

## 反恐背景下美国司法审查之新理论\*

戚建刚

**内容提要:** 9·11 事件以后,如何认识由恐怖事件引发的紧急状态的司法审查,美国学术界存在着激烈的争议。以艾利克·波斯纳为代表的学者提出了“顺从”理论。该理论基于自由和安全的权衡理论以及制度绩效之比较理论,认为只要行政机关的行为具有一定的理性基础,法院和国会就应当顺从行政机关,以增加社会的整体福利。

**关键词:** “顺从”理论 “恐慌”理论 紧急状态 司法审查

戚建刚,中南财经政法大学法学院副教授、法学博士。

### 一 引言

对于紧急状态下的司法审查问题,美国公法学界一直存在着激烈的纷争。<sup>[1]</sup> 9·11 事件以后,如何认识由恐怖事件引发的紧急状态的司法审查,更为美国学者们争论不休。主要观点可以概括为三种:<sup>[2]</sup>

第一种观点称为“权利至上”理论。其核心内容是,在紧急状态时期,法院应当依据紧急状态发生之前的宪法或法律的规定实施比和平时更加严格(至少是同样严格)的审查。该理论以联邦最高法院法官戴维斯(Davise)在 1866 年 4 月的艾克斯·帕特·米里甘案<sup>[3]</sup> (Ex parte Milligan) 中代表法院多数意见所阐述的立场为依据。

第二种观点称为“折衷”理论。其核心内容是,在紧急状态时期,法院能够要求对于任何侵害宪法所保障的公民权利或自由的行政紧急措施都需有国会的明确授权。该理论以 1952 年联邦最高法院法官杰克逊(Jackson)在杨斯顿钢铁公司总统权限案(Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer)<sup>[4]</sup> 中的分析框架为依据。

第三种观点称为“国家安全最大”理论。其核心内容是,在紧急状态时期,法院应当顺从于行政机关的紧急措施,是否有国会授权并不是法院顺从行政机关的依据,即使是国会也

\* 本文获国家社科基金项目(08CFX015)及中南财经政法大学法学院“南湖青年学者”资助。

[1] Jules Lobel, Emergency Power and the Decline of Liberalism, Vol. 98 Yale L. J. 1385 (1998).

[2] Cass R. Sunstein, Minimalism at War, 2004 Sup. Ct. Rev. 47 (2005).

[3] 71 U. S. (4 Wall.) 2 (1866).

[4] 343 U. S. 583 (1952).

得服从行政机关。

根据美国公法学者的观点,“折衷”理论所依据的杰克逊法官的分析框架是法院在紧急状态下进行司法审查的经典方案。<sup>[5]</sup> 该分析框架的基本假设是,相对于行政机关,在紧急状态下法院对自由和安全的权衡具有一定的优先性。这种优先性随着行政机关的意志与国会的意志的匹配程度不同而发生变化:如果行政机关的意志与国会的意志相冲突,那么法院的权衡优势就达到最大;如果行政机关的意志与国会的意志相一致,那么法院的权衡优势则最小。换言之,是否有国会的授权——包括紧急状态发生之前或紧急状态发生之后,是决定法院权衡优势的关键。“权利至上”理论的观点虽然与“折衷”理论的观点存在一定差异,但它们之间的基本假设却是一致的,不同之处在于国会授权的时间不一致。“折衷”理论对国会授权的时间没有严格要求,而“权利至上”理论却严格要求国会事先进行授权,并且这种授权是不能被中止或改变的。

与前者相比,“国家安全”理论既没有“权利至上”理论那般遥远的历史,也不具有“折衷”理论那样显赫和庞大的家族,更不像“折衷”理论那样被美国公法学界所认可。然而,9·11恐怖事件发生后,一向被人所冷落的该学说却引发了学术界强烈的兴趣,地方法院已经将这种观点直接运用于具体案件,<sup>[6]</sup>大有动摇、甚至取代“折衷”理论的趋势。而芝加哥大学法学教授艾利克·波斯纳(Eric A. Posner)则是这一学说的代表人物。<sup>[7]</sup> 2002 年以来,他们提出了“服从”(Deference)理论,试图对法院在“现代恐怖主义”背景下的司法审查行为重新定位。

