

司法审查与民主的相容性探析 ——以美国为例

翟桔红, 徐水安

(1. 中南财经政法大学 公共管理学院, 湖北 武汉 430060;

2. 中南财经政法政法大学 金融学院, 湖北 武汉 430060)

[作者简介] 翟桔红(1969-), 女, 湖北钟祥人, 中南财经政法大学公共管理学院讲师, 政治学博士, 主要从事比较政治学研究; 徐水安(1969-), 男, 湖北黄冈人, 中南财经政法政法大学金融学院讲师, 管理学博士, 主要从事金融规制研究。

[摘要] 司法审查是由民主的结构、价值、理论和过程等内在规定的, 是民主内生的一种机制, 因而与民主是相容的。司法审查与民主互为表里、相互支撑、相辅相成。美国民主法治建设尤其是乡镇民主内生的司法控制的成功经验, 对于中国司法审查制度的构建具有较强的借鉴意义。

[关键词] 司法审查; 民主; 内生; 相容

[中图分类号] D0 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)03-0407-05

司法审查是指司法机关审查立法机关制定的法律是否符合宪法, 以及行政机关的行为是否符合宪法及法律; 现代意义上的民主(即代议制民主)的基本内涵是既要多数统治, 又要保护少数。众所周知, 1787年美国宪法并未明确授予联邦法院以司法审查权, 司法审查正式确立于1803年马歇尔大法官在马伯里诉麦迪逊案中的判决。由于司法审查的诞生缺少宪法明文依据, 显得合法性不足, 因此司法审查与民主是否相容的问题一直是西方司法审查理论争论的焦点问题。但是争论归争论, 现实归现实。司法审查从1803年正式确立到现在已历经200余年的沧桑, 非但没有被取消, 反而在美国的政治、经济和社会生活中发挥出越来越重要的作用, 这本身就足以说明司法审查在美国有其存在的现实合理性, 与民主是相容的。否则, 我们便无法理解美国民主制下已经运行了200多年的司法审查制度了。既然司法审查与民主是相容的, 那么它和民主到底是什么样的关系? 两者之间有什么内在的逻辑联系? 带着这些问题, 本文将从民主的结构、价值、理论和过程等四个层面逐一考察, 以期找出答案。

一、民主结构的内在规定

从宪法及宪法所框定的民主结构上来看, 1787年“制宪会议为照顾到各个方面的权益, 就许多重大问题在不同的阶级、集团和地区之间实现了妥协”^[1](第68页)。显然, 美国宪法是各种相互冲突的政治力量斗争、妥协的结果。开国先父们为了平衡各种相互冲突的权益, 防止国家权力被某一方垄断而致专横, 在政治结构的设计中注重权力的分立, 尤为注重使各种权力(政府与公民、联邦与州、联邦政府三部门)之间保持必要的内部张力, 互相牵制与平衡, 从而使冲突的双方发生良性的互动, 以维护民主制的稳定。

虽然1787年宪法对国家(政府)权力与公民权利、联邦政府权力与州政府权力、联邦政府内部三部门之间的权力做了初步的界定和划分, 但是, 我们首先应该注意到该宪法对上述权力的界分都只是原则性的, 不甚分明。其次, 我们还应该注意到这三对权力是在不断扩大的。因为社会权利总量与生产力发展呈正相关, 是不断递增的^[2](第45页)。作为社

会权利总量的主要构成部分——国家权力和公民权利——的总量势必也相应增长。既然国家权力总量在不断增长,那么构成国家(政府)权力的要素——联邦权力与州权、立法权、行政权与司法权也在不断扩大。与此同时,公民权利也在逐渐扩大。

随着时代的发展,社会经济关系的日益复杂,社会权利总量的与日俱增,原先由宪法划定的三大权力界线不断位移,使得原本就不甚明晰的权力界线更显模糊。客观环境是在不断变化的,变化了的客观环境日益滋生出新的问题,而这些问题到底由谁来管辖,要求对三大权力界线不断重新界定和调整。这就是说,权力分立的界线并非一成不变的,它也必须随着社会历史、环境的变化而不断作出新的调整。那么,由谁来不断重新界定和调整三大权力界线,消解因权限模糊引发的一系列新的矛盾与冲突,保持权力结构的平衡与宪法的稳定呢?

