

司法最低限度主义

——评桑斯坦的《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》

颜 廷

内容提要:为证立司法审查制度的正当性,美国学界以往司法审查理论认为,代议制民主过程不可信任,必须由司法权对民主立法进行有效的宪法监督,以保障民主价值目标的实现。桑斯坦则认为,民主过程固然不可信任,但由于司法能力的有限性,最高法院应采取一种最低限度主义的裁决方法,一次一案式地裁决具体案件,避免原则性判决,将社会价值选择问题交由民意机关互动协商解决,以减少错误判决可能导致的严重社会后果,同时培养民意机关的民主协商精神和公民的参政素质,塑造一个健康民主的社会。与其他司法审查理论相比,司法最低限度主义更有效地论证了司法审查制度的正当性。不过,这一理论本身也有其缺陷。

关键词:最高法院 司法最低限度主义 司法最大限度主义 价值判断

颜 廷,南京大学博士,许昌学院现代国际问题研究中心教师。

一 问题与研究概况

20世纪50和60年代,在种族平等、性别平等、政治正义和刑事司法等领域中,沃伦法院的能动主义判决为美国带来了一场史无前例的权利革命。然而,过于能动的法院判决也引起了社会对于最高法院司法审查正当性问题的强烈质疑。批评者认为,沃伦法院秉承现实主义法哲学,不尊重立法机关的判断,颠覆了传统宪政的“立法至上”原则,违背了共和精神。

为应对司法审查制度的正当性危机,在宪法解释的方法论问题上,美国学界主要存在两种意见。一种意见认为最高法院必须关注宪法文本的原初含义或原初意图,并据此裁决每一例案件,这样才能为司法审查的正当性提供有效辩护。这种宪法解释方法一般称为解释主义方法或原旨主义方法。其代表人物是胡果·布莱克大法官、罗伯特·伯克和基思·惠廷顿。

按照他们的看法,最高法院审查民主立法,只是实践了宪法中所包含的“民主多数的意见”而已,司法审查制度的正当性是不言自明的。在现代美国学界,尽管这种原旨主义的宪法解释理论从未成为学术主流,然而从1980年代中后期以来,却受到美国政治保守派的青

睐,逐渐成为最高法院主流宪法解释方法。

另一种意见则支持沃伦法院的非解释主义方法。这种意见认为,司法裁决过程中,法官将宪法与当代社会价值观念相融合是恰当且必要的。其支持者认为,原旨主义方法不具备实践上的可行性。不仅法官分析历史资料获取制宪者原意的能力值得怀疑,且现存的历史资料的真实性也并不一定可信。何况,随着社会的发展变迁,即便能够确定宪法原意,对于今天的社会而言,两百多年前的制宪者原意很难说还具备足够的指导意义。

问题是,如果原旨主义方法不可行的话,那么非解释主义方法又该如何破解司法审查“反民主”这一宪政难题呢?对此,学者们对两种司法审查路径进行了考察。

支持实体价值路径的学者认为,只要司法审查促进了民主的价值,就是正当的。这种意见以罗伯特·麦克洛斯基和亚历山大·比克尔为代表。麦克洛斯基宣称,最高法院必须以考虑国家“长远利益”为己任;^[1]比克尔则认为最高法院的职能就是“界定价值,并宣布原则”。^[2]支持这种意见的还有著名学者罗纳德·德沃金、米切尔·佩里、阿尔伯特·梅隆和乔治·迈斯等人。^[3]

支持程序民主路径的学者则认为,司法审查不应触及民主的实体价值判断,而只能在规范民主程序方面发挥作用。这种意见以哈特·伊利为代表。他认为,“司法部门的角色并不是推翻那些被选择的价值,而是确保所有的价值都能得到平等的考量和选择。”^[4]支持程序民主路径的还有布鲁斯·阿克曼、劳伦斯·莱希格、L. 拉斯基、L. 富勒等人。^[5]

然而,不论学界在宪法解释问题上采取解释主义方法还是非解释主义方法,在司法审查实践方面鼓吹实体价值路径还是程序民主路径,这些学者都有一个共同的特征,即支持最高法院根据宪法宣布原则、判定社会价值。恰恰是这一点,使得司法审查制度难以摆脱“反民主”的指责。

