

中央与地方政府间 关系的司法调节

刘海波*

内容提要:中央和地方政府间结构关系主要有两种模式:相互控制和重叠统治。相互控制模式的设计使得各级政府在组成、立法和执行上相互依赖,通过立法、行政过程中的体制保障机制来协调政府间的关系。这种方式有诸多弊端。用司法方式调节中央和地方政府关系,通过裁决个别纠纷,可以间接协调政府间关系,其方式有不为人注意的重大好处。中央与地方关系难题的治本之策是吸收重叠统治模式的优点并建立真正意义上的司法权。

关键词:中央与地方政府间关系 重叠统治 政治过程 司法调节

一、引言

在中国这样一个广土众民、内部差异性大、情况复杂的国家,政治治理的责任绝不是单一层级政府所能完成的,我们关注的焦点是如何调整不同层级政府的权力界限。这个问题,在我国历史上和当前都没有获得良好的解决。我国长期以来的历史是高度中央集权和地方分裂割据的历史;建国以来,在地方和中央的权限调整上,往往陷入“一放就乱、一收就死”的循环;不仅如此,在同一个时期,竟有中央集权和地方分割的弊端并存的情形。我国是世界上地理和人口大国中唯一实行单一制的国家,甚至被抨击为高度中央集权,但是地方保护主义的盛行又是非常显著的事实。

《经济参考报》曾报道说,我国形成了一个个以行政区划为界限的“地方政府经济圈”。大量的多层次的“地方政府经济圈”各自独立运行,造成全国市场处于分割状态,商品和要素的自由流动受阻,市场机制在更大的区域内优化资源配置功能失效,造成大量的显性和隐性经济损失。^[1]确实,地方保护主义已经成为制约全国统一市场形成最主要的障碍,国内市场的统一,甚至比我国市场经济地位问题更迫切。表面上,我国中央政府不缺乏打击地方保护主义的手段,中央实际上控制地方人事(至少省级)的任免并可审查地方性法规。根据宪法第67条的规定,“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……(八)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”。但是,政制上的这些安排对消除地方保护主义现象效果并不显著。在2001年,国务院就颁发了禁止地区封锁的规定,但近年封锁不但没打破,而且愈演愈烈,仅靠清理一些法律法规

* 中国人民大学政治学系讲师。

[1] 《透视“地方政府经济圈”行为异化现象》,《经济参考报》2004年7月12日。

文件不解决问题。看来无论地方官员是不是中央任命的,地方政府总有自身独立的利益,总有搞经济上的地方保护主义的冲动,中央立法部门无法做到细致无遗地审查地方立法和行政措施,而且出于各种考虑,也很难行使法规审查权。地方官员的中央任命,还带来了不从地方人民的实际需要出发而制造上头看得见的政绩等严重问题。这使我们有理由怀疑,仅仅依靠行政措施和立法权集中的手段,不足以消除地方保护主义,更不足以合理地调整中央和地方关系。

美国当年制宪时,为了保障全国性政府的权力不受侵害,麦迪逊在美国制宪会议上曾极力主张,联邦议会有权否定他们认为违背联邦条款和对外条约的各州议会立法,后来这一主张却被制宪会议否决了。^[2]美国宪法尽管建立了联邦法院的体制,没有在立法过程中建立起对州法的否决权,麦迪逊对此感到遗憾。他感到这样并不足以维护全国性政府的权威不受侵犯。但是,通过法院这样一个行政、立法过程之外的调节因素,出乎麦迪逊等联邦主义者,也出乎当时反联邦主义者的预料之外,美国联邦的法院系统是对州权的一个很温和的制约这个看法被证明是错误的。自从麦克洛诉马里兰州案之后,美国宪法的整个发展历史也说明了这一点。在一块领土上,通过建立独立强大统一的司法体系,通过司法判例逐渐形成统一的法律秩序,较之立法上的集中统一,更不用说是行政中央集权制,能够更有效地实现该领土的政治和经济一体化,使居民成为相互认同、富内部凝聚力的公民团体,并且在有效地扩张中央政府权力的同时,相对更少地损害甚至保障地方自治和人民自主治理,这对我们来说还是一个反直觉的认识。英国、美国、乃至最近欧洲联盟发展的历史都启示了这一点。英国可以说是现代第一个现代民族国家,其国家能力(如财政汲取能力)在很长时间内远强于号称中央集权的法国,但另一方面,英国仍然保持地方自治,甚至被认为是事实上的联邦制。甚至在政制结构是半联邦制的情况下,欧洲法院在实现联盟法律秩序的统一,扩张欧共体机构的权能上起了关键的作用,而通过初步提交和初步裁决程序,欧洲法院和成员国法院在涉及联盟法律的案件上已在相当程度上结合成统一的制度,成员国法院因此获得了依据联盟法审查本国法律的某种司法审查权。^[3]

