



ISSN 1008-2204

經濟

文學

管理

語言

航宇誌

教育

公共政策

內閣誌

組織管理

北京航空航天大学学报

社会科学版

JOURNAL OF BEIJING UNIVERSITY OF AERONAUTICS AND ASTRONAUTICS
SOCIAL SCIENCES EDITION

RCCSE中国核心学术期刊

第27卷 第3期 No. 3 Vol. 27

2014 | 3

BEIJING HANGKONG HANGTIAN DAXUE XUEBAO SHEHUI KEXUE BAN



北京航空航天大学学报

(社会科学版)

《北京航空航天大学学报(社会科学版)》是工信部主管、北京航空航天大学主办的学术性理论刊物。创刊于1988年,国内外公开发刊,双月刊,120个页码。该刊以马列主义、毛泽东思想、邓小平理论为指导,以经济建设为中心,坚持四项基本原则,坚持改革开放,贯彻“百花齐放、百家争鸣”的方针,刊登反映人文和社会科学领域前沿性、交叉性和创新性

的最新学术成果,基础理论与应用研究相结合的,关注国内外社会发展中的重大理论热点、难点问题,研究论文、报告、问题讨论和综述等,目的是为社会与经济发展服务,促进精神文明建设,繁荣人文与社会科学研究,为学校的教学科研服务。



国内统一刊号: CN 11-3979/G

国际标准刊号: ISSN 1008-2204

主要栏目:

公共政策与治理、航空法与外层空间法、马克思主义理论创新、法学论坛、经济与管理、语言与文学、高教研究。其中“空间法”栏目被评为全国高校社科期刊特色栏目、北京市高校人文社科学报名栏。

该刊为:

RCCSE中国核心学术期刊
《中国社会科学引文数据库》收录期刊
《中国核心期刊(遴选)数据库》收录期刊
《中国期刊全文数据库》收录期刊
《中国学术期刊综合评价数据库》统计源期刊
《中文科技期刊数据库》收录期刊

该刊获:

全国高校优秀社科期刊
全国理工农医院校社科学报优秀期刊
全国理工农医院校社科学报优秀编辑部
北京市高校人文社科优秀学报

主编:郑晓齐

常务副主编:杨丹阳

文字编辑:孔玲

地址:北京市海淀区学院路37号 邮编:100191

电话:010-82338013

网址: <http://bhxb.buaa.edu.cn> E-mail: bhskxb@buaa.edu.cn



北京航空航天大学学报(社会科学版)



北京航空航天大学学报
(社会科学版)
第27卷第3期
2014年5月

目次

主 编:郑晓齐
常务副主编:杨丹阳
英文审译:李 蒙
文字编辑:孔 玲
主 管:中华人民共和国工
业和信息化部
主 办:北京航空航天大学
编辑出版:《北京航空航天大学
学报(社会科学
版)》编辑部

公共政策与治理(栏目主持:杜治洲)

论危机事件中冲突管理的沉默策略及风险 马道全(1)
德国医保的特色
——国家调控与市场化运行 隋学礼(6)

航空法与外层空间法(栏目主持:高国柱)

民用航空器上不循规旅客处罚比较研究 刘 浩(13)
航天发射行为对第三人损害之危险责任研究 李亚娟, 丁 鑫(20)
动态补贴利益的认定
——以美国诉欧盟大型民航客机补贴案为例 崔诗婉(25)

政治宪法学专题(栏目主持:泮伟江)

政治宪法的弹性 凯思·尤因(30)
政治宪法留下了什么? 亚当·汤姆金斯(44)
一样的宪法,不一样的政治
——《论宪法作为国家的根本法与高级法》之分析 翟小波(53)
共存而优先
——一种常态政治下的政治宪法理论 田飞龙(60)
司法审查的民主视角
——以《论美国的民主》为中心 陈 燕(69)

马克思主义理论创新(栏目主持:赵义良)

一种马克思主义的生态文明如何可能?
..... 吐尔逊娜依·赛买提, 李杰伟(75)
基于生态文明视角的技术理性批判 金梦兰(81)

经济与管理

基于内生增长理论的人口生育率问题研究
..... 贺 俊, 胡家连, 刘青芳(85)
基于旅游软实力的县域旅游品牌构建
——以浙江衢江为例 金运成(90)

语言与文学

语言何以是存在的家
——海德格尔的存在主义语言观浅论 王 遥, 李景娜(94)
荒野中别样的哥特之花
——《最后的莫希干人》哥特特色浅析 肖燕姣(99)
水泥裂缝中开出的花朵
——狂欢化解读伊恩·麦克尤恩《水泥花园》里孩子们的笑
..... 麦丽斯, 郑 飞(104)
翻译教学的伦理层面批评 冯亚玲(109)

高教研究

创新校企合作学生实习的新模式
——北航中法工程师学院实习模式研究与实践
..... 王乐梅, 姜 姗(113)
非通用语工程师培养的教学与实践
——以北航中法工程师学院为例
..... 萨日娜, 于黎明, 唐宏哲(117)

CONTENTS

Analysis of Silence Strategy and Risks for Conflict Management in Crisis Event *Ma Daoquan*(1)

Health Insurance System in Germany: National Regulation and Market-oriented Operation *Sui Xueli*(6)

Comparative Study on the Punishment of Unruly Passenger on board Civil Aircraft *Liu Hao*(13)

Research on Danger Liability of Damage to the Third Party by Space Launch Activities
..... *Li Yajuan, Ding Xin*(20)

On the Issues of Dynamic Benefits: Take the Example of Lawsuits between the US and EU Concerning
Subsidies for Large Civil Aircraft *Cui Shiwan*(25)

Resilience of Political Constitution *Keith Ewing*(30)

What's Left of the Political Constitution? *Adam Tomkins*(44)

The Same Constitution, the Different Politics: A Comment on *The Constitution as the Basic and Higher Law*
..... *Zhai Xiaobo*(53)

Coexistent and Prior: A Theory of Political Constitution within Normal Politics *Tian Feilong*(60)

On Judicial Review from the Perspective of Democracy: Centered around *Democracy in America*
..... *Chen Yan*(69)

How Can an Ecological Civilization of Marxism Be Possible? *Tuerxunnayi Saimaiti, Li Jiwei*(75)

Criticism of Technical Reason from the Perspective of Ecological Civilization *Jin Menglan*(81)

Study of Fertility Rate Based on Endogenous Growth Theory *He Jun, Hu Jialian, Liu Qingfang*(85)

Soft-Power Based Brand Building of County Tourism Travel: A Case Study of Qujiang, Zhejiang
..... *Jin Yuncheng*(90)

Language is the Home of Existence: A Tentative Study of Heidegger's Existentialist View of Language
..... *Wang Yao, Li Jingna*(94)

A Different Flower of Gothic in American Wilderness: Brief Analysis of Gothic Features in *The Last of the
Mohicans* *Xiao Yanjiao*(99)

Flowers Growing in the Cement Cleft: A Carnival Reading of Children's Laughter in Ian McEwan's
The Cement Garden *Mai Lisi, Zheng Fei*(104)

Ethical Criticism on Translation Teaching *Feng Yaling*(109)

Innovative School-enterprise Cooperation Model of Student Internships: Research and Practice of
Sino-French Engineer School of Beihang University *Wang Lemei, Jiang Shan*(113)

Teaching and Practice of Non-universal Languages Engineer Training: A Case Study on Sino-French
Engineering School of Beihang University *Sa Rina, Yu Liming, Tang Hongzhe*(117)

论危机事件中冲突管理的沉默策略及风险

马道全

(南京航空航天大学 艺术学院, 江苏 南京 210016)

摘要: 沉默作为非语言传播符号具有依附性和多义性的特点,它使得沉默天然具备规避冲突的特质。危机事件的巨大破坏性使各种冲突在短时间内变得集中而剧烈,作为策略性的沉默在危机事件管理中形成了诸如背离、辩护、强化等有利于冲突规避的机制。但同时,沉默的管理策略因危机事件的特殊性会导致一些风险的存在,诸如相关人物和政府部门之间的神秘性和对事件处置的不确定性,在公众中形成被动的人物和政府部门形象,导致危机事件管理过程中的错误决策。

关键词: 危机事件;冲突管理;沉默;风险;冲突规避

中图分类号: D63

文献标志码: A

文章编号:1008-2204(2014)03-0001-05



Analysis of Silence Strategy and Risks for Conflict Management in Crisis Event

Ma Daoquan

(Arts College, Nanjing University of Aeronautics and Astronautics, Nanjing 210016, China)

Abstract: Silence naturally has the feature of avoiding conflicts because it has characteristic of attachment and polysemy as a nonverbal symbol of communication. Massive destruction of crisis event makes various conflicts to become concentrated and intense in a short period of time, as a strategy, silence contributes to structuring mechanisms of avoiding conflicts such as divergence, defense, intensification and so on in crisis management. But at the same time, the strategic silence of management results in the following risks: mystery of political persons and governments and uncertainty of event handling, passive images of political persons and governments in the public, the wrong decision made in the crisis management process.

Key words: crisis event; conflict management; silence; risk; conflict avoidance

一、引言

危机事件具有突发性、不确定性及广泛的危害性等特点,严重威胁公众生命、健康、财产等安全,因此,危机事件本身孕育或存在着冲突,冲突的大小、强弱与事件的公共性程度、涉及的领域及范围、涉及的人群及利益相关度等密切相关。危机事件中,冲突的本质是利益冲突,同时还包括责任冲突、关系冲突和补偿冲突等。

危机事件的发生、处置往往会牵涉到多个部门,

各部门之间积极、主动的协调与合作是有效减少事件的危害、避免更大的财产损失和减少人员伤亡的关键。但由于不同领域和不同部门之间存在错综复杂的利益关系,为避免本领域或本部门利益因事件处置而受到损害,各部门在事件处置中通常会在积极与消极、主动与被动之间进行选择。选择的原则就是利益最大化,基本策略就是有所为有所不为,即对本部门有利至少不会使本部门利益受损害的可以作为,对本部门无利甚至使本部门利益受损的少为甚至不为。其中最常见、最主要、甚至是“最优的”少为和不为方式就是沉默。

二、沉默:作为规避冲突的 一种管理策略

较早对沉默进行系统研究的是美国学者布林纳(Brunneau)、托马斯·乔(Thomas J)和理查德·L·乔汉森(Richard L Johannesen)。布林纳和托马斯·乔定义了三种沉默的形式,即心理语言沉默、交往沉默和社会文化沉默,并探讨了交往沉默的四种功能,即尊重或不尊重权威者的标志,反对“暴力表达和愤怒”的策略,管理者(权威者)通过让下属思考而创造其独立性的技巧,作为通过修辞控制行为的一种手段。^[1]这四种功能包含了冲突的存在以及通过沉默对冲突进行控制和管理的思想。乔汉森列举了二十种潜在的沉默的含义,提出“因为害怕而逃避具有争议的和敏感的问题的讨论”“通过排除话语传播将沉默作为惩罚和挫败他人的一种手段”,并“作为愤怒的标志”等通过沉默回避或控制冲突的观点。^{[2]29-30}乔汉森认为,“沉默有时被当作社会保护的一种策略”,并“经常被政治候选人在竞选运动中用来回避问题、承诺和不必要的冲突”。^{[2]32}较早对沉默进行经验研究的德国学者伊丽莎白·内尔·纽曼于20世纪80年代提出了“沉默的螺旋”理论,该理论同样强调了冲突规避在舆论形成中的作用。^[3]

但并不是所有沉默均被认为是管理冲突的策略。“虽然沉默无处不在,但并不是所有的沉默均是策略性的。只有当话语表达被期待时,沉默才成为策略。当某人被强制去说但又不说时,沉默才是策略性的。”^{[4]289}因此,作为冲突管理的策略,沉默须满足以下条件:(1)话语表达可能导致冲突的发生或强化冲突的强度;(2)冲突导致的风险或利益损失比沉默导致的风险或利益损失要大得多;(3)存在外在压力要求公开表达,而当事者因风险或冲突规避拒绝公开表达。由此可见,沉默是利益主体在利弊权衡之后的一种策略性选择,目的是避免公开的话语表达所导致的冲突的发生、扩大和深化,从而有效保护个体或集体的特定利益。

作为冲突管理的策略,沉默亦呈现出文化的差异性。沉默的社会和文化状态是社会互动的策略,社会和文化背景的差异使得沉默在不同民族、国家和文化情境中具有不同的意义和功能。“因此,愿意或不原意公开表达自己的观点因文化不同而变化,并且取决于社会文化对该行为的理解。”^[5]沉默

的意义、沉默行为的发生以及沉默的功能取决于沉默行为产生的文化环境,“作为一种传播,沉默传递的各种含义取决于文化的诠释”^[6]。

三、在中国特定的文化语境中 理解策略性沉默

中国传统上是一个权威和权力依附型社会,要求个体服从或依附权威和权力,迎合、顺从权威和权力并在权威和权力的庇护下获得生存和发展的机会与空间,缺少顺从和服从的个体被认为是社会化不足,并且有可能丧失或缩减生存和发展的空间。因此,公开的反对观点的表达被认为是公然藐视或冒犯权威和不服从或抵抗权力或命令的标志,或被认为是企图挑战或打破已经形成的支配关系。冲突性话语特别是公共场合中的冲突性话语通常是被社会禁止的。为避免冲突性话语导致的社会性惩罚,中国依附型文化向来鼓励冲突语境下的沉默行为,从道家的“无为”到儒家的“中庸”再到法家的“少为”,都或多或少地强调了沉默的正向社会意义,由此可见,在中国文化语境中沉默是对与自己相关的观点或行为不以任何方式作出反应的状态,既是一种“无语言”的状态(话语沉默),也是一种“无行为”的状态(行为沉默)。“言多必失”“祸从口出”“多一事不如少一事”等鼓励沉默的话语已成为警世格言。

沉默总是在特定的情境中发生,特定的情境存在着冲突或存在着导致冲突产生的因素。对于情境主体来说,包含着冲突或导致冲突产生的情境存在着导致利益受损的风险,风险的发生与主体的反应存在较强的相关性,因此,主体往往选择沉默来规避冲突发生的风险,沉默是情境主体在特定的情境中作出的规避冲突发生的策略性行为。具体来说,在中国特定的文化语境中,发生沉默行为的冲突性情境有四种:一是因观点或行为与大多数人不一致或与社会统一性要求不一致,观点或行为的表达可能使自己处于被排斥或被孤立的境地;二是在具有较大风险的事件中,观点或行为的表达可能使自己卷入事件而带来冲突的风险;三是在有利益冲突的环境中,观点或行为表达可能会增大冲突的强度,导致关系恶化,从而使利益受损;四是因事件性质或特点不明朗,风险尚不明确,为避免不准确甚至错误的观点或行为出现而采取沉默的策略,以便观测事件的

风险而采取相应的对策。

沉默作为规避冲突风险的管理策略,既与情境中存在的冲突性风险大小相关,也与沉默本身的特点相关。沉默具有两个主要特点。一是沉默的依附性。语言和行为具有一致性、连贯性的特点,易于形成整体性的文本,从而形成自己特定的语境,在特定的语境中不需要借助语言或行为之外的条件亦可传播较完整的语义,根据语言和行为的先后关系、逻辑关系等,语言和行为可以较明确地、清晰地传播各种意义。但沉默是静止的、单一性的符号,静止性和单一性使沉默缺少明确地传播特定观念的能力,因此,必须将沉默以及形成沉默的语言、行为、事件等组合在一起才能准确、清晰地理解沉默的意义。沉默仅是其所处的多重文本的一个组成部分,其本身不具有独立性,始终依附于沉默的整体性情境,脱离沉默的整体性情境,沉默不具有任何传播价值。二是沉默的多义性。沉默采用依附性的表达方式,其意义取决于沉默的情境,情境具有客观性和主观性的特点,即情境由客观物质和客观事实以及对客观物质和客观事实的认知构成,包括语言、行为、事件、意义和文化等。“在人际交往中,一个人也许会赋予另一个人的沉默以什么样的含义取决于参与者的背景、场合,以及围绕沉默的语言和非语言的语境。”^{[2]29}由于情境认知建立在各自不同的知识、背景、习惯和观念等的基础之上,因此,主体对客体认知存在差异。“个性以前的经验以及个体的文化环境将影响他如何认知沉默以及赋予沉默何种意义。”^{[2]29}由此可见,沉默因情境的变化及主体认知的差异而又具有多义性的特点。沉默的依附性和多义性使得沉默天然具有规避冲突的特质。

虽然沉默行为是沉默者在特定的情境中采取的冲突规避的策略,但沉默行为本身在中国特定的文化环境中,依然被理解为间接性表达意义的符号,即作为语言和行为表达的替代性符号,因此,在中国特定的文化环境中沉默具有多重意义。

一是表达置身事外的态度。话语或行为最低限度地表达了言说者对事件或人物的态度及观点,而态度和观点的表达意味着参与或卷入事件的利益之争,可能给表达者带来利益冲突的风险,即因支持或参与具有利益之争的事件而可能导致利益被损害的风险。因此,避免利益受损的最佳行为就是沉默,即以沉默来表达中立的态度或不表达任何态度与观点,从而避免参与或卷入某个事件而达到置身事外

的目的。

二是不满、否认、反对和抵制。即以沉默的方式表达不满的态度,或表达对某一观点、行为的否认、反对,甚至是以沉默的方式对某一观点或行为进行抵制。因为明确的话语或行为对抗可能导致双方冲突强度增大,从而使一方或双方受到更多的损害。

三是表达顺从或妥协的态度。虽然不认可对方的观点或行为,但由于处于被支配的地位或相对弱勢的地位,为避免因明确的话语或行为表达而导致冲突的风险,于是采取沉默的方式表达顺从或妥协的意愿。而顺从和妥协又满足了中国依附型文化的要求,从而有效地避免了冲突的发生,最大限度地保护了既得利益。

四是对不当或错误的观点或行为的认可。不当或错误可能或已经损害了他人的利益,因此,不当或错误本身包含着冲突或导致冲突加剧的可能性。当不当或错误发生时,拒绝通过话语或行为的方式向他人明确承认或否认不当或错误的存在,因为以话语或行为的方式承认过错即意味着过错的明确性,也意味着明确的责任承担,而沉默是逃避责任承担的有效方式,即承认过错但不愿意承担责任。而以明确的话语或行为否认不当或过错的存在,则有可能导致冲突升级或加剧冲突的强度。

四、策略性沉默规避冲突风险的机制

沉默的依附性及多义性要求必须结合具体语境才能准确理解沉默者的意图,当语境不明确时,沉默多重意义的复合会使人无法理解,因此,沉默通常被认为是让人难以接受的表达方式。但沉默的依附性及多义性使得沉默通常又被认为是最恰当和最佳的表达方式,因为其有利于形成规避冲突的管理机制。

危机事件的巨大破坏性且其处置过程中涉及原因、责任、赔偿及恢复等问题,使得各种利益冲突在较短时间内变得集中、剧烈且错综复杂。利益冲突导致利益主体在危机事件处置中选择沉默的表达方式以形成规避冲突风险的机制,主要有以下五种。

(一) 背离机制

即背离沉默者本意进行歪曲理解。此种管理策略是基于沉默行为的依附性和多义性而导致的对沉默行为的理解及使用的可选择性。即明知沉默本意,但故意反向理解或故意误读沉默意义,选择并使

用了对自己有利的方面。

(二) 辩护机制

由于沉默行为的多义性,对于沉默者来说,任何关于沉默行为意义的理解均具有可辩护性。即沉默者可以抛开沉默的本来意义,在受到批评或话语攻击时根据自身的利益对任何关于沉默行为的理解或关于事件的观点进行辩护。沉默为观点和行为的适时表达提供了较大的回旋空间。

(三) 纠错机制

对沉默行为的理解以及在理解基础上产生的行为可以因沉默的依附性及多义性而脱离沉默者本来的行为取向。因为沉默的编码意义与解码意义具有较多的不一致,由此产生了编码者的行为期待与解码者的实际行为不相符合的情况,而这种不一致恰恰可以成为双方应对事件的策略。当实际行为出现不当或过错时,双方均可以以对沉默的误读为借口而逃避责任承担和惩罚,并可以以误读为借口对过错或不当进行合法的纠正。

(四) 强化机制

因为沉默给基于对沉默的理解而产生的行为提供了较大的空间,当实际行为趋向于被公众或他人肯定的方面发展时,可以通过对被肯定的行为的强化,而赋予沉默以正向的意义。换言之,不管沉默本来的意义是什么,均可朝正向的意义去阐释,并将阐释的意义附加于行为或事实之上。

(五) 弱化机制

当因不当或过错而导致或可能导致冲突发生或加剧时,针对不当或过错,长时间的沉默使冲突性话语或事件逐渐从公众视野中消失,或者被其它话语或事件取代,从而间接压制或缓解了冲突爆发或深化的可能性。

五、策略性沉默在冲突管理中的风险

危机事件因其突发性、不确定性、复杂性以及广泛的危害性而具有较大的风险。风险之一是事件性风险,即危机事件本身导致的对生命、财产等损害的风险;风险之二是外围风险,即由危机事件相关的外围因素引起的风险,这是围绕危机事件而产生的各种利益冲突及关系冲突而导致的利益受损害的风险。事件性风险通常由肇事者本人采取措施来规避,其后果也通常由肇事者来承担,但外围风险通常由参与者或卷入者本人来预防,一旦发生,其后果通

常也是由参与者或卷入者来承担。因此,外围风险发生的条件就是参与或卷入事件,不参与或不卷入就成为规避外围风险最基本的条件,而不参与或不卷入的最优选择就是沉默。在危机事件中,以沉默的方式来规避冲突主要通过两种方式,即不回应和不作为。

回应和作为是危机事件最基本也是最重要的处置行为,是积极、主动应对危机事件,减少事件危害性最有效的处置方式。但对当事者而言,如果危机事件涉及复杂的利益冲突或关系冲突,或者危机事件牵涉重大利益或敏感利益时,回应和作为则意味着以主动的姿态参与事件,存在着导致外围风险发生的可能。对当事者而言,外围风险在某种意义上比事件性风险具有更大的危害性或导致当事者更严重的利益损失。为避免外围风险的产生,特别是事件性风险与外围风险难以同时避免时,当事者选择了预防外围风险发生的策略——沉默。

危机事件中,当事者为预防外围风险的发生而采取的沉默策略,是以牺牲国家利益和公共利益为代价来维护个人利益和部门利益,这种以个人利益和部门利益为中心的处置策略极有可能使危机事件丧失最佳处置时机,纵容违法和不道德行为,导致危机事件恶化,甚至危及公共安全。

危机事件中,沉默的管理策略可能带来以下风险。

(一) 导致相关人物和政府部门的神秘性及事件处置的不确定性

话语表达具有明确性和理性的特点,特别是在危机事件处理的过程中,由于事件具有破坏性和不确定性,尤其需要相关部门对事件起因、处理措施以及影响等作出解释和说明,以理性的话语给予公众明确的信息指导。虽然策略性沉默在主观上具有规避冲突的意愿,但在危机事件的处置中,最大的冲突则是由事件本身所导致的安全需求与供给、事件控制以及损失与赔偿等冲突,最有效地规避冲突的策略应是积极采取有效措施控制事件的扩展与深化,提供充分的物质与技术援助满足公众的安全需求,努力寻求减少公众损失的路径等。而策略性沉默失去了话语的理性与明确性,使公众无法获取与危机事件直接相关的信息,导致事件处置处于“魅”的状态,“魅”的状态将与危机事件相关的人和政府部门以秘不可知的形象呈现在公众面前,也使公众感知到事件处置的不确定性。这种因策略性沉默而产生

的神秘性和不确定性则会使公众因为担心公权力使用的公平性与合法性以及事件处置的有效性而处于压抑和恐惧的心理状态,极易发生公众行为的混乱,从而无法形成一致的处置策略和步骤,加剧事件处置的难度,导致事件横向和纵向升级。

(二)在公众心目中形成了被动的人物与政府部门形象

危机事件因其公共性质以及对生命、财产等存在安全威胁极易引起公众的关注,对事件影响的担忧以及强烈的自我保护意识强化了公众对事件处置信息需求的迫切性与系统性。即使相关责任者和相关政府部门围绕事件采取了有力的举措和有效的行动,但沉默使公众处于不知情的状态,这种不知情的状态与公众信息需求的强度及广度产生冲突,冲突使公众开始关注沉默本身,“当人们期待说出但却没有说出,策略性沉默便发生了。在这些情况下,公众注意力被吸引到了沉默本身”^{[4]290}。对沉默本身的关注形成了公众期待,即打破沉默,当该期待没有得到满足时,则会引起公众对相关责任人和政府部门的失望,进而形成了公众对相关人物和政府部门对事件处置态度、能力和行为的猜测与怀疑,从而在公众心目中形成了被动的人物和政府部门形象。“策略性沉默,创造了一个被动的人物角色。人物也许是积极行动的,但是如果没有向公众传播这些行为的说明,那么人物形象在话语上是被动的。”^{[4]293}猜测、怀疑及其所产生的被动的人物和部门形象,强化了让公众通过外围渠道获取事件信息的愿望,从而创造了小道消息及谣言需求,外围信息的零碎性及不准确性导致公众自行处置事件的行为存在较大的风险,风险的存在又进一步加剧了公众对责任者和政府部门的失望和不满。被动的人物和政府部门形象使公众在面临危机事件时始终处于不确定的状态,始终怀疑沉默者处理、解决危机事件的能力,“怀疑与不确定多数被认为是公共关系问题,它影响政治人物与公众的关系”^{[4]299}。政治人物和政府部门与公众的关系首要是信任关系,被动的人物和政府部门形象破坏了这种信任关系,导致政治人物和政府部门公信力下降甚至丧失。

(三)无法获得充分的决策信息,导致错误的决策

危机事件的发生很少具有偶然性,通常是由人类非理性的生产、生活活动引起的,相当一部分危机事件发生的原因是系统性的,是自然、社会等多种因素长期共同作用的结果。因此,危机事件的处置也绝不仅仅是针对某一具体危机的处置,具有系统性的特点,需要从因果关系入手,系统性地解决危机事件。从宏观层面看,中国近年来发生的危机事件多具有重复性和相似性的特点,如地质灾害、食品安全、房屋拆迁、火灾和矿难等。重复性和相似性说明中国对危机事件的处置缺少系统性。系统性解决危机事件包括两个方面,一是宏观方面的系统性,即在全社会范围内根据因果关系从体制改革、法制建设、社会管理等社会宏观管理方面消除危机事件发生的根源,并形成处置危机事件的系统性策略和措施;二是微观方面的系统性,即针对具体危机事件形成系统性的处置举措。系统性处置危机事件的先决条件就是信息传播的系统性和透明化,需要及时、全面地向公众发布关于危机事件的各种信息。策略性沉默违背了危机信息发布的系统性和透明化的原则,使事件处置部门和相关个体无法获取充分的决策信息,无法有效应对事件,甚至导致错误的处置决策。

参考文献:

- [1] Brunneau, Thomas J. Communicative silences: forms and functions [J]. *Journal of Communication*, 1973, 23: 17—46.
- [2] Richard L. Johannesen. The functions of silence: a plea for communication research [J]. *Western Speech*, 1974 (Winter): 29—32.
- [3] Elisabeth Noelle Neumann. The spiral of silence: public opinion—our social skin [M]. 2nd ed. Chicago: University of Chicago Press, 1993: 250—277.
- [4] Barry Brummette. Towards a theory of silence as a political strategy [J]. *The Quarterly Journal of Speech*, 1980, 66: 290—299.
- [5] Waipeng Lee, Benjamin H. Detenber, Lars Willnat, et al. A cross-cultural test of the spiral of silence theory in Singapore and the United States [J]. *Asian Journal of Communication*, 2004, 14(2): 207.
- [6] Bonvillian, Nancy. Language, culture, and communication: the meaning of messages [M]. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2000: 47.

德国医保的特色

——国家调控与市场化运行

隋学礼

(北京航空航天大学 公共管理学院, 北京 100191)

摘要: 以社会福利原则为基础的社会医疗保险制度是德国医疗保障制度的核心,强调国家是医疗健康服务领域的最后责任人,而不能让自由的市场力量去承担这个任务。国家调控、医疗保障资金筹集和支出的市场化运行、非营利机构和私人绩效提供者构成了具有德国特色的医疗保障制度的基本框架。尽管不同领域存在着特殊性,但医疗保障制度的基本架构在所有医疗服务领域内是普遍存在的,并在德国经济与社会发展过程中起着十分重要的支撑与保护作用。

关键词: 德国社会医疗保障制度;国家调控;医疗保障资金筹集和支出;市场化运行;社会福利原则;医疗服务主体

中图分类号: D035; F840.613

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0006-07



Health Insurance System in Germany: National Regulation and Market-oriented Operation

Sui Xueli

(School of Public Administration, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: Based on the principle of social welfare, social medical insurance system is the core of the German medical security system, which stresses that the German government is the one responsible for the medical health service rather than the free market. The German health insurance system features national regulation, market-oriented operation of medical insurance fund raising and expenditure, non-profit public organizations and private performance providers. Despite the existence of specificity in different areas, the basic framework of health security system is widespread in all areas of health care services and plays a very important role in supporting and protecting the economic and social development in Germany.

Key words: social medical insurance system in Germany; national regulation; medical insurance fund raising and expenditure; market-oriented operation; social welfare principle; subject of medical service

一、三种医疗保障模式与 德国的选择

根据调节方式、医疗保障资金筹集渠道和医疗服务提供主体的差异,世界范围内医疗保障制度大致分为三种模式:国家医疗保障制度模式、市场经济医疗保障制度模式和社会医疗保障制度模式。纯粹的医疗保障制度模式在现实中并不存在,大多数国家采用的是混合模式,在实际运用中设定各自的重

点并随着时间的推移而不断地改革与创新。

在国家医疗保障制度模式中,医疗服务直接由国家或者公共机构提供,绝大多数医生是政府或者其他公共机构的雇员,私人医疗服务仅仅扮演一个非常弱的角色。医疗保障所需要的资金主要通过税收方式筹集,并由中央政府根据国家统一的计划分配资金,医疗服务水平和资金使用状况直接受国家的控制和检查,居民通常免费接受医疗卫生服务。

在市场经济医疗保障制度模式中,国家只是规定一般的框架条件,居民疾病风险的保障由医疗服

务供求双方在医疗市场上自由博弈。医疗服务主要是私人供给方式,所需要的资金大部分来源于向私人保险公司缴纳的保费。尽管美国的医疗保障制度最接近这种模式,但也存在一定的偏离。美国有不少居民没有足够的支付私人医疗保险费用,因而多年以来美国政府采取必要的措施建立了一个特殊的医疗保障制度,用税收资金为穷人和需要救助的人支付医疗费用。因此,Simon认为,这样就可以解释为什么美国在20世纪90年代中期有超过三分之一的税收资金花在了医疗保障上面。^[1]⁸⁵尽管如此,还是有相当多的美国人并没有基本的医疗保险保护。

德国医疗保障模式^①既不是国家医疗保障制度模式,也不是市场经济医疗保障制度模式,而是社会医疗保障制度模式,这与具有德国特色的社会医疗保障制度的历史发展高度相关,同时也是德国实行的社会主义市场经济制度的直接要求。德国医疗保障制度的发展历史悠久,其两个重要的结构性特征——行会组织和法定医疗保险制度可以在中世纪找到踪迹,而且一直到1996年,德国绝大多数法定医疗保险机构还是按照中世纪已经确立下来的行业标准来进行规范的。^②Frerich和Frey指出,法定社会保险^③的前身是中世纪的行会和兄弟会以及从他们当中衍生出来的具有自我帮助和互助性质的合作社组织。^[2]德国法定社会保险机构主要包括按照经济组织分类的矿工保险机构、海员保险机构、手工业行业保险机构和按照职业分类的职员保险机构以及按照特定企业性质分类的企业保险机构,这也反映出构成法定社会保险的主体非常复杂。从历史发展的角度看,早在中世纪就已经存在与当今德国法定社会保险相似的制度性特征:医疗社会保险与劳动关系相联系、强制保险、资金筹集来源于缴纳的保险费用、实施家庭共同保险和行业实行自我管理。德国医疗保障制度的一个重要的制度性特征就是政府的引导与调节,这也可以在当时的社会医疗保险当中找到踪迹。在德国,国家或者政府对于医疗保障的调节历史悠久,早在17至18世纪,各个地方诸侯就不仅掌握着调节医疗保障的权力,还能够对已经形成的实行自治管理的各类行会规定各种各样的限制性条件。^[3]当时人们主要通过成立行会基金和同业公会基金(即当今各种形式的医疗保险机构的前身)来共同承担疾病风险并进而保护成员的利益。到了19世纪,由于社会和经济结构发生了巨大的变化,原有的用行会基金和同业公会基金等形式来解决工人疾病风险的方式已经不再能满足需求,因此,

从19世纪后半期就开始了由国家来承担医疗卫生基本任务的进程,同时,国家社会福利政策的覆盖面在逐渐扩大,医疗保险对象不仅包括工人,还包括短期雇工和迁移中的手工业学徒。从国际比较视野来看,德国对医疗保障进行调控的权力还是相对较大的,其对法定医疗保险的绩效提供及医疗保障制度中最重要的薪酬制度都做了比较详细的规定,此外,在整个德国范围内签约医生的需求计划、开设诊所的数量以及各个州的公立医院计划也都在国家的控制范围之内。当然国家的控制不能超越宪法,也就是说国家对医疗保障制度的调控不是指规定某个居民必须到某一个诊所去看病,或者医疗服务提供者在某个地方开诊所并提供医疗服务,而是指在宏观经济层面即整个社会层面上制定激励机制与惩罚机制,并在国家层面上合理配置医疗资源。从狭义角度来看,虽然国家并没有义务在基本生存的框架范围内向居民提供所有的医疗绩效服务,但国家有义务通过法律的扩展来创造条件为居民提供良好的医疗服务,即国家必须为居民提供充分的医疗方面的社会保障。

简而言之,德国社会医疗保障模式体现出鲜明的德国特色。一方面,国家运用行政权力调节医疗保障的范围和权限比较大,并通过国家行政机关实现了对医疗服务相关事务的调节,这充分体现政府调控的作用。另一方面,市场化运行的特征又非常明显,这表现为资金筹集主要是通过社会保险费用缴纳的方式,医疗服务既由公共机构也由私人机构来提供。同时,医疗保险机构与医疗服务提供者(医生和医院)签订医疗服务合同,以保证被保险人能够享有最基本的医疗服务。

综上所述,国家医疗保障制度模式的特点是绝大多数的资金来源于税收,公共机构是提供医疗服务的主体。市场经济医疗保障制度的特点是国家调节的范围和权限很小,私人资金筹集占非常大的比例。而社会医疗保障制度模式的特点是,国家和政府的作用相对较大且较为明显,医疗资金主要来源于社会保险费用的缴纳,医疗服务提供者主要是非营利机构和私人机构。

二、德国医疗保障制度的国家调控特征

德国建立的经济制度是社会主义市场经济制度,混合经济形式是其典型表现,社会福利国家自然是它的不二选择,以社会福利原则为基础的社会医疗保

险制度是德国医疗制度的核心和保证,互助原则是社会保障在疾病预防和治疗服务方面最重要的核心原则。强调国家是医疗健康服务领域中的最后责任人,而不能让自由的市场力量去承担这个任务。^[4]国家是医疗制度调控的最高和最终起决定性作用的机构,具体的医疗供给制度的建立则是由费用承担者(被保险人)和绩效提供者(医疗保险公司、医生联合会和医院联合会)之间通过谈判来完成的,其中各类协会和联合会扮演着特别重要的角色。例如:以公法社团形式出现于1883年的法定医疗保险,1931年与医疗保险机构签约的医生联合会以及私人医疗保险机构等是比较重要的协会、联合会,如果它们之间彼此不能达成一致或所达成的协议与法律相抵触,那么,国家可以凭借其最后的决定权来进行调节。

(一) 国家在法律层面对医疗保障进行调节

德国是一个联邦制国家,立法权限分为三个层面:专属联邦立法、竞争性立法和联邦框架性立法。专属联邦立法的权限只在联邦,如涉及国防、国籍、关税或者邮政等方面的立法。在竞争性立法方面,联邦和州都有权限,但各州的法律并不能在整个联邦范围内有效,如从1969年开始生效的医院资金筹集法就属于竞争性立法。在联邦框架性立法领域,联邦有权批准对各个州都具有约束力的框架性立法,如公共服务、高等教育或者自然保护等方面的立法。此外,各州也能通过联邦参议院(Bundesrat,又叫第二议会,由各州政府的代表构成)对联邦立法产生一定的影响。联邦参议院的共同权力是分层次的。在申诉法方面,联邦参议院能够推迟但不能阻止由联邦议会通过的法律生效时间。在同意法方面,法律生效必须得到联邦参议院多数的明确同意。^[4]只要联邦不使用其立法权限,或者通过联邦法律对各州做出让步,那么,各州就会在其具有立法权限的框架范围内立法,如州医院法和州护理法等。

(二) 国家在行政管理体制层面对医疗保障进行调节

国家行政管理的任务和管辖权是在联邦和州之间进行垂直分配的,这种权力垂直分配的特点在德国医疗制度管理上具有特别的意义。联邦负责医疗制度管理的最高行政管理机关是联邦卫生部,其最主要的任务就是起草并提出与医疗卫生相关的法律草案、制定规章制度以及在实际工作中对相关机构^[5]进行监督。除此之外,联邦卫生部还设置了一个专门负责德国卫生发展状况评估的专家委员会,

每两年发布一份健康医疗服务方面的评估报告及一些特别的报告。

各个州属机构必须在法律赋予其权限的框架内监管联邦和州的法律实施情况。一般来说,州的最高机构是社会部或医疗健康部或州参议院的主管机构,州医疗健康局和卫生健康领域的其他机构都要服从其领导和管理。州主管机构对地方医疗健康局实行专业监管,特别是对州直属的医疗保险机构和护理保险机构以及每一个签约医生联合会进行监管。对于医院管理来说,最重要的任务是对列入医院发展计划中的医院进行发展计划和投资促进规划的制定,以促进医院健康良性发展。与联邦不同的是,州还是医疗健康服务供给设施的承担者,这主要是指大学的附属医院和州属精神疾病医院。

镇和独立城市^[6]不是德国国家行政管理体制的组成部分,而是拥有基本法保证的、实行地方自我管理即自治的、相对独立的区域性团体,因此,它们不拥有国家的调节权限,只是承担监控地方医疗卫生机关遵守法律规章制度的任务,特别是监管与健康有关的从业者和相关设施、生活必需品和药品的流通、传染病的预防和治疗、健康教育与咨询等。总之,地方政府的中心任务就是提供与健康相关的各类服务。

(三) 协会、联合会:实现国家调节任务的核心机构

在德国社会医疗保障制度中,各类各种层次的协会、联合会具有特别重要的作用。它们一方面是各自成员利益的代表,另一方面也要接受国家的委托以完成国家调节的任务,如医疗保险公司和签约医生联合会就承担着由法律所赋予的诸多任务。这些机构一般采用公法社团或者私法社团的形式,其以间接、分散的方式完成国家管理的任务,由于它们只是间接地实现国家管理的任务,因而,在面对国家管理任务的时候享有一定程度的自治权力,特别是具有组织协会活动的自治权力。

国家把一部分医疗保障管理的任务对外承包给公共法人社团和私法性质的联合会,其最主要的优点就是可以减轻国家在这些方面的成本费用支出压力,相关人员及机构设置所需要的费用不必由税收资金支持,而是由接受委托的公法社团和私法性质的联合会承担。相应地,这些机构也会对医疗制度的形成、发展等产生影响,并对相关立法的过程产生影响,这又形成了德国的一个现实问题,即德国的协会和联合会对国家制定医疗政策的影响相对其他国家来说是比较大和比较明显的。

除了国家在行政管理体制层面对医疗保障进行调节之外,共同自我管理是德国实现医疗制度调节的另外一个重要要素。2008年7月1日,新成立的法定医疗保险联邦最高联合会取代了之前的8个医疗保险联邦委员会,作为一个最高机构来承担国家层面的任务,同时新建共同联邦委员会^⑦,规范各个法定医疗保险州联合会的职能,规定其主要任务是与各行政区域内的签约医生联合体及签约牙医联合体进行谈判,缔结总体框架合同或集体合同^[5],而联邦卫生部则拥有对联邦共同委员会的监管权力。单个法定医疗保险既可以跨保险领域进行合并,也可以实行部分私有化,这种私有化趋势以及法律形式的变动(从公法主体变为私法主体)强化了法定医疗保险向私人医疗保险的趋同趋势。

如果医疗保险公司和绩效提供者的代表在共同管理委员会或者在谈判当中不能够达成一致,那么预先设置的仲裁机构就会发挥作用。因为仲裁机构原则上没有医疗保险公司和绩效提供者的代表,它由无党派代表和一个无党派主席组成,决策是按照简单多数的原则进行的。如果仲裁机构还不能够解决意见分歧的话,那么双方还有到社会法院和行政法院进行诉讼的机会。寻找解决问题的过程和矛盾调节的多级别程序对于德国的医疗保障制度来说非常重要,因为这不单单是为国家减轻在立法和调节

矛盾方面的压力,同时还为整个社会的和谐发展提供良好的制度保障。

三、德国医疗保障制度的市场化运行

(一)德国医疗保障资金筹集和支出的市场化

德国医疗保障制度主要是通过社会保险缴费来筹集资金的,其资金的支出也是用于医疗保障,资金筹集与支出的市场化行为十分突出。1992年到2011年德国医疗保障的资金支出如表1所示。2004年三分之二的支出是发生在各个社会保险^⑧部门,其中法定医疗保险占总费用的56%。社会保险占全部支出的比例从1992年的66.7%上升到2000年的69.6%,这主要是因为实施了法定护理保险。^{[1]95}2009年该比例为68.1%,2011年是67.8%,基本上保持了一个稳定的态势。法定护理保险虽然减轻了医疗保险公司的负担,但总费用的增加却是非常明显的,特别是门诊护理费用的增加。但需注意的是,法定医疗保险在实施社会护理^⑨保险时减轻了二级护理所提供的护理服务的负担,因为它在实施护理保险之前就已经作为医疗保险的服务绩效而存在了。因此,随着护理保险的实施,这些绩效服务也相应进入到护理保险的绩效服务目录中。

表1 德国医疗保障的资金支出表^⑩

年份/年	全部支出/ 百万欧元	公共 财政/%	社会保险				私人医疗、 护理保险/%	雇主/%	私人 预算/%
			法定医疗 保险/%	社会护理 保险/%	法定养老 保险/%	法定工伤 事故保险/%			
1992	157 584	11.2	62.6	-	2.2	1.8	7.4	4.4	10.3
1995	186 474	10.7	60.3	2.8	2.3	1.8	7.7	4.2	10.2
2000	212 335	6.4	58.4	7.9	1.6	1.7	8.3	4.1	11.6
2004	233 983	6.2	56.2	7.5	1.5	1.7	9.0	4.1	13.7
2009	278 345	4.9	57.8	7.3	1.4	1.6	9.3	4.2	13.5
2011	293 801	4.8	57.3	7.5	1.4	1.4	9.4	4.3	13.7

注:表中的私人预算包括不具备补偿目的的私人组织。

与社会保险比例提高相反的是,公共财政^⑪资金的筹集比例却呈明显的下降趋势。在统一前的德国西部,公共财政的比例虽然呈轻微的下降趋势,但几十年来一直保持在一个大致相同的水平(1970年约为14%,1990年约为13%)。护理保险极大地减轻了社会救助者的负担,因为用于社会救助服务特别是医疗护理的支出已经可以从护理保险中得到补偿,这样一来,德国从1995年起公共财政的比例开始下降,2009年下降到4.9%。法定养老保险资金

筹集的萎缩主要是因为1996年和1997年实施第三个阶段的医疗健康改革,政府大幅度削减了恢复疗养方面的各种费用性支出。从20世纪90年代中期以来,私人补充支付提高了数倍,导致私人预算出现明显的增长,尤其是2000年“红绿政府”^⑫启动的医疗健康改革进一步地把资金筹集的负担转嫁到了被保险人的身上。总而言之,通过减轻国家对全部住院护理的费用负担和明显提高被保险人补充支付的数额,医疗保障制度中资金筹集承担者的排列次序

在最近20年发生了变化。20世纪90年代初期,公共财政是第二重要的资金筹集承担者,到了2000年,私人预算是第二位的,私人医疗保险第三位,公共财政排到了第四的位置。

到了2009年,德国医疗保障资金筹集和支出的数据进一步强化了这一趋势。全部的医疗保障支出为278 345 000万欧元,其中:公立医院为13 655 000万欧元,法定医疗保险为160 854 000万欧元,社会护理保险为20 312 000万欧元,法定退休保险为4 014 000万欧元,法定工伤事故保险为4 459 000万欧元,私人医疗保险为25 957 000万欧元,雇主支出为11 592 000万欧元,私人个体支出为37 504 000万欧元。^{[6]131}私人预算支出(私人医疗保险加上私人个体的支出)第二的位置特征越发明显,雇主的支出与公共财政相关无几,个体支出的费用(包括雇员与雇主)在逐渐增加。2011年此趋势得到了进一步的强化。

公共财政主要是用于支付国家监管和基础医疗设施建设的费用,而来自法定医疗保险、私人医疗保险以及护理保险的费用首先用于绩效提供者的报酬、药品和治疗,辅助工具的费用以及对被保险人的直接货币给付等,因此,医疗保险公司的主要任务是用筹集到的资金直接支付被保险人所接受的医疗服务。对于法定养老保险来说,其保费收入部分主要用于支付住院恢复疗养,法定工伤事故保险主要是负责劳动事故的治疗费用,其在总费用上所占的比例一直比较稳定。而私人预算的资金筹集部分首先是用于补充支付,如用于非处方药、医疗保险不承担费用的补充医疗健康服务。

(二) 德国医疗保障市场化运行的主体

保持绩效服务提供者的多样性,特别是促进非营利机构和私人机构的发展是法律赋予国家对医院、门诊和住院护理等进行管理的一个重要任务。德国医疗保障制度中的绩效提供者主要是公共非营利机构和私人机构。

首先,公共非营利机构主要指联邦、州和镇以及社会保险机构,它们在恢复治疗或者法定工伤事故保险等领域有自己的医疗服务设施。除了联邦军队的医院之外,联邦并没有为病人提供医疗服务或者护理的医院,大学附属医院和精神疾病医院则属于各个联邦州所有。虽然近30所大学附属医院占全部医院的比例不到2%,但却提供了约8%的床位,且其提供的医疗服务水平相对较高。2009年,德国共有503 341张病床,每十万人拥有615张,其中,公立医院拥有244 918张病床,占48.7%;非营利医院

拥有174 711张,占34.7%;私立医院拥有83 712张,占16.6%。2011年,德国共有502 029张病床,每十万人拥有614张,比2009年稍有减少。^{[6]103}

其次,非营利医院、社会福利机构和养老院在德国的疾病治疗和护理当中起着相当重要的作用,其中:教会、福利联合会和公共福利基金会等重要的非营利机构在提供疾病治疗和护理服务方面的作用是不容忽视的,尤其是教会发挥着特别重要的作用。2005年非营利医院的数量占全部医院的比例将近40%,在门诊护理设施方面占40%,55%的养老院属于非营利性质的机构。^{[1]99}2009年,非营利医院拥有病床174 711张,占全部医院的34.7%;2011年,非营利医院的病床数是172 219张。^{[6]103}由此可见,非营利机构在德国社会医疗保障制度中处于重要的地位,是社会互助性质体现的物质基础。

最后,私人医疗机构发挥着不可替代的作用。作为私人企业,它们都是通过为病人提供医疗服务和护理服务而获得经营收益。在宽泛的意义上,不仅包括独立开业的医生、特殊职业健康诊所、药店、为健康提供服务的相关人员(如配眼镜的从业者),还包括私人医院、护理所和养老院。从1980年起,私人医疗机构在住院和护理领域中的比例明显增加,2005年超过五分之一的医疗服务是由私人医疗机构提供的,从2005年开始更是呈现出快速发展的趋势。此外,地方医院的私有化趋势也比较明显,这样使得镇和县的财政负担水平降低,并因此从经济风险当中解放出来。1991年实施的第二级护理服务、1995年实施的护理保险等,直接导致了德国在20世纪90年代建立了数量众多的私人护理服务中心,私人门诊护理所占比例到2005年提高到近58%。而私人养老机构在德国历史上就有比较强的优势,2005年其设施约占全部的38%。2009年,德国全部的护理、恢复等医疗机构所拥有的床位是171 489张,其中,公立医院拥有29 584张,占17%;非营利医院拥有27 410张,占16.0%;私立医院拥有114 495张,占66.8%。2011年,非营利医院拥有30 613张,占18.0%;私立医院拥有113 239张,占66.4%。^{[6]104}

(三) 在立法层面上进一步加强医疗保障制度的改革与发展,继续推进市场化运行

2003年《法定社会保险现代化法》实施之后,进一步加强了医疗服务的一体化进程,实现了门诊治疗和住院治疗的有机结合。医生和医院可以根据费用一揽子计划或者预算编制等不同的报酬费用形式来计算自己应得的报酬,医疗保险公司与医生、医院

和被保险人之间签订单个的合同。实践表明,《法定社会保险现代化法》使市场机制、竞争因素对于医疗保障制度中各相关主体起到了相当大的激励作用。由于被保险人可以自由选择医疗保险机构,这就使得医疗保险企业失去了过去一直拥有的保险市场上的份额保证(以前是按照行业投保,被保险人不能跨行业投保),进一步提高了医疗保险机构的服务意识,被保险人能够得到更好的医疗保险服务。

2007年2月通过的《法定医疗保险——竞争加强法》(GKV-WSG)的改革力度更大,更加鲜明地体现出国家加强竞争、提高效率的改革思路。

医疗保险公司从2007年4月1日起可以跨越不同的保险类型进行合并或兼并,这是一个历史性的巨大变动。从2008年7月1日,所有医疗保险公司在联邦层面上的联合会都要变成民法主体,全国医疗保险公司最高联合会,即全部医疗保险公司联邦层面的最高机构将变成公法主体,由它来代表各个医疗保险公司来行使共同的自我管理权限。从2009年1月1日起,法定医疗保险的资金筹集统一由医疗健康基金来负责。虽然按照保费税率缴纳的保费是由雇主和雇员共同支付,但如果某一个医疗保险公司来自医疗健康基金的分配资金不够用,那么它可以提高保费税率。从2009年1月1日起,对所有居民实行普遍的医疗保险强制,同时加大了从法定医疗保险转为私人医疗保险的难度。从2007年2月2日开始,只允许连续三个年度收入都超过强制保险界限的人进行保险转换。^⑬从2007年4月1日起,更多、更新的医疗服务形式出现在法定医疗保险的服务目录中,如被保险人能够得到诸如家庭医生集中方式的医疗服务、预防注射、个性化的医疗服务管理和老年人健康恢复服务等;要求私人医疗保险从2009年1月1日起推出基本保险费率表,而且所有愿意参加私人保险的人不再需要进行体检就可以投保,因为体检不是参加法定医疗保险的强制性规定,以此体现出竞争的平等性;对于与保险机构签约提供医疗服务的门诊医生而言,其薪酬制度发生了根本性的变化,最主要的做法就是废除了费用预算编制,引入了以欧元结算的地区性固定价格的费用制度,即实行以疾病为导向的总报酬模式和与医生绩效挂钩的最低费用总额模式。

综上所述,德国医疗保障制度中的市场化因素越来越多,市场化运行的程度越来越深,但这并没有从根本上动摇社会医疗保障制度的福利性基础,其中的互助性、福利性、公正与公平性依然是主要因素。

四、结论

国家调控、医疗保障资金筹集和支出的市场化运行、非营利机构和私人绩效提供者构成了德国独特的医疗保障制度的基本结构。尽管各个领域存在着特殊性,但医疗保障制度的基本结构在所有医疗服务领域内都是普遍存在的。

国家位于全部医疗保障制度和每一个特殊制度之上,其两个中心要素和基本点的核心就是控制和调节,即国家按照相关法律规定进行专业性监管。作为立法主体和规章制度的制定者,国家有权力批准对所有参与者都有约束力的法律规章制度。作为国家行政管理的专门机构,则有权力调控各个参与者并促使其遵守相关的法律法规,以保证绩效提供者遵守治疗和服务病人及护理需要者的各项法律规定,针对医疗保险公司的绩效进行计算以确定报酬的数量,同时制定医药产品生产、经营和销售等方面的规章制度。除此之外,国家还要在一定条件下满足绩效提供者的合理要求,如根据医院资金筹集法,给予经过认定的、确实需要资金的医院以一定的资金支持。最后,法定医疗保险中的成员和补充保险人员同样也要遵守国家的法律规定,特别是社会保险法关于法定医疗保险绩效目录的规定。

医疗保障制度中的绩效提供者必须遵守各项法律规定,特别是社会法以及对于私人医疗保险来说的一般保险法。在遵守国家制定的各项法律规定的框架范围内,绩效提供和资金筹集在医疗保险公司、绩效提供者和法定医疗保险成员或者被保险人之间形成了一个三角关系,费用承担者最终与绩效提供者缔结了一个关于被保险人的治疗合同,绩效提供者必须承担治疗被保险人疾病的义务,费用承担者要支付已经产生的绩效费用,必须按照合同支付医生或者医院费用。法定医疗保险成员通过向保险公司支付保费的方式,得到自己和家庭成员的医疗健康的保险保障。

必须注意到私人医疗保险与法定医疗保险存在差异。私人医疗保险不与绩效提供者(医生或者医院)签订医疗服务合同,因为在医疗实践当中,私人医疗保险的被保险人与每一个绩效提供者之间是医疗合同关系,被保险人在得到绩效提供者为其提供的医疗服务之后,先向医生或者医院支付相应的医疗费用,然后再把账单寄给保险公司,最后保险公司把报销的费用转给被保险人。德国医疗体制的基本关系,更确切地说是运行主体之间的关系,如图1所示。

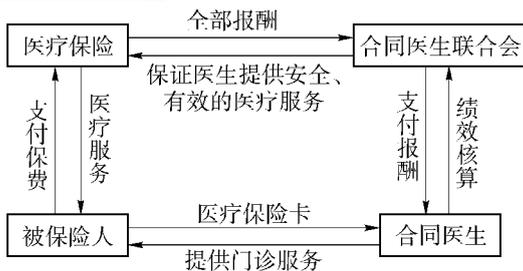


图1 合同医生门诊治疗服务中的主要参与者

德国在社会医疗保障方面所面临的问题也是十分严峻的,特别是人口老龄化所带来的巨大挑战,使法定医疗保险的资金筹集越来越困难,而费用的支出却越来越多,因此,德国医疗保障制度中引入了更多的竞争因素和市场机制。但由于德国的医疗保障制度在历史上是传统的社会福利医疗保险,尽管在一个较长的时间里进行了一定程度的改革,特别是把竞争因素引入到医疗保障中,但依然没有改变其医疗制度互助性质的基本特征。不管是竞争作用的发挥(医疗服务质量和效率的竞争)还是医疗保障中的互助因素(健康者与疾病者之间的补偿、代际之间的补偿、家庭成员之间的补偿)都程度不同地存在于德国医疗制度中的所有领域,竞争和互助都在发挥着各自的作用。无论如何,在医疗制度领域中引入竞争因素并发挥竞争机制的作用,对于德国的社会保障制度来说具有重要意义,但又不能过分相信和依赖竞争的作用,因为竞争毕竟是市场的因素,而社会医疗保障的最后承担者应该是国家。从发展的视角看,德国社会医疗保障存在的各种问题为德国进行社会医疗保障制度的改革、进一步完善社会医疗保障体制提供了契机。

实践证明,国家调控、市场化运行的德国社会医疗保障制度模式尽管存在着种种不足,但从总体运行的过程和效果来看,它对于居民福利的提升、社会和谐稳定的发展、经济结构的调整与产业的转型等起到了重要的支撑与保护作用。

注释:

① 作为一个民主和联邦国家,德国《基本法》赋予了国家保障全体公民医疗健康的责任。社会在德语语境下,其涵义十分宽泛,社会国家更多是指福利国家,社会政策也可理解为福利政策、社会福利政策。从其社会主义市场经济制度来看,其中的社会就是指公平、民主、正义和福利等诸多与公民生活相关的领域。在德国,每一个人都必须参加医疗保险或法定医疗保险或私人医疗保险,法定医疗保险属于社会福利范畴,私人医疗保险则侧重于权利与义务的对称,但绝非是一般意义上的私人医疗保险。对于德国人

说,上述两种保险制度是并行的关系,而非主次或补充关系。一般地,法定医疗保险就是具有社会福利含义的保险,权利义务关系并不具备其他国家那样的特征,参加法定医疗保险的人所缴纳的保费费用一般被叫做会员费用,而不叫保费,因为所缴纳费用的多少与其收入直接挂钩,即多收入多缴费,少收入少缴费,没有收入的则不缴费。但在接受医疗的时候,所有参加法定医疗保险的人所得到的待遇是一样的。私人医疗保险则不同,因为私人医疗保险的费用高些,所以,接受医疗的待遇也会好一些,当然,私人医疗保险也必须提供与法定医疗保险一样的保险业务,因此,私人医疗保险也可以看作是法定医疗保险。德国的医疗保险制度比较复杂,相关内容可详见隋学礼所写的《德国医疗保险双轨制的产生、演变及发展趋势》,载《德国研究》2012年第4期第53—63页,以及《互助原则还是竞争机制——艰难的德国医疗制度改革》,载《经济社会体制比较》2012年第4期第56—66页。

- ② 虽然现在德国的医疗保险公司从名称上看还具有非常明显的按行业组织分类的特点,但实际上已经彻底失去了当时的意义,对此可以参照中国现在的四大商业银行,即中国银行、中国农业银行、中国工商银行和中国建设银行业务范围的历史变化,从此可了解德国医疗保险机构的变化,其变化的结果大致相同,现在被保险人可以任意选择一家法定医疗保险公司投保。
- ③ 法定社会保险包括法定医疗保险。法定社会保险是一个大概念,其实也可以叫做法定社会福利保险,在这个意义上德国的法定医疗保险更具有福利性质,其实德国的法定医疗保险在一般意义上并不是一个保险,而是指一个特别的组织形式,是国家利用这种形式来保证居民享有基本法规定的基本医疗需求。
- ④ 德国法律按照其形成过程的形式可分为两种,一是需要联邦参议院同意联邦议会才能发布生效的,叫同意法;二是不需要联邦参议院同意而由联邦议会宣布生效的,叫申诉法,联邦参议院有异议可以进行申诉。
- ⑤ Robert-Koch研究所负责发现、预防和控制病症,特别是高危险性疾病的防控;Paul-Ehrlich研究所负责药品安全,对疫苗和血清实行检验、批准和监控;德国医疗档案和信息研究所负责出版医学分类的德国版本,建立广泛的医疗数据库;联邦医疗健康声明发布中心负责研发医疗健康声明和防疫的发展战略;联邦药品和医疗产品研究所负责批准药品、评估药品和医疗产品的风险,监控麻醉品合法流通;联邦保险管理局负责监管社会福利管理的联邦直属的承担者和设施,监管法定医疗保险和法定护理保险的承担者和设施,检查联邦直属的医疗保险机构和护理机构的经营结果和会计结果。
- ⑥ 独立城市是指没有下属行政区划的城市,德国的行政管理体制总的来说可划分为联邦、州、地方三级行政管理。因为德国是联邦制,所以每个州的情况各不相同,即使在同一个州里,县与县的差异也比较大。这充分说明了德国情况的复杂性,特别不能拿德国的县与中国的县去进行比较,因为它们的差异实在是太大了,更不用说县下面的行政区划 Gemeinde,暂且把它叫做镇,但与中国的镇是完全不同的概念。德国的联邦、州、县行政体系虽然与中国的国务院、省、市、县行政体系看起来很相似,但有本质上的差异。
- ⑦ 共同联邦委员会即 G-BA,这是医疗保险框架内的最高决策机构,按照自我管理原则来运行。
- ⑧ 德国社会保险主要包括法定医疗保险、社会护理保险、法定养老保险和法定工伤事故保险,在某种意义上可以说是社会福利。

(下转第80页)

民用航空器上不循规旅客处罚比较研究

刘浩

(北京航空航天大学 法学院, 北京 100191)

摘要: 国际和中国国内立法的滞后导致不循规旅客不能得到应有的处罚,并因此使不循规旅客呈上升趋势,危害了民用航空的安全。国际民用航空组织虽然启动了专门工作,颁布了《第288号通告》、制定了《关于航空器上实施的某些罪行的示范法》,但收效不大。美国、英国和韩国的国内立法从管辖权、不循规行为构成和惩罚措施三个方面响应了国际民用航空组织的号召,形成了共性规律。中国有关不循规旅客处罚的法律体系已经基本健全,特别是针对不循规行为构成的清单式列举,但在管辖权和惩罚措施方面还需完善,以便应对《东京公约》的现代化进程和要求,有效处罚不循规旅客,维护航空安全。

关键词: 不循规旅客;扰乱性旅客;《东京公约》;航空保安;国际民用航空组织

中图分类号: DF934 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0013-07



Comparative Study on the Punishment of Unruly Passenger on board Civil Aircraft

Liu Hao

(Law School, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: The unruly/disruptive passengers are not properly punished because of the lag of legislation at international and domestic level. In order to curb the rising number of unruly passengers and the threat to the security of aviation, ICAO launched a special project which issued the *Circular 288* and *Model Legislation on Certain Offence Committed on Board Civil Aircraft*, but the mission was not well accomplished. The legislation experience in US, UK and ROK proved that successful legislation on the unruly passenger punishment must be well drafted in the following three aspects: jurisdiction, list of offences and penalties for combating the problems. The legal system combating unruly passengers in China is almost suitable to fulfill its role, especially with the list of offences. To meet the need of modernization of *Tokyo Convention* and to maintain the aviation security in China, more coordinated legislation work concerning the jurisdiction and punishment of the unruly passengers must be conducted.

