

公民权的身份、财产与契约维度

——一种基于公共信托原理的公民权理论

郑戈*

目次

- 一、作为身份的公民权
- 二、作为财产权的公民权
- 三、公民权的契约维度
- 四、公共信托：实现复合型公民权的操作机制
- 五、结论

关键词 共和主义 公民权 宪政 公共信托

“要理解宪法(或政体),我们必须探寻国家的性质;而要理解国家的性质,我们必须考察公民权的属性,因为国家是公民组成的实体”——亚里士多德^[1]

近来,一系列公共话题引发了人们对公民权问题的兴趣。中国精英海外移民潮、中国护照持有者在世界各国获免签的情况、内地孕妇赴香港产子潮以及由此引发的香港“双非婴儿”居留权问题……在这些看似互不相关的问题背后,有一条贯穿始终的主线,这就是宪法上的公民权问题,也就是亚里士多德所认为的宪法的基础性问题。本文试图从这些话题所呈现出的现实问题出发,以中国宪法为规范框架,讨论公民权的三个不同维度,并提出一种更好地整合公民权的认同、保障与

* 香港大学法学院助理教授、法学博士。本文的主要内容曾在上海财经大学、上海交通大学、华南理工大学以及中山大学的讲座中与师生交流,感谢郑少华教授、季卫东教授、葛洪义教授、康向宇同学的讲座邀请,以及叶必丰、朱芒、郭延军、林彦、许多奇、萧凯、李学尧、胡凌、余军、李旭东、陈征楠、朱志昊、丁利等师友的评论和建议。

[1] Aristotle, “The Theory of Citizenship and Constitutions,” in *The Politics of Aristotle*, translated by Ernest Barker, Clarendon Press, Oxford, 1948, p. 92.

自由维度的原创理论,即基于公共信托原理的公民权理论。

一、作为身份的公民权

公民权首先是一种以国籍为基础的成员资格或身份。当我们在出入境表格上的国籍一栏填上“中国”的时候,这同时也表明我们是中国公民。公民权与国籍之间这种难分彼此的紧密关系,凸显出公民权的身份特性。

在君主制和贵族制已经瓦解的现代共和国,公民身份具有法国《人和公民的权利宣言》所揭橥的自由、平等和博爱三个维度。这份重要文件的第一条明确郑重宣布:“人们生来并且始终是自由的,在权利上是平等的,社会的差别只可以基于共同的利益。”“共同的利益”以及“公共意志”这样的概念在“宣言”中占有十分的地位,是界定博爱(fraternité)价值的关键。“博爱”这一翻译其实并不准确。它似乎更多地带有普适和国际主义的气息,忽视了公民身份的国界性和排他性。对fraternité的更好翻译是“公民友爱”或“同胞情”,即一个政治共同体的成员相互依靠、荣辱与共的情谊。萌生这种情谊的制度环境必然是消灭了特权、杜绝了武断权力、以法治为治理原则的共和国。《宣言》第六条又进一步规定:“法律是公共意志(la volonté général)的表现;所有公民都有权亲自或者通过其代表参与制定法律;法律对一切人,无论是进行保护或者惩罚,都应当是一样的。一切公民在法律的眼中一律平等,都可以平等地按照其能力,并且除他们的品德与才能的差别外不问其他差别,担任一切高官、公共职位或者职务。”^{〔2〕}这一陈述进一步表明,自由的平等公民通过积极的政治参与表达公共意志、担任公共职务,是共和国的基本特征。公民的自由、平等、同胞情,是相互依存、相互强化、缺一不可的要素。但共和国的公民身份是一个有限定的、排他性的范畴,不包括外国人和宪法、法律所排除的其他人。迄今为止,这仍是公民概念的重要维度之一,正如保罗·斯匹克所言:“公民权不可避免地具有排外和内部包容的两面性;任何成员身份的定义都需要区分成员和非成员。”^{〔3〕}

公民作为一个法律概念所体现的区分术和分类学,清楚地体现在以下两个例子中,一个是罗马法中的公民概念,二是现代国籍法中规定的取得国籍方式。

在罗马法中,成为“公民”(civis)意味着享有完全的人身自由(libertas),这种自由非经正式法律程序不可被剥夺。^{〔4〕}规定公民权的身份法(ius personarum)仍属于私法(ius privatum)而不是公法(ius publicum)范畴,表明公民权与财产权一样,属于私权的一部分。由于人身自由是公民身份的重要前提,《学说汇纂》中收录的罗马法学家佛罗伦提诺(Florentinus)给自由所下的定义就显得十分重要了:“自由是人为所欲为的自然能力,只要所为之事未被法律所禁止或外力所阻止。奴隶制是万民法上的一种制度,它反自然地将一个人置于另一个人的所有权之下。”^{〔5〕}该定义一方面说明市民法是自由的罗马公民的法律;另一方面则说明反自然的奴隶制存在于罗马公民共同体之

〔2〕 《[法国]人和公民的权利宣言》,潘汉典译,载《环球法律评论》1981年第2期,第63~64页。

〔3〕 Paul Spicker, *Liberty, Equality, Fraternity*, The Policy Press, 2006, p. 85.

