

刑事和解制度的民法解读

刘承勰

内容提要：刑事和解制度是我国司法领域落实宽严相济的刑事政策、构建和谐社会的重要内容，是我国当下司法改革的热点话题，它有利于被害人利益之保护，有利于加害人的悔过自新和有效回归社会，还有利于节约司法成本、提高司法效率。刑事和解制度是刑法民法化的例证，其中刑事和解协议的性质和效力问题是刑事和解制度的实践操作重点之所在。

关键词：刑事和解 刑法民法化 司法改革

刘承勰，中国政法大学副教授。

由于刑事和解制度在政治上有利于和谐社会的构建，在法律上符合宽严相济的刑事政策，而在理论研究中又顺应了“恢复性司法”、被害人保护以及刑法民法化的理念和潮流，所以刑事和解制度目前在我国司法领域被广泛地推广和应用，成为司法改革的一大热点。迄今为止，我国已有北京、浙江、安徽、上海等四个省和直辖市的政法机关就此发布了专门的规范性文件。但由于中国的刑事和解制度的兴盛很大程度上源自解决被害人赔偿的现实需要，再加之实践中也时常会出现高额民事赔偿所引发的“花钱买刑”的争议，刑事和解制度在中国的推进也遇到了重大的阻力和难题。本文在追问刑事和解制度正当性的同时，将主要精力放在了刑事和解制度民法视角的解读上，毕竟刑事和解制度是将民法元素注入刑法制度而引发的一种制度创新。

一 从对抗走向对话：刑事司法的价值转换

传统刑法强调自身的公法性，认为刑法调整的是国家与个人的关系，突出国家与个人、加害人与被害人的对立甚至对抗，主张二者矛盾的不可调和性。中国传统的刑事司法同样强调加害人与公诉人的激烈对抗，在对抗中没有为加害人提供请求宽恕和赎罪的可能性。如果加害人与被害人能直接对话，加害人从内心里表示对犯罪行为的忏悔，得到被害人及其家人的一定程度上的谅解，那么在法律的报应正义之外，更能实现社会和谐。

同样，建立在报应刑和目的刑基础之上的报应性正义和矫正性正义一直是世界范围内的刑事司法的主流。^{〔1〕}报应正义理论认为，当个人涉嫌犯罪时，由国家通过司法程序按照

〔1〕 林振通：《从对抗走向和谐：修复性司法的本土移植》，载《人民法院报》2007年4月19日。

系统的法律规则来决定犯罪行为人的责任,并对其施加惩罚,在这一理论模型下,国家与犯罪人的对抗关系昭然若揭。作为近代个别预防论基础的矫正理论,注重消除犯罪人的人身危险性,主张通过对犯罪人生理与心理的矫治,改造犯罪人,使其重归社会。

但传统刑法强调犯罪人中心,被害人的地位被边缘化,这种状况自20世纪50年代起有了改观。德国犯罪学家汉斯·冯·亨蒂、德国精神病学者埃连贝格及以色列律师门德尔松等人在那时提出了被害人学,把关注的焦点放在被害人利益的恢复上。被害人学第一次提出,被害人的利益和诉求应当在刑事司法中得到体现。加害人与被害人的关系也开始出现从完全对抗到走向对话的可能。刑法从对抗走向沟通与融合的转变代表了现代司法的发展趋势。

二 “和解是个好东西”:刑事和解的正当性

刑事和解作为一个概念,源自英文 victim-offender reconciliation,简称 VOR,字面直译应为“被害人与加害人的和解”。作为制度的刑事和解是指在刑事诉讼程序运行过程中,被害人和加害人(即被告或犯罪嫌疑人)以认罪、赔偿、道歉等方式达成谅解之后,国家专门机关不再追究加害人刑事责任或者对其从轻处罚的一种案件处理方式。从理论渊源上来说,刑事和解制度是刑法报应正义理论向恢复正义理论过渡的产物。