Key words: unruly passenger; disruptive passenger; *Tokyo Convention*; security of aviation; ICAO

一、引言

安全是民用航空的首要价值目标,一个不循规旅客(unruly passenger)的行为不仅可能破坏上千人的旅行计划,还可能给民用航空安全带来现实威胁,阻碍民用航空运输活动的正常进行。根据国际航空运输协会(International Air Transport Association, IATA)的“安全趋势评价、分析和数据交换系统”

(Safety Trend Evaluation, Analysis and Data Exchange System, STEADES)统计,2010年有报告记录的不循规旅客事件共5544件,2011年增加至6156件;2010年每1000个航班发生1起不循规事件的机率是0.736,2011年增至0.834;这些事件中有22%严重到需要在降落后由警察或安全保卫人员介入。^①

随着民用航空在中国综合交通运输体系中比重的不断增加,中国国内不循规旅客事件也开始屡见不鲜。2012年6月30日,云南祥鹏航空公司由昆

明飞往沈阳的819881次航班上五名女性旅客因为调整座位发生争执,并演变为群殴。飞机经停湖北武汉时,机长为了飞机飞行安全,将五名打架女子请下飞机并移交给机场公安处理。^[1]2012年10月6日,四川航空公司南宁至哈尔滨3U8726航班在经停湖北武汉天河机场时,机舱内发生乘客斗殴。事后,斗殴一方的两人分别被处治安拘留7天和500元罚款,另一方则被治安警告。^[2]国际航班上也有中国不循规乘客的身影。2012年9月2日,瑞士航空公司由苏黎世飞往北京的LX196航班因两名中国籍乘客在机上争抢座位斗殴而被迫返航。斗殴事件发生时,客机已经飞至莫斯科东部。随后,这两名乘客被移交给苏黎世州警方,其他乘客被迫改乘9月3日航班。^[3]

不循规旅客事件高发的原因之一是国际和国内立法滞后,缺少对不循规旅客进行处罚的程序性和实体性规定,导致大量不循规行为未得到处罚或者处罚过轻。在中国,《民用航空法》制定颁布较早,对不循规行为处罚的规定较为简略。^②《刑法》和《治安管理处罚法》属于面向各类刑事和治安管理处罚的普遍性立法,对航空运输特点兼顾不周,因而其对不循规旅客的处罚不甚得力,近年来甚至呈现增长趋势。鉴于此,如何顺应国际发展趋势,借鉴典型国家立法经验,完善中国航空法律和配套法规,加强对不循规行为的预防和处罚,确保民用航空安全,便成为一个亟待解决的问题。

二、国际民用航空组织加强 不循规旅客处罚的工作

不循规旅客在国际民用航空组织、国际航空运输协会早期文件和部分国家国内立法中也被称为扰乱性乘客(disruptive passenger),是指“不遵守航空器上行为规范,或不听从机组人员指示,从而扰乱航空器上良好秩序和纪律的旅客”^③。随着国际民用航空组织、国际航空运输协会用语的发展,特别是新类型不循规行为的涌现,不循规旅客和扰乱性旅客开始被并行使用。最近几年,不循规旅客的使用频率开始超越扰乱性旅客。为统一称谓,除非有特别说明,笔者将不循规旅客和扰乱性乘客统称为不循规乘客。

国际民用航空组织很早就致力于不循规行为的预防和治理。1996年6月,国际民用航空组织理事

会(以下简称“理事会”)决定把“现有法律文件未能涵盖的与国际航空业有关的行为和犯罪”纳入法律委员会的一般工作计划。1997年6月,理事会进一步决定为了这个议题建立秘书处工作组。经过工作组努力工作,2000年9月25日至10月5日,在蒙特利尔举行的国际民用航空组织第33届大会一致通过了第A33-4号决议,敦促各缔约国“尽快制定有效地处理不循规/扰乱性乘客问题的国内法律和规章”。^④2002年6月,第A33-4号决议发展出了《关于不循规/扰乱性旅客所涉法律问题的指导材料》的《第288号通告》(Circular 288,以下简称《通告》)。^⑤第A33-4号决议和《通告》的主要目的是制定关于在航空器上所犯某些罪行的示范法律,以便纳入国际民用航空组织成员国的国内立法。

该决议和《通告》包括了一个名为《关于航空器上实施的某些罪行的示范法》(以下简称《示范法》)的附件。《示范法》共有4个条款,前3个条款规定了3类不循规或扰乱性罪行或行为,第4条是关于管辖权的规定。第1条“在民用航空器上针对机组人员实施的攻击和其他行为”规定:任何人实施了下列行为将被认为是实施犯罪:(1)攻击、恐吓或威胁机组成员,不论是肢体还是语言,只要这种行为干扰了机组人员履行职责或者削弱了机组人员履行职责的能力;(2)拒绝遵循机长、代表机长的机组人员为了确保机上人员和财产安全或维护机上良好秩序和纪律而作出的合法指示。第2条“在民用航空器上实施的危及安全或危及良好秩序和纪律的攻击和其他行为”,规定:(1)民用航空器上任何人对其他人员实施暴力、性侵犯或者儿童性骚扰将被认为是实施犯罪;(2)民用航空器上任何人实施了下列行为,即肢体或语言攻击、恐吓或威胁其他人以及故意损坏或破坏财产,如果危及到航空器及其上任何人的安全,或者破坏航空器上的良好秩序和纪律,将被认为是犯罪:(3)饮用酒精类饮料或服用麻醉类药物。第3条“在民用航空器上犯下的其他罪行”规定了常见的几种不循规行为,例如:在盥洗室吸烟,摆弄烟雾探测器或其他安全装置,使用便携电子设备等。第4条有两个条款,第1款要求各国制定国内立法,建立对第1条、第2条和第3条下的所有犯罪和违法行为的广泛管辖连接点,具体包括航空器登记国、不带机组租赁时运营企业的住所地国或经常居所地国、降落地国和接受移交犯罪或违法嫌疑人的国家。第2款对“飞行中”的定义仍旧使用了1963年《东

京公约》第1条第3款的规定。

《示范法》的罪行清单较好地概括了典型的不循规或扰乱性行为,对各国制定相关国内立法具有重要的借鉴意义。特别是第4条“管辖权”的规定,目的在于尽量扩大对不循规行为的管辖,防止出现管辖权上的漏洞,加大对不循规旅客的处罚力度。当然,《示范法》沿袭《东京公约》有关“飞行中”的定义则显得陈旧且不合时宜。

2003年国际民用航空组织秘书处的调查显示,已有18个国家全部或部分地将《通告》纳入国内立法。^⑥国际民用航空组织对这种状况并不满意,同时考虑到各国单独制定国内立法不利于统一执法标准和加强国际合作,目前已经把工作的重心转向对1963年《东京公约》的全面现代化,希望通过国际立法来预防和制止不循规行为。^④但是,在新的国际公约缔结和生效前,国内立法对于处罚不循规旅客依然具有现实意义;不仅如此,按照有关国家法律,即使新公约缔结生效后,也需要通过其国内立法转化才能在其国内生效适用。

三、典型国家不循规旅客处罚立法

(一) 美国

美国制定了较为完备的处置航空器上发生犯罪和违法行为的法律和配套法规、规章,对各种可能破坏航空器、航空器上人员和财产安全,以及机上良好秩序和纪律的行为作出了界定并规定了处罚措施。

在管辖方面,美国对发生在航空器上不循规行为的管辖权立法始于1970年,为了实施1963年《东京公约》而制定了国内法。但是,美国当时仅规定了领土管辖权、登记国管辖权和降落地国管辖权。随着其国内立法的不断发展,美国扩大了管辖权范围。按照美国联邦法规汇编程序,现行有关航空器上犯罪和其他行为管辖权的立法汇编于《美国联邦成文法大全》(US CODE)第49编,该编第46501条规定了“美国对特定航空器的管辖权”(special aircraft of jurisdiction of the United States),具体包括五类飞行中的航空器。1. 美国所有的民用航空器。2. 美国武装力量所有的航空器。3. 美国国内的其他航空器。4. 在美国境外的航空器,对于该类航空器,行使管辖权的情形包括:(1)如果航空器降落在美国,而且下一个预定目的地或上一个起飞地是美国;(2)如果航空器降落在美国,而且实施一项(《关

于制止非法劫持航空器的公约》定义的)犯罪的人仍在航空器上;或者(3)如果航空器降落在美国,而且针对该航空器实施了一项(《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》定义的)犯罪的人仍在航空器上。5. 任何其他不带机组租赁的航空器,如果运营人的主营业地在美国,或者租赁人没有主营业地而其经常居所地在美国。

在不循规行为的构成方面,美国把在航空器上实施的不循规或者扰乱性行为区分为刑事犯罪和应当予以行政处罚的行为。其中刑事犯罪的规定主要有两个条款。一个是《美国联邦成文法大全》第49编第4654条,该条规定任何在美国拥有管辖权的航空器内攻击或者威胁机组或者空乘人员,干扰机组或者空乘人员履行职责,或者削弱了他们履行职责的能力的行为将被认为是犯罪。同《东京公约》的规定一样,未遂行为或者共谋行为也被认为是犯罪。另一个是《美国联邦成文法大全》第49编第46506条,根据该条,在美国拥有管辖权的航空器内发生的谋杀(含未遂),普通杀人(含未遂),人身攻击,重伤,抢劫,盗窃,收受赃物,各种程度的性侵害、猥亵行为都被认为是犯罪。应当注意的是,这些犯罪并非专门针对在美国拥有管辖权的航空器,因此,认定犯罪时必须援引美国联邦刑事法律有关前述犯罪的一般性规定,这样一来认定在美国拥有管辖权的航空器内的犯罪就必须满足美国刑事法律规定的各要素。对应当处以行政处罚的不循规行为,《美国联邦成文法大全》第49编第46301(d)条和第46318条规定联邦航空局有权对“肢体攻击或威胁以肢体攻击民用航空器的机组人员或者其他个人,或者实施了其他危及航空器或者航空器上其他人员安全的行为的人”处以民事罚款。作为配套法规,《美国联邦行政法规大全》(Code of Federal Regulations, CFR)第14编第91.11条规定“在正在运行的航空器上,任何人不得攻击、威胁、恐吓或者干扰正在履行职责的机组人员”。

在处罚措施方面,除联邦刑事法律规定的刑事处罚外,联邦航空局有权对航空器上发生的不循规行为采取行政措施。《美国联邦成文法大全》第49编第40113条规定,罚款最高可达25000美元。根据《美国联邦行政法规大全》第14编第13.11条,联邦航空局的调查人员对明显的违法可以发出警告或者改正通知。

(二) 英国

在管辖权方面,为实施1963年《东京公约》,英国在1967年7月14日制定了《1967年东京公约法》(*Tokyo Convention Act 1967*, 1967 c. 52)。该法第1条规定英国法院对在英国控制的航空器上发生的任何按照英国刑事法律构成犯罪的作为或者不作为拥有管辖权,而不论该航空器位于何处;同时,英国法院对英国境内或者英国上空发生的任何按照英国刑事法律构成犯罪的作为或者不作为拥有管辖权,也就是明确规定了航空器登记国管辖权和领土管辖权。这条规定后来演变为《1982年民用航空法》(*Civil Aviation Act 1982*, 1982 c. 16)第92条。2012年修订的《2012年民用航空法》(*Civil Aviation Act 2012*, 2012 c. 19)未对《1982年民用航空法》的规定作出修改。

在不循规行为的构成方面,英国的立法主要集中在《2009年航空法令》(*the Air Navigation Order 2009*, SI 2009/3015)第19节第137条至142条。第137条“危及航空器的安全”和第138条“危及人身和财产安全”可以看作关于不循规行为立法的一般性规定。第137条概括地要求“任何人不得因鲁莽或者疏忽行为给航空器及其上的人带来可能的危险。”第138条规定:“任何人不得因鲁莽或疏忽行为造成或放纵航空器危及人身和财产。”第139条至142条规定了几种典型的不循规行为或者扰乱性行为。第139条“航空器内醉酒”第1款规定:“任何人不得醉酒时进入任何航空器或者在航空器内醉酒。”第140条“航空器内抽烟”第2款规定:“在英国登记的航空器内当张贴的告示显示机长禁止在某个位置抽烟时,任何人不得在该位置抽烟。”第141条“航空器机长和机组人员的权力”规定:“在英国登记的航空器内的任何人必须服从该航空器机长为了航空器及机上人身和财产安全,或者为了航空安全、效率和秩序而发布的合法命令。”第142条“破坏行为”规定:“航空器内的任何人(1)不得使用语言威胁、侮辱、无礼对待航空器的机组人员;(2)不得实施威胁、侮辱、无礼行为对待航空器的机组人员;或者(3)故意干扰航空器的机组人员履行职责。”

在不循规行为处罚方面,英国的主要立法是《2009年航空法令》第241条和附表13。根据附表13B,使用语言或行动威胁等方式的扰乱性行为,以及不服从机长将被处以最高2500英镑的罚款;根

据附表13C,醉酒和故意干扰航空器运行或机组人员履行职责将被处以最高5000英镑的罚款和两年监禁;根据附表13D,威胁航空器安全的行为将被处以5000英镑的罚款和5年监禁。

(三) 韩国

尽管韩国一直致力于加强对不循规旅客的处罚,但是作为韩国处罚不循规乘客行为的重要立法《航空安全和保安法》(*Aviation Safety and Security Act*)并未对不循规旅客行为的管辖作出规定。^⑦1984年韩国最高法院的一项判决宣称在没有领土、国籍或者航空器登记国等连接因素的情况下,执法部门不得行使管辖权。如果要对韩国领土外发生的不循规行为行使管辖权,则必须对《航空安全和保安法》或者《刑法典》(*Criminal Code*)作出修改。而根据韩国《刑法典》相关规定,只有当犯罪或违法行为人是韩国人,犯罪或违法行为发生在韩国登记的航空器上,以及受害者是韩国人时,韩国执法部门才能行使管辖权。^⑧

在不循规行为的构成方面,受国际民用航空组织《通告》的影响,2002年《航空安全和保安法》修订时增加了调整不循规行为的第23条。^⑨第23条规定:“1. 为确保航空器和乘客的飞行和旅行安全,任何乘客不得实施下列行为:(1)辱骂和大声唱歌等扰乱性行为;(2)抽烟(除非在特定的抽烟区);(3)饮酒或滥用药物后伤害其他人;(4)引起他人感觉性侮辱的行为;(5)违反《航空法》第61-2条使用电子设备的行为;(6)未经机长同意试图进入驾驶舱的行为。2. 乘客不得使用暴力、恐吓、实施欺诈,打开任何舱门、紧急出口和装置等威胁航空器或飞行安全的行为。3. 乘客不得占据航空器或者降落后拒绝下机。4. 机舱内的乘客应当听从机长和机组人员的合法命令,不得危及航空器或飞行安全。”

在处罚措施方面,除《大韩民国刑法典》有关犯罪处罚的规定,根据《航空安全和保安法》第50条规定,违反第23条的行为可能会被处以最高约10000美元的罚款,根据该法第46条和第47条的规定,严重行为可能会被处以最高3年或5年的监禁。

(四) 美国、英国和韩国不循规旅客处罚立法比较

在管辖权方面,美国和英国在专门立法上给予规定,韩国虽缺乏专门立法的规定,但从《大韩民国刑法典》和法院判决中可以总结出,韩国对构成刑

事犯罪的不循规行为的管辖权包括：属人管辖、属地管辖、航空器登记国管辖和保护管辖。由此可见，就处罚不循规旅客的专门立法而言，英国的管辖权依据最少，仅包括登记国管辖和属地管辖；相对于英国，韩国增加了属人管辖和保护管辖；而美国的管辖权依据最为全面，还包括了降落地国管辖权和运营人主要营业地或者经常居所地国管辖权。美国的降落地国管辖权最值得关注，因为降落地国在控制、羁押嫌疑人及调查取证方面的优势和确保不循规旅客处罚的有效性，国际民用航空组织一直希望成员国立法能确立该管辖权。

在不循规行为的构成方面，上述三个国家都对不循规行为做出了清单式列举，并按照严重程度作了区分。美国将不循规行为直接区分为犯罪和行政违法行为，并在不同效力层级的法律中作出了规定。英国有关处罚不循规行为的规定基本都在一部法律中，但是该法附表13的不同部分也是根据罪行严重程度进行区分的。韩国虽然把各种不循规行为规定在一个条款中，但是可以看出4个条款的严重程度存在区别。

在不循规行为的处罚措施方面，三个国家基本相似。对于犯罪行为，三个国家均规定按照刑事法律处罚；对不构成犯罪的其他不循规行为则处以金额不等的罚款和时间期限不等的监禁。

四、中国有关不循规旅客处罚的立法

（一）中国有关不循规行为管辖权的立法

全国人民代表大会常务委员会1995年颁布的《民用航空法》并无针对不循规行为的特别规定，但根据第2条和第173条有关属地管辖的普遍规定，即中国对在中国境内和领空内事项具有管辖权，可以推断出中国对不循规旅客的属地管辖。

国务院1996年颁布的《民用航空安全保卫条例》（以下简称《条例》）第2条规定：“本条例适用于在中华人民共和国领域内的一切民用航空活动以及与民用航空活动有关的单位和个人。在中华人民共和国领域外从事民用航空活动的具有中华人民共和国国籍的民用航空器适用本条例”，确立了属地管辖和航空器登记国管辖权。

民用航空局于2008年颁布的《公共航空旅客运输飞行中安全保卫条例》第2条规定：该规则适用于在中国境内依法设立公共航空运输企业的航空器

内的活动和前述公共航空运输企业及其机组人员和乘客，确立了航空运输企业即运营人营业地国管辖权。

值得注意的是，《民用航空法》《条例》和《公共航空旅客运输飞行中安全保卫条例》法律责任部分相关条款均指向了《刑法》和《治安管理处罚法》，这样一来，《刑法》和《治安管理处罚法》中有关属人管辖、属地管辖、航空器登记国管辖和保护性管辖的规定对于不循规旅客的处罚也应适用。^⑩

（二）中国法律有关不循规行为构成的规定

《民用航空法》并无专门针对不循规行为构成的规定，可以间接确定不循规行为构成的文字见于有关机长权力的第46条第1款：“飞行中，对于任何破坏民用航空器、扰乱民用航空器内秩序、危害民用航空器所载人员或者财产安全以及其他危及飞行安全的行为，在保证安全的前提下，机长有权采取必要的适当措施”。

同《民用航空法》类似，《条例》在规定机长权利的第23条第2款间接阐述了不循规行为的构成，规定“机长在执行职务时，可以行使下列权利：……（2）在航空器飞行中，对扰乱航空器内秩序，干扰机组人员正常工作而不听劝阻的人，采取必要的管制措施”。相对于《民用航空法》，《条例》有所进步，第25条专门对不循规旅客的行为作出了规定：“航空器内禁止下列行为：（1）在禁烟区吸烟；（2）抢占座位、行李舱（架）；（3）打架、酗酒、寻衅滋事；（4）盗窃、故意损坏或者擅自移动救生物品和设备；（5）危及飞行安全或航空器内秩序的其他行为”。

《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》第4条借鉴国际民用航空组织《通告》对扰乱行为作了定义，规定：“扰乱行为，是指在航空器上不遵守行为规范，或不听从机组人员指示，从而扰乱航空器上良好秩序和纪律的行为”。第21条以清单的形式列举了7种扰乱性行为：（1）违反规定使用手机或者其他禁止使用的电子设备；（2）使用明火或者吸烟；（3）强占座位、行李架；（4）盗窃、故意损坏、擅自移动航空器设备；（5）妨碍机组人员履行职责或者煽动旅客妨碍机组人员履行职责；（6）打架斗殴、寻衅滋事；（7）危及民用航空安全和扰乱客舱秩序的其他行为。^⑪第22条以清单的形式列举了5种严重危害飞行安全的行为：（1）非法干扰行为；（2）强行冲击驾驶舱；（3）放火、爆炸和杀人等

其他严重威胁飞行安全和其他人人身安全的行为;(4)破坏航空器设备,对飞行安全构成严重威胁的行为;(5)以暴力方法抗拒或者阻碍航空安全员执行任务或者暴力袭击航空安全员,危及航空安全员生命安全的行为。^⑫

尽管措辞有差异,但上述法律、法规和规章结合起来已经基本涵盖了国际民用航空组织《通告》所附《示范法》以及美国、英国和韩国立法所列举的几乎所有不循规行为。

(三) 中国法律有关不循规行为处罚措施的规定

《民用航空法》第192条规定:“对飞行中的民用航空器上的人员使用暴力,危及飞行安全的,依照刑法的有关规定追究刑事责任。”第200条规定:“违反本法规定,尚不够刑事处罚,应当给予治安管理处罚的,依照《治安管理处罚法》的规定处罚。”

《条例》和《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》作了同《民用航空法》基本相同的规定,即构成犯罪的,依法追究刑事责任;对于违反条例或者规则相关规定的干扰性行为,依《治安管理处罚法》处罚。^⑬

(四) 中国不循规旅客处罚立法的贡献和不足

虽然中国《民用航空法》对不循规旅客规定较为简略,但由于有《条例》和《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》对各种不循规行为(扰乱性行为)的定义和列举,中国民用航空法律体系有关不循规行为构成的立法已经基本完备。

目前,中国有关不循规旅客处罚立法的不足主要体现在两个方面:

第一,缺乏清晰、全面的有关管辖权的规定,不能充分、合理、有效的对不循规旅客行使管辖权,从而对不循规行为作出处罚。

第二,由于《刑法》和《治安管理处罚法》的普遍适用性,对于航空器内犯罪和其他违法行为的特殊性不可能予以充分考虑,造成民用航空法律、法规、规章同《刑法》《治安管理处罚法》的衔接出现罅隙,导致处罚力度不够,有时甚至明显畸轻。前文中四川航空公司南宁至哈尔滨3U8726航班上发生的斗殴事件,一方当事人甚至做出了攻击安全员这种严重危及航空安全的行为,但最终只是按普通治安案件以治安拘留和罚款结案,行为结果危害性同惩罚力度明显失衡。

五、对中国处罚不循规旅客立法的建议

(一) 弹性增加降落地国管辖权

如前文所述,由于对《刑法》和《治安管理处罚法》的引用,中国现行有关不循规乘客惩罚的法律体系已经包含了属地管辖、属人管辖、保护管辖、航空器登记国管辖等管辖权依据。考虑到降落地国对于不循规旅客处罚的天然便利性和降落地国管辖的行使对于有效预防和处罚不循规事件的重要意义,以及国际民用航空保安公约管辖权不断扩大的趋势,^⑭笔者认为应增加国际民用航空组织建议的降落地国管辖权。当然,对于降落地国管辖权的规定要保持必要的弹性,一方面,要确认在中国是航空器降落地国的情况下,中国对航空器内发生的不循规事件具有管辖权;另一方面,也要明确,在中国的执法和司法机构认为对航空器内发生的不循规事件不方便行使管辖权或者同意将不循规事件移交其他有关管辖权的国家(地区)管辖时,中国有权在个案基础上放弃对不循规旅客的管辖权。

此外,《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》虽设立了运营人营业地管辖权,即中国对于在中国境内依法登记设立的公共航空运输企业的航空器内的不循规事件,以及该企业的机组和旅客具有管辖权,但该规定同国际民用航空组织《示范法》,以及美国和韩国的立法表述均不一致,笔者建议参考《示范法》的表述,增加一款或者一段,即“对于不带机组租赁的航空器,租赁时运营人的住所地国或经常居所地国为中华人民共和国的,中华人民共和国具有管辖权”。

(二) 重新梳理不循规行为清单

从《示范法》和美国、英国、韩国的立法可以看出,不循规行为清单既是国际民用航空组织推荐的立法模式,也是国际通行的做法。如上文所述,中国的行政法规和部门规章中已对扰乱行为作了相当详细的列举,但笔者建议对清单做进一步梳理,按照犯罪或者违法行为的严重性分类,形成一个体系清晰、标准明确、详略得当的不循规行为清单。参考《示范法》和美国、英国、韩国的立法,中国可以规定一个包括四个级别的不循规行为清单:第一级是直接危及航空器安全的扰乱行为,如未经许可打开机舱门或其他安全设备;第二级是干扰机组人员有效履

行职责的行为,如攻击、恐吓机组人员,不服从机组人员的安全指令;第三级是攻击、威胁、骚扰其他乘客的行为;第四级是一般不会对飞行安全产生直接威胁,但是会破坏机上良好秩序和纪律的行为,如大声喧哗、占用他人座位、长期占用厕所等。针对航空器上经常发生的醉酒、吸烟和违反规定使用电子设备等可以专门作出规定,并根据严重程度分别并入适当的级别。

(三) 在法律层面增加不循规行为处罚的专门规定

按照《立法法》第8条规定,有关犯罪和刑罚,以及限制人身自由的强制措施的事项只能由全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会制定法律。考虑到安全作为民用航空核心价值的重要性和民用航空领域所保护客体的特殊性,笔者建议考虑通过下述两种途径之一在中国现行法律体系中增加对不循规旅客处罚的规定:1. 在《航空法》的制定或者《民用航空法》的修改中,将现行法规、规章中不循规行为清单纳入,并规定相应的处罚措施;2. 在刑法修正案或者《治安管理处罚法》修改中,适当引入现行法规、规章中有关不循规行为清单的内容,并规定相应的处罚。

六、结论

航空器上发生的不循规事件不仅危及航空安全,甚至可能造成重大的生命、财产和环境损失。国际民用航空组织一直在推动各国制定国内法以加强对不循规旅客的追诉和制裁,从2009年开始,该组织启动了1963年《东京公约》现代化相关的工作。借鉴美国、英国和韩国这两大法系典型国家的立法经验和国际民用航空组织的《示范法》,顺应国际航空保安公约发展趋势,中国可以考虑在管辖权、不循规行为构成和处罚措施等三个方面通过加速《航空法》立法进程(或者《民用航空法》的修改)、刑法修正案的制定、《治安管理处罚法》以及其他配套法规的制定或者修改等进一步完善现行由《民用航空法》《刑法》《治安管理处罚法》《条例》和《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》构成的不循规旅客处罚的法律体系,积极应对1963年《东京公约》现代化的挑战。

注释:

- ① 参见:ICAO 颁布的 Lc/35-WP/2-3 ,para. 2. 5,2. 6。
- ② 详见《民用航空法》第46条第1款:“飞行中,对于任何破坏民用航空器、扰乱民用航空器内秩序、危害民用航空器所载人员或财产安全以及其他危及飞行安全的行为,在保证安全的前提下,机长有权采取必要的适当措施。”
- ③ ICAO 颁布的 Guidance Material on the Legal Aspects of Unruly/Disruptive Passengers, Cir 288 LE/1, Chapter I Introduction, P1, June 2002。详见《国际民用航空公约》附件17“保安:保护国际民用航空免遭非法干扰行为”第1章“定义”。
- ④ 参见:ICAO 颁布的 Assembly Resolution 33-4, Adoption of National Legislation on Certain Offences Committed on Board Civil Aircraft, Unruly/Disruptive Passengers。
- ⑤ 参见:ICAO 颁布的 Guidance Material on Legal Aspects of Unruly/Disruptive Passengers, Cir. 288, LE/1, June 2002。
- ⑥ 参见:ICAO 颁布的 C-WP/12081。2003年后,由于《东京公约》现代化进程启动,国际民用航空组织未再进行相关调研或统计,因此,截止到目前将《示范法》列入国内立法的国家数量不可知,但根据同国际民用组织法律和对外事务局相关人员的沟通,2003年以后《示范法》的国内化并无太大进展。
- ⑦ 文章有关韩国法律条款的引用均来自韩国法制研究院编撰翻译的《韩国法律汇编》(英文版)。
- ⑧ 参见:《大韩民国刑法典》第2条、第3条、第4条和第5条。
- ⑨ 参见:ICAO 颁布的 LC/SC-MOT/2-WP1, para. 1. 2。
- ⑩ 参见:《刑法》第6条、第7条、第8条和《治安管理处罚法》第4条。
- ⑪ 参见:《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》第21条。
- ⑫ 参见:《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》第22条。
- ⑬ 参见:《民用航空安全保卫条例》第34条、第37条和《公共航空旅客运输飞行中安全保卫规则》第35条。
- ⑭ 参见:1963年《东京公约》第3条、第4条,1970年《海牙公约》第4条,1971年《蒙特利尔公约》第5条,《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第6条,《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第7条,《制止核恐怖主义行为国际公约》第9条,《北京公约》第8条和《北京议定书》第7条。

参考文献:

- [1] 昆明飞沈阳航班五名女乘客打架 在武汉被赶下飞机 [EB/OL]. [2013-12-20]. <http://news.cnhubei.com/xw/wuhan/201402/t2839172.shtml>.
- [2] 武汉机场航班内斗殴者最重被处7天拘留 [EB/OL]. [2013-12-20]. http://news.xinhuanet.com/yuqing/2012-10/12/c_123814111.htm.
- [3] 两名中国乘客斗殴致瑞士航班返航 [EB/OL]. [2013-12-20]. <http://news.163.com/12/0904/04/8AHGFKQR0001121M.html>.

航天发射行为对第三人损害之危险责任研究

李亚娟, 丁鑫

(西北工业大学人文与经法学院, 陕西西安 710072)

摘要: 航天发射活动中航天器相关零部件或碎片坠落可能导致一国领土、领水及领海范围内第三人的人身、财产权利或利益遭到损害。此类侵权行为应属于民事侵权, 遭受损害的第三人是受害人, 参与航天器发射的各方是侵权关系中的责任人。航天发射活动致人损害应适用高度危险责任, 其归责原则应为严格责任。

关键词: 航天发射; 民事侵权; 第三人; 损害; 归责原则; 危险责任

中图分类号: DF991 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0020-05



Research on Danger Liability of Damage to the Third Party by Space Launch Activities

Li Yajuan, Ding Xin

(School of Humanities, Economics and Law, Northwestern Polytechnical University, Xi'an 710072, China)

Abstract: The falling of spare parts or debris of spacecrafts may cause personal injury and loss of property rights or interests of the third party in the territorial land, territorial seas and territorial airspace in a country. This act of tort should fall into civil tort, in which the damaged third party is the victim, while all the parties involved in the launch of the spacecraft are the responsible persons. The damage caused by the space launch activities should be applicable to highly hazardous liability. As to the liability principle, it should be strict liability.

Key words: space launch; civil tort; third party; damage; liability principle; hazardous liability

2010年7月1日开始实施的《中华人民共和国侵权责任法》规定了高度危险责任,明确了从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的,经营者应当承担侵权责任。航天发射致第三人损害的行为因航天事业的快速发展愈见频繁,但受损害的第三人通过制度化的途径寻求赔偿的案例却鲜有出现,这一问题是否属于侵权责任中的高度危险责任应是侵权责任法的研究内容。

一、问题的提出

人类探索外空的活动自20世纪50年代以来不断深入,外空活动蓬勃发展,但与此同时,也出现了各种损害责任问题,宇航事故、太空碎片等都成了人类亟待解决的问题。中国因航天发射活动导致的第三人损害,也是一个不能回避的问题。当火箭助推

器和一级箭体工作完毕后被抛掉时,这些残骸一般将坠落在发射点以东1000千米以内,加之航天发射本身的风险性,存在发射失败的可能,因此,不可避免地存在对第三人的损害。这种损害包括:直接的人身和财产损害;残骸散发的有毒气体,对人体、大气和坠落周边环境带来的损害;发射残骸坠落带给落区人群的精神恐慌等;发射前落区政府与社区的组织动员成本。

目前酒泉、太原和西昌三个航天发射场共进行了100余次航天发射,将百余颗卫星和几个飞船送入太空。三个发射场残骸的理论落区主要在以下四个区域:江西省遂川县,预定着落区主要包括遂川县的高坪镇、汤湖镇、左安镇、禾源镇以及南江乡在内的四镇一乡;湖南省邵阳市绥宁县,截至2009年,已先后15次顺利回收了由西昌卫星发射中心发射的卫星运载火箭一级残骸;贵州省仁怀市九仓镇,是中

国发射卫星的老落区,贵州省已先后完成了数十次回收任务,涉及7个市(州、地)的19个县(市),近200万居住人口,落区面积4000多平方公里;广西壮族自治区田林县境内的理论中心落点位于八渡瑶族乡博峨村平作屯,因田林地理位置较为偏远,加上境内山林较多,已经成为火箭残骸的理想落区。^①

对于整个贵州省而言,天上掉火箭的历史也持续了30多年。1975年11月26日,中国用“长征2号”火箭发射的第一颗返回式卫星残骸,3天后落在贵州省境内;1995年,火箭残骸坠落在贵州省福泉市谷汪乡,削掉了一头耕牛的鼻子;1996年7月,“长征3号”火箭发射“亚太1号A”通信卫星,一级火箭残骸落在贵州省瓮安与余庆县交界的瓮脚村,一些民房被震裂;2007年10月24日,“长征三号甲”运载火箭将“嫦娥一号”送入太空,残骸坠落在福泉市道坪镇苹果组一块苞谷地里。^{[1]45}因航天发射造成的第三人损害在客观现实中存在,但却一直没有制度化的解决方式。从新闻报道中可以看到关于航天发射活动中第三人损害赔偿的现状,“根据早先下达的通知:火箭落地造成财产损失,国家给与补偿”。^{[1]46}2012年5月27日0时20分,绥宁县人武部先后接到瓦屋塘乡、水口乡武装部部长电话,发现“长征三号乙”运载火箭一级残骸砸坏了民宅、打断了10千伏高压线路。县人武部要求保护好现场,待天亮后再进行具体登记,按照国家赔偿办法进行赔偿。^[2]

在航天发射活动发展初期,航天发射活动都是由国家负责实施的。但随着世界各国开发和探索外层空间的活动竞争越来越激烈,航天发射技术不断发展,航天器发射的商业市场逐渐产生。到目前为止,航天器发射产业已经成为空间产业中相当重要和比较成熟的产业。欧洲咨询公司最新发布的《2019年前卫星建造与发射世界市场调查》指出,下一个十年,全球相关企业从制造和发射大约1220颗卫星中获得的收入将达到1940亿美元。^[3]一方面是航天发射市场的商业化运作,另一方面却是发射残骸落区的无辜受损第三人往往只能得到与损害不平衡的补偿。此外,航天产业的商业化运作使得国家赔偿责任已不符合现有法律规定。因此,笔者从归责原则的角度,分析航天发射行为导致的第三人损害赔偿,明确航天发射行为致第三人损害的赔偿责任制度。

二、航天发射中第三人损害 赔偿责任的相关概念

航天发射中的第三人损害赔偿涉及加害行

为与第三人概念的明确,因此,有必要加以界定。

按照联合国1972年《空间物体造成损害的国际责任公约》(以下简称《赔偿责任公约》),航天发射可能产生的损害分为对地面第三人及正在飞行的飞机的损害、对地球表面以外的其他国家的空间物体或其所载人员或财产造成的损害。从这一规定可以确认,依损害发生地点的不同,可以分为地面第三人(此处地面指地球引力范围内,包括飞行中的飞机)及外空第三人。地面第三人包括发射国境内第三人及境外第三人。由于航天发射活动无论是在地球表面还是在外空导致本国境外的第三人遭受损失,都会产生相应的国际间责任,因此,其涉及国际法领域,其求偿要依据国际空间法的规定与原则解决,文章在此暂不涉及。

在中国西昌卫星发射中心,发射卫星的火箭残骸第一大落区在黔东南,紧接着是湘西南。三大发射中心发射场落区都在中国境内,产生的损害也局限在中国境内。因此,笔者所讨论的航天发射中的加害行为是指航天发射活动中该航天器的零部件、碎片或残骸或发射失败的航天器坠落在中国领土、领海、领空范围内,导致中国境内第三人或财产遭受损害的行为。笔者所研究的第三人及财产,是相对于参与航天发射活动的当事人而言的,称其为第三人是因为水、地面第三人与航天发射活动不存在任何合同关系,水、地面第三人遭受损害时,没有任何合同条款可以援引来追究经营人或所有人的法律责任。参照中国民用航空法对水、地面第三人侵权责任的研究中对水、地面第三人含义的界定——“指与航空器经营人所从事的航空运输无关,未直接或间接地参与任何航空活动,但却因航空运输经营人的航空器所生事故受到损害的人”^[4]。文章所涉及因航天器发射而遭受损害的第三人是指,与航天器经营人或发射人所从事的航天发射活动无关,未直接或间接地参与任何航天活动,但却因航天发射活动遭受损害的中国境内第三人。航天发射行为中致第三人损害的致害物指因航天发射失败而坠落地面的航天器残骸或航天器发射过程中执行分级脱落时掉落地球表面的助推器残骸、零部件或碎片及整流罩等。

三、航天发射中第三人损害 赔偿之责任内容

当发射行为导致境内第三人损害时,第三人作为受害人适用的是该国国内法,其损害赔偿也应依据国内法,但目前为止,中国未有涉及此类损害的明

确法律规定。对于受害的第三人而言,从法律上明确加害人、归责原则以及损害范围的责任制度都是应然之理。

(一) 损害责任的性质与赔偿主体

在相当长的时间内,航天发射行为被认为是国家行为,其所造成的损害被视为是国家责任。在落区地方政府与百姓朴素的概念里,发射导致的损害都是落区为国家航天事业做出的贡献,以至于很多时候的赔偿都是象征性的,无法体现法律中的全面赔偿原则。而这种国家责任豁免的思维早已被时代抛弃,因此,不能因为受害人的认可而放弃对其利益的法律救济。前文提到在发射导致第三人损害的赔偿实践中,多次出现国家赔偿的说法。但国家赔偿责任的产生是国家机关在公权力运用过程中致人损害时的结果,目前从航天发射行为看,没有公权力的运用,即便航天发展与国家利益相关,但航天发射行为也是由政府出资组建的国有公司实施的。随着航天事业的发展,航天发射越来越多地涉及商业利益,中国2002年的《民用航天发射项目许可证管理暂行办法》第3条规定:“凡从事民用航天发射项目的自然人、法人或其他组织,应当依照本办法的规定申请审查批准,经审查合格取得民用航天发射项目许可证后,方可从事民用航天发射项目。”这也意味着越来越多政府和军方之外的实体进入了航天发射领域。即使有些发射是政府行为和军方行为,但发射行为的组织方或实施方都是独立的法人实体,是民事法律中适格的主体,具备独立承担民事责任的能力。其与因航天行为受损害的第三人之间系平等的主体关系,对于第三人所受之损害,应由航天发射行为的组织方或实施方承担责任,进行赔偿。

美国《联邦法典》第51卷《国家和商业空间活动》第7章中规定了发射许可证持有人或受让人应当取得一定金额的责任保险或证明足以赔付的经济能力,当实际赔偿总额超出责任保险或经济能力证明总额时,政府承担补充责任。1993年《俄罗斯联邦航天发射活动法》规定:对航天活动事故造成损害的赔偿应由负责经营该航天硬件的组织和公民交付。澳大利亚1998年《航天发射活动法》规定:由发射责任方承担空间物体对地球表面和飞行中的航空器造成的损害。日本1969年《国际宇宙开发事业团法》规定:事业团只有在签订保险合同后,才能进行发射活动,该保险以确保其由于发射人造卫星等引起的损害获得必要数目的金额赔偿为目的。同时规定在委托发射的专项协议下,事业团对因委托发射造成与该发射无关的任何人或实体受到损害负有

赔偿责任。^{[5]336-339}俄罗斯、澳大利亚与日本的法律都确认在航天发射造成的第三人损害中责任主体为发射方或经营方,美国也通过责任保险和经济能力证明确认了发射许可证持有方的赔偿责任。

综上所述,可以明确航天发射活动引起的第三人损害,属于平等主体之间因权益受损而产生的损害赔偿,应归于民事责任中的侵权责任,其责任主体应为发射许可证持有方或者航天发射行为的组织方或者实施方。

(二) 归责原则

归责原则是在行为人的行为致他人的损害发生之后,据以确定损失由何方当事人承担的原则。按照1972年《赔偿责任公约》第2条的规定:发射国对其空间物体在地球表面或给飞行中的飞机造成损害,应负有赔偿的绝对责任。这实际上确认了当发射行为造成地球表面的第三人损害时,在国际法上确认的责任主体是国家,适用的归责原则为绝对责任。虽然该公约第7条排除了发射国国民作为受害人适用该公约的可能,^②但其第2条确定的绝对责任原则依然可以作为有益的借鉴。绝对责任的适用使得在国际空间法中,“国家对其合法行为所造成的损害也应当予以赔偿”^[6],承担国际间责任。虽然《赔偿责任公约》意在解决航天发射产生的国际间责任,排除了发射产生的国内损害责任,但对绝对责任的选择也体现出在公约制定的复杂背景下,即便各个国家出自不同的利益,航天发射行为本身固有的危险性也通过绝对责任体现出来。

航天科技与航天发射行为的快速发展与商业化,表现为现代社会必须的科技、经济、探索太空的活动,也是合法的行为。但与这类行为相伴的必然是高度存在的危险,如发射失败的危险、发射残骸或发射部件的坠落等。现代法律中的危险责任恰为这种情形而设立,“危险责任不是对不法行为所负的责任,危险责任的根本思想在于不幸损害之合理分配”^{[7]262}。在德国法上,高度危险活动中的无过错责任被称之为危险责任,“特定企业、特定装置、特定物品之所有人或持有人,在一定条件下,不问其有无过失,对于因企业、装置、物品本身所具危害而生之损害,应负赔偿责任”^{[7]262}。不考虑过错的因素,受害人无需对加害人的过错予以举证,加害人即使能够证明自己主观上没有过错,也不得免除责任。现代社会生产活动高度发展,科技创新也日新月异,因此,社会生产、日常生活危险性日益增多,而这些活动又“系现代社会必要经济活动,实无不法性之可言,危险责任的基本思想在于‘不幸损害’的合理分

派,乃基于分配正义的理念”^[8]。

在国内赔偿的归责原则上,俄罗斯沿袭了《赔偿责任公约》的思路,规定“俄联邦的空间物体在俄联邦境内或任何国家管辖范围之外(外层空间除外)造成损害都应承担责任,而不管损害的责任人有无过失”^{[5]338}。该规定体现的是绝对责任。澳大利亚确认由发射方承担空间物体对地球表面和飞行中的航空器造成的损害责任,但可因第三方的重大疏忽或故意而造成的损害行为免责。

中国《民法通则》第123条规定:从事高空、高压、易燃易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业造成他人损害的,应当承担民事责任,如果能证明损害是由受害人故意造成的,不承担民事责任。《中华人民共和国侵权责任法》第69条规定:从事高度危险作业造成他人损害的,应当承担侵权责任。第73条规定:从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的,经营者应当承担侵权责任,但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的,不承担责任。此处的高空通说认为是指航空活动。《中华人民共和国民用航空法》第157条规定:因飞行中的民用航空器或者从飞行中的民用航空器上落下的人或者物,造成地面(包括水面)上的人身伤亡或者财产损害的,受害人有权获得赔偿。从以上中国《民法通则》《侵权责任法》和《民用航空法》的相关规定可以看出,高度危险(包括高空)致人损害的侵权行为适用无过错的归责原则,也即危险责任。

以上条文虽未明确将航天发射活动纳入造成损害的情形,但由于航天发射活动本身确实具有高度危险性,航天器发射失败存在“造成损害的可能性”^{[9]196},或者发射过程中分级脱落的部件“存在对人、土地或者他人动产造成损害的高度危险”^{[9]196};且航天发射失败而坠落地面的航天器残骸或发射过程中执行分级脱落时掉落地球表面的助推器残骸、零部件或碎片及整流罩等是造成水、地面第三人损害的加害物,发射行为与损害事实存在因果关系。虽说航天发射活动归属于空间活动,因为航天发射的最后目的在于航天器脱离大气层,不受地球引力影响进入太空;但发射失败而坠落地面的航天器残骸、或发射过程中执行分级脱落时掉落地球表面的助推器残骸、零部件、碎片及整流罩等恰恰是因为地球引力的影响而坠落地面,因此,可以将其纳入高空危险作业的范围。此外,是否必须要求参与航天发射活动的一方有过错,尹玉海等认为,“空间发射活动具有高度危险性,受害人也不具备判断或者避免

损害结果发生的知识和能力”^{[5]331}。航天科技本身即意味着高风险,而且在举证过程中由于技术原因受害方也很难证明航天器发射行为有过错,从公平角度出发,应明确在航天发射行为导致第三人的损害行为中不需要确认发射方是否有过错。

因此,在中国国内法关于此问题没有专门立法的情况下,关于航天发射活动中的第三人损害赔偿应适用《民法通则》和《侵权行为法》,属于高度危险责任侵权行为。

(三) 损害

损害是侵权行为承担法律责任的基础。1972年《赔偿责任公约》第1条指出:“损害”的概念,是指生命丧失、身体受伤或健康的其他损害;国家、自然人、法人的财产,或国际政府间组织的财产受损失或损害。《俄罗斯联邦航天发射活动法》确认“对进行航天活动中事故产生的直接损害给予全部赔偿。”中国《侵权责任法》并未明确指出损害内容,但其第2条规定:本法所称民事权益,包括生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权、所有权、用益物权、担保物权、著作权、专利权、商标专用权、发现权、股权、继承权等人身和财产权益。《民用航空法》确认的损害也包括人身损害和财产损害。

参考以上法律关于损害的规定,航天发射失败而坠落地面的航天器残骸或发射过程中执行分级脱落时掉落地球表面的助推器残骸、零部件或碎片及整流罩等可能造成水、地面第三人损害的内容包含人身损害与财产损害两部分。人身损害指航天发射行为导致第三人的生命、身体、健康的损害,此处的第三人既包括落区民众,也包括飞行中的航空器上的人员。至于发射落区民众遭受的精神恐慌,因为没有直接的损害后果,很难被认定为损害的一部分。财产损害则是指航天发射行为导致第三人的财产损失,包括落区民众的房屋、农田、牲畜等财产,也包括给飞行中的航空器及其机上人员带来的财产损失。

此外,坠落地、水面的残骸散发的有毒气体,对人体、大气和坠落地周边环境会带来损害与污染,这就产生了与《侵权责任法》中的环境污染侵权责任的竞合。考虑到此类环境损害由航天发射行为引起,因此,对于这类损害可从以下两种情形来分析:如果在致害物坠落之后就能即时确定损害的话,那么可以归于航天发射导致的第三人损害,因其依然符合航天发射行为高度危险性这一特性;如果有毒气体造成的损害不是即时发生的,损害后果也是滞后显现的,那么笔者认为这一损害可归属于环境污

染侵权责任,适用环境侵权的归责原则。而航天发射行为,因其存在高度危险性,故其导致的第三人损害应归属为高度危险责任,适用无过错归责原则。致害物坠落水、地面之后未被回收,其缓慢散发出的有毒有害物质导致周边环境带来第三人损害,因其不再有自高空坠落的危险性,再适用高度危险责任也不恰当,故将其归属于环境污染侵权责任。

航天发射行为对第三人的损害还存在一种可能,即残骸、脱落物等自高空坠落可能击中正在飞行的航空器,导致航空器坠毁带给水、地面第三人损害。虽说航天发射行为都伴随着一定范围的空中管制,这种意外发生的几率相当低,但《赔偿责任公约》第2条明确指出:“发射国对其空间物体在地球表面或给飞行中的飞机造成损害,应负有赔偿的绝对责任”,这说明航天发射行为中的残骸或脱落物击中正在飞行的航空器的可能性还是存在的。如果此类情形导致航空器坠毁而损害水、地面第三人利益的话,这一损害是算作航空器经营人对第三人的责任还是航天发射行为的组织方或实施方对第三人的责任呢?《中华人民共和国民用航空法》第157条规定:因飞行中的民用航空器或者从飞行中的民用航空器上落下的人或者物,造成地面(包括水面)上的人身伤亡或者财产损害的,受害人有权获得赔偿。《民用航空法》并未规定由于此类外来原因导致航空器对第三人的损害问题,1952年《关于外国航空器对地(水)面上第三者造成损害的公约》(简称《罗马公约》)第7条则规定:当两架或两架以上航空器在飞行中相撞或相扰,并发生了第一条所指应予赔偿的损害,或者两架或两架以上航空器共同造成这种损害时,则每一架有关的航空器都应被认为造成了这种损害,而每一架航空器的经营人都应在本公约规定的条件及责任限制范围内承担责任。由此可见,1952年《罗马公约》的空中碰撞指的是航空器之间的碰撞,其将责任进行了分担。对于文章中航天行为引发的航空器对第三人的损害,航空器没有过错的情形下,应由航天行为的组织方或实施方承担责任;但若航空器违背空中管制而飞行,由此产生的损害则应由航空器的所有人或经营人承担对第三人的责任,适用航空器侵权的责任制度。

综上所述,在中国航天技术与航天事业快速发展的背景下,因航天发射的残骸、脱落物等而受损害的第三人利益也同样应该在法律上得到体现,缺少明确的损害赔偿法律制度对第三人不公平,也不利于航天产业的发展。因此,应明确中国航天发射第三人损害赔偿制度,以保护受损第三人的利益。在

现有的规范航天发射行为导致第三人损害赔偿的专门法缺失的情况下,将这类损害赔偿纳入民事法律的赔偿中,以《民法通则》和《侵权责任法》为依据,将其归属于高度危险责任,适用无过错原则,确认责任主体为发射许可证持有方(民用航天发射行为)或者航天发射行为的组织方或者实施方(政府或军方发射行为)。本着有损害必有赔偿的原则,明确因航天发射的残骸、脱落物等而导致的第三人损害包括水、地面第三人的损害,也包括正在飞行的航空器上人员的损害以及对航空器的损害,同时也涵盖导致航空器坠毁后产生的对水、地面第三人的损害。目前已有成熟且商业化的国内及国际保险市场来分担航天发射行为可能产生的高度风险责任,且中国2002年《民用航天发射项目许可证管理暂行办法》第19条规定:“许可证持有人必须遵照国家有关规定购买发射空间物体的第三方责任保险和其他相关保险”。因此,当第三人损害发生时,应由承保第三人责任险的保险公司首先对第三人损害进行理赔;只有当保险赔偿不足以弥补第三人损害时,才由发射许可证持有人或者发射行为的组织方或实施方承担。完善且明确的航天发射第三人损害赔偿法律制度,既能保护受损第三人的利益,也有助于航天发射事业的进一步发展。

注释:

- ① 以上落区是笔者根据网络资料整理的。
- ② 详见《外空物体所造成损害之国际责任公约》第7条:本公约之规定不适用于发射国之外空物体对下列人员所造成之损害,即(a)该发射国之国民;(b)外国国民,在自该外空物体发射时或其后之任何阶段至降落时为止参加该物体操作之时期内,或在受该发射国之邀请而在预定发射或收回地区紧接地带之时期内。

参考文献:

- [1] 杨猛. 火箭来了!快躲![J]. 南都周刊,2010(7):45—46.
- [2] 彭超,汪再立. 长征火箭残骸坠落湖南 砸坏民宅和高压线路[EB/OL]. [2012-5-28]. <http://www.yangtse.com/system/2012/05/28/013423172.shtml>.
- [3] 秦伟. “太空经济”时代悄然来临[J]. 装备制造,2010(11):51.
- [4] 郝秀辉. 航空器对地(水)面第三人的侵权行为归责原则论[J]. 北方法学,2008(1):119—126.
- [5] 尹玉海,李巍,刘飞奇,等. 航天发射活动若干法律问题研究[M]. 北京:中国民主法治出版社,2008:331—339.
- [6] 尹玉海. 航天开发国际法律责任研究[M]. 北京:法律出版社,2004:67.
- [7] 王泽鉴. 民法学说与判例研究,第5册[M]. 北京:中国政法大学出版社,1998:262.
- [8] 王泽鉴. 侵权行为[M]. 北京:北京大学出版社,2009:15.
- [9] 文森特·R·约翰逊. 美国侵权法[M]. 赵秀文,译. 北京:中国人民大学出版社,2004:196.

动态补贴利益的认定

——以美国诉欧盟大型民航客机补贴案为例

崔诗婉

(中国政法大学 国际法学院, 北京 100088)

摘要: 补贴利益的认定是判断补贴存在的关键环节,相对于静态补贴利益而言,动态补贴利益的认定问题更加复杂,随着国际贸易争端的复杂化,对其进行研究具有必要性。以SCM协定为依托,结合欧美大型民航客机反补贴案DS316和DS353,即目前WTO框架下分析动态补贴利益的最新材料,对该领域内之前所确立的原则进行补充和比对,进一步完善动态补贴利益的认定规则。

关键词: 《补贴与反补贴协定》;民用大飞机;反补贴;补贴利益的传递

中图分类号: DF96 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0025-05



On the Issues of Dynamic Benefits: Take the Example of Lawsuits between the US and EU Concerning Subsidies for Large Civil Aircraft

Cui Shiwan

(School of International Law, China University of Political Science and Law, Beijing 100088, China)

Abstract: The determination of a benefit conferred is the key to proving whether such a subsidy exists. Compared with static benefits, the determination of dynamic benefits is more complicated, but it is more and more imperative with the development of the international trade. DS316 and DS353 are the latest documents to be analyzed about the dynamic benefits. On the basis of the SCM agreement, this dissertation aims to summarize the application of principles about the dynamic benefits in the disputes DS316 and DS353, so as to provide some references for China.

Key words: SCM Agreement; large civil aircraft; anti-subsidy; benefit pass-through

一、引言

动态补贴利益是相对于静态补贴利益而言的学理分类,指补贴给予接受者的利益发生了动态转移。^[1]随着国际贸易的发展,静态补贴利益的相关规则,即单纯地证明补贴利益的产生和存在已经无法解决利益认定的全部问题。鉴于WTO的相关规定,主要是《补贴与反补贴协定》(以下简称《SCM协定》)并未对补贴利益问题制定相关的适用原则,动态的补贴利益更是游离于《SCM协定》之外。同时,动态补贴利益的认定更加注重实质正义和事实审查,而非单纯的诉讼技巧和法律审查,注重对个案具体案情的审查和比较,而非简单机械地套用之前确定的原则,因此,对其进行研究具有较大的实践和理论价值。此外,大型民航客机产业体系极为庞大,相

对于除农业外的其他产业而言,补贴问题在大飞机产业中最具争议性且金额最大。^{[2][230]}

欧盟空客和美国波音是航空领域的两大巨擘,2003年空客交货量首次超过波音,成为全球最大的民航客机制造商。^[3]美国认为空客依靠欧盟的补贴而拥有不公平的价格优势,于2004年10月将欧盟诉至WTO(DS316),2005年6月27日欧盟对美国进行二次上诉(DS353)。这两个案件是目前WTO框架下关于动态补贴利益认定问题的最新材料。

二、动态补贴利益

《SCM协定》的第1条定义了补贴,认定补贴的存在必须满足三个条件:首先,必须“存在由政府或任何公共机构提供的财政资助”(financial contribution);其次,接受者“因此而授予一项利益”(a bene-

fit is thereby conferred);最后,补贴具有专向性。^①利益(benefit)指某种形式的优势,即除非财政资助使接受者的状况好于没有受到资助时的情况,否则对于接受者而言不存在利益。确定此种优势的标准是市场,因为只有通过与市场比较才能辨明该政府行为是否造成贸易扭曲。由于利益不仅是政府实施财政资助的结果,也是给其他成员国相关产业造成损害的原因,利益在“财政资助—补贴利益—进口国产品损害”因果链条上居于中心环节,其不仅关系到补贴存在与否,还涉及到反补贴措施的正确适用。同时,尽管《SCM协定》对财政资助的形式和专向性问题进行了比较详细的规定,但并未对补贴利益作出明确的规定,该处空白的填补是在争端解决机构DSB处理案件的实践过程中,经专家组和上诉机构的不断解释而逐渐完善的。虽然WTO专家组和上诉机构报告的法律地位尚有争议,上诉机构也承认无遵循先例的必要,但在利益传递的分析上秉承了前后案例一致的原则,对补贴利益的法律分析具有重要的指导意义。

学理上,根据一项政府补贴给予接受者的利益是否发生动态转移或传递,可以将补贴利益划分为静态补贴利益和动态补贴利益。静态补贴利益是指一成员国政府或者公共机构的一项补贴给予特定接受者的利益仅为该接受者获得,未发生任何动态转移,即补贴的接受者和最终受益者为同一实体。而动态补贴利益是指补贴利益并未固定于接受企业、行业或地区,而是通过某种渠道全部或部分地转移给了第三方,即补贴的接受者与最终受益者并非同一实体,其外延还可以扩展到补贴利益在同一主体内的消亡或存续。^[4]随着国际贸易理论和实践的发展,反补贴争端呈现出复杂化的趋势。以跨国公司为代表的产业分工的细化,使上下游产品涉及动态补贴利益的传递;发展中国家国企改革中的私有化浪潮,使私有化过程中的利益传递问题更加普遍。财政资助不再按照从政府到接受者这样直接的路线转化为补贴,接受者可能仅是一个利益传递的中介载体。近年来美国与欧盟间的大型民用航空客机反补贴案件在很大程度上涉及到动态补贴利益的认定问题,可以借此进一步补充和厘清其相关适用规则。

就动态补贴利益而言,主要有以下两方面问题:其一,是否需要首先单独证明曾经的补贴利益当前依然存在,即补贴利益的存续问题;其二,补贴利益的传递问题,即补贴动态变化的认定。

(一) 补贴利益的存续

在DS316案中,专家组和上诉机构使用了“补贴利益的存续”(the life of the subsidy)一词。双方争议的焦点是,申诉方是否必须首先单独证明补贴利益当前依然存续,才能进一步证明其构成可诉性

补贴。

《SCM协定》根据补贴的危害性程度,将其分为禁止性补贴、可诉性补贴和不可诉补贴,不可诉补贴自1999年已然失效,因此,当前《SCM协定》中仅有禁止性补贴和可诉性补贴,禁止性补贴单其补贴行为本身即构成严重的贸易扭曲,无须考虑其危害后果,而可诉性补贴则是将其补贴行为和危害后果分离开来,需要证明补贴的危害后果及其与补贴行为之间的因果关系,因为其前提是肯定补贴的积极作用。实务中涉及的动态补贴利益问题多与可诉性补贴有关,根据《SCM协定》,可诉性补贴应当具备三个要件:构成概述中所定义的补贴,即存在财政资助和利益;具有专向性;产生了第5条规定的不良影响(adverse effect)或第6条规定的严重侵害(serious prejudice)。

《SCM协定》第1.1条规定:“就本协议而言,如出现下列情况,应视为存在补贴:(a)(1)在一成员方(本协议中称‘政府’)领土内,存在由政府或任何公共机构提供的财政资助(b)并因此而授予一项利益。”^②第1.2条补充规定:补贴必须具有专向性。第5条规定:“成员国不可以适用第1条所定义的补贴,给其他成员国的利益造成不利影响。”^③第6.1条规定了“严重侵害”,是对第5条“不利影响”的细化和延伸。^④正确理解可诉性补贴的存续问题必须整体把握《SCM协定》第1条、第5条和第6条之间的关系。

欧盟声称空客曾经接受的补贴利益已经不再存续,因而不存在补贴,且美国仅在证明了空客之前接受的补贴当前依然存续的前提下,才可以进一步诉称其对波音公司造成了不利影响或严重侵害。因为《SCM协定》第1条“shall be deemed to exist”中“exist”和第5条、第6条皆使用现在时态,这说明《SCM协定》不适用于现在已经不复存在、更不可能带来不利影响的补贴。而专家组和上诉机构最终认定,《SCM协定》中相关条款现在时态的使用并不表明必须存在“现有利益”(present benefit),补贴利益和其不利影响并非必须存在于同一时期内,因为《SCM协定》第5条中的“any subsidy referred to the paragraphs 1 and 2 of the Article 1”指的是存在在先的补贴原因,而不要求补贴利益的给予和其所导致的不利影响同步。^⑤第5条和第6条的实质是赋予成员方不可给其他成员方造成不利影响的义务,即使之前的补贴利益已经消亡,这种义务也不会因此而被免除。欧盟所谓的“利益存续”实际上仅为《SCM协定》第1条、第5条和第6条之间因果关系的侧面反映,持续性的利益在当前则表现为对他国相关产业的危害,应当放在不利影响和严重侵害的法律义务项下分析,而无须单独认定,欧盟的理解实际上是将

利益和影响混同。

由此可见,判断存在可诉性补贴,只需证明其存在第1条规定的财政资助使接受者获得利益、补贴具有专向性,以及第5条和第6条规定的“对其他成员方造成不利影响或严重侵害”。虽然补贴利益具有动态转移的经济特性,但对其依然存续的证明不是申诉方的必然责任,若该补贴对其他成员方的产业造成了第5条和第6条的危害结果,则自然表明之前的补贴利益当前依然存续,即使对利益的存续情况进行考量,也仅是为了更好地判断其究竟在多大程度上产生了第5条和第6条的危害后果,仅构成对第5条和第6条的补充。因为随着时间和市场条件的变化,很难证明补贴利益与不利影响之间的微弱联系,而且这种联系是一种不证自明的内在因果关系。申诉方无须对补贴利益的存续问题进行单独的认定,若无确切证据证明利益被中断,原则上应推定补贴利益被授予后自动存续。

(二) 补贴利益的传递

对补贴利益传递进行分析的本质是:补贴的受益者和利益最终受益者不一致,但二者之间存在某种关联,或发生了产权变动和交易行为。换言之,被调查产品或企业不是直接获得的财政资助所授予的补贴利益,这就需要调查机关审查分析相关交易过程,涉及动态补贴利益的认定。^[5] 补贴利益因传递的渠道不同会表现出不同的形式,传统上有“上游补贴”涉及的利益传递和私有化过程中涉及的利益传递两种,而DS353提出了一种新的利益传递形式——预期补贴利益的传递。

1. “上游补贴”中的利益传递

“上游补贴”中的利益传递是指当外国政府并非对被调查产品(下游产品, downstream product)直接授予补贴,而是对该产品的主要原料(上游产品, input product)授予补贴,若在上游产品被加工时传递给被调查产品,则进口国仍可对被调查产品征收反补贴税。该制度是美国反补贴立法的产物,被广泛运用于国内外相关领域的法律实践中。虽然《SCM协定》并未明确规定,但WTO争端解决机制默许该规则适用的合法性。

美国-加拿大软木材案(US-Softwood Lumber IV)是关于“上游补贴”利益传递的典型案件,该案上诉机构认为,如果反补贴税的目的是为了抵消上游产品生产商所得到的补贴,而该税却是施加于最终的下游产品上,那么调查当局不仅需要证明上游产品生产商获得了补贴,还必须证明上游产品的补贴利益传递给了下游产品的生产商,简单的推定是不够的。因“上游补贴”而采取反补贴措施需要满足三个条件:第一,上游产品存在补贴;第二,对上游产品的补贴使下游产品(被调查产品)获得竞争性

利益;第三,该上游产品补贴对下游产品的成本产生重大影响。^[6] 其中第二个条件即是要求上游产品的补贴利益传递给下游产品,若上下游产品生产者之间的交易价格低于市场价格,属于关联交易,则直接推定补贴利益当然地发生了传递,而无须进行利益传递的分析,补贴量即是交易价格和 market 价格的差;若二者是以市场价格进行的公平交易,则需要进行利益的传递分析,从而确定是否存在利益传递以及利益传递的程度。

在DS316案中,欧盟声称由于空客进行了私有化和重组,之前的集团公司(Airbus Industrie Consortium)与现今的空客公司(Airbus SAS)构成上下游产品的生产厂家,因此,美国需要进行利益传递的认定才可以判断当前存在补贴。专家组和上诉机构则认为,美国-加拿大软木材案中存在上游产品木材和下游产品软木塞,二者是两个分别存在的不同产品,而DS316案中空客重组前的集团公司与现今的空客公司都同样生产民用航空大飞机,二者不存在上下游产品的关系。^⑥ 此外,即使重组前后的两个公司是上下游产品生产商的关系,二者也构成关联交易,因为重组前的集团公司始终拥有控制权,甚至连欧盟自身也不否认重组后的空客在公司运行(Airbus' operation)和生产活动(production activities)上并未发生改变。因此,虽然上诉机构在美国-加拿大软木材案中要求上诉方证明补贴利益的传递,但基于案情的不同,本案中美国无证明利益传递的责任,从而否定了关于利益传递的第一种情况。

2. 私有化过程中的利益传递

私有化是一种通过转移企业所有权的方式使企业更为有效运行的经济改革方式。《SCM协定》中并无关于此问题的明确规定,DS316案的专家组根据之前案件的专家组报告,得出私有化有效阻断利益传递的条件是:第一,私有化前的财政资助是一次性、非重复的;第二,该补贴利益在私有化前被授予给一个国有企业;第三,国有企业的私有化是通过独立交易(arm's length transaction)实现的,并以公平市场价格(fair market value)进行;第四,政府彻底转让了所有资产而不再享有任何控制权。条件三的理论基础是,由于市场价格本身已考虑了先前的补贴价值,补贴被有效地偿还给了政府,这种情况下的所有权转移便得以消除之前给予国有企业的补贴,不存在补贴利益的传递问题。但即使是符合这四个标准,仍不能绝对认定补贴利益因私有化而消失,仅是设定了这样一个可推翻的前提,若申诉方欲推翻该前提需要承担利益确实发生传递的证明责任。

在DS316案中,欧盟引用了美国-英国热轧铅铋案(US-Lead and Bismuth II)和美国-欧共体国家某些产品采取反补贴措施案(US-Countervailing

Measures on Certain EC Products),认为空客以独立交易和公平市场价格进行的私有化可以消除之前的补贴利益,美国需要承担证明利益发生传递的责任。但专家组认为空客的私有化不完全符合上述四个要件,因为空客重组前的集团公司始终掌握着控制权。欧盟则认为该原则可以类推适用于部分私有化(partial privatization)。上诉机构对该问题做出最终厘清,认为在上述两个案件中,利益传递的分析主要是基于《SCM协定》第5部分反补贴措施的要求,因为反补贴措施的实施程度需要与补贴利益的数额相符,并且必须将“私有化可消除补贴”原则的适用范围严格地限于彻底、完全的私有化,而不能任意类推适用于部分私有化。

3. 预期补贴利益的传递

这种新的利益传递方式是欧盟在DS353案件中提出来的,该案的背景是,美国波音公司将其零部件生产发包给很多州的生产商,其中位于堪萨斯州的威奇托公司(Wichita)原由波音公司所有,70年间为波音生产了除717型号外所有大飞机的部分零部件,其性质类似于波音公司的内部供应商,和第三方几乎没有交易,堪萨斯州政府以税收减免和资金转让的方式给予其补贴。2005年6月,威奇托公司被波音卖给了Spirit公司,Spirit公司与威奇托公司一样,为波音提供独家零件供应服务,之后,二者签订了长期供应合同。

欧盟在指控中提出了补贴利益的一种新的传递方式,其认为在波音与Spirit公司的交易中,双方在进行产权变更时便意识到Spirit公司将得到州政府计划下的税收减免和资金转让,因而存在“预期的补贴利益”(future benefits),且其构成产权交易的对价,所以Spirit公司的“预期的补贴利益”在二者签订长期供应合同时传递给了波音公司,因此,该利益传递的发生实际上早于补贴利益的实际获得。

专家组认定波音公司确实因该长期供应合同节约了成本,预期补贴利益构成了部分对价,因而不是以公平市场价格进行的独立交易,但这并不足以证明波音公司的成本节约完全归因于Spirit公司传递过来的预期补贴利益,从诸多证据中可见,在更大的程度上,波音公司成本的节约应当归因于Spirit公司通过裁员等措施提高了零配件的生产效率,而非预期补贴利益的传递。此外,欧盟的这种指控仅是一种推测,调查机构无法确定预期补贴利益究竟在何时、以多大程度发生了传递,专家组无法支持这样一种无确凿证据的推论。

从上述论证中可见,对于可诉性补贴^⑦而言,动态补贴利益的传递分析一般仅在两种情况下是必要的,即彻底的私有化和上下游产品生产商之间是以公平市场价格进行的独立交易。基于这两种情况可

以得出补贴利益被阻断的推论,但此推论是可以被推翻的,若申诉方欲证明补贴利益依然存在,需要承担利益传递分析的证明责任。这两种补贴利益被阻断的情况具有共同点——所有权的变更是以公平市场价格进行的独立交易,可见其是构成补贴利益传递受阻的必要而非充分要件,这集中体现了《SCM协定》对于利益的核心标准,即比较的理念。利益本身即意味着一种优势,《SCM协定》的宗旨是制裁扭曲市场的政府补贴行为,抹去财政资助给予接受者的不合理优势,保证国际市场的公平竞争,而其优势则正是体现在与市场条件进行比较的情形下,因此,无比较则无利益,这体现了《SCM协定》和WTO争端解决机制对实质正义的追求。

同时,从专家组和上诉机构的报告中可见,WTO争端解决机制注重具体案情的比对,动态利益的传递规则仅在极为严格的情况下才予以适用,如彻底的私有化可使补贴利益消亡这一原则不适用于部分私有化,上下游产品生产商之间的交易若不是以公平市场价格进行的独立交易则无须进行利益传递的分析,直接被推定为利益发生了传递。而诸如欧盟在DS315案中提出的“预期补贴利益的传递”,其在补贴利益尚未获得的情况下即假定“预期利益”在以低于市场价格的非公平交易中发生了传递,是不具有确凿证据支持的推论。专家组和上诉机构坚持利益传递受阻原则的严格适用,对其进行了论证和否认。因此,除非案情严格符合上述两种条件,在其他情况下,证明利益传递并非申诉方必须承担的责任,若无特别介入因素,可诉性补贴利益则被推定当然存续,所谓的利益存续仅是证明《SCM协定》第1条、第5条和第6条之间因果关系的侧面反映。这种观点世贸组织争端解决机制DSB也支持,利益传递分析本是国内立法、司法实践的制度规则,但随着WTO司法实践的发展,其有逐渐成为约束各成员方之规则的趋势。同时应注意,利益传递分析作为采取反补贴措施的必要条件,主要适用于《SCM协定》第5部分,而对于《SCM协定》第3部分的“可诉性补贴”则并不具有同样重要的地位。首先,上诉机构在美国陆地棉案件(US-Upland Cotton)中即认定,补贴利益传递分析对于可诉性补贴的认定不起决定性作用;其次,诸多案件专家组和上诉机构的报告表明,补贴利益传递分析主要适用于反补贴措施领域,很大程度上是为了对被诉产品所获得的补贴利益进行准确的量化分析和计算,据此征收反补贴税。^[7]因此,对于一般可诉性补贴的动态利益认定问题,证明《SCM协定》第1条、第5条和第6条才是关键,若存在第5条和第6条的不利影响和严重侵害则自然表明之前的补贴利益依然存续,而无须单独进行补贴利益的传递分析。

三、对中国的启示

国际贸易争端日益复杂化,中国应逐步熟悉动态补贴利益的相关规则,从而更好地应对WTO框架下的国际贸易争端。

动态补贴利益的相关规则更加注重事实认定和具体案情的分析,可以用于认定比较隐蔽的补贴,然而对于中国这样的社会主义国家则具有很大威胁。首先,国企改革是目前经济体制改革的重要组成部分,而私有化是其主要方式,长期以来,中国国有资产所有者缺位以及国有企业内部人控制现象突出,使得中国大多数国有资产在退出的过程中,交易的代价并非完全体现了市场价值。^[8]这使得中国的私有化很难彻底,不足以阻断动态补贴利益的传递,若遭到反补贴诉讼,则私有化前接受的补贴很容易也被纳入反补贴措施的惩治范围。而且中国在加入世贸组织议定书中放弃了《SCM协定》第27条第13款关于发展中国家与私有化有关补贴的差别待遇,这更是增加了遭受反补贴诉讼的风险。其次,与“上游补贴”的相关分析和认定将扩大对中国反补贴调查的打击面,尤其是针对中国的优势企业诸如钢铁和化工领域,因为其生产链条往往构成上下游关系,且国企占据重要地位。此外,从上述两个案件中也可看出,动态补贴利益的认定问题根据案情不同而错综复杂,考虑因素众多,判定结果多变,若不熟悉动态补贴利益的相关规则,很容易使被诉补贴范围扩大。

笔者对此有以下提议:首先,商务部应当熟悉动态补贴利益认定的相关规则,清晰掌握构成各类补贴利益传递的要件以便从容应诉。补贴利益的传递分析主要适用于反补贴措施调查中,目的是对补贴利益进行量化计算,进而要求交纳反补贴税,即使不能成功应诉,也可以通过灵活运用动态补贴利益的认定规则趋利避害,作为被诉方则减少反补贴税的缴纳金额,作为起诉方则尽量扩大反补贴诉讼的覆盖范围。其次,今后中国国有企业争取在改革过程中以公平市场价值和独立交易实现彻底的私有化。“在目前非市场经济国家地位的认定和入世承诺的制度框架约束下,最重要的措施就是严格监控国有资产的定价问题”^{[2]230},衡量是否进行了独立交易。体现公平市场价值的标准是产权的转移方式,如以公开招标、投标、公开要约竞价等方式来出售国有股,可以被认定为彻底的私有化。此外,鉴于大飞机产业风险高、投入大、具有国家战略性,出于国民利益的考量,补贴在所难免,中国应尽量多采用动态补

贴形式,以便加重起诉方的举证负担,并且争取按照WTO动态补贴利益认定的相关规则进一步规范私有化进程以及上下游生产商之间的交易方式、拉长补贴链条,将补贴政策在形式上合法化,切断补贴利益的传递链条,^⑧避免因反补贴诉讼造成的损失。

注释:

- ① 详见SCM 1.1:“For the purpose of this agreement, a subsidy shall be deemed to exist if: (a) (1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a member(referred to in this agreement as government) …… and (b) a benefit is thereby conferred.”
- ② 详见SCM 1.2:“ A subsidy as defined in paragraph 1 shall be subject to the provisions of Part II or shall be subject to the provisions of Part III or V only if such a subsidy is specific in accordance with the provision of Article 2.”
- ③ 详见SCM 5:“ No member should cause, through the use of any subsidy referred to in paragraph 1 and 2 of Article 1, adverse effects to the interests of other Members, ……”
- ④ 详见SCM 6.1:“ Serious prejudice in the sense of paragraph (c) of Article 5 shall be deemed to exist in the case of: ……”
- ⑤ 参见:WT/D316/AB/R, EC and certain member states-measures affecting trade in large civil aircraft, para. 712, page 299.
- ⑥ 参见:WT/D316/AB/R, EC and certain member states-measures affecting trade in large civil aircraft, para. 775, page 330.
- ⑦ 实践中,动态补贴利益的认定问题多涉及可诉性补贴。
- ⑧ 合法化(legality)与合法性(legitimacy)并不完全一致,后者除了形式合法之外,更重要的是符合法律的实质内容。详见彭岳所写的《贸易补贴的法律规制》,法律出版社2007年版第115页。

参考文献:

- [1] 叶全良,王世春. 国际商务与反补贴[M]. 北京:人民出版社, 2005(1):3.
- [2] Nils Meier Kaienburg. The WTO's “toughest” case: an examination of the effectiveness of the WTO dispute resolution procedure in the airbus-boeing dispute over aircraft subsidies[J]. Journal of Air Law and Commerce, 2006, 71(191):230.
- [3] 仇晓慧. 波音 vs 空客: 马拉松式的对决[EB/OL]. (2005-10-29)[2012-02-20]. <http://finance.sina.com.cn/review/observe/20051028/15282075557.shtml>.
- [4] 甘瑛. 国际货物贸易中的补贴与反补贴问题研究[M]. 北京: 法律出版社, 2005:79.
- [5] 马晓平,江可申,吴秋璟. 大飞机项目补贴障碍分析及策略建议[J]. 对外经贸实务, 2009, 6(3):39.
- [6] 李华. 试论SCM协定下事实上的出口补贴——以美国诉欧盟及其成员国影响民用大型飞机贸易措施案为例[J]. 北京理工大学学报: 社会科学版, 2010(6):95.
- [7] Marc C S Mathis. Comment: how the ongoing trade dispute stalemate between Boeing and Airbus has undermined GATT and may continue to usher in an era of international agreement obsolescence under the world trade organization[J]. Tulsa Journal of Comparative and International Law, 2005, 13(1):117.
- [8] 李佩耀. 补贴与国有企业发展[EB/OL]. (2005-12-20). http://www.cnfi.org.tw/wto/all-news.php?id=2505&t_type=s.

• 政治宪法学专题

编者按:政治宪法学是从政治发生学原理与政治过程研究宪法与宪治的一种宪法学进路。国内政治宪法学的兴起是近些年中国宪法学流派多元化和学术理论自觉的重要标志。北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院的一批学者一直致力于政治宪法学基本理论问题的探讨和相关学术活动的组织,尤其是在2013年11月正式创设了“北航政治宪法学年会”。2014年3月8日,第二届年会以《德国法杂志》(*German Law Journal*)2013年第12期“政治宪法学”专号为讨论基础和契机,邀请相关英国学者参会集中研讨英国的“政治宪法”学术传统及其制度问题,取得了良好的学术反响。本刊持续关注中国国内社会科学界理论前沿,本期与人文与社会科学高等研究院合作推出“政治宪法学专题”,选登两篇重量级译文和三篇国内优秀研究论文,以深化中国宪法学术与国际前沿的接轨和交流能力。后续还将持续关注该领域学术发展并及时登载代表性学术论文。

政治宪法的弹性^①

凯思·尤因

(伦敦国王学院 迪克逊·蒲恩法学院, 伦敦 WC2R 2LS)

张绍欣 译

(北京航空航天大学 法学院, 北京 100191)

摘要:通过对政治宪法的性质和形式的考察,证明划定其范围和目的的传统方法过于狭窄:政治宪法所关涉之事乃是使政府成为可能并赋予其权力以及限制政府和约束政府。这一概念也被用于描述一组虽然核心但却尚不明确的政治自由——尽管它们经常被湮没并且经常被替换。针对一些学者所说的从政治宪法向法律宪法的迁移来对三种有争议的假设进行考察:第一种假设涉及的是广为流传的,但却是错误的,针对政治宪法的意识形态式理解;第二种假设涉及的是“法律性”抵御来自“政治性”的控制的能力;第三种假设涉及的是法律性在保护政治自由时的有效性。贯穿文章的一个鲜明尝试是用证据来阐明政治宪法在上述情况下富有弹性。

关键词:政治宪法;法律宪法;法律性;政治性;《欧洲人权公约》

中图分类号: D911

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0030-14



Resilience of Political Constitution

Keith Ewing

(The Dickson Poon School of Law, King's College London, London WC2R 2LS, UK)

Translated by Zhang Shaoxin

(Law School, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: The first part of this paper examines the nature and form of the political constitution, and argues that traditional approaches to its scope and purpose are too narrow in focus: the political constitution is about enabling and empowering government, as well as containing and constraining it; it is also predicated upon a body of core and indeter-

收稿日期: 2014-03-31

作者简介: 凯思·尤因,男,教授,研究方向为劳动法、宪法改革与社会权利保护,兼任英国雇佣权协会主席和工会权利国际中心副主席,代表作为《自由的篝火——新劳工、人权与法治》《宪法与行政法》等。

译者简介: 张绍欣(1984—),男,河北衡水人,博士研究生,研究方向为法律理论与政治理论。

minate political freedoms (albeit frequently submerged and often displaced). The second part of the paper examines three contestable assumptions about what some claim to be a move from a political to a legal constitution. The first relates to the widespread (but flawed) ideological understanding of the political constitution; the second relates to the capacity of the “legal” to resist capture by the “political”; and the third relates to the effectiveness of the legal to protect political freedom. An attempt is made throughout unusually to illustrate argument with evidence, in this instance about the resilient political constitution.

