

市民社会的宪法

马克·图什内特* 著

卢超** 译

宋华琳*** 校

目次:

一、引言

二、界定市民社会组织

三、对市民社会组织的规制

(一) 规制外部行为

(二) 规制内部行为

(三) 对表达“行为”的规制

(四) 小结

四、“扶助”市民社会

(一) 对实体性活动予以扶助

(二) 扶助宗教活动

(三) 提供选择性无条件扶助

(四) 提供附条件扶助

(五) 小结

五、结语:对市民社会的有限宪法保护

关键词: 市民社会 宪法 规制 扶助

* 本文作者马克·图什内特(Mark Tushnet)为哈佛大学法学院教授,主要研究领域为比较宪法学,宪法理论。本文原刊自《芝加哥—肯特法律评论》,2000年,总第75卷(75 Chi-Kent L. Rev. 379, 1999-2000)。本文翻译已获作者授权,在此谨致谢忱。

** 上海交通大学凯原法学院2009级宪法学与行政法学专业博士研究生。

*** 南开大学法学院副教授,法学博士。

一、引言

近期对于市民社会的关注似乎部分源于一种担忧——在政治体制中直接运作的个人,无法控制政府的膨胀以及政策的泛滥。大众社会(mass society)有时似乎剥夺了为个人所必需的资源,使得个人无法尽责地参与到政治治理之中。我们发现无法担负起民主社会下公民的双重使命:激励政府去作有必要作的,以确保社会福祉;对我们的政府加以监控,以确保其不会蜕变为一个完全我行我素,而非依我们的指令行事的机构。据信,激活市民社会组织,将会提升我们作为负责公民的能力,以此实现重要的民主功能。^① 市民社会的基本原理,将会让我们不但能超然于政府之外,阻止与限制其权力越界,并能经由真正的民主制度来实现自我治理。^②

我们并不完全清楚究竟是市民社会的何种参与机制,使得公民的公众参与具备了可欲的特征。^③ 据说,市民社会的基本原理容许我们生成和维持那些免受政府干预的价值。^④ 欧内斯特·盖尔纳(Ernest Gellner)是这样表述的:

市民社会是由一系列各异的非政府机构组成的装置,其足够强大与政府相抗衡,同时不会妨碍政府履行维护和平与裁断重要利益的职责,然而却可以防止政府对社会其余部分的支配,防止社会其余部分的原子化……面对国家市民社会并非消极无为,市民社会能监督与对抗国家。^⑤

① 有两种致力于复兴市民社会的重要理论,分为相对保守的市民道德主义者及更为自由化的共和主义者,本文对这两种理论不作严格的区分。有关这两类理论的区别介绍,可见,Linda C. McClain & James E. Fleming, *Some Questions for Civil Society Revivalists*, 75 Chi-Kent L. Rev. 301(2000); Jean L. Cohen, *Does Voluntary Association Make Democracy Work? The Contemporary American Discourse of Civil Society and Its Dilemmas* (Nov., 9, 1996)(未刊稿,引用获作者授权)。

② 正如科恩(Cohen)和阿拉托(Arato)对托克维尔分析的概括,“没有公民在平等机构、市民机构以及政治性组织中的积极参与,那么将无法维持政治文化与社会政治机构的民主特征。”见 Jean L. Cohen & Andrew Arato, *Civil Society and Political Theory* 19(1992)。同样可见,Tracy B. Strong, *Civil Society, Hard Cases, and The End of Cold War*, in *Toward a Global Civil Society*, 69, 71 (Michael Walzer ed., 1995)(对全能主义的拒斥,似乎是存在市民社会的必要前提)。

③ 玛格丽特·列维(Margaret Levi)论称,普特南(Putnam)广受好评的著作并没有解释清市民社会的参与原理如何塑造出这样的公民,Margaret Levi, *Social and Unsocial Capital: A Review Essay of Robert Putnam's Making Democracy Work*, 24 Pol. & Soc'y 45, 46-48(1996)。这种作用机制是间接的,意味着如果参与机制存在预设效果的话,那么塑造出这样的公民并非该机制的目标。可见于 Jean Cohen, *Interpreting the Notion of Civil Society*, in *Toward a Global Civil Society*, 前注②,第 35、38 页(市民社会的政治角色并非直接与获取权力相关,而在于施加影响,通过民主组织的运作,借助于诸多不受约束的文化和非公共领域的商谈,来实现自己的功能)。

④ 例可参见 Peter L. Berger & Richard John Neuhaus, *To Empower People: From State to Civil Society*, 189-190(2d ed. 1996)。

⑤ Ernest Gellner, *Conditions of Liberty: Civil Society and Its Rivals* 5, 193(1994)。

复兴市民社会以制衡政府,在此种理念的核心之处存在一个巨大悖论:市民社会的机构本身便被政府所型塑,这并非说政府创设了这些机构,而是说,市民社会的边界是由政府来界定的。^⑥此外,国家提供制度性保障以确保市民社会的组织能够独立运作。^⑦市民社会的组织必须获得“法律认可的资质”。^⑧

譬如,法律界定何种情况下构成家庭。^⑨法律亦界定出可容许的宗教机构活动范围。法律直接或者间接推动了政党组织的诸多形式。咖啡馆可以算是最为经典的疏离于国家之外的市民社会范例,亦被哈贝马斯认为是市民社会最早成型的

⑥ 见 Cohen & Arato, 前注②, 第 352 页(指出“私人领域乃至不可侵犯的‘空间’,也常常被法律所塑造和规制,即便这些被塑造的领域包括自主判断的区域,而这很容易与法律相冲突”);同前注②, 第 7 页(一般性的法律和无私的正义,对于市民社会中特定目标和构想的实现,具有至关重要的意义。它们与现代宪政民主中的规范模式和普遍原则相容,或内化成为其中的一部分)。

⑦ 有关制度性保障概念的介绍,可见 Ulrich K. Preuss, *Patterns of Constitutional Evolution and Change in Eastern Europe*, in *Constitutional Policy and Change in Europe* 95, 106—110 (Joachim Jens Hesse & Nevil Johnson eds., 1995);亦可见, William E. Forbath, *Short Circuit: a Critique of Habermas's Understanding of Law, Politics, and Economic Life*, 17 *Cardozo L. Rev.* 1441, 1447 (1996)。(在法律与政策制定的审议协商过程中,如果在其中市民社会组织缺少一定的制度性保障,将很难发展兴盛……通常,生成以及维持这其角色地位,需要积极的政府干预和支持,通常以法律强制的形式。)制度性保障便是法律扶助与保护市民社会组织的诸多模式;另一种观点,制度性保障仅是保护个体权利,只不过基于便利的考量,这些个体恰巧选择聚集到组织中,因此将组织设定为制度性保障的对象。

⑧ Martin Krygier & Adam Czarnota, *Rights, Civil Society and Post-Communist Society*, in *Western Rights Post-Communist Application* 101, 108 (Andras Sajo ed., 1996)

⑨ 我承认在诸多相关文献中,对于家庭是否属于市民社会的构成部分,或是个体意志的直接表达,对此一直存在争议。可以参较 Cohen & Arato, 前注②, 第 ix 页(“认为市民社会是经济与国家交相作用的领域,包含了所有的私人领域(尤其是家庭),社会组织领域(尤其是自愿性质的协会组织),社会运动与各种形式的公共沟通活动”), Berger & Neuhaus, 前注④, 第 159 页(区分了四类居间结构——邻里、家庭、教会与自愿性质的协会组织), Kai Nielsen, *Reconceptualizing Civil Society for Now: Some Somewhat Gramscian Turnings, in Toward a Global Civil Society*, 前注②, 第 41, 44 页(“所谓市民社会……我指的是这样的公共领域,它介于大规模的国家、经济官僚体制与家庭、友情、个性、私人关系为主的私领域两者之间”)(引用 Walter Adamson), 以及 Marvin B. Becker, *The Emergence of Civil Society in The Eighteenth Century: A Privileged Moment in the History of England, Scotland and France* 122(1994)(引用黑格尔的判断,“市民社会是介入家庭与国家之间的不同阶段”), 以及 Terry Pinkard, *Neo-Hegelian Reflections on the Communitarian Debate, in Toward a Global Civil Society*, 前注②, 第 113, 122—123 页(借助黑格尔的理论将家庭与“现代市场”和“现代宪政国家”区分开来)。就本文目的而言,似乎没有必要涉及到这些争议,通观全文,我将家庭视为市民社会的一部分,我回避了市民社会组织到底是包括市场,还是矗立于市场与国家之外的争议。一个认为市民社会包括市场的论点,可见前注, 第 75 页(引用了盖尔纳[Gellner]的观点,力陈“市民社会的存在确保了一个安全、自足的生产区域”)。对于市民社会一个较为特殊的定义,可见 Elizabeth S. Anderson, *The Democratic University: The Role of Justice in the Production of Knowledge*, 12 *Soc. Pol'y & Phil.* 186, 203(1995)(公民社会包含了诸多社会空间,向所有公民普遍开放,公民之间可以平等地互相交流)。

地方。^⑩ 大概在 16、17 世纪,人们聚集于私人开设的、不受制于任何形式政府监控的咖啡馆中。然而今天,咖啡馆的设立要以符合分区法规对选址的要求为前提,咖啡馆运营者还必须向政府申请食品经营许可,要接受政府卫生官员定期的、有时也是不期而至的检查。所有这些政府规制模式的使用,意图阻碍咖啡馆的发展,防止那里成为政府反对派的集聚场所。

进一步,国家确实,往往也必须为市民社会组织提供支持。正如迈克尔·沃尔泽(Michael Walzer)所指出的:

夫妻均工作的家庭,需要国家为幼儿园和公立学校提供资助……慈善、互助事业、教堂与私立学校的发展,有赖于税收的减免。劳工组织需要法律的可与保障,以对抗“不公正劳动措施”;职业组织需要国家对其许可程序的支持。^⑪

从更为世俗的角度而言,本文所讨论的作为市民社会重要组成部分的非营利组织,其资金相当大一部分源自政府资助。^⑫

此时悖论便显而易见。当政府界定了市民社会的运作界限并为之提供制度保障时,市民社会将如何限制政府权力并对之施以适当影响力?^⑬ 市民社会法律构造的悖论,将概念与实践层面上的关切杂糅在一起。^⑭ 当政府或者通过政府行事的公民,决定去相对宽泛地界定市民社会组织不受阻碍的运作空间时,一个社会就更可能拥有更富有活力的市民社会组织。然而在理论层面,即使政府没有凭借权力去限制市民社会组织,但政府存在的本身,便拘囿了市民社会组织来约束与独立影响政府的能力。^⑮ 在某种意义上,市民社会组织也必须时刻小心翼翼,也必须经

^⑩ 见 Jurgen Habermas, *The Structural Transformation of The Public Sphere: An Inquiry Into a Century of Bourgeois Society* 33 (Thomas Burger trans., 1989); 亦可见于 Becker, 前注^⑨, 第 59 页(列出了“爱国团体、读书俱乐部、共济会组织、科学学术团体、艺术团体”,作为市民社会中无数新组织的例证)。

