

LAW & POLITICA S C I E N C E S E R I E



法政科学丛书·张干帆主编

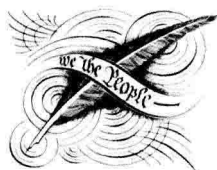


民主的宪法

The Democratic Constitution

[美国] 尼尔·戴文思 路易斯·费希尔 著 李松锋 译

LAW & POLITICAL SCIENCE SERIES



法政科学丛书·张千帆主编



民主的宪法

The Democratic Constitution

[美国] 尼尔·戴文思 路易斯·费希尔 著 李松锋 译

图书在版编目(CIP)数据

民主的宪法 / (美) 戴文思 (Devins, N.), (美) 费希尔 (Fisher, L.) 著; 李松锋译.

—南京: 译林出版社, 2015.9

(法政科学丛书)

书名原文: The Democratic Constitution

ISBN 978-7-5447-5663-1

I. ①民… II. ①戴… ②费… ③李… III. ①宪法—研究—美国 IV. ①D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字 (2015) 第178510号

“The Democratic Constitution, First Edition” was originally published in English in 2004.

Copyright © 2004 by Oxford University Press, Inc.

This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

This translation published by arrangement with Andrew Nurnberg Associates International Ltd

Simplified Chinese edition copyright © 2015 by Yilin Press, Ltd

All rights reserved.

著作权合同登记号 图字: 10-2013-32号

-
- | | |
|-------|-------------------------------|
| 书 名 | 民主的宪法 |
| 作 者 | [美国] 尼尔·戴文思 路易斯·费希尔 |
| 译 者 | 李松锋 |
| 责任编辑 | 陈 锐 |
| 原文出版 | Oxford University Press, 2004 |
| 出版发行 | 凤凰出版传媒股份有限公司
译林出版社 |
| 出版社地址 | 南京市湖南路1号A楼, 邮编: 210009 |
| 电子邮箱 | yilin@yilin.com |
| 出版社网址 | http://www.yilin.com |
| 经 销 | 凤凰出版传媒股份有限公司 |
| 印 刷 | 江苏凤凰通达印刷有限公司 |
| 开 本 | 652毫米×960毫米 1/16 |
| 印 张 | 21 |
| 插 页 | 2 |
| 字 数 | 256千 |
| 版 次 | 2015年9月第1版 2015年9月第1次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5447-5663-1 |
| 定 价 | 55.00元 |
-

图书如有印装质量问题, 可随时向我社出版科调换。

主 编 序

张千帆

自新文化运动提出“德先生”与“赛先生”以来,距今已有九十多年。这么多年来,“民主”与“科学”一直是引领中国现代化进程的两面大旗,一直在指引着中国现代化理论与实践的方向。但不得不说的是,虽然中国科学经过不懈努力取得了长足的进步,民主仍然是几代人前赴后继、孜孜以求的目标,而对于一个国家来说,民主甚至比科学更为重要。没有科学,国家是落后的;没有民主,国家也许可以一时强盛起来,但是国家发展迟早会发生严重的方向错误甚至堕入战争的深渊;纳粹德国和军国主义日本就是前车之鉴,中国在改革开放前二十年也走过很长一段弯路。可见“德先生”要带着“赛先生”走,否则“赛先生”要迷路的。今天我们依然倡导科学与民主,而不能不看到两者的纲目之分、体用之别。

其实民主本身就有一套科学,而中国民主之所以长期不完善,恰恰是因为我们忽视了民主政治的常识和规律。近百年来,民主一直是一个政治正确的口号,各种民主思潮和理论相继引入中国,激发了国人的极大兴趣,但是我们对于民主制度在各国实际政治中的运行方式及其经验教训却所知甚少。理念和理论永远是新奇的,但是解决不了

一个国家的实际问题。今天,我们不能停留在民国初年或改革开放初期引介西方思想的水平上,而有必要综合考察各国民主宪政的制度实践。惟其如此,我们才可能用民主的科学推动民主的政治。

