



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

〔美〕马克·图什内特 著
Mark Tushnet
杨智杰 译

让宪法远离法院

Taking the Constitution Away from the Courts



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

让宪法远离法院

王康 著



中国政法大学出版社



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS
100088 北京

ISBN 7-301-03000-0

让宪法远离法院

Taking the Constitution Away from the Courts

[美] 马克·图什内特 著
Mark Tushnet

杨智杰 译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



宪政古今译丛
Ancient and Modern
Constitutionalism

丛书主编
陈端洪 翟小波

图书在版编目(CIP)数据

让宪法远离法院 / (美)图什内特著;杨智杰译. —北京:法律出版社,2009.5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9173 - 7

I. 把… II. ①图…②杨… III. 宪法—研究 IV. D911.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 002929 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/易明群	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/学术·对外出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京中科印刷有限公司	责任印制/吕亚莉
开本/A5	印张/9 字数/202 千
版本/2009 年 5 月第 1 版	印次/2009 年 5 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843
重庆公司/023-65382816/2908	上海公司/021-62071010/1636
北京分公司/010-62534456	深圳公司/0755-83072995
书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9173 - 7	定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录 Contents

第一章 反对司法至上 / 1

- 一、《一八七提案》违宪:这重要吗? / 1
- 二、司法至上的两个事件 / 3
- 三、厚的宪法和薄的宪法 / 6
- 四、某些看似简单的案子其实很复杂:特赦和否决 / 15
- 五、忽视法院 / 19
- 六、宪政危机和法治 / 26
- 七、“解释的无政府状态”与法治 / 32
- 八、选举人和薄的宪法 / 37
- 九、初步结论和介绍 / 40

第二章 法院以外的宪法 / 41

- 一、米切尔的“提名” / 41
- 二、试着摆脱这个问题 / 45
- 三、以宣布规则的角度来解释宪法 / 55
- 四、法院以外的形式主义 / 57
- 五、形式主义和建立特征 / 61
- 六、国家特征 / 64
- 七、薄的宪法和国家特征 / 66

第三章 能力的问题 / 69

- 一、一个圈内人对国会宪法解释的观点 / 69



二、麦卡锡问题 / 71

三、司法介入(overhang)的影响 / 73

四、立法者诱因的问题 / 85

五、不相信人民 / 92

第四章 法院以外对宗教的宪法 / 93

一、法律修辞中的宗教问题 / 93

二、目的在政教分离条款案例中的角色 / 95

三、政治理论中的宗教讨论 / 100

四、不理性的“问题” / 111

五、该说什么? / 113

六、选举人、立法者和法官的一个注记 / 119

第五章 诱因相容的宪法 / 126

一、诱因相容性的概念 / 126

二、麦迪逊和诱因相容性 / 128

三、诱因相容性和当代法律:联邦制和任期限制 / 132

四、政治问题原则和自我执行 / 138

五、诱因相容性和政治策略 / 144

六、诱因相容性和总统执行法律的义务 / 151

七、真实的诱因相容性的政治 / 159

八、诱因相容宪法的可能范围 / 163

九、结论 / 169

第六章 