## 二 “服从”理论的基本内容

### (一) 基本含义

“服从”理论的含义相当简单,就是在因恐怖事件引发的紧急状态时期,与国会(特别是法院)相比,行政机关拥有更多的制度优势来对安全和自由进行正确的权衡,而法院或国会通常在通常情况下所拥有的制度优势将严重妨碍其对自由和安全进行有效的权衡。虽然行政机关的制度绩效可能会下降,但法院或国会的制度绩效将下降得更快。因此,在紧急状态期间,只要行政机关的行为具有一定的理性基础,法院就应当服从行政机关的行为,这种服从会增加社会的整体福利。国会是否授权——不论是紧急状态发生之前,还是紧急状态发生之后——并不是法院服从行政机关的理由。恰恰相反,在紧急状态时期,国会与法院一样,不得不服从行政机关。如果将行政机关对安全和自由的权衡称为第一顺序的权衡,那么法院或国会的权衡称为第二顺序的权衡。通常情况下,第一顺序的权衡优先于第二顺序的权衡。<sup>[8]</sup>

### (二) 正当性基础

该理论运用经济学分析方法,将其建立在以下两个相互支持的理论之上。

[5] William B. Fisch, the Emergency of American Constitution, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, pp. 389 - 420. (1990)

[6] 321 F Supp 2d 24 (DDC 2004).

[7] 参见 Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, (2007). 这一阵营中的其他学者还包括 Richard A. Posner, *Not a Suicide Pact—the Constitution in A Time of National Emergency*, Oxford University Press, (2006) 等。

[8] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 9 - 10.

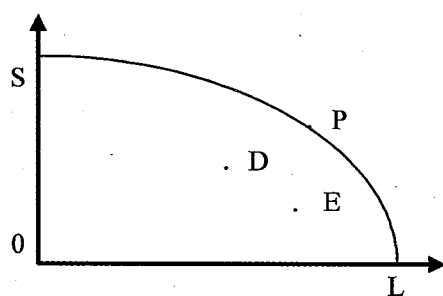
1. 自由与安全的权衡理论。“顺从”理论的主张者运用权衡方法是为了比较和分析紧急状态下行政机关、法院和国会之间的制度绩效能力,从中得出该理论所主张的内容。<sup>[9]</sup>它由三个基本假设所构成:<sup>[10]</sup>

第一,安全和自由可以权衡和比较。“顺从”理论认为,在反恐背景下,对于公民而言,自由和安全都是有价值的公共物品,但国家所能提供的这两种公共物品的数量存在着此消彼长的关系。在既定的约束条件(如社会总资源给定或公共财政支出给定)下,一个国家或社会的总体安全的增加,意味着该国家或社会的总体自由的减少。不仅如此,自由和安全在个体之间也可以进行比较。在既定约束条件下,公民甲的自由减少,意味着公民乙的安全增加。

第二,行政机关是理性的。这一假设的含义是指,当根据经验和因果关系原理来评价行政机关增加或减少安全(自由)的行为的可能效果时,这些行为并不存在系统性错误的情况。虽然行政机关会犯错误,但这些错误呈偶然的和分散的分布状态。虽然个别政府官员的行为既可能偏离安全价值,也可能偏离自由价值,但从总体而言,行政机关的行为遵循了正确的概率分布。虽然在紧急状态下,行政机关为了安全而侵害公民自由的措施可能是错误的,也可能是正确的,但这种正确或错误的概率与行政机关在通常情况下为建造一条高速公路而减少教育投资的行为的正确或错误的概率一样。

第三,行政机关的动机是良好的。动机良好是指在紧急状态下,行政机关将会以全体公民福利的最大化作为决策的出发点。一个动机良好的行政机关是这样:其行为不会出现整体性的懒散或者系统性的偏向大部分人的福利或整体性的偏向少数人福利的情况。相反,行政机关会将全体公民的福利最大化并且也会兼顾他们的偏爱。

