



就事论事

——美国最高法院的司法最低限度主义

〔美〕凯斯·R. 桑斯坦 著
泮伟江 周 武 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

和哀叹沃伦法院的衰落以及拥抱其保守主义继任者这两大潮流不同，桑斯坦令人信服地证明了：近期最高法院赞同“窄”的判决，把大多数争议和社会正义问题留给多数民主来决定，从而避免提供宪法理论，这样的做法是非常正确的。本书清晰、生动，对当代政治科学和宪法理论驾轻就熟，它是后柏克时代的第一本司法哲学著作。

——Kathleen M. Sullivan, Stanford Law School

在浩如烟海的宪法文献中，本书是一个原创的、切实的全新贡献。毫无疑问，桑斯坦熟稔各种司法意见的细节和政治理论。通过仔细考察近期美国最高法院在各个领域的作品，他为最高法院的谨慎做法所体现出来的民主利益，作了有力的辩护。

这本书并不是为教授和律师而写作的，它是为公民而写作的。

——Don Herzog, University of Michigan Law School

凯斯·R. 桑斯坦 (Cass R. Sunstein)，美国芝加哥大学法学院教授。

泮伟江，清华大学法学院博士研究生。

周 武，外交部新闻司随员。

封面图片为扬·弗美尔 (Jan Vermeer) 的《拿天平的妇女》，1662—1663，布面油画，华盛顿国家艺术馆

项目策划：博珩编译室

责任编辑：李晨 薛颖

封面设计：第零书装部

ISBN 978-7-301-12551-9



9 787301 125519 >

定价：35.00 元

宪政经典

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

〔美〕凯斯·R.桑斯坦 著

泮伟江 周 武 译



北京大学出版社

北京·2007年

北京市版权局著作权登记号图字:01-2004-4438

图书在版编目(CIP)数据

就事论事:美国最高法院的司法最低限度主义/(美)桑斯坦著;
泮伟江,周武译. —北京:北京大学出版社,2007.8

(宪政经典)

ISBN 978-7-301-12551-9

I. 就… II. ①桑… ②泮… ③周… III. 宪法-研究-美国
IV. D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第111236号

书 名: 就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义

著作责任者:[美]凯斯·R.桑斯坦 著 泮伟江 周 武 译

责任编辑:李晨 薛颖

标准书号:ISBN 978-7-301-12551-9/D·1824

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路205号 100871

网 址:<http://www.pup.cn> 电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者:三河市新世纪印务有限公司

经 销 者:新华书店

650mm×980mm 16开本 23印张 288千字

2007年8月第1版 2007年8月第1次印刷

定 价:35.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

在法律和政治之间往返顾盼

——译者导言

正如《偏颇的宪法》^{〔1〕}译者之一宋华琳兄所言,我们几个朋友都一直很喜欢阅读桑斯坦先生的著作,从最早中国政法大学出版社的《自由市场和社会正义》^{〔2〕}开始,我们就对桑斯坦的著作爱不释手。凯斯·R.桑斯坦是芝加哥大学法学院卡尔·卢埃林法理学教授及政治科学系教授,也是当代美国公法学者之中最值得关注的人物之一。众所周知,芝加哥大学是制度经济学的重镇,而法律经济学就是制度经济学在法律领域的一个应用和发展。制度经济学和经济分析法学的创始人科斯即于芝加哥大学任教。在科斯的影响下,芝加哥大学汇聚了一大批一流的经济学家。制度经济学继承了主流经济学理性经济人和方法论的个人主义,同时也沿用了主流经济学的一些分析模型和理论工具。但是相对于主流经济学而言,制度经济学则更强调用一种平实的世俗理性对相关制度运作的原理进行解释。制度经济学的经典作者最擅长的就是用日常生活中的普通例子来说明复杂深刻的理论问题,其语言风格犀利敏锐,而又不失细腻生动,和欧陆哲学的抽象思辩的哲学语言大异其趣。科斯著名的灯塔理论,就是一个最好的例子。张五常和波斯纳等人的作品几乎同时在中国大陆广为流传,并非偶然。桑斯坦在芝大工作多年,受制度经济学的影响颇大,与波斯纳等人也是私交甚厚,因此在思维方式和写作

