



法学系列

公法视野中的自治理性

张晓燕 著

复旦大学出版社



法学
系列

本书由复旦大学出版基金资助出版

公法视野中的自治理性

张晓燕 著

 复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

公法视野中的自治理性/张晓燕著. —上海:复旦大学出版社, 2015. 9
ISBN 978-7-309-11688-5

I. 公… II. 张… III. 群众自治-研究-中国 IV. D638

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 180970 号

公法视野中的自治理性

张晓燕 著

责任编辑/孙程姣

复旦大学出版社有限公司出版发行

上海市国权路 579 号 邮编:200433

网址:fupnet@fudanpress.com <http://www.fudanpress.com>

门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853

外埠邮购:86-21-65109143

江苏凤凰数码印务有限公司

开本 890 × 1240 1/32 印张 10.25 字数 218 千

2015 年 9 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-11688-5/D · 754

定价: 35.00 元

如有印装质量问题, 请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。

版权所有 侵权必究

为什么关注自治(代序)

1835年,短短九个多月游历美国后,法国贵族托克维尔出版了其成名之作《论美国的民主》。该书甫一面世,立刻受到普遍好评。截至1945年,即有英、德、荷、意、俄等十种文字译本先后问世。《论美国的民主》之所以成为传世之作,完全在于其所具有的继往开来禀赋。自亚里士多德以降,托克维尔是唯一将民主作为仔细分析的对象,并基于美国的实践来阐释民主制度的基本原理;更为重要的是他对即将到来的民主制度的趋势把握,托克维尔在去美国的时候就已确信,贵族制度的时代即告结束,并将逐渐为一个以身份平等为特征的时代所取代。他认为,建立一个新世界必须有新的政治理论,而这个政治理论就是关于民主的基本原理。从今天民主作为世界性潮流来看,当年托克维尔对美国民主的总结可以说是相当深刻的远见。

然而,对于一个来自王权世界的人来说,民主或许是一场不可抗拒的革命,但对于身处其中的美国人来说,民主却并不为其所关注。独立、自由、分权、联邦、共和……,这诸多的语辞,哪一个都要比民主更为美国人所频繁使用。美利坚合众国是在独立战争中开始建国历程,而在独立战争中呼声最高的是“不自由,毋宁死”;随后召开的制宪会议中争论最多的则是联邦主义、共和制。确实,造

就美国繁荣的并非民主,如果我们非要找一个语词来概括的话,在我看来,当之无愧的可能是:自治。

将美国的成功归结于自治是经过深思熟虑的。首先就托氏所论的民主而言,其与自治的关系十分密切。我们可以分出三种民主,民主首要解决的是主权归属问题,由此产生代议民主或选举民主,国家主权由民选代表掌握;但主权归属还有赖于权力运作,是有参与民主、协商民主等说法,国家权力在民众的参与或协商中运作。但无论是代议也好、参与也罢,一个必要条件是选民的政治素质,它直接决定着选举和参与的效果。公民的政治素质不可能凭空而来,据美国的经验,它来自自开埠以来即已存在的乡镇自治的训练。我们可以称其为自治民主。其实,托克维尔对此有很清晰的认识,正如他对美国所作的总结:“在那里,社会是由自己管理,并为自己而管理。所有的权力都归社会所有,几乎没有一个人敢于产生到处去寻找权力的想法,更不用说敢于提出这种想法了。人民以推选立法人员的办法参与立法工作,以挑选行政人员的办法参与执法工作。可以说是人民自己治理自己,而留给政府的那部分权力也微乎其微,并且薄弱得很,何况政府还要受人民的监督,服从建立政府的人民的权威。人民之对美国政界的统治,犹如上帝之统治宇宙。人民是一切事物的原因和结果,凡事皆出自人民,并用于人民。”显然,如果没有自治民主作为基础,选举民主和协商或参与民主就会成为无源之水。由此我们也能够理解,为什么许多国家都实行民主制度,但效果殊异,很大程度上是因为缺少以自治为基础的民主。

