

当代世界学术名著

法学译丛·公法系列 / 主编 姜明安 执行主编 李洪雷

# After the Rights Revolution Reconceiving the Regulatory State



## 权利革命之后： 重塑规制国

[美] 凯斯·R·桑斯坦 (Cass R. Sunstein) 著

钟瑞华 译

李洪雷 校



当代世界学术名著

法学译丛·公法系列

主编 姜明安 执行主编 李洪雷

# 权利革命之后： 重塑规制国

[美] 凯斯·R·桑斯坦 (Cass R. Sunstein) 著

钟瑞华 译

李洪雷 校

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

权利革命之后：重塑规制国/[美] 桑斯坦著；钟瑞华译。  
北京：中国人民大学出版社，2008  
(当代世界学术名著/法学译丛·公法系列/姜明安主编)  
ISBN 978-7-300-09969-9

I. 权…  
II. ①桑…②钟…  
III. 公法—研究—美国  
IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 177677 号

当代世界学术名著  
法学译丛·公法系列  
主 编 姜明安  
执行主编 李洪雷

权利革命之后：重塑规制国

[美] 凯斯·R·桑斯坦 (Cass R. Sunstein) 著  
钟瑞华 译  
李洪雷 校

---

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京新丰印刷厂

规 格 155 mm×235 mm 16 开本

版 次 2008 年 11 月第 1 版

印 张 20.5 插页 2

印 次 2008 年 11 月第 1 次印刷

字 数 286 000

定 价 48.00 元

---

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

## “当代世界学术名著” 出版说明

中华民族历来有海纳百川的宽阔胸怀，她在创造灿烂文明的同时，不断吸纳整个人类文明的精华，滋养、壮大和发展自己。当前，全球化使得人类文明之间的相互交流和影响进一步加强，互动效应更为明显。以世界眼光和开放的视野，引介世界各国的优秀哲学社会科学的前沿成果，服务于我国的社会主义现代化建设，服务于我国的科教兴国战略，是新中国出版工作的优良传统，也是中国当代出版工作者的重要使命。

我社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作，所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛多侧重于西方经典性教材，本套丛书则旨在选译国外当代学术名著。所谓“当代”，我们一般指近几十年发表的著作；所谓“名著”，是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用，成为研究者的必读著作。这套丛书经过不断的筛选和积累，将成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

由于所选著作距今时日较短，未经历史的充分淘洗，加之判断标准的见仁见智，以及我们选择眼光的局限，这项工作肯定难以尽如人意。我们期待着海内外学界积极参与，并对我们的工作提出宝贵的意见和建议。我们深信，经过学界同仁和出版者的共同努力，这套丛书必将日臻完善。

中国人民大学出版社

## 序 言

本人书房的书架上已有六套公法译丛了：

罗豪才主编，商务印书馆出版的“公法名著译丛”；

梁治平、贺卫方主编，生活·读书·新知三联书店出版的“宪政译丛”；

陈端洪、翟小波主编，法律出版社出版的“宪政古今译丛”；

范亚峰等策划，贵州人民出版社出版的“公法译丛”；

罗豪才、张志坚主编，辽海出版社、春风文艺出版社出版的“法国公法与公共行政名著译丛”；

陈端洪主编，高等教育出版社出版的“法律程序与行政过程译丛”。

此外，中国大百科全书出版社出版的“外国法律文库”、商务印书馆出版的“汉译世界学术名著丛书”、华夏出版社出版的“二十世纪文库”、中国政法大学出版社出版的“当代法学名著译丛”等文库、译丛的选题中，也有为数不少的公法译著选题。

那么，我们为什么还要策划和组织出版这套公法译丛——“法学译丛·公法系列”呢？我们策划和组织的这套“公法译丛”有什么特色呢？

首先，我们策划和组织出版这套“公法译丛”是回应时代的需求。前述现已出版的数套译丛大多是上世纪策划和组织的，而且其选题大多是古典公法名著，如亚里士多德的《雅典政制》、洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》、卢梭的《社会契约论》、狄骥的《公法的变迁》、奥托·迈耶的《德国行政法》、莫里斯·奥里乌的《行政法与公法精要》等。这些公法经典著作对于我们今天的时代无疑仍有着重