报应正义理论强调国家对犯罪人的惩罚,忽略了被害人的存在和利益保护。而恢复正义理论则认为,犯罪破坏了加害人、被害人和社会之间的正常利益关系,恢复正义的任务就是在三者之间重建这种平衡。恢复正义理论强调:一是犯罪不仅是对法律规范的违反、对政府权威的侵犯,更是对被害人、社会甚至犯罪人自己的伤害;二是刑事司法程序应当有助于对这些伤害的弥补和恢复;三是反对政府对犯罪行为的社会回应方面的权力独占,认为政府对犯罪行为简单的处罚并不比授权被害人直接介入刑事司法程序,以寻求冲突的解决更为重要。^[2] 以恢复正义理论为基础、强调沟通与对话的刑事和解制度是国家对加害人和被害人利益诉求的肯认,能在特定范围内最大化地实现被害人利益和加害人利益。结合中国的具体情况来说,刑事和解制度的正当性主要有如下三点:

(一) 刑事和解制度能最大化地保护被害人利益

经验表明,被告人即便具有赔偿的能力,如果其仍然避免不了判刑入狱的结果,就会本能地拒绝赔偿,甚至积极转移财产,使法院的相关附带民事裁决也得不到执行。相反,如果被告人认识到在与被害人达成和解赔偿损失后能够获得从轻处理,在民事赔偿方面则会有积极的表现。更重要的是,通常情况下被害人通过和解能够得到比民事诉讼要高得多的物质赔偿。中国大力推行刑事和解制度的现实动力就在于实现受害人民事赔偿的问题,把这一点放在执行难的大背景下更容易理解。这一点无可厚非,能有效实现中国刑事被害人的民事赔偿难题本身就是最大的制度正义和制度正当性之一。

(二) 有利于加害人利益诉求之实现,有利于其悔过自新和回归社会

严重的刑罚并不一定能够起到良好的矫治效果,相反可能还会造成加害人对社会的仇恨。刑事和解制度有利于其悔过自新,并顺利回归社会。

[2] 向朝阳、马静华:《刑事和解的价值构造及中国模式的构建》,载《中国法学》2003年第6期。

(三) 节约司法成本,提高司法效率

刑事和解制度能够以较小的司法资源耗费,获得化解矛盾的目标。刑事和解的效率表现在三个方面:个案诉讼效率、刑事司法整体效率及司法资源的成本节约。^[3]

当然,刑事和解制度也有显而易见的缺点。德国学者伯恩特·许乃曼认为,刑事和解的消极作用主要表现在两方面:一是刑事和解可能会削弱刑罚的一般预防功能。因为根据罪刑法定原则,行为人事前即可知悉犯罪后果,而在权衡之后决定是否采取行动。如果当行为人预计可以通过赔偿来逃避刑罚,则可能更积极主动地实施犯罪。二是刑事和解在一定程度上违反了平等原则。相对于属于社会底层的行为人因为经济能力的缺乏而无力履行经济赔偿,刑事和解为白领犯罪人提供了逃避刑事审判法网的可能性。^[4]也就是说,由于涉及到民事赔偿与刑事处罚的互换,自然会给人带来一种不良印象,容易让人联想到“花钱买刑甚至买命”。

但是,刑事和解制度的缺点并不会影响其在中国的推广,这是因为上述两个缺点完全可以通过相应的制度设计加以克服和消除。一是刑事和解制度的启动以受害人同意为前提。所以,要是没有被害人同意,加害人根本无法获得减免刑罚的机会,因此该制度并不会消解刑罚的预防犯罪功能。二是立法上要明确规定刑事和解制度得以实施的条件和范围。在此基础上再讨论,达成的高额赔偿和解协议也不会引发争议。从被害人的视角看,高额金钱赔偿或许是弥补被害人损害、抚慰被害人及家属心灵创伤的最为有效的手段。

三 刑事和解制度是刑法民法化的例证

受计划经济和阶级斗争思想的影响,新中国很长时间里并无公私法的划分,全部法律都属于公法的范畴,没有私的法律的存在空间。但随着市场经济、公民社会和民事法律的发育和逐步完善,私法已经占据我国法律体系的半壁江山,而且有着与公法在某些领域逐渐融合的趋势,刑法民法化便是公私法融通趋势的重要体现。具体说来,我国刑法的民法化主要体现在以下几个方面:

