

从经济角度思考宪政

钱弘道

内容提要:本文从宪政的经济根源、宪政与市场经济、公共选择分析三个方面对宪政的研究方法、理论与实践进行了经济的、历史的、比较的分析。本文认为,经济分析对于宪政的研究十分必要,离开经济决定论的分析,宪政分析是不能深入的;公共选择分析是宪政分析最有特色的理论,是一种方法论的变革,对于中国宪政的研究和实践可以起到别开生面的作用。

关键词:宪政 经济分析 市场经济 公共选择

钱弘道,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

从马克思恩格斯关于经济决定法律的理论,到美国史学的经济学派创始人之一查尔斯·A·比尔德的《美国宪法的经济观》,^[1]再到以詹姆斯·M·布坎南为代表的公共选择学派系统地将微观经济学的基本分析工具运用于政治决策过程,独创性地发展了一种与传统经济学的市场决策理论相对应的政治或集体决策理论,^[2]国外学者高度重视用经济方法分析法律、宪法、宪政,从经济角度揭示宪政的内在渊源、本质及其发展规律,揭示宪政和经济的深刻联系。因此,对于宪政的研究,如果仅仅局限于传统的政治学、法学或社会学的探讨,那将是宪政研究的重大缺陷。宪法修改成为热门话题,有限政府理论被用来作为反对政府权力过度膨胀的理由,集团利益,政府失灵,立宪限制,市场经济条件下的宪政模式等等问题,无论问题的角度怎么变换,我们都可以将它同经济联系起来。用经济分析方法探究问题的要害,是一种方法论的变革,对于中国宪政实践的研究有其别开生面的作用。这里,我从宪政的经济根源、宪政与市场经济的关系、公共选择理论三个角度加以论证,并对中国宪政改革提出一些建议。

一 从经济决定论看宪政的经济根源

无论是从宪法的原则,还是从法治、民主、人权这些与宪政相关联的概念去分析,经济的因素均起决定性的作用;或者说,宪政的产生、存在和发展有其内在深刻的经济根源。

有学者认为,宪法中有许多内容与经济利益没有直接的联系,而是与人类社会文明要求相关,如宪法关于保障公民政治权利和人身权利的规定,都是不同程度上反映了反封建的斗争成果,体现了人本

[1] 查尔斯·A·比尔德(Charles A. Beard)(1874-1948)是美国著名的历史学家。他是个多产的著作家,总共发表过300多篇论文,出版过约60部著作,其中最受推崇的是他同他的妻子玛丽·R·比尔德合写的名著《美国文明的兴起》(1927年)。《美国宪法的经济观》出版于1913年(何希齐译,商务印书馆1984年版)。他在美国学术界具有很大的影响,特别是两次大战期间,他的史学思想在美国历史写作方面几乎占有支配地位。

[2] 20世纪50年代,凯恩斯国家干预主义逐渐占据了西方经济学的主流地位,到60年代进入全盛时期。就在这个重要阶段,一批与芝加哥自由主义传统有着密切联系的美国经济学家正在酝酿一场思想的深刻革命,借用弗里德曼的用语,可以称之为“对凯恩斯革命的大革命”。这就是后来对凯恩斯主义发起巨大挑战的美国新自由主义运动。由布坎南创建和领导的公共选择学派就属于其中的一个重要分支。

身的解放。^[3]这种认识是片面的、表面的。实际上,宪法也好,宪政也好,不仅其产生有其不可割断的经济根源,其实现同样不能离开经济的前提。像保障公民政治权利和人身权利一类的规定,其实现的程度直接依赖于经济的条件。

在这里,我们必须澄清一种观点。有学者认为,“绝对化的经济决定论是现行法理学理论体系的基本理论支点之一,它已广泛地渗透到各部门法学特别是立法学研究中,对各部门法学及立法实践造成了严重的误导。”^[4]按这种观点,我们的法学研究和立法实践正在被“严重误导”之中,现在讨论修宪、进行宪政改革会受经济决定论的“严重误导”。这种观点是立不住脚的。我们现在需要的不是修正甚至否定马克思主义经济决定论,而是如何坚持并创造性地运用经济决定论去分析修宪和宪政实践背后的经济力量。过去,误导我们的不是经济决定论本身,而是我们自己“创造”的流于表面的教条式的研究方法。扪心自问,我们过去运用经济决定论都分析了什么?我们主要的精力和成就是揭露了包括资本主义宪政在内的种种问题的虚伪。但是,即便是揭露,我们也没有深入下去。资本主义的宪政背后究竟是什么样的经济力量在起作用?社会主义宪政又怎样受经济力量的牵制?计划经济、市场经济、国家干预又怎样不可否定地牵掣着宪政?离开经济决定论的分析,宪政的分析是做不到深入的。

我们从宪政的源头看。西方世界形成的所谓市民社会和宪政民主的源头均在城市社会,而城市社会结构的形成完全是经济发展的结果。当时的城市绝大多数是根据成文的、具有契约性质的“特许状”建立起来的。伯尔曼认为:“特许状”具有契约性和宪法性。^[5]可以说,近代西方的政府契约理论和宪政体制均导源于此。美国学者利维和泰格在《法律与资本主义的兴起》一书中说:

