

法学研究生精读书系

设计民主： 论宪法的作用

Designing Democracy *What Constitutions Do*

[美] 凯斯·R.孙斯坦 著
金朝武 刘会春 译



法律出版社
LAW PRESS

法学研究生精读书系



设计民主： 论宪法的作用

Designing Democracy *What Constitutions Do*

[美] 凯斯·R. 孙斯坦 著
金朝武 刘会春 译



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

设计民主:论宪法的作用/(美)孙斯坦著;金朝武
译. —北京:法律出版社,2006.5
(法学研究生精读书系)
ISBN 7-5036-6393-6

I. 设… II. ①孙…②金… III. 宪法—研究—美
国—研究生—教材 IV. D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 046354 号

©法律出版社·中国

责任编辑/朱 荃

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2006年6月第1版

印张/11 字数/240千
印次/2006年6月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

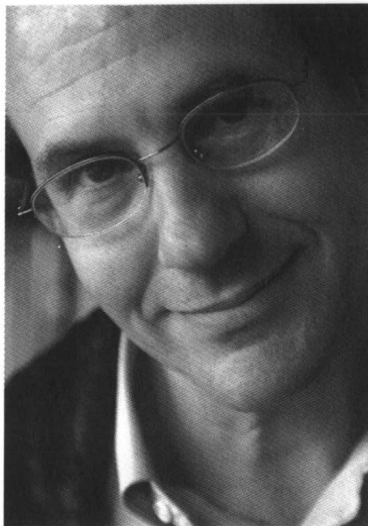
全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456
深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-6393-6/D·6110

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



凯斯·R. 孙斯坦 1978年哈佛大学法学院法学博士毕业，毕业后曾任麻省高级法院本杰明·卡普兰法官以及美国最高法院瑟古德·马歇尔法官的助手。在加入芝加哥大学法学院之前，曾任美国司法部法律顾问室顾问，曾多次在国会的多个委员会上作证，也曾参与多个国家的宪法制定工作，包括乌克兰、波兰、中国、南非、俄罗斯等。现为芝加哥大学法学院及政治系卡尔·卢埃林优秀教师，法理学教授，美国科学艺术研究院成员，历任哥伦比亚大学萨缪尔·卢宾访问教授、哈佛大学访问教授、美国律师协会三权分立与政府组织委员会主任、美国法学院协会行政法分会会长、数字化电视台公共服务义务总统顾问委员会成员。

出版的著作包括：After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State (1990), Constitutional Law (合著, 1995), The Partial Constitution (1993), Democracy and the Problem of Free Speech (1993), Legal Reasoning and Political Conflict (1996), Free Markets and Social Justice (1997), Administrative Law and Regulatory Policy (合著, 1998), One Case At A Time (1999), Behavioral Law and Economics (主编, 2000), Designing Democracy: What Constitutions Do (2001), Republic.com (2001), Risk and Reason (2002), The Cost-Benefit State (2002), and Punitive Damages: How Juries Decide (2002)等。

献 给
史蒂芬·霍尔姆斯和琼·艾尔斯特

中文版序

凯斯·R. 孙斯坦

本书是关于民主与宪法的。它涵盖了许多主题,但首先强调的只有一点:社会和政府如果允许各种不同意见存在的话,那么他们的表现就会好得多。没有谁知道一切。政府要想制定出明智的政策,就应当广泛地听取人们的意见。一个特殊的危险是,如果人们只倾听那些赞同自己观点者的意见,那么他们就会走向极端。各种不同观点可以对不合理的极端主义产生健康的制约。

宪法、民主和权利之间是个什么关系呢?最重要的答案就是,如果没有权利,民主将不能存在。如果人们没有言论自由,民主也就不能存在。此外,人类应当免受折磨和警察的滥用职权,这只是因为他们是人。根据这些观点,我们可以识别出宪制民主中的公民享有的一组最基本的权利。

1. 政治异议的保护。核心的民主权利就是参与政治异议的权利。这意味着政府不能仅仅因为某个人批评了政府而对他进行惩罚。

2. 避免警察滥用职权。民主宪法的一个主要目标就是要确保警察不滥用其职权。鉴于警察拥有巨大的力量可以行使,包括将他人击毙或者关起来的权力,这一点尤其重要。避免警察滥用职权是民主自治的核心所在。

3. 法治。要描述法治的最基本的内容不难:

