部规定言论自由的宪法来说（见第 35 条），这么做将构成极大的讽刺。的确，任何人都应有权自由发表自己的见解，但如果他宣称自己对宪法的理解是惟一正确的，并以宪法的名义对其所不认同的观点、主张或措施无限上纲上线，那么他就有滥用言论自由之嫌。

二、宪法的误用——宪法原则的教条化与口号化

遗憾的是，违宪论所热衷的主要是宪法的政治价值，其立论基础是宪法总纲中表达的一些笼统的政治理想。违宪论者认定《物权法（草案）》违宪的主要论据似乎是它没有重复 1982 年宪法第 12 条的规定：“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”，并存在将国家、集体和个人财产平等对待之嫌疑，从而背离了宪法的“社会主义方向”。这种看法是令人费解的，因为任何法律都没有义务一字一句地重复宪法文本。事实上，这种形式主义的机械“背诵”也不可能发挥任何实际作用。但是本文在此要着重考虑的问题是，我们是否应该动辄指责某法律违反了宪法规定的某些政治原则和方向？

我们都知道，1982 年宪法的第一章总纲规定了一系列国家基本原则、政策和方针。事实上，违宪论者似乎没有提到宪法两处对其可能更有帮助的规定：“社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制”（第 6 条）；“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”（第 7 条）然而，连同上述“神圣不可侵犯”条款，这些政策性规定究竟意味着什么？公共财产“神圣不可侵犯”，是否意味着国有资产不得通过市场的公平交易而转换为

不同性质的所有权？中国经济制度的基础是“公有制”，是否意味着国有企业应该在数量或价值上超过总量的一半？国有经济是“主导力量”，是否意味着国有企业的产值应该在中国的国民生产总值当中不低于某个确定的比例？

无论我们个人在主观上希望这些规定的确切含义是什么，这些条款的性质决定了它们只是表达一种不确定的政策倾向，无法通过法律途径直接实施。试想，如果现在要拍卖一家国有企业，我们是否能主张这次拍卖将有损“社会主义经济制度的基础”或国有经济在“国民经济中的主导力量”呢？显然，任何一家企业所有制的转换都不可能有如此大的威力，但国有企业改制的累积效果确实可能以可观的方式改变国有经济的比例。全国人大或其常委会如果认为有必要，完全可以通过立法规定国有企业及其产值在国民经济中占有某个比例——尽管这种规定注定是难以实施的，即使实施的结果也是令人悲哀的，因为那将意味着我们又回到计划经济时代；当然，它也可以像现在这样不做这样的规定，但无论是规定还是不规定，我们都不能说是宪法第6条或第7条明确要求的结果。在这种情况下，我们应当充分信任自己的立法者；无论立法机构最后采取什么选择，都不能被指责随意为“违宪”。

值得注意的是，自1982年制定之后，中国宪法的文本随着经济和社会发展处于不断调整之中，我们对宪法的理解似乎也理应发生相应的进化。1999年的修正案规定：“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”初级阶段理论体现了一种市场多元化的制度设想，使得原先就轮廓模糊且难以实施的政策性规定更加捉摸不定。究竟哪种所有制应该在国民经济中占多大比例，宪法从来没有也不可能给予明确规定。事实上，宪法第15条还明确规定：“国家实行社会主义市场经济”，而一个经济学的常识是，只要保证自由与公平的市场交易，国家就不可能禁止不同所有制之间的等价转换。^[4]因此，一个市场经济国家是无法保证任何所有制在国民经济中占有多大比例的。

法学家应该知道，无论是“基础”、“主导”、“主体”还是“并存”，都是弹性极大、边界极为模糊的词语，都不是在法学意义上可操作的概念。因此，至少法学家不应该按照自己个人的理解，人为地将这些模糊的政策性条款套上一成不变的框框，然后强加于物权法或任何其它法律之上；更不应该无限上纲上线，随意宣称物权法违背了宪法规定的政治方向。这种做法将宪法中原本富有弹性的政策理念变成一成不变的教条，进而将其转化为带有攻击

力的政治口号，使宪法成为政治斗争的工具。但不论违宪论的动机如何，这种做法在效果上并不是维护宪法原则，而只是将论者个人的主观见解强加于宪法之上，然后以“宪法”的名义对其所敌视的法律或主张发动政治上的攻势，进而产生危言耸听的效果。在我看来，这绝不是认真对待宪法的恰当方式，而只能算是宪法的“误用”——将宪法错误利用为政治攻击的幌子。

在“文革”正式结束整整 30 年后的今天，我们或许用不着再说不应该“扣帽子”、“打棍子”之类的话了。遗憾的是，违宪论的指控让我们看到的正是“文革”的阴影。宪法的教条化和口号化不仅将损害宪法的权威和形象，而且也误导了宪法和物权法原本可以正常进行的对话。

三、宪法的用途——物权法中的宪法问题

当然，宪法是没有必要被误用的。在没有教条化和口号化的语境下，宪法完全可以对物权法草案的讨论和审议发挥建设性的作用。不消说，物权法当然是可能违宪的。事实上，作为国家立法机构作出的一种公权力行为，它总是不可能从逻辑上排除其和国家的最高法——宪法——抵触的可能性。我们知道，现代国家的宪法主要有两个功能：一是界定政府不同部门的权限，二是保护个人权利不受政府侵犯，尤其是法律上的侵犯。中国物权法的主要任务是调整国家、集体和个人之间的财产权，因而一般不会涉及宪法的第一个功能。然而，物权法完全可能在第二个问题上犯错误，不适当地界定不同性质主体的财产权，过分限制公民个人的基本权利。

因此，物权法是可能违宪的——尽管本文的目的并不是探讨目前的草案是否有任何地方违宪，但是物权法所可能违反的并不是宪法总纲当中规定的某些笼统抽象的原则，而是含义确定并在法律上可实施的那些条款。一个例子是宪法第二章“基本权利”中的第 33 条：“公民在法律面前一律平等。”和政策性原则不同的是，平等原则是一条可操作的法律原则，因而可以被用来作为衡量合宪性的实体标准。事实上，假如物权法草案真的像违宪论所主张的那样区分国有、集体和个人财产权的法律地位，那么它很可能违反了平等原则。如果物权法规定国有和集体财产享有比私人财产更高的地位，那么它就不得不面临宪法平等原则的挑

战。当然，平等原则并不要求绝对平等，法律可以对不同的人群规定不同的权利和义务。但是平等原则确实要求法律上的分类必须具备正当的理由，必须能有效地促进或保护普遍承认的公共利益；否则，它就构成了宪法所不容许的“歧视”。^[5] 因此，假如物权法的制定者不能为针对不同性质所有制的不同待遇提供适当依据的话，那么我们就有充分的理由怀疑它背离了宪法平等原则。幸运的是，《物权法（草案）》并没有误入经济歧视的歧途。但我想借用此例说明的是，这才是我们应该考虑的物权法中的宪法问题。

1982 年宪法虽然还存在这样或那样的问题，但毫无疑问的是，相当多的宪法条款都具有法律上的可实施性。事实上，不仅宪法第二章（公民权利）和第三章（国家机构）的许多条款都是可实施的，^[6] 即使是第一章“总纲”中规定的某些具体原则也是如此。例如第 10 条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对（集体所有制）土地实行征收或者征用并给予补偿。任何组织或者个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。土地的使用权可以依照法律的规定转让。”类似地，第 13 条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”虽然这两条没有明说给予什么性质的“补偿”，但是不难从基本公正等原则中推断出建立在市场价值之上的公正补偿要求。^[7] 因此，宪法总纲所确立的相关原则可以和《物权法（草案）》的有关规定相对照。例如草案第 49 条规定：“为了公共利益的需要，县级以上人民政府依照法律规定的权限和程序，可以征收、征用单位、个人的不动产或者动产，但应当按照国家规定给予补偿；没有国家规定的，应当给予合理补偿。”第 68 条规定：“拆迁、征收私人的不动产，应当按照国家规定给予补偿；没有国家规定的，应当给予合理补偿，并保证被拆迁人、被征收人得到妥善安置。”^[8] 在这里，物权法草案要求征收按照“国家规定”给予补偿，且在没有规定的情况下给予“合理补偿”。然而，“国家规定”与“合理补偿”都未必一定能满足公正补偿的要求。^[9] 因此，如果草案所规定或认可的补偿标准可能和宪法要求相冲突，那么物权法就遭遇了宪法问题。

不论如何，我们看到物权法是有可能违宪的，但它所可能违反的不是违宪论所指控的“政治方向”，而是在法律上可实施的具有确定内涵并关乎具体权利的条款。归根结底，宪法不是政治口号，更不是制约中国经济发展的障碍。在其所规定的宽松的制度框架下，它容许我们的立法机构自由地发展符合社会现实需要的法律；它只是要求，法律必须符合一些人类社会共同发展所共同承认的理性。这些理性原则的目的并不是维持我们中某些人所坚持的一成不变

的教条，而是以法律上可操作的方式呵护最大多数的最根本利益。在我看来，这就是宪法对中国社会的最根本的用途。

美国的霍姆斯法官曾在一个判例中指出：言论自由所保障的“并非是那些我们赞同的人，而正是那些我们厌恶的思想”。^[10] 在宪法学讨论中，我们理应身体力行自己在课堂上教授的原则，对“不顺耳”的言论更加宽容。但是宽容并非不分是非。我能够理解违宪论者的某些顾虑，甚至能够认同违宪论者对物权法草案在细节上的某些不满。^[11] 改革开放以来，中国社会取得了许多进步，但也确实暴露出许多问题。我们的法治状况还远不能令人满意，官员贪污腐败现象严重，社会分配存在着贫富不均和两极化趋势，等等。但是我希望我们都能现实和理性地看待中国社会所面临的问题，并真正找到问题的症结所在。为此，我不能认同违宪论者对物权法的教条化指控，不能认同以“宪法”的名义在政治上无限上纲的文革式做法，因为这些是不折不扣的宪法的误用。

当然，我们可以要求物权法草案在其管辖范围内完善制度设计，更妥善地保护国有、集体和私人的财产，更有效地保证被征收的农民和城市居民获得公正的补偿，更准确地体现宪法平等原则……这，才是宪法的正当用途。

【注释】

张千帆，政府学博士，北京大学宪法与行政法研究中心教授。

[1] 当然，我并不主张这种争论应阻碍正常的立法进程。事实上，作为民主政治过程，立法的审议和通过本身就是批评声中进行的。因此，即便存在激烈或激进的反对意见，也不足以影响立法过程，否则将反而背离民主和法治原则。

[2] Friedrich Wilhelm Nietzsche, *The Use and Abuse of History*, Adrian Collins, New York: Macmillan (1957), p. 3.

[3] 宪法在前言中确定自己“是国家的根本法，具有最高的法律效力”，且“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”。（第五条）

[4] 对于这个问题，我已在别处有所论证，在此不赘述，请参见“宪法不应该规定什么？”《华东政法学院学报》2005年第3期，第25-33页。

[5] 在宪政国家,平等保护原则已经通过司法判例而演绎为一个蔚为大观的法学体系。例如参见布莱斯特(Paul Brest)等:《宪法决策的过程——案例与材料》(第四版),张千帆等译,中国政法大学出版社2002年版,第231-283,704-1111页。仅从内容的篇幅上,我们就能看到宪法平等原则能为社会和谐做出何等重大的贡献。

[6] 当然,即使在可实施的条款中,仍可能包含着某些不可实施的规定,例如某些权利条款中所包含的公民义务。事实上,宪法第二章的标题就是“公民的基本权利与义务”。参见“宪法不应该规定什么?”《华东政法学院学报》2005年第3期,第25-33页。

[7] 参见张千帆:“‘公正补偿’与征收权的宪法限制”,《法学研究》2005年第2期,第25-37页。

[8] 在此,“保证被拆迁人、被征收人得到妥善安置”是宪法没有规定的。但这并不表明物权法不能如此规定。一个宪法学常识是,宪法只是规定了个人权利的底线;法律总是可以规定比宪法底线更多的权利保障,而无需宪法的特别授权。在这个意义上,颇为流行的宪法是一切法律的“母法”一说并非严格正确。尤其是物权法具有私法性质,而宪法是公法,因而不可能作为其完全意义上的“母法”。只要不损害任何人受宪法保护的基本权利,物权法完全可以规定宪法所没有规定的东西。

[9] 对于“合理补偿”等过分模糊的标准未必满足宪法要求的论点,见张千帆:“‘公共利益’与‘合理补偿’的宪法解释”,《南方周末》2005年8月11日。

[10] United States v. Schwimmer, 279 U.S. 644.

[11] 别的且不论,《物权法(草案)》仍然没有摆脱中国立法不注重实效的俗套。不止一处条款是没有必要规定的,因为它们只不过宣示了一种路人皆知的常识,例如“国家、集体和私人所有权受法律保护。禁止任何单位和个人用任何手段侵占或者破坏国家、集体和私人的财产”。(第47条)有的条款只是简单重复宪法条文(有的是在法律上不可实施的政策性条款),而没有加以细化或规定操作机制,因而也没有特别的意义:“国家维护公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度。”(第50条)还有的条款几乎是同义重复,因而也有多余之嫌,例如“违法拆迁、征收,造成私人财产损失的,应当依法承担民事责任和行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任”;(第68条)“违反国家规定,以无偿或者以低价折股、低价出售等手段将国有财产、集体财产转让,造成国有财产、集体财产流失的,应当依法承担民事责任和行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”(第71条以及类似的第72条)事实上,财产侵权的法律救济应在诉讼过程中由法院按有关法律规定解决,物权法的上述常识性规定对此并没有任何帮助。如果构成了刑事犯罪,必然应按照刑法规定处理;不构成犯罪的,物权法也无权增设罪名。总的来说,现行草案的问题颇有点类似1982年宪法以及2005年生效的《行政许可法》:崇高的理念太多,实在的机制太少。

【写作年份】2006

【学科类别】宪法→中国宪法

张千帆

最近,《物权法(草案)》引发了激烈的社会争议,有人甚至公开指责其中的某些规定“违宪”(以下简称“违宪论”)。但迄今为止,宪法学界还保持着难得的沉默。既然讨论的对象是宪法,宪法学者或许应该站出来澄清一下相关问题。正是出于这个想法,我希望能发挥抛砖引玉的作用,在此初步探讨以下三个问题:第一,物权法可能在什么意义上违宪?第二,物权法是否可能在宪法学的意义上违反某些笼统的政治性或政策性条款?第三,就以物权法为例,什么是我们所应该探讨的宪法问题?

一、物权法是否可能违反宪法?

首先,物权法是否可能会“违宪”?答案显然是肯定的。事实上,法律是国家立法机构作出的一种公权力行为,因而总是不可能从逻辑上排除其和国家的最高法——宪法——抵触的可能性。物权法也不例外。我们知道,现代国家的宪法主要有两个功能:一是界定政府不同部门的权限,二是保护个人权利不受政府侵犯,尤其是法律上的侵犯。中国物权法的主要任务是调整国家、集体和个人之间的财产权,因而一般不会涉及宪法的第一个功能。然而,物权法完全可能在第二个问题上犯错误,不适当地界定不同性质主体的财产权,过分限制公民个人的基本权利。

因此,虽然物权法在国外一般被认为是“私法”(但在中国又并非完全如此),而私法也确实应该享有其充分“自治”的空间,但是即便是“私法”也可能遭遇宪法问题。例如,假如物权法规定妇女不能享有财产权,那就显然涉嫌违反宪法的性别平等原则;假如物权法允许国家随意征收私人财产,那又可能违反了宪法规定的公正补偿原则。(对于这个问题的讨论,见拙文“‘公共利益’与‘合理补偿’的宪法解释”,《南方周末》2005年8月11日)这些假想的例子表明,物权法确实可能违宪,尽管这部草案未必涉及这些问题。

二、物权法是否可能违反宪法的某些基本原则?

既然如此,下一个问题就是物权法究竟可能违反宪法中的哪一条哪一款。违宪论者认定《物权法(草案)》违宪的主要论据似乎是它没有重复1982年宪法第12条的规定:“社会

主义的公共财产神圣不可侵犯”，并存在将国家、集体和个人财产平等对待之嫌疑，从而背离了宪法的“社会主义方向”。这种看法是令人费解的，因为任何法律都没有义务一字一句地重复宪法文本。事实上，这种形式主义的机械“背诵”也不可能发挥任何实际作用。要真正保证公共财产“神圣不可侵犯”，适当的做法不是简单重复宪法条文，而是建立公共财产权不受私人 and 政府本身侵犯的有效机制；否则，即便重复一千遍“神圣不可侵犯”的字眼都是无济于事的。

更重要的问题是，我们是否应该动辄指责某某法律违反了宪法规定的某些政治原则和方向？我们都知道，1982年宪法的第一章总纲规定了一系列国家基本原则、政策和方针。譬如和违宪论最相关的是，宪法第6和第7条规定：“社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制”；“国有经济，即社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”问题在于，这些政策性规定究竟意味着什么？中国经济制度的基础是“公有制”，是否意味着国有企业应该在数量或价值上超过总量的一半？国有经济是“主导力量”，是否意味着国有企业的产值应该在中国的国民生产总值当中占有某个确定的比例？这些问题或许在1982年还有一个大概确定的答案，但是现在恐怕谁都说不清楚了。毕竟，自1982年制定之后，中国宪法也随着经济和社会发展处于不断调整之中。1999年的修正案规定“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”，充分体现了一种市场多元化的制度设想。究竟哪种所有制应该在国民经济中占多大比例，宪法却从来没有明确规定过，各人的理解也见仁见智，不可能有一个统一的标准答案。

法学家应该知道，无论是“基础”、“主导”、“主体”还是“并存”，都是弹性极大、边界极为模糊的词语，都不是在法学意义上可操作的概念。因此，我认为至少法学家不应该按照自己个人的理解，人为地将这些模糊的政策性条款套上一成不变的框框，然后强加于物权法或任何其它法律之上。更不应该无限上纲上线，随意宣称物权法违背了宪法规定的政治方向。且不论违宪论的动机如何，在效果上这种做法只是将论者个人的主观见解强加于宪法之上，然后以“宪法”的名义对其所敌视的法律发动政治上的攻势，进而产生危言耸听的后果。

事实上，一个市场经济国家是无法保证任何所有制在国民经济中占有多大比例的。对于这个问题，社会学创始人马克斯·韦伯(Max Weber)在一个世纪以前就看得很清楚。他在其巨著《经济与社会》中指出，在某些条件下，“法律秩序”仍保持原状，而经济关系却发生了极端的转变。只要有市场的自由交换，公有制可以转变为私有制，私有制也可以转变为公有制。在理论上，这些转变甚至不需要改动宪法或法律中的任何一个字就能实现。如果美国人愿意的话，他们完全可以通过国会规定收购全部私人企业的办法，在一夜之间实现社会主义。只要给这些私人企业支付了公正补偿，就没有人能说这种体制转变是“违宪”的。关键在于，即使“违宪”了又如何？只要保证市场的自由交换，就没有人为的力量能阻止所有制的自然调整。

有意思的是，违宪论者似乎认为中国的全民、集体和个人所有制的分界是不可变动的，除非所有人同意。按照这种逻辑，只有全国上下所有的人（至少是18岁以上享有公民权的人）一致同意，才能变卖任何一个国有企业，因为任何国有资产都是全体人民共同享有的，没有我的同意你当然不能变卖我的财产。这种逻辑在今天是否说得通，无须我赘言。我也无须上纲上线地指责这种逻辑违背了20多年来改革开放的总体精神和实践。我只需要提醒违宪论者注意，宪法第15条已经规定“国家实行社会主义市场经济”。我不知道他们是否还要在“社会主义”这个前缀上做文章。但我可以肯定地说“社会主义市场”是指一个健全、统一的大市场，而不是国有、集体和私人三个（其实是许许多多）割裂的市场——如果那样还存在任何意义上的“市场”的话。

三、如何看待物权法中的宪法问题？

我在此只是主张，我们以一种负责任的态度看待自己的宪法和物权法。宪法是国家的“根本大法”，但它首先是一部法律，因而我们必须至少像一部法律那样认真对待它。在一部法律当中，并不是所有的条款都有公认和确定的意义；有些条款是不可操作的，因而不能作为衡量法律合宪性的尺度。因此，虽然物权法是可能违宪的，但是我们（尤其是我们法学家）不能随意指责其违背某些笼统的宪法原则。这些原则虽然在宪法之中，但是其目的是表达一种政治理想，而不是可实施的法律标准。如果在这些问题上“较真”，那么我们所做的其实只能是喊口号、“抓辫子”而已。试问，这和“文革”期间的政治斗争有什么两样呢？

我能够理解违宪论者的某些顾虑，甚至能够认同违宪论者对物权法草案在细节上的某些

不满。改革开放以来，中国社会取得了许多进步，但也确实暴露出许多问题。我们的法治状况还远不能令人满意，官员贪污腐败现象严重，社会分配存在着贫富不均和两极化趋势，等等。但是我希望我们都能现实和理性地看待中国社会所面临的问题，并真正找到问题的症结所在。为此，我不能认同违宪论者对物权法的教条化指控，不能认同以“宪法”的名义在政治上无限上纲的文革式做法。在“文革”正式结束整整 30 年后的今天，我们或许用不着再说“扣帽子”、“打棍子”之类的话了。遗憾的是，违宪论的指控让我们看到的正是“文革”的阴影。它误导了宪法和物权法原本可以正常进行的对话。

物权法虽然不存在违宪论者所指控的政治方向问题，但确实是可能存在宪法问题的。事实上，假如它真的像违宪论所主张的那样区分国有、集体和个人财产权的法律地位，那么它很可能违反了宪法第 33 条所规定的“公民在法律面前一律平等”的基本原则。和政策性原则不同的是，平等原则是一条可操作的法律原则，因而可以被用来作为衡量合宪性的实体标准。如果物权法规定国有和集体财产享有比私人财产更高的地位，那么它就不得不面临宪法平等原则的挑战。当然，平等原则并不要求绝对平等，法律可以对不同的人群规定不同的权利和义务。但是平等原则确实要求法律上的分类必须具备正当的理由，必须能有效地促进或保护普遍承认的公共利益；否则，它就构成了宪法所不容许的“歧视”。因此，假如物权法的制定者不能为针对不同性质所有制的不同待遇提供适当依据的话，那么我们就有充分的理由怀疑它背离了宪法平等原则。

幸运的是，《物权法（草案）》并没有误入经济歧视的歧途。但我想借用此例说明的是，这才是我们所应该考虑的物权法中的宪法问题。归根结底，宪法不是政治口号，更不是制约中国经济发展的障碍。在其所规定的宽松的制度框架下，它容许我们的立法机构自由地发展符合社会现实需要的法律；它只是要求，法律必须符合一些人类社会发展所共同承认的理性。这些理性原则的目的不是维持某些一成不变的教义，而是以法律上可操作的方式呵护最广大人民的最根本利益。

【出处】

原载《中国经济时报》，2006 年 5 月 22 日

【写作年份】2006

【学科类别】宪法→中国宪法

江平 张千帆 林喆

江平：

基本权利不可随意限制

近日，突发事件应对法草案提交人大常委会审议，这是一个重要立法。中国属于突发事件多发国家，如何通过法治的手段来进行有效管理，这是值得研究的课题。不过，目前看到的草案中有个别条款同新闻自由发生了冲突，不能不令人担忧。

新闻自由是一项来源于宪法规定的言论、出版自由的基本权利，在中国一直是落实不够，限制已经过多。尽管法理上我们承认，特殊状态下的新闻权利与日常相比是可以进行限制，这也在联合国公约以及一些发达国家立法中有所表述。比如战争时期，新闻的发布就有其特殊性；但是，即便战争时期，新闻也不是随便限制的，其约束要根据新闻的特性有专门新闻方面的法律来约束。而那些法律，立法原则首先都是把维护言论、出版自由，保障新闻权放在第一位的。目前，中国并没有这方面的立法，却在这个法律草案中限制新闻自由，无疑是缺少前提的。这非常不妥，它只会导致政府权力过大。

同时需要注意的是，突发事件还不等同于战争那样的极端状态。如果突发事件状态下就限制媒体报道自由，那社会进入战争等紧急状态时，还会进一步剥夺哪些基本权利呢？草案设计者的立法逻辑，显然值得商榷。

在这个法律草案第 57 条中，规定媒体被处罚的情形是“新闻媒体违反规定擅自发布有关突发事件处置工作的情况和事态发展的信息或者报道虚假情况的”。这里面包括两种情形，一种是所谓“违规擅自发布”，二是“虚假报道”。事实上，这两种情形是必须加以区分的。

在任何情况下，媒体都不能做虚假报道，这是一个基本的原则，对虚假报道进行处罚肯定不会引起争议。但问题就是，什么叫做“违规擅自发布”？这不是一个可以客观衡量的标准，完全是政府自己的主观判断。草案第 57 条把这两个问题混为一谈，显然是立法者缺乏

基本的常识——至少没有进行严谨的考虑。这样的规定无疑是荒谬的。一方面，如果真的有恶意虚假报道出现，按照规定仅仅罚款其实无济于事；另一方面，又通过禁止所谓“擅自”，把信息完全由政府一家来独家掌控发布权。但政府同样存在刻意隐瞒真相或者发布虚假消息的可能性，如果没有媒体的舆论监督，没有媒体及时披露真实信息，公众的知情权很难得到保障，这对于突发事件的处置更加不利。

还有，在对媒体的限制的条文表述中，对“人民政府”并没有一个级别限制，而且政府实施有关处罚也没有程序上的规定，这些也都是存在问题的。这个草案赋予了政府以管理职权，却没有相应配以程序约束。法律是强调平衡的，有权必有责，有权利就应该有义务，但现在看不到政府信息公开的义务，却只有对媒体的限制；权力没有监督，行为没有程序制约，这些只会纵容政府封锁消息，隐瞒真相，其危害在中国历史上已经屡见不鲜。

总的来说，这样的条款是严重违宪的。特别是考虑到中国的实际法治状况，很多好的立法出台了往往难以得到执行，一些不好的条款反而可能在实践中被加以利用，成为阻碍社会进步的枷锁。所以对于这样的条款，人大就应该发挥立法机关的作用，予以删除而不要抱有修改、完善的幻想。立法作为走向法治的第一步，责任重大，立法者当慎之又慎。

作者为中国政法大学终身教授，原全国人大法律委员会副主任委员

张千帆：

规则与例外

遇到诸如 SARS 或禽流感之类的突发事件，我们——尤其是我们政府——的习惯思维还是要实行新闻管制，但是这种习惯思维对于我们应对突发事件是没有好处的。在宪政国家，言论和新闻自由是最重要的宪法权利，在一般情况下绝对不允许政府干预。之所以如此，倒并不是因为言论和新闻自由是多么崇高的宪法理念，而是因为这项宪法自由对于我们的社会实在是太重要了。

作为现代社会的文明人，我们其实是生活在新闻之中的；没有新闻，我们不要说对这个世界一无所知，就连发生在眼皮底下的许多事情也不知道；而没有准确的信息，我们就无法预防和规避可能对我们产生伤害的自然或社会事件。在历史上，无论在东方还是西方，人类

也确实为压制言论和新闻自由付出过惨痛的社会代价。

当然，新闻自由不是绝对的。一则失实的新闻报道可能引起流言蜚语，甚至只是一声“恐怖袭击来了！”的叫喊，也可能产生像去年伊拉克人群践踏那样的人间悲剧。在发布这样的言论或新闻而受到法律制裁的时候，没有谁可以坚持他的言论或新闻“自由”。在某些非常情况下，即便是真实的报道，也可能会给政府处理有关事件造成不便，譬如，没有谁会认为新闻机构有“自由”报道政府即将实施的军事计划。在所有这些情况下，政府可以通过某种程序予以事先禁止，或在发表后诉诸法律追究，而宪法（譬如 1982 年中国宪法第 35 条）规定的言论、新闻或出版自由，并不能为肇事者开脱法律责任。

然而，这并不是说新闻是政府在什么时候都可以随意控制的。不能忘记的是，在绝大多数情况下，真实可靠的新闻对于现代社会生活是必不可少的。即使对于大多数突发事件，如实的报道不仅不会影响政府的有效处理，而且还能帮助平民百姓及时采取预防或自救措施，避免伤害在不知情的大众中间进一步蔓延。

仅从 2003 年的 SARS 事件，就可以看到信息公开和新闻自由对于突发事件的防治是多么重要。事实上，假如 SARS 自肆虐之始就得到公开报道，也不会发展到如此严重的地步。到目前为止，我们恐怕还举不出一个有说服力的例子，证明如实的新闻报道将实质性地增加处理危机事件的难度。

同样不能忘记的是，不论是哪个国家的政府，一般都不太喜欢独立的新闻报道，总是嫌它们和自己过不去；在美国媒体报道伊拉克虐俘事件的时候，美国总统在震惊之余一定是“牙痒痒”的，只是面对新闻自由无可奈何而已。一旦发生突发事件，政府尤其想控制新闻舆论。这么做的考虑并非是如实报道可能会造成公共恐慌，更可能是官员自己不愿面临处理不力所带来的指责和压力。既然如此，如果将制裁新闻报道的权力全盘交给政府，那么结果对于突发事件的有效处理来说，究竟是有利还是不利呢？

在这个背景下，我认为，人大目前正在审议的《突发事件应对法》草案中有关新闻报道的规定是值得商榷的。至少就文本表面来看，草案基本上将报道突发事件的决定权完全交给了处理事件的政府。新闻媒体如“违反规定擅自发布有关突发事件处置工作的情况和事态发展的信息”，“情节严重或造成严重后果的”，将受到 5 万至 10 万元的处罚。既然草案没

有明确说明，这里的“规定”，大概也包括地方政府制定的各种“红头文件”或“内部规定”，其中某些规定很可能是包括新闻单位在内的“外人”所不知晓的。草案也没有说明什么是“严重”的情节或后果，以及判断是否“严重”的主体是谁，因而，我们在此只能假定它经常就是报道的对象——处理突发事件的地方政府自己。而从目前的文本来看，不服政府定性和处置的新闻机构，似乎也不可能获得任何形式的司法救济。当地的新闻单位应该对当地发生的突发事件及其处置状况最熟悉，但是如果让地方政府在基本上没有实质性的法律约束（如司法控制）的情况下，决定是否喜欢“擅自发布”的报道，你指望它还能报道什么？

审议这部草案的立法者应该知道，新闻自由是规则，限制是例外；限制不仅必须对保护重要的公共利益来说是绝对必要的，而且必须受到事前或事后的程序监督。草案目前所体现的立场似乎恰好是相反，而我所担心的是，这个立场恐怕并不符合它所要保护的那种公共利益。

作者为北京大学法学院宪法学教授，中国宪法学会副会长

林喆：

准确认识底线

评价《突发事件应对法（草案）》对于新闻自由的限制，必须厘清几个问题。

首先，新闻自由是一项什么性质的权利？

“新闻”概念一般被定义为对新近发生的，或已经发生的，或正在发生的某种事实的报道或传播。从严格的意义上说，新闻自由不是一项个体性的公民基本权利，而是因公民的言论自由和知情权而生的一项特殊群体（新闻职业群体）的权利。新闻职业者个体所享有的新闻自由，来源于群体的新闻自由。

其次，新闻自由是否不受限制？

这关系到公民言论自由和知情权的限制性。公民的言论自由不是一种可以凌驾于一切之上的绝对权利，它是以合法性为其界限的有限度的权利。除了法的界限，它还受到其他社会规范（如国家政策、道德规范、宗教戒律、市场规则和各群体规范）的制约。法国《人权宣

言》（1789）第 10、11 条和中国宪法第 51 条，对此都有明确的规定。

从与公民的生存权和发展权密切相关的知情权来看，被限制的原因在于：一是任何知情权的实现，在给权利主体或其他人带来利益的同时，很可能会给社会或公共安全带来某种负面效应，而在范围内行使权利，有利于使消极影响降低到最低限度；二是灾难的发生有其积蓄的过程，即便是瞬间发生的事故也有某种成因，而搞清事实、调查核实、探究其因、定性定位、处理解决的活动，均需要一定的时间。所谓“在第一时间及时报道以安民心”的说法，有其重要意义，但并非适用于一切场合。

是否报道和如何报道，除法律上确有明文规定之外，仍需从实际出发。在实践中，公民的知情权主要表现在三个层面上，各个层面的知情权都有其特定的限度：一是政治层面的知情权，它常常与个人的政治身份、社会地位联系在一起，其界限对政党组织的安全或国家安全具有重要意义；二是经济、文化层面的知情权，它与行业、职业的特点和性质联系在一起，与之相关的知情权的界限除合法性之外，主要以行规或职业道德维持，它的突破往往危及到行业、商业或商务秘密；三是私人生活层面的知情权，它与公民私人空间中相关人的利益联系在一起，其界限的突破将侵犯到个人的隐私权。

如此，由有限的公民言论自由和知情权而生的新闻自由，自然也有其界限。

第三，立法对于新闻自由的限制是否存在底线？

回答是肯定的。在现代社会，立法者在对某项法律权利进行限制时，一般遵循两项原则——证成原则（即说明限制行为正当性的理由）和最低限度原则（即不能因此限制而取消了该权利）。

《国务院关于提请审议〈中华人民共和国突发事件应对法（草案）〉的议案》第三部分“关于起草本法的总体思路”和全国人大常委会办公厅新闻发言人的解释，说明了限制行为正当性的理由：一是“发生突发事件时有关的社会公众也负有义不容辞的责任”，这就要对公民、法人和其他组织的义务作出规定；二是目的在于确保记者正当采访权益和维护大局利益。

然而问题在于，该法中“擅自发布”和“情节严重或者造成严重后果”两词的模糊和易

于被歧义解释。

“擅自”是指“不听话”，但讲话主体则是不清楚的。是中央、中央的某个部门，还是地方政府或某个领导？“严重后果”是指造成全局性利益受损，还是地方性或个别人的利益受损？当突发事件的发生与中央的某个部门或地方政府或某个领导的错误决策或失误或腐败相关，而责任者又千方百计地掩盖真相不让民众了解，或当发布消息的结果使地方性或特殊群体利益受损，却有助于全局利益时，新闻工作者出于职业良心突破某种禁令的行为，是否应该受到惩罚呢？

联合国的《国际新闻自由公约草案》（1948）规定，政府不得对本国公民和缔约国人民在本国境内依法发表和收取各种新闻与意见的自由的行为加以干涉，或因政治上的原因予以任何人以差别的待遇，对于以采访相互间的新闻而传达于公众为职业的人，应予以鼓励和给予便利。

在社会遭遇关系到公共安全的突发性重大灾难时，社会保持稳定的重要前提之一，是政府能得到民众真心的支持、真诚的拥护和积极的配合；而二者合作关系的形成，是建立在民众对真实情况知晓的基础上——民众必须知道有关危机的真实情况，政府有责任把真情告诉民众，否则无法期待民众与之共渡难关。在民众了解真情的过程中，媒体起着重要的作用。尤其是在我们这样一个公民言论自由和知情权保障体系以及政府权力监督体系还很不完善的国度，在对新闻媒体发布有关突发事件处置工作的情况和事态发展的行为作出特别限制时，应以行业规范去促成从业人员的行为自律，而不是以法的形式来限制新闻报道。

可以说，草案第 57 条关于违反规定擅自发布有关信息的单位，由所在地政府处 5 万元以上 10 万元以下的罚款的规定，是缺乏智慧的，其消极意义一目了然。它的实践结果，很可能突破对新闻自由限制的底线，而最终遏制或取消了新闻自由在突发事件应对中的功能和积极作用。

作者为中央党校政法教研部教授，人权博士生导师

【出处】

《财经》杂志/总 163 期

【写作年份】2006

【学科类别】宪法→中国宪法

如何保证村民代表的公正选举

评

张千帆

最近，在河北省石家庄市新华区杜北乡东营村进行的村民代表选举引起了广泛关注。这次选举反映了乡政府的干预（不认可村民先前选举产生的村委会）、村党支部的干预（组织选举村民代表会议并产生村民选举委员会）、滥划选区和贿选等诸多问题，其中某些现象显然违反宪法和《村民委员会组织法》的有关规定。由于媒体对此已有所报道，本文无须赘述。这篇短文仅讨论一个在东营村事件之前被普遍忽视的问题——村民代表的选举和村选区的划分。

《村民委员会组织法》显然不认为村民代表会议是一个重要机构。事实上，该法的制定者当时很可能认为这个机构在大多数村子无须存在，因为根据该法第 18 条的规定，村委会主要向村民会议负责并报告工作，村民会议是直接民主在村这个层次的体现。只是在“人数较多或者居住分散的村，可以推选产生村民代表，由村民委员会召集村民代表开会，讨论决定村民会议授权的事项”。（第 21 条）因此，村民代表会议只是在特殊情况下作为村民会议的一种替代。但是由于种种原因，村民会议往往不容易召集，且许多事情可能确实也无须“劳师动众”，不如授权规模更小的村民代表会议处理。在某种意义上，村民会议和村民代表之间的关系类似于全国人大和其常委会之间的关系。如果选举得当且运行正常，村民代表会议理应更高效地监督村委会的工作。不论如何，由于“人数较多或者居住分散”的定义相当模糊，不论是否出于实际需要，某些村都可能建立村民代表会议并赋之以实权，譬如产生村民选举委员会的权力。

问题在于，村民会议作为一种直接民主本来是用不着选举的，但村民代表会议作为一种间接民主却首先得由村民选举产生，而不论规模大小、级别高低，从尊贵的总统到低微的“村官”，选举都是一门大学问。然而，《村民委员会组织法》却对村民代表的选举方式语焉不详。第 21 条只是笼统规定：“村民代表由村民按每五户至十五户推选一人，或者由各村民小组推选若干人。”这就给形形色色的不规范选举行为提供了机会，其中之一就是选区划分权的滥用。但值得强调的是，村委会组织法规定得不够详细，并不表明就不存在任何是非标准、什么都可以来。如果选区划分以及其它方面的行为不规范，从而剥夺了村民的平等选举

权，那就不仅违背了宪法有关村委会选举的基本精神，而且也侵犯了宪法第 34 条规定的选举权和第 33 条规定的“公民在法律面前一律平等”的基本原则。

划分选区是议会选举的一种常见方法，目的是将人口多、地域广的选举区域（如美国的州）分割为规模更小的单位，以便提高选举效率、降低选举成本并有助于选民更熟悉当地候选人。但是选区的划分是有许多空子可钻的，而一旦划分不公正，那么不仅达不到预期效果，而且将使选举结果发生严重偏向。好在宪政国家在这方面已经积累了许多经验，其中不乏值得中国借鉴之处。总的来说，选区划分必须符合“一人一票”的宪法平等原则，保证各选区选民人数均等，不得通过滥划选区使任何团体不当得益，并在此前提下保证各选区通过自由选举产生民意代表。

首先，如果每个选区的选民人数不一样而选举的代表人数相同，那么就将导致有些选区少量选民就能选举一个代表，而有些选区大量选民才能选出一个代表。这样，每张选票的份量就出现了差别，某些选区的选民在议会获得利益代表的机会就受到了歧视甚至剥夺。出于故意或疏忽，美国有些州不顾几十年来人口分布的巨大变化，仍旧沿用 20 世纪初的选区划分方案，从而使得不同地区的选民人数和代表比例显著失调。例如阿拉巴马州议会选举在 1960 年代的选区划分仍然按照 1901 年的宪法规定，但 60 年来的人口分布变化使得选举结果极为不公，选区人口和代表席位的比例在不同地区差异显著。根据 1960 年代的联邦人口统计，有的选区超过 60 万人，却只有 7 个众议院、1 个参议院席位；而有的选区不过区区 1.5 万人，却也有两个众议院、一个参议院席位。选区代表比例的最高与最低之比在州参议院达到 41:1，在州众议院也高达 16:1。结果，参众两院多数议员都只代表阿州的 1/4 人口。在 1964 年的“选区重划第二案” (Reynolds v. Sims)，联邦最高法院正式确立了“一人一票”原则，并判决这种选举机制显然违反了第 14 修正案的“平等保护”条款。沃伦首席大法官 (C. J. Warren) 的法院意见指出：

代议制政府的基本原则是：不论种族、性别、经济地位或州内的居住地点，同样人数的人民必须获得同等代表。……作为一项宪法标准，“平等保护”条款要求州的议会两院席位必须基于人口而获得分配。简言之，如果和居住州内其它地方的公民选票相比，某地区公民的选票份量受到显著削弱，那么公民选举州议员的权利就受到了违宪侵犯。

其次，“一人一票”原则并非总能保障平等的选举结果。事实上，通过现代计算机处理

人文地理数据，地方政府可以在几乎严格满足“一人一票”的基础上，通过滥划政治选区(Political Gerrymandering)来歧视少数民族或党派。这类选区划分法律当然不会明言歧视意图，因而法院必须从政府的具体行为和选举结果来决定“歧视目的”是否存在。一个典型的例子是1960年的“选区滥划第一案”(Gomillion v. Lightfoot)，还是在美国的阿拉巴马州。该州的法律把原为四方形的塔斯克基市变成一个28边奇异图形。结果排斥了该市选区内99%的黑人，而保留了全部白人居民。联邦最高法院基于宪法第15修正案，判决这个州的重划选区法案无效。法兰克福特法官(J. Frankfurter)认为：“州法完全是考虑把白人和有色人种隔离开来，通过拒黑人公民于市门之外来剥夺他们的地方选举权。”这种做法显然是违宪的，因而必然通不过司法审查。

从东营村事件看来，某些发生在其它国家的事情同样也可能发生在中国基层选举。说实话，我还是从东营村这个例子第一次听说在村子里划分“选区”的做法。由于村的规模一般不大，大致不过是几千选民、几百户人家，因而从规模的角度考虑并没有必要再划分选区。划分选区可能成为“画蛇添足”，人为产生上述不规范选举行为。但是在中国农村的大环境下，划分选区仍有可能带来一定的好处。第一，如果按照《村民委员会组织法》第21条规定的那样每几户产生一位村民代表，那么由于选举单位很小，候选人和村民很熟悉，因而选举成本也随之降低，一般不需要成本高昂的“竞选”，就能保证选举产生的村民代表确实能代表其选举人的利益。第二，更重要的是，划分选区可能有助于控制“多数人的暴政”。如果采取大选举模式，村子里某强势团体（譬如某大家族）有可能垄断村民代表的选举过程，从而使村民代表完全代表这个集团的利益。在德国等欧洲国家，比例代表制是解决这个问题的根本办法，同时也不会产生不规则选区划分所带来的副作用，但在中国现阶段采取这样的体制是不现实的。如果村的选区划分基本规则并保持均衡，而强势家庭的分布是不规则的，那么就有可能打破强势集团的垄断局面，从而保证村民代表会议大致能反映全体村民的利益。

然而，划分选区同时也将增加人为干预的风险。选区规模越小，人为干预和舞弊就越容易，且对选举结果的影响越大。从东营村事件，我们也可以看出这个问题的端倪。事实上，我认为中国农村选举所面临最大的威胁还是来自人为的政治干预。如果选举过程不是自由进行而是被人操纵的，那么无论如何理性的制度设计都是白搭。因此，在保证选区划分规范的基础上，中国农村选举的当务之急仍然是保证自由和公正、防止干预和舞弊。在体制上，如

果说选区划分应该获得村民会议的批准，那么选举过程的合法性还得更多地依赖法院。（其实法院也完全可以审查选区划分是否合宪。）东营村事件表明，如果出现了选举违法事件，向上级领导反映和呼吁或许是必要的，但是上级的政治干预往往是不可靠的。如果没有可靠的司法保障，村民的选举权还是难以落到实处。

【出处】

原载《中国经济时报》，2006年5月9日

【写作年份】2006

【学科类别】宪法→选举法

美国行政立法程序的模式选择与变通

评

The Model Selection and Flexibility in the Process of American Administrative Legislations

张千帆

【摘要】

本文探讨美国行政立法程序的不同模式选择和程序变通的界限，以及司法审查在保证行政程序合法性过程中的适当作用。美国经验显示，行政行为的合法性要求行政政策的制订能够有效地调整不同的社会利益，并在发展实体规范的过程中考虑所有相关利益。由此推出一系列行政法原则，尤其是行政决策在程序上的透明度，包括行政规范的及时公布、程序公开、说明理由、行政决定在事实与法律上的逻辑关联。

【关键词】美国行政程序法；制规；行政解释；公布性规则

行政立法或“制规”(rulemaking)是美国行政程序法的一项重要内容。这是因为现代议会立法往往只能提供一个原则性框架，具体细节需要通过行政规则(rule)或规章(regulation)进一步细化才能有效实施。为了保证规则和规章符合社会公共利益，《联邦行政程序法》规定了制规过程的公共参与，且这项要求受到严格的司法监督。问题在于，虽然规则一般是对有关授权立法的解释，但解释却不限于规则这一种方式。行政机构也可以不通过制定规章，而是通过个案裁决(adjudication)来解释立法。在“公司内部交易第二案”，^[1]美国最高法院明确判决证券交易委员会有权通过裁决来建立禁止内部交易的规则。行政机构具有广泛的自由裁量权来选择执法方式，通过发展个案而非制订普遍规则来创立新的原则，且法院不应干预这项权力。这样就产生了下列问题：行政机构是否可能通过裁决（而非制规）来回避公共参与的程序要求？司法机构应如何看待这类制规程序的“变通”？

本文探讨美国行政立法程序的不同模式选择和程序变通的界限,以及司法审查在保证行政程序合法性过程中的适当作用。美国经验显示,行政行为的合法性要求行政政策的制订能够有效地调整不同的社会利益,并在发展实体规范的过程中考虑所有相关利益。由此推出一系列行政法原则,尤其是行政决策在程序上的透明度,包括行政规范的及时公布、程序公开、说明理由、行政决定在事实与法律上的逻辑关联。

一、抽象行政行为的制定

1. 历史背景

一般认为,联邦行政程序法是对立政治势力之间的“交易”。^[2]这并不是说所有的政治斗争最后都会产生作为交易的法律制度。譬如 1930 年代初期,改革派和保守派之间的交锋最后是以改革派的压倒性胜利而告终的。但到了第二次世界大战之后,新政所形成的基本共识已不容质疑,争论变成是改革派(主要是民主党)内部的自由派与保守派,而两者都接受了行政国家观念,因而妥协是可能的。行政程序法把行政法的所有问题分为 3 部分。对于政府行为直接影响特定当事人权利的裁决,保守派赢得了胜利。尽管关于独立行政法院的建议没有被采纳,裁决是由相对独立的行政法官作出准诉讼过程,并受制于比较严格的司法审查。对于制规,自由派赢得了全面胜利。制规是准立法而不是准司法过程,且不产生可被司法审查的记录,而极为宽松的审查标准也使得机构的决定极易维持。行政立法程序也远比国会立法简单。国会通常要对拟制的立法进行当面听证,并在听证前就有一个完整的草案。APA 仅要求行政机构通告其制规意向,而无须提交草案,且只需要对规则终稿提供一个“简明和普遍”的说明。

正如某些学者和法官注意到,联邦行政一个最为引人注目的趋势是从裁决向制规的过渡。^[3]这一趋势的最重要原因是实体法的新发展,这些法律寻求工业界或全国的消费者、工人或环境。由于许多这类立法把实体标准的规定的留给有关机构,行政机构必须进行制规,而除了行政程序法以外,国会一般并不规定更多的程序规则。由于国会授权的措辞宽泛,法院一般不可能发现机构规则如此缺乏理性,以至构成“任意”(arbitrary and capricious)。当然,对于某些具体问题的决定——例如什么化合物构成致癌物质,只是通告和

评议是不够的。法院一般还要求发展补充性取证程序。^[4]

在 2002 年的判例中，^[5] 农业部根据《食品安全法》规定了 2000 年度对糖类作物生产商的“分类支付” (payment in kind, 简称 PIK)。种植甘蔗的农民起诉 PIK 未经过通告与评议程序，农业部则辩称 PIK 并不构成“规则”，因为它只是一项“孤立的行政行为”，并不影响农业部以后的行为，且对当事人以后也不会产生影响，因而相当于非正式裁决，无须经过非正式制规程序。哥伦比亚特区上诉法院反驳了农业部的理由，判决 PIK 属于范围广泛的“规则”的一类，因而农业部不能回避行政程序法的要求。程序违法的通常救济是撤消并重新开始制规，但由于 2000 年的 PIK 发布后，农作物已经根据这一政策下田，“生米已经煮成熟饭”，因而法院不能简单撤消，而是发回农业部让其解释对制规程序的忽略是否具备良好理由，例如时间紧迫。

近二三十年来，美国的制规数量增长显著。到 1970 年代末、卡特执政的最后两年，制规提议的数量达到了高峰，每年有 5000 多个这样的提议发表在《联邦法规记录》的“所提议规则”栏目。到里根和布什阶段，这一数字下降到 3000 多件。在这些制规提议中，当事人参与的积极程度各有不同。涉及到堕胎资助方面的规则先后共收到过 75000 条评议，而一般的环境制规只收到几十条。^[6]

2. 制规的模式选择

按照部门分工，制规的内部过程有 4 种模式。第一种是“小组” (Team) 模式，其基本决策单元是由机构内部的各部门代表组成。第二种是“等级”模式，一般由一个办公室负责几乎全部的制规事宜。第三种是“顾问”模式，由一个办公室主要负责，但它可以根据需要征求机构内其它部门的建议。第四种是“对抗” (adversarial) 模式，机构内持不同看法的不同部门在对抗程序中挑战对方。尽管不同模式都获得一定程度的采用，小组模式相比而言最为常用。它明显的优点是能使机构综合多种渠道的信息和分析加以决策，并在和谐合作的气氛追求共同的目标。其最显著的缺点是决策权的“下放”，使得中下层工作人员掌握了制规的自由裁量权。如果不同部门的代表取得了一致共识，机构的领导阶层很难在政策上有所作为。

更基本的是，按照行政程序法的规定，制规在理论上分为正式与非正式程序。但实际上，

绝大多数制规都是非正式程序。由于正式程序极其冗长烦琐，国会极少明确要求制规过程经过正式听证。几乎唯一的例外是《联邦食品、药品和化妆品管理法》，它明确规定管理局的决定必须“基于听证记录的实质性证据”，并详细说明所依据的事实认定。这类要求被认为显然要求正式听证。但由于正式制规程序极为复杂烦琐，因而行政机构在实践中尽量采取变通的方式。然而，国会可以在第 553 条的非正式制规程序之上规定更多（但又比正式制规程序更少）的“混合程序”。

在 1973 年的案例中，^[7] 1913 年的《州际贸易法》授权州际贸易委员会“在听证后”制定铁路运输规则，包括合理运费。委员会确定运费的权力原先被认为仅限于根据铁路运输的利润而确定一个可接受的数额，但由于车皮长年短缺，国会于 1966 年修正了《州际贸易法》。新法扩大了委员会的权限，授权它规定一个公司借用另一个公司车皮的租费。委员会据此制定规则，拟改变确定运费的标准，将考虑因素扩大为鼓励及时归还车皮及购买新车皮的动机。规则草案允许铁路公司在 60 天内递交书面评论，并在说明具体需要和所要产生的证据的前提下申请当面听证。两个铁路公司申请当面听证，但委员会没有批准，并在书面评论结束后发布了修改现行规则的报告。原告和联邦地区法院认为，《州际贸易法》的“听证”要求表明委员会必须适用行政程序法第 556(d) 条的正式听证程序，但最高法院在前一年的案例中已经否定了《州际贸易法》的解读，且 1966 年的修正并没有改变听证要求的性质。虽然国会立法不需要机械重复“基于记录”的听证这几个词才引发正式听证，但《州际贸易法》的“听证”一词确实不意味着全套的正式听证程序。“听证”这个词的含义很多。行政程序法第 553 条排除对解释规则、一般政策说明或机构组织规则的听证要求，但如果有关法律要求“通告或听证”的仍然需要经过非正式制规程序。这里的“听证”显然不包括口头陈述证据或当面对质证人的权利。因此，作为要求“听证”的《州际贸易法》也不能被理解为要求这些正式听证程序的要素。最后，最高法院在以前的判例中曾根据第五和第十四修正案的正当程序条款，要求行政裁决经过当面听证程序。但比较 1908 年的“道路改良收费案”和 1915 年的“财产估价增值案”这两个经典判例，^[8] 法院认为本案显然属于制规而非裁决程序，因而并没有违反对原告的正当程序保护。

二、通过解释改变规则？

《联邦行政程序法》把“解释性规则”（interpretative rules）和“一般政策说明”（g

eneral statement of policy)排除于通告与评议要求之外。由于这些解释或文件不需要经过非正式制规程序,行政机构理所当然有动机加以利用。相当熟悉的现象是,“国会通过了措辞宽泛的立法。行政机构接着通过包含宽泛措辞、模糊标准之类的规章。然后随着岁月流逝,行政机构发布文件、指导或备忘录,解释、定义并经常扩展规章里的命令。一份指导性文件可能产生另一份,等等。在行政机构提供越来越多关于什么是规章要求被调控团体要做的细节过程中,规章里的几句话可能产生几百页文字。法律的制定没有通告和评议,没有公共参与,也没有在联邦行政记录或联邦规章全典上发表。”^[9]但法院已经确立的规则是,行政机构不能通过“解释”实质性地改变规则,以规避程序法的通告与评议要求。

实质性规则和解释性规则并不那么容易区分。区分两者的一个因素是“解释本身是否具有法律的约束力,……抑或它只是说明解释试图阐述的规章本身所包含的一项义务”。

^[10] 对于前面这种情况,如果缺乏解释,规章就失去了“适当的立法依据以保证义务之履行”。

^[11] 但即使有关文件属于解释性规则,如果新的解释改变了行政机构以往的解释,以至构成新的规则,那么通告与评议程序仍然是必要的。在1995年的案例中,^[12]最高法院指出,如果一项解释采纳了和现有规章不一致的新立场,那就需要行政程序法的制规。在该案,医疗保险(Medicare)规章规定了医院对保险计划所覆盖的开销获得补偿的方法,但某些问题仍未解决。在通过听证解决其中某个问题时,裁判官部分依靠“医疗提供者补偿手册”中的补偿指导方针,尽管该方针偏离了“普遍接受的审计原则”(GAAP)。上诉法院认为这一偏离构成了“规章的实质性变更”,因而要求采用制规程序。最高法院的多数意见出于对行政机构的尊重,判决机构的解释是合理的,且符合医疗保险立法,因而并不构成实质性变更。

1. “一次性解释”规则

在1999年的案例中,^[13]阿拉斯加州的导游通过飞机把游客运送到打猎和吊鱼的地方,而30年以来,他们一直无须服从FAA适用于商务飞行的规章。但FAA后来未经通告和评议就改变了30年的解释,使飞行规章适用于这些导游。哥伦比亚特区上诉法院指出,“当行政机构曾给其规章一个确定的解释,而后来又显著改变了其解释,那么行政机构实际上是修正了这项规则,因而要求通告和评议。”因此,尽管国会立法或行政规章可能很模糊,但行政机构一般只允许对解释这个“苹果”咬一口(one interpretational bite),也就是只

能对模糊的法律或规章进行一次性解释，以后在解释上的变更相当于规则本身的变化，因而要求制规程序。一旦行政机构给予一个确定的解释，以后对解释的变更就构成规则的修正，因而要求非正式制规程序。然而，这项司法原则目前只有特区法院遵守，并且还受到一些学者的批评，因为行政程序法对解释性规则的豁免并不区分机构的解释是“第一口”还是“第二口”。

在 1997 年的案例中，^[14] 健康和人力服务部 (HHS) 所管理的“紧急援助项目” (EAP) 对州给予贫困家庭的紧急援助提供配套基金。1993 年，HHS 认同州对犯罪少年的资助计划。1995 年，在重新考虑立法和规章的解释之后，HHS 重新下达文件 (Action Transmittal)，认为这类资助项目并不在 EAP 的目的范围之内，且这一变更没有经过公众参与程序。在州政府起诉后，第九巡回区法院判决一次性解释理论并不是指行政机构不能和以往的解释相冲突，而是指不能未经制规程序而采纳和现有规章的文字相冲突的解释。在本案，HHS 并没有改变已实施的规章，也不和任何具有法律约束力的现存规章相冲突；HHS 只是要对规章采取比以前更为准确的解释，因而改变了在现存规定下什么构成紧急状况的解释。只有在新的规则“和具有法律约束力的另一条规则相冲突，而不只是任何机构的解释”，才启动需要通告与评议程序。

第一次解释的方式是否影响解释变更的程序？在 1996 年的案例中，^[15] 农业部的规章要求管理狮、虎等供打猎用的大型野兽的场所必须具有“结构上适当”的围栏。印第安纳州的地方行政官员非正式对本地这类场所的拥有者建议，6 英尺高的围栏应该满足农业部的要求。但几年之后，总部下了解释性文件，要求这类围栏应该达到 8 英尺高。法院认为，实体规则和一般政策说明之间的关键区别在于其不同效果。一项适当采纳的实体规则建立具有法律约束力的行为标准，而一项政策说明则不是最终行为。行政机构不能适用或依赖一般政策说明，因为它只是表明机构试图建立的政策，或者说是机构未来的倾向和意愿。

在 2002 年的案例中，^[16] 根据国会立法，FAA 有义务通过规定飞行的最长时间以“促进民用飞机的安全飞行”。1985 年，FAA 通过通告与评议制规程序规定了飞行时间限制以及休息时间要求。(FAR 121.471) 它规定，在“所要求的休息时间”之间飞行时间最多不得超过 8 小时，且在“所计划的飞行时间段结束”起 24 小时内必须根据情况获得一定时间的休息。但“计划” (scheduled) 飞行时间和实际飞行时间可能有差异，因而在收到这类问题之

后，FAA 的代理律师 James Whitlow 写了一封信回答有关问题，并在信中对 FAA 的规章作了解释。2001 年，FAA 在《联邦行政记录》上发表告示，表示要严格执行现有的飞行员休息时间管理办法，并包含了代理律师的那封信。原告认为这封信没有经过通告与评议程序，因而违反了联邦行政程序法的程序要求。本案的解释并不是属于这种情况，代理律师的信并不规定新的权利或义务，因而也不需要经过通告与评议程序。且法院在考察了 FAA 有关规则的历史之后，发现代理律师的那封信只是澄清了 FAA 规定的义务，因而原告关于代理律师的那封信改变了 15 年的解释一说并不准确。

2. 规则和解释的选择

原告拒绝和其一个厂商的购买者谈判，坚持后者是“管理阶层的雇员”，因而在《全国劳动关系法》所规定的集体谈判范围之外，但全国劳动关系委员会认定购买者有权组成工会进行集体谈判。长期以来，委员会一直将劳动关系法解释为排除管理阶层的所有雇员，并认为购买者因存在和管理阶层的联系而不能组成工会，但现在要将劳动关系法解释为仅排除那些形成工会就会产生利益冲突的管理阶层雇员。联邦第二巡回区上诉法院的弗伦德列法官 (J. Friendly) 判决，委员会对全国劳动关系法的长期解释排除了突然变更解释的可能性。但委员会仍然可以通过适当的程序决定购买者是否构成“管理阶层雇员”，而“适当”程序在这里是指非正式制规程序。既然委员会已经长期采取购买者是管理阶层雇员的立场，那么在改变这一立场之前应该获得所有的相关信息。尽管委员会一直不愿意这样做，法院还是有权强令之。^[17]

上诉后，最高法院同意上诉法院的第一个结论，也就是委员会已经不能自由变更其对劳动关系法的长期解释，因而该法必须被解释为排除所有管理阶层的雇员。^[18] 现在的问题是，委员会是否必须采用制规程序才能决定购买者是否构成管理阶层的雇员。在这个问题上，最高法院撤消了上诉法院的判决，认为委员会有自由选择裁决作为形成新规则的程序。本案并不涉及对个人的过去行为施加新的罚款或赔偿等责任，原告也没有证明先前对委员会解释的信赖给自己导致了严重的不利影响。因此，尽管制规程序将帮助委员会收集那些利益相关者的广泛观点，但委员会仍有自由裁量权决定裁决程序也能产生足够的必要信息。裁决程序至少为利益受到最直接影响的个人和团体提供了充分听证的机会。

1974 年，国会修改立法，将所有医院并入全国劳动关系委员会的管辖范围，因而委员

会有义务决定医疗领域内参与集体谈判的适当单位。在此过程中，委员会遇到了许多方面的压力。雇主们主张建立少数庞大的谈判单位，但这类大的谈判单位因为代表利益庞杂而难以组织，因而受到利益更为均一的工会激烈反对，双方相持不下。最后，委员会通过内部争论后，决定首次通过制规解决这个问题。^[19]两年之后，委员会终于出台了正式规则，规定了8个谈判代表单位。规则发布当天就受到一个代表5000多家医院的商会起诉，但最高法院最后维持了规则的合法性。^[20]

三、行政解释的追溯力与信赖保护

解释和规则的选择涉及一个重要问题：解释的追溯力以及对当事人的信赖保护。这是因为如果行政机构采取制规程序，规章作为行政立法显然是不得有追溯力的。尽管裁决过程不可避免地带有某种追溯力，制规一般却不可具备追溯力。联邦行政程序法本身明确将规则定义为具有“未来效力”的机构行为。然而，行政解释附属于其所解释的立法，因而在一般情况下解释的效力可追溯到相关立法生效之日。如果行政机构原先采取一种解释，后来突然又改变了解释，新的解释是否具有追溯力？

对于行政解释是否具备追溯力的问题，美国法院并没有一个固定与统一的判断标准。在1947年的“公司内部交易第二案”，最高法院要求平衡不同的后果：一方面，追溯力可能对有关案件的当事人不公；另一方面，如果在有关案件中不适用新的解释，那么可能违反立法目的或公正原则。在2001年的案例中，^[21]哥伦比亚特区上诉法院主要考虑了两个因素。第一，新的决定和先前的决定是不是同一个行政过程的不同阶段；如果先前的决定不过是一个有效性尚需更高机构确定的中间阶段，那么它并不足以作为当事人所依赖。第二，当事人所依赖的先前决定是不是一个法律错误；如果行政机构是在司法审查过程中发现自己的错误并予以纠正，那么它对于决定的追溯力问题有更大的裁量权。在本案，联邦通讯委员会在同一个裁决中改变了先前阶段所采用的方法。法院判决FCC主要是在纠正错误，且新的决定和先前的决定构成了同一条链的连续过程，因而肯定其决定溯及力的有效性。

有时候，追溯力是否存在本身是一个需要界定的问题。例如对于EPA控制二氧化硫的规则，就可能出现下列3种情况：第一，EPA第一次对现有电力公司规定二氧化硫的排放标准，并对以前违反这一标准的排放施加罚款；第二，EPA规定新的排放标准将于两年后实施，但绝大多数调控范围内的公司都需要在这期间就改换设备；第三，新的电力公司向EPA申请营

业许可证，而在申请和批准这段时间内新的规则生效，该公司符合老的标准，但 EPA 按照新标准拒绝批准。第一类是标准的追溯力问题，第二类一般则被认为不是，第三类处于两者之间。但无论如何，所有三类措施都存在着“合理预期”和信赖问题。“追溯力”可能使合理预期落空，并对当事人施加不能预见的成本。^[22]

1. 规则的追溯力

在 1988 年的案例中，^[23] 《医疗保障法》(Medicare Act) 授权健康与人力服务部部长制定成本返还规则。1981 年，健康部改变了计算医院费用的方法，结果受到许多医院挑战，且后来被地区法院宣布无效。1984 年，国会修改法案，规定从 1983 年开始实行不同的费用返还标准，但 1981 和 1982 年的成本计算仍有争议。同年，健康部试图通过制规过程重新采用曾被宣布无效的规则来计算这两年的医疗费用，结果再次受到起诉。地区法院采取平衡方法，认为本案的情况不足以使追溯力合法化。上诉法院基于行政程序法一般禁止制规的追溯力之论点而维持了判决结果，且上诉判决受到最高法院的维持。肯尼迪法官指出：“法律不赞成追溯力。因此，国会立法和行政规则不被解释为具有追溯力，除非其文字要求达到这个结果。根据同样的原则，对制规的立法授权一般也不被理解为包含制定具有追溯力的规则之权力，除非国会以明确措辞授予这项权力。即使对制规追溯力提出了某些实质性理由，在缺乏明确立法授权的情况下，法院还是不应该认定这种授权。”在本案，《医疗保障法》不但没有明确授权制规的追溯力，而且明确表示不赞成制定带有追溯力的限制成本规则。因此，健康部不得制定带有追溯力的规则，尽管并不排除它可以通过裁决过程使行政行为带上追溯力。

由于不同的解释规则对立法或规章追溯力立场截然不同，最高法院在这个问题上摇摆不定。在 1994 年的案例中，^[24] J. Stevens 的多数意见认为一般规则是不允许追溯力，除非国会明确表达了相反的意图。但决定追溯力是否存在本身并不是一件容易的事情，它要求法院考虑法律变化的性质和程度、新法的运行和过去的历史联系、公正的通告、合理信赖和预期等多种因素。J. Scalia 的赞同意见认为，界定追溯力是否存在的关键在于规则所调控的相关“行为”。“除非明确另行规定，立法只是适用于发生在有效期之后的有关行为。”这项推定并不适用于所谓的“间接追溯力”(secondary retroactivity)，也就是对过去交易的未来法律效力。因此，禁止赌博同样适用于现有的赌场和正在建造的赌场，尽管这意味

着以往的投资付诸东流。立法所针对的主要对象是赌博行为，而不是建造赌场的行为。

2. 解释变更的追溯力

在 1987 年的判例中，^[25] 在和平能源公司的 50 年运营特许将要过期之时，原告申请运营水力发电项目，并援引《联邦能源法》中的“市政优先” (municipal preference) 条款。该条款要求联邦能源管理委员会 (FERC) 优先考虑地方政府单位的申请。问题在于市政优先条款是否也适用于延期申请。为此，联邦能源管理委员会举行听证会，并在会后决定市政优先适用于全部的许可申请，且这一解释受到联邦第 11 巡回区上诉法院的肯定。然而，经过重新估量，委员会最后决定这一解释不符合国会意图；如果原许可持有者申请延长许可，那么市政优先条款就不适用。委员会推翻了先前的解释，并延长了原来的许可。原告为此提起诉讼。诉讼期间，国会修改了《联邦能源法》，删除了所有的市政优先条款，但涉及原告诉讼的问题例外。哥伦比亚特区上诉法院维持了委员会的新解释。J. Starr 的多数意见认为，作为一般原则，行政机构在行使裁判职能时可以对立法采纳新的解释。然而，如果对过去的行为或事件适用新的规则将产生‘明显不公’ (manifest injustice)，那么适用就不应具有追溯力。在决定是否有必要准许例外的过程中，法院必须考虑几点因素：特定案件是否第一次出现？新规则是否构成对确立惯例的“突然转变” (abrupt departure)，还是只是在不确定的领域内填补法律的空隙？当事人在多大程度上依赖先前的规则？追溯力将对当事人产生多重负担？立法对于不顾当事人信赖而适用新规则有什么利益？^[26]

对于第一个因素，多数意见注意到，虽然制规程序一般不具有追溯力，裁决结果则适用于当案。在某种意义上，新原则所具有的追溯力是对帮助带来法律变化的当事人的一种奖励，因而促进形成新的理论或挑战过时的理论。第二个因素承认，机构采取的立场越持久，私人就越有可能对有关解释产生合理信赖。但在本案，委员会先前的解释并不构成“确立的惯例” (well established practice)，因为市政优先在半个世纪里一直休眠着，直到委员会听证才第一次获得解释，因而以前不存在这样的“惯例”，而委员会一次孤立的解释也不满足“确立”的要求。第三，原告对委员会先前解释的信赖也是微不足道的，因为这个解释存在的时间很短。第四，虽然原告因新解释而失去了程序优先，但这种负担是有限的，因为原告还是可以在正常程序中和其他申请者平等竞争，而本案也不涉及对个人增加任何新的责任，例如罚款。最后，国会在此有重要利益保证委员会所认为的最有资格的竞争者获得运营水力发电

的许可。如果没有追溯力，原告将获得 30 年的运营许可，而在这 30 年中国会的立法利益得不到最好的保障。

3 位法官的反对意见认为，法律中并不存在避免追溯力的“普遍原则”，且多数意见并没有坚持其所宣称的普遍原则，而只是适用了利益平衡标准。行政机构的确享有广泛的自由裁量权以选择规定新标准的方式，但这种灵活性反而表明它没有理由通过裁决以具有追溯力的方式规定新标准，因为和法院不同，行政机构完全可以通过不具备追溯力的制规达到同样目的。第一，既然联邦能源委员会已经考虑了有关问题并确立了有关规则，那么法院一般不允许重新解释具有追溯力。第二，委员会的解释是一个 180 度的大转弯。多数意见混淆了“确立”和“长期”两个不同概念，两者未必有任何必然联系。第三，原告其实已经由行政法官根据市政优先原则裁定而获得了许可权，因而委员会的转变损害了其信赖利益。事实上，委员会之所以发生如此剧烈的态度转变，是因为在行政法官决定前 3 天正好发生委员会改选，委员会成员构成发生了较大变化，而多数成员不同意前任委员会在听证阶段作出的决定，因而请求司法部副部长提出由最高法院终审，但最高法院没有下达调卷令。在不得已的情况下，委员会最后才自己以 3:2 推翻了先前的听证决定。多数意见回避了这个关键事实，但原告却因委员会的出尔反尔而在过去两年中耗费了大量准备工作。第四，原告是专门为了获得水力发电许可而成立的市政企业，而委员会具有追溯力的新解释却剥夺了它这项利益，因而对原告的负担不可谓不重。反对意见认为以上四点都表明法院不应该允许新解释的追溯力，且这四点理由并没有为第五点所平衡，因为本案解释的追溯力根本不存在立法所要求获得的利益：国会明确规定，市政优先的取消并不对本案的判决产生任何影响。

3. 解释变更的追溯力

在 2001 年的判例中，^[27] 麻风病基金会开除了两名雇员，该决定被 NLRB 指控为不正当雇佣行为。《全国劳动关系法》第七条规定，雇员应有权参与集体谈判或其它形式的互助或保护。在 1975 年的案例中，^[28] 最高法院把第七条解释为授权加入工会的雇员在调查谈话时邀请工会代表参加，如果调查有可能导致制裁行为。对于非工会雇员是否具有这项权利，NLRB 一直举棋不定。1982 年，NLRB 把类似的权利扩展到未加入工会的雇员，授权他们邀请同事参加可能导致制裁的调查谈话。1985 年，它却作出了相反的决定，拒绝把 Wein garden 案发展的规则适用于没有受到承认或认证的工会。三年之后，它肯定了这一做法。

但在本案，NLRB 再次改变了主意。麻风病基金会的非工会雇员要和其上司谈话，因而邀请其同事参加，但遭到上司的拒绝。该雇员宣称，没有同事参与，他就拒绝面谈，并停工一天，结果遭到开除。NLRB 重新解释了第七条，再次把 Weingarten 规则适用于非工会雇员。

麻风病基金会提出了两点反对意见。第一，NLRB 对第七条的解释抵触了 Weingarten 案的判决。法院没有接受这一主张，因为 Weingarten 判决并没有处理非工会雇员的代表问题。根据 1984 年的 Chevron 决定，只要行政机构对法条的解释处于合理范围之内，就应该受到法院的肯定。在本案，NLRB 对第七节的解释显然是可能解释的一种，且其有效性并不因为 NLRB 的立场前后摇摆就受到削弱。第二，即使 NLRB 的解释有效，它不能适用于本案，否则就违反了禁止追溯力的原则。法院接受了这一主张，判决 NLRB 对本案的决定无效。立法行为是否可以具备追溯力，取决于有关立法的性质。如果以前的规则是“合理清楚” (reasonably clear)，那么取而代之的新规则一般只能适用于以后的事件，以“保护那些对以往规则的依赖者的确定期望”；相反，对于现行规则的“新的适用、澄清和附加”，则可以具备追溯力。根据这一区分，法院认为本案中的先前规则无疑是“合理清楚”，也就是 NLRB 将拒绝对非工会雇员适用 Weingarten 规则。因此，基金会不同意雇员同事的参与在当时并不违反任何法律，因而不应承担任何法律责任；有关雇员自作主张拒绝面谈并停工，理应遭到处罚，而基金会没有义务为他们提供任何补偿，否则就构成了“显失公正” (manifest injustice)。

四、“公布性规则”

行政解释的一种方式是通过发布各式文件。如果不构成规则，这些文件无须通过非正式制规程序，而只需要公布于众，因而有时也被称为“公布性规则” (publication rule)。在日常管理过程中，行政机构经常需要为被调控者提供法律解释。因此，公布规则的数量远远超过了联邦行政记录，并很少在诉讼中受到挑战。^[29]

1. 立法规则还是政策说明？

在 1987 年的案例中，^[30] FDA 向玉米种植商建议了一项执法标准。玉米中不可避免地含有有害杂质 aflatoxin，属于食品法所禁止的“掺假” (adulterated) 物质。FDA 的执法标准是，如果玉米中 aflatoxin 的含量低于 20 ppm (亿分之二)，> ^[注释]它将不予起诉。

社区营养学院(CNI)认为这个浓度太高,因而起诉FDA的执法标准太宽。CNI起初试图说服最高法院要求FDA通过制规确定“容许水准”,但遭到拒绝。^[31]但在本案,哥伦比亚特区法院的多数意见判决,FDA的“起诉水准”(action level)本身必须通过制规程序。由于行政机构受到起诉水准的约束,因而这一水准构成了实体立法规则。当然,并不是所有的政策说明或指导性文件都有约束力;只有在行政机构本身给予有关规则以实体效力,法院才会判决行政机构受到约束。斯塔法官(J. Starr)的反对意见认为,决定程序问题的唯一标准是机构的承诺是否在以后对被调控者具有法律约束力。

在1988年的案例中,^[32]国会允许进口天然气,除非进口“不符合公共利益”。1984年以前,进口商具有举证负担证明进口天然气的需要与合理性。但在1984年,经济规制管理局在政策说明中倒置了举证负担:如果进口合同中包含可变动的价格和体积,那么进口将被假定符合公共利益;反对进口的当事人有义务证明进口不符合公共利益。第五巡回区法院驳回了国内天然气生产商的挑战,因为行政机构并没有把这项政策作为具有约束力的先例,而是通过个案决定反对者的论点。尽管当事人可以挑战没有约束力的政策说明,但行政机构没有必要完全忽视政策说明之存在。

一项文件究竟是立法规则还是政策说明,取决于几个因素。在1999年的案例中,^[33]法院考虑机构行为是否“施加了任何权利和义务”,或是否“确实允许行政机构及其决策者行使其裁量权”。这两个因素是相关的,因为如果行政机构没有自由裁量权,那么它将自动拒绝听取对文件的任何挑战,因而文件本身具有创造权利和义务的法律约束力。在同年的另一个案例中,^[34]法院考虑了3个因素:行政机构本身对其行为的认定、行为是否发表在《联邦行政记录》或《联邦行政规章》(Code of Federal Regulations)、行为对私人当事人或有关机构是否具有约束力。在此,最后这项标准最为重要。如果行政文件看上去有约束力或其适用方式表明它有约束力,那么法院就将认为它是实际上具备约束力的立法规则。在本案,EPA辩称指导性文件没有约束力,因为文件所规定的两种风险测试方法具有极大的灵活性,且在实际上也没有把它作为固定不变的规则来适用。然而,法院从文件的文字和适用中都看出,文件规定对当事人和对EPA本身都具有约束力。

在1999年的判例中,^[35]OSHA试图把实施得相当成功的缅因州项目推广到全国。在一项“政策说明”指令中,OSHA宣布在全国范围内确定了12500个最危险的工作场所作

为重点检查的对象。尽管这一计划的实施显然超出 OSHA 本身的能力，但 OSHA 期望“合作服从项目”(Cooperative Compliance Program)能像在缅因州那样使 99%的参与者都选择胡萝卜，而不需要动用大棒。但遭到起诉后，哥伦比亚特区法院判决 OSHA 必须经过制规程序才能实施这一项目。这项指令规定，所有不参加 CCP 项目的工厂都将受到检查，因而其效果并不是宣布机构对未来的临时倾向，而是告知已经作出的决定。事实上，OSHA 自己承认检查计划“没有为基层检查人员保留任何自由裁量选择的空间”。因此，尽管指令并没有直接施加在法律上可以实施的义务，它就和正式规章一样影响雇主的利益，因而它的性质是实体的而非程序的，而它在名义上是否具有法律约束力是无足轻重的。

最后，在 2002 年的判例中，^[36] 《有毒物质控制法》(TSCA)禁止在不是“完全密闭的方式”生产、加工、运输和使用 PCB(polychlorinated biphenyls)，除非 EPA 认定这类活动不会“对健康或环境造成不合理的伤害风险”。EPA 根据这项立法制定了两项规章，以规定 PCB 残留物的清理和 PCB 大块产品的处理，并通过“PCB 风险评估审查的指导性文件”以帮助这些规章的适用。每一项规章都规定，当事人可以向 EPA 提出申请，使用规定以外的方法来检测、清除或处理 PCB 废品。如果这种方法不会“对健康或环境造成不合理的伤害风险”，那么 EPA 就将批准申请。问题是规章并没有告诉申请人如何进行必要的风险评估。指导性文件填补了这一空白。它不仅为风险评估的技术提供了一个概述，而且规定选择规定以外方法的当事人可以选用两种风险评估办法。通用电器公司宣称指导性文件是一项立法规则(legislative rule)，但没有经过通告和评议，因而构成了程序违法。EPA 则辩称文件只是一个“政策说明”(statement of policy)，只需要公布就可以了。哥伦比亚特区法院判决指导性文件确实构成了立法规则，因而必须经过通告与评议步骤。

2. “指导文件”是否构成规则？

1997 年，FDA 发表了一本名为“良善指导实践”(Good Guidance Practice)的文件，规定了机构“对发展、发布并使用指导文件的政策和程序”。^[37] 这代表了美国行政法发展的一个新趋势，因为它偏离了 APA 所规定的传统制规模式。自 1960 年代以来，美国行政法的传统模式遇到挑战，不能够使行政机构有效处理越来越多的社会问题。在制规领域，由此发展了 3 种替代办法：谈判制规、解释性规则以及行政“指导”。这种趋势在近年来是明显的。1970 年代后期和 1990 年代的比较表明，FDA 每年所采纳的规章减少了 50%，但 FDA

对被调控企业所发布的指导性文件的数量却显著上升。就和 1946 年前后一样，这一趋势产生了抗议，因为这些指导性文件都没有经过公共参与程序。

FDA 对“指导文件”的定义包括对所提议的新药品的评价或批准、被调控产品的生产和检验、机构的检查和执行程序以及关于“机构政策或处理问题方法”的文件。这些指导文件对公众或行政机构都没有法律约束力，“而只是解释有关机构认为立法和规章应如何适用到特定被调控活动中”；事实上，FDA 仍然允许讨论“符合有关立法和规章的其它方法”。因此，指导文件是没有法律后果的说明，但对于机构所调控的几乎所有事情却产生举足轻重的实际影响。FDA 排除了针对个人或公司的建议，因而仍然把“指导”设想为规则性质的行为。

FDA 把指导性文件分为两类，其中更重要的第一类规定“立法或规章要求的初步解释、比较重要的政策解释之变更、非常复杂的科学问题或高度争议的问题”。对于这类文件的决定程序是，机构将在联邦行政记录上发表指导文件的草案通告，接受书面评议并可能举行公共会议，审查评议并在此基础上“对指导文件作出适当调整”。这基本上就是行政程序法所要求的制规程序，但唯一的区别是一切都不受法院审查，因为所制定的政策对机构或被调控团体都没有法律约束力，而制定并不是要给当事人任何程序权利。但 FDA 似乎认为两者并没有太大区别，因为在这个受到严密调控的行业里，行政机构、被调控团体和消费者等公共利益团体都处于一种长期关系，而这种关系所隐含的“法律效力”要比在法院实施意义上的“法律效力”重要得多。

总的来说，法院在审查行政行为合法性的过程中必须适当权衡法治的需要和行政变通的需要及其给当事人带来的后果。法院耶鲁大学的行政法教授马绍指出：^[38]

如果受其影响的私人当事人可以合理相信拒绝服从将带来不利后果，例如申请遭到拒绝，那么一项文件在实际适用之前就将具有实际约束力。如果文件带有命令性的文字或表明它将被正常适用的措辞，那就强烈体现了约束的意图。在某些情况下，如果文件的语言使得当事人可信赖它作为形成其行为的规范或保障，那么它也可以在实际上是具有约束力的。……如果文件表达了实体法律或政策（不包括解释）之变更，而行政机构试图使之具有约束力或以具有约束力的方式适用之，那么行政机构不得依靠立法对政策说明的豁免，而必

须遵守行政程序法的立法制规程序。

上述讨论表明，虽然司法审查是在行政程序之后，行政程序适当与否仍然是司法审查的重要组成部分，且两者具有密切联系。根据伊莱教授的多元主义司法理论，司法审查的主要目的是保证所有的利益团体都能参与政治或行政过程。^[39]就此而论，行政行为的合法性要求行政政策的制订能够有效地调整不同的社会利益，并在发展实体规范的过程中考虑所有相关利益。由此推出一系列行政法原则，尤其是行政决策在程序上的透明度，包括行政规范的及时公布、程序公开、说明理由、行政决定在事实与法律上的逻辑关联。^[40]自由主义法学不承认秘密与强制性的国家权力行为，而如果没有最起码的通告、参与权及理由说明，那么行政过程必然就成了一种“暗箱操作”，行政法治也就岌岌可危了。

【注释】

- [1] SEC v. Chenery (Chenery II), 332 U.S. 194.
- [2] 参见 Martin Shapiro, APA: Past, Present, Future, 72 Virginia Law Review 447 (1986).
- [3] Antonin Scalia, Vermont Yankee: The APA, the D.C. Circuit, and the Supreme Court, 1978 Supreme Court Review 345.
- [4] Alan Morrison, The Administrative Procedure Act, 72 Virginia Law Review 253 (1986).
- [5] Sugar Cane Growers Cooperative of Florida v. Ann M. Veneman, 289 F.3d 89 (D.C. Cir., 2002).
- [6] Peter L. Strauss, Todd Rakoff, Roy A. Schotland, and Cynthia R. Farina, Gellhorn and Byse's Administrative Law: Cases and Comments (9th Ed.), Westbury, NY: Foundation Press (1995), pp. 305-308.
- [7] United States v. Florida East Coast Railway Co., 410 U.S. 224 (1973).
- [8] Londoner v. Denver, 210 U.S. 373 (1908); Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization of Colorado, 239 U.S. 441 (1915).
- [9] Appalachian Power Co. v. EPA, 208 F.3d 1015 (D.C. Cir. 2000).
- [10] Paralyzed Veterans of America v. D.C. Arena, L.P., 117 F.3d 579.
- [11] American Mining Congress v. Mine Safety & Health Admin., 995 F.2d 1106 (D.C. Cir. 1993).
- [12] Shalala v. Guernsey Memorial Hospital, 514 U.S. 87.
- [13] Alaska Professional Hunters Assn v. FAA, 177 F.3d 1030 (D.C. Cir.).
- [14] Chief Probation Officers of California v. Shalala, 118 F.3d 1327 (9th Cir.).
- [15] Hootor v. Department of Agriculture (82 F.3d 165, 7th Cir.).
- [16] Air Transport Association of America, Inc. v. Federal Aviation Administration, 291 F.3d 49 (D.C. Cir. 2002).
- [17] Bell Aerospace Co. v. National Labor Relations Board, 475 F.2d 485 (2nd Cir. 1973).
- [18] Bell Aerospace Co. v. National Labor Relations Board, 416 U.S. 267 (1974).
- [19] Mark H. Grunewald, The NLRB's First Rulemaking: An Exercise in Pragmatism, 41 Duke

Law Journal 271 (1991), pp. 281-292.

[20] American Hosp. Assn v. NLRB, 499 U.S. 606 (1991).

[21] Verizon Telephone Co. v. FCC, 269 F.3d 1098 (D.C. Cir.).

[22] William V. Luneburg, Retroactivity and Administrative Rulemaking, 1991 Duke Law Journal 106.

[23] Bowen v. Georgetown University Hospital, 488 U.S. 204 (1988).

[24] Landgraf v. USI Film Products, 114 S.Ct. 1483.

[25] Clark-Cowlitz Joint Operating Agency v. FERC, 826 F.2d 1074 (D.C. Cir. en banc 1987).

[26] 引用Retail, Wholesale & Department Store Union v. NLRB, 466 F.2d 380 (D.C. Cir. 1972).

[27] Epilepsy Foundation of Northeast Ohio v. NLRB, 268 F.3d 1095 (D.C. Cir., 2001).

[28] NLRB v. J. Weingarten, Inc., 420 U.S. 251.

[29] Peter L. Strauss, Publication Rules in the Rulemaking Spectrum: Assuring Proper Respect for an Essential Element, 53 Administrative Law Review 803 (2001).

[30] Community Nutrition Institute v. Young, 818 F.2d 943 (D.C. Cir.).

[31] Young v. CNI, 476 U.S. 974 (1986).

[32] Panhandle Producers & Royalty Owners Assn v. Economic Regulatory Admin., 847 F.2d 1168 (5th Cir.).

[33] Chamber of Commerce v. Department of Labor, 174 F.3d 206 (D.C. Cir.).

[34] MolyCorp, Inc. v. EPA, 197 F.3d 543 (D.C. Cir.).

[35] Chamber of Commerce v. Department of Labor, 174 F.3d 206 (D.C. Cir.).

[36] General Electric Co. v. EPA, 290 F.3d 377 (D.C. Cir. 2002).

[37] Todd D. Rakoff, The Choice Between Formal and Informal Modes of Administrative Regulation, 52 Administrative Law Review 159 (2000), pp. 160-169.

[38] Robert A. Anthony, Interpretive Rules, Policy Statements, Guidances, Manuals, and the Like - Should Federal Agencies Use Them to Bind the Public? 41 Duke Law Journal 1311 (1992), pp. 1328-29, 1355.

[39] John H. Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge: Harvard University Press (1980), pp. 73-104.

[40] Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, and Peter M. Shane, Administrative Law: The American Public Law System, Cases and Materials (4th Ed.), St. Paul, MN: West (1998), pp. 39-41.

【出处】

《浙江学刊》2006年第6期

【写作年份】2006

【学科类别】行政法->行政管理法

论行政中立——从美国行政法看行政公正的制度保障

评

张千帆

【摘要】

本文主要探讨美国行政法对行政公正的制度保障的经验与启示。以《联邦行政程序法》为基础，美国

为行政公正规定了一系列制度保障，其中突出的包括行政裁决和制规过程的中立原则、职能分离、禁止单方接触以及限制政治影响。在本质上，这些制度保障的目的都可归结为实现行政过程的中立性，以不偏不倚的方式贯彻落实立法精神。

【关键词】行政公正、中立原则、职能分离、单方接触

【点击次数】1257

【阅读次数】1257

一、引言

近年来，司法公正已成为中国法学界乃至整个社会普遍接受的理念。法治国家的经验表明，要从制度上保障司法公正，法官和法院必须具备高度独立性。另一方面，行政过程的公正虽然也被认为是值得追求的目标，但还没有引起充分重视。长期以来，行政机关作为政府的下级部门，一直被认为是传达上级政治意志的喉舌，行政权力在行使过程中时常受到政治压力、上级命令、人情关系、个人感情或直接的利益交易等法外(extra-legal)因素之影响，从而不可避免地损害行政公正。尤其是我们对行政公正的制度保障的必要性没有足够认识，因而在制度建设方面和法治国家相比存在着很大差距。由于行政部门不仅负责贯彻执行立法者的意志，而且也在有限程度上参与制定立法政策，行政和政治之间存在着千丝万缕的联系，因而行政部门不可能像司法部门那样完全独立。然而，这并不意味着行政和政治就混为一谈。事实上，在法治国家，行政和司法的主要使命都是实施（而非决定）宪法与法律的价值选择，因而都必须遵循基本公正和中立原则。为了保证行政不受政治及其它法外因素的任意干扰，西方法治国家精心设计制度保障，通过保证行政中立来有效实现行政公正。

本文主要探讨美国行政法对行政公正的制度保障的经验与启示。和联邦宪法不同，美国的行政法制度并非一蹴而就，而是随着历史发展逐渐形成的。在 20 世纪以前，美国在很长时间内实行政治分赃制(patronage system)：当选的行政首脑根据竞选过程中的贡献大小分配政府职位，因而随着首脑的更替，行政部门可以说是“一朝天子一朝臣”，行政和政治缺乏严格区分。可想而知，体制上的缺陷必然造成美国行政的普遍腐败和低效率。为了整治行政腐败、提高行政效率，19 世纪末期的进步党运动(Progressive Movement)从根本上改革了政治分赃制，大大局限了这种职位分配制度的适用范围，同时通过《公务员法》建立了现代文官制度，明确了政治和行政的法律界限。^[1] 不论政局如何变化，支撑现代社会的庞大行政组织保持稳定；只要议会立法这个“天”不变，行政运行的“道”亦不变。政治利益的分配和整合在很大程度上被限于立法阶段，行政不再简单是政治的附庸，行政的功能是

确保代议制民主政治所产生价值选择及其法律表现获得不偏不倚的准确执行。由此产生了盛行于新政(New Deal)之前的“传送带”模式,也就是说行政的基本功能是将法律所体现的多数人意志成为社会现实。^[2] 尽管“传送带”理论在现代社会被发现经常“失灵”,现代行政法基本上没有改变进步党运动所达成的原则性共识。

建立在 1946 年的《联邦行政程序法》基础上,美国为行政公正规定了一系列制度保障,其中突出的包括行政裁决和制规过程的中立原则、职能分离、禁止单方接触以及限制政治影响。在本质上,这些制度保障的目的都可归结为实现行政过程的中立性,以不偏不倚的方式贯彻落实立法精神。以下,本文分别论述这些法律制度在作出具体和抽象行政行为过程中的运用。

二、行政官员的中立性

行政过程的公正(administrative justice,简称“行政公正”)是宪法正当程序的基本要求,也是行政法的一项基本原则。在汉语中,“公”是代表社会的公共利益;在英语中,“公正”在此主要是指依法办事,仅限于考虑法律所要求考虑的因素,而不考虑和法律不相关的因素。但如果法律的基本目标就是实现公共利益,那么英语中的“公正”和汉语中的意思是完全一致的。汉语中“公”的反面是“私”,英语与此类似,尽管这里的“偏袒”(partiality)并不一定指的是狭义的“自私”。^[3] 行政公正原则要求决策者在普遍政策与具体案件的决定过程中保持中立,不带有偏私或成见;否则,决策者就很有可能不能作出公正的决定,因而应要求取消其参与决定的资格。^[4] 因此,尽管“公正”这个词在英文中语义宽泛,它在行政法中的意义主要就是指严格依法行政,不偏不倚、保持中立(impartiality)。^[5] 行政过程的中立性要求行政官员在决策过程中不带有任何偏袒或“偏向”(bias)。在具体适用上,中立性原则对于具体和抽象两大类行政行为是有所不同的。在美国,具体行政行为对应于“裁决”(adjudication),抽象行政行为则对应于“制规”(rule-making)。且对于每一类行为,又有正式(formal)和非正式(informal)程序之分。^[6] 一般来说,大多数裁决行为适用正式程序,绝大多数制规行为则适用非正式程序。这是为什么和制规过程相比,中立性原则通常在裁决过程中显得更为严格。

(一) 行政裁决过程的中立性

在个案裁决过程中，行政官员事实上行使着司法职能，因而必须严格恪守行政中立。根据中立性原则的基本要求，行政官员在作出决定时对问题不得形成“偏袒”（partiality）。在这个意义上，行政官员就和法官类似，必须在适用法律时只考虑法律的相关因素，拒绝考虑和法律不相关的因素。所谓“偏袒”或“偏向”，就是指官员在行政过程中考虑了任何不相关因素。后者可以包括官员对决定结果的个人利害关系及其和当事人的关系等因素，考虑这些因素就使公共决定带上了官员的私人特征，也就构成了我们通常所说的“腐败”——不论是行政的还是司法的。尤其在个案裁决过程中，行政官员必须像一个中立的法官那样判定案件的事实。

1. 先入为主

行政公正原则要求行政决定必须如实基于经由正当程序所发现的事实之上。如果有证据表明官员在听证之前就已作出决定，那就显然没有满足这项要求。这时，就和法官在庭审之前就已经决定案件的是非一样，^[7] 听证完全成了一个“摆设”，而没有实质性的听证，当事人双方就不能通过面质证人等方式来挖掘事实真相，行政官员的事实认定就只能是主观臆测或夹杂个人偏私。在 1964 年的一个案例中，^[8] 联邦贸易委员会起诉被告公司强迫零售商购买 Goodrich 牌子的车胎。在听证期间，贸易委员会主席狄克逊（Dixon）曾发表讲话，清楚表明他在听证结束前已对事实产生成见，并已决定被告与汽车轮胎公司的合同违法。一旦被发现存在先入为主的成见，这样的官员就没有资格再代表机构作出决定，因为已有证据表明他的决定不可能是公正与中立的。

当然，在司法实践中，出于对行政官员的（有限）信任和尊重，也出于对限制自身权力的职业意识，法院一般假定行政机构是客观中立的。尽管如此，这种假定并不是绝对正确，而是可以受到事实证据之反驳。在 1948 年的案例中，^[9] 联邦贸易委员会向国会报告水泥工业的多重基准（basing point）系统，并认为现有系统导致了固定价格。由于贸易委员会在裁决记录（record）之外进行了事实调查，法院判决其决定构成了对基本问题的成见。在本案，事前进行的单方调查必然导致官员在听证过程中封闭思维，从而造成先入为主的偏袒。如果偏向确实发生，那么有关审判者必须事先回避，否则有可能导致整个决定程序受到撤消。在 1989 年的一个案例中，^[10] 证券交易委员会的一委员在讲话中体现了违法偏向，但在程序结束之前回避。联邦第八巡回区法院撤消了整个程序，因为无法判断参与在多大程度上

影响了委员会的决定。法院指出：“审判委员会中一个人的偏袒——实际的或表面的——将玷污整个过程，并侵犯正当程序”；“尤其对于像本案的小委员会，一个人的偏袒可能对决策过程具有深远影响。”^[11]另一方面，界定什么构成先入为主往往是微妙的。在实践中，行政官员不可能带着一个空白的头脑来决定行政问题；行政问题的决定必然要求官员对有关领域具备高度的专业知识，并对立法的政策与精神具有深刻理解。正如联邦上诉法院在 1982 年的案例中指出：“对法律或事实问题的熟悉本身并不显示裁判者具有先入为主的偏袒。”

^[12] 由于立法政策经常因含义不够具体而给灵活理解带来了充分余地，对于政策的理解本身可能带有“党派性”（partisanship）。事实上，这种意识形态成分即使对于法官也不能完全避免。在 1943 年的案例中，^[13] 联邦上诉法院指出：“假如对‘偏向’或‘偏袒’之禁止被定义为要求法官的思维中完全没有任何先入之见（prejudice），那么以前没有任何人曾获得过公正审判，且以后也不会有人获得公正审判。”何况和一般被认为严格独立的司法不同，行政和政治有着千丝万缕的联系，并和司法相比更被认为是实现政治目标的工具。

^[14] 不少最重要的行政官员正是因为其政治观点而获得任命——当然在不同程度上，联邦最高法院的大法官也是如此，以便总统履行选民的授权。如果所涉及到的普遍的“立法事实”而非个案裁决中的具体事实，有时还有必要接受行政官员对事实理解的偏向。最高法院在 1941 年的一个案例中指出：“被国会赋予司法职能的内阁官员，并未被假设为比法官更优柔寡断的动物。在处理具体案例中，两者都可具有其内在哲学。”^[15] 因此，行政决策者可以公开对政策问题采取立场，而不会因此而被认为具有使之失去决策资格的“偏袒”。

^[16]

在 1941 年的“摩根第四案”中，^[17] 农业部长致信《纽约时报》，强烈抨击法官对该案先前的决定。最高法院判决，官员强烈地认同并表达某种观点，并不表明他不适合履行特定义务。相反，法院一般假定行政体制可保证决策过程正常进行。在 1962 年的案例中，

^[18] 民航管理局被要求调查飞行事故并发表对外公开的报告。民航管理局认定这是驾驶员的错误所致，然后进一步决定是否吊销其营业执照。被告公司认为管理局先前已经接触了有关事实，因而形成了成见。但联邦第一巡回区法院判决，虽然管理局先前接触过事实并进行公开披露，但宪法本身并不禁止该机构再次参与听证。

在 1967 年的案例中，^[19] 联邦贸易委员会对天然气生产商的收费标准作出决定。根据《天然气法》第 5 条，有关机构只有在发现收费“不公正、不合理、或^[构成]不正当歧

视或偏袒”之后才能采取行动。在举行听证以前，贸易委员会委员布莱克（Black）发表讲话，反驳了生产商认为贸易委员会调控了其本职能——竞争事务——无关的收费决定之论点，并阐述了他对“公正”与“合理”收费的认识。被告辩称该委员的讲话表明他已产生了偏袒，但联邦第十巡回区法院判决这只是表明他事先决定了普遍的法律解释问题。讲话可能表明委员会成员采纳了某种政治或经济立场，但他并不因此而失去参与决定的资格。在 1968 年的“灰姑娘第一案”，^[20] 联邦贸易委员会在开始裁决的同时举行新闻发布会，宣布它“有理由相信”被告违法。联邦地区法院判决贸易委员会的这一行为表明了先入为主的成见，而这是准司法程序所不能允许的。然而，联邦上诉法院明确推翻了这一决定，并指出贸易委员会有义务告知任何它所知道的不公正或欺骗商业行为。在本案，委员会只是在裁决之前提醒当事人，是符合公共利益的。在 1970 年的“灰姑娘第二案”，^[21] 狄克逊的讲话似乎表明他认为本案所涉嫌的行为违法。他通过举例来说明他的观点，但并没有提及任何当事人。法院判决，联邦贸易委员有能力和义务告知公众有问题的商业竞争行为，但也同时批评了个别委员的处理方法。“尽管这两种行为——委员会的新闻发布会和委员对先入为主决定的公开表述——在表面相似，但在实质上显然不是同一个数量等级的问题。”^[2]

^[2]

2. 利益与感情因素

上文是从决策者的外在行为来讨论行政过程的公正，这里我们从决策者和案件的关系来讨论决定资格问题。这类问题一般仅涉及到个案裁决。正当程序的基本要求是“无人能做自己案件的法官”。但如果案件的结果和审判官自己的利益发生关系——可以是直接与可见的金钱利益，也可以是诸如人情这类间接与不可见的利益，那么在一定意义上，审判官就做了自己的法官。根据理性选择理论，我们期望审判官这时会根据自己的利益而不是法律来判案；换言之，如果让这样的人判案，就很可能产生法律所不容许的“偏向”。作为一项基本权利，当事人有权获得“没有偏向的审判官”（unbiased tribunal）的决定。因此，正当程序要求剥夺具有偏向的审判官的审判资格。

但如上所述，法院在审判过程中又必须对行政官员赋予充分的信任。根据一般规则，法官假定行政官员的诚实与正直，不轻易怀疑官员的职业道德，也不要求绝对的没有偏向。在 1994 年的一个案例中，^[23] 联邦第九巡回区法院指出，原告必须证明审判官“具有实际

偏向的不可接受的可能性”，才能剥夺后者的资格；仅仅假想潜在的偏向是不够的。法院通常要求证明官员个人对决定结果有利害关系。如果没有直接证据，法院必须假定行政官员的公正。在 1982 年的一个案例中，^[24] 审查医疗保险的主审官曾受雇于一家保险公司。对方宣称他可能会偏向保险公司，但由于没有直接证据，最高法院并不认为能从主审官的雇佣经历中发现隐含偏向。在 1991 年的一个案例中，^[25] 联邦第六巡回区上诉法院指出：“任何针对决策者所宣称的偏向都必须从记录中显而易见，而不能基于猜测或推断。”

一旦案件和审判者自己的利益发生纠葛，如果能证明审判者对决定结果确实存在利益纠葛，那么他将被假定不能公正审判，即使没有证据能证明他在实际上会不带有偏向。在 1995 年的一个案例中，^[26] 联邦第九巡回区指出：“裁判者对诉讼结果的金钱或个人利益可能产生侵犯正当程序的偏向之外表，即使没有证明任何实际偏向”；另一方面，“假想的猜测或得失是不够的。”

另一类可能导致偏向的因素是审判官的感情因素。这类情况多半发生在审判官被作为激烈批评与攻击对象的案件中。法院判例一般要求，只有证明个人攻击超过了一般的敌对态度或在先前诉讼中表达敌对立场，从而产生了“不可接受的偏向风险”，有关行政官员才失去了中立性。官员在行政过程中的正常职务行为——例如积极参与听证或对证据的价值或当事人诉讼的是非进行评论，并不能被认为是构成偏向的证据。在 1990 年的案例中，^[27] 联邦第一巡回区法院认为“听证官对律师令人恼火的态度作出反应不仅有理，而且完全适当。”如果审判官对当事人作出了不利决定，而在其它案例中曾作出不同判决，也未必能说明审判官已经形成在事实上违法的成见。然而，正当程序禁止官员带着“惩罚性心理”作出决定，例如拖延许可证、阻碍就业或区别对待。在 1986 年的案例中，^[28] 职业审判官在一起行政纠纷中判决私人胜诉，后来便被直接参与起诉的官员所取代。联邦第六巡回区法院判决这种做法违反了正当程序：“当提名审判官的人选在过程结束前因作出使提名者不高兴的决定而被撤换，公正就无从保证。”^[29]

一般地，审判官和当事人的政见不合并不足以证明审判偏向。在 1992 年的一个案例中，^[30] 众议院委员会的分委会主席致信农业部长，对有关新实施的农业政策受到滥用的新闻报导表示关注，其中包括被告的某些指责，并要求农业部长仔细审查这件事情。被告认为由农业部长来决定涉及到自己的争议违反了正当程序原则。但联邦第五巡回区法院认为，要

取消官员的资格，当事人一般需要证明官员具有实际偏向，即个案裁决是否包括客观因素以表明官员确实具有偏向。潜在的政治动机或决策者的政治倾向并不足以证明违法影响或个人偏向，哪怕决策者是争议当事人的政敌。

有人曾认为，既然绝大多数委员会集调查、听证与复议于一身，行政裁决一般会偏向原告。以联邦贸委会为例，如果机构判决被告胜诉，可能会使人怀疑当初起诉本身是不是合理判断，并打击负责起诉的工作人员的积极性。^[31]但波斯纳法官对全国劳动关系委员会（NLRB）的研究却表明，这似乎并不是事实。^[32]在 1942 年以前，劳动关系委员会的所有起诉都要求委员会的批准，而在 1942-1947 年间，起诉主要由委员会的地方负责人签发。1947 年以后，总统任命委员会的首席律师独立决定起诉。假定联邦法院是中立的，如果委员会对自己发起的起诉可能有偏向，那么这将导致错误判决的增加，并将被联邦法院撤消。但在这 3 个阶段的撤消率却并没有反映出在统计上显著 (statistically significant) 的区别，因而并不能得出行政机构的起诉行为本身将导致决定的偏向。

（二）制规过程中的行政中立

对于制规过程，偏向与偏袒问题同样存在，但它们的威胁和危害不如在裁决过程中那么严重。^[33]这里的关键问题是，行政机构不应在信息收集过程之前结束决定。在 1987 年的一个案例中，^[34]联邦上诉法院指出：“只有在决策者的行为导致了他已经事先决定案件的结论时，才要求回避。”但和裁决所要求的“没有利害关系的观察者”不同，^[35]制规的主要标准是决策者在制规之前没有“不可改变的封闭思维”。

在 1980 年的“儿童广告案”，^[36]联邦贸委会主席（Mike Pertschuk）向其它机构的负责人发送备忘录，扬言要向那些针对儿童的电视广告发动“根本攻击”。他在向食品与药品管理局“信息共享”的信件中指出：“从对儿童做广告的不公中产生的罪恶之一，就是导致儿童对营养价值的感性认识以及观念的扭曲……对儿童做广告必然是不公正的。”联邦上诉法院的谈姆法官（J. Tamm）指出，由于立法事实比个案中的具体事实更难准确估量，决策者需要参与争论，从而表现出一定的偏向。但这是政策形成的必然过程。听证主持人可以在考虑当事人的阐述后，形成或改变自己的主见，而这些都不构成违法偏向。“只有当清楚并有说服力地证明行政机构的成员对诉讼所处理的关键事务形成了不可改变的封闭思

维”，^[37] 才能判决行政官员违反了公正原则。

和裁决相比，挑战制规过程更为困难。首先，取消资格的要求必须及时向有关机构提出；如果行政机构拒绝取消有关官员的决定资格，挑战者可以进一步要求司法审查。《联邦行政程序法》第 556（b）条规定，挑战者必须提供“及时与充分”的书面证据，除非在规章实施之前不可能知道有关事实。如果未能及时提出证据，有可能会排除对制规进行司法审查的可能性。在司法审查过程中，法院一般采取“审查滥用权力的极为尊重之标准”。即使发现行政官员具有偏向而应取消资格，他的部分参与并不导致行政决定的撤消，因为法院还需要决定程序错误是否对当事人导致了实质性损害。^[38]

（三）各州形成过程的中立性

和联邦相比，有些州对制规的要求更为严格。可见的利害关系——即使是间接的——也可能足以取消官员参与制规的资格。这在职业调控领域中尤其显著，因为这个领域，负责调控相当多行业的行政职务是由职业人士——如律师和医生——来兼任的。在 1995 年的一个案例中，^[39] 新罕布什尔州的委员会成员中有人是为公司服务的律师，而且是当事方律师。法院认为该委员对于委员会的决定结果具有利害关系，因而必须回避。在 1996 年的一个案例中，^[40] 俄克勒荷马州调查牙医的行政委员会同时在同一地区做牙医。州法院判决该委员对委员会的决定结果具有直接的金钱利益，因而取消了其决定资格。

对行政审判官的感情因素，各州处理方法不一。在伊利诺衣州，审查者和当事人的律师之间的公开敌意被认为构成了充分风险以导致判决偏向。在科罗拉多州，审判官称当事人律师为“讨厌”和“滑头”的“小人”，却并未导致其失去审判资格。^[41]

三、行政过程中的职能分离原则

行政中立的一个重要制度保障是行政组织内部的职能分离。^[42] 众所周知，三权分立是指具有宪法地位的 3 种不同性质的最高权力部门——立法、执法与司法——必须分离的原则。行政机构不是具备宪法地位的最高权力部门，因而一般并不适用三权分立原则。然而，现代行政机构却同时集中了立法、执法与司法 3 种职能。这是各发达国的共同趋势，也现代社会与市场经济的共同要求，但严格来说，这显然违反了三权分立精神。对此，美国的补救

方式是允许整个机构集中权力，但要求机构的职能分配服从和分权类似的分离原则。因此，三权分立原则虽然不直接适用，其精神却是一样的。根据孟德斯鸠的经典逻辑，如果 3 种权力发生了重合——即由同样的官员行使两种以上的权力，那就给行政官员滥用权力创造了机会，公民的权利与自由就得不到可靠保障。因此，行政机构必须实行职能分离，尤其是制订规章的官员不应该直接负责规章的适用与最终解释，负责起诉违法行为的官员则不应被允许审理起诉，否则就显然违反了“无人能做自己案件的法官”这项法治基本原则。因此，为了保证行政效率和灵活性，尽管机构整体无须遵从严格的权力分离，但机构官员不得具有双重或多重身份。

1. 裁决程序

为了体现职能分离原则，《联邦行政程序法》第 554（d）条针对个案裁决明确规定，行政机构不得将调查或起诉与决策职能集中于同一个人之手。因此，如果机构领导已经在争议中做了专家证人，那么他就没有资格再审查听证事实。^[43] 在 1980 年的案例中，^[44] 主持听证的行政法官（ALJ）是联邦贸易委员会一委员。他的顾问律师参与了案件的调查与起诉，因而可能使决策者掌握听证以外的信息。这被判决违反了《联邦行政程序法》的职能分离原则。在先前提到的 1986 年的案例中，^[45] 地区检察院负责司法的裁判官按照法院指示判决被告公司胜诉，结果遭到撤换，被部长助理的代理和法律顾问办公室的律师所替代。联邦第六巡回区法院判决，机构随意操纵准司法职能的做法违反了正当程序，但撤换本身并不违反职能分离。一般认为，行政法官的职能分离和中立性标准低于正式的法官。

最高法院的案例法表明，职能分离是一项相当灵活的原则。在 1975 年的案例中，^[46] 威斯康星州的医药检查委员会调查药品违法行为，并在对争议举行听证以后吊销了有关人员的营业执照。在联邦地区法院，由 3 位法官组成的合议庭判决起诉和审理合一的程序违宪，但这一决定被最高法院撤消。最高法院否定了严格的执法—司法结构分离的方法，而是要求当事人证明委员会具备实际偏向的风险之存在。在 1990 年的案例中，^[47] 华盛顿州的监狱管理当局对有精神病的犯人进行强制治疗，并授权医药委员会对强制治疗决定的挑战举行听证。州的最高法院认为联邦宪法的正当程序条款要求运用全套准诉讼听证程序，其中要求审判官必须几乎像法官那样严格中立。但联邦最高法院撤消州法院的决定，判决只要作出强制治疗决定的官员和对决定进行听证的官员由不同人员组成，就已经在正当程序的意义上充

分保障了听证委员会的独立性。联邦法院的反对意见则认为，人员的分离并不能保证真正的独立性。在精神病治疗这个领域里，监狱的官员或医生都是同事关系，平时有众多的日常接触。何况在听证过程中，专家组不仅考虑犯人利益，还要考虑医院控制病人的方便。因此，在听证过程中，精神病犯人所面对的并不只是对他进行强制治疗的官员，而是整个监狱系统。现在让强制治疗决定者的同事来审查决定，等于让监狱决定的倡议者来做审判官，因而构成了存在偏袒的内在嫌疑。

在移民事务中，职能分离要求似乎比一般事务更低。1951 年的法律明确把驱逐决定排除于行政程序法的要求之外，但这项规定在次年被取消。根据后来的《移民与归化法》，^[48] 特别调查官可以同时兼任起诉与听证，但不能由同一个人负责这两项事务，且调查官的决定受制于司法部长和移民局地方分部负责人的审查。

2. 制规程序

和裁决相比，制规的职能分离原则更为宽松。无论对于正式还是非正式制规过程，《联邦行政程序法》都没有明文禁止职能的合并。在 1981 年的一个案例中，^[49] 职业安全与健康管理局（OSHA）通过非正式制规程序，规定了空气中的铅含量标准，并遭到了铅工业协会的反对。OSHA 雇佣了“标准律师”负责一系列事务，包括组织听证、保证制规记录包含适当信息、对证人解释关键问题、对外解释机构的法律立场并参与决策。在制规过程中，该律师还建议部长助理对铅含量采取严格标准。另外，OSHA 还在机构外咨询有关人员，帮助分析在听证中获得的证据，但顾问本人也曾作为证人参加了听证会，并提倡采取严格标准。在其职能分离问题上受到挑战之后，联邦上诉法院的怀特法官（J. Wright）指出：“制规基本上是一个机构而非个人过程”；^[50] 既然它并不决定任何特定当事人的具体权利，因而制规过程似乎无所谓“偏向”问题。在制规过程中，机构内部不同工作人员必然具有广泛的交流，例如某一种观点的倡议者会比外人有更多的机会向决策者提出建议，从而构成一种单方（ex parte）接触。但这不违反行政程序法的任何规定，因为行政程序法的职能分离要求并不适用非正式制规程序；至于机构所雇佣的律师是否能够参与听证与决策，应该由国会立法或行政规章来决定。和雇员类似，顾问也可以在私下里建议机构应采取的政策，且这类建议无需登记在案。在反对意见中，麦金农（J. McKinnon）法官指出，机构委托评估证据的顾问也必须符合“公正无偏”的要求：“公正与正当程序是行政法的基本要求”；“就

和实际决策者应该没有偏私一样，被委托行使义务的人也必须如此。”在本案，在听证阶段的证人不应被雇为机构的工作人员，来事后评估自己证词的可信度。

戴维斯教授曾批评《联邦行政程序法》的职能分离规定有时太广泛，有时又太狭隘。

^[51] 例如程序法排除了所有制规程序的职能分离要求，但有关机构的领导有时应被禁止在私下里咨询倡议某种观点的律师。^[52]

3. 各州行政的职能分离

和联邦相比，各州对执法（主要是调查与起诉）和司法职能合并的限制同样宽松，但基本的要求是听证审判官必须相对独立。在 1992 年的一个案例中，^[53] 纽约州的起诉官成为审查同一案件的行政法官。州法院认为，起诉与审判职能的合并产生了偏袒的“高度可能性”。在 1996 年的案例中，^[54] 俄克勒荷马州起诉驯马师的官员同时参与纪律听证。这也被判决违反了职能分离原则。

四、禁止单方接触

要保证行政过程的公正，不仅需要保证行政官员对决定结果没有个人利害关系，没有先入为主的偏见，且作出决定和审查决定的官员必须具有适当的职能分离，而且还必须保证行政官员的决定完全建立在按照法定程序所发掘的可靠事实基础上。对于正式裁决程序，这要求决定的事实依据完全来自争议各方都在场的听证，而禁止行政官员接受在听证之外的其他当事人不在场的“单方接触”（ex parte contacts）。如果对立方不在场，如果没有听证程序中的当面质证程序，就无从核实当事人对官员所提供事实的准确度，行政决定的事实依据就很可能受到“一面之词”的不正当影响。

（一）裁决过程

《联邦行政程序法》明确禁止在正式裁决中的单方接触。一开始，这项规定比较宽松，仅要求行政机构内部职能分离，负责裁决的官员不参与调查与起诉；否则，审判官不仅在听取一面之词，而是完全代表了政府这一面，从而产生显然的偏向。1976 年，国会修正第 557（d）条和第 551（14）条的定义，增加了禁止外部接触的要求。现在，“被要求根据公共记录作出的行政决定，不得受到来自对结果有利害关系的个人且在记录之外的（off-the-r

ecord) 私人交流之影响。”

因此,如果行政机构和某一方进行单方讨论,从而剥夺了其他当事人的听证机会,显然就违反了正当程序。如果在听证期间不适当地剥夺了当事人保护其利益的机会,同样也是不允许的。在 1996 年的一个案例中,^[55] 行政机构的起诉官在和审判官的闲谈中转移了话题,开始讨论所审案件的判决,并在被告律师不知情的情况下交给审判官一盘有关证据的磁带。联邦第三巡回区法院判决,这种做法显然违反了禁止单方接触的原则。

然而,行政机构和某利益当事方具有一般接触,并不一定影响机构公正决定的能力。只有利益受到影响的当事人能证明,没有利害关系的中立观察者将推断这类接触将影响机构的决定,法院才会质疑行政决定的合法性。如果是行政法官为了达成调解而和当事人正式接触,则并不违反这项原则,且和机构非诉讼人员的内部交流一般也并不违法。另外,即使发生了单方接触与交流,法律救济通常也不是取消资格,否则当事人就可能通过主动接触审判官并导致其取消资格,来回避不利裁决。因此,一般的救济是要求把交流内容见诸公共记录,使得其他当事人知道并具有反驳的机会,但这并不包含对决定无关紧要的信息。^[56] 当然,如果纠正措施到来太晚,以至单方接触已不可避免地影响了行政决定,那么行政决定必须被取消。

在 1986 年的一个案例中,^[57] 联邦第九巡回区法院指出:在确定单方接触是否要求取消审判官资格并撤消其决定的过程中,法院需要考虑几个因素,包括单方交流对于决定的分量、当事人是否通过单方交流而得益、对方知道后是否有机会反驳以及撤消并重审是否会带来实际收益。“法院主要考虑的是过程的完整与结果公正,而非遵循机械的规则。”

^[58]

(二) 制规过程

制规是一个对所有人公开的过程,因而对禁止单方接触的要求比较宽松。且通常只需要披露单方交流的内容,并把它加入公共记录,就被认为充分纠正了任何不良后果。另外,《联邦行政程序法》对单方交流的限制仅适用于正式的制规程序,而并不适用于简易的通告与评议制规程序。在 1977 年的案例中,^[59] 联邦通讯委员会制订规章,对有线电视以及订购的电视项目限制收费,规定了节目类型,并禁止商业广告。这些限制适用于 90% 的电影与体

育节目。原告起诉委员会在制规过程中曾和电影与体育业的贸易代表进行单方接触，并受到不正当影响。联邦上诉法院的怀特法官（J. Wright）指出，在制规被正式公布以前，一般并不要求披露所接受的单方信息，但“如果这类交流所包含的信息形成机构行为的依据，那么根据确立的原则，信息必须以某种方式向公众披露。”^[60] 在正式公告以后，任何参与决策的官员都应拒绝进行单方接触，“但如果单方接触仍然发生，我们认为任何书面文件或任何口头交流的总结都应在接受交流后立即放入每项制规档案所建立的文件。”在本案，单方接触既已发生，行政机构需要举行专门听证来决定所有披露的性质和来源，并最后对交流内容整理出一个长达 60 页的目录。

在同年审理的另一个案例中，^[61] 联邦通讯委员会的规章限制在儿童节目中播放商业广告，并为特定年龄的儿童提供一定限度的节目。在广播业表示要实行“自我限制”之后，委员会中止了制规程序“以观后效”。代表儿童利益的原告挑战委员会曾和商业界发生单方接触。联邦上诉法院指出，原告可以对制规提出要求，但行政机构有权决定是否继续制规，而本案中暂停制规的决定并不构成滥用自由裁量权。

全美行政大会（ACUS）曾建议要求所有单方接触都获得披露，并进入公共记录，从而为司法审查提供事实依据。然而，最高法院在 1978 年的案例中指出，^[62] 《联邦行政程序法》第 553 条并未明确禁止制规过程中的单方接触。除非特定的立法另行规定，法院不得强加程序法未曾规定的程序。最高法院的斯格利亚法官（J. Scalia）指出，行政机构应被允许在非正式的场合下和利益相关的当事人进行坦率讨论，并达成谈判协议。也只有这样的方案才是在政治上可以被接受的，因为它符合当事人的利益，因而能维持长久。^[63] 虽然准司法行为不能接受立法或执法的影响，以免削弱特定当事人的程序保障，和政治官员之间的公开交流即使在正式裁决过程中也是被允许的。在 1984 年的案例中，^[64] 联邦第二巡回区法院指出：“只有当交流对影响行政机构在其所处理事务中公正无偏的行为能力具有高度可能性”，才可以取消行政官员的决定资格。

五、政治影响的限度

值得注意的是，司法机构的法律监督并不是保证行政合法性的唯一手段。事实上，来自其它部门的政治监督也发挥这不可替代的作用。政治监督主要分为两种形式：议会的立法监督和行政首脑的执法监督。它们保证行政决定或规章符合立法精神与民意。然而，就和针对

司法部门的监督一样，针对行政部门的政治监督也必须被限制在一定的范围内；否则，政治监督不但不能保证行政法治，而且还可能导致对行政过程的不适当政治干预。

（一）立法监督

首先，立法监督是保证行政合法的一个重要手段。立法委员在听取选民的申诉以后，一般传唤有关行政官员前来进行“立法听证”（legislative hearing），以接受议员对行政决定的质询。立法监督的主要目的是防止官员滥用权力、故意刁难，或对公民权利的实施与保护漠不关心、无限拖延。然而，立法监督有时可能“过火”，从而不适当地干预行政过程。根据三权分立的基本原则，行政机构有一定的独立性，不应受到外界因素的干扰，因为某些因素——例如议员个人的看法——在本质上和法律无关。尤其是许多行政官员同时来自总统（或州长）的授权与任命，因而立法机构不能直接命令行政机构去完成某项任务；否则，立法机构就有命令总统之嫌，而这显然违背了三权分立原则。在法治国家，立法和行政之间是一种相对平等的法律关系，而不是简单的命令—服从关系。分权原则禁止立法机构通过各种政治压力——如威胁停止拨款或拒绝通过任命——来达到目的。立法机构的基本任务是制订法律，然后交由行政机构实施，而对实施的监督主要是法院的任务。因此，立法机构的过分干预同时可能侵犯三权分立体制下执法与司法的权力；这时，立法监督就变成了不适当的“政治影响”。

1. 裁决过程

在 1966 年的一个案例中，^[65] 被告收购了竞争者所经营的面粉加工厂，从而显著削弱了美国西南地区在该市场的竞争。联邦贸易委员会主席豪利（Howrey）没有采纳参议院所建议的“本质违法”（per se）规则，因被认为作出了“错误决定”而遭到训斥。参院司法委员会的反垄断分委会传唤了贸易委员会主席，并进行了“反复的严厉批评”。联邦第五巡回法院指出：“私人当事方有权获得公正审判，且同样重要的是获得没有偏向的外观，而除非司法职能的行使者能独立于强大的外界影响，这一点就不可能做到。”^[66] 在本案，分委会的质询过于强烈，在范围上远远超出其调查职能，并直接涉及到裁决本身，因而构成了对裁判公正的不适当干预。这种通过政治压力来施加间接影响的做法是无效的。

在 1971 年的案例中，^[67] 联邦交通部长考虑是否批准在华盛顿特区的波托马克（P

otomac) 河上建桥。众议院拨款委员会的华盛顿特区分委会主席几次扬言, 除非交通部长批准建桥, 他就将阻碍地铁建设的拨款。联邦上诉法院判决这种做法是对行政机构独立性的强烈外界干预, 构成了对机构决策的不适当影响。

当然, 只要不“出格”, 议员详细过问行政机构的裁决本身并不构成不适当影响。联邦第二巡回区法院在 1984 年的案例中指出: “要支持联邦行政机构受到不适当政治影响之主张, 必须证明政治压力是故意计划的, 并确实导致机构行为受到和有关立法无关的因素之影响。”^[68] 在 1975 年的案例中,^[69] 众议院的监督分委会传唤内务部长的首席顾问及其协同部长审理案件的立法问题律师。分委会主席对“法律是否被适当履行表示怀疑”, 因而深入追究个案裁决。在此前后, 国会和该机构共通了不下 60 封信, 企图影响机构的决定。这种立法活动本身可能是不适当的, 但联邦地区法院并未发现它们“实际上影响了”结果。

2. 制规过程

和裁决相比, 制规过程对外界干预的限制较为宽松。为了充分反映公共意见, 由民选产生的议员以及行政部门的政务官可以适当影响下级行政机构。事实上, 这正是民主在行政政治中的反映。然而, 政治官员不得以法律明确排除的因素施加影响, 否则就构成了不适当的“外在”(extrinsic)考虑因素。要挑战政治官员的影响, 当事人必须证明这些官员试图用国会立法并未设想的因素来影响行政机构, 且后者确实受到了影响。^[70] 在 1981 年的案例中,^[71] 环境保护局的官员与参议院两次会晤被判决合法, 因为原告并未能证明立法官员确实对行政官员产生了不适当影响。

(二) 行政监督

虽然行政官僚和行政首脑——总统——之间是上下级关系, 他们在法律上也存在着和立法与行政类似的平等关系。一方面, 即使是独立管理机构也需要尊重总统的意见; 事实上, 总统仍然控制着他们的任命权, 只是不能随意罢免而已。但另一方面, 行政机构不得建议总统违反立法, 也不应纯粹为了取悦于总统而采取行政措施。然而, 要证明行政决定的目的是取悦总统以换取青睐是困难的。在 1985 年的一个案例中,^[72] 国家高速公路交通安全局发布了有关交通安全的制规提议公告, 而这和白宫在 3 天以前发表的意见几乎完全一样。联

邦上诉法院判决，尽管取悦总统本身是不适当的制规动机，本案并没有确凿证据表明交通安全局的制规确实是出于这种动机。

1. 制规过程

从尼克松开始，白宫对“主要”制规行为的控制不断上升，对行政机构究竟制定那些规则进行监督，为制规所面临的问题提供学术分析，甚至帮助评价具体规则的合理性。^[7]

³¹ 总统通常借用《全国环境保护法》(NEPA)所规定的手段，要求机构考虑其决定的系统影响，例如其项目对环境的不利影响以及减少或避免的办法。卡特总统下达了第 12044 号行政命令，要求在白宫的指导下分析某些重要规则所预期的经济影响。里根总统后来把经济分析用于范围广泛得多的制规活动。但这类分析本身耗时、费事，不可能完全准确，且有些价值难以约化为经济价值，例如维护人的生命、维持珍稀动物的生存环境、取消种族歧视等等。

总统还可以通过其白宫智囊团直接对行政政策产生影响。在历史上，罗斯福和里根是两位对行政最具个人影响力的总统，但这种影响在克林顿时代才达到高峰。总统经常对行政部门的负责人传达指令，要求他们在国会授权的范围内采取某些具体行动。在其八年执政期间，这类指令成为克林顿制定行政规划并实现其政策取向的主要手段。^[74]

总统对制规过程的干预应该被限制于什么程度，一直是引起学术争论的话题。总统是否可以直接取代机构的制规程序，命令行政机构采取某项政策，例如他是否可以命令 EPA 采取 0.085ppm 的臭氧标准，尽管 EPA 通过冗长的通告与评议程序决定将臭氧标准从原来的 0.09 提高到 0.08ppm？尽管总统在总体上是高于 EPA 的决策者，也直接受制于民主控制，但出于行政专门化的考虑，这种做法并不明智：他并不如 EPA 那样熟悉环境保护问题，而是集全权于一身，且在行使权力过程中并不受到国会的政治控制和法院的司法审查。值得注意的是，美国行政组织的结构及其人员分配一般是由国会而不是总统决定的。如果总统可以随意改变行政政策，那将损害国会立法所建立的行政法治，使之变成个人统治。因此，总统的恣意干预将严重损害行政机构的法治文化。^[75]

全美行政会议的建议指出，制规过程需要平衡两种相互对立的需要：一方面，行政机构必须获得可靠的事实信息，以作出合理决策；另一方面，行政机构必须不受干扰地独立作出决定。制规主要是在行政机构内部及其与政治机构之间的争论过程完成的，司法不应过度干

预。因此，司法机构不应制订严格的取消资格标准，以避免侵入政治过程。^[76]

2. 裁决过程

如果总统不能随便干预制规过程，那么他就更不应干预个案裁决。官员的职责一般都受到法律的规定，总统并不能基于宪法授予他的“执法权”或“留意法律获得如实的执行”之义务，而用自己的判断替代下级官员的判断。否则，所有的执法问题都成为自由裁量权的问题，而且行使这种自由裁量权的政府分支（总统）在法律上是独立并不可控制的。同样的，这样国会也不可能把“必要与合适”条款所授予的广泛权力授予专业行政官员，并保证其自由裁量权不因执政者的自身利益而受到滥用。至少从 1823 年开始，总统的首席法律顾问（司法部长）就认为总统无权在裁决过程中指示具体的结果。在 1838 年的案例中，^[77] 邮电部长反对法院通过强制令 (mandamus) 要求他支付国会指示他支付的政府合同费用，因为他“只听命于总统的指示和控制”。最高法院判决这种理论是对宪法的“全新解释”，因而是“完全不可接受”的。

但是对于行政机构具有很大自由裁量权的事务——譬如在权衡行政资源的基础上决定是否起诉或是否针对某个官员进行调查，总统是否可以对独立检察官下达命令？美国学者认为，即使总统在这个领域的“监督权”或“留意法律获得如实执行”的义务是普遍的，法治文化也要求他尽量减少对调查和执法过程中“正常操作程序”的干预。^[78]

最后，对行政过程的外界干扰也可以是来自总统以下的其它行政部门，如上级命令或指示。在 1964 年的一个案例中，^[79] 华盛顿特区的地区规划调整委员会接到苏联使馆的申请，想把使馆所在地迁移到居民区。为此，国务卿通过总统特别顾问传达了国务院和总统强烈支持苏联使馆迁移的意向，特区的高官也数次打电话提醒委员会充分考虑“联邦立场”。联邦地区法院判决这些压力都构成了不适当影响，且这项判决受到上诉法院维持。

美国行政法对行政公正的制度保障给我们提出了必须认真对待的命题。要保证依法行政、建立法治国家，行政过程必须遵守中立原则，并在行政实践中设计并实施相应的制度机制。只有保证行政官员个人没有先入为主的成见、行政机构具备适当的职能分离且行政决定没有受到不适当的政治干预，才能确保行政过程的基本公正。美国经验还表明，行政公正与

中立原则的实现最终有赖于一个有效的司法系统；否则，再合理的制度也注定难以施行。

【注释】

[1] 也就是 Pendleton's Act。但美国现代分赃制的范围仍比英国等国要大得多，参见 Bernard Schwartz and H. W. R. Wade, *Legal Control of Government: Administrative Law in Britain and the United States*, Oxford: Clarendon Press (1972)。

[2] 见斯图尔特 (Richard B. Stewart)：《美国行政法的重构》，沈岷译，北京：商务印书馆 2002 年版，第 22-23 页。

[3] 因此，本文没有把这个词译为“偏私”，尽管它在词义上正好是“公正”的反面。偏袒或偏向可以包含有利于行政官员个人的决定，但也包含对社会上某些人赋予法律没有规定的利益或施加法律没有规定的义务而和私人利益未必有直接关系的决定。

[4] Disqualify，这并不是指取消作为行政官员或审判官资格，而是取消他审理某特定案件并作出裁决的资格，相当于强行要求回避。

[5] 值得注意的是，“行政公正”未必能保证普遍意义上的公正。它只是指行政机构严格依法行政，不在行政过程中随意掺入行政机构或官员自己的价值选择，而是尽可能准确地执行法律规定的价值选择。显然，法律的价值选择仍然可能违反普遍意义上的“公正”，例如一部建立在社会功利主义基础上的法律未必符合罗尔斯在《正义论》中阐述的某些基本原则。这种更普遍意义上的“公正”并不属于本文讨论的范畴。

[6] 这个词可能有多种译法，但翻译为“制规”似乎最为合适。制规过程的产物就是“规章”、“规则”或“规制”(regulation)，但在用作动词形式的时候，“规制”(regulate)的含义有所不同。在此，“制规”和“立法”相对应，是指普遍的行政立法过程。另外，本文无暇探讨制规(抽象)和裁决(具体)行为之间的区别，详见 Charles H. Koch, Jr., *Administrative Law and Practice* (vol. I, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), pp. 45-47.

[7] 参见“合众国诉微软——法官、媒介与司法公正”，《南京大学法律评论》2001 年春季刊。

[8] *Texaco, Inc. v. FTC*, 336 F.2d 754.

[9] *FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683.

[10] *Antoniou v. SEC*, 877 F.2d 721 (8th Cir.).

[11] *Ibid.* at 748.

[12] *Faultless Division v. Secretary of Labor*, 674 F.2d 1177. (行政法官因熟悉行政机制而拒绝观看录像)

[13] In re J.P. Linahan, Inc., 138 F.2d 650 at 651.

[14] 参见 Frank J. Goodnow, Politics and Administration: A Study in Government, New York: Macmillan (1900).

[15] United States v. Morgan, 31 U.S. 409 (Morgan IV).

[16] Charles H. Koch, Jr., Administrative Law and Practice (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), p. 291.

[17] United States v. Morgan, 31 U.S. 409 (Morgan IV).

[18] Pangburn v. CAB, 311 F.2d 349 (1st Cir.).

[19] Skelly Oil v. FPC, 375 F.2d 6 (10th Cir.).

[20] FTC v. Cinderella Career & Finishing School, Inc. (Cinderella I), 404 F.2d 1308 (D.C. Cir.).

[21] FTC v. Cinderella Career & Finishing School, Inc. (Cinderella II), 425 F.2d 583 (D.C. Cir.).

[22] Ibid. at 590.

[23] United States v. Oregon, 44 F.2d 758 (9th Cir.).

[24] Schweiker v. McClure, 456 U.S. 188.

[25] Navistar International Transportation Corp. v. EPA, 941 F.2d 1339 (6th Cir.).

[26] Stivers v. Pierce, 71 F.3d 732 (9th Cir.).

[27] Roland M. v. Concord School Committee, 910 F.2d 983 (1st Cir.).

[28] Utica Packing Co. v. Block, 781 F.2d 71 (6th Cir.).

[29] 行政机构的换人程序并不违反《联邦行政程序法》第 554(d) 条，且第六巡回区法院在后来案例中也不再判决它违反正当程序。

[30] DCP Farms v. Yeutter, 957 F.2d 1183 (5th Cir.).

[31] Philip Elman, Administrative Reform of the Federal Trade Commission, 59 Georgia Law Journal 777 (1971).

[32] Richard A. Posner, The Behavior of Administrative Agencies, 1 Journal of Legal Studies 305 (1972).

[33] Charles H. Koch, Jr., Administrative Law and Practice (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), p. 305.

[34] Mississippi Industries v. FERC, 808 F.2d 1525 (D.C. Cir.).

[35] “灰姑娘第二案”，FTC v. Cinderella Career & Finishing School, Inc. (Cinderella II), 425 F.2d 583 (D.C. Cir.).

[36] Ass’n of National Advertisers, Inc. v. FTC, 627 F.2d 1151 (D.C. Cir.).

[37] Ibid. at 1170.

[38] Charles H. Koch, Jr., Administrative Law and Practice (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), pp. 307-308.

[39] Appeal of Hurst, 139 N.H. 702.

[40] Johnson v. Board of Governors of Registered Dentists, 913 P.2d 1339.

[41] Charles H. Koch, Jr., Administrative Law and Practice (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), pp. 308-309.

[42] Separation of functions. 在中国一度被称为“小三权分立”，参见“行政部门实行三权分立”，《新华日报》2002年9月22日；张立：“深圳受命特别试验，‘行政三分’再造政府”，《南方周末》2002年12月19日。

[43] Charles H. Koch, Jr., Administrative Law and Practice (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), p. 312.

[44] Grolier Inc. v. FTC, 615 F.2d 1215 (9th Cir.).

[45] Utica Packing Co. v. Block, 781 F.2d 71 (6th Cir.).

[46] Withrow v. Larkin, 421 U.S. 25.

[47] Washington v. Harper, 494 U.S. 210.

[48] Immigration and Nationalization Act, 8 U.S.C. 1252(b).

[49] United Steelworkers of America v. Marshall, 647 F.2d 1189 (D.C. Cir.).

[50] Ibid. at 1216.

[51] Kenneth Davis, *Administrative Law Treatise*, Boston: Little, Brown, and Co. (1980), Ch. 18; 比较 Stephan G. Breyer, Richard B. Stewart, Cass R. Sunstein, and Matthew L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Texts and Cases*. (5th Ed.), New York: Aspen (2002), pp. 771-772.

[52] Michael Asimow, *The Curtain Falls: Separation of Functions in Federal Administrative Agencies*, 81 *Columbia Law Review* 759 (1981).

[53] *Beer Garden v. State Liquor Authority*, 79 N.Y.2d 266.

[54] *Wilson v. Oklahoma Horse Racing Commission*, 910 P.2d 1020.

[55] *Yohn v. Love*, 76 F.2d 508 (3rd Cir.).

[56] Charles H. Koch, Jr., *Administrative Law and Practice* (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), p. 320.

[57] *Southwest Sunsites, Inc. v. FTC*, 785 F.2d 1431 (9th Cir.).

[58] Ibid. at 1436.

[59] *Home Box Office v. FCC*, 567 F.2d 9 (D.C. Cir.).

[60] Ibid. at 57.

[61] *Action for Children's TV v. FCC*, 564 F.2d 458 (D.C. Cir.).

[62] *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resource Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519.

[63] Charles H. Koch, Jr., *Administrative Law and Practice* (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), pp. 329-330.

[64] *Power Authority of State of New York v. FERC*, 743 F.2d 93 (2nd Cir.).

[65] *Pillsburg Co. v. FTC*, 354 F.2d 952 (5th Cir.).

[66] Ibid. at 964.

[67] *Federation of Civic Association v. Volpe*, 459 F.2d 1231 (D.C. Cir.).

[68] *Town of Orangetown v. Ruckelshaus*, 740 F.2d 185 (2nd Cir.).

[69] Koniag v. Kleppe, 405 F. Supp. 1360 (D.D.C.).

[70] Charles H. Koch, Jr., Administrative Law and Practice (vol. II, 2nd Ed.), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1997), p. 337.

[71] Sierra Club v. Costle, 657 F.2d 298 (D.C. Cir.).

[72] Center for Auto Safety v. Peck, 751 F.2d 1336 (D.C. Cir.). *

[73] Peter L. Strauss, Todd Rakoff, Roy A. Schotland, and Cynthia R. Farina, Gellhorn and Byse's Administrative Law: Cases and Comments (9th Ed.), Westbury, NY: Foundation Press (1995), pp. 215-218.

[74] Elena Kagan, Presidential Administration, 114 Harvard Law Review 2245 (2001)。对于从宪法第二条的“执法权力”来论证总统行使这类权力的合宪性之论点，见 Steven G. Galabresi and Saikrishna B. Prakash, The Presidents Power to Execute the Laws, 104 Yale Law Journal 541 (1994)。

[75] Peter L. Strauss, Todd Rakoff, Roy A. Schotland, and Cynthia R. Farina, Gellhorn and Byse's Administrative Law: Cases and Comments (9th Ed.), Westbury, NY: Foundation Press (1995), pp. 220-221.

[76] ACUS, Intragovernmental Communications in Informal Rulemaking Proceedings, Recommendation 80-6 (1980).

[77] Kendall v. U.S. ex rel Stokes, 37 U.S. 524.

[78] Edward S. Corwin, The President: Office and Powers 1787-1957, 80-81 (4th Ed., 1957).

[79] Jarrott v. Scrivener, 25 F. Supp. 827 (D.D.C.); * F.2d 1534 (9th Cir.).