如果同时满足以上三个条件,那么随着恐怖主义威胁的增加,当国家进入紧急状态时,行政机关会如何反应呢?显然,行政机关将会提供更多的安全,而提供较少的自由。因为从安全价值中所增加的收益将弥补自由价值所减少的收益。符合上述三个条件的自由与安全的权衡理论与福利经济学中的帕累托最优<sup>[11]</sup>(Pareto Optimality)的曲线图相类似。



如图所示,S代表安全的水平,L代表自由的水平,P表示某一时刻,安全与自由的最优平衡之点。在既定约束条件下,在SL边界上,任何程度的安全价值的增加,都意味着相应程度的自由价值的减少。自由或安全并不存在谁优先的问题。在一个社会中,某一单位的安

[9] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 31 - 32. Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Accommodating Emergencies*, Vol. 56 *Stan. L. Rev.* 605, (2003).

[10] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 26 - 29.

[11] 帕累托最优是指资源配置已经达到这样一种境地,即任何重新改变资源配置的方式,都不可能使一部分人在其他人没有受损的情况下受益。参见韩丽华、潘明星主编:《政府经济学》,中国人民大学出版社2007年版,第1页。

全价值的增加或者某一单位的自由价值的减少是否值得,取决于该社会的人们需要什么。通常而言,一个理性的和动机良好的行政机关所采取的措施是在SL边界的某一点上,即P点在SL边界上移动,从而使安全价值与自由价值的结合达到利益的最大化。然而,更为重要的是,随着时间和威胁程度的变化,P点在不断移动。如果危险程度增加,那么安全价值就会增加,P点会向S方面移动,反之则向L方向移动。该理论强调重要的问题并不是边界的绝对值,而是P点如何随着紧急状态的变化而改变。一个理性和具有良好动机的政府为了让安全与自由相权衡后的价值获得净收益,就会权衡自由受到损失的价值。由此,根据权衡理论,在紧急状态下,一个理性的和动机良好的行政机关所采取的应对威胁的措施通常是在SL边界上,因而是体现社会福利最大化的政策。

2. 制度绩效之比较理论。“顺从”理论的主张者当然注意到作为一种理想状态的自由和安全的权衡并不总是能够存在。因为行政机关并不总是能够理性地行动。但是——该理论的主张者笔锋一转,这种理想状态的权衡图景是一种反恐背景下有关安全政策的启发式的和解释性的机制,而不是经验性机制。该理论并不是主张行政机关的国家安全措施都是一成不变的正确,而是要划清与“权利至上理论”——反恐背景下的国家安全政策具有一种系统性的错误,通过违宪(法)审查,法官能够将事情变得更好——的界线,以及否定“折衷理论”所依据的杰克逊法官的分析框架中所隐含的基本假设。于是,该理论的主张者提出了紧急状态下行政机关与法院和国会之间的制度绩效之比较问题。

第一,行政机关与法院之间的制度绩效之比较。<sup>[12]</sup> 该理论的主张者指出,从历史经验看,法院不像行政机关,没有系统的研究某一紧急危机的机制。法院的职员规模较小,直到案件进入法院后,法官才有机会考察案件的事实情况。由于等待审理的案件太多,法官往往没有时间去研究案件的背景、环境及可能的后果。如果涉及到合同、事故或普通的犯罪,由于法院已经积累了许多审判经验,法官不会受到很严重的限制。但是,如果涉及到现代恐怖主义,由于问题比较新并且需要作出及时的反应,法院没有时间或资源来对其进行专门研究,因而其工作方式变得十分不恰当,甚至起到妨碍的负面作用。而行政机关的迅速、坚强和秘密的行动能力具有一种溢出效应。他们进一步指出,人们没有假设法官是国家安全问题的专家,并且法官自己也认为其对国家安全问题的知识知之不多。那些自认为在紧急状态下能够比行政官员更理性地选择政策的法官往往比行政官员的选择更糟糕。

