

子午线 文丛

毕洪海 主编

宪法为何重要

Why the Constitution Matters

[美] 马克·图什内特 著

Mark Tushnet

田飞龙 译



中国政法大学出版社

子午线 文丛

毕洪海 主编

宪法为何重要

Why the Constitution Matters

[美] 马克·图什内特 著

Mark Tushnet

田飞龙 译

宪法之要义不只在名，更在于实。它不是一种理念，而是一种真实存在；如果它不能以一种可见的方式被创建，就什么也不是。宪法先于政府而存在，而政府只是宪法的创造物。一个国家的宪法不是政府的行为，而是人民创建政府的行为。

——托马斯·潘恩

Thomas Paine



中国政法大学出版社

2012·北京

图书在版编目(CIP)数据

宪法为何重要/ (美)图什内特著; 田飞龙译. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 7

ISBN 978-7-5620-4416-1

I. ①宪… II. ①图… ②田… III. ①宪法-研究-美国 IV. ①D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第160667号

- 书 名 宪法为何重要 XIANFA WEIHE ZHONGYAO
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 650mm×960mm 16开本 9.75印张 110千字
- 版 本 2012年9月第1版 2012年9月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4416-1/D·4376
- 定 价 26.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

宪法为何重要

Why the Constitution Matters

By Mark Tushnet

Copyright © 2010 by Mark Tushnet

“WHY THE CONSTITUTION MATTERS, FIRST EDITION” was originally published in English in 2010. This translation is published by arrangement with Yale University Press.

《宪法为何重要》一书于2010年首次以英文出版。本译本经耶鲁大学出版社授权出版。

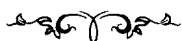
版权登记号：图字：01-2012-6674号

目 录



导 论	1
第一章 宪法如何重要	15
第二章 最高法院如何重要	71
第三章 如何使宪法更加重要 ——或以不同的方式重要	117
致 谢	135
索 引	137
译后记	145

导 论



宪法为何重要？当你浏览本书时，你或许就已经有了这个问题的答案。你很可能认为，宪法重要，是因为它保护着我们的基本权利。我在这里提供的答案是不同的：宪法重要，是因为它为我们的政治提供了一种结构。是政治而非“宪法”成为了保护我们的基本权利之机制的最终——有时也是最近的——来源。

这里是一个理由的简介，说明为何你最初关于基本权利的答案并不是特别正确的。

人民在关于我们的基本权利是什么方面产生分歧，没有人真正相信最高法院声称的权利内容是最终的答案。有些人认为宪法保障了一个怀孕的妇女选择堕胎的权

- 2 利；其他一些人则不以为然，甚至有些人认为胎儿有宪法上的生命权来对抗那位妇女。有些人认为第二修正案保护了我们作为个体基于自卫而拥有枪支的权利；其他一些人认为这种理解不仅是对该修正案的一种愚蠢的解释，因为该修正案明明白白诉诸的是“组织良好的民兵”（well-regulated Militia），而且在我国的一些城市里成为了一种具有灾难性的社会政策。根据这些不同意见，声称宪法重要是因为它保护着我们的基本权利等于什么也没说。

下述声明也无济于事：“好了，或许宪法——其词句记载于那些小巧的宣传册中，我们可以从国会议员那里获取——确实并不保护我们的基本权利，但是当最高法院解释宪法时，它在实施保护。”毕竟，最高法院说过妇女享有选择堕胎的宪法权利，而第二修正案也保护我们拥有手枪的权利。那就是宪法在如何保护着我们的基本权利——通过最高法院的宪法解释。

- 3 尽管如此，一般而言，最高法院的裁决并没有消除我们关于基本权利是什么的分歧。这里我需要小心应对。有时单单是最高法院以此种方式或彼种方式解释宪法这一事实本身，就能影响到某些人关于宪法意味着什么的认知。人们或多或少都处于政治光谱上不左不右的中间境地，他们不太关注最高法院解释过的宪法条款，他们可能会自言自语道：“关于宪法我真正知道些什么呢？关于宪法含义如何，我通常抱持着流俗化的倾向或偏见。不过一旦最高法院声明宪法含义如何时，它一定是对的。毕竟，大法官们关于宪法要比我知道的多得多。”不过，对于最高法院发布过意见的那些最具争议性的议题——我已经运用过堕胎和第二修正案为例，当然还有很多其他的例子——有相当一部分人非常关注，且对于我们的宪法权利是什么这个