【出处】

原载于《法商研究》2005年第6期。

【写作年份】2006

【学科类别】行政法

大国的祸与福——关于国家结构制度安排的一点随想

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】841

一、引言

既然我们的主题是“大国”，我不妨就大国的利弊发表一点浅见。中国无疑是一个正在崛起的大国。中国能否“和平崛起”，在很大程度上取决于它是否能扬大国之长，避大国之短，而这又主要取决于国家内部的制度安排。

不论版图如何变化，中国几千年来一直是一个名副其实的“大国”。自周天子以来，华夏文明在大多数时期都处于一个最高权力的统治之下。国家的统一有利于国内的和平安定，使百姓免于各地诸侯为争夺疆土所引发的战乱之苦。但和平并不是没有代价的。在人类的政治智慧没有充分发展之前，国家统一只是简单意味着最高统治权的集中；权力的集中也给权力的滥用造就绝好的机会，而权力的滥用反过来为社会动荡埋下了伏笔。因此，原始意义上的统一未必能给社会带来长久的和平。中国历史上周而复始的动乱，也许可以作为这一论断的见证。

然而，如果制度设置得当，大国还是具备小国所不具备的好处。这也正是为什么美国在制宪时期选择建立一个统一的联邦大国，而不是一个诸多小国之间的联盟。事实上，从美国制宪时期关于联邦制国家形态的激烈争论，我们已经可以看到几乎所有的支持和反对大国的论点。当然，这里的大国和小国之对比并不是指任何形态的国家之间的对比，而是指在其它方面都已经实现“最优化”的国家之间的对比；否则，对比一个专制大国和民主小国（或反过来）是没有意义的。如果国家规模是比较的对象，那么其它方面的变量必须得到“控制”（control）。像汉密尔顿和麦迪逊这样的联邦主义的拥护者认为，即使在其它都已经到了无可改善的地步，在联邦制基础上建立的大国还是比一个个分散的小国更优越。

显然，制度的优劣涉及到价值判断，而价值判断本身带有主观性。为了尽量避免主观价值判断所引起的不必要的争论，我在这里尽可能采用没有争议的价值，譬如安全、繁荣和自由。如果其它方面一样，我们一般不会反对一个更安全的社会是一个更好的社会，也不会反对一个更繁荣或更自由的社会是更好的社会。当然，争论还是不可避免的，不仅因为这些目标本身可能发生矛盾——如 9.11 事件的余波表明，安全可能意味着个人自由的部分丧失，而且因为可能还涉及到“谁的安全”、“谁的繁荣”或“谁的自由”等问题——

如伊拉克战争和朝核问题所显示的，一个民族的自由和安全可能意味着另一个民族至少暂时不得不失去安全；“让一部分人先富起来”可能意味着社会其它阶层必须至少暂时忍受贫困。尽管难以避免不同价值以及不同主体的价值之间的冲突，我们还是不得不谈论制度的优劣问题。判断价值冲突的存在只是表明我们不可能完全解决这个问题并平息其所引起的争论。

本文的主要问题是，除了“统一”、“团结”这些象征性意义之外，一个大国究竟能给我们带来什么？本文的主要论点是，大国确实能带来小国所不具备的“实利”，但并不是所有的大国都如此。中央和地方关系的制度安排确实关系到上述多少受到普遍认同的价值是否能够实现。如果制度安排不当，那么“统一”可能只是意味着专制，“团结”只是意味着城市可以更加堂而皇之地剥夺农村资源。因此，我们的注意力应该更多地转向大国内部的制度建构，使之为我们带来更多实际的福利。不论国家在历史上是如何起源的，国家的正当性(legitimacy)必须从这里去寻找。

二、安全与繁荣

1. 安全

一个政治学常识是，大国有利于国内和国际安全。一般来说，国家所能调动的资源和国家规模成正比。和小国相比，一个大国更能够集中足够的社会和军事资源，有效抵御外部侵略。同样的理由也使大国能更有效地镇压国内叛乱，维护社会秩序。这是因为暴乱通常一开始是局部性的，因而虽然地方政府可能不具备足够的人力和物力平息当地暴乱，但如果中央政府能够及时利用全国资源调动足够的兵力，那么它完全有可能将地方暴动扼杀在摇篮之中。因此，美国制宪者召开费城会议并最终建立一个更有效的中央政府，在某种意义上是对发生在波士顿的谢司叛乱(Shay's Rebellion)的自然反应。在一个更广的意义上，国家可以被比喻为一个“保险公司”；国家越大，保险资本就越雄厚，因而能更有效地克服局部地区的天灾人祸。

同样重要的是，统一也减少了地区和地区之间的争端及其最终上升为武力冲突的可能

性。一个统一的国家通常可以通过和平方式——例如司法诉讼或中央协调——解决地区冲突，并剥夺（或至少限制）了地方诉诸武力解决的权力。中国在春秋战国时期之所以战祸频仍，就是因为诸侯分裂，而最终（尽管是在付出巨大的社会代价之后）的和平被认为是秦朝统一的最大功绩。西方也是如此。美国在建国之后仅爆发过一次严重的武力冲突（1860-64年的南北内战）。与此相比，欧洲国家之间的战争频繁得多。只是在第二次世界大战之后，随着欧洲共同体等超国家政治实体的建立，西欧才迎来持久的和平。

另一方面，国家掌握的权力未必会被用在正途上。国家权力越大，其滥用的可能性就越大，对个人自由就越危险。如果一个国家缺乏民主机制，那么国家规模越大，就越容易维护专制统治，镇压平民以合法或暴力形式的请愿或抗议活动。这个道理和上述完全类似。在这个意义上，大国显然是一面“双刃剑”。国家权力只是为安全保障提供了一种能力，但不受控制的国家权力未必会为个人安全提供可靠的保障。

要保证大国给我们带来更多的福而不是祸，国家权力必须受到限制；否则，这个至高无上的不受限制的庞然大物挥舞着锋利无比的剑，后果是极为可怕的。一种最重要的限制就是实行民主代议制度，保证掌握国家权力的人受到社会的控制。但只有民主制度是不够的，因为人民代表还是会滥用权力，产生“多数人的暴政”。另一种更直接的限制是采取有限政府原则。尽管在理论上不排除单一制国家也采纳这种原则，盖由于只有联邦制才真正面临在宪法上的分配中央和地方权力的问题，目前只有联邦国家实行了有限政府原则。

^[1] 一部有限政府的宪法将国家权力限制在宪法规定的范围内，并通常通过司法审查制度在个案中界定政府是否侵越了其宪法权限，从而有效控制了国家权力的滥用。如果没有限制权力的有效机制，那么大国未必意味着社会的福音。

2. 经济繁荣

国家统一对于经济发展具有积极意义，因为国家版图的大小往往决定着市场规模。如果能够保证国家内部取消所有的贸易障碍，那么不同地区之间的自由贸易应当能够促进整个国家的经济发展。在这个方面最显著的例子是美国联邦宪法的“州际贸易条款”（第一章第八节第三款）。这个条款不仅明确授权联邦政府干预涉及到多个州的贸易往来，而且

还隐含了禁止各州对外州贸易进行不正当限制。这个条款后来证明意义重大，因为它有效防止了地方歧视和保护主义，从而打破了地方界限，形成了美国大陆的共同市场，促进了美国经济的持续发展。与此相比，国家和国家之间的贸易壁垒只有通过双边条约才能消除，而条约的签订是一个冗长、复杂并充满变数的外交过程，其实施得不到法律的充分保障，且将随着参与国家的增多而变成一个困难得不可行。^[2]

当然，笼统的政治统一未必意味着市场规模的扩大。包括中国在内，一些国家的宪法和法律并没有明确禁止地方保护主义，或即使存在了明文禁止，也缺乏切实可靠的保障机制，因而享受不到统一所能带来的经济利益。尽管中国是一个单一制国家，但地方保护主义现象仍相当严重。事实上，由于中央部门规章和地方性法规或规章的法律位阶不明确，中国至少在理论上允许地方规定在某些情况下偏离中央的统一安排。在实践中，中国目前还缺乏一套防范地方保护主义的有效制度，因而在统一的表面下仍然相当普遍地存在着法律和市场的割裂。

最后，绝对的统一未必有利于经济发展，反而有可能不顾地区差异搞“一刀切”，从而给经济和社会发展带来负面作用。尤其是地方可能存在着特殊需要，通过地方政府来保护当地认为重要的健康、安全、环境或道德价值。“统一”并不是要消除这些合情合法的地方差异，而只是要避免地方保护主义（尤其是对全国经济发展）造成有害影响。^[3]为了保证中央干预的基本理性，统一是建立在中央和地方权限获得清楚界定的前提之上的。只有将中央权力限制于具有全国影响的事项范围内，才能避免出现过分统一的弊端。

因此，经济改革要求同时建立起两条宪政基本原则以及贯彻这些原则的有效制度。第一，宪法应该将中央权力限制在一定的授权范围内，超越宪法权限的中央规定在法律是无效的。第二，在宪法授权的有限范围内，中央权力是最高的，地方政府不得以任何方式抵触或侵越。要在实践中贯彻这些基本原则，必须建立司法审查制度，否则就难以界定中央和地方的权限。

三、自由

大国和自由之间的关系看上去不太好理解，但是如果制度设计合理的话，大国确实有助于保障个人自由。所谓在这个意义上“合理”的制度设计，就是指的联邦制。但是即使那些不实行联邦制的大国也会在一定程度上感受到联邦制的这种优点，因为“天高皇帝远”——统治的难度将使一个单一制大国不得不容忍一定程度的地方自治，尽管这种自治可能只是一种自然现象，而未必是制度设计的本意。毕竟，强制性的统一在一个小国更容易。例如在萨达姆的统治下，伊拉克对不同政见的压制达到了极点。在 1995 年的总统“选举”中，全国只有不到 0.05% 的选民投了萨达姆的反对票，而这些人在选举之后很快失踪了。在 2002 年的选举中，全国上下老老少少全部投了萨达姆的赞成票，竟然没有一张反对票！设想伊拉克是像中国这么大的国家，那么即使某些地区的专制可以登峰造极，但要在全国范围内维持如此极端的高压统治无疑是极为困难的。

根据孟德斯鸠的传统学说，小国适合民主，大国则适合君主专制。^[4] 大国的中央专制固然不利于保护人的自由，但美国制宪者认为纯粹的小国民主也未必是自由的天堂。从苏格拉底之死和希特勒上台都可以看出，民主有时候可能犯错误，甚至是严重错误。因此，如何在民主的基础上制约民主？美国对这个问题的答案是“以毒攻毒”，将大国和小国的特征糅合到一起，建立了联邦复合体制。^[5] 当然，作为一个统一的国家，联邦终究是一个“大国”——尽管联邦大国和传统意义上的中央集权国家是根本上不同的两回事。美国制宪者创造性地认为，建立在联邦制基础上的大国比民主小国更有利于保障个人自由。

联邦制回避了简单中央集权的弊端，将国家的大部分权力下放到州和地方。另一方面，地方自治并不是绝对的，任何地方政权都中央政府和其它地方的牵制。如果一个州通过了压制自由的法律，那么这个州的居民即使没有别的办法还可以“用脚投票”，迁徙到更为宽容的邻州去。如果各个州成了一个个独立的国家，建立起边境关卡，那么情况就大不相同，连“用脚投票”这条路也将被基本上堵死。^[6] 由于主权国家一般不受外国干涉，因而地区和地区之间的宪政制衡将不可能发生。

对于一个民主国家来说，联邦制之所以能更好地保障个人自由，主要是因为国家越大，组织民主的集体行动就越困难。这是麦迪逊当初的预测。尽管现代通讯技术缩短了空间距离，并给民主交流带来极大的便利，但民主的规模效应仍然有所体现。今天，美国的两大

政党仍然是在各州范围内活动；除了总统选举之外，联邦范围内的政党几乎可以说是不存在。联邦范围的政党之缺失削弱了国会的立法能力，从而使之不可能积极侵犯少数人的自由和权利。欧洲议会的各政党目前也主要限于欧盟成员国范围内活动，而未能在共同体范围内形成统一大党。

当然，这种观点本身是有问题的，因为它将联邦制的正当性部分建立在民主机制的迟钝之基础上，从而使我们必须在个人自由和民主之间作出价值选择。幸好，这种论点并不是联邦制存在的唯一依据，尽管经济一体化过程对地方多元化的必要性正提出越来越多的挑战。不论如何，联邦制所提供的多元化与有限统一的结合确实更有利于个人自由的生存。也许正是由于“邻居”的存在，每个地方才感受到尊重自由和人权的压力，而中央政府和地方政府之间相互监督、相互制约，也有利于防止它们各自的权力过度膨胀，不至于对权利构成太大威胁。

四、 走向一种联邦政体——制度与思维的转变

本文只是表达一个意思：有条件地赞成“大国”作为一种国家结构形态——不是任何大国，而是制度安排合理的大国。我们都想生活在一个和平、安全、繁荣、自由的国家里，而一个大国有可能为我们提供这些基本的“公共物品”——当然，只是“可能”而已。大国天然地有利于国内和平与安定，但如果它只是成就了一个心血来潮、专横暴戾的国王或任何其它形式的最高权力，任何人都享受不到和平与安定。大国天然有利于国内的自由贸易，而自由贸易将带来繁荣，但如果它在计划经济下只是意味着中央集权和全国“一刀切”，那么国家再大也救不活这一盘“死棋”。大国也应该有助于保障自由，但如果它只是在现代技术武装下为坐镇中央的君主从全国各地调集资源和信息提供便利，随时扑灭国内任何地方的反对声音，那么自由只是一个不可实现的梦想。因此，我们需要在这个大国的各个等级的政府实行代议制民主，因为君主是不可约束的，而民主是受到选民约束的，因而统治者不能不顾大多数人的根本利益而任意发动战争或做其它劳民伤财的事情；我们需要限制中央政府的权力，使它不能侵犯公民权利和自由，不能侵越地方权限，不能随心所欲地利用地方资源为中央利益服务，而只有在这些宪法限制之下，我们才能信任中央政府去制约地方政府；在这个前提下，我们还需要保证中央政令畅通，中央在宪法授权范围内的具

有全国性影响的法律和政策在地方获得有效实施，地方法规和规章不得与之相抵触。不论你把这样的体制称作什么，它在实质上就是一种联邦制。我认为，只有这样的制度安排才能保证大国的长治久安。

但联邦制在中国似乎仍然是一个“新生事物”，因为除了一些学术讨论和政治呼吁之外，除了民国有一段时期提出的“联省自治”以及几部没有实施的军阀宪法，除了毛泽东领导下的中共曾在对抗国民党统治时曾提出联邦制设想外，中国从来没有实行过联邦制。在中国历史上，提倡地方自治的一般是权力斗争中的“弱势群体”，因而不是他们的政治诉求被完全忽略，就是等到他们成为强势群体的时候便把原来作为一种斗争策略的制度构想彻底抛诸脑后。这就好比农民起义在成功前还想和皇帝分庭抗礼，但在大功即将告成之际当然没有再把唾手可得的江山拱手让给别人分治的道理。人治文化和中央集权的制度传统紧密联系在一起，使中国开拓不出分而治之的制度实践。

因此，中国历史上压根就没有将联邦制作为一种值得认真探讨的可能政体模式。自从周、秦以来，中国形成了大一统的政治格局，制度和思想都空前僵化。春秋战国时期出现了“百家诸子”，对伦理和哲学的一些基本问题展开了一场旷古未有的大争论，但即便是那场争论也没有跳出传统制度和文化所设定的框框，从来没有人对当时的政治制度提出任何根本挑战。孔子的《春秋》其实是中国第一本比较政治史，但他在制度上并没有什么可比的对象。^[7]事实上，他自己也深受周文化的影响，因而只能在这个制度和文化的大框架下比较不同政治精英的个人行为，希望能借此证明统治者的行为必须符合传统制度和文化的定式，否则结果必然是害国害己。不难看出，《春秋》和《雅典政制》是本质上不同的两本书。后者是亚里士多德在比较不同形式的民主和专制政体的基础上对政体优劣产生的学术评述。^[8]在这本书里，我们不仅看到统治精英的个人行为在特定制度环境下产生的社会后果，而且也看到截然不同的制度本身在运行中产生的根本差异。制度的多样化为学说发展提供了丰富的养料，而制度实践的单一化必然造成学术的贫乏和单调。电视连续剧《河殇》曾经比较过黄色和蓝色两种不同的文明。对于处于地中海贸易中心的雅典，来自五湖四海的货船不仅带来了不同品种的商品，而且也促进了不同制度和思想之间的交流。与此相比，中国历史上虽然经过了多次统一和分裂的悲欢离合，但不同时期、不同地方的政治制度和文化却一脉相传。

由于缺乏实质意义的比较，中国思想家从来就是老祖宗那口井里的青蛙，总是跳不出自己头顶上的那一小片蓝天。这也许是中国作为一个早熟的大国之悲剧，因为过早的统一和中央集权扼杀了地方制度沿着不同方向发展的可能性。尽管在没有外来文明的冲击下，制度突破的可能性并不大，但高度统一和集权无疑将中国的政治制度锁定在固有的模式上，禁锢了思想家和潜在制度设计者的想象力，从而完全扼杀了制度创新的可能性。实践中制度的单一性限制了思想自由，而僵化的思想又反过来加强了制度的稳定性，排除了任何可能挑战现有制度的替换方案。当然，集权制度在现实中因其自身的不合理而未必能获得完全的落实，因而传统中国社会在中央集权制下多多少少有一定程度的地方自治。事实上，在历史的某些阶段地方自治的程度还如此之高，以至学者将中国称为“没有联邦制的联邦”。但不争的事实仍然是，中国历史上从来没有出现过真正的联邦制，也没有真正突破大一统中央专制的思维模式。

中国一直是一个大国，但“大国”的制度意义是多种多样的，因而未必就意味着简单的统一和集权。美国、加拿大、澳大利亚、俄罗斯以及正在向联邦制过渡的欧洲联盟都是“大国”，但它们都不是单一制国家，而中国作为一个唯一的单一制大国也一直面临着法制统一和地方自治的矛盾。我认为，现在是从根本上反思我们这个大国的一些制度安排的时候了。要做到这一点，我们首先得从观念上突破传统的框框，抛弃权力主义的思维模式，在理论和实践上放手重构新的中央和地方关系。否则，一个大国虽然可以维持相对重要的国际地位，但未必能有效保障国内安全、繁荣和自由，也未必能保证大国的崛起不会重蹈专制和动乱的覆辙。

【注释】

[1] 著名的美国联邦宪法第十修正案规定，如果宪法没有将某一项权力授予联邦，也没有禁止各州行使，那么这项权力仍由各州及“人民”保留。对于单一制国家，即使不存在“州”这样的宪法单元，也可以规定宪法没有授予国家行使的权力仍归人民保留。因此，单一制国家至少在理论上也可以实行有限政府原则。

[2] 在这个意义上，WTO 的建立标志着一个历史性的进步。它同时表明，政治统一并不是经济一体化的前提。

[3] 美国联邦最高法院曾将联邦制下的各个州比作“试验场所”，各地的不同制度和政策相互比较、竞争和借鉴，形成了一种独特的法律进化机制。中国虽然是单一制，但在经济和政治改革过程中也建立起多个“试点”，和联邦制的“试验场所”有异曲同工之效。

[4] 这当然不排除小国也完全可能实现专制，且如上所述，无论在历史上还是今天，许多小国确实实行过高度的个人专制。孟德斯鸠只是认为，主要由于技术上的限制，只有小国才可能实行直接和纯粹

的民主制，大国不可能实现这种民主。但美国制宪者相信，以代议制为基础的间接民主制度即使在幅员很辽阔的国家里也是可能的。

[5] 本文在此不重复麦迪逊关于联邦主义的精辟论述，有兴趣的读者可参见《联邦党文集》第十篇。

[6] 这时逃避迫害的唯一合法途径是政治避难，但这是一种只有极少数人才能利用的非常措施。

[7] 对于《春秋》的真正作者，学术界还存在争议。也许其中有些篇章是孔子学生所作，但这些细节上的出入并不影响本文的结论。

[8] 《雅典政制》一书的真实作者仍然存疑，不少学者认为他并非由亚氏亲手所作，而更可能是由其学生代笔，但这也不改变这本书的性质及其和《春秋》在本质上的区别。

【出处】

《大国》2004年第1期，第199-206页。

【写作年份】2006

【学科类别】宪法→中国宪法

从年龄歧视看平等权的宪法标准

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】144

【阅读次数】144

中国有着千年传统的科举制度虽然弊端多多，但在年龄要求上似乎还是相当宽松的。我们经常听到范进中举这类“老来得志”、“大器晚成”的故事。可叹的是，人类进入了二十一世纪，我们在这方面有时竟然还不如当年。就在2005年，国务院人事部因发布公务员录用考试的报名公告而被告上法庭。该公告以及1994年实施的公务员录用“暂行”规定将考生年龄限制在18与35岁之间，36岁的杨世建因几个月之差而被拒之门外。当然，和科举时代不同的是，政府部门现在有宪法义务遵守“公民在法律面前一律平等”的权利。但如果得不到有效的司法保障，宪法平等原则就很容易落空。2006年3月，北京市高级人民法院对该案下达终审判决，维持了中级法院的一审决定：“根据《行政诉讼法》第12条第3项的规定，国家公务员的招录考试报名条件的设置属于公务员的内部管理事项，人事部因上诉人超龄而拒绝受理其报名申请属于公务员任用的招录考试环节，不属于法院行政诉讼的受案范围，故上诉人的上诉没有法律依据，”因而驳回上诉。像杨世建这样还没有成为公务员的考生是否属于“公务员的内部管理”范畴，专家和读者自可评论，笔者在此且不做判断，但是即便法院的不受理决定在法律上站得住脚，也并不表示人事部的有关规定就

合法合宪。事实上，人事部的规定至少有违反宪法平等原则的嫌疑，而法院的不受理决定只是又一次显示了现行的行政诉讼制度无力维护宪法的尴尬。

不论宪法实践如何，我们还是要将道理说清楚。本文所考虑的问题是，如何将抽象的宪法平等原则运用到诸如上案的实际生活中来。古今中外的歧视是数不胜数的，但是分析和鉴别歧视的方法却只有一个。首先应该承认的是，在我们这个大千世界里，存在着形形色色的区别对待。譬如我们对待自己家人的方式和对待陌生人的方式肯定是不一样的，而这种习惯一直被认为是天经地义、无可指责的；但宪政国家的一个基本共识是，政府或其它行使公权力的单位不能任意地区分公民中的不同人群，在没有理由的情况下对他们规定不同的权利和义务。这是美国联邦宪法第十四修正案的“平等保护”的基本要求，笔者相信也是中国宪法第 33 条的题中之意。然而，差别未必就构成宪法所禁止的歧视(discrimination)。在某些情况下，如果具备适当理由，政府可以对不同人群进行区别对待，而在这种情况下，因此而受到不利影响的人并不能成功挑战（尽管他们总是有自由质疑）有关措施的合宪性。

究竟什么样的理由是合适的呢？宪政国家的经验表明，这是一项颇为复杂的学问。首先，有关区别对待必须目的“正确”，也就是它必须是为了实现我们大家（尤其是法院，如果可以诉讼的话）所一般认同的正当目标，而不是基于任何不正当的目标，至少不是为了歧视而歧视。其次，这种区别对待必须是实现其所宣称的正当目标的合理手段。这两个基本要求的含义是清楚的：在我们的宪政图景中，区别对待本身不可能是目的，而永远只能是一种手段；什么手段？实现正当目标的合理手段。如果目的或动机不对，那么我们的追问便到此为止——区别对待构成了违宪歧视；如果政府为区别对待提供了普遍认可的正当理由，那还要看看特定措施究竟能否有效实现其所主张的目标，且是否还存在能同样有效地实现相同目标而歧视程度更轻的措施。可以想象，政府可能会犯各类有意或无意的错误。在某些情况下，政府只是将正当理由作为幌子，实际所做的只是赤裸裸的歧视而已。在这种情况下，政府的目的或动机本身就不正确，但我们还是能从手段的合理性出发察觉并推翻这种隐蔽的歧视，因为既然目的不对，政府往往只能主张某些貌似正当却和具体措施风马牛不相及的理由。当然，政府也可能只是诚实的犯错者，误将某种区别对待作为实现合法目标的手段。但不论是哪种情形，这两项检验缺一不可，违反其中任何一项都将使

看上去无辜的区别对待发生质的变化，成为宪法所不容许的歧视。

我们没有必要照搬别国的理论，但不可否认的是，人类的某些价值和原则是共同的；没有人愿意生活在一个任意歧视的社会，政府尤其不得通过法律或政策人为地剥夺人的平等权利，而上述推理为我们提供了一个鉴别歧视与合理区别对待的分析框架。对于公务员录用考试的年龄限制（以及其它许许多多的区别对待），我们不得不问其背后的理由究竟是什么？是因为超过 35 岁的申请人一定不能胜任公务员的工作？是因为低于 35 岁的申请人一定在精力、教育、经验等方面更胜一筹？在常人看来，这些所谓的“理由”似乎都是不堪一击的。事实上，经验和成熟程度恰恰是和人的年龄成正比的。既然如此，究竟有什么我们可以普遍接受的理由支持人事部的有关规定呢？或许，年龄要求是为了保证每一个刚入门的公务员能为国家服务足够长的年限，或公务员梯队一个相对统一的年龄层次，从而便于管理（也许年轻的公务员比较“听话”），但是这类未必能被普遍认为是足够重要和充分的理由。即使有关规定可能促进某种重要的公共利益，这种目标是否一定要通过年龄上的区别对待才能实现？对于实现同样的目标，是否还存在非歧视或歧视程度更小的手段？例如如果这类规定提出的考虑因素之一是考生的知识结构，那么更合理的手段是规定和公务员具体工作性质相关的专业知识或要求通过相关考试，而不是简单地对年龄划线，因为年龄完全体现不出一个人的知识水平。这样，公务员考试的年龄要求就将是完全任意的：它或者提不出一一种足以令人信服的公共利益作为支持区别对待的理由，或者不能证明区别对待是促进公共利益的合适与必要的手段，因而不能作为在平等原则之下合法存在的例外。

宪政的底线是所有政府行为都必须具备理性，平等保护的宪法标准最终也无非是为了保证政府行为符合基本理性。在国家有关部门没有提出充分理由并拿出令人信服的证据之前，我们只能假定年龄限制构成了宪法平等原则所不容许的歧视。

原载《南方周末》2006 年 7 月 6 日

【写作年份】2006

《哈佛法律评论之经典——宪法卷》译序

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】757

【阅读次数】757

承蒙法律出版社的邀请，由我主持《哈佛法律评论》宪法部分经典论文的编译。

在美国法的发展史上，《哈佛法律评论》作用之重要无容置疑，在各个领域，它都为后人留下了值得反复诵读的经典文献。宪法学领域又何尝不是如此。赛尔教授的“美国宪政理论的渊源与范围”一直是宪法学必读的经典，即使是司法审查最积极的拥护者也回避不了他对这项制度的谨慎质疑。威克斯勒教授的“走向宪法的中立原则”在法学论文引用率上一直排行第一，超过了霍姆斯 1897 年的绝世经典“法律的道路”。这对于法理学“排行老大”的中国来说，也许是一件匪夷所思的事情。

翻译《哈佛法律评论》的经典论文，对帮助中国读者理解美国宪法的意义也是显而易见的，我无须赘言。事实上，这正是这本文集的主要目的所在，也是选择文献的主要标准。毕竟，它所面向的是中国读者，因而要为中国读者服务，帮助中国读者理解美国宪政的渊源、历史和现状。入选这本文集的文章主要有两类。一类是历史地位不可动摇的、对美国宪法发展产生持久影响的经典名作，譬如上述两篇以及切菲教授对言论自由的评论；另一类则是活跃在当今舞台的知名学者对美国宪法（学）发展的相当晚近的概括，其中有的虽然可能仅反映了一家之言，但人们仍然能从中了解到美国宪法在某个方面的最新概况。总的来说，对前者的标准更高一些。时光对人的记忆来说宛如大浪淘沙，不断销蚀着思想的影响。对于一般的论文，年代越久远，影响力越微弱；只有真正的经典才能像一坛陈年老酒那样，借助时间发挥出越来越浓郁的醇香。更晚近的作品究竟属于哪一类，要看我们的眼力和造化了。在我们现在看来，它们代表了这个阶段宪法学说的里程碑，尽管以后也许会被更高的丰碑所遮盖。

哈佛法律评论协会曾在 1967 年出版过一个宪法的集子，收集了当时比较有代表性的十

余篇论文。我们采用了其中四篇。其余的尽管是某个领域的阶段性总结，但似乎对今天的意义已经不那么大了，因而必须为更新的综合(synthesis)所替代。我们主要从 Lexis-Nexis 网上搜索了宪法几个主要领域的论文，将我们认为有潜力成为经典的（毕竟这是需要时间检验的事情）放到现在的这本文集，构成了目前的八篇文章。

—

这几篇文章都和司法审查有关系。美国是第一个探讨这个问题的国家，其历史至少从 1803 年的马伯里诉麦迪逊开始。在这个里程碑的判例中，马歇尔(C. J. Marshall)领导的联邦最高法院在没有宪法明确授权的情况下为自己建立了司法审查权。这种做法立刻引发了几乎所有“法律人”参与的争论，这场争论延续至今。赛尔教授在判决 90 年后发表的“美国宪政理论的渊源与范围”显然不是第一篇质疑和界定这项权力的论文，但无疑是最有权威性和代表性的一篇。事实上，或许是因为司法审查已经成为既成事实，赛尔并不质疑这项权力的宪法依据，而是在勉强承认其存在的基础上限制这项权力的范围。这也是现代绝大多数怀疑者所采取的思路。毕竟，这项制度已经存在两个世纪之久；除了某些“极端分子”之外，今天已很少有人会断然否认司法审查的正当性。争论的焦点一直是法官应如何并在什么范围内行使这项非同寻常的权力。赛尔的这篇论文系统阐述了宪法的严格解释主义，并使之成为美国司法哲学的一个重要流派。虽然有些判决未必明确引用他的文章，但是从判决思路显然可以看到这篇论文几乎无处不在的影子。

威克斯勒教授则多少站在另外一边，至少看上去是如此。一开始，他先论证司法审查实际上是有条文依据的。这也和大多数人的信仰不同。大多数人都像汉德法官(J. Hand)那样认为，司法审查是宪法没有规定但对于维护宪法权威来说确实是必要的权力。威克斯勒却相当令人信服地证明，虽然宪法没有明确提到司法审查，但是从宪法规定的结构上能逻辑地读出这项内在权力。这么说来，威氏是司法审查的积极拥护者了。其实不然，他接着笔锋一转，转而主张司法审查必须依照某种“中立原则”。宪法授权法院进行司法审查，但这并不表明法院可以任意行使这项权力，随便将自己的价值、理念和政治主张掺合到宪法文本中去；假如这样做，法官就“越界”了，且威克斯勒举出了美国法官在判决过程中“越界”的许多实例，包括像“校区种族隔离案”(Brown v. Board of Education)这样的社会影响巨大且至今为民众所称颂的判例。可以不夸张地说，这是一篇迄今为止讨论这个

主题的最具建设性的论文，也是这个领域的难以逾越的里程碑。它一方面代表着自马伯里决定以来的学术论辩之总结，另一方面又清晰指明了一个新的起点、新的方向、新的思路。此后，人们对司法审查和司法职能的学术探讨多建立在这篇论文的基础上，因而其引用率那么高，也就不足为奇了。

司法审查这个潘多拉的盒子首先是由首席大法官马歇尔打开的，因而本书如果没有一篇关于他的文章将是不妥当的。法兰克福特大法官的论文专门是为了纪念马歇尔诞辰 200 周年而作，也是本书惟一的一篇来自司法实务界的文章。对于中国读者来说，法兰克福特并不是一个听起来那么熟悉的名字。如果说马歇尔、霍姆斯、布莱克或道格拉斯等人都是因为标新立异而闻名，那么法兰克福特则是一位以严谨和中庸著称的大法官，严格保持着一位法官所应有的中立和低调。在这个意义上，他比那些家喻户晓的政治化人物更能代表美国法官共同体，他对同行马歇尔的评价也因此而更为公允。尽管在美国的宪政文化之下，司法审查或许是一项迟早都要出现的宪政制度，但是说马歇尔通过马伯里决定改变了美国宪法的历史，应该并不算过誉之词。当然，马伯里案只是一个起点；通过诠释其后的一系列宪法判例史上的里程碑，法兰克福特法官进一步探讨了司法职能的本质，并再次对司法超越界限的可能性发出警告，而这种警告和前面两篇论文的主旋律是相当和谐的。

二

如果以上三篇是专门关于司法审查的论文，本书的其它论文则是从更具体的视角探讨同样的问题。阿克曼教授的文章是要“超越”1938 年的卡罗琳产品案，更准确地说是其中的一个脚注——大名鼎鼎的“第四脚注”（Footnote 4）。可别小看它只是一个脚注，它对美国宪法的影响力实在是非同小可。即使美国宪法如此简练，你也可以不知道其中某些不那么重要的条文，但是却不可以不知道这个脚注；如果美国法学院的学生不知道这个脚注意味着什么，那么可以肯定他通不过宪法学的期末考试。为什么？因为在这个脚注中，首席大法官斯通（C. J. Stone）阐明了法院在什么时候可以或应该对立法加大审查力度。什么时候？在民主和法治“失灵”的时候。斯通法官在“第四脚注”中列举了几种情况，其中一种是“分散和孤立的少数族群”的利益受到法律上的歧视。我们知道，民主在程序上就意味着多数主义规则：如果民主程序正常进行，那么社会中的多数选民将最能代表自己利益或观点的候选人选入议会；议会代表中的多数通过法律，使之最有效地反映多数人的利

益和观点。但是如果多数人的某些利益或观点并不那么无辜——如果他们侵犯了少数人的基本利益，那又该如何呢？在民主和法治国家，除非你能唤起多数人的支持或同情，你是没有希望的；譬如你和你的同类只占这个社会的十分之一，你很可能发现多数人压在你头上，对你们进行任意的歧视，而且是以神圣的“法律”的名义！在美国历史上，种族歧视正是以法律的形式强加在黑人等有色人种身上，而这些法律都是通过民主程序制定的。

在这种情况下，既然民主帮不了你的忙，你只有靠法院了，也就是希望由法院宣判这种法律违反了宪法第十四修正案对所有人的平等保护；当然，如果这个社会就是清一色的歧视，法院也不见得帮得了你，但多一个依靠总没有坏处。斯通大法官指的就是这个意思：正是在民主和寻常的法治不能可靠地得到宪法所要求的结果时，法院应该也可以发挥其独特的作用——应该，是因为歧视的受害者不能依靠议会或总统这类通过民主选举产生的政治机构，因而法院在宪法面前责无旁贷；可以，是因为反正民选机构不能有效发挥其宪法职能，因而法院代行其职并无越位之嫌。注意到卡罗琳产品案宣判于1938年，正值罗斯福总统新政之后，法院的威信跌落到仅次于“蓄奴案”（Dred Scott）的最低点。事实上，最高法院在这个案例的判决中明确信奉司法节制主义，全面退出对立法和行政的司法干预。然而，“第四脚注”为司法复兴埋下了伏笔：毕竟，在某些情况下，这个国家还是需要司法干预的。通过这个脚注，斯通法官界定了现代法院在民主社会中的司法职能，进一步发展了美国的政治制衡理论，并为法院日后对取消美国的政治与法律歧视发挥巨大作用做好了理论准备。种族最终被宣判为“嫌疑归类”（suspect classification），法院将以“理论上严格，实际上致命”的眼光来审视涉及种族的立法：一旦涉及任何种族歧视，这部法律就面临“死刑”了。在美国历史上，起到这种作用的判例屈指可数，足见“第四脚注”举足轻重的地位。

当然，“第四脚注”毕竟只是一个脚注，斯通法官不可能在此将所有问题说清楚。这也就引发了阿克曼教授的挑战。他并不质疑“第四脚注”的出发点：司法机构可以在民主政治机构“失灵”的情况下发挥更大的作用，但他质疑脚注表述的准确性：“显明和孤立”的少数群体是否真的在民主社会中无能为力？如果诸如种族等群体在今天并非如此，那么司法继续给予其特殊保护就等于“弄错对象”了，而其他真正需要得到司法保护的群体却受到忽视。通过逐个澄清概念误区，阿克曼指出“第四脚注”的措辞具有误导性：需要特

殊保护的其实不是“显明和孤立”的少数群体，而是“隐性与分散”的少数群体，譬如妇女、穷人和同性恋者——有时甚至是多数群体，因为他们的集体行动面临着组织成本的巨大障碍。通过这篇论文，阿克曼与其说是挑战或“超越”卡罗琳产品案，不如说是更新了“第四脚注”在现代社会的意义。

三

注意上文的全部讨论有一个前提：“如果民主程序正常进行”，但这个前提显然不是自动成立的。如果这个前提不成立又如何？我们知道，在当今世界上，几乎所有国家都宣称自己是“民主”的，但民主程序运行良好的国家并不多，不少国家贿选、舞弊现象相当严重。如果徒有纸上的规定，实际上“选”出的议员并不能代表社会上多数人的利益和立场，那么其所制定的法律在社会效果上如何，便可想而知了。如何防止这种情况发生，保证民主程序依法进行？这又是民主本身无能为力的事情了，因为在选举的那一刻，被选举的那个政治机构其实已经解体了，所以根本无法保证新的人选符合宪法要求。民主过程必须得到法治的保证，否则就注定是虚假的民主；为了保证民主过程的法治化，法院又必须发挥其应有的作用。事实上，这是“第四脚注”命题的延续。“第四脚注”也确实提到了这种情况：限制政治程序的立法应受到更严格的司法审查。如果法律禁止某个人群参与选举过程，那么他们肯定不能指望通过选举和立法来保护自己的权益了。在这种情况下，法院有理由对此类立法进行更严格的审查；法院这么做非但不和民主原则相冲突，反而恰恰是在制度上帮助民主“运转起来”。

皮德斯教授的论文涉及范围更广。选举过程不仅可能受到法律限制（例如美国在大约半个世纪以前对种族的限制），而且还可能受到种种因素的扭曲，例如选区人口分布的不均衡、选区形状的不规则以及法律对竞选资金的规制等等。另外，尽管法律规定本身没有什么问题，实际操作过程却可能会出现形形色色的问题，如自动识别选票的机器可能误读或忽略某些有效选票等高度技术性问题。2000年的美国总统大选是一个最贴切的例子。如果某个关键的选区在统计选票中有争议，法院应有何作为呢？选举是一个政治过程，但并不是法院所不能插手的“政治问题”（political question）。对于这样的问题，法院可以说是最有资格管了：相对于其它机构（如国会——总统自己显然是不能插手的，尤其是如果他像在2000年大选中那样作为候选人卷入争议的话），法院的独立和公正受到更可靠的

保障。问题是法院在处理这类问题过程中应尊重什么限度，遵循什么原则。如果司法审查的标准不妥当，那么没有什么能保证法官比平常人更公正或客观，所谓的司法判决也就不过是少数几个人按照自己主观意念的投票结果而已。（在 2000 年总统大选所引发的“戈尔诉布什”判决中，这种情况可能真的发生了。）皮德斯教授对这类问题有深入的研究，早先曾和他人一起主编《民主之法》(The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process)一书，可以说是集这个领域的各种判例与理论之大成。在最近的“民主政治的宪法化”这篇文章中，他梳理、总结和评判了最高法院近年来的判例，进一步阐述了民主通过司法而宪法化(judicial constitutionalization)这个新鲜的主题，并发展了一套鉴别司法审查正当性的标准，读来令人耳目一新。

当然，民主依赖一系列制度保障，只有司法保障是远远不够的。司法是对民主以及所有宪法权利的最直接也是最后的一道屏障，但如果没有言论和新闻自由，没有充分和自由的辩论与交流，没有选民与候选人的准确信息，我们能指望这样的“民主”能产生什么政府呢？如果等到选举那一天再来关心整个过程的合法性，只恐怕专制的生米要煮成熟饭了。这是为什么言论与新闻自由对于民主如此重要，同时也是为什么政治言论的自由是如此重要。两者其实反映了同一个命题：言论自由之所以重要，之所以不能受到政府的随意控制和干预，正是因为它对于民主社会发挥着一种不可替代的作用。这就是霍姆斯和布兰代斯(J. Brandeis)法官在两次世界大战之间的一系列反对意见中所阐述的伟大思想。联邦宪法第一条规定：“国会不得剥夺言论和新闻自由。”这么简短的一句话意味着什么？他们将其理解为，言论在一般情况下是不受控制的，除非言论将产生“清楚与现存的危险”(clear and present danger)；法院应当严格审查限制言论的法律，防止其对言论自由构成过重的负担。这一思想在切菲教授那里获得了系统化。在 1941 年的《美国的言论自由》一书中，他为“清楚与现存危险”的宪法标准提供了理论依据，并促使这一标准作为少数意见逐步为多数意见所接受。

然而，“清楚与现存的危险”标准本身就存在着至少两种截然不同的解读。一种解释认为它要求法院平衡言论的种种社会后果，然后决定政府是否可以限制言论。另一种解释则认为“平衡”路径太主观、太不确定、给法官的自由裁量权太大，以至于不可能为这项至关重要的自由提供有效保障；事实上，在两次大战之间及之后一段时期，最高法院的多数意见正是基于霍姆斯法官的“清楚与现存危险”标准，将被告发表反战言论的自由给“平

衡”掉了。因此，为了保证言论自由不受政府的控制或剥夺，法院应该采取“绝对”(categorical)保护路径：凡是属于宪法保护范围内的言论，一律不受政府干涉，就这么简单。虽然只有少数人采取看上去极端的第二种路径，其中亦不乏杰出者。法官中有布莱克(J. Black)，学者中则有切菲的老师迈克尔约翰教授。后者将言论自由和民主自治紧密相连，系统发展了言论自由的绝对保护理论。但是“吾爱吾师，吾尤爱真理”。在此收入的这篇短评中，切菲教授为自己和霍姆斯法官辩护，并责怪其师“剑走偏锋”。这是关于言论自由两大门派的交锋。孰是孰非，读者读后自有公断。

四

和皮德斯教授的文章一样，普斯特教授的论文也是对联邦最高法院最近一届开庭期的评判和总结。《哈佛法律评论》每年都会请一位知名学者（一般是宪法学领域）写一篇继往开来的“前言”(Foreword)，回顾和梳理过去一年的判例进展，展望新的一年的司法成就。2002年是非同寻常的一年，因为最高法院在这一年以出人意料的方式判决了好几个意义重点的案例，从根本上改变了以往对州政府侵犯同性恋袖手旁观的态度，并明确肯定了大学校园里的“纠偏行动”(affirmative action)的合宪性。“纠偏行动”有时也被称为“反向歧视”(reverse discrimination)：它是一种法律上的“歧视”，不过和一般的歧视正好相反，它“歧视”的不是少数群体或政治上的弱势群体，而正是制定法律政策的强势群体自己，其目的是补偿少数或弱势群体在历史上受到的歧视和不公待遇，并促使他们早日强大起来，足以通过民主政治过程保护自己的利益。譬如加州大学医学院曾明确为非裔或西裔等少数族群保留录取名额，这种做法当然照顾了少数族群的需要，但其显然的后果是损害了部分白人考生的利益。如何对待这种“歧视”？最高法院相当部分的法官至今仍然认为，“反向歧视”和一般歧视没有区别，都属于“嫌疑归类”，因而都适用于严格审查标准。斯通法官假如在世，很可能会反驳这种不分青红皂白的做法，因为“反向歧视”的对象并不是“分散和孤立”的，因而并不需要特别的司法保护。不过在实际适用过程中，多数法官对纠偏行动的审查标准似乎并不那么严格，一般允许大学为了校园的“多样化”(diversity)而规定有利于少数族群的录取政策，只是不得明确规定限额。但从1970年代中期最高法院首次接触这个问题之后，“多样化”是否能为纠偏行动提供宪法依据，一直是一个未决悬案。2002年，密西根大学的录取政策又惹起社会风波，辩论双方都通过媒体积极造势。最高法院下达了折中判决，继续否定限额制度等纠偏行动的合宪性，但明确肯定

“多样化”可以作为纠偏行动的宪法依据。保守派人士没有觉得太“吃亏”，自由派人士则宣称这是一个划时代的“胜利”。

初看起来，这个判决似乎有点意外，因为美国最高法院现在是由保守主义者占多数，年迈的首席大法官伦奎斯特(C. J. Rehnquist)是其代表。2000年总统大选案中5:4的判决，清晰显示了共和党略占优势的法院构成。尽管在理论上人们都赞同威克斯勒教授的“中立原则”，因而法官究竟信奉什么意识形态应该是不相关的，但是“应该”归应该，实际上所有人都明白法官是不可能绝对中立的。尤其在涉及政治和政策立场的案例中，法官的判决必然受到其意识形态的影响。这样一来，如何理解2002年自由派在纠偏行动和同性恋诉讼中的重大“胜利”？普斯特教授试图从文化的角度来解释这些看上去不好理解的判决。他认为，法官的解释过程并不是像一般想象的那样独立，而是受到社会文化的影响和约束。事实上，法官的任务正是诠释社会主流意识形态对宪法的理解。正是通过法院的文化解释，抽象的宪法在具体案例中获得了实定法的权威。或许也正是通过文化对法官个人的约束，“中立原则”才成为可能。

最后，却伯教授的论文多少代表了法学领域的“另类”。具有数理功底的他试图用相对论和量子力学等近代物理学原理，来昭示司法过程的性质及其社会作用。不错，法院是受社会约束的，但反过来司法活动也积极地改变甚至塑造社会。就和传统物理学割裂了物体和观察者之间的联系那样，传统的法理学也割裂了法院作为审判者和被审判的那部分社会之间的联系。现代量子力学揭示，观察过程将改变被观察的对象，尽管这种变化在宏观是微小的。同样的，司法判决也改变着有待判决的事实本身。法官必须理解，在“弯曲”（而不是像传统认为的那样笔直）的宪法空间中，他的判决将影响他对待决案件本身的认知，并将改变受判决影响的社会。法官必须清楚地意识到自己和社会“交织于一个复杂的意义网络”，意识到判决不只是一种被动的“观察”，而是主动塑造社会的“行为”。惟有如此，司法过程才能获得其应有的责任感。

本书目录

美国宪政理论的渊源与范围……………詹姆斯·B. 赛耶(James B. Thayer) 张千帆译

The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law

走向宪法的中立原则……………赫伯特·威克斯勒(Herbert Wechsler) 张千帆
译

Toward Neutral Principles of Constitutional Law

约翰·马歇尔和司法职能……………费利克斯·法兰克福特(Felix Frankfurter) 石明磊
吴斌 牟效波

John Marshall and the Judicial Function

超越卡罗琳产品案……………布鲁斯·A. 阿克曼(Bruce A. Ackerman) 田雷译

Beyond Carolene Products

民主政治的宪法化……………理查德·H. 皮德斯(Richard H. Pildes) 田雷
译

The Constitutionalization of Democratic Politics

言论自由及其与自治的关系……………泽克利亚·切菲(Zechariah Chafee) 魏晓阳译

Free Speech and Its Relation To Self-government

宪法的法律权威之形成：文化、法院与法…罗伯特·C. 波斯特(Robert C. Post) 冯
川译

Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law

弯曲的宪法空间……………劳伦斯·H. 却伯(Laurence H. Tribe) 田雷 余自?
V 译

【出处】

北大公法网

【写作年份】2006

【学科类别】宪法→中国宪法

“公共利益”是什么？社会功利主义的定义及其宪法上的局限性

评

What is “Public Interest”? The Utilitarian Definition and Its Constitutional Limitations

张千帆

【摘要】

本文从方法论的个体主义出发，论证社会功利主义为“公共利益”提供了最恰当的定义。按照这种定义，“公共利益”就是全部私人利益之和，而法律的基本目标就是个人利益总和的最大化。尽管如此，“公共利益”仍然很难准确计算，因而在很多情况下——例如土地征收和城市拆迁，政府计划是否符合“公共利益”是通过制度决定的。由于代议制民主和功利主义具有天然联系，议会一般被认为是“公共利益”的最适当决定者。最后，议会代表的多数人利益可能和少数人权利发生冲突。在这种情况下，议会权力及其所定义的“公共利益”必须通过宪政机制而受到限制，以避免侵犯宪法为所有人保障的基本权利。

【关键词】公共利益，功利主义，民主，法治，宪政

【点击次数】1436

【阅读次数】1436

一、“公共利益”作为法律追求的目标

“公共利益”一直是法学中最重要的概念，因为无论在中国还是西方，也无论是在学说还是判例上，它一直被作为一般法律所追求的基本目标。^[1]“法”之作为法治国家统治社会的公器，当然只能追求对于社会大众而言“公共”的利益，而不是任何特定私人——譬如立法者或执法者自己——的利益。困惑在于，社会是由一个个私人组成的，而他们之间的利益又不完全一致，有时甚至发生不可调和的冲突。既然我们在绝大多数情况下并不能有意义地谈论“所有人的利益”，“公共利益”究竟是指谁的利益呢？大多数人的利益？弱势群体的利益？不论将“公共利益”定义为什么，我们都会面临一个基本难题：

如果“公共利益”被定义为一个漫无边界、包罗万象的概念，那么它就完全失去了法律意义；如果“公共利益”是确定并有界限的，那么又如何看待和“公共利益”对立的社会利益？糟糕的是，我们在大多数时候只是将这个概念挂在嘴边一带而过，但很少有人真正理解它究竟是指什么并直面它所带来的困惑。

然而，“公共利益”作为一个法律概念必须发挥其应有的作用。事实上，这也是中国宪法的明确要求，因为在经过 2004 年修正之后，1982 年宪法第十条第三款明确规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”^[2]

类似地，宪法第十三条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”根据宪法文本的显然含义，政府征收或征用土地或私有财产的前提条件是征收行为必须以“公共利益”为目的；只有“为了公共利益的需要”，政府才能合宪地征收财产，而如果我们不能清楚地界定“公共利益”的范围，上述宪法限定就失去了意义。

在法学界，“公共利益”的界定产生了许多困惑，^[3]而引起这种困惑的部分原因在于我们对这个概念的要求过于完美——既然它是所有法律追求的目标，它自然应该是至善至美的；否则，岂不有辱“法”和“法治”的名声？但笔者以为，与其苛求十全十美而使概念复杂得不可定义——至少不同的人很难对其达成一致的理解，不如满足于一个有局限甚至有缺陷的定义。至少，局限性意味着这个概念具有确定的边界；至于缺陷则可以通过其它方式补救，并不一定非要期望普通的法治能解决全部社会问题。事实上，“法”并不是什么完善的东西，法治也未必是至善的状态。根据美国大法官霍姆斯(Oliver W. Holmes)的观点，法治只是在没有更好选择的情况下社会不得不采取的一种统治方式，^[4]

“法”则只是立法者在其当时的视野中认为社会效果最好的统一规范。立法者可能会犯错误——即使由普选产生的立法者也不例外；^[5]且即便不犯错误，具体法治的结果也未必对每个人都是最好的（尽管就长期来看，也许可以论证法治几乎对于每个人都是最好的）。既然对法治不应怀有太多的奢求，我们对法治的目标——公共利益——似乎也应该采取同样慎重的态度。

因此，笔者主张为公共利益“减负”：就和不要期望法治的结果十全十美一样，我们也没有必要将所有诱人的名词全都加在“公共利益”身上；这样的“聚宝盆”固然好，但

它对于我们解决实际问题并没有太大用处，通常只是引发一场徒然的概念辩论，最后仍然是众说纷纭、不了了之。为了保证学术争论的价值，我们只能满足于一个一般人都能接受的有意义且可操作的定义，尽量避免让概念变得包罗万象而失去意义或无法操作。

二、驱除“公共利益”的魔幻——“公共”就是“私人”之和

作为一个法律概念，公共利益的重心在于“公共”。和“社会”、“国家”、“集体”等宏观概念一样，“公共”是一个整体(aggregate)而非个体(individual)性质的概念，而许多的困惑便因此而产生了。一旦脱离构成整体的个体之后，“公共”便可以通过人的想象而无限夸大、膨胀和神化，最后不仅在理论上产生难以自圆其说的悖论，而且在实践中成为压在个人身上的一个沉重的幻影。掌握公权力的人可以利用“公共”的名义，堂而皇之地做出伤天害理的事情而无须承担法律和道义的责任。因此，尽管“公共利益”本来意味着所有人的权利，但如果解释不当，却可能受到“异化”而成为压迫每个人的工具。

要纠正这种倾向，只有运用方法论的个体主义(methodological individualism)，^[6] 让“公共”重新找回其个体的根基。毕竟，宏观是由微观构成的；“公共”不是抽象的，而是由一个实实在在的个体构成的。我们确实不应该“只见树木，不见森林”，但同样也不应该“只见森林，不见树木”；如果前者只是一种狭隘，后者则成了一种虚幻——没有树木，哪里来的森林？因此，对“公共”的解析必然要求我们有意义地探讨公共的构成。既然公共是由个体构成的，公共利益也是个人利益的某种组合，并最终体现于个人利益——国防之所以是一国的“公共利益”，并不是因为抽象的“国家”从中得益了，而正是在于这个国家的每一个实际存在的人都得益了。就不存在超越个人的社会或国家一样，超越个人的“公共利益”也同样是不存在的；否则，我们就堕入了无法自拔的诡辩论陷阱。

公共利益究竟如何表达为个人利益呢？可以想见，表达的方式可以是多种多样的。但社会功利主义(utilitarianism)提供了一种最简单的表达方式，也就是个人利益的简单叠加。从功利主义的角度看，既然公共利益是具体法治的追求目标，法律就是要实现个人利益之和的最大化。^[7] 功利主义的这种定义未免失于简单，但它至少是一个在理论上

有意义并可操作的定义（尽管准确测量实际上仍存在极大的困难），且也很难设计出一个更合理与简便的计算方式。^[8] 作为方法论个体主义的体现，功利主义至少清楚表明社会中每个个体的利益都是公共利益的平等组成部分，从而有助于祛除“公共”或“集体”这类概念所经常带有的虚幻的形上学幽灵。因此，虽然功利主义至今仍受到不同学派的挑战，它一直是西方政治哲学和法学的“正统”理论。目前颇为盛行的法经济学正是以功利主义作为其理论基础。

事实上，方法论个体主义和功利主义理论通过转移我们的焦点，解决了我们原先遇到的“公共利益”难题。我们原先的问题是：什么是“公共利益”？在方法论个体主义者看来，这个问题几乎是不可回答的，因为既然公共由个体构成，而法律很少以同样的方式影响社会中的每个人，因而究竟涉及到多少人才构成“公共”，往往是一个见仁见智的程度问题。拆迁为市区经济发展带来好处，表明人数不确定的许多市民都将从中得益，但被拆迁者却可能因补偿不到位而受到损害。在社会利益相互冲突的时候，究竟社会中哪一部分能正当代表“公共利益”呢？既然企业和被拆迁户都是社会的一部分，它们都构成公共利益的一部分。幸好，社会功利主义不要求我们回答这样的问题，而是将我们的问题转变为：要决定是否应该拆迁，应当计算拆迁所带来的利益（譬如企业发展给本市居民带来的好处）和成本（对被拆迁户造成的损失或必须提供的补偿）；只有利益高于成本，因而拆迁后公共利益有所增加，政府才应该实施拆迁计划。

三、谁来界定“公共利益”？

当然，明确了公共利益的定义并将其作为法律的基本目标，并不等于这种目标就会自动实现。事实上，如何衡量、确定与实现公共利益本身成了社会功利主义的一个难题。拆迁和商业开发是否会比旧城改造带来更大的公共利益？是否存在使公共利益更大化的其它方案？这些问题涉及到许多人的成本和利益之平衡，因而往往很难决定。传统的功利主义学说假想了一个“中立的旁观者”（neutral spectator）：就和上帝一样，他有足够的能力和智慧洞察每个人的快乐和痛苦。但在实际生活中，我们知道这样一个超然全能的“中立旁观者”并不存在。每个人只是比较清楚他自己的感觉而已，同时由于人“主要是自私的”（休谟），他主要关心的是自己的权利和利益，而不是社会中其他人的利益。因此，

社会功利主义并没有令人满意地回答如何从制度上保证立法符合公共利益这个关键问题。严格意义上的功利主义目标是不可实现的，功利主义理论也因此受到了普遍的批评。

尽管如此，民主制度可以说近似地实现了功利主义所定义的公共利益。^[9] 在古典的直接民主制，每个成年公民对于重要的社团政策具有直接的发言权。由于每个人都是对自己利益最好的守护者，我们期望民主过程所产生的政策基本上是符合社团整体利益的。当然，这种体制对于现代大社会来说是不可行的，但现代民主还是通过选举间接地达到了同样目的。选民按照自己的利益和观点来选择立法代表，并通过周期性选举的压力迫使这些代表在制订国家政策时充分考虑选民的意见。根据公共选择理论，只有在立法者和选民的利益相吻合的体制中，才有可能保证立法和公共利益一致。这是选举制度的作用：它迫使立法者必须迎合其选民的利益，否则就将面临落选的威胁。如果能保证每一个议会代表都是由地方选民在众多代表不同政策的候选人中自由选举出来的，那么他们可被期望在选举压力下代表本地区选民的利益与要求，且在聚合到议会之后能够制定出符合公共利益的法律。事实上，现代民主所采取的多数主义规则和公共利益的功利主义定义有着显著的相似性：根据多数主义原则，获得最多选票的候选人被承认为选举的获胜者；根据功利主义，公共政策应该使得个人功利的总和达到最大。

因此，民主是公共利益的最有效制度。哪怕是粗略的公共选择分析都可以得出结论，任何缺乏自由与平等选举的非民主体制都不能保证政府将致力于实现公共利益的最大化，而后者正是政府的正当性基础。没有民主选举，就没有理由认为立法本身将符合公共利益；这样的国家即使实现了法治，也未必是一件好事。功利主义与民主确实不能防止多数人侵犯少数人基本权利的情形发生，但这类情形在历史上毕竟是例外而非规则。对于日常生活中遇见的大量政府行为，简单的功利主义原则——促进“最大多数人的最大幸福”——似乎已经提供了令人相当满意的价值评判标准。至于多数主义民主规则在追求公共利益的过程中可能产生的问题，在此被保留给宪政来处理。

这样，诸如拆迁是否代表公共利益的问题就不难回答了。“公共利益”仍然是一个难以界定的概念，但这个问题不再是由学者或法官这类不可能严格中立的“旁观者”决定的，而是在民主代议过程中自动决定的。决定公共利益的“皮球”被“踢”给了议会，而如果民主选举将迫使议员代表选民的利益，那么议会的决定将被认为自然符合“公共利益”。

笔者将在别处更详细地论证，宪法对财产或土地征收的“公共利益”要求与其说是规定了征收行为的客观条件，不如说是表达了作出征收行为所必须满足的制度条件——全国和地方人大应该在决定征收过程中发挥实质性作用。

四、“公共利益”与宪法

最后，如本文一开始承认，如此定义的“公共利益”并不是一个十全十美的概念。在大多数情况下，“公共利益”仅代表着社会多数人的利益，因而未必充分照顾到少数人的利益，^[10]而社会功利主义也因此而受到诸多批评。如果被推向极端，功利主义可能会支持“多数人的暴政”(majoritarian tyranny)，纵容多数人通过民主和法治的形式侵犯少数人的基本权利。例如代表多数人利益的议会可以不仅决定拆迁符合公共利益，而且以法律形式明确拒绝为被拆迁户提供适当补偿，而由此给社会带来的快乐可能会超过给人数有限的被拆迁户所带来的痛苦。以罗尔斯的《正义论》为代表，^[11]批评的焦点是功利主义原则强调了效率但忽视了社会公正，因为虽然公共利益由个体利益构成，功利主义原则仍然允许集体无限制地超越或压制个人。只要社会其他成员所获得的快乐将超过个人所承受的痛苦，那么政府就可以通过立法去强迫个人为社会作出牺牲，而普通意义上的民主和法治非但不能纠正这种倾向，而且恰恰是造成这种结果的制度因素。

这意味民主和法治是不完善的，因而由此产生的“公共利益”也未必是完美无缺、“义无反顾”的追求目标。它要求我们通过其它途径超越普通法律意义上的“公共利益”的局限性——这就是宪政：宪政的功能正是在于弥补民主和法治的不足。如果议会可能纯粹出于社会多数人的利益而忽视少数被拆迁户的基本权利，而这是宪政国家不能接受的结果，那就让宪法明确规定任何征收或征用都必须给予补偿，并通过司法审查制度予以有效保障。这正是2004年宪法修正案所规定的，也是为什么美国早在1791年的《权利法案》第五条就规定：“公用征收必须给予公正补偿。”通过司法审查制度，议会权力及其所定义的“公共利益”受到了实质性限制。

在这个意义上，由人民代表决定的“公共利益”是普通法律所追求的目标，但未必在所有情况下都是宪政的目标。在通常情况下，在民主过程中产生的决定应该受到充分尊重，

但是民主和法治也是有宪法限度的，因为即使通过民主和法治的手段也不能剥夺任何人受宪法保护的基本权利。宪政固然尊重社会多数人的利益和意愿，但宪政的目标是保障所有人的基本利益。因此，尽管代表多数人的议会有权决定财产征收是否符合社会公共利益，但它必须按照宪法要求对被征收者提供公正补偿。通过宪政，民主和自由、效率和公正、多数人的利益（“公共利益”）和少数人的权利最终获得了协调与统一。

【注释】

张千帆，政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作获得了国家社科重点项目的支持，在此谨表感谢。

[1] 譬如在中国古代法家学说中，“法”和“公”已经联系在一起：“能去私曲就公法者，民安而国治；能去私行行公法者，则兵强而敌弱。”《韩非子·有度第六》。

[2] 事实上，在修正之前，宪法第十条已经规定“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收”。

[3] “公共利益”的界定已经成为行政法领域的争论焦点，见2004年的中国行政法学年会的讨论。

[4] 见“法律的道路”，《南京大学法律评论》2000年秋季号，第6-19页。霍姆斯在该文中指出，法治只是一种替代了人治的统治方式，并在未来将被更合理的统治方式所替代。

[5] 国内法学界长期存在着有关不符合公共利益的“恶法”是否为“法”的争论。从操作的角度看，由于不存在下述在严格意义上的“中立旁观者”去认定特定规定是否构成“恶法”，因而只要没有经过国家认可的正式程序判定违反上位法（如宪法），任何具有法律约束力的政府行为都不因存在“恶法”的嫌疑而失去效力。因此，如果没有被判决违宪，即使被许多人认为是“恶法”的法律仍然是“法”。

[6] 参见Max Weber, *The Methodology of the Social Science*, Edward A. Shils and Henry A. Finch (tr.), New York: Free Press (1949).

[7] 也就是所谓“最大多数人的最大幸福”。关于功利主义的代表作，见Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, New York: Hafner Press (1948); John Stuart Mill, *Utilitarianism*, London: J. M. Dent & Sons Ltd. (1972).

[8] 事实上，民主选举的基本游戏规则——由一人一票决定的多数选票获得者获胜规则——除了操作上的便利之外，似乎也没有什么天经地义的理由。如下所述，功利主义的线形叠加原则和民主选举原则有着某种自然的相似性，尽管“一人一票”的平等原则注定了选票不能像功利计算那样考虑个人效用强度上的差异。

[9] 之所以是“近似”的，是因为民主表决在集中个体选择的时候还是会产生各类“集合”

(aggregation) 问题。参见 Ackerman, Social Justice in the Liberal State, pp. 34-44.

[10] 我们当然希望议会代表不仅考虑到多数人的利益,同时也照顾到少数人的利益,但这种良好的愿望在制度上是没有保障的,因为多数主义规则决定了由选举产生的议会代表必须也只需要代表多数人的利益。在这个意义上,我们也只能期望多数议员所通过的法律代表多数人的利益,而不是所有人的利益。因此,如果我们认为经过民主程序而生效的法律自然代表“公共利益”,那么这种“公共利益”也至多是多数人的利益;强求它代表全体人的利益,只能是一种不切实际的奢望。参见张千帆、肖泽晟主编:《宪法学》,北京:法律出版社2004年版,第9-15页。

[11] 参见 John Rawls, A Theory of Justice, Cambridge: Harvard University Press (1971)。

【出处】

《法学论坛》2005年第1期,第28-31页;《人大复印报刊资料·宪法学行政法学》2005年第5期全文转载,第50-53页。

【写作年份】2006

【学科类别】宪法->中国宪法

“公共利益”的构成——对行政法的目标以及“平衡”的意义之探讨

评

The Composition of “Public Interest”: On the Objective of Administrative Law and the Meaning of “Balancing”.

张千帆

【摘要】

通过探讨学术争论的意义与性质,本文首先说明“平衡”本身不可能作为行政法的基本目标。文章然后论证,行政法(或一般法律)的基本目标应该是社会公共利益的最大化与个体利益的合理分配,并探讨了公共利益与个体利益之间的相互关系,以及效率与公正之间的有机联系和同时追求两者的可能性。文章最后指出,在明确行政法的基本目标之前提下,平衡论对行政法的研究与实践仍具有积极意义。

【关键词】公共利益, 平衡, 行政法, 效率, 公正

【点击次数】2568

【阅读次数】2568

一、引言

“公共利益”和“平衡”或许是法学中最重要也是最混乱的两个相关概念。在现代民主国家,任何具有正当性的法律都必须是为了社会的“公共”利益而不是任何特定私人的利益而制定的。但社会并不是一个密不可分的整体,而是由一个个实在的人组成的,而人和人、集团和集团、国家和国家之间的利益经常发生冲突,因而究竟什么是“公共利益”

成为一个令人困惑的问题。几乎任何一部法律——哪怕是我们的宪法——都不可能在所有情况下满足所有人的利益。在任何立法过程中，立法者不得不做的一件事情是“平衡”这些相互冲突的利益。一个自然产生的问题是立法者究竟如何去平衡相互冲突的利益——按照什么原则、追求什么目标、采用什么方法？

在西方的立法和司法实践中，至少在边沁的《道德与立法原理》发表之后，这些重要问题逐渐得到澄清，因而今天已经形成了一套相对确定的共识。但在国内法学界，这些问题还有待深刻与全面的反思。在计划经济和教条主义的长期影响下，“公共利益”经常被作为剥夺个人权利的借口。在“国家”、“社会”、“集体”这些大得无边无际的幻象面前，个人及其私利渺小得抬不起头来，更不用说通过国家认可的手段（如诉讼）堂而皇之地公开维护了。改革开放之后，随着私人经济主体的地位不断提高，国家随意控制或干预私人生活的正当性日渐消失，个人开始和“集体”分庭抗礼——尽管他们在抗争中仍然经常是失败者。在这种社会状况下，人们才意识到以往所理解的这种“公共利益”和私人利益之间存在着一种无处不在的紧张关系。然而，“公共利益”究竟是什么？人们仍然莫衷一是。^[2]

正在这种背景下，行政法学中出现了“平衡论”。^[3] 根据这种理论，政府不再是说一不二的管制者；在管理社会的过程中，政府权力应该得到一定的制约，使之与私人权利达致某种“平衡”。在过去十年中，平衡论已在行政法领域引起了广泛讨论。对于平衡论是否能作为行政法的基本理论与方法，法学界仍存在着不少争议。^[4] 这些争论对中国公法学的发展无疑是有益的，但同时也必须指出其中存在着概念模糊不清等诸多问题。尤其在行政法的目标不甚明确的状况下，“平衡”这一概念存在着被滥用的危险。“平衡”本身经常被当作一种至善的状态，成为行政法所要追求的基本目标，从而陷入了在哲学上不能自圆其说的困惑。

本文的主要目的是说明三个相关问题：首先，“平衡”本身不可能作为法律的目标；行政法的基本目标是社会公共利益的最大化，加上这一利益的合理分配，以同时兼顾效率与公正。其次，按照社会功利主义的定义，“公共利益”不是别的，就是私人利益的总和；私人或个体利益是公共利益的组成部分，不存在任何超越私人利益的“公共利益”。^[5]

最后，私人利益之间不可避免地存在相互冲突，因而“平衡”实际上是指在处理私人利益

冲突的过程中使私人利益之和最大化。只有在明确这一基本目标的前提下，权利与义务的“平衡”才有意义，且平衡论作为实现这一目标的方法仍然是有益的。

本文的主题是“行政法”的目标与方法。事实上，公共利益是包括私法在内任何法律的追求目标，因为法律作为一种由公权力产生的统治社会的“公器”，必然以公共利益为归属。且在广大的民商法和经济法领域，我们不断看到私人之间的利益冲突——老板和雇员、国有企业和私营企业、开发商和被拆迁户、农民和城市居民，等等，都存在着利益上的矛盾，而法律的任务就是通过调整这些私人主体之间的矛盾实现公共利益的最大化。尽管如此，公法在这方面的问题更多，因为政府一直被作为公共利益的代表，因而如何处理公共利益和私人利益的关系是公法学中尤其重要但也尤其感到困惑的问题。对这个问题的处理不仅影响到“公共利益”在具体问题中的界定（譬如在土地征用过程中决定有关征用行为是否合宪合法），而且还关系到政府权力的整体定位。因此，虽然本文某些部分的讨论适用于其它领域的法律，其所关注的重点仍然在于公法。

值得指出的是，虽然本文将社会功利主义理论作为定义公共利益的标准，笔者本人并非对这种理论毫无保留。无论如何定义的“公共利益”都不能为侵犯个人的基本权利和自由提供理由，而宪法为这种基本权利和自由提供了法律所不能侵犯的保障。在这个意义上，宪法和包括行政法在内的普通法律所追求的目标或许不完全一致：尽管多数人的利益是普通法律的追求目标，但它未必在所有情况下都是宪法的追求目标。^[6] 由于本文将不涉及宪法对于保护少数人基本权利的特殊功能，本文所述及的观点将主要适用于行政法学。

笔者认为，法学研究首先必须清除基本概念上的混乱。目前比较突出的问题是简单的道德判断占了太大的比例，因而所谓的“学术争论”其实往往只是归结于论者在价值选择上的差异。虽然价值选择是社会科学研究中的普遍现象，因为研究者作为具有道德观念的人难以避免地对其所研究的问题采取一种价值判断，但价值选择终究不应取代客观中立的实证分析。如果说价值选择是接触社会实际问题的法学研究所不可避免的，那么价值成分的比例也至少应尽可能减少到最低限度。事实上，作为道德哲学的功利主义本身也是一种价值选择，但功利主义毕竟为社会科学研究提供了一种价值成分相对最少的选择，且这种选择似乎是大多数人都能接受的（至少如下文所示，它在修正后应能为多数人所认同）。

在确定基本的价值选择之后，社会科学的价值判断应该到此为止，剩下的工作应全部保留给实证研究。笔者因此主张，学术争论应首先确定基本价值选择的异同；只有建立在共同价值观的基础上，进一步探讨才有意义。

二、 法学争论的意义与规则

在探讨行政法的目标之前，首先需要澄清学术争论在法学领域中的性质，因为这将决定争论各方都可以接受的目标与规则；否则，人们很容易不知不觉地陷入“公说公有理，婆说婆有理”的境地，变成了为争而争。这样的争论除了或许能产生一堆惹人注目的论文之外，在学术上是没有意义的。学术争论的目的是在争论的过程中发现真理，或达到彼此可以接受的共识，至少是明辨真正的分歧所在。然而，尽管发现客观真理是任何学术争论的目标，这一目标在法学领域内尤其难以实现。和以物理学为范式的一般实证科学不同，所谓的“法律科学”不只是涉及可以辩明真伪的事实问题；更重要的，法学领域内的争论往往是不同价值（values）或规范（norms）之间的争论。^[7] 行政法理论亦不例外。人们经常谈论的行政效率和公民权利之间的“冲突”实际上就是不同价值之间的冲突，而价值在本质上是主观的，因而不能被简单归约（reduce）为任何有关客观事实的争论。^[8] 由于价值判断本身没有分析哲学上所说的“真值”（truth value），不同价值之间的争论无所谓“正确”或“错误”可言，因而也是不可能通过学术争论而解决的问题。^[9] 当然，不同价值规范之间可能存在着某种可以解决彼此冲突的关系。任何一个成熟的法系都存在着诸多不同但互相关联的规范；这些规范形成了一个“价值等级秩序”，^[10] 其中高级规范控制着下级规范的意义。但即使如此，矛盾仍然存在。不同规范之间究竟（应该）具备什么关系？什么应该是控制所有其它规范之含义的最高规范？既然你我的最高价值规范可以不同，如何处理最高价值规范之间的差异？譬如在行政法中，究竟应该是行政“效率优先”，还是公民的个人权利应该被置于更高的地位？对这些问题的不同回答，事实上产生了性质完全不同的价值等级秩序。如果没有一个更高的价值体系来统一不同的等级秩序，那么不同价值取向之间的争论就构成除了上述靠武断之外不可能解决的“无意义争论”。换言之，这种“争论”最后只能导致无谓的争吵，而不能被预期达到学术争论的正当目的。

打一个通俗的比方：有人喜欢吃甜，有人喜欢吃辣；仅限于味觉而言，说甜比辣更好或反之都同样没有意义。但如果人们在味觉之上还有一个更高的目标，如果每个人的最终目标都是长寿而非满足一时的口腹之欲，那么医学家就有可能告诉我们究竟是甜食还是辣物更有助于延年益寿。然而，如果没有这一项普遍认同的最终目标，那么除了武断之外，甜辣之争永远争不出“正确”的结果。这里甜和辣是两种不同但未必总是互相排斥的味觉，有的人可能兼爱两者，但这并不消除矛盾——就和人们都希望社会能同时实现效率与公正，而有时却仍然不得不对两者进行排序一样。如果有些人就是要把效率置于公正之上，另一些人则反其道而行之，那么两者之间的争论就构成了终极价值之间的“无意义争论”。我们已经看到，法学争论所涉及到的不仅是达到某一目标的最佳手段，而经常是不同目标本身。但正如亚里士多德早已指出，只有在确认一种统一目标的前提下针对不同手段的争议才是有意义的，不同目标之间的争论则是严格无意义的。^[11]

既然如此，法学——尤其是行政法学——不同规范理论之间的争论还有什么意义？解决争议的希望何在？笔者认为，有意义的学术争论的对象不是抽象和静止的基本原则，而主要是不同法律规则对特定社会所可能产生的具体效果，因为只有社会效果才为不同规范的比较提供了可靠的经验标准。显然，这是一个反形而上学的实用主义视角。它对于法学研究是合适的，因为法律科学在本质上是一门实用性科学。^[12]只有在肯定实用主义这一哲学基础的前提下，行政法（学）才可能真正开始在实证科学的轨道上发展。因此，学术辩论似应接受以下基本规则。

首先，辩论的各方应澄清其价值判断的逻辑结构以及重要概念的确切含义。貌似不同的论点往往未必相互排斥，甚至在实际未必不同。譬如近年来流行于我国行政法学界的不同行政法理论，彼此之间就存在着很大的兼容性。显然，“控权论”并不反对“平衡”，平衡论亦不排斥对行政权力的控制。^[13]事实上，关于“平衡”的思想最早来自于美国制宪者根据洛克和孟德斯鸠的理论发展而来权力制衡（Checks and Balances）学说。在麦迪逊（James Madison）所著《联邦党文集》第十篇的系统阐述之后，制衡构成了美国联邦主义的理论基础。^[14]当然，美国立宪者在此强调的是公共权力之间的相互制约与平衡，和我国平衡论者的权利—义务或公民权—行政权的平衡有所不同，但后面这种意义上的平衡实际上一直是主导美国公法的精神。一种曾经流行的观点认为，英美行政法在传统上强调“控权”，欧陆行政法则注重“管理”，而两者在现代正自觉或不自觉地走向“平衡”。

但比较一下这些国家行政法的发展历史，这种观点显然是片面的。^[15]事实上，一个多世纪以来，行政权力的法律控制一直是传统盎然的普通法和大陆法国家的共同关注焦点。确实，随着“新政”（New Deal）和福利社会的到来，行政权在美国的崛起使之具有脱离司法控制的趋势。但从1946年的《联邦行政程序法》开始，美国在很多方面是加强而不是放松了行政行为法律控制。^[16]行政权力因社会需要而增长，但这并不意味着法官们放弃了对行政行为法律控制；相反，他们加大了司法审查的力度，以尽可能保证行政权的合法性和正当性。^[17]在这一点上，“控权论”可以说相当完整地体现了平衡的基本思想，几乎和平衡论完全一致。

由此可见，有意义的学术争论应该澄清不同学说之间的共同点，并在此基础上挖掘出真正的不同点。只有这些不同点才是争论的实在焦点。焦点不明的争论是没有意义的，且往往是为了争论参与者个人的“名”，而不是争论内容之“实”。要使争论具有实际意义，也为了避免对方误解甚至曲解某种观点的本来含义，法学论文应首先明确其基本概念的定义、大小前提及其主要逻辑推论。

其次，为特定的价值取向提供清楚和充分的事实论据。^[18]概念的澄清将体现出不同观点在价值取向上的实质性差异，争论似应到此结束，因为我们看上去已达到了不可调和的分歧，进一步争论似乎将构成“无意义争论”。然而，实际却往往不这么简单，因为价值取向的不同选择必然基于对某些基本事实的认识或假设，因而有意义的法学争论还必须具备可靠的事实依据。在此仅举一例说明：行政效率与社会公正之间发生冲突的可能性目前已受到充分重视，争论经常发生在对某些具体行政程序的要求上。^[19]提高行政程序的保护通常有助于保护公民权利，但同时可能会增加行政成本，因而产生了是否应该以及如何“平衡”公民权和行政权这两种不同的价值目标的问题。在理论上，效率与公正当然是两个可能会发生相互冲突的价值目标。然而，在我国目前的法治状况下，公正的要求是否必然会和行政效率发生冲突？这是一个没有系统的实际调查就不可能回答的问题，而不首先回答这个问题，讨论效率与公正之间的“平衡”是没有实际意义的。因此，法学研究应尽可能阐明不同价值规范在特定的现实环境中付诸实施所可能产生的后果。这可能是一项难度很高的要求，因为它假定我们能保证一项法律规则能准确地体现于具体立法之中并获得实施，且我们能较准确地预测并衡量实施结果。但没有实证研究作为后盾，对法律

规范的争论就失去了事实依据，因而也往往演变成一场无谓的争论。

最后，回到实用主义的出发点，学术争论或许首先应该澄清什么不是争论。可能是作为社会进化的结果，大多数人的道德判断其实是很相似的。没有人会坚持5元的行政罚款必须经过听证才能作出，也很少有人会反对严重剥夺个人自由或财产权的行为应经过某种听证程序。人们有争论的一般不是这些黑白分明的极端情形，而是那些难以界定的“灰色”中间地带，而即使在这种情况下，他们的分歧也往往不在于最终价值取向，而是对事实的不同认识。如果拆迁补偿确实远低于市场价值，我们大致都会反对在补偿方案在没有达成合意的情况下强制拆迁；但如果补偿基本到位，真正的问题是被拆迁户漫天要价，那显然就另当别论了。这表明对于大多数人而言，基本价值是可以找到共同点的，而学术争论的目的之一是通过澄清事实帮助各方找到这种共同点。

综上所述，法学研究中的争论应当明确不同法律规范的逻辑结构及其相互关系。这要求对基本概念进行准确定义，并寻找主要推论的实证依据。由于不同最高价值规范之间的不可化约性(irreducibility)，直接进入价值目标的争论是没有意义的，且如下所述，寻求在不同目标之间达成妥协或“平衡”也是没有意义的。有意义的学术争论应首先寻求各方都能共同接受的基本价值目标，并把争论范围限于达到这种目标的不同途径与手段。

三、“平衡”不可能作为行政法的基本目标

平衡论的系统提出引起了行政法学界对基本理论与概念的争鸣，但在此过程中也产生了一些混淆。其中较为严重的倾向是对“平衡”一词的滥用。“平衡”似乎成了包治一切行政弊端的良药，但对于究竟平衡什么、如何平衡甚至为什么要平衡等实际问题，却没有太多论据充分的论述。笔者认为造成这种现象的一个主要原因是误解了“平衡”这一概念的性质，而尤其严重的误解又是把平衡作为一种目标。^[20]这不只是关于实际可操作性的技术问题，而是一个基本逻辑问题，因而首先必须获得澄清。

如上所述，所谓“基本目标”就是指人们普遍认可它本身是值得追求的东西；它是其它事物的目标，而非任何其它目标的手段，因而对它的追求不需要其自身之外的其它事物

来提供理由。假如平衡论者要把平衡作为行政法的基本目标，他们就必须说服行政法学界乃至整个社会，使之认同平衡本身是行政法的最终目标，而非任何其它目标的手段。主张平衡论的学者也确实似乎将平衡状态本身当作一种基本的“善”来追求：“平衡应是法律的最优化状态，也应是行政法的最优化状态。”^[21] 但如把“平衡”作为基本目标，就会陷入两大困难：首先，为什么要平衡？对平衡的追求是否真的不需要任何其它事物来提供理由？因为一旦开始回答“为什么”平衡时，也就表明“平衡”本身不是最终目的，而是其它目的之手段（即便是一种必不可少的手段）。而对大多数人而言，平衡状态再诱人，似乎也不可能取代普遍认同的某些基本目标（如效率或公正）。“为平衡而平衡”并不是一种受到普遍认同的理性立场。

更重要的是，假如“平衡”本身无需更高的理由而被追求，那么“平衡态”又是什么？即使所有人都认同“平衡”是一种根本的善，他们也不可能对究竟什么是最佳的“平衡态”达成共识。如果不明确或不同意一种更基本的目标，那么行政法不同目标之间的冲突不可能达到任何有意义的“平衡”；或者说，取决于个人的不同观点，任何状态都可以被认为是行政法的“平衡态”。举例来说，如果我们都承认行政机关的权力和公民个人的权利在某种根本意义上发生了冲突（笔者认为这种冲突确实是普遍存在的），如果行政效率和公民权利都是值得追求但又是彼此矛盾的最终目标，那么显然没有必要认为只有 50% 权力、50% 权利的状态才是“平衡态”，^[22] 70% 权力、30% 权利或反过来都同样可被认为是“平衡态”，甚至主张百分之百权力和主张百分之百权利的人也都可被认为同样“正确”。原先对“平衡”是否应成为行政法基本目标的争论，现在转化为究竟什么是“平衡态”的争论。但在找到一种更高的目标之前，这种争论不可能获得有意义的解决。

问题的根源在于先前所指出的悖论：最终意义上的不同目标是不可能被“平衡”的。如果两个看上去不同的目标总是一致的，那就不存在平衡的必要；而如果两个目标发生了不可调和的冲突，那么除非两者都服从于某个更高的目标，它们的矛盾便不可能通过“平衡”来解决。显然，如果权利和权力在某种程度上是可以相互约化的，^[23] 那么在其可被约化的程度上，平衡是没有必要的，因为两者可同时达到极大而不产生任何冲突；在权利和权力不可被约化的程度上，“平衡”又是不可能的。假如非要“平衡”不可调和的目标，那么任何状态都可被认为是“平衡态”。这样，“平衡”就成了一个可按照个人的主

观标准而被任意定义的概念。

笔者相信，这显然不是平衡论者的初衷。问题不在于平衡论本身是否合理，而在于“平衡”的本质究竟是什么。笔者认为，平衡是行政法达到某种获得普遍认同的目标之方法，而不是行政法的目标本身。事实上，有关平衡论的原始文献也只是把平衡作为行政法的“理论基础”，^[24]而不是基本目标。在最近的一篇论文中，主张平衡论的学者明确说明平衡本身并不包含价值目标。^[25]因此，假如把“平衡”当成是行政法的目标，似乎也误解了平衡论的本意。

当然，这并不意味着平衡论本身就不存在任何问题。尤其是平衡论者在一开始似乎就忽视了有关价值目标的讨论，从而在一定程度上造成了观念上的混乱。例如平衡论者曾提出：“平衡论也可称之为‘兼顾论’，即兼顾国家利益、公共利益与个人利益的一致。”^[26]“在我国，国家利益、公共利益与个人利益在根本上和总体上是一致的、统一的”。^[27]直到最近，平衡论者仍然在没有明确价值目标的前提下抽象地谈论行政法的“平衡”与“失衡”。^[28]如上所述，如果不作进一步澄清，这些说法将产生如下悖论：如果这些不同利益确实“在根本上和总体上”一致，那么“平衡”或“兼顾”似已失去了必要性；如果不同利益在某些情形下出现了不一致，那么平衡论本身又没有也不可能提出任何独立与超越的标准去“平衡”其冲突，或判断行政法在什么状态下“平衡”、什么状态下“失衡”。关键在于，有意义的平衡取决于其所涉及的价值目标；失去了价值目标，“平衡”也就失去了意义。^[29]

既然如此，“平衡”的意义何在？平衡论是否仍然是评判行政法利弊的有用方法？这将我们带到了“公共利益”问题。

四、“公共利益”作为法律的基本目标

“公共利益”(public interest)是一个富含价值的概念。在绝大多数情况下，人们用这个词来指代政府可正当追求与实现的目标。在某种意义上，这个概念的使用往往意味着同义重复：“公共利益”就是指政府可以做的事情，反之亦然。更具体地说，“公共利益”

一般被用来泛指某些影响所有人并受到普遍承认的利益，例如健康、安全、国防、环境。尽管如此，界定什么是“公共利益”一直是一件很困难的事情，因为在纷繁复杂的现代社会，个人利益是多样化的，且彼此之间经常发生难以调和的冲突，因而几乎不可能找到以同样方式影响所有人的“公共利益”。被拆迁户多得一点补偿，就意味着政府手里少了一点资金或开发商少赚一点利润——究竟谁的利益算得上“公共利益”？任何社会的资源都是有限的，如果它被用来提高穷人的福利，可能就意味着减少改善生态环境的投入。在社会利益高度分化的情况下，如何使“公共利益”仍然成为一个有用的法律概念？

在语义上，本文将“公共利益”等同于法律（不包括宪法）所追求的最终目标。行政法的基本目标就是公共利益的最大化，加上其相对“合理”的个体之间的分配。事实上，笔者在此将它作为“效率优先，兼顾公正”的定义。这当然并不可能消除争论，而只是将原先对什么应该是法律的基本目标之争转化为什么是“公共利益”之争，且笔者承认诸如效率和公正等基本理念之间最终仍然存在着不可调和的矛盾。笔者无意给原本已经相当混乱的概念迷宫“添乱”，但确实认为这种定义至少是方便的。笔者也无意将读者拘泥于下文所发展的结构，读者没有必要接受以下程式所可能带有的实体价值含义（例如多数人的利益在本文的分析层面上可以压倒少数人的利益）。本文的目的不是主张任何一种实体规范理论，而是从方法论的角度澄清“公共利益”的构成。“公共利益”是行政法的基本概念，也是产生诸多误解与悖论的根源。^[29]造成混乱的主要原因是以往流行的形而上学思维方式，因而必须从方法论上加以纠正。^[30]

1. 方法论的个体主义与社会功利主义

在当代法学文献中，一种极为流行的说法是“平衡”个人利益与公共利益。这里的“公共”在不同文献中经常发现不同的表述，如“社会”、“国家”或“集体”，但意义大同小异，都是指某个不可分化的整体。由于大多数文献完全忽略了相关概念的准确定义，这种说法已经完全失去了意义，并成了人为产生误解和悖论的温床。国家利益或集体利益变成了一种超越个人之上的东西，可以脱离个人利益的存在而存在。在逻辑上，这种方法论的整体主义很容易陷入种种不可思议的悖论，例如社会的每个人都很贫困，但社会“整体”却可以很繁荣。社会是由个体构成的，脱离个人的社会是不存在的，因而也不存在超越个

人之上的“公共”利益或“集体”利益。即便是对于保障社会安定与市场繁荣而言，法律秩序提供了最普遍的集体利益，但法治的好处终究还是要体现在具体的个人身上。因此，仅强调个人利益而忽略了集体利益固然是狭隘的，但仅看到所谓的“公共”利益而忽略了其中的个体成分也同样是有害的。如此定义的“公共利益”成了无源之水、无本之木、无木之林，并往往成为掩饰专制与人治的虚壳。

根据现代社会科学中的方法论个体主义 (methodological individualism)， “公共利益”必须以个体利益为基础，并最终落实到个体利益之上。或用数学的语言来表达，公共利益应该是个体利益的某个“函数”：

$$U = f(u_1, u_2, \dots, u_n) \quad (1)$$

其中公共利益 (U) 通常被称为社会效益或社会效用 (Utility) 函数，个体利益 (u_i ; $i = 1, 2, \dots, n$) 则通常被称为个人效用函数，其中 n 是公共利益的计算过程中所包括的个体总数。

更具体地说，这个效用函数 (f) 究竟应该采用什么形式？社会功利主义 (utilitarianism) 为个体与公共利益之间的联系提供了一种简单途径。^[31] 和方法论的个体主义相一致，公共利益在此被定义为社会各成员的个体利益之和，也就是效用函数形式被定义为简单的线形叠加：

$$U = u_1 + u_2 + \dots + u_n \quad (2)$$

在边沁的《道德与立法原理》和穆勒的《功利主义》相继问世后，^[32] 社会功利主义构成了西方社会的道德、伦理和法律基础。社会功利主义者将国家政策的目标定义为个人利益总和的最大化。换言之，如果有两种立法选择， L_1 和 L_2 ，它们相应地将产生两种不同的公共利益 U_1 和 U_2 ，那么社会功利主义就主张应采纳社会效益最大的政策。更普遍地说，如果我们把社会效益 (U) 作为法律 (L) 的函数 (因为每一项个人效用函数， $u_i(L)$ ，也都取决于所采纳的政策)，那么法学研究的任务就是发现“最佳”政策， L^* ，使得社会效用函数达到最大：

$$U_{\max} = U(L^*) \quad (3)$$

显然，公共利益的最大化对应着“效率优先”原则。对行政法而言，“效率”当然不单是指行政机关的办事速度；行政权力侵犯公民权利的速度越快，其对社会效益的损害就越大。因此，“效率”是指立法政策的实现将给社会各成员带来的利益去除成本之和。由于立法目标必须通过行政程序才能实现，而行政程序不可避免地具有成本，因而法律还必须设计可行的行政程序，使行政成本（包括行政机构超越与滥用职权的可能性）降至最小。行政效率就是指在单位时间与成本下所取得的社会净收益，而“效率优先”就是指这种公共利益的最大化。

2. 社会功利主义的问题

自从成为西方哲学与法学的“正统”理论之后，社会功利主义一直受到不同学派的挑战。首先，功利主义对公共利益的定义并不能完全令人满意，因为人与人之间的相互作用是如此复杂，以至公共利益未必能被简单理解为个体利益的线形叠加。例如法律秩序的存在是市场经济得以运行的前提条件，因而使市场交换中的每一个人都直接或间接地得益；没有它，市场经济所要求的广泛合作行为就不可能持续下去，或更广义地说，人类就不可能维持繁荣与安定的生活。法律秩序给社会所带来的利益在相当程度上可被认为是社会各成员所获利益的总和，但仍未必能被完全分解为各个个体利益，因而不能完全表示为它们的线形叠加——换言之，可能存在非线形的剩余项。可以说，除了在操作上的方便之外，没有什么理由把社会效用函数定义成个人效用函数的线形叠加。尽管如此，这个定义仍然是有用的，况且也很难设计出一个更合理与简便的计算方式。^[33] 作为方法论个体主义的一个体现，它至少清楚表明了社会中每个个体的利益都是公共利益的平等组成部分这一思想，从而有助于祛除“公共”或“集体”这类概念所经常带有的虚幻的形上学幽灵。

其次，社会功利主义还存在着众多技术上的问题。最显然的是，“功利”是否可能被计算以及如何计算。功利主义理论假定，世界上几乎任何事物（包括人的生命）的价值都可以根据某个统一的标准被折合成可被用来相互比较的数字，但这在现实中无疑是困难的，尤其是同一件事情的意义对不同的人而言可以有很大的差异。^[34] 另外，衡量某件事对一个人的“功利”并不是一时的快乐或痛苦，而是对这个人整个一生的长期影响，而要计算这些复杂影响几乎是不可能的。再次，“公共利益”（即社会功利）的计算中究竟应该

包括哪些个体的利益（例如是否应包括未出生的胚胎的利益或已故者的名誉）？^[35] 对于这些问题，功利主义本身并不能给予任何答案。然而，尽管存在着这些问题，功利主义还是为法律与政策的制订提供了一种基本思路。毕竟，许多困难并不是功利主义理论所独有的；功利主义确实未必能做到准确预测一项政策的复杂社会影响，但其它方法在分析具体问题中的思维往往还远不及功利主义清晰。就和丘吉尔首相所描述的民主体制一样，功利主义虽然在完美主义者眼里可能是很“糟糕”的，但至今还没有哪一种学说或方法能在法律分析中替代它。

最后，除了技术上的问题之外，功利主义所认定的社会效益的价值目标还面临着更为根本的挑战：在某些情形下，根据功利主义学说所推论的主张可能不符合基本的公正理念。应该指出，功利主义暗含着社会平等的天然倾向。从高官到平民，不论人的身份、地位或权势如何，每个人在功利主义的等式中都一律只有同等的一份（见等式（3））。正是在这个基础上，边沁提出了“最大多数人的最大幸福”这一原则。^[36] 在一个经济不平等的社会中，这项原则可以对改善贫困人口的境遇发挥相当积极的作用。设想有一个富人和一个穷人组成的两人世界，现在要决定是否应当设计一项累进制纳税政策，要求富人交纳 10 元，并转移支付给穷人。如果这 10 元对穷人的边际效益（marginal utility）超过了富人——这是一个一般都会满足的条件，那么功利主义就将赞成这项税收法案。由此可见，社会功利主义完全可能支持“劫富济贫”的政策。

然而，社会功利主义的平等化倾向也正是问题的根源。在第二次大战以后，功利主义受到了以社会契约论为首的自由主义的激烈批评。以罗尔斯的《正义论》为代表，^[37] 批评的焦点是功利主义原则忽视了社会公正，因为虽然公共利益由个体利益构成，功利主义原则仍然允许集体无限制地超越或压制个人。只要社会其他成员所获得的快乐将超过个人所承受的痛苦，那么政府就可以通过立法去强迫个人为社会作出牺牲。这固然不是功利主义创始人的原意，但功利主义的逻辑使这类明显不公的强制措施合法化与合理化。功利主义问题在最近半个世纪才受到广泛关注，并因此而受到了严重质疑与挑战。问题的核心是功利主义似乎只强调效率，而未能兼顾公正。^[38]

3. 社会功利主义的出路：“兼顾公正”？

然而，公正和效率并不必然发生冲突。根据我们的定义，衡量社会净收益的“效率”是一个总量（aggregate）概念，而“公正”则涉及到个体之间的分配关系，因而效率和公正可以是两个基本独立的追求目标。在原则上，一个社会可以如此设计其经济与法律体制，首先使宏观效率最高，然后对最大化的公共利益实行再分配，以力求达到公正并化解效率和公正之间的紧张关系。事实上，这也正是战后资本主义国家在向福利社会的重大改良过程中所采取的策略。如果不受控制的市场竞争在产生效率的同时将导致不公社会后果，那么社会收入的再分配至少部分消除了不公正后果的积累，而缓解的社会关系又反过来提高经济与法律制度的合法性与稳定性。^[39] 这样，“效率优先”就通过公共利益的再分配而实现了“兼顾公正”，使每个人都在这一制度下达到“帕雷托最佳”状态。^[40]

从这个意义上说，罗尔斯的《正义论》只是反映了后工业化社会的普遍共识而已。根据罗尔斯的“差分原则”（Difference Principle），在一个“公正”的社会体制中，“没有人从他在天然资产分布的任意位置或他在社会的任意位置上得到或失去利益，而不给予或接受作为回报的补偿优惠。”^[41] 平等主义理论旨在设计一种社会机制，使之能自动制约经济在发展过程中自然产生的不平等倾向，进而维持一个社会的安定、团结与和谐。因此，社会公正的首要原则应该是：“除非任何利益的不平等分配都将给不幸阶层带来好处，所有社会利益——包括自由和机会、收入和财富以及自我尊严的基础——都应受到平等分配”；“除非给不幸者带来好处，社会秩序不应对那些境况较好的人们建立或保障更有吸引力的前程。”^[42] 如果说资本主义下的私有制与市场竞争因给社会整体带来了经济效益而具有继续存在的合法性，那么它也以相当任意的方式给社会的一部分人造成了损失，且这些损失可以被认为是体制的存在与运作所必然具有的代价（可称之为“体制成本”或“体制风险”）。既然社会下层已经因为社会体制的设定以及资源天然分布的任意性而受到损害，那么他们理应获得社会的充分补偿。这可被认为是战后西方社会所普遍接受的“兼顾公正”原则。

事实上，“兼顾公正”这一原则对行政法并不陌生。法国行政法院长期确立的公共补偿原则，可以作为其最显著的体现。近一个世纪以前，狄骥（Leon Duguit）就已明确提出了国家责任的概念：“无论国家行为是合法的还是错误的，只要它给某位公民个人或一群

体所造成的负担超过了整个社会的平均负担，它就必须承担责任。”^[43] 国家承担并履行这种无过失责任的方式，就是通过公共资金所付出的赔偿：“如果^[国家]组织和管理公共服务的活动对个人或国家之中的其它集体造成了损害，那么只要在它的行为和损害结果之间存在因果关系，国家就应该动用公共服务的基金来修复这种损害。如果这种服务是由中央直接控制的，赔偿的任务就落到了国库资金上。”^[44] 上述国家赔偿原则已被法国行政法院的案例法所确立，^[45] 且并没有迹象表明行政法院的司法控制降低了法国的行政效率。

以上讨论当然并不能绝对“证实”效率与公正的潜在一致性，但它至少表明有可能将效率和公正问题分解为不同层面，并在不同阶段获得分别实现两者。当然，事物总是相互联系在一起，因而不可被绝对分割。实现效率会影响平等，追求公正也必然会影响效率，且这类相互影响的形式必然是多样和复杂的。^[46] 给予公民个人以切实保障其合法利益的行政诉讼权利，固然会制约行政权力的行使，并可能增加行政机构实现立法目标的成本；但另一方面，它同时也有利于依法行政与立法目标本身的实现。行政立法的重要目标之一就是设计一套合理的行政程序，使之能给一定发展阶段的社会带来最大的净效益。中国尚处于建立市场经济体制的初期阶段，各种客观因素要求行政机构有效行使其职权以维持基本的社会与经济秩序，因而将效率置于优先地位似乎是明智的选择。但如上所述，“效率优先”并不一定要求将公正置于次要与从属的地位。至少，尽管两者之间存在着不可调和的潜在张力，公正和效率并不一定发生矛盾，而制度设计的目的就是尽量避免两者发生冲突，在最大可能的限度内同时实现两者。^[47]

4. 公共利益的制度保障

明确了公共利益的定义并将其作为法律的基本目标，并不等于这种目标就会自动实现。事实上，如何衡量、确定与实现公共利益本身成了社会功利主义的一个难题。边沁与密尔的传统学说假想了一个“中立的旁观者”（neutral spectator）；就和上帝一样，他有足够的能力和智慧洞察每个人的快乐和痛苦。但在实际生活中，我们知道这样一个超然全能的“中立旁观者”并不存在。每个人只是比较清楚他自己的感觉而已，同时由于人“主要是自私的”（休谟），他主要关心的是自己的权利和利益，而不是社会中其他人的利益。

因此，社会功利主义并没有令人满意地回答如何从制度上保证立法符合公共利益这个关键问题。严格意义上的功利主义目标是不可实现的，功利主义理论也因此受到了普遍的批评。

尽管如此，民主制度可以说近似地实现了功利主义所定义的公共利益。^[48] 在古典的直接民主制，每个成年公民对于重要的社团政策具有直接的发言权。由于每个人都是对自己利益最好的守护者，我们期望民主过程所产生的政策基本上是符合社团整体利益的。当然，这种体制对于现代大社会来说是不可行的，但现代民主还是通过选举间接地达到了同样目的。选民按照自己的利益和观点来选择立法代表，并通过周期性选举的压力迫使这些代表在制订国家政策时充分考虑选民的意见。根据公共选择理论，只有在立法者和选民的利益相吻合的体制中，才有可能保证立法和公共利益一致。这是选举制度的作用：它迫使立法者必须迎合其选民的利益，否则就将面临落选的危险。^[49] 如果能保证每一个议会代表都是由地方选民在众多代表不同政策的候选人中自由选举出来的，那么他们可被期望在选举压力下代表本地区选民的利益与要求，且在聚合到议会之后能够制定出符合公共利益的法律。

事实上，现代民主所采取的多数主义规则和公共利益的功利主义定义有着显著的相似性：根据多数主义原则，获得最多选票的候选人被承认为选举的获胜者；根据功利主义，公共政策应该使得个人功利的总和达到最大。当然，两者并不完全重合，因为民主选举遵循“一人一票”（one person, one vote）的原则，而每一张选票并不能像功利计算中那样记录特定选民的功利大小。例如在一个共由 3 个选民组成的社会里，某一项政策将给其中 2 人带来微弱的快乐，而将给第 3 人带来巨大的痛苦，那么民主选举将使得代表这种政策的候选人获胜，而功利主义则谴责这项政策。就这个意义上说，民主的平等选举可能比功利主义更倾向于侵犯少数人的利益。但总的说来，功利主义和民主选举是相当一致的，两者都带有保护多数人利益的优点或缺陷。

不论如何，我们很难想象出其它的替代体制能比民主更有效地促进功利主义所定义的公共利益。哪怕是粗略的公共选择分析都可以得出结论，任何缺乏自由与平等选举的非民主体制都不能保证政府将致力于实现公共利益的最大化，而后者正是政府的正当性基础。没有民主，就没有理由认为立法本身将符合公共利益；这样的国家即使实现了法治，也未

必是一件好事。功利主义与民主确实不能防止多数人侵犯少数人基本权利的情形发生，但这类情形在历史上毕竟是例外而非规则。本文在一开始已经说明，少数人的基本权利的保护机制是宪法学的研究对象，在此不专门论述。对于日常生活中遇见的大量行政行为，简单的功利主义原则——促进“最大多数人的最大幸福”——似乎已经提供了令人相当满意的价值评判标准。

五、“效率优先”与成本—利益分析

社会功利主义原则对法学家而言并不陌生，因为它就体现于法律经济学中占主导地位的成本—利益分析（cost-benefit analysis）。假设某项法律(L)对第*i*个人产生的利益为 $b_i(L)$ ，成本为 $c_i(L)$ ，那么对他而言个人功利的净数值为 $b_i(L) - c_i(L)$ 。定义社会利益(B)为个体利益之和，社会成本(C)为个体成本之和，那么等式(3)可简单表示为

$$U_{\max} = \max \{B(L) - C(L)\} = B(L^*) - C(L^*) \quad (4)$$

换言之，如果有两类法律规定： L_1 是现存的规则， L_2 是提议的新规则，那么用功利主义来决定究竟应该采取哪种规则，将取决于每一种规则利弊相抵之后的净收益。^[50] 如果将现存规则的利益与成本作为参照，即假定 $B(L_1) = C(L_1) = 0$ ，^[51] 那么新规则究竟是否可取将取决于 $B(L_2) > C(L_2)$ 是否成立。进一步假设社会中从1到*i*的个体从新规则中获益，而从*i*+1到*n*的个体将付出成本，那么社会功利主义所赞成的规则必须至少满足下列条件：^[52]

$$b_1(L) + b_2(L) + \dots + b_i(L) > c_{i+1}(L) + c_{i+1}(L) + \dots + c_n(L) \quad (5)$$

上式无疑就是成本—利益“平衡”原则的一般表述。为了说明成本—利益分析方法在行政法中的具体运用，让我们考虑几个具有实际意义的例子。

1. 土地征用中的“公共利益”

在经过 2004 年修正之后，1982 年宪法第十条第三款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”第十三条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这样，政府对土地或私有财产的征收或征用（以下统称“征用”）似乎必须以“公共利益”为目的；只有“为了公共利益的需要”，政府才能合宪地征用财产。问题是如何在实践中界定“公共利益”。笔者将在别处更详细地论证，这种界定即使可能也是极为困难和任意的。一般认为，如果拆迁的目的是危房改造，征用显然符合“公共利益”；但如果拆迁的目的是商业开发，又如何认定呢？如果为了退耕还林而征用土地显然符合“公共利益”，为了工业建设而征地又如何呢？由于在概念上缺乏清楚界定，这些问题是不可能争论清楚的。

根据本文的定义，公共利益和私人利益并不是在本质上完全不同的两个概念，两者之间也不存在一道清晰的概念鸿沟。如果保护居民的生命安全是一种受到承认的公共利益，那么繁荣本地经济的措施也未尝不可被如此认为；事实上，从经济发展中得利的人数还可能远大于从危房改造计划获益的人数。工业建设也同样如此。在长远意义上，它对调整国民经济结构和改善社会生存状态所作出的贡献可能一点也不亚于增添一片森林的作用。因此，任何征用都可能具备某种“公共利益”目的，因为公共利益归根结底是由私人利益构成的，因而只要征用的受益者达到一定的数量，就可被认为满足征用的公共利益的条件。

[53]

笔者认为，在征用过程中坚持“公共利益”目的有可能将人们引入教条主义的误区，并使注意力偏离实质性的成本—利益分析。设想我们需要决定是否拆迁某一片居民区，以建造一片商业区。事实上，建造商业区（拆迁）或维持居民区（不拆迁）都代表着一定的“公共利益”，因而我们所需决定的不是开发商业区是否符合“公共利益”目的，而是哪一种方案使“公共利益”最大化。事实上，我们可能有许多替换方案：维持原状（不拆迁也不发展），拆迁并发展商业区，或不在此地但在别处拆迁并开发商业区等。成本—利益分析要求我们决定开发商业区所获得的利益是否大于拆迁成本，以及两者之差在哪个地段达到最大。一旦确定了开发所产生的社会净利益最大的地段，那么土地征用和拆迁就符合公共利益最大化的基本原则，剩下的问题是“兼顾公正”——如何分配未来开发所获得的

净利益，包括确定对被拆迁户的公正补偿方案。

事实上，一旦“公共利益”失去了那种人为设定的神圣地位，我们不仅在决定征用合法性的阶段免除了诸多无谓争论之苦，而且还为公正补偿方案的确定带来了一个意外的“副产品”：国家即便是以“公共利益”的名义（例如公共基础设施建设）征用私人财产，也同样必须按照市场价值给予公正补偿；对于计算补偿的标准，以“公共利益”为目的的项目和其它项目（例如工商业开发）相比并不具有任何特殊性。^[54] 拆迁补偿其实主要是一个“兼顾公正”的问题，但如果公正问题解决不好，如果国家可以通过剥夺补偿而人为降低公共建设的成本，那么最后的结果必然是大量的随意性开发，从而浪费社会资源并损害公共利益。这个例子体现了效率不仅未必和公正发生矛盾，而还可能以公正之保障为前提。

2. 行政程序的成本

考虑未来的《行政程序法》应规定什么类型的行政决定必须经过听证。我们必须考虑听证程序要求(H)将为行政相对人保障其合法利益(B)的可能性(p)，以及它将使行政机构因耗时费力而妨碍其保障社会其他成员的合法利益之成本(C)。这里B、p和C都是H的函数，且随着H值增加，pB和C都将增加，但我们可以合理假定pB将到一定的程度趋于饱和，而C则将非线性无限增长。

根据成本—利益分析，如果听证程序对个人所带来的利益将超过它对其他人所导致的损害，即 $p(H) \cdot B(H) > C(H)$ ，那么行政行为就应该受到听证；但如果得不偿失 ($p \cdot B < C$)，那么它就不应该成为立法要求。因此，对于特定类型的行政行为，其程序保障的临界值 H^* 为

$$p(H^*) \cdot B(H^*) = C(H^*) \quad (6)$$

显然， H^* 值对于不同类型的行政行为是不同的。换个角度看，如果我们固定 H^* 值——例如通过规定三种程序：简易、一般和复杂程序，分别对应于三个 H^* 值，那么我们就可以根据等式(6)确定什么类型的行政行为适用于什么程序。不难看出，争议标的比较低的行

政行为不可能要求保障程度很高的行政程序，因为纠正违法行政行为的利益(B)很有限，而程序成本(C)却可以很高。

这里的分析无疑是很粗略的，且在实际操作中很难定量化。但不论在实际操作上会遇到何种困难，这种方法至少在逻辑上是可行的。^[55] 更重要的是，它至少能说明在此定义的公共利益不仅不应该忽略个体利益，而且正是源于个体利益；所谓整体与个体的“平衡”，实际上是不同个体利益之间的“平衡”，或更准确地说是计入个体利益之后公共利益的最大化。

3. 环境保护的限度

设想我们需要决定一项环境保护政策究竟要求什么限度的大气污染指标。根据社会功利主义原则，究竟应该采取什么保护标准应取决于下列因素的权衡：相对于低指标而言，高指标将给居民的健康和舒适带来什么额外的收益？它将给工业（并最终给广大消费者）带来什么样的负担？两者相抵，只有高指标将带来更多的净效益，它才能成为符合功利主义标准的法律。例如大气污染的防治可能要求某些城市取缔摩托车。但在这项决定成为法律以前，成本—利益分析要求人们权衡一下取缔所产生的空气净化将产生多大的社会效益

^[56]、对摩托车的拥有者（包括现存的与潜在的）将带来多大的不便以及将给摩托车制造商带来什么经济损失等。只有和保留摩托车相比，摩托车的取缔所产生的正效益将超过其负效益，那么取缔才是可取的法律。抑或还有“第三条道路”，如对排气系统的定期检查和更换，或许既能有效控制空气污染，又不妨碍摩托车的生产与使用。当然，我们必须考虑这种制度选择本身的成本，包括政府成立新的行政机构以监督实施的成本。^[57]

事实上，上例正是美国联邦最高法院在 1980 年的“苯污染决定” (Benzene Decision)。

^[58] 在这个重要案例中，最高法院运用成本—利益分析方法，撤消了联邦行政机构所制订的一项车间环境标准。1970 年的《职业安全与健康法》建立了美国的“职业安全与健康署” (OSHA)，并授权它“为了提供安全或健康的就业与就业场所”，要求有关雇主采纳“合理必要(reasonably necessary)或合适”的手段、方法、操作或流程。^[59] 第 6(b) (5)条要求 OSHA 在处理有毒或有害物质时根据现有的证据制订标准，“在可行的程度上最

适当地保证雇员的健康和机能能力不受实质性损害，即使这类雇员在整个就业生涯期间都日常暴露于这类标准所处理的危害。”医学证据表明，苯是对人体有害的物质，呼吸高浓度的苯气体可以导致白血病。在 1976 年，美国每年生产大约 500 万吨苯，其中绝大部分来自石油与化学工业，其余是作为炼钢的副产品而产生。全美当时大约有 100 万工人受其影响，其职业包括加油站服务、苯的生产与加工、化学处理、苯的运输和橡胶生产等。为了保证这些工人的安全和健康，OSHA 曾与有关工业的雇主达成共识，将车间的苯浓度平均保持在 10ppm^[60]以下。1978 年，OSHA 在举行有关听证后正式颁布规章，将这一浓度降低到 1ppm。这项决定受到了以美国石油协会为主的雇主集团的挑战。他们认为，联邦行政机构没有提供有关证据来证明低浓度标准将比原标准更有效地保护安全与健康，而新标准给企业所施加的负担（包括改进技术、工艺和设备的成本）则是确定的。OSHA 则辩称苯是一种“危险物质”，对它不存在一个“安全浓度”，因而行政机构所采取的标准是工业发展水平所能达到的最低浓度。上诉到最高法院后，法院的多元意见^[61]判决行政机构的这一标准违反了立法要求。根据多元意见的理解，国会立法授权行政机构对有关生产手段、方法或流程所制订的标准并不是任意的，而必须是对提供安全或健康的就业“合理必要或合适”的。这要求行政机构至少能提供初步证据，证明提高污染控制标准所带来的收益能超过投资成本。但在本案，OSHA 未能提供任何确切的病理学证据，来说明苯浓度从 10ppm 降低到 1ppm 将有助于保护工人安全与健康。^[62]由于通不过成本—利益分析的检验，新标准就不具备合法性与合理性。值得注意的是，十年之后，OSHA 收集了充分的医学证据，证实了苯在 10ppm 甚至在 1ppm 浓度上对人体造成的危害，因而重新采纳了原先被法院撤销的苯污染标准。

这个判例表明，以功利主义为基础的成本—利益分析对于美国行政行为的合法性与合理性控制发挥着实质性作用。只有在潜在收益获得证明之后，新的环保标准才具备法律效力。^[63]

以上事例足以表明，成本—利益分析是行政法的基本方法。其理论基础就是社会功利主义，并体现了“效率优先”的基本原则。本文在以下说明，成本—利益分析方法其实就是行政法中经常谈论的“平衡”。所谓的“平衡态”，也只能是根据成本—利益分析所得

出的公共利益最大化的状态。

六、“平衡”在现代行政法中的意义

1. “平衡”是什么？

既然明确了行政法的基本目标，“平衡”在行政法中的意义也就清楚了。在方法论上，“平衡”是指根据某种基本价值或目标对普遍适用的政策或规则（一般不是具体行政行为）作出分析与衡量。^[64]如上所述，本文认为行政法所应遵循的首要原则是“效率优先”，同时“兼顾公正”。因此，行政法中的所谓“平衡”，就是行政立法措施所将带来的社会总收益与总代价之间的“平衡”；换言之，经过适当“平衡”的行政立法或政策将使除去成本的社会净效益达到最大，而“失衡”的行政立法则将在实施过程中偏离这一基本目标。这样，行政法所规定的权利与义务的“平衡”或“失衡”并不是根据任何人的主观判断，而是取决于它的客观社会效果，也就是它对于公共利益的影响。

应该指出，平衡论中对于“平衡什么”仍然存在着一一种普遍误解，即认为平衡的对象是“公共利益”和“个体利益”（或性质类似的其它提法）。如上所述，这种说法在逻辑上是没有意义的，并很容易引起观念上的混淆。事实上，如果个体利益和集体利益是两个在根源上不同甚至对立的东西，那么他们之间的“平衡”是不可能的，除非我们走到个人享乐主义或集体专制主义的极端。只有在集体利益被定义为个人利益的某种形式的总和，两者才能在某种意义上实现“平衡”。在此，“平衡”实际上是指以上定义的公共利益的最大化，且把它作为衡量任何法律的利弊得失的标准。根据不等式（5）所反映的方法论个体主义，“平衡”的对象应该是社会一部分人的利益和另一部分人的利益。如果拆迁补偿方案A对开发商有利，方案B对被拆迁户有利，那么利益平衡的对象包括被拆迁户、开发商或市区经济发展的广大受益者。按照本文的定义，整体和个体之间既不可能“平衡”，也不需要“平衡”：既然整体（或公共）利益是由个体利益组成，并包括了全部的个体利益，它总是大于任何个体利益；这种整体与局部、集体与个体或公共与私人利益之间的“平衡”，注定要导致社会压倒个人的结果。因此，按照在逻辑上前后一致的理解，整体利益只能和整体利益“平衡”（即一项社会政策所产生的公共利益和另一项社会政策产生的公

共利益相比较），并最终落实到不等式（5）所表达的一组个体利益与另一组个体利益之间的“平衡”。

在表面上，上述关于“平衡”的定义或许和平衡论本身对它的理解不一致，但笔者认为以上解释似乎也正是平衡论者在强调平衡时的“潜台词”。当平衡论者谈论行政法的某项措施符合“平衡”标准时，他们实际上表达了一种感受，即这项措施对于实现公共利益而言是最优的；而当他们认为某项措施“失衡”的时候，他们实际上是认为该措施损害了公共利益。否则，平衡论就又陷入了一种困境：“平衡”究竟是什么？我们如何来判断与衡量行政法的平衡与失衡？如本文所述，如果离开了公共利益最大化这一基本目标，对这些问题的回答就只能是主观与任意的。只有在认同如上所定义的公共利益最大化（或“效率优先”）这一基本目标，“平衡”才可能有意义，平衡论才可能成为行政法（学）的有用分析方法。

2. 平衡论的意义

笔者认为，有意义的“平衡”等同于在此所定义的公共利益最大化的状态，平衡论主要是指成本—利益分析方法。这样一来，“平衡”似乎失去了独立的作用。尽管“平衡”在语义上的澄清可能导致这种看法，但笔者基于以下理由认为，平衡论仍然为行政法研究提供了一种有益的方法。作为一种普遍道德理论，社会功利主义一般适用于较高层次的政府行为，以保证立法或行政法规的目标符合公共利益最大化的原则。然而，行政法具有其本身所特有的问题，要求运用符合其自身需要的特殊研究方法。作为成本—利益分析的基本方法在行政法领域内的特别应用，平衡论不仅为学术探讨提供了一种方便的话语，而且为行政权力的规范化与合理化提供了实质性启示。

对公共利益的全面衡量不应仅限于立法或规章制订层面，还必须考虑到行政法在现实中的执行问题。要实施一项立法（包括法院对立法的司法解释），它本身必须对社会产生积极的总体效益；否则，根据成本—效益分析，它首先就不应被制定。然而，在立法对社会的成本计算中，还必须考虑行政机构实施法律的成本，其中不仅包括法律实施过程中所涉及的人力、经费及其它社会资源等直接成本，也包括行政机构本身因超越或滥用权力而

背离立法目标等间接成本。法律规定本身可以很合理，因而在其获得完全实施的理想状况下，它将为社会产生最大的净效益；但如果它在实际上完全不能获得实施，如果它只能为行政官员借公共利益之名去谋取私利，那么这项法律显然不是“良法”。然而，除非受到社会道德与法律体制的有效制约，公共官员永远具有以权谋私的倾向。这是人性中不可抹杀与不可忽视的一面，且法律在设计上必须充分考虑到这个方面；否则，法律的效力就永远只能停止在字面上。笔者相信，这是平衡论的一个重要考虑因素。

对“平衡”的一种普通理解，就是权利和义务之间的对等关系。例如平衡论者认为平衡论的基本含义是：“在行政机关与相对一方权利义务的关系中，权利义务在总体上应当是平衡的。它既表现为行政机关与相对一方权利的平衡，也表现为行政机关与相对一方义务的平衡；既表现为行政机关自身权利义务的平衡，也表现为相对一方自身权利义务的平衡。”^[65] 为什么需要这种“平衡”呢？假如一项立法可以无条件地获得实施，那么它完全可以只规定公民服从的义务，而无需给予任何权利——因为我们先前已假定立法目标本身是合理与良好的，它的实施必然会给社会带来效益，而权利的授予则必然将增添立法实施的代价，例如赋予公民以行政诉讼的权利就必然会耗费一定的行政与司法资源。因此，假如立法目标能获得自动实现，而无需考虑行政行为对它的偏离，那么成本—利益分析就完全局限于立法层面，而无需考虑行政机构的权限及其程序义务，甚至可以说行政权力越大越好，因为那样只会将加快立法目标的实现。

然而，正如美国宪法的缔造者麦迪逊在《联邦党文集》第 51 篇中指出，假如人人都是天使，那么这个社会就不需要统治，从而也就不需要政府与法律的约束；假如我们能请天使来统治人类，那么我们就可以把政府完全委托给统治者，而无须对他们进行任何制约。正因为我们只可能以人的政府去统治本性自私的人，我们才需要政府与法律的约束，同时也需要对政府本身的制约。^[66] 因此，如果立法目标不能自动获得实现，而必须通过行政机构的实施；如果行政官员不是任何意义上的“天使”，而是可能以各种方式偏离立法目标，那么公民个人所享有的诉讼权利非但不会减少公共利益，反而可以通过促使官员依法行政来实现立法目标，从而增进公共利益。^[67] 由此可见，之所以授予公民以一定的程序保护权利，从而使行政法从“不平衡走向平衡”，其理由正在于适当的程序权利能帮助维护社会的公共利益。要有效保障行政权力的合法行使，必须使那些利益受到影响的公

民主动利用司法监督机制来实现其自身的合法权益。

更准确地说，假设立法目标的完全实施将给社会带来公共利益 B ，但行政机构有一定的概率 (p) 偏离立法目标，而授予公民以某种程序保护的权力 (R) 将产生一定的行政成本 C ，其中 p 和 C 都是 R 的函数，且 R 的数值在此可设定为在 0（没有任何保护）和 1（近乎于完全保护）之间。根据平衡原则，行政法学的任务就是考虑如何设计 R ，使得 $[1 - p(R)]B - C(R)$ 达到最大，也就是使得总成本 $p(R)B + C(R)$ 变得最小，其中 $p(R)B$ 可被视为“行政违法成本”。如果提高程序保护（ R 值增加），那么 $p(R)$ 值将减小，但实施成本 $C(R)$ 将同时增加，反之亦然。^[68] 只有找到一种最佳的程序保护机制，才能使去除成本后的净公共收益达到最大。这时，我们就可认为行政效率（和 $C(R)$ 成反比）与公民权益的保护（和 $p(R)$ 成反比）达到了“平衡”。

在此，我们看到行政效率与公民权利、公共利益与个体利益在相当程度上是一致的。当然，两者不是不可能发生矛盾；过分冗长的行政程序虽然可能有助于公民权利的实现，但确实也可能阻碍行政职能的正常发挥。通常所谓义务与权利的“平衡”，其实是要求一种“适中”的行政程序，使得公民有能力通过正常的法律程序去维护自身利益，从而促使官员依法行政以实现良好的立法目标，而同时又不至于阻碍行政权力的正常行使。何种具体的行政程序才能最有效地达到这一目标，取决于行政立法所调控的事务类型、行政与司法官员的职业素质、及公民的法律意识等诸多因素。所有这些因素都将决定特定领域的“平衡”状态究竟是什么。

本文的目的只是澄清“平衡”的涵义，并将它建立在明确的价值目标基础上。以公共利益作为其价值基础，平衡论将继续对中国行政法治的构建发挥积极作用。在世界宪政史上，“平衡”一直反映了一种古老的智慧；它曾为保障法治国家的依法行政发挥过不可替代的作用，并仍将作为今天和未来的行政法（学）的实证分析方法，但前提是我们必须清楚地理解“平衡”的意义。笔者认为，只有通过方法论的个体主义确立“公共利益”的定义，我们才可能有意义地探讨“平衡”究竟是什么。

【注释】

[1] 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作获得了国家社科重点项目的支持，在此谨表

感谢。

[2] 部分因为“公共利益”是土地和财产征用的一个宪法性前提条件,“公共利益”的界定问题随着有关征用的争议大量出现而成为近年来的一个热点。在2004年的中国行政法学年会上,“公共利益”的界定再次成为学者争论的焦点。

[3] 见罗豪才、袁曙宏、李文栋:“现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡”(以下简称“现代行政法的理论基础”),《中国法学》1993年第1期,第52-59页。

[4] 参见陈端洪:“对峙——从行政诉讼看中国的宪政出路”,载《中外法学》1995年第4期;杨解君,“关于行政法理论基础若干观点的评析”,载《中国法学》1996年第2期,第64-75页;王锡锌、沈岍:“行政法理论基础再探讨”,载《中国法学》,1996年第4期,第40-47页;罗豪才、甘雯:“行政法的‘平衡’及‘平衡论’范畴”,载《中国法学》,1996年第4期,第48-55页;姜明安:“简论我国行政责任制度所体现的平衡原则”,载《行政法学研究》1996年第4期,第35-37页;晨曦:“平衡论的困境”,载《行政法学研究》1996年第4期,第38-41页;皮纯协、冯军:“关于‘平衡论’疏漏问题的几点思考——兼议‘平衡论’的完善方向”,载《中国法学》,1997年第2期,第40-50页;杨解君:“当代中国行政法(学)的两大主题”,载《中国法学》,1997年第3期,第33页;罗豪才:《现代行政法的平衡理论》,北京大学出版社1997年版;包万超:“行政法平衡理论比较研究”,载《中国法学》1999年第2期,第58-74页;罗豪才、宋功德:“行政法的平衡与失衡”,载《中国法学》2001年第2期,第72-89页。

[5] 时至今日,学术界仍然没有摆脱传统的集体主义和整体主义思维模式。例如“公共利益是指社会或国家占绝对地位的集体利益,而不是个人利益的简单相加,也不是部门利益和团体利益。根据我国的具体国情,我们可以把公共利益理解为人民群众的共同利益。”陈晓春、胡扬名:“建设以公共利益为导向的服务型政府”,《光明日报》2005年4月13日。

[6] 关于这个问题,参见笔者在《宪法学导论——原理与应用》,法律出版社2004年版,第26-28页的评论。

[7] 参见埃德加·博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,北京:中国政法大学出版社1999年版,第197-203页。

[8] 这就是著名的“休谟定律”(Hume's Law),见David Hume, A Treatise of Human Nature, Book III, Part I, Sec. 1。注意休谟在这里也认为理性(reason)只是发现事实与因果关系的工具而已,而不可能确定什么是“好”的或“坏”的,即不可能为人们设定价值目标。

[9] 笔者对这个问题的说明,可参见《宪法学导论——原理与应用》,北京:法律出版社2004年版,第38、46-48页。

[10] 见凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,北京:中国大百科全书出版社1996年版,第38-49,126-129,141页。

[11] 见Aristotle: “We deliberate not about ends but about means.” The Nicomachean Ethics, David Ross (trans.), Oxford: Oxford University Press (1980), p. 55.

[12] 参见霍姆斯:“法律的道路”,《南京大学法律评论》,2000年秋季刊,第6-19页。

[13] 因此,有些学者甚至主张“平衡论”和“控权论”无大差异。例如参见郭润生、宋功德:“控权—平衡论——兼论现代行政法历史使命”(以下简称“控权—平衡论”),载《中国法学》,1997年第6期,第48-56页。

[14] 见Clinton Rossiter (ed.), The Federalist Papers, New York: Penguin (1961), pp. 77-84.

[15] 参阅Jerry L. Mashaw, Richard A. Merrill, and Peter M. Shane, Administrative Law: The American Public Law System, Cases and Materials (4th Edition), St. Paul, MN: West Publishing Co. (1998), Chapter 1; 并比较John Bell: Administrative Law, in John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker (ed.), Principles of French Law, Oxford: Oxford University Press (1998), pp.

167-201.

[16] 国内学者近年来已经认识到这一点，见袁曙宏、赵永伟：“西方国家依法行政比较研究——兼论对我国依法行政的启示”，《中国法学》2000年第5期，第113-126页。事实上，美国法院对联邦行政机构的控制力度在某种程度上取决于其它体制因素，尤其是法院和其它两个分支在党派组成上的关系。例如联邦最高法院在1984年的“污染气泡标准案”（Chevron v. Natural Resources Defense Council, 467 U.S. 837）判决，在国会立法含义不明时，联邦法院必须尊重行政机构对有关法律条款的解释。这项决定偏离了以往法院在事实认定上尊重行政机构、而在法律解释上采取独立判断的习惯做法，并因削弱了法院对行政行为的制约而受到不少行政法学者的批评。这项决定的政治背景是共和党（里根政府）控制了执法分支，并在最高法院具有微弱多数的优势。当然，最高法院的判例法仍然具有相当的稳定性。尽管这项决定一直受到批评，且联邦政府的执法与立法分支的政党构成不时发生变化，它仍然是法院多数意见在判案中所采纳的标准。但这个例子表明，行政行为的司法控制在美国历史上并不是简单的直线上升或下降，而可能因政治因素而呈现出复杂的变化模式。

[17] 见 David H. Rosenbloom, *The Evolution of the Administrative State and Transformations of Administrative Law*. In David H. Rosenbloom and Richard D. Schwartz (ed.), *Handbook of Regulation and Administrative Law*, Washington D. C.: American University Press (1995), pp. 10-20; 比较 Bernard Schwartz, *Some Crucial Issues in Administrative Law*, *Ibid.*, pp. 207-220.

[18] 值得注意的是，这并不在任何意义上违反休谟定理，因为休谟定理只是断言规范命题不可能从纯粹的事实命题中逻辑推断出来，而并不否定作为结论的规范命题可能需要某些事实命题作为前提。譬如某人认为“社会主义好！”（一个规范命题），而他之所以这么认为，是因为他认为更发达的生产力是“好”的（规范命题），且他相信社会主义制度将促进生产力的发展（事实命题）。因此，事实命题往往也是推断价值命题的必要（尽管并非充分）条件。

这同时也表明，尽管有人或许不同意他的结论，但其实未必反对他的规范性前提（更发达的生产力是“好”的），而完全可能只是不认同他的事实前提（社会主义一定会促进生产力的发展），且最终对事实问题的澄清（社会主义作为一项可被清楚定义的制度是否比别的制度更能够促进生产力的发展）将完全解决他们之间的分歧，而这是一个社会科学研究或许能够解决的问题。

[19] 参见罗豪才主编：《行政法学》（修订本），北京：中国政法大学出版社1999年版，第264-271页。

[20] 见郭润生、宋功德：“控权—平衡论”，同前注，第49页。

[21] 罗豪才、甘雯：“行政法的‘平衡’及‘平衡论’范畴”，同前注，第49页。

[22] 为说明简单起见，暂且假定这种定量的测量是可能的。

[23] Reducible，例如行政权力的正当行使有助于保护与促进公民的合法权益，在这个程度上两者是一致的。

[24] 如罗豪才等：“现代行政法的理论基础”，同前注。

[25] 罗豪才、宋功德：“现代行政法学与制约、激励机制”，《中国法学》2000年第3期，第77-88页。

[26] 罗豪才等：“现代行政法的理论基础”，同前注，第54页。

[27] 罗豪才、宋功德：“行政法的平衡与失衡”，同前注，第84页。其中用到博弈论中的“双赢”概念，也存在着同样的问题：如果行政权力和公民权利能达到“双赢”状态，那就不需要“平衡”了；之所以还需要平衡，正是因为两者至少在某些情形下是一种“零和游戏”。

[28] 参见包万超：“实证行政法学与当代行政法学的基本难题”，《南京大学法律评论》2000年秋季号，第24-40页。

[29] 根据以下定义，这里的公共利益似称为“总体利益”（aggregate interest）更为准确。但由于两个原因——第一，只要不至于引起误解，名称本身是无所谓的；第二，“公共利益”这个概念在公法中用得最多，且亟需获得解释与澄清，本文仍然沿用了公共利益这个名称，并把它作为行政法所追求的

基本目标。

[30] 对于方法论整体主义对当今学术界理解“公共利益”这个重要概念的持续影响，见陈晓春、胡扬名：“建设以公共利益为导向的服务型政府”，《光明日报》2005年4月13日。

[31] 应该指出，“功利主义”在这里指的是如下定义的一种道德哲学，和日常生活中这个词所包含的贬义没有关系。为了和享乐主义（Hedonism，指一种以个人快乐而非功利主义所定义的社会利益至上的伦理哲学）相区别，本文将 Utilitarianism 翻译为“社会功利主义”。当然，功利主义确实具有只注重个人感觉（快乐和痛苦）的纯主观倾向。但在借用这种方法的同时，我们无需认同这种不良倾向。简言之，社会功利主义就是一种以方法论个体主义为基础的实用主义理论。

[32] Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, New York: Hafner Press, 1948. 对边沁“粗俗功利主义”观点之改进，见 John Stuart Mill, *Utilitarianism*, London: J. M. Dent & Sons Ltd., 1972.

[33] 事实上，民主选举的基本游戏规则——由一人一票决定的多数选票获得者获胜规则——除了操作上的便利之外，似乎也没有什么天经地义的理由。功利主义的线形叠加原则和民主选举原则有着某种自然的相似性，尽管“一人一票”的平等原则注定了选票不能像功利计算那样考虑个人效用在强度上的差异。

[34] 见 Bruce A. Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale University (1980), pp. 34-44.

[35] 在一个环境保护案例的反对意见中，美国联邦最高法院的道格拉斯法官(J. Douglas)甚至宣称非生命实体——例如河流与石头——都可以符合原告资格，并在利益受到现代工业损害时由人代理参与诉讼。见 *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972)。可以想见，“动物权利”保护主义者一定会坚持“公共利益”应包括动物的个体利益，而环境保护主义者则可能宣称人类所制订的国家法律和社会政策还必须还考虑整个“大自然的利益”。

[36] Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, p. 1 (note).

[37] John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press (1971)。具有讽刺意味的是，罗尔斯的正义论也同样具有平等的倾向。但他仍然认为功利主义原则是不可接受的——尽管其结果经常是可取的，实现平等的正当依据是社会契约论建立在某些事实假定上的推论。例如在“无知之幕”背后，任何厌恶风险(risk averse)的人都会更赞成促进平等的社会政策。

[38] 当然，有些学者（尤其是赞成自由放任主义的保守派）认为这个问题根本不存在。例如美国联邦第七巡回区的波斯纳法官即认为，所谓“正义”不是别的，就是财富最大化(wealth maximization)，且这也正是解释普通法之所以然的最好依据。见 Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge: Harvard University Press, pp. 4-6, 88-90。但由于这种看法并不代表普遍共识，本文认为效率与公正之间的冲突仍然是存在的，至少存在与否是值得讨论的。

[39] 见安东尼·吉登斯：《第三条道路：社会民主主义的复兴》，郑戈译，北京：北京大学出版社2000年版，第74-82页；章谦凡：《市场经济的法律调控》，北京：中国法制出版社1998年版，第20-25页。

[40] Pareto-optimum，即至少有人因采取了这一体制而改善了境遇，而没有人比以前的状况更差，参见 Dennis C. Mueller, *Public Choice II*, Cambridge University Press (1989), pp. 400-407.

[41] 译自 Rawls, *A Theory of Justice*, Ch. 2, Sec. 17.

[42] 译自同上，Ch. 5, Sec. 46; Ch. 2, Sec. 17.

[43] 莱昂·狄骥：《公法的变迁》，郑戈译，沈阳：辽海出版社1999年版，第180页。

[44] 狄骥：《公法的变迁》，同前注，第183-184页。

[45] 参见王名扬：《法国行政法》，北京：中国政法大学出版社1988年版，第710-732页；张千帆：“法国国政院与行政行为的司法控制”，《中国法学》1995年第3期，第107-117页。

[46] 见章谦凡：《市场经济的法律调控》，同前注，第2-4页。

[47] 这并不否认到某个极点，效率和公正最后至少在短期内发生不可调和的冲突。

[48] 之所以是“近似”的，是因为民主表决在集中个体选择的时候还是会产生各类“集合”（aggregation）问题。参见 Ackerman, *Social Justice in the Liberal State*, pp. 34-44.*

[49] 当然，也可以让选民自己直接立法，且近几十年来的公民创制与复决运动的普及确实反映了回归“直接民主”的趋势。参见张千帆：《西方宪政体系》（上册·美国宪法），北京：中国政法大学出版社 2000 年版，第九和第十章。然而，完全回到古雅典时代显然是不切实际的。现代社会需要专职代议制机构的立法调控，已是不争的事实。

[50] 注意这里的规则可以采取消极形式，例如某个国家对大气污染没有作出任何规定，而这种不规定（或以后取消某类规定）也同样构成这里的“规则”。

[51] 这类假定可以是任意的，它本身不会对结论有实质性影响。如果不假定参照基数为 0，那么以下不等式将被表述为 $B(L2) - B(L1) > C(L2) - C(L1)$ 。

[52] 当然，社会功利主义进一步要求社会政策的总利益（等式左）和总成本（等式右）之差不仅大于零，而且达到最大。

[53] 当然，人们也可以认为，征用土地或财产过程中的“公共利益”特指某些具体的重要利益，例如健康、安全、卫生等。但这种限定本身并没有依据，而且也不符合市场经济原则。在自由市场体制下，任何利益都是有价值因而可交易的。人为限制自愿交易（例如禁止以商业开发为目的的拆迁）显然将影响社会资源的最佳配置。根据科斯定理，如果交易成本不太高，因而私人之间可以达成自愿交易，那么政府就不应插手干预。但在实际上，交易成本往往相当高，因而政府干预（如征用）对社会发展仍然具有促进作用。

[54] 对于国家目前实施的截然不同的二元补偿方案，参见韩俊：“质疑行政强制性土地国有化”，《财经》2004 年第 18 期（9 月 20 日），第 95-96 页。

[55] 反之，所谓个人利益与公共利益的“双重极大”之说（见郭润生、宋功德：“控权—平衡论”，同前注，第 49 页），则在逻辑上是行不通的。对此本文已有充分论证，不再赘述。

[56] 或许汽车或其它污染源而非摩托车是这些城市污染的罪魁祸首，取缔摩托车并不会显著改善空气质量。

[57] “科斯定理”（Coase Theorem）预言，在交易成本（Transaction Cost）为零（即可忽略不计）的时候，私人之间可以通过谈判而达成对彼此都最有利的协议，从而在无需政府干预的条件下自动达到社会资源配置最佳的状态。如此看来，社会利益似乎不需要法律就能实现。然而，对于现实社会中的绝大多数交易而言，其社会成本是不为零的，甚至经常远大于零，因而“科斯定理”的反面往往更有实际意义：即在交易成本不为零的社会里，法律的制订和实施确实会影响社会资源的配置。参见 Ronald H. Coase, *The Firm, the Market, and the Law*, University of Chicago Press (1988), pp. 106-116。例如环境污染这个例子就涉及到许多个利益主体（包括众多的摩托车车主和更多的污染受害者），他们不可能坐到一起谈判（或者说他们加入谈判并形成可实施协议的交易成本是极为昂贵的）。从这个意义上说，积极的国家法律是节省交易成本而实现社会利益的有效途径。

[58] *Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Institute*, 448 U.S. 607.

[59] 29 U.S.C. Sec. 652(8).

[60] Parts per million, 指 100 万份空气中含一份苯的浓度。

[61] Plurality opinion。在本案，4 位法官根据同样理由撤消了行政机构制订的新标准，另外 4 位法官则持反对意见。还有一位持赞同意见的法官（J. Rehnquist）认为《职业安全与健康法》的有关条款给 OSHA 的授权因过于模糊广泛而违宪，因此 OSHA 所制订的规章超越职权。至此，5 位法官要求撤消 OSHA 规章，从而构成了多数；但由于他们的判决理由不同，因而没有超过半数法官的“多数意见”。

[62] 在“剂量—反应”（dose-response）图表上，OSHA 当时只有在较高苯浓度（如 25ppm）对人体危害的实验证据，对人或动物暴露在更低浓度中的危害则没有明确的数据。

[63] 从某种意义上，以后的发展或许证明了反对意见的合理性，参见 Robert V. Percival et al.

(ed.), *Environmental Regulation: Law, Science, and Policy*, Boston: Little, Brown and Co. (1992), pp. 479-480.

[64] 值得注意的是，功利主义也有“行为功利主义”和“规则功利主义”之分。本文所探讨的是规则在一般适用过程中的成本—利益平衡，而不是指特定的具体行政行为对不同当事人的成本和利益权衡。在具体行为层面上一般不存在平衡，因为一旦一般的法律或政策制定之后，具体行政行为将被要求无条件满足一般规定。

[65] 罗豪才等：“现代行政法的理论基础”，同前注，第54页。

[66] Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, pp. 320-324.

[67] 这里所增加的公共利益分为两部分：首先是公民通过维护其个人利益所直接增加的公共利益（因为前者是后者的一部分），其次是诉讼过程本身因提高了执法者的法律意识与能力而提高了对其他人的利益的保护。后者是间接的，并难以用数值衡量，但范围更为普遍。

[68] 如果没有任何程序保护($R = 0$)，那么行政违法完全可能变得如此普遍，以至于 $p(0) = 1$ ，也就是说立法原先预期实现的任何效益都将被行政违法消耗殆尽，从而使立法在实际中的公共利益为零甚至是负值（因为要计入维持行政机构运行的成本）。

【出处】

《比较法研究》2005年第5期，第1-14页。

转自北大公法网

【写作年份】2005

【学科类别】宪法→中国宪法

“公共利益”的困境与出路——美国公用征收条款的宪法解释及其对中国的启示

评

The Dilemma of “Public Interest”: On the Meaning of the Takings Clause in the United States Constitution and Its Significance for China

张千帆

【摘要】

本文从美国政府征收权的渊源以及联邦宪法第五修正案征收条款的原始意义出发，探讨了“公共用途”的宪法概念在美国判例史上的嬗变及其最近的发展趋势。文章指出，由于“公共用途”或“公共利益”是极难界定的概念，法院难以发展出可操作的判断标准。在美国，对征收的公共利益之保障主要在于立法控制而非司法限制。根据民主原则，法院高度尊重立法判断，凡是议会决定符合公共用途的征收一律被认为合宪。在这个意义上，议会是一个“公益机器”，通过民主代议自动产生代表公共利益的法律和决定。文章最后建议，中国应该将注意力从“公共利益”的理论界定转移到制度建设，让全国和地方人大及其常委会在征收和补偿方案的决定中发挥更大的作用。

This paper discusses the “public use” concept in the Fifth Amendment of the United States Constitution and its recent application in the case law. Since concepts like “public use” or “public interest” lack judicially definable element, the protection for public interest lies mostly in political rather than judicial control. As a result the American courts usually defer to the legislative judgments for public interest in takings of private properties. In this sense the parliament is a “public interest machine”, which legitimizes the taking decisions through the democratic representative process.

【关键词】公共利益，公共用途，征收，公正补偿

【点击次数】1272

【阅读次数】1272

一、引言

在经过 2004 年修正之后，1982 年中国宪法第十条第三款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”^[1]类似地，宪法第十三条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”（以下简称“公益征收条款”或“征收条款”）根据宪法文本的显然含义，政府征收或征用（以下统称“征收”）土地或私有财产的前提条件是征收行为必须以“公共利益”的目的；只有“为了公共利益的需要”，政府才能合宪地征收财产。作为对政府征收权的限制，宪法修正案被普遍认为是权利保障的一种进步。

然而，在实践中，“公共利益”却是一个极难界定的概念。近年来，随着城市改造和农村转型步伐的加快，土地征收和房屋拆迁成为频繁引发中国社会冲突的源泉。在征收过程中，政府或开发商的目的是不是符合“公共利益”，无论在理论还是实践上都产生了巨大的困惑。如果拆迁的目的是危房改造，征收显然符合“公共利益”；但如果拆迁的目的是商业开发，又如何认定呢？如果为了退耕还林而征收土地显然符合“公共利益”，为了工业建设而征地又如何呢？由于在概念上缺乏清楚界定，这些问题很难争论清楚。

笔者认为，在鉴别和界定“公共利益”的过程中，人们很容易进入一种误区，从而成为教条主义的牺牲品。笔者将在别处论证，“公共利益”不是别的，其实就是私人利益的总和。^[2]这种功利主义定义虽然过于简单，且不是完全没有问题，但它至少坚持了方法论的个体主义，避免了整体论和有机论的谬误。这样一来，公共利益和私人利益并不是在本质上完全不同的两个概念，两者之间也不存在一道清晰的概念鸿沟。如果保护居民的生命安全是一种受到承认的公共利益，那么繁荣本地经济的措施也未尝不可被如此认为；事实上，从经济发展中得利的人数还可能远大于从危房改造计划获益的人数。工业建设也同样如此。在长远意义上，它对调整国民经济结构和改善社会生存状态所作出的贡献可能一点也不亚于增添一片森林的作用。因此，界定公共利益和私人利益的努力即便不是完全没有意义，也是几乎不可能的。

本文从美国法的经验出发，探讨美国法院对类似问题的处理。和中国宪法的公益征收条款类似，美国联邦宪法第五修正案也有一条“公用征收条款”：“如未经公正补偿，私有财产不得为了公共用途而被征收。”^[3] 在历史上，美国法院也曾试图赋予这项条款以实质性含义，但对于什么构成“公共用途”一直未能发展出令人满意的标准。虽然公用概念近年来在某些情况下对征收行为构成一定的限制，但美国法院一般将它作为完全由议会决定的问题：凡是议会决定的征收行为都符合公共用途之要求，因为议会被认为是公共利益最可靠的制度保障。文章最后建议中国可以效仿美国的经验，^[4]将注意力从“公共利益”的理论界定转移到制度建设，让全国和地方人大或其常委会在征收和补偿方案的决定中发挥更大的作用。

二、征收权的起源及其原意

1. 传统理论

从一开始，“征收”就和“公共”目的联系在一起。征收一词最早大概来自格老修斯的《战争与和平法》(De Jure Belli et Pacis)。他在这本经典著作中指出：

“臣民的财产可依据征收(imperium eminens)的权利而属于国家，结果是国家或代表国家的人可以使用甚至摧毁或剥夺臣民的财产，不仅在它直接需要的情况下——这种需要甚至授予私人公民在一定程度上对他人财产的权利，而且在为了公共利益的情况下也是如此。且这些形成政体的公民应被认为是希望私人利益在公共利益面前让步。但我们还必须补充，如果这种情况发生，那么国家有义务利用公共开支补偿那些人因失去产权而受到的损失。”^[5]

格老修斯很清楚地表达了下列思想：政府有权为了公共利益而征收，且公共利益应该是征收行为之所以获得授权的目的和条件。经过几个世纪的发展，这种思想已经为西方国家普遍接受。根据经典定义，征收权(eminent domain)是指“国家为了公共目的而占用私人财产的权力”。^[6]

在传统上，对于政府的征收权存在两种理论：“保留权利”(reserved rights)理论和

“内在权力”(inherent powers)理论。保留权利理论假定,在个人占有财产之前,国家对一切财产具有原始和绝对的所有权,因而公民对财产的占有取决于主权国家的授权,且以后的享用过程也受制于隐含的保留条件,也就是国家可以在任何时候为了公共目的而收回财产。根据这种观点,个人的财产所有权至少相对于政府而言只是限于一种占有权和使用权。内在权力理论则认为公民拥有全部的财产权,没有必要经过政府授权;但政府可根据需要拥有征收财产的权力,只是必须满足宪法所规定的前提条件。尽管原始产权的归属不同,两种理论事实上都赋予政府以几乎绝对的征收权力。两者的不同之处主要在于,内在权力说仍然要求政府的征收行为符合宪法条件。

受洛克的财产观之影响,美国制宪者没有接受保留权利说,因为他们认为财产是先于政府而存在的。^[7]且美国的联邦体制也给保留权利说带来了困难,因为联邦和各州都是主权政府,但联邦和各州政府不能同时对同一块土地拥有绝对权利。事实上,根据保留权利说,各殖民地政府已经在联邦成立之前对其土地拥有权利,因而联邦似乎不可能再拥有类似的主权;然而,在新州成立之前,正是联邦政府将土地授予当地居民,由此表明联邦是土地的拥有者,因而后来成立的州似乎又不可能对其土地获得主权。但无论如何,联邦和各州政府都在不断征收土地,而保留权利说并不能为这种现象提供恰当的解释。

然而,美国在相当程度上接受了内在权力说。尽管联邦是一个有限权力政府,但征收权在美国建国之初即被认为是联邦政府无疑拥有的内在权力,因而无须各州宪法的明确承认。虽然联邦宪法并没有明确授权国会征收私产,但联邦宪法第五修正案规定了“公正补偿”,因而可被视为已经预设了征收权之存在。但在1875年之前,联邦政府一般基于征收权为州所委托的理论,在州法院或在获得州的同意后在当地联邦法院进行征收程序。在1875年的案例中,联邦最高法院判决州的同意并非联邦征收的先决条件,从而使联邦获得了完全独立的征收权。^[8]

2. “公用征收”条款的原意

当然,联邦征收权虽然广泛,却并非不受限制。宪法第五修正案规定了两条可能的限制:一是征收必须是为了“公共用途”,二是公用征收必须给予“公正补偿”。本文仅限

于探讨“公用”是否构成征收的必要条件。事实上，宪法文本本身在这个问题上就有歧义。第五修正案既可被认为是规定了征收的前提条件，也可被认为是限定了“公正补偿”的适用范围：只有“公用征收”才必须给予公正补偿。这当然不是说征收权可被用于私人用途，而是说存在着不同形式的征收——譬如征税或充公，而这些“征收”都不要任何补偿，只有特定的“公用征收”才要求公正补偿。如果采取后一种解读，那么修正案中的“公用”不但不是限定征收的目的，反而是限定了获得补偿的范围。

有证据表明，第五修正案的原意并不在于限制征收的目的。^[9] 在征收条款的制定过程中，主要起草者麦迪逊(James Madison)和第一届国会其他成员的主要目的是防止征收权被行政权而不是立法权所滥用。当时普遍认为，国会有权代表公民对征收权的行使表达同意(consent)，因而不应受到任何其它限制。因此，第五修正案既不是为了授权国会征收土地——因为国会作为国民代表在此前已经获得了这项不争的权力，也不是为了限制国会的权力，而只是要求公用征收必须给予公正补偿。在这个意义上，将“公共用途”理解为针对立法权的限制，似乎是对宪法文本中一种误读。

事实上，根据麦迪逊的原意，第五修正案的征收条款范围很狭隘：只是为了防止政府对财产在物质上的占用。“公共用途”从来不是一项独立的宪法要求，至少当时的美国法院并不这么认为。^[10] 1789年前后，联邦和各州宪法都没有规定征收限于“公共用途”。当时的实践也表明，政府可以在广泛领域的活动中征收财产，而其中某些活动和政府的传统职能关系甚微，譬如建造工厂或渡口（没有明确宪法授权）就和建造邮局（宪法第一条第八款授权）一样被认为是征收权的正当行使。因此，在那个时期并没有必要定义什么是“公共用途”，其隐含假设是共和政府以及适当的程序要求便足以保护征收权的滥用。第五修正案的历史表明，制宪者将这项权力全部委托给了立法机构。^[11]

在联邦宪法通过的一个世纪之间，美国政府其实很少动用征收权力，因而征收条款也一直处于“休眠期”，并不是法院和学者广泛关注的对象。只是到了19世纪后期，随着第二次工业革命和城市化建设的迅速发展，美国才开始兴起政府征收的趋势。联邦和各州政府都利用征收权来鼓励经济上有利可图的行为，包括经济设施的大规模构建。反对者认为广泛的征收将导致寻租行为和立法权的滥用，因而主张法院对财产权的强制性转移进行严格审查。但对于法院是否有权行使这项权力，则一直存在着争论。美国法学家不时到17世

纪的大陆自然法学家——如格老修斯(Hugo Grotius)和普芬道夫(Samuel Pufendorf)——那里寻找依据和灵感,但对于“公共用途”究竟是什么仍然莫衷一是。为了抗衡征收权的滥用,法院和学者最后对征收权附加了“公共目的”限制,但很快就陷入如何界定这个概念的困境。不论如何,新的公共目的说只是相当晚近才创造的理论,并不是出于制宪者的原意。^[12]

三、“公用”限制的有限崛起

既然制宪者无意对征收权的行使规定实质性限制,“公用”条款在建国后近两个世纪内都没有发挥实质性作用。在19世纪上半叶,“公用”限制并不排除为了修建工厂、道路和私人土地的排水系统而进行征收。在运河与铁路等新型交通工具开始开发之后,“公用”概念被扩展到私人运营的公司,以允许立法将征收权委托给这些私人拥有的“公务企业”(public utility company),例如煤气、水电和电话与电信服务。这些企业根据州政府授权为社会提供公共服务,为当地人提供因其性质、地点或生产与分配方式而最好由州控制的公共物品。^[13] 1930和1940年代,“公共用途”概念在许多州进一步扩充,并被地方政府作为依据制定“拆迁”(slum clearance)计划,通过征收贫民窟的地产来建造“公共住房”。到1950与1960年代,在约翰逊总统(Lyndon B. Johnson)发起的“伟大社会”(Great Society)运动带动下,联邦和各州对穷人的福利寄予空前的关注。许多地方都制定了“都市重建”计划,通过地方政府机构征收贫民区的土地,并转卖给私人开发商,由后者代表地方政府为穷人建造公共住房。也正是在这个时期,宪法第五修正案的“公共用途”才开始在法院发挥一定的限制作用。但无论是这个时期还是以后,法院都极少依据征收条款撤消政府的征收行为。

1. “公共用途”的司法解释

在1954年的重要判例中,^[14] 联邦最高法院判决都市重建过程中的征收权并不违反联邦宪法的第五修正案。道格拉斯法官(J. Douglas)的意见明确表示,国会在此行使的

是范围广泛的“管理权”(police power)，法院必须尊重国会对有关征收是否符合公共目的之判断。尽管开发商属于私人赢利性质，但国会有自由认为私人机构而非政府能更好地为公共利益服务，因而法院也不强求都市重建过程中征收的土地属于公共所有。这是最高法院明确涉及“公共用途”的第一个判例。虽然最高法院维持了征收权的合宪性，但这个判决本身意味着“公共用途”可能对征收权构成某种限制。

与此同时，大多数州都基于更狭义的依据而维持地方征收的合宪性。某些州法院依据重建计划中对土地转让或租用的条件与限制，认为私人开发仍然是公共目的之延续，因而判决征收符合州宪。但以下判例表明，无论在联邦宪法还是州宪意义上，“公用”总的来说并不对征收构成实质性限制。

在 1981 年的案例中，^[15] 底特律市征收了 465 英亩的土地，并廉价转让给通用汽车公司以建造汽车制造厂。此前，通用汽车曾宣布，如果城市不提供新的厂址，工厂将搬迁别处。底特律征收计划的“公共利益”包括保留 6000 多个工作机会、维持税收以及防止城市社会条件的进一步恶化。新厂址所在的住户、商店和教堂全部要拆迁，其地方居民委员会挑战征收不满足公共用途条件。尽管有两位法官强烈反对，密西根最高法院的多数意见还是维持了征收的合宪性。1982 年，加利福尼亚州发生了一个戏剧性案件。加州奥克兰职业足球队“侵略者”未能更新和市政府的租约，因而宣布要迁移到洛杉矶。奥克兰市政府却想自己运营这个足球队一段时间，然后再转手给另一个愿意留在市内的私人所有者，因而采取了征收无形合同权利的非常措施，征收范围包括和球员签定的合同。加州最高法院没有决定公共用途问题，但判决宪法并不排除征收无形合同权利。^[16]

在 1984 年的“米德基夫案”，^[17] 联邦最高法院自从 1954 年以来首次明确阐述了“公用”的含义。1967 年的《夏威夷土地改革法》规定，在需要开发的地区租用五英亩以上的租户可以通过征收而获得土地的产权。最高法院注意到夏威夷土地所有权的高度集中，^[18] 因而一致维持了法案的合宪性。尽管“纯粹的私人征收”将构成违宪，最高法院发展并适用了极为宽松的“米德基夫标准”(Midkiff test)：“只要征收权的行使和可见的公共目的理性相关(rationally related)”，法院就必须判决征收符合公用目的。因此，议会可以行使十分广泛的征收权，以促成私人工厂的建造或推进土地改革，而法院对于公共用途的立法判断给予高度尊重，将审查标准保持在最低水平。

2. 征收权的“私有化”

“米德基夫案”涉及到征收权的“私有化”问题：为了简化和加快征收过程，政府有时授权私人代行其征收权。这种做法在美国历史上也是常见的，且其合宪性很早就为最高法院所肯定。^[19] 事实上，许多所谓的“公共设施” (public utilities) 企业都是私营的，因而征收权的“下放”在某些情况下是合理甚至必须的。然而，授权私人征收的做法显然容易因其目的和动机而受到宪法挑战，因而法院在某些情况下将认定征收权的下放超越了公用限制。

正是在这个领域，最近的少数地方和联邦案例表明“公共用途”限制有再次崛起的迹象。在 1998 年的案例中，^[20] 新泽西博彩发展管理局在美国金融业大亨“王牌唐” (Donald Trump) 的要求下征收了一家私人住宅和两个小企业，用于其停车场、旅店客房和草地。被征收者主张这项征收是为了私人目的，因而违反了联邦和各州宪法。但新泽西法院承认停车场、旅店和草地的修建符合公共目的，因为它帮助发展了城市的“走廊地区”。然而，法院认为“王牌唐”未必会将这块土地用于上述目的，因而征收有可能在将来为“王牌唐”用于别的私人目的，而一旦转让产权之后，政府将无法控制私人地产的使用方式。因此，在授权私人征收的过程中，政府不得授予私人以“绝对产权” (fee simple title)，而是必须对有关产权的用途作出限制性规定，或者政府可以索性不放弃被征收土地的产权，而只是将地产供私人长期租用，继续租用的条件是私人使用土地的目的符合政府规定。

在 2002 年的案例中，^[21] 网关国际赛车公司要建一个停车场，因而要求其邻居全国城市环境组织转让土地，但遭到后者拒绝。网关公司径直通过快速获得产权的渠道，^[22] 要求伊利诺衣西南地区发展管理局代其征收土地，并承诺交纳一定的费用。全国城市环境组织挑战这种征收超越了联邦宪法和州宪的公共用途限制，并在伊州最高法院获得胜诉。州法院承认经济发展可作为征收的公共目的，但发展管理局在此所采取的手段——通过收费代替私人开发商征收土地——超越了联邦和伊州对征收权的宪法限制。发展管理局的行为相当于为了利润而出售征收权，因而不符合公共目的。在早先发生在宾夕法尼亚州的案例中，宾州法院也因为政府作为私人开发商的代理人而判决征收无效。^[23] 法院要求征

收权的下放获得明确的立法而非行政授权，且不得通过协议或合同而被下放。

在同年的一个联邦案例中，^[24] 县政府的规划委员会为了授权私人建造购物中心而撤消了一项限制性租约。联邦第七巡回区上诉法院认为规划委员会的理由——促进经济发展——缺乏适当依据，因而判决这项决定无效。上诉法院之所以拒绝尊重县政府关于取消合同的行政决定，似乎是因为地方议会没有决定究竟什么构成“公共用途”，而是简单地将决定权委托给规划委员会。上诉法院认为，只有在立法明确规定“公共用途”的情况下，征收权的下放才有资格适用宽松的“米德基夫标准”。

另外，在 2001 年的“九毛九平价超市案”，^[25] 联邦地区法院判决征用权违反了第五修正案的公用限制。Costco 大型连锁商店需要扩充店面，因而要求兰卡斯特市的重建管理局动用征收权征收和它相邻的商店。管理局考虑到如不答应要求就可能导致公司搬走，因而花了 380 万美元征收了原告的土地，然后象征性地以一块钱转让给 Costco 公司。管理局所主张的公共目的是防止地方经济的衰败及贫困死灰复燃，但地区法院非同寻常地认为这个目的只是一个借口，因而撤消了市政府机构的征收决定。

3. “公共用途”作为司法限制的理由

“公共用途”在传统上之所以没有对征收行为构成任何实质性限制，主要是出于两点重要理由。首先，传统的征收权大都是由议会直接行使，而议会控制被认为是防止政府滥用权力的有效保障。然而，随着都市重建的兴起，征收权在许多情况下被下放给行政机构，甚至在某些情况下被直接下放给私人。因此，现代议会未必能在所有情况下有效控制征收权的行使，且即使议会控制也未必能完全杜绝滥用权力的发生，因为议会代表以及普通纳税人并不能感受到财产权的丧失对少数被征收者的影响。其次，宪法第五修正案规定的“公正补偿”要求政府为征收付出适度的代价，从而也减少了滥用权力的可能性。

然而，至少有两点理由表明征收补偿也不能完全保证征收权的适当行使。第一，金钱补偿未必包括米丘曼(Frank Michelman)教授所说的“情感成本”(demoralization cost)，也就是过低补偿对被征收者在心理和感情上的打击。由于存在着难以衡量的主观损失等因

素，征用补偿在许多情况下是不完全的。第二，公共选择理论表明，即使是充分补偿也未必能完全防止政府的过度征收。虽然“被征收者有权获得其财产除征收者提出的用途之外的价值最高之用途的公平市场价值”，^[26] 被征收者将不能分享征收给财产所带来的增值，而事实上征收一般都会提高财产的价值。因此，即使“公平市场价值”也只是一种不完全的补偿，因为征收的利润百分之百地落到征收主体（政府）或私人得益者（开发商），而政府通过强制征收的赢利行为尤其造成不公的感觉。为了限制征收权力，似乎有必要迫使政府为城市开发而“竞争”，从而鼓励开发商考察并比较不同地方。因此，效率和公正原则都要求对强制征收行为的合宪性进行更为严格的审查。

同时应该看到的是，征收权的滥用在美国也产生了诸多不良社会后果。美国的都市重建计划被普遍认为是一场令人沮丧的失败，由此造成的动迁之苦和社区不稳定对国家补贴项目的效益产生质疑。在许多城市，拆迁恶化了事态发展。许多被拆迁户——尤其是黑人家庭——发现得不偿失，拆迁后的状况还不如以前相对贫困的生活。在许多美国城市，1940 和 1950 年代的强制土地征收和城市建设也导致了不良后果，摧毁了许多传统社区，并对被拆迁户造成了“生活危机”。^[27] 一项研究表明，波士顿地区被拆迁的 46% 的妇女和 38% 的男子承受了“相当严重的痛苦”。^[28] 征收成为在政治上有权有势的社会势力压制被排除在政治过程之外的人或团体的手段。主观损失的高度风险以及不完全补偿的其它可能性促使某些学者认为，法院应当更为仔细地审查征收权的行使。

在这个领域，法院可以模仿其在管制征收 (regulatory taking) 领域内发展的理论，要求所采取的手段对于实现公共利益的目标是“合理必要的”。^[29] 传统的审查对象是征收的“公共性” (publicness)，即政府征收是否为了某个受到承认的公共目的。但法院已经明确拒绝对这个问题进行实质性探讨，而将财产征收后的使用是否符合公共目的留给立法机构决定。因此，学者们建议将探讨的重点转移到获得产权的手段上来；换言之，司法审查的对象不再是政府征收后的使用目的是什么，而是审查财产权是如何获得的。有关管制征收的判例正是沿着这个路径发展的。

在 1987 年的案例中，^[30] 加州海岸管理委员会要求地产所有者在其土地上提供一条通往海滩的公共通道，作为其在海滩附近建房的条件。最高法院承认管理委员会的目标——保证新的房屋不阻碍公众视线——是正当的，但其所规定的条件——允许公共通道从

私人地产上穿过——和目标之间不存在“必要的联系”，因而违反了第五修正案的征收条款。在 1994 年的案例中，^[31] 管道服务公司要扩大营业规模，市政府的许可条件是公司让出大约 10% 的土地作为人行道和防洪通道。最高法院再次承认目的正当，但判决市政府未能证明其条件和建设的影响“大致相当” (roughly proportional)。在上述两个判例之后，法院确立的普遍规则是政府不得要求财产所有者放弃产权以交换政府许可，除非政府证明其所要求的征收或征用和所提议的开发之影响“大致相当”。

尽管普通征收和管制征收在性质上类似——在两种情况下，政府都是为了特定的公共政策而获得产权，并都为了获得财产而向财产所有者提供一定价值的交换，但法院的审查标准极为不同。对于管制征收案件，政府必须将获得财产的手段和其目标联系起来；对于普通征收案件，目前的宪法标准却不要求政府保证征收是必要的或甚至只是和目标相关：只要征收目的正当，政府所采取的手段就不受审查。因此，在审查征收是否符合公共用途要求时，法院必须采取相当宽松的标准；在审查管制征收的合理性过程中，它则采取相对严格的标准，而不同标准在这个法律领域内产生了一定的张力。

有些学者提出，管制征收领域内要求的严格标准也应该被适用于征收领域。^[32] 事实上，政府过度征收的危险比过度管制的危险更大。由于宪法所要求的“公平市场价值”存在适当性等潜在问题，失去财产的普通被征收者的处境可能还不如因管制征收而实际上丧失财产权的人。如果管制过度，企业完全可能“用脚投票”离开当地，因而过度管制受到市场限制，而过度征收则因为政府振兴当地经济、吸引外来企业的愿望而可能进一步加剧。关于目标—手段关系的司法审查将有助于法院排除动机不当的征收计划。例如在上述“九毛九平价超市案”中，法院采取目标—手段相关标准更有说服力，因为法院这时所审查的问题并不是目的是否正当，而是具体的征收方案——譬如征收原告的土地而不是别处的空地——如何能有效防止未来的经济衰败。

四、 建立公共利益的制度保障——美国经验对中国的启示

美国法院对公用征收的宪法解释为中国处理自己的征收问题提供了一定的启示。在某种意义上，中国城市正在经历美国上个世纪 50 年代与 60 年代的城市改造运动，只不过是

社会规模更大、涉及面更广、利益冲突更尖锐。近年来，城市拆迁和补偿问题已经引发了激烈的社会矛盾。^[33] 广大农村也面临着同样性质的问题。^[34] 不论在农村还是城市，如果不能有效解决土地征收和补偿的争议，将不仅加剧社会冲突、损害社会稳定并阻碍经济发展，^[35] 而且将极大地损害政府统治的信誉和正当性。征收和拆迁在本质上是一种政府行为，而政府权力的行使必须以公共利益为目标；如果政府在老百姓眼里是利用征收权为自己和少数人牟利致富，那么征收权的行使就失去了基本的正当性。

1. 回到出发点——为什么征收？

首先一个问题是政府为什么要行使征收权。根据经典的自由市场理论，当事人之间自愿交换的结果将使社会资源达到最佳配置。因此，如果当事人之间的交易成本不足以阻碍自愿交换的发生，那么政府不需要因而也不应该强行干预。^[36] 如果开发商看到某一块地皮的开发有利可图——也就是说社会对开发后的资源利用所产生的价值和利润超过了拆迁和安置成本，那么完全可以让开发商自己和计划中的被拆迁户通过谈判解决补偿等问题。如果政府在不必要的情况下通过行政命令强行干预，就有可能产生补偿不充分的风险，从而不仅牺牲被拆迁户的合法权益，而且也将导致社会资源的浪费。^[37]

既然如此，政府为什么还有必要行使强制性的征收权？根据有限政府理论，政府职能仅限于私人无法通过自愿交易而实现其目的之领域。例如如果某个领域（如环境保护）的私人交易成本过高，那么政府就获得了适当干预的正当性。征收权的行使也不例外。征收权的目的是克服自愿交易的障碍，而在资源十分稀缺的情况下，自愿交易有可能出现障碍。该资源的拥有者可能通过垄断性标价而获取“租金”，并可能将交易成本抬高到不可接受的程度。在这种情况下，国家可以通过征收发挥一定的作用——简言之，就是防止私人出于种种原因“漫天要价”，从而阻碍或延误社会 and 经济发展。但征收作为一种公权力的行使必须符合两点要求：第一，征收是为了公共而非私人利益；第二，被征收者必须获得公正补偿。

在这个意义上，美国联邦宪法第五修正案和中国宪法修正后的第十与第十三条的规定是完全自然与合理的。固然，公正补偿的宪法要求通过迫使政府为征收行为付出相应的市

场代价，极大降低了政府滥用权力的可能性。但应该指出，即使在保证公正补偿的大前提下，征收也只是模仿自愿交易的结果。征收毕竟是私有产权的强制剥夺，因而和自愿交换具有本质区别。自愿交换几乎从来是双方互惠的交易，而强制性交易是否如此则完全取决于补偿是否充分。在法律上，两者的区别等同于产权规则(property rule)和责任规则(liability rule)——前者允许产权所有者通过禁止令的救济维护其所有权，^[38]而后者只是在事后授予损失赔偿。在这个意义上，美国法院对征收行为的处理实际上是将产权保障仅限于一种责任规则，而这可能是不合适的。因此，公正补偿要求未必能完全替代征收的公共利益或公共用途要求。由于强制征收毕竟只是实现社会目的的一种可能手段，而非唯一的手段，因而法院或许应该对征收权的行使发挥一定的控制作用。

2. 问题的转化——究竟谁来界定“公共利益”

然而，如上所述，美国法院在历史上一直将注意力放在征收补偿，而非征收行为是否符合公用目的。之所以如此，关键原因是在于“公共用途”这个概念实在太宽泛，因而法院难以发展出一套可操作的理论，为公共用途的司法界定提供实质性标准。尤其在国家从最小政府转变为积极政府之后，美国法院不愿意定义政府的“正确”或“自然”归属究竟是什么，因而对公共用途问题基本上放手不管。征收是不是为了“公共用途”，几乎成为一个由议会独断的“政治问题”；^[39]只要是议会作出的征收决定，几乎必然符合公用目的，法官不应该用自己对“公共用途”的主观判断去替代人民代表的判断。到此为止，问题已经不是“公共用途”究竟是什么，而是究竟谁的定义说了算。在民主国家，法院必须尊重民选议会的政策判断。尤其在法律界定不明确的情况下，法官更不应该以自己对公共用途的理解去限制议会权力的行使。美国法院之所以对公共用途问题放手不管，并不是因为它有意逃避司法责任，而是这个问题有一个更好的决定者——由民选代表组成的议会。

^[40]

事实上，尊重议会的传统在英美国家源远流长、根深蒂固。在英国历史上，征收权是国王和议会长期斗争的对象。从很早开始，英国法就禁止国王褫夺公民的财产，即便是为了公共目的也不行，因为只有议会才能征收土地。美国殖民者也吸取了英国经验，各殖民地议会有权征收土地，而法院无权干涉。这并不是说议会判断绝对不会出错，但是议会作

为多数人利益的代表毕竟是对公民权利的最可靠保障。且社会需要不断发展，而发展往往要求在较短时间内完成土地所有权的转换，因而如果议会认为有必要征收土地以利社会改革，那么这种权力不应遇到司法障碍。确实，代表多数人的权力有时会侵犯少数人的基本权利，譬如对被拆迁者补偿不公，而法院在这时也确实应该发挥作用。但这里所涉及的是公正补偿而不是公共利益的问题。法院有义务保证多数人及其代表不剥夺被征收者的公正补偿，但征收本身是否符合公共利益是议会决定的问题。

在这个意义上，议会相当于一个“公益机器”(public interest machine)：在通常情况下，其所产生的法律或决定被认为自动符合“公共利益”。笔者提出这个概念，是借鉴了米丘曼教授在公正补偿领域中提出的相应概念——“公平机器”(fairness machine)。

^[41] 由于米丘曼教授并不完全信任司法机构能圆满解决“公正”问题，因而提出了在政府决策过程中自动实现公平和公正的制度设想。虽然议会因为可能侵犯少数人的利益而未必是理想的“公平机器”，它至少可以作为相当理想的“公益机器”，因为由民主选举产生的议会是社会多数人利益的最可靠代表。

可以想见，如果中国的全国和地方人大或其常委会能够对土地征收和补偿方案的决定发挥实质性的作用，那么目前困扰中国社会的征收问题将得到根本的解决，由此引发的社会矛盾和利益冲突将得到根本的缓解。^[42] 城市拆迁和农村土地征用牵涉到全社会的广大利益。如果人大代表确实是由选民选举产生的，他们必须要代表广大人民的根本利益，因而如果由他们决定征收计划和补偿方案，那么我们可以期望被征收者的利益可以得到充分保护。然而，由于人大重要职能目前并没有在现实中充分发挥出来，因而人们只能在“公共利益”的概念上做文章。不少人主张应该严格控制政府的征收行为，将其限于“公共利益”的范围之内。^[43] 这种主张的初衷固然是好的，“公共利益”也确实是征收必须符合的宪法要求。但如本文所示，“公共利益”的界定是极为困难的——如此困难，以至笔者可以预言，如果人大制度问题得不到解决，“公共利益”的宪法要求也不可能得到落实。

当然，不论人大制度运行得如何，都不表明法院在公共利益问题上完全无所作为。即使在美国，征收权在很多情况下都不再由议会直接行使，而是委托给行政部门或对开发具有利益动机的私人。在这种情况下，法院显然不能盲目对征收权的行使赋予同样高度的尊

重。政府应该为所有人行使权力，而不应赤裸裸地成为某个利益集团的代言人。即使私人开发促进当地的公共利益，法院也可以通过审查征收手段和目的之间的合理关系，为征收行为的“公共性”提供最低程度的保证。

最后，笔者显然不希望读者从本文中得出“公共利益”要求对于征收而言可有可无的结论。许多国家的宪法都规定征收必须符合公共利益，从中即足见这项要求的重要性。关键在于，我们所考虑的并不是一个理论问题，而是一个涉及到几乎所有人利益的实际问题；一旦付诸实践，我们马上发现“公共利益”是一个弹性很大和难以界定的概念，因而不大可能得出一个普遍接受的明确标准，在处理实际问题的过程中告诉我们具体的征收行为是否处于其覆盖范围之内。在最根本的意义上，我们所面临的是一个制度问题：究竟应该信任谁来代表和界定“公共利益”。美国经验告诉我们，这个问题不应该由法官决定，更不应该由行政官来决定，而应该由人民代表来决定，因为他们是“公共利益”的最可靠的保障者。法院也许应该对失去议会控制的征收行为施加一定的司法控制，但这无论如何不是他们的“工作重点”。事实上，美国宪法明确规定了他们的“重点”——保证被征收者获得“公正补偿”。中国宪政所面临的任务是在既定的制度框架内合理地界定不同政府部门的职能与义务，使征收的“公共利益”和公正补偿都得到有效保障。^[44]

【注释】

张千帆，政府学博士，北京大学教授，北京大学宪法与行政法研究中心常务副主任。本文的写作得到国家社科重点项目“国家主权与地方自治问题研究”（04AFX003）的支持，特此感谢。

[1] 事实上，在修正之前，宪法第十条已经规定“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收”。

[2] 目前且参见“法学研究的‘新范式’？建立严密的新实用—实证主义法学体系”，《法学文稿》2001年第2期，第19-32页；<http://www.chinalawinfo.com/research/academy/details.asp?lid=1276>. 2000。

[3] 原文是“nor shall private property be taken for public use, without just compensation”。这里的taking(s)被译为“征收”，是指政府对财产依法获得所有权。但美国宪法意义上的taking也包含更广义上的“征用”，也就是在不征收财产的基础上获得对财产的某种使用权，从而对所有者的财产享用构成限制。

[4] 当然，或许有人会指出，并不是所有国家的法院都放松了对征收行为的公益要求的司法控制。例如德国《基本法》第14条对财产的征收明确规定了“公共福利”要求。在1968年的“汉堡洪水控制案”（24 BVerfGE 367），联邦宪政法院审查了征收行为是否符合公共利益的问题。尽管对“公共利益”规

定了广义限制，宪政法院仍然判决汉堡州征收堤坝区域土地的法律合宪。法院指出，只要财产被用于具体的公共目的——例如建造堤防，那么征收就符合宪法第 14 条的公共福利要求。之所以规定如此宽泛的审查标准，盖由于“公共利益”的范围在操作上难以界定。这可能是为什么即便是在通常情况下相当严格的德国法院也至今没有根据“公共利益”判决征收违宪。否则，假如宪政法院实质性地行使了这项权力，那么它很可能和议会的民主权力发生冲突。

[5] Hugo Grotius, *The Law of War and Peace* (vol. 3), Francis W. Kelsey (trans.), Oceana Publications (1964), p. 807.

