

美国法律文库

THE AMERICAN LAW LIBRARY

路易斯·迈克尔·塞德曼 著

Louis Michael Seidman

# 未定案的宪法：

宪政主义和司法审查的新辩护

OUR UNSETTLED CONSTITUTION

A NEW DEFENSE OF

CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW

杨智杰 译



中国政法大学出版社

014036247

D971.26

26

美国法律文库  
THE AMERICAN LAW LIBRARY



Our Unsettled Constitution

A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review

# 未定案的宪法： 宪政主义和司法审查的新辩护

路易斯·迈克尔·塞德曼 著

Louis Michael Seidman

杨智杰 译



中国政法大学出版社

2014·北京



北航

C1723383

D971.26  
26

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

### 图书在版编目 (C I P) 数据

未定案的宪法：宪政主义和司法审查的新辩护 / (美) 塞德曼著；杨智杰译. —北京：中国政法大学出版社，2013. 12  
ISBN 978-7-5620-4698-1

I. ①未… II. ①塞… ②杨… III. ①司法监督—研究—美国  
IV. ①D971. 26

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第269509号

---

|       |                                                                                  |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------|
| 出 版 者 | 中国政法大学出版社                                                                        |
| 地 址   | 北京市海淀区西土城路 25 号                                                                  |
| 邮寄地址  | 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088                                                   |
| 网 址   | <a href="http://www.cuplpress.com">http://www.cuplpress.com</a> (网络实名：中国政法大学出版社) |
| 电 话   | 010-58908583(编辑部) 58908334(邮购部)                                                  |
| 承 印   | 固安华明印刷厂                                                                          |
| 开 本   | 880mm × 1230mm 1/32                                                              |
| 印 张   | 9.5                                                                              |
| 字 数   | 230 千字                                                                           |
| 版 次   | 2014 年 2 月第 1 版                                                                  |
| 印 次   | 2014 年 2 月第 1 次印刷                                                                |
| 定 价   | 29.00 元                                                                          |

未定案的宪法：宪政主义和司法审查的新辩护

Our Unsettled Constitution

A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review

---

by Louis Michael Seidman

Copyright © 2001 by Yale University

All rights reserved

Yale University Press

New Haven and London

---

本书的翻译出版由美国驻华大使馆新闻文化处资助

中文版版权属中国政法大学出版社，2010 年

版权登记号：图字 01 - 2011 - 0855 号

## 出版说明



“美国法律文库”系根据时任中华人民共和国主席的江泽民同志在1997年10月访美期间与时任美国总统的克林顿先生达成的“中美元首法治计划”(Presidential Rule of Law Initiative),由美国新闻署策划主办、中国政法大学出版社翻译出版的一个大型法律图书翻译项目。“文库”所选书目均以能够体现美国法律教育的基本模式以及法学理论研究的最高水平为标准,计划书目约上百种,既包括经典法学教科书,也包括经典法学专著。他山之石,可以攻玉,相信“文库”的出版不仅有助于促进中美文化交流,亦将为建立和完善中国的法治体系提供重要的理论借鉴。

美国法律文库编委会

2001年3月

## 谢 辞

ix

写这本书，其实是一次不可原谅的自我放纵。茱蒂·安利（Judith Areen）最了解其原因。她是乔治城大学法律中心的院长，并免除了我这份薪水所应作的所有其他负担，好让我有完整的一年时间来思考宪法理论。这本书就是该决定的成果。不论这是不是一个明智的决定，我都必须感谢她。

许多人都给我很大的帮助，其中两位好朋友最值得一提。马克·图什内特（Mark Tushnet）教我宪法大概教了30年。可惜，我不是他最好的学生——他并不同意我书中大部分的论点。他用他知识上的慷慨，提出很多不同意见，让我得以修正我的论点以避免尴尬的错误。

几年前，麦克·克莱门（Michael Klarman）邀请我加入他在维吉尼亚大学法学院的宪法理论课程的教学团队。教这门课变成一个谦卑的经验。我原以为自己已经对宪法有一个最终的立场，但我发现我错了。每两个礼拜面对一次克莱门有力的论证，逼迫我重新从头开始思考我的观点。这本书就是起源于那时的努力。克莱门和图什内特两人都仔细读过我草稿中的每个字。我对他们所建议的修正，都非常感激，且很抱歉没有采纳他们更多的建议。 X

