



世界法学译丛

官僚的正义

以社会保障中对残疾人权利主张的处理为例

原著：〔美〕杰里·L. 马萧

译者：何伟文 毕竞悦

104



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

CHINA UNIVERSITY OF POLICE

官保的正义

中国公共警察制度与法治的构建

王世平 著

中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLICE PRESS

世界法学译丛

官僚的正义

以社会保障中对残疾人权利主张的处理为例

BUREAUCRATIC JUSTICE

Managing Social Security Disability Claims

原著：〔美〕杰里·L.马萧 (Jerry L. Mashaw)

译者：何伟文 毕竞悦



北京大学出版社

北京·2005年

北京市版权局登记号,图字:01-2003-7246号

图书在版编目(CIP)数据

官僚的正义:以社会保障中对残疾人权利主张的处理为例/(美)马萧著;何伟文,毕竞悦译.——北京:北京大学出版社,2005.4

(世界法学译丛)

ISBN 7-301-08618-0

I. 官… II. ①马… ②何… ③毕… Ⅳ. 残疾人保障法-研究
IV. D912.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 022520 号

书 名:官僚的正义——以社会保障中对残疾人权利主张的处理为例
著作责任者:[美]杰里·马萧 著 何伟文 毕竞悦 译

责任编辑:赵玮玮 贺维彤

标准书号:ISBN 7-301-08618-0/D·1082

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 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:三河市新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 16.5 印张 213 千字

2005 年 4 月第 1 版 2005 年 4 月第 1 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

前言和志谢

本书设法满足人们的双重好奇心。第一种是具体的。在一项关于社会保障残疾人权利规划的听证和上诉的研究中,我和我的同事经常碰到行政法官千篇一律的陈述:“此项规划的真正问题是:第一,进展缓慢;第二,判断失误;第三,州机构层面上案件的管理混乱。”这种观点正确吗?或者,对低于(或高于)相应组织层级的行动者,这仅仅是对责备的惯常替代吗?

第二种好奇心远为抽象。是否可以把对行政法的规范的关照与对组织理论的实证的关照结合起来?这样的一种结合能否产生对以下两种观点的一个修正?法律不仅是象征性的,不仅仅是由个人或组织本身利益驱动的有关组织行为的实证理论?想要解释第二种好奇从何而来,将需要很多自传材料,甚至超出我的父母亲认为有趣的范围。至于我是否(或应该)满足了任何一种好奇心,我将留待本书的读者来确认。

然而,如果我不把为我们项目顺利进展而提供无数资料和援助的人全部记录下来,以此鸣谢他们,那么,我就是个不可饶恕的忘恩负义之人。在认知上,我要感谢我的同事 Charlie Goetz、Frank Goodman、Warren Schwartz 和 Paul Verkuil,他们是我的《社会保障听证和上诉》一书的合作者(Lexington, Mass.: Lexington Books, 1978)。我无法确定这里有多少他们的好(和坏)观念/思想

被我据为己有并加以利用。在不同的时期,全国行政司法中心、福特基金会和联邦基金提供了急需的经费援助。我还从与我在耶鲁大学的同事的讨论中获益匪浅。我特别要感谢 Ted Marmor、Roy Schotland 和 Peter Schuck,他们对我的初稿详加评论;感谢院长 Harry Wellington,他从不过问书何时完成;感谢 Bruce Ackerman,他经常过问。Lorraine Nagle 三次打印我手稿的“最后修订本”,而对于我“最后”的托辞总是相信。

我必须向社会保障总署和 6 个(恕不提及)州残疾评定机构的先生和女士们致以我最深的谢意。我用采访和观察来不断打扰他们,共计近 30 天。他们的回答坦诚而友好,这使我的工作变得容易多了。虽然社会保障总署和州行政部门所有向我提供信息的人都得到承诺,他们的名字不会出现,但是我必须提到两位,他们的帮助至关重要:行政长官 Stan Ross 的热心使我的研究兴趣持续不减,用只有长官才可能拥有的钥匙开启了许多扇大门。Alice Farley 是令人吃惊的信息、文件和人员库。没有她的帮助,我也许至今仍在巴尔的摩市郊漫无目的地游荡。

杰里·L. 马萧

目 录

第一部分 视 角

第 1 章 寻求一种内部行政法	3
一、为什么出现这种运动?	3
二、法律现实主义的挑战	13
三、前面的任务	19
四、用作示范调查的残疾人权利规划	20
第 2 章 残疾人权利规划的正义类型	24
一、对正义的需求	24
二、正义的三种类型	26
三、为残疾人权利主张的决定选择一种类型	37
四、体制性压力:作为破坏分子的职业人员	43

