

REAL
FEDERALISM

前沿 |
制度分析与公共政策译丛

真正的联邦主义

Michael S. Greve

〔美〕迈克尔·S·格雷弗 / 著

王冬芳 译
王巧玲 校

陕西出版集团
陕西人民出版社

R
REAL
FEDERALISM

前沿 | 制度分析与公共政策译丛

真正的联邦主义

Michael S. Greve

〔美〕迈克尔·S·格雷弗 / 著

王冬芳 译
王巧玲 校

陕西出版集团
陕西人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

真正的联邦主义/(美)格雷弗(Greve,M.)著;
王冬芳译. —西安:陕西人民出版社, 2009.11
(制度分析与公共政策译丛/毛寿龙, 冯兴元主编)
ISBN 978-7-224-09158-8

I. ①真… II. ①格…②王… III. ①联邦制—研究—美国
IV. ①D771.221

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第196826号

著作权合同登记号: 陕版出图字25-2010-092

前沿|制度分析与公共政策译丛

真正的联邦主义

作 者: [美] 迈克尔·S·格雷弗
译 者: 王冬芳

出版发行: 陕西出版集团 陕西人民出版社
地 址: 西安北大街147号 邮编: 710003
网 址: www.sxrmbook.com
制 版: 陕西华夏电脑设计制版有限公司
印 刷: 西安建明工贸有限责任公司
开 本: 787mm×960mm 16开 13.25印张 2插页
字 数: 182千字
版 次: 2011年1月第1版 2011年1月第1次印刷
书 号: ISBN 978-7-224-09158-8
定 价: 36.00元

译丛总序

自 20 世纪 70 年代末以来，世界各国的政府陆续开始了治道变革的进程。从大的方面来说，这一变革包括政府职能的市场化、政府行为的法治化、政府决策的民主化、政府权力的多中心化、政府信息的公开化。政府职能的市场化包括国有企业的民营化、公共事务引入内部市场机制等；政府行为的法治化主要是解决法律管制过分，解除过分的法律管制，从过分的法制回归法治的进程；政府决策的民主化，主要表现在传统普选制度、政党政治和利益集团政治的基础上实现政府行政日益公开化，提高政府公共政策对公民需求的回应性等；政府权力的多中心化，主要表现在执行局变革、提高地方自治水平、还权于社群等。这一变革进程不仅发生在新西兰、美国、欧洲各国、日本等发达国家，而且已经波及许多前计划经济国家和发展中国家。世界各国的变革进程在时间日程上有先有后，但其大致的趋势基本相同，相互影响的力度也在日益加大。这一进程，各国各有各的风格，但方向大体一致，并且均已取得了惊人的成就，提高了政府效率，提升了经济活力，改善了社会生活品质。

随着治道变革的启动、发展，西方经济学、政治学、法学以及公共管理学、公共政策研究中的制度分析传统逐渐成为显学。而在此之前，人们的思想已经曲折。在最近几个世纪之内，人们普遍认为，获得土地和矿藏等自然资源是发展的前提条件。在这一认识的指导下，许多国家开始了殖民战争，以得到这些资源；殖民地瓜分完毕后，很多国家开始了相互之间的战争，世

界上的大多数战争实质上都是为争夺土地和矿藏而发生的。后来，人们认为机器与设备是发展的关键，于是国内工业化的努力替代了国际战争掠夺的进程。从20世纪50年代开始，人们认为蕴涵于机器与设备之中的技术、知识与思想，才是发展的根本。自那时起，人力资本开始逐渐受到关注，认为投资于人力资本既可导致新知识和新思想的产生，又会加快吸收、传播和利用新知识和新思想，到90年代更提出了所谓的“知识经济”。80年代尤其是进入90年代以来，人们开始致力于解释不同国家为什么在人力资本和物质资本的积累方面快慢不一，稳健的公共政策就成为人们所关注的中心，认为设计适当的政策很重要，但促使人们有积极性选择适当的制度安排更重要。于是，制度分析终于成了显学，政府制度质量与公共政策质量之间的关系成了发展的关键。就如世界银行1997年世界发展报告所概括的，“这样就产生了新的且更加复杂的问题。什么样的制度性安排最能使市场繁荣？政府作为直接经办人（主要在提供服务方面）以及作为市场所赖以运营的制度内涵的塑造者，应发挥什么作用？政策与制度在发展中是如何相互作用的？”回答这些问题，是当代公共政策制度分析传统的使命。经过长期不懈的努力，西方学术界出版了大量的著作，探讨制度分析与公共政策问题，如本套译丛收录的《规则、博弈与公共池塘资源》一书。该书的作者之一埃莉诺·奥斯特罗姆，正是2009年度首位获得诺贝尔经济学奖的女经济学家，她的获奖说明这一领域的研究已经并且将要对社会起至关重要的作用。