1990年代,这一制度的批评者认为,司法审查破坏了民意机关的自我纠错机能,这样“人民就失去了只有经由正常的途径解决问题和纠正自己错误的过程才能获得的政治经验、道德上的教育和感召”。长此以往,则会“削弱人民的政治能力,麻木人民的道德责任感”。^[6]进而危及美国宪政自由的制度基础。^[7]批评意见认为,即便司法审查能够促进民主的发展,“这一做法仍然会造成民主的损失……我们没有理由认为司法审查提高了社会中政治参与的质量。”^[8]况且这种做法“所能带来的无论什么好处都是以丧失人民进行自我

[1] [美]罗伯特·麦克洛斯基:《美国最高法院》,任东来等译,中国政法大学出版社2005年版,第16页。

[2] [美]亚历山大·比克尔:《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》,姚中秋译,北京大学出版社2007年版,第71页。

[3] 参见 Ronald Dworkin, *Freedom's Law: the Moral Reading of the American Constitution* (Harvard University Press, 1996); Michael J. Perry, *We the People: The Fourteenth Amendment and the Supreme Court* (Oxford University Press, 1999); [美]阿兰·S. 罗森鲍姆编:《宪政的哲学之纬》,郑戈等译,三联书店2001年版; Albert P. Melone & George Mace, *Judicial Review and American Democracy* (Iowa State University Press, 1988)。

[4] [美]约翰·哈特·伊利:《民主与不信任》,朱中一等译,法律出版社2003年版。

[5] 参见 Bruce Ackerman, *We the People, Vol. 1: Foundation*, (Harvard University Press, 1991); *Vol. 2: Transformations* (Harvard University Press, 1998); Lawrence Lessig, "Fidelity in Translation," *Texas Law Review*, Vol. 71, 1993; L. Lusky, *By What Right?* (Matthew Bender & Co., 1975); Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1977)。

[6] [美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第86页。

[7] 美国学界尤其喜欢对照英国的宪政体制,认为没有法院的司法审查,英国国会反而能够自我约束,很好地尊重了普通法传统,很少肆意推翻原则先例。英国的宪政实践似乎可以证明,没有最高法院的司法审查,美国宪政制度一样能够运转得很好。

[8] Jeremy Waldron, "Judicial Review and the Conditions of Democracy", *The Journal of Political Philosophy*, V. 6, 1998.

管理的经验为代价的”。^[9]

这一批评意味着,现代司法审查制度要获得正当性,就不仅要能够促进民主的发展,还必须有助于提升公民的参政素质和民主责任感,以便塑造一个自由、健康的民主社会。为此,著名学者、芝加哥大学法学院教授凯斯·桑斯坦提出了司法最低限度主义理论,并宣称其“最大的目标是去探讨司法最低限度主义和民主自治政府之间的联系。……试图显示某些最低限度主义的步骤是如何推进民主进程而不是破坏民主进程的,是如何促进民主的审慎商议而不是越俎代庖地阻碍这种审议式民主的。”^[10]

二 司法最低限度主义理论的内容

司法最低限度主义理论是桑斯坦对1990年代美国最高法院司法裁决模式的一种经验性概括。桑斯坦认为,近年最高法院裁决案件一般倾向于一次一案地解决具体问题,试图避免原则性判决。作为一种裁决方法,他认为,此前就已经有过许多最低限度主义的司法裁决案例,比如1958年的“肯特诉杜勒斯案”、1976年的“汉普顿诉毛桑文案”和1985年的“克利伯恩诉克利伯恩生活区案”等等。^[11]只是在20世纪90年代,司法最低限度主义才成为“美国法律的最显著特征”。^[12]至于司法最低限度主义促进美国民主这一关键性命题,桑斯坦的理论基础在于司法权制定规则能力的有限性。

(一) 司法能力的有限性

基于对代议制民主过程的不信任,学界大多认为,最高法院必须制定宪法规则,用以指导低级法院及其他政府分支的活动。问题是,当最高法院试图纠正“民主”的谬误时,司法的判断(无论是实体价值判断还是程序价值判断)是否就是可信的?