要而不可替代的指导作用，但是，我们今天的时代除了需要这些公法经典著作所提供的经典思想和理论指导外，还需要更多更贴近我们时代，更直接、更具体地反映我们时代特征的新思想、新理论的指导。据此，我们这套译丛的选题基本确定为本世纪出版或上世纪后期出版的国外公法名著。也就是说，收入我们这套译丛的著作基本是国外近二十年面世的新著。例如，《宪法解释：文本含义，原初意图与司法审查》（Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review）出版于1999年，《英国与美国的公法与民主》（Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America）出版于1990年，《权利革命之后：重塑规制国》（After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State）出版于1990年，《行政法的范围》（The Province of Administrative Law）出版于1997年，《行政法学的结构性变革》出版于1996年，《规制：法律形式与经济学理论》（Regulation: Legal Form and Economic Theory）出版于1994年，《法国行政法》（French Administrative Law）出版于1998年，《行政法I·II》出版于2003年。

其次，我们策划和组织出版这套“公法译丛”是适应统一公法学研究的需要。传统公法学研究公法，往往只研究个别的、具体的公法部门，如宪法、行政法、诉讼法等，而很少有人将整个公法当做一个系统、一个整体，对之作全方位的、系统的研究。而自上世纪后期以来，随着人们对部门公法研究的深入，许多学者开始探讨各部门公法调整的整体法律关系——整个公权力主体与公权力相对人的关系，开始研究各部门公法调整整个公权力的统一规律，开始创立统一的公法学。为适应公法研究和公法学发展的这一趋势，我们需要全面介绍国外各领域、各部门公法研究的成果，特别是对公法作整体研究的成果。但是，前述现已出版的数套译丛对公法的介绍大多是部门性的和零散的，或限于宪法，或限于行政法；或限于实体，或限于程序；或限于某一国别（如法国公法），或限于某一法系（如英美法系的宪法与行政法）。而我们这套译丛，其选题既有宪法问题，也有行政法问题，还有统一公法学问题；既有实体问题，也有程序问题；既有一般民主和人



权问题，也有具体的行政规制和财产征收、征用问题；既有欧美公法问题，也有亚洲公法问题（如《行政法I·II》，此前我国似乎还没有出过韩国公法学著作的中译本）。由此观之，我们这套译丛无疑将为我国公法学人统一和系统地研究公法提供较全面的素材。

再次，我们策划和组织出版这套“公法译丛”也是适应我国培养高级公法研究人才的需要。在上个世纪即将结束的最后一年（1999年），我国通过宪法修正案，将“依法治国，建设社会主义法治国家”确定为我国的发展目标和治国方略。建设法治国家涉及大量需要研究和解决的公法问题，为此也就需要培养和造就一大批高素质的公法人才。这些人才不仅需要懂得一般的公法理论和我国的公法运作的实践，还特别需要了解国外不同法系、不同制度下公法的基础理论和运作实践，从而能移植、借鉴对我国有用、有益的公法制度和理论，洋为中用。正是出于这种考虑，我们有意识地鼓励一批毕业不久（个别尚未毕业）的公法学博士，担当我们这套丛书的翻译大任。这些博士既有公法学的专业知识，又有良好的外语功底，能较好地保证翻译质量（只懂外语而不懂专业的人，是很难胜任这种高度专业性著作的翻译重任的）。同时，最重要的是，这些年轻的博士们通过翻译这些公法学名著，将更全面、更深入地学习和掌握现代公法学的原理、原则，从而受到现代最前沿公法思想和理论的熏陶，为其成长为我国新一代公法学栋梁之材打好扎实的理念和知识基础。

以上三点，是我们策划和组织出版这套“公法译丛”的初衷，也是我们试图使这套“公法译丛”具有的特色。当然，我们的初衷能否实现，我们欲使这套译丛具有的特色能否最终实际显现，还有待时间的检验。

是为序。

姜明安

2006年8月1日于北京八里庄

## 规制法理学的初步建构 （代译序）

李洪雷

桑斯坦教授是当今美国法学界最负盛名的学者之一。他生于1954年，1978年以极优等成绩获得哈佛大学的法律博士学位，曾任美国联邦最高法院大法官瑟古德·马歇尔的司法助手（1979～1980年），美国司法部法律顾问办公室职员（1980～1981年），自1981年开始执教于芝加哥大学法学院，1988年以后任芝加哥大学法学院和政治学系合聘的卢埃林法理学讲座教授，因其学术贡献卓著，这一名衔自1993年变更为卢埃林杰出服务法理学讲座教授。自2008年秋季开始，桑斯坦转任哈佛法学院教授，并担任哈佛大学风险规制项目的主任。