对于中国来说，自1978年末以来，政府治道的变革进程也是惊人的。在政府职能的市场化方面，已经通过国有企业改革、国务院机构改革、公共事务市场化管理等进程获得了一定的进展。在政府行为的法治化方面，已经通过依宪治政、依法行政等依法治国的举措，取得了一定的进展。在政府决策民主化方面，通过建立和完善选举制度，确立差额选举制度以提高选举的竞争性，尤其是区县人大直接选举制度，地方政府所采取的政府决策听证会，启动了中国政府的民主化进程。在政府权力多中心方面，通过地方分权的改

革，通过省级立法权，较大的市的半立法权，通过基层民主建设，通过事业单位的相对独立运转等，中国政府的权力已经开始从单中心的政府走向多中心的自主治理。

但是，在目前的中国，有关治道变革的研究却依然落后于治道变革的实践。大多数有关发展的研究，依然着眼于以工业化、官僚化等为特征的所谓现代化理论以及有关人力资本理论。在市场化变革的热潮中，公共政策的研究已经提上了日程，但是其取向还停留于如何运用公共政策设计技术来制定理性的政策，土地与矿藏、人力资本、工业化、官僚化、现代化、信息化、科学与技术等词汇充满着公共政策研究。至于人们何以会选择工业化、何以会选择官僚化，人力资本与物质资本的积累何以快慢不一，聪明的人为什么并不一定选择聪明的政策，科学技术何以成为生产力，重视教育、发展人力资本的政策为什么总是落空，却依然缺少研究。回答这些问题，应该可以成为中国公共管理学和公共政策研究新的增长点，同时也是知识分子能够利用自己的思想优势，干预权力与金钱之博弈的契机。在对这些重大的问题进行系统研究的同时，译介国外的重要著作，也可促进中国公共管理和公共政策学术发展，并进而影响中国政府治道变革进程。这就是“制度分析与公共政策译丛”的出发点，自然也是本译丛的宗旨。

“制度分析与公共政策译丛”选择西方古典自由主义、公共选择与制度分析传统的著作进行翻译、出版。这些著作基本涉及人类社会公共事务治理结构安排，强调制度的作用，认为个人权利、宪政法治理、自由市场以及有限政府、民主政府、法治政府、多中心自主治理结构是公共政策质量的制度基础，自然也是公共事务的治理之道。这些著作的特色是既有纯理论的分析，也在理论分析基础上进行严格的实证案例分析，这些著作的作者非常重视独立的理论分析，认为对于人类现实的研究，离不开理论的思维；他们很重视联系实践，而且还非常注意理论联系实践的方法。没有理论，实践将是杂乱无章的；没有实践，理论将是模棱两可的；没有方法，理论与实践的联系将

是牵强的、虚伪的、独断的。“制度分析与公共政策译丛”力图展示古典自由主义、公共选择和制度分析传统的重要著作，系统介绍其理论，以及其理论联系实际的严格而系统的方法。