第二,行政机关与国会之间的制度绩效之比较。<sup>[13]</sup> 如前所述,“折衷”理论要求国会授权的观点其实假设了国会比行政机关更加理性。这种理性会排除行政机关因恐慌或非理性而出台以少数派权利或自由为代价的邪恶的应急措施或政策。“顺从”理论的主张者则直接否定国会比行政机关更加理性。该理论指出,总统并不能完全统一行政机关内部的政策,这意味着在行政机关内部也会产生不统一,从而减弱团体思维并为少数派提供申辩的机会。当全国的多数在内部发生分裂时,总统政治的结构将会制造瓶颈,从而使得政治上或种族上的少数派对行政机关的紧急措施产生不符合比例的影响。于是,人们不清楚国会的授权是否真的能够产生理性的效果。一种可能的情况是,如果全国绝大部分选民同时控制着国会和总统,从而制定了恐慌性的或压迫少数派的安全政策,那么国会的授权是无意义的。另一

[12] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 30-31.

[13] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 47-50.

种可能是,如果行政机关和国会内部存在着控制采用恐慌性或压迫性政策的制度,从而让少数派对国会或总统都产生影响,那么国会的授权是不需要的。

该理论的主张者进一步指出,国会的授权只能在极少数情形下才有意义,即行政机关完全恐慌,而国会为了抵制一边倒的恶劣政策,保护被压迫的少数派的利益。但即使是在这种情况下,国会授权的观点也是错误的。国会的实践表明,国会议员已经意识到自己的缺陷——缺乏对正在发生的紧急事情的信息、无力控制警察和军队,不能快速和有力地行动,因而国会在紧急状态时期的授权行为绝大多数是对行政机关已经实施的行为的批准,授予行政机关自己认为需要的权力,并给行政机关拨款,以便行政机关能够继续从事其所认为正确的政策。而紧急状态之前的法律规范,则大多数是宽泛的条款,通常授予行政机关广泛的自由裁量权。因此,根据这种制度绩效之比较理论,“顺从”理论认为,没有充分的理由让人相信对于紧急状态下的安全和自由问题,法院或国会能够比行政机关做得更好,也没有理由让人相信法官或议员能够以一种系统的方式提高行政机关紧急政策的可行性。

### 三 “顺从”理论面临的主要质疑

#### (一)“恐慌”理论

“恐慌”理论的代表人物有耶鲁大学的布鲁斯·阿克曼(Bruce Ackerman)、芝加哥大学法学院的杰弗里·R·斯通(Geoffrey R. Stone)等。<sup>[14]</sup> 这些学者认为,恐慌将影响两类主体的行为:一是行政机关的官员可能感到恐慌;二是行政机关的官员可能不会感到恐慌,但公众可能感到恐慌。而对公众的恐慌,行政机关官员被迫做出恐慌的反应。“恐慌”理论主张者认为,恐慌通过两种机制来影响行政机关官员或公众的行为。

1. 生理上的机制。这一理论的主张者指出,在某种程度上,恐慌是对一种威胁的纯粹的生理反应,这种反应是超过意识控制之外的。<sup>[15]</sup> 行政机关对紧急状态的反应——这是一个恐慌性反应——与通常情况下人们对恐慌反应过程相类似:(1)这种反应出自本能,并且不是理性的,因而易于犯错误;(2)这种错误将会偏向于过度反应的方向。

2. 认知上的机制。<sup>[16]</sup> 这些学者认为,人们(当然包括行政机关官员)是在一系列的认知限制和偏见的情况下行动的,这使得人们无法真正掌握某种类型的风险或威胁发生的可能性及其危害后果。虽然在通常情况下,人们的行为也会受到认识限制的影响,但在严重危急时刻,特别是受到恐怖分子打击后,当人们的恐惧、担心、憎恨以及类似的感情涌上来时,就特别容易激发认知限制和偏见。此时,人们不是依赖于理性的讨论和分析,而是依赖于认知推测来作决定。而这种认知推测又强烈地依赖于预期理论,即人们倾向于将某一危机事件将会发生的可能性与危害结果,与他们设想同类事件已经发生的结果联系起来。