^⑪ Michael Walzer, *The Concept of Civil Society*, in *Toward A Global Civil Society*, 前注^②, 第 7、23 页。

^⑫ 见 Lester M. Salamon & Helmut K. Anheier, *The Civil Society Sector*, Society, Jan-Feb. 1997, 第 63 页(报道指出,美国非盈利机构 30% 的资金来自政府,19% 来源于私人捐赠,另外 51% 来自会费收入)。

^⑬ 正如黑格尔所言,“随着阶段的更迭,国家成为市民社会的先决条件;为了自我生存,市民社会必要依赖国家实现自助。”Becker, 前注^⑨, 第 122 页。

^⑭ 这种悖论同样可以帮助区分那些自由主义者对市民社会的观点,前者认为市民社会塑造了个体偏好和能力,并且可以用于限制政府;他们认为宪法的角色塑造市民社会组织,以此塑造人们约束政府的能力和偏好。而自由主义者则将个人偏好和能力完全视为自发生成的,并认为宪法的角色在于限制政府,以确保其不会侵入到基于自发价值的决策领域。

^⑮ 此概念的核心要旨类似于法律现实主义者针对市场运作独立于法律这种论调的批评,有关国家、市场与市民社会之间特征区别的一个分析,可见 Forbath, 前注^⑦, 第 1448—1452 页。

常躬身自问,“如果我们这样做了”,“是否会导致政府撤回赋予我们的自由?”这种风险本身也构成了对市民社会的控制。

第二个理论要点则是,对于某些公共团体特别是政治团体而言,政府别无选择,而是对某些市民社会组织加以鼓励,对其他一些组织予以限制。^⑩以选举制度中的选择为例:可以是在选区内选票最多者当选的绝对多数制度,可以是选区内获得多数选票者当选的相对多数制度,还可以是从全国范围或每个区选出一定代表的比例代表制度。政治学者认为基于选区的选举制度有助于两党制的发展;而比例代表制及必要时经过决定性选举,根据绝对多数选出代表的制度,会推动多党制的发展。^⑪民主社会必须具有选举制度,而在不同选举制度之间的选择,要么会推进多党制,要么促成两党制。反之,政治团体的数量,亦因此彰显出社会系统中市民社会的活力。

我在此确证的问题,仅见于在同市民社会架构有关联的活动中,政府必须选择某一特定的活动方式。在某些领域,并不强迫它进行这种选择。譬如,政府尽管会为已婚者提供一定的受益,或课处相应的负担,但政府仍可以不去界定何为合法婚姻的构成要件。任何会处于婚姻关系中的人,都可以获得相应的受益,并承担相应的负担。这个极端的事例表明,真实世界中的政府实际上作了很多事情,去界定市民社会的边界。

一个事实上的悖论是,政府通过对市民社会组织施加一定的限定,来限定市民社会组织的边界。我们可以尽量缩减这一悖论的范围,归根到底,对政府行为施加限制,正是宪法的功用。因此也可以说,宪法可对政府架构市民社会的方式加以限制。^⑫例如政府不能去对家庭加以定义,不能去将家庭核心要素界定为拥有生育能力的异性成年男女的结合。^⑬政府不能在规划法令中,禁止宗教团体成员在某一成员的家中集会。政府界定市民社会边界的权力,受到了宪法的限制,这确保了市民社会领域的生机和活力,从而能实现重振市民社会的倡导者们所意欲实现的目标。

本文的下一部分对当代美国宪法中涉及到市民社会架构的部分加以概述。我认为,无论理论上有着怎样的可能性,实践中美国宪法对维护市民社会活力贡献甚

^⑩ 政治团体是定义模糊的市民社会组织,因为它们同州权力的运作联系过于紧密。见Cohen,前注①,第38页(将政治团体界定为政治性而非市民社会,因为它们直接与州权力相关联”。

^⑪ 对此的概述可见于Vicki C. Jackson & Mark V. Tushnet, *Comparative Constitutional Law*, 713—714(1999)。

^⑫ 本文的最后一部分简要论及了悖论的下一个层面,亦即那些期望宪法将能限制政府的论点,必须解释为何依赖政府机构——无论是司法机构,抑或其他执行宪法限制机制的政府部门——去限制政府界定市民社会机构边界的权力,这种现象为何摆脱而不是重新产生了一种悖论?而这种悖论正是本文核心部分所要涉及的。

^⑬ 我不敢确定该段表述准确地抓住了当代反对同性婚姻的争议,不过我可以自信地说,这个概念即便不够精确,亦可在不失原意的基础上进行简单修改。

微。在当代宪法学说中,政府拥有相当的规制公民社会之权。这并非仅仅是理念层面上,在实践中公民社会总是要不断检视自己的活动,以免自己的某些活动因不被政府所接受,而遭到政府的处罚。

有批评认为当代美国宪法学说无法保护市民社会的架构,当然,这是错误的,我希望通过我所进行的概述来回应这样的批评。譬如,2000年有关宗教自由实践的规则,容许政府借助普遍适用的中立法律来规制宗教活动。^⑩即便政府可能不会对宗教活动作太多界定,但当代宪法学说在很大程度上赋予了政府界定宗教活动可容许边界的权力。然而该宪法学说受到了来自联邦最高法院内外的广泛批评。^⑪最高法院可能会把此原则改变。但更为重要的是,当前宪法学说为市民社会提供的保障机制不足,并不意味着美国联邦宪法本身同样无法提供足够的保障。

这样的回应方向是正确的,是为我认同的。对我而言,并不是说要试图改变那些对市民社会殊少保障的宪法学说,而是希冀对于联邦宪法的真实含义达成更好的社会认知。在我看来,宪法的真实含义独立于联邦最高法院关于宪法见解之外的。有时候联邦最高法院对联邦宪法的真实含义作出了正确理解,但最高法院解释宪法本身,只意味着选择了某一种而非另一种解释,这和联邦宪法的真实含义并无必然联系。

然而这样可能又产生了另一种悖论。我相信我们可以尽量达致对联邦宪法的更好理解。但是,如果确信当今对某些市民社会组织的削弱具有正当性,那么怎样的市民社会组织可以被减损呢?我的希冀是,当市民社会组织无法促进公民民主,因此难以促成对宪法的更好理解时,这些组织便可终止了。

我再次指出,那些执著于市民社会组织劣势的见解是错误的。我认为,没有什么比意识和领导力的匮乏更阻碍民主公民的形成,从而无法支撑一个强有力且受拘束的政府。如果说存在问题的话,那么问题更重要的不在于制度而在于政治。政府可以去塑造市民社会,是对宪法的适当理解建构了政府,一个良好建构的政府将会容许市民社会组织的繁盛。

以上的论述是高度理论化的。本文所余部分将更加贴近实际,将剖析如何通过美国宪法的表达自由、宗教自由、实体性正当程序条款的解释,来对家庭、宗教机构、非政治性团体与政党加以界定和保护。^⑫我是按照论题而非社会组织类型

⑩ 参见 *Employment Div. v. Smith*, 494 U.S. 872,879(1990).

⑪ 有关学者的批评,可见 Michael W. McConnell, *Free Exercise Revisionism and the Smith Decision*, 57 U. Chi. L. Rev. 1109(1990)。来自联邦最高法院内部的批评,可见奥康纳、布雷耶与苏特大法官的司法意见,三位大法官一致主张法院应对 *Employment Division v. Smith* 案予以该重新考量,详见 *Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507(1997)。

⑫ 在此我特意用了“概览”(sketch)这个词,我试图抓住当代宪法的主线,当然优秀的法律人可以去证明现有的宪法原则已经——或者经过适度改造——能够更加有效地保障市民社会,以修正我的判断。

来组织以下的讨论。^③ 本文第二部分检视了宪法界定市民社会组织的方式,第三部分分析了在多大程度上允许政府去规制市民社会。第四部分分析了对于政府权力的宪法限制,拘束其向市民社会组织提供附条件与无条件的资助。本文的结语则重新回归到本部分最初讨论的主题,更细致讨论了政府有着怎样的宪法权力,去界定和规制市民社会组织。但颇为吊诡的是,市民社会所遭遇的实质性、但也是有限的约束,更多并非来自联邦宪法,而是来自市民社会本身。

二、界定市民社会组织

依据宪法,我们可以将政府针对市民社会的权限分为两部分。首先,政府有作为之权,尽管它不一定要去做;其次,在某些方面政府则可以不予作为。譬如在一些案件中,政府对“家庭”的定义经受住了合宪性审查,而没有认为政府必须按照已有的方式去界定它;与之相反,法院在某些判决中认为,政府以某种特别的方式对“家庭”的界定,构成了违宪。本部分旨在对以下两个问题给出概括性回答。首先,相对于不被容许的政府行为而言,可被容许的政府行为的边界有多大?这个问题的答案将有助于我们厘清宪法在多大程度上保障了市民社会组织的发展空间,使得市民社会组织能有效制衡政府,构成影响政府的独立渠道。其次,依循何种原则来确定容许与不被容许的政府行为的界限?从这个问题的解答中,可以解读出作为有效制衡机制和独立影响渠道的市民社会机构,其相应能力的可能性与界限。

联邦最高法院在若干案件中,适用平等保护与正当程序条款,对“家庭”概念进行了宪法意义上的界定。^④ 第一个案例是 *Village of Belle Terre v. Boraas* 案,在该案中政府否定了特定居住安排的“家庭”地位,法院支持了政府的决定。该案中,该市镇的法令允许以血缘、收养或其他家庭关系为基础的人生活在一座单一“家庭”的居所里,但禁止一群没有血缘关系的学生居住在同样的居所里。^⑤ 法院论称,该市镇可对这两类人群加以合理的区分,因为没有血缘关系的人们很可能会制造出更多的交通拥堵与噪音。^⑥ 依照大法官威廉·O. 道格拉斯的观点,该市镇“可以规划该区域,将家庭价值、青春价值、静寂环境和清洁空气融为一体,使得这块区域成为精神胜地。”^⑦

在 *Michael H. v. Gerald D.* 案中,根据加利福尼亚州的法律,一对已婚夫妇同居期间所生育的子女将被推定为法定丈夫的孩子,只有在特定情况下才可推翻

③ 尽管我的论述主要集中在美国宪法,但是我经常指涉到其他宪法体制国家下市民社会的运作情形,以此证明自由宪政主义下并不存在固有特殊之事项,决定了美国对此议题的特殊做法。

④ 一个相对较早却依然很重要的讨论,可见 Robert Burt, *The Constitution of The Family*, 1979 Sup. Ct. Rev. 329.

⑤ 416 U.S. 1, 8-9(1974).

