

# 宪法权利诉求的经济学逻辑

孙日华, 费昌祥

(石家庄经济学院法学院, 河北石家庄, 050031; 广西南宁市江南区人民法院, 广西南宁, 530031)

**摘要:** 关于宪法权利的诉求更多表现为权利的呼喊, 或者以攀比的心理运用复杂理论进行中西的比较, 增加思维成本的同时却未带来明显的收益。事实上, 宪法权利的背后隐藏着经济学的逻辑, 其影响着宪法权利的现实脉象。基于各种原因, 经济学的理路没有作为“拿到桌面上”的理由加以论证。宪法权利作为政府向社会投资的公共物品, 必将受到政府财政预算和支付能力的约束。政府的社会控制水平、潜在宪法权利享有者的诉求、法律适用部门的制度转换能力以及政府的利益协调机制, 都将产生巨大的交易费用。为了降低风险, 政府会将投资分布在各种权利之上, 同时要考虑各个权利的实施成本, 任何政府都不可能为了个别权利而不惜任何代价。因此, 对于权利话语的呼喊者而言, 如果追求真理需要付出过高的成本, 那么降低真理的标准就是明智的选择。

**关键词:** 宪法权利; 成本; 收益; 交易费用; 司法化

**中图分类号:** D991

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1672-3104(2013)01-0103-05

目前, 关于宪法权利的诉求, 主要可以从三个方面进行总结: 一是要求宪法增加更多关于权利的条款; 二是将宪法规定的权利具体化在部门法之中; 三是要求宪法司法化, 从而保障这些权利的真正实现。在“权利话语”成为法学界和公众的主流话语之后, 要求宪法充分保障人权的呼声有高涨之势。然而, 一种权利能否得到保障, 不仅仅取决于宪法或者法律是否规定、体制是否完善以及我们的权利意识是否觉醒, 其更加取决于整个国家和社会是否有保障权利实现的充足资源。受社会条件制约和财政预算约束的政府, 能否保证宪法权利得到落实, 取决于投入与产出的比例。天下没有免费的午餐, 权利的实现是需要成本的。

## 一、宪法权利中的“休谟问题”

两百多年前, 英国思想家休谟提出归纳何以可能的问题。即根据有限的经验, 能否得出一个全称判断的命题。按照这样的逻辑, 即使我们看到的乌鸦全部都是黑的, 怎么能断定“天下乌鸦一般黑”呢? 这就是众所周知的“休谟问题”, 其反应了人类经验的有限性与全称判断的无限性之间的矛盾。<sup>①</sup>在宪法权利上, 也存在着“休谟问题”。我国宪法第33条规定国家尊

重和保障人权。事实上, 这就是一个全称判断, 是作为国家对权利保障的总体态度。应该说, 这是国家根据世界人权发展趋势以及我国的社会发展状况作出的归纳。其中, “尊重和保障”以及“人权”是两个全称判断的词汇。“尊重和保障”表明了手段, “人权”表明了对象。在全称判断之后, 宪法又罗列了公民的基本权利。应该说, 这些罗列的权利也更多的是全称判断, 作为“基本”权利, 都可以再涵摄更多的具体权利。

但是, 要求宪法权利进一步扩充内容的人不自觉地运作了“休谟问题”。他们提出, 应该修改宪法, 增加更多的权利规定, 因为其怀疑“国家尊重和保障人权”这一全称判断何以可能, 只有在宪法中详细规定更多的权利, 才能有效保障人权。事实上, 宪法不是一个大口袋, 什么东西都往里面装, 更不是有立法需要就立刻将其上升到宪法的高度。修改宪法, 需要交易费用(信息、谈判、监督和公布成本等等), 如果修改宪法需要的制度转换成本大于修宪带来的收益, 那么, 修改宪法是不划算的。尤其是对于宪法权利的规定, 更不能因为社会上出现了某种权利的需要就立刻要求宪法予以回应。因为宪法已经作出了全称判断, 重复地进行权利的细化和罗列是没有效益的。这就需

