

John Hart Ely

约翰·哈特·伊利

# 民主与不信任

司法审查的一个理论

张卓明 译

法律出版社

★ 博观译丛

John Hart Ely

约翰·哈特·伊利

# 民主与不信任

司法审查的一个理论

法律出版社

## 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)伊利  
著;张卓明译. —北京:法律出版社,2011.2  
(博观译丛)  
ISBN 978-7-5118-1714-3

I. ①民… II. ①伊… ②张… 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006031号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/学术·对外合作出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/吕亚莉
开本/720×960毫米 1/16	印张/21.25 字数/287千
版本/2011年2月第1版	印次/2011年2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/010-6399781/9782	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
书号:ISBN 978-7-5118-1714-3	定价:45.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给 厄尔·沃伦

若审慎选择，  
你无需很多英雄。

# 一个“强化民主”的司法审查理论

——译者导言

张卓明

## 一、主题、问题焦点和思路

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。<sup>[1]</sup> 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,就是:“选举程序,无论是在理

---

[1] 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。

论上还是在实践上,都被认为是民主政治的核心机制,无论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。”〔2〕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。”〔3〕

面对不民主的指责,大法官们可以用法治原理予以回应:我们做出违宪的判断并非没有根据,我们是依据宪法做出判决的;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”〔4〕中的核心推理,正是通过该案美国的司法审查权得以确立起来。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。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”〔5〕

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,〔6〕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强加于人。近代以来,对人

〔2〕 A. Bickel, *The Least Dangerous Branch, the Bobbs-Merrill Company*, 1962, p. 12 转引自本书第4页(本书边码,正文中所注页码也是边码,下同)。

〔3〕 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。美国总统和副总统由美国人民通过选举人团选举而产生,通常也代表多数人的意愿,所以,推翻总统的决定也是反多数的典型。

〔4〕 *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137

〔5〕 本书第40页。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。

〔6〕 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。

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。从法律解释的方法来看,历史解释、目的解释、体系解释、扩张解释和限缩解释,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运用于宪法裁判中。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”。(第4页)这就使得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,被认为是能动司法的典型。沃伦法院在实践上起到了保障民权的作用,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,这个问题的最大问题在于,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,提出了程序导向的司法审查方法,形成了一个“参与导向的、强化代议制的”司法审查理论。基于这个理论,一方面解决了沃伦法院时期诸多能动司法判决的正当性,另一方面也为司法审查权界定了适当的范围,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，而应该适用和执行那些单从宪法文本中找是不可能被发现的规范。”（第1页）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。”（第3页）“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。”（第12页）

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须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。”（第8页）

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，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，其解释光靠语言文字，同时辅之以制宪史就行，无须在这些条文之外向其填充内容。（第12~13页）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，单从文字语言和历史上制宪者意图的角度去探寻，是无法得出答案的。比如第十四条宪法修正案中的正当程序、特权或豁免权和平等保护条款，以及第九条宪法修正案的“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。（第62页）



在伊利看来,可将其立场归于广义的解释主义,<sup>[7]</sup>持此立场者认为:“宪法上的很多条文,光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,应该源自于整个宪法文本的总体精神,而不应该源自于宪法框架之外的某种渊源。”(第12页)非解释主义者则认为,对宪法中开放性条文的内涵,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。”(第43页)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,对各种各样确定基本价值的方法,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,他称为“参与导向的,强化代议制”的理论。他的这个理论,我宁愿称为“强化代议制民主”的理论,简言之,即“强化民主”(democracy-reinforcement)<sup>[8]</sup>的理论。一方面,在现代,代议制被认为是一种民主体制,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,而且是促进和强化民主的一个司法审查理论,来回应司法审查不民主的

[7] 伊利认为,可以将其立场归于广义的解释主义,看作是解释主义的一种类型,也可将其立场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,他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。参见本书第12页。

[8] 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.