⑥ 同上注,第9页。

⑦ 同上注。

此推定,而在该案中不存在此种特定情况。^② 在该案中,孩子的生父试图申请听证,以确证孩子是自己的,但这依法被拒绝,法院对加利福尼亚州的这部法律予以支持。因为这个案件缘起一系列一场复杂的人际关系,或者被人称之为非标准家庭:该案中孩子的生母在婚姻期间,同其生父发生婚外性关系,并且在孩子出生后的数年间仍保持与孩子生父的来往,并偶有性行为和非婚同居关系;同时,她仍然处于婚姻存续期,并与自己的丈夫也有性行为 and 同居关系。斯卡利亚(Scalia)法官撰写的判决意见对这样的生活模式予以蔑视,认为如果不维持该法律的效力,如若让任何政府将这些非婚生子女视为某个单一复杂家庭中的成员,将导致非常荒谬的结果。^③

Belle Terre 案所笃信的是“家庭价值”,而 *Michael H.* 案则关涉该案中特别的人际关系结构。这些案件表明,宪法容许政府将那些不符合传统主义(traditionalist)标准的关系排除于家庭关系之外。传统主义成为了一项原则,用以界定可容许的与不被容许的“家庭”之间的分野。如若这样,那么宪法将无助去辨析,市民社会组织以怎样的方式来帮助我们限制政府权力,因为就如政府传统所作的一样,传统主义本身既能限制政府权力,而当市民社会的拥簇者对某些私人生活方式感到困扰时,传统主义又能为政府权力干涉某些私人生活提供基础。

限制政府权力的判决支持了这样一种见解,即传统主义对于政府界定“家庭”概念的权力设置了限制。譬如,威斯康星州要求适龄青少年儿童必须去学校读书,法院认为这项要求违反了自由实践条款,因此推翻了这项决定。^④ 法院敏锐地洞察到宗教团体的异议观点,旧规阿米什人(*Old Order Amish*) [阿米什人(Amish)是美国宾夕法尼亚州的一群再洗礼派门诺会教徒,以拒绝汽车及电力等现代设施,过着简朴的生活而闻名。阿米什人是德裔瑞士人移民的后裔,承袭了传统而拥有紧密的宗教组织。——译者注。]依循传统的价值观,来培育儿童培养,从事社会生产。^⑤ 相反一些新近创设的团体,却持有反对公共教育的哲学理念。^⑥

唯一直接推翻地方部门对“家庭”所作限制性解释的案件,有着同样的论证结构。东克里夫兰市(The City of Cleveland)所颁布分区法令的效果,是导致一位祖母无法同其两个女儿的孩子生活在一起。^⑦ 大多数见解认为规划条例的这种后果

② 491 U. S. 110, 131-132(1989).

③ 同上注,第 113 页(“我们必须期望,该案的事实情形是非常罕见的”).

④ 参见 *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205, 236(1972).

⑤ 同上注,第 212—213 页(确认指出“充分事实证据表明阿米什人一向遵纪守法,并且普遍在社会上独立自主”);同上注,第 222 页(声称“阿米什社区的成员在社会中遵守法律;他们拒绝排斥一切现代形式上的公共福利设施”).

⑥ 同上注,第 235 页(“我们并非依循一种另类的生活和教育模式,典型例子就是某个团体宣称自己发现了更为“进步”和文明的教育儿童进入现代生活的模式”).

⑦ 见 *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U. S. 494, 496(1977).

是失察,^④但该市坚持认为市政当局有权将像 Moore 这样的由亲族组成的大家庭,排除出家庭的法定概念之外。联邦最高法院对此提出异议,联邦法院的法官们对此也有分歧,在刘易斯·F. 鲍威尔(Lewis F. Powell)大法官撰写的多数意见对传统主义的要旨加以重述:从最狭义的角度而言,Moore 的家庭并非仅由父母和子女组成的小家庭,但很明显,这是在大家庭中长期养育儿女实践的典型示例。在鲍威尔大法官看来,该市适用最狭义的对小家庭的界定,是违宪的;相反,宪法要求将 Moore 的生活模式认定为家庭的范畴。

就以上案例来看,对于政府界定“家庭”的能力,宪法似乎只是设定了传统主义方面的限制。这样的话,可以预料,政府所认可的“家庭”概念,将是对政府传统实践的复制,而非对政府传统实践的限制。然而,对此图景存在一个重要的例外,在 *Department of Agriculture v. Moreno* 案中,一项联邦法律拒绝对那些无亲属关系居住一起,被视为是“嬉皮士之家”的人们发放食物券补贴,而那些因家庭关系居住在一起的人数相等的人们,即可获取该补贴。^⑤ 联邦最高法院认为,该法律仅仅是基于对特定群体的厌憎,仅仅因为这种厌憎而拒绝一项政府补贴的发放,无法构成宪法上可接受的理由,因此法院判定此联邦法律违宪。

Moreno 案判决可被视为一种明显有违常态的做法,然而其机理在此后更为重要的 *Romer v. Evans* 案^⑥中,发挥了显著的作用。联邦最高法院以绝对多数意见判定一项科罗拉多州宪法修正案违宪,根据联邦最高法院的解释,该修正案褫夺了同性恋者要求获得与其他每一公民都拥有的法律同等保护的权利。^⑦ 联邦最高法院援引了 *Moreno* 案的理路,认为该修正案的立法目的纯粹基于对同性恋者的厌憎,因此判决该修正案违宪。^⑧

如从整体上考察联邦最高法院司法裁判中蕴含的隐私权法律理论,*Romer* 判决似乎提供了强有力的基础来说明,州不应拒绝将同性恋组合视为家庭。^⑨ 诚如凯斯·桑斯坦(Cass Sunstein)教授所言,在 *Romer* 案判决之前,基于传统所作的判决常常会援引宪法中的正当程序条款,而拒斥传统的判决则会援引宪法中的平等

④ 首席大法官伯格(Berger)持反对意见,他提出了一个特定的法律理由,即 Moore 在质疑该规划条例的合宪性之前,本应该事先提出规划变更申请。可以这样理解伯格大法官的异议,伯格假定该市确实没有预料到该规划条例的事实效果。同上注,第 521 页(伯格首席大法官的异议)(认为该案自始便早应在地方层面予以解决)。

⑤ 413 U. S. 528,534(1973) (“如果平等保护的宪法概念有什么深刻含义的话,它至少意味着,一项纯粹意欲迫害政治少数团体的意图,无法构成一项合法的政府利益。”)

⑥ 517 U. S. 620,634-635(1996).

⑦ 当然,众所周知的是,该修正案的这项特征可能不够明显。同样法院的意见亦是十分晦涩,无法辨清其意见是否以及在多大程度上针对该修正案的这条特征。

⑧ 517 U. S. at 634-635.

⑨ 一般地可见于 William N. Eskridge, JR., *The Case for Same-sex Marriage: From Sexual Liberty to Civilized Commitment* (1996).

保护条款,因为平等保护条款的功能在于确保当出现社会变迁时,立法机关不会因循传统主义而歧视特定群体。^④

我对此论题展开的论争和抗辩予以了详尽论述,这似乎已经逾越了我为本文设定的边界。我们应去思考市民社会机制在规训政府方面所发挥的作用,并在此更宏观的背景下审视同性婚姻的论题。最高法院创设的现代隐私法理论肇始于 *Griswold v. Connecticut* 案。^⑤ 约翰·马歇尔·哈兰(John Marshall Harlan)大法官在该判决的协同意见中认定,一项禁止已婚夫妇采取避孕措施的法律是违宪的。为了解释其立场,哈兰大法官进一步解释说,他所倚重的正当程序原则,旨在禁止州政府去拒斥那些得到社会传统价值观普遍支持的活动,并不意味着州不可以禁止同性恋行为。^⑥ 在三十年前,让联邦宪法要求州政府认可同性婚姻是如此的离经叛道,几乎令人难以置信。

作为司法判决,*Romer* 案提升了同性婚姻的可行性。很短时间之前无法想象的事情现在不仅可以预料,而且在实践上亦变得有一定合理性。但很少有人能自信地预测到,在未来几年里,联邦最高法院是否会继续遵循此种对同性婚姻的论证逻辑。

在本文的语境下,需要诘问的问题是:是什么造成了法律上的可能性与可行性的杂糅? 显然的答案是同性恋者权利运动,以及社会对其的强烈抵制。在此我们看到了一个实实在在的例子,印证了借助市民社会组织去规训政府所产生的悖论。这些市民社会组织,采用了同性恋权利运动的形式,的确开启了某种规训形式的可能性:或许政府对家庭的界定中,无法将同性婚姻关系排除在外;然而同性婚姻的组织形式遭到的强烈抵制,同样限制了同性婚姻的可能性。当然,作为市民社会组织本身的家庭,无法去规训政府对“家庭”概念的界定,因为家庭本身便是争议的对象。^⑦

^④ 见 Cass R. Sunstein, *Sexual Orientation and the Constitution: A Note on the Relationship Between Due Process and Equal Protection*, 55 U. Chi. L. Rev. 1161, 1163-1164(1988).

^⑤ 381 U. S. 479(1965).

^⑥ 见上注,第 500 页(哈兰大法官的附和意见)。这个意见吸纳了哈兰大法官在 *Poe v. Ullman* 案中的异议,在该案中哈兰大法官表述道,“我并不认为发生在私人领域的通奸、同性恋与乱伦行为,即可免于刑事调查。”367 U. S. 497, 552(1961)(哈兰大法官的不同意见)。不过我必须指出的是,哈兰大法官在 *Griswold* 案中的意见,并没有援引其在 *Poe* 案中的异议意见。亚瑟·戈德堡(Arthur Goldberg)大法官的附和意见亦未引用哈兰大法官之前的陈述,戈德堡大法官的司法意见表明其不会去支持同性恋行为受宪法保护的诉求。可见 *Griswold*, 381 U. S. 第 499 页(戈德堡大法官的不同意见)。

^⑦ 宗教确切地说宗教组织,在市民社会组织中其如何界定是非常重要的事项。在美国之外的许多国家法律体系中,要求对宗教组织的设立进行注册,并区分各种不同类型的宗教组织。一个相关的概述,可见于 Jackson & Tushnet, 前注^⑤,第 1155—1156 页(介绍了希腊的体制),第 1245—1246 页(介绍了俄罗斯的体制)。美国宪法相对更不愿意去判断某一组织是否宗教组织。可见,Geoffrey R. Stone et al., *Constitutional Law*, 1543-46(3d ed. 1996)(辑录了美国的判例与评述)。当司法判断涉及非传统的宗教组织与活动时,法院一般假定该组织是宗教团体,然后分析规制事项的宪法容许度。有关此类案件中司法适用标准的讨论,可见本文第三部分。

Romer 案部分开启了一些这样的空间,要求政府不能全然以传统主义的方式,来对家庭加以界定;由此亦提供了空间,让受宪法保障的家庭能独立于传统之外,成为制约政府权力的源流之一。但在我相信这样的空间相当有限。在我看来,*Belle Terre* 案、*Michael H.* 案甚至 *Moore* 案都远不具代表性,宪法对家庭领域的保障,还不足以支持健全的市民社会组织去规训政府。^④