问题抱持着十分坚定的观点。他们的观点不会被最高法院的一纸裁决乃至至于围绕同一问题的一系列裁决简单替代。事实上，他们中的一些人会将最高法院的裁决看作是如下行为的一个理由：通过选举一个不同类型的总统——他会任命不同类型的法官——来试图改变最高法院的成员结构。换言之，他们会运用政治去试图改变最高法院，通过最高法院改变关于宪法的主导性解释，通过相关变化去改变美国人实际拥有的基本权利的内容。就像本书第二章所作的解释那样，针对我们关于“宪法为何重要”这一问题的“基本权利”式的答案，只有在我们理解了政治是如何影响最高法院的之后才有意义。

当然，你可能会立即感到兴奋，因为最高法院已经在保护 4
你所喜好的那些基本权利了。不过，如果你对宪法历史稍有了解，你就会知道并不总是那么回事。尽管最高法院有时会达到“启蒙”的境地且不再改变主意，但历史情形并不一定总是如此。或许不久之后的某一天，最高法院就会开始保护你认为不应当予以保护的权力，而停止保护你所喜好的那些权利。如果你认为你在今天最为在乎的那些议题在若干年之后就会变得不那么重要了，你就不会那样在乎了。你就会把握住现在所拥有的，然后高高兴兴地回家去了。然而，尽管如此，你也应当认识到不是宪法本身乃至至于最高法院本身重要，而是这个特定的最高法院重要。

最高法院如何陈述我们的权利取决于植根在我们的政治状态中的一种复杂方式。没有人会认为最高法院的大法官们会通过阅读早晨的报纸和政治性的博客（blogs）来推断出我们的政治状态是什么，进而决定如何解释宪法。（事实上，他们中的某些人非常可靠地宣称从不阅读报纸。）他们依然是我们政

治体系的一部分。他们来到最高法院是因为某个总统认为将这个人而非那个人放在最高法院里将会促进这位总统的某些短期和长期的政治利益。据报道，亚伯拉罕·林肯（Abraham Lincoln）声称：“我们不能告知一个人他要做什么，如果我们那样告知，他也那样回应我们，我们就会轻视他。因此，我们必须接受一个其观点为我们所熟知的人。”〔1〕有时政治利益确实是短期的，比如富兰克林·罗斯福（Franklin Roosevelt）任命法官进入最高法院就在于他信任那些人将会投票支持他的新政计划。有时政治利益是长期的，比如罗纳德·里根（Ronald Reagan）寻求任命这样的法官：他们可以发展并培育出与其司法职业生涯相始终的一种稳定的宪法观念，该种观念可以在里根离开总统职位之后很长时间内持续影响国家政策。参议员们基于类型的政治背景投票支持或反对某个被提名人。

如这些例子所示，总统在决定最高法院采取何种基本权利观点的问题上是一个关键性的角色。大多数时候总统们对最高法院放任自流，因为对他们而言其他事务更加重要——例如，对比尔·克林顿（Bill Clinton）来说，国民经济与健康政策更加重要。改变最高法院会消耗总统们太多的政治资本，尤其是当总统们并不竭力反对任何一项最高法院近期裁决的时候。尽管如此，总统有时仍然会将改变最高法院作为其执政的一项中心计划。这一运作的成功取决于在那位总统任期内最高法院是否有足够的空缺职位以及在我们的政治体系中——尤其是参议院是否可靠地掌握在总统的政治盟友手中或者是否足够分裂

〔1〕 George S. Boutwell, *Reminiscences of Sixty Years in Public Affairs* (New York, McClure, Phillips and Co., 1902), vol. 2, p. 29.

以至于反对党参议员决定应当将其政治资本集中用于竭力抗衡和反对一项具有革新意义的提名。

当然，在总统和参议员们后面是美国人民。我们本身是否以及如何参与政治为我们政治家的运作设定了条件，也为最高法院的行为设定了条件。有时大法官们改变自己的主意是因为发生了更大的社会变迁。我想这并不多见，但几乎确定无疑地改变了最高法院关于妇女、男同性恋和女同性恋宪法地位的观点。没有哪位总统是因为他或她的关于此类议题的观点而任命其进入最高法院的，而某些大法官在其获得任命时对于代表妇女、男同性恋和女同性恋群体发起的宪法争议几乎确定无疑地表现出冷淡。^[2]不过，随着社会的变迁，部分由于那些团体的政治动员，某些大法官的观点确实随之发生了变迁。