《法政科学丛书》的宗旨正是探索各国民主宪政的制度模式,及其在实践运行中的利弊得失。所谓法者,法治也,当首推宪法之治;政者,政治也,非民主政治莫属。我们冀望这套丛书可以帮助中国通过“赛先生”,看到更真实的“德先生”,进而加速民主宪政的进程。

是为序。

献给我的姐姐玛吉。

——路易斯·费希尔

献给我的父母马特和戴安·多林格。

——尼尔·戴文思

序 言

我们通过一系列案例分析,解释了司法与非司法力量如何塑造美国宪法。我们不是仅仅关注最高法院或下级法院对宪法的解释,而是分析了民选部门、各州、利益集团以及普通大众对宪法的贡献。结果看到的是更加丰富、更加生动、更加精确的宪法发展路径。

本书还有第二个目的。我们不仅表明宪法是由庞大的政治文化塑造而成,而且我们认为,宪法应当如此。我们认为这种广泛意义上的宪法,更加稳定,更加契合宪政原则,也更能保护个人和少数群体的权利。

近来一系列研究已经挑战了法院作为宪法最终解释者的地位。有学者认为,法院判决在推行社会变革方面毫无作用,所以呼吁法院做出“极简主义”的判决——允许民选政府在界定宪法规范方面发挥领导作用。¹更引人注目的是,有学者提到了人民——通过选举等——有效修正宪法的“立宪时刻”,或者法院试图回避宪法解释的大众型宪政对话。²我们认为,这些研究通常低估了法院在引领社会运动和民选政府行为方面能够

1 例如见 Gerald N. Rosenberg, *The Hollow Hope* (1991) (在解决种族、堕胎等问题上,法院并没有发挥重要作用); Cass R. Sunstein, *One Case at a Time* (1999) (为司法极简主义辩护)。

2 见 Bruce Ackerman, *We the People: Foundations* (1991); Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts* (1999)。

发挥并且也应当发挥的关键作用。³最高法院的判决的确重要。但同样重要的是——如果不是更重要的话——民选官员和人民对最高法院的判决,以及许多宪法问题(比如从来没有进入法院,或是进入法院后,被法官退回政治部门解决的问题)的回应。

已有研究解释了民选官员和民意如何参与界定宪法规范,但这些研究通常只考虑一两个具体领域,并且通常局限于特定历史时期。⁴有些研究只是泛泛而论,或仅提出了理论模型。⁵我们的研究以具体实例为基础,

vii 展示了利益集团的努力、立法辩论的本质以及行政部门的策略。⁶

我们已经出版的著作和文章为本研究奠定了基础。费希尔的《宪法

3 近来针对积极司法审查的辩护(与本书讨论的主题密切相关),见 Terri Jennings Peretti, *In Defense of a Political Court* (1999) (辩护了政治推动宪法决策); Louis Michael Seidman, *Our Unsettled Constitution* (2001) (司法审查鼓励政治过程的所有参与方相互商谈); Christopher Eisgruber, *Constitutional Self Government* (2001) (强调了法院引导其他政府部门和人民的方式)。

4 这一领域的著作包括: Michael Kent Curtis, *Free Speech: The People's Darling Privilege* (2000); Lee Epstein & Joseph F. Kobylka, *The Supreme Court and Legal Change: Abortion and the Death Penalty* (1992); Michael J. Glennon, *Constitutional Diplomacy* (1990); Barbara Hickson Craig & David M. O'Brien, *Abortion and American Politics* (1993)。关注不同历史时期的著作包括: Wayne D. Moore, *Constitutional Rights and Powers of the People* (1996); Keith E. Whittington, *Constitutional Construction: Divided Power and Constitutional Meaning* (1999)。更多的历史性争论,见 Robert G. McCloskey, *The American Supreme Court* (Sanford Levinson 于 1994 年出版了修订的第二版) (分析了最高法院通过发布符合社会标准的判决,维护其在政府中的地位,呼吁读者对此予以注意)。