中国古代思想家荀子说：“强本而节用，则天不能贫；养备而动时，则天不能病；循道而不贰，则天不能祸。故水旱不能使之饥，寒暑不能使之疾，妖怪不能使之凶。”荀子的意思是，我们只要有了“本”，有了“备”，并循道行事，那么什么天灾鬼怪都奈何不了我们。我们认为，长期不懈的人类社会治理结构安排即“道”的努力，就是为长期的发展强“本”、养“备”。本译丛包括五本著作《真正的联邦主义》、《再造市民社会》、《经济学中的规则和选择》、《规则、博弈与公共池塘资源》和《民主的意义及民主制度的脆弱性》五本著作，这些著作都是国际著名学者多年研究的心血结晶。希望本译丛的出版，能够有助于中国在21世纪的持续发展。

丛书编委会

致 谢

秉承最初之构想，本书就联邦最高法院与联邦主义问题有关的最近六个判决进行了分析。这些分析主要在本书中的第3、4、5章。求知欲和学科研究的匮乏渐渐促成我去对一个更大的问题追根究底：应该通过何种方式、在什么时间以及何种条件下才有可能重新对政府施行严格的宪法约束？

一些学者们已经主张强化这样的约束，还有一些思想库和维权团体也加入了这一行列。不过，尽管这项工作迫在眉睫，我们仍然未能就系统性的答案形成最低共识。如果对所有可能的宪法重建的必要条件都进行探究，即使这种探讨是可行的，那也是一种相当于康德式的研究工程。本书虽然大大超出了起初构想的探讨范围，但也没有任何想要成为上述研究工程的企图。本书是一种案例研究：尤其是在现今已经取得了一些小小成绩的情况下，应该采取什么措施并且如何来重建联邦主义对政府的严格约束呢？如果对这一问题的简要回答能够激发更多的有识之士去做更为深入的研究，那么本书的目的也就实现了。

坦率地说，我所领导的个人权利法律服务中心 [Center for Individual Rights (CIR)] 也是寻求重建宪法规范的组织之一。

个人权利法律服务中心作为一个公益律师事务所，为本书所提及的以下案件中提供了法律顾问服务，这些案件包括：布佐卡拉诉弗吉尼亚州立大学理工学院案 [Brzonkala v. Virginia Polytechnic Institute et al., 132 F. 3d 949 (4th CIR. 1997)]，在书中对此案进行了讨论；经济平等联盟诉威尔逊案 [Coalition for Economic Equity v. Wilson, 122 F. 3d 692 (9th CIR. 1997), cert. denied, 118 S. Ct. 17 (1997)]；霍普伍德诉得克萨斯州案 [Hopwood v. State of Texas, 78 F. 3d 932 (5th CIR. 1996), cert denied, 518 U. S. 1033 (1996)]；以及罗森伯格诉弗吉尼亚大学案 [Rosenberger v. Rector and Board of the University of Virginia, 515 U. S. 819 (1995)]。

我对这些案件的观点以及我对联邦主义的优越性与未来所发表的观点，都是我自己的看法，并不代表个人权利法律服务中心。不过我的观点恰巧与个人权利法律服务中心在这些案件中的委托人利益相一致。为了避免评论中可能会出现偏向个人权利法律服务中心的立场或是偏向个人权利中心委托人的诉讼立场，我对一些待决案件的评论受到了严格的检查。这种费力不讨好的检查工作是由个人权利法律服务中心的总法律顾问，也是以上大多案件的在案律师迈克尔·E·罗斯曼 (Michael E. Rosman) 所进行的。

我对个人权利法律服务中心的助理律师，汉斯·巴德 (Hans Bader) 能力出众的研究辅助工作非常感激，而且非常感谢他让我穿过了第十一修正案的迷雾，尽管他认为这不值一提。我还非常感谢乔纳森·H·阿德勒 (Jonathan H. Adler)、罗杰·克莱格 (Roger Clegg)、安·H·库尔特 (Ann H. Coulter)、道格拉斯·考克斯 (Douglas Cox)、迈克尔·W·麦康奈

尔 (Michael W. McConnell)、罗伯特 · F · 内格尔 (Robert F. Nagel), 一如既往支持我的杰里米 · A · 拉比金 (Jeremy A. Rabkin)、迈克尔 · E · 罗斯曼 (Michael E. Rosman) 以及丹尼尔 · E · 特洛伊 (Daniel E. Troy) 等给出的颇有裨益的意见与建议。感谢伦纳德 · 利奥 (Leonard Leo) 和尤金 · 沃尔卡 (Eugene Volokh) 对本书早前摘要所给予的良好建议。

