



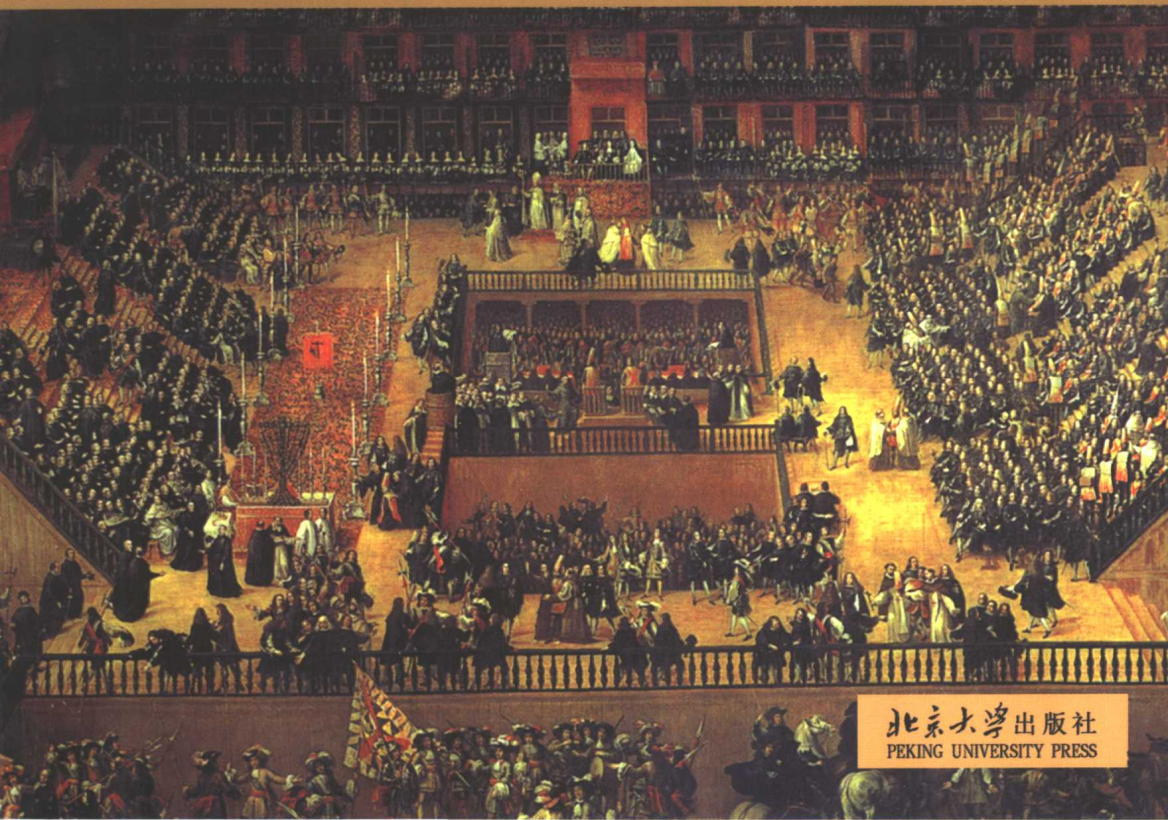
权利的成本

——为什么自由依赖于税

原著：〔美〕史蒂芬·霍尔姆斯

凯斯·R. 桑斯坦

译者：毕竞悦



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

权利的成本

——为什么自由依赖于税

The Cost of Rights — Why Liberty Depends on Taxes



原著：〔美〕史蒂芬·霍尔姆斯 & 凯斯·R. 桑斯坦

Stephen Holmes and Cass R. Sunstein

译者：毕竟悦

北京 大学 出版社

北 京 · 2004 年

图书在版编目(CIP)数据

权利的成本:为什么自由依赖于税/(美)霍尔姆斯等著;毕竞悦译.
—北京:北京大学出版社,2004.6

(宪政经典)

ISBN 7-301-07157-4

I. 权… II. ①霍… ②毕… III. 权利-研究-世界-现代
IV. D909.15

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第028219号

著作权合同登记图字:01-2003-8567

书 名:权利的成本——为什么自由依赖于税

著作责任者:史蒂芬·霍尔姆斯 & 凯斯·R.桑斯坦 著 毕竞悦 译

责任编辑:贺维彤

标准书号:ISBN 7-301-07157-4/D·0872

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址:<http://cbs.pku.edu.cn> 电子信箱:pl@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

