

论宪法裁决中的实体价值

——以美国宪法司法审查的理论解说为中心

王绍喜

内容提要:司法审查是美国法律制度的一个重要特征。然而,自马伯里诉麦迪逊案确立该制度之日起,支持和反对司法审查的理论争论就从未停止过,从而形成解释主义和非解释主义之分,实体价值在司法审查中的作用即为该争论之一部分。通过梳理和解读当前具有影响的支持者的理论和反对者的质疑,本文从宪法和法理的角度对两者之间的联系与区别作出检讨。而且,对司法审查理论依据的梳理,有助于理解该制度的理论发展动向。

关键词:司法审查 实体价值 理论解说

王绍喜,法学硕士,万盛国际律师事务所律师。

一 引言

美国法律制度的一个显著特征是司法审查制度,而且,自该制度确立之日起,美国宪法理论学家就为该制度的合法性寻找依据。自然而然地,围绕司法审查的宪法解释主导了美国宪法的理论研究,其中的一个理论争论是美国宪法解释是属于解释主义还是非解释主义。^[1]相应地,在美国宪法解释的语境下,非司法官员是否有义务遵守法院的裁决,^[2]解释的渊源是否局限于成文宪法本身,^[3]以及道德判断是否为宪法解释的一部分,^[4]乃至宪法修改,^[5]都直接或间接地与实体价值在法官司法裁决中扮演的角色相关。

从直觉上而言,没有人会否认美国的民主制度(包括其司法制度)在某种程度上体现着某些价值,无论该等价值如何称谓。^[6]我们所面临的理论问题是:我们为什么要受到实体

[1] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Cambridge: Harvard University Press 1980), p. 1.

[2] Larry Alexander & Frederick Schauer, "On Extrajudicial Constitutional Interpretation", 110 *Harv. L. Rev.* (1997).

[3] Thomas C. Grey, "Do We Have an Unwritten Constitution", 27 *Stan. L. Rev.* (1975) (认为法官在宪法裁决中有时会依赖于价值,但他们并没有公开这么做)。

[4] David A. Strauss, "Common Law Constitutional Interpretation", 63 *U. Chi. L. Rev.* (1996) (认为道德判断在普通法和宪法解释中均为合法)。

[5] Bruce A. Ackerman, "Discovering the Constitution", 93 *Yale. L. J.* (1984); Akhil Reed Amar, "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V", 94 *Colum. L. Rev.* (1994).

[6] 有人称之为“价值”、“实体价值”、“政治美德”、“内在价值”、“道德推理”,也有人称之为“政治、道德原则”。就本文而言,它们是互通的。为突出其意义,本文采用实体价值的提法。

价值的约束? 换言之, 法官是否可以将实体价值纳入其推理来裁决案件, 从而约束我们?⁽⁷⁾ 非司法官员和一般民众是否应受到法院裁决的约束? 如果答案是肯定的话, 理由是什么? 我们是否担心法官将其自己的实体价值强加给我们, 而未经过我们的同意或未提供更好的理由? 我们是否有理由相信法官的实体价值比我们自己的更可靠? 此外, 由于法官不是选民推选出来的代表, 由他们进行价值判断是否违反大多数统治的原则?

如果我们承认实体价值具有约束力, 紧接着的问题是: 哪些实体价值更重要, 因而应受到保护? 在发生冲突时, 哪些价值应优先于其他的价值? 是德沃金的整合性价值、美国人民的自我认同价值, 抑或其他的价值? 与此相关的另一个问题是: 该实体价值是单一价值还是植根于美国政治和文化之中的多元价值? 如果是多元价值, 它们应包括哪些价值? 是否存在确认此等价值的标准?

最后, 如果承认这种价值的存在, 它们应体现为谁的价值似乎也成问题。换言之, 这些价值是官员们的价值、人民的价值, 抑或大众宪政主义学者所认为的并行的价值? 如果其为人民的价值, 它们是如何转化并进入司法裁决中的呢? 如果为官员们的价值, 例如法官的价值, 是否存在更好的理由支持这一观点呢? 我们是否会觉得这赋予了法官太多的自由裁量权? 或许并行的价值能够提供更好的说明?

本文试图对前述问题作出初步的探讨。第一部分将介绍由莫尔 (Michael S. Moore)、德沃金 (Ronald Dworkin) 和佩里 (Michael Perry) 在宪法语境或法学一般理论中所阐述的三种不同理论: 自然法解释理论、整合性法理论和功能性解释理论。在介绍的过程中, 本文将用更多的篇幅来探讨德沃金的理论。这不仅是因为他是当今最重要和最具影响力的法学家之一, 也是因为他的理论很复杂, 值得仔细地解读。

论文第二部分讨论实体价值理论的几种质疑观点: 首先, 伊利 (John Ely) 在著名的《民主与不信任》一书中提出, 实体价值推理是不可能做到的。由于伊利的质疑非常有影响力, 任何有关实体价值的法学理论都应克服该责难。其次, 沃尔德伦 (Jeremy Waldron) 教授提出, 实体价值理论是以结果作为导向的, 支持其的论据难以成立。同时, 由于违背立法之上的原理, 司法审查是不合法的和反民主的。最后, 与第二点相关, 虽然拉兹 (Joseph Raz) 未专门讨论美国宪法的价值, 德沃金的整合性法理论与其所建构的法律诉求权威理论相冲突, 因此有加以探讨的必要。

在论文第三部分, 笔者主张, 由于法官在宪法争议中被赋予最终裁决权, 实体价值在美国宪法裁决中扮演重要的角色。由于其合适命题和依据命题, 笔者认为整合性法理论在解释实体价值为何对于我们具有约束力方面是很有说服力的。然而, 笔者主张, 该实体价值不必是单一价值。基于美国政治和文化的持续变化特性, 笔者认为, 取决于特定的时间或事件, 平等、公平、正义、正当程序和自由均可以成为实体价值。最后, 针对谁的实体价值应受到保护这一问题, 笔者主张, 尽管人民的实体价值表面上很有吸引力, 作为裁决中的实体价值应为法官的价值; 因此, 在发生冲突时, 官员的价值应优先适用。