因此,行政机关应急政策或措施的问题不是在于它们是理性的从而能够客观地限制公民自由,而是非理性的从而在没有提供更多的国家安全利益的同时,却侵害了公民自由。所

[14] 参见 Geoffrey R. Stone, *Civil Liberties in Wartime* p. 38, New York, NY: W. W. Norton & Co. (2004); Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, Vol. 113 *Yale L. J.* 1029(2004)。

[15] 参见 Eric A. Posner, *Fear and Regulatory Model of Counterterrorism*, Vol. 25 *Harv. J. L. & PUB. POL'* Y 681(2002)。

[16] 参见[美]凯斯·R·孙斯坦:《风险与理性——安全、法律及环境》,师帅译,中国政法大学出版社2005年版,第41-52页。

以,国会在紧急状态发生之前制定一部紧急状态宪法<sup>[17]</sup>或紧急状态发生之后进行明确的授权是适当和必需的。<sup>[18]</sup>“恐慌”理论否定了“顺从”理论基本观点。

## (二)“民主失败”理论

“民主失败”理论的代表人物有芝加哥大学法学院的杰弗里·R·斯通(Geoffrey R. Stone)、乔治城法律中心的大卫·科尔(David Cole)等。<sup>[19]</sup>这些学者同意“顺从”理论的某些观点,即在紧急状态下行政机关的官员是理性的,并且他们以多数选民的代理人的身份出现,而多数选民也是理性的。但这些学者又认为,由于选民不仅是理性的,而且也是自利的,这将导致行政机关在提供安全政策时,会以多数人的利益为导向,而以牺牲政治、意识形态或种族上的少数派的利益为代价。

民主失败理论还认为,虽然与通常情况下相比,紧急状态下的选举方式和选民结构并没有发生变化,因而民主失败发生的概率不会发生很大的波动,但是由于政治、意识形态或种族上的少数派,要么没有投票权,要么对行政机关的安全决策没有多大的影响力,以至于行政机关会通过了一些将全部或部分的安全成本外化到这些人身上的措施。比如9·11恐怖事件后的“伊斯兰原教旨主义者”和“阿拉伯人”等,都被人为地从社会中“隔离”开来,受到多数人的谴责和歧视,甚至成为行政机怀疑的对象。

那么如何防止民主的失败,如何避免多数将少数派作为替罪羊,或者以机会主义的方式,利用紧急状态来侵害少数派的利益,民主失败理论认为需要通过法院的司法审查来加以弥补。但考虑到紧急状态时期与通常状态下民主失败发生概率相差无几,因而无需法院实施比通常情况下更为严格的司法审查——这一点与“恐慌”理论的主张者不同,而是要求法院实施与通常情况下同样严格的司法审查。于是联邦最高法院在1938年的著名的卡罗琳制品公司案(Carolene Products)中所确立的“双重基准”可以以防止民主的失败。<sup>[20]</sup>换言之,卡罗琳制品公司案的框架既可以适用于通常时期,也可以适用于紧急状态时期。它的基本要求是,一般情况下,假设行政机关的措施或政策是有效的,因为这些措施或政策已经要求多数内生自己的行为成本,但针对种族、政治或意识形态上的少数派的政策或措施则应当进行严格的审查并假设为是无效的。而法院被假设为要求行政机关通过针对一般目标或对象的措施或政策,而不是针对特定目标或对象的措施或政策。行政机关的行为如果针对异议者、被剥夺公民权利者、或公众中的被离散和被孤立者,那么法院就应当对其进行严格的审查,以找出种族、政治或意识形态上的少数派是否成为仇恨或机会主义的替代品。

## 四 “顺从”理论的反驳

### (一)对“恐慌”理论的反驳

第一,在行政机关的行动中,恐慌并不总是扮演一种否定的角色。与“恐慌”理论主张者的观点——恐慌妨碍行动——相反,他们认为恐慌具有认知和动机上益处。为此,他们提

[17] Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, Vol. 113 *Yale L. J.* 1029, (2004).

