

|天
Borderless
|下

博
观

**Democracy
and
Distrust**

民主与不信任

司法审查的一个理论

[美]约翰·哈特·伊利 著

张卓明 译

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

|天
Borderless
|下

博
观

Democracy
and
Distrust

John Hart Ely

民主与不信任

司法审查的一个理论

[美] 约翰·哈特·伊利 著

张亨明 译

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

民主与不信任：司法审查的一个理论 / (美) 约翰·哈特·伊利 (John Hart Ely) 著；张卓明译. — 北京：法律出版社，2018

书名原文：Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review

ISBN 978-7-5197-2159-6

I. ①民… II. ①约… ②张… III. ①司法监督—研究—美国 IV. ①D971.264

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第075475号

民主与不信任

——司法审查的一个理论

MINZHU YU BUXINREN

——SIFA SHENCHADE YIGE LILUN

[美] 约翰·哈特·伊利 著
张卓明 译

策划编辑 高山
责任编辑 韩向臣
装帧设计 李瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 固安华明印业有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 陶松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 A5

印张 12.25

字数 281千

版本 2018年8月第1版

印次 2018年8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)

网址 / www.lawpress.com.cn

投稿邮箱 / info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱 / jbwq@lawpress.com.cn

销售热线 / 010-63939792

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、子公司销售电话：

统一销售客服 / 400-660-6393

第一法律书店 / 010-63939781/9782 西安分公司 / 029-85330678 重庆分公司 / 023-67453036

上海分公司 / 021-62071639/1636 深圳分公司 / 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2159-6

定价: 65.00元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

作者简介

约翰·哈特·伊利 John Hart Ely

1938年12月出生于纽约市，2003年10月离开人世，享年64岁。1968年任耶鲁大学法学院教授，1973年转任哈佛大学法学院教授，1982年至1987年担任斯坦福大学法学院院长，1996年转任迈阿密大学法学院教授。1981年5月16日，伊利被遴选为美国人文与科学院院士。2003年5月26日，为表彰他对宪法学作出的杰出贡献，耶鲁大学法学院授予其名誉法学博士学位。除影响最大的本书外，他还著有《战争与责任》（普林斯顿大学出版社1993年版）、《以宪法为根据》（普林斯顿大学出版社1996年版）等。本书原书由哈佛大学出版社1980年出版。

译者简介

张卓明

法学博士，华东政法大学法律学院副教授，硕士生导师。美国哥伦比亚大学法学院访问学者（2014.2—2015.2）。著有《选举权论》（社会科学文献出版社2014年版），译有《多数决原则的历史》（载《法史学刊》第2卷）、《法律与解释：法哲学论文集》（法律出版社2006年版，合译）等论著。曾主持国家社科基金青年项目“选举权的法理研究”，中国博士后科学基金资助项目“选举权的司法保护”。研究兴趣：法学理论、比较宪法。

献给 厄尔·沃伦
若审慎选择，
你无需很多英雄。

前 言

一种错误的二分法,支配着当代的宪法论 vii
辩。在这种二分法思维下,要么认为,我们必须
严格遵从撰写了我们宪法中关键词句的那些人
的想法,只有当他们认为某部法律违宪时,才能
宣布这部法律违宪;要么认为,除非再度揣摩制
宪者的价值选择,否则法院无从审查立法。双方
坚持非此即彼的二分法思维,认为上述两种看法
是仅有的选择,这么做,对于论辩中的任何一方
来说,都是有好处的。因为,一方只要指出对方
的观点如何不可接受,就能为自己的论辩加分。
基于同样的理由,倘若论辩如此展开,对双方而
言,都是件非常容易的事情。从根本上来说,双
方所提出的理论,无论主张“经由任命产生的法
官对于社会实体价值的选择拥有最终的决定
权”,还是主张“这种价值选择应该遵循去世已有一
百多年的制宪者们所持的信条”,都与我们宪
法制度背后的民主理念不相协调。因此,在本书
中,我将提出司法审查的第三种理论,我将详细说