桑斯坦认为,民主过程固然有缺陷,但也不能过度迷信最高法院制定宪法规则的能力。首先,案件事实本身会牵涉到方方面面的问题,法官获取的信息又不可能全面;加之法官有认知能力上的局限性,这很可能导致裁决错误。而这种错误裁决所得出的法律规则,一旦贯彻实践,就可能带来巨大的危害。其次,值得注意的是,随着社会环境的变化,一些事实和道德价值观念都会发生变化,之前正确的判决也可能变得不合时宜。

因此,桑斯坦不相信“法院能够对原则作出比其他分支更好的系统的理解”。^[13]他坚持,当“有些问题牵涉到复杂的情事或伦理问题,并引发了民主领域的意见分裂及辩论”之时,最高法院应避免否决立法。^[14]桑斯坦认为,1990年代以来的最高法院正因为意识到自己能力的有限性,而越来越采取一种最低限度主义的司法裁决模式。

(二) 司法最低限度主义的实体内容

基于对最高法院制定宪法规则能力的质疑,桑斯坦认为,最高法院应该实践一种“消极的

[9] [美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义》,第179页。

[10] [美]凯斯·R.桑斯坦:《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》,泮伟江、周武译,北京大学出版社2007年版,第6页。

[11] *Brown v. Board of Education*, 349 U.S. 294 (1955); *Kent v. Dulles*, 357 U.S. 116 (1958); *Hampton v. Mow Sun Wong*, 426 U.S. 88 (1976); *Cleburne v. Cleburne Living Center*, 473 U.S. 432 (1985)。

[12] [美]凯斯·R.桑斯坦:《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》,第4页。

[13] 同上注,第15页脚注。

[14] 同上注,第65页。

美德”，不审理时机未成熟的案件、避免宪法性裁决、遵循判决先例、不对其他政府分支提供参考意见，等等。^[15] 裁决案件时，最高法院应“寻求一个狭窄的理由裁决案件，避免清晰的规则和终局性的解决方案”。总之，最高法院应一次一案地解决具体问题，避免制定指导性的宪法规则，而将原则性问题留给民意机关协商解决。这就是司法最低限度主义裁决方法。

桑斯坦认为，司法最低限度主义要求，裁决案件时，最高法院应在两个方面约束其制定规则的欲望：就广度而言，“狭窄”地裁决具体案件，满足于解决具体问题，不制定可据以裁决其他案件的“宽泛”的规则；就深度来说，对案件仅给出“浅显”的裁决理由，避免以“深刻”的基础性原则裁决案件，促使各方避开原则立场的分歧，求同存异，尽快在具体问题上达成共识。1995 年的“合众国诉洛佩兹案”^[16] 就是一例。该案是新政之后，根据商事条款，最高法院以超越国会的权限为由推翻国会立法的第一个案件。该案中，最高法院只是列举了很多事实说明，国会不能禁止公民在学校附近拥有枪支，并没有就此提出宽泛的规则。这明显是一种“狭窄”的裁决方法。同时，法院也没有表述其关于州与联邦关系的理论立场，来证明自己推翻国会相关立法的正当性，而只是说国会禁止公民在校园周边持枪超越了宪法商事条款赋予国会的权力。这又表明最高法院并未拘泥于“深刻”的理论阐述，而仅给出了“浅显”的裁决理由。

桑斯坦认为，遵循最低限度主义裁决方法，能够使原则性问题保持开放状态，“为来自国会和各州持续不断的民主反思预留空间”，从而维护民意机关在制定规则方面的主导地位，使其能够“适应即将到来的发展，达成各种妥协，赋予各种法律主题以新的信息和视野。”^[17] 进而有效地促进美国的政治民主。而且，司法裁决过程中，最高法院还可以利用非原则性的、具体的裁决意见引导民意立法，刺激民主参与和民主协商。正因如此，桑斯坦宣称，司法权是“一种民主审慎的商议系统的一部分”，^[18] 司法审查制度不仅不是“反民主”的，而且是美国政治民主不可或缺的部分。

不过，司法最低限度主义并不意味着司法克制，无条件顺从立法。首先，它只是要求法院避免发布宽泛而深刻的宪法规则，法院并非不能以事实的或者浅显的理由反对不合理的立法。上述“洛佩兹案”就是最好的例子。其次，作为一种理论，司法最低限度主义并未宣称，司法裁决必须完全遵循最低限度主义模式。相反，必要时，法院也可以宣布宽泛而深刻的宪法规则，执行最大限度主义的司法裁决方法。比如，在某一党派控制下的国会制定关于总统选举的立法规则就可能不利于其竞争者，缺乏公平竞争精神，那么在这种情况下，为弥补民主程序的不足，体现平等精神，法院就必须制定那些“民主过程的参与者无法正常制定”的规范。而如果民主立法威胁了当代已经形成“共识”的核心宪法价值观，诸如免于未经授权的拘禁、宗教自由、法治、反对种族或性别歧视等等，那么法院也应坚决捍卫之。桑斯坦认为，在这些情况下，最高法院推翻有关程序或实体方面的民主立法的行为是正当的，因为这保护并促进了美国民主所追求的基本价值。

同样，如果法官获取了足够信息，有足够的理论能力制定相关法律规范，同时其他政府部门这方面的能力又不足，那么法院也可执行最大限度主义的裁决方法，制定相关的法律规则，

[15] [美]凯斯·R. 桑斯坦：《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》，第 13 页。

[16] *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549(1995).