其实,自治的政治功效不仅为民主所独美,举凡美国各项政治制度都与自治有着不解之缘,分权制、联邦制、共和制都是以自治

为基础,都可以认为是自治之根上生发出来的繁枝茂叶。因为自治的理论前提就是:每个人是自己利益的最佳判断者。据此推论,一个村、一个乡镇、一个城市、一个省,都是自己利益的最佳判断者,那么,政治决断权必须分权而立,政治共同体必须合众而成。传统世界的政治盛行的向来是权力、统治、主权、管治等概念,但美国却从乡镇自治生发出民主、分权、联邦、共和等制度。正是在这个意义上,我们可以归纳成其为现代政治的“自治理性”。

正如当年托克维尔是带着法国问题意识去观察美国一样,我们将美国政治的精髓概括为自治也是基于中国问题意识。五四运动高扬的两面旗帜:民主与科学,认为这是中国现代化的不二选择。科学我们暂且搁在一边,政治上的民主化在中国却步履艰难。中国政治现代化有两大主题:强大独立的国家和有组织的民众,郑永年先生将其归纳为民族主权与人民主权,因为中国传统政治既无强大的国家,其基础又是一盘散沙的民众。经过百多年的持续奋斗,国家主权问题基本解决,我们已经有了一个自立于世界民族之林的强大国家,但人民主权问题却迟迟未能妥善解决。其实,上述问题的关键在于民众与国家在制度上的关联,民众素质的提高有赖于制度性参与,这种制度性参与可以从自治做起,从真正的村民自治、居民自治到乡镇自治,再到县、市治理的参与,随着政治素质的提高而扩大政治参与的范围和程度。就此可以说,政治现代化请从自治始。

晓燕是我的博士生,我们曾有幸同时访学美国,“自治”就是那段我们共同在美国访学期间的“发现”,遂商议将此作为其主攻方向。故有了她以自治为主题的博士论文,也才有了这本以博士论文为基础的专著。“自治理性”对我们来说是一个相当陌生、故而

颇难把握的主题。晓燕从乡镇自治开始,中经地方自治向社会自治的扩展,再到现代的自治为基础的多中心治理,对自治在美国的发展进行了细致的爬梳,为我们呈现了明晰的自治理论与制度脉络。尤其难能可贵的是其强烈的中国问题意识,无论是就千年之久的官僚制传统,还是改革后中国出现的社会碎片化,尤其对实现政治现代化而言,都需要将自治作为一种新的政治逻辑注入行政法治当中。为纪念那段苏格拉底式游学经历,也为祝贺以这样一篇深沉思考开始其学术生涯,是为序!

张树义

2015年8月25日于美国纽约冷泉斋

导论	001
第一章 公法视野中的自治	008
第一节 中国问题意识	008
一、社会转型与政府角色：国家社会二元划分与现代治理	009
二、域外求解：美国作为范本	013
第二节 自治的起源和概念	018
一、自治的起源——从希腊城邦到罗马共和	018
二、自治的发展——北美大陆的乡镇自治	021
三、自治的概念——公法视野中的自治	032
第三节 自治的公法价值	042
一、国家行政：官僚制的困境	045
二、现代公共事务的治理之道：多中心主义	059
三、结论：自治的公法价值	075