Key words: political constitution; legal constitution; legality; political; ECHR

一、导论

文章原本是为一个有关政治宪治主义的工作坊而写的。笔者在为该工作坊准备发言稿的时候所遇到的问题,尽管政治宪治主义这个术语被广泛应用,它还是富有争议。^②过去笔者一直认为,就所有宪法都诞生自这样或那样的政治斗争,即阶级斗争、争取独立的斗争或者是表现为战争和征服等形式的自然斗争(physical struggles)而言,所有宪法都是政治性(the political)的。但是所有宪法并不限于在其起源上是政治性的,它们在其内容和运作方面也是政治性的,这里暂且不论由此所建立的政府机制的性质。所有的自由民主式宪法为政治参与和政治表达、差异和异见以及妥协与解决创造了机会。

法院在对宪法的解释中或者在对政府其他分支的行为的监督中扮演关键角色这样一个事实,从未被笔者视为法律宪法的看似确凿的证据。^③不过也确实存在一种见解,即在政府必须在法律权威的范围内行事这样一种意义上,所有的自由民主式宪法都是法律宪法。对于联合王国来说,以下确实是真的:法律权威建立在一项表述议会至上原则的《议会法案》(Act of Parliament)的基础之上,该法案赋予政府以权力并约束着政府。当然这并不是法律宪治主义者使用该术语时的含义,尽管必须承认,笔者对他们所说的法律宪法感到同样迷惑,正如笔者对其他学者界定出的政治宪法的含义感到迷惑一样。如果说英国^④宪法因为1998年《人权法案》(the Human Rights Act 1998)而改变了的话,那就更不对了。

但即使英国宪法因为1998年《人权法案》而改变了,这也不是该宪法不再具有政治性的证据:它只不过证明政治斗争的场所换了一个地方。^⑤要是说司法裁决的过程不是一个政治过程,那就太天真、无知甚至虚伪了。在其最基础的地方,司法裁决是一个制造规则的过程,不单是制造出一个规则来解决某个具体案件中的争议,同时也是制造出一个在将来的相似情形中可以普遍适用于其他所有人的规

则。^⑥判决的采纳遵循着有着政策性质的理由充分地论证,这样做出的决定是建立在作出判决的法官所持有的理由充分地优先考虑的基础上的。其他制度下的决策过程并不伴随着公开的党派偏见这一事实,并不意味着司法裁决不是一个政治过程。^⑦

笔者有两个目的。首先,笔者想展开自己对于政治宪法含义的考虑。为此目的,作为出发点的并不是所有宪法都是政治性的这一明显事实,而是一个较不明显的事实,即在自由民主体之中,有一些宪治安排可以被概括为政治性的,而另一些宪治安排被概括为法律性的,英国宪法正是前者的范式性例子。联合王国的宪法是更广泛的政治宪法大类中的一种政治宪法。英国类型的政治宪法仍然非常强健,最近的宪治改革也远远没有使它黯然失色,部分原因是近些年来在法律性的方向上对此宪法的再平衡明显失败了,不仅是因为法律性(the legal)在政治层面上有着高度争议,而且因为这种明显努力的主题为政治性所俘虏。

据说在不断扩张的法律宪法实际上遭遇到这样的失败,对于那些略微了解英国历史中的危机以及法院对之的回应的人来说,这一失败毫不奇怪。英国现代法律史由被各个平静期所打断的一系列危机所构成,而不是相反。在所有这些危机中,法院基本上都是在回应着政府的需求。^⑧不过考虑到宪法的法律层面所赖以运作的政治背景已经发生了重大变化,或许现在的状况有所不同了。左右派之间的选战曾是支持格里菲思的论文的论据。^⑨随着该种形式的选战的终结,或许比较可信的是,当前法院在促使政府承担责任(accountability)方面正在扮演一个更加积极的角色。一方面,现在有些人看上去相信这是真的,但另一方面,还是存在忽略下述真实情形的倾向:政府受到的此种压力主要来自欧洲人权法院(the ECtHR),而不是来自联合王国的最高法院——它大半是能够读懂脚本的。

欧洲人权法院的介入在英国极富争议,并且被视为对英国政府的主要威胁。英国政府愤愤不平地抱怨,认为《欧洲人权公约》(ECHR)的构建大大超

出了其起草者所预期的。^⑩当然也大大超出了自由权利的保守主义支持者们,如黑尔什姆爵士(Lord Hailsham)所可能预期的,而这些保守主义者的建议曾经极大地鼓舞着格里菲思写作那一著名论文。特别是在涉及到囚犯的选举权和引渡恐怖主义嫌犯的时候,这一点特别明显,其实这两者对于政治体的意义都不如两者对所涉及的那一小部分个人意义重大。^⑪尽管如此,文章的第二个目的是考察保守党所发出的政治压力,特别是该党在处理司法裁决的政治过程不受欢迎的后果时所发出的政治压力。法律宪法在多大程度上为政治宪法所俘虏了呢?

二、政治宪法

上文已经指出,英国学者讨论政治宪治主义的出发点是格里菲思所做的乔利讲座(Chorley Lecture)。^⑫值得注意的是,该次讲座以及讲稿的题目从未出现在正文中,也因此从未得到过清楚界定。或许并不需要认为,从(1)宪法的目的到(2)宪法的方法途径再到(3)宪法的结果,三者全部都是政治性的。

“联合王国的宪法常在,且每天都发生变化,因为宪法恰恰就是每天发生的事情。我们的国家发生的每一件事都是宪法性的。即便什么大事也没发生,这也是宪法性的。”^⑬

此处经常被忽略的是上述三方面中的第一个,即宪法的目的——它经常被称为“结构上的议会制”(parliamentary in structure),但却寻求“维护一套特殊的政治目标和经济目标”(secure a particular set of political and economic ends)。^⑭这些目标是什么,并未得到明确陈述,不过下面一段话或许没有给想象留下多少空间。

“在(20世纪)30年代,我们想知道的是现实中政治的和经济的权力存在于何处。我们毫不惊讶地发现,民主的陷阱隐藏而非装饰了一个政治体。不过谁在牵引控制杆,控制杆在何处被牵引,谁是傀儡以及谁是傀儡的控制者,我们在寻求这些问题的答案。我们今天仍在寻求。”^⑮

(一) 责任政府(Responsible and Accountable Government)

政治社会学家们认为,上述内容基本上在所有宪法中都是真实的:它们存在是为了服务于经济利益,大多数政治社会学家不像宪法学者那样怯于公开揭示自己心中所想的是谁的利益。^⑯在此意

义上,政治宪法的独有特征毋宁说关乎(宪法的)方法途径而非目的,并且在此程度上,有人可能会问,究竟是什么东西让大家大惊小怪。精英统治层是通过其对政治的控制而实现统治,还是通过对法律的控制或者对政治和法律的同时控制而实现统治,这究竟有什么区别呢?在此意义上,政治宪法是跟法律宪法完全同样的令人悲观的造物(a creature),在下述事实方面更加如此:格里菲思似乎主要讨论的是作为对政府的约束之源泉的宪法,而非作为被统治者赋予权力的源泉的宪法。因此,“只有政治上的控制和政治性的运作能够提供救济”给前者^⑰,后者的可能性似乎已经吸引到下述的强硬回应:

“我们还能经常听到,宪法被描述为(甚至是被充满热情地描述为)一部机智而精巧地构造起来的装置,这装置使得人民的意志可以通过人民选举的代表得到传达,代表们制定法律来指挥其主要的委员会——内阁,并指示其如何管理国家事务。另外,宪法这一精巧装置的运转还得到一个公正的公务系统的协助,并被置于仁慈而中立的司法智慧之下。”^⑱

然而,将运作于威斯敏斯特传统中的不断演化运动的政治宪法视为是仅仅反映着对一种特殊政府形式的偏好,这一观点可能是个错误,尽管英国宪法很明显就在做着这个事情。至少格里菲思的表述是,在“政治决策应该由政治家做出。在一个像我们这样的社会里,这意味着政治家可以被选举罢免”^⑲的意义上,它是一个植根于原则的偏好。他接着说道:“这一逻辑的必然结果是,统治者的责任应该是真实的,而不是虚置的。”^⑳这大致就将政治宪法与其他的宪治安排,如美国的宪治安排区分开来。在美国,终极规则和终极规则的制造者都不能轻易更改。但是,对政治宪法的这一界定中的有趣之处,不在于其诉诸代议制政府和民主政府,而在于其诉诸责任政府。为此目的,政治宪法并不必然是民主宪法,尽管像下文讨论的,它可能被视为是自由民主政制的最高级形态。

(二) 作为主权者和代表者的议会(Representative and Sovereign Parliament)

麦金托什(Mackintosh)的著作《英国内阁》(The British Cabinet)在格里菲思的圈子中深受欢迎,该书强调,政治宪法运行的根基在于代议制政府而非民主政府。^㉑麦金托什认为,关于政治宪法的这样一种洪水标记针对的是19世纪90年代末和20世纪初的英国宪法,在那个时代,选举权已经扩大了,但还

是缺乏全部成年人的普遍选举权,或者说缺乏全部成年男子的普遍选举权。在那个时代,行政部门向一个有着独立思想且拥有完整法律权威的议会负责,议会还没有深受钢铁般的政党纪律之害——有些人似乎认为,这种政党纪律损害其政治宪法。^②毫无疑问,从某一出发点来讲,政党纪律限制了议会的有效性,尽管关于政党影响议会有效性的判断在很大程度上依赖于对议会的宪法功能的理解,这一宪法功能也不简单的就是让政府承担责任。^③

上述内容意味着,政治宪法存在着另一重目的,即不只是单纯的扫除“他们”,还要赋予“我们”以权力。^④于是就出现了这样一层意义:政治宪法不但能够推动民主时代的逐步发展,还能够适应公民们的期待——宪法的设计本来就是服务于公民的。所以,宪法允许公民的愿望得到实现,并允许这些愿望转化成为法律,这也是政治宪法的一个目的——也许要比促使政府承担责任的目的更伟大。政治宪法的开放性的价值不只在(1)其促进半民主结构得以出现的能力和(2)使人民诉求得以满足并不受形式性制约的能力,还在于(3)其蕴含着转型的潜能,这一潜能使得政治宪法对进步主义时代的那一代政治家(和律师人)非常有吸引力。^⑤尽管存在着这种乐观主义似乎根基稳固的几个短暂时期,新自由主义式的反革命(counter-revolution)也揭示出,政治宪法有一种野蛮的能力,它能够针对人民的力量以及任何此类的转型潜能,发展出政治上的限制措施。^⑥

三、政治宪法与法律的角色

然而,政治宪法的概念最初出现的时候却显得像是一种矛盾修饰法的应用,至少在一个植根于法律性的宪治制度中是如此。这是说对政府权力的约束不存在么?非也。这是说存在着对政府权力的法律约束,但是此种约束受到政治机构的监督而不是由法院来执行吗?并非总是这样。或许正是在这一点上,政治宪法的概念是极为脆弱的,因为若是没有法律的话,就不可能存在宪治。^⑦所以必须存在某些法律。但是应该有多少法律呢?法律性的界限在哪里,以及为什么?正如上文所讨论的,这里始终存在着某种矛盾的东西,宪法的目的是在赋予政府权力的同时又对政府进行约束。政府需要法律权威来展开行动,但一旦政府超出那一权威的范围,就需要受到约束。不仅如此,而且在英国的政治宪法中,议会主权的法律原则既是法律权威的源泉,又是对政府

权力施加法律约束的源泉。

(一) 法律权威

议会主权原则是革命的产物。这不是一场解放农民的革命,而是为了共同体之中一个人数很少的阶级的狭隘利益而弱化国王的权力,正因为这样,这个阶级不包括妇女。但是,这种革命是任何人民主权概念的必然前提,因此,其也是任何植根于全体人民的人民主权概念的必然前提。就此而论,作为政治宪法的核心法律原则的议会主权原则所演化的方式不多不少,恰好成为支撑着在民主政体中,对人民的意愿不应该存在法律约束的法律原则。这一点只服从于以下附带条件:人民代表以法律所承认的方式表达自身,如果这一法律是议会自身惟一责任的话,它在案例中是有关制造的程序(the procedures for the making)的议会法案(an Act of Parliament)。

令人沮丧的是,格里菲思很少引证这一法律原则,政治宪法如何能在没有上述法律原则的情况下运作,甚至是在格里菲思所强调的主要关涉责任政府的意义上。正如上文所指出的,议会主权原则不仅支撑着议会的权力,而且支撑着政府的权力,后者必须在所授予权威的范围之内活动。司法审查防止政府越过其被授予的权力,在法院并不允许内阁大臣或其他人偏离其来自议会授权的意义上,司法审查不大像是为对议会主权篡权的辩护。当法院超越其司法授权的范围时,问题自然就出现了——在20世纪六七十年代,政府的社会计划和经济计划被法院的任性给削弱了,当时法院坚持,革新性的立法应该跟这些立法试图取代的普通法价值一起被取消。^⑧

(二) 法律约束

但是政治宪法不但预设了一个强势议会——它既是法律权威的源泉,又是代表(representation)和责任的公开场所,且预设了一个现实主义且强有力的法律性概念。正如已经指出的,此项原则必然维护议会的权威,尽管还存在政府必须拥有法律权威的其他一些原因。对许多人来说,这些原因根植于法治的诸种观念。格里菲思谴责此种法治观念:

“一种幻想——19世纪后期古老学院里的自由派发明了这种幻想,托利党人对这种发明授予了专利,以便对他们意欲不惜任何代价加以保留的特定法律与政治制度和原则赋予一种保护性的圣洁属性。因而,法治就成为一种新的形而上学,似乎要用一种古老的教条来解决信仰者们的质疑。”^⑨

尽管抛弃法治并不意味着抛弃法律性的要求:

“如果法治意味着对于处理刑事违法、确保公共权力不超越合法权力界限以及坚持违法者不得逃避官方处罚应当具有适当且充分的法律机制的话,那么就只有歹徒才可能对其可欲性进行争论了。”^③

但是,尽管法律性原则紧密关联于议会主权原则(这是其必然的推论),正如上文所指出的,法律性原则不只是确保政府不逾越立法机构所赋予的权威——不过不清楚它还涉及什么。然而,在英国的制度中,这一原则只得到了有限的应用,法律权威或者没有必要,^④或者在普通法或者在王室特权的幌子之下轻易地得到保障。后者很可能在许多没有法律审查或者政治审查的案例中得到实施。它也是一种界限模糊的权力,其实施以多种方式秘密发生,至少对于因格里菲思或他那一代人之中持有相同想法的人而著称的大多数时间是这样。结果就是,尽管在冷战年代公务员们时不时很可能会遇到关于某种做法是否合宪的疑虑,还是没什么人会去考虑政府行为的合法性,大概是因为没有这样做的必要。这在冷战期间针对威胁的处理措施中特别明显,那时候,一整套国家安全监控体系,若说不是任意武断的话就什么也不是,在没有明确的法律权威的情况下得以建立。^⑤

四、政治宪法与政治自由

笔者对政治宪法的理解是,它不只涉及对责任政府的优先考量,而且是对作为政治斗争的最终场所的代议制和主权立法机关的优先考量。^⑥它不可避免地要求法律扮演一个角色,尽管在政治宪法中,赋权给主权立法机关的法律规则并未穷尽法律的那一角色。在投票权和参与选举的权利必须获得某种法律承认的意义上,法律是人民主权的必然源泉。为此目的,立法机关必须界定谁能投票以及在什么情形下投票。正如格里菲思所承认的,法律将扮演其他尚不明确的角色,如规制新闻自由,格里菲思有点自相矛盾地将此视为是促使政府负责的本质性途径。^⑦政府因此而对私人利益和公共利益同时负责,除非人们将现代媒体视为是上述两者的融合。^⑧格里菲思在这一领域中的少数尝试之一见证了他的论证,即“也需要修改限制言论的法律以便扩大媒体自由。政府太容易以威权的方式行事了”。^⑨需要注意,自由是通过取消主要来自普通法和成文法的限制而得来的,不是通过创造权利而得来的。

(一) 责任政府与政治自由

承认政治自由的重要性并不意味着要在法律中把政治自由奉为神圣。但它确实意味着要把政治自由当做一种宪法实践,单纯的法律无法保障这一点。如果政府构成不能撤换的话,就无所谓责任政府;如果某些利益被排除的话,就无所谓代议制国会。政治行动者们至少在某些时候承认了英国宪法中有着足够多的东西,即使这种承认本身也被深深湮没了,并且只在私下里才有着丰富的涵义。尽管如此,战后对于是否应该禁止英国共产党(CPGB)的讨论还是提供了一种很好的解说。^⑩这一讨论的前例是,美国最高法院不顾宪法第一修正案对言论自由的郑重宣示,而支持禁止共产党的禁令。^⑪在那个时代,英国内政部(the Home Office)认为其对保护自由负有部分责任,如今它似乎自我陶醉于国内安全部(Ministry of Internal Security)这样一个事实角色。在1949年的一次内阁会议上,有人提出政府是否应该接受建议,采取“必要措施来抹黑共产党在大不列颠民众心目中的名誉”。似乎达成了以下协定:

“从宪法观点来看,政府很难针对一个尚未被宣布为非法组织并且事实上在下议院中拥有代表的政党采取此类官方行动。”^⑫

在达成此协议的过程中,从未有考虑说此协议反映了工党政府与共产党人之间有任何共同点。艾德礼和贝文都深深痛恨共产党;但无论他们两人认为共产党渗透的威胁如何严重,他们都既不笨也不思想偏狭。支撑着政府的自由价值在上述内阁会议上又一次得以展现,内政部长的记录显示,他的部门仍旧有义务在共产党召开会议时维持和平秩序,并保证共产党发言人“就其观点获得一次公正申诉的机会”。^⑬尽管在冷战时期有着很多对政府的不满,但只是在一个实例中,内阁大臣们和公务员们明显受到相互抵触的原则的指引。确实,这些原则在很多情况下因权宜之计、公共秩序和国家安全的理由而湮没。随着冷战加剧,后者的影响超过前者。一旦涉及不合法性(illegality)的问题出现,政府部门的执法者们立即建议如何避免法律风险,如机会性地利用王室特权和其他特权,而这些特权一旦被请求,就提供出广泛的豁免。

法律与秩序

这并非“对与错”的是非观得以存在的惟一例子,也不是影射“宪法性的”限制的惟一例子。一个极为不同的例子出现在1962年9月27日英国政府法律官员们(the law officers)的一份备忘录中,该备

忘录对1936年《公共秩序法》(the Public Order Act 1936)提出了修订意见。这一修订意见是当时的英国内政部副部长蒙蒂·伍德豪斯(Monty Woodhouse)提出的。伍德豪斯担忧法西斯活动浪潮的兴起,深恐1936年《公共秩序法》在处理此类活动时有所局限,故而建议将该法的适用扩大到能够处理导致种族敌视的煽动活动,并能处理法西斯分子的出版物。

伍德豪斯在听取了律师、议员和其他人,包括阿瑟·古德哈特(Arthur Goodhart)的意见之后,建议就像1936年《公共秩序法》包含了禁止政治游行(political processions)的权力一样,还应该有禁止政治集会的权力。在今天看来,这些建议中的大部分都是无可厚非。确实,就其在备忘录中所做的建议而言,伍德豪斯在当时属于超前的一代。然而,这一备忘录却使政府法律官员顾虑,担忧伍德豪斯引发了“政府治理术”(the art of government)方面最麻烦的难题之一,亦即,在言论自由权和维持法律与秩序的需求两方面之间保持坚实而公平的平衡。

接下来就是对言论自由的简明而有力的辩护,这种辩护是美国联邦最高法院布莱克大法官(Justice Black)白纸黑字写出的,或者说就是小密尔(Mill)本人写下的。当然,应该注意到,这一引人瞩目的对表达自由的辩护到底保护了谁,以及谁最有可能是这种饱受争议的言论的受害者。然而,政府法律官员们说:“如果言论自由被限制在只能说大致为人接受和令人舒服的话,那么,言论自由就一文不值。苏格拉底和伽利略并不需要只说出让大多数人都能接受的话的权利,而是需要能说出让大多数国人嫌恶的话的权利。”

因此就有:如果民主和自由在这个国家^①还有意义的话,就必须“勇敢且始终如一地坚持下述十分困难的观点——在理性和真理留待自由回答的条件下,必须最大程度地容忍堕落和错误的意见”。尽管这一观点震撼了众多极为不真诚的人,它仍然成为了占据优势的观点。备忘录的作者们记录道:“对这个国家来说很幸运,陪审员们认为言论自由比对夸张观点的压制更为重要,并且总是不情愿单纯以言论治罪——无论这些言论在涉及公众事务时是多么极端。”^②

(二) 政治自由与程序公正

这种对自由的不言而喻但却不确定的信奉不只局限于实质问题。在对政治自由的限制将不得不伴随着程序保障的意义上,它也应用于程序问题。对待共产党及其党员的事例就给出了一种阐释,尽管

共产党并未在联合王国内被禁止,还是采取了一系列主动的措施来监督和限制它。其中一项措施是,在涉及秘密工作的一些公务员职位的招聘中排除共产党员和共产党同情者。由于安全部门严密监控着并渗透进入共产党,政府知道谁是共产党员和共产党的同情者。^③行动中的合法性原则意味着足以向议会公布此项禁令,措施的细节在一项议会的书面回答中详细提出。^④看起来不存在需要通过立法来引入这些措施的问题,这些措施在政府公布之前实际就已经在运作中了;也不存在必须通过立法来保护个人免受这些措施滥用的问题,如个人被错误的归类为共产党员或共产党同情者。

无论如何,不受拘束的政府并不必然是不受宪法限制的政府。通过行政实践而非立法权力来引入管控共产党的措施有一个鲜明的特点,即有必要引入前文提到的那种程序性约束,来注意避免权力滥用——这一滥用在下述事实中愈加鲜明:在美国及其他地方,共产党完全被禁止。确实,所采取的防卫措施并未给从敏感职位中排除特定个人的决定提供司法监督。对此的控诉反馈给了三人顾问团(a body of three advisers),该顾问团对程序正义的理解毫无疑问在某些方面未能达到更加严格的现代标准。^⑤但是这一程序是根据所处时代的标准而非今天的标准来划定的,就有意义的检查来说,当时的法院能够提供的东西很少。^⑥事实是,三人顾问团的工作非常有力,领导着一个枢密院委员会(a Conference of Privy Councilors),该委员会在1956年一份未出版的报告中抱怨说,相对于所处理案件中的个人利益,他们关注国家安全太少。^⑦这永远不会成为针对法院的抱怨。

五、政治宪法与来自新自由主义的攻击

政治宪法的概念似乎是表达了一种对政府进行政治限制而非司法限制的优先立场;此种观念所依赖的法律原则乃是为了确保政治限制而非法律限制能够得以应用;不过在政府是责任政府的前提下,一些以自由为根基的价值也可能会注入这一观念。但还是存在以下说法,即政治宪法所赖以运作的那些条件已经发生了剧烈的改变,由此,这一度反映左派价值的观念已经变得与左派格格不入。这是因为,人们现在生活在一个新自由主义的世界,社会主义的理想已经没落了,现在必须跟自由主义者们联合

起来,以应对共同的敌人。温和的城市左派方面正在出现新的正统思潮,它恳求人们接受:(1)人们需要一个新的针对(英国)宪法的法律框架;(2)作为这一新法律框架的一部分,必须通过更严格的法律控制,如通过《人权法案》中的法律控制来限制政府权力;(3)为了从意识形态式的政权之中保护个人,法官将使用《人权法案》进行干预,并提供必要的矫正。尽管注意到了政治宪法的这些弱点,笔者还是感到不能信服,笔者认为,一些人乐意并且如释重负地接受的这种新的正统思潮建立在三个有争议的预设之上。

(一) 政治宪法与自由主义

第一个有冲突的预设是认为政治宪法是左派的财产。这样设想的原因大概是格里菲思所造成的政治宪法的通俗化,尽管他并不是这种观念的惟一倡导者。^④实事求是地说,所谓政治宪法与法律宪法的说法只不过是自由主义的对立观点,只不过一个是开放的,另一个是封闭的,政治宪法中所隐含的诸原则是因为19世纪的威斯敏斯特体制(the Westminster system)而巩固起来的。这些原则中的第一条是责任政府的观念。这是一条自由主义的原则,其优点扩展成为自由主义宪治实践的模型,可以供其他英联邦国家学习。加拿大所采用的宪法就在其序言中说“在原则上与联合王国的宪法相似”。澳大利亚宪法也是如此,其责任政府是“宪法的成文表述被强加(super-imposed)于其上的结构的一部分”。^⑤最近,据说代议制政府的成文宪法“象征着人民的主权权力”。^⑥在此语境下,据说责任政府不单纯是“宪法建基于其上的一种假设,而是宪法的一个必不可少的要素”。^⑦

澳大利亚对英国宪法模型(以及宪法并不包含对某些自由主义核心价值的保护的观念)的吸收并未产生左派价值侵入澳大利亚政府的说法。也不能认真地说代议制政府的原则是左派的财产。相反,在英国体制中,这一概念只是在很弱的意义上才出现在洛克和柏克(此二人都曾当选议员)的作品中,代表者有责任按照国家的利益而非按照某个地方的利益或者某个部分的利益或者某个阶级的利益来行事。^⑧这一概念在英国不曾出现下述激进面貌:拥有某一授权的代表者有义务按照那一授权来行事,并且在没有按照授权行事的情况下被召回。^⑨确实,这一原则的自由主义特性在著名的1909年奥斯本判决(the Osborne judgment)^⑩中得以体现,当时,下议院认为各个工会不能合法地资助工党。这一决定的

一个原因是,工会所资助的议员有义务接受工党的管束(the Labour Party Whip),而这一义务据说是违宪的。部分地为洛克思想所激发出来的这一宪法义务乃是:

“人民保留了选择代表者的选择权利,以作为他们财产权的屏障。人民这样做的目的不是其他,而是保证这些代表者是自由选出的,并且能够以行动和建议来自由地选择代表者,因为国家和公共利益的必要性应当接受考察,并应当要求充分的辩论。”^⑪

(二) 法律宪法与自由主义

政治宪法在某些方面是自由主义的完美典范,给讨论和辩论以及冲突的和解提供了场所。它承认,每个人都很重要,在智慧方面不存在垄断,并且在一个审慎的集会中,差异可以得到调和。它能够同时容纳战后的社会主义和当今的新自由主义。法律宪法给人们提供了另一种自由主义的视角,在这一视角中,某些价值被牢固确立起特权地位。再次强调,这一政治宪法与法律宪法的形式问题并不构成左派反对右派的论证,因为完全可以想象,法律宪法不单保护某些自由主义价值,而且保护某些社会民主价值。这意味着,宪法既可以保护社会权利和经济权利,又可以保护公民权利与政治权利。^⑫在就《欧洲人权公约》进行谈判的时候,法律宪法只包含前一类权利(原文如此,疑为后一类权利)所可能带来的危险得到了广泛承认。当时,来自工党的大臣们对《欧洲人权公约》对进步政府的计划可能带来的危险表达了关切,因为该计划所处的阶段已经太晚而不能采取任何措施。但根据内阁会议记录:

“《欧洲人权公约》最初被认为是有关西方文明为个人所保留的权利的陈述,所针对的是共产党主导的国家中此类权利的缺失;但是如果《欧洲人权公约》以其目前的形式被英国采纳,这个国家可能会因为违反经济计划中不可避免的条款而遭到嘲笑。只是对那些坚信自由经济和国家应该最小限度的干预经济事务的人而言,《欧洲人权公约》草案是可以接受的。”^⑬

故而,从存在某些无可争议的并且从整治过程中隔离出来的问题的假设来看,法律宪法极为复杂。这些问题反映出,共同体的一些人所持有的某些根本价值和真理被强加于这一共同体的所有成员身上。如果共同体成员不同意这些价值或者不同意这些价值在一些个案中的应用,也无法取消这些价值。这些根深蒂固的价值的运作掌控在法官和律师的手

中,当然出于赤裸裸的个人利益,他们并不会主动推进法律宪法。在政治体中,这是个精英团体,尤其是在自由民主传统中,无法轻易去除他们。他们的立场恰好是被选出的、代表性的、责任性的政治家的对立面,尽管考虑到他们所扮演的种种立法角色,尤其考虑到普通法发展过程中的情况,没有原则性的理由说法官不应该通过选举产生。⁵³这样的情形就有可能被认为是一种封闭性的或保守的自由主义,因为它压缩了对于什么是核心问题的争议和异见的空间,并允许不经选举产生的人来解决争议,这与政治宪法所反映的更加开放自由的宪治主义形成鲜明对比。不过,所关注的议题不仅涉及过程,而且涉及结果,尽管法律宪治主义很可能构成了对左派政府和右派政府的约束,但历史的经验告诉人们,左派的政府和制度更有可能遭遇到困难,至少在普通法体系下是如此。⁵⁴

六、法律宪法的政治学

如果有什么的话,政治宪法倒是倾向于右派,尽管不像法律宪法倾向得那么厉害,当下的政治宪法处在右派的控制之下。但是,上文所说的正在出现的新正统思潮的第二个预设是,《人权法案》武装了法律宪法,这样法律宪法将会限制右派在政府中的权力。如果说第一个假设建立在对政治宪法的有争议的理解之上,第二个预设就建立在一种消除疑虑的纯真之上,低估了新过程被某些力量(人们认为这些力量在起初使得新过程成为必要)所俘虏的程度。尽管新自由主义者至少暂时赢得了巨大的胜利,他们还是不知足,想要更多。如果说他们的立场建立在价值的法律表述的基础上,那就必须是完全的他们的价值,并且绝对不能受到欧洲的社会民主价值的污染。还有,它必须产生他们所允许的结果,即使是很少的全部结果(当然排除所涉案件中所谓的受害者),如是否应该给予几万名囚犯以投票权,某些不受欢迎的个人是否应该被遣返或者引渡。这类事情获得了远超过一般政治意义的政治流通性(political currency),成为事关欧洲的肮脏战争中的人肉盾牌。不过下定决心的话,有两种方式可以限制和控制这类制度安排。

(一)来自国内的打击

司法审查是政治斗争的场所,在很多国家,司法人员的任命成为了政治论战。当前,政治上的右派主宰着世界上好几个最高法院,其他最高法院最多

也是温和派的大本营。应该自己确定,联合王国的高级司法人员的独特而又奇怪的任命机制(在此机制中,法官可以凭自己的印象来发布任命)是否导致了保守派或者香草正义(vanilla justices)预先就占有优势。但是政治性地颠覆这一过程的其他方法是挑战那些有责任运作它的人,内阁大臣们只是作为啦啦队来搞些恶意的小报宣传——尽管内阁大臣们发现在莱韦森之后⁵⁵,(低声但是猛踢其他所有人),自己也有人权。内阁大臣们现在领导着对法官们的这些打击,尽管在成文法上大臣们有义务维护司法独立,⁵⁶这一义务为英格兰大法官(Lord Chancellor)保卫司法独立的额外义务所加强。⁵⁷据推测,在2013年2月16日,内政大臣因为移民法官拒绝听从他的指导而抨击移民法官(the immigration judges),⁵⁸大法官就私下干预,提醒内政大臣注意自己的法律责任。⁵⁹

确保那些根深蒂固的自由价值得到英国保护的另一个重要方式是控制住保卫这些价值的权利的实质,就像卡梅伦首相在2010年创立《权利法案》委员会这样一件事所揭示出的——该委员会所接受的一项指令是,决定联合王国是否需要一份《权利法案》。⁶⁰政府在此事中的行为相当悲观,也完全可以预期——这是要用政治的权力来规训法律的事物。确实,英国王室法律顾问委员会(the Commission of QCs)没能产生一份全体一致的报告,⁶¹尽管按照委员会中一个成员的说法,全部九名成员中的七个人“倾向于一份书面的、能够反映联合王国内各国的独特历史遗产的、并且有别于《人权法案》的《联合王国权利法案》(UK Bill of Rights)”。⁶²看起来这已经警告了两方面著名的异议分子——他们要么着眼于一份隐藏的日程表,要么着眼于不在计划中的结果。这两种观点都会弱化欧洲人权法院对英国法的影响。此事之所以重要,是因为鉴于欧洲人权法院的法官们比英国最高法院的法官们推动更高标准的人权保护标准,欧洲人权法院的边缘化就是对欧洲人权保护一体化的直接威胁。控制内容就是控制结果,这场战争刚刚开始。

(二)《欧洲人权公约》

《人权法案》是否将会在没有一个实质上类似的东西来取代它的情况下被废除?人权不仅是在国内法之中被政治化了,而且出现了一些努力,试图向《欧洲人权公约》的内容本身及其运作方式和应用方式施加更大的政治控制。这在对斯特拉斯堡欧洲人权法院的政治攻击中,在一再控制该法院的《布

莱顿宣言》(the Brighton Declaration)所体现的政治创举中表露得最明显——当时因为偶然因素,英国恰好是欧盟轮值主席国。^⑥该宣言所表达的一些关切并非例外,据说其他一些关切所表达的方式激怒了欧洲人权法院的主席。政客们激怒该法院主席的地方就在于,他们在有关欧洲人权法院的决议中试图告诉法官如何工作。^⑦这种政治干预(或者说政治压力)的结果是一些针对澄清协议的建议。这些建议显示出,政客们对据认为法律宪法所依赖的司法独立原则所知甚少,尽管很奇怪,这没有引起法律宪治主义者们的更多批评。法律宪治主义者要么就是睡着了,要么就是如释重负地感到此类干预其实并非实质性的。

《布莱顿宣言》的一个要旨是,人权案件应该由各国法院来受理,在英国,这意味着运作一个弱化的人权标准:《布莱顿宣言》涉及的是削减而非强化人权保护。有很多方法可以达到这一目标,包括修订准入标准(the admissibility criteria),^⑧以及修订《欧洲人权公约》。修订《欧洲人权公约》,以加强法院强化辅助性原则(the principle of subsidiarity)并强化其法理中的裁量权学说(the doctrine of the margin of appreciation)的义务,据说反映了下述事实,“《欧洲人权公约》体系可以辅助国家层面的人权保护,在原则上,国家机关能够比国际法院更好地评估地方性的需求和情况”。^⑨但从法律宪治主义者的观点来看,更为触目惊心的是建议欧洲人权法院和缔约国之间举行对话,“以作为一个渠道来提高对在实施《欧洲人权公约》的共同责任中的各自角色的理解”。其中尤其包括欧洲人权法院与以下机构之间的对话:(1)各个缔约国的最高法院;(2)欧洲部长理事会(The Committee of Ministers),就辅助性原则和欧洲人权法院判例法的明晰性和一致性进行对话;(3)缔约国的政府部门和法律专家,特别是就程序性问题进行对话和就修改欧洲人权法院的建议进行咨询。

拥有自尊的司法机关都不应该介入这一过程。任何请求此类对话的人都不应该参与打着“公开对话”幌子的秘密会谈,而应该立即被回复一份欧洲理事会《2010年关于司法独立的建议》(Recommendation on Judicial Independence of 2010)^⑩——这是现在想要钳制斯特拉斯堡欧洲人权法院的那些部长们所制定的一份值得尊重的文件。如果这些部长们与欧洲人权法院举行任何对话,尤其因为这将会是一场单方对话——《布莱顿宣言》没有规定非政府组

织或者受害者群体(victims' groups)可以成为这类有关起草协议的对话的参与方,该对话应该在法律程序的公开场合举行。

七、法律宪法走向无效

现在应该很清楚了,人权一点也没有超越政治争吵。问题在于,谁会在穿着司法制服的同时做出政治决定,以及这些决定将把政治性的逆转带给过程;问题关乎这些权利的实质,这是个重要的问题,创立权利法案委员会(the Commission on a Bill of Rights)一事以不寻常的清晰性揭示了这一问题。^⑪即上文所说的第三个竞争性的预设,法官进行干预以保护个人,并提供必要的矫正措施,以对抗令人生厌的新自由主义拥趸。严格来说,这一预设所牢固奠基的程度可能取决于谁做决定。考虑到联合王国的公民自由史,没有理由在最初就抱有太多信心。英国法官也在《人权法案》之下表现出一条通往人权保护的保守主义路线;很可能也是因为这个原因,保守党人希望由伦敦而不是由斯特拉斯堡做出尽可能多的决定;问题在于《欧洲人权公约》而非(英国的)《人权法案》。但是,甚至前者的影响力也被夸大了,抱着怀疑态度的法律历史学家们未来很可能揭穿真相——《欧洲人权公约》和(英国的)《人权法案》处于两种基础之上。

(一)《人权法案》的限度

首先,1998年《人权法案》根本不代表与过去的决裂,尽管它有这方面的潜能。就法院的角色而言,司法角色发展中最重要变化是1979年走向司法审查的程序性变化,当时它解除了对行政法的束缚。1998年《人权法案》在起草的时候,它只是给已经建立起来的三种审查——不合法、不合理和程序不当(illegality, irrationality and procedural impropriety)增加了一种审查。确实,它也没干别的,只是增加给了迪普洛克(Lord Diplock)所说的著名的三个责任(the three heads of liability)中的第一个——不合法。尽管有一个运用人权原则的机会来限制个人权力(private power),到目前为止,该机会的运用只是服务于已经掌权者的利益,掌权者能够运用《人权法案》来阻止对其私生活的监督。^⑫但是《人权法案》只是现有的司法审查的权力的一个逻辑延伸,就人们所可能关注的任何一个原因而言,《人权法案》跟司法审查的其他根基相比,现在已经起作用很小了,对政府权力的影响也已经很弱了。

确实,跟现代行政法发展早期时的法院路线相比,《人权法案》的影响如果说不是不足的话,也是相当节制。人们倾向于忘记,在20世纪70年代末工党执政时期,法院在司法审查程序中运用来自于行政法的权利来削弱交通、教育和产业关系领域的关键政策。^⑤20世纪70年代被铭记不是因为不平衡的差距(the inequality gap)比以前甚至在整个英国历史上最低,而是因为实行过“每星期三”政策(the three-day week)^⑥,法院还是设法通过干预,削弱了促成结束不平衡的差距的制度。当时工会感到执着于普通法原则的司法机关的全部敌对性力量,通常认为是这些普通法原则催生出《人权法案》。被认为很自高自大的法定代理机构(statutory agencies)也是这样,这种法定代理机构尤其包括欧洲航空体系(ACAS,被赋予了推动集体谈判的成文法义务)以及种族平等委员会(the Commission for Racial Equality)(被赋予了推动消除种族歧视的成文法义务),后来解散并将其权利转移给了平等与人权委员会(the Equality and Human Rights Commission)。^⑦相比之下,《人权法案》不得不在其他方向上揭示出有改革作用的影响。

《欧洲人权公约》权利的政治

判决过程被高度政治化的性质和权利的失效在英国法官这里显得特别突出,英国法院和欧洲人权法院在有关《欧洲人权公约》第11条的案件中所持的对立立场最能代表这一点。2008年发生了一次戏剧性的举动,欧洲人权法院的大法庭(the Grand Chamber of the ECtHR)在Demir and Baycara vs. Turkey一案中认为,自由结社的权利,包括为了保护自己的利益而组织和参加工会的权利,应该被解释为包括了集体谈判的权利。^⑧欧洲人权法院有意识地否决了自己原先在此问题上的相反立场。接着,在一系列随之而来的判决中,对集体谈判权的保护被解释为包括了罢工权。尽管这一进一步扩展的解释还有待于欧洲人权法院的大法庭以判决的形式来进行,但在逻辑上这种扩展是不得不然。在做出这一判决的时候,欧洲人权法院所采用的解释方法被称为“综合的”解释路径(the “integrated” approach to interpretation)。在解释《欧洲人权公约》权利的时候,这一解释方法还要依赖其他国际条约的引导(guidance)。^⑨此案所涉及的条约包括《国际劳工组织公约第98号》(ILO Convention 98)、《欧洲社会宪章》(the European Social Charter)和《欧盟基本权利宪章》(the EU Charter of Fundamental Rights)。至少

在这一案件中,与大半年前欧洲法院(ECJ)的态度相比,欧洲人权法院更看重《欧盟基本权利宪章》。不过,欧洲人权法院在以这种方式综合这些条约的时候,成就了自由权的社会化的重要措施。

提示:英国法院在2009年遭遇到了Demir and Baycara案及其在罢工权方面的结果。欧盟以往的社会民主体制中,工会权利都在宪法中得到牢固的规定;^⑩而在联合王国,情况非常不同,人们的起点是一个普通法上的假设——工会活动是非法的:工会活动意味着对交易的限制,意味着施加伤害的阴谋;或者在涉及到产业工人行动的时候,它意味着教唆工人撕毁雇佣合同,侵犯雇主的权利。为了克服这一来自普通法责任的最恶名昭彰的效果,联合王国的工会有一个法律保障措施,这一措施是在涉及某些种类的工会活动的时候,采用法律责任豁免的形式。部分地是因为撒切尔政府自1979年以来所推行的改革,这种豁免被严格限制,并且被国际劳工组织和欧洲委员会(the Council of Europe)的相关监督机构认定为违反了《国际劳工组织公约第87号》(ILO Convention 87)和《欧洲社会宪章》。考虑到国际监督机构的发现和斯特拉斯堡欧洲人权法院在此的发展观点,当欧洲上诉法院(the Court of Appeal)被请求解释前述限制与《欧洲人权公约》权利之间的不一致的时候,欧洲上诉法院的回答则颠覆了维护着某些根本价值的整个视角。欧洲上诉法院认为,此案中所涉及的权利将由据认为保护着这些权利的程序来决定:“当前的立法状况中值得注意的地方在于,它的规定最早是在保守党政府执政的时候制定的,但是在工党政府执政之后又被修改了两次;在与当前的上诉相关的方面,最近的修订有很多重要的细节,但是这些修订没有触及该立法的主要结构。在我看来,这是个有关欧盟成员国在评价的边缘范围之内进行实际运作的有趣案例”。^⑪

(二)对《欧洲人权公约》的限制

持怀疑论的法律史研究者在回顾现代时的第二个回应很可能是,欧洲人权法院提供了对政府权力的仅有的严肃的法律限制。但是研究得更深入一些的历史学者很可能会下结论说,这也说明不了什么。确实,自《人权法案》引入之后,产生了很多斯特拉斯堡欧洲人权法院事后批评英国上议院和联合王国南方海滨地区当局(SCUK)的案例。确实还有很多政府(主要是英国内政部)被要求更改而非撤销政策措施的案例,如DNA数据库,又如在反恐权力之下的阻止权或者搜查权。或许阻止权和搜查权是一

个这方面的好案例,欧洲人权法院在 Gillan and Quinton 一案中认为,2000年《恐怖主义法案》(the Terrorism Act 2000)之下的随机阻止和随机搜查的权力违反了《欧洲人权公约》第8条。^②欧洲人权法院否决了英国上议院(从远古以来上议院就处于最持自由立场的法官们的领导)所持的警方的阻止权和搜查权很不重要的立场,在涉及DNA数据库时也存在类似立场。欧洲人权法院强烈主张,宾厄姆爵士(Lord Bingham)最终在上议院中所分析的国内法中的安保措施并未“构成一种真正的针对执法部门的广泛权力的制约”。^③

但是,尽管随机阻止和搜查的权力被认为是构成了对《欧洲人权公约》第8条的破坏,替代性的立法在改进方面的进展甚少,除了上议院的布朗爵士(Lord Brown)观察到,最初的第44部分(section 44)“非常激进地偏离了我们关于限制警察权的传统理解”。^④确实,根据第44条的最初规定,在需要的情况下可以授权产生“应对恐怖主义行为的应急办法”相比,替代性的权力(the replacement power)的规定是,只有在“一位高级警官‘合理怀疑一项恐怖主义行为将会发生’的情况下,一项授权才可以提出,并且此项授权‘对于阻止这一行为必须是必要的’”。还有一点,现在在做出授权的时候会考虑更严格的时间因素和地理因素,替代性的权力获得了有限限制阻止权和搜查权的原初立法的一项等价权力——此项权力的“实施仅限于搜查可以被用于与恐怖主义相关活动的目的”。但是仅在考虑与布朗爵士的观察相关的事物方面,情况仍然是,2012年的《恐怖主义法案》重新获得了随机阻止和搜查的权力,它最大限度地脱离了2000年的《恐怖主义法案》的第45部分(s 45)——“我们关于限制警察权的传统理解”。^⑤对于这一隐伏的权力行使的受害者来说,并未出现现在的安保措施比此项权力实施之前更好的结果,特别是,这些安保措施看起来比他们所取代的措施更脆弱了。

八、结论

回到笔者的出发点,这一做法至少有助于澄清笔者所理解的政治宪法概念。从所有宪法都是政治性的这一预设出发,很清楚,在政治宪法的概念下面还能分出不同种类,尽管他们之间似乎存在着相互作用。但是,在宽泛的政治宪法外延之中,有一类政治宪法,其含义是责任政府的优先性在于政治过程

而非法律过程。在宽泛的政治宪法外延之中,还有一类法律宪法,其含义是责任政府的优先性在于法院与预设的法律限制保持一致。

作为宽泛概念的政治宪法植根于核心的自由价值,尽管这一概念也很灵活,并且也能适应其他价值的付诸实施——这些其他价值有助于解释左派对此种特殊的政治宪治主义模式的兴趣。此种模式的主要关注点在于宪治程序:参与、代表与责任,在此意义上它还植入了法律,即责任的功能在于支撑这些宪治程序并给予这些程序以实质。基本的法律原则是议会主权原则,它仅仅是支撑人民主权观念的一种法律原则。通过人民主权原则,人民选出代表和责任政府,人民应该能够自由决定自己借以被统治的规则。

这并非否认政治宪法中还有其他价值——考虑到在关于共产党是否应该被禁止的讨论中,人们看到了指导着政府行为和相关立法的原则。当然,问题在于,这些原则更多地是非正式的;随之而来的事实是,与《欧洲人权公约》保持一致这一点,并未被写入《欧洲部长理事会准则》(the Ministerial Code),这被称为部长理事会程序问题(questions of procedure for Ministers),这一准则的出台稍早于英国《人权法案》被通过的时间。事实同样是,当政府运作这些原则的时候,它倾向于在秘密状态下工作,这些原则适用于一个个案例时的严格性和完整性从未遭到挑战。进而,从优点方面讲,自由与安全之间的平衡可以避免监视。

这也不是否认,作为宽泛概念的政治宪法会有法律要素。如果人民是主权者,政府的行为必须与人民的议会所制定的法律保持一致。所以,法律的角色是第二位的,甚至是剩余的,但仍然是重要的。相反,法律宪治主义者似乎倾向于法律和法律人扮演更深刻的角色,尽管笔者并不认为这会排除责任、控制和限制这些政治形式。这一问题事关到对这种平衡的争论,以及将对政府的司法控制的现有程序加强。法律宪治主义者提供了一种竞争性的自由主义观点,即人民及其议会都不是主权者,而是受到一组被预设的自由价值的限制——这些价值受到司法形式下的传统保守主义的机制的调停。

法律宪治主义者的傲慢在于他们没能承认法律宪法的政治性:法律的输入并未达到像其调和政治那样的程度来排除政治。它只不过打开了政治争论的一个新的场域:谁成为法官以及一些个人为什么成为法官的问题,是影响着个案判决的政治问题;为

了将判决引导到某些方向,法律将会确立哪些价值的问题是一个政治问题,不只是在排除了什么,如在社会与经济权利的案例中的意义上,而且在所青睐的权的具体内容方面。这样,人们是否应该有一组民族主义的(nationalistic)权利,来冲击思想狭隘的且高度意识形态化的普通法价值;或者,人们是否想要某种能够允许社会民主价值借以输入的东西?

在法律宪法之下,政治斗争的最后场域是司法判决本身。判决过程的政治本性不需要彩排,该过程的结果的明显的政治意味也不需要彩排。一般说来,这一过程产生出保守性的结果,并且在个人以其最大能力对抗国家的领域中,很少导致对政府政策的主要领域的有意义的挑战。所以,国内法院满足于DNA数据库,满足于警察的阻止权和搜查权,满足于大力限制罢工权,满足于在控制性命令和移民权力(control orders and immigration powers)之下使用本宅软禁,满足于将相关人引渡到一个具有将刑讯逼供得来的证据用于指控该人的实际风险的国家受审。为什么这种做法值得辩护,人民一点儿都不清楚。

注释:

- ① 凯思·尤因(Keith Ewing),伦敦国王学院公法教授,电子邮件为 keith.ewing@kcl.ac.uk。作者谨向安德鲁·莫瑞塔(Andrew Moretta)给予本文的贡献聊表谢意。译文来源于 Keith Ewing 所写的 *The Resilience of the Political Constitution*,载 *German Law Journal*, 2013 年第 12 期第 2111 至 2136 页。文章的翻译发表得到《德国法杂志》和作者本人的共同授权,在此一并致谢。
- ② 参见:Graham Gee 和 Grégoire Webber 所写的 *What is a Political Constitution?* 载《牛津法律研究杂志》2010 年第 30 卷总第 273 期。
- ③ 这一点也得到格里菲思(Griffith)认可,他在 1979 年的讲座中探讨了有关政治宪法的所有讨论的出发点:数个世纪以来,政治哲学家一直在寻求一种社会结构,其中政府厉行法治而非人治。这是一个尚未实现的理想。成文宪法无法实现它。权利法案或其他任何的制度装置也不可能做到。它们只是将政治决策从政治家之手转到法官或其他人之手。要求一个最高法院做出特定类型的政治决策并不能减少那些决策的政治性。格里菲思在伦敦经济学院(LSE)正式提出政治宪法概念的讲座的时间是 1978 年 6 月 14 日,此处尤因误把讲座时间写成了 1979 年。原文详见 Griffith 所写的 *The Political Constitution*,该演讲稿全文发表于《现代法评论》1979 年第 42 卷第 1 期第 1 至 21 页,中译文使用的是田飞龙翻译、安思源校对的未刊译文。
- ④ 文章的翻译严格界定了英国、英格兰和联合王国的中文名。England 翻译为“英格兰”,Britain 和 British 分别翻译为“英国”和“英国的”,UK 和 the United Kingdom 翻译为“联合王国”。
- ⑤ 正如格里菲思所指出的,《欧洲人权公约》的大部分条款构成了英国《人权法案》的基础,特别是对冲突本身而非对冲突的解决的表述。出处同注释②,第 14 页。

- ⑥ 详见 *Donoghue v. Stevenson*, [1931] UKHL 3, [1932] A. C. 562 (H. L.) [31],来自苏格兰的上诉,该判决所建立的规则有别于一个民法典所可能建立的规则。
- ⑦ 对司法裁决的政治性质有些人会给出多种解释,有一个适时的例证,即 *Animal Defenders International v. United Kingdom*, ECHR App. No. 48876/08, para. 362。
- ⑧ 确实,英国现代法律史是一种危机的历史,它跌跌撞撞,始自第一次世界大战的危机,之后又经过了一战后紧缩的危机,20 世纪 30 年代法西斯主义的危机,第二次世界大战的危机,从 20 世纪 40 年代直到 20 世纪 80 年代的整个冷战的危机,20 世纪 80 年代撒切尔主义的危机,20 世纪 90 年代的金融危机,21 世纪头十年中“反恐战争”的危机,直到 21 世纪第二个十年中的紧缩危机。换言之,这是一种持续危机的状态,现在它又扩展到欧盟。在欧盟范围内,在紧缩的大背景之下,同样存在一种对合法性的傲慢关注。
- ⑨ 来源于格里菲思:“今天大概没有人再怀疑保守党的存在主要是为了促进私人资本的利益,而工党则主要是为了促进工会的利益。”出处同注释①。当今怕是不能这样含糊其辞地说了,尤其是涉及到工党的时候。
- ⑩ 根据英格兰大法官格雷灵(Lord Chancellor Grayling)所说:这里的根本问题是,欧洲人权法案已经远远脱离了 20 世纪 50 年代《欧洲人权公约》的倡导者们所持的观点。原初的《欧洲人权公约》是纳粹大屠杀之后保守主义者所起草的一份值得称赞的文件,当时斯大林在前苏联执政,人们不经审判就被投进古拉格劳改营。在笔者看来,自那时以来,欧洲人权法院的法理已经越来越脱离《欧洲人权公约》的原初意图和目的。对该法院的改革和向原初法理的回归在当今迫在眉睫。详见 *Justice Committee, Uncorrected Transcript Of Oral Evidence*, 2012-13, H. C. 741-i, para. 81 (UK), 网址为 <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201213/cmselect/cmjust/uc741-i/uc74101.htm>。
- ⑪ 参见:Hirst v. United Kingdom (No. 2), ECHR App. No. 74025/01 (Oct. 6, 2005)。以及 *Othman v. United Kingdom*, ECHR App. No. 8139/09, 2012 年 1 月 17 日。关于后者,可详见尤因所写的 *What Is the Point of Human Rights Law?*,载 *Examining Critical Perspectives on Human Rights* 37, Rob Dickinson et al. eds., 2012 年。
- ⑫ 参见:Graham Gee 所写的 *The Political Constitutionalism*, Griffith, 28 *egal stud.* 2008 年。正文中所说的讲座是指格里菲思在伦敦经济政治学院举办的第七次乔利讲座,该系列讲座为年度讲座,始创于 1972 年,旨在纪念作为《现代法评论》(*The Modern Law Review*) 创始编辑的肯德尔的乔利爵士(Lord Chorley of Kendal)。
- ⑬ 出处同注释②,第 9 页。
- ⑭ 出处同注释②,第 3 页。
- ⑮ 出处同注释②,第 5 页。
- ⑯ 尤需注意的是拉尔夫·米利班德(Ralph Miliband)的两本书:《资本主义社会中的国家》(*The State in Capitalist Society*, 1969)和《英国的资本主义民主》(*Capitalist Democracy in Britain*, 1982)。
- ⑰ 出处同注释②,第 16 页。
- ⑱ 出处同注释②,第 6 页。
- ⑲ 同注释⑱。
- ⑳ 同注释⑱。另见亚当·汤姆金斯(Adam Tomkins)的著作《我国的共和宪法》(*Our Republican Constitution*, 2005)。
- ㉑ 比较约翰·麦金托什(John Mackintosh)的《英国内阁》(*The British Cabinet*, 第 3 版, 1977),与其另一本著作《英国政府与英国政治》

(*The Government and Politics of Britain*, 第4版, 1977), 后一本书表达了针对强势政府的愤怒, 并表示支持更严格的法律控制。

② 比较亚当·汤姆金斯的著作《我国的共和宪法》, 见注释②, 与 Danny Nicol 所写的 *Professor Tomkins' House of Mavericks*, 载《公法》杂志 2006 年总第 467 期。

③ 在此问题上詹宁斯非常重要。详见 Keith Ewing 所写的 *The Law and the Constitution: Manifesto of the Progressive Party*, 载《现代法评论》2004 年第 67 卷总第 734 期。

④ 这一重要维度在亚当·汤姆金斯的《为政治宪法辩护》(*In Defence of the Political Constitution*)一文中得到了最有力的揭示, 载《牛津法律研究杂志》2002 年第 22 卷总第 157 期。另见注释③。

⑤ 同注释③。

⑥ 参见: Marco Goldoni 所写的 *Two Internal Critiques of Political Constitutionalism*, 10 INT' L J. CONST. L. 926, 2012 年, 拉尔夫·米利班德(Ralph Miliband)所写的《议会主义的社会主义——劳工政治学研究》(*Parliamentary Socialism: A Study in the Politics of Labour*, 1961 年)和列宁所写的《国家与革命》1917 年版。

⑦ 同注释②。

⑧ 参见: 格里菲思所著的《司法政治学》(*the Politics of the Judiciary*), 第 5 版, 1997 年。

⑨ 同注释②第 15 页和注释③。现在, R (Jackson) v. AG, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A. C. (H. L.) 262 (来自英格兰的上诉)表明, 2005 年《宪法改革法》(*the Constitutional Reform Act 2005*, c. 4, s 1, UK)在改革派法官的手中具有施加严重威胁的能力, 并且有潜能超出暗示的限制。另见宾汉姆(Lord Bingham)所写的《法治》(*The Rule of Law*), 66 Cambridge L. J. 67, 2007 年。此书中文版的译者为毛国权, 2012 年中国政法大学出版社出版。

⑩ 同注释③。

⑪ *Malone v. Metro. Police Comm'r*, * 1979 + CH. 344, [1979] 2 All E. R. 620.

⑫ 参见: Peter Hennessy 所写的 *Secret State: Preparing for the Worst 1945—2010*, 2010 年版。

⑬ 责任政府的一个重要维度是政府应该对议会负责, 且议会应该对人民负责。

⑭ 同注释③。

⑮ 公共媒体作为看家狗的观念, 可能需要根据私人权力毫不掩饰地为私人利益所用的事实而加以修正。

⑯ 出处同注释③, 第 16 页。

⑰ 参见: Joan Mahoney 所写的 *Civil Liberties in Britain During the Cold War: The Role of the Central Government*, 33 AM. J. LEGAL HIST. 53, 1989 年。

⑱ 比较 *Dennis v. United States*, 341 US 494 (1950) 和 *Australian Communist Party v. Commonwealth* (1951) 83 CLR 1 (Austl.), 可以发现, 美国的态度在 1956 年之后改变了, 详见 *Yates v. United States*, 354 U. S. 298, 1957 年。

⑲ 同注释③。

⑳ 不单是工党大臣们采取了这一立场。在 1954 年 5 月, 时任英国首相丘吉尔在下议院被问到是否将会同澳大利亚政府和美国政府就新的反共产党倡议进行合作。当时, 丘吉尔同意, 女王陛下的政府将始终提供帮助给“自由世界的任何需要帮助的国家, 以应对共产主义宣传的阴谋攻击”。他接着说: “但是, 在这个国家, 我们必须能够自由采取我们断定最适宜于我们的传统和境况

的任何方法。就目前而言, 它们看起来并不过分缺乏成效。” 527 PARL. DEB., H. C. (5th ser.) (1954) 2292 (UK)。

㉑ 指英国。

㉒ 这一说法来自蒙蒂·伍德豪斯的备忘录(1962 年 9 月 27 日)以及英格兰总检察长 (Attorney General) 致英国内政大臣的一封信 (1962 年 9 月 27 日)。但这一强有力的修辞却被用来保护法西斯主义者们的种族主义言论。

㉓ 国家档案馆中可以找到共产党领导层的个人档案, 这都是很吸引人的读物。它揭示出安全部门就此采用了大量的手段和方法。

㉔ 参见: 448 PARL. DEB., H. C. (5th ser.) (1948) 1703 (UK)。

㉕ 参见: 448 PARL. DEB., H. C. (5th ser.) (1948) 3418 (UK)。

㉖ 确实不存在所谓神圣的干预 (divine intervention), 三人顾问团的工作应该超越司法检查, 以作为法院的自我约束。

㉗ 参见: Radcliffe Comm 所写的 *Security Procedures in the Public Service*, 1962 年版, Cmnd. 1681 (UK)。

㉘ 参见: David Carlton 所写的 *Anthony Eden: a Biography*, 1981 年版, AJP Taylor 的观点明显也是左派的观点。

㉙ 参见: *Australian Capital Television Party v. Commonwealth* (1992) 177 CLR 106, 135 (Austl.), quoting *Commonwealth v. Kreglinger & Fernau* (1926) 37 CLR 393, 413 (Austl.)。

㉚ 出处同注释④, 第 137 页。

㉛ 出处同注释④, 第 135 页。

㉜ 参见: *Amalgamated Soc'y of Ry. Servants v. Osborne*, * 1910 + A. C. 87 (H. L.) 106 - 16 (Lord Shaw of Dunfermline), citing *Edmund Burke, Speech to the Electors of Bristol* (Nov. 3, 1774)。

㉝ 详见马克思所写的《法兰西内战》(1871 版)中对巴黎公社的分析。但召回制度也不是马克思主义特有的原则, 它也自由民主政体所采纳, 其中加利福尼亚州或许是最著名的案例。

㉞ 同注释⑤。

㉟ 参见: *Lord Shaw of Dunfermline, Supra Note 49*, 引文出自洛克所写的《政府论下卷》第 222 段。

㊱ 参见: Keith Ewing 所写的 *Social Rights and Constitutional Law*, 1999 PUB. L. 104 [hereinafter *Social Rights and Constitutional Law*], 以及 *Economic Rights*, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* 1036, Michel Rosenfeld 和 András Sajó eds., 2012 年版。文章在对比自由民主观点和社会民主观点的基础上, 将社会和经济权利深植于宪法之中。

㊲ *Cabinet Meeting* (UK), 1 August 1950。对《公约》的一个反对意见是, 它将使得工党政府不能对共产党采取措施。

㊳ 参见: Keith Ewing 所写的 *A Theory of Democratic Adjudication: Towards a Representative, Accountable and Independent Judiciary*, 38 ALTA. L. REV. 708 (2000)。

㊴ 在此, 笔者想起了在 2012—2013 年因为基地组织相关事情而产生的小题大做的事件。

㊵ 莱韦森勋爵 (Sir Brian Henry Leveson, 1949—), 2000 年起担任英格兰高等法院王座庭 (the High Court, Queen's Bench Division) 法官, 2006 年起成为英国枢密院顾问 (Privy Counsellor), 2006 年起先后担任副高级主审法官 (Deputy Senior Presiding Judge) 和上诉法院常务法官 (Lord Justice of Appeal), 2007 年起担任高级主审法官 (Senior Presiding Judge), 2013 年 10 月起担任英格兰高等法院王座庭主席 (President of the Queen's Bench Division)。

㊶ 参见: *Constitutional Reform Act 2005*, c. 4, s 3(1) (UK)。

- ⑥② 参见:Id. s 3(6)。
- ⑥③ Theresa May, *It's My Job to Deport Foreigners Who Commit Serious Crime—And I'll Fight Any Judge Who Stands in My Way*, Says Home Secretary, Mail Online, Feb. 16, 2013, <http://www.dailymail.co.uk/debate/article-2279828/Its-MY-job-deport-foreigners-commit-crime-ill-fight-judge-stands-way-says-Home-Secretary.html>. 根据 Mrs. May 所说,一位未具名的法官断言:“他能够忽视下议院议员一致通过的新的移民规则,根据是他认为这是一种‘弱形式的议会监督’”。她发现“很难看出这如何与我们先发的核心理念(即议会制定法律,而法官解释法律是什么并保证其执行与法律一致)相一致”。一个一年级学生可能会说,Mrs. May 对宪法的理解看起来非常富有争议性。
- ⑥④ 令人遗憾的是,据推测存在的通信没有被公开,以作为“现存有关法治的宪治原则”的提示,更不用说“在涉及到那一原则时大法官的现存的宪治角色”。Constitutional Reform Act 2005, c. 4, s 1(a) - (b)。
- ⑥⑤ 网址为 <http://www.justice.gov.uk/about/cbr>。
- ⑥⑥ 在委员会发布报告之前,除了委员会主席之外惟一不是王室法律顾问的委员会成员辞职了。详见 Conal Urquhart 所写的 *Bill of Rights Commissioner Resigns over Bypass of Commons*, the Guardian, Mar. 11, 2012, 网址为 <http://www.theguardian.com/law/2012/mar/11/uk-bill-of-rights-kenneth-clarke>。
- ⑥⑦ 参见:British Bill of Rights Commission Fails to Reach Agreement, BBC NEWS, Dec. 18, 2012, 网址为 <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-20757384>。
- ⑥⑧ 参见:High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Apr. 19 - 20, 2012, Brighton Declaration, 网址为 <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration>。
- ⑥⑨ 参见:Joshua Rozenberg 所写的 *Draft Brighton Declaration Is a Breath of Fresh Air*, the Guardian, Apr. 19, 2012, 网址为 <http://www.theguardian.com/law/2012/apr/19/draft-brighton-declaration-sensible>。
- ⑦⑩ An application should be regarded as manifestly ill-founded within the meaning of Article 35(3) (a), inter alia, to the extent that the Court considers that the application raises a complaint that has been duly considered by a domestic court applying the rights guaranteed by the Convention in light of well-established case law of the Court including on the margin of appreciation as appropriate, unless the Court finds that the application raises a serious question affecting the interpretation or application of the Convention; and encourages the Court to have regard to the need to take a strict and consistent approach in declaring such applications inadmissible, clarifying its case law to this effect as necessary. 为了完整呈现所引用的《布莱顿宣言》中这句话的原意,此处保留英文原文,未做翻译。
- ⑦⑪ “裁量权跟《欧洲人权公约》体系下的监督密切相关。在这方面,欧洲人权法院的角色是审查各国机关所做的决定是否跟《欧洲人权公约》相协调,并充分考虑到各个国家的裁量权。”详见 EUR. PARL. ASS. 颁布的“Draft Protocol 15 Amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms—Explanatory Report”, Doc. No. 13093, para. 9, 2013 年。
- ⑦⑫ 参见:Recommendation CM/Rec (2010)12 of the Committee of Ministers to Member States on Judges; Independence, Efficiency and Responsibilities, Comm of Ministers, 网址为 <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1707137>, 最后访问日期为 2013 年 11 月 12 日。
- ⑦⑬ 还有一个爆炸性的问题,等待着在另外一个日子揭示出来,即政府拒绝执行法院判决,这一问题观望着“俘虏”(capture)和“失效”(effectiveness)问题。现在到底有多少囚犯在多少情形中得不到投票权这一人权?此事不仅提出了《人权法案》无用论这一根本问题,而且提出了关于 2005 年《宪治改革法案》第一句话(the Constitutional Reform Act 2005, s 1)的根本性的问题。“现存的有关法治的宪治原则”前途未卜?
- ⑦⑭ 参见:Associated Newspapers Ltd. v. HRH Prince of Wales, [2006] EWCA (Civ) 1776, [2008] CH. 57 (Eng.)。
- ⑦⑮ 同注释⑥⑩。
- ⑦⑯ “每星期三”政策是 1974 年英国工党政府为了省电而采取的一项政策,当时英国的电力生产因为煤矿工人的劳工行动而供应不足。此政策的具体措施是,1974 年的 1 月 1 日到 3 月 7 日,商业用电被限制为只能每周使用连续的三天,并且在此期间禁止加班;电视广播每晚只能播放到十点半;医院、商场等关键性的服务业不受此限制。
- ⑦⑰ 参见:Keith Ewing 所写的 *The Politics of the British Constitution*, 2000 PUB. L. 405。
- ⑦⑱ 参见:Demir v. Turkey, ECHR App. No. 34503/97, 2008 EUR. CT. H. R. 关于本案,详见 Keith Ewing 和 John Hendy Q C 所写的 *The Dramatic Implications of Demir and Baycar*, 39 INDUS. L. J. 2 (2010)。
- ⑦⑲ 参见:Virginia Mantouvalou, *Labour Rights in the European Convention on Human Rights: An Intellectual Justification for an Integrated Approach to Interpretation*, 13 HUM. RTS. L. REV. 529 (2013)。
- ⑧⑩ 同注释⑥⑩。
- ⑧⑪ 参见:Metrolink Ltd. v. Unite the Union, [2009] EWCA (Civ) 829, [56] (Eng.)。以及 Ruth Dukes 所写的 *The Right to Strike Under UK Law: Not Much More Than a Slogan?* 39 INDUS. L. J. 82 (2010)。一个温和的矫治办法,详见 Nat'l Union of Rail, Mar. & Transp. Workers v. Serco Ltd. [2011] EWCA (Civ) 226。
- ⑧⑫ Gillan v. United Kingdom, ECHR App. No. 4158/05, 2010 EUR. CT. H. R.
- ⑧⑬ 参见:Id., para 79。
- ⑧⑭ 参见:R (Gillan & Quinton) v. Metro. Police Comm'r, *2006 + UKHL 12 (H. L.) *74 + (来自英格兰的上诉)。
- ⑧⑮ 参见:Terrorism Act 2000, c. 11, s 47A(5), amended by the Protection of Freedoms Act, 2012, c. 9, s 61。“但是无论警察是否合理怀疑此一证据的存在,这一授权所产生的权力都有可能运作。”详见 Terrorism Act 2000, c. 11, s 45(1)(b)，“无论警察是否有根据怀疑该类物品的存在”，都允许行使阻止和搜查权,网址为 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/pdfs/ukpga_20000011_en.pdf。

政治宪法留下了什么?^①

亚当·汤姆金斯

(格拉斯哥大学法学院,格拉斯哥 G12 8QQ)

田飞龙译

(北京航空航天大学人文与社会科学高等研究院,北京 100191)

摘要:英国的政治宪法学应当从关于政治宪法和法律宪法之间已显过时的对比中继续前进。将联合王国宪法作为焦点,分析作为政治与法律混合体系的当代宪治秩序,发现这样一种混合体系无论是相对于政治宪法模式还是相对于法律宪法模式,都可能是一种更有说服力和吸引力的体系。

关键词:政治宪法;法律宪法;混合宪法;议会;法院

中图分类号:D911

文献标志码:A

文章编号:1008-2204(2014)03-0044-09



What's Left of the Political Constitution?

Adam Tomkins

(School of Law, University of Glasgow, Glasgow G12 8QQ, UK)

Translated by Tian Feilong

(Institute for Advanced Studies in Humanities and Social Sciences, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: This paper argues that we should move on from what has become a rather outdated contrast between the political constitution and the legal constitution. Taking as its focus the constitution of the United Kingdom, the paper analyzes the contemporary constitutional order as a mixed system of politics and law combined. It argues that such a mix may be a more compelling and attractive system than either the model of the political constitution or that of the legal constitution.

Key words: political constitution; legal constitution; mixed constitution; parliament; court

一、导论

政治宪法(Political Constitution)模式经常被用于和法律宪法(Legal Constitution)模式进行对比。在进行这一对比时,政治宪法与法律宪法之关系便典型地呈现为一种对立状态。^②依此观点,它们是相互竞争的模式,总体上互不一致,相互缠斗不仅仅是为争首位,似乎更要非此即彼。同样地,联合王国的宪法又被视为亦此亦彼,既是政治宪法,又是法律宪法;对英国宪法,既可以从一个政治宪治主义者的角度加以描述,也可以从一个法律宪治主义者的角度加以描述。近年来,数位评论家业已主张,这一区分

是一种错误选择,人们能够,而且在联合王国也确实,二者兼备。^③根据这一修正性观点,英国宪法既不完全政治的,也不完全是法律的。修正性观点是对的。英国宪法如今确实是一部混合宪法(Mixed Constitution)。^④

一系列问题接踵而至。笔者有言在先,人们要理解当代英国宪法的话,就必须同时理解其政治维度和法律维度。任何仅仅呈现单一维度的宪法主张都必然失败。任何认为案例法(case law)才是惟一值得考量之主要宪法渊源的英国宪法律师并不理解这部宪法,除了误导别无所能。(当然,任何在其宪法主张中忽略案例法的英国宪法评论家也必定失败。)宪法的议会渊源依然是基本的。笔者并不仅

收稿日期:2014-03-31

作者简介:亚当·汤姆金斯,男,教授,法学硕士,英国“政治宪法学”第二代(规范主义)主要代表人物,研究方向为宪法学、政治理论与反恐法,曾执教于牛津大学和伦敦国王学院,代表作为《我们的共和宪法》《英国政府与宪法》等。

译者简介:田飞龙(1983—),男,江苏涟水人,讲师,博士,研究方向为宪法学与行政法学。

仅是指议会立法,还包括议会辩论、议程以及专任委员会的报告。宪法的行政渊源,从《大臣守则》(the Ministerial Code)到《内阁指南》(the Cabinet Manual)(二者均包含了在其他事务上之宪法惯例的实质法典化),都是不可或缺的。

不过,这里存在着远比合格渊源之争更为紧要的问题。声称英国宪法,抑或该意义上的任何其他宪法是一部混合宪法,即聚拢并依赖于政治和法律要素的混合,这并没有使人们前进多少。诚如塞得利法官(Sedley)在另一语境中所言,声称某物是独特的并未说出人们所认知的该事物的任何内容或属性。^⑤说某部宪法是混合的,还不如说这一混合的具体均衡如何以及应当如何。人们是在谈论一部带有较少法律成分的政治宪法,还是相反情状的宪法?抑或,二者之间是等量齐观的?它们完全是搭档关系吗?人们是在谈论伴有精妙之平衡、妥当与和谐之搭配的令人愉悦的混合宪法,还是一种骚动的、混乱的、稀里糊涂的、功能紊乱的、相互冲突的、脆弱的、不确定的、鱼龙混杂的混合宪法?这一混合使得宪法比各部分之和更强有力了吗?抑或人们获致的是一种内在不稳定的易爆裂的混合?最后,人们所拥有的是一种无望的无原则妥协,还是作为混合宪治诸原则的一些什么东西,这些原则可从对英格兰宪法实践的规范分析中提取吗?