(一) 刑事自诉制度的确立及扩张

刑事自诉制度与传统刑法制度的定位完全不同,它是基于意思自治原则而确立,而意思自治原则则是民法的特有理念和原则,是公法私法化、刑法私法化的典型。我国1979年《刑事诉讼法》将刑事自诉的范围限制在告诉才处理和其他不需要进行侦察的轻微刑事案件范围内,即特定的8种轻微刑事犯罪案件。1997年开始施行的新《刑事诉讼法》扩大了刑事自诉范围,该法第170条规定刑事自诉案件的范围包括:1,告诉才处理的案件;2,被害人有证据证明的轻微犯罪案件;3,被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产的行为应当依法追究刑事责任,而公安机关或者检察院不予追究被告人刑事责任的案件。而1997年新刑法又扩大了告诉才处理的案件的范围,即增加了侵占罪,从而又一次扩大了刑事自诉的范围。^[5]尽管如此,学界仍嫌刑事自诉范围过窄,要求继续扩大其适用面。可见,刑事自诉制度是民法入侵刑法并改造刑法制度的体现,是刑法民法化的最典型例证。

[3] 向朝阳、马静华:《刑事和解的价值构造及中国模式的构建》,载《中国法学》2003年第6期。

[4] [德]伯恩特·许乃曼:《刑事制度中之被害人角色研究》,王秀梅等译,载《中国刑事法杂志》2001年第2期。

[5] 姚建龙:《刑法民法化》,载《华东政法学院学报》2001年第4期。

(二) 赔偿责任中的民事优先原则的确立

1997年的《刑法》在处理与民法的冲突和协调方面确立了民事赔偿优先的原则。该法第36条规定：“承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应先承担对被害人的民事赔偿责任。”而第60条则规定：“没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。”这种关照民法制度的落实、使公权力的惩罚建立在满足民事赔偿或偿还的基础之上的做法，有助于依靠民法来夯实社会基础，防止“民转刑”案件的发生。^{〔6〕}这也是刑法领域渗人民法元素的重要体现。

(三) 原先的刑法犯罪行为转化为民事行为

我国传统刑法理论都认为犯罪的本质特征是严重社会危害性，而某种行为是否为统治阶级确认为具有严重社会危害性会受到政治、经济、文化等诸多因素的影响，亦即犯罪具有一定的历史性。在社会转型时期，这种历史性特征更加明显，有些在刑法中被视为犯罪的行为逐渐直接转化为一般民事行为。譬如，许多曾经在计划经济体制下被视为投机倒把而予以刑法制裁的行为，在今天市场经济体制下已被视为正常的风险投资行为。^{〔7〕}

(四) 刑事和解制度的兴起

刑法民法化的另一个突出例子，便是本文主题研讨的刑事和解制度。过去我们的法律是不允许刑事案件“私了”的，即使双方出于自愿，一经发现，也要作废，甚至还要追究相关人员的法律责任。这种执法带来的后果是：虽然国家表面看似乎实现了正义，将犯罪分子定罪判刑，但有的被害人却感觉不到这种正义。现在我们开始反思：犯罪的矛盾本来就源于犯罪人和被害人，修复他们之间的关系应是刑事法律的一项重要使命。而修复他们之间的关系就不能单靠国家的权力，以民事协议方式允许在一定条件和一定范围内实现谅解，似乎是更为有效的手段。

四 关于刑事和解协议的性质

和解协议是刑事和解制度的核心，因为它是落实刑事和解制度、达致刑事和解效果的基础。实践中的和解协议可能是书面协议形式，也可能是口头形式等非正式的合同形式，但其核心内容通常主要涉及两个方面，即加害人给予被害人道歉和赔偿，被害人原谅加害人的行为并随后向检察等国家机关提出从宽处罚或减免加害人刑罚的书面请求，这便是和解协议的内容。由于其性质的界定直接决定和解协议的效力和现实适用问题，因此有必要详细分析。