从市民阶层初掌城市权力到法国革命,中间经过了一段长达800年之久的时期。在那段时期里,是否可以说占优势的法律意识形态都是经济关系的产物,而这种或那种意识形态的倡导者都是为经济利益服务的呢?我们认为可以这样说的。^[6]

这正好吻合马克思在《共产党宣言》里关于资产阶级法律的那段著名论述。^[7]

美国学者比尔德运用经济分析的方法来探讨美国宪法的形成过程,抛弃了过去那种单纯就事论事的历史写作方式,深入到制定美国宪法背后的经济力量,并且根据当时可能搜集到的大量资料,对“动产”利益集团在制宪过程中的重大作用做出了比较准确的描述。

比尔德仔细研究了美国开国元勋们制定宪法的动机和他们代表的经济利益,调查研究了1787年美国权力分配情况,详细列举了制宪会议每个代表拥有的财产和经济利益。根据他对美国财政部档案等文献的分析研究,在54名出席代表当中,公债利益集团在会议里有很多代表,列名于财政部文献上的,不下40人。从事土地投机的动产利益集团有14个代表,生息动产利益集团最少有24个代表,工商行业集团有15个代表。^[8]他们大半来自沿海的都市,即动产集中的区域。没有一个代表可以代表小农或技工阶级。像汉密尔顿这样的巨匠,虽然他对于宪法的制定贡献无多,但是使宪法成为一种以当时的有力的利益集团为基础的真正的工具,却得归于他的组织能力。他认识到了政治不是基于抽象的原则。他知道宪法的作用在于达到一定的目标,在执行中影响某些固定的财产集团的社会权利。

比尔德的结论大胆而且深刻:宪法并不像法官们所说的那样,是“全民”的创造,也不像南方废宪派

[3] 王叔文主编:《市场经济与宪政建设》,中国社会科学出版社2001年版,第32页。

[4] 周永坤:“法律经济决定论评析”,载《法学》1996年第2期。

[5] 参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第479页。

[6] [美]利维、泰格:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第301页。

[7] 马克思、恩格斯说:“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物,正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样,而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”参见马克思、恩格斯:《共产党宣言》,《马克思恩格斯选集》第一卷,第268页。

[8] 如美国早期学派历史学家乔治·班克洛夫特就持有这种观点。19世纪初期最高法院首席法官约翰·马歇尔对麦卡洛克诉马里兰州案(指1817年第二合众国银行巴尔的摩分行反对马里兰州对它所发行的票据课征重税的诉讼案)也发挥了这种观点。参见比尔德:《美国的宪法的经济观》,何希齐译,商务印书馆1984年版,中译本再版序言,第2页。

长期主张的那样,是“各州”的创造。它只是一个巩固的集团的作品,他们的利益不知道有什么州界,他们的范围的确包罗全国。^[9]

可以说,宪法是一项经济文件,它的基本观念是:基本的私人财产权先于政府而存在,在道德上不受人民多数的干涉。^[10]在社会的巨大转变中,例如在制定和通过宪法所引起的剧变中,经济的“力量”可说是原始的或基本的力量,而且比其他力量更足以“解释事实”。^[11]

比尔德的 analysis 不是空洞的,而是以大量材料作为依据,是一定程度上的量化分析的结果。他的结论与马克思主义经典作家对资本主义宪法的本质揭露之间有一定共同之处。例如法国 1789 年《人权与公民权宣言》第 17 条规定“任何人的财产不得受到剥夺”,这个“任何人的财产”在马克思主义经典作家看来,充其量不过是有产阶级的财产,而无产阶级由于不掌握基本的生活资料而实质上被排除在宪法财产权的保护规定之外。

列宁有一句精辟的话:

以前所有一切宪法,以至最民主共和的宪法的精神和基本内容都归结为一个私有制上。^[12]

宪法的一个最重要特点是在宪法中通过明确的规定来肯定所赖以产生和存在的经济制度和原则。经济制度不仅决定宪法的产生而且也是宪法内容的重要组成部分。宪法产生于保障平等权利实现的经济制度和经济形式的要求。宪法之所以不能在资本主义经济形态之前产生,就是在资本主义经济制度萌芽和产生之前,封建的经济制度缺少自发的平等意识,虽然也有一些平等方面的进步口号,但这些平等只不过是均富思想或者平均主义的表现,和宪法要求的平等是有本质区别的。正是资本主义经济形式的出现,推动了以市场经济为基础的自发平等思想的产生,由此也就产生了以“人民主权”为核心的平等学说,封建的等级制度和贵族制度逐渐成为阻碍市场经济和现代宪政制度发展的障碍。所以,从宪法产生的历史背景来看,它是资本主义经济形式合乎逻辑的要求。但这并不等于说,资产阶级国家实行了以私有制为核心的经济制度,实行了资产阶级宪政,就实现了财产保护的平等。没有,比尔德的 analysis 是一个有力的证明。他告诉我们,宪法的制定者自己受到了宪法的惠顾,并不代表“全民”的意志和利益。事实上,宪政史告诉我们的正是这样一个事实,在对资本主义私有制予以充分肯定的基础上,各资本主义国家宪法紧紧地围绕着资本主义经济制度的基本原则和准则,全面保障资本主义的经济形式,维护以资产为代表的有产者的利益。

