



上外法硕论丛

比较法的视界

张海斌 主 编
王伟臣 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上外法硕论丛

比较法的视界

张海斌 主 编

王伟臣 副主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较法的视界 / 张海斌主编. -- 北京: 法律出版社,

2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2265 - 4

I. ①比… II. ①张… III. ①比较法—文集 IV.

①D908 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 095031 号

比较法的视界

BIJIAOFA DE SHIJIE

张海斌 主 编

策划编辑 解 钊

责任编辑 解 钊

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京虎彩文化传播有限公司

责任校对 马 丽

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 17.75

字数 245 千

版本 2018 年 8 月第 1 版

印次 2018 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330644

深圳分公司/0755-83072995



书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2265 - 4

定价: 68.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

本书获中央高校基本科研业务费资助
上海外国语大学 2017 年度校级重大科研项目
“区域国别法治动态跟踪与研究”的阶段成果之一

目 录

比较公法

- [美]阿曼达·莎娜(Amanda Shanor)(何传久译) / 论经营许可制度与宪法赋予的自由权 003
- [德]汉诺·库伯(Hanno Kube)(李妮桑、程东健译) / 联邦宪法法院宣布《遗产与赠与税法》违宪 015
- [哥]胡利亚纳·卡斯塔诺(Juliana Castaño)与帕拉·加莱亚诺(Paola Galeano)(潘昱铮、祁航译) / 哥伦比亚法律稳定协议:维护境外投资者和哥伦比亚利益的真正利器? 028
- [日]中田達也(魏彤丹译) / 有关沉船保护规范形成的现状:以双边条约、地区条约为例 044
- [美]罗宾·布罗德(Robin Broad)(尹晔译) / 世界银行下属争端解决机构国际投资争端解决中心对企业的偏袒:以环球矿业公司诉萨瓦尔多政府为例 060

比较私法

- [法]丹尼尔·博里尔约(Daniel Borrillo)(史汗青、宋爽、宣方鸣译) / 同性



恋婚姻和亲子关系:法国同性恋平等权利的抗争 075

[美]艾米·卡普钦斯基(Amy Kapczynski)(黄林辉、王萍译)/知识产权的利维坦 112

[美]迈克尔·W.亚伯勒(Michael W. Yarbrough)(杨俊菲译)/南非的婚姻颤动:巩固、废除或扩展 128

[秘鲁]豪尔赫·达诺斯·奥尔多涅斯(Jorge Danós Ordóñez)(赵学慧译)/秘鲁法律稳定协议亦即法律合同 151

比较司法

[俄]帕夫利科夫·谢尔盖·格拉西莫维奇(Павликов Сергей Герасимович)(张竹一译)/俄罗斯治安法官制度:地位的双重性与其在俄联邦主体法院体系中的执法实践 167

比较法律教育

[日]法学委员会法学系大学院分科会(张哲、郝婷婷、杨欢译)/法学研究者培养危机的解决方法:以法学教育·研究的再构造为目标 185

张海斌、王伟臣、孔凡洲/美国法学教育的特点及对我国的启示 210

域外法规

魏红、王丽姣译/2015年《英国保险法》 221

夏双、施若冰译/2016年《德国烟草制品法》 239

附录

李柯萱、娄超凡/上海外国语大学2017年度国别与区域法律论坛会议综述 265

上海外国语大学2017年度国别与区域法律论坛获奖论文名单 277

比较公法

论经营许可制度与宪法赋予的自由权

[美] 阿曼达·莎娜(Amanda Shanor)*

何传久** 译

近年来,主张以宪法为依据,废除经营许可制度的呼声越来越高。近日,美国哥伦比亚特区巡回上诉法院裁定,行政区要求导游取得经营许可证的规定违反了美国宪法第一修正案〔1〕与之类似地,第六巡回法院裁定认为,要求丧葬承办人取得经营许可证的规定违反了第十四修正案〔2〕的正当程序和平等保护原则。上述事实标志着法院和美国法律文化对待经济自由的态度发生了根本性变化。