明这种理论是与我们宪法制度背后的民主理念相一致的,事实上,这个理论是为了支持法院将那些民主理念付诸实践而建构起来的。

本书的写作得益于很多人和机构。这包括:哈佛大学法学院的“基础研究福特项目”(The Ford Program for Basic Research)——它在1976年到1978年为我提供了资助,以及史密森尼安博物馆(Smithsonian Institute)的伍德罗·威尔逊国际学者中心(Woodrow Wilson International Center for Scholars)——1978年到1979年我在那里做学术研究(当然,我在本书中提出来的观点,仅是我自己的看法,并不必然代表威尔逊中心的观点)。我同样要感谢印第安大学、杜克大学和马里兰大学的法学院邀请我去做讲座,由此促使我对讲座中的一些观点和想法作进一步的推敲和完善。本书第一章和第二章的早期节略本,曾于1978年2月7日作为艾迪生·哈里斯(Addison C. Harris)讲座的主题报告发表,这个讲座是由位于布鲁明顿(Bloomington)的印第安大学法学院举办的。第三章的初稿亦曾于1978年3月20日在杜克大学法学院的布雷纳德·柯里(Brainerd Currie)讲座上发表。第四章的内容则曾于1978年4月24日在马里兰大学法学院的莫里斯·埃姆斯·索珀(Morris Ames Soper)讲座上宣讲过。我还要感谢南希·伊利(Nancy Ely)、格里·冈瑟(Gerry Gunther)、亨利·莫纳罕(Henry Monaghan)、艾尔·萨克斯(Al Sacks)和艾维·索伊法(Avi Soifer)这五位优秀的法律人兼好友,他们始终慷慨地给予我智识及精神上的帮助和支持。我的研究助理们,包括迈克尔·切尔托夫(Michael Chertoff)、戴维·斯特劳斯(David Strauss)和汤姆·巴利埃特(Tom Balliett),也提供了有益的评论性意见;我的编辑卡米尔·史密斯(Camille Smith)和我的秘书贝蒂·拉玛基亚(Betty Lamacchia),不仅出色地完成了各自的本职工作,而且还提供了远远超出他们职责范围的帮助。

目 录

前言 / 1

一个“强化民主”的司法审查理论

——译者导言 / 1

第一章 解释主义的魅力 / 30

第二章 拘泥于条文的解释主义之不可能 / 43

正当程序 / 47

特权或豁免权 / 56

平等保护 / 65

平等保护与联邦政府 / 68

第9条修正案 / 70

第三章 探寻基本价值 / 79

法官自身的价值观 / 80

自然法 / 86

中立原则 / 92

理性 / 94

传统 / 99

共识 / 103

预测进步 / 110

亚历山大·比克尔的冒险之旅 / 112

第四章 监督代议程序：作为裁判员的法院 / 115

“卡罗琳产品案”的第四注脚 / 118

代议制政府 / 120

美国宪法的本质 / 134

民主与不信任 / 149

第五章 疏通政治变革的渠道 / 153

言论自由 / 153

选举权 / 167

迈向透明的立法程序 / 177

迈向议会主导的立法程序 / 184

第六章 确保少数人的利益得到代表 / 189

立法(和行政的)动机 / 191

可疑分类 / 202

纠偏性优待措施的题外话 / 232

“程序性权利”与少数人保护 / 235

结语 / 245

注释 / 249

索引 / 341

附录 美利坚合众国宪法 / 357

译后记 / 375

修订记 / 379

一个“强化民主”的司法审查理论

——译者导言

伊利教授所著《民主与不信任——司法审查的一个理论》一书，^{〔1〕}是一部关于美国宪法和司法审查理论的经典著作。根据美国耶鲁大学引证学专家弗雷德·夏皮罗在2000年发表的一项研究成果，自1978年以来，《民主与不信任》是美国法学界引用率最高的一本法学专著。^{〔2〕}从1980年出版到2002年，本书已在美国印刷了十四次。围绕本书的评论和研讨，从20世纪80年代初本书问世之际，到20世纪90年代初本书出版十周年之际，再到2003年伊利逝世后，至少经历了三轮热潮。理查德·波斯纳（Richard Posner）、弗雷德里克·肖尔（Frederick Schauer）、

〔1〕 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980.