桑斯坦教授的研究领域广泛，著述宏富，内容涉及宪法、行政法与规制政策、风险规制、环境法、法律解释与法律推理、行为经济学与法律等诸多方面，在美国公法学界影响甚大，是著作征引率最高的美国法学教授。2007年，他被美国哲学学会授予具有很高声望的菲利普斯奖，该奖三年评选一次，只授予在法理学领域取得终身成就的人士。他还是美国艺术与科学研究院院士。桑斯坦极为关心现实政治，他为《新共和》、《美国的未来》、《纽约时报》、《华盛顿邮报》和《洛杉矶时报》等著名报刊撰写了大量时评，经常作为专家证人出席国会委员会，极力反对1998年针对克林顿总统的弹劾，他也是美国新任总统当选人、他在芝加哥大学的前同事奥巴马的非正式顾问。他也曾积极参与俄罗斯、波兰、乌克兰和南非等宪政转型国家的宪法和法律改革。

中国法学界近年来对桑斯坦的研究成果甚为关注，他的多部著作业已被翻译成中文，包括《偏颇的宪法》、《自由市场与社会正义》、





《法律推理与政治冲突》、《网络共和国》、《司法极简主义：一次一案的精神与民主政治》、《权利的成本：为什么自由依赖于税》（与霍姆斯合著）等<sup>①</sup>，其著作翻译成中文的数量，大概只有波斯纳法官可与媲美。这部《权利革命之后：重塑规制国》由哈佛大学出版社于1990年出版。在该书中，桑斯坦教授所关注的中心议题是政府规制在美国的兴起及其对制定法解释的影响。

### 一、为规制国辩护

在20世纪30年代之前，美国联邦政府对于经济活动的干预极为有限，并主要依赖于法院对普通法的适用。在19世纪末20世纪初的进步主义时期（Progressive Era），为了化解快速工业化所带来的紧迫经济社会问题，联邦政府在职业安全、食品安全和社会保障等领域颁布了大量的制定法，然而总体而言，这些制定法主要是对传统合同与侵权法规则的修正，其适用主要也是由法院进行，行政性的规制体制仍然非常薄弱。<sup>②</sup>但以罗斯福新政为肇端，以20世纪60年代和70年代的“权利革命”为高峰，美国政府对于私人经济活动的干预急剧发展，各类经济性和社会性规制大量涌现，其范围涉及职业安全和健康、消费者保护、环境保护、通信和广播，以及基于种族、性别、年龄和残障的歧视等等。相较于欧洲国家通过大量组建国有企业干预经济活动，美国构成了另外一种范式，即所谓的规制国（regulatory state），其特点在于经营活动仍由私人进行，但同时通过政府规制对私人活动加以干预和限制。

---

<sup>①</sup> 桑斯坦教授撰写的其他主要著作还有：*Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle* (2005); *Why Societies Need Dissent* (2003); *Risk and Reason* (2002), *The Cost-Benefit State* (2002); *Punitive Damages: How Juries Decide* (2002); *Designing Democracy: What Constitutions Do* (2001); *Clones and Clones: Facts and Fantasies about Human Cloning* (with Martha Nussbaum, 1998); *Democracy and the Problem of Free Speech* (1995)。此外他还编辑或参与编辑了数部专著和宪法、行政法方面的教科书与案例书。

<sup>②</sup> 参见[美]维特著，田雷译：《事故共和国：残疾的公认、贫穷的寡妇与美国法的重构》，上海，上海三联书店，2008。特别参见该书第32页。

美国学界对于规制国的兴起并非持普遍拥护态度，一直有学者从不同的角度批评政府规制。在桑斯坦长期任教的芝加哥大学，其经济学系即是自由至上主义（libertarianism）的一个大本营，该系学者自20世纪中期以来就一直宣扬自由市场原则，反对政府规制，诺贝尔奖得主弗里德曼即为其中的代表人物之一。然而有趣的是，尽管桑斯坦并非漠视他们对政府规制的批判，但其基本学术观点却与他的这些经济学同事们有着很大的不同。在本书中，桑斯坦旗帜鲜明地为规制国的兴起进行辩护，直面对政府规制的各类批评，从不同的角度对这些批评进行了回击。在桑斯坦看来，企图颠覆规制国的各类主张建立在对自治与福利的错误观念之上，对于政府规制所取得的实际成就视而不见，体现了一种落伍过时的法律文化。