经济制度的宪法依据始终是各国宪法关注的焦点。自 1919 年德国魏玛宪法开始,“经济生活”明显成为宪法的最重要内容。乃至二战后,不论是资本主义国家,还是社会主义国家,通过宪法来确立完整的经济制度和经济原则成为它们在立宪过程中自觉遵守的一条原则。在现代各国宪法制度中,经济制度和经济权利都无一例外地受到了各种形式上的宪法保障。^[13]

从比尔德对美国宪法背后的经济力量的分析和资本主义、社会主义宪法的发展历史中,我们可以看到马克思主义经济决定论的科学性。我之所以强调坚持马克思主义的经济决定论,并对怀疑经济决定论的观点进行纠偏,是因为我认为,探索并揭示经济关系是深入洞察宪政改革全部奥秘的关键之一。我坚持强调经济对宪政的决定作用的同时,并不否定宪政主体的选择作用以及其他因素对宪政的影响。

[9] 转引自比尔德:《美国宪法的经济观》,中译本再版序言,第 3 页。

[10] 关于召开制宪会议的提议,并未进行直接或间接的人民表决。由于对选举资格的限制普遍存在,大量没有财产的人民始终未曾参与(经过代表)制宪的工作。在批准宪法方面,约有 3/4 的成年男子未能参加对于这个问题的表达;他们或者由于漠不关心,或者由于财产限制而被剥夺了公民权,而没有参加选举出席州代表会议的代表。宪法的批准大约只有不到 1/6 的成年男子投票赞成。参见比尔德:《美国宪法的经济分析》,何希齐译,商务印书馆 1984 年版,第 226 - 227 页。

[11] 据记载,制宪会议的部分成员都承认财产权在宪法上应有特殊的巩固的地位。参见比尔德:《美国宪法的经济观》,何希齐译,商务印书馆 1984 年版,第 226 页。

[12] 列宁:“俄共(布)中央委员会的报告”,《列宁选集》第 4 卷,人民出版社 1972 年版,第 168 页。

[13] 参见王叔文主编:《市场经济与宪政建设》,中国社会科学出版社 2001 年版,第 47 页。

马克思从来是肯定主体的选择作用的,立法者选择法律同样存在着经济的决定性。我们选择或移植某种外国法律,为什么选择这种而不选择那种?这归根到底是经济的因素在起决定作用。

二 市场经济对宪政的要求

没有市场经济便没有真正的宪政。良好的宪政必须以健全的市场经济为前提。市场经济不是万能的。市场经济的缺陷需要政府去弥补,市场经济盲目的发展需要宪政限制和约束。一些地方贫困落后的存在恰恰表明了市场经济发展中的失衡,政府的干预和弥补此时就成为必要。政府为了公共利益的目标必要时可以对私人财产实行征用,此时就不会和市场经济的基本价值完全吻合一致。我们一方面必须肯定宪政与市场经济之间必然的历史和逻辑上的联系,另一方面不能将一切问题简单化、绝对化。资本主义国家宪政的历史充分表明,宪政建设可以不断地修正市场经济自身盲目发展所造成的社会问题。当市场自由竞争所带来的盲目发展和社会财富不均匀分配严重危及到资本主义宪政原则的基础——议会民主制时,如何通过宪政建设来有效地消除市场经济本身的弊端给宪政建设所带来的干扰和破坏,就成为各国宪政建设的首要课题。一个重要的制度创新就是“法治行政”的确立,即在法律规定的范围内有效运用行政权力克服市场经济弊端方面的作用。^[14]

市场经济要求经济权利平等,人的基本权利的保护是宪政的任务。当市场经济在运行过程中,少数人的权利受到忽视时,宪政就会发挥它应有的作用——保护少数人的权利。^[15]保护少数人不受歧视是少数人所享有的宪法权利的最主要的内涵。

以市场为基础的发展能够提高资源配置效率,促进经济增长,但是增长所带来的利益在不同群体、家庭和个人之间的分配是不同的,这样就会导致种族集团之间、家庭之间、男女之间、个人之间的不平等。市场的特点是根据要素禀赋进行分配,其结果是有些人群常常不能享受因市场而导致的经济增长的成果,尤其是残疾人、经济上处于不利地位的人,以及生活在贫困落后地区的人,他们往往被增长遗弃。而缺少资产和教育的人,往往因无力把握市场经济所创造出来的新机遇,从而导致了贫困。市场社会是一个不确定的社会,不确定性也使得每一个人都可能因工作收入急剧下降而陷于贫困之中。