[17] [美]凯斯·R. 桑斯坦：《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》，第 73 页。

[18] 同上注，第 2 页。

为民意机关和公民创造清晰的工作环境。1954年的“布朗案”判决就属于这类判决,最高法院在民选机关相对不作为的情况下宣布了“隔离但平等”原则违宪。而在此之前,对于种族问题,美国社会已经表现出了强烈的道德责任感,法院正是基于对这一社会现实的充分理解才作出这一原则性判决的。当然,桑斯坦也强调说,如果缺乏有关的事实信息,或者案件涉及纠缠不清的道德伦理问题,司法裁决就应谨慎地执行最低限度主义的方法。

总之,作为一种理论,司法最低限度主义不是机械地要求司法裁决一味遵循最低限度主义的方法,而是以裁决能否促进民主的价值目标为标准。从这个意义上来说,桑斯坦从未夸大司法最低限度主义方法的作用,也从未否认最大限度主义方法的有益之处。其主张是,法院必须根据案件的实际情况及具体的社会语境,交替使用最低限度主义和最大限度主义这两种司法裁决方法。

(三)对斯卡利亚大法官和罗纳德·德沃金的批评

为进一步阐述司法最低限度主义理论,桑斯坦还批评了斯卡利亚大法官的民主规范主义和著名学者罗纳德·德沃金的宪法道德解释理论。

司法最低限度主义主张,最高法院应尽量“狭窄”地裁决案件,避免制定“宽泛的”规则,且仅给出“浅显”的裁决理由。与此相反,斯卡利亚大法官却热衷于制定“宽泛”的规则,以指导政府其他分支和公民的活动。他认为,法治的原则始终是和规范相联系的,这才能使得我们的政府更像一个法治的政府。^[19]因此,在宪法解释问题上,斯卡利亚倾向于采取一种民主规范主义的进路,将整部宪法看作是一个规则的集合,并由最高法院根据宪法文本发现并宣布这些规则。在他看来,这不仅能够增加法律的可预测性,为民意机关和公民创造一个清晰的工作环境,更重要的是,这还能够有效限制司法权威及其自由裁量权。

与斯卡利亚固守文本和原旨相反,德沃金主张对宪法进行“整体性”的道德解读。这种解读方法要求,最高法院关于道德的原则性判断必须与宪法的整体结构一致,且这种宪法性道德原则的解释必须是一种前后连贯的系统解释。桑斯坦认为,德沃金的理论是在要求法官对法律提供一种“最佳的建构性解释”,在审理案件时作深刻的法哲学思考。然后在此基础上裁决案件、制定宪法规则。桑斯坦认为,作为著名的法哲学家,德沃金显然对司法裁决抱有这样的观点,即法官裁决案件时须给出“深刻的”裁决理由。

桑斯坦承认,某些时候法院可以采取最大限度主义的裁决方法,但他反对法院一味地寻求制定“宽泛”而“深刻”的规则。他认为,案件所处的社会语境是变动不居的,抽象的宪法规则不可能一劳永逸地解决所有具体问题,“没有任何脱离语境的法律解释能够起作用”。^[20]他批评斯卡利亚大法官的民主规范主义将整部宪法当作是规则的集合,试图规范政府其他分支及公民的活动,是“一种乔装成司法克制的司法自大”。^[21]桑斯坦认为,民主规范主义的最大优点是能够保持法律的可预测性。但这不能压倒促进民主这一根本目标。法院是否应制定宽泛的规则,应该看社会语境及各种实际情况而定。比如对于互联网络上的言论自由问题,由于无法收集关于这种新技术发展对言论自由的影响的全面信息,法院不应贸然制定清晰的宪法规则,以避免错误判决所带来的反民主后果。而像同性恋权利问题,

[19] 参阅[美]凯斯·R.桑斯坦:《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》,第257页。

[20] 同上注,第267页。

[21] 同上注,第317页。

美国社会尚处于民主辩论时期,也不能由法院制定清晰的规则,越俎代庖地替美国人民作出选择。如果在信息不充分、社会主流价值观尚未明确的情况下,最高法院不顾客观情况,一味地制定规则,那么对促进美国民主这一目标而言,并非福音。