这里同样如此，政治形塑了最高法院，这就是宪法之于我们的基本权利如何显得重要的方式。

某些我们认为在我们的国家政策中显得根本的东西源自于立法，而非最高法院对权利法案的解释。最近有法律学者关注于所谓的“《宪法》之外的宪法”（The Constitution outside the Constitution）。^[3]或许我们应当将那个奉为圭臬的术语（宪法）保留给国家档案馆中展示的文件里记载的文字。尽管如此，“《宪法》之外的宪法”这一观念对于理解我们的宪法体系还

[2] 鲁思·贝德尔·金斯伯格（Ruth Bader Ginsburg）大法官获得任命，部分是因为其作为妇女权利律师的历史，但在她获得任命时关于妇女权利的大部分——尽管不是全部——宪法变迁已经发生。

[3] Ernest A. Young, “The Constitution Outside the Constitution”, 117 *Yale Law Journal* 408 (2007). 还有一则关于“法院之外的宪法”的相关文献，我对此有所贡献，参见 Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton: Princeton University Press, 1999.

是至关重要的。考虑一下社会保障问题。废止基本的《社会保障法》（Social Security Act）几乎确定无疑地比修改《宪法》更加困难。换言之，《社会保障法》与《宪法》中的任何内容一样已经深深植根于我们的政治秩序之中。为此，并基于其社会重要性，该法案应当被认为是“宪法的”（constitutional）。

确定《宪法》之外的宪法的具体内容需要细致的判断，这份清单理所当然应当很短。准确合计出将某个法案置于这一清单之上到底意味着什么是存在复杂性的。一则，这并不意味着国会不能改变作为《宪法》之外的宪法之一部分的某个法案。例如，国会当然可以修改《社会保障法》的细节内容，它也确实那样做了，且并不总是扩展其覆盖范围。我们需要有某种可允许性熔补（permissible tinkering）的概念，以使用来和大规模近似性废止（large-scale near-repeal）相区分。再则，这也不意味着法院可以因为一项法案与《社会保障法》不一致而理所当然地推翻前者。尽管如此，无论我们如何发展这一

8 观念，我们都将在那份清单上列出一些制定法项目。我的候选名目包括现代社会福利国家的一般性社会安全网络、现代环境法的基本结构以及我们的民权法案的核心条款。

我的如下论点应当是很明显的，但还是让我更加明确一下吧：《宪法》之外的宪法是由国会制定的法案组成的。这些法案来自于我们的政治。因此，再次申明：宪法重要是因为它提供了一种结构，我们可以借助这一结构采取政治行动推动我们的代表们制定将会成为《宪法》之外的宪法之一部分的各项法案。

这一切之上是关于我们如何组织为一个社会的真正重要的事情，我们可以在政治上想当然地处理，但却不能轻易地与成

文宪法联系起来。例如，我们不期望总统作为总指挥官命令军队采取行动镇压其政治上的反对派，而与此同时我们期望军官们去做他们的文职指挥官们指示他们去做的事情。我们可以竭尽全力将这些想当然的主张写入成文宪法^[4]——例如，我们可以在禁止国会成员在行政分支中持有职位的条款中看到文官控制军队这一观念的某些因素——但我们所发现的内容似乎并不完全符合这些假定在我们整个宪法体系中的重要性。

另外一点启示：成文宪法甚至并没有为我们展开基本权利的论辩提供一个框架。“你在国家档案馆的哪里看到那项权利被提及了？”并不是反对关于某种权利是根本的这一主张的一种好的论点，这不只是因为最高法院曾经（有争议地）承认过“未列举”权利，即那些未在法律簿册中列明的权利。它不是一种好的论点是因为我们的某些基本权利来自于国会对一些重要——根本——的法案的接受。

大多数美国人认为属于我们最重要政策的那些内容直接是政治选择的结果，而最高法院对此几无声音。^[5]就在2008年大选之前，美国人民担心经济、健康、伊拉克和阿富汗的战争、教育以及税收问题。2009年，这份清单几乎没变，只是移民问题被认为比几个月前更加重要了。宪法是如何处理这些

[4] 关于这一问题的一个较好的讨论，参见 H. Jefferson Powell, *A Community Built on Words: The Constitution in History and Politics*, Chicago: University of Chicago Press, 2002.

[5] 关于这些最重要问题的报道，参见 Harris Poll, Oct. 23, 2008, http://harrisinteractive.com/harris_poll/index.asp?PID=963; *BBC World News America*, The Harris Poll, Feb. 4, 2009, http://harrisinteractive.com/harris_poll/pubs/BBC_Harris_Poll_2009_02_04.pdf. 对这些文章中发展出来的相关主题的最为重要的分析，参见 Frederick Schauer, “Foreword: The Courts’ Agenda——and the Nation’s”, 120 *Harvard Law Review* 4 (Oct. 2006).