排 版 者:北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者:三河新世纪印刷厂

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16开本 13印张 200千字

2004年6月第1版 2005年4月第3次印刷

定 价:25.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

本书属于中国法律与发展咨询公司 (CLD) 与乔治·华盛顿大学法学院 (GW) “走向宪政中国” 研究项目成果的一部分

本书中译本为美国诺顿出版公司授权

Copyright © 2000 W. W. NORTON & COMPANY

译者前言

近一段时间来,国内学界对权利之研究成为热点。通常对一样事物关注渐多、渐热之时,便会有话语的出现,于是论证和研究或者根生于话语、或者追随于话语,热情淹没了理性、口号淹没了具体研究。权利话语亦是如此。当我们忽视对权利实施的具体途径和具体问题的关注之时,权利的实施、权利可能被滥用都会成为棘手问题。而当代著名的公法学家霍尔姆斯和桑斯坦这本《权利的成本——为什么自由依赖于税》则为我们揭示了权利实际运作的逻辑,掀开表面、洞见本质,作者剖析了潜藏于事物表面之下的权利运作规则。实际上,这些看似“天经地义”的东西是我们的共同体和社会在权利日常实施的过程中仰赖的规则,而人们却常常对此熟视无睹。

根据古典自由主义的观点,权利是天赋的,是人与生俱来的,权利是为了对抗政府。这样的观点在资产阶级革命的早期自然能对压制性的旧有制度起到摧枯拉朽之功效,革命时期也往往需要激发出人们对于美好新社会的乌托邦式的憧憬。但是当一种政制得以建立,政府的运作稳定之时,权利如何能获得切实的实施则成为桌面问题。在霍尔姆斯和桑斯坦的这本小册子中,权利专指法律上的权利,就是个体或团体能够运用政府的手段切实地加以保护的重要利益。权利,要想真正成为法律赋予的权利,必须是司法上可执行的。权利不是需要政府撒手,而是需要政府积极的保护。政府若想积极提供这种保护,必须依赖充足可供支配的资金,也就是说贫困、软弱无能的政府无法切实

2 权利的成本:为什么自由依赖于税

地实施权利。可见,作者不是依赖于道德哲学,而是从现实主义的角度对权利进行诠释。

法国的贡斯当是第一位将消极自由与积极自由放到一起讨论的思想家,只是他对此分别称作“现代的自由”和“古代的自由”。真正对消极自由与积极自由作出明确划分的是现代哲学家以赛亚·伯林。根据他的定义,消极自由是指免受政治权力干扰的权利;而积极自由是指行使政治权力的权利。本书的作者首先针对这个盘踞于权利理论中的“成见”提出了质疑。作者认为,无论积极权利还是消极权利都需要政府的积极保护,因而消极权利与积极权利的两分法是没有意义的,所有权利都是积极权利,也就是赋予权利(entitlement),需要政府的创设与实施,权利的本质并非是对抗政府的。通过破除权利的神话,作者直面权利的成本。既然权利是有成本的,那么权利的实施必然涉及稀缺问题,因而不可能是绝对的。在此,作者把成本—收益分析引入了对权利实施的研究。一般来讲,经济分析建基于自由市场,但是作者的经济分析却导向了政府规制(regulatory)理论,把民众与政府之间的关系说成是“税收交换保护”,我们通常视为正义的最后防线的司法机关也不过是政府的一个分支。福利国家的批评者们往往认为,福利国家是成本高昂的、会鼓励懒惰。然而本书的作者提出了与之不同的主张,福利国家实际上是一种能够获得社会合作与回报的投资,是划得来的。对于本书,读者或许会存在两个疑问。其一,是否可以说谁纳的税多,谁就能得到更多的保护?如果是这样,社会平等在哪里?的确,从现实的角度看,由于权利有成本,有些权利的实施是昂贵的,所以富人实际上会比穷人享受更多的权利。但是现代社会平等的关节点在于提供平等机会,比如提供公共资助的教育。作者还区分了“税”与“费”的不同:税是向国家内的所有人征收,而费则是针对特定的事项。私人权利具有公共性,其成本需要由全体纳税人承担。权利在有限的意义上可以被说成是“绝