[6] 见 Olin L. Browder et al. (eds.), *Basic Property Law* (5th Ed.), St. Paul, Minn.: West Group (1989), p. 989*.

[7] 洛克认为，人的劳动赋予价值，从而产生了财产权。和霍布斯不同，洛克因此认为财产权不需要国家法律即已存在。见 John Locke, *Two Treatises of Government*, Peter Laslett (ed.), Cambridge University Press (1967), pp. 378-380.

[8] *Kohl v. United States*, 91 U.S. 367.

[9] 参见 Matthew P. Harrington, *Public Use and the Original Understanding of the So-Called Takings Clause*, 53 *Hastings Law Journal* 1245.

[10] *Ibid.*, at 1298-99.

[11] 应该指出的是，包括第五修正案在内的《权利法案》在通过时仅适用于联邦政府。见“码头淤泥案”，*Barron v. Mayor & City Council of Baltimore* (32 U.S. 243)。但联邦最高法院后来通过“选择吸收” (selective incorporation) 理论拓宽了其中某些重要修正案的适用范围，使之适用于各州政府，其中也包括第五修正案。因此，现在第五修正案的基本要求也适用于各州，尽管各州政府还受到本州州宪的限制。

[12] 例如爱泼斯坦教授认为，法官可以根据起草和通过第五修正案当时普遍接受的观念，客观地决定征收条款的含义，并将洛克的政治哲学作为这种普遍接受的观念，但又认为洛克假设的前提和结论之间存在矛盾，因而需要受到修正。根据这种修正后的洛克哲学，爱泼斯坦认为大多数二十世纪的立法——包括累进制税收、福利措施、最低工资和最高工时的立法——都是违宪的。见 Richard Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*; 对上述观点之批评，见 Note: Richard Epstein on the Foundations of Takings Jurisprudence, 99 *Harvard Law Review* 791 (1986).

[13] Olin L. Browder et al. (eds.), *Basic Property Law* (5th Ed.), St. Paul, Minn.: West Group (1989), pp. 994-995.

[14] *Berman v. Parker*, 348 U.S. 26.

[15] *Polietown Neighborhood Council v. City of Detroit*, 410 Mich. 616, 304 N.W.2d 455.

[16] *City of Oakland v. Oakland Raiders*, 32 Cal.3d 60, 646 P.2d 835。这个案件后来发回下级法院重审，并因征收违反了州际贸易条款而被撤消。

[17] *Hawaii Housing Authority v. Midkiff*, 467 U.S. 229.

[18] 当时联邦和州政府拥有该州近 50% 的土地，另一半为 72 名大地主所拥有，其中 18 位拥有该州 40% 的土地。

[19] *Cherokee Nation v. Southern Kansas Railway Co.*, 135 U.S. 641, 656-58 (1890).

[20] *Casino Reinvestment Development Authority v. Banin*, 727 A.2d 102 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1998).

[21] *Southwestern Illinois Development Authority v. National City Environmental*, 768 N.E.2d 1 (Ill. 2002).

[22] 在紧急需要的情况下——例如为了修建公共交通、通讯设备和都市住房，政府可以采取“快速征收” (quick take) 程序，在法院判决之前就获得土地的产权和使用权，并在征收发生后给予体现财产市场价值的公正补偿。

- [23] *In re Condemnation of 110 Washington St.*, 767 A.2d 1154, 1159 (Pa. Commw. Ct. 2001).
- [24] *Daniels v. Area Plan Commission*, 306 F.3d 445 (7th Cir., 2002).
- [25] *99 Cents Only Stores v. Lancaster Redevelopment Authority*, 237 F. Supp. 2d 1123 (C.D. Cal. 2001).
- [26] 引自 Merrill, *The Economics of Public Use*, 72 Cornell Law Review 61 (1986), at 83-85.
- [27] 参见 Bernard J. Frieden and Lynne B. Sagalyn, *Downtown, Inc.: How America Rebuilds Cities*, Cambridge, Mass.: MIT Press (1989), pp. 15-37.
- [28] 见 Marc Fried, *Grieving for a Lost Home: Psychological Costs of Relocation*, in James Q. Wilson (ed.), *Urban Renewal: The Record and the Controversy*, Cambridge, Mass.: MIT Press (1966), pp. 359-360.
- [29] 见 Nicole Stelle Garnett, *The Public-Use Question as a Takings Problem*, 71 *George Washington Law Review* 934.
- [30] *Nollan v. California Coastal Commission* 483 U.S. 825.
- [31] *Dolan v. City of Tigard*, 512 U.S. 374.
- [32] 例如参见 Matthew P. Harrington, *Public Use and the Original Understanding of the So-Called Takings Clause*, 53 *Hastings Law Journal* 1245.
- [33] 有关拆迁的争论已经导致好几起全国关注的事件, 南京和安徽等地曾先后出现过自焚行为, 有的甚至专门来到北京采取这种过激行为, 见《新民周刊》2003年9月2日报道。
- [34] 对于乡镇土地征收过程中的一次轰动全国的违法事件及其后果, 见何禹欣、陈芳: “铁本之乱”, 《财经》2004年第10期(5月20日), 第77-86页。
- [35] 对于拆迁补偿问题因得不到有效解决而阻碍社会发展的一个例子, 见周玉: “拆迁拖住永定河滞洪工程”, 《新京报》2004年8月1日。
- [36] Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics* 1 (1960).
- [37] 如果市中心的地价很高, 那么自愿交易的结果往往是促使开发商寻找成本更低的开发地点——除非开发的价值如此之高且不存在成本更低的等价方案, 从而改善社会资源的配置。
- [38] 根据布莱克斯通的经典定义, 财产是指“所有交易的自由使用、享受和处置, 除了国家法律规定之外不受任何控制或减损”。William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (vol. 1), San Francisco: Bancroft-Whitney Co. (1916), p. 138.
- [39] *Political question*, 是法院为了控制自身管辖权而自行发展的一种理论, 要求法院因尊重三权分立原则而拒绝审查某些类型的立法或行政行为。
- [40] 当然, 这里不仅涉及到民主问题, 还涉及到联邦主义问题, 也就是联邦法院应该对州和地方议会的决定赋予什么程度的尊重。事实上, 联邦法院所处理的绝大部分征收判例都涉及到地方而非联邦政府行为。虽然联邦法院对地方议会的尊重程度不如对国会那么高, 但它们在判例中显然还是对前者代表地方利益的能力赋予很高的信任和尊重。
- [41] Frank I. Michelman, *Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law*, 80 *Harvard Law Review* 1165 (1967), at 1248.
- [42] 显然, 由于全国人大规模过分庞大, 且会期很短, 目前不可能期望它对具体的征收过程发挥任何实质性作用, 但人大常委会仍然可以发挥一定的作用。另外, 具有全国影响的征收行为是很少发生的, 绝大部分征收都发生在地方, 因而关键在于完善地方人大机制。
- [43] 例如见韩俊: “质疑行政强制性土地国有化”, 《财经》2004年第18期(9月20日), 第95-96页。2004年的中央“一号文件”也是沿着这个思路, 见任波、胡一帆: “征地制度改革: 天平向何方倾斜”, 《财经》2004年3月20日, 第56-57页。
- [44] 对于中国最高法院在拆迁补偿问题上的最近努力, 见段宏庆: “等待最高法院拆迁司法解释”, 《财经》2004年第11期(6月5日), 第104-109页。

【出处】

《中国法学》2005 年第 5 期，第 36-45 页。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法->中国宪法

“公共利益”与“合理补偿”的宪法解释

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】1073

【阅读次数】1073

关注物权法

1 既然征收问题在本质上是一个宪法问题，物权法的有关规定就必须符合宪法要求。

一般认为，“物权法”（Property Law）是属于私法领域。尽管其中也有和公法接轨的部分，也就是政府对私人财产的征收或征用（Eminent Domain），但是国外的物权法一般对这部分内容轻轻带过，因为他们认为征收前提与补偿标准主要是宪法问题，因而“正统”的物权法就无暇涉及了。然而，最近公布的物权法草案引起了笔者的兴趣，因为它直接接触及政府作为公权力在征收过程中的权限：“为了公共利益的需要，县级以上人民政府依照法律规定的权限和程序，可以征收、征用单位、个人的不动产或者动产，但应当按照国家规定给予补偿；没有国家规定的，应当给予合理补偿。”草案的这一规定可被认为是对 1982 年宪法的一种补充。虽然 2004 年宪法修正案要求对征收“给予补偿”，但此规定有失单薄和笼统。物权法草案明确要求补偿标准必须符合法律规定，且在没有相关规定的情况下必须“合理”。虽然草案的这些规定仍然“过于原则”，但毕竟对寥寥数语的宪法文本有所补充。不过，既然征收问题在本质上是一个宪法问题，物权法的有关规定就必须

符合宪法要求。

根据美、德等国在这个领域的宪法实践，笔者主要持两点看法：第一，“公共利益”是一个不可能在法律上确定的概念，因而我们不要再在界定什么是“公共利益”这个问题上浪费时间，而应该借鉴国外经验，完善对征收决定的程序（而非实体）控制。第二，补偿标准直接涉及到公民（或国家）的财产权，因而应当符合宪法要求而不仅仅是“国家规定”，更不能在没有具体规定的情况下使用“合理”等模糊字样。各国经验表明，对征收补偿的宪法要求是相当明确的：必须是根据“公平市场价值”（fair market value）计算出来的“公正补偿”（just compensation）。因此，与其一会儿“国家规定”，一会儿“合理补偿”，不如就直截了当规定为“公正补偿”。

2 如果中国的全国和地方人大或其常委会能够对土地征收和补偿方案的决定发挥实质性的作用，那么目前困扰中国社会的征收问题将有望得到根本的解决，由此引发的社会矛盾和利益冲突将得到根本的缓解。

首先，作为一种强制性的公权力行为，征收确实必须符合“公共利益”，但“公共利益”究竟是什么？这可是一个见仁见智的问题。如果为了危房改造的征收显然是“公共利益”，城市的商业开发和经济发展难道就一定不是吗？如果为了退耕还林的征地是“公共利益”，为了工业建设的征地就一定不是吗？这无论在理论还是实践上都是讲不通的。笔者认为，问题的根源在于对“公共利益”这个概念的理想化和绝对化理解。事实上，“公共利益”不是什么崇高的和私人利益截然有别的概念，而只不过是所有相关的私人利益之和而已。一个城区的公共利益是什么？无非就是这个城区的所有个人利益之和；因而如果拆迁征地有助于提高当地居民的福利，那么它就符合公共利益标准。无论是为了危房改造还是商业开发，也无论是为了退耕还林还是工业建设，任何征收都会以独特的方式影响不同人群的权利和义务，也都有可能符合或违反公共利益标准。这样，如何决定是否（或在许多情况下是在何处）征收？这要看哪一种征收方式给当地人民带来的利益更大。这样一来，我们所面临的问题发生了转化：原先的问题是征收是否构成“公共利益”，现在则是

哪一种征收的公共利益最大；前面这个问题是不可能解决的，后面这个问题则至少在理论上是可解决的。

然而，公共利益的最大化在实践中仍然是很难确定的。如果我们要坐下来思考一块地的最佳用途究竟是什么，那么最后往往可能仍然是见仁见智，谁也拿不出绝对的证据来证明自己的主张对于当地居民来说是最有利的。这是为什么西方国家不会将它当作一个学者或法官研究的法律或学术问题，而是将它当作一个留给议会决定的政治问题。和中国宪法的公益征收条款类似，美国联邦宪法第五修正案也有一条“公用征收条款”：“如未经公正补偿，私有财产不得为了公共用途而被征收。”在历史上，美国法院也曾试图赋予这项条款以实质性含义，但对于什么构成“公共用途”一直未能发展出令人满意的标准。虽然公用概念近年来在某些情况下对征收行为构成一定的限制，但美国法院一般将它作为完全由议会决定的问题：凡是议会决定的征收行为都符合公共用途之要求，因为议会被认为是公共利益最可靠的制度保障，议会便相当于一个“公益机器”：在通常情况下，其所产生的法律或决定被认为自动符合“公共利益”。因此，究竟谁最适合决定“公共利益”，这个问题的答案在一些国家没有半点悬念——它只能是民选产生的多数议会代表。

笔者建议，要保证政府的征收行为符合“公共利益”，我们应该在征收的程序控制上多下功夫。如果中国的全国和地方人大或其常委会能够对土地征收和补偿方案的决定发挥实质性的作用，那么目前困扰中国社会的征收问题将有望得到根本的解决，由此引发的社会矛盾和利益冲突将得到根本的缓解。城市拆迁和农村土地征用都牵涉到全社会的广大利益。人大代表是由选民选举产生的，他们必须代表广大人民的根本利益，因而如果由他们决定征收计划和补偿方案，那么我们可以期望被征收者的利益可以得到充分保护。笔者理解，完善代议制度绝非一日之功，而人大制度问题得到解决，“公共利益”的宪法要求才可能得到落实。但在人大制度完善之前，我们还是可以在征收的行政程序上有所作为，例如在征收前规定就征收地段和补偿标准举行听证等。这类措施将有助于提高征收决策的公开化，遏制暗箱操作和贪污腐败现象，并为政府决策提供必要信息，使政府及早了解特定征收方案的成本及其可能涉及的问题与阻力。

3 由于涉及到公民的基本财产权，宪政国家在政府征收的补偿问题上是不含糊的：

补偿必须是“公正”的，也就是补偿数额必须是被征收或征用的财产的“公平市场价值”。

其次，政府的征收决定在很大程度上取决于补偿标准。和“公共利益”相比，这是一个更容易确定也更具有实质意义的问题。由于它涉及到公民的基本财产权，宪政国家在这个问题上是不含糊的：补偿必须是“公正”的，也就是补偿数额必须是被征收或征用的财产的“公平市场价值”。当然，公平市价究竟是什么——是征收前的市价还是征收后的预期市价，是征收者的收益还是被征收者的成本，如何在市场经济不发达的地区确定市场价值等等，这本身是一门本文不可能在此涉及的大学问。但是公平市价究竟是什么可以慢慢深究，补偿按照市价标准这个大原则必须先确定下来。之所以如此，不仅是因为这项宪法标准保护了被征收者的基本权利，而且更因为它有助于防止政府滥用征收权。中国各地之所以出现所谓的“圈地运动”，而“圈地”之后又有许多地被搁置荒废，正是因为征地无论如何使用，都是一件利润巨大的事情，而巨大的利润从何而来？很大部分正是来自人为降低征收成本、压榨征地补偿，使之远低于公平市价。这样，通过低价征收，本来属于老百姓的利益被划到政府和开发商那里去了。且最后的结果不仅是老百姓的基本利益被剥夺，而且政府因利益驱动而盲目征收也导致经济上的巨大浪费。

征收补偿至少部分是为了强迫政府将征收的成本内部化，从而使社会资源配置达到经济学意义上的最佳点。显然，征收行为不仅具有管理成本，而且具有昂贵的机会成本（opportunity cost）：一旦财产被政府征收，它就不可能再被任何私人使用。如果政府不需要给予补偿——不需要花钱就可征收财产，那么政府可能会受到“财政错觉”（fiscal illusion）之影响，也就是政府官员将误以为所征收的资源没有机会成本或机会成本很低，从而作出非理性决策。其结果必然导致政府过度征收，进而导致资源的错误配置和浪费。为了避免发生财政错觉，宪法要求政府给予完全补偿或赔偿，迫使政府比较征收的机会成本和征收后的财产价值。如果政府必须为征收的财产提供补偿，那么政府官员就必须比较社会资源在政府手中的价值和在私人手中的价值。只有在期望有关资源因公共工程而将产生比补偿更高价值的情况下，政府才会决定征收。在这个意义上，公正补偿条款将政府从一个权力机构转变为一个理性人：就和普通理性的个人一样，政府在决定过程中也必须平衡

成本和收益，从而有助于保证征收行为符合社会利益。

4 宪法和物权法意义上的“公共利益”不是对滥用权力的授权，而正是对征收权的制约。要做到这一点，其实并不困难：我们只需要取消“公共利益”的特殊地位，要求所有的征收行为——不论是为了什么目的——都一视同仁按照市场原则给予公正补偿。笔者相信，这也是宪法和物权法的本意。

最后需要指出的是，在历史上，“公共利益”一直被当做是低价征收的依据：如果说赢利性的征收必须给予充分补偿，那么征收一旦有了“公共利益”为尚方宝剑，似乎就可以天经地义地“白拿”，譬如高速公路的建造通常只给予标准很低的补偿。这种论点的荒谬之处在今天已如此显然，以至不再需要花费笔墨。事实上，这样的“公共利益”早已成为侵犯权利、过度征收和腐败的保护伞。我们显然不愿意看到它在征收过程中发挥这样的作用。宪法和物权法意义上的“公共利益”不是对滥用权力的授权，而正是对征收权的制约。要做到这一点，其实并不困难：我们只需要取消“公共利益”的特殊地位，要求所有的征收行为——不论是为了什么目的——都一视同仁按照市场原则给予公正补偿。笔者相信，这也是宪法和物权法的本意。

这样，“公共利益”和补偿标准之间的关系就摆正了。公共利益是对征收权的事前限制，公正补偿则是对征收权的事后救济。两者缺一不可，只是公共利益的控制主要在于民主政治过程，而补偿标准则不仅有程序控制，而且也有实体控制——在法治国家，如果你对补偿不满，你还可以在法院挑战补偿标准，尽管你一般不能成功挑战征收的“公共利益”属性。两者又是相辅相成的，因为所谓“事前”“事后”都是辩证的，事后补偿其实为事前决定公共利益的最大化提供了判断依据；如果最后证明征收的成本是如此之高，以至超过了收益，那么征收行为本身就不符合公共利益标准。（事实上，这也是为什么法国宪法要求在征收前就给予补偿。）且和“公共利益”一样，补偿标准首先也应该由民主程序决定。如果补偿方案是由当地人大（至少是人大常委会）通过的，难道你不觉得捉摸不

定的“合理补偿”多了一层保险吗？

归根结底，无论是宪法还是物权法，都是为了解决中国社会的实际问题而制定的。中国立法所面临的艰巨任务是在既定的宪法框架内合理界定不同政府部门的职能，使征收的“公共利益”和公正补偿都得到有效保障。不论“国家规定”如何，也不论“合理补偿”究竟是指什么，未来的物权法都应该在制度和程序设计上有所作为，至少明确“公共利益”与“合理补偿”在操作过程中由谁说了算。只有这样，公民的宪法权利才能落到实处。

（转引自南方周末）

【写作年份】2005

【学科类别】宪法->中国宪法

“公正补偿”与征收权的宪法限制

评

张千帆

【摘要】

对土地和财产征收的公正补偿具有重要的理论与现实意义。从公共选择理论的视角讨论了美国联邦宪法规定征收必须给予“公正补偿”的理由。解释了美国法院通过判例确定“公正补偿”的计算标准，探讨了中国宪法修正案的补偿条款之解释。宪法修正案所要求的征收“补偿”必须是体现被征收财产市场公平价值的“公正补偿”，且这项宪法要求必须在操作过程中获得立法与司法制度的适当保障。

There is theoretical and practical significance in the just compensation for the expropriation of land and properties. From the viewpoint of public choice theory, the reason, why American constitution prescribes private property should not be expropriated without just compensation, is given. American court established the calculational standard of just compensation. The amendment of China constitution about compensation is explained. The compensation must be just that embodied the equitable market value of the property expropriated. Legislation and judicature must safeguard the application of the amendment. Otherwise, unjust compensation would give rise to serious consequences, which aggravates social conflicts and waste resources, etc.

一、引言

随着市场经济的发展和公正观念的普及与深入，中国逐渐认识到征收补偿的重要性。经过 2004 年修正之后，宪法第 10 条第 3 款规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照

法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”“公民的合法的私有财产不受侵犯。”类似地，修正后的宪法第 13 条规定：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”虽然这两条修正案都是针对宪法总纲，但征收补偿普遍被认为是公民财产权的题中之意，因而也构成国家必须尊重和保护的宪法基本权利。

然而，宪法所表达的理念和现实之间仍存在很大的差距。近年来，由于全国各地的大规模经济开发，城市房屋拆迁和农村土地征收十分普遍。但由于宪法对征收补偿的要求不明确，某些地方在征收过程中存在着滥用权力的行为，对征收补偿的标准规定过低，严重损害了被征收者的宪法权利，并引发了激烈的社会冲突。为了有效解决这些实际问题，我们有必要探讨宪法修正案对征收规定的“补偿”究竟是什么、为什么要给予“公正补偿”以及如何实现“公正”补偿等基本问题。

对于这些问题，美国联邦宪法提供了丰富的启示。1791 年生效的宪法第 5 修正案就已经规定：“为了公共用途的征收必须提供公正补偿”，且几乎所有州的州宪在此前后都规定了征收私产的补偿。（1）在美国建国之初，征收权即被认为是政府拥有的内在权力，因而无须各州宪法明确承认，但政府在征收过程中必须给予公正补偿。在 200 多年的宪政发展过程中，联邦法院在“公正补偿”领域发展了丰富的案例法，其中不乏值得我们借鉴之处。

本文主要分为三部分。首先，从公共选择理论的角度探讨美国联邦宪法为什么规定征收必须给予“公正补偿”。其次，将解释美国法院如何通过判例确定“公正补偿”的计算标准。最后，在此基础上讨论中国宪法修正案的补偿条款。宪法修正案所要求的征收“补偿”必须是“公正补偿”，在一般情况下也就是被征收财产的“公平市场价值”，且公正补偿在操作过程中需要获得立法与司法制度的适当保障。

二、为什么要求“公正补偿”公共选择理论的解释

首先必须指出的是，并不是所有的政府管理行为都构成“征收”（taking），也不是所有的“征收”行为都需要补偿。绝大多数日常管理行为都不构成征收，因而无须给予任何补偿，即使管理行为实际上对私有财产构成了严重损害。（2）事实上，因为关于管理行

为在什么情况下构成征收的界定标准无论在理论还是判例上都不够清楚，美国财产征收理论研究的焦点早已从一般征收补偿转移到“管制征收”（regulatory taking）问题。由于目前困扰中国社会的主要问题是一般意义上的征收及其补偿，本文将不在此探讨“管制征收”问题，而仅限于说明什么性质的征收必须给予补偿。

到 18 世纪末，美国法承认三种意义上的“征收”：征税（taxation）、充公（forfeiture）和剥夺（expropriation），而只有最后这种征收行为才必须给予补偿。（3）之所以如此，是因为纳税是基于同意原则的一种“给予”，当然不需要补偿。否则，纳税显然就失去了意义。充公则是对严重违法行为的一种惩罚，例如叛国者和杀人犯的财产可被政府充公，海关走私物品可以被充公，有时甚至连周末不去教堂或妻子责骂丈夫等轻罪也可导致财产的部分丧失。尽管个人财产权在英美法传统上受自然法的保护，但根据社会契约论的逻辑，如果社会成员因违法行为而违反了社会的“基本契约”，国家可以收回法律保障个人的财产。

因此，纳税不需要补偿，是因为税务负担在原则上应该成比例地落到每个人头上；充公不需要补偿，是因为它只是剥夺了从违背社会契约中获得的违法利益。事实上，对于这两种征收行为给予补偿将使征收行为不可能实现其原本要实现的目的。

然而，联邦宪法第 5 修正案明确规定，为了公共用途而剥夺财产的行为必须给予补偿。

（4）制宪者认为，这种征收是为了社会公共利益而对被征收者所施加的负担，因而要求其其他纳税人补偿其损失是公正的。否则，被征收者和他人相比就承受了不成比例的负担。

在这个意义上，第 5 修正案的目的正是保证所有人“公平分享”社会管理和改造的负担，防止政府强迫某些人承担公平和公正原则要求公众整体承担的公共负担。正如霍姆斯法官在 1922 年的经典案例中指出：“公众要改善公共条件的强烈兴趣或愿望，并不允许为了实现这种愿望而走捷径，因为合宪的渠道是必须为这种改善付出代价。”（5）

对于征收补偿的理由，规范性研究多从公正、效率、自由、共和美德以及自然权利的角度探讨公正补偿的必要性。（6）这类研究尽管有价值，但未必能在制度上提出有建树的论点。况且价值选择往往见仁见智，因而不同价值观之间难以形成超越分歧的共识，最后流于没有意义或没有结论的争论。公共选择理论的论证建立在一般人都认为值得追求的某

些基本目标例如社会繁荣和政治稳定以及经过无数次实践考验的利己主义行为假定之上，从而避免了价值主观性及其所引起的无谓争论，并在此基础上进一步对制度的合理性提出有积极意义的建议。总的来说，公正补偿要求的主要功能在于迫使政府将行使权力的成本内部化，从而不仅保证政府行为在经济学意义上的理性，而且有助于约束政府滥用权力并限制政治冲突，且由于公正补偿的宪法要求不可能完全通过政治过程实现，因而还要求有效的司法保障。

（一）避免政府的“财政错觉”

首先，征收补偿至少部分是为了强迫政府将征收的成本内部化，从而使社会资源配置达到经济学意义上的最佳点。显然，征收行为不仅具有管理成本，而且具有昂贵的机会成本：一旦财产被政府征收，它就不可能再被任何私人使用。如果政府不需要给予补偿，即不需要花钱就可征收财产，那么政府可能会受到“财政错觉”（fiscal illusion）之影响，也就是政府官员将误以为所征收的资源没有机会成本或机会成本很低，从而作出非理性决策。其结果必然导致政府过度征收，进而导致资源的错误配置和浪费。（7）为了避免发生财政错觉，宪法要求政府给予完全补偿或赔偿，迫使政府比较征收的机会成本和征收后的财产价值。

如果政府必须为征收的财产提供补偿，那么政府官员就必须比较社会资源在政府手中的价值和在私人手中的价值。只有在期望有关资源因公共工程而将产生比补偿更高价值的情况下，政府才会决定征收。在这个意义上，公正补偿条款将政府从一个权力机构转变为一个理性人：就和普通理性的个人一样，政府在决定过程中也必须平衡成本和收益，从而有助于保证征收行为符合社会利益。

某些学者认为“，财政错觉”理论是一把双刃剑，因为它可能也为征收行为的不完全补偿提供了部分理由。（8）在某种意义上，不完全补偿可以认为是为政府征收行为所提供的补贴。和限制言论自由等宪法禁止的措施不同，征收一般是为了给公众带来重要福利，例如建造公路或其它基础设施、修建公园或休闲区以及保护环境。如果公共利益超过了其成本，那么给予一定的补贴似乎是合理的。因此一方面，政府应该将其对被征收财产的拥有者的负外部效应内部化；另一方面，政府也应该被鼓励对社会产生尽可能多的正外部效应，而传统做法正是补贴产生正外部效应或“公共物品”的行为。通过为征收行为提供补

贴，不完全补偿有助于增加政府促进与保护公共利益的动机。（9）

上述论点的问题在于不完全补偿所产生的“财政错觉”虽然有助于提高政府促进公共利益的动机，却同样容易鼓励政府作出违背公共利益的征收决定。假定征收所带来的利益是 B ，给被征收者以及利益受到影响的其他人所带来的成本是 C ，而政府补偿数额是 J 。如果 $J < C$ （不完全补偿），那么只要征收的利益高于补偿（ $B > J$ ），政府都将有动机征收财产，即使征收的结果是社会得不偿失（ $B < C$ ，净收益为负值），从而破坏社会资源的最佳配置。可以预言，对于收益处于不完全补偿和完全补偿之间的所有征收行为，都将构成不应该发生的过度征收。（10）反过来，如果“公正补偿”只是被解释为要求 $J = C$ ，那么这种补偿并没有完全消除政府促进公共利益的动机，因为只要征收所带来的利益大于成本（ $B > J$ ，因而 $B > C$ ），征收对于政府来说仍然是有利可图的行为。

（二）限制政治冲突、维持社会稳定

从另一个角度看，公正补偿的主要功用在于保证人们都知道政府行为的限度，从而维持民主社会的稳定。公共选择理论认为，如果一个国家随意剥夺无辜者的财产，就和按照个人意志而不是法律剥夺人的生命和自由一样，必将导致人们为了维护自己的根本利益而诉诸欺骗、贿赂或暴力手段，从而加剧社会的政治冲突。（11）虽然宪法并不能在每个特定案例中都保证绝对的公正或效率，而只是提供实现这个目标的制度框架，但是通过规定政府结构和权利保障，宪法将政治斗争控制在一定的限度内。一个人必须知道其生命、自由和财产并不会在政治冲突中受到潜在威胁，才不至于铤而走险。事实上，从宗教自由到征收补偿，宪法的权利保障几乎都有这个功能。通过断绝政府对这些基本权利的觊觎，宪法使基本权利超越政治纷争之外，从而有效保障了社会和平。（12）在某种意义上，公正补偿条款为政治行为者提供了一种“保险”，使对立方不可能通过剥夺财产来实行政治迫害，从而显著降低了政治失败的风险。同时，公正补偿也促进了政治过程的理性对话，因为既然个人安全得到保障，各方都能心平气和地陈述自己的观点，在争取说服对方的过程中也为对方说服自己保留机会，从而有助于将斗争的焦点集中于问题本身。

当然，权利保障过多有时也会加剧政治纷争。例如联邦最高法院在 1973 年的“德州禁止堕胎案”判决，（13）宪法第 14 修正案的正当程序条款意味着妇女在怀孕 3 个月内有决定是否堕胎的自由，州政府不得通过法律加以干涉。这项判决在美国激起了轩然大波，堕

胎的支持者和反对者都试图通过修宪明确体现自己的政治主张，但最后都归于失败。“堕胎案”的判决导致了美国社会的“内耗”，并打破了社会在这个问题上的相对安定。（14）在这个意义上，征收补偿既不应低于宪法的“公正补偿”要求，但或许也不应过高，而是应该被严格限制于宪法所要求的范围内。

（三）司法制度保障

最后，由于征收和补偿方案在西方国家往往是由议会决定的，一个关键问题是为什么不能完全信任立法机构制定的补偿方案，（15）而必须通过司法机构才能确保补偿的公正。公共选择理论的前提假设是，宪法之所以要保障财产权，是因为政府民选分支的决策行为并不是无懈可击，而司法分支可以弥补其中的一些缺陷。公共选择理论将个人利益最大化的经济学假设延展到政治领域，因而在民主政治的市场中，不同利益集团为了获得对其有利的政策而竞争，政府官员则为了提供这些政策而相互竞争。但就和经济市场一样，政治市场也会失灵。一旦政治市场失灵，财产征收的公正补偿就得不到保障，从而需要宪法机制加以补救。

因此，如果我们用调控法律来纠正经济市场的失灵，我们也“可以用宪法来纠正政治市场的失灵。”（16）由此美国宪法第5修正案明确规定了“公正补偿”，而且司法机构在实施这个条款的过程中发挥了主要作用。

需要澄清的是，公共选择理论有两个模型：多数主义（majoritarian）模型和利益集团（interest group）模型，且在司法保障必要性的问题上持不同意见。（17）利益集团模型出于组织成本和选举间断性之考虑，认为控制政府决策的主要力量是社会上某个强势利益集团，而不是政府本身的控制力量。

在西方，财产拥有者被认为是构成了一个势力强大的集团，足以通过影响政府决策而自我保护，因而利益集团模型的结论是征收补偿并不需要司法干预。多数主义模型则假定构成多数的利益集团在特定问题上组织成本并不足够高，因而可以在议会中一致行动，并对少数人或团体的权利构成威胁，即使少数人的损失超过多数人的利益也在所不惜。这样，议会民主政治不但可能加剧社会冲突并削弱稳定，而且还可能造成社会资源的浪费。和利益集团模型相比，多数主义模型更适用于规模较小的决策团体。如果扩大决策团体的规模，

有可能将更多的利益团体带入议会，从而使之不能形成一种压制性的主流意见。（18）

不论如何，司法审查制度至少将有助于公正补偿的实现。不难看到，如果在人事任免、内部结构、待遇、地位和经费等方面有效保障司法独立，（19）那么司法机构应能够相对超越于政治纷争之外，因而尤其适合承担保障公正的任务。不论是采取多数主义模型还是利益集团模型，没有什么能保证政治过程会自动产生公正的结果，因为无论是民主政治还是独裁政治，政治总是权力的较量，而在政治上相对弱势的一方（例如议会中的少数派）不可能通过政治过程本身保证自己的权利不受侵犯。从公共选择理论的角度看，公正补偿的司法保障未必能根治民主政治过程的问题，但无疑能促进政治过程的和平。通过确立要求补偿的征收范围，宪法征收条款的司法解释可以降低政治冲突的风险，从而有助于将这类冲突维持在共和政体所容许的限度内。

总之，为了防止不公正补偿及其所带来的社会效果——无论是政治冲突的加剧和社会秩序的恶化，还是因“财政错觉”而引起的过度征收和资源浪费，一个独立和有效的司法系统是不可缺少的。（20）

三、什么是“公正补偿”——“公平市场价值”标准及其局限性

一旦确定征收行为必须给予公正补偿，下一个关键问题就是补偿多少才算是“公正”的。

毋庸讳言，公正“是一个很宽泛的概念，容易产生见仁见智的理解。公正补偿可以是指被征收者所承担的损失（也就是上面的C），也可以被理解为征收所产生的收益（B），尽管如上所述，这种解释可能会使政府失去促进社会公共利益的动机。幸好，在市场经济国家”，公正补偿“是相对确定的。如果政府征收了你的住房，而你的房子通过公平市场交易有一个价格，那么公正补偿一般就是指这个价格所反映的”公平市场价值“（fair market value）。 （21）

应该指出，由于补偿问题直接涉及到公民受宪法第5修正案保障的财产权，美国法院对“公平市场价值”标准的实施一直相当严格。联邦最高法院判决，个人有权获得相对于被征收财产而言“完全和严格等同”（full and exact equivalent）的补偿，使之“在

金钱上处于和财产没有被征收时同样的地位”。〔22〕当然，市场价值本身在某些情况下不甚确定，且即使确定也未必在所有情况下都产生公正的结果。尽管土地和财产在市场上可以有一个价格，但这个市场价格是否反映了一种内在的“公平价值”则未必很清楚，尤其是客观的非人格化的市场价格并不能适当反映被征收者个人对财产的主观偏爱。且被征收的土地或财产实际上并没有进入销售市场，有时这种市场可能根本就不存在。因此，征收补偿中的“市场价值”很可能和财产的实际价值有一定的出入，在某些情况下甚至可以说是一个没有实际对应物的“虚拟”概念。但我们并不能因为“市场价值”的局限性而一概否定其重要价值。尽管在操作上存在着种种问题，市场价值标准仍然是衡量“公正补偿”的起点。

（一）如何衡量“公平市场价值”

美国法院将“公平市场价值”定义为买主在公平和公开的市场交易中愿意付给卖主的价格，一般需要考虑影响一个合理的购买者愿意出价的任何因素。因此，市场价值应不仅反映财产的现在使用情况，而且还应反映财产所适合的其它使用情况，包括特定财产所适合并在近期内可以付诸使用的各种情况下的最高价值。〔23〕当然，卖主只是提出价值更高的用途之可能性是不够的，这种可能性还必须足够高，以至于能说服一个合理的买主愿意付出更高的价格。如果某片土地确实有价格更高的用途，那么补偿就应该考虑这种用途对财产的市场价值之影响。另外，尽管最高法院认为被征收者对财产的主观价值并不能决定公正补偿的衡量，如果它确实会影响一个合理的买主在公开市场上的出价，那么仍然需要考虑主观价值。〔24〕因此，除非是完全个人化的考虑，主观价值可能也会部分反映到补偿数额之中。

最高法院允许当事人采用三种估价方法来决定买主愿意付出的价格：可比销售法参考可比的（comparable）同类财产销售价格，总体收入法根据财产的现有价值而计算的净收入来决定财产价值，复制成本法则计算在当前市场上更换或重新购置被征收财产但减去折旧的成本。〔25〕一般采用的方法是寻找自愿交易下的成交价格，通常包括以下手段：查看被征收财产最近的销售价格，查看在该地区的类似财产的最近销售价格，根据被征收财产的实际或潜在租金计算其价值，以及计算重新购置财产的成本（排除折旧）。

尽管当事人可以选择上述三种方法中任何一种来估算市场价值，最高法院一般更倾向

于可比销售方法，认为一个买主在公开市场上对类似财产愿意付出的价格相对来说是市场价值的最好衡量。如果被征收的财产属于通常在市场上交易的类型，那么法院就将其市场价格作为公正补偿的惟一衡量标准。（26）如果交易市场确实不存在或被征收财产在市场上找不到同等的交易对象，那么当事人可以利用其它两种计算方法，但最后都必须提供充分证据，作为假想中的合理买主在征收时愿意付出的价值之基础。（27）这里涉及到两种不同情况。首先，如果类似的财产在市场上销售如此之少，以致不能肯定被征收财产将再次以这种价格销售，那么法院就不应该适用市场标准，因为“有关财产的市场不存在”。

（28）其次，如果财产的市场价值明显不符合公正补偿条款为征收提供完全救济的目的，那么法院也不应该采用市场价值标准，以免带来明显不公。然而，当事人实际上很难举出充分证据，让法院相信市场价值标准将带来产生如此不当的补偿，以致要求运用其它计算方法。在1984年的案例中，（29）联邦政府征收了50英亩由市政府拥有的土地。市政府辩称这块土地以前用于垃圾清理，而它有法律义务提供清理场所，因而主张采用复制成本的计算方法。可是最高法院却拒绝接受这个论点。尽管复制成本法也可能在其它情况下成为适当的计算标准，但市政府并没有证明市场价值标准在本案中会产生明显不公。

在计算过程中，法院必须排除征收过程本身对市场价格的人为影响。如果“公共工程的紧迫性”对市场价值产生了有利或不利影响，那么机械地运用市场价值标准可能会产生显然不公的结果。（30）例如政府因预计有关财产将被征收而对其采取初步规制，从而导致其市场价值下降；或投机者因预先知道财产将被征收且政府必须补偿而哄抬价格，从而导致被征收财产的市场价值上扬。这种人为导致市场价值偏离其自然价值的结果都被认为是不公正的，因而不应该反映在补偿计算中。

当然，如上所述，公平市场价值“神话”。在有許多买主和”在很大程度上是一个并不实际存在的卖主的市场中，也许更容易确定什么是公平市场价值。但实际上，政府征收几乎总是发生在一个买主（政府）和一个卖主（特定的被征收者）之间，因而严格意义上的“市场”并不存在。值得注意的是，征收是特定产权的强制性交易，通常发生在自愿交易已经失败且不存在适当替换的情况下。除了在一些经典事例中可以获得准确计算外，公平市场价值在许多情况下都涉及到难以确定的因素，例如财产在最佳使用方式下的价值、商业开发的可行性、开发成本、政府规制的影响和政府征收时的市场状况等。且由于征收行为本身将改变财产价值，从而不断产生究竟是应该计算政府规制前还是规制后的财产价

值的争论。总之，美国宪法中的公平市场价值是一种非人格化的补偿标准，但未必是完全客观的标准。它基本上排除了财产所有者的主观价值，但这并不意味着它就是可以从价格记录中找到的客观价值。公平市场价值只能根据个案情形推断出来，因而必然带有相当大的自由度。尽管如此，法院仍有义务根据个案情况尽可能客观地确定公平市场价值。

（二）市场价值标准的局限性及其补救

美国学者曾在评论财产补偿法的特征时指出：“公正补偿意味着不完全补偿。”〔31〕这不仅是因为公平市场价值标准排除了完全个人的主观价值因素，而且还因为补偿计算仅限于合同法意义上的“一般损失”或直接损失，而在通常情况下忽略所有间接损失，包括预期获得的商业利润。限制补偿的理由主要是为公共物品提供补贴。如果政府征收必须补偿各种难以确定和预见的间接损失，那势必将对公共财政增添沉重负担，并使政府丧失通过征收促进公共利益的动机。另外，限制补偿也有助于促使财产所有者保持使用效率。因此，根据一般规则，宪法仅要求政府补偿征收所导致的直接财产损失，而无须补偿由此导致的间接损失。

但在特殊情况下，法院也可能会要求政府补偿由征收引起的其它产权的减损或丧失，例如征收对经营活动的不利影响和正当预期利益之丧失。在这个领域，联邦最高法院的审查标准不太确定，从而导致看起来类似的案件可能获得不同结果的判决。在 1925 年的案例中，〔32〕政府征收了一片尤其适合特定品种和质量的玉米生长的土地。在这片土地被征收后，原告找不到类似土质的地，因而不得不停止原先的经营业务。最高法院判决，原告虽然可以因土地的特殊价值而获得专门补偿，但无权对其业务的丧失获得补偿。在 1949 年的案例中，〔33〕政府因二战期间军需而征收了原告的洗衣店。原告通过长年苦心经营而积累了一个稳定的顾客群，但因征收后找不到适当地点开业而不得不忍痛放弃。法院没有遵循传统的直接补偿理论，允许原告为其经营损失获得补偿。

在 1973 年的案例中，〔34〕原告的粮仓就在铁路旁边，并从 1919 年开始就从铁路公司那里租用一些土地。1967 年，联邦政府征收了原告的土地，而当时原告的 20 年租期还有 7 年半时间，且因为预期土地承租将和往常一样延长，原告在土地上修建了许多建筑物并对多处进行维修，其用途将超过目前的租期。在决定征收补偿的过程中，原告主张一个合理的买主将假定铁路公司会延长租约，因而将对这些建筑和维修在其有用期间赋予一定的价

值。政府方面则主张关于延长租约的预期并不是受到法律承认的权利，因而其价值仅应按照剩下的 7 年半租期来衡量。最高法院维持了原告的主张，驳回了政府关于不考虑合理预期的主张。由于原告对延长租约的合理预期将反映于一个买主愿意付出的价格之中，陪审团在确定征收补偿时必须考虑这种预期。

然而，在同年的另一个案例中，（35）原告除了拥有自己的农场之外，还获得联邦政府授权在邻近的联邦土地上牧牛。联邦政府后来征收了原告拥有的大部分土地，原告主张补偿的计算应考虑联邦政府在没有征收的情况下继续授权其放牧的合理预期。但法院没有接受原告的主张，因为对原告土地增值的预期是政府行为而非原告自己造成的。

（三）其他衡量标准

市场价值标准并不是落实公正补偿要求的唯一方法。美国法院也注意到市场价值并非惟一的衡量标准，有时甚至未必是最好的衡量标准。联邦最高法院强调，如果市场价值难以确定，或这项标准的适用将给被征收者或公众带来“明显不公”，那就不应该适用市场价值标准。（36）因此，法院在某些情况下采用了其它标准取代市场价值标准。一个替换方案是将征收者从中得到的利益（B）作为补偿，也就是恢复原状（restitution）或返还不当得利的方法。这种标准所产生的补偿数额一般比市场价值标准更高，因为征收土地通常会增加单位土地的价值。征收通常是开发工程的一部分，而周围开发后会增加被征收财产的价值。但在决定“公正补偿”或“公平市场价值”的过程中，补偿数额是基于财产的可能最好使用，而不一定是征收者所设想的使用方式，因而征收所导致的价值上扬为征收者或社会而非被征收者所获得。当然，如前所述，如果要求征收者（或开发商）补偿征收的全部所得利益，那将使征收者失去为了促进公共利益而进行必要征收的动机。

另一种计算方法是将被征收者所遭受的损失（C）作为补偿标准。这种赔偿性质的标准所产生的补偿通常也高于市场价值标准，因为它可以包含某些间接损失，例如搬迁费用、未来赢利机会的丧失以及和地区联系在一起的客户联系与感情等。最重要的是，公平市场价值忽略了被征收者对财产的主观价值。由于种种特定原因，被征收者对其财产往往具有比市场价值更高的主观价值对财产的特殊感情、财产中带有特别适合被征收者偏好的特征、和财产所在地相联系的不能转移的利益以及想回避动迁和麻烦的意愿等。（37）因此，主观价值一般比市场价值更高，否则财产可能早就在市场上出售了；如果财产没有出售，那

可能正是因为主观价值高于市场价值的缘故。如果站在被征收者的角度来衡量征收成本，征收补偿将包含相当部分的主观价值。

在最近发生的一个案例中，最高法院似乎采用了原告损失规则，尽管最后的结果是原告未能获得任何补偿。（38）在诉讼过程中，律师经常因管理需要而暂时掌握客户资金，但因其时间短、数量少而不能用于产生收益的投资。为了充分利用这个机会，华盛顿州规定的律师信托帐户利息（IOL TA）项目要求律师将这类资金存入指定的信托帐户，并将其所产生的利息用于贫困者的法律援助。通过这种方式，华盛顿州可为法律服务每年提供 2 亿美元的援助。（39）原告认为这个项目在没有提供公正补偿的前提下征收了他们的财产，因而诉诸法院要求补偿。在 1998 年的“华盛顿法律基金第一案”中，（40）最高法院判决信托帐户的利息在征收条款意义上构成客户的私人财产。在 2003 年的“第二案”中，（41）联邦第 9 巡回区上诉法院判决虽然利息属于私人财产，但利息项目并不构成“征收”，或即使构成征收，其公正补偿也为零，因为公正补偿的衡量是以被征收者的损失而非政府收益为标准。最高法院的多数意见肯定了这一判决，认为不违反征收条款的补偿规定。因此，法院判决公正补偿是零，因为公正补偿标准所衡量的并不是政府的收益，而是财产所有者的“净损失”（netharm）。原告没有因现在没收存款在银行的利息而遭到任何损失。（42）

然而，市场价值标准仍有几点不可忽视的优势，因而一般仍为美国法院所采用。第一，和决定征收者或被征收者的主观价值来说，市场价值在衡量上困难相对较小。决定财产对征收者的价值比较困难，因为征收权经常是为了高速公路、公园或环境卫生等公共工程而行使的，因而在价值上没有商业化的衡量，例如不存在类似财产为了这种用途而被销售的情况，可能也不存在可以计算的租金价值。决定财产对被征收者的价值也是困难的，因为通常难以确认被征收者对其财产赋予价值的理由，因而难以鉴别真实的主观价值和为了讨价还价而采用的拖延刁难策略。市场价值标准所采用的非人格化方法无疑有助于解决这些问题，（43）因而只要不造成严重不公的情况就不应该被轻易放弃。

四、走向公正补偿的宪法保障——对中国的启示

笔者认为，美国宪法“公正补偿”条款的实施对中国具有直接的借鉴意义，因为不论在哪个国家，不公正补偿都将产生同样严重的社会后果。虽然中国的政治与经济制度和美

国不同，中国目前也不存在西方意义上的议会政治斗争，但不公正补偿已经引发了激烈的社会冲突。（44）这是毫不奇怪的，因为无论是城市住房拆迁还是农村土地征收，都影响着普通百姓的根本利益。如果城市居民不能从住房拆迁中获得公正补偿，那将意味着他们可能没有经济能力重新购置对个人和家庭的生存来说显然必需的住房，或者至少将为此而终生负债；如果农民失去土地而得不到公正补偿，那将意味着他们毕生失去了维持生计的基本手段。因此，不公正补偿必然引起社会的强烈不满和反抗，而这显然是任何一个国家的制度设计所要避免的。更重要的是，在埋下巨大社会隐患的同时，不公正补偿也将导致政府征收行为偏离市场规律，造成社会资源的巨大浪费和流失。铁本事件以及许许多多屡禁不止的违法征地现象表明，如果不能保证土地征收的公正补偿，就不可能遏制危害社会的过度征收，也不可能有效保护包括耕地在内对于民族生存来说至关重要的资源。（45）

应该指出，制度上的差异可能为中国接受公正补偿标准带来了独特的困难。尤其在计划经济体制下，行政垄断造成了相当任意的财富分配格局有些人被安排住在十分繁华的地段，有些人则住在穷乡僻壤，从而导致征收补偿的巨大差异。这样就产生了一个问题：既然公正补偿只是保护可能是相当任意的既得利益，这项标准本身是否具有正当性？（46）部分由于残缺不全的私有产权本身确实难以为公正补偿提供全部的制度依据，本文无意在此卷入这个涉及到传统经济体制遗留下来的复杂历史问题，而只是从普遍的人性假定出发主张公正补偿的必要性。除了导致过度征收等制度后果之外，不公正补偿确实对被征收者个人造成巨大痛苦。毕竟，无论财产的所有权或使用权的初始分配在法律上是否具有必然性和正当性，人在享用财产多年之后必然产生一种生存上的依赖性甚至个人感情，以至于在这种情况下剥夺其享受的权利将产生比一开始就拒绝赋予这种权利还要大得多的痛苦。（47）在这个意义上，受到国家承认的对财产的长期占有和使用及其所产生的依赖创造了正当（尽管是不完全意义上）的产权，因而为公正补偿提供了合理基础。

本文以下说明，不公正补偿已经在中国产生了耕地流失等严重后果，而公正补偿是消除种种社会恶果的惟一办法。这是宪法修正案的征收补偿条款必须被理解为“公正补偿”的原因，且公正补偿在制度上要求适当的立法和司法保障。

（一）不公正补偿的社会后果——中国耕地的流失

如本文开始所述，公正补偿是规范征收行为的有效手段。通过迫使政府为征收付出应有的代价，公正补偿的宪法要求使强制性的征收行为市场化，从而有助于实现社会资源的最佳配置：在考虑是否征收的过程中，政府必须像私人交易那样精打细算，只有至少在收支平衡的情况下才为了公共利益而决定征收。反之，不公正补偿将允许征收行为通过政府权力的强制行使而偏离市场经济要求，导致严重的过度征收及因此而产生的种种难以通过制度加以规范的违法浪费行为。事实上，不公正补偿已经导致滥用土地、乱占耕地和盲目设立开发区等困扰中国社会的种种问题。

近年来，中国耕地流失现象相当严重。（48）2004年3月5日，国土资源部下发通知规定：“中国将实行最严格的耕地保护制度”，尤其要保护基本农田，“不允许擅自将耕地改为非农业用地”。国务院也在10天内就保护耕地两次发出紧急通知。事实上，中国自1997年起就实行世界上最严格的耕地保护制度，并尽量做到耕地的占补平衡，但这并未遏制耕地资源的急剧减少。其中一个重要原因是有些地方盲目设立开发区，圈地之后招不来项目，因而不建设也不种植。（49）尽管根据国务院的《基本农田保护条例》，动用基本农田必须经过国务院批准，但不少地方政府无视法律规定，任意开辟开发区，占用大量基本农田。全国人大常委会执法检查组在检查土地管理法实施情况的报告中指出，目前我国大量占用耕地尤其是基本农田的现象时有发生。违规设立的开发区遍布全国各地，导致开发区设立过多过滥，占用了大量耕地。据国土资源部不完全统计，全国开发区目前多达6015多个，规划面积3.54万平方公里，已超过现有城镇建成区面积的总和，其中相当数量是耕地，有的还是高产农田。（50）耕地流失之所以屡禁不止，其根本原因在于低价征用农民土地的制度现实。

中国目前的补偿标准不是按土地的实际价格，而是按照征用土地的原用途，以征地前耕地若干年的产值为标准，征地补偿费明显偏低。（51）既然政府可以用很低廉的价格从农民手中拿到土地，然后以很高的价格卖给开发商，那么征地对政府来说无论如何都“划算”。政府在征地过程中获取了过多的收益，进一步刺激了他们的征地积极性，从而导致过度征收。同时，商业开发和招商引资也是带动地方经济增长的主要手段，因而成为考察官员政绩的主要指标，而土地又是地方政府最能吸引开发商的王牌。

在巨大的利益驱动下，也就难怪地方政府冒着法律法规制裁的风险违法征地。（52）

要从源头上遏制政府的违法征收行为，必须消除这种不正当的利益驱动，而最有效的方式就是要求政府为征收提供公正补偿。宪法的公正补偿要求迫使政府为其征收行为付出由市场机制决定的成本，从而必须慎重考虑、精打细算。

（二）“公正补偿”的宪法学意义

2004年3月，现行宪法在新的修正案中明确规定对土地和私有财产的征收必须“给予补偿”。首先必须指出，宪法的补偿要求显然是某种“公正补偿”。否则，由于几乎所有的征收行为都会给予一定的“补偿”尽管可能远远低于市场价值，修宪就完全失去了意义。如上所述，如果补偿不公正，不仅将严重危害社会和谐与安定，而且还将导致过度征收和资源浪费，造成不可遏止的耕地流失。问题的关键显然不是有没有补偿，而是补偿是否“公正”。因此，宪法修正案的补偿条款应该理解为要求某种意义上的“公正补偿”。

对公正补偿的宪法解读尤其重要，因为只有做到公正补偿，才能有效防止政府部门以“公共利益”的名义过度征收。值得指出的是，虽然宪法规定征收必须“为了公共利益”，但笔者在其它地方论证过“公共利益”是一个很难甚至不可能界定的术语，因而控制过度征收的重任几乎完全落在补偿条款之上。事实上，根据16个省的国土资源部门对2000-2001年各类建设用地调查，目前的征地项目早已远远超出公共利益的需要，不仅包括交通、能源、水利等基础设施项目（52%）、经济适用房及市政公用设施等（12%），还包括工商业和房地产等经营项目（22%）。有些重大工程以“公共利益”为名，其实却属于普通赢利行为。譬如高速公路一修好就收费，完全是企业经营行为，却以每亩几千元的低价征地。

〔53〕极不合理的补偿方案势必造成过度征收，而要改变这种结果，只有取消“公共利益”的特殊地位，要求所有的征收行为不论是为了什么目的都一视同仁按照市场原则给予公正补偿。〔54〕

什么应该是中国宪法所要求的公正补偿？在中国不断走向市场经济的时代，政府行为理应受市场规律的约束，因而公正补偿在一般情况下就是指被征收财产的“公平市场价值”。

令人欣慰的是，随着市场经济制度的不断完善，不同领域的财产交易越来越多地通过市场机制完成。在最近的第10届东盟峰会上，各国签署了《中国—东盟全面经济合作框架

协议货物贸易协议》，宣布所有成员国承认中国为“完全市场经济”国家，标志着中国建立和完善市场经济制度的成效已受到广泛承认。（55）对于大多数可交易财产，都可以通过在真实市场上的交易价格来确定补偿数额。当然，如美国经验所示，“公平市场价值”的计算本身可能是一个复杂的过程，需要考虑多种难以确定的因素，譬如公正补偿究竟是指财产被征收前的市场价值还是征收后甚至开发后的市场价值。但是确立公平市场价值作为公正补偿的普遍标准，对于中国仍然具有重要意义。事实上，对于绝大多数房屋拆迁补偿，可比销售法在财产获得最高价值使用的情况下，一个合理的购买者愿意出的价格所得出的结果应该是基本可靠与合理的。如果我们可以通过宪法保证被征收者获得“完全和严格等同”的补偿，至少使之“在金钱上处于和财产没有被征收时同样的地位”，那么我们就解决了绝大部分过度征收问题以及城市改造和农村开发所引起的社会矛盾。

对于农村土地征收，由于目前土地一级市场由国家垄断，集体所有制土地不能直接进入市场交易，因而难以确定农村土地的市场交易价格。（56）在这种情况下，可以采用总体收入法计算土地的市场价值。事实上，这也正是土地管理法对农地补偿所规定的办法。应该说，如果能保证法律规定的补偿标准不因“公共利益”等其它因素而受到人为减损，农民一般能获得适当补偿。（57）2004年11月，国土资源部进一步发布了《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》。按照新规定，土地补偿费和安置补助费的标准应按照被征地农民原有生活水平不降低的原则。如果土地补偿费和安置补助费不足以使被征地农民保持原有生活水平，应由当地政府统筹安排，从国有土地有偿使用收益中划出一定比例给予补贴。（58）如果获得有效实施，新规定将为保障广大农民的生活水平提供法律基础。

总之，在决策过程中，政府必须保证土地或财产征收的收益大于成本（ $B \geq C$ ），并保证补偿数额至少不低于被征收者所付出的代价（ $C \leq J \leq B$ ）。对于城市拆迁，这意味着被拆迁者所获得的补偿款应基本上允许他在城市的其它地方购置另一套住房，否则任何收益都不足以补偿居民流离失所带来的巨大痛苦。（59）对于城市改造和发展来说，公正补偿的代价可能是昂贵的，但在保证收益总体上大于成本的情况下，没有理由要求被征收者单方面承担开发的代价。这不仅不符合新修正案对征收补偿的要求，而且也违背了宪法第33条所规定的“公民在法律面前一律平等”的基本原则。

对于农地征收，政府也应该遵循同样的基本原则，至少保证被征地农民能维持原来期

望的生活水平。

（三）公正补偿的制度保障——让立法和司法发挥更大的作用确定了“公正补偿”在理论上大致是什么，并不能保证它就能获得顺利实施。事实上，可以肯定的是，没有宪法制度的有效保障，在实践中往往只是一个不能实现的空想而已。中国以往在“公正补偿”城市拆迁和农村征地过程中所出现的种种问题并不只是理论或条文上的欠缺引起的，而更是制度欠缺的直接后果。目前，土地和财产征收基本上是由行政部门决定的。如果行政权力得不到有效控制，就不能防止这种权力在操作过程中受到滥用，从而也不能制止侵犯公民权利、浪费社会资源以及官员贪污腐败等现象。

如何制约征收领域的行政权力？在这个问题上，美国经验再次为我们提供了有益的启示。

由于征收决定一般会影响到许多方面的利益，而由民选产生的代表最适合反映当地民情，因而地方议会是保护被征收者利益的第一道关口。在这个意义上，议会不仅最适合代表并决定什么是“公共利益”，而且相对于其它政府部门而言最可能制定“公正”的补偿方案。在美国，是否征收和如何补偿的决定经常是由地方议会作出的，这样就极大减少了侵犯公民权利的可能性。当然，由于以上所解释的原因，议会作为多数人利益的代表未必在所有情况下都能保证公正补偿。在某些情况下，多数人利益的代表可能会侵犯相对少数的被征收者的利益，且如果没有独立司法机构的监督，对财产的剥夺可能被用作打击政治反对派的手段，从而引发剧烈的政治冲突。因此，如本文所示，法院在美国征收补偿过程中发挥着关键作用。它们是保证“公正补偿”的最后一道关口。

在目前阶段，中国的司法和立法机构全国与地方人大——都还没有对征收权的控制与监督发挥充分作用。当然，人大未必是保证公正补偿的充分条件，况且在目前人大作用缺位的情况下，司法机构对于公正补偿之保障更是责无旁贷。事实上，早在1996年，最高法院就下发过《关于受理房屋拆迁、补偿、安置等案件问题的批复》，规定公民可以对不服的有关政府裁决向法院起诉，法院则应当作为行政案件受理。但在实施过程中，拆迁官司仍然普遍存在着“立案难、审理难、胜诉难”的问题。^{〔60〕}所幸的是，最高法院已开始制定关于拆迁案件的全面司法解释，以求弥补司法实践中的法律空白。据报道，司法解释将明确规定法院应受理拆迁当事人因不服行政机关的具体拆迁行为而提起的诉讼，且补偿标

准将严格体现等价有偿原则。(61) 如果这项司法解释可以及时出台并得到各级法院的有效实施, 那么我们可以期望房屋拆迁的公正补偿将受到可靠的司法保障。

同时应该看到的是, 法院依法独立行使审判权目前还没有得到充分的制度保障, 法院的人事权和财权仍然在很大程度上掌握在地方政府手中, 从而产生了严重的地方保护主义。

(62) 因此, 地方法院能否如实执行最高法院的解释, 从而在全国实施统一的公正补偿标准, 目前尚难以预料。但可以预料的是, 如果司法改革不能顺利进行, 法院职能不能发生必要的转变, 法官的司法素质不能得到及时提高, 那么宪法修正案所要求的公正补偿就只能停留在纸面上。

【注释】

作者系北京大学法学院教授。作者感谢国家社科重点项目对本文写作的支持。

(1) 新汉布舍尔 (New Hampshire) 和北卡罗来纳 (North Carolina) 两州除外, 而这两个州的法院从很早开始就一直判决州政府必须给予补偿。到目前为止, 州法院是解决州或地方政府征收补偿的主要途径, 而和联邦法院相比, 州法院一般被认为对征收补偿的要求略低, 但大致相当。参见 Matthew C. Porterfield International Expropriation Rules and Federalism, 23 Stanford Environmental Law Journal 3 (2004)。

(2) 最近的案例见 Tahoe -Sierra Preservation Council v. Tahoe Regional Planning Agency, 535 U.S. 302 (2002)。

(3) 参见 Matthew P. Harrington, "Public Use" and the Original Understanding of the So -Called "Takings" Clause, 53 Hastings Law Journal 1245.

(4) 笔者将在别处论证, 第 5 修正案中的“为了公共用途的征收”(公用征收条款) 可能只是为了限定必须给予补偿的征收范围, 而不是限制征收权本身, 且什么构成“公共用途”(或“公共利益”) 主要由议会而非法院决定。

(5) Pennsylvania Coal Co. v. Mahon, 260 U.S. 393 (1922)。

(6) 关于这个领域的经典论文, 参见 Frank I. Michelman, Property, Utility, and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, 80 Harvard Law Review 1165 (1967)。

(7) Michael A. Heller and James E. Krier, Deterrence and Distribution in the Law of Takings, 112 Harvard Law Review 997 (1999), at 999.

(8) Louis Kaplow, An Economic Analysis of Legal Transitions, 99 Harvard Law Review 509,

528-532 (1986)。

(9) Thomas W. Merrill, Incomplete Compensation for Takings, 11 N.Y.U. Environmental Law Journal 110 (2002), at 133-134.

(10) 如果所得利益甚至低于不完全补偿, 当然更是属于过度征收, 但由于征收所带来的利益不足以抵偿政府付出的成本(补偿), 因而我们可以期望政府在一般情况下不会作出这种征用行为。当然, 如果征收过程中发生了违法行为, 譬如决策官员收受贿赂, 那又另当别论, 在这种情况下, 完全可能发生入不敷出的征收行为。

(11) 参见 Henry A. Span, Public Choice Theory and Political Utility of the Takings Clause, 40 Idaho Law Review 11 (2003), at 77-78.

(12) 对于这个观点, 参见 John Hart Ely, Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review, Cambridge: Harvard University Press (1980), at 152-153.

(13) Roe v. Wade, 410 U.S. 113.

(14) 另一方面, 这种平静本身未必是可取的, 因为它可能只是掩盖了实际存在的社会问题, 且纯粹通过政治方式来解决堕胎问题也未必节省任何社会成本。本文在此只是指出, 一项有争议的司法判决有可能产生额外的社会成本。权利保障不足将给被剥夺者带来痛苦, 过多的权利保障则可能会给社会其他人带来负担。两个极端都无助于息讼止争。

(15) 与公正补偿问题相对照, 笔者将在别处论证, 议会的征收决定基本上可以保证征收符合“公共利益”, 不需要甚至不可能通过司法保障。

(16) Henry A. Span, Public Choice Theory and Political Utility of the Takings Clause, 40 Idaho Law Review 11 (2003), at 13-14.

(17) William A. Fischel & Perry Shapiro, A Constitutional Choice Model of Compensation for Takings, 9 International Review of Law & Economics 115 (1989).

(18) 事实上, 这也正是麦迪逊在《联邦党人文集》第10篇中提出的联邦主义构想: 国家范围的扩大将带入更多元化的利益集团, 从而有效防止议会形成托克维尔后来所说的“多数人暴政”譬如不经公正补偿而征收财产。见 Alexander Hamilton, James Madison and John Jay, The Federalist Papers, Clinton Rossiter (ed.), NAL Penguin (1961), pp. 77-84.

(19) 笔者这里指的主要是建立在法官个人独立基础上的“司法独立”, 因为以院长负责制为基础的“法院独立”容易导致党政机关或社会团体通过控制法院领导而控制整个司法过程, 从而丧失实质意义上的司法独立性。对这个问题的讨论, 见 Qianfan Zhang, The People's Court in Transition: The Prospects of the Chinese Judicial Reform, 12 Journal of Contemporary China 69 (Spring 2003)。

(20) 当然, 司法保障未必是保证公正补偿的充分条件。譬如米丘曼教授并不完全信任司法机构能圆满解决“公正”问题, 因而提出了建构“公平机器”(fairness machine)的设想, 使公平和公正尽可能

在政府决策过程中获得充分考虑。参见 Frank I. Michelman, Property, Utility, and Fairness : Comments on the Ethical Foundations of “Just Compensation” Law, 80 Harvard Law Review 1165 (1967), at 1248.

(21) 参见 Olin L. Browder et al. (eds.), Basic Property Law (5th Ed.), St. Paul, Minn.: West Group (1989), pp. 994-999.

(22) Seaboard Air Line Ry. v. United States, 261 U.S. 299 (1923), at 304.

(23) Olson v. United States, 292 U.S. 246 (1934)。

(24) 见 Mitchell v. United States, 267 U.S. 341 (1925)。

(25) Glynn S. Lunney, Compensation for Takings: How Much Is Just? 42 Catholic University Law Review 721 (1993)。

(26) Lutheran Synod, 441 U.S. 506 (1979), at 513-514.

(27) United States v. New River Collieries Co., 262 U.S. 341 (1923), at 344-345.

(28) United States v. Toronto, Hamilton & Buffalo Navigation Co., 338 U.S. 396, at 402.

(29) United States v. 50 Acres of Land, 469 U.S. 24 (1984)。

(30) United States v. Reynolds, 397 U.S. 14 (1970), at 16.

(31) Thomas W. Merrill, Incomplete Compensation for Takings, 11 N.Y.U. Environmental Law Journal 110 (2002), at 111.

(32) Mitchell v. United States, 267 U.S. 341, at 343.

(33) Kimball Laundry Co. v. United States, 338 U.S. 1 (1949), at 3.

(34) Almeta Farmers Elevator & Warehouse Co. v. United States, 409 U.S. 470 (1973)。

(35) United States v. Fuller, 409 U.S. 488 (1973)。

(36) United States v. Commodities Trading Corp., 339 U.S. 121 (1950), at 123.

(37) 见 Thomas W. Merrill, Incomplete Compensation for Takings, 11 N.Y.U. Environmental Law Journal 110 (2002), at 119.

(38) 但也有学者认为, 本案中的所谓“净损失规则”其实可解读为公平市场价值的一个变种, 因而并没有创立任何新的标准, 而只是验证了原有的市场价值标准的广度。参见 Christopher Serkin, Valuing

Interest: Net Harm and Fair Market Value in *Brown v. Legal Foundation of Washington*, 37 *Indiana Law Review* 417.

(39) 参见 *The Supreme Court*, 2002 Term: Leading Cases, 117 *Harvard Law Review* 369 (2003)。

(40) *Phillips v. Washington Legal Foundation*, 524 U.S. 156.

(41) *Brown v. Legal Foundation of Washington*, 538 U.S. 216.

(42) 该案中 4 位法官的反对意见认为，个人有权对 IOLTA 帐户资金所产生的利息获得公平市场价值，因为一旦这类资金产生了利息，利息就是个人财产，且即使个人在没有 IOLTA 集资安排的情况下不能产生任何利益，公正补偿也不能按照 IOLTA 项目不存在的情况下得利多少来衡量。即便将净价值而非市场价值作为公正补偿的适当衡量，也没有理由在没有事实决定的情况下宣布个人利息的净价值为零。肯尼迪法官的反对意见尤其指出，华盛顿州通过命令 IOLTA 帐户利息为州最高法院所认可的目的服务，从而构成对特定观点的强制性支持，因而这个项目不仅违反了第 5 修正案，而且还可能侵犯了宪法第 1 修正案所保护的言论自由。

(43) 当然，如果可以在补偿估算上节省成本，那么补偿的范围可以更宽，且补偿幅度可以更大。因此，人们完全可以同意放弃更准确但成本更高的计算方法，就像他们选择工伤事故保险一样。这类机制都是不提供完全的补偿，但也不要求严格的证明。事实上，有些学者近年来提出应该取消公正补偿，代之以“征收保险”（Takings insurance）制度。参见 Steve P. Calabresi, *Eminent Domain Economics: Should “Just Compensation” Be Abolished, and Would “Takings Insurance” Work Instead?* 64 *Ohio State Law Journal* 451 (2003)。

(44) 有关拆迁的争议已经导致了频繁的大规模上访甚至自杀式恶性事件，见《新民周刊》2003 年 9 月 2 日。

(45) 据报道，地方政府在铁本事件中违规审批征用土地 6541 亩，违规组织实施征地拆迁。其中耕地 4585 亩，包括基本农田 1200 亩，现已无法复耕。违法占地直接造成常州魏村镇、扬中西来桥镇 2000 多户 6000 多名农民流离失所，遭强行拆迁的农民大部分无奈租借邻村房屋或暂住亲友家中。见何禹欣、陈芳：《铁本之乱》，《财经》2004 年第 10 期。

(46) 例如政治哲学家诺齐克认为，公正的财富分配应该是自始至终通过一系列自由交易过程完成的。见 Robert Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books (1974), pp. 149-155. 但实际上，这种理想化的财富分配方式只是对于公正社会的一种假想而已，即使在市场经济相对发达的国家也不可能严格存在。即便在美国，对财产征收的公正补偿仍主要是从社会后果而非严格意义上的个人公正寻找正当性依据。

(47) 这也是为什么美国各州法律一般都规定，当事人在开耕或以其它方式有效利用荒置土地若干年后，就可以获得产权。在此之前，他是一个不受法律承认和保护的侵权者（trespasser）；在此之后，由于他通过常年的占有与劳动获得了和土地的联系，因而成为一个合法的所有者。见霍姆斯：《法律的道路》，《南京大学法律评论》2000 年秋季号，第 6 页以下。

(48) 在 1998-2003 年间，中国耕地由 19.5 亿亩减少到 18.5 亿亩，平均每年减少 1600 多万亩，2003

年更是减少了 3800 多万亩，比上年度减少 2%。照这个速度发展下去，中国很快将达到粮食供不应求的临界点。见常红晓：《中国耕地流失忧患》，《财经》2004 年第 8 期。

(49) 据统计，目前全国开发区土地有 43% 闲置。建设用地导致耕地减少 2000 万亩，而其中 1300 万亩是有灌溉设施的优质良田。同上。

(50) 《我国乱占滥用土地情况严重》，2004 年 6 月 25 日。《中国青年报》

(51) 韩俊：《质疑行政强制性土地国有化》，《财经》2004 年第 18 期。

(52) 例如见刘建平、戴敦峰：《别夺走我的麦田——山东齐河圈地运动的终结》，《南方周末》2004 年 1 月 8 日。当然，在征地过程中还可能发生种种违法行为，官员私人通过招商引资中饱私囊，从而也变相加剧了过度征收现象。

(53) 现在工商业用地对农民的补偿一般是每亩 2-3 万元，但高速公路和铁路征地给农民的补偿只有每亩 5000-8000 元。一些重大基础设施建设工程的征地款占总造价的比重很低，一般只有 3-5%。例如合肥至徐州高速公路段总长 167 公里，占地近 15000 亩，其中耕地 13128 亩。该工程总投资为 38 亿元，每公里造价 2281 万元，但对农民的土地补偿费和安置补助费总共只有 7474 万元（每亩约 5000 元），仅相当于 3.3 公里的造价。参见前引（51），韩俊文。

(54) 值得注意的是，如果涉及到紧急的公共工程，美国的紧急状态法允许政府通过简便程序快速征收，但从来不允许在征收补偿上做文章。参见 Lawrence Blume and Daniel L. Rubinfeld, Compensation for Takings: An Economic Analysis, 72 California Law Review 569 (1984)。

(55) 《第 10 届东盟首脑会议达成多项共识，承认中国的完全市场经济地位》，2004 年 11 月 30 日。《光明日报》

(56) 对于这种制度安排本身所可能产生的问题，见任波、胡一帆：《征地制度改革：天平向何方倾斜》，《财经》2004 年 3 月 20 日。

(57) 根据现行土地管理法，对土地的补偿和对农民的安置总计为该耕地在征地前三年平均产值的 10-16 倍，最多不超过 30 倍。按照这个标准，以现金形式的补偿通常都在每亩 1.5-3.5 万元之间。

(58) 参见乔新生：《征地补偿需要处理好四个关系》，《光明日报》2004 年 11 月 23 日。

(59) 这里当然需要考虑许多复杂因素，包括原住房条件以及新住房的改善程度、不同居住地点在繁华和方便程度等因素上的差别。在此需要指出的是，如美国公平市场价值的公式可见，公正补偿基本上仅要求维持现状，而并不要求财富分配的合理化与平等化。

(60) 2002 年 2 月，北京曾发生过一起著名的拆迁官司，一万多名被拆迁户联名向第二中级法院提起行政诉讼，被称为“万人诉讼”，但法院最终还是没有审理。见段宏庆：《等待最高法院拆迁司法解释》，《财经》2004 年第 11 期。

(61) 同上。另外值得注意的是，该司法解释虽然主要是针对城市房屋拆迁，但也将要求法院依据土

地管理法的有关规定审理集体所有的土地被征为国有之后的房屋拆迁行政案件。现在，农村的拆迁问题基本上无法可依。尤其在城乡结合部，很多地方政府往往打着拆迁的名义进行征地。新规定将意味着农村拆迁也必须遵循先征地、后拆迁的原则。如果不办理征地手续就进行拆迁，也将构成违法。

（62）根据宪法第 101 条的规定，地方人大及其常委会决定同级法院领导的人事权。通过院长负责制和审判委员会等制度，地方政府对整个司法过程发挥重要影响。因此，目前所实行的“法院独立”（而非“法官独立”）也是造成地方保护主义的一个重要原因。对于这个问题，参见 Qianfan Zhang, The People's Court in Transition: The Prospects of the Chinese Judicial Reform, 12 Journal of Contemporary China 69 (Spring 2003)。

【出处】

原载《法学研究》2005 年第 2 期

【写作年份】2005

【学科类别】宪法→中国宪法

“先例”是什么？再论司法判例制度的性质、作用和过程

评

What is a “Precedent”? Reflection on the Nature, Role, and Process of the Case Law Method

张千帆

【摘要】

本文通过分析典型的美国宪法案例，论述了判例的性质、作用、过程以及判例制度的普遍原则。判例制度的首要原则是强调说理和辩论，因而审判委员会在统一判决的过程中必须充分尊重并公开表达不同意见。同时，判例制度离不开判决的公开、评判和梳理机制。判例公开不仅有利于本法院和其它法院（尤其是下级法院）判决的统一，而且有助于社会和学术界监督司法判决的公正性与合理性，并提高司法判决的可预测性。在这个意义上，判例制度是目前强调审判质量及其公开与公正的司法改革的自然延伸。如果得以适当建立，判例制度将极大地促进中国的法治进程。

【关键词】判例制度，先例，说理

【点击次数】1493

【阅读次数】1493

一、引言

几乎任何法律规定都注定存在着“空隙”（gap），也就是说法律条文和特定案件的事实之间总是存在着某种距离，因为立法者不可能在每一个案件中都清楚表达当事人的权利或义务。只有在极少数情况下，法律规定是绝对清楚、明确和具体的，譬如宪法规定只有 18

岁以上的公民才有选举权，因而选举权的年龄资格是具体的：要在个案中确定某人是否符合了选举权的年龄条件，法官只需要决定她是否到了 18 岁。然而，绝大多数法律规定都不可能这么具体。譬如《消费者权益保护法》第 39 条规定：“消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。”如果说受骗上当的普通消费者无疑应该受到法律的保护，像王海这样“知假买假”的人是否也应该同样受到“保护”？换言之，法律中的“消费”概念是否也包括这些为了实施法律（而不是购买商品）而故意购买假冒伪劣商品的行为？对此《消费者权益保护法》并没有明确规定。或许立法者在制定法律的时候根本没有预见到这种情况的发生，因而严格地说法官在判案过程中并没有具体条文可依。人的预见能力是有限的，立法者也不可能预见到法律制定后出现的无数种情况，因而立法空隙是必然存在的。

立法空隙产生了司法自由裁量权，司法自由裁量权产生了司法判决不统一、不一致和不公正的可能性，也就是说类似案件可能在不同层级、不同地区甚至同一个法院获得不同判决。在理论上，法律规范及其所包含的价值选择必须由宪法授权的立法机关作出，法官的任务只是将普遍的法律条文适用到具体的特定事实中去。譬如 18 岁以上的公民应当具有选举权、消费者应该不受假冒伪劣产品的伤害——这些都是只有立法者才能作出的价值选择，且这些选择毫无疑问约束着所有的法官。然而，问题正在于立法者的价值选择究竟是什么？在许多具体个案当中，这个关键问题的答案并不清楚。既然如此，法官既可以判决《消费者权益保护法》中的“消费者”包括了“王海们”，也可以判决相反——两种判决都不明显违法，甚至可以说都是“合法”的。可以想见，如果缺少一种统一和协调机制，不同的法院将会对同样情况的案件作出不同的判决，甚至同一个法院或同一个法官都可能朝判夕改。这样，法律的空隙最终导致法治的破裂。如果同一条法律在全国各地甚至同一地区存在着截然相反的解释，这种情况究竟比完全没有法律的状态好多少呢？当事人如何通过预测法律的要求来调整自己的行为？司法判决的不统一必然产生不公正，并将使法治丧失其帮助预测的基本功能。^[1]

司法判例制度的一个重要职能是统一法律的解释，并限制法官个人在判案过程中的自由裁量权。在司法实践过程中，处于第一线的法官普遍体会到判例制度的必要性，因而无论在理论上是否符合特定国家的宪法架构，“判例制度”都是所有法治国家必须面对的现

实，因为它反映了法治的必然需求。^[2]

因此，判例制度在中国所面临的主要问题已经不是简单的是或非、要或不要、行或不行——只要法治仍然是我们的追求目标，“判例制度”的发展就是必然结果，不论最后通过什么方式或名目实现；我们的主要问题而是“怎么做”——如何在中国宪法和法律所允许的范围内设计有效的判例制度，使之在解决司法实践问题的同时尽可能避免它可能引发的问题。如果这些问题处理不好的话，那么确实不能保证不出现一些学者所担忧的问题：如果处理不好判例和立法之间的关系，判例制度确实可能会“蚕食立法权”；如果处理不好上级判例和下级判例之间的关系，那么确实可能会出现一个个地方割据的“方言岛”。

^[3] 笔者尤其注意到目前对“先例”的挑选和确定等做法仍然带有比较浓厚的行政色彩，而且司法实务部门似乎自然比较侧重于便利和速度的考虑，因而现在还不敢说判例制度在国内的施行不会“走样”，最后导致始料未及的后果。

本文通过典型的美国宪法案例，进一步说明判例制度的性质、作用和过程。美国是一个典型的普通法国家，联邦法院在建国两百多年的历史中发展了丰富的宪法判例，不仅及时填补了许许多多的宪法和立法“空隙”，而且也充分展现了判例制度本身的特点和问题。通过研究美国的判案过程，我们或许能对判例制度的本质产生更深刻的了解。

二、美国的先例是如何产生的？

1. 堕胎自由的司法创制

从第二次世界大战结束至今，很少有案例比 1973 年的“德州禁止堕胎案”影响更大。

^[4] 作为一个基督教国家，美国原先普遍禁止妇女堕胎，违法者将受到各州的刑事惩罚。尽管上个世纪以来美国各地逐步放宽甚至取消了对堕胎的限制，少数州仍然保持着禁止堕胎的刑法。德克萨斯州就是其中的一个代表。该州的州法禁止在任何情况下堕胎，除非孕妇的生命受到威胁。在德州怀孕的一位妇女挑战州法侵犯了联邦宪法为她保障的个人权利。问题在于美国宪法完全没有提到“堕胎”，且直到 1973 年之前，法院也从来没有判决宪法赋予妇女选择堕胎的自由，因而妇女宣称的这项权利最终只能来自于建立在宪法精神之上

的司法创制。

司法创制当然不是凭空杜撰。宪法虽然没有提到“堕胎”，但《权利法案》（第一至第十条宪法修正案）保障好几条重要权利，其中第九修正案规定宪法所列举的权利“不应被解释为剥夺或取消人民所保留的其它权利”。最重要的是，第十四修正案规定各州不得经过“法律正当程序”（Due Process of Law）而剥夺人的生命、自由和财产。尽管这项条款听上去完全是“程序”性的，但联邦法院以前就多次判决它带有实体含义：某些法律规定对个人自由的限制是如此严重，以至法院将判决它违反了正当程序条款。就和《消费者权益保护法》没有严格界定“消费者”概念一样，第十四修正案也没有具体说明“正当程序”究竟是指什么，因而赋予法院极大的自由裁量权以解释这项条款的含义。在1965年的“州禁避孕案”，^[5]最高法院已经从这些权利引申出“隐私权”的概念，判决各州不得禁止夫妻使用避孕用具，只是当时并没有将这项权利扩展到堕胎行为而已。但不论采取什么解释，法院都不能只是“凭着感觉走”，或武断地判决“隐私权”究竟是否包含选择堕胎的权利，而是必须为判决提供充分理由。

既然宪法没有明确规定，如何决定堕胎是不是宪法所保障的权利呢？法院需要权衡不同方面的主张，并平衡他们所代表的不同利益。在“禁止堕胎案”，德州为禁止堕胎的法律提出了下列辩护理由。第一，州政府有保护胎儿生命的权利和义务，并认为胎儿已经构成受到宪法第十四修正案保护的“人”。最高法院的多数意见没有完全接受这种论点，而是认为胎儿只有生长发育到一定时期之后才具备受宪法保护的权利，从而为禁止堕胎提供理由。多数意见诉诸于堕胎法的历史，注意到19世纪初期的普通法并没有不分青红皂白一律禁止堕胎，而是以胎动的开始作为划分标准，对胎动之前的堕胎给予相对更轻的处罚。这是因为胎动标志着胎儿已经存活下来，因而剥夺一个新生命的行为应当受到更严厉的惩罚。因此，州政府保护胎儿生命的理由只是在胎儿存活之后（大约怀孕第六个月前后）才有效。第二，州政府认为堕胎对妇女的生命也是一种威胁，因而禁止堕胎的法律实际上是为了保护妇女。但最高法院认为这在过去是有道理的，而现代医疗技术已经彻底改变了这种状况。在怀孕初期——也就是前3个月内，堕胎手术对孕妇几乎没有任何危险，因而德州提出的这个理由只有在第一个三月期之后才有效。

另一方面，多数意见承认“隐私权”包含妇女选择堕胎的自由，因为怀孕和生育对妇

女而言是巨大的人身和精神负担，但否认这种自由是绝对的。州政府可以基于适当的理由，为了保护胎儿和孕妇本人的生命安全而限制堕胎。根据这个推理，多数意见发展了著名的“三月期”框架：在怀孕的第一个3月期内，妇女在和医生商量后具有选择堕胎的完全自由；在第二个3月期内，州政府可以为了保护孕妇的健康而采取合理的限制措施；在胎儿存活之后到分娩之前的最后阶段，州政府可以为了保护胎儿的生命而限制甚至禁止堕胎，除非孕妇的生命和健康要求例外。

2. “先例”建立之后

一个名副其实的“先例”就这样产生了。1973年之前，美国法院不承认宪法保障选择堕胎的权利；1973年之后，所有法院和政府机关都必须尊重妇女在怀孕后一定阶段内自由选择的权利。不难看出，从“正当程序”到“隐私权”到选择堕胎的权利，每一步具体化的推理都存在着值得质疑的地方，因为在逻辑上“正当程序”并不必然隐含着“隐私权”的意思，“隐私权”也未必意味着妇女就有自由选择堕胎，更不一定意味着这项权利应该按照划分三月期的框架而受到限制。因此，毫不奇怪的是，在“德州禁止堕胎案”判决之后，多数意见的每一步推理都受到了挑战。

最高法院本身对这个判决持有不同意见。反对意见认为堕胎权从宪法文本当中找不到依据，并批评了多数意见的历史分析。在1868年采纳第十四修正案之时，大多数州都对堕胎有所限制，因而足以表明正当程序条款所保护的宪法自由并不包括堕胎。在更深的层次上，反对意见和多数意见在这一点上的分歧体现了不同的司法哲学：多数意见认为宪法是“活”的，宪法条款的意义可以随着时代的发展而变化，因而法院可以在宪法这个“旧瓶子”里装入“新酒”；反对意见则主张遵循宪法的“原始意图”(original intent)，认为宪法条文在制定之初是什么意思，现在还是什么意思——只要条文本身没有变化，而法院不应当行使超越其自身权限的修宪权。对于反对意见来说，多数意见将妇女怀孕期一分为三的做法更是没有根据的，尤其是现代医疗技术的发展使得胎儿存活期大大提前了，因而根据胎动来判断胎儿是否存活的传统做法在现代是没有道理的。最后，反对意见也不同意多数意见所做的利益平衡，认为它将在效果上鼓励孕妇为了自己方便或心血来潮而随便堕胎，从而不利于胎儿生命的保护。因此，这项判决与其说是体现了第十四修正案的意图，

还不如说是反映了多数法官自己的意志，而且司法意志现在被强加在各州政府之上，使之不能有效保护胎儿生命。

法院自己的反对意见也代表了社会不同方面的反对意见，因而“德州禁止堕胎案”的先例地位在判决之后并没有完全确定。如果社会阻力很大，先例也难以实施下去，因而可能会改变法院多数对这一问题的看法。更重要的是，先例并不是判决之后就一了百了，许多相关问题会以不同形式出现。如果现在各州不能禁止妇女在怀孕前3个月内选择堕胎，那么它是否可以采取不同方式限制这项权利——譬如要求妇女在堕胎前获得丈夫或男友的同意，未成年女孩在决定堕胎前获得家长的同意？在1992年的“宾州限制堕胎案”，^[6]最高法院探讨了这些问题，并再次以分裂意见告终。多数意见强调了遵循先例的重要意义，肯定了1973年判决的中心思想，但抛弃了严格的三月期划分。根据更灵活的利益平衡标准，多数意见判决配偶同意的要求侵犯了妇女的自主权，但维持了家长同意等其它一些限制更小的规定。至此，有关选择堕胎的权利才算尘埃落定，1973年判决受到肯定的核心部分也作为先例最终确定下来。

三、美国先例对中国的启示

美国先例的制定和确立过程对中国判例制度的定位具有多方面的启示，简述如下。

1. 制定先例的主体

首先，作为一项史无前例的“先例”，妇女选择堕胎的宪法权利通过最高法院的判例而获得承认。如果法院有任何司法创制的权利，任何“新”的宪法权利都应该经过国家最高法院的确认，以保证其统一性和权威性。然而，这并不表明下级法院在先例的建立过程中无所作为。事实上，在上案中，地区法院已经在最高法院之前根据第九修正案判决德州禁止堕胎的法律违宪，理由是德州并没有能证明这项措施对于实现重要的公共利益是必要的，而且它所适用的对象过分宽泛。注意基层法院的这项判决同样没有先例可循，因而也是一项具有创造性的判决。当然，如此重要的宪法权利的最终确立应该通过最高法院的判

例，因而只有最高法院才有权制定严格意义上的“先例”。且如果最高法院明确拒绝承认特定权利，下级法院必须服从最高法院的先例。但如果最高或其它上级法院并没有这样的先例，下级法院可以主动“开拓创新”，尽管下级法院的创造性判例一般不被称为“先例”。

[7]

至于下级法院的创造性决定最终是否有效，当然仍受制于上级法院的审查。且可以想见，一个新颖的问题出现后，不同的下级法院完全可能作出不同的判决。这样就会造成有些地区的妇女享有选择堕胎的宪法权利，或有些地区的“王海”享受《消费者权益保护法》的保护，其它地区则相反。在一个法律统一的国家，这种状况显然是不能接受的。这时，上级法院——最终是最高法院——有义务通过判例统一各法院的决定。事实上，这是国家最高法院的最重要职能。尽管美国也采用二审终审制度，联邦最高法院只是通过调卷令(writ of certiorari)审查比例很小的上诉案件，但如果不同巡回区的联邦上诉法院对某个问题的判决出现了分歧，那么可以预料最高法院肯定会接手审查有关上诉。中国的法院层级更多，因而不同地区的判决出现差异的可能性更大。为了保证法律秩序的统一，最高法院和各地高级法院也应该采取同样的受案原则，通过判例统一法律在全国的司法解释。

2. 通过判例统一宪法和法律解释

“宾州限制堕胎案”进一步表明，最高法院最好是通过具体的判决而不是抽象的司法解释来统一法律的意义。这是因为抽象解释和成文立法都同样难免有挂一漏万之虞，且本身在适用过程中就需要“解释”，因而往往对判决的最终统一无济于事。譬如在“德州禁止堕胎案”判决之后，各州确实不能在怀孕前3个月简单地禁止妇女选择堕胎，但这并不能解决全部问题，因为即使在第一个三月期，各州还是可以对妇女选择附加各种条件，例如妇女在决定前获得配偶和家长的同意、向有关负责医生咨询甚至接受州政府提供的社会工作人员的心理咨询。这其中有些限制是合宪的，有些则不是，而抽象解释未必能提供可操作的判决标准。因此，有些关键的利益平衡必须由最高法院通过个案判决而亲自作出。就和立法机构一样，最高法院也不可能事先预见到各地会出台什么样的规定，因而不可能通过一项抽象的司法解释就将这些情况全部罗列进去。^[8]到头来，地方法院在适用司法解释的时候还是可能会出现差异。因此，判例制度的建立有助于促成最高法院本身的职

能转变，使之将更多的时间用于审判具体案件，从而成为一个真正的国家最高法院。

3. 产生和确立先例的过程

更重要的是，美国的先例不是通过武断的指定而产生的，而是在充分的辩论和说理过程中逐渐确立下来。先例的权威首先受到不同意见的坦率质疑，然后经受实践的检验。由于不同意见是公开发表的，多数意见不能只是简单地凭自己作为多数的权力而强行作出判决，而是必须充分说明宪法的正当程序条款为什么可以被理解为赋予妇女有限的自我决定权。在这个过程中，多数意见和少数意见都必须遵循受到普遍承认的法律解释方法。宪法或法律解释者的起点一般是特定条款的原始意义，通过制定者发表的记录在案的言论或当时的普遍实践来说明法律条文的原始意图是什么。当然，这往往是不够的，因为宪法或法律的意义还可能随着时代的发展而演化。因此，法院还必须从有关条文的目的入手，阐述宪法或法律所要保护的基本利益。尽管 1973 年判决受到激烈的争议和批评，但它还是试图从美国限制堕胎的历史以及这些限制背后的理由入手，平衡妇女、胎儿和政府等不同主体的利益。

以《消费者权益保护法》是否涵盖知假买假者为例，法院究竟如何在立法者沉默之处体会法律的意思？如果可能，法官首先应该研究立法者当时的评论和说明，从中或许可以找到这个问题的答案。当然，这要求中国的立法过程建立相应的制度，使法院或其它机关在解释过程中有案可稽。如果目前这条路走不通，那么法官应该直接探讨法律的目的所在。关于目的的探讨一般比较宽泛，因而给予法官以一定的自由裁量权，但如“德州禁止堕胎案”所示，法官自由决定的空间也不是无限的。法院的判决书中必须至少说明，《消费者权益保护法》究竟是为了保护什么社会利益，且这些利益将如何受到不同解释的影响。如果“消费者”这个概念包括了“王海”，那么这种法律解释的实施将造成什么社会后果？可能会影响到哪些人的合法利益？对这些人的影响是否符合《消费者权益保护法》或其它相关法律的目的？是否可能在保护“王海”的同时使消极影响最小化？是否可能像“德州禁止堕胎案”那样鉴别不同情况，在某些情况下“王海们”受到《消费者权益保护法》的保护，而在其它情况下则不能？总之，不论法院如何决定，它最后都必须将有关决定的理由以适当的方式解释清楚。在法律上，一项先例判决的理由更为重要，而先例的具体结论

则是相对次要的，因为判决结论仅适用于特定的案例，而判决理由却可以举一反三地运用于类似但不全同的案件。

4. 如何对待内部不同意见？

在说理过程中，不可能期望所有人都达成一致意见。法律解释所存在的分歧是自然的，掩盖分歧是虚伪的，且判例法国家的经验表明，公开分歧并不会产生人们不尊重判决等不良社会后果。因此，所有问题都不应该强行通过一个声音武断地盖棺论定，而必须允许不同意见的充分表达。美国历史上有许多判例表明，真理有时确实可能掌握在少数人手中；多数意见并不一定正确，也未必产生良好的社会后果，^[9] 因而法院内部的少数人不应该被剥夺公开发表反对意见的权利。

事实上，即使反对意见是错误的，反对意见的存在及其公开发表也施加了一种竞争的压力，促使多数意见提高判决的质量，尽可能搜索各种论据提高判决的说服力，争取在最大程度上使公众和法学界满意。例如在“德州禁止堕胎案”的审判过程中，为了提高判决的合理性与合法性，法院邀请了大量专家顾问，从医学、伦理学和历史学的角度发表了大量意见。^[10] 这些意见帮助法院更好地理解特定社会问题的来龙去脉以及所涉及的专业知识，并使不同意见的争论建立在比较高的知识平台上。这也是为什么判决说理比较充分的国家——例如英国、美国和德国——大都采纳了判例制度。

5. 先例的效力

“德州禁止堕胎案”表明，即使在判例法国家，先例的效力也不是绝对的。事实上，某些社会影响较大的判例一直受到广泛的争议，并可能在以后的判例中受到修正甚至全盘否定。在“宾州限制堕胎案”，多数意见明确指出：“遵循先例的法则并非一成不变的命令。”在以后的判例中，法院不可能机械地追随先例判决的结论，而必须不断重新审视先例判决的理由、依据和原则；如果先例判决之后的社会实践表明建立先例的理由、依据和原则发生了错误，那么法院必须作出适当的调整。当然，法院还必须考虑判例的稳定性等

因素，因而在没有严重疑问时应该尊重先例所建立的原则，避免在没有理由的情况下偏离遵循先例的规则。因此，先例的效力完全取决于它的合理性。先例为司法审判设置了一个样板，在一般情况下要求法院遵循；如果要偏离先例判决，法院必须提供极为充分的理由，且下级法院有义务遵循上级法院的先例，即使自己不同意先例判决的结论或原则。

这种对先例效力的相对主义理解可以避免许多理论问题，其中一个就是法院是否可以或应该“引用”先例。笔者认为，目前司法文书的引用规则是有问题的，因为它将判决书能够引用的法律规范限于法院有义务适用的法律“依据”，从而助长了司法判决的形式主义和“八股”作风。由于抽象的法律依据往往并不能逻辑地推导出具体结论，法官在审判过程中必须依靠其它方面的指导，其中很重要的就是法院先前处理类似问题的判例，因为司法审判所必须遵循的一项起码的原则是前后一致。在没有特殊理由的情况下，法院应该遵循自己或上级法院先前作出的判例，不遵循先例的判决必须提供特殊理由。但无论如何，这要求判决书必须能够引用先前的判例，否则讨论就无从进行。引用这些判例本身，并不表明法院就将这些判例作为判案依据，或以任何其它方式受到判例的绝对约束。

事实上，判例法国家的一般实践是法院必须不断梳理、总结和阐释先前的判例。在“德州禁止堕胎案”之前，美国法院并没有处理过堕胎问题，但即使如此，最高法院还是引用了“州禁避孕案”等一系列相近判例，来比附眼下的案件并说明什么是适当的判决原则。如果先前法院曾经处理过类似问题，例如“消费者”概念是否包括“王海”，那么判决书应该说明以前的处理方式及其理由；如果以前的判例中存在不一致之处，判决书应该解释为什么眼下的案件应该遵循其中一种而不是另一种判决。

四、 结论

出于以上所解释的原因，笔者反对以人为命令的方式指定以往的某些判决作为“先例”。这种做法除了强行统一判决并可能提高判案速度之外，起不到判例制度应有的作用，并有可能产生一些不必要的误解。判例制度的真谛是，每一项司法判决都是一个需要认真对待的判例，都需要充分的说理和辩论。判例应当在司法实践中不断形成和发展，其中一些前所未有的创造性判决或偏离以往判例的重大判决就成为所谓的“先例”。在审判过程中，

任何判决都应该和本院与上级法院的以往判例保持一致；如果这些判例中存在不一致的地方，以后的判决书中应当说明并解释哪些判例受到采纳，哪些在今后不被采纳。不同层级的法院的主要任务不是在于通过行政手段控制每个法官对具体案件的判决，而是在于为所有法官提供一个完备的上级和同级法院以往相关判例的数据库，并指导他们合理地运用这些已有的判例信息来产生理性的司法判决。

当然，在中国目前的司法体制和现状下，审判委员会或法院内部的其它专业委员会必然会在判例制度的形成过程中发挥更重要的作用。但这些委员会的指导和确认作用应该遵循判例制度的普遍原则，在实际判案过程中逐步建立本院的判例体系，真正通过不断积累的判例建立起中国的判例制度和判例体系。总结本文的讨论，判例制度的首要原则是强调说理和辩论，因而审判委员会在统一判决的过程中必须充分尊重并公开表达不同意见。同时，判例制度离不开判决的公开、评判和梳理机制。判例公开不仅有利于本法院和其它法院（尤其是下级法院）判决的统一，而且有助于社会和学术界监督司法判决的公正性与合理性，并提高司法判决的可预测性。在这个意义上，判例制度是目前强调审判质量及其公开与公正的司法改革的自然延伸。如果得以适当建立，判例制度将极大地促进中国的法治进程。

【注释】

* 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作曾受到江苏省哲学社会科学基金的支持，特此感谢。

[1] 对于法治的基本功能是帮助行为者“预测”违法后果的论点，参见霍姆斯（Oliver Wendle Holmes）：“法律的道路”，《南京大学法律评论》2000年秋季号，第6-19页；全文转载于《中国法理学精萃》，法苑精萃编辑委员会编，北京：机械工业出版社2002年，第71-88页。

[2] 对于笔者早先关于判例制度必要性的主张，参见张千帆：“‘先例’与理性——为中国的司法判例制度辩护”，《法制日报》2002年10月31日。

[3] 参见李广湖：“关于先例判决制度的探讨与实践”，载刘春年主编：《司法精义——审判热点探究》，北京：人民法院出版社2003年版，第90-103页。

[4] Roe v. Wade, 410 U.S. 113; 译文见布莱斯特等：《宪法决策的过程：案例与材料》，中国政法大学2002年版，第1153-1166页。

[5] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479; 译文见《宪法决策的过程》，第1115-1125页。

[6] Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey, 505 U.S. 833; 译文见《宪法决策的过程》，第1183-1220页。

[7] 出于这个原因，笔者不建议基层甚至高级法院采用“先例”这个词。也许因为“判例制度”已经在中国学术界引发争议，因而有的法院为了避免争议而采用了一个不同的词——“先例”，但是“先例”（precedents）其实比“判例”或“案例”（cases）更极端。即使在判例法国家，“先例”也只是限于最高法院所制定的某些重要判例。笔者认为，法院可以将区分的重点放在“判例”和“判例法”（case

law)——只要不明确承认判例在严格意义上的法律约束力,判例制度和中国的法律体系与传统并不矛盾。

[8] 事实上,最高法院发布抽象解释的权力确实有可能侵越了立法机关的权力。至少美国联邦宪法采取了这种观点,因而第三章明确规定法院只能裁决“具体争议”。中国 2000 年实施的《立法法》第 42-43 条似乎也表达了同样的考虑,但可能部分因为判例制度未能形成,因而最高法院除了发布抽象解释之外没有统一法律适用的其它有效途径,这条规定并未能获得有效实施。

[9] 例如联邦最高法院的多数意见在两次世界大战前后对言论自由的判决以及新政时期对经济自由的判决,都被后来的判决所推翻。参见张千帆:《西方宪政体系》(上册·美国宪法),北京:中国政法大学出版社 2000 年版,第三、五、七章。

[10] 美国的司法制度允许当事人以外的专家、学者、政府或社会团体作为“法庭之友”(amicus curiae),向法庭申请就某个涉及到其利益的法律问题提供书面意见。这些意见和法院判决以及当事人的辩护词一起公开发表。

【出处】

《河南社会科学》2004 年第 4 期,第 1-6 页。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法->中国宪法

从“人民主权”到“人权”——中国宪法学研究模式的变迁

评

From People's Sovereignty to Human Rights: The Transformation of Chinese Constitutional Jurisprudence

张千帆

【摘要】

本文简要探讨中国宪法学研究在五个方面相互关联的转变。宪法学过去被认为是一种意识形态,现在正转变为一种相对中立的实证研究;宪法学过去主要是以自我为中心,肯定自己、否定别人,现在则对于外国的宪政理论和经验采取了更加谦虚平和的治学态度;宪法学过去只关注宪法文本的规定,现在则吸取了宪政发达国家的经验,强烈关注宪法文本的实际法律效力;宪法学过去仅注重阐释宪法文本所体现的某些抽象原则,现在则更关心宪法如何帮助我们解决实际生活中的具体问题;最后,宪法学过去将眼光放在“人民”、“国家”、“主权”等宏观概念,现在的焦点则转移到个人的宪法权利和体现于个案的宪法原则。中国宪法从“人民主权”到“人权”走过的历程,实际上标志着宪法学在方法论上从整体主义到个体主义的转变。这些相关转变表明,中国宪法学正在构建自己的以实用主义和实证主义为主导的理论体系。

【关键词】人权,人民主权,宪法学

【点击次数】2691

【阅读次数】2691

1982 年宪法第二条开门见山地规定:“一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”这一条被普遍认为规定了中国宪法的“人

民主权”原则——国家的一切权力最终来自“人民”，“人民”通过全国和地方人大行使国家权力。在最近二十多年的改革开放过程中，中国社会发生了天翻地覆的变化，1982年宪法也发生了多达31处修改。经过2004年修正之后，“人权”概念被正式写入宪法。第33条现在明确规定：“国家尊重和保障人权。”明确承认“人权”的宪法地位，本身就反映了中国社会在宪政观念上的巨大进步。

事实上，“人权”概念的入宪不仅是宪法文字和观念的改变，同时也标志着宪法学研究模式的重大转变。温故而知新，重读过去二十多年来有关领域的论文和书籍，^[1]不禁由衷感叹中国宪法学在思维方式和研究方法上的转变之巨大。在很多意义上，这种转变其实要比宪法本身在文字上的变化更为根本。尽管“人民主权”概念仍然是中国宪法的基本部分，但它所代表的是传统的宪法学思维模式——不仅是1982年的思维，而且也是1949年和1954年那个时代的集体主义思维模式；^[2]“人权”概念则从保障具体的个人权利出发，体现出宪法和宪法学研究的视角已经发生了从集体到个体的实质性转移。从“人民主权”到“人权”，宪法文本看上去连续的变动实际上反映了宪法学研究在本质上的跳跃。

本文简要探讨中国宪法学研究在五个方面相互关联的转变。宪法学过去被认为是一种意识形态，现在正转变为一种相对中立的实证研究；宪法学过去主要是以自我为中心，肯定自己、否定别人，现在则对于外国的宪政理论和经验采取了更加谦虚平和的治学态度；宪法学过去只关注宪法文本的规定，现在则吸取了宪政发达国家的经验，强烈关注宪法文本的实际法律效力；宪法学过去仅注重阐释宪法文本所体现的某些抽象原则，现在则更关心宪法如何帮助我们解决实际生活中的具体问题；最后，宪法学过去将眼光放在“人民”、“国家”、“主权”等宏观概念，现在的焦点则转移到个人的宪法权利和体现于个案的宪法原则。中国宪法从“人民主权”到“人权”走过的历程，实际上标志着宪法学在方法论上从整体主义到个体主义的转变。这些相关转变表明，中国宪法学正在构建自己的以实用主义和实证主义为主导的理论体系。

一、从意识形态到实证研究——奠定宪法学的科学基础

在过去半个世纪的大部分时间，中国宪法学一直带有相当浓厚的意识形态色彩。直到 1982 年制宪前后，意识形态成分在学者论著中仍极为明显。所谓“意识形态”成分，就是学者不是从中立的角度分析和评判宪政制度，而是简单地站在官方立场维护、肯定和宣传宪法。这从许多论文的标题即可看出，例如“第四部宪法将是我国最好的一部宪法”、“社会主义民主和法制的新发展”、“加强社会主义法制的有力保证”、“坚持四项基本原则是社会主义事业胜利的根本保证”、“立法中必须坚持马列主义毛泽东思想”等。^[3]

这些观点在政治上无疑是正确的，但表达它们并不是宪法学家的任务。作为普通公民，宪法学家无疑有义务尊重和自觉遵守本国的宪法，而宪法作为一种价值体系的法律化表述必然包含意识形态倾向。然而，但这并不表明宪法学作为一门科学的使命就是简单地宣传本国的宪法，否则宪法学就成了国家权力用来自我肯定的御用工具。这样的“宪法学”当然不可能成为任何意义上的科学，也不可能实质性地解决任何现实问题。在此仅举一个例子：1982 年宪法删除了 1975 年和 1978 年宪法中的“罢工自由”。宪法学者对此的解释是这种权利对于资本主义国家是完全必要的，“而在我国，罢工后停止生产，是对包括工人阶级在内的全体人民利益的一种破坏。……况且我们国营企业的职工有权参加企业管理，集体经济组织的全体劳动者还有权选举和罢免管理人员，有什么必要采取罢工的方式来对付官僚主义呢？”^[4]在今天看来，这样的“解释”显然不能说服任何人。它不仅反映了学者不了解“资本主义”国家的情况，而且其实也并不真正了解我们本国的情况。一旦深入到中国实际，上述支持删除“罢工自由”的理由是站不住脚的。这并不是说宪法不应该取消“罢工自由”，但宪法学者的任务显然不只是为宪法规定（或不规定）提供如此表面化的辩护。

更基本的是，学者没有义务站在任何既定的价值判断立场上为任何观点辩护。根据分析哲学关于价值和事实的基本区分，价值选择没有“真值”，因而没有严格意义上的对错之分。^[5]既然如此，在民主社会中，价值选择是由人民或代表民意的议会代表决定的，因而法通过民主代议制代表了社会大多数人的利益和价值观念。如果学者将自己的主观价值放入自己的学术论著，那么他不仅错误理解了自己的角色，而且也将使其论著失去“学术”价值。因此，尽管宪法包含着价值选择，但作为科学的宪法学应该是价值中立的——这就和尽管每个人都可以具有自己的价值倾向，但以人为研究对象的社会科学却应该尽可

能保持中立一样；否则，所谓的社会科学“研究”只不过是持不同个人价值的研究者之间一堆无意义的个人争吵而已。由于任何国家的宪法都必然包含意识形态和政治倾向，宪法学研究尤其容易泛政治化；但不纠正这种倾向，作为科学的宪法学就无从开始。

值得指出的是，在过去半个世纪里，中国宪法学一直受到政治运动的困扰，因而未能在科学的轨道上获得稳定的发展。改革开放之后，中国法学界主要致力于清除极左思潮的影响，因而对于一些敏感问题的学术讨论也难以避免地带有一定的意识形态色彩。^[6]

虽然这些努力对于建立科学的发展观是必要的，但在“拨乱反正”基本结束后，宪法学仍停留在原有的水平显然是不够的。在新的发展时期，中国宪法学者必须对自己的角色有更为清醒的认识，超越政治与意识形态的束缚，更多地关注社会实际问题。胡适先生当年的格言：“少谈些主义，多解决些问题”，对于宪法学者来说是尤其贴切的警句。可喜的是，最近几年来，从主义到问题的转变正在发生，意识形态成分在宪法学论文中所占的比例越来越小。^[7] 宪法学者的目光越来越多地投向社会实际问题，并在此过程中尝试运用政治学、经济学、社会学等实证科学的知识或方法。可以说，中国宪法学正在从传统的意识形态走向一种实证科学。

二、从自我中心到比较研究——走向宪法学的国际化

既然宪法学在传统上被认为是一种政治宣传工具，其视角注定是以自我为中心，凸显本国宪法制度的优越性，而不注重学习比较其它国家的宪法制度，或即便涉及其它国家的制度，一般也不能从客观中立的角度加以评价。例如在一篇题为“论言论出版自由”的论文中，作者虽然也介绍了西方的言论自由制度，但最后结论是：“报道政治新闻的自由也好，批评政府的自由也好，在表面上的‘客观’、‘公正’下面，实际上掩盖的是财团与财团、在野派与在朝派之间的斗争，是报业、出版业老板们的自由，而不是每个新闻工作者的自由，更不是无产阶级和广大劳动人民的自由。”“形势越不利于资产阶级的统治时，对言论出版的限制与压迫就越厉害。他们不时的用警察、特务干涉进步舆论。”^[8] 虽然西方的言论与出版自由也存在这样或那样的问题，但作者没有实事求是地分析实际存在的具体问题，而是站在一个既定的价值立场上予以简单的一笔抹杀。这种做法在学术上显

然是不妥的，因为它只是表达了作者自己的主观倾向，而这是没有学术意义的。

既然科学是没有国界的，作为科学的宪法学也同样应该如此。由于宪法学不只是政治工具，宪法学的使命不是盲目肯定自己、否定别人，而是通过尽可能不带成见的自由研究，客观地探索人类的共同需要、人类行为的共同规律以及适应本国特殊社会文化的特殊机制，从而为本国的宪政实践提供有意义的指导。本国的宪法固然为宪法学研究提供了一个起点，但它决不是终点。就和天文学不能将地球作为宇宙中心一样，宪法学也不能仅限于研究本国宪法，否则将注定成为“井底之蛙”。要科学的轨道上进步发展，中国学者必须完成宪法学的“哥白尼革命”，放弃简单的价值判断和偏见，站在相对中立和超越的角度来研究本国和其它国家的宪法。

中国宪法学的一个重要职能是运用宪法原则解决中国存在的实际问题，而其它国家处理类似问题的方法对中国具有显然的借鉴意义。笔者曾在谈论学习西方宪法的意义时指出，中国学者或学生可以在三个层次上阅读研究西方宪法。^[9]首先，尽管国情有所不同，中国和西方面临着某些共同的问题，因而我们可以从西方宪政经验中考察并借鉴别人解决类似问题的答案。譬如美国或荷兰如何处理安乐死和同性恋问题？其次，尽管情境和问题是不同的，解决问题的方法可以是共通的，因而我们可以从西方宪政经验中考察和借鉴别人处理相关问题的方法。最后，在更深远的层面上，我们可以考察西方宪政的思维和运作模式，譬如国家和社会的互动、不同政府机构之间的制约与平衡、法院应该发挥的作用等等。总之，比较宪法研究将有助于我们发现、思考并解决我们自己的问题。

令人欣慰的是，在新世纪之交，中国的比较宪法学研究获得了长足的进步。^[10]事实上，今天已很少有宪法学论文或专著只搬弄几条本国宪法的规定，而完全忽略外国处理类似问题的相关经验。^[11]尤其是在中国宪法的解释和实施机制不发达的情况下，适当参照外国宪法的案例对于任何有价值的学术贡献来说都是不可少的。在此值得一提的是，法学领域的翻译事业可以说是非常的“繁荣昌盛”，且目前仍显现出一种方兴未艾的生命力。宪法学也不例外，从九十年代后期开始即有一批较有影响的西方宪法学论著面世，少数典型的宪法案例教程也开始和读者见面。^[12]和其它法学领域一样，这些译著在质量上难免良莠不齐，但它们毕竟为中国读者了解西方宪政提供了不可缺少的窗口。

三、 从条文规定到实施机制——确立宪法的法律权威

由于宪法一直被认为是一种意识形态宣言，而不是解决实际问题的法律工具，传统宪法学一般仅满足于宪法条文的罗列和理论上的阐述，而不探讨理论和条文在社会政治生活中的适用，从而导致宪法实施机制未能获得应有的重视。即使在 1980 年代初期《宪法学论文集》收入的 55 篇论文中，专门讨论司法审查制度的也只是一篇。^[13] 且凡是讨论中国宪法监督保障的文章，一般也都已经假设了现行宪法模式的合理性和有效性，因而只是为目前的人大常委会解释模式辩护。然而，宪法实施二十多年来的经历表明，宪法规定的实施机制是不合适的。虽然某些具体或抽象政府行为存在违宪的嫌疑，^[14] 人大常委会至今从来没有实质性地行使宪法解释权以维护宪法的法律尊严。没有适当的实施机制，宪法条文就只能停留在纸面上，进而造成宪法理论和社会实践之间的巨大脱节。结果，虽然宪法前言和第五条都明确宣布宪法是最高的国家法律，宪法因实施机制的缺失而失去了实际的法律效力。

尽管宪法实施问题早在 1954 年宪法制定过程中就曾被提出，并在 1982 年宪法制定过程中被再次提出，但这个关键问题在那个时期并没有受到充分重视。从 1990 年代后期开始，国内宪法学者开始比较系统地关注宪法实施的机制。^[15] 西方国家的司法审查制度开始引起广泛的兴趣。原来鲜为人知的“马伯里诉麦迪逊”，^[16] 现在已成为家喻户晓的经典故事。在每次宪法学年会上，宪法实施机制都是热门的讨论主题，且可以说只要这个问题不解决，它就将一直成为宪法学者和社会关注的焦点。目前，有关宪法审查制度的必要性在理论上的论证已经基本完成，研究的焦点逐步转向如何在中国现行宪法框架下建立有效且可行的行宪机制。^[17] 探讨并建立某种切实可行的宪法实施机制，使宪法对约束政府行为和保障个人权利发挥实际的法律效力，已经成为中国宪法学者的共同使命。

四、 从抽象原则到具体问题——让宪法走到人民的生活中去

和所有法律一样，宪法是为了解决社会实际问题而产生的。归根到底，宪法并不是学

者的法，而是人民的法——是人民为了保障自己的根本利益而制定的基本法。既然如此，宪法的出发点应该是在解决实际问题过程中产生的具体案例，而不是学者单凭宪法条文加上自己的想象创造出来的抽象原则。这当然不是说抽象原则就不重要——众多案例积累起来必然将归纳出解决同类问题的共同原则，而是说宪法学仅停留在原则上是远远不够的。不错，我们需要避免“只见树木、不见森林”的短视，但同时也不能只满足于模糊一片的“森林”，而失去了活生生的“树木”，因为这种没有“树木”的“森林”其实只是想象者头脑中的一种虚幻。在宪法学研究中，失去“树木”或许比失去“森林”更加危险，因为后者只是一种缺乏理论深度的就事论事，而前者则可能使宪法因脱离其赖以生存的社会土壤而完全丧失意义。然而，由于宪法和其它法律相比包含更多的抽象原则，宪法学研究尤其容易落入“只见森林、不见树木”的陷阱。

在八十年代初期发表的《宪法学论文集》中，几乎所有文章都是谈论大的宪法原则问题，譬如“宪法修改草案的基本精神”、“论我国国家机构的组织和活动原则”、“宪法与精神文明”、“社会主义制宪经验的科学总结”、“论民主集中制”、“论法制的统一和尊严”等等，而没有一篇是关于个案分析。其中有少数关于具体论题的题目，如“论全国人民代表大会常务委员会的立法权”^[18]也仅限于理论原则的探讨。当然，一旦涉及相对具体的问题，宪法学讨论还是有针对性的。例如在八十年代初期就发生关于“法律面前人人平等”的学术争论，从中产生了不少言之有物的文章。^[19]但即使这些讨论也大都限于理论原则，而没有任何个案分析。

然而，作为一门科学，宪法学必须靠实际事例和具体数据而不是空头口号说明问题。实际案例是宪法的生命，是建立中国宪法学体系的素材；没有它们，宪法就成了不能兑现的空想，宪法学也就不可能真正起步，更不用说形成有价值的理论体系。当然，宪法案例的缺失并不是中国宪法学者的过错——如上所述，由于现行的宪法实施机制不够完善，宪法未能完全进入诉讼领域，因而目前只存在少数具有宪法意义的“事例”，还不存在可以作为宪法学素材的宪法“案例”。在这个意义上，目前中国宪法学发展的主要障碍在于宪政实践的缺失。但无论如何，中国宪法学目前所需要不是更多的理论，而是更多的实例——宪政制度在解决实际问题过程中产生的活生生的实例。

值得称道的是，近年来已有少数学者和学生在这方面做出了可贵的尝试。^[20]通过

将实际生活中遭遇的事例带入诉讼过程，中国的宪法事例正在逐步成为宪案例。当然，这个过程目前才刚刚开始，且在实践过程中遇到了相当大的阻力。^[21] 但我们似乎还是有理由采取一种相对乐观的态度，相信今后会有更多的学者、学生和公民参与宪法诉讼。在更广的范围内，公民在实际生活中运用宪法的意识正在不断提高。例如在 2003 年发生的“孙志刚事件”引起了全国性反响，其中更有多名学者联名上书全国人大常委会，要求其依据宪法和《立法法》的有关授权撤消国务院的《收容遣送管理条例》。在波及全国各地的城市拆迁和土地征用过程中，也发生过数起公民诉诸宪法保护自己权益的事件。^[22] 如果具备合理的宪法审查制度，这些宪法事例完全可能转化为意义重大的宪法判例。

五、从整体主义到个体主义——完成方法论的根本转变

让我们回到本文的标题：从“人民主权”到“人权”的历史进程。首先应该澄清的是，笔者并不反对“主权”这个概念。尽管随着区域整合和民族国家的衰微，“主权”概念在越来越多的地区都失去了魅力，但它完全可能在今后仍然是一个有用的国际法概念。况且“人民主权”原则仍然是现行宪法的基本原则之一，也是民主原则在中国的一种表述。问题不在于“人民主权”这个概念本身，而在于这个概念所体现的方法论和思维模式。无论是“人民”还是“主权”都是不可分割的大整体，因而反映了一种整体主义的思维方式。“人权”则虽然也是普遍的，但其立足点在于一个个具体的个人，因而代表着一种个体主义的思维方式。笔者认为，从宏观的“人民”到微观的“个人”、从抽象的“主权”到具体的“人权”，2004 年的宪法修正案事实上代表着一种方法论的根本转变。

方法论的个体主义 (methodological individualism) 是和整体主义 (holism) 相对的一种研究思路。整体主义强调事物的内在联系，并坚持整体——宇宙、社会或人体——是一不可分割并不可约化为其组成部分（如社会中的个人或人体中的器官）的有机体，否则就像“盲人摸象”那样割裂了事物之间的联系，破坏了有机体的本来面目。虽然整体主义思维有其一定的合理之处，但推到极端就可能导致危险的社会后果。^[23] 个体主义虽然承认事物之间的因果联系，但坚持整体是由相互联系的个体组成的，且只有被分解为更细小的组成部分并分析不同部分之间的联系才能获得认识；泛泛地谈论“整体”在理论上没有意义，在实践中则可能是危险的，因为它可能被用来支持一些本来在更细致的分析面

前站不脚的观点。因此，凡是谈到宇宙，就不能不具体分析宇宙的组成部分；谈到社会或国家，就不能不把着眼点放在组成这些整体的众多个人；谈到人体，就只能深入到人体中去研究人的大脑组织、器官、循环系统等等，而不是抽象地谈“人”。把这些器官按一定方式组织到一起，你就获得了一个“人”；把众多的人通过某种经济、政治、道德与法律关系组合起来，你就构成了一个特定形态的“社会”。社会或国家并不是什么深不可测的神秘之物，它们无非就是处于特定社会关系的个人；忽略了个体，就不可能有意义地谈论国家、社会或人民。

但在过去，“人民”、“国家”、“民族”、“社会”、“集体”这些整体概念被不假思索地接受了，而且被认为是代表了一种至高无上的利益，完全压倒了私人个体的任何权利或利益。由于宪法本身充斥着这些整体性概念，整体主义思维在宪法学领域中尤其严重。例如在一篇题为“人民民主专政的理论和实践”的论文中，作者引述了一个标准定义：“人民民主专政的主体是人民。在新中国成立时，人民包括工人阶级、农民阶级、城市小资产阶级和民族资产阶级。”^[24] 这个定义将“人民”分解成几个“阶级”，但是“阶级”仍然一个整体概念，而不是具体的个人。我们今天不难看出这种唯成分论的荒谬之处，^[25] 而“阶级斗争”在“文革”期间也给整个国家带来了一场空前浩劫。因此，无论在理论上还是实践上，整体主义思维模式都将是灾难性的。也正因为此，2004年宪法修正案扩大了“统一战线”的覆盖范围。即便如此，如果我们的思维方式仍然停留在整体主义上，那么对“人民主权”的片面坚持恰恰将使我们忽视对具体个人权利的宪法保障。

在这个方面，2004年的宪法修正案体现了思维方式的根本转变。虽然“人权”也是普遍的，但是人权的立足点是具体的个人，而不是抽象的整体。作为人权的进一步体现，修正案还规定了“合法的私有财产不受侵犯”，且国家对私有财产或土地实行征收或征用必须“给予补偿”。时至今日，我们的着眼点已经从难以定义的“人民”逐步转移到实实在在的个人，从不可操作的“主权”转移到救济明确的法律权利。

本文的目的并非是为了“厚今薄古”。1982年宪法制定于改革开放初期。近二十多年来，中国社会和观念发生了巨大变化。宪法学在理论、方法和关注焦点上发生相应的转变，应该说是理所应当的事情。况且本文并不意味着上述五个方面的转变已经完成——恰好相

反，这种转变正在发生，其中有些方面才刚开始不久，且可能还会在今后遇到重重阻力。但不论如何，本文的基调确实是乐观的，因为笔者相信上述正在发生的转变对于作为科学的宪法学来说是一种进步。如果中国宪法学者今后能更清醒地认识到自己的使命，在研究中自觉确立方法论的个体主义，如果中国宪法学能从广泛的比较研究中吸取更多的灵感和经验——不仅是宪政发达国家的经验，而且也包括发展中国家在宪政转型过程中的经验，通过建立更完善的宪法审查制度，用制度化的途径去解决更多的实际问题，进而为宪法学研究提供更丰富的案例素材，并由此上升到更高的理论、方法和原则，那么中国宪法学也将和其它法律学科一样，建立起自己的实用—实证主义理论体系——“实用”，是因为宪法（学）不再是空洞的理论，而是解决实际社会问题的有用工具；“实证”，是因为它不再基于理论家的空想，而是建立在政治学、经济学、社会学、行为学等一系列社会科学的基础上，建立在宪政普遍原理和本国具体实践相结合的坚实基础上。正是出于对这个科学大厦的憧憬，笔者怀着一种谨慎的乐观态度关注着中国宪法学的未来。

【注释】

张千帆，政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作得到国家社科重点项目的支持，特此感谢。

[1] 对于1980年前后的代表性论著，参见张友渔等：《宪法论文集》、《法学理论论文集》，北京：社会科学文献出版社2003年版。

[2] 1949年的《共同纲领》前言规定“人民民主专政”作为国家的基本性质，1954年宪法规定“一切权力属于人民。”1982年宪法基本上以不变方式从《共同纲领》和1954年宪法承继了“人民主权”所代表的传统思维模式。

[3] 见张友渔等：《宪法论文集》，北京：社会科学文献出版社2003年版。（以下简称“《宪法论文集》”）应该指出，同样的问题在当时的法理学论文中也普遍存在。

[4] 同上，第12-13页。

[5] 对于这个问题及其所涉及的“休谟定理”（Hume's Law），参见笔者的《宪法学导论——原理与应用》，北京：法律出版社2004年版，第38、46-48页。

[6] 例如参见1980年代初关于法治和人治问题的争论，参见《法治与人治问题讨论集》编辑组：《法治与人治问题讨论集》，社会科学文献出版社2003年版。但参见其中于光远先生的论文：“对人治与法治问题讨论的一点看法”（第7-11页）。他在当时就清楚看到法治的局限性，例如“法治也不一定倾向于民主”。（第9页）

[7] 虽然笔者没有做过系统的统计,但读者可以比较最近出版的公法论文集:《中国宪政之路》,北京:法律出版社 2005 年版,从中可以看到中国宪法学论文的风格已发生清楚的转变。

[8] 载《宪法论文集》,第 140-163 页。

[9] 《西方宪政体系(上册·美国宪法)》(第二版),北京:中国政法大学出版社 2004 年版,“第二版序”。

[10] 在上世纪八十年代中期,比较宪法学的代表作是龚祥瑞教授的《比较宪法与行政法》(北京:法律出版社 1985 年版)。到九十年代末,我们可以看到国内的比较宪法研究无论在深度和广度上都有所突破。例如见李步云主编:《宪法比较研究》,北京:法律出版社 1998 年版;沈宗灵:《比较宪法——对八国宪法的比较研究》,北京大学出版社 2002 年 1 月版。

[11] 对于最近一本有代表性的论文集,参见《中国宪政之路》,北京:法律出版社 2005 年版。

[12] 例如见梁治平、贺卫方教授主编、三联书店出版的“宪政译丛”系列,以及罗豪才教授主编、商务印书馆出版的“公法名著译丛”系列。对于美国宪法学教程,见 200 多万字的(美)保罗·布莱斯特、桑福·列文森、杰克·巴尔金、阿基尔·阿玛:《宪法决策的过程——案例与材料》(2000 年第四版),张千帆等译,北京:中国政法大学出版社 2002 年版。

[13] 载《宪法论文集》,第 245-263 页。其中还有一篇在文中提到了宪法审查模式,同上,第 516-528 页。

[14] 例如 2003 年国务院自行废止的收容遣送条例。尽管法学界不止一次上书全国人大,要求进行宪法审查,但全国人大及其常委会的反应似乎再次证实了现行宪法审查机制的不适当。

[15] 对于较有代表性的论文,见周永坤:“论宪法基本权利的直接效力”,《中国法学》1997 年第 1 期;专著可参见林来梵:《从宪法规范到规范宪法》,北京:法律出版社 2001 年版。

[16] *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137.

[17] 对于这一点,参见笔者的“认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性”,《中外法学》2003 年第 5 期,第 560-580 页;“建立中国的法律规范审查制度——兼对修宪理论的一点探讨”,《战略与管理》2004 年第 2 期,第 61-69 页。

[18] 载《宪法论文集》,第 500-505 页。

[19] 例如见潘念之、齐乃宽:“关于‘法律面前人人平等’的问题”,《社会科学》1980 年第 1 期。关于这次争论的有关文献,见中国社会科学院法学研究所资料室编:《论法律面前人人平等》,北京:社会科学文献出版社 2003 年版。

[20] 见周伟:《宪法基本权利司法救济研究》,北京:中国人民公安大学出版社 2003 年版。

[21] 即使在 2001 年的“齐玉苓案”之后,各地法院仍没有受理宪法诉讼(如被称为“宪法平等

权第一案”的“蒋韬诉中国人民银行成都分行”），或在判决时并不采用宪法条文作为判案依据（如涉及公务员体检标准是否歧视乙肝病毒携带者的“张先著诉安徽省芜湖市人事局”）。详见上书。

[22] 例如见段宏庆：“等待最高法院拆迁司法解释”，《财经》2004年第11期（6月5日），第104页。

[23] 一个例子是主张某个种族至上的种族歧视，在纳粹时期甚至产生了大规模迫害犹太人的悲剧。种族歧视之所以在今天仍有一定的市场，只是因为它能激起少数种族的优越感而已；一旦将“种族”分解为个体，种族主义作为一种“理论”在事实面前是不堪一击、毫无意义的。

[24] 载《宪法论文集》，第48-66页，第51页。本文在此且不论“人民”至少在1954年宪法中是一个政治性词汇，标志着“敌我”之分，而从这个带有阶级局限性的政治概念到普遍“人权”的法律概念的演变本身也是一个巨大的历史进步。见 Lin Feng, *Constitutional Law in China, Hong Kong: Sweet and Maxwell Asia* (2000), pp. 12-14.

[25] 一个最简单的例子即可说明阶级成分论的荒谬：作为个人，“工人”、“农民”或“人民”中任何阶级的一分子都可能会犯罪，可见“人民”当中未必每个人都是宪法应该保护的“好人”，“人民”之外也未必全部是不值得宪法保护的“坏人”。

【出处】

《政法论坛》2005年第2期，第3-9页。

【写作年份】2005

【学科类别】行政法

论人大职能的强化与转变

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】2005

【阅读次数】2005

到今年，中国人民代表大会（简称“人大”）制度的实施已整整历时长半载。1949年的《共同纲领》明确规定，全国人大是国家的最高权力机关。1953-1954年，中国产生了一批地方人大，并在此基础上确定了出席全国人大的代表名单。1954年召开了第一届全国人大第一次会议，人大制度正式运行。此后，中国虽然先后制定了四部宪法，但人大制度一直保留至今。

全国和地方人大是中国的代议民主机构，肩负着对于法治而言至为关键的立法义务。半个世纪以来，人大制度取得了一定的成就，也暴露出不少问题。一方面，由于绝大多数

人大代表是兼职成员，且会期每年只有 10 天左右，因而代表们难以充分履行其立法义务。另一方面，代表选举机制有待完善。目前，县级和县级以上地方人大由选民直选产生，县级以上地方人大则由下一级人大间接选举产生。（1982 年宪法第 97 条）县级以上的地方人大设立常务委员会，由本级人大选举产生。不论是哪一级人大选举，选举机制都有待进一步完善，以确保人大代表真正代表广大选民的利益。^[1]

笔者认为，要适应经济和社会发展，中国人大制度必须进行相应改革，具体表现在两个方面：第一，强化人大的民主代议职能；第二，弱化人大（尤其是人大常委会）目前所履行的司法职能。只有完成必要的职能转变，人大才能成为适应时代需要的有效代议机构。

一、 强化代议职能

人大职能的完善对于解决中国现阶段社会问题至关重要。改革开放以来，中国经济获得了巨大发展，同时也积累了一定的社会矛盾。如果全国与地方人大能够及时有效地履行其民主职能，那么许多社会矛盾将通过法治途径迎刃而解。试想如果农民能够参与决定对他们自己征收的各种税费，那么一直困扰中国农村的“三农”问题将迎刃而解；^[2] 如果被拆迁户能够通过地方人大代表参与决定城市拆迁方案，那么拆迁补偿方案必然不会过分压榨被拆迁户的合法权益，从而避免许多社会冲突乃至悲剧；如果民工能够参与竞选人大代表，且地方人大真正发挥其民主代议和监督职能，那么民工就不会成为沉默的弱势群体，许多歧视外来人员的地方规定就不可能通过，民工也不会再为讨不回工资而采取过激行为。如果人大职能得到实质性改善，那么上述以及其它种种困扰中国社会的问题都可以在民主和法治的框架内即使获得妥善解决。反之，如果民主机制不完善，那么无论政府如何努力，其结果也必然只是“头痛医头，脚痛医脚”，不能从根本上解决社会问题。^[3]

2004 年 3 月，第十届全国人大通过了新的宪法修正案，规定了尊重人权和保护私有产权的基本原则以及对征收和征用的补偿等事项。这些规定非常及时，因为它们是直接针对中国社会近年来出现的具体问题而制定的，例如震惊全国的孙志刚事件、农村征地问题以

及城市拆迁纠纷。但如上所述，如果民主制度不能正常运行，那么再完美的宪法规定也未必能落实到实处。尤其在目前权利实施机制缺位的条件下，有关权利的宪法条文究竟能给老百姓带来多大的实惠，确实还是一个有待观察的问题。然而，如果民主过程能够发挥作用，那么许多人权和财产权问题其实就自动解决了。这并不是否定宪法修正案的积极意义，而只是要说明人权不是孤立的；我们尤其不能脱离民主和法治的大环境下谈人权，否则人权的承诺注定是空洞的。

值得注意的是，这次修宪并没有忽视人大制度的完善。第 30 条修正案将乡镇直选产生的代表任期从 3 年延长为 5 年，使之和县级与县级以上人大代表的任期“接轨”。虽然这一条修正案并不那么引人注目，其意味是深远的。在 1993 年修宪之后，地方人大的选举和任期都实行“双轨制”：县级以上人大实行间接选举，县级和县级以上人大任期 5 年；县级和县级以下人大实行直接选举，县级以下人大任期 3 年。现在，宪法统一了地方人大代表的任期，标志着县级以下人大代表和其他人大代表在宪法上的平等，也有助于提高县级以下人大工作的稳定性和连续性。

当然，统一人大任期只是完善人大职能的一小步。要满足一个变化社会的需要，中国人大制度改革还有很长一段路要走。首先，尽管取消了人大代表任期的“双轨制”，宪法保留了人大选举的“双轨制”——县级以上人大仍然实行间接选举。为了充分反映选民利益并杜绝贿选现象的发生，人大代表的直接选举是大势所趋。^[4]在条件许可的前提下，直接选举应该逐步扩展到市、省乃至全国人大，最终取消人大选举的“双轨制”。其次，选举机制仍有待进一步改进。目前，候选人主要由组织产生，选民对候选人的情况不够了解，且候选人之间没有实质性竞争，导致选民对参选缺乏热情。宪法和选举法应不断完善人大代表的选举过程，加强候选人和选民之间的信息交流，并给候选人的竞选活动以更大的自由度，以确保获选的人大代表真正代表多数选民的基本利益。

最后，赢得选举之后，人大代表的民主职能还必须获得充分的制度保障。为了保证人大代表的参政议政活动，国家应该为全国和地方人大代表统一提供比较充足的活动经费。为了保证人大代表的素质和活动时间，应该尽快实现人大代表的职业化；否则，人大代表的立法活动必然受到根本限制。只有完善人大选举制度并实现人大代表的职业化，人大才能真正成为国家的最高立法机关，通过预算决定国家基本政策的导向，并有效监督行政。

二、 转变司法职能

中国人大不仅掌握着传统议会的立法职能，而且还是宪法与法律的最高解释者。宪法第 67 条明确授权全国人大常委会解释宪法和法律，并监督宪法的实施。虽然宪法和《立法法》都没有明确规定地方人大及其常委会解释地方性法规的职权，但这项职权在实际操作过程中似乎是无可置疑的。例如在 2003 年发生在洛阳中级法院的李惠娟事件中，河南省人大常委会就行了解释地方性法规的权力，明确宣布法院对法律和地方性法规的解释有误。

[\[5\]](#)

尽管中国宪法没有接受分权原则，因而由人大行使司法解释职能在理论上似乎并无不可，但在实际运作过程中，立法机构“越俎代庖”的做法将产生很多问题。由于人大的职业化程度不高，目前完成立法本职工作尚存在许多困难，因而更不可能及时做好专业化程度很高的司法解释工作。人大常委会的专业化程度也许高于普通人大代表，但大多数人大常委会委员会也是兼职成员，因而存在着同样的问题。这是为什么全国人大常委会仅在很少的场合下解释宪法和法律。即使人大代表有足够时间从事法律解释工作，也不能保证它能比专职司法机构做得更好。李惠娟事件表明，人大或其常委会也同样有可能滥用自己的权力。

因此，笔者建议全国和地方人大转变自身的职能，在完善选举机制、强化代议职能的同时，淡化其司法解释的作用。这并不要求现在就修改有关人大常委会的宪法规定，但基于上述理由，这种权力应该更多地被理解为一种消极权力：在通常情况下，法律解释应该由司法机关在具体适用过程中作出；只有当司法解释明显错误且自身不可纠正的时候，人大常委会才可加以干预。而且为了限制人大常委会本身的权力，人大解释应该只有在法律授权机构提请的情况下才能发生。

当然，人大的司法职能不仅关系到人大本身，而且涉及到我们对司法职能的界定。宪法第 126 条规定，“法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人

的干涉”，其中并没有排除人大对审判权的“干涉”，因而人大常委会解释法律甚至对司法判决进行个案监督的权力并不和第 126 条相冲突。然而，在政府职能的分工不断趋于合理化的大环境下，提倡司法独立和司法自治是适时的，因而司法机构应当保留完整的审判权，并对法律解释承担主要责任。对于司法审判和解释过程出现的具体问题，一般应该通过司法过程自行加以解决。对于司法过程中的腐败和严重渎职行为，可以通过宪法规定的罢免制度保证司法机构最终对人大和人民负责。

总之，在一个民主国家里，所有政府机关都必须对人民负责。司法机关最终也应该对人民负责，因而授权人大及其常委会对司法活动的适当监督是合理的。然而，这并不表明人大职能是无处不在的。在法治社会里，法律的解释和审判主要由司法机构负责，立法机构不应随意侵越司法职能。同时，立法机关应该由人民直接选举产生，并直接对人民负责。在这个意义上，中国人大首要任务是将属于自己的本职工作做好，切实保证立法过程真正代表人民的利益。

【注释】

* 政府学博士，北京大学法学院教授。

[1] 对于基层人大选举所存在的问题，参见蔡定剑主编：《中国选举状况的报告》，法律出版社 2002 年版。

[2] 参见张千帆：“从农民负担问题看民主与行政法治的作用”，载《法治的力量》，北京：中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 193-197 页。

[3] 一个突出的例子是在 2003 年春季的“非典”流行时期，人大发挥的作用十分微小。在法治国家，对于一个对公民人身和财产影响如此之大的事件，如此微小的立法作用是难以想象的。

[4] 在这个意义上，地方行政首长也应该逐步通过直接选举产生。

[5] 参见郭国松：“法官判地方性法规无效：违法还是护法”，《南方周末》2003 年 11 月 20 日。

【出处】

《法律科学》2004 年第 5 期，第 6-8 页。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法->中国宪法

From Regulation to Freedom: The American Constitutional Transformation on the Right to Travel and Its Implications for China.