对这些问题,笔者在若干年前比现在更加焦虑。笔者曾经的关切是,人们拥有的议会机构——日常运作的政府赖此而有效承担起宪治责任太不给力,以至于许多人已经不再信任它。^⑥同样地,笔者也注意到,显示出强劲宪治生机的惟一机构是法院:法官们正在行军,宪法人尽可取,法官们正在攻城略地。^⑦不过,近些年见证了某种议会复权,更清晰可见的是,出现了一种司法进步的蹒跚之态。事实上,某些干预措施业已表明,现在适宜看到某种形式的司法撤退。^⑧这些发展值得加以更细致的审查。

至于议会,在议会价值的公众与媒体认知由于所谓的2009—2010年度开支丑闻(更准确而言,是津贴丑闻)而遭受应有之冲击后,公众似乎已将该丑闻抛之脑后,继续前行了。除了津贴丑闻,议会与日俱增的积极作为业已在诸多方面表现出来,并且被广泛观察到。菲利普·考利(Philip Cowley)关于“后座议员”(backbenchers)——他们表现出挑战党鞭(the party whips)的空前意愿——敢做敢当之表现的研究被广泛引用,影响深远,表明了政府已发现通过下议院(the House of Commons)推进立法议程的任何方面都日益变得困难。^⑨在上议院,在公共政策宽泛议题上的辩论质量得到了长期的尊重。例

如:2010—2012年开会期见证了上议员之间在卫生服务、苏格兰问题、宪法改革、福利改革、法律援助供给以及其他许多政府政策议题上展开的持久、内行和高效的辩论。这些辩论本身并不是结果,但却导向了对政府法案的诸多,甚至连续的修正和修订,这本身就是负责法案修订之议院的任务。2010年《恐怖主义者资产冻结法》系列^⑩、2011年《公共团体法》^⑪、2011年《卫生与社会保健法》^⑫等,都直接由于上议员们的修正案而获得了显著完善。假使下议员们不是固执反对上议员们之若干修正案的话,2012年《福利改革法》^⑬和2012年《犯罪行为人为法律援助、宣判与惩罚法》^⑭尚可有所改进。

两个议院的专任委员会做了一系列高质量的工作,使议会内外的相关辩论获得了更好的信息基础,更加丰富深入。两个议院都证明了,他们能够就权利问题展开严肃辩论。下议院关于囚犯投票权的辩论堪称引人入胜之快事。^⑮此外,上议员们高度关注反恐措施,尽其所能地确保在安全利益与个体自由和正当程序之间达到适当的平衡。^⑯两个议院常规性地显示出他们是在认真对待宪法,而且认真对待他们各自肩负的宪法责任。无论是威尔士事务委员会就一个盎格鲁中心主义的威斯敏斯特议会的政府宪法改革计划可能对威尔士产生严峻后果提出警告;^⑰欧洲审查委员会就所谓的《欧盟法案》之“主权条款”的宪法后果整合成的一种具有穿透性的内行评议;^⑱人权联合委员会在其《正义与安全绿皮书》中对政府提案的若干越权之处所作的揭露;^⑲抑或不计其数的其他个案,议会之常规、日常和每每高效的工作展现出,宪法之政治因素是鲜活而优良的。事实上,它比以往更显兴盛。

于此同时,法官们似乎已从如下状态中平静下来:对约翰·劳斯(John Laws)所谓“高级法”(Higher-order Law)的过度兴奋。^⑳法官们对杰克逊案(Jackson)满腹热情,借助该案,法官们的贵族身份似乎已向议会主权的假想棺槨狠狠敲进了几枚钉子。^㉑即使在议会立法必须就影响基本权利之法案议题做出艰难抉择时,也仍然得到了法院应有的尊重。^㉒甚至被授权立法机构或下级立法机构之立法在理由基础(grounds of reasonableness)上也不受制于司法审查,这是由于法院对“当选议员”(elected members)之优越判断给予了合乎宪法的适当尊重,议员们“被最佳配置于判断本国整体最优利益的位置”。^㉓来自2002年关于在中国法律体系中占有独特地位(constitutional statues)之“宪法性法规”^㉔的潜在威胁与不稳定性断言已被澄清和限定。^㉕近些年上诉法院很少宣告立法与公约权利(Convention

Rights)^②不兼容,而法院重新解释立法以便使其含义符合它们构造之公约权利^③的权力也很少积极或广泛运用。在角逐最激烈的国家安全与反恐法问题上,英国上诉法院远非坚持要求政府更多作为以保障个人权利,而是倾向于更胆小,而不是更大胆,这可以近期斯特拉斯堡的多起撤销案为证。^④英国政府在本国最高法院输掉的若干主要反恐案件都是那些法官寻求支持而非损害政治宪法的案件。从而,在 *Amend v. HM Treasury* 一案中,法院裁断,部长们不得依赖其命令发布权来授权冻结恐怖分子财产,而是必须要有明确的议会授权。^⑤在 *Al Rawi v. Security Service* 一案中,法院裁断,法院本身没有固有权力要求一起关于损害赔偿的民事诉讼,或该诉讼的部分环节,根据“封闭性程序”(closed material procedure)开展。^⑥如果此一程序性发展确属必要,那也应该是由议会来进行立法。^⑦

这不是一种自满宣言。作者的论点中没有丝毫成分表明议会是完美的,无需任何改革或完善。作者的论点也丝毫没有主张法院已永久退守,不再寻求越界。人们必须时刻警惕两种孪生的宪治威胁:议会无能 and 司法扩权。不存在也不可能存在任何保障机制来实现:议会不会倒滑进疏忽境地,或者法院不会重新发现危机情形以便将法官统治强加或者威胁强加到人民身上。

二、法院的宪法角色

众所周知的文献特征是,政治宪治主义者在批评法院越权以及与此同时批评法院保护公民自由不力方面要比他们正面解释法院在宪法中应当干什么来得快捷。同样地,法律宪治主义者在陈述法院应当干什么方面要比思考司法权合理界限何在产生的文献多得多。许多法律宪治主义者在撰写宪法及其实践文章时对议会角色不做任何分析。2010年《多伦多大学法律杂志》的一篇论文中,笔者首次尝试操作一个新题目,即所谓的“政治宪法中的法院角色”^⑧。笔者的立论基础是法院应从事其擅长以及被分配之事,而将政治机构擅长以及被分配之事保留给议会和其他机构,笔者据此提出了主要主张。第一,法院应当确保政府在法定权力范围内活动,不得越权。^⑨第二,法院应当确保政府决策在程序上公平。^⑩第三,公民自由之保护应当特权化,以便法院确保政府对公民自由之干涉只有在确证必要正当时才可发生。^⑪第四,某些公民自由之保护太过重要,以致于这些自由应当塑造为绝对权利,如免于酷刑的规则,这些权利应当得到法院的刚性实施。^⑫第

五,法院应当在培育和支持政治宪法方面发挥作用,当政府以某种方式削弱或损害有效的议会监督时,法院应当将相关议题转呈议会,由后者重新考虑。^⑬

笔者同时提出了第六点,即公民自由之保护如果是合格标准而非绝对标准,则平衡公共利益与公民自由双重需求的任务就更适合视为留给议会的政治问题,而非留给法院的法律问题。因而,笔者对如下观点持批评态度:那种人们在涉及隐私权、宗教自由、表达自由、和平集会自由等方面的争议中所看到的比例分析必然是留给法院的处理事项。^⑭

这篇论文列出的法院角色已成为保罗·克雷格(Paul Craig)持续批评的主题。^⑮克雷格汇集了一系列反对作者的论点,包括:笔者不承认自身立场的全部后果;笔者在上述第一点中概述的观点根本就不坚定;作者的立场在很多方面既是矛盾的,又是不连贯的。关于这些批评观点中的每一个都有很多话要说,但笔者将抵制住逐一回应克雷格的冲动,留出精力继续向下论述。克雷格认为作者的观点的必要后果是英国应当废除1998年《人权法案》(HRA)^⑯并退出《欧洲人权公约》(ECHR)^⑰。笔者不认同。更进一步,笔者认为这两种举动既是灾难性的,而且从某些赞成政治宪治主义的人的视角来看,也是极端愚蠢的,至少是在《人权法案》未被一部更完善的权利法案取代即遭废除的情形下。《人权法案》无疑对司法分支进行了授权,也无疑如此这般对政治宪治主义施加了严峻挑战,^⑱不过现在就在毫无取代方案的条件下废除,这对于缩减司法权徒劳无益。事实上,这样做肯定会有反弹效应。它会诱导法官们重新祭出激进普通法宪治主义的那些更具侵略性的技巧和咒语。它会成为朝向约翰·罗斯与其他人所谓“高级法”^⑲的一场运动。当《人权法案》对司法分支进行授权时,它也对议会表现出了更多的尊重,而不是相反。《人权法案》的其他间接的制度性后果,如人权联合委员会的设立,致力于强化政治宪法,假如该法案未经替代即遭废除,则该委员会也将处于危险境地。

克雷格认为作者关于比例性是适合政治机构的政治问题而非适合法院的法律问题的观点与《人权法案》和《欧洲人权公约》存在直接冲突。并非如此。克雷格到达这步田地是因为他瞄准的只是一个虚构的对象:即其自认为作者必然表达的意思,而不是作者实际表达的意思。如他写道:“对汤姆金斯而言,法院不应当实施《欧洲人权公约》中的大部分权利。”^⑳这是对笔者在《法院的角色》^㉑一文中所持立场的不准确概括。关于什么是“合格权利”(qualified rights, 公约用语),如隐私权和表达权,笔者考

虑的是，法院应当审慎确保对这些公民自由的任何政府干涉必须严格符合法律并通过必要证据来证成——参见上述第一点和第三点。所有这些在笔者的那篇关于司法审查、权力和证据的论文《法院的角色》中讲明。⁴⁶对于比例分析纯属司法任务这一定见表达质疑并不等于是说法院完全不应当保护这些公民自由。⁴⁷

三、必要性、平衡与比例性

笔者坚持上述陈列的五个观点。不过，对于第六个观点，即《欧洲人权公约》语境中“合格权利”之比例性审查，还有待完善。有待表述的问题是：这些“合格权利”的司法实施怎样才能被认为与政治宪治主义相兼容？假如人们拥有一部混合宪法，其中包含了合格权利司法实施的某些成分，那么该部宪法在实际上就不是政治宪法而完全是一部法律宪法了吗？在下文中，笔者将表明，在严谨界定的条件下，合格权利司法实施的某些成分与政治宪治主义是相容的，而容纳这一立场并不意味着人们必须放弃政治宪法。

众所周知，《欧洲人权公约》中的合格权利，如隐私权和表达自由通过三种方式达到合格标准。对此类权利的公共干涉是合法的，只要满足：（1）有法律规定；（2）为民主社会所必要；（3）目的在于保护某种特定的、已被列举的公共利益，如国家安全。无疑，这些条件的某些方面在属性上是法律的，因而他们提出了适合司法决定的法律问题。第一层测试，即对权利的某种干涉是否由法律做出规定是一个法律解释问题。政府是否有权以此种或彼种方式行事？政治宪治主义不反对法院在这一问题上享有裁断权。⁴⁸

同样地，第三层测试也可能提出了适合司法决定的问题：如果证据表明某种对表达自由的干涉事实上为了一个不正当的目的，如一个在《欧洲人权公约》相关条款中未被列举的目的，那么法院可以毫不费力地裁断这一干涉是非法的。假如立法授权某位部长基于进一步明确的、法定的目的行使相关权力，而该部长随后又寻求基于未被立法规定的目的来行使权力，则该部长的行为就是非法的，假如案件诉至法院，则法院可以进行裁断。⁴⁹这也同样适用于《欧洲人权公约》的语境。正当目的清单，即相关权利在这些名义下成为合格权利是封闭性的。每种权利都有一个特定的清单。检验证据以确保任何特定干涉事实上是为了服务于法律条款中明确列举之某项目的，这应当是适合法律决定的直接事项。法

院在这一问题上的裁断没有什么与政治宪治主义不相容的。并不是法院为自身创设判断权利是否合格的目的清单；清单是规定在《欧洲人权公约》中的，法院所要做的全部工作就是检验比对特定干涉和相关清单。

然而，实践中很少出现触及此类问题的案件。某些案件触及的是政府是否有法定权力干涉某种权利的问题，如第一层测试：是否有法律规定。⁵⁰不过，压倒性多数的合格权利案件触及的还是第二层测试：这一干涉“是否为民主社会所必要”？人们都知道，欧洲人权法院早就作出裁断，认为这是有待进行比例性测试的问题。⁵¹这就是问题所在：是什么导致了比例性测试是一项适合法院的法律任务，而不是一项适合政府和议会的政治选择？

这个问题不是要质疑比例性的价值。假如人们的隐私、表达自由或抗议权必须受到限制，那么合比例的限制要远优于不合比例的限制。同样地，合理性（或理性）也如此。⁵²政府决策是合理的要远优于不合理的，而政府权力理性地行使也要远优于不理性地行使。因此，让人们将合理性、理性和比例性的品质描述为一连串的宪法善好（constitutional goods）吧。它们为什么是宪法善好呢？可以从很多视角得出这一结论：因为理性的（或合理的，或合比例的）决策是更优良的决策，因为这是善治的构成要素，因为这是被统治者的期望，因为这是议会的期望，因为这比其他替代性选择更为公平。人们也可类似地主张，使政府获得许可或者自由从事于非理性、不合理或不合比例之行为或决策在宪法上是成问题的或不可欲的。

当然，与此同时，也要看到，对理性政府的坚持并不是惟一的宪法善好。至少还可识别出其他三个相关的宪法善好。第一个是，日常运作的政府应当被允许实施统治。全世界的宪法都承认，国家权力的一个核心要素在属性上是执行权。这一执行权在很大程度上是授予政府的。⁵³执行权由政府行使显然是对的。使政府接受法院的审查不应当后退到允许法官在政府的领地内实施统治。就像任何一位行政法学者理解的那样，这是一条需要画出的精密界线。不过，存在着一条明确的界线：这条界线尊重这样一种宪法善好，即承认由政府实施统治。

据此，人们立即可以看到第三个宪法善好，即问责性（accountability）。是的，是由政府来统治，不过，与之对等的是，还存在这样一种宪法善好，即日常运作的政府应当对其权力行使完全负责（或者至少要承担后果责任）。在诸如英国这样的议会民主国家，这主要意味着对议会负责。部长们正是要就

其自身及部门的行为、政策与决定对议会负责。⁵⁴最后,人们应当将这样一个事实视作一个宪法善好:政府是由民主力量选择的。尽管在议会民主国家人民不直接选举政府,但人民选举下议院,日常运作的政府从下议院产生并对之负责。除非有下议院的支持,否则政府不能掌权,任何丧失下议院信任的政府都必须辞职。⁵⁵因而,政府享有权力是因为其政治纲领的成功。假如选民的集体行动选出的议会多数支持而不是反对日常运作的政府,这些纲领就会得到选民的认可。对于当下目的而言,政府以该种形式获得民主委任,是人们最终的宪法善好。

对政府权力行使的司法审查应当依据这一宪法善好的范围开展。这是宪法裁决的任务:在任何特定案件中,确知每种善好的具体分量。法院应当确保政府在法定权力范围内活动,不得越权。这一权力的有力行使应被正当化,因为人们其他的宪法善好应当服从它。政府应当允许在其法定权力限度内进行统治。政府具有民主的统治委任,但任何民主委任都不可能授权政府非法行事。政府需要日常地对议会负责,但议会的主要关切在于政治性地评估政府表现,而不是确保政府根据法律行使权力。因而,其他的宪法善好并没有被法院强势确保政府依法行政的行为所不恰当地折中。实际上,针对该方面的强势司法审查反而可能强化并有助于培育政治宪法。假定法院裁断某种政府行为是非法的,因为政府缺乏那样行事的法定权力。政府会怎么做呢?穷尽所有可能,它将会转向议会,寻求能够为其提供权力的相关立法,而法院已指认它缺乏相关权力。议会便有机会就相关权力的限度展开辩论,也就有机会限制或扩展相关权力,无论议会认为何种程序性或实体性保障是适当的。⁵⁶

现在,将这一机制与针对合理性或比例性的司法审查作对比。内在于政府应当被允许实施统治这一宪法理念的是这样一种理念:政府被授权进行自由裁量。基于合理性或比例性的挑战是针对裁量权的挑战,而不是针对法定权力的挑战。争论的并不是政府在寻求行使本身并不具有的权力。争论的是,政府行使的是自身具有的权力,但却以一种过头的方式在行使。基于合理性或比例性的挑战更深地切入了允许政府实施统治这一宪法善好,而不是关于缺乏法定权力的严格审查。选民同样对何种政府行为是合理的或合比例的保持兴趣。尽管选民不可能授权政府以超越法定权限的方式行事,但选民确实可以委托政府以特定方式行使法定权力。如政府具有法定权力去削减公共开支。一个政党可能在竞选造势中提出以极其彻底的方式行使此种权力,以

便表明它所观察到的是一种透支的公共债务或者公共超支的过分程度。假如该政党赢得选举并组成了下一届政府,而其他人随后会认为开支削减的某些方面是不合理的或不合比例的,那会怎么样呢?政府具有削减公共开支的选举性委任这一事实至少可以作为决定相关削减方案合理与否或合比例与否的一个衡量因素。换言之,政府具有一种民主委任这一宪法善好,在这种情形下应当占有一定分量。对议会负责这一宪法善好同样如此。这正是分歧所在,人们期待的是对政府决策强劲有力的议会辩论和细节监督。政府政策或决定的合理性或合比例性事实上正是议会辩论的核心。这对首相质询时间(Prime Minister's Question Time)同样适用,因为那是留给针对政府法案的议会辩论的,也是留给对专任委员会面前的政府作证进行检验的。

因此,存在这样的可能性,即基于合理性或合比例性的司法审查可能会削弱任何(甚或全部)人们视为宪法善好的其他价值。这并不意味着以此为基础的司法审查永远不应获得支持。不过当人们沉思司法审查时,它应当与其他宪法善好一起获得考虑,同时以后者为据。当基于合理性或合比例性之司法审查开展时,人们所需要的是这样一种司法审查:对其他宪法善好予以适当负责和尊重,同时赋予它们以应有的权重。一个合理且合比例的政府本身就是一种宪法善好,但以牺牲其他宪法善好为代价而过度投入该单一价值的司法审查将会导致一种失衡的宪治秩序。同样,以牺牲合理与合比例之政府的代价而过度投入任何一种其他宪法善好,也会造成失衡。这样看来,声称由于有时削弱了其他宪法善好而完全废弃基于合理性与合比例性之司法审查的论调,已走得太远太快。同样,声称基于此类层面的司法审查永远可得,甚至不惜削弱其他宪法善好之价值,这本身就是一种不合比例的宪治路径。这些多元宪法善好的平衡混合更为可取,而一种成功的混合方案就是取得了这一平衡性的混合。⁵⁷笔者并不假称这是易事,但这确是人们应当勉力追求的目标。这就是笔者在文章开头之主张的含义所在:笔者提出,人们不是要确定其所拥有的到底是一部政治宪法还是法律宪法,更好的选择是探求如何将宪法中的政治因素和法律因素最恰当地结合起来,以便生成一种平衡而稳定的宪法秩序。⁵⁸

所有的宪法行动者都具有寻求此种平衡的共享责任。法院的特定责任在于,在政府行为或决策遭受基于合理性或合比例性之挑战的个案中,检验一下自身在此事务上的裁决是否会损害人们所认同的其他宪法价值。如果政府的决策或行为得到了一项

明确的民主委托的支持,以及有证据表明存在有效的议会监督,则法院就应当在作出裁决前停止干涉,以确保不会损害这些宪法善好。不过如果政府的决策或行为缺乏一项明确的民主委托且不存在有效议会监督的现实预期,则法院就可以据此作出裁决,同时并不损害其他宪法善好。

这一路径的一个结果是,当决策者远离议会时,人们会看到针对政府行为的更强的司法审查。而对部长决策之合理性与合比例性的司法审查则会更弱,因为部长们有着明确的民主委托,同时受制于最有效的议会监督。不过假如司法审查中的被告是一名警察局长、卫生部门的一名成员、一名独立管制者或者一个无分支的公共团体,则强势司法审查损害其他宪法善好的可能性就会大大降低。取决于具体语境以及对被审查者之民主委托与政治责任的司法评估,对地方公权力基于合比例性与合理性的司法审查可能落于上述强弱之间。政治宪治主义的一个核心观点是,政治决策应当由政治主体掌控。不过,并非所有的政府决策都是政治的,许多政府决策是由公务员、官员、警员或者其他非政治的公共权力持有者做出的。

对其他宪法善好的评估要求法院对诸多政治考量因素保持认知和敏感,这些因素在某些法官看来显然超出了司法的适当范围。这里陈述的观点不是法院应当就政府是否具有行为的充分民主委托或者议会监督是否充分有效做出裁决,而是法院在决定何种程度上它们依据合理性或合比例性监督政府才适当时应将这些因素纳入考虑范围。这并非革命性的一步。如英国法院在立法涉嫌侵犯公约权利的案件中已经这样去做了。Alconbury 案^⑤和 Animal Defenders International 案^⑥中上议院的裁决以及 AXA General Insurance 案^⑦中最高法院的裁决就是很好的例证。

以这类基础为模型的司法审查法将可能培育政治宪治主义者所乐见的议会责任制模式,而不是相反。

四、结论

政治宪法留下了什么呢?很多。如在宪法秩序中没有建构出什么超越议会权限的东西。议会主权依旧。某些法官业已暗示几条线索,以便法院能够在将来逐步削弱议会主权,不过直到今天这些依然只是附带的法官评议而已;没有哪一个案件是依据这种新基础裁决的。^⑧其他一些法官则强烈建议,即使这些只是附带意见,它们也被错置了。^⑨当然,联合王国业已致力于特定的欧盟和国际义务,而议会

立法也受制于这些约束。法院与议会已共同澄清:这种状况只是因为议会愿意如此,而不是因为某种外在于议会的力量将其意志强加于议会之上。^⑩当需要一种高于议会的权威来做出改变时,那种更高的权威的只能是选民。假如某个事项被认为不适合由议会做出决定,那么替代性的决策论坛就是全民公决(referendum)。人们并不放弃政治过程而吁请最高法院来行事。直接诉诸人民。实际上,即使当联合王国境内的各级政府在某些宪法事项上激烈争执时,它们也会竭力将分歧保持在政治领域内,避免将问题交给法院来裁决。2012年关于苏格兰独立公投所需之法律权力的辩论就是一个例证。数十种各式贡献归功于这场辩论,没有任何人主张理想方案将要由最高法院来决定。^⑪

超越这类严肃的政治辩论来看,英国公法中的法院权力在最近二十年间增长很快,但没有证据表明这些权力及其行使已经用一部新的法律宪法取代了古老的政治宪法。笔者曾担心这会发生。回顾法律宪治主义的某些更为极端的表达,这种担心就更有基础了。不过,法院的新权力,无论是基于《人权法案》、授权立法还是其他,总体上是以补充而非损害政治宪法的方式来行使的。宪法不再是完全的政治宪法,单纯的政治宪法模式已不再能够完全涵盖当代宪治经验,不过,政治宪法依然作为人们日益丰富之宪治秩序的核心要素而存在并保持重要作用。

政治宪治主义者有两个主要理由来反对转向法律宪治主义。这两大理由并非总是相互兼容的。第一个反对理由是,法院在本性上是保守的,它们会运用自身的权力来取消或限制进步的政策或立法。这一威胁并未成真。近些年鲜见进步的立法,2010年的《平等法案》^⑫可能是个例外。执政的工党采取的是一种威权主义的转向;它寻求确立《人权法案》,但并不推翻关于公民自由的保守主义立法。工党政府较为进步的成就之一,2000年的《信息自由法》,被托尼·布莱尔(Tony Blair)认为是其施政期间最大的错误之一。^⑬同时,司法的政治自从格里菲斯20世纪70年代中期撰写第一版相关论著以来已有变化。^⑭当代的上诉法院法官相比于20世纪七八十年代已不如格里菲斯所定义的那样保守。^⑮这并不是在说当代的法官是激进的进步主义者,但在关于公法与政策的态度上,他们与其前任并不严格相像。

第二个反对理由是,在审查那些较少进步性、较多压制性的措施时,法院将会运用自身权力为政府的高度争议性政策赋予正当性。如格里菲斯指出,1989年《官方秘密法案》是对言论自由不负责任的攻击。^⑯在该法通过时,议会里出现了严重的不安情

绪。然而,在 R v. Shayler 一案中,上议院认为该法案中最具强制性的某些条款与《欧洲人权公约》相兼容。^①

这一裁决使得汇集有利于改革的有效议会或政治观点变得更加困难。^②更生动的案例是上议院2007年就控制命令问题作出的第一批裁决。^③这些裁决在批评特定控制命令的大量特征之后,支持了整个体制的有效性,认为是对国际恐怖主义威胁的合比例的回应。然而同时,议会人权联合委员会(JCHR)正在就其关于该制度的根本不公正性的细节化批评争取跨党派的支持。^④该委员会认识到,它的努力已被上议院大法官们(the law lords)所削弱。政府则快速援引上议院的观点作为政策正确性的证据。于是,批评者靠边站了,而控制命令则原封不动。^⑤那些控制命令只有在政府换届之后才最终被确认为不合比例。^⑥由一名保守派的内政部长而不是法院得出最终结论,这确实是在告诉人们某些关于公民自由保护中政治与法律优点的真相。

这些例子是重要的,但还相对稀少。法律报告书并非充斥着法院毫无疑问地支持政府强制性行动的案例,笔者曾担心会如此。相反,法院甚至在之前完全缺位的语境中也表现出了日益增长的搜索与密切监控的态势。国家安全就是一个主要例证。Belmarsh 裁决,^⑦该案中上议院裁断,英国政府对国际恐怖主义嫌犯未经审判即予以无限期拘禁的计划不符合公约权利,这是经历冗长的前期案例之后的响亮一击,而之前的案例中,上诉法院一再裁断,国家安全领域的决策属于行政事项,而不是司法事项。^⑧即使政府在国家安全诉讼中获胜,其主张也经历了分析和评估,而不是被毫无异议地全盘接受。当然,Belmarsh 案绝不是政府在国家安全领域输掉的惟一个案,更别说近些年初审法官而不是上诉法院已经更加倾向于挑战政府了。^⑨

对于政治宪治主义者的批评者而言,这些质疑司法权的理由意味着法院“动辄得咎”。如果一个法院不能通过干预取消反自由的政府行为,它会被批评为不保护公民自由,而如果该法院确实进行了干预,它又会被批评为侵入了政治领地。通过修正在2010年的不完整尝试,笔者旨在提出一种关于司法之宪治角色的视角,以避免上述困境。笔者期望的保护公民自由,如同其他事务上一样的司法分支能够确保:当政府干涉公民自由时,它仅仅是因为议会明确授权才如此行事的。于此同时,笔者期望司法分支将政治决策留给政治主体。通过创设一种司法审查法以聚焦于权力并严密监控支持政府干涉公民自由的那些显著的理由基础,再创设一种司法审

查法以尊重政治宪法的方式安顿合理性与合比例性测试,笔者认为政治与法律的双重雄心可以同时实现。

笔者已表明,宪法的政治因素和法律因素能够也应当混合。笔者不想回到政治宪法。混合宪法是更优越的,只要它持续看重并致力于宪治之政治模式。

注释:

- ① 作者系英国格拉斯哥大学约翰·米勒(John Millar)公法学讲席教授,邮箱为 adam.tomkins@glasgow.ac.uk,译文来源于 Adam Tomkins 所写的 *What's Left of the Political Constitution?* 载 *German Law Journal*, 2013 年第 12 期第 2275 至 2292 页。文章的翻译发表得到《德国法杂志》和作者本人的共同授权,在此一并致谢。这是一篇关于联合王国宪法与公法的论文,它不是在超验宪治主义或全球宪治理论领域内的尝试。英国在政治宪治主义者和法律宪治主义者之间的争论主要关注的是行政权(executive powers)如何以及通过谁获得最佳的责任控制。这场争论的主要关注点并不是基本的议会立法在多大程度上受制于司法审查。
- ② 参见:Adam Tomkins 所写的 *Public Law 1—24*, 2003 年版以及 *Our Republican Constitution 1—25*, 2005 年版。
- ③ 参见:Tom R Hickman 所写的 *In Defense of the Legal Constitution*, 55 U. Toronto L. J. 981, 2005 年版以及 Graham Gee 和 Gregoire C N Webber 所写的 *What Is a Political Constitution?*, 30 Oxford J. Legal Stud. 273, 2010 年版。
- ④ 混合宪法是一个古老的术语,笔者无意于使用其 18 世纪的惯用含义。例如:笔者不是指那种关于君主制、贵族制和民主制的古代混合模式,杰出的布莱克斯通将后者视为鼓舞盎格鲁——不列颠宪法的精神要素。笔者指的是关于政治和法律的当代混合。
- ⑤ 参见:Sec'y of State for the Home Dep't v. Pankina, [2010] EWCA (Civ) 719, [2011] Q. B. 376 (Eng.)。
- ⑥ 参见:Adam Tomkins 所写的 *What is Parliament for?*, in *Public Law in A Multi-Layered Constitution 53*, Nicholas Bamforth 和 Peter Leyland eds., 2003 年版。
- ⑦ 参见:Adam Tomkins 所写的 *The Rule of Law in Blair's Britain*, 26 U. Queensland L J 255, 2007 年版。
- ⑧ 参见:Jonathan Sumption Q C 和 Mann Lecture F A 所写的 *Judicial and Political Decision-Making: The Uncertain Boundary*, 2011 年版。作者现为英国最高法院大法官。
- ⑨ 参见:Philip Cowley 所写的 *The Rebels: How Blair Mistreated His Majority*, 2005 年版。
- ⑩ 参见:Terrorist Asset-Freezing etc. Act, 2010, c. 38 (UK)。
- ⑪ 参见:Public Bodies Act, 2011, c. 24 (UK)。
- ⑫ 参见:Health and Social Care Act, 2012, c. 7 (UK)。
- ⑬ 参见:Welfare Reform Act, 2012, c. 5 (UK)。
- ⑭ 参见:Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act, 2012, c. 10 (UK)。
- ⑮ 参见:10 February 2011, 523 Parl. Deb., H. C. (6th ser.) (2011) 493-586 (UK)。
- ⑯ 例如:上议院关于《正义和安全法案》的如下辩论, 19 June 2012, Parl. Deb., H. L. (5th ser.) (2012) 1659-95 (UK); 11 July 2012, Parl. Deb., H. L. (5th ser.) (2012) 1162-83 (UK); 17 July 2012, Parl. Deb., H. L. (5th ser.) (2012) 120-44 (UK); 21 Nov. 2012, Parl. Deb., H. L. (5th ser.) (2012) 1811-47 (UK)。

- ①7 参见:House of Commons Welsh Affairs Committee 所写的 *The Implications for Wales of the Government's Proposals on Constitutional Reform*, 2010-12, H. C. 495 (UK)。
- ①8 参见:House of Commons European Scrutiny Committee 所写的 *The EU Bill and Parliamentary Sovereignty*, 2010-12, H. C. 633 (UK)。
- ①9 参见:Joint Committee on Human Rights, 所写的 *The Justice and Security Green Paper*, 2010-12, H. L. 286, H. C. 1777 (UK)。2013 年《正义与安全法案》比政府的原初提案在权力限制上更为显著。
- ②0 参见:Sir John Laws, *Law and Democracy*, 1995 PUB. L. 72。
- ②1 参见:R (Jackson) v. AG, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A. C. 262。
- ②2 参见:R (Animal Defenders Int'l) v. Sec'y of State for Culture, Media & Sport, [2008] UKHL 15, [2008] A. C. 1312 (H. L.) [81], “议会在讨论控制政治广播之内容与性质的 2003 年法案的整个过程中,始终在引入和维持政治广告所允许的裁量范围内活动……”
- ②3 参见:AXA Gen. Ins. v. Lord Advocate, [2011] UKSC 46, [2012] 1 A. C. 868 [49]。这种司法礼让适用于立法理由问题,当然,下级议会必须严格按照法律权力的界限行事,后者通常是一个法律问题,而不是一个政治判断问题。详见 *Imperial Tobacco v. Lord Advocate*, [2012] UKSC 61, 2013 S. C. (UKSC) 153。
- ②4 参见:Robinson v. Sec'y of State for N. Ir., [2002] UKHL 32。
- ②5 参见:Imperial Tobacco v. Lord Advocate, [2012] UKSC 61, 2013 S. C. (UKSC) 153。
- ②6 参见:Human Rights Act, 1998, c. 42, § 4 (UK)。在文章中,“公约权利”一词指的是《欧洲人权公约》载明的那些权利,该公约经由 1998 年《人权法案》而在英国获得了国内法效力。
- ②7 参见:Id. at § 3。
- ②8 Compare *RB (Algeria) v. Sec'y of State for the Home Dep't*, [2009] UKHL 10, [2010] 2 A. C. 110, with *Othman (Abu Qatada) v. United Kingdom*, ECHR App. No. 8139/09, 55 Eur. Ct. H. R. 1 (2012)。Compare *R (Al-Jedda) v. Sec'y of State for Defence*, [2007] UKHL 58, [2008] A. C. 332, with *Al-Jedda v. United Kingdom*, ECHR App. Nos. 26776/05 & 22228/06 53 Eur. Ct. H. R. 23 (2011)。Compare *R (Al-Skeini) v. Sec'y of State for Defence*, [2007] UKHL 26. [2008] 1 A. C. 153, with *Al-Skeini v. United Kingdom*, ECHR App. No. 55721/07, 53 Eur. Ct. H. R. 18 (2011)。Compare *R (Gillan) v. Comm'r of Police of the Metropolis*, [2006] UKHL 12, [2006] 2 A. C. 307, with *Gillan v. United Kingdom*, ECHR App. No. 4158/05, 50 Eur. Ct. H. R. 45 (2010)。
- ②9 参见:HM Treasury v. Ahmed, [2010] UKSC 2, [2010] 2 A. C. 534。Terrorist Asset-Freezing etc. Act, 2010, c. 38 (UK), 规定了金融限制的强制性条款,针对“被确信或怀疑牵涉恐怖活动的人”。
- ③0 参见:Al Rawi v. Sec. Serv., [2011] UKSC 34, [2012] 1 A. C. 531。
- ③1 参见:Justice and Security Act, 2013, c. 18 (UK)。
- ③2 参见:Adam Tomkins 所写的 *The Role of the Courts in the Political Constitution*, 60 U. Toronto. L. J. 1 (2010)。
- ③3 I cited the decisions of the House of Lords in the following cases as examples of when I think the courts should have gone further in this regard: *RB (Algeria) v. Sec'y of State for the Home Dep't*, * 2009] UKHL 10, [2010] 2 A. C. 110; *Austin v. Comm'r of Police of the Metropolis*, * 2009 + UKHL 9, * 2009 + 1 A. C. 564; *R (Bancoult) v. Sec'y of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2008] UKHL 61, [2009] A. C. 453; *R (Corner House) v. Dir. of the Serious Fraud Office*, [2008] UKHL 60, [2009] 1 A. C. 756; *R (Al-Jedda) v. Sec'y of State for Defence*, * 2007 + UKHL 58, * 2008 + A. C. 332; *R (Gillan) v. Comm'r of Police of the*

- Metropolis*, * 2006 + UKHL 12, [2006] 2 A. C. 307. In three of these cases the verdict of the House of Lords has now been overturned in Strasbourg: *Gillan, Al Jedda, and RB (Algeria)*. As indicated above, I welcome the more recent decisions of the UK Supreme Court in *Ahmed* [2010] UKSC 2 and *Al Rawi* [2011] UKSC 34, as applications of the principle that I was seeking to outline.
- ③4 参见:Tomkins 所写的 *Supra Note* 32, 第 6 页。
- ③5 I examined the decision of the House of Lords in *R (Gillan) v. Comm'r of Police of the Metropolis*, * 2006] UKHL 12, [2006] 2 A. C. 307 as a leading example of the courts' failure to undertake this task responsibly. That decision was subsequently overturned in Strasbourg, albeit on different grounds. The result is that Parliament changed the law. See the provisions of the Protection of Freedoms Act 2012, repealing and replacing with fresh—and more narrowly defined—powers the stop-and-search provisions of the Terrorism Act 2000; Protection of Freedoms Act, 2012, c. 9 (UK). It is to be noted that the political constitution got to the right result here both more quickly and more convincingly than the courts ever did—Strasbourg included.
- ③6 出处同注释③4, 第 7 页。
- ③7 I cited *R (Bancoult) v. Sec'y of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, * 2008 + UKHL 61, * 2009 + A. C. 453 as an example of where the courts failed to do this—as Lord Mance argued in his compelling dissent in that case. Again, *HM Treasury v. Ahmed*, [2010] UKSC 2, [2010] 2 A. C. 534 and *Al Rawi v. Sec. Serv.*, [2011] UKSC 34, [2012] 1 A. C. 531 are more recent examples of where the Supreme Court performed this task well.
- ③8 I cited *R (Begum) v. Denbigh High Sch.*, [2006] UKHL 15, [2007] A. C. 100, *Belfast City Council v. Miss Behavin' Ltd.*, [2007] UKHL 19, [2007] 1 W. L. R. 1420, and *R (Animal Defenders Int'l) v. Sec'y of State for Culture, Media & Sport*, [2008] UKHL 15, [2008] A. C. 1312. I made clear that my gripe was not that the House of Lords got the proportionality assessment wrong in these cases, but that the proportionality assessment was deemed to be a task suitable for judicial assessment at all. Tomkins, *supra* note 32, at 7.
- ③9 参见:Paul Craig 所写的 *Political Constitutionalism and the Role of the Courts: A Response*, 9 INT'L J. CONST. L. 112 (2011)。Professor Craig's response draws on and develops his earlier critique of my work. 也可见 *Political Constitutionalism and Judicial Review*, 载 *Effective Judicial Review: a Cornerstone of Good Governance* 19, 19 - 42, Christopher Forsyth et al. eds., 2010 年。
- ④0 参见:Human Rights Act, 1998, c. 42 (UK)。
- ④1 参见:European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Sept. 3, 1953, 213 U. N. T. S. 221。
- ④2 Serious challenges, but not insurmountable ones, and certainly not fatal ones. See further below.
- ④3 参见:*Laws, Supra Note* 20。
- ④4 参见:Craig 所写的 *Supra Note* 39, 第 118 页。
- ④5 参见:Tomkins 所写的 *Supra Note* 32。
- ④6 参见:Id。
- ④7 Further, just because the European Court of Human Rights ruled in *Smith & Grady v. United Kingdom*, ECHR App. Nos. 33985/96 & 33986/96, 29 EUR. CT. H. R. 493 (1999), that the Court of Appeal's use of *Wednesbury* unreasonableness in *R v. Sec'y of State*

- for Defence, ex p. Smith, *1995 + EWCA (Civ) 22, *1996 + Q.B. 517 was insufficient to meet the requirements of the right to an effective remedy in Article 13 ECHR does not mean to say that courts in the UK are now required in all circumstances to engage in full proportionality analysis. There are any number of ways in which the Court's ruling in Smith & Grady could be accommodated, confined, or distinguished.
- ④⑧ 参见:Adam Tomkins 所写的 *Our Republican Constitution* 20,2005 年。
- ④⑨ More difficult is the case where the statute confers powers on the minister leaving their scope or proper purpose unclear. I suggested in *The Role of the Courts* that in such cases the courts should refer the matter back to Parliament for the legislature to clarify what it meant. Tomkins, supra note 32, at 20—21. For an instance where this could have been valuable, see *R v. Sec'y of State for Health, ex p. Keen*, *1990 + COD 371, (1990) 3 Admin LR 180.
- ⑤⑩ 参见:*Gillan v. United Kingdom*, ECHR App. No. 4158/05, para. 45, 2010 EUR. CT. H. R. 28。
- ⑤⑪ 参见:*Smith & Grady v. United Kingdom*, ECHR App. Nos. 33985/96 & 33986/96, para. 87, 1999 EUR. CT. H. R. 493。
- ⑤⑫ I take reasonableness and rationality to be synonymous with one another.
- ⑤⑬ Some of the power is exercised by office-holders independent or semi-independent of government, such as the police or regulatory agencies; in the UK this is a matter for Parliament to determine in legislation.
- ⑤⑭ Colin Turpin 和 Adam Tomkins 所写的 *British Government and the Constitution* 第 566 至 660 页,2011 年第 7 版。
- ⑤⑮ 参见:*Fixed-term Parliaments Act, 2011*, c. 14, § 2(3) (UK)。
- ⑤⑯ Two recent examples are cited above; *HM Treasury v. Ahmed* leading to the Terrorist Asset-Freezing etc Act 2010 and *Al Rawi v. Security Service* leading to the Justice and Security Act 2013. See supra notes 29—31 and accompanying text.
- ⑤⑰ One area of public law in the United Kingdom which is currently imbalanced—or where the current balance is plainly wrong—is that of prisoners' right to vote. The decision of the European Court of Human Rights in *Hirst v. United Kingdom (No 2)*, ECHR App. No. 74025/01, 2005 EUR. CT. H. R. 681 is a perfect case-study of how not to rule on proportionality, as Strasbourg implicitly recognized when it modified *Hirst* in *Scoppola v. Italy (No 3)*, ECHR App. No. 126/05, 2012 EUR. CT. H. R. 868.
- ⑤⑱ Just a note on stability: to suggest that the attainment of a reasonable degree of constitutional stability is a worthy goal does not mean to say that we should not continue to facilitate and, indeed, encourage argument, contestation, and debate about further constitutional reform. Stability is not the same as rigidity. One can be in favor of constitutional stability without having to advocate that the constitution should be put beyond politics, or should be somehow fixed or frozen.
- ⑤⑲ 参见:*R v. Sec'y of State for the Env't, Transp. & the Regions*, *2001 + UKHL 23, *2003 + 2 A. C. 295。
- ⑥⑩ 参见:*R (Animal Defenders Int'l) v. Sec'y of State for Culture, Media & Sport*, *2008 + UKHL 15, *2008 + A. C. 1312。
- ⑥⑪ 参见:*AXA Gen. Ins. v. Lord Advocate*, [2011] UKSC 46, [2012] 1 A. C. 868。
- ⑥⑫ 参见:*R (Jackson) v. AG*, [2005] UKHL 56, [2006] 1 A. C. 262, paras. 102, 107, 159。
- ⑥⑬ 参见:Tom Bingham, *The Rule of Law* 162 (2010); Lord Neuberger M. R., Lord Alexander of Weedon Lecture: Who are the Masters Now? para. 42, 2011 年 4 月 6 日。
- ⑥⑭ 参见:*Thoburn v. Sunderland City Council*, [2002] EWHC 195, para. 65; *European Union Act, 2011*, c. 12, § 18 (UK)。
- ⑥⑮ After ten months of wrangling, the UK and Scottish Governments came to an agreement about the matter in October 2012. House of Lords Constitution Committee, *The Agreement on a referendum on independence for Scotland, 2012 - 13*, H. L. 62 (UK). The Agreement meant that the legality of the Scottish independence referendum was settled without the need for litigation.
- ⑥⑯ 参见:*Equality Act, 2010*, c. 15 (UK)。
- ⑥⑰ 参见:Tony Blair 所写的 *A Journey* 516 - 17, 2010 年。
- ⑥⑱ 参见:John A G 所写的 *Griffith, the Politics of the Judiciary*, 1977 年。
- ⑦⑰ 参见:John A G 所写的 *Griffith, the Politics of the Judiciary* 336, 1997 年第 5 版。
- ⑦⑱ 参见:John A G 所写的 *Griffith, the Official Secrets Act* 1989, 16 J. L. & Sec'y 273, 1989 年。
- ⑧⑰ 参见:*R v. Shayler*, [2002] UKHL 11, [2003] 1 A. C. 247。
- ⑧⑱ It must be said, however, that once the Labour Government assumed office in 1997, it gave no indication that it thought that official secrets legislation needed to be liberalized.
- ⑨⑰ *Sec'y of State for the Home Dep't v. JJ*, [2007] UKHL 45, [2008] 1 A. C.; *Sec'y of State for the Home Dep't v. MB*, [2007] UKHL 46, [2008] A. C. 440; *Sec'y of State for the Home Dep't v. E*, *2007 + UKHL 47, [2008] 1 A. C. 499。
- ⑨⑱ 参见:Adam Tomkins 所写的 *Parliament, Human Rights, and Counter-Terrorism*, 载 *The Legal Protection of Human Rights: Sceptical Essays* 13, 34 - 49, Tom Campbell, Keith Ewing 和 Adam Tomkins 著, 2010 年。
- ⑩⑰ 同注⑥⑰。
- ⑩⑱ 参见:*Terrorism Prevention and Investigation Measures Act, 2011*, c. 23 (UK)。
- ⑪⑰ 参见:*A v. Sec'y of State for the Home Dep't*, [2004] UKHL 56, [2005] 2 A. C. 68。
- ⑪⑱ 参见:*Liversidge v. Anderson*, *1942 + A. C. 206 (H. L.); *R v. Sec'y of State for Home Affairs ex parte Hosenball*, *1977 + 1 W. L. R. 766 (Eng.); *R v. Sec'y of State for the Home Dep't ex parte Cheblak*, [1991] 1 W. L. R. 890 (Eng.)。
- ⑫⑰ 参见:Adam Tomkins 所写的 *National Security and the Role of the Court: A Changed Landscape?* 126 Law Q. Rev. 543。

一样的宪法,不一样的政治

——《论宪法作为国家的根本法与高级法》之分析

翟小波

(郑州大学 法学院, 郑州 450001)

摘要: 对陈端洪的《论宪法作为国家的根本法与高级法》一文分析和解释。在陈文中,宝贵的实证主义立场与令人费解的神秘化倾向相互交织,引发了学界不少的批评或误解。首先批评了该文的神秘化倾向,尤其是“‘中国共产党领导下的中国人民’作为制宪权的主体”“立宪时刻是神圣时刻”和“民主与专政也辩证地统一于‘中国共产党领导下的中国人民’”之类的模糊费解的表述,然后努力穿透该文的一些貌似不一致的表述,以理解其政治宪法主义。陈文的贡献是解释宪法生动的政治内涵,探明宪法不能司法化的实质原因,指出中国宪治道路的特色。陈端洪强调“政治本身就是宪法”,但这不表明他认为一切政治行为都是合宪的,它只表明,陈端洪认为作为宪法内容的某种意志的落实和更新是政治性的。其所谓的五大根本法是对宪法现实的理论描述。这种描述服务于某种规范目的,但并不必然代表作者本人的规范立场。在陈的政治宪法主义中,“政治的”是力量的,政治宪法主义呼吁新的社会动力以推动目前的政治体制的硬球,并要求把这种新动力传输到体制内部,把它转化为内部常规要素;“政治的”是结构的,政治宪法主义要用新的政治结构来确保权力的责任。

关键词: 政治宪法; 宪法; 司法化; 民主; 法治

中图分类号: D911

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0053-07



The Same Constitution, the Different Politics: A Comment on *The Constitution as the Basic and Higher Law*

Zhai Xiaobo

(School of Law, Zhengzhou University, Zhengzhou 450001, China)

Abstract: This essay is an analysis and interpretation of *The Constitution as the Basic and Higher Law* by Professor Chen Duanhong. In Chen's article, positivism and mysticism intertwine with each other, which led to many criticisms and misunderstandings among constitutional lawyers. The paper puts forward criticism on the puzzling and mysterious statements in Chen's article, such as "the Chinese People under the Leadership of the Chinese Communist Party is the constituent assembly", "Constituent moment is a sacred moment", and "democracy and dictatorship are unified in 'the Chinese People under the Leadership of the Chinese Communist Party'". The paper also pierces through some of Chen's apparently inconsistent formulations to understand his political constitutionalism. Chen's contributions include highlighting the political dimension of the Constitution, demonstrating the real reason why the Constitution can not be judicialized, and pointing out the distinctive features of Chinese Constitutionalism. Chen stresses that "The Politics is the Constitution itself", which does not mean he believes that all political actions are constitutional; what he means to say is the implementation and updating of dominant wills in the Constitution is political; Chen's five basic laws are a theoretical description of the constitutional reality; this description serves normative purpose, but does not necessarily represent his normative positions. In Chen's political constitutionalism, "the political" is mainly concerned with the structure of real power; political constitutionalism calls for new social forces to move the hard ball of the current political system, and it requires these forces to be internalized into the formal system. "The political" is also concerned with the structure; political constitutionalism needs a new political structure to ensure the accountability of the power.

Key words: political constitution; constitution; judicialization; democracy; rule of law

“政治宪法”这个概念,受到中国宪法学界的关注。粗略说来,它指的是若干学者研究宪法的思路上的一个转变。这种转变源于自1982宪法制定至今对宪法学研究、尤其是对宪法实施研究的反思。三十年多来,中国宪法学界一多半的学术产出以宪法实施为主题。虽然多数学者的具体主张不很相同,但大致共识还是存在的,即要把宪法当成法,要让某个主体以“司法的方式”来适用宪法。可是,相关的宪法实践却与宪法学者的大致共识相反,甚至越走越远。这个现象不能不引起反思。在这个过程中,一些学者认识到,中国宪法实施的难题,实质上是超越宪法条文的政治难题;宪法典也主要是政治文件;对宪法的理解,也应该是“政治的”。这就是政治宪法这个概念所表达的思路最初的形成过程。这些,如陈端洪(以下简称“陈”)所说,只是常识而已^{[1]309-316},但对宪法学者来说,要穿透或抛弃专业知识的蔽障,从来都不是容易的。

2008年,陈发表《论宪法作为国家的根本法与高级法》(以下简称《论根本法》)。他从英国宪法学中借用了政治宪法这个术语,命名上述研究思路。他的这篇文章^{[1]255-332}和政治宪法这个概念,在中国学界引发了很大的争议。

一

宪法序言的最后一段写道:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民的奋斗成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高法律效力。”一些学者通常诉诸这句话来论证宪法司法化的必要性、合宪性和可能性。陈认为,这些学者使用“根本法”这个概念时,对它的内容“似乎了如指掌”,“想当然地把‘根本法’‘最高法律效力’等同于‘宪法司法化’。这种理论上的轻松自如,却与‘中国过去几十年里’对‘‘违宪’听之任之’的现象,形成了明显反差,陈称之为“宪法司法化”论者的“尴尬”与“困境”。^{[1]256}在对“‘违宪’听之任之”这个片语中,“违宪”一词是加了引号的,陈要表达的或许是,这里的“违宪”,只在宪法司法化论者眼里是“违宪”;由此而生的“尴尬”和“困境”,只是“宪法司法化”论者的“尴尬”与“困境”。他实际上暗示,宪法司法化论者之所以未能改造世界,原因之一是未能认识世界。认识和理解是行动和改造的前提。

对这种反差的反思,提出了一系列基础问题:什么是“根本法”和“高级法”?为什么宪法自诩为“根本法”和“高级法”?中国宪法包括哪些根本法?中国宪法能不能成为、如何成为高级法?这些追问都是真正的哲学式追问,是对多数宪法学者预设的前提的反思。它们的提出和对它们的回答,很可能开拓全新的宪法学前景。根本法和高级法这些概念的应然性意蕴虽然很强,但陈提出的问题本身(和相应的学术工作),却主要是实然性的,属于“是什么”或“如何”等事实性或技术性疑问。陈认为,要改造中国政治,先得认识和理解中国宪法。在引言中,陈陈述了他的看法,但他最后的结论却是应然性的规定:中国法治道路应该是政治的归政治,法律的归法律。他称之为“中国特色的政治宪法主义”。^{[1]256-257}一个问题是要知道什么是“中国特色的政治宪法主义”,一方面,得在抽象的层面知道,什么是政治,什么是法律;另一方面,得在具体的层面知道,在中国,什么是政治,什么是法律。另一个问题是,实然性的追问如何导致了应然性的结论?

二

陈通过对宪法序言最后一段的解读,回答这些问题。

陈说:“以法律的形式”,表明某种意志在叫做宪法的那个文件中“被实在化、规范化”,这个措词同时“主张宪法的合法性”。^{[1]257}这是个很深刻的解释,但缺乏细致说理。要对这个措词给出合理解释,得先明白什么是“法律的形式”。“法律的形式”通常可以从两个方面来理解:第一,指构成某个可叫做“一个法”(a law)的语用单位的结构,即以命令为主导的不同意志的各种逻辑形式;第二,指由某个或某些被承认为权威的“造法者”的确定主体,以某种可识别的实在程式和载体来制定,即出自某个或某些确定的实在渊源,如全国人民代表大会(以下简称“全国人大”);获得某个或某些确定的存在形式,如法典等文书。法之为法,根本原因在于它的渊源和存在形式,不在于它内容的好坏。作为某种要求相关人服从的意志,道德和法的逻辑形式总体上相同,但法不同于道德,关键在于,法经由实在的、确定的和权威的“造法者”之手获得了确定的存在形式。根据第二种理解,宪法是“立法行为的产物”^{[1]258},是人造的,某些人的意志在这里被“实在化”,它主

张的是宪法的世俗性和合法性，这里的合法性是指 legality（合法性的法是广义的实在法），而不是 legitimacy。根据第一种理解，“以法律的形式”表明某种意志被“规范化”，这里的“规范化”，不是说它获得了道德意义上的实体正当性，而只是说，它作为意志，获得了实在的造法者的支持，具备了要求服从的形式，可以用法的名义来实施惩罚，当然，这不等于陈认为宪法获得了严格的法律制裁措施的支持。到此为止，陈还不涉及“根本法”的问题，这里说的只是，某种意志在某个叫做宪法的文件中成了法。这丝毫不表明，这种法和其他的法如刑法、民法和行政法等，在属性上没区别，不要求独特的实施模式。

1982年宪法序言“确认了中国各族人民的奋斗成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高法律效力。”陈把这半句话分成三层来解释，略显重复，模糊了这句话的核心意旨。这里进一步引入了完全不同的要素，即内容，区别于“以法律的形式”。换言之，宪法从渊源、存在形式和逻辑形式上获得了法的形式，但它之所以是根本法，具有最高的法律效力，却与渊源、存在形式和逻辑形式无关，而主要取决于内容。中国宪法和基本法律，出自同一渊源；就形式来说，相对于全国人大和基本法律，它实际上并无根本性，并无高级效力；它的根本性，只是在于它的实体内容。司法化论者眼里的宪法实施困境的源头，正隐藏在这句高度概括的话中。

三

陈认为，“本宪法以法律的形式”和“具有最高的法律效力”，这两个片语结合起来，“直接指向制宪权和立宪时刻”，因为“以法律的形式”表明宪法是“立法行为的产物”，那么，是谁的行为呢？自称至上的宪法的背后的主体是谁？这个提问，体现了极可贵的去神秘化的努力，因为一切文本，不论如何粉墨打扮，都是特定人的产物，人都是避苦趋乐的。但也正是在这里，陈的回答让人很难理解，反而过分神秘化，这种神秘化引发了无尽的争议或误解。陈认为，“这个主体就是‘中国共产党领导下的中国人民’”，而“宪法就是这个主体的决断意志”。^{[1]258}这句话并没回答他的问题：这个主体究竟是谁？

任何大规模的运动，都存在领导者与被领导者。领导关系的存在，并不必然导致两个主体的存在，除

非领导者（A）和被领导者（B）的利益不一致；但若两者的利益不一致，就很难把“A领导下的B”视作一个主体。在对我国根本法的讨论（第三部分）中，陈从实然角度说明了“中国人民在中国共产党的领导下”为何是我国宪法第一根本法，但他依然不曾明确回答这个疑问；相反，他似乎表明，这个主体是“共产党”，而非“中国人民”，因为他说，第一根本法的独特性就是“共产党的领导权”，它可以简化为“共产党的领导”^{[1]284}；“共产党的领导是第一根本法的核心”^{[1]297}；他还认为，历史以斗争的形式把中华民族整合成以共产党为代表的政治主体（尽管这种说法本身并不严格，因为在这里，“代表”一词的含义值得推敲）^{[1]260}。

1982年宪法是第五届全国人大（当然，也是在中国共产党的领导下，这是全国人大组织和运作逻辑的一部分）制定的（或严格地讲，修改的）。陈完全知道这个事实，但他为何要把“全国人大”等同于或转化成“中国共产党领导下的中国人民”呢？或许是因为，在虚拟的法权关系（而非事实关系）上，全国人大代表了中国人民，但这不是真实的——陈很清楚这一点。既然如此，这种“等同”或“转化”的用意或追求又是什么？它又会产生什么后果呢？难道宪法学不得不建立在谎言的基础上吗？不是的，陈恰恰反对这么做：他反对宪法司法化，因为后者的话语是自然法和自然权利的话语。^{[1]313}这是中国学界对宪法司法化最深刻的反思之一。自然法和自然权利的话语的缺失，实质上就是，它由臆想的谎言构成，它把愿望和理由当成事实，不认真对待当下事实。那么，陈的这种虚拟的“转化”，究竟为何？他为何不径直说，这个主体就是中国共产党或全国人大？当然，他不可以径直地说，这个主体就是中国人民，因为这完全抵触了他潜在的求真意志；这种求真意志，也正是“论根本法”一文与众不同之处。或许陈会说，这是中国宪法的修辞格式。宪法序言说，奋斗、革命和建设的成果是“中国共产党领导中国人民”或“中国人民在中国共产党的领导下”取得的，这些成果也包括这部宪法，但宪法的修辞格式是否应该自动地成为宪法学者的修辞格式？宪法学的说话方式，不得不随时代、环境和对象的变化而变化；一个时代的宪法变革技术，未必适用于另一个时代。

在表明制宪权主体是“中国共产党领导中国人民”之后，陈认为，制宪权和立宪时刻标志国家或政府存在的法律计时的开始。^{[1]258}制宪权和立宪时刻

的说法,只适用于成文宪法。那么,在成文宪法制定前,国家或政府(这两个概念也需要区分)在法律上是不是就不存在呢?任何国家都必然以某种结构形式(这种结构形式也可称作宪法,但却未必是成文宪法)存在,但国家和政府的存在却与成文宪法之制定与否无必然关系,它主要取决于特定人群内部的服从秩序(status)之有无。他认为,立宪时刻是个“神圣时刻”,“高于政府和日常立法”。^{[1]258-259}立宪时刻为何是个“神圣时刻”?一切立法和政治,实质上都是利益分配行为;政法行为,本身都是红尘俗界的行为,很mundane,无任何神圣可言,或者说,利益所在即神圣所在。这其实也是陈的立场:早在1992年,他就明确地说,天国里的居民是不要宪法的,后者纯粹是世俗的制度,不具有永恒的价值。^[2]他在开篇时说宪法的制定是人的实在的立法行为,他对机构改革的批评是这些改革回避利益的论证。^{[1]291}但是,陈没把这种立场贯彻到底。宪法高于政府和日常立法,这正是陈在接下来的一段中表达的意思:“把宪法的‘至上性’或权威归结为实在的立法行为,归结为制宪权主体的决断,是成文宪法时代的普遍逻辑”^{[1]259}。

四

宪法司法化论者为何认为制宪权主体“言出即忘”,对实施宪法以落实这种至上性的呼吁“置若罔闻”呢?^{[1]259}陈认为,要解释这个现象,得辨析中国根本法的特殊内容和它要求的独特实施机制。他的言下之义是,宪法司法化论者在起点上就错了:若辨明了中国根本法的特殊内容和它要求的独特实施机制,那么,“言出即忘”和“置若罔闻”这事儿根本就不存在。

陈把这种至上性的维护视作一个难题:宪法的至上性难题。他认为,这个难题是“人民作为主权者如何约束自身”“今天的主权者如何约束明天的主权者”,这也是宪法和民主的矛盾。^{[1]260}这个难题,在中国政治实践中,其实是很边缘的(marginal)。这个难题预设了两个前提:第一,宪法真的是人民意志的表达;第二,人民真的是最高权力主体。这两个前提,在中国,都是很难确证的。尽管不少学者纠缠于这种教条式的所谓的难题,但陈很敏锐地意识到,在中国的语境下,这个难题更加复杂,还包括宪治和专政的矛盾。^{[1]260}宪治是指政府权力受法治的限制,

民主是指政府权力要对民众负责,专政是统治者或者整个统治群体或阶级对被统治者或阶级(敌人)行使绝对的不受限制的、暴力的而非法制的权力的体制。正是这种不受任何限制的暴力政治构成了宪治的矛盾体,挑战了宪法的至上性,使得宪法至上性在中国语境里成为一个难题。

陈认为,民主与专政也辩证地统一于“中国共产党领导下的中国人民”。除非继续坚持阶级斗争政治的思路,这个命题就很难得到合理解释,而阶级斗争政治的思路本身是有问题的。第一,政治的首要难题是人性难题,不首先用宪治、法治来解决人性难题,阶级难题就无从解决;^[3]第二,如何界定敌人?或许,每个人时刻都处于变成敌人的危险之中;第三,人权是陈在第三部分提炼的一项中国的根本法,如何处理专政与这项根本法的关系?专政与人权,何者更根本?第四,阶级难题,也存在多种解决方案,专政未必是最好方案,而且,对朋友的民主(在不解决人性难题的情形下,这种民主实际上是不可能的)和对敌人的专政,难以分开,更难以统一。当陈说“民主与专政辩证地统一于中国共产党领导下的中国人民”的时候,他究竟指什么?谁来决定、怎么决定谁对谁民主?谁来决定、怎么决定谁对谁专政?这个命题太模糊,太容易做出多种不同的甚至完全相反的解释。

陈认为,宪法学者应该以积极的、建设的态度探讨“中国共产党领导下的中国人民”如何获得既可保障该主体的永久主权、又可保障个体自由的宪法结构,^{[1]260-261}这是中国宪法与政治理论的当务之急^{[1]285}。陈认为,正确的道路是从革命(敌我)政治向政治宪法主义转变,向民主和法治转变。^{[1]261}且不说这里对宪法学职责的定位是否合适,陈在这里表明,“中国共产党领导下的中国人民”这个表述,还不曾作为宪法结构而存在,这与前文的“中国共产党领导下的中国人民”是中国制宪权主体或主权结构的说法,似乎并不一致:如果“中国共产党领导下的中国人民”还不曾获得某种宪法结构,就很难把它当作宪法上的主体。此外,陈认为,当前对“中国共产党领导的中国人民”的理解,还是革命敌我政治的思路。很少人会否认,当下中国政治模式应向民主和法治(陈在这里把其等同于政治宪法主义)转变,但问题是,这种转变是“中国共产党领导的中国人民”(如陈所说,包括民主与专政两个方面)这个主体获得宪法结构的过程,还是这个主体本身转变

的过程？民主与法治如何可以成为“专政”（如陈所说，专政是内在于“中国共产党领导的中国人民”这一表述之中的）的结构？

以上所述，似乎是陈插入的一个他认为值得研究的问题，他简要介绍他的思路，但这不是他在《论根本法》一文中要探讨的问题。他真正要做的，是解释宪法生动的政治内涵，探明宪法不能司法化的内在实质原因，指出中国宪治道路的特色。^{[1]261} 其实，在这些简要阐述中，陈已从根本法及其主体的角度，表明了那“以法律的形式”存在的中国宪法饱满的政治内涵：它的制作者完全是政治性的存在。

五

为揭示根本法的政治内涵，陈首先考察这个概念和相关的高级法的概念本身的历史。他强调以下几点：第一，根本法可以是做成的，也可以是生成的。第二，从不成文的根本法（约定俗成的根本的价值和规矩）到成文的根本法，是根本法观念的质的飞跃。第三，高级法可以指成文宪法本身，也可以指不成文的自然法（所谓的理性的根本指示）和根本法（所谓的根本习惯）。第四，根本法这个概念侧重内容的重要性，高级法这个概念侧重效力的优越性。第五，普通法成为高级法的原因在于政治，在于政治的妥协与斗争。^{[1]262-270} 不成文的根本法，之所以根本，之所以高级，陈认为，主要原因在于政治。他把英国根本法内容分为习惯宪法、自然法、普通法和一些成文法（习惯宪法和普通法本身很难分开），但他没能处理自然法以及习惯和先例这些基本的宪法学概念或思路与政治的关系。自然法只是一些人的主观臆想，根本就不存在，它只是用来实现某种政治目的的修辞技术，习惯和先例等原则不过是保守政治的核心技术。

与不成文的根本法相比，陈更关心成文的根本法。但关于成文的根本法，陈在这里的叙述很简单。他指出，披了法的外衣的法与真正的法冲突时（这个表述与他在开始时表达的实证主义立场相矛盾，披了法的外衣的法就是真正的法。他这里准确的表述应该是：当实在的立法被认为是恶法时），罗马人会以“颁布法的目的不是废除神圣的正义”为由而拒绝适用之。陈认为，这个现象体现的逻辑是成文法在自身内部规定了超越自身、甚至是否定自身的效力的东西。陈还认为，这个自相矛盾的做法也是

成文宪法的逻辑：主权者通过宪法来限制自身。这进而导致了另一个悖论：宪法创设的审查机构如何可以成为宪法之外的制宪者的代言人？^{[1]267-268} 这些的确是很基本的宪法（或者反宪法的）问题，陈一再重申之。^{[1]275} 但陈在这里只是提出问题。

陈的确在第二部分讨论“成文宪法作为根本法和高级法”。这里的讨论分为资本主义宪法和社会主义宪法两部分。在“资本主义宪法”这个标题下，陈认为，权力组织体制和个体自由（法权）很重要，被视作高级法；但他也认为，在这里，什么是根本的和高级的，主要取决于制宪权。可保证陈的叙述一致的解释是：“资本主义宪法”的制定者认为权力组织体制和个体自由很重要，所以，这些就被写入了宪法，变成了根本法和高级法。显然，这个过程是个政治决策和权衡过程，但问题是，如果权力组织体制和个体自由都被赋予高级法地位，如果基本权利构成权力组织体制的道德基础和目的，如果权力组织体制和政府日常运作都应明确地以这些权利为中心，^{[1]271-275} 那么，政治到哪里去了？在制宪权隐退后，资本主义宪法体制还有无政治的空间？

陈把社会主义宪法的特色归纳为社会国家的一体化（包括积极权利优先的实证主义权利观和经济社会制度入宪），理想主义和无产阶级专政。^{[1]275-281} 陈强调：第一，理想主义的、目的和任务取向的宪法，主要依赖共产党和政府的积极“政治实施”，法院对此完全无能为力；言下之义似乎是，资本主义的非理想主义的宪法，并不主要依赖政治实施，但这似乎并不是陈真正想要的结论。第二，在无产阶级专政的这个标题下，陈强调的主要是，社会主义的宪法是权力事实的附属品和工具，是可以一次性完成的历史事件，无需实施，或者说，政治本身就是宪法。^{[1]280} 陈并没说资本主义宪法不是权力事实的附属品和工具，也没说资本主义宪法（在某些方面）不是一次性完成的历史事件，他只是强调，这些特性对中国宪法实践具有独特的意义。这里说的宪法当然是指成文宪法。这里的一次性是指对“革命和建设成果”的记录。因为宪法本身是个文本，文本是个客观存在，是获得了法律形式的存在（如陈所说），它的内容是要求服从的意志：不论这种意志的对象是某种状态还是某种行动，这种意志本身都需要不断维持，需要制宪权主体不断出场。“政治本身就是宪法”，陈指的是，作为宪法内容的这种意志的落实和更新，都是政治性的；主权者或制宪者（如党中央和全国人大）

的政治,时刻都在决定和改变宪法,因而构成宪法本身。他从未说过,一切政治行为都是合宪的,这是对他最大的误解或曲解。

六

在知识史考察结束后,陈开始探究中国宪法包括的根本法。这里,要强调的是,陈这里主要是在“描述”^{[1]257},也经常用“揭示”“探明”^{[1]162}和“解释”^{[1]259},这是陈的整个文章的基调,尽管不是惟一的音调。当然,任何描述本身都涉及选择和排序,不可能是价值中立和纯粹客观的;但同样不可否认的是,描述本身的确不同于道德批评,不同于建构性解释。对描述,可以从事实角度来评判对错;描述本身是道德批评的前提,它给道德批评留下了很大的空间。陈主要是在描述。对描述对象,他没做道德批评(尽管他从合目的性的角度,做了权宜性评价);或许他认为,从原则性的立场来说,描述对象无任何道德权威。

通过分析宪法序言,陈认为,中国宪法包含五个根本法。他的解释是宪法解释学很娴熟的演练。他的解释不是建构性道德解释,而是求真求实的科学性解释。按照根本性的次序,陈的这五个根本法分别是:第一,“中国人民在中国共产党的领导下”,这是个权力分配原则;陈说得很清楚,它的核心是中国共产党的领导,因此,更诚实的说法是,径直把第一根本法称作“坚持党的领导”,这也是四项基本原则的核心。第二,社会主义。第三,民主集中制。第四,现代化建设。第五,基本权。^{[1]281—302}对如此选择和排列这五个根本法的具体思维过程,陈并没做更详细的解释,但作为对中国成文宪法(而非实在政治)的描述,这个归纳的总体的真实性,是很难怀疑的。陈所强调的是,这五个根本法中,前四项都是高度政治性的;围绕它们的争议,不适于司法解决,而适于政治解决。对民族生存的执着,对富强的追求,使得中国宪法成为改革的宪法,即以改革为基本点、为内容,并提倡自己不断被改革的宪法,在这里,突破宪法的改革本身是被宪法所认可的。陈认为,这样的改革宪法观,就是一种政治宪法观。

接下来,陈突然强调,这种政治宪法观和规范主义宪法观存在巨大差异,并且认为,规范主义的宪法观在革命时期、改革时期不适用,司法宪治主义的前提是稳定的社会秩序的存在。^{[1]299}在这里,陈开始做

道德的评判:他认为这种政治宪法观在革命和改革时期是正当的。这个命题要做更多的论证:应区分政治宪法主义本身和特定的政治宪法主义,换言之,政治宪法主义的总思路(强调宪法的政治性)的正当性与特定的(即以特定类型的政治为轴心的)政治宪法主义的正当性是两回事。要证明他关于政治宪法观的正当性的主张,陈要做两个工作:第一,论证政治宪法观本身在道德上是正当的;第二,论证包含了他所说的五大根本法的特定的政治宪法观也是正当的。这两项论证都是独立于事实描述的道德论证:第一项论证并不难,但第二项论证则极不易。当陈说中国宪法道路应该是政治宪法主义时,他在道德上认同政治宪法主义的总思路,但他是否也在道德上认同他正在描述的那个特定的政治宪法主义,则是另外一回事。

陈在这里还引入了两个概念:规范主义宪法观和司法宪治主义。这里的规范主义宪法观指那种奉行法条至上的法条主义。规范主义的规范还可以做另外的理解,即道德和理想的应然规范——这也是很寻常的理解。政治宪法观虽然不认同第一种规范主义,但却完全不排斥第二种规范主义。陈的政治宪法观,是对中国宪法现实的描述,但这并不阻碍它同时成为一种规范主义宪法观:一方面,他的描述服务于某种规范的目的;另一方面,他曾把政治宪法主义归纳为民主和法治,显然也是一种规范的理想,尽管陈尚不曾提供连接作为现实描述的政治宪法观和作为规范理想的政治宪法观的论证。陈的政治宪法主义是一种规范主义的宪法观:他把政治宪法主义明确地看作是中国应然的宪法道路。^{[1]257}

七

以上述对根本法的政治性的论述为前提,陈开始质疑宪法司法化。陈的主要指责是,司法化论者的历史意识是片面的,只顺应了个体化和法制化趋势,缺乏对中国政治类型的全面判断。^{[1]304}陈认为,稍具常识的人都会承认,这五个根本法总体上不适合司法实施。^{[1]309}中国宪法对中国共产党和全国人大这两个政治主体只有自我约束和批评的意义,不具有法的意义。^{[1]310}这里,陈并不是在抽象地否定宪法司法化的意义,而只是说:若要实施眼前的这部宪法,那么司法化是不适合的;这里陈所给出的,并不是道德主张,而是权宜性的技术判断。他假定了一

个前提：“如果还尊重中国的根本法的话”^{[1]316}，言外之意是，你可以不尊重这些根本法。陈并没有说，这些根本法具有道德权威，尊重它是一种道德义务，相关主体不冒犯它，也许只是因为恐惧它背后的暴力。陈认为，他不是问抽象的理想的宪治如何可能，而是从实然的根本法出发来设问：如何落实他解析出来的根本法？他承认，这个底线的宪法问题，对很多人没理想色彩和吸引力，但他认为这是真实的中国问题，而且，“依敝人陋见，能够把目前的宪法落到实处，已是我辈之至福”^{[1]330}。这实际上是陈对广大自然法倾向很强的读者的一个坦率的交待。它似乎表明，他的真实的道德立场与他描述的五个根本法，是有距离的，它对后者的承认和容忍，是一种对现实的无奈和妥协。陈明确意识到，读者可能完全不同意他的“陋见”：读者可能会认为，若把当前的宪法落到实处，可能是我辈之灾难；读者也可能会说，这部宪法本身就不是统一体，一半是天使，一半是魔鬼，我辈的至福是赶走魔鬼，留住天使。不错，陈的确用了“制宪权的道德性”^{[1]319}这个概念，但他说这只是人民意志的最高性：它假定这种道德性存在于“制宪权属于人民”这个政治模式之中，而且，这种道德性只是实在主体的意志的最高性。^{[1]319}任何的制宪权都只是解决宪法的渊源问题，本身都与宪法的实体道德性无必然关联。

八

在“结语”里，陈再次抛出一个更大的难题。在他的政治宪法主义道路中，首先，“政治的”是力量的：政治宪法主义呼吁新的社会动力以推动目前的政治体制，并把这种新动力传输到体制内部，将其转化为内部常规要素。其次，“政治的”是结构的：政治宪法主义要用新的政治结构来确保权力的责任。^{[1]331}陈关于中国根本法的描述是关于“宪法的政治性”在中国语境下的具体内涵的揭示；这里关于政治的界说，却是对政治宪法主义之“政治”的抽象规定。抽象的政治宪法主义和具体的中国的政治宪法之间的张力，也即规范和现实的张力，在此开始展现。政治宪法主义实际上是要求“从头再来”。但

他随即又强调，在中国语境下讨论政治宪法主义，必须坚持中国共产党的领导和全国人大至上。这让人更迷惑：学术讨论为何要坚持政治前提？也许，这是个笔误：“讨论”应该是“坚持”。但即便如此，该命题仍然需要解释，陈的确给出了解释：他旋即强调说，中国共产党历来主张为人民服务，现在提倡执政为民。那么，问题似乎是，陈所说的那五大根本法其实都不是最根本的，最根本的是这些根本法的共同目的：为人民服务 and 执政为民——这是中国共产党的宗旨。这是最终目的，也是原初承诺。如果这个目的被抛弃了或这个承诺被违反了，五个根本法也就失去了存在根据。陈在文末提出了他本该在开篇提出的问题：五大根本法都服从一个根本目的或原初承诺：以民为本；或者政权由人民产生，对人民负责，受人民监督。也正是在这里，陈的矛盾变得可以理解。这个根本目的是中国共产党的宗旨，而在当下的政治情境下，坚持这个目的，要求输入新动力，改变旧结构。在中国语境下坚持政治宪法主义，要求坚持中国共产党的领导，但这是在中国共产党依然是“为人民服务的党”“以民为本的党”前提下的坚持；中国共产党的权威在于构成它的个体（党员）的服务人民的行为之中。很多人也许并不认为，这种服务行为，依然是普遍性的、总体性的和压倒性的；对这些人来说，中国共产党也就缺乏普遍性的、总体性的和压倒性的权威，“坚持”也就无从谈起。换言之，政治宪法主义这里说的“坚持”，不是无原则的坚持，它内在预设了一个基础性的前提目的。当没有这个前提目的时，政治宪法主义的结论也就不同。也许，现在，大家可以理解了：陈为什么揪住制宪权不放——这是政治宪法主义的命根，是不断要回归的起点；陈为什么要求人民出场——这是制宪权的永恒的应然的主体。

参考文献：

- [1] 陈端洪. 制宪权与根本法[M]. 北京：中国法制出版社，2010：162—331.
- [2] 陈端洪. 宪治与主权[M]. 北京：法律出版社，2007：3.
- [3] 翟小波. 自由主义民主之反思[J]. 中外法学，2009（1）：112—135.