宪法对经营许可制度的干预引起了争议。本文将在历史背景之下对这些争议进行探讨。这样做的原因是,笔者发现,宪法对经营许可制度反复无常的干预,仅仅是宪法干预立法规制的一个方面而已;宪法正在不断地被援引为干预某些经济立法规制的王牌。本文观点是,那些要求对经营许可制度进行严格司法审查的中心论点是站不住脚的,其落脚点不合逻辑。按他们的说法,个人权利高于任何形式的、为了维护自由市场秩序而存在的行政管理规制。

如今,上述案例又在社会上引起了广泛、深刻而紧迫的争议:个人权利和

* 阿曼达·莎娜(Amanda Shanor),耶鲁大学法学院博士。本文原刊载于《耶鲁法学评论》2016年第314期,第126页。

** 何传久,上海外国语大学2015级法律硕士研究生。

〔1〕 Edwards v. District of Columbia, 755 F.3d 996 (D. C. Cir. 2014).

〔2〕 Craigmiles v. Giles, 312 F.3d 220 (6th Cir. 2002).

宪法司法审查的目的是什么?范围是什么?这些争议的背后是对宪法所赋予的自由权的不同观点之间的较量。有一种观点,或许是目前比较占优势的一种观点,反映出了自由市场的自由主义价值观;其他观点则将第一修正案和第十四修正案视为民主自治、反压迫和共和制等理想信念的象征。要解决经营许可制度违宪与否的这个争议,我们就要解决更深层次的问题。

一、简要回顾

近代以来,包括经营许可在内的大部分社会经济活动,都不受到宪法的干预。^[1]大量经济社会活动是非宪法化的,比如,经营许可制度——要求医生、律师、烛台制造商,在从业前要获得营业执照证(更不必说导游和证券公司了)。如果你对州的经营许可制度感到不满并寻求律师帮助,律师极有可能会建议你遵守该制度,或者组织政治团体以提出诉求,要求对该制度作出调整。试想,如经营许可制度是由宪法规定的,那么,你绝不可能想到要去挑战它。^[2]

你的律师之所以没有建议你诉诸宪法,是因为自20世纪30年代起,宪法明文规定,只能对经济规制进行合理的司法审查,这基本上是最为宽松的司法审查了。这一广为接受的原则主要源于罗斯福新政。

在罗斯福新政前的数十年里,宪法作为干预经济活动规制的手段,起着更为明显的作用,这一时期被称为“洛克纳时期”(Lochner era)。它始于“镀金时代”的结束,贯穿了大半个“大萧条”时期。“洛克纳时期”已经成为运用司法极权、废除经济规制的象征。洛克纳主义成为罗斯福新政派的阻碍,因

[1] Cf. *Slaughter-House Cases*, 83 U. S. 36 (1872); *Bradwell v. Illinois*, 83 U. S. 130 (1872).

[2] 主要出于社会和文化因素,当熟知社会的律师和法官遇到大量会牵涉宪法的案子时,他们会对案子中可能牵涉宪法的部分视而不见。参见 Frederick Schauer, "The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience", 117 *Harv. L. Rev.* 1765 (2004); Frederick Schauer, "Out of Range: On Patently Uncovered Speech", 128 *Harv. L. Rev. F.* 346 (2015); Frederick Schauer, "The Politics of First Amendment Coverage", 56 *Wm. & Mary L. Rev.* 1613 (2015); Amanda Shanor, "The New Lochner", 133 *Wisc. L. Rev.* (2016)。目前,经营许可证(相关案例)也基本仍旧如此。



为新政派致力于扩大政府对经济事务的干预以解决大萧条危机。^[1] 20 世纪 30 年代末,法院否定了洛克纳主义,由此抛弃了其先前对于经济自由的阐释,呼吁各州成为更加主动的管理者。^[2] 自此,“经济规制只接受合理的司法审查”这一原则,尽管仍旧受到挑战,但被社会逐渐接受。^[3]

然而,近 20 年来,有证据可以证明,该原则已经开始动摇了。宪法第一修正案和第十四修正案对经济规制的挑战陡然增多,并最终成功废除了很多经济规制。基于第一修正案,在全国各州,援引言论自由条款作为护盾(对经济规制发起挑战)的案例越来越多。而这些普通的经济规制,在上一代人看来,只需接受宽松的司法审查,而无需接受司法审查的。^[4] 比如,在最近的