〔1〕 凯斯·桑斯坦著:《偏颇的宪法》,宋华琳、毕竟悦译,北京大学出版社2005年版。

〔2〕 凯斯·桑斯坦著:《自由市场与社会正义》,金朝武、胡爱平、乔聪启译,中国政法大学出版社2001年版。

2 就事论事

风格方面一定也从中受益不少。经受过制度经济学思维训练的桑斯坦在分析美国宪法的经典或者正在成为经典的那些案例时,角度刁专,风格洗练,语言简单,推理却又丝丝入扣,往往在令人感到耳目一新的同时又心悦诚服地接受他的结论。我一直认为阅读和思考制度经济学的问题,于训练思维的清晰性和敏锐度极有帮助,桑斯坦算是给我提供了又一个好例子。

但是,这并不是我最欣赏桑斯坦的地方。2001年在一个小型的研讨会上,《大河移民上访的故事》^{〔3〕}作者应星先生曾经说过,他在该书力图做到的一点就是,看过他书的人会知道他的分析方法和思维方式受到福柯的影响,但是在他自己的作品并不需要直接出现福柯的名字或理论。也就是说,福柯仅仅作为该书的一个背景出现就够了,更重要的是面对问题本身。在我看来,桑斯坦最迷人的地方恰恰在于,他在分析某一具体问题时,能够超越某一具体理论立场的束缚,面对问题本身,保持一种罕见的尺度感和常识感。例如,在本书中作者应用了经济分析的方法,但是并没有像有些经济学家一样,把成本收益分析极端化,而是将其还原到日常生活中的权衡利弊的意义上来灵活运用,取得了相当好的论证效果。^{〔4〕}许多经济学家往往出于某种专业偏见,将“价值”统统化约为“偏好”或者“意识形态”,将政治化约为仅仅是各种现实力量之间的斗争和妥协,因此对法律的规范性维度视而不见,对法律和政治问题的复杂性认识不够。桑斯坦与这些人不同,他关切罗尔斯的政治自由主义并且深受其影响,坚决反对多数人统治意义上的民主概念,强调美国开国之父们所开创的审议式民主传统。由于如上原因,也由于桑斯坦本人的超常天赋,桑斯坦在美国的公法学界可谓独树一帜,不可替代。也恰恰因此,桑斯坦在分析法律解释的问题,尤其是宪法解释问题时,其思考和分析问题的方式,以及其所采取的独特理论姿态,就颇值得细细玩味。

〔3〕 应星:《大河移民上访的故事》,生活·读书·新知三联书店2001年版。

〔4〕 参见本书第三章。

本书可以说是桑斯坦对美国宪法解释问题的攻坚之作,在某种意义上也奠定了桑斯坦今后研究的格局。很显然,桑斯坦此前已在理论和材料方面做了大量细致深入的准备工作。例如此前的《法律推理与政治冲突》^[5]所提出的“不完全的理论化合意理论”,《偏颇的宪法》中对“因现状而中立”概念的清理为本书的写作扫清了障碍,奠定了坚实的基础;而桑斯坦对美国最高法院在安乐死、同性恋、纠偏行动和新的通讯技术的发展所引发的言论自由问题等领域所做的系统深入的追踪研究和评论则使本书更为贴近美国宪法解释的当前现实。此后的《网络共和国》^[6]等作品显然是在本书基础之上所作的引申和后续的深入。对本书译者而言,这也构成了我在艰难的学业和生活压力之下,最终选择翻译本书的主要原因。桑斯坦不仅仅是一个只向后看的理论家,在某种意义上,桑斯坦所提出的思路也许是美国宪法今后发展值得选择的一个方向。对于关心美国宪政传统在当代语境中的命运的人来说,本书或许能够提供不少有益的刺激和参考。下面我将从美国最高法院最新发生的一些人事变动来切入对本书具体内容的介绍和评价。