共存而优先

——一种常态政治下的政治宪法理论

田飞龙

(北京航空航天大学 人文与社会科学高等研究院, 北京 100191)

摘要: 基于对英国宪制之一元化民主传统的认同与重述, 贝拉米在《政治宪治主义》中构想了一种常态政治下的“政治宪治主义”, 以显著区别于欧陆及美国的相关政治宪法论述。贝拉米从权利冲突的性质入手, 批评了司法审查的权利论基础, 赋予了权利冲突及其解决以政治性质。在规范基础上, 贝拉米接续了当下共和主义的“无支配自由”观念, 对政治与权利的关系进行了重新的铺排并最终指向一种确保平等和参与的民主框架。贝拉米在理论上并未根本拒绝宪法政治, 但认为常态政治本身就具有宪法意义和优先性。这样一种更为平和的“常态政治宪治主义”为中国政治宪法学的理论进展提供了有益的启示, 也为中国当下的宪治转型提供了一种有益的思考方向。

关键词: 常态政治; 政治宪治主义; 权利; 无支配; 平等; 理查德·贝拉米

中图分类号: D911

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0060-09



Coexistent and Prior: A Theory of Political Constitution within Normal Politics

Tian Feilong

(Institute for Advanced Studies in Humanities and Social Sciences, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: Based upon the identity and restatement of the monist democracy for English constitution, Richard Bellamy designs a political constitutionalism within normal politics in his *Political Constitutionalism* to differ from the political constitution theories in Europe and America. He criticizes the foundation of judicial review through the nature of rights conflict and opens the political circumstance of this issue. As for the normative foundation of political constitutionalism, he adopts the notion of “Non-domination freedom” to rearrange the relations between politics and rights, which leads to a democratic framework of equality and participation. He does not say no to the constitutional politics absolutely, but argues that normal politics itself has constitutional sense and priority. Such kind of more modest political constitution theory can provide good enlightenment for the Chinese jurisprudence of political constitution and give a meaningful direction for recent constitutional transition.

Key words: normal politics; political constitutionalism; right; non-domination; equality; Richard Bellamy

一、共存而优先: 一种更“平和” 的政治宪治主义

回望十余年来中国宪法学的学术图景, 最为显著的叙事线索是: 美国宪法学知识的系统引入及其主导性的确立, 以及在中国建立某种司法性质的违

宪审查机制的“沙盘推演”。这样一种更具“规范性”的宪法学术建构, 其预设的宪治理想是一种“法律化”或“去政治化”的政治状态, 一种通过宪法规范和司法程序加以严格“驯化”的规范政治。宪法学界的这样一种“集体默契”通过围绕 2001 年“齐玉苓案”的宪法司法化问题而逐步建构完成, 数年之后在该案司法批复被明确废止(2008 年)时产生

新的理论断口。中国宪治的“司法化”理想遭遇实证的宪治体制(以中国共产党的领导和人大至上为原则性标志)和转型政治的需求结构的约束,难以生成成为一种被政治系统和社会大众普遍认同的智识框架。在笔者看来,司法化论者所倡导的这样一种“法律宪治主义”的进路存在“智识上”的错位:试图以“民主之后”的法制框架来解决“民主之中”的实质性政治建构问题。^{[1]31-44}正是基于对“宪法司法化”理论智识的反思,中国国内部分宪法学者通过援引不同的理论资源对中国宪法学展开了一种新的“政治性”建构,这种建构不同于早已式微的“阶级论法学”,而是在现代宪治根本原理的宽泛框架内寻找适合于转型时期的宪法学术框架和制度框架。这种“寻找”主要呈现为两种路径:一种是以北京大学法学院陈端洪为代表的,侧重欧陆公法思想传统的“政治法学”进路,其主要理论资源为卢梭、西耶斯和施米特,代表性学术成果为《宪治与主权》《制宪权与根本法》《论宪法作为国家的根本法与高级法》^[2-4];另一种是以北京航空航天大学法学院高全喜为代表的,侧重英美“早期现代”的“政治思想史”进路,代表性学术成果为《从非常政治到日常政治》以及若干篇主要的演讲论文^{[5]38-40[6]}。这两种进路之间显然存在着重要的分歧,一种暗含着“政治宪治主义”与“法律宪治主义”对峙竞争的理论雄心,另一种则在更加接近自由主义路径的意义上将“政治宪治主义”的诉求从一种“空间并置”状态“切换”或“消毒处理”为现代政治建构中通往“法律宪治主义”的一个必要但并不常在的“中间环节”。尽管如此,两种进路在共同面对中国宪治的“转型命题”时,却可以在“政治理性”的层面寻找到基本的理论默契。在这些“政治宪法学”的学术重述或建构的过程中,宪法学内部的对话也逐步展开,对话过程呈现出中国宪法学界对“重返政治”的学术努力的“政治上”的误解和“学术上”的拒斥,同时也暴露了中国的“政治宪法学”在理论建构和问题阐释上的初步性和非系统性。^[7]

在“重返政治”或“别寻他途”的过程中,“制宪权”成为被重新祭起的理论重器。两种进路的政治宪法学者不约而同地通过这一概念窗口重新理解和建构关于宪法学及宪治制度的规范图景:在陈端洪看来,“制宪权”是宪法学的知识界碑;^[8]在高全喜看来,“制宪权”是“政治宪治主义”的关键。^{[5]38-20}从“制宪权”出发必然意味着接受并不断运用关于政治的二分法:常态政治/非常政治。这样一种知识策略的选择存在一定的风险:如果火候掌握得当,则

可以“压制革命需求”,达成宪治改良;如果火候掌握不当,则可能重启“革命进程”,因为“制宪权”就是主权的宪法化身,就是“创造奇迹”的那种力量,就是被标签化为“人民意志”和“人民声音”的那种特定化的显现。政治宪法主义和政治宪法学的理论建构是否还可能寻找到“较为平和”的核心概念或论述框架?

在这种理论重寻的过程中,英国宪法学以及英国学者的有关知识论述得到了一定的重视。除了历史上大名鼎鼎的霍布斯、苏格兰启蒙群体以及戴雪之外,^{[9]①}当代政治理论家理查德·贝拉米(Richard Bellamy)就是一个重要的代表,陈端洪和高全喜均曾在自身的政治宪法学理论叙事中明确参考或重述过贝拉米的《政治宪治主义》^{[10]1-12}一书中的有关论证。他早在1992年的成名作《自由主义与现代社会》中就提出了“民主的自由主义”的命题,认为“伦理自由主义”的道德直觉和简单框架在现代社会的多样性和复杂性面前已经过时,需要借助韦伯的智慧从现实主义出发建构一种多元主义的民主宪治框架以实现政治妥协与社会整合。^[11]在1999年的《自由主义与多元主义》一书中,他更是针对自由主义的当代困境提出了多元主义的主张与方案。^[12]2000年的《重新思考自由主义》则是对自由主义进行持续的理论反思的若干片断的一种汇集。^[13]2007年,《政治宪治主义》一书在剑桥大学出版社出版,标志着他关于“民主的自由主义”的制度性重建获得了初步的框架结构。但这远没有终结,因为作者在该书中只是通过理想类型的方法对“法律宪治主义”和“政治宪治主义”分别进行了证伪和证立,提出了“政治宪治主义”的抽象逻辑结构(包含规范基础和制度形式),但并未触及具体的制度分析和重构。作者在该书结尾处申言:“准确说出如何实践超出了本书的范围,但本书确实满怀希望地展现了为何我们需要采取这一路径,并表明了据以指导相关实践措施及其制度形式的原则规范。”^{[10]263}贝拉米在关于欧盟的民主、宪治和公民权的研究中弥补这一制度层面的不足。^{[10]263}

贝拉米的问题意识与戴雪有些接近,所要处理的都是英国宪法的“正名”问题。面对英国的不成文宪法和议会主权相对于美国的成文宪法及司法审查的劣势,他选择的理论路径是将宪治主义进行“内部类型化”。^{[10]10-11}基本的理论要点:一是主张世界上大部分宪法均包含“法律宪治主义”和“政治宪治主义”两种基本要素,它们“共存”于现代宪法结构之中;二是不能将这两种共存性要素分别对应

于美国宪法和英国宪法,这两种共存性要素中,“政治宪治主义”具有“优先性”,它能够实现“无支配的自由”和“政治平等”,既在权利保护领域,也在正当性和功能性上优于“法律宪治主义”;三是“政治宪治主义”是常态政治(normal politics)的一部分,以平等的民主参与为指导原则。在批驳“法律宪治主义”滋生政治支配、损害政治平等的基础上,贝拉米提出了一种常态政治下的“政治宪治主义”的抽象逻辑结构(此书第二部分的三章内容),基本图式为

第一步. 政治宪治主义的规范基础:无支配和政治平等(第四章);

第二步. 政治宪治主义的制度形式:公共理性和权力平衡(第五章);

第三步. 规范基础与制度形式的综合 = 民主宪治(第六章)。

由此,可以看出,贝拉米建构的是一种整全的宪治主义内部以“平等化民主”为核心的、常态政治下的“政治宪治主义”,它与所谓的“法律宪治主义”的关系不是对立的,而是“共存而优先”的。

贝拉米的论证主要集中在政治哲学的进路上,其思想受到剑桥学派斯金纳等人的共和主义学术传统的影响。笔者只选择其中三个关键性的论证环节加以展开:权利冲突的性质及其解决、无支配的自由观以及民主的保护性功能。

二、权利冲突的性质及其解决: 法律的还是政治的?

贝拉米的这本书在结构上呈现为泾渭分明的两部分:前三章构成了第一部分,侧重对“法律宪治主义”进行“证伪”;后三章构成了第二部分,侧重对政治宪治主义进行“证立”。前三章的“证伪”工作是围绕“权利冲突的性质”展开的。结合“导言”部分,贝拉米认为,“法律宪治主义”的核心是“宪法权利”,^{[10]15}对“宪法权利”进行有效保护构成了“法律宪治主义”的制度重心。其理论正当性主要来源于两个方面:一是实质性政治社会共识的可获得性,即人们对“宪法权利”具有理性共识;二是对于识别并保护这些理性共识而言,司法过程比政治过程更加可靠。^{[10]13}贝拉米针锋相对地提出了两个对抗性的主张:一是现代社会的复杂性与多样性导致“法律宪治主义”宣称的实质性政治社会共识并不存在,真实存在的只有依托程序的“暂时性妥协”;二是在解决政治社会的实质性分歧方面,政治过程比司法过程更加正当和有效。^{[10]14}贝拉米简要描述了完全

不同于“法律宪治主义”的政治治理与纠纷解决图景:“一人一票”原则为公民提供了大体相等的政治资源;多数决平等而无偏私地对待公民的不同观点;选举和议会决策中的政党竞争实现了权力平衡机制的制度化;通过妥协实现了政治上的相互倾听和相互承认。^{[10]15}贝拉米据此推论,“民主过程”就是“宪法”本身,在性质上既是“合宪的”(constitutional),能够提供正当程序,又是“生成的”(constitutive)的,能够自我革新。^{[10]15②}英国公法缺乏“制宪权”的理论传统和制度实践,故一般将制宪权与宪定权合并处理。

贝拉米在这里凸显了“法律宪治主义”和“政治宪治主义”在宪法认识论上的关键性差异:权利冲突的性质。显然,“法律宪治主义”论者将“权利冲突”定性为“法律问题”,而贝拉米这样的“政治宪治主义”论者将之定性为“政治问题”。性质认知的差异将直接导致制度安排的差异。那么,贝拉米到底是如何认知宪法中的“权利”问题并确定“权利冲突”的性质的呢?这一环节构成了贝拉米常态政治宪治主义“证伪”工作的关键。

法律宪治主义者主张权利处于“司法处境”(the circumstances of justice),是“人类合作得以可能且必要的常规条件”。^[14]为避免出现“非正义”(unjust)和“不公平”(unfair)的法律,宪法的权利法案就应该被视为“高级法”(a higher law)。将“权利”上升为“高级法”,甚至高于宪法上的立法权,这是现代宪治主义的一个关键性建构——1949年的《德国基本法》对这一宪治理论作出了最为清晰的总结与表达。但贝拉米认为,这一“权利至上”的宪法观在现代宪治创建时期并非共识,属于后续的建构。贝拉米认为,以权利为基础的“法律宪治主义”并不寻求建立一种关于“良善生活”的整体性观念,而是确保每个人自由追求自己的生活。^{[10]18}这是一种“化整为零”的政治技术。贝拉米概括了权利论者所主张的权利的三个层次:人格尊严(正义)、法治(连续性)和民主(公正),并认为他们企图以“第一种权利”压制后两种权利。^{[10]18-19}

贝拉米明确反对将“权利”归于“司法处境”,相反,他将之归于“政治处境”(the circumstances of politics)。他认为,“权利分歧”或“权利冲突”导致“司法理性”无法给出真正“理性主义”的解释或裁决,反而使得权利问题进入了“政治处境”: (1)关于权利的性质及其解释的争辩反映了公众的不同政治观点,如保守自由主义或社会民主主义; (2)权利分歧不仅导致了政治差异,而且产生了关于政治性质

的不同主张;(3)关于权利的不同主张不仅仅是相反的,更是不可兼容和不可通约的。既然权利冲突的本质是“政治的”(political),既然不同权利及其所有者之间的争论是“不可兼容”和“不可通约”的,司法决策所依赖的“理性”(可共识性)便不复存在,问题的讨论与解决必须转移到“政治处境”之中。^{[10]24-25}由此,贝拉米认为,“权利”构成了“政治处境”的一部分。

贝拉米乘胜出击,进一步分析“法律宪治主义”主张的司法审查不能认真对待“权利”的深层原因。他在这里运用了决策科学中的“输入/输出”(input/output)的分析框架。“输入”环节关注的是主体性要素,即谁参与了给定的决策程序,政治程序在这一环节占优,能够包容尽量广泛的不同群体和意见。“输出”环节关注的是如何设计决策程序以便产出好的(good)或正确的(right)的决策,司法程序在这一环节占优,能够以“理性”对抗分歧各方对“理性”本身的偏离。然而,贝拉米在前面已经证明了(更严格而言是假设了)权利冲突中不存在“理性共识”,因而通过“司法理性”回避政治决策的“理性理由”就不存在,即“输出”端口的司法优势不存在,而司法在“输入”端口上既不正当,也无效率,在政治上既不是代表,也不负责任。^{[10]26-48}更有甚者,司法还可能在重要的权利冲突问题上沦为一种精英主导的“少数人暴政”(the tyranny of the minority)。^{[10]26}

按照贝拉米的逻辑,既然决策“输出”端口上的司法程序的设计无法导出具有共识性质的“理性结果”,则“权利冲突”的解决就必须回归“政治处境”和“输入”端口,决策程序应以扩大政治“输入”并优化政治参与程序作为制度重构的重点。这实际上已经开始接近他所谓的“常态政治宪治主义”的正面立场。

贝拉米的论述很容易让人联想起美国20世纪60年代的民权运动,这是宪法之下不同群体(主要是不同种族)之间权利冲突宪法化的典型案例。这一冲突的解决没有酿成美国的第二次内战,美国自身的政治与法律文化及其制度机制起了关键性作用。但这一运动的成果应主要解释为“司法成就”还是“政治成就”则存在争议。问题的关键不是“司法”是否独立承担了权利冲突的化解任务,而是美国人相信由最高法院以“宪法裁决”的形式“输出”的决定具有最高的理性权威。因此,作为“法律宪治主义”前提预设的两个基本要件,即可共识性和司法过程的可靠性主要不是一种社会事实,而是一种社会想象与建构。在权利冲突的案件提交到最高

法院之前,实质性的政治过程及不同力量之间的博弈已经充分展开,美国人相信最终的司法决策。这时候的法院本身已经不是单纯的“法院”了,司法裁决也不是局限于个案的“定纷止争”了,而具有了政治决策的性质和意义。中国学者何海波就曾根据自己对美国最高法院的司法裁决与大众意见之间的关系实证考察得出了“多数主义的法院”^[15]的结论。因此,在政治性质突出的权利冲突案件中,美国司法的“输入”端口实际上已经被“非正式”地撑大了,出现了不同社会团体对司法过程的“民主参与”。美国司法的“变性”或“越位”被美国人民容忍(司法能动主义并无宪法上的成文根据),表明了美国民主文化和理性文化的深度融合。如果“司法决策”同时是一种“司法民主决策”,则贝拉米的严酷批评也就在一定程度上被消解了。当然,对于既无成文宪法、又无宪法性的司法审查的英国,议会主导的民主决策成为英国人本能性的政治想象,英国社会最重要的权利冲突自然应该在这样“正当而有效”的民主决策程序中展开和解决。关于是否采纳正式的司法审查制度,曾担任过德国宪法法院法官的著名法学家格林的观点更为可取:司法审查只是一种权宜之计,是否采纳司法审查是两种民主类型之间的选择问题。^[16]所以,贝拉米选择的或坚持的就是决策“输入”端口上正式的政治程序——英国式民主。

中国宪治体制最突出的特点是“党的领导”和“人大至上”并行,陈端洪称之为“双重代表制”。但就常态化的政治决策程序而言,“人大至上”与英国的“议会主权”较为接近,故贝拉米关于“权利冲突”的性质判断及制度类型的设计值得身处政治转型过程的中国宪法学人认真对待。在民主文化与理性文化尚未成熟与融合的中国社会,民主的形式化和规范化建构可能要优于毫无依托的“司法审查”的“变性”或“越位”。在此意义上,笔者赞同贝拉米关于常态政治宪治主义的基本建构理路。

三、无支配的自由观:贝拉米“常态政治宪治主义”的基石

贝拉米在第四章一开头就提出要一改前三章从“负面”证伪“法律宪治主义”的论述路径,改由“正面”证立“政治宪治主义”。该章的主要任务是提供“政治宪治主义”的规范基础,主要包括:无支配(non-domination)和政治平等(political equality)。其中,无支配的自由观构成了贝拉米“政治宪治主义”的理论基石,同时也构成了贝拉米从共和主义

传统出发对自由主义版本的“法律宪治主义”的最前沿的核心攻击。关于政治平等作为“政治宪治主义”的规范基础的问题,这里暂不展开。

(一)“无支配”的政治哲学背景与内涵

从“自由”的概念入手论证“政治宪治主义”的规范基础,无疑触及了自由主义版本的“法律宪治主义”的要害之处。关于“自由”的概念,这在传统上是自由主义政治哲学的强项,共和主义在20世纪后半期的复兴必须正面处理这一“理论死结”。贝拉米“无支配”的自由观分享的是共和主义阵营内部对“自由”概念的最新理论建构,其中最为突出的代表是菲利普·佩迪特。贝拉米也毫不掩饰其对这一新概念的倚重。分享这一概念对于贝拉米和佩迪特而言具有相同的理论旨趣,即从共和主义的角度提出“后伯林时代的自由观”,作为共和主义当代论辩的理论基点和共和主义宪法实践的理论基础。这里有必要对这一分享概念的政治哲学背景与内涵进行简要的介绍,以便掌握理解贝拉米“常态政治宪治主义”的“概念锁钥”。

关于自由的概念,导源于贡斯当的“古代人的自由与现代人的自由”^[17]³¹⁻⁵⁰,伯林将其精致化为“消极自由和积极自由”^③,主要理论目的在于为自由提供核心的规范性界定。在伯林的概念中,“消极自由”的核心规范是“无干涉”,“积极自由”的核心规范是“自主”,其明确主张“消极自由”作为自由主义的核心概念并获得西方理论界的普遍接受。“消极自由”在原则上反对一切形式的干涉,是一种否定性的定义。而“积极自由”则是一种肯定性的定义,要求道德和行动上的“自主”,这就必然与某种超越“经验自我”的“预设自我”相联系,而自由的目的不过在于实现这样一种具有同质化特征的“预设自我”,从而在政治实践上导引出积极的公民参与、公民教育和道德理想主义的国家建构(法国大革命乃至社会主义革命即为适例)。由于历史实践的失败,“积极自由”的名声一直不好,受到西方主流理论家的贬抑。但是以“消极自由观”为基础的主流自由主义在度过十八九世纪的“黄金时代”之后,在20世纪的政治社会语境中遇到了严重的问题,如导致公民认同感不足、政治参与率低下、公民德性衰退、国家的福利政策与发展计划受阻等,这种状况的直接政治后果是社会阶层的冲突和国家整合基础的松动。因此,尽管“积极自由”的具体国家实践并不成功,但“积极自由”所指涉的“自主”和“参与”的核心理念却可以成为“自由”的必要构成,成为重建“共和国”的有效理论资源。在这样的背景

下,共和主义的自由观在“后伯林时代”兴起,其中尤以佩迪特的“无支配的自由”为代表。

总体而言,共和主义的自由观建构大致是在伯林的框架内展开的,是对“消极自由观”的一种理论性拓展或重构。佩迪特“无支配自由观”的理论成熟有一个不断建构、反思与修正的过程。^④自由概念的理论建构需要借助“核心语词”,伯林使用的是“无干涉”,尽管其顺带建构了指向“积极自由”的“自主”,佩迪特则使用“无支配”。从语义上讲,“干涉”是一种行为定义,表明个人自由的状态受到了外力的直接介入,而“支配”则是一种关系定义,表明个人自由处于外力可支配的关系之中,而并不一定包含实际的干涉。从批评伯林出发,佩迪特在早期曾使用“弹性无干涉”一词,他举出直线运动的A/B两球的例子,A球轨道两旁没有弹性护栏,而B球轨道两旁有,结果两球均“自由”地到达目的地。他认为从现象上看,A/B两球均是自由的,但本质不同,A的自由是因为事实上没有发生外力冲撞,是一种偶然性,而B的自由则具有确定性,因为轨道两旁设有“弹性护栏”。他以“弹性护栏”喻指国家的法律干涉,已经埋下了将“无支配的干涉”视为一种自由形式的理论伏笔。但有论者批评他的这种“弹性无干涉”的自由限制缩小了自由的范围,且假借自由之名来追求自由之外的价值,如安全。^[18]为回应批评,佩迪特转而使用“反权力的自由”。这里他借用了韦伯关于支配就是权力关系的定义,将“自由”界定为“反权力”,亦即“反支配”,其中已经初步讨论了支配的定义、支配与干涉的关系问题。但“权力”与“干涉”之间并不容易清晰地区分。1997年,佩迪特在《共和主义》一书中再次放弃“反权力的自由”概念,采用“支配”这一核心语词来建构一种区别于“消极自由观”的共和主义自由观。

佩迪特的“无支配自由”概念是借助“支配”和“干涉”的区分而确立的,亦即是通过“无干涉自由”的批评而确立的。他注意到“无干涉的自由”对自由的定义存在两大漏洞:一是将不属于自由的形式界定为自由,如将“无干涉的支配”(仁慈的主人对奴隶、强势的工厂主对工人等)界定为自由,主要理由就是尽管存在“支配”,但并未发生实际的干涉,主人可以放任奴隶,工厂主可以与工人签订“自由契约”;二是将属于自由的形式排除出自由的范围,如“无支配的干涉”(符合民意和正当程序的国家法律的干涉)。佩迪特认为,现代社会中存在大量的基于自由竞争的历史和法权而导致的支配性关系,在这些关系中,个体尽管可能基于幸运或者司法

保护而“免于干涉”,但在行动和自由选择的意义由于“支配”关系的存在而并不“自由”。^{[19]341—342}所以“无干涉”不能涵盖“自由”的完整谱系,自由的核心使命应该是“反支配”,即通过国家行动和公民参与在法律上和具体的决策结构中排除“支配”关系。这样,借助“支配”和“干涉”的复杂辨析,佩迪特对“消极自由”进行了一次“外科手术”,这体现在自由的内容和国家行动的尺度上。“无支配的自由”对“自由”的内容进行了“一增一减”的操作:“一增”是指将“无干涉自由”论者排除的“无支配的干涉”纳入自由的范围;“一减”是指将“无干涉论者”包含的“无干涉的支配”排除出自由的范围,以便确定共和主义自由观的“反支配”主题。在国家行动的尺度上,“无支配自由”观对于“无支配的干涉”的容纳首先有利于解释20世纪以来福利国家的发展并可以为国家的发展计划以及管制政策提供正当性论证,不过对于“干涉”的“无支配”要求也切中了共和国的“民主”架构以及公民的参与性;其次,该自由观对于“无干涉的支配”的排除显示了共和主义“反支配”的彻底性,在政体形式上排除了君主制和自由的兼容性(在某些消极自由论者那里,兼容性是可以成立的),主张基于人民主权的民主制,且赋予国家采取各种形式逐步消除社会领域各种“支配”关系的行动责任。当然,为了回应消极自由论者关于“法律干涉损害自由”的批评,佩迪特指出,国家的法律干涉对个人的选择自由构成了限制,但却为个人更大范围的行动自由准备了条件,因为法律的目的在于排除社会中的各种“支配”关系。^{[19]341—342}

笔者认为,佩迪特“无支配自由”观的建构基本上是成功的。由于理论建构主要是通过伯林式的“消极自由观”的对话过程而完成的,因此,在不断调试理论概念的过程中实际上与“积极自由观”之间产生了时强时弱的联系。但“无支配的自由”和“积极自由”还是存在重要的区别,最突出的就是,前者并无关于“预设自我”的规范性设定,而是仍然诉诸一种经验主义的立场,对“消极自由”进行重构,使之具有明显的共和主义的规范内涵,故可以成为一种“自由共和主义”的“自由”概念。佩迪特并未全盘否定“消极自由”的价值,而是认为依靠“消极自由”无法完成对自由的有效保护,也无法建立一种包含公民参与内涵的共和主义国家。“无支配的自由”对原有自由概念的外科手术可以规范性地导出国家的福利和发展责任,以及公民个人的参与权,将被“消极自由”的名义掩盖的社会领域的“支配”关系视为自由的障碍而逐步通过国家法律

和公民参与加以排除。佩迪特的努力使得共和主义获得了一种确定的自由论基础,但其试图以“无支配”一体化覆盖“无干涉”的理论努力尚未得到理论界的普遍承认,而如何使得干涉性质的“法律”不具有“支配性”(可专断性),他提出了论辩式民主(与审议民主/协商民主/参与式民主相近)的概念和制度设想,这就与西方20世纪60年代以来共和主义民主理论和宪法观的复兴实现了理论上的对接。

笔者认为,佩迪特从共和主义立场建构的“无支配的自由”尽管不可能完全覆盖“无干涉自由”,但却可以为共和主义的宪法和民主实践提供扎实的理论基础,也有利于转型国家对真实的国家建构和公民参与的制度需求作出正确的判断,发展一种“政治宪治主义”的理论框架和制度安排。

(二)“无支配”的理论后果:对政治开放

英国公法学家马丁·洛克林曾明言“公法是复杂形式的政治话语”,确实,每一套公法理论背后必然涉及作为支撑的特定政治理论。^[20]贝拉米在第四章的结语中申言,“无支配”的自由“允许在正当干涉和不正当干涉之间作出区分”,因而并不必然意味着像“消极自由”那样不加区分地一概拒斥政府的干预;而且,正当的干预可以开拓民主参与的领域。^{[10]174—175}“无支配”的自由观拥抱“正当的政治”,而不仅仅着眼于自由主义的“合法性限制”,这是一种“再政治化”的路径——贝拉米相信这一路径有利于实现对公民的平等关注与尊重,有利于实现真正的政治平等。

贝拉米乐观地认为,“无支配”的共和主义理想将针对“法律宪治主义”的批评和针对“政治宪治主义”的辩护有机地结合起来,是“证伪”与“证立”之间理论切换的“开关”。然而,这一共和主义的路径在伦理性高度上并不低于他曾痛加批评的“伦理自由主义”。每个人都平等地参与决策,不仅需要“硬件”上的制度程序,更关键的是“软件”上的“公民美德”。“伦理自由主义”坚持的是个人的“个体性自治”理想,依赖于个人理性;“共和主义”持守的则是“集体性自治”的理想,依赖于公民德性。如果需要普遍支撑这一更具古典性的自由概念和政治实践,就必须诉诸公民文化和公民教育,这将是更加复杂和困难的理论任务与制度问题。然而,贝拉米在早期成名作《自由主义与现代社会》中却主张一种现实主义的自由主义观,并特别强调程序的独立价值。^[21]共和主义本身并非一种“现实主义”,要调和更具伦理性的“共和主义”与其“现实主义”指向的“自由主义”之间的理论裂隙,从而为“常态政治宪

治主义”提供真正坚实的规范基础,可能还需要更加整全而精致的理论建构。不过,这是共和主义宪法理论家们的普遍困境,也是“政治宪治主义”者试图“另辟蹊径”时始终需要回应并回答的核心问题。无论是“常态政治宪治主义”,还是非“常态政治宪治主义”,其理论成就最终受制于共和主义在与自由主义进行对话和挑战中所取得的理论进展和所达到的理论高度。阅读贝拉米版本的《常态政治宪治主义》,可以明晰关于“政治宪治主义”和政治宪法学在理论上进行深入建构的方向感和对象意识。

四、民主的保护性功能： 平等化和实质性参与

作为政治理论家,尽管贝拉米没有深入英国宪治制度的内部进行具体的分析与批评,但他关于“政治宪治主义”的理论建构还是触及了一般性的制度层面。在第五章中,贝拉米从公共理性和权力平衡两个方面提出了制度建构的规划。“公共理性”侧重决策的程序化视角,主张决策程序应容纳更多的反对团体和意见,通过一种公共化的“理智”过程达成暂时性的妥协,其中程序具有独立于特定结果的“正当化”价值。“权力平衡”侧重竞争性和平面化维度,强调通过多元参与实现一种社会性的力量平衡,不同于宪法权力内部的“分权”(separation of powers)。^{[10]176-208}二者均与现实民主体系中的政党政治有关。^{[10]208}

贝拉米在这里强调了一种实质性民主程序的保护性功能,即通过加强民主程序、容纳多元意见实现没有“理性结果”的暂时性妥协。而无论是这种依托“程序”展开和表达的、具有特定的时间性和场景性的“公共理性”,还是不同政治社会群体之间的“权力平衡”,都依赖于政党这一处于国家和社会之间的政治中介。这真正体现了贝拉米“常态政治宪治主义”的现实主义面向。他所要诉诸的并非阿克曼那样的“高级立法”^{[10]129-136}或克莱默那样的“人民宪治主义”^{[10]136-141},而是一种有节制的、带有英国贵族政治色彩的、面向现代社会之复杂性与多样性进行制度性调和的、政党竞争意义上的“常态政治宪治主义”。

贝拉米所在的英国具有“政党政治”的悠久传统,这可能是他在现实主义立场上选择“政党”的重要理由。然而,他是否充分观察到在现代社会之复杂性与多样性的条件下,“政党”在服务于民主价值

的同时是否可能压抑或阻断部分人或公民个体的“民主表达”,以致于他所谓的面向公民的“平等的关注与尊重”沦为空谈?非政党的社会团体乃至公民个人在政治参与中的重要性是否应该被正视并获得制度支撑?决策是否应该进行不同领域和不同地域层次的区分,以便使政治参与更加适合于特定的决策需要?司法系统在政治决策中是否毫无作用空间?司法系统是否可以作为重大政治决策的适当参与者?行政过程的决策程序与“政治宪治主义”之间存在怎样的关联?“政治宪治主义”如何面对一个日益具有实质性的“行政国家”?^⑤这些问题同样源自于贝拉米所谓的现代社会的复杂性与多样性,需要他所谓的“常态政治宪治主义”予以制度层面的回应。他提供的以“政党政治”为连接点的“公共理性”和“权力平衡”是否充分,值得深入思考。

五、结语:英国宪治的未来 及中国的问题

贝拉米的论述从“司法审查与民主”这一经典辩题延伸开来,在理论策略上并非“非此即彼”的对立性路径,而是“共存而优先”的路径。贝拉米关注的始终是英国自身的宪治问题,特别是如何为“不成文宪法+议会主权”的英国宪法进行辩护和改良。贝拉米的理论努力在一定意义上可以看作是19世纪后期戴雪工作的继续。

在类型化的意义上,贝拉米同时展开着针对“法律宪治主义”的“证伪”工作和针对“政治宪治主义”的“证立”工作,以围绕“权利冲突的性质及其解决”这一核心环节的理论努力来呈现“法律宪治主义”从基本假设、制度安排到目标取向的诸多“本质性”缺陷。当然,他也无意于彻底否定“法律宪治主义”的制度价值,所谓的“证伪”只是为了“证立”“政治宪治主义”的优先性进行的必要的前提性准备。所谓不破不立,只有通过比较才能呈现高下。同时,作为沿袭剑桥学派共和主义学术传统的政治理论家,他援引了佩迪特的“无支配的自由”作为“常态政治宪治主义”的理论基石,并始终关注作为共和主义政治之起点和落脚点的“政治平等”。此外,在现代政治的语境下,他将“政治”与“民主”等同,并通过强调以“政党”为枢纽的“公共理性”和“权力平衡”的制度化来实现针对每个公民的“平等的关注与尊重”。从规范基础到制度形式,尽管仍然比较抽象,但一种区别于“法律宪治主义”的“常态政治宪治主义”的基本逻辑结构已经凸显出来。

这里的“政治”和“民主”都属于“常态政治”的范畴，不具有施米特式的决断意义或制宪权层面的创造意义。

贝拉米的全部论述针对的是英国问题，视野基本上局限于英美之间的比较，部分涉及对欧陆公法思想的评介。面对英国宪治改革中的“美国化压力”和“欧盟化压力”，独树一帜的英国宪治如何回应来自大西洋两岸的两种模式的“司法审查”框架的刺激、挑战与诱惑，这成为英国当代政治理论家与公法学家的共同问题意识。一定意义上，脱胎于社会主义宪治传统的中国在适应深度全球化的过程中也正面临着欧美两大成文宪法传统的刺激、挑战与诱惑。尽管中国的根本主权原则——中国共产党的领导尚未完成宪法驯化，但常态政治的基本结构与需求却和英国宪治有着诸多类似和默契之处。中国宪法学者曾集体性地拥抱“美国宪法模式”，但久试未果，迭经挫折。同样处于欧美“夹缝”中的英国宪治及其理论是否更加值得中国宪法学者认真对待，是中国宪法学一个非常严肃的学术选择问题。贝拉米的“共存而优先”的“常态政治宪治主义”的理论建构，尽管没有在任何意义上直接涉及中国宪法，且其理论本身也存在诸多可商榷之处，但其侧重“民主建构”的“宪法化”（constitutional）和“生成化”（constitutive）的政治宪法思路对于正在成长中的、尚聚焦于“制宪权”而并未进入关于中国宪法之“常态化建构”的中国的“政治宪治主义和政治宪法学”而言，具有重要的借鉴和启发意义。

而中国的政治宪法学^[22-23]呢，实际上是想啃那块最硬的骨头，笔者把它称之为中国宪法文本中的“政治宪法结构”（中国共产党的领导代表制+人大代表制+非代表制的参与民主制），中国的宪法科学必须以相对明确的宪法学语言把它描述出来，进而发展出政治宪法学的规范理论。^[24]曾有学者反复纠结于中国共产党的领导和人大至上，认为这两个至上都是和宪法至上相冲突的。^[25]实际上中国宪法学需要一个概念来连接这两个宪法原则，这个概念就是代表的概念。不能简单地把中国共产党的领导这样一个重要的宪法原则非原则化或者简单指认为政治事实。中国共产党的领导是一个基础性规范，^⑥不承认它的话，后面的全部不合法，那人们的整个政治生活就都被污染了，就只能诉诸革命，不可能通过其他的途径。这是一种极端激进主义的思路，至多汇入社会抗议的潮流之中，对于中国宪治改革难以产生建设性的贡献。那么不把它理解成污染源的话，就要把它理解为一个正在成熟当中的代表

制。^⑦中国共产党的领导原则可以被建构一种代表制，人大当然是一种标准的代议制机关，这两个代表制被陈端洪描述为“双重代表制”，他用代表制原则来贯穿中国最重要的两个政治宪法原则。但笔者觉得还不够，主要是动力上不够，实际上仍是阿克曼所说的一元民主制的思维，是不让人民参与的，是两种代表之间的权力博弈。人大代表的素质与人大的实际能力是不够的，需要强化，但还不能完全依靠。在这个意义上必须引入一个以宪法上的人民主权为原则的、以人民参政权为主要依托的民主形式，笔者把它称为非代表制的参议民主制。之所以要把它引进来，是因为中国处于改革宪法时期，必须使宪治的进步获得足够的动力，这种动力源不能是假想的，要诉诸于“我们人民”的力量，然而人民的力量只能从非代表制的参议民主制中导出，需要在“有序的政治参与”中寻觅。如果不是拿着司法审查的偏狭准据和有色眼镜来观察中国宪治的话，立即会发现与齐玉苓案批复被废止相并行的是中国政治/行政过程中生机勃勃的公开性与民主性的制度建设，如行政过程的公众参与、信息公开以及社会自治等，^⑧这些机制、术语和理念是具有很强的政治宪法内涵的，也代表着中国宪法文本上的“政治宪法结构”的重要的制度性演化路径，更关键的是，它为中国提供了自下而上的建设文明共和国的一个理性化路径。

总之，“常态政治/非常政治”只是一个分析性的分类框架，未必能够概括中国当代政治的准确性质。^⑨更关键的是，“常态政治”不仅仅是一个知识学上的判断问题，更是一个政治上的认同与想象的建构问题。改革开放这一政治总决断就建立在关于中国社会的常态性判断之上，改革三十年以来的物质和精神成就也终于可以支撑起一个关于中国的“成文宪法”和“常态政治”的形式性共识，作为心怀“规范理想”和“保守理性”的“政治宪治主义”者，似乎不应该过于轻易地将当下政治界定为“非常政治”，从而展开一种单向的以“理想规范”驯服“现实生活”的知识社会化过程，这样可能遭到与“宪法司法化”同样的政治困境。因此，笔者主张采纳贝拉米的“常态化”立场，但需要包容、解释并试图规范中国具体而特定的政治宪法现象、问题、结构和制度框架。

注释：

① 特别是戴雪，他为英国的不成文宪法恢复了名誉，成为英国宪法的“原则编撰人”，主流观点认为他是英国“法治主义”的代表，但笔者认为那只是普通法层面的一种概括或面向，他在宪法学上属

于“政治宪法学”的范畴。

- ② 施米特在论及“绝对的宪法概念”的第三层含义时,也提出了“动态宪法”的概念:“宪法=政治统一体的动态生成原则。有一种根本的或在根基处涌动的力量或能量使政治统一体处于不断形成、不断被创造的过程中。宪法就是这个过程的原则。在这里,国家不是被理解成某个现成的东西,某个静止不动的东西,而是被理解成某个不断生成、不断被重新创造的东西。政治统一体必须日复一日地从这种对立的利益、思想和目标中产生出来,借用斯门德(Smend)的话来说,政治统一体必须将自身‘整合’起来”。详见施米特所写的《宪法学说》,刘锋,译,上海人民出版社2005年版第7至8页。
- ③ 《两种自由概念》(*Two Concepts of Liberty*)是赛亚·伯林1958年10月31日在牛津大学进行的就职演说,该文随后被作为57页的单行本发表,也被收入伯林的《四论自由》(*Four Essays on Liberty*)一书,中文版本详见胡传胜的译本《自由论》,译林出版社2003年版。
- ④ 这一不断修正的过程可以从佩迪特本人的理论著作的演进线索获得印证:《消极自由:自由主义的和共和主义的》(1993),中文版本详见应奇和刘训练编的《第三种自由》,东方出版社2006年版;《反权力的自由》(1996),中文版本详见应奇和刘训练编的《第三种自由》,东方出版社2006年版;《共和主义:一种关于自由和政府的理论》(1997),中文版本详见刘训练译本,江苏人民出版社2006年版;《共和主义的政治理论》(1997),中文版本详见应奇和刘训练编的《公民共和主义》,东方出版社2006年版;《行动自由与选择自由》(2003),中文版详见刘训练编的《后伯林的自由观》,江苏人民出版社2007年版。关于佩迪特“自由”概念的建构过程,详见参考文献[18]。
- ⑤ 英国已经有公法学者在讨论“行政宪治主义”的问题,作为现实主义者的贝拉米显然不应忽视,详见Elizabeth Fisher所写的*Risk Regulation and Administrative Constitutionalism*,2007年版。
- ⑥ 陈端洪将其称之为“第一根本法”,完整地表述是“中国人民在中国共产党领导下”,详见参考文献[4]。
- ⑦ 代表制可以有不同的类型与组合,中国宪法学对此关注不足,思想史上的系统化考辨详见Hanna Pitkin所写的*The Concept of Representation*,1967年版。
- ⑧ 这些制度性改良已经引起了中国公法理论的某种回应,详见王锡锌所写的《行政正当性需求的回归——中国新行政法概念的提出、逻辑与制度框架》,载《清华法学》2009年第2期,以及邓联繁和田飞龙所写的《新行政法与依宪行政》,载《行政法学研究》2011年第1期。
- ⑨ 这一二分法的局限已为中国法学者所关注并试图矫正,如夏勇就曾从宪法变迁的角度提出介乎革命与宪治之间的“改革宪法”概念,详见夏勇所写的《中国宪法改革的几个基本理论问题》,载《中国社会科学》2003年第2期。

参考文献:

- [1] 田飞龙. 民主之中与民主之后:评翟小波的“宪法民主化”研究[M]//苏力. 法律书评:第9辑. 北京:北京大学出版社,2011:31—44.
- [2] 陈端洪. 宪治与主权[M]. 北京:法律出版社,2007:10—32.
- [3] 陈端洪. 制宪权与根本法[M]. 北京:中国法制出版社,2010:

- 22—48.
- [4] 陈端洪. 论宪法作为国家的根本法与高级法[J]. 中外法学,2008(4):485—511.
- [5] 高全喜. 从非常政治到日常政治[M]. 北京:中国法制出版社,2009:8—40.
- [6] 高全喜,陈端洪,翟小波,等. 政治宪治主义与司法宪治主义——基于中国政治社会的一种立宪主义思考[EB/OL]. (2009-11-23)[2014-03-31]. <http://www.lawinnovation.com/html/txpd/1022913.shtml>.
- [7] 林来梵. 交锋在规范法学的死地[EB/OL]. (2010-9-16)[2014-03-31]. <http://linlaifan.fyfc.cn/b/275609>.
- [8] 陈端洪. 宪法学的知识界碑——政治学者和宪法学者关于制宪权的对话[J]. 开放时代,2010(3):88—102.
- [9] 田飞龙. 政治宪法学评论三篇[EB/OL]. (2010-12-14)[2014-03-31]. http://21ccom.net/articles/zgyl/xzmj/article_2010121426334.html.
- [10] Richard Bellamy. Political constitutionalism: a republican defense of the constitutionality of democracy[M]. Cambridge: Cambridge University Press, 2007:1—12.
- [11] Richard Bellamy. Liberalism and modern society: an historical argument[M]. Pennsylvania: Penn State University Press, 1992:1—20.
- [12] Richard Bellamy. Liberalism and pluralism: towards a politics of compromise[M]. London: Routledge, 1999:1—13.
- [13] Richard Bellamy. Rethinking on liberalism: selected essays 1987—1997[M]. London: Continuum, 2000:ix—xiv.
- [14] Rawls J. A theory of justice[M]. Cambridge: Harvard University Press, 1999: 126—130.
- [15] 何海波. 多数主义的法院:美国联邦最高法院司法审查的性质[J]. 清华法学,2009(6):103—135.
- [16] 迪特儿·格林. 现代宪法的诞生、运作和前景[M]. 刘刚,译. 北京:法律出版社,2010:150—158.
- [17] 贡斯当. 古代人的自由与现代人的自由[M]. 阎克文,刘满贵,译. 上海:上海人民出版社,2005:31—50.
- [18] 何涛. 佩迪特“无支配”自由观的演变及其共和主义国家观的挑战[J]. 研究生法学,2009(4):63—64.
- [19] 菲利普·佩迪特. 行动自由与选择自由[M]//刘训练. 后伯林的自由观. 陈高华,译. 苏州:江苏人民出版社,2007:341—342.
- [20] 马丁·洛克林. 公法与政治理论[M]. 郑戈,译. 北京:商务印书馆,2002:8.
- [21] 理查德·贝拉米. 自由主义与现代社会[M]. 毛兴贵,檀秀侠,陈高华,等,译. 2版. 苏州:江苏人民出版社,2012:1—10.
- [22] 高全喜,田飞龙. 政治宪法学的问题、定位与方法[J]. 苏州大学学报:哲学社会科学版,2011(3):72—80.
- [23] 田飞龙. 中国宪法学脉络中的政治宪法学[J]. 学海,2013(2):21—31.
- [24] 陈端洪. 宪法学研究中的政治逻辑[N]. 法制日报,2012-12-12(09).
- [25] 王锴. 政治宪法的源流——以英国法为中心[EB/OL]. (2013-12-16)[2014-03-31]. http://blog.sina.com.cn/s/blog_53944d570101f650.html.

司法审查的民主视角 ——以《论美国的民主》为中心

陈燕

(北京大学法学院,北京100871)

摘要:在为司法审查提供正当性论证时,传统的解释诉诸自然权利理论,其经典公式是基本权利不取决于任何投票的结果,但这在理论上是无法自洽的。因此,需要从人民主权自身的结构去理解司法审查的逻辑。从民主视角考察,不仅法院是内生于民主国家的权力结构的,而且法官在进行司法审查时,也是严格按照民主规则和程序进行的。在民主视角下,司法审查的功能主要在于它是政治宪法结构的平衡阀。

关键词:司法审查;自然权利理论;民主;法学家精神;政治宪法结构;《论美国的民主》

中图分类号: D911 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0069-06



On Judicial Review from the Perspective of Democracy: Centered around *Democracy in America*

Chen Yan

(School of Law, Peking University, Beijing 100871, China)

Abstract: In justifying judicial review, the traditional explanation resorts to the theory of natural right, and the classic formula is this: the fundamental rights do not depend on the outcome of any kind of vote. But this is not self-consistent theoretically. The logic of judicial review, therefore, needs to be understood within the structure of the popular sovereignty itself. From the perspective of democracy, the court is produced within the structure of a democratic state, and judicial review is conducted in accordance with democratic rules and procedures. From the perspective of democracy, judicial review is the balancing valve of the political constitutional structure.

Key words: judicial review; theory of natural right; democracy; spirit of jurist; political constitutional structure; *Democracy in America*

一、问题的提出

1787年的美国联邦宪法在宪治实践中长盛不衰,美国也因此成为全世界的宪治楷模。在美国宪治实践中,司法独立起到了非常重要的作用,司法独立分为两种:第一种是制度上的独立;第二种则“体现在司法审查这样的观念之中,只有最高法院才能够解释宪法的含义”^{[1]97}。司法审查意味着最高法院有权撤销一项在它看来违宪的国会立法,它体现出最高法院法官,而不是立法者,对宪法的解释更具权威。

在代议制政体下,立法者通过选举程序来自人民,而法官的产生并未经过这道民主程序,即使提名

法官的总统和任命法官的国会都是人民选举产生的,也不能证明法官就是民主的。因此,违宪审查的命题似乎转化为离人民更远的法官,而不是离人民更近的立法者,是人民利益更好的判断者。在民主已经得以确立的美国,当最高法院大法官们在否决一项议会立法时,其正当性何在?这就是美国宪法中的反多数难题(the counter-majoritarian difficulty)。

事实上,反多数难题以一种极端的方式呈现一个更为重大的问题,那就是在民主时代司法本身的正当性何在?诚如托克维尔所言,“身分平等的逐渐发展,是事所必至,天意使然”。^{[2]7}如此一来,人世间的统治、人对人的支配,不能去世俗之外,只能从世俗本身之中寻求其合法性。进而,作为整个统治秩序的一部分,司法是否也面临类似的转型与遭际?

二、自然权利论:解释及其困境

传统的解释理论主要是诉诸自然权利,这首先体现在它对司法审查所依据的宪法的理解上。普遍认为,宪法在于实现宪治,即要求政府必须落实对公民权利的保护,同时自身严格按宪法和法律办事。换个角度来看,宪法的本来目的在于制约国家权力,不管这个权力由封建帝王行使,还是由民主政府行使;在这个意义上,宪法在本质上是反民主的,这也是宪法不易为人所把握,最微妙的意义。宪治是用宪法禁止条款确认某些个人权利将不服从多数人的意志,以限制民主权利行使的范围。

对宪治与民主之间关系的这种理解,可以在美国联邦最高法院的经典判例中找到依据。在1943年西弗吉尼亚教育委员会诉巴内特一案^①中,杰克逊代表法庭表达了这样的信念:“(宪法)权利法案的根本目的就是使得某些问题免受政治争论变化无常的影响,把这些问题置于大多数人和政府官员的能力范围之外,把它们确立为法院适用的法律原则。人的生命、自由、财产权利,言论自由、出版自由、信仰自由、集会自由的权利和其他的基本权利并不诉诸于投票。它们不取决于任何投票的结果”。^[3]

由于最高法院在判例中始终贯彻着保护自然权利的理念,“美国人倾向于将最高法院和宪法联系起来,以至于当美国人认为最高法院可能出了错,他们依然相信宪法本身是完全正确的”。^{[1]92}大法官面对别人对他们“宪法是什么,法官们说了算”的批评时,毫不掩饰地说:“我们不是因为没有错误而成为终极权威,我们只是因为终极权威而没有错误”。^[4]

在这种解释下,必然假定法官比立法者更能解释自然权利。做出这种假定的依据是什么?答案是法律是一种技艺理性,而法官之外的任何人不具有这种理性。英国法官柯克最早将这一理念运用于司法实践,在与詹姆士一世的辩论中指出:“的确,上帝赋予陛下丰富的知识和非凡的天资,但是陛下对英格兰王国的法律并不精通。涉及陛下臣民的生命、继承、动产或不动产的诉讼并不是依自然理性来决断的,而是依人为理性和法律的判断来决断的。法律乃一门艺术,一个人只有经过长期的学习和实践,才能获得对它的认知”。^[5]技艺理性体现了一种知识论上的法律真理观,即法律真理客观存在,且只有经过特殊职业训练的法官才能发现法律真理,然而,在法律现实主义眼里,法律中并不存在真理,大多数法律问题并无确定答案,法院所做的全部就是选择其中一个在它看来有利于实现社会目标的答

案。^{[1]99}普布利乌斯在《联邦党人文集》中指出:“行政部门不仅具有荣誉、地位的分配权,而且执掌社会的武力。立法机关不仅掌握财权,且制定公民权利义务的准则。与此相反,司法部门既无军权、又无财权,不能支配社会的力量与财富,不能采取任何主动的行动。故可正确断言:司法部门既无强制、又无意志,而只有判断;而且为实施其判断亦须借助于行政部门的力量”。^{[6]391}

司法判断凭借的是法官的理性能力,普布利乌斯说:“以行为正当作为法官任职条件无疑是现代政府最可宝贵的革新……在共和政体下,也是限制代议机关越权及施加压力的最好保证。在任何政府设计中,此项规定均为保证司法稳定性及公正不阿的最好措施”。在司法审查中,法官的理性能力表现在:一方面,法官要受到案件事实的制约;另一方面,宪法是国家的根本大法,“宪法与法律相较,以宪法为准;人民与其代表相较,以人民的意志为准”。因此,司法审查的构想,是“宪法……有意使法院成为人民与立法机关的中间机构,以监督后者局限于其权力范围内行事”。^{[6]390-393}

由此可见,法官独立的价值就在于其做出裁判不依据法官理智以外的任何东西。一个不利于当事人的裁判,只要出自法官的理性,绝对无损于法官独立;相反,一个有利于当事人的裁判,若非出自法官的理性,则恰好体现了法官不独立。美国学者麦德福认为,法官本质上在做出判断,但“他们的法律训练和他们作为法官对自身角色的适应使得他们尤其具有智慧。智慧并不在于获得真理。智慧是一种知识。智慧意味着作出审慎的判断”。^{[1]100}

自然权利论意味着,民主社会中的司法审查,其正当性并非来自民主本身,而是来自外在于民主的东西,后者在价值序列上高于民主,换言之,如果民主损害了更高的价值,民主的决议就是非正义的,即便全体一致同意也是如此。诉诸自然权利的论证看上去很能服人,但当民主成为绝对的合法性标准时,诉诸先于政府并且高于政府的自然权利来为司法辩护的努力,不过是树立起了一个新的绝对标准,从而将民主标准相对化。既然在民主之外另树合法性标准,它就必然对民主采取既肯定又否定(并且在最终的意义上否定)的立场,这在逻辑上显然是不能自洽的,其论证也必然是虚弱的。不仅如此,这一论证认为对于个人权利的侵害主要来自公共政府,这就假定了社会秩序本身是稳固的,是不成问题的。但问题恰好出在这里,社会秩序建构恰好是现代社

会始终面临的一个根本宪法问题。

理论的困境同时意味着理论的创新。在《论美

国的民主》中,托克维尔从一种全然不同于自然权利论的视角——民主视角,去近距离观察美国司法,从而为回答反多数难题提供了某种新的启发。在这种理解中,托克维尔对法院、法官的角色都做出了全新的解释。

三、法院的性质： 外来的？内生的？

法院是贯彻法律的场所,是真正的法律所在。因此,要理解反多数难题,必须首先理解法院这一机构的性质,因为反多数难题正是在法院的具体法律实践中提出来的。法院作为一种迪尔凯姆意义上的社会事实,有其内在的逻辑规定性,具有事物自身的性质(the nature of things)。

一种解释是在经典的自然权利论视野下,法院的工作在于裁决争端,保护个人权利,无论这种争端发生在私人之间,还是发生在私人与国家之间。这一特殊工作要求法官在诉讼当事人之间保持不偏不倚的立场。一般来说,当事人将争端诉诸司法裁决,所追求的直接目的就是胜诉,而法官要帮助当事人达到其目的,最好的策略就是保持中立,因为一旦法官偏袒一方,虽实现了该方目的,但同时损害了对方,这种情形之下,法官的角色不再是争端裁决者,而是争端一方的利益代表,间接参与了争端。因此,审判工作本身的性质决定了法院应该处于超然的地位,否则将妨碍对公正价值的追求。同时,依据古老的自然正义原则——一个人不能做自己案件的法官,若案件涉及法官本人的利害关系,当事人可以申请法官回避。同处民主时代,法院的民主程度却远远不及立法和行政机关,这更是要求法院保持超然地位。出于审判工作职业特点的考虑,法官依据自己的理性对案件做出判断,法官不适合以民主选举的方式产生。换言之,法院离选民最远,民主程度最差,却被赋予了裁决当事人争端的权力,甚至可以审查立法机关的立法,这就要求法院审慎而持重,智慧而明鉴。

另一种解释则完全不同。托克维尔在考察美国的民主时指出：“(在美国)简直是没有一个政治事件不是求助于法官的权威的。”^{[2]109}他认为,在中央集权制国家里,社会使官员遵从法律的办法是行政等级制度,即赋予某个官员以指导其他官员并不服从时就罢免他们的独断权力。但美国的情况有所不同:依据人民主权原则,乡镇先于县建立,县先于州建立,州先于联邦建立,下级政府是上级政府赖以建立的惟一基础、合法权力的惟一源泉,而不是上级

政府的派出机关;换言之,美国各级地方政府之间没有直接的行政隶属关系。因此,美国只能授予法官巨大的政治权力,“广泛使用司法惩治作为行政措施”来协调上下级行政机关的行为。^{[2]78-88}因为没有行政等级制度,官员与官员之间的纠纷实际上是他们的不同授权人之间的纠纷,只能借助一个非民选产生的机关才能解决,而司法机关正是这样一个解决民主问题的非民主机关。所谓司法审查,实际上是解决人民和他们的代表之间,或者人民在不同范围内的代表之间的纠纷的一种设置。司法机关之所以能够成为这样的仲裁者,恰恰因为它不是民选产生的,因为一个民选产生的机构不能成为它和其他民选产生的机构的仲裁者。^[7]

法官所享有的巨大的政治权力,充分表现在他们对法律的违宪审查权上,即“美国人认为法官之有权对公民进行判决是根据宪法,而不是根据法律。换句话说,美国人允许法官可以不应用在他看来是违宪的法律”^{[2]111}。“他们所以要审理法律,是因为有要审理的案件,而他们又不能拒不审理。需由他们定案的政治问题,都与当事人的利益有关,只要他们不否认正义,他们就不能拒不审理。他们履行法官职业的严肃职责,就是在尽公民的义务。”法官的这一权力在美国产生了巨大的政治影响,形成对法律的道义力量的威胁,“也是迄今为止为反对议会政治的专横而筑起的强大壁垒之一”。^{[2]114-115}这一论述表明,法官独立的实质,在于其做出裁判不依据法官理智以外的任何东西,而不在于使法官与政治绝缘。法官的裁判行为通常具有政治效果,与其说这是法官独立的客观结果,不如说是这一制度设计者的初衷,即法官以独立的姿态做出裁判,达到产生预期政治效果的目的。

第一种解释在确立分权原理中起了巨大作用,但它只是在最普遍意义上谈法院所裁决的争端,不加区分的赋予所有争端同一外壳,难免失之片面。依此解释,法院的正当性在于它天然具有解决争端的功能,而这种功能是对人有利的,于是,人们把法院从社会以外的某个地方请进社会;换言之,这种基于人性分析的带有实用主义色彩的处理策略,在回答“法院从哪里来”时给出的答案是“它来自社会之外”。由于脱离社会本身的结构去讨论法院,使得法院所在的政治框架下的权力划分多少带有任意性,至少它不能解释社会权力为什么只分成立法、行政和司法三大部门,而不包括孙中山提到的考试、监察等部门。

第二种解释从人民主权原则出发,指出了法院是贯彻这一原则的必然结果,是民主社会本身的产

物,而不是社会外部强加进来的权威。从实际功能上看,法院本身就是社会秩序建构中的一个环节。至少在美国,没有了法院的沟通作用,上下级行政机关之间就无法有效衔接起来。不仅如此,这一解释还能够揭示社会权力只分成三部分的原因。实际上,争端本身可以分为两类:一类跟个人性格和行为有关,通常只涉及个人权利;另一类跟社会建立的原则和社会本身的结构有关,通常涉及公共权力,其本身性质决定了,与一般争端相比,它往往更为重要。法院审理的争端虽然通常属于前一类,但这类争端的相对次要性决定了,它不能实质性地影响到权力部门的划分;后一类争端产生于社会结构,而法律体系本身就预设了一个具有整体实效的秩序结构,其中立法、行政和司法已经涵盖了秩序建构的各个逻辑环节,这就从根本上决定了传统三大权力部门之外的如考试、监察等部门对这个社会来说是多余的。

四、法学家的双重禀性： 贵族性和人民性

托克维尔认为,民主时代的法官具有双重性:习惯和爱好上的贵族性,利益和出生上的人民性。对于前者,托克维尔分析道,对法律做过特别研究的人,在工作中养成了按部就班的习惯,喜欢讲究规范,对观念之间的有规律联系有一种本能的爱好。这种习惯性的职业传统就是托克维尔所讲的法学家精神。其实质是对秩序的爱好,“而秩序的最大保护者则是权威”,因此,法学家精神是对权威的塑造和维护,这和贵族具有相似之处。法学家特别反对革命精神和民主的轻率激情。^{[2]303-305}

所谓“多数的暴政”,在托克维尔看来,就是“人民的多数在管理国家方面有权决定一切”。^{[2]287}代议制框架内,人民通过选举的程序和方式达成多数,这个多数出于自己的利益可能侵犯少数和社会的利益;在代议制框架外,人民的多数通过报刊等方式对人的思想、感情和作为整体的民情产生影响。人民的多数在政治体制框架内和框架外双管齐下不足为奇,这只不过是人民主权原则在政治领域和非政治领域的不同表现而已。值得一提的是,在政治社会里,这两大领域的区分只是形式化的,而不是实质性的;在非政治领域里,人民的多数可以通过言论自由和出版自由影响他人的选举意向,达到预期的政治效果。可以说,非政治领域其实是隐形的政治领域,对于一个政治民族而言,这几乎就是自然而然的。如何削弱人民的多数的无限权威,成为民主社会一个重大政治话题。

法学家精神成为平衡民主的力量,最根本的原因是法学家对秩序的爱好的。但在民主时代,它要实际起到平衡民主的作用,还必须具备以下两个条件。

其一,民主政府有利于加强法学家的政治权力,法学家的个人利益使他们乐于平衡民主。在民主政府里,富人、贵族和君主都被撵出政府,法学家在政府里总揽大权,他们的专业知识使他们取代贵族的位置,成为社会的治理者。虽然法学家精神和民主精神有所不同,但法学家已经在民主政府里所有党派中居于首位,因而他们根本不想推翻民主创造的政府(以便尽快升到上层);他们只是想“不断设法按照非民主所固有的倾向,以非民主所具有的手段去领导政府”。在这个意义上,托克维尔认为,法学家从利益和出生上来说属于人民。^{[2]305-306}

其二,法学家必须使自己成为多数。法学家精神具有贵族气质,但这一特点仅仅来源于法学家所从事的职业。法学家精神不是外部强加进来的,而是产生于民主社会内部。因此,在依人民主权原则建立的社会里,法学家精神成为平衡民主的力量,也必须遵守多数原则这一既定的政治规则。换言之,法学家必须形成多数,“要团结得象一个人似地行动,以在观点上和往往在利益上反对另一个也像一个人似地行动的所谓少数”。^{[2]288}在民主社会里,法学家形成多数的手段是相同的专业和一致的方法,这种手段和人民形成多数所用的言论自由、出版自由、选举权利一样,都是人民主权原则所认可的合法手段。

法学家精神对民主的平衡作用体现在方方面面:“当美国人民任其激情发作,陶醉于理想而忘形时,会感到法学家对他们施有一种无形的约束,使他们冷静和安定下来。法学家秘而不宣地用他们的贵族习性去对抗民主的本能,用他们对古老事物的崇敬去对抗民主对新鲜事物的热爱,用他们的谨慎观点去对抗民主的好大喜功,用他们对规范的爱好的去对抗民主对制度的轻视,用他们处事沉着的习惯去对抗民主的急躁。”^{[2]309}这就表明法学家一旦成为多数,其影响可以说无处不在,范围甚至包括个人知性、情感和整个社会的民情等。

法学家精神突破纯粹政治领域深入到全社会每个角落,与人民的多数在政治体制框架内和框架外双管齐下一一对应、互相吻合。其共同原因乃是人民主权原则:社会由自己管理,并为自己而管理,所有的权力都归社会所有。人民以推选立法人员的办法参与立法工作,以挑选行政人员的办法参与执法工作,可以说是人民自己治理自己。留给政府的权力微乎其微,很薄弱,且政府还受到人民的监督,服

从建立政府的人民的权威。人民是一切事物的原因和结果,凡事皆出自人民,并用于人民。^{[2]63-64}

虽然法学家精神作为民主的反面而出现,但并不就此表明美国是一个贵族制与民主制的混合政体。文章讨论的法院是民主社会的产物,而不是贵族精英意志的体现。同时,法官的贵族禀性来源于法律职业本身,而产生贵族制的大地产制遭到了继承法的破坏,贵族制也无从在北美落脚。与民主相悖的法学家精神之所以为民主社会容纳,仅仅在于它所发挥的政治效果,即建立一个“可治的民主(governable democracy)”。换言之,民主社会之所以不排斥法学家精神,只因它对民主有利。托克维尔认为,妇女创造了民情,且民情的地位高于男子创造的法制;法制易改,民情难移。^{[2]739-741}美国的民情根本上是民主的,即多数人对美国社会的控制是绝对的,这意味着美国不易沦为法学家集团的独裁统治,同时意味着,在美国不必顾虑法院的权力过分强大。

五、民主时代的新专制： 从消极自由到奴役

司法权威的确立,对平衡民主、保障自由功不可没。这里所谓的自由很大程度上就是贡斯当意义上的现代人的自由,^[8]或伯林意义上的消极自由。然而,正如伯林在批判穆勒的自由理念时所言,消极自由“与某几类专制政体……并非不能相容”,因为它所涉及的主要是政体的“控制的范围”,而不是它的“来源问题”。^[9]套用这样的逻辑,一方面尊奉政府最少干预(以司法的形式保障这一点),另一方面又坚持民主合法性的美国,也未必不可能滑向专制,甚至可以说,“在身份平等的国家比在其他国家更容易建立绝对专制的政府”。^{[2]873}

托克维尔借用个人主义这一概念来说明他的观点。“个人主义是一种只顾自己而又心安理得的情感,它使每个公民同其同胞大众隔离,同亲属和朋友疏远。因此,当每个公民各自建立了自己的小社会后,他们就不管大社会而任其自行发展了。”^{[2]625}个人主义是民主时代必然会出现的一个现象,因为在贵族制社会,每个公民都有其固定不变的位置,等级层次分明,所以每个公民都经常意识到在自己之上有一个一定能够庇护他的人,在自己之下又有一个他有义务扶助的人。因而生活在贵族时代的人总是跟本身以外的某些事物有密切的联系,并往往为了这些事物而忘我牺牲。而在民主时代,由于人人平等,虽然每个人对集体的义务日益明确,但为某一个人尽忠的事情却比较少见,人与人之间的爱护情谊

虽然广泛了,却稀薄了。随着身分日趋平等,大量个人出现,而他们在运用他们的头脑时,总是依靠一己的理性努力,他们遇事总是只想到自己,最后完全陷入内心的孤寂,全都陷入无能为力的状态。^{[2]626-627}

放任个人主义必将产生极坏的政治后果。由于民主社会中人们热心追求物质享乐,当公众的激情稍微影响到他们的安乐时,他们就可能因为害怕无政府状态出现,准备放弃自由。托克维尔指出:“如果一个民族只要求他们的政府维持秩序,则他们在内心深处已经是奴隶,即已成为自己财富的奴隶,而将要统治他们的人不久也就可能出现了。”^{[2]673}事实上,“要统治他们的人”同样产生于平等:个人日渐式微,但社会整体形象却高大起来;个人主义使人难以放弃私事担任公职,把公益事业都推给国家,使国家走上集权。总之,民主国家的人民爱好自由,更爱好平等,“他们希望在自由之中享受平等,但不能如此的时候,也愿意在奴役之中享用平等”^{[2]624}。

托克维尔结束全书时用了这样一句话:“平等将导致奴役还是导致自由,导致文明还是导致野蛮,导致繁荣还是导致贫困,这就全靠各国自己了。”^{[2]885}这一深刻洞见,与当今美国的发展情况丝丝入扣。以最高法院臭名昭著的黑奴案判决为导火线的美国内战确立了“联邦至上”的原则,从此以后,整体主义的逻辑贯穿美国宪法实践,在美国历史上大踏步前进,个人相对于国家日渐式微,个体淹没在整体之中,整体优先的原则后来居上,却表现得似乎本该如此、自始正确,因而整体要求部分为之做出牺牲,具有不容挑战的合法性和道德力。^{[10]②}与此相伴而来的是,行政部门尤其是总统权力的急剧膨胀。在这场自由与奴役的角力中,司法承担的责任更重,其所扮角色的政治意味更浓,而这种特殊地位又反过来对司法提出了更高的要求。

六、司法审查的功能:从争端 处理器到政治平衡阀

托克维尔本人的政治倾向也表现出矛盾的双重性。在情感上,托克维尔是一个热爱自由的贵族,在一定程度上还眷恋着旧制度下的贵族自由。但这并没有使托克维尔成为一个保皇派人物,恰好相反,在理智上,他坚定地站到了民主这一边。由此不难发现,在《论美国的民主》一书中,托克维尔既从自由的立场出发,注意到了民主时代出现新专制的可能性,并对司法平衡民主的功能予以了高度期待,又坚持认为民主是事所必至,天意使然,并从人民主权角度对司法审查的功能做出了详尽的分析。

托克维尔的复杂性恰好体现了现代宪法本身的复杂性。现代宪法本身就是政治法,是一套关于政治体的组织形式的法。在世俗化背景下的现代政治话语中,现代宪法所要回答的核心问题是,在一个自由被发现了的时代,公共政治生活如何可能?一个政治体应该采取怎样的组织形式,才能最大限度地实现这一功能?这一组织形式回应的是公共政治生活如何可能这一问题,因此被称之为“政治宪法结构”^[11];但它是以自由为前提来回应这一问题的,需要在个体自由与整体权威之间、在整体权威各组成部分之间取得平衡,应该被称之为“政治法的平衡结构”^[12]。在这一结构中,司法机关作为争端处理器的功能依然存在,但其重要程度已经让位于司法机关作为结构平衡阀的功能。换言之,司法机关既要裁决争端,保护个人权利,更要维持个体权利与国家权力之间、各个国家权力部门之间动态性的结构平衡,在守护个人权利的同时守护整个宪法秩序。^{[13]③}

在更一般的意义上,与古代目的论式的等级制政治结构一样,现代政治宪法结构也是一种秩序结构。只要有人类存在的地方,就一定会形成基本的政治秩序,正是它才使得公共政治生活成为了可能。秩序的形式特征是一个垂直结构,在上者为统治者,在下者为被统治者。也正是在这个意义上,政治才与江湖区别开来。江湖中没有稳靠的权力中心,各大门派之上没有最高主权者,官府也只是作为飘渺的背景而隐现着。在世俗化的民主时代,这种上下结构不仅继续存在,而且程度可能更为强烈,因为在上者发出命令的权力获得了在下者的同意。

但世俗化时代的秩序结构不是当然形成的,与神权时代借助于统治者对于更高存在(天、上帝)的代表性,建立起的统治者对于被统治者的优越地位相比,世俗化时代的秩序建构多少显得不那么自然。在一个自由的时代,公共政治生活如何可能?包括博丹、霍布斯在内的不少理论家对于这个问题的回答,都是率先将政治领域从整个宇宙秩序中切割出来,在这个独立的单元内,将主权做出来并供奉起来,使之成为政治小宇宙中的绝对主宰。这样一来固然安顿了整体,但自由作为切割的冗余成为了政治世界之外的存在,主权者对于个体自由的保护成了一种神法、自然法而非实证法上的义务,个体断无请求执行的权利。如何将这些道德义务实证化,在整体生活中安顿个体,并重新打通政治与宇宙之间的关联,成为世俗化时代秩序结构必须回应的另一重大命题。这正是司法机关作为争端处理器或者权利保护器所要实现的功能。

但更应看到,任何秩序结构都不是当然形成的,世俗化时代尤其如此。在这样一个时代,自由如何可能固然是成问题的,但秩序如何可能却似乎更成问题。政治秩序绝对支点的不复存在,以及每个个体作为相对支点的分散性存在,随时可能将政治体置于解体的情势之中。非常状态作为一种真正绝对的状态,时刻准备着冲破秩序井然的国家生活,而国家则需要日复一日地将自身整合起来,二者之间展开着惊心动魄的永恒的斗争。就此而言,与守护个人权利相比,守护整个宪法秩序,维持整个宪法结构的动态平衡,可以说同样、甚至更加重要。从这一点上看,政治宪法学者对于宪法学的政治性的强调,很有可能不只是基于他对所处时代的判断,而更是基于他对宇宙人生的本质的理解。在存在论上,江湖与官府的位置颠倒了过来:江湖作为飘渺的背景隐现于官府的一切活动之中。

注释:

- ① 参见:West Virginia Board of Education v. Barnette,319 U.S.624[1943]。
- ② 美国联邦政府不容地方挑战的权威最后是通过南北内战才真正巩固下来的,其宪法根据在于内战后通过的第十四条宪法修正案。
- ③ 详见卢梭对于保民官制的分析。

参考文献:

- [1] 麦德福,强世功.司法独立与最高法院的权威[J].读书,2003(5):91—101.
- [2] 托克维尔.论美国的民主[M].董果良,译.北京:商务印书馆,2004:109—885.
- [3] 北京大学法学院司法研究中心.宪法的精神——美国联邦最高法院200年经典判例选读[M].北京:中国方正出版社,2003:273.
- [4] 东来.凭什么独立的法官比民选政客更有权威[J].读书,2003(10):131.
- [5] 考文.美国宪法的高级法背景[M].强世功,译.北京:三联书店,1996:35.
- [6] 汉密尔顿,杰伊,麦迪逊.联邦党人文集[M].程逢如,在汉,舒逊,译.北京:商务印书馆,1995:390—394.
- [7] 赵晓力.司法过程与民主过程[J].法学研究,2004(4):117—122.
- [8] 贡斯当.贡斯当政治论文选——古代人的自由与现代人的自由[M].阎克文,刘满,译.北京:商务印书馆,1999:32—41.
- [9] 伯林.自由四论[M].陈晓林,译.台北:联经出版事业公司,1986:229—242.
- [10] 甘阳.公民个体为本 统一宪治立国[EB/OL].(2007-8-17)[2014-3-31].<http://law.shangdu.com/news/gjxf/2007-8-17-es/D2HB3K63DAI3.html>.
- [11] 田飞龙.“八二宪法”中的政治宪法结构[J].读书,2012(12):44—51.
- [12] 陈端洪.政治法的平衡结构——卢梭《社会契约论》中人民主权的建构原理[J].政法论坛,2006,24(5):145—165.
- [13] 卢梭.社会契约论[M].何兆武,译.北京:商务印书馆,2008:155—158.