[18] Cass R. Sunstein, *Minimalism at War*, 2004 *Sup. Ct. Rev.* 47 (2005).

[19] Geoffrey R. Stone, *Civil Liberties in Wartime* 38 *New York, NY: W. W. Norton & Co.* (2004); David Cole, *Their Liberties Our Security: Democracy and Double Standards*, Vol. 31 *Int'l L.J. Legal. Info.* 290, 304 (2003).

[20] *United States v. Carolene Products Co.*, 303 U. S. 144 (1938).

出了两种类型的恐慌：<sup>[21]</sup>一是干扰认知的恐慌，当某人感到恐慌时，他对威胁的反应是自发的而不是理性的，在某种程度上是有偏见的。二是不会干扰认知的恐慌，或者说如果其的确能够干扰的话，那么也有助于良好的行动。这是因为恐慌能够提高人们的意识。感到恐慌的人对威胁就会适应并且对环境的任何细小变化都能够保持警觉。同时，恐慌还提供了积极行动的动机。当一个完全理性的人花费大量的时间进行思考时，一个恐慌的人会迅速行动，并且迫使其集中资源以解决问题。在这个意义上，恐慌不仅促进行动，而且还促使思考。

就涉及到紧急状态下行政机关官员的行动而言，“顺从”理论的主张者对恐慌提供了一种更为建设性的角色。在紧急状态发生之前，行政机关官员是自满的。对于国家所面临的潜在威胁，他们并没有清楚的或热情的思考。当恐怖分子的攻击发生后，恐慌代替了自满，促使他们行动。虽然恐慌可能驱使行政机关的官员片面扩大将来的威胁，但也会唤醒他们对威胁的认识，而在这之前是不会思考的。“顺从”理论的主张者还认为，虽然不能抽象地认为在恐慌条件下行政机关所做的决定就比在平静条件下所做的决定更为理性，但也没有理由让人相信因恐慌而引发的行政决定会更糟糕。

第二，即使恐慌的确扮演了一个否定的角色并且相对于通常状态，在紧急状态下恐慌对行政机关的行为有更大的影响，那么这些影响是否能够通过法院的司法审查或者国会的授权来解决，则是让人怀疑的。因为在紧急状态时期，法官并没有政治权力来反对行政机关，法官的作用是相当有限的。同时，法官和国会议员并不比行政官员能够更好地理解紧急状态，况且法官和国会议员也是人，他们也会受到恐慌的影响。事实上，只有处于行政机关中的官员，才能做出一项可靠的决定，因为他们对国家安全的措施享有更多的信息和更好的动机，并且具有更好的制度责任。

更为重要的是，通过宪法或法律规范的承诺来遏制行政机关的过度反应是徒劳的。这是因为，一方面人们无法设计事先的承诺机制来防止恐慌影响人们的行为。另一方面根据制度绩效之比较理论，没有理由让人相信国会的授权就能够减少恐慌对行政机关的应急措施的影响从而产生净收益。而大量的证据也表明，国会的授权对于法院的审判意义并不很大，由于法官享有广泛的自由裁量权来解释法律，因而在全国的法律体系中，法官总能发现隐藏着某一有关国家安全的法律，从而能够表明国会已经授权行政机关行动的权力。国会授权对法官的主要作用在于解决其在审查行政机关的紧急政策时面临的困难。法官们知道行政机关的行为可能出自机会主义或恶的动机，但他们也知道这些政策是极端重要的安全政策，由于国会的延缓，而没有进行授权。更为糟糕的是，法官们并不知道这种错误情况的概率是多少，他们无法从行政机关的热情中排除机会主义。于是，法官就有非常强烈的愿望顺从行政机关。当他们发现国会的授权也已经同意了行政机关的政策——不论多么牵强，就会以国会的授权为依据来顺从行政机关。法院这样做对自身来讲不仅成本不大，而且还能够向公众表明行政机关的行为并不是不受限制的。这就表明，在很大程度上，国会的授权对于法官而言是一种为自己的行为获得合法性外衣的便宜机制。<sup>[22]</sup>