三、对市民社会组织的规制

在对涉及到政府规制市民社会权力的当代宪法学说进行描述时,我们需要对此作出诸多厘定。在对其加以概述和描摹之前,一份辅之以示例的分类目录,将是有助益的:

第一,政府可能试图规制市民社会组织的外部行为,亦即其在公共领域的作为。国家可能试图禁止或规制一个宗教机构的行为,指示其在修缮过程中维护好原有建筑的外观,因为该建筑外观是历史保护区域的一部分。同时政府可能不允许宗教信徒从事宗教祭祀屠宰与食用非法毒品等行为。

第二,政府可能试图规制一个组织的内部运作,即在组织通常具有权限的范围内,去规制其如何行事。政府可能会引入普遍性的反歧视规范,规定宗教组织不得拒绝雇用宗教组织之外的成员从事某些工作。在此政府试图以普遍性的规范为理由,来规制某一组织的内部活动;而被规制组织是市民社会的一部分,在秩序良好的社会中发挥着重要作用,这两个事实并无关联。或者说,政府对组织内部活动予以规制的背景是,规制尽管以特定方式构成了对市民社会组织的限制,然而却从总体上提升了这些组织控制与影响政府的能力。政府可能反对一些源自宗教信仰的儿童培养方式,甚至将其定义为虐童行为,并辩称规制的正当性在于,如以其他方式培养儿童,将使得儿童更好地长大成人,成年后更好地参与到市民社会和政府之中。

第三,政府对由市民社会组织开展的活动予以关切,政府可能试图对从事表达活动(*expressive activity*)的组织加以规制。在此政府可能宣称组织的活动威胁了社会安定,或者认为其决定构成了一种被禁止的差别待遇。换言之,政府之所以意图规制这些组织,原因在于这些组织的存在以及表达之外的活动,传递出了为政府汲汲关切的信息。那些在选择成员时存在差别待遇的组织,将不得从事其他任何有疑义的活动,组织存在歧视待遇的事实,使得这些组织被置于政府的规制努力之下。

很显然,在诸多宪法条文之下,每一项规制努力都引发了很多宪法上的质疑。在本部分中,我以一个观察者而非拥簇者的姿态,对当代宪法学说予以检视,结论是这些学说能保障市民社会组织免于侵害性规制,尽管这保障并不那么充分。尽管我确信应围绕家庭、教堂、公民组织与政治团体的规制,在正当程序条款与宪法

^④ 再次重申,这不包括传统本身所施加的制约。

第一修正案之下,对当代宪法学说予以确切的描述,但在此我只能非常概要地加以论述。我的结论很简单:为了免受规制,市民社会组织必须仍然与政府确立良好关系。总体而言,市民社会组织更多倚仗的,不是为宪法所保障的政府不能规制市民社会组织的要求,而是政府自身克减规制活动的意愿。因此,当代宪法学说并未对一个有活力的市民社会提供充分的保障。

(一) 规制外部行为

我们首先去讨论关于政府规制权力的最为一般性见解。一般而言,没有市民社会组织能抵挡住政府的规制,抵挡住联邦最高法院所谓的适用普遍规则的中立规制。在声名狼藉的 *Employment Division v. Smith* 案^④中,最为清晰的阐释了此规则。正如州最高法院给出的解释,俄勒冈州的失业救济法规定,当工人违反州的禁令吸食了包括佩奥特碱在内的特定药物时,将被解雇,并不能获得失业救济金。史密斯(Smith)是美国原住民教会(Native American Church)的成员,他在宗教活动中吸食了佩奥特碱,^⑤史密斯认为将州法对佩奥特碱的禁用适用于进行宗教活动的人们,构成了违宪。联邦最高法院不同意史密斯的观点。联邦最高法院认为,尽管违反法律规定的行为可能是宗教活动的一部分,但州不得因此免除中立的、普遍地适用法律的义务。

中立(Neutrality)意味着规制的适用并非旨在压制宗教或表达活动。^⑥ 普遍适用意味着规制将延展至相当广阔的疆域,有相当之多的活动无疑要接受规制,因为这些活动与宪法维度的价值并无牵连。^⑦

联邦最高法院对此规则的现代阐述引发了诸多争议,但其核心处却是完全合理的见解。仅仅基于该团体是宗教团体的事实——或者更为一般地说,是市民社会组织的事实——无法告诉我们它可能带来什么社会危害。^⑧ 让我们来思考反垄

④ 494 U.S. 872, 878-880, 890(1990). 在后继的 *Cohen v. Cowles Media Co.*, 501 U.S. 663(1991)案中,联邦最高法院将该学说适用于表达活动。

⑤ 对于该案事实背景的描述,可见 Garrett Epps, *To an Unknown God: The Hidden History of Employment Division v. Smith*, 30 Ariz. St. L. J. 953(1998).

⑥ 见 *Church of Lukumi Babalu Aye, Inc. v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520, 533(1993). 在此部分插上一句,正如法院将一般适用的法规扩展至宗教和表达行为一样,法院可能将这个在宗教规制中发展出的概念,扩展适用于对表达行为的规制。

⑦ 只要不涉及选区的不公平划分,任一项规制都具有普遍适用性,虽然其主要以中立性的术语表述,但其适用范围主要限于宗教和表达活动。关于对禁止选区不公平划分规范的适用,参见 *Larson v. Valente*, 456 U.S. 228, 251-255(1983).

⑧ 我认为宗教事项下司法审查引发的诸多争议,源自人们这样一种观念,亦即他们不相信政府所意欲规制的宗教活动会造成多大的社会危害。譬如,许多人认为食用奥佩特碱纯粹是自我行为,一种无害的犯罪;同样,很少有人强烈坚持汽车事故中死亡的人需要进行尸检;历史风貌保护活动在细节上的改变,亦不会对历史保护区造成任何伤害。我同意上述观点,但是这些观点在根本上质疑了政府实施规制的普遍权威,最好被理解为一般性的正当程序挑战,用更为传统的话来说,就是认为这些规制事项超出了政府治安权(Police Power)的范围。

断法对于传媒企业集团的适用问题。^⑤ 这或许是一个相对争议较少的例子,当传媒业和钢铁业违反反垄断法都会给消费者造成伤害,当难以对这两者的伤害加以辨析时,的确很难理解为何生产信息的企业就比生产钢铁的企业更重要。类似的,我感到非常困惑的是,普通的法律规定私闯住宅构成犯罪,难道新闻记者因私闯住宅可以获得关于官员不当行为的信息,而这些信息又被读者和选民认为有价值,就可以豁免对新闻记者适用相关法律吗?别处的经验表明当关涉到宗教议题时,情况并不会因此发生改变。日本宗教团体曾在东京地铁释放危险的化学物质,这似乎足以表明,政府以中立的姿态,将具有普遍适用性的规则适用于宗教机构,应得到法院的支持,法院这么做是明智、合理的。

然而,将成本—收益的算度适用于市民社会组织而非市场组织时,应该有所区别。也许在特定事例中,私闯住宅后信息披露带来的社会利益,会高于私闯住宅本身的社会危害性。这种理念意味着市民社会组织的绝大多数活动均应在司法进路发挥作用的核心范围之外。政府不能将一般规则适用于市民社会组织的所有活动,只有在能够证明而非推定市民社会组织的活动可能造成社会危害的前提下,才被允许去规制相应的活动。^⑥ 但是至少在此领域,尽管可以假定政府始终能进行以个案为基础的成本—收益算度,但实际上法院一直假定,政府所使用的是以规则而个案为基础的体系。政府可采用那些满足成本—收益算度要求的规则:对某一系列的所有案件而言,当适用某一规则的收益大于成本时,该规则是为宪法所容许的。

接下来的问题便是:是否宪法要求政府适用那些具有限定范围的规则?也就是说,在某些特定情况下,中立地适用具有普遍适用性的规则,可以满足成本—成本的算度。然而在规则的适用范围内,会存在某些相互不相干的子类别,在此适用范围内,规则无法满足成本—收益标准的要求。宪法是否要求政府对他们的规则加以剪裁,从而将这些子类别的情况排除于中立、普遍地适用规则范围之外?法院的回答始终是否定的,这很大程度上是基于管理方面的考虑。在法院看来,强制政府设计如此精确的规则,将给政府带来过于沉重的负担。^⑦

(二) 规制内部行为

最为宽泛而言,法院的进路将显然引发很多对市民社会组织的侵害性规

^⑤ 见 *Associated Press v. United States*, 326 U. S. 1,7(1945).

^⑥ 更为学术的表达便是,当满足迫切的政府利益需要之时,州政府的规制行为便获得了正当性。一个例子便是日本地铁毒气事件。斯卡利亚大法官在为 *Smith* 案的判决意见中指出,法院在审查宗教案件时,实际上适用的是一个减弱的“迫切的政府利益”标准。*Employment Division v. Smith*, 494 U. S. 872,885 - 886(1990).

^⑦ 这或许可以作为一个抗辩,来说明 *Employment Division v. Smith* 案中“中立规则”的例外情形,同上注,第 878—880、890 页。通过塑造个性化决断的机制,州表明自身愿意施行个案式的成本—收益考量。

制,以至于市民社会组织几乎不能成为约束和独立影响政府的因素。将反性别歧视及反性取向歧视规范适用于宗教组织,堪称是经典的示例。宗教组织在其非宗教事务中,如雇用工人修缮教堂等,不得对女性或同性恋予以歧视,这也许使得这些宗教组织能像真正的市民社会团体那样运作。^⑤但是,牧师的选任,无法执行基于宗教信仰的倾向性选择的话,这将会严重损害市民社会宗教团体的功能。

我相信有一种普遍存在的直观判断,宪法应当禁止政府将反歧视规范适用于市民社会的核心事务中。^⑥支持这种直观判断的思路非常清晰:如一开始所言,原因便基于对外部行为和内部行为加以规制的区别上。但是,即便我们诉诸这种差异,政府仍有实质性的空间,从而对组织的内部事务加以规制。

我们首先必须要指出,许多市民社会组织有着工具价值。政府不应过多干涉市民社会组织,因为这些组织有助于塑造出一个良好治理的社会。然而,可能有人 would 会随即指出,并非所有市民社会组织均拥有这样的工具价值,一些组织的内部活动可能会塑造出在民主社会中无法很好履行职责的公民。

在之前讨论的 *Yoder* 案中,威斯康星州诉请法院支持其要求青少年必须接受中学教育的决定。在州政府看来,如果阿米什儿童不离开自己的群落,那么这些儿童将来能否作为公民有效参与到社会之中,将成为一个为社会关注的议题。^⑦联邦最高法院否定了威斯康星州的主张,仅仅因为,法院认为州政府没能给出佐证其间接的事实依据。^⑧最高法院认为,阿米什人对他们的子女给予了足够良好的教育,使得他们的子女将来离开自己的群落后,能够融入到更广阔的社会之中。^⑨