一种马克思主义的生态文明如何可能?

吐尔逊娜依·赛买提¹, 李杰伟²

(1. 新疆师范大学马克思主义学院, 新疆 乌鲁木齐 830013; 2. 北京航空航天大学思想政治理论学院, 北京 100191)

摘要:当前关于生态问题的争论往往陷入无批判的技术主义和浪漫式的伦理主义二元对立的思想困境。马克思主义不仅在方法论层面将人与自然的关系置于具体的社会历史境遇加以考察,揭示了资本主义生产方式与生态危机的内在联系,而且在实践层面提出了一种通过科学技术进步、国家法律制度和社会生态运动之间的有机统一而建设社会主义生态文明的现实可能性。

关键词:技术主义;伦理主义;马克思主义;社会主义;生态文明

中图分类号: A81 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0075-06



How Can an Ecological Civilization of Marxism Be Possible?

Tuerxunnayi Saimaiti¹, Li Jiewei²

(1. School of Marxism, Xinjiang Normal University, Urumqi 830013, China;

2. School of Political Science, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: The current debate about ecological problems often falls into the ideological dilemma of binary opposition between no critical technicism and the ethical doctrine of romanticism. From the view of methodology, putting the relationship between human and nature into a specific social and historical circumstance, Marxism reveals the internal relations of capitalistic methods of production and the ecological crisis. From the view of practice, Marxism puts forward the reality and the possibility of socialist ecological civilization by organically unifying the progress of science and technology, national legal system and social ecological movement.

Key words: technicism; ethicism; marxism; socialism; ecological civilization

在马克思和恩格斯生活的时代,还没有当今如此严峻的生态问题,在他们卷帙浩繁的著作中也鲜有对生态文明的系统论述和专题研究。但是,马克思主义决不存在一个关于生态问题的理论空场。马克思主义对生态问题的批判是“具有原则高度”(à la hauteur des principes)的批判,即不是针对个别国家的具体问题,而是上升到探寻一种新的文明的可能性的。在马克思对资本主义的动力、机制和内在矛盾等方面的分析中,蕴含着科学解答生态问题的方法论和实践路径。

一、技术主义与伦理主义的二元对立

当前关于生态问题的争论常常纠缠于技术主义

与伦理主义的二元对立:要么坚持一种无批判的技术主义,却不断陷入科学技术的“自反”与自然的“物化”之间的两难窘境;要么干脆以一种主观的、浪漫的伦理批判,在人的审美体验中寻求个体与自然的统一。

技术主义源自18世纪启蒙运动以来的西方自由主义进步观念。在启蒙时代,科学技术是社会趋向合理化的重要力量。通过科学技术控制自然是人类进步力量的最佳证明。“科学技术、私有财产以及市场经济一起造就了两类自由:摆脱未知的、不可控制的自然的暴虐的自由;以理性方式利用、操控自然来增进‘国家福利’的自由。”“技术不仅可以使我们免于自然的暴戾而且还慷慨地授予我们富裕的生活。结果必然就是,一旦自然的奥秘臣服于科学理

智和资本主义合理性,人类也就从终生艰辛枯燥的劳作中解脱出来获得了自由。”^{[1]320}随着市场经济成为资源配置的决定力量,技术主义者的自信有增无减,并逐渐成为当前绿色财政政策的基础。这种政策旨在通过技术的进步和市场关系的完善,实现生态保护与传统经济增长的协调发展。对那些过度消耗原材料和自然资源的产业以及高污染的产业征收重税,将资金投向清洁能源如太阳能的开发和利用,从而改善人们的工作和生活。

但是,现实中不断恶化的生态危机往往出乎技术主义者的乐观预期。一方面,科学技术日益成为独立于价值判断的工具。脱离了社会伦理的科学技术逐渐陷入“自反”的尴尬境地:“科学正在反科学”。“在过去的30年里,科学已经从服务于真理的活动转变成没有真理的活动,但它要尽力利用它能社会性地获得的真理的好处。科学实践干脆随着科学理论成为猜测、自我矛盾和惯例。在内部,科学退化为决策。在外部,风险在扩散。科学无论在外部还是在内部都不能再享受理性的护佑。它们变得独立于真理并且缺乏真理。”^{[2]205}另一方面,“具有急剧影响的生产技术已经代替了那些毁灭性较小的技术。”^[3]“坚持科学分析的纯洁性导致对空气、食物、水体、土壤、植物、动物和人的污染。我们因而得出了一个结论,在严格的科学实践与其助长和容忍的对生活的威胁之间,存在一种隐秘的共谋。”^{[2]73}这种“隐秘的共谋”之所以可能,根本原因就在于技术主义的实质依然是将生态资本化,将自然视为一种生产成本,将生态问题看作是“经济代价”。“环境质量可以用现钞购得,即使价格昂贵,但按照熟悉的交换方式计算,也是有可靠保证的。如果对问题的这种提法被广泛接受,那么已经流行的社会行为规范将更加根深蒂固。”^{[4]2}技术主义把生态不断变成资本,并将自然纳入资本的商品生产体系,使之进一步从属于商品生产的需要。生产方式的不断扩张必将突破有限生态系统,最后只能导致不断恶化的生态危机。总而言之,技术主义看似将生态文明建立在以科学技术为标志的人的主体性和能动性的基础上,但在根本上仍然没有跳出资本逻辑对生态的控制和攫取。

与技术主义相反,伦理主义主张,“控制自然的观念必须以这样一种方式重新理解,即它的主旨在于伦理的或道德的发展,而不是科学和技术的革新。从这个角度来看,控制自然中的进步将同时是解放自然中的进步。……从控制到解放的翻转或转化关涉到对人性的逐步自我理解和自我训导。”^{[4]168}换言之,

“控制自然”中的“自然”,不是人之外的自然界,而是人的“自然”欲望。如“大地伦理学”“自然价值论”和“深层生态学”等观点认为,生态危机的根源是近代哲学主客二分的思维方式。笛卡尔主张人与自然之间的绝对二元论,用机械论的自然观替代了传统宗教式的有机论自然观。^[5]康德在这一问题上似乎走得更远,他否认人们拥有任何可以肯定自然本身实在性的知识,宣称人的理性为自然立法。^[6]这种思维方式最终导致了人类中心主义的价值观,只承认人是唯一具有内在价值的存在物,人之外的存在物只具有相对于人的工具价值。自然从此沦为满足人类需要的被动存在物。因此,“一种生态全面的伦理学的发展在现行伦理话语模式(权利、责任、理性行为者、痛苦与伤害感受能力等)下是不可能的,而这样一种伦理学只有并且基于一种新的世界观”。^[7]

1949年,利奥波德(Leopold)在《沙乡年鉴》中提出著名的“大地伦理”(The Land Ethic),倡导对自然的热爱、尊敬和赞美,旨在“把人类在共同体中以征服者的面目出现的角色,变成这个共同体中的平等的一员和公民。它暗含着对每个成员的尊敬,也包括对这个共同体本身的尊敬”。^[8]在伦理主义看来,解决生态问题的途径是用生态中心主义的价值观代替人类中心主义的价值观,主张恢复“自然界之本真的自主运作性”,取消人类世界与非人类世界之间的本质区别,将道德关怀和伦理原则扩展到人与环境之间的关系中,强调自然的内在价值和生物的绝对平等性,并把依赖于个体内在体验的道德义务和伦理批判作为生态文明建设的主要实践策略。简言之,只要人们相信并且体验到世界的存在是神秘而圣洁的,那么人们将有一个完全不同的社会。

然而,这种从狭隘的“人类自我”到博大的“宇宙大我”的价值观革命恐怕只能诉诸人对环境的挚爱、丰富的生态体验以及人的自律。正如阿格尔所说:“现代危机理论如果不与争取集体解放和自我解放的充满生气的自愿斗争结合起来,在政治上就不会收到效果。”^[9]因此,这种伦理主义看似在理论上走出“个体”、走向“大地”,但在实践上往往只能又回到“个体”的心性修养。

以上技术主义与伦理主义的二元对立看似如同冰炭,但究其实质而言,二者无非是徘徊于“应有”与“实有”,以及“可信而不可爱”与“可爱而不可信”之间的近代哲学在当代生态问题上的死灰复燃而已。马克思曾对近代哲学的思维困境作出清晰诊

断，“在黑格尔的体系中有三个要素：斯宾诺莎的实体，费希特的自我意识以及前两个要素在黑格尔那里的必然充满矛盾的统一，即绝对精神。第一个要素是形而上学地改了装的、同人分离的自然。第二个要素是形而上学地改了装的、同自然分离的精神。第三个要素是形而上学地改了装的以上两个要素的统一，即现实的人和现实的人类。”^[10]^[34]不难发现，马克思所说的“实体”与“自我意识”只不过是上文所说的“纯物化”的技术主义与“纯意向”的伦理主义的一种形而上学的表达而已。只有现实地、历史地超越二者之间的二元对立，才能从根本上找到构建生态文明的方法论原则。

二、马克思的资本主义批判 及其生态意蕴

一些学者正是以技术主义和伦理主义的思路在曲解或误解着马克思主义的生态文明思想。如鲍德里亚认为，马克思的生态思想并没有超越近代工业文明和工业生产，马克思的自然观在实质上同资本主义的自然观实属一丘之貉。在鲍德里亚看来，资本主义政治经济学将昔日颇具神性的自然变成沉默的生产要素，而马克思在对资本主义进行猛烈批判的同时，也从资本主义政治经济学那里继承了太多的思想原则，特别是“生产”这一范畴依然在马克思社会历史观中居于核心地位。在“生产”系统中，人与自然不可能实现真正的平等。如果不是以奴役自然的方式满足人类需求，以物质产品极大丰富为前提的共产主义是不可想象的。总之，“马克思对政治经济学进行了激烈的批判，但仍然处于政治经济学的形式之中。……作为启蒙理性的本质，批判可能只是资本主义体系扩大再生产的巧妙的、长期的表达。”^[11]相反，也有学者在为马克思主义的生态思想进行辩护时，采取了一种伦理主义的立场。他们频繁引证恩格斯的论断：“我们不要过分陶醉于我们人类对自然界的胜利。对于每一次这样的胜利，自然界都对我们进行报复。每一次胜利，起初确实取得了我们预期的结果，但是往后和再往后却发生完全不同的、出乎预料的影响，常常把最初的结果又消除了。”“因此我们每走一步都要记住：我们决不像征服者统治异族人那样支配自然界，决不像站在自然界之外的人似的去支配自然界——相反，我们连同我们的肉、血和头脑都是属于自然界和存在于自然界之中的；我们对自然界的整个支配作用，就在于我们比其他一切生物强，能够认识和正确运用自

然规律。”^[12]显而易见，这种只言片语的辩护方式只是将马克思视为当代生态灾难的先知，并没有揭示出马克思主义解答生态问题的理论贡献和实践策略。

马克思主义对资本主义生态危机的批判是全面和深刻的。“无论现在的生态环境与马克思当时所处的情况多么不同，马克思对这个问题的理解、他的方法、他的解决社会和自然相互作用问题的观点，在今天仍然是非常现实而有效的。”^[13]

首先，马克思摆脱了旧哲学对自然以及人与自然的关系的抽象的、空洞的、直观的理解，将人与自然的关系建立在社会实践的基础上。正如施密特所说：“把马克思的自然概念从一开始同其他种种自然观区别开来的东西，是马克思自然概念的社会—历史性质。马克思认为自然是‘一切劳动资料和劳动对象的第一源泉’，就是说，他把自然看成从最初起就是和人的活动相关联的。”^[14]因此，马克思从不抽象地谈论“生产”，而是坚持将“生产”置于具体的生产方式之中。马克思曾经在《资本论》中将其研究对象确定为资本主义生产方式以及与其相适应的生产关系和交换关系。马克思所说的生产方式，在宏观上可以理解为亚细亚的、古代的、封建的和现代资产阶级等社会经济形态演进的不同时代，在微观上可以理解为劳动者与生产资料的结合方式及其所体现的生产力。这种宏观界定与微观界定之间的联系在于：一方面，以科学技术为代表的生产力是区分不同经济时代的客观依据。“各种经济时代的区别，不在于生产什么，而在于怎样生产，用什么劳动资料生产。”^[15]^[210]另一方面，“为了进行生产，人们相互之间便发生一定的联系和关系；只有在这些社会联系和社会关系的范围内，才会有他们对自然界的影响，才会有生产。”^[10]^[724]这就是说，表现人与自然之间互动的“生产”范畴必须在一定的社会联系和社会关系中才是现实的。“需要说明的，或者成为某一历史过程的结果的，不是活的和活动的人同他们与自然界进行物质变换的自然无机条件之间的统一，以及他们因此对自然界的占有；而是人类存在的这些无机条件同这种活动的存在之间的分离，这种分离只是在雇佣劳动与资本的关系中才得到完全的发展。”^[16]因此，所谓“技术进步 = 社会财富的增长（社会生产总值的增长） = 奴役的加强”^[17]之类的公式将科学技术从具体的资本主义生产方式中抽象出来，而并没有对一种非资本主义生产方式（社会关系和社会联系）中的科学技术进行思考，因此，这种批判是非马克思主义的。同理，“将可持续发展

仅局限于我们是否能在现有生产框架内开发出更高效的技术是毫无意义的,这就好像把我们整个生产体制连同非理性、浪费和剥削进行了‘升级’而已。……解决问题的不是技术,而是社会经济制度本身”。^[18]无论是科学还是技术,严格地说,都不能作为一般解放的手段。科学技术的发展只有与社会制度的变革结合起来,才可能成为构建一种新的生态文明或社会经济形态的革命性力量。

其次,资本逻辑是导致生态危机的根源。资本主义经济危机与生态危机之间存在必然联系而非偶然联系。随着经济不断增长,资本家就会加大对资源的投资,原材料在商品价值中占的比重增大,生产成本和积累就增加,利润率下降;相反,如果资本家提高资源使用效率,尽管能够促使成本下降和平均利润率上升,但原材料价格的相对便宜又会带来对资源的不断开采,并导致资源的快速消耗。这里所说的资源快速消耗不仅表现为原材料、清洁环境等生产资料的绝对性短缺,而且表现为高成本的劳动力、资源以及基础设施和空间。因此,资本主义生产方式的必然结局是对资源日益增长的耗费和对生态日益严重的剥削,最终导致资本主义的自我否定。正如奥康纳所说:“资本主义的积累和危机会导致生态问题,而生态问题(包括环境及社会运动对这种问题所作出的反应)反过来又会导致经济问题。这是一种在生产、市场关系、社会运动以及政治的维度上存在于经济危机和生态危机的趋势和倾向性之间的相互决定的关系。资本在损害或破坏其自身的生产条件的时候,便会走向自我否定。在这一意义上,生态危机和经济危机是由自身所导致的,并且,环境的和社会经济的革新运动是这同一总体过程的两个不同方面。”^{[1]294}

第三,生态危机的本质在于不同国家、不同地区和不同阶级以及人和人之间在占有、分配和使用自然资源上的利益冲突,只不过这种危机以人和自然关系的危机体现出来。生态问题首先危害的是工人和劳动者的健康。在《资本论》中,马克思揭露资本家以牺牲工人作为代价实现劳动条件的节约。“工人的结合和协作,使机器的大规模使用、生产资料的集中、生产资料使用上的节约成为可能,而大量的共同劳动在室内进行,并且在那种不是为工人健康着想,而是为便利产品生产着想的环境下进行,也就是说,大量的工人在同一个工场里集中,一方面,是资本家利润增长的源泉,另一方面,如果没有劳动时间的缩短和特别的预防措施作为补偿,也是造成生命和健康浪费的原因。”^[19]不仅如此,资本主义生产方式还

造成城乡之间的二元对立。“资本主义生产使居住在城市的人们越来越占优势,这样一来,它一方面聚集着社会的历史动力,另一方面又破坏着人和土地之间的物质变换,也就是使人以衣食形式消费掉的土地的组成部分不能回归土地,从而破坏土地持久肥力的永恒的自然条件。这样,它同时就破坏城市工人的身体健康和农村工人的精神生活。”^{[15]578}此外,资本主义生产方式的全球扩张不仅使生产和消费变成世界性的,而且污染同样被出口和转移到第三世界国家。“西方资本主义就逐渐地通过第三世界的财富而维持和‘改善’了它自身并成为世界的羡慕目标。因而,它新发现的‘绿色’将能通过使不太具有特权地区成为毁坏树木与土壤的有毒物质倾倒地而实现。”^[20]更严重的是,在资本主义体制下,保护自然资源和控制污染意味着生产成本的提高,因此,资本主义企业往往不考虑环境问题,只是把生态成本转嫁给未来,让后代人承受生态危机的威胁。

三、一种社会主义生态文明的可能性

当今生态问题的根本性和复杂性打破了现代学科的知识建制,超越出具体科学各自的对象领域而日益呈现为一个跨学科的理论问题、跨领域的实践问题以及跨国界的全球问题。正如世界环境与发展委员会的报告《我们共同的未来》中所说:“变化的速度正在超越各个学科的能力和当前进行评价和建议的能力,它正在使那些在一个和以往不同的更为分割的世界上出现的各种政治和经济组织适应和对付这种变革的各种企图陷于破产;它使许多正寻找办法把这些事情纳入政治议程的人深深地忧虑。”^[21]历史唯物主义反对仅仅建立在思想观念基础上的历史进步观,把社会物质生活作为其理论的逻辑起点。换言之,如果想改变社会以及人与自然之间的关系,人们不仅要在思想中变革价值观念,而且要通过生产方式和社会政治权力改善人与自然的关系。只有合理调整人们在生态资源分配和使用上的利益关系,生态危机才有可能得到根本解决。因此,必须综合科学技术、经济、政治和社会等各个领域,共同解决生态利益矛盾。正如奥康纳所说,“环境破坏的问题不应该仅仅放在资本的维度上来加以审视,国家和自然界的危机之间存在着非常深刻的内在联系。当然,正是这个国家,如果能处在市民社会的民主化控制之下,将会成为重建自然界,以及重建我们人类与自然界之间关系的基础。”^{[1]247—248}一种社会主义生态文明的实践路径就在于,实现科

学技术进步、国家法律制度和社会民主之间的有机统一，为生态文明建设提供一种超越资本逻辑的现实可能性而非抽象可能性。

首先，生态文明理念依赖于科学技术与人文社会科学的深度融合。马克思主义关于物质与意识的关系，以及世界的物质统一性原理意味着，任何一门科学都是人类对物质世界的一种认识形式。物质世界既是多样的也是统一的。物质运动形式的多样性是划分各门科学知识的根据，而物质世界的统一性又是科学知识整体化的基础。正如德国物理学家普朗克所说：“科学乃是统一的整体。将科学划分为若干不同领域，这与其说是由事物本身的性质决定的，还不如说是由人类认识能力的局限性造成的。其实，从物理学和化学，通过生活学和人类学直到社会科学，这中间存在着连续不断的环节。这些环节无论在哪一处都不可能被打断，难道非得人为地把它们割裂开来？”^[22] 马克思对现代工业文明的高度赞扬正是建立在对人的本质以及世界物质统一性的深刻理解的基础之上的。在马克思看来，人的本质必须经过对象化才能被认识。以科学技术成果的形式体现出来的人与自然的相互作用，恰恰是人类历史的展现。“在工业中向来就有那个很著名的‘人和自然的统一’，而且这种统一在每一个时代都随着工业或慢或快的发展而不断改变。”^{[10]529} 因此，脱离了科学技术的革命性质、忽视工业文明而奢谈生态文明建设只能是浪漫主义的田园诗，缺乏任何现实的可能性。“自我异化的扬弃同自我异化走的是一条道路”。^{[10]182} 反对科学技术的各种抗议只有被科学化之后才能发挥作用。同理，生态文明只有超越工业文明，以人文社会科学的价值理性规范科学技术的工具理性，在科学共同体和社会共同体内部建立一种能够有效开展自我批判和自我规范的操作机制，才能从内向外地摈弃科学技术自身的局限性。

其次，社会主义国家必须承担起制定生态文明政策的责任。区别于价值观层面的生态文明批判和生态意识的培育，制度层面的实践路径更具有规则的强制性，它要求把生态文明的相关理念外化为合理协调人们生态利益关系的法律法规，作为一种底线规则真正起到规范人们实践活动的作用，从而促进经济社会的可持续发展。国家权力就其性质而言，是社会权力结构的一个要素，具有其自身的制度形式和运行方式。正是基于此，它才会成为各个利益团体或阶级政治的必争之地。当阶级斗争成为社会主要矛盾时，国家权力固然会成为统治阶级进行专政的工具，但是，一旦阶级斗争不再是社会主要矛

盾，国家权力就要履行社会管理的职能。就当前中国生态问题的现状而言，生态文明建设无疑必须充分发挥社会主义国家在体制和制度方面的优势和责任。因此，生态文明建设必然蕴含一个政治哲学的向度，即如何处理国家意志与自由市场以及人民行动之间的关系。^[23] 但必须指出的是，制度的制定必须符合社会生产的发展水平。制度的公平正义不是抽象的，如果不能与现实和社会需要相对接，仅仅侧重于行政管制而忽略了公民的自主性选择机制，且以市场规则为基础的利益疏导机制缺乏，那么制度就缺乏存在和发展的合理基础。因此，生态制度和生态政策的制定并不只是关于环境保护和改善的法律，更不能脱离当前社会的生产力状况，而是应当把环境的开发、利用和保护、改善相结合，把保护和改善的要求融入环境和资源开发、利用的经济社会发展进程中统筹考虑，这样才能使生态制度走向良性循环的轨道。

第三，社会生态运动是生态文明建设的主要动力。政治上的真空往往使资本权力肆意横行。社会运动和政治行动是约束资本的中流砥柱。放弃政治和社会运动，只能导致生态文明建设的文化乌托邦和经济宿命论。社会生态运动的必要性在于，生产要素的生产与分配，在很大程度上并不是通过市场或价值规律进行调节的，而是通过国家和公民社会的斗争实现的。因为“与自然发生互动并带来生态破坏的，并不是一个大写的‘人’，而是许许多多身处不同阶层的人，并不是作为一个整体出现的无差别的道德主体，而是诸多有差异的道德主体。”^[24] 正是在这个意义上，生态运动不仅意味着一种更充分、更直接的民主政治，而且要将政治权力平等地交还到民众手中，以一种基层民主的政治策略推进生态运动。“基层民主要把公共政策领域通常的自上而下的方法颠倒过来，让民众和社群有权决定自己的生态命运和社会命运，也让民众有权探寻一种对环境和负责任的生活方式。”^[25]

法律是平衡利益和力量的工具。然而，如果缺乏民主的参与和监督，很难保证生态文明的效度和力度。例如：早在2008年北京奥运会期间，就有人监测PM2.5数据，但并未向社会公布。之后美国大使馆设置PM2.5监测设备，并于2012年公布数据，这引发了社会的高度关注。在争论中，公民不仅明显地增强了环保意识，对空气质量愈发关注，且公民意识不断提高，许多人不仅积极采取绿色出行方式，而且通过网络媒体督促政府采取更加积极的措施保护环境，转变经济增长方式、社会发展方式和城市建

设方式。在各方呼声中,政府态度逐渐转变。2012年9月28日,首批PM2.5监测站发布数据。通过这一事件不难看出,扩充公民社会的“自下而上”的力量,拓宽公民参与生态建设的领域,保障公民参与生态建设的知情权,明确公民参与生态建设的渠道和方式,将成为社会主义生态文明建设不可或缺的重要力量。

参考文献:

[1] 奥康纳. 自然的理由[M]. 南京:南京大学出版社,2003:247—320.
 [2] 贝克. 风险社会[M]. 南京:译林出版社,2004:73—205.
 [3] 康芒纳. 封闭的循环[M]. 长春:吉林人民出版社,1997:140.
 [4] 莱斯. 自然的控制[M]. 重庆:重庆出版社,1993:2—168.
 [5] 笛卡尔. 哲学原理[M]. 北京:商务印书馆,1988:20.
 [6] 马晓俊. 论康德“目的论”对科学合理性问题的启示[J]. 理论界,2006(1):77.
 [7] 多布森. 绿色政治思想[M]. 济南:山东大学出版社,2005:60.
 [8] 利奥波德. 沙乡年鉴[M]. 长春:吉林人民出版社,1997:193.
 [9] 阿格尔. 西方马克思主义概论[M]. 北京:中国人民大学出版社,1991:416.
 [10] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯文集:第1卷[M]. 北京:人民出版社,2009:182—724.

[11] 鲍德里亚. 生产之镜[M]. 北京:中央编译出版社,2005:33.
 [12] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯文集:第9卷[M]. 北京:人民出版社,2009:560.
 [13] 弗罗洛夫. 人的前景[M]. 北京:中国社会科学出版社,1989:153.
 [14] 施密特. 马克思的自然概念[M]. 北京:商务印书馆,1988:2.
 [15] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯文集:第5卷[M]. 北京:人民出版社,2009:210—578.
 [16] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯文集:第8卷[M]. 北京:人民出版社,2009:139.
 [17] 马尔库塞. 工业社会与新左派[M]. 北京:商务印书馆,1982:82.
 [18] 福斯特. 生态危机与资本主义[M]. 上海:上海译文出版社,2006:95.
 [19] 中共中央马克思恩格斯列宁斯大林著作编译局. 马克思恩格斯文集:第7卷[M]. 北京:人民出版社,2009:106.
 [20] 佩珀. 生态社会主义[M]. 济南:山东大学出版社,2005:140.
 [21] 世界环境与发展委员会. 我们共同的未来[M]. 长春:吉林人民出版社,1997:26.
 [22] 普朗克. 世界物理图景的一致[J]. 国外社会科学,1984,(6):16.
 [23] 朱红文. 国家意志与生态文明建设[J]. 湖南社会科学,2013(1):4.
 [24] 李义天. “地区共同体”:生态政治学的典型处方及其问题[G]// 郇庆治. 重建现代文明的根基. 北京:北京大学出版社,2010:121.
 [25] 科尔曼. 生态政治[M]. 上海:上海译文出版社,2006:114.

(上接第12页)

- ⑨ 德国的社会护理包括三种。第一级护理:身体护理、营养或者疾病,至少要做两样,每天两次,此外还需每个星期多次的家务劳动的帮助。第二级护理:身体护理、营养或者病症,每天至少做三次,此外还需每个星期多次的家务劳动的帮助。第三级护理:每小时都需要进行身体护理、营养或者疾病的工作,此外还需每个星期多次的家务劳动的帮助。
- ⑩ 数据来源于 Statistische Bundesamt,即联邦德国统计局。
- ⑪ 全部来自税收资金的公共财政主要用于主管医疗健康领域的公共行政管理的费用(相关政府部门)、公共医疗健康服务的费用(医疗健康局和国家研究所)、医疗健康设施的投资促进(医院规划、批准的门诊护理服务、社会救助中心和护理所)、社会救助接受者的医疗——护理服务的费用(护理帮助、医疗治疗费用、社会救助接受者的保险费用)和医生培训的费用(医学院)等。
- ⑫ “红绿政府”即社会民主党(红)和绿党(绿)联盟。
- ⑬ 这里要注意的是,德国的私人医疗保险并不像其他国家那样被限制在补充保险范围内,私人医疗保险在德国是除了法定医疗保险之外的一个具有独立、完善、完全等特点的保险制度,这在欧盟是独一无二的。更重要的是,私人医疗保险与法定医疗保险起到相同医疗保障的作用。

参考文献:

[1] Michael Simon. Das Gesundheitssystem in Deutschland[M]. Bern, Göttingen: Verlag Hans Huber, 2008:85—95.
 [2] Johannes Frerich, Martin Frey. Handbuch der Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland: Band 1[M]. München/Wien: Oldenbourg, 1998: 97.
 [3] Christoph Sachße, Florian Tennstedt. Geschichte der Armenfürsorge in Deutschland: Band 2[M]. Stuttgart: Kohlhammer, 1998:212.
 [4] 隋学礼. 德国医疗保险双轨制的产生、演变及发展趋势[J]. 德国研究,2012,27(4):53—63.
 [5] Florian Michael Pfister. Das duale Krankenversicherungssystem in Deutschland nach dem GKV-WSG: Gesundheitsökonomische Analyse der Allokation unter besonderer Berücksichtigung von Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit[M]. Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2010:162—169.
 [6] 德国联邦卫生部. 2013年卫生健康报告[M]. 柏林:德国联邦卫生部,2013:103—131.

基于生态文明视角的技术理性批判

金梦兰

(沈阳航空航天大学人文社会科学部, 辽宁 沈阳 110136)

摘要: 工业文明的理性基础是被排除了价值特征的技术理性,而技术应用所引起的社会问题要求对技术理性进行重新审视。基于生态文明这一价值视角,解构传统科学哲学中关于技术理性的错误观念,通过对技术问题的经验描述来分析技术对人类生存方式的深层影响,分析技术进化与技术异化的双重社会效应,通过现象学解构的方式指向现代人的技术化生存方式本身及其工具理性的认识论根源,在总体上重塑包含内在目的性的技术理性观,探索将生态文明价值理念融入技术理性以实现技术合理化的新方向。

关键词: 生态文明; 技术理性; 技术异化; 实践理性; 合理化

中图分类号: B82-0

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0081-04



Criticism of Technical Reason from the Perspective of Ecological Civilization

Jin Menglan

(Department of Humanistic and Social Sciences, Shenyang University of Aeronautics and Astronautics, Shenyang 110136, China)

Abstract: The technical reason excluded from the characteristic of value is the rational basis for industrial civilization, and the social problems caused by technology application require to review the technical reason. This paper tries to deconstruct the error ideas about the technical reason in the traditional philosophy of science based on the value of ecological civilization perspective, to analyze the deep influence of technology for human survival way by describing the experience of the technical problem, to analyze the double social effects of technology evolution and alienation, to point to the technology of modern way of life itself and its epistemological root, to reshape a technical rational view that contain its inner purpose, in general, to explore to realize the rationalization of the new way of thinking that included the idea of the ecological civilization value into the technical reason.

Key words: ecological civilization; technical reason; alienation; practical reason; rationalization

作为一种文明生物,人类总是会犯各种各样的错误,从而陷入各种各样的问题。然而更重要的是,人能够认识自己,在对错误的反思中成长,在对问题的弥补中进步。伴随工业文明的脚步,人类的自我膨胀与争功近利使得生态问题从一个单纯的自然问题演化为一个复杂的社会发展问题。“生态文明”这一概念,是人类在工业文明造成人与自然矛盾尖锐对立、凸显出生态危机的严重后果后,对人与自然的关系进行理性的审视与反思基础上提出来的,是把“生态学”原则运用到人类社会领域的研究成果。^[1]生态文明问题从本体论上说是一个自然观的问题,从认识论上来说,则是一个技术理性问题。在工业文明时代,人类现实生存的环境要素正在被全面技术化,人的生活经验正在接受深层次的技术转

换,技术理性如何在生态文明视角下为自己找到一种合理化的价值实践模式是哲学研究与生态伦理学研究的一个中心课题。无论是出于对人类生存状况的忧思还是出于对技术本身的社会功能的反思,人们都需要在人与自然关系的新维度上重新看待技术理性的社会影响,解构技术问题的“自明性”,把被人们无意识地接受的技术现象进行社会重建,并由此引导人们反思当前的生活,展示出另一种生活的可能性以及不同的看待问题的视角。

一、作为一种现代经验的技术问题

现代人类是技术化的人类。现代社会因对规范

和高效的追求全方位地向技术敞开,而在技术理性的裁制下,自然、社会甚至人本身都不同程度地接受了技术化的改造,进入到严格的技术程序系统之中,成为可量度、可控制、可预测的抽象化与匿名化的存在。人本身的精神生活已经在生命整体的意义上被排除,现代人越是以自身的理性与生命意志推动现代化进程,现代化就越是使人自身的生命和自我走向知性和欲望。每一事物都外在于其他事物,而作为主体的人则外在于作为其对象的世界,这是一个孤寂的物的世界和众多弥散的个体的世界。

首先,人们经常在由一些数字和抽象观念所构成的世界中活动,以致日益脱离具体的生活,从而丧失了许多具体的经验,也逐渐丧失了人的个性丰富性。人们在技术化的世界里没有属于自己的一个完整的世界,没有属于本己的时间存在和空间存在,就像计算机中虚拟的字符,随时可以被剪切、被复制、被重新组合。人本身就是一些过渡性的、短暂的、偶然的经验碎片,似乎每一个碎片的存在都是有理由的,但又都不是独一无二、不可替代的。因而,作为现代世界中的碎片之一,人们常常会惶恐不安地关注自己的存在,为了提升自己的存在感,人们会千方百计把它“炒”出来,把它“刷”出来,因为人们那破碎的自我正在远离给它以生命整合力量的生活,难以维系一种自足的存在感。

其次,快速的技术变革使得现代人对新奇性具有强烈的渴求,这种渴求趋向于感官经验的表层开发,寻求直接的冲击性的效果,从而创造出技术化的感知模式。在这种模式下,反思、领悟等深层的思想精神交流常因审美距离和社会距离的压缩而统统被消解。从表面上看,现代人获得了一种对“现在”的普遍分享,一种“经验的民主化”,实则获得的只是碎片化的经验感受,“它阻碍了能够有意识地自我判断和决定的自主和独立个体的发展”^[2],超验的价值体系已然崩溃。

最后,现代社会首先是一个机械复制的时代,现代科技的发展打破了人们传统的经验结构,人的感觉方式、生活方式、行为方式无不受到技术理性和商业逻辑的规制,世界的经验呈现以及人们经验世界的方式都发生了根本性的改变。信息时代的新技术能否成功,取决于人们对新技术所表现出来的情感反应,取决于新技术能否同人的知觉、情感与思维达到平衡。而从目前来看,主体已经越来越成为人工经验的产物,直接经验的丧失使主体与真实环境疏离,很可能使主体沦为技术的附庸,失去对现实世界的批判性关注的兴趣。此外,媒体的变化会直接引发主体对外界事物的感知方式、思维方式、价值取向

的变化。在电子媒介时代,人的意识获得了延伸,这种延伸固然在很大程度上丰富了人们的生存体验,但也造成人们最核心的内在自我同现实生活环境的技术性隔离。在现代技术操控下,整体的、综合的、时间性的经验方式已经不存在,破碎的体验时代开始——这种体验是一种破碎的、异化的经验,是一种现代人无法把握周围世界时出现的经验状况。

二、技术进化与技术异化

人们对技术产生了深刻的依赖性,倾向于通过建构可能的技术手段来解决所有问题。而社会的技术化降低了人的因素对技术系统的直接干预,也降低了人本身在社会技术系统中的地位。

首先,就社会机制层面而言,工具和机器同生活在工具和机器环境中的人们被现代技术融为一体。这些技术正在变成人们的一种习惯,一种惯常的生活方式,它们使人类外部感官的功能得到了进一步延伸,同时,也使机械的习惯同生物的、社会的节律混合到一起。米德在1954年9月4日的《时代周刊》中撰文说:“对社会前进不得不保持过高的速度,方能跟上机器的速率,人们的怨言实在是太多。如果你的前进完全彻底,如果社会、教育和娱乐的变化并驾齐驱,那么迅速前进是大有好处的。你必须同时改变整个模式,同时改变所有的人——而且人民必须自己下决心向前推进。”^{[3]58}迈克尔·扬认为:“任何复杂的工具都是一种物质性的习惯,要经历反复地否弃或修改,这些习惯把无数先辈的过往经验封存在现在,并在其以修改过的形式得到传递以前不断地精致化(further elaborated)。”^[4]人类的全面技术化带来了诸多社会机制方面的异化问题,如物理自然环境技术化所带来的环境破坏问题;人类社会自然环境技术化造成的个体对官僚机构的无力感。

其次,就人类精神层面而言,人的心理自然环境被技术化普遍引发了生命的无意义感。人们倾心于技术、投身于技术,但对技术又常怀着又爱又恨的矛盾心态。总体上说,高度发达的环境给人的参与机会很少,而对专业化分工的要求却很高。这导致了人类总体的进化和个体的异化。“潜意识抑制保护我们的核心价值系统,它借助一种简单的机制,大大缓解经验的冲击,从而保护我们的神经系统一样。对许多人来说,这种冷处理系统导致终身的心理僵化或梦游症。”^{[3]53}

一方面,没有异化,就没有进化。而另一方面,通过异化而达到的进化总是不断需要纠偏才能完成

真正的进化。那么,人们通过何种途径来完成这种纠偏呢?很多人文主义的技术哲学家赞成技术是一种运行着的人性的观点,他们试图通过将现代技术与前现代技术进行批判性的比对来揭露现代技术的反人性,如果说前现代技术是体现了人性、服务于人类的,而现代技术是压抑了人性甚至威胁社会民主秩序的,那么,从前现代到现代,技术中的人性是如何丧失的呢?显然,按照现象学观点,对象总是关联着对象视域,技术问题也不可能仅仅是技术问题。“与其说我们需要对技术进行人性批判,毋宁说需要对人性-社会-技术体系进行反思和批判。”^[5]

按照中国学者赵建军的观点,技术实际上是一个创造性的建构过程。技术建构的对象是问题,技术问题的生成背景包含各类相互制动的社会力量,具有理性探究的成分,也离不开判断、权衡、直觉、猜度和抉择等过程;技术问题的解决部分依靠技术发明和工程设计,但技术结构与功能之间并不存在一一对应关系,与科学中的“理论之于事实的不定性”类似,在技术中存在着“设计之于功能需求的不定性”;最后,技术产品的接受也不是一个纯粹理性的计算过程,而是包含着建构、磋商和冲突的过程。^[6]

三、技术理性异化的根源是 伦理维度的缺失

随着资本主义经济的发展和政治的变革,人与自然、人与人之间的关系模式发生了根本性的改变,原来由宗教所整合的价值体系逐步被世俗化的浪潮所吞没,新的价值体系的支撑点不再是具有超越性的神,而是作为主体的人。在现代工业化的价值体系中,理性的工具意义——计算获得了非理性的突显,自由的功利意义——权利获得了技术性的规制。科学、技术和工业已经在经验上成为进步观念可变现的基础。支撑进步信念的科学主义、物质主义、自由主义成了这个世界的基本价值理念。在进步的教条里,价值的创造被简化为人造物的快速增长,价值的实现被等同于物欲的满足,而生命的价值就在于其能否以及在多大程度上有利于这样一种进步事业。社会生活的总体背景急剧地变动,一方面是物质和精神的传统联系的断裂,另一方面是世界本身的分裂以及人的主体意识的分裂、人的经验空间的分裂。随着对世界总体的研究转变为一种分工的、职业化的技术操作,人逐渐丧失了对其自身行为的最终负责。

在工具取向的理性视野中,就人与自然的关系

而言,自然不再是本来意义上的自然,而是按照人的文化、欲望和目的重新理解的自然,是人类主宰自然的理念的产物和人的本质力量对象化的产物,自然不是一个伦理对象,而是一种纯粹的资源。以这种技术理性为指导的工业生产实践是以打碎、分割、割裂自然生态秩序为前提的,当人类的实践行为对自然所造成的破坏超过了生态系统自我修复能力的限度之后,生态自然的秩序就会遭到毁坏,人类则要面对生态危机和环境危机。因而,要克服生态危机,就要弘扬生态文明的价值观,并且要把这种价值伦理作为一种内在目的渗透到技术理性之中。生态文明价值观以人与自然的和谐共存为根本,把自然作为伦理价值的对象,把人与自然的协同进化作为实践行为的出发点和最终目标,在肯定人类对自然的权力和利益的同时,要求人类对自然承担相应的责任和义务。

责任是人类群体性或社会性的产物,责任源自人际间的社会依存性,是特定社会之于个体思想、行为的规定性,责任主体通过与群体、社会以及生态环境之间的互动,将这种规定性内化,并最终体现于自身的思想和行为实践之中。传统的责任伦理大体上是以行为动机和实际效果来确认责任的,然而在科技主导的现代社会,很多风险都是事前无法预知其后果的,尤其是那些以科学-技术为主导的人类行为,很多都是从根本上改变了事物存在的自然属性的行为,如转基因的后果、克隆人的后果等,行为动机本是善意的,但人们并不清楚这种善意的动机是否一定能带来善良的结果,因为很多后果都需要跨越一段漫长的时空之后才能具体显现出来。换言之,人们的行为结果具有很大的不确定性,人们无法预先确知自己行为的影响。无法确知影响,当然也就无法确定责任,无法确定责任,也就无法建立相应的责任约束机制来限定那些明知是很大风险却又无法定义的风险。在这种情况下,人们既迷失了责任的主体,也无法做出责任的评价。

从人类的角度来说,人们总以为自己也可以成为上帝,并努力做出了许多以上帝的权能才有资格做的事情,做完之后却发现,自己并非全知全能。从特定个体或特定群体的角度来说,随着社会分工与个人主义的膨胀,人们的利益分化日趋严重,他们追求自由、追求发展、追求成就、追求利益最大化,但特定时空与社会资源的限制势必造成这些不同主体间利益的分裂,以致每个人都希望财富个人化而成本社会化,个体利益与社会利益的冲突,结果就是每个人都不想负责任或一心只想转嫁责任,造成主体的社会责任缺失。

四、技术理性的合理化探究

当今世界的发展及其所引发的各种全球性问题告诉人们,科学技术越发展,越需要与自然、与人类的生活经验相适应。“现代社会构建了一个技术统治社会的时代,在这个时代,技术的力量遍布整个社会,不仅是对自然,而且深入到人们的交往——这导致技术对人们头脑的控制,并进而导致实践堕落为技术,堕落为社会非理性。”^[7]在技术实践论的语境下,理论和应用的关系取代了传统意义上的理论与实践的关系,这样一来,技术理性被片面化为工具理性,而这种工具理性又进一步使得实践概念的内涵片面化,使得人的自由自觉的实践活动片面化为以对象控制为核心的技术活动,技术的失控自然而然会导致生态危机甚至社会和文化的危机。这要求人们在理论理性之外发展一种实践智慧,用以指引人的生活与人类的生存,在把人类作为自然生命整体的一部分的意义上,看待和处理人与自然之间的关系。按照中国古代哲学的说法,实践智慧应“通天、地、人”,且“参赞化育”。^①

技术并非是一种纯粹理性的过程,技术理性也并非是一种单纯的工具理性。技术首先是一种人类的有目的的设计活动,技术的思维方式也可以说就是“设计”。^②这种设计不仅是理性的设计,也是理想的设计。根据中国学者陈凡和王桂山的看法,“设计思维形成人的实践活动的观念,我们也可以称之为实践理性。这里的实践理性是建立在实践基础之上的实践观念,是一种绘制蓝图、刻画意想之中的应然状态的思维方式。这种思维方式是以追求对象在实践活动中达到预期效果和目标为价值取向的”。^[8]那么,如此说来,前文所说的技术理性就是建立在技术实践基础之上的技术实践观念,技术理性是一种特殊的实践理性,是不断发展着的具有综合性、整合性的实践理性。这种实践理性基于自然又面向社会与经验个体,它的理想就是通过技术设计将文化、道德与科学和谐地融会到技术之中,在观念中建构出理想的客体。此外,从一定的意义上说,设计也是从理性到感性、从理论到实践过渡的一个中间环节,要求一种具有创造性的关系经验思维,理论理性在这个过程中要合理地转变为实践理性,过渡才能理想而顺利地完成。如哈贝马斯所说,“实践理性不仅追求可能性和合目的性,而且也追求善”^[9],但当前,“技术生活被置于人类的伦理道德生活之上,以创制为主要内容的实践越来越缺失了

伦理的维度”^[10],所以,当代社会实践的发展迫切地要求技术理性展现出更多的人文关怀和价值意蕴,归还技术活动的人性本质——合目的性与合规律性的统一、主体尺度和客体尺度的统一、价值属性和工具属性的统一。在技术设计中,如果技术的合目的性、主体尺度与价值属性能够得到有意识的凸显,人的感性经验中的丰富个体内涵与超越性的价值信念都可以得到充分的体现,人文精神将在科学的社会应用中得到彰显。

总之,生态文明是一种人与自然共生的合人性的文明形态。基于这一文明视角,人们应该在对技术的合理化探究过程中更深入地思考的一个问题是:在人类伦理观变化的过程中,科学技术到底起了什么作用?科学技术显然改变了人的存在方式,也改变了人对自然的看法以及人对自身的看法,那么,科学技术是否也根本改变了人性呢?当然,如果科学技术不能从根本上改变人性,人们就有要求科学技术必须人性化的充分理由。

注释:

- ① 详见《中庸》第22章:“惟天下至诚,为能尽其性;能尽其性;则能尽人之性;能尽人之性,则能尽物之性;能尽物之性,则可以赞天地之化育;可以赞天地之化育,则可以参天参矣。”“参赞化育说”提出以诚生物,突显了自然界的价值意义,即认识到人与物同样是自然这一生命整体的组成部分,尊重、同情万物,在尽人性、尽物性中参与天地之化育,促成万物的生长。
- ② 设计这种思维方式是同认知一样具有普遍性的,广泛地存在于人类的任何实践活动之中——政治、经济、文化、教育、宗教、管理等,它可以是一个社会问题,可以是一个文化问题,也可以是一个伦理问题。设计“产生于人类发现和创造有意义的生存方式和生活秩序的需要,是人基于生存和生活的需要而对事物在观念上和实际地加以组织和改造的过程。”详见朱红文所写的《“设计哲学”的可能性和意义》,载《哲学研究》2001年第10期。

参考文献:

- [1] 赖章盛. 关于生态文明社会形态的哲学思考[J]. 云南民族大学学报:哲学社会科学版,2009(5):38—40.
- [2] Theodor W Adorno. Culture industry reconsidered[J]. New German Critique, 1975(6):18—19.
- [3] 马歇尔·麦克卢汉. 理解媒介——论人的延伸[M]. 何道宽,译. 北京:商务印书馆,2000:53—58.
- [4] Michael Young. The metronomic society: natural rhythms and human timetables[M]. London: Thames and Hudson,1988:163.
- [5] 王大洲,关士续. 技术哲学、技术实践与技术理性[J]. 哲学研究,2004(11):55—60.
- [6] 赵建军. 超越技术理性批判[J]. 哲学研究,2006(5):107—113.
- [7] 丁力群. 理论与实践的关系:本真涵义与变质形态——从亚里士多德实践哲学说起[J]. 哲学动态,2012(1):31—37.
- [8] 陈凡,王桂山. 从认识论看科学理性与技术理性的划界[J]. 哲学研究,2006(3):94—100.
- [9] 哈贝马斯. 对话伦理学与真理问题[M]. 沈清楷,译. 北京:中国人民大学出版社,2005:67.
- [10] 吴彤. 实践的诠释与现象学[J]. 哲学研究,2012(2):85—91.

基于内生增长理论的人口生育率问题研究

贺俊, 胡家连, 刘青芳

(中国科学技术大学 管理学院, 安徽 合肥 230026)

摘要: 以成本-效用理论为基础构建一个人口内生经济增长模型来考察经济发展对人口生育的影响。数值模拟结果表明,在稳定状态下经济发展与人口生育之间呈现倒U型关系。实证结果验证了理论分析的正确性。

关键词: 成本-效用理论;内生经济增长;生育率;经济发展;数值模拟

中图分类号: F061.2 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0085-05



Study of Fertility Rate Based on Endogenous Growth Theory

He Jun, Hu Jialian, Liu Qingfang

(School of Management, University of Science and Technology of China, Hefei 230026, China)

Abstract: Based on the cost-utility theory, this article tries to build a model of endogenous economic growth of population to indicate that economic development has an impact upon population fertility. By analyzing the result of the numerical simulation of the model, the article finds that, in the stabilized state, there exists an inverted-U-shaped relationship between the economic development and the population fertility. The result of the empirical test, to some extent, proves of the correctness of the theoretical analysis.

Key words: cost-utility theory; endogenous economic growth; fertility rate; economic development; numerical simulation

一、引言

自 Malthus 发表《人口论》以来,有关经济发展与人口生育之间关系的讨论一直都在持续着,经济发展与人口生育之间究竟存在何种关系?如何才能在经济框架内予以更合理的解释?国内外学者已对这个问题做了大量研究,研究的角度和侧重点都有所差别,结论也是各不相同。国外代表性的研究有:Hansen 的研究结果表明人口增长对经济发展存在积极的推动作用。^[1] Simon 肯定了人口增长的积极作用。^[2] 但 Leibenstein 的研究表明人口增长与经济发展呈逆向关系,从而其认为人口增长最终导致经济贫困。^[3] Darrat 的研究结果进一步佐证了人口负效应的观点。^[4] 此外,Kuznets 对大量历史数据进行分析后认为人口增长与经济发展之间并没有表现出任何明显关系。^[5] Thornton 对拉丁美洲国家的研究也得出同样的结论,即人口问题对经济增长表现

为中性。^[6] 不同学者在不同假设条件下得出了截然不同的结论,这就注定了有关人口问题争论的长久性和持续性,不过上述学者的研究结论都是在人口外生的假设条件下得出的。Becker 主张将人口生育率作为经济系统的内生变量,并发展性的给出了人口生育率与经济发展之间关系的理论框架,进而实现人口内生,这使得这一领域的研究再次取得突破。^[7] Barro 的研究成果进一步证明了 Becker 研究思路的合理性。^[8]

中国学者也从不同角度对此进行了大量研究,理论方面代表性的研究有:庄子银构造了一个人口内生经济增长模型,从理论上分析人口与经济增长的相互作用。^[9] 何一农和胡适耕在随机状态下建立了一个环境内生条件下的人口增长模型,并按照微分方程的稳定性理论对其进行了均衡分析和动态分析。^[10] 实证方面代表性的研究有:胡鞍钢用回归方法得出人口增长与经济增长负相关的结论。^[11] 都阳的研究成果表明人口因素对经济发展的影响是动态

的,出生率增加对中国经济发展的负面影响越来越小。^[12]而宋光辉运用误差修正模型验证得到中国人口增长与经济发展存在长期稳定关系的结论,人口数量的增加对经济发展有明显的正效应。^[13]郎永清的研究成果支持了人口正效应观点。^[14]此外,蔡昉和王美艳在对中国人力资本与地区经济发展进行分析的基础上,得出人口可能促进经济发展,也可能阻碍经济发展,其完全可能因为国家的不同、历史时期的不同而表现出截然不同的特性。^[15]

至此不难发现:现有文献中的绝大多数都是以人口外生说为理论基础进行分析讨论的,为数不多的内生论研究者也只是从理论上进行了简单分析,并没有就实际数据进行内生性判断。

二、理论模型

假设有一个连续无限期存在的代表性家庭,而且家庭成员都是完全理性的,则最大化效用函数为

$$\int_0^{\infty} e^{-\rho t} U(c_t, n_t) dt$$

其中: c_t 为 t 期人均消费; n_t 为 t 期人口生育率; ρ 为时间偏好率,为常数。考虑到生育对家庭预算的影响,笔者在 Leibenstein^[16]建立的“成本-效用”理论框架下将通常意义下的人均资本运动方程,即

$$\dot{k} = w + (r - n - \delta)k - c \quad (1)$$

其中: w 为家庭人均工资水平; r 为无风险收益率; δ 为资本折旧率。

作如下两方面调整:

第一,家庭生育必须支付生育成本,包括抚养成本和母亲为抚养孩子而放弃的机会成本,假设每年必须支付生育成本 η 。一般说来,随着经济的不断发展,抚养成本和抚养孩子的机会成本均呈现上升的态势,为此取

$$\eta = a_0 + ak \quad (2)$$

其中: a_0, a 为大于零的外生参数。^[17]

第二,生育可以为家庭带来经济上的反馈,为了便于理解,将孩子一生获得的总收益按家庭最优消费原则匹配到生命中的每一年,为此可以认为生育每年可以为家庭带来的经济收益为 β 。一般说来,家庭资本存量的多少决定了孩子受教育质量的高低,同时也在一定程度上反应了父母人力资本水平的高低。一方面,家庭资本存量越多,人们认为孩子受教育的质量越高;另一方面,家庭资本存量越多,人们倾向于认为父母人力资本水平也越高,这就使得孩子人力资本水平相应提高(工作前视为潜在人力资本),这可以理解为财富和人力资本在家庭内

部的溢出效应。孩子高质量的人力资本可以为家庭带来较高的经济收益,为此取

$$\beta = b_0 + b(\bar{N}k) \quad (3)$$

其中: $\bar{N}k$ 为家庭资本存量; \bar{N} 为平均家庭规模; b_0, b 为大于零的外生参数。^[18]

由此可以得到家庭个体预算约束方程,即

$$\dot{k} = (r - n - \delta - a + b\bar{N})k + w - c - a_0 + b_0 \quad (4)$$

家庭生育最优决策问题可以表述为

$$\begin{cases} \max_{c,n} \int_0^{\infty} e^{-\rho t} U(c_t, n_t) dt \\ \dot{k} = (r - n - \delta - a + b\bar{N})k + w - c - a_0 + b_0 \\ k(0) = k_0 \end{cases} \quad (5)$$

笔者选用 Cobb-Douglas 形式的个人效用函数^[19],即

$$U(c, n) = c^\alpha (\bar{N}n)^{1-\alpha}, \alpha \in [0, 1] \quad (6)$$

构造 Hamilton 函数,即

$$H = c^\alpha (\bar{N}n)^{1-\alpha} + \lambda [(r - n - \delta - a + b\bar{N})k + w - c - a_0 + b_0] \quad (7)$$

其中: c, n 为控制变量; k 为状态变量,由一阶条件可得

$$(\alpha - 1)g_k = \rho - (r - n - \delta - a + b\bar{N}) \quad (8)$$

进一步化简可得

$$\begin{aligned} n &= (\alpha - 1)g_k - A = (\alpha - 1)d(\ln k) - A, \\ A &= \rho - (r - \delta - a + b\bar{N}) \end{aligned} \quad (9)$$

为了便于分析经济发展与人口生育之间的关系,笔者用人均资本存量表征经济发展水平。

三、数值模拟

为了简化分析过程,先对式(9)进行3阶 Taylor 展开,然后再依据 Barro 以及胡适耕和吴付科^[20]的取值方法,令 $\rho = 0.02, \delta = 0.02, r = 0.05, \alpha = 0.5, a = 0.5, b = 0.3, \bar{N} = 4$,对于那些不影响经济发展与人口生育关系的非参数,即式(9)不含有的参变量,均取值为零,于是可以得到最终的模拟函数式,即

$$n = -0.5k^2 + 1.5k - 0.79 \quad (10)$$

进而可以得出经济发展(人均资本存量)与人口生育关系图,模拟结果如图1所示。

从图1可见,经济发展水平与人口生育之间呈现倒U型关系,换言之,当经济发展水平较低时,随着经济的不断发展,人口生育率将呈现上升的态势;当经济发展水平较高时,人口生育率却随着经济的进一步发展而呈现下滑的态势,这样的模拟结果不仅证明了库兹涅茨假说在人口经济中的适用性,也很好解释了发展中国家人口不断攀升,而发达国家

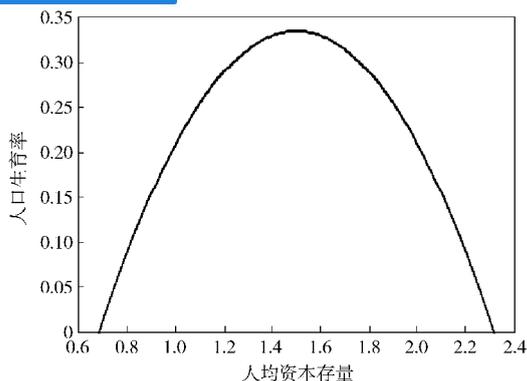


图1 人均资本存量与人口生育模拟关系图

家人口增速不断下降,甚至呈现负增长的现象。

从图1还可发现,在 $k=0.68$ 处,人口增长由负增长变为正增长,对于贫困国家居民而言,在他们心里存在一个由当地社会风俗习惯决定的“最低生活保障基准”,若家庭人均资本存量低于这个最低基准,他们只会更加努力地解决食物问题,而无暇顾及及其他问题,一旦食物问题得以解决,他们将会考虑生育以储蓄更多劳动力。在 $k=2.32$ 处,人口增长由正增长变为负增长,对于发达国家居民而言,人们会权衡生育给他们带来的经济正效应与成本负效应之间的利害关系,随着经济的不断发展,一方面,生育孩子的成本越来越高,另一方面,由于养老保障体系的完善,养儿防老的收益在下降,人们可能会做出减少生育的决策,这样就使得人口负增长成为可能,并最终演化为现实。由于生育主要由养育孩子的成本与收益决定,随着经济的不断发展,生养成本在不断上升,相对收益却在不断下降,这必然就存在某一使得二者相等的经济发展水平,而 $k=1.50$ 刚好就是这一临界水平,即人口生育率最高点。在 $k \in [1.50 - \varepsilon, 1.50)$ (ε 为任意小正实数)时,收益大于成本,人口生育率不断上升,此时人力资本水平相对较低,经济发展是依靠廉价劳动力带动的粗放式增长,而粗放式增长反过来又需要更多的廉价劳动力,这是一种与较低经济发展水平相适应的人口经济循环状态;在 $k \in (1.50, 1.50 + \varepsilon]$ 时,收益小于成本,理性家庭会选择“少生、优生”,此时人口生育率不断下降,但人口总量仍在上升,这时人力资本已经发展到较高水平,“少生、优生”的生育决策是家庭最优选择。

四、实证分析

为了检验理论分析的正确性,笔者在人口生育自回归模型基础上引进表征家庭对教育和卫生支出负担的变量(家庭人均教育支出、人均卫生支出)以

及表征经济发展水平的变量,构建了一个人口生育计量模型,即

$$n_t = \text{const} + \sum_i \alpha_i n_{t-i} + \sum_j \beta_j y_t^j + \xi_{jt} \text{jiao}_t + \zeta_{jt} \text{weish}_t + u_t \quad (11)$$

其中: u_t 为随机扰动项; y_t 为 t 期人均国内生产总值,表征经济发展水平; n_t 为 t 期人口出生率,表征 t 期人口生育水平; j-t-jiao_t 为 t 期家庭人均教育支出,用家庭人均学杂费支出表征家庭人均教育支出负担; j-t-weish_t 为 t 期家庭人均卫生支出。文章选取1980年到2012年共33组数据进行实证检验,所有数据均来自于《中国统计年鉴(2012)》和中宏教研数据支持系统,部分缺失数据采用二次样条插值予以补全。此外,人均国内生产总值单位为万元,家庭人均支出单位为千元。

对于滞后阶数的确定,采用Hsiao构造的最终预测误差(Final Prediction Error, FPE)准则予以确定。^[21]先构造一个简化的计量模型,即

$$y_t = \alpha_0 + \sum_i \alpha_i m2_{t-i} + u_t \quad (12)$$

回归可得残差平方和 $\text{RSS}(i)$,则有

$$\text{FPE}(i) = \frac{T+i+1}{T-i-1} \cdot \frac{\text{RSS}(i)}{T} \quad (13)$$

其中: $T=33$ 为样本时期,选取使得 $\text{FPE}(i)$ 最小的 i_{\max} 作为最佳滞后阶数,实际上只需满足

$$i_{\max} = \arg \min_i \text{FPE}(i) \quad (14)$$

最终确定的最优滞后阶数 $i_{\max}=2$ 。

对于高次阶数的确定,令 $z_{jt} = y_t^j$,先将高次项转化为线性齐次项,再构造一个相应的计量模型,即

$$k_t = f_0 + \sum_{j=1}^{\infty} f_j z_{jt} + v_t \quad (15)$$

其中: v_t 为随机扰动项;从 $j=1$ 开始,逐次进行OLS回归以确定最大 j 值,直至出现回归系数无法通过显著性检验为止,记对应的 j 值为 j_{\max} ,可以初步判定 $j_{\max}=3$ 。

事实上,理论模型已经证明人口的内生性,但理论分析是否符合中国的实际情况呢?出于这一层面的考虑,在进行回归分析之前,先借助Granger因果检验进行人口内生性判断,笔者的分析原理是:若经济发展对人口生育构成Granger原因,则认为人口在中国表现为内生性;若人口生育对经济发展构成Granger原因,则认为人口在中国表现为外生性,检验结果如表1所示。

从表1可知,人口生育与经济发展之间互不构成Granger因果原因,为了发现二者之间的内涵关系,采取H-P滤波法对二者进行趋势分解,对分解

后表示二者长期趋势的趋势数据进行 Granger 因果检验,其结果如表 2 所示。从表 2 数据可知,人口生育不是经济发展的 Granger 原因,但经济发展是人口生育的 Granger 原因,换言之,人口内生性在中国是适应的,这样就证实了理论分析的合理性。

表 1 Granger 因果检验结果

零假设	F	P
人口出生率不是经济发展的 Granger 原因	0.317 6	0.730 7
经济发展不是人口出生率的 Granger 原因	0.197 8	0.821 7

注:滞后阶数为 2。

表 2 H-P 滤波分解后 Granger 因果检验结果

零假设	F	P
人口出生率不是经济发展的 Granger 原因	1.643 4	0.230 7
经济发展不是人口出生率的 Granger 原因	7.279 2	0.000 0

注:滞后阶数为 2。

对式(11)逐次进行 OLS 回归,依次剔除最大 P 值对应的自变量,直到所有参数均能通过系数显著性检验。回归结果表明,在显著性水平为 10% 情况下均能够通过系数显著性检验,此时 F 统计量对应的 P 值为零,说明回归模型也是显著的,最终回归结果为式(16),具体如表 3 所示。

表 3 实证检验回归结果

变量	回归系数	标准差	t	P
常数项	0.077 3	0.021 2	3.634 3	0.001 2
n_{t-1}	0.509 1	0.140 5	3.624 6	0.001 2
y_t	0.052 2	0.015 9	3.274 9	0.003 0
y^2	-0.012 1	0.003 0	-4.097 0	0.000 4
jt_jiao	-0.291 4	0.154 7	-1.884 4	0.070 7
jt_weish	-0.107 9	0.039 8	-2.712 5	0.011 7

$$n_t = 0.5091n_{t-1} - 0.0121y^2 + 0.0522y_t - 0.2914jt_jiao_t - 0.1079jt_weish_t + 0.0773 \quad (16)$$

对于表征经济发展水平的参数而言,回归系数出现了一次项系数为正,二次项系数为负的情形,这说明人口生育率与经济发展之间呈现倒 U 型关系,即随着经济的不断发展,人口生育率呈先上升后下降的态势,这说明中国人口生育率的下降不仅是计划生育政策作用的结果,还是经济发展的结果,人口生育率内生于经济系统,这就决定了人口生育率的变化将最终取决于经济系统中各参数的共同作用,实证结果不仅验证了理论模型的正确性,也验证了库兹涅茨假说在中国人口经济中的适用性。令 $\partial n / \partial y = 0$ 可得:在 $y^* = 2.1570$ 时,中国人口生育率将达到最高点,这就说明中国人口生育水平理应在 2007 年或 2008 年达到最高点,事实却是中国人口生育率在 20 世纪 80 年代末期就已经越过最高点,这说明中

国人口生育政策对人口生育的控制发挥了一定作用,加速了人口生育峰值的到来,如表 4 所示。

表 4 人均 GDP 和人口生育率

年份/年	人均 GDP/万	年份/年	人口生育率
2007	2.016 9	1986	0.224 3
2008	2.370 8	1987	0.233 3
2009	2.560 5	1988	0.223 7
2010	3.001 5	1989	0.215 8

回归结果还表明人口生育政策本身具有很强的滞后作用,社会计划者并不是完全理性的,社会计划者在进行人口生育政策调整时主要依据上一年度统计数据来判断当前人口生育政策的实效性。若前一年度人口生育政策实现了预期目标,社会计划者将认为当年度甚至未来几年人口生育政策都会运行得很好;反之,将调整当前人口生育政策以尽快实现人口政策预期。由回归结果可知,前一年度人口生育政策的运行效果对当年度人口生育政策的影响度为 0.5091,因此,可认为前一年度人口生育政策的实施效果在很大程度上影响了当年度人口政策的制定。

一般说来,家庭教育支出的不断攀升将使得生育成本不断增加,当生育成本大于收益时,理性家庭会选择减少生育,这样就使得人口生育率趋于下降。回归结果表明,中国家庭教育支出与人口生育率呈负相关关系,这说明中国居民家庭教育支出的迅速增加是造成人口生育率下降的重要因素。生育率内生于经济系统本身说明中国人口生育率的下降不只是计划生育政策作用的效果,同时还受经济系统中相关参数(家庭人均教育支出)的影响。对于家庭卫生支出而言,家庭对卫生支出的增加预示着家庭生育成本的增大,因而,可通过改变生育成本与收益之间的关系使人口生育率趋于下降。回归结果表明:中国家庭卫生支出与人口生育呈负相关关系,这再次说明生育率内生于经济系统本身。随着经济的不断发展,家庭教育支出与家庭卫生支出均呈现上升趋势,这样就使得养育孩子的成本不断上升,高养育成本最终将主导家庭生育决策,使得生育率趋于下降,这说明一些发达国家和地区的人口变化规律同样适用于发展中国家,也进一步说明生育率内生于经济系统本身。

五、结论及政策建议

第一,现有文献在研究经济发展和人口生育关系时,绝大多数是以人口外生说为理论基础进行分

析讨论的,为数不多的内生论研究者也只是从理论上进行了简单分析,并没有就实际数据进行内生性判断,笔者的研究不仅在构建的人口内生经济增长模型中考虑生育给家庭带来的正效应以弥补现有文献中仅考虑生养成本导致的负效应问题,还基于Granger因果检验解决了人口内生性的判断问题,这样就从根本上解决了人口生育与经济发展关系问题。

第二,为了更好地研究经济发展对人口生育的影响,笔者对模型求解结果进行数值模拟分析,模拟结果表明:经济发展与人口生育之间呈倒U型关系,这样的结果不仅证明了库兹涅茨假说在中国人口经济中的适应性,也很好解释了发达国家人口增长率不断下降,甚至出现负增长,而发展中国家人口却在不断攀升的现象。当然,实际情况要比理论系统复杂的多,就像实证结果表明的那样,倒U型关系是经济系统中各参数共同作用的结果。

第三,由表2和表4可知,生育率内生于经济系统,中国计划生育政策达到了很好的预期效果,使得中国人口生育率峰值的到来提前了十年左右。

第四,回归结果表明,中国家庭教育支出和家庭卫生支出与人口生育率均呈现负相关关系,这进一步说明了中国人口生育率内生于经济系统。此外,也可得到启示:控制人口规模不一定非得出台严格的“一胎”或“二胎”政策,政府的教育政策、公共卫生政策、养老保障政策等其他公共政策都会通过改变行为人为养育孩子的成本收益而影响家庭生育决策,通过这些柔性的公共政策来影响人们的生育决策可能比严格的计划生育政策有更大的灵活性和调整空间。

第五,笔者的基本结论是人口生育率内生于经济系统。经济的发展会改变家庭生育的成本收益关系,随着经济的不断发展,中国人口生育率最终会出现下降趋势,计划生育这一外部政策变量只是使得人口生育率下降趋势提前出现。这就要求社会计划者应充分认识人口生育率内生于经济系统的发展变化规律,在实现控制人口总量的政策目标之后,放松人口数量控制,将人口政策的重点向人口质量上倾斜,这样才能真正达到控制人口数量、优化人口结构的目标。当然,中国人口基数较大,人口生育政策效果容易通过“分母效应”得以放大,在调整人口生育政策时必须考虑到这一特性。事实上,人口生育问题要比理论系统复杂得多,会随时间、区域而有明显的差异。中国人口问题就表现出很强的区域性,在落后的农村地区,为了控制人口的快速增长,政府可

能仍需努力,而在大城市和沿海发达地区却出现了人口负增长的态势,此外,中国还出现了“未富先老”的人口格局,这就需要政策制定者适时的动态调整人口生育政策以实现人口结构的进一步优化。

参考文献:

- [1] Hansen A. Progress and declining population [J]. *American Economic Review*, 1939, 29: 1—5.
- [2] 朱利安·L·西蒙. 人口增长经济学[M]. 北京: 北京大学出版社, 1984: 20—34.
- [3] Leibenstein H. *Economic backwardness and economic growth* [M]. New York: Wiley, 1957: 241—295.
- [4] Darrat A F. On the long-run relationship between population and economic growth: some time series evidence for development countries [J]. *Eastern Economic Journal*, 1999, 25(3): 301—313.
- [5] 库兹涅茨. 现代经济发展[M]. 北京: 经济科学出版社, 1989: 59—146.
- [6] John Thornton. Population growth and economic growth: long run evidence from Latin America [J]. *Southern Economic Journal*, 2001, 68(2): 464—468.
- [7] Becker G S. An economic analysis of fertility: in demographic and economic change in developed countries [M]. New Jersey: Princeton University Press, 1960: 481—503.
- [8] Barro R J. Economic growth in a cross section of countries [J]. *Quarterly Journal of Economics*, 1991, 106: 407—443.
- [9] 庄子银. 内生人口经济发展与长期经济发展[J]. *世界经济*, 2002(4): 3—15.
- [10] 何一农, 胡适耕. 环境污染、内生人口增长与经济发展模型[J]. *华中科技大学学报: 自然科学版*, 2004, 32(9): 114—116.
- [11] 胡鞍钢. 中国发展报告: 社会与发展——中国社会地区差距研究[M]. 杭州: 浙江人民出版社, 1999: 35—67.
- [12] 都阳. 人口转变的经济效应及其对中国经济发展持续性的影响[J]. *中国人口科学*, 2004(5): 33—40.
- [13] 宋光辉. 我国人口与经济发展长期稳定关系的实证分析[J]. *西北人口*, 2004(3): 15—18.
- [14] 郎永清. 人口效应及其对中国经济发展的影响[J]. *人口与经济*, 2007(1): 1—6.
- [15] 蔡昉, 王美艳. 人口密度与地区经济发展[J]. *浙江社会科学*, 2001(6): 12—16.
- [16] Leibenstein H. Pitfalls in benefit-cost analysis of birth prevention [J]. *Population Studies*, 1969, 23: 161—170.
- [17] Robert J Barro. *Economic Growth* [M]. New York: McGraw Hill, 1995: 303—334.
- [18] 李竞能. 当代西方人口理论[M]. 上海: 复旦大学出版社, 2004: 27—63.
- [19] 李小宁, 任若恩. 经济发展模型中的人口机制[J]. *北京航空航天大学学报: 社会科学版*, 1993(3): 75—78.
- [20] 胡适耕, 吴付科. 宏观经济的数理分析[M]. 北京: 科学出版社, 2004: 63—75.
- [21] Hsiao C. Autoregressive modeling and monetary income causality detection [J]. *Journal of Monetary Economics*, 1981, 7(1): 85—106.