(1) 事先制定明确、普适、公开的刑法规范。法治要求刑法具有一定程度的明确性,即人们不需要对其含义进行猜测;具有一定程度的普适性,即适用于各种类型的人或群体,而不只适用于

特定的人或群体。法律在明确、普适的同时还应当可以通过公开途径得到,也就是说应当禁止“保密法”。模糊的法律——例如,禁止“过分”或者“不合理”的行为——在刑法领域是不能接受的。他们跟保密法相类似的是人们不大可能了解其内涵。

(2) 官方遵守法律以及书本上的法律跟现实中的法律的关系。如果书本中的法律跟现实中的法律不一致,那么法治就会大打折扣。如果制定出来的法律跟实际适用的法律鲜有或者根本没有相似之处,那么法治就不存在。

(3) 听证权与获得独立法官的审查。法治要求人们拥有听证的权力,使得人们能够对政府提出的该人应当受到法律的惩罚的主张提出反驳。如果某人被认为犯了罪,那么他就应当有权通过某种公开场合声称他没有违法。在一般情况下,听证的目的是要确保找到确凿的证据。同样,还应当由独立的官员进行某种形式的审查。法官通常在一定程度上没有政治压力。

4. 没有折磨、谋杀或者政府对人身虐待。民主宪法的一项最低要求就是官员不得谋杀、折磨他人或者对他人身体施虐。因此宪法包含对官方恐怖主义的禁止。

5. 避免建立在种族或者性别基础上的奴役和歧视。民主宪法中平等原则的最基本的内容是什么?至少奴役是被禁止的,而且政府不得因为种族或性别原因而利用法律歧视任何人。政府不得因为种族原因而将任何人隔离开来,或者将负担有选择性地施加于特定种族的人之上,或者仅仅因为妇女的性别而阻止妇女工作或者接受教育。

6. 宗教自由。民主宪法不允许人们仅仅由于宗教信仰而受到惩罚。在自由社会里,政府不得伤害基督徒、印度教徒、犹太教徒或者佛教徒。宗教信仰不得成为此类惩罚的目标。

7. 表决权。人们有权选出自己的领导人。在民主宪法中,许多最重要的官员都必须由社会公众选举。投票权对重要利益提供保护。经济学家阿马提亚·森发现,在整个世界历史上,没有哪个拥有自由选举和民主出版的社会发生过饥荒。如果领导人必

须经过社会公众的批准,那么他们最不可能忽略群众挨饿的风险;他们将更可能按照对社会公众有利的方式行事。

当然,各国的情况都不一样。如果说法国行得通的制度到了加拿大也有效,或者美国有效的制度到了巴西也行得通,或者英国行得通的制度到了俄罗斯也行得通,或者西班牙有效的制度到了中国也有效,那么这是愚蠢的说法。没有哪一部宪法对所有社会都合适。但是人类不管在哪都是人,因此至少我所描述的某些权利在我看来是属于地球上每个人的。

在 20 世纪 80 年代末,我非常荣幸地有机会到北京访问、教学。在那里我度过了一个美好的时光,而且至今仍然感激中国东家以及诸多朋友的极度友好与慷慨。我为本书中文版的面世深感荣幸。

凯斯·R. 孙斯坦

2005 年 3 月 10 日

于美国伊利诺伊州的芝加哥

译者前言

这是我翻译的孙斯坦教授的第三部著作。从前年开始翻译本书,到现在已经是第三个年头了。其间虽经几度修改,但仍然未觉满意。今天终于见到译稿的清样,但是,丝毫没有如释重负的感觉。读者如何看待本书的译文,译文是否能够忠实地传达孙斯坦教授的思想和观点,这些问题使译者一直感到诚惶诚恐。首先,本书书名的翻译就着实让我头疼了一番。“What Constitutions Do”直译应当是“什么样的宪法能行”(即达到设计民主的目的)。但这样太不像书名了,只有将其权且译为“论宪法的作用”,这样看起来比较学术些。但是如果这样译的话,英文应当是“What Do Constitutions Do”。不过,回过头一想,“What Constitutions Do”所讨论的是什么样的宪法能够达到设计民主的目的,也就是要讨论宪法的作用问题;而“What Do Constitutions Do”也是讨论宪法的作用问题。因此,这样翻译似乎在实质上是基本一致的。这样想来,译者觉得将书名译为“论宪法的作用”也未尝不可。