第二部分 官僚合理性:在可能的 局限内寻求善

第 3 章 接受合理行政之不可能	53
一、模糊性、非连贯性和不确定性	56

2 官僚的正义

二、无能、破坏和武断	67
三、我们应当宣布行政合理性“终身残疾”吗?	77
四、一种正在出现的批评态度	80
第4章 良好的裁决价值几何?	82
一、裁决市场	83
二、错误的成本	84
三、边缘案件,非一致性和错误辨认问题	89
四、“过程价值”中难以捉摸的价值	91
五、拖延的成本	100
六、直接行政成本	101

第三部分 体制运作:对社会保障 总署业绩的评估

第5章 行政政策的发展和传递	105
一、规制命令	106
二、多少“规则”才足够?	108
第6章 设计决策过程	125
一、寻求事实	126
二、对尊严利益的保护	133
第7章 等级控制的运作	146
一、监 督	147
二、裁决文化的运用	156
三、借用文化的无效	165
四、社会保障总署的首创精神	168

第四部分 平衡权利

第 8 章 官僚正义和行政命令	173
一、官僚正义	173
二、行政命令	175
第 9 章 从外部视角看改革	183
一、民主关联	183
二、通才的司法审查	187
三、听证	193
第 10 章 内部改革的机会	197
一、内部改革的方向	198
二、温和的建议：人性化的官僚机构	201
三、一些更彻底的建议：职业判断	205

第五部分 结 论

第 11 章 官僚、正义和法治	215
一、过分乐观的总结	216
二、乐园上空的乌云	216
三、办公桌层面的意见	217
四、前景与威胁	224
索 引	231

第一部分

视 角

第1章

寻求一种内部行政法

一、为什么出现这种运动？

在行政中寻找一种法律，它能激发出某种被称为“官僚的正义”之类的东西，也许注定要冒险。在大体上倾向于通过法院实施个人的法律权利的法律文化中，“行政”似乎永远与“法律”对立，正如“官僚机构”与“正义”对立一样。法律注重权利，行政注重政策。如果要行使权利，就必须限制政策，这样势必抑制行政。当我们需要政策时，法律的典型反应是创设自由裁量权盛行的无权利和无法律的政策领地。但是，允许不受控制的自由裁量权存在，导致对法律的需求，这样法律和政策的新一轮竞赛再次开始。此外，我们根据典型或示范案例对日常官僚机构决策的通常印象，似乎恰好排除了对正义感绝对必要的个人判断。有一种建议认为，官僚组织的积极行政能够与法律合二为一，甚至组成一道正义的风景。这种建议似乎在历史面前是站不住脚的，在概念上是混乱的。

这些反对意见当然是有力的，因为坦率地说美国行政法的历

史就是一部失败思想的历史。^[1] 似乎制定和实施指导性法律规范——维护私权和挑战官方行为合法性的诉讼——的行政法基本技术迫使它在不相关和不恰当之间不停地摆动。

2 早期错误在于不恰当。最高法院曾尝试适用正当程序条款和
下述概念,即只有国会才能“立法”保护私有财产和市场免受积极政府的出现造成的影响。^[2] 这种努力在新政中一败涂地。^[3] 法院接受了这场不流血的革命,旋即退出战场。事实上,它是被击溃的。行政法从20世纪30年代到20世纪60年代的历史就是司法辩护技术的发展史,这种辩护技术阻止了个人原告在对政府官员提起的权利主张中胜诉。^[4]

但是,这一阶段也过去了。当新政中勇敢的新机构转变成现今勉为其难运转的官僚机构时,政治实体和法院开始对行政国家失去信心。民权运动和反贫穷运动,连同随后的环境、消费者和女权运动揭示,少数民族、穷人,也就是一般意义上的“人民”,被遗忘在管理程序之外。由于政治实体欣然接受参与性管理,司法审查的技术壁垒变得摇摇欲坠。^[5] 司法系统借助国会授予的越来越广的司法权,成为具有改革思想的官僚斗士每一个信念的友好论坛。

然而,这种司法审查的复活,不是一种反政府的财产权法理学的复活;相反,被主张的权利是那些体现在福利国家立法中的权利,加上虽刚开始但发展迅速的参与权。后者部分产生于公开司法程序的传统观念,部分产生于开放政府的意识形态和抗议性政治在法律上的胜利。可是,事情又一次进展得不那么顺利。把参

[1] 一般的参见 Stewart, *The Reformation of America Administrative Law*, 88 Harv. L. Rev. 1669 (1975).