毫无疑问,要解决不断涌现的矛盾与冲突,平衡权力结构,需要独立的、公正的机构进行仲裁,不断对宪法和宪法条文的涵义做出符合时代精神的解释,调整三大权力界线,维护宪法的尊严,保障宪法的实施。而在联邦政府三部门中,唯有联邦法院具有独立性,能堪此重任。非民选的终身法官(美国宪法第三条)能够保持中立、超然,免受其他任何人或机构的影响、干预,独立公正地解释宪法,裁决上述三大权限争议,解决和平衡各种政治势力之间的冲突。而联邦法院解释宪法、监督和保障宪法实施就是行使司法审查权。因此,联邦法院运用司法审查权解决民主结构中三大权力关系的冲突,发挥政治平衡作用,是宪法及宪政民主内在的、必然的要求。

二、民主价值的内在要求

就现代民主的价值取向而言,它具有双重性——既要多数统治,又要保护少数。美国宪法的主要理论依据——麦迪逊式民主在其内涵上和现代民主是一致的,既要多数统治,又要保护少数,使个体享有免于多数控制的自由。民主(或麦迪逊式民主)实际上是一对冲突的、互不相容的价值、观念之间的妥协。民主的权威和个体自由的范围既不能由多数也不能仅由少数来决定。如果仅由多数规定,就是多数暴虐;如果单由少数决定,则是少数专制。可见,民主(麦迪逊式民主)寻求在多数统治与保护少数这两种冲突的价值观念之间达成平衡^[3](第 11 页)。

而一直以来,美国人认为解释麦迪逊式民主(多数权力与少数自由)的涵义,主要是司法机关的职能。在美国的语境中,自由不是实现更高政治目的的手段,其本身就是最高的政治目的。政府是保障自由不可缺少的力量。政府不仅要保护社会的自由,还要致力于保护少数的自由。诚如麦迪逊所言,“对于共和政体(代议民主制)来说,最为重要的是:不仅要保卫社会不受统治者的压迫,而且要保护社会上的一部分人不受另一部分人的不公正对待。”^[4](第 266 页)因为在不同阶级的公民中必然存在着不同的利益,如果多数人由一种共同利益联合起来,少数人的权利和自由就没有保障。“民主政府的独特之处,那就是要保障公民最低限度的自由。”^[5](第 142 页)“自由就是做法律所允许的事”^[6](第 154 页),自由意味着安全,意味着少数的正当权利受到法律的保障,而“解释法律乃是法院正当与特有的职责”^[6](第 392-393 页)。因此,保护少数或个人的权利和自由是司法机关的当然职责。

司法机关依循麦迪逊式民主的逻辑,不仅必须尽力保护少数的权利和自由,而且也必须谨慎地承认多数统治的合法权利。由于民主过程直接以多数统治(多数是以人民的名义进行统治的)为合法性基础,它天然地优位于非民主或少民主的司法过程,因此,司法机关应审慎地说明自己和多数统治原则的一致性,而不是直接挑战多数统治。司法机关承认宪法的最高效力就是承认人民意志的至高无上,因为宪法是人民多数深思熟虑的意志的集中体现。从这一意义上说,司法服膺宪法就是在服从人民的意志,承认多数统治的合法性。

试图把多数统治和少数自由这两种相互冲突的价值观念统一起来,只有依靠司法机关解释宪法和法律即依靠司法审查来统一和协调。司法机关运用司法审查权平衡多数统治和少数自由的冲突,具体体现在解决结构层面(政府权力与公民权利、政府三部门、联邦与州)的冲突上^[7](第 606-608 页)。可以说,民主观念或价值冲突的协调有赖于司法审查的实施运用,司法审查是美国民主体制中用以解决价值观念冲突的内在的制度要求。

三、民主理论的内在逻辑

如前所述,1787 年美国宪法并未明确授予联邦法院以司法审查权,但是司法审查权为什么最终由联邦法院来行使?为什么说只有由终身法官组成的独立的法院能堪此重任,其理论依据如何?关于这一问题,汉密尔顿在《联邦党人文集》第 78 篇中作了经典的论证,其论证的理论逻辑如下:

(一)高级法理论

宪法是人民制定的,它高于人民的代表制定的法律。“代议机关的立法如违反委任其行使代议权的根本法自当归于无效乃十分明确的一条原则。因此,违宪的立法自然不能使之生效。如否认此理,则无异于说:代表的地位反高于所代表的主体,仆役的地位反高于主人,人民的代表高于人民本身。如是,则行使授予的权利的人不仅可以越出其被授予的权力,而且可以违反授权时明确规定禁止的事。”^[6](第392页)