张千帆

【摘要】

流浪乞讨是每个国家在经济发展过程中都将面临的社会问题。本文探讨英美国处理这一问题的历史经验，以及迁徙权的宪法保障在美国的历史演进。在内战后修正案通过后将近一个世纪的漫长历程中，美国逐步确立了贫困人口的迁徙自由。尤其是经过 1920 年代末的经济大萧条后，美国社会普遍转变了对流浪乞讨的看法。到第二次世界大战，联邦法院开始通过州际贸易条款限制各州与地方控制穷人迁徙的法律。此后，法院又通过第十四修正案的正当程序和 equal protection 条款，撤消了某些禁止穷人流浪以及对新居民的社会福利施加不合理条件的地方规定。到 1960 年代，美国穷人的迁徙权可以说是牢固确立下来。这段历史告诉我们，迁徙权是市场经济和人权意识发展到一定程度的必然产物。在法制统一的国家里，它是公民权的题中应有之意，因而应当受到宪法保障。迁徙自由的宪法保障不仅对于市场经济的发展是必要的，而且也是国家统一和公民平等的重要体现。

【关键词】公民权，迁徙自由，流浪乞讨

【点击次数】1125

【阅读次数】1125

一、引言

在每个国家，流浪者都是一个令人头痛的问题。他们给人的直觉是衣衫不整、蓬头垢面、操着一口难懂的外地口音、缺乏教育和职业技能（否则也不会沦落到流浪乞讨的境地），其中比例不确定的部分人还被证明是城市安全与秩序的隐患。流浪者的不良形象几乎使社会对他们的歧视合法化了。几乎每个社会都带着警惕的眼光，本能地回避他们。不论公开的姿态如何，每一个地方政府实际上都将他们列为不受欢迎的人；为了保护本地居民的安全和城市的“市容”，为了防止这些人给地方财政带来过重的负担，地方政府采取各类措施限制他们的活动，最终将他们遣送回原来的居住地，就好像是为了彻底忘却他们所带来的任何不愉快经历。在人类历史上的很长一段时间内，人们一直没有太大兴趣去关心他们的个人境遇和权利，似乎完全忘记了他们和其他人一样也是宪法意义上的“公民”；流浪者只是必须被解决的“问题”，而政府在解决这个问题的过程中不需要遵守什么宪法限制。因此，在自己在生活上的不幸遭遇之外，流浪者还面临着法律的严厉惩罚和执法权力受到

滥用的风险。

2003年发生的孙志刚事件打破了中国对收容遣送制度的沉默，激发人们反思强制措施合法性并探讨贫困救济的出路。值得注意的是，流浪乞讨并不是中国独有的现象。世界各国都面临着同样的问题，发达国家也不例外，因而这些国家在处理这个问题过程中积累起来的经验可以为中国提供借鉴。事实上，西方国家也经历和中国完全类似的发展过程。在封建制度衰微和市场经济开端，流浪乞讨成为一个突出的社会问题，并引起政府的严厉管制。随着时代的发展，人们对流浪乞讨行为的看法逐渐发生了变化。在美国等西方国家，在贫困人口的待遇不断获得改善的同时，原先对流浪乞讨的严厉禁止被逐渐打破。到今天，流浪甚至上升为一种不能被政府随便剥夺的宪法权利。从管制到自由的漫长历程中，美国等西方国家的宪法和法律在思维与制度上都经历了一个大转变，而这个转变过程对于中国处理自身的类似问题颇有裨益。

本文主要从美国在流浪管制问题上的宪法转变出发，探讨了美国宪法公民权与迁徙自由的发展过程及其对中国的启示。^[1] 美国的历史经验表明，迁徙自由不仅是市场经济发展的必然要求，而且也是公民权(citizenship)的基本组成要素，是国家统一的首要象征。在一个政治与法律统一的国家里，公民的一项基本自由就是有权在他向往的地方生活和工作；对这项权利的阻碍，必然意味着国家在社会、经济乃至法律上的割裂。美国经验进一步表明，对于宪法权利而言，只有文本的规定是远远不够的。事实上，美国宪法文本中并没有提到“迁徙”(travel)，而最后这项权利作为公民权的题中之意被引申出来；另一方面，虽然宪法文本明确提到了“公民”(citizen)，但流浪者的公民权却在近一个世纪内都没有得到落实。如果宪法条文不能付诸实施，那么再完美的规定都没有任何现实意义。最重要的是，司法机构必须赋予宪法条文以其应有的意义；否则，公民权、国家统一以及宪法为所有公民提供的平等保护只能是一句空话。

二、收容遣送制度的渊源——英国对流浪乞讨的管制

尽管流浪乞讨在西方历史悠久，它原先并不作为一种普遍的社会问题而受到法律管制。事实上，在基督教的教义中，乞讨是正当的。在漫长的中世纪，农奴在封建传统下没有人

身自由和法律权利，但他可以期望主人为他提供基本福利。以封建庄园为主的经济秩序限制了社会的人口流动，因而流浪并不构成一个普遍的社会问题。由于在济贫法产生以前不存在普遍的济贫措施，乞讨是不工作的穷人生存的唯一方式。贫困问题主要由地方教区或庄园主自行解决，政府不承担任何救济或管制的义务。

较大规模的贫民流浪是市场经济发展到一定阶段而产生的社会现象，有关贫困救济与管制的法律则是对这一社会问题的自然回应。英国是最先发展市场经济的国家，因而也在经济发展过程中首先遇到了贫困和流浪人口问题。在历史上，英国济贫法并不是通过一次创制一蹴而就产生，而是经历了一个自然的发展过程。在每一个阶段，新的济贫 (poor relief) 立法都是为了应付新的社会问题而产生的，但是这些社会立法又存在着一定的共同背景：流浪人口是新兴资本主义的产物，而当时的社会大环境仍然是和自由流动格格不入的封建传统秩序，因而解决流浪问题的各类方案带有明显的封建特征，也就是对个人迁徙自由的人为限定。

由于美国各地对贫民迁徙的限制直接从英国模式移植而来，我们首先讨论地方济贫制度在英国的起源。总的来说，济贫制度和迁徙自由紧密联系在一起，因为至今为止，各国的济贫义务一般主要是由地方政府承担，而地方政府显然不欢迎外来贫困人口分享当地的有限资源，并恐惧他们给当地的健康、卫生和治安带来隐患，因而通常对流浪乞讨人员的人身自由采取严厉的限制措施。虽然随着市场经济的不断发展，物资贸易和人员流动的范围不断扩大，原先静止封闭的封建秩序逐渐解体，针对一般外来人口的地方壁垒被逐渐打破，但地方政府对流浪乞讨人员的控制却在此后很长时间内一直没有松动。

1. 问题的起源——保证社会劳动力的供应

随着封建主义的衰微和资本主义的兴起，加上 1348-49 年席卷欧洲的黑死病，劳动力成为英国社会的一个突出问题。黑死病使英国丧失了 1/3 人口，其中社会下层占绝大多数，因而劳动力短缺相当严重。工人抓住这个机会要求增加工资，社会下层的另一部分则宁愿乞讨也不愿劳动。因此，在一开始，流浪乞讨就和工人待遇联系在一起：流浪减少了劳动力的供给，进而提高了劳动力的市场价格。为了同时压低工人工资并减少流浪人口，英国

在 1349-50 年制定了《劳工法》(Statute of Laborers)。这不仅是英国为解决贫困问题而制定的第一部法律，而且也以后近 500 年的济贫法框架规定了基本模式。

最重要的是，《劳工法》推翻了基督教和封建社会的基本假定，从根本上改变了对乞丐和流浪者的看法。乞讨不再被认为是值得同情的行为，而是个人懒惰、好逸恶劳和意志薄弱的象征，因而不但乞讨本身成为受到法律禁止的犯罪，具备工作能力的乞丐或流浪者可以被政府抓起来强制劳动，而且连施舍也成了纵容犯罪的行为。该法前言称：

“由于许多健康的乞丐只要能靠乞讨为生就拒绝劳动，从而使他们自己无所事事并染上恶习，有时还从事偷盗等其它令人生厌的行为，因而任何人不得以怜悯或施舍为耳目对具有工作能力的人给予任何物品，以满足他们的欲望，否则将受到监禁的惩罚。以此迫使他们为自己的必要生计而劳作。”

为了实现这个目的，1349 年的法律采取了 4 类相关措施：强制性劳动，控制工资和补贴，通过监禁处罚那些在合同终止前放弃工作的人，以及通过特殊的司法系统来处理劳工争议。法律规定所有 60 岁以下有劳动能力者都有义务劳动，否则将被强制劳动。贵族具有优先权选择乞丐作为其劳力，且劳动力的报酬被限制在黑死病发生前的水平。^[2] 1350 年的法案进一步细化了工人工资方面的限制，并要求法官听取有关争议，一年至少 4 次。尽管自食其力的工人在性质上和乞丐不同，这项法律对于工人的处理和流丐相差无几：一旦工人失去职业，他们就成为乞丐并接受法律的惩处。在这个意义上，工人必须工作并接受低工资，并不得在合同到期前离开岗位，否则将受到监禁。反过来，也正是通过这种方式，流浪者和乞丐不得不加入工人的行伍。

2. 济贫系统的产生

到 16 世纪，贫困人口流浪在市场经济发展的过程中成为整个欧洲的问题。据统计，穷人占了当时英国人口的 13-20%，并在以后一个世纪里翻倍。^[3] 为了应付这种局面，1531 和 1536 年的法律首次建立了英国的济贫系统，规定了什么人具有合法需要的标准、需要救济的人员记录、政府救济的义务以及相应的行政系统。1531 年的《乞丐和流浪者处罚

法》沿用并扩展了以前对有工作能力的闲置人员之处罚。该法的前言指出：“在本王国的各个地方，流浪者和乞丐长期以来都在增长着，并每天都以巨大的数量增长；他们的闲置是所有恶习的根源”，导致了屡禁不止的盗窃、抢劫、谋杀和其它犯罪。1531 年法律为解决这类问题设计了下列办法。第一，地方官员和治安法官有义务在其管辖区域内搜查乞丐，并决定这些人是否应被允许继续乞讨并接受捐助。只有“老年的穷人和失去能力的人”才能被允许乞讨。获得许可的乞丐必须正式登记，并就有关乞讨及其活动范围获得书面许可。如果任何人被发现在许可范围之外乞讨，可被处以两天两夜的监禁，在此期间只提供面包和水。第二，如果老年穷人或失去能力的乞丐没有许可而乞讨，他们可被关押 3 天或处以鞭笞的刑罚，然后获得书面许可以及指定的乞讨场所。第三，如果身体健壮的男女被发现乞讨，或在不能解释如何合法获得生计的情况下流浪，也可以受到逮捕和惩罚，然后被发送回过去 3 年内居住的地方。如果当地官员未能履行职责，可以受到起诉并判处一定数量的罚款，其中一半归国库，一半属于起诉者。这些法律确定了英国（和以后美国）的济贫原则：对于那些没有能力劳动的人实施救济，而济贫在财政和行政上都是地方政府的义务，那些有能力劳动但拒绝劳动的人则仍然应受到法律的严厉惩罚。

随着养羊业和圈地运动的发展，农村和城市的无业人口都进一步增加。1563 年，议会制定了《手工业法》(Statute of Artificers)，在《劳工法》的基础上作出了次要的修正。法律规定，每个从 12 到 60 岁的人都必须工作。不论是否有工作，治安法官都可以命令任何人在农忙季节干农活。工人的迁徙权受到严格限制。任何人都不得在没有书面许可的情况下离开其住地，否则将受到逮捕和遣送。

1601 年的《济贫法》(Poor Law)最终奠定了英国济贫的基础，为英国以及后来美国的济贫提供了长达 350 年的框架。这项法律确定了 3 项原则：地方责任原则、定居和遣送原则以及家庭主要责任原则。首先，地方政府有义务自行通过征税筹钱并管理济贫。地方选民每年选举 2 名以上监督人(overseers)，和治安法官一起管理济贫工作。其次，地方政府有权为本地的贫民和没有工作能力的人建造济贫院，^[4] 对于外来流浪人员则一律予以遣送。最后，家庭对扶助贫困的子孙或长辈承担主要义务。如果两名治安法官认为家长不能适当养育其子女，他们可以将孩子们强行带走并使之成为学徒，直到男孩年满 24 岁、女孩年满 20 岁为止。这三条原则所反映的是同一个宗旨：每个地方都有义务为本地穷人提供其家庭所不能提供的基本生活保障，但没有任何义务救济外来贫困人口；遣送制度只是实

现地方责任制的一种手段，目的是为了保证各地承担起救济当地穷人的义务，以免给邻近地区造成财政和治安上的负担。

3. 对迁徙自由的限制

1662 年的《定居法》^[6]加剧了对穷人迁徙自由的限制，授权治安法官遣送任何在 40 天内到达本地而又需要或在将来可能需要救济的人。这项法律的前言表明，法律的主要目的是为了控制农村的大量穷人迁移到城市，减少地方政府的济贫压力，并使工作的穷人尽可能靠近家乡并远离城市。《定居法》限制了工人到别处工作的自由，没有工作的贫民要想迁徙并在别处定居就更不可能了。

由于《定居法》也使得雇主雇用新工人变得更为困难，1697 年的法律放松了迁徙的管制。如果有人带着其居住地的证明，表明以前居住的地方愿意接受救济的义务，那么他应被允许在新的地方居留，且在这种情况下遣送是违法的。另外，如果一个人在当地连续工作一年以上，就被认为在新的地方合法“定居”(settle)下来。这项规定确实对迁徙的管制有所放松，但从另一个角度看，穷人在新法下的日子更难过，因为接受救济的家长和孩子都必须穿着带 P 字的衣服。拒绝穿戴有标志的衣服将导致法律后果：或者救济被减少甚至取消，或者被关押起来从事不超过 21 天的苦役。有关标志的规定一直到 1810 年才被取消。它也从另一个侧面反映了当时流行的道德假定，也就是贫困是穷人自己的错；如果有人一直贫困，那么肯定是他们的决策失误、懒惰或酗酒的结果。^[6] 因此，对穷人的帮助必须受到限制，并应该伴随着相应的惩罚性措施。

《定居法》在英国产生了诸多不良后果。第一，不同地区相互推诿济贫责任，因而不断产生争讼。当时英国每年遣送成千上万的人，许多人被送到另一个地方后又被遣送回来，不仅给穷人带来颠沛流离之苦，而且也造成了大量的“踢皮球”和资源浪费。第二，它极大限制了工人的流动性和工作机会，从而对经济发展产生不利影响。正如一位学者指出：“这项法律在英国劳工心中打上奴役的烙印，并使他像沉船的海员依靠他的木筏那样依赖其教区。从一开始，它就产生了大量的欺诈、不公、奢侈浪费、邪念和无止境的诉讼。”

^[7] 《定居法》仿佛使英国又回到了静止的封建时代，每个人都知道谁应该对谁负责。它

是地方责任制的自然产物，也是英国历史上最极端和最残酷的地方主义形式。

4. 济贫院的建立

到 18 世纪，英国开始为穷人建立济贫院或收容所。以往的济贫系统是在穷人自己家里进行的，当地政府将亚麻、羊毛、毛线或铁块送到穷人家里由其加工。这类所谓的“户外救济”(outdoor relief)缺乏质量监督，且随着人数增加而成本越来越高。1722 年的《济贫法》授权教区为穷人提供济贫院(workhouses)，通过“户内救济”(indoor relief)训练和监督他们的劳动。贫民院本身并不是什么新鲜的概念，自从 16 世纪开始就存在于少量专门给穷人、残疾人或老年人居住的地方。但《济贫法》的主导思想是要把贫民变成“有利可图的劳力”，使之能够通过劳动维持自己的生计，并使公共救济系统对于某些懒惰的人而言不那么有吸引力，从而减少申请救济的人数和提供救济的负担。法律禁止任何人通过其它方式获得救济，不愿进入济贫院劳动的人将得不到救济。这种思想“本身看起来如此可行，但在原则上如此错误并在效果上如此糟糕”。^[8]一开始，济贫院确实减少了地方的济贫开支，因为贫民一般不愿意申请这类救济，但随后问题就暴露出来。济贫院的管理照理应该受到治安法官的监督，但其实完全是由济贫院的经营者控制。济贫院的卫生和设施得不到保障，因而成为传播传染病的场所。婴儿死亡率是如此之高，以至政府不得不禁止教养院收留 6 岁以下的儿童。

5. 19 世纪的济贫改革

到 19 世纪，圈地运动的进一步展开使得农村无业人口不断增加。1832 年，选举改革促使议会产生了皇家济贫法调查委员会。该委员会两年后的报告将穷人分为两种：一类接受救济，他们懒惰、肮脏、依赖和贪婪；另一类则不接受任何救济，他们勤奋、干净、独立、节约。委员会的主要建议是要求禁止对任何有能力工作的人提供救济，减少贫困资助的吸引力，并使贫困救济受到中央的统一控制。根据这些建议，法律设立了 3 人中央委员会，有权对所有教区制定统一的规则、规章和运行程序。法律还减少了对流浪者的资助，修改

了有关定居的法律，并保证不劳动的穷人所接受的资助少于工作的穷人。尤其在行政统一方面，新法的效果立竿见影。在3年之内，英国原来由1万多个教区从事的济贫职能被归并为500多个济贫区。1834年济贫改革的主要问题在于它完全忽视了那些想找但又找不着工作的人，因而除了教养院的老一套之外完全没有规定地方官员如何处理那些失业者。虽然改革恢复了教养院的做法，但济贫的基本政策问题仍未得到根本解决。

从以上论述可见，在过去5个世纪中，政府逐步取代了传统上由封建庄园主和教会行使的职能，越来越多地介入贫困人口的生活保障。在政府职能的划分上，济贫主要是地方政府的责任，全国性的标准和协调是微不足道的。在救济方式上，英国严格区分两种“穷人”：劳动的社会下层和主要靠乞讨或救济为生的贫民，而对流浪和乞讨的管制相当严格。贫困的原因一般被认为是个人的失误或道德问题，而不是社会和经济变革的结果，因而流浪者和乞丐应该对自己的境遇负责。救济范围一般仅限于本地熟悉的不能工作的穷人，外来的穷人不受欢迎，即使是本地也只有那些有资格的穷人才能获得救济，且救济水准必须低于工人的最低工资。有能力工作的人必须工作，否则将在大庭广众之下受到法律的严厉惩罚，只有没有能力工作的穷人才受到怜悯。对于那些工作的穷人，工资被人为压得很低，且选择工作的自由受到限制。

三、宪法权利的虚置——美国内战前对流浪的管制

作为英国的前殖民地，美国的许多法律都直接来自于英国。对流浪的管制也是如此。6个多世纪以来，美国法律继承了英国的传统道德假定，一直将流浪作为刑事犯罪处理。地方政府有权在违反意愿的情况下驱逐新到的穷人，并将他们送回以前的居住地。^[9]在整个过程中，受到指控的穷人一般没有什么程序或实体权利保障。

和英国不同的是，美国联邦从1788年开始就有一部成文宪法，而在此之前各州已经相继立宪。联邦宪法和各州宪法都保障了公民的一些基本权利，主要包括联邦宪法第一章第八节的州际贸易条款、第四章的“优惠与豁免权”(Privileges and Immunities)条款以及

第十四修正案的正当程序(Due Process)条款。如果要“较真”的话,其中任何一条都有可能被认为赋予贫困人口以某种程度的迁徙自由。然而,根据自食其力的传统理论,依靠救济生活的贫民被认为主动放弃了宪法保障的公民权,而联邦公民权的缺失使得济贫完全成为一个不受联邦控制的地方问题。为了保证地方免受贫困人口的犯罪之困扰,地方政府可以限制贫民的人身自由和司法救济等基本权利,且这类限制被认为是政府警察权力的适当行使,因而并不违反州际贸易条款。对于贫民而言,宪法权利可以说是几乎完全“虚置”了。

1. 英国传统的延续——济贫作为地方问题

从殖民地时代开始,美国就借用了英国对流浪管制的法律模型,惩罚那些被认为可能构成潜在犯罪的流浪者。殖民者基本上沿用了英王国的济贫法,因而带有 1601 年济贫法的主要特征,主要包括具有某种国家监督的地方责任和控制,有劳动能力而拒绝劳动的人应该受到强制劳动,贫困家庭有法律义务照顾自己的老小,只有不能劳动或维持家庭的残疾人或精神病患者才能获得公共食品和医疗。流浪或拒绝劳动的贫民一般被作为犯罪处理,可以在没有法律保护的情况下受到惩罚。

由于贫困救济被假定为地方问题,贫民的迁徙和旅行自然受到严格限制。在联邦宪法制定之前,邦联条款第四章在赋予“各州人民自由进出其它州的权利”的同时,明确将“乞丐、流浪者和逃亡奴隶”排除在外。独立战争时期,各殖民地继续沿用英国济贫法,规定穷人的法定居住所在地政府有义务提供救济,同时授权地方政府防止贫民到当地定居,并将非法定居住的贫民驱逐出境。^[10]

既然地方政府具有救济当地穷人的主要责任,外来流浪人口和当地贫民自然受到区别对待。本地的贫民即使不劳动或被强迫劳动,也被认为是值得怜悯的邻居;外地的流浪汉则被认为是危险的陌生人,因而相应地受到严厉处罚。^[11] 后者一般被立即送走或暂时关在收容所(poorhouse),直到送走为止。即使地方政府为流浪汉提供了照顾,它以后也会向其居住地的政府讨还费用。譬如在 19 世纪发生于缅因州的两个案例中,都是起因于原告

城市要求被告城市支付安置流浪者的费用而后者拒付的情况。^[12]

另一方面，当地贫民的处境也好不了多少。为了节省费用，收容所的条件和管理通常很差。尽管济贫改革的初衷是教育并改造穷人重返社会，成为自食其力的劳动者，但收容所逐渐失去了这个功能，沦落为限制穷人自由的监狱。事实上，为了避免穷人将济贫法对地方政府规定的义务误解为自己获得救济的权利，就连对本地贫民的一点有限政府救济也逐渐消失了，因而济贫完全成为私人慈善事业的事情。在操作过程中，对社区安全的考虑超过了穷人的权利，济贫法越来越成为压迫和剥夺穷人权利的法律。

2. 联邦宪法与公民权的缺失

1788年，美国制定了联邦宪法，原先独立的殖民地成为一个统一的国家，但这丝毫没有改善贫民的状况。美国宪法的制宪者并没有试图在他们那一代实现消除贫困的理想。他们中许多人尽管希望美国摆脱贫困并实现平等，但同时又期望每个人都是在经济上自食其力的“有德性”(virtuous)的公民。在某种意义上，宪法并不只是因为公民身份就自动赋予权利；相反，自食其力是合格公民的起码条件，也是获得宪法权利的必要前提。如果贫民因为宪法而获得了救济权，那么宪法权利将助长不劳而获的懒惰思想并受到滥用。一个相关的事实是，和封建时代的英国一样，制宪初期的美国并不存在剩余劳动力问题。由于当时人口稀少，剩余农地很多，因而穷人完全可以找到活干，不劳而获将被认为是一种自负其责的故意行为。因此，有劳动能力的乞丐被认为是自愿放弃了其公民权利，因而政府对他人的管制可以完全不受宪法约束。在这个意义上，贫民因为他们自己的行为方式而成为二等公民，因而不能享受完全的宪法保护。

反映这种思维的最典型例子是选举权。19世纪初期，杰克逊(Andrew Jackson)民主革命取消了选举权的财产限制，但由此而引发的选举权运动也是以劳动与否为界限。到1830年代，公民概念显著扩展，“德性”也不再是有产阶级的特权（尽管仍然限于白人男性），但获得选举权的前提是公民的独立性，因而穷人必须证明自己在经济上自食其力。当时，劳动的穷人强调自己是自食其力的，因而不受外界影响，并小心将自己和无业贫民及妇女区别开来。无论是贫民和妇女都被认为有依赖性——贫民依赖政府，妇女则依赖家里的男

人生活，因而不能作出自己的独立判断。到内战前后，随着资本主义工业的发展，工人数量迅速增多，并开始争取自己的政治权利。进入南北战争之后，公民权被扩展到工作的白人无产者，因而工人阶层获得了一定程度的公民参与。但即使在这时，贫民同样受到排斥。当时的普遍看法是，如果一个人不能自食其力，那么他就缺乏足够的道德和能力，因而也没有资格行使政治权利：“如果一个男人在困难面前如此低三下四以至住进了济贫院，……那么他就自愿放弃了他的权利。”^[13]

不仅劳动成为确定宪法选举权范围的分界线，宪法正文所规定的少数权利或结构性条款对贫民也同样不发挥作用。联邦宪法中最相关的有两条：第一，宪法第四章的“优惠与豁免权”和“州际贸易条款”。另外，一些州的宪法也规定了“正当程序”等权利条款。然而，至少在内战以前，这些条款对于贫民权利而言没有发挥任何作用。

3. “优惠与豁免权”条款

和《邦联条款》类似，联邦宪法第四章第二节规定：“每个州的公民均享有诸州公民的所有优惠与豁免权”，并省略了《邦联条款》中排除“乞丐、流浪者和逃亡奴隶”的资格限制。初读起来，这项条款似乎保证一州的公民迁徙到另一州并享受那里的平等待遇。但法院采取了保守解释，一直认为乞丐并没有自由迁徙的权利。在英国传统影响下，制宪初期的普遍理解是，济贫问题主要是地方政府而不是州的事情，更和联邦无关。地方政府有义务照顾自己的穷人，但这同时意味着他们可以不接受外来穷人，不论是州内还是州外。联邦和州条款只是要求地方政府一视同仁地对待外来穷人，但没有必要给他们以本地穷人同样的待遇。在这个意义上，尽管宪法所规定的是全国性的公民权，地方实践却表明美国的公民权是地区性的。地方居民将得到地方政府的某些人道援助，但流浪者却不但没有任何公民权，而且还被假定为危险的犯罪分子。直到 19 世纪下半叶为止，美国宪法一直不承认贫民的迁徙权。

4. “道德瘟疫”理论与“正当程序”条款的界限

虽然联邦宪法在内战前还没有对州政府规定正当程序，^[14] 但某些州的宪法已经包括了这项要求，且获得司法听证和救济的权利在普通法传统中具有悠久的历史，甚至可以说是一项“自然权利”。即使如此，贫民的权利还是得不到任何宪法保障。最黑暗的是收容所的管理人员可以任意关押和处罚穷人，而不受任何司法过程的约束。^[15] 在 1834 年发生于缅因州的一个案件中，一位被送到教养院的妓女挑战缅因州的济贫法违反了州宪所规定的正当程序，并剥夺了她在法院获得听证的“绝对和自然权利”。但缅因州的最高法院驳回了她的论点，并判决社区有权像“预防瘟疫”一样提防贫民。^[16]

在 1856 年的案例中，^[17] 一位妇女在离婚后带着女儿独自生活，并被认为靠卖淫为生。但地方政府并没有控告她卖淫，因为那将要求正式的刑事起诉、提供证据和正当程序保护，而是选择将她作为贫民加以收容，尽管她并没有依靠地方政府的任何资助。缅因州的最高法院多数意见认为，如果政府认为有关职业是非法的，而没有非法职业的收入被告就活不下去，那么政府就可以采取强制收容措施。至于政府规避正当刑事程序的嫌疑是否成立，法院根本未加讨论。尽管这项权利对于普通公民而言或许是重要的，但是既然贫民已经被定性为“道德瘟疫”，他们自然不可能有能力作为权利的适当主体。只有莱斯法官(J. Rice)认识到强制收容对于贫民的严重负面影响，他的反对意见指出：

“济贫法对公民的状态产生了最重要的变化。通过其影响，贫民被剥夺了选举权以及对自己人身的控制。贫民可以在违反其意愿的情况下从一个地方被运到另一个地方；他失去了对其家庭的控制，他的孩子可以不经他的同意而从他身边带走；他自己可以在不经商量的情况下被送往劳动教养院或承担 5 年合同的劳役。总之，被判为贫民的人得服从他人的意志，其状况并不比作为财产的奴隶好多少。”^[18]

5. 州际贸易条款

“瘟疫”理论不但流行于州和地方政府，而且还在联邦法院受到公开承认。且这项理论在剥夺贫民宪法权利的同时，授权地方政府采取各种措施预防和控制“瘟疫”的传染。宪法第一条第三款规定国会拥有调控“州际贸易”(Interstate Commerce)，因而可以介入跨州的人口流动问题。不仅如此，最高法院的判例还认为州际贸易条款具有“潜伏效应”，

禁止各州或地方政府制定过分影响州际贸易的措施，并要求地方措施对于保护健康、安全或环境等合法目标而言是必要和适当的。但由于联邦和各州都还没有建立福利系统，贫民救济是一个地方政府问题，因而并不被认为涉及州际贸易，且即使影响了州际贸易，地方政府对流浪和乞讨的有关限制措施也被认为是对保护地方利益必要的。在以下 1837 年的判例中，最高法院明确表示地方政府可以像预防传染病的“物质瘟疫”那样处理流浪乞讨的“道德瘟疫”。

在美国建立的头一个世纪里，东海岸各州为大量北欧移民涌入而感到困扰。1788 年的纽约州法明确将援助贫民的责任转移到地方，规定“各城镇必须支持援助当地的贫民”。在 1837 年的“纽约船客信息案”，^[19] 1824 年的纽约市法规规定船只抵达纽约市的船长有义务清除贫困移民，并向市政府提交一份说明每一个从外国或外州进入纽约州的乘客之情况的报告，违者将被罚款 1.5 万美金。被告的辩护是，国会调控贸易活动的权力是专有和排它性的，因而禁止各州或地方政府的调控。巴伯法官(J. Barbour)的多数意见判决，纽约市的法规是一项关于治安而非贸易的法规，是“为了防止乘客成为罪犯或乞丐的牺牲品而采取的必要措施”，因而并不受州际贸易条款的限制。多数意见的论点是：“各州对该州地域范围内的所有人和物享有不可否认的无限管辖权。……在实质上，这不是权利，而是责任和义务。一个州有责任通过它认为可行的各种立法加强安全，为本州人民创造幸福和繁荣，并为他们提供福利。”在这里，和内地城市不同，纽约市和其它沿海城市受到移民潮的巨大压力，因而面临着维护贫民生计的重大挑战。在原则上，纽约市有责任也有权力保护其居民不受犯罪的侵害。“一个州应当有能力也有必要制定预防措施，以对抗乞丐、流浪汉和潜在罪犯所滋生的道德‘瘟疫’之泛滥。”

值得注意的是，在这个影响深远的判例中，没有任何法官对上述道德假定发表异议。作为联邦主义者，斯道利法官(J. Story)的反对意见也只是认为各州的治安权力不得与国会调整贸易的权力相抵触。本案的纽约法规限制了乘客的运输和入境权，并要求在特定情况下驱逐外国或外州的乘客离开州境，因而实际上调控了只有国会才有权调控的州际贸易。但即使他也承认各州有权制定济贫法并防止乞丐对城市的危害，因而并没有否认乞丐和流浪者构成“道德瘟疫”的说法。如果政府有义务提供任何福利系统，其目的也只是为了保护社会不受乞讨、偷盗等其它和贫困相关的问题之骚扰。

总的来说，联邦法院在这一时期保障贫民权利的作用极为有限。在以后的判例中，最高法院通过州际贸易条款逐渐限制了各州或地方的某些措施。在 1849 年的“乘客系列案”，^[20] 纽约州和马塞诸赛州的法律将登陆费强加在外来乘客身上，以支付外来乞丐的医疗费用。最高法院判决州法无效，因为它们违反了州际贸易条款或构成了第一条第十款禁止的对进出口征税。但这些判例对联邦公民权的意义是极有限的，因为它们仍然承认各州排除“罪犯、乞丐和痴呆”的权力。

6. 联邦干预的可能性

如果司法机构未能有效保证联邦公民权利的统一，立法机构是否可以有所作为呢？如上所述，国会有可能通过州际贸易条款而直接干预流浪人口的贫困救济。然而，“贸易”这个概念在当时被认为仅涉及到货物流动，而不包括“人”，因而国会调控州际“贸易”的权力中不包括对人员流动的控制。事实上，最高法院也明确采取狭隘解释，否认人是贸易的对象，因而也否定了国会干预贫民救济的权力。^[21] 这样，联邦宪法对贫民不能提供任何保护：贫民自己没有公民权，国会因联邦宪法的限制而无权通过法案保护之，而地方政府则被认为可采取任何必要措施来预防和清除带有“瘟疫”的可疑对象。这种状况助长了地方对贫民权利的漠视，并束缚了联邦统一保障贫民权利的手脚。

四、从管制到自由——美国内战后济贫措施的演变

如果说早期的济贫措施是建立在地方公民权基础之上，内战后的济贫法则是在全国经济一体化的背景之下，因而纯粹基于地理位置而歧视外来人员的立法规定越来越不合时宜。然而，联邦公民权的概念直到南北战争结束后的宪法修正案才获得明确规定，且即使如此，公民权条款以及国会实施修正案的权力都受到法院的狭隘解释，因而并未能发挥实质性作用。只是到 20 世纪的经济危机和第二次世界大战之后，剥夺贫民宪法权利的法律才开始从根本上受到质疑和挑战。在这个过程中，联邦最高法院先后重新解释了州际贸易条款的含义，扩充了贫民的正当程序权利，使之禁止各州直接限制穷人的迁徙自由，并最

终通过平等保护条款禁止各州以剥夺福利权的方式间接限制穷人迁徙权。至此，贫困人口的迁徙自由才真正得到宪法保护。

1. 重建时期的公民权以及“优惠与豁免权”的重构

内战结束后，美国通过了第十三和第十四修正案，建立了全国范围的公民权，并授权国会实施种族平等的基本政策。第十四修正案第一节规定：“所有在合众国出生或入籍、并受制于其管辖权的人，都是合众国公民和其居住州的公民。任何州不得制订或实施任何法律，来剥夺合众国公民的优惠与豁免权。”内战后修正案重构了公民权的含义，接受了财产重新分配和普及教育的理念，并假定联邦政府有义务为最贫困的公民提供最低限度的福利。然而，这些理念并未完全获得实施。尽管联邦法院承认穷人具有基本的刑事正当程序权利，1870年代的“屠宰场系列案”对内战后修正案的保守解读明确否定了完全意义上的联邦公民权，^[22] 联邦的“优惠与豁免权”被限于相当狭隘的范围，从而使贫困问题难以在联邦层面上获得真正解决，地方政府继续限制与惩罚公民的迁徙自由。内战后，刚解放的黑人中不少成为流浪的穷人，并因此而受到法律起诉。其中就有黑人权利运动的组织者因不从事农业劳动而被逮捕，并受到带有种族歧视的陪审团定罪。^[23]

尽管如此，重建时期仍然开始了对公民权的有限保护，要求联邦政府支持教育、财产、民权、选举权和劳工权利。在1869年的案例中，^[24] 最高法院在重建精神的影响下，对宪法第四章规定的各州“优惠与豁免权”条款作了宽泛解读，要求外州公民在任何一州一般应享受该州给其本州公民的同样待遇：“本条款的目的无疑是，……对于各州公民权所带来的优惠，各州应将本州的公民与外来州的公民置于同样地位。本条款使他们摆脱在其它州因外州人的身份所带来的不便，禁止其它州对外来公民的歧视性立法，赋予他们自由进出其它州的权利，保证他们在积累财富和追求幸福时享有与其它州赋予本州公民相同的自由，并保证他们在其它州受到法律的平等保护。”但各州的优惠与豁免权条款显然不要求各州对外州居民赋予和本州居民完全相同的权利，譬如政治选举权和获得州内自然资源的权利，因而它对于保障贫民的宪法权利并没有直接作用。各州和地方政府仍然可以拒绝向外来居民提供本州的福利。

2. 州际贸易条款的重新解读

与此同时，最高法院对于贫困问题的判例通过州际贸易及其它结构性条款而有所发展。在 1868 年的案例中，^[25] 最高法院被认为首次间接建立了“迁徙权”。在该案，内华达州的法律对每一个通过铁路等其它交通手段离开该州的人征收 1 美元的人头税，并要求承运人从乘客那里收费后上缴州政府。最高法院的多数意见没有援引任何宪法条文就撤消了内州法律，并指出如果各州如法炮制，那么州税将严重阻碍州际旅行：

“即便是来自最偏远的州或地区的公民也有自由进出的权利。……联邦政府得以建立的终极目的表明，我们的人民是一个整体，我们的国家是人民的国家。作为美国公民，作为一个共同体的成员，我们必须有权不受干涉地自由进出国家的任何地方，如同在我们自己州内一样。一州对进入其领土或港口征收税费的行为违反了美国公民作为联邦成员所享有的权利，也违反了建立联邦所期望达到的目标。各州显然不拥有这种权力，因为它只能制造混乱和相互对抗。”

尽管这个判例只是建立了普通人而非特别针对穷人的迁徙权，但普遍的联邦公民权已经在司法判决中呼之欲出，因而只要法院抛弃对流浪者的传统成见，穷人的迁徙自由将是顺理成章的推演。几年之后，联邦法院果然判决限制贫民迁徙自由的州法无效，尽管其依据是州际贸易条款，而不是正当程序权利。

在 1876 年的两个案例中，^[26] 最高法院一致撤消了纽约州要求船长为乘客担保的法律，以及加州要求船长为船上的穷人担保的法律。在前者，最高法院虽然承认各州有权对穷人行使治安权，但判决各州的权力只是限于“实际”的贫民和流浪者，而不能对州际（国际）贸易和国会控制移民的权力产生过重负担。在后者，加州授权其官员决定进入州的人是否具有犯罪或成为公共负担的倾向，并要求船长为这些人提供担保。最高法院认为加州法律对移民官赋予过分的自由裁量权，从而有可能将控制范围扩展到所有乘客并对州际或国际贸易产生过分影响。尽管法院意见的依据是贸易条款而非第十四修正案，它隐含着州法是对个人正当程序权利的侵犯，因为它不允许受到罚款的个人获得司法审查。密勒法官的意见指出，假如外国政府依据这样的法律像加州那样对待当时在那里打工的中国臣

民那样对待美国公民，那么美国任何一届政府都会给这些政府施加压力，要求给予适当救济。言下之意是，这种待遇对于美国公民是不可接受的，因为它违背了基本的程序公正。

当然，严格地说，法院判决只是限制了地方政府对贫民管制的权力，而不是为贫民赋予宪法权利。事实上，由于缺乏对联邦公民权的直接承认，美国的贫民所受到的歧视性待遇和 19 世纪末去美国打工的中国移民别无二致。法院一方面排除了联邦公民权，另一方面又扩展了联邦贸易权，因而排除了各州对国际贸易和移民的干预。上述判例的局限性在于未能将贫困问题上升到人权问题，从而割裂了贫困、人权和国家公民权的有机联系，进而产生了一些前后矛盾的联邦主义判决。

3. 经济危机之后的觉醒——观念转变和联邦福利系统的建立

到 20 世纪的大萧条时代，政府限制和惩罚流浪的法律机制瓦解了。到 1930 年代，大萧条的发生揭示了传统福利体制的弊端。由于税收下降而贫困人口上升，许多穷人迁移到相对富庶的州。这表明贫困已经成为一个地方政府所不能解决的全国性问题。^[27] 为了保证每个人都能维持基本生存，联邦的介入是必要的。1935 年，国会制定了《社会保障法》，为老年人、盲人、失去工作能力的人和儿童 4 类人提供了福利保障。虽然最高法院对州际贸易条款的保守解释对国会调控社会保障的宪法权限产生了质疑，但联邦权力最终还是获得维持。

《社会保障法》同时标志着社会对贫民看法的根本变化。他们不再被当作“道德瘟疫”，而是他们自己无法控制的经济衰退的牺牲品。《社会保障法》强调每个人都有权获得“生活的基本需要”之保障，从而强化了贫民的法律地位。但新的理论仍然建立在契约自由的基础上，强调不劳动者不得食，因而不论是外来和本地穷人，贫困而不工作的人口一律是政府整治对象。严格地说，《社会保障法》和传统的英国济贫法类似，仅对没有劳动能力的人提供救济。《社会保障法》所不涵盖的穷人——包括有工作能力但主要靠乞讨为生的贫民——则只能接受传统福利系统的资助，而这仍然主要是地方政府的任务。这一事实和

重建同期所发展的全国公民权观念相矛盾。

到 1940 年代，美国社会开始在司法推动下承认流浪者的宪法权利。在 1941 年的“贫民旅行限制案”，^[28] 加州禁止并惩罚将穷人运送到该州。最高法院依据贸易条款一致撤消了加州禁止穷人通过该州的法律，判决加州无权将自身隔绝于大萧条的后果之外，并对州际贸易产生负担。道格拉斯法官的意见没有接受有关法律有助于防止未来的犯罪这一理由，因为它不符合第四修正案的基于可能缘由才能逮捕之规定。最高法院最终否定了“纽约船客信息案”所依据的道德假定，明确指出：“一个人并不因为没有钱或职业就成了‘道德瘟疫’，贫困和不道德并不是同义词。”

尽管国会立法和最高法院的决定改变了英美传统上认定流浪者道德低下的偏见，社会观念的转变还需要时间。在上述“贫民旅行限制案”判决后，警察依旧逮捕那些不能作出满意解释的无家可归者，并宣称有关规定对于预防犯罪是必要的，例如加州仍然授权逮捕那些不能向警察出示可靠身份证明的人。这表明只有州际贸易条款的结构性宪法保障是不够的，因为地方总是可以辩称其限制贫民的措施对于实现维护治安的合法目的是必要的，因而即使对州际贸易产生间接影响也应该受到容许。结构性条款的局限性在于它并不能充分保障公民权利，而地方治安措施的最直接影响正是贫民的基本权利。要适当维护权利，还必须通过宪法权利条款的有效实施。

4. 正当程序条款与迁徙权的确立

除了联邦公民权之外，第十四修正案还禁止各州“不经由法律正当程序(Due Process of Law)，即剥夺任何人的生命、自由或财产，或在其管辖区域内对任何人拒绝^[29]法律的平等保护(Equal Protection of Laws)”。字面理解似乎表明正当程序和equal protection条款可被用来保障贫民的迁徙自由。正如哈兰法官在 1883 年的“民权系列案”中的反对意见中指出，第十四修正案的主要目的是授权中央政府采取积极措施，以禁止种族歧视等其它抵触全国公民权的地方措施。^[29] 然而，多数意见否定了这种对第十四修正案的宽泛解读，限制了修正案文字所表达的宽泛意义。尽管如此，少数州开始解释联邦宪法的正当程序条款，并以此撤消本州及其地方政府的某些限制措施。在 1876 年的案例中，^[30] 缅

因州最高法院判决地方政府关于要求流浪者法定居住地返还安置费的规定侵犯了联邦第十四修正案的正当程序条款，因为这项规定允许地方在对方缺席的情况下单方面确定有关收容费用。但这些努力完全取决于各州自愿，联邦法院的统一保障直到第十四修正案通过一个世纪内方才发生。

在 1972 年和 1983 年的两个案例中，最高法院最终依据第十四修正案的正当程序条款，宣布惩罚流浪的法律因过分模糊而违宪。在 1972 年的“游荡限制案”，^[31] 佛罗里达州的一个市法令禁止流浪、乞讨、赌博、酗酒、偷窃或无业闲荡等行为，违者可处以不超过 90 天监禁或 500 元罚款，且后来为了避免受制于联邦第五巡回区在 1965 年判决的法律救助权，将处罚降低到不超过 75 天的监禁或 450 元罚款。在该案中，8 名被告因黑夜里开车进入一个屡遭偷窃的停车场、白天没有带任何身份证在大街上闲荡或作为众所周知的小偷(common thief)等不同事由而被逮捕，其中有些人有前科，其他人则没有。道格拉斯法官的意见判决这项法令因过分模糊而无效。法院意见注意到地方法令直接借自于英国法，而英国法当时的社会背景是封建制衰微后大量无业人员的产生。这些人没有任何职业，成天游手好闲，对社区构成了严重威胁。但时代不同了，市法令所禁止的这些行为并不对城市构成严重威胁，市政府只是要将犯罪的火苗扼杀于未然之际，但这可能和法治的要求相冲突。一般的人并不了解这项法令的确切含义，因而无从得知什么是法律所允许和禁止的行为，并可能给行政执法人员授予过分宽泛的自由裁量权。

在 1983 年的“游荡身份案”，^[32] 加州法律规定，任何人在大街上没有事由地游荡(loiter) 或彷徨(wander)，且拒绝向警察说明自己的身份并解释原由，都构成扰乱秩序行为。根据加州法院的解释，这项法律要求在大街上闲逛的人能够向警察提供“可信和可靠”(credible and reliable)的身份证明，并对其行为提供合理解释。警察如果具有足够的理由怀疑闲逛的人可能从事犯罪活动，可以在大街上叫住这类人并进行盘问。本案的原告曾经受到拘留，并以后因此而不断被警察找麻烦。例如一位警察的证词是，他之所以盘问被告，是因为原告晚上在荒凉无人而又接近犯罪频繁地区的大街上行走。联邦地区法院判决加州法律过分宽泛，因而违反了第十四修正案的正当程序条款。最高法院判决这项法律过分模糊，因而为警察在决定嫌疑人是否符合法律要求的过程中授予几乎完全的自由裁量权。奥康纳法官的多数意见指出，“我们的宪法是被设计来使自由秩序框架内的个人自由最大化。对于这些自由的立法限制所受到的审查不仅包括其实体权力和内容，而且也包

括其表达的确切性或确定性。”加州议会制定并经过加州法院解释的立法并没有说明什么是“可信和可靠”的身份证明，因而普通公民无从知道究竟如何避免触犯禁止游荡或彷徨的法律，且他是否有权在大街上继续行走将完全取决于警察的随心所欲。^[33]

因此，第十四修正案的正当程序条款最终被用来撤消地方对人身自由的过分模糊的限制。应当指出，个人的宪法权利也不是无限的。尽管对流浪或闲荡的一般禁止遭到撤消，更为具体地在某个时段或地段禁止流浪的法律规定则通常受到法院的维持。^[34]

5. 平等保护——居住期限条件对迁徙权的限制

以上所探讨的是各州针对迁徙自由的直接限制。在直接限制被最高法院禁止之后，各州为了减轻本地财政负担而对穷人的迁徙自由采取了种种间接限制。近年来，美国地方政府对迁徙自由的限制主要表现于新居民获得社会福利等权利所必须符合的条件。如果来到新的居住地点后得不到地方福利的支持，那么穷人实际上并不具有平等的迁徙权，因为尽管一般人可以在迁徙后安居乐业，穷人如果得不到必要的生活保障就只有沦落为乞丐或罪犯。各州虽然在 1941 年的“贫民旅行限制案”之后已经不能拒绝穷人进入本州，但仍然普遍对接受福利的权利规定了居住年限的条件。州政府对此所提出的论点主要是为了防止州相对优厚的福利条件将吸引大批贫民，从而给地方财政带来过重负担。但这种论点实际上并没有依据，因为统计数据表明贫民并不是为了获得福利而迁移到其它州，且实施年限条件的管理成本超过了将福利授予迁移贫民的潜在成本。^[35] 因此，到 1960 年代后期，最高法院的判例建立了“福利联邦主义” (welfare federalism)，从而使所有在美国合法居住的贫民都能享受选择在哪个州居住并获得福利的自由。^[36]

在 1969 年的“福利居住期限案”，^[37] 州法要求本州的居住者必须住满一年以上才能获得福利救济。原告认为这种法律根据居民在州内的居住期区分福利权，构成了不公歧视并侵犯了其受法律平等保护的权利。最高法院的判决同意原告的主张，判决州法所促进的利益不是令人信服的政府利益。州政府的主要理由是，等候期是一种保护性措施，其目的是为了保护州政府公共援助项目的财政能力。一年的等候期有助于阻止那些急需援助的贫困家庭大量涌入。如果一个贫困者渴望定居并重新找工作，那么他就必须考虑在定居

的头一年不可能依靠州政府援助的风险。然而，联邦宪法不容许任何州禁止贫困人口迁移，因而阻止穷人迁徙并不是一年等候期的合宪理由。布伦南法官的多数意见指出：“州政府不得试图将一般意义上的穷人拒之门外，同样也不得试图将那些为寻求更多福利而前来的穷人拒之门外。”多数意见承认州政府有维持福利项目的财政能力的正当利益，但州所采取的手段必须合宪。州不得基于新老居民通过交税对地方社区所做的贡献而区分他们的福利权利，否则富人将比穷人获得更多的警察、消防、教育或公共图书馆服务，而这是第十四修正案所禁止的。例如州显然不能为了减少教育开支而限制穷人的孩子入学。同样，州也不能通过等候期去歧视迁徙者的福利权来维持其财政能力。

由于这是最高法院第一次判决地方政府不得通过限制福利救济而限制迁徙自由，多数意见受到了少数法官的强烈反对。沃伦首席大法官(C. J. Warren)和布莱克法官(J. Black)的反对意见指出，国会已经在哥伦比亚特区施加了定居期限的条件，并授权各州施加同样条件。本案的定居期限并没有禁止旅行本身，而只是对州际旅行施加了非实质性限制，因而不应该受到撤消。哈兰法官(J. Harlan)的反对意见则认为，对于平等保护而言，法律只要和政府的合法目的具有理性联系，就满足了“令人信服的政府利益”标准。由于联邦宪法并未明确提到迁徙权，因而法院不应当适用严格标准审查联邦或各州法律。对于居住期限条件是否对州际旅行构成了过分限制，哈兰法官考虑了4点因素：旅行权的宪法渊源是什么？对这项权利的干涉程度如何？定居条件具有什么政府利益作为其依据？如何平衡相互对立的因素？他认为州际旅行作为一项“基本权利”的渊源应该是第五或第十四修正案的正当程序条款，且没有证据表明定居期限对州际流动人口构成了显著负担。定居期限的政府利益有4种。第一，拒绝给那些主要是为了福利而迁移到有关地区的人提供福利；第二，将部分由州税资助的福利限于那些为州的经济作出贡献的人；哈兰法官认为这两个目的是完全合法的；第三，防止欺诈；第四，有助于预测并准备社会援助所需要的预算开支，以防穷人数量的大规模上升或下降导致不测。这些目的也是合法的，且政府利益超过了对旅行权所施加的负担。定居期限对个人旅行自由的限制是间接和非实质性的，而撤消定居期限将使得联邦和各州不敢在本地区建立特别慷慨的福利项目，以免引起穷人的大规模涌入。且在本案，国会和各州议会在国会授权下都采取了类似措施，而且是在听取并排除了反对意见的情况下，因而它们的决定要求法院的高度尊重。

尽管在当时受到反对，“福利居住期限案”的“革命性”判决及其所建立的基本原则

此后不但没有受到实质性质疑，而且被运用到更广的领域。在 1974 年的“医疗保险居住期限案”，^[38] 亚利桑纳州的法律要求居民在该州县内住满一年，才能接受州政府给予财政支持的非紧急医疗保险(non-emergency Medicare)。最高法院的多数意见判决这项条件违反了平等保护条款。马歇尔法官的多数意见指出，和福利援助一样，医疗保险制度也是穷人的基本生活所需，因而和一般的政府优惠相比具有更重要的宪法意义。在本案，州政府未能为其法律提出令人信服的理由。伦奎斯特法官的反对意见认为，本案的居住期限所影响的利益不能和选举权和基本福利权相提并论，对州际旅行的影响只是“附带和遥远的”(incidental and remote)。

另一方面，如果所影响的利益确实不是基本的，那么最高法院将维持州法的合宪性。因此，在 1970 年代的两个判例中，最高法院判决州政府可以对不在州内居住的配偶提出离婚诉讼必须满足一年的居住条件，^[39] 在州立大学上学的学生也只有作为非学生身份在州内住满一年才能有资格获得学费减免。^[40]

总的来说，美国法院对各地居住年限条件的平等保护审查是相当严格的。在 1982 年的“石油利润年限案”，^[41] 阿拉斯加州的法律将石油开发所获得的利润直接分配给州内居民，数额和居住年限成正比。州政府提出的 3 条理由是该方案为个人在州内定居创造了财政动机，鼓励长期基金的谨慎管理，并为居民在居住期间内所创造的有形和无形“各类贡献”分配利益。最高法院以 8:1 判决州的利润分配方案违反了平等保护条款。伯格法官的多数意见承认，州政府鼓励在州内定居的理由是合法的，但奖励过去在州内居住的人并不能鼓励他们在过去已经做过的事情，而纯粹为了奖励过去为该州做过贡献的居民本身并不是合法的政府目的。最后，法案与长期资金的谨慎管理之间也没有合理联系。^[42] 由此可见，各州在按照居住年限而制定利益分配方案时必须十分慎重，确保目标合法且手段合理，否则就可能被判决违反了第十四修正案的平等保护条款。

6. “优惠与豁免权”的新生？

虽然 1870 年的“屠宰场系列案”几乎宣判了第十四修正案的联邦“优惠与豁免权”条款的“死刑”，这项条款近年来有获得新生的迹象。在 1999 年的“福利待遇持平案”，

^[43] 1992 年的加州法律将新居民在第一年的福利待遇限于其原来州的福利水平。根据联邦《未成年子女家庭援助法》(AFDC)，州政府从联邦那里获得资助以援助这些贫困家庭。加州每年在这个项目上的开支达 29 亿美元，而这项法案据称能够节省近 1100 万美元。加州政府主张，这项法案不应受到严格审查，因为它并不惩罚旅行权的行使，因为新居民可以获得和原州同样的福利。在某些从外州移居加州的新居民挑战州法后，最高法院判决州法违宪。史蒂文斯法官的多数意见指出，旅行权包含 3 个组成部分：第一，州际贸易条款保护一州公民自由进出另一州的权利；第二，宪法第四章的“优惠与豁免权”条款保证一州公民临时出现在另一州时获得该州的公民待遇，因而禁止任何州在没有实质性理由的情况下因外州身份而歧视外州公民；第三，根据第十四修正案保证合众国公民的“优惠与豁免权”不被任何州剥夺，因而选择在一州永久居住的公民应获得和该州其他公民同样的平等待遇。

在本案，加州法律并没有直接损害自由州际流动的权利，也和对非居民的歧视无关，因而争议的焦点是旅行权的第三部分——新居民是否享有和该州其他居民同样的优惠与豁免权。这项权利受到新居民作为联邦和州公民的双重身份之保护，因而用于审查州法区别对待的宪法标准要比最低的合理性或某个中间标准更为严格。只要新居民到加州永久居住的诚意没有受到质疑，他们就必须获得和加州其他居民同样的福利待遇。多数意见区分了本案和州际离婚及大学教育，认为后者属于可以轻易带走并在原居住州继续享用的利益，而本案所赋予的所有利益将在加州期间全部消费掉，因而不会鼓励其它州的公民来加州只定居足够长的时间以获得利益。地区法院已经发现，加州的高生活费用等证据表明带有这样的动机而移居加州的人数很少。且法院以前已经判决，即使新居民有这样的动机，州法也不能对其施加负担，而加州也明确宣布州法的目的不是阻止这些人移居加州。州法的理由不是排除穷人，而是为州节省财政开支。但多数意见指出，尽管节省开支可以是一个合法目的，加州也不能依靠区别对待的手段来达到这一目的。平等地对每个受益者每月削减 72 美分，也将产生同样的效果。因此，新居民在加州居住时间的长短和其接受福利的要求没有关系。

首席大法官伦奎斯特的反对意见表示，旅行权本身并不包括移居并成为另一州公民的权利。多数意见不应把旅行权和平等公民身份混为一谈，并忽视州政府的正当需要。如果大量新居民涌入加州想立刻获得福利，必将对州政府的财政预算造成严重冲击，且这种冲

击将比大学教育所造成的财政影响更大。适当的居住年限可以为年度预算计划提供缓冲，从而使州政府有时间决定如何为不断增加的福利投资。反对意见也反驳了多数意见对本案和大学教育的区分，认为它们都一样是对人力资本的投资，其产生的利益都同样是“可移动”的。福利资助和学费资助都是州政府提供给一部分人的现金资助，加州的生活标准和高等教育制度使得这两种资助都十分具有吸引力。如果州政府可以对学费资助规定一年的居住期限，那么福利资助方面的限制也应被给予同样程度的尊重。

总的来说，在内战后修正案通过后将近一个世纪的漫长历程中，美国逐步确立了公民的迁徙自由。尤其是经过 1920 年代末的经济大萧条后，美国社会普遍转变了对流浪乞讨的看法。到第二次世界大战，联邦法院开始通过州际贸易条款限制各州与地方控制穷人迁徙的法律。此后，法院又通过第十四修正案的正当程序和平等保护条款，撤消了某些禁止穷人闲荡以及对新居民的社会福利施加不合理条件的地方规定。到 1980 年代，美国穷人的迁徙权才可以说是牢固确立下来。

另一方面，联邦的福利系统有回归地方责任传统的趋势。在过去十年中，美国政治活动家的一致共识是减少中央控制和监督，并将福利功能交还给各州。^[44]与此同时，政府对福利的管制则有所增强，规定所有的福利接受者必须积极寻找工作，且接受福利的家庭必须将孩子送去上学。这些要求的目的是提高贫困者的公民义务以及社会参与。在 1996 年国会通过《个人责任和工作机会法》(PRWORA)之后，美国目前的福利系统大致演化为 3 种不同类型：第一，联邦直接资助并管理的“补充保障收入项目”(SSI)，主要包括对老年人、盲人和失去工作能力者的统一保障；第二，“贫困家庭临时援助”(TANF)项目为抚养儿童的家庭提供资助，部分由联邦资助，但由各州管理；第三，“家庭救济”(Home Relief)为所有不适用前两个项目的穷人提供某种“安全网”保障，完全由各州或地方政府自己资助。1996 年的《个人责任与工作计划协调法》对《社会保险法》加以修正，明确授权接受联邦资金的州对未住满一年的新居民适用《贫困家庭临时援助法》，而不是原来的《未成年子女家庭援助法》，从而限制了新居民的福利权利。最高法院判决这项规定并不违反第十四修正案，但多数意见同时强调第十四修正案同时限制了联邦和州的权力，因而国会并没有权力授权任何州违反这项修正案对公民权利的保护。

五、 总结与启示

可以从本文“窥豹一斑”的是，迁徙自由是一个庞大的话题。就和进入冰川纪一样，西方社会在进入中世纪的封建社会之后，迁徙自由被人为“冻结”了。整个西欧被分割为一个个教区和城堡，每个地方都有并只有照顾本地居民的义务。外来人就像外星人一样被投以怪异的目光，肮脏邋遢的流浪汉就更不受欢迎了。随着商业和贸易的发展及其所带来的交通的发达，禁锢流动的封建制度慢慢“解冻”了。首先获得自由的是商人——当然，即使在最“严寒”的时候，他们中的有些人还是在活动着；其次是具有足够经济实力的市民。随着冰川的解冻，制度的禁锢被一层层剥离——有的是通过自然过程，有的则是通过对权利的重新认识，越来越多的社会分子进入到流动的状态。然而，在这个冰块中还剩下一个最坚硬的内核——生活在社会最底层的贫困人口。他们有求于人，到哪里都不受欢迎。作为社会的二等乃至三等公民，他们注定是最后才有可能享受宪法恩泽的一群人。本文的探讨局限于最后这类人的迁徙自由，因为这种自由几乎在每个社会都被证明是最困难因而也是最迟到的；然而，也正因为它最困难，它也是最有意义的宪法权利——那些自食其力、来去自如甚至腰缠万贯的人是不会不受地方欢迎的，那些在多数主义的民主政治过程中占多数的本地人也不会通过歧视自己的法律，因而这些人在一般情况下不需要宪法的特别保护；需要宪法特别保护的是那些既没有经济实力又没有政治实力以自我保护的人，而流浪乞讨人员正是属于这类人。对于他们来说，宪法权利及其司法保障特别有价值——也正因为其有价值，它注定是来之不易的。

造成这种现象的原因有很多。一方面原因固然是人的自私、冷漠和缺乏同情，但更重要的是社会的道德偏见。一个积极向上的社会总是强调自由和自立的价值，自立是自由的物质基础，自由是自立的社會結果。这正是美国在 19 世纪后期占统治地位的道德观，它和第二次工业革命之后蓬勃发展的资本主义市场经济不谋而合。在这个意义上，在生活上不能自立的人也不配享受宪法赋予的自由，因为他们在严格意义上算不上有资格享有宪法权利的“公民”——就和一个人因为年龄不够而不是享有选举权的公民一样。这种限制并不是来自于宪法文本本身，而是来自于流行的道德观念，而这种观念不可避免地影响社会乃至法官对宪法的理解——宪法总不能被理解为只是用来保护那些无赖^[45]、痞子或“瘾

君子”。这种观念的潜台词是将贫困看做是穷人自己的责任：一个人之所以穷，无非是出于几个原因——或者是游手好闲、不务正业、酗酒甚至吸毒，^[46]或者是非同寻常的无能和愚蠢。总之，它是个人咎由自取的恶果，而不是社会制度强加在个人身上的不幸。如果一个人没有选举权是因为他在年龄和智力上不合格，那么他没有迁徙权是因为他在道德和能力上不合格。社会并没有主动剥夺他这项权利，是他自己主动或被动地将其人格降低到宪法保护的基准线之下，从而堕落为“不值得”宪法保护的那一类人。可以说，只要这种观念不改变，流浪者的宪法地位就不可能根本“翻身”。

另一方面，流浪者的迁徙自由并不只是一个观念问题，而且还要求社会投入相当高的成本，且一不小心就可能产生“道德风险” (moral hazard) 问题。现实很简单，流浪人口需要救助，且如果得不到必要的救助，他们必将产生健康、安全和卫生的隐患。因此，在中央政府缺位的情况下，地方政府感到有必要花费自己有限的财政资源去解决流浪问题。但地方收入是属于本地居民的，凭什么花在这些从来没有为本地做出过贡献的素不相识的外来人？况且如果各地的流浪汉都听说到这里待遇好，岂不会蜂拥而至、让自己不堪重负？因此，一了百了的解决办法莫过于强制遣送，把他们送回到原本就应该对他们负责的地方去。或许宪法确实要求公民具备迁徙自由，要求所有政府一视同仁地对待来自五湖四海的“公民”，但没有哪一个国家的宪法会不顾特定社会的需要“强人所难”。如果贫困人口的迁徙自由必然意味着（尤其是富裕省市的）地方政府财政亏空、濒临倒闭，那么这种自由首先就不会被读入宪法。即使在相对发达的美国，经济和社会需要一直是限定个人权利的主要因素；只有在基本需要获得满足之后，宪法权利的覆盖范围才有可能进一步扩张。至今为止，美国的法官还从来没有将个人权利的保障建立在社会和经济灾难之上。当然，关于经济和社会的现实考虑最终还是涉及到制度和观念。如果一开始就摆脱了封建经济秩序的制度和观念遗产，如果一开始就不是从一个人的法定居住地而是从统一国家的高度来看待“公民”这个概念，那么对贫困人口的救助就不会被认为只是一个“地方问题”，中央政府就不会无所作为，因而也就不会出现地方对流浪者的歧视——至少，他们应该和本地的穷人同样看待。然而，观念和制度并不是那么容易形成或改变的。它们需要时间，需要有利的环境，需要促使其发生的特殊事件。在这些条件都不成熟的时候，人们对宪法的理解必然停留在旧秩序下的观念。

美国的宪政经历表明，宪法条文并不是抽象的，而是必然在某种意义上“镶嵌” (embe

dded) 于社会制度和文化之中。在理论上, 美国自 1788 年联邦宪法诞生之日就成为一个统一的国家——尽管是在充分承认地方自治下的统一。宪法前言以“我们合众国人民”开始, 明确表达了“形成一个更完善的联邦”、“促进普遍福利”的目标。南北战争结束后, 美国最终扫除了分裂的障碍。随着西部地区的扩张被推进到自然屏障的极限——太平洋岸, 国家版图基本确立, 一个统一的民族“大熔炉”逐步形成。按理说, 在一个以联邦宪法为标志的统一国家, 迁徙自由应当是宪法权利的重要组成部分。在一个政治与法律统一的国家里, 公民应该有权选择到任何适当的地方生活或工作。这是公民权的自然含义。如果居住在一个地方的人只有在具备户口、签证或其它法律证件的情况下才能到另一个地方合法定居, 那么自然的推论只能是这两个地方分属两个不同的“国家”。在传统封建秩序下, “国家”和公民权的概念是不完备的; 在某种意义上, 每个封建领地都自成一个“国家”, 不同庄园之间“老死不相往来”。如上所述, 随着经济规模的发展和贸易往来的增加, 闭关自守的封建观念和制度不再适合新的社会条件, 迁徙自由的概念才逐渐发展起来。同时, 资本主义经济的发展也帮助产生了诸如美国和法国的民族国家(nation-state), 统一国家的宪法最终保障公民享有在国内自由迁徙的权利。然而, 在制度和观念发生根本转变之前, 人们对宪法权利的理解必然是有限的。即使在同一个国家、同一部宪法的表层下, 仍然存在着贫富两个实质不同的“民族”或“国家”。^[47] 尽管这种“国家”的疆界是无形的, 但它产生了有形的限制。在很长时间内, 至少对于一无所有的流浪乞讨人员来说, 迁徙自由可以受到地方政府的任意限制和剥夺。在这个意义上, 就像美国在进步党时期所流行的普遍观念显示, 他们并不能算是完全意义上的“公民”。只是到第二次世界大战之后——更确切地说, 到 1960 年代末, 他们才终于从最高法院的判例中“赎回”宪法赋予的公民权, 和其他公民一样能够自由迁徙到联邦的任何地方。

对于贫困人口的迁徙自由而言, 第一次根本性的触动是内战结束后联邦的“重建”。南北战争最后以邦联势力失败告终, 严重打击了南部的地方分裂主义, 极大促进了国家统一和民族团结。反映在宪法解释上, 联邦最高法院强化了“潜伏贸易条款”对各州的限制作用, 禁止各州或地方政府通过各种保护主义措施限制商品和人口的州际流动。事实上, “迁徙权”的起源一开始并不是宪法的个人权利保障, 而恰恰是宪法对州际贸易自由的结构性保障。当然, 这种做法还是体现出其固有的局限性。在根本上, 迁徙自由是一项个人权利, 而不仅仅是隶属于商品贸易的自由。但在当时的历史条件下, 美国社会对贫困人口

的传统成见并没有得到根本改观，因而迁徙自由也不可能作为一项个人权利受到普遍承认。

对贫困人口观念转变主要是来自 1930 年代的经济危机。这场危机不仅是对资本主义市场经济及其所附属的放任自由主义世界观的严重挑战，而且从根本上重新调整了社会的财富分配。许多人昨天还做梦成为百万富翁，一夜之间就变得一文不名。社会的普遍贫困化使人们认识到，贫困未必是个人的道德或能力低下造成，即使是勤奋和能干的人也可能因为不合理的社会制度而成为穷人。因此，联邦政府对经济危机的制度回应是在大规模干预市场的同时，建立相对统一的社会保障制度。这个时期贫困人口的迁徙也明显增多，而最高法院不失时机地抛弃了关于贫民的“道德瘟疫”假说。尽管如此，可能是因为最高法院还没有从新政的冲击缓过来，^[48] 因而未能在这个时期从正当程序或平等保护等权利条款中开拓出穷人的迁徙自由。

不论如何，穷人的迁徙自由直到公民权利运动之后才真正确立。这其中观念上原因——公民权利运动极大提高了美国公民的权利意识，唤醒了社会对历史上一直受压制的弱势群体的同情；或许也有经济方面的原因——在进入福利社会之后，美国地方的财政状况一直保持稳定，福利开支也成为政府支出司空见惯的一部分，且随着社会生活水平的提高，贫困人口比例减少，因而发生大规模“福利迁徙”并引发政治与社会动荡的可能性很小。总之，扩张宪法权利的机会终于成熟了。一方面，最高法院从第十四修正案的正当程序条款中“读”出了迁徙自由，禁止各地直接惩罚流浪的法律法规；另一方面，最高法院从该修正案的平等保护条款中引申出新居民获得社会福利的权利，禁止各地通过限制新居民的福利权来间接限制穷人的迁徙权。随着这些权利在联邦判例中的确立，贫困人口最终成为宪法意义上的“公民”，他们的迁徙自由也成为美国宪法权利体系中的一部分。

最后值得说明的是，本文的讨论主要是沿着美国法院的判例展开的。这不但是因为法治国家的法院对个人自由的保障发挥着重要作用，而且还因为针对迁徙权的限制主要是由地方政府制定的，而联邦法院对于保证地方措施的合宪性与合法性发挥着不可替代的作用。作为联邦国家，美国的中央政府不可能对地方政府直接发号施令，它至多只能在宪法授权范围内通过全国性法律控制地方行为——例如它可以规定流浪乞讨人员的迁徙自由不得受到歧视或限制，如果这项法律可以找到宪法依据（如州际贸易条款）。然而，联邦政府毕

竟是一个有限权力的政府，因而在大多数情况下都在法律上保持沉默。当然，联邦宪法可以直接发挥作用，但是让宪法站出来说话的不是总统，也不是国会，而只能是法院。在流浪者的迁徙权领域，甚至连宪法也没有仗义明言。不错，如果社会绝大多数人愿意的话，宪法可以修改，但在这一点上——再次回到美国的联邦主义特征，修宪是极为困难的。^[49]

除非发生了诸如内战或新政这样的社会革命（即使像新政这样的社会变革也没有导致宪法文本的修正），联邦宪法不会出现本质上的变化。在宪法保持原样和模棱两可的时候，有谁能合法地在“正当程序”或“平等保护”这些一个世纪以前的旧概念中注入新的意义，让社会最底层的贫民也能享受宪法的恩泽呢？没有别的选择，只有法院了。当然，本文所描述的贫民迁徙权的艰难产生过程显示，法院并不能凭空创造出宪法权利来。这不是说法院没有创造权利的能力，但司法创造力确实受制于社会的主观和客观条件，因为法官也是社会的一分子，因而他们不可能不受流行观念的影响，也不可能对社会或政治需要视而不见。我们所能希望只是他们在既定的社会条件下，为个人权利的保障作出和其职务相称的贡献。从这个意义上理解，休斯首席大法官的那句名言——“法官说宪法是什么，宪法就是什么”——或许就不那么刺耳了。^[50]

本文所探讨的是美国宪政，但它是带着中国的问题去写的。且笔者相信，美国和其它西方国家的宪政经验对中国具有一定的借鉴意义。尽管政治制度和社会条件有所不同，中国和其它国家都同样面临着流浪乞讨的问题，中国宪法和其它国家的宪法也都同样包含了公民权和平等权利的基本概念。除非不同国家在宪政领域内是不可对话的，因而“宪法”、“公民”和“平等”在不同国家意味着完全不同和不可互译的词语，宪法平等和公民权的意义就是每个国家都应该认真对待的问题。^[51]这当然不是说美国怎么做，中国就应该怎么做。中国不仅有权利对自己的宪法做出不同的解释，而且经济发展的状况和现阶段社会需要可能还要求不同的解释。然而，这些都不足以完全否定不同国家之间的共性。毕竟，不论生活在哪个国家，人的基本需要是共同的，而共同的需要产生共同的权利，并同样要求国家在制度上予以保障。在当代文明社会中，公民的宪法权利受到普遍尊重。2004年的宪法修正案尤其表明，“国家尊重和保障人权”已经成为中国所要追求的基本宪政目标。中国的“人权”概念可以和其它国家有差异，但共性仍然是主要的。近年来，中国和其它国家在人权领域的对话与交流越来越频繁，中国宪政越来越多地融入到世界宪政的大家庭中，成为世界宪政的一个有机组成部分。在这个意义上，各国宪政的发展过程都构成了世

界宪政知识体系的一部分，而中国在为这个知识体系的构建做出贡献的同时，也可以从其它国家的宪政发展中吸取有益的经验。宪法学者的使命既不是全盘照搬西方的具体措施，也不是简单地否定他人的成功之处，而是在比较、分析、归纳与总结的基础上，探索如何将世界宪政的普遍原理同中国宪政的具体实践相结合，为解决本国的社会问题找到合宪、合法、合理的机制。

【注释】

* 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作曾得到江苏省哲学社会科学一般项目的支持，并在修改过程中得益于《北大法律评论》编辑杨利敏和匿名审稿人的意见，在此一并表示感谢。

[1] 本文的讨论主要限于流浪乞讨人员的迁徙自由，有关乞讨等流浪所引发的其它问题将另在别处撰文探讨。另外，尽管本文的讨论对于一般意义上的迁徙权具有重要含义，因为问题的关键正在于穷人而非普通人的迁徙权，但也正因为普通人的迁徙自由已经成为学界的共识，没有必要花费太大的篇幅加以论证，本文的焦点在于探讨流浪乞讨人员的迁徙自由及其制度保障。对于迁徙自由的一般讨论，可参见朱福惠：“论迁徙自由”，《宪法研究》（第一期），法律出版社2002年版，第462-467页。

[2] 参见William P. Quigley, *Five Hundred Years of English Poor Laws, 1349-1834: Regulating the Working and Nonworking Poor*, 30 *Akron Law Review* 73 (1996).

[3] *Ibid.*, p. 93.

[4] 在定义上，本文中的“贫民”(paupers)不是指一般收入低于贫困线的穷人(poor)，而是指没有职业因而不靠救济或乞讨就无以为生的赤贫。

[5] *Act of Settlement*，也就是《济贫法》(*Poor Relief Act*)，但通常被称为《定居法》。

[6] 这种道德假定影响深远。事实上，即使强调宗教宽容的自由主义者洛克(John Locke)也认为贫困和乞讨并不是因为“供应匮乏或就业机会稀缺”，而是因为“纪律松懈和规矩、道德及勤勉之败坏”。作为当时的皇家贸易委员，他提议解决“乞丐懒汉”问题的方案就是严厉惩罚没有许可的乞讨行为，包括放逐、强制劳动和劳改。Maurice Cranston, *John Locke: A Biography* 424 (1985)，引自 *Loper v. New York City Police Dept.*, 802 F. Supp. 1029 (S.D.N.Y. 1992)。

[7] T. W. Fowle, *The Poor Law*, Rothman & Co. (1980), pp. 63-64.

[8] 同上注。

[9] William P. Quigley, *Work or Starve: Regulation of the Poor in Colonial America*, 31 *University of San Francisco Law Review* 35.

[10] Gerald Neuman, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law*, Princeton University Press (1996), p. 150.

[11] James W. Fox Jr.: *Citizenship, Poverty, and Federalism: 1787-1882*, 60 *University of Pittsburgh Law Review* 421 (1999), at 457.

[12] *Portland v. Bangor*, 42 Me. 403, 410 (1856); *Portland v. Bangor*, 65 Me. 120, 121 (1876).

[13] Robert J. Steinfeld, *Property and Suffrage in the Early American Republic*, 41 *Stanford Law Review* 335 (1989), at 339.

[14] 第五修正案确定规定任何人都“不得不经由法律的正当程序，而被剥夺生命、自由和财产”，但根据1833年的判决，包括第五修正案在内的《权利法案》只是适用于联邦政府，而不适用于州政府。见 *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 243.

[15] James W. Fox Jr.: *Citizenship, Poverty, and Federalism: 1787-1882*, 60 *University of Pittsburgh Law Review* 421, at 462.

[16] *Notts Case*, 11 Me. 208, 209.

[17] *Portland v. Bangor*, 42 Me. 403.

[18] *Id.*, at 410.

[19] *Mayor of New York v. Miln*, 36 U.S. 102; 译文见布莱斯特等:《宪法决策的过程——案例与材料》,中国政法大学出版社2002年版(以下简称“《宪法决策的过程》”),第144-149页。

[20] *Passenger Cases*, 48 U.S. 283.

[21] 具有讽刺意味的是,内战前奴隶在法律意义上至少不能算作完全的“人”,譬如奴隶不是“公民”、没有选举权等等。但一些奴隶制的拥护者却偏偏坚持奴隶是“人”,其目的当然不是为了赋予奴隶以人的权利,而是为了避免国会通过州际贸易条款而干预奴隶贸易。奴隶制的反对者却反而尽量把奴隶界定为“商品”,以免奴隶成为国会贸易权管不着的“人”!参见《宪法决策的过程》第161-165页。

[22] *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. 36, 参见《宪法决策的过程》,第303-311页。

[23] James W. Fox Jr.: *Citizenship, Poverty, and Federalism: 1787-1882*, 60 *University of Pittsburgh Law Review* 421, at 537.

[24] *Paul v. Virginia*, 75 U.S. 168.

[25] *Crandall v. Nevada*, 73 U.S. 35, 参见《宪法决策的过程》,第160页。

[26] *Henderson v. Mayor of New York*, 92 U.S. 259; *Chy Lung v. Freeman*, 92 U.S. 275.

[27] 如果没有联邦干预,有可能导致各州之间产生“囚犯困境”(Prisoner's Dilemma)问题,即任何州都可能顾虑提高本州的福利待遇将吸引过多的外来贫民,使本州财政担负不可承受之重;结果,没有任何州愿意首先提高福利保障,让邻州“搭便车”。在这种情况下,只有联邦在全国范围内对福利保障作出统一规定,才可能使各州脱离“囚犯困境”。参见《宪法决策的过程》,第366-368页。

[28] *Edwards v. California*, 314 U.S. 160.

[29] *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3.

[30] *Portland v. Bangor*, 65 Me. 120, 121 (1876).

[31] *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156.

[32] *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352.

[33] 该案还有一些其它意见。布伦南法官的赞同意见认为,州法不仅过分模糊,而且还侵犯了第四修正案对任意搜查(searches and seizure)的禁止,因为州法并不要求存在犯罪的可能缘由(probable cause)就授权警察侵犯人身自由。两位法官的反对意见则认为,州法的措辞在经过州法院解释后并不表面模糊;一般地,法院只有在个案中适用州法后才能判断其合宪性。

[34] *United States v. Cassiagnol*, 420 F.2d 868 (4th Cir., 1970) (维持了对政府地产上的流浪和闲荡);但比较 *People v. Bright*, 520 N.E.2d 1355 (N.Y. 1988) (禁止在主要交通设施附近闲荡的规定被判决过分模糊)。

[35] A.P. van der Mei, *Freedom of Movement for Indigents: A Comparative Analysis of American Constitutional Law and European Community Law*, 19 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 803, at 815.

[36] 这里的讨论主要限于州或地方对福利条件的限制。对于新居民的选举权限制,法院采取了类似的衡量标准。在1972年的“表决权居住期限案”(Dunn v. Slumsteia, 405 U.S. 330),田纳西州规定居民必须在本州居住一年以上才能行使表决权。该州的辩护是居住条件有助于防止双重投票及其它形式的欺诈,并确保表决者熟悉州和地方社区事务,但最高法院仍然判决居住条件侵犯了平等保护条款。由于这项条件不仅影响了选举权,而且也影响了州际流动权,因而必须受到平等保护的严格审查。马歇尔大法官指出,田州法律迫使希望旅行和变换住所的人在旅行权和选举权之间作出选择,因而以不可允许的方式限制和惩罚了旅行权。如果缺乏“令人信服的政府利益”,政府就不得以这种方式对旅行权施加负担。

[37] Shapiro v. Thompson, 394 U.S. 618.

[38] Memorial Hospital v. Maricopa County, 415 U.S. 250.

[39] Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393 (1975).

[40] Starns v. Maklerson, 401 U.S. 905 (1971).

[41] Zobel v. Williams, 457 U.S. 55.

[42] 奥康娜法官的赞同意见否定了多数意见的平等保护分析，并认为第四修正案的“优惠与豁免权”条款并不禁止各州根据过去的贡献而奖励居民，但根据不同的居住时间而对公民予以区别对待和联邦宪法维护统一的目的相冲突。只有伦奎斯特法官的反对意见认为，阿州根据居民在居住期间的贡献而分配利益是合理的，因而通过了平等保护条款的检验。

[43] Sanz v. Roe, 526 U.S. 489.

[44] James W. Fox Jr.: Citizenship, Poverty, and Federalism: 1787-1882, 60 University of Pittsburgh Law Review 421 (1999).

[45] 英美早期的许多法律确实是将流浪者、乞丐和无赖(rogues)相提并论的，例如 1597-98 年的英国法标题就是《惩罚无赖、流浪者和顽固乞丐法》(An Act for the Punishment of rogues, Vagabonds, and Sturdy Beggars, 39 Eliz., Ch. 4)。事实上，直到 1970 年代，佛罗里达州的杰克逊市仍然惩罚“游荡乞讨的无赖和流浪者或堕落者”，见 Papachristou v. City of Jacksonville, 405 U.S. 156 (1972)。

[46] 美国的无家可归者中确实有相当高的比例从事酗酒和吸毒，见 Robert C. Ellickson, Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning, 105 Yale Law Journal 1165, at 1206。

[47] 也就是所谓的 Two Nations，是指贫富两个悬殊巨大的阶层所构成的无形“国家”。在这两个“国家”里的人过着两种完全不同的生活，享有完全不同的实际权利和待遇。

[48] 1932-33 年，罗斯福当选总统，标志着美国社会意识形态的全面转变。为了解决经济危机带来的社会问题，政府加大了市场干预的力度，在没有明文修改宪法的情况下建立了“行政国家”。但最高法院的多数法官在思维上没有及时完成转变，因而和总统、国会乃至整个社会发生了激烈冲突，由此引发了持续几年之久的宪政危机。事实上，这也是一个体现个人经济自由和社会普遍需要之间发生冲突的典型例子。在这种情势下，如果最高法院仍然教条式地维护少数人的宪法权利、牺牲多数人的社会利益，必然会被社会所唾弃。此前两个验证这一命题的典型判例是 1857 年的 Dred Scott v. Sandford (60 U.S. 393; 南部奴隶主的财产权相对于奴隶的公民地位及人身自由)和 1905 年的 Lochner v. New York (198 U.S. 45; 面包坊老板的契约自由相对于雇员的身体健康)，最后都损害了最高法院的社会信誉。在这个背景下，最高法院没有在 1940 年代贸然发展贫困人口的迁徙自由，也许有其可以理解的原因。

[49] 根据联邦宪法第五章，修宪草案必须由国会两院 2/3 多数通过，并交由各州批准，只有获得 3/4 多数州 (50 州的 38 个)，修宪提案方才生效。

[50] Hughes, Addresses of Charles Evans Hughes (2nd Ed., 1916), p. 185, 转引自 Bernard Schwartz, A History of the Supreme Court, Oxford University Press (1993), p. 379.

[51] 关于中国宪政和世界其它国家宪政之间的可比性，参见笔者的《宪法学导论——原理与应用》，法律出版社 2004 年版，序言第 4-5 页。

【出处】

《北大法律评论》2005 年第 6 卷，第 564-592 页。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法→中国宪法

论人大职能的强化与转变

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】2006

【阅读次数】2006

到今年，中国人民代表大会（简称“人大”）制度的实施已整整历时长半载。1949 年的《共同纲领》明确规定，全国人大是国家的最高权力机关。1953-1954 年，中国产生了一批地方人大，并在此基础上确定了出席全国人大的代表名单。1954 年召开了第一届全国人大第一次会议，人大制度正式运行。此后，中国虽然先后制定了四部宪法，但人大制度一直保留至今。

全国和地方人大是中国的代议民主机构，肩负着对于法治而言至为关键的立法义务。半个世纪以来，人大制度取得了一定的成就，也暴露出不少问题。一方面，由于绝大多数人大代表是兼职成员，且会期每年只有 10 天左右，因而代表们难以充分履行其立法义务。另一方面，代表选举机制有待完善。目前，县级和县级以上地方人大由选民直选产生，县级以上地方人大则由下一级人大间接选举产生。（1982 年宪法第 97 条）县级以上的地方人大设立常务委员会，由本级人大选举产生。不论是哪一级人大选举，选举机制都有待进一步完善，以确保人大代表真正代表广大选民的利益。^[1]

笔者认为，要适应经济和社会发展，中国人大制度必须进行相应改革，具体表现在两个方面：第一，强化人大的民主代议职能；第二，弱化人大（尤其是人大常委会）目前所履行的司法职能。只有完成必要的职能转变，人大才能成为适应时代需要的有效代议机构。

一、 强化代议职能

人大职能的完善对于解决中国现阶段社会问题至关重要。改革开放以来，中国经济获得了巨大发展，同时也积累了一定的社会矛盾。如果全国与地方人大能够及时有效地履行其民主职能，那么许多社会矛盾将通过法治途径迎刃而解。试想如果农民能够参与决定对

他们自己征收的各种税费，那么一直困扰中国农村的“三农”问题将迎刃而解；^[2] 如果被拆迁户能够通过地方人大代表参与决定城市拆迁方案，那么拆迁补偿方案必然不会过分压榨被拆迁户的合法权益，从而避免许多社会冲突乃至悲剧；如果民工能够参与竞选人大代表，且地方人大真正发挥其民主代议和监督职能，那么民工就不会成为沉默的弱势群体，许多歧视外来人员的地方规定就不可能通过，民工也不会再为讨不回工资而采取过激行为。如果人大职能得到实质性改善，那么上述以及其它种种困扰中国社会的问题都可以在民主和法治的框架内即使获得妥善解决。反之，如果民主机制不完善，那么无论政府如何努力，其结果也必然只是“头痛医头，脚痛医脚”，不能从根本上解决社会问题。^[3]

2004年3月，第十届全国人大通过了新的宪法修正案，规定了尊重人权和保护私有产权的基本原则以及对征收和征用的补偿等事项。这些规定非常及时，因为它们是直接针对中国社会近年来出现的具体问题而制定的，例如震惊全国的孙志刚事件、农村征地问题以及城市拆迁纠纷。但如上所述，如果民主制度不能正常运行，那么再完美的宪法规定也未必能落实到实处。尤其在目前权利实施机制缺位的条件下，有关权利的宪法条文究竟能给老百姓带来多大的实惠，确实还是一个有待观察的问题。然而，如果民主过程能够发挥作用，那么许多人权和财产权问题其实就自动解决了。这并不是否定宪法修正案的积极意义，而只是要说明人权不是孤立的；我们尤其不能脱离民主和法治的大环境下谈人权，否则人权的承诺注定是空洞的。

值得注意的是，这次修宪并没有忽视人大制度的完善。第30条修正案将乡镇直选产生的代表任期从3年延长为5年，使之和县级与县级以上人大代表的任期“接轨”。虽然这一条修正案并不那么引人注目，其意味是深远的。在1993年修宪之后，地方人大的选举和任期都实行“双轨制”：县级以上人大实行间接选举，县级和县级以上人大任期5年；县级和县级以下人大实行直接选举，县级以下人大任期3年。现在，宪法统一了地方人大代表的任期，标志着县级以下人大代表和其他人大代表在宪法上的平等，也有助于提高县级以下人大工作的稳定性和连续性。

当然，统一人大任期只是完善人大职能的一小步。要满足一个变化社会的需要，中国人大制度改革还有很长一段路要走。首先，尽管取消了人大代表任期的“双轨制”，宪法保留了人大选举的“双轨制”——县级以上人大仍然实行间接选举。为了充分反映选民利

益并杜绝贿选现象的发生，人大代表的直接选举是大势所趋。^[4] 在条件许可的前提下，直接选举应该逐步扩展到市、省乃至全国人大，最终取消人大选举的“双轨制”。其次，选举机制仍有待进一步改进。目前，候选人主要由组织产生，选民对候选人的情况不够了解，且候选人之间没有实质性竞争，导致选民对参选缺乏热情。宪法和选举法应不断完善人大代表的选举过程，加强候选人和选民之间的信息交流，并给候选人的竞选活动以更大的自由度，以确保获选的人大代表真正代表多数选民的基本利益。

最后，赢得选举之后，人大代表的民主职能还必须获得充分的制度保障。为了保证人大代表的参政议政活动，国家应该为全国和地方人大代表统一提供比较充足的活动经费。为了保证人大代表的素质和活动时间，应该尽快实现人大代表的职业化；否则，人大代表的立法活动必然受到根本限制。只有完善人大选举制度并实现人大代表的职业化，人大才能真正成为国家的最高立法机关，通过预算决定国家基本政策的导向，并有效监督行政。

二、 转变司法职能

中国人大不仅掌握着传统议会的立法职能，而且还是宪法与法律的最高解释者。宪法第 67 条明确授权全国人大常委会解释宪法和法律，并监督宪法的实施。虽然宪法和《立法法》都没有明确规定地方人大及其常委会解释地方性法规的职权，但这项职权在实际操作过程中似乎是无可置疑的。例如在 2003 年发生在洛阳中级法院的李惠娟事件中，河南省人大常委会就行了解释地方性法规的权力，明确宣布法院对法律和地方性法规的解释有误。

^[5]

尽管中国宪法没有接受分权原则，因而由人大行使司法解释职能在理论上似乎并无不可，但在实际运作过程中，立法机构“越俎代庖”的做法将产生很多问题。由于人大的职业化程度不高，目前完成立法本职工作尚存在许多困难，因而更不可能及时做好专业化程度很高的司法解释工作。人大常委会的专业化程度也许高于普通人大代表，但大多数人大常委会委员会也是兼职成员，因而存在着同样的问题。这是为什么全国人大常委会仅在很少的场合下解释宪法和法律。即使人大代表有足够时间从事法律解释工作，也不能保证它

能比专职司法机构做得更好。李惠娟事件表明，人大或其常委会也同样有可能滥用自己的权力。

因此，笔者建议全国和地方人大转变自身的职能，在完善选举机制、强化代议职能的同时，淡化其司法解释的作用。这并不要求现在就修改有关人大常委会的宪法规定，但基于上述理由，这种权力应该更多地被理解为一种消极权力：在通常情况下，法律解释应该由司法机关在具体适用过程中作出；只有当司法解释明显错误且自身不可纠正的时候，人大常委会才可加以干预。而且为了限制人大常委会本身的权力，人大解释应该只有在法律授权机构提请的情况下才能发生。

当然，人大的司法职能不仅关系到人大本身，而且涉及到我们对司法职能的界定。宪法第 126 条规定，“法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”，其中并没有排除人大对审判权的“干涉”，因而人大常委会解释法律甚至对司法判决进行个案监督的权力并不和第 126 条相冲突。然而，在政府职能的分工不断趋于合理化的大环境下，提倡司法独立和司法自治是适时的，因而司法机构应当保留完整的审判权，并对法律解释承担主要责任。对于司法审判和解释过程出现的具体问题，一般应该通过司法过程自行加以解决。对于司法过程中的腐败和严重渎职行为，可以通过宪法规定的罢免制度保证司法机构最终对人大和人民负责。

总之，在一个民主国家里，所有政府机关都必须对人民负责。司法机关最终也应该对人民负责，因而授权人大及其常委会对司法活动的适当监督是合理的。然而，这并不表明人大职能是无处不在的。在法治社会里，法律的解释和审判主要由司法机构负责，立法机构不应随意侵越司法职能。同时，立法机关应该由人民直接选举产生，并直接对人民负责。在这个意义上，中国人大的首要任务是将属于自己的本职工作做好，切实保证立法过程真正代表人民的利益。

* 政府学博士，北京大学法学院教授。

[1] 对于基层人大选举所存在的问题，参见蔡定剑主编：《中国选举状况的报告》，法律出版社 2002 年版。

[2] 参见张千帆：“从农民负担问题看民主与行政法治的作用”，载《法治的力量》，北京：中国人民公安大学出版社 2002 年版，第 193-197 页。

[3] 一个突出的例子是在 2003 年春季的“非典”流行时期，人大发挥的作用十分微小。在法治国家，对于一个对公民人身和财产影响如此之大的事件，如此微小的立法作用是难以想象的。

[4] 在这个意义上，地方行政首长也应该逐步通过直接选举产生。

[5] 参见郭国松：“法官判地方性法规无效：违法还是护法”，《南方周末》2003 年 11 月 20 日。

【出处】

《法律科学》2004 年第 5 期，第 6-8 页。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法→中国宪法

论宪法效力的界定及其对私法的影响

评

Taking the Constitution Seriously: On the Demarcation of Legal Effects of the Constitution and Its Influence Over Private Law

张千帆

【摘要】

本文从美国与德国的宪政经验论证，宪法和行政法同属于公法领域，因而其适用范围是有限的。如果被告是政府官员，宪法具备直接效力；但如果被告是私人公民，宪法则只有间接效力——或者通过议会根据宪法的授权与精神而制订直接适用的法律，或者通过影响现有立法的解释。总的来说，私人公民之间的关系是通过普通法律而获得直接调整。宪法的直接效力在于调整公民与政府以及政府机构之间的法律关系，对于纯粹的私人关系则只具备间接影响。对宪法效力的界定一方面把公法的焦点集中在政府身上，从而有助于公民权利与政府权力的“平衡”，另一方面则为私法的自治留下了空间。把宪法的直接效力限制于公法领域，同时也有助于妥善处理宪政与法治、立法机构与宪法审查机构之间的关系，并有助于保证民主、防止司法专制。在这个基础上，本文最后评述了中国“宪法司法化第一案”，并指出了完善这一司法解释的途径。

【关键词】

【点击次数】1310

【阅读次数】1310

作为国家的根本大法，宪法无疑是应该受到认真对待的。笔者曾说明，“认真对待宪法”这一命题同时包含两个方面。^[1]一方面，宪法必须具有实际的法律效力，并最终通过宪政审查体现出宪法效力的“强形式”。另一方面——这也是本文所要论证的，宪法

效力在范围上是有限的。在不允许忽视宪法效力的同时，我们必须防止把宪法效力“扩大化”的倾向。尽管宪法也是“法”，并具有和普通法律同样的直接效力，但这并不表明宪法就是普通的法。事实上，宪法的特殊性决定了其适用范围的有限性。由于宪法是国家的“根本大法”，而根据现代法治国家的共识，宪法的首要职能并不是给公民施加义务，而是保护公民的权利、规定并限制政府的权力，因而承担宪法义务的主体只能是国家机构，而不可能是普通公民。简言之，就和行政诉讼中的被告只能是行政机构一样，宪法诉讼中的被告也只能是政府机构。

让我们从“中国宪法司法化第一案”开始。^[2]在这个案例中，山东省高级人民法院向最高法院请示由姓名权纠纷引发的受教育权问题。^[3]最高法院的批示回复：“根据本案事实，陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。”^[4]山东法院据此判决，被告陈晓琪及其父亲陈克政必须赔偿原告因受教育权被侵犯而蒙受的直接与间接损失，其他被告——包括本案所涉及的商校、中学和市教委——负连带责任。笔者认为，尽管这个案例标志着中国宪法“司法化”的起步，因而具有重要的实际意义，它不适当地扩大了宪法效力的范围。根据宪政国家的一般原则，宪法是一部赋予公民权利而非义务的法，宪法义务的承受主体只能是国家与政府机构，而非普通公民。因此，如果案例的判决完全是基于宪法条款，那么就不可能产生纯粹的“民事责任”。如下文所述，在一般情况下，宪法不能给普通公民施加法律责任，国家也不能因公民个人“违宪”而采取任何法律制裁。在宪法意义上，私人一般不可能是适格的被告。

本文从美国与德国的宪政经验论证，宪法和行政法同属于公法领域，因而其适用范围是有限的。如果被告是公共官员，宪法具备直接效力；但如果被告是私人公民，宪法则只有间接效力——或者通过议会根据宪法的授权与精神而制订直接适用的法律，或者通过影响现有立法的解释。总的来说，私人公民之间的关系是通过普通法律而获得直接调整。宪法的直接效力在于调整公民与政府以及政府机构之间的法律关系，对于纯粹的私人关系则只具备间接影响。对宪法效力的界定一方面把公法的焦点集中在政府身上，从而有助于公民权利对政府权力的制衡，另一方面则为私法的自治留下了空间。把宪法的直接效力限制于公法领域，同时也有助于妥善处理宪政与法治、立法机构与宪法审查机构之间的关系，

并有助于保证民主、防止司法专制。

一、 美国的公私截然二分法

根据美国宪法的一般原则，除了纯粹对公民赋予权利的社会福利法等少数例外，普通的法律是政府通过实施立法对公民所施加的义务来统治社会的手段；即使在调控公民私人权利的私法领域，对某一类公民（如消费者或劳动者）权利的保护，也是通过强制实施另一类公民（如生产商、销售商或雇主）的义务而实现的。与此不同的是，公法的调控对象是政府机构或官员的行为，因而承担义务的主体是政府（或作为政府官员的公民）而非普通私人公民。其中行政法所调控的是所谓的“行政”行为，而宪法所调控的主要是立法行为。^[5] 在某种意义上，普通法律是调控公民行为的法，宪法则是控制法律的（“更高”的）法。不论是公法还是私法，其最终目的都是保障公民的权利，但它们各自又有不同的职能。^[6] 如果私法的职能是调控公民私人的权利与义务，并通过政府来强制实施公民义务，宪法和行政法的主要职能则是迫使政府履行自己的义务以保障公民权利。它们给政府机构与官员授予一定范围内的权力以及相应的责任，对公民则纯粹赋予权利。

作为普通法国家，美国在理论上并没有严格的公私法之分。^[7] 事实上，绝大多数法律都同时渗透着公法与私法；可以说，凡是有私法的地方，一般也都能找到公法的影子。这是因为政府的作用已经广泛地渗透到形形色色的社会事务；只有在纯粹按照私人意思而自我制订的“法律”——契约——的有限领域，政府的作用才被严格局限于仲裁者与执行者的位置。以《全国劳动关系法》（National Labor Relation Act）为例，尽管法案的主要目的是调控雇员与雇主之间的私法性质的关系，“全国劳动关系委员会”的作用是非常关键的，而委员会的行为显然是行政法的调控对象。然而，这一事实并不表明美国在实际上不区分公法与私法。显然，对委员会适用企业合同法，或把《联邦行政程序法》适用于雇主，都是同样不合适的。换言之，在公法诉讼中，被告只能是履行政府职能的机构或官员，而不能是普通公民。^[8] 和私法相比，公法的适用对象是有限的；要适用宪法条款，就必须证明被告的行为具有“政府行为”（State Action）的特征。^[9]

公法的这一性质最显著地体现于美国的联邦宪法。整篇联邦宪法没有一处明确规定公民义务，因而联邦或州政府不得运用宪法对公民实行制裁。宪法简单规定了政府最高机构的权力及其职责，以及公民享有的权利，仅此而已。事实上，私人公民也不能因为另一位

公民侵犯了自己的宪法“权利”，而要求政府强制实施对方的“义务”。在严格意义上，这种“权利”和“义务”并不存在，因为宪法为公民所提供的权利并不是普遍的，而只是针对政府的行为。虽然宪法修正案中有些条款的措辞是普遍的，并没有明确限定适用的对象，例如第五修正案规定：“任何人不得不经由法律政党程序（Due Process of Law），即被剥夺生命、自由与财产；私有财产不得未获公正补偿即遭占取（taking）。”但即使从文字上来看，这些条款也可被自然理解为针对政府对财产的“补偿”或对“生命、自由与财产”的剥夺。这一点从来未曾受到质疑。不仅如此，这些条款在联邦制下的适用范围更为有限。在 1833 年的“码头淤泥案”，^[10] 马歇尔首席大法官判决第五修正案及《权利法案》的其它条款并不能被用来针对任何政府，而只是适用联邦政府。^[11] 直到 20 世纪上半叶，某些重要的权利保障才获得“选择吸收”，以针对各州政府。但这些条款的适用范围从来没有被扩展到私人公民。

唯一可能的例外是南北战争后通过的第 13-15 修正案。由于这些修正案主要处理美国的种族歧视问题，它们涉及到个人权利之间的冲突，因而对本文所探讨的问题有所启示。另一个领域是自由言论和财产权利的可能冲突。在此，联邦最高法院已经明确判决两者没有宪法层面上的冲突：个人并没有宪法权利在私人开设的商场或大学等“公共场所”发表言论，但少数州的处理方式所有不同并值得进一步探讨。以下，我们分别讨论美国的联邦与各州法院解决这些问题的方法。

1. 联邦宪法的平等保护与选举权

内战后的第 13 修正案废除了蓄奴制，并禁止任何人受到强制性奴役：“除了受到正当定罪的刑事惩罚，蓄奴或强制性奴役不得存在于合众国或受制于其管辖权的任何地方。”这项条款不仅适用于政府，也同样适用于私人。事实上，蓄奴制主要是一项由政府支持的社会制度；不禁止这种普遍的社会行为，黑奴解放就成了一句空话。在 1883 年的“民权系列案”中，^[12] 最高法院明确指出：“根据第 13 修正案，只要对取消所有形式的蓄奴和强制奴役必要或合适，那么不论是否受到州立法的支持，它都直接适用于个人行为。”因此，第 13 修正案是唯一适用私人公民的宪法条款。但由于这一条款已经失去了适用的社会基础，它在今天至多只有历史意义。

但“民权系列案”同时建立“政府行为”理论，从而对宪法效力作了相当狭隘的界定。

除了第 13 修正案之外，所有其它权利仍然必须通过国会或各州的立法才能获得实施。最重要的第 14 修正案规定，各州不得“在其管辖区域内对任何人拒绝 ^[13] 法律的平等保护（Equal Protection of Laws）”。这项修正案明确禁止“各州”政府不得对任何人通过法律加以歧视，因而任何实行种族歧视的法律都将被法院宣布违宪。^[13] 然而，如果联邦或各州并未通过任何法律去禁止种族歧视，那么私人歧视的受害者并不能直接援引宪法把歧视者告上法庭。布拉德列法官（J. Bradley）的多数意见明确指出：^[14]

“第 14 修正案所禁止的，乃是具有特征的政府行为。个人对他人权利的侵犯，则并非修正案的管辖内容。……如果个人不受州政府的法律、习惯、司法或执法程序所支持，那么宪法防止各州侵犯的公民权利，就不可能被个人的违法行为所损害。在不受任何这类权力支持时，个人的违法行为仅是私人过错，或个人罪行……个人不可能剥夺他人的选举权、财产拥有权、买卖权、上告法院或成为证人或陪审员的权利；他可能犯有对他人的攻击或谋杀罪、或在选举地点动用暴力、或玷污公民的名誉。但除非州法或州的权力保护这些违法行为，违法者不可能摧毁或损害宪法权利；他将仅使自身受到报复或州法的惩罚。”

同时，由于宪法权利通常是消极而非积极的，各州也没有正面责任制订有关立法以禁止种族歧视。这就是为什么联邦政府在内战后修正案被通过不久就制订了《公民权利法案》（Civil Rights Act），以统一禁止旅店、饭馆、剧院与交通等公共设施的提供者进行种族歧视。即使是这样，联邦权力在当时还是受到了最高法院保守解释的限制。^[15]

连同第 15 修正案对选举权的保障，“平等保护”条款还禁止公民的选举权利受到种族歧视。选举权的平等保护之所以对我们的问题有启示，是因为政党对选举的组织发挥关键作用，但美国的政党却被视为民间“私人”组织，不属于国家机构的一部分。这样，问题自然是政府是否可以把某些职能“下放”到政党组织，并对这些组织的歧视行为放任自由，而规避宪法对政府所施加的义务。在一开始，美国某些州明确通过法律剥夺少数民族的选举权。例如在 1927 年的“州禁初选第一案”中，^[16] 德克萨斯州的法律禁止黑人参与参议院和州行政职位的初选（primary election）。州法的种族歧视当然是违宪的“政府行为”，因而最高法院毫不费力地将它撤消。然而，某些州政府后来的做法越来越隐秘。在 1932 年的“州禁初选第二案”之后，^[17] 州政府就不再直接禁止少数民族的选举权；但在某些地区，政党代替政府对选举过程进行歧视性限制。如果政党行为也没有联邦法律

的限制，而最高法院又严格运用“政府行为”理论，认为政党措施属于“私人”而非政府行为，那么少数民族受宪法保护的权利还是得不到落实。

联邦最高法院对这个问题的认识经历了一番波折。在 1935 年的“初选缺席选票案”中，^[18] 德州民主党拒绝给黑人选民提供县级官员的初选缺席选票（absentee ballots）。最高法院认为政党属于民间“自愿组织”，因而民主党的行为不具备“政府行为”的特征。但在以后的两个重要案例中，最高法院转变了态度，明确推翻了这一结论。在 1944 年的“党禁初选第一案”，^[19] 德州民主党通过决议，禁止有色人种成为民主党员来参与国会、州长及其他官员的选举。虽然实行歧视的政党仍然属于私人机构，最高法院判决州政府对政党的选举活动提供了详细调控，从而使政党带上了政府的色彩，因而“政府行为”依然存在。既然“州政府要求某种选举程序，并规定由政党提名人来组成普选的选票，从而实际上把选民的选择限制于出现在选票上的名单，那么它就认可、采纳并实施了对黑人的歧视；德州法律信任政党去决定初选参与人的资格，并任由它实行种族歧视。……如果宪法权利可被如此间接地剥夺，那么它们就失去了实际价值。”

如果政党的“政府行为”是由于州政府对选举过程的详细调控（但对种族歧视不加限制），州政府完全“撒手不管”是否就能为政党开脱宪法责任？在 1953 年的“党禁初选第二案”，^[20] 最高法院对此作了明确的否定回答。在该案中，主要由私人控制的德州地方组织以种族歧视的方式操纵民主党的地方初选，而德州立法对着类地方初选过程缺乏详细的立法调控。最高法院判决，尽管州政府对选举程序缺乏调控，它在实际上把政府权力委代给了政党。“如果一州允许选举过程受到如此复制，那就无异于允许明目张胆地滥用这些程序，去挫败第 15 修正案的目的。使用县级操纵的初选来认可违宪选举的结果，仅使侵权复杂化而已。”因此，由于选举权利的重要性以及它尤其容易遭受种族歧视的特殊社会环境，最高法院实际上已把它视为一种积极权利，要求州政府提供适当的平等保护；州对于政党歧视行为的放任与不作为，事实上已构成间接的歧视，因而受到宪法修正案的禁止。

必须指出的是，选举权的平等保护只是宪法效力的例外而非规则。首先，我们必须从种族歧视在美国当时盛行的大环境下，理解保护平等选举权的特殊意义和需要。其次，更重要的是，政党虽然在美国被认为是民间“自愿组织”，但行使的确是一项重要的政治职

能，因而可被视为一种“准国家机构”。事实上，这类问题在联邦德国等欧洲国家不可能出现，因为那里的政党被视为和国家机构具有同样的宪法地位，其行为自然也就等同于“政府行为”。

2. 各州对自由言论与财产权的平衡

联邦宪法的第一修正案禁止国会“剥夺言论或出版自由”，且根据最高法院在 1925 年的“左翼党派第一案”中的判决，宪法第 14 修正案的“正当程序”条款已经“吸收”了言论自由，使之适用于各州政府。^[21]然而，这项条款仅赋予公民的言论不受联邦或各州政府剥夺的权利，而并不禁止私人对这项权利的“合法侵犯”。最通常的情形是言论自由和财产权利之间发生的以下冲突：作为原告，校园或商场的私人拥有者禁止在其地产上从事任何政治活动，被告却坚持进入私人财产领域并利用其散播言论：原告告诉州法院，要求它判决被告因民事侵占（trespass）而损害了其财产权，被告则宣称言论自由的宪法保护。如果州法院判决原告胜诉，那么问题就成为司法判决是否侵犯了联邦或各州宪法对言论自由的保障，且州法院的有关判决可被上诉至联邦法院。在 1972 年的“商场散发传单案”，

^[22]最高法院明确判决私人拥有的商场可根据其制订的规定，禁止在商场内传递和商场贸易无关的反战传单。因此，商场对其地产上的言论之限制并不构成“政府行为”，联邦宪法并不保护被告在商场的地产上发表言论的自由。

然而，美国保护言论自由的宪法条款并不仅限于联邦宪法；各州宪法也被认为对言论及其它基本自由提供了“独立和预备的源泉”，^[23]而只要对各州宪法权利的解释不低于联邦宪法所保障的权利底线，各州最高法院是本州宪法的最高阐释者。根据各州法院对本州宪法与基本权利的不同理解，它们对言论自由与财产权利之间的关系也采取了不同的处理方式。大多数州对州宪的解释都遵循联邦法院对联邦宪法的解释（尽管它们没有这个义务），因而认为私人排斥言论的行为也不构成本州宪法意义上的“政府行为”。然而，少数州——尤其是宾西法尼亚、加利福尼亚和新泽西州——的看法恰恰相反。由于言论自由在这些州宪中的特殊重要性，这些州的法院实际上认为言论自由可被用来针对某些类型的私人或组织，并限制其财产权的行使方式。

在这一领域的第一个重要案例是 1979 年发生于加利福尼亚州的“梅园商场案”。

^[24]一群中学生试图在私人拥有的梅园商场散发传单并征集签名，以反对联合国谴责犹太复

国主义政策的决议。商场的有关规定禁止政治活动，因而要求中学生停止活动。离开现场后，中学生在法院起诉商场，声称其主人侵犯了联邦宪法第一修正案和加州《权利法案》对言论自由的保护。加州宪法第一章第二节规定：“只要对权力之滥用承担法律责任，每个人皆可对任何议题进行谈论、写作或发表意见。任何法律不得限制或剥夺言论或新闻自由。”从文字上看，这项条款对言论自由的保障比联邦宪法的力度更大：法律不仅不得“剥夺”，而且也不得“限制”言论；更重要的是，第一项条款似乎把发表见解的权利授予“每个人”，而并没有限制其适用对象，因而或许能被解释为保护这项自由不受其他私人的侵犯。加州法院的案例法也确实承认，“州宪对言论和新闻自由的权利保障，要比第一修正案的保护条款更为明确与广泛。”^[25]因此，加州法院可以对言论自由提供比联邦宪法更多的保护。在该案，加州最高法院衡量了具体情形，认为几名中学生和平征集签名的活动并不损害每天高达 2.5 万人次流量的商场财产，因而商场主人不得禁止他人进入以和平行使言论自由。换言之，本案的商场并不适用“政府行为”理论的限制，因而仍然受到州宪对言论自由的保护之约束。

梅园商场的主人把加州法院的判决上诉到联邦最高法院，宣称它侵犯了联邦宪法第 14 修正案所保护的财产权。注意在这里，就和中学生不能用第一修正案来限制商场行为一样，商场主人也不能把联邦宪法对财产权的保护用来针对中学生的行为——两者都同样不能构成联邦宪法意义上的“政府行为”。因此，梅园商场只能上诉加州法院限制其财产使用权的决定，而联邦法院受理诉讼本身似乎表明，在司法决定可能使原来纯粹私人权利之间的冲突带上“政府行为”；否则，联邦法院应以被告不可能侵犯宪法权利为由，驳回不属于其受案范围的上诉。不论如何，联邦法院维持了加州法院的决定。只要没有构成宪法第五修正案所禁止的“占取”（taking），州政府——包括州法院——就可以合理限制私有财产的使用方式。

在 1980 年“普林斯顿传单案”，^[26]新泽西州的最高法院作出了类似判决。普林斯顿大学是一所私立大学。其校规规定，外校个人或团体必须事先申请并获得校方同意，只能在校园内从事散发传单或其它政治活动。被告是美国劳动党成员，并不是普大学生或教员。他先向学校申请在校园销售并散发政治文献，但未获批准，然后未经同意即在校园内从事这类活动，因而被指控犯了财产侵占罪（trespass）。被告在法院宣称，联邦第一修正案和新泽西州宪的有关条款皆授予他言论自由，而这项权利受到了普大校方的侵犯。

新泽西宪法第一章第六节对言论自由的保障和加利福尼亚州宪的上述有关文字完全相同。新泽西最高法院判决，普大是缺乏“政府行为”的私人教育机构，因而并不适用联邦宪法，但它确实侵犯了新泽西州宪为被告提供的言论自由。和加州法院类似，新泽西州也运用了平衡分析的方法。汉得乐法官（J. Handler）的多数意见指出：

“为了确定在私有财产上行使的言论与集会权利、以及这类财产能被合理限制以调和这些权利的程度，适用标准涉及几项因素。这项标准必须考虑：^[1] 这类私有财产的性质、目的和主要用途；^[2] 邀请公众前来使用这类财产的程度和性质；^[3] 在这类财产上从事言论活动的目的、及其和财产的私人与公共使用之间的关系。这是一项多层面的标准；在特定情形下，它必须被用来决定下列问题：^[被告]是否可要求私有财产的主人，去允许个人合理行使言论和集会的宪法自由。”

宾西法尼亚州原先赞同加利福尼亚与新泽西州的立场，但后来发生了转变。在 1981 年的“宾州校园传单案”，^[27] 宾州一私立学院的学生组织寻求在校园组织和平集会，在联邦调查局的局长来访期间抗议当局的有关政策。他们未获得批准，但仍然坚持组织抗议，因而被警察逮捕问罪。在诉讼中，被告宣称校方侵犯了其自由言论权利。宾州最高法院判决，传单散发者在私人大学校园内具有州宪自由言论和结社权利，且“本州宪法保护上诉方自由言论的无价权利，不受州刑事法通过实施缺乏标准的学院许可要求所限制”。但 5 年之后，这一决定的适用范围受到限制。在 1986 年的“商场收集签名案”，^[28] 私人拥有的购物商场一律禁止在商场内从事所有政治活动；被告因在商场内征集州长竞选提名而受到指控。宾州最高法院把本案的私人商场区分于上案的私人校园，并认为私人之间的权利争议更适合用普通立法与案例法加以解决。哈钦森法官（J. Hutchinson）的意见指出：

“我们应小心避免把特定立场奉为宪法旨意，从而使其发展隔绝于立法、司法或私人变革。社会 and 经济发展要求一个能够与之相适应的灵活法律构架；我们的普通法就提供了这种构架。宪法起草者假设，一种以普通法和成文法为基础的民法体系业已存在；它们控制着个人之间的侵犯权利和违反责任。长期持久和难以改变的宪法，则主要控制个人和国家之间的关系。民法必须在社会变化时允许灵活和不断的发展；它主要控制着个人之间的关系。”

总体上说，只有少数州把原先仅针对政府的宪法权利扩展到针对私人，且仅限于特殊类型的私人。在决定是否扩展宪法权利适用范围的过程中，法院必须考虑原告的宪法权利是否“基本”或重要、其受侵犯的严重程度以及被告的影响范围。只有被告行使的是“非个人权力” (Impersonal Power)，即“某些个人因财富、地位或其它因素而享有的权力，在影响许多人的有关公共或企业事务上行使控制”。^[29] 在决定过程中，法院还必须考虑宪法“长期持久和难以改变”的特点，避免把一般的立法利益宪法化，从而保证变动社会中的私人关系可以被立法机构灵活调控。

二、德国宪法对私法的“辐射”效应

和美国不同，作为大陆法系代表的联邦德国相当严格地区分公法与私法概念。在历史上，这种严格区分的体制建立于法国“权限争议法庭”在 1873 年作出的“布朗柯决定”，^[30] 判决由政府雇员所产生的法律责任必须受不同于普通民法的特殊法律的调控，且这类起因于特殊法律的特殊诉讼必须受到一个不同于普通民法院的特殊法院之管辖。从此之后，法国建立了作为公法的行政法与普通民法（包括刑法）两套平行的法律制度，以及分别解释这两套法律的司法机构——普通民法院与行政法院。德国基本上承袭了法国所开创的公私法区分，但在实体领域上划分得更为仔细。目前，德国共有 5 套平行的法院：一个审理民法与刑事案件的普通法院，4 类审查行政、社会（福利）、劳动与财政争议的特殊法院。在此之上，1949 年的《基本法》又建立了专门审查宪法争议的宪政法院。^[31]

《基本法》本身并没有明确规定自身的适用范围。对于“宪法究竟能不能适用私法诉讼”这一问题，《基本法》的文字并不能提供多少启示。一方面，许多基本权利的陈述采取了正面的宣言形式，其措词并不仅限于禁止政府。例如《基本法》第 2 章规定：“每个人都有权自由发展其个性。”第 3 章规定：“没有任何人可以因为其性别、出身、种族、语言、国籍、信仰、宗教或政治见解，而受到歧视或优待。”这些条款的语法形式似乎表明，这些基本权利的运用不应限于公法案件，同时也禁止私人的侵犯。另一方面，第 9 章第 3 节规定：“每个人和所有职业都应被保证结社权利，以保障和提高工作与经济条件。限制或破坏这项权利的协议一律无效；为此采取的措施是非法的。”这项条款明确规定结社基本权利适用于私人法律关系，因而或许可被认为隐含了下列推论：在缺乏明确文字的情形下，基本权利并不适用于私法关系。第 3 章第 1 节和第 6 章第 5 节等少数条款明确要

求政府采取行动，以保护相应的权利免受私人侵犯。但这些条款既可被理解为宪法的直接效力，也可被理解为仅授权政府制订必要的立法保护，因而并不能直接适用宪法。总之，宪法文字在此并不具有决定性的意义。事实上，这一问题最终是由联邦宪政法院的案例法解决的。

对于宪法效力问题，德国宪政法院的案例法显著不同于美国的“政府行为”理论。两者的主要区别在于：按照“政府行为”是否存在，美国宪法的效力呈现出从无到有“跳跃式”；但根据对私法解释的“间接影响”之强弱，德国《基本法》的效力呈现出连续变化的“渐进模式”。根据德国理论，宪法权利的影响随着两大法系——公法和私法——的区分而变化：在公法领域，宪法“直接”并完全适用。在私法领域，根据“联合抵制电影案”的原则，宪法仅间接适用，但它具备某些受到削弱的效力。这种处理方法的重要结果之一，乃是宪法的潜在效力不能在任何案件中被完全忽略。由于《基本法》“间接”适用于私法争议，宪法至少间接适用于所有那些实体宪法价值可能受到影响的案件。相反，在私人之间的许多争议中，即使实体宪法价值可能受到深远影响，美国宪法仍然缺乏任何适用性。

以下，我们讨论联邦宪政法院的案例法对宪法间接效力的处理，并比较德国与美国不同处理方式的得失。

1. 联邦宪政法院的案例法

根据德国法院的一般理解，作为公法的宪法并不直接适用于普通案件。但作为例外，劳动法院却认为宪法可以直接适用于私人之间发生的纠纷。在 1954 年的案例中，^[32] 联邦劳动法院曾判决私人企业的雇员有权利利用宪法保护的言论自由权利，以抗衡雇主的压制措施。在 1962 年的案例中，该法院判决自由选择职业的权利限制了要求离职雇员赔偿教育费的公司合同。和社会国体原则相一致，劳动法院认为重要的宪法权利并不限于针对政府侵犯，而且也适用于经济与社会势力的压制：“根据《基本法》，某些基本价值进入了法律基础构架；无论是工厂组织还是在法律上平等的公民之间的协议或行为，都不应被允许和这些价值相冲突……因此，《基本法》不仅影响着公民和国家之间的关系，而且还影响在法律上平等的公民之间的相互关系。”^[33]

然而，劳动法院的这一解释并未被宪政法院所接受。事实上，宪政法院拒绝接受任何极端理论，而是采取了中间途径，创造并发展了宪法的“间接影响”理论。在1958年的“联合抵制电影案”，^[34] 纳粹时期的著名电影导演曾导演过反犹太人的宣传影片，后于1950年受到审讯并被释放。复出后，他导演了电影“永恒情侣”。但在德国公映前，汉堡市的公共关系主任吕斯（Erich Luth）号召电影制片商和发行商联合抵制这部电影。根据《德国民法典》第826条对“违反良好道德以故意损害他人”的行为之禁止，制片公司在德国地区法院获得禁令，禁止吕斯所号召的联合抵制。吕斯则在宪政法院提起申诉，宣称法院决定侵犯了《基本法》第5章所保护的言论自由。宪政法院详细阐述了《基本法》对于民法解释的影响，并撤消了地区法院的禁令。

宪政法院指出，对于“基本权利是否或在何种程度上影响了私法”的争议，存在着两个极端立场：“一方认为，基本权利完全针对国家；另一方则认为，基本权利——或至少其中最为重要的部分——还适用于那些针对个人的民法事务。”然而，“宪政法院的现存法学理论，并不支持任何一种极端。”《基本法》所规定的基本权利建立了“价值的客观秩序”（objective order of values），且这项秩序显著加强了基本权利的效力。“这项价值体系的中心，在于社团中自由发展的人类个性之尊严，且必须被视为影响所有公法或私法领域的基本宪法决定。它是衡量立法、公共行政和司法领域的所有行动之准绳。因此，基本权利显然影响私法的发展。每项私法条款都必须符合这项价值体系，且都必须根据其精神而获得解释。”

因此，“新制订的立法必须符合基本权利的价值系统。现存法律的内涵必须和这一价值体系相协调。这一体系对私法输入了具体的宪法内涵，并从此决定其解释。……法院运用并解释私法，但其解释必须符合宪法。”根据《基本法》第一章第三节，立法、司法和执法机构必须使基本权利作为“直接适用的法律”而获得实施。“如果法官未能运用这些标准，并忽视了宪法对私法规则的影响，那么他就误解了基本权利作为客观规范之内涵，因而侵犯了客观宪法价值；作为公共官员，他还侵犯了公民可基于宪法而要求法院遵从的基本权利。”因此，虽然私法本身所影响的私人之间的权利与义务关系，法院对私法的解释在某种意义上构成了“政府行为”，并使宪政法院对公民申诉获得了审查权。在审查过程中，宪政法院的职能是确定普通法院是否适当衡量了基本权利在私法领域内的范围和影响，但必须把这项“探询限于基本权利对私法的“辐射效应”，并保证 ^[下级法官]去正确理

解涉及到有关法律的宪法原则。”联邦宪政法院最后作了如下平衡：

“纯粹在思想影响层面上的见解表达是自由的。然而，如果他人的法律权利受到了侵犯，且对这些权利的保护应超越对见解自由之保护，那么这项侵犯并不简单因为它通过表达见解之方式就获得许可。法院必须权衡相互冲突的受到保护之价值。如果权利的行使将侵犯私法所保护的更高利益，那么它们就必须否定表达见解的权利。法院必须基于每个案件的事实，去决定这类利益是否存在。如果言论形成了对普遍福利至关重要的公共舆论，那么私人——尤其是经济——利益必须让步。这并不表明这些利益缺乏任何保障；基本权利的价值就在于它能为每个人所运用。如果感到经受了某人的公共言论之损害，那么任何人皆可作出公共回应。只有在不同见解以同样的自由度而获得表达的冲突过程中，公共舆论才得以形成，且社会的个体成员才能形成其个人意见……每个人都具备同样的基本权利。既然在庞大社团的社会生活中，个人之间的利益和权利冲突不断发生，相互冲突的权利必须就根据它们在社会领域中值得保护之程度，而受到不断的相互平衡。不论由此对个人去自由发展其自身的机会产生何种限制，这类平衡必须获得接受。在此，任何人都不能依赖宪法第二章的绝对保护。”

因此，在处理私法争议中，普通法院必须平衡相互冲突的利益或价值；当这些利益或价值受到宪法保护时，法院对相关私法条款的解释必须符合宪法要求。以上的著名案例显示，言论自由可能和其它价值——例如个人名誉、个性的自由发展、从事经济与职业活动的权利——发生冲突，且宪政法院第一次系统阐述了权利平衡的方法。当然，“平衡”本身表明言论自由并不是绝对的，而且法院权衡的重心也可能会随着时代的变化而转移。虽然宪政法院在“抵制电影案”中维持了对言论自由的广泛保护，以后的案例法似乎表明某些言论并不处于宪法第五章的保护范围之内。

在 1969 年的“联合抵制周报案”，^[35] 一家名为布林费尔的左倾小报在柏林墙建起后仍为东德的电视与广播节目刊登广告。报业巨头斯普林格（Springer）发布传单，指令其销售商停止销售刊登这类广告的报纸，否则将拒绝对零售商提供自己的报纸。根据《德国民法典》第 823 章，布林费尔起诉斯普林格犯有不正当竞争行为，并在地区法院胜诉。上诉后，最高人民法院基于宪政法院在“抵制电影案”中的决定，认为斯普林格的传单受到《基本法》第五章的保护，因而撤消了地区法院的判决。但布林费尔根据宪法第五章在宪

政法院提起申诉，宣称最高人民法院的决定和斯普林格侵犯了其言论自由。在本案，宪政法院的权利平衡达到了和上案相反的结论，并撤消了最高人民法院的判决。

宪政法院指出，尽管本案所涉及的是一场民事诉讼，因而将根据私法规则获得决定，但“《基本法》在基本权利章节中所建立的客观价值秩序，影响着这些规则与规章之解释。”

《基本法》所保护的中心是“思想的自由辩论”，因为它是“自由民主之运行的绝对前提”，因为只有它才能“保障对普遍的公共与政治问题的公开讨论”。为了这个目的，持不同观点的当事人有权利自由地进行思想论战，包括发起联合抵制的倡议。但倡议者所采取的手段必须“在宪法上可被接受”。如果当事人所用的手段不只是思想辩论，而是采取经济手段压制对方的观点，那么实施这种手段的言论就不能被认为是受到宪法保护的。在本案，被告斯普林格可以通过在报纸上发表观点来反击布林费尔的言论；这时，双方的言论自由都受到宪法第五章的保护。然而，被告传单的目的却是通过经济压力来限制布林费尔观点的传播，而这并不是《基本法》所保护的对象。相反，“如果为了阻碍宪法保障的见解和新闻之传播，经济压力之行使给受影响者带来了严重损害，那么它就侵犯了在形成政治见解过程中的机会平等。它还抵触了自由表达见解的基本权利之意义和性质。”最高人民法院未能区分本案被告和“抵制电影案”中原告行为在本质上的区别，过宽解释了《基本法》第五章所保护权利的范围。

2. 德国宪法的“辐射”效应及其和美国宪法效力的比较

从以上案例可以看到，和美国宪法不同，《基本法》对德国私法的解释产生了显著的影响。“在个人和国家之间的公法诉讼中，宪法权利能直接超越所适用的公法规则。相反，在个人之间的私法争议中，宪法权利则被称为‘影响’民法规则，而非在实际上推翻之。宪法的某些思想内涵‘注入’（injection）或‘辐射’（radiation）民法，并影响着现存民法规则之解释。在这些案例中，私法规则应根据适用的宪法规范加以解释并运用，但私法规则最终仍然获得运用。”^[36] 因此，对于宪法条款的适用范围，德国法院采取了和美国显著不同的处理方法。马里兰大学法学院的昆特教授精练地比较了两国处理方式的异同：^[37]

“对这一模式的整体审查表明，和‘联合抵制电影案’理论下的德国《基本法》效力相比，美国宪法在个人争议的效力在某些情形下更弱，在某些情形下则更强。在政府行为

被发现存在的私人诉讼中，《合众国宪法》一般和适用于国家一样完全适用于私人；一旦政府行为存在，一整套宪法理论即开始发挥作用，且宪法超越‘私法’。相比之下，在涉及个人争议的德国案例中，《基本法》仅‘影响’私法规则。私法价值仍然存在于平衡之中，且必须获得调和。另外，诉讼仍然是私法诉讼之事实，可能对宪政法院的审查具有显著的限制效果。因此在这些层面，和《美国宪法》在美国理论发现政府行为的争议中之效力相比，《基本法》对个人争议的影响似乎更弱。相反，在美国理论认为政府行为不存在的私人争议中，德国《基本法》的影响则变得比《合众国宪法》更强。如果政府行为根据美国法律而不存在，那么《合众国宪法》通常就完全没有效力。因此根据美国理论，如果存在政府行为，那么宪法权利在理论上以完全效力而适用；如果缺乏政府行为，那么宪法权利就不存在。但根据德国《基本法》，某些私法争议可能并不处于《合众国宪法》所划分的政府行为领域，但这一事实并不具备任何特殊意义。私法规则仍然‘受到宪法基本权利的影响’。因此，对于美国法律不能发现任何政府行为的案件里，德国宪法继续发挥着影响。”

德国和美国理论之间的区别反映了两国在一些基本理念上的差异。首先，它体现了两国对国家与社会的公私领域分界的不同观点。^[38] 美国理论假设国家和社会是清楚可分的，因而坚持国家和私人行动之间的“基本二分法”，而只有国家才受到宪法的约束。社会则享有不受宪法约束的自由，个体和私人团体只能受到普通法律的调控。和控制国家的宪法规则不同，调整社会的普通立法可以受到不断改变。当然，个人或非政府团体有时也可能受到宪法约束。但在美国，这要求他们和国家机构发生实际接触或履行传统政府职能，从而和国家达成某种合作关系。对这类合作关系的宪法控制是必要的，因而否则政府就可能通过立法达成这类协议，通过政府职能的“私有化”来规避宪法保障。但这仍然假定国家与社会的截然二分法，且只有政府行为或与国家发生合作关系的私人行为才适用宪法控制。宪法效力并没有扩展到私人或社会活动领域中去。

德国法院则不接受公共和私人领域可被清楚分离的观点，而是认为某些宪法价值对社会生活是如此基本，以致不论两者之间的界线应被如何划分，这些价值都应该渗透国家和社会。因此，与其试图去排斥宪法价值在私人领域中的运用，德国理论承认宪法和私法价值必须在私法领域内取得调和。调和的结果取决于个案的具体情形，并考虑一系列因素：所宣称的宪法权利受到削弱之程度、宣称宪法价值之动机、这些宪法价值之威胁者的社会

和经济实力、及此人可能具备的任何宪法抗衡权利或其它利益。因此，根据德国理论，私人而非国家的地位并不决定一切；相反，它仅是一个考虑因素，以更广泛地决定有关宪法价值是否具备足够份量，来要求它在特定案件中施加影响。尤其在私法价值发生冲突的时候，法院必须对个人权利作出适当平衡。

其次，德国和美国在处理宪法价值对私人领域的差异反映了对国家责任的不同看法，并体现于两国宪法的文字之中。美国宪法体现了传统的自由理念，因而一般排除对政府施加正面责任以采取社会行动的条款；相反，德国则承认社会福利是国体的一个基本方面，

^[39] 因而宪法要求政府采取正面行动，以对个人施加某些负担。因此，“美国宪法的内在主题，乃是宪法退出社会——无论是其政府行为的宪法限制，还是其可能要求政府采取社会行动的其它类型宪法条款。更为广泛的德国理论，则要求宪法去影响私人的法律关系。”

^[40] 德国宪法的影响有时直接体现为要求政府的积极行动，有时则体现为宪法对私法解释的“辐射效应”。

最后也是最重要的，宪法对普通立法的“辐射效应”还直接影响着法院和立法的关系。宪法对私人法律关系的扩展减少了立法的自由裁量权，并把某些领域的所有私法问题交由宪政法院决定。以言论自由与名誉权或隐私权为例。在美国的诽谤和隐私理论中，言论自由在某一个范围内受到宪法第一修正案的保护；在此范围之外（例如淫秽、泻恨或商业广告），州政府可决定是否对有关言论施加处罚。然而，无论是联邦还是各州宪法都没有要求州政府对言论者施加责任，因而立法机构在此具有自由裁量的余地。但在德国，宪法（间接）影响了个人的法律关系，且各方都有利用自己的宪法权利去抗衡他人的宪法权利，例如演说者的言论自由和被诽谤者的个性权利。在这种宪法体制下，立法自由裁量权的余地较小。在某种意义上，国家必须维护个性权利不受诽谤言论的侵犯，且立法是否提供了宪法所要求的权利平衡，将受制于联邦宪政法院的司法审查。

应当指出的是，德国宪法在私法领域的影响并不意味着实体权利的无限扩展。事实上，宪法进入“私人”领域之扩展，不可避免地要求对不同个人的权利进行平衡。因此，某些私法权利（例如个性）具备宪法维度，意味着其它权利（例如言论自由）将受到限制。德国法院所发展的个性权利，就可能以严重削弱言论权利的方式而被用来针对其它个人。即使是相同的权利也可能会在不同的个体之间产生冲突，因而要求宪法权利的界定与限制。

上述 1969 年的“联合抵制周报案”就是一个例子，其中法院对原告言论自由（刊登关于原东德的左倾广告）的承认限制了被告的言论权利（散发要求销售商停止发行这类报纸的传单）。在某种意义上，被告要求对私人关系中的宪法权利之承认，在效果上导致其权利的“自食其果”。^[41]

三、 宪法效力的界定

总结并比较德国与美国在宪法效力问题上的经验，笔者认为德国的处理方式更为可取，并值得中国借鉴。总的来说，对于宪法的直接效力而言，德、美两国都要求所适用的行为对象具有公共权力的特征。然而，美国的公私截然二分法显得过于绝对。在私法领域，虽然宪法不宜直接适用，但就此而认为宪法完全失去了效力显然是不合理的。正如某些学者指出，宪法并不仅仅是一门特殊的“公法”，而是超越简单公私分界的基本法，^[42]因而宪法的精神必须渗透到法律的所有领域中去。也只有这样，才能形成一个和宪法精神相一致的完整的法律体系。另一方面，宪法毕竟被普遍认为是属于“公法”领域，因而在适用上理应获得不同于普通私法的处理。因此，对于中国宪法今后的理论与实践而言，下列立场似乎是可取的：只是对于国家机构侵犯公民宪法权利或其它机构宪法权力的情形，宪法才具备直接效力；私人 and 私人之间的关系主要由普通立法加以调整，宪法对此则仅具备间接效力，即影响有关私法条款的解释。

由于笔者将在别处论证宪法的法律效力，本文以下仅说明第二个问题：虽然宪法的效力是普遍的，它在私法领域内仅限于间接效力，而不宜被直接适用。宪法所要调整的主要对象是国家权力的行使，宪法诉讼中的被告也必须是行使国家权力的机构或官员。要“认真对待宪法”，首先就要正确认识宪法的主要职能，并把它落实到实处；片面地把宪法效力“扩大化”，表面是使宪法成为包医百病的“万金油”，实际上则很可能适得其反，造成削弱宪法效力的后果。

以下，笔者主要从 4 个方面来论证宪法（直接）效力的有限性。首先，宪法和行政法同属于公法领域，因而其主要的控制对象是国家机构而非私人或社会团体。其次，也和行政法一样，宪法也发挥着“平衡”社会权利与政府权力——尤其是立法权力——的作用。因此，宪法诉讼必然带有一种“不对称性”，即它仅允许公民诉政府，而不允许政府诉公民或公民之间的相互诉讼。再次，和普通法律不同，宪法仅规定公民的基本权利，而不涉

及次要的权利与义务。相对于后者来说，这些基本权利是相当稳定的，符合宪法由修宪程序所保障的稳定性；一般的权利与义务则应该随着社会需要的不断变化而获得普通法律的及时调整，不应受到宪法或宪政审查机构的严格限制，除非明显和宪法文字或精神相违背。最后，也是最重要的，宪法审查机构应该尊重议会立法的民主合法性，避免过多干预普通立法事务。

1. 宪法的公法性质

尽管宪法对私法解释应当产生影响，但宪法毕竟被普遍认为是一门“公法”，因而一般仅限于处理不同国家机构之间的权力分配或国家与公民之间的基本关系。这是宪法的主要目的所在。不错，宪法确实是一部基本法，宪法的精神必须被贯彻到法律体系的每一个部分。就此而言，宪法超越了公私法领域的传统分界。然而，要把宪法完全视为一部凌驾于普通公法与私法之上的囊括一切的法律，未免就抹杀了宪法的基本特点以及宪政与法治的区别。值得注意的是，几乎所有的宪政国家都承认宪法的公法特征，并把宪法的直接效力限制在政府行为的范围内。

事实上，美国联邦宪法的《权利法案》所针对的对象范围十分有限。根据马歇尔法官（C. J. Marshall）在 1833 年的“码头淤泥案”中的解释，公民只能运用宪法条款控告联邦政府，而不能针对州政府，更不用说针对其他普通公民。^[43] 法国的《人权宣言》虽然措辞广泛，但在很长时期内一直缺乏直接效力，而在第五共和获得切实效力之后，它也仅被适用于针对政府行为而非私人行为。对于德国的处理方式，本文已有较详细的论述。值得指出的是，对于宪法的直接效力，德国与美国的处理方式是相似的。

笔者认为，“认真对待宪法”要求我们正确认识宪法的性质，并把宪法效力限制在适当的范围之内；不论是否否认宪法的实际效力，还是把宪法效力“扩大化”，使之成为无边无际、无所不能的“法宝”，都是不认真对待宪法的表现。事实上，作为影响社会生活的严格意义上的国家规范，任何“法”的效力范围都必须是有限的；否认宪法效力的有限性，其实也就否定了宪法是更高的“法”，使之成为流于形式的口号，因而等于否定了宪法的实际法律效力。要把宪法作为一部具有实际效力的“法”，就必须澄清宪法授予权利或施加责任的对象，而有意义的对象必然只具备有限的范围。在这个意义上，同一个命题的两个方面是相通的：要“认真对待宪法”，就必须承认宪法在有限范围内的实际效力；可以

预见，把宪法的适用范围扩展到无限，它在现实社会中的效力也就将变得微不足道。

2. 宪法的“平衡”作用

更重要的是，宪法在本质上是一部保护公民权利不受政府权力——尤其是立法权力——侵犯的法。和行政法一样，宪法也是一种“平衡法”。在 20 世纪 90 年代，中国的行政法学者系统提出了“平衡论”，并已经成为行政法学中的主流理论。^[44]“平衡论”的要旨就是要“平衡”公民权利与行政权力这一对社会关系。它承认权利与权力之间的潜在矛盾，承认脆弱的公民权受到强大的行政权侵犯的可能性，并寻求使得这一对社会关系从自然的“不平衡”状态走向“平衡”。正是为了保障公民的合法权益，中国才于 1990 年实施了行政诉讼法，允许普通公民起诉侵犯其权利的行政行为，且由行政被告承担对其行为合法性的举证责任，从而倒置了通常“谁主张、谁举证”的责任分配。笔者认为，“平衡”不只是行政法的基本目标，也是宪法所要实现的基本目标之一；^[45]就和行政诉讼不能允许普通公民作为被告一样，宪法诉讼也不允许任何公民受到直接起诉。从这个意义上来说，普通公民并不可能“违宪”。

在宪法领域，“平衡”具有两种相关的意义。第一种意义就是上述行政法意义上的“平衡”。众所周知，宪法的首要目标就是保护公民的基本权利不受国家权力的侵犯。近代世界的第一部国家宪法——美国联邦宪法——虽然没有把《权利法案》放在宪法的开始，但其目的是不言而喻、无可置疑的。此后，美国各州的州宪都明确把权利保护作为政府的首要目标。^[46]至少从第二次大战之后，西欧国家的宪法也都把公民的宪法权利置于首位。

^[47]第二，公民权利必须通过适当的分权机制才能获得保障，否则它很可能是有名无实的空话。这就是为什么美国制宪者当时没有把主要精力放在罗列公民的基本权利上，而是精心设计了联邦主义与三权分立的宪法结构。从这个意义上来说，“平衡”也就是美国宪法中经常引用的“制衡”（checks and balances）。但两种意义的目的是一致的——最终都是为了公民权利的切实保障。

由于这个原因，宪法仅限于对政府机构或官员规定权力与义务，而对公民则仅授予权利，一般并不施加义务；对公民施加义务乃是普通立法的任务，宪法则是控制普通立法的“更高的法”。宪法的首要职能是防止普通法律侵犯公民的权利，或对公民施加过分沉重的负担。这是宪法的“平衡”作用的基本体现，也是西方宪法学界的普遍共识。在最根本

的意义上，宪法所要保护的是公民的权利，而不是去规定其责任；当公民和公民权利发生冲突的时候，宪法的作用只是在于控制调整这种冲突的普通立法的意义。

3. 宪政、法治与社会变化

从另一个角度来看，要认真对待宪法，就必须处理好宪政与法治、宪法与普通法律之间的关系。值得指出的是，宪法一般被作为国家的“基本法”或“根本大法”，因而仅限于规定国家的权力结构与公民的基本权利，如言论与信仰自由、人身自由、刑事程序和财产权利。这些权利涉及到每个人的根本利益，并且由于人的基本需要是相对稳定的，它们并不随着岁月的流逝而迅速变化。基本权利的稳定性恰好和宪法的稳定性相对应。正如斯道利法官（J. Story）在 1816 年的“地产充公案”中指出：宪法“并非被设计来适应区区几年的紧急需要，而是将承受漫长岁月的流逝”。^[48] 由于其所满足的是稳定的人类基本需要，宪法原则不应被经常变化。事实上，正是因为宪法所保障的权利是基本的，所以宪法才规定了更为复杂与困难的修正程序，以避免宪法所保障的基本权利受到普通立法的随便修改，或在大众的一时激情与冲动下未经认真反思而轻易流失。

相反，对于次要的权利与义务——尤其是大量不直接影响人身自由的市场经济关系，其调整一般被认为是普通立法的任务。在法治国家，这类经济关系的调整确实构成了立法的大部分，并且可能随着经济与社会的发展而发生迅速变化，从而要求法律及时获得修正以符合社会需要。正如哈钦森法官在上述 1986 年的“商场收集签名案”中指出，“社会和经济发展要求一个能够与之相适应的灵活法律构架；……民法必须在社会变化时允许灵活和不断的发展。”^[49] 如果在这些立法领域强行适用宪法，从而使普通的立法权利与义务“宪法化”（constitutionalization），势必将导致普通立法的僵化，因为宪法的修改通常要比立法修改困难得多。因此，对于次要的立法领域，立法者必须被保障充分的自由度，根据社会需要来制订与修改普通法律。

4. 宪政与民主以及宪法审查机构与立法机构之间的关系

最后，宪法与普通法律之间的分界也和权力分配问题有关。这是因为普通立法是由人民代表所制定的，而宪法的最终意义则受制于一个独立的审查机构之解释，且为了保证独立性，这个机构的官员并不是由人民直接选举产生的。扩大宪法的适用范围，势必就扩大

了该审查机构的管辖权，并使它的权威凌驾于立法机构之上。然而，民主社会的一个基本假设就是公民的一般事务都由立法机构所制定的普通法律加以调整。因此，宪政审查制度还必须处理好审查机构和立法机构之间的关系。假如不适当地扩大宪法效力，使之取代普通立法的作用，那么就过分扩大了宪政审查机构的权力，并有可能导致司法专制。尽管宪政审查机构的宪法解释不是不可能被推翻，但司法决定的撤消一般要求超过修改普通立法所要求的简单多数，因而不可避免地影响民主代议机构的职能。^[50] 为了保证民主体制的正常运行，宪法的直接效力应被限于公法问题，而在私法领域内的作用则限于影响法律的解释。

总之，宪法并不是万能的；它只是一部范围有限的具有明确意义的法律，因而并不能代替必要的普通立法。宪政是法治发展的最高与最后阶段，但它并不能简单代替法治；否则，具有司法性质的宪法审查机构就获得了随意干预代表选民利益的议会通过立法来调整社会关系的权力。因此，宪法的职能只是在于保障对公民最重要的基本权利不受政府权力的侵犯，使原本“不平衡”的社会权力系统走向“平衡”。当然，这些基本权利（例如言论自由或人格尊严）也可能受到其他公民的侵犯，但调整公民之间的权利与义务关系主要被保留给民法，且立法机构可以随着社会需要的变化而及时修改这些法律。保护公民利益不受其它公民或非政府团体的侵犯，主要是普通立法的任务；如果立法并未作出具体规定，法院不宜直接适用相关的宪法条款。

四、 结论：中国宪法的“司法化”与宪法效力的界定问题

综上所述，宪法调整私法关系的作用只能是间接的，即在私法之间发生冲突的时候提供超越的解释原则。然而，中国宪法中存在着许多“义务条款”，例如公民“同时必须履行宪法和法律规定的义务”（第 34 条），“公民有劳动的权利和义务”（第 42 条），“公民有受教育的权利和义务”（第 46 条），“夫妻双方有实行计划生育的义务。父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务”（第 49 条）。这是否说明这些条款应被直接适用于司法判决？根据以上讨论，笔者认为答案是否定的，且即使是授权性的条款（如第 46 条的“受教育权”）也不宜被用来针对私人被告；否则就取消了宪法的“平衡法”特性，也容易使得宪法审查机构过分干预国家的民主与法治。因此，对于私人之间的诉讼，中国宪法的条款也和其它国家的宪法一样不宜具备直接的法律约束力。这当然不

是说中国宪法就不适用民事纠纷——宪法确实必须控制民法解释的原则，而只是表明宪法条款不宜成为直接的判决依据。在判案过程中，如果存在相关的法律条款，那么法院应根据宪法精神适用这些条款；如果不存在普通法律条款，一般而言宪法条款也不宜直接适用于私法领域，因为这主要是立法机构而非法院的任务。因此，宪法的“司法化”应仅限于宪法所赋予的公民权利，而不宜把范围扩大到宪法中规定的公民义务。

回到本文开始的“宪法司法化第一案”，笔者认为，把宪法适用于私人被告，不适当地扩大了宪法的适用范围。假如最高法院的批复把宪法条款的适用对象仅限于本案所涉及的政府被告——济宁市商校、滕州第八中学和滕州市教委，而对私人被告适用《教育法》第 81 条所规定的民事责任，并用宪法保护受教育权（第 46 条）和平等权（第 33 条）来解释有关的立法条款，那么“宪法司法化第一案”就可以说是完美无缺了。

当然，这并不否定这一案例的现实作用。毕竟，第一步往往是不完美的；但对于宪政的“千里之行”而言，最关键的恰恰是迈出脚下这一步。事实上，法治的真谛就是在稳定中求发展。通过在实践中发现问题、从理论上解决问题并发现解决方案中的漏洞与缺陷，法律在不断进步和进化着。既然宪法也是“法”，宪政也不例外。对于中国未来的宪政发展最重要不是（至少不仅是）“挑刺”，而是如何进一步发展与完善今后的司法实践，使得宪法在处理国家政治与社会实际生活的过程中不断积累新的经验，最终成为一部记载并指引民族政治文明发展进化的“活的法典”。

【注释】

* 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作曾受到江苏省哲学社会科学基金的资助，特此感谢。

[1] “认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性”，《中外法学》2003 年第 5 期，第 560-580 页。

[2] 见“冒名上学事件引发宪法司法化第一案”，载《南方周末》2001 年 8 月 16 日。

[3] 《关于齐玉苓与陈晓琪、陈克政、山东省济宁市商业学校、山东省滕州市第八中学、山东省滕州市教育委员会姓名权纠纷一案的请示》，1999 鲁民终字第 258 号。

[4] 《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，法释 [2001] 25 号。另一个值得商榷的问题是，最高法院是否应该直接代替山东省高级法院作出被告侵权的具体裁判。毕竟，地方法院一般更熟悉案件的事实，而最高法院的主要职能是解释法律——在这里是说明宪法条款可以被司法判决书直接引用。宪法条款的适用本身并不自动决定被告的责任；被告究竟是否应承担责任，还牵涉到应由请示法院决定的事实问题，最高法院不宜直接给出“答案”。这也要求请示法院的问题必须是关于普遍的法律解释，而非对具体案件的结论。

[5] 当然，“行政行为”中也包括行政机构的立法行为。按照行为主体来划分，这属于行政法而非宪法的调控领域。

[6] 张文显、于宁：“当代中国法哲学研究范式的转换——从阶级斗争范式到权利本位范式”，《中国法学》2001 年第 1 期，第 62-78 页。

[7] 人们至今必然还记得戴西对法国“行政法”（*droit administratif*）的批判，尽管现在看来这绝大多数是普通法学者对大陆法的偏见。见詹宁斯：《法与宪法》，龚祥瑞、侯健译，北京：三联书店 1997 年版，第 211-220 页。

[8] 一个较为敏感的问题是刑法。根据以上定义，它同时兼备公法与私法的性质，但其公法性又不能被简单归为宪法或行政法。刑法的主要过程涉及到政府执法（在中国被认为是“司法”）部门对犯罪嫌疑人的调查与起诉，但政府必须遵循一套确立的刑事程序，否则将可能遭到被告的“反诉”。当然，犯罪嫌疑人还可以利用宪法规定的有关基本权利——例如美国联邦宪法的第 4-8 修正案——为自己开脱。

[9] 注意这里的“政府行为”只是表示政府行为具有履行国家职能的特征，不可和行政法中表征不受审查的表达主权意志的行为（*act of state*）相混淆。

[10] *Barron v. Baltimore*, 32 U.S. 243, 参见张千帆：《西方宪政体系》（上册·美国宪法），北京：中国政法大学出版社 2000 年版，第 209-210 页。以下简称“《西方宪政体系：美国宪法》”。

[11] 事实上，《权利法案》一开始已经限定了自身的适用对象。第一修正案规定：“国会不得制订法律，去涉及宗教信仰或禁止其自由活动，或剥夺言论与出版自由”。

[12] *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3.

[13] 根据文字，第 14 修正案原来仅适用于各州政府，而不适用于联邦政府。《权利法案》也未包括任何关于平等保护的条款。但在 1954 年的“特区学校隔离案”（*Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497）中，最高法院通过“反向吸收”使第五修正案中“正当程序”条款带上了平等保护的涵义。参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 293-294 页。

[14] *Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3.

[15] 正是由于保守先例的限制，在 20 世纪 60 年代的诉讼中，联邦政府为《公民权利法案》提供的宪法依据是当时已经受到广泛解释的“州际贸易条款”（*Interstate Commerce Clause*），而非名正言顺的第 14 修正案。参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 145-146, 304-309 页。

[16] *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536.

[17] *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73.

[18] *Grove v. Townsend*, 295 U.S. 45.

[19] *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 650.

[20] *Terry v. Adams*, 345 U.S. 462.

[21] *Gitolow v. New York*, 268 U.S. 652.

[22] *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551.

[23] *State v. Hunt*, 450 A.2d 952, 见《西方宪政体系：美国宪法》，第 467 页。

[24] *Robins v. Pruneyard Shopping Center*, 592 P.2d 341.

[25] 《西方宪政体系：美国宪法》，第 474 页。

[26] State v. Schmid, 423 A.2d 615.

[27] Commonwealth v. Tate, 432 A.2d 1382.

[28] Western Pennsylvanian Socialist Workers 1982 Campaign v. Connecticut General Life Insurance Co., 515 A.2d 1331; 512 PA 23.

[29] 戴尔文：“建构‘政府行为’作为州宪权利的一个限制之方案：调查、评判和建议”，载《罗特格斯法律杂志》第21期，第883-892页。(Delvin, “Constructing Alternative to ‘State Action’ as a Limit on State Constitutional Rights Guarantees: Survey, Critique and Proposal”, Rutgers Law Journal 21: 819, 883-892.)

[30] Blanco Decision, 8 February 1873; 参见冯·梅伦与高德列：《大陆法系统》，1977年，第351-355页。(Arthur von Mehren and James Gordley, The Civil Law System, Boston: Little, Brown, & Co., 1977, pp. 351-355.)

[31] 参见考玛斯：《联邦德国的宪政法理学》，1989年，第3-11页。(Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, Durham: Duke University Press, 1989, pp. 3-11.)

[32] 1 BAGE 165.

[33] 13 BAGE 168.

[34] Luth Case, 7 BverfGE 198; 参见张千帆：《西方宪政体系》（下册·欧洲宪法），北京：中国政法大学出版社2001年版，第414-419页。以下简称“《西方宪政体系：欧洲宪法》”。

[35] Blinkfuer Case, 25 BVerfGE 256; 参见《西方宪政体系：欧洲宪法》，第422-425页。

[36] 昆特：“德国宪法理论中的自由言论与私法”，载《马里兰大学法律评论》第48期，第263-264页。(Peter Quint, Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory, 48 Maryland Law Review 263-264.)

[37] 同上注，第 273-274、277、281 页。

[38] 同上注，第 339-344 页。

[39] 《基本法》第 20 章第 1 节：“联邦德国是民主与社会联邦国家”；参见《西方宪政体系：欧洲宪法》，第 161 页。

[40] 昆特：“德国宪法理论中的自由言论与私法”，载《马里兰大学法律评论》第 48 期，第 445-447 页。(Peter Quint, Free Speech and Private Law in German Constitutional Theory, 48 Maryland Law Review 445-447).

[41] 同上注，第 395-401 页。

[42] 参考蔡定剑与童之伟教授在 2001 年宪法学年会上的发言。

[43] Barron v. Baltimore, 32 U.S. 243, 参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 209-210 页。只是在后来，最高法院通过第十四修正案“选择吸收”了前八项修正案中的主要条款，才使得《权利法案》的重要保障也适用于各州政府。

[44] 罗豪才、袁曙宏、李文栋：“现代行政法的理论基础——论行政机关与相对一方的权利义务平衡”，载《中国法学》1993 年第 1 期，第 52-59 页；包万超：“行政法平衡理论比较研究”，载《中国法学》1999 年第 2 期，第 58-74 页。

[45] 笔者将另撰文说明，所谓“平衡态”就是指公共利益——即全部私人利益之和——达到最大化的状态。

[46] 《西方宪政体系：美国宪法》，第 434-435 页。

[47] 例如法国的第五共和宪法与德国的《基本法》，参见《西方宪政体系：欧洲宪法》，第 18-21、155-161 页。

[48] Martin v. Hunter' s Lessee, 14 U.S. 304, 参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 29 页。同样，马歇尔法官（C. J. Marshall）在著名的马伯里决定中指出：宪法“原则被视为是基本的。且由于来自 [这些原则的权力具有最高权威](#)且难得变动，它们被设计为永久性的”。Marbury v. Madison, 5 U.S. 137-180, 参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 42 页。

[49] Western Pennsylvanian Socialist Workers 1982 Campaign v. Connecticut General Life Insurance Co., 515 A.2d 1331; 512 PA 23.

[50] 例如在美国各州或法国的第五共和，有权修宪的选民或立法机构可以通过明文修宪来控制有关审查机构的宪法解释，但要如此修改美国联邦宪法非常困难，因而联邦最高法院实际上成了宪法的最高解释者。参见布莱斯特等：《宪法决策的过程——案例与材料》（第四版），张千帆等译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 93 页。

【出处】

“论宪法效力的界定及其对私法的影响”，《比较法研究》2004 年第 2 期，第 1-18 页。《人大复印报刊资料·宪法学行政法学》2004 年第 5 期全文转载。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法->中国宪法

宪法不应该规定什么？为宪法实施清除几点文本障碍

评

What Should Not Be in the Constitution: To Clear Several Textual Impediments to the Constitutional Implementation.