一般认为,政府间关系的司法调节,和联邦主义体制紧密相关,法院特别是最高法院是联邦主义体系的调节者,没有法院的调节,联邦主义体制几乎不可能成功运转。例如,关于美国联邦体制与法院的关系问题,阿奇比尔德·考克斯说,“很明显,最高法院和联邦体系是紧密相连的。自一开始,最高法院就是联邦体系的最终裁决者,确定国家和州各自正确的范围并防止相互侵扰。如果,当问题出现在个案与具体争议时,没有法院审查州和联邦法律合宪性的权力,联邦体系几乎没有可能成功”,^[4]“联邦制内在地会在各个政府之间——全国性政府与地方性政府,地方性政府与地方性政府之间——产生什么是各自的正确的权力范围的争吵,因此一个独立的司法体系和某种形式的司法审查就是必须的。换句话说,维护联邦主义结构的任务绝不能托付给州,而且,如 William Van Alstyne 教授所指出的,‘绝不能托付给国会(这将是第 22 条军规),而是要在司法审查的程序中托付给法院’”。^[5]但是,这个问题具有一般性,现代各国的联邦制或单一制,其区别与其是确切的,不如说是微妙的。对中国学者来说重要的是:哪一种政府间关系的结构与哪种司法体系之间发生紧密的关系,以及为什么司法调节能取得上述良好的结果。

[2] 麦迪逊:《辩论——美国制宪会议记录》,尹宣译,辽宁教育出版社 2003 年版,第 88、347、596 页。查尔斯·平克尼曾经提出:两院三分之二议员同意,联邦议会有权否定他们认为违反联邦总体利益和联盟和谐的各邦立法;到 9 月 12 日,麦迪逊仍然为联邦国会否决条款的被否定而遗憾。参见第 745 页。

[3] 参见约瑟夫·威勒:《欧洲宪政》,特别是该书第 5 章《最不危险的部门:对政治一体化过程中欧洲法院的回顾与展望》,程卫东等译,社会科学出版社 2004 年版。

[4] Archibald Cox, *The Supreme Court and the Federal System*, in Kermit L. Hall (ed.), *A Nation of States: Federalism at the Bar of the Supreme Court*. New York & London: Garland Publishing INC, p. 104, 2000.

[5] Michael S. Greve, *Real Federalism: Why it Matters, How it could Happen*, Washington D. C.: The AEI Press, p. 14, 1999.

二、政府间结构关系的两种主要模式

杨利敏认为联邦制是一个开放的概念,不论是在联邦制的总体结构的设计,还是在具体的制度层面,联邦制都有各种各样的差异,并反映了截然不同的倾向。联邦制没有一成不变的模式,更不是一种标签化的存在。^[6]所以要研究联邦制或联邦主义,就要进行进一步的分类,区别只在于分类的标准。^[7]单一制的主要特征可概括如下:地方政府的权力来自于中央政府的授予,可以被中央任意撤销;地方政府的重要官员来自于中央的任命;每一级政府只管理其下一级政府,只有最基层政府才直接统治人民。这些见解未考虑到历史和现实中的情况的复杂性。英国是公认的统一制国家,但在那里,地方政府有很大的自主权,其成员也不是来自中央的任命。实际上,当今世界绝大多数单一制国家,地方政府的产生也不是来自中央政府的任命。本文认为应进行进一步的分类,因为联邦制或单一制名称之下的国家,其内部的差异可能如此重要,乃至于是我们理解实质性问题的关键。分类本身不是目的,也不仅是为了描述的方便,而是为了回答制度为什么起了作用,和以之为工具更好地理解现实并有助于政治实践。以中央和地方两级政府间的结构性关系和司法体系在调节政府间关系所起的作用为标准,是本文所进行的分类。