然而,宪法高于立法并不意味着必然要由司法机关审查立法。如果说立法机关本身不能作出其立法是否符合高级法的裁决(因为任何人都不能做自己的法官),这也未必意味着必然由司法机关来充当这个仲裁者。比如就美国总统制而言,为什么不由民选的总统充当高级法的代言人呢?总统是全国人民选举的,岂不是比民选的司法机关更能代表民意?为了证明司法机关充当高级法的解释者的正当性,汉密尔顿又提出了以下理论为司法审查辩护。

(二)最小危险部门论

与立法和行政机关相比,司法机关既非民众选举,不可妄称代表民意;又不具备动用国家财力、号令三军的实力,只是执掌国家的审判权,不能采取任何主动的行动,是三权中实力最弱的、危险最小的部门。赋予司法机关审查立法的权力,可以增强它对其他权力的制衡的力量,有助于维持三权之间的相互制约与平衡。

但是人们不免担心,司法机关这个危险最小的部门在获得了审查立法的权力后是否会变成“超级立法者”,进而变成最大危险部门?另外,如果一定要赋予司法机关这个最弱的分支以制衡其他政府分支的权力,为什么一定要是审查立法的权力?为了支持这一观点,汉密尔顿继而提出了限权宪法论。

(三)限权宪法论

“所谓限权宪法系指为立法机关规定一定限制的宪法,如规定:立法机关不得制定剥夺公民权利的法案;不得制定有追溯力的法律等。在实际执行中,此类限制须通过法院执行,因而法院必须有宣布违反宪法明文规定的立法为无效之权。如无此项规定,则一切保留特定权利与特权的条款将形同虚设。”^[6](第392页)该理论实际是说,宪法对立法机关的限制在实践中只有通过法院才能执行,法院便是执行这些限权条款的最佳机构。如果司法没有拒绝立法的权力,立法和司法合流,立法机关违反宪法的立法便畅通无阻,宪法对立法的限制将荡然无存。

但是,如果这种理论成立,人们便不免要问:为什么不给行政机关以同样的权力?难道宪法就不担心立法和行政的合流么?为什么违宪审查非要通过司法机关?最小危险部门论和限权宪法论本质上都是分权理论。由分权出发论证司法审查仍不充分,因为它无法完整回答为什么非要司法机关对立法进行合宪性审查,这就出现了支持司法审查的法律解释论。

(四)法律解释论

“解释法律乃是法院的正当与特有的职责。”^[6](第394页)违宪审查之所以归属司法机关,乃是因为法院在解释宪法和法律方面比起其他机关更有优势——解释法律是一门技艺,只有长时间浸润其中的人才有资格^[8](第34页),而司法机关是惟一有这个资格的部门。违宪审查之所以着落于司法机关,乃是基于法官和人民在这个问题上的相互承认:法官承认人民意志的至高地位,人民是高级法(宪法)的主人;人民通过宪法也认可了法院享有解释宪法和法律的资格和技能。

尽管法官解释宪法和法律具有专业技能的优势,但是,凭什么让人相信法官会忠实地解释和适用宪法和法律,而不会屈从于立法和行政机关的权势?为此,汉密尔顿提出了法官独立论。

(五)法官独立论

为保证法官独立,汉密尔顿提出了两种办法:一是职务固定;二是薪俸固定。如果法官任期很短,无论是由立法机关还是由行政部门任命的或是选民选举的,他们将自然地成为任命权力的纯粹附属。只有让法官长期或永久任职,才能保障法官的独立、正直和公正。另外,除了任职的永久以外,似乎再也没有什么比法官报酬固定的规定,更有助于法官的独立了。因为,“就人类天性之一般情况而言,对某人的生活有控制权,等于对其意志有控制权。”^[6](第396页)如果司法部门在财政资源上依赖于立法部门的偶然施舍,司法权与立法权的分立将永远无从实现。这样,法官职务和薪俸的固定从根本上保证了法官人格的独立。

(六)法官素质

法官的学识和人格是比人民易被煽动的激情更可靠的维护宪法的力量。这里,人民好像尤利西斯,明知不能抵挡赛壬的歌声,就事先用绳子把自己绑缚在司法机关这根桅杆上。人民深知自己的弱点,为防范未来的毁灭性的灾难,对自身行为作出了先期限制。而尤利西斯自缚的“绳子”就是人民同意和批准的宪法。