我们通常认为，刑事和解协议是公法私法化的体现，是刑事法领域的契约或合同。但相对于普通民事契约来说，刑事和解协议又有如下特殊性：其一，检察机关等公权力的介入和确认。公检法等办案机关会监督和确认和解协议的效力，其认可与否可能会影响刑事和解协议在当事人间的效力；其二，契约内容涉及到对与公共利益和公权力相关事务的处置。刑事和解协议中除了约定民事谅解和赔偿外，还涉及到加害人刑罚减免的问题，而相关问题可能当事人并无法律上的处分权；其三，契约效果可能影响到加害人的刑罚承担。协议一经公权力机关认可和确认就可能影响到加害人的刑罚承担，所以也似乎有着与一般民事契约

〔6〕 刘仁文：《社会转型与刑法的九个转向》，载中国法学网：<http://www.iolaw.org.cn/showNews.asp?id=19727>。

〔7〕 姚建龙：《刑法民法化》，载《华东政法学院学报》2001年第4期。

不同的法律效果。正因为如此,才有学者认为刑事和解的基本属性是刑事性,与民法存在根本的区别,刑事和解并非是犯罪人与被害人的协议,而是一种犯罪处置方式。^[8]

但尽管存在上述特殊性,我们仍然认定刑事和解协议从根本上来说还是一种较为纯粹的民事契约。具体理由如下:

第一,虽然有公权力的介入,但代表公权力的国家机关并不是合同当事人,当事人是加害人和被害人这两个私人主体。国家公权力机关只是该协议的监督和效力采纳者,其采纳与否并不影响合同的性质。这一点不同于一方当事人为代表公权力的国家机关的辩诉交易;

第二,契约内容约定涉及到的所谓的对加害人的从宽处理和减免刑罚的处置,只是当事人向国家机关的请求权、建议权或一种意愿,而不是最终决定权,所以当事人的相关约定完全是有权处分为;

第三,违约责任主要采取民事责任之方式。契约性质的判断,很大程度上要从违约责任和救济措施的角度来看。刑事和解协议中的违约只能发生在加害人和被害人之间,所以违约责任主要是继续履行赔偿、返还赔偿等民事责任方式,从责任承担上也能看出刑事和解协议是一种纯粹的民事契约。

五 关于刑事和解协议的效力

讨论刑事和解协议的性质是为了探究其效力和适用。学界对于刑事和解协议的效力存有诸多争论,本文将刑事和解协议界定为纯粹的民事契约,这有利于加害人与被害人权利义务关系的理顺和相应的责任承担与分配。但或许是由于民法学者对刑事和解制度参与讨论较少的缘故,至于刑事和解协议具体属于合同法中的“哪种具体类型的合同效力”就鲜有论及,这同样也不利于刑事和解协议效力的落实。唯一能见到的例外是由一位年轻学者提出来的,他将刑事和解协议视为民法上的无权处分合同,属效力待定的合同类型。他认为,与典型的民事契约相比,和解协议具有不容忽视的特殊之处,即被害方放弃追究加害方刑事责任的承诺,本质上已经超越其权限,侵入到了公权力领域,是其无权处分,也无权做出请求的内容,也就是说加害人能否获得和解协议约定的合同利益,具有不确定性,必须依赖于国家公权力的认可和履行,否则根本无法实现。但这并不足以影响运用合同法的基本理论构建刑事和解的法律效力模型。实际上这是合同领域较为典型的无权处分现象,属于效力待定的合同,即合同当事人处分了其无权处分的权利时,只有在得到真正权利人的认可之后才能发生效力。^[9]

当然,对于无权处分合同的观点,笔者并不认同。其一,加害人与被害人和解协议约定的刑罚处置等一旦超过法律规定的可予刑事和解的范围,就不是因国家承认或追认而生效的问题,而是因违法或违反公共利益而导致刑事和解协议全部无效的问题。其二,无权处分是一种典型的民法或私法制度。其所谓的无处分权是指无处分权人处分他人“财产”,即没有物的处分权,与其对接的物权法善意取得制度也印证了该制度处分权是针对“财产”而言

[8] 姜昕、孙勤:《刑事和解的民法化解释》,载《人民法院报》2008年12月10日。

[9] 解辉:《刑事和解的法律效力初探》,载北京检察网:<http://www.bjjc.gov.cn/bjoweb/minfo/view.jsp?DMKID=48&ZLMBH=1&XXBH=6668>。