我也要感谢其他帮助我思考本书内容的好朋友，特别是史蒂芬·高登伯格（Steven Goldberg）、杰克·盖特曼（Jack Getman）、卡洛斯·瓦斯克斯（Carlos Vazquez）、亚历山大·阿勒里科夫（Alexander Aleinikoff）、大卫·史特劳斯（David

## II 未定案的宪法

Strauss)、吉拉多·斯潘 (Girardeau Spann)、盖瑞·皮勒 (Gary Peller)、海迪·李·费德曼 (Heidi Li Feldman)、迈克尔·戴蒙德 (Michael Diamond)、茱莉·科亨 (Julie Cohen)、布莱恩·比克斯 (Brian Bix)、卡利·门可麦道 (Carrie Menkel-Meadow)、佛罗伦斯·罗伊斯曼 (Florence Roisman) 和维奇·杰克森 (Vicki Jackson) 等人对本书草稿的意见。另外,也要对参与乔治城大学法律中心、宾夕法尼亚大学法学院、维吉尼亚大学法学院、华盛顿和李法学院、乔治华盛顿法学院、布鲁克林法学院和芝加哥大学法学院等地方工作小组的成员致以谢意。

一个好的编辑需要睿智而令人赞叹的自谦品质。一位编辑必须投入另一个人的论点,而且有时候当做者也不知其然时,他要想办法让其变得能懂。他必须有策略地运用足够的巧妙言辞来制衡作者过分的自我。苏珊·兰蒂是我耶鲁大学出版社的编辑,非常善于这份工作。她用耐心、幽默和超人的技巧,不断地问一些尖锐的问题,把复杂的文法变简单,并让这不成熟的概念变得可以理解。她的工作让这本书变得更棒。

我也要感谢两个完美的研究助理。丹尼尔·吉尔门帮我找出所有相关的文献,并对我的草稿提出了很多深入的建议。而我该如何感谢阿佛瑞·汉妮斯呢?一年来她常常工作到深夜帮我找出模糊的文献来源,帮我把混乱的叙述厘清,并提供道德和知识上的协助。另外,我也要感谢安娜·席尔登 (Anna Selden)、强·修华特 (John Showalter)、凯西·斯翠 (Cathy Strain) 和罗施尼·沙亚帕冉 (Roshini Thayaparan 的协助),以及弗莱德·卡莫尼 (Fred Kameny) 帮忙整理索引。

半世纪以来,我每个礼拜一晚上都和我的好朋友维斯伯

格 (Frederick Weisberg) 和福洛德 (Jeffrey Freund) 讨论宪法法 (和其他问题)。维斯伯格是哥伦比亚区上诉法院受人尊敬的法官, 福洛德则是华盛顿特区极为成功的律师。虽然他们都有极棒的判断, 常认为我的宪法观点根本就是胡扯。不过, 每个作者还是需要想像自己的听众对象: 维斯伯格和福洛德就是我幻想的听众。我不确定他们对此有何感想, 不过还是无法改变这本书就是写来说服他们的这个事实 (虽然应该是失败了)。

xi

10 年前, 维斯伯格法官主持了我和茱蒂·麦柔的婚礼。我的小孩洁西卡和安卓出生的日子, 以及我结婚那天, 是我人生中最重要几天。茱蒂、洁西卡、安卓提供了爱、支持、包容和照顾, 以及其核心的安宁, 没有这些, 我应该什么都无法完成。

有两位对这本书有贡献的人我还没感谢到。他们是我的父母, 爱林·塞德曼和班尼迪克特·塞德曼。当我还是小孩子时, 他们就开始帮我清楚地、批判地思考真正重要的事情。许多父母都会对小孩贡献无私的爱, 让他们可以无后顾之忧。我的父母也是一样, 但他们给我更多: 他们给我发问和关怀、怀疑和同情的习惯, 基于此我才建构了志业和生活。这本书献给他们。

## 目 录

### I/ 谢 辞

- 1/ 序 论 宪法法的新理论
- 15/ 第一章 不可能的宪法
- 45/ 第二章 正义平等的策略
- 80/ 第三章 宪法界限
- 113/ 第四章 未定案的虚幻目标
- 142/ 第五章 政治社群的宪法
- 187/ 第六章 未定案的结构
- 222/ 第七章 未定案的权利
- 271/ 结 论 动摇未定案
  