我还要特别感谢路易莎 · 科恩 (Louisa Coan) 让我及本书在很多方面得到改观, 还要感谢克里斯托弗 · C · 德默思 (Christopher C. DeMuth) 的深厚友谊及其个人对此项计划的热情与支持。最后, 我要特别鸣谢埃尔哈特基金会 (Earhart Foundation) 给予我慷慨的财务支持。

于弗吉尼亚州, 亚历山大县

1999 年 2 月

第一章	真正的联邦主义：本质与意义	/1
第二章	联邦主义：灭亡还是复兴	/12
	宪政直觉	/12
	从宪政约束到“过程联邦主义”	/18
	复兴联邦主义的方案	/25
第三章	列举的权力	/32
	洛佩斯案的局限性	/33
	与弗洛里斯案相关的宪法第十四修正案	/43
	洛佩斯案和弗洛里斯案之后	/54
第四章	联邦的强行征用	/63
	府际豁免权	/65
	普林茨案的结构	/71
	普林茨案的范围	/80
第五章	从合谋的国家主义到不合作	/85
	从合谋到对抗	/86
	塞米诺尔部落案：立场	/90
	塞米诺尔部落案件：意义与范围	/95
	远景	/105
第六章	最高法院的联邦主义	/110
第七章	联邦主义的选民圈	/119

最高法院和联邦主义的选民圈 /120

司法的矛盾心理 /127

州与利益集团 /140

困难与机遇 /150

第八章 法院与国会 /154

建立联邦主义的支撑 /155

国会中的联邦主义 /162

第九章 联邦主义的可能性 /179

法律和政治 /181

公共规范与私人选择 /187

复杂性 /194

第一章

真正的联邦主义:本质与意义

我认为，在展现于眼前的民主时代，个人独立和地方自由将永远是人为的艺术作品，而中央集权化则是政府的自然趋势。

——阿列克西·德·托克维尔《论美国的民主》

近年来，宪法与政治上的发展显示出联邦主义一定程度的复兴。1995 年以来，最高法院的判决重新显露出将联邦主义作为宪政原则的迹象，美国国会也不时地将联邦权力让于州政府。我认为，这些小的开端可能会带来抛砖引玉的效果，而且也应当如此。虽然自罗斯福新政以来 60 多年的时间里，联邦主义沦为了国家主义野心的牺牲品，但现在仍有可能重新建立地方分权的

与竞争性的政治制度与安排。^①

对于普通公民而言，联邦主义复兴的前景看起来既不合理，也不那么重要。尽管美国人一直宣称他们拥护联邦主义，但是他们与州政府的关系比以往任何时候都要疏远。如今每十个人中只有六个人依旧生活在他们出生的州，而40%的人，即超过一亿的美国公民并不如此。^②许多公民一生中会不止一次的搬家，而选择留在原地生活的人，其主要原因往往是出于他们对家乡及政府在感情上的眷恋。从枪支控制到同性恋权利等这样的道德问题，曾一度被视为属于州政府和地方政府的管辖范围，现在则由华盛顿特区负责。而在经济方面，美国公民依靠联邦政府来解决与之息息相关问题的做法，也由来已久。

在国家经济一体化的条件下，人们通常很难想到要用其他方式来思考问题。实际上，经济全球化甚至使“中央政府”都变得不再重要。1997年11月，詹姆士·吉尔摩（James Gilmore）因其向弗吉尼亚选民许诺削减汽车税——每位车主至少将因此减少几百美元的费用——当选州长。而当时，富裕的弗吉尼亚人更担心遥远亚洲的金融危机是否会使他们的退休金计划蒙受巨大损失。里士满（注：弗吉尼亚首府）的政治家们之所以持续关注此问题，是因为弗吉尼亚的选民可以通过投票决定其上台或下台。哪怕在同等情况下，亚洲的裙带主义现象更严重。