第三，即使相对于和平时期，在紧急状态下恐慌的确扮演了一种否定的角色，那么也未必就是倾向于安全利益。恐慌既能够导致自由的恐慌——引发过度的自由，从而轻视国家

[21] Kuran & Cass R. Sunstein, Availability Cascades and Risk Regulation, Vol. 51 *Stan. L. Rev.* 683 (1999).

[22] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 52 - 53.

安全;也能够导致安全的恐慌——引发过度的安全,从而过分限制自由。而“恐慌”理论的主张者只看到安全的恐慌,却没有顾及自由的恐慌。从经验来看,同一时期,一个社会的不同地区更多的会同时经历自由的恐慌和安全的恐慌,不会出现只经历安全的恐慌或自由的恐慌的情况。并且,一个社会某一部分人经历安全恐慌的可能概率,与另一部分人经历自由恐慌的可能概率是差不多的,不会出现全部经历恐慌安全或全部经历自由恐慌的情况。

## (二)对“民主失败”理论的反驳

第一,紧急状态下少数派的权益不一定会受到侵害,反而经常会提高。<sup>[23]</sup>他们认为,从历史上看,紧急状态一直是社会进步的发动机。在紧急状态时期,行政机关在军事和政治方面同时需要少数派的技术和忠实,而这种军事和经济的需要,会随着时间的推移扩大选举权的范围,减少阶级特权,提高行政机关的责任。比如说,在英国,2005年7月7日伦敦发生爆炸事件不久,众议院就通过了一项保护穆斯林人的法案。为对恐怖分子作斗争,阿拉伯人和穆斯林人的技术、语言和贡献将变得更加有用,更加必不可少。<sup>[24]</sup>

第二,即使存在民主失败的情况,但这与过度的安全之间没有必然的联系。<sup>[25]</sup>他们指出,并不能从“民主失败”理论中推测出行政机关一定会出台过度保障安全的政策或措施。因为,具有自利的多数人也可以要求行政机关过度地提供其他公共物品,包括自由。当民主上的多数没有完全承担某一项安全政策的全部成本时,民主上的歪曲就会产生。此时,行政机关将会在错误的方向上提供公共物品。安全是公共物品中的一种,自由则是另一种。有时,多数会要求行政机关提供过度的自由,比如对恐怖主义威胁的不充分的管制或规范,当多数没有承担恐怖主义的所有的期待成本时——这些成本或许由某些特别地区或特殊人群来承受。因此,多数会外化自由的成本,也会外化安全的成本。不能从民主的失败中得出过度安全的结论,有时也会出现过度自由的情况——当多数可以期待某一措施的成本会不合比例的置于少数派身上时。

第三,卡罗琳制品公司案的分析框架在紧急状态时期是失调的。<sup>[26]</sup>“顺从”理论的主张者指出,紧急状态下法官适用卡罗琳制品公司案在两个方向上面临错误风险:一是他们可能错误地认为那些从“民主失败”理论中产生的政策是有效的;二是他们可能错误地否决那些对于国家安全而言所必需的政策。第一种错误的风险和成本在通常时期与在紧急状态时期是相同的,但第二种错误的风险和成本在紧急状态时期则会上升。这是因为在紧急状态时期,法官的信息特别的贫乏,他们将公平的政策从不公平的政策中选择出来的能力非常弱,而错误地阻止必需的安全措施的成本又极其的高。这些成本当中有一项是延期的成本,即法官暂时阻止新的政策的成本,而这一点在紧急状态时期是特别严重的,因为时间就是一切。更为重要的是,由于恐怖主义是一种新的威胁,行政机关的安全措施通常具有试验性,当联邦最高法院以宪法的名义宣告行政机关的某个行为无效时,它就扑灭了一场社会试验。当它这样做时,它不仅剥夺了自己,而且也剥夺了整个国家从试验的结果中——涉及到自由、隐私、安全、多样性等其他价值——所能获得的重要信息。

[23] Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Emergencies and Political Change: A Replay to Tushnet*, Vol. 56 *Stan. L. Rev.* 1593, 1595 (2004).