对的”。当基本权利危在旦夕时,政府不得随便以世俗的原因把不实施正当化。从这个意义上讲,某些权利是绝对的,每个人应该得到绝对的平等保护。

其二,可以说有政府便有征税,但并非所有征税的政府都切实地把税收用于保护权利、执行权利上。是什么使得政府乐意保护权利?这里实际上隐藏着一个政府与公民的博弈过程。我们不妨回顾一下历史上著名的《大宪章》,其中引人注目的条款之一便是贵族要对国王征税的权力行使监督权:未经由贵族代表组成的大会议的同意,国王不得征收兵役免除税和传统的封建三捐之外的助捐。贵族们与国王的斗争开启了宪政史的新篇章,“昭示了代议制民主和现代法治的一些基本准则:未经纳税阶层同意的征税是非法的;纳税的标准必须由纳税人的代表决定;国家财政预算及其支出要受到代表的审查和同意。由这些代表所组成的大会议后来成为近代议会。一直到美国独立战争时,那句响亮的口号也与《大宪章》有着密切的关联——‘无代表,不纳税’。”^①本书的作者虽然强调政府对于保护权利的重要作用,但并非片面强调政府的权威。与传统上强调财产权(在本书中,财产权也是法律的产物,需要政府保护)不同,作者尤其强调言论自由的重要性,把言论自由视为最珍贵的宪法权利。言论自由使对其他权利的侵犯更可能得到报道,它有助于确保政治责任,肃清政府腐败,曝光权力滥用,并且通过向官员以及公众以外的专家充分征求意见和批评从而提高制定政策的质量。表达自由是民主自治的实质前提,是所有其他自由所赖以依存的自由,它为充分的民主协商、审议预算提供了保证。

在翻译本书的过程中,我的一个直观感受是,public 是书中使用频率极高的一个词,它既包含着“公共”的含义,又包含着“政府”的含义,在很大程度上“公共”即等同于“政府”。因而我

^① 贺卫方,“税收奠定宪政基础”,网络链接 <http://www.law-thinker.com/detail.asp?id=1547>。

把 public officer 译成“公职人员”,而非“政府官员”,为了表征其公共性,而避免让人在中国传统的语境下望词生义地以为“政府官员”是高高在上的官僚。同样 taxpayer 一词在美国很大程度上等同于“公民”,这令我比较质疑“纳税人”这种约定俗成的用法,因为“纳”往往使人有一种“不自愿”和“压迫”的感觉,而这是与公民社会的实质不大相符的,但我还是屈从了约定俗成。

本书继承了罗斯福新政的传统,在规制型政府的语境下进行论述。罗斯福曾提出过一个所谓的第二权利法案,“人们有在国内工厂、商店、农场或矿山获得有益且有报酬的工作的权利;人们有挣得足以提供充足衣食和娱乐的收入的权利;每一个农民都有权种植和出售农作物,其收益足以使他和他的家庭过着体面的生活;……每一个家庭都拥有体面住宅的权利;人们有获得充分医疗保障和有机会获得并享有健康身体的权利;人们有获得充分保护免于老龄、疾病、事故和失业的经济忧虑的权利;人们有接受良好教育的权利。”这里确认了一些积极权利,虽然这个“权利法案”并没有成文法化,但美国政府给付活动比重的不断增加应验了罗斯福的话。我国今天也正处于一个改革期,广大的农民和工人得到了越来越多经济领域的自由,但是由于对所谓的积极权利(比方说福利权)重视不够,他们的财产权利、契约自由也不能得到很好的保证。由于宪政和权利学者对于政府保证自由的一面重视不够,反而使得政府对公民权利诉求做出积极的回应缺乏知识上的储备与积淀。本书提供的视角有助于我们思考如何在国家繁荣、稳定的同时实现普遍的权利。

在过去的一年里,我国的政治生活中也发生了一些激动人心的推动公民权利发展的事件,信访人数的剧增、由孙志刚事件引发的三博士与五学者上书等等。需要注意的是,在所有这些公民权利意识觉醒、争取权利的活动中都包含了要求政府(包括人大、行政部门与法院)做出回应的期待和诉求,实际上正是政府的亲民姿态和良性回应很大程度上推动了中国公民权利诉求