- 279/ 索 引

## 序 论

1

## 宪法法的新理论

我不得不承认：我对自己所定这章的标题感到有点惶恐。

现在会有什么新颖的宪法理论吗？毕竟人们讨论这个主题已经几百年了。如果有人说他理论是原创的，他必定很蠢；若说他的理论不蠢，则其一定不是原创的。

今天很多人怀疑规范性的宪法法理论有何实益，更不要提一个新理论了。政治思想光谱中，从右派的理查德·波斯纳（Richard Posner）到左派的理查德·罗蒂（Richard Rorty）都同意宪法理论已经走入死胡同。丽贝卡·L. 布朗（Rebecca L. Brown）在1998年时即昭告读者：“如果你们已对宪法理论感到厌烦，请按喇叭抗议。”<sup>〔1〕</sup>如果抗议的声音不够大，大概是因为法律学者对宪法理论也感到厌倦，所以不在乎她的文章。

如果大家都对宪法理论这般冷漠，若还有人想提倡新理论捍卫司法审查（Judicial Review），大伙一定更恨你。司法审查正当性的疑虑，打其出生以来就存在了——而亚历山大·毕克

---

〔1〕 参见 Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N. Y. U. L. Rev. 1 (1998) 和 Richard Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity* 44, 52 (1989)（其认为自由社会不可能有“哲学根基”）；Richard Rorty, *Achieving Our Country: Leftist Thought in Twentieth-Century America* 36 (1998)（批评当代的左派“热衷于理论化的工作，想变成旁观者而非代理人”）；Rebecca L. Brown, *Accountability, Liberty, and the Constitution*, 98 Colum. L. Rev. 531, 531 (1998)。

尔 (Alexander Bickel) 40 年前讨论“反多数难题” (countermajoritarian difficulty) 后更加速了这疑虑。在毕克出版其名著的同时, 2 勒恩德·汉德法官 (Learned Hand) 提出了一个折中建议。因为当时还有人在想推翻新政 (New Deal) 的合宪性, 所以他认为自由派和保守派都应该放弃司法审查, 回归到政治领域去对抗。<sup>[2]</sup>

汉德法官的提议来得真不是时候。<sup>[3]</sup> 当时沃伦法院正展开对抗种族歧视的具有历史意义的斗争, 司法介入似乎才能确保社会变迁的可能。不可否认, 沃伦法院当时差点玩火自焚, 但在多年以后, 进步派 (progressive) 学者们仍期待宪法是社会改革的工具, 故仍不肯接受汉德的提议。

但在首席大法官厄尔·沃伦辞职逾 30 年后的今天来看, 那样的期待似乎太过天真。当前主流宪法学界多半认为法官不适合解决社会问题, 他们过去的努力不但没用反而更糟, 而且他们的判决不但再次强化了现在的多数民意, 还将其经济文化精英的想法强加在我们身上。<sup>[4]</sup> 最高法院布什诉戈尔案 (Bush v. Gore) 的判决更是火上加油。<sup>[5]</sup> 对许多美国人而言, 这个判决证明了最高法院在处理重要政治议题时无法作出公正裁判。

[2] 参见 Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* 16 ~ 23 (2d ed., 1986); 以及 Learned Hand, *The Bill of Rights* 10 (1958)。更明显的提到两边都该解除武装这个观念, 参见 Learned Hand, *The Spirit of Liberty* 204 ~ 207 (2d ed., 1953)。

[3] 对汉德法官的提案及其反应, 可参见 Morton J. Horowitz, *The Transformation of American Law, 1870 ~ 1960: The Crisis of Legal Orthodoxy* 258 ~ 265 (1992)。

[4] 例如, 吉洛德·N. 罗森伯格 (Gerald N. Rosenberg) 的 *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change?* (1991) (中译本为高忠义译:《落空的期望》, 商周出版社 2003 年版); 马克·图什内特 (Mark Tushnet) 的 *Taking the Constitution away from the Courts* (1999) (中译本为杨智杰译:《把宪法踹出法院》, 正典出版文化有限公司 2005 年版); 以及迈克尔·克拉曼 (Michael Klarman) 的 *Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions*, 82 Va. L. Rev. 1 (1996)。

[5] 121 S. Ct. 525 (2001)。

所以,或许现在已经到了落实汉德法官建议的时候。罗伯特·波克(Robert Bork)法官和马克·图什内特(Mark Tushnet)彼此虽然立场对立,但是他们都同意司法审查问题多多。吉瑞迪尔·斯潘(Girardeau Spann)和莱诺·格拉格里亚(Lino Graglia)对种族正义有不同看法,但他们也都认为最高法院把问题搞得一团糟。甚至,凯斯·桑斯坦(Cass Sunstein)或许是同辈中最有影响力的宪法学者,他也认为法官应该把事情留给我们来处理,提倡所谓的“司法最小主义”(judicial minimalism)。<sup>[6]</sup>对某些人来说,或许唯一的问题就是:桑斯坦替司法偶尔介入所做的精明的、限缩的、矛盾的辩护是否还是太过火了。