[24] 参见 Douglas Zehl, C. I. A. *Reviews Security Policy for Translators*, *N. Y. Times*, June 8, 2005, at A1.

[25] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 87 - 89.

[26] Eric A. Posner and Adrian Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty and the Courts*, pp. 103 - 106.



## 五 结束语

的确,任何一种理论均源于一定的实践,同时特定的实践也为该理论的适用设定了边界。从美国紧急状态历史来看,“权利至上”理论的依据是1866年的艾克士·帕特·米里甘案。当时,美国内战刚刚结束,在内战中经历了屈辱的联邦最高法院正在寻找机会以恢复其权威,而此案无疑为法院提供了契机。但该理论是否能够适用于现代恐怖主义则是让人怀疑的。正如“顺从”理论的支持者所明确指出的,用一个在150多年之前的判例中所形成的思想来指导美国政府应对现代恐怖主义显然是愚蠢的。<sup>[27]</sup>“折衷”理论的依据是1952年的杨斯顿钢铁公司总统权限案。当时,美国正陷入越南战争的泥潭中,国内反战运动日益激烈,总统杜鲁门处于内外交困状态。法官杰克逊通过总结美国历史上的紧急状态时期的判例,做出一个让后世学人称道的分析框架。他无疑是睿智的,但他也是人,并不是神。应当注意到,作为该分析框架依据的判例并没有涉及到因恐怖事件引发的紧急状态,更与现代恐怖主义的威胁无缘。无怪乎,艾利克·波斯纳以略带讽刺的口吻指出,国会的授权对于法官而言是一种为自己的行为获得合法性外衣的便宜机制。

而以艾利克·波斯纳为代表的学者通过对现代恐怖主义的特点及其实质性危害的诊断提出了“顺从”理论。他们对现代恐怖主义的分析与美国兰德公司的许多专家对新恐怖主义的分析相一致。<sup>[28]</sup>从这个角度而言,与“权利至上”理论和“折衷”理论相比,“顺从”理论更加符合美国社会现实的需要。尽管“顺从”理论比较“极端”,然而通过深入分析该理论的正当性基础,并仔细思考其对“恐慌”理论和“民主失败”理论极具犀利和层次感的反驳,可以发现艾利克·波斯纳等人运用经济学的分析方法较为成功地创立了一种新的理论。显然,这为人们因恐怖事件引发的紧急状态下的司法审查提供了新的认知模式。

---

[Abstract] After the terrorist attacks of September 11, 2001, there has been heated debate in the U. S. academic circle on judicial review under the state of emergency triggered by terrorist incidents. Eric A. Posner and some other scholars put forward the “deference theory”, which differs not only greatly from the civil libertarian doctrine of “the supremacy of rights”, but also from the mainstream “compromise theory”. Based on the theory of tradeoff between freedom and security and the theory of comparative institutional performance, the proponents of the “deference theory” hold that courts and the Congress should show deference to the administrative bodies as long as the acts of the latter are based on rational grounds, so as to promote the overall welfare of society. They have also aggressively rebutted criticisms raised by the proponents of the “panic theory” and the “democratic failure theory”. Generally speaking, the “deference theory” has offered a new cognitive mode to explain judicial review under the state of emergency triggered by terrorist incidents.

---

(责任编辑:天 支)

[27] Richard A. Posner, Not a Suicide Pact—the Constitution in A Time of National Emergency, p. 28.

[28] 参见[美]伊恩·莱塞等,《反新恐怖主义》,程克雄译,新华出版社2002年版,第205页。