[2] 例如参见 Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 42 Harv. L. Rev. 149 (1928); McCloskey, *Economic Due Process and the Supreme Court: An Exhumation and Reburial*, 1962 Sup. Ct. Rev. 34.

[3] 参见 L. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 466—55 (1978).

[4] 主要根据这一时期的法律制度作出的经典评论参见 L. JAFFE, *JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE ACTION* (1965).

[5] 前注[1],第1711—47页。

与视为可司法实施的权利的观念如果不是出现不一致,也是变得无法控制。每人都有这项权利吗?怎样参与,有什么结果?在什么样的基础上评价一项要求参与的权利主张?

对最后一个问题,法院给出了两个答案,每一个答案都揭示出参与权概念的基础结构是脆弱不堪的。^{〔6〕}第一个答案是,不论是在行政部门的决定过程中还是在法院审理中,参与权都被授予实体法定权利的受益人(或不利人)。但是,正如伦奎斯特大法官喜欢问的那样,^{〔7〕}法院怎么能说法令创设了在任何地方都没有对其作出规定的参与权呢?这样做必定要重新定义实体法定权利。因为如果参与权是实体权利的一项功能,根据伦奎斯特大法官的观点,受益人应当被要求“同时接受苦(期望的参与形式的缺失)和甜(实体立法的益处)”。³

对伦奎斯特大法官的恰当回应也许就是参与权来自宪法中的正当程序条款。的确,这就是怎样构建和发展一般参与权这个问题的第二个答案。可是,正当程序条款是一个以问题形式出现的答案:什么程序是“正当”的?对这个问题的回答,再次把人带回先前令人左右为难的困境:正当程序条款保护对生命、自由或财产的权利主张。在法定权利主张中,“正当”很可能是一种适合立法规定的“财产”或“自由”类型的程序。如果是这样,那么正当的程序应当在对法令文本密切关注中出现。那么,当最高法院发现一个正当的程序不同于法令规定的程序时,法院还能把目光投向何处呢?

在20世纪60年代后期和20世纪70年代初期的正当程序案例中出现的无情的答案为我们提供了借鉴。正当程序大致与司法程序相符,或者至少它的决策技术借鉴司法程序。但是,为什么应当是这样的呢?政府行政部门和法院在从事同样的工作吗?它们

〔6〕 更详细的评述参见 Mashaw, *Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory*, 61 Boston Univ. L. Rev. 885 (1981) 及其引述的权威评论。

〔7〕 *Arnett v. Kennedy*, 416 U.S. 134 (1974).

是凭借相似的法律权力、政治需要和财政资源在运作吗?答案是明显的,如此明显以至于最高法院好像从里程碑式的“给他们更多程序”的行政正当程序案件中全线撤退。^[8]与此同时,它消灭了积极行动主义者,即在一份读起来让人觉得是在大发雷霆的哥伦比亚特区上诉法院扩大参与的努力的意见中。^[9]

从行使一项要求以司法形象重新设计行政程序的模糊权利中退出,似乎是合乎情理的。^[10]在对行政程序开始进行大规模抨击的福利案件“哥德伯格诉克利”中^[11],布莱克法官告诫法院,司法系统会对行政程序性裁决的调整失去控制。在终止不合格人员的权利之前为其举行听证的成本,将会(以增加获取资格的壁垒的形式)从合格的福利申请人员的隐匿中支出,他的这种预测的确迅速具体化了。而正当程序审查的问题更为普遍。在哥德伯格一案中,最高法院似乎也误解了导致决策错误的原因^[12],过高估计了福利官僚机构运作听证体制的能力。^[13]司法介入的风险由此可能既包括针对假定胜诉者新的机能障碍的后果,又包括所提供的司法救济最终不相关。不恰当和不相关可以合二为一,也可以相互交错。

我当然不想声称,对行政程序的司法审查永远是拙劣的。但是,不相关或机能障碍带来的风险似乎很高。当审查的是实体而不是程序时,那些风险也不会有实质性的减少。或许现代最高法院有指导意义的案例(*Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Vol-*

[8] 例如参见 Van Alstyne, *Cracks in "The New Property": Adjudicative Due Process in the Administrative State*, 62 Cornell L. Rev. 445 (1977)。