对于德沃金要求裁决案件时必须从道德视角进行法哲学思考的主张,桑斯坦认为,他没有考虑到大法官能力和精力的有限性,更没有考虑到当今社会多元主义的特质。面对着堆积如山的待审案件,法官需要的是了解事实,获取尽量多的信息,而不是把自己当作哲学家,对每一个案件进行深刻的哲学思考。他认为,在这个多元异质的社会里,对任何一件事情,总是会存在不同的立场和看法,理性立场与非理性立场总会相互缠绕、纠结不清,最高法院没有判断这类原则性问题的足够能力。他主张,法院不能依据抽象的哲学判断就立即采取行动,试图迅速贯彻那些原则性结论,那些以其哲学雄心指导自己司法实践的法官们可能会犯下代价高昂的错误。^[22] 桑斯坦举例说,1857年旨在保护奴隶制度的“斯科特案”判决、1905年禁止各州规定最高工时的“洛克纳案”,都利用自由和平等这种极具理论野心的主张来否定立法效力,使得国家在很长一段时间内都生活在最高法院判决的阴影之中。而像1976年推翻竞选活动经费立法的“巴克莱诉瓦莱奥案”,以及1989年禁止一项肯定性行动的“里士满诉克罗森公司案”至今仍使得整个国家生活在阴影之中。^[23] 为此,桑斯坦认为,司法裁决应建立在对事实分析的基础上,获取尽可能多的案件信息,通过对以往案件进行类比推理的方法,而不是哲学的方法裁决案件。这样,法院不仅能够比较容易地以“浅显的”理由裁定案件,而且这种个案裁决方法还能够使未来的司法裁决保持着“某种弹性”,一旦先例判决不适于未来的具体情况,也不至于造成对法院裁决的巨大阻力。

总之,斯卡利亚与德沃金要求法院在抽象意义上裁决案件,往往不利于解决复杂多变、利益多元的社会冲突,甚至会带来破坏性的结果。^[24]

三 司法最低限度主义的理论特征及价值

与大多数司法审查理论相比,司法最低限度主义有一个重大的理论创新,即这一理论不仅质疑民主过程,也质疑司法制定宪法规则的能力。大多数司法审查理论大多以“民主不可信任”这一理念为基础,承认民主过程需要外在的司法监督。而这种监督最有效的办法就是最高法院制定宪法规则,为民意机关的运作提供清晰的工作背景。对此,桑斯坦认为,民主过程固然需要监督,司法权制定规则的能力也有局限性。民主过程中的错误不能完全依靠司法途径来解决,否则不仅损害民主,还可能带来灾难性的后果。他主张,为了促进民主,无论是关于立法的实体问题,还是立法的程序规范问题,都应通过民主过程解决,让立法机关发挥主导性作用,而最高法院可以通过具体的司法意见引导立法走向、促进民主的审慎协商。可见,这一理论的重心就在于将判断社会价值、制定宪法规则的主导权力从司法机关转让给立法机关,以便能够摆脱司法审查“反民主”指责,有效维护司法审查制度的正当性。

与其他理论相比,桑斯坦理论的另一个特别之处是在司法裁决中恢复了美国法律的普通

[22] [美]凯斯·R·桑斯坦:《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》,第311页。

[23] *Dred Scott v. Sanford*, 60 U. S. 393(1857); *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45(1905); *Buckley v. Valeo*, 424 U. S. 1(1976); *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 488 U. S. 469(1989)。

[24] [美]凯斯·R·桑斯坦:《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》,第303页。

法传统。众所周知,美国的法律体系继承的是英国的普通法传统,这一传统要求法院在裁决案件时应注重分析事实,依据先例判决的经验进行裁决。然而,随着美国政治经济的发展,待处理案件数量飞速增长,这种普通法的裁决方法逐渐被忽略,最高法院越来越倾向于借个案裁决来宣布原则,制定宽泛的规则,以便更有效地解决大量繁琐的问题。尤其是1925年《法官法》通过之后,最高法院获得了选择备审案件的自由裁量权,使其能够集中精力处理“那些有关合宪性的问题以及其他实际上具有全国性影响的问题”。^[25] 这样,以往那种注重个案事实分析的普通法方法就逐渐遭到抛弃,原则性判决成为最高法院主导性裁决方法。