加强政府的服务功能以及加强人权保障来促进市场机制的繁荣和稳定,是有关各国在处理宪政建设与市场经济之间关系的重要举措,也是现代宪政建设的重要课题。宪政的价值目标——人权保护最直接的受益者是社会上的弱势群体。当非正规的或者私人解决办法被证明难以奏效时,政府就应插手干预。当然,在所有插手干预的措施中,都应该首先鼓励私人的救助机制,即使在不得不出手干预时,也应该考虑到政府的干预是否会削弱社会性的救助机制。世界银行的报告考察了各国政府可以填补各种传统和市场驱动的保障安排留下的空白的方法,这些方法包括公共工程、失业救济金、就业保障法、解雇金等,其中公共工程适合于非正规部门,而其他则适用于正规部门。采用这些方法,中低收入的发展中国家政府能够帮助居民家庭对付正规与非正规经济部门中的市场上的各种风险,并且指明了各国政府在试图解决这些问题时所面临的种种陷阱。^[16]政府政策应与歧视作斗争,要使被遗弃的群组回到发展的主流中。最根本的是,“政府应确保处于不利地位家庭的子女不再挣扎于贫困之中,应保证他们有机会实现他们的潜能。”^[17]

宪政建设对于保证市场经济的健康发展还表现为,在宪政的前提下,一整套的市场经济法律体系将

[14] 行政权力介入市场经济,主要在于加强国家对市场的干预,弥补市场经济的缺陷并确立社会公共利益优先原则。这不是限制,阻碍市场经济的发展,恰恰相反,是为了寻求更好的市场经济模式。如法国密特朗时期的社会主义实践、德国的社会经济模式、瑞典的福利国家、美国里根时代的“债务经济学”,等等,都是从改善政府管理功能角度着手来寻求发展市场经济的良方的。

[15] 少数民族的自治权利、土著人的权利、外国居民的权利以及无国籍人的宪法权利等等,这些权利都可以从少数人的人权保护意义上探讨。

[16] 世界银行:《1995年世界发展报告:一体化世界中的劳动者》,第86-91页。

[17] 世界银行:《1995年世界发展报告:一体化世界中的劳动者》,第47页。

因此而建立,为市场经济的发展提供良好的法治基础。市场经济需要一个很好的经济环境和实践宪政的背景。市场经济需要一个公平竞争的市场环境和运作有序、并以实现公民权利为核心的法律制度,因此,以保障公民权利和市场主体权利实现为目的的民事法律、以规范政府管理行为为宗旨的行政法等一系的法律必须适应市场经济的要求。

现在许多人对“渐进式”改革津津乐道,它几乎成了压倒一切的导向性的观点了。为了论证“渐进式”改革模式,法律改革被说成是一种“政治平衡的艺术”,并对主流法律经济学的观点构成了强有力的挑战。持这种观点的同志又承认,在政治稳定和经济增长的表象背后所蕴藏的深层次矛盾和危机,如产权问题仍没有解决,腐败、有组织犯罪、行政分权和财政分权所造成的中央政府和地方政府之间的利益冲突,为稳定大局(政治稳定)所牺牲的国有银行的利益以及由此而累积起来的金融风险等等,这些问题已经对既有的政治框架、法律框架以及未来中国改革和发展的可持续性构成了强有力的挑战。^[18] 我以为,正是后一种挑战使得前一种挑战不成为一种挑战。我不主张在宪政改革上采取“休克疗法”,但也不同意作这样的断言:因为过去“渐进”,“平滑转型”,今后必定还是“渐进”,“平滑转型”。宪政改革的阶段、条件变了,在改革模式上就不能千篇一律,总可能有些突破。诺斯的“政治的科斯定理”是实证意义上的科斯定理:如果政治交易成本很低,并且政客有准确的模式来指导其行动,那么将会产生有效率的产权;反之,则有可能导致无效产权的产生。^[19] 请注意表述中的“准确的模式”,这个模式是基于一定制度的模式。所以,Bhaskar Vira 将诺斯思想总结成“政治的科斯定理”——给定政治权力分配,诸如投票权、院外游说权等,在既定宪法框架下,如果没有政治的交易成本,则会得到最优制度结果,并且这个结果不依赖于政治权力分配。^[20] 这个“政治的科斯定理”强调“既定的宪法框架”、“最优制度结果”,是将政治权力结构引入到分析模型中来,从而使产权结构作为政治结构影响的结果而成为内生变量进而深化了制度变迁的经济分析。^[21] 中国过去改革的成功主要的不是靠“政治平衡的艺术”,而是靠制度的创新。如果要说是“政治平衡的艺术”,那主要也是“一系列制度平衡的艺术”,而不是为艺术而艺术。正是从经济、法律乃至宪政的一整套制度的创新,才有效地降低了政治市场、法律市场、经济市场的交易成本,提高了宪政效率、法律效率、经济效率。

著名经济学家张五常一直反对渐进改革并认为,中国的经济改革是试图从一种根据等级制度划分权利的体制转移到一种根据私人财产划分权利的体制。实际上,在休克疗法与渐进改革之间,还存在着第三种体制——印度体制。在这种体制中,腐败的权利可以根据管制和调控来分级和划分。他认为,1993年以后,中国正在形成印度体制。^[22] 我们至少不能断言,中国过去的“渐进式”改革模式已经取得了彻底的胜利,更不能断言中国今后改革的模式仍然必须遵循以往的改革路径。如果完全成了“路径依赖”的俘虏,那未必是幸事。因为腐败能发展一种永久性的制度,能变成一种永久性的制度;腐败的权利能被明确地界定,以致实际上可以转让、分配、继承和出售。一旦发展到这种地步,就会停滞不前。