[9] *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 435 U.S. 519 (1978)。

[10] 自1981年6月后,据报道“Goldberg v. Kelly”在1900个案例中被引用。

[11] 397 U.S. 254 (1970)。

[12] Cooper, *Goldberg's Forgotten Footnote*, 64 Minn. L. Rev. 1107 (1980)。

[13] 参见 Mashaw, *The Management Side of Due Process*, 59 Cornell L. Rev. 772 (1974)。

pe)^[14]界定了法院在对行政行为进行实体的司法审查时应采取的恰当姿态。这个案例既是一篇关于司法约束的美文,又是一篇对联邦高速公路规划法令糟糕透顶的肤浅解释。^[15]

法院不一定要受到责备。对健康的环境、相当安全的汽车或工作场所、低价住宅或医疗保健的实体权利,均包含在繁杂得令人望而生畏的法令中,这些法令的起草有时虽不总是反映了在一个多元的联邦政治体制中缓慢变化的政治的微妙之处。根据这些法令文本确定行政行为是否代表对国会意图的适当理解,如果不代表则强制保护假定存在的受益人的权利,这样做实际上通常比对行政官员说“停止”或对原告说“你没有起诉权”要艰巨得多——这些做法分别是20世纪20年代保守的法院和后新政时代积极的最高法院的救济和回避技术。的确,在淹没当代法律风景的法令洪流中,最高法院试图找到一个安全的立足点——借以肯定或否定权利的基础——的努力很容易使它成为被嘲弄的对象。请看以下两个案件。

在第一个案件中^[16],针对一项耗资巨大但经济后果可观的几乎竣工的水库工程,一群环境保护主义者寻求禁令。他们的权利主张是,水库大坝将摧毁一种珍稀鱼类蛇鳝的栖息地,这违反了濒危物种保护法中关于联邦官员应避免危害稀有植物群生长地和动物群栖息地的规定。环境保护主义者有“权利”制止大坝的建设吗?被告官员说“没有”。国会的原意不太可能立法保护像蛇鳝——在水库工程开始后才发现的一种鱼——这样不重要的物种。另外,国会在充分注意到蛇鳝问题之后反复向水库工程拨款。拨款委员会一直表示本法不保护新发现的物种免受几乎竣工的工程的危害。法院说:“错了。”回答是“有。”本法是清楚的,不包括与

[14] 401 U. S. 402 (1971).

[15] 参见 Mashaw, *The Legal Structure of Frustration*, 122 U. Pa. L. Rev. 1, 40—44 (1973).

[16] *TVA v. Hill*, 437 U. S. 153 (1978).

本案有关的例外情况。

- 三年之后,一群智障的人提起诉讼,要求执行发育残疾协助与权利法案(Developmentally Disabled Assistance and Bill of Rights Act)。^[17]在这部法的“权利法案”一款中有一项规定,宣称发育残
- 6 疾者有权在限制最小的环境中得到康复训练和适当治疗。州和地方福利机构的被告争论说,联邦法令中的所谓的权利法案只是一项建议。他们说明了以下不可辩驳的事实:第一,遵照执行将非常昂贵;第二,国会没有拨付足够款额以实施法案。对此,法院说:“正确。”当国会通过立法要求接受联邦资金的州和地方承担义务时,国会不仅必须明确说明受益人有权利以及州有义务,而且必须说明资金拨付是“有条件的”,即州接受新的法律关系。因而,蛇鹈案政府败诉,智障案政府胜了。

难道国会和法院可以认为3英寸的蛇鹈比智障者更重要?他们认为前者值得法律保护以免受行政蹂躏而后者不值得?毫无疑问,还有其他解释。的确,我认为还有。蛇鹈案只要求法院说:“停止”,而发育残疾者案则要命令行政官员根据具有实体内容的法令语言采取积极行动。在后者的程序中,法院目睹联邦司法系统被无情地拽入深度纠纷,也许是被拽入对行政活动连续不断的监视,最终拽入某种宽泛的结构性禁令,法院会企图通过它取代行政。

当然,有各种方式把许多权利主张从积极保护转化成消极保护形式,从而在司法上更易操作。因此,“给我一个健康的环境”可以转变成“在关注我根据法律规定对健康环境提出的有效要求之前,不要继续进行”。实施这样的权利牵涉法院禁止那种没有适当考虑某些国会打算进一步加强或保护的利益的行政行为。但是这种对权利的重新解释,也不足以保证对行政活动进行稳健、有效的司法监督。例如,阿克曼和哈斯勒在《清洁的空气/肮脏的煤》一书中评论似乎是一个涉案金额高达数十亿美元的国会—美国环境保

[17] *Pennhurst State School and Hospital v. Halderman*, 451 U.S. 1(1981).