〔2〕 Fred R. Shapiro, The Most-Cited Legal Books Published since 1978, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 29, No. 1, Interpreting Legal Citations (Jan., 2000), pp. 397 - 407. *

威廉姆·埃斯科里奇(William Eskridge)等法理学家,马克·图什内特(Mark Tushnet)、迈克尔·佩里(Michael Perry)、劳伦斯·却伯(Laurence Tribe)、保罗·布莱斯特(Paul Brest)等宪法学家,都曾专门撰写评论文章。《耶鲁法律杂志》《斯坦福大学法律评论》《弗吉尼亚法律评论》等法律杂志还曾召开专题研讨会并推出系列评论文章。^[3]该书译介到我国学界已有十多年,对该书的解读和评论也有若干。^[4]经典著作值得反复解读。译者在译读的基础上,简要梳理了本书的主题、主旨、基本观点、论证思路和方法及其局限,以便读者更好地理解本书,其中也包含若干个人见解,以求教于方家。

一、司法审查与“反多数难题”

本书的主题是美国的司法审查,即司法机关依据宪法审查立法机关以及行政机关的行为是否合宪,在我们国家,常称作“违宪审查”“合宪性审查”“宪法审查”等。^[5]本书尤其关注联邦最高法院针对立法机关制定的法律的审查,因为本书所要解决的核心难题,正是集中地体现在这里:联邦最高法院依据宪法宣告立法部门制定的法律无效,是否具有正当性?立法机关是人民选举出来的

[3] See *Virginia Law Review*, Vol. 77, No. 4, Symposium on Democracy and Distrust: Ten Years Later (May, 1991). *Stanford Law Review*, Vol. 57, No. 3, Symposium in Honor of John Hart Ely (Dec., 2004). *The Yale Law Journal*, Vol. 114, No. 6, Symposium: On Democratic Ground: New Perspectives on John Hart Ely (Apr., 2005).

[4] 最早的中译本为:[美]约翰·哈特·伊利:《民主与不信任——关于司法审查的理论》,朱中一、顾运译,法律出版社2003年版。评论文章参见汪庆华:《对谁的不信任》,载《中外法学》2004年第5期;顾佳:《司法审查正当性新的证成路径及其困难——为使〈民主与不信任〉更好地进入中国语境而作》,载《厦门大学法律评论》第11辑,厦门大学出版社2006年版。

[5] 参见林来梵:《中国的“违宪审查”:特色及生成实态》,载《浙江社会科学》2010年第5期。

民意代表机关,代表着多数人的意愿,而联邦最高法院的大法官们既非经由选举而产生,也无有效方式要求其承担政治责任,在这种情况下,九个大法官判决代表机关制定的法律违宪,是否与民主相容?

用比克尔的话来说,“选举程序,无论是在理论上还是在实践上,都被认为是民主政治的核心机制,无论是谁,最终都无法否认这一机制的重要性;同样不可否认,通过选举程序产生的代议机关掌握制定政策的权力,是民主政体区别于其他政体的关键特征。而司法审查的运作方式,与此特征背道而驰”。^[6] 比克尔进而将司法审查所面临的此一困境概括为“反多数难题”：“当最高法院宣布立法机构通过的一部法案或选举产生的总统的某一行动违宪的时候,它妨碍了真实的、此时此地的人民所选出的代表们的意志;它行使了控制权,但却不是为了占据优势的多数的利益,而是与之唱对台戏……这也正是人们指责司法审查不民主的原因所在。”^[7]

面对不民主的指责,大法官们可以用法治原理回应:我们作出违宪的判断并非没有根据,我们是依据宪法作出判决的;宪法是法律,而适用法律,本是法官的职责所在。这也就是马歇尔大法官在1803年“马伯里诉麦迪逊案”^[8]中的核心推理,正是通过该案美国的司法审查权才得以确立起来。由于美国成文宪法并未明确规定司法审查制度,两百多年以来,对司法审查权的质疑之声从没有消失过,不过,正如本书作者伊利所说,在美国,“总的来说,司法审查制度是被认可的,抨击的对象局限在令抨击者恼火的特定个案上。

[6] A. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, the Bobbs-Merrill Company, 1962, p. 12. Cited from John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 4.

[7] 参见[美]亚历山大·比克尔:《最小危险部门》,姚中秋译,北京大学出版社2007年版,第17页。

[8] *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137.