的。因此,针对财产的民法无权处分的原理并不能适用于针对国家公权力的处分问题,在这一问题上,公私分立非常明显。

因此,本文认为,刑事和解协议的效力应当从如下三点加以把握:

(一)刑事和解协议自当事人订立即生效

加害人与被害人订立的和解协议的内容是:加害人向被害人道歉和赔偿,被害人随后以书面形式向公检法机关提出从宽处罚或减免加害人刑罚的请求。双方的刑事和解协议实际上是纯粹的民事契约,自当事人意思表示达成一致即合同成立时便发生法律效力。因此,加害人会马上履行道歉和赔偿等约定内容,随后被害人履行向检察机关请求减免加害人刑罚的请求、建议或意愿。

(二)未被公权力确认的和解协议的效力问题

一种情况是:加害人与被害人约定的刑罚处置超出了国家法律允许当事人采取刑事和解的范围,则和解协议自然因违法或违反公共利益无效。

另一种情况是:加害人与被害人约定的减免刑罚处置在国家法律允许的范围内,但国家机关并没有根据被害人请求减免加害人刑罚。此时,只要被害人依据加害人的要求向公检法机关提出减免加害人刑罚的请求,就意味着其已履行和解协议约定的义务,没有违约,合同有效,赔偿也不用返还。

(三)和解协议经国家确认后能否翻悔的问题

一种是加害人反悔:

其一,加害人未按照和解协议约定向被害人支付赔偿金,但案件已经终审,并且法院也根据被害人的请求和加害人真诚悔过的表现对加害人进行了刑罚的轻缓化处理,这时加害人以赔偿数额过高为由拒绝赔偿。这是一种典型的过河拆桥式违约形态,应由加害人承担违约责任,按照和解协议约定向被害人支付赔偿金。为避免此类纠纷出现,可在制度上设计出“先赔后免”或先由加害人向第三方(如法院)交付赔偿金加以托管的方法,即等法院判决完毕后由法院直接付款给被害人,避免了加害人的违约风险;除此之外,还可以采取“附条件起诉制度”,即如果法院根据和解协议约定对加害人减免刑后,如果加害人违约不向被害人支付赔偿款,则公检法机关可以重新对加害人提起常规公诉。

其二,加害人已经依约向被害人支付了赔偿金,且法院已终审判决减免了其刑罚,加害人事后以不公平或赔偿过高为理由起诉到法院,要求确认合同无效,返还部分赔偿。这类问题并不复杂,刑事和解协议有效并已履行完毕,不存在回复的问题。

其三,加害人已经对被害人进行了赔偿,但法院终审判决并未采纳被害人的建议对加害人减免刑罚,于是加害人反悔。这里就要看加害人和被害人在刑事和解协议中的约定,是被害人实现请求公检法机关减免刑罚的行为还是要达到减免加害人刑罚的结果。如果没有约定,通常只要被害人有书面请求公检法机关减免加害人刑罚的行为就可以。

另一种情形是被害人反悔:

被害人因为重大情事变更,如和解时认为自己所受伤害只是轻微伤,后经确诊鉴定为重伤。则被害人可以按照《合同法》第54条规定的“重大误解制度”加以处理,请求人民法院撤销合同,否定刑事和解协议的效力。

六 “漫天要价”问题

刑事和解实践中经常出现较高数额的赔偿,对这种情况不能一概认为是“漫天要价”,而要区别看待。

首先,被害人是理性的,要价也一般不会毫无根据。他在要求赔偿数额时通常会考虑加害人的经济状况、加害人的主观恶性和悔改程度、加害人接受要价的程度、自己受害的程度等多个方面。

其次,刑事和解协议中约定的民事赔偿肯定要比通过刑事附带民诉或单纯民事诉讼的赔偿数额高,因为它是给被害人增加负担且是当事人之间关于减免加害人刑罚的有对价的交易之约定。