### （一）政府规制、自治与福利

在批评者看来，政府规制是对私人自由的不当干预，不利于福利的最大化，应该解除规制，回归“自由市场”。桑斯坦对此予以了批驳。他认为，首先，在自由放任的状态下，由于协调难题和集体行动困境的存在，可能出现混乱和非理性的状态。而那些经常被讥为“父爱式”的规制，恰恰既有助于提高整体社会福利，同时又增强了私人的行动能力，促进了私人选择。其次，自治和福利并非是单纯地满足私人偏好。私人偏好的形成受到可得机会、信息和社会压力等条件的限制，很多情况下实为无奈或无知之举，例如某人在不知道有害健康的情况下购买了某种食品。通过规制改变可得机会和信息等限制性条件，往往可以改变在不合理条件下形成的私人偏好，从而促进偏好形成过程中的自治，并增加福利收益。与此相关的是，处在第一序位的是“无隶属原则”而非自由市场和合同自由，后者只是前者的实施手段，在无法达成目的时就要被抛弃，因此，如果市场中存在强制，就需要通过规制加以纠正。当然，规制国并非要实行计划经济与全能政治，它只是在整体上认可合同自由和私人秩序的前提下，在特定领域中对其加以限制。

### （二）政府规制的功能

在一些批评者看来，政府规制是一个无原则立场的大杂烩，其实



质不过是寻租或者是财富在利益集团之间的单纯转移。但桑斯坦认为，现代规制具有自身的整全性和连贯性。政府规制的目的，包括通过防止垄断和解决集体行动难题等来增进经济效益，以符合公共精神的方式进行资源再分配，减少或消灭社会隶属，反映集体抱负，保护未来世代免遭不可挽回的损失，并改变源自各种动机或认知缺陷的偏好等等，均具有极为重要的意义。从实践来看，政府规制在很多领域，从环境保护到高速公路安全，再到防止种族歧视，都获得了巨大成就。如果只从自由放任的极端前提出发并单纯依赖新古典经济学，就无法正确理解和解释现代规制国的兴起。

### （三）政府规制与普通法

在一些人看来，普通法对于私人安排只发挥辅助性而非形成性的功能，体现了自由放任和政府的消极中立，而行政性的政府规制因为干扰了市场秩序，是积极的和偏袒的。桑斯坦对此不以为然，他不认为普通法能够作为判断国家作为或不作为的基线。私人偏好的形成受到可得机会的影响，而法律规则因为对权利的分配而对可得机会具有重要的影响。法律对权利的分配，必然会影响到人们对待这些权利的态度，同时也影响人们的支付意愿，制定法固然如此，普通法依然。因此，普通法并不是中立的或无涉政治的，侵权、合同和财产权，事实上囊括了一系列涉及权利义务的社会选择。而更为重要的是，普通法体系作为一种独特的规制体系，又存在着严重的缺陷，因为它在经济上有着极大的危害，将既定的财产权与民主控制隔离开来，无法保护弱势群体的利益，并且妨碍政府在复兴或稳定经济方面发挥重要作用。这些缺陷必须要通过行政性的政府规制来予以弥补。