第二章 自治之于中国——社会转型 矛盾分析 085

第一节 社会转型中的政治转型 086

一、政治转型：民族主权与人民主权 088

二、中国政治转型的困境：民族主义在中国 091

三、结论——政治转型中的自治 099

第二节 政府内部矛盾分析： 中央和地方关系 104

一、公法视野内的范本选择——城市拆迁矛盾 106

二、中央和地方矛盾分析 113

三、结论——权力分配中的自治理性 132

第三节 政府外部社会矛盾分析： 碎片化的社会 134

一、公法范本选择——群体性事件 134

二、碎片化的社会：利益实现和表达机制的缺位 138

三、结论——自治作为新的整合力量 165

第三章 美国地方自治实践 168

第一节 美国地方政府组织 169

一、郡政府 170

二、市政府 172

三、镇政府 173

四、学区 175

五、其他特别区 176

第二节 美国地方自治的宪法解读 178

一、宪法基础——美国《宪法》第十修正案	179
二、狄龙规则 vs. 地方自治规则(库雷规则)	180
第三节 美国地方自治的实现	186
一、独立的组织权力：一般市与宪章市	188
二、独立的事权：立法与司法的共同结论	193
三、独立的财权：钱袋子的权力	200
第四节 地方自治权的本质——公民参与	210
一、地方议会会议	212
二、咨询委员会	213
三、居民组织	213
 第四章 美国社会自治实践	 216
第一节 社会自治的理论探讨	217
一、社会自治的界定与分类——从与地方自治的关系谈起	217
二、社会自治存在的必要性	224
第二节 美国社会自治的法律权利基础	230
一、自治的前提——财产权	231
二、自治的组织权利——宪法第一修正案	233
三、自治的实体权利——公民创制权和复决权	237
第三节 美国社会自治的实践——基于一个个案的考察	242
一、自治范本——约洛郡食品银行自治调研	242
二、美国社会自治的经验——政府态度与资源获取	249

第五章 自治在中国——理念的 澄清和政府角色	259
第一节 一个前提性问题：中国 行政法学方法论	259
一、从规范法学到法社会学	263
二、从“西方中心主义”到“中国问题意识”	267
第二节 自治与分权——西方与 东方的对话	274
一、权利还是授权？	276
二、离心力还是凝聚力？	282
三、自治作为一种新的政治逻辑注入 行政法治	285
第三节 自治培育中的政府角色——兼论 美国自治实践的经验	289
一、自治建立基础——社会信任	290
二、自治的培育——兼论政府角色	295
结语	304
主要参考文献	307
后记	315

导论

处于转型时期的中国,各种社会矛盾频发,政府正在以前所未有的决心和魄力实施改革,期望在带动经济发展的同时,缩小公共服务质量与公民期待值之间的差距,努力塑造良好行政的政府形象。但是现实治理中基于公共产品供给及其相关问题产生的官民矛盾频发,彰显政府管治困境。面对这样的悖论,中国行政法学必须对“转型期我们需要一个什么样的政府”做出回答。规范法学的研究视角专注通过制度对行政权力的塑造,在制度、权力语境内部探讨良好行政的可能性。但除此之外,行政法学还有可能采取法社会学的研究方法,关注政府治理困境发生的外部环境,重视社会对国家进行政治和法治塑造的功能和可能性。现代“善治”多中心治理理论的提出,在传统治理语境的“他治”模式之外,加入了“自治”和“共治”的行动逻辑,这为行政法治注入了一种新的逻辑。

自治的传统起源于希腊城邦文化,罗马征服希腊之后,希腊城邦自治文化在罗马的地方自治和文化宗教的多元化中得以持续。罗马人不仅继承、发展了希腊政治文明,而且充当了将希腊文明传播给西欧人的桥梁。中世纪,随着工商业的发展,为了商业和手工业活动的便利,商人、手工业者受经济利益的驱使,很自然地聚集

在一些交通要道上,形成一个个新的居民点。城市为了进一步发展商业,必须获得相应的政治权利。为此,很多城市通过出让经济利益甚至暴力争取的方式以获取政治权利,设立了自治的行政组织,这就使得城邦自治传统得以复兴。近代以来,伴随着中央集权制的民族国家盛行,城市自治的传统逐渐被吞噬,但是并没有消亡,特别是“五月花号”停靠在普利茅斯港口后,自治文化在北美大陆逐步成熟并呈现了勃勃生机。