然而,一旦案件事实纷繁复杂、信息收集困难,且涉及纠缠不清的社会价值判断问题,也会给原则性司法裁决带来很大的困难。桑斯坦认为,只有注重个案事实分析的普通法方法才具有足够的灵活性,能够最低程度地避免错误判决。通过这种一次一案式的司法裁决,最高法院同样可以发布司法意见,引导民主立法,渐次地解决那些重大的社会问题。而1990年代以来最高法院也的确在一定程度上恢复了这种普通法的裁决方法。

当然,桑斯坦不是一味地要求用普通法的方法裁决案件。如果法院能够获取足够信息,并有足够的信心,那么进行原则性判决反而能够节约司法成本,避免低级法院在同类问题上出现裁决混乱。他的基本立场是,究竟采取原则性判决,还是启用普通法的方法,要看案件的具体语境。他既反对一味地进行原则性判决,也不支持全面使用普通法的裁决方法。这同诸多要求进行原则性判决的司法审查理论相比,更契合1990年代以来美国最高法院的司法实践。还能够有效降低政治风险。在以往的司法实践中,最高法院常常致力于制定宪法规则,以指导政府其他分支和公民的工作、生活,这使得它扮演着维护美国政治民主的关键性角色。但由于把持着裁决重大社会问题、判别社会价值的关键性权力,最高法院往往成为利益各方斗争的最后战场,美国政治的“风暴中心”。尽管最高法院地位超然,却往往难以避免来自社会的指责。尤其是在社会日益多元化的今天,它采取任何一种司法哲学或道德理念来裁决案件,都可能会受到严重的政治冲击,损害最高法院的声誉,进而影响美国民主制度的基础。如果最高法院能够关注具体案件的裁决,避免宣布原则性的宪法规则,将判断社会价值的权力回归民意机关,就可以远离政治漩涡的中心,免遭政治冲击。

而且,作为1990年代最高法院司法裁决方法的辩护者,司法最低限度主义超越了传统以来有关克制与能动的司法哲学之争。自从1803年美国出现司法审查制度,学界围绕着司法克制与司法能动的争论就从未停息过,尤其是沃伦法院时代以来,这种对立和争论更趋严重。然而,在桑斯坦那里,最高法院推翻还是肯定国会立法;是采取克制姿态,还是积极能动,这些都不重要。问题的关键在于,法院的裁决是否促进了民主的审慎协商精神、提高了民主参与的质量,以及是否产生了民主的结果。按照他的理论,过度的司法能动固然不利于民主参与、培养公民的民主素质,而如果国会立法不符合民主的道德本质,司法克制一样不能有效地促进民主。这就将司法审查正当性的论证引向“司法裁决能否促进民主”这一实质问题本身,有效地促使最高法院更加务实地解决具体问题。

四 司法最低限度主义的理论困境

然而,作为一种理论,司法最低限度主义也有其缺陷。

[25] [美]伯纳德·施瓦茨:《美国最高法院史》,毕洪海等译,中国政法大学出版社2005年版,第238页。

首先,司法最低限度主义能够很好地促进民主的审慎协商,培养公民的民主素质。然而,这却是以扩大司法自由裁量权为代价的。由于缺乏原则性规则的制约,使得最高法院可以就同类问题进行多次裁决,这就给价值观各异的法官按照自己的喜好裁决个案提供了机会。比如,在美国社会争议最大的堕胎问题上,奥康纳等采取司法最低限度主义方法的大法官总是小心翼翼地规避 1973 年的罗伊案判决,一旦出现此类诉讼,他们总是就事论事,着眼于解决当前案件纠纷,尽力避免建立新的宪法规则。结果,无论是持自由观的州通过支持堕胎的立法或是持保守观的州通过挑战罗伊案的立法,都可能面临司法审查的危险。如此一来,司法审查行为较之以往不仅未见减少,反而更为频繁。正是在这种频繁的司法裁决中,最高法院不断规范着各州的立法,干预着民主的进程。

可见,最低限度主义的裁决方法原本是为了促进民主,结果却扩大了司法自由裁量权,某种程度上反而给人以司法审查“反民主”的印象,1990 年代司法最低限度主义的实践反而将司法权力悖论性地“最大化”了。^[26]

不仅如此,桑斯坦理论的另一个缺陷也扩大了司法自由裁量权。桑斯坦宣称,司法最低限度主义并非在任何情况下都是最好的裁决模式,那种完全撇开民意及其代议机构、主张原则性裁决的最大限度主义也不是没有司法生存空间。他认为,如果“最高法院在发展规范和理论方面都相当出众,而低级法院和其他官员在这两方面都能力不足”,抑或“民主过程并不是商议性的,无法成功地收集、编辑和使用信息”,则法院“在介入这些问题时就不必如此小心翼翼”。^[27]