[1] See *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905) (裁决规定,面包工人最长工作时间的法律违宪); see also, e. g., *Adkins v. Children's Hosp.*, 261 U. S. 525 (1923) (废除了关于妇女最低薪水标准的规定); *Adair v. United States*, 208 U. S. 161 (1908) (废除联邦法典中的一条法规,该铁路公司拒绝雇佣加入劳工组织的工人,该法规对这项做法予以禁止)。然而,在早期的决定中,最高法院对医师资格许可采取了相对灵活的方法,裁定其由警方予以恰当管理。比如,在 *Dent v. West Virginia*, 129 U. S. 114 (1889) 中,西弗吉尼亚州的一项法律受到了挑战。该法律要求医生需取得该州卫生协会的许可证,以证明其拥有行医资质,法院驳回了起诉西弗吉尼亚州的诉求。此外,在 *Hawker v. New York*, 170 U. S. 189 (1898) 中,法院再次肯定了该项法律,该项法律明确规定,医生行业归属警方的合理管辖。

[2] *W. Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U. S. 379 (1937)。

[3] 这项原则经受住了实践的考验,也在理论上证明享受社会福利的权利在美国宪法中的地位。参见 *Lindsey v. Normet*, 405 U. S. 56 (1972); *Dandridge v. Williams*, 397 U. S. 471 (1971); Peter B. Edelman, “The Next Century of Our Constitution: Rethinking Our Duty to the Poor”, 39 *Hastings L. J.* 1 (1987); Frank I. Michelman, “In Pursuit of Constitutional Welfare Rights: One View of Rawls' Theory of Justice”, 121 *U. Pa. L. Rev.* 962 (1973); Frank I. Michelman, “The Supreme Court, 1968 Term—Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment”, 83 *Harv. L. Rev.* 7 (1969); William E. Forbath, “Constitutional Welfare Rights: A History, Critique, and Reconstruction”, 69 *Fordham L. Rev.* 1821 (2001); Goodwin Liu, “Rethinking Constitutional Welfare Rights”, 61 *Stan. L. Rev.* 203 (2008)。

[4] 在否认洛克纳主义初期,最高法院主张商业言论不受司法审查。Valentine v. Chrestensen, 316 U. S. 52 (1942)。直到 20 世纪 70 年代,法院才开始将商业言论归于宪法保护的范畴,决定仅仅对其进行宽松的司法审查。参见 *Va. State Bd. of Pharmacy v. Va. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U. S. 748 (1976); see also *Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n*, 447 U. S. 557, 563 (1980) (宪法“对商业言论所实施的宽松保护”是与宪法给予其保障的其他言论的保护一样的)。正如我和其他一些人所称,最早从 20 世纪 70 年代起《第一修正案》就被作为恢复经济自由的手段了。See C. Edwin Baker, “Commercial Speech: A Problem in the Theory of Freedom”, 62 *Iowa L. Rev.* 1, 4 11. 22 (1976); Shanor, *The New Lochner*, *supra* note 4. Cf Sam Lebovic, “Free Speech and Unfree News: The Paradox of Press Freedom in America (2016)” (探究早期自由论者在追求新闻自由方面的阻碍); Jeremy K. Kessler, “The Early Years of First Amendment Lochnerism”, 116 *Colum. L. Rev.* (forthcoming 2016) 一文认为第一修正案洛克纳主义发源于 20 世纪 30 年代至 40 年代。



一次开庭中,最高法院下达调审令,调查 *Expressions Hair Design V. Schneiderman* 一案。该案中,第一修正案对信用卡收取刷卡费的规定作出违宪性推定。^[1] 类似地,在西雅图,快餐店(经营者)以第一修正案为依据,向提高最低工资标准的规制发起挑战。^[2] 此外,(规定商品包装上须附有)警示标识和必要信息公开——例如,标示营养成分、香烟盒上的警示语或公开商品原产地及原料采购信息——的规制被冠以侵犯言论自由权而被起诉。^[3] 目前,以言论自由为由,挑战经济规制的诉讼如洪水一般,上述例子不过沧海一粟。

与此同时,以第十四修正案的经济自由权为由,对经济规制发起挑战的案例也越来越多。^[4] 有人提出,要恢复严格的、以实质性正当程序为基础的司法审查。虽然该要求未被普遍接受,^[5] 但越来越多的保守的法律界人士,