的温和发展。中国古语讲“民为贵、君为轻”，讲的是民与君的博弈促使君意识到民的重要性。用我们今天的学术术语讲说的就是国家与社会、政府与公民的关系。的确，要促进权利的发展与实现需要政府与公民的默契与积极互动。

我的导师贺卫方先生鼓励我研究税与宪政的问题，与浙江大学法学院的宋华琳君的网上聊天使我对桑斯坦发生了兴趣，于是就有了翻译此书的念头。需要感谢北大出版社的副总编杨立范先生、政法事业部的金娟萍老师和李霞老师，他们的热心、包容与支持不仅使得本书成型，而且还有了我们整套的译丛。对外事务部的田秀玲老师、谢娜小姐为整套译丛版权事务付出了辛苦烦琐的劳动，在此格外向她们表达我的敬意。

毕竟悦

2003年12月15日于万柳

目 录

译者前言	1
导 论：有关权利的常识	1
第一部分 为什么贫困的政府不能保护权利	
第一章 所有权利都是积极权利	19
第二章 政府的必要性	31
第三章 无税收则无财产	39
第四章 必须给守夜人报酬	53
第二部分 为什么权利不能是绝对的	
第五章 稀缺如何影响自由	61

2 权利的成本:为什么自由依赖于税

第六章 权利与利益如何不同	71
第七章 实施权利意味着分配资源	81
第八章 为什么权衡不可避免	85

第三部分 为什么权利伴随着责任

第九章 权利已经走得太远?	99
第十章 权利的无私性	112
第十一章 作为对道德崩溃回应的权利	120

第四部分 把权利理解为交易

第十二章 宗教自由如何促进稳定	131
第十三章 权利拥有者就是股东	142
第十四章 福利权与整合型政治	153
结 论:私人自由的公共特征	165
附 录:权利及其成本的一些数据	174
索 引	177

1995年8月26日，在著名的汉普顿长岛的最西端，美国最美丽的地方西汉普顿，发生了一场火灾。这是纽约在过去的半个世纪里最糟糕的经历：在6英里长12英里宽的范围内，火势肆虐长达36小时。

但是，这起事故却有一个庆幸的结局。地方、州以及联邦部队，各级政府的官员和雇员都在极短的时间内赶到现场来遏制火势；五千多名当地的自愿救火者也加入到跨州、跨地区的军队和民兵组织之中。最终大火被扑灭。令人吃惊的是，火灾中没有人丧生；同样引人注目的是，财产毁坏的程度比预想的要轻得多。尽管有自愿者的援助，但最终公共资源使救援成为现实；而这些资源来源于地方和国家纳税人的付出，开始估计有110万美元，实际可能高达290万美元。

在20世纪末，反对政府一度成为美国民粹主义的既定主题。它的口号是，不要压榨我！或者如罗纳德·里根所言：“政

府不是解决问题的办法,它就是问题。”更近还有像查尔斯·默里和大卫·波阿斯这样逮着政府问题就批评的人,宣称“成人在诚实地生活和考虑他自己的事情时不应该受到干预”,其实“美国的真正问题也就是地球人都知道的问题:政府太多”〔1〕。

还是回到西汉普顿,在那个紧急时刻,公职人员能够高效地组织并指挥一项耗费巨大的集体工作保护私人财产,最大限度地自由调拨公民提供的公共资源,对相对少数的富有家庭拥有的不动产进行紧急救援。

这件事没有什么出乎意料的。在1996年,由于赈灾和灾难保险,美国纳税人至少贡献了116亿美元以保护私有财产〔2〕。每时每刻,个体的灾难都被财政支出转移或减轻,这些开支有时数目很大,甚至巨大,但是经常不被人意识到。美国人想当然地假定,我们的公职人员——国家的、州的、地方的——照例牢牢控制着公共资源,将它们用于挽救私人权利或者提高私人权利的价值。例如,尽管在美国有令人厌恶的高犯罪发生率,但是多数公民在大部分时间里感觉相对安全,这在很大程度上归功于警察的工作,他们是我们最基本的自由之一——个体或者说生命安全——的拿公薪的保护者。〔3〕

对这种有益于西汉普顿私宅所有者的“安全网”的公共支持是广泛和深入的,但是同时,美国人似乎易于忘记个体的权利和自由从根本上依赖于有力的政府行为。假如没有有效的政府,

〔1〕 Charles Murray, *What It Means to Be a Libertarian: A Personal Interpretation* (New York: Broadway Books, 1997), p. 5; David Boaz, *Libertarianism: A Primer* (New York: Free Press, 1997), p. 12.