## 二、重塑规制国

为规制国辩护，绝不意味着无视政府规制的诸多缺陷。在美国政府规制实践中，规制失灵的现象是普遍存在的。对此，桑斯坦不仅没有回避，而且予以了全面的梳理与深入的剖析。

### （一）政府规制是如何失灵的？

政府规制失灵，可能是因为政府规制所依据的制定法本身存在的

缺陷，也有可能是因为制定法实施中的问题。一方面，政府规制所依据的制定法本身可能失灵。有些制定法是纯粹的利益集团转移的产物，无论从再分配、经济生产率、集体抱负还是其他方面分析，都不会促进任何有价值的公共目标；有些制定法建立在对问题的错误诊断、不充分的信息和拙劣的政策分析的基础上。普遍存在的三种拙劣政策分析是：（1）有些制定法过度依赖命令和控制型而非市场激励型的规制策略，未能使规制策略和规制功能相匹配；（2）有些制定法对妨碍规制目标实现的诸多因素不够敏感，例如否认权衡的必然性，将涉及风险减少的方案当作实现私人绝对“权利”的制度对待，与此相关的是，国会常常不理解规制干预所能产生的复杂的体系化效应，包括市场的规避和意料之外的消极后果；（3）有些制定法与规制同一事项的其他制定法不相协调，从而降低了规制的问责性和回应性，并使政府无法提出连贯一致的规制方案。另一方面，制定法在实施过程中也有可能失灵。有的制定法本身体现了对市场中存在问题的正确诊断，如果它能得到恰当实施的话，本可获得有益的效果，但由于政府官员糟糕的实施而无法实现目标。有的制定法实施过度，有的又得不到充分的实施，而这些在很多时候是因为利益集团的消极影响；行政官员常常依据不充分的信息或错误的分析采取行动；因为“棘轮效应”（见本书正文 113 页）的存在，使得有些制定法在实施过程中造成了比市场中的效率问题更为严重的无效率；有些体现良好社会规范或者民主目标的制定法，在实施中却受到市场的有力抵制，或者为自私自利的派系力量和行政部门所挫败。

“规制国的悖论”是政府规制失灵的一个重要表现形式。所谓规制国的悖论，是指一些规制的目的本身是正当的，但由于选择了不适当的规则方法与策略，导致规制目的无法实现，被“自我挫败”。例如在环境污染领域要求采用最佳可得技术却阻碍了技术发展；为了健康和安全利益而规制新风险却使得旧风险更长时间地继续存在；通过规制进行再分配的努力却反而伤害了最弱势的社会成员，如最低工资制度帮助了很多工人，但它也将一些人彻底地关在了就业市场的大门



之外；严苛的规制控制却导致了规制不足；等等。<sup>③</sup> 规制国的悖论提醒人们必须关注规制方法和策略的选择，警惕规制的非预期后果。但对规制国悖论的认定和评价，必须注意全面掌握各种规制效果的程度，例如，如果旧风险的继续存在只不过是一个可以忽略的问题，那么集中关注新风险的策略就可能在总体上是合理的；如果最低工资制度给一些人造成的失业影响，与其他人因此增加的收入相比不足挂齿，那么它就很可能是可取的。

## （二）政府规制的改革

尽管规制失灵和规制国的悖论在大范围内存在着，桑斯坦并不认同那种简单地要求放弃政府规制、回归自由放任的观点，而是主张要吸取政府规制实践的经验教训，尽力避免规制国的悖论，对美国规制体制进行改革。通过改革，一方面，要对政府规制抱着一种积极的态度，充分利用政府规制来增进个人自治和经济福利，实现民主政府的社会抱负，并促进公平地分配；另一方面，在规制策略的运用上，要能够适应私人市场的灵活性，尊重个体的自治与主动性，充分发挥市场的潜能。桑斯坦将规制改革分为结构改革和实体改革两大类型。

结构改革的主要目标应该在政府中促进审议和协调，保护公民免受派系问题和自利代表的伤害。桑斯坦在讨论美国政府规制的结构改革时，特别强调政府规制与美国宪政的关系。桑斯坦认为，美国原初宪法结构在麦迪逊式共和主义的影响下，有四种基本理念：对派系的悚惧，对政府的疑虑，对审议的信任，对私人秩序的保护。其主导方面是限制联邦政府在国内市场中的规制活动。美国宪法确立了五项基本制度，即以列举的方式赋予联邦政府权力，制衡制，联邦制，司法审查和个人权利，在它们当中均能发现这方面的义涵。罗斯福新政的宪法后果是产生了“新政立宪主义”，其核心就是联邦政府规制权力的急剧增长和私人权利范围的扩张，这一方面巩固和深化了美国宪法对审议民主的承诺，另一方面也对原初宪法结构进行了巨大革新，改

---

<sup>③</sup> 关于规制国的悖论更加详细的讨论，参见 Cass R. Sunstein, “Paradoxes of the Regulatory State,” 56 U. Chi. L. Rev. 407 (1990)。