收稿日期: 2012-09-12; 修回日期: 2012-10-28

基金项目: 2012年度中国法学会部级法学研究课题《行政法解释的理论基础与适用方法研究》[CLS(2012)D247]; 石家庄经济学院博士科研启动基金项目

作者简介: 孙日华(1981-), 男, 满族, 河北承德人, 石家庄经济学院讲师, 法学博士, 主要研究方向: 法律方法; 费昌祥(1984-), 男, 广西南宁人, 广西南宁市江南区人民法院法官, 广西师范大学硕士研究生, 主要研究方向: 法律方法。

要对全称判断进行一些经济学的解读。

使用全称判断取代单称判断,可以降低描述成本。我们说“天下乌鸦一般黑”是对事物进行类型化的处理,但是,如果我们分别描述“乌鸦1是黑的,乌鸦2是黑的……一直到乌鸦n是黑的”,这样将导致信息的传递成本急剧上升。虽然不断地进行单称判断可能会减少误差,但是也会耗费巨大的信息费用。相比较而言,归纳而来的全称判断确实可能造成误差,就如同日本出现了白乌鸦对“天下乌鸦一般黑”命题的否定。但是,全称判断错误造成的预期损失与全称判断所能节约的信息传递成本相比是微不足道的,那么,全称判断就是划算的,这样的预期损失就是合理的成本投入。宪法做出了关于人权的全称判断,作为国家的根本法,其可以作为立法、执法和司法的指导原则。<sup>⑧</sup>目前,需要做的是在具体的立法中规定某些新兴的权利(如环境健康权、可持续发展权),在执法和司法中具体落实人权保障(如不刑讯逼供、保障被告人的辩护权等)。因此,在宪法已经做出关于人权的全称判断之后,去质疑宪法全称判断的周延性,企图详细罗列权利是不经济的。尤其是在宪法层面,花费高昂的信息成本去罗列权利,反而会造成更多权利被遗漏的风险。更严重的是容易破坏宪法的稳定性,大幅提升公民对宪法运行的预测成本。哈特就认为“空缺结构”可以为法官保留自由裁量的空间,从而提高法律决策的精确性创造条件。<sup>[1]</sup>全称判断具备低成本运行的包容性。伴随世界人权运动的发展,人权的内容不断扩充,我国宪法层面的人权也理所当然地不断包容这些权利。毕竟,对于人权的范畴,全世界基本上达成了共识,只是在具体落实的方式和水平上有所差别而已。可能此时“人权”的概念是模糊的,但是其可以有效节约不断修改宪法的交易成本。这种“一刀切”的做法可以降低不断修改宪法的成本,其所造成的误差损失与不断具体问题具体分析所投入的成本相比,是有效益的。

当然,很多人会质疑,目前宪法做了尊重人权的全称判断并罗列了一些基本权利,但是,有些权利并没有得到很好的落实和保障。这就是混淆了应然与实然的问题。作为根本法的宪法,作出了关于人权保障的全称判断,已经为保障人权奠定了基础,当前需要做的是如何落实宪法权利。宪法权利的落实,更多取决于国家和社会是否提供了支付这些权利实现的资源。因此,权利是否得到保障,并不是宪法中的“休谟问题”,而是现实的权利保障所需要的资源和成本问题。

## 二、宪法权利司法化的难题

在这个为权利而斗争的时代,学界和公众总是期望宪法权利能够具体落实到生活中,以宪法规定的基本权利维护当下的利益。但是,由于实现宪法权利的成本过高,宪法权利司法化还面临诸多困难。