上文批评的统一制原则在政府间的结构性关系上可以称为单向控制模式。政府间关系的调节主动权完全在中央政府一边,在这种情况下,法院几乎不起作用。这种方式在当今世界事实上很少见。实际上无论在单一制或联邦制下,更常见的是双向控制模式或相互依赖模式,即在政府组成和行动的过程中,设置一些协调机制或体制保障因素,来使得两个层级的政府相互协商保证它们不相互侵扰。这些机制可以是中央政府的组成、立法的通过、立法的执行在一定程度上依赖于地方政府,也可以是地方政府的组成、立法的通过、立法的执行在一定程度上依赖于中央政府。这些方面的机制可以包括一方对政府成员的提名权(另一方有通过权)、立法否决权、拨款权等等。目前德国的联邦主义^[8]其实就是这种模式的一个典型。德国的联邦政府的组成和立法一定程度上依赖于州政府。德国也实行两院制的议会制度,联邦众议院每四年一次由人民直接投票选举产生,联邦政府由众议院的多数产生。德国参议院实际上是一个州政府间组织,其代表既不是通过直接选举也不是通过间接选举产生的,而是为州政府所委派,可以招回,代表按州投票。德国联邦议会两院中的参议院享有重要的立法权,但其权力较之众议院为小,参议院在某些情况下拥有绝对的否决权,另一方面,作为最后的手段,还可以延缓议案的通过。德国联邦主义强调的是在各州政府组成和参与联邦政府的体制性保障,联邦政府的立法相当依赖于州政府的合作。联邦政府和州政府之间存在立法和行政的功能性分工,即联邦立法,州政府执行,同时联邦政府对州政府的执行进行监督。尽管中国坚持单一制和中央权威,但其现实的政制是接近相互控制模式的。例如:中国政治中重要的决策机构如中国共产党的中央委员会其成员由各方面(许多是地方)的领导人直接构成,一个人的权力基础与他担任的地方职务有很大关系,与来自于上海还是青海,很有关系;中央的政策要依赖地方的执行等等。

在政府间的结构关系是双向控制模式的情况下,法院的作用被认为不是很重要。美国威克斯勒教授认为,美国各州对联邦政府过程的参与——例如参议院中的平等代表权,是内在于美国联邦主义架构的政治防护,因此法院无须对州的权力加以特殊保护,除非个人权利受到威胁,法院应把联邦和

[6] 杨利敏:《关于联邦制分权结构的比较研究》,《北大法律评论》第5卷第1辑,法律出版社2003年版,第54页。

[7] 张千帆区分了联邦制的英美模式(基于民主责任制理论,联邦和各州职能几乎完全独立)和德国为代表的欧洲大陆模式(联邦更侧重于负责立法,而各州则负责执行联邦法律)。张千帆:《宪法学导论》,法律出版社2004年版,第215页以下。

[8] 关于德国联邦主义,参见 Charlie Jeffery et al., *Recasting German Federalism: The Legacies of Unification*, Pinter, 1999; Cole, *West German Federalism Revisited*, *American Journal of Comparative Law*, 23, pp. 325 - 336.

各州政府之间的权限争议,留给实际政治过程去解决。他认为,制宪者在组成选择中央政府的同时,他们赋予各州极为重要的作用。各州作为实体的连续存在及其在选择国会和总统中的角色,是内置的机制,限制联邦对于州的权力范围的侵入。较之最高法院的司法审查,国会本身才是使宪法规定的政府间权力分配条款获得最大意义保护的机制。威克斯勒教授提出的观点叫做体制保障理论,或者叫做政治过程理论。^[9]

不过,威克斯勒教授关于美国联邦主义^[10]结构特征的观点不尽准确。美国联邦和州两个层级的政府在组成、权力的来源和权力的行使上是各自独立的。美国联邦制下政府间的结构关系可以称为重叠统治模式。一个全国性的政府和联邦组成单位的各州政府同时并存,管辖地域和人民重叠,两种政府的权力来源各自独立。全国性政府直接对公民行使权力,立法的对象是个人,并且有独立的行政机构执行其法律,美国立宪者认为建立一个政府们的政府违反了政治科学的一般原理,是原来的美利坚邦联失败的原因。立宪者们有意使得全国性政府在组成上和在其决策的执行上都尽量少依赖州政府。^[11]美国的参议院由于每个州平等产生两名议员,号称代表各州,但参议员任期长达6年,中途不可招回,按人投票。即使在美国宪法第17条修正案之前由州议会选举参议员的日子,参议院与其说是一个联邦院,不如说是全国性政府的元老院(这也是麦迪逊等美国立宪者的意向)。因为参议员的长任期和按人投票,使得参议院成为独立而强大的机构,它不是一个邦联或联盟性的机构,而是全国性政府的一个部分。一般来说,美国的参议员较之众议员,更是全国性的政治家。总的来说,美国联邦主义强调的是联邦和州两级政府在组成上和权力行使上的各自独立,二者在各自的领域内是至高无上的,两级政府之间的权力范围和行动结果的冲突依赖于联邦制结构之外的因素——司法体制的调节。政府间权力范围和关系的调整,主要不是通过成文宪法的修正,而是通过司法判例。美国宪法关于联邦权力的列举,本就是高度概括和伸缩性的。美国的普通法法院特别是最高法院,通过个案判决的方式,发展了政府间关系的规则。