本书的校对完成之际,传来消息,美国最高法院首位女性大法官桑德拉·戴·奥康纳已致信布什总统,提出辞职。随后,布什提名带有保守主义倾向的约翰·罗伯茨担任美国最高法院的大法官。2004年,译者在翻译本书的过程中,就曾听闻首席大法官伦奎斯特因患前列腺癌而急病住院。当时外界已纷纷推测和讨论伦奎斯特大法官的退休和接班人问题了。包括马克·图施

[5] 凯斯·桑斯坦著:《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。

[6] 凯斯·桑斯坦著:《网络共和国》,黄维明译,上海人民出版社2003年版。

4 就事论事

奈、欧文·乔姆伦斯基和桑斯坦^[7]等人在内的法学界许多人,之前已撰文讨论伦奎斯特入主美国最高法院以来,给美国宪法带来的深刻影响。而共和党和民主党人也早已在选择接替伦奎斯特的人选方面展开了明争暗斗。^[8] 去年有个来华访问的美国教授曾戏言,2004年美国总统大选表面上选的是总统,其实选的是美国最高法院的大法官,因此竞争异常激烈。奥康纳若不退休的话,就是接替伦奎斯特担任首席大法官的最热门人选。

我们都知道,美国最高法院的许多关键的判例,都是5:4才决定下来的。而这个奥康纳大法官,在最近十多年来的这许多关键性判决中,投下的往往都是这决定胜负的关键性一票。因此有个保守主义者就写文章抱怨说:“在每个星期一,奥康纳大法官说宪法是什么,它就是什么!”^[9] 桑斯坦先生在本书中更是认为,奥康纳是除伦奎斯特之外另外一个秘密的,但是实际上真正统治美国最高法院的领袖。当然,即使不考虑这一点,作为美国历史上第一位女性的最高法院大法官,奥康纳已经足以名垂青史了。奥康纳在这个时候以家庭原因提出辞职,确实有点出乎译者的预料。不过,奥康纳今年也已经有75岁高龄,并不比伦奎斯特大法官小太多,已经在最高法院工作了20多年,在这个时候提出退休以安享天伦之乐,也是值得理解和尊重的一个选择。果然就在奥康纳退休不久,罗伯茨还没有正式坐进美国最高法院时,伦奎斯

[7] 参见欧文·乔姆伦斯基著:《伦奎斯特革命》,柯岚译,载许章润主编:《清华法学》2005年第7期;桑斯坦著:《伦奎斯特革命》,泮伟江译;桑斯坦著:《这个法官有点右》,泮伟江译,未刊稿;Mark Tushnet, *A Court Divided: The Rehnquist Court and the Future of Constitutional Law*, W. W. Norton & Company, January 30, 2005.

[8] 系统梳理美国最高法院大法官任命之中的各种政治冲突的,是亚伯拉罕的《法官与总统:一部人民最高法院法官的政治史》。参见亨利·J. 亚伯拉罕:《法官与总统:一部任命最高法院法官的政治史》,商务印书馆1990年版;这一问题在沃伦法院作出罗伊案等一系列备受争议的判决之后愈演愈烈,对此,可参见方流芳:《罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩——堕胎和美国宪法第十四修正案的司法解释》,载《比较法研究》1998年第1期。

[9] Charles Krauthammer, "The Constitution Is Whatever Sandra Day O'Connor Says It Is", <http://www.townhall.com/columnists/charleskrauthammer/ck20030704.shtml>.

特就病逝了。外界又开始盛传斯卡里亚大法官将接替伦奎斯特成为美国最高法院的大法官。斯卡里亚是美国最高法院最积极和最具有攻击性的一个大法官,狂热追求宪法原意解释,在许多问题上都显得咄咄逼人。《华盛顿观察》曾经做过一个民意调查,结果发现在所有的大法官中,奥康纳和斯卡里亚在所有的大法官中是知名度最高的。