虽然孙斯坦教授的著述基本上都是关于宪法问题的,但是实际上他综合了许多其他相关学科的知识,以至于他虽然未能最早提出诸如偏好、深思判断、民主商议、群体两极分化等概念,也未能对其中的任何一个概念作出充分、专门的论述,但是由于他经常利用这些概念服务于自己的学术研究,以至于这些概念不可避免地都跟他联系在一起了。^[1]据说有人夸奖某一位作者,称他的

[1] 参见凯斯·R. 孙斯坦著:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社2004年版,“译者前言”第1页。

作品具有独创性,这位作者的回答是,他的作品就像是一串珠子,珠子是别人的,而他自己所有的东西就是将这些珠子串起来的线。^[2]孙斯坦教授的著作中有很多珠子,其中不乏他人的,但他除了那条将这些珠子串起来的线之外,也有许多自己的珠子。相信读者在看了他的著作后就会发现,哪些珠子是他的,哪些是别人的,他又是如何将这些珠子串起来的。

孙斯坦教授思维之敏捷、著述之迅速,在美国是出了名的。实际上,他也是芝加哥大学法学院中的多产者之一。本想尽可能多地将他的著作介绍给国人,以促进我国的宪法及相关学科的研究,但是最近上网搜索发现,他在2004年和2005年又有两本大作问世。要想把他的思想以最快的速度介绍给我国读者,看来只能是一个努力的方向。

本书后半部分由广州大学外语学院的刘会春老师提供初译稿,我本人进行了逐字逐句的校对和修改,并从文风上作了统一。虽然译者在主观上作了最大努力,但是不妥之处恐难避免。欢迎读者对其中的误译或者翻译谬误批评指正。

最后,对孙斯坦教授为翻译本书提供的帮助以及他在百忙中为本书中文版撰写的序言表示由衷的谢意。

金朝武

2005年7月25日于北京

[2] Charles Adams, *For Good and Evil: The Impact of Taxes on the Course of Civilization* (2nd ed.), Madison Books, 1999. See "Preface to the Second Edition", p. xix.

宪法不仅仅是某种可接受的或者合法的过去的法典编纂形式。它只继受了过去可接受的部分,同时也代表着跟过去不可接受部分的决裂。对于所有年龄、阶层、肤色的人来说,它是……跟受宪法保护的开放、民主及普遍人权的文化的彻底决裂。过去到处充斥着不平等、强权主义以及压迫。对未来的渴望是建立在一个基于自由和平等的开放、民主社会中的合理东西。其前提是有一个合理、透明的法律文化。因此,对宪法有关规定的解释必须能够对制定宪法的目的产生影响。

——引自:南非宪法法院:沙巴拉拉等诉特兰斯瓦尔检察长等一案 [*Shaballala and Others v. Attorney General of the Transvaal and Another*, 1996, South Africa 725 (C.C.)]

Preface to the Chinese Edition

Cass R. Sunstein

This is book about democracy and constitutions. It covers many topics, but it emphasizes one point above all. Societies and governments do much better if they allow a diversity of opinion. No one knows everything. If governments want to make wise policies, they should listen to a wide range of people. A special danger is that if people listen only to those who agree with them, they will go to extremes. Diverse views can be a healthy check on unjustified extremism.

What is the relationship among constitutions, democracy, and rights? The most important answer is that democracy cannot exist without rights. If people cannot speak freely, democracy cannot exist. In addition, human beings should be free from torture and police abuse, simply because they are human. From these points, we can identify a set of minimal rights for citizens in a constitutional democracy.

1. Protection of political dissent. The central democratic right is the right to engage in political dissent. This means that government cannot punish people simply because they have criticized the government.

2. Protection against police abuse. A principal goal of a democratic constitution is to ensure that the police do not abuse their authority. This is especially important in light of the massive force

that police officers have at their disposal, including the power to shoot people or to lock people up. Protection against police abuse is central to democratic self-government.