〔4〕 参见:A. N. Sherwin-White, *The Roman Citizenship*, Oxford University Press, 1965.

〔5〕 ‘Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet nisi si quid ui aut iure prohibetur; seruitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur’. Digesta. 1. 5. 4.

外,适用于某些被罗马征服的族群和国家。

国籍法,尤其是其中关于取得国籍之方式的规定,最能体现公民权的身份属性。人民必需藉由血缘、出生地或作出贡献并表达忠诚来取得某一特定国家的国民或公民,这三种方式分别对应于国籍法中的血缘法则(*jus sanguinis*)、出生地法则(*jus soli*)和归化(naturalization)。^{〔6〕}目前世界各国的绝大多数公民(97%以上)都是通过前两种方式取得国籍。也就是说,他们的国籍在出生时就已经确定了。因此,通过这两种方式取得的公民权又称为生而有之的公民身份(Birthright Citizenship)。^{〔7〕}只有少数人是在成年后通过自己的选择和努力移民他国而取得该国国籍。由于各国的政治开明程度、经济发展程度、社会保障程度、环境宜居程度、平均教育程度、总体医疗水平乃至人口平均寿命差异巨大,以全球正义(global justice)的标准来衡量,这种“人生而不平等”的状况显然不够理想。所以有学者提出,为了解决全球不平等的问题,发达国家应当通过一定的制度设计(比如公民权继承税)对欠发达国家的公民进行一定的补贴,同时也应进一步放松移民条件,使欠发达国家出生的人民有更多的机会取得其国籍和公民权。^{〔8〕}

关于公民权的身份属性,目前比较成熟的理论分析框架有两种。一种是德国19世纪公法学家格奥尔格·耶利内克所提出的“身份论”(Statustheorie)四分法,即把公民权的身份属性根据人与国家的关系分为四种:(1)对国家有所给付(Leistungen an den Staat)的被动身份(passiver Status);(2)享有免受国家干预之自由(Freiheit vom Staat)的消极身份(status negativus);(3)对国家有请求权(Forderungen an den Staat)的积极身份(status positivus);以及(4)为国家有所给付(Leistungen für den Staat,主要是指政治参与,既是权利也是义务)的主动身份(status activus)。^{〔9〕}我国宪法第二章“公民的基本权利和义务”所体现的权利与义务统一、积极参与和消极享有并存的结构特征,与耶利内克的理论框架可谓不谋而合。另一种是耶鲁大学法学院彼得·舒克教授提出的比较类型学分类,^{〔10〕}即民族主义的公民身份论(强调每个特定国家与其公民之间的绑定关系,为了本国公民的利益,各国可以奉行严格的、不受他国干涉的移民政策)、人权主义的公民身份论(强调超国界的迁徙自由和人权保障,主张放松边境和移民控制)以及社会平等主义的公民身份论。^{〔11〕}马歇尔模式目前在欧美各国逐渐占据主流地位,为了在国境内实现完善的福利和医疗保

〔6〕 关于国籍法中公民权取得方式及其排他性的著作很多,这里推荐一本批判性的近著:Ediberto Román, *Citizenship and Its Exclusions: A Classical, Constitutional, and Critical Race Critique*, New York University Press, 2010,尤其是其中第五章。

〔7〕 Ayelet Shachar, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, 2009, p. 4.

〔8〕 Ayelet Shachar, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, Harvard University Press, 2009.

〔9〕 Georg Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Neudruck der 2. Auflage 1919, 1979, S. 86 f., 94 ff.

〔10〕 Peter H. Schuck, “Three Models of Citizenship,” in Michael S. Greve and Michael Zöller (eds.), *Citizenship in America and Europe: Beyond the Nation-state?* Washington, D. C.: AEI Press, 2009, pp. 151-184.

〔11〕 又称马歇尔主义,以英国社会学家和历史学家托马斯·汉弗瑞·马歇尔的名字命名,他的《公民身份与社会等级》一书影响深远,这种理论强调机会平等、社会福利与公民教育,认为国家应当采取措施减小公民之间的收入差距,消弭种族、民族差异,促进“共同文化与共同经验之疆域的伟大扩张”。T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class, and Other Essays*, Cambridge University Press, 1950, p. 116.