伦奎斯特是一个比较狂热的保守主义者,从其进入最高法院开始,他就已经为保守主义信念的实现制定出比较明确的日程表了。一般来讲,所谓的保守主义者,都持有如下信念:重新限制国会根据商业条款所享有的权力,增加对个人财产权的保护,打击纠偏行动,恢复旧的对刑事被告的宪法保护,减少对隐私权的保护,停止为了保护弱势群体而适用平等保护条款等。^[10] 由于其清晰的保守主义思路以及就任首席大法官以来卓越的领导能力,也由于最高法院人事方面的更替,伦奎斯特成功地扭转了沃伦法院以后最高法院的发展趋势。^[11] 因此,学术界已经有越来越多的人,将伦奎斯特的保守主义法院概括为伦奎斯特法院,将沃伦法院之后美国宪法的变迁称作“伦奎斯特革命”。这场革命尤其以限制联邦政府的权力,扩张各州的权利为标志。一般来讲,所谓的伦奎斯特法院指的是最高法院中的五位保守主义大法官:伦奎斯特首席大法官、奥康纳大法官、斯卡里亚大法官、肯尼迪大法官和托马斯大法官。

尽管从意识形态方面来讲,伦奎斯特法院已经成功地扭转了沃伦法院所开创的自由主义方向,但是若从方法论以及司法审查问题来看,伦奎斯特却继承了沃伦法院的司法能动主义。正如桑斯坦在给图施奈写的一个书评里面所概括的:“在其最初的七十五年,最高法院仅仅推翻了国会的两项法案。在里根提名伦奎

[10] 参见注释[5]。

[11] 中文世界里面关于沃伦法院比较系统的介绍,可参见莫顿·J. 霍维茨著:《沃伦法院对正义的追求》,信春鹰、张志铭译,中国政法大学出版社2003年版。

6 就事论事

斯特为首席大法官以后的十八年里,最高法院已经否决了超过36个立法的效力。以某种方式,伦奎斯特领导下的最高法院已经创下了能动主义历史上独一无二的最高记录。其最具争议性的判决意见,通常由两位温和的保守主义大法官桑德拉·戴·奥康纳和肯尼迪,和它的三位极端保守主义者伦奎斯特、斯卡里亚和托马斯作出。”^[12]

伦奎斯特法院和沃伦法院之间的另外一个差别是,沃伦法院内部虽然也存在着各种观点的争论和差异,但是仍然可以说是一个内部比较团结一致的法院。而伦奎斯特法院则是一个异质混成的法院,或者用图施奈的话来讲,是一个“分裂的法院”。例如,斯卡里亚大法官对原意解释有着特殊的偏好,是一个狂热的民主形式主义者,而伦奎斯特首席大法官则对历史传统情有独钟。就政治信念而言,伦奎斯特、斯卡里亚及托马斯属于极端保守派,而约翰·保罗·史蒂文斯、戴维·苏特、露丝·巴德·金斯伯格及史蒂芬·布雷耶三人则属于开明派,安东尼·肯尼迪及奥康纳则属于偏向于保守的中间派,或者开明保守派。^[13] 在这样一个分裂的最高法院,很多案件经常是通过一票之差而被决定的。安东尼·肯尼迪及奥康纳两位大法官在其中的位置非常微妙,他们经常和其他几位保守主义的大法官构成多数意见,但是同时又附加个人意见,对多数意见进行了重要的限制,从而和其他少数派之间构成了另外一种意义的多数派。因此,奥康纳在某种意义上构成沃伦法院和伦奎斯特法院之间的一个微妙的平衡点,她和肯尼迪都带有一定的保守主义倾向,但是却对保护弱势群体的自由主义保持着某种同情。图施奈认为,在经济领域,奥康纳和肯尼迪支持保守主义的做法,但是在社会文化领域,则支

[12] 参见注释[5]。

[13] 桑斯坦认为奥康纳在保守派阵营内所处的位置,有点象 Frankfurt 大法官的位置。他们都不属于保守主义的极端教义派,是一种类似于汉德法官那样的保守主义者。

持了保护权利的自由主义做法。^[14]