(7) 在广义上, 这一问题可以被解释为我们是否有遵守法律的义务问题。对后者的一般性探讨, 请参见 Stephen Perry: "The Obligation to Obey the Law", in Scott Hershovitz (ed.), *Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin*, (Oxford: Oxford University Press, 2006)。有趣的是, 佩里教授似乎认为遵守法律的义务来自内在的价值。

二 三种理论

有关实体价值的第一个问题是为什么实体价值应包括在宪法裁决中,并具有约束力。在这方面,三位法律学者,即莫尔、德沃金和佩里,分别提出了自然法解释理论、整合性法理论以及功能性解释理论。

(一) 自然法解释理论

对莫尔而言,解释理论为法律推理的一部分,告诉法官如何从解释陈述中得出前提。^[8] 由于解释理论在整体的法律推理理论中承担着具体的角色,莫尔认为它回答了法官如何得出连接事实和法律的解释前提。^[9] 通过这样的解读,莫尔认为,法律实证法学家和自然法学家的争论可以理解为确定任何前提所需的价值判断是否是权威性的判断,形式主义和法律现实主义支持者的争论可以理解为是否存在自由的方式去得出法律的前提。^[10]

作为出发点,莫尔一方面认为价值可以且应该进入每个案件的裁决。^[11] 另一方面,他却小心地对“真实的”价值判断和传统的价值判断作出区分。在莫尔看来,传统的价值和真实的价值的区别在于什么是“真实的”道德和什么是以某些共享的价值作为依据的“道德”。^[12] 莫尔认为,是“真实的”道德,而不仅仅是传统的道德或“共享的价值”,在法律解释中具有必要的地位。^[13] 这是因为,对于莫尔而言,所有的传统价值理论都避免不了支持流行价值判断的共同缺陷。^[14]

为什么价值应进入法律解释中来呢?莫尔的解释似乎是功能性的。莫尔认为,价值在司法裁决中扮演着不同的角色:^[15] 首先,它有助于发现由于某些法定用语随着语境而变化的用语的含义。其次,遵循先例原则要求根据某人的最好道德理论对什么是相关的或无关的作出判断。最后,价值判断在解释是否符合规则的目的这一问题出现时是必需的。莫尔认为,正是最后一种价值判断要求法官在更重要的实体价值的名义下决定是否推翻词语的普通含义、以往的裁决或是否符合法律的目的。^[16]

在哪些价值应进入到宪法裁决这一问题上,莫尔认为,是真实的价值,而非传统的价值,应占主要地位。^[17] 在莫尔的理论中,法官扮演着很重要的角色:法官应运用自己的价值判断去发现事实和道德事实。在莫尔看来,这不应使得我们感到恐惧,因为该恐惧并非针对运用真实的价值。如果说这是一种恐惧,矫正的办法是使法官发现更好的、真实的价值。^[18] 莫尔拒绝这种观点:共享的价值更加民主,因为人们受到其共享的价值的支配是有益处的。^[19] 然而,莫

[8] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", 58 S. Cal. L. Rev. 283 (1985).

[9] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 284.

[10] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 284.

[11] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 376.

[12] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 378.

[13] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 286.

[14] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 379.

[15] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", pp. 382-386.

[16] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 377.

[17] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 388.

[18] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", pp. 388-389.

[19] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 390.

尔似乎没有完全反对传统的价值,因为他说依赖真实的价值,而不仅仅是传统的价值将有助于提升真正的平等,而不仅仅是平等的外表。^[20]

在回应伊利和其他人的怀疑时,莫尔认为道德问题存在正确的答案。^[21] 莫尔认为,即使我们同意这些怀疑,它们针对的是因循守旧道德主义者,而非现实道德主义者。^[22] 由于因循守旧道德主义者依赖社会惯例去发现道德观点,它将面临着受到怀疑主义者攻击的窘境,因为该惯例有可能因其模糊性而穷尽。而对于现实道德主义者,由于其道德观点并不限于某些词语的传统语境,这并不成为问题。^[23]

(二) 整合性法理论

对于德沃金而言,如同礼节一样,法律是一个解释性概念。在德沃金看来,各个法官的解释理论是对其确信和直觉的回应,他们发展了其对于实践中自己职责的最佳解释。^[24] 德沃金完全赞同法官在裁决中运用自己的价值判断。然而,德沃金认为,由于法律的范例,解释者不能自由地解释,而应受到诸如先例、一般的知识环境、法律程序以及法律文化的约束。^[25]

德沃金认为,法官应以一致的方式进行裁决,并应受到政治整合性价值的指导。为什么这显得重要呢? 德沃金认为,一方面,法律实践的最重要和最根本之处在于指导和限制政府的权力。换言之,法律的主要目的是通过限制政府的权力来保护权利。正如他所说的:

法律坚持认为不使用或拒绝使用权力……除非为源自什么时候集体权力是合法的以往政治决定的个体权利和义务所同意或需要。^[26]

在德沃金看来,正是个体的权利使得政府使用集体权力变得有依据:

法律预设权利提供了使用或拒绝使用国家集体权力的依据,因为它们体现或暗含在以往实际的政治决定之中。^[27]

然而,德沃金认为,权利和义务不必是明示的,它们可以源自个人道德和政治道德原则,而该原则通过正当的方式由明确的政治决定加以预设。^[28] 因此,对于德沃金,国家权力的合法性可以从保护个体权利的角度来说明。但是,德沃金认为,国家对公民使用权力的合法性依据和对后者加以真正的义务并不相同。^[29] 因此,应对公民为何有义务遵守该决定(包括其中的实体价值)的依据作出解释。

德沃金的理论首先假定存在一个高度拟人化的社会或国家。^[30] 德沃金认为,如果我们能够说明在该社会中的公民有义务遵守该决定,则在他们之间存在真正的义务。德沃金主张,在一个有原则的社会里,人们仅在它们接受共同原则约束时才是真正政治社会的成员,

[20] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 391.

[21] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 286.

[22] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", p. 380.

[23] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", pp. 379 - 381.

[24] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge: Harvard University Press, 1986), p. 87.

[25] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 88 - 90.

[26] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 93.

[27] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 96.

[28] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 96.

[29] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 191.

[30] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 167.