原则上而言,政府于市民社会组织内部事务的规制,可以从市民社会本身来寻求正当化根据:只有当让市民社会组织的工具效用趋于最大化时,规制才被允许。^⑩市民社会组织的某些活动,可能会削弱其中某些成员的自信心,使得它们无法成为尽责的社会公民。我能想到的例子如虐童行为,以及针对女性的某种差别待遇,使得女性发现自己或多或少被局囿于特定市民社会组织之中。政府可以去禁止市民社会组织的这些活动。

^⑤ 国会认为,相对于教会所承担的宗教任务而言,由政府机关来决断教会运作的诸多事项,应居于次要的地位,而且这构成了对教会内部事务的侵害性干预,法院支持了国会的见解。可见 *Corporation of Presiding Bishop v. Amos*, 483 U. S. 327, 329-330, 336(1987)。 *Bishop* 判决支持了国会对教会一项选择予以尊重的决定,并且也没有表明如果国会选择干预性更强的举措,法院究竟会怎样做。见前注^④,第339页。

^⑥ 这种直觉是如此广泛存在,尽管法院的司法判决中并没有强烈指出宪法应当这样去要求。

^⑦ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U. S. 205, 224(1972)。

^⑧ 同上注,第224—225页。

^⑨ 同上注,第225页。

^⑩ 或者,从更为限定的意义而言,它折抵了某些削减市民社会组织的工具效用的做法。

联邦最高法院并没有直接回答这些问题。然而似乎需要指出的是,如果法院不承认对内部活动和外部活动的规制存在区别的话,那么也就无需回答这些问题。进一步的,市民社会组织的内部活动可以削弱或增强市民社会的效用,认为法律学说可对这两种内容活动加以界分的见解,是很难成立的。例如有论者认为,在宗教组织职位选任中对女性群体的差别待遇,可能会削弱女性作为公民有效参与社会的能力。但不必认为这种论说并有多少说服力,也不必认为某些立法机关可能在某种程度上接受了它。即便有立法机关接受了这样的论说,法院给出的唯一拒绝此论说的理由会是,立法机关必须从整体上尊重市民社会组织的内部运作,而不能对组织的某些部分予以尊重,又对其中的某些其他部分加以规制。正如我们此前提到的,这正是为 *Peyote* 案判决所摒弃的做法。我的结论是,在宪法学说之下,一方面根据 *Smith* 案所确立的规则,容许对市民社会组织的外部活动加以规制;另一方面当立法者认为规制是可欲的时,却禁止对市民社会组织内部活动的规制,这是不太可能的。需要再次重申的是,市民社会组织更多依赖的不是宪法提供的保护,而是立法者的恩泽。

(三) 对表达“行为”的规制

我已经论及了基于市民社会的相关需要,可以对其内部活动加以规制,一系列案例在某种程度上从侧面为我的论述提供了支撑,并可将其见解延展至对表达活动的规制。有诸多判例允许政府将禁止差别待遇的法律适用于某些私人组织。例如在 *Roberts v. U. S. Jaycees* 案中,法院认为,将州的禁止差别待遇立法适用于私人组织中的成员资格政策,这并不构成违宪。按照法院的理解,这在保障私人组织成员的商业机会与其他机会方面,发挥了显著作用。^⑨ 有时坚持将这些法律适用于市民社会组织的一个理由,也是和市民社会有关:存在市民社会组织,并褫夺女性与其他一些人成为该组织成员资格,这最主要的不是剥夺了他们的具体商业机会,而在于加深女性并非公共领域正式成员的社会印象。^⑩

从这个角度看,可以认为 *Roberts* 案实实在在引发了诸多表达自由的问题。假

^⑨ 468 U. S. 609, 612, 626(1984). 法院随后援引 *Roberts* 案,否决了一系列案件提出的宪法挑战,见 *Board of Director of Rotary International v. Rotary Club*, 481 U. S. 537, 544 - 549(1987); *New York State Club Ass'n v. City of New York*, 487 U. S. 1, 12(1988). 这些案件探悉了州对特定类型私人团体加以规制的局限性。考虑到许多团体是高度私人化的,因此规制行为可能违宪,在 *New York State Club* 案中,所涉及的法律禁止对任何人数超过 400 人以上、固定提供膳食服务,并经常性地向非会员收费的组织为差别待遇,法院在判决中支持了这部法律。

^⑩ 对于 *Roberts* 案这种宽泛解释的一个批评,可见 Nancy Rosenblum, *Membership and Morals: The Personal Uses of Pluralism in America* (1998). 罗森布拉姆解释认为,需要对此类褫夺会员资格的决定加以规制,其理由在于,这类决策强化了被褫夺者的二等公民地位。前注,第 167 页。可以认为 *Roberts* 案即适用了此种理路。对于罗森布拉姆观点的一个批评,可见,Stuart White, *Equal Opportunity and the Right to Exclude*, in *The Good Society* 1, 54(1999).

定市民社会组织适用差别待遇政策的理由,在于其成员确信并试图传递这样一种信息,即女性的确不应成为公共领域的正式成员。政府也可能因不同意演讲者所意欲表达的信息而禁止其演讲,而这恰恰违反了美国宪法第一修正案,很难将对差别待遇实践的禁止同这种对言论的禁止相区别。*Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group*^①案为此提供了佐证,在该案中,州最高法院认为,波士顿圣帕特里克节游行队伍的组织者,应为游行提供相应的公共场所,并且应该允许同性恋代表高举横幅参与到游行队伍中,因为州法律禁止在公共场所歧视同性恋者的行为。

戴维·苏特(David Souter)大法官在撰写的判决意见中,强调了游行的表达性目的,要求游行组织方容许那些与其意见相左的人加入游行队伍,将会“改变游行所意欲表达的内容”。^②苏特大法官的判决意见援引 *Roberts* 案作为普遍性的论据,但并没有对两个案例加以明显的区别,然而该判决意见本身却将两者的区别展现无遗。如果说与 *Hurley* 案相类似的游行,在表达之外还有什么目的的话,那么还是传播观点,传播公众的总体感受,然而这依然属于表达。当这些活动所牵涉的几乎全是表达时,第一修正案的利益要胜过消除差别待遇所体现的非宪法利益。^③与圣帕特里克节游行队伍的组织者不同,国际青年商会与其他公民组织尽管可以主张在会员资格政策方面,已给予了女性适当的地位,但他们无法有力地证明,他们所做的一切仅仅是传递有关女性适当地位的信息。

此项分析的要点在于,要确定在多大的范围内能不为规制所扰。毕竟,正如政治学家南希·罗森布拉姆(Nancy Rosenblum)所指出的,诸如青年商会之类的组织在表达方面可能并无太多作为,但这类组织对入会资格的要求,在某种程度上对其组织成员及成员的言论造成了影响。^④但是,对于这些市民组织给表达带来的间接影响,最高法院在其宪法分析中似乎并未回应。在当代宪法学说中,仅有那些将表达视为唯一或近乎唯一目的的市民社会组织,才能免于那些为了让市民社会效用趋于最大化而进行的规制。同样重要的是,对市民社会组织工具性价值的标准论说认为,尽管创设市民社会组织的目的在于制约政府,但市民社会组织仍然具备间接的效果价值,来塑造公民有效监控政府的能力。^⑤当代宪法学说似乎允许政府对于此类市民社会组织进行实质性的规制。

其他市民社会组织也存在某些类似之处。以学院和大学为例,尽管相当多文

① 515 U. S. 557, 572-573(1995).

② 同上注。

③ *Hurley* 案判决意见指出,那些意图加入游行队伍的人并没有提出关乎平等保护的主张。前注,第566页。

④ Rosenblum, 前注①,第194—211页。

⑤ 此种间接影响对于市民社会的生成发挥了重要作用:人们去咖啡馆不只是去谈政治,但去咖啡馆的体验改变了人们理解个人与国家关系的方式。

献论称这样的组织必须有为宪法所保障的学术自由领域^⑥,但是,联邦最高法院从来没有认可过这种主张。^⑦在其他条件下,组织利益可能仅仅是个人利益的衍生物,因此,由个人构成市民社会组织的事实,对于宪法分析并无影响。在此背景下,市民社会组织之所以受保护,并非因为它是市民社会组织,而在于宪法保护其中每个人的权利。

关于市民社会组织的最后一个示例是政治团体。这些团体的活动对政府的架构有着实质性的影响。政府对政治团体若拥有广泛规制之权,显然将从实质上造成自我强化(self-reinforcing)的效果:政府将以某种特定方式规制政治团体,以确保政治团体不去改变政府的运作模式。这与规制政治团体的法则已非常接近。

法院为政治团体提供了某些保障,以令其免受规制。政治团体是由志趣相投者构成的组织,在联邦最高法院看来,政治团体存在本身,“便预设了它有确证应由哪些人构成团体成员的自由”^⑧。因此政治团体的一些内部安排也免受政府规制的干涉。^⑨联邦最高法院判定,州政府不能对政治团体的初选事项作出限定,不能限定仅仅政治团体的注册会员才拥有选举权。^⑩联邦最高法院还判定一项法律无效,因为该法褫夺了政治团体在初选中确认和拒绝候选人的权力。^⑪州论称规制确保了政治团体不会走向自我消解之途,从而让市民社会的利益趋于最大化,而联邦最高法院通过这些判决,否定了州的主张。^⑫

但是,这些保护机制是非常有限的。联邦最高法院最近的表述,记述了一个二阶段衡量的过程:

⑥ 需要指出的是,并不必然能将公立大学和学院纳入市民社会的范畴,为其创设出一套学术自由的理论,亦是相当困难。

⑦ 对于此种主张最有说服力的一个支持,来自费利克斯·弗兰克福特(Felix Frankfurter)大法官在 *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234, 261-263(1957)案中撰写的协同意见。刘易斯·F. 鲍威尔(Lewis F. Powell)大法官在 *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, 311-315(1978)案中,将学术自由视为“宪法第一修正案的特别关涉所在”,但大学自己的判断是,其平权措施为实现其学术目标所必须,但鲍威尔大法官并不同意这样的判断。在我看来,很难从鲍威尔大法官的判决意见中,发掘出为宪法所保护的学术自由利益。

⑧ *Democratic Party of the United States v. Wisconsin*, 450 U.S. 107, 122(1981)。在该案中,州要求出席全国政会议的代表,与该州的“开放式”预选的结果相一致,在“开放式”预选中党外成员亦可投票,州的要求与该全国性政党的党规相冲突,法院在判决中裁定州政府的要求违宪。

⑨ 此外,一系列判决限制了政府将两党之外的第三方政治团体排斥出普选候选的权力。例可参见 *Anderson v. Celebrezze*, 460 U.S. 780, 805-806(1983)。