再次,刑事和解当中的赔偿毕竟是一种严重侵权和犯罪的赔偿结果,相较于普通民事赔偿具有更多的惩罚性色彩。

最后,关于“以钱买刑”问题。实践中经常出现人们对于富人可以花钱买刑,但穷人却因为没钱而不能与被害人达成和解,所以认为这违反法律面前人人平等的原则。实际上,在国家和法律允许当事人刑事和解的范围内,富人以赔偿换和解而穷人不能,并不违反法律面前人人平等的原则。这正如富人可以依刑事诉讼法规定花大价钱聘请大律师为自己辩护,而穷人无钱请律师只能遭受不利后果一样,这本身并没有法律上的不平等和不公平,而是由事实上的不平等造成的一种结果。对于那些确有悔罪表现和真诚认罪但没有赔偿能力的加害人,相关的事实不平等的现实,一定程度上可以通过国家支持的方法加以解决,正如国家为穷人提供律师法律援助一样的道理。

[Abstract] The objective of criminal reconciliation system is to implement the criminal policy of combination of leniency and severity in judicial field, and to build a harmonious society. As a hot topic within China's contemporary judicial reform, criminal reconciliation is not only conducive to the protection of the interests of the victim, effective to offender's repentance and re-integration into society, but also helps save judicial costs and improve judicial efficiency. The criminal reconciliation system represents the trend of criminal law drawing relevant civil law rules. The very nature and effect of the criminal reconciliation agreement are the key points in the practice of criminal reconciliation system.

(责任编辑:雨 沐)

从二元到合作——联邦分权模式的发展趋势*

张千帆

内容提要:传统的联邦分权模式强调中央和地方的二元分权,但是随着经济和社会发展,各国的普遍趋势是联邦权力的不断扩张。本文主要以美国为例,论述联邦对于防止底线竞赛和保障各州平等的重要作用,探讨二元联邦主义向合作联邦主义的转变,并比较德国等其他联邦国家的分权模式。合作联邦主义模式表明,联邦国家和单一制国家的分权合作模式其实并没有本质差别。归根结底,中央和地方的合理分权取决于中央统一立法的必要性以及对中央和地方干预的成本效益分析。

关键词:联邦制 二元模式 合作模式

张千帆,北京大学宪法与行政法中心教授。

一 引言

传统的联邦分权模式强调中央和地方的二元分权,但是随着经济和社会发展,各国的普遍趋势是联邦权力的不断扩张。以美国为例,造成联邦扩张的动力有维护共同市场、经济宏观调控、区域外溢效应和国际事务介入。例如要在美国犹他州建造一座火力发电站,需要考虑该州的煤炭安全、其他西南部各州的空气污染、一直到加州的电缆铺设、科罗拉多河的分流以及对全国人民享用的国家公园的影响。^[1] 原先看上去一件纯粹地方性的项目,到头来转化为涉及环境、能源、运输、旅游等一系列全国性问题。总的来说,贸易的国家化和基本权利的国家化造就了现代美国分权格局;前者是美国走向统一经济市场的副产品,后者则是内战后修正案的结果。^[2] 内战之后,新的社会和经济力量开始了权力向联邦政府集中的过程。联邦扩权造成联邦和各州之间的二元分权变得模糊,并逐渐形成了现在的合作联邦主义模式。经过1930年代新政之后,联邦和各州关系就维持基本稳定,联邦在和各州的伙伴关系中发挥主要作用。

* 本文得到教育部人文社会科学研究重大项目“国家主权与地方自治”(04JJD82002)的支持,特此感谢。

[1] Christopher K. Leman and Robert H. Nelson, *The Rise of Managerial Federalism: An Assessment of Benefits and Costs*, 12 *Environmental Law* 981 (1982).

[2] 另外,联邦权力还随着开支权而得到显著增长。联邦通过征税获得大量岁入,然后作为联邦对州的转移支付影响州的权力。参见 Michel Rosenfeld, *Pragmatic Federalism*, in *The Failures of Federalism in the United States*, 1 *Föderalismus-Studien* 247 (1993).