个人是社会的终极价值和最高价值。每个人追求自身经济利益最大化的过程同时也会增进社会效益。市场经济的根本意义在于促进生命个性的展开、自由和创造潜能的发挥,^[23] 保障财产不受侵犯就是保障个体的生命活力和创造力,从而也就是保障社会的持续健康发展和繁荣。为此,宪法一方面要规定公共财产免受侵犯,另一方面必须同样明确宣告个人财产不受侵犯。

[18] 参见张建伟:“‘变法’模式与政治稳定性”,载《中国社会科学》2003年第1期。当然作者为了周全起见,特地对文章标题作了注释:本文仅仅从政治稳定性的角度对中国过去20年的经济改革和变法经验所蕴涵的经济合理性做出研究,并未能对其局限性做出详尽探讨(这涉及中国改革与发展的可持续性问题)。

[19] D. North: Institutions, Institutional Change and Economic History, Cambridge University Press, 1990, p. 52.

[20] Bhaskar Vira, The Political Coase Theorem: Identifying Difference between Neoclassical and Critical Institutionalism, Journal of Economic Issues, XXXI(3), 1997, pp. 761 - 779.

[21] 参见张建伟:“‘变法’模式与政治稳定性”,载《中国社会科学》2003年第1期。

[22] 参见张五常:《经济解释》,易先容等译,商务印书馆2000年版,第485-486页。印度的大规模腐败畅行其道已超过40年。

[23] 有学者认为,市场经济使人类超越以“人的依赖关系”为基础的社会发展阶段,进入“以物的依赖性为基础的人的独立性”的社会发展阶段,参见高青海:“从人的生成发展看市场经济”,载《江海学刊》1995年第5期。

过去,我们长期将“私有财产神圣不可侵犯”作为资本主义国家的专利,作为划分姓资姓社的根本标准。我们对资产阶级思想家的观点总是抱以敌视和批判的态度。现在从人的本性和市场经济的天然要求看来,我们真是大可不必。政治权力的产生也好,财产权的设立也好,都是人类文明进步过程中的必然选择。恩格斯论家庭、私有制和国家的起源,卢梭论人类不平等的起源和基础,马尔萨斯论人口,摩尔根论古代社会,甚至达尔文论物种起源、适者生存理论,都有一样可以相通的东西:生存资料或者财产。这是人类生存的本性决定的。这里存在规律。没有财产这样东西在人类社会的发展过程中发挥作用,人类一切发展便失去了基础。马尔萨斯说:

人们明白无误地认为财产权是由成文法创造出来的,然而,这种法律这样早,这样专横地强加于人类,以致它虽然不能称为自然法,但也必定被人们认为是一切成文法中最自然和最必需的一部法律。制定这部优越的法律的根本原则显然是促进社会总体利益,很明显,倘若没有这种法律,人类有可能倒退到与野兽为伍的地步。^[24]

纵观西方思想史,主张确立私有财产权思想的绝不是少数,或者说,是一种普遍被接受和宣扬的思想。^[25]这种思想渊源不应当被忽视或轻视。私有财产权应该得到尊重和保护的观念不是思想家们的主观臆想,而是有它当然的历史和现实的意义。

有人认为,私人财产完全绝对和神圣不可侵犯的地位已经有所下降了,未来的发展趋势将是国家对私人财产到底应在多大范围和什么程度进行限制的问题。^[26]我以为,限制不会影响到现代宪法保护私有财产不可侵犯的根本原则。虽然,一些国家适应时代要求产生了“私人财产是社会义务”的新内涵,对近代宪法作了必要的修正,但是没有从根本上否定和抛弃私有财产权作为人权实质和宪政精髓。私有财产权仍然是个人对抗国家专横的消极权利,是个人维持生存和防范国家权力侵犯的安全手段或安全装置。^[27]

三 着眼于宪制选择

公共选择观点直接导致人们注意和重视规则、宪法、宪法选择和对规则的选择。公共选择学者将他们的理论称为“政治宪法的经济理论”。^[28]公共选择经济学的基础是一个从根本上说十分简单但却很有争议的思想——即担任政府公职的是有理性的、自利的人,其行为可通过分析在其任期内面临的各种诱因而得到理解。这一思想的主要推论是政府不一定能纠正问题,事实上反倒可能使之恶化。

在市场领域里,自利的人们自由选择能够实现经济均衡,实现共同富裕,但在公共领域里,自利的人们自由选择的结果却是政府均衡,这一均衡导致的是零和的博弈,甚至是人人理性、社会非理性的纳什均衡格局。搭便车、大政府、寻租等等十分恶劣的后果都是政治均衡的表现。公共领域的选择规则往往

[24] [英]马尔萨斯:《人口原理概观》,朱和中译,商务印书馆1996年版,第198-199页。

[25] 除洛克、亚当·斯密外,霍布斯将私有财产权作为人类摆脱争斗的自然状态进入和平的社会状态之后国家对共同财税分配的结果,是主权者恩赐的产物;孟德斯鸠提出了著名的三权分立和制衡的政治制度设计,与洛克的自由财产思想相结合支撑了以美国为代表的西方自由主义宪政;休谟从人类偏私的自然感情出发,论证了私有财产权是随着正义观念产生而产生的;伏尔泰、爱尔维修等人的自由主义思想进一步支撑了由洛克开创的自由主义财产思想;卢梭的社会契约思想支配下的私有财产观走上了人民主权和民主的道路;康德为自由主义的私有财产思想提供了完整的哲学上的论证,某种程度上确立了自由财产观在西方国家的支配地位;黑格尔对个人尊严的积极价值有所消解,但他从自己的思辨哲学出发提出了私有财产思想。