5 例如见 Robert A. Burt, *The Constitution in Conflict* (1992) (捍卫了三部门解释与民主理论是相一致); Robert F. Nagel, *Constitutional Cultures: The Mentality and Consequences of Judicial Review* (1989) (认为政治宪法高于法律宪法,因此,警告不要过度依赖司法审查); Stephen M. Griffin, *American Constitutionalism* (1996) (认为宪法解释理论必须将政治部门纳入考虑); Sanford Levinson, *Constitutional Faith* (1998) (除其他内容外,指望新教与天主教之间的辩论来判断谁应该解释宪法)。

6 一些宪法教科书提供了许多具体例子,包括 Paul Brest et al., *Processes of Constitutional Decisionmaking* (4th ed. 2000); Louis Fisher, *American Constitutional Law* (5th ed. 2003); James C. Foster & Susan M. Leeson, *Constitutional Law: Cases in Context* (2d ed. 1998); and Walter F. Murphy et al., *American Constitutional Interpretation* (2d ed. 1995)。

对话:作为政治过程的解释》(普林斯顿 1988 年版)获得了国家公共行政科学院颁发的路易斯·布朗洛图书奖。他的著作《美国宪法》(麦格劳希尔出版公司 1990 和 1995 年版;夏洛琳娜学术出版社 1999, 2001 和 2003 年版)与他最近的《美国宗教自由:政治保护》(堪萨斯大学出版社 2002 年版)也是以三个政府部门的解释为基础。他的其他著作以及三百多篇文章,就像他三十八次在国会各委员会作证一样,都解释了这方面的许多问题。在他供职美国国会研究服务中心的三十多年间,他亲自参与了这方面的许多争论。本书所表达的都只是个人观点,并不属于所在部门,不代表美国国会研究服务中心或是国会图书馆的立场。

戴文思与费希尔合著的《宪法学的政治驱动力》(西方出版公司 1992, 1996 和 2001 年版)为分析国会与行政参与提供了案例研究和资料。戴文思的《塑造宪法价值:民选政府、最高法院和堕胎纷争》(约翰·霍普金斯 1996 年版)也专注于三个部门的解释。他在法学期刊上的许多论文以及在国会各委员会都分析了民选官员在宪法解释上的作用。1993 年,戴文思编辑了《民选部门在宪法决策中的影响》(法律和当代问题)。1998 年 1 月,众议院司法委员会针对国会在宪法解释中的作用举行了听证,他和费希尔都受邀作证。

在本书撰写期间,我们得益于许多个人和机构的帮助。阿希尔·阿玛(Akhil Amar)、李·爱泼斯坦(Lee Epstein)、巴里·弗里德曼(Barry Friedman)、马克·格雷伯(Mark Graber)、阿布纳·格林(Abner Greene)、桑迪·莱文森(Sandy Levinson)、奇普·鲁普(Chip Lupu)、约翰·麦金尼斯(John McGinnis)、鲍勃·内格尔(Bob Nagel)、戴维·奥布赖恩(David O'Brien)、苏珊娜·谢里(Suzanna Sherry)、比尔·特雷纳(Bill Treanor)、马克·图什奈特(Mark Tushnet)、基思·惠廷顿(Keith Whittington)评论了本书初稿,更概括地说,与我们共同或分别讨论了本研究的某些方面,改善了我们的想法。史密斯·理查森基金会(Smith Richardson Foundation)和威廉·玛丽学院提供拨款和学术休假,对我们的研究助

益良多。费利西娅·伯顿(Felicia Burton),特别是德拉·哈里斯(Della Harris),不仅提供文字处理支持,更让我们感到像是在同一间办公室工作,而非远隔千里之遥。在过去几年里,威廉·玛丽法学院的学生为本书以及相关项目提供了研究帮助。这些学生有玛丽·休·巴克斯(Mary Sue Backus)、埃琳·奥卡拉汉(Erin O'Callaghan)、基思·芬奇(Keith Finch)、罗伯特·居尔克(Robert Juelke)、克里斯·谢伊(Chris Shea)、简·斯塔克韦瑟(Jan Starkweather)、温迪·沃森(Wendy Watson)、贾雷尔·怀特(Jarrell Wright)。最后,特别感谢牛津大学出版社的德迪·菲尔曼(Dedi Felman)。德迪对这个项目的热忱极大地推动了书稿的完成。并且,德迪和莫莉·巴顿(Molly Barton)一道对书稿提出了非常有价值的评论。我们也非常感谢朱迪斯·胡佛(Judith Hoover)认真慎思的编辑以及丽贝卡·约翰斯-戴恩斯(Rebecca Johns-Danes)的印刷工作。