二

本书所谓的司法最低限度主义,其实就是对这一现实的一种理论上的提炼和概括。具体而言,司法最低限度主义有两个非常明确的特征,即“窄”和“浅”。所谓的“窄”指的是,最高法院判决案件时,“只解决手头的案件,而不对其他案件作出评价,除非这样做对解决手头的案子来说确实非常必要,而且他们非如此不可”^[15]。所谓的“浅”,就是“尽量避免提出一些基础性的原则”,“提供一些就某些深刻的问题意见不一致的人们都能够接受的东西”^[16],具体而言,就是“对某个具体特定的事项形成合意,然而构成这些具体特定事项的基础却是含糊不清的,或者是人们对此意见相左的”^[17]。司法最低限度主义强调个案正义,强调关注具体个案中特定的事实问题,在方法论上强调普通法类比思维的适用性。案件与案件之间类比的过程,也就是利用区分技术对作为先例的案件和手头处理的案件所涉及到的事实问题进行比较的过程。在意识形态和基本原则方面存在着很大争议的大法官们,往往能够对具体的事实问题达成共识。^[18]例如,他们会同意,政

[14] 参见桑斯坦著:《伦奎斯特革命》,泮伟江译,注释[5]。

[15] 参见本书第14页(指本书边码,下同)。

[16] 参见本书第15页。

[17] 参见本书第16页。

[18] 也许是为了有意突出德沃金和由边沁所开创的实证分析法学之间的区别,李猛曾经在其《除魔的世界和禁欲的守护神》一文中强调了德沃金的普通法背景。这当然非常有启发性。但是若深究起来,窃以为德沃金所深受其影响的应该是普通法传统中的衡平法传统。我相信衡平法中诉诸人类良心的衡平,追求个案正义,国王无错的观念,对德沃金的原则观念,追求个案正当性,强调唯一正解都有非常直接的影响。而“衡平法遵循普通法”的原则也可以大致解释德沃金和普通法之间的关系以及李猛所谓的“技艺理性”的问题,这同时也把德沃金和一般的自然法学家区别开来。李猛:《除魔的世界和禁欲的守护神》,载《思想与社会》第1辑,上海人民出版社2001年版。

8 就事论事

府不能因为种族的原因而对学校进行隔离,将妇女排除在职业之外。^[19]很显然,通过最低限度主义的方式,一个分裂的最高法院能够暂时搁置意识形态的分歧,“对某些问题不做裁决”,在最低限度范围之内展开有效合作。

司法最低限度主义强调司法判决“窄”和“浅”的特征,与此相对照的是,斯卡里亚的“民主形式主义”和德沃金的“整体性”解释策略。通过与斯卡里亚的民主形式主义以及德沃金的整体性解释策略的比较,我们发现司法最低限度主义的理论立场其实处于这两种极端理论的中间,并试图在两者之间保持某种平衡。例如,德沃金的整体性解释策略,强调法官在宪法解释中的责任问题,提倡在宪法解释过程中进行深刻的法哲学思考。其根据的是一种以平等尊重为核心的普适人权理论。^[20]这种带有一定自然法色彩的人权理论,和沃伦法院的司法能动主义,往往能够互相支持。与此相反,斯卡里亚大法官在理论上则对法官的这种赫拉克勒斯式的能力保持怀疑,强调了现代民主统治的正当性和优先性,强调了宪法作为一种制定法的性质。在斯卡里亚看来,法官个人的任何价值判断,都不过是个人的偏见,都不应该带到法律解释过程中来。因此,斯卡里亚大法官强调原意解释在宪法解释中的特殊位置,并且试图将普通法解释方法从宪法解释中驱逐出去。^[21]

[19] 参见本书第18页。

[20] 关于德沃金的这种立场,可参见德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版;德沃金著:《我们的法官必须成为哲学家吗?他们能成为哲学家吗?》,傅蔚冈、周卓华译,载《清华法学》第5辑;John Rawls, Judith Jarvis Thomson, Robert Nozick, Ronald Dworkin, T. M. Scanlon, Thomas Nagel: “Assisted Suicide: The Philosophers Brief”, The New York Review of Books, May 29, 1997. 德沃金著:《自由的法:对美国宪法的道德解读》,刘丽君译,林燕平校,上海人民出版社2001年9月第1版。

