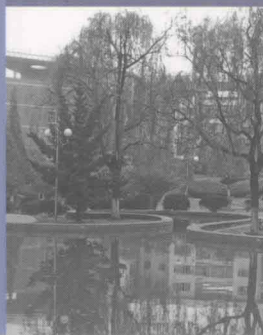




高校社科文库
University Social Science Series

教育部高等学校
社会科学发展研究中心

汇集高校哲学社会科学优秀原创学术成果
搭建高校哲学社会科学学术著作出版平台
探索高校哲学社会科学专著出版的新模式
扩大高校哲学社会科学研究成果的影响力



美国司法审查正当性 理论考察

Survey on Justifiable Theories of
American Judicial Review

陈红梅/著

光明日报出版社



高校社科文库
University Social Science Series

教育部高等学校
社会发展研究中心

汇集高校哲学社会科学优秀原创学术成果
搭建高校哲学社会科学学术著作出版平台
探索高校哲学社会科学专著出版的新模式
扩大高校哲学社会科学科研成果的影响力



美国司法审查正当性 理论考察

陈红梅/著

A Survey on Justifiable Theories of
American Judicial Review

光明日报出版社

图书在版编目(CIP)数据

美国司法审查正当性理论考察/陈红梅著. —北京:光明日报出版社, 2011.5
(高校社科文库)

ISBN 978-7-5112-1092-0

I. ①美… II. ①陈… 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(2011)第061464号

美国司法审查正当性理论考察

作 者: 陈红梅 著

出版人: 朱 庆

终审人: 武 宁

责任编辑: 田 苗 杜 星

封面设计: 小宝工作室

责任校对: 王沈洁 李 勇

责任印制: 曹 净

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市东城区(原崇文区)珠市口东大街5号, 100062

电 话: 010-67078245(咨询), 67078945(发行), 67078235(邮购)

传 真: 010-67078227, 67078255

网 址: <http://book.gmw.cn>

E-mail: gmchs@gmw.cn

法律顾问: 北京市华沛德律师事务所张永福律师

印 刷: 北京大运河印刷有限责任公司

装 订: 北京大运河印刷有限责任公司

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社发行部联系调换

开 本: 690×975毫米 1/16

字 数: 175千字

印 张: 9.75

版 次: 2011年5月第1版

印 次: 2011年5月第1次印刷

书 号: ISBN 978-7-5112-1092-0

定价: 26.00元



作者简介

陈红梅，女，1971年生，湖南祁东人，法学博士。现为湘潭大学法学院副教授、硕士研究生导师、中国法学会比较法学会理事、湖南省法学研究基地研究人员、湖南省法理学会秘书长。主要从事法理学的教学与科研工作。近年来，在《法商研究》、《法制与社会发展》等学术刊物发表文章近二十篇，承担省部级以上课题若干。

本书出版得到湖南省法学研究基地、湖南省哲学社会科学基金项目“美国司法审查正当性理论研究”(项目编号:2010YBB301)的资助,专此致谢!



序

作为陈红梅博士在吉林大学学习期间的指导教师，我很欣喜地看到她积四年之功而成的博士学位论文即将出版，并愿意写个短序来分享她的这份收获的喜悦。

应当承认，这本著作所讨论的司法审查正当性问题并不是什么新鲜问题，甚至可以说是一个老话题。即使在中国这样一个很长时期并不知道司法审查为何物的国家，自从上个世纪八十年代中期开始讨论司法审查制度后，司法审查的正当性与合理性便成为学者们津津乐道的话题。在司法审查制度的原创国度美国，如果从詹姆斯·布拉德利·塞耶 1893 年在哈佛法律评论发表的那篇著名的《美国宪法原理的起源和范围》算起，美国学术界对司法审查正当性问题的持续研究已有一百一十多年历史。尽管像波斯纳所指出的那样，如果从人民接受的角度来理解正当性，司法审查的正当性已不需要论证了，但美国学术界对这一问题的热情似乎有增无减，这种研究似乎是一项未有穷期的事业。