因此,现在看起来实在不该提出一个新的、全面的宪法理论去替司法审查辩护。不过,一般对宪法理论的冷漠、对司法审查的敌意,或许正好可为新途径立下必要基础。有三个相关的理由,可以说明为何现在有必要提出一个新理论。

第一,不论批判者的质疑多么强烈,事实上最高法院每年 10 月的第一个星期一还是会开始新的开庭期。最高法院不但不可能结束其事业,反而会更加积极活跃。“保守派”和“自由派”大法官依然在广泛议题上投票宣告法律违宪。虽然政治人物偶尔会抱怨法官是在“创造”法律而非“执行”法律,但是情况似乎有增无减。法官和律师常常指控宪法理论家都“不食

[6] 比较波克法官“让国会推翻最高法院判决”的建议,参见 Robert H. Bork, *Slouching toward Gomorah: Modern Liberalism and American Decline* 117 (1996), 以及图什内特教授“反对司法至上”的主张,参见 Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts* 6~32 (1999); 也请比较 Lino A. Graglia, *Disaster by Decree: The Supreme Court Decisions on Race and the Schools* (1976) 和 Girardeau A. Spann, *Race against the Court: The Supreme Court and Race in Contemporary America* (1993); Cass R. Sunstein, *Forward: Leaving Things Undecided*, 110 Harv. L. Rev. 4 (1996); Cass R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (1999) (中译本为商千仪、高忠义译:《司法极简主义:一次一案的精神与民主政治》,商周出版社 2001 年版)。

人间烟火”。<sup>[7]</sup>不过这个指控似乎骂错了对象。通常反而是反理论者（anti-theorists）会傲慢地远离人民认为理所当然的真实世界运作。

司法审查或许不具正当性。但令人惊讶的是，布什诉戈尔案后，虽然很多美国人认为该判决带有政治偏见，但他们仍旧继续支持最高法院。<sup>[8]</sup>为何这个机制受到高度认同？这就值得我们去探究某种知识上可被接受的理由。依照诺齐克（Robert Nozick）《哲学解释》（Philosophical Explanations）一书中表达的精神，我们应该要问“为何”会有这样的信念，但要避免试图让某人相信某些他相信或不相信的事物。<sup>[9]</sup>我相信应该有一个对司法审查的合理解释，是反理论者应该要接受的解释（即使他们最终无法被说服）。

第二，不论你多讨厌宪法理论，仍旧无法避免需要一个宪法理论。<sup>\*</sup>毕竟，司法克制主义（judicial restraint）就是一个宪法的理论，但它是一个有争议的理论。为何要让可能是目光短浅、信息匮乏、贪污腐败的民选官员来决定宪法争议？我们或许有好的理由来主张司法克制主义，但是它应该像其他宪法理论一样接受检验。

就那点来看，我们可以思考最近波斯纳法官对宪法理论的

[7] 例如，参见 Harry T. Edwards, *The Growing Disjunction between Legal Education and the Legal Profession*, 91 Mich. L. Rev. 34 (1992)。

[8] 在小布什诉戈尔案之后，盖勒普民调发现多数受访者认为美国最高法院大法官在做判决时受到其个人政治立场影响。但是同一民调却发现，49%的受访者接受并同意最高法院的判决，而32%的受访者接受但不同意该判决。虽然普遍认为该判决受政治立场左右，但49%的受访者却“高度满意最高法院”，这比其他机构的满意度还高，甚至比6个月前做的民众满意度高了2%。该调查期间为2000年11月15日至11月17日，发表于 [www.cnn.com/2000/ALLPOLITICS/stories/12/18/cnn.poll/index](http://www.cnn.com/2000/ALLPOLITICS/stories/12/18/cnn.poll/index) (2000年11月19日浏览该网页)。

[9] Robert Nozick, *Philosophical Explanations* 13 (1981)。

\* 这个说法并不是说任何特定版本的宪法都是必然的。而且我并不想坚持美国司法审查系统有什么必然的事物。就是因为其非理所当然，所以才需要替其辩护。

攻击。<sup>[10]</sup>波斯纳批评其“没有道理要求没有倾向性的人们遵守一个宪法理论家的政策指示”。虽然他认为宪法理论没有价值,但他却在同一篇文章中提出自己的理论:“实用主义”(Pragmatism)。波斯纳很聪明,没有忽略这个矛盾,所以他忍痛主张实用主义是一个“反理论”(anti-theory)。很明显地,实用主义只不过是要求你重视经验事实,并注意司法判决与这些事实的互动。<sup>[11]</sup>有人能不赞同这个说法吗?