张千帆

【摘要】

本文认为，要真正认真地对待和实施宪法，首先必须给宪法“减负”。作为一部可实施的基本法，宪法的基本性质决定了它只能规定某些方面的内容，而不可能也不应该面面俱到：作为社会的基本契约，宪法不是普通的法律，因而不应该规定公民义务；宪法不是国家政策，因而不应该规定经济制度的细节；宪法不是政治纲领，因而不应该规定太多积极权利。只有在清除这些文本障碍之后，中国宪法才可能顺利获得实施。

【关键词】

【点击次数】1712

【阅读次数】1712

一、引言

一般认为，在经过四次修正之后，现行宪法是 1949 年以来中国最为成熟和完善的一部宪法。当然，其中还有一些疏漏的地方，例如它没有特别规定犯罪嫌疑人的刑事正当权利，而这些权利在宪政国家里被认为是极为重要的。^[1] 更重要的是，现行宪法未能规定一种切实可行的审查制度，以保证它在实际社会生活中发挥法律效力，致使宪法实际上未能受到“认真对待”。这些以及其它方面的缺失可以在以后的修正过程中逐步得到弥补。

但笔者认为，现行宪法的主要问题恐怕不在于规定得太少，而在于规定得太多。尤其是宪法规定了大量的经济制度、公民的积极权利及其宪法义务，而根据本文将要说明的理由，这些都不是宪法应该规定的事项。现行宪法对这些事项的规定体现了宪法观念上的混乱，而引起这种混乱的根本原因在于宪法一直未能有效实施，致使我们对宪法的理解只能停留于理论家的空想。于是乎，宪法成了一个“百宝箱”，什么崇高的正确的神圣的东西都往里装。由于这些条款的共同特征是难以甚至不可能获得实施，其结果反而是极大增加了实施宪法的难度。因此，宪法文本自身成了认真对待宪法的巨大障碍。

笔者曾在别处探讨了“认真对待宪法”的双重含义。这个命题的第一层含义是充分重视宪法，把它作为一部具备实际效力的法，并通过司法实践将宪法精神贯彻到社会实际生活中去。^[2] 第二层含义是通过限制宪法的适用范围确保其法律效力，避免将宪法神化为包医百病（当然最后是什么病都医治不了）的“万金油”。^[3] 事实上，这两层含义是紧密相关的，因为如果宪法包含了那么多超越现实的理想，最后结果必然是难以实施，因而干脆得不到实施。由此可见，要保证宪法有所为，必须先使其有所不为；换言之，要真正认真地对待宪法，首先必须给宪法“减负”。

现行宪法的第一章（总纲）和第二章（公民的基本权利和义务）在这方面的问题尤其突出。^[4] 需要澄清的是，本文并不是针对这些条款的内容及其重要性——它们在政治上无疑是正确和重要的，但并不是所有重要或正确的东西都应该或需要写入宪法。本文的目的是从宪法作为“法”的内在特征，来论述宪法应该——或更准确地说，不应该——规定什么。作为一部可实施的基本法，宪法的基本性质决定了它只能规定某些方面的内容，而不可能也不应该面面俱到：作为社会的基本契约，宪法不是普通的法律，因而不应该规定公民义务；宪法不是国家政策，因而不应该规定经济制度的细节；宪法不是政治纲领，因而不应该规定太多积极权利。只有在清除这些文本障碍之后，中国宪法才可能顺利获得

实施。

二、回到基本点——宪法作为社会契约

虽然宪法作为国家根本大法这个概念在西方早已产生，但现代意义上的宪法却直接起源于霍布斯、洛克、卢梭等人开创的社会契约论，因而契约论成为现代宪政的出发点。这个出发点就是，人们之所以彼此之间自愿产生一部社会契约，建立一个主权国家，并将每个人手中的利剑（也就是在在没有法律限制的条件下自由使用暴力的手段）交付给它，乃是为了更好地保障每个人的基本权利和自由，摆脱贫困和野蛮的自然状态，使每个人都能在和平、安全、健康和法治的文明环境下自由实现自己的目的。^[5]既然社会契约的最终意义在于保障每个人的基本权利，在向国家让渡部分自由的过程中，任何理性的人都不会放弃生命、自由和财产等基本权利。这些基本权利的成文化即构成了宪法的权利条款。作为反映契约精神的根本性法律文件，宪法的目的即在于保护个人基本权利不受国家的侵害。这是宪法的本质所在，是所有国家的宪法——不论其特定的政治或经济制度如何——所共同分享的特征。正是为了有效实现这个目的，宪法才规定了国家权力结构的理性设计，主要包括中央和地方政府的权力关系以及政府内部的立法、行政和司法分权结构；否则，我们就将陷入相对主义甚至虚无主义的陷阱，无从比较与评判政府制度设计的得失。经典理论认为，中央和地方以及中央政府内部的权力制衡将有助于防止国家对个人权利的侵犯，因而作为权利保障的必需手段具有几乎永恒的存在价值。^[6]

从这个角度去理解，一部标准的宪法应该包括且只包括对个人基本权利和国家权力结构的规定。从 1788 年美国联邦宪法到 1949 年德国《基本法》和 1958 年第五共和宪法，我们不难看到这早已成为宪政发达国家的宪法通例。其它性质的条款不仅是多余的，而且将阻碍宪法的实施，甚至可能会混淆宪法的基本性质。这是为什么我们从这些国家的宪法文本中看不到公民义务，看不到纯粹的政治宣言，也看不到太多的积极权利。事实上，美国联邦制宪者一开始甚至放弃了《权利法案》，因为当时的争论焦点不是个人拥有什么基本权利，而是如何最有效地保障这些普遍承认的权利，且既然联邦政府是一个有限权力的政府，联邦宪法的功能是在有限范围内授予联邦政府以一定权力，凡是宪法没有授予的权力即被认为是联邦政府无权行使的；《权利法案》却可能导致以下误解：宪法只是禁止政府

侵犯宪法条款所规定的基本权利，凡是宪法没有明确禁止的即应被认为是政府可以合宪行使的。^[7]这样就颠覆了联邦政府权力有限的基本性质，而一旦形成这种误解，联邦政府的权力范围势必将无限扩大，权利保障反而成为空谈。最后，《权利法案》是通过修正案的形式才得以加入联邦宪法，^[8]可见西方国家对于宪法究竟应该规定什么是相当“吝啬”的。

如果权利保障是各国宪法的最终目的，那么中国宪法又如何呢？在历史上，中国有着悠久的专制传统，且统治中国社会的儒家伦理具有强烈的义务导向，而中国的文化传统极大影响着其宪政历程，以至传统思维的遗迹即便在当今社会仍依稀可见。然而，虽然中国对宪法性质的认识经历了坎坷的历程——1975年宪法甚至删除了1954年宪法规定的绝大多数权利条款，但公允地说，1982年宪法基本上承认了权利保障的中心地位。不仅绝大多数权利条款（除了迁徙自由等极少数例外）得以恢复，而且公民权利被提前到第二章，其位置先于国家机构，足见制宪者对权利的重视。这一结构调整表明，现行宪法中的国家机构最终是为了基本权利的有效保障而设置的。2004年的修正案明确要求“国家尊重并保障人权”，更直接反映了基本权利的保障已成为中国宪法所要实现的最高目标。

和西方宪法不同的是，中国宪法除了公民权利和国家结构之外，还规定了许多其它内容。本文以下通过从反面论述宪法“不是”什么，以说明宪法所不应该规定的内容。概言之，由于宪法不是普通的法律，它不应该规定公民义务；由于宪法不是国家政策，它不应该规定经济制度的细节；由于宪法不是政治纲领，它不应该规定太多的积极权利。^[9]笔者认为，这些不适当的规定直接阻碍了现行宪法的实施。

三、 宪法不是普通的法律

1. 宪法不应该规定公民义务

宪法应该是一部具备实际效力的法——在这一点上它和普通法律是共同的，但它又不是普通的法。这不仅因为宪法作为“更高的法” (Higher Law) 在等级上高于普通的法，而且更重要的是，宪法和普通法律的实现目的之方式正好相反：普通的法律主要是规定公民

义务，宪法的基本目的则是规定个人权利。当然，例外总是有的：有些国家的宪法也规定了少量的公民义务，^[10] 尽管这些义务是不可实施的，而有些法律也规定了公民的权利。尤其在福利时代来临后，国家越来越多地承担起为社会提供基本生活保障的义务，因而越来越多的法律规定了公民可以向国家索求的积极权利(positive rights)。但例外归例外，规则仍然是：绝大多数法律通过对个人规定义务并对违规行为实施惩罚来调整个人的行为动机结构，以防止那些危害社会公共利益的个人行为；宪法的基本任务则是保证法律限制充分尊重个人的基本自由，避免它们以不必要的方式对个人权利产生过分负担。

由此可见，宪法不应该规定公民义务，因为这是普通法律的任务。在普通法律秩序下，民法调整私人之间（包括法人和社会组织）之间的权利和义务关系，刑法通过国家强行禁止那些对其他公民造成严重危害的私人行为，行政法则调整公民和政府之间的权利和义务关系。^[11] 对于所有这些法律，立法者都可以根据社会需要对个人施加法律义务以及必要的制裁。但基于契约论的根本出发点，宪法的目的是防止这些法律过分侵犯任何理性公民都不可能同意放弃的基本权利，因而没有为义务条款留下任何余地。在这个意义上，任何人不可能以私人身份“违宪”，因而也就没有遵守宪法的义务——不是说个人在道德上可以不遵守，而是说宪法所规定的法律义务只是针对政府机构，尤其是立法机构，而非针对私人，因而不可能在法律意义上追究私人的宪法义务。^[12] 因此，现行宪法第 33 条规定：“任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务”，可以说混淆了宪法和法律在性质上的重要区别。

当然，任何权利都不是绝对和无限的，每个人都必须在尊重他人基本权利的前提下行使自己的权利。然而，规定义务和界定权利的范围是性质全然不同的两件事情：前者要求个人通过积极行为履行义务，后者则只是将个人权利的保障限于一定的程度和范围，超越这个范围的自由不但得不到法律保护，而且可以依据法律而受到起诉。因此，现行宪法第 51 条规定：“公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”更准确地说，它不是在规定公民不得侵犯国家或其他公民的自由和权利之义务，而是将尊重集体或他人权利作为自己的权利也享受宪法保护的前提条件。

2. 宪法有关公民义务的规定大都是多余、含糊和难以实施的

1982年宪法第二章的标题是“公民的基本权利和义务”，其中第49-56条比较集中地规定了公民义务。^[13]另外，第一章“总纲”也有少量条款规定了公民义务。在这当中，有些条款是没有必要规定或没有必要通过宪法规定的。例如第五条规定：“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”这一条是众所周知的普遍原则，似乎没有必要规定。事实上，与其规定这类抽象原则，不如在宪法制约机制上多下功夫，以切实保证个人和集团的权力限制在宪法与法律范围内。第12条规定：“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”类似地，防止侵蚀公有财产的合理手段是制定并实施有效的制度和法律，否则无论公共财产在宪法上如何“神圣不可侵犯”，都不能杜绝国有资产的流失。另外，“夫妻双方有实行计划生育的义务”、“父母有抚养教育未成年子女的义务，成年子女有赡养扶助父母的义务”（第49条）——规定这些义务的适当途径是制定《计划生育法》或《赡养父母和未成年子女法》，而不是通过宪法笼统宣布这类目标。“保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益”（第50条）——任何法治国家的基本义务是保护所有人的“正当”或“合法”权利和利益，难道不是华侨或归侨的访华者（比如游客或从事交流的学者）的正当合法利益就可以受到侵犯？“公民必须遵守宪法和法律”（第53条）——如上所述，由于宪法只应该规定权利，公民如何“遵守”或“违反”宪法就成了一个费解的问题，而任何人都必须遵守一般法律——不仅是中国公民，在华的外国人也同样如此，这也是无需规定的常识。^[14]“依照法律服兵役和参加民兵组织是公民的光荣义务”（第55条），“公民有依照法律纳税的义务”（第56条）——既然已经有法律规定，国家照常实施法律就可以了，因而这主要是国家而不是公民的宪法义务；公民的义务就是遵守法律规定，因而不直接涉及到宪法，除非国家在制定和实施法律过程中侵犯了个人基本权利。

另外一些条款是意义含糊、难以实施的。例如“公民有维护国家统一和全国民族团结的义务”（第52条）——“统一”和“团结”都是法律上很难定义（因而一般不采用）的词语，譬如阐述港澳特别行政区应享有高度自治的学术观点是不是违反了维护“团结”的宪法义务？公民必须“保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德”（第53条）——类似地，泄露国家秘密的行为可以通过《保守国家秘密法》等相关法律而受到制裁，扰乱社会秩序的行为可以受到《刑法》或《治安管理条例》的惩

罚，至于如何“爱护”公共财产、什么是“社会公德”都是在法律上很难定义的概念，（譬如随地吐痰是否也应被视为“违宪”？）不宜写入法律或宪法。“公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为”（第 54 条）——如果个人确实危害了国家安全，可以通过《国家安全法》加以惩处；至于国家的“荣誉”和“利益”，又是极难界定的概念，譬如柏杨的《丑陋的中国人》是否应为保护自由言论的宪法（第 35 条）所禁止？出国留学不归（从而造成国家人才流失）的中国公民是否在宪法意义上危害了“祖国的利益”？一不小心，原本用来保护权利的宪法反成了一部限制权利的法。这显然违背了制宪的初衷。

这当然不是说宪法应该规定清楚、明确、可以实施的公民义务，而只是说这些模棱两可的义务条款尤其危险，因为它们容许任意的扩大化解释，从而更加背离了宪法保障权利的基本目的。“国家统一”、“民族团结”、“社会公德”、“荣誉”或“利益”，都是极为宽泛并难以界定的概念。假如它们确实成为公民的法律义务，国家可以依据它们对公民进行起诉并定罪科刑，那么我们的宪法就完全“变质”了。事实上，这当然也是不可行的，因为宪法并没有像刑法或行政处罚法那样规定具体的制裁方式，而最高法院早在 1955 年的批复中也明确指出这一点。^[15] 然而，如果宪法对公民施加其必须履行的法律义务，不免容易使人对此产生不必要的严重误解。即使我们不能让法律的实施更为人道，至少也不能让宪法成为侵犯权利的帮凶。

既然如此，笔者找不到任何理由为宪法规定公民义务辩护。宪法这么规定，难道能取得普通的刑法或行政处罚法所不能取得的法律效果？或者是为了给这些法律提供“宪法依据”？但刑法或行政法显然不需要这类依据，一个宪法没有明确规定政府权限的国家尤其不需要这类依据。现行宪法没有提到“银行”，但我们可以通过立法建立银行；宪法没有提到流浪乞讨，但国家可以规定流浪乞讨人员的救助办法；宪法没有为证券交易法提供依据，但我们有一部证券交易法。中国和其它单一制国家的宪法原则一贯是，只要不违反宪法的明确或隐含规定，立法机关可以制定任何法律，而无须宪法的明确授权；否则，代表民主和法治的权力将受到过分限制和削弱。^[16] 因此，似乎除了造成误解之外，宪法的公民义务条款发挥不了任何法律作用。

四、 宪法不是国家政策

1. 政策性规定削弱了宪法的权威及稳定性

其次，宪法是国家的基本法这一事实排除了它作为国家政策的可能性。当然，和任何法律一样，宪法也有基本指导思想，但这并不表明任何重要的指导原则都必须写入宪法，一般的国家政策就更不宜进入宪法。这是因为，第一，宪法是一部稳定的基本法，因而不那么基本的政策应该由法律规定，而不应进入宪法；否则，政策变化必然要求修改宪法，从而影响宪法的稳定性和权威性。另外，宪法的修改程序通常比一般法律更为困难和复杂，因而让宪法规定一般政策将束缚立法者的手脚，使之不能随社会变化而及时调整政策。改革开放以来，中国经济发生了翻天覆地的变化，而我们的宪法仍基本停留在 1982 年的水平。每次重大的经济改革都需要获得宪法授权，不但有可能阻碍了改革的步伐，而且宪法的频繁修改也将削弱宪法的稳定性和权威性。^[17]

中国宪法在这方面的问题相当突出。由于经济的快速发展，许多即使在改革开放后规定的宪法经济制度也已经过时，因而存在着不断修正的需要。结果，在 1982 年宪法之后的四次宪法修正中，绝大多数修正案是针对总纲中规定的经济制度条款。例如 1988 年的两条修正案都是关于经济制度。其中第一条修正案规定，“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展”，因为正文中已经规定了国营（有）和集体经济组织的合法地位，因而修正案不得不增加关于私营经济的规定；但假如正文中保证所有经济主体的平等活动权利，而不给予任何特定性质的经济主体以宪法优先地位，那么这一条原本是完全多余的。第二条修正案增加了土地使用权的依法转让，但假如确立了市场经济下公平交易的自由权利，这一条本来也是没有必要规定的。

在 1993 年的 9 条修正案中，前 8 条都是关于经济体制的修正，只有最后一条（地方人大的选举和任期）才涉及到宪法本应规定的事项，所有其它条款的事项都是原本没有必要也不应当规定的。假如宪法没有提到“国营经济”（第 7、16、42 条）、“人民公社”等农村经济单元（第 8 条）以及“公有制基础的计划经济”（第 15 条），那么第五、第八和第十修正案（改“国营”为“国有”）、第六修正案（农村的承包责任制）、第七修正案（社会主义市场经济、宏观调控）以及第九修正案（删除对集体经济的国家计划指导）本

来都是没有必要的。

到 1999 年，人们发现即使是 1993 年的某些修正案都已经过时，因而需要进一步修正。在 5 条针对正文的修正案中，有 3 条是关于经济制度的条款。^[18] 农村集体所有制的定义从 1988 年修正中的“家庭联产承包为主”改为“家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”（第 15 修正案），个体经济、私营经济和其它非公有经济的地位从原来作为公有经济的“补充”，提升到“社会主义市场经济的重要组成部分”（第 16 条修正案）。之所以有必要进行这些修正，根本原因在于宪法一开始涉及经济制度。假如不是正文第六条坚持公有制原则，那么本来也没有必要加入第 14 条修正案（加入“社会主义初级阶段”理论），且“初级阶段”本身不仅难以定义，而且在今天的“全面小康”基调下似乎也已经显得过时。

2004 年，有关经济条款的修正案在比例上有所下降。在针对正文的 12 条修正案中，只有 3 条是纯粹和经济有关，且其中至少有两条是完全必要的，因为它们所规定的不是经济制度，而是财产权的宪法保障。但经济制度还是让宪法修正案带上了包袱。由于即使是“个体经济”和“私营经济”（第 11 条第二款）也不足以涵盖中国经济的多元化状况，因而修正案不得不加入“非公有制经济”这个有些累赘的概念：“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”事实上，假如没有第 12 条坚持“公有财产神圣不可侵犯”，本来也没有必要特别规定“合法的私有财产不受侵犯”。^[19] 在宪法平等的大原则之下，无论是公有制经济还是“非公有制经济”、“公有财产”还是“合法的私有财产”，都应该受到国家一视同仁的对待。区别对待不仅没有必要，而且也违反了平等和公正原则。

2. 许多政策规定在法律上是不可操作、难以实施的

如上所述，宪法作为“法”必须是可实施的，而并不是所有的政策——包括基本或重要的国家政策——都具备可实施性。绝大多数有关经济制度的规定都不具备可实施性。例如如何保障国家的基本制度是社会主义公有制？且不说“社会主义”这个概念极难界定（譬

如西欧福利国家是不是“社会主义”？民营企业的生产总值超过国有企业的国家是不是“社会主义”？），在一个真正的市场经济国家，根本就不可能通过法律强行保证公有制（或私有制）一成不变，因为所有权可以通过市场公平交易随时转换，而这是宪法和法律不需要控制也控制不了的事情。国家可以征用私人的土地，私人也可以购买原属于国家的财产——只要双方自愿，国家通过法律的人为阻碍是徒劳的，也是对经济发展有害的。^[20]正如韦伯指出，在某些条件下，“法律秩序”仍保持原状，而经济关系却发生了极端的转变。在理论上，社会主义生产体系之产生可以经由政治权力通过自由契约而逐渐采购所有生产手段，甚至不需要改变宪法或法律中的任何一段话，反之亦然。^[21]因此，宪法对经济制度的规定不仅是不必要的，而且也是难以操作、不可实施的。

中国 1982 年宪法规定了大量的政策取向的条款。除了“序言”之外，“总纲”集中规定了国家的基本政策，尤其是经济制度取向。例如中国是“工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家”，社会主义制度是国家的“根本制度”（第一条）；“社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能，按劳分配的原则”，“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”（第六条）；“国有经济是社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展”（第七条）；……“国家实行社会主义市场经济”（第 15 条），等等。所有上述条款都是无法实施的，因为不可能形成可操作的法律标准，以有效界定“社会主义初级阶段”、“公有制为主体”、“市场经济”、“按劳分配”等抽象概念之范围，因而也无法实现“依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序，破坏国家经济计划”（第 15 条）。^[22]

和规定公民义务的条款类似，规定国家政策的条款中有些也是无须规定或单独规定的，例如第 14 条规定：“国家厉行节约，反对浪费”，但我们知道没有哪个国家会主张浪费。第 16 条规定：“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。国有企业依照法律规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理”；第 17 条紧接着规定：“集体经济组织在遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。集体经济组织实行民主管理，依照法律规定选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。”一个自然的问题是，既然国有企业和集体经济的经营自主权和民主管理都要受到保护，两者为何分开规定？两条规定

在措辞上的差别——国有企业“在法律规定的范围内”有权自主经营，集体经济则“在遵守有关法律的前提下”有“独立进行经济活动的自主权”——是否具有任何法律意义？如果有，其法律区别究竟是什么？国有企业和集体经济的“民主管理”方式究竟有何不同？其它性质的企业是否也有类似的经营活动自主权？如果有，为什么只单独规定了国有企业和集体经济的自主权？第 16 和 17 条如此规定，产生了许多难以回答和解决的问题，因而不如其合并为一个普遍保障经营自主权的条款，而不用区分企业的所有权性质。在发展市场经济的大背景下，这种区分也不符合宪法第 33 条有关公民“在法律面前一律平等”的基本原则。

另外还有些条款则是难以实施的，例如“国家根据各少数民族的特点和需要，帮助各少数民族地区加速经济和文化的发展”（第四条）——如果西藏、宁夏或云南某少数民族地区的经济发展缓慢，国家是否应承担宪法责任？如何判断国家是否根据当地的“特点和需要”，适当“帮助”了地区经济和文化发展？这些都是很难确切回答的问题。“国家举办各种学校，普及初等义务教育，发展中等教育、职业教育和高等教育，并且发展学前教育。……国家推广全国通用的普通话。”（第 19 条）——如果边远地区小学的危房问题没有解决，或当地政府发不出教师的工资，国家是否没有尽到宪法义务？学生或教师是否可以起诉？如果某个地区的毕业生没有学好普通话，因为学校教师的地方口音严重，是否可以起诉国家没有充分实行推行普通话的政策？虽然这些条款提出了值得追求的政策，但很难在法律上判断国家是否适当履行了有关义务。类似地，国家“普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育”，“提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德”（第 24 条）；“国家加强武装力量的革命化、现代化、正规化的建设，增强国防力量”（第 29 条）显然的困难是，如何判定国家是否履行了这些政策？大规模裁军能否算作“加强武装力量”的合宪之举？从法律实施的角度看，政策条款往往是难以操作的，因而不如其不在宪法中规定。

3. 美国联邦宪法的成功秘诀：尽可能不涉及经济制度

在这个问题上，我们可以比较一下美国联邦宪法。美国无疑是一个以“资本主义”市场经济（这两个词当然也有歧义）为主导的国家。但美国宪法中却找不着“资本主义”、

“私有制”或“市场经济”这些字眼。显然，大多数美国人并不是认为这些制度设定不重要。但宪法之所以没有规定，无非是出于两个原因：其一，关于经济制度的规定是不好操作、不可实施的，而宪法的每一条都必须获得实施。不但“私有制”这类概念模棱两可、不可实现，而且一旦经济制度发生偏离，没有人能通过法律途径加以挑战，因为个人不可能成功主张如此直接的法律利益而获得宪法诉讼的资格。譬如国家在给予公正补偿的基础上征收私人财产，被征收者并不能因为美国增加了公有制程度而诉诸法院，因为无论国家的经济制度是公有制还是私有制，只要她个人获得了公正补偿，那么她就没有受到允许她提出诉讼的事实或法律损害(injury)，因而宪法即使规定了“资本主义”，也无法通过法律手段阻止美国向社会主义转变。^[23] 既然不可实施，那还不如不规定。其二，许多人认为经济制度无论如何重要，都可以通过人民代表的立法行为而加以改变。说不定美国哪一天也会抛弃市场经济，走向计划经济——其实，美国经济的计划成分自新政以来已经相当高。因此，霍姆斯法官(J. Holmes)在一项著名的反对意见中提醒人们：“宪法并没有制定赫伯特·斯宾塞的《社会静力学》”，^[24] 美国宪法并没有接受社会达尔文主义的“人竞天择”理论，而是将社会政策——政府究竟应该干预多少？——留给受制于周期性选举的立法机构去自由决定。

这是为什么联邦宪法仅涉及到极少数的经济权利条款。^[25] 宪法正文仅一处提到这类权利：第一条第十款禁止各州政府取消合同义务，突显了契约自由对市场经济的重要性。修正案中两处提到类似的经济权利：第五和第十四修正案分别禁止联邦和各州不经过法律正当程序就剥夺公民的生命、自由和财产，第五修正案进一步规定，“财产的征用必须获得公正补偿。”这些规定非常简洁，也非常有效地解决了诸如中国目前所面临的拆迁补偿问题。

由此可见，宪法条款的规律是容易“挂一漏万”：规定得越多，保障得越少；对国家政策的规定越仔细、越具体，政策的缺漏和矛盾就越明显，日后填补宪法漏洞和更新过时规定的需要就越迫切，而频繁修改无疑将削弱宪法的稳定。在这个意义上，一部好的宪法应该规定得尽可能少而不是多。事实上，美国联邦宪法正是因为没有涉及到复杂易变的经济制度，才维持了两百多年之久，而不需要频繁的修正。联邦宪法近乎优美的精练，直接有助于延长宪法的“寿命”并增加人们对它的尊敬。

四、 宪法不是政治纲领

和许多政治纲领一样，宪法也表达基本理想和目标；但政治纲领不一定需要也不一定可能兑现——例如美国共和党人在不触动福利社会的前提下一直鼓吹的减税，但宪法作为一部基本法的承诺则是一定要兑现的；否则，国家就失去了基本的诚信。试想如果国家的根本大法都说了不算，那又如何能要求众多的法律、法规、规章还有大大小小的“红头文件”或官员的口头保证兑现其承诺呢？

“言多必失”，宪法也同样如此。基本权利的规定是必要的，但如果规定得过多，而多余的又不能实现，那么人们反而要怀疑那些基本的是否也不能实现。如上所述，从保证实施的角度考虑，宪法权利与其规定得多，不如规定得少，并坚持避免规定不能实现或实施的权利。在“社会主义初级阶段”中，许多的积极权利是难以实现的，因而不如在宪法中加以规定。这并不表明我们就不去实现这些目标或认为它们不值得实现。如果必要的话，我们可以制定一部《失业救济法》、《医疗保险法》或《周末休息法》等等，而没有必要让宪法去冒“说了不算”这个致命的风险。

1982年宪法第二章中的第42-48条集中规定了国家必须主动为公民实现的“积极权利”，所有这些条款都面临着国家是否有能力实施和兑现的质疑。第42条规定，“公民有劳动的权利和义务。”^[26] 愿意“劳动”的下岗职工是不是可以依据这一条向政府要工作？政府有能力满足他们的需要吗？第45条规定：“公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。”只要稍微“较真”一点，就不难发现国家在以前、现在以及可能相当长的未来都无力履行这一条所规定的宪法义务。2004年宪法修正案在第14条中加入一款：“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”，对第45条的承诺似乎有所限定和保留，但“同经济发展水平相适应的社会保障制度”含义过于宽泛模糊，几乎不可能受到有意义的法律解释，因而。另外，“公民有受教育的权利和义务。”（第46条）受教育权无疑是很重要的，但如果现在不可能充分实现，或许还不如不规定。面对那么多的下岗工人、失学少年和生活没有完全保障的城市或乡村居民，我们的宪法能给他们什么交代呢？结果无非是在两个都不那么令人羡慕的答案中间选择：或者是使宪法解释违

背常理，也就是通过扭曲词语的通常意义去解释宪法，在“初级阶段”的语境下使劳动权排除下岗职工的工作权利，或通过“同经济发展水平相适应”这样的限定词去淡化“获得物质帮助的权利”；或者是干脆忘记这部宪法，因为过多的承诺产生过高的期望，最后反而不能利用宪法解决任何实际问题。

显然，我们没有必要将自己束缚在这两个选择之间。删除不切实际的承诺，减轻宪法的负担，使之仅限于规定我们能够做到的事情，我们或许会发现这部宪法其实离现实并不那么遥远。

五、 几点消极建议

针对上述评论，笔者在此对今后的修宪提出几点消极建议——之所以是“消极”的，是因为它强调先破后立，在弥补遗漏之前先“减负”。因此，笔者的第一个建议是逐步删减宪法中的公民义务条款和政策条款，并按照国家的实际能力适当删减积极权利条款。对于中国宪政来说，这听上去当然像是一剂“猛药”，只有在学者、社会和政府之间逐渐达成共识之后才能实现，而这可能是一个相当艰难和漫长的过程。本文的目的只是从理论上指出宪法实施的逻辑要求：如果不去除对于一部“法”来说多余的条文，那么我们将注定难以完成从“纸面上的宪法”到“实践中的宪法”之转变；和这些条文混杂在一起，那些有必要规定的条文也将面临得不到实施的风险。

第二，某些宪法条款可以保留，但措辞应适当变更。例如现行宪法第八条规定：“国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益，鼓励、指导和帮助集体经济的发展。”这项条款的主要目的是保护集体经济的权利不受侵犯，但条文的措辞听上去更像是表达了一种国家政策，甚至集体经济获得国家“鼓励、指导和帮助”的积极权利。如果这么理解的话，这种积极权利只会扩大政府的权限，并为干预集体经济的经营自主权打开方便之门，从而背离了保护集体经济活动自由的初衷。笔者建议将这项条款简单改为“国家不得侵犯城乡集体经济组织的合法的权利和利益”。类似的，2004年修改后的第11条规定：“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”这项条款可简单修改为“国

家不得侵犯个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。”

笔者认为，对宪法的最大亵渎并不在于遗漏了某一项重要权利，而在于不认真对待宪法的每一个字，因为再大的遗漏都可以在日后不断弥补，但是这种已经习以为常的对宪法漫不经心甚至不屑一顾的态度是不可原谅的。和所有法律一样，宪法的意义不在于其规定多么完善或华美，而在于其是否实用；如果宪法被当作一个漂亮的花瓶或门面装点起来，那其实就如同把整部宪法扔进了垃圾箱里一样。在这个意义上，说得极端一点，在一部不可实施的“良宪”和一部可实施的“恶宪”——有欠完善甚至已经过时的宪法——之间，如果不得不作出选择的话，我们还是宁愿选择后者。

当然，这并不是说如果不能删减公民义务、积极权利和政策条款，中国宪法就绝对得不到实施。2001年的“齐玉苓案”就是一个很好的例子。^[27] 尽管这个案例的处理存在着这样或那样的问题，它表明即便在目前的文本环境下，“受教育权”还是可以得到实施。然而，这同时也表明我们必须有选择地实施目前宪法中可以实施的那些条款。但究竟哪些条款可以实施、哪些条款不可能（因而不可）实施，很可能产生见仁见智的判断。宪法的“选择实施”将授予其解释与实施机构以极大的自由裁量权，而这种自由度是法治国家所不能容许的。^[28] 因此，作为“没有办法的办法”，选择实施至多只能是权宜之计。宪法的实施最终要求一部可实施的宪法，而这意味着我们必须在宪法文本上下功夫。

【注释】

* 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作获得教育部重大攻关项目“政治文明与宪政”的支持，特此致谢。

[1] 一个最显著的例子是美国联邦宪法的前十条修正案——也就是《权利法案》，其中大部分是关于刑事正当权利。

[2] 参见“认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性”，《中外法学》2003年第5期，第560-580页。

[3] 参见“论宪法效力的界定及其对私法的影响”，《比较法研究》2004年第2期，第1-18页。

[4] 宪法第三章规定了“国家机构”，因而不涉及到上述问题。中国宪法的另一个特点是其“序言”相当冗长。由于一般认为序言本身没有法律效力，因而不在此单独讨论。但笔者认为，既然宪法是一部具有实际效力的法，没有法律约束力的序言或许不应该占据如此漫长的篇幅。

[5] Thomas Hobbes, *Leviathan*, London: Penguin, [1651] 1968, p. 186.

[6] 众所周知，在这两个方面的开山之作分别是孟德斯鸠《论法的精神》（三权分立）和麦迪逊的《联邦党文集》第十篇（联邦主义和政治多元主义理论）。

[7] 参见布莱斯特等：《宪法决策的过程——案例与材料》（第四版·上册），中国政法大学出

版社 2002 年版，第 5-6 页。

[8] 无独有偶，法国第五共和宪法也没有独立的权利条款，但前言中提到了 1789 年《人权宣言》和 1946 年第四共和宪法前言，后者规定了颇多积极权利。在 1971 年的“结社法决定”之后，宪政院将两部宪法性文件所规定的权利付诸实施，但以经典自由主义为主导的《人权宣言》在地位上高于第四共和宪法前言。

[9] 有时候，某一项特定的宪法条款可能同时体现了多个问题。例如现行宪法第一条在规定社会主义制度是国家根本制度的同时（经济条款），“禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度”（义务条款）。第四条规定：“国家保障各少数民族的合法的权利和利益，维护和发展各民族的平等、团结、互助关系。禁止对任何民族的歧视和压迫，禁止破坏民族团结和制造民族分裂的行为”，因而在说明保护少数民族的基本国策的同时作出了积极承诺，并规定了不得进行种族歧视、“破坏民族团结”或“制造民族分裂”的义务。第 34 条规定：“国家保护正常的宗教活动”，因对宗教的“正常”活动不受干预提供了积极承诺，但“任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动”，且“宗教团体和宗教事务不受外国势力的支配”，又规定了宗教活动的限制和义务。

[10] 例如日本 1946 年宪法第三章虽然规定了“国民的权利及义务”，但其中涉及公民义务的条款很少，主要是“劳动”（第 27 条）和“纳税”（第 30 条）的义务。另外，第 12 条不但禁止国民滥用自由与权利，还要求国民“应经常负起增进公共福利之责任”。显然，这些条款都只有通过具体的立法才可能获得实施。

[11] 这里所指的普通法律不包括行政程序（诉讼）和刑事程序（诉讼）法。这些法律带有明显的公法性质，且和宪法之间具有密切关系，因为它们经常直接涉及到宪法权利。

[12] 对于这一点，参见笔者的《宪法学导论——原理与应用》，北京：法律出版社 2004 年 11 月版，第 21-29 页。

[13] 其中有些条款和基本权利混合在一起，譬如公民“有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利，但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害”（第 41 条），“公民有劳动的权利和义务”（第 42 条），“公民有受教育的权利和义务”（第 43 条）。

[14] 同理，第 18 条（外资企业与合资企业都必须遵守法律，“它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护”）和第 32 条（“保护在中国境内的外国人的合法权利和利益，在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律”）也完全是多余的。

[15] 《关于在刑事判决中不宜援引宪法作论罪科刑的依据的复函》，研字第 11298 号。

[16] 对于这个论点，参见笔者的“论宪法效力的界定及其对私法的影响”，《比较法研究》2004 年第 2 期，第 1-18 页。

[17] 参见《宪法学导论——原理与应用》，北京：法律出版社 2004 年 11 月版，第 145-147 页。

[18] 1999 年的另外两条修正案中，只有第 13 修正案（实行“依法治国”、建设“社会主义法治国家”）可能具有法律效果，因为“法治国家”或许对权力配置和公民权利的救济都具有一定的含义。第 17 条修正案取消了正文第 28 条的“反革命”罪，因而具有一定的进步意义，但这类规定国家刑事惩罚义务的条款本身不应该在宪法中出现。如果要“维护社会秩序，镇压叛国和其他危害国家安全的犯罪活动，制裁危害社会治安、破坏社会主义经济和其他犯罪的活动，惩办和改造犯罪分子”，一个依法治国的国家完全可以通过修改、补充和实施刑法来实现这些目的。

[19] 另一个不应忽视的问题是宪法正文和修正案的措辞：“不受侵犯”之类的措辞听上去像政治口号，因而一般不为法律语言所采用。宪法、法律和国家的任务绝对保护任何财产“不受侵犯”的，它们只能将侵犯财产权的行为定义为犯罪并为此提供必要的惩罚。事实上，即使是远比财产重要的生命和人身自由都是如此，更何况财产权可以通过合法交易自由转换。因此，国家所能做的至多是为财产权提供法律制度保障，并要求国家自己在征收征用公民财产过程中给予公正补偿。

[20] 当然，名义上的所有权——例如城市土地——仍然可以保持为国有，但使用权为私有。近年来，《土地管理法》对农村土地所有权和使用权交易的限制已经产生了诸多不良后果，譬如土地成为政

府寻租的资源、农民的合法利益受到剥夺、耕地和基本农田得不到保障等。参见赵小剑：“‘土地新政’背后的政治经济学”、“辨析农地流转”，《财经》2004年第21期（11月1日），第90-95页。

[21] Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., Berkeley: University of California Press (1978), p. 334.

[22] 当然，除了上述问题之外，这些条款也都有在法律上难以操作的问题，且其中有些还不适当地规定了公民义务。

[23] 当然，这并不是说美国不存在阻止经济制度转变的政治手段。如果政府的国有化措施引起了大部分选民的不满（即便在给予公正补偿的情况下），他们总是可以将不得人心的议员或行政首脑选下台。但政治（也就是选举或其它方式的监督）过程和法律过程存在着本质区别。换个角度看，即使宪法或法律规定了某种性质的所有制，选民也可以通过政治过程改换立法者以变更之。

[24] *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

[25] 对于这一点，亦可参见卢周来：“也说美国宪法为什么只有充公条款”，《读书》2003年第7期，第114—116页。

[26] 该条还规定：“国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。……国营企业和城乡集体经济组织的劳动者都应当以国家主人翁的态度对待自己的劳动。国家提倡社会主义劳动竞赛，奖励劳动模范和先进工作者。国家提倡公民从事义务劳动”，可见政策条款往往很容易转化为积极权利条款。

[27] 参见最高法院《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，法释 [2001] 25号。

[28] 事实上，早在1803年的著名案例马伯里诉麦迪逊(*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137)，马歇尔首席大法官就推理道：如果法院有权在某些案件中适用宪法的某些条款，那就意味着法院可以适用宪法中的任何其它条款。因此，他认为整部宪法都可以并应该受到实施。这个假设得以成立的前提是宪法条款几乎全部都是可实施的。即使在美国，这个假设也不绝对成立，例如最高法院曾明确拒绝实施联邦宪法第四条第四款的“共和保障”条款(*Guarantee Clause*)。但是这种例子在美国宪法中是极少的。大多数宪法条款虽然不是宪法诉讼的焦点，因而未必产生众多判例，但它们在性质上都是可实施的，因而可以作为判例依据。

【出处】
《华东政法学院学报》2005年第3期，第25-33页。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法->中国宪法

宪政、法治与经济发展——一个初步的理论框架（上）		评
Constitutionalism, Rule of Law, and Economic Development: A Preliminary Theoretical Framework		
张千帆		
【摘要】		
本文的重点在于澄清宪政、法治与经济发展三者之间相互依存、相互制约的辩证关系，并探讨宪法和宪政、宪政和法治以及法治和经济发展之间相互交错的逻辑关系。本文认为，健全的市场机制要求配套的		

宪政制度建设，包括健全行政法治，完善选举制度，确立有限政府理念并完成政府职能的转变，从制度上确立私有产权的宪法地位，并充分保障所有经济活动主体的平等宪法权利。

This article clarifies the dialectic relationship between constitutionalism, rule of law, and economic development, and discusses the mutual interactions between the constitutional text and constitutionalism, between constitutionalism and rule of law, and between rule of law and market economy. It proposes that the consolidation of a healthy market mechanism requires the establishment of corresponding institutional mechanisms, including a developed administrative rule of law regime, a regular electoral democracy, due acknowledgement of limited government principle and the necessity of transforming the government functions, the implementation of the private property institution as recognized by the recent constitutional amendment, and effective guarantee of the equal constitutional rights of all economic actors.

【关键词】

【点击次数】1152

【阅读次数】1152

改革开放以来，如果说法治(Rule of Law)和经济的联系已获公认，宪政(Constitutionalism)对经济发展的作用则远未获得普遍认同。相反，一种普遍的误解认为，宪政仅涉及到公民权利和纯政治性事务，和经济无缘。更有甚者，由于对法治与宪政的长期忽视，宪法被认为是没有实际效力的空头文件。然而，对世界上主要法治国家的研究充分表明，宪法在现实生活中的直接效力不但是公民权利不受任意侵犯的切实保障，而且也是可持续发展的必要条件。这项课题将通过比较各国的发展经验论证，宪政作为法治的源泉和最高表现形式，为健康与稳定的经济发展提供了体制基础。

到目前为止，国内学术界对法治与经济发展的关系仅限于一种被唤醒的普遍意识，尚缺乏严格的科学论证，尽管已有一些相关的英文原著被陆续翻译。这一领域在国外也属于新兴学科，因为旧的“体制学派”(institutionalism)对法律的社会作用的认识限于受意识形态的影响所作的一般描述，^[1]往往陷入“法律形式主义”(legal formalism)，而未能在微观层面对个人的行为选择作出深入分析。事实上，“新体制学派”(Neo-institutionalism)在初始阶段的工作也有同样问题，尽管分析的视角已发生了转变。^[2]在这一方面，以韦伯(Max Weber)为代表的社会法学曾作出开创性贡献，^[3]但由于当时的研究方法和经验数据的限制，社会法学的研究仍然是宏观与粗浅的。只是在近二十年来，随着方法论的个体主义(methodological individualism)被逐渐应用到社会科学的各个领域，博弈论和理性选择模型等研究工具才被越来越多地用来分析法律问题。^[4]

即使如此，这类分析目前仍局限于较为简单的事例，且缺乏充分的理论与经验证据。至于作为法治最高形式的宪政和经济发展的关系，严格与中立的学术论述则更为少见。但宪政对发达国家乃至发展中国家的社会转型的作用，正受到学术界越来越多的关注。^[5]

本文的重点在于澄清宪政、法治与经济发展三者之间相互依存、相互制约的辩证关系，并探讨如下基本问题：什么是宪法和宪政？什么是法治和行政法治？宪法和宪政、宪政和法治、法治和经济发展之间存在着什么逻辑关系？为什么市场经济要求法治或行政法治？宪政对经济发展可能具有什么作用？如何逐步完善中国的宪政与法治？本文的目的是通过解释有关概念和理论，为以后的更深入探讨提供一个初步的理论框架。

一、 市场、法治与理性

（一） 理性选择与法律的预测功能

在理性选择(Rational Choice)的理论框架下，每个人都是主要考虑自身利益最大化的利己主义者。在选择对自己有切身利益关系之行为的过程中，每个人都会基于其所能掌握的信息，比较仔细地衡量不同选择的利弊得失，并采取他认为对自身最有利的行为。当然，生活在社会中的个人不是孤立的，个人的行为选择必然影响他人的利益，反之亦然。个人的行为选择也取决于他人的行为选择——或者更准确地说，对他人行为选择之预期，尽管每个人可能仅掌握很有限的关于他人之信息。在这个意义上，人的社会活动是一场信息不完善的博弈，以赢利为目的的经济活动尤其如此。^[6] 每一项市场交易都是当事人双方在作出成本—利益分析(cost-benefit analysis)之后决定对自己有利可图的自愿行为。除非当事人发生错觉或信息严重失实，契约的履行同时实现了双方的利益最大化。这是市场经济的本质。

在这个框架之下，法律发挥什么作用？根据美国联邦最高法院大法官霍姆斯的理论，法律的职能是帮助人们“预测”(predict)：“我所指的法律，就是对法院实际会做什么的预测，而不是任何更为做作的东西。”^[7] 预测什么？预测其行为所可能带来的后果。对于经济活动而言，国家法律规定了合法活动的边界——或者如自由主义者所主张的，违

法活动的边界，因为他们认为所有的活动都应被允许，除非受到法律的明确禁止。譬如环境法可以规定排污者必须承担法律责任，交纳一定数量的罚款甚至遭到一定期限的监禁。在违法必究的法治国家，任何超标的排污行为都将以比较高的概率受到法律制裁。如果一位民营企业要开办化工厂，他可以选择安装控制污染的设备，也可以选择违法并承担由此引起的法律后果；假如他认为违法成本低于环保费用，那么任其污染将是其理性选择。反之，假如他的合法利益受到侵害，他也可以预期国家将为其提供保护，使之基本上恢复到侵害没有发生的水平。规制私人行为的民法也是如此。合同法规定了双方必须经过什么程序，才构成国家所承认并保护的合同义务。在合同成立后，如果履行对一方来说得不偿失，他可以选择履行合同规定的义务，只要他赔偿对方的损失。因此，法律的作用在于使各方都能比较准确地预测行为选择的利益和成本，从而帮助当事人做出对自己最理性的选择，按照对自己最有利且他人也可以接受的方式计划自己的行为。^[8]

反之，在法治不健全的国家，由于个人的合法权利得不到有效的保障，违法行为得不到有效的惩罚和遏制，因而经济活动带有很大的变数。权利和义务的不确定使得经济活动的主体无法事先比较准确地预测不同行为选择的后果，从而无法理性地选择互利的社会行为。这种环境可能会使投资者望而却步，或助长经济活动主体的短期行为，因为稳定的长期收益得不到法律的可靠保障。

当然，任何国家的法治状况都不可能是十全十美的，因而我们可以设想一个衡量法治健全程度的参数 f ，其数值在 0-1 之间。经济活动的利润 $P = f \cdot B - C$ ，其中 B 为经济活动在理论上应在市场交易中获得的收益， C 是生产成本。经济活动的逻辑就是使得 P 最大化。在法治十分健全的理想状态下，产权与契约权利受到充分的保障，因而经济活动的收益将不打任何折扣，投资者将完全按照法律所决定的成本和利益平衡决定其投资选择。在任何其它状态下，由于存在着产权因得不到法律保障而丧失的一定程度的风险， f 是一个小于 1 的分数，因而经济活动所获得实际收益需要打一个折扣。^[9] 法治越不健全， f 值越小，经济收益的折扣越大，投资等市场活动就越不可能发生。

在这个意义上，法治下的市场经济也是一种“计划经济”，只不过这种“计划”是以私人而非政府的理性计算为主导。法律的功能即在于帮助私人制定并实施其理性的经济活动计划。不同性质的法律具有不同的分工。私法调整私人之间、私人和企业之间的关系，

公法则调整私人或企业和政府之间的关系并规范政府行为。两者的目的都是为了使影响经济活动的参数更为确定，使每一个经济主体都能在市场环境下理性地计划自己的行为。

（二）促进经济发展的法律制度

以上论证了法治对于市场经济的发展是有利的，但并没有说什么样的法律更能够促进经济发展。事实上，根据古典经济学的模型，法律制度关系不大，因为只要保证市场的自由交易能够进行下去，各国经济发展最终将独立于法律而相互趋同。但事实是，各国仍然存在着显著差异，且呈现出发散而非趋同现象。^[10]事实上，发达国家流向发展中国家的资金要比新古典经济学的理论所预言的低得多；只有在计入制度因素的差异之后，各国发展水平才大致与新古典经济学模型的预测一致。^[11]由于明智或有效的政府制度并不一定能够通过自然演化而产生，因而市场经济未必是“自然发生的体制”。新制度经济学通过强调法律制度的作用而弥补传统理论的缺失。

究竟什么是经济增长的决定因素？新制度理论认为，经济增长显然不仅取决于自然资源，而且还取决于投资和劳动生产率(productivity)。这些因素如何促进经济发展是法律经济学的研究课题。新制度经济学的基本假定是简单的：只有在投资能够获得利润的时候，个人才会投资，而从劳动或投资中获得利润的能力不是自然或自动存在的，而是需要“明确界定和免费实施的产权”。如果这种最优条件不能满足，个人就不会有投资动机。因此，“和金钱资本、物质资源资本、人力资本或技术资本相比，制度资本可能是经济发展的更重要决定因素。”^[12]经济增长依靠政府所创造的有利条件，但政府制定的政策经常不仅未能创造有利条件，而且人为损害这些条件。回顾西方历史，诺斯认为英国与荷兰之所以在17世纪超越了法国和西班牙，主要是因为对产权的有效承认。现代史进一步证实，只有在产权通过法律获得有效保障的国家，才有强劲的经济增长。另外，政治制度和法律也是促进经济增长的重要因素，因为良好的制度结构释放资本的能量。对于主要的法律规则和制度——例如民主、产权和某些政府规制——对经济增长的积极意义，已经存在着相当多的经验证据。^[13]

1. 理性的法律框架

理性的法律框架有 3 大支柱。第一，具备法律约束力的规则。法治的基本原则是，任何人不应为事后制定的法律负责，因而规则必须在事前可知，且获得国家的实际实施。第二，制定、修改与实施这类规则的适当程序。立法过程不能是任意的，而必须建立在和受其影响的人群协商的基础上，并可以现实地依赖现存的制度。第三，运行良好的政府机构。这些机构由受过训练并有积极性的个人组成，对公民透明并负责，服从并适用有关规制而不带有腐败和任意性。因此，法律必须被平等适用于处于类似情形的所有人，也就是政府官员没有权力基于偏袒、成见、信仰或政治忠诚等因素而在实体规则的适用或解释过程中加以歧视。^[14]

市场经济的要义是自由与平等竞争。如果不能保证市场主体的地位平等，必然会损害市场竞争。由于受到传统计划经济的影响，这类问题在中国仍然比较严重。银行贷款是一个重要的投资渠道，但为了保证国有企业的生存和发展，中国的银行对民营和私营企业门槛较高，且手续要求繁杂，因而许多急需资金的民营企业被挡在银行门外。在社会对于资金需求的压力下，“地下钱庄”和高利贷于是应运而生。^[15] 由于“地下钱庄”的贷款得不到国家法律的规范，利息高达正常银行贷款的几十倍，一些无力偿还高利贷的借款者不仅企业破产，而且为了躲避讨债而不得不离家出走。国有企业和私营企业的不平等待遇阻碍了市场经济的健康发展，造成了资源浪费的不合理现象，也给人的社会生活带来了不必要的巨大成本。

2. 产权、契约和经济自由

经济自由是最重要因素之一，通常可以通过产权保障、参与自愿交易的自由程度以及政府对履行合同的保障加以衡量。经济自由具有好几个衡量指标，例如衡量不同国家经济自由度的国际指标、私人律师机构在评价国家法律制度后所得出的投资者指南等。实证研究表明，这些指标和经济增长显著相关，其中产权、法治、合同有效性和政治自由的保障

对增长尤其重要。经济自由和良好企业环境的缺乏以及对财产的任意剥夺都将抑制经济增长。^[16]

当然，更多的产权并不一定比更少的产权好。正如富勒指出，尽管产权和契约对经济增长是至关重要的，产权和契约的“僵化” (rigidities) 必须得到限制，以使社会能将资源导向更有效的利用。^[17] 例如将私人公司的雇用作为一种产权将增加失业人口，从而降低经济效率。

3. 民主

最重要的实证研究也许是民主对经济增长的作用。民主可能对增长具有积极意义，因为专制政权可能是财富的掠夺性剥夺者 (predatory expropriators)，且政治市场上的竞争以及责任性 (accountability) 将促使民主候选人倾向于增加其选民的财富。^[18] 但民主本身也可以通过劫富济贫而成为掠夺性剥夺者，而且民主政权可能无能对经济改革作出必要的长期承诺。^[19]

泽华斯基在分析了 18 项不同研究后发现，民主和威权政府似乎平分秋色：其中 8 项研究表明民主政府发展更快，8 项表明威权政府发展更快，而另外 2 项研究未能发现两者的区别。^[20] 这说明政治制度只是经济发展的一个因素，在某些情况下促进经济发展，而在其它情况下则可能“帮倒忙”。最近的一项研究表明，民主国家普遍具有更好的教育和更多的投资，并发展更快，而民主有所倒退的国家则无论是长期还是短期都发展更缓慢。

^[21]

二、市场经济下的政府职能与行政法治

根据经典自由主义理论，市场经济的出发点是自由而不是控制。经济活动只要不产生确实的社会危害，就不应受到政府管制。究竟是否应该并在何处投资？如果具备必要的市场信息，经济活动的从事者自己是最明智的风险权衡者。政府的作用仅在于为产权和契约

的履行提供可靠的法律保障。由于政府总是存在滥用或误用权力的风险，政府管制应该越少越好。因此，政府权力应被限制在必要的范围内，包括国防、治安等私人不能有效提供的公共产品，如社会平等、工人健康与安全、环境保护等。

（一）市场经济要求什么样的政府职能？

由休谟、斯密和密尔(J. S. Mill)开创的经典自由主义禁止国家干预经济，并把国家的作用仅限于“守夜人”的角色。然而，每一个经济发展成功的国家都不仅承认产权并实施契约义务，也具有一系列关于货物、服务、劳动力、资产和资金市场的规制。支持私人行业发展的成功立法政策应允许市场力量自我发展，同时解决市场失灵和过度问题，并适当干预以保护贫困者。当然，这并不意味着商业交易不应受到规制。规制的敌人并不是竞争，而是过度的干预和对类似的竞争者作出不同处理。某些政府规制显然可能严重影响增长，但某种形式的政府规制可能对经济发展不但具有积极作用，而且还是对于维持市场秩序是必不可少的。

新制度学派认为，要促进私有企业的增长，法律和规制框架必须不仅保证自由竞争，而且提供两个关键因素。^[92] 第一，保证价格反映物品的相对稀缺，且工资反映劳动的真实价值。换言之，它必须根据理性的经济标准对工作及其产品标价。第二，保护并实施产权和契约。没有这些特征，投资环境将失去两个最重要的优越性：竞争和投资者预测未来的能力。对竞争、合同和私有产权的保护对于中小企业的增长尤其重要，否则资源有限且缺乏政治背景或影响的人将在市场中面临巨大困境。这类保护将促进物资和人力资本的积累，降低交易成本并改善收入和财富分配，并给予投资者和消费者以安全感和信任感，而这对资本的长期投资是至关重要的。

政府对经济发展的规制越来越受到重视。由于市场失灵和信息不对称等因素，自由市场并不见得促进效率和发展。只要能降低交易成本，科斯定理要求政府规制。在这一领域中研究得最多的是证券交易法。范围更广且更灵活的证券市场显然有助于经济增长，政府对证券欺诈的规制有助于股票市场的发展。一项涉及到 100 多个国家对银行业规制的研究表明，鼓励和促进对银行的私人监督的规制有助于改善银行业绩，减少坏帐并提高稳定性。

反垄断法和其它竞争法也有助于经济发展。^[23] 虽然自由竞争是规则，规制是例外，国家仍然有义务制定并实施合同法、产品质量法、反垄断法、证券交易法、知识产权法等一系列法律，以维持市场经济的基本秩序。

（二）市场经济与行政法治

尽管市场必须受到一定程度的政府规制，且政府规制具有一定的灵活性，这并不表明行政权力可以是任意的。如上所述，行政法治是法治的题中应有之意，因而显然也将影响投资者和企业家的平衡。正如韦伯指出，理性化、职业化和遵纪守法的官僚是市场经济得以维持的必要条件。只有这样的行政官僚才能对市场规制发挥有益的作用，而不仅仅是一群贪婪和任意的寻租者；否则，行政行为的任意性及其对市场交易所造成的负担必然会抑制经济发展。因此，市场经济的基本要求是行政对市场的干预是可以预知、可以预测的，并符合经济发展的规律。

1. 行政法的原则与问题

行政法的首要原则是行政行为必须符合法律，因为我们假定法律本身不仅是事先对所有当事人公开的，从而使得行政行为是可预测的，而且法律因立法主体的性质而通常能够反映社会公共利益和经济发展的需要。保证行政权力合法的机制主要有政治监督和法律监督。政治监督是指通过民选的行政最高长官控制行政官员的任命和行政政策的制订，或者通过议会监督具体或抽象行政行为的机制，使整个行政系统在一定程度上对社会负责。法律监督主要是指法院行使司法审查权，保证行政行为符合法律的实体和程序要求。司法监督是保证行政合法性的最重要机制。

自从 1930 年代以来，由于经济危机所突显的市场失灵要求政府对经济的系统干预，传统行政法面临新的难题。政府的大规模介入超出了传统议会民主的能力，因而议会大量事务委托行政部门制定行政立法进行管理。由于这类立法授权相当笼统，行政权力的范围难以界定，因而给法院的合法性审查带来困难。针对这种情况，法院发展了行政决策的合

理性原则，要求行政机构在决定过程中权衡对社会的利益和成本。因此，在 1980 年的“车间苯污染决定” (Benzene Decision) 中，^[24] 美国联邦最高法院要求职业健康与安全管理局 (OSHA) 对车间苯含量的规定提供成本—利益分析的证据，以保证其基本合理性。

制约行政任意性的另一个途径是规定统一的行政程序。尽管每个部门都可以有特殊的程序规定，行政过程的共性为统一的行政程序法提供了基础。1946 年，美国联邦行政程序法为所有的联邦行政机构的具体 (adjudication) 和抽象 (rulemaking) 行为规定了程序底线。1970 年以来，随着福利社会的兴起，联邦法院提高了对取消社会福利的行政决定的听证要求。听证程序不仅保证行政机构在作出决定时获得全面和必要的信息，从而有助于提高行政行为的合法性与合理性，而且为社会团体影响行政决策提供了渠道，使之直接反映社会的利益和需要。^[25] 当然，如果程序要求过分复杂，也会带来行政延误，从而增加行政规制的社会成本。因此，行政法的任务是在程序控制和自由裁量权之间找到最佳的平衡点。

2. 中国行政法治的完善

自从 1990 年《行政诉讼法》实施以来，中国的行政法治状况得到了很大的改善。目前，中国已经在保证行政行为的合法性、国家赔偿、行政处罚中的听证程序、行政许可的设定以及行政强制程序等方面作出了可观的努力，并不久将着手制定一部统一的行政程序法。但和法治国家相比，中国行政法仍然存在若干不足之处。

第一，行政诉讼范围过窄。《行政诉讼法》目前将法院的受案范围限于“具体行政行为”，因而公民不能质疑抽象行政行为的合法性。由于不存在其它解决行政立法冲突的有效机制，“立法打架”现象比较严重。行政立法的相互冲突将导致市场主体无所适从，降低了行政行为的可预测性，从而阻碍经济发展。

第二，在大多数情况下，司法审查仅限于行政行为的合法性，因而不能探询行政合理性。由于许多法律规定的行政权力不完全明确，合法性审查有名无实。目前，法院对行政行为的审查力度太低，审查标准过于宽松，不利于保证行政规制为市场经济服务。

第三，行政诉讼的实施尚不理想。影响公民利益的行政决定（如行政处罚）数量多，作出决定的程序简单，但行政诉讼的数量太少，且在已经提出的诉讼当中撤诉太多。由于传统文化以及出于和行政机关存在着长期关系的考虑，当事人仍然不愿告、不敢告，况且即使胜诉，赔偿数额大多较低，且在有些情况下法院判决得不到有效执行。

最后，司法独立不够彻底，因而行政诉讼中结果偏向行政机关的倾向仍然普遍存在。由于法院的财权和领导人事任命权掌握在地方政府手中，法院很容易不自觉地卷入官官相护和地方保护主义的圈子。司法审查中所存在的缺陷是中国行政法治的根本局限性所在。

要切实保证行政行为的合法性，亟需提高司法素质及其社会地位，保障司法独立，遏制地方保护主义，扩大行政诉讼的受案范围，加强对行政行为的审查力度，保证司法判决的有效执行，并对公民权利的侵犯给予充分救济。

【注释】

* 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作曾获得国家社科重点项目“中央与地方关系比较研究”的支持，谨表谢忱。

[1] Carl J. Friderich, *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America* (Revised edition), New York: Blaisdell Publishing Co. (1941).

[2] 如 James M. Buchanan and Gordon Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundation of Constitutional Democracy*, Ann Arbor: University of Michigan Press (1962).

[3] 参见 *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, Talcott Parsons (tr.), New York: Charles Scribners Sons (1958).

[4] Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, and Randal C. Picker, *Game Theory and the Law*, Boston: Harvard University Press (1994).

[5] 参见 Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes* (2nd Ed.), Washington Square: New York University Press (1997).

[6] 博弈论的运用在实际过程中会遇到较大困难，因为传统的博弈论是基于信息完备的基础上的，而每个人掌握的市场和社会信息必定是相当不完备的，市场信息也是不完全准确的，甚至可能在缺乏

国家适当规制的情况下包含大量的故意诈骗和误导。在这种情况下，再加上多体问题（市场是由许多利益和性质不同的经济主体组成的，因而完全不同于两个人之间的博弈）带来的困难，均衡解将变得非常复杂。因此，要获得实际运用，博弈论必须充分考虑个人的有限理性(Bounded Rationality)。

[7] 霍姆斯 (Oliver Wendle Holmes)：“法律的道路”，《南京大学法律评论》2000 年秋季号，第 6-19 页；全文转载于《中国法理学精萃》，法苑精萃编辑委员会编，北京：机械工业出版社 2002 年，第 71-88 页。

[8] 由于信息的不完善，这个模式显然过于简化，因为私人显然有动机隐瞒违法行为，因而国家在执法过程中难以获得法治所需要的准确信息。韦伯指出：“通过威胁强制来支持法律秩序，只能取得有限程度的成功。……法律强制在经济领域的实际成功之限制来自于两个主要原因。”一是经济关系决定经济行为难以改变，而改变必然带有损失。二是在于私人经济利益和促进服从法律的利益之比较：由于私人经济利益总是强烈的，且在经济领域里隐藏违法行为并不困难，而经济违法行为一般不会产生严重的普遍反感，因而法律的强制实施尤其困难。一个长期在市场运行的公司对市场的知识与信息要比立法者和执法者多得多，因而很容易导致法律的曲解，使之为己利用。Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., Berkeley: University of California Press (1978), p. 335.

[9] 当然， f 也有可能大于 1，因为公司可能会因法治不健全而违法赢利。但这类情况一般会涉及到对社会的公共利益之侵害，因而在此不予考虑。

[10] Philip Keefer & Stephen Knack, Why Dont Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation, 35 *Econ. Inquiry* 590 (1997).

[11] Robert E. Lucas, Jr., Why Doesnt Capital Flow from Rich to Poor Countries?, 80 *Am. Econ. Rev.* 92 (1990).

[12] Michael J. Trebilcock, What Makes Poor Countries Poor?: The Role of Institutional Capital in Economic Development, in *The Law and Economics of Development* 16 (Edgardo Buscaglia, William Ratliff & Robert Coeter eds., 1997).

[13] Frank B. Cross, Law and Economic Growth, 80 *Texas Law Review* 1737 (2002).

[14] Henry G. Manne, The Judiciary and Free Markets, 21 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 11 (1997).

[15] 杨海鹏：“地下钱庄”，《南方周末》2001 年 3 月 29 日。

[16] Johan Torstensson, Property Rights and Economic Growth: An Empirical Study, 47 *Kyklos* 231, 242 (1994); Baizhu Chen & Yi Feng, Some Political Determinants of Economic Growth: Theory and Empirical Implications, 12 *European Journal of Political Economy* 609 (1996).

[17] Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order*, Kenneth I. Winston (ed.) (1981), pp. 231-232.

[18] Jack Donnelly, Human Rights, Democracy, and Development, 21 Human Rights Quarterly 608 (1999); David A. Lake & Matthew A. Baum, The Invisible Hand of Democracy: Political Control and the Provision of Public Services, 34 Comparative Political Studies 587 (2001).

[19] J. Benson Durham, Economic Growth and Political Regimes, 4 Journal of Economic Growth 81, 82 (1999)

[20] Adam Przeworski & Fernando Limongi, Political Regimes and Economic Growth, Journal of Economic Perspectives, Summer 1993, pp. 51, 61

[21] Jenny A. Minier, Democracy and Growth: Alternative Approaches, 3 Journal of Economic Growth 241 (1998).

[22] 见 Ibrahim F.I. Shihata, The Role of Law in Business Development, 20 Fordham International Law Journal 1577 (1997).

[23] Joel P. Trachtman, The Applicability of Law and Economics to Law and Development, in Making Development Work, Ann Seidman, Robert B. Seidman & Thomas W. Wade eds. (1999), p. 196.

[24] Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Institute, 448 U.S. 607.

[25] 诚如斯图亚特教授指出, 由于社会利益的交易成本不同, 有些利益主体(如制造业协会和工会)比其它利益主体(如环境污染的受害者)更容易形成集团统一行动, 从而更有效地影响行政决策。因此, 对行政决策的影响程度是不均衡的。见《美国行政法的重构》, 沈岷译, 商务印书馆 2002 年版。

【出处】

《同济大学学报》, 2005 年第 2 期, 第 80-90 页; 载中国人民大学宪政与行政法治研究中心编: 《宪政与行政法治评论》(第二卷), 北京: 中国人民大学出版社 2005 年版, 第 208-235 页; 《人大复印报刊资料·宪法学行政法学》2005 年第 7 期特别推荐, 第 3-13 页。

【写作年份】2005

【学科类别】行政法

宪政、法治与经济发展——一个初步的理论框架(下)

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】1009

【阅读次数】1009

三、市场经济与宪政

市场经济与法治之间的关系已经受到充分重视和强调。但要保证经济发展，只有法治——依据普通法律的统治——是不够的，因为法治本身并不能保证“法”本身的合理性，也没有鉴别“良法”与“恶法”的标准，更不考虑如何保证法律符合社会发展需要的基本制度安排。行政法治强调行政行为符合法律，但究竟什么样的法律？由谁制定的法律？什么主体应该有权制定什么等级的法律规范？这些问题对经济发展关系重大，但都是行政法治本身所不考虑的问题。没有宪政，法治仍然可以发挥霍姆斯法官所要求的“预测”功能，但如果法律本身是任意的，“预测”的结果很可能是政府规制成本太高而回避投资。宪政突破了法治的局限性。通过适用宪法规范，宪政为法治本身奠定了更深层次的正当性基础。事实上，以上已接触的产权、契约和民主制度在严格意义上都是宪法概念。

（一）什么是宪政？

宪政和宪法的关系类似于法治和法律的关系。就和法治是指依据法律的统治一样，宪政就是在宪法统治下的国家政治生活。“宪政”要求把宪法落实到政治生活的实处，宪法必须对规范国家政治生活发挥有效的作用。和法治国家，普通法律获得司法机构的有效实施；在宪政国家，宪法和普通法律一样具有实际效力，并由司法性质的机构解释和实施。

需要澄清的是，宪政有大小两个概念之分。“大宪政”就是实践中的宪法，包括所有获得实施的宪法制度，譬如民主、法治、分权、联邦主义以及对基本权利的保障。“小宪政”则专指大宪政所体现的最高形式：宪法通过其解释机构对普通法律的控制，也就是类似于美国联邦法院对立法的司法审查制度。因此，大宪政概念涵盖民主和法治，而小宪政概念则强调宪法的最高地位，因而可能和民主与法治相冲突。但大小宪政是紧密联系的两个概念。小宪政是大宪政的一部分，但没有小宪政，大宪政中的其它制度也不可能获得有效实行。

如果不加特别说明，本文的“宪政”是指的大宪政概念。为了避免混淆，法治则一般特指依据普通法律的统治，尽管这里的“法”并不局限于全国人大及其常委会所制定的狭

隘意义上的“法律”，而是指普遍意义上的法律规范，包括不同层次的行政立法，只要这些抽象行政行为最终具有狭隘意义上的法律依据。^[1]

在这个意义上，宪政是比法治更为宽泛且更为重要的概念。如上所述，“徒法不足以自行”。法治必须符合社会的公共利益，但谁能代表公共利益呢？宪政中的民主制度解决了法治本身所不能回答的问题。没有民主选举并由获胜的代表制定法律的制度，法律就不需要对社会负责，就可能是任意的、专横的、浪费的。另外，法治本身也必须以民主为依托，因为法治状态的维持最终依靠社会对它的普遍支持；没有民主，法治就是统治者的恩赐，而恩赐的法治必然是不可靠和不稳定的。

（二）宪政对经济发展的作用

以上已经提及产权、契约和民主等宪政制度对经济发展的作用。当然，这些也可以通过普通法律的安排完成，尽管法律安排可以按照立法者的意志随意变动，因而不如宪法安排那么稳定和可靠。对于经济发展而言，某些重要法律制度的宪法化是否具有重要意义？某些研究认为法律的宪法化关系不大，但其它研究表明宪法对权利的承认具有效果，尽管具体效果取决于其它制度安排。^[2] 一项研究甚至表明，宪法对宗教自由的保护对经济自由显著相关。^[3]

1. 宪政对发达国家的作用

宪政对发达国家的积极作用是显然的。值得注意的是，美国联邦宪法的起源主要是为了促进北美地区的经济发展，以更有效地保障私有产权，防止各州政府破坏契约义务，并遏制贸易歧视和地方保护主义的倾向。历史实践表明，宪政体制的有效实施为美洲大陆保障了长达两个多世纪的和平、繁荣与稳定。通过纵横两个维度的分权，美国联邦宪法不但为政府权力提供了有效的法律控制，而且妥善化解了不同地区之间的潜在矛盾，从而在体制上保障了贯穿北美大陆的共同市场的建立与发展。最高法院通过解释州际贸易条款并赋予其“潜伏效应”，有效防止了形形色色的地方保护主义立法。如果没有联邦主义的宪政

制度安排，这些成就是不可想象的。

西欧国家的战后经验也反映了同样的发展趋势。1957 年的罗马条约建立了经济共同体，其主旨就是在以后不断扩大的成员国之间建立统一的市场。共同体条约建立了欧洲最高法院，它和美国联邦法院发挥了类似的作用。通过赋予共同体法律以最高地位和直接效力，欧洲法院有效遏制了各成员国的贸易歧视措施，促进了共同体的市场竞争和贸易自由。

2. 宪政对发展中国家的作用

就和法治一样，宪政对发展中国家的作用一直受到争议。诚然，一些后起国家的中央政府能通过集中权力、统一规划而加速了本国经济发展的步伐。台湾、南韩与新加坡等亚太地区的成功经验似乎表明，经济发展在宪政和法治不完善的环境下似乎也能实现。但这种观点似乎是片面的。事实上，这些地区在经济获得一定程度的发展后，本身也开始向宪政体制转变，从而保持了经济的稳定发展。相反，那些停留于个人专制或家族统治的国家（如亚洲金融风暴中的印度尼西亚），则难以避免因政府腐败和社会动乱引起的各种资源浪费。另外，这些成功经验仅限于地域和人口极为有限的地区，因而不适用像中国这样的大国。

日本是一个值得考察的例子。尽管日本现在是一个经济发达国家，在第二次世界大战之后其政治和经济可以说是从平地发展起来的。在这个过程中，日本不仅取得了令人羡慕的经济成就，而且相当成功地移植了美国的宪法制度。一项调查显示，日本是当今世界上最稳定的民主。“日本战后的宪政革命显示了一个国家如何能从专制国家主义向民主宪政主义过渡。其自 1860 年代的宪政史进一步展示，至少某些国家如何可能有选择并成功地在其政府和法律中引进和早先本土传统截然不同的宪政原则、法律程序和国家机构。”^[4]

究竟是经济发展促进了宪政稳定，还是宪政制度促进了经济发展？有些人把日本民主的稳定性归功于其经济繁荣，日本人民对宪法的承诺至多是微弱的。战后的和平与繁荣环

境使宪法更可容忍，但它只是日本社会和政治边缘的一个方面。随着经济繁荣的衰退和日本对安全问题失去耐心，宪法本身可能成为牺牲品。但也可以反过来认为，即日本的持续增长部分归功于宪政和法治的社会基础，其中包括定期民主选举、对私有产权和市场经济的保护、对众多党派和私人组织所代表的广泛意见之宽容以及对人权的充分关注。^[5] 日本之所以能够成功，法治的成熟和媒体的发达发挥了一定作用，但和经济发展或自由化并没有一定的关系。对于日本而言，经济成功对民主的作用有时受到夸大，而稳定的政治民主和法律对于繁荣的贡献却经常受到低估。正如一位日本学者指出，日本宪法的成就是巨大的：“没有宪政，日本就不可能实现现代化。在许多国家，统治精英试图以快速经济发展的名义为威权控制提供合法性。日本经验表明，法治对经济发展是至关重要的。”^[6]

（三）宪政对中国经济改革的意义

1. 宪政的积极作用

笔者认为，宪政对于中国的经济发展具有如下的积极意义。第一，宪政将更有效地保障私有产权和经济活动自由，从而使投资环境的法律保障提高到宪法高度。第二，宪政有利于提高宪法的稳定性，从而提高宪法所保护的权利的稳定。由于权利在经过实施之后带上了社会意义，对权利的变更乃至取消必然会导致激烈的社会争议；反之，如果宪法没有获得实施，权利就不能落实到实际生活中去，因而空洞的宪法权利可随意发生变更，而不会引起太多人的注意。这部分解释了美国联邦宪法为什么在两个多世纪保持如此稳定，而法国在第五共和之前宪法变换如此频繁。

第三，宪政有助于限制政府的任意性，保护有限的社会资源，并激发社会的经济活力。最后，宪政通过妥善分配中央和地方的权力，在限制中央权力的基础上保障中央法令不受地方保护主义的阻碍，而地方自治亦不受中央的越权干预。在这个意义上，1994年“分税制”的方向是正确的，但还要进一步扩大地方自主权。

2. 宪政的消极作用

反对宪政的论点一般认为，转型国家需要强有力的中央政府推动改革，而宪政会束缚和阻碍改革的进程。这种观点对于现行宪法具有一定的说服力，因为中国 1982 年宪法的总纲规定了大量的有关经济制度的条款，而随着经济的快速发展，这些条款必然很快老化，因而如果得不到及时修改将阻碍经济改革的步伐。^[7] 我们主张逐步删除这些条款，但即使在现有条件下，也可以有选择地实施某些宪法条款，从而使重要的个人经济权利受到保障，同时又不会产生束缚改革的问题。^[8] 这样，在保障私有产权获得尊重的前提下，政府的经济干预仍有相当广泛的余地。

对于中国宪法而言，宪政束缚发展的可能性更小，因为中国宪法是相对“柔性”的宪法，比较容易获得修正。一般地，宪政和发展的矛盾对于刚性宪法尤其突出，例如美国宪法是通过最高法院的不断解释才避免了这一矛盾。和要求 3/4 数量的州批准才能修正的美国宪法不同，中国宪法仅要求 2/3 全国人大代表的同意就可以进行修正，而目前绝大多数立法的通过都完全能够达到这一要求。因此，在这个意义上，中国的宪政并不比普通的法治更限制政府的自由裁量权。^[9]

总的来说，中国具有大国特有国情，因而宪政仍然是可持续经济发展的重要条件。如果使我国宪法的某些经济条款具备直接的法律效力，并在相应领域内建立起有限的宪法审查机构，将有助于保障国家的长治久安和经济改革的顺利进行。

（四）中国宪法与宪政制度的完善

尽管以公有制为基础，中国 1982 年宪法还是规定了相当数量的社会经济权利。宪法第 12 条规定：“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。”截止 2004 年，中国宪法已经过四次修正，其中 2004 年的修正案意义尤其重要。经过修正的第 13 条规定：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”，不但将私有财产提高到和公共财产同样的宪法地位，而且明确规定了对私有财产的征收或征用之补偿。

对于宪法第十条第三款中关于土地征用或征收的规定也增加了“给予补偿”的要求，且宪法第 11 条第二款中个体经济和私营经济的概念扩大到一般的“非公有制经济”，并明确保护“非公有制经济的合法的权利和利益”。另外，“国有企业在法律规定的范围内有权自主经营。”（第 16 条）“集体经济组织在遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。”（第 17 条）。最后，2004 年修正案在宪法第 33 条中增加了“国家尊重和保障人权”的基本原则，为普遍的人权保障提供了宪法依据。

这些规定反映了中国社会观念自改革开放以来的重大转变。如果获得有效的实施，它们将对经济改革发挥极大的促进作用。然而，宪法实施机制的缺失制约了中国宪政的发展，也使得中国的市场经济未能从宪法保障中充分受益。我们认为，中国宪政最终必须解决这个问题才能获得长足的发展。但宪政是一个庞大的概念，一个永无止境的目标，不可能在一夜之间实现。因此，我们建议分以下阶段逐步实现中国的宪政。

第一，健全法治。“小宪政”的目标是建立专门的司法性质的宪法审查机构，但首先必须从更低层次的抽象行为做起。各省、市建立相应的审查机构，保证本区域的地方政府规章符合地方性法规和更高层次的法律规范，中央建立有关的立法审查机构保证国务院的行政法规和部门规章符合人大法律，从而在全国形成统一的法律秩序。

第二，完善民主，自下而上地逐步实现人民代表和政府首长的直接选举制度，保证人民代表所制定的法律符合社会大多数人的利益。同时妥善处理民主和法治或宪政的关系，即宪法审查机构和全国人大以及人大常委之间的关系，明确各自的权力分工，防止相互越权现象的发生。

第三，妥善处理中央和地方的关系，建立有限政府的概念，完成政府职能的转变。这具体反映在两个方面：首先，国家和社会的关系，要明确树立“大社会、小国家”的理念，为市民社会的发展留下充足空间；其次，中央和地方的关系，要明确规定中央政府的权限，禁止中央侵越地方的宪法权力。中国幅员辽阔、人口众多，地方差异很大，因而不可能搞“一刀切”，必须允许地方自主权。在财政关系上，地方自治要求某种形式的财政联邦主义，允许地方政府通过税收自主权实现自给自足、自我管理。

第四，保障人权，从制度上确立私有产权的宪法地位，并充分保障所有经济活动主体

的平等宪法权利。社会主义—资本主义、公有制—私有制等传统区别本身的模糊性，在现代已经失去意义。2004 年的宪法修正案基本上取消了对公有制经济和非公有制经济的区别对待，从而要求国家法律所规定的经济制度符合宪法第五条的平等原则。

当然，这并不说中国的宪政与法治应该简单沿着上述 1-4 的路径直线发展。法治、民主、人权以及妥善的中央和地方关系之间存在着千丝万缕的联系，但没有任何理由表明某个方面的发展必然先于或后于其它方面。更可能的模式是，上述四个方面在不同时期的进展或快或慢，但总体上说将不分先后、齐头并进。事实上，2004 年的修宪历程已经表明，中国的人权保障将先行一步。这条道路已经被诺贝尔经济学奖获得者奥尔森 (Mancur Olson) 视作为“通向经济成功的一条暗道”，因为“最繁荣的国家恰好是那些凭借制度而提供了最大限度的个人权利的国家”。^[10] 前苏联和东欧国家的历史经验和教训表明，政治民主化往往会给尚未形成中产阶级的转型社会带来冲击，进而削弱对于经济发展而言至关重要的秩序和稳定，而单纯的政治改革也不能自动消除对建立市场经济的某些制度性障碍。人权保障可以在不触动国家政治制度和机构权力配置的条件下，逐步完成产权制度的建构，为市场竞争和社会资源的最优化配置创造制度条件。

另一方面，权利保障显然不是孤立的。要充分保障私有产权和契约权利，首先要求公正与独立的司法机构之存在。因此，“契约权利必须得到一个公正的司法部门之保护，其任期并不取决于谁在台上。”^[11] 同时，为了保证政府在最终意义上对人民负责，民主代议制度的完善势在必行；否则，法治本身也注定难以推行下去，因为没有民主，法治就成了统治者的恩赐，而恩赐的法治——如果不是自相矛盾的话——显然是不可靠的。^[1]
^[2] 因此，法治的保障最终来自于尊崇法治的市民文化，而这种文化只有在自由和民主社会中才能开花结果。或迟或早地，宪政改革的各个方面都需要启动起来，在相互促进中共同发展。奥尔森的上述论点只是说明，制度转型是一个路径依赖的过程，因而如何迈出第一步在相当程度上决定着改革的成败。

最后需要说明的是，本文的主题是宪政与行政法治对于市场经济的作用，但这显然不是要否认经济发展对于宪政和法治的促进作用。我们只是不接受经济决定论，一个国家的 GDP 或 GNP 并不能代表这个国家的政治文明和宪政发展的程度。但我们当然不否认经济发展

对于公民教育、道德观念乃至制度建设的重要影响。笔者只是认为，这种经济因素的影响是如此显然，在过去又被如此——可能过分——地强调，以至它是一个没有必要论证的命题。事实上，本文的主题所更关注的正是制度和文化的“反作用”。自韦伯的《新教伦理与资本主义革命》之后，尤其在诺斯等人所代表的“新制度学派”影响下，这个命题已经受到广泛关注，但注意力一般只是限于和经济直接相关的产权制度。值得进一步探索的是沿着同样的思路，从更广的视角论证一个国家的宪政和经济与社会繁荣之间的紧密关联。

【注释】

[1] 当然，“法治”也含义也可以更广。如果让“法”也包括“宪法”，那么法治其实就是“宪治”，因而至少包含了小宪政概念。这里为了文意清晰且前后一致（例如行政法治这个概念就不能采取拓宽的理解），“法治”这个词采取了通常的含义。

[2] Xavier de Vanssay & Z.A. Spindler, Freedom and Growth: Do Constitutions Matter? 78 Public Choice 359 (1994); Martin Leschke, Constitutional Choice and Prosperity: A Factor Analysis, 11 Constitutional Political Economy 265, 266 (2000).

[3] 见 Frank B. Cross, Law and Economic Growth, 80 Texas Law Review 1737 (2002).

[4] Lawrence W. Beer and Hiroshi Itoh, The Constitutional Case Law of Japan, 1970 through 1990, Seattle: University of Washington Press (1996), p. 6.

[5] Lawrence W. Beer and John M. Maki, From Imperial Myth to Democracy: Japans Two Constitutions, 1889-2002, Boulder: University Press of Colorado (2002), p. 123.

[6] Yoichi Higuchi, Five Decades of Constitutionalism in Japanese Society, University of Tokyo Press (2001), p. 3.

[7] 例如 1982 年宪法规定了公有制经济，而 1988 年宪法修正案对宪法第十一条作出补充规定：“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。”1999 年进一步修改为“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分”，从而提高了非公有制经济在国民经济体系中的宪法地位。第二，修正案在宪法第十条第四款中增加“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。1993 年，第八届全国人大把宪法第十五条的“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展”，修改为“国家实行社会主义市场经济”，“国家加强经济立法，完善宏观调控。”

[8] 当然，这种“选择实施”带有一定的任意性，但我们仍然有可能发展一些可以普遍接受的选

择原则，尽量避免选择的任意性。

[9] 当然，这同时也提出了柔性宪法所面临的尴尬问题：既然制定与修改两类法的都是同一个主体，程序也相差不大，宪法究竟在什么意义上是一部“更高的法”？宪政究竟有什么法治所没有的特殊意义？我们认为，尽管柔性宪法的权利稳定性受到影响，但宪法保障仍然具有一定的特殊意义。

[10] 曼库尔·奥尔森：“通向经济成功的一条暗道”，《财经》2004年第7期（4月5日），第100页。

[11] 同上。

[12] 参见张千帆：“法治、德治与宪政”，《法商研究》2002年第2期，第34-39页。

【写作年份】2005

【学科类别】行政法

宪政、法治与经济发展——走向市场经济的制度保障	评
张千帆	
【关键词】	
	【点击次数】1169
	【阅读次数】1169

我当初之所以有强烈的愿望要写这本书，是因为中国到目前为止一直将经济发展放在首位，而忽视了宪政制度的配套建设。由于宪法这么多年来一直没有得到有效实施（这也难怪，因为现行宪法文本中规定的许多经济政策、积极权利和公民义务是不可实施的），从而令人们产生了一种普遍的误解：宪法作为“根本大法”高高在上，和社会实际生活没有什么关系；虽然法治有利于经济发展，但那是民法、物权法、公司法、反不正当竞争法、证券交易法甚至环境保护法等普通立法的事情，和宪法无关。或者更“客气”一点说，宪法只是为这些法的产生提供了一种其实没有意义的“母法”依据，宪法本身既不能也不需要发挥什么实质性作用。本书的目的就是要打破这种误解，求证宪政和经济发展之间的紧密关系。这其中的“桥梁”就是法治这个概念，因为它与宪政和经济发展之间的联系已经获得公认；通过它，可以更有效地说明宪政制度对经济发展的关键作用。这是为什么本书取名为“宪政、法治与经济发展”。

在某种意义上，本书是我 1998 年的《市场经济的法律调控》的续篇。那本书集中讨论了西方经济的法律秩序以及西方法院对经济和社会发展的作用，没有谈论宪政，但该书的“结语”部分已经预示：“西欧国家的普遍趋势是将法律重心从私法转移到公法，从以前基于‘立法至上’的实定主义(legal positivism)走向以法院阐释为主的宪政主义。”在历史上，宪政与法治秩序对于西方国家的经济和社会发展作出过不可忽视的积极贡献。改革开放以来，中国也制定了许多的法；如果这些法律获得有效的实施，无疑将对中国的经济发展发挥巨大作用。但众所周知的是，许多法律的实施情况并不理想。我们的法律没有能防止国有资产的不断流失、没有能保护作为国家战略资源的耕地连年减少、没有能杜绝证券市场的营私舞弊、没有能产生一个健康的公司治理模式、没有能有效制止假冒伪劣产品和煤矿安全事故……这其中固然有法律规定本身的问题，但我们今天越来越认识到，即使有良好的条文规定也是远远不够的；如果得不到实施，再好的法律也如同不存在一样。和改革开放初期不同，当今中国的主要问题已经不是有没有法，而是有什么样的法？谁参与法律的制定？谁通过什么机制监督法律的实施？无庸赘言，这些问题是法律条文本身所无法解决的（孟子早在两千多年前就告诉我们：“徒法不足以自行”）。它们在本质上是先于法律条文而存在的宪政问题，是法律之所以成为法律的前提条件；如果它们不得到解决，法治秩序就无从建立，经济发展就将陷入混乱、不健康和不可持续的危险。

这本书从比较的角度有选择地探讨了对经济发展至关重要的宪政与（行政）法治问题。在国家这个层面上，我们主要比较美国、西欧和中国这三大版块。众所周知，美欧代表了当今世界上最主要的两种宪政治理模式，美欧宪政与法治在维持和发展市场经济过程中的作用对于我们具有显然的借鉴意义。在和经济发展直接相关的宪政层面上，我们主要关心国家权力结构和个人权利的保障——更具体地说，私有财产和经济活动自由的保护，国家结构则包括中央与地方关系以及立法、行政和司法权力的配置。当然，本书不可能探讨所有方面的宪政问题，而是在每个领域选择了一些和经济发展密切相关的典型问题。

虽然经济权利的宪法保障具有显然的重要性，但我们并没有首先讨论这个问题，而是将它放在本书的最后，先讨论国家制度对经济发展的影响。没有合理的权力结构，权利保障只是一句空话。这是为什么美国 1788 年联邦宪法的正文中只有很少几条不那么重要的权利保障条款，《权利法案》是制宪三年后以修正案的方式加进去的；法国 1958 年第五共和

宪法正文中也没有权利保障条款，宪政院后来用的是宪法前言中提到的 1789 年《人权宣言》和 1946 年第四共和宪法中保障的权利。这表明权利保障并非不重要，但真正的宪政国家所关心的并不是罗列那些崇高乃至神圣的东西，而是如何通过制度保证这些权利落实到实处。

站在这个出发点上，我们选择司法独立作为首先谈论的话题。在所有政府机构当中，司法机构对于市场经济的发展贡献最大。这是因为市场经济首先意味着自由竞争，而不是政府管制，而无论是立法还是行政都意味着政府在特定领域的管制——尽管可能是通过法律的管制。根据经典的自由主义理论，市场是一种经济行为者通过自愿交易产生的一种自生自发秩序；极端一点说，即使没有政府，市场秩序仍然可能自发产生。当然，市场秩序其实需要受到政府法律的保护，但是如果我们不得不在立法、行政和司法三种机构之中选择建立一种机构，那么我们会首选司法机构，因为它对于公正解决私人之间的纠纷是必不可少的。至于什么叫作“公正”解决市场纠纷，可以通过立法规定，但也完全可以通过法官在判案过程中所积累的案例法或学者所总结、梳理的自然法原则。反之，如果我们不能保证自然公正原则或反映这些原则的成文法规定通过司法而获得公平有效的实施，那么无论多么好的法律都是白搭。中国虽然经过了五年多司法改革，但毋庸讳言的是，司法机构还存在着诸多弊病，因而还不足以为市场秩序的建立和健全提供牢固的法治保障。本书参照了欧美法院的经验，对中国司法改革的走向进行了实证探索。

作为一个行政大国，传统中国的特征不仅是司法偏弱，而且是行政过强。尤其是 1949 年以后，由于实行计划经济，行政权力得到空前膨胀，超越了任何法律限制，任意干预和阻碍市场经济的发展。要使市场经济得以健康发展，首先必须限制和控制行政权力。因此，本书接下来探讨了行政法治对市场经济的意义。近年来，中国已经逐步认识到政府作用的有限性，“有限政府”成为行政法治的重要原则。2004 年刚实施的《行政许可法》明确体现了有限政府原则：如果可以通过公民自主决定或市场竞争机制有效调节，就不应该设置行政许可。总之，市场经济职能正成为行政理性化的一个主要推动力。我们在这本书中探讨了中国将在这个进程中遇到的诸多艰难险阻，并提出了相应对策。

除了完善司法控制之外，行政法治最终要受到立法的限制。行政根据什么“法”治理？显然是按照立法机构制定的法律——这是现代民主的题中之意，也是本书的下一个论题。

二十世纪早期的经济危机表明，市场经济其实早已不是一个自我维持的神话，而是需要政府的适当干预和保护——当然不是通过行政的任意干预，而是通过议会制定反垄断法、证券交易法、社会保障法、环境和消费者保护法等一系列法律。这些法律的有效实施不仅保护健康的自由竞争，而且将纠正市场的一些不良社会后果。但是部分由于立法缺失，中国社会目前正承受着市场竞争不完善和市场消极影响的双重之苦。虽然中国自改革开放以来也制定了大量的法律，但由于种种原因，这些法律非但没有获得有效实施，而且某些法律规定本身就不能满足社会需要，因而未能营造出一个完整健全的市场秩序，同时也未能有效纠正市场经济的不良社会后果。贫富差距仍然在不断拉大，社会弱势群体（包括占人口大多数的农民）的合法利益得不到充分保障。之所以如此，关键原因在于立法作为一个政治过程还没有充分体现社会利益的普遍需要。在历史上，资本主义和民主政治的发展是相互依存、相互促进、相互制约的共生过程。市场经济为民主制度准备了物质条件，民主过程则反过来保证市场经济以符合人性的方式发展。因此，我们从欧美经验出发，花费较多笔墨探讨了市场经济秩序的政治条件以及中国民主宪政的建设方略。

最后，政治和立法过程是多层次的。对于像中国这样幅员辽阔的国家，中央和地方政策都对经济发展产生显著影响。虽然中国一直采取中央集权模式，但如此泱泱大国不可能是一个均衡发展的国家；城乡之间以及沿海与内地之间存在着巨大的地方差异，因而简单的“一刀切”显然不能适应经济发展的要求，地方必须有能力和法治的途径解决自己的问题。另一方面，如果地方权力不受任何控制，那么地方权力的无限膨胀必然导致有害的地区歧视和地方保护主义，进而阻碍全国的经济的发展。由于缺乏有效的宪政机制，中国地方一直在立法和人事制度上缺乏足够的自治空间，同时地方保护主义又相当严重，从而构成了难解的连环症结。

本书从另一个视角探讨了中国的中央和地方关系：财政联邦主义，也就是中央和地方在征税权上的分配机制。“税”对于中国人来说是一个既熟悉又陌生的字眼：熟悉，是因为几乎每个人都纳税，事实上政府正是靠纳税人养活的；陌生，是因为至今为止我们普通人对自己究竟应该交多少税还没有发言权。如果一个国家的民主机制不完善，则势必会出现繁多的苛捐杂税。关于税的社会冲突正是产生近代民主制度的导火线。在民主国家，“税”是一个直接影响每个人利益的基本问题，也是政府职能及其分配的决定性因素，税权的分配直接决定着中央和地方权力的分配。自1994年实行分税制以来，中国偏离了传统的大一

统集权模式，地方获得了有限的税收自主权，但目前关于税的立法权仍然是以中央为主导。为了使地方政府有充分余地通过民主与法治的途径发展地方经济，同时遏制地方保护主义以及各种形式的乱收费现象，有必要构建新的财政分权模式。

【写作年份】2005

【学科类别】宪法->中国宪法

在自然法与一般法之间：关于“礼”的宪法学分析

评

Between Natural Law and Ordinary Law: An Analysis of Li as a Constitution of Society.

张千帆

【摘要】

自从经济改革与社会开放以后，中国已开始认识到法治的重要性。但一个普遍的倾向是把儒家传统中的“礼治”误解为“人治”，应被彻底清除并被法治所替代。这种观点值得商榷。本文认为，“礼”作为德治的重要组成部分，和法治并不矛盾；相反，在中国历史上，儒家的“礼”一直充当着凝聚传统社会的宪法。本文分析了构成一部宪法的形式要素，论证了“礼”区别于一般法与自然法的宪法特性，反驳了几种有代表性的反对意见，同时指出“礼”本身的一些显著缺陷。文章最后强调了礼治和宪政的内在关系及其对维护社会基本秩序的重要作用，并突出了“礼”作为一部基本法不断随着时代进化以适合社会发展的必要性。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

【关键词】礼，宪法，自然法 Rites, Constitution, Natural Law

【点击次数】1906

【阅读次数】1906

真正的宪法不是被雕刻在大理石或铜板上，而是在公民的心中。……它每天都获得新的力量。当其它法律老化并消失的时候，它复兴并取代它们，把人民保护于其体制的精神之中，并不可察觉地使习惯的力量取代权威的力量。我所说的，就是道德与习惯。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

卢梭：《社会契约论》，第二篇第12章

八十多年前，以陈独秀和李大钊为首的五四运动思想家把儒学视为现代宪政的死对头。

当时，他们激烈反对保守派要把孔孟之道作为“国教”而写入宪法的企图。在今天看来，他们的这项努力显然是合理与进步的。但他们的评论同时显示，中国的激进知识分子想做的远不止是这些。他们认为，儒学是完全违背宪政精神的，并应作为中国社会与人格改造的障碍而被彻底抛弃。陈独秀相当准确地把儒学等同于其礼治体系，而后者的一系列规则——从“三年之丧”到“三纲五常”——已经受到激烈批判。^[2] 李大钊则要求把孔子的名字从当时正在争论的宪法中删去，同时列举了儒学和西方宪政格格不入的多条理由。^[3]

（燕南，<http://www.yannan.cn>）

本文写作的目的之一，在于为儒学就其与宪政之间的关系提供部分辩护。笔者认为儒学并不和宪政精神背道而驰。恰恰相反，传统的礼治正是宪政的一种形式（或许是一种古典与极不完善的形式）。儒家的“礼”看似陈旧迂腐、繁琐不堪，但实际上能被合适地定性为一部统治社会的“宪法”；^[4] 它们体现了被当时社会普遍接受的价值和原则，构成了统治传统中国社会的基本运行的道德基础。概言之，本文的论点大致分为两部分。在第一部分，笔者尝试论证，把“礼”定性为一部宪法是合适与可取的。和某些学者的论点不同，笔者认为“礼”并不是自然法，但它是高于一般法律与社会习俗的基本规则，并且具备一个控制体系中大量次要规则的价值核心。且因为一部宪法是被人为设计来统治一个庞大的社会，它至少在理论上允许不断修正以适应社会成员的多种不同需要。在第二部分，笔者针对几项预料中的挑战为以上对“礼”的宪法学定性辩护。在简要回应五四时期对“礼”的批评之后，笔者主要集中于讨论以下3种反对意见：（1）“礼治”主要是人治而非法治；（2）“礼”仅规定了对家庭和国家的责任与义务，而未能授予任何个人权利，因而和宪政精神格格不入；（3）“礼”的体系因不能演变而过于老化，因而对于今天的世界而言毫无意义。当然，在进入这些讨论之前，笔者首先必须澄清宪法与宪政的意义以及衡量一种规范体系是否能构成“宪法”的标准。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

至少自从五四运动开始，儒学一直面临着包括政治民主、个人自由与权利等一系列西方价值观的系统挑战。不断被争论的问题是儒学是否能充分更新，从而在保留自身特点的同时，使自身和今天的主流价值观念相吻合。这篇论文试图论证占据儒学主导地位的“礼”不仅不和宪政精神相抵触，而且正是宪政的一种形式。通过建立儒学和宪政之间的联系，笔者希望在东西方的法学对话中引入一个十分重要而至今仍被忽略的层面。且由于一部宪法总是可通过不断修正而获得进化，我们有理由相信，一直作为中国社会凝聚力的价值体

系能够更新自身，并继续为今天的社会及其现代化发挥重要作用。当然，没有人再会像上世纪初期的卫道士那样坚持把古代的“礼”搬回到现代化的中国；在今天，这种努力无疑将是滑稽可笑的。本文显然不是要论证“礼”作为传统社会规范在实体上的合理性；从现代的眼光看，五四时期的知识分子对“礼”的具体规定进行激烈的批判与否定，是完全正当甚至必要的。但笔者仍然认为，“礼”的精神为治理今天的社会提供了一点有益的启示。至少，它体现了一种严格遵守基本道德规范的中国传统，而这种传统对法治的建立与维持是不可少的。“礼”的历史存在及其对传统中国社会所发挥的重要作用，为它在新时代的重建提供了希望；没有它，就难以形成具有中国特色的宪政传统，“法治国家”也就只不过是一厢情愿的奢望或空想而已。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

一、宪法是什么？

在论证“礼”是宪政的一种形式之前，首先必须澄清宪政与宪法的含义。所谓宪政 (Constitutionalism)，就是以宪法治国的政治体制，是法治的最高形式。所谓“宪法”，在汉语中就是根本大法的意思，也就是规定人类活动的一套基本准则。应该指出，“宪”这个字在中国古典中很早就出现了：“率作兴事，慎乃宪；”^[5]“先王克谨天戒，臣人克有常宪；”^[6]“监于先王成宪，其永无愆；”^[7]“先王之书，所以出国家、布施百姓者，宪也……是故古之圣王，发宪出令，设以为赏罚以劝贤沮暴；”^[8]“君乃出令，布宪于国。五乡之师，五属大夫，皆受宪于太史……首宪既布，然后可以行宪。”

^[9]“作宪垂法，为无穷之规。”^[10]这里的“宪”，都是法度、典章的意思，但又比一般的法更为基本和永久。“宪，法也，言圣王法天以立教于下。”^[11]因此，“宪”常带有先祖成规之意。不论成文与否，皆不得轻易改变。当然，尽管“宪”这个字在汉语中早已出现，“宪法”在中国社会的实际生活中并不是一个常见的字眼，且似乎也没有获得一个准确的定义。作为一种政治理论，宪政学说形成于西方的近现代，并随着自由主义的兴起而发展成熟。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

在近代意义上的“宪法”，译自英文的“Constitution”。根据词典定义，它是“规定政府性质、职能及其限制的根本性法律或原则”；^[12]是“整体权力来自被统治者的政府宪章”，是“民族或国家的基本组织法，用以确立其政府的特性与观念，对政府的内部运作规定其所必须服从的基本原则，组织政府并调节、分配及限制其不同部门的职能，

并规定主权行使的范围与方式”。^[13] 在西方定义中，宪法也不一定必须是成文的（否则戴西就不可能写一本有关英国的《宪法学导论》了），^[14] 或具备正式的法律效力。在《现代宪法》一书中，韦尔对宪法作了如下定义：“在有关任何政治事务的日常讨论中，‘宪法’一词通常被用于两种意义。首先，它被用来描绘一国政府的整套体制，即建立并调节或统治政府的规则之汇总。这些规则部分具备法律效力，因为普通法庭承认并运用它们；另一些规则却并不带有法律效力，而是采取成例、常识、习俗、常规的形式；虽然法院并不承认它们是法律，它们对政府的调控却和那些被严格称为法律的规则同样有效。”^[1]

^[5] 韦尔教授对宪法的定义比较宽松，且不依附于任何特定的意识形态，因而本文把它作为宪法的“标准”定义。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

在《立宪政府与民主》一书中，弗瑞奇教授讨论了“宪法”一词的含义与职能在西方历史上的演化。^[16] 在哲学意义上，亚里士多德(Aristotle)把宪法(希腊语 politeia)视为整个城邦的政治秩序。在人类有历史记载的民主开端——雅典民主时期，人们并不认为政府和个人之间存在着不可调谐之矛盾。国家只是一种特殊的社团而已：它是所有公民为追求幸福而形成的一种“公共”(Public)组织，即包括一切有限社团的普遍社团。宪法即为规定这种普遍社团的组织结构之法律文件。虽然古希腊哲学家很早就阐述了政体变换的机制，且早在雅典民主与罗马共和时期就出现了权力平衡和利益代表的体制设计，基于秩序和谐的传统政治理论一直持续到中世纪结束。那时发展起来的自然法理念和基督教有关个人意志自由之教义，虽然对国家权力有所制约，却并未从根本上挑战政治哲学的传统观念。相对于国家而言，个人仍然缺乏被承认为不可侵犯的基本权利。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

只是到 16 与 17 世纪，部分由于宗教势力的衰微和新兴商业阶层与封建贵族之间的利益冲突，西欧出现了中央统一政府的需要，由此兴起了霍布斯(Thomas Hobbes)等提倡的绝对君主学说。但与此相对应，反对无限君权的权限说亦从此崛起。尤其在洛克(John Locke)于 1689 年发表的《二论国民政府》之后，西方人对政府与个人关系的认识发生了显著转变，以至到今天，政府权力被视为个人权利的对立面。宪法也被赋予新的意义，它被认为是一部限制政府权力、保障个人权利的法律文件。因此在职能上，现代宪法的作用主要表现于对政府权力所施加的有效限制。弗瑞奇教授指出：“权力限制的全部总和构成了特定社团的‘宪法’”；“除非程序限制得以确立并有效运行，真正的立宪政府并不存在。”^[1]

^[1] 由此可见，宪法概念在近代发生了根本性的转折。现代宪法不仅规定了政府结构及其运作程序，而且定义了政府不得超越的权力范围以及不得侵犯的个人权利。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

笔者曾把构成现代宪法的条件总结为以下几项要求。^[18] 第一，宪法首先必须是一部名副其实的“法”，即它在人们的现实生活中必须具备实际效力。这通常要求宪法是成文的，^[19] 尽管卢梭等思想家认为“真正的宪法”并不在于任何有形的标志，而是必须活在“公民的心中”，并能有效控制人们的日常行为。第二，宪法并不是普通意义上的法律，而必须是能够控制一般法的“更高的法”（Higher Law）。第三，现代宪法主要是对政府机构规定义务、为公民提供权利的法律，因而体现出显著的“单向性”，即宪法的主要目标是保护公民权利、限制政府权力，而不是给公民规定义务。最后，现代宪法还必须是“一部反映全民理性意志的法律文件，是基于社会共识而产生的全民契约，因而必须经由全体人民或其代表的自由与公开讨论而产生并获得修正。”^[20] 应该指出，后面两项条件体现了现代自由民主的基本要求，因而带有一定的实体价值判断及其不可避免的时代性。如上所述，在西方完成所谓的“价值颠覆”而进入现代以前，西方包括宪法在内的法律规范也不符合这两项要求。然而，我们并不能就此宣称西方在现代之前就不存在“宪法”；即便对于古老的雅典体制，亚里士多德及其学生还是把它称为“宪法”，尽管有限的古典民主并不承认现代意义上的“权利”。^[21] 因此，笔者认为有必要对“宪法”作出一个更为广泛的定义，使之不但能够包容以自由民主为核心的现代宪法，而且也能包容以公民（甚至是专制政体下的臣民）义务为中心的传统宪法。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

宪法定义的扩展要求衡量标准应主要是“形式”（formal）的，并尽量去除实体价值判断的成分以保持价值中立。当然，对于宪法或宪政是否能够保持“价值中立”，至少是一个有争议的问题。美国宪政学者墨菲（Walter F. Murphy）教授区分了有关宪法实践的3个概念：宪法、宪法文本主义和宪政主义，并宣称宪政主义和有限政府等其它西方观念联系在一起。^[22] 笔者认为，以上3个概念的区分是合理的：即有了“宪法”和宪法文本主义的国家，并不就是宪政国家。然而，宪政和现代西方的实体价值是否必然联系在一起？笔者认为对这个问题的回答则应该是否定的。否则，我们的定义不仅在解释传统时会遇到困难，而且甚至不能容纳许多现代宪法。确实，许多现代国家的成文宪法都徒有虚名，因

为它们在现实生活中没有发挥任何实际效力。但设想如果一部宪法确实获得了实施，而它所包含的实体价值却和西方的现代价值观念不同，那么这个国家似乎仍然应该被认为具备了一部卢梭意义上的“真正的宪法”；假如用一种特定的实体价值观念作为一切判断的基础，那本身就将构成道德专制，不符合自由与宽容的精神。在这一点上，以上韦尔教授的更为宽松的定义似乎更为合理。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

本文认为，除了必须是具有实际约束力的（成文或不成文的）“法”之外，一部“真正的宪法”主要有3个方面的“形式要素”（formal elements）：超越性、规范性与稳定性。首先，如上所述，宪法必须是“更高的法”，能够控制一般法的制订、意义与范围。其次，宪法是一部规定国家与社会的基本价值规范的文件。^[23] 这种规定可以是直接的（如公民基本权利的列举），也可以间接地通过具体规则反映出来（如美国宪法规定政府的三权分立结构反映了多元主义的政治设想，《礼记》中所记载的“三年之丧”则体现了传统中国社会的家庭中心观念）。同时，这样一部基本文件不应该是各种规则的杂乱无章的堆积，而应该形成一个价值规范的有序等级结构。如果没有一部像美国或德国联邦宪法那样清楚体现价值等级结构的文件，那么这个结构也应至少能从普遍接受的学说中推断出来。最后，宪法作为一部基本文件应该是相对稳定与持久的，不应该像普通的法律那样经常变化。应该指出的是，宪法并不是永恒不变的“自然法”。根据以阿奎那（Thomas Aquinas）为代表的经院学派的定义，自然法是上帝为了统治人类社会而刻在人心上的基本法则，是一切人类道德与法律的最高源泉。既然是由上帝制定的，自然法当然是不可变的（至少是不可被人类自己改变的）。^[24] 相反，宪法则是完全由人所制订并可被人改变的基本法；只是因为宪法所体现的基本价值与原则被认为应该是相当持久与稳定的（但这种稳定性又不是永恒的），不应该经常改变，因此制订与修改宪法的程序要比一般法复杂。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

笔者在以下论证，根据上述定义，中国传统文化中的“礼”应该被定性为一部统治社会与政府运作的宪法。尽管从现代角度看，“礼”是一部相当不完善的宪法，但这种定性相对而言仍然是最合适的；作为凝聚传统社会的价值体系，“礼”是获得普遍遵从与实施的基本法。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

二、“礼”的宪法学定性

如其词义所示,“礼”代表着人们无论在日常生活还是特殊场合下所遵循的程序。

^[25] “礼”的条文是具体与庞杂的,其范围也几乎是包罗万象的——从婚姻到丧礼、从地方活动到举国祭奠、从儿女家教到培养社会精英的“三纲八目”。从整体上说,“礼”可以被定义为一个基本规则(Rules)与习俗的体系;其制订的目的是为了维护社会秩序、培养道德品行、引导并节制人的欲望,从而使人们的社会生活和“天道”相一致。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

从表面上,作为体现于社会习俗的道德规范,“礼”仅仅是人为制定的成文或不成文的统治不同社会活动的规则。既然“礼”是人为建立与维持的,它不能被定性为自然法(natural law),尽管历史上不少儒家都犯了神化“礼”的错误。^[26] 但要把“礼”当作普通的法则又是不妥当的,因为儒家一直赋予“礼”以高于特定国家或社会形成的规范与习惯。他们首先认为,“礼”的体系包括了制定普通法律所必须遵循的基本规则。事实上,“礼”被认为是由古代圣哲制订,并自远古以来就小心谨慎地受到历代政府的维护。这些“更高的法律”被认为是取自永恒运行的“天道”,并因此而获得了稳定持久的约束力。再者,“礼”的体系尽管庞大,但它的基础是少数几项被认为定义了基本人性的核心原则与价值。众多繁文缛节的存在价值,在于其实现这些基本价值与原则的效力。这些特征使得儒家的“礼”和宪法之间具有相似之处,具体表现于以下3个方面:“礼”的超越地位、稳定性和价值规范的等级结构。^[27] (燕南, <http://www.yannan.cn>)

1. “礼”是“更高的法律”

毋庸置疑的是,“礼”是超越一般法律的基本规则。儒学集大成者荀子极其强调“礼”的至关重要性。他指出:“礼者,法之大分,群类之纲纪也。”^[28] “礼”的主要功用在于维持各阶层的人所处的合适的等级,并为每一等级人的行为提供独立的指导。如果说“乐”的共同欣赏把不同阶层的人合在一起,^[29] 那么“礼”则按照道德、社会和经济地位把人们区分开来,并对他们规定各自的权利与义务。“故先王案为之制礼义以分之,使有贵贱之等,长幼之差,知贤愚、能不能之分。皆使人载其事而各得其宜,然后使禄多少厚薄之称,是夫群居和一之道也。”^[30] 同样,在《礼记》中,“礼”被设想为每一项人间法律的依据,并约束着人们关系的各个道德层面。因此,“夫礼所以定亲疏,决嫌疑,别同异,明是非也。”^[31] (燕南, <http://www.yannan.cn>)

“礼”对于传统社会是如此重要，以至被认为包括了自然法（“天道”）的一些基本要素。“礼”从一种先验的道德来源，转换为塑造、规定、限制人的行为的基本准则。荀子在受其影响的《礼记》曾谈到，“礼”来源于圣贤君主统治人类社会所依赖的天道：“凡礼之大体，体天地、法四时、则阴阳、顺人情，故谓之礼。”^[32] 据称甚至连孔子也曾说过：“夫礼，先王以承天之道，以治人之情。”“故圣人作则，必以天地为本，以阴阳为端。……礼义以为器，人情以为田。”^[33]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

尽管“礼”体现了“天道”，它本身并不是永恒不变的自然法，而是最终由人（尽管经常被假托为传说中的“圣哲”或“先王”）制定的基本法。除了以下讨论的有限的稳定性以外，这也可以从两者之间的下列区别中看出来：“天道”如果存在的话（荀子或《礼记》都未能说明它到底是什么），一定是简明的；普遍约束人类行为的自然法则必然只有少数几个，尽管他们在特定社会中实际运用可以有很多。《礼记》则无疑是一部巨著，它涵盖了约束日常生活最细微处的众多准则与惯例。^[34] “礼”的复杂、冗长、不遗巨细，都表明了它不可能是自然法，而至多只能是“取象于天”的人造法（man-made law）。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

事实上，“礼”的主要问题不在于它是自然法还是人造法，而是它在结构上是否能达到一部成文宪法的要求。相比而言，绝大多数现代宪法一开始都以简明的方式规定了它所保护的基本权利——即宪法的基本目标和价值，继之以人们当时认为是实现这些目标的最佳手段——政府分权形式——的结构性说明。^[35] 翻阅一部《礼记》，^[36] 我们不能从中发现任何有关权利或权力的系统论述。事实上，它甚至未能根据规则在价值等级体系中的位置而提供一个哪怕是粗略的分类。这是否表明“礼”的体系只是大量规则的杂乱无章的堆积？假如确实是这样的话，“礼”的任意性和偶然性似乎不可能使之在华夏文明如此悠久的历史中占据如此卓越的地位。“礼”的琐细与臃肿也不可能使之成为实现天道的“器”，因而将使历代儒家的不懈努力变得如此盲目、多余甚至虚伪。确实，假如“礼”就象摩西《十戒》（Ten Commandments）一样简洁，那么要为其提供理由似乎会容易得多。

^[37] 然而，表面上的差异并不能否定“礼”和宪法之间的基本相似性。毕竟，我们不能用现代法学的尺码去衡量古人的工作。^[38] 相反，“礼”的表面缺陷正应激励现代人去探索其内在的逻辑结构。以下，笔者尝试论证“礼”的传统体系清楚包含着一个规范的等

级秩序。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

2. 基本价值与规范的等级秩序

尽管“礼”的体系很庞大，它所包含的大量规则仅建立在少数基本原则之上。这些原则构成了整个体系的核心，而它们的目的是为了实现某些重要的社会价值。中国传统一直遵从的基本道德规范，主要体现于“五伦”之中。它们分别调整封建社会中的主从隶属关系、家庭内部关系和朋友之间的关系。每一种关系都受制于一项独特的原则：臣对君要“忠”，子对父要“敬”，夫妇之间是“爱”，兄弟之间是“悌”，朋友之间则应讲“信”。^[3]

⁹¹ “五伦”中家庭关系独占3个，足见儒家文化对家庭地位的重视。《礼记》中大约2/3的篇幅被用于家庭关系的调整，其中包括婚礼习俗的有趣安排、儿女对待父母的礼节以及按亲疏关系变化的极其复杂的丧礼。儒家显然认为所有这些细节对于维持一个和睦安宁的家庭环境都是必要的，并花费了大量笔墨来为它们辩护。^[40]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

儒家伦理之所以把家庭放在中心，不仅因为家庭和睦本身是重要的，更因为家庭是培养个人道德与维系社会稳定的枢纽。在儒家看来，一个和睦的家庭不仅是社会安宁的前提，更是造就“君子”的不可少的温床。从治学、修身到齐家、治国乃至平天下，《礼记》的著名篇章《大学》规定了一个系统的程序。这个过程并不是简单线形的，因为从治学到修身都预设了一个良好的培育环境为前提，而只有和睦的家庭才能提供这个环境。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

《大学》的最终目标在于“至善”，即一个理想社会，其中每个人都能满足温饱的基本需要，并有机会进一步追求和谐的道德生活。家庭和睦是值得追求的，但只有每一个家庭都实现了和睦，才算实现了一个理想的社会（“天下平”）。社会和谐要求一种稳定的政治秩序。为此，儒家根据对“天道”的某种特定理解，对处于不同社会地位的人规定了相应的权利和义务。事实上，“五伦”的目的正是要求社会的每一个成员都完成和其社会地位相一致的职责，从而保证家庭乃至社会的和谐。^[41]这种状态反映了儒家的仁义观，而在一个符合仁义的国家里，每个人都得到了其所期望获得的，自然也就没有冲突与争斗。为此，国家有义务和权力去实施“礼”的规定，从而维持一个以特定的天道观为模式的理

想社会。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

因此，《礼记》所包含的大部分规则都可被认为是对实现社会和谐而言至关重要的基本原则之手段。在儒家的规范等级秩序中，社会和谐是一个国家应该追求的理想目标；为此，君臣、家庭成员和一般社会成员之间的关系必须获得严格调控，以保证社会与家庭的稳定，而众多的琐细规则就是“五伦”在操作过程中的具体化。就单个而言，它们看上去琐碎、庞杂；其设计相当任意，而辩护往往流于教条。但作为一个整体，“礼”具有一个理性的等级结构，因而构成一个能够凝聚社会的基本法。^[42] 在历史上，儒家明确把次要规则区别于那些对维护社会秩序至关重要的道德原则，且人们可以预期，一项规则在规范等级结构中的地位及重要性和它的稳定性成正比。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

3. 基本规范的持久性与稳定性

在“礼”的体系中，并不是所有的规则都具有同样的持久性与稳定性。“礼”的某些部分只是为实现其它目标而采取的手段，因此可随着时间的推移而获得修正：“立权度量，考文章，改正朔，易服色，殊徽号，异器械，别衣服，此其所得与民变革者也。”^[43] 另一方面，“礼”的某些部分被认为是如此重要，以至于不允许任何更动。因此，“亲亲也，尊尊也，长长也，男女有别，此其不可得与民变革者也。”^[44] 尽管取决于在不同时期对社会秩序的重要程度，绝大多数“礼”的规则可以随时变动；但如上所述，“礼”的体系中确实包含着一个价值核心，应该保持相当稳定甚至永久。^[45] 所谓“天不变，道亦不变”，就是指只要人类生存的自然与社会状态未发生根本变化，那么作为表达自然秩序的“礼”也应该保持恒定。正如公元五世纪的一位儒家指出：时间可以推移，朝代可以变更，但经典所规定的永恒法则百世不变。^[46]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

这些被认为永恒不变的法则反映了中国社会长期坚持的某些基本价值。尽管宪法作为人造法一般是可被修正的，基本价值与原则的永久性并不和宪政传统的相冲突；相反，这在西方的宪政实践中一直受到明确或隐含的承认。在此用两个显著的例子来佐证这一论点。第一，联邦德国的《基本法》明确禁止立法机构修正宪法中第1章和第20章，其中第1章规定“人格尊严”（Human Dignity）必须受到政府的尊重与保护，第20章则规定了国家政权的基本形式。对于从两次大战的沉痛教训中觉醒的德国公众，这两章所包含的基本原则的重要性已经如此肯定，以至看不到将来会有任何理由需要修正它们；取消或偏离这些

基本原则可能意味着重蹈“第三帝国”的覆辙，因而带有巨大的冒险性。《基本法》的这两条永久性条款不仅反映了德国民族的自信，而且给它带来了政治体制的安全感。第二，为了充分保障小州的利益，美国联邦宪法第5章明确禁止更改各州在联邦参议院中具有平等代表的规定。另外，美国宪法中有关三权分立与联邦主义的基本结构以及修正案中的重要权利保障（如《权利法案》中的某些条款和内战后制订的第14修正案）也具备永久性，尽管这种永久性并未获得宪法在文字上的明确承认。这些不可更改的条款也同样反映了美国社会对其基本价值和生活方式的信仰具有坚定信心。这种做法未必总是正确或明智的，因为它使得以后的修正变得极为困难，而社会的发展可能要求宪法作出某些根本意义上的修正。^[47] 笔者在此只想指出，永久性条款形成了宪法规范等级结构的核心；如果要改变这一核心，也就等于抛弃了整个宪法，那将表明公民对这部宪法的合理性与有效性产生了普遍怀疑（例如到了五四运动时期的中国社会）。但如果这部宪法一直被认为对社会的稳定与发展发挥了关键作用，如果它所包含的规则符合社会的实际需要，而社会变化又非如此剧烈以至使它过于脱离实际，那么也就没有理由要替换那些构成这部宪法之根本的价值与原则。所谓“天不变，道亦不变”，大概在西方就是这个意思。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

因此，把“礼”定性为一部比普通法律规范更高与更稳定的宪法似乎是合适的。如果说《周礼》根据“天道”而规定了国家的政治宪法，^[48] 《礼记》所描述并为之辩护的“礼”则等同于一部社会宪法，其中包含一整套为促进社会利益而设计的基本规范与原则。当然，这一事实并不抹杀作为传统社会规范的“礼”和现代政治宪章之间在实体上的重要区别。应该承认，和现代宪法不同，“礼”的基本目标并不是保护个人的权利和独立空间；相反，它试图对个人施加众多的义务，以提高人的道德感并使之为社会服务。但这主要起因于东西方在世界观上的根本区别：和西方个人主义不同，儒家并不把人视为封闭、孤独的原子，而是和社会不断作用的开放实体。通过规范人在社会中的相互关系与作用方式，“礼”的共同实践维系了社会成员之间的团结与和谐，从而创造了一个使人类利益冲突无需通过暴力而获得解决的道德文化秩序。尽管儒家的“礼”和现代宪法在实体价值上大相径庭，并存在着种种在今人看来不可接受的缺陷，它在持久稳定、最高地位和价值规范的等级结构这3个方面和宪法具有形式上的相似性。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

三、“礼”、宪法与社会演变

可以预料，笔者对“礼”的宪法学定性可能会产生很多争议。一个反复提出的挑战尤其具有说服力，即“礼”（至少其中的一部分）的稳定性包含着停滞与阻碍社会进步的内在倾向。尤其是儒家对孝道的热衷被认为和现代社会完全背道而驰，因而成为五四运动激烈攻击的对象。事实上，潜在的反对意见确实是如此之多，以致笔者不可能期望在有限的篇幅逐条详细讨论。某些反对意见只是基于偏见或误解，其争论并没有实际价值，因而一开始就可被排除。例如五四时期的知识分子曾把儒学比作数千年遗留下来的“陈尸枯骨”，

^[49] 其潜在的逻辑是儒家的“礼”实在是过于陈旧，对现代社会除了阻碍其进步发展之外毫无作用可言。然而，年代久远却并不总是腐朽的同义词；一座丰碑可以经久不衰，如果它可被及时修复。美国宪法至今已有两百多年历史，但很少有人会仅因为其年代而作出同样的评价。类似地，把儒学作为专制、宪政作为自由的简单二分法也经不住仔细推敲。众所周知，今天世界上没有任何一部宪法允许绝对的自由；个人的权利和自由从来是被限制于一定的范围之内，至少不得干扰他人类似的权利和自由。笔者在此并不是要消除“礼”和现代宪法之间的区别，而只是想说明：一旦我们开始探讨问题的细节，许多看上去正确无疑的指控其实是有待商榷的。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

以下，本文将集中讨论笔者认为对“礼”的宪法学定性构成主要挑战的3类论点：第一，“礼治”在本质上是一种人治，而不是法治，因而更不是作为法治最高形式的宪政；第二，“礼”所规定的不是个人权利，而是对国与家的责任和义务，因而和现代宪政的基本精神相违背；第三，“礼”的内在稳定性不可避免地阻碍社会发展，从而使之对我们今天的社会毫无用途。尽管承认儒家的“礼”在中国历史上确实阻碍了社会进步，笔者仍然对这3类观点提出了不同意见。作为结论，笔者指出了在进步与稳定之间保持平衡的内在困难，并寻求在儒学的保守倾向和激进的五四精神之间找到一种妥协。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

1. “礼”与人治

一种责难认为儒家的“礼”提倡的是人治，而不是法治。这部分是因为“礼”缺乏严格的解释机制而为个人的任意性提供了机会，因而被认为和作为法治最高形式的宪政格格不入。这类责难过于肤浅，并经常显然错误，因为儒家只是强调没有道德指引的法治是不

够的，且在一群没有道德、不愿守法的人中间也不可能实现，但并没有完全忽略法治。正如瞿同祖先生指出，儒家早在汉初即已积极吸收法家思想，使得儒学成为统治国家的可行工具。^[50] 结果，一些儒学规范经过成文化而成为法典的一部分，从而导致了“法律的儒家化”。作为一种统治社会的规则体系，“礼”转化为成文法的过程，和法治国家的法律传统是一致的，例如英国的普通法就被称为“成文化的习惯”（“codified custom”）：成文立法来自于原来不成文的道德习惯，构成了英国法治的基础。当然，大部分“礼”的实施主要通过社团或其中的某些人——而不是像法院这样的正式国家机构。但由于“礼”极为详尽地规定了社会活动的固定程序，个人一般只有相当有限的余地来曲解其含义。因此，“礼治”本身似不应导致和人治相联系的任意性。在许多方面，即使是通常被认为凌驾于任何法律之上的皇帝，也不能擅自脱离“礼”所规定的社会规范的控制。至少根据儒家理论，他应该被培养成为传统美德的化身，^[51] 并在其执政期间履行“礼”所规定的义务（例如主持国家的重大祭奠仪式）。从这个意义上说，包括最高统治者在内的政府权力并不是无限的，而是受制于“礼治”的约束。^[52] “礼治”的特点正在于它的规范具有非同寻常的规则性(regularity)，且就和宪法规范一样，在相当长的时间内具有相当确定的解释。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

因此，“礼”不应被认为是人治的一种形式，而恰好和法治一脉相承。最根本的是，法治和礼治都是在原则上按照规则所进行的统治。“礼”本身就是一部庞大的规则体系——尽管某些规则可能在今天看来过于陈旧或不尽合理，尽管“礼”的结构和现代宪法相比显得过于原始，尽管它（就和法律一样）不一定总能保证获得一种确定无疑的解释或公正的实施，它仍然不失为统治传统中国社会的规则体系，而这和一个各人纯粹按自己的利益来决定行为的利己主义社会是完全不同的。笔者将在别处论证，后面这种社会在严格意义上是不可维持的，而历史上的法家企图把法治纯粹建立在人的理性利益之上，乃是一个极大的错误，并最终必然导致极端的专制与人治。关键在于，就和任何规则一样，法律本身是没有生命的，是不能主动与自动获得实施的；^[53] 它是为了实现人的某种目的而被人制订出来，并且其效力最终依赖于人的自觉遵守与实施。古代儒家早已看到了这一点，^[54] 并采取了一整套措施来保证某些他们认为对社会的生存并不可少的基本规则获得普遍尊重。正因为如此，“礼”对于青少年的道德教育规定了一套系统方案，^[55] 并通过定期举行的社区活动与宗教仪式不断巩固社会规则在人们心目中的地位与效力。和一部现代

宪法相比，“礼”的调控范围确实要广泛得多，例如教育体制在西方一般不属于宪法的调控事项，而是通过普通立法加以规定的。^[56]但“礼”的这一特征所体现的不是人治，而正是按规则管理社会的需要。从这个意义上说，“礼”形成了一个完备的体系，不仅包括了直接统治与管理社会的基本法则，而且也为按照规则去治理社会准备了必要的社会条件。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

2. “礼”与平等

“礼”通常被认为和现代宪法具有本质区别，还因为它在根本上是义务取向的(duty-oriented)，未能基于人的平等而为个人提供任何平等权利。这项指责包含以下两个论点。第一，“礼”不承认人之间的基本平等。以“五伦”为例，在其所规定的所有社会关系中，只有最后也是相对而言最不重要的一项规定了朋友之间自然平等关系；所有其它关系也都反映了一个等级社会中的内在不平等，其中最不能让今人接受的或许是男女之间的不平等。然而，尽管儒家的基本规范未能明确承认社会地位不平等的人之间的基本平等，它至少对所有人规定了对应的义务。儒家从未仅把权力施予强势方、责任单方面地施加于弱势方。相反，君对于臣、夫对于妻、父对于子也都有其相应的责任。另外，一旦弱势方履行了“礼”所规定的义务，那么他们应可期望获得相应的承认和待遇。且我们可以认为这种合理期望相当于赋予他们某种“权利”，尽管这种“权利”的兑现有时可能是困难的，因为“礼”未能规定一种体制来有效保护人的普遍权利，并防止社会特权阶层的成员滥用他们的权力。这固然是令人遗憾的，但社会中至少存在着一种普遍的道德压力，要求强势方遵从确立的规则并避免过分的欺压行为。在现实生活中，这些道德要求并不总能得到满足；但这似乎仅表明“礼”的体系在现实中对于限制的社会权势阶层无能为力，而并不表明“礼”本身和宪政精神在根本上格格不入。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

第二，这项指责的进一步含义是“礼”通过人在其家庭和社会地位的分类而对人进行歧视，而几乎所有的现代宪法都承认“在法律面前人人平等”这项基本原则。^[57]用现代标准来衡量，《礼记》等儒家经典中所记载的“礼”固然未能规定统治者与臣民、家长与子女以及夫妻男女之间的法律平等。但这项指责夸大了儒学内在的歧视倾向，而忽视了西方的宗教与法律中直至近现代仍然存在的各类歧视。首先，笔者已在上文指出，由于儒家所规定的几乎所有都是相互(reciprocal)而非单向的(unilateral)，“礼”维护着一种

基本的公正观。值得注意的是，“礼”很少带有西方国家一度盛行的种族歧视。许多儒家可能出于对华夏文明的骄傲而看不起少数民族，但如果他们确实具有某种歧视倾向的话，它通常是一种“逆向歧视”，^[58] 从中少数民族更可能获利而非受害。至少我们未能从《礼记》中发现任何类似于美国联邦宪法的“五分之三条款”，在内战结束前不把黑人作为一个完整的人看待。^[59] 其次，这种指责忽略了如下事实，即包括宪法在内的几乎任何法律都必须对人进行归类(Classification)，因而不可避免地在这种情况下具有歧视倾向。绝大多数法律只是对人群中的一部分有利，而让其他人承担代价，且对人的归类往往仅受制于很有限的原则，例如必须基于理性而非任意或恶意。换言之，在法律面前人人平等的原则只是禁止法律在适用上的不平等，而通常并不保证法律本身对所有人都一样。^[60] 当然，在今天的自由民主国家里，法律与法院将禁止那些纯粹基于种族、性别与年龄的归类，因为它们一般被认为是不相关的任意因素。然而，就和美国宪法中的种族歧视条款并不否定其作为一部宪法一样，儒家在传统上相信某些因素（如年龄和性别）对国家统治而言极为相关，似乎并不应对使这些信仰成文化的“礼”作出类似的否定。事实上，在儒家信仰在道德生活中存在着某些超越任何归类的关键方面。例如无论社会地位的高低，每个人（即便是皇帝）都必须是父母的孝子；^[61] 且从皇帝到平民，每个人都“一以修身为本”。^[62]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

与平等问题尤其相关的是，儒家对“孝”的重视自五四运动以来一直被作为攻击的焦点。确实，家庭关系构成了儒学的核心，而家庭内部关系自然是不平等的。在《礼记》的49章中，至少有2/3被用于调整家庭关系的方方面面。事实上，家庭在儒学中的地位甚至超过了国家。^[63] 和法家截然不同，儒家的“礼”似乎要求免除揭发直系亲属的法律责任，从而可能和法治观念发生直接冲突；孔子本人也认为“父为子隐，子为父隐”是“直”的表现，是国家应该保护的一种美德。^[64] 在儒家传统中，至关重要的家庭和睦受到众多规则的保障：子女对父母的终身责任，家庭成员辞世后所必须遵循的烦琐与漫长的丧礼等。

^[65] 结果，“孝”通常被解释为子女对家长（尤其是父亲）的绝对服从，因而在近代引发了广泛的批评，攻击的对象包括家长式专制和对子女的道德与人身自由的完全剥夺。

^[66] 不幸的是，《礼记》中的许多规定似乎证实了这种责难。^[67] 例如一种通常的看法认为，子女即使明知父亲的主张是错的，也必须无条件服从；和家长争辩本身似乎表明一种不恭敬，因而不可宽恕地违反了子女的责任。笔者并不想在此争论在现实生活中是否确

实如此，而只想指出并非所有的儒家都坚持这种观点：它至少受到了有关“孝”的权威性经典——《孝经》——的明确否定。以下的一段对话清楚地反映了《孝经》作者对“孝”的态度：^[68]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

曾子曰：“若夫慈爱、恭敬、安亲、扬名，则闻命矣。敢问子从父之令，可谓孝乎？”子曰：“昔者，天子有争臣七人，虽无道不失其天下；诸侯有争臣五人，虽无道不失其国；大夫有争臣三人，虽无道不失其家；士有争友，则身不离于令名；父有争子，则身不陷于不义。故当不义，则子不可以不争于父，臣不可以不争于君；故当不义则争之。从父之令，又焉得为孝乎！”^[69]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

《孝经》中的孔子并没有狭隘地理解“孝”的含义，并明确排除了把简单服从当作“孝”的可能性；根据更广义的解释，儿女和臣子应该能够根据自己对天道的理解，无畏地表达独立意见。尽管孔子未能提出言论自由的概念，他还是假设子女具备道德思维与说服的能力，因而应被允许反对其家长的意见。既然遵循“天道”对家长本人是最好的，子女如果缺乏独立的道德判断力而被动服从其家长的命令，那么他们就肯定不能履行其“孝”的义务。如果我们能接受这种理解，那么儒家的孝道观似乎并不那么抵触现代精神，也不象五四时期所指责的那样支持家长专制，因而或许不应成为攻击的焦点。^[70]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

当然，如上文所述，实体价值选择本身就不应成为判断“礼”是否能被定性为宪法的标准。即使占据儒学中心地位的家庭观念在现代看来是不可接受的，只要“礼”符合构成宪法的基本“形式”条件，那么实体价值是否可取不应影响它的宪法地位。尤其是如果这部统治社会的基本法可以随着社会观念的变化而获得修正，那么“礼”总是可以通过淘汰不合理的部分而不断获得更新，从而有效化解对它的实体性攻击的压力。关键问题是，“礼”本身必须在一定程度上是灵活可变的，而正是在这一点上“礼”遭到了最致命的攻击。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

3. “礼”与社会变化

我们现在讨论对“礼”的第3种也是最具有威胁的挑战，即“礼”及其所支持的一整套道德价值观念是否具备足够的灵活性，以适应长期的社会演变。这一问题是很重要的，因

为如上所述，如果“礼”能够及时变化，那么修正本身就能够消除“礼”的种种缺陷。然而，作为高于普通法律的社会规范，“礼”被认为包含了道德规范的基本核心，不能随时随意改变。尽管儒家同意“礼”的大部分规则都可根据情形而被取代，他们仍然坚持“礼”的核心部分表达了统治人类的不变原则。儒家固然没有坚持“礼”的整个体系都不可触及，也不是“礼”的每一项规定都必须被严格遵守；且随着时间的推移，新规则将代替就规定，并获得同样的约束力。^[71] 然而，和否认任何永恒不变原则之存在的法家不同，儒家坚持“礼”所包含的基本原则是永远有效、不可改变的。因此，“三代之礼一也，民共由之。”

^[72] 一个经常被引用的例子就是“三年之丧”。《礼记》花了一整章的篇幅为这项规则的合理性与神圣性辩解。^[73]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

因此，“礼”的一部分实际上被认为是不可变更的自然法。为了给这些规则与规范提供理由，儒家采纳了一整套道德与天人关系的世界观。通过把“礼”的核心部分和“天道”直接相对应，从而无论对社团的集体生活和个人的道德成长都必不可少，历代儒家自然对“礼”的正当性与合理性建立了不可动摇的信心，且这一规范体系注定对社会具有严格的约束力，并将永远保持不变。儒家对这些规则的信心及其严格遵从的坚持，无疑有助于传统社会的稳定。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

不幸的是，几乎每一项美德都可能转化为恶习，儒家的“礼”也不例外。“五伦”可以被解释为臣对君、妻对夫、子对父的绝对从属关系。严格的道德教育可能“矫枉过正”，剥夺了年轻人自由思维的空间和挑战传统规范的能力。对不同社会地位的区分被占据统治地位的儒家如此严格地维持着，以至它们轻易地转化为保护既得利益的不加质疑的教条。

“礼”根据人的社会与家庭地位而加在每个社会成员身上的固定义务无疑有助于人的社会期望的稳定性，但也压抑了人的雄心、能量和个性的自由发展。^[74] 祭奠和仪式固然有效地使中国社会的不同阶层社会化，但同时也使他们满足于肤浅的机械程序之中，而忘却了文化象征背后的原始实际含义。因此，托克维尔鄙视当时的“俗儒”，就一点也不奇怪了：“当欧洲人来到中国的时候，他们发现已被遗忘的深刻知识之痕迹。……中国人在跟随其父辈的足迹时，忘记了指导他们的理由。……他们害怕一旦偏离了前者的轨道就误入不可自拔的歧途，因而只好原封不动地在每一件小事上照抄他们的先辈。”^[75] 这种批评或许是过分严厉了，但它对于 19 世纪后期的中国社会却很有针对性。寻求改革自强并巩固儒家传统的保守企图取得了一些现代化的成就，但部分因为外族统治产生的民族利益矛

盾而遭到了严重挫折。^[76]一次次失败的记录累计起来，最终引发了推翻整个旧秩序的激进努力。西方文明的进步、自由与开明，和东方的落后、保守和愚昧形成鲜明对比，而“礼”就是一个最显眼的靶子。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

在历史上，儒家确实未能使“礼”不断更新而产生一个更为进步的社会；但这并不表明“礼”作为一部宪法就注定走向僵化并落后于社会变化。例如早在战国时代，荀子就已经发展一种“礼”的进化理论，认为“礼”的特定内涵可以在“义”的普遍原则指导下随着时间的推进而发展。^[77]《礼记》也表达了类似的开放思想：“故礼也者，义之实也。协诸义而协，则礼虽先王未之有，可以义起也。”^[78]“五帝殊时，不相袭乐；三王异世，不相袭礼。”^[79]因此，“礼”的组成部分可以随时被修正，但“礼”的整体可以作为一部不断演化的宪法而一直受到特定民族的遵从。使“礼”成为一部随着社会变化而及时更新的宪法，似乎显然是可行的。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

因此，“礼”并不仅仅是普通的法律，但也不是永恒与不可改变的自然法。传说中制订“礼”的“圣王”当然是不存在的，“礼”的神秘光环完全是虚假的；而“礼”的神化乃至僵化的根源，正是在于对其制订者的神化。实实在在活着的人组成并造就了社会，他们有自由基于新的价值观念来重塑社会规则。事实上，也只有人才具有最终责任去选择并采纳某个具体的社会体制作为统治社会的宪法，遵守并实施这部宪法，并把它流传给后代。给社会带来福祸奖惩的自然法是否存在，或许永远不得而知；但不论如何伟大的人都没有权利宣称他能揭示这部隐藏于自然和社会运行之中的“道”。以往的圣哲——包括孔子本人——只是“天道”的观察者。他们可以向世人传授观察与总结的经验，但并不能阻止后人对其自己的时代作出自己的观察、发现和判断。如果社会状态发生了变化，或后来人相信他们发现了更好的组织社会的方式，使之能更加有效地实现“至善”，那么就没有什么能阻止人们改变或修正统治自己的基本法。当然，他们或许在后来发现自己犯了错误，但也只有人类自己才能吸取教训、纠正错误、回归理性。人类历史的过去与其说是限制现时的可能性，还不如说是为指导未来的选择提供了经验材料。因此，教条地坚持某些规则的永恒性与不变性，只能使它们变得过于僵化而不合时宜，从而拨下了使其衰亡的种子。这正是“礼”在五四运动之后的命运给我们的启示。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

四、 进步与稳定：重新和五四对话

在本文结束之际，我们留下了一个任何文明社会所面临的基本难题。一般认为，任何社会要生存与繁荣，都必须具备一套被共同接受的基本价值、普遍原则及其所推演的具体规则，从而为社会成员的不同活动带来协调与合作，并使年青一代被顺利地融入社会。这类规则应足够具体与清楚，不同情形下的行为选择提供理性判断。这正是“礼”在传统中国社会中的功能。要指导并影响人的行为，“礼”不能仅停留在普遍与抽象的原则；它还必须规定确切的规则，根据人在家庭、国家与社会中的不同地位与作用来调控人与人之间的关系。事实上，传统的“礼”也确实包含了极为复杂的规则，对人类活动的方方面面作了详尽规定。且为了保证“礼”的神圣性不受反对者的质疑，儒家诉诸于“天道”理论和传说中永远英明正确的圣王。儒家为“礼”戴上的神秘光环，似乎确实提高了“礼”的道德权威和稳定性。另一方面，使道德系统稳定化的努力同时也使其具有僵化和难以修正的倾向，而不断变化的社会状态则可能要求道德法则与法律规范作出相应的变化。^[80] 总之，社会规范稳定性的取得是以牺牲其灵活性与可变性为代价；或者“礼”的固定体系将为了其自身的生存而迟早要压制所有的挑战与反对意见，或者“礼”的整体不得被人类社会彻底抛弃。^[81]（燕南，<http://www.yannan.cn>）

在这两个极端之间，第三条路似乎总是显得极有风险与不确定的。传统的“礼”提供了一套稳定的道德秩序，使中国社会维系一体，但它最终变得如此僵化与堕落，其卫护士变得如此故步自封，以至它不再能满足国内外种种挑战而引起的新的社会需求。另一方面，激进的知识分子忽略了社会对一种统一道德秩序的需要，而只有这种秩序才能提供稳定的社会发展所必不可少的基本道德共识。他们以为“礼”只不过是一种普通的法，可以在任何时期被制定或取消。但如果儒家的“礼”一旦被奉为不可置疑的正统就成为僵化的教条，那么当它被认为只是一种过时的普通法则而必须被现代化彻底抛弃时，道德规范对于社会的实际约束力受到了致命的打击。一旦中国社会失去了凝聚其不同成分的宪法，它很快陷入政治混乱和社会失序。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

五四运动冲击了和现代精神格格不入的实体价值观念，在这一点上它无疑是进步的。但在扫除了过时的传统规范之后，它留下的遗产是一个失去了基本价值规范的道德真空，且以后的实践证明，一个处于道德真空中的社会是不能够稳定与健康发展的。^[82] 传统的“礼”固然包含了许多在现在看来不近人情的规则，但它毕竟还是维持了一个讲求规则的社会。在这个意义上，它是整合传统中国社会的一部“宪法”，是古代宪政的一种形式，

不论这种宪政形式包含着多少缺陷（有时甚至是专制这种致命缺陷）。这事实上也是社会实现法治的前提——尽管现代法治原则一般还包括“在法律面前人人平等”的基本要求，而“礼”可以被认为在这一点上是有欠缺的。可以证明，没有对基本道德规范的普遍认同与尊重，就不可能建立起一个法治国家。在这方面，传统的“礼”为中国社会提供了一种难得的“道德资本”。^[83]一旦这种资本被人为摧毁或自行流失之后，要重建道德与法治秩序可以说是难上加难。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

困难在于，基本的价值规范是不能简单通过道德说教或政治宣传就能建立起来的。在理想状况下，它应该在自由与公开对话的环境下建立起来；通过辩论与说服，不同社会角色最后对管理社会的基本规则达成了共识，而人的本性决定了只有自愿达成的共识才能获得可靠的实施。这也许反映了“礼”的另一个重要缺陷，也就是它的制订与更新是政治统治者的义务与权力，因而完全取决于后者的意愿与能力，而和受它统治的普通人没有关系。专制并不是人治的同义词，^[84]但它经常导致人治，并最终致使自身的覆亡。我们已经论证，“礼”缺乏平等与有效的权力制衡不应成为其宪法定性的障碍，但这在历史上确实阻碍了“礼”的及时更新，而“礼”的保守与僵化使之失去了一部“活的宪法”所应有的特征，并最终作为民族危机的替罪羊而被全盘抛弃。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

因此，把传统的“礼”定性为一部可以演化的——即由不同时代的人们制定并逐渐修正的——宪法，似乎不仅具有理论意义，而且具有显著的实际意义。这样的体系似乎为人类社会的发展提供了一种最佳选择，而在人类历史上，最好的也几乎总是最微妙与最冒险的。为人类的发展同时提供希望与极限的这一基本事实，正是实然与应然、现实与潜在、过去与未来之间的辩证关系；稳定与进步经常既互为前提，又相互排斥。社会进步只有在最低限度的稳定条件下才能获得，但真正的稳定又只能在看似动荡不稳的不断进步中才能求取。确实，任何文明社会都需要“礼”的统一调节；但要成为一部真正的宪法——不仅记载于书本上，而且用卢梭的话说刻“在公民的心中”，并能够在不断变化的社会把他们凝聚在一起，“礼”本身必须是一个生生不息、不断进化的体系。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

【注释】

1. 注 22，墨菲“宪政主义”一文的中译者姓名：张千帆

2. 注 46 所引书的出版地, 以及出版者:

Hu Shih, "The Natural Law in the Chinese Tradition", In E.F. Barrett ed., *Natural Law Institute Proceeding*, vol. 5, University of Notre Dame Press (1953), p. 134. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

3. 注 53, 霍姆斯“法律的道路”一文的中译者姓名: 张千帆等

4. 注 59 所引书的出版地:

Paul Brest, Sanford Levinson, J.M. Balkin, and Akhil Reed Amar, *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials* (4th Ed.), Gaithersburg, New York: Aspen Law & Business (2000), pp. 2-3. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

5. 注 75 所引书的出版地:

Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence trans. & J.P. Mayer ed., New York: Harper & Row (1969), p. 464. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

6. 注 76 所引书的出版时间, 以及该书编者的国籍:

[美]罗兹曼(Gilbert Rozman)主编, 《中国的现代化》, 南京: 江苏人民出版社 1988 年版, 第 270-287, 573-587, 628-636 页。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

7. 注 83 所引书的出版地和出版时间:

Robert D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press (1993), pp. 163-186. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

另外, 该注开头请该为“引自余英时先生的一次学术报告”, 即加入“学术”两字。

[1] 南京大学法学院教授、美国德克萨斯大学政府学博士。本文的写作得益于国家教育部对留学回国人员的启动基金的资助, 特此感谢。笔者同时感谢南大法学院的钱大群教授和一位匿名评审者对本文初稿所提出的改进意见。文中如仍有任何不当之处, 当然由笔者自己负责。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[2] 陈独秀: 《宪政与孔教》, 载《新青年》, 1916 年 11 月 1 日。

[3] 李大钊: 《孔子与宪法》, 载《新青年》, 1917 年 1 月 30 日。

[4] 钱大群先生认为本文论证了“礼”是一部基本或根本法典, 但对于基本法是否等同于一部宪法表示疑问; 概基本法虽可以是宪法, 但似乎比宪法的范围更为广泛。本文对此未多加论证, 而仅从联邦德国的《基本法》实际上就是宪法这一事实认为两者的性质类似, 可能有过于简单之嫌。然而, 如果基本法确实是“法”, 即它在一定程度上获得国家权力的实施, 而且也确实不是普通的法, 而是更高的“基本”法, 那么称它为“宪法”似乎是合适的。因此, 在本文中, 笔者把宪法与基本法视为可相互通用的两个概念。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

与此相关, 有人可能会认为把“礼”定性为“一部宪法”显得过于简单化, 因为“礼”是一个庞大复杂的规则体系, 其中包括了不同层次的规则和仪式, 不能一律被概括为宪法规则。如下文所示, 笔者诚然也同意这种观点。本文当然不是要把“礼”和我们今天所看到的宪法完全等同起来, 而只是论证传统的“礼”在本质上具有宪法的基本特征。在今天看来, “礼”所包含的某些规则(尤其是社区活动的仪式)至多只是实现某种公共目标(如社会秩序与和谐)的手段, 因而似乎不应被视为“宪法”的构成部分, 因为宪法只应该包括对社会生活至关重要的原则与规则。因此, 本文所说的“礼”最好被局限于整个体系的核心部分。这种理解固然是合理的, 并且有助于澄清可能出现的误解。笔者只想进一步指出, 判断“礼”的规则是否构成我们所定义的宪法, 应该以它对传统社会的重要性为标准, 且我们不应该替古人作出这一

判断。事实上,即使对于一部现代宪法而言,并不是每一项规则都具有“非如此不可”的性质;一部宪法也并不一定排除所有涉及到仪式的规则,例如美国宪法就明确规定了联邦政府的高级官员(如总统和法官)就任时的誓词。根据本文以下的定义,“宪法”是一个比通常理解更为广泛的概念;只要具备基本的“形式”要件,“礼”的规则体系就适当地构成了一部“宪法”。这样的定义或许过于宽松,而本文确实是以较为宽松的意义来理解“宪法”的。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[5] (今文)《尚书·益稷》。

[6] (古文)《尚书·胤征》。

[7] (古文)《尚书·说命下》。

[8] 《墨子·非命上》。

[9] 《管子·立政》。

[10] 《汉书·萧望之传》。

[11] 孔颖达在《尚书正义》中对“宪”的注疏。

[12] American Heritage Dictionary (2nd College Ed.), Boston: Houghton Mifflin Company (1982), p. 314. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

[13] Black's Law Dictionary (6th Ed.), St. Paul, Minn.: West Publishing Co. (1990), p. 311.

[14] A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (8th Ed.), London: Macmillan (1915). (燕南, <http://www.yannan.cn>)

[15] 译自 Kenneth Wheare, Modern Constitutions, London: Oxford University Press (1966), p. 1.

[16] Carl Friedrich, Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America (revised edition), New York: Blaisdell (1941), pp. 122-126. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

[17] 同上注, p. 131, 173.

[18] 参见张千帆:《西方宪政体系:上册·美国宪法》,中国政法大学出版社2000年版,第6-8页。以下简称《西方宪政体系:美国宪法》。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[19] 在1803年的著名案例“马伯里诉麦迪逊”(Marbury v. Madison, 5 U.S. 137)中,首席大法官马歇尔(C. J. Marshall)即主要基于美国联邦宪法的成文性,为宪法的实际效力辩护。参见《西方宪政体系:美国宪法》第37-45页。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[20] 《西方宪政体系:美国宪法》,第8页。

[21] 见 Aristotle, The Athenian Constitution, P.J. Rhodes trans., Penguin (1984).