变了对制衡制、联邦制和个人权利等原初宪法理念的理解。这种新政立宪主义在权利革命时期又得到了进一步的充实。新政立宪主义和权利革命对于政府权力和职能态度的变化，其效果就总体而言是积极的，但美国政府规制在诸多领域的失灵现象也表明，现行体制也存在严重的问题，而在桑斯坦看来，许多问题，例如行政部门内部缺乏协调，政治审议和问责的缺乏，派系势力和自利代表的影响等，恰恰体现了原初宪法体制所意欲克服的缺陷，因此未来的规制改革需要把关于原初宪法体制的一些理解应用其中。桑斯坦就结构改革所提出的具体建议是：（1）在白宫或国会设立一个办公室，由其负责协调规制机构的长期规划，鼓励研究，制止不可取的动议，并推动必要的控制；（2）复兴制衡制，立法机关应更具体地规定规制目标和作出取舍决定；（3）更多地依赖联邦制和权力下放，以取代已经发展成为联邦规制特点的、无效率的且常常不公正的整齐划一。

实体改革的主要目标则是保证规制策略能够体现市场对规制的反应。具体而言，规制的实体改革包括如下方面：（1）要灵活的激励制度、披露策略和绩效标准，而不要僵硬的命令—控制型规制、技术要求和设计标准；（2）持续不断地关注各种规制策略的实际优点和缺点，包括其可能的负面效应；（3）全面抛弃建立在个人权利之上的规制观念，并以管理和减少社会风险的观念取而代之；（4）由总统对规制过程进行协调，包括对执行性行政机构以及独立行政机构的协调。

### 三、规制国的制定法解释

法律解释的研究从来是法学家关注的焦点，也是法学家的“独门暗器”。尽管早在新政时期现代规制国已经兴起，但许多法律人对其给法律解释理论所造成的冲击尚缺乏清晰的认识。

#### （一）现有制定法解释理论及其不足

对于法院（以及包括规制机构在内的其他主体）在制定法解释中的角色，一种广为接受的观念是，它们是反映民意的立法机关的代理人，其任务就是辨析并贯彻立法机关的判断。法院应当通过考察制定法的语言、立法史和结构等来探究制定法的原初含义或者立法机关的原初



意图,而不应涉及有争议的公共政策观点。例如,霍姆斯大法官在将一部规制法描述为“愚蠢的”之后,就说道:“如果我的同胞们想下地狱,我将助他们一臂之力,这是我的工作。”由于侧重点的不同,在这种“代理论”中又有强调文本的“文本论”、强调制定法目的的“目的论”、强调立法意图的“意图论”等等不同的解释理论。但这些理论都同样需要面对歧义、包容性不足、包容性过度等无法解决的难题。

也有一些学者超越代理论的限制,独辟蹊径地提出自己的制定法解释理论。例如德沃金认为,法官应该视自己为“以自认的最佳方式继续发展国会已开始的制定法方案的合作者”。因此法官应该问:“何种连贯一致的政治信念体系才能够最好地为(立法机关的)所作所为提供正当性依据”,并寻找到能够作为“既往立法事件……的最佳正当依据”的法律原则,将其适用于解释争议。但桑斯坦认为,这种解释进路急剧地扩张了司法裁量权,也忽视了这类原则与整体法律文化之间的关系,例如德沃金并未讨论现代规制国的发展对解释原则的影响。<sup>④</sup>其他一些法律解释理论,有的要求法院应执行反映于制定法中的利益集团交易,有的要求法院应以尊重私人秩序为前提来解决制定法解释难题,还有的要求法院遵从行政机构的解释,在桑斯坦看来,也都具有严重的缺陷。

## (二) 法律解释原则的复兴

在对传统的制定法解释理论和方法进行了批判以后,桑斯坦提出,转向对解释原则的发掘和利用或许是一种有效的解决问题之道。法律解释原则或准则(canons)在传统制定法解释中曾经发挥重要的作用。但这种进路因为遭到了以卢埃林为代表的法律现实主义者的致命抨击而走向衰落。卢埃林认为,解释准则是相互矛盾的,对任何一项准则而言,都存在一个同等重要的准则指向相反的方向,例如要求

---

<sup>④</sup> 德沃金的法律解释理论详见[美]德沃金著,李常青译:《法律帝国》,北京,中国大百科全书出版社,1996。笔者曾经将美国法学界的法律解释理论区分为四种模式,即原初论、新文本论、文本原初论和动态论。尽管德沃金并未如埃斯克里奇一样将自己的法律解释理论命名为“动态法律解释”理论,但其用“连载小说”来比拟法律解释,足以说明他的法律解释理论属于动态论的一种。详见李洪雷:《宪政体制下的法律解释——比较法的视角》,北京大学博士论文,2003。