自治在美国绽放出地方自治和社会自治两朵文明之花。虽然“权力制约”证成了美国联邦制的政治结构,但这种对“他治”的警惕并不是其立国哲学基础,作为其立国之根本的政治哲学基础是“自治”。立基于对人类“自我管理”能力的信任,美国人相信,越靠近民众生活的组织越能够发挥自我管理的优势,层级越高意味着距离公民生活越远,也意味自治逐步向他治的转变,权限设定和行使也应该受到越来越多的限制,公共权限划定遵循自下而上的逻辑。美国人创建这个国家时持有一种特有的公民资格——治理美国的理念聚焦于小型的地方政府,而州政府和国家政府仅仅履行那些为数有限的、小型政府无法承担的特定功能……在公共产品的供给期待和公共权力的设定上,美国人最基本的价值取向是自治,即依靠自己和社区。发展至今,美国“地方自治”围绕“什么样的组织形式是公共产品供给的最优模式”,依照多中心治理逻辑在联邦和州以及地方之间理性分享公共行政权力,并确保公民对地方事务的参与和控制。除了地方自治,美国社会自治之于中国最具启发意义的实践在于,与中国社会自治组织面对生存资源匮乏困境主要聚焦政府支持不同,美国社会自治所需资源并不主要依赖政府,而是通过与政府、其他社会组织 and 个人的社会合作、市场

经营,以及构建社会网络实现。

美国自治的直接宪法基础是美国宪法第十修正案。美国宪法第十条修正案规定:“本宪法未授予合众国或未禁止各州行使之权力,均由各州或人民保留之。”本条修正案彰显了美国宪法秩序中公共权力最为基本的构成:公共权力在联邦、州和人民之间分享。“人民保留之”的权力通常被解读为对地方自治和社会自治权力的承认。尽管地方自治已经成为美国公共治理中一个由来已久的现实,完全可以追本溯源至殖民地时期的乡镇自治,但是这样的解读依旧引起很多的争议。对地方自治持反对意见的学说认为,州是主权的最终保有者,州立法机构享有最高的权威,否定人民在州权之外还保有独立的主权。每个州中保留给人民的权力是人民对州的控制权,而不是在联邦权力、州权之外独立划定了一块区域保留其统治权利。所谓“人民保留之权利”具体而言就是人民对州宪法的制定和修改权,并没有涉及地方自治的正当性。支持者则认为,地方自治本身就是人民保有自我管理权利的实现,地方政府本身只是人民的一个自治团体,而非政府官僚机构的组成部分,属于人民在国家权力之外保留统治权利的范围。

宪法规定的模糊性,在美国的宪政结构之下必然依赖司法对宪法精神予以明确。美国最高法院确认的狄龙规则和地方自治规则(也称库雷规则)是对地方自治问题影响极为深刻的两种对立原则。狄龙规则是1868年由爱荷华的法官,也是当时著名的法理学家约翰·F·狄龙在其判决书中确立的处理州与地方政府关系的基本原则。依照狄龙法官的观点,市是州的创造物,市的所有权力都来自州立法的授权,州有权授予、限制或者是剥

夺市的权力。“地方自治机构只不过是寄宿在州立法机构意志之下的房客。”^①狄龙规则出现主要是因为当时的工业背景之下,政府公司的兴起和金钱政治的盛行,地方政府过多地参与到有关的经济活动和经济投资中,政府官员严重腐败,导致社会对地方政府的信赖递减,从而产生限制地方政府的需求。狄龙规则自产生之日起,对美国的司法判决产生了持续性的影响。但是反对意见也同样存在。反对狄龙规则的理论指出,狄龙规则否定了人民对统治权利予以保留的宪法基础,为社区自我管理能力添加了不合理的限制,这将从根本上损毁民主。狄龙规则导致在对城市进行定位时产生一个悖论:现实巨大权力的享有者,但在法律上缺乏权力享有的正当性^②。反对的声音中最有代表性的就是库雷法官在其专著《美国宪法的一般原则》的“市政组织”一章中指出:“由居民自主管理单纯归属于地方的地方事务是一条不辩自明的真理,不仅仅是因为这是本来就属于他们自己的事务,而且还因为,较之其他人,他们是最擅长于理解、最有能力实现对这些事务的最优管理的人群。因此,地方自治是一项当然享有的宪法权力,即使宪法没有对此作出明确的规定。”^③这就是库雷法则,也被称为地方自治规则。

狄龙规则与地方自治规则成为在处理州与地方关系问题上两种不同的观点,前者要求明确州法律授权,假定地方政府并不享有任何权力,作为州权的创造物和衍生物,只有在州立法中找出明确

① [美]文森特·奥斯特罗姆等:《美国地方政府》,井敏、陈幽泓译,北京大学出版社2004年版,第32页。

② Osborne M. Reynolds, Jr., *Local Government Law*, 3rd ed., West, 2009, p. 101.