质疑。

## 二、法院的适当角色和应有职能

伊利的司法审查理论,是一个规范性的理论,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——代议机关在实体价值上的判断。在一个代议民主政体中,价值决定应该由选举出来的代表来作出,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,而不是“规制”,它并不要求出现某种实体结果,联邦最高法院只是在“市场”(政治市场)机制失灵的时候才介入。政府失灵发生在代议程序不值得信任之时,这有以下两种情形:(1)体制内的掌权者阻塞政治变革的渠道,确保他们自己能够继续掌权,并阻止体制外的无权者进入体制内,或者(2)尽管没有任何人实际上被剥夺发言权或选举权,但是代表们因受恩于事实上的多数人而对少数人采取完全敌视的态度,或者出于偏见不承认少数人与多数人之间的利益共同性,从而在制度上使某个少数群体处于不利地位,并因此不给那个少数群体提供代表制下其他群体所能获得的保护。(第102~103页)

与代议程序不值得信任的两种情形相对应,疏通政治变革的渠道,以及纠正对少数人的某些歧视,是联邦最高法院的应有职能,在伊利看来,这正是沃伦法院广泛关注的两个层面。(第74页)1938年“卡罗琳产品案”的第四注脚,<sup>[9]</sup>给了伊利很大的启发和支持,在那个注脚中,针对涉

[9] United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152-53 注4 (1938).

及违宪争议的立法,休斯大法官列举了不宜适用合宪性推定,而应予严格审查的三种情形:(1)从系争立法表面看,便在宪法特别禁止之列,譬如有违《权利法案》中的禁止性规定;(2)涉及对政治程序的限制,如限制言论自由,因为此类立法本身就堵塞了政治变革的渠道,人们本来“对那些政治程序寄予厚望,希望通过它们废除令人讨厌的法律”;(3)有关宗教、国籍、种族等少数群体的法律,因为针对“分散而又孤立的少数人”所形成的偏见,“极有可能削弱那些通常可以被信赖会保护少数人的政治程序”。

上述第一点有较强的解释主义倾向,对此,伊利有所保留,认为解释主义是不充分的,针对宪法中的开放性条款,需要运用其他方法,而第二点和第三点,则给出了其他方法可能是什么的提示。第二点意味着:使民主机制处于良好的运行状态,确保政治参与和交往的渠道保持畅通,是联邦最高法院应有的职责。第三点意味着:联邦最高法院应该关注多数人对少数人做了什么,也就是应特别关注“针对”宗教上、国籍上和种族上的少数人制定的法律,以及对这些人持有偏见的情况下制定的法律。(第76页)卡罗琳产品案第四注脚的后两点提示正对应着联邦最高法院的两项应有职能。

在代议程序不值得信任的第一种情况下,即当体制内的掌权者堵塞政治变革的渠道时,联邦最高法院应该介入,疏通政治变革的渠道,其实质在于,确保舆论、选举等民主问责机制发挥实效,促使人民代表废除人民不喜欢的法律,通过人民所喜欢的法律。由此,伊利指出,对于言论自由、选举权、结社自由等政治权利,不管宪法条文是否明文列举,法院都应给予特别保护,严格审查有关立法,因为这些权利对于一个开放而有效的民主程序来说,是至关重要的。(第105页)

在沃伦法院时期,联邦最高法院突破了传统的“政治问题”回避原则,在有关选举权案件中采取能动司法路线,宣告“一人一票”原则,加大了对选举权的保护力度。<sup>[10]</sup>对此,伊利予以肯定,并驳斥了有关质疑。其中一种质疑认为,选举权并没有在美国宪法中明文提及,至少没有明文提及

[10] 参见张卓明:“一人一票 一票一值”,载《法制日报》2009年12月29日。

州层面选举中的选举权。<sup>[11]</sup> 伊利回应道：结社自由没有在美国宪法第一条修正案中提及，却已被联邦最高法院从中推导出来，言论自由和结社自由也没有在第十四条修正案中提及，也已被认为包含在其中，可适用于各州，而选举权也是同样的道理，以宪法没有明文规定为由进行质疑，是没有道理的。<sup>[12]</sup> 伊利指出，选举权案件中的能动司法的反对者，在其他案件中却可能赞成能动司法，“要避孕，可以；要选举，不行”的说法并不罕见。在伊利看来，这恰恰是颠倒了过来：除去民主程序中的障碍，才是司法审查应该特别予以关注的，而剥夺选举权，正是这种障碍的典型。（第 117 页）