而该等原则是不可穷尽的。^[31] 在该社会中,存在着一种特别的、个人化的关系,他们彼此相互关注,而该关注是平等的关注。^[32] 德沃金认为,如果这四个条件得到满足,则该社会为真正的社会,该社会中的公民彼此间存在着一种连带的义务。^[33]

宪法争议中的价值有哪些呢?在德沃金看来,它是政治整合性或整全性。德沃金认为,整合性是独立于公平和正义的理念,它们相互之间可能发生冲突。^[34] 德沃金还认为,有时候公平和正义必须服从于整合性。然而,德沃金承认整合性不必或不总是优先于其他价值。^[35] 在德沃金看来,整合性原则始终有着如何行使国家强制权力的最先的话语权,即便不是最终话语权。^[36] 而且,德沃金认为,接受整合性的社会扩大和深化了公民个体在发展其社会的公众信念过程中所扮演的角色,并坚持认为公民应接受对其的要求,要求其他人分享和扩展道德的维度,并渗透到公民的道德和政治生活中来。^[37]

那么谁的实体价值应受保护呢?德沃金认为,存在着两种政治整合性原则:立法原则和裁判原则。^[38] 由于这两种原则均为官方的,德沃金似乎支持的是官员们的价值。尽管德沃金没有详细地讨论立法整合性,我们可以从其裁判整合性的阐述中把握其思想。德沃金认为,整合性指导法官发现有关社会的政治结构和法律原则的最佳解释,包括对于合适和依据的确信。^[39] 然而,德沃金认为,即使法官直接参与道德和政治确信,还存在一些公共理念或更高级别的有关这些信念应加以妥协的确信。^[40] 但似乎清楚的是,法官的确信是不同于人民的确信的。^[41]

(三) 功能性解释

佩里的理论以区解释性审查和非解释性审查作为出发点。在佩里看来,解释性审查为通过参照体现在宪法文本的某些条款或宪法确定的整体政府结构的价值判断确定某一特定政策合宪性的审查,尽管其不必是明示的。而非解释性审查则为通过参照制定者确定的价值判断之外的价值判断确定合宪性的审查。^[42] 就司法审查而言,佩里的担心不是解释性审查,而是非解释性审查,因为前者的合法性并非一个很大的难题。^[43]

对于佩里而言,非解释性审查的一大难题在于至少它在表面上是与美国宪法的承诺相反的,这是因为美国人民遵循政府的决策应受到对选举人负责的议员制约这一政治原则,而对选举人负责的决策原则是不言自明的。因此,问题是司法审查,而非该原则,应有合法依据。^[44] 换言之,如果非解释性审查无法提供合法依据,则它是不合法的。佩里认为,为了

[31] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 211.

[32] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 199 - 202.

[33] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 202 - 203.

[34] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 176.

[35] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 217.

[36] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 219.

[37] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 189.

[38] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 176.

[39] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 255.

[40] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 256.

[41] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 250.

[42] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, (New Haven: Yale University Press, 1982), pp. 10 - 11.

[43] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 10.

[44] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 9.

成功地说明此点,该依据应为功能性的依据,尤其是在人权案件中。正如佩里所言:

……在人权案件中的非解释性司法审查,在本国的最高法院塑造的有关人权的所有宪法原则应被裁决为不合法的,因为这样的原则无法如解释性审查的结果那样被解释或维护。^[45]

对佩里而言,只有功能性的解释才能挽救非解释性审查。佩里认为,如果存在非解释性审查的依据,它在性质上必须是功能性的:如果该审查服务于一个重要的政府功能,并以符合对选举人负责的决策原则的方式发挥作用,则该功能可以为实践提供合法的依据。^[46] 在佩里看来,该功能是界定个体对抗政府的权利:

在人权案件中的非解释性审查的功能则为最高法院所解释和执行的与人权有关的价值,而非制定者确定的价值。即确定个体拥有哪些对抗政府的权利(其超出制定者确定的权利)这一功能。^[47]

在佩里看来,还有其他的原因。对选举人负责的决策机构并不适合以道德演化的观念的方式处理该等问题,因为它们倾向于援引已确立的道德习惯,而拒绝发现道德重估和道德进化的契机。^[48] 因此,佩里认为非解释性审查可以被理解为是回应前述问题的有机的政治进步。与德沃金一样,佩里宣称政治——道德问题存在正确的答案,并拒绝道德怀疑论。但对于佩里而言,非解释性审查不仅是对其他政府部门的限制,而且是该审查和对选举人负责的决策之间的对话,而这对于道德进步是有益处的。^[49] 佩里认为,它将使我们在认同受对选举负责的议员制约和认同人们自我意识之间维持一个可共处的空间。^[50]

那么,作为人权案件的决定性规则的价值从何而来呢?佩里拒绝传统或共识作为价值的来源,因为不存在单一的、占绝对地位的美国传统,也不存在对最高法院有帮助的共同的价值观。^[51] 佩里强调,即使存在这样的价值,该解释也会是不成功的。佩里认为,尽管不存在由传统或共识支持的特定政治——道德价值,却存在一个美国人民自我意识的基本观念。^[52]

佩里主张,这一观念可以被描述为宗教的,而作为该意识组成部分的是预言观念,因此,该宗教意识提供了最终澄清人权案件中非解释性审查功能的重要题材。^[53] 换言之,该功能是预示性的。佩里认为,宗教意识涉及对道德进化观念的认同,而进化的性质将使我们意识到我们的世界并非是完美和完整的;因此,我们应不断地取得更加宽泛和深入的意识。^[54]

由于认为司法审查对于美国人民的自我意识和道德进步是有利的,佩里似乎暗示包含在司法裁决中的价值应是公民的价值,即美国人民的价值。但是,由于佩里并没有提出自然法或超人法官,人民的价值如何进入司法裁决这一点是不甚清楚的。^[55] 佩里似乎暗示,在人权案件

[45] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 91.

[46] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, pp. 91 - 92.

[47] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 100.

[48] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 100.

[49] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 114.

[50] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, pp. 101 - 102.

[51] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, pp. 93 - 94.

[52] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 99.

[53] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 98.

[54] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 99.

[55] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, p. 99.