[26] 李景、骄波:“美国联邦最高法院财产权案件裁决意见历史演变及其启示”,载《学术研究》2002年第10期。

[27] 参见[美]乔·萨托利:《民主新论》,冯克利、阎克文译,东方出版社1993年版,第381-385页。东西方一些国家强调“私人财产是社会义务”的同时,前苏联的各加盟共和国(现在的独联体国家)和东欧各国经历了一个逆向的确立和张扬个人消极自由的政治和法律变革过程。

[28] [美]布坎南:《自由市场和宪法》,吴良健、桑伍、曾获译,北京经济学院出版社1988年版,第22、26页。布坎南和塔洛克合著的《赞同的计算》是第一次尝试。布坎南称《赞同的计算》一书是“现代公共选择理论的第一部杰作”。

会倾向于尊重多数的意见,实行少数无条件服从多数的原则。^[29]多数统治原则的实施,会自然而然地导致大政府的恶果。^[30]人们就会越来越依靠多数统治的办法来搭少数人的便车。结果公共领域日益扩张,也就是政府扩张,市场缩小。政府扩张导致寻租泛滥。^[31]图洛克把寻租看作是“负总和的游戏”,认为第三世界国家的落后是因为这些国家存在着大量的寻租行为。^[32]官僚也是个人效用最大化的寻租者。^[33]军事人员也是自私的寻租者。^[34]对于寻租者来说,他们一边抱怨官僚机构为何不死,为什么不衰亡,一边则设法支持官僚机构,因为一旦真的死亡了,寻租者也无机会寻租了。在公共选择学者看来,政府就是所有人都力图依靠他人来生活的东西,政府是寻租的根源。政府扩张是多数统治原则条件下一部分人积极选择的结果。这时,就要建立可靠的宪政制度,保护个人的自由,保护市场,制约多数的权力,遏制政府的扩张,遏制寻租,变恶性的政治均衡为良性的政治均衡。

公共选择学说推翻了几十年来盛行的经济学和政治学思想。因为主流派的经济学家如萨缪尔森,卓越的政治学家如罗伯特·达尔等都把政府在试图弥补私营经济的缺陷时使情况恶化的可能性压至最低限度。萨缪尔森说,“在生活的复杂经济条件使社会合作成为必然的地方,可指望善意而明智的人们诉诸政府的权威和创造性活动。”^[35]罗伯特·达尔说,通过利益集团的竞争,“权力本身会被驯化、文明化,并得到控制而限于人类的正派用途上,而强制这一人类最邪恶的权力形式将被降到最低限度。”因为各权力中心必须经常谈判,“公民和领袖都将完善以和平手段解决冲突的宝贵艺术,不仅使一方受益,而且使冲突各方受益”。^[36]公共选择学说对关于政府的这些假定提出系统的质疑。布坎南说,它以一套悲观色彩较重的观念取代了关于政府的那套浪漫、虚幻的观念。^[37]

公共选择学派尤其是布坎南本人认为,国家理论最重要的特征之一是政治过程的互惠性。政治通常被解释为一种零和对策,^[38]但布坎南认为,政治过程是一种正和对策,政治过程就像市场的交换过程一样,包含着自愿交换的互惠性。^[39]长久以来,“社会目标”、“公共利益”之于政治过程就像真理之于科学研究一样被认为是独立于个人而存在的某种客观对策。

在个人主义和契约主义的基础上重建国家的努力必然要包含立宪限制和立宪改革这一重要内容。重新设计对国家的立宪限制是布坎南最为关切的实质性问题。布坎南观察到,当今的政府对公民生活的侵蚀和威胁变得愈来愈严重,若不施加并履行有关立宪限制,民主政府也将有成为利维坦的危险。^[40]

布坎南将人们的决策严格区分为两个阶段:第一个是宪制选择阶段,是人们关于政治秩序和政治决

[29] 民主集中制也实行少数服从多数原则。不同政治制度的少数服从多数存在着区别,这里不展开讨论。

[30] 假定有 100 个人通过多数原则建立政府来统治自己。根据多数统治规则,任何 51 人就可以采取集体行动,即这种行动必须要由其他 49 个人付出一部分的代价。由于 51 个人组成的多数并不一定是同一批 51 个人,因此人们可以组织任意的 51 个人来采取强制性的行动,并让其他 49% 的人支付一部分成本。

[31] 公共选择学者的寻租指的是通过国家的保护所产生的财富的转移。它包括旨在通过引入政府干预或者终止它的干预而获利的活动。参见 James Buchanan: *Reganomics and After*, London: Institute of Economic Affairs, 1989, P. 10.