费希尔将本书献给他的姐姐玛吉,感谢她一生的支持与鼓励。戴文思将本书献给他的父母:马特和戴安·多林格,感谢他们的爱、宽容与启发。

本书有些内容与我们的其他成果重复。特别是第十章中的部分内容最初发表在我们合写的文章《司法绝对主义和政治稳定》(《弗吉尼亚法律评论》1998年第84卷)之中。

目 录

序言 1

引言 1

第一章 作为主流的司法至上 7

第二章 谁在参与? 34

第三章 联邦主义 65

第四章 权力分立 94

第五章 战争权 125

第六章 隐私权 154

第七章 种族问题 183

第八章 言论自由 213

第九章 宗教 241

第十章 不间断的宪法对话 271

案例索引 298

主题索引 310

本书最早源于 1987 年。当时,最高法院的解释主导着宪法的适用,这种观点还没有受到严重挑战。譬如,当报道 60% 的美国人认为最高法院是最终的宪法裁决者时,报纸通常就简单地指出这 60% 的人是“正确的”。¹ 同理,当司法部长埃德温·米斯提出,最高法院判决并不能“在今后永远约束所有人和所有政府部门”时,新闻界和学术界都义愤填膺。² 更值得提及的是,米斯的观点充分惊醒了参议院司法委员会,进而要求最高法院大法官候选人来评论这一点。

但是,1987 年也标志着一个时代的结束。过去一直抱怨法官创制权利的保守派人士,期望里根时代的法官任命能够重塑联邦法院。同样,左派期望沃伦法院的自由主义尽快消失。简言之,左派尽管抨击司法部长米斯,但已不再期望法院去推进他们的政治计划。双方都有理由要抛弃司法至上,学术界开始将注意力转向民选政府部门对宪法的解释。

1987 年之所以重要,还有另外一个原因:那一年,我们开始讨论写作

1 Ruth Marcus, *Constitution Confuses Most Americans ; Public Ill-Informed on U.S. Blueprint*, Washington Post, Feb. 15, 1987, at A13.

2 Edwin J. Meese, *The Law of the Constitution*, 61 Tul. L. Rev. 979, 983 (1987). 第一章详细叙述了这段插曲。

本书。费希尔此前已经出版了《宪法对话》一书,认为宪法原则源自三个政府部门之间的对话,以及各州和普通公众之间的对话。戴文思在评论这本书时提出,评价非司法部门对宪法解释的影响和分量,最好的方法是通过一系列的案例研究。³

本书正是这样来做的。我们通过一系列的案例研究表明,几乎所有重要的最高法院判决都不能说没有注意到周围的政治因素。至于为什么

3 是这样,我们提供了一些解释。

首先,不管是废除南方公立学校的种族隔离,⁴还是推翻哈里·杜鲁门总统战时征收钢铁厂的行为,⁵大法官们在起草判决书时,都关注了公共舆论。同样,国会的政治决定通常容易获得司法的支持,诸如国会依据贸易条款,要求旅馆和饭店对少数族裔和非少数族裔提供同等服务。⁶政治也有助于评价最高法院的理论。最高法院判决拘留日裔美国人,不管怎么分析都应考虑到拘留只是军方的遁词,并且得到司法部的批准。⁷为回应1985年加西亚诉圣安东尼奥都市运输局案中的联邦主义问题而启动的立法,提到在政治过程中是否对各州有足够的保护。⁸

其次,政治力量决定了法院判决的落实程度。1983年美国移民归化局诉崔德案判决立法机关的否决无效之前,立法机关的否决异常盛行。只有理解了这背后的制度力量,才能明白为何还在继续使用立法机关的否决——自从美国移民归化局诉崔德案判决以来,已经采纳的立法机关否决足有四百多例。⁹布朗诉教育委员会的判决难以得到执行(最高法院

3 Louis Fisher, *Constitutional Dialogues: Interpretation as Political Process* (1988); Neal Devins, *The Constitution between Friends*, 67 Tex. L. Rev. 213 (1988).