3. The rule of law. It is easy to describe the minimal content of the rule of law:

a. Clear, general, publicly accessible rules of criminal law laid down in advance. The rule of law requires rules of criminal law that have a degree of clarity, in the sense that people need not guess about their meaning, and also generality, in the sense that they apply to classes rather than particular people or groups. Laws should be publicly accessible as well as clear and general. It follows that there is a ban on “secret law”. Vague laws—banning, for example, “excessive” or “unreasonable” behavior—are unacceptable in the criminal context; they are akin to secret law in the sense that people are unlikely to know what they entail.

b. Official conformity to law; relationship between law on the books and law in the world. If the law does not operate in the books as it does in the world, the rule of law is compromised. If there is little or no resemblance between enacted law and real law, the rule of law cannot exist.

c. Hearing rights and availability of review by independent judges. The rule of law requires a right to a hearing in which people can contest the government’s claim that they should be punished under the law. Someone who is alleged to have committed a crime is entitled to some forum in which he can claim that he has not violated the law. Ordinarily the purpose of the hearing is to ensure that the facts have been accurately found. There should also be some form of review by independent officials, usually judges entitled to a degree of independence from political pressures.

4. No torture, murder, or physical abuse by government. A

minimal requirement of a democratic constitution is that officials may not murder people, torture them, or otherwise engage in physical abuse. Thus constitutions include a ban on official terrorism.

5. Protection against slavery and discrimination on the basis of race or sex. What is the minimal content of a democratic constitution's equality principle? At a minimum, slavery is banned, and the government cannot use law to discriminate against people because of their race or gender. Government may not segregate people because of their race, or impose burdens selectively on people of a certain race, or prevent women, because they are women, from receiving either employment or education.

6. Religious liberty. Democratic constitutions do not allow people to be punished because of their religious beliefs. In free societies, government cannot harm people who are Christians or Hindus or Jews or Buddhists. Religious beliefs cannot be targeted as such.

7. The right to vote. People are entitled to select their leaders. Under democratic constitutions, many of the most important officials must be chosen by the public. The right to vote protects important interests. The economist Amartya Sen has found that in the entire history of the world, no society with free elections and a democratic press has ever experienced a famine. If leaders must be approved by the public, they are most unlikely to ignore the risk of mass starvation. And if leaders must be approved by the public, leaders are more likely to act in ways that help the public.

Of course nations differ. It would be foolish to say that the system that works in France would also work in Canada, or that the system that works in the United States would also work in Brazil, or that the system that works in England would also work in Russia, or that the system that works in Spain would also work in China. There is no single constitution for all societies. But human

beings are human everywhere, and at least some of the rights I have described do seem to me to belong to every human being on the face of the earth.

In the late 1980s, I was greatly honored to have the opportunity to visit and to teach in Beijing. I had a wonderful time, and I continue to be thankful for the extraordinary kindness and generosity of my hosts and my many friends in China. I am greatly honored by the appearance of this book in Chinese.

Cass R. Sunstein
Chicago, Illinois
United States of America
March 10, 2005

目 录

引言 民主与法律的故事	1
第一章 协商的困惑	12
第二章 缺乏宪法理论的宪法原则	59
第三章 反对传统	79
第四章 宪法应如何规定? 脱离论及其他	112
第五章 弹劾总统	135
第六章 民主与权利:非代表准则	158
第七章 反等级制度原则	179
第八章 同性恋与宪法	212
第九章 性别平等与宗教	243
第十章 社会与经济权利——南非的教训	256
结论 民主的宪法	274
鸣谢	279
索引	281

引言

民主与法律的故事

3

多年来,以色列安全总署(General Security Service)一直在对恐怖分子嫌疑人使用某些形式的体罚,这些体罚有时甚至称得上“折磨”。根据安全总署的说法,这种行为只在极端情况下迫不得已而为之,即只在被认为有必要阻止恐怖行为、避免发生重大人员伤亡的情况下才使用。然而,称得上“折磨”的行为确曾发生过,而且还不鲜见。他们反复摇晃恐怖分子嫌疑人,使其头和脖子迅速晃动、摇摆不定。这些嫌疑人长时间被捆绑在椅子上,头上罩着发出恶臭、密不透光的袋子,同时大声播放音乐。他们不能睡觉,还要受到其他形式的身体骚扰。所有这些都是为了从他们口中套出有关恐怖活动的信息。

这些做法在以色列最高法院面前受到了质疑,理由是这些做法跟国家的根本大法格格不入。政府的回应是,不能允许对人权的抽象规定超越现实世界的实际需要,这样,就可以在某些情况下(通常指受到恐怖活动袭击的某个地方),对避免大量伤亡所至关重要的行为加以禁止。根据政府的观点,在这些情况下,身体