[21] 从这一点来看,斯卡里亚带有一定的法律实证主义立场,事实上关于制定法解释也是法律实证主义特别强调和关心的一个问题,而在法律实证主义者探讨制定法解释的著作中,斯卡里亚的《解释的问题》(A Matter of Interpretation)一书也是一个重要的参考文献。美国宪法学界对原意解释最有名的学者为伯克,他曾经也被提名为美国最高法院大法官,但是遭受自由派强烈的抵制而失败。在《偏颇的宪法》中桑斯坦对伯克的思想有一段集中的评论。

当然,斯卡里亚追求原意解释的狂热立场,必须放到美国宪法解释自身的传统之中来进行理解,并且要和大陆法系萨维尼开创的法律解释方法传统区别开来。在美国宪法解释的发展过程之中,关于原意解释的争论,是随布朗案和罗伊案等关键案件而来的,涉及到平等保护条款和正当法律程序条款的适用问题,并且和美国宪政传统和宪政变迁的问题交叉在一起,显得更为错综复杂。^[22]而斯卡里亚对原意解释的提倡和论证,则主要是从法律解释和民主政治之间的关系切入的,论证所用的理论资源也已经和大陆法系的原意解释大异其趣。

在桑斯坦看来,两人的理论都显得过于简单,而没有考虑到当代美国宪法解释的一些实际情况和复杂性。德沃金的问题在于其没有考虑到现代社会的多元性和复杂性,没有考虑到个人理性的有限性,因此寄予了法官以过高的期望。事实上,对于解决同性恋、堕胎、安乐死、环境保护、克隆人以及因为现代科学技术的发展所引发的一系列在道德上具有高度争议性的疑难问题时,必须要集合整个人类的智慧,依靠整个政治制度的合作,才有可能取得令人满意的结果。在这一点上,桑斯坦和斯卡里亚应该是完全能够取得共识的。^[23]但是桑斯坦同时也批评斯卡里亚把问题设想得太简单,并且对民主的理解也存在着很大的问题。首先,斯卡里亚同德沃金一样,犯了过度理论化的毛病,而没有注意到宪法解释的复杂性和灵活性。斯卡里亚之所以强烈提倡“原意解释”,主要目的即在于限制法官的自由裁量权。但是,通过一种更为细致的分析,桑斯坦指出,除了原意解释之外,美国的普通法法官事实上已经发现了许多方法,能够更好地限制法官的自由裁

[22] 对此,既可参见本书相关段落的分析,也可参见甘阳:《关于研究美国宪法的一封信》,载《思想与社会》第3辑,上海人民出版社2003年版。

[23] 桑斯坦对德沃金的这一批评以及对人类理性有限性的强调,应该受哈特的《法律的概念》启发不少(这一点也可以通过桑斯坦的注释而得到佐证)。但是桑斯坦提倡一种称之为司法最低限度主义的司法谦抑精神,强调司法和审议式民主之间的互动,并没有陷入哈特的自由裁量权的陷阱。

量权。而且存在着许多斯卡里亚没有预料的情况,在这些情况下,原意解释并非是最好的解释方法。此外,斯卡里亚原意解释方法,也很有可能给予国会以过重的负担,使得国会无法正常工作以有效处理相关问题。因此,桑斯坦迫使斯卡里亚承认,具体哪种方法最合适,需要具体问题具体分析,而不能一概而论。这样,斯卡里亚就不得不取消原意解释的绝对优先性地位了(详细讨论,请参见本书第九章)。其次,桑斯坦指出,美国的民主,自美国独立革命以来,就并非简单的少数人服从多数人意义上的民主,而是一种审议式民主。在桑斯坦看来,多数人统治意义上的民主,其实不过是“某一特定的人群在某一特定时间内的所作所为”而已,根本就不能代表民主的真正精神,反而可能会产生多数人的暴政。因此,桑斯坦不但重视民主的代表性,同时强调审议式民主审慎商议的精神。在审议式民主的背景下,法律创立的公正程序就显得尤其重要,它要保证法律不但是代表美国公民的国会议员们创立的,同时也要求法律的创立,是经过所有理性公民可以参与其间的公共舆论空间的充分讨论的,是经过正式的建制化的民主沟通和辩论程序洗礼的。因此,原意解释的方法,往往会使得法官不注重具体个案中的事实问题,而使得法官过早对一些新的问题得出结论,从而阻碍公共舆论的审慎商议,过早地对这些问题关闭了民主政治过程的大门。可以说,斯卡里亚种下的是民主的种子,收获的却是反民主的果实。