⑩ 见 *Tashjian v. Republican Party*, 479 U.S. 208, 201-211(1986)。(讨论一项禁止独立选民参与政党预选的法律)。 *Cool Moose Party v. Rhode Island*, 183 F. 3d 80, 88(1st Cir. 1999), 该案进一步拓展了 *Tashjian* 案判决的范围,对于把在其他团体注册的选民排除出该政党预选资格的法律,法院判决无效。

⑪ 见 *Eu v. San Francisco County Democratic Cent. Comm.*, 489 U.S. 214, 216(1989)。

⑫ 同上注,第 227-228 页(“即便一项禁令能让一个政党避免通向自我毁灭之路,但这仍无法为政府代替政党的判断提供正当化根据。”)

当判断一个州的选举法案是否违背第一修正案与第十四修正案所涉及的结社权利时,我们必须考虑州法对这些权利施加了何种性质与程度的负担,以及政府科处的负担意图保护怎样的利益,具有怎样的正当性,并在两者之间进行权衡。对原告权利施加严苛负担的规制措施,必须予以严格限缩,并以推进迫切的政府利益为依归。然而,相对更少的负担将会触发相对不那么严格的司法审查,州政府的重要规制利益通常足以构成合理的、并非差别待遇的限制措施的正当化根据。^③

需要再次强调的是,我的兴趣在于对当代宪法进行记述,而非力倡宪法的未来发展方向应是给予市民社会更多的保障。就规制政党的法律而言,最重要的是两点。首先,在一般方法论层次上,包括最高法院所适用的对重要利益加以权衡的标准,以及其他任何标准,均无把握对受规制对象提供有效的保护。他们永远无法获悉法院如何进行这种权衡,因此他们行为时始终存在的担忧是——他们的行为将会导致政府的干预,而政府的干预可能会经由法院的权衡而获得正当化根据。第二点,更为具体的例证是,联邦最高法院判决认为州政府可以去推行相关政策,以保障现有的两党制不被侵蚀。^④正如批评者所指出的,这将导致在位的当权者更加巩固自己权力,这也正是建构有活力市民社会的倡导者们的忧虑所在。^⑤

(四) 小结

归结起来,当代宪法学说并未能对政府规制市民社会能力给予实在的限制。宪法允许政府按照自己偏好的模样,甚至常常按照自己的模样去建构市民社会。在某种程度上,当下对美国联邦宪法的解释,并没有满足市民社会拥趸们的希冀。

四、“扶助”市民社会

本部分主要论述了当政府有意扶持市民社会组织时,所应当适用的宪法学说。在此我明确区分了以下两类活动:一类是政府无条件的扶持;另一类扶持则是以市民社会组织遵守某些政府的特定要求为前提。我在此部分一开篇必须指出,本部分内容与全文并不完全契合,毕竟只有政府自身愿意这么做时,才会去

^③ *Timmons v. Twin Cities Area New Party*, 520 U. S. 351, 358 - 359 (1997) (援引了 *Anderson v. Celebrezze*, 460 U. S. 780, 789 (1983))。

^④ 同上注,第 367 页(“基于州利益的需要,允许其颁布合理的选举规章,这在实践中也是对传统两党制的眷顾。”)

^⑤ 例可参见 Richard L. Hasen, *Entrenching the Duopoly: Why the Supreme Court Should Not Allow States to Protect the Democrats and Republicans from Political Competition*, 1997 Sup. Ct. Rev. 331, 343 - 344; Samuel Issacharff & Richard H. Pildes, *Politics as Markets: Partisan Lockups of the Democratic Process*, 50 Stan. L. Rev. 643, 668 - 669 (1998)。

扶持市民社会组织。^⑥而且很难想象单凭政府的扶助,市民社会组织就能勃兴,就可以对政府施加有力的制约和独立的影响。从这个意义上说,本部分讨论的宪法学说可能与本文总的主要论题并无关联。虽然有这样的限定,我相信检视政府扶助的法律问题,仍将会有所助益,至少它又一次阐明了这样一个事实——在确保市民社会组织有制约与独立影响政府的能力方面,现行宪法学说的确贡献甚微。

(一) 对实体性活动予以扶助

在审视政府扶持计划时,我们有必要对以下两种情形予以明确区分,其一是某组织作为市民社会的一部分而获得扶助;其二是某组织实实在在做了一些被政府认为有价值的活动,因此不论该组织在市民社会中发挥什么作用,都可获得政府扶助。同时还要对一般性扶助项目与特定项目加以区别。

当市民社会组织在实施所谓的实体性活动时,政府有权对其予以实在的扶助,这在法律上也没有太大争议。^⑦此类扶助的示例如向教会附属大学提供扶助,以资助其各院系教师从事科研活动,或资助这类学校建造科研中心用楼^⑧;或以合同方式补偿教会附属医院因收治贫困病人而产生的费用。通过增强市民社会组织从事这些实体性活动的的能力,这些项目确实推进了塑造公民的间接功能,帮助这类市民社会组织实现相应的工具价值。

相比之下,如果只是因为某些组织是市民社会组织,就对其予以扶助,则可能会带来更多争议。家庭扶助项目为每一个被界定为“家庭”的单位提供直接财政补助,这当然是合宪的;^⑨然而对宗教机构的资助可能会更为复杂,对于特定类型的资助而言,可能会违背美国联邦宪法第一修正案中的禁止设立国教条款。目前相关的学说游弋不定,但法院迄今为止没有认可对宗教机构直接给予财政补助的合宪性。法院在 *Rosenberger v. Rectors and Visitors of the University of Virginia* 案判决中做出的明确限制,具有一定启示意义。^⑩在该案中,大学将收取的学生活动费用分配给学生组织。某学生刊物从基督教立场出发,针对一系列事项发表见解,其目的在于让读者皈依基督教。因此,弗吉尼亚大学根据弗吉尼亚州禁止扶助宗教的政策,拒绝资助资金用以该刊物的印制。在4票反对的情况下,联邦最高法

⑥ 当然在一些例外案例中,当政府决定支持某些市民社会组织时,同时也要去支持其他组织。见后注⑫—⑬部分所对应的正文。

⑦ 见 Martha Minow, *Choice or Commonality: Welfare and Schooling after the End of Welfare as We Knew It*, 49 *Duke L. J.* 493 (1999), 该文对本部分所涉及的宪法议题做了一个有益的综述。

⑧ *Tilton v. Richardson*, 403 U.S. 672 (1971). 联邦法律允许拨款给教会附属的大学或学院,资助其建设用于非宗教活动的楼舍,法院判定此法律合宪(只有当那些得到联邦资金资助建造的建筑,在20年后变更为宗教用途时,才会判定该拨款无效)。

⑨ 出自这样的关切,在本文第二部分中,就政府对“家庭”概念适用的限缩界定进行了讨论。

⑩ 515 U.S. 819, 845-846 (1995).

院裁定大学仅凭刊物的内容,即拒绝刊物使用本应普遍可用的资金的作法,违背了第一修正案中的言论自由条款。弗吉尼亚大学辩称,禁止设立国教条款的规定,本身能够消解基于言论自由条款的疑义,但这遭到了法院的拒绝。为此,安东尼·肯尼迪(Anthony Kennedy)大法官撰写的判决意见中,重申了一项确立已久的原则:向宗教团体直接提供金钱以资助其从事宗教活动的做法,构成违宪。^①肯尼迪大法官的判决意见还强调,杂志本身并没有收到学生活动基金的任何资助,相反,“扶助资金用于印制成本的支付,流向了私营承包方,而印制的内容受到美国宪法第一修正案中言论自由条款的保护”。^②

由此看来,*Rosenberger*案可能仅仅表明在涉及宗教问题时,政府为市民社会组织的表达活动提供了财政支持,政府不可以因宗教团体是在就宗教问题发表言论为由,而拒绝向其提供等量(但可能是非直接)的财政资助。然而,当政府对市民社会组织的“实体活动”进行扶助时,可否将宗教组织排除在扶助对象之外?对此当下关切的一个最重要示例,是由“以信仰为基础的组织”来提供公共扶助——包括介入为贫困者提供食物捐赠和储备的“食物银行”(food bank)、提供咨询服务及其他。与*Rosenberger*案不同,这些活动本身并无言论表达性质,而将这些活动排除在扶助计划之外,也不可能减少得到公共补贴的言论数量。有人或许会指出,宗教团体的核心组织架构具有宗教的特点与属性,而这也是言论表达的形式之一,因此应将宗教机构排除于扶助范围之外。

也许有人可从中得出这样的结论:这是以宗教团体的活动内容或见解为基础,而将其排除在扶助范围之外,这属于不能见容于法律的差别待遇,这与*Rosenberger*案中的言论发布活动无关,而和宗教团体在公民生活中地位有关。在我看来,*Rosenberger*案的不同之处在于,它涉及的是与表达活动相关的差别待遇问题。^③出于当下的目的,我需要指出的是在*Rosenberger*案中,法官们的意见存在着尖锐的对立,肯尼迪法官与奥康纳法官所指出的限制,已经相当充分地说明,如果目前立法将以宗教信仰为基础的项目排除出公共扶助范围之外,法院将不会判定其违宪。

因此对我而言,当立法机关规定对市民社会组织在表达之外的活动实施扶助

^① 515 U. S. 819, 第 840 页(“该项目的中立性,足以将学生经费与为直接扶助一个或多个教堂而征收的税款相区别。而这类税收定与从建国之初即创设的禁止设立国教条款的关切背道而驰”)。

^② 同上注,第 841 页。奥康纳大法官附和了多数意见,在她单独撰写的协同意见中,强调了宪法中的禁止设立国教条款要求做出相应的“精细区分”。同上注,第 848 页(奥康纳大法官的协同意见)。区分之一在于“拨付的资金不能经由受益组织之手流转,而是要直接交付给第三方供应商”。同上注,第 850 页。

^③ 宗教组织可能认为,自己在通过实体性活动来表达宗教信仰,例如宗教组织可能会秉承基督教解放神学的思想,形成对贫困者的偏爱,从而向贫困者提供救助。在此可堪比拟的是,当公民组织主张他们在会员资格方面的差别待遇,是其政治见解的反映时,仅受到有限的保护。

时,不必将宗教团体纳入扶助范围之内。但目前更为迫切的问题是,由于扶助宗教机构有悖于禁止设立国教条款,立法机关是否可以做出如是选择。如前文所述,法院坚持认为对宗教团体的宗教活动直接给予资金支持,违反了禁止设立原则的精髓。那么又应如何看待对宗教组织从事非宗教活动的资助呢?