当然,联邦和各州权力分配的变化并不是一成不变的。如果将联邦政府比作一个大公司的总部,各州和地方政府比作执行中央政策的下级分支,那么就和大公司一样,管理联邦公司的新秘诀在于具体执行权力的广泛放权。^[3]从1980年代开始,美国的联邦和各州关系又开始发生变化。近年来,不仅拉美国进行了重要的政治分权改革,美国也改变了集权趋势,例如里根总统将某些联邦项目和财政收入交给州政府管理并取消了联邦项目的官样文章。1990年代以来,美国人普遍认为许多问题的联邦方案都已尝试过并失败了,因而开始反思美国的联邦主义模式。权力下放风靡一时,甚至可以说是风靡全球。1995年,共和党主导的国会通过立法,限制联邦政府为州和地方政府规定责任而不提供财政资助的权力。1996年,克林顿总统改革了家庭援助法(AFDC)项目,将有关接受补助的资格标准、获益水准等决策权以及项目的执行义务下放给各州,联邦只是规定极为粗线条的指导原则。^[4]过去各州在医疗照顾和社会保险项目几乎不发挥任何决策或财政作用,现在这些项目也开始放权。这种变化并不仅仅是政党政治或意识形态的结果,而是由更为根本的经济和技术力量牵引的。建立联邦政府的理性制宪者寻求制度安排的利益最大化以及联邦结构的成本最小化,但是成本和利益是随着时间变化而变化的,而未来的变化显然是制宪当时不可预见的,因而宪法必须为此保留一定的灵活性。原先中央集权可能是一种更为经济的安排,但是以后的技术发展可能导致地方分权效率更高。^[5]然而,变化归变化,这些改革至多遏止了联邦扩权的大趋势,并不能改变联邦和各州权力分配的总体格局。

本文主要以美国为例论述联邦对于防止底线竞赛和保障各州平等的重要作用,^[6]探讨二元联邦主义向合作联邦主义的转变,并比较德国等其他联邦国家的分权模式。合作联邦主义模式表明,联邦国家和单一制国家的分权合作模式其实并没有本质差别,中央和地方的合理分权取决于中央统一立法的必要性以及对中央和地方干预的成本效益分析。

二 联邦干预和“底线竞赛”

在联邦国家,联邦干预必须具备正当理由和宪法授权。如果特定领域不需要联邦干预,那么联邦就无权干预,而应该将立法权保留给州或地方政府;只有在州或地方不能有效管理的情况下,联邦干预才被认为是必要的。联邦干预的一个主要理由是防止地方“底线竞赛”,进而保护全国的基本公共利益,比如环境保护与生产安全。然而,有权干预并不等于全盘干预。即便在联邦有权的领域,联邦和各州仍然存在相当复杂的分工合作。

(一) 环境保护

虽然在美国立宪时环境还不是一个社会问题,因而联邦宪法根本没有提到环境,但是环

[3] 事实上,即使在美国电信公司和IBM等大企业,权力下放也是普遍趋势。参见 Christopher K. Leman and Robert H. Nelson, *The Rise of Managerial Federalism: An Assessment of Benefits and Costs*, p.981。

[4] 与此同时,各州内部也进行了权力下放。例如纽约市将人事和教育政策下放到单个学区,从而跨过甚至可能取消大区的社区委员会。另一个普遍趋势是地方政府将权力下放给某些私人性质的民间组织,例如纽约市将某些重要的市政服务及其附随的收费权委托给私人运营的“企业改善区”。Peter H. Schuck, *Some Reflections on the Federalism Debate*, 14 *Yale Journal on Regulation* 1 (1996)。

[5] Thomas S. Ulen, *Economic and Public-choice Forces in Federalism*, 6 *George Mason Law Review* 921 (1998)。

[6] 关于美国和欧洲联邦主义模式的比较,参见 Daniel J. Elazar & Ilan Greilsammer, *Federal Democracy: The U. S. A. and Europe Compared A Political Science Perspective*, in Mauro Cappelletti, Monica Seccombe and Joseph Weiler (eds.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience* (1986), pp. 71, 77-79。

境问题显然超越了州的边界,很容易和州际贸易发生直接联系,因而一直被认为是在联邦的权力范围之内。环境保护历来被认为是最典型的联邦主义问题之一。^[7]假如没有联邦干预,那么各州很可能处于一种“囚犯困境”之中:即便本州的环境规制十分严格,因而可能吓跑许多企业,如果邻州不实施同样严格的环保措施,那么不仅本州治理不好州内的污染问题,而且还平白无故损失许多企业提供的税收和就业。^[8]在这种情况下,联邦必须为全国规定一个基本的环境标准,防止各州的“底线竞赛”。^[9]