障,有选择地吸收移民就成了公民权政策的题中应有之义,这种政策一方面要求排除不易融入主流社会的人群,另一方面也要求主动吸引符合全球化时代“国际标准”的精英人才从而导致了“移民政策的阶级主义”。^{〔12〕} 公民身份的“马歇尔模式”所包含的分富和福利共享维度,顺理成章地将我们引入公民权的另一个维度,即财产权维度。

二、作为财产权的公民权

对西方宪政主义影响最大的几位政治哲学家都把财产权视为公民权的重要组成部分。就英美宪政传统而言,洛克的影响至为深远。洛克认为,私有财产权属于人的自然权利,并非由任何政治权威所赋予。实际上,政府的主要目的就是保护人的生命、财产和自由,这三种自然权利是互相依存,难分彼此的。当人离开自然状态进入政治社会之后,他们的身份从简单的人变成公民,而他们的财产权也享有了法律而不是自然法则的保护。政府(包括立法机构)不能随意征收、征用财产,也不能未经公众同意而征税,因为这样做“侵犯了财产权的基本法,也颠覆了政府的目的”。^{〔13〕}

美国建国初期的各州宪法在很大程度上体现了洛克的自然权利理论。例如,1784年的新罕布什尔州宪法规定:“人人均享有某些自然的、基本的以及固有的权利,其中包括对享受并捍卫生命与自由的权利以及获得、拥有并保护财产的权利,这些都可以概括为追求并得到幸福的权利。”这种获取财产权条款不仅宣布了对既有财产权的保护,而且旨在拓展所有公民的经济机会。^{〔14〕} 公民权的财产维度在这类条款中得到了充分展现。

与洛克不同,康德严格区分了人与物、主体与客体、自由与财产。他指出:“人不能处置自己,因为他不是物。他不是自己的财产——‘人是自己的财产’是一个矛盾的说法;因为,只要他是一个人,他就是一个主体,一个可以拥有物的主体……同时是物和人,所有者和所有物,这当然是不可能的。”^{〔15〕}但是,如果一个人没有维持生存所必需的财产,他就可能出卖自己,使自己成为实现他人目的的工具,从而丧失自己的主体性,这有违基本的道德律。因此,财产权是公民权的重要基础,是自由的条件。^{〔16〕} 不过,康德同时还认为,财产也可能减损一个人的自由。如果一个人过于吝啬,以财产的增加为生活的目的,“他就变成单纯的金钱或其他财产的保管者,而丧失了使用的乐趣或占有之外的目的。也就是说,他变成了一个工具,一个无目的的手段,就像一个看门狗,而守财就成了他的律条”。^{〔17〕} 因此,在康德的理论框架中,个人自治是唯一的自然法,私人财产权是实现个人自治的重要条件。

康德与洛克财产权观念的主要区别,除了后者将财产权视为一种自然权利,而前者认为财产

〔12〕 参见曾熾芬:《谁可以打开国界的门? 移民政策的阶级主义》,《台湾社会研究季刊》第61期,2006年3月,第73~107页。

〔13〕 John Locke, “Second Treatise on Government”, in Peter Laslett (ed.), *Two Treatises of Government*, 2nd ed., Cambridge University Press, 1967, p. 380.

〔14〕 James W. Ely, Jr., *The Guardian of Every Other Right: A Constitutional History of Property Rights*, Oxford University Press, 1992, p. 30.

〔15〕 Immanuel Kant, *Gesammelte Schriften*, Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1902, 27: 386.

〔16〕 Ibid., 27: 602-604.

〔17〕 Ibid., 27: 386.

权有赖于法律的确认和政府的保护之外,还在于康德认为财产权体现的是人与人之间的关系,而不是人与物的关系。康德明确指出:“严格说来,不存在对物的权利”,^[18]一个人哪怕在某物上施加了自己的劳动,也无法确立自己对该物的所有权,只有公民社会中体现公共意志的法律才能赋予财产权。^[19] 在其《法理学》(Rechtslehre)中,康德通过积极公民身份和消极公民身份这一对后来饱受批评的概念凸显了财产权与公民权之间的关系。他认为,要行使充分的公民权,积极主动地参与公共事务,一个人必须拥有财产且经济独立,也就是享有他所说的“公民人格”。相反,妇女、学徒、家庭佣工等,由于不具备经济上的独立性,所以只能是消极的公民,无法享有完全而充分的公民权。^[20] 德国基本法受康德思想、尤其是新康德主义阐释框架内的康德思想影响至深。人是目的而不是手段这一康德主义核心观念充分体现在基本法第一条对“人的尊严”的保障中。基本法一方面将财产权规定为宪法性权利,另一方面又强调“财产权蕴涵着义务,其行使应有利于公共善”(第14条),这些都体现了康德理论中关于财产权之社会属性的观点。