中最高法院更善于处理自我意识和道德进步,因为立法者太过于依赖已确立的道德习惯了。^[56]

三 质 疑

然而,上述自然法解释、整合性法理论或功能性解释是否能令人信服呢?由于莫尔强调发现真正的实体价值,自然法解释理论似乎与现实主义法学相近。但如下文所要讨论的,宪法学学者伊利的其中一个标靶即是现实主义法学,因此,莫尔的理论能否站得住脚,不无疑问。同样有疑问的是,发现宪法的实体价值在理论上是否是可能实现的,此即伊利的不可能命题。如果伊利的观点成立的话,德沃金的整合性法理论似乎也难以成立。而且,整合性法理论是否违反大多数统治的民主原则,功能性解释是否以结果为导向,自然法解释和整合性法是否与法律诉求权威相冲突,均需要加以探讨。

(一)不可能发现根本价值

伊利认为,根本价值是无法发现的。在伊利看来,法官以“客观的”和“发现”的名义采取的方法是神秘的,现实主义法学家已经指出了这一点。^[57] 伊利的主要攻击目标之一即是现实主义法学家。对于伊利来说,现实主义法学家的理论完全不是裁判理论,因其没有告诉我们是谁的价值。伊利认为,暗含的价值没有告诉我们是作为倾向或实际上这样做的真相。^[58] 因此,在伊利看来,由于该认识意味着对其整个解释理论的接受,以法官自身的价值作为宪法根本价值的这一方法是不可接受的。^[59] 伊利进一步指出,即使我们同意现实主义法学家奇怪的假设,这与“我们政府”的基本民众理论是不可调和的。^[60] 因此,以现实主义法学为依据的发现真实价值的自然法解释理论面临着伊利的双重责难:一方面,其未能告诉我们是谁的价值;另一方面,它与宪法民主理论无法调和。

即使承认根本价值是可以发现的,伊利也并不认为法官更有能力这样做。伊利反对宪法学学者比克认为法官更有能力追求政府的目的的主张。^[61] 伊利认为这是错误的,因为这一观点认为法院比立法者更善于作出道德判断。^[62] 在伊利看来,谬误在于认为推理能使法官发现宪法的价值这一前提。伊利指出,这一方法最终将导致从当代道德哲学家的著作中寻找价值。^[63] 更重要的是,法官挑选出的价值对于其他人而言可能不是根本价值,因为司法选择的根本价值可能是制度性的偏见,其可能为社会上层阶级的价值。因此,伊利认为,通过推理得出的根本价值可能是空洞的;如果不是,由于它是极度精英化和反民主的,因此应被摒弃。^[64]

由于根本价值可能来源于自然法、传统或中性原则,伊利逐个论证其不可能性。首先,伊利认为自然法的方法也是不可能的。如果自然法进入宪法裁决,其可能是一种价值,但伊

[56] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, pp. 100 - 101.

[57] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 44.

[58] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 44.

[59] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 44.

[60] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 45.

[61] 亚历山大·比克(Alexander M. Bickel)是美国20世纪60、70年代最有影响力的宪法学家,其在《最不危险的部门》(*The Least Dangerous Branch: The Supreme Courts*, New Haven: Yale University Press, 1986)为最高法院的司法审查辩护,其中的一个重要观点是司法部门相比于其他部门更能强化政府的目的。

[62] Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Courts*, p. 56.

[63] Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Courts*, p. 58.

[64] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, (Cambridge: Harvard University Press 1980), p. 59.

利认为尽管美国宪法中存在某些有关自然法的历史记录,这不具有很大的分量。^[65] 伊利认为自然观念在美国社会是不光彩的,因为自然法太过于模糊以至无法辨别有利的东西,即它能提供所需的任何东西,因此可能被任何人利用。^[66] 而且,伊利对于自然法的伦理推理抱有极大的怀疑,因为其可从一个应然到另一个应然的方式推导出来。因此,伊利总结说,美国社会不接受可发现的、客观上有效的道德原则。^[67]

伊利同样反对中性原则,因为其没有告诉我们该等原则的合适性或法院应如何得出其体现的价值。^[68] 在伊利看来,传统同样无法成为法官寻找价值的来源,因其不确定性和向后看的反民众特点。^[69] 司法审查的主要功能由非选举或政治上负责的机构来行使,^[70] 以及宪法的发展已实质上强化了受被统治的大多数控制的最初认同,因此,伊利的结论是,由于其哲学是反民主的,道德绝对主义者和道德相对主义者均告失败。^[71]

从以上可以看出,尽管伊利没有明确地针对德沃金的整合性法理论,但由于德沃金的理论建立在法官对于合适和依据的确信,法官们的道德判断几乎是无所不能的;因此,伊利前述对于法官有能力追求更强的政府目的和制度性偏见的论述,同样地适用于德沃金的理论。同时,佩里的功能性解释理论也无法逃避伊利上述的质疑,因为尽管伊利承认法官在某些案件中适合发挥作用,^[72] 但法院在人权案件中是否更善于提供保护仍是不无疑问的。与沃尔德伦相似,伊利并不认为法官在司法审查中可以发挥很大的作用,毋庸置疑,伊利主张该等事务应留给民众代表机构通过政治程序来解决。

因此,对于伊利而言,尽管某些条款,如自由行使条款中的宗教部分体现着实体价值,它们只是极少数的例外。^[73] 与此相反,司法审查展示了程序价值或参与价值,实体价值的选择与调和应完全由政治程序来决定。^[74] 因此,在伊利看来,通过提供不同的程序保护和阐述作出实体裁决的方案,裁决程序将平等地对所有人公开,而裁决的作出者应考虑该等裁决将影响到的所有利益。^[75]

(二) 以结果为导向的功能性解释

为什么法院通过司法审查来解释宪法,而不是通过民众代表机构来进行呢? 杰里米·沃尔德伦认为,法院的司法审查实际上是以结果为导向的,并且是反民主的。为此,他首先区分强度司法审查和弱度司法审查。在沃尔德伦看来,强度司法审查是法院有权将法律适用于特定案件或修正法律的效力以使其适用与个体权利相一致的一种审查。^[76] 强度司法审查是沃尔德伦的攻击目标。沃尔德伦反对在核心案件(例如个体权利案件)中进行司法

[65] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 50.