基于旅游软实力的县域旅游品牌构建 ——以浙江衢江为例

金运成

(浙江外国语学院, 浙江 杭州 310012)

摘要: 当今县域旅游品牌建设陷入困境。为促进中国县域旅游业健康发展,对浙江衢江旅游业进行深入调研和SWOT分析,指出县域文化观念相对滞后、文化资源总体水平不高、文化建设人才缺乏等问题既阻碍了县域文化的发展,也影响到衢江旅游业的进一步发展。因此,以旅游品牌构建为目的的旅游软实力培育是提高衢江旅游业区域竞争力的关键,应在观念、战略、路径、资源等方面努力,使旅游软实力促进县域旅游品牌的建设。

关键词: 旅游软实力; 县域旅游品牌; 县域文化观念; 县域文化资源; 区域竞争力; 衢江
中图分类号: F59 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0090-04



Soft-Power Based Brand Building of County Tourism Travel: A Case Study of Qujiang, Zhejiang

Jin Yuncheng

(Zhejiang International Studies University, Hangzhou 310012, China)

Abstract: The current construction of county tourism branding remains stagnant. To solve the problem and promote the healthy development of county tourism in China, a research on the tourism industry in Qujiang is made and a SWOT analysis is conducted. Based on the result of the research, the paper finds that the deterrents for the development of the county culture include the lagging culture outlook, the poor culture resources and the lack of talents for culture operation, which influenced the further development of tourism industry in Qujiang. The paper proposes that it adopt soft- power based brand building to improve the competitiveness of tourism in Qujiang with a focus on concept, strategy, solutions and resources.

Key words: tourism soft power; county tourism branding; county culture concept; county culture resources; regional competitiveness; Qujiang

自2002年十六大报告中明确提出壮大县域经济的战略任务以来,中国县域经济得以快速发展,其中旅游业在促进县域经济发展、增加县域居民收入、优化县域产业结构、改善县域人居环境和促进县域精神文明建设等方面做出了突出贡献。从旅游经济角度来看,县域旅游产业是支撑省市乃至全国旅游业发展的重要基石。因此,旅游学界也开展了关于“县域旅游”的主题研究,基本形成了中国县域旅游研究的理论构架,但目前理论和实践的研究主要集

中在发展模式、旅游规划、旅游开发、旅游要素和研究方法这五个方面,缺乏对中国县域旅游发展目标和路径的研究,尤其缺乏对中国旅游行业综合实力和核心竞争力的研究。^[1]国内外经验证明,成功的行业必定是那些既重视硬实力建设又重视软实力发展的行业。目前,中国大多数行业的文化软实力与其自身的经济实力和国际地位不太相称,旅游业同样忽视了行业文化软实力对行业发展的推动作用,在县域旅游发展的过程中同样存在这样的问题。

一、旅游软实力和县域旅游品牌的内涵界定

(一) 旅游软实力

软实力一词来源于英文“Soft Power”，20世纪90年代美国哈佛大学约瑟夫·S·奈在研究国际关系时首先提出了这一概念。他认为，一个国家拥有的军事和经济实力可称为硬实力，与之相对应的还有一种软实力，即“国家通过自己的吸引力实现国家目标的能力”。这种软实力来源于国家的文化、政治观念和对外政策的吸引力，可细分为文化软实力和体制软实力。^[21]文化是国家软实力的重要组成部分，文化软实力在软实力中居于核心和主导地位。^[3]因此，与提升硬实力相比，提升软实力更为艰巨、重要。

确切地说，旅游软实力是旅游目的地在主客双方的文化对比、形象营销和旅游产品竞争中形成的，使旅游者服膺旅游目的地文化，修正其文化偏好的能力。^[22]它能够对接不同旅游者的深层欲望，使其进行印象深刻的体验实践，产生不断光顾旅游目的地的冲动。

县域旅游产业的竞争归根结底是区域影响力的竞争，即县域经济实力和实力。改革开放30多年来中国旅游产业的发展实践充分证实了越是注重保护、挖掘和利用地方文化，旅游产品就越有内涵，地方旅游形象就越鲜明，旅游产业发展就越有质量，旅游的综合效益就发挥得越充分。

文化软实力与旅游产业系统的边界基本重合，属于旅游产业的可控因素，将文化软实力与旅游产业组合在一起可以形成一个新概念。因此，文章讨论的旅游软实力特指既定旅游政策下，与旅游产业相关的区域文化软实力，它包括相应的心理、制度和伦理等方面。^[22]

(二) 县域旅游品牌

县是国家行政管理的基本单元，有一定的相对独立性和能动性，功能较完备和健全。如同一般实体产品和服务一样，不同的地理位置和空间区域都可以视为品牌，不同地区的旅游发展也逐渐形成显性或隐性的旅游品牌。^[4]

县域旅游品牌可以定义为县一级行政区域依托当地资源和优势所确立的代表该县域及其旅游产品和服务形象的，并使之与其他县域及其旅游产品和服务区别开来的名称、标记、符号或它们的组合，它是旅游目的地、旅游企业和旅游产品的高度统一体，

体现着该旅游区域的个性和消费者对该旅游区域的认同程度。^[5]

县域旅游品牌集中体现了该区域旅游竞争力的强弱，是区域旅游进一步发展的推动力。成功的县域旅游品牌如果能够被旅游者识别并记住，则表示该区域旅游形象对游客产生了强烈的吸引力。构建县域旅游品牌是提高县域旅游目的地知名度的重要基础和前提，而文化软实力在这个培育过程中发挥着重大的作用。

二、衢江旅游发展SWOT分析

衢江旅游发展以乡村旅游为主。截至2011年底，衢江有农家乐特色村(点)15个，其中市级以上村点10个；经营户142户，其中三星级以上经营户50户；床位1240张，餐位5600个；年接待游客40万人次，经营总收入2000万元。

(一) 衢江旅游发展的优势

1. 地理位置

衢江于公元192年开始设县，地处浙闽赣皖四省边际交界处，位于杭州、上海3~5小时经济圈内，是“泛长三角”“泛珠三角”“海西”三个经济区的交汇地带，从地理位置看呈环绕衢州市区之势，具有明显区位优势。

2. 自然资源

衢江旅游资源十分丰富，有开发潜力的一级以上旅游资源单体186个，其中优良级32个。拥有乌溪江国家湿地公园、紫微山国家森林公园、乌溪江国家水利风景区、世界地质奇观中国节理石柱。拥有国家一级、二级水资源22亿立方米，是全国生态保持良好地区前九强和中国竹炭之乡、椪柑之乡。近年来，以打造“四省边际休闲旅游胜地”为目标，开发建设了一批精品景区，主要由“三大区”组成，即衢南的山水文化休闲旅游区，衢北的溶洞奇观红色(探险)区、现代农业观赏区和衢东的名胜古迹揽胜区。此外，每年还结合衢江各地民俗风情，举办大路三月三畚族风情旅游节、东坪登山旅游节、乡村美食节和时令花果采摘节等节庆活动。丰富的生态资源、文化资源和物产资源，加之一批优秀文化底蕴和产业特色的自然村落，构成了丰富的县域旅游资源，为县域旅游发展奠定了坚实基础。

3. 历史文化

作为历史文化名城的衢州，全市拥有新石器时代以来古遗址138处、古墓葬78处、古建筑784处、碑刻和纪念性建筑等总共2060余处。其中国家级

重点文物保护单位2处,省级重点文物保护单位7处。衢江是孔氏宗庙建筑和文化内涵最为丰富的区域。在众多的寺观庙宇、厅堂馆舍、亭台楼阁、城池桥涵中,府城古城垣、城楼气势最为宏伟,具有鲜明的地域文化特色。

(二) 衢江旅游发展的劣势

虽然从旅游发展趋势来看,衢江旅游经济呈现持续增长的局面,但是也存在着一些亟待解决的问题。表现在:衢江缺乏旅游产业联动发展的整体规划;特色鲜明的景区较少、旅游产品开发理念相对落后,旅游产品单一且文化内涵不足,产品同质,品牌建设不力;区域旅游环境有待进一步改善,旅游竞争力亟需提高;区域旅游产品宣传力度不够,景区管理不善,从业人员诚信度不高,服务质量较差等。

(三) 衢江旅游发展的机遇

1. 旅游需求旺盛

近年来,中国国民可自由支配的收入不断增加,闲暇时间愈来愈多,汽车家庭化的趋势愈来愈明显,出城休闲度假的概念易为人们所接受。在很多城市,周末或假日到城郊休闲度假成为很多人的选择,周边的城郊型休闲度假旅游发展迅速。人们的旅游方式由观光旅游向休闲度假转变,这使得城市居民的城郊型短线休闲度假旅游需求旺盛。这些趋势为衢江发展休闲旅游提供了良好的机遇。

2. 产业政策优势

《全国乡村旅游发展纲要(2009—2015年)》提出:“通过大力发展乡村旅游,形成种类丰富、档次适中的乡村旅游产品体系;把乡村旅游业培育发展成为繁荣和壮大我国农村经济的特色优势产业;把乡村旅游业发展成为旅游业新的主要力量。”根据《衢江区美丽乡村建设规划》,衢江将建设一批“科学规划布局美、村容整洁环境美、创业增收生活美、乡风文明身心美”的美丽乡村。为扎实打好旅游业大发展战役,做大做强衢江旅游产业,增强企业发展活力,2013年1月,衢江出台扶持政策文件《关于促进旅游业大发展的意见》,进一步加大扶持力度,完善奖励机制。上至国家、省,下至市、区都非常重视县域休闲旅游业的发展,出台了一系列政策,鼓励县域休闲旅游的大力发展。这为衢江旅游的发展提供了良好的政策保障。

(四) 衢江旅游发展面临的挑战

从中国国内县域旅游发展成功的事例可见,目前文化旅游深受旅游者的追捧,追求文化享受已成为旅游者的迫切需求。此外,中国的旅游者越来越成熟,对县域旅游的需求日趋多元化,追求高质量、

有特色、复合型的旅游产品。遂昌、龙泉和安吉等县域的旅游发展比较成熟,给衢江旅游发展带来一定的挑战。

衢江县域旅游是否能够持续稳步地发展,取决于正确的转型发展思路,以及在优化旅游产品结构,打造文化型和体验型产品,促使其旅游市场由旅游过境地向旅游目的地转变等方面的成功实践。

三、衢江县域旅游品牌构建的战略思路

衢江旅游产业在经历了起步探索、产业融合、区域合作等综合发展阶段后,产业发展亟待突破瓶颈,如何以“大产业、大市场、大品牌”为指导思想,探索转型升级的路径和策略,使衢江旅游目的地形象得以明显提升,成为全国重要的生态休闲旅游胜地和四省边际生态休闲旅游胜地,任重而道远。^①

(一) 政府主导、转变观念、传承平台

第一,地方政府必须明确旅游业在整个县域经济中的产业地位,要把旅游业作为国民经济的支柱产业、现代服务业的龙头产业来培育。结合县域旅游发展实际,合理确定县域旅游业的发展规模、要素、结构与空间布局,指导和协调旅游业的健康发展。^[6]

第二,树立旅游产业意识和市场意识,把提升旅游文化软实力作为实现县域旅游发展战略的着眼点,推进旅游产品从单一的观光型向观光休闲度假复合型转变,加快县域旅游品牌建设。^[7]

第三,为增强政府主导县域旅游软实力发展的水平,作好文化传承,成立了县域旅游文化软实力领导小组,形成了基层文化工作队伍。对全县旅游文化软实力的发展做出整体规划,打造衢江区县域旅游文化项目库,达到传承区域独特饮食、民俗、服饰等传统文化和提升县域旅游文化品位的目的,为建设县域旅游品牌奠定扎实基础。

(二) 科学制定旅游品牌发展战略

第一,坚持错位发展战略,统筹衢江区县域旅游产业发展,从体制、制度、发展战略和产业结构等方面,着力塑造衢江旅游品牌,提升旅游的竞争软实力。

第二,明确县域现代旅游软实力的构建目标,即尊重和传承当地传统文化,建立旅游文化的主体地位。充分挖掘衢江地方文化特色和地方优势,扬长避短,避免雷同,开发有个性特征的旅游文化产品,构建衢江县域旅游品牌,确保文化品牌的旅游目的

地市场竞争优势,避免旅游目的地文化品牌的边缘化、盲从化、西洋化,提升旅游目的地文化品牌的国际竞争力和远程辐射力。这是衢江县域旅游品牌发展的重要原则。

第三,顺应旅游经济发展的趋势和要求,彻底改变县域范围内旅游资源条块分割、经营管理各自为政的现状,要解决好体制、机制问题,统一谋划衢江县域旅游资源的开发、建设和管理,实现整体规划、整体建设、整体运营、整体管理,不断提升衢江旅游吸引力、辐射力、承载力,防止重复建设和无序竞争局面的出现。

(三) 构建县域旅游软实力的主体路径

随着国家政治社会经济文化的转型,国人对民族文化和个体文化的自我意识减弱。没有文化主体性不可能提供有吸引力的区域旅游文化资源,也不能自主地进行旅游文化空间的结构化安排,进而难以有效地保障县域旅游文化心理的规范性、旅游文化制度的持续性和旅游文化产品的可靠性。

旅游软实力的本体是旅游目的地与众不同的日常生活,旅游软实力的本质是为旅游目的地所采取的一种旅游实践美学,具体地说就是旅游目的地通过发掘自身有魅力的日常生活资源,向旅游者提供以自身的文化吸引力为核心的产品,满足游客对目的地的日常生活的体验。因此,它与旅游者深层欲望的对接与否及对接的程度大小,直接影响旅游目的地的价值吸引力。重视旅游实践美学,提升旅游目的地的价值吸引力是强化旅游品牌的基础。

县域旅游软实力的主体路径可以通过以下方面构建。

第一,形成反映与时俱进的思维方式、行为方式和审美方式以及合情合理、包容开放、亲善和谐、求真求美的科学精神的衢江县域旅游文化心理品格。

第二,整合衢江县域与民族旅游文化的价值共识,把握旅游文化制度的持续性,即促进旅游主体、介体和客体三者对县域旅游文化价值的认同。

第三,充分发挥衢江县域旅游资源优势,细分旅游市场并重点培育县域旅游品牌市场,设计以立体化的林农渔产业为依托、以“一村一品”“一品一业”“一户一特”的差异化发展为原则、以旅游目的地日常生活审美为核心的系列旅游文化产品,凸显目的地旅游文化的原真性,打造系列化、高品质的旅游产品。

第四,大力扶持、积极培育具有文化原始创新力

的县域旅游企业,注重新兴业态和跨界模式,融合多元化的文化旅游项目,加强旅游文化衍生产品和伴生产品的开发,在主题策划、产品组织、文化营销和政策建议四个领域能够有所创新、有所建树。结合衢江各地民俗风情,举办各类节庆活动,丰富衢江旅游项目,突出衢江旅游特色。

第五,县域旅游必须塑造统一形象,才能提升旅游营销绩效。衢江应尽快改变以往各自为政的现象,通过统一宣传口号,统一视觉形象等措施,统一全区休闲旅游形象,进行整体营销,提升营销效果。同时,提高旅游商品、网络旅游、旅游出版物、节事活动甚至文艺作品等的生产销售能力,共同推进具有文化多元渗透力的旅游项目,达到增强旅游目的地的品牌文化的亲和力的目的。

第六,讲求诚信原则,树立旅游行业良好形象,增强行业的社会责任感,形成先进的旅游行业责任理念以及高尚的伦理道德。衢江应以完善的旅游立法、旅游执法、旅游守法和旅游监督等环节组成的体系作为保障,严控损害消费者的利益、扰乱市场秩序的行为,尤其是旅游从业人员素质、服务质量、旅游合同、产品价格和宣传广告等方面,综合运用法律、行政等多种手段,使失信者付出与其失信行为相应的经济和名誉代价,直至被市场淘汰,最终达到规范衢江县域旅游市场的根本目的。

第七,衢江必须高度重视对创新型旅游人才的培养工作,加强旅游行业文化队伍建设。旅游服务部门的服务水平是衡量一个地区旅游发展情况的重要标准,也是一个地区服务软实力的具体体现。旅游业作为一个服务行业,服务软实力的提升更是离不开旅游从业人员的素质。衢江只有提高从业人员素质,才能更好地打造县域旅游业的核心竞争力,从而推动旅游业长期、健康、可持续发展。衢江应实施县域旅游专门人才战略,健全旅游人才培养机制,加强对从业人员的素质培训,提高进入旅游业从业的资格标准,建立文化创新激励机制,合理引进高素质旅游人才,为县域旅游发展积累人才。

此外,当地居民的好客度也是区域旅游竞争力的最核心要素。衢江应努力而提高当地居民的好客程度,建设当地居民的由内到外的源动力,以保证衢江县域旅游品牌的长期、顺利的发展。

(下转第 108 页)

语言何以是存在的家

——海德格尔的存在主义语言观浅论

王 遥¹, 李景娜²

(1. 山东理工大学 外国语学院, 山东 淄博 255091; 2. 上海外国语大学 研究生院, 上海 200083)

摘要: 海德格尔的存在主义语言观是一种本体论意义上的语言观,他从根本上区分了存在与存在者,把人视为一种特殊意义的存在者,一种语言性的存在,并从人这一特殊存在者出发来追问存在的意义与真理的本质,从而在哲学的层面对存在和语言之间的关系进行了阐释:语言把客观存在进行划分和结合,而存在又以语言的形式反映出来,因而语言成为人领悟存在的必然途径。海德格尔的存在主义语言观从根本上动摇了建立在对象性思维模式上的西方传统存在观,是对柏拉图以来的西方传统哲学的非理性主义超越,在真正意义上实现了西方哲学的语言学转向。

关键词: 海德格尔; 存在主义语言观; 存在; 此在; 真理; 语言

中图分类号: B086 **文献标志码:** A **文章编号:** 1008-2204(2014)03-0094-05



Language is the Home of Existence: A Tentative Study of Heidegger's Existentialist View of Language

Wang Yao¹, Li Jingna²

(1. School of Foreign Languages, Shandong University of Technology, Zibo 255091, China;

2. Graduate School, Shanghai International Studies University, Shanghai 200083, China)

Abstract: Heidegger's existentialist view of language is ontological. Based on his distinction between existence and existent, Heidegger treats human beings as a special kind of existent, or linguistic existence, from which he further explores the meaning of existence and nature of truth. In this way the relationship between existence and language can thus be explained in a philosophical sense, where language divides and combines different forms of existence, which are simultaneously reflected in language itself, thereby making language a prerequisite for human beings to understand existence. Deeply shaking the western traditional view of existence founded on the objectified thought pattern, Heidegger's existential view of language is an irrationalist transcendence of the western traditional philosophy since the Platonic times, and makes the linguistic turn of western philosophy eventually come true.

Key words: Heidegger; existentialist view of language; existence; dasein; truth; language

一、引言

海德格尔哲学的意义在于对西方传统形而上学的对象性思维模式的彻底批判,并致力于建立一种超越于客观主义和主观主义之外的存在主义哲学理念,从而在本体论意义上探寻存在(sein)的本源问题。

自柏拉图、亚里士多德以来,实体的意义始终被

看作是第一位的,其他任何范畴都不能离开它而独立存在,因而实体成为了真正原始意义上的存在。对实体是什么的追问,也就构成了西方传统哲学的基本思维方式。源于笛卡尔主客二分理念的对象性思维模式强化了人与世界的分离状态,隔断了人与存在的关联,不能在真正意义上解释存在意义的本源问题。与之相对的,海德格尔把世界的对象化和人的主体化看作是同一过程,或者说是同一种存在,他把世界看作是征服和改造的对象的同时,也把人

当作是世界之内的某种特殊存在,从而实现了人与世界的融合和沟通。

海德格整个哲学都是围绕着存在问题而展开的,正是对存在的意义问题的苦苦追问使海德格的后期思想转向了语言之路。其实,所谓的转向并不仅仅涉及海德格自己的思想,更牵涉到整个西方哲学思潮的演变。正如伽达默尔所说,海德格的“语言转向”。^[1]海德格后期对语言问题的探讨是以前期关于存在与语言的关系问题为基础的,正如他所说:“只有从在海德格 I 那里思出的东西出发,才能最切近地通达在海德格 II 那里有待思的东西。但海德格 I 又只有包含在海德格 II 中,才成为可能的。”^{[2][3]88} 这表明了海德格前、后期思想的延续性和继承性,对其语言存在论的理解离不开对其关于存在的探讨。

二、存在与存在者

虽然现代哲学,尤其是英美实证主义哲学,大肆排斥形而上学,但海德格认为,关于存在的问题始终是哲学本体论的基本命题,也是西方传统哲学的核心。他认为,虽然自柏拉图以来几千年的哲学家们都在讨论存在,并且尝试建立一种关于存在的科学本体论,但没有人能够真正理解存在的意义,因为整个传统形而上学一直谈论的并不是存在,而是存在者(Seiende)。他们都把存在和存在者等同起来,忽视了二者之间的根本区别,而一直是以认识存在者的方式去领悟存在,这固然是强调了理性主义的本位性,实现了存在与理性思维的一致,然而当他们面对无限的世界,从事理性的自我超越时,难免会力不从心,陷入探索的困境。^[4]因此,海德格把西方传统哲学称作是“无根的本体论”。^{[5]87}他认为存在与存在者之间有着根本性的区别,这种区别实际上是一种“本体论差异”。^{[6]285}

在对传统形而上学进行批判的基础上,海德格对存在和存在者进行了严格的区分,尝试建立一种有根的本体论。在海德格看来,所谓存在者就是指某种已经存在或者说已经显示出其存在状态的确定的事物和现象。存在者有对象性、内容性和规定性的特征,它因存在而成为其自身。然而,相比较而言,存在并不具有存在者所具体拥有的对象性特征,而只是存在者的存在。这也就是说,存在优先于存在者,存在是使存在者得以为其自身的先决条件,没有存在就没有存在者。与此同时,存在和存在者

又是紧密联系在一起的,存在离不开存在者,存在的意义总是要通过存在者表达和显示,存在总是存在者的存在。也正是因为这个原因,存在往往会和存在者混同起来。存在是无法界说的,人们无法追问存在是什么,因为存在并不是独立地存在于存在者之外,它没有任何独特而属于自身的内容和对象。因此,存在不可以看作是一个独立的概念,追问存在是什么,就会把存在当作是存在者。哲学对存在的研究更不能去追问存在是什么,而应当追问存在者怎样存在,描述存在是怎么样的,也就是追问存在者存在的意义是什么。

以往的哲学家总是以追问存在是什么的方式来理解和领悟存在,而忽略了存在在本体论上的优先地位,结果把存在等同于存在者。他们所探寻的其实不是存在的根本问题,而是存在者的表层现象,基于对存在者的领悟而建立起来的哲学只是一种无根的哲学。海德格严格区分存在和存在者,不从存在者入手,而从更本体化的存在出发,由对存在者的研究返回到对存在本身的探寻,澄清和阐明存在的意义,建立自己的存在哲学,使哲学成为有根的本体论,从而实现了哲学本体论意义上的“哥白尼革命”。

三、存在与此在

对存在本质的探索其实就是对存在意义的探索。在对存在意义的问题探索时,人们无法追问存在是什么,因为存在根本就不是一个什么,存在不具有独立的形态,它的作用仅仅是使一切什么成为什么。尽管相比较存在者而言,存在有着本体论意义上的优先地位,但存在总离不开存在者,存在也总是存在者的存在,因此,人们必须从存在者入手来追问存在的意义,而不能离开存在者去冥思苦想存在。^{[5]89}

然而,存在者的形态千变万化,选择从哪种存在者作为切入点去追问存在的意义成为了海德格哲学的基本出发点。在海德格看来,对存在意义探索的出发点应该是一种特殊的存在者,其存在是任何其他存在者存在的前提,同时这种存在者能够主动追问存在,并通过自身的追问使存在在存在者中显现出来,对于这种存在者的分析能够最终导向对存在意义的理解和领悟。海德格认为,只有人可以是这样的存在者,并把人称为此在(Dasein)。所谓此在指的是此时此地的存在,就人而言,其实就是“人的存在”或者说“自我的存在”。^{[6]285}这样,海德格就把自己对人的理解与传统哲学对人的理解区

分开来,把人即此在看作是本体论层次上的存在。只有此在这种特殊的存在者才能在其存在过程中追问存在的意义,才能够真正领悟存在。

此在之所以能够成为追问存在意义的切入点,是因为此在同其他存在者相比具有明显的本体论优先地位。此在在存在者状态上有优先的地位。同其他存在者相比,此在的独特之处在于其本质是由其自身的存在过程和存在状态决定的。此在不是固定和现成的存在者,而是一个未定型的、不断改造自身的开放的存在者。海德格尔强调,此在的存在是一个自我显示的过程,其本质就是这一显示过程的全部内容,只要这个过程没有结束,此在就仍然能够改变自己,重新塑造自己。简言之,此在就是这样一种存在,其存在决定自身的本质。^{[5]89}此外,此在有着本体论意义上的优先地位,因为此在是惟一一个能够在其存在过程中领悟到自己存在的存在者。此在不仅能够认识到自身的存在,也能够领悟到其他存在者的存在。此在在其存在过程中,对外界存在的意义也产生了认识,而其他存在者也只有通过此在的存在,才能得以显示自己,因此,此在的存在是使其他存在者存在的先决条件。

海德格尔认为,通过把握此在,进而领悟整个存在的意义,是领悟存在的必要途径,甚至有可能是惟一的途径。^{[6]285}此在的本质在于其生存,只有此在具有生存这种存在方式。由于其他存在者都不能够生存,所以其存在只可能是一般意义上的存在,因而只能通过此在的生存才能被理解和领悟。

可见,在大千世界无数的存在者中,此在虽然只是其中之一,但它却代表了最原本意义上的存在者,是存在之源。正因为如此,此在才可以看作是追问存在的意义这一问题的出发点,此在才成为了海德格尔哲学存在论的核心。也正是因此,海德格尔把基于此在的理论看作是基础存在论,并指出,在研究其他存在者之前,首要的任务是去追问领悟这些存在者的存在的此在,即对此在的存在状态进行哲学分析。

四、存在与真理

海德格尔前期的哲学思想主要是通过分析此在的生存状态来探讨存在的意义,对于真理问题讨论同样也是基于此在展开的。海德格尔分析了传统的真理观,并把它归结为两个命题,即“真理的处所是陈述(判断)”和“真理的本质在于判断同它的对象相符合”。^{[7]39}从柏拉图到阿奎那再到康德,哲学家

们普遍认可二元对立的对象性思维模式,人和世界往往被看作是互相对立的主体和客体。与之相对应地,传统真理论的一个根本特点就是把判断主客观是否相符合,即把陈述与事实基于正确性的相符合作为真理的惟一判断标准。然而,陈述与事实的符合真的代表着真理的存在吗?海德格尔对此提出了自己的质疑:“真理作为符合(陈述的特性)是模棱两可的,本身是不充分的界定,而且没有规定其来源——所以是被误解了的,自明性是一个假象。”^[8]

传承了克尔凯郭尔非理性主义体验论的影响,海德格尔认为,真理并不是唯物主义所认可的主观世界与客观世界的一致,也不是唯心主义所主张的主观精神和客观精神的一致,他把真理看作是此在对存在的客观反思,从而消解了主体和客体的二元对立,用一元生存本体论回答了真理问题的疑问。此在并不是一个主体,世界也不是客体,此在与世界是浑然一体的,二者同时出现,同时存在。此在存在的本质在于生存,此在只要生存,就已经处于世界之中,此在的存在只能是在世界之中存在;而世界也正是因为有了此在的存在,才得以显现,世界始终是此在的世界。这样,此在就不在世界之外,而是在世界之内,此在与世界也就不是对立的关系,而是一种浑然一体的融合关系。换言之,人就成了世界中存在的人,世界也就成了人的世界。简言之,此在生存着世界,世界因此在此的生存而成为世界。而作为可以揭示和发现的真理,只有在人实际生存着的情况下才能存在,就此而言,可以说真理的存在是相对于人的存在而言的。海德格尔的这一思想是对西方传统哲学主客二元对立的对象性思维方式的一大超越。

在对传统真理观的主客观符合说进行批判的基础上,海德格尔进一步追问真理存在的内在可能性,他要做的是为传统认识论的真理观提供一个本体论的依据。传统真理观的符合说所讨论的符合的双方并不是同一层面上的,一方是客观世界的独立自在的物质对象,另一方是生存主体对于客观对象的主观认识,要想对不同层面上的存在作出内在符合的解释并非易事,而这也正是传统认识论的真理观无法对真理的本质作出解释的根本原因。

如同对存在的意义的讨论一样,海德格尔依然是以此在的生存状态作为切入点,展开了对真理的本质问题的探讨。此在与其他存在者最根本的不同之处在于,此在在其自身的存在中以不同的方式、不同的表述领悟着自身,而且惟有此在可以通过自己的实际存在来领悟最普遍意义上的一般存在。由于此在存在的这种特殊性,其他存在者存在的意义都

是由此在来追问和揭示的。此在对存在者作出判断,实际上也就是揭示了其存在的意义。

因此,人对于所谓的客观对象作出的主观判断,并不是像传统真理观的符合说所认为的那样仅仅是对某个独立于人之外的对象作出判断,而是对某个与人相关联的对象作出判断。这样一来,符合的双方才是同一层面上的存在之间的比较,它们之间的内在符合性才具有了内在的可能性。当一个判断揭示出客观事物的本来面目,而客观事物也显示出真实的状态并为人所见时,这个判断就是真的。可以看出,海德格尔的存在主义的真理观有着一个本体论的基础,即人与世界浑然一体的融合关系。

此在是真理发生的前提和条件,正如海德格尔所说,“惟当此在存在,才有真理,惟当此在存在,存在者才是被揭示的。惟当此在存在,牛顿定律、矛盾律才在,无论什么真理才在。此在根本不在之前,任何真理都不曾在,此在根本不在之后,任何真理都将不在,因为那时真理就不能作为揭示活动或被揭示状态在”^[9]。判断之所以成真,离不开人的揭示,真理就是“去蔽”的过程,就是把存在者从晦蔽状态中取出来而使之显现的过程,人的整个生存过程其实就是不断揭示真理,使真理得以显现的过程。

海德格尔的真理观是一种存在论意义上的真理观,这里的真理必然是更本体论意义上真理,是认识论符合说的真理的前提和基础。在海德格尔看来,真理与存在是不可分的,真理本质的揭示从根本上讲就是存在意义的揭示。海德格尔把真理与此在即人的生存联系起来,把人生存过程中对世界的领悟作为追问真理的出发点和核心,人所领悟的存在是真理的组成部分,而这一部分又是由人的生存的展开而得以揭示的。因此,海德格尔的真理并不是与人毫无关联的所谓的客观真理,而是人的生存之真理。

五、存在与语言

海德格尔的存在论真理观有着深刻的含义。他揭示了真理都是与人相关的,真理都是人在其生存即与世界打交道的过程中得以揭示的,这种存在论真理观是对传统认识论真理观的一大超越,也是海德格尔哲学最发人深省之处,正是这种对存在意义和真理本质的探索让海德格尔最终走上了语言之路。

20世纪的西方哲学思潮的演变迎来了所谓的语言转向,即将哲学问题还原为语言问题来作出阐

释,对语言本身的哲学思考变得更为深入。^[10]实际上,关于语言,的确有不少难题仍然悬而未决,尚无定论,如语言的起源和语言的本质等。西方传统哲学受到二元对立的对象性思维模式的影响,在“人-语言”的主客体关系框架中来探寻语言问题的解答。然而,人首先是存在于语言之中,人的活动都是在语言中展开并通过语言来进行的,正是语言的使用使人成为人,人的这种内在于语言的本性必然使自身无法超然于语言之外来研究语言。海德格尔认为,要回答诸如语言的本质等问题,首先必须改变人对语言的态度,即改变人对于客观对象都要予以支配和操纵的知性科学的态度。^{[7]29}他指出:“在语言上取得一种经验意谓:接受和顺应语言之要求,从而让我们适当地为语言之要求所关涉。”^{[3]286[11]}这也就是说,人必须顺应语言,接受语言,而不是倨傲地对待语言,惟有这样,人才有可能经历这样的瞬间,让语言的本质稍纵即逝地触及自身。

海德格尔从语言与思维一体化的角度来看待世界,把存在、思维和语言之间的紧密关系提升到哲学的层面加以阐释,从而丰富了人们对存在与语言的关系问题的理解和领悟。他从存在与语言的关系入手来探讨语言问题,其目的并不是为了研究语言而探讨语言,而是借语言来阐释存在的意义与真理的本质。在海德格尔看来,语言与存在是紧密地联系在一起,对语言的理解和对存在的领悟是相辅相成的。存在并不像西方传统哲学所理解的那样是客观世界的存在,存在不是存在者,必须通过对存在者的理解来领悟存在,而语言正是人对存在进行领悟的必经途径和必要环节。存在在人的思想中形成语言,思想是存在的展示,而思想又总是通过语言显现出来。正是因此,海德格尔提出了“存在在思中形成语言,语言是存在的家”^{[12]366}这一著名的论题。思想实现了人与存在的本质上的关联,而思想本身并不制造和产生这种关联,仅仅是把这种关联当作存在交付给自身的东西用语言向存在显现出来而已。换言之,思想让自己为存在所占用而用语言去言说存在的真理和意义,即思想通过存在而实现存在赋予自己的使命和任务,用海德格尔自己的话说,“思想,此即存在的任务”^{[12]367}。海德格尔还引用了德国现代诗人格奥尔格《词语》一诗中的语句“词语破碎处,无物可存在(Kein ding sei wo das wort gebriecht)”^{[3]288}来传达语言的本质。按照海德格尔的理解,这个诗句实际上就意味着任何存在者的存在都寓居于语言之中。

基于这个观点,海德格尔反对把语言看作是思

想交流的工具,更反对语言的形式化和符号化,他所主张的“语言是存在的家”,实际上是说存在完全体现在语言之中。由于语言的本质是存在的显示,因而语言是生动而丰富的,语言的形式化和符号化会使语言失去存在的内容,从而使语言失去自身的灵性,甚至最终失去对存在的显示力。因此,海德格尔一直致力于把语言从语法和逻辑中摆脱出来,放弃对语言的逻辑实证分析,而将语言问题带回到存在的本体论高度。他认为,语言不仅仅是思想表达的工具,更是人领悟存在的必要条件。^[13]不是人掌控语言,而是语言支配人,正如海德格尔所说:“人的所作所为俨然他就是语言的构成者和主人,而实际上,语言才是人的主人……在我们人能够从自身而来的已到付诸言说的所有呼声中,语言乃是最高、处处都是第一性的呼声”^[14]。

语言是存在的家,也是为存在所居有,并且由存在来贯通和安排的存在之家。海德格尔同时指出,只有本质的语言才是存在的家,本质的语言才能成为存在的显现,也只有通过本质的语言,人才能领悟存在。^{[5]96}西方传统哲学一直在说的都是非本质的语言,而非本质的语言只能言说存在者,并无法真正让人领悟存在。在海德格尔看来,本质的语言是诗化的语言。海德格尔推崇诗,后期更是如此,他力图以诗的语言改变形而上学的语言。传统形而上学以语法和逻辑为形态,从而夺取了对语言的解释。把语言从语法和逻辑中解放出来,并使之进入一个更为原始的本质构造中,这正是思想者和诗人的根本任务。

关于语言、人与存在三者的关系,海德格尔用了一个比喻来说明,存在在思想中成为语言,语言是存在的家,人居住在语言的寓所之中,思想者和诗人是这个寓所的看护者,只要他们通过自己的本质的语言即诗性的语言使存在的意义在语言中得以显现和保持,则他们的看护就是对存在的意义的显现状态的完成。^{[12]366}

六、结语

海德格尔的语言观是一种本体论的语言观,把

语言和存在紧密相连,语言的本质被看作是沟通世界的存在和人的存在的路径,这改变了西方传统哲学对语言的理解,实现了哲学思潮语言学转向。海德格尔的存在主义语言观对人们重新审视柏拉图、亚里士多德等持续两千多年的传统形而上学是有积极意义的,他以新的哲学理念和思维方式试图摆脱和解决传统对象性思维模式的束缚,是对传统哲学语言观的创新和超越,其影响深远而广泛,萨特的自由存在主义、伽达默尔的解释学乃至德里达等的后结构主义和后现代主义都能在海德格尔的语言存在观中找到些许的影子。

参考文献:

- [1] 贾未舟. 语言何以是存在的家? [J]. 长白学刊, 2000(4): 35—37.
- [2] Heidegger M. Preface [M] // Richardson W J. Through Phenomenology to Thought. Hague: The Hague, 1974: 6.
- [3] 孙周兴. 语言存在论——海德格尔后期思想研究 [M]. 北京: 商务印书馆, 2011: 88—288.
- [4] 陈伯海. “言”与“道”——论语言和世界的关系 [J]. 文艺理论研究, 2009(1): 2—9.
- [5] 韩秋红, 王艳华, 庞立生. 现代西方哲学概论——从叔本华到罗蒂 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2010: 86—96.
- [6] 夏基松. 现代西方哲学 [M]. 2版. 上海: 上海人民出版社, 2009: 285.
- [7] 涂纪亮. 现代欧洲大陆语言哲学: 现代西方语言哲学比较研究 [M]. 武汉: 武汉大学出版社, 2007: 29—39.
- [8] 海德格尔. 论真理的本质——柏拉图的洞喻和《泰阿泰德》讲疏 [M]. 赵卫国, 译. 北京: 华夏出版社, 2008: 4.
- [9] 海德格尔. 存在与时间 [M]. 陈嘉映, 王庆节, 译. 北京: 三联书店, 1987: 272.
- [10] 陈嘉映. 语言哲学 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2003: 15.
- [11] Heidegger M. On the way to language [M]. Peter D Hertz, trans. New York: Harper and Row, 1971: 286.
- [12] 海德格尔. 关于人道主义的书信 [G] // 孙周兴, 译. 海德格尔. 路标. 北京: 商务印书馆, 2007: 366—367.
- [13] 张贤根. 语言: 区分与道路——海德格尔语言思想研究 [J]. 自然辩证法研究, 2003(3): 13—22.
- [14] 海德格尔. 筑·居·思 [G] // 孙周兴, 译. 海德格尔. 演讲与论文集. 北京: 三联书店, 2005: 153—154.

荒野中别样的哥特之花

——《最后的莫希干人》哥特特色浅析

肖燕姣

(西南石油大学 外国语学院,四川 成都 610500)

摘要:詹姆斯·菲里莫·库珀的代表作《最后的莫希干人》通常被认为是一部边疆罗曼史或革命历史小说,然而小说中充满了哥特色彩。分析表明,书中的洞穴和墓地是美国版本的哥特背景,而印第安人带给读者的恐惧等同于哥特小说中的恶魔和鬼魂带来的恐惧。处于陌生环境中的白人内心的不确定和不安全投射在外在的环境中,产生了深刻的恐惧效果。库珀将哥特元素与美国的经历和荒野结合起来,实现了对哥特的美国式书写,这种别样的哥特小说对库珀本人的创作和美国文学都有重要的意义。

关键词:《最后的莫希干人》;哥特元素;哥特背景;美国荒野;恐惧

中图分类号: I106.4

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0099-05



A Different Flower of Gothic in American Wilderness: Brief Analysis of Gothic Features in *The Last of the Mohicans*

Xiao Yanjiao

(School of Foreign Languages, Southwest Petroleum University, Chengdu 610500, China)

Abstract: James Fenimore Cooper's masterpiece *The Last of the Mohicans* is generally believed to be a frontier romance or historical legend. However, the novel is abundant in gothic traces and can be read as a gothic novel to some extent. This paper tries to reveal its gothic features from the analyses of several characters and important settings and finds that the caves and graveyards are Americanized gothic settings and the horror brought by Indians is no less than the horror brought by demons and ghosts in traditional gothic novels. The insecurity and uncertainties White characters felt in a strange environment are projected into the setting to create deep horror. Cooper has integrated the gothic elements with American experience and wilderness to realize his domestication of the Gothic. The different gothic writing has great significance on Cooper's writing career and American literature.

Key words: *The Last of the Mohicans*; Gothic elements; Gothic setting; American wilderness; horror

詹姆斯·菲里莫·库珀是美国文学早期浪漫主义的代表之一,被誉为美国小说之父。他著名的“皮裹腿故事集”开创了美国本土题材的新领域,其从美国边疆的概念出发,大胆地把美国近期历史纳入小说体系,描绘了美国社会发展早期的巨幅历史画卷,反映了这一时期错综复杂的斗争形势。^[1]第二部《最后的莫希干人》是其中最出色的一部。故事以18世纪50年代末期英法争夺北美殖民地的战争为背景,以威廉·亨利堡司令孟洛上校的两个女儿柯拉和艾丽斯前往堡垒探望父亲途中被劫持的经历为主线,展开了在原始森林中追踪、伏击、战斗等一系列惊险情节的描写,书中涉及了西进运动的早期阶

段。学界一般认为,该小说属于英雄史诗或革命历史小说,不少学者关注的也是小说中显示出来的白人与印第安人之间的冲突、印第安文明或库珀的种族观、等级观等。^[2-3]然而细读之下不难发现,《最后的莫希干人》具有非常鲜明的哥特色彩,库珀将美国场景和美国经历进行了哥特式的书写,让哥特这一欧洲传统的体裁在美国的荒野上开出了别样美丽的花。

一、哥特小说与哥特特色

哥特小说是起源于18世纪末期英国的一种小

说体裁。《简明大不列颠百科全书》对哥特的定义是:哥特小说是一种欧洲浪漫主义小说形式,充斥着中古时代的神秘与恐怖。此类小说常以带有地下通道、黑暗的碉堡,隐藏活动门的城堡、寺院为背景,其情节常伴有鬼魂、疯狂、暴怒、迷信和报复等。其流行始于1765年贺拉斯·瓦尔普的《奥特龙多堡》,并在18世纪90年代达到极盛。安·拉德克利夫的《乌多芙堡之谜》和《意大利人》是哥特小说中的典范。马修·刘易斯的《僧人》给英国哥特带来了更加恐怖的元素。^[4]传统的哥特特征有:一个无助的受害者和一个残忍的迫害者;迫害者通常与邪恶有关并具有超强的和超自然的能力,受害者常被一种来自迫害者的无法解释的力量所蛊惑;故事背景通常设在无法穿越的高墙内以加强受害者的孤独感和无助感;故事的主要意象通常是阴森的教堂或闹鬼的大宅,里边囚禁着孤独的受害者;氛围中弥漫着神秘、黑暗、压抑、恐怖和毁灭,并预示着灵魂的死亡以及人类将成为永久的受害者的厄运。^[5]

美国没有经历封建社会,没有可怕的未来和沧桑的历史,没有欧洲哥特作家笔下的古堡、寺院等历史古迹,美国景致似乎不大适合哥特式的创作。在库珀的创作初期,他曾抱怨美国新世界罕有适合作家创作的素材,指出:“在美国,对于历史学家,没有编年史;对于传奇作家,没有适合的故事”^[6]。然而抱怨之余,库珀并没有放弃美国这片土壤,没有将目光投向历史和异域,而是在美国早期的边疆史中找到了创作的灵感,并成功地将美国边疆历史与哥特罗曼史结合起来,创作出了一系列具有浓重哥特色彩的美国史诗性作品。《最后的莫希干人》就是这样一部充满了哥特色彩的小说。

二、《最后的莫希干人》中的哥特元素

按照传统哥特小说定义和其特征来看,《最后的莫希干人》似乎没有包含任何人们所熟知的哥特元素。没有城堡、旧的庄园、摇摇欲坠的修道院、神秘潜伏的地下迷宫、腐败的贵族或险恶的修道士迫害无辜的女主角,也没有真实的或想象中的幽灵鬼怪在黑暗中出没。相反,在书中能找到的是熟悉的美国边疆罗曼史的元素,广袤无垠、没有开发的森林荒野,荒野的居民、拓荒者、交战的印第安人部落以及战火连天的废墟。但事实上这本小说中并不缺乏哥特式的人物和场景。

(一) 哥特式的人物——孟洛姐妹和马古亚

《最后的莫希干人》中塑造了许多令人难忘的人物形象,虽然其主要人物“鹰眼”、恩卡斯等与传

统哥特小说中的人物相差甚远,但其中仍不乏符合哥特小说范式的男女人物形象,如孟洛姐妹和像马古亚一样的印第安人。

哥特小说中女主人公形象范式通常有两类:一是美丽孱弱的少女,富于幻想,缺少对自我主体性的认识,遇到人生问题,多依赖直觉和非理性因素,常以弱者姿态出现;二是知性聪明的女性,虽乏骄人的容貌,却有着一颗善良而勇敢的心,多是理性至上的勇士和强者。^[7]孟洛姐妹刚好符合这两类不同的女性形象。

妹妹爱丽丝年轻漂亮,是金发碧眼的纯种白人,她代表着第一类少女的形象,也即传统的父权社会对女性角色的要求。她不能保护自己,需要别人照顾,常常因为恐惧、焦虑而昏厥。在格伦兹瀑布被困时,她“恐惧的闭上双眼”“几乎失去知觉”的被柯拉带着走向山洞深处,“含着眼泪”的她在姐姐的怀里“发抖”。^{[8]24}在马古亚愿意保全他们性命后,爱丽丝“那纤弱、敏感的身躯都萎缩了。她的胳膊无力的搭拉下来,手指微微痉挛着”。^{[8]64}从威廉·亨利堡撤退时,她又“昏倒在地上”,连她的父亲都“失望地摇摇头”。^{[8]102}她的姐姐因为守护她而被马古亚抓走,并导致了最终的厄运。当邓干找到她时,她“颤抖得几乎站立不住……泪如雨下,泪水多得仿佛她过去从未哭过似的”。^{[8]174}因为昏过去了,所以只能被邓干抱着走出被幽禁的山洞。

柯拉则代表着第二类女性。她黑发黑眼,皮肤充满血色,具有明显的异域气息。她聪明机智、坚强勇敢、沉着冷静。在格伦兹瀑布被困时,她制止了侦查员和邓干准备与敌人决一死战的打算,让他们逃出去找孟洛上校搬救兵,她独自留下照顾着脆弱的妹妹。连侦查员“鹰眼”都称赞她有和老年人一样的聪明才智。^{[8]43}在威廉·亨利堡大屠杀之时,也是她留下来照顾昏厥过去的妹妹,并最终被马古亚俘虏。书中还描述了她与恩卡斯的爱情,虽然在当时的现实世界中不被祝福,只能在死后被葬在一起,但柯拉是小说中白人里惟一没有种族偏见的。

姐妹俩虽然有着性格上的差异,但在广袤的荒野里,她们都是弱者,是受到如马古亚一类印第安人威胁的受害者。在书中,印第安人被描述成魔鬼,他们的行动也是地狱般的残暴,他们的存在完善了哥特小说中另一类人物,即邪恶而残忍的迫害者。

在格伦兹瀑布一个火伦人抓住独木舟并逃脱时,他“发出一声胜利的欢呼,林中也随即传来一阵呐喊,一阵大笑,仿佛有五十个魔鬼在幸灾乐祸地嘲笑一个基督徒的堕落的胜利的呐喊”^{[8]41}。在威廉·亨利堡这个“恶魔狂欢的处所”大屠杀时,恐怖的景象使印第安人“更兴奋、疯狂,许多人甚至跪在地上大

大口大口地狂饮着这鲜红的血流”。^{[8]102}印第安人虽然不是魔鬼,但对于受到他们威胁和迫害的白人来说,他们的行动像恶魔一样。

其中无情的马古亚是完全邪恶的化身,他是白人所面临的危险和感到不安全的主要原因,作者用恶魔般的语句描绘他。孟洛上校因为醉酒而鞭打他,他觉得自己受了委屈而要报复惩罚老头,奴役他的女儿柯拉。他的表情充满恶意,他的“低沉的笑声在海瓦特听来简直就是恶魔的狞笑”^{[8]156},他眼中闪着火热的光^{[8]65},这些都是哥特小说中魔鬼般人物的标志。当在火伦族人中达到权力的顶点并成为无可争议的领袖时,马古亚的身份几乎与撒旦同化了。他回到小屋却不休息,而是花了整晚的时间在跳动的火光旁思考着未来的计划。当炭火照在他的身上时,“这黝黑的野蛮人看起来就很像一个黑夜王子,在那里盘算着他的复仇和罪恶行径”^{[8]170}。

整本小说中马古亚的行动无愧于这些描述。开始时他是海瓦特和孟洛姐妹的向导,带着他们去威廉·亨利堡,他却背叛了他们的信任。他应为后来的大屠杀直接负责。当英国人离开时,他在印第安人之间游走呐喊,这是大屠杀的开始,他利用混乱抓住了姐妹俩。他为个人复仇而导致了己部落的灭亡,战士们或逃或死,村庄遭到蹂躏,但他仍不放弃仇恨,试图将柯拉拉到荒野中。他的诸多恶行最终不仅毁灭了他自己,也使柯拉和恩卡斯死亡。

与哥特式的气氛相衬,马古亚的结局发生在一个荒野之地。柯拉去世后,他一刀刺在恩卡斯背后,将刀子扔向海瓦特,“发出一声极其狂野、凶恶的狞笑,连一千呎深的山谷里正在搏斗的人群也听见了他的声音”^{[8]202}。他登上山顶高处企图摆脱敌人,但由于仇恨和骄傲他停顿了一下来嘲讽他们。“他嘶哑地狂笑着,拼命一跳”,但没有跳过悬崖。当他看起来即将到达安全地方的时候,“鹰眼”瞄准了目标开火。到最后,魔鬼般的马古亚“凶狠地看了侦察员一眼”“挑战似地摇晃着手臂”,终于掉入了深深的谷底。^{[8]203}马古亚的死亡与哥特式的气氛产生了共鸣。他从高处跌入深渊,让人回想起马修·格雷戈里·刘易斯的《僧人》中安布罗西奥和查尔斯·罗伯特·马图林的《流浪者梅莫斯》里的梅莫斯的命运,他们两人都在类似的坠落中丧命。

(二)哥特式的场景——美国的荒野

人们所熟知的传统哥特小说的外部因素并非是必不可少的。随着哥特小说的繁荣和发展,许多作家开始使用不同的材料转变这一范式。对于哥特来说,重要的不是城堡或修道院,而是一个封闭的空间感,这个空间可以通过其他方式表现。同样的,对于鬼魂和幽灵的恐惧,以及对奇怪的景象和声音的害

怕,其实质不过是对未知和意外的恐惧,它也可以通过其他途径表达。重要的是危险感和对自我的威胁,而不是用来表达它的外部因素。^[9]《最后的莫希干人》中的故事发生在1757年的纽约州北部,背景是无人触及的美国旷野。将一群人放在这样陌生的环境中,他们无法掌握自己的命运,敌人对他们来说和传统的哥特式故事中的任何超自然的东西一样神秘而恐怖。这些英国人深刻的不安全感投射到自然环境,从而创造了书中十分明显的哥特式的恐怖。

1. 暴露人物脆弱和产生误解的洞穴

故事的背景是广袤的丛林,这一背景与哥特并不相悖。事实上,18世纪时,英国的哥特小说家受到意大利艺术家萨尔瓦托·罗莎的影响,在其作品中出现了类似罗莎画作中狂野的风景,高耸的峭壁,光秃秃的悬崖,偶尔一颗枯树,这种语言绘出的萨尔瓦托式背景与哥特体裁很好的融合在一起。沃尔特·斯科特爵士在《韦弗利》(1814)中运用了这一背景,他描述的苏格兰高地有大块的岩石,突出的悬崖,枯萎的树,这都是受到此种风格的影响。^[10]美国作家查尔斯·布洛克登·布朗的作品《埃德加·亨特利》(1799)中也有这种风景,在更崎岖和壮观的环境下,他把诺瓦克地区当作了美国荒野的一部分,加上了黑豹和敌对的印地安人,使美国的哥特式景观适应了美国的现实和环境。而在美国画家如华盛顿·奥尔斯顿和托马斯·科尔的笔下,像湖的死树(1825)和NH-日落之后(约1827)等,完全是萨尔瓦托式的风景,但其已是美国的景观。库珀深受这些作家和画家的影响,《最后的莫希干人》中的景观已经完全呈现出美国化的哥特模式。

在故事开始时,美国荒野只是广阔、茂密而荒凉的,并不恐怖,它只是在历史背景下,法国和英国军队彼此交战并企图击败对方的场地。事实上,当邓干·海瓦特、大卫·格姆和孟洛姐妹意识到处境危险,在敌人出现后他们产生恐怖的感觉时,哥特式的气氛才开始出现。此时的荒野开始呈现出与哥特相关的凶恶的面貌。当这小群白人和莫希干人躲在格伦兹瀑布的洞穴中时,库珀第一次描述了萨尔瓦托式的景色:

河两岸高岩耸峙,其中一块俯临小舟,高岩上遍生大树,在峭壁上摇摇欲坠。小河仿佛在幽深狭窄的峡谷中奔流,闪烁的星空下,树顶参差不齐,依稀可辨,其余一切都迷茫无形,悬崖后面便是曲折的河岸,依旧笼罩着黑黝黝的树影。前面不远处,水天相连,随后河水跌进深谷,夜空中沉闷的声响便来自这里。^{[8]24}

他们进入洞穴后,库珀描述了明暗对比的元素,这也是罗莎风格的特点。当熊熊燃烧的松节火把明亮、跳动的光线投射在黑暗中时,原本熟悉的物体转

变成了奇怪有时甚至是可怕的样子。“鹰眼”和秦加茨固是海瓦特他们熟悉的人物,然而火光明显改变了他们的外观。由于“鹰眼”坐落在黑暗中拿着一个火把,“熊熊的火光”照在“他饱经风霜、刀削斧劈般的面庞和身上的猎装,使他身上有一种浪漫的荒原气息”。^{[8]27}而当秦加茨固悄然地从“侦察员身后暗处走出,拿过一支火把,照向他们藏身之处的尽头”时,他像一个“令人害怕的事物”。“爱丽丝低低地惊叫一声,连柯拉看到这怕人的身影走进亮处,也不禁跳了起来。”^{[8]28}库珀这种对光的描述创造了一个哥特式的氛围,映射出这群人的恐惧和不确定性。

在大多数哥特式的故事中,人物难以解释他们所看到和听到的,尤其是一些神秘的、令人费解的现象。在格伦兹瀑布洞穴中的人们也面临着这样的问题,他们听到“外面传来一声叫喊,这一声既不像是人的声音,也不像是人世间的任何声音。它不但穿透了这幽深的洞窟,也深深地钻进每个人的心底。跟着就是一片死寂。仿佛汹涌的河水也由于这突然发出的可怕叫声而停止了奔流”^{[8]30-31}。所有人都不知道这声音是什么,当“和刚才同样强烈可怕的叫喊”又响起来时,甚至“鹰眼”脸上坚毅的表情“已开始消失。在这个可能意味着某种危险的神秘声音面前,他的一切机智和经验都可能无用武之地了”。^{[8]32}因为它不像任何他们经历过的事物。“鹰眼”和莫希干人认为这声音是超自然的,对他们有利的一种警告,他们决定离开洞穴,去周围的树林里查探,看看能否发现它预示着什么,但“但他们急切的目光扫视之处,只有扑朔迷离的光影,光秃秃的岩石和直立不动的树木”^{[8]33}。这时他们第三次听到了声音,虽然“鹰眼”仍然认为它不是来自人间,但海瓦特却能解释这种现象。他在洞里的时候虽然被声音迷惑,在露天却不会出错。之前他们不得不把海瓦特的战马留在树林中,此时对狼的恐惧让它发出惨叫。“经验所不能明白的神秘叫声一经解释,鹰眼那暂时的软弱便消失了。”^{[8]34}

洞穴是产生误解的地方,而误解的原因关键是“经验”。人们可以解读他们已知的东西,然而在一个陌生的领域,他可能会误读他感知的东西。爱丽丝和科拉最容易犯错,她们处于一个全新的环境中,海瓦特稍好一点不过是因为他比她们更有经验。例如:当秦加茨固出现在山洞里时,他能够平息她们的恐惧,因为他很快认出他是印第安朋友。“鹰眼”和莫希干人精通荒野知识,在解释现实时最熟练,但即使这样他们在面对超出经验范围的现象时也不知如何处理。

洞穴只是美国荒野的一个特定的地点,完美地承担起现实功能,让陷入重围的人们保护自己免受

敌人攻击。但它也是经典的哥特式的封闭场所,与哥特小说中的城堡、修道院、房间或地下迷宫对应,代表了那些进入其中的人物的内心。在这里人物的软弱和轻信一一展现,但只有最没经验的会被困其中。当战斗达到高潮,侦察员和他的印第安朋友逃进河流躲避敌人,而海瓦特、格姆和女孩们却无法跟随。虽然他们撤退到洞穴的深处躲了一段时间,但敌人仍然很快找到并俘虏了他们。“鹰眼”和莫希干人随后把他们解救了出来,这些在山洞里发生的事情说明了在面对有经验的敌人时他们的脆弱。

在这种意义上,海瓦特和女孩们很像哥特小说中的人物,在抵御或逃避骚扰他们的神秘力量上同样无力。和哥特式人物一样,他们成为了对现实误读的牺牲品。在后者的情况下,现实是困住他们的神秘环境——城堡或修道院。对海瓦特和孟洛姐妹来说,格伦兹瀑布的洞穴就是这样的环境,在这里普通的东西看起来都是神秘而恐怖的。洞穴与野性的森林世界没有什么不同,对于这些人来说,整个美国荒野就是这样—一个地方。这是库珀在整本小说中运用萨尔瓦托式的景色和哥特手法的原因。他用它们来映射出人们的恐惧和不确定。处于无法理解的环境中时,人们的感知变得扭曲,其视觉和听觉被误解,从而暴露出内心的脆弱和恐惧。

2. 地狱般的墓地和废墟

每当白人处于紧急情况时,文中的景色就会成为萨尔瓦托式的,并伴随着哥特式的语气。当格伦兹瀑布的战争结束后,“鹰眼”和莫希干人救出了他们的朋友,宿营在一个与哥特式地点对应的荒野。“鹰眼”带着这群人到了一个废弃的木屋,在那里他曾和摩哈克人战斗并埋葬了他们倒下的战士。当人们来到这个地方并了解所发生的事情后,孟洛姐妹发现自己和战死的摩哈克人的墓地如此贴近,“忍不住惊骇不已”。此时的景观完全是哥特式的:

“天色灰暗,附近草木阴森,远处松树寂寂,高入云天,整个森林死一般地寂静,所有这一切更加深了这种感觉。”^{[8]71}

然而这传统的哥特式场地仅仅是一个更恐怖经历的序曲,一群火伦人搜寻着白人逐渐接近了这个地方。脚步声中夹杂着的用印第安方言彼此招呼的声音越来越清晰。一个全副武装的火伦人分开树丛到了空地,他召来了一个同伴,吃惊地看着破屋。在好奇和担心之间徘徊,他们小心翼翼地接近废墟,有人的脚忽然踩在土包上,他便蹲下身看看它是什么东西。“他们一起谈着话,语调低沉严肃,显出一种在尊敬中夹杂着非常畏惧的心情。随后他们便小心翼翼地退了下去,边退边盯着破屋,似乎害怕黑洞洞的屋子里会冒出鬼魂似的。他们就这样一直退到

空地的边缘,慢慢走进树丛不见了。”^{[8]74}这一情节与典型的哥特式小说十分类似。他们随时可能被发现,巨大的恐惧笼罩着人们。而火伦人对墓地和鬼魂的害怕才使他们侥幸的逃过一劫。

小说中的另一场景更是充满了哥特式的色彩,就像恶魔生活的地狱。威廉·亨利堡大屠杀三天后“鹰眼”带着邓干和孟洛上校等返回堡垒寻找孟洛姐妹时,风景上再次呈现出萨尔瓦托式的风格。威廉·亨利堡已经成了燃烧的废墟,死者的尸体在早秋的寒意中变得僵硬。“群山耸峙,岩石遍布”“天空里黯淡涌动的乌云遮住人眼”,^{[8]106}一切都带着不祥的预兆。

风无序地吹着,它时而贴地横扫,仿佛对着死者冰冷的耳朵喃喃低语;时而又呼啸而起,倏忽钻进森林,一路上空中枝叶翻飞。在这异常的阵风中,有几只饥饿的乌鸦在挣扎着。但是等到飞过下面那片绿色的树海,它们便高兴地停下来随意享用它们那可怕的食物去了。^{[8]106}

在这里,他们中最没有经验的人被他无法正确解释的声音而困扰。随着夜幕降临,“环抱的群山中已是一片漆黑,整个原野像个废弃的巨大墓场,没有一丝声响惊动那些长眠于此的不幸的死者”^{[8]112}。侦察员点起篝火,海瓦特的目光从闪烁的篝火转到闪着夕阳余晖的天空,“又从天边转到死者安息之处,不安地看着那团黑暗的虚空”,他觉得他听到了“一种说不清的声音”“非常模糊,缥缈,使人捉摸不定”。他试图甩掉他的忧虑,打算“转移注意力”,但他的耳朵让他不得安宁,他似乎听到“一种敏捷的脚步声”在黑暗中走来。似乎“就要发生什么危险”“再也按捺不住心中的不安”,他招呼着“鹰眼”过来倾听。^{[8]122}“鹰眼”泰然自若,因为他能分辨出听到的声音,那是狼群在死人中移动发出的。他和海瓦特的角色与之前在格伦兹瀑布时发生了逆转。在那里,海瓦特能够解释疑惑侦察员的可怕叫声,在这里,侦察员可以解释使海瓦特不安的声音。经验是关键,这一事实在随后的事情中得到了进一步说明。他和“鹰眼”说话时,侦察员听到了一个声音,而海瓦特显然没有听到。“鹰眼”和莫希干人之间传递了几个信号,恩卡斯消失在黑暗中,秦加茨固静静地坐在火边。一枪响起,秦加茨固不见了。狼群逃跑了,只听到水里扑通一声,跟着又是一声枪响。海瓦特很难明白这一连串的事件,而“鹰眼”却能很轻松的解释,旁边潜伏着一个敌对的印第安人。海瓦特被无害的声音吓坏了,然而真正的危险到来时他却一无所知。

印第安人的洞穴、墓地和大屠杀后的废墟均是美国版本的哥特背景,在这些背景下,人物的脆弱、恐惧及对环境的无力掌控被揭示的清清楚楚。

三、结语

小说《最后的莫希干人》从人物到场地背景都有着浓厚的哥特色彩。哥特元素在小说中的主要功能是揭示困扰着处于全新而可怕环境的白人的不确定性。他们缺乏经验,因不能理解、掌握周围的世界而不安,他们的误会和误解只能带来恐惧,在故事中他们是最脆弱的牺牲品。即使背景是美国的荒野,而不是闹鬼的城堡,敌人是野蛮的印第安人,而不是超自然的存在,但印第安人带给读者的恐惧等同于哥特小说中的恶魔和鬼魂带来的恐惧,显示出库珀已使这一模式彻底地适应了美国的环境。

此小说中所展现的哥特特色证明了,虽然没有沧桑的历史,没有欧洲哥特作家笔下的古堡、寺院等历史古迹,美国景致一样能创作出哥特式的作品。把美国的历史与现实通过哥特式的景致和手法表现出来,对库珀的创作和美国文学都具有重要的意义。美国场景和美国经历成了库珀哥特式创作的蓝本和标志。它弥补了美国历史短暂的遗憾,使库珀创作出经典的引人入胜的作品,对美国的历史进行了哥特式的书写。《最后的莫希干人》不仅仅丰富了当时美国人民的阅读经历,更重要的是,库珀并没有像当时的美国作家一样追随欧洲作家将目光投向历史和异域,而是从美国早期的边疆史中找到创作的灵感,创作出美国独有的故事,为“美国文学”在19世纪初的兴起作出了贡献。哥特传统在库珀笔下得到了传承和发展,盛开在美国的荒野上。

参考文献:

- [1] 黄春霞.《皮袜子故事集》的美国本土特色[D].长沙:湘潭大学,2006.
- [2] 刘守兰.从《最后的莫希干人》看库珀小说的土著语言特色[J].外国文学研究,2001(2):69—74.
- [3] 唐娟.白人的神话——解读《最后一个莫希干人》中的鹰眼形象[J].现代语文:文学研究,2007(8):38.
- [4] Gothic Novel [EB/OL]. [2013-04-20]. <http://global.britannica.com/EBchecked/topic/239776/Gothic-novel>.
- [5] 王晓姝.哥特之魂——哥特传统在美国小说中的嬗变[G].北京:知识产权出版社,2010:10.
- [6] Cooper J F, Williams G. Notions of the Americans: picked up by a travelling bachelor[M]. New York: SUNY Press, 1991:108.
- [7] 付景川.走近“哥特”的女勇士[G]//王晓姝.哥特之魂——哥特传统在美国小说中的嬗变.北京:知识产权出版社,2010:2.
- [8] 库珀,陈兵.最后的莫希干人[M].合肥:安徽文艺出版社,1996:24—203.
- [9] Ringe D A. The last of the Mohicans as a Gothic Novel[J]. James Fenimore Cooper: His Country and His Art, 1986(6): 41—53.
- [10] Manwaring E W. Italian landscape in eighteenth century England [M]. New York: Oxford University Press, 1925:103.

水泥裂缝中开出的花朵

——狂欢化解读伊恩·麦克尤恩《水泥花园》里孩子们的笑

麦丽斯, 郑飞

(北京航空航天大学 外国语学院, 北京 100191)

摘要:素有“恐怖伊恩”之称的英国当代作家伊恩·麦克尤恩1978年所著小说《水泥花园》讲述了在失去正常社会秩序和规范的家庭荒原中,未成年孩子们经历的痛苦、无序、混沌的成长。运用巴赫金的狂欢化理论解读《水泥花园》,认为笑是孩子们从自我放逐走向成熟的重要线索。孩子们标志性的三次狂欢式的笑既是对权力交替的庆祝,又是对父母权威的嘲讽;既是对迎接新生的礼赞,又是对过去身份的告别。以笑为依托获得成长的孩子们,并非如评论界所言在伦理缺失的荒原上胡作非为,而是在用狂欢的庆典争取欢乐的自由,用笑声的养分培育出水泥缝中的生命之花。

关键词:《水泥花园》;伊恩·麦克尤恩;狂欢化理论;笑;成长

中图分类号: I106.4

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0104-05



Flowers Growing in the Cement Cleft: A Carnival Reading of Children's Laughter in Ian McEwan's *The Cement Garden*

Mai Lisi, Zheng Fei

(School of Foreign Languages, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: Ian McEwan, the British contemporary author, is known as the “Horrible Ian”. Published in 1978, *The Cement Garden* is a “gothic novel” describing four siblings’ growth after their parents’ death. Due to a severe lack of social norm and due attention, the four children grow up in a painful, disordered and chaotic way. Reading this novel under the framework of Bakhtin’s carnivalization theory, this article discovers that laughter serves as a clue symbolizing their ascending from self-debasement into maturity. It can be understood that these children laugh to celebrate power handover, to mock at the parental authority; simultaneously, they laugh to sing a psalm for renewal and to say goodbye to the past. Instead of loitering around on the ethical wasteland, as is misunderstood by most critics, these children strive for the right of freedom in a carnivalized way; they use laughter as a source of nutrition to flowers growing in the cement cleft.