这不禁使人发问，一个已被人民接受的制度为什么会不断地被学术界进行正当性追问？在我看来，最重要的原因是司法审查制度所产生的几个极具挑战性的理论难题，也就是本书所归纳的“反民主”、“司法专制”、“司法权最终性”三大难题。特别是前两个难题，单从名称上看，就足够让人对司法审查制度心存恐惧的了。在一个民主已经成为神圣不可侵犯的信条的时代，反民主无疑是摧毁任何制度的正当性、合法性的最具杀伤力的武器。但是，公众为什么会接受这样一种制度呢？司法审查制度真的是反民主的吗？行使司法审查权的法院是专制者吗？这些问题对于愿意为司法审查制度辩护的理论家来说确实构成了一种不可回避的挑战。然而，最富挑战性的理论难题恰恰最能激发理论家的强烈兴趣，最能让理论家魂牵梦绕。在美国学术界，我们也看到了众多理论家前赴后继地解决这些理论难题的热闹学术景象。

不过，我更愿意强调的是，美国学术界对司法审查正当性问题不断深化的



理论研究，其意义并不仅仅在于为司法审查制度提供了各种正当性辩护，从而使人们相信司法审查制度是和现代民主政治体系相兼容的，是对现代政治法律理想有助益的；更重要的意义还在于引发了学术界对现代民主和法治中诸多根本性问题的不断重新思考，从而为人们提供了关于现代民主和法治的许多新鲜见解，大大地扩展了人们对现代政治法律体制的理解。这是因为，司法审查正当性问题并非一个简单的司法职权问题，而是一个涉及到现代政治法律体制诸多方面的复杂问题。学者们在追问和反思司法审查正当性问题时，必然要讨论法院角色、宪法解释、民主模式等更为根本性的问题，必然要预设民主理论、宪政理论、司法理论等前提性理论。这样，对司法审查正当性问题的讨论就产生了很多具有很强的认识论价值的精彩理论。

以民主理论为例，布鲁斯·阿克曼提出二元民主理论来化解司法审查反民主的难题。阿克曼认为，民主政治有两种表现形式：一种是宪法政治，由人民直接进行高级立法，即制定或修改宪法。阿克曼称制定和修改宪法的时期为宪法时刻。在美国历史上，建国初期、重建时期、新政时期都是这样的时期。另一种是常规政治，由人民选举出来的政府进行普通立法。所以，阿克曼提出，要区分民主制下作出的两种截然不同的决定：第一种决定是由美国人民作出的，而第二种决定则是由他们的政府作出的。在阿克曼看来，传统的一元民主论只考虑了第二种民主形式，因而当最高法院运用司法审查权推翻联邦政府的立法时，就被认为是反民主的。但是，按照二元民主论，当最高法院根据宪政时期人民所直接确立的高级法，否定常规政治时期政府所制定的普通法，就不再是反民主的，反而是在维护民主了。

再以宪法理论为例，正如本书所表明的那样，约翰·哈特·伊利对司法审查的实体性理论的批判和对司法审查的程序性理论的确证，是以他对宪法的独特理解为基础的。伊利认为，实体性理论是建立在解释主义和非解释主义这两种宪法理论之上的。这两种宪法理论虽然在理解和解释宪法的原则、方法上有所不同，但都把注意力集中于宪法的实体内容之上。在伊利看来，这两种理论不仅难以自圆其说，而且是对美国宪法的错误解读。伊利认为，美国宪法主要关心自由保障的程序与结构问题，而不是对各种具体实体价值的识别与保护。美国宪法体现的是一种统治程序，而不是一种统治的意识形态。正是基于这种认识，他提出了司法审查的程序性理论，即将司法审查从对实体价值进行判断改为对程序问题进行判断。

或许正是因为司法审查正当性问题的讨论能够引发和开放出对许多重要的



政治法律问题的思考，因而尽管司法审查制度已经事实上获得人们的普遍认可，但是司法审查正当性问题的讨论并不会因此而走向终结，也不会因此而变成一场没有意义的争论。

读者在阅读本书时会发现，作者通过主要分析比克尔、桑斯坦、伊利三人的宪法理论和司法理论，对美国司法审查正当性理论的基本脉络进行了较为系统的梳理，同时展现了美国思想界在更为宏大的政治法律理论上的争论。我相信，读者从本书所获得的思想启迪不应当仅仅是司法审查本身的，还应当包括更为根本性的政治法律理论方面的。