[22] 墨菲:《宪政主义》,载《南京大学法律评论》2000年秋季刊,第2-4页。注意墨菲教授在文中曾提到宪政主义在“艰难地和它通常的合作者——代议制民主——共存”(第2页),亦可看出代议制民主也只是宪政“通常的合作者”而已,因而不应该成为判断宪政是否存在标准。由此可见,墨菲教授似乎并不主张民主与自由应该是宪政定义的一部分,尽管历史经验表明现代宪政国家都是自由民主国家。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[23] 笔者希望这不致引起混淆:即宪法本身必须是作出一个国家的基本价值选择(如尊重与保护个人的基本权利)的规范性文件,因而它必然不会是价值中立的;但判断一部文件究竟是否能构成“真正的宪法”的标准则应该尽可能价值中立,也就是不应该取决于这部宪法所作出的实体性价值选择(如是否保障个人权利,包括参与选举政府官员的权利)。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[24] 笔者将在别处论证，西方的自然法观念和中国的天道观都被假定为永恒与不可改变的，并在概念上相似。但自然法并不是从来不可被人所制定。在这一点上，西方的自然法哲学家并未达到共识。对于世俗自然法学家霍布斯而言，在人们通过相互保证而选择形成契约、把权力委托给一个政府之前，基本自然法则至少是缺乏效力的。见 Thomas Hobbes, *Leviathan*, London: Penguin Books (1985), pp. 223-224。更明显的例子是大卫·休谟：他认为所有的自然法——包括开始由习俗形成的财产权——都是人为制订的。见 David Hume, *The Treatise of Human Nature*, Ernest C. Mossner ed., London: Penguin Books (1969), Book III, Part II, Sec. II。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[25] “礼，履也”，有遵从、实践之意。见《礼记·祭义》，《礼记·仲尼燕居》。

[26] 参见梁治平，《法律的文化解释》，北京：三联书店 1993 年版，第 310-340 页；并比较金勇义，《中国与西方的法律基本概念》，陈国平等译，沈阳：辽宁人民出版社 1989 年版，第 63-78 页。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[27] 宪法的稳定性与超越性的典型例子是美国联邦宪法，而由“客观规范”的等级结构可见于联邦德国的《基本法》，其中人格尊严的尊重与保护被明确作为最高价值规范。见 Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham: Duke University Press (1989), pp. 305-316。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[28] 《荀子·劝学》。

[29] “礼节民心，乐和民声，政以行之，刑以防之：礼乐政刑，四达而不悖，则王道备矣。”《礼记·乐记》。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[30] 《荀子·荣辱》。

[31] 《礼记·曲礼上》。

[32] 《礼记·丧服四制》。

[33] 《礼记·礼运》。又见“天垂象，圣人则之。”《礼记·郊特牲》。

[34] “礼”是否一定需要如此烦琐？《礼记》本身对此表达了不同观点。据称孔子曾说过：“恭俭庄敬，礼教也；……礼之失，烦；……恭俭庄敬而不烦，则深于礼者也。”《礼记·经解》。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[35] 但值得注意的是，尽管美国的联邦宪法极为简明，绝大多数现代宪法——包括美国各州宪法、联邦德国的《基本法》和法国第五共和宪法——都相当长，且规定政府运作的条款相当细致。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[36] 或者更糟糕的，在理论上更权威的“经”——《仪礼》——所包含的似乎大都是琐碎和过时细节的流水帐，而很少为它们提供理由。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[37] 但另一方面，《十戒》通常被基督教徒奉为不可变更的自然法，而不仅仅是一部基本法。

[38] 在结构方面，中国经典可以说是先天不足。无论是孔、孟、荀还是法家的传世之作，篇章之间都不存在任何严密的逻辑关系，不能和同时代古希腊的柏拉图的《理想国》或亚里士多德的《伦理学》与《政治学》相提并论。《礼记》沿袭了这一不良传统，但篇章之间已开始有职能分工。不论如何，“礼”的结构所体现的不是个别缺陷，而是整个学术传统的不足。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[39] 见取自《礼记》中的《四书》篇章：《中庸》、《大学》。

[40] 见《礼记》中的《祭义》、《三年问》、《丧服四制》等篇章。

[41] 孔子本人曾明确地表达过“必也使无讼”的治国理想。《论语·颜渊》。

[42] 在此，笔者不同意芬格列把“礼”简单解释为一种类似于宗教的信仰。见 Herbert Fingarette, *Confucius -- The Secular as Sacred*, New York: Harper & Row (1972), pp. 1-17. 相反，儒家不断尝试着为“礼”的规则提供理性辩护。一个例子是在孔子时代就已确定的“三年之丧”。芬格列会认为古代中国简单把它当作一种无需任何理由的道德信仰。但当学生表露出怀疑时，孔子自己试图回答这个问题，并以表达人性的功能来为这项规则辩护。见《论语·阳货》。这些理由是否充分是另一回事，在此仅需指出，“礼”所包含的规则主要被作为用来实现更基本目标的手段。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[43] 《礼记·大传》。

[44] 同上注。

[45] 对这些作为持久价值观念的道德规范的灵活解释以及永恒与变动之关系，参见 Fung Yu-lan, *A Short History of Chinese Philosophy*, Derk Bodde ed., New York: The Free Press (1948), p. 28. （燕南，<http://www.yannan.cn>）

[46] 引自 Hu Shih, “The Natural Law in the Chinese Tradition”, In E.F. Barrett ed., *Natural Law Institute Proceeding* (1953), 5: 134; 详见以下的讨论。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[47] 美国联邦宪法也为这种不便提供了一些例证。如《权利法案》中的第2修正案规定了公民拥有枪支的权利，而这项权利近年来受到了激烈争论。或许可以证明，这项权利导致了美国社会持枪犯罪率——尤其是校园枪击案——的上升。然而，尽管社会上要求加强枪支管理的呼声不断升高，联邦立法因第2修正案的保护而在枪支控制上所能做的极为有限。再如第7修正案规定，只要民事诉讼的争议标的超过20美元，当事人就有权要求民事陪审团的审判。这条修正案的原意是把民事陪审限于诉讼标的较高的案子，而20美元在两百年前是一个不小的数目。在今天，这一标准显得如此之低，以至任何民事诉讼都在理论上可获得陪审团的审判。这种做法损害了民事诉讼的效率（包括英国在内的几乎所有其它法治国家都先后取消了民事陪审制度），但由于宪法条款具体、明确，立法机构不能擅自改变（美国国会只有提议宪法修正的权力，而修正案必须经过3/4多数州的批准才能生效，见联邦宪法第5章）。由于明文修宪极为困难，而最高法院的解释又不能改变宪法含义明确的条款，这两条修正案虽然不是任何意义上的“永久性条款”，却已在某种意义上约束了社会发展。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[48] 胡适先生曾把《周礼》当作一部“乌托邦宪法”，即在历史上长期统治社会的“更高的法律”。见 Hu Shih, “The Natural Law in the Chinese Tradition”, In E.F. Barrett ed., *Natural Law Institute Proceeding* (1953), 5: 119-153, 145. （燕南，<http://www.yannan.cn>）

[49] 李大钊语，见《孔子与宪法》，载《新青年》，1917年1月30日。

[50] 瞿同祖，《中国社会与中国法律》，北京：中华书局1981年版，第328-346。

[51] “天子者，与天地参。故德配天地，兼利万物……。”《礼记·经解》。

[52] 当然，这并不表明传统意义上的中国政府相对于个人而言就是一个“有限权力”的政府。在理论上，政府可能具备的权力是无限的。传统政府的“有限性”只是体现于政府自己不能做“礼”所禁止的事情，也不能强迫个人违法犯禁，因而本身是相当有限的。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[53] 那种认为法律是神圣的、超越的且独立于人的存在的观点，实际上是重犯了柏拉图的理性现实主义(rational realism)的错误，即认为道德观念（如正义）是一种超越的实际存在。近代哲学已充分表明这种观点在理论上是站不住脚的。笔者并不反对这种观点对中国的法治建设可能具有某种积极意义，且也不赞成彻头彻尾的法律工具论（关键还是要看究竟是谁的“工具”），但把这种观点上升到系统理论的层面，并不加质疑地予以接受，显然是自欺欺人并在实践中可能是有害的。与其如此，笔者还是更赞同霍姆斯大法官在《法律的道路》一文中所表达的实用主义观点，载《南京大学法律评论》2000年秋季刊，第6-19页。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

霍姆斯的问题在于其不折不扣的科学主义倾向对传统道德采取了过于简单化的否定态度，见波斯纳的评论：《超越法律的道路》，同上注，第20-23页。如果这样的话，霍姆斯法官似乎犯了一个和中国古代法家同样的错误，即忽视了道德规范对于维护法治的必要作用。我们可以举出许多理由来表明，单靠霍姆斯法官所期望法律发挥的“预测”功能（即对法律惩罚的预期能事前构成一种威慑），是不足以阻止一个具有犯罪倾向的人犯法的，也未必能有效防止政府官员滥用手中的权力。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[54] “徒善不足以为政，徒法不足以自行。”《孟子·离娄上》。

[55] 见《礼记》中《大学》、《内则》、《学记》等篇。

[56] 但有些宪法也会触及到教育体制，例如美国许多州的州宪都明确提供受教育权的平等保护。

[57] 见 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Ed.), London: Macmillan (1915), p. 110, 并比较陈独秀：《宪政与孔教》，载《新青年》，1916年11月1日。作为平等在宪法中的一个显著体现，美国联邦宪法第1章第9与第10节明确禁止联邦和各州政府授予规则头衔。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[58] Reverse discrimination, 即“affirmative action”（“正面行动”），参见《西方宪政体系·美国宪法》，第301页。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[59] 这是对“五分之三条款”的一般观点，不同看法见 Pual Brest, Sanford Levinson, J. M. Balkin, and Akhil Reed Amar, *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials* (4th Ed.). Aspen Law & Business (2000), pp. 2-3. （燕南，<http://www.yannan.cn>）

[60] 事实上，如果法律确实对所有人都在结果上严格“平等”的话，这样的法律经常是没有任何意义的。法律的目的正是对不同类型的人赋予不同的权利和义务，尽管所用的语言可以普遍适用于任何人。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[61] 见《孝经·庶人章》。

[62] 《大学》。

[63] 例如在孝道面前，官职甚至王位不过是一只随时可以放弃的“破鞋”而已。《孟子·尽心上》。因此，在儒家的理念中，传说中的舜将不惜违反国家法律，背着他那犯罪的父亲逃往遥远的海滨。儒家对国与家之间的价值选择可见一斑。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[64] 《论语·子路》。但儒家的家庭观念并不一定和宪政观念相抵触。事实上，从美国的“正当程序”（Due Process）中所推演出来隐私权已经涵盖了夫妻关系，因此根据联邦最高法院的解释，宪

法禁止任何法律要求夫妻对有关性生活的问题出庭作证。参见《西方宪政体系·美国宪法》，第244-249页。如果儒家认为家庭是一个亲密无间的实体，并具有重要的社会功能，那么保护父子之间的和谐关系似乎亦无不可，尽管这可能会在某些情形下使刑事审讯获得事实证据更为困难。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[65] 例如见《礼记》的《曲礼》、《内则》、《玉藻》等篇章。与此相关的是尊重长者的严格习惯，具体反映在“礼”对社团的饮酒、射击等活动所规定的秩序。见《礼记》中的《乡饮酒义》与《射义》等章节。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[66] 见陈独秀：《宪政与孔教》，载《新青年》，1916年11月1日。一个例子是父母健在时，子女不应远离家门，在原则上也没有拥有财产的合法权利。“孝”还涉及到一些棘手的形上学问题。和假定上帝造人的基督教不同，儒学基于子女的生命完全来自其父母的世俗信仰。因此，儿女对家长的无限责任及家长的无限权力似乎是天经地义的事情。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[67] 例如见《礼记·祭义》中“孝”的儒家“典范”曾子的言论。但以下《孝经》的对话表明，儒家对“孝”不止这一种狭隘理解。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[68] 这段对话固然未必真的发生于孔子和他的学生之间，但它被包括在儒家关于“孝”的权威经典之中，因而至少应有助于理解“孝”在中国传统社会的真实意义。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[69] 《孝经·谏诤章》。

[70] 对于类似的“师道尊严”可能也同样存在着误解。尊师并不一定意味着盲从。孔子本人便认为其得意门生颜渊作对自己没有太大的帮助，因为他总是满足于老师的教诲。见《论语·先进》。与此相比，孔子的另一个学生子路经常挑战其老师的言行，并至少有一次改变了后者的计划，因而获得了老师的嘉许。见《论语·雍也》。《礼记·学记》中也有“教学相长”一语，可见儒家承认老师也能通过教授学生而学到新的东西。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[71] 当然，新的规则并不一定就更好。不消说，最为臭名昭著的例子是强迫妇女裹脚的习俗。它始于唐代宫廷，在宋朝获得进一步推广，并最终成于明清，从而成为扼杀女性自由发展的工具。但从裹脚一例中亦可看出，许多专制恶习事实上并不能怪古人，而是文明发展到一种病态的产物。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[72] 《礼记·礼器》。

[73] 见《礼记·三年问》。

[74] 因此，功利主义与自由主义哲学家密尔(J. S. Mill)强烈反对东方式的“习俗专制”：“一个民族…可能在一段时间内进步，然后停滞。它在什么时候停滞？在它不再具有个性(Individuality)的时候。”John Stuart Mill, *Utilitarianism, On Liberty, Considerations on Representative Government*, London: J.M. Dent & Sons Ltd. (1972), p. 138. 在五四运动时期，密尔的批评同时被自由主义者和马克思主义者所重复。这些新思潮在中国的体现参见下列文集：陈崧编，《五四前后东西文化问题论战文选》，北京：中国社会科学出版社1983年版；以及中国社会科学院近代史研究所编，《五四运动文选》，北京：三联书店1959年版。（燕南，<http://www.yannan.cn>）

[75] Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, George Lawrence trans. & J.P. Mayer ed., Harper & Row (1969), p. 464. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

[76] 罗兹曼(Gilbert Rozman)主编,《中国的现代化》,南京:江苏人民出版社,第270-287,573-587,628-636页。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[77] 见《礼记·王政》。

[78] 《礼记·礼运》。

[79] 《礼记·乐记》。

[80] Talcott Parsons and Edward A. Shils (ed.), *Toward a General Theory of Action*, Cambridge: Harvard University Press (1954), pp. 179-180. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

[81] 这一难题并不仅限于中国。在许多方面,五四运动可以和法国革命相比。正如托克维尔指出:“这些制度的古老并不产生对它们的尊敬。相反,它们越是变得古老,就越遭到非议,且确实奇怪的是,当它们越是衰落并似乎丧失了伤害的能力时,它们越是受到憎恨。”Alexis de Tocqueville, *The Old Regime and the French Revolution*, Stuart Gilbert trans., New York: Doubleday (1955), p. 17. (燕南, <http://www.yannan.cn>)

[82] 对于当时“保守派”的代表性论点:“国是之丧失……为国家致亡之由”,见伦父:“迷乱之现代人心”,载《东方杂志》第15卷,1918年4月。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[83] Moral capital, 引自余英时先生的一次报告。西方社会科学界用得比较多的是“社会资本”(Social capital)这一概念,代表作见 Robert D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, pp. 163-186。两个概念都是指一般意义上的资本(包括技术人力资源)不能替代的社会资源,其中社会资本概念可能相对而言更为广泛。(燕南, <http://www.yannan.cn>)

[84] 对于这一点,笔者将另撰文说明。总的来说,专制的对立面是民主与自治,而人治的对立面则是法治。在逻辑定义上,正如法治与民主并不是同义词,专制也未必意味着人治,尽管可能有相当充分的历史证据表明两者之间的联系。

【写作年份】2005

【学科类别】法学理论→法理学

从宪法到宪政——兼论司法的使命

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】917

【阅读次数】917

所谓“宪政”,是指一种使政治运作法律化的理念或理想状态,它要求政府所有权力

的行使都被纳入宪法的轨道并受宪法的制约。当今绝大多数现代国家都有一部被称为“宪法”的文件，但到目前真正实行宪政的国家为数很少，而其中又有少数宪政国家（如英国）并没有成文宪法。这表明成文宪法只是一个国家宪政历程的起点，而远不是终点。它并不是宪政的充分条件，有时甚至不是必要条件。宪法与宪政的关系就和法律与法治的关系一样：认真对待法律，使之真正成为约束公民行为的规则，社会就实现了法治；认真对待宪法，把宪法真正作为“法”，并控制所有的政府权力包括立法权力，国家就实现了宪政。在这个意义上，宪政是法治的最高形式。

和法治一样，宪政的实现在很大程度上取决于法院，或更广泛地说，司法性质的国家机构。正因如此，司法机构对于国家宪政的实现责无旁贷。

这个道理是如此简单，以至其论证不需要任何高深的理论。设想在普通的法律领域内，如果一个国家只是规定了民法，而没有设立专门处理民法争议的法院，或者只是规定了刑法，而没有设立从事刑事诉讼的法院，这些写在纸上的有关法律规定能获得有效实施吗？显然不能。如果没有解释民法条款的中立权威机构，当事人必然从自己的利益出发“解释”法律，那样冲突的利益将导致种种不同的解释。民法也就不成为“法”了；如果没有中立的法院审理刑事诉讼，那么官员就可以完全按照自己的喜怒惩罚犯罪嫌疑人，那样刑法也就如同不存在。既然如此，为什么认为宪法可以没有法院就能自动实施呢？

这里关系到一个对待宪法的态度问题。在1803年的著名案例马伯里诉麦迪逊中，美国联邦最高法院首次判决国会制定的一项法案“违宪”。在达到这个在当时看来相当惊人的结论过程中，首席大法官马歇尔论证了3点理由，其中第一点是最根本的，这就是宪法首先是“法”，和普通法律一样具有实际效力。第二点几乎“不证自明”——宪法并不是普通的法，而是“更高的法”，在效力等级上超越了普通的法律，并控制着所有其他法律规范的意义。既然宪法是“法”，它就有可能和其他的法律规范包括议会的立法发生冲突。在法治国家，法律的解释以及法律冲突的解决主要是法院的任务。因此，马歇尔大法官自然推论到最有争议的第三点：法院可以解释宪法——就和它有权解释法律一样，且如果认为普通法律抵触了宪法，它必须服从并适用宪法而不是法律，就和它必须适用法律而非和法律发生冲突的行政法规一样。

笔者并非建议中国也要模仿马伯里案所形成的司法审查制度。事实上，不少西方宪

政国家也没有照搬。对于普通法国家，由普通法院来审查立法的合宪性是顺理成章的事情；但大陆法国家采取的是按照法律门类所建立的专门审查制度，且不少国家相信普通法院的司法审查不符合现代民主原则，因而美国的司法审查模式对它们而言并不合适。然而，不可否认的是，马伯里案提出了一个超越国界的永恒命题：要实施宪法、实行宪政，必须建立某种形式的司法审查制度，以某种方式授权司法性质的专门机构审查法律的合宪性。这一点为目前所有的宪政国家所应验。

这个机构应该是司法性质的——如果它不是普通法院的话。它应该独立于议会行使职能，就如同行政法院应该独立于行政一样；没有独立性和中立性，行政审判机构就不能公正解决行政争议，宪法审查机构也同样不能公正解决宪法争议。由议会或从属于议会的某个委员会来行使宪法审查是不可行的。除了独立性以外，更重要的是，既然宪法被作为“法”，宪法审查工作主要涉及具体的宪法条款和法律规定的解释。因此，宪法审查的性质是司法，是一种在本质上不可与立法相混淆的职能。宪法审查的司法性决定了宪法审查机构的司法性。

这个机构通过解释并适用宪法，使宪法获得了“司法化”——也就是宪法在实际社会生活中获得权威的司法解释之过程。在这个意义上，“宪法司法化”是从宪法走向宪政的必经之路；没有“司法化”，宪法就只能停留在纯粹的理论层面上，就不能成为完全意义上的“法”，国家也就不可能实现宪政。在最根本的意义上，宪法与宪政是一回事。只有宪法首先成为真正的“法”，国家才进入了宪政状态。

世界宪政的第一案——马伯里诉麦迪逊，标志着宪政在近代世界的诞生，尽管直到今天对这个案例本身的合法性还存在着争议。它对于中国同样具有普遍的借鉴意义。事实上，2001年8月，中国已经产生了自己的“第一案”，和其他“第一案”一样，它带着许多问题和质疑，却仍不失为一次勇敢、可贵的探索。但只有一个孤独的案例是不够的，它必须被以后的司法实践不断检验、肯定或修正，直到我们最终从制度上解决它所提出的问题。根据笔者的理解，这就是中国司法的使命——即使不是全部，至少也是其不应忽视的需要认真对待的一部分使命。

道德与理性——对中国宪政文化与制度建构的评论和反思

评

张千帆

【关键词】暂缺

【点击次数】5993

【阅读次数】5993

改良派张謇曾说：“立宪固然要政府先有觉悟，主持实施，然人民也得要一齐起来发动。”反观清末民初的立宪过程，中国当时缺少的正是社会大众的参与，而大众参与的缺乏构成了预备和尝试立宪失败的必然原因，即制度与文化层面的原因。从辛亥革命到北伐胜利为止，整个民国时期的政治演变过程表明了一个显然的事实：现代宪政文化的缺失。这个事实是如此显然，以至无须多加论证，但它说明了一个问题：没有宪政文化的支持，宪法制度是不可能实施、确立与巩固的。从《临时约法》开始，中国不可谓没有一种宪法制度；事实上，中国曾有过很多套宪法制度，因为不同的军阀政客上台，都要搞一套自己的宪法，尽管这些宪法存在着这样或那样的不足。但所有这些宪法制度都未能获得实施，而其中一个重要原因就是宪法制度没有一种宪政文化的支持。

所谓“文化”，就是指特定社会普遍接受的一套习惯性思维或行为方式，是社会习俗与道德规范的总称；如果人的言行不符合当地文化，就会引起普遍的反感、反对、指责甚至压制。一般认为，文化是社会的“非理性”（non-rational）因素，是一系列通常不加反思而获得接受并执行的社会规则。儒家文化要求子女在家长面前毕恭毕敬，否则子女将遭到社会谴责；在此过程中，子女、家长还是社会上其他人都一般不会去探究这项规则本身的合理性，或对各方或社会有什么实际的“好处”——简单地，这么做就是“对”的！基督教徒用餐前要祷告、伊斯兰教徒在一天特定的时候祈祷，也都与此类似。我们经常说文化具有“潜移默化”的作用，就是指文化对人的心理或思维的经常是不自觉的日常影响与控制。通过在日常生活中的教育、引导、惩戒等多种控制方式，文化得以从一代人相当完整地传递到下一代。因此，除了受到外来文化的冲击或影响，一个发达并被认为“行之有效”的本土文化是极为稳定的。

所谓“制度”，在这里就是指一套政治规则，或有些人喜欢把它称为政治权力的“游戏规则”——譬如美国国会对总统的弹劾制度，中国某些地方人大对法院的“个案监督”制度等。制度可以是确立的，即已经受到普遍接受、承认与实施的，也可以是正在确立或尝试确立的。在谈论制度时，人们更注重考虑这项制度将对所要制约之对象的理性行为带来什么影响；或者说，正是为了用理性方式约束人的理性行为，人们才设立了制度。譬如正是考虑到不同部门的政府官员都可能会滥用权力，西方某些国家才采纳了三权分立制度，而这项制度除了确实能纠正权力的滥用之外，还能通过对强制纠正的畏惧而预防权力的腐败；正是考虑到法官可能断案不公，中国某些地方才设立了人大对个案判决进行调卷监督的制度，且这项制度同样也可能具有预防和纠正的职能。在这些例子里，制度迫使政府官员考虑滥用权力对他们自己的不利后果——包括错误判决的撤消及其所导致的待遇影响、经受弹劾的考验、受到撤职甚至刑事处分、社会地位和名誉的损害乃至丧失，并通过对权力的滥用增加成本来促使官员廉洁守法。

制度和文化之间的关系很复杂，且涉及到经济和社会其它因素，在此不可能详尽探讨。它们有很多共同之处，并注定被紧密联系在一起，它们都是规则或规范，都明确或隐含表达了所预期的社会行为方式。它们的不同之处可能只是程度问题，或只是表面的——例如通常认为，制度所注重的是所要产生的外在行为（或不行为），而文化则强调心理和思想上的控制；但有哪一种文化不期望实现某种理想的道德行为？制度的设计又怎么可能忽略人的理性动机？长远来说，制度和文化必然是一对相互依存的共生体，因为文化中的许多因素必将迟早体现于制度之中——三权分立制度体现的是一种政治自由主义文化，子女不能诉家长的传统制度体现了中国的家长制文化。文化靠国家制度的强制力而获得维持，制度靠文化的无处不在、潜移默化的影响而获得巩固。更重要的是，没有文化的支持，制度是不可能建立起来的；而没有制度的实践，也不可能完成文化的转变。因此，制度和文化是社会进步的“两条腿”，必须同时行走才能协调发展。

然而，制度和文化的区别对我们而言是同样重要的。首先，制度是人们为了特定目的而创造的，因而具有时代性；作为一种人类现象，文化虽然也必然是在某一段时间被“创造”的，但由于其稳定性和延续性，它的“创造者”往往不为人所知，而且其形成过程可能如此漫长，以至不能被认为是特定阶段或特定人的产物——就和孔子被公认为宏扬但不是“创造”了中国文化一样。和发挥着无意识、不可见作用的文化相比，制度具有更多的

人为因素，并一般被一群人有意识地遵守、实施与维持着。其次，除了小范围的“精英”或其它特殊文化，文化的影响是普遍的；它确实像一个“染缸”，浸染着几乎每一个生活在其影响范围之内的人——这是文化的力量所在，因为它代表了整个社会的道德资源。制度的影响则可能是普遍的，但也可能仅限于局部范围，至少尚未确立的制度或某些制度的直接影响可能是如此。中国古代的御史制度尽管也被民间传诵，但它直接影响的只是朝廷的官吏；《临时约法》所表达的理念可能是参与辛亥革命的志士仁人所强烈拥护的，但他们毕竟只代表了中国社会的极少部分人。最后，尽管文化也表达所要实现的理念，但在其已经获得实现的程度上，文化是“实在”的——已经存在并确立的，制度则可能只是少部分人想要实现的理念而已。且既然制度是人为制定的行为规则，它的变化可以很快；但由于文化涉及到整个社会的信仰体系，其惯性是巨大的。少数社会精英首先意识到制度变革的重要性，并可能一时掌握权力而完成制度的转变，但要使新制度获得社会的普遍认同并实现文化的转型则要困难得多。因此，制度和文化之间可能存在着脱节；制度可能先于文化而发生变化，因而和现存文化发生矛盾与冲突。

法律首先是一种制度。它是一种理性设计，目的是通过国家对法律义务的强制实施或者人对这种强制手段的畏惧来调整人的行为。这并不难理解：想想你所接触过的法律，几乎全部都是这样。合同法的基本原则是签定合同的双方都有义务履行，否则法院将命令违约方赔偿，从而使违约无利可图。行政诉讼的目的是通过授权公民在法院挑战行政行为的合法性，迫使官员依法行政；刑法的作用更不必说了。不论其性质如何，所有这些法律都以国家对于被法院确定为违法行为的强制纠正之权力为后盾，而对这种权力实施的后果之畏惧，本身就经常足以抑制违法行为的发生。因此，霍姆斯法官（2000：6）认为法律的主要功能在于“预测”：它对潜在的违法者施加违法成本，并让他自己决定从违法行为所获得的利益是否值得他“铤而走险”。固然，法律还表达了一种理念或信仰，但它首先是一种理性机制，通过规定义务以及对违反义务的惩罚，使人规避一些普遍认为对社会有害的行为。

但孟子早已指出，“徒法不足以自行”：作为人所制定的规则或规范，法律本身并没有实施自己的力量；要真正成为有效的制度，法律规则必须依靠法治文化。这是显然的，因为如果纯粹基于功利计算，那么每个人都可能认为违法因种种原因而是一件有利可图的事情——譬如执法不力，因而被查获的可能性很小，尽管这种看法实际上可能是一种错误。

人的理性能力是有限的，且在这方面人各不同；即使对于善于算计的人来说，功利计算取决于许许多多不能准确预见的未来因素——如违法行为被发现并受到惩罚的可能性。这样，法治的命运就取决于社会上每个人的计算，因而变得极为不确定。更重要的是，许多政治层面的规则 and 个人的利益并不直接相关。尼克松指使下属对政治反对派的集会进行窃听，克林顿在法庭上作伪证——这和一个普通美国老百姓的日常生活相关吗？慈禧太后镇压维新派、袁世凯恢复帝制、曹锟贿选——这些和一个普通中国老百姓的日常生活相关吗？即使相关，关系也是极为遥远和微弱的。你不会仅因为这些事件和自己的切身利益而去表达自己的观点，你这么做是确信这些人对权力的滥用无疑是“错误”的！你的习惯思维告诉你，这些行为是不可容忍的，因而你必须通过某种方式表达你的看法和情绪。这就是政治文化在你身上产生的自然反应。法治文化告诉每一个公民，法律是必须要遵守的，尽管它此时此刻未见得对你个人“有利”，你甚至不一定认为某项特定的法律是公正或对社会有利的，但这都没有关系；不论特定法律本身如何，任何人违法都是不可原谅的错误——就这么简单。没有法治文化的支持，在一个“上下交征利”的狭义理性社会，你会发现法治的实现是何其困难！

文化对制度的作用还体现在下列方面。政治制度的直接参与者与实践者只是局限于少数精英；你我普通人不太可能是参与弹劾美国总统的参议员或选举某个曹锟做总统的议员。政治精英们本身是分裂的，并不断为了争夺权力而进行角逐；有些精英严格利用现存的制度规则——可能是因为他们的信仰，但更可能是这样做对他们更有利，有些精英则不得不“铤而走险”，利用制度所不允许的手段——譬如窃听、迫害甚至政变——来达到自己的目的。如果制度已经成为文化的一部分，且文化能够对制度的运作直接产生作用，那么文化的作用是迫使所有精英都在制度所设定的规则范围内玩弄“权力游戏”；任何违反基本“游戏规则”的政治行为都将受到社会惩罚，不论是通过舆论、罢免还是选举淘汰机制。因此，当尼克松仍坚持不向法院交出录音磁带时，大量电报每天雪片般飞入国会，要求立即弹劾总统。由于国会议员本身是由选民直接选举产生的，不论议员本人是否同情总统，他即使出于自身利益的考虑也要“表现积极一点”。对于那些本来就反对尼克松的政客们，大众选民的情绪更是难得的资源，使他们利用宪法规则就足以“扳倒”总统。对比之下，慈禧镇压维新运动、曹锟贿选、袁世凯的倒行逆施是否引起过中国公民的普遍反应呢？对于那时大多数“生活在水深火热之中”的中国人来说，明天锅里的米饭恐怕是更现实的考

虑。宪政文化的缺失使提倡新制度的中国政治精英失去了最强大的社会支持，并使政治斗争的结果完全取决于宫廷力量——经常是简单的军事力量——之对比。

如此说来，在制度和文化的“两条腿”之间，文化应该先行一步。要实现宪政，首先应该在公民中间传播宪政文化。这当然是不会错的。但既然是“两条腿”走路，一条腿就不可能走得太远。文化固然是制度的社会心理基础，但文化本身并不是单靠灌输就能形成的，而是在制度的实践中逐步产生并确立的。如上所述，文化代表着一种“非理性”机制，使人不加功利算计就作出反应；但人毕竟在本质上是理性的，因而文化必须具备理性的基础——至少在长期社会实践中，它必须使多数人相信它对于维护他们的利益是有利的；如果一种文化最后被怀疑对社会的不利后果负责，那么这种文化就已经面临着“生存危机”，人们就会开始对文化进行反思与改良——如果不是全盘抛弃。反之，要形成一种文化，你必须使人看到它所可能带来的“实惠”（不见得只是经济实惠），且只有在满足了实际需要之后，人们才会进入更为超越的层次。制度的实践即使不能保证这些实惠，也至少使之成为可能并给人们带来希望；真正落实一件事情，要比宣传一万句更有效。实践和理念、制度和文化实在是“两条腿”的互动，不是简单的谁先谁后或谁决定谁的问题。

因此，文化与制度的变革是一门复杂的艺术——如果不可能成为“科学”的话。在这里，任何决定论模式都几乎注定要“栽跟头”。它们必须齐头并进，而在某个特定的阶段必须先走哪一步，完全取决于特定的“国情”和改革者的智慧。这段评论的目的是要说明，宪政制度的建立并不简单是上层改革某项制度的问题；最根本的，它离不开一种宪政文化，也就是对基本宪法准则的普遍认同，而文化的建立当然也离不开制度的实践。宪政制度的确立以相应的大众文化为社会前提，而宪政文化的建立则以制度的实践为开端；上层必须容许并主动推进制度改革，下层则应在参与制度实践的过程中逐步确立和新制度相适应的社会意识，并形成独立的政治诉求和成熟的政治技能。只有这样，宪政制度与文化的演进才能进入良性循环。

【出处】

摘自《宪法学导论——原理与应用》，法律出版社2004年版，序言

【写作年份】2004

【学科类别】宪法->中国宪法

法治过程中的权力制衡

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】887

【阅读次数】887

世界上有两种管理模式：以规则为主导的法治和以权力为主导的人治。迄今为止，人类绝大部分历史都是在人治统治下进行的，但其发展趋势无疑是逐步走向法治。

人类社会形成之初，社会秩序就离不开权力的统治，但人类漫长的历史同时也见证了权力的个人滥用所造成的灾难和危害。随着文明的进步，人类逐渐明白了一个真理，即人认识真理的愿望和能力都是有限的；任何人都可能会犯错误，由人组成的任何集团，也可能会犯错误，只是出错的概率可能小得多。法治的理想社会是靠法律而不单纯是靠个人的意志或权力来统治，并以此来避免人类因为容易犯错的天性而给自己带来太大的伤害。然而，“徒法不足以自行”。法毕竟是由人制定、实施并解释的，人在立法、执法和司法过程中都可能会犯错误。这就是麦迪逊

在《联邦党文集》中所阐述的人类统治的困难，人类必须接受必然会出差错的统治，同时在统治自己的过程中不断纠正错误并尽量减少犯错误的可能性。法治将希望寄托于人和人之间的权力制衡，希望通过分权制度限制和规范所有人的权力，保证所有人都在法律

规定的范围内行使他们的权力。在这个意义上，立法者自己也必须接受权力的制约。

在所有法治国家中，司法机关占据了最独特的位置。尽管所有的政府机关都被期望依法办事，但司法的特殊职能表明它是政府内部保证法治的最后一道关口。司法的主要义务是在个案中公正地解释并适用法律，并撤销或纠正它认为违法的政府行为。在中国，尽管司法机关在理论上不具备“解释”法律的最高职权，但实际上法律解释的大部分任务是由司法机关完成的，其对法律的解释和实施约束着每一个政府机关，保证它们在法律规定的范围内行使职权。1990年实施的行政诉讼法是中国走向法治的一个里程碑，它使得行政机关的“具体行政行为”受到司法机关的审查和控制。尽管中国还没有一个司法性质的机关有权审查立法为的合法性或合宪性，但这种需要已经在社会的日常生活中显现出来。

据报载，河南省洛阳市中级人民法院某法官在她担任审判长审理一起种子纠纷案件时，在民事判决书中认定《河南省农作物种子条例》与《中华人民共和国种子法》相冲突的条款无效，引起河南省人大常委会的高度关注。洛阳中院近日作出撤销该法官审判长职务并免去助理审判员的处理决定。

该案件表明，地方立法有可能和国家法律发生冲突。不论案件的是非如何，它至少表明中国迫切需要一个独立和中立的机构来解决这样的法律争议。不论洛阳中院的判决是否正确，这类争议由法院来解决并没有任何不妥当的地方，因为法律规范之间的冲突在本质上是一个法律解释问题，而解释法律正是司法机关的本职工作。在这种情况下，由人大来解决这样的法律争议是不合适的。全国人大对这个问题的最终决定权与其说是来自法治的

理性要求，不如说是来自它在宪法中享有的最高权力地位。然而由权力来决定法律是自相矛盾的，因为法治的要求正好相反，法律必须决定并控制权力。

司法机关通常是解决法律冲突的适当主体，因为各法治国家都通过制度的精心设计，尽可能充分保障法院和法官的独立性和中立性，使之能够公正地解释法律并裁判争议。我国宪法第一百二十六条明确规定：“法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这里没有特别提到全国和地方的立法机关，但法治的要求并不允许任何例外。假如立法机关可以随意干涉司法审判，尤其是在涉及自己的案件时，那么，我们就又回到了权力和人治的时代。那种认为立法机关可以不受限制、无所不为的思维是建立在一个过分乐观的人性假定之上，也就是政府中的某些人或集团从来不会犯错误，不需要受到任何其他机关的监督。但人类历史的教训已经充分否定了这种假定。我国改革开放以来的实践表明，地方立法机关完全可能出于保护主义等考虑制定出抵触宪法和法律的措施，因而和政府机关一样应该受到监督和制衡，至少不能任意干涉其他机关履行职务的权力。

当然，这并不是说司法机关本身可以免于监督。特别是在我国，司法机关尤其需要受到社会和政府其他机关包括立法机关的监督。事实上，我国宪法第一百二十七条明确规定了法院向人大“负责”的制度。但针对司法的监督必须被控制在适当的范围和程度之内，谨防政府其他机关以监督为名损害独立司法。因此，如何界定适当“监督”和不当“干涉”就成为微妙而关键的问题。一般来说，司法机关在履行职务范围内的活动不应受到任何机关的干涉。即使法官很明显错判了某一个特定案件，通常也是通过上诉或抗诉等途径由司法机关来纠正本部门出现的错误。除非有充分证据证明法官因贪赃枉法而故意错判，法官本人并不应该因错案而受到惩罚，否则就侵犯和超越了“监督”的范围，造成法官在审判

过程中缩手缩脚，不敢根据自己对法律的理解公正断案。

司法独立是实现法治的必要条件，因而它和立法监督之间的微妙关系必须获得妥善处理。尤其在司法改革的大环境下，这项在中国刚刚起步的制度更应该受到社会和政府的小心呵护。包括人大在内的政府机关至少应规范监督权的行使方式，避免利用权力干预司法过程，即使司法机关作出了对自己不利的决定。

【出处】

法制日报

【写作年份】2004

【学科类别】宪法→中国宪法

立法的司法审查 —— 奥地利和美国宪法的比较研究

评

张千帆

【关键词】

【点击次数】 721

【阅读次数】 721

奥地利法学家凯尔森的名字是和他首创的“纯粹法学”紧密联系在一起的，但他同时又当之无愧地被誉为“奥地利宪政之父”。奥地利——乃至后来整个西欧——的宪政模式，基本上是按照他的理论构想发展起来的（从这个意义上说，即使称凯氏为“欧洲宪政之父”或许也不过分），而他本人也一度出任过奥地利宪政法院的大法官。尽管“奥地利模式”生不逢时，诞生后不久就被法西斯政权所取代，且凯尔森最终也迫不得已流亡美国，它毕竟首创了欧洲的宪政审查模式，并且虽然走过了一大段弯路，它今天却证明几乎和美国的宪政审查模式具有同样的生命力。这篇名作是凯氏来到美洲后不久对欧洲宪政模式作出的经典阐述。

迄今为止，宪政审查在世界上无非采用两种模式。第一种是马歇尔大法官（C. J. Marshall）在 1803 年创建的“分散”审查模式，其特征是普通法院有权审查立法的合宪性。无论马歇尔大法官的论点如何雄辩有力，都不能改变一个基本事实，即对立法的司法审查在美国乃至世界宪政史上是一项开天辟地的创举。在当时，这种创制行为只有在美国才可能发生，因为那里不仅有一个在传统上受到高度尊重的司法体系，而且这一体系的顶端——联邦最高法院——在美国宪法中上升到和立法机构平行的地位（否则就很难解释为什么司法传统更为悠久的英国直到前不久还在争论着到底要不要一部《权利法案》）。美国宪政文化的特殊性注定了司法审查体制不可能不改头换面，就在欧洲大陆获得“本土化”。欧洲宪政必须具备适合自己体制与文化的独特模式，它体现在 1920 年奥地利宪法所建立的“集中”审查模式，即建立专门的“宪政法院”（Constitutional Courts）来审查立法的合宪性问题。

当然，建立这种不同模式的努力不仅仅是出于历史的偶然或文化偏见。美国模式无疑是最古老的，并在修修补补之后一直延续到今天；且就和大众政治的政党模式一样，起源于美国的司法审查对于社会与经济发展发挥过巨大作用。但古老的东西总不太可能是完美的。至少在理论上，美国式司法审查存在着一些令人困惑的问题。这也是凯尔森认为不能照搬美国模式的原因。在本文，这位严谨的法学家从欧洲视角探讨了这些问题，并用他对奥地利宪政的切身体验说明了解决这些问题的途径。

宪政被认为是文明世界不可抗拒的历史潮流，而宪政的“试金石”就是“更高的法”对普通立法的控制——尤其是司法控制；没有它，国家至多只能实现普通的法治，而不可能达到它的最高阶段。就这一点来说，凯尔森的宪政理论具有相当超前的预见力——直到奥地利宪法制定后半个世纪，法国才迟疑地放弃了对司法审查的敌视态度，致使它的宪政尝试比德、奥晚了许多年，且法国对宪政审查的接受仍然是相当不彻底的，因为第五共和

所建立的事前而非事后审查的独特体制带有某些根本的局限性。法国一直接受人民主权至上的理论，一度对美国的宪法审查模式不屑一顾，但美国宪政虽有种种不尽如人意的地方，总的来说还是一帆风顺的。相比之下，欧洲宪政却历经坎坷。好在第二次大战之后，欧洲——尤其是联邦德国与奥地利——又回到了凯尔森当年提出的洞见，并经过宪政法院的不懈努力，到今天已发展出一个可以与美洲相媲美的宪政模式。阅读凯尔森从美国对奥地利宪法构想的回顾，后人不得不惊叹它和今天的运作何其相似。

一、引言

在此所讨论的奥地利宪法是1920年10月1日的宪法，直到1930年1月1日仍然有效；在那一天，宪法文本被奥地利首相正式公布于《奥地利共和国联邦法规汇编》（负责发表立法的官方杂志）。所有后来的修正案都将不被考虑，因为它们是在一个准法西斯政权下制订的，且具有限制立法合宪性的民主控制之倾向。

1920-30年的奥地利宪法为保证立法（statutes）与法令（ordinances）的合宪性提供了保障。后者是行政机关而非议会所制订的普遍法律规则。在奥地利以及其它欧洲大陆国家，这些法令要比在美国发挥着重要得多的作用。法令有两类：基于立法的法令，即职能是执行立法的法令，以及和立法类似的直接“依据宪法”而被制定的法令，即为取代立法而发布的法令。法令的重要性起源于行政权力在欧洲大陆的法律体系中所占据的特殊位置。在那里，它们在作为法律适用机关的权能上和法院具有同样地位。在原则上，行政行为 and 司法决定具有同样的法律效力。另外，行政机构——尤其是像国家元首和部长等高级机构——有权发布普遍法律规范，且这些普遍法律规范——即行政法令——和立法具有同样的法律效力。因此，行政机构不仅是法律适用而且是法律创制机关，且具有和立法机关特征相

同的权能。

“直接依据宪法”发布的法令可能以和立法同样的方式违宪，“依据立法”而发布的法令如和立法不吻合就构成了违法。既然宪法规定，依据立法而发布的法令必须符合这些立法，制订违法的法令也构成违宪。依据立法所制订法令的违法性具有间接的违宪性。

在这样的法律体系中，法令的司法审查比立法的司法审查更重要，因为行政机关超越其权限而创制普遍法律规则之危险，远远超过了违宪立法之危险。

一旦美国行政机关在实际政治与经济演变过程中取得和欧洲大陆行政机关类似的法律地位，法令的合宪性问题将比它今天在这个国家发挥更为重要的作用。

二、奥地利宪法中的司法审查

立法（这个词在此采用最广泛的意义，也包括法令的制订）的合宪性能通过两种不同的途径获得保障：制订违宪规范的机关个人责任和违宪规范的不适用（non-application）。奥地利宪法同时规定了两者，在此只对后者有兴趣。违宪规范的不适用可以通过如下途径实现：授权法律适用的机关检验他们在具体案例中所适用的规范的合宪性，并如果他们发现该规范是违宪的，拒绝在该特定案例中适用之。这在原则上是美国的法律状况。

法律适用机关宣布普遍规则违宪并拒绝在特例中适用之的事实表明，这个机关被授权使普遍规则在具体案例中无效；但只是对具体案例而言，因为普遍规则本身——立法与法令——仍保持有效，并因而能被适用于其它的具体案例。

这种解决方法的弊端在于下列事实，即不同的法律适用机关可能对立法的合宪性存在着不同意见，^[9] 因而一个机关可能会适用立法，因为它认为立法合宪，而另一个机关却基于其所宣称的违宪性而拒绝适用。对立法是否合宪——即宪法是否受到侵犯——的问题缺乏统一决定，乃是对宪法权威的极大危险。

在 1920 年宪法生效之前，奥地利法院只是在关于立法的及时发表问题上检验其合宪性。然而，法院审查法令的合法性——因而其合宪性——的权力却并未受到限制。因此，立法的司法审查只是在很狭隘的范围内才是可能的。扩大这一体制正是 1920 年宪法改革的目标之一。授权每一个法院无限权力以审查立法的合宪性，并不被认为是一件可取的事情。以上所提到的在宪法问题上不统一的危险实在太大了；因为在奥地利及欧洲大陆的其它国家，行政机构无权检验立法的合宪性，因而有义务适用立法，即使法院——例如最高法院（Oberster Gerichtshof）——宣布立法违宪。另外还须指出，在奥地利及欧洲大陆的许多国家，除了普通法院之外，还有其它法院——尤其是行政法院——偶尔必须适用和普通法院同样的立法。因此，完全不能排除行政法院和普通法院之间发生冲突的可能性。然而，最重要的事实是：在奥地利，最高普通法院——所谓的最高法院——关于立法或法令合宪性的决定对下级法院没有约束力。后者并未被禁止适用最高法院先前宣布违宪因而在特定案例中拒绝适用的立法。最高法院本身并不受遵循先例（stare decisis）规则的限制。因此，法院在特定案例中宣布违宪的同样立法，可以被同样的法院宣布为合宪，并在另一个案例中获得适用。由于这些原因，为了宪法的权威，对立法的司法审查的中央化是极为可取的。

通过把立法的司法审查保留给一个特别法院——即所谓的宪政法院（Verfassungsgerichtshof），1920 年的奥地利宪法第 137-148 章实现了这种中央化。同时，宪法授权这一法院以撤消（annul）它发现构成违宪的立法。撤消整个立法并非总是必要的；如果违宪条款可以和立法的其它部分分开，那么法院可以只撤消该条款。法院决定不仅使立法或其特定条款对具体案例无效，而且也使它对所有将来的案件普遍地无效。一旦决定生效，被撤消的立法就停止存在。法院的撤消决定在原则上只是在事后（ex nunc）生效；除了我们以后将要谈到的例外，它没有追溯力。这种追溯力很少具备理由，不仅因为每一种追溯效力都有严重后果，而且特别因为决定涉及到宪法立法者的行为；且立法者也有权解释宪法，即使他在这方面受制于司法控制。只要法院尚未宣布立法违宪，立法者在其立法行为中所表达的意见就必须获得尊重。

但撤消立法的宪政法院决定缺乏追溯力的规则却有一个例外。被法院决定撤消的立法不再被适用到提出司法审查并导致立法被撤消的那个案例。既然这个案例发生于撤消之前，后者针对这个案例而言具有追溯效果。

撤消的判决在其发表之日起开始生效，除非法院规定了延迟。这种延迟不得超过 1 年（第 140 条第 3 段）。它允许立法机构在撤消行为生效前，用一项新的合宪立法取代那项受到非难的立法。如果提出立法的司法审查的案例决定于撤消生效之前，那么被撤消的立法必须适用该案例。在这种情形下，撤消行为针对这一案例也没有追溯力。

宪政法院撤消立法的决定和一项立法废除另一项立法具有同样的特征。它是立法的消极（negative）行为。既然宪法授予宪政法院一项立法职能，即在原则上被保留给议会的职能，1920 年的奥地利宪法规定宪政法院的成员必须由议会选举产生，而和被行政机构任命的其它法官不同。根据宪法的联邦特征，奥地利议会由众议院（Nationalrat）和参议院（Bundesrat）组成。结果，正副总统及一半宪政法院成员由众议院选举，而另一半法官则

由参议院选举（第 147 条）。接受这种组成法院的方式，是为了使宪政法院尽可能独立于行政机构。这种独立性是必要的，因为宪政法院对行政的不同行为具有控制，尤其是对国家元首、总理和其他部长们所发布的法令进行司法审查，而发布这些法令的权力在政治上是最为重要的。通过误用这种权力，行政机构能轻而易举地压制议会，从而取消国家的民主基础。^[3]

1929 年的奥地利宪法改革绝不仅是因为法院和行政之间的冲突而针对宪政法院的。修正案并没有改变法院的管辖权，但规定其成员不再由议会选举，而是由行政机构任命（1929 年 12 月 7 日的联邦立法第 65 段）。事实上，旧的宪政法院被解散，并被新的法院所替代，其中几乎所有成员都是行政机构的政党追随者。这是最后不可避免地导致法西斯主义政治演变的开始，并要为纳粹对奥地利的兼并未曾遭遇任何抵抗的事实负责。

三、美国司法审查模式及其问题

尽管美国的法院只有在具体案例中拒绝适用它们宣布违宪的立法之权力，法律适用机关在实践中发生冲突的危险在此并不象在宪政法院建立前的奥地利那样大。首先，既然这个国家没有独立于法院的行政机关，行政行为（尤其是命令、法令等）的约束力最终取决于法院决定，而行政行为所涉及的个人可以向法院起诉。其次，那里也没有和普通法院不同的行政法院。第三，最高法院的决定约束着所有其它法院。就美国法院认为它们自己受最高法院的决定约束而言，最高法院拒绝在具体案例中适用违宪立法的决定，在实际上具有和立法的普遍撤消几乎同样的效果。但遵循先例规则完全不是一项绝对原则。在何种程度上它被承认有效，并不十分清楚。最重要的是，它对于宪法解释而言被假定无效。“宪法问题的审查之门长开。”^[4] 因此，最高法院有可能对完全一样的立法在一个案例中宣布合宪，而在另一个案例中宣布违宪，或反过来。这对其它法院而言也正确。且这类事

例在事实上已经发生了。^[5]也不能排除下级法院——尤其是州法院——决定立法的合宪性问题，而该案未被带到最高法院，且最高法院在另一个案例中审查同样的立法时以相反的方式决定问题。然后，已决事件（*res judicata*）原则使得其它法院不可能根据最高法院的决定来调整其先前决定。

最高法院宣布违宪的立法是否必须被认为初始无效（*void ab initio*），也是有争议的。对最高法院决定的这种解释将意味着这项决定普遍地撤消立法，且具备追溯力，以至立法以前所具有的所有法律效力都被取消。在实证法律体系内，并不存在绝对的无效。要把一项行为定性为先验地无效（*null a priori*）的法律行为，乃是不可能的；这种行为不是无效，而只是可被判决无效（*voidable*）。原因是有关行为无效的命题不可能缺少另一个命题，以回答谁有权确定行为无效的问题。既然法律秩序为了避免混乱而授权某些权力机构确定一项行为是否无效，这类确定总是具有创制性（*constitutive*）而非宣示性特征。一项行为“无效”，只是如果有权能的机构宣告它无效。在这一宣告之前，行为并非无效，因为“无效”意味着在法律上不存在。且行为必须在法律上是存在的，如果它能成为某权力机构判决的对象。撤消行为可能具有追溯效力；且法律秩序可以授权每个人去确定行为的无效性，即以具备追溯力的方式撤消行为。但通常只有法律共同体中某些机关才被授权去决定法律行为的“无效性”。

要认为宪法立法者所制订的立法绝对无效或“初始无效”，尤其不可能。只有法院才有权决定立法是否违宪的问题。如果另一个人因相信立法违宪而拒绝服从宪法立法者所制订的立法，那么他就在冒着风险行动，因为有权能的法院可能因认为立法合宪而判决他的行为违法。从法律的角度看，只有法院的意见才是决定性的。因此，只要未被有权能的法院宣布违宪，立法就必须被认为有效。由于这个原因，这类宣告总是具有创制性而非宣示性特征。但根据宪法，法院宣布立法违宪的行为以具有追溯力的形式取消立法。如我们先前指出，在这种情形下，法院决定具有立法行为的特性。然而，带有追溯力的立法行为难以符合美国宪法的禁止，即不得通过实行事后惩罚（*ex post facto*）的法律。但这种排除

“初始无效理论”的解释并不被普遍接受。

然而，认为立法违宪并为了产生宣布立法违宪的司法决定而发起法律诉讼的私人当事方，经常在决定宣布前就拒绝服从立法。他们这么做是出于对所期望决定的追溯效力之依赖。即便政府也承认这类从法律角度上有问题的态度；政府本身掂量着宣布立法违宪的司法决定的追溯效力。举例来说，这种情形发生于涉及 1935 年《公共设施控股公司法》的合宪性诉讼，该法的合宪性在大量法律诉讼中受到挑战。在该法生效的一开始——远早于法院决定这个宪法问题的时候，法案条款事实上被当事人忽略了。政府在此期间的态度是什么？1935 年 10 月 9 日，证券与交易委员会“根据《控股公司法》颁布了第 4 规则，其效果是控股公司可以根据该法登记，而同时明确保留它们的所有宪法或法律权利；如果这种保留被判决无效，登记者可选择将其登记被认为无效。1935 年 11 月 21 日，司法部长指示全国的联邦律师，在其合宪性获得保证之前不要试图去实施法案的刑事条款。同一天，邮政部长通知所有的邮电局，未能登记的控股公司仍继续有权使用邮递服务，直到最高法院最终决定法案的有效性。”^[6] 这些措施的理由是政府希望“尽量减少可能支持立法合宪性的最终决定之追溯效力所带来的困苦”。^[同上注] 即使对宣布立法合宪的司法决定，也被赋予追溯效力。这意味着如果当事人在法律诉讼中挑战这项立法的合宪性，那么即使诉讼结果是该立法被宣布合宪，任何私人当事方有关宪法立法者所制订的立法的合宪性之意见，也可能对该立法的有效性具有某种法律效力。要准确定义私人当事方在法律诉讼中挑战立法合宪性这一事实的法律后果，即对司法决定之前这段时间内立法有效性的法律后果，几乎是不可能的。原因是法律诉讼本身并不能否定或肯定立法的有效性。我们所能说的只是任何挑战立法合宪性的法律诉讼，都对立法的有效性及其法律后果制造了一段怀疑和不定期。从法律技术的角度看，这完全不能令人满意。

由于缺乏清楚的宪法规定，所有关于违宪立法的效力问题都可能以矛盾的方式获得回答。避免这类不确定是导致奥地利立法的司法审查集中化的理由之一；它把管辖权授予宪法法院，以普遍而不是仅针对个案废除违宪立法。美国的实践具有同样的目的，但它的追

求手段在法学上是不完美的。

四、 美国与奥地利模式的比较

美国和奥地利宪法的最大差异体现在立法被有权机关宣布违宪的程序。根据美国宪法，立法的司法审查只是在主要目的不是确定立法违宪性或合宪性的过程中才有可能。只有在当事人坚持立法在具体案例中的适用因立法违宪而构成对其利益的违法侵犯，这个问题才会偶然产生。因此，在原则上，只有对当事人利益的侵犯才启动立法的司法审查程序。然而，立法的合宪性是一项公共利益，而后者不一定和有关当事人的私人利益相重合。正是公共利益才值得通过符合其特殊性质的特殊程序而加以保护。缺乏这种程序的弊端受到美国法学文献的普遍承认。^[7] 1937 年 8 月 24 日的法案“规定了在某些涉及国会法案的合宪性案例中合众国的干预、向合众国最高法院的直接上诉及有关发布禁止令的调控”；它也承认立法的司法审查具有公共利益，但仅涉及到联邦法律。法案授权联邦政府在影响公共利益的任何国会法案的合宪性受到质疑时，干预私人当事方之间的任何诉讼，并成为对宪法问题提出证据与论点的当事人。法案授权联邦政府对宣布联邦立法违宪的决定上诉最高法院，并寻求加快最高法院对这类案件的最终决定。最后，1937 年的法案寻求排除下列可能性，即一个法官基于所宣称的违宪性就能授权禁止，以限制国会法案的实施。^[8]

但 1937 年法案的所有这些规定只是为了保护国会所制订立法的有效性，使宣布联邦法律违宪的司法决定变得更加困难，而不是促进违宪立法的撤消。

在这个弊端之上，即立法的司法审查只能附带发生——或在主要为其它目的服务的程序中发生，还有另一个和美国联邦特性相联系的弊端。在州的立法合宪性受到挑战的时候，联邦政府可以起诉一个州。但各州尽管可以受到联邦政府的起诉，却不能起诉后者。如果州希望一联邦立法被宣布违宪，它只能通过法律上的一条曲径来达到这一目的，即通过针

对联邦官员的诉讼；且州作为诉讼当事人的利益必须超过政治或宪政利益，例如州必须是一个财产所有人或对公共财产（res communes）的事务具有利益等。

美国宪政实践的经验尤其影响了奥地利宪法对这个问题的规定。这部宪法开辟了两条途径，都可以导致立法的司法审查；一条是间接的，一条是直接的。第一，私人当事方可以在行政程序中宣称，宪法授予他的一项权利遭到了行政行为的侵犯，因为该行为的依据是一部违宪的立法。只是在这件事经过了行政上诉的所有阶段之后，申诉才能被带到宪政法院。宪政法院只是附带地决定立法合宪性问题。但宪政法院自行动议启动这一程序，且只有在法院自己怀疑立法的合宪性时才这么做。私人当事方只能建议司法审查，但没有法律权利要求审查。

在法院程序上，立法合宪性问题的处理方式不同于法令的处理。当事方可以在任何司法程序中宣称法令的违宪性，但只有法院自己对法令的适用有怀疑，司法审查才会发生。法院必须中断个案程序，并向宪政法院申请法令的撤消。宪政法院的程序完全专用于这类问题。

立法的违宪性只能在最高法院或行政法院（Verwaltungsgerichtshof）宣称，因为只有这些法院才能中断这类个案的程序，并在它们怀疑立法合宪性时向宪政法院对撤消立法提出申请。最高法院和行政法院的程序在此依其法定职权（ex officio）进行。它们没有义务批准当事人的相应申请。

既然除了立法与法令的合宪性之外，宪政法院还有其它事务需要决定，宪政法院如果对个案中适用的立法或法令的合宪性有疑问，也可以中断这类事务的程序。程序的中断是为了使宪政法院能够用特殊的程序去检验有关立法或法令的合宪性。

在所有通过间接途径来实现司法审查的案例中，法院依据自身职权启动这一程序。当事人只能提请法院注意立法或法令的合宪性问题。他们没有权利启动这类程序。从程序的角度来看，具有决定意义的纯粹是法院所保护的公共利益，而非当事人的私人利益。

如果宪政法院宣布提交它审查的立法违宪，那么申请审查的法院或宪政法院自己就不能再把立法适用于导致撤消立法的个案。正如我们已经指出，在这种情况下，撤消行为带有追溯力。这种例外授予撤消判决的追溯力在技术上是必要的，因为假如没有它，有义务适用法律的官员（即最高法院和行政法院的法官们）就没有直接因而充分的理由去提请宪政法院干预。向宪政法院申请对立法进行司法审查的官员们必须知道，如果他们的申请成功地撤消了立法，它就将对他们自己中断程序以获得撤消判决的个案决定具有直接效力。

下列途径将直接导致立法的司法审查：宪法授权联邦政府向宪政法院提出申请，要求撤消一州的立法或一州行政机构所发布的法令；且州政府同样被授权提出这类申请，撤消联邦立法或联邦行政机构所发布的法令。这种解决问题的方式起因于奥地利共和国的联邦特征。出于政治理由，有必要承认联邦的行政和各州的行政对于立法的司法审查而言地位完全平等。根据奥地利宪法，联邦立法只有在联邦行政机构的合作下才能生效，尤其是总统对立法的颁布，但并不需要各州行政方面的任何干预；类似地，州法只有在相应州的行政机构合作下才能生效，但不需要联邦行政方面的干预。因此，授权联邦行政机构去挑战联邦立法的合宪性，或授权各州行政机构去挑战州法的合宪性，乃是多余的。如果联邦行政机构认为联邦议会所通过的任何法案违宪，那么它必须拒绝颁布这一法案。联邦立法生效的事实表明，联邦行政机构对立法的合宪性接受了完全责任。对于各州行政机构与州法之间的关系，这也同样正确。因此，唯一的可能是授权联邦行政机构去启动仅对州法的司法审查，并授权各州行政机构去启动仅对联邦立法的司法审查。

五、 其它问题与解决方法

法

在准备 1920 年宪法的时候，也讨论了另外两种启动立法的司法审查之方法。第一种是授权每个公民向宪政法院提出申请，且后者有义务考虑立法的有效性。这有点像宪法问题中的大众行动（*actio popularis*）。第二种可能是在宪政法院建立负责保护宪法的总检查官（General Prosecutor）办公室。他的职能是审查所有的联邦和各州立法，并将那些合宪性有疑问的提交宪政法院考虑。这两种方法都没有被采纳。对于少数人的保护，可以提一下第三种可能，即建议通过向宪政法院提出申请，授权在选票上被压倒的少数去挑战多数通过的立法的合宪性。

最后，我想提一下美国法学家可能有些兴趣的两条奥地利宪法规定。当立法在美国被撤消时，相对于被撤消立法先前调控的事务，产生了关于撤消所产生的法律地位问题。我们必须区分两种可能性：第一种是被撤消立法调控了在立法生效之时未受法律调控的事务。例如被撤消的立法禁止某种收音机的生产和销售。在这项立法生效之前，收音机的生产和销售未曾受到任何法律规则的调控。在这方面，个人是完全自由的。第二种可能性是被撤消立法取代了先前的立法或普通法规则，调控同样的事务。例如一项立法并不禁止收音机的生产与销售，但用温和得多的处罚制裁之。在第一种情形，立法的撤消具有恢复在立法制定前存在的法律地位之效果。但在第二种情形下并非如此。在此，存在于被撤消立法制订之前的法律地位，即先前调控某种收音机生产与销售的立法，并不自动恢复。先前的立法或先前有效的普通法规则被后来的规则所废除，而后者又被撤消了。正如我们已经指出，后法并不是初始无效，而只是被最高法院的决定撤消了。通过撤消对某种收音机生产和销售之禁止的后法，这类收音机的生产和销售变成不受任何调控。

撤消 ^[判法] 的效力可能变得极不可取，且可能会远远超过维护宪法的目的。在因违宪而被撤消的立法取代了先前的立法或普通法规则的情形中，更好 ^[的办法] 是恢复先前的立

法或先前有效的普通法规则，而不是让法律状况变成该领域不受任何法律调控。如果宪法中没有明确规定把这种效力归结为法院的撤消判决，先前的立法或普通法规则是不可能复兴的。为了避免这种情况发生，奥地利宪法包含了下列规定：

“如果通过宪政法院的决定，立法或其一部分因违宪而被撤消，那么原来被所提及的立法废除的法律规则和宪政法院的决定同时生效，除非后者另行规定。”

因此，宪政法院的决定不仅撤消了立法，而且恢复了先前的规则，因而不只是消极而且也是积极的立法行为。

就美国实践而言，我希望唤起法学家对下列困难的注意：如果“初试无效理论”不被接受——许多杰出的美国律师都不接受它。^[例如休斯首席大法官（C. J. Hughes）在下列案例中的意见：Chicot County Drainage District v. Baxter State Bank, 308 U.S. 371 (1940)。对这一问题的最好表达可见于Wellington et al. Petitioners, 16 Pick. 87 (Mass., 1834), p. 96: “但立法的正式行为是否在严格的法律意义上可被适当地称为无效(void)，很可能是有疑问的；把它处理为可以判决无效(voidable)，似乎更符合主题的性质和适用于类似案件的原则。”] 那么就不可能坚持下列见解，即宣布立法违宪的司法决定具有恢复先前立法的自动效果。如果美国法院宣布立法违宪并拒绝在具体个案中适用之，那么法院也没有在个案中适用先前立法的法律可能性。只有被法院宣布违宪的立法构成初始无效（而这意味着撤消立法的行为具有追溯力），先前的立法或先前有效的普通法规则才可能适用。因为假如宣布立法违宪^[的行为]带有追溯力，那么这项立法就不可能废除先前的立法，或更准确地说，如果这项立法被宣布违宪，那么它的废除效力就被撤消。但我们已经指出，初始无效理论不符合美国宪法第1条第9节第3段。

另一条美国法学家可能感兴趣的奥地利宪法规定，授权宪政法院对联邦政府或各州政府所提出的申请提供咨询意见（advisory opinion）。然而，这一机制只是限于立法或行

政的某项行为是属于联邦还是成员州的管辖问题。如果它是有关立法权能问题，向宪政法院提出的申请必须包含相应立法机关所考虑的法案草案。如果它是有关执法权能问题，那么向宪政法院提出的申请必须包含下列事项：

(a) 所提议法令的草案，以及发布法令的权力之标志；

(b) 对于其它执行行为的情形，关于作出受质疑行为的事实认定。

[\[奥地利宪法第138条第](#)

[2段，1925年12月18日的法律第53-56段，BGBl., No. 454.\]](#)

在美国，律师们总是反对授权法院作出咨询意见。

[\[比较Felix Frankfurter, “咨询意见”，载《社会科学](#)

[百科全书》第1卷，第475-478页（纽约，1927年版）。\]](#)

法院的这种权力被认为不符合分权原则。但这一论点所反对的将是整个立法的司法审查体制，后者是一项立法而非纯粹的司法职能。

【注释】

1 比较 J. A. C. Grant, “1920 年奥地利宪法下立法的司法审查”，载《美国政治学评论》，第 28 卷（1934 年），第 670-676；以及汉斯·凯尔森，“宪法（宪政正义）的司法保障”，载《法国与外国政治学及公法评论》，第 35 卷（1928 年），第 197-259 页。

2 立法一词在以下所用的意义也包括法令，除非在这两个概念之间作出了明确区分。

3 魏玛宪法第 48 条授权内阁制订法令的误用，正是共和国的民主特征在德国受到摧毁且国家社会主义政权准备登场的方式。值得注意的是，1934 年的奥地利准法西斯宪法是通过政府法令制定的。

4 O. V. and S. K. R. R. v. Morgan County, 53 Mo. 156 (1873).

5 例如 Denney v. State, 144 Ind. 503, 42 N.E. 929 (1896); McCollum v. McConnoughy, 141 Iowa 172, 119 N.W. 539 (1909).

6 Chester T. Lane, “1935 年《公共设施控股公司法》涉及合宪性的诉讼”，美国政治学协会年会论文，1941 年 12 月 30 日。

7 参见 Oliver P. Field, 《违宪立法的效力》(Minneapolis, 1935 年)。

8 Alexander Holzoff, “1937 年的司法法案”, 美国政治学协会年会论文, 1941 年 12 月 30 日。

【出处】

中国宪政网

【写作年份】2004

【学科类别】宪法→中国宪法

让“危险最小”的分支发挥最大的作用——论司法独立对市场经济的意义 [评](#)

Let the Least Dangerous Branch Maximize Its Functions: On the Impact of Judicial Independence on Economic Development

张千帆

【摘要】

尽管司法机构的作用是消极被动的,因而通常被认为是政府部门中“危险最小”的分支,有效的司法机构对于保护市场竞争发挥着直接和关键的作用。本文认为,在建立市场经济的过程中,发展中国家和发达国家同样需要健全的司法制度。本文着重探讨了司法审查所保障的宪政和法治对市场经济发挥的作用,以及市场经济秩序的建立对司法制度的要求,并通过实证模型分析了促进中国的司法改革的方案。

【关键词】司法独立、市场经济、制度保障、公共选择

[【点击次数】1331](#)

[【阅读次数】1331](#)

为了促进市场经济的发展,中国政府在许多方面都面临着根本性的改革。本文之所以选择探讨法院的职能,不仅因为司法是在中国传统上最受忽视的一个部门,更因为有效的司法机构对于保护市场竞争发挥着最直接和关键的作用。美国的联邦主义制宪者汉密尔顿曾将司法机构称为所有政府部门中“危险最小的分支”(least dangerous branch)。^[1]

这是因为法院缺乏立法和行政机构的能动性——它既不制定影响权利和义务分配的立法,又不主动实施国家政策,也不能在没有当事人同意的情况下将他们勉为其难地“拖”到法庭上来,因而一般没有能力主动侵犯公民的权利和自由。相反,法院只能通过司法过程纠正违法或违宪的立法或行政行为,从而为公民合法权益的保障发挥积极作用。事实证明,司法保障存在与否不仅对公民的个人利益是重要的,而且还对人的行为动机产生普遍影响,

从而最终决定着社会的繁荣程度。

在经济发展过程中，司法当然并不是唯一的政策决定机构。事实上，由于司法过程的性质是消极被动的，而发展中国家都要求积极的国家干预以最快速度缩小和发达国家的差距，因而司法机构至少在发展中国家的经济“起飞”过程中很少发挥作用；只是在这些国家的市场经济发展到一定水平，民主政治逐步确立(consolidation)之后，法院的作用才开始越来越引人注目。然而，这并不表明司法制度的建构对于经济发展的初始过程不重要。尤其在传统的计划经济国家，行政命令和干预统治着经济生活，司法的作用被压缩到极限。在这些国家走向市场经济的过程中，行政控制逐步放松，个人经济活动更为自由，经济活动主体之间的利益冲突不断上升，而且由于市场经济尚未能形成完整的秩序，政府职能和意识尚未完成必要的转换，政府官员对经济活动的违法干预仍然相当频繁，因而社会迫切需要建立起独立和公正的司法体制。

在这个意义上，发展中国家和发达国家同样需要健全的司法制度。在发达国家，市场经济秩序已经确立，因而法院对于市场秩序的维护发挥着尤其重要的作用，且一旦市场失灵，法院和立法与行政机构一样有义务制定合理的市场规则，以产生最佳的社会资源配置。“就和公共选择理论对政治过程失灵的处理一样，只是在市场失灵的时候，法院才成为经济分析中替代的成本—利益平衡者。”^[2]正如科斯所证明的，普通法系的法院所制定的判例法正发挥了这个作用，在交易费用不可忽视的情况下使经济活动沿着最佳资源配置的方向进行。^[3]在发展中国家，市场秩序和司法制度都有待完善，经济水平和观念上的落后可能也制约了司法制度的建构，但这并不是一个“鸡生蛋、蛋生鸡”的循环往复、论证不清的问题。虽然市场秩序和司法体制的建立都需要时间和人为努力，而且两者之间存在着相辅相成、相互促进的关系，市场行为毕竟是更为分散的，因而除了主动退出不必要的行政干预之外，国家难以采取太多积极措施以促成市场秩序的建构。相反，司法职能的建构与完善虽然也在一定程度上取决于经济和社会条件，但它是国家能够也应该履行的本职义务，而一个有效与公正的司法制度对于市场秩序的建立和市场经济的发展发挥着不言而喻的重要直接作用。

为了突现司法对于市场经济的重要作用，作者将司法独立与公正作为转型国家在制度建构过程中首先必须解决的问题。本文着重探讨司法审查所保障的宪政和法治对市场经济

发挥的作用，以及市场经济秩序的建立对司法制度的要求，并通过实证模型分析促进中国的司法改革的方案。

一、 从一个企业家的角度看司法独立的必要性

由于经济干预经常涉及到政府官员个人的利益，官员假公济私、滥用权力的现象是难以避免的。在法治国家，法院是控制官员腐败的最后一道关口，因而司法是否公正和有效直接决定着经济改革的成败。以下的事例表明，如果司法不能在关键的时候挺身而出发挥有效的制衡作用，那么政府对公民权利的侵犯将直接摧毁市场理性。^[4]

90年代初，河北省卢龙县政府试图把本县最大的民营企业永平联合社纳入政府控制，双方矛盾越来越尖锐。1992年，县政府突然派出审计局进入联合社，将这个红火的企业定性为“资不抵债”，并传达县领导关于停止一切经济活动的命令。1993年，县长助理宣布将资产近2000万元的联合社承包给天津一家造纸厂，每年承包费仅15万元，连设备折旧费都不够，引起董事长兼总经理姚青山的抗议。两个多月后，姚竟以农民身份被检察院以“贪污、挪用公款罪”批准逮捕。县政府组织召开了由乡镇企业局、工商局、审计局、法院和农业银行等单位负责人参加的会议，要求法院根据县委、县政府的指示裁定联合社破产。然后，县政府组成了由多个部门参加的“破产清算小组”，将企业的产成品、部分机器设备等廉价变卖，其中一条价值24万元的生产线只卖了2.4万元，被封在厂里的16辆汽车最后全部变成废铁。这个曾经作为当地经济支柱的企业从此烟飞灰灭，造成了巨大的资源浪费。

县政府的胡作非为曾一度引起正义的抵抗，但在缺乏制度保障的环境下，正义往往是无能为力的。1994年，卢龙县法院原院长贾庭润因拒绝按照“上面的意思”定案，被革去院长职务，赶出法院，成为县司法局一名普通干部。秦皇岛市人大常委会在讨论市委决定时认为贾被免职的理由不充分，因而未能通过决定。人大常委会主任进一步指出，职务任免属于县人大的职权，秦皇岛市委决定程序违法，但该主任随后也被调离。贾被贬后又受到“留党察看”两年的处分，行政级别和职务工资分别降了两级，从原来的620元降到350元，使得多病缠身的贾连医院都住不起。贾这个“障碍”去除后，姚被县法院和市中院判

处7年徒刑。后经多年努力，秦皇岛中级法院于2001年以“事实不清、证据不足”为由撤销原判，但姚早已在看守所就成了残废，已被摧毁的企业也不可能东山再起。

这个本来不存在的人为制造的刑事案件，不仅坑害了无辜的当事人和一名正直的法官，耗费了有限的司法资源，而且搞垮了一个非常有前途的企业，给个人和集体都造成了无法挽回的损失。这个令人痛惜、发人深省的例子反映了以下几个方面的法治和宪政问题。

（一） 权力滋生腐败，腐败危害发展

事件的起因是县政府的官员觊觎民营企业的经济利益，企图通过行政手段去控制完全独立自主、自负盈亏的民营企业，并在遭到抵制的时候动用其掌握的几乎所有权力，单方面宣布企业破产并转由另一个企业承包。无须赘述的是，从社会的角度看，县政府的决定是任意和缺乏理性的。永平联合社并没有出现“资不抵债”的情况。相反，它是当地的经济支柱，不仅为联合社本身创造了利润，而且为当地人提供了就业机会，同时也为当地政府提供了可被用于公共事业的税收。县政府的措施最后被证明是一个对谁都不利的全输选择：除了其中的某些可疑环节可能养肥了个别县政府官员之外，县政府的措施最后摧毁了这个曾为当地福利事业作出过积极贡献的企业，不仅直接损害了当事人的人身和财产权利，而且也损害了当地的投资环境和所有人的长远利益。可以预料的是，在这次事件之后，任何知情的投资者都不会轻易把自己的资金投入到了财产权如此不受保障的地方，任何有能力的企业家也不会轻易决定在这个地方施展自己的才能。事实上，县政府自己也为权力的滥用付出了代价，因为它失去了原本可以获得的一笔可观的税收。

当然，从学术分析的角度看，这个看上去如此令人费解的事例其实并不难解释。解释这类悲剧的关键在于公共理性和私人理性之间的差距。县政府的措施对于整个县的利益而言是非理性的，但对于作出决定的县政府官员而言又可能是十分“理性”的，因为它满足了他们的权力欲，并可能为他们个人带来了种种没有受到披露的利益。如果官员作出了损害当地福利的决定，从中个人可以获得实惠，而又不需要对社会后果承担责任，那又何乐而不为呢？即使是县政府的税收受到了影响，但只要官员个人的收入并未因此而受到影响，那么看上去对县政府不利的决定对于县政府的官员们来说并没有什么不理性的地方。换言之

之，当权者的个人利益并不一定能促使他们作出对整个社会都有利的决策，而是经常恰恰相反。

我们创造并维持这个政府、授予它某种权力，当然并不是为了为数很少的掌权者的个人利益服务，而正是为了让它为广大社会的公共利益服务。然而，掌握这个政府的必然是一个个活生生的人。根据理性选择理论，每个人在本质上都主要是自利的，都自然倾向于作出对自己最有利的决定。政府官员的身份特殊，但本性却和常人一样。他们被要求为社会利益服务，但他们的自然倾向是为个人私利服务，而在许多没有制度约束的情况下，个人利益和社会利益并不一致。因此，如果权力不受控制，那么官员行使权力的方式自然是使个人利益最大化；一旦官员的个人利益和社会的公共利益相冲突，腐败就产生了。正如阿克顿断言，“权力产生腐败，绝对权力产生绝对腐败。”^[5] 上述事例充分表明，要控制腐败，就必须通过分权制度控制权力。

（二） 控制腐败的政治与法律过程

控制腐败是制度设计的主要目的。宪政制度通过两种不同性质的过程约束官员腐败。首先，通过政治过程(political process)使官员对自己的行为负责。在某种意义上，腐败就和环境污染一样，是政府行为对社会的外部效应(externality)。如果制度迫使官员对其行为的社会后果承担责任，那也就相当于使政府行为的外部效应内部化(internalize)，从而使官员的个人利益和社会利益尽可能保持一致。这样，政府官员在作出决定时必须考虑它的社会效果，因而不得不把公共利益作为其决定和行为的目标。政治制衡大致可分为两类。第一类是民主选举制度。通过授权政府产品——政策和法律——的“消费者”选择政策和法律产生过程的决策者，民主通过选举和淘汰的压力迫使官员行为向公众负责。在这里，如果县政府的负责人是由县的选民直接选举产生，那么他们就不得任意胡作非为，因为如果他们的行为让选民感到损害了切身利益，那么他们将在下一次选举中被淘汰出局。这样一来，他们在采取行动之前就会考虑其行为对地方的广泛影响，并不得不放弃危害公共利益的企图。在这个意义上，民主选举是公共利益的自动保障。

第二类政治过程是发生在政府部门之间的权力制衡。由于民主选举只是几年发生一次，

因而对官员日常行为的控制还有赖于麦迪逊所说的“辅助机制”，^[6]也就是来自于其他官员的控制和约束。这就是孟德斯鸠的三权分立理论之要义。^[7]设想县政府的权力不是像这里那么无法无天，那么即使他们想做坏事，也未必能够如此畅行无阻。假如县审计局不受县政府的控制和操纵，而具有一定的独立性，永平联合社就不会被轻易宣布为“资不抵债”；假如乡镇企业局、工商局、审计局、法院、银行等单位具有一定的独立性，联合社就不会遭到被宣布破产并廉价变卖的厄运；假如县检察院具有一定的独立性，当事人就不会以莫须有的罪名受到起诉和迫害；假如市人大常委会能保持一定的独立性，那么正直的法官就不会遭到罢免，而能够在自己的岗位上利用宪法赋予的合法权力和邪恶抗争。……我们还可以继续假设下去。这些制度性假设说明了一个道理，那就是权力的集中是危险的；只有分散权力，妥善保证不同权力中心之间的相互制衡，才能有效防止权力的滥用。

其次，通过法律过程(legal process)直接纠正违法或违宪的政府行为。某些社会公共利益是如此基本，以至受到宪法和法律的明确规定，因而不需要每次权衡利弊得失就能判定对这些利益的侵犯违背了社会的基本利益。宪法和法律规定了政府的权力范围以及行使权力的程序，违法的政府行为一律无效。1982年宪法第13条规定：“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”，因而禁止政府侵犯公民的财产权。第17条规定：“集体经济组织在接受国家计划指导和遵守有关法律的前提下，有独立进行经济活动的自主权。集体经济组织依照法律规定实行民主管理，由它的全体劳动者选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。”在这个事例中，县政府明显侵犯了永平联合社的企业经营自主权。宪法规定集体经济组织的管理人员由全体员工选举和罢免，并决定经营管理的重大问题，但县政府却非法逮捕企业负责人。另外，县政府还擅自将它承包他人并廉价拍卖，从而损害了联合社受宪法保护的财产所有权。最后，宪法第101条规定，县级以上地方各级人大“选举并且有权罢免本级人民法院院长”，但这里的法院院长却没有经过县人大而遭到罢免，因而明显违背了宪法规定的罢免程序。

这些明目张胆的违宪事例之所以发生，根本在于宪法的效力得不到制度保障。假如联合社可以针对县政府的违宪干预行为提出宪法诉讼，那么联合社的经营自主权就可以获得一定程度的保障；假如遭到罢免的原法院院长或合宪权力受到侵犯的市人大常委会可以针对违宪程序提出宪法诉讼，那么阻碍正义的邪恶势力就不能得逞。这些制度性假设表明，缺乏具体的实施机制，再重要的宪法权利也只是一纸空文，没有任何实际意义。要防止宪

法权利受到侵犯，就必须建立独立的宪法解释机构，并授权它撤消所有违宪的政府行为。和政治过程一样，法律过程也要求宪法与法律的解释者在制度上的独立性；否则，政治腐败永远得不到有效的遏制。

（三）司法独立

在控制腐败的所有制度中，司法独立是最重要的，因为法院是在政府内部控制腐败的最后一道关口。在中国目前的宪法框架内，法院和检察院作为司法机关并不隶属于地方政府，因而不应该受到后者的指示、强迫和命令。1982年宪法第126条特别规定，“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第101条规定，县级以上的人大有权选举并罢免本级政府的负责人以及法院院长和检察院检察长。因此，和地方政府一样，地方法院和检察院最后都向同级人大及其常委会负责。司法机关和政府之间的关系应该是相互制衡与监督的关系，而不是服从和命令的关系。

但在这个事例中，司法机关并没有能够发挥其应有的作用。检察院一开始就助纣为虐，违法指控普通农民犯了“贪污、挪用公款罪”。法院虽然一度抵制过县政府的违法指示，但最终还是被迫遵循政府指示，因而未能行使基本的监督和制衡职能。之所以如此，关键在于宪法所规定的司法独立未能落实到实处。

首先，由于权力的干预，地方人大并没有能够发挥应有的宪法职能，坚持宪法规定的任免程序。在法院院长被违法罢免后，虽然市人大常委会曾提出异议，但不独它的意见没有被采纳，而且常委会主任也跟着被调离。尽管宪法规定人大代表人民行使国家主权，因而其宪法地位高于政府，但权力的实际运作恰好相反，地方政府不仅对人大决议置若罔闻，而且坚持原则的地方人大领导连自身的独立性都不能确保。这反映了人大制度本身存在的问题。由于地方人大未能排除行政干预，未能真正独立行使其任免权，因而司法所代表的社会正义最终遭到挫败。

更重要的是，现行宪法和法律未能对法官赋予充分的保障，致使法官可以因为政治原因而随意受到撤职和处分，从而更清楚地显示了司法独立的缺失。在法治国家，为了保证

司法独立，法官的聘用一般采取终身制，只要不构成犯罪或严重的不端行为就不得被免职、降级、调离或处分。在这个例子里，坚持原则的法官所得到的却是政府的打击报复，个人待遇受到严重影响。这说明司法在表面上的人事独立是远远不够的。如果地方政府控制着司法官员的待遇，那就等于控制了他们的意志，司法独立也就名存实亡了。可以预见，如果地方司法对保护当事人的人身权和财产权的无能为力，投资者和企业家将纷纷离开那个地方；如果司法制度对保护法官本人的命运的无能为力，那个地方将在许多年内再也出不了正直的法官。

二、司法独立对市场经济的作用

如前所述，法治对于市场经济的作用是显然和基本的。市场经济的前提假设是私人能够基于对其行为结果的预测而理性地计划其行为，而行为结果——即行为的成本和收益——取决于法律的有关规定。因此，法律对企业发展——尤其是私有企业的发展——发挥关键作用。显然，法治的确立有助于创造稳定和可预测的环境，从而使商业风险可被合理估量，产权与合同权利受到保障，从而吸引私人投资。法治也将提高政府的诚信以及法律的可信度，从而降低交易成本并扩大获得资金的机会。

为了给私人计划提供可预测性，国家法律必须符合两个基本条件。第一，法律规则的内容本身必须符合社会发展的需要，并基于适当的实证研究。第二，不论实体内容如何，法律规则必须获得切实的实施。因此，在建立市场经济的法律框架中，改革一般处理两个基本过程：首先，审查法律规则——包括宪法和法律——的合理性，以保证规则的内容符合社会发展的需要；其次，保证法律获得实施。“没有第一个过程，法律不太可能是合理或有用的；没有第二个过程，它压根就不是法律。”^[8]

我们这里主要考虑法律通过司法过程的实施问题。在很大程度上，司法公正是法治的同义词。法律的实施取决于司法机构的有效程度。

（一）通过司法实现法治

有效与公正的司法系统是这个法律体系的最后仲裁者，是监控并处理政府其它分支的腐败、任意和缺乏责任性的最后机构。司法对法律体系发挥特别重要的作用。法律体系的运行要求法官以公正、均衡和可预测的方式适用法律，而没有延误和难以承受的成本。如果司法过程带有缺陷，那么法律体系就将受到损害，且经济和社会发展将受到不同方式的消极影响。世界银行副总裁施哈塔列举了缺乏实施的以下 8 大消极影响。^[9]

第一，对合同的影响。如果没有良好的司法实施机制，合同义务的履行将取决于合同方的良好意愿，协议的约束力将取决于受益者的有效权力，且法律外的强制手段将成为实施合同的通常方法。如下所述，如果合同义务不能获得国家有效的实施，私人就不得不诉诸于法律外的手段索取合同赋予的权利。

第二，对产权的影响。如果缺乏有效的司法实施机制，个人和企业将只会购买他们能保持有效产权的资产，许多人将更倾向于变卖资产，并以国外储蓄或投资的方式，从而对地方货币的价值产生压力。

第三，对企业的影响。司法实施机制为经济活动的可期望利益提供了保障，从而反过来促进经济活动主体之间的信任，并将经济活动范围扩大到一般陌生人。没有这种以国家为后盾的社会信任，许多公司将采取封闭(closed)形式，将股份控制在可靠的亲戚朋友手中，从而限制大型股份公司的形成。

第四，对银行系统的影响。同样的，如果对普通人失去信任，银行将只对那些拥有实际社会资源——即经济权力和政治权力——的人贷款，从而限制了银行业的发展和新的投资机会。银行的坏帐也将成为一个主要问题。

第五，对技术转让的影响。投资商和新技术的开发者都期望从自己的经济活动中得利。如果依据法律所期望的利益得不到国家保障，外国直接投资(FDI)的速度将减缓，对知识产权保护的不力也将阻碍新概念的发明和发展。

第六，对交易成本的影响。如果经济交易过程的法律规范得不到保证，企业将回避竞争性投标作为采购的正常途径，转而倾向于熟悉和可靠的来源，并寻求通过非法手段从政

府官员那里获利，从而导致贪污贿赂等经济犯罪行为。

第七，对立法和规制的影响。无效的法律规范通常导致更多的法律和法规，而过分规制将使法律规范臃肿不堪、降低透明度，从而减少新的投资、增加现有投资的成本并导致腐败盛行。法律和法规的繁殖也将进一步削弱它们的质量和获得实施的可能性。

第八，对经济犯罪的影响。最后，无效或过度的法律将助长逃税、走私和有组织犯罪的发展。法律规定越多，漏洞就越大。且条文规定过多，可能对经济活动产生过度限制，从而也迫使经济活动主体越来越多地通过违法摆脱束缚，而由此产生的对法律的普遍不尊重将进一步纵容经济犯罪。

（二） 其它实施机制及其代价

固然，法院并不是实施产权和契约的唯一实体，由国家实施的法律也不是进行市场交易的惟一机制。正如新制度学派代表人诺斯指出，市场经济的发展未必需要正式的法律制度。甚至连美国联邦第七巡回区法官波斯纳都承认，产权与契约权利的法律实施和保护存在着许多非正式的替代，包括仲裁、调解和产品声誉等机制。^[10]私人之间也可以制定并实施法律外(extralegal)的非正式规则。例如美国加州的农场主有效制定了解决划分边界和牛群侵入的规则，钻石产业和棉花产业也是存在类似现象。^[11]事实上，早在政府和法律存在之前，贸易就已经在自愿产生并实施的规则下兴旺发展。因此，“市场、交换和规则可以在政府或任何其它垄断者定义其规则之前就发展起来。”^[12]在历史上，商业行会制定了多边实施的交易规则。现代商法就是在这种情况下产生的，只是到后来政府才试图介入。有的学者甚至认为，政府和法律是经济增长的敌人，因为动不动就诉诸于法律手段可能会损害交易者之间的互信。

然而，这类观点只是看到了问题的一面，而忽视了问题的另一面。和国家对契约的实施相比，私人实施机制通常成本更高，难以监控并容易制造暴力，且经常抑制经济制度中有助于提高效率的变化。以下，我们列举几种法律的替换机制并讨论它们的可行性。

1. 私人谈判与实施？

的确，由国家实施的正式合同不需要排除由私人实施的非正式合同。即使在正式法律制度的框架内，私人仍然可以通过所谓的“关系合同”(relational contract)来进行交易，因而国家只是增加了一种实施合同的途径。政府不需要且一般也不禁止仲裁之类的私人协议。但如果就此认为私人实施机制可以取代国家的实施机制，那将是一个错误。没有国家对合同效力的法律保障，私人之间就难以建立信任，从而增加合同谈判的交易成本，并给违约责任的实施带来困难。

对于并非“一手交钱、一手交货”的长期合同，外部实施机制尤其是必要的。某些对经济发展至关重要的合同取决于稳定环境的保障，例如对公司的长期投资要求资产不被管理者抽逃的保障，即使银行储蓄也要求类似的保障。没有法律保障，企业只有放弃赢利的选择。“法律对于自由市场的存在并不是必不可少的，但对于国家经济的大规模增长却是关键的。”^[13] 因此，复杂社会要求政府对经济交易的有效实施。对于高效率的市场而言，合同法仍然是必不可少的制度。

私人实施机制往往最终诉诸于暴力和有组织犯罪集团。在俄国，地下经济最终导致了黑社会的产生，作为政府的替代。据估计，俄国和乌克兰的地下经济占 GDP 的 50%，而拉丁美洲和加勒比海国家的地下经济所创造的职业占了新职业总数的 85%。^[14] 地下经济的运行带有相当大的浪费。例如在秘鲁，违法经营的成本包括 10-15% 的收入用于贿赂官员。比较北美、俄国和亚洲，有证据表明经济增长和实施财产与合同权利的法律机构具有密切关联。东亚经验并没有证明私人安排可以取代法律，且交易当事人的非正式网络对于圈子外的非成员而言具有消极的外部效应，从而损害整个社会的公共利益。因此，私人安排不能成功取代法律制度。

事实上，私人实施机制正是在国家实施机制薄弱的地方趁虚而入。即使在经济发达的日本，这些私人替代实施机制也被发现在政府不能实施合同的地方产生。正式法律结构的低效率——包括实体法和法律职业人员的缺失——导致对有组织犯罪集团的依赖。法律制度的弱点，例如因为公司治理的国家法较弱，日本公司付钱给黑社会以保证股东大会得以

顺利进行。这说明私人实施机制在国家实施机制薄弱的地方发挥某种替代作用，但绝不说明这种替代是可取、公正或经济合理的。

在中国，法院实施机制的缺失或低效率同样导致私人实施现象的发生，曾经风行一时的“讨债公司”就是一个例子。^[15] 由于制度不健全，债权人索债无门，河南省南乐县一伙人成立了“讨债公司”，生意相当红火。在短短几年间，“讨债公司”发展到几十人，横扫全国 7 省 2 市。讨债人员身穿统一的黄马夹，上面赫然印有“讨债”二字，手持电警棍、麻醉药、钢珠枪和猎枪等工具，敲锣打鼓地吆喝着上门讨债，俨然是一支气势庞大的“执法”队伍。2001 年 3 月，在公司的主要人员被判刑后，当地又陆续出现了类似的职业，还有人替“讨债公司”惋惜甚至鸣冤。这种现象不是偶然的。

靠讨债发迹的公司发起人桑俊生原是一位做生意的农民，自己首先在通过绑架获得欠款的过程中尝到了甜头。“讨债公司”甚受当地人的欢迎，因为南乐地处河南、山东、河北三省交界的三角地区，商业交往频繁，债务纠纷不断，成为地方上“一大难”。据桑自己说：“老百姓欢迎我去讨债。很多债主通过正当途径讨不到钱才找我，他们大多已经对法律和政府失去信心。”桑在债主们心目中“声誉”甚高。一位债主说：“有的债务纠纷通过正当途径解决不了，向上反映，没人管；到法院起诉，要么是拖成陈年旧债，不受理；或者判决下来，却执行不了。”既然“公了”不行，只有寻求“私了”。否则，资金周转不了，企业将承受严重压力，甚至面临破产。南乐县第二造纸厂在面临倒闭的关头刚进行改制，别的企业欠下它 700 多万元，通过各种正面途径就是要不回来。该厂老总不无惋惜地说：“如果桑俊生帮我们要回哪怕 500 万的话，厂子早活过来了，能救多少下岗工人的命？”当地 100 多号人的肉联厂也是被各种要不回的欠债拖垮的。因此，“桑俊生进去了，南乐县有损失，很多债讨不回来了。”（其实南乐县还有更多的“讨债公司”在活动着。）就连濮阳一位政法干部竟然也说：“如果工商局当时批准了桑俊生的注册，规范其经营，没准是件好事。”

当然，“讨债公司”的代价也是昂贵的。一位债主说：“为了尽快拿到债款，我们不得不‘出血’，有时佣金占债务的一半。”讨债的手段更是令债务人不寒而栗，负债者得时刻担心着家人和自己的人身自由和安全。桑俊生的“讨债公司”共绑架人质 17 起，非法拘禁他人 9 起，敲诈勒索他人钱物 36 万元。因此，所谓的“讨债公司”其实就是一个黑社

会组织，通过违法和严重侵犯他人权利的手段达到其目的。可以想见，如果国家法院能够以低廉的成本、规范的程序和高效的服务为公民提供实施合同的可靠机制，那么像“讨债公司”这类法外组织将自动退出社会舞台。因此，与其将政府资源耗费在惩治这些违法地下组织，不如在建立有效公正的司法体制上投入更多的努力。

2. 社会资本和信任？

私人交易是否会因为社会存在的普遍信任而得到改善？近年来，“社会资本”——也就是对家庭成员、朋友和广大社会的信任程度——这一概念受到了社会科学研究者的广泛重视。实证研究表明，社会资本对经济发展确实具有积极作用。^[16]然而，社会资本的作用也不宜被夸大。最近的研究表明，和社会资本相比，投资对经济发展而言要重要得多，而资本的投入主要取决于当地的法治环境。^[17]与此相一致，俄国研究表明商业交易的成功更取决于和法律相关的变量，而不是当事人形成长期关系的可能性。

在没有国家法律保障的情况下，商业信任只可能存在于小范围的交易活动。只有在重复打交道和相互了解的私人之间且团体规模较小的情况下，法律外的自愿合作才可能形成。因此，对法律外规范的依赖将要求企业放弃在更大商业网络当中可能互惠的交易，而上述条件在这种环境下显然不能成立。扩大商业伙伴的范围涉及到相当高的交易成本，以保证这些人的可靠性，而正是这些交易成本构成了阻碍经济和社会发展的关键障碍。这是为什么非正式网络将交易限于家族或族群成员，而新人的缺乏可能意味着新思想的枯竭。^[18]

^[8]

在大范围内，光是信任并不能充分支持私人市场，因为即使在社会资本相对雄厚的国家，普通的相互信任也难以单独支撑商业交易，且信任不能保证完整的合同义务，因而这个概念本身未能提供解决失信问题的途径，因而在失信发生时往往只有诉诸于以上所说的法律外的私人强制实施。

事实上，法律并不和非正式规范相矛盾，反而有助于它们的实现。法律能够提供一套底线规则并监控机会主义，从而减少谈判和实施成本。国家对法律的可靠实施减少了陌生

经济主体之间的相互猜疑，从而增加他们之间的相互信任，并允许交易活动得以在大范围内进行。

3. 文化决定经济发展？

第二次世界大战之后，日本、南韩、新加坡和台湾等东亚国家和地区体现出强劲的经济增长势头，而这些国家的法律制度和西方国家相比并不显得完善，从而产生了一种文化决定论的观点，即东亚经济成功一般归功于儒家文化，而不是这些国家的法律制度。文化决定论者认为，社会经济决定的因素在于民族的基本文化特征，而不是法律，且西方国家的法律制度未必能有效移植到世界其它地方。

然而，即使在东亚国家，文化的作用也不应被夸大。在南韩，经济增长的速度显然随着政府政策而变化，但文化是稳定和不变的。对 35 个东亚国家的调查表明，法律制度仍然是经济增长的关键。虽然儒家伦理、合作主义及其它文化因素可能对社会资本的形成发挥了正面作用，但它们对经济发展并没有直接意义。这说明经济发展并不取决于任何特定地区的道德形态，而是在于诸如信任、冒险(risk-taking)倾向和环境的不确定性等普遍因素。因此，文化因素是对经济发展的辅助作用，而并不能取代传统的法律和经济因素。^[19]

事实上，文化并不是和法律与经济不相容的对立因素，因而没有必要将法律和文化对经济发展的作用对立起来。尽管制度学派的代表人诺斯认为政治和经济制度的结构决定着经济实绩，其共同特征是以规则形式建立行为的约束机制，但他同时认为，意识形态也是决定经济实绩的基本要素之一，因为它有助于社会稳定和变迁，并降低履约过程的考核与执行成本。^[20] 另外，社会强有力的道德伦理法则是社会稳定的要素，能帮助解决搭便车问题。^[21] 另一方面，法治则为多族群社会的交易提供了“社会凝聚力”，并克服社会多元化的分裂影响而促进经济增长。多族群的存在增加了投资风险，并因产生不确定而导致回避。如果能够为产权与合同的履行提供更为可靠的保障，法律将降低投资不确定性，从而帮助经济发展克服文化障碍。^[22]

综上所述，“法律是经济增长的必要而非充分条件，抑或既非严格的必要或充分条件，而只是一个积极因素。”^[23] 其它因素无疑也影响经济增长，譬如社会资本（人际间相互信任的程度）、人力资本（人口的教育和技术水平）和自然资源。因此，要发现法治和经济发展之间的直接联系可能是困难的。但可以预见，经济发展仍将取决于法治的一些主要变量——包括产权的保障、契约的履行、司法独立以及政府规制的程度。

法治本身——无论具体法律的实体内容是什么——对于私有企业尤其重要。世界银行对 73 个国家的 3800 个私人企业进行了调查，并产生了关于政府诚信度的指标，包括政治稳定度、人身和财产安全、司法救济的可预见度以及腐败程度。研究发现，在这些指标当中，司法救济的可预见度是最可靠(robust)因素，在每次回归分析中都体现出正相关性。司法结构对于法治保障是至关重要的。当然，结构要求要比简单的司法独立更为复杂。独立的法官可能成为任意和腐败的审判者，从而削弱法治。法治的运行还可能取决于司法分支所具有的资源、法系特征或法律共同体等其它因素。

三、 市场经济的制度保障——美国与欧洲法院的司法独立

在西方经济发展过程中，法院发挥了重要的积极作用。之所以如此，其根本原因在于司法独立获得了可靠的制度保障。这种制度保障表现在两个层面上。首先，根据三权分立的构想，法院作为一个机构在整体上独立于立法、行政和其它政府机构，且法院被明确赋予审查立法与行政行为的权力。其次，也是更为根本的是，法官个人的独立性也获得了可靠的制度保障。法官的判案过程不仅不得受到立法、行政和社会权力的干预，而且也不受法院本身的干预。司法独立的最终体现是在于法官的个人独立，因为法官个人的独立性决定了司法机构的独立性；反之，如果法官个人的独立性得不到保障，那么司法公正很容易通过外界对法院的各种压力而受到影响。

以此为标准，美国联邦和欧洲共同体相当充分地保障了司法独立，而司法独立的有效保障促进了这些地区的市场经济之发展。以下，我们从法院独立和法官独立两个层面，简

要考察美国和欧洲对司法独立的制度保障。

1. 法院独立

由于联邦宪法建构于三权分立的基础之上，因而美国的联邦法院从一开始就独立于其它两个最高宪法权力——国会和总统。联邦宪法明确规定，“司法权力被赋予合众国的最高法院。”虽然下级法院由国会通过立法建立或撤消，无论是国会和总统都无权以合宪方式影响司法判决过程，法院也不在任何意义上对立法或行政机构负责。相反，虽然宪法未曾明确规定，法院根据普通法传统有权审查行政行为的合法性，且在 1803 年的“马伯里诉麦迪逊”之后，法院确立了审查国会立法合宪性的权力。必然的推论是，法院也有权直接审查行政行为的合宪性。

更重要的是，虽然宪法第六条也要求各州法官恪守联邦宪法，但由于“地产充公案”所阐述的显然原因，联邦宪法并没有把希望完全寄托于各州法院的公正——因为没有相对于本州政府的独立性，司法公正只能是一个不能实现的空想——而是建立了独立于各州的联邦法院体系。根据联邦主义的宪法构想，联邦法院是完全不受各州政府控制的独立机构。虽然联邦地区法院必然设在全国的众多地方，但全部法院财政直接来自于联邦，人事任命权更是任何州所不能控制的（尽管总统在任命联邦地区法官时会参照参议员的建议）。联邦上诉法院则设在 11 个大区，因而和 50 个州的关系更为遥远。由于联邦法院和各州不存在任何利益瓜葛，各州没有任何途径影响联邦法院的司法过程。

共同体的司法机构——设在卢森堡的“欧洲最高法院”——具有类似的机构独立性。首先，和美国联邦宪法类似，共同体条约也是基于三权分立的构想，因而无论是理事会还是执委会或其它共同体机构都不能干预欧洲法院的司法过程。相反，这些共同体机构的行为受制于欧洲法院的司法审查。经济共同体条约第 220 条规定：“欧洲最高法院应保证法律在本条约的解释和应用中获得遵守。”条约第 233 条规定了共同体机构服从司法判决的义务：“如果共同体机构的行为被宣布无效，或因未能行动而被宣布为抵触本条约，那么该机构应被要求采取必要措施，去服从最高法院的判决。”

其次，在共同体条约的框架下，各成员国也无权影响共同体层面的司法过程。欧洲法院是独立于所有成员国的共同体机构，并负责审查成员国行为的合宪性与合法性。经济共同体条约第 228 条规定：“如果欧洲最高法院发现成员国未能履行本条约所规定的责任，那么该成员国应被要求去采取必要措施，以服从最高法院之判决。”

2. 法官独立

和许多州相比，美国联邦宪法为联邦法官保障了更充分的个人独立性。宪法第三条第一款规定：“最高与下级法院的法官们应在行为端正期间担任职务，并且在指定日期领取其公务报酬，这种报酬在他们的连续任职期间不得被减少。”这实际上规定了联邦法官的终身制和待遇保障。虽然所有联邦法官都受到总统任命、参议院批准，但法官一旦获得任命之后，总统和国会就失去了控制权。虽然第二条第四款规定法官也可以因“叛国、行贿受贿或其它重大或不端行为”而受到弹劾，但实际上受到弹劾的法官人数极少，在过去两百多年中寥寥无几。只要不犯有上述罪行，法官并不能因为他的判决不符合国会、总统或社会组织的意愿而遭到罢免。因此，一个正直的联邦法官可以在不受任何外界压力的条件下严格依法判案。

更重要的是，法官个人在人格上是独立的，因而司法决定过程不受法院“领导”的控制和干预。当然，在严格意义上，美国联邦法院并不存在什么“领导”。最高法院有一位“首席大法官”(Chief Justice)，每个上诉和地区法院都有一位“首席法官”(Chief Judge)，负责法院的行政管理工作。但他们并不被称为“院长”，也不对其他法官发挥任何“领导”作用，这一事实是意味深长的。在最高法院，司法判决根据 9 位大法官的投票结果决定。每一位大法官都有平等的一票，因而首席大法官经常处于被否定的少数派。下级法院的情况也与此类同。

欧洲最高法院目前由 15 位法官和 8 名总辩护官(Advocate-General)组成。第 222 条规定：“总辩护官的责任是完全公正与独立行动，在最高法院上对案件公开发表理性意见，以协助法院履行第 220 条所赋予的责任。”和争论没有利害关系的总辩护官从中性的立场出发，基于法律与社会的普遍利益而对法院判决发表独立观点。尽管总辩护官的意见对法

院并不具备约束力，他们的意见对共同体有关方面的法律提供了中立与详尽的回顾。为了充分保证独立性，总辩护官虽然可以参予涉及其所在国的诉讼，却不能对其所在国是原告或被告的诉讼发表任何意见。

条约第 223 条规定：“法官和总辩护官的人选必须具有无可置疑的独立性，且或具备其所在国对最高司法职务所要求之素质，或是在能力上获得承认的法理学家；他们应被各成员国政府一致任命，任期六年……并可获得连续任命。”绝大多数法官和总辩护官来自“欧洲四强”，即法、德、英和意大利。法院院长(President)由法官们举行无记名投票的绝对多数产生，每届任期三年，主管法院的行政和财政事务。欧洲法院实行公开审判，总辩护官必须公开向法庭报告其法律观点。但为了保证法官的独立性，法官们的定案讨论遵从严格的秘密规则。法官和总辩护官的连续任命可能会削弱他们的独立性，但下列事实在某种程度上弥补了法官独立性，使之能够忽略来自本国的政治压力：和美国最高法院不同，欧洲法院的决定获得全体法官的签名，因而也就无从知晓内部不同意见。

3. 其它要求——遵循先例和判决公开

保证司法判决统一性还需要其它一些辅助机制。一个是在英国和美国具有长期历史的法院等级制度，但它并不是完美无缺。就和同一种语言可能具有不同方言一样，有些地方差异可以很容易在初审法院的适用过程中混入实体规则。另一个有利于市场经济的司法制度是遵循先例。它可以为每个法官内在化，并有效保障前后一致。“所谓先例，是指这样的一项决定规则：一旦法律判决(holding)为适当的法院所确立，那么该法律结论将在未来的类似或相同案件中为同一个法院及其所有下级法院所遵从。”^[24]换言之，也就是类似的案件必须获得同样的判决。在这个意义上，遵循先例制度保证司法判决具备基本的逻辑理性。^[25]

然而，尽管这一观念极为重要，它并不是完全自动实现的。为了保证其有效运作，诉讼结果必须完全公开。只有这样，先例才能为法官和普通公民所遵从。通过上诉，上诉法院的公开意见也将对下级法院实施遵循先例原则。遵循先例和判决公开制度还有助于减少商业决定的不确定性和交易成本，而这可能是一件巨大的“公共物品”。因此，遵循先例

原则和上诉权是保证法律体系符合市场要求的两个不同方面。另一方面，如果争议是通过不公布结果或实施先例原则的私下调解解决的，那么市场经济可能就失去了这一显著的积极“外部性”(positive externality)。

四、 如何让法院运转起来？对中国司法改革的实证探索

由于种种原因，中国的司法制度仍存在着诸多不尽如人意的地方，不能充分保障市场经济在全国范围内的蓬勃发展。各种形式的地方保护主义和贸易歧视仍然相当严重，而法院经常是整个保护主义体制的一部分，而不是其约束与制衡力量。一方面，这当然是司法缺乏独立性的征兆；另一方面，司法腐败现象仍相当普遍，因而又需要加强对司法的监督。这两个相互矛盾的需要使中国的司法制度面临陷入恶性循环的危险：司法腐败使人们不敢或不愿把独立权力交给司法机构，而缺乏独立地位的法官不可能建立起健全的独立人格，因而进一步加剧司法腐败。1998年出台的《司法改革五年纲要》正是为了解决司法独立和司法腐败这一对棘手的矛盾，努力实现司法公正。五年过去了，中国的司法改革取得了一些成就，但改革的任务远远没有结束。要真正建立一套独立和公正的司法制度，为市场经济的发展作出应有的贡献，中国还要走过一段相当漫长和艰难的路。

如上所述，要保证以公正和中立方式的司法判决，任何法官都必须享有不受政治和政府影响的独立性。由于政府总是行政和刑事诉讼的当事人，保证法官没有偏袒政府的动机是绝对必需的。简言之，他们的工作待遇不应取决于他们如何决定个案。这是为什么美国宪法为联邦法官保证终身制。然而，如果法官独立了，又如何保证法官不滥用他们的独立性？我们期望法官独立，但又不是如此独立，以至他们可以不管工作质量。这是为什么美国许多州都对法官举行定期选举，而国会也可以弹劾违法犯禁的联邦法官。因此，司法独立是司法公正的必要条件，但未必是其充分条件。以下的讨论尝试通过实证模型的探讨，理清中国司法改革的思路。^[26]

(一) 司法改革的公共选择理论模型

中国目前正在进行的法院改革的目标是非常清楚的：即一个“运行良好”的司法体制，或一个能够“公正”与“有效”地决定法律争议的法院体制。事实上，这是世界上任何司法体制的目标，也是任何司法机构按照社会功利—实用主义标准的存在理由。这个目标有两个基本含义：所谓“公正”，就是司法审判官能够适当地把法律运用到有关案例的事实中去，^[27] 不受任何“不相关”因素的影响；所谓“有效”，主要是指司法机构能及时下达其决定，从而避免过分延误正义，且司法决定能获得其它政府官员的尊重与执行。当然，这两个目标——司法公正与效率——并不一定总是一致的，但它们之间的潜在冲突并不是这里所关心的议题。因此，为了简单起见，这里把它们归结为一个统一的目标：一个“运行良好”的法院体制，并以一个应变量（“dependent variable”）Y表述之。以下需要探讨应变量和自变量（independent variable）之间的关系。

首先，我们需要考虑将哪些因素作为影响法官行为的自变量。我们分析的起点是法官个人层面。这或许和我们传统的思维模式不尽一致，^[28] 但无论如何，这是上述方法论的个体主义的基本要求。根据理性选择的基本思想，如果法官在判案过程有任何因素可能和她自身的利益相关，那么这一因素就有可能影响该法官依法判案，从而导致司法不公。要做到司法公正，我们必须保证坐在法庭内的审判官具备公正判案的动机，或至少没有理性动机去作出不公正的判决。为此，我们必须分析法官个人的内在“素质”（“主观变量”）以及和她个人发生种种联系的判案环境（“客观变量”）。

要使一个法官公正判案，即适当理解与解释相关法律，并使之适用于其所审阅案件的相关事实，而拒绝接受任何不相关因素（如她个人的利益或对案件结论的个人看法）的影响，法官必须具备必要的道德与职业素质。首先，这通常是一项技术性较强的工作，因而要求相应的职业教育和训练，以使审判官能正确地理解并适用法律。我们把这一自变量笼统地表述为 X_{prof} 。其次，法官不仅必须具备公正判案的能力，还必须具备相应的意愿。一般地，这被标志为一种道德素质（Moral Integrity）——未必特指对任何具体的实体道德规范的遵从，而是指公共官员通过接受公共职位而被期望遵从的普遍职业道德。我们且把这一主观变量标为 X_{mi} 。

当然，如果法官具备极为超越的个人道德素质，那么她不论在何种环境下都能被期望公正判案。但在实际上，我们不可能指望任何国家的法官在整体上具备如此崇高的道德素

质。^[29] 由于法官同时也是生活在社会中的活生生的人，他和社会之间的千丝万缕的联系可能以各种方式影响着他的利益和观点，从而直接或间接地影响着其判案方式或结果。因此，要维持司法公正，就有必要从各个角度来保证“司法独立”，也就是从体制上尽可能保证法官免受不良环境的影响。

一个法官所可能受到的外界影响是多方面的：政府权力部门或政党机构的干预可能是最显著的来源，尤其是如果这些部门控制着法官认为对他个人相当重要的社会资源；富有影响力的社会团体也能足以改变法官的决定，比如对司法决定的不利报道就可能迫使法官偏离法律的严格命令；对重视人情关系的社会而言，亲属和最广义上的“朋友”对司法决定的意愿可能对审判官的日常生活造成无处不在的压力；当然，即使是一个陌生的当事人也可能简单地通过贿赂而成功地影响司法决定，等等。

司法独立的目标在于减轻乃至消除这些可能影响司法决定的和法律“不相关”的因素。概言之，影响司法独立的上述环境变量大致有三类：第一类是法官的任职（包括任命与罢免）条件，在此被表述为 X_{apr} ；第二类是法官的“工作条件”（ X_{wc} ），其中包括任职期间的薪水、福利条件（可包括住房、交通、社会保险等）、办案经费以及其它形式的司法资源；第三类是法官对司法决定的个人责任（ X_{ind} ）。一个司法独立的体制在保障法官个人对司法决定的个人责任的同时，能有效保证司法决定不因任职与工作条件而受到党政机关、社会团体或个人的不正当影响。

最后还有司法腐败问题。在一定意义上，司法腐败是主观与客观自变量相互作用的结果：在一个不能充分保证司法独立的环境里，一个道德素质不高的法官将是一个腐败的法官。但另一方面，司法腐败也制约着司法改革本身：由于司法独立将取消一些对司法官员的外在制衡，它可能使司法腐败变本加厉，从而迫使司法改革半途而废。因此，法官自身的道德素质、司法机构的腐败程度和司法独立之间存在着一种较为复杂的相互作用关系。即使司法队伍的既定素质不足以抗衡司法腐败，人们仍然可以设计其它机制来减轻腐败程度，从而使司法改革能以被社会接受的方式继续进行下去。最明显的例子是惩治司法腐败的法律——如果这些法律尚能被有效实施。我们在此把这些除道德因素以外的手段表述为 X_{cor} 。对于遏止司法腐败而言，它们尽管并不总是可靠，但在一定程度上仍是道德素质的替代品。

因此，一个“运行良好”的司法体制，乃是主观内因和客观外因的有机结合之结果。它要求一支受过高等教育和良好训练的司法队伍，其中法官具有杰出的职业与道德素质，加上能够有效控制司法腐败的制裁手段，以及司法相对独立的环境；后者又要求由法律保障的司法任命与罢免程序、较高的社会经济地位、充足的司法活动经费以及法官个人不受政治、行政与社会干预的司法决定权。如果任何以上条件不能获得满足，都有可能导致司法体制的失败。

（二） 法学研究的量化：司法改革统计学模型概述

以上讨论的是司法独立的理性选择模型的整体结构。这个大模型里包含着许多个子模型，这里就具体模型的经验论证作一说明。我们先从大模型开始，从中我们可以顺带发现许多小问题。要准确验证这个大模型的合理性，模型中的变量必须获得量化，并利用统计分析进行测量。

统计模型中的回归分析 (regression analysis)，可被用来验证变量之间的相关程度。一般地，人们把构成原因的因素标为自变量，把结果标为应变量。^[30] 一个最简单的统计模型可被表述为

$$Y = a + b_1X_1 + b_2X_2 + \cdots + b_nX_n = Xb \quad (1)$$

其中应变量 Y 和自变量 X_i ($i = 1, 2, \dots, n$) 同为 $m \times 1$ 矢量， m 为观测点数 (observation number)， a 和 b_i ($i = 1, 2, \dots, n$) 为回归分析所得出的常数；写成矩阵形式后， X 为 $m \times (n+1)$ 矩阵（第一列全为 1）， b 为 $(n+1) \times 1$ 的矢量。如果 X_i 对于应变量而言在统计学意义上有贡献，那么其回归系数 b_i 应在“统计上显著” (Statistically significant)。

把上述司法改革中的应变量和自变量套入等式 (1)，我们就可得到有关司法改革的定量模型。如果能收集到适当的数据，那么我们就验证自变量和应变量之间的相关性。以下，我们具体探讨应变量和各个自变量在实际测量中可能存在的问题。

1. 应变量

对于司法改革的目标——司法公正（应变量 Y_j ；这里且忽略司法效率问题），严格的衡量方式应该是一个通过随机抽样而被抽中的普通法官能够公正审判的可能性（假定它是 0 和 1 之间的一个数）。^[31] 但这在实际测量起来非常困难，一种可行的简化测量方式是用某个或全部领域的错案率来代表司法公正或不公的平均程度。然而，这种测量方法却带有一些明显的问题。首先，相当部分的错案可能代表正常的审判失误，可以在上诉过程中获得纠正，因而一般并不构成通常所说的司法不公现象。因此，这里的“错案”需要获得更明确的定义，即那些涉及到审判官贪赃枉法或严重失误的案例。但更重要的，实际发生的错案未必能被发现，而发现并公布错案的数量本身取决于政府部门对纠正错误的愿望与努力。因此，这可能会产生一个“奇怪”的现象：越是清廉的法院，暴露出来的错案越多；越是腐败的法院，却反而听不到错案的发生。这类欺骗性现象给司法公正或不公程度的测量带来很大挑战。如果检察院的抗诉制度能得到比较切实和均衡的实施，且上诉过程能够较好地遵循司法规范，这个问题可以得到解决。但抗诉和上诉过程在实际中运行如何，可能本身就是一个问题。

2. 主观（内在）变量

所有的主观变量都很难测量，因为我们不可能观测到人的真正的内心状态。因此，主观变量都要经过“客观化”才能获得测量。我们的两个主观变量之一：法官的“职业素质”，可被法官所接受的职业教育和训练的年限与水平所替代。这当然不是一个绝对准确的衡量，因为它忽略了同等教育程度下的诸多个人差异。^[32] 但我们似乎仍可以作出这样的近似，而不产生太大的误差。如果要从统计上验证这个假设的合理性，那么我们必须专门设计一套调查方法（可以是某种形式的考卷），对某一地区或全国的法官进行随机抽样，把得分作为法官职业素质的一个衡量（应变量），把法官接受正式法律教育的程度、年限甚至学校考试成绩作为自变量，通过统计分析来观察这些变量前的相关系数。^[33] 如果相

关系数很大，那就足以说明职业素质能被某些客观参量所替代。

另一个主观变量——法官的“道德素质”——则没有这么简单，因为尽管人类的道德文明已经有几千年的历史，我们对如何造就一个在道德上“合格的产品”却仍知之甚少。也许这一过程是如此复杂，以至其性质决定了它不承认任何固定的德育程序。事实上，单纯的道德说教往往适得其反。要提高法官的职业道德，更有效的方式可能是让法官真正对自己的决定负责，并同时提高其经济与社会地位，从而提高法官的自尊与自信。因此，“道德素质”仍然是一个极为复杂的东西；它的成因不是纯粹主观的，而是包含着客观与主观因素的相互作用。要真正了解人的道德成长过程，非要有一个发达的社会心理学理论不可。目前我们为了测量它，大概只有用某地区法官的平均腐败程度作为其近似的替代，但对于腐败的测量仍然存在着和刚才错案数量同样的困难。

3. 客观（环境）变量

环境变量是一个开放的系列，可以包括任何可能影响法官个人利益的因素。我目前设想主要有三类因素影响法官的司法独立。作为先决条件，法官个人（或几个法官所组成的合议庭）必须具备独立判案的能力。这可能看上去很显然，但实际衡量却不见得容易，因为法院结构内部可以有許多因素潜在地影响法官的独立能力。如果没有很可靠的客观测量，就只有在调查问卷中询问法官对其独立性的主观感受，条件当然是问卷的方式能保证法官表达自己的真实感受。

影响法官独立性的另一个主要因素是其任命（或更准确地说，再任命）与罢免方式。如果法官职位被视为一种不可多得的利益（在所有法治国家都是如此），那么任何在职法官必然非常关心其位置的稳定性；任何掌握连任与罢免权力的人，也就掌握着实际的司法权。和其它变量相比，这个变量的测量应该还是比较容易的。

最后还有一大类被笔者称为“工作条件”的因素构成法官的利益，因而可能影响其判案的公正性，尽管影响方式可能不如任命与罢免权那样直接与强烈。谁都知道，有权增减法官工资的人，一定也控制着司法权的部分行使；如果地方党政机关控制了这项权力，那

么地方保护主义就是理所当然的结果。另一方面，如果法官的工资固定，数量太低或者办案经费不足，那么一个普通的法官就可能被众多的诱惑所吸引。这些变量种类较多，但实际测量不应太困难。^[34]

当然，物质条件并不是全部，“高薪养廉”也不能代替一切。尤其是对于司法职业而言，法官的道德素质是至关重要的。对于道德因素在测量上的困难，以上已有提及，这里再讨论一下它的“替代物”：惩治腐败的其它手段——例如法律手段——的有效性，因为不受控制的司法腐败将对司法改革——尤其是对司法独立的追求——构成一种内在制约。这些法律或规定在字面上的存在显然是不够的；必须有机构愿意并有能力实施所规定的制裁，才能对潜在的司法腐败构成任何“可信的威慑”（credible deterrence）。而在一个腐败已经相当严重的国家里，这些条件可能难以满足。于是造成了如下的困境：越是在道德堕落的国家里，用法律制裁去弥补道德缺陷越困难。因此，法律制裁的有效性（Xcor）和司法队伍的道德素质（Xmi）甚至整个民族的道德水准都有关系。当然，领导人的意志及其保护政体合法性的理性需要、其控制官僚队伍的能力以及社会监督的有限作用，也会对惩治腐败产生至少短期效果。由于这些变量的不确定性，它们的测量无疑也是困难的。

综上所述，我们可以得到下列等式（忽略变量前的系数和常量）：

$$Y_j = X_{edu} + X_{train} + (X_{apr} + X_{wc} + X_{ind}) (X_{mi} + X_{cor}) \quad (2)$$

其中 X_{edu} 和 X_{train} 决定了法官的职业化的程度（Xprof）， $(X_{apr} + X_{wc} + X_{ind})$ 决定了法官的独立程度，而司法独立是否有助于实现司法公正（Yj），取决于法官的道德素质以及对司法腐败的惩治力度；如果法官道德素质不高、司法腐败盛行，而惩治力度又不足以有效防止司法不端行为，那么司法独立将反而损害司法公正。

（三）作为社会工程的司法改革

尽管司法改革已经进行了 5 年，中国目前的司法状况仍不容乐观。第一，虽然法院进行了一定程度的人事改革，法官的职业化程度仍然不高，法官人数仍然太多，具有法律本科和研究生学位的人数仍然太少，法官的个人职业水平仍需得到较大幅度的培训和提高。

这一现象正在发生变化，但要实质性地改变现状，仍需相当长的一段时间。第二，法院——尤其是内地和边远地区的基层法院——的工作条件和工资待遇仍得不到保障。由于法院的人事任命和工作待遇都取决于地方政府，因而产生了法院对当地政府的制度性依赖，地方保护主义现象相当严重。再加上行政诉讼的受案范围极为有限（法院无权审查抽象行政行为的合法性），宪法诉讼则完全没有开始，因而除非对制度改革作出根本承诺，目前的法院不可能被期望像欧美法院那样发挥维护市场经济整体发展的重要作用。第三，中国目前的法院结构仍然强调对法官的控制，法官个人的独立人格和主体意识不够强烈，且部分由于司法判决未能完全公开，法官个人对案件的判决仅承担有限的法律和道德责任。已经进行的司法改革在这个方面作了有限的尝试，但实质性的变革尚有待全方位的配套改革措施的出台。最后，司法腐败现象仍然存在，并对司法改革构成了严重障碍。因此，中国司法“综合症”——人数多、待遇差、素质低、缺乏独立且地方保护主义现象严重——仍然需要有效的治理方案。

中国如何进行下一阶段的司法改革？什么是治理司法综合症的切实可行的药方？这些问题值得我们探讨，因为它关系到中国的市场经济改革是否能够顺利进行下去。必须指出，只有良好的改革目标是不够的。只有充分利用中国社会的现有资源，并考虑到中国当前的制度和文​​化约束，改革才可能收到成效。根据理性选择理论，一项政策或法律之所以能获得制定与施行，一定是由于它符合制定者和实施者的理性利益；至少，他们没有理性动机去反对它。政府体制设计的一大课题，就在于如何使政府官员的个人利益和公共利益相符合。^[35] 对于发展中国家而言，这一课题尤其重要，因为这些国家的政府官员所受到的权力制衡通常相当有限，因此许多对社会所有人而言至关重要的举措是这些相当少数的人在几乎没有外界控制的情况下制定出来的。

我们已经提到，司法改革似乎毋庸置疑符合社会全体人的利益。然而，政府为什么要推动司法改革？政府官员自身能从改革中获得什么收益？这些问题或许相当敏感，但它们的答案直接决定了司法改革的命运，因为如果改革的某些措施将直接影响到某些政府官员的切身利益，而这些官员处于能够影响改革的位置，那么改革措施的实施程度就很值得令人怀疑。这些是学者不得不考虑的因素。

以司法公正与司法独立为目标的司法改革包括许多措施，其中有些措施显然比其它措

施更容易获得成功。例如司法人员物质待遇的提高，包括增加收入、规定在职期间工资不得无故减少、增加办案经费、甚至配备辅助工作人员。只要政府认识到其必要性，且不对财政构成过重负担，那么这些措施应能获得顺利实施。只要地方权力仍然不能长期有效地抗衡中央意图的施行，改变司法体制的“条块结构”，加强中央在行政和财政上的直接领导，也有希望获得成功。但另一类措施可能会引起更多的反对、抵制和干预，例如庭审方式的改革和法官个人的独立性。可以预见，司法和政治的关系仍将是极为敏感的问题，且不可能通过一次改革而彻底解决。

无论如何，我们至少仍有可能发展一套较为科学的方法去探测与监督司法改革在不同层面的深度。如果在全国不同地区的法官与司法状况定期（例如每年一次）作出随机抽样调查，并采用同样的变量与测量标准，那么我们应能通过等式（2）探测出不同自变量以及应变量的逐年变化，从而客观地揭示出司法改革的进展及其薄弱环节与“瓶颈”所在。也只有科学地解决司法改革中的难点问题，中国才可能建立公正与有效的司法制度，从而为市场经济秩序提供坚固的法治基础。

【注释】

政府学博士，北京大学法学院教授。

[1] 《联邦党文集》第 78 篇，见 Clinton Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, NAL Penguin (1961), pp. 320-324.

[2] Neil K. Komisar, *Exploring the Darkness: Law, Economics, and Institutional Choice*, 1997 *Wisconsin Law Review* 465, at 466.

[3] Ronald Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 *Journal of Law and Economics* 1-44 (1960)。和科斯定理的思路相一致，诸如哈耶克和波斯纳等支持自由市场经济的经典自由主义者主张减少尽量立法与行政干预，主要由司法机构来解决私人活动主体在市场秩序下产生的经济纠纷。参见 Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Cambridge: Harvard University Press (1981)。

[4] 见郭国松：“恪守法官的良知有多难？”《南方周末》2002 年 12 月 5 日。

[5] 阿克顿：《自由与权力》，侯健、范亚峰译，北京：商务印书馆 2001 年版，第 342 页。

[6] 《联邦党文集》第 51 篇，Clinton Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, NAL Penguin (1961), pp. 320-324.

[7] 他在《法的精神》一书中指出：“如果同一个或一群人——贵族也好，平民也好——运用这三项权力：制定法律的权力、执行公共决议的权力、和判定罪行或个人争议的权力，那么一切都将丧失殆尽。”Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, A.M. Cohler, B.C. Miller & H.S. Stone (tr. & ed.), Cambridge University Press (1988), p. 157.

[8] Ibrahim F. I. Shihata, *The Role of Law in Business Development*, 20 *Fordham International Law Journal* 1577, at 1579 (1997).

[9] *Ibid.*

[10] Richard A. Posner, *Creating a Legal Framework for Economic Development*, 13 *World Bank Research Observer* 1, at 2 (1998).

[11] Robert C. Ellickson, *Order Without Law* (1991).

[12] Matt Ridley, *The Origins of Virtue* (1996), pp. 202-203.

[13] Frank B. Cross, *Law and Economic Growth*, 80 *Texas Law Review* 1737, at 1749.

[14] Hernando de Soto, *The Mystery of Capital* (2000), pp. 69-70..

[15] 见陈海等：“‘讨债公司’的生死死”，《南方周末》2001年3月29日。

[16] Paul F. Whitely, *Economic Growth and Social Capital*, 48 *Political Studies* 443 (2000).

[17] Stephen Knack & Philip Keefer, *Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross-Country Investigation*, *Quarterly Journal of Economics* 1251 (1997).

[18] Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press (1990), Ch. 9.

[19] 社会科学家曾对儒家文化和经济发展之间的关系做过定量研究，但未能达成共识。一类观点认为，儒家文化包含积极进取的成就动机(achievement motivation)，并对亚洲奇迹的产生发挥了积极作用。社群主义型政体包括儒家的国家主义和社会合作主义，有利于经济增长。市民文化包括促进积极公民参与、集体行动和政治平等的倾向和态度。儒家集体主义强调团体认同和利益的取向和社会共识，对经济增长有显著的积极影响。这类观点的代表见 Jim Granato, Ronald Inglehart, and David Leblang, *The Effect of Cultural Values on Economic Development: Theory, Hypothesis, and Some Empirical Tests*, *AJPS* 40 (1996): 607-631; Duane Swank, *Culture, Institution, and Economic Growth: Theory, Recent Evidence, and Role of Communitarian Politics*, *AJPS* 40 (1996): 660-679。另一类观点则质疑上述数量研究中的某些处理方法，并认为政治文化只具备有限的解释价值。Robert W. Jackman and Ross A. Miller, *A Renaissance of Political Culture?* *AJPS* 40 (1996): 632-659.

[20] 诺思：《经济史中的结构与变迁》，陈郁、罗华平译，上海：三联书店1991年版，第4、10、18页。

[21] 同上，第50页。

[22] Oliver Dieckmann, *Cultural Determinants of Economic Growth: Theory and Evidence*, 20 *Journal of Cultural Economics* 297, at 318 (1996).

[23] Frank B. Cross, *Law and Economic Growth*, 80 *Texas Law Review* 1737, at 1764.

[24] Henry G. Manne, *The Judiciary and Free Markets*, 21 *Harvard Journal of Law & Public Policy* 11 (1997).

[25] 对于判例制度在中国司法实践中的可行性之探讨，参见刘春年主编：《司法精义——审判热点探究》，北京：人民法院出版社2003年版。

[26] 对这一部分更详细的讨论，参见 Qianfan Zhang, *The People's Court in Transition: The Prospects of the Chinese Judicial Reform*, *Journal of Contemporary China*, Spring 2003, 12 (34): 69-101.

[27] 在此且假定法律——成文或不成文的——足够清楚与确定，而相关事实亦是可被澄清的。这些假设在现实判案中可能很成问题，但它们对我们的讨论并没有影响。至于何为“不相关因素”，以下将有更详细的说明。

[28] 例如中国宪法所保障的并不是法官的个人独立，而是法院作为一个机构的独立。“司法独立”这一概念在东西方理解上的差异，已经广为学者注意。见 Andrew Nathan: *China's Transition*, Columbia University Press (1997), p. 239。在理论上，通过机构独立来保障司法独立当然并不是在逻辑上必然的。

辑上不可能，而且西方的司法独立确实也包含着司法机构独立这一层含义。但在实践过程中，没有法官的个人独立，只有机构独立似乎是不够的，因为司法独立最终意味着在个案层面上法官能不受“无关因素”的干扰而独立判案——除非整个法院（或众多委员会）而非法官个人必须决定每一个案子，但中国的司法改革正在打破这一效率不高的体制。

[29] 或者说，要造就如此廉洁的法官队伍的“社会成本”太高（比如它可能要求一种道德专制程度极高的社会，从而戕丧人们的全部自由），甚至可能超过廉洁司法本身所带来的社会收益。

[30] 这种做法并不总是正确，尤其在应变量和自变量之间存在着相互作用的时候。但对于我们在此讨论的简单模型而言，如果变量选择恰当，那么把自变量—应变量作为因果关系的简单对应至少是可能的。

[31] 这个变量可能带有区域性，例如北京的法官和某边远地区的法官在司法公正上的平均得分可能会不一样。如果可以论证全国不同地区的平均值构成了同一个“群体”（Population），那么这些地区值可被作为不同的观测点。

[32] 例如个人的智慧（IQ）和努力可能和职业素质相关，但在此为简单起见而被忽略。教育仅能计及部分而非全部的和职业素质相关的个人因素。

[33] 参见等式（2）。这类测试的好处还在于答案并不受“道德素质”的影响，因为模拟现实的考试并不涉及到任何个人的实际利益。

[34] 要和司法独立联系起来，这些变量还必须折合社会生活的一些其它因子，如平均消费水平、法官的平均收入以及经费或收入的剥夺对于一个法官的消极影响程度，等等。

[35] 宪法和法律上的制衡是西方国家迫使公共官员的行为符合公共利益的主要手段。一般认为，在中国，传统的手段是依靠道德教育。事实上，道德感召与法律制裁一直是中西方并用的两种手段，尽管各国的侧重有所不同。

【出处】
《浙江学刊》2004 年第 6 期，第 99-110 页。
【写作年份】2004
【学科类别】行政法

如何节约实施中央政令的成本	评
张千帆	
【关键词】	
	【点击次数】1034
	【阅读次数】1034

尽管中国是一个以中央集权为主导的单一制国家，但中央和地方关系并没有完全理顺。

问题突出表现在“上有政策，下有对策”，中央的某些政令——尤其是那些具有实质性意义的政令——到地方难以实施，或在实施过程中走样甚至变质。例如“三农”问题，例如“铁本事件”。如何从制度上保证地方政府贯彻落实中央为保护基层群众的利益而制定的政策和法律，成为社会普遍关注的问题。笔者认为，问题的根源在于中央集权带有不可忽视的制度成本，而要降低这种成本，只有从制度上进一步完善民主与法治。

笔者在这里假定，中央所要推行的法律或政策是对全国或至少某个局部地区的人民有利，且其实施将带来相对最高的成本效益。在这里本文暂不涉及更深层次的问题，而只是限于探讨地方政府不仅应该，而且有能力实施的中央政令。

合理的中央政令之所以推行不下去，主要是因为它影响了地方政府和官员的利益，或至少他们对此无动于衷。中央为什么不能强行实施呢？这又是因为中央的信息和监控能力都是有限的。地方政府显然不会自动报告违反中央政令的行为，因而中央往往不知道这种行为的存在。事实上，如果不是新闻媒体曝光，许多地方上的违宪、违法、违规行为都不为我们所知。中央可能略知一二，“杀鸡儆猴”（例如抓出了铁本问题），但毕竟难以知道全国各地的违法行为，而要全面监控地方政府行为，中央必须得建立规模庞大的派出机构，因而必然要产生至少在目前的经济发展阶段所不允许的巨大成本（且不说如何解决几乎同样困难的监督地方派出机构的问题）。既然如此，地方政府也知道中央的难处，因而变本加厉地搁置、拖延或扭曲中央政令的实施，许多中央制定的宏观调控或便民措施因而得不到有效落实。

问题很明显，答案也很简单。既然信息和监控是任何自上而下的中央集权体制所必然具有的成本，那就让人民以自下而上的方式帮助节约这种成本。不要忘记，中央政令最后是为了人民的利益而制定的，因而人民理所当然最关心政策的实施。且这里的“人民”不是抽象的，而是现实生活中具体的个人或团体。因此，如果地方政府出于自身利益而违背了中央政令，那么它就必然损害了至少某些人的合法利益。在这个意义上，中央集权的成本落到了他们身上。既然他们的切身利益受到了损害，他们当然是第一个知道地方政府违法的人，因而也是政府违法最灵敏的“探测器”。假如在铁本违法审批过程中被剥夺耕地的农民能够通过某种方式让社会听到他们的呼声，或甚至还能为维护他们自己的权利做一点什么，那么包括笔者在内的许多人也不会等到事件发展到今天才第一次听到“铁本”这

个名字了。《尚书·泰誓》曰：“天视自我民视，天听自我民听。”如果中央能从制度上保证人民的声音可以轻而易举地上达政府，那也就彻底解决了中央集权的信息成本问题。

制约地方政府的制度保障无非有两种：政治的和法律的。所谓政治制约，主要就是指民主选举。如果地方政府因积极或消极抵抗中央政令而损害了当地人的利益，那么最简单的办法就是在下次选举中将涉嫌官员选下台。这样一来，无需中央劳神，地方问题就自动解决了。从中我们也可以看到，如果中央不单靠那么几个政府工作人员来发现和纠正地方违法，而是充分依靠人民的力量，中央政令的威力将成倍增长。

如果这个办法目前听起来太“厉害”，那么我们不妨再考虑第二种保障——法律控制。（事实上，对于地方保护主义措施，民主政治制约往往是无效的，而必须依靠法律制约。）即使老百姓不能直接替换他们不满意的官员，但如果他们可以依赖国家法院为他们找回公道，那么中央政府仍然不用太费心——它只要在全国各地设置一些法院，并从制度上保证坐在那里的法官能够秉公办案就行了。这样，所有涉嫌抵制中央政令的地方措施都会自然而然地被带到法院登场亮相，并依法得到应有的裁判。和选举一样，诉讼也授权利益受到影响的普通老百姓监督中央政令的贯彻落实。

当然，上述两种办法实际上哪一种都不容易。民主选举的正常进行要求制度上方方面的艰难改革，并最终依赖选民的宪政意识和解决选举纠纷的法律制度；而司法公正则要求国家提供合理的司法结构、良好的法律教育以及充分的财政支持（否则司法不可能独立）等一系列制度保障。但除此之外，笔者看不到还有什么其它控制地方违法的“高招”。对于一个泱泱大国，中央集权的成本注定是很高的——如此之高，以至远离中央的老百姓难以享受到中央为他们规定的权利，除非他们自己能够利用国家所设置的制度去争取和维护属于他们的权利。无数历史事实证明，只有通过“民有”和“民治”，才能真正实现“民享”（或“民本”）这个目标。本文旨在说明一个很简单的道理：如果中央政令确实是对人民有利的，那么它就必须依靠人民的力量，从政治和法律上制约地方政府才能获得实施。

【出处】

法制日报 2004-8-12 第八版

【写作年份】 2004**【学科类别】** 宪法→中国宪法**中国宪政时代的开始？（原稿）**[评](#)

张千帆

【关键词】[【点击次数】 889](#)[【阅读次数】 889](#)

张千帆教授的这篇文章原发表于《法制日报》2004年6月28日，发表时编辑有所变动。根据张教授的授权，本网按照原来的面貌呈献给诸位同仁。这里，谨向张教授致以谢忱！

最近，全国人大常委会在法律工作委员会（“法工委”）下设了法规审查备案室，专门处理行政法规、地方性法规和部门规章等法律规范的违宪与违法问题。这项措施对于维护国家的法制统一和保障公民的宪法权利应具有积极意义。尽管1982年宪法第五条明确规定中国实行“依法治国”、建立“法治国家”，国家维护“法制的统一和尊严”，“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”，且2004年的宪法修正案进一步规定“国家尊重和保障人权”，但由于中国长期以来缺乏有效的法律规范审查制度，宪法所表达的良好愿望往往只是停留在纸面上，而没有获得切实的贯彻和实施。不仅下位法违反上位法现象普遍存在，而且宪法所保障的公民权利也时而受到中央与地方法规、规章以及大大小小的规范性文件之侵犯。没有一套完备的法律规范审查制度，这些违法违宪的现象就不可能通过法治的手段得到及时纠正，也不可能实现宪法规定的“依法治国”和“保障人权”的崇高理念。为了解决这些问题，2000年实施的《立法法》规定了一套立法审查制度，但由于没有规定专门的审查机构，《立法法》所规定的审查机制难以得到落实。现在全国人大常委会设立了专门的备案审查机构，使宪法和《立法法》所规定的法制统一目标及其所涵盖的审查机制更便于实际操作。如果能获得有效的实施，这项制度将极大地推进中国的宪政和法治，甚至可以说是标志着中国宪政时代的开始。

笔者在这里探讨法规审查备案制度所涉及的几个基本问题。在审查主体问题上，宪法第 67 条明确规定，全国人大常委会有权解释宪法和法律，因而严格地说，无论是法工委还是其下属的法规审查备案室都不具备解释宪法和法律的最高权力。但这并不表明宪法规定的“解释”是全国人大常委会的专有权力。在贯彻实施宪法和法律的过程中，所有的国家机关都必须适当理解和“解释”宪法和法律的相关条文，因而宪法第 67 条只能被理解为授予人大常委会以最高（而非专有）解释权。因此，在职能问题上，法规审查备案室无须严格限于“备案”。由于人大常委会及其下属委员会的工作非常繁忙，因而一般不可能对有关违宪和违法的个案申诉作出全面深入的调查。这项工作不可避免地落到了为此而专门设立的机构——法规审查备案室——身上。法规审查备案室应该像处理正常的法律争议那样，全面调查申诉所涉及的相关事实，并对所适用的宪法和法律解释提供建议和详细的说明。当然，由于现行宪法和《立法法》的有关规定，法规审查备案室无权对争议作出具有法律约束力的决定。它的职能是为人大常委会最终作出的投票表决提供充分的法律和事实依据。在这个意义上，它应该是人大常委会在合宪性与合法性审查过程中的职业“法律顾问”。

应当指出，由于法律规范审查被公认为司法职能，当今世界各国所采取的主流模式是司法审查模式，通过以普通法院（美国）或专门法院（法、德）进行法律规范的合法性与合宪性审查。相比之下，中国目前采取的立法审查模式具有一定的局限性，但如果可以保证法规审查备案室人员的司法素质，这种不足应该是可被克服的。因此，在人员选定过程中，候选人的法律职业能力必须被作为最重要的考察因素。最关键的是，法规审查备案室必须按照司法化的程序来处理宪法和法律争议，且提出争议的程序也必须正规化和法治化。法规审查备案室可以同时处理抽象争议（关于法律规范在抽象意义上违宪或违法的主张）和具体争议（特定当事人因利益受到影响而提出的法律规范违宪或违法的主张），但提出抽象争议的主体应限于宪法或法律指定的国家机关，提出具体争议的主体则应扩大到普通公民，而所有符合程序规定而提出的争议都必须受到严肃的实质性审查。可以想见，这项制度可能会产生大量的宪法和法律争议，因而超出一个法规审查备案室所能承受的限度。但是这种现象——如果发生的话——不应该被理解为任何意义上的“灾难”，而是宪政和法治的福音，因为它意味着法规审查制度正在解决中国社会在改革发展过程中不断遇到的宪政和法治难题。在这种情况下，作为一个成功的试点，中央的法规审查备案制度应该被

逐步推广到全国各地。

【出处】

转自中国宪政网

【写作年份】2004

【学科类别】行政法

实现自由与秩序的良性平衡——对流浪乞讨问题的宪法学分析

评

Towards a Positive Balance Between Order and Liberty: A Constitutional Analysis of the Problems of Beggars and Vagabonds.

张千帆

【摘要】

收容遣送制度的废止和救助管理办法的建立并没有完全解决许多城市所面临的流浪乞讨问题，因而当今中国各大城市仍然需要在宪法和法律规定的范围内处理这一问题。本文从美国对相关问题的宪政经验出发，探讨地方立法所必须遵循的宪法学原则。和美国类似，中国宪法虽然没有提到乞讨或露宿的权利，但也规定了和这类问题相关的公民基本权利。结合中国和美国的相关宪政经验，本文认为政府并不是绝对不可对乞讨和露宿行为进行限制，而是必须保证这些限制符合宪法的基本要求。第一，它们所针对的是行为，而不是流浪者或乞丐身份。如果有关规定所针对的是人的身份而不是行为，那么它就不符合宪法平等原则。第二，政府只有在具备合法的公共利益的情况下才能限制这些行为。如果政府措施不具备足够的公共利益，而又限制了某些公民的自由或权利，那么它就通不过司法审查。第三，有关规定不得为执法人员提供不受控制的自由裁量权，因而要求法律所禁止的是具体行为，执法人员只有发现这些行为之后才能采取行动。如果有关规定为执法人员提供了过分的自由裁量权，那么它将构成过分模糊或过分宽泛的立法，因而同样违反宪法为公民保障的基本人身自由。最后，要实现自由与秩序的平衡，必须建立独立的宪法解释机构，通过司法过程界定公民权利与地方权力的边界。

Neither the rescission of the compulsory detainment and relocation system nor the establishment of the voluntary assistance institution fully resolve the problems of beggars and vagabonds that confront major Chinese cities today. Drawing lessons from the American experience in dealing with the homeless problems, this article explores the constitutional principles with which the relevant local legislations must comply in China. Although the Chinese Constitution does not specifically mention the rights of beggars and vagabonds, it does provide several relevant basic rights for citizens in general. This article suggests that the government is not altogether prohibited from restricting begging and camping in public places, but it must ensure its restrictions comply with the following basic constitutional requirements. First, they can aim only at conducts and not at status of being a beggar or vagabond. Second, the government can restrict certain conducts only for the purpose of achieving legitimate public interest. Third, relevant legislations may not be so vague as to provide the executive officials with unlimited discretion. Finally, it is necessary to establish a judicial organ to demarcate, through judicial process, the boundary between individual liberty and public interest in providing for

local order.

【关键词】流浪乞讨，宪法权利，地方秩序

【点击次数】795

【阅读次数】795

一、引言

2003 年的“孙志刚事件”暴露了中国收容遣送制度的弊端，促使国务院在很短的时间内废止了实施了 20 余年的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》，并代之以《城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》。新办法将原来强制性的收容遣送改为自愿性质的“临时性社会救助措施”，只有在符合条件的流浪乞讨人员主动求助时才能收留，且不得限制受助人员离开救助站。（第六、十一条）新办法出台后立刻因为其处理方式的“人性化”而受到赞誉，但实施一段时间下来，全国不少地方都感到有必要解决原收容遣送办法废止后所产生的新问题。¹ 其中最常见的问题就是如何处置《救助管理办法》所管不着的流浪乞讨人员——既然新办法强调自愿原则，如何对待那些屡经劝说而不愿接受救助的人？² 超过救助期限之后，如果受助人员仍然不愿回到原籍怎么办？是不是只能将他们再放回流浪乞讨的行列？强制性收容遣送措施的废止是否意味着城市只能坐视流浪乞讨大军充斥街头，而不得在任何地段禁止乞讨并对违规人员采取任何强制措施？对于这些问题，《救助管理办法》及其实施细则都没有明确说明。更重要的是，这些问题反映了流浪乞讨人员的自由和城市管理秩序之间的微妙平衡，因而并不是单纯的立法或行政规定所能解决，而是必须通过宪法分析界定个人权利和公共权力的合理边界。

流浪乞讨是一个古老而棘手的问题，而且并非为中国所特有。即使发达国家也面临着同样问题，尽管产生问题的根源未必相同。无论在美国还是西欧，都存在着对某些流浪乞讨行为的限制与惩罚。在欧洲，法国是首先控制恶性或欺骗性乞讨行为的国家。对假装生病或残疾以及未经主人允许而在私人住宅乞讨的乞丐，法国刑法典第 276 条规定了 6 个月到 2 年的监禁。如果乞丐或流浪汉被发现拥有武器或盗窃工具，将受到 2-5 年的监禁。如果乞丐拥有价值超过 1 法郎的物品而不能解释其来源，将受到 6 个月到 2 年的监禁。其它大陆法国家一般效仿法国禁止乞讨的法律。³ 今天的美国也正面临着流浪乞讨所产生的社会问题。在穷人迁徙权的问题上，联邦法院的宪法发生了 180 度的大转弯，从原先完全不承认迁徙权的极端走向迁徙权及其附带的福利权和选举权不容许任何限制的另一个极端。⁴

然而，这并不表明美国有效解决了贫困问题，因为最贫困以及精神或心理有问题的贫民可能完全没有能力迁徙，因而对他们来说迁徙权的宪法保障未必意味着多少实惠。相反，迁徙权的宪法保障反而可能加剧流浪问题的严重性。近年来，无家可归的流浪者向美国的济贫制度提出了新的挑战，许多地方政府制定或加强实施了禁止乞讨和露宿的立法，其中至少某些措施可能过分限制了贫民的宪法权利。

在社会不同利益不断碰撞与斗争的过程中，法治国家逐渐形成了解决流浪乞讨问题的宪政模式，从而为中国提供了值得借鉴的经验。本文主要探讨美国城市对无家可归的流浪者在街头露宿和乞讨的限制及其所产生的宪法问题，并从中寻找对中国的启示。美国经验表明，政府并不是绝对不可对乞讨和露宿等行为进行限制，而是必须适当界定贫民的宪法权利和地方政府为了维持秩序而行使的公共权力，保证地方限制符合宪法的基本要求。第一，政府限制所针对的必须是行为，而不是流浪者或乞丐身份。如果有关规定所针对的是人的身份而不是行为，那么它就不符合宪法平等原则。第二，政府只有在具备合法的公共利益的情况下才能限制这些行为。如果政府措施不具备足够的公共利益，而又限制了某些公民的自由或权利，那么它也通不过司法审查。第三，有关规定不得为执法人员提供不受控制的自由裁量权，因而要求法律所禁止的是具体行为，执法人员只有发现这些行为之后才能采取强制性措施。如果有关规定为执法人员提供了过分的自由裁量权，那么它将构成过分模糊或过分宽泛的立法，因而同样违反宪法为公民保障的基本人身自由。最后，要实现自由与秩序的平衡，必须建立独立的宪法解释机构，通过司法过程界定公民权利与地方权力的边界。

二、美国的流浪乞讨问题及其地方管制

流浪乞讨是经济发展不平衡与福利系统不健全而产生的社会现象。对于经济相对贫困地区，政府和社区的财政能力有限，因而不能为每个公民提供基本生活保证。即使在经济发达和财政能力充足的地区，政府也未必选择为所有人提供完全的福利保障，以避免“养懒汉”或浪费社会资源。因此，随着经济发展水平和政府政策的变化，生活无着的流浪乞讨人员的数量也会发生相应变化。

1. 问题的缘起

美国在传统上也将生活无着的贫民称为“流浪者”(vagabonds)、“乞丐”(beggars)甚至“无赖”(rogues)。由于这些称呼带有贬义,近年来大部分生活无着的贫民被归为“无家可归者”的类型。“无家可归”(homeless)这个概念是一个1980年代初期才发明出来的词汇,并自此以后引起了美国公众的广泛注意。在此之前,这个词一般被用在流动民工身上,但这些人一般都能够室内睡觉;在此之后,它被专用于确实没有任何固定住宅而留宿街头的贫民。1980年代,美国城市的无家可归者大量增加。据统计,无家可归者在1981-89年间的增加幅度在纽约市高达350%。据全国无家可归者联合会估计,美国城市大约有300万无家可归者。⁵

1987年,联邦政府制定了《无家可归者援助法》,为无家可归者提供了某些有限的援助。法律上的“无家可归者”,是指“缺乏固定、正常和适当的夜间住所的人”。《无家可归者救助法》原先有15类救助项目,为无家可归者提供了紧急避难保护、临时和永久性住宅、职业培训、医疗保健和教育等一系列救助。联邦为这些项目提供资金,但具体操作分发各州执行。目前美国50州中已经有49个州加入了联邦救助项目。⁶到现在为止,这个法案已经修改了5次,主要是扩大了法案的救助范围并加强救助力度。最近的一次修正是2001年的《无家可归者教育救助改善法》,它要求各州教育机构为每个无家可归的孩子“具有和其他孩子同样的平等机会以获得免费和适当的公共教育”。

《无家可归者救助法》并没有彻底解决美国的流浪乞讨问题。⁷尽管具有联邦援助,各州和地方政府对无家可归者的住宿仍然承担绝大部分义务。由于财政预算的紧缩,许多城市缺乏足够的资金为当地所有的无家可归者提供住宿,因而相当部分的人就在大街、汽车站、地铁站或公园等不适合居住的地方过夜。当然,其中大部分人只是短时间失去自己的住宅。但无论如何,暂时和永久性的无家可归者一起构成了流浪乞讨的大军,影响了美国的城市秩序和面貌。

为什么美国在进入高科技时代之后反而增加了无家可归者的人数?尽管对这个问题的解释存在着比较浓厚的意识形态色彩,因而不同派别的答案差异较大,但是对解释流浪乞讨人口的抽象模型并没有什么争议。早在1861-62年,梅休(Henry Mayhew)就出版了4卷本的《伦敦的劳工和穷人》,对流浪乞讨行为进行了分门别类的系统研究。⁸自此以后,决定流浪人数水平的变量一般被认为主要有两个:收容制度以外的下层贫民的人数,以及

社会控制的严格程度。美国不同学派对无家可归者显著上升的事实没有争议，但对于什么是造成这一现象的主要原因却各有说法。自由派认为这主要是里根政府上台后政府的福利救济力度下降和财政状况恶化所致，从而使得不受保护的贫民人数上升。保守派却注意到，从 1970 年代开始美国低于贫困线的人口一直维持在 12% 左右，但社会贫困却因为家庭环境的恶化等因素而加剧，而家庭单元主要是因为传统道德和生活方式的破灭而分崩离析。⁹ 另外，保守派认为社会控制因为 1965 以后十年的宪法革命而受到严重削弱。这一年标志着“实体正当程序”在联邦最高法院的复兴。¹⁰ 后来，在 1975 年的“精神病院强制收留案”，¹¹ 最高法院判决医院无权强制收留对自己和他人无害的精神病人，否则病人可要求民事赔偿。这一决定保护了精神病患者的自由，但也对无家可归者的数量增加发挥了积极作用：在 1955-1990 年间，美国在医院接受精神病治疗的人数比例下降了 90%，而精神病患者在无家可归者的人群中占了相当大的比例。

不论最终原因是什么，无家可归者产生了政府必须解决的社会问题。这些人一般在公园或街头露宿和乞讨，影响了城市的秩序和面貌。不但他们中某些人在乞讨过程中采取恶意的言辞或行为，而且他们自己有时也是社会暴力和犯罪的受害者。政府有义务尽可能为无家可归者提供救助，并对于不适当的乞讨行为采取限制措施，以保证普通居民或行人的权利不受侵犯。

2. 地方反应

英美国家在传统上对流浪乞讨的管制是相当严厉的。传统观念根据是否劳动能力区分不同类型的穷人：失去工作能力的贫民被认为是值得同情和帮助的，但有劳动能力而拒绝劳动的人却不值得同情，而无家可归者当中至少有相当一部分是这类不值得同情的人。到 1980 年代，美国大众对流浪乞讨的观念早已发生了转变，因而在穷人的境遇恶化以后，美国社会曾进入过一个短暂的浪漫时期。在媒体的推动下，公众对无家可归者采取普遍的同情态度。然而，公众观念的转变是不彻底的。浪漫主义不仅不能解决实际问题，而且使社会低估了这一问题的难度。一旦流浪乞讨引发种种难以治理的社会问题，浪漫主义泡沫便破灭了。到 1990 年代，公众对流浪乞讨所产生的社会问题感到一种“受够了”的普遍厌倦，态度也发生了 180 度的大转弯。随着乞丐群集产生越来越多的社会问题，美国城市开始出现了普遍的“同情疲软” (compassion fatigue) 现象。即使在自由主义最盛行的加州城市，

居民也纷纷要求地方政府通过整治街道秩序的措施。许多原先激进的城市——例如旧金山、伯克利、圣特克鲁斯——纷纷采取措施，“弹压”(crackdown)街头的扰乱秩序行为。不但公众和政府对于无家可归者的态度越来越强硬，而且有些学者也认为警察对无家可归者的管制是警察治安权的适当行使，而法院不应该通过宪法的统一规定束缚地方治理城市秩序的手脚。

当然，有些流浪乞讨行为是显然可以受到禁止的。如果乞讨行为带有欺骗性，或可能造成人身或财产伤害，或可能对当事人构成胁迫，各州或地方政府无疑可以予以禁止。事实上，有些行为没有必要专门适用限制流浪乞讨的规定，例如美国各州或地方一般都已禁止人身或财产伤害、欺诈和胁迫的立法。如果乞讨过程伴随任何这类恶意行为，政府显然可以依据法律采取必要措施。这类问题并不困难，困难的问题在于地方政府是否能够基于城市秩序和面貌等更一般的考虑，禁止某些并不直接触犯刑法的流浪乞讨行为，例如在地铁、火车站或某些繁华街区乞讨。许多市议会感到有必要采取适当措施，以控制扰乱社会治安或有损市容的行为，并恢复城市的安全和吸引力。

另外，由于流浪者没有自己的起居场所，他们一般在公园或大街上睡觉。在美国公众对无家可归者的情绪从同情转变为厌倦之后，地方居民经常要求警察将这些人驱赶到不那么显眼的地方。许多城市公开表示不再欢迎流浪者，并开始大规模清除他们的露营。解决流浪人口问题的传统办法是逮捕或驱逐无家可归者，但这类法律在 1970 年代就已经被法院推翻。此后，美国一些城市采取了新办法来赶走流浪者，包括指控流浪者在公共场所露营或露宿，并收缴和摧毁他们的家当。有些官员甚至建议回到几个世纪前的做法，对乞丐颁发许可。自从 1990 年代以来，大约 40 个美国城市制定了禁止无家可归者在公共场所露宿。12 1990 年 1 月，佛罗里达州迈阿密市的警察不仅叫醒并逮捕了在公园里露宿的无家可归者，而且还当众烧了他们的铺盖。同年 8 月，加州圣特安那的警察逮捕了 64 名在市中心露宿的无家可归者(homeless)，并在经过 6 个小时的审讯后将它们运送到城市边缘地区释放。13 旧金山的市长也宣布，无家可归者不得在市内露宿或露营。总之，美国的城市正在对流浪者关闭大门。

三、流浪乞讨的自由？宪法保障及其界限

地方政府对流浪乞讨的限制只是反映了城市居民对生活质量、环境和秩序的一方面需

要。另一方面，满足吃饭和睡觉等基本生计是每个人的生存需要。尤其是如果政府因财力不足等原因而不能给每一个无家可归者提供基本生计，流浪乞讨和露宿就成了人的自然权利，只要不对他人的人身与财产安全造成损害或威胁，就不应该受到政府的任意剥夺。因此，无家可归者的基本权利必须和地方秩序和安全等公共利益相平衡。同情流浪者的个人和组织已经对这些措施提出起诉，宣称它们侵犯了宪法为无家可归者保障的基本权利。

在这里，我们限于讨论美国地方政府对流浪的两种衍生现象——乞讨和在公共场所露宿——的禁止或限制，以及联邦宪法对地方限制措施的潜在限制。虽然大多数限制露宿和乞讨的地方规定并没有被宣布违宪，但法院判决表明地方政府必须掌握好个人权利和地方公共利益的平衡。¹⁴ 对流浪乞讨人员的过分限制将被认为抵触联邦宪法对自由权和平等权的保障。

1. 露宿的自由？“过分模糊”、“鲁滨逊理论”和行为—身份之分

目前，美国已经有人依据联邦宪法的第十四修正案，挑战地方政府对露营或露宿的限制。这项修正案规定，各州和地方政府“不得不经由法律的正当程序，就剥夺任何人的生命、自由和财产”（“正当程序条款”），也“不得在其管辖区域内对任何人拒绝提供法律的平等保护”（“平等保护条款”）。另外，“正当程序条款”还被认为“吸收”了《权利法案》中的某些重要条款，例如第八修正案对“残忍与非常处罚”（cruel and unusual punishment）的禁止。¹⁵ 因此，根据第十四修正案，至少可以对禁止露宿的规定提出以下两方面挑战。

首先，根据正当程序条款，地方政府的规定不得过分宽泛或模糊。如果地方对露宿的限制过于模糊（vague），以至普通公民无法事先知道什么是法律禁止的行为，那么地方规定就不符合正当程序要求。然而，迄今为止，绝大多数美国法院认为这类规定并不过分模糊，并具备适当的公共利益为其宪法依据。市政府禁止无家可归者在公共场所露宿的理由是防止这些人从事犯罪活动，同时保护他们自己不成为其他人犯罪活动的牺牲品，并保证城市卫生和市容不受影响。但同情流浪者的观点认为，如果真是这样，防止犯罪的最有效手段是帮助无家可归者获得安全和经济上可承受的住房。将他们赶出当地社区，只是将犯罪的风险转嫁到邻近地带。

这里涉及到一个审查标准的问题。即使地方政府控制露宿的目的是合法的，宪法仍然要求它采取适当或合理的手段实现合法目的。比较严格的司法审查标准不仅要求地方规定的目的是实现令人信服(compelling)的公共利益，而且要求它仅采用严格适合于(narrowly tailored)实现这种目的之手段；比较宽松的司法审查标准则只要求地方规定以重要或合法的公共利益为目的，并采用相关与合理的手段实现之。如果采用严格的审查标准，禁止无家可归者在公共场所露宿的法律可能并不严格适合于实现令人信服的公共利益，因为正如其反对者指出，禁止流浪者露宿的措施即使具有极其重要的目的，也未必是实现这一目的的充分或必要之手段。然而，美国法院目前仍然采用比较宽松的审查标准，维持了大多数禁止在没有法律授权的地方露营或露宿的规定。¹⁶

其次，地方限制只能针对人的行为，而不能针对人的身份，否则将构成宪法平等保护条款所禁止的歧视。和绝大多数刑法不同，禁止流浪的法律在某种意义上是对人的地位和身份而非行为的惩罚，因为流浪本身就构成逮捕的充分理由，此外政府不需要证明特定流浪行为的社会危害。因此，反对者认为这些规定构成了针对身份的刑事惩罚，因而为最高法院在1962年“鲁滨逊诉加州案”中的判决所禁止。¹⁷ 该案中的洛杉矶警察在大街上叫住原告，并在看见他身上似乎是针眼的痕迹之后，根据禁止吸毒的州法逮捕了他。在审判中，法官指示陪审团可以根据吸毒的状态而给予定罪。最高法院撤消了这项判决。斯图亚特法官的意见注意到州有权限制毒品的销售和使用，并为吸毒者提供强行治疗，但吸毒状态本身不足以判处监禁。法院意见将吸毒成瘾描绘为一种疾病，并和精神病、麻风病和性病相类比。如果这些疾病不能受到刑事惩罚，那么对“瘾君子”的刑事惩罚也同样不能在宪法上成立，因为它们都将构成宪法第八修正案所禁止的“残忍与非常处罚”。最高法院在此发展了所谓的“鲁滨逊理论”(Robinson Doctrine)，也就是宪法禁止针对状态或身份(status)的刑事惩罚，譬如州法不得将刑事惩罚直接针对“穷人”或“流浪者”。

此后，法院和学者就该案的意义开展了争论。在1968年的案例中，¹⁸ 被告因在公共场合酗酒而被逮捕并罚款20美元。被告的辩护是政府惩罚了他作为一个长期嗜酒者所不能控制的行为，因而构成了对其身份的违宪惩罚。最高法院没有就“鲁滨逊诉加州案”的含义达成多数意见，但一致驳回了原告的主张。马歇尔法官的多元意见区分了“状态”和“行为”：“只有在被告从事了社会有利益防止的某项行为时，才能施加刑事处罚。” 尽管作为嗜酒者的状态或身份不能受到惩罚，但在公共场合下酗酒是一种行为，因而还是可以受

到刑事惩罚。

然而，“鲁滨逊理论”被认为一般不适用于禁止无家可归者露宿的规定，因为尽管“无家可归”可能构成鲁滨逊理论意义上的“身份”，在公共场合露宿至多只能算是这种身份所导致的行为。绝大多数法院将“鲁滨逊理论”解释为禁止对身份的直接刑事惩罚，而不愿将它扩展到通过禁止和身份相关的行为而间接影响到身份的法律。¹⁹ 在 1994-95 年的案例中，旧金山制定了有关“生活质量”方面的法规，禁止并惩罚那些使该市“变得不那么有吸引力的生活、工作或访问之地”的行为，主要是针对在没有经过准许的地方露宿。市警察在实施该法过程中开出了 3000 多张罚单。如果在 31 天内未能交付或挑战罚款，就将导致逮捕。原告认为惩罚在公共或私人土地上露宿的法律可能剥夺了无家可归者的迁徙自由，并可能违反了宪法对残酷和非常处罚之禁止。且单独惩罚无家可归者，也有违反平等保护之嫌疑。加州上诉法院认为禁止露营的法规抵触了“鲁滨逊理论”，因而禁止法规的实施。²⁰ 但加州最高法院撤消了这一判决，认为法规至少在表面上合宪，尽管并未考虑具体适用于无家可归者如何。²¹ 加州法院驳回了原告基于“鲁滨逊理论”及其它宪法依据的挑战，并拒绝颁发临时禁令。

总的来说，要对行为限制适用“鲁滨逊理论”，必须满足 3 个条件。第一，“行为”和“身份”密不可分，因而惩罚行为就等于惩罚了身份。第二，“行为”是非自愿(involuntary)的。第三，除非获得外部援助，这种身份不能通过个人愿望而改变。目前，大多数法院仍然认为“无家可归”不完全符合这 3 项条件，至少对露宿的禁止并不构成宪法所禁止的针对身份的惩罚。²²

2. 乞讨作为一种言论自由？

在封建时代，乞讨是流浪的衍生现象，因而乞丐是封建秩序所不能容纳的外来人。随着封建系统本身的衰微，限制流浪的法律依据逐渐转向流浪乞讨本身的危害倾向。但这类从封建时代延伸而来的依据早已被最高法院的判例所否定，因为这些规定不但禁止恶意或有害的乞讨行为，而且也惩罚那些动机和行为都无害的乞讨行为，因而也可以适用于那些散步或闲游的一般人，而对这些行为的禁止不具备任何公共利益理由。然而，尽管对乞讨的全面禁止不能成立，法院却一般认可在特定场所对某些具体乞讨行为的禁止。

美国宪法并不直接保护乞讨行为，但主张这项权利的论点认为乞讨构成了一种言论，因而受宪法第一修正案的保护。²³ 这种主张的依据是 1968 年的“焚烧征兵登记卡案”。²⁴ 该案将反对越战者焚烧征兵登记卡的行为认定为“表达式言论”，也就是说尽管焚烧征兵登记卡是一种行为，但它的目的可能是为了表达一种观念，相当于一种无声的言论，因而和有声的言论（例如高呼反战口号）同样受第一修正案的保护。因此，政府可以限制焚烧征兵登记卡的行为，但限制目的不得是禁止反战言论。此后，联邦最高法院运用这一理论撤消了州和联邦禁止焚烧国旗的规定。²⁵ 不论乞讨过程是否带有言辞，乞讨行为除了获得他人的资助之外，还可以被认为是表达了一种获得同情的意念，因而也是一种表达式行为。

尽管最高法院已经判决地方禁止流浪乞讨的一般规定过分模糊，但对于地方禁止乞讨的规章却迟迟不予表态。²⁶ 事实上，一般的法院到目前为止也很少处理乞讨问题。这部分是因为尽管禁止乞讨的法律很普遍，警察通常只是警告乞丐离开，而在一般情况下不会真的逮捕他们。但随着乞丐数量的增加，各地政府有可能开始“认真对待”其原先就已存在的禁止乞讨的规定。美国目前有 26 个州仍然控制乞讨行为，其中 11 州只是授权地方政府禁止乞讨，其余 15 州直接禁止乞讨，尽管这些州似乎并不严格实施这类条款。²⁷ 许多州的法律可以说是对身份而不是行为的定罪，有些州——例如加州和夏威夷——则只是具体针对某些恶性乞讨行为，例如纠缠不放、使用淫秽或侮辱性言辞等对他人造成伤害或障碍的行为。绝大多数大城市禁止或限制公共场合下的乞讨，其中有些绝对禁止乞讨——尽管绝大多数这类法令已不再实施，少数城市只禁止在某些街区的乞讨。对乞讨的法律规制的最近趋势是将焦点转移到公共场所的文明秩序，因而只是禁止公然、危险或侵权性质的乞讨行为。这类立法的最早尝试是西雅图市的法令，它禁止“阻碍行人或车辆交通的恶性乞讨行为”，并将“恶性” (aggressive) 定义为“带有恐吓他人施与钱财的意图”。这项法令已经受到华盛顿州最高法院的维持。

值得注意的是，联邦上诉法院对这个问题采取了折中态度，判决地方政府可以禁止在某些特别地区的乞讨。在 1990 年的案例中，²⁸ 纽约市交通管理局的规定禁止在地铁内乞讨，违者可受到拘留、罚款或驱逐。在“无家可归者法律援助中心”挑战该规定的合宪性之后，联邦地区法院判决乞讨是受到第一修正案完全保护的言论，因而这项禁止确实违反了第一修正案。最高法院在先前的案例中已经判决，慈善募捐是受到第一修正案保护的活動，而

地区法院认为乞讨行为与之类似，因而也受到保护。上诉后，联邦第二巡回区法院撤消了这项判决。被告纽约市交通管理局认为乞讨并不是第一修正案所保护的言论，且地铁也不是为乞讨指定的公共论坛(public forum)，且交通管理局的规定属于合理的时间、地点或方式限制。上诉法院认为交通规定并不针对言论本身，因而无须满足第一修正案所要求的证明显著需要的举证负担。事实上，这项规定明确授权公共演讲和书面材料之散发。因此，法院适用“焚烧征兵卡案”的宽松标准，维持了交通管理规定的合宪性。上诉法院认为，和慈善募捐不同，乞讨更多是一种“行为”而不是“言论”，因为它的主要目的并不是传达任何观念。也许乞讨行为表达了“政府福利不适当”或“无家可归者值得同情”等观念，但乘客们是否能觉察出这种观念很值得怀疑。且和“焚烧国旗案”不同，这里交通管理规定的限制对象确实是作为行为的乞讨，因为这种行为对于乘客和地铁运营带来切实危险。

另一方面，在市内全面禁止乞讨的措施将被认为违反了第一修正案。在 1993 年的案例中，29 纽约州的刑法禁止在公共场所为了乞讨而闲逛或游荡。纽约市警察局主张禁止乞讨的州法对于整治纽约市街道的犯罪是必要的，因为乞丐通常聚集在银行、取款机、公共汽车站和停车场等某些街区，行人和地方商业因而受到恐吓或骚扰。当然，禁止乞讨的法律并不是整治扰乱治安行为的唯一手段。纽约市有一系列法律禁止要钱过程中出现的恶意行为，例如骚扰、欺诈和人身攻击。如果乞丐使用淫秽或挑衅言辞，或给他人带来不便或惊恐，他就构成了扰乱治安行为。联邦上诉法院区分了本案和上案，认为在后者的限制之所以受到维持，是因为地铁构成了一种特殊情况。但上诉法院明确表示：“乞讨包含着表达式行为或交流活动。”且大街是表达言论的“传统公共论坛”，因而州法必须被证明严格适合于实现令人信服的公共利益，或可以被归类为内容中性的时间、地点或方式的规制。即使州法确实具备令人信服的公共利益，它仍然不可能是严格适合于实现这一利益的手段，因为它完全禁止在所有公共场合下乞讨，因而没有给乞丐传达其贫困的信息留下任何交流途径。上案中提到，即使乞丐不能在地铁乞讨，他也可以在全纽约市的其它地方表达同样的信息；但在本案，所有这些渠道都将被禁止使用。且州法也不是内容中性的时间、地点或方式的言论规制，因为它所禁止的言论是和乞讨有关的全部言论。即使采用“焚烧征兵卡案”中比较宽松的审查标准，纽约州法也通不过审查，因为对乞讨的全面禁止不能被认为只是对表达的偶然限制，且在此背后也不存在任何重要的公共利益作为支撑。如果个人

可以为了慈善事业募捐，那么禁止乞丐为自己募捐的行为就没有显著的政府利益，两者理应受到平等对待。根据“焚烧征兵卡案”的标准，对言论的限制必须对于促进政府利益而言是必要的。但针对乞讨可能伴随的侵权行为，已经有州法提供了救济，因而对于促进州的公共利益而言，禁止流浪乞讨的州法不能说是必要的。如果以和平方式提出，向行人要钱的口头请求本身并不产生需要警察管制的任何伤害。

四、 走向利益平衡模式

究竟如何对待露宿和乞讨这类行为？首先应该认识到，紧急救助只是满足了无家可归者的燃眉之急，但并不解决根本问题。据美国对 1000 多名无家可归者的调查，只有不到半数的无家可归者完成了高中教育。低于常人的教育程度限制了他们在职业市场上的竞争力量，因而最根本的是解决无家可归者的生存本领，使之成为自食其力的劳动者。美国已有某些私人 and 政府资助的项目帮助无家可归者获得职业训练，包括教授计算机技术、找工作的技能等。从这些项目毕业的学员一般都能找到全时工作。这些项目一般持续 9-24 个月，在此期间它为学员提供食品、临时住房和咨询服务。实践证明，这种做法最后不仅节省成本，而且也是解决城市流浪乞讨问题的长远之计。但目前这种项目还很有限，因而远不能满足社会需求。³⁰ 因此，社会应该将重点放在治理流浪乞讨行为的根本，争取通过建设性的措施帮助无家可归者建立自己安身立命的家园，同时也应该对确实失去自立能力的人提供永久性的社会保障制度。并对一时没有能力自立的无家可归者提供起码的社会救助。

当然，建设性措施未必能完全解决城市因无家可归者的流浪乞讨所带来的治安等问题。即使在中央政府的有限支持下，绝大多数城市的财政实力一般都相当有限，且因为政府救济的条件未必能让人满意，致使一些流浪乞讨者不愿意接受政府的制度性救济安排，因而流浪乞讨现象不可能完全消失。对于社会救济系统之外的流浪乞讨行为，大致可以有 3 类回应措施：任其自然、全面控制或两者的折中——将整治城市秩序的规定谨慎地限于对解决问题而言真正必要的范围内，既不允许扰乱治安者为所欲为，又不授予警察不受控制的自由裁量权以压制和平文明的乞讨行为。不难看出，“极左”或“极右”的处理方式都不合适。一方面，如果在市内全面禁止乞讨，那么无家可归者的言论自由确实受到了不适当的限制。且如果地方政府因财政限制而并不能收留救济全部的无家可归者，全面禁止可能将断绝相当部分乞讨者的生路，其结果或者是造成不人道的后果，或者只是将一部分流浪

人口赶到别的地方而已，因而并不能实质性地解决流浪乞讨问题。

另一方面，城市是民主得以展开的“公共空间”，但是因为无家可归问题的加剧，美国城市正在失去其公共空间。在美国各大城市，政府拥有 45%的土地，并将绝大部分分配为街道和公路等公用地。这些公众可以自由出入的场地对于自由民主而言是至关重要的，因为自由社会的生存需要一定的“公地喜剧”(Comedy of the Commons)，以供任何人免费进出交流。³¹ 但“公地喜剧”尤其容易转化为“公地悲剧”(Tragedy of the Commons)，因为任何人可以进出的空间也最容易受到滥用。如果不加限制，城市街道可能为犯罪和乞讨等扰乱秩序的行为所主宰，而反而减少了公共空间的正当用途。越来越多的居民因市区秩序混乱而放弃了城市生活，市中心不再是民主的公共论坛，而是和肮脏、贫困、犯罪联系在一起。因此，社会对公共空间规定了基本的使用规则。这些规则并不是对自由的限制，而是自由的前提。当然，从另一方面看，城市对流浪乞讨的限制必须符合宪法对公民自由的保障。自从 1960 年代的公民权利运动胜利之后，这些限制一般被认为是对个人自由的严重威胁。然而，对个人自由的过分强调又会削弱社区对安全、秩序以及最低限度的公共道德的正当追求。恶性乞讨行为确实对社区和个人的安全构成严重威胁。

作为一种妥协方案，地方政府可以禁止在某些地区的乞讨或某些有害的乞讨行为。城市既可以禁止在银行及取款机附近、私人住宅小区和包括火车站、地铁、汽车站在内的公共交通系统等地段乞讨，也可以禁止在普通公共场合下的恶性乞讨。这里的“恶性”是指带有下列行为的乞讨行为：故意碰撞、跟随或过分接近他人，故意阻挡他人或迫使他人不得不回避身体的接触，故意不合理地高声喧哗或采用侮辱性言辞，故意或有可能导致他人对人身伤害或财产偷窃产生恐惧，故意或有可能恐吓他人并迫使其对乞讨作出积极回应。³² 事实上，法院近年来的趋势是撤消全面禁止所有乞讨活动的规定，但维持那些更为具体的针对恶性乞讨的规定。³³

耶鲁大学法学院教授艾利克森³⁴借用交通信号灯的颜色，进一步提出了通过城市规划法(zoning law)将城市分为红、黄、绿 3 种区域的概念：红区代表对于行人而言最危险的地区，黄区代表某种程度的警戒，绿区则表示相对安全。³⁵ 城市对不同区域的管制也显著不同。在红区（大约占 5%），对公共场所的行为管制极为宽松；除了基本的人身和财产安全之外，任何人几乎可以做任何事情，包括乞讨、酗酒、吵闹、拉皮条。黄区构成城市的

绝大部分（大约 90%），包括市中心、超市、商业网点等绝大部分城市活动地区。在这里，城市对行为的管制适中，比红区更严格，因而禁止红区所允许的许多行为——例如酗酒、拉皮条和屡禁不止的乞讨。最后，绿区构成城市极少部分（大约 5%）的极为安宁舒适的环境。它主要是为了社会中最敏感的人口——例如老人、带孩子的家长以及没有大人接送的学龄儿童等——创造适宜的地段。绿区将禁止黄区所允许的某些行为，例如播放高功率收音机、溜狗、散发传单和街头表演，并完全禁止偶然的乞讨和在大街上睡觉。

艾利克森教授的建议引发了激烈争议。作者似乎认为这类行为不仅包括恶性乞讨，而且也包括长期定点乞讨或在大街上睡觉这类影响相对较小的行为。他将这类乞讨行为和公共妨害 (public nuisance) 相类比，并建议同样采用无过错责任原则而加以惩罚。他认为地方政府在这里所惩罚的是行为，而不是身份，因为乞讨并不是不可避免的无奈。从 1972 年开始，联邦政府已经制定了《无家可归者救助法》，且收入低微的工作是可以找到的。反对意见则认为这项建议忽视了乞讨的权利，并将在操作过程中导致政府权力的滥用。³⁶ 在技术层面上，如何界定什么样的乞讨才构成扰乱秩序行为？如何界定“惯常”（即屡劝不止的）乞丐？这类乞丐的行为并非恶意乞讨，但他们习惯性地出现在某个地段，并对行人造成不大不小的“妨碍” (disturbances)。对于什么行为应该在什么地段受到禁止，立法不可能事无巨细地详细规定。由于定义模糊，警察在执法过程中将掌握难以控制的自由裁量权。但无论如何，艾利克森教授的分区理论为解决城市乞讨问题所涉及的利益权衡提供了一种值得探讨的思路。

五、对中国的启示

美国经验表明，政府并不是绝对不可对乞讨和露宿行为进行限制，而是必须保证这些限制符合宪法的基本要求。和传统限制相比，现代限制乞讨行为的法律至少有 3 点不同之处。第一，它们所针对的是行为，而不是流浪者或乞丐身份。如果有关规定所针对的是人的身份而不是行为，那么它就不符合法律的平等保护要求。第二，政府只有在具备合法公共利益的情况下才能限制这些行为。如果政府措施不具备足够重要的公共利益，而又限制了某些公民的自由或权利，那么它就通不过依据法律正当程序或其它实体权利（譬如第一修正案或第八修正案）的审查。第三，有关规定不得为执法人员提供不受控制的自由裁量权，因而要求法律所禁止的是具体行为，执法人员只有发现这些行为之后才能采取行动。

如果有关规定为执法人员提供了过分的自由裁量权，那么它将构成过分模糊或过分宽泛之立法，因而同样违反宪法的正当程序条款。

笔者认为，美国的宪政经验对中国具有一定的借鉴意义。尽管政治制度和社会条件有所不同，中国和其它国家都同样面临着流浪乞讨的问题，中国宪法和其它国家的宪法也都同样包含了公民权和平等权利的基本概念。除非不同国家在宪政领域内是不可对话的，因而“宪法”、“公民”和“平等”在不同国家意味着完全不同和不可互译的词语，宪法平等和公民权的意义就是每个国家都应该认真对待的问题。³⁷当然，中国没有必要也不可能完全照搬美国的做法。济贫对于任何国家而言都是一个难以解决的问题，而且问题的严重程度和具体的解决方案都取决于一个国家经济发展的状况。然而，无论是对于流浪乞讨人员还是城市居民而言，人的需要是共同的，而共同的需要产生共同的权利，因而也要求对流浪乞讨问题提出类似的方案。在当代文明社会中，公民的宪法权利受到普遍尊重。2004年的宪法修正案尤其表明，“国家尊重和保障人权”已经成为中国所要追求的基本宪政目标。中国的“人权”概念可以和其它国家有差异，但共性仍然是主要的。近年来，中国和其它国家在人权领域的对话与交流越来越频繁，中国宪政越来越多地融入到世界宪政的大家庭中，成为世界宪政的一个有机组成部分。在这个意义上，各国宪政的发展过程都构成了世界宪政知识体系的一部分，而中国在为这个知识体系的构建做出贡献的同时，也可以从其它国家的宪政发展中吸取有益的经验。宪法学者的使命既不是全盘照搬西方的具体措施，也不是简单地否定他人的成功之处，而是在比较、分析、归纳与总结的基础上，探索如何将世界宪政的普遍原理同中国宪政的具体实践相结合，为解决本国的社会问题找到合宪、合法、合理的机制。

作为理性的社会政策，中央和地方政府当然首先应该建立多样化的救助项目，为确实失去劳动力的本地居民或流浪乞讨人员提供起码的生活保证，尽可能帮助有劳动能力的流浪乞讨人员在新的社会环境下获得自立的能力，并为一时不能独立生活的人提供临时性的社会救助。可以预料，由于中国的经济发展水平还相当有限，社会难以为每个有需要的人提供充足的生计，因而流浪乞讨将继续作为一种谋生手段；如果城市对此全面禁止，那就等于断绝了这些人的生路，最后的效果只是将他们赶到其它更宽容的地方而已，而完全没有解决实质性问题。

然而，地方政府对乞讨行为的规制不仅是一个社会政策问题，而且也是一个宪法问题。笔者认为，中国宪法并没有在城市乞讨问题上完全保持沉默。和美国宪法类似，中国宪法虽然没有特别提到乞讨或露宿的自由，但也规定了和这类问题相关的公民基本权利。第一，1982年宪法第33条明确规定：“公民在法律面前一律平等。”因此，政府的法律限制不应针对流浪乞讨人员的身份，而只能针对具体行为。如果限制乞讨或露宿的规定明确针对农民或生活无着的人，那么它就不符合宪法的平等要求。

第二，即使是针对行为的规定也不应不分青红皂白地禁止所有乞讨或露宿行为，否则就可能违反宪法第35条所保障的言论自由，因为对这些行为的全面禁止必然也将它们所表达的观念驱逐出城市以外。³⁸ 一个城市至少应留下某些空间允许流浪乞讨人员向一般市民表达他们的困苦——尽管这种表达未必是有意识的，并获得他们的同情和帮助。且只有当政府具备切实存在的公共利益的正当理由时，才能在某些区域内禁止或限制露宿或乞讨行为。这是因为尽管某些露宿影响了城市的市容或日常生活，某些乞讨行为确实损害了地方秩序和治安，但并不是所有的露宿或乞讨行为都是如此。如果正常的乞讨行为对地方公共利益的影响是微不足道的，那么地方政府就不应该被允许对此加以任意禁止。当然，地方政府完全可以禁止恶意乞讨行为，包括那些带有暴力、恐吓、纠缠不休或欺诈的行为，但如果刑法、民事侵权法或地方法规与规章已经针对这类性质的行为规定了普遍的惩罚，那么就没有必要专门针对乞讨规定特殊的惩罚。

第三，中国宪法虽然没有规定正当程序条款，但第37条规定“公民的人身自由不受侵犯”。³⁹ 这表明政府有关规定不能过于模糊或宽泛，以至给执法人员留下不受控制的自由裁量权。如果有关规定所禁止的是某些地段或某个时段的乞讨行为，就应当具体和清楚地说明这些地段或时段的范围。如果有关规定所禁止的是“恶意乞讨行为”，就应当清楚定义这类行为究竟是什么，以便公民清楚地知道什么行为构成违法，并为执法过程或以后的司法过程提供清晰的可操作的界定标准。⁴⁰

笔者认为，只要符合上述要求，就基本上可以肯定目前地方政府限制乞讨的某些规定的合宪性。在判断过程中，有关审查机构应该运用比例原则，对具体问题进行分析。总的判断标准是，地方政府虽然可以禁止露宿或乞讨，但地方对公民宪法权利的限制必须被限制在最小的范围内。有关限制必须对于保障地方的健康和安全等重要的合法利益而言

是必要的，且这种限制对公民自由所产生的损害和其所产生的公共利益相比并非不成比例。根据这一思路，对乞讨的全面禁止不但对于维护城市治安是不必要的，而且对流浪乞讨人员所产生的负担也是过分沉重的。另一方面，地方政府可以禁止受到准确定义的恶性乞讨行为，并或许能为禁止在地铁、车站、银行、私人住宅以及某些繁华街区的乞讨提供充分理由，而这些有限措施对流浪乞讨人员的限制也是可以忍受的——至少，他们可以在这些地区以外的地方以文明的方式乞讨。

最后值得强调的是，本文上述建议是建立在一个基本假定之上，也就是存在一套比较有效的司法审查制度，使之能够及时界定宪法权利的范围及其所允许的地方限制的程度。在美国，联邦法院对地方措施的审查比较可靠地保障了贫民的宪法权利。中国必须完成相应的制度建构，才能有效保证地方政府在维持当地秩序的过程中避免过分限制流浪乞讨人员的宪法权利。⁴¹ 惟其如此，不断改革发展的中国社会才能实现自由与秩序的良性平衡。

【注释】

* 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作曾得到江苏省哲学社会科学一般项目的支持，在此表示感谢。

1 关于地方政府在宪法范围内具有为维护地方秩序而规定强制性措施的有限权力，见“流浪乞讨与管制——从贫困救助看中央与地方权限的界定”，《法学研究》2004年第3期，第39-51页。

2 据报道，某些地区的流浪乞讨人员大多数都不愿接受救助。例如南京市2003年曾对流浪乞讨者做过登记。在1733人中，只有85人（不到5%）表示愿意接受救助，主动愿意去救助站的更只有13人。见“南京‘禁乞令’昨起实施”，《北京青年报》2004年3月2日。

3 Robert Teir, *Maintaining Safety and Civility in Public Spaces: A Constitutional Approach to Aggressive Begging*, 54 *Louisiana Law Review* 285, at 298-299.

