

“向后看”与“向前看”的法治

崔之元

美国宪法第十四条修正案涉及的一个重大理论问题是如何理解“法治”(The rule of law)。“法治”并不是一个简单的概念。这里的关键在于法律条文并不是一目了然、人人都做同一理解的。例如,第十四修正案中的“正当程序”(due process)和“平等保护”(equal protection)条款,究竟指的是什么,对此很难有一种没有争议的回答。

有一种观点,认为答案在于制定修正案的起草人的“原始动机”(Original Intention)。但是,这一观点有三个无法解决的难题。第一,当事人的“原始动机”,在别人看来(特别是后人看来),往往是见仁见智的不统一意见;第二,也是更重要的,起草法律和制定法律的人,常常故意用一种“一般化”的语言,以赋予法律开放性和灵活性。最明显的例子是第十四修正案。反对奴隶制重演是其重要的制度动机,但条文中并不出现“奴隶制”,而是给人无限发挥余地的“正当程序”和“平等保护”。第三,由于阿罗不可能性定理,法律往往并不反映立法机构的多数意志,而且有任意性;换言之,即便单个立法者(议员)有明确的“原始动机”,由于多数原则的自我循环性(Majority Cycle),最后形成的法律往往不能反映立法机构的多数意志,而反映的是任意的投票次序。例如,在一九六四年“公民权法案”(Civil Rights Act)讨论时,有三种方案:

一、禁止所有旨在扩大黑人就业机会的“肯定性行动”(affirmative action),连雇主自愿的“肯定性行动”方案也在禁止之列;

二、允许所有的“肯定性行动”方案,但不明确规定政府是否有权要求雇主采用“肯定性行动”;

三、允许雇主自愿的“肯定性行动”,但明确规定政府无权要求雇主采用“肯定性行动”。

最后的立法(即《公民权法案。703(J)》)反映了上述的第三种方案,但这和多数立法者的意志是不符的(多数意志的第一选择是第二种方案),而是反映了投票次序、议程控制(Agenda control)和选票交换

(Logrolling)的任意结果。因此,单纯寻找法律制定者的“原始动机”,对于“法治”而言,在逻辑上也有“任意性”的困难。既然如此,我们怎样才能较好地理解“法治”这一概念呢?第十四修正案给了我们动态地理解“法治”的启发。

拿该修正案的“平等保护”条款来说,对于“平等保护”(equal protection),一种理解是我国常说的“法律面前人人平等”,这不无道理;但另一种理解,则是要求法律对不同的人提供平等的保护。这后一种理解,把法律本身当成了评判的对象,旨在否定不符合“平等保护”的法律;而前一种“法律面前人人平等”的理解,则仅指现行法律在执行中应“一视同仁”,并不对现行法律本身的正当性提出疑问。

沃伦法庭时期的“平等保护”,主要是对现行法律本身符合平等保护与否的“司法审查”。例如,仅从执行现行法律而言,学校、汽车等公共场所的种族隔离法,可以并不违背该“法律面前人人平等”的条件,但却违背法律应对不同的人提供“平等保护”的要求。

当然,法律常常必须对不同的人有所分类。例如,“移民法”,总至少有对“公民”和“非公民”的分类。这属于“合理的”分类。第十四修正案对这种“合理的”分类是允许的。一般来说,甚于“平等保护”的“司法审查”,采用“两层方法”(Two-tiered approach):第一层是看该法律所用“分类”是否“合理”,即看分类是否是政府立法目标所必须的;第二层又细分为两种情况,一是看该法律所用“分类”是否是“可疑的分类”(Suspect class),即基于种族或其他歧视的分类,另一种情况则是看该分类是否破坏公民基本权利的实现。

例如,在“倍克诉卡尔”(Baker V. Carr,一九六二年)案中,沃伦法院判定,不随人口变动的划分选区的分类标准,违反了“平等保护”条款。又如,在“哈泊诉弗吉尼亚州选举委员会”案中,沃伦法院判定,以财富标准进行选民分类(人头税作为选举资格标准),是违反“平等保护”条款的。总之,以审查现行法律的合理性为主要目的的“平等保护”条款,是一种力求“改变现状”的“向前看”的法律。

哈佛大学法学院教授罗伯特·安格(Roberto Unger)对“向前看”的“平等保护”条款做了进一步的发挥。如前所提及,从字面上看,第十四

修正案是针对州政府的,即州政府的歧视行为是违宪的;这被不少宪法教科书称为“州政府行为条件”(State action requirement),即从字面上说,第十四修正案只能用于州政府的违背“平等保护”的法律行为,而不能用于私人歧视性行为。但是,安格教授指出,沃伦法院的判决事实上已经超出了“州政府行为条件”,因为“平等保护”条款正被用来纠正私人饭店的种族隔离行为。他指出,利用“平等保护”条款来纠正私人权力结构,虽最初出现干涉及种族问题的判决,但其实是意义深远的“改变现状权利”(destabilization right)的萌芽。所谓“改变现状权利”,就是人民有权利通过法律手段不断纠正因政府和私人权力造成的经济、政治与社会的不平等。“改变现状权利”的目的,并不是造成静态的“绝对平均主义”的社会,而是造成一种动态的民主环境,使得政府权力和私人权力的过度积累的自发倾向,经常受到民主过程的校正。

把“平等保护”条款扩展为“改变现状权利”,是安格教授所代表的“批判法学学派”(Critical Legal Studies)的方法论原则——扩展原则(expanded doctrine)——的应用之一。所谓“扩展”,就是从现行法律中的萌芽(如第十四修正案中的“平等保护”条款)出发,进而形成关于社会生活的新的制度构想(如“改变现状权利”的提出)。当“平等保护”扩展为“改变现状权利”后,现行司法机构就没有足够力量来保证它的实现了;安格尝试性地提出一个新的政府部门——“改变现状部”(destabilization branch),它或可独立选举产生,或从现行的“立法”、“行政”和“司法”机构中推举产生,其目的是加强民主的动态性。阻止自发出现的政府和私人的经济、政治权力的累积性滥用。

当然,社会生活的“相对稳定性”总是必要的,而这正是第十四修正案的“正当程序”的作用。芝加哥大学法学院教授桑思定(Cass Sunstein)指出,与“向前看”的“平等保护”条款不同,“正当程序”条款是旨在维持现状的“向后看”的法律。这两者都必要。但正如桑思定所说,复杂问题在于,一些现行法律并不违反“正当程序”,但却不符合对“平等保护”的动态理解。例如,“正当程序”对于保护公民言论、结社自由至关重要,但也可被用来维系现行财富和权力的分配结构。安格教授的“改变现状权利”的提出,可能是兼顾“向后看”的“正当程序”和“向前看”的“平等

保护'的创新思路。

总之,从“平等保护”到“不稳定权利”,第十四修正案引发我们对“什么是法治”产生了动态的理解。说到底,法制是“民主的动态的制度化。”

哈佛法学院却伯(Laurence Tribe)教授曾问道:“为什么当数学家有了哥德尔“不完全定理”以后(即不存在自我封闭的、自圆其说的数学公理系统),还有些法学家仍认为法律系统是封闭的?”答案恐怕在于,持这种观点的人缺乏动态法治观。