重叠统治模式,就单一制主张者的本意来说,也是很有吸引力的。虽然中央政府不再拥有一切权力,不再能够命令地方政府和任命地方官员,但没有取消和削弱中央政府,反而使它独立和强大,它的组成,不再依赖于地方官员的好恶,其政策的执行,有自己独立的行政部门,不需要靠地方的配合,这经常使中央法律的执行变成了讨价还价的过程。只要有一部权威至高无上的宪法,宪法确实实现其效力,实现了法律秩序的统一,在对外的意义上中央政府有能力充分地保卫国家利益,则不同层级政府的组成方式、权力范围、权力来源等,并非一定要根据固定的抽象原则来安排。

不过,重叠统治的政府间结构模式配之以司法调节政府间权力界限,真有非常优良的结果吗?它的运转依赖于什么样的司法体系?法院在政府间关系的调整或权力界限的分配中,运用什么样的法律推理?关于司法权安排的理论是什么样的?下面我们首先通过对比说明在政治过程内部调节政府间权力界限的不可取。

三、政治过程内的体制保障并不可取

在立法、行政的政治过程内部设计体制保障因素或相互依赖机制来化解或消灭中央和地方的权

[9] Herbert Wechsler, *The Political Safeguards of Federalism: The Role of the States in the Composition and Selection of the National Government*, Columbia Law Review, p. 543, 1954.

[10] 关于美国联邦主义,参见 Daniel Elazar, *American Federalism: A View from the States*, New York: Harper & Row, Publishers, 1984; Vincent Ostrom, *The Meaning of American Federalism: Constituting a Self-governing Society*. Institute for Contemporary Studies, 1991; Martin Diamond, *As Far As Republican Principles Will Admit*, Washington D. C.: The AEI Press, 1992。当然,最经典的论述,是《联邦党人文集》和托克维尔《论美国的民主》上卷。

[11] 参见前引[2],麦迪逊书。

力冲突,使一级政府在组成上和立法上依赖于另一级政府,不见得可取。因为:

(一) 违反了责任政府原则

一个政府,不论其权力来自于人民通过投票表达的明确授权,还是人民的默示同意,都应该是一个可以问责的政府,而且责任的归属是恰当的。政府的权力和义务必须平衡,不能要求一个政府对实际上不能完全自主决定的事物负责任,也不能使一个政府做最终不必自身承担后果的决策。中央政府和全国人民之间存在着对应的权力、权利与义务之间的平衡关系,但中央和地方之间不存在相应的平衡关系。特定地方的人民及对其负责的政府不能决定全国政策,对全国人民负责的中央政府也不能决定特定地方的政策;否则,就必然违反责任制政府的原则。

(二) 某些体制保障违反了审议性民主的原则

如果地方政府直接组成全国性议会中的一院,这样的设计是否能促进决策的审议性?设立上述的体制保障违反审议民主决策的原则或制造不可化解的决策僵局。一个机构以什么样的规则行使其权力,应取决于它的构成方式。在按人投票和按政府单位投票之间,有重要的差异。后者如果按照某种多数规则(简单多数、绝对多数或欧盟部长理事会实行的有效多数等),很难排除特定规则同特定结果之间的联系,也就是说规则总是有歧视性的。事先就可以知道,如果哪几个地方联合起来,就可以成功地阻碍议案的通过,或者哪些单位联合起来,就能够成功地通过决策。这样排列组合的次数是有限的。每个地方或单位都是一个紧密结合的利益共同体而且数量总在几个到几十个之间,因此这种决策机制是一种范围极端狭小的多数民主。在上述情况下,较之大范围的代议制民主,更容易出现这样的情况,即决策的结果在投票之前就可以预计。这样投票本身就失去了程序正义的性质——即投票机制本身是一个发现的过程,发现什么是良好的决定,什么是正当的结果。另外一个办法是一致通过制,每个地方政府都有一票否决权,但既不现实也不可取。这是一个无法运作的体制,这会回到一个无政府状态中。