4 笔者将在别处更为详细的论述美国迁徙自由的变迁，参见布莱斯特等：《宪法决策的过程——案例与材料》，中国政法大学出版社2002年版，第144-161页。

5 参见 Paula E. Kay, *A Tale of Two Cities. A Comparative Analysis of the Causes and Legal Responses to Homelessness in New York City and London*, 15 *Brooklyn Journal of International Law* 465, 466 (1989); Robert C. Coates, *The Legal Rights of Homeless Americans*, 24 *University of San*

Francisco Law Review 297, 298 (1990)。

6 Caroline Larsen, Balancing the Books: The Stewart B. McKinney Homeless Assistance Act and Separate Schools for Homeless Children in Arizona, 34 Arizona State Law Journal 705.

7 具有讽刺意味的是,《无家可归者救助法》的主要提议者是一个共和党众议员,因而也是以他命名的(有时被称为“麦金利法案”),而该法案最后也是在里根总统签署后生效的。由于共和党的政策在总体上对穷人不利,并不令人惊讶的是,这项法案未能从根本上解决美国的无家可归问题。

8 Henry Mayhew, London Labour and the London Poor (vol. 4), Dover Publications 1968, pp. 23-27.

9 Robert C. Ellickson, Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning, 105 Yale Law Journal 1165, at 1203.

10 见“州禁避孕用具案”, Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 译文参见布莱斯特等:《宪法决策的过程——案例与材料》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第1115-1125页。

11 O'Connor v. Donaldson, 422 U.S. 563.

12 参见 Juliette Smith, Arresting the Homeless for Sleeping in Public: A Paradigm for Expanding the Robinson Doctrine, 29 Columbia Journal of Law and Social Problems 293 (1996).

13 参见 Harry Simon, Towns without Pity: A Constitutional and Historical Analysis of Official Efforts to Drive Homeless Persons from American Cities, 66 Tulane Law Review 631 (1992).

14 到目前为止,最高法院还没有直接判决过涉及到地方禁止乞讨或露宿的案件,因而这里的讨论只能引用联邦上诉和地区法院以及各州地方法院的判例。

15 在历史上,第八修正案作为《权利法案》(Bill of Rights)中的一条仅适用于联邦政府,而不适用于州政府。内战结束后,联邦宪法加入了第十四修正案,其中的正当程序条款以后被最高法院认为有选择地吸收了《权利法案》中的某些重要条款,包括第八修正案。

16 例如见 Joyce v. City and County of S.F., 846 F. Supp. 843 (N.D. Cal. 1994).

17 Robinson v. California, 370 U.S. 660 (1962).

18 Powell v. Texas, 392 U.S. 514.

19 Tobe v. City of Santa Ana, 27 Cal. Rptr. 2d 386 (Cal. Ct. App. 1994), 因其它原因而被撤消, 见 892 P.2d 1145 (Cal. 1995).

20 Tobe v. City of Santa Ana, 27 Cal. Rptr. 2d 386 (Cal. Ct. App. 1994).

21 Tobe v. City of Santa Ana, 892 P.2d 1145 (Cal. 1995).

22 尽管如此,某些联邦法院曾认同下列论点,即禁止露营的法律本身可能构成对无家可归者的“残忍与非常惩罚”,因为睡眠是人的基本需要。Johnson v. City of Dallas, 860 F. Supp. 344 (N.D. Tex. 1994), 但因原告缺乏诉讼资格而被撤消,见 61 F.3d 442 (5th Cir. 1995); Pottinger v. City of Miami, 810 F. Supp. 1551 (S.D. Fla. 1992).

23 联邦宪法第一修正案规定:“国会不得制定法律以……剥夺言论或出版自由。”

24 United States v. O'Brien, 391 U.S. 367.

25 Texas v. Johnson, 491 U.S. 391; United States v. Eichman, 496 U.S. 310.

26 Helen Hershkoff and Adam S. Cohen, Begging to Differ: The First Amendment and the Right to Beg, 104 Harvard Law Review 896 (1991).

27 Robert Teir, Maintaining Safety and Civility in Public Spaces: A Constitutional Approach to Aggressive Begging, 54 Louisiana Law Review 285, at 302-303.

28 Young v. New York City Transit Authority, 903 F.2d 146.

29 Loper v. New York City Police Department, 999 F.2d 639.

30 Alexander Tsesis, Eliminating the Destitution of America's Homeless: A Fair, Federal Approach, 10 Temple Political & Civil Rights Law Review 103 (2000), pp. 135-136.

31 Carol Rose, The Comedy of the Commons: Custom, Commerce, and Inherently Public Property, 53 University of Chicago Law Review 711, 768-71, 774-81 (1986).

32 Robert Teir, Maintaining Safety and Civility in Public Spaces: A Constitutional Approach to Aggressive Begging, 54 Louisiana Law Review 285, at 334-335.

33 但在1991年的案例中(Blair v. Shanahan, 775 F.Supp. 1315),联邦地区法院不同意第二巡回区法院的判决,认为乞讨是第一修正案所保护的言论,因而撤消了针对恶性乞讨行为的旧金山规章。

34 Robert C. Ellickson, 曾著有《没有法律的秩序》(Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes, 1991)一书,强调了社区在没有法律明确规定的情况下通过习惯和谈判自行解决纠纷的地方机制的重要性。

35 Robert C. Ellickson, Controlling Chronic Misconduct in City Spaces: Of Panhandlers, Skid Rows, and Public-Space Zoning, 105 Yale Law Journal 1165, at 1219-26.

36 Stephen R. Munzer, Ellickson on “Chronic Misconduct” in Urban Spaces: Of Panhandlers, Bench Squatters, and Lay Laborers, 32 Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review 1 (1997).

37 关于中国宪政和世界其它国家宪政之间的可比性，参见笔者的《宪法学导论——原理与应用》，法律出版社 2004 年版，序言第 4-5 页。

38 例如南京市最近实施的《关于加强对城市生活无着的流浪乞讨人员救助管理办法》不仅设立了“重点救助区域”（即“禁讨区”），禁止在区域内任何乞讨行为，而且根据市容局领导对记者的答复，即使在“禁讨区”外也不允许乞讨。见《北京青年报》2004 年 3 月 2 日。如果这种解释表达了《加强救助管理办法》的准确意图，那么它有可能侵犯了宪法第 35 条保障的言论自由。

39 第 37 条紧接着规定：“任何公民，非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定，并由公安机关执行，不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由，禁止非法搜查公民的身体。”笔者认为，这些文字是对“人身自由”的具体化，但并不穷尽人身自由的含义，因而不是对人身自由的限定。没有证据表明，宪法第 37 条的“人身自由”仅限于逮捕、拘禁或搜查的情形。事实上，宪法文字本身禁止任何“其他方法非法剥夺或限制公民的人身自由”。笔者将在别处更详细地论证，这条规定并不意味着只要是通过法律形式的规定就满足了宪法对“非法”剥夺或限制人身自由的禁止。

40 例如南京市的《加强救助管理办法》在重点救助区域内不仅禁止乞讨，而且还“严禁算命看相之类的变相乞讨”。见《北京青年报》2004 年 3 月 2 日。除非市政府还规定了构成“变相乞讨”的明细清单，这类违禁行为的范围也很难界定，因而容易给执法人员在执法过程中赋予太多的自由裁量权。

41 呼吁建立司法审查制度的文献已经很多，在此不赘述。对于笔者本人的一篇代表性文章，参见“认真对待宪法——论宪政审查的必要性与可行性”，《中外法学》2003 年第 5 期，第 560-580 页。

【出处】

原载《中国法学》2004 年第 4 期

【写作年份】2004

【学科类别】宪法->中国宪法

建立中国的法律规范审查制度——对修宪理论的一点探讨

评

建立中国的法律规范审查制度——对修宪理论的一点探讨

【摘要】

暂缺

【关键词】法律规范审查 修宪

[【点击次数】 2911](#)[【阅读次数】 2911](#)

中国宪法再次面临修正。每次修宪总是引起社会各界的广泛议论，这次修宪更是基于一种被唤醒的宪政意识之上。法学界的反响尤其热烈，因为宪法毕竟是国家最重要的法律，理所当然成为职业关注的重点。出于不同的观点和立场，各方对宪法应该作出哪些修正提出了不同的看法。有的认为非得大改，有的认为只能小修，有的则认为关键还在于建立宪法实施的制度保障。且不论这次修宪能够进行到什么程度，修宪作为一个过程已经激发了社会对宪法的热情。可以不夸张地说，修宪意味着中国“宪政时刻”^[1]的来临。

1982年宪法有许多值得肯定之处，但由于社会、经济和观念的迅速变革，宪法也确实存在着许多需要修正的地方。然而，由于实际条件的限制，即使法学界对宪法中的某些问题存在较为一致的共识，明文修正也未必是一条走得通的路。我们目前还缺乏一种适合中国发展的修宪理论，缺乏一种关于修宪基本原则的系统学说，缺乏一种如何把宪政理念和中国实际相结合的行动指导纲领。事实上，宪法所表达的理想和现实状况之间的差距是如此之大，以至往往使人感到束手无策。

但也正因为如此，一个显然的问题摆在我们面前：为什么不从缩小现实和理想之间的差距入手？本文的目的并不是发展一套系统的修宪原则，但目前的问题是如此显然和迫切，以至于笔者相信一条大的基本原则是不会错的：任何修宪的首要原则是注重实效，因而都应该从完善宪法规则的实施机制开始。如果宪法不能获得实施，那么无论如何完美的规定都是没有意义的；反过来，如果宪法获得了有效的实施，那么无论什么宪法缺陷都可以在解释和实施过程中被发现并纠正。因此，修宪的首要原则是抛弃形式主义。与其出台一个雷声大、雨点小的“制度”，在把宪法装点得更为完善的同时也使宪法的实施更加困难，还不如踏踏实实做一点目前力所能及的小事。

本文就是从这个角度提一点低调但笔者认为应该可行的建议。一个总的思路是，在实行宪政之前，中国首先必须完善它的法治。只有充分保障众多行政立法和规范符合法律，

谈论法律的合宪性才有意义；否则，即使建立了所谓的“违宪审查”制度，也只是徒有虚名的表面文章，并不能改善中国宪政与法治的实际状况。因此，在实现最高意义上的宪法审查制度之前，中国还需要走完一段相当长的路。笔者认为，目前把全部注意力集中在人大立法的合宪性未必是明智之举。更为切实可行的方案是首先建立普遍意义上的法律规范审查制度，以充分保证法律以下的所有法律规范的合宪性与合法性。

一、法律规范审查的意义

简言之，“法律规范审查”就是指依据上位法对下级法律规范的审查。法律规范审查是一个含义广泛的概念。按照审查主体、审查依据和审查对象，法律规范审查可以分为不同种类。按照审查主题划分，法律规范审查可以分为司法审查(judicial review)和非司法性质的审查，例如立法审查(legislative review)和行政审查(administrative review，在中国经常被称为“行政复议”)。由于法律规范审查在法治国家一般是通过司法机构进行的，因而通常也作为广义上的司法审查。^[2] 审查依据包括宪法、议会（如全国人大及其常委会）制定的法律、行政机构或地方政府所制定的法规或规章等，审查对象则包括宪法以下的所有法律规范。

因此，组合起来，存在着许多种类的法律规范审查。按照审查依据和审查对象，大致可分为3个等级的法律规范审查：（1）法律的合宪性、（2）行政法规和地方性法规的合宪性与合法性以及（3）规章以及规章以下的规范性文件的合宪性与合法性（包括是否符合法规）。

法律规范审查的最高等级是依据宪法对法律的合宪性审查，因为宪法的最高效力当然是体现在它对于议会立法的控制。“违宪审查”制度在学术界已经谈论得很多了，但本文并不主张一定要马上建立这样的制度，而只是提出一点“低调”得多的修宪建议。事实上，侵犯公民权利最严重、最频繁也最隐蔽的并不是全国人大及其常委会的立法，而是大大小小的“文件”、“规定”、“指示”、“批复”。况且，由于中国法律的文字本身相当宽泛，一般都可以通过灵活解释使之符合宪法，从而回避立法的合宪性问题。^[3] 因此，正如某些学者指出，中国的当务之急并不是实现美国形式的司法审查制度——尽管它是宪

政的最高和最后阶段，而是使得宪法的效力贯透整个法律体系，尤其是数量最多、等级最低、透明度最差的行政规定。

在一个理性的法律体系中，不仅所有层次的法律规范都需要服从最高的法律——宪法，而且所有的下位法都必须服从上位法。值得指出的是，法治是宪政的起点；在普通法治都不完善的国家，宪政必然是徒有虚名。在保证立法符合宪法之前，首先必须保证所有的法律规范符合宪法和立法，从而在共和国范围内形成一个理性、统一与和谐的法律体系。在这个意义上，法治是宪政之路上一个不可超越的必经阶段。法律规范审查制度的目的和功能就是保证实现一种理性与统一的法律秩序，使宪法真正成为法律帝国中的王冠。

尽管 1999 年的修宪将“法治国家”写入宪法，中国目前离这个目标还有着相当大的差距。不仅违反宪法的规定和事例时有发生，而且缺乏一个有效的制度来解决不同法律规范之间的冲突，从而导致“立法打架”的普遍存在。由于缺乏必要的司法参与，《立法法》所设计的立法与行政审查机制并不能有效解决这个问题。如果修宪不能带来有效的制度创新，中国的法律规范将不能形成一个和谐统一的体系，也将难以满足 WTO 对法律规范的统一性和透明度要求。

这些问题完全可以在现行宪法框架下加以解决，因而并不涉及任何理论上的困难。由于本文并不坚持在短期内实行美国意义上的司法审查，法律规范审查制度和现行宪法的人大制度并没有矛盾。尽管宪法在理论上等级最高，全国人大及其常委会所制定的法律仍然最高审查依据之一，宪法和法律之间可能出现的冲突仍可通过目前的制度解决，也就是全国人大常委会作为最高宪法解释机构。因此，本文在此提出的法律规范审查制度主要是指第二与第三等级的审查：法律以下的所有法律规范的合宪性与合法性审查。

二、 宪政和法治需要什么样的制度保障？

法治对于社会和经济发展的意义是众所周知的。法治的重要性之一是在于它为人民的社会活动及其所引发的争端之解决提供了统一的规则，从而使人类能够在安全、稳定、可预测的生存环境中理性地计划自己的活动。然而，法律的统一性并不是从天上掉下来的

馅饼，而是必须通过制度保障才能实现的目标。在法治不完善的国家里，不仅社会和政府行为经常和法律相抵触而得不到及时的纠正，而且法律规范本身也不统一。如果不能得到及时解决，法律规范之间的冲突必将损害法律体系的“理性”，^[4] 并给人类活动带来不确定性和不可预测性。

法律规范的冲突是自然产生的。在民主国家，议会是最高立法主体；法律代表着公共利益。然而，由于现代工业社会产生了大量复杂的社会问题，因而要求大量的立法调控，使得立法机构应接不暇，并迫使现代立法实践向两个方面发展。第一，不堪重负的现代立法机构不得不把大量立法事务委托给负责实施有关立法项目的行政机构处理，行政机构所制定的规章或细则在数量上远远超过议会制定的法律。由于部门利益等因素的影响，行政机构可能以扭曲立法原意的方式制定规章，从而导致规章和立法或其它规章相冲突。第二，市场经济所产生的社会多元化和地区的不平衡发展使得传统的中央集权制度不能适应社会需要，中央政府因而不得不把部分立法权下放到地方政府，允许因地制宜满足地方需要。但地方保护主义将导致地方政府制定出损害全国利益或周边利益的规章，从而使地方规定和代表更高利益的国家立法相冲突。当然，不是所有的国家干预都是合理的；由于地方政府对地方问题更为熟悉，地方自治原则要求中央政府的干预必须限于必要范围内。^[5] 然而，某些全国性质的事务确实要求中央的统一规定，况且地方问题的解决无论如何不能以损害国家法律的统一为代价。总之，地方规定和中央的法律或法规是否冲突、地方主义(localism)是否正当、中央政府是否超越了自己的权限——这些是任何国家都需要通过制度化途径解决的法律解释问题。

法律规范冲突必须获得公正的解决。法治的基本原则要求，任何人不得做自己案件的法官，因而解决法律冲突的机构必须保持客观中立。由于人都是理性自私的，审查法律规范的机构或官员不能对结果有任何利害关系或先入为主的成见。这表明负责审查的官员必须在人事、财务、职责履行的方式等方面独立于制定这些规范的机构。譬如由全国人大常委会的某个机构来审查人大立法和地方政府规章之间的冲突，就未必能保证客观公正，因为从属于全国人大的官员自然倾向于维护人大本身的立法规定；这样，即使全国立法不适当地干预了地方事务，这种审查制度也不能有效纠正错误。法治国家之所以通常把它们交给独立的法院或专门成立司法性质的机构来处理，正是因为法院或司法性质的机构和法律规定的争议没有直接关系，且一般能保障制度上的独立性。由于立法机构和行政机构都可

能卷入法律规范的冲突，最“省事”的办法就是由法院或特定的其它独立机构统一处理法律冲突问题。

三、 中国现行法律规范审查机制中存在的问题

中国目前并没有解决法律冲突的有效制度。首先，中国不存在专门解决宪法争议的法院。在美国等其它一些普通法国家，具有一般管辖权的普通法院有权审查宪法和其它法律规范之间的冲突；在德国、法国和意大利等大陆法国家，专门法院（宪政法院）或司法性质的机构对于处理这类争议具有专门管辖权。中国的法院没有权力解决宪法和人大立法及其它法律规范的冲突。1982年宪法第62条规定，全国人大“监督宪法的实施”，“改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定”；第67条规定，全国人大常委会“解释宪法，监督宪法的实施”，“解释法律”，“撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令”，并“撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议”。因此，中国宪法将法律规范审查的权力主要赋予全国人大及其常委会，而不是司法机构。但由于种种原因，全国人大及其常委会几乎从未行使过这些宪法赋予的职权。

其次，中国法院没有权力解决抽象行政行为之间以及和更高法律规范之间的冲突。1990年的《行政诉讼法》把法院的审查范围限制在“具体行政行为”，因而法院无权审查任何类型的抽象行政行为的合法性。由于法规是法官在审判过程中必须适用的法律“依据”（第52条），因而显然不受制于司法审查；如果法院认为行政或地方性法规可能和法律相冲突，法院只能通过最高法院请求国务院作出解释。这种处理方法至少因为两个原因而显然不能令人满意：第一，如果这类争议数量很多，很可能会使国务院有权解决这类冲突的部门应接不暇；第二，更重要的是，由国务院解释自己制定的行政法规是否合法的做法违背了法治的基本原则，即当事人不得做自己案件的法官。

由于法官在审判过程中只需要“参照”部门或地方政府规章，（《行政诉讼法》第53条）因而如果法院认为规章违反了法律或法规，那么一般认为法官可以在个案中不适用规章。基于以下原因，这种处理方式也不理想：第一，“参照”这个词的含义相当模糊，在

行政法学界也有争议，因而并不清楚它究竟是指法院必须参照、可以参照还是在认为其违法时不得参照，从而造成各地法院在处理规章合法性问题上不统一，甚至公然承认违法规章的法律约束力，损害国家法律体系的完整和统一。第二，即使法院拒绝适用违法或违宪的规章，法院判决的效力也只是限于诉讼当事人，因而没有参加诉讼但利益受到违法规章类似损害的公民无法获得救济，从而造成法律结果的不平等，而平等原则要求类似的情况应该获得类似的处理，公民的合法权益不应该完全取决于是否参与诉讼。对于规章以下的规范性文件的合法性，尽管行政诉讼法并没有明确规定处理办法，但一般认为它们在合法性问题上应该获得和规章同样的处理，因而存在着类似的局限性。

1994年出台的《行政复议法》授权复议机构在具体行政行为的审查中连带审查相关的“规章以下的命令、决定”，从而部分解决了规范性文件的合法性审查问题。但这种解决方法还是不完全的：第一，由于行政诉讼法授权公民直接向法院提起行政诉讼，因而并不是每一个涉及到规范性文件合法性的问题都一定会受到有关机构的处理；第二，更重要的是，复议机构一般是作出具体行政行为的机构的上级，因而经常也是有关规范性文件的制定者，而由复议机构解释自己制定的文件也同样违反了上述法治基本原则。

最后，《立法法》根据现行宪法的框架设计了比较复杂的法律规范监督制度。概言之，根据第88条的规定，上位法的制定机构有权撤销它认为和上位法相抵触的下位法，例如全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规以及同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规，国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章，地方人大常委会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章，上级人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章等。为了便于上级审查，第89条规定了法规和规章的备案制度。另外，有关政府机构和公民或法人可以向全国人大常委会申请审查和宪法或法律相抵触的法规。由公民提出的审查要求将“由常务委员会工作机构进行研究，必要时，送有关的专门委员会进行审查、提出意见”。（第90条）

《立法法》所规定的立法审查制度存在着以下几方面问题。第一，它没有涉及到规章以下的规范性文件，因而大量被认为不是“法律”但实际上和法律同样具有约束力的规范没有受到有效控制，因而不能保证其文字和精神符合包括宪法在内的上位法。第二，公民也不能申请审查规章的合宪性与合法性，且对审查法规的申请必须经过全国人大常委会法

工委的筛选，并只有在被认为“必要时”才能受到有关专门委员会的审查。第三，最重要的是，所有的审查都不是在诉讼背景下进行的，因而除了出现有关政府机构或公民请求审查法规之外，有关机构并没有法律义务审查其有权审查的法律规范，从而导致大部分法律规范实际上没有受到有效审查，且即使受到审查，《立法法》也没有规定具体的审查程序，因而未必能保证审查的客观、公正和专业水平。

四、 中国面临的制度选择

如何从制度上解决中国法律规范审查中的问题？在现行宪法与法律体制下，中国有如下3种制度选择方案。第一，在现行司法制度内解决上述问题；第二，在现行立法机构内设立专门负责法律规范审查的委员会；第三，在人大外部设立司法性质的专职委员会。以下分别探讨这三种方案的利弊。

1. 扩大行政诉讼的受案范围？

在理论上最简单的办法是修改《行政诉讼法》的有关规定，扩大法院的受案范围，授权法院行政庭审查某些等级的抽象行政行为，包括依据宪法审查抽象和具体行政行为的权力。例如可以把审查抽象行政行为的受案范围授予基层以上的法院，授权中级法院审查本辖区的下级政府（区、县、乡）所制定的规章以下的规范性文件，授权高级法院审查本辖区的下级政府（市、县、直辖市的区）所制定的法规、规章或规章以下的规范性文件，授权最高法院审查省、直辖市、自治区政府所制定的法规、规章和其它文件。由于中国是单一制国家，地方政府是中央的下级政府，因而地方人大的行为也可以被划为“行政行为”。这样，有关法院也可以审查本辖区内下一级人大行为的合法性与合宪性，从而使除了全国人大及其常委会以外的所有法律规范统统纳入司法审查的范围。^[6]

原则上说，这种解决方式仅涉及到《行政诉讼法》和《立法法》的修改，因而不是一个宪法问题。但它涉及到司法审查权在根本意义上的拓宽，尤其是明确授权法院在审判过程中以宪法为依据，从而获得了解释宪法的权力，因而也可以被认为是一个宪法问题，甚

至要求宪法获得明确修正。^[7] 另外，也可以目前法院分工的基础上增设“宪法诉讼庭”，专门审理关于法律规范的合宪性问题。这么做的好处是宪法诉讼庭不仅可以处理抽象行为的合宪性，也有权处理具体行政行为的合宪性问题。这项改革可以通过修改《法院组织法》完成，但由于它直接涉及到宪法效力问题，因而最好是获得宪法的明确规定，以保证宪法诉讼的正当性。

这种解决方法的好处是可以通过比较小的制度变化解决问题，而且由于法律规范的审查是一项司法任务，因而它也完全符合以上说明的要求。它的问题主要在于中国的司法传统及其现状使这个在理论上最简单的解决方案未必行得通。首先，中国的法院在传统上缺乏审查抽象行政行为的权力，尤其是依据宪法审查行政行为的权力，因而从来也没有行使这种权力的习惯。可以预见，现行法院还需要一个相当长的适应过程，才能适当履行这项重要职能。其次，与此相关的是，抽象行政行为及其司法审查的影响范围要比具体行政行为广泛得多，对于在全国范围内的判决统一和遵循先例的要求也高得多，因而司法机构需要发展一套新的方法乃至新的司法审判模式，才能妥善处理好这类问题。最后，中国的司法改革虽然已经进行了5年之久，但实效究竟如何并不完全清楚。可以断定的是，司法腐败和效率低下现象依然存在，因而可能阻碍现行司法机构审查法律规范的效率和能力。这可能也是制约《行政诉讼法》的受案范围拓宽的根本原因之一。

无论如何，抽象行政行为的合法性审查必须作为一个相关的问题被提上议事日程。考虑到抽象审查的建立是大势所趋，全国人大在修宪过程中应该决定何去何从：哪些事情应该通过扩充法院的受案范围就获得解决，哪些事情则必须要通过专门设立其它机构才能解决。

2. 人大专门委员会

另一种处理办法是建立专门委员会。这个机构的归属又可以有两种选择：在人大内部或在人大之外。第一种选择呼声比较高，因为现行的全国和地方人大内部已经设立了若干专门委员会，因而这种办法对现行制度的冲击也不是很大。

尽管人大委员会的办法呼声较高，笔者认为它存在着一些难以克服的问题。首先，全国和地方人大及其常委会和各委员会主要是一个利益代表和议事机构，因而不适合承担司法性质的工作。要如何解释法律并解决不同法律规范之间的冲突，是一门涉及许多法律专门知识和技巧的科学，因而世界各国的通例是由司法而不是立法机构承担这项工作。况且由于立法事务本身极为繁忙，议会代表通常也没有时间考虑具体的法律争议。与此相关的是，由于目前的人大选举不太强调代表们在法律方面的知识背景，因而人大代表的法律素质普遍不太高。即使在全国人大常委会最近设立的 20 名专职委员中，目前也只有一名法学专家。因此，由人大代表组成的委员会未必能够胜任这项工作；不仅如此，这种制度还容易造成下列不良局面，即少数法律专家委员对委员会的其他成员产生过分影响，利用自己的法律知识把个人主观意见强加给其他委员，从而和民主决策原则相抵触。

如果把法律解释工作授权给人大内部的专门工作机构（例如人大常委会的法工委，尽管决定在名义上仍由有关委员会作出），会进一步产生民主合法性问题。由于专门工作机构的工作人员一般不是选举产生的，他们不应该有权代替人大代表判决法律争议。由他们对法律争议作出实质性决定，也不符合建立委员会的本意。民主责任性(accountability)的基本原则要求，人民及其代表必须清楚地知道有关决定是由哪些人作出的，才能通过民主选举的政治过程对其加以有效控制；只有有关委员会的代表亲自作出决定，才能保证委员会的决定对人民负责，而如上所述，专门委员会制度在理论和实践上都存在着一些尚未解决的根本问题。

最根本的是，法治国家不是“暴民正义”(mob justice)，也不纯粹取决于投票结果。法律的解释是一种理性对话的过程，它要求一群人具备专业素质的人坐下来冷静地考虑法律规范的得失并解决它们之间的冲突。这类争议的性质、形式和数量都决定了它们必须由司法性质的机构加以解决，而把这类机构划归于立法部门注定是不自然、不协调、不合适的。

3. 独立的专门委员会

这表明第二种选择——在人大外部建立独立的专门委员会——至少在理论上更妥当。

如果能够充分保证这个机构的司法素质，那么它应该能够完成宪法所赋予的使命。以往人们的注意力主要集中在宪法委员会或宪政法院，并进而产生了这类独立机构是否和中国的人大代表制度相抵触的问题。但这里所提及的专门委员会没有必要一定采取宪法委员会或宪政法院的形式。事实上，笔者建议专门委员会目前不要被授予审查人大立法的权力，从而避免了司法独立和人大至上两大原则之间的潜在冲突。

相比其它两种选择而言，这种选择的主要困难在于它对于我们最不熟悉，因而在实践中仍然需要相当长的探索。且如果它既不是法院的一部分，又不隶属于人大，那么就存在一个“归属”及其所隐含的宪法地位问题。然而，笔者认为这是一个比较次要的问题。既然它是一个司法性质的机构，那么把它和法院与检察院同样划归为“司法机关”也未尝不可。不论如何，这个机构和法院类似，是一个向人大负责的司法性质的专门机构。

综上所述，中国的制度选择其实是相当多的。在法院和专门委员会（人大内部或外部）之间，我们还可以进一步分配法律规范审查的管辖权。例如全国人大可以通过修宪决定授权法院审查规章和规章以下的规范性文件的合宪性与合法性，授权人大以外的专门委员会审查行政和地方性法规的合宪性与合法性，并仍旧授权人大常委会解释法律并决定其合宪性；也可以把除了法律以外的合宪性审查全部授权给专门委员会，甚至在将来适当的时候授权它决定法律的合宪性，等等。

这里牵涉到宪法和《行政诉讼法》以及《立法法》相协调的问题。如果要尽量保持和现行的法律制度相一致，一个折中的方案是继续保留全国人大常委会审查法律合宪性的权力，但扩大现行法院的审查范围，授权法院行政庭审查法律以下所有法律规范的合法性（但不包括合宪性），并建立独立的审查委员会，负责审查法律以下所有法律规范的合宪性。如果这样划分法律规范的审查权限，那么法律规范审查委员会也就成了名副其实的“宪法委员会”或“宪法审查委员会”。^[8]至此，除了全国人大及其常委会的立法之外，所有法律规范的合宪性与合法性都受到某种司法性质的审查之保障。

五、法律规范审查委员会

这一部分讨论法律规范审查委员会的结构、职能、产生方式、运行程序和判决风格。尽管笔者更支持第三种选择（向人大负责但独立于人大的专门委员会），这部分的讨论也可适用于第二种选择（人大内部的专门委员会）甚至第一种选择（如果在法院内部增设宪法诉讼庭）。不论该机构的归属如何，本文把它统称为“法律规范审查委员会”。^[9]

1. 结构

笔者建议，在中央和各省、自治区与直辖市等级的政府内建立“法律规范审查委员会”。设在中央的最高法律规范审查委员会的级别和最高法院相同，设在各省、自治区与直辖市的高级法律规范审查委员会和高级法院相同。各级委员会由一名主任和普通成员组成，总人数不应超过 15 人。^[10] 根据地方需要，各省、直辖市、自治区人大可以通过法规决定在市一级建立地方规范审查委员会。

2. 职能

法律规范审查委员会是司法性质的机关，并和其它司法机关一样对相应的人大机构负责。委员会有权审查已经生效或已经颁布但尚未生效的法规、规章以及规章以下规范性文件的合宪性与合法性。^[11] 委员会对宪法、法律、法规以及其它法律规范的解释约束所有法院和政府机构。

委员会的受案范围取决于审查依据和审查对象。总的原则是，某一层级的委员会有义务负责保证本辖区的法律规范之统一，因而全权负责审查依据和对象都属于本辖区所制定的法律规范；对于审查对象属于本辖区的法律规范、审查依据却属于层级超越本辖区的法律规范之情形，该辖区的审查委员会具有初审管辖权，而和审查依据的制定机构同一级别的委员会具有最高上诉管辖权。惟一的例外是审查对象为地方性法规的情形。这时，只有

比法规制定机构的级别更高的委员会才有权审查法规。

例如高级审查委员会全权负责审查本辖区内的法律规范是否符合本地制定的法规和规章，最高审查委员会则全权负责审查行政与地方性法规是否符合宪法与法律，以及国务院部门制定的规章是否符合宪法、法律和行政法规。对于地方性规章和规章以下的规范性文件是否符合宪法、法律和行政法规的审查，高级审查委员会具有初审管辖权，最高审查委员会具有上诉管辖权。

3. 产生方式

最高审查委员会的主任由国家主席提名，其成员由国家主席根据委员会主任的建议提名。最高审查委员会的主任和成员都必须获得全国人大的任命，并对人大负责。高级审判委员会的主任由省长提名，其成员由省长根据委员会主任的建议提名。最高审查委员会的主任和成员都必须获得本省、直辖市或自治区人大的任命，并对本省、直辖市或自治区人大负责。

审查委员会的成员必须具备法律专业知识并符合宪法及法律规定的其它有关条件。具体资格由法律或地方性法规决定。委员会成员在行为良好期间任职，只有触犯刑法的成员才能受到任命机构的罢免。在任职期间，委员会成员的待遇不得受到削减。

4. 程序

笔者建议，审查委员会制度吸收不同国家的经验，采取抽象审查和具体审查相结合的方式。有权申请审查的国家机构或官员可以提出抽象审查，符合资格的公民或法人则只能提出具体审查。具体审查限于法律规范生效之后，抽象审查则可以针对颁布之后但生效之前的法律规范。

任何利益受到影响的公民、法人、社会团体或政府部门都可以申请对损害其合法利益的法律规范进行审查。国家主席、国务院总理、中央军委主席、全国人大常委会委员长、

全国政协主席、最高法院院长和最高检察院检察长以及各省、自治区、直辖市政府负责人和人大常委会主任可以申请对其认为违宪或违法的法律规范进行审查。全国人大、全国人大常委会、全国政协以及各省、自治区、直辖市人大及其常委会的 10%以上成员可以联名申请对其认为违宪或违法的法律规范进行审查。

具有适当管辖权的法律规范审查委员会应在收到申请后 90 天内就有关法律规范的合宪性或合法性作出决定。审查以书面过程为主，但委员会可以根据需要授予当事人双方当面对陈述观点的机会。如果没有法律规定的特殊理由，当面辩论应对外公开。

5. 风格

法律规范审查委员会遵守集体决定原则，多数成员的意见具有法律约束力。委员会的所有正式决定一律公开。委员会有义务准确说明决定所基于的事实与法律依据。如果委员会成员之间存在着不同意见，所有不同意见应同时获得发表。

笔者希望，这次修宪能通过制度建构切实缩短宪法、法律和现实之间的距离。宪法条文中或许存在着这样或那样不能令人满意的地方，但如果我们把注意力全部集中在条文的缺陷上，那就有点像《圣经》里说的“只见别人脸上的斑点，而不见自己眼里的横木”了。现行宪法的最主要问题在于它和社会现实脱节，甚至可以说无关。不解决这个问题，无论如何完善的宪法对中国都是没有价值的。如果宪法可以付诸实践，那么无论如何不完善的宪法都将对中国的宪政和法治发挥积极的推动作用，而宪法缺陷也将在适用过程中愈加彰显。只有在这个时候，谈论宪法条文的完善才有意义。就和其它法律一样，宪法也注定只能“活”在社会实践中，并在实践中成长、发展、完善。

【注释】

[1] Constitutional moments, 见 Bruce Ackerman, We the People (vol. 2: Transformations),

[2] 为了避免词义混淆，本文并没有采用“司法审查”这个词，因为狭义上的司法审查指的是司法机构依据宪法对议会立法进行的审查，因而不足以涵盖本文中的法律规范审查。另外，尽管笔者也提倡建立法律规范的司法审查制度，中国目前仍主要通过非司法机构——例如全国人大常委会和国务院有关机构——进行法律规范审查，因而笔者为了词语的通用性也不排除后者。

[3] 宪政国家的一般政策也是尽可能回避立法的合宪性问题。

[4] 韦伯意义上的 Rationality。韦伯认为，理性的法律体系——尤其是统一与和谐的欧洲大陆成文法——是促进西方资本主义发展的必要条件。参见 Max Weber, *Economy and Society*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., Berkeley: University of California Press (1978), pp. 333-337, 865-875.

[5] 这里暂且不讨论地方的正当利益和通常表现为歧视的地方保护主义(local protectionism)之间的区别。

[6] 另一方面，由于《行政诉讼法》把法律和法规作为司法审判的依据，法律和法规可以被理解为不受司法审查的范畴。根据这种理解，司法审查的范围只能扩展到规章及其以下的规范性文件。

[7] 虽然如此，在理论上，通过修改《行政诉讼法》授权法院审查行政行为的合宪性，本身并没有不当之处。这是因为宪法不但没有明确禁止司法审判以宪法为依据，而且明确强调“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触”，“一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究”（第五条）。

[8] 虽然这个方案代表着和现行制度的一种“妥协”（譬如没有建议成立宪政法院以审查包括人大立法在内的所有法律规范），它还是要求对一些次要宪法制度的更改，包括国务院和法院以及宪法委员会的相对地位。这个方案建议由现行法院审查国务院制定的行政法规的合法性，由宪法委员会审查行政法规的合宪性，是否意味着这些机构的“级别”高于国务院？但这个论点是不成立的，因为美国的基层法院有权审查国会立法的合宪性，但没有人认为基层法院的级别高于国会；法国的宪政院和德国的宪政法院相对于其本国议会和内阁的关系也同样如此。当然，虽然折中方案并不从根本上改变国务院和司法机构的宪法地位，它仍然要求人们对司法职能采取一种全新的理解。同样，它也改变了《行政诉讼法》关于司法审

判必须以法规为依据的规定，并使法规的合法性受制于司法审查。

如果仍由全国人大常委会保留审查行政法规的合法性与合宪性权力，制度改革与目前的实践更合拍，但这种做法显然对保证行政行为的合宪性与合法性不利，因而折中方案所体现的妥协主要是针对立法行为的合宪性审查（主要仍由立法机构自行控制），而不是对行政行为的合宪性与合法性控制。

[9] 这个名字多少有点烦琐，但为了准确，本文也没有采用“立法审查委员会”或其它更为简练的名称。虽然法律规范在某种意义上也可以被理解为“立法”，但这个名称毕竟容易引起误解，例如导致人们误认为是由立法机构主导的审查。如要简化，可以在上下文意义明确的前提下简称“委员会”或“审查委员会”。

[10] 委员会应该是一个相当精简的机构，避免“司法大众化”的不良倾向，强调“少而精”，并要求委员会成员具备很高的职业素质。

[11] 如上所述，合法性审查职能也可通过修改《行政诉讼法》而划归法院行政庭。以下讨论假定法律规范审查委员会具有合法性审查职能。如果这些职能划归法院，类似的结论同样适用。

【写作年份】2003

“先例”与理性：为中国司法判例制度辩护

评

张千帆

“遵循先例”是法治的普遍要求

一个至今流行而首先需要澄清的观点是，只有英美等普通法国家才实行“遵循先例”（stare decisis）制度，大陆法国家则以议会制定的“成文法”为惟一判案依据。笔者一直认为这是一个错误，因为这种观点被“普通法”和“大陆法”之间的表面区别迷惑了。实际上，只要考察一下法治程度比较高的大陆法国家，譬如德国和法国，就不难看出那里也存在着“先例”，有时甚至是十分大胆创新的“先例”，并且法院相当严格地遵循这些先例，只不过它们从来不用这个名称而已。反过来，在议会民主高度发达的今天，英美普

通法国家的先例也越来越多地为成文法所覆盖。况且“遵循先例”本身从来不是一成不变的规则，否则，几百年一脉相传，“先例”就成了一条陈旧的“裹脚布”，或者严重阻碍社会的发展，或者为发展的社会所抛弃，或沦为名存实亡的摆设。西方法院的实际操作表明，所谓普通法和大陆法之间的差异在很大程度上是一个虚构。不论称谓如何，“先例”超越了传统和国界的隔阂，成为法治国家普遍拥有的制度。这或许说明，先例制度即使不是法治的题中必有之意，也是实现法治所无可回避的手段。

对于中国的法律体系，某种形式的“遵循先例”制度尤其必要，因为中国的法律被普遍认为用词抽象，关键术语并没有获得准确的定义，因而必须在适用中予以确定，且由于法院至今无权审查抽象立法规范，不同法律规范之间的冲突普遍存在（即所谓“立法打架”现象）。在这个程度上，司法机构在解释过程中具有一定的自由裁量之余地，而如果我们所说的“法律”不仅是指写在纸上的条文，而是在具体适用过程中获得确定含义的立法规范，那么在个案审判中形成的司法解释必然构成“法律”的一部分。固然，中国宪法把解释法律的最高权力赋予全国人大常委会，但因为种种原因，人大常委会只是偶尔行使这种权力，并不能满足大多数法律获得准确解释的需要。法律解释的“权力真空”在某种程度上为最高法院下达的众多“司法解释”所弥补，但这类解释也都是抽象的，并不针对任何特定的人或事，因而在具体适用过程中仍可能产生歧义。这样，对于众多在人大常委会和最高法院未能解释或解释之后仍存在疑义的法律条款，意义仍然是不确定的，它们最终在个案中所获得的意义仍然取决于审判官的良知、经验、职业素质以及其它一些难以控制的内在或外在因素。类似的案件获得不同的判决，也就毫不奇怪了，而这是一个理性的法律秩序所不能容许的，因为衡量法治，且不论它是“良法”还是“恶法”之治，第一个指标就是其确定性和统一性。法治的首要目标是消除因人而异的任意因素，而缺乏先例的司法制度恰恰不能保证国家法律的确定与统一。如果同样的案情依据同样的法律条文在不同（甚至相同）的法院获得不同的判决，试问这样的法律在什么意义上还能被称之为“法”？

对“先例”的几点误解

“遵循先例”的关键问题是什么样的案例才能成为“先例”？谁有权决定案例的先例效力？人们似乎对“先例”一词存在着一些误解，因而首先有必要澄清“先例”的意义。

误解之一：“先例”只是特定甚至“钦定”的典型案列，其它判决则不是先例。这并不是普通法国家所采取的观点。在那里，只要没有被后来的判决明确推翻，任何判例都具有先例价值，因而都应被以后的判决遵循。事实上，当事人能找到支持其诉因的先例数量越多，其诉求就越有说服力，因为这些类似的判例在一起增加了它们彼此的分量。事实上，某个“先例”之所以重要，正是因为它被众多的“后来者”所支持。固然，某些判例比其它判例的影响更大，因而更为著名，受引用的频率也更高。即使如此，是否采用某个具体先例的结论，主要取决于目前的案件和先例在事实上的相似程度，而不是先例的知名度。这部分是因为“先例”数量很多，因而构成了一个“先例库”，而即使依据同样的法律条文，在不同情形下判决的“先例”很可能产生不同的结论。因此，“遵循先例”的思维方式主要是依靠比附：不论某个先例如何有名，如果它和本案的事实距离相当远，那么它对本案的判决也没有约束力，反之，即使知名度不高，但先例的事实和本案十分贴切，那么法官也不能无故忽视其存在，并在一般情况下应采取和先例同样的结论。换言之，“先例”并不是一个个孤立的案列，而是一个根据具体案情加以区分的连续体系，每一个已经判决的案列都是这个体系的一部分，法院所判决的所有案列在一起形成了前后一致的先例系统，而这也正体现了司法解释及判决的统一性与和谐性要求。

误解之二：“先例”只是国家最高法院或其它有权机构特意制定的产物，下级法院不得制造任何“先例”。事实上，对第一个误解的澄清也部分澄清了第二个误解：先例并不是任何特定法院的有意识产物，而是所有法院的司法判例之整体。固然，最高法院的先例具有最高权威，所有其它法院对类似案件的判决都必须服从。然而，有些问题并不存在最高法院的先例，因而下级法院的相关判例就成了“先例”。这不仅是中国一个国家的问题，所有普通法国家也都存在同样问题。譬如，在美国联邦的诉讼中，许多，甚至大多数法律问题都不存在联邦最高法院的先例，因而双方律师所能引用的最高权威只是联邦巡回（即上诉）法院的判例作为依据；有时甚至连上诉法院的相关判例都找不到，这时只能引用地区（基层）法院的判例，因而基层法院的判例就成了“先例”。虽然这些先例的效力等级最低，但引用它们作为依据总比不引用要好。

误解之三：“先例”具有绝对的法律效力，必须为以后的法院一成不变地遵循。既然先例并不是最高法院“钦定”的，既然国家基层法院的判例都可能成为“先例”，先例的法律效力并不是绝对的。尤其在缺乏上级法院的先例时，同级法院（如江苏省高级法院）

的“先例”对其它法院（如河南省高级法院）而言只有参照作用，而没有绝对的约束力。有时，如果最高法院和高级法院都尚未制定相关的先例，高级法院在产生自己先例的过程中甚至可能引用下级法院的判例作为辅助性的根据。且即使存在上级法院的先例，下级法院也不是没有任何途径偏离它认为判决不适当的先例。既然适用先例的基本方法是比附，法院总是可以利用巧妙的解释“区分”本案和先例的事实，从而绕过先例的约束力。当然，为了法律的统一性，下级法院一般不应该这么做，且这种做法总是受制于上级法院的纠正。但这类事件在普通法国家有时还是会发生，且偶尔确实能发挥纠正先例偏差的作用。不论如何，既然法律是发展的，先例必然也是发展的。先例的法律效力最终不在于它的法定权威，而在于它们是否能够有效合理地处理社会问题。如果社会对先例的合理性产生了争议，那么法院本身就应该考虑对先例进行反思和修正。每当社会的发展或认识的提高改变了人们原有的观念，再权威的先例也往往会显得过时而被淘汰，新的先例随之产生。在历史上，即使在严格遵循先例制度的普通法国家，推翻或重新解释先例的事例也是屡见不鲜的。因此，卡多佐法官强调，“遵循先例的规则虽然不应被放弃，但应在某种程度上被放松。如果一项规则在经过经验的正当检验后被发现不符合正义感或社会福利，那么我们就不应对其坦率承认和完全抛弃过分犹豫不决。”

中国基层法院设定“先例”的意义及其问题

由于“先例”并不是由最高法院钦定的，因而在最高法院和其它上级法院对有关领域先例缺位的情况下，下级法院可以选择遵循自己的“先例”，以指导其审判实践。在理想状态下，作为判案权威的先例当然应该由国家的最高法院确定。然而，先例制度在中国尚未建立，甚至法律界因受到大陆法系的影响对它仍存有一定的对立情绪，因而某些地区的基层法院先行一步未尝不可。笔者相信，基层法院的尝试如被实践证明成功，将有助于推动整个国家的法律制度之建立。

其次，如上所述，“先例”既不是由最高法院钦定的，也不应由基层法院钦定。在理想状态下，先例的效力主要不是靠命令产生的，而是来自于它的合理性和说服力。某些先例之所以具备超越的权威，是因为它的理论依据受到法律界的一致承认。固然，在效力等级上，最高法院的先例高于基层法院的先例，但两者之间并不是单纯的命令和服从的关系，而更是一种相互借鉴、取长补短的理性交流过程。哪一种意见最终胜出，取决于意见本身

所包含的理性。因此，笔者在原则上反对通过行政命令的方式人为制造“先例”，主张先例制度在全国范围内的判案过程中自动形成。当然，在先例制度从无到有的过程中，法院可以采取一些积极引导措施，但同时是要防止行政过度干预的倾向。最重要的，先例制度的根本不在于个别“先例”之存在，而在于法官们形成一种运用先例的思维方式，掌握比附、区分案例的司法技能，并进而从社会政策的角度体会、反思与评判先例的合理性。如上所述，遵循先例是理性在认识到自身局限性之后所采取的一种补救制度。既然如此，先例本身必须符合理性；不符合社会需要的司法解释不构成“先例”，因而不具备先例的约束力。

这里必须认真对待两个问题。第一，先例制度对法官自由裁量权的限制可能与司法独立发生矛盾。先例的作用正是限制法官的任意权力，但由于先例大都是由法院的审判委员会决定的，且中原区法院规定法官如不适用先例，必须把案件报请审判委员会决定，先例对法官的限制无形中增加了审判委员会对法官的控制，而这不符合目前司法改革的大趋势。尽管如此，笔者仍然认为，和其它控制方式相比，审判委员会通过先例制度对法官的控制更为规范一些。对于一些具有政治影响的敏感案件，行政干预本来就难以避免，在这种情况下，先例制度虽然不能发挥更积极的作用，但似亦不应为非司法因素的干预负主要责任。再者，既然审判委员会确定了“先例”，那么它本身就应该受到先例的约束，而不能因案而异。因此，如果实施得好，先例制度也不失为对审判委员会权力本身的一种限制。

第二，下级法院首先发展“先例”的做法有可能助长地方保护主义并损害国家法治的统一。贺卫方教授曾以阎锡山在山西造铁路为例，说明局部的“小统一”反而可能阻碍整体的“大统一”。但依笔者管见，情况并不一定如想象的那么可怕。就用这个例子来说，如果铁轨在山西本来已是乱七八糟的，那么笔者看不出山西的统一如何进一步加剧了全国的分裂。局部分裂本无助于大局的统一，而局部统一似乎也不对整体分裂负主要责任。先例制度也是这样。郑州市中原区对某法律条文的“先例”至少统一了本区法院的解释，且似乎并不阻碍全国统一的先例制度之发展。当然，如果基层法院的“先例”被上级法院否定了，那么基层法院应该服从上级判决，明确取消“先例”的约束力，并自觉把上级判决作为自己的先例。由于司法判例是“软件”，笔者认为这种统一过程的成本应该是比较低的。即使地区和地区之间的“先例”存在着冲突，地区之上的共同上级法院也只需要通过

一个判例就能解决问题。

事实上，笔者进一步主张，上级法院的主要作用并不是审理“大案”、“要案”，而是通过判例统一下级法院的司法解释。如果不同地区的基层法院判例之间出现了分歧，那么解决各地区的分歧就是其共同中级法院的任务；如果不同中级法院的“先例”之间出现了分歧，那么解决各市或县的分歧就是其共同高级法院的任务；如果不同高级法院的先例之间出现了分歧，那么解决各省、直辖市或自治区的分歧就是国家最高法院的任务。这样，下级法院的司法解释统一于上级法院，而上级法院统一于最高法院，法律也就真正在全国范围内获得了统一的意义。当然，实际统一过程要比上述设想远为复杂、困难，但经过尝试，似乎并没有理由否定这个自下而上的先例建构过程的可行性。

笔者同时认为，法律统一应该主要依赖正常的司法过程，即具体案件的上诉，而不是抽象的“司法解释”，事实上，目前相当多的“司法解释”本身也是需要解释的。尽管现行的抽象司法解释对法律统一发挥了一定的作用，但如果使用过多，它具有干预立法权的嫌疑，且最高法院的解释或批复不可能覆盖所有的具体问题，因而不可能取代下级法院在个案判决过程中形成具有权威性的具体法律解释，也就是“先例”。最重要的是，抽象解释一般都是以命令形式在缺乏具体事实的背景下发布的，因而不可能像普通法中的个案解释那样比较详细地说明理由。但作为一种理性过程，司法解释的根本正在于说理；一个判例之所以成为极有权威的“先例”，并不在于它的结论“正确”，而是因为它极有说服力地阐明了判决的理性依据。值得注意的是，普通法先例的约束力并不在于其结论，而正在于法官判决书所阐明的结论背后的判案依据（holding）。通过要求司法判决在遵循先例时说明理由。普通法体系使传统带上了理性。

当然，目前国内离这个水平还有一定的距离，法官素质和法院判决书的质量尚有待提高。某些判例被确定为“先例”，只是“遵循先例”作为一项制度的起点，至于先例制度的成熟则还需要一个艰辛的尝试和探索过程。但笔者认为，这个过程无论如何艰难都是不可替代的，因为没有它，法治只是纸上谈兵。

作为第一步，各级法院应该尽快公布全部司法判决书，至少及时公布法院自己认为是“先例”的判决意见；否则，下级法院就无法及时了解并遵循上级法院的相关先例，先例的合理性也得不到法律界和社会的公开检验。为了形成一个全国统一的先例体系，为了保

证先例判决符合社会发展的需要，全国法院应该建构一个判例的互联网体系。在相互交流的过程中，各地各级法院的法官以及律师和学者形成一个法律共同体，在承认法律统一的大背景下共同探讨法律的意义。这不仅有助于国家法治的统一，减少地方保护主义和司法自由裁量权的滥用，而且也为提高判决质量提供了动力，因为司法判决不再是一个个孤零零的默默无闻的决定，而是司法历史长河所记载的理性判例体系的一部分，并将不断受到后人的引用、检验与评价。

【写作年份】2002

【学科类别】宪法->中国宪法

法治、德治与宪政		评
Rule of Law, Rule of Virtue, and Constitutionalism		
张千帆		
【摘要】		
本文通过理性选择理论论证，法治与德治是相互依存、不可或缺两种治国方式，而两者的理性统一构成了宪政。中外理论和实践都证明，离开了德治，法治就失去了道德基础，并成为不可实现的空想；离开了法治，德治也将流于空谈，并最终走向专制与人治，宪政是法治的最高形式，同时也为整个法律体系提供了必要的道德根基。作为法治与德治与理性统一，宪政是任何国家实现长治久安的必由之路。		
【关键词】法治，德治，宪政		
		【点击次数】1122
		【阅读次数】1122

本文认为，“法治”与“德治”是一个国家长治久安的不可偏废的两种途径，而两者的理性统一实际上要求建立一种宪政秩序。作为法治的最高形式，宪政不但为法治提供了道德源泉，而且也为实现德治提供了法治的保障。

一、法治离不开德治

自改革开放以来，全国上下已普遍认识到法治的必要性与重要性。尽管由于种种原因，中国目前的法治现状还不尽如人意，但法治对于发展市场经济和维护社会安定的重要作用，已经成为社会的共识。有学者甚至论证，市场经济和“法治经济”是完全等同的两个范畴。2 事实上，对法治重要性的认识和法治在中国的相对落后状态形成了鲜明的反差，而正是这种反差促使了“依法治国”与“法治国家”的理念成为宪法规范。在中国的政治、经济

与社会改革实践中，法治理念的提出无疑是一次历史性的进步，其意义无庸本文赘述。³

然而，在强调法治重要性的同时，也产生了一种“法治万能主义”，并导致对法治的盲目崇拜。在学术界，法治概念的范围也因未受到准确的界定而具有无限扩大的倾向。“法治”成为一种包罗万象、十全十美的抽象理念，一种超越民族传统和国情的追求目标，一种包医中国百病的万灵药。对于这种倾向，法学界已有学者提出了批评。⁴

笔者认为，法治概念虽然重要，但也具有其内在的局限性。⁵ 毕竟，法治既不是万能的，也不是完备的。有两大类理由表明，法治离不开德治。法治不但在概念上取决于一个民族对于道德规范的认同与选择，而且一旦离开了德治就不可能实现。

1. 法治的道德基础

首先，法治概念的内涵必须以适当的道德理论为基础。法治的首要问题是：究竟依什么“法”治国？笔者认为，“法治”概念本身并不能完全回答这个问题。在现代法治国家中，“依法治国”显然是一个重要目标。但如果没有其它条件的补充与约束，法治往往是空洞的，甚至并不见得能实现良好的社会目标。设想如果没有健全的民主程序，一部法律并不能代表社会的普遍利益；它可能成为少数人利用并驾驭社会的工具，并在实施过程中理所当然地受到各种抗拒和阻碍。这在古今中外并不少见，战国和秦朝中央集权时期的法家所崇尚的“严刑峻法”就是一个例子。强求实现这样的“法治”，显然不能达到一种社会的理想状态。由此可见，我们崇尚法治的前提是存在一种基于民主之上的合理决策机制：“法治”的“法”应该是符合民意的“良法”，而不是以牺牲公共利益为前提的维护社会少数人利益的“恶法”。⁶ 然而，“法治”并不是“民主”的同义词，且在狭义上似乎也不必然要求“良法”的统治。⁷ 至少，强调依“法”治国本身并不能提供鉴别“良法”与“恶法”的标准。后者是一项道德选择，超越了纯粹“法”的范围。对此，联邦德国的《基本法》很能说明问题：德国的基本国体有4个特征：民主、社会、法治、联邦，而“法治”仅是其中的一个特征。⁸ 这本身就说明了法治并不是一个完备的理念。如果没有道德目标的指引以及民主政治程序的保障，法治的实现未必能带来良好的社会效果。

事实上，法律具有内在的规范性（normativity）。我们所关心的法律并不只是一种客观描述的事实，而且还必然带有人作为主体的价值判断。我们不仅关心法律在过去、现状

与未来“是什么”，而且更关心法律“应该是什么”。根据所谓的“休谟定律”，⁹ 规范性和实证性是在逻辑上不可相互约化的两种特性。为什么违约者必须赔偿对方的预期利益之损失（expectation interest）？或犯罪嫌疑人在被法院定罪前应被假定无罪（事实上我们仅在不久之前才如此认为）？或被告行政机关应该对具体行政行为的合法性承担举证责任？无论如何详尽的法律规定都不能回答这些问题；这些问题属于一个完全不同的层面，因而要求不同性质的答案：如“只有这样才能使契约双方达到资源配置最佳状态”，或“这样做虽然可能会错误地放过一些坏人，但能保证更多的好人不受冤枉”，或“尽管这样会给行政机关带来一些成本，但它有助于保障公民的合法权益”。我们在此假定以上的每一项陈述本身都是值得（因此“应该”）追求的“好事”（如“这个社会应该达到一种资源配置的最佳状态”）——或者因为它们本身被认为是“好”的，或者是别的什么值得追求的事情为它们提供了理由。这种规范性的推理最终形成了一种“等级秩序”（hierarchical order），其中更高（或基本）的规范为其它较为次要的规范提供了理由。¹⁰ 在这个秩序等级的顶端是一个或一些最高规范——如联邦德国《基本法》中的“人格尊严”（human dignity）不可侵犯，它们决定而不取决于其它所有规范。在这个理性的等级秩序中，究竟选择什么作为最高的法律规范，乃是法治本身所不能确定的。它属于在法治的实现之前就必须作出的基本道德选择。

2. 法治的实现

更重要的是，法治要求法律不仅仅是写在纸上的，而且在现实生活中能获得充分实施，而法治的实现也同样依赖德治。事实上，这一命题是可以现代社会科学理论严格论证的。对法律的服从只能通过两种途径——自愿的或强制的，并可以利用两种资源——理性的或非理性的（尤其是道德理念）。¹¹ 根据理性选择理论，对法律的自愿服从要求遵守法律的行为符合每个人的理性利益。以下简要论证，法治的实现不可能纯粹通过强制惩罚以及对它的畏惧，而对法律的自愿服从又不可能纯粹通过个人在狭隘意义上的理性选择自动实现，因而必须借助于社会的道德资源。

法治当然意味着遵循规则，因而有必要先从实用主义的角度来考察一下规则的性质与意义。几乎没有例外，规则所要求的是一种社会认为必要的合作行为（例如不盗窃邻居的财物），而对于任何具有重要意义的规则而言，参与合作都意味着遵守规则的个人必须舍

弃至少是眼前的切身利益；否则，这种规则几乎注定是没有意义的——如果一件事情对每个人都有利（例如在不损害他人的前提下跑步、喝水或呼吸空气），那还有什么必要硬性规定（例如禁止不喝水或不跑步）？因此，有意义的规则必定意味着，服从规则本身至少对某些人而言具有代价；个人必须作出某些牺牲（例如不随地吐痰就“牺牲”了至少某些人的方便），以换取他人对规则的遵守。但没有强制措施或其它影响个人利益的实施方式，这就成了一个典型的“囚犯困境”（Prisoner's Dilemma）问题：既然他人人都遵循规则，那么自己不遵循规则并不会导致合作状态的破坏（例如只有一人随地吐痰并不足以污染环境）；而如果他人都不遵循规则，那么自己遵循规则并不能防止合作状态的破坏（只有一人不随地吐痰并不足以保护环境）。因此，“囚犯困境”的结果必然是所有人不会加入合作，因为遵循规则将使他付出一笔不必要的代价。从理性选择的角度来看，人类不可能纯粹基于理性利益的计算而自动实现必要的合作；任何重要规则只能通过其它方式——如道德约束或暴力惩罚——才能获得实施。

如果规则不可能纯粹通过理性计算而自动实施，那么它是否可能通过国家运用暴力惩罚而强制实施？这时，国家通过有选择地对不合作行为加以制裁，从而改变博弈的收益结构，使这类被定义为“违法”的行为与合作（守法）行为相比无利可图。但可以论证，法律的实施仅依靠对惩罚的恐惧是不够的，它还依靠人们对法律的一种尊重与自愿服从。如果没有一套良好道德的调控，如果人们遵循法律只是出于对自身利益的考虑，那么“有法必依、执法必严、违法必究”的状态是不可能达到的，除非在古典法家学派所设想的极端专制集权国家，其中国家维持着一支庞大且权力无限的警察队伍，而公民则没有任何保护自己的权利——包括基本的隐私权。且即使在这种国家里，依法监督不仅成本巨大，而且也几乎不可能实现，因为在这种社会中到处面临着执法者与监督者本人违法的危险，而不论国家的最高统治者本身具有如何良好的意愿或理性利益维持法治，他们都没有能力禁止其庞大的官僚下属机构违法乱纪。¹² 因此，“徒法不足以自行”。¹³ 孟子的这一经典论断，无疑是历代儒家攻击法家的法治万能主义倾向的有力论据。

我们只剩一种选择：法治国家的实现需要公民对法律的尊重与自愿服从，¹⁴ 而后者又离不开一种道德文化的支持。法治本身就预先设定了道德约束力的有效运作，因为不符合道德规则——因而不为大多数人所接受——的“法”是不可能在现实生活中获得有效实

施的（俗曰“法不责众”）；没有德治，法治也就成为不可实现的幻想。

事实上，这一点也充分被法治国家的经验所证明。美国通常被认为是一个法治国家，而美国法治的中心枢纽在于法院的司法保障。但有什么机制保障法官们自己依法判案？有什么制度能有效保证监督者自己受到监督？这是一个美国朝野不断争论的问题。结论——如果存在的话——似乎是无论监督机制如何完善，最终都离不开法官本身的职业素质与社会道德感。有意思的是，在美国这个崇尚法治与个人自由的社会，对法官甚至政界要人的道德素质却有相当高的要求。前总统克林顿因在职期间行为不检点而险些遭到弹劾，就是一个显著的例子；¹⁵ 在最近的“合众国诉微软案”，¹⁶ 一审法官因在审理期间接受媒体暗访而违反了《联邦法官行为准则》的规定，因而在上诉时被部分取消资格。这些例子都表明，“德治”在法治国家中发挥着重要作用。没有政府本身的“德治”，很难说像美国这样的国家是否还能维持目前的法治。

二、 德治离不开法治

孔子曰：“为政以德，譬如北辰，居其所而众星共之。”¹⁷ 自古以来，德治一直是中国的治国理想，甚至在境界上被认为超过了法治。¹⁸ 或许是由于中国历史上法治不完善，中华文明的延续和儒家所提倡的“德治”是分不开的。以上的讨论说明，法治国家的建立离不开德治。德治和法治之间具有不可分割的联系。在某种意义上，“法律就是成文化的道德。”¹⁹ 事实上，法治理念本身就是一种道德诉求。与此同时，片面地强调德治会造成中国传统中的泛道德主义，且如果道德目标定得太高而得不到实现，那么所谓“德治”也就成了空谈甚至虚伪。因此，德治也面临着几个和法治类似的根本问题。可以论证，德治的实现同样离不开法治。

1. 德治的内涵

首先，德治也存在着以什么样的“德”治国的的问题，而这是一个“德治”本身所不能回答的问题。一个显著的问题是，现代社会是一个讲求平等的民主社会。只有当德治带上法治意义上的平等，它才能为现代民主社会所接受。但传统的“德治”（尤其是“礼”所体现的道德规则）是以家长制的封建社会为背景，因而具有现代民主社会所不可接受的不平等倾向。这种倾向即使在儒家的经典名著中也体现得十分明显。在孔子与孟子的伦理世

界里，一直存在着君臣、父子、男女、“君子”与“小人”、“劳心者”与“劳力者”等社会或道德分别，²⁰ 不同社会与道德地位的人群被认为应适用不同的教育、习俗甚至法律。这种不平等倾向在历代受到包括法家在内的其它学派的抨击，并在五四运动时期理所当然地受到了激烈批判。值得强调的是，法治要求“在法律面前人人平等”，因而提供了传统“德治”所不具备而现代社会又不可缺少的平等原则。²¹

其次，片面依赖德治将损害法治，并最后损害德治本身。这是传统德治中的一项根本缺陷，其首要原因还是在于它对人类行为所作的平等的二分法假定。在儒家思想家的眼中，有的人是“君子”，有的人是“小人”；“君子喻于义，小人喻于利。”²² 他们假设，用胸怀大义的“君子”去统治社会，自然就达到了天下太平的境界；而赋予那些自私自利的“小人”们以统治自己的权利，则似乎是一件不可思议的事情。儒家在这里忽略了一个基本社会事实：即人类在本性上是共同的；在某种意义上，每个人都是“君子”，也都是“小人”，只是程度不同而已。事实是，每个人都关心（其实也应该关心）自己的利益，即使是道德高尚的“君子”也不例外，并有可能在个人利益和公共利益发生冲突的时候滥用自己所掌握的公共权力。正如美国宪政思想家麦迪逊（James Madison）在《联邦党文集》第 51 篇指出：“假如人都是神，那么政府就没有必要存在了；如果能够以神来统治人，那么无论外部或内部的政府制约也就没必要存在了。要形成一个以人管理人的政府，其最大的困难在于，你首先必须使政府能够控制被统治者；其次必须迫使政府控制自己。”²³ 正是因为没有人是不食人间烟火的“神”，也不可能借助从不会犯错误的“神”来统治人，所以人类才需要政府并同时政府对政府进行制约。剥夺平民百姓保护自己的权利，实际上是使得官员的权力失去外部制衡，从而变相鼓励他们滥用权力，并使公共利益的实现完全取决于当权者的个人意愿。当然，道德自律对于约束权力发挥一定的作用。然而经验告诉我们，仅仅依靠自律并不能有效控制权力的滥用。纯粹依靠德治必将使德治成为一句空话，并最终重蹈人治的覆辙。

2. 德治的实现

另一方面，即使德治的理念可以为社会普遍接受，它也未必能获得有效的施行。正如孟子本人指出，“徒善不足以为政”。²⁴ 传统的“德治”强调用道德力量去正面感化人的心灵，通过说服教育促使人自觉遵循社会的道德规范。但现实生活的经验表明，治理国家

不可能完全依靠道德教育；在必要的时候，社会必须对严重损害他人利益的行为进行法律制裁。过分依赖道德说教，又势必导致中国文化传统所熟悉的泛道德主义，从而抑制经济与社会的发展。在现代市场经济的条件下，泛道德主义尤其不可行，因为市场经济强调个人在法律允许范围内自由追求幸福的权利，而不主张对个人施加任意的道德约束来抑制追求合法利益的欲望；即便可行，这类禁欲主义规则的实施也将给社会带来消极后果，因为每一项道德规则的实施都需要花费一定的社会资源，因而产生不必要的社会成本。因此，如果给社会施加了过分沉重的负担，那么道德规则本身就是不合理的，而且也很难获得实施。

更重要的是，德治的实现最终还是要依靠法治。事实上，这一点也是可以较为严格地论证的。“德治”不是停留在理论上的空谈。就和法律一样，一项道德规则只有在实际生活中有效实施才能赢得人们的尊敬与服从；就和不能实施的法律不是严格意义上的“法”一样，不能实施的道德规则也不能算做“德”的一部分。历史证明，社会道德规则经常是由政府维持甚至制订的，而只有政府官员自己遵守道德规则，规则才会受到社会的普遍尊重。德治固然要求社会的全体成员都遵守道德，但关键在于政府官员首先要遵从基本的道德规范；否则，“上行下效”，社会就很快会陷入人人不讲道德的“囚犯困境”。但既然人的本性“主要是自私的”（休谟语），要纯粹依靠自律来实现德治是不现实的。在基本的道德规则受到侵犯时，只是靠社会舆论的谴责是不够的。处于强势地位的政府官员尤其具有理性利益，利用手中的权力去换取其它形式的社会资源（例如“权钱交易”），并压制他人的揭露与批评。因此，要维护德治，就必然要求社会具有某种外在机制去控制政府行为，而最有效的机制就是让社会的全体成员都能够通过法律途径保护自己的合法权益不受官员的无理侵犯。

固然，官员与官员之间的制衡也是重要的——无论是中国古代的“御史”，还是现代西方的“三权分立”，都反映了这个道理。然而，没有全社会参与的制衡，德治最终被证明是脆弱的；中国古今的种种冤假错案，正是说明了政治权力未能受到充分的社会监督。在现代社会，社会监督主要通过两种方式：代议制民主政治与普通公民可以参与的司法程序。民主政治通过选举保证符合公共利益的人选进入政府，并迫使官员适当行使公共权力，否则将在以后的选举中使其面临落选的风险；司法控制则保证官员严格按照法律的文字与精神行动，从而防止他们侵犯公民的合法权利。由此可见，德治的实现必然依靠建立在法

治基础上的他律。只有依靠民主与法治——尤其是行政法治，才能在维持社会道德的同时又不带来人治与专制的任意性。

总之，要克服传统德治中的弊病，就必须消除二分法的行为假定，同时代之以平等适用于社会中所有人的道德规范。毕竟，人的本性中不可避免地具有自私的一面；只要不损害他人的利益，人对自身利益的追求就应该受到法律的正当保护。在这个意义上，每个人都是平等的，都和社会中其他人具有同样的权利，也都受制于同样的法律义务。只有形成一套平等的“游戏规则”，使政府行为受到公民通过法律与政治程序的控制，社会才能进入真正的“德治”；否则，“德治”只能是依赖统治者良好意愿的人治。而一旦形成了一套能为每一个理性的人所接受的基本游戏规则，法治也就将通过德治而进入宪政。

三、 宪政：“德”与“法”的理性统一

综上所述，纯粹的法治是不可行的，而纯粹的德治又是不可靠的。没有德治对人类良知的呼唤，法治是不可实现、不可维持的空想；而没有法治及其所设定的外部制约，道德自律必然是一句空话。因此，一个理性的社会秩序必然是德治与法治的理性统一。基于下列理由，笔者认为这种统一不是别的，正是融“德”与“法”为一体的宪政（Constitutionalism）。

首先，如果采用足够广泛的理解，那么“法治”也意味着宪政。在定义上，宪政是法治的最高形式。这是因为宪法应该是“法”的一部分，²⁵ 因此“依法治国”也必然意味着依宪治国。所谓宪政，就是指一种真正按照宪法来统治的政治制度。在“宪政国家”（constitutional state），宪法是统治国家的最高层次的法律，并和法律一样在人们的现实生活中发挥实际效力。²⁶ 一部宪法就是能被人类理智所普遍认同的基本游戏规则之集合，主要包括国家权力的范围和分配、政府和公民之间的关系以及公民的基本权利等重要方面，且这些规则可以经过普通或特殊法院而获得有效实施。如果法律与法律之间发生冲突，那么必须适用宪法基本原则来解决冲突，从而形成一套完整、连贯且能够实施的法律体系。既然宪法也是“法”，而且是最高的“法”，那么宪法没有直接效力的法律体系必然是残缺不全的。因此，完备的法治必然包含宪政。

其次，和普通法律不同，宪法作为“更高的法”（Higher Law）并不是纯粹道德中性

的，而是必然具有一定的道德维度。既然是国家最高的法，是国家法律“金字塔”的顶峰，宪法必然会涉及到道德价值的基本选择。这些道德价值构成了国家宪法与法律的规范性基础，并通常受到宪法的明确承认。例如 1788 年的美国联邦宪法在“前言”中明确宣布，宪法的基本目标是“建立正义，保障国内安定，提供共同防御，促进普遍福利，并将自由的恩赐被及我们与子孙后代。”²⁷ 作为实现这些实体目标的手段，宪法规定了联邦主义和三权分立的政府结构，并在《权利法案》等宪法修正案中明确保障言论自由、法律的正当程序与平等保护（第 14 修正案）等公民基本权利，充分体现了美国宪法以权利为中心的价值导向。同样，1949 年的联邦德国《基本法》在第 1 条就明确规定，“人格尊严（human dignity）不可侵犯。一切国家权力均有责任去尊敬与保护之。……不可侵犯与不可剥夺的人权既是每个社团，也是世界和平与正义的基石。”²⁸ 这说明《基本法》乃至整个德国法律体系是建立在人格尊严及人权的价值基础之上的。宪法的其余部分，包括特定的权利规定和政府的分权结构，都是基本价值的具体延展。正如德国宪政法院明确承认，《基本法》包含着权利和责任的实体价值，因而构成了一套“价值的客观秩序”。²⁹

因此，宪政是德治与法治的理性统一。作为法治的最高形式，它包含着社会所普遍认同的基本道德规范，从而为法治提供了不可缺少的价值基础。正如墨菲（Walter Murphy）教授指出，“宪政主义是一种规范性政治理论，^[1]要求任何社会的中心价值必须是人格尊严。”³⁰ 同时，它又通过法治使得基本的道德价值获得实施。在某种意义上，宪政把道德法律化，因为通过实施宪法，它使基本价值进入到法律的实体领域，并经由法院而成为有效的政治生活准则。没有宪政，法治就失去了道德源泉，法律体系就成了一个没有顶峰的“金字塔”；没有宪政，德治就将流为不可实施的空谈，甚至成为政治权力与社会不平等的保护伞。本文已经论证，法治与德治是相互依存、不可偏废的治国方略。而只有实现宪政，法治与德治才能完美地结合到一起，成为一个理性的统一体。

【注释】

1 政府学博士，北京大学法学院教授。本文的写作曾受到江苏省哲学与社会科学基金一般项目的资助，在此谨表感谢。一个有所删节的版本见《法商研究》2002 年第 2 期，第 34-39 页。

2 江平：“完善市场经济法律制度的思考”，载《中国法学》1993 年第 1 期，第 7-12 页；文正邦：“论现代市场经济是法制经济”，载《法学研究》1994 年第 1 期，第 25-27 页。

3 见乔晓阳：“关于这次修宪的背景、过程、原则、内容及意义”，载《中国法学》1999年第2期，第3-8页；“宪法修改问题笔谈”，载《法学研究》1999年第3期第147-156页。

4 见苏力：“认真对待人治——韦伯《经济与社会》的一个读书笔记”，载《华东政法学院学报》，1998年12月创刊号。

5 参见郝铁川：“法治的源头是德治”，《检察日报》2000年6月14日。

6 事实上，根据美国的宪法理论，即使一项法律的通过符合民主程序，且也确实代表大多数人的意愿，但如果它不公正地侵犯了少数人的基本权利或利益，那也将构成违宪的“恶法”。对这个问题的最早讨论，见1803年的著名案例“马伯里诉麦迪逊”（*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137-180），参见张千帆：《西方宪政体系·上册：美国宪法》，北京：中国政法大学出版社2000年版，第37-45页。以下简称“《西方宪政体系：美国宪法》”。

7 对于法治概念的界定，笔者将另撰文论述。对于法治与民主的关系在美国总统大选中的体现，参见张千帆：“论美国总统大选中的宪政问题”，《中外法学》2001年第4期。

8 Grundgesetz, Art. 20, 参见张千帆：《西方宪政体系·下册：欧洲宪法》，北京：中国政法大学出版社2001年版第160-162页。以下简称“《西方宪政体系：欧洲宪法》”。

9 Hume's Law, 见 David Hume, *A Treatise of Human Nature*, Book III, Part I, Sec. 1。一种常见的表述方式是，在大前提、小前提和逻辑结论的三段论式中，如果结论中含有任何规范性陈述，那么在大前提和小前提之中必须也含有规范性命题，而不可能从纯粹的事实性前提中推出。

10 见凯尔森：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，北京：中国大百科全书出版社1996年版，第38-49，126-129，141页。

11 这里的“非理性”（non-rational）只是指不涉及理性选择理论中的利益计算过程，而不应被理解为“不理性”或“反理性”等消极概念。参见胡敏中：《理性的彼岸：人的非理性因素研究》，北京师范大学出版社1994年版，第188页。

12 如见《史记》、《后汉书》、《隋书》及新旧《唐书》中的《酷吏列传》。这些故事似乎能证明，极端的集权与暴力统治往往发生在法家当权时期。

13 《孟子·离娄上》。

14 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press (1961), p. 90.

15 在克林顿遭受弹劾的过程中，弹劾的压力在很大程度上来自于美国政治精英和选民对官员行为规则的坚持（两党政治游戏的需要当然也发挥了一定作用）。对于这个过程所产生的法律诉讼，见 *Clinton v. Jones*, 520 U.S. 681 (1997)。

16 *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000)，参见《南京大学法

律评论》2001年春季刊，第178-188页。

17 《论语·为政》。

18 “道之以政，齐之以刑，民免而无耻。道之以德，齐之以礼，有耻且格。”《论语·为政》。

19 “The law is codified morals.” 20世纪实用主义法学家霍姆斯法官曾建议法律和道德之间的严格区分，但似乎并不否认许多法律的渊源来自道德。见“法律的道路”，《南京大学法律评论》2000年秋季刊，第6-19页。

20 最为“臭名昭著”的当然是基于人的自然区别之上的“三纲五常”，但道德人格的区别在儒家学说里是同样根深蒂固的：“君子之德风，小人之德草。草上之风，必偃。”《论语·颜渊》。“君子怀德，小人怀土。君子怀刑，小人怀惠。”《论语·里仁》。

21 一般认为，“在法律面前人人平等”要求“法”对所有人是平等的。然而，“平等”在这里有两个层面的含义：立法与实施。在立法层面上，“平等”要求法律规定在实质意义上对所有人平等，因而禁止立法基于不相关因素对人进行任意歧视；在实施层面上，“平等”仅要求立法规定获得统一实施，禁止行政机构在实施过程中以违反法律的方式进行任意歧视，但并不禁止法律本身对不同类型的人实行区别对待。应该指出，在法律“面前”人人平等并不表明“法”本身就一定平等（例如直到南北战争以前，美国联邦宪法对黑人就不平等；在1921年的第19修正案通过之前，美国妇女也没有平等选举权）。事实上，一项有意义的法律必然会产生“归类”（classification），对不同类别的人规定不同的权利或义务。因此，“在法律面前人人平等”通常只是一项行政法原则，对立法没有直接影响；只有在上升到宪法层面之后，这项原则才要求立法符合实质意义的平等。但作为一种普遍趋势，基于人的肤色、国籍、性别、年龄、党派或信仰的歧视，确实在各宪政国家的法律中逐渐消失。也正是在“法”本身平等的意义上，战国时期的法家坚持要取消贵族特权，并对他们适用和平民类似的社会规则。对“平等”的意义问题，笔者将另撰文详述。

22 《论语·里仁》。

23 Clinton Rossiter (ed.), The Federalist Papers, NAL Penguin (1961), pp. 320-324.

24 《孟子·离娄上》。

25 对于这一论点，参见马歇尔首席大法官（C. J. Marshall）在“马伯里诉麦迪逊”中的精辟论证，参见《西方宪政体系：美国宪法》，第37-45页。

26 对于宪政、宪法与宪法文本主义之间的关系，参见墨菲：“宪政主义”，《南京大学法律评论》，2000年秋季号，第1-5页。

27 见《西方宪政体系：美国宪法》，第704页。

28 见《西方宪政体系：欧洲宪法》，第646页。

29 objective order of values, 参见 Donald P. Kommers: The Constitutional Jurisprudence of the

Federal Republic of Germany, Durham: Duke University Press (1989), pp. 53-55.

30 “宪政主义”，《南京大学法律评论》，2000 年秋季号，第 2 页。

【出处】
原载《法商研究》2002 年第 2 期

【写作年份】2002

【学科类别】宪法->中国宪法

法官选总统？——从美国大选看法治的力量		评
张千帆		
【关键词】		
		【点击次数】764
		【阅读次数】764

在历时 36 天的争议和悬念之后，备受瞩目的美国总统大选终于确定了获胜者。当联邦最高法院宣布争议结束时，一切又恢复了往常的秩序。和以往的“战胜者”一样，副总统戈尔体面地宣布退出，与他的竞选“敌手”布什州长和解，并号召自己的选民转而支持即将继任的合众国总统——尽管戈尔本人不服法院的判决。正如戈尔所言，这是一场十分“特殊”的选举，因为和历史上几乎所有的总统选举不同，这次选举的结果可以说不是由选民决定的，而在很大程度上是由法官最后决定的。这倒并不是因为法官们有意要代替选民去作出这一重大政治选择——现代民主原则显然禁止他们这么做，而是因为双方选票比分在决定性的佛罗里达州相差无几（约万分之一），属于任何选举的正常“误差范围”之内；选举过程中发生的任何“不规则”现象——即对法律要求的偏离，例如负责组织选举的官员以某种方式偏袒其中一方，或过时的选票打孔机不能明确体现出“选民的意愿”（或自动计票器不能识别这种意愿）等等，都有可能导导致人为的选择错误。如果是后面这种技术性问题，那么解决争议的最直截了当的方法，显然是对佛州选民的全部 600 多万张选票进行人工统计，但时间已经不允许这么做。在这种情况下，法律的要求究竟是什么？这是一个司法解释问题，因为其他人都可能因与竞选结果的种种利害关系（例如富人一般都希望共和党人做总统）而偏袒一方，惟有法官可以被信按照法律（而不是人情或自身利益等和法律无关的因素）作出一个中立的决定。因此，竞选双方在相持不下时，把最终的

决定权交给法官，且不论结果如何都坦然接受法院的仲裁。是法治使得利益对立的人有可能走到法律的共同保护伞之下。

然而，法治对于人类社会来说是一件十分困难的事情，这又是被世界各国的历史所证实的。困难的关键在于法治的前提是存在一个公正的司法机构，它能在超越人的利益、感情和偏见的基础上宣布“法律是什么”，且其话语对这个社会具有最终的约束力，不论人们——尤其是对此有利害关系的权势人物——是否愿意接受这种决定。但任何人类机构都是由活生生的普通人组成的，每个凡人都有自己的利益、感情或信仰，并因此而期望获得某种特殊的政治结果。每个由人所组成的政府都是为了人——或更准确地说，经常是为了某些人——的利益而服务的。既然如此，我们到哪里去找这些“不食人间烟火”、超越人性弱点的法官？因此，法治构成了人类社会的一个基本难题：社会需要法治，而严格意义上的法治又几乎不可能实现。西方的“法治国家”为了建立一套近似于公正的司法体制煞费苦心，通过各种可能的途径来保障法官个人（而不仅仅是作为组织机构的法院）的独立性与超越性，使司法决定与法官的个人利益（包括职位、工资、社会地位和名誉等因素）“脱钩”。即便这样，法治国家仍然不能保证法官们每次都像机器那样不带偏私、准确无误地译解出法律密码的本来意义，以至今天我们仍经常能听到同样博学与睿智的法官之间经久不衰的辩论，就像佛罗里达州与联邦最高法院对戈尔与布什之争的判决一样。但这已是人类目前所能达到的最近似于法治理想的状态了。事实上，尽管西方社会对政府一贯不太信任，但对法官却“情有独钟”（社会调查一直表明公众对法院的信任度高于其它政府机构）：如果其他政府官员是“在狭义上理性”（即自私）的普通人，至少法官们还能铁面无私地秉公释法。

有理由表明，社会对法院的普遍信任是民主社会实现法治与秩序的必要条件。事实上，任何政府（不论是专制还是自由或民主）的存在、维持与运作都是和信任联系在一起的。理由大致如下：首先，一个稳定的社会必然是按照某种被普遍接受和认同的基本规则（如写在纸上的宪法、法律，或不成文的习俗与共识）来运作的，而不论运用规则的结果是否对某些人有利（例如，按照正常程序规则所产生的选举结果表明戈尔输了，戈尔本人及一大批同情他的支持者也须认同这个结果）。其次，这种规则首先必须获得政府的维持与实施，才能在人民心目中建立起有效性（如果戈尔利用其副总统的职权或布什利用其兄弟在佛罗里达州的权势，去操纵选举而获得对自己有利的结果，那么选举程序就将在选民心中

逐渐失去地位)；只有政府官员自己先遵守规则，而不是纯粹为了自身的利益行动，并获得了普通百姓的充分信任，人民才会跟着遵守规则（所谓“上行下效”，在中外其实都是一样的），从而达到社会的法治。因此，关键问题是如何保障政府去遵循其自身所要实施的规则。当然，通过及时淘汰那些显然违反规则的官员，民主政治本身为政府的合法性提供了一种维护机制。但正如麦迪逊所言，经验教导人类“辅助防御”的必要性。历史证明，以政府之外的力量去制衡政府，往往是不够的，因而还必须在政府内部建立起一种力量来防止政府官员对规则偏离得太远。具备这种力量的机构存在于政府内部，属于政府的一部分，但它又和其他机构具有不同的利益和考虑，且不被它们的意志所左右。这就是相对独立的司法制度。法治国家的公民之所以还相信其政府基本上会按照所确立的规则行动，并因此自己也愿意遵守规则，很大程度上来源于他们能够信任的法院。

法国学者托克维尔曾说过，美国政治几乎所有的重要问题最后都会以这种或那种方式进入法院，并在那里获得解决。无疑，这个论断被最近的这次大选验证了。就和以往的所有重要决定一样，美国最高法院的这次判决是否明智，历史将为此作出公证。但不论如何，选举最终的解决方式毕竟体现了美国公众和政治精英对法治——或法院——的尊重。如果说民主政治是一种由利益冲突引起的权力较量，那么法治与宪政是使得一个政治上分裂的民族回归统一的力量。正是法治为社会提供了一个共同遵守的游戏规则，使不同的政治党派在“驴象决战”之后，还能像戈尔所说的那样和平地走向一个“共同点”。

【写作年份】2001	
【学科类别】宪法→中国宪法	
法官选总统 ——透视美国大选中的民主与法治	
张千帆	
【关键词】	
【点击次数】736	
【阅读次数】736	

本文上篇论述了法治在美国总统大选中的力量。通过保证权力的角逐者遵守基本的游戏规则，法治为政治竞争从分裂回归统一提供了必要的凝聚力，从而使民主政治过程得以和平、健康、稳定地进行下去。但法治并不是政治社会所遵循的惟一原则。第43届美国总

统的归属由法官作出最终裁决，这固然反映了美国公众和政治精英对法院的尊重以及法治在美国政治中的重要地位。然而，选举一般是由选民直接决定的政治过程；现在，佛州乃至整个大选的结果最后居然由法院来决定，而法官本身并不是由人民直接选举产生——这种做法是不是违背了基本的民主原则？我们首先必须探讨法治和民主政治之间的微妙关系。

一般认为，现代社会离不开法治，而法治的前提是司法公正与司法独立。为此，西方国家通过各种可能的途径来保障法官的判案过程不受各种非法律因素的影响。例如在审理布什与戈尔的诉讼期间，代表各自利益的共和党与民主党选民都曾针对法院游行示威。但如果其有可能影响法官判案，那么它们肯定将受到取缔与禁止。当然，更不用说当事人利用职权去干预司法活动。为了保证司法独立，美国的联邦法官并不是由选举直接产生的，且法官们不能仅因作出不合民意的司法决定而受到制裁。保障法治或司法独立的含义是，社团或政府的某些决定必须由一个中立的机构严格按照法律决定，不论掌握权力的社会势力或代表他们的政府官员在当时是否愿意；或者说，一旦法律（包括诸如宪法的“更高的法”）被制订出来，那么除非通过明确修改法律的文字，任何人——包括人民或人民代表中的多数人，甚至法律的制订者本身——都不能偏离法律的要求，或改变由一个专门机构——法院——所解释的法律的含义。任何看似至高无上的东西——无论是“人民的意志”还是“立法者”的喜怒——都不能迫使法官们放弃法律原则，因为后者才是国家的根本。

在人类社会中，凡是由人组成的社会都需要政府的统治，而凡是由人组成的政府都需要权力制衡。民主和法治是这种制衡的最根本的要素，但和人民大众及其代表一样，法官也是行为学上的普通人；他们不是任何意义上的“上帝”，他们也会犯错误甚至滥用自身的权力，且司法地位的独立与超越在某种意义上正为他们滥用职权创造了有利条件。这样就产生了“由谁来制衡制衡者”的问题。这个问题在民主社会尤为突出，因为民主在本质上是“多数人的统治”（托克维尔有时把它称为“暴政”），多数人所表达出来的一致倾向代表着不可抗拒的国家意志，也只有民主政治程序所产生的由多数人认可的政府官员才具备统治的合法性；法官们（例如联邦法院的法官）却经常不是（甚至不应该是）由选民直接决定的官员——尽管他们可能以某种方式获得民选官员的任命与批准，因而不具备其他政治官员所具有的统治合法性，且他们的资历、受教育程度以及因法治需要而受到

的隔绝于大众政治影响的刻意保护，使之看上去更像一群和多数人占统治地位的民主制度极不相称的少数贵族。因此，民主和法治在这里发生了根本的冲突。这个问题在法治国家并没有（或许永远不可能）获得最终解决，因而对法官在民主政治体制中的作用及其权限产生了经久不息的争论。

虽然民主和法治可能发生根本冲突，两者毕竟又是相辅相成的。不但法治以民主为基础，因为法官所解释的法是也应该是经由民主政治程序所产生的法，而且民主也以法治为前提。这时，司法权力的适当行使不但不违反民主原则，还对保障民主过程的完整性发挥至关重要的作用。这在戈尔与布什之争中充分显示出来。民主政治的核心是选举；一个名副其实的民主体制必须至少要防止选举过程中的种种不规则行为（如贿赂选票、作弊或恐吓等明显违法行为），且选举结果获得相当准确的统计。固然，立法规定执法过程的质量对于保证选举的准确性至关重要，但假如缺乏司法审查，这种保障仍将是不充分的，尤其是立法和执法人员出于党派利益未必能保证选举过程的中立性。在这种情况下，独立的法官对于维护民主选举的完整性具有责无旁贷的义务。

在这个意义上，佛罗里达州的最高法院似乎在行使着一项适合法院行使的权力。但和联邦法院相比，美国许多州的法院因法官民选制度而降低了其独立性。在 70 年代，佛州法院改革了其法官遴选制度，因而增强了自身的独立性。这也可以从佛州最高法院稳定的民主党组成中看出。在某种意义上，佛州最高法院要求重新手工计票的决定有些类似于举世闻名的马伯里案（*Marbury v. Madison*），因为我们知道，正是美国宪法所造成的特殊分权制衡体制——即由不同党派和意识形态倾向的人控制了立法、执法与司法分支——才使得这一历史性决定成为可能。当然，佛州法院的决定被联邦最高法院推翻了。后者以 5 比 4 判决停止手工计票，从而在实际上宣布了布什的胜利。这两个意味深长的判决给我们提出了很多问题，在此无法逐一讨论。但最根本的是，它们都涉及到民主与法治的关系问题。当法院受理并审查对选举行为的诉讼时，政治选举被司法化了，选举的过程与结果受到了法律的有效控制——这确实是法治的表现。但与此同时，在处理这类有政治含义的问题时，司法过程也有被政治化的危险，从而变成最高法院的几位法官（经常是决定胜负的其中一位法官）代替选民作出了政治选择；如果这样，法治也就蜕化为人治，法院也就将丧失其超越的几乎神圣的权威。从这里也可以看到，法治的维持是多么艰难。

因此，民主是法治的基础与合法性来源，而法治又为民主选举“保驾护航”。让法院来决定选举过程是否符合法律要求，本身并不和民主或法治原则相冲突；相反，这是民主与法的共同要求。问题的根本在于如何保证法官的判决是严格根据法律所作出的决定，而非基于法官本人的主观偏向，因为法治既不是“多数人的专制”，也不应该是“少数人的专制”，两者必须在彼此制衡过程中和平共存。

【写作年份】2001

【学科类别】宪法->中国宪法

论美国总统大选中的宪政问题

评

张千帆

【摘要】

本文从2000年的美国总统大选所产生的一系列诉讼出发，探讨了美国在司法层面上的联邦主义和三权分立等有关宪政问题。文章试图说明法治与民主互为前提、相辅相成的关系：一方面，在民主的大前提下，法官必须真实地体现立法者的意图，避免把自己的主观意志强加于民意（例如民主选举的结果）之上；另一方面，法治又是民主的保障，因为民主政治的前提是依法选举，且结果获得准确的统计。审查选举过程的合法性和结果的准确性，乃是司法机构不可旁贷的责任，也只有严格依法（而不是法官个人的政治倾向）审判，法院才能同时实现民主与法治，并获得社会的普遍尊重。

【关键词】

【点击次数】1169

【阅读次数】1169

在2000年11月7日举行的美国总统大选竞争异常激烈，胜负极为接近，且有关争议引发了多重法律诉讼。国内有的报纸因此称美国的大选是一场“闹剧”。从表面上看，这场世纪末的大选确实特别“热闹”：民主、共和两党成员云集佛罗里达州，共同监测重新计票过程；戈尔不止一次地呼吁要倾听选民大众的声音，布什则把他的竞选班子头领和主要智囊成员送到佛州督战；前任总统克林顿为佛州高院命令重新计票的决定鼓掌，纽约州的共和党州长则指责它不仅完全错误而且造成了混乱；在争议的全过程，支持两党的选民都不时举行游行，民主党人指控布什“盗窃”了选举，共和党人则频频提醒戈尔“游戏”已经结束，让位的时候到了。整个过程迂回曲折，双方情绪时起时落。且就和人们记忆犹新的克林顿弹劾事件一样，有关美国总统的争论再次招引了众多的外国旁观者，甚至一度成为世界舆论的焦点。但“热闹”只是表面现象，看热闹的人也往往会忽略“闹剧”背后

的规则和秩序。事实上，整个选举仍然是一个相当开放、透明、有秩序、按规则进行的过程。最重要的，所有关于选举的争议最终都在法院获得了和平解决，且即使是输家（如戈尔）也毫不犹豫地服从最高法院的决定，并公开与政治对手和解。公民对选举结果不服而产生争议——有时甚至是激烈争议，本是民主体制中很正常的现象；但争议是否能获得和平解决，很大程度上取决于这个国家的法治。美国的选举争议最后通过法律手段而获得解决，丝毫没有出现菲律宾弹劾总统期间出现的动乱与暴力事件，确实体现了其法治与民主体制的成熟。大选“闹剧”竟然在法院获得终结与平息，这一事实本身就足够耐人寻味。

事实上，选举争议是一个值得认真对待的法律问题。首先，美国大选突显了民主选举中的一个普遍事实：一定比例的无效（或被人或机器认为无效）选票的存在。在美国的全国选举中，一般有2%左右的选票由于这样或那样的原因作废：有的可能故意不选任何候选人，有的选了两个或两个以上的候选人，有的在标记时犯了错误，等等。在一般情况下，这种比例的偏差可被忽略不记。但如果双方选票相当接近，例如布什和戈尔在佛罗里达州的争夺，这种误差则有可能影响整个选举的结果。因此，最近的这次美国总统大选体现了任何民主选举都可能会遇到的问题。而如何解决这一问题，涉及到国家体制的一系列基本选择。选举事务是否应被全权委托给负责官员？如何处理选举中产生的各类争议？司法机构应该介入吗？如果回答是肯定的，一个联邦制国家还将面临不同层面的法院之间的管辖权分配问题（这当然并不表明单一制国家的问题就更简单或容易处理些）。本文之所以选择美国大选作为分析的主题，倒并不在于它曾有多“热”，而在于它集中体现了美国政体中几乎所有主要的宪政问题。通过剖析总统大选这只“五脏俱全”的麻雀，我们可以透视一下美国宪政、民主与法治之间的重要关系。

笔者认为，从法律上理解选举问题对于一个国家（尤其是发展中国家）的民主、法治与宪政建设是至关重要的。民主是现代社会不可逆转的趋势，而民主的真谛就在于“一人一票”的平等选举在于认真对待每一张反映人民意愿的选票，在于每一张在法律上有效的选票都能对选举结果的产生具备其应有的分量。在什么程度上切实保障并实施这项原则，乃是衡量一个国家的民主化程度的重要标志。但如何保障并实施这项原则，将牵涉到一系列只有熟悉民主难题的国家才能体验到的法治与宪政问题。考察美国大选，或许能对解决

其它国家已经或将要经历的民主难题有些普遍意义的启示。

一、 宪政国家的司法哲学

在美国宪法教学中，这里的内容通常被认为是技术性细节。但笔者却认为它们体现了美国宪政主义的根本特征，且如果不了解它们，也就无法理解本文所要讨论的主题。因此，在探讨 2000 年美国大选的宪政问题之前，有必要先介绍一点美国作为宪政国家的司法哲学。

我们知道，美国的政体设计有两个最显著的特征，即联邦主义和三权分立。首先，在“纵向”上，美国在原先 13 个州的基础上建立了一个中央政府。² 在联邦体制下，中央并不是各州或地方的“上级”政府。合众国宪法严格规定了国会作为联邦立法机构的权限，其中第 1 章第 8 节规定了国会具有立法权的实体领域。³ 只是在有限的立法领域内，中央（即联邦）权力才是最高的；合众国宪法未曾授予联邦政府的权力，被假设仍保留给各州及其人民。⁴ 联邦和现在的 50 个州各有各的宪法与法律，以及一整套彼此独立的立法、执法与司法机构。因此，联邦与各州之间的关系，包括如下所述的法院之间的关系，不是任何意义上的命令与服从之间的关系，而是法律上的分工与合作关系。

其次，在“横向”上，联邦政府是严格按照宪法制订者当时对“三权分立”的理解构造起来的。在具备宪法地位的 3 个最高政府分支中，立法和执法官员是通过选举产生的，且不同性质的民选官员具备不同的选民代表基础：在国会的两个立法分支中，众议员由按人口分配的选区产生，参议员则由所在州的选民产生；在所有的联邦官员中，只有总统才代表整个合众国。⁵ 联邦的法官则由总统任命并经过参议院的多数批准而产生。本文的讨论重点之一，就是这种同时包括民选与非民选分支的混合型体制所可能产生的问题。

和美国的政体设计相联系，三权分立和联邦主义也贯穿了美国司法哲学的争议。三权分立在这里的表现形式是民主与法治的关系，或由人民选举的政治机构与法院之间的关系。具体地说，这是一个司法管辖权（Jurisdiction）或受案范围问题：法院有权审理什么类型的争议，或不能审理什么类型的争议？联邦主义在这里则表现为联邦和各州法院之间的关系问题，即如果某项争议是法院可以审理的，那么它究竟应该由联邦法院还是各州法院来审理？如果两者都可以审理，哪个法院的决定具有最高约束力？对于一个以法治为基础

的民主联邦国家而言，这两个问题是极为重要的。

1. “政治问题”与司法审查

在 1803 年的著名案例“马伯里诉麦迪逊”中，6 联邦最高法院的首席大法官马歇尔首次创立了立法行为受制于司法机构的违宪审查原则。这一原则的确立显著提高了法院在三权分立体制中的地位和权威，并在宪政史上对法院权力的合法性产生了持久的争论。但容易被忽略的是，就在同一个意见中，马歇尔法官还第一次系统提出了“政治问题”（political questions）理论。⁷如果说违宪审查扩大了（至少和相当多的人在此之前的认识相比）法院权力，那么“政治问题”理论则是法院基于对民主原则的自觉尊重和对自身性质的自觉认识，为了主动限制自身权力而形成的一套规则。按照定义，政治问题就是宪法把全部自由裁量权托付给立法或执法机构，因而司法机构不得审查的问题。⁸因此，如果根据法律，前案中原告马伯里的委任状是总统纯粹凭其意志决定的施与，而国务卿（被告）拒绝寄出委任状是来自于总统的指示，那么原告并不具备任何法院能够保护的权利；就此而言，总统“以其政治身份，仅向他的国家和他自己的良心负责”。换言之，如果其它形式的压力没有产生效果，他的行为明智与否最终只能在下次大选中由选民评价对选票的影响来决定，而不能受到任何司法审查。但如果拒发委任状的行为并不属于这类性质的权力，“当立法机构继续给那位官员附加其它责任，当他被无条件地去执行一项行为，当个人权利取决于这些行为的履行时，他就此而言是法律的执行官，向法律对其行为负责。”⁹只有后者才是法院可以审查的行为。

历年来，最高法院的案例法对不可审查的政治问题与可审查问题之间的分界发展出一套规则。在 1962 年的“选区重划第一案”，¹⁰布伦南法官（J. Brennan）认为涉及到政治问题的争议一般都具有如下特征：“通过明文显示，宪法把问题委托给平行的政府部门；或在解决问题时，缺乏能被发现和易于控制的司法标准；或在作出决定之前，必须初步决定非明确属于司法裁量权的政策；或假若法院从事独立决定，就必然对平行政府分支有欠尊重；或存在非常需要，必须不加质疑地服从已经作出的政治决定；或不同政府分支对同一问题的多种意见将产生潜在的困扰。”根据法治国家的司法审查原则，除非至少出现以上情形的一种，法院一般不得以政治问题为由而拒绝受理案件。

“政治问题”理论正好是司法审查原则的反面，而两者的目标又是一致的。其逻辑推

理大致如下：（1）根据自由主义的基本假定，¹¹ 社会中的人需要政府的统治，而政府又由普通的人组成，且根据对人的“狭义理性”（即“人主要是一种利己动物”）本质的行为假定，只有受到制衡的政府才能被信任为公共利益（而非官员的个人利益）服务。¹² 制衡的来源又主要有两个方面：大众（“体制外”）和政府本身（“体制内”）。（2）正如麦迪逊指出：“对政府的首要控制乃是依赖人民”。¹³ 众多事实证明，民主选举的压力本身就足以迫使公共官员制订并遵守良好的法律。（3）但他紧接着指出：“经验早已教导人类辅助防御的必要性。”¹⁴ 由于种种原因，民主程序不能及时发挥作用（这在美国的州际贸易和平等保护问题上尤其明显），甚至多数主义规则本身就是问题的来源。¹⁵ 这时，“辅助防御”就显得尤其重要。这些防御措施包括联邦主义和三权分立的体制设计，尤其是在3个权力中引入了并非由选举直接产生的司法机构。根据实证民主理论，如果社会的基本价值选择应该由（受制于直选的）人民代表作出，那么适用体现这些选择的宪法或法律最好由政治中立的司法机构来完成。（4）然而，不是由选举产生的法官不应该替人民或其代表作出法律规定以外的价值选择（例如通过误解或曲解立法者的宗旨，或把自己的个人选择强加于立法者的沉默，或不顾法律规定而代替选民去选择总统），且某些事务（主要是指代表整个国家的国防或外交事务）不可能通过法律来具体规定，因而与其让法官在缺乏法律依据的情况下任意猜测立法者的意图，还不如让受制于选民直接或间接控制的官员在作出政策选择时充分运用其自由裁量权，因为他至少还可被期望因政治压力而谨慎行使其职权。这就是“政治问题”理论的要义。

2. 司法联邦主义

根据合众国宪法的设计，美国的联邦和各州政府之间并不存在任何命令与服从关系，而是由宪法规定的权限范围所调控的法律关系。这种法律关系如何获得实现呢？毕竟，法律并非自生自灭，也不能自动调控；它既然由人制订，因而也必须由人组成的机构来调控其冲突。然而，在政府的三个分支中，国会无权命令各州议会为实现某个联邦目标而制订立法，¹⁶ 总统更无权指挥任何州长去执行联邦法律。因此，调控联邦和各州之间的权力范围这项任务最终落到法官们头上，尽管宪法并未明确规定联邦法院和各州法院之间的关系。¹⁷ 在1816年的“英民地产充公案”中，¹⁸ 联邦最高法院判决弗吉尼亚州的司法决定在有关联邦问题上必须受制于联邦法院的审查，从而确立了最高法院在合众国法院系统中作为联邦法律统一解释者的最高地位。这一案例的重要性体现在霍姆斯大法官（J. Holmes）恰

如其分的评价中：“假如我们失去了宣布国会法案无效的权力，我并不认为合众国就将寿终正寝。但如果我们不能对各州的法律作出如此宣告，那么我却真的认为联邦将受到威胁。”¹⁹ 之所以如此，乃是因为美国的联邦法院构成了联邦和各州在法治的大前提下进行政治交流的枢纽。从这个意义上，也就不难理解为什么戴西把联邦主义和法治几乎等同起来。²⁰

当然，联邦法院的管辖权并不是无限的。宪法第3章第1节规定，“合众国的司法权力应被赋予一个最高法院，以及随时由国会建立的下级法院。”第2节规定：“司法权力应扩展到所有起因于本宪法、合众国法律以及根据合众国权力制定或将制定的条约”（即“联邦问题”）的案件、涉及大使、公使及领事等案件，以及涉及到两个州的政府或公民之间的争议（即“异州管辖”）。²¹ 对于绝大多数并不涉及联邦问题的州法案件，最终决定权并不在于联邦法院，而在有关州法院；且即使在审理有关“异州管辖”的案例过程中，联邦法院必须适用相关的州法，因而应遵循有关州的最高法院的法律解释。²² 这种主要基于立法权限的划分而建立起来的司法分工体制，被称为“司法联邦主义”。在这一体制之下，各州法院和联邦法院同样发挥着重要作用。如果有关诉讼仅涉及州法，那么联邦法院就无权接手审理。²³ 当然，争议往往发生于联邦宪法或法律发挥次要作用的混合案例中。这时的问题是：联邦法院是否应该干预州法院的判决？或者说它在审查过程中应赋予州法院以多大的尊重？2000年的美国总统大选可能正属于这后一类争议，尽管我们将在下文看到，最高法院的法官们对联邦宪法和法律在解决这场争议中的重要性展开了激烈辩论。

以下，我们先介绍引发这场争议的“始作俑者”：（被认为）行将就木的总统选举制度。

二、 复杂的游戏规则：美国的选举制度

美国人十分强调法治，主张用法律去最终解决（几乎）一切问题，包括许多具有重要政治含义的问题，且一旦法院判决下来，赢家输家都心悦诚服。美国人的法治观念非常实用。对他们来说，法律（包括宪法）就是保护自己权利与利益的“工具箱”。²⁴ 即使是选举也不例外，因为大多数选民最关心的是选举结果对他们切身利益的影响。在自由民主国家里，这至少是主流实证理论的行为假定。通俗地说，民主制度的要旨就是允许选民通过

选举他们想要的人来维护自己的权利，而选举法就是保证选举过程得以正当进行的法律机制。因此，选举法(这里泛指调控选举的所有宪法或法律规定)就成了选民与候选人维护自身权益的“工具”。

一般认为，美国总统是由全国范围内的选民直接产生的。这种看法虽不完全正确，但在绝大多数时候却能预言正确的结果。只是在争夺双方(在此假设美国目前的两党制)选票相当接近的时候，才可能出现选举结果不能体现全国多数选民的意愿之情形。这是因为美国选民所选的并不是总统本人，而是总统的“选举人”(electors)。这项古老的选举制度在绝大多数情况下“藏而不露”，以至让人们误认为它已经“作古”，²⁵ 但有时在关键的时候——譬如说这次 2000 年的美国总统大选——却又令人惊愕地向世人一展它的存在。要理解美国总统选举的问题，我们首先要理解有关选举院(Electoral College)制度的法律，包括合众国宪法和法律，以及争议发生所在地——佛罗里达州——的法律。

1. 合众国宪法

以孟德斯鸠的三权分立理论为蓝本，美国联邦宪法结构鲜明地规定了立法、执法和司法机构的权力与职能。第 2 章基本上包含了有关合众国总统的所有重要规定，例如任期(4 年)和选举方式。其中第 1 节第 2 段规定：“每个州应以其立法机构所指示的方式任命选举人，其数量等于该州在国会所具有的参议员与众议员席位的全部。”1961 年的第 23 修正案为哥伦比亚特区增设了总统选举人名额。²⁶ 将众议院人数(435 人)、参议院人数(100 人)和特区名额相加，目前的总统选举院共 538 人。第 1 节第 3 段规定了总统选举人的任命、集会和表决程序，后来这一段被 1804 年的第 12 修正案所替代。²⁷ 根据规定，当选的总统必须获得多数选举人的选票，即现在须至少达到 270 票。

和众议院选举有些类似，美国总统的选举也具有某种“全获性”(catch-all)，即在一个州内胜者全赢，负者尽输。美国众议院的选举被划分为一系列选区，每个选区只能有一名代表。假定在一个州内选民对民主党与共和党的支持率是 60:40，那么完全有可能出现下列情形，即共和党在各个选区中都被民主党击败，从而使该州当选的民主党与共和党众议员比例为 100:0，和选民对两党的实际支持比例大相径庭。当然，选民在各州分布的不规则与任意性使得这类情形并未发生，但至少在理论上存在着发生的可能。美国的总统选举院体制也有类似问题，且在实际中时有发生，后果也更严重。例如在佛罗里达州，如果我

们确切地知道布什比戈尔多获得那么一点点选票，那么美国的选举院体制将使他获得该州全部的选举人票。28

在大多数情形下，当选总统获得的选举人票相对于落选人而言显得比选民的的实际支持要多；但在少数情形下则可能反过来，甚至当选总统虽然获得了多数选举人票，但就选民的的实际支持而言还比落选者更少。29 这种情况历史上曾发生过4次，而在2000年的总统选举中又发生了：在总统大选中所投的总共1亿多张“全民选票”（popular votes）中，戈尔比布什多获得30万票。这一差距虽然不大，却是不受争议的事实。因此，根据简单多数原则，戈尔应获选美国总统。然而，选举院制度却允许布什获得了微弱多数的选举人而当选。30 美国人似乎默认了这一由选举院体制导致的结果，而只是在技术上找原因。笔者认为，造成这次选举的困惑有很多原因，但最根本的原因仍在于选举院这一似乎已经过时的体制。31 它不但违背了现代多数主义民主的公正观念，而且使得选举的最终结果过分依赖特定州的选票统计的准确度，从而直接引发了这场本来不必要的世纪争议。

最后，联邦宪法还在多处规定，公民的选举权不得因种族、性别或年龄而受到剥夺或削弱。这些保障是普遍的，不仅适用于总统选举。在此特别相关的是内战后（1868年）通过的第14修正案，其第1节规定：“所有在合众国出生或入籍、并受制于其管辖权的人，都是合众国公民和其居住州的公民。任何州不得制订或实施任何法律，来剥夺合众国公民的优惠与豁免权。各州亦不得不经由法律正常程序(Due Process of Law)，即剥夺任何人的生命、自由或财产，或在其管辖区域内对任何人拒绝 ^[提供]法律的平等保护(Equal Protection of Laws)。”32 对于联邦或州政府的选举，这项意义深远的修正案已被解释为要求“一人一票”原则。因此，在1964年的“选区重划第二案”，33 联邦最高法院推翻了阿拉巴马州早已过时的选区划分体制。这种体制忽略了60多年来州内的人口变迁，导致选区和选区之间人口比例的严重失衡，从而侵犯了选民在国会参众两院获得平等代表的权利。我们将在本文中看到，这项原则不但可能受到联邦或各州立法与执法官员的侵犯，而且还可能受到法官的侵犯。

有趣的是，由于联邦宪法把总统选举人的选择决定权交给了各州立法机构，如果州议会不把这项权利直接转交给选民，而是由自己直接选择总统选举人，那么平等保护的问题就不存在。只有在州议会作为实施联邦宪法第2章第1节授权的手段，选择全州选举来任

命选举团成员之后，公民个人才有选举合众国总统的选举人的宪法权利。因此，联邦最高法院在 1892 年的一个案例指出，³⁴ 在选择任命选举人的方式上，州议会的权力是“全面”（plenary）的。例如它可以选择自己去任命选举人；事实上，在联邦宪法制订许多年后，这一直是好几个州的立法机构所采取的方式。但随着历史的发展，各州逐渐把选择选举人的权利赋予公民个人。当然，任何州的议会都可以收回这项联邦宪法原授予它的权力，但目前美国所有的州确实都由公民来选举总统的选举人。而一旦州议会选择把这项权利交给选民，州对这项权利的规定就受到联邦宪法相关条款的制约。既然佛州法律现在已把选择选举人的权利交给了选民，那么佛州的立法、执法与司法行为就不得以任何方式侵犯或歧视这项权利。

2. 佛罗里达州对选举人的规定

美国是一个联邦国家，各州在它的政治与法律体制中发挥举足轻重的影响。各州对州内事务的管理具有相当的独立性，州法院审理着绝大部分起因于州法的民、刑和行政案件。有趣的是，总统本是整个联邦中最重要的职位，理应受到联邦宪法与法律的统一调控，但联邦宪法第 2 章第 1 节第 2 段却明确把选举人的任命视为各州立法机构的任务。各州议会有全权规定选举人的产生方式、官方认定和争议解决过程。事实上，佛罗里达州法对选举人的有关规定构成了 2000 年总统选举的主要诉讼对象。

应该说，佛州法律对总统选举人的选择过程已经做了相当详尽的规定。有关总统选举的规定主要集中于该州法典第 9 篇（“选举人与选举”）。其中第 101 章规定了选民选择选举人的表决方法和程序，第 5609 节详细规定了对选票设计以及自动检票机器的要求。³⁵

如果选票之差小于所投票总数的千分之五，那么再次计票将自动进行以核实结果的准确性。如果当事人对机器产生的选举结果不服，那么可以要求负责选举的官员组织手工计票。以州的公证（certification）为界限，州法把当事人对选举结果的挑战分为两个阶段：争议和异议。以下，我们把讨论集中于州法对处理正常选举争议的有关规定。

第 102 章规定了选举的进行以及结果的确认，其中 166 节规定了选举异议（protest）的程序。其第 1 款指出：“任何对提名或选举的候选人或任何在与这类候选人相关的选举中有资格表决的选民，都应有权通过对合适的检票团提交经过宣誓的书面异议材料，对被认为错误的选举结果提出异议。”这类异议必须在检票团公证选举结果之前提出。第 4 款

规定，任何选票上有名的候选人或其所属的政党都有权要求检票团进行手工计票。申请必须是书面的，并须陈明要求手工计票的理由。选区的检票团可授权所申请的手工计票，并应尽其努力把时间和地点通知所有候选人；手工计票过程必须向公众公开。第 5 款规定，如果检票团对某些抽样选区的手工计票发现选举结果有误，那么它可以做 3 件事：（1）纠正错误并清点剩余选区的选票，（2）要求州务院（Department of State）核实计票所用的计算机软件，或（3）对所有选票进行手工计票。

如果检票团已公证选举结果，而当事人对公证结果仍有异议，那么就进入到争议（contest）阶段。如果原告在异议阶段仅须向有关检票团陈明要求重新计票的理由，那么争议阶段要求则更为严格。第 102 章第 168 节规定了解决选举争议的方法和程序。其中第 1 款要求对结果不服的落选者、选举人或纳税者向州的初审法院对公证行为提出诉讼，有关检票团为诉讼的当然被告，且获选者必须作为当事人参与诉讼。³⁶ 第 3 款规定：“原告应提出理由，并基于此建立他或她对这类职位的权利，或推翻被提交的公民投票的选举结果。”这类理由可包括负责选举官员、检票团成员或选举人的欺骗、腐化或接受贿赂，或选举“接受了一定数量的非法表决或排斥了一定数量的合法表决，使之足以改变选举结果或使之带有疑问。”这最后一条成为戈尔在总统大选的争议阶段中要求重新计票的理由，对它的解释也是佛州与联邦最高法院内部争议的焦点。显然，在选举检票委员会公证了选举结果之后，当事人通过争议途径而获得重新计票的要求将受到更为严格的审查。但州法要求初审法院³⁷“形成必要的命令，以保证申诉中的每一项主张都获得调查、审查或检查，以防止或纠正任何所宣称的错误，并提供任何对这种情形适当的救济。”

最后，为了防范形形色色的违法选举行为，第 104 章定义了 30 多条选举中的不规则行为及其处罚。这类行为包括州的州法机构传递错误的选民登记信息，³⁸ 干涉登记或要求登记者给予回报，未经授权而占有、使用或销毁选民登记卡，选票舞弊和买卖行为，影响表决的各种违法行为，雇主通过威胁雇员来控制其表决的行为，（在 19 世纪后期相当普遍的）多次表决行为和冒名顶替行为，以及选民的错误登记和违法表决行为等。虽然这些规定对于保证民主选举的有序进行是不可少的，但在本次大选中并没有人挑战选举过程的合法性或宣称大规模的故意违法现象。³⁹

3. 联邦选举法

由于联邦宪法把总统选举人的选择过程授权各州加以调控，联邦法律对总统选举的规定寥寥无几。直到 1886 年的总统选举对选举人的名单出现了争议之后，国会才制定了解决有关争议的立法。当时，佛罗里达、南卡罗来纳和路易斯安纳州都向华盛顿提交了两份选举人名单。在某种意义上，2000 年的总统大选是它的重演：如果没有这些州的话，民主党候选人蒂尔登（Tilden）将赢得 184 票，离获选总统仅差一票；如果获得这些州的选票，共和党候选人海斯（Hayes）将获得所需的 185 票。最后，国会通过建立专门的委员会解决了这场争议，判定共和党候选人获胜。这种解决方式并不尽如人意，并招致许多严厉批评。

40

看到问题之后，国会迅速对选举人名单的确认问题制订了有关法律。和我们这里的讨论相关的是，《合众国法典》第 3 篇第 5 节（3 U.S.C.S. 5）规定了“对选举人的任命所引发争议的决定方法”，提出了所谓的“安全港”（Safe Harbor）概念：“如果任何州通过在选举人任命之日前制定的法律，用司法或其它方法或程序，对该州所有或任何选举人任命的任何争议或挑战规定了最终决定，且这类决定将至少在选举人集会之时的 6 天之前作出，那么 [\[这类决定\]](#) 就应是最终的，且应决定宪法所规定的选举人票的计算……”换言之，只要州的立法在选举人的任命之日前就对任命方法作出了规定，且按照这种规定在选举人集会的 6 天前决定任命，那么这种任命就在“安全港”之内，必须受到国会的采纳；否则，国会即有自由裁量权决定是否采纳州的任命。

三、 诉讼迷宫中的 2000 年总统大选：主要进程

如上所述，包括宪法在内的美国法律是一种赋予权利与义务的工具，而法律所规定的权利与义务乃是诉讼的全部理由和基础。以上有关总统选举的各种法律——联邦宪法与法律，佛罗里达州法——涉及到众多政府部门、候选人、选举人和普通公民，从而使选举争议有可能引发大量诉讼。事实上，这在 2000 年的美国大选中确实发生了。虽然佛州和联邦最高法院先后决定的布什诉戈尔是最引人注目的决定性判决，实际所发生的诉讼却远远不止这些。戈尔与布什的两个竞选委员会、州务卿、各地区的检票团、政党团体甚至普通选民，都有宪法或法律权利针对州政府的有关行为（包括作为或不作为）提起诉讼。⁴¹ 因此，在大选揭晓后的短短 5 个星期时间内，佛州和联邦各级法院审理了几十个涉及选举的诉讼。由于双方选票差距很小，任何诉讼的结果都可能会打破微妙的平衡，从而影响最终的选举

结果。以下，我们跟踪大选日程，简要地描绘一下发生在这段时间内的一些主要法律事件。

1. 大选结果揭晓

2000 年 11 月 7 日，美国进行总统大选。在大选次日，佛罗里达州宣布共和党候选人布什州长获得 2909135 张选票，民主党候选人戈尔副总统获得了 2907351 张选票。由于选票之差小于所投票总数的 0.5%，根据州法规定进行了再次自动计票。结果表明布什仍然获胜，尽管选票差额降低到 930 张。

2. 异议 (protest) 程序

戈尔利用佛州规定的异议程序，要求在倾向民主党的棕榈滩 (Palm Beach) 和迈阿密—戴德 (Miami-Dade) 等选区进行手工计票。在迈阿密—戴德选区的检票团因故于 11 月 23 日停止手工计票后，戈尔竞选委员会起诉，要求计票继续进行。⁴² 在佛州最高法院拒绝发布这一命令后，戈尔表示将按照州法的争议程序来挑战这一选区的选举结果。

3. 公证日期

佛州法律规定，州务卿应在选举后一周，即 11 月 14 日，宣布州所公证的选举人名单。显然，各选区检票团应在此期限之前向州务卿汇报本地的选票统计结果。但在一些进行手工计票的选区中，异议程序尚未结束。对于究竟什么是截止日期以及相关的应该包括到何时为止的计票结果问题，双方发生了争议并产生了一系列诉讼。州务卿否决了延长期限的要求，拒绝计入在 11 月 14 日以后上报的重新计票结果，并准备按照州法所规定的时限宣布公证的选举人名单。这一决定受到了挑战。11 月 17 日，佛州初审法院基于有限证据，判决州务卿的决定属于其自由裁量权范围之内。⁴³ 但在州务卿宣布结果之前，佛州高院命令停止这一行为；它把这一案件和下诉相关案件合并，要求州务卿等候合并诉讼的判决结果。在棕榈滩选区检票团诉哈里斯一案中，⁴⁴ 棕榈滩检票团请求法院对进行全面手工计票的合法性问题所面临的不同法律意见给予指示。11 月 21 日，佛州高院在合并诉讼的意见中把公证日期延迟到 11 月 26 日，命令重新计票过程继续进行，并判决在此期间的手工计票结果必须被包括在最后的公证数字当中。

布什将这一判决进一步上诉到联邦最高法院。⁴⁵ 在这场备受关注的诉讼中，最高法院的法官就若干问题仔细询问了代表当事人双方的律师，包括为什么联邦法院可以接受审理这一主要受州法管辖的案件、佛州法律是否要求在这种情形发生时进行手工计票、佛州高院延长公证期限的做法是否构成了在大选之后“改变”了州法规定等问题。布什方认为，由于联邦宪法把选举人的任命等事务保留给各州“立法机构所指示的方式”，佛州高院对公证期限的延长乃是以违宪方式篡夺了该州的立法权。对于最后这个问题，某些法官（如 J. Scalia & O’ Connor）认为佛州高院显著篡改了州法所规定的选举机制，而有些法官（如 JJ. Ginsburg & Stevens）则认为州法院只不过是在解释州法允许手工计票和规定如此之短的异议阶段之间的矛盾而已。最后，最高法院回避了该案的实质性问题，而是一致以法律依据不明的理由撤消了佛州高院的延长期限决定，并发回重审。

在后来发表的澄清意见中，佛州最高法院以 6:1 再次肯定了原先判决的这一期限。⁴⁶ 多数意见指出，其先前的判决是“基于立法解释的长期确立的规则”，在审查了州法及其所包含的潜在冲突之后才作出的决定。法院同时反驳了有关那项决定超越了司法职权的批评，认为将公证期限延长到 11 月 26 日并不是一个新的截止期，且对以后的司法解释没有作用；它只是寻求把州法的所有相关条款解释为一个“前后一致的整体”，并根据在选举之前已规定的立法要求而设置了一个合理期限。

11 月 26 日，佛州的选举检票委员会正式公证（certify）布什作为竞选的获胜者，从而赢得该州的 25 张选举人票。此时，布什在佛州的领先票数已从 930 下降到 537 票，少于投票总数的万分之一。

4. 争议（contest）程序

根据州法所规定的争议程序，戈尔向里昂（Leon）地区的州法院挑战州的公证行为，宣称迈阿密—戴德地区的选举结果不适当地排除了近一万张机器不能识别的选票（即“缺票”，undervotes），纳索（Nassau）和棕榈滩两地区亦存在类似的不规范行为。这 3 个选区都倾向于民主党，而遭到机器排斥的“缺票”加起来超过了 14000 张，其中支持戈尔的选票很有可能居多。尽管佛州最高法院延长了公证期限，但民主党堡垒迈阿密—戴德和棕榈滩地区却先后因认为不能在公证期限以前结束重计，而放弃或过早终止了重新计票。因此，戈尔方认为佛州选举构成了州法所规定的“接受了一定数量的非法表决或排斥了一

定数量的合法表决，足以使选举结果发生改变或产生怀疑”。⁴⁷ 但在经过 23 小时的听证之后，初审法院的法官索尔斯（J. Sauls）判决戈尔未能满足其举证负担。他认为戈尔未能提供充分的统计或其它证据，来证明佛州的选举结果应和州所公证的结果不同。他同时认为，现有的证据不能证明选举和计票过程中有任何违法、欺诈、严重疏忽、不当影响或强迫行为的发生，因而驳回了戈尔要求重新计票的请求。

戈尔方则认为索尔斯法官在法律解释上犯了严重错误。首先，法院并不象索尔斯法官所说的必须命令或者重计所有选票，或者不得进行任何重计工作，而完全可以命令仅重计有争议的“缺票”。其次，法院也无须发现任何官员的滥用职权，即可命令进行手工计票。最后，法院也无须要求戈尔方证明重计将有“合理的可能性”（reasonable probability）改变选举结果，才能审查受争议的选票。基于这些理由，戈尔选举委员会提出上诉。如下所述，佛州最高法院部分撤消了初审法院的决定，命令在某些选区内开始进行手工计票。

5. 选举舞弊？

戈尔的支持者不仅要求对受到机器排斥的“缺票”进行手工计票，而且还要求排除某些具有舞弊嫌疑的选区选票。如果法院如此判决，那么戈尔将净增 7600 多张选票而超过布什。12 月 8 日，佛州初审法院判决了两个有关不规范选举行为的案例。在赛米诺选区，有选民宣称该选区负责选举的官员允许共和党工作人员在 2000 多张缺席者登记表决的申请表上填补所缺少的选民号码信息，因而要求在州务卿的公证结果中排除将近 15000 张缺席选票，其中布什净胜将近 4800 张选票。共和党负责官员解释说没有这类信息就不能寄出选票，并承认其处理方法违反了 20 多年的常规，但否认她受到了任何人的请求或指使。代表布什的律师指出选民号码之所以不在申请表上，完全是计算机的失误，而和选民本身没有任何关系。现在戈尔的支持者要求废除这一地区的所有缺席选票，无疑是在不公正地惩罚 15000 选民。况且该官员曾和民主党官员讨论过这一问题，而民主党在当时未采取任何措施加以制止或表示抗议，且没有任何证据表明共和党官员在此过程中做了任何不利于民主党候选人的手脚。初审法院的克拉克法官（NikkiAnn Clark，民主党成员）认为这一做法确实构成了不规范选举行为，但判决该行为并不足以导致缺席者选票无效。⁴⁸

在另一个类似的案件中，马丁选区负责选举的官员违反州法规定，允许共和党工作人

员把部分缺席者选票带出起办公室并加以填写所缺少的信息。初审法院的路易斯法官（Terry P. Lewis）判决该选区的选举确实存在着不规则行为，但这类程序缺陷并不足以改变选举结果而要求排除该选区的 9800 张缺席选票（其中布什净胜 2800 多张选票）。⁴⁹

2000 年 12 月 12 日，佛州最高法院一致维持了这些判决。⁵⁰

6. 其它诉讼

尽管美国大选的诉讼是以戈尔与布什为主线，参与诉讼的人或团体却远不止他们两个。例如某选区的选民和黑人领袖杰克逊（Jesse Jackson）的“彩虹联盟”（Rainbow Coalition）宣称，该选区的选票形式存在缺陷，致使许多选民因受到误导而等于被剥夺其选举权。⁵¹ 在另外一系列诉讼中，许多公民从不同方面挑战棕榈滩选票的合法性，并要求法院命令重选，但均遭到法院拒绝。⁵² 还有公民宣称当时正在进行的手工计票过程侵犯了其平等保护和其它宪法权利，因而呼吁法院终止这一过程。联邦地区法院和上诉法院皆拒绝发出终止重新计票的禁令，⁵³ 联邦最高法院则拒绝审查这一案件。佛州民主党曾就重新计票的标准规定问题以及是否应该计入“酒窝选票”问题，起诉棕榈滩地区的检票团。11 月 22 日，佛州初审法院判决这类选票不得不经检验就被重新计票过程排除在外。⁵⁴ 12 月 6 日，联邦第 11 巡回区上诉法院的意见指出佛州及其法院是负责选举的主要机构。最后，佛州州务卿曾诉佛州 3 个地区的法官，请求佛州高院停止手工计票，但遭到拒绝。⁵⁵

当然，所涉及的问题并不仅限于手工计票。例如好几个案例是关于“缺席者选票”⁵⁶ 的处理。布什竞选委员会曾就 14 个选区因技术性困难而排除海外驻军的选票而起诉，⁵⁷ 但在州法官对其论点表露怀疑之后于 11 月 26 日主动撤诉，宣称这些选区已经和其本身的立场“基本一致”，从而避免了一项可能对其不利的判决。布什竞选委员会还曾因某选区的检票团排除了未注明日期和不带邮戳的缺席者选票而起诉。⁵⁸ 12 月 8 日，联邦地区法院拒绝命令检票团必须包括未注明日期的选票，但判决被告以缺乏邮戳为由而排除选票的做法和联邦法律相抵触。另外，州务卿原认为佛州立法要求缺席票必须在选举日之前被州政府收到，因而排除了 在选举日之后才被收到的缺席者选票。12 月 9 日，一联邦地区法院判决这一做法缺乏联邦与州法依据，并后来受到联邦第 11 巡回区上诉法院的维持。⁵⁹

7. 立法行动

与此同时，共和党控制的佛州议会两院准备单独提名支持布什的选举人名单，不论法院诉讼的最后结果如何。在委员会的表态中，共和党人团结一致，因而控制了绝对多数。⁶⁰但在采取行动之前，他们谨慎等待着联邦最高法院对佛州法院有关重新计票命令的判决。

四、手工计票？佛州法院的决定及其意义

在戈尔发动的争议程序被佛州初审法院挫败后，佛州高院审理了这一极有争议的案件，并在内部激烈争论之后以微弱多数命令有关选区开始手工计票。和下述联邦最高法院的决定一样，佛州法院的决定也深刻地反映出法治与民主之间的复杂关系。笔者甚至认为，和联邦法院相比，佛州法院的多数意见或许是一项更为公正的决定（见以下讨论）。在州政府其它权力机构、联邦最高法院和大选结果揭晓期限的多重压力下，佛州高院仍然能够沉着命令把选票清点清楚，至少勇气可嘉。在某种意义上，佛州高院的多数意见和 1803 年的联邦案例“马伯里诉麦迪逊”⁶¹相当类似。在讨论这项富有意义的决定以前，我们首先介绍一下佛州法院的组成，因为它直接解释了一个法院的独立性及其决定方式。

1. 佛州最高法院的独立性

坐落在塔纳哈西（Tallahassee）市的佛州最高法院由 7 位大法官组成，任期 6 年。担任法官的要求包括申请人必须是佛州居民，且此前具有至少 10 年从事佛州法律实务的经历。和联邦法院不同，美国各州法院的法官经常不是由行政首长任命，而是和州长与议员一样由选民直选。这也意味着不少州的法官并不享有终身制，而是和其它民选机构一样面临着连任压力。佛州法院原来所采取的也是法官直选模式。只是在任期内法院职位发生空缺时，才由州长任命替代人选，直到下一届法官选举为止。但这种模式的弊病越来越多。一个突出的问题是法官竞选要求经费，而相当部分的竞选经费是由经常出现在法庭的律师提供的。到 70 年代中期，问题暴露得尤其明显，有数名法官被指控违反了法院的道德规章。从 1971 年开始，州长阿斯起（Reubin Askew）首次对司法体制进行改革，建构了所谓的“论功选择”（merit selection）体系。如果法院职位发生了空缺，州长就要求一个中立委员会建议人选。这个委员会将把一个预先准备好的候选人名单交给州长，从中州长选取一位做法

官。但法官的周期性选举制度仍然没有废除，因此问题尚未获得根本解决。1976 年，佛州选民通过修正州宪，创立了“论功保留”（merit retention）的法官选择体制，一直适用至今。现在，如果最高法院席位出现了空缺，那么州长将从“司法任命委员会”所推荐的 3 个符合资格的人选中选择一位做法官。如果法官任期已到，那么希望连任的法官名单将出现在普选的“论功保留”选票上。该选票并不像普通选票那样设置几个候选人，让选民选择其中一个，而是让选民回答“某某法官是否应保留职位？”的问题。如果大多数选民投票不赞成某法官继续留任，那么州长将从司法任命委员会已经审查并检验合格的人选中任命另一个人来填补空位。

佛州法院的大法官们通过多数表决产生首席大法官，主持法院的所有诉讼。这一职位通常由最年长的法官担任，每两年轮换一次。首席大法官是整个佛州司法系统的最高行政长官。他布置法院工作，并向州的立法机构提出司法预算。和联邦首席大法官一样，他主持在州参议院进行的弹劾过程。根据佛州的长期习俗，首席大法官还主持各届新州长的就职宣誓仪式。但就司法事务而言，佛州首席大法官和其他法官是平等的，在司法表决时也只有一票，因而没有任何权力去强制其他法官服从其意见。比如在 2000 年总统选举的诉讼中，首席大法官威尔斯（C. J. Wells）就处于少数意见的境地，有时甚至是一个“孤独的反对方”；⁶² 首席大法官的地位并不包含任何权力，使他的意见能在同事中获得更多的同情。

经过改革以后的佛州高院具有显著的独立性。虽然大法官们还是周期性地受制于选民对“论功保留”选票的决定，而不是像联邦法院那样实行终身制，他们相对于州的其它最高机构——议会和州长——而言是相当独立的。因此，改革后的佛州法院结构在相当程度上符合司法独立的要求，应有能力严格按照法律来维护民主选举的合法性和准确性。这也解释了它在这次政治竞选争议中的敢作敢为。

2. 佛州高院的“戈尔诉哈里斯”决定⁶³

在上诉的审理过程中，代表布什方的律师宣称佛州法院对“缺票”的审查缺乏管辖权，因为地方检票团已作出相应决定，且命令重新计票的命令将带来混乱，从而损害民主选举过程。戈尔方则针锋相对，诘问民主过程如何会因选民真实意愿的澄清而伤害，并宣称这种说法和“确立的法律、合众国宪法以及民主的基本原则背道而驰”。布什方还辩称，如

果要命令重计，就必须重计该选区的所有 60 万张选票，而这显然是时间所不容许的。戈尔夫方则宣称仅需重计“缺票”，而这是在剩下的时间内可以完成的（如果不受阻挠的话）。

2000 年 12 月 8 日，佛州最高法院以 4:3 的决定部分撤消、部分维持了初审法院的判决。它认为初审法院正确驳回了戈尔对纳索和棕榈滩两地区的统计结果的挑战，但戈尔确实满足了举证负担，要求迈阿密—戴德选区对 9000 张机器未能探测到任何总统选择的选票进行手工计票。佛州高院注意到选举结果极为接近，认为“在这 9000 张未被记入的选票中无疑具有足够多的合法表决，使得对这一选举的结果产生怀疑”。所谓“合法表决”（legal votes），在此被解释为“清楚表明选民意向”的选票，而“排斥”这些选票就是指以任何形式“未能计算”之。这一解释所要求的举证负担，显然要低于初审法院的要求（即证明被告在统计过程中有故意滥用职权的嫌疑）。佛州高院因而命令对以上的 9000 张选票进行手工计票，且选举结果应包括棕榈滩和迈阿密—戴德两选区先前进行的手工计票分别给戈尔净增加的 215 和 168 张选票。

佛州高院的多数意见反驳了初审法院对检票团决定所采用的审查标准。初审法院认为司法审查仅限于有关官员的滥用自由裁量权（abuse of discretion）行为，因而只要这种情况不发生，检票团的决定就应该受到维持。然而，州法第 102.168 节要求初审法院“形成必要的命令，以保证申诉中的每一项主张都获得调查、审查或检查，以防止或纠正任何所宣称的错误，并提供任何对这种情形适当的救济。”多数意见认为这一条款授予初审法院广泛权力以解决选举争议。尽管选区检票团成员作为中立的行政官员应获得法院的信任，但佛州高院显然认为法院对维护民主政治过程的合法性负有重大责任，因而有权对检票团的决定作出独立的全面审查，确保所宣布的选举结果准确反映选民的真实意愿。多数意见指出：“决定这次选举的应该是对佛州公民表决的仔细检查，而不是投票过程之外的策略。选民的意愿应决定选举结果这一基本原则，形成了佛州立法机构所制定的选举法典之基础，并一直被本院在解决选举争议中前后一致地运用。”⁶⁴

针对首席大法官威尔斯提出总统候选人并没有宪法权利挑战选举结果的反对意见，多数意见认为这并不仅关系到谁做总统或候选人个人获得公正结果的问题。正如佛州最高法院在 1975 年的一个案例中指出：“这里真正有利害关系的当事人——不是在法律意义上，

而是现实意义上——是选民。他们具有最终利益，且我们必须首先考虑他们。诉讼双方当然具有直接利益，但他们所寻求的是公共服务的最高职位，且对人民而言最为重要，因而必须使他们的利益服从于人民。我们是一个民有、民治、民享的政府。我们的联邦和各州宪法保障人民积极参与政府过程的权利，而对我们绝大多数公民而言它就意味着通过选举过程的参与。”⁶⁵

因此，发现选民意愿是司法审查的首要目标。多数意见指出：“立法机构已明确承认，佛州人民的意愿是选择所有佛州民选官员的指导原则，不论他们是地区行政长官还是总统选举人。……立法政策的明确讯息是：只要可能，每个公民的表决都应被计入，不论是选举地方的行政长官还是选举合众国的总统。”⁶⁶ 这一原则超越了任何立法的机械要求，包括有关选举结果的申报期限规定。因此，尽管棕榈滩的手工计票结果已过了11月26日截止期，佛州最高法院认为这一期限并不应被理解为排除正在进行的手工计票的结果；而尽管迈阿密—戴德地区的结果只是对部分选票进行手工计票的结果，“它们是可能改变选举结果的合法表决”，因而也应被包括在公证结果的得票总数之内。⁶⁷ 这一决定的实施将使得布什在佛州的领先只剩下193票。

鉴于时间紧迫，佛州最高法院也不认为有必要必须对佛州各选区的全部选票（而非仅是“缺票”）进行重计，并进一步命令对佛州67个选区的约45000张缺票进行手工计票。

在其反对意见中，⁶⁸ 佛州首席大法官威尔斯（C. J. Wells）认为多数意见犯了如下几个错误。首先，佛州法院插手选举事务，使得佛州官员所公证的选举结果失去终极性，并很有可能引发一场政治危机。与此相关，多数意见未能对检票团和初审法院的决定给予充分尊重。他认为州法把管理选举事务并确定选民意愿的自由裁量权主要委托给各选区的检票团，并维护了初审法院要求证明官员欺诈或重大失误的审查标准。这两点理由是相互联系的，它们都要求法院对司法干预采取克制态度；“否则，我们就要冒很大风险，即每一次选举都可能会导致司法审查。对于选举的司法节制（Judicial restraint）是绝对必要的，因为我们民主的健康取决于选举由选民——而非法官——决定。我们必须具备自律，避免只要法院多数主观上感觉到‘这是做着件对的事情’就去涉足政治争议。”⁶⁹ 缺乏自律精神将导致司法机构和政府其它分支发生直接冲突，从而引发严重的分权问题。

其次，联邦宪法第2条明确授予各州立法机构以“全权”调控总统选举人的选择问题。联邦立法进一步规定了“安全港”期限，在此期限内州根据在选举之前所采纳的州法规定而公证的选举人名单将被国会自动采纳。为了给选票重计过程“挤”时间，佛州法院的先前决定已经延长了州法所规定的公证期限，且不适当地解释了州法中有关“合法表决”的含义，因而国会有可能认为这种做法构成了在选举之后改变了州法，使佛州所提交的选举人名单失去“安全港”资格，从而“剥夺”全体佛州人民的选举权。由于佛州议会已宣布要利用“安全港”条款的意愿，以使选举人名单获得国会的自动确认，佛州法院可被认为是企图以违反宪法规定的方式篡夺了立法机构的权力。

最后，威尔斯认为多数意见缺乏重新计票的具体标准，由此将导致各选区官员判断标准的差异，从而违反联邦宪法所要求的对公民选举权的平等保护。他诘问道，如果遇到了一张“酒窝选票”，地区检票团是否应认为它充分表示了“选民意向”而把它算作合法表决？各个地区可能会作出不同的结论，且就在同一地区，不同的检票团也会各行其是。况且多数意见把重计局限于“缺票”，而不包括同样被排除于选举结果之外的“多票”。这一区分似乎也构成了不具备充分理由的歧视（详见联邦最高法院的多数意见）。多数意见的重计决定表面上是为了保护公民的平等选举权，但手工重新计票却不一定像他们想象的那样可靠。尤其是因为时间仓促、人手紧缺，多数意见任用了初审法院的法官介入并监督重计过程，而这些法官们平时并不熟悉选举事务，因而完全不清楚他们对这一事务的素质、资格和客观程度。加上多数意见缺乏严格的重计标准，结果必然导致手工重计过程的主观性与任意性。

3. 离“马伯里”只差一步？

在某种意义上，佛州高院的决定和1803年的历史性案例“马伯里诉麦迪逊”相当类似。在1800年之后，由杰弗逊领导的“反联邦党”（Anti-Federalist）力量在选举中获胜，从而结束了联邦党人的政治控制。杰弗逊本人当选总统，反联邦党人则控制了国会两院。然而，最高法院的组成却充分体现了联邦党人的“遗产”。几乎所有的法官都由联邦党总统任命，自然也都带有联邦党倾向。尤其是联邦党的“末代总统”亚当斯所任命的马歇尔（John Marshall）大法官，更是一位坚定的联邦党人。因此，美国宪法所规定的法官终身制，使得联邦政府的3个最高分支之间的“党性”有出现“裂痕”的可能性。⁷⁰ 且应该令

热衷于制衡的制宪者感到欣慰的是，这种可能性在建国后短短十来年就实现了。这是一次意义深远的“政府分裂”，因为它发生在原则上应代表民意的两个政治分支（political branch）和并非选举产生的司法分支（judicial branch）之间。⁷¹ 马伯里案就发生在这种宪法体制所产生的政治环境之下，其中一个在政治上“孤零零”的最高法院面临着在民主社会中唯一具备合法性的国会与总统的敌视。但无论在旧传统还是新体制下，美国的司法机构毕竟是相当超越与独立的。它解释了为什么马歇尔法官居然在这种环境下还能从宪法中创造出控制立法机构的违宪审查权来。

和当年的“马伯里”时代类似，在佛州最高法院的7位法官中，有6位是民主党州长任命的，而另一位则是由现任共和党州长和其民主党前任联合任命的。州长和议会两院的“政治面貌”则几乎完全相反，共和党在那里控制了绝对优势，州长则更是候选人布什的亲兄弟。然而在几次主要的选举诉讼中，佛州高院并没有因为政治压力而对共和党候选人让步，尽管赞成与反对意见之比在联邦最高法院的不利判决下达后缩小为4:3（而不是“马伯里”的“一致通过”）。当然，佛州高院的判决最后并没有成为“马伯里”，因为和当年马歇尔大法官所主持的联邦最高法院不同，就任何联邦问题而言——如果这场系列诉讼中确实涉及到实质性联邦问题的话，佛州高院必须听从于联邦法院。这是1816年的“地产充公案”早已确立的原则。在这里，佛州高院的决定最后被联邦最高法院撤消了。

布什先把这一决定上诉到坐落在亚特兰大的联邦上诉法院，但该法院拒绝颁布禁止重新计票的决定。于是当事人又把佛州高院的决定上诉到联邦最高法院。上诉到联邦最高法院的有两个问题：第一，佛州高院是否对解决大选争议建立了新的标准，从而违反了联邦宪法第2章第1节第2款的规定；第二，手工计票是否因缺乏标准而违反了联邦宪法的平等保护与正当程序条款。在下述判决中，联邦最高法院的多数意见认为它确实违反了平等保护条款。

五、 决定选举的一锤：联邦最高法院的“布什诉戈尔”判决⁷²

就和许多美国历史上的其它重要案例一样，这场注定将成为历史性案例的判决也和法院本身的党派倾向有关。⁷³ 在联邦最高法院的9位大法官中，倾向于共和党与民主党意识形态的法官比例是5:4。可以预料，首席大法官伦奎斯特（C. J. Rehnquist）、斯格利亚法官（J. Scalia）和非裔法官托马斯（J. Thomas）将坚定地站在布什一边，而史蒂文思（J. S

tevens)、金斯伯格(J. Ginsburg, 女)、苏特(J. Souter)与布雷尔(J. Breyer)法官则将支持民主党的诉求。奥康娜(J. O'Connor, 女)和肯尼迪(J. Kennedy)法官具有温和的共和党倾向,因而被认为是决定诉讼结果的中间派。在听证阶段中,也要数他们关心的问题最多。肯尼迪法官首先质问这个案件为什么具备联邦问题,⁷⁴ 奥康娜法官怀疑佛州高院的重审判决并没有充分考虑联邦法院中止重新计票的决定,且既然联邦宪法把选择总统选举人的权利保留给各州立法机构,州法院似乎应该特别尊重本州议会的自由裁量权才是。金斯伯格法官则不以为然,认为联邦法院无权去干预佛州法院解释其本州法律的权力。