4 第七章分析了布朗案及其后果。

5 第五章讨论了没收钢铁工厂案。

6 第三章分析了公共设施立法。

7 第七章详述了这段插曲。

8 第三章讨论了加西亚案及其后果。

9 第四章详述了这个案例。

将救济权授予南部地区法院法官),引发 20 世纪 60 年代中期民选部门的改革,以致更多种族隔离的废除都是立法而非通过司法得到推进的。¹⁰

民众对法院判决的抵制,通常促使最高法院调整自己的立场,典型例证是,在所谓的及时转变之后,最高法院接受了罗斯福的新政措施。¹¹ 公众对迫害耶和華见证会的愤怒,促使最高法院改变了在强制向国旗敬礼案上的立场。¹² 在堕胎和校车问题上,民选部门的不同意见很可能导致伦奎斯特法院对伯格法院的一些判决作出适当调整。¹³

民选官员有时认为某个司法判决是错误的。尽管 1819 年判决了麦卡洛克诉马里兰州案,但安德鲁·杰克逊总统认为,国会无权设立国家银行。¹⁴ 更近的例子是,最高法院在选举权、宗教自由、出版自由、主权豁免、公平原则、独立检察官和同性鸡奸等问题上的判决,要么已经受到限制,要么已通过州和联邦立法将其阉割。¹⁵

最后,民选官员有时在宪法含义上最先发言,并且拥有最终话语权。在弹劾、行政特权、战争权以及其他许多问题上,法院通常以管辖权为由来回避这些问题。¹⁶ 当这种情况发生时,政治人物通常控制宪法解释。此外,美国不是只有一部宪法,而是五十一部宪法。五十部州宪法允许各州以截然不同于联邦最高法院的方式界定宪法。¹⁷ 这种多元抉择为公民们——通过州立法机关、州长和州法院来实施——在宪法问题上提供了独立进行创造性思考的机会。

10 更多讨论,见第七章。

11 第三章详述了法院改组所引发的争议。

12 第九章分析了这场争论。

13 更多讨论,见第六章(堕胎)和第七章(废除校园种族隔离)。第六章还分析了民选部门反对罗伊判决影响了最高法院在同性鸡奸和医疗辅助自杀方面的判决。

14 第三章讨论了这段插曲。

15 更多讨论,见第三章(主权豁免)、第四章(独立委员会)、第六章(鸡奸)、第七章(选举权)、第八章(出版自由和公平经营原则)及第九章(宗教自由)。

16 第四章分析了弹劾和行政特权;第五章分析了战争权。

17 这些例子包括堕胎(第六章)、同性恋权利(第六章)和宗教学校(第九章)。

我们呼吁大家注意非司法部门在塑造宪法价值方面发挥的重要作用,但我们并不是认为,法院在这些纠纷中只发挥微小的作用。恰恰相反,我们认为,法院通常引领了民选部门的讨论,并解释了法院为什么必须发挥这样的作用。民选官员、公众和法院之间的这种共振,既促进了宪法与我们每个人生活的关联度,又提高了宪法决策的质量。政府各部门相互制衡,并且又由人民制衡政府,这种充满活力的过程使宪法更有生机,也更加稳定。我们的研究最终是吁求法院、民选官员和公众都能积极参与政府决策。我们认为,在激发社会运动,引导民选政府行为方面,法院能够并且也应当发挥重要作用。基于这一点,我们与对最高法院作为宪法最终解释者地位提出质疑的其他学者具有共同的立场。尽管如此,由于媒体和宪法教科书通常将最高法院的宪法解释作为最高解释,所以我们的