第一,无法应对潜在宪法权利享有者的诉求。当初“齐玉苓案”<sup>⑨</sup>发生后,山东省高级人民法院依据宪法和最高人民法院的司法解释作出判决之时,学术界一片欢呼鼓舞,以为宪法司法化即将开启。但是,随着该案件的审结,该司法解释不久也被废止,至今也没有再出现以宪法为依据的新判决。究其原因,笔者认为,“齐玉苓案”仅仅是最高法院通过民事案件<sup>⑩</sup>尝试探究宪法司法化的一次实验。类似于企业生产部分产品检验市场的反应,结果市场反应过于强烈,企业自身的规模和生产能力无法满足市场的需要,只能选择暂停生产,待具备市场应对能力之际再重新生产。齐玉苓案的判决是依据宪法第46条“公民有受教育的权利和义务”作出的,这样的判决会迅速引起与受教育权相关的诸多诉讼,如教育公平、高校本地区招生数额等问题,都可能被潜在的宪法权利享有者提交到法庭。同样,一旦这个闸门打开,相关的宪法权利如劳动权、休息权等,都可能被提起诉讼。任何权利诉求的表达和争取都存在交易成本,如协商、谈判、讨价还价、诉讼、调查取证以及执行等等。此时我们发现,国家所能够给公众提供的权利资源与公众的宪法权利诉求严重不对等。在彼此支付了巨大的信息成本之后,公众的权利需求依然无法得到满足。如果追求真理需要支付过于高昂的成本,降低真理的标准就是明智之选。当满足公众宪法权利诉求需要支付过高的成本之时,将宪法权利排除出交易市场,将会大幅降低社会成本。这就是为什么运行成本较低的权利,基本都在部门法里落实并付诸行动了,而那些运行成本较高的权利(如游行示威)尚停留在文本之中。正如初民社会里,因为缺少官僚机构和警察系统,否认隐私权就可以实现低成本的社会控制。<sup>⑪</sup>

第二,协调权利享有者彼此的利益需要高昂的社会成本。中国正处于社会转型期,社会分化比较严重。既有城乡的二元分化,也有不同的社会思潮。各个社会阶层都有意通过宪法权利维护自身的利益,表现在现实中就出现了复杂和多元的权利诉求。“左中右”的各种思潮,都在通过各种方式表达着利益诉求。我们知道,在社会中,一个人选择某种行动时,不仅涉

及个人的成本与收益,也可能给自己之外的其他人增加成本或者收益,也就是说,行为具有外部性。<sup>[2](70)</sup>同样,对于权利的行使,也需要个人支付成本,同时会给其他人增加成本,我们可以将个人的私人成本与施加于他人的外部成本之和叫做社会成本(social costs)。张维迎认为,理性人的决策是基于私人成本与私人收益的比较作出的,个人最优决策在边际私人成本等于边际私人收益点达到,而帕累托效率意味着社会最优在边际社会成本等于边际社会收益点达到。<sup>[2](72)</sup>现实中,大部分权利的行使都具有外部性,尤其是关于宪法权利的问题,更是涉及不同社会阶层的实质利益。对于宪法权利是否行使以及如何行使,个人的最优决策就不一定是社会最优决策。各个阶层总希望私人收益的最大化,这会无形中增加其他人的外部成本,而且,公众之间以及国家和社会为了协调各个阶层的宪法权利主张,必然要支付高昂的协调成本。这样,由于缺乏较为核心和统一的权利价值主张,每个社会个体增加的外部成本,加之平衡权利冲突的协调成本,导致社会成本急剧攀升。因此,为了有效降低社会成本,在阶层分化尚未缓和之际,不得不暂停一些宪法权利的实施。

第三,执法者和司法者缺乏有效适用宪法权利的能力。我国宪法对权利的规定较为原则和抽象,并没有具体化法律责任。跟一般的法律规则相比,执法者、司法者需要支付更多的信息费用才能适用宪法权利的规定。正是因为宪法权利规定的过于原则,而现实的权利诉求又五花八门,宪法权利的一般性与具体的案件事实的特殊性之间就会出现紧张关系。因此,依据宪法对具体案件进行裁判,必将增加误差的产生;而为了尽量减少误差损失,需要对执法者和司法者提出更高的要求。这就类似于当年柏拉图“哲学王”的设想,由于规则与事实之间天然的缝隙(宪法规范与事实之间更是如此),尽量减少误差,就需要执法者或者司法者是全能的人,他需要具备收集案件的全部信息,秉承公正无私的精神,及时准确地处理这些信息,并最终做出裁判。<sup>[3]</sup>宪法权利与现实案件之间的距离决定了法官需要支付高昂的决策费用。正如哈耶克所说的,人类的任何知识都不足以处理如此复杂的信息问题,集中化的决策机制无法克服高昂信息费用的障碍。<sup>[4]</sup>

一旦宪法权利的诉讼案件广泛发生,为了防止误差而支付的巨大的决策费用会让受预算约束的政府和法院彻底破产。另外,由于宪法权利在构造上的原则性,不但增加了执法者和司法者决策成本和解释成本,