毫无疑问,在司法审查的权力应该完全予以取消这一点上,是不存在任何共识的:即使有共识的话,也是相反,即不应该在整体上取消司法审查权”。〔9〕

所以,争论的焦点在于法院该如何适用宪法,这是一个宪法解释问题或司法审查的方法问题。在这里,宪法解释遭遇到了法律解释的一个普遍难题,即遇到疑难案件,〔10〕法官需要发挥能动性时,法官的价值判断如何获得正当化,法官会不会将其自身的价值观念强加于人。近代以来,对人类理性的认识逐步深化,法律不需要解释的神话,已被打破,法官造法或法官发展法律的合理性,也已经取得了一定的共识。从法律解释的方法看,体系解释、历史解释、目的解释、扩张解释、限缩解释、类推解释等等,都在一定范围内,获得了正当性。

从法理上说,宪法解释也属于法律解释,法律解释的方法也可用于宪法裁判。然而,适用宪法,跟适用普通法律,毕竟有所不同。法院适用普通法律时的创造性活动,“仅仅是在代替立法机关从事法律规范的创制工作,倘若法院创制了不被立法机关认可的法律规范,也能够很快地得到纠正。然而,当法院基于宪法上的理由裁定政治部门的行为无效时,它是在否定和推翻政治部门所作的判断,而且,这通常不是一般的法律制定程序所能‘纠正’的”。〔11〕这就使宪法解释所遭遇的难题更为突出。

20世纪五六十年代,沃伦法院积极介入政治,依据抽象的宪法条款和一般的宪法原则,频频判决侵害民权的法律违宪,被认为是

〔9〕 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 40. 另请参见任东来、颜廷:《探究司法审查的正当性根源》,载《南京大学学报》(人文社科版)2009年第2期。

〔10〕 参见季涛:《论疑难案件的界定标准》,载《浙江社会科学》2004年第5期。

〔11〕 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 4.

能动司法的典型。沃伦法院在实践中起到了保障民权的作用,但在理论上,其能动主义法理学却遭到了广泛的批评。批评者认为,沃伦法院没有遵循文义解释的方法,没有遵循制宪者的意图,即便其出发点是好的,却也逾越了司法审查权的范围,成了超级立法者,从而背离了美国的民主体制。正是在诸多质疑声中,比克尔将司法审查的“反多数难题”明确提了出来,并积极寻求理论上的解决。伊利不满于比克尔的司法审查方法,认为他的方法属于价值导向的方法,这个方法的最大问题在于,无从解决价值的来源或标准问题,从而不能有效回应“大法官们将自己的价值强加于他人”或不民主的质疑之声。伊利带着比克尔的问题意识,做出了自己的一番探寻,提出了程序主义的司法审查方法,形成了一个“参与导向的、强化代议制的”司法审查理论。该理论的宗旨在于,一方面论证沃伦法院时期诸多能动司法判决的正当性,另一方面也试图为司法审查权界定适当的范围,为司法审查提出了规范性的要求。

在第一章,伊利首先勾勒了对立的两种宪法解释理论:“解释主义”和“非解释主义”,“前者主张,法官们在裁决宪法争议时,应该把自己所扮演的角色,严格限定在适用和执行成文宪法所明文规定或明确隐含的规范上,与此相反,后者主张,法院不应拘泥于宪法文本,而应适用和执行单从宪法文本中找是不可能被找到的那些规范”。^[12] 伊利认为,解释主义较之于非解释主义,更具有魅力。

一则是因为,“解释主义”比较符合我们关于“法律是什么”以及“法律如何运作”的一般观念。“在解释法条的时候,为了判断某个私人行为,是否为法律所允许,或者是否与法律相抵触(这和宪

[12] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 1.

法审查的情形更为接近),法院显然会把自己的角色限定在,探寻和确定法律条文所明示或隐含的规范性目的和禁止性命令上面。”^[13]“如果实施宪法是你的工作,那么你所实施的就只能是宪法,而不能是当时出现在你头脑中的一个善良理念,无论它多么契合你的心意。”^[14]

二则是因为,“非解释主义”难以有效回应不民主的质疑。在一个民主的共和国里,为什么应该由非经选举产生的官员来实施“不成文宪法”,这样的安排会不会具有太多的英雄主义色彩?相比之下,“解释主义”似乎更能解决宪法解释的难题。“非解释主义者是让无需承担政治责任的法官们,去选择和界定超越于多数统治之上的价值;而解释主义者仅仅是从我们的联邦宪法中提取价值,也就是说,由于宪法本身曾提交给人民批准,人民也确实予以批准了,所以解释主义者所提取的价值最终是来源于人民的。因此,法官们并没有制约人民,制约人民的是宪法,这意味着,最终是人民自己在制约自己。”^[15]

尽管如此,伊利认为解释主义的论辩,很大程度上是虚构出来的。伊利从解释主义中,剥离出一种盛行的解释主义理论,即狭义的解释主义或“拘泥于条文”的解释主义,在第二章中,他对此给予了有力的批驳。这种解释主义认为:宪法上的各种条文,近似于自足的实体,其解释仅靠语言文字,同时辅之以制宪史就行,无需在这些条文之外向其填充内容。^[16]然而,在“解释主义者的圣经”,即宪法文本中,有一些开放性的条款,其具体内涵,单从语言文字和历史上制宪者意图的角度去探寻,是无法得出答案的。比如第

[13] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 3.