[32] Buchanan, Robert D. Tollison and Gordon Tullock, eds: *Toward a Theory of the Rent-Seeking Society*, College Station: Texas A&M University Press, 1962, P. 35.

[33] 官僚们最关心的是自己的职位、工资和津贴,由于他们的前途取决于他们所工作的政府部门的状况,因此他们也特别关心自己所在的工作部门的扩张,希望有更多的人,有更多的预算。

[34] 军人总是强调国际安全的重要性,夸大外国侵略的可能性,以便维持庞大的军费开支,维持更多的军职。

[35] [美]萨缪尔森:《经济学:导论性分析》,1958 年版。转引自布坎南《自由、市场和国家》,吴良健、桑伍、曾获译,北京经济学院出版社 1988 年版,第 281 页,附录《布坎南与公共选择经济学》一文。

[36] 转引自布坎南《自由、市场和国家》,吴良健、桑伍、曾获译,北京经济学院出版社 1988 年版,第 281 页。

[37] 转引自布坎南《自由、市场和国家》,吴良健、桑伍、曾获译,北京经济学院出版社 1988 年版,第 281 页。

[38] 零和对策,指参与政治过程中的当事者之间的利益方面是此消彼长的冲突性关系,一方所得正是另一方所失。

[39] 正和对策,指因为政治过程是互惠的,所以均有收益。每个具有独立价值和利益的个体,带着自身的利益要求参加政治决策,以谋图实现其个人的目标和利益,从这个意义上说,国家是个体自愿选择的结果,它存在的惟一根据是促进共同体每个成员的利益。

[40] [美]布坎南:《自由的局限》(英文版),芝加哥大学出版社 1975 年版,第 162 页。布坎南像早期的契约论者霍布斯、当代的罗尔斯一样,假定了一个理想化的契约环境,也叫初始状态。

策基本规则的选择;第二个是后宪制选择阶段,是在已确定的宪制下对具体行动策略的选择。^[41]在公共选择学派之前,现代社会科学家(包括大多数经济学家)并没有注意到宪制和立宪限制的极端重要性,一般只限于具体的政策选择(即后宪制决策)的讨论。实际上,那些决定政策效果的基本制度和规则是更为重要的问题。如果说一种游戏有缺陷,那么缺陷可能首先来自游戏规则本身的不合理。同样地,当今西方经济面临的种种问题,不可能靠更换一些更精明、更仁慈的政治家或改变某种政策策略来克服,而必须首先从决定政治经济秩序的宪制上寻求突破口。

在立宪阶段,布坎南主张采用一致赞同准则作为初始立宪讨论和现存宪制改革惟一合理的差别标准。集体政策中的一致赞同准则类似于市场中个人决策的帕雷托准则。根据布坎南和图洛克的想法,逻辑上的制宪者充满恐惧而不是充满希望。他们怀疑政府,认为政府是最大的威胁。他们关心如何保护自己而不太关心政府将会帮助他们解决问题,实现进步。为了保护个人的自由,他们肯定要求宪法在一致同意的情况下才生效,给每一个人以否决的权利,政府就不会浪费任何纳税人的钱。但如果任何人都能利用一致同意规则给予的一票否决权,政府在公共领域里必将一事无成。因此,逻辑上的制宪者必然选择多数统治的原则。

布坎南提出了宪政的基本原则。他认为,人有坏的一面,也有好的一面,但在设计政治制度及对宪法确定若干审查和控制条款时,每个人必须被当作一个无赖,他的所有行为除了追求私人利益外,别无其他目的。人是自私的,在公共领域里一旦掌握了权力,就必然会损公肥私,因此,立宪政治的一个重要原理是要作以下的假定——掌权者将滥用政治权力去促进特殊的利益;这不是因为情形常常如此,而是因为这是事物的自然趋势,这是自由制度特别要加以防止的。

公共选择理论对宪政分析的一个最基本的启示在于:宪政制约是绝对必要的。它告诉我们,只有充分竞争的市场机制,才能从个人的偏好推导出集体的偏好,才能使公共的利益兼容任何个人的利益,不损害任何个人的利益,并以个人利益为基础,为所有个人的利益服务。但是市场机制的作用有一定的界限,在许多情况下,我们依然不得不使用非市场的规则来从个人的偏好推导出集体的偏好。与市场规则相比,非市场的选择规则有种种缺陷,其中最大的缺陷是它无法形成不牺牲任何个人利益的公共利益。在存在投票悖论的情况下,而且还根本不可能从个人偏好推导出集体的偏好。公共选择的研究表明,任何非市场的选择规则,都不能满足阿罗不可能定理^[42]所提出的条件,因此,投票政治不能代替市场机制。投票政治必须让位于市场经济,把整个社会尽可能建立在市场选择的基础上,压缩公共选择的空間,并针对公共选择的自我膨胀倾向,对其实施宪政制约。

公共选择理论的奠基者设计了一个有限且有效的政府,这样的政府以自由的市场经济、可靠的宪政制度为基础。经济人假定运用于宪政的实施分析不仅具有很大的合理性,而且比传统教条式的研究或价值层面上的思辨具有独特的优越性。公共选择理论对我们深刻思考中国宪政改革是有裨益的。