为了让政治问责机制发挥实效，促使人民代表真正负起责任来，法院还应关注代议机关或立法机关的消极立法问题。伊利指出，在现实中，很多议员把精力花在了联系选民上，而将很多问题交给了不是通过选举产生的行政人员来决定，在一些争论纷纷的议题上，为了顾及不同选民的立场，议员们常常不明确表达自己的态度，而宁愿让行政部门的官僚或某个独立管制机构“去接下这块政治上不可回避的烫手山芋。”具体手段是：“用含糊其辞的法条将皮球踢给”行政机关。在伊利看来，把麻烦的任务留给不需要负政治责任的其他人，这显然是不民主的：“我们的议员通过拒绝立法来逃避责任，而这种责任对于一个民主共和国的良好运行来说是至关重要的”。所以，法院应该敦促议员们去立法，法院应该禁止立法机关无原则地授权：国会将决策权转交给其他人行使，若没有一项“标准”或“可理解的原则”去指导他们的政策选择，那么这种授权是违宪无效的。对联邦最高法院曾经运用的这个禁止授权原则，伊利给予了支持。（第 131 ~ 134 页）

在代议程序不值得信任的第二种情况下，即当多数人敌视或歧视少数人时，即便少数人在法律上拥有发言权和选举权，法院也应该介入，严格审查此种立法，以确保少数人的利益获得代表，易言之，使少数人获得

---

[11] 在美国联邦宪法中，并没有像我国宪法第 34 条那样明确规定一般意义上的公民选举权。

[12] 在伊利看来，选举权作为一项宪法权利，已被联邦最高法院所确认。参见本书第 234 ~ 235 页注 30 和注 31。

平等保护。在伊利看来,保护少数人,不仅仅限于保护少数人的政治权利,其理由是,“不管政治程序如何开放,那些握有大多数票的人,总是处在一种优势的地位,他们可以通过投票使自己获利而牺牲他人利益,或者拒绝将他人的利益考虑在内”。(第 135 页)

多元主义是政治市场机制的核心要素,它假设“少数人可以通过交易以及加强与其他群体的利益联系来保护自己”,伊利也承认,“在某种程度上,民主的实质,就是允许组成我们社会的不同个人和各种群体,可以决定跟其他哪些个人和群体联合起来,去影响立法。”然而,多元主义有时会失灵。政治市场上存在这样一些人:由于其他群体或利益团体拒绝与之在政治上联合起来,他们实际上被排除在政治市场之外,因此总是发现自己在立法中处于不利的地位——立法机关以某种不可信的理由通过立法分类使之处于不利地位。(第 152 页)这些人就是卡罗琳产品案第四注脚中所谓的“分散而孤立的少数人”。法院所应关心和保护的这些“在政治上无法保护自己的人”,并不仅仅指数量上的少数人,关键在于他们是“分散和孤立”的,类似于我们语境中无权势的“弱者”。比如黑人和女性这两个群体,数量上并不少,却常因为偏见而遭受歧视,因此属于“弱者”,如果立法分类使他们处于不利地位,就跟外国人、非婚生子女、同性恋和穷人一样,法院应给予特别保护。

立法是一个利益分配的过程,在立法中,差别对待是很普遍的,关键在于差别对待是否合宪,在伊利看来,此一问题的判断,主要不是取决于利益分配的结果,而应取决于产生该分配结果的过程。当然,如果立法限制的是明文规定的或可正当推论出来的宪法权利,则该分配结果本身就值得重视。然而,如果所分配的对于政治参与来说不是至关重要的,或者不是宪法所明文保障的,那么,利益分配上的失调,其原因只能存在于产生此种分配结果的程序当中。(第 136 页)伊利主张,在这种情况下,法院审查时应考虑系争立法行为是否由违宪动机所引发,如果答案是肯定的,那么该立法行为应该被宣告无效。尽管法院从事动机分析,存在一定的困难,但并不表示法院应回避这件事情,反而应给予更多的关注,只有这样,少数人的权利才能获得充分的保障。(第 145 页)

伊利进而将其主张的动机分析与可疑分类原则联系起来,认为二者

之间是相互支持的:从功能上看,可疑分类所要求的特别审查,尤其是其要求立法分类与立法目的之间达致契合无间的程度,其实就是一种将违宪动机“清除出来”的方法。(第146页)在伊利看来,如果某个群体已成为普遍诬蔑中伤的对象,如果某个群体可能是其他群体(特别是那些控制了立法程序的群体)想要伤害的,那么令这些弱势群体处于不利地位的立法分类,应该被视为可疑分类,法院应特别审查。(第153页)在有利于少数种族的“反向歧视”这个问题上,伊利承认这是个道德难题,但在宪法上极力支持纠偏性优待措施(affirmative action),“就多数人歧视自己而言,在宪法上丝毫不具有可疑性”,理由在于,“我们不必担心,构成我们社会中的多数人群体的白人联盟,会普遍地剥夺白人获得平等关切和尊重的权利”。(第170~172页)