(三) 对政府制约的削弱作用及其他问题

我们可以设想建立双重体制保障的政制情形,这不是理论上的虚构,而是实在的政制:中央立法不执行,委托各地方政府执行,在执行上中央依赖于地方;中央政府的组成严重地依赖于地方,中央决策机构中地方政府的头面人物占很大比例,审议立法时还要分省开会,发言时说我们省如何想的;最高领导在各省失败了一定意味着在中央的失败;通过一些机制,使得地方政府的人事由中央决定。上级决策委员会由下级委员会首要人物组成,下级委员会成员由上级委员会提名甚至任命。这种情况,既可以说是中央集权的,又可以说是地方割据的。其中一个最重要的后果是,中央受制于地方,地方也受制于中央,做事的时候两级政府很难行动,难以发挥“两个积极性”;每一层级的领导人,关注的焦点都是人事问题,上级的、同僚的、下级的,由此不难理解为什么这种情况下一切政治问题最后都会变成人事问题。另外一个后果是单个公民碰到一个最小单位的最小官员的侵害也没有办法,因为所有政府相互缠绕在一起,一个最小的乡官也代表了政权所有的权威。用相反和竞争的利益来补足较好动机的缺陷,是制约政府们可能的暴虐方面的一般方法。现行体制保障却使政府们联结为一体,无法达到通过竞争实现制约的好处。

(四) 对地方权力的体制保障反而损害地方的自主性

这是一个反直觉的认识,即独立强大的中央政府反而保障了地方的自主。地方政府在全国性政府的决策中占有重要权力,这种看起来保证地方独立自主的制度安排在某些情况下事实上会破坏地方政治生活的自主性,增强中央集权。全国性政府的权力和影响很大了,但其组成仍然严重依赖于地方政府,地方政府的变动直接影响了全国性政府的权力分配,影响地方政府的组成的重要因素可能就是各方为了在全国性政府取得权力的目的,这样地方政府的独立自主存在就要大受影响了。全国性政府的权力和影响扩大了,但没有独立执行其权能的手段,那么可能出现一种情况,就是被迫在某种

程度上将地方政府征用为自己的下属执行机构。^[12] 这时全国性政府的领导人非常多的精力被牵扯到地方人事安排上,因为这就是他能否当全国领导人和顺利执政的问题。这样使得尽管从规定来看,全国性政府组成上要依赖于地方政府,但是往往造成一个结果,就是地方政府的人事被全国性政府通过政党或某种其他形式的安排所控制、支配。甚至在选民投票的时候也是如此,选某某不是因为要他在地方做什么,而是因为他要组成全国性政府的重要部分。^[13] 德国的联邦主义比美国更加中央集权,政制结构上的原因就是联邦政府在组成上和执行权能上都不独立于州政府。

(五) 地方性法规审查权的问题

我们至少可以说明全国性议会审查地方立法除了“自己成为自己案件的法官”这个问题外,如果实行,还有其他严重的问题,不会因此减少法院的作用。地方性法规审查权怎样实施呢?是否每一次地方通过的决议就要拿来审查一番,这样的体制是否可以想象?中央立法机构成员的时间和精力是有限的,无法充分地就地方所有违反宪法和全国性立法的行为予以认定、审查和监督;大量的地方政府违法行为可能是轻微的(在全国意义上,当然对直接受害者不是如此),即使可以恰当地确认地方的违法行为,将中央立法机构的资源用于处理这些问题,是不是一种浪费?

甚至,地方性法规审查权并不能真的解决问题。在实践中,加拿大有这样一个条款,全国性议会可以否决对省议会的立法,但并不能减轻司法的作用、法院的辛苦。戴雪告诉我们,“(加拿大)其最可注意者是宪法所授予属邦政府的威权,使之有权以取消各省议会的法案。此权的赋予,自创制者观之,或可发生极大效力,苟能如是,法院可以不至被用为宪法的舌人。其实,稽诸史乘,这班创制人物亦曾有一种信念,以为‘如此精细地规定各个立法机关所有权限当可以解除中央与地方政府在行使职权时所有冲突’。诂料世事所趋竟使创制者所有希望因误会联邦主义的性质而尽成泡影。于是加拿大法案,无论为属邦议会所立,或为行省议会所立,重劳帝国枢密院内之司法委员会审问;其结果此类判决案至于盈册两大帙。在此际,这一个司法委员会的行为恰与合众国大理院相类,即同以审问议会立法的宪德为事。卒之,在加拿大属邦中,一如在合众国中,法院诠释宪法之责遂不能旁贷。”^[14]