1997年9月19日,在中共十五大结束的当天,世界银行发布报告指出,中国大陆经济转型速度之快确已创下历史纪录,但其未来发展却可能被其脆弱的金融制度、法制不足、贪污腐败及环境污染等所扼杀。这并非危言耸听。我们确已遇到了一些十分棘手的问题。一些政府官员滥用权力、腐蚀国家的肌体、侵害公众的利益印证了布坎南关于政治过程的分析,即政府官员本身有一种强烈的实现自己独立利益的倾向,这种内在倾向若不以适当的方式加以限制,公众的利益将要遭到损害。这种限制不是枝节体制上的限制,不是局部问题上的克服,更不是“头痛医头,脚痛医脚”式的被动疗法,而是一个根本意义上

[41] [美]布坎南、塔洛克:《赞同的计算》(英文版),密歇根大学出版社1962年版,第7页。

[42] 50年代初,美国经济学家阿罗列出从个人偏好推导出社会偏好所需要的五项必备条件:第一,个人理性原则;第二,有关选择方案的独立原则;第三,帕雷托准则;第四,非个人独裁原则;第五,定义域的非限制性假定。阿罗研究的结果是:任何社会选择规则,要同时满足上述所有五个条件是不可能的。这就是著名的阿罗不可能定理。阿罗不可能定理告诉我们,惟有充分竞争的市场机制,才能满足阿罗不可能定理,而任何公共选择的规则,都不可能实现公共利益与个人利益的兼容,即不可能从个人利益完美地推导出公共利益。它揭示出,公共选择的规则不可能实现以个人为基础的公共利益,能够利用市场规则,就应该尽可能利用市场选择的规则,而公共选择的规则应该尽可能地少用。

解决制度供给不足、克服弊端的立宪设计问题,由此建立的宪制是理性选择。如果没有这样最高层次上的立宪限制,民主政府也有变成利维坦——专制政府的危险,权力腐败也不能得到最有效的遏制,道德建设也会苍白无力。因为个人在市场上受自私自利的动机驱使,在政治决策场合不会摇身一变,成为克己奉公、大公无私的圣人。张五常因此说:

我相信每个人、每个政治家和政府官员心里只有一件最要紧的事。就像你和我,他早上一起床就想如何为自己谋求更多的收入,而在通常的情况下,腐败一般说来是达到这个目的的最便利的途径。^[43]

一项好的竞赛,不仅在于有好的运动员,而且在于有一个好的竞赛规则。正是在这个意义上,为了市场经济不致因贪污腐败及制度供给不足而出现举步维艰的危险,我们在当前宪政改革得到广泛重视的今天,要十分强调宪政限制。后宪政选择的意义毫无疑问远逊于宪制选择。我们在进行“宪制选择”的过程中,应将宪政选择目标设定在“有限政府”上。这是公共选择分析留给我们的一个宝贵启迪。

中国因计划经济及其他各种传统的原因,大政府的政治轨迹很深,虽也经过十分的努力精简了机构,但仍存在大量的寻租空隙,形形色色的寻租者、腐败分子乘机而入,防不胜防。如果市场经济留有大块肥沃的土地给权力,那么权力始终拥有霉变的角落和癌变的因子。无论从政治传统、各国经验,还是从宏观和微观的经济角度去分析,对于控制权力,宪政制约当然是必由之路。有学者说,理想的政治是民主加上宪政;^[44]还有学者说,民主、法治和人权是宪政的三个基本要素。^[45]他们都说得很精练。我们还可以换一个解释,一个理想的政府如果不是肆意扩张的,不是人治的,而是有一套真正的民主程序、将权力运行交由法律去裁夺的,那么这样的政府必定是有限政府。政府应尽力减少以保护市场为名、保护有序竞争为名展开的种种损害经济自由的管制,尽力减少干预,尽力减少垄断。最可怕的不是市场的垄断,而是政府的垄断。弗吉尼亚州立大学经济学教授詹姆斯·格瓦特曾说过:

公共学说的贡献在于证明,市场的缺陷并不是把问题转交给政府去处理的充分理由。^[46]

[Abstract] The author conducts economical , historical , and comparative analysis on the methodology , the theory and the practice of constitutionalism from the perspective of the economic source of constitutionalism , constitutionalism and the market economy , and public choice analysis. The author holds that economic analysis is very necessary for the research of constitutionalism. The analysis of constitutionalism can not be thorough and deep going without economic determinist analysis ; public choice analysis is most characteristic of the constitutional analysis. It is methodological revolution that will have a great impact on the research and practice of constitutionalism in China. The challenge faced by China today is not so much as that of economic growth , but that of the choice of the constitutional system. Therefore , the most important issue before us is the “ choice of the constitutional system ” , rather than merely the “ post-constitutionalism choice ” .

[43] 张五常:《经济解释》,易先容等译,商务印书馆2000年版,第480页。

[44] 张文显、信春鹰:“民主+宪政=理想的政制”,载《比较法研究》1990年第1期。

[45] 李步云:“宪政与中国”,载《宪法比较研究文集》(2),中国民主法制出版社,第2页。

[46] 转引自[美]布坎南:《自由、市场和国家》译者前言,吴良健等译,北京经济学院出版社1988年版。