可见,在伊利那里,司法对少数人的保护也是程序导向的,即关注的焦点是立法的过程,而非立法的结果。总之,疏通政治变革渠道与少数人权利保护,这两项联邦最高法院的应有职能,是为了应对代议程序不值得信任的两种情况,意在确保代议程序的公正性,而不是为了确保政策选择和程序结果的正确性,所以,法院的这两项职能不会损害代议民主程序本身,而只会补充和强化代议民主程序。也因此,伊利认为,其司法审查方法是“程序导向”的,其司法审查理论非但不与代议制民主相冲突,而且还促进和强化代议制民主,有助于代议制民主理想的实现。

### 三、代议制民主与美国宪法

一些评论者指出,伊利在本书中所使用的民主概念模糊不清,甚至相互冲突,一方面在大多数情况下把民主等同于多数决民主,另一方面又基于平等原则提出应该保护少数人,这两种民主概念是不一致的。<sup>[13]</sup> 在我

---

[13] 参见顾佳:“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。See also Jane S. Schacter, *Ely and the Idea of Democracy*, *Stanford Law Review*, Vol. 57, No. 3, Symposium in Honor of John Hart Ely (Dec., 2004).

看来,与其说它们是不一致的,不如说它们都是伊利所主张的民主原理的一部分。在本书中,伊利没有发展出一套完整的民主理论和民主哲学,他主要是通过对美国宪法的解读来说明美国人民所接受的、美国宪法所确认的民主原理,并在此基础上提出自己的司法审查理论。尽管如此,面对民主这样一个有争议性的概念,伊利势必要在宪法理论和政治理论之间来回穿梭,阐发作为其理论基础的民主原理,以证立自己的理论主张。

伊利认为,其所提出的司法审查理论与美国的民主原理是相符的,这个民主原理就是代议制民主原理,它是美国政治制度的基础:“我们社会从一开始,就接受了代议制民主应该作为我们政府的组织形式这个观念,而现在,它几乎已经成为我们的一种本能反应。”(第5页)在公民们亲自参与立法程序是不切实际的情况下,代议制民主就成了最适合的政府体制。正是通过代议制,将“统治者”与“被统治者”(或“人民”)这两个群体的利益结合在一起。一方面,代表在任职结束之后,将返回到人民这个群体当中,并因此成为被统治者群体中的一员。另一方面,代表们即便在任职中时,也将生活在他们所制定的法律的统治之下,而无任何超越于法律之上的特权:他们自身也受法律统治这个义务,将确保统治者与被统治者之间形成利益共同体,并防止出现压迫性的立法。在现实中,权力具有分化统治者与被统治者的内在倾向,必须得有某种力量去抵制这种倾向。在这些力量中,最主要的就是投票选举:人民根据自己的利益选择与他们的利益相一致的代表,并通过定期改选的问候机制,确保代表始终与他们的利益保持一致,特别是确保代表们自己也难逃他们所制定的法律的严格约束。(第78页)

在伊利那里,代议制民主很大程度上等同于共和民主。伊利指出:“透过规定国会选举以及州政府的共和体制,美国联邦宪法这个文件本身,就清楚地表达了在联邦和州两个层面都实行代议制民主的信念。确实,代议制民主在当时所受到的关切,显然非其他政体形式所能及。”伊利还援引《联邦党人文集》第三十九篇的一段文字表明,立宪当时共和民主业已成为有效论辩的前提:“我们政府的政体形式是否必须是共和政体?显然,再没有其他政体形式,更契合美国人民的天性,更符合美国独立革命的基本原则,或者更能够贯彻和落实那个鼓舞所有爱好自由之士的

伟大决定,即要把我们的一切政治实验都建立在人类具有自治的能力这个信念之上。”(第6页)

概言之,代议制民主的逻辑前提是人人具有自治能力,法律面前人人平等是代议制民主的法治保障形式,而定期选举则是代议制民主的政治保障形式。在自治的逻辑下,以及在民主选举与法律平等的背后,架构起代议制民主原理的是,多数统治观念、平等参与理念以及代表理论。