[1] 该法规引起关注之处在于,要求在商品价格签上标示出其中所含有的刷卡费,这样消费者就可以选择付现金以得到折扣,而不必支付额外的刷卡费。参见 *Expressions Hair Design v. Schneiderman*, 808 F.3d 118 (2d Cir. 2015), *cert. granted*, No. 15-1391, 2016 WL 2855230 (Sept. 29, 2016) (mem.)。

[2] *Int'l Franchise Ass'n, Inc. v. City of Seattle*, 803 F.3d 389 (9th Cir. 2015)。

[3] See e.g., *Am. Meat Inst. v. U. S. Dep't Agric.*, 760 F.3d 18 (D. C. Cir. 2014) (en banc); *R. J. Reynolds Tobacco Co. v. FDA*, 696 F.3d 1205 (D. C. Cir. 2012), *overruled in part by Am. Meat Inst.*, 760 F.3d 18; *N. Y. State Rest. Ass'n v. N. Y. C. Bd. of Health*, 556 F.3d 114 (2d Cir. 2009)。

[4] 近期,大部分以《第十四修正案》经济自由权为依据的诉求都涉及经营许可制度。参见 e.g., *Young v. Ricketts*, 825 F.3d 487 (8th Cir. 2016) (第一修正案和第十四修正案对州的发地产许可法进行审查); *Hettinga v. United States*, 677 F.3d 471 (D. C. Cir. 2012) (根据平等保护和正当程序原则,对奶制品管理规制进行审查); *Craigsmiles v. Giles*, 312 F.3d 220 (6th Cir. 2002) (依据实质性正当程序及平等保护原则,对丧葬承办人经营许可法进行审查); *Complaint for Declaratory and Injunctive Relief, Vogt v. Ferrell*, 2:16-0*-04492 (S. D. W. Va. May 19, 2016) (《第十四修正案》和《商业条例》对移动服务行业许可的审查); *Cornwell v. Hamilton*, 80 F. Supp. 2d 1101 (S. D. Cal. 1999) (依据实质性正当程序以及平等保护原则,对美容机构经营许可制度的审查)。

[5] 现在,主张恢复洛克纳主义的人仍在少数。最近,包括罗伯斯大法官和斯卡利亚大法官等在内的法学家还将洛克纳主义视为批评的对象。参见 e.g., *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2618 (2015) (Roberts, C. J., dissenting); *Stop the Beach Renourishment, Inc. v. Fla. Dep't of Envtl. Prot.*, 560 U. S. 702, 721 (2010) (Scalia, J., concurring); *Lawrence v. Texas*, 539 U. S. 558 (2003) (Scalia, J., dissenting)。

不再认为洛克纳主义是反权威的。^{〔1〕}

近期,以第一修正案和第十四修正案为由对经营许可制度发起的挑战,只不过是当下大趋势的一个侧面。它们以维护言论自由自我标榜,实际上却是为了扩大第一修正案对经济活动的干预所做的努力。以第十四修正案为由时,则是在已设好的“宪法陷阱”下,以恢复经济实质性正当程序原则和洛克纳主义式的原则为目的。无论是以第一修正案还是第十四修正案为依据,上述案例都反映出洛克纳主义拥护者们以经济自由权为由,呼吁实现更严格的司法审查。^{〔2〕}

近期,围绕经营许可制度的相关案子已引起巨大分歧,甚至导致法院之间的意见分裂。以第五巡回法院与哥伦比亚特区巡回法院为例,两院就要求导游取得经营许可证的规定,是否违反了第一修正案产生了分歧。^{〔3〕}例如,在其他行业的经营许可制度方面,在同一个州,仅对某一行业或集团施以惠利的做法,是否构成了实质性正当程序原则所要求的合理基础,法院在这一

〔1〕 See Roger Pilon, “The Cato Institutes Center for Constitutional Studies”, in Lee Edwards ed., *Bringing Justice To The People: The Story Of The Freedom-Based Public Interest Law Movement*, 2004, pp. 134, 135; Bernard H. Siegan, *Economic Liberties And The Constitution* 113–14, 203 (1980).