这种以高级法加法官素质为司法审查辩护的理论,本质上是一种精英理论,它诉诸一种先于民主过程的因素——法官的素质。但是,如果人民的意志通过高素质法官的解释就能够得到完美的揭示,如果精英已经先于民主存在,那么还

要民主、还要选举干什么呢?由此产生了司法审查内生于民主过程的理论。

四、民主过程的内生决定

托克维尔在 1830 年考察美国乡镇民主自治的时候,发现司法内生于民主之中。司法审查是解决民主内部各种纠纷、平衡民主内部各种冲突的一种机制。美国是一个把人民主权原则推广到极致的国家:从新英格兰乡镇到各州到联邦,行政官员大部分都由选举产生,而且这些官员是不能随便被罢免的,这样行政权被分散在许多人的手中,避免了行政等级制度的形成。而此时欧洲行政集权盛行。在行政集权制度下,官员遵从法律的办法是上级监督下级;而在广泛的行政分权制度下,对于选举产生的官员来说,他们没有上级。像英格兰乡镇当时有 19 种官员:“一般来说,这 19 种官员彼此之间并无隶属关系。法律为这些官员中的每个人规定了职权服务。在这个范围内他们是完成本职工作的全权主人,只承认乡镇的权威。”

一方面,由于不存在行政等级制度,官员不用对上负责;另一方面,行政官员由选举产生,且任期届满前也无法撤换,那么如何保证官员任职期间对选民负责呢?必须建立某种制裁官员的制度。而制裁首先要有依据,依据什么呢?依据周密的法律。“立法者几乎管到了行政当局的内部。法律规定到事情的细枝末节;同一法律既规定原则,又规定原则的应用方法;上级单位的法律给下属单位及其官员加上了一大堆严格而细密的义务。因此,只要一切下属单位和官员依法行事,社会的各个部分便会步调一致地行动。”但“徒法不足以自行”,有了法律,又如何迫使官员遵从法律呢?在行政集权制度下,上级可以迫使下级服从,并享有罢免下级的独断的权力;但是在行政分权制度下,当官员由选举产生且任期届满前不能撤换时,“必然要广泛使用司法惩治作为行政措施。”^[9](第 80-82 页)

托克维尔因此发现,民主国家主要靠法院来惩治违法的官员,美国的司法审查其实是内生于美国的民主——也就是说,民主越广泛,选举产生的官员比例越大,官员与官员之间的行政等级就越不存在,官员与官员之间的纠纷实际上是他们的不同授权人之间的纠纷,只能借助一个非民选产生的机关才能解决,而司法机关正是这样一个解决民主问题的非民主机关。所谓司法审查,实际上是解决人民和他们的代表之间(公民与政府),人民的代表和代表之间(政府之间比如立法机关和行政机关之间),或者人民在不同范围内的代表(如联邦和州)之间的纠纷或冲突的一种设置。

就拿州与联邦之间的纠纷来说,由于州政府和联邦政府都是按人民主权原则产生的,对各自的选民负责,不像行政等级制那样有隶属关系,州有相当的主权。“对各州,立法者们则采取了各州在本州内享有自由的普遍原则。中央政府不能到各州去指导它们的活动,甚至不能检查它们的活动。”^[9](第 163 页)联邦和州的这种关系使得联邦无法通过行政命令迫使州服从,故由联邦司法机关裁决纠纷必不可少。

司法机关之所以能够成为这样的仲裁者,恰恰因为它不是民主产生的,因为一个民选产生的机构不能成为它和其他民选产生的机构的仲裁者。这是一种司法审查内生于民主过程的理论:代议制民主越发达,民选议员和官员越广泛,行政的上下级控制越不可能,就越需要非民选的司法机关来根据法律厘清这些民选机构的权限,以防止他们对人民造成危害。这一理论充分阐释了司法审查之所以由非民选的司法机关来行使的内在机理。

综上所述,司法审查是内生于民主的结构、民主的价值、理论和过程的,有着其发生、发展的必然性,司法审查是民主体制中内生的一种机制,是民主制的一个重要组成部分,因而与民主是相容的。

五、对我国的启示及借鉴

通过以上对司法审查与民主关系的考察,我们可以得到这样一个启示:司法审查与民主是互为表里、相互支撑、相辅相成的。如果民主没有司法审查为内核,民主极可能带来多数的暴政;如果司法审查没有民主为基础,司法审查很可能虚有其表。没有民主的牵制,国家权力很可能集中在行政机关,立法机关很可能只是一个橡皮图章(立法机关所立之法未必符合人民的普遍意志),司法审查也就被虚置了。