显然,桑斯坦如此论述的目的是让这一理论保持某种“开放性”,以便更符合 90 年代以来的司法审查实践。问题是,如果最高法院试图就某一案件发表原则性意见,应该由谁来判定它发展规范和理论的能力是否出众,民主过程是否具备商议性,及其能否很好地收集、编辑和使用信息?判定的标准又是什么?对这些问题,桑斯坦没有回答。他只是简单地认为,只要否决立法效力时基于民主的理由,就能被民主承认。^[28]然而,如果司法审查促进了民主,就能被民主承认,从而具备正当性,那么司法最低限度主义也就失去了存在的必要。在这里,桑斯坦一方面怀疑司法权之于原则判决的能力,从而提出了司法最低限度主义的裁决方法;同时却又给司法权留下了最大能动的空间,重新将其推上了“司法至上”神坛,这等于承认了大法官们具备较之民主过程更好的判断力。这在逻辑上是矛盾的。司法最大限度主义与最低限度主义共存,无异于承认,司法权没有任何约束,随时可以按照自己的判断,就某一案件作出原则判决或仅仅就事论事地解决案件纠纷。这样,司法最低限度主义理论非但不能限制司法自由裁量权,反而赋予了最高法院无上自由。

事实上,桑斯坦一再宣称,司法最低限度主义已经逐渐成为最高法院的主要裁决方法,却未能充分解释为什么 1990 年代以来的最高法院反而成为有史以来最为能动、也最遭非议的法院。从 1953 年到 2003 年这半个世纪里,最高法院共判决 95 个国会立法全部或部分无效,其中沃伦法院 23 个,伯格法院 32 个,伦奎斯特法院则增至 40 个。^[29]还不包括更多遭到否决的州

[26] Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court In History: The Road to Modern Judicial Conservatism* (The University of Chicago Press, 2004), p. 292.

[27] [美]凯斯·R. 桑斯坦:《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》,第 77 页。

[28] 同上注,第 46 页。

[29] 任东来:《试论美国最高法院与司法审查》,载《美国研究》2007 年第 2 期。

立法。这一时期最高法院如此能动,乃至自由派和保守派双方都有人提出要废除司法审查制度。比如左派学者要用“民粹宪法”来替代不民主的司法审查,以便公众“更直接和更公开地参与宪法的塑造”;右派学者也认为“废除司法审查,将基本社会政策问题的决定权交给各州的民众”,才能够“让国家回到政治和社会健康轨道”。^[30]

此外,美国著名结构主义法学家理查德·皮德斯一项有关最高法院的研究也对桑斯坦的理论造成了巨大的冲击。他在2004年发表的一篇研究文章^[31]中指出,美国传统的宪法目标是维护个人权利与反对歧视,而在过去的20年间,由于民主政治进程中获胜者固有的反竞争倾向,这一宪法目标已经发生了重大的转变,法院必须将监督民主政治的结构与过程作为司法工作的重点。以美国的选举制度为例,皮德斯探讨了这种民主反竞争倾向的危害与宪法目标转变之间的联系。

他认为,在选举中,执政党可能会利用立法权力来修改选举规则,以保证其再次当选机会最大化。形式上看,在选举中,选民仍享有平等选举权,但个体公民选票的含金量却因选举规则的修改而出现了差异,从而损害了个体公民实质性的平等选举权。皮德斯认为,由于民主政治的反竞争倾向,如果民主政体中没有一个中间机构负责监督民主政治的结构与过程,防止掌权者利用既有资源削弱民主竞争价值,那么就不能真正有效地保护个体权利。为此,皮德斯主张,最高法院必须及时适应美国宪法目标的转变,将监督民主的结构与过程作为工作的重点,只有这样才能有效维护个体权利,反对歧视。

对桑斯坦而言,皮德斯令其陷入了理论上的被动局面:若法院致力于监督民主政治的结构与过程,则必然无法执行司法最低限度主义的裁决方法,指望民意机关通过民主协商,自我消解其反竞争倾向。然而,若司法权不能在监督民主政治的结构与过程方面发挥关键性作用,则任何司法裁决都无助于个人权利的实质性保护,那么司法审查也就失去了正当性。