〔2〕 *Budget of the United States Government, Fiscal Year 1998* (Washington, D. C.: U. S. Government Printing Office, 1997), p. 231. 联邦紧急应变中心1996年的预算达到36亿多美元(p. 1047)。

〔3〕 受到非正式指责的驱使,而不是由于法律的认可,社会规范也在引导私人彼此尊重权利以及公共官员尊重私人行为者的权利中发挥着作用。然而,这种规范不是独立运作的;它们总是以复杂的方式陷入政府修订和执行刑法、侵权法、契约法以及劳动法之类的工作之中。

美国公民将不能享受他们现在所拥有的私有制。事实上,他们将享受很少甚至享受不到宪法所保证的个体权利。美国人珍视和体验的个体自由以公职人员操持的社会合作为前提条件。我们所珍视的私人领域是由公共行为维持的,事实上是由公共行为创造的。在没有其他公民或政府机关的支持下,即使最独立的公民都不应被要求自己来寻求他/她的物质福利。 15

西汉普顿火灾的故事也是全美国,乃至全世界财产所有权的故事。实际上,是所有自由权利的故事。当政府合宪地建立并且作为对民主的回应而组成时,它是有效地动员和引导分散的共同体资源以精细的工作应对任何突发事件的不可或缺的设置。

《独立宣言》中写道,“为了保障这些权利,人们才在他们中间建立政府”。显而易见,权利依赖于政府,这必然带来一个逻辑上的后果:权利需要钱,没有公共资助和公共支持,权利就不能获得保护和实施。旧的权利与新的权利、以前美国人的权利与富兰克林·德拉诺·罗斯福新政以后美国人的权利都是这样。福利权和私有财产权都有公共成本。契约自由权的公共成本不比卫生保健权的少,言论自由权的公共成本也不比体面的住宅权的少。所有的权利都需要公库的支持。

“权利的成本”是一个非常含糊的词语,因为“权利”、“成本”两个词都有多重的和不可避免要引起争议的含义。为了使分析尽可能集中和没有异议,并顺着这样的思路进行下去,“成本”在这里将被理解为预算成本,“权利”将被界定为个体或团体能够运用政府的手段切实地加以保护的重要利益。这两个界定都需要详细论述。 16

界定权利

“权利”这个术语包含许多指称物和意思场域。概括而言,

有两种截然不同的方法界定这个主题:道德的和描述的。第一种方法,把权利与道德原则和道德理念连结到一起。这种方法不是通过参考成文法或判例法,而是通过追问在道义上人类被赋予了什么来界定权利。虽然没有一个公认的道德权利理论存在,但在最著名的关于权利的哲学著作中有些内容仍涉及对这种一般权利进行本质上评价的伦理考察。道德哲学把非法权利设想为一种道德诉求最强烈的权利。一个人享受权利可能根据作为道德因素的身份或能力,而不是作为一个特定的政治社会的成员资格或者与之的法律关系的结果。对权利的道德考量试图界定那些在良心的审判前不需特别理由并从未被忽视或侵犯的人类利益。

17 第二种界定权利的方法——根源于英国哲学家杰里米·边沁、美国最高法院法官小奥利弗·温德尔·霍姆斯、法律哲学家汉斯·凯尔森和 H. L. A. 哈特的著作——更多是描述性的而非评价性的。他们更乐于解释法律体系是如何实际运作的,而很少愿意断定其合理性。这不是一种道德考量^[4],它没有站在从哲学的视角看待对人类利益最重要和最有价值的立场上,它也没有肯定或否认伦理怀疑论以及道德相对主义。相反,它是一种经验主义的考察,针对于特定政治上组织的社会切实保护的各种利益。在这种框架内,当有效的法律体系把利益视为是运用集体资源加以保护的权力时,利益就具有了权力的资格。作为一种由政府创设和维持以防止伤害或补偿伤害的能力,权利在法律意义上被界定为“法律的产物”。