实用主义是不是反理论,这只有理论才能回答。而波斯纳偏好的制度理性有一个缺点:我们得先同意什么是想要的,才能决定其结果。但是即便是谨慎全面的经验研究,也无法解决关于价值的争议。\*

波斯纳也直指另一实用主义必须回答的第二问题。他在那篇文章的结尾坦承,通常事实是未明或无法得知的。<sup>[12]</sup>当事实未明或无法得知时,法官还是得作出判决。而法官所做的判决取决于谁负担举证责任,且该判决也需要某些理论基础提供支持。

显然波斯纳认为举证责任应该归于那些想以宪法为依据推翻政治结果的人(他并没有说得那么清楚)。他比较认同那种认为法官应该“将问题丢回给其他政府部门”,且只有当法官的

[10] 宪法理论家不必认为波斯纳法官是在针对他们其中之一。他其实是对任何的道德理论提出一般性的攻击。参见 Richard A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999) (中译本为朱苏力译:《道德与法律理论的疑问》,中国政法大学出版社2002年版)。

[11] Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N. Y. U. L. Rev. 1, 3, 8, 11 (1998).

\* 例如,波斯纳批评最高法院未注意到,已有相关科学证据证明同性恋是“同性恋生活方式的一种展示或背书”。Richard A. Posner, *Against Constitutional Theory*, 73 N. Y. U. L. Rev. 1, 20 (1998). 但是这项证据(波斯纳自己认为不存在)只有当同性恋是道德、社会之恶时才有实益。而此问题却无法以经验资料加以回答。波斯纳也坦承:“没有任何方式可以评估‘同性恋是不好的’这项命题的有效性,而这命题于宪法案例中的重要性也无法确定。”同前注。

[12] 同前注,第21~22页。

“正义感被充分激怒时”才该介入的看法。甚至，波斯纳论证的结构就可以反映出这个立场。从以下这点就可以看出：波斯纳批评法院没有以事实作为判决基础，且光挑选宪法判决来作为批评目标。事实上，我们没有理由相信立法部门或行政部门会比法官做得更好。<sup>[13]</sup>波斯纳挑选的目标即已强烈暗示他认为政府部门做的决策比较好，但这个立场却大有问题。

这个立场的好处之一就是回答了实用主义一直以来追寻的问题，但是这样做却使他的理论跟他自己的批评犯了一样的错误。就像我前面指出的，“司法克制”也是一个宪法判决的理论，而这个理论并不比波斯纳批判的其他理论来得正确。如果他的命题是正确的，那么“司法克制”这个理论就像其他宪法理论一般“没有道理要求人们遵守一个非既定的宪法理论家的政策指示”。

我们很难指责波斯纳法官掉入这个陷阱。毕竟建构一个彻底且前后一致的批判性理论是一项困难的工作。有时候“反理论家”会依赖某些与“理论”这个字有关的负面意涵来批评理论。理论通常会被认为必定是抽象的、超验的、不实际的。没错，某些理论家确实会有这些问题，但是理论本来就没有要去避免这些问题。若摆脱这些负面意涵，那么理论剩下的，就是对他们的观众提供一个可以理解的理由而已。

反理论家若坚持理论永远都不会成功，这点绝不会错。永远会有某些观众不想要的理论被排除。不过若以本书所提的理论来看，托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas）、斯大林（Josef Stalin）、尼采（Friedrich Nietzsche）和安东宁·斯卡利亚（Antonin Scalia）就不会被排除。但这不表示理论就是无意义的。若

[13] 同前注，第5页。令人惊讶的是，波斯纳这篇批判他人不重视实证资料的文章，居然也没有提供任何证据来证明他论文中的论点。

只因为理论永远不可能完全成功就放弃理论,那就像是放弃跟他人沟通其行动之理由\*的机会。\*\*而那却是大部分人不愿意或不能做的事。我们必须知道,史蒂芬·史密斯原本批判“推理”在宪法理论中的角色,其批判本身就是理性的,而波斯纳法官也不只是提倡他自己的理论而已,而是总结建构出反对宪法理论的理论性论证。〔14〕