四、司法调节方式的优点

当中央和地方的立法都直接适用于个人,法律的冲突会以私人利益纠纷的形式大量表现出来。当有两个同时存在于同样地域、同样人民之上的政府,不仅是立法,行政权力的行使尤其会导致这种情况的发生。即使中央政府不直接行政,只要其法律直接适用于个人,以个别利益纠纷形式出现的法律冲突就仍然会出现。如果地方政府不很优良,它通过推诿的方式不做事,并敷衍塞责,即使可以避免与中央的直接冲突但仍然产生大量个别的纠纷。所以我不太同意说可以采用一种国会立法否决的方式来解决其中的冲突问题,因为许多冲突,表面上看来是私人之间的冲突,实际上是两个政府之间的法律的冲突,冲突不必而且绝大多数情况下不以两者之间直接对抗的形式表现出来,而是以个别利益纠纷形式表现出来。在重叠统治的政府间结构关系下,政府间的权限冲突更会以私人利益纠纷的

[12] 全国性政府不在人事上就在财政上要取得对州或省政府的控制权,否则很难指望州或省政府认真执行全国性立法。

[13] 参见 Bruce Ackerman 对大使议员(Ambassadorial Chambers),即各州政府直接任命的联邦参议员的评论(Bruce Ackerman, *The New Separation of Powers*, *Harvard Law Review*, volume 113, January 2000),“德国参议院议员是每个州政府的代表,并且严格听从指示行事。这意味着,州选举中的选民不能仅仅与州一级的竞争性政党政治相联系,而且还必须记住,他们在州选举中的选票通过改变联邦参议院的政党均势,改变了国家权力的格局”(p. 681),“(在德国)结果是州级政治的全国化。全国性的政治家和政党不可能无动于衷地看待州级选举的命运。他们使自己成为国家政治游戏的一部分,努力将州级选举转化为对总理及其提案的信任投票。州级选举的选民不仅关注州政府的承诺和表现,还试图通过选票向柏林的权力中心表达自己是否满意国家的统治集团”(p. 682)。

[14] 戴雪:《英宪精义》,雷宾南译,中国法制出版社2001年版,第216页。

形式大量表现出来,而法院平常的工作就是调节这些冲突。表面上法院的工作没有出奇之处,但却是司法调节方式成功的秘密。

既然两级政府间一般不发生直接的冲突,冲突体现在人们日常的活动之中,这样由私人告到法院,法院就不是解决中央与地方孰是孰非的问题,而是解决一个个别案件,解决某甲和某乙之间的私人纠纷,但间接地影响了两个政府之间的权限划分。法院行使的仅仅是司法权,不比司法权更多,也不比司法权更少。这里说的是本来意义上的司法权,法官首先做的是判断的工作,而不是在简单地适用成文法,否则的话法院和行政部门有什么区别?判断要求法官面向正义,法律的基础是超越于任何人的意志的正义。在经验世界,法官实际上是对现有的有冲突的一些具体的原则进行权衡,得出一个具体的判决。

这种方式的好处,托克维尔在观察美国联邦制时已经认识到了:宪法承认各州有权制定法律,而这些法律又可能侵犯联邦的权利。这时,在联邦与制定法律的州之间,不免要发生主权冲突。为了解决冲突,只能采取危险最小的处理办法。我前面讲过的总原则,已经预先规定了这种处理办法。根据通常的想法,遇到我方才提到的这种案件,联邦一定要向联邦系统法院控诉侵权的州,而联邦系统法院也将宣判该州制定的法律无效。这样的处理也最合乎情理。但是这样一来,联邦系统法院就要与该州处于针锋相对的地位,但这种情况却是联邦系统法院打算尽量避免的。美国人认为,执行一项新的法律而不损害某些私人利益,那几乎是不可能的。联邦宪法的制定者认为,这种私人利益可以抵制各州用立法措施损害联邦,所以他们在立法时保护了这种私人利益。它所攻击的是法令的后果,而不是它的原则。它不宣判取消那项法令,而只是削弱它的效力。^[15]政治制度设计如果让州政府与联邦政府直接面对面对抗,抽象地说你侵犯我,我侵犯你,就会导致一个国家的危机;这种危机的解决如果在政治层面上,那就比较麻烦,通过国会,还会打得不可开交。^[16]美国最重要的关于联邦和州之间权力范围调整的判例,往往不是两个政府间的诉讼,而是涉及到个人利益的案件或者纯粹是私人间的诉讼。