[14] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 12.

[15] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 8.

[16] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, pp. 12 - 13.

14 条宪法修正案中的正当程序条款、特权或豁免权条款和平等保护条款,以及第 9 条宪法修正案的“未列举权利”条款,这些条款邀请解释者越出条文的框框之外。这些条文是用开放性的术语写成的,其本身承认成长与发展的可能性。^[17]

在伊利看来,可将其立场归于广义的解释主义,^[18]持此立场者认为:“宪法上的很多条文,仅靠语言文字和有关制宪史,是很难理解其内涵的,实际上,其中有些条文一看便知需要透过条文之外的渊源来填补其内涵;但是他们仍坚持主张,补充条文内涵时所依赖的理论,应该源自整个宪法文本的总体精神,而不应该源自宪法框架之外的某种渊源。”^[19]非解释主义者也认为,对宪法中开放性条文的内涵,联邦最高法院应该予以填充,在这一点上,与伊利的立场一致,但非解释主义者填充开放性条文的方法是:“探寻真正重要的或基本的价值,并且强制政治部门接受这些价值。”^[20]伊利认为,这种价值导向的方法论,把价值选择的最终决定权交给了非经选举产生的法官,并没有解决“反多数难题”。在第三章中,伊利检视了这类非解释主义理论,对各种各样用以确定基本价值的方法,以及用来填充开放性条文的各种价值来源,一一给予了有力的驳斥,它们包括:“法官自身的价值观”“自然法”“中立原则”“理性”“传统”“共识”“预测进步”。在伊利看来,这些所谓的“根本原则”或价值标准,要么是空洞的,要么是不民主的。

于是,伊利在价值导向的“非解释主义”和“拘泥于条文的解释

[17] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 62.

[18] 伊利认为,可以将广义的解释主义,看作是解释主义的一种类型,也可将其描述为介于解释主义和非解释主义之间,这并不重要,重要的是,其试图避免狭义的解释主义所具有的缺陷同时又保留其优势。See John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 12.

[19] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 12.

[20] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 43.

主义”之外,发展出一种程序导向的审查模式,这种模式是以宪法为根据的,因而是讲原则的,同时,也是与美国的代议制民主相一致的。由此,伊利提出了司法审查的第三种理论,他称之为“参与导向的,强化代议制”的理论。他的这个理论,我倾向于称之为“强化代议制民主”的理论。简言之,即“强化民主”(democracy-reinforcement)^[21]的理论。一方面,在现代国家,代议制被认为是一种基本的民主形式,作者也反复强调自己的方法更加符合美国的代议制民主;另一方面,伊利的思路正是:通过建构一个非但不与民主相冲突,而且还促进和强化民主的司法审查理论,来回应司法审查不民主的质疑。

二、法院的适当角色和应有职能

伊利的司法审查理论,是一个规范性理论,它对法院的司法审查提出了若干要求,实质上是对法院的角色和职能提出了规范性主张。伊利把联邦最高法院比作裁判员。运动场上的裁判员,其所关心的不是比赛结果的好坏,而是比赛的过程是否正常,同样,联邦最高法院也应只关注代议程序,而不是代议结果——代议机关有关实体价值的选择和判断。在一个代议民主政体中,价值决定应该由选举出来的代表作出,如果多数人实际上不同意他们的决定,那么可以通过选票将他们选下台去。联邦最高法院通过对代议程序的监督,来完善代表制,确保人民大众能够自由且有效地选择其代表,确保人民选出来的代表真正代表人民。

伊利所主张的司法审查方法,类似于经济领域中的反垄断,而

[21] 桑斯坦也指出,伊利是基于“强化民主”此一观念,对联邦最高法院促进政治民主的作用作了辩护。参见[美]凯斯·桑斯坦:《就事论事》,泮伟江译,北京大学出版社2007年版,第18页。See also Cass R. Sunstein, The Supreme Court: 1995 Term—Foreword: Leaving things undecided, 110 Harv. L. Rev. 6, 13, November, 1996.