〔2〕 正如维多利亚·诺斯恰当的描述,与洛克纳时期更为宽松的司法审查相比,宪法对个人权利(如言论自由)的审查已经变得更加严格。参见 Victoria F. Nourse, “A Tale of Two Lochners: The Untold History of Substantive Due Process and the Idea of Fundamental Rights”, 97 *Calif. L. Rev.* 751 (2009)。这意味着:如果目前对经济自由的诉求已经变得与对人权的诉求一样重要,比如依据第一修正案,那么它们就会将自己的诉求置于更高的层次,甚至比洛克纳时期还要高。

〔3〕 Compare *Edwards v. District of Columbia*, 755 F. 3d 996 (D. C. Cir. 2014) (主张导游经营许可制度是违宪的), with *Kagan v. New Orleans*, 753 F. 3d 560 (5th Cir. 2014), cert. denied, 135 S. Ct. 1403 (2015) (主张经营许可制度是合宪的), and *Billups v. Charleston*, —F. Supp. 3d—, 2016 WL 3569534 (July 1, 2016). See also Noah Feldman, “Free Speech Protects Tour Guides (Even the Ignorant Ones)”, *Bloomberg View* (July 12, 2016), <http://www.bloomberg.com/view/articles/2016-07-12/free-speech-protects-tour-guides-even-the-ignorant-ones>. Cf *Liberty Coins, LLC v. Goodman*, 748 F. 3d 682 (6th Cir. 2014), cert. denied sub nom. *Liberty Coins, LLC v. Porter*, 135 S. Ct. 950 (2015) (主张稀有金属的营业许可制度属于经济活动的范畴,与言论自由无关)。

问题上也产生了分歧。^[1] 过去,经营许可制度在大多数情况下是非宪法性的问题,但现在正被推向成为宪法性问题。^[2]

我们应如何看待最近出现的经营许可制度的宪法性转向呢?^[3] 许多评论家和学者评价这一趋势为“洛克纳式的”,含蓄又准确地指出该现象是消极的。^[4] 大卫·伯恩斯坦、克拉克·尼勒及许多其他评论家也认为,仅仅对洛克纳主义进行批判不足以告诉我们这一问题——严格的司法审查是好的吗——的标准答案。^[5] 同样,我们也不能仅以史实——法院早期拒绝就经济活动进行司法审查——来作出合理判断。^[6] 我们必须思考,严格的司法审查在今天有没有存在的理由? 如果有,原因是什么?^[7]

宪法对经营许可制度的干预存在许多严重的问题:政府能否依据宪法,禁止没有政治权利的个体从事任何有报酬的工作? 对于这个问题的答案基本上是否定的。另外,政府又能否阻止这类个体从事其“已决定要做”的工

[1] *Compare Sensational Smiles, LLC v. Mullen*, 793 F.3d 281 (2d Cir. 2016), *cert. denied*, 136 S. Ct. 1160 (2016), and *Powers v. Harris*, 379 F.3d 1208 (10th Cir. 2004), with *St. Joseph Abbey v. Castille*, 712 F.3d 215 (5th Cir. 2013), *Merrifield v. Lockyer*, 547 F.3d 978 (9th Cir. 2008), and *Craigsmiles v. Giles*, 312 F.3d 220 (6th Cir. 2002). Cf. Cass R. Sunstein, “Naked Preferences and the Constitution”, 84 *Colum. L. Rev.* 1689 (1984).

[2] 正如弗雷德里克·绍尔所言,这在宪法上正开始变得显著。参见 Schauer, *The Boundaries of the First Amendment*, *supra* note 4.

[3] 基于最高法院和州法院所面临的案子所表现出的趋势,我认为这些新的转变是经过深思熟虑的。斯卡利亚(Scalia)大法官去世后,法院就进行了改组,这必定会影响对这些问题的法律意义。参见 Cf. Adam Liptak, “Supreme Court Nominee Could Reshape American Life”, *N. Y. Times* (Feb. 18, 2016), <http://www.nytimes.com/2016/02/19/us/politics/scalias-death-offers-best-chance-in-a-generation-to-reshape-supreme-court.html>. (对 Scalia 大法官的去世可能对法律带来的影响作出推测)。

[4] See e. g., *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2685 (2011) (Breyer, J., dissenting).