在最近引起广泛关注的香港菲佣居留权案中,我们也可以看到类似于康德积极与消极公民身份理论的法律规则和司法论证。根据《香港特别行政区基本法》第24条第(4)项的规定,在香港特别行政区成立以前或以后持有效旅行证件进入香港、在香港通常居住连续七年以上并以香港为永久居住地的非中国籍的人,有权成为香港永久性居民。原告瓦勒约斯是菲律宾人,于1986年受雇为家务佣工来到香港,此后一直以此身份居留香港。她于2008年向入境处提出核实永久居民身份的申请,被告知不具备资格。人事登记处随后也决定不受理她申请香港特别行政区永久居民身份证的申请。入境处作出决定的依据是《入境条例》第2(4)(a)(vi)条目,即:任何人在受雇为外籍家务佣工而留在香港期间不得被视为通常居于香港。初审法官林文瀚判定《入境条例》中的该条文因违反基本法而无效,从而判决原告胜诉。

在上诉法院判决中,高等法院首席法官张举能写道:“在我看来,《入境条例》第2(4)(a)(vi)条目对外来家务佣工的排除并未违背‘通常居住’一词的核心含义。这种类型的排除与以往业已存在的排除类型,比如越南难民和在香港服刑或被羁押的外来人士,只有程度而非类型上的区别。无论她自己的主观意图或目的是什么,从香港社会的角度来看,外籍家务佣工在香港的逗留都是为了一个非常特定而有限的目的,即满足香港本地劳动力市场无法满足的对家务佣工的强烈需求。因此,她们在香港的逗留受到严格的规制,以确保她们来这里是为了实现这一特定的、有限的目的,正是因为这一目的而不是任何其他目的,她们才被允许入境逗留。”^[21]

在这段判词中,我们可以清楚地看到康德式的张力:一方面,菲佣自己来到香港的目的不重要,香港社会让她们来的目的才重要,“人是自己的目的”这一康德核心命题似乎在这里受到挑战。另一方面,康德关于经济独立乃行使积极公民权之前提的思想又在这里得到体现:否认菲佣在香港逗留属于“通常居住”的主要论据是她们没有独立居所、不能与家人同住等经济、社会考量,尽管这些显示依附性的状况在很大程度上是香港本身的法律和政策所导致的。康德本人用“进步的可

[18] Ibid., 6: 261.

[19] Ibid., 6: 230.

[20] Ibid., 6: 314-315.

[21] Vallejoes Evangeline Bano v. Commissioner of Registration and Registration of Persons Tribunal, CACV 204/2011. 这里推荐一个查阅香港判例的最佳网站:香港法律资讯中心(<http://www.hklii.hk/>)。

能性”这一历史纬度解决了人的自在自为这一理想状态与人成为他人之工具这一不完美现实之间的矛盾。^{〔22〕}这种可能性,只能借由公民与自己身处的政治共同体的公共努力来实现。就菲佣案所揭示的矛盾而言,香港社会的确没有义务解决菲律宾人的自由与生存两全问题,只有菲律宾本国才有这个义务。在国家尚未消亡、国界依然森严的现实中,公民个人的命运依然与自己的祖国绑定在一起。即使是法治高度发达、宪法基本权利高于一般立法的国家,宪法的恩泽也仅及于本国公民,鲜有惠及“宪法的陌生人”的时候。^{〔23〕}

有趣的是,一些古典思想家还看到了公民权的财产维度对战争与和平的影响。如果一个国家的政府不尊重公民的私有财产,任意掠夺其公民的财富,它在对外关系上也更倾向于成为一个好战的、具有侵略性的国家。例如,普芬道夫在《德国的当前状况》一书中对德国诸邻邦进行了评价,其中盛赞了瑞士,他写道:“没有哪个邻国比瑞士更可亲,它遵循保护本国公民财产的严格立法,丝毫不觊觎他人的财产,因此对德国而言是有用而无害的。”^{〔24〕}

幸运的是,中国已经走出了对外大批量输出劳工的发展阶段。中国成功人士移民海外都通过投资移民这一途径。加拿大对个人净资产的要求由80万加元提高到160万加元,全额投资从40万提高到80万。新加坡增加到250万新元。香港,以前为650万港元,可投资于房产,2010年10月14日香港投资移民新政策颁布,取消了投资房地产可移民香港的政策,并且将门槛提高到1000万港元。这些都是针对中国人移民热潮而采取的对策。公民权或居留权可以用钱来买这一点,凸显了其中的财产权维度。