[66] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 50.

[67] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 54.

[68] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 55.

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

[70] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 5.

[71] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 7.

[72] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 102.

[73] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 94.

[74] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 87.

[75] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 100.

[76] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", 115 *Yale L. J.* 1346 (2006).

审查,因为似乎只有在典型案件中法官的所作所为才有合法的依据。^[77]

沃尔德伦指出,以结果为导向的解释可能具有三方面的优势:出现在法院面前的是特定案件中的问题,法院的方法以权利法案本身为导向,以及推理和给出的理由在司法裁决中起着重要的作用。^[78]然而,在沃尔德伦看来,这些优势均是站不住脚的。因为,法官在具体案件中更具有道德洞察力的观点很多时候是个神话,因为在特定案件诉至更高一级的法院时它就不再是具体的。相反,争议的标的是抽象的权利。因此,与侧重于具体的术语相反,法院总是以普遍性的用语对该问题进行强调。而且,对于沃尔德伦而言,疑难案件导致糟糕的法律。在该种情形下,应当是立法者,而非法院,处于更好的地位去处理该等问题。^[79]

就以权利法案本身为导向而言,沃尔德伦指出,权利法案有助于争议各方将焦点放在抽象的权利问题的观点不具有说服力,因为相反的观点同样具有说服力。这是由于该法案的用语要么没有考虑到权利——争议问题,或即使它考虑到了,该表述也可能是错误的。^[80]由于权利法案的强制性表述,认为该表述倾向于缓和某些僵硬条文的形式主义观点也是错误的。^[81]沃尔德伦进一步认为,权利法案可能通过其包含或省略而扭曲司法推理。^[82]

法院所给出的理由并非总是有说服力的。沃尔德伦认为,尽管是以不同的方式,立法者也可以象法院所做的一样提供理由。如果争论的问题是司法裁决的质量更高,由于宪法的语言特点和法院通常采取的取向和方法,这一观点也是虚假的和扭曲的。^[83]对于沃尔德伦而言,即使是推理本身也是有问题的:某些案件的推理,例如罗伊诉韦德(Roe v. Wade)案,是俗套的。^[84]

因此,沃尔德伦的结论是,在公民对权利产生争议时,司法审查并未提供将社会关注放在真正问题上的方法。^[85]在沃尔德伦看来,司法审查并非解决争议的最佳方式。与伊利的主张相似,沃尔德伦主张宪政国家的大多数统治民主原则要求立法代表机构,而非通过法院的司法审查来解决争议。由于立法至上是与普选政府相联系的,司法审查不符合政治合法性的标准,因此,从民主的价值角度来看,它在政治上是不合法的。^[86]如下文所要讨论的,沃尔德伦对司法审查的民主性和法官以结果为导向的做法提出质疑,因而,德沃金和佩里的理论必须回应其提出的质疑。

(三)与法律诉求权威相冲突的自然法解释

约瑟夫·拉兹并未专门阐述有关美国宪法裁决的特定理论。相反,拉兹通过共存命题、普通解释命题和排他命题发展了其法律诉求权威的理论。^[87]在拉兹看来,前两个命题阐述了权威的服务概念,其一方面作出判断并宣示法官应当如何裁决,另一方面人们从权威中得

[77] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1354.

[78] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", pp. 1357 - 1358.

[79] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1380.

[80] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1381.

[81] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1381.

[82] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1382.

[83] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", pp. 1382 - 1383.

[84] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1383.

[85] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1360.

[86] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1353.

[87] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 63.

到启示。^[88] 拉兹认为,由于权威并没有权力将独立的义务强加给人们,排他命题取代了人们自己对案件利害的判断。^[89] 这似乎暗示着人们无法对实体价值作出判断。那么在宪法裁决中是否存在着实体价值呢?

拉兹的答案是否定的。拉兹主张,法律诉求权威拒绝德沃金的理论,也拒绝法律实证主义所主张的包容命题。该命题认为实体价值可以被包含在法律中,作为其必要条件而存在。在拉兹看来,该命题是错误的,因为法律和道德的必要条件并不要求道德原则作为法律效力的条件。毋庸置疑,所需要的是它具有某些道德价值。^[90] 拉兹认为,法律可能拥有必要的道德特性,但这仅仅是因为所有或部分已包含必需制度联系的法律规则具有通常的道德特性。^[91] 包容命题使得法律包含某些与法律的调节角色不一致的某些标准,^[92] 因而与法律诉求权威的性质相冲突。

与包容命题相关的是渊源命题,其决定法官依据什么作出裁决。拉兹认为,法律诉求权威支持的是狭窄的渊源命题,因为它促成法律在最终的理由和人们的决策与行动之间起着调解角色的作用。拉兹主张,该角色的赋予仅根据事实考虑来作出,道德争论可以证明法律机构所宣示的或应当宣示的,但不是他们实际上宣示的或支持的。^[93] 换言之,渊源命题的最重要一点是:这是事实问题,而非道德问题,^[94] 法律的内容是无需道德判断即可辨识的。因此,按照拉兹的理论,似乎法官在裁决中仅仅考虑事实问题,而不必作出包括实体价值在内的价值判断。

拉兹似乎意识到完全排除道德争议是与法律实践不一致的,因此,他提出社会事实是可以有争议的。拉兹认为,法律权威的内容依赖于社会事实这一观点并不意味着它们是没有争议的。^[95] 与德沃金不同,拉兹坚持认为这些社会事实是可以有争议的,在确定之前需要对其作出澄清。但是,这些是社会事实的争议,而非道德判断争议。因此,拉兹的理论似乎在整体上拒绝德沃金所发展的道德推理和整合性法理论。在拉兹看来,德沃金的整合性法理论似乎将太多的强调放在法律的一致性上,而这在他看来是与法律诉求权威的性质相冲突的。^[96] 另一方面,拉兹关于社会事实的争议不禁让人联想起莫尔的发现真实的价值理论,尽管拉兹明确地排斥价值进入法院的裁决。

四 对实体价值的重新思考

(一)为什么我们应受实体价值的约束

如上所述,有关司法审查的任何解释面临着这样的质疑:它是不可能的、反民主的、与法律诉求权威相冲突的。由于宣称实体价值是无法客观发现的,不可能命题是个怀疑的命题。

[88] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 214.