2000年12月9日,最高法院先以5:4的分裂决定暂时中止佛州内各选区的重新计票过程。斯格利亚法官还非同寻常地附加了一句:“中止决定的发出表明,本院多数虽然尚未决定所提出的问题,但相信上诉者具有相当大的成功可能性。”⁷⁵ 代表少数意见的史蒂文斯法官则指出,多数意见中止重新计票的决定偏离了法院有关司法节制的先例。

12月12日下达的最后判决确实以5:4撤消了佛州高院的判决。联邦最高法院的7位大法官认为佛州高院所要求的重新计票存在着宪法问题。其中布雷尔和苏特法官虽然同意多数意见的这一含糊结论,但所要求作出的补救不同,并在少数意见中单独表达了他们的观点。以伦奎斯特为首的5位法官构成了多数意见,判决佛州高院的决定违反了联邦宪法和法律。其余的法官则基于不同理由,表达了反对这一判决的少数意见。

多数与少数意见之间的争议主要围绕着3个相互关联的问题:第一,联邦法院是否应该干预这项发生在佛州的选举争议,或更准确地说,联邦法院对这项争议有没有合适的管辖权(或称“受案范围”)?第二,佛州高院的判决是否违反了联邦法律,或以违反联邦宪法第2章的形式改变了州法的立法原意?第三,佛州高院对“缺票”的处理方式是否侵犯了联邦宪法第14修正案所保障的平等保护?事实上,对第三个问题的肯定回答也就基本上回答了第一个问题。在实体上,平等保护是本案的选举争议中最根本的问题;也正是在这个问题上,最高法院7位法官的整体意见发现佛州高院的决定违反了联邦宪法。⁷⁶

1. 法院整体(percuriam)意见 77: 平等保护

7位法官的整体意见指出,“当州的立法机构把选举总统的权利授予人民的时候,立法机构所规定的选举权是基本的;且其基本性质的源泉之一就在于赋予每张选票的平等分量

和每个选民的平等尊严。”⁷⁸ 平等保护并不仅限于选举权的初始分配，而且还适用于这项权利的行使方式。在州政府授予平等选举权之后，它不能再以任意与歧视的方式对待选民的选举权，使得不同的选票具有不同的分量。正如 1964 年的“选区重划第二案”指出：“通过贬低或淡化公民选票的分量来剥夺选民权，可以和完全禁止选举权的自由行使同样有效。”⁷⁹

争议的主要焦点在于那些有问题的选票卡。选民被要求用一支尖笔在纸卡上穿孔，但有些选票未被完全穿孔，使得机器不能识别它们，例如应被穿孔的部分有时还连在卡上，有时则只有一个受压的印子（所谓的“酒窝选票”）。佛州高院要求从这些选票上识别选民的意向，联邦最高法院却认为这种做法未能满足平等保护的最低限度要求，即不得任意对待选票以侵犯选民的基本权利。尽管从表面上看，发现选民意向是一项无可非议的普遍要求，但它在具体运用的时候缺乏统一的标准来保证统一运用。最高法院的多数意见指出，问题的关键在于检票团所面临的是一张沉默的纸，而不是一个还能补充解释的人。在诉讼过程中，确实有证据表明不同地区之间在适用“选民意向”标准上的差异，以及同一地区的前后不一致。例如有一个选区的标准要比棕榈滩选区更为宽松，因而发现的新选票是后者的 3 倍，而这项结果和两个选区之间的人口差异显著不成比例。

另外，在这几个选区内所进行的手工计票仅限于“缺票”，而未扩展到所有的机器不能识别的选票，包括“多票”（overvotes），即那些因包含一个选择以上而无效的选票。这类选票在佛州总共有 11 万张之多。因此，如果一个选民未能以机器能够识别的方式选择候选人，那么她在手工计票中还有机会使其意向获得考虑，而如果一张选票以机器能够识别的方式标了两个候选人而被排除，那么它就不能再获得人工考虑的机会，尽管检票团或许能从中探测出符合要求的意向。再者，如果选民标了两个候选人（因而应该无效），而只有其中一个被机器识别，因而错误地被认为有效，也不能再次受到检验与排除。

最后，佛州高院要求迈阿密—戴德选区部分手工计票结果，且并不保证最终公布的结果必须等到手工计票完全结束之后。这样，那些被机器排斥而在最后期限内又不能再次检查的选票，就和获得再次审查的选票处于不平等地位。佛州高院的考虑是在公证期限之前完成全部计票的实际困难，但联邦最高法院指出：“时间的压力并不减少宪法考虑，对速度的欲望一般并不是忽视平等保护的保障之借口。”

因此，联邦最高法院主要从平等保护以及由此发展而来的“一人一票”原则，在手工计票的程序上发现了佛州高院的问题。多数意见认为佛州高院未能在全州范围内保障统一的重新计票标准，因而违反了平等保护原则。要符合联邦宪法所要求的平等保护，佛州的手工计票体制必须作出重大改革。这不仅包括在全州采纳统一的标准来决定什么是“合法表决”以及可行的程序加以实施，而且还对由此产生的任何争议采取司法审查。然而，时间不等人。佛州法律要求对选举人选择的任何争议必须在12月10日之前结束，而这一日期在上诉到联邦法院时已经非常接近。由于在此期限之前不可能以合宪的方式完成手工计票程序，联邦最高法院撤消了佛州高院继续进行手工计票的决定。⁸⁰

虽然联邦法院的整体意见撤消了佛州法院的决定，各位法官对什么是本案的合适救济并没有达成一直意见。事实上，即使7位法官同意佛州法院的决定存在着宪法问题，持反对意见的布雷尔与苏特法官仍然认为本案并不具备足够重要的联邦问题，以要求最高法院干涉佛州事务。以下，我们就3个关键问题比较一下多数意见和反对意见之间的分歧。从双方公开交锋所陈述的理由中，我们或许能对这一案例的判决形成自己的观点。

2. 联邦法院有权干预？

在单独表达的赞同意见中，⁸¹首席大法官伦奎斯特首先解释了为什么他认为本案的问题构成了联邦问题。首先，就和这个问题在大多数普通人看来那样，联邦总统的选举必然是一个重要的联邦问题。最高法院在1983年的一个案例中指出：“在总统选举的情形下，州所施加的限制隐含着尤其特别重要的全国利益，因为合众国的正副总统是代表国家全体选民的唯一被选举的官员。”⁸²在绝大多数情形下，联邦和睦以及对联邦主义的尊重要求联邦法院在州法问题上尊重州法院。州法院的决定一般被认为是作为主权的州的立法意志的最终阐释。且在一般情形下，州政府内部不同分支之间的权力分配也不会上升到联邦宪法的高度。但在少数特殊情形下，联邦宪法确实对州政府的某个分支规定权力或义务。伦奎斯特法官认为本案构成了这类案件。由于联邦宪法规定每个州都以州的立法机构所指示的方式去选择选举人，州的选举法具有独立意义，可以受到联邦法院的独立审查与解释。根据最高法院对这一宪法条款的解释，州议会具有全权定义任命选举人的方式，而对其规定的任何偏离都将构成联邦宪法问题。

然而，在金斯伯格与布雷尔法官加入的反对意见中，史蒂文斯法官认为联邦法院不应

干预佛州法院的决定：“宪法把决定总统选举人的选择方式的首要责任分配给各州。一旦出现了州法——包括选举法——意义的问题时，我们业已确立的实践是把各州最高法院的意见作为最终答案而予以接受。”⁸³ 尽管在极少数情形下联邦宪法或法律可能要求对州的选举进行联邦干预，但史蒂文思法官并不认为本案构成了这种情形，因为从本案中最终出现的联邦问题并不显著。佛州立法权力根据佛州宪法第 5 章受制于司法审查，而联邦宪法第 2 章对选择选举人的有关规定并不免除佛州宪法对其创设的立法机构所施加的限制。同样，联邦选举法第 5 节也假设州的司法机构在解释州的选举法并解决由此产生的选举争议中发挥作用。因此，联邦宪法或法律并未给予联邦法官以任何特殊授权，来取代州法院对州法解释的意见。

金斯伯格法官的反对意见也认为佛州高院对州法的解释处于合理范围之内，联邦法院不应把它自己对州法的理解强加于州法院。她注意到，肯定其所不赞同的法律甚至宪法解释，对于最高法院而言并不是件罕见的事情。例如根据 1984 年的“谢富朗”⁸⁴ 理论，除非行政机构对其所实施的法律的解释违背了“国会清楚表达的意愿”，法院一般尊重行政机构的解释。显然，宪法并没有要求法院对联邦行政机构赋予比各州最高法院以更多的尊重，且联邦法院有时甚至肯定它可能不赞同的州法院对联邦法律的解释。当然，联邦法院有时必须审查州法来保护联邦宪法所赋予的权利。但在处理这类案例的时候，最高法院十分注意对州的最高法院对州法的解释赋予完全尊重。例如在 1992 年的“合同条款案”，最高法院“对州的最高法院的观点赋予尊重的考虑和极大的分量。”⁸⁵

事实上，如果对州法的合宪性发生疑问，而有关州的最高法院对州法的含义仍然没有作出明确解释，那么联邦最高法院一般会把这个问题提请州法院解释，尽管它可能涉及到联邦权利，因为联邦法院承认它是一个对地方法律缺乏充分了解的“外行”。最高法院在 1997 年的一个案例⁸⁶ 中指出，当联邦法院被要求去推翻一项州法时，它应特别警惕避免对宪法问题作出不成熟的裁决，因为如果它尝试在州的最高法院进行审查之前对州法作出一个别出心裁的解释，那么它就产生了错误制造摩擦的危险。最近，在 1999 年的一个案例中，⁸⁷ 一个被宾西法尼亚州定罪的罪犯宣称，州的刑事程序因缺乏一个关键要件而违反了正当程序。联邦最高法院提请宾州最高法院决定州法的确切含义来帮助前者回答联邦宪法问题，尤其是宾州法院在最近一个案例中的解释是否一直代表州法的含义，包括在给原告定罪的时候。通过提请（certification）机制，联邦和各州法院一起营造了一个“合作的司法联

邦主义”。金斯伯格法官认为，法院多数意见轻率干预佛州高院的决定偏离了以前的“谨慎方式”。⁸⁸

3. 佛州高院的解释违反联邦宪法与州法？

联邦法院的多数意见抓住佛州多数意见的3个问题，断定它的解释以违反宪法第2章的方式“不可容许”地扭曲了州法的含义。第一，佛州法院的先前意见把公证选举结果的期限从11月14日延长到26日。第二，它命令对“缺票”进行重计，而这项工作不可能在12月12日的“安全港”期限之前全部完成。第三，它未能对州务卿和检票团的决定给予充分尊重。

伦奎斯特法官注意到佛州对于选择总统选举人的法律已经作了相当详细的规定。它任命州务卿为“主要选举官员”，并把管理选举的责任委托给各选区的检票团。后者有义务向包括州长、州务卿和选举处的处长所组成的选举检票委员会报告选区的选举结果。如上所述，州法还对选举中产生的争议和异议的处理作了规定。异议是针对检票团所报告的选举结果本身，必须在结果公证之前提出；一旦出现异议，选区的检票团可以授权进行手工计票。争议则是针对选举结果的正式公证，在国会所规定的选择过程终止之日（即最高法院发布决定的当天，12月12日）自然结束。佛州高院的一项先前决定延长了异议阶段的期限，推迟了佛州立法所规定的7天公证期限，因而缩短了争议阶段的时间。伦奎斯特法官认为，佛州高院之所以这么做，乃是因为结果的公证本身具有意义：在公证之后，结果就被假设正确，胜者的地位就被假设有效，而败者在法院则将具有沉重的举证负担去挑战检票团结果的正确性。然而，在实际审查的时候，佛州高院却似乎并没有赋予公证以任何实际意义，而是对检票团的决定照常作出初始（denovo）审查，因而忽视了佛州立法的明确期限规定以及检票团对是否重新计票所具有的裁量权。且佛州立法并未明确要求手工重新计票，佛州在历史上也从未有过为审查“缺票”而进行手工计票的先例。

最后，伦奎斯特法官还认为佛州高院的决定阻碍了佛州议会表示要利用“安全港”的意愿，因而违反了联邦宪法授予各州议会全权调控选举事务的规定。直到12月8日，佛州高院还下达继续手工计票的决定。但从时间的进程来看，要在剩余的4天内完成这项庞大复杂的工程是不可能的，况且在此期间新的诉讼还会出现。结果正如威尔斯法官在佛州高院的反对意见中所表达的忧虑：法院命令重新计票的决定将把全部佛州选举人置于“安全

港”条款的适用范围之外。⁸⁹

然而，布雷尔法官针对以上 3 个问题提出了反对意见。⁹⁰ 首先，究竟什么应作为公证结果的最后期限，州法不同条款似存在着歧义。例如州法的第 102.166 节预见到在异议阶段发生手工计票的可能性，但第 102.112 节所设置的期限对于这个目的而言却似乎显然为时过短。解释州法冲突显然是佛州高院的本职工作。而现在联邦法院宣称佛州意见显然扭曲了州法的含义，无异于越俎代庖。对于第二个问题，布雷尔法官认为它是由联邦法院不明智的插手干预本身造成的；假如最高法院一开始就允许佛州的手工计票，那么全部过程完全可能在“安全港”期限内完成。

最后，各方对什么是佛州法律中的“合法表决”发生争议：州务卿认为，所谓“合法表决”就是“根据对所有登记选民的指示而合适执行”的表决，因此机器不能识别选择的选票不构成“合法表决”，而佛州高院未采纳这一解释。佛州法院的这一决定是具备法律理由的，因为州法在处理含缺陷选票的章节中规定：“如果检票团决定存在着选民意向的清楚表达，”那么就不能忽略任何选票。根据佛州法院的先例和美国其它州对类似问题的决定，佛州高院把“合法表决”解释为记录在能够清楚反映选民意向的选票上的表决。这项决定和州务卿的结论不同，但州法并没有任何地方要求佛州法院必须把州务卿的决定作为最终结论予以接受，且也没有任何人能说佛州法院对州法的解释构成了宪法“不能容许”的扭曲。至于是否决定在特定的选区内进行手工重新计票，检票团确实具有一定的自由裁量权，但这种裁量权并不是无限的；一旦当事人证明被排除的选票中有足够多的“合法表决”使人们对选举结果产生质疑，那么法院就可以推翻检票团的决定而命令手工计票。限制检票团的裁量权，并不等于取消这种裁量权。

在其他 3 位法官部分加入的少数意见中，⁹¹ 苏特法官也讨论了这一问题，并认为应该采纳这样的审查标准：佛州高院对州法的解释是否如此不合理，以至于超越了法律解释可被接受的极限，成为非司法行为并产生了和本案立法没有联系的新的法律？争议的起点是戈尔对州的公证发起挑战的理由：即这一结果产生于“排斥了足够多的合法表决，使得选举结果发生改变或产生怀疑”。苏特法官认为，佛州高院对这一条款中所有关键词的解释都“处于合理解释的范围之内”。

首先，州法并没有定义什么是“合法表决”，因而佛州高院必须进行定义。为此，佛

州法院的多数意见采用了处理被损坏或有缺陷选票的有关立法章节，规定“如果检票团决定存在着选民意向的清楚显示”，那么任何选票都不应被忽略。对“合法表决”的其它解释确实是存在的，但佛州高院显然可以作出这一解释。其次，州法院把“排斥”（rejection）一词简单理解为未能计入。对这个词也存在着不同理解，比如州法院的反对意见要求把它理解成机器故障或负责官员的故意过错，以防止每一项选举都可能产生类似本案的争议。但佛州多数意见采纳更为宽松的理解，并无任何不合理之处。最后，佛州高院认为，如果未被计算的选票如此众多，以至它们有“合理可能性”（reasonably possible）包含足够多的选票来改变选举结果，那就构成了“使得选举结果发生改变或产生怀疑”的情形，从而为发起争议提供理由。佛州高院也可以像其初审法院那样要求有“相当高的可能性”（probability），才认为州法允许争议，但州法对此也没有明确规定，因而不能说佛州高院的决定在任何意义上改变了州法的立法原意。总之，在处理选举争议事务上，州法为法官赋予相当广泛的自由裁量权，而联邦法院应根据历来成规，尊重州法院的解释。

4. 回到平等保护：反对意见

持少数意见的两位法官（布雷尔和苏特）确实认为佛州高院意见可能侵犯了联邦宪法的平等保护，因而加入了先前的整体意见，但他们并不同意多数意见的处理方式。⁹² 其中布雷尔法官认为，多数意见对佛州高院所命令的重新计票提出了三项平等保护问题：第一，未能在手工计票中包括“多票”；第二，只是对某些而非全部的选区进行全部选票（而非仅是“缺票”）的重计；第三，缺乏统一、具体的标准来指导重新计票的操作。就第一个问题，布什方并未提出任何证据来说明对“多票”的重计能识别更多的合法表决。布雷尔法官并且认为第二个问题亦大致如此，因而集中讨论第三个问题。多数意见认为平等保护不仅要求手工计票具有统一与普遍的“清楚选民意向”标准，而且必须具备统一和具体的子标准，如“酒窝选票”是否应该被算作合法表决。佛州最高法院没有这么做，从而导致不同选区的手工计票标准在操作中不一致。布雷尔法官承认这可能违反了宪法的平等保护原则，但反对多数意见所采取的补救方式，即简单地推翻州法院的决定并完全停止计票。他认为正确的补救方式应该是把案件发回佛州高院，并允许它根据统一的子标准要求重新计算所有的“缺票”。

多数意见停止重计的全部理由是没有时间，尤其是州务卿没有时间去审核并批准用来

分离“缺票”的机器。但布雷尔法官认为，多数意见并没有确凿的证据表明佛州高院不能在指定期限内完成这一任务。当然，要在12月12日之前完成手工计票，从而使佛州能利用联邦选举法的“安全港”条款是不可能了；但佛州是否能在12月18日选举人集会之前完成这一任务，佛州法院应该比联邦法院知道得清楚。而根据州法，佛州是否能采取进一步行动显然是佛州法院而非联邦法院决定的问题。但联邦法院却代替前者作出了决定。“通过停止手工重计，从而保证那些未被计入的合法表决不能根据任何标准而被计算，本院制造了一项和其所宣称的损害不成比例的补救。且这项补救恰恰损害了本院试图保护的公正利益。”事实上，那些使用打卡系统的选区要比使用扫描系统的选区更容易出现“缺票”。据统计，30个使用扫描系统的选区平均发现0.3%的缺票率，而在15个使用打卡系统的选区中，机器记录的缺票率达1.53%。因此，不同选区的选民在投票箱前对其选票是否会被记入已经面临着不平等的机会。佛州高院的决定无非是为了纠正这种偏差。布雷尔法官不能理解，为什么佛州法院的重计决定因一项完全可以纠正的不足而被全盘推翻。

与布雷尔法官的反对意见类似，史蒂文思法官承认佛州高院未能准确、详细地阐明“选民意向”的决定标准，但他否认后者仅因此而违反联邦宪法。⁹³他注意到1964年的“选区重划第二案”判决选票在同一州的分量不平等违反了宪法，但最高法院从未质疑过州政府用来决定“合法表决”的实体标准。事实上，“选民意向”标准对各选区检票团所提供的指示，并不比由普通公民组成的陪审团每天在法庭里所适用的“超越合理怀疑”（beyond reasonable doubt）标准更不统一，也没有理由认为前者所产生的结果不如后者统一。在不同选区内采用的不同标准确实可能产生严重问题，但佛州高院将作为统一与中立的最终裁决者来审查重新计票中产生的所有争议，从而有效解决这一问题。否则，佛州让各选区自行决定采用何种选票体制的立法规定本身就可能违反了平等保护，因为不同的选票体制在准确性上大不相同；同样，许多州把有关选票设计等决定委托给地方政府的类似决定也不符合平等保护要求。

即使佛州高院所命令的重新计票程序违反了平等保护条款，史蒂文思法官也不同意多数意见的处理方式。多数意见承认，一旦州选择通过公民表决的方式来产生选举人，那么选票获得记录的权利就具备宪法地位，且佛州立法规定所有显示选民意向的选票都构成有效选票的一部分。按照多数意见的逻辑，合适的补救方式应该是采取更为具体的程序来统一实施普遍的立法标准。然而，出于对终极性的考虑，多数意见却在选票获得重新统计之

前命令终止争议程序，从而实际上排除了未知数量的显示选民意向但由于某种原因而机器未能识别的有效选票。多数意见的理由是联邦选举法所设定的期限，但这些条款只是为国会在出现不同的选举人名单时选择选举人提供规则，而并不是禁止佛州继续统计合法表决来决定真正的胜者。例如在 1960 年的总统选举中，夏威夷州任命了两个选举人名单，而国会选择了任命于次年 1 月 4 日的选举人，远超过了联邦法律所规定的期限。因此，即使佛州的重新计票程序含有宪法问题，多数意见也完全可以通过命令合适的补救来纠正佛州的不当之处，而不是剥夺佛州选民的选票获得计算的宪法权利。

因此，史蒂文思法官看不到多数意见有任何适当的理由作出本案的决定。他认为，对佛州选举程序的联邦攻击的全部基础，实际上是“没有明言的对州法官在计票继续进行下去时作出关键决定的中立性及能力缺乏信心”。然而，法治的真正支柱乃是人们对法官的信心。“时间将有一天弥合今天的决定对这种信心创下的伤口。但有一件事情是肯定的。尽管我们可能永远不能完全确切地知道今年总统选举的胜者，对败者的认同绝对清楚的。这就是全国法官作为法治的中立守护人的信心。”⁹⁴

5. 法院与政治

史蒂文思法官的最后这段话虽然可能过于偏激，但他表达了 4 位持反对意见的法官所共享的一个见解：即决定本案多数意见并不是法律，而是这些法官们的政治偏向；这不是法院应该做的，并将损害法院的威信，因此法院不应该干预本该由选民决定的选举过程（且如果选民不能直接决定，那么让诸如国会之类的民选机构来决定也会比法院要好得多）。布雷尔法官特别指出，在整个联邦选举法体系中，并没有任何条款授权联邦法院通过干预选举程序去选择总统。⁹⁵ “无论是宪法缔造者还是 1886 年国会的决定，都是要把本院在解决接近的联邦总统选举中所发挥的作用降到最小；这是既清楚又明智的。无论由国会来解决困难的选举争议是多么笨拙或困难，国会作为一个政治机构远比未经选举的法院更准确地表达人民的意愿。”⁹⁶

布雷尔法官还举了一个和本案情况类似的先例，以说明法官干预所具有的风险。就在 1876 年总统选举之后，佛罗里达、南卡罗来纳和路易斯安纳州都向华盛顿提交了两份选举人名单。为了选择选举人名单，国会决定任命一个由 5 名参议员、5 名众议员和 5 位最高法院大法官所组成的选举委员会。最后，民主党和共和党在委员会中势均力敌，决定性的一票

落到了来自最高法院的委员布拉德列（Joseph P. Bradley）法官手中。他选择接受共和党选举人的表决结果，因而使海斯（Hayes）当选总统。布拉德列法官立刻成为激烈攻击的对象，他被指控为接受贿赂、在铁路利益集团的影响不可自拔等。许多年后，毕克尔（Alexander Bickel）教授认为他是清白与中立的。当时在布拉德列法官看来，关键问题是国会是否有权对选举结果进行审查，抑或必须接受州的权力机构所宣布的结果，而这是一个超越政治的“原则问题”。然而，这里所涉及到的法律问题在政治背景中并不重要。一位法官在两个政党所提供的选举人名单中作了选择，使自己成为民主政治的众矢之的，这显然是他始料不及的结果。

布雷尔法官认为，这段历史的回顾表明法官的参与并不能使得政治过程带上合法性，也不能向公众保证这一过程是公正合法的。相反，它只能使法官们卷入一场党派纷争，从而削弱人们对司法程序的尊重。因此，布雷尔法官认为，最高法院停止佛州手工计票的决定不仅在法律上是错误的，而且在实践中是最为不幸的，因为法院在此决定了一个它应当回避的政治问题。法院在此并不是要捍卫一项基本的宪法原则，例如保护基本个人自由。

“在这高度政治化的事务中，分裂决定的外表威胁着削弱公众对法院本身的信心。这种信心是公共财富。许多年来它很缓慢地建立起来，其中有些年带上了南北内战和种族隔离悲剧的斑痕。对于保护基本自由和法治本身的任何成功努力而言，它都是关键的必要因素。”⁹⁷ 因此，和史蒂文思法官一样，布雷尔法官也担心多数意见的决定不仅将伤害法院本身，而且还可能伤害整个民族。引用布兰代斯法官的话：“我们所做的最重要的事情就是不做任何事”，他认为联邦最高法院应对其所行使的权力进行自我节制，停止干预佛州的选举过程，并允许佛州按照统一的标准进行重新计票。

六、 大选余波

“天下没有不散的宴席。” 尽管不同意见还可以争论，并确实将继续争论下去，法院还是必须在大选结果揭晓前下达其决定。在最高法院的决定下达以后，美国大选尘埃落定。大选风波一过，美国政治似乎又恢复了暂时的平静。但平静是相对的、表面的；这次空前的大选争议不可能不对美国的选举制度乃至整个政治体制产生深远影响。以下，我们简要评述联邦和州在大选后所采取的回应与补救措施。笔者认为，要避免类似的争议出现，美国必须从根本上改革其过时的选举院制度。

1. 从民主回归法治？

首先，最高法院的意见为选举争议划上了句号。不论是否同意法院判决的结论或理由，美国的民众和政治精英们都要求角逐双方尊重法院判决的意见。民主党议员们纷纷表示，戈尔应及早体面退出。戈尔的智囊团成员也认为他已别无选择，否则有“冒天下之大不韪”的危险。戈尔的律师、哈佛大学宪法学教授特莱伯（Laurence Tribe）在电视上表示，尽管他个人不同意最高法院的决定，但他认为“法院在我们生活中的地位是如此重要，以至我们所有人都应该团结在它周围，即使我们不同意判决结果。”一夜之间，戈尔决定正式退出竞选，并发表了颇为感人的讲话，号召他的支持者为了国家利益转而支持新任总统。9月8日毕竟，总统代表着国家而非任何政党。共和党候选人当选为总统，并不意味着这个国家就是共和党人的天下；至少在理论上，无论哪个党派的人当选，他都必须为整个国家而非一党利益服务。也只有这样，其它党派的选民才能认同其统治的合法性。

这场马拉松竞选的最后获胜者布什州长亦表现出一种高姿态，积极同他的竞争对手谋求对话与和解，旨在表明他有能力弥合5个星期以来的激烈竞争给全美国所造成的政治分裂。在民主党占多数的德克萨斯众议院，他通过电视向全国宣布：“我获选并不是为了一个政党服务，而是为了一个国家服务。”他借用林肯总统在内战期间所引的一段《圣经》语录说：“我们的国家必须超越一个分裂的家族。我们的选票可以分裂，但我们的希望是统一的。”

虽然如此，反对派仍然普遍认为布什通过法院窃取了大选的果实。尤其是坚定支持民主党的选民——包括少数民族——似乎对戈尔的失败感到难以置信。黑人议员杰克逊把联邦最高法院称为“布什竞选委员会的自愿工具”，参与了一场精心策划的“司法政变”。参议院司法委员会的资深民主党议员李海（Patrick Leahy）也指出，许多美国人认为最高法院的多数意见并不是一项司法决定，而是一项政治性决定，并有可能严重损害法院在人民心目中的威信。由此可见，史蒂文思和布雷尔法官所表达的忧虑并非没有道理。如果最高法院的多数意见确实是按照政治倾向而非法律而作出的决定，那么法治和民主就同时受到了致命的破坏；民主就不可能回归法治，而是被司法机构的少数人窃取。无论如何，尽管大多数美国人似乎默认了最高法院的判决，它并未能使所有的人——尤其是反对派——心悦诚服。这项决定会给最高法院的社会威信带来什么样的影响，目前尚难定论。

有趣的是,《迈阿密先驱报》(MiamiHerald)和《今日美国》(U.S.A. Today)于2001年4月4日同时报道,有关研究机构对佛州的6万4千多张“缺票”进行了手工统计,结果发现布什所得的净胜票不但没有减少,反而从原来的537票增加到1665票。⁹⁹由此可见,假如最高法院当时纠正了佛州法院意见中的宪法缺陷,但同时允许选票的重计过程继续进行,那么完全有可能不但维持了共和党胜利的结果,而且还让戈尔的支持者输得心服口服。

2. “秋后算帐”? 政治旋涡中的佛州最高法院

如果说联邦最高法院的威信可能在这场选举诉讼中受到挑战,佛州最高法院的日子似乎也不那么好过。在受到来自联邦最高法院的“打击”之后,佛州法院的威信受挫,正好给对它不满的佛州政治机构以“秋后算帐”的机会。据当地报纸报导,佛州忠于共和党的议会两院谴责佛州高院对总统大选的处理方式严重超越了它的权限,因而扬言要对法官加以制裁。¹⁰⁰众议院发言人芬尼(Tom Feeney)指责法院忽略了本州和联邦法律以及联邦最高法院的判决,并指出在法院作用的问题上政府机构内部产生了严重分歧。尽管佛州法院在人选的任命与罢免上享有相当的独立性,佛州立法机构控制着法院的年度经费,并在上次开会期间已经初步通过了试图削弱法院权力的法案,允许共和党州长布什¹⁰¹任命两名新的法官。这种做法和新政期间罗斯福总统的“填塞法院计划”(Court-packing plan)如出一辙。佛州民主党议员已对此表达了忧虑,认为这类法案会在下次开会期间再次被提出,并有希望获得通过。另外,据说有些参众议员对佛州高院多数法官在此事中的表现耿耿于怀,正在研究如何召回或弹劾不合作的法官。¹⁰²

然而,正如佛罗里达大学法学院的里托(Joseph Little)教授指出,这类计划的成功可能性甚为渺茫。佛州宪法中并没有召回法官的任何条款,而弹劾则至少要求法官犯有不当行为(misdemeanor),而非仅仅是和议会发生意见分歧事实上,允许这种意见分歧,正是联邦和各州政府内部设定三权分立体制的本意;法院过于“活跃”或“能动”(activist)甚至“激进”,并不构成弹劾的依据。共和党有些议员后来自己也承认原来的想法过于偏激,他们的本意是迫使司法机构对人民及其代表的要求具备更多的责任(accountability)和响应(responsiveness)。但弹劾的说法是不对的,它反映出一种“暴徒心态”。事实上,即使通过选民把法官选下台的想法似乎也不现实。至少,在这次总统大选中,共和

党和民主党在佛州获得的选民支持可以说是各占“半壁江山”。自从 70 年代中期“论功保留”制度实施以来，还没有任何佛州法官落选。在 2000 年 11 月举行的佛州选举中，佛州最高法院 4 票多数意见中的 3 位法官轻松获得连任，可见选民的支持程度。当然，佛州立法机构开“历史倒车”，使佛州法官的选择回到 70 年代以前的选举制，也不是完全没有可能。但这必须通过修宪才能完成，且需要多数佛州选民的赞同。

最根本的是，在一个民主社会里，政府官员（包括人民代表）的行为最终要受到选民的控制。因此，佛州议会是否会对法院“开刀”，很大程度上取决于公民对司法独立的认识。如果公民本身的法治意识不高，那么立法者就可以为所欲为，而不用顾忌在下次选举中蒙受任何选票上的损失；相反，如果公民普遍反感某些议员的报复措施，坚持反对任何有损于司法机构独立性和完整性的“过火”行为，那么议员们出于自身利益的考虑也不敢轻举妄动。可以预料的是，在法治国家里，公民不会因法院的某项具体决定不符合民意而允许任何力量去实质性地损害司法独立。毕竟，法院的判决不尽如人意，乃是十分正常的现象，且并不能就此证明法院错判了；即使法院偶尔错判，这也是属于法治的代价范围内的。假如因此而取消了法官的独立性，那么司法公正就将丧失殆尽。这不是因小失大、因噎废食，又能是什么呢？

3. “亡羊补牢”？一个更大的漏洞似待弥补

鉴于佛州在这次大选中出现的种种问题，各州负责选举的官员已经呼吁建立统一的选票判断标准及其重计方法。就在 11 月总统大选之后，美国已建立了选举标准特别工作组。103 全国州务卿联盟的有关委员会已赞同了它所提出的好几项改进建议，以保证所有选票都获得准确计算，且选举程序能被普通选民所理解。这些建议还包括对选举改革投入更多的联邦和地方资源，以更新表决机器、训练工作人员并保证选民登记名单的准确性。事实上，包括佛罗里达在内的好几个州已经准备淘汰这次大选中出问题的打孔机表决系统。

固然，不可靠的记录选票机器是这次大选争议的直接原因。美国联邦与各州官员能在大选之后及时提出改进措施，这当然是一件反映民主回应能力（democratic responsiveness）的好事。然而，过时的机器是造成困惑的唯一“罪魁祸首”吗？在诸多技术性的建议背后，被忽略的是从根本上改进选举体制的可能性。在整个争论过程中，选举院制度似乎从未成为攻击对象。这当然也反映了美国人的一种稳定或保守，因为它毕竟是一项古老的选

举制度。但是一项规则并不仅仅因为年代久远而获得永恒存在的合法性。在今天，选举院制度已完全失去了汉密尔顿当年为它辩护的那些长处。美国人之所以还继续沿用这一制度，并不是他们希望选举人还发挥任何实质性作用，而是因为选举院制度在大多数情况下是选民直选的一种近似途径。然而，这种选举方法毕竟不是直选，“近似”有时会产生不可容忍的误差。在这次 2000 年的总统大选中，这种误差颠倒了选举结果：如果把所有 1 亿多张选票加起来，戈尔是无可质疑的胜者（尽管 30 万张选票的获胜差距并不大）。因此，不论佛罗里达州的结果如何，根据民主的基本原则和大多数美国人的实际愿望，戈尔而非布什才应该是真正的赢家。事实上，如果在全国范围内采用简单的多数规则，那么这次纷纷扬扬的佛州选举争议根本就不会发生。

可以证明，选举院制度使得类似于 2000 年总统大选的争议容易发生得多。理由很简单：假定在投票过程中存在着一定的几率的随机错误，那么根据基本的统计学定理，测量平均值的标准方差 104 和测量数目的平方根（ \sqrt{N} ）成反比，即数目越大，标准误差越小。譬如可设想一个数值，它在选民投布什票时取 0，投戈尔票时则取 1，那么问题就是全部选民投票的平均值是什么。如果该值小于 0.5，那就判定布什胜，反之则戈尔胜。但如果平均值像在佛州选举那样非常接近 0.5，那么缩小误差范围就对保证结果的准确性而言极为关键。上述统计学定理是说，这种误差范围（“标准方差”）随着在选民参与基数的扩大而减小。如果总统是由全国范围内的多数选票产生，那么发生争议的唯一情形是竞选双方在全国的总选票数十分接近，而这种可能性显然小于在人口数量少得多的州内发生的可能性。选举院制度首先使统计在每个州内发生，从而不仅增加了每个州内的选票统计误差（因为人数减少导致标准误差增大），而且增加了全国范围内发生选举争议的概率（因为 50 个州都有可能产生这种争议）。更重要的是，这一制度所包含的全获（catch-all）特征显著“放大”了每个州内可能产生的误差：不论选举如何接近（哪怕几乎是 50:50），最后的比分一律是 0:100。正因为如此，竞选的任何一方原来在佛州一点微不足道的优势，现在成了决定命运的因素。

因此，仅仅提高技术，似乎并不能解决选举院制度中所存在的基本缺陷，因为不论机器再准确，误差总是可能发生的。更何况错误的根源经常不在于机器，而是在于总是会犯错的人——在美国是 1 亿多各种背景的选民。这次大选争议的最大作用应该是促使美国朝野对选举院制度的不合理性产生清醒的认识，但这似乎并未发生。毕竟，选举院被写在这

么一部古老而令人尊敬的宪法中。修改宪法的程序又复杂和冗长得令人生畏，乃至即使有人曾产生过这类设想，也很快打消了念头。然而，只要这一制度不作根本性的修改，类似于这次总统大选的争议就有可能（尽管不一定频繁）重演，美国总统的民主合法性也将随之受到挑战。

七、 评论与反思

不论是否能从技术或选举制度上彻底解决选举问题，这次总统选举中出现的问题及其解决方式仍然值得反思。一般人都注意到，美国 2000 年的总统大选是在一系列法院诉讼中告终的。许多人甚至认为，最高法院的判决事实上宣布了选举的最终结果。让一个不是直接由选举产生的机构来决定选举结果，这或许在不少人看来是一件不可接受的事情。抑或这是美国好讼文化的又一次表现，但某些诉讼——尤其是选举争议所产生的诉讼——似乎还是必要的。¹⁰⁵ 可以证明，要保障民主体制本身的完整与健康，一个独立与政治中立的法院乃是不可少的。笔者认为，当民主程序发生了自身难以解决的困难时，法院具有义不容辞的责任依法进行干预，且如果存在着多个法院系统（如类似美国的联邦系统），究竟哪个法院系统应该干预并获得其它系统的尊重，将取决于法院的中立与独立程度。总的原则是，民主选举的正常进行有时需要司法审查来加以维护，而只有真正独立于选举过程的法院才有资格进行审查。当然，独立性并不一定就能保证公正与中立的判决；要维持法官的公正，司法过程本身必须具备一定的透明度，以接受社会的有效监督。¹⁰⁶

1. 认真对待选票：法治与民主的关系

根据定义，民主的真谛是让选举来决定最重要的国家官员；¹⁰⁷ 而民主选举的基本原则是“一人一票”，即任何符合宪法条件（这里主要是指年龄）的公民都有一票，也只能有一票，且在决定选举结果的分量上和其它合法选票一律平等。在政治选举中的任何不平等对待（例如多算或少算了选票的分量），都直接侵犯着民主的基本原则。因此，民主原则的要义就是“认真对待选票”，保证“一票都不能少”。尤其是在双方选票极为接近的政治竞争（例如这次发生在佛州的选举）中，对于有争议的选票进行仔细审查，乃是完全必要与合适的。这一问题不能通过民主政治过程本身而获得公正解决，因为就和其它政治过程一样，民主政治的首要考虑也是获胜，而不是公正（尽管后者可能在竞争中构成一个考虑因素或支持某一方诉求的砝码）。因此，争议必须在双方都可认同的机构中获得公正

无偏的解决，即根据事前制定的法律或约定的习俗（而不是任何一方的有利或不利因素）来决定胜负；这种争端解决过程在性质上是一种司法过程，而不论采取什么形式或名称，这种争端解决机构就是一个法院。既然选票争议对民主选举过程而言是不可避免的，那么公民或当事人为了维护自己的宪法权利而提起诉讼，要求独立与公正的法院依法解决争议，乃是十分正常的事情；它的发生不但不是“闹剧”，而且正是民主的成熟与健康发展的一种反映。

由于这个原因，笔者不同意布雷尔法官在反对意见中的一个论点，即法院不应该插手选举这样的“政治事务”。确实，选举显然是一项“政治事务”，但“政治事务”并不自动表明它就是法院不可审查的“政治问题”。要鉴别本案的争议是否属于“政治问题”，我们可以对照一下布伦南法官在“选区重划第一案”中所列举的标准。¹⁰⁸ 不难发现，选举是一个在严格意义上根据法律程序进行的政治活动，法院在审查过程中完全有法可依，因而具备“能被发现和易于控制的司法标准”；也没有证据表明宪法把这类问题“委托给平行的政府部门”，或“假若法院从事独立决定，就必然对平行政府分支有欠尊重”。虽然本案的时间紧迫，但似乎也不存在“非常需要，必须不加质疑地服从已经作出的政治决定”。最后，1876 总统选举的争议并不能说明法官不应参与审核选举结果的准确性；假如当时布拉德列大法官不参加，而换成任何别人投了决定性的一票，那么他也将受到同样的指控。事实上，这个例子正说明纯粹由民选机构来维持民主的不可行和独立司法审查的必要性。委员会的组成是相当“公正”的，因为除了布拉德列法官之外，共和、民主两党具有同样人数的代表。但在投票的时候，这些党派代表并不是按照法律原则来决定胜负，而是完全根据他们的党派认同。这样，有疑问的大选举变成了一场小选举，而被认为中立的司法代表获得了决定权。这种委员会体制固然具有一定的民意“代表性”，但它就一定比司法干预更能保护民主的合法性吗？如上所述，回答是否定的。当结果存在疑问的时候，民主选举需要一个能保持中立的机构来做裁判，而法院似乎是最好的选择。

因此，法院不应该以不干预政治为由推卸它的责任。至少，法院应该权衡一下遵循法律期限的需要和获得准确结果的需要。后者对于民主体制是至关重要的，否则选举就成了一种形式。在本案，双方的分析家都承认在佛罗里达重计“缺票”对戈尔有利，因为使用过时计票器且较容易误读选票的选区多为民主党人居住。根据一位学者的统计学分析，尽管这次选举在佛州如此接近，以至几乎不可能在统计误差以外预言胜负，但“基于这些模

型所用的数据，在整个州进行的手工计票极有可能逆转目前的领先方向。”¹⁰⁹ 因此，佛州的选举结果有相当大的可能存在着不可忽略的偏差，而既然民主程序本身不能保证结果的准确性，法院就有不可旁贷的责任进行干预。确实，法院在民主体制中的地位非常微妙：它的“独立性”几乎不可避免地意味着它必须超越那些代表民意的权力分支或人民自己的直接控制，而这将对其权力的合法性产生疑问；但另一方面，民主选举的合法性又恰恰依赖这种独立机构的维护。

事实上，这也正是佛州法院选择干预这次选举的理由：“既然对于所有的选举，立法机构和法院都承认选民意愿是至高无上的，在结果接近的选举中，计入所有合法选票的必要性就显得尤其迫切。”¹¹⁰ “我们相信民主的基本原则是‘一票都不能少’（every vote counts），而这次总统选举展现了这一原则的薄弱。”¹¹¹ 由于这个原因，佛州高院不同意“放弃我们在法治下解决这次选举争议的责任。”¹¹² 有证据表明，法院的这项责任是经过立法授权的。在 1997 年的“选举争议和重计中期项目报告”中，佛州众议院选举改革委员会指出：“所有的选举争议和重计都能被追溯到选举体制的实际失败或对这一体制失败的直觉。公众对选举过程的信心对我们的民主是必不可少的。如果选民不能被保证准确的表决统计或选举不被欺诈所损害，那么他们对政治过程的其它部分也不会有信心。尽管如此，对选举结果的有效性和准确性所产生的情由可缘的怀疑必然会出现。因此，选举结果的争议或重计具备获得清楚定义的法律机制，乃是至关重要的。”

因此，问题并不在于法院是否应该干预，而是究竟哪个法院应该干预，并且其决定应被作为最终决定而获得尊重。事实上，布雷尔法官似乎并不反对州法院干预 2000 年的总统选举，而只是告诫联邦法院不要插手州的事务，避免把自己的决定凌驾于州法院之上。但究竟哪个法院更有资格审查这场世纪争议？笔者认为，这个问题取决于哪个法院“最适合”审查选举结果。这里的基本要求是法院的独立性和政治中立性，因为如果法院由于种种原因存在政治偏向，那么它的决定就是主观任意的，并不能严格按照法律来纠正选举过程中所发生的偏差，从而维持民主制度的完整性与合法性。如果联邦和州法院都基本上满足了中立性要求，那么司法权的分工应进一步遵循有关的联邦主义原则，即联邦法院审查联邦问题，而各州法院则审查州法问题。当然，州法和联邦问题之间的分界并不总是一目了然的。如果选举争议同时涉及到联邦宪法的平等保护与州法有关条款的解释，那就要求各个法院尊重司法联邦主义的精神，避免超越相应的权限分工。尤其是联邦法院应避免通过解

释联邦宪法而不适当地干预本属于各州的事务，如州法院对州法的解释标准以及对有关负责官员的自由裁量权的控制程度。笔者认为，最高法院在“戈尔诉布什”的多数意见似未能遵守以上原则。

2. 联邦法院与政治决定

这场诉讼最后应由联邦法官来决定吗？如上所述，最高法院的多数、赞同和少数意见已对这一问题展开了充分讨论。如果佛州法院的决定中有任何因素侵犯了联邦宪法的平等保护或由此得出的“一人一票”原则，那么最高法院显然有权（或许必须）干预；但即便如此，对于最高法院是否应该自己决定案件（实际上也就是选举）的结果，抑或应让佛州法院自己纠正错误，多数意见和少数意见发生了严重分歧。但不论在多数还是少数意见中，争论几乎完全集中在联邦管辖权等技术问题上。在双方对司法联邦主义的讨论中，似乎还有一点欠缺，那就是它们未能围绕究竟哪个法院能够确保民主合法性这个问题。事实上，联邦法院是否应审查佛州法院的决定，或应对这种决定赋予多大程度上的尊重，应该取决于各州法院的独立与中立程度。¹¹³ 我们已经看到，既然改革后的佛州法院系统已经体现出相当大的独立性，它的决定似乎应该是可以被信任的。在上诉审查过程中，联邦最高法院应对此赋予足够的尊重。

然而，多数意见并没有这么做。尽管佛州高院的判决确实可能存在着违反平等保护原则等问题，但正如反对意见指出，佛州判决的平等保护缺陷并不是不可弥补的。最高法院5位法官的多数意见却直接撤消了佛州法院的判决，并命令终止重新计票程序，从而阻止佛州把受到怀疑的“缺票”清点完毕。确实，时间对布什有利，但效率并不是唯一的考虑。反思最高法院的判决，笔者不得不怀疑多数意见是否利用条文主义（例如根据联邦选举法的“安全港”期限去判定佛州高院侵犯了宪法授予立法机构的权力）来推行自身的政治决定，从而削弱了民主的实体性原则。从效果上说，它的唯一作用是维持现状，即一项有争议的选举结果。而在本案，这个现状本身的合法性正是受挑战的对象；即便佛州高院的判决有种种缺陷，也没有理由表明按照判决的方式去重新计票会得到比原来更不准确的结果。最高法院的多数意见指出了佛州处理方式中的缺陷，但它忽略了它在实际上认同的结果也是有缺陷的。它禁止佛州法院在提高选举准确度上有任何作为，但它所命令的“不作为”本身就是一种正面行为：它允许一项有关选举结果的争议逃脱了司法审查，从而使政治力

量中的一方在争议未获得实质性司法解决的情况下当选为总统。

具有讽刺意味的是，最高法院的整体意见在结尾处特别声明：“没有比本院成员对司法权威的关键限制更为自觉；也没有什么比把总统的选择留给通过立法机构的人民以及政治领域的宪法设计更令人钦佩。然而，当争议双方引发了法院的程序时，解决司法体系被迫面临的联邦和宪法问题就成了我们并未寻求的义务。”¹¹⁴ 从法院反对意见的论述中，人们不禁要问：在处理和佛州高院的关系上，最高法院对其司法权力的限制真的如此“自觉”吗？在什么程度上它帮助实现了把总统的选择留给“人民”的宪法设计？在什么意义上它“被迫”面临着它不得不解决的联邦问题？比较一下多数意见和反对意见（尤其是史蒂文思和布雷尔法官）所陈述的理由，这段话非但没有令人信服地驱除人们的疑惑，反而更使它带有“此地无银三百两”之嫌。

如果最高法院在这场世人瞩目的争议中确实下达了一个政治而非司法决定，那无疑是令人遗憾的。至于事实是否如此，肯定将存在着不同意见。但这个例子至少向我们展示了法治与司法公正的困难。事实上，这个困难并不只存在于司法机构；尤其是对于这类具有政治意义的重大争议，任何由人组成的机构都面临着同样的困难。它归根结底是一个法治还是人治的问题。毕竟，凡人都是有倾向的，法官也不例外。即使在法治国家，法官的表决可能也难以避免政治倾向或个人偏见。普通法的一个好处是司法过程的透明度。如果真理存在的话，它并没有简单地取决于一项理由含糊的结论或9个人的表决比分。多数和少数意见之间的辩论（有时甚至是言辞激烈的交锋），使得一个没有直接参与诉讼的局外人也能作出理智的独立判断。在公开允许不同声音的司法制度中，旁观者至少还能从这场带有政治色彩的辩论中探询法律究竟应该是什么，并作出他们自己的判断。

奇妙的是，不同意见之间的辩论并未产生社会分裂，也丝毫没有降低对司法机构的信任与尊重。¹¹⁵ 笔者曾在北京遇到一位支持戈尔的美国商人。尽管戈尔最后在法庭上输了，他还是认为整个大选是一个开放、透明的过程，并在言谈之中流露出对法官的尊敬。作为民主党的支持者，他肯定不会满意法院的多数决定。但他之所以还是像戈尔本人那样接受了它，并承认他们并没有不明不白地输在贪官污吏的“暗箱操作”，至少部分是因为大选所涉及的司法过程也是一个相当透明、开放与自由的过程。即使有些选民对多数意见感到失望，他们仍然可以把希望寄托在少数意见上，希望其中所包含的真理与正义能有朝一日

转变成多数决定的基础。¹¹⁶ 反过来，设想最高法院在这次大选争议的判决中没有任何说理，或者只是搬弄一些空话套话来敷衍了事，结果会怎么样呢？笔者猜测，最高法院的命运恐怕不会比 1876 年的布拉德列法官更好些。透明度或许并不能解决所有问题，但假如没有它，司法独立不但不能带来法治和公正，而且往往只不过为法官们滥用权力与“暗箱操作”提供了方便之门，而人民也确实不会信任或尊重这样的司法判决。

通过探讨美国的总统大选及其司法干预过程，尤其是最高法院内部不同意见的激烈争论，我们看到一个独立与公正的司法机构对于保证民主选举的完整与可靠是至关重要的，而司法公正的重要保障即在于司法程序本身必须是一个自由、平等与公开的说理过程，其中每个法官（不论是几“品”、有没有官衔）都可以不受压制、毫无顾忌地表达自己对宪法与法律的观点，而他（她）的任何法律意见——无论是多么智慧或荒谬——也都将受到法学界同行、学者乃至整个社会与历史的无情检验。法官有自由表达自己的观点，并对于案例的决定享有平等的表决权，但同时必须为自己的决定向法律和历史负责——这本身是巨大的信任和荣誉，也是沉重的压力：记录法官意见的那张纸很普通，但它对公众的影响却可能远远超过法官个人的影响，而其寿命又比任何法官的寿命还要长得多。在美国宪政史上，“遗臭万年”的司法决定——甚至是绝大多数法官们的决定——并不是没有；¹¹⁷ 这些“耻辱柱”虽然为数极少，却成为法官席位上所有后来者的前车之鉴。对于 2000 年美国总统大选，的司法决定，历史自然会有其公正评价。人们可能对这个具体案例的多数意见不满意（尽管笔者怀疑它真的会造成像史蒂文思法官所宣称的那种后果），且如果它确实错判了，它将再次为美国法律界乃至全社会敲响警钟。然而，在自由与公开说明理由的司法制度保障下，人们仍有理由相信，例外毕竟是少数；从总体上说，法院仍然是一个可以被信任的政府机构，法官们的判决也应该受到整个社会——包括那些不同意多数意见的那部分公民或官员——的普遍尊重。透明度使法院这个神秘与威严的殿堂充满着理性的阳光，并最终把它和法律的权威牢固树立在每一位公民的心中。

【注释】

1 北京大学法学院教授，《南大法律评论》主编。本文曾获得国家教育部对留学回国人员的启动基金资助，在此谨表感谢。

2 在独立战争胜利的 1776 年和联邦宪法生效的 1788 年间，美国的政体形式被称为“邦联”

(Confederation) 政府（但也以“合众国”为名）。它只有一个立法机构和一些零散的执法分支，且其权力受到邦联宪法的严格限制。参见 Pual Brest, Sanford Levinson, J. M. Balkin, and Akhil Reed Amar, *Processes of Constitutional Decisionmaking: Cases and Materials* (4th Ed.), Aspen Law & Business (2000), pp. 2-3.

3 固然，其中某些条款的授权是相当广泛的，例如第 3 款的“调节国际、州际…贸易”，以及最后第 18 款的“为执行上述权力……制订所有必要与合适的法律”。

4 参见《合众国宪法》第 9 与第 10 修正案。

5 当然，任何政府机构都在一定程度上代表国家，但只是以整个机构的名义——例如参议院或众议院，而不是任何参众议员个人；后者只能代表一个州或选区。一个有趣的问题是，在美国的参众两院（尤其在成员来自各个选区的人数较多的众议院），一直存在着机构（即国家）利益和个人利益、全国利益和地方利益之间的张力（tension）。参见 Paul E. Johnson et al., *American Government: People, Institutions, and Policies* (3rd Ed.), Boston: Houghton Mifflin Co. (1994), pp. 434-435.

6 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137.

7 张千帆：《西方宪政体系：上册·美国宪法》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 38 页。以下简称“《西方宪政体系：美国宪法》”。

8 一部立法虽然不能使自身或其它立法免于司法审查（除非具备明确的宪法依据，否则立法机构就成衡量自身行为的法官，从而导致立法权的失衡），它在理论上有可能赋予某些行政行为以终极约束力，因而免于司法审查。但在美国，这样的立法几乎肯定会受到挑战，且极有可能因破坏三权分立原则而被判决违宪。

9 《西方宪政体系：美国宪法》，第 39 页。

10 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186, 见《西方宪政体系：美国宪法》，第 75 页。

11 见 Thomas Hobbes, *Leviathan* (1651), Penguin Books (1968), pp. 223, 227. 尽管霍布斯是西方自由主义政治哲学的起源，他所预言的专制政府（“利维坦”）却（至少在表面上）没有被西方自由主义接受。原因之一是霍氏的理论在根本上缺乏对政府的任何制衡。

12 对于这一点，大概没有人比麦迪逊 (James Madison) 说得更好：“假如人都是神，那么政府就没有必要存在了；如果能够以神来统治人，那么无论外部或内部的政府制约也就没必要存在了。要形成一个以人管理人的政府，其最大的困难在于，你首先必须使政府能够控制被统治者；其次必须迫使政府控制自己。”《联邦党文集》第 51 篇。

13 Clinton Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, NAL Penguin (1961), pp. 320-324.

14 同上注。

15 托克维尔 (Alexis de Tocqueville) 后来所说的“多数人的暴政”，在美国立宪之时其实是相当

熟悉的。对于制宪者而言，大众民主如果还不是一个确立的状态，也已经是一个不可逆转的趋势（见联邦宪法对有权选举国会与总统的选民范围的定义，以及在以后两个世纪的拓宽）。且他们在有生之年看到，这将不光是限于白人—男性—有产阶级的民主，而且选举权将很快被扩展到像参加谢斯叛乱（Shay's Rebellion）那样的农民。（事实上，这次叛乱的发生直接推动了费城制宪会议的召开。）正是在民主的大环境下，才产生了对多数主义游戏规则の恐惧及其所导致の反多数主义倾向。毕竟，“人民”也是需要受到宪法和法律制约の普通人。

16 见 1992 年的 *New York v. United States*, 112 S.Ct. 2408, 参阅《西方宪政体系：美国宪法》，第 183-191 页。

17 只有宪法第 6 章规定了“联邦最高”（Federal Supremacy）原则：“本宪法以及根据其所制订の合众国法律和在各合众国权力下签定或将签定の所有条约，乃是国土の最高法律；不论任何州の宪法或法律是否与之相左，各州法官均受之约束。”这里明确规定了各州法院均受联邦宪法以及合宪の联邦法律之约束，但并未明言它们也受联邦法院の法律解释之约束。

18 *Martin v. Hunter's Lessee*, 14 U.S. 304, 参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 28-31 页。

19 《霍姆斯法律文集》（1920 版），第 295-296 页，转引自《西方宪政体系：美国宪法》，第 31 页。

20 他指出：“只有在充满法治精神，并习惯于尊敬法律の社团里，联邦系统才能发扬光大。联邦主义用诉讼替代立法，且只有敬畏法律の人民才可能把诉讼决定和成文立法同样看待。”A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (8th Ed.), London: Macmillan, 1915, p. 100, 103.

21 Diversity jurisdiction. 联邦法院之所以具有这一管辖权，乃是宪法缔造者出于打击地方保护主义の考虑，旨在防止本州法院偏袒本州当事人の现象。

22 因此，为避免用词混淆起见，本文有时称佛州最高法院为“佛州高院”，不应被理解为联邦最高法院の下级法院。在严格意义上，两者是平行关系，而不是我国最高法院和省高级法院之间の上下级关系。只是在涉及联邦宪法与法律の問題上，联邦最高法院才是真正的“最高法院”，并根据“英民地产充公案”，其解释约束着各州最高法院。

23 事实上，为了限制联邦法院の管辖权，联邦最高法院发展了“合适与独立の州法依据”（Adequate and independent state ground）理论，即如果一州の宪法或法律可以为案件の决定提供“合适与独立”の法律依据，那么即使这个案件可以适用联邦法律，联邦法院也不应接受审理。对这一理论の最近阐述，见 *Michigan v. Long*, 463 U.S. 1032.

24 对于宪法和普通法律同样具备实际约束力の观点，早已由马歇尔大法官（C. J. Marshall）在著名の马伯里一案中确立。参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 37-45 页。

25 笔者在《西方宪政体系：美国宪法》の附录中包括了美国联邦宪法の选译（第 706 页），但出于上述原因忽略了有关选举院の規定。这显然是一个疏忽，希望本文能部分弥补这一过失。

26 第 23 修正案第 1 节规定：“合众国政府所在地の特区应按照国会可指示の方式任命下列人选：正

副总统的选举人，其数量等于假定特区作为一个州在国会中所将有的参议员和众议员人数之和，但在任何情形下不得超过人口最少的州。……”

27 第 12 修正案规定：“选举人应在其所在州集会并通过选票对总统和副总统进行表决；两人中必须至少有一人不是和他们同样州的居民；他们应在选票上提名被选为总统的人，并在不同的选票上提名被选为副总统的人，且他们应用不同的名单列出所有被选总统的人和所有被选为副总统的人，以及每个人所获的选票；他们应签署并公证（certify）这些名单，并在封印后把它送到合众国政府所在地，寄至参议院主席。参议院主席应在参众两院面前打开公证书，并然后计算选票。获得总统选票最多的人应成为总统，如果选票超过了构成被任命的选举人总数的多数；如果没有人获得多数选票，那么众议院应立即通过投票从获得选票最多的 3 人中选择总统。但在选择总统时，选票应按州进行计算，每个州的代表具有一票……。”

曾有德克萨斯州的选举人就第 12 修正案的“两人中必须至少有一人不是和他们同样州的居民”，挑战共和党正副总统候选人的州籍问题。副总统候选人切尼（Dick Cheney）的原籍也和布什州长一样是德克萨斯，但他于 2000 年 8 月来到怀俄明（Wyoming）州登记选举。该案原告宣称这一行为并不足以使切尼改变他的州籍而成为怀州“居民”。12 月 1 日，联邦地区法院判决该选举人缺乏诉讼资格（standing；言下之意，宪法虽然如此规定，且即使候选人违反了宪法，原告也因自己的权益并未受到任何直接侵犯而不能起诉），且既然切尼已表示把怀俄明作为其居住州的意愿，德克萨斯不能再被认为是他的州籍。12 月 7 日，联邦第五巡回区上诉法院维持了这一判决。见 Jones v. Bush, 2000 U.S. App. Lexis 34148。这些案例表明，联邦宪法中某些传统限制已不再受到法院的重视。

28 根据所谓的“杜瓦杰定律”（Duverger's Law），国会和总统选举的这一特征被认为促进了美国的两党制。对于这一定律的另一面：多党制和比例代表（proportional representation）之间的关系，参见 Giovanni Sartori, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, New York University Press, 1994, pp. 40-48.

29 这种情形完全有可能发生：设想由两个人口大致相当的州组成的国家，候选人甲在一个选举人数稍多的州以微弱多数胜候选人乙，而在另一州大败。甲仍将获得多数选举人票，尽管两个州加起来多数选民支持乙。

30 无独有偶，在 1888 年的总统大选中，克利夫兰（Benjamin Harrison）的全民选票多于其竞争对手哈里森（Grover Cleveland），但后者获得了多数选举人的支持而当选总统。给戈尔带来一线希望的是，克利夫兰在 4 年后击败了当年的对手而报了“一箭之仇”。因此，民主党支持者在戈尔官邸外呼喊“四年之后”的口号，对他而言未尝不是一种慰藉！

31 在《联邦党文集》第 68 篇中，汉密尔顿曾为美国总统的选举院制度辩护。见 Clinton Rossiter (ed.), *The Federalist Papers*, New York: Penguin (1961), pp. 411-415。汉密尔顿试图说明这种选举制度能够产生一个结合贵族与民主气质的职位，但这类理由和选举院的现代运行方式已不相关。

32 作为南北战争的产物，第 14 修正案具有显著的反歧视特征。其第 2 节废除了宪法正文中臭名昭著的“3/5 条款”（即在分配各州众议员人数时，非自由人仅按 3/5 个人计算），规定：“众议员应在各州按其相应的人口数量分配，计入每个州的全部人数，排除不纳税的印第安人。”有趣的是，该节还对选举歧视提供了选票上的惩罚：“如果在任何选择合众国总统与副总统的选举人、国会代表、州的执法与司法官员或其立法机构成员的选举中，该州的任何男性居民——只要他达到 21 岁年龄，并是合众国公民——被剥夺或以任何方式削弱，除了因为参与叛乱或其它犯罪，那里的代表基数应按照这类男性公民和该州达

到 21 岁年龄的男性公民的总数之比而减少。”

33Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 参见《西方宪政体系：美国宪法》，第 316-318 页。

34 McPherson v. Blacker, 146 U.S. 1, 35。

35 例如第 101.5609 节第 8 款规定：“州务院 (Department of State) 应采纳规则，对用于电子或电动表决系统的选票规定标准。这类标准应保证选票以统一和一致的方式获得检点，且应没有限制地包括对下列事项的标准：选票的物理特征、用于选票的油墨的物理特征、选票的印刷及其计数。”

36 在某种意义上，异议可被视为一种行政“复议”；在州的选举检票委员会公证了选举结果之后，对公证行为的争议才转化为行政诉讼。如下所述，法院不同意见的争论焦点之一就是法院应该采用什么标准来审查被告行政机构的决定，应该在何种程度上尊重行政官员的法律解释和事实认定。

37Circuit courts，为佛州具有普遍管辖权的初审法院。注意它们和联邦的“巡回区”（即上诉）法院不同，且“地区法院”一词在联邦代表初审法院，而在佛州则是指上诉法院 (Florida District Courts of Appeals)。初审法院的法官由选民在非党派选举中产生，每届任期 6 年。

38 和许多现代民主国家不同，美国的绝大多数州的立法仍要求选民在某个截止期之前登记，否则不能参与表决。这类规则起初是为了防止选举舞弊行为，但在一定程度上导致了现代美国选举的低参与率现象。参见 Walter Dean Burnham, The Appearance and Disappearance of American Voter, In The Disappearance of American Voter, Voter Participation Symposium sponsored by American Bar Association (1979), pp. 35-71.

39 除了发生在赛米诺选区和马丁选区的两个案例，详见以下讨论。

40 在以下布雷尔法官 (J. Breyer) 的反对意见中还将更具体地讨论那次选举中的问题。

41 例如戈尔或布什可以挑战州务卿代表州的选举委员会所宣布的公证结果，或起诉选区的检票团违法不履行其所提出的正当要求（如在某选区进行重新计票或立即停止这一过程）；地方检票团可以诉州务卿要求其违法或违宪履行义务，或反过来州务卿可以诉检票团违法抗命；公民则不仅可以诉候选人缺乏竞选资格（尽管原告是否有资格提起这类诉讼，本身值得怀疑），或诉州务卿或检票团的行为侵犯了通过州法赋予的宪法平等保护权利；不一而足。

42Gore v. Miami-Dade County Canvassing Board, 2000 Fla. Lexis 2381, 决定于 2000 年 11 月 23 日。

43 见 McDermott v. Harris, Case No. 00-2700, 后与下案合并。

44Palm Beach County Canvassing Board v. Harris, 772 So.2d 1220.

45Bush v. Palm Beach County Canvassing Board, 121 S.Ct. 471, 决定于 2000 年 12 月 4 日。

46Palm Beach County Canvassing Board v. Harris, 772 So.2d 1273, 决定于 2000 年 12 月 11 日。

这项意见发表于以下佛州法院命令继续重新计票的决定之后，而后面这项意见已经被布什竞选委员会上诉到联邦最高法院。多数意见的唯一反对者是首席大法官威尔斯（C. J. Wells），他在此反对佛州法院在联邦法院的决定下达之前再发表一个意见。

47Circuit Court in Leon County, Florida, Case No. CV 00-2808.

48Circuit Court in Leon County, Florida, Case No. 00-2816.

49Circuit Court in Leon County, Florida, Case No. CV 00-2850.

50 Jacobs v. Seminole County Canvassing Board et al., 773 So. 2d 519; Taylor v. Martin County Canvassing Board et al., 773 So. 2d 517.

51Brown et al. v. Stafford et al., Case No. CV 00-2878-1.

52 作为一个例子，合并以后上诉到佛州最高法院的判决，见 Fladell v. Palm Beach County Canvassing Board, 772 So.2d 1240.

53 对于联邦第 11 巡回区法院的上诉判决，见 Siegel v. LePore, 234F.3d 1163，决定于 2000 年 12 月 6 日。对早先的一个类似决定，见 Touchston v. McDermott, 234 F.3d 1130，决定于 2000 年 11 月 17 日。在 12 月 9 日的一项命令中，联邦上诉法院特别禁止佛州选举检票委员会和州务卿基于公证以后的手工计票状况而改变先前的公证结果，但明确宣布这项禁令并不影响当时正在进行的手工计票过程。见 Touchston v. McDermott, 234 F.3d 1161.

54Florida Democratic Party v. Palm Beach Canvassing Board, Case No. CL 00-11078AB.

55Harris v. Circuit Judges of the 11th, 15th & 17th Judicial Circuits of Florida, 2000 Fla. Lexis 2347，决定于 2000 年 11 月 15 日。

56Absentee ballot，指在选举时在州外的佛州居民的选票，包括在海外工作的美国公民（如在国外驻军的美国官兵）。

57Bush v. Bay County Canvassing Board et al., Case No. CV 00-2799i.

58Bush v. Hillsborough County Canvassing Board, 123 F.Supp.2d 1305，决定于 2000 年 12 月 8 日。

59Harris et al. v. State of Florida Election Canvassing Commission, 235 F.2d 578，决定于 2000 年 12 月 11 日。

60 佛州参众两院委员会皆按照政党认同 (party identification, 简称 PID) 投票，只有参议院委员会有一位民主党的“反叛者”。他代表一个在这次事件中强烈支持共和党的选区，其话语颇耐人寻味：

“我……听从 [\[我的选民\]](#)。如果你不听他们的话，那么你很快就得回家。别的什么人会听他们话的。”

61Marbury v. Madison, 5 U.S. 137-180.

62The lone dissenter, 见 Palm Beach County Canvassing Board v. Harris, 772 So.2d 1273.

63Gore v. Harris, 772 So.2d 1243.

64Gore v. Harris, 772 So.2d 1243, 1253.

65Boardman v. Esteve, 323 So.2d 259, 263.

66772 So.2d 1243, 1254.

67 在早先的一个案例中, 佛州最高法院处理了一个有些类似的众议员选举问题。某个选区的选举结果上报给州务卿的时间超过了立法规定的期限, 因而候选人试图排除这一选区的 11696 张选票。法院一致认为, 原告未能提出“令人信服的理由”剥夺这些公民的选举权。State ex rel. Chappell v. Martinez, 536 So.2d 1007, 1009.

68 另一项反对意见由哈丁法官(J. Harding)撰写, 肖尔法官(J. Shaw)加入。由于理由大同小异, 在此不赘述。

69772 So.2d 1264.

70 应该指出, 现代的“分裂政府”(Divided government)并不能说是美国制宪者的“先见之明”, 因为在当时的美国政治中还不能发现“政党”的踪影。然而, 如果可以把政党理解为按照政治信仰或经济利益的一致性而组织起来的“派系”(factions), 那么麦迪逊早已在《联邦党文集》第 10 篇把“制衡”与自由的关系阐述得很清楚了。在那里提出的联邦主义和三权分立(“分裂政府”可以说是后者的题中之义)的体制设计, 正是为了保障派系平衡这一政治多元主义目的。关于分权体制对国家“主权”所造成的影响, 笔者将另撰文讨论。但从这里我们可以看到, 美国这种“三头六臂”的体制和传统的主权理论是多么不相称!

71 当然, 以后的“分裂”形式更为多样: 在第二次大战结束后, 不仅总统和国会的党派属性长期分裂, 而且甚至国会两院都可能发生分裂。见 Benjamin Ginsberg and Martin Shefter, Politics by Other Means: Declining Importance of Elections in America, New York: Basic Books (1990), pp. 162-175.

72Bush v. Gore, 121 S. Ct. 525.

73 道格拉斯·诺斯(Douglas North)曾断言, 在美国的政府机构中, 要数法院的意识形态最强。参见《经济史中的结构与变迁》, 陈郁、罗华平等译, 上海三联书店 1991 年版, 第 62-63 页。因此, 尽管法官被期望以中立的态度解释法律, 由于法律和政治实际上不可分割, 要做到这一点是很难的。法治国家的法官可以超越自己的利益, 从而杜绝个人的贪赃腐败, 但美国宪政史表明, 要超越他们头脑中固有的成见绝非易事。

74 但他然后基本上回答了自己提出的问题: 由于佛州法院的决定中提到了联邦法律, 因而本案可被认为带有需要联邦法院解决的联邦问题。

75 Bush v. Gore, 121 S. Ct. 512.

76 也正是在这个问题上，两位持反对意见的法官才加入了以多数为主的法院全体意见。

77 在此，“整体”并不表明最高法院的全部法官都同意这类意见。它仅代表大多数法官对判决或其中的某个方面所达成的一致意见。事实上，史蒂文思(J. Stevens)和金斯伯格 (J. Ginsburg)两位持反对意见的法官并未加入这项意见。

78 Bush v. Gore, 121 S. Ct. 525, 529.

79 Reynolds v. Sims, 377 U.S. 533, 555.

80 整体意见指出，持反对意见的布雷尔和苏特两位法官并不赞成这一结论。

81 121 S. Ct. 533，斯格利亚和托马斯法官加入。“温和派”奥康娜和肯尼迪法官只是加入了整体意见，而未单独发表赞同意见。

82 Anderson v. Celebrezze, 460 U.S. 780, 794-795.

83 121 S. Ct. 539.

84 Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 843.

85 General Motors Corp. v. Romein, 503 U.S. 181.

86 Arizona v. Official English v. Arizona, 520 U.S. 42, 79.

87 Fiore v. White, 528 U.S. 23.

88 121 S. Ct. 548。另外，在其他3位法官部分加入的少数意见中，苏特法官也反对联邦最高法院受理这一案件并插手阻止佛州重新计票的决定。如果最高法院任由佛州沿着本州最高法院所指示的路径发展，那么完全可能最终没有任何需要联邦法院审查的问题，而政治上的争议则可根据联邦法律的有关规定在国会获得解决。121 S. Ct. 542。

最后，布雷尔的反对意见法官认为，法院多数意见决定受理此案和命令停止手工计票，都同样是错误的。“尽管本案对国家的政治涵义是巨大的，但除了一个例外，它所呈现的联邦问题却并不是实在的。”(121 S. Ct. 551) 总的来说，布雷尔法官并不认为本案涉及到足够重要的联邦问题来为联邦干预提供理由。除了平等保护以外，本案上诉人(布什)所涉及的问题并不是公民基本权利，而是宪法所规定的国家机构的权力分配。被上诉人(戈尔)的诉求是决定选民的真实意向，但其所依据的是佛州而非联邦法律来保护这项利益。事实上，即使是平等保护问题也相当可能在州层面上获得解决，而无须联邦法院插手。因此，“总统的选择当然具有全国重要性。但这种重要性是政治而非法律意义上的。”(121 S. Ct. 555)

89 121 S. Ct. 539，参见以上关于佛州高院意见的讨论。

90 121 S. Ct. 550.

91 121 S. Ct. 543, 544. 苏特法官认为本案主要有 3 个问题：除了以下所讨论的问题和平等保护问题之外，佛州高院对选举结果争议的解释是否违反了有关的联邦法律（3 U.S.C. Sec. 5）？苏特法官认为这个问题容易解决。和史蒂文思法官先前的反对意见一样，他认为联邦选举法仅规定了把州对总统选举人的公证作为最终结果的条件，但并不要求任何州必须符合条件。

92 121 S. Ct. 551. 苏特法官的反对意见(121 S. Ct. 545)认为，布什只有在平等保护问题上具有某些有力的论点。（其他法官未加入苏特法官这部分的反对意见。）即使在一个州，平等保护条款并不禁止在不同选区使用不同的表决机制，尽管它们对记录选民意向并不一定同样有效。地区差异的理由包括经济成本和方法创新的潜在价值等。但在本案，对判断选民意向的不同标准造成了不同数量级的差异，即使这些标准被适用到同样的选票和同样类型的机器。苏特法官认为，对选民基本权利的表达采取不同的处理方式是完全任意的，并不具备任何合法理由。但苏特法官不同意多数意见的处理方式。他认为佛州法院有能力完善其计票程序，并在所剩一周不到的时间内（12 月 18 日以前）完成对大约 6 万张“缺票”的人工统计。

93 121 S. Ct. 540, 541.

94 121 S. Ct. 542.

95 例如联邦选举法第 15 节规定，如果一州提交了唯一的选举人名单，那么国会必须如实计入，除非两院一致认为表决未能按规则进行。如果出现了类似 1876 年的情况，有些州提交了一份以上的选举人名单，那么国会必须决定哪一份名单进入了第 5 节所提供的“安全港”，从而具有决定性效果；如果州内出现了多个权力机构中何者是任命选举人的合法机构之争议，那么两院必须分别决定哪个名单获得了州法授权。如果两院意见一致，那么应计入其同意的选举人名单所提供的总统选票；如果意见不一致，那么应计入那些因被所在州的州长公证而获得任命的选举人的选票。联邦立法并没有明确规定法院有任何权力去决定选举人名单的争议。

96 121 S. Ct. 556.

97 121 S. Ct. 557.

98 对戈尔退出竞选的发言，参见中国日报网站 2000 年 12 月 14 日消息，但注意中译文并不十分准确与完全。

99 当然，这并不表明如果联邦最高法院允许重计过程继续进行，就一定会得到同样结果，因为正如最高法院指出，佛州法院未能在所有选区内对何谓“合法表决”提供统一标准，而上述结果则是在运用统一标准下获得的。

100 见 Lesley Clark, State justices could feel legislative heat, Miami Herald, 12 December 2000.

101 Jeb Bush, 佛罗里达州的州长，是原德克萨斯州长、现任联邦总统的兄弟。

102 把弹劾作为控制司法意志的一种手段，在合众国建国初期也很盛行。但由于这种做法对三权分立和司法独立产生显而易见的负作用，以后已没有人再提起。

103 见 Election Officials Agree on Voting Reforms, 5 February 2001, <http://www.herald.com/content/today/news/florida/digdocs/027299.htm>.

104 Standard deviation (常表示为 σ)，可参见任何基本统计学教材，如 Jan Kmenta, *Elements of Econometrics* (2nd Ed.), New York: Macmillan (1986), pp. 67, 102-105。

105 参见张千帆，“法官选总统？（上）从美国大选看法治的力量”，《法制日报》2001年1月14日；“法官选总统？（下）透视美国大选中的民主与法治”，《法制日报》2001年2月21日。

106 当然，任何形式的“监督”都可能对司法独立产生消极作用。事实上，本文所分析的案例可能表明透明度还不足以保证判决的公正；美国的法治如此依赖于法官个人的素质和意愿，以至于整个司法体制都带有一定的“德治”色彩。但这些都是复杂的问题，不可能在此讨论清楚。

107 见罗伯特·达尔：《论民主》，李柏光、林猛译，商务印书馆1999年版，第43-44页。

108 *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186.

109 David Rusin, *Likelihood of Altering the Outcome of the Florida 2000 Presidential Election by Recounting*, <http://www.math.niu.edu/~rusin/recount>.

110 772 So.2d 1261.

111 772 So.2d 1261, n. 20.

112 772 So.2d 1261, n. 21.

113 事实上，不仅对于联邦总统（或其它）选举，即使对于州内选举，联邦政府都有一定责任保证其合法性，见《合众国宪法》第4章第4节的“共和保障”条款。

114 121 S. Ct. 533.

115 正如霍姆斯法官指出，法律并不是纯粹的逻辑推理，因此同样理性与博学的法官之间存在不同意见，乃是完全正常的现象；认为对某个案例一定有一个绝对正确的司法决定，本身就是一种误解。见“法律的道路”，《南京大学法律评论》，2000年秋季刊，第11-12页。

116 这在美国宪政史上确实是屡见不鲜的，参见《西方宪政体系：美国宪法》，第352-366页。

117 一个显著的例子是美国内战前夕的“蓄奴案”，*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857年)。幸好该案中还有一位法官对多数决定发表了旗帜鲜明的反对意见，总算为最高法院保全了一点“面子”。参见《西方宪政体系：美国宪法》，第230-232页。

【出处】

原载《中外法学》2001年第4期

【写作年份】2001

【学科类别】宪法→中国宪法

法律是一种理性对话——兼论司法判例制度的合理性

评

Law as a Rational Dialogue: A Vindication for the Case-law Method

张千帆

【摘要】

一般认为，法律是主权者所宣布的强制性命令，且这种命令最终依靠对其违背的惩罚而获得效力。然而，法律的命令说虽然说明了法律的静态性质，却未能圆满地回答某些关键问题：即这种命令是如何产生与演变的？它的存在及其强制效力究竟是为了什么目的？本文认为，在现代法治社会，动态的法律是一种永恒的理性对话过程。这种对话是由社会各阶层为了公共利益而广泛参与的辩论和说理，且各种不同意见在自由、公开与平等的对话中获得充分尊重。本文将着重讨论法治国家中已获得正规化与体制化的法律对话过程，尤其是独立司法机构内部不同意见的公开交锋与争鸣。文章强调，法院根据实际经验所形成的判例法——尤其是其中少数意见的自由与充分表达，保证了法律在变化社会中的平稳改革、发展与进化。

Law as a Rational Dialogue: A Vindication for the Case-law Method

【关键词】理性对话，司法判例，少数意见。

【点击次数】3775

【阅读次数】3775

一、引言：法律（应该）是什么？

1. 关于法律性质的两种观点

法律向来被认为是一种主权意志的命令。无论从法理学、社会学还是法律在现实社会中的运作来看，这种观点当然都有根据。分析法学创始人奥斯汀（John Austin）明确提出：“每一项法律或规则…都是一项命令。”² 纯粹法学派的开创者凯尔森（Hans Kelsen）虽然不尽同意这种说法，而把法律归结为一种规范秩序，但他认为规范的目的是调整人的行为并规定作为制裁的强制行为，却又和法律的命令说一脉相承。³ 对“法律= 无限主权者的命令 + 以惩罚的威胁为后盾”这一流行的主题，现代英国法理学家哈特教授曾表示过异议，

并把它喻为和强盗打劫无异。⁴ 但哈特所强调的是这种论点所忽略的社会心理要素，即对法律权威的尊重，或者说是从内心自然（而非外部强制）产生的服从，但他并没有说明尊重与服从的基础或根据是什么，因而未能从根本上突破法律的命令说。⁵ 显然，强制性是构成法律的一个不可或缺的方面。对于任何一个进入文明状态的社会而言，法律都是政治统治的必要手段，而社会基本关系正因为这种统治才得以存在与维持。无论法律代表着多数人还是少数人的利益，也无论它曾为文明进步作出多大贡献抑或使多少人为社会发展付出过沉重代价，这都似乎已是不争的事实。在历史上，作为命令的法律，甚至让西方最伟大的哲人甘愿为一项在他看来显然不公的裁决而献身。早在公元前 400 年，西方雅典的陪审团以蛊惑青少年亵渎神灵的罪名，接连两次把公认的“智者”苏格拉底判处死刑。在公开辩论中，苏格拉底为自己的权利据理力争，但终究无济于事。⁶ 和同时代的孔子一样，苏氏也不乏有钱有势的学生，纷纷劝其老师允许他们买通狱卒，让他远走它邦。但苏格拉底坚决地谢绝了他们的好意。他义无反顾地选择尊重雅典公民的判决，平静地喝下了送来的毒鸩。⁷ 在法律的命令面前，似乎就连理性也只有选择服从。

然而，如果就某特定国度的特定时期而言法律是命令，那么把它放在人类历史的长河中考察，法治社会中的法律又是一种永恒的理性对话过程。⁸ 它是一种“对话”（Dialogue），乃是指法律是在各种不同观点及利益之间的交锋与辩论中不断获得产生、变更与发展；它是一种“理性”（Rational）对话，乃是指这种对话在本质上是一种心平气和的说理过程，而不是通过暴力、压制、谩骂或以其它方式相互攻击来完成的。通过理性说服与辩论，具有不同利益与观点的人们在探索公共利益的过程中达成某种妥协，并使之成为法律条文；在法律获得某种方式的实施之后，对它所产生的社会效果又会出现见仁见智的理解，于是又对这项法律的改革进行新一轮的对话。因此，如果任何一项已形成的具体法则都构成公民必须服从的命令，那么从长远来看，法律又是一个不断的发展与变化过程，而在法治国家内，这是一种主要通过对话而进行的过程。

2. 法律作为对话的特征与含义

法律的对话过程具有至少 3 个特征：自由、公开与平等。首先，对话过程的参与者具有平等的地位和发言权。这是任何交流过程之所以成为“对话”的前提条件，也是对话区别于命令的首要标准；否则，如果双方地位不平等，那么他们之间的交流过程就必然导致

一方压倒并支配另一方，从而成了命令而不是对话。其次，与此相关，这种对话是自由的，也就是所有愿意参与对话的公民（至少那些利益可能会受到影响的人）都有权利参与，且持各种意见的人可以畅所欲言，毫无顾忌地表达自己的观点并以合法手段争取自己的利益，而不用畏惧自由表达会给自己带来任何不利后果；任何不自由的对话——如果还能被称为“对话”的话——都至多是一种残缺的对话，都不可能完全符合对话的理性精神。最后，和私人对话不同，关于法律的对话是公开的，因为它潜在地涉及到社会中所有人的公共利益。事实上，也只有保证对话的公开性，才能真正保证对话的自由与平等；任何在暗中进行秘密对话都不能避免一方采取不正当手段去压制或胁迫其他参与者，只有对话过程的透明度及其所带来的舆论压力才能有效防止这种现象的发生。

可以论证，对话的存在与否，乃是使法治区别于专制和人治的试金石。专制和人治一脉相承，因为专制——无论是多数人还是少数人的专制——最后都取决于一种和社会公共利益无关的任意意志。⁹ 在专制国家里，法律是统治者意志的直接表示；这种意志未经任何广泛的质疑与辩论，就被统治者以自己的喜怒好恶强加于社会。相反，在法治社会，法律的最终目的在于促进公共利益，而非以牺牲社会普遍利益为前提的个人或特定团体的利益，且任何个人或集团都没有权力独断“公共利益”的定义。究竟什么是“公共利益”？它如何能以社会代价最小的方式而获得有效实现？它的实现要求制订什么样的法律？这些问题都必须获得自由、广泛与公开的讨论，且不同意见并不因其与社会的主流观念格格不入而受到压制，而应被给予充分机会以证明其合理性；有时，法律本身就是反映这些不同意见的妥协产物。因此，无论在专制还是自由民主体制下，具备实际效力的法律都必然带有权威性。但如果法律失去了对话的特征，那么它就只能是专制的产物。法治与人治、自由与专制的根本区别，就在于法律不只是一种强制权力的运用，而更是一种平和理性的以陈述理由为主的说服过程。¹⁰

这种法律对话发生于社会的不同层面，由形形色色不同职业的人员参加。他们包括立法者、法官、行政官员、律师，以及诸如哲学、政治学、社会学、经济学、心理学、人类学等不同领域的学者。在更广范围内，对于每一项影响到社会具体利益的法律，普通公民及其利益代表团体也加入辩论，且他们通过正常政治程序的表决将决定着争论的结果。重要的是，在法治国家，公民、利益集团和政府本身参与法律对话的过程获得了充分的“体制化”（Institutionalized），因而变得相当可靠与确定。正是通过体制化的渠道，公民

得以把符合他们利益、意见和期望的人选送到政府的某些关键部门，并在以后经由正式或非正式程序和他们进一步对话。同时，在政府内部，不同分支的官员甚至同一分支内部的不同官员也在不断对话。这一系列对话创造了法律的意义，并使之在变化的社会环境中不断更新与发展。

本文的主题是探讨法治国家的体制化的对话过程。它首先回顾法律在历史上从一元命令到多元对话的转化，然后讨论普通民众和政府机构之间以及发生在政府内部的对话，尤其是一直受到忽视的司法层面上的对话。最后，文章将探讨法院判例法作为一种对话过程对探索最佳公共政策的积极作用。通过在实践中不断进化，判例法在保证法律连续性与确定性的同时促进了社会的和平进步与改革。法官与法官、法院与社会之间的自由、公开与平等对话，使得包括宪法在内的法律成为霍姆斯法官所说的“一场试验”；在这场宏伟的理性试验中，代表不同利益和观点的社会群体——无论是多数还是少数，强势抑或弱势——共同探索并决定着法律的意义。

在进入主题讨论之前，笔者认为有必要对本文的主旨作一点澄清。

二、法律对话的功能与目的：一个从实用主义视角的说明

这一段主要是为了避免读者对本文所可能产生的误解而写的。这种误解尤其容易在学者中产生，因为本文用了一个听上去很大的题目，似乎是要建立起一种什么新的法律哲学。特别是在哈伯马斯的“对话伦理”（discourse ethics）之后，“对话”成了理论界的常用词汇，因而本文或许也会被误解为是建立在特定的后现代对话哲学之上的。总之，学者们可能会期望本文是一篇哲理深奥的理论文章，企图从“本体”上建立一种新的法哲学体系，或至少为此提供一个新的视角。一个不同的视角确实可以算是本文所设想的目的之一，且笔者也相信法学能从现代哲学理论中吸取有益的养分，但他必须否认这篇不长且可能很不成熟的文章有建立任何体系的“野心”。事实上，至少在法学领域内，笔者不认为存在什么有意义的本体或形上学说；相反，法理学家应做的第一件事情就是明确纯粹理论的空洞，并把注意力集中在从社会实践中归纳出一些规律与方法，以便人们进一步改善并指导实践。

本文所提倡的“对话”不是要在哲理上故弄玄虚，而是为了有助于解决实际问题。¹¹

因此，本文的基本导向是并不新鲜的经验主义与实用主义。所谓实用主义，不过是一种思维方法，或者说是“一种确定方向的态度”；它把理论看成为“我们可以依赖的工具，而不是谜语的答案”。¹² 对我们而言，法律或法治本身不可能是最终意义上的答案，而是为了实现一个更高的目的之手段。没有人会为了法律而制定法律，法律的制定一定是为了别的什么目的——为了（至少是某些人的）幸福、快乐、公正或其它一些人们认为值得追求的东西。要判断一项法律是不是“好”的，法律本身也不可能提供任何标准；判断法律的标准必然是存在于法律之外的目的：凡是能够有效实现或促进这种目的之法律，就被认为是“好”的，反之亦然。总之，法律或法治不应该是高高在上的东西，它从来是也必须是为人民的利益而服务；且并不是任何法律——而只是那些被称之为“适当”、“明智”或“合理”的法律——才能有效地实现这个人本主义目标。事情应该就这么简单。

但如此看待法律，似乎有“工具主义”（instrumentalism）的嫌疑，似乎对法律或法治不够尊重，并似乎和今天对“依法治国”的强调背道而驰。然而，很少有人坚持任何一部特定的法本身必然是“好”的；既然如此，我们为什么就能断定由这些法所形成的法治必然是可取的，而不需要事先考察一下这些法究竟是什么，或是如何被人制定、解释并修正的？笔者坚持，话语必须具有可被理解的意义。除了可能对促进社会的法治意识“有用”之外，笔者看不到对法的神化有任何意义。毕竟，法律只是统治社会的一种便利，本身并不具有正当性。把法或法治作为一种超然的存在供奉起来，使之超越人在社会生活中的具体需要，大概是任何一位严肃而现实的人文学者都不能理解并难以接受的。尤其在中国，每天都有大量的现实问题需要法律去解决，但往往因得不到如此解决而从人们眼皮下面溜过。法律的价值在于妥善解决这些问题，且如果能够有助于解决这些问题，那么即使被作为一种纯粹的“工具”，其价值也要比任何与实际经验没有关系的抽象理论更高。

和其它更复杂与高深的理论相比，实用主义作为一种思维方式是基本与简单的，有人甚至可能认为它是“粗俗”或“浅薄”的。如果认为实用主义没有能为法律提供一个更为令人振奋的视角，笔者的回答是中国的法治现状仍然是“社会主义初级阶段”，离高雅或浪漫的后现代境界还差很远；法律的任务首先是解决社会在“温饱”层面上的问题，然后才能关注那些对学者的思维更具有挑战性的问题。令笔者欣慰的是，即使从传统的实用主义出发，理性也隐含着“对话”这类提示着后现代意境的范畴之必要性。“对话”之所以成为在本文的中心话题，完全在于它作为一种过程的实用价值，因为笔者相信，法律归根

结底是一门实用科学。¹³ 有必要再次强调的是，以下的文字并不是对法律本质的系统探讨，而只是一个对实用主义可能会如何看待法律的简要“说明”。

1. 法律必须是一种强制命令

从实用主义的角度看，法律必须是一种强制命令。¹⁴ 虽然本文强调法律的对话性，它并不否定法律的强制性。事实上，命令与对话两种性质同时存在于法律之中。从“法律”的定义也可以看出，不具备强制效力的“法”一般不被认为是通常意义上法律的一部分。这主要是因为法律作为一种自我实现的社会规范，必须包括自身获得实施的手段；文字只是表达立法者意志（will）或意图（intent）的工具，而要把这种意志转化为现实，国家必须对违背其意志的行为施加（或威胁施加）暴力惩罚。根据近代现实主义的基本人性假定，“没有利剑为后盾的誓约只是一句空话，没有任何力量给人以安全保障。”¹⁵ 在霍布斯最先发展的社会契约论中，人主要是一种利己动物；但如果人的私欲不受任何控制、任由其发展到极度膨胀的地步，那么社会中人与人之间必将相互争斗、残害、倾轧，最后任何人的基本生存、秩序与安全感都得不到保障。为了摆脱这种人人自危的“自然状态”（state of nature），个人之间通过实际或虚构的契约过程，同意把自己手中的剑交给一个主权，于是产生了主权国家。在这里，国家及其统治手段——作为命令的法律——获得了最初的合法性。法律——人所制定的法律，而不是神学家可能认为的上帝制定的律法，从一开始就是和强制联系在一起的，因为法律的创设正是为了解决个人不可能通过自己的欲望而自然解决的问题。不劳而获是每个在狭义上理性的普通人的自然倾向；如果没有界定产权并进而惩罚抢劫与偷窃的法律，那么人就又回到了“孤独、贫困、龌龊、野蛮与短命”¹⁶ 的悲惨境地之中。秩序是人类生存与活动的基本需要；而要保证秩序，只有通过对破坏秩序的行为进行暴力惩罚，并使人们对惩罚的恐惧超过从破坏秩序的行为中所获得的利益或对获得这种利益的欲望。

这种现实主义的法律观念其实在中国古代的法家学说中就已被提出，¹⁷ 但它在霍姆斯法官（J. Holmes）的理论中表述得最为系统。事实上，法律的强制性并不需要表现为一种绝对禁止——其实这种禁止在实施中是空洞的；它只是规定了一种违法成本：如果一个人违反了立法所规定的义务（例如不盗窃邻居的财产），那么他就将面临受到国家权力惩罚的风险。因此，每一个理性的人在选择之前都需要对违法所将涉及的利益与成本进行一番

比较，然后决定是否冒险从事某一项违法行为。根据这种观点，法律的强制性保证了法律能够实现它在市场经济下最重要的功能——理性预测：“所谓的法律义务不是别的，而仅是一种预测：一个人如果做了或忽略去做某件事情，法院判决就将使他以这种或那种方式承受痛苦。”¹⁸

值得注意的是，即使作为命令的法律也是建构于实用主义基础之上的。这是因为法律作为人类有意识的产物必然具有人所特有的目的性，任何法律必须为人的理性服务，必须符合普遍接受的目的。因此，在霍布斯那里，法的强制力——主权手中所掌握的“利剑”——是为了保证基本的公共秩序与安全。对于霍姆斯法官，法律对违反义务行为所规定的惩罚实现了法的预测功能，而且不是任何预测——对违法行为的规避必须有助于实现某种公共利益。

2. 命令的目的是实现“公共利益”

作为命令的法律可以具备不止一个目的，但在一个和谐的法律规范体系中，所有目的最终都必须是一致的，并可被约化为某一种最高目的。否则，在完全不同的价值参照系中，评判一项法律的优劣就成了一件没有意义的事情。¹⁹ 根据后现代法学的观点，事情可能原本就应该这样——人的价值体系必然是多元的，因而对法律的评判也必然会有多种不同的标准与结论。事实上，对话理论本身就是基于这种多元化的社会思想状态之上，并进而要求尊重不同的利益与观点。但尽管存在着不同意见，社会毕竟还需要一部对所有人具有同样约束力的法律。法治社会中的对话是在承认法律的普遍约束力的大环境下展开的，而对话的目的正是通过不同意见的交锋与交流，寻求统一对法律的目的、手段与意义之认识。为了讨论的便利，且让我们同意把“公共利益”（publicgoods）作为法律所要实现的目的，尽管对这个概念的定义必然存在着不同理解，而对话的一个重要功能正是寻求对“公共利益”的不同理解达成共识。

根据方法论的个体主义（methodologicalindividualism），“公共利益”不是一个超越个人利益并独立于个人利益而存在的抽象概念，而是一个以某种方式包括所有人的个体利益的具体概念。²⁰ 个体利益是公共利益的最终体现；没有个体利益，公共利益就不存在。另一方面，对个体利益的考虑并不是指特定个人的利益将凌驾于其他人的利益之上，因为法律必须平等地考虑所有人的利益，并最终为所有人的利益以某种方式之集合（“公共利

益”）服务。不同的个人利益之间几乎注定要发生冲突，调整这些利益构成了现代立法的最主要也是最困难的任务，因而法律总是对某些类型的人赋予权利，而对其他人赋予义务。权利与义务、利益与负担的不同分配，必将影响不同的人群及其社会行为，从而产生不同的社会效益（众多个体利益之和）。立法者的任务必须是在尊重所有人的利益之前提下，最大程度地促进最大多数人的利益。

上述最后这句话已很接近功利主义（Utilitarianism）的表述，其中公共利益被简单表达为所有个体利益的叠加。功利主义的表达相当清楚简洁，但也有很多问题，尤其是它有牺牲少数人利益或为了“效率”而牺牲“公正”的倾向。对于它受到《正义论》²¹发表以来的众多批判与辩护，在此不赘述。笔者只是指出，尽管功利主义对公共利益的定义是不完美的，甚至在某些情形下会赞成现代思维所不可接受的剥夺个人权利的“恶法”，它仍然不失为法律分析中不可替代的主流方法。毕竟，法律的首要目的是促进大多数人的利益。²²

3. 法律、科学与民主

功利主义把立法变成了一种科学。在宏观上，法的目的是最大程度地促进最大多数人的幸福（或更直接地说，“快乐”）。因此，“所有法律所应共同具有的普遍目标是增加社会的总体幸福。”²³在微观上，法律作用于每一个理性的人并调控其行为。立法者的任务是调查每个人的快乐、痛苦以及行为倾向，据此设计出使所有人的快乐减去痛苦后之总和达到最大的法律，并规定适当的制裁以防止个体违法行为的发生。边沁大概是第一个提出这种科学的人。在1789年公开发表的《道德与立法原理》一书中，他系统阐述了功利主义原则、痛苦与快乐的计算方法以及人的行为方式。例如在谈论到刑法的时候，他强调所有的惩罚本身都是一种痛苦，因而只有为了防止更大的罪恶才能被施用：“惩罚的直接首要目的是控制行动。”²⁴如果某行为不带有危害、或不需要惩罚就能得以控制、或惩罚对于控制行为是无效的或成本太高，那么就不应该通过惩罚去控制即使是有害的行为，甚至不应该规定这类行为是“犯罪”——规定了“犯罪”而不能施加相应的惩罚，显然是徒劳的努力。在对犯罪行为的量刑过程中，惩罚必须被限于对实现立法目的而言必要的程度。为此，立法者与量刑者不仅需要考虑惩罚的强度和犯罪的危害相称，而且要考虑犯罪受到惩罚的概率和犯罪者的行为倾向。这样，法律成了一门综合心理学（甚至生理学）、经济

学、社会学等多种理论的实证科学。

霍姆斯法官把法律作为“对法院实际会做什么的预测，而不是任何更为做作的东西”，²⁵ 也同样期望法律是一门科学。任何法律——只要足够清楚、确定并可被实施——都能实现预测的功能，但这还不够——它还必须为了适当的目的预测，必须适合社会的发展。立法者必须理解社会中不同人群的需要，并通过法律来满足这种需要。因此，“懂得法条的人可能掌握着现在，但掌握未来的人将是统计学与经济学大师。”²⁶ 尽管正如波斯纳法官指出，“法律并不是一门成熟的科学”，²⁷ 目前只是一种暂时的过渡状态。我们可以分享霍姆斯法官的信念或希望：未来的法律将越来越多地被奠基在实证科学的轨道上。

然而，谁将是法律科学家呢？这本身也是一门学问，因为法律所处理的并不是冷冰冰的外在客观世界，而是活生生的人，并且必须被设计来满足他们的内在需要；而不论人类的科学与技术如何发达，都不太可能完全透视隐藏在个人内在的感受（且如果对个人介入过深，还会涉及到是否侵犯了隐私权的问题）。为了回答这个问题，功利主义假想了一个“上帝”，也就是一个无所不知的“中立旁观者”（neutral spectator）。这个超越的旁观者能够洞察所有人的感觉与偏好，并能基于这些信息而制定适当的立法。当然，假想并不能解决实际问题。既然实用主义（功利主义可被认为是其中的一个派别）强调法律必须为公共利益服务，那么由谁来探询并决定众多公民的利益或爱好究竟是什么，乃是一个纯粹科学不太可能解决的问题。

人们最终发现，每个人相对而言都最清楚自己利益、偏好与观念，因而也是自己利益的最可靠的表达者与保护者。对于“众多公民的利益究竟是什么”这个巨大的信息难题，其可行的答案不是——至少不单纯是——科学，而在于制度。它最后被民主程序神奇地解决了。通过表决，每个公民都有机会表达自己的意志，要求国家采取对自己最有利的政策与法律。如果民主程序正常运行，那么由此形成的法律至少会照顾多数人的利益。为了减少统治的成本，现代民主社会普遍采用了代议制，²⁸ 因而由公民选举产生的议会代替了这个“中立旁观者”的位置。当然，议员们既不是“中立”的，也不是“旁观者”，因为他们所制定的法律必然会直接或间接地影响其个人的政治命运。事实上，议员们个人的利益纠葛构成了现代民主责任制的基础；议员们之所以不敢制定冒天下之大不韪的“恶法”，在很大程度上正是因为他们畏惧触犯众怒而下次落选。这种制度注定有不完美的地方，但

正如丘吉尔所言，人类至今也未能发明出一种更为完美的体制。民主是——或许将永远是——法律符合公共利益的重要制度保证。

因此，“五四”时期引入的“德先生”（Democracy）与“赛先生”（Science）在法治中结合到一起。法律（应该）是一门科学，但它更需要民主。当然，“五四”思想家可能没有意识到，科学（专家与精英治国）与民主（大众统治）之间存在着几乎不可调和的冲突，且这种冲突在任何民主国家都已体现出来。事实上，也正是民主本身（尤其是处于萌芽阶段的早期民主）的无知、滥用与种种不成熟，才导致中西方历史上的哲人对它不屑一顾。²⁹ 但历史证明，没有民主，法律就成为少数权势者谋取私利的工具，假想的“旁观者”就成了实际上的独裁者，“学者”可能堕落为暴君的辩护士，³⁰ “科学”可能沦为专制的工具。不论两者可能是多么不和谐，只要仍然把公共利益作为法律的目标，它们就注定在法治社会中并存。

4. 真理与谬误：对话作为一种体制化的“试错”过程

我们即将可以进入本文的主题：法律不单是一种命令，而且也是一种对话。当然，民主本身就是一种对话；选举并不是一个简单的投票过程，一张有意义的选票是一项包含着众多理由与信息政治决定，而这项决定的作出必然预设了在民间进行的广泛交流、说服与争论；议会的立法过程也必然蕴涵着性质类似的主要在立法官员之间进行的对话过程。但是本文这里的“对话”还延展到民主过程之后，而且主要是为了解决一个棘手的实际问题：人类在政治与法律等集体过程中产生的错误。笔者认为，在历史上，包括中国在内的传统专制社会已经为这类错误付出了巨大代价，且如果没有一种能够有效与及时的纠错机制，那么不论科学、技术与经济如何发达，错误将继续出现并制造更多的人类悲剧。如果法律只是一种不可抗拒的主权意志或命令，那么世界上就没有任何事物能够纠正法律的错误，也没有任何事物能防止法治因法的任意性而成为任意的统治。

这里所谓的“错误”或“正确”是指法律是否符合明确表达或潜在的公共利益。³¹ 作为人的产物，法律总是会发生错误——或者是因为立法者未能充分理解社会的真实需要，或者是因为社会的发展使得原本符合需要的法律过时了。如果选择一个人当作“中立的观察者”，并把制定国家法律的责任最终落实到他身上，那么不论他如何博学、明智与无私，错误的概率都是巨大的，并一般将随着决策者人数的增加而下降。根据孔多塞（Condorcet）

的“陪审团定理”（Jury's Theorem），如果陪审员的选取是随机的，那么其人数越多，其判决发生错误的概率就越小，因为随机发生的错误将相互抵消，而真理将最终保存下来。³² 在运行良好的民主社会，错误的风险被降低到最低的程度。但即使如此，民主并不能完全杜绝错误的发生。正如麦迪逊指出，人类的根本难题是不可能请不会犯错的神做统治者，而只能让容易犯错误的人自己统治自己。³³ 立法者——即使是人民选举产生的代表，即使是人民自己——也不是神，也同样会犯错误，而人的错误将最终出现在他们最崇高的产物——法律——之中。

法律发生错误的可能性之存在，并不能否定法律或法治的价值。至少在今天，就和我们看不到比民主更好的体制一样，我们也看不到任何方式能取代法治而仍然维持社会的良好统治。法律仍然是社会每个人都必须服从的命令，且只要法律没有经过政治程序而被废除或修改，即使是不合理的法律也同样具备强制力。人也不可能一直争论下去，指望一部完善的法律会随着时间的无限期拖延而自动浮现；他们必须尽快行动，尽管他们（应该）知道他们的知识和信息都有待完善，知道他们的有限智慧在有限时间内的产物几乎不可避免地蕴藏着错误。简单地，在任何特定的时候，社会都需要统治——需要通过不完善的法的统治；这是人类所面临的基本社会现实，也是任何法治所必然面临的风险。“正确”的态度不是放弃法治，而是承认它的缺陷，并把完善的希望寄托于未来的修正过程。

笔者相信，这种修复机制在本质上是一种理性的对话过程。如果真理存在的话，它不会自己从天上掉下来，突然降临某一个幸运的人或人群，而一定是通过不同意见之间最自由的交锋与辩论中逐渐显现出来。在这里，法律的强制性失去了它的功效，因为再权威的命令也代替不了分析与说理，都纠正不了自身的错误。人的内在弱点与有限性致使他们的判断容易出现失误，从而给任何权威宣称“绝对正确”的自信打上了大大的折扣。和其它人类活动一样，法律也是人基于有限理性和不完全信息基础上的产物——或者用霍姆斯法官的话说，是一次可能出错的“试验”。³⁴ 如上所述，多数主义（majoritarianism）规则只是在最大程度上避免了——而不可能杜绝——错误。卢梭曾把多数表决的结果定义为绝对“正确”的普遍意志（general will），与之相左的意见只能承认自己“错误”，³⁵ 但这只是在玩弄不值得反驳的文字游戏。不论是选民、议员还是法官，多数人的意见或许比少数人更可能正确，但真理有时确实会掌握在少数人手里。为了现实统治，多数主义规则必须运作；多数选民所选择的官员必须成为统治者，多数立法官员所通过的法律必须能

够统治社会，必须被给予完全效力并被允许不受阻碍地产生效果。然而，这并不是一切的结束，而只是新的开始。一部法律只是人的一次集体试验；至于它是否符合公共利益，仍然是一个有待实践论证的命题。原先的对话仍将继续下去，且少数意见必须被给予平等机会以证明自己“正确”、纠正多数的错误。作为一个连续的整体，法律对话是一个试验与纠正的“试错”（trialand error）过程。

本文并未宣称“对话”一定能够通向真理——这将显然违背文章所体现的怀疑主义精神。事实上，对话只是提供了一种纠错的可能性——一种不能保证实现的可能性。更何况对话本身也有“成本”，至少它可能会导致延误；对话只是人类生活中的一部分，或许只是很小的一部分，因而必须和其它部分相平衡。当然，笔者仍然相信，在多数情形下，和没有对话而导致错误所产生的代价相比，对话的成本似乎是相当微小的。不论如何，本文确实想改变一种相当普遍的观念，即法律只是一种统治者的命令。法律必须是理性的，而对话是通往理性的过程。

三、 历史上的法律：从一元命令到多元对话

如果说人类历史上的道德观念经历了从一元到多元的发展，那么人类所制定的法律则经历了相应的从命令到对话的过程。根据实证主义的理解，道德及其成文化与具体化的形式——法律——总是为了（至少曾经是为了）满足某种社会需要而存在。主要由于物质条件的匮乏，一个相对封闭的人类组织不断面临着缓和社会矛盾、维持基本稳定的迫切需求感。作为对物质匮乏的补偿，一个严密的道德体系保证了社会的稳定性。历史上所谓“永恒”或“不证自明”的“自然”法则，其实只不过表明了反映当时社会需要的一种流行意识，即这种道德规则被认为对当时的社会组织形态是如此重要，以至对它的所谓“正确性”和权威性必须获得不可置疑的保证；对这种权威性的任何削弱，都被认为有可能导致社会秩序的瓦解或其它基本利益（如财富和自由）的丧失。在历史上，西方自罗马帝国灭亡后进入的教会统治和中国自汉初后逐渐形成的“独尊儒术”，可作为这种现象的印证。社会的统治者操纵了意识形态工具，为整个社会秩序——当然也为了其自身利益——规定了统一的道德与法律规范。

作为一种历史现象，哲学和法学的经典论著普遍假设了真理的唯一性与道德法则的统一性。例如由柏拉图建立的“理性唯实论”（RationalRealism）认为，存在着超越人的有

限存在且不以人的意志为转移的永恒真理，也存在着唯一正确的一成不变的统治人类精神世界的最高道德法则；立法者的任务就是“取法于天”：探询并领悟这种存在于天上的永恒法则，并把它带到地上来统治凡人百姓，使他们的生活方式也能够和神所赋予的美德（Virtues）相一致。³⁶ 地上的法律固然只是这个永恒法则的不完善的摹本，但它毕竟代表着立法者智慧的结晶，决不允许轻易受到挑战。即使在被誉为西方思想黄金时代的古希腊，甚至连政制民主、相对宽容的雅典也不例外。在最古老的有关法律的对话中，开明的“雅典人”（Athenian）竟然对闭塞的克里特（Crete）岛人的专制法律表示崇拜：“你们最优秀的法规是禁止任何年轻人去探究法律的相对优劣；每个人都必须心口一致地同意，这些法律都是最优秀的，并因为神的命令而存在。如果任何人有不同说法，公民们必须彻底拒绝听从他。”³⁷ 但不要忘记，《论法律》是柏拉图的晚年作品。当时，失去了苏格拉底的希腊城邦已陷于频繁战乱。鉴于民主制所带来的严重社会失序，柏拉图对无限制对话所持的否定态度是可以理解的。值得注意的是，即使在那个年代，有限的对话也是允许的，因为执政者毕竟还允许社会经验丰富的长者们议论法律的得失。³⁸

罗马时代是法学的全盛时期。法律被当作一门科学，获得了系统的研究。但物质条件的局限从根本上决定了法律仍然是一种权威，而不可能成为多元对话。受斯多葛（Stoic）自然法学派的影响，古罗马法哲学集大成者西塞罗（Cicero）通过莱利乌斯之口宣称：“真正的法律乃是正确的规则。它与自然吻合，适用于所有的人；它是稳定的、恒久的，以命令的方式召唤履行责任，以禁止的方式阻止犯罪。……要求修改或取消这样的法律是亵渎，限制它的某个方面发生作用是不允许的，完全取消它是不可能的。”³⁹ “法律乃是自然中固有的最高理性，它允许做应该做的事情，禁止相反的行为。当这种理性确立于人的心智并获得实现，就成了法律。”⁴⁰ 通过唯一正确的理性，法律获得了其合理性和统一性。但这种“理性”究竟是什么？人又如何去认识它？自然法的拥护者并没有能说清楚。事实上，他们正是在这里面临着陷于专制主义的危险，因为只有少数人才被认为有能力去认识理性并宣称它是什么。在历史上，随着罗马帝国把基督教奉为正统而进入中世纪之后，由少数人控制的教会对信仰获得了不可挑战的权威。

到中世纪末期，文艺复兴运动沉重打击了教会几百年统治所形成的道德专制。新教的兴起与发展也在基督教内部产生了诸多学派的分裂，打破了教皇统治的天主教会对于《圣经》解释的垄断权。当然，这些发展经常是以暴力形式完成的，但它们毕竟极大地丰富了人们

的思想，为现代多元对话的可能性作了思想准备。同时，马基雅维里（Niccolo Machiavelli）的政治现实主义和霍布斯（Thomas Hobbes）的自由主义政治学，使自然法从天上跌落到人间，从而粉碎了自柏拉图以来一直占据主导地位的理性实在论的形上学神话，⁴¹并使得近现代的“价值颠覆”（马克斯·舍勒语）成为可能。

但正如马克思所预见的，最为关键的仍然是在经济与技术上的突破。英格哈特（Ronald Inglehart）等学者对世界上 43 个国家的系统调查证实，一个区域的“后现代化”程度（包括政治与道德文化的多元化）和它的生产技术水平具有密切关联。⁴²工业革命所带来的商品大生产最终完成了从前现代到后现代的飞跃，并给人的生存环境带来了根本性的改善。物质资源的极大丰富，使地球的某些局部地区彻底摆脱了其总体贫困（当然社会资源的不平等分配仍然是一个长期甚至永恒的问题）。社团的基本生存不再需要依靠道德的统一性，而道德专制从此失去了其物质基础。同时，资本主义商品生产确实是“人人为我、我为人人”的生产。通过把个人从封建社会的固定的义务枷锁中解脱出来，新的生产制度极大地解放了人的个性，从而造就了个人在一定程度上具备独立自主权的契约社会。至少，个人无需再依附某种意识形态和地方政治权力的控制而生存；传统的政治、经济与文化的三权合一的垄断结构被打破。当然，真正的自由市场竞争只是昙花一现，此后经济层面上很快又形成了新的垄断。但这种垄断毕竟是多头而非寡头垄断，并且也不具备直接干预政治与社会道德领域的合法性。⁴³如果任何社会都注定是由精英控制的社会，那么一个市场主导的社会成功地把原来集中一体的巨大的权力金字塔，瓦解为一个个相对分散的权力中心。⁴⁴社会控制也许因此而变得更有效，但意识形态领域内某种统一权力的专制却不再可能。多元化所必须的多极化权力结构之形成，已成不可逆反的趋势。

如果说经济与技术发展扫除了对话的障碍并为它创造了物质条件，那么民主政治的发展则使对话成为社会现实。正如马克思指出，资本主义大规模生产造就了一个具备政治意识的工人阶级。它不断把社会下层的成分从原来处于“一袋马铃薯”状态的农民转变成集中在一个厂房里的工人，从而为大规模政治组织创造了物质条件。⁴⁵可以说，社会民主（Social Democracy）在西方的发展，使社会下层自雅典民主和罗马共和衰亡以来第一次能以合法形式有效参与社会政策的制订，它所代表的不同呼声与诉求开始能和原先“正统”的意识形态在政治舞台上进行相对平等的角逐。资本主义为现代民主政治的发展提供了经济基础，而民主政治——尤其是其多数获胜与“一人一票”的游戏规则⁴⁶——又反过来帮助

广大社会下层以合法斗争的形式去争取其经济利益与社会地位，从而纠正了资本主义市场经济本身所不可克服的一些弊病，缓解了社会矛盾并增强了体制本身的稳定性与合法性。⁴⁷ 原来水火不容、你死我活的敌对社会利益，现在终于能通过和平对话的方式而获得一定程度的解决。现代民主获得最终确立（Consolidation）的主要标志，就是理性对话永久替代了暴力斗争作为解决争端的方式。对话成为一个民主与法治社会得以运行的基本媒介。

广大的社会下层直接进入法律对话的一个结果，就是社会普遍福利成为对话的唯一合法基础。现代民主选举制度的实施，使得执政者再也不能冠冕堂皇地反对或漠视社会大多数人的利益。事实上，公共利益这一法律的普遍原则已如此不可动摇，它构成了整个政府的合法性基础。不但民选的立法与执法分支因选民压力而必须代表民意，即使不是直接由人民选出的司法分支也不例外。例如美国的联邦法院历来有那么一点“贵族成分”，但它从来把自身视为公共利益与社会正义的代言人。因此，对于霍姆斯大法官而言，法学的真正问题是：“何种法律规则将最有效地为这个社会服务？”⁴⁸ 法学家的主要任务是去发现在一开始能解释某项规则的存在理由的社会条件，并进而形成新的规则以适应新的社会条件。对于卡多佐大法官而言，“法律的终极诉求是社会福利。一项丧失了这一目标的规则不能够永远为其存在提供理由。”⁴⁹ 如果社会利益和确立的司法规则相冲突，那么无论这项规则多么重要，它也必须让位于对社会利益的更高考虑：“尽管遵循先例的规则不应被放弃，它也应该在某种程度上被放松。我认为当一项规则被经验充分证明和正义感或社会福利发生矛盾时，^[201] 对其坦率承认和彻底摒弃不应如此犹豫不决。”⁵⁰ 因此，究竟什么是社会普遍利益并且什么法律手段能最有效地达到这种利益，成为法治国家中法律对话的核心。

民主与法治国家的一个特征，就是对话的渠道与形式已被系统地体制化，并形成了一套相当固定的程序规则。由于本文所侧重的是围绕法律的对话，以下仅限于对政府的正规决策——即立法、执法与司法——过程中的对话因素做一初步探讨。论述大致分为两部分。第一部分讨论政府官员和外部社会——主要是公民和立法及行政机构——之间的对话，第二部分则探讨政府内部以法官与法院为中心的对话（当然也涉及到法院与社会的关系问题）。

四、公民与政府之间的对话

1. 立法过程中的对话

立法层面上的对话似乎是不言而喻的，因为立法机构的首要职能就是议事。在古希腊的直接民主城邦中，政治对话是在市场和集会中进行的。具备资格的成年男子在集会中听取发言和辩论，而后通过表决产生多数来决定城邦的某项具体政策。罗马共和采取了代议制，并被现代大型民主国家沿用至今。这里，普通公民失去了直接决定国家法律的权利，“选民”的权利仅限于选举他（她）最能代表自己利益或观点的议会代表，具体政策与法律则由这些获选代表们按表决的多数规则决定。⁵¹ 原来合一的对话过程现在一分为二：首先，候选人和选民们之间的交流使后者比较充分地了解前者对诸多问题的立场与观点，从而使选举得以在基于相关信息的基础上进行；⁵² 其次，获选的代表们之间的谈判和辩论给将要形成的法律提供了理性的基础。为了保证议员们自由讨论、畅所欲言，尤其是不受行政权力的干预，宪法或法律通常授予议员以一定的法律责任豁免权，使各种不同意见能对有关立法问题进行充分自由的争论与探讨。只是在不同观点经过充分的交流与交锋之后，被认为符合公共利益的法律才获得通过。

因此，两种民主过程都符合对话的 3 个基本特征。在选举阶段，公民和公民之间通过媒介等公开方式进行自由对话，⁵³ 并根据“一人一票”的平等原则在候选人中间选择代表自己利益的议员。⁵⁴ 在议会形成以后，议员之间的辩论又是自由与公开的，且不得因辩论期间所发表的言论而被追究责任。最后，议员们通过平等投票决定公共政策的取舍。成文的法律就这样产生了，并在以后的对话中获得进一步修正。

应该指出，立法委员的公开对话决定着法律条文的解释。一项法律的目的与意义是什么？它被期望去解决哪些问题？它应适用于哪些实际情形？可能允许哪些例外而不和立法精神相冲突？法律条文本身未必能明确回答这些问题。在遇到疑惑的时候，法官与执法者只有根据议会辩论等范围更广泛的原始材料，才能合理揣摩出立法者的意图。这意味着按照正规程序进行的立法辩论必须获得准确记录，并全部公开发表。完备的立法记录是立法对话的成果结晶，是民主社会的公共产品。只有自由与公开的对话才能充分体现立法意图，才能明确法律的意义，并为司法与执法过程提供必要的指导。

2. 行政过程中的对话

虽然对话在立法过程中的作用不受质疑，但它在执法过程中的必要性却并非如此显然。既然法律已经确立，那么执行似乎只是一个直截了当的简单过程。且为了公共利益与效率，行政权力在行使过程中必须不受阻碍，并在必要的情形下可使用强制力；⁵⁵ 任何挑战似乎都将影响行政效率，从而阻碍公共利益的实现。但中外行政实践的经验和教训却告诉人们事情远非如此简单。无数事实证明，任何权力都包含着滥用的危险，不受控制、不可质疑或无需说明的权力尤其如此。⁵⁶ 为了把行政权力的行使控制在立法规定的轨道之内，西方法治国家先后制定了明确的行政程序，并授权公民在法院挑战他（她）认为损害了其合法利益的行政行为。通过规定举证责任的“倒置”等制度，行政诉讼有助于使得原先在本质上“不平衡”的行政过程实现某种意义上的“平衡”。⁵⁷ 在某种意义上，行政诉讼本身就是公民与执法官员之间的一种对话，只不过这种对话过程中多了一个独立的仲裁者——法官，并在法庭这个特殊的正式场合下进行，因而必须遵循相应的诉讼程序规则。众所周知，这种模式行政对话已经于 20 世纪的最后十年在中国展开，并取得了令人瞩目的成就。⁵⁸

但诉讼作为解决问题的方式往往来得太迟了，且可能因种种原因而令人望而却步。⁵⁹ 拿中国这个行政大国为例，尽管行政诉讼领域已取得相当丰富的成果，和行政官员对簿公堂的案子即使在北京也不过处罚数量的万分之二。⁶⁰ 对于其它 99%以上的行政行为，有效的控制不在于事后的诉讼，而在于作出行政行为的过程。要保证行政行为的合法性，行政过程必须带上平等与公开的特性，以允许公民在行政决定过程中及时提出质疑，并在决定前获得官员的适当考虑。换言之，行政过程本身也应该是某种形式的对话。因此，法治国家的行政法典普遍规定了行政决策过程必须公开并说明理由。⁶¹

一个显著的例子是美国于 1946 年制订的《联邦行政程序法》。这部法律明文规定了联邦行政机构在行使制规（Rulemaking）和裁决（Adjudication）权力时所必须遵守的听证程序，因而被称为“行政国家的权利法案”。⁶² 其中第 552 节规定了联邦行政机构所必须提供的“公共信息”（public information），包括对各行政机构的组织、职能与程序所要求的描述、行政决定的程序与实体规则、机构所采取的政策及其解释、以及争议终审裁决中的多数与少数意见等。第 553 节规定，在行使作为抽象行政权力的制规权之前，有关行政机构必须正式在官方的《联邦法规记录》（Federal Register）中通告将制订的规则，

并说明其法律授权基础。其后，行政机构还必须“给予具有相关利益的人士以参与制规的机会，且无论是否有口头陈述的机会，应 ^[允许他们] 递交书面数据、观点或论点。在考虑了所呈送的相关材料之后，行政机构应在其采纳的规则中包含一项有关其依据和目的的简明一般陈述。”事实上，根据第 554 节的规定，联邦行政机构在作出具体裁决之前还必须给予有关当事人以适当的听证权利（Right to Hearing）：“在时间、程序性质及公共利益允许的情形下，给予所有具备相关利益的当事人以递交并考虑事实、论点、调解提议或变更建议的机会”，并在他们未能对争议的解决达成共识的情形下招集听证。而在其听证通知中不但须注明听证的时间、地点、性质、有关合法权力机构及其管辖，而且还必须说明所宣称的事实与法律依据。

因此，“民”与“官”对话的范围还可被进一步扩展到具体或抽象行政行为被作出之前。法治国家的法院在第二次大战以后所发展的判例法，也进一步明确了行政决定必须说明理由的要求，且这项程序要求在若干年后被成文法所肯定。在 1945 年的一个著名案例中，63 法国行政法院在其所建立的“法律基本原则”中增加了和美国行政法类似的“听证权利”。在国政院（Conceil d’Etat）的辩论中，政府专员（Commissaire du gouvernement）勒通纳指出：“当行政决定以刑事处罚的形式至关紧要地影响到个人处境时，你们的判例法要求利益相关的当事人被至于适当位置，使之能够讨论作出对他发生影响的措施之理由。”64 到 1970 年，美国联邦最高法院的判例法进一步把听证权利扩展到广泛的社会福利领域，要求行政机构在剥夺福利待遇之前为当事人提供类似于司法程序的听证机会。65

应该指出，中国近年来在这方面也取得了初步进展。在 1996 年生效的《行政处罚法》第 42 条规定，对于行政机关作出的责令停产停业、吊销许可证或执照、以及“较大数额罚款等行政处罚”决定，当事人有获得听证的权利。尽管听证权利的适用范围目前仍很有限，它在中国的潜力是巨大的。在某种意义上，阳光确实是最好的防腐剂。听证程序迫使行政机构和利益受到影响的公民进行对话，在相对平等的基础上向公民交代其决定的事实与法律依据并听取公民意见，通过公共监督去促使官员考虑其行为的合法性，从而有助于提高行政决定的透明度并增强依法行政的自觉性。66

五、 司法过程中的对话

我们已经看到，法院内进行的辩论无疑是法律对话的一部分。在一个具体的争议中，

带有不同利益和观点的当事人通过其法律代理人，在法官面前争取对各自最有利的法律解释。法官则尽可能站在中立的位置上权衡当事人双方的论点，并作出其自己认为对社会最佳的判断。随着时间的推移，一个个零散的案例积累起一整套法律规则，法官们在实际判案中凭经验制作的一块块砖瓦慢慢建造成判例体系的宏伟大厦。和立法过程类似，这座法律“大厦”（或“帝国”）主要是通过对话建构起来的，并在对话过程中逐渐获得更新与修复。

1. 法院内部不同意见的对话

判例法在对话过程中的形成方式，和成文立法有些相似。在内部讨论阶段，法院俨然一个小型议会，持不同见解的法官彼此互不相让，在严格保密的条件下进行最自由与平等的意见交锋。⁶⁷ 虽然法官被普遍认为是“客观”、“中立”与公正的，但就和普通人一样，他们也不免带上特定意识形态的烙印；假如没有自由争论所提供的反对意见的制衡，那就不能避免法官会走向主观臆断的极端。事实上，法院被证明是所有政府机构中意识形态色彩最浓厚的地方。⁶⁸ 除了一些基本的司法规则和对体制及其自身职责的忠诚之外，法官们并不一定认同彼此的社会与政治哲学。由此形成的多数意见可能和少数意见针锋相对，甚至格格不入。然而，法治国家的宪政史表明，往往正是这种理性的观念交锋碰击出智慧的火花，为后人照亮了法律探索的道路。

和成文法不同，诸如英美和联邦德国等法治国家的判例法同时记录着多数与少数意见。⁶⁹ 在这里，少数意见的理由获得了更完整的阐述与尊重。在一个具体案例中，多数意见“获胜”了，因而形成了具有约束力的法律。少数意见固然因暂时“失败”而没有法律效力，但并不因此而受到忽略。判例法所独有的理性对话的显著特征，决定了它不能采纳“胜者为王败者寇”的哲学，因为少数意见完全可能包含着真理的智慧。今天的少数意见，很可能若干年后成为多数意见；原来被认为是“错误”的观点，后来却被证明是正确的。少数法官对某一法律问题所持的意见虽然在当时未获多数认同，却很可能成为未来法律改革的萌芽，并为法律的平稳嬗变提供了理论基础。这种现象在西方国家的法治史上不乏先例的，仅美国最高法院对联邦宪法的解释就提供了丰富的例证。下面就举两个领域的例子——平等保护与言论自由，来说明少数意见对美国法律的作用。

(1) 种族歧视与平等保护

美国黑人在内战前遭受奴役，乃是众所周知的事实。在一个具有蓄奴制的不幸历史的国家中，这个问题至今亦未获得彻底解决。内战以后，尽管宪法修正案保障黑人在名义上和白人平等的公民地位，他们在实际上到处受到歧视。如果说南部的种族歧视根深蒂固，北部对黑人的敌视程度亦不相上下。以合法形式实行种族隔离政策的一条途径，就是所谓的“平等隔离”(Separate-but-Equal)理论：州政府宣称受隔离的公共设施在物质上平等，因而看起来并未剥夺少数民族的“平等保护”。在1896年的“车厢隔离案”，70 联邦最高法院使这项理论合宪化。1890 年的路易斯安纳州的法律，要求铁路公司“为白人和有色人种分别提供平等隔离的设施”。旅客将被安排在各自种族的车厢内，违者将受到刑事追究。在受到挑战后，这项法律获得了联邦最高法院多数意见的支持。然而，哈兰大法官(J. Harlan)对法院的多数意见表示强烈反对。他尖锐地指出：

“在这个国家，白种人把自身看成是统治民族，并且在威望、成就、教育、财富和权力上，它都处于支配地位。……但在宪法和法律看来，这个国家并不存在任何优越、支配或统治的公民阶层。这里不存在种性。我们的宪法无视肤色(Color-blind)，并且既不区别、亦不允许公民中间划分阶级。在公民权利方面，所有公民在法律面前平等；最谦卑的和最有权势的人处于同等地位。当涉及到国家根本大法所保障的公民权利时，法律把人视为人，而并不考虑其境况或肤色。遗憾的是，作为国家根本大法的最终阐释者，本院竟然允许一州纯粹基于肤色，来调控公民权利的享受。未来将证明，今天的决定和本院决定的‘蓄奴案’同样有害。71……”

“基于种族而对公民在公共列车上实行任意隔离，乃是奴役的象征；它完全不符合宪法建立的公民自由和法律平等。……我们一向吹嘘，我国人民享受的自由超过任何其它国家的人民。但这种吹嘘难以自圆其说：法律实际上把我们一大批在法律面前平等的公民，打上奴役和堕落的烙印。在列车车厢上为旅客提供‘平等’设施的假象，并不能误导任何人，也不能为它所产生的过错解脱。我的意见是：路州法律违反了该州公民——不论白人或黑人——的个人自由，并敌视合众国宪法的精神和文字。” 72

在以后半个世纪中，“平等隔离”理论一直受到最高法院的支持。而且种族隔离不仅针对成人公共设施，而且针对不同种族的子女就读的公立学校。在1927年的“华裔子女入

学案”，73 一居住在阿拉巴马州的华裔女孩，因其肤色而遭到白人公立学校开除。联邦最高法院认为，州政府已为有色人种的儿童提供了平等设施，因而州立学校的种族隔离并不违反“平等保护”。

只是到了 20 世纪 50 年代，“平等保护”条款才在以沃伦首席大法官（C. J. Warren）领导下获得了真正的生命力。在 1954 年的“校区隔离第一案”，74 联邦最高法院终于宣布各州对中小学实行的“平等隔离”政策在“本质上”（*per se*）违宪，从而推翻了半个多世纪前“车厢隔离案”的结论。至此，哈兰法官当年的少数意见转变成代表主流的多数意见。到今天，尽管美国社会的种族歧视仍然是一个普遍存在的问题，但至少公共权力机构不能再巧立名目对有色人种在法律上进行公然歧视。哈兰法官的少数意见为这一历史性转变奠定了理论基础。

（2）战争时期的言论自由

美国联邦宪法的“第一修正案”（First Amendment）规定：“国会不得剥夺言论或新闻自由。”可以想见，字面上的保护很容易，而要付诸实施则往往需要经过一个艰难的历程。如上文所述，言论自由是法律作为理性对话的基本条件，但即使在美国，它在诸如战争等非常时期也显得相当脆弱。在两次世界大战之间，美国的左派政党因支持国际共产主义运动而遭到了政府的系统压制。当时，联邦政府制定了一系列法案以制裁阻碍美国参战的政治活动与言论，而反对势力（主要是左翼工会团体）则利用联邦宪法“第一修正案”对言论自由的保护，辩称这些联邦法律违宪。因此，联邦最高法院被要求对“第一修正案”的意义与保护范围作出解释。在 1919 年的“抵制征兵第一案”，75 霍姆斯法官（J. Holmes）为最高法院首次确定了“清楚与现存危险”（Clear and present danger）的司法标准，并对这项标准作了相当宽泛的解释，维持了下级法院认定被告有罪的判决。或许是由于以上决定受到了自由主义同事的批评，霍姆斯法官突然改变了观点。虽然继续坚持他在“第一案”中提出的“清楚与现存危险”标准，他却要求对这项标准从严解释。在 1919 年的“抵制征兵第四案”76 中，他在少数意见中告诫说：

“[人们](#)所期望的至善，最好通过思想的自由交流（Free Trade）获得；对真理的最佳检验，在于思想在市场竞争中获得接受的力量，并且这项真理是其愿望得以实现的唯一基础。无论如何，这是我们的宪法理论；它是一场试验，正如任何生活都是一场试验。每年

每月，我们都必须把命运押在对未来的预见之上，而这种预见必然基于不完善的知识。既然这项试验是我们体制的一部分，我们就应该永远保持警惕，避免试图去控制那些我们憎恨并认为致命的言论——除非它们如此紧迫地威胁去干扰迫切的合法目标，以至要求立刻控制来拯救国家。”⁷⁷

在当时，霍姆斯和另一位自由主义法官布兰代斯(Brandeis)的观点仅属于少数意见。⁷⁸在此期间的一系列案例中，法院多数意见还是宽松地沿用原先由霍尔姆斯法官本人所确立的解释规则，并作出和上案一脉相承的判决。但霍姆斯和布兰代斯在少数意见中对自由言论所作的精彩辩护，却在美国法学界的后起之秀产生了巨大影响，并有力推动了“第一修正案”宪法解释的改革。在二次大战之后，原来的少数意见逐渐获占上风，对言论自由的切实保护成为具备法律效力的多数意见。而美国经验表明，社会的言论自由之所以能受到保护，正是由于法官——尤其是持少数意见的法官——有自由充分与公开地表达自己的见解。

从这两个案例系列中可见，虽然法院并未能超越社会主流的影响而存在与运作，至少法官们可以自由发表少数意见，甚至激烈反对多数意见所代表的社会哲学。我们看到，反对意见往往包含着最优秀的论点；它们经常是突破判例法传统的起点，随着岁月的流逝从少数逐渐转变为多数，并最终获得法院和社会的采纳。两个多世纪的历史表明，正是这项特征体现了美国宪政的生命力。

2. 法院与法院之间的对话

在法院进行的对话并不限于在特定法院的不同法官之间，不同法院之间也可以展开对话与争论。美国是一个联邦国家，各个州都制订自己的宪法与法律，各个州的法院负责解释本州的宪法与法律条款。⁷⁹ 由于各州对类似条文的解释可以不同，付诸实践所获得的效果也会不一样，联邦体制提供了布兰代斯法官所说的“试验基地”，⁸⁰ 以供各州之间相互借鉴比较，进而发现最有助于促进公共利益的立法与司法解释。

然而，对于这类在法院之间所进行的对话，其最显著的范例并不是美国，而是法国的民法院系统。法国是一个单一制国家，但有趣的是，它的司法解释体系却带有独特的分散性。这固然有其深刻的历史原因。法国革命极大地影响了法国的法院体制与司法哲学，使

之与英美普通法系的法治系统有某些根本不同。⁸¹ 在原则上，法国的最高法院只决定法律解释，而不能直接定案。且下级法院和上级法院在法律面前平等，其最高忠诚都是法律的内在精神，因而无需遵照最高法院关于法律解释的指示。因此，法国最高法院的一次决定并不立即自动成为法国的法律；下级法院如不同意最高法院的阐释，仍可运用它所认为最适合的法律解释去判案。以下仅举两个典型的例子，来说明法国司法过程中的对话特征。

在 1927 年的“第一次让笛儿决定”（Jand’heur I）中，最高法院首次规定了有关交通事故的无过失责任。⁸² 决定下达后，由于法国各地方下级法院它们对是否接受最高法院的决定态度不一，交通事故法律的解释一时处于混乱状态。最高法院的唯一手段是：在再次上诉后，通过联席会议确定适用该案的定律。但遇到类似案件，下级法院仍有“犯错误的自由”，按照它自己认为正确的理解去解释法律。要统一各地方法院对定律的解释，最高法院只有联席对让笛儿案作出第二次决定（Jand’heur II），一而再、再而三地撤销下级法院的类似决定，并原封不动重复同样的定律解释，从而逐渐使少数拒不服从的下级法院“就范”。

另一个例子发生在交通事故领域。长期以来，法国一直没有一部系统的交通事故保险法，而 1985 年制定的交通事故保险法包含着一种新的立法哲学，不少地方与上诉法院对此一时难以接受，其中有的法官在政治上反对这项定律，有的法官则不熟悉或不理解新的原理。因此，事故保险法被通过后，它在各地的运用程度参差不齐。为此，最高法院耐心等待了两年。当它认为时机成熟时，在 1987 年同一天内同时判决 11 个案件，撤销了其中 10 个下级法院决定，而只维持一个它所认为是正确的决定。⁸³ 通过这种方式，最高法院统一了下级法院对交通事故保险法的解释，从而保障立法的真实意图得以实现。这个例子固然体现了最高法院的“权威”，但更准确地说，它显示了这种权威的有限性。对定律解释的统一不是靠最高法院的强制命令，而是最终来自于各法院之间的定律对话以及通过理性说服在司法界所产生的一致共识。

因此，和英美普通法国家不同，法国的上级法院与下级法院之间不单纯是命令与服从之间的关系，而更象是一种平等交流、相互协商与相互纠正的关系。法国的判例法并非一次建立，而需经过一个最高法院与下属法院逐渐获得共识的过程。这种方式固然是困难的，

且容易对法律的统一性产生不利影响。然而，它仍不失为一种独特的对话形式。在法国，法院作为一个整体对案例进行集体判决，因而少数意见不能在同一个法院内体现出来。但法官个人所失去的个性，在法院这个单位上体现了出来。每个法院都对法律的合理解释担负独立责任，且它的解释在全国范围内和其它（包括上下级与同级）法院形成广泛的对话。最高人民法院并不一定总能作出最明智的抉择。如果它的决定是明智的公共政策，那么它迟早会被全国各地的法院所接受而成为确定的法律；否则，它的决定则将受到下属法院的有力抵制。只有依靠理性去耐心说服，最高人民法院才能有效地统一全国各地法院的法律解释。

3. 法院与社会的对话

最后，司法对话不仅在法院内部进行着；作为一个整体，法院还和政府的其它分支以及更广泛的公共见解(public opinion)进行着一场持久的对话。诚然，法官们一般不是由人民直接选举产生的，并为了保证司法公正而被赋予相当大的独立性。然而，司法独立并不意味着法院与社会隔绝。⁸⁴ 在一个保障言论与新闻自由的社会里，公共舆论的监督一般能够有效地防止法官滥用职权，并保证他们的判决符合公共利益。更重要的是，法治国家的司法过程本身就带有相当大的透明度，因为法院判决一律公开发表，且对重大案例的判决肯定会引起社会各界——包括法律界同行本身——的广泛关注与评论，而法官不可能不考虑其判决的社会影响。可以证明，司法过程的公开化与透明度是杜绝司法腐败的可靠保障，同时也为法院与社会的对话交流提供了体制基础。

有时候，司法独立确实使得法院意见有可能和社会的普遍见解发生分歧。例如在 20 世纪 30 年代，美国联邦最高法院积极抵制代表民意的罗斯福政府所制订的一系列“新政”(New Deal)改革措施。⁸⁵ 这个例子一般被用来证明限制司法权力的必要性。然而，这种观点忽视了一个基本事实，也就是尽管法院和政府的民选分支（总统与国会）之间的对立一时产生了美国的“宪政危机”，但整个交流过程在本质上仍然是一场对话，并最后以法院在对话中转变了自身的态度而使危机获得理性解决。在此，就和我们不能用“以成败论英雄”的观点来看待法院内部的少数意见一样，我们也不能用法院一次不合民意的决定就否定法院在美国宪政对话中的基本作用。应该看到，“新政”在没有修改宪法的前提下给美国社会带来了一场巨变，直接或间接影响了几乎所有人的利益。作为宪法最高解释者与守护人

(Guardian)的最高法院对此表示质疑,乃是理所当然的,并没有任何不正常的地方。重要的是,美国的宪政体制通过理性对话的方式平稳地进行了一场社会改革,在宪法文字不变的基础上成功地完成了向“第二共和”⁸⁶的转型,并从根本上改变了主流社会观念。由于以上原因,笔者并不把“新政”时期的最高法院纯粹视为一次失败的经历;在某种意义上,最高法院虽然“失败”了,但从整体上看,宪政体制的对话模式发挥了它应有的社会功能。

更重要的是,在法院和其它政府分支发生分歧的时候,并不是每次都是法院“错”了。或许更经常地,法院最后被证明是正确的。早在1803年,当马歇尔首席大法官(C. J. Marshall)作出著名的“马伯里诉麦迪逊”⁸⁷一案的判决时,法院意见受到了以总统为首的相当多数人的抵制;今天,虽然仍有少数人质疑这一历史性案例所确立的司法审查制度,它已成为在美国乃至所有宪政国家不可动摇的基本制度。150年之后,在沃伦大法官(C. J. Warren)领导下的联邦最高法院克服了保守政府的疲软,积极推动了美国宪法的平等保护的发展,极大促进了美国社会的平等意识。法院的积极行动迅速获得了社会认同,并显著提高了法院在人民心目中的威信。相反,法院一味赞同其它分支的行为,并不就表明法院的“正确性”。如上所述,最高法院的多数意见一度纵容各州立法机构的种族隔离政策,最后到沃伦法院才终于获得纠正。同样,联邦政府在两次世界大战期间压制左派的自由言论,而最高法院的多数意见并未能采取任何积极措施以保护少数人的宪法权利,但许多年之后多数意见才被证明不得人心;通过不断的对话与说服,一直受到否定的少数意见最终获得了社会的普遍接受,而原来的多数意见则被抛弃。因此,法治国家的法院职责并不是盲目“随大流”,而是在国家的法律对话过程中发挥独立作用。⁸⁸

宪政体制的功能正是在于保障这种独立作用能够充分发挥出来。法院的声音是理性的,但也常常是微弱的,在遵循多数主义规则的民主社会中尤其如此,因为法官在人数上总是处于绝对“劣势”。宪政体制纠正了雅典民主这一致命缺陷,保证少数人(例如法院)的声音不致被多数人所淹没。也只有这样,才能从体制上防止苏格拉底悲剧的重演。

通过在法院内部或法院之间进行的不同层面的对话:多数意见和少数意见的对话、上级法院和下级法院的对话、不同地区或不同体系(甚至不同法系)的法院之间的对话,法治国家的法院成为理性交流与说服的典范。在某种意义上,法官的确是由素质精良的少数

人组成的“超级议会”。但真理有时确实会掌握在少数人手中。首先，法官一般受过多年的职业训练，并且长期的判案经验使之通晓社会的法律传统与实际需要。更重要的是，司法系统的独立性保障了司法判决的中立性，使得法官平时有充裕的时间与精力冷静地思考法律问题，从而有能力超越党派利益的束缚而为普遍的社会利益制订出最佳决策。当然，法官本人也必然受到其所生活的时代所赋予每个人的局限与偏见，因而允许法院内部不同意见的充分表达显得尤为重要。但作为一个整体，法院有可能作出比其它政治机构更为明智的决定。不同法官之间坦诚布公的对话与争论，就好像是“智者”苏格拉底在《共和国》中的问答。⁸⁹ 在这里，言论的力度不取决于人数的多寡、声音的强弱或权力的大小，而仅和它与真理的距离成反比。⁹⁰ 公开和不受压制的质疑与辩论，使错误论点获得识别而被淘汰，真理则获得保留而最终显现出来。由此可见，法治国家的司法过程是法律对话的一个典范。

六、在经验中发展的法律：真理、对话与司法判例

在民主社会里，多数意见（无论在议会还是在法院）形成了法律，而有效的法律即构成命令。但这项命令是不是明智或合理？这项法律是否能以最有效的方式促进社会的公共利益？形形色色的法律命令说并不能回答这类问题。毕竟，多数意见并不是绝对正确。事实上，根据孔多塞的“陪审团定律”，多数意见只是相对于其它意见而言最可能正确而已。⁹¹ 不要忘记，在古代雅典的501多人之众的陪审团，正是多数意见接连两次判决苏格拉底死刑而铸成了千古悲剧。不仅直接民主制是如此，现代议会民主也不能保证多数的一贯正确。希特勒政权就是在相当多数德国公民的赞同声中上台的，其执政期间通过的不公正法律似乎也都符合议会程序和多数规则。直到美国内战后通过了《公民权利法案》，生活在美国的黑人一直以合法（甚至合宪）形式受到奴役。因此，人类摆脱了少数人专制，但同时也要避免陷入多数人的专制。中外历史经验表明，无论是多数人还是少数人，都不可能永恒、绝对地把握真理；不认识到这一点，人类社会就摆脱不了陷入独裁与专制的危险。即便是法治社会也不例外，只不过这种专制是通过法律的形式来完成而已。

这里的关键问题是：如果法律应代表一种普遍的公共利益，一种社会公正或效益，或一种“真理”或“至善”，那么人们又如何去发现它？这实质上是一项社会科学实验。就象通过实验去发现一项物理定律一样，要发现对社会有益的法律，也必须通过人们靠日常

生活的实验所积累起来的实际经验，以及由此用科学方法归纳出来的普遍规律。用法国法学家尚尼（Francois Geny）的话表达，法学是一种“自由的科学探究”：这类探究是“自由的，因为它在此远离积极权威的干预；同时又是科学的，因为它仅在只有科学才能揭示它的客观要素中方能找到其坚固的基础。”⁹² 基于某些不完善的信息与认识，人们对法律提出一个初步构想。在实施过程中，利益受到法律影响的人们将把其不同反映——尤其是受到损害后产生的消极反映——反馈到政府（这是民主的要义）。问题将被带到议会或法院，并在那里获得辩论。如果目前的法律并不是达到社会效益的良好手段，那么它就应受到修正。正如杰出的宪法学家狄骥（Leon Duguit）指出：“法律并不是一堆绝对的、不可改变的原则；相反，它们是一套随着时间的推移而不断发展和变化的规则。因此，即使是一种在很长一段时期内被视为合法的情形也并不是永远合法的。”⁹³ 因此，法律的发展是一个渐进的过程。如果社会各主要利益团体都能有效地参与讨论，且其意见将对立法决定产生影响，那么法律可被期望在不断修正的过程中逐渐接近各方都能接受的帕雷多最优解（Pareto-optimal solution）。⁹⁴

因此，良好的法律及其“正确”解释之发现是一项科学的探索过程。它并不是产生于某个圣贤的灵感或最高权威的规定，而是来自日常经验的累积与总结。我们已经看到，在法治国家，这种经验的积累过程主要是通过对话进行的，而议会和法院提供了对话得以合法化进行的场所。在现代民主社会里，议会当然是不同政策与观点进行交锋的主要阵地。但尤其在英美普通法国家，这项工作的相当一部分是由法院完成的。这一方面是出于历史原因：在普通法系的母国英国，法院可以说是随着国家政权而同时诞生，而行使代议制职能的议会则是近代的产物，因此在民主体制不完备的条件下，法院所制订的判例法弥补了法治的空缺。更重要的是，资本主义工业的发展和现代福利社会的兴起使得社会矛盾空前复杂化，各国议会都显得应接不暇。⁹⁵ 经济发展是一项巨大的社会工程，其系统与长期的规划超越了人类目前所具备的“有限理性”（Bounded Rationality）。⁹⁶ 因此，立法者不可能预见经济发展所将出现种种问题，并通过制订成文法律来为所有问题提供具体解答。许多问题伴随着市场经济的建立与发展不断涌现出来，并必须在发展的过程中及时获得解决。然而，出于种种原因，议会往往不能够为层出不穷的新问题及时地提供法律解答。结果，在法治国家（不论是否普通法国家）的发展过程中，许多问题不是在议会而是在法院获得解决。⁹⁷

普通法法院历年来形成的判例法体系在实践经验中不断获得检验与进化，普通法系的许多著名法官与学者对此都发表过精彩的论断。人们自然不会忘记霍姆斯大法官有关“法律是经验而非逻辑”的格言。⁹⁸ 也正是他在上述保卫自由言论的反对意见中预见到未来的不可预见性，提出了宪法是一场充满未知数的“试验”，而“试验”的主要对象正是法官对宪法的理解和解释。究竟是多数意见还是少数意见对宪法与法律某个条款的理解更合理，并不能简单的投票或任何其它方式来决定，而只有等待历史的评判。最后，一条条从经验中总结出来并受到历史肯定的法律规则构成了庞大的普通法体系。这种经验主义的法律观念受到美国法学界的普遍认同，例如后来的卡多佐大法官也指出：“普通法的运作并非始于具备先验建立的宇宙普适且一成不变的有效性之真理，而后从其演绎式地递推到结论。其方法是归纳性的，并从特殊事例中获取其普遍推论。”⁹⁹

当然，从司法实践中获得的普遍规则，又必须回到社会实践中获得进一步检验，而检验所用的首要标准从来是法律的实际社会效果。正如美国法学家史密斯（Munroe Smith）指出：

“在其试图将正义的社会意义明确表达于规则和原则的努力中，发现法律的专家所用的方法永远是实验性的。判例法的规则和原理从来不是作为终极真理而被创造，而是作为运作假设，在伟大的法律实验室——正义法庭——不断受到重新检验。每一个新的案子都是一项实验；且如果看起来适用的成规产生了被感到是不公正的结果，那么这项规则就将被重新考虑。它也许不会被马上修正，因为要在每一件个案中实现绝对公正的企图将使得普遍规则的发展与维持变得不可能；但如果一项规则继续不公正地运作着，那么它最终将被重新阐述。原则本身也在不断获得重新检验；因为如果从某项原则中推导出来的规则不能很好地运作，那么最终该项原则也必须获得重新检验。”¹⁰⁰

在经受不断检验的过程中，法官在普通法的实验室里所制订的判例法根据其社会效果而获得进化。卡多佐法官十分生动地描绘了这种“大浪淘沙”的过程：“法官的工作在某种意义上是不朽的，而在另一种意义上则是短暂的。其中好的东西将持久下去。错误的则相当肯定地会消失掉。好的会继续作为一块基石，新的结构将被建造其上。坏的则将受到排斥，并在时光岁月的实验室里被淘汰。一点点地，旧理论被削弱。……在永无休止的检验与再检验的过程中，渣滓不断被排除，精粹则不断被保留。”¹⁰¹

普通法系的发展历史基本上证实了卡多佐法官许多年前的乐观预见。由独立的司法系统历年所发展起来的判例法体系，自觉或不自觉地沿着社会资源最优化分配的路线演化。经济学家科斯在 1960 年的“社会成本问题”一文，¹⁰² 一直被认为是新制度经济学的开端，但更准确地说应是对英美普通法有关妨害（Nuisance）问题的案例分析，或是为普通法法院所形成的判例法提供了经济学依据。科斯在这篇经典论文中证明，在交易成本（Transaction Cost）为零的社会里，产权与民事责任的具体界定对社会资源的最优配置无关紧要，因为资源最优化总可以通过成本为零的交易而获得实现。¹⁰³ 然而，对于现实社会中的绝大多数交易而言，其社会成本是不为零的，甚至经常远大于零，因此“科斯定理”的反面往往更有实际意义：即在交易成本不为零的社会里，权利与责任的法律界定确实会影响社会资源的配置。¹⁰⁴ 这时，立法与司法责任就在于适当地确立产权与民事责任的法，从而使社会资源的配置达到最优化。科斯论文的主题即在于说明，普通法法院的法官通过制订各类妨害问题的判例法，很早就运用了这项一直不为经济学家所理解的经济学法则。¹⁰⁵

当然，如上所述，法院对于合理法律规则的把握也不是一蹴而就的，而是经过有时是漫长甚至激烈的辩论与对话过程。对于法律“是”或“应该是”什么的问题，法院内部、法院之间以及法院和社会之间必然存在着不同意见；而在法治国家的法院中，少数并不被要求无条件地服从多数，少数意见不但不受到压制，而且被允许自由与公开的表达；即使上级和下级法院之间的关系也不是纯粹意义上的命令与服从，而是以发现立法者的真实意图为目标而进行的一场公开对话。在这一点上，司法辩论就和议会辩论一样。通过不断对话，少数意见中的合理内核最终被法院多数乃至整个社会所接受，而如此形成的法院意见正是法律探索过程中成果的结晶。

七、 结语：走向理性对话的时代

苏格拉底在西方思想史上所开创的理性对话传统，是民主、自由与法治的源头。它表现了依靠平等、说服与独立思维——而非强权与个人意志——去解决社会争端的精神。当然，苏格拉底本人他所倡导的对话付出了生命代价。但这一永恒的历史教训告诫后人，无论何种形式的权力与意志——甚至是多数人按合法程序表达的意志——都不应取代或压制对话。在通往真理的路上没有捷径，自由与公开的对话是探索与发现真理的唯一工具。毕竟，世界上的许多问题并没有一个简单的对或错的答案，比答案本身更重要的是通向某

个答案的过程。是否允许少数意见的存在与公开表达，乃是区别民主与专制、法治与人治的试金石。事实上，如果坚持现存的法律一定体现着绝对正确的多数意志，那么法律也就成了少数人操纵多数的专制工具。从这个意义上说，把法律条文当成不可怀疑的神旨，恰是对法治精神的背叛。出于社会生存的现实原因，人们必须像苏格拉底那样在行动上遵从法律与规则的约束。¹⁰⁶但这决不意味着我们就不能探讨法律的基础、意义与解释、及其可能带来的社会效果。应该指出，苏氏之所以坚持服从雅典陪审团的判决，其理由并不是法律的强制力（何况他可以通过学生而轻易摆脱这种强制），而在于法律作为一种命令的必要性及其所产生的道德约束力。他认为自己之所以能在雅典城邦平安度过了70余年，正是依靠作为命令的法律之存在；没有法律的强制性效力，政府就不可能存在，个人也就得不到保护。他似乎表明，在社会生活过程中，个人与集体之间形成了一种无形契约；仅因为国家下达了一项自己认为不公正的判决而背离它，就将使政府的统治变得不可能，也将对不起和他同甘共苦数十载的雅典人民（尽管他们的判断未必总是明智或正确）。无论如何，苏格拉底对法律命令的服从并不是无条件的盲从，而是经过深刻的反思和自我对话过程而达到的理性结论。苏格拉底的悲剧也正表明，要避免法律的专制，法律不能只是命令，而更应该是一场由社会各界积极参与的理性对话。在不断的对话中，人们不仅钻研并争论着枯涩的法律条文的解释，而且探索并考察法律本身的目标与社会价值，以及达到这一目标的最佳手段。

正如庞德(Roscoe Pound)教授指出，法学理论总是为两种社会需求所决定：社会对普遍的安全、和平与秩序的基本需求，从而使之倾向于为人类行为的秩序寻求一种永恒固定的法律基础；另一方面，社会不断面临着缓解其临时性危机的压力，从而推动它寻求法律变化与发展的规律。因此，法学争论在两种观点的不断冲突中达到平衡：把法律当作固定规则的一方认为它包含着不可质疑的权威，而人类需求和欲望的多样化与多变性则要求不断调整法律规则。¹⁰⁷在历史上，人类曾经度过了一个漫长的物质贫乏时期，社会的基本生存不时面临着威胁，而统一与不受质疑的道德与法律秩序被认为是维系社团生存的基本要素，而这一秩序的解释与维护成为被少数统治集团垄断的专利。工业现代化促使人类的一部分首先进入现代民主。在这个历史的进步中，人类逐渐摆脱了少数统治集团的专制，接受了多数主义的平等游戏法则，并进入到一个道德与文化多元的社会。具有不同需求与见解的人们产生的对话，有效促进了法律规则本身的修正与改革。但保护社会少数与不同意

见的需要不但没有消失，却反而加强了。在重新回到民主制度后，人们似乎已有足够的经验去避免民主本身所可能产生的悲剧。

从历史上来看，法律从一元命令到多元对话的发展，乃是人类文明的一种不可逆转的进化。法治国家的经验表明，法律“是”或“应该是”什么，最好经由自由、公开与平等的对话来决定。通过允许不同意见的公开表达，司法判例制度构成了这一对话的重要组成部分。在一个多元民主与法治的国家里，存在着许多个对话中心，而在法院进行的对话或许可被认为是法律对话的最后也是理性程度最高的环节。无疑，和任何政府机构一样，法院是权威的所在地，并且在法治国家里，它的权威是最终的。法院下达命令，且法治要求它的命令获得无条件的服从，即使级别再高的政府官员也不例外。¹⁰⁸ 然而，法院首先是一个说理的地方。在法治国家，持不同意见的法官之间自由、平等与公开的对话，为法院的命令提供了理性的基础，而只有理性的命令才真正具备统治的合法性；只有理性才是权威的真正源泉，而对话正是通往理性的过程。法官意见同时体现了正直与坦诚的精神，显示了严谨、克制与宽容的风范，为法律在更广泛的社会范围内进行的理性对话树立了榜样。正是在不断的辩论与说服过程中，法律的意义获得了创造、更新与发展。