③ Ibid., p. 121.

授权或者是推定出相关权力才视地方政府享有权。而后者则消极限制,只要属于“地方事务”,只要州法没有宣布归州所有或者禁止地方政府行使,即为地方自治权。尽管在现实的操作中,无论是秉承狄龙规制的州还是库雷规则的州,地方政府享有权限并没有太大的实质性区别,但是这种对地方权力采取“积极授权”还是“消极否定”,自下而上还是自上而下的民主观的不同规制逻辑背后,真正最大的分歧在于,地方自治权的渊源何在?狄龙规则事实上认为,地方权力不过是州权的一个创造物,一个衍生品,即美国事实上的主权只有两个实际掌握者:联邦和州,人民作为“最终主权者”并不在公共权力的实际行使中现实地出场,其主权的彰显体现在对联邦政府和州政府的监督和控制中,即公共治理当中,人民并没有独立地划定出保留统治权利的领域。而库雷规则则不同,其将地方自治的权力视作人民的权利,而不是州权的创造物,这就便于在地方自治这个层面,人民是可能直接出场,行使其对国家享有的主权,而不是通过联邦或者州的代理权实现。也就是说,在联邦和州的范围之外,人民保留了一块直接参与公共治理的领域,自治意味着自我管理,地方的治理中,人民保留和直接行使公共权力。

无论是美国的自治实践还是其背后蕴含的政治理性和法治逻辑事实上为反观中国语境下的“自治”制度、回应中国问题,以及对行政法治的困境思考提供了一种独到的视野。中国社会转型过程中,政治转型是行政法治建设的背景,所以行政法治建设过程中的困境解决必须以关注中国政治转型为起点。中国政治转型由于长期以来受到“国家富强”目标的主导,国内民主建设起步较晚,发展较为缓慢。转型的一大困境根本上是由于没有探索出“人民主权”的有效实现方式,而自治民主具有代议民主和参与民主不具有的

优势,是代议民主和参与民主得以实现的条件和有益补充。“自治”不仅为宏观的政治转型注入新的逻辑,事实上,美国自治实践中关照的中央地方关系于中国行政法治建设而言尤为重要。以地方发展土地财政为代表的中央宏观调控失灵显示出来的中央与地方矛盾,从根本上讲就是中央和地方的权限划分缺乏政治理性和法治化,同时没有解决好地方权力制约的问题。美国地方自治经验并不在于是否要选择联邦制的问题,而是其中央与地方权力划分过程中体现出来的政治理性与法治逻辑。在中国的语境下,对于自治的“分裂”危言和误读一定程度上遮蔽了我们对自治的客观认知和借鉴。在美国背景之下观测自治,其不仅仅不是一种离心力,事实上还可能成为培育公民理性、国家认同感和民族凝聚力的重要路径所在。摆脱某种误读与前见,将自治放置到其得以生发的现实环境中理解其内涵和逻辑,其中不乏之于中国尤为重要之经验和理性。

自治逻辑对于面对行政法治困境有所助益,但是自治文化本身的培育也离不开政府角色的发挥。政府除了对自治领域保持高度的克制和尊重,为自治预留空间,还必须积极地为自治创造制度环境、鼓励公民参与、帮助自治得以发育。美国自治实践彰显其民主政体的哲学基础存在于这样一个命题之中,即,构想良好生活这一概念以及在实践中实现它,这种能力并非某种专业知识,而是所有的人都能实现这一目标^①,从而回应了汉密尔顿在《联邦党人文集》开篇的诘问:“人类社会是否真正能够通过深思熟虑和自由选

^① [英]戴维·毕瑟姆:《官僚制》,韩志明、张毅译,吉林人民出版社2005年版,第103页。