[89] Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, p. 59.

[90] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 227.

[91] Joseph Raz, *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1979), p. 45.

[92] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 229.

[93] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 231.

[94] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 233.

[95] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 231.

[96] Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain*, p. 225.

反民主命题认为,在一个自由民主的社会里它是对大多数统治原则的背离,而相冲突命题则宣称如果法律诉求权威,它应当是排他性的,并应只限于社会事实,而不包括道德价值。

由于与自由社会中的大多数统治原则相反,反民主命题可以表述为反大多数的难题。^[97]自从该命题被提出以来,很多法律学家已致力于论证司法审查并非反大多数,其中佩里提出的功能性解释是相当有影响力的,因为宪法的历史和宪法条文本身都无法提供司法审查的依据。^[98]对于功能性解释而言,正是在人权案件中法院提供的保护为非解释性的司法审查提供了依据,这不仅是因为法院有能力提供保护,而且因为它能为道德的发展提供空间。^[99]

然而,功能性司法解释似乎无法摆脱反民主命题的攻击,至少是对于沃尔德伦的攻击。如沃尔德伦所认为的,所有象罗伊、罗克纳(Locher v. New York)和罗伦斯(Lawrence v. Texas)这样的案件都导致了糟糕的结果,^[100]而认为法院在对个体权利的保护方面比立法者做得更好至少是有争议的。^[101]佩里的功能性解释也没有清楚地告诉我们哪些实体价值应受保护,因为美国人民的自我意识是个模糊的概念,这逃脱不了不可能命题的质疑。而且,宪法史上的一些案件说明道德发展功能并无很大吸引力,杰得·斯科特案(Dred Scott v. Sandford)即为恰当的一个例子。

然而,有一点似乎是清楚的:司法审查的支持者和反对者大致同意法院在有关人权的案件中发挥作用。这意味着司法审查的解释可以走向另一个方向,即法院通过其自身的独立性在司法裁决中容纳实体价值可以为政府侵害个体提供救济,^[102]这正是德沃金理论的核心。在德沃金看来,由于整合性的实体价值不时地出现在法院的裁决中,它不仅与美国宪法的实践相吻合,它还为宪法裁决中的法院提供指导,即德沃金主张的合适命题。而且,德沃金认为实体价值具有约束力,一方面是因为它们要求政府未有充分的理由不得对个体进行压制,另一方面司法裁决也应受其制约。^[103]

德沃金拒绝反民主命题,首先,与伊利和沃尔德伦相反,德沃金主张民主的概念是有争议的^[104]。对德沃金而言,民主并不意味着大多数的统治,^[105]大多数的统治应受到使其公平的某些条件的限制。^[106]在德沃金看来,法律是一个政治概念,而政治概念即价值概念。价值对于法律实践是至关重要的,因为理解它有助于帮助我们更好地理解法律的诉求是什么

[97] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 7.

[98] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 91.

[99] Michael Perry, *The Constitution, The Court, and Human Rights*, (New Haven: Yale University Press, 1982), pp. 100 - 101.

[100] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", 115 *Yale L. J.* 1348 (2006).

[101] Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review", p. 1380.

[102] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 93.

[103] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 176.

[104] 例如,亚里士多德认为,由于城邦是由不同的部分组成的,存在着不同类别的宪法,民主的宪法也存在不同的种类。参见 Aristotle, *Politics*, (Oxford: Oxford University Press, 1995), pp. 143 - 145.

[105] 亚里士多德认为,多数人统治原则存在于包括君主制、寡头制和民主制的所有宪法, Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 152.

[106] Dworkin, *Justice in Robes*, (Cambridge: Harvard University Press, 2006), p. 147. 笔者认为德沃金的这一辩解是很聪明的。亚里士多德曾对民主社会应由个人、少数人还是多数人统治做过探讨,他认为多数人统治的一个缺点是作为统治者的贫穷大多数可能将财富据为己有,而这是不公正的。在亚里士多德看来,正确制定的法律为最终的权威,统治者仅在法律难以作出一般性规定时才作出准确的规定。因此,似乎可以认为亚里士多德也倾向于合法性的限制。参见 Aristotle, *Politics*, pp. 106, 107, 112.

以及是什么因素使得它们是正确的或错误的。^[107] 因此,德沃金的理论解释将民主问题转化为合法性问题。德沃金主张,合法性坚持认为强制性权力在行使之前必须依据正确确立的原则来进行。^[108] 在德沃金看来,由于在社会的公民之间存在关联的义务,实体价值对公民具有约束力,法院的司法审查是合法的。

德沃金认为,不可能性命题也是不能成立的。德沃金拒绝内在的道德怀疑和外在的道德怀疑,并主张对于争议的问题存在正确的答案。^[109] 对于德沃金而言,即使道德是无法客观证明的,这并不意味着我们对道德是什么没有概念。^[110] 因此,不可能命题难以成立。对于法律诉求权威而言,德沃金认为合法性是重要的,因为它在需要权威的情形提供了权威,并且,我们可以通过理解合法性的价值和什么是重要的来理解合法性。^[111] 德沃金进一步认为,法律诉求权威不是必要的,因为价值的概念可以使我们通过发现其部分或全部的价值更好地认识自己。^[112] 德沃金认为,即使我们同意拉兹的权威理论,它也无法解释美国宪法裁决的实践。^[113]

德沃金的理论正确吗? 由于其合适命题和依据命题,笔者认为它是我们现有的关于美国宪法裁决的最佳解释。然而,这并不意味着笔者完全赞同德沃金的理论解释。在多大范围内道德推理起作用? 在涉及到实体价值时法院是否有特别的义务为其推理提供依据? 当法院的道德判断导致糟糕的结果或负面影响时有什么矫正之道? 法院对实体价值的运用是公开的还是秘密的?^[114] 这些问题均不无争议。然而,对于本文而言,笔者认为就实体价值在宪法裁决中的角色和约束力而言,德沃金的理论无疑是对美国宪法实践的最佳解释。