然而,联邦干预的必要性并不意味着联邦必须全面包办。虽然联邦应该负责制定统一的环境质量标准,各州仍然可以根据当地情况来变通地适用联邦标准。事实上,平行和重叠的联邦与各州规制在环境保护领域相当普遍,而且可能有助于加强环保规范的实施。^[10]另外,联邦可以负责环境立法,而环境法的实施则可以在一定程度上委托各州执行。在美国环境法领域,《清洁空气法》和《清洁水资源法》为各州提供联邦资金,条件是接受资金的州必须建立至少满足联邦底线要求的环境控制机制。各州可以借鉴联邦标准(例如饮用水质量标准),设计执法策略、实施许可制度(例如污染排放控制系统)并通过州的行政和司法程序执行规则。在联邦提供的资助胡萝卜里,还是夹杂着监督和惩处的大棒。联邦要求合作的州提供连续不断的监督,并接受联邦的指导和审查,向联邦提供有关的实施记录和行政程序以及个案决定,例如许可和行政命令。如果州政府不能满足程序要求,例如拒绝允许公民挑战许可决定,那么联邦可能取消对州的授权。如果州政府不能履行承诺或有关立法规定,那么联邦政府将取消对州的资助或进行审批的资格。虽然在合作联邦制下,联邦对各州项目规定了一定的底线要求,但是各州仍有一定的自由度设计自己的标准。例如《清洁水资源法》规定,各州有相当大的自由裁量权通过定义使用方式来决定水质标准。《清洁空气法》规定,在实现联邦决定的全国空气标准过程中,各州具有广泛的自由裁量来选择减少污染的策略。虽然各州可以按照自己的经济和社会目标来适用污染标准,但是它们必须提供必要的科学依据,而科学研究几乎全部是由联邦政府资助的。^[11]

联邦环保执法权的下放应该遵循有效性、效率和公平原则。首先,环保执法必须有效实现立法目标。1990年代以来,美国不断有人呼吁联邦下放环保执法权,甚至完全放弃对各

[7] 参见 Henry N. Butler and Jonathan R. Macey, *Externalities and the Matching Principle: The Case for Reallocating Environmental Regulatory Authority*, 14 *Yale Law & Policy Review* (Symposium Issue) 23 (1996), p. 25; Jonathan H. Adler, "Jurisdictional Mismatch in Environmental Federalism", 14 *New York University Environmental Law Journal* 130, (2005), pp. 133, 158 - 160; Daniel C. Esty, "Revitalizing Environmental Federalism", 95 *Michigan Law Review* 570 (1996), p. 574.

[8] Wallace E. Oates, "On Environmental Federalism", 83 *Virginia Law Review* (1997), p. 1323; Daniel A. Farber, "Environmental Federalism in a Global Economy", 83 *Virginia Law Review*, (1997), pp. 1318 - 1319.

[9] 当然,“底线竞赛”的逻辑未必适用于每一个州。事实上,即使在联邦干预环保领域之前,有些州就已经在这个领域积极制度创新,例如加州控制空气污染的力度远超过联邦要求,而加州模式为好几个州所效仿。参见 Richard L. Revesz, *Federalism and Environmental Regulation: A Public Choice Analysis*, 115 *Harvard Law Review*, pp. 585 - 593 (2001); Richard L. Revesz, "Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the 'Race to the Bottom' Rationale for Federal Environmental Regulation", 67 *New York University Law Review* (1992), pp. 1224 - 1227, 1229 - 1233; Richard L. Revesz, "The Race to the Bottom and Federal Environmental Regulation: A Response to Critics", 82 *Minnesota Law Review* (1997), p. 536.

[10] 参见 William W. Buzbee, "Contextual Environmental Federalism", 14 *New York University Environmental Law Journal* 108.

[11] Robert L. Fischman, *Cooperative Federalism and Natural Resources Law*, 14 *New York University Environmental Law Journal* 179 (2005).