而且给法官留下了巨大的裁量空间。在宪法权利裁判的案件中,法官自由裁判权因过于灵活而可能增加枉法裁判的数量。同时,扩张自由裁量权会耗费更多的司法制度成本,包括司法决策成本和监督其权力运行的成本等。限于现行的司法环境、法官素质,将耗费巨大司法运行成本的宪法权利司法化任务交给法官完成,将是一个高风险低回报的投资。

第四,公众缺乏普遍消费宪法权利的制度激励。目前,我国宪法虽然对人权的保障作出了规定,对于主要的公民权利也进行了描述。但是,由于国家控制社会能力的有限性,支付宪法权利的成本高昂,应该说,转型社会的特殊语境制约了宪法权利的实现。因此,在不具备完全落实宪法权利的时候,官方没有依据笔者上述分析的经济学逻辑进行辩解。因为有些时候,关键的理由“拿不到桌面上”,“拿到桌面上”的理由恰恰是边缘性的。<sup>[5]</sup>对于宪法权利的保障问题,总是在以抽象的意识形态、道德原则抑或大而化之的国情理论来加以回应。不管怎样,面对巨大的成本支出,至少目前,官方是不鼓励宪法权利司法化的。基于此,在缺少官方激励机制的前提下,公众也在践行着奥尔森所谓的“集体行动的逻辑”。集体行动的成功与否取决于集体中个人的行动,而个人的行动取决于该行动的相对好处,若一项行动能够给集体所有成员带来利益,却不是个体的最佳利益选择,该行动就不会产生。<sup>[6](20)</sup>我们可以预见,当官方并不支持宪法权利司法化的时候,如果想实现它,需要私人支付高昂的交易费用。在此过程中,搭便车的心理必然产生,理性自利的个人总是希望别人去承担集体行动的成本而自己只等着分享该行动的利益。这就是“三个和尚没水吃”的道理。即使团体中有一个成员具有利他主义的倾向,但是在需要支付如此高昂交易费用的行动中,其力量是如此的微不足道,不管其多么努力,对结果都不会产生太大影响之时,就会理性地选择放弃,而不是去做无谓的牺牲。<sup>[6](64)</sup>从当前关于宪法司法化的呼声中我们就可以洞察,呼唤宪法权利司法化的手段主要是依托个别涉案案件(如齐玉苓案)加以倡导,或者借助一些轰动案件(如邱兴华案)展开修辞渲染。很少有人从宪法权利的公益出发,进行宪法权利的诉讼或者其他具体行动。除非交易成本为零(没有现实可能性),或者可以从中获得超额利益,否则理性的个体不会冒着巨大的风险展开科斯谈判。现在所谓的权利话语盛行,是因为呼唤的成本很低,风险较小,并不会引起官方的强烈反对。可见,行动背后隐藏的是经济学的逻辑。

### 三、当前权利话语中的修辞

我国宪法通过宣示国家尊重和保障人权和罗列基本权利,提供了一个至上的检验标准,但是它无法代替一个个具象化的操作目标。宪法建立了保护公民权利的原则性规定,但是,其又受制于保护权利的各种约束条件。学界和公众经常借助一些轰动案件,期望助推制度改造,努力将宪法确立的基本人权原则落实到具体的法律制度以及具体的法律适用中。如陕西的邱兴华案,围绕着邱兴华的精神病鉴定问题,学界、公众和官方彼此展开了激烈的论争。<sup>⑥</sup>自20世纪80年代之后,权利话语逐渐成为了中国法学界的主流话语,不时地裹挟着道德原则搭乘轰动案件的“便车”走入公众的视野。遗憾的是,权利话语主要是为权利而呼唤,但缺少对权利的论证。