中国老话说“无恒产者无恒心”,其实已经揭示了保障稳定生活所需的财产权与稳定的政治共同体之间的关系。财产权与公民资格一样具有两项功能:看家护院(gate-keeping)和机会强化(opportunity-enhancing)。在全球化的时代,这两项功能出现了离奇的变异和分层。在包括中国在内的发展中国家,先富起来的一部分人充分利用了本国法律制度不完善的机会,同时也恐惧这种不完善对自己已经积累起来的财富的威胁,所以用一部分财富来购买法治完善国家的公民身份,随后将大部分财产转移到这些国家,从而充分享受归化国的福利和财产权保障。这种趋势弱化了公民身份与母国之间的纽带,导致社会精英在母国的机会主义倾向和短期行为,陷大多数无法移民的同胞于危境。国家应通过法治手段扭转这种趋势,而明确公民权的财产维度就是各种法治手段的前提和基础。

如果说美、德等国宪法中公民权的财产维度无法从宪法文本本身中读出、是理论阐释的结果的话,我国宪法文本对此则有明确的表述。《中华人民共和国宪法》第九条和第十条分别规定矿藏、水流、森林、山岭、草原等所有重要的自然资源以及城市的土地属于国家所有,即全民所有。因此,身为中国公民,就意味着也是这些财产的共同所有人或股东之一。事实上,前面提到的与国家离心离德的那部分先富人士,很多是利用特权将全民财产及其增值部分据为己有而致富的。缺乏操作层面的制度设计来落实全体公民在自然资源和土地中的所有权、并因此使大部分公民无法分享我国经济高速增长带来的财富,是我国法律体系中存在的最大漏洞,下文将提出的公共信托构

〔22〕 Immanuel Kant, *supra* note 〔15〕, 8: 343-347.

〔23〕 参阅 Gerald L. Neuman, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law*, Princeton University Press, 1996.

〔24〕 Samuel Pufendorf, *The Present State of Germany*, Liberty Fund, 2007, p. 189.

想就是试图弥补这一漏洞的一种宪法理论构想。但在论述这一构想之前,我们还需探讨公民权的第三个维度,即契约维度。

三、公民权的契约维度

社会契约论是近代以来影响最大的政治理论:国家基于公民的合意而成立,并因为这种合意的消失而崩解。正如一位论者所言:“契约论的核心理念是:政府的正当性以被政府管理者的同意为基础,以这一理念为出发点的契约论逻辑无法推导出任何单一的、一成不变的财产权体系。而且,不断变化的经验性政治语境意味着,契约论中的公民权理念之实现也需因应变迁中的现实条件而改变”。^[25]

在国家已然成立之后,民主政治中公民的投票权和政治参与权就是表达和强化这种合意的主要机制。而在缺乏民主机制的国家,公民的反抗权和用脚投票(即移民)便是不断否定或弱化这种合意的方式。本文以用脚投票及其可能性为主要例子。

一国公民进出本国国境,与进出他国国境是完全不同的两个问题。护照和签证具有不同的法律和政治意义。一方面,尊重宪政和人权的国家均把本国公民离开和返回国境的活动视为一种权利,不会对这种活动设置歧视性的条件或行政障碍;另一方面,各国对外国人进入本国国境从来奉行区别对待的原则,“歧视性签证”政策可以说是国际惯例。

《世界人权宣言》、《公民权利和政治权利国际公约》、《消除一切形式的种族歧视的国际公约》和《儿童权利公约》等国际法文件,都明确规定了公民的出入境权。这种权利一般被视为迁徙自由的一部分。比如《世界人权宣言》第13条在第一项宣布了任何人在其国境之内自由迁徙并选择居住地的自由,在第二项则确立了任何人离开任何国家(包括其本国)以及返回其本国的权利。“二战”以后,许多国家均通过其国内法承认并保障这种自由权。可以看出,出境权的范围大于入境权,人们应当可以自由离开任何国家,包括其本国,而入境权则仅适用于其本国。

近代民族国家体系的特征之一,便是各主权国家享有界限分明的领土和相对固定的人口。国家对其领土范围内的人民负有改善其生活、保障其利益的积极义务,并享有相应的权力。“世界公民”只是一种理想,而康有为在《大同书》中提出的“去国界合大地”^[26]只能是一种乌托邦。为保障本国人民的公共利益,各国均会采取措施限制外国人的进入。一个国家单方面决定谁在何种条件下可以进入其领土,以及这种进入会带来何种法律后果的权力,被认为是国家独立和主权完整的重要表征之一。

以美国为例,其移民政策根据国家利益变化而调整的脉络十分清楚。从建国到19世纪80年代,美国需要引入大量人口来开发和建设其人烟稀少的广袤土地,因此实行最宽松的移民政策,吸引来了大量劳工,包括华工。此后,随着基础设施建设等劳动密集型产业的大功告成,移民政策渐趋保守,以致出现了排华法案等专门针对某些族群的歧视性移民法规。“一战”以后,随着世界格局的变化和势力均衡的重组,美国又提出各国平等、民族自决等新理论,以瓦解老牌殖民帝国,塑

[25] Elisabeth Ellis, “Citizenship and Property Rights: A New Look at Social Contract Theory”, *The Journal of Politics*, Vol. 68, No. 3 (Aug. 2006), pp. 544-555, at 546.