(二) 哪些实体价值

如果我们同意德沃金的理论是有说服力的,接着的问题是在宪法裁决中哪些实体价值应受保护。^[115] 是平等、公平、正义、正当程序、自由或其他价值? 莫尔坚持认为实体价值是“真实的”道德,用他自己的话说是“现实的道德”。如前文所述,这一观点逃脱不了伊利的攻击,因为现实主义法学家是伊利的主要攻击目标之一。如伊利所认为的,它没有告诉我们这些价值是什么。为展开争论,让我们暂时假设法官在事实提供时有能力发现真实的道德。这是正确的吗? 这里道德的问题转化成事实问题,显然,是很难成立的。

也许,莫尔的用意是通过该用语将其与传统的道德区分开来。然而,尽管他不遗余力地攻击传统的道德,莫尔是否全部拒绝传统的道德这一点不是非常明确的。^[116] 在几个地方,莫尔认为真实的道德与受到攻击的传统道德不同。然而,莫尔的争论似乎没有对准靶子。如果莫尔拒绝全部的传统道德,很明显他的争论是站不住脚的,因为如公平、正义和正当程序这些传统价值频繁地出现在法官裁决的引用之中。而如果承认传统的道德,为何还需要“真实的”道德呢? 难道传统的道德都是不真实的吗?

[107] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 169.

[108] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 169.

[109] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 80.

[110] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 83 - 85.

[111] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 178.

[112] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 179.

[113] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 210 - 211.

[114] 这是对宪法裁决中传统的攻击,参见 Rebecca Brown, "Tradition and Insight", 103 *Yale L. J.* 209 (1993)。

[115] 如布朗教授所精彩评论的,如果某些价值必须超越大多数的倾向,则问题是哪些价值和由谁来确定,参见 Rebecca Brown, "Accountability, Liberty, and the Constitution", 98 *Colum L. Rev.* 555 (1998)。

[116] Michael S. Moore, "A Natural Law Theory of Interpretation", 58 *S. Cal. L. Rev.* 391 (1985)。

事实上,即使是德沃金也没有拒绝传统道德。德沃金对因循守旧法学家的反对之一是传统的道德至少在疑难案件中是可以穷尽的,^[117]这正是莫尔自己承认的。如果莫尔只是拒绝德沃金的理论,它的整个理论是站不住脚的,因为他所反对的是传统道德对于法官做出裁决是不够的。可以再次看到,德沃金的解释似乎是有吸引力的。在德沃金看来,整合性不同于公平、正义和正当程序的价值。^[118]整合性比前述价值更为重要。然而,对于德沃金而言,这并非意味着整合性总是优先适用的。如果是这样的话,其他的价值都将是多余的,这是德沃金所极力避免的。德沃金后来通过将其与准确和效率的政治价值相比较详细阐述了这一观念。尽管依赖于准确和效率的政治价值的解释有自己的优势,^[119]德沃金认为一个对价值的成功解释应能视为是现有价值和我们的共享价值计划的功能的解释。^[120]

作为实体价值的整合性是更好的价值吗?我认为也许它是的,但不必然是。如德沃金所承认的,整合性不总是优先的唯一价值,尤其是当它们相互冲突的时候。^[121]如果这是正确的话,为什么我们必须赞同整合性比其他的价值更好呢?这或许是德沃金基于现实而做出的妥协。在笔者看来,这一妥协是不成功的。而且,德沃金只是提到公平、正义和正当程序价值,是否存在其他的价值则置而不论。或许有人主张平等是其中一个价值。而在美国历史上,由于可以保护个体免受政府的侵害,自由被视为更加重要的价值。那么,是否可以将整合性价值视为动态的过程,因而可以容纳其他的价值?德沃金没有明确地指出这点,但由于德沃金强调万能的法官,似乎他并不支持这样的价值。

事实上,丽贝卡·布朗(Rebecca Brown)暗示美国的历史发展和实践证明个体的自由是议会和司法部门所保护的目标。^[122]如果布朗是正确的话,则似乎可以认为美国的实体价值是多元的价值。考虑到美国殖民地的历史,认为多元价值共存的观点是合理的。笔者认为,德沃金之所以认为整合性并不总是优先于其他价值,是因为如果美国人认同单一价值的话,社会将面临更多的危险。在美国内战之前平等保护不是很重要的价值,但在 19 世纪 50 年代它是。在罗纳可时代实体正当程序是重要的价值,而现在则不是,等等。

问题可能在于:哪些实体价值应受保护不仅取决于法院所面临的社会环境和争议案件所涉及的价值,而取决于美国社会不断变化之中的政治和文化。在这点上,德沃金正确地指出法官的裁决应受到所处文化的制约。^[123]平等竞争、对自由的渴望、多元价值和多个政党都是美国社会的特点。因此,我们可以说,由于实体价值体现该等特点,因而可以包含在美国宪法裁决之中。它们包括平等、公平、正义、自由和正当程序,而在发生冲突时某些价值在特定时期或场合会优先于其他的价值。而依据何种标准作出该价值判断是一个有待实证研究的课题。

(三) 谁的实体价值

一旦哪些实体价值应受保护这一问题得到解决,接着的问题是谁来确定它。初看起来,这点似乎是没有问题的:实体价值是人民的实体价值,而这些实体价值应由人民来决定。布

[117] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 128 - 130.

[118] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 217.

[119] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 172 - 176.

[120] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 178.

[121] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, p. 176.

[122] Rebecca Brown, "Accountability, Liberty, and the Constitution", pp. 571 - 572.

[123] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, pp. 88 - 90.