但是,上述方式不仅是不危险地让道理压倒强力的可实现的方式(最大的强力拥有者就是政府),而且,即使政府都是非常服从于道理的,它也比政府间的直接行动有莫大的好处。因为,“实际上,法律很少能够长期逃脱法官的验证分析,因为法律很少不涉及私人利益,而且诉讼当事人在涉及他的利益时也可以和必然向法院提出异议。”^[17]执行一项新的法律或措施而不损害某些私人利益,这几乎是不可能的。就打击地方保护主义来说,这种私人利益可以抵制地方用各种措施损害全国性市场的统一。如果能为合法的私人利益提供有效的救济,地方保护主义将受到间接但有效的打击。地方保护主义的措施很少不涉及私人利益,例如有大量企业遭受地区封锁的侵害,产品受到市场准入限制或歧视。如果企业或个人在涉及他的利益受侵害时向法院提出异议,这样导致大量某公司和某公司之间的官司,某公司与一个地方政府执行部门的官司。地方的保护性措施很少能够长期逃脱法官的验证分析,因为它总导致诉讼。

我国有严重的地方保护主义却没有上述的诉讼,因为我国的法院系统是高度地方化的,法院不能在判决中宣布地方性法规的无效,不能审查抽象行政行为。受到侵害的当事人不指望从法院获得救济,目前我国的法院也不能提供这种救济。但是,如果我国实现了司法的一体化,例如建立属于中央法院系统的巡回法院、保障法官对地方政府的独立,法院至少可以对地方性法规进行审查,通过司法判决个案累积的方式对地方保护主义的打击则是彻底的、是方方面面细致无遗的。在千百万人对自

[15] 托克维尔:《论美国的民主》上册,董果良译,商务印书馆1988年版,第166页以下。

[16] 对此我们看一下联合国和国际法院在解决国家间冲突的效果就可以知道了,尽管在联邦制中政府间的关系不能完全类比于国家间的关系,但会与前者有同样的难题出现。

[17] 前引[15],托克维尔书,第113页。

身利益的关注中,在众多法院的司法过程中,在无数的案件中,地方政府的行为受到了实实在在的审查,使得所有法院都成为统一的市场经济秩序的守护者。甚至,在这种情况下,中央的立法否决权因为其他方面的弊端都可以是不必要的。

用司法方式调整政府间的权力范围,除了避免政府单位之间的直接对抗的一切不利之外,较之制定详尽和精确的宪法还是更正确地划分权限的方式。即使将关注局限于一部成文宪法所要解决的问题,那么也要考虑:不要假定制宪会议可以完成不可能完成的任务。正如麦迪逊所说:标出全国政府和州政府的权力的适当界线,必然是一项艰巨的任务。每个人会根据他习惯于仔细考察和辨别性质广泛而复杂的事物的程度来体会这种困难。^[18]关于两级政府间的权力界限划在那里,根据一位学者对《联邦党人文集》的解读,从《联邦党人文集》作者在不同的地方所说的话可以知道:划出任何坚硬稳固的界限是不可能的。必须寻找的是程序性的解决办法,关键不是界限问题,而是划界的办法。^[19]我们是要在混杂的领域里做到精细,但我们如果妄想直接获得这种精细,却可能得到非常武断和粗糙的结果。在立法和行政经验中所揭示的问题是,越试图去详细说明,实际上顾及得越少。司法过程的性质还保证地方政府治理的权限不容易受到侵犯,相对于中央政府,法院是超然的第三者。

同私人间的纠纷不同,除了极少数情况,政治实体或政府单位的行为构成严重的判断的负担。既然正确就是要让道理压倒强力,司法判决除了可能实施之外,道理还必须让人心服。这样我们就回到一个基本的问题上来,什么是法律中的公理?如果是法律中的公理,那么就更容易获得自愿的服从。对此,本文提出下列尝试性的见解。法律中的公理不能是绝对正确的纯粹形式的伦理法则,因为它没有经验的含义,无法在实际中加以运用。和有实质性含义的若干个正义原则或绝对命令相反,本文认为接近于法律公理的是在非常特殊的、具体的事实条件下形成的一种判断。这正如亚里士多德所说,只有具体的事物才是可判断的。为了得到判断,需要对事实本身进行剪裁,不断地附加如果这样如果那样等等条件,一直到能得到确信无疑的判断时为止。^[20]这样就形成了一个判例,得到确实无疑的判断的案例往往不是真实存在的,是假设的。通过个案和个案的比较,在新的案件中也许可以放松一些假定,这样导致一个新的确定的判断产生。如果上述的论辩有些道理,那么政府间的权力范围调整的问题要更少在政治机构间的直接对抗中进行,而是在那些能够判断的案件中做出判决以逐渐修正关于政府间权力范围的宪法法的方式进行,这是私法案件对公法的逐渐修正。一项政府的法令,如果导致在一个私人案件中出现不可接受的荒谬后果,那么就被放在一边不管,在这个案件中被否定。这样,在私法案件的审判中逐渐地修正了宪法法。解决问题总是从最切近的部分,最可以解决的部分开始的,然后发生一种外溢效应,溢出的后果并非删掉法典或取消那么简单,而是停留在适可而止的地方,也许是某个政府颁布的某个法律的威信受到了打击。因此政府间权力范围调整的工作对法官来说不是一个绝对不能完成的任务,因为这是以间接迂回的方式逐渐完成的。这意味着,法官要高度地审慎,对政治机构争议的贸然加入,将使法庭处于最不利的地位,因为可能用自己的道德权威为强权