遵循文本平义的准则，与法院应该实现法律精神的原则相对。因此不能依赖解释准则来解决制定法解释的疑难问题，而法官在判决中对解释准则的引述不过是对其实质考量的掩饰。

在桑斯坦看来，卢埃林正确地指出了形式性地对待解释原则存在的困难，但将所有解释原则一概否定并不可取。并非所有解释原则都具有不确定性和相互矛盾，许多解释原则在实际上确实影响了司法行动，有助于法官明确制定法字词含义从而解决疑难案件。因为语言孤零零地来看是无法被理解的，也因为明显的漏洞和模糊之处存在于疑难案件之中，所以对解释原则的利用就是不可避免的。只要不是形式主义地对待解释准则，而是将其与一定的背景规范——包括句法规范、涉及解释指示的规范、机构规范和实体规范等结合起来，并且在选择背景规范时正视必要的价值或政策判断，将会极大地提高制定法解释的公开性和清晰度，也可以使人们能够更加容易地理解实际解释过程。

### （三）规制国的制定法解释原则

桑斯坦认为，要在现代规制国中发掘出有效的制定法解释原则来解决制定法的歧义和漏洞问题，就必须遵照现代规制国的基础性前提，落实宪法规范，保证机构有效运作并有效地克服规制失灵。

为落实宪法规范，制定法解释应当贯彻联邦制，只有在国会明确声明时联邦法才优先于州法；促进政治审议，法院应当限缩解释那些纯粹反映利益集团转移的制定法，法院还应发展出一些解释策略来促进政府中的审议；尽力避免宪法上的无效和宪法上的疑虑；保证公共职责在不同机构之间的合理分配，促进政治问责；注意保护弱势群体的利益；保障私人的听证权，财产权和合同权，福利权；遵循法不溯及既往等法治原则，使行政裁量最小化等。

为保证机构有效运作而应遵循的制定法解释原则有：限缩解释拨款法，以控制利益集团的作用；推定立法机关没有排除司法审查，以控制行政机构；税收豁免必须以明确的方式予以规定；不轻易认定一部制定法自然废除了另一部相关的制定法；在合法授予行政机构裁量权时，法院应遵从行政机构对政策和事实的看法；应审慎地对待立法史料；应遵循先例，并在一定程度上遵从制定法颁布后国会长期保持



的态度。

为克服规制失灵而应遵循的制定法解释原则可分为四类。第一类是普遍地适用于整个规制法领域的一般原则。它们要求，法院对制定法的解释应该确保禁止不需承担政治责任的主体决定重大问题；制定法方案不为集体行动难题所破坏；各种规制法尽可能地被协调成一个连贯一致的整体；使落伍过时的制定法与法律、政策和事实的不断发展保持一致；对实体权利的程序性限制被限制在有限的范围内；应考虑规制的复杂的体系化效果；从制定法本身的目的出发，尽力避免不合理和不公正。这些原则的具体适用随制定法个别功能的不同也会有所调整。第二类针对那些意图克服市场失灵或者回应短期公共呼吁的制定法，为了抵制过度热情的制定法实施，法院在解释时应按照符合比例原则的要求，尽力保证成本与收益相称，并允许或要求排除对琐事的规制。第三类针对那些旨在保护传统弱势群体和非商品价值的制定法，法院对其应予以扩充解释，以抵制实施失灵。第四类针对那些体现了利益集团转移的制定法，法院对其应限缩解释，以抵制“交易”。

在具体案件中，各类解释原则之间也可能发生冲突。协调这些冲突需要确定这些原则之间的顺位。在桑斯坦看来，体现政治问责和政治审议等元宪法原则的解释原则，具有最高的地位；具有宪法依据的原则，例如保护弱势群体、防止利益集团转移、确保反对程序不平等，次之；而不具有宪法依据的原则，例如遵循符合比例原则和注意体系化效应等，则地位最低。

#### 四、规制法理学建构的成功与不足

通过对规制正当性的辩护，对规制失灵成因的分析，对规制改革方案的勾勒，以及对制定法解释原则的发展，桑斯坦教授在本书中初步建构了一个“规制法理学”（regulatory jurisprudence）的框架。<sup>⑤</sup> 他旁征博引，综合运用法学、政治学、经济学甚至心理学等学

---

<sup>⑤</sup> 此处所用的“规制法理学”这一概念来自于斯图尔特，参见 Richard B. Stewart, “Regulatory Jurisprudence: Canons Redux?” 79 *Calif. L. Rev.* 807 (1991)。