这些将推导出第三点。虽然我无法证明以下为真,但我猜测反理论家批判的真正目标不是宪法理论本身,而是某类带有偏见、无说服力的理论。那类理论让批判者不爽之处在于,其将带有争议的政策性指示包装为超越时空背景的永久原则,用波斯纳的话来讲,就是试图“强迫达成共识”(command agreement)的理论。波斯纳等批判者反对这样的理论是正确的,且这种理论可以批评之处还很多。例如,思考一下约翰·罗尔斯(John Rawls)那声名狼藉的主张:“任何会推导出一种政治价值而达于平衡的整全性原则,其剥夺怀孕妇女头3个月决定是否终止妊娠的正当合理权力,则该原则在该范围内必定是不理性的”。但我们真的能期待反对堕胎者因为这样的主张,就放弃他们的坚强道德和政治信仰?\*\*\*罗尔斯并不是唯一的人。许多天才

\* reason, 一般翻译成理性,但与 reasoned、reasonable 和 rational 等区分,笔者译为理由。rational 译为理性,reasoned 和 reasonable 则译为合理的或讲理的。——译者注

\*\* 我并不是说沟通必需要用哲学上严格定义的“理性”(reasoned)论证。我们通常会用不“理性”方式沟通,例如用道德上的事证或情感的触动。不论如何,“理性论证”这个词本身就是不清楚且有争议的。我用“理由”(reason)这个词只是夸大包含一个人行动中观众能够理解的任何因素。

〔14〕 See Steven D. Smith, *The Constitution and the Pride of Reason* (1998) .

\*\*\* John Rawls, *Political Liberalism* 243 n. 32 (1993) (中译本为方俊人译:《政治自由主义》,译林出版社2000年版)。罗尔斯曾回头检视了这项主张。参见 John Rawls, *The Idea of Public Reason Reconsidered*, 64 U. Chi. L. Rev. 808, n. 80 (1997) . 罗尔斯自己写下:“一般认为哲学的任务就是发掘一项论证,可以彻底击败其他论证说服所有人。但是根本就没有这种论证。人们通常会有其他目标,那些目标指引他们反对其他人的主张而不肯妥协。” John Rawls, *The Law of People* 123 (1999) .

的学者，诸如弗兰克·米歇尔曼（Frank Michelman）、罗纳得·德沃金（Ronald Dworkin）、迈克尔·佩里（Michael Perry）、约翰·哈特·伊利（John Hart Ely）、迈克尔·桑德尔（Michael Sandel）和理查德·爱泼斯坦（Richard Epstein），他们都主张理论可以解决我们政治道德上某些重大的分歧。<sup>[15]</sup>

有人认为这样的努力是高贵的。其反映出对理由和说服之力量的信念，这是令人尊敬的。甚至，理论家可以帮助我们了解我们可能反对的立场，并与政治立场相对的人建立知识上、情感上的联结。不过理论家和我们一样，不可能永远都尽如人意。有时候某些理论家会宣称他们的作品证明了他们的理论不但可行且有道理，而反对的观点既无理又不正当。当理论家开始强迫达成协议而非开启讨论，他们就注定失败，而且不但不会减少、反而会扩大政治道德上的分歧。

透过株连，这些理论的失败不但让人怀疑理论工作，甚至怀疑司法审查的运作。偏颇的理论不但无法正当化司法审查的运作，反而会贬低其地位。反理论家认为，如果对堕胎、宗教、性别、性倾向等争议议题的司法判决是依赖于学者所提供之无力的规范性基础，那么就没有理由去尊敬、服从这些判决。因为那些理论不能强迫命令异议者放弃他们的立场，根据这些理论所作出的判决只不过是赤裸的权力运作伪装成公正理由罢了。而当前理论怀疑论者与司法审查的反对者都担心宪法分析中潜

---

[15] 参见 Frank Michelman, *Forward: On Protecting the Poor through the Fourteenth Amendment*, 83 Harv. L. Rev. 7 (1969) (生存权); Ronald Dworkin, *Euthanasia, Morality and the Law*, 31 Loy. L. Rev. 1147 (1998) (安乐死); Michael Perry, *Abortion, the Public Morals, and Public Power: The Ethical Function of Substantive Due Process*, 23 UCLA L. Rev. 689 (1976) (堕胎); John Hart Ely, *War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and Its Aftermath* (1993) (越战); Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy* 103 ~ 108 (1996) (同性恋); 以及 Richard Epstein, *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain* (1985) (重分配)。