① 最高法院和国会尝试性地重新挖掘联邦主义，在学术评论方面产生了欣欣向荣的景象，大量致力于联邦主义问题的法学评论专栏和学术研讨会则表现了此点。参见，*Michigan Law Review*, vol. 94, no. 2 (1995); *Case Western Reserve Law Review*, vol. 46, no. 3 (1996); *Georgia State University Law Review*, vol. 13, no. 4 (1997); *University of Minnesota Law Review*, vol. 82, no. 2 (1997); *Arizona Law Review*, vol. 38 (Fall 1996); and *Yale Law and Policy Review*, vol. 14 (March 1996). 最后这个栏目的前言是由彼得·H·舒克（Peter H. Schuck）撰写的一篇非常出色的论文，文中对之前所讨论的主题展开了详细论述（“Some Reflections on the Federalism Debate,” pp. 1-22）。

② 1990年关于仍居住在出生州的居民的精确数字是61.8%。Mark C. Gordon, “Differing Paradigms, Similar Flaws: Constructing a New Federalism in Congress and the Court,” *Yale Law and Policy Review*, vol. 14 (1996), p. 187, p. 210 n. 112 (引自 Brookings Institution Study)。

有鉴于此，联邦主义或许看起来就像是“国家紧张症”——一些武断的作者在其被广泛引用的法律评论文章中就这样称呼联邦主义。^① 因此，当然没有理由恳求美国公民仁慈地将他们的注意力从华盛顿特区或国际金融机构转向里士满或是奥尔巴尼（注：纽约州的首府）。相对于全球资本主义和国际组织导致美国丧失了主权这种问题（无论它是一种感觉还是一种事实）所引发的激烈争论而言，在这种时代背景下去关注州政府的适当角色、尊严以及权力，即使不是完全过时的，但也被看做是次要的事情。

这些结论都是合情合理的，但却背离了我所指的联邦主义的核心意义。我心目中的联邦主义——所谓真正的联邦主义——旨在让公民在不同的管理者、管制体制和政府服务之间进行选择。如此理解，联邦主义并不是要寻求恢复州政府与联邦政府之间那种精妙的平衡，或是要重新赋予州政府以安德鲁·杰克逊时期所具有的光荣的独立地位。联邦主义指的是各州之间的竞争，其目的并不是给州政府授权，而是要约束它们。从这一点来看，竞争性的联邦主义并不只是一个看似有道理的联邦主义概念，还有助于提升选择和竞争以外的一些价值观——如公民影响和公民参与。不过，公民选择及其良好效果是联邦主义最具吸引力的特征，并且这些特征也应该受到我们的重视。^②

公民在竞争性的管辖区域、管制体制和政府服务之间进行选择是一种很常见的现象。这种选择发生在政府的各个层级，而公民不管是作为企业家、

① Edward L. Rubin and Malcolm Feeley, "Federalism: Some Notes on a National Neurosis," *UCLA Law Review*, vol. 41 (1994), p. 903.

② 将联邦主义表述为辖区竞争的现代经典论述来自于查尔斯·泰伯特 (Charles Tiebout) "A Pure Theory of Local Expenditures," *Journal of Political Economy*, vol. 64 (1956), p. 416. 泰伯特具有开创性的文章引发了一大批关于公共财政和公共选择的文献。一篇有用的，非专门性的综述文章来自于 Ronald McKinnon and Thomas Nechyba, "Competition in Federal Systems" in Ferejohn and Barry Weingast, eds., *The New Federalism: Can the States Be Trusted?* (Hoover Institution Press, 1997), p. 3. 最近，经济学家和公共选择学者已经将他们的注意力转向了“维持市场化”的联邦主义的制度性前提条件研究。参见，e. g., Barry R. Weingast, "The Economic Role of Political Institutions: Market - Preserving Federalism and Economic Development," *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 11 (1995), p. 1. 所引用的这两篇文章中都含有非常有用的参考书目。