鲁斯·阿克曼^[124]、列里·克拉玛^[125]以及阿希·尔艾玛^[126]等人发展的大众宪政主义提出了市民和官员的实践是相互平行的有趣问题。在一篇重要的文章里,马修·阿德勒教授对谁的实践构成美国宪法的基础进行了探讨。在阿德勒教授看来,哈特教授的承认规则是以官员的实践为基础的。^[127]然而,法律学家如克拉玛和阿克曼似乎认为市民的实践在美国宪法实践中扮演着重要的角色。因此,对于阿德勒教授而言,问题是谁的实践构成美国法律制度的基础,官员的实践还是市民的实践。^[128]

前述争论没有直接地讨论实体价值问题,但它们是有启发性的,因为它们指示我们转向谁的实体价值应在宪法裁决中予以保护。实体价值应为市民的价值这一陈述似乎是有说服力的,因为美国宪法规定政府的权力来源于“我们人民”。然而,这里存在一个实践的难题:人民或市民的价值如何进入司法裁决。^[129]如前所述,佩里并没有为我们提供明确的答案。如已指出的,依据美国宪法,只有一部分权力被授予立法者、行政部门和司法部门,而且该授权远非是绝对的。^[130]换言之,议会代理理论并非完美。问题是,如果将司法审查的权力授予司法部门,人们如何监督其的运作。^[131]

笔者主张,实体价值应为审理案件的法官的价值,尽管他们必须考虑人民的实体价值。在此点上,德沃金的解释是有帮助的:一方面,法官应受某些更高层面限制的约束;另一方面,美国社会的市民对于法官作出的裁决有遵守的关联义务。这一观点对于司法审查的反对者而言是恐怖的。但是认为司法部门和市民之间必然存在冲突的假定不是必要的或有用的,尽管很难否认冲突有时确实存在。然而,这不是什么坏的东西,由于司法部门被认为是独立的,我们至少珍惜司法独立正是美国人民所需要的。^[132]

担忧可能在于,我们无法忍受法官的裁决包含了其自己的价值判断,伊利对此即抱有深深的忧虑。^[133]再次,我们回到了前文提到的反大多数的难题。但如前面所暗示的,反大多数的前提可能是不存在的,因为其不仅假设民主即大多数的统治,而且假定立法者的至上权威。^[134]如果这些假设不能成立或并不象表面上那样有影响力,要求法官不能自己作出价值判断是没有充分理由的。即使拉兹也没否认这点。前提是法官必须是独立的、忠实的,而且推理应是充分的,并以直接的方式作出。^[135]

[124] Bruce A. Ackerman, "Discovering the Constitution", 93 *Yale L. J.* (1984).

[125] Larry Kramer, "Forward: We the Courts", 115 *Harv. L. Rev.* (2001)

[126] Akhil Reed Amar, "The Consent of the Governed: Constitutional Amendment outside Article V", 94 *Colum. L. Rev.* (1994)

[127] Matthew D. Adler, "Popular Constitutionalism and the Rule of Recognition: Whose Practices Ground U.S. Law", 100 *Nw. L. R.*

[128] 阿德勒教授认为不同的群体可以同时参与实践,而来自该实践的法律地位是具有道德权威的。参见同上,第777页。

[129] 在抽象层面的问题是市民的价值如何转化进入司法裁决中。在实践中的问题是,在具体的案件中哪些价值应受到保护。由于司法机构的司法独立与市民的普遍愿望之间可能有冲突,这是一个有待于进一步探究的难题。

[130] 布朗教授认为美国的人民代表只被授予有限的权力,参见 Rebecca Brown, "Accountability, Liberty, and the Constitution", p. 573.

[131] 布朗教授认为,司法机构作为授权的监察者使人民倾向于支持司法独立,且历史也说明了这一点。Rebecca Brown, "Accountability, Liberty, and the Constitution", p. 575.

[132] Rebecca Brown, "Accountability, Liberty, and the Constitution", pp. 575 - 277.

[133] John Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, p. 44.

[134] 布朗教授认为,司法审查反大多数的宪法范例是相当近期的现象,其并没有历史的依据,也不存在作出如此解读的结构性依据,因而应被抛弃。参见 Rebecca Brown, "Accountability, Liberty, and the Constitution", pp. 535, 552 - 558.

[135] Rebecca Brown, "Accountability, Liberty, and the Constitution", p. 572; Rebecca Brown, "Tradition and Insight", 103 *Yale L. J.* 215 (1993).

五 结 语

实体价值包含在司法裁决中已是公开的秘密,而主要的理论问题是为什么我们应受到实体价值的约束。我们已看到两种解释很有影响力:功能性解释有影响力,因为它解释了为什么司法部门应进行司法审查,尤其是在人权案件中。然而,它难以成功地克服反对者的责难。因而笔者认为德沃金的理论在解释实体价值在司法裁决中的角色方面是有说服力的。

对于哪些价值应受保护,笔者认为,由于美国社会政治文化的复杂性和变动特性,包含在美国宪法裁决之中的价值为多元价值,包括平等、公平、正义、正当程序和自由。从理论争论而言,单一的价值也许有吸引力,由于主流的价值在不同时期可能发生变化,单一的价值无法恰当地描述美国宪法的实践。德沃金的整合性法理论因其妥协,无法提供有说服力的解释。

在谁的价值应受保护的问题上。笔者主张,该实体价值应为官员们的价值,尤其是法官的价值。实体价值是市民的价值表面上有吸引力,因为政府的权力(包括司法部门)最终来自人民的授权。然而,代理理论是不完善的,且在如何将市民的价值转化为官员的价值上存在实际的困难。笔者进一步认为,只要我们抛开反大多数的难题假定,并且法官遵守某些条件,作出这一结论是不难的。

笔者想指出的一点是,实体价值在民法法系国家或存在立法至上的普通法国家司法裁决中所扮演的角色并不那么重要。正是司法审查使得美国的宪法裁决区别于其他的法律制度。基于此,我们可以说,在一定意义上,对司法审查的解释即是实体价值的解说,反之亦然。由于法官为了支持其裁决几乎可以考虑任何因素,实体价值与成文法、先例、传统、政策和原则一起,可以成为法律推理的一部分。

[Abstract] One of the significant characteristics of the American legal system is judicial review. However, since it was established by the decision of *Marbury v. Madison*, theoretical debate has never come to a stop, which can be classified as interpretivism and noninterpretivism. This article points out that the issue whether substantive value should play a role in judicial review is part of the debate. While some legal theorists try to justify the rationality of judicial review on different grounds, others challenge that such justification is either impossible or unacceptable. Examining the links and distinctions between the two theories from constitutional and jurisprudential angles, the article concludes that straightening out the theoretical basis of judicial review is helpful to understand the trends of theoretical development in terms of the system of judicial review, as well as provide references for the design and improvement of the system.

(责任编辑:支振锋)