[5] See e. g., David E. Bernstein, “The Due Process Right to Pursue a Lawful Occupation: A Brighter Future Ahead?”, 126 *Yale L. J.* F. 287 (2016), <http://www.yalelawjournal.com/forum/the-due-process-right-to-pursue-a-lawful-occupation>; Clark Neily, “Beating Rubber-Stamps into Gavels: A Fresh Look at Occupational Freedom”, 126 *Yale L. J.* F. (2016), <http://www.yalelawjournal.org/forum/beating-rubber-stamps-into-gavels>.

[6] Cf. Jeremy K. Kessler, “The Struggle for Administrative Legitimacy”, 129 *Harv. L. Rev.* 718, 772 (2016); Suzanna Sherry, “Property is the New Privacy: The Coming Constitutional Revolution”, 128 *Harv. L. Rev.* 1452 (2015).

[7] See Amanda Shanor, *The Expanding Constitution and the Erosion of the New Deal Settlement* (Oct. 8, 2016) (unpublished manuscript) (on file with author).

作?如果能的话,有何依据?这些问题更为严峻。

本文不对经营许可制度可能存在的任何局限性进行探究,也不分析其局限性存在的背景,尽管这可能是《宪法》所要求的。本文将以(严格司法审查)支持者们反对经营许可制度的核心论点为焦点。其中,当前主要的论点——也是被法院接受了的——本身就会引起许多问题。从宪法方面挑战经营许可制度本身存在许多严重问题,要解决这些问题需要用大处着眼、小处着手的方法。

二、反对经营许可制度的论点是不堪一击的

在以《宪法》为依据挑战经营许可制度的案例中,主要以《宪法》第一修正案和第十四修正案为依据。在这一部分,我将对司法审查支持者们所持有的中心论点进行探讨,逐一揭开其中的“宪法陷阱”。〔1〕

(一)言论自由

以第一修正案为依据,支持者们主张个人权利经营许可制度的规约,其重点强调的是商业活动中的“言论自由”。他们中的核心人物声称,某些“交流的职业”(比如导游或室内设计师)尤其应接受以第一修正案为依据展开严格的司法审查。〔2〕他们立足点在于:其一,“言论”都是平等的;其二,任何“言论”都应适用于同样严格的司法审查。

“交流的职业”包括什么?我们暂且抛开这个无法定性的问题。上述观

〔1〕 我对这个案子主要关注在公众争论的焦点和诉讼策略。许多著名的思想家包括: Judge Alex Kozinski, Richard Epstein, Randy Barnett, George Will, and David Bernstein 开始回归支持对洛克纳类型经济限制的审查。参见 *e. g.*, Barnett, *supra* note 14; Epstein, *supra* note 14; Randy E. Barnett, “Does the Constitution Protect Economic Liberty?”, 35 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y* 5 (2012); Randy E. Barnett, “Foreword: Why Popular Sovereignty Requires the Due Process of Law to Challenge ‘Irrational or Arbitrary’ Statutes”, *Geo. J. L. & Pub. Pol’y* (forthcoming, 2016); David B. Bernstein, “The Mainstreaming of Libertarian Constitutionalism”, 77 *L. & Contemp. Probs.* 43 (2014); Alex Kozinski & Stuart Banner, “The Anti-History and Pre-History of Commercial Speech”, 71 *Tex. L. Rev.* 747 (1993)。他们的论辩比我的更丰富、更微妙。

〔2〕 *See e. g.*, Brief of Plaintiffs-Appellants at 26–27, *Edwards v. District of Columbia*, 755 F.3d 996 (D. C. Cir. Sept. 16, 2013) (No. 13–7063); Paul Sherman, “Occupational Speech and the First Amendment”, 128 *Harv. L. Rev.* F. 183, 195–96 (2015)。

点本身就存在一个严重的原则性问题。如果某职业的“交流”特性足以引发对于这个职业严格的司法审查,那么像玩忽职守和欺诈这样的失职行为就更应接受严格的司法审查了。然而依据惯例,二者都不曾接受过任何第一修正案的司法审查。此外,那些坚持要对“交流的职业”的经营许可制度进行严格司法审查的人,也没有对该做法的合理性做出有力论证。^[1]