尽管皮德斯没有回答,一旦最高法院转而积极监督民主政治的结构与过程,司法权如何应对司法审查“破坏民主自我纠错机能、腐蚀公民政治能力与道德素质”的类似指责,他的批评却足以提醒我们,现代有关司法审查正当性的争论还远未结束,司法审查理论最终往何处去,依然难以捉摸。

五 结 语

作为1990年代以来美国最高法院司法审查实践的经验主义解释理论,司法最低限度主义或许存在着一些值得商榷的地方,然而这个理论却基本反映了当前美国最高法院司法裁决的现实,是美国宪法政治发展到一定阶段的产物。

从沃伦法院开始,司法审查权就已经成为实现自由主义权利观念的手段,推动社会改革的工具。即便是伦奎斯特法院那些保守派大法官,也没有遵循法兰克福特大法官关于司法克制的训诫,而是继续司法能动,以扭转沃伦法院司法自由主义,推进司法保守主义。对此,美国宪法学者路易斯·西德曼1996年评论说:“现代宪法中真正的分歧并不在于是支持能动还是支

[30] Mark Kozlowski, *The Myth of the Imperial Judiciary: Why the Right is Wrong about the Courts* (N. Y.: New York University Press, 2003), pp. 12-13.

[31] [美]理查德·R. 皮德斯:《民主政治的宪法化》,田雷译,载《哈佛法律评论·宪法学精粹》,张千帆组织编译,法律出版社2005年版。

持克制,而在于是支持自由派的能动还是支持保守派的能动。”^[32]在最高法院里,无论是保守派大法官还是自由派大法官,都“将宪法看作是一部关于根本原则的宪章”,二者的分歧仅在于“这些原则究竟是什么”。^[33]并且都试图在司法裁决中贯彻自己对宪法的原则性理解。

然而,在社会日益多元化,各种主流社会价值观念走向尚未明确的情况下,1990年代以来的美国社会问题就显得愈为复杂,也就更难准确而全面地收集案件相关信息。那么一旦采取原则性判决,就极易带来意识形态领域的冲突,进而导致司法权过度政治化,这可能会“威胁到长远的制度价值,其中包括了司法机构的独立和司法审查的正当性”。^[34]为了保持其超然地位,最高法院只好尽量避免宣布原则性立场,就事论事地解决个案纠纷。因此,在诸如肯定性行动、言论自由与网络新技术应用,尤其是堕胎、安乐死、乃至同性恋权利等一系列涉及宗教道德伦理的问题上,1990年代以来的最高法院虽屡屡否定国会立法,却很少对这些问题表明其原则立场,而是将其交由民主过程互动协商。

尽管这种最低限度主义的裁决方法可能还充满着争议,甚至会受到严峻的挑战,却“很适合处理整个国家对其道德内涵正发生急速变迁的问题”。^[35]正是由于1990年代以来的司法审查实践倾向于一次一案地解决具体问题,而将原则性问题留给民主的立法过程去解决,使得最高法院能够“在承认社会多元主义的同时寻求促进民主的目标”。^[36]也就在这个意义上,美国著名宪法学者图施奈特认为,“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。”^[37]

[Abstract] To argue for the legitimacy of judicial review, theories relating to judicial review upheld by American academic community in the past maintained that the cause of representative democracy was incredible, the need for effective constitutional supervision over democratic law-making by judicial power, thus, becomes a must, so to guarantee the realization of the objective of democratic value. Sunstein agreed with the argument but he also proposed that the Supreme Court should adopt judicial minimalism in making decisions, since judicial capacity is limited. The method of “one case at a time” can avoid decisions made in principle and give the issue of choice of social value to organs of public opinion to resolve through interacting and consultation. In this way, serious social consequence resulted from incorrect decision may be reduced and meanwhile, the spirit of democratic consultation and quality of participating in political affairs by citizens may also be cultivated. A healthy democratic society is, therefore, build up. In comparison to other theories relating to judicial review, judicial minimalism can better prove the legitimacy of the system of judicial review. Nevertheless, the notion itself also carries some shortcomings.

(责任编辑:韩 豫)

[32] Thomas M. Keck, *The Most Activist Supreme Court In History*, p. 289.

[33] *Ibid.* p. 290.

[34] [美]阿奇博尔德·考克斯:《法院与宪法》,田雷译,北京大学出版社2006年版,第381页。

[35] [美]凯斯·R. 桑斯坦:《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》,第56页。

[36] 同上注。

[37] [美]马克·图施奈特:《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年版。