首先需要考虑的是非直接的资金扶持。政府是否可以向家长发放用于支付子女教育费用的凭单,并允许家长在具有宗教背景的学校中使用?尽管围绕此类教育券计划展开的是实体性的政策争议,但从宪法层面看则并非如此。在 *Mueller v. Allen* 案^④中,州为了提高义务教育入学率而规定了一项所得税减免项目。该减免政策面向所有父母,但请求所得税减免的父母,其子女大多就读于教会附属学校。尽管法院没有去适用相应的、后继发展出的措辞,但法院也还是将该项目视为对具有普遍适用性的法律的中立适用,因此法院支持了这个项目,判定其合宪。^⑤法院还判定该项目“无论是否可能向教区学校提供扶助,但这扶助都经由了父母个人”,从而“削减了来自禁止设立条款的异议”。^⑥此后,使用州职业康复基金,为有意成为牧师但存在视力障碍的学生支付基督书院学费的行为,得到了法院判决的支持。^⑦在另一个案例中,使用公共基金为就读于天主教会中学的耳聋学生聘请了手语翻译,哪怕手语翻译所传递的内容是宗教方面的信息和训示,仍被法院判定为合宪。

从这些判例中可以看出,从宪法层面对标准凭单制的质疑,并不是那么重要。上述所有判例都涉及到对教会附属学校的间接经济支持。*Mueller* 案与 *Zobrest* 案涉及到对读大学之前阶段教育的扶持;而 *Witters* 和 *Zobrest* 案涉及到对被明确界定为宗教训示活动的扶持。通过凭单制进行间接经济资助,在宪法上唯一可能受到的质疑是,宗教构成了学生所接受教育与训示的全部内容,但这实际上是一种可以想见但在现实中不太可能发生的情况。^⑧在 *Mueller* 案中,将相关项目界定为促成“有教化的民众”,从而推进本州的世俗利益。^⑨这里提到的目标或许是要通过教育,让公众担当更多的公民责任,具有更高的经济生产率。也

④ 463 U. S. 388,402(1983).

⑤ 同上注,第 398—399 页(“中立地向广泛范围公众提供政府扶助的项目,一般不会轻易遭遇到来自禁止设立国教条款的质疑”).

⑥ 同上注,第 399 页。

⑦ 见 *Witters v. Washington Dep't of Servs. For the Blind*, 474 U. S. 481,489 - 490(1986).

⑧ 反对凭单制项目的另一论点在于,一些社区教育券可能会广泛用于扶助限定类型的教会附属学校,从而削弱公立教育系统,以至于有些家长原本希望子女进入公立学校或其他教会附属学校,却在凭单的影响下,不得不使用凭单将子女送往社会主流的教会附属学校。对此问题的详尽分析,参见 Alan E. Brownstein, *Evaluating School Voucher Programs Through a Liberty, Equality and Free Speech Matrix*, 31 Conn. L. Rev. 871,(1999). 这个问题可能会在部分辖区内发生,但尚未普遍到足以质疑标准凭单制项目合宪性的程度。

⑨ 463 U. S. at 395.

许完全执著于宗教的教育无法担当这样的目标。当然出现这类问题情况的可能性会是非常小的,即使出现这种情况,也均不足从整体上质疑标准凭单制项目的合宪性。

问题更多一些的是对宗教团体的直接经济扶助。法院一直试图在“可容许的间接扶助”与“被禁止的直接扶助”二者之间做出明确界分。例如法院在 *Mueller* 案判决中指出,所有被判决无效的扶助项目“都牵涉到政府直接将资助转移到了学校之手。”^④这种很大程度是形式上的差别,法院从未努力来证明此种区别的正当化根据,而且在必要情况下还可能会摒弃它。

(二) 扶助宗教活动

余下的问题尽管细微,却也是颇为有趣。当宗教团体实质性地介入到救助贫困者的项目时,即使这些活动中存在着宗教动机,也可对宗教团体提供凭单项目,给予某些费用补偿。设想立法机关因为这些活动中存在着宗教动机,而决定对这些活动加以扶助:例如有人会认为,如果辅之以宗教表达的话,对贫困者的救助或许会更有效,可以促使受领者向好的方向发生永久性转变。^⑤在此,扶助该宗教团体的根本原因是要改善贫困者的经济状况,这是一个世俗的原因,但最直接原因却是与宗教相关的。这里引发的法律问题不算多,然而在我看来,当代宪法学说认为,只要宗教团体所从事活动的最终目标是世俗的,而且政府对从事类似实体性活动的非宗教团体也给予同样扶助的话,就可以对宗教团体从事的和宗教属性有关的活动加以扶助。^⑥

最后,应如何看待对宗教团体的宗教活动给予的直接经济支持?^⑦假如某立法机关认为宗教信仰具有相应的工具价值,能确保宗教组织能约束政府,并对政府施加适当的影响,因此决定支付牧师的薪俸。至少今天的最高法院会认为,很难想象这种情形能构成对禁止设立国教条款核心要义的违反,我猜想最高法院将会继续持此立场。

就我们已谈及的要点而言,政府可能以多种方式来支持宗教团体的实体性活动,但政府可能会选择相对间接而非直接的方式,促使宗教团体实现作为市民社会组成部分的工具价值。我给出这样的结论,并非要对当前的宪法学说加以批评,只是为了指出宪法在建构市民社会中所处的复杂地位。

^④ 463 U. S., 第 399 页。

^⑤ 见 Minow, 前注⑦。

^⑥ 我对后一限定持谨慎态度,因为假定相对于非宗教团体而言,宗教团体能更有效地推进政府的世俗目标,那么我不确信法律是否应要求,或是否将要求政府将钱拨付给资金利用效率低的机构,纵然降低投资的有效性亦不足惜。

^⑦ 我需要指出的是,任何形式的资助,无论是以金钱方式还是其他形式,无论是以直接还是者间接方式,如果说是将其用于宗教组织的实体性宗教活动的话,那么都被视为对其宗教活动的间接经济支持。

(三) 提供选择性无条件扶助

Rosenberger 案引出的另一个重要争点是,当政府对市民社会组织加以扶助时,在何种情况下政府可以普遍性的给予这类组织扶助,在何种情况下政府可以选择性地给予这类组织扶助?当然从某种意义而言,政府永远不可能完全在一般意义上行事:比如政府对儿童寄养项目实施了扶助,政府也可以选择不去扶助削减酗酒的项目。当某些市民社会组织从事这项而非那项活动时,亦是如此。然而在天平的另一端,我们可能会关注到,对政府项目有时会做出过于限缩的界定:政府能否选择性的扶助由商会之类的一般性公民组织发起的戒酒行动,而不去扶助由退伍军人发起的与之类似的戒酒计划?

对此类“限缩界定”的问题,可以从学理上作出非常简单的回答。如果政府有理由认为,相对比其他组织、其他方式而言,如果政府所选择扶助的组织、选择的方式,能更有效地推动政府的目标,那么政府就可以为这些组织提供选择性扶助。例如,如果存在合理的基础,使人相信商会的削减酗酒项目能惠及退伍军人联合会所触及不到的群体,或更需要帮助的酗酒群体,那么政府有权对商会的削减酗酒行动给予选择性扶助。

当然,*Rosenberger* 案判决也表明,这一回答也并非永远正确。*Rosenberger* 案判称,仅以市民社会组织所表达的内容为前提,即将表达活动排除在政府扶助范围之外,通常而言是不足取的。^④然而,一系列政党案件表明,即使是宪法第一修正案中的言论自由条款,有时也不禁止对专注于表达的市民社会组织的选择性支持。*Buckley v. Valeo* 案^⑤不仅以其对现代竞选资金制度的影响而广为人知,同时,在此案中法院还认可了对特定政党的选择性公共资助。创设现代竞选制度的法律允许为总统竞选提供公共支持,并对多数派政党、少数派政党以及新政党做出区别对待。

多数派政党是指在前次总统选举中获得 25% 以上选票的党派,多数派政党可以接受到很可观的补贴。迄今为止,只有民主党与共和党符合过多数党的特征。

少数派政党是指在前次总统选举中得票在 5% 至 25% 之间的政党。少数派政党的补贴,与该党在前次选举中的得票,或提供资助期间进行的选举中获得的选票,呈一定的比例关系,哪项可获得更多补贴,以哪项为基准。在 2000 年大选中,改革党有获得补贴的资格。在前次选举中得票在 5% 以下的少数派政党,如果在此次选举中得票超过 5%,其竞选开支可获得部分补贴与报销。法院认为选择性补贴没有对任何政党的“政治机会”构成任何“不公正或不必要的”负担。^⑥ 同时也

④ 我在此插入的一个限定条件是,如果团体的某些言论过于不合时宜,并已达到了某种相当高的程度,亦可被排除在扶助范围之外。

⑤ 424 U. S. 1, 85-108(176).

⑥ 同上注,第 95-96 页。

指出,将少数派政党排除于补贴之外的行为之所以具有正当化根据,其原因之一在于,要捍卫重要的公共利益,避免为“党派的林立和不受限制的党派之争”^⑧提供人为激励。此前讨论的 *Timmons* 案也强化了这一结论,即当更广泛范围的补贴可能不利于稳定时,立法机关可以对市民社会组织予以选择性的补贴,这样做还可兼顾到政府的稳定。^⑨

(四) 提供附条件扶助

目前为止,对扶助市民社会组织的探讨,事实上牵涉到这样的政府决定:“你如果致力于实现某些我们认可的目标,就可以有一些钱支持你。只要你的活动的总体目的是要实现这些目标,你就能用这些钱。”这些扶助项目属于对市民社会组织的无条件扶助,因为这些市民社会组织无需为获资助而修正自身的行为。但这种无条件扶助并不常见,更常见的是,政府不仅规定了自己的总体目标,还规定了受领人必须满足的具体条件。市民社会组织对这些条件的遵守,削减了市民社会组织与政府之间的距离,使得它更类似于政府的伙伴,而非政府潜在的对立面。我已经论及,政府通过选择性无条件扶助的方式来型塑市民社会,这是它非常实在的权力。如果政府有权为扶助附加重要的条件,那么,接受政府援助的市民社会组织再想去制约政府或独立影响政府,其可能性就变得极为渺茫。

那么,政府为所给予扶助附加条件的权力,究竟宽泛到何种地步?众所周知的,判断违宪条件的法则复杂,甚或缺乏连贯性。也许最适当的见解是,或许不存在关于违宪条件的一般性法则,只是在具体的政府资助项目中,会存在判定其违反特定宪法条款与否的特定规则。无论怎样理解这个问题,政府在设定相关的附加条件方面,享有相当大的裁量权。^⑩

现在,我要将关切集中于一点,在对美国宪法第一修正案中禁止设立国教条款的少数派见解中,常常能体现这一点。我们可以将这个问题同 *Agostini v. Felton* 案相联系。^⑪ 法院在此案中支持了《1965年中小学教育法》第I部分的内容,即为就读于低收入地区私立学校的学生的补习及其他活动提供资金。纽约市政府根据此项规定提供了相应资金,把公立学校教师派到教会附属学校来给学生补习课程,但要求受益的学校将全部宗教标识移除出补习课堂。这样的做法是否违宪,而且我们为什么为此感到担忧?