黄文艺

2011年4月8日



CONTENTS 目 录

导 论 / 1

- 一、研究的缘起 / 1
- 二、研究的现状 / 2
- 三、本文的核心观点和主要内容 / 3
- 四、本文的研究方法及创新之处 / 4

第一章 美国司法审查渊源 / 6

第一节 美国司法审查的思想渊源 / 6

- 一、柯克：权力受制于理性 / 6
- 二、洛克：二权分立 / 8
- 三、孟德斯鸠：三权分立 / 9
- 四、汉密尔顿：分权与制衡 / 11

第二节 美国司法审查的实践渊源 / 12

- 一、北美殖民地时期的法律实践 / 13
- 二、独立后各州的法律实践 / 14

第三节 美国司法审查的法律渊源 / 16

- 一、普通法基础 / 17
- 二、宪法依据 / 19
- 三、法律依据 / 21



第四节 美国司法审查的里程碑事件：马伯里诉麦迪逊案 / 21

- 一、马歇尔的推理 / 22
- 二、马伯里案的价值 / 23
- 三、马伯里案的难题 / 24

第二章 美国司法审查的正当性问题 / 27

第一节 美国司法审查的正当性难题 / 27

- 一、司法审查在理论上面临的难题 / 27
- 二、司法审查实践引发的争议 / 30

第二节 美国司法审查正当性的实体理论概述 / 31

- 一、实体理论的基本立场 / 31
- 二、实体理论的代表人物及主要观点 / 31
- 三、实体理论的类型 / 32

第三节 美国司法审查正当性的程序理论概述 / 35

- 一、程序理论的基本立场 / 35
- 二、程序理论的代表人物及主要观点 / 36

第三章 美国司法审查正当性的实体理论（一）：

比克尔消极的美德理论 / 38

第一节 比克尔消极的美德理论概述 / 38

- 一、比克尔消极的美德理论要旨 / 39
- 二、比克尔消极的美德理论宗旨 / 40

第二节 比克尔消极的美德理论之证立 / 41

- 一、最高法院具有的优势 / 42
- 二、最高法院对政治部门的尊重：与政治部门的对话 / 46
- 三、最高法院对原则与权宜之计的调和 / 49

第三节 比克尔消极的美德理论之实践 / 54

- 一、哲学基础：审慎 / 54
- 二、具体策略：消极的美德 / 56

第四节 比克尔消极的美德理论的意义及困境 / 65

- 一、意义 / 65
- 二、困境 / 68



第四章 美国司法审查正当性的实体理论（二）：

桑斯坦的司法最低限度主义理论 / 72

第一节 桑斯坦的司法最低限度主义理论概述 / 72

一、程序最低限度主义 / 73

二、实体最低限度主义 / 75

第二节 桑斯坦的司法最低限度主义理论之证立 / 77

一、司法最低限度主义具有的消极意义 / 77

二、司法最低限度主义具有的积极意义 / 79

第三节 桑斯坦的司法最低限度主义理论之实践 / 85

一、窄且浅的判决 / 85

二、对宪法核心价值的认同 / 89

三、最低限度主义判决的限定条件 / 91

第四节 桑斯坦司法审查理论的基本预设及其反思 / 92

一、政治决定比司法决定更具有民主合法性 / 92

二、法院并不比政治部门更有能力保护个人权利 / 95

第五章 美国司法审查正当性的程序理论：伊利的民主强化理论 / 99

第一节 伊利提出民主强化理论的背景：司法审查维护实体价值的不可可能 / 99

一、解释主义的不可行 / 99

二、非解释主义的不可取 / 101

第二节 伊利的民主强化理论概述 / 102

一、保障参与 / 103

二、加强代议制 / 104

第三节 伊利的民主强化理论之证立 / 106

一、美国宪法的特点：关心结构与程序 / 107

二、强化代议制的司法审查符合民主的基本前提 / 110

三、法院最适合担任强化代议制的角色 / 113

第四节 伊利的民主强化理论之实践 / 115

一、对政治过程的监督 / 115

二、保障少数群体参与政治过程 / 121



第五节 伊利的司法审查理论前提及其反思	/ 124
一、程序决定实体	/ 125
二、实体价值无涉	/ 126
结 语	/ 130
参考文献	/ 133
后 记	/ 140