事务的呢？如果我们要理解宪法为何——以及更重要的，如何——重要，这个问题的回答就显得很重要。

如果我们认为宪法只在最高法院的案件中显得重要，我们就不会认为宪法在我们最为担忧的那些议题上显得重要。这也许就是下列现象的一个原因：尽管某些支持团体做出了最好的努力，没有哪个现代的总统候选人能够引导公众关注他或他的对手将会任命何人进入最高法院。或许奥巴马政府采取的处理经济问题的某些步骤或它所发展的健康计划的某些内容将会产生宪法问题并诉诸最高法院。不过，无论那些问题是什么——也可能没有任何问题——大法官们所处理的事务不会超出行政当局计划的外围。即使是最高法院处理拘押在关塔那摩湾（Guantánamo Bay）的人的权力的那些裁决也只是与我国反击恐怖主义的努力有着最为适度的关联：海外军事力量的配置、秘密运作以及对海外非公民的调查对于反恐努力的成功之意义，显然要重要于一批被拘押者是否取得了关于其法律地位的听证机会，其地位牵涉到传闻证据是否被限制的问题^[6]——在最高法院的裁决中这一点最为重要。

我觉得这里适合停顿一下。我这篇导论是从如下声明开始的：为何“基本权利”式的答案对于“宪法为何重要”这样的问题而言并不是特别正确的。关于这一点，我在导论中已经陈述的大部分内容以及第一章的许多内容都致力于揭穿这样一种主张：宪法重要是因为它保护着我们的基本权利。但这种揭穿不应被过分延伸。限定词“特别”（quite）是很重要的。本书导论中的大部分例子承认“基本权利”式的答案在某种意

[6] 关于传闻证据的可采性，参见 *Boumediene v. Bush*, 553 U. S. (2008)。

义上回答了问题，只是不足以提供一种关于宪法重要性的完整的解释。如果你把所有的这些承认汇集起来，你所得到的就是类似于下面的结论：宪法重要是因为它象征着我们的政治文化对于以下观念的承诺，即我们拥有基本权利。但那并未告诉我们任何关于那些基本权利是什么或者它们如何获得了保护方面的具体内容，但它确实告诉了我们保护基本权利很重要。

我们需要知道的是宪法在对我们影响最大的那些议题上为何以及如何显得重要，那些议题包括但不限于保护我们的基本权利，无论其具体内容如何。我们知道为何选举重要——选举将政治家推上相应的职位，他们会制定出对我们而言关系最为重大的政策。如果宪法是重要的，其重要性也一样，因为它与政治和选举相关。

那又怎样？我们必须后退一两步。显然，美国的政治是政党政治，由两个主要政党来操持，这种格局偶尔会受到在政党结构之外的“公民社会”中组织起来的社会运动的干扰。尽管如此，很显然，宪法对于政党并未做出明确规定。就像我们将要在第一章中看到的那样，宪法的设计者们认为全国性政党很可能对公共政策施加有害影响，从而尽其所能地——后来证明并不充分——阻止此类政党的发展。最近，最高法院刚刚解释了宪法关于对表达自由和结社自由的保护，以便对于立法机构规定相关规则的能力施加某些限制，政党依据此类规则可以在各州以及全国的层面上获得组织。不过，我们再一次看到，这些干预是相对适度的，尽管有一项裁决提示了最近关于推动政党极化的努力，而这种极化可能反映不了公众舆论中极化特征不明显的那些观点。在这里，关于最高法院裁决之重要性的揭穿性主张就是有价值的，不过即使在揭穿操作完成之后，某

12

些问题依然会被遗留下来。

因此，我们在乎的议题是由政治而非宪法决定的；政治本身是由在宪法中未获得承认的政党实施的。宪法如何显得重要呢？一般而言，因为它创设了政党活动于其中的结构。在美国的政治体系中，总统和国会成员是分别选举的，这不同于那些议会制体系，后者的总理由获选政党的官员来选择。美国还有着联邦制体系，其中各政党在州层面组织起来，各州的政党联合参与总统职位的政治竞争，在选举结束后它们又回归到地方性的关注之中。简言之，宪法重要是因为政党重要，而宪法对于政党运作的方式有着某些影响。

尽管如此，宪法也只是有着“某些”影响。政党的组织化最近发生了变化：总统们近来在维持全国性政党方面有着越来越有效的影响，该政党负责对国会中的本党议员提供指导——更加有效，但还不是完全有效。全国性政党有着更强的意识形态上的一致性，它们更少作为有着多样化利益和意识形态关注的地方政党的一种联合，更多作为在每一层面——地方、州、众议院和参议院——有着共同目标的政党而存在。相应地，这种现象的发生部分是因为全国性政党的领袖们更加关注为参众两院的竞争而征募新的候选人。这些变化来自政治家们的政治决策，宪法对此所言甚少。^[7]