三

毫无疑问,这并不是一本关于一般法律解释的书,而是一本关于宪法解释和司法审查的书。宪法解释的过程,由于涉及到立法和行政部门某些决策的效力和合宪性问题,经常是被放到立法、行政和司法三权分立的背景下来进行探讨的。然而,本文的作者显然并无意像哈贝马斯那样,用审议式民主的概念来对三权

分立制度进行概念上的重构^[24]，尽管作者在论证的过程中经常连带论及立法、司法和行政三者之间的关系。和许多宪法解释的理论专著不同，本文对宪法解释问题的探讨，是和安乐死领域、纠偏行动领域、同性恋领域以及通讯技术和言论自由领域那些至今有效的最重要判决的分析联系在一起的。在桑斯坦看来，美国至今存在的宪法解释理论，都已经和宪法解释的现实大大脱节了。如果说整个政治系统是一张错综复杂的网络的话，那么宪法解释或许就是这一网络中很关键的一个联结点。自马歇尔大法官首创司法违宪审查权以来，现实的权力斗争就在宪法解释过程中留下党派斗争的痕迹，各种意识形态也会在宪法解释过程中交手过招。但是由于独特的制度设计和运作理念，美国宪法的解释过程毕竟没有变成各种利益赤裸裸较量的过程。而且通过最高法院的法律推理过程，通过九位大法官在每个案件中所公开发表的多数意见、协同意见和异议意见，法律人特有的理性精神和说理的技术也对整个政治制度产生了某种有益的影响，这在某种意义上也起到了公开对全体公民进行理性教育的作用。^[25] 因此，对于普通法律解释和政治^[26]来说，宪法解释处于某种敏感和连结的位置，法律的技术理性和政治之间的张力和平衡，正好凝聚于此。美国宪法是美国法学院学生必修的最基础的课程，宪法解释理论也向来是美国法学界各大高手的兵家必争之地。美国当代最负盛名和最主流的法学家，例如德沃金、却伯、阿克曼、埃利等人，无不在宪法解释领域享有盛誉。

从美国宪法解释的学术发展脉络上来看，本书的立场有些接

[24] 参见哈贝马斯著：《在事实与规范之间》，童世骏译，生活·读书·新知三联出版社 2003 年版。

[25] 在《论美国的民主》一书中，托克维尔强调了法治精神对促进民主内在道德性的巨大作用。参见托克维尔著：《论美国的民主》，董果良译，商务印书馆 1991 年版。

[26] 我在此处同时是从内在和外在两种视角来理解和运用政治这一概念的。

近于埃利,强调非民选的法官和民主政治过程之间的关系。^[27] 本文作者也承认,本文的立场和毕克尔关于最高法院的“消极美德”有一定的亲缘关系。此外,从宪法解释和政治革命之间的关系来看,图施奈认为桑斯坦所概括的当前美国最高法院的司法最低限度主义,其实暗示了一场新的宪政革命正在来临。^[28] 然而,本书引人入胜之处在于,它并没有将自己束缚于某一特定理论立场之中,而是巧妙地穿梭于各种法律解释理论之间,为我所用。它既以自己的姿态和论证介入了美国宪法解释的现实政治之中,又巧妙地从具体的权力斗争中抽身而出,对宪法解释的政治保持一种严肃的反思和批判。桑斯坦还有一种把抽象复杂的理论问题,还原成日常生活中熟悉场景的能力,因此往往给人一种恍然大悟的感觉。本书中对在《法律推理与政治冲突》中提出的“不完全的理论化合意”所做的出神入化的运用,就是很好的一例。这说明桑斯坦有一种只有一流思想家才有的那种健康的常识感。这尤其体现在桑斯坦在本书第二部分中对美国宪法中的一些关键性案件所做的分析过程。^[29] 在这一部分的具体分析中,通过对相关领域内所存在的特殊事实和价值问题的揭示和分析,桑斯坦展示了司法最低限度主义相对于原意解释、传统解释以及依赖正当法律程序条款和平等保护条款的解释方法的强大优越性。