[26] 康有为:《大同书》,邝柏林选注,辽宁人民出版社1994年版,乙部“去国界合大地”,第68~125页。

造自身的软实力。歧视性话语逐渐被貌似客观中立的标准所取代。^{〔27〕}

如今的美国在决定给予哪些国家和地区的人民“免签”待遇时,主要看经济发展水平和“人类发展指数”(HDI)等两个指标。经济发展水平以人均GDP为具体衡量标准,HDI则是由联合国提出的一种综合指标,包括人口预期寿命、平均受教育水平和人均GDP等三个要素。根据新近发布的人类发展报告,中国的香港特别行政区排名第13,属于人类发展水平“极高”的47个国家和地区之一。中国大陆排名第101,属于“中等”类别。中国台湾地区未被纳入排名,但其HDI数值使它可以进入“极高”一类。根据美国移民政策,只有根据这两项考量因素被视为“发达国家和地区”的护照持有者才有可能被考虑赋予免签待遇。因此,美国如今仅给予36个国家和地区以免签待遇。台湾于2011年11月刚刚被“提名”,有可能进入免签的行列。

美国的这种移民政策并非特例,而是惯例。法律和政策要考虑一般情形,不是特殊情况。免签所针对的是短期逗留者(最长六个月),来自发达国家和地区的人士一般不会违反逗留条件,滞留不归。对于来自经济发展和“人类发展”水平与本国有较大差距的国家的人士,由于违反逗留条件的风险较高,所以不能一概而论地予以免签,需通过签证程序进行个案考量和决策,这是符合每个国家的自身利益的。个人的机会、自由和受尊重程度在一定程度上关联于国家的发达程度。除少数持有“发达国家或地区”护照的“精英华人”,大多数中国人在世界范围内自由旅行的自由有赖于祖国的全方位发展。

一个半世纪以前,英国法学家亨利·梅因写道:“所有进步社会的运动在有一点上是一致的,在运动发展的过程中,其特点是家族依附的逐步消灭以及代之而起的个人义务的增长。……用以逐步代替源自‘家族’各种权利义务上那种相互关系形式的……关系就是‘契约’。……可以说,所有进步社会的运动,到此处为止,是一个‘从身份到契约’的运动。”^{〔28〕}家族依附的现象在工业化国家的确已经消失,但公民对国家的依附却依然存在,个人在“地球村”内的自由迁徙对大多数人而言仍然只是一个梦想。建构国家的社会契约以及国家赋予个人的公民身份,仍然主导着个人的生存前景和生活机会,并限定着现实领域内的契约自由。

四、公共信托:实现复合型公民权的操作机制

我们目前对信托的主要理解,是认为它萌生于英美法系中,是与普通法并立的衡平法中的一项主要制度。其实,信托更是古典共和主义政治理论中的一项重要内容。早在两千多年前,共和主义鼻祖西塞罗便写道:“总而言之,执政者应遵循柏拉图的两点教诲:首先,他们应尽力维护公民的利益,无论所为何事,均需符合公共利益,而不是个人私利;其次,他们应当照管共和国整体利益,而不应为维护一部分人的利益而忽略或损害其他人的利益。要知道,管理国家有如信托,应该维护信托受益人的利益,而不是信托人的利益。”^{〔29〕}尽管西塞罗所言的信托,还没有落实为具体的

〔27〕 关于美国移民法的历史变迁和模式转换,可以参见:Peter H. Schuck, *Citizens, Strangers, and In-Betweens: Essays on Immigration and Citizenship*, Westview, 1998.

〔28〕 梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年第1版,第96~97页。

〔29〕 “Omnino qui rei publicae praefuturi sunt duo Platonis praecepta teneant: unum, ut utilitatem civium sic tueantur, ut, quaecumque agunt, ad eam referant obliti commodorum suorum, alterum, ut totum corpus rei publicae curent, ne, dum partem aliquam tuentur, reliquas deserant. Vt enim tutela, sic procuratio rei publicae ad eorum utilitatem, qui commissi sunt, non ad eorum, quibus commissa est, gerenda est.” Cicero, *De Officiis*, I. 25.