伊利指出:代议制政府的“根本要义在于,它产生于社会中的大多数人,而非一小部分人或者某个特权阶级……”(第6页)“多数决民主是我们整个政治制度的核心”,“无论怎么解释,无论可设什么限制,统治必须基于被统治者多数的同意,这是美国政治体制的核心”。(第7页)伊利从制宪和修宪两个角度说明多数统治是美国人民的基本信条。一是一旦联邦宪法获得批准,几乎所有的美国人都立即接受了这部宪法,并且视之为掌控自己命运的根本大法。那些反对批准这部宪法的人,虽不认同该宪法所作的安排,但在联邦宪法批准后予以接受,唯一合理的解释是,他们也承认多数决的正当性。(第6页)

二是从美国内战以来的宪法修正案来看,多数条款是为了促进人民大众对政府的控制而制定的,其中绝大多数是为了扩展选举权而制定的,可见,国家应由被统治的多数人来掌控这个制宪之初就有的信念,经过一个世纪的宪法发展,充分得到了强化。“在美国,多数统治的一般观念,无论在理论家那里,还是在普通民众那里,都不曾遭遇过任何重大的挑战。”无论是道德绝对主义者,还是道德相对主义者,他们在各自的理论语境中,都信奉和捍卫民主——前者支持民主,是出于民主是自然法的一个原则这一信条,后者支持民主则是因为,既然道德不具有确定性,那么民主便是再自然不过的制度选择。(第7页)

的确,伊利很大程度上是借助于多数统治观念来批驳“拘泥于条文的解释主义”以及“非解释主义”。简言之,后者主张“社会实体价值的选择问题,其最终的决定权应该赋予经由任命产生的法官”;前者主张“这种价值选择应该遵循逝世已超过一个世纪以上的制宪者的信念”,(前言)而这意味着,昨日的多数(假定是多数)掌控了今日的多数,(第62页)这些观点都有违美国的多数决民主。



然而,多数决民主不是代议制民主原理的全部,看似与多数决民主相冲突的少数人保护也是代议制民主的原则要求。这是因为多数统治还伴随着多数暴政的威胁。“倘若多数人决定政策的权力是毫无限制的,那么他们就有可能以少数人的利益为代价来谋取其自身的利益,即便在这两种利益之间,在重要性上并没有什么差别。这个道理,早在制宪之初,就已经为人们所理解,并且,我们的联邦宪法也确实含有若干应对性的机制,以便人们去克服这个问题。”(第7页)

制宪者至少采取了两种策略保护少数人的利益,以防多数人可能对少数人造成的侵害。首先是基本权利清单策略,也就是具体列出政府不能对任何人做的事情,不过,在伊利看来,这里的防卫手段主要是程序性的。其次是多元主义的组织策略,它是政府的组织原则之一,在一定意义上,也是整个社会的组织原则,其目的在于保证各种各样的声音都能够发出来,没有任何多数联盟能够主宰一切。(第80页)通过宪政实践所确立起来的司法审查制度,则又是一个保护少数人的必要机制。但是,司法机关非民意机关,其在保护少数人的过程中,也蕴涵着违背多数人统治原则的风险:司法机关有可能取代立法机关,成为超级立法者。那么,伊利是如何协调“多数人决定”和“少数人保护”这两项原则呢?他如何将“尊重多数人”和“保护少数人”这两项要求有机地统一在一起?

伊利首先运用平等参与理念将二者结合在一起。他借卡罗琳产品案的判决要旨指出,联邦最高法院的两项应有职能都和参与有关:“它们要我们关注的,并不是这个或那个实体价值是否特别重要或基本,而是参与的机会是否遭到不当的限制,不管是参与政治程序——正是通过这些程序,价值得以妥当地辨识和协调——的机会,还是参与分享那些程序已达成的结果的机会。”(第77页)在伊利看来,“沃伦法院的事业的特色就在于,追求拓展代议制政府的程序入口与资源分配机会这些‘参与性的’目标,这与传统上以及学术上较为流行的观点,也即坚决要求提供一系列特定的被视为基本的实体价值或善品,形成了鲜明的对比。”(第74~75页)多数人决定原则与平等参与政治程序的要求是相一致的,而少数人保护原则又与平等参与分享程序产生的利弊结果是相一致的。通过“平等参与”这个概念,联邦最高法院应有的两项职能,以及背后的大众统治与平