宪法规定的公民基本权利,可以看作是国家投资的公共项目。这些公共项目可以改善社会的整体福利,并最终促进社会的稳定与国家的自由和繁荣。作为现代民主国家,统治者是大多数人(在我国称之为“人民当家作主”),其与专制社会相比有更大的相容利益,统治者就有更大的动力投入更多的公共物品。<sup>[7]</sup>相容利益越大,投入的公共物品越多,其享有的公共物品的收益也将越多。但是,任何公共物品的投入都需要支付成本,同样,社会成员也需要按照公共物品的收益比例来分担公共物品的成本。宪法权利作为国家投资的公共物品,其必然受制于国家支付能力以及收益水平的影响。所有的社会成员在享受宪法赋予的权利之际,也必将承担落实宪法权利所投入的成本。但是,更多时候,人更容易想到的是宪法权利带来的收益,却经常忽视了宪法权利所需要的费用。作为一个受财政预算约束的政府,其肯定会衡量各种权利的投入与产出。这就类似于一个企业,会将投资放在不同的项目上,以便保证投资总体上的收益。因此,宪法会较为均匀地规定各种权利,但是能否真正落实宪法权利需要成本收益的分析,任何政府都不可能为了一个或者几个权利的保护而不惜任何代价。其必然会进行整体的权衡与博弈,最终选择最有利于国家长期稳定收益的投资。这便是宪法权利需要深层次论证的经济逻辑。

现在流行的权利话语最大特点就是修辞而不是论证。它的主要技术就是展示情绪和激发共鸣,而不是提供数据和经验性事实。现代的权利话语主要表现为两个方面的心理动态:一方面是采取攀比心理,比如,

西方发达国家有哪些权利,我们也应该规定和落实哪些权利。另一方面是借助轰动案件“搭便车”心理,期望通过个案引发制度性的变革。这两种主要方法最大的特征就是绚丽的修辞性。修辞可以使本来孱弱的论点听起来更加强大。修辞是诉诸非逻辑的、非科学的、非经验的诱发信仰的信息传递方式,不会改变信息的质量。<sup>[8](604)</sup>修辞可以运用华丽的语词和高亢的情绪,强烈地冲击人们的头脑,接受者可以不假思索地接受。这其中,言说者不需要细致的分析与论证,接受者也不需要过多的思考。论证与思考总是需要花费更多的思维成本,相比较而言,修辞是一项廉价的技术手段。<sup>[8](570-575)</sup>正如学者大声疾呼“理性主义也感染了修辞的病毒。”<sup>[9]</sup>因此,权利话语经常是握住一个或者几个权利高呼,就是因为其没有进行深入的论证。笔者相信这是权利研究者在智力上的懒惰,因此造就了宪法权利问题呼吁有余而落实不足的现状。

笔者认为,权利话语的风行对于转型中国是件好事,但是,必须从那种口号呼吁的路径里走出来。我们需要从宪法权利的整体进行反思,类似于德沃金所谓的整体性解释。<sup>[10]</sup>对于我国宪法权利问题,需要认识到宪法权利实施的成本以及目前的支付能力。在社会转型没有完成的今天,如果在某些权利投入过多的成本,必将减损其他权利的收益。平衡各种权利的综合效益,才是目前我国宪法权利的根本使命。

### 四、结语

宪法权利利用归纳的方法做了一个全称判断,树立了法律领域至上的标准。无论多么规范的标准也不能忽视落实标准的成本,如果为了落实这些标准而投入过高的成本,那么,降低标准就成为了明智的选择。这并不是说,要放弃宪法权利的实施,而是在追求成本降低之后,再落实宪法权利才是更好的策略。

纵览有关宪法权利的论述,大多数是繁琐的解释和多余的呼唤。对宪法权利进行经济学的重述,揭示了宪法权利背后的经济学逻辑,简化了以往的理论进路。意大利学者哥白尼的“日心说”之所以能够取代古希腊学者托勒密的“地心说”,不是因为前者比后者更加正确,而是因为证明后者比证明前者更显繁琐。<sup>[11]</sup>当然,必须承认的是,任何理论都不可能完全涵盖真实的经验世界,而且本文的论述也会有不少的偏差。但是,相对于繁冗理论所投入的信息成本而言,本文因为偏差而造成的损失应该算作一种合理的成本。其中,本文为此节约下来的思考成本,就可以视