导 论

一、研究的缘起

(一) 美国司法审查涉及的宪法问题

司法审查是普通法院通过司法程序对立法的合宪性进行审查的一种制度。司法审查制度发源于美国，并且是美国法治的一个显著特色，因而激起了无数学者的研究兴趣。英国著名政治思想家布赖斯勋爵曾经说过：“美利坚合众国的任何一个特点，都莫过于指派给最高法院的义务及其为捍卫‘宪法方舟’而履行的职责更激起众多的好奇……产生广泛的议论，获得无比的赞扬，而又常常遭受误解。”^①从抽象到具体的角度来看，美国司法审查制度涉及三个层面的问题。第一个层面的问题是以抗多数困境（counter-majoritarian difficulty）为前提而形成的关于司法审查正当性的争议问题；第二个层面的问题是司法审查的制度类型、审理程序等问题^②；第三个层面的问题是审查标准、判决类型、判决效力等问题。显然，第一个层面所引发的正当性争议问题，以及对该争议所持的宪法理论，将影响第二和第三个层面的问题，尤其将影响第三个层面的审查标准问题。

(二) 美国司法审查正当性问题的意义

从美国司法审查所涉及的宪法问题来看，司法审查正当性是一切研究美国司法审查制度的学者必须面对的一个核心议题。在理论上，就当代美国宪法学

^① [美] 沃伦·E. 伯格：《美国司法：司法审查的起源》，载《法学译丛》1988年第1期，第12页。

^② 前者如集中或分散审查制、抽象或具体审查制等，后者如管辖权范围的宽窄、言词辩论程序等。



界的研究而言,凡是对各种宪法理论或解释方法的研究,都离不开对司法审查正当性的讨论。^①同时,司法审查正当性也是美国宪法学与政治哲学、道德理论、社会理论等领域进行对话的重要窗口。在实践中,人们对美国许多具体的宪法议题,例如种族平等、同性恋、堕胎等问题的合宪性争议,都会涉及并且必须面对司法审查正当性的问题。总之,任何有关美国司法审查理论与制度的讨论,都无法绕过司法审查正当性的问题。

二、研究的现状

(一) 国外研究现状

作为美国宪政体系基石之一的司法审查,为全球所钦佩和仿效,因此,美国司法审查的正当性问题在国外是一个非常重要的课题,各个学科的学者都对这一问题表现出了极大的理论兴趣,相关的研究成果可谓汗牛充栋。自从赛尔(Thayer)在1893年发表的《美国宪政理论的渊源与范围》(The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law)一文中提出“明显错误规则”以来,美国司法审查正当性的研究在学界掀起了一股热潮。其中最具有代表性的观点是比克尔(Bickel)在《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》(The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics)提出的“消极的美德”、阿克曼(Ackerman)在《我们人民》(We the People)宪政三部曲中提出的“二元民主”、桑斯坦(Sustein)在《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》(One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court)提出的“司法最低限度主义”、韦奇斯勒(Wechsler)在《走向宪法的中立原则》(Toward Neutral Principles of Constitutional Law)提出的“中立原则”,以及伊利(Ely)在《民主与不信任》(Democracy and Distrust)提出的“代议补强”。此外,德沃金(Ronald Dworkin)在《法律帝国》、《自由的法:对美国宪法的道德解读》中也涉及了美国司法审查正当性的相关内容,即“道德解读”的宪法解释理论。归纳起来,域外学术界主要从宪法学的角度对美国司法审查正当性进行研究,已有的研究成果比较分散而缺少系统性。