法律意义上的权利有“伤人的牙齿”,因此,它们绝不是无辜或无恶意的。根据美国法律,权利是由政治共同体认可的权力。

[4] 关于法律条款解释中道德考量确实或必须进入的程度这个疑难问题这里没有谈论到。参见 Ronald Dworkin, *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985); Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford: Oxford University Press, 1992)。

像任何权力的行使一样,行使权利的个体也可能受到诱惑把权利用到极限。个人起诉个人的权利是一个典型的例子。因为权利包含着权力,而权力可以不分善恶地对其他人施加强力,所以即使权利是被小心翼翼地保护着,也应该提防和限制权利中的权力因素。当言论自由的滥用(比如在座无虚席的剧院里大喊“着火了!”)使公共安全面临危险时,这种自由应受到限制。如果没有设计良好和谨慎的举措防止基本权利被滥用,那么以权利为基础的政治模式终将陷入相互攻击和自我拆台之中。

道德权利不受法律强制力保护,相反,它们被说成是无效力的。无执行力的道德权利依赖于良心的愿望,而不是依赖于官员的权力。它们把道德责任施加于全人类,不像法律义务只针对于一个民族国家领土范围内的居民。由于未被法律认可的道德权利没有被权力污染,它们可以被自由地提倡,而不需过多地担心恶意的滥用、不正当的激励以及无意识的负面影响;而法律之下的权利总是引起这些疑虑和关注。 18

就大多数目的而言,对权利道德的和实证的解读不必各执一端,尽管道德权利的提倡者和法律权利的描述者有着明显不同的表现行为。道德理论家可能会合理地认为,在抽象意义上没有“污染权”。但是实证主义者知道,在美国的法律中,河水上游的土地所有者可以获得污染下游的土地所有者的权利。这两个观点不是针锋相对的,不过如在黑夜里擦肩而过的两个人。提供道德的解说与提供实证的解说的那些人,他们所问所答的是不同的问题,所以主张可集体实施的权利的学者与那些为不管哪一种权利和理解权利都提供道德理由的人之间没有争执。法律改革者们应该尽力使政治上可实施的权利与对他们而言的道德权利结合在一起,使权利具有法律执行力将有益于使公众相信这些权利有良好的道德基础。

但权利的成本首先是一个描述性的命题,而不是道德性的。只有当道德权利的明确性质和范围是由政治规定和解释,也就

是说,只有当道德权利受到法律认可时,它们才有预算成本。的确,权利的成本可能与道德相关,因为一种权利理论始终居于道德的高度,而不能回到资源稀缺的世界中,即使从道德的角度看,这个理论也是非常不完善的。既然“应该包含着可能”,并且资源匮乏意味着不可能,那么道德理论家应当有可能比通常情况更为关注税和政府开支。如果他们不能考虑到分配正义的问题,他们就不能完全探测到权利保护的所有道德维度。毕竟,还没有什么令人信服的理由解释集体提供的资源却经常被用来保护一些公民的权利而不是另一些。

权利通常在运作正常和资金充足的法院中实现。因此,像在波斯尼亚或卢旺达这样的战争地区被强奸的妇女的权利,不在本书讨论的范围内。现政权实际上已经对在那种情况下犯下的令人作呕的兽行置之不理。他们声称,这种犯罪不属于他们的管辖范围。正是因为官方救济机构通常对此一笑置之,这种悲惨的被忽视的“权利”才没有直接的预算成本。目前,如果没有政权乐于并能够干预,权利仍旧是空头支票,也不会给国库增加负担。

即使国际人权宣言和条约公开承认的法律权利也不在这里讨论,除非签署国政府——有税收和开支能力——切实地支持斯特拉斯堡、海牙等地的国际法院,在那里当这些权利被侵犯时才能够寻求真正的救济。在实践中,只有当权利把权力授予那些其决策有法律拘束力的实体时(例如《1948年联合国人权宣言》中宣布的权利就不是这样的),权利才不仅仅是个宣言。作为一个一般规则,不幸的个人如果不是生活在有税收能力和能够提供有效救济的政府下^[5],他就没有法律权利可言。无政府意味着无权利。事实上,当且仅当有预算成本存在时,法律权利才存在。

[5] 《欧洲人权公约》的第13条(1950年签署,1953年生效)。当签署国政府把它当作国内法的一部分时,公约及其草案中宣布的权利才能切实地实施。