法律制度,但却已包含信赖关系、忠诚义务以及防止利益冲突等信托法基本原则。更主要的是,西塞罗笔下的信托,不是一种私法领域内的法律关系构型,而是包含着政府权力来源、国家与公民之间关系、公权力的目的和限度等宪政层面的构想与设计。

在罗马共和国消亡之后,作为一种宪法理论的公共信托原则逐渐湮没无闻,直至十六、十七世纪才被霍布斯、洛克等近代启蒙思想家重拾余绪。洛克在《政府论》下篇中将立法权论证为国家的最高权力,并将行使这种权力的立法机关与公民之间的关系表述为一种信托关系。他写道:

“但是立法权既然只是为了某种目的而行使的一种基于信托关系的权力,当人民发现立法行为与他们的委托相抵触时,人民仍然享有最高的权力来罢免或更换立法机关;这是因为,受委托来达到一种目的的权力既然为那个目的所限制,当这一目的显然被忽略或遭受打击时,信托必然被撤销,权力又回到当初授权的人们手中,他们可以重新把它授予他们认为最有利于他们的安全和保障的人。”^[30]

实际上,作为一种政治哲学和宪法理论的信托概念是私法中的信托概念的思想渊源,而不是反之。正如一位法律史家在论述英国信托法的起源时所指出的那样:“正如政府官员是纯粹为了人民的利益才被委以政治权力,信托人也是为了信托受益人的利益才被委以处置委托人财产的私权。”^[31]信托所确立的是一种职务(office),这种职务具有财产法上的意义,即导致了所有权的分离:衡平法上的所有权归受益人,普通法上的所有权归受托人。信托人在职务范围内享有极大的自由裁量权,在与他人交易时以所有权人的面目出现。这些特征都使得信托区别于合同和代理。

由于委托人是为了受益人的利益而将财产托付给信托人,在受益人行使衡平法上的最终请求权之前,信托人在法律意义上是财产的所有者和全权管理者,因此,信托法结合了身份、财产与契约三方面的特性。身份特性一方面体现在委托人对信托人的信任上,在信托法起源的英国中古时代,信托人一般是委托人的至亲好友;另一方面则体现在信托法的源头之一是1215年《大宪章》和1267年《马尔伯罗法》(Statute of Marlborough)中关于遗产继承的规定,而继承是身份法的重要组成部分。^[32]在现代社会,信托人虽然大部分是公司,但这些公司的信誉仍然是其得到信托委任的关键品质。财产特性最为明显,因为私法上的信托主要是托管财产,凭借信托人的专业特长使财产保值、增值,并将利益归于受益人。契约特性一方面在于信托关系的确立有赖于委托人与信托人的合意,另一方面则在于信托法的另一个起源是用于执行连续性合同关系的清账令状(writs of account)。^[33]

实际上,账目分立和明晰是信托法的首要原则。由于信托人一方面以自己的名义占有、经营和处置委托人的财产,另一方面,他也有自己原有的财产,如果账目未加区分,或者混乱不明,不仅有损于受益人的利益,有时也不利于信托人自己。从账目(account)中发展出问责(accountability),

[30] 洛克:《政府论》下篇,叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1996年版,第92页。本文作者根据英文版对个别不准确的词句做了改动。

[31] Joshua Getzler, “‘As if’: Accountability and Counterfactual Trust,” *Boston University Law Review*, Vol. 91(3), 2011, p. 976.

[32] Paul Brand, *Kings, Barons and Justices: The Making and Enforcement of Legislation in Thirteenth-Century England*, Cambridge University Press, 2003, pp. 248-261.

[33] J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4th Edition, Oxford University Press, 2002, pp. 262-278.

并使后者称为衡平法乃至公法中的重要概念，这是信托法的重大贡献。

由于我国的政府官员一方面像其他国家的官员一样从基于税收的国家财政中领取工资、享受福利保障，另一方面又直接管理着全民的财产，包括近些年增值迅猛的城市土地，将公民与政府官员之间的关系理解为一种默示信托是使政府继续保有全民财产支配权的最简单、也最符合法治原则的法理建构。将信托原理运用到我国公法领域的第一步、也是对现行政治结构冲击最小的一步，就是建立财产申报与公示制度。所谓官员财产申报和公示制度，是指要求国家公职人员在任职期间以至任职期满后，定期填报收入和财产申报表，向特定政府部门披露自己和一定范围的家庭成员的财产及其变化状况，而政府以一定方式向公众公开全部或部分官员财产信息的制度。在大多数实行这一制度的国家和地区，其主要目的是识别和认定利益冲突。比如加拿大的法律就取名为“利益冲突法”。

国家因公共利益而生，“人民的福祉是最高的法律”，因此人民与国家之间的关系被理解为信托人与受信托人之间的关系。受信托人具有独立于信托人的“人格”和财产，但当其受托管理信托人的财产之后，便应严格区分自己的财产与信托人的财产，避免利益冲突，将受托财产的收益完整无损地归于信托人所指定的受益人（可以是信托人自己）名下。为了保障信托目的的完满实现，防止利益冲突，要求受托人披露和公示财产，分清自己的和自己受托管理的财产，就十分必要了。