投资者、工人，还是退休人员或是福利接受者，都消费了政府服务。这种选择还发生在国际层面：瑞典网球明星放弃他们的瑞典公民身份并在摩纳哥落户并不是因为他们更喜欢晒太阳而不喜欢蒸桑拿，而是因为他们讨厌苛捐杂税。同样的选择机制也会在国家层面运行：假设在有自由工作权的州和需要加入工会组织才能获得工作机会的州之间进行选择，工厂主将会选择在田纳西建厂而不是俄亥俄。由于在曼哈顿购物必须缴纳营业税，所以纽约居民会选择在泽西城购物，从而使纽约需设立免税购物日。在地方层面，购房者所购买的不仅是住宅，而且还包括住宅所在地的政府服务与管制。财产税税率、教学质量以及警察保护都会深深影响购买住房的决定以及地方人口的流动性。^①

与消费者在非垄断市场中的选择对生产者所产生的约束一样，公民“用脚投票”的能力以及公民转移他们的才能和资产到其他地方的能力，以同样的方式制约着政府。通过利用不同辖区之间的竞争，联邦主义可以保证在政治领域上也可以享有市场经济的优越性，这些优点便是顾客选择与顾客满意、创新以及更好的产品与更低的价格。私人市场和政治市场的比较并不总是奏效。最明显的例子便是政府垄断提供公共物品的权力，恰恰是因为私人市场不能提供这些公共物品。细致地勾画出一系列可以确保政府获得竞争益处的法律和制度约束的确非常困难。联邦主义构成要素的实际运转及其结果是一

^① McKinnon and Nechyba, "Competition in Federal Systems," p. 12 n. 8 以及作者所引用的资料。

个在学术上难以达成一致的问题。^①但是对于目前目标而言，重要的不是细节，而是范式。与具有统一规则的垄断体系相比，不同辖区之间的选择在以下几个方面更有利于政府服务消费者。

消费者满意度。消费者具有不同的偏好。更加宽泛的选择范围可以满足更多公民消费者的偏好。与此同时，集权、统一的规则和制度总是会带来僵化和效率低下问题。即使对假定的社会目标达成了广泛性的一致意见，然而对于地方条件和偏好迥异，幅员辽阔而又极富多样化的国家而言，制定能适用于不同地区的统一规则也是极其困难的事情。而联邦主义则能在更多的时候，为更多的公民提供更多他们想要的。

以上原因将在后面几章论及，重点是公民选择的好处不只是在经济领域，它在社会 and 生活方式领域也具有同样影响。^②有些人不愿意居住在靠近同性恋群体聚集的地方或者是允许同性婚姻的辖区；有些人则喜欢包容的、放荡不羁不受约束的环境。有些人（包括一些吸烟者）认为公共场所禁烟是件好事；但有些人（包括一些不吸烟者）则认为此种禁令弥漫着法西斯主义的气息。联邦主义允许不同的选民将自己分类并选择各自的道路。

有些问题是根本性的，以至于我们不允许任何辖区提供选择。奴隶制和黑人歧视法律就是明显的例子。一夫多妻制是另一例子，而有关堕胎问题是否属于这类问题的激烈争论可能还会长久地持续下去。但我们认为不能触及

① 我的非技术性论述大部分源于迈克尔·W·麦康纳尔（Michael W. McConnell）的精彩阐发，Michael W. McConnell, "Federalism: Evaluating the Founders' Design," *University of Chicago Law Review*, vol. 54 (1987), p. 1484 and esp. pp. 1493-1507. 另一个扩展性地、非常好地为竞争性联邦主义进行辩护的论述是 Thomas R. Dye, *American Federalism: Competition among Governors* (Lexington Books, 1990). 还可以参见 Jacques Leboeuf, "The Economics of Federalism and the Proper Scope of the Federal Commerce Power," *San Diego Law Review*, vol. 31 (1994), p. 556; and Ferejohn and Weingast, eds., *The New Federalism*. 从更具批判性角度进行论述的可以参见, the *Symposium on the Law and Economics of Federalism*, *Minnesota Law Review*, vol. 82, no. 2 (1997).

② 这一论点在 William Van Alstyne, "Federalism, Congress, the States, and the Tenth Amendment: Adrift in the Cellophane Sea," *Duke Law Journal* (1987), p. 769. 中被明确提出。