Key words: *The Cement Garden*; Ian McEwan; carnival theory; laughter; growth

一、引言

伊恩·麦克尤恩(1948—)是英国当代最具影响力的作家之一。他的第一部小说《水泥花园》于1978年一经出版就广受关注,并于1998年获得布克奖。小说讲述了四个相继失去父母,孤独生活在

城郊一幢孤岛似房子里的孩子们的成长经历。姐姐朱莉、弟弟杰克、妹妹苏和弟弟汤姆在父母相继离世后为了不被外人接管,隐瞒母亲的去世,把母亲的尸体用水泥封存在一个大衣柜中,随后过上了无人看管自我放逐的生活。孩子们的内心世界跟着发生了畸变。大姐朱莉和弟弟杰克从争夺家庭主导权的敌对状态,到后来二人发生乱伦关系,幼子汤姆从叛逆

收稿日期: 2013-05-27

基金项目: 2014年中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(30420110960); 2014年中央高校基本科研业务费专项资金资助项目(YWF-14-WYXY-008); 国家社会科学基金后期资助项目(30600002013112005)

作者简介: 麦丽斯(1990—),女,蒙古族,内蒙古呼和浩特人,硕士研究生,研究方向为英美文学。

儿童退回“奶娃娃”的状态，变得像婴儿一样无法自理。惟一尚存理智的是妹妹苏。故事终止于姐姐朱莉男友德里克的告发。亲眼目睹姐弟乱伦之后，德里克愤然向警察揭露了这个家庭的秘密，小说以四个孩子等待被警察带走而结束。

《水泥花园》惊世骇俗的情节始终饱受争议，受到评论界的广泛关注。英国评论家克斯蒂娜·拜尔尼斯在她的《麦克尤恩，色情作家还是预言家》中从读者反映论的角度审视这部作品，指出作品中孩子的行为“荒诞怪异”，她虽然肯定作品能够带来效果强烈的阅读体验，但她认为怪异的情节很难引起读者的共鸣。^[1]现代英国文学教授皮特·查尔兹把矛头指向小说中的社会结构和文化传统，认为正是社会结构的畸形变态导致了孩子们违反伦常的行为。^[2]⁴⁸⁻⁷²小说中的成长主题是中国国内研究的一个热点。如：刘凤在《〈水泥花园〉的地理空间建构及其人物关系悲剧》一文中以空间地理结构分析“水泥化”的家庭关系和人际交往，把失衡的伦常归结为冷漠疏离的亲情关系。^[3]张和龙把文中的成长定义为“反成长”，意即处于一个孤立且与世隔绝的环境之中，孩子们只能逆向生长成为不为社会所容忍的“异类”。^[4]

从中外评论的视角可见，评者大多流于对小说看似荒诞不羁的表层故事的解析，而忽略了潜文本隐藏的大量信息。孩子们的行为尽管看似荒谬，具有消极意味，但如果深入剖析其中的抗争精神和积极方面，就会发现这种积极的影响其实隐藏在文中大量的狂欢化情节中。尤其是细读三次决定性瞬间发生的狂欢式庆典后，读者不禁发现孩子们以自发的方式获得了成长，不断从仪式和庆典中获得了自我意识，笑已然成为孩子们成长的重要线索。小说结尾之处，孩子们在被重新收归主流秩序之时，不再叛逆反抗，而是欣然接受。可见麦克尤恩本意不在讲述一个反伦常的故事，而在于表述在现代社会里，每个人都有通过抗争获得欢乐的权利，即便是在伦理丧尽的荒原上，也可以找到生命力量的希冀。

二、第一次狂欢式的笑： 自我意识的萌发

前苏联著名文艺学家、文艺理论家、批评家巴赫金把狂欢的本质归结为“边缘状态中生命意识的爆喷”，而狂欢节又是“毁坏一切和更新一切的时代才有的节日”。^[5]¹⁶¹对于四个孩子来说，他们生命意识的第一个爆喷瞬间出现在父母去世的两三年之前。

但这次狂欢的交代却以回忆的形式出现在母亲刚刚去世后这个本该是哀悼和沉思的时刻。这是颇具讽刺意味的，此时主人公杰克却在回忆儿时的欢乐。

这是场脱离约束的“枕头大战”。这场持续不过几个小时的自发性的狂欢“却像是充斥了我整个的童年时光”。“朱莉一步三级地跑上楼去，从上面看着我哈哈大笑”“后来我在楼梯顶上用她们姐妹俩从底下扔上来的被子和椅子搞了个路障”“汤姆在楼梯脚，一边咧嘴笑着，一边翘翘翘。他兴奋了一个小时之后，屎拉在了裤子里。”^[6]³⁸孩子们尽情欢笑，褻玩亲昵，插科打诨，不仅把父母之前布置的一切规约抛在脑后，还出现裤子穿在上身，以被子当路障，把饭倒进厕所，把笑和屎尿相关联等现象。发生在楼梯间的嬉闹，是巴赫金笑文化里提到的狂欢的门坎时空体（在诸如楼梯间或门坎上发生的生活中的一系列巨变），是决定性瞬间，在这一瞬间发生的危机使生活出现了转折。

正是这次经历令杰克记忆犹新，以致于在母亲死的时候，杰克最强烈的感觉是冒险和自由。人们无从离开狂欢节，“因为它没有空间限制。狂欢节期间只能按照它的规律，即狂欢节自由的规律生活”。^[7]¹²而这次狂欢时的笑，是欢欣的笑，拉近了孩子们之间的距离。“我们穿着睡衣齐聚在朱莉的卧室里，讨论我们怎么才能在近期‘再干一场’”。^[6]⁷¹面对父母回来的危险，几个孩子是笑着面对，清理混乱的战场。他们学会了应对生活，渴望获得自主权。但由于这次狂欢并不是庆祝新生，也没有带来理想中的自由，只是在权威压迫下一次小规模离经叛道，所以，文中最后杰克问及姐妹俩“只有我们在家时进行的枕头大战，苏和朱莉竟然忘得一干二净”^[6]¹⁵⁰。

这场“离经叛道”的小规模的狂欢笑之所以被孩子忘却，是因为这种种狂欢并非全民性的。因为此时欢笑的权利被收归在父权统治之下，“我们家流传着几个笑话，都是父亲发明并维持下来的”^[6]⁹，孩子们没有自由追求快乐的权利。《水泥花园》所讲述的这个家庭具有典型的边缘化特点：房子处在“一片孤零零的空地上”，父母几乎和外界没有交集，“没有人到我们家串门”，在这种条件下麦克尤恩创造出举行狂欢仪式的场所和条件。^[6]²¹笑文化作为民间狂欢节的一大特色，可以追溯到中世纪和文艺复兴时期的狂欢节。巴赫金指出，狂欢节的参与者是全体民众，以自己的方式组成一个团体，外在于社会政治的、经济的和教会组织，“这些组织在狂欢节期间被悬置起来”^[8]。他认为具有全

民性特征的狂欢节“是平民按照笑的原则组织的第二生活,是平民的节日生活。”巴赫金批判对民间笑文化长期以来“或者把它看做纯否定性的,讽刺性的,或者把它看作为纯娱乐性的,没有思想深度的、缺乏洞察力的感官愉悦”的极端看法。他认为民间笑文化的精髓是笑的双重性:“它是正反同体的笑,是狂喜又是冷嘲热讽的笑,既肯定又否定、既埋葬又再生。”^[9]文章所说的狂欢化,是把狂欢节转化为文学的语言,是一种艺术形象的语言。正是因为语言杂多(不同阶层的人共同参与对话),全民参与,所以不同话语在权威话语隐遁的时刻能够平等地对话与交流。巴赫金之所以重视狂欢化笑文化的研究,是因为狂欢节的笑文化中重要的价值在于“颠覆封建等级制度及其世界观,主张平等对话的精神,摧毁一切变更一切的精神,死亡与新生的精神”。^{[7]18}

上文提到的这种边缘生活的成长环境,恰恰给孩子们提供了远离规范的权威话语中心的处境。正因为处于交接地带,缺少正常的发泄渠道,所以四个孩子的心理暗暗滋生了反抗之苗,他们要用“全民性”的狂欢来疏泄自己生命的存在。因为“大众文化的诉求,正是狂欢节概念的核心”^{[5]67}。而狂欢节作为一种文化现象,特点是欢乐而富有创造性的节庆形式。于是孩子们酝酿已久的第二次狂欢如期而至。

三、第二次狂欢式的笑: 获得生命的冠冕

第二次狂欢是杰克十五岁的生日派对。父亲在世时参与生日派对,无非是“发火”以及拿几个孩子寻开心,所以杰克甚至认为母亲会为没有父亲的派对而“感到高兴”。父亲去世,母亲卧病在床,杰克在这个生日过后,将以长子的身份接替父母的职位,进入一个新的生命阶段。典型的狂欢精神主导了这次派对,正是一种“交替与变更的精神,是死亡与新生的精神,是摧毁一切与更新一切的精神”^{[8]86}。他们此时的笑,融合了讥讽和欢欣,是狂欢节上的笑,“针对崇高事物的,指向权力和真理的交替,世界上不同秩序的交替”^{[6]164}。孩子们狂欢的心情丝毫没有受到父亲去世的影响,他们做游戏讲笑话,这种行为无疑是对父亲曾经的压制有力的嘲讽。

巴赫金认为,在全面狂欢的气氛中,不拘形迹的玩笑、滑稽的模拟、戏谑的嘲弄都不再受到限制,等级、禁欲、崇高被摒弃,小丑、傻瓜、骗子成为最活跃的人物。在第二次狂欢中,麦克尤恩借由最小的四

岁弟弟汤姆之口不断重复着,“你不是十五”“到生日那天你才一岁”,到生日那天,汤姆在床前跳舞并唱着“你一岁了,你一岁了”。汤姆的傻瓜形象,反而拉近了作者与读者距离,让人相信他的絮语是实话,进一步证实了杰克戴上新生命的冠冕。而在父亲去世的时候,杰克赶上了第一次肉体的成熟,第一次享受到性高潮,这也为后文杰克要对“分崩离析的花园负责”埋下伏笔,标志着新的生命诞生和权力的交接。

汤姆的笑话引得大家捧腹大笑,苏的笑话让大家十分开心,汤姆的侧手翻甚至引起了“格格大笑”。朱莉为了鼓励杰克参与到狂欢的氛围中,将身体倒立。杰克看到她“白得耀眼”的大腿,“平坦、结实的腹部”以及“几丝黑色的毛发”,这种强烈的感官刺激,使得他“用哆哆嗦嗦充满热情的男高音唱起了《绿袖子》”,一首代表男子对女子爱情的情歌。预示着后文姐弟俩的乱伦。朱莉的倒立,是狂欢节的主要仪式——笑谑地给国王加冕脱冕,“加冕脱冕是合二为一的双重仪式,表现出更新交替的不可避免”^{[6]164}。朱莉的双腿起先并在一起,随后分开,形成一个“Y”字形,状如一个圣杯,“就像两条巨大的胳膊”^{[6]37}。用戏谑的说法描述身体倒置,是对肉体的解放。朱莉用身体戴上了生命的冠冕,“大家都鼓掌叫好”。此时母亲已是“昏昏欲睡”,权力的压迫逐步消失,几个孩子分工明确地把一切都收拾好。他们脱离管束的心已经蠢蠢欲动。这种本身不符合伦常和规范的加冕从一开始就寓意、预言着后文朱莉的“脱冕”。

之后的生活变成“翻了个的生活”,彻底进入狂欢化的时空领域。尤其是母亲去世后,他们用属于父亲的水泥将母亲埋葬在铁皮柜子里,彻底封闭外界可能入侵的一切入口。杰克也曾在父亲死时,用木板“抹平他留在柔软、新鲜的水泥上的印痕”。他们对水泥的亵玩,是玩弄最高权力物的表现。叙述者杰克用戏谑讥笑的口吻讲述他们如何给已死的母亲罩住身体,“我打了个嗝,苏格格笑了”,随后“苏和我又笑出了声”。笑的消极因素显现出来,它“反对期待反对努力,因为它们在笑看来是官方的东西,是无聊、做作的东西”^{[2]56}。杰克在无意中找到一把大铁锤,加冕的意象再次出现。后文中,水泥外壳的破碎标志着孩子们的秘密暴露重新被外界接纳,可是杰克无法凭借一己之力用大铁锤砸碎水泥。一个人的狂欢无法让所有人获得成长,再次印证“狂欢节的全民性”。随着时间概念的模糊,无聊的感觉爬上了孩子们的心头,尤其以杰克和朱莉的转变最

为明显。刚开始杰克会因为被朱莉拒绝看他推荐的书而吵架,到后来姐弟二人心平气和地讨论起母亲,并质疑“你觉得我们当时的做法对吗”^{[6]119}。渐渐他们对权利和身份的态度开始转变。于是,第三次狂欢出现,预示了孩子心灵的成熟。

四、第三次狂欢式的笑： 水泥荒原里的非典型性成长

第三次狂欢的主要意象是杰克和朱莉的乱伦。这是收束全文的高潮。乱伦是对价值观的彻底颠覆和否认,违背正常的伦理,宣告着姐弟身份的死亡。但是在狂欢化诗学的理论里,死亡象征着新生,不存在绝对的否定。小说中姐弟的乱伦主要目的是为了赶走闯入者——姐姐的男朋友德里克。德里克“不过是想做个什么聪明的大爸爸之类”,他是专权和压制的代表,因此,孩子们拒绝将他纳入狂欢的领域。

笑的痕迹充斥着这次狂欢。首先是孪生相似的形象的成对出现,“狂欢式所有的形象都是合二为一的,它们身上结合了嬗变和危机两个极端”,并且对于狂欢式的思维来说,成对形象是非常典型的,“或是相互对立(高与低、粗与细等等),或是相近相似(同貌与孪生)……”^{[6]180}。杰克和朱莉在床上比较各自的身体,发现“我们的肚脐那么相像”,直到“我把手指伸进朱莉的嘴里数她的牙齿”,才开始笑话刚才的行为,朱莉就这样笑着,“骑跨在我身上,握住我的阴茎把它拽向它”。朱莉上位的方式,主动把自己交给了杰克,动作轻柔,甚至充满怜爱。朱莉接受并且维护杰克,“她用身体挡在我和德里克之间”是一种她对身份的重新认识和规划。接着脱冕仪式在孩子们的注视下完成,朱莉“干净利落得头朝下来了个倒立。她黝黑的棕色四肢几乎动都不动”^{[6]132},形成一个“Y”字形,苏和杰克轻轻鼓掌祝贺。巴赫金所言“脱冕这一仪式中所有的象征因素,都获得了第二层意义——积极的意义”。同时,“正是在脱冕仪式中特别鲜明地表现了狂欢式的交替更新的精神,表现了蕴含着创造意义的死亡形象。”^{[1]78}德里克发现了大锤,要把一切砸碎,这也是对过去生活的颠覆。最后几个孩子如同初生婴儿,赤身裸体,他们“很兴奋并且充满敬畏”地回忆起母亲,这是他们对权利不再排斥和抵触的表征,为进一步重返主流社会铺垫,一切都是新生命的象征。在整个三次狂欢过后,他们完成对自身的认识,自上而下地完成了成长。

四个孩子都或多或少经历了成长,朱莉的成长体现在与杰克和汤姆的关系上。以前的朱莉,在校内从不和杰克说话或者承认他的存在,而和杰克从买水泥的商店出来以后,她仿佛把他当做孩子一般,关心他“真该出来晒晒太阳”^{[6]32}。而以前的朱莉是“你不跟朱莉说话,她根本不会开口。”^{[6]54}汤姆曾经因为反抗朱莉,被强迫五点就上床睡觉,但是朱莉现在对待汤姆会“停下来在他身边跪下,用纸巾把他嘴唇上的冰淇淋和鼻涕擦干净”^{[6]102}面对汤姆的撒娇,朱莉以前会厉声叫他走开,可是后来面对“奶娃娃”汤姆,朱莉会哈哈大笑,甚至还管他叫“小甜甜”。杰克的变化体现在他对外表以及卫生的关注。父母在世时曾经有段时期,他放弃了所有的个人卫生习惯,完全以自我为中心,强调“我是什么样他们就接受我什么样”^{[6]16},朱莉会对他的卫生习惯口不择言,称他“浑身发臭”,杰克却没有丝毫改变的念头,只在生日之前洗了洗脸。父母去世以后,杰克读了苏的日记,意识到他的不洁已经干扰到其他人的生活,所以他“开始注意到自己手上的气味,甜兮兮的微微有些腐臭”^{[6]116}。随后他开始梳洗打扮,在最洁净的雨水里冲洗身体,杰克的生命也随之焕然一新。他从不在意遮住满脸的痘痘,发展到出去晒日光浴改变形象。新的面貌,是他心灵成长的写照。

汤姆的成长经历了孩子—奶娃娃—小大人这种跳跃式的变化。母亲死时,他哭喊着“我要妈”,随后他把全部的注意力集中在获得朱莉的关注,为了能够获得朱莉的信任,他甘愿退回“奶娃娃”的状态,以婴儿的外形掩盖暗暗成熟的心理。三个年长的孩子一直对汤姆隐瞒母亲被埋在地窖的实情,然而事实上,结尾处杰克与汤姆并肩躺在床上谈话时,读者才恍然大悟,其实汤姆早就发现真相,他甚至还理智地说出,妈妈已死,所以应该把朱莉作为新的依靠对象。

不过苏却是个例外,她在这个狂欢氛围中按照正常的方式成长了起来,是这个边缘世界里惟一的理性代表。在妈妈死后,她清醒地意识到应该告诉外界。她忘记了以前与杰克他们一起玩的探索身体的游戏,甚至说那是“愚蠢的游戏”。她会睿智地点破杰克的弊端,批评他以自我为中心。同时她也正常地喜欢上了代表秩序的德里克。后来对第二次狂欢的回忆中,苏一直喃喃“我肯定也做过什么”,却始终想不起来,这是她被排除在狂欢之外的隐喻。随后,杰克揭露苏的日记是在观察别人的言行。苏不愿意像其他孩子一样,卷入狂欢的时间之内,所以

她始终服从于规范和秩序。在最后一次狂欢中,苏是惟一穿着衣服的孩子,她“哆嗦着,两片薄薄的嘴唇紧闭在一起”,突如其来的变化令她措手不及,因为从始至终她都没有为自由和权力抗争,她没有做好重新归入主流社会的准备。

五、结语

从小说的结尾——孩子们从自我放逐的状态重归主流社会,读者可以参透一个信息:麦克尤恩不是用这个故事绝对地肯定或者否定一切,而是意在说明获得新生命,不仅要牺牲过去身份,而且要经历痛苦和挫折。涅槃过后,能否被主流社会接纳和容忍,是否还需要进一步狂欢和争斗,是作者留下来的悬念。然而,过程虽然曲折,孩子们的心灵却在不断成熟,获得成长,正如整部作品最后所言:“睡得不是很好吗!”孩子们从过去的睡梦和昏聩中清醒过来,迎接新的生命。

结合巴赫金狂欢化理论来透视《水泥花园》中四个孩子们三次狂欢化的笑以及随之获得的成长,读者不难看出,“恐怖伊恩”的这部充满狂欢化色彩的小说,描述的并不是一个单纯的伦理故事。狂欢化视域下的《水泥花园》,可以梳理长期以来对成长主题的误读。读者清晰可辨这些被囚禁在水泥花园

的孩子,长期受到父母的压制以及外界的忽略,无法自由地获取欢乐,由此他们开始第一次狂欢,同时也是争取自由权利的抗争。随后两次的欢笑之中的狂欢使他们逐步获得成长,并通过狂欢时的戏谑嘲讽,以及对规约的反抗,打破规约如同水泥一般的束缚,在现代精神贫瘠的荒原上,寻找笑的养分,在夹缝求得生存,开出生命之花。

参考文献:

- [1] Chritina Byrnes. Ian McEwan: pornographer or prophet? [M]. Oxford: The Contemporary Review Company Limited, 1995: 320—331.
- [2] Peter Childs. Contemporary novelists: British fiction since 1970 [M]. New York: Palgrave Macmillan, 2006: 48—72.
- [3] 刘凤.《水泥花园》的地理空间建构及其人物关系悲剧[J].世界文学评论,2012(10):145.
- [4] 张和龙.成长的迷误——评麦克尤恩的长篇小说《水泥花园》[J].当代外国文学,2003(10):40.
- [5] 夏忠宪.巴赫金狂欢化诗学研究:俄国形式主义研究[M].北京:北京师范大学出版社,2000:67—161.
- [6] 伊恩·麦克尤恩.水泥花园[M].冯涛,译.北京:新星出版社,2007:38—180.
- [7] 巴赫金.文本,对话与人文[M].石家庄:河北教育出版社,1998:12—18.
- [8] 巴赫金.哲学美学[M].石家庄:河北教育出版社,1998:75.
- [9] 巴赫金.小说理论[M].石家庄:河北教育出版社,1998:54.

(上接第93页)

四、结语

旅游软实力是旅游产业强国的精神之本,根植于中国传统旅游文化“天人合一”的和谐美之上的旅游业,只有通过“文化传承、文化提升、文化融合和文化普及”这四个县域旅游软实力的提升平台,加强旅游品牌建设,培育生命力长久的旅游目的地。

衢江一旦成功摆脱旅游软实力的时代困境,快速修复旅游的认知、交往、娱乐和涵化功能,积极整合、融合和契合目的地资源的日常生活价值与旅游消费价值,将驱动城乡面貌、城乡时空功能、城乡时空结构的快速变迁,成为真正的四省边际中心旅游城市,才能把旅游业培育成为地方经济的支柱产业和现代服务业的龙头产业。

注释:

- ① 参见:金运成和庞力萍写的《衢州市衢江区农家乐休闲旅游发展规划》,2012年7月。

参考文献:

- [1] 李瑞,吴殿廷,郭谦,等.20世纪90年代中期以来中国县域旅游研究进展与展望[J].地理与地理信息科学,2012(1):94—99.
- [2] 曹国新.旅游软实力初论[J].旅游科学,2010,24(3):1—3.
- [3] 郭英之.基于文化软实力的旅游目的地品牌文化营销[J].旅游学刊,2013,28(1):18—20.
- [4] 凯文·莱恩·凯勒.战略品牌管理[M].北京:中国人民大学出版社,1998:63.
- [5] 祁明德,许晓音.县域旅游品牌的发展策略与路径——以增城市为例[J].城市建设与发展,2012(3):43—48.
- [6] 牟俊翰,蔡尚伟.新时期我国县域文化发展的意义、困难与对策[J].中共成都市委党校学报,2012(1):69.
- [7] 李承宗,蓝甲云.对发展湖南县域旅游文化产业的思考[J].财经理论与实践,2003(7):71.

翻译教学的伦理层面批评

冯亚玲

(广东培正学院 外国语学院,广东 广州 510830)

摘要: 由于受到传统翻译理论以及实践的影响,传统翻译教学中存在以脱离具体语境的、缺乏真实性的范例操练为主要教学方法的问题。以往的翻译理论对翻译教学实践的影响很大。从伦理的角度来看,传统翻译教学在翻译主体、翻译素材和翻译教学方法方面均存在不足,为此应以学生和教师作为翻译教学的主体,平等对待翻译实践与翻译理论,同等注重文学翻译和实务翻译。翻译教学应借鉴或采用“脑风暴法”,也叫“工作坊法”,以解决翻译教学中“谁在参与翻译教学”“翻译教学以什么为素材”以及“如何进行翻译教学”的问题。

关键词: 翻译教学;伦理;翻译教学主体;翻译素材;翻译教学方法

中图分类号: G642; H319

文献标志码: A

文章编号: 1008-2204(2014)03-0109-04



Ethical Criticism on Translation Teaching

Feng Yaling

(Foreign Language Department, Guangdong Peizheng College, Guangzhou 510830, China)

Abstract: Influenced by traditional translation theories and practice, traditional translation teaching tends to adopt the method of example practice which is usually absent from any context and far away from the real situation. Ethically speaking, traditional translation teaching needs to be improved in the aspects of subject, material and method. This thesis suggests that in translation teaching students and teachers be considered as the subject, translation theories and practice be treated equally, literature translation and practical translation be of equal significance. The method of “brainstorming” and “workshop-style classes” should be adopted in translation teaching to solve the problems like “Who is participating the translation teaching activity?” “What to teach?” and “How to conduct translation activity?”

Key words: translation teaching; ethics; translation teaching subject; translation material; translation teaching method

一、引言

作为一种社会活动,翻译事业的发展与社会的需求息息相关。全球化和信息化时代对语言服务的需求急剧增加,对高水平、应用型 and 复合型翻译人才的需求也日益增加。为了满足这一社会需求,关于翻译教学的理论研究逐渐成为中外学者关注的焦点。其实翻译教学实践在国内外都不是新鲜事物。国际上从第二次世界大战之后就开始重视专业译员的培训,20世纪60年代高校就已开设专业翻译的教学项目。在中国,最早培养翻译人才是在玄奘主

持译场时期,但关于翻译教学的研究始于20世纪50年代。^[1]由此可见,国内翻译教学研究理论相比于翻译教学实践,有一定的后置性。同时,翻译教学的实践受翻译理论研究的影响,因而有必要对以往的翻译研究理论进行梳理。

至今为止,翻译研究经历了语文学范式的翻译研究、语言学范式的翻译研究、文化转向的翻译研究、解构主义范式的翻译研究以及当前盛行的伦理转向的翻译研究阶段。在语文学范式翻译研究阶段,翻译研究缺乏系统的、科学的研究方法和结果,只是零星的、只言片语的对译文的评价,或者是对译作的主观判断。中国传统翻译理论就属于此类:案

本—求信—神似—化境,“文”与“质”,“直译”与“意译”都是翻译家在进行大量翻译实践之后得出的经验之谈。在语言学范式翻译研究阶段,翻译研究吸取了语言学的研究成果,重点集中在对原文与译文在词语、句子和篇章等语言层面的对等,原作被认为有一个固定不变的意义等着译者转换,判断译作好坏的标准就是在语言层面上其是否与原作距离最近。^[2]在文化转向翻译研究阶段,翻译研究关注翻译作品在文化构建时所起到的积极和消极的作用。在殖民者对殖民地人民的统治中,翻译被认为起到了助纣为虐的作用,在男权社会对女性的统治中,翻译被认为起到了推波助澜的作用。这一阶段,翻译被认为是受统治者、赞助人和出版社等不同因素操控的行为,远远不是价值中立的场所。在解构主义范式翻译研究阶段,原文文本终极意义被解构,原作者至高无上的权威被消解,译者的地位得以无限制的提升。但是一个具有相对固定的语言结构所承载的原文是否真的就可以被译者随心所欲地翻译呢?这就是翻译研究伦理转向阶段所研究的重点:如何规范译者的行为。

正如翻译实践中所涉及的对象极其多元一样,翻译教学中涉及的因素也十分广泛。翻译教学中能动的对象有教师和学生。教师与学生交流的媒介有教学素材、教学方法和评价体系等。在翻译教学实践中,翻译教学理论的研究也经历了阶段性的变化,但是各个阶段的翻译实践研究都缺乏伦理层面的关怀。

二、翻译教学主体

受科学主义和本质主义的影响,传统的翻译教学模式总是以教师为主体,教师把教学任务分配给学生,再提供一份参考译文,之后教师阐述其对译文的感受。学生是被动地、机械地吸收各种翻译理论、翻译技巧的非能动个体。长期以来,翻译教学忽视了学习主体的存在和学习者主体性的发展,片面强调翻译理论和翻译技巧的作用,把学生物化为可以灌注的容器、可以编程的计算机,造成学习者主体的缺失。^[3]而事实上,教育心理学领域的最新研究成果表明,知识是由个体主动建构而成,并非得自教师的传授。^[4]学习过程是知识的生长,是个体新旧经验的相互作用,而不是简单的知识传递和被动接受。认知或者学习并不是机械地复写客观世界。相反,

知识是学习者的主观建构,学习者积极、主动并有意地面对、接纳外界的各种刺激,解决各种问题,形成其独特的知识结构和经验世界。^[5]由此看来,传统的翻译教学过程都是以教师为核心,忽视了学生的学习动机、价值取向以及对于翻译实践结果的自我判断。这一做法仍旧沿袭了西方传统哲学所强调的“自我”与“他者”的主客二分思维。在这一思维中,“自我”与“他者”总是处于不平等地位,“自我”的地位不证自明地高于“他者”。在传统的翻译教学实践中,教师就被放置在“主体”的位置,学生被放置在“他者”的位置。教师及其所倡导的翻译思想被认为是无条件的正确,学生要无条件的全盘接受。这样的认知观点无形中包含了一个假设:教师是正确答案的惟一提供者,教师就像翻译实践中的原文那样,具有不可动摇的地位。然而,翻译实践中原文的意义不是固定不变的。教师对于译文的理解也总是带上了个人主义色彩,受到了其所提倡的价值观念、翻译理论和教育背景等因素的影响。因此,传统的翻译教学在教学主体的定位上缺乏对学生主体性以及教师与学生的主体间性的伦理层面考量。

作为教学活动的参与者,学生的主观能动性对课堂效果起关键性的作用。在翻译教学实践中,学生对于原文的理解与否、对于翻译理论的熟悉与否以及遣词造句的功底如何都会成为能否充分欣赏译文的关键。因此,在翻译教学实践中,教师不应只从自己的立场出发分析译文的特点,而应以学生为中心,让学生来分析原文和译文的语言特点以及翻译技巧,再给出自己的观点,并且阐明这只是见解之一,并非惟一的正确观点。惟有将学生作为翻译实践教学的主要参与者,充分发挥学生的主体性,翻译实践教学的效果才会越来越好,才能培养出具有创造性的译者。当然,发挥学生的主体性作用并不是说教师失去了主体性地位,成为了可有可无的对象。教师对于原文和译文的体会,对于翻译技巧的提炼,也是翻译实践教学中学生提升自己的重要部分,是翻译实践教学的点睛之处。因此,学生和教师都是翻译教学的主体,两者属于相互平等、相互依存的关系。从伦理的角度看,它们的价值取向应该是一致的,即在教师的指导下,提高学生的翻译实践能力,学生对于翻译实践的认识也能促进教师对于翻译教学能力的提升。

三、翻译教学素材

选择翻译教学素材就是要解决翻译教学教什么的问题。受实用主义影响,传统的翻译教学只注重翻译实践的练习,但却忽视翻译理论的阐述,主要强调对翻译单位如词、短语、句子、段落和语篇的双语结构以及意义的转换。既然翻译教学的初衷是培养善于翻译各种素材的翻译人才,人们本能地认为翻译实践才是王道,才是翻译教师应该安排学生主要进行的活动。纵观传统的翻译教材,大多是规范性的翻译实践,大部分的篇幅是实例,教学生应该这样翻译或者应该那样翻译。所谓理论的部分,大都是一些名家翻译作品时的感想心得,或者言必称“信、达、雅”“神似”“化境”。重“实践”,轻“理论”是把“实践”放在“自我”的一端,把“理论”放在“他者”的一端,割裂二者,使之不可调和,这是翻译教学实践中伦理内涵缺失的体现。这种伦理缺失部分是中国翻译界在翻译理论与翻译研究上的误区。中国国内的翻译研究长期处于狭隘的、单纯的语言转化层面的研究,处于经验层面,缺乏严谨的理论阐发,没有进入严格意义上的理论层面。^[6]其实,按照吉迪恩·图里对于翻译研究的描绘:翻译教学应该属于译员训练的范畴,与机助翻译、翻译批评同属于应用翻译学的分支,与应用翻译学并列的是包括了理论翻译研究和描述翻译研究的纯翻译学分支。^{[7]10-40}应用翻译学与纯翻译学是相辅相成的,翻译理论与翻译实践也是彼此交融的,翻译理论有助于翻译实践者形成系统的、科学的翻译观念,进而培养译者综合的翻译素养。刘宓庆认为,对学生进行翻译理论教学目的有四:第一,培养学生对翻译的认识以及对翻译学性质的体认;第二,培养学生的分析能力,强化学生对翻译中涉及的译者、原文和译文读者之间相互关系的认识;第三,为学生提供经过提升优化的“经验材料”,即经过实践检验过的翻译策略、翻译方法;第四,为学生提供比较系统的价值标准,使他们在撰写翻译批评或撰写论文时有比较具体的遵循原则,因此,翻译教学也要注重翻译理论的传承。^{[8]37-69}翻译教学应理论与实践相结合,培养学生的综合翻译能力,不能只停留在翻译实践的层面。

此外,传统的翻译实践教学也有不足之处。由于传统的翻译教学侧重文学文体翻译,翻译思想主要还是体现了“信、达、雅”的价值标准,强调译者对

于原文在语言层面的对等转化以及原文风格在译文中的重现。因此,学生们无形中被灌输的思想就是:原作有一个固定不变的意义等着他们去翻译,在翻译的过程当中他们自身是隐身的,不能表现出翻译的痕迹,要最大意义地、对等地重现原文意义。因而,学生也倾向于从原文的角度对译文进行评价,并把距离原文是否最近评判为译文好坏的标准。但学生从课堂上所学到的翻译技巧和评价体系并非适用于任何文体,尤其并非适用于实用文体。走上翻译实践岗位时,学生们会发现之前课堂所学的重要技能远不能满足工作的需要,还需进行二次培训。这种实践教学严重脱离的社会实际,没有充分考虑到当今翻译市场的需求,对学生的能力培养具有滞后性。重“文学翻译”,轻“实务翻译”是导致这一现象发生的历史根源。因此,应该提倡职业导向的翻译教学,紧跟市场需求,培养学生在某些专业技术领域的素养及翻译技能。目前,各种科技英语翻译教材,都是零星式的、范例式的,如将计算机英语翻译,电力英语翻译,水利英语翻译等素材按照一定的顺序编排在一起,蜻蜓点水式地稍加概括,缺乏系统性和科学性。课本的重点还是描述各种类型科技翻译的语言特点,停留在翻译实践中语言单位的层面。与此同时,也需考虑科技翻译教师的教育背景。这些教师大都是英语专业出身,具有良好的英汉语语言文化基础,但缺乏对自然类、科技类学科的系统掌握,因此,他们教授科技英语翻译面临一定困难。

综上所述,传统的翻译教学中重“实践”,轻“理论”,重“文学翻译”,轻“实务翻译”的思想使得学生培养方案与学生就业趋向之间存在一定的差距,学生的实际需求得不到实质意义上的满足。把一件事物的两面对立起来看待,厚此薄彼,不管强调哪一方,都是对另一方的贬低、不尊重、不承认,这与伦理中提倡的和谐、包容的道德规范与价值观念显然是相悖的。

四、翻译教学方法

中国传统的翻译课堂教学是经验式的、脱离具体语境的、缺乏真实性的范例操练法。^[9]根据刘宓庆的分类,具体的翻译教学理论有两种:一种是“人物志式讲授法”(Who's who approach),另一种是“课题式讲授法”(topic approach)。^{[8]37-69}前一种方法大都用在介绍翻译名家的理论的时候,按照翻译

理论发展的时间顺序,介绍不同时代盛行的翻译理论、发生的翻译事件,其具有描写翻译学的特征。描述翻译学理论认为要避免价值判断,不要去追究译文好坏,要着重对译文所处的历史环境、文化背景进行描述,分析某个文化时期所进行的翻译实践以及翻译理论。^{[7]10-40}这种思想既忽略了翻译在一个国家、一个民族的文化建构过程中所起到的积极作用,也掩盖了翻译在强势文化殖民弱势文化时被操控的历史,掩盖了翻译过程中所蕴含的“自我”对异质的“他者”的暴力,造成翻译处于一个风平浪静,没有权力争夺,没有价值取舍时期的假象,仿佛翻译的整个过程译者没有在“归化”与“异化”,强调原语文化还是译语文化的矛盾中进行选择一样。所以尽管这种描述翻译思想尽力避免伦理的判断,但还是不能否认翻译实践中存在价值判断、译者职业操守、道德准则等伦理因素。后一种方法用于翻译实践的教学,主要针对学生所要培养的能力进行逐个加强。例如:教师对诸如“把字句怎么翻译”“被动句怎么翻译”等话题进行讲座式的阐述。这种教学法是对原文和译文进行规化式的、语言层面的分析。这种翻译思想把原文看作是静态的、封闭的、固定的意义构成体,忽略了文本在不同时代、不同背景会产生不同阐释的事实。这种教学法是客观主义的,忽略了原语文本的时效性、情境性,会使学生认为这种语言学意义上的词语、句型和篇章之间的意义转换是固定的,在任何译文中都是适用的。固化原文意义就隐藏了译者在翻译过程中进行的价值取舍,隐藏了翻译的伦理因素。

在西方国家,翻译教学流行“脑风暴法”(brainstorming),或叫“工作坊法”(workshop-style classes)。上课的形式是:教师在上课的时候提出一些概念,让学生进行讨论;或者给学生创设仿真的翻译场景,让学生现场进行翻译实践。课堂的重点不在于肯定或者否定某些观点或者某篇译文,而在于让学生了解围绕同一个话题所呈现的不同观点以及同一篇原文所产生的不同译文。课堂讨论的策略在于延迟评价,或者削弱评价的意义。让学生更专注于

产生自己的观点和译法,而不是专注于记忆教师提供的正确观点和所谓的正确译法。

比较这两种不同类型的教学思想,中国国内的教学方法是相对稳定的、保守的、传统的范例教学法,强调对于学科系统的、全面的、由点及面的整体把握,而国外的教学法强调学生的参与,着重强调学生的创造性和能动性。

总之,中国自20世纪80年代初期开始培养“翻译理论与实践”方向的硕士研究生以来,翻译界一直在为培养目标所困惑。^[10]争执的焦点在于究竟是培养侧重于学术研究的科研人才,还是培养具有高超的口笔译实践能力的翻译实用人才。事实上,这种争执同样也是对立了两种具有同样重要价值的翻译目标。培养翻译人才的模式应该是多元化的。在教学实践过程中,要兼顾教师与学生,理论与实践,“实用翻译”与“文学翻译”这些看似对立却互为补充的要素,满足社会对于翻译的要求,从宏观上把握翻译教学思想以及翻译教学方法。

参考文献:

- [1] 文军,张金菱.中国翻译教学50年(1951—2005)回眸[J].上海翻译,2008(2):14.
- [2] 陈凯军,赵迎春.哲学视域下伦理翻译[J].湖北社会科学,2012(2):40—65.
- [3] 申连云.中国翻译教学中译者主体的缺失[J].四川外语学院报,2006(1):136—140.
- [4] 薄振杰.中国高校英语专业翻译教学研究[D].济南:山东大学,2010.
- [5] 冯忠良.教育心理学[M].北京:人民教育出版社,2004:110—121.
- [6] 丛滋杭.翻译理论与翻译教学[J].中国科技翻译,2007(2):35—39.
- [7] Gideon Toury. Descriptive translation studies and beyond [M]. Shanghai: Shanghai Foreign Language Education Press,1995:10—40.
- [8] 刘宓庆.翻译教学:实务与理论[M].北京:中国对外翻译出版公司,2003:37—69.
- [9] 王银泉.加强行业管理,推动我国翻译产业的可持续发展[J].中国翻译,2006(4):40—49.
- [10] 穆雷.翻译硕士专业学位:职业化教育的新起点[J].中国翻译,2007(4):12.

创新校企合作学生实习的新模式 ——北航中法工程师学院实习模式研究与实践

王乐梅¹, 姜 珊²

(1. 北京航空航天大学 中法工程师学院, 北京 100191; 2. 北京航空航天大学 教务处, 北京 100191)

摘要: 法国工程师教育十分注重实践,其实践环节采用“三段式”实习模式。在全球经济一体化发展的大环境下,中国的工程师教育必须走向国际化。北京航空航天大学中法工程师学院逐步强化工程师培养的实践环节,积极探索并强调面向工业界,培养工程领域高素质人才,实践了校企双赢的校企合作学生实习新模式。

关键词: 工程师教育;“三段式”实习模式;校企合作;北航中法工程师学院

中图分类号: G642.0

文献标志码: A

文章编号:1008-2204(2014)03-0113-04



Innovative School-enterprise Cooperation Model of Student Internships: Research and Practice of Sino-French Engineer School of Beihang University

Wang Lemei¹, Jiang Shan²

(1. Sino-French Engineering School, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China;
2. Teaching Affairs Office, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: Practice, an important part in French engineer education, adopts a “three-stage” model. In the development of global economic integration, the internationalization of the engineer education in China should be emphasized. The practice in Sino-French Engineering School of Beihang university is strengthened step by step, which emphasizes that the practice should meet the needs of the industry and aim to train high qualified engineers to achieve a beneficial cooperation between both schools and enterprises.

Key words: engineer education; “three-stage” model; school-enterprise cooperation; Sino-French Engineering School of Beihang University

一、引言

21世纪是中国高速发展的时期,巨大的产业规模为工程科技的发展提供了新的机遇,同时也对优秀工程技术人才的培养提出了更高要求。^[1]大力发展工程师教育已经成为政府和教育部门的主要任务之一。^[2]在全球经济一体化发展的大环境下,为在国际化人才竞争中处于不败之地,中国的工程师教育必须走向国际化。发展中国工程师教育,需研究其他国家,尤其是发达国家的工程师教育情况,吸取

各方优势、总结经验、探寻客观规律为我所用,从而有力推动中国高等工程教育的发展。法国的工程师教育已经形成了鲜明的特点,其实践环节在国际上享有盛誉。^[3]中国也一直力求重视实践,但在落实校企合作方面多流于形式和口号,没有切实开展。

二、法国工程师教育的特点

法国工程师教育的主要特点就是多层次的实习训练和大量的实用课程。^[4]其教育模式非常注重实践环节,许多课程均由来自企业的专家或工程师讲

授,授课方式为讲座和手工操作课,学习期间学生须在企业进行期限不等的实习,这些实习是教学环节的重要组成部分。^[5]法国学生在毕业前已经进行了大量的实习,接触了企业生产的实际情况,在毕业的时候就对企业生产概况有所了解,再加上学生必须在完成至少10个月的实习之后撰写一篇毕业论文方能毕业,且毕业论文必须以解决实际工业项目中的问题为主题的要求,学生基本上都可以在实习期间确定未来的工作方向,可以充分胜任工作甚至担任部分领导职务。

法国工程师培养模式重视实践,其实习模式为“三段式实习”,且在实习的先期相关课程准备、实习的审批和实习报告答辩三个环节都有严格监管。

(一) 保证足够实习时间的“三段式”实习模式

以法国中央理工大学集团为例说明,该校学生在校期间需要进行三次实习。

1. 企业认知实习

预科阶段的暑期,学生需要进行为期至少1个月的企业认知实习。此次实习的目的是认识企业、了解企业文化、亲身体验公司的工作氛围并进行简单的操作。认知实习的内容是多元的,学生不局限于理工类技术操作,也可以看到企业整体运行,初步接触管理运作等有前瞻性的宏观问题。如有的学生从事软件测试等简单技术操作,有的学生在银行系统从事金融数据简单分析,有的学生去法国农场(如葡萄园)进行一个月的灌溉整枝等。这些最基本的操作虽然简单,却切实提高了学生的综合办事能力,也使学生更好地明确了个人的职业发展方向。

2. 工程师实习

工程师阶段第一年或者第二年暑期,法国学生需进行为期至少3个月的工程师实习。此次实习的目的是接触并解决实际工业生产的技术问题。学生实习期间的角色是技术员。

3. 深入实习暨工程师毕业实习

工程师阶段最后一个学年的下半年学生将进行为期6个月的深入实习,即工程师毕业实习。此次实习要求学生能够独立思考并解决一定难度的工业生产及工程问题,提出一定的解决方案,并撰写毕业实习报告。学生实习期间的角色是工程师。

(二) 企业参与、保障质量、环环相扣的实习环节

在法国,学生的实习与企业密不可分。企业的积极参与是法国工程师院校学生实习质量的重要保障。^[6]法国政府制定了一项非常特殊的强制税收制

度,要求企业每年必须向地方财政上缴上年员工工资总数,该培训税将作为学校学生的实习培训费用;地方财政根据企业接受实习学生的数量和实习的时间,按一定比例将企业上缴的培训税返还给企业。^[7]这就从政策上提高了企业接受学生实习的积极性。由于企业在提供实习助学金时有择校的权利,因而学科特色符合行业需求、生源好、学生素质高、杰出校友分布广泛的学校就能得到更多企业资金的支持,为学生争取到更多更好的实习机会。这一税收政策极大地调动了学校和企业的积极性,激发了企业与学校合作的内在动力,为工程师实践能力和创新能力的培养提供了政策保障,也有助于学校和企业在学生实习环节的合作上走上互利双赢、良性循环的轨道。

法国高校学生实习流程如图1所示。

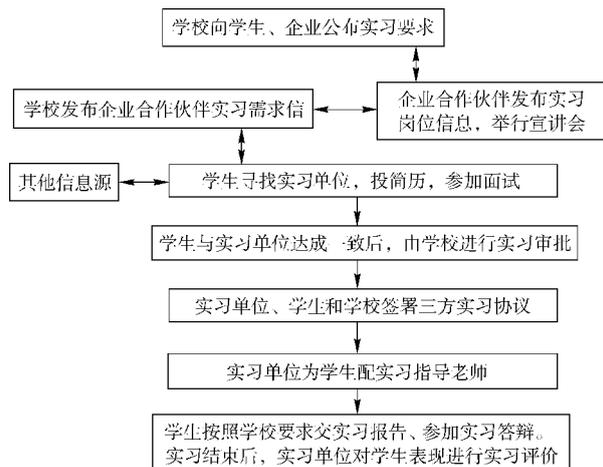


图1 法国高校学生实习流程

1. 实习岗位的提供

法国各个企业每年会提供实习名额、规划实习内容,然后向合作高校实习方面负责人发布公司的实习岗位信息。如法国中央理工大学以及雷恩国立应用科学学院等高校每年2月和3月会收到各类企业暑期实习的岗位需求,每年11月和12月会收到企业6个月实习的岗位要求。

工程师高校的企业合作伙伴会不定期到学校举行公司宣讲活动。法国工程师高校也有组织企业日活动的传统。企业日当天会有众多企业代表出席活动,介绍自己的企业,提供实习岗位及就业岗位。如雷恩国立应用科学学院负责学生实习就业等的部门在2009年11月份举行企业日,企业以及周边附近的学生纷纷参加。

此外,还有一些法国学生倾向于通过朋友介绍

或者公司网站发布的实习信息等方式,自己寻求实习机会。

2. 实习相关的先期课程准备

法国工程师学校十分重视学生的职业生涯规划。例如:巴黎中央理工大学开设了“Projet Professionnel”(职业规划)等课程;法国国立应用科学学院(Insa de Rennes)设有就业指导中心,其教师隶属于学校预科阶段的人文学科组。

在这样的课程中,工程师学校人文学科组的法语及英语教师以及法国合作企业伙伴的工程师以及人力资源部门的人员会来到学校帮助学生完善法语和英语个人简历、法语和英语求职信等;同时会组织安排学生进行一对一的模拟面试,学生逐一参加面试,教师和企业人力资源部门代表会针对模拟面试中的各类问题以及学生个人面试表现予以分析讲解。这样就使学生懂得如何在面试时更好地展现自己的优势,以及如何与用人单位良好沟通。法国合作企业伙伴的工程师、人力资源部门的人员还会来校讲解企业对职员的各项素质的期望与评估,并结合马斯洛需求层次理论(Maslow's hierarchy of needs)讲解职业规划中的起步期、发展期、平稳期和提高期等不同阶段的心理需求。

3. 实习审批

法国工程师学校要求学生必须学会如何自己寻找实习,而不是一味等待学校一手操办。学院自然会提供一部分实习单位信息,但也要求学生自己寻找实习机会,这样才能锻炼学生的自主性,并使学生明白要想得到好的实习机会,就需要自己学会如何与用人单位沟通,如何在向公司全面展示自己的基础上诉说自己的需求。

学生在与实习单位沟通之后,学校会对学生的实习进行审批。实习审批在预科阶段是由预科阶段负责人审批的,在工程师阶段则由相关部门的负责人审批。

审批实习时,学生一般需要提供相关的说明。例如:巴黎中央理工大学一般要求学生填写并上交学校自制的实习审批表格(internship validation form)和实习内容描述(description of internship,由实习单位或企业提供),学校的实习负责人审核并签字通过,学生才能去办理实习协议。

4. 实习协议

法国对实习生的管理有明确的法令规范。2009年7月,法国政府发布了第2009-885号政令,要求所有

实习生必须与企业 and 学校签订三方协议,以明确各自的权利和义务。法令同时规定,实习之目的在于理论应用于实践的教学,让学生初步认识企业的工作、了解企业对员工的要求,同时更好地认识自己。法令规定,在任何情况下,实习都不能成为廉价雇佣,实习生与企业要就实习的期限、作息、节假日、是否加班、是否夜间工作、实习评估的方式等具体事项达成一致意见,并写入三方协议。两个月以上的实习应为带薪实习,具体金额及支付方式应在协议中明确。实习生月工资在417.09欧元(每周工作35小时)以下的,企业和实习生均可免税。实习生可享受大学生社会保险,保险内容涵盖工伤事故和职业病,企业和实习生都不需要缴纳养老、生育等保险。

法国的实习协议通常是三方(学生、用人单位和学校)协议。该协议明确规定了实习的起止时间、每周的工作时间、实习地点、实习工资、实习保险、实习的工作内容、差旅是否有补助以及吃饭住宿交通是否有补助。

在法国,工程师高校学生实习的工资有一个最低线。如法国国立应用科学学院学生的实习工资通常不得低于600欧元/月。

三、中法工程师学院实践环节探索

北京航空航天大学(以下简称“北航”)中法工程师学院在人才培养的过程中,通过与工业界的紧密合作,强调“三个工”与“三个实”,即“工程、工业、工作”与“实验、实践、实际”,强调面向工程、面向工业界,培养工程领域具有系统思维、国际视野、创新意识,具备解决现代工业领域复杂系统问题能力的高素质人才,实现了学生、学校、企业和社会的多方共赢。

(一) 企业的选择

北航中法工程师学院在全球范围内选择工程领域代表行业最高水平的相关企业,以“合作伙伴企业”的形式全面合作,迄今为止已和斯伦贝谢、道达尔、赛峰、法国电力、欧洲宇航防务集团等世界500强的跨国公司以及中国商飞等13家中外顶级企业签署了合作伙伴协议。合作企业高级管理人员进入学院管委会,共同确定学院的规划和发展方向、招生科研政策、审定学院预算、制定学院重要规章制度;同时企业直接参与到教学过程中,开设专业课程,并提供研究项目和实习岗位以及课程教师与实习指导

教师。

(二) 中法校企合作案例

中国商用飞机有限责任公司(以下简称“中国商飞公司”)是经国务院批准成立,由国务院国有资产监督管理委员会、上海国盛(集团)有限公司、中国航空工业集团公司、中国铝业公司、宝钢集团有限公司、中国中化集团公司共同出资组建,由国家控股的有限责任公司。中国商飞公司在与北航中法工程师学院的合作中,先后为其提供了经费支持400万,实习岗位200多个,为中法实践教学作出了重要贡献。

(三) 校企合作的双赢

学校与工业界的紧密合作是从工业合作伙伴投入知识、资源和资金开始的。^[8]在培养过程中企业为学生提供三次岗位实习,在实习过程中,企业可以充分了解学生,选拔资助对象,并与选拔对象签订协

议。如在学生留学法国期间提供费用资助,要求学生毕业后在资助企业工作,这是一个双向选择的过程。当优秀毕业生进入工业界,为企业发展提供优质人力资源时,企业受益并将参与更多的教育过程,提供更大的支持,也会因此吸引更多企业参与合作。^[9]例如:赛峰集团首席执行官马克王德作为北航中法工程师学院管委会委员,多次亲临学院指导人才培养工作;斯伦贝谢公司连续7年,每年投入50万元,支持学院发展。企业的支持有效促进了人才培养创新平台的建设,^[10]形成了“企业支持—优质毕业生成为优质人力资源—企业更加支持、不断深化”的正反馈闭环,如图2所示。构建与全球知名企业不同层次的合作关系,共同培养高素质人才,形成了“工业合作伙伴—全程参与—优质人力资源—更多企业支持”的正反馈闭环,使企业参与积极性越来越高。

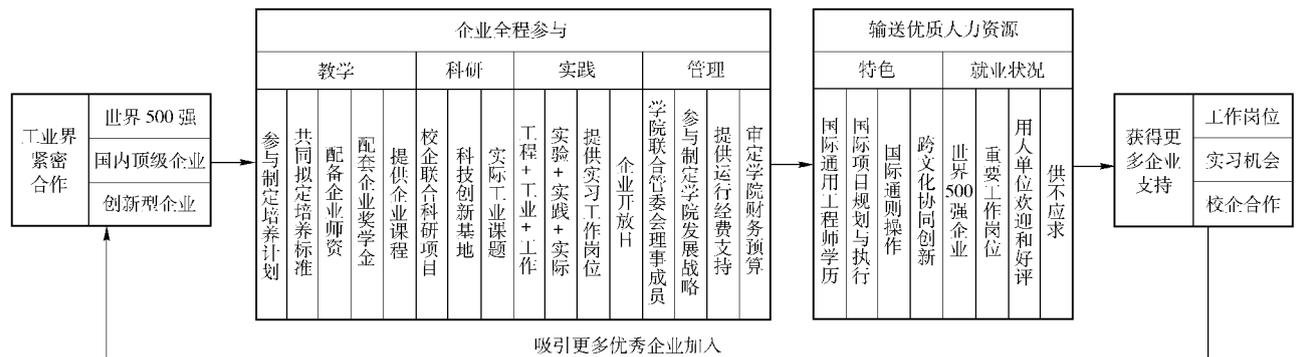


图2 围绕企业的正反馈闭环系统示意图

参考文献:

[1] 张安富,刘兴凤. 实施“卓越工程师教育培养计划”的思考[J]. 高等工程教育研究,2010(4):56—59.
 [2] 王秀梅,孙萍茹. 高等工程教育及工程技术人才培养研究[J]. 华北电力大学学报:社会科学版,2006(3):128—132.
 [3] 李德才,王俊. 关于培养“卓越工程师”的几点认识[J]. 研究生教育研究,2011(3):53—57.
 [4] 中法合办北航中法工程师学院成立[EB/OL]. [2014-01-01]. <http://www.eoil.cn/xwsx-3277/20060323/t20060323-148695.shtml>.
 [5] 邹声文,杨伶. 欧洲的“麻省理工”——瑞士联邦理工大学办学特色[J]. 教育,2007(23):54—55.

[6] Liu Huawen. Service outsourcing competing strategy:a research on international corporations in China[J]. Journal of Guangdong University of Business Studies,2006(2):18—22.
 [7] 刘丽华. 法国工程师教育及对我国理工科高等教育的思考[J]. 江苏高教,1996(4):69—72.
 [8] 叶鉴铭. “校企共同体”的实践探索[J]. 中国高教研究,2009(12):62—64.
 [9] 叶鉴铭,徐建华,丁学恭,等. 校企一体化动力机制的实证研究[J]. 教育与职业,2009,8(24):8—10.
 [10] 葛锦林. 工学结合、校企合作人才培养模式的实施困境及对策[J]. 百家论坛,2009(6):49—52.

非通用语工程师培养的教学与实践 ——以北航中法工程师学院为例

萨日娜, 于黎明, 唐宏哲

(北京航空航天大学 中法工程师学院, 北京 100191)

摘要: 中国高等教育国际化引出了高等教育与非通用语国家的合作新模式。通过分析非通用语工程师培养的特点指出,一方面,工程师培养模式下的非通用语教学与中国现有的外语专业教学与第二外语教学都存在差别,另一方面,工程师专业课程非通用语授课也不同于国内理工科专业课程的双语教学。针对非通用语工程师人才培养中存在的问题,以北京航空航天大学中法工程师学院为例,从课程设置、课程融合以及教学组织形式等方面来加强非通用语的工程师培养,旨在为中国非通用语国际教育合作提供新的思路。

关键词: 工程师培养; 非通用语; 双语教学; 课程设置; 课程融合; 教学组织形式

中图分类号: G642.0

文献标志码: B

文章编号: 1008-2204(2014)03-0117-04



Teaching and Practice of Non-universal Languages Engineer Training: A Case Study on Sino-French Engineering School of Beihang University

Sa Rina, Yu Liming, Tang Hongzhe

(Sino-French Engineering School, Beijing University of Aeronautics and Astronautics, Beijing 100191, China)

Abstract: The internationalization of higher education in China leads to a new cooperation model between higher education and the countries of non-universal languages. By analyzing the characteristics of the training of engineers of non-universal languages, the paper indicates that the teaching of non-universal foreign languages with the training of engineers as its purpose is different from the teaching of specialized foreign language and that of second foreign language and that the engineer training courses taught in non-universal languages is different from the current bilingual education for science and engineering majors in China. To solve the problems in the engineer education, the paper presents the curriculum, teaching methods, curriculum integration and teaching organization of Sino-French Engineering School of Beihang University, which aims to provide new ideas for the international cooperation of non-universal languages education.

Key words: engineer education; non-universal language; bilingual education; curriculum; curriculum integration; teaching organization

一、引言

工业革命以来,法国的工程师教育以其独具特色的教育体制与教学模式,为全世界培养了众多工业界、科技界和商业界的顶尖人才。^[1]其中法国中央理工大学在工程师教育领域具有丰富的经验,享有极高的声誉和国际影响力。

2005年,在中法两国政府的大力支持下,北京航空航天大学(以下简称“北航”)与法国中央理工大学共同创建了中国国内第一个中法工程师学院。^[2]中法工程师学院在延续北航优秀教学与科研经验的基础上,成功引进法国通用工程师培养模式,目标是培养中法两国在经济、科技、教育等领域的中坚人才和文化交流使者。

中法工程师学院的法国通用工程师培养模式包

括两个部分,即预科教育和工程强化教育。前三年是以外语、数理化等基础课程为主的预科阶段,后三年是以工程强化、专业教育为主的工程师阶段。通过六年学习后,学生将获得法国工程师学位委员会(Commission des Titres d'Ingénieur, CTI)授权的工程师文凭和北航硕士学位、硕士毕业证书。由于工程师专业课程将由法语这一非通用语讲授,使得中法工程师学院从中国现有的专业法语教育模式与教学体系,以及现有的面向理工科的双语教学模式中,都难以寻求借鉴,这为其开展法国通用工程师培养带来了诸多困难。为此,中法工程师学院专门组织师资队伍,经过几年的探索与实践,在总结以往法语教学经验的基础上提出、实践了一套非通用语教学的工程师教育模式。文章的研究成果可为解决中国国内同类国际合作专门人才培养方面的共性问题提供参考和借鉴。

二、工程师专业课程非通用语授课面临的挑战

北航中法工程师学院的大部分专业课程由法语讲授,即专业课程由非通用语讲授。在中法工程师学院的整个培养计划中法语教学必不可缺,其是专业教学的基础,其质量直接影响专业教学的质量。

(一) 面向工程师的非通用语教学的特殊性

从语言教学的角度来看,非通用语教学在目前中国的外语教学中,分为非通用语专业教学及非通用语二外教学,但北航中法工程师学院的法语教学,即非通用语语言教学,与上述这两种情况都有较大的差距,如表1所示。

表1 北航中法工程师学院非通用语教学与中国国内其它非通用语教学的比较

项目	非通用语		北航中法
	二外教学	专业教学	工程师学院非通用语语言教学
教学对象	文科、理工科	文科	理工科
专业方向	不定	语言文学	通用工程师
必修课总学分	16	60~130	78
必修课平均周学时	4	8.6~11	9.8
必修课总学时(约计)	256~280	1 100~1 400	1 248
要求词汇量	1 500~1 700	8 000	5 000~7 000

教学培养计划的一般值,非通用语专业教学仅计算非通用语专业必修课程,而非通用语选修课程未计入其中。北航中法工程师学院的非通用语语言教学仅指外语教学,不含外语授课的专业课程。

北航中法工程师学院的法语教学对象为理工科学生,专业培养目标非语言文学方向,因此,国内外语教育界通常认为此类法语教学为第二外语的教学。但北航中法工程师学院的法语教学无论是从学分、平均周学时,还是从教学总学时来看,都远远高于国内本科教育第二外语教学的平均值。这样的课程安排与语言教学要求,是因为法国工程师职衔认证委员会对工程师文凭的颁发有着严格的外语水平要求。即学生取得工程师文凭,法语水平要达到欧洲语言共同参考框架所规定的B2水平。^[3]在这样的要求下,中法工程师学院的语言课程与非通用语专业教育相比,虽不能完全达到非通用语语言专业的要求,但已差距甚微。此外,与非通用语专业教育相比,由于专业方向与授课对象的不同,针对文科学生的文史、语言学等人文课程并不符合工程师培养的要求,这又使得二者在教学本质上存在着较大的差别。

综上所述,首先,北航中法工程师学院的法语教学不应属于第二外语教学范畴;其次,它虽然接近非通用语专业教学培养计划中对学分、课时等的要求,但由于培养对象、培养目标的不同,其课程体系与教学模式必然有所区别。因此,北航中法工程师学院面向工程师的非通用语教学在实践中缺少国内类似教育模式的参照与指导,在课程设置、教学模式、教学组织等方面都面临巨大的挑战。

(二) 工程师专业课程以非通用语教学的特殊性

北航中法工程师学院的专业课程以外语讲授,这一形式与中国国内一些理工科双语教学的实践有一定相似性,但由于教学语言使用非通用语,使其与一般的理工科双语教学又有所区别,如表2所示。

表2 北航中法工程师学院专业课程的教学与中国国内理工科专业课程的双语教学的比较

项目	国内理工科专业课程的双语教学	北航中法工程师学院专业课程的教学
教学对象	理工科	理工科
语言类别	通用语	非通用语
外语基础	中、高级水平	零起点

在表1中,关于学分、课时等的计算取中国国内

国内现有的理工科专业课程的双语教学采用通

用语——英语的教学,学生在进入专业学习阶段前已经历了初中、高中教育的英语教学,语言的总学时数约计800学时,^[4]且学习是在一个比较长的时间区间里进行的,是一个循序渐进慢慢吸收语言知识的过程,因此,学生的英语基础较好。北航中法工程师学院专业课程使用非通用语作为授课语言,面临的挑战在于:第一,学生入学时为零起点,无任何语言基础;第二,按照北航中法工程师学院的培养方案,学生在第一年法语强化后,在本科二年级即开设外语直接授课的专业课程,学生需在较短的学习区间内快速掌握并吸收语言知识及技能。由此可见,如何在短时间内迅速提高学生法语水平以获得专业知识,就成为了中法工程师学院以非通用语讲授专业课程所面临的问题。

三、非通用语工程师培养的实践

中法工程师学院的培养计划为六年半,培养方案分为预科阶段(三年)和工程师阶段(三年),根据培养方案以及专业课的要求与特点,中法工程师学院将法语教学与工程师培养相融合,进行了一系列的实践,取得了良好的教学效果。

(一)“三段式”教学模式

根据中法工程师学院培养方案的特点,将法语的教学实践与学院的工程师培养方案相契合,设计了“三段式”的教学模式,如表3所示。

表3 北航中法工程师学院培养方案与“三段式”语言+专业教学

项目	预科阶段(三年)		工程师阶段(三年)
年级	第一年	第二至三年	第四至六年
课程设置	法语基础课程	工程师预科课程	工程师专业课程
“三段式”语言+专业	法语强化阶段	法语应用阶段	全法语教学阶段

1. 法语强化阶段

本科第一年,以法语教学为主,进行法语强化教学,在这一阶段,法语既是教学内容也是教学工具。课程设置包含基础法语、听力、科技法语、法语口语辅导和法语自主训练等。

2. 法语应用阶段

本科第二至三年,学生进入专业课的学习,这一阶段包括法语教学和专业教学两部分。其中法语教

学部分,法语为教学内容;专业课部分,法语为教学工具。

3. 全法语教学阶段

本科第四年,学生进入为期三年的法国通用工程师教育阶段。此时,无论是法语教学还是专业教学,法语都为教学工具,而不再是教学内容。法语的教学开设文化法语课专题,语言学习已不是目的,而更多地是通过语言,学习目的语国家和地区的人文知识。工程师的专业课程的教学,更是以语言为媒介,学习和掌握工程师的专业知识。

根据学院培养目标和理工科学生的特点,以“强化、提高、深入”的法语强化思路,对全法语教学的实现进行了分段式的探索,初步构建了适合非通用语工程师人才培养的一种教学模式。

(二)专业课程与法语课程的融合与渗透

在中国现有的双语教学模式中,外语教学和专业教学间的联系是不甚紧密的,这尤其体现在理工科双语培养模式中。由于外语教师的专业特点,在学科专业性强的外语教学方面,外语教师擅长拓展的是商务外语、企业外语等人文方向。将外语教学与理工科专业相结合,这对于外语教师来说是有一定难度的。因此,在国内现有的大部分针对理工科学生的双语教学模式中,外语教学和专业教学是各成体系的。中法工程师学院在实践非通用语专业教学的过程中,特别进行了专业课程与法语课程、工程师行业特点与法语课程的融合与渗透。

在本科一年级的法语强化阶段,设置了先期预备课程,如科技法语、数学法语、物理法语等,在本科二年级,学生即开始学习法语授课的专业课程,法语教学除常规性的语言教学外,还包括科技文献、科技新闻、工程师行业特点等内容的教学,以对工程师预科课程进行补充。本科三年级学生将进入企业实习,法语教学相应增加简历、求职信、面试和实习报告写作等内容。

课程的融合不仅体现在授课内容上,同时也体现在教师之间的合作上。法语教师将专业教师的部分课堂内容录音或录像,根据语言特点做成语言学习资料,在法语课堂上教学使用。专业教师进入法语课堂,随堂观察,以体会了解学生的语言学习难点等。课程内容与教师的相互融合,使得工程师的培养最大限度地利用了专业教师与外语教师各自的特点与优势,极大地优化了课程设置与师资,使双方面

都服务于工程师的培养。

(三) 教学组织形式服务于双语教学

一般来说,双语教学都是就专业课程的教学语言来说的,而中法工程师学院尝试以多种不同的教学组织形式来促进双语教学。

1. 小班化教学

中法工程师学院的法语课程以小班化进行,这对一般的语言院校来说并不陌生,但在一个理工科院校的非语言专业的院系里是很少见的。此外,中法工程师学院将专业的习题课、实验课等都尝试以小班进行。小班化教学使得课堂教学互动增加,教学效率提高,教学更有针对性,教师可以更好的关注学生的发展。

2. 专业口试课

在法国的预科教学中,针对专业课程,都会有系统的口试考核^①,重视学生的独立思考能力、应变分析与口头表述能力的培养^②。中法工程师学院也引入了这一教学形式。学生要在口试课上对数学、物理等口试题目,就解题思路、方法步骤等一一进行口头论述,并与教师交换意见。^[5]这个教学过程要用法语进行,这样学生就在与教师一对一的环境中,提高了法语的沟通能力,同时也提高了其辩证思维的外语表述能力。

3. 法语辅导与专业课答疑

在完成教学计划所规定的教学内容的同时,在教学组织上穿插其它形式的双语实践,如法语辅导与专业科答疑。法语辅导指由法语教师引导学生和外籍留学生以法语进行的交流活动。交流的形式多样,如游戏、编排对话、竞赛等。

由于全法语教学包括的物理、数学、信息等专业课程不仅要求学生对法语准确理解,还要求学生扩充专业词汇量和掌握专业知识。因此,北航中法工程师学院授课以法语进行,而答疑以双语(母语+法语)进行,以此来解决由于语言问题造成的理解障碍。专业课以外语讲授在以学生为中心的原则下,在灵活多变的教学组织形式中慢慢自然地实现。

四、小结

经过不断的分析探索与教学实践,北航中法工程师学院初步建立了一套非通用语专业教学的教学模式,有效地支撑了工程师的培养。在一项对学生的问卷调查中,学生表示外语强、适应能力强是他们最大的就业优势,同时表示在北航中法工程师学院最大的收获是法语学习和法国思维模式。^[6]

在全球化和信息化时代,中外合作办学已不仅仅局限于与英语国家的合作,在新的世纪,中国大学与法国、日本、德国、韩国等非通用语国家开展的教育合作日益增多。因此,北航中法工程师学院的非通用语工程师培养的研究与实践有助于国内相关院校和机构深化对非通用语教学的认识,可促进中国高等教育国际化的开展与实施,为国家培养更多国际合作人才。

注释:

- ① 参见:Ministère des affaires étrangères 所写的 *la France à la Loupe*, 2007年。
- ② 参见:Yannick Bodin, *Diversité sociale dans les classes préparatoires aux grandes écoles*, Rapport No 441 de la mission d'information du Sénat, 2007年。

参考文献:

- [1] 熊璋,于黎明,徐平,等. 通用工程师学历教育的研究与实践[J]. 高等工程教育研究,2013(1):46—57.
- [2] 于黎明,殷传涛,陈辉,等. 高等工程教育发展趋势分析与国际化办学探索[J]. 高等工程教育研究,2013(2):41—52.
- [3] 熊璋,于黎明,徐平,等. 法国工程师学历教育认证指南[M]. 北京:科学出版社,2012:10.
- [4] 中华人民共和国教育部. 全日制高级中学英语教学大纲[M]. 试用修订版. 北京:人民教育出版社,2000:16.
- [5] 张心婷,王乐梅. 法国工程师教育中的口语测试方研究[J]. 北京航空航天大学学报:社会科学版,2013(6):118—120.
- [6] 王群,郑晓齐. 法国通用工程师培养模式在中国本土化的研究——北航中法工程师学院学生问卷分析[J]. 高等工程教育研究,2012(2):28—33.

北京航空航天大学学报 (社会科学版) 第三届编辑委员会

主 任 : 杜玉波

副主任 : 王惠文 龙卫球 郑晓齐 向明友

委 员 : (按姓氏笔划为序)

文 军 王惠文 龙卫球 付翠英 任若恩 孙新强 李小宁

李成智 李养龙 向明友 杜玉波 吴文忠 陈向东 肖建华

杨丹阳 杨梅英 郑晓齐 姚小玲 胡象明 彭 予 魏法杰

主 编 : 郑晓齐

常务副主编 : 杨丹阳

北京航空航天大学 学报 (社会科学版)

BEIJING HANGKONG HANGTIAN DAXUE XUEBAO (SHEHUI KEXUE BAN)

双月刊, 1988年创刊

第27卷 第3期 (总第97期)

2014年5月

主管单位 : 中华人民共和国工业和信息化部

主办单位 : 北京航空航天大学

主 编 : 郑晓齐

编辑出版 : 《北京航空航天大学学报 (社会科学版) 》编辑部

地 址 : 北京市海淀区学院路37号

邮政编码 : 100191

电 话 : 86-010-82338013

电子邮箱 : bhskxb@buaa.edu.cn

印 刷 : 北京科信印刷有限公司

发 行 : 北航文化传媒集团

发行范围 : 国内外发行

网 址 : <http://bhxb.buaa.edu.cn>

JOURNAL OF BEIJING UNIVERSITY OF AERONAUTICS AND ASTRONAUTICS (SOCIAL SCIENCES EDITION)

Bimonthly, Started in 1988

Vol. 27 No. 3 (Sum No. 97)

May 2014

Administrated by Ministry of Industry and Information Technology of the People's Republic of China

Sponsored by Beijing University of Aeronautics and Astronautics (BUAA)

Chief Editor ZHENG Xiao-qi

Edited & Published by editorial board of journal of BUAA (Social Sciences Edition)

Address No.37 Xueyuan Road, Haidian District, Beijing 100191, P.R. China

Telephone 86-010-82338013

E-mail bhskxb@buaa.edu.cn

Printed by Beijing Kexin Printing Co., Ltd.

Distributed by BUAA Culture Media Group Limited

Web-site <http://bhxb.buaa.edu.cn>

刊号 : ISSN 1008-2204
CN 11-3979/C

国内定价 : 10.00元/期
60.00元/年

ISSN 1008-2204



9 771008 220141