官员财产公示制度在中国必不可少，甚至是中国政治制度所蕴含的题中应有之义。在笔者看来，中国的人大制度不仅是一项政治制度，还是一项财产制度。宪法第九条和第十条分别规定矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源以及城市土地，都属于国家所有，即全民所有。既然全国人大是代表人民行使国家权力的机关，也应代表人民管理这些财产。“一府两院”由人大产生，对它负责，受它监督。

在中国从计划经济向市场经济转型的过程中，对“全民所有”的财产有直接控制和使用之权力的政府部门工作人员和国企管理人员，很容易将全民财富及其增值部分转化为自己的私人财产。这种风险的存在使得官员财产申报和公示制度在中国尤其不可或缺。试问：哪一位财产所有者连自己的财产被什么人以什么方式使用、增值多少、又被谁转入了自己的名下都无权知道？在自己的财产由他人代管的情况下，“信托”这一法律概念有助于我们理解其间的权利和义务关系。

最近，港澳两个特别行政区发生的一些事情再次激起了人们对官员财产申报和公示制度的关注热情。首先是澳门立法会在去年12月进行的一次一般性讨论上，修改财产申报制度、将申报信息予以公示的提案获得全票支持；二是香港特首曾荫权接受富豪款待乘坐私人游艇以及在深圳租住豪宅，近日接受立法会质询，其间泪流满面，公开认错。

实际上，与澳门最近的官员财产公示制度改革相比，台湾早在1993年通过的“公职人员财产申报法”更为激进。该法案不仅要求一定级别以上的政府官员、公立学校校长、少将以上军官、选举产生的乡级以上政府机关首长等定期披露和公示自己以及配偶和未成年子女的财产，还要求“总统”、“副总统”、五院正副院长、政府官员、立法委员、省市议员和省市长将其本人及其配偶、未成年子女生活、职业必需以外之一定金额以上的不动产及上市（柜）股票，委托给政府承认的信托业机构代为管理处分，交易受托人（即信托机构）应依法代替公职人员向相关政府部门申报。这种强制信托规则旨在防止不易被觉察的利益输送，但却有侵犯官员及其家属之财产权和隐私权的嫌疑。台湾在这个领域的立法，展现了宪政理论层面上的公共信托原理如何转变为操作层面的具体

法律设计的一种可能性。

从官员财产申报与公示制度(即账目分立)出发,我们可以陆续确立公共信托关系所需的其他相关制度,包括不同于目前的国家审计制度的第三方审计(社会审计)制度,判断官员是否履行了忠诚义务和注意义务的独立司法制度,乃至撤销现有信托关系、另择信托人的民主选举制度,等等。

五、结论

公民与国家之间的关系可以从身份、财产和契约三个角度来理解,而我国宪法中所规定的全民所有权制度为整合公民权的三个维度提供了制度平台。政府官员、国企以及与权力结盟的私人对全民财产的私人利用,导致经济增长所带来的利益未能被全民所分享。更有甚者,这些“先富起来”的人士纷纷把财产转到海外,没有把自己的命运与国家的命运绑在一起,这使得普通公民对政府的信任减弱,导致整个公民共同体向心力弱化。出现这种情况的重要原因是宪法只在书本上被奉为根本大法、母法,在实践中则沦为最没有用的法,因为迄今尚未产生有效的行宪机制。本文所提出的以公共信托原理来整合和激活宪法中的公民政治权利、经济权利和自由的设想,是使宪法获得生命力的一种可能途径。

借助信托概念所提供的视角,宪法第九条中所说的“国家所有,即全民所有”可以获得一个清晰的解释。“全民”可以理解为自然资源和城市土地等重要财产的受益人,而国家则是这些财产的信托人。委托人是参与制宪的那个时刻的“全国人民”。制宪者为了自己和后代的利益而将不宜私有化的资源设立为信托财产,交给国家去管理和经营,而这些财产的受益则应由全体公民所分享。作出这种法律概念区分的意义在于:将国家所有与全民所有混为一谈,已经导致国家权力的个别行使者以全民的名义谋取私利。如果将全体公民所享有的宪法上的所有权与国家所享有的法律上的所有权区别开来,一方面可以令国家继续汇集专业力量管好重要资源,促进经济发展,另一方面则有助于澄清全体公民作为共有财产最终受益人的身份。同时,信托法中包含的分立账目、第三方审计、注意义务、忠诚义务等法律制度设计也可以帮助厘清官员私产与委托其管理的公民财产之间的界限,有助于建设廉洁、可信的政府。如果“全民所有”这一宪法概念能够在操作层面上得到落实,中国公民的主人翁责任感和归属感必然会得到极大增强,国家的全面发展和繁荣也会获得新的动力。当然,本文只是提出了一个大致的思路和理论框架,具体的制度设计尚有赖于公共讨论。

(责任编辑:林彦)