(二) 国内研究现状

在我国,美国司法审查正当性的研究也日益成为学术界关注的焦点,并

^① 参见李鸿禧等:《台湾宪法之纵部横切》,元照出版社2002年版,第303页。



取得了较为丰硕的研究成果。总体而言，我国学界对美国司法审查正当性的研究主要集中在两个领域。一是宪法学领域。例如，我国台湾地区学者黄昭元教授发表的《抗多数困境与司法审查正当性——评 Bickel 教授的司法审查理论》、《司法消极美德的积极实践——评 Sunstein 教授的“司法最小主义”》、《司法违宪审查的正当性争议——理论基础与方法论的初步检讨》三篇论文堪称梳理美国司法审查正当性理论的佳作，它们都是围绕相同的主题，即为何不具民意基础的法院可以推翻人民经由民主程序的决定；我国大陆学者苏州大学法学院周永坤教授在其发表的《司法审查的民主正当性》一文中，系统地梳理了司法审查正当性的民主理论和其他理论（例如，规范等级理论、功能主义理论等）。二是历史学领域。例如，南京大学任东来教授发表的《美国司法审查权的确立：马伯里诉麦迪逊案》、《试论美国最高法院与司法审查》等一系列论文都是从历史学的角度阐述美国司法审查的正当性。由此可见，国内学术界缺乏对美国司法审查背后体现的法律价值及蕴涵的法哲学问题的全面思考。

三、本文的核心观点和主要内容

（一）本文的核心观点

第一，马伯里诉麦迪逊案的发生并不是历史的偶然，而是历史的必然。洛克、孟德斯鸠等人的司法审查思想以及植根于英美国家的普通法精神奠定了美国司法审查制度的理论基础，而北美殖民地时期的司法审查实践以及美国独立后各州的法律实践则进一步催生了美国司法审查制度。

第二，尽管美国的司法审查正当性理论纷繁复杂，但根据每一种理论的出发点——既是为了维护实体价值又是为了促进民主程序，可将这些理论分为实体理论与程序理论。

第三，美国司法审查正当性理论与政治哲学紧密相关。例如，比克尔的司法审查正当性理论主要以自由主义为基础，桑斯坦的司法审查正当性理论则试图调和自由主义与共和主义。

第四，美国司法审查正当性理论的产生具有一定的时代性。例如，比克尔的司法审查正当性理论适合当新政时期，而桑斯坦的司法审查正当性理论则适合当今美国社会。

（二）本文的主要内容

本文的主要内容共分为五个部分：



第一部分，美国司法审查渊源。本部分首先从柯克、洛克、孟德斯鸠、汉密尔顿等人的司法审查思想，北美殖民地时期的法律实践，独立后各州的法律实践，以及美国 1787 年《宪法》、1789 年《司法法》（The Judiciary Act of 1789）入手，追溯美国司法审查制度的渊源，然后对奠定美国司法审查制度先例的马伯里诉麦迪逊案进行考察。

第二部分，美国司法审查的正当性问题。本部分阐述了司法审查的正当性争议，包括司法审查在理论上所面临的反民主的难题、司法专制的难题、司法权的最终性难题，以及司法审查实践所引发的争议。在此基础上，对美国学者为证明司法审查正当性所形成的两大理论，即实体理论与程序理论进行了简要的梳理。

第三部分，比克尔的司法审查理论。本部分阐述了比克尔的实体理论，分析了他的司法审查理论证成和实践，并对他的理论进行了评价。

第四部分，桑斯坦的司法审查理论。本部分阐述了桑斯坦的实体理论，在对他的理论进行分析的基础上，指出了他与比克尔理论的异同之处，并对前者的理论进行了反思。

第五部分，伊利的司法审查理论。本部分阐述了程序理论的代表人物伊利的理论。首先，分析其理论提出的前提；然后，详细阐述了对理论的证立和实践，并将该理论与比克尔、桑斯坦的理论进行了比较；最后，指出伊利理论的不足之处。

四、本文的研究方法及创新之处

（一）本文的研究方法

本文的研究方法包括：价值分析方法、历史研究方法、实证分析方法、比较分析方法。

（二）本文的创新之处

本文的创新之处主要体现在两个方面：

一是研究视角的创新。目前学界侧重于从宪法学、政治学、历史学等领域研究美国司法审查的正当性，本文则从法哲学的角度阐释美国司法审查正当性理论。

二是观点的创新。当代美国司法审查正当性的争论是围绕最高法院在美国民主中应该扮演的角色，因此，我们关注的焦点不应该是法院是否应该享有司



法审查权，而是法院应该怎样行使司法审查权，即法院行使司法审查权的特征和范围。