根据判定违宪条件的法则,上述情形也许不能构成违宪。纽约市政府不可能

^⑧ 424 U. S. 1, 第96页(略去原文中的引证部分)。

^⑨ 爱尔兰最高法院的一个判决却与之形成了有趣的鲜明对照。见 *In re Bunreacht Naheireann*, [1996]1. I. L. R. M. 81(Ir. S. C.), 爱尔兰最高法院认为政府在即将来临的全民公投之前资助其中一方的行为,违反了爱尔兰宪法。

^⑩ 有关该理论的综述,可见 *Stone Et Al.*, 前注^⑧, 第1765页(“不存在关于违宪条件的一元化学说,相反一系列结果取决于所涉及的特定宪法条款……,以及围绕相关条款含义解释所展开的问题……”)。

^⑪ 521 U. S. 203 (1997)。

有权直接命令教会附属学校将宗教标识从教室中移除,^⑩而政府通过设定扶助条件的方式,间接实现其无法直接实现的目的,这一点使其行为的合宪性受到质疑。但是,本案中所涉及的诸多其他主题则指出了其他的方向:宪法学说的构想,是确保政府的行为以合乎宪法所容许的目标为限,或者政府行为至少要出于良好的动机。市政当局要求学校移除宗教标志,是希望不让人产生市政当局支持学校宗教活动的合理误解。^⑪在本案中,教室当时属于公立学校的教室,而公立学校教室中的宗教标志可能违反了宪法修正案中的禁止设立国教条款。^⑫此外,移除宗教标识的要求,似乎并不会对宪法所保护权利的行使带来不利后果。

我无需甄别何种论说更具有说服力,因为此时更为重要的争论点在于,移除宗教标识的行为,为什么会有助于对宪法与市民社会关系的探讨和理解?在此,梳理禁止设立国教条款的历史,或许会具有启示意义。有一种主张可以追溯到浸信会(Baptists)的历史传统,认为政府与宗教的相互作用,会造成两者都趋于堕落,而更为重要的还是导致宗教的堕落。当一个机构愿为宗教组织提供资金,但要以宗教组织遵守某些看似合理、平易的要求为前提时,宗教组织自身很可能会屈从于所给出的这些要求。Agostini案中的学校在为低收入学生提供教育的同时,也在表达与传播其教众的宗教信仰。学校或许认为,在部分教室移除宗教标识,将有可能改进他们提供的教育质量,而只需付出非常少的代价。然而若干细微变动的累积,可能会导致极大的变化。

也许更为有趣的是,接受扶助的学校可以通过修正其宗教理念的方式,来解释为什么可以从教室中移除宗教标识。校方在教室中悬挂宗教标识的初衷在于,是要从视觉上对相应的宗教理念加以提示,每位学生所看到的这些标识,与他们对相应宗教内容的理解相称。在移除宗教标识后,学校也许逐渐认为视觉上的展示不再那么重要。此时,政府附加的要求虽未曾迫使宗教信仰的改变,却从细微之处引导了宗教信仰的改变。最后,这些改变有可能使市民社会组织更为趋近于政府,削弱了市民社会组织被赋予的权力,弱化了通过市民社会组织约束政府的能力,这些都并非我们的希冀。

(五) 小结

在诸多领域内,政府可能借助市民社会组织来促进社会稳定。当然在不违反宪法的前提下,政府也可以做出其他选择,有时也的确会做出其他选择。政府有时会有意扶助“局外人”(outsiders),因为这些组织能就公众关切的问题,给出新的或

^⑩ 有关政府规制教会内部事项的描述,可见本文第三(二)部分。

^⑪ 目前,法院判定政府认可宗教的行为违反了禁止设立国教原则。可见, *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573, 621(1989)。

^⑫ 参较 *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39, 42(1980)(判称禁止设立国教原则禁止州政府要求在每一间公立学校教师中放置十诫标志)。

意料之外的观点。更有趣的,政府也可能在不经意间,对给政府带来困扰的市民社会组织予以支持。例如,当一个教会附属组织向贫困者提供服务时,政府可能会确信这么做有助于实现市民社会的工具性目标,因此对该组织给予扶助。但在此过程中政府可能发现,教会附属组织在向贫困者提供服务时,存在自己的偏好,并形成自身的利益,从而导致了已有世俗当局的抵制。在政府利用市民社会组织的宪法权力,与市民社会最热忱拥簇者所认可的目标之间,存在着紧张关系。这更加说明,我们应以更现实、更温和的姿态,来看待政府的实际作为。

五、结语:对市民社会的有限宪法保护

宪法为市民社会组织提供了一些保障。但政府并不乐意去尊重这些组织,总体而言,我在此讨论的诸多宪法学说,并没有确保这些市民社会组织能够成功践行那些最积极拥簇者所期待的功能。

或许我所勾勒的这幅画面过于黑暗,我并没有去描述美国宪法体系中的结构特征,这些结构特征纵然没有给出强制性的要求,但也激励了市民社会组织的发展。譬如,联邦主义使得相对较小的团体有机会去影响地方政府。本文引言所提及咖啡馆业主可能面临分区方面的限制,但对其庇护人而言,申请获得分区变更可能殊非难事。类似的,美国联邦宪法中所体现的,以及为传统和州宪法所认可的权力分立,给人们提供了诸多影响政府政策的途径。有了如此多的可能性,人们通过在市民社会组织中的活动,通过市民社会组织的活动,可以有效地影响与限制政府。

此外,尽管我相信当代宪法学说对市民社会的保护,的确局限于一个相对较小的领域,但我认为联邦最高法院无需对任何特定宪法学说进行急剧的调整,即可通过宪法解释来给予更多保护。但我确信,这种重新解释的几率实际上也是非常小的。

我之所以对此表示怀疑,首先出自很显然的原因。法院自身亦是国家机构。联邦法官拥有终身任期的事实,使得他们可以相对疏离于政府其他部门掌权者的当下政治利益之外。但联邦法官由总统提名并由参议院批准的事实,使得这种疏离并不会太远,即便真有那么远的疏离,但也很难长久。

第二个理由则更为有趣。无论如何藻饰,很少有人有兴趣去按照市民社会本身的原貌,去推动市民社会的发展。人人都承认某些市民社会组织是有害的。^⑩例如伯杰(Berger)和诺伊豪斯(Neuhaus)写道,“简单地说,社会居间组织的结构有良莠之别,……居间组织的结构会促成不同的价值,社会政策也会因循这不同的价值,使得这种居间组织结构出现差异和分化。”^⑪同时,琼·科恩(Jean Cohen)从

^⑩ 标准例子是3K党等。

^⑪ Berger & Neuhaus, 参见前注④,第150页。

一个完全不同的角度指出,“认为仅有那些内部公共空间为相关商谈规范所型塑的组织,才有可能发展交往与沟通能力,这些能力对民主具有非常重要的意义。”^⑭

组织内部结构的低劣,将会催生低劣而非良好的公民,这些人会更希望利用政府来压制他人,而非去促进公共福祉。正是这种市民社会的存在,才促使要政府要规制市民社会组织内部活动,并拒绝给予它们其他市民社会组织可获得扶助。^⑮如是规制的动因,从形式上得到了广泛的接受,这意味着唯一留待公开讨论和从宪法上加以评判的论题是,特定的规制目标是否适宜,目标是否指向了那些让市民社会组织趋于颓败的内部特征。

从此观察中得出的最为明显结论是,当我们以让市民社会组织趋于颓败的特征为基础,试图设计相应的法律规制时,市民社会的概念并无意义。这项设计更多是求诸于平等、公平交易等实体性基准。而且,市民社会组织对规制的抵御,并非出于市民社会组织本身就应被维护的理念,而是基于平等主义或其他规范性的基准。

进一步的,对是否规制市民社会组织,如何规制市民社会组织,对何种市民社会组织予以规制等问题,都存在着歧见。正如 *Roberts* 案指出的,某些人力主,只有当市民社会组织实现内部民主,并在相当程度上以平等为基础进行运作时,这些组织才值得保护。其他人的回应则是,许多传统教会有着森严的等级结构,并存在诸多不平等特征,但仍必须对其给予保护。在最近的一个案例中,纽约州政府试图创设一项法令,让居住于克亚斯乔尔镇(Kiryas Joel)的撒塔玛哈西德教派(Satmar Hasidim)的残障儿童,统一就读于一所为此专设的公立学校,从而无需承受来自他者的精神压力。^⑯ 该案引发的宪法争议是,州政府是否可以扶助撒塔玛哈西德教派。许多人认为宪法不允许政府的这种扶助行为,还有许多人则认为这没有违背宪法,然而他们均为撒塔玛哈西德教派的某些特征而感到困惑,认为该教派的内部结构不能推动,甚至也无法间接促进有助于市民社会的有益目标。^⑰

面对此种类型的争议,法院可能会援引不同的违宪审查标准。即使这种争议不常出现,最终生成的学说仍很难为市民社会组织的发展提供一个稳定的平台,因

^⑭ Cohen, 参见前注①,第 21 页。

^⑮ 见 Berger & Neuhaus, 参见前注④,第 150 页(“如果……凭单制应成为社会政策的一部分,那么不能在那些为极端种族主义者所掌控的学校实施此政策。……这样的差别待遇确实造成了一些困难,但并非不可克服。”)该引文的第二句话着重强调了这种困难。

^⑯ 见 *Board of Educ. of Kiryas Joel Sch. Dist. V. Grumet*, 512 U.S. 687, 690 - 695(1994)。争议仍然在持续,最近的案例可见于 *Pataki v. Grumet*, 119S. Ct. 2364(1999)(州政府施行了一项修改过的法令,意图实现为 *Kiryas Joel* 案所阻止的结果,法院延迟了对的判决)。

^⑰ 对此问题的一个有趣探究,可见于 Judith Lynn Failer, *The Draw and Drawbacks of Religious Enclaves in a Constitutional Democracy: Hasidic Public Schools in Kiryas Joel*, 72 Ind. L.J. 383 (1997)。对此的回应可参见 Sanford Levinson, *On Political Boundary Lines, Multiculturalism, and the Liberal State*, 72 Ind. L.J. 403(1997)。

为即便法院会判决对某些市民社会组织的规制无效,但如果法院发现某些市民社会组织的活动的确有害,法院也会保留对相应的某些规制予以支持的权力。

市民社会组织可能是有价值的,宪法学说亦会认可其价值。然而,正如我指出的,从国家结构和支持市民社会的论证出发,即存在诸多理由,去怀疑宪法会在多大程度上卫护市民社会。经验将会表明我的怀疑可能是错置的。人们可以通过政治模式组织起来,从而改变宪法学说。或许社会动员可以借助那些附着于市民社会组织之上的适度保护机制,并将此机制予以扩增。那些实际上并不受当下宪法学说保护的市民社会组织,仍有可能促生出足够的力量来改变政府。但这些活动都需要付出巨大的努力,那些坚信市民社会将会被减损的人们,都不太相信会有人付出这样的努力。但如果没有这种努力,宪法可能会建构出一个欠缺生机和活力的市民社会,而这亦非市民社会拥簇者们所愿。