大量研究用来解释为什么最高法院判决根本不具有最终性。

本书最初几章分析了目前宪法学上的一些重要误解。如果认为最高法院向公众提供的宪法价值是最终决定,那就是错误的。虽然最高法院近来的一些判决有不同意见,但著名的马伯里诉麦迪逊案绝没有说最高法院的宪法解释是最终决定。大法官罗伯特·杰克逊曾经说过,最高法院的判决“不是因为一贯正确而享有最高权威,而是因为享有最高权威才一贯正确”。这也是错误的。美国法律的历史已经表明,最高法院既不享有最高权威,也不是一贯正确。19世纪,最高法院在德雷德·斯科特案中对奴隶制问题作出的判决并不享有最高权威,在种族关系上支持“隔离但平等”原则也不具有最高权威。20世纪,在诸如童工、堕胎、联邦主义、校车、政教关系、死刑、立法否决以及其他诸如此类问题上的判决,也不具有最高权威。

另一个误解是,认为最高法院在保护个人和少数群体权利上发挥了独特作用,并且这种职责不能授予依据多数决规则产生的民选部门。历史给出的是不同答案。从1789年至今,在保护个人和少数群体权利方面,

5 国会和总统的成绩要好于法院。在最高法院最初的一个半世纪里,大法

官们较倾向于保护公司和政府的权利。沃伦法院的二十年,提供了一个较为积极的典范,因此个人和游说集团一而再地到法院维护自己的权利。但是,后沃伦时代又回到通常的模式。个人和利益集团都对诉讼结果感到失望,甚至在预计应进入诉讼的问题上,通常都诉诸民选部门来纠正合宪性上的问题。

有关国家权力分立、战争权和联邦主义的几章内容一再表明,在解决组织问题方面,非司法部门通常主导了法院判决。大多数情况下,组织问题(特别是重要的战争决定)都交给了民选部门。即使大法官们试图介入,他们的决定也总是与立法者和公众传达给最高法院的信号紧密相连。

关注个人权利和自由的几章,解释了民选部门如何发挥积极作用。譬如,有关种族和隐私权的论述表明,布朗诉教育委员会案、罗伊诉韦德案以及最高法院其他里程碑式判决,在全国有关平等受教育机会和堕胎权问题的争论上,是一个转折点而非终点。民选部门有时(废除校园种族隔离是最著名的例子)支持最高法院判决,并以此鼓励大法官们提供更多宪法性保护。但在其他时候,最高法院也会屈服于公众的批评。譬如,面对民选部门的抵制,最高法院在校车问题上走回头路,在堕胎问题上也有后退。

有关种族、宗教和言论自由的章节更具体地解释了,在保护权利和自由方面,通常早在法院采取行动之前很久,国会和总统就已经首先采取行动了。在许多案件中,法院以有限的方式界定权利和自由之后,民选部门会再度回到这个问题,给予更大的保护。虽然这个过程有时会是颠倒的——民选部门试图去限制法院对个人权利的保护;但普遍的模式是,民选部门决定了个人和少数群体的权利保护。

我们在本书中还呼吁,关注利益集团和普通大众在游说民选官员方面发挥的重要作用。正如勒尼德·汉德所言:“自由存在于人们的心中,

一旦它在人们心中死去,宪法、法律、法院都挽救不了。”¹⁸正是这个原因,驱使三个部门解释宪法的强大力量——通常走向积极方向——是公众的态度与偏好。

单纯根据最高法院的判决来谈论宪法,为法院施加了不可承受,也不应当承受之重。宪法权利的保护源自政治过程,这通常涉及三个政府部门、各州以及公众。正是这个讨价还价且相互尊重的商讨过程,使得各政府部门暴露不足,制衡越权,逐步在宪法价值上达成合意。一个开放的过程——为反思提供了许多入口和机会,并通过民主决定和司法制衡之间的平衡得到加强——维护了宪法的永久稳定。

18 Learned Hand, *The Spirit of Liberty*, in *The Spirit of Liberty* 189, 190 (1960).