[18] 前引[15],托克维尔书,第181页。

[19] George W. Carey, *The Federalists: Design for a Constitutional Republic*, University of Illinois Press, p. 109, 1989.

[20] 例如,为了说明什么是错误的行为,说一个卖东西的人,在一个本村的失明的贫穷的人来买东西的时候,多收了他的钱并交给他一件次品,因此这个行为是错误的,事情至少要恢复原状乃至这个人要受其他惩罚。设立条件是为了排除怀疑,达到确信:本村(也许外乡人是可以欺骗的);失明(眼睛看得见的人自己有适当注意的义务);贫穷(如果是为富不仁者为什么不能骗呢?)。在这个事例中,即使我们达到了完满的确信,判断也仍然是不完备的,仍不能摆脱哥德尔定理,将推理的前提彻底阐明。这里试图说明,人们对于一个个案进行判断比获得一个普遍适用的抽象原则更容易些,在个案的判断中,人们自觉或不自觉地带到了他们所有继承下来的价值体系来进行判断,此种判断不能被化约为一个纯粹的逻辑推理的过程。另外,判断总是从最有可能判断的事物开始的。但是,不要误解笔者认为可以实现个案的绝对公正,最有可能判断的事物不是实际发生了的事物,组成个案的事实必然经过了剪裁。因此先例大概总要比形成先例的判决本身更公正。各个判断之间要实现内在一致性,是要将绝对正确的法律适用于个案,但是只有法律不在我们手中的时候,我们才有可能接近于它,每一次判断都是重新发现法律的过程。从个案到个案的例证推理乃是在人的世界实现规则体系内在一致性的更好方法。

加冕,从而导致不能完成他的任务。上述工作,也不是靠一个人、一个法院完成的,而是数代人和所有法院在无数的诉讼中共同完成的。

司法调节会形成政府间权力范围的共时多样性和历时变化性的特点。一个在多方面以适度、中庸的精神逐渐构建起来的制度,自然可以发现,在一个方面,存在着军营一样的集中;在另一个方面,则有高度的分散。

五、结 论

中央与地方关系,是中国长期要面临的一个问题。我们不仅需要解决当下紧迫问题的治标之策,也需要对如何走出历史循环的治本之法深思熟虑。本文的结论是:要部分吸收政府间结构的重叠统治模式中的优点,在继续让中央政府拥有强大的独立执行力量的同时,可以放心地让地方政府拥有更大的自主权。在立法、行政过程中进行政府间权力范围的调整,有很大的弊端,我们应充分注意司法调节方式的优点。尽管中国司法的现状不尽如人意,但通过司法改革:司法独立、司法权的适当统一、减少上级对下级法院行政干预的同时注入判例法的因素,例如最高人民法院的行政诉讼可以制作判例法等等,司法可能在调整中央与地方关系上起到建设性的作用。通过确立真正意义上的司法权,困扰我们的中央地方关系的“集权——分裂”循环将可能真正得以解决。

Abstract: There are mainly two models of central - local - government structure, i. e. inter - control model and concurrent model. The design of inter - control model is to make government of each level interdependent on its composition, legislation and administration, and coordinates the relationships between central and local governments through the political mechanisms in the legislative and administrative processes. However, this model shows many defects. In contrast with the model, the judicial adjustment of the relationships between central and local government, through the judgment of individual cases, coordinates the relationships between governments indirectly, displaying great advantages ignored by us. To effect a permanent cure to the issue of the relationships between central and local governments, we should draw on the advantages of concurrent model and establish the judicial right in real significance.

Key words: relationships between central and local governments, concurrent model, political process, judicial adjustment