司法审查之所以能在美国生根、发芽并壮大起来,原因是多方面的。但就其体制原因而言,主要体现在两个方面:一是开国先父们(麦迪逊、汉密尔顿等)人为的自上而下地设计的结果;二是美国肥沃的民主土壤(乡镇民主自治)自下而上地自生自发的结果。两相比较,后者似乎更显重要。因为再宏伟的立宪蓝图,如果没有适宜的民主环境,也难以变成现实。如果没有普遍、公正、有效的民主选举,没有形成一种行政分权的局面,很难想象民众会有司法审查、司法独立的诉求,也很难想象司法审查会在美国赢得民众的散布性支持,而不枉费开国先父们的良苦用心。一句话,离开了民主,司法

审查就成了无源之水,无本之木。

美国的经验给了我们一个重要的启迪,这就是要建立司法审查制度,建设法治国家,必须和民主政治建设同步展开,不可偏废,固执于一端。否则,司法审查制度难以真正建立起来,法治国家的目标将永远是空中楼阁。由于我国现行的议行合一的政治体制和法理(司法无权审查立法机关制订的法律)的原因,在宏观层面建立司法审查制度还存在相当大的困难,鉴于美国民主法治建设的成功经验,笔者以为,中国要建立司法审查制度,不妨首先在基层开发和培育民主,使得民主世俗化。比如村民自治,在小范围的直接民主中引导村民理性地关注民主过程中所涉及的利益问题,在关注自身利益的同时也能了解他人的利益,通过彼此意见的交流,相互习得妥协容忍,寻求共同利益,培养公共精神,传播民主理念,不断提高村民参政议政的民主意识,培育公民政治文化,从而为推进整个民主化进程提供肥沃的土壤。所谓民主的世俗化就是让村民养成民主的习惯,让民主成为村民的一种生活方式。而世俗化正是民主的未来。

然后,在村民自治的基础上,自下而上地逐步推广民主,扩大到乡镇、县市选举等,这样,民选的官员越广泛,就越有可能打破行政等级制度,造成一种行政分权的格局。而要维护这种分权的格局,划清权力的界线,无疑需要完备精细的立法和独立不阿的司法。而司法要独立,又需要司法审查制度作保障。直到有一天,司法审查制度真正建立起来了,司法独立了,法治国家的梦想便有望实现了。

[参 考 文 献]

- [1] 张定河. 美国政治制度的起源与演变[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 1998.
- [2] 童之伟. 国家结构形式论[M]. 武汉: 武汉大学出版社, 1997.
- [3] Ducat, Craig R. & Harold W. Chase. Constitutional Interpretation, Powers of Government[M]. New York: West Publishing Company, 1992.
- [4] [法] 孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 北京: 商务印书馆, 2002.
- [5] Raphael, D. D. Problems of Political Philosophy[M]. London: Pall Mall, 1970.
- [6] [美] 汉密尔顿, 等. 联邦党人文集[M]. 北京: 商务印书馆, 2004.
- [7] 翟桔红. 论美国联邦最高法院司法审查权的平衡作用[J]. 武汉大学学报, 2002, (5).
- [8] [美] 爱德华·考文. 美国宪法的“高级法”背景[M]. 上海: 三联书店, 1996.
- [9] [法] 托克维尔. 论美国的民主[M]. 北京: 商务印书馆, 2004.

(责任编辑 叶娟丽)

Research on Compatibility of Judicial Review and Democracy

ZHAI Juhong¹, XU Shui'an²

(1. School of Public Management, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430060, Hubei, China;

2. School of Finance, Zhongnan University of Economics & Law, Wuhan 430060, Hubei, China)

Biographies: ZHAI Juhong (1969-), female, Doctor, Lecturer, School of Public Management, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in comparative political science; XU Shui'an (1969-), male, Doctor, Lecturer, School of Finance, Zhongnan University of Economics & Law, majoring in finance regulation.

Abstract: Judicial review is defined by democratic structure, value, theory and course. Judicial review is an inherent mechanism of democratic system. Judicial review and democracy support each other. Judicial review is compatible with democracy. It is of important reference to China that successful experience on construction of American democracy and rule of law, especially the experience of judicial control inherently producing from democracy of villages and towns.

Key words: judicial review; democracy; inherent; compatibility