这里有一个简便的例子表明宪法如何——以及如何微不足道地——影响了政治并进而如何影响了与我们中的大多数人最有关系的那些政策。2008年大选之后，当时在华盛顿流行的

[7] 除非在那些允许全国性的政治家们扩展全国性权力的法院解释之中可能会有所涉及。不过这里的故事仍然主要是关于政治家之决策的，只是最终得到了法院的支持。

传统智慧是重要的政策动议除非得到 60 名参议员的支持，否则不可能获得通过，而取得这一支持是非常困难的。60 名参议员这一条件的理由在于参议院的一项阻挠议事的规则（filibuster rule），即允许就任何问题——有着一项重要的例外——展开辩论，不设时间限制，除非 60 名参议员投票限制辩论。难于切断辩论的原因在于共和党少数派内日益增强的意识形态一致性，这种趋势又被宾西法尼亚参议员阿伦·斯佩克特（Arlen Specter）从共和党反水到民主党的决定所放大。

阻挠规则与宪法之间存在某些联系，尽管比较微弱。参议院的规则允许不受限制的辩论，但在关于国家预算的最终制定上例外——该事项允许某些政策动议被捆入其中作为“和解”方案的一部分，无需获得 60 名参议员的投票支持。相反，众议院根据该院规则委员会制定的“规则”严格控制辩论。^{〔8〕}宪法需要对这种不同“负责”，因为它给予了每个议院自设规则的权力。^{〔9〕}

只要若干政党的意识形态是多元化的，单单阻挠规则并不能起多大作用（它在很长时间内也确实没有起到作用，除非那些民权立法）。自由派的北部民主党人可能会在一些议题上依靠某些东北部共和党联盟的支持，但那些共和党人可能在某些其他议题上加入他们保守派的西部共和党人；类似地，保守派

〔8〕 这种权力源自该院自设规则的宪法权力，它可以，在历史上也确实允许规则委员会来封堵该院对立法提议的考虑，尤其是 1950 年代的那些自由派提议。

〔9〕 很难想象这样一个可运作的体系：我们有两个立法议院和一个独立选举产生的总统，以及由某种其他机制所设定的立法议院规则。如果一个议院的规则必须得到另外一个议院的同意，或者两个议院的规则都必须由总统签署才能成为法律，则瘫痪的前景就很明朗了。确实有一些设定内部规则的制定法，但我们并不清楚那些法律有多重要，或者那些条款在适用时是否会得到遵守。

的南方民主党人和保守派共和党人也可能加入。这样做的效果使得每一方都对于威胁阻挠规则保持敏感，害怕疏远了另一政党的有关成员，后者可能在某些议题上为前者所需要（除非在关于民权的特定议题上，作为南部参议员的隔离主义者至多可能依靠那些共和党参议员中对民权持冷淡态度的人）。这些担忧随着政党在意识形态上的日益一致化而逐步减少。再着重强调一下：没有哪一个共和党的参议员会投票支持民主党的一项动议，因此为何要担心阻挠议事会惹恼民主党人呢？如我们所见，发现宪法在促进政党意识形态一致化方面的作用是很难的。¹⁶ 宪法的主要贡献可能就是以下这种令人惊讶的变化：社会和经济的发展业已鼓励着决策权向中央政府流动。那些发展得到宪法的促进和最高法院的允许。随着中央政府在决策权上日益变得重要，各政党，尤其是总统们，已经发现了发展出一种一致性的政党纲领（party platforms）具有政治上的优势，而本党的每一官员均应忠诚于此。

前面段落中的许多内容听起来似乎更像是政治科学而非宪法学。原因在于宪法最为重要的那些层面处理的就是政治——就像许多政治家喜欢用来批评最高法院的那样，不是因为最高法院的大法官们将自己的政策偏好轻易地输入了宪法，而是因为宪法为我们的政治提供了框架。本书展示的就是宪法如何提供了这一框架。第一章检视了宪法为我们的政党体系提供行动结构的方式、宪法与政党组织现代发展之间的关系以及那些关于宪法学说如何影响政党组织的相对次要的方式。第二章检视了最高法院，焦点在于它和政党的关系——在那些关系模式中，政治家发现了司法审查的有用性，而最高法院也受到了影响着政党本身的那些社会运动的影响。