举例来说,假如我是你的医生,我建议你做腿部截肢手术,然而依据专业标准,我们不当这么做。随后,你起诉我玩忽职守,而你的起诉实际是针我的“言论”,这种“言论”与导游用以维生的“言论”别无二致。但是,你可能会说,这个例子中玩忽职守会带来实际的伤害——你是要砍掉我的腿啊!当然,你是对的。但是,从理论分析来看,这种伤害与“言论”之间的关系,与其他“伤害”,比如,对健康和安全的伤害,与“言论”之间的关系并无不同。而避免这些伤害的出现,恰恰是经营许可制度存在的初衷。欺诈或玩忽职守可能带来的危害与“交流类职业”的“言论自由”也有密切联系。^[2]

据笔者以及其他研究者所调查,“言论”从未成为司法审查的对象,更不必说是接受严格的司法审查了。大多数社会活动,包括以专门从事语言表达的活动,都在第一修正案影响范围之外(如果理论分析不是如此,那么,至少现实中是这样的)。这基本上囊括了各种社会活动:从义务性的纳税申报、合同法到联邦法院的罪证发现规则(完全是白纸黑字的言论);从对作伪证的惩治到关于欺诈罪和共谋罪的条例;对受托人责任的明确规定;关于证券、反垄断以及商标法的规定;1964年美国《民权法案》第7条中对职场性骚扰的规定。

可见,“言论”无处不在。那岂不是说,援引第一修正案,就可以推定所有法规都是无效的。^[3]我并非夸大其词,但若将一切话语冠以“言论”之名,

[1] See e. g., Sherman, *supra* note 25. See generally Claudia E. Haupt, “Professional Speech”, 125 *Yale L. J.* 1238 (2016).

[2] See Robert Post & Amanda Shanor, “Adam Smith’s First Amendment”, 128 *Harv. L. Rev.* 165, 178 (2015).

[3] See e. g., Mark Tushnet, “Art and the First Amendment”, 35 *Colum. J. L. & Arts* 169 (2012).



且相关职业都需要接受严格的司法审查,将给政府带来不可能完成的任务。^[1] 具体而言,这将导致两种情况:一现代化行政国家的彻底重组——包括大幅削减个别机构的职能,如证券交易委员会、联邦贸易委员会和消费者金融权益保护局;二对司法审查的极度轻视。这一结论是符合逻辑的。然而,以第一修正案的保护主义为由,对经营许可制度进行挑战的那些人,并没有在他们的论点中解决上述问题。

(二) 实质性正当程序

当前,在对经营许可制度提起诉讼的案例中,诉讼当事人通过找到经济规制中的边界性——这可以被理解为不合理,来强化经济实体性正当原则的重要性。^[2] 这样做的目的是彻底废除“合理依据标准”,以支持更为严格的司法审查。^[3]

他们的核心论点在于,经营许可制度可能意味着对一州内某一行业或集团的偏袒(如在牙医和牙齿美白行业中偏袒前者)。他们认为,对不同行业的区别性对待应该接受更彻底的司法审查。至少,他们声称,偏袒主义应该引起“强力的合理依据”的审查,就像是在 *City of Cleburne v. Cleburne Living Center* 案和 *Romer v. Evans* 案中那样。在这些案子中,规制建立的基础是对某一个群体的敌意。^[4]

根据上述观点,严格司法审查的支持者们认为,对不同群体进行区分这一行为必定要接受严格的司法审查。然而,这一论点在多个方面都是有问题的。

其一,如果就按照他们对“偏袒主义”的定义——一种非法的立法基础,那么,基本上所有法律都难以避嫌。联邦法院在 *Fitzgerald v. Racing*

[1] See *Post & Shanor*, *supra* note 27; *Shanor*, *The New Lochner*, *supra* note 4.

[2] See sources cited *supra* note 17.

[3] See e. g., *Barnett*, *supra* note 14; Evan Bernick, “Towards a Consistent Economic Liberty Jurisprudence”, 23 *Geo. Mason L. Rev.* 479 (2016); Clark Neily & Evan Bernick, “Putting The Rational Basis Test to the Test”, *Inst. for Justice* (2016), <http://ij.org/11/april-2016-volume-25-issue-2/putting-rational-basis-test-test> [<http://perma.cc/Y2RN-H3FB>].

[4] *Powers v. Harris*, 379 F.3d 1208, 1223–25 (10th Cir. 2004).