为本文创造的“价值”。<sup>⑦</sup>

#### 注释:

- ① 事实上,“休谟问题”动摇了经验知识的确定性基础,强化了归纳的不确定性因素。相关论述可以参见 Colin Howson, *Hume's Problem: Induction and the Justification of Belief*, Oxford University Press, 2002: 308-318.
- ② 现实情况经常是:我们仅仅关注了法律(包括宪法)具体的规则,而忽视了法律的原则性规定。既然法律规定了原则,就说明其具有实践价值(至少是实践可能性),只是我们没有恰当地理解和适用罢了。
- ③ 因为该案件十分轰动,为了降低读者因阅读产生的时间成本,在此就不再详述案情。具体情况可以参见维基百科:<http://zh.wikipedia.org/zh-cn/%E9%BD%8A%E7%8E%89%E8%8B%93%E6%A1%88>。最后浏览时间:2012-08-10。
- ④ 之所以在民事案件的裁判中首先实验宪法权利,也是考虑经济学因素。因为民事案件对抗性较弱,社会影响相对较小,在民事案件中运用宪法进行裁判,风险较小。这就类似于以小额投资来验证市场,总结市场需求和规律。即使失败了,成本也较低。
- ⑤ 保护隐私权,政府需要为此支付必要的成本,然而这样的保护进一步强化了公众的信息优势,凸显了政府的信息劣势。在政府获取信息能力较弱的初民社会里,政府与公众之间存在着严重的信息不对等。因此,为了保护隐私权而支付的成本是没有有效用的;否定隐私权可以实现以低成本的方式获得信息上的收益。参见[美]波斯纳:《道德和法律问题的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第22页。
- ⑥ 类似的案件还有很多,包括河南的赵作海案、湖北的佘祥林案件等,都因刑讯逼供造成冤案。在真相揭晓后,都曾引起宪法

基本权利以及人权问题的讨论。

- ⑦ 关于思维成本问题论述,可以参见 Ernst Mach, *The Economical Nature of Physical Inquiry*, 1882, in Mach, *Popular Scientific Lectures*, Open Court, 1986: 186-214.

#### 参考文献:

- [1] [美]哈特. 法律的概念[M]. 张文显等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 127-135.
- [2] 张维迎. 信息、信任与法律[M]. 北京: 三联书店, 2003.
- [3] [古希腊]柏拉图. 政治家[M]. 洪涛译. 上海: 上海世纪出版集团、上海人民出版社, 2006: 75.
- [4] [英]哈耶克. 致命的自负[M]. 冯克利, 胡晋华译. 北京: 中国社会科学出版社, 2000: 96-100.
- [5] 桑本谦. 理论法学的迷雾[M]. 北京: 法律出版社, 2008: 149.
- [6] [美]奥尔森. 集体行动的逻辑[M]. 陈郁, 郭宇峰, 李崇新译. 上海: 上海三联书店、上海人民出版社, 1995.
- [7] Mart in C. McGh ire & Mancur Olson. The economics of autocracy and majority rule: the invisible hand and the use of force[J]. *Journal of Economic Literature*, 1996, (18): 90.
- [8] [美]波斯纳. 超越法律[M]. 苏力译. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [9] Peter Goodrich. Legal discourse: studies in linguistics [J]. *Rhetoric and Legal Analysis*, 1987, (36): 110.
- [10] [美]德沃金. 认真对待权利[M]. 信春鹰, 吴玉章译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1998: 45-46.
- [11] 桑本谦. 法理学主题的经济学重述[J]. *法商研究*, 2011(2): 32.

## Narrative in economics of constitutional rights

SUN Rihua, FEI Changxiang

(School of law, Shijiazhuang University of Economics, Shijiazhuang 050031, China;  
People's Court of Jiangnan District, Nanning 530031, China)

**Abstract:** Discourses on the constitutional rights are cries of rights, or using complexity theories to make a comparison between Chinese and Western. It increases thinking costs, but fails to bring significant benefits. In fact, behind the constitutional rights there is hidden logic of economics. It impacts on the reality of the constitutional rights. Constitutional rights are seen as the government investment public goods to society, which is restricted by the government budget and the ability to pay. The government's level of social control, potential people of constitutional rights enjoyed, conversion capability of the department's system, and the government's interests coordination mechanism will generate huge transaction costs. In order to reduce the risk of investment in government, it will distribute a variety of rights, and take into account the cost of the implementation of the various rights. Any government is impossible to endow individual rights at any cost. Therefore, if the pursuit of truth needs to pay a high cost, then reducing the standard of truth is a wise choice.

**Key Words:** constitutional rights; costs; income; transaction costs; judicialize

[编辑: 苏慧]