中国宪法由于明确授予全国人大常委会以排他性的宪法解释权,所以司法机关的违宪审查权,还处于呼吁和理论上的合理性论证阶段。本书的分析进路和展现出来的美国宪法解释的复杂图景,必然会促进国内学术界的相关研究走向深入和成熟。

[27] [美]约翰·哈特·埃利著:《民主与不信任——关于司法审查的理论》,朱中一、顾运译,杨海坤校,法律出版社2003年版。

[28] 马克·图施奈著:《新宪政秩序与消磨的宪法雄心》,彭亚楠译,载《思想与社会》第4辑,上海人民出版社2004年6月版。

[29] 在本书第二部分的案例分析部分,作者桑斯坦实际上已经用司法权和审议式民主之间的复杂互动关系重构了对美国宪法的平等保护条款和正当法律程序条款的理解,并且是通过对特定领域内那些关键案例的分析做到的。对于研究美国宪法解释的人来说,这一点尤其值得关注。

对于研究大陆法系制定法解释的许多中国学者来说,本书也能够提供一种独到的启发。^[30] 经过利益法学和自由法学的洗礼,大陆法系的法官和学者,已经普遍接受了司法裁判过程中价值判断不可避免这一事实。^[31] 然而,如何确保个案裁判的正当性,如何处理裁判过程中的价值判断问题,一直是令大陆法系的法学家们寝食难安的一个问题。法学方法论和法律论证理论的兴起和成为法律理论的主流,即是受这一问题的刺激而作出的一种理论回应。法学方法论和利益法学之间的不同,就是法律方法论一方面承认了价值判断不可避免,同时又坚持价值判断在某种程度上具备客观性。利益法学则将所有价值都化约为利益,因此取消了法律的规范性。价值判断的客观性问题,是当代哲学和伦理学领域最核心的问题。因此,法学方法论与哲学和伦理学领域的最新发展,一直保持着密切联系。例如,拉伦茨、恩吉施以及考夫曼等人,将伽达默尔的哲学解释学引进了法律方法论领域,给法律方法论带来了新的气象。阿列克西则引进了现代分析哲学和语言哲学,就裁判过程中价值判断的客观性问题,作出了耳目一新的论证。在这个意义上,法学方法论一方面坚决反对传统的

[30] 值得一提的是,本书在某种意义上也是提倡制定法解释方法的斯卡里亚大法官和提倡普通法解释方法的桑斯坦之间的一种隐匿的对话。斯卡里亚大法官在《解释的问题》(*A Matter of Interpretation*)一书中就对美国法律史上缺乏一种系统的制定法解释理论颇为遗憾,并且指出,自从法典重述至今,几乎所有重要的法律问题,在美国都是通过制订法得到规定的。然而,桑斯坦从一般法律解释的结构、司法和民主政治的互动两个角度,指出类推解释在制定法解释中存在的必要性和合理性。因此,两大法系之间的对立和紧张以及在制定法日益扩张的背景下普通法的命运,在某种意义上也构成了除司法审查问题之外,本书的一个重要背景。关于从法律解释一般结构方面来论证制定法解释中类推解释的必要性和合理性的作品,大陆法系的考夫曼曾经做过相当详细精致的论证,参见考夫曼著:《类推与事物的本质》,吴从周译,学林文化事业有限公司1999年版;中文世界对考夫曼这一思想比较好的发展和应用,可参见郑永流:《法律判断形成的模式》,载《法学研究》2004年第1期。

[31] 关于价值判断不可避免的问题,可参见拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年;阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版;泮伟江:《正当的个案裁判如何可能》,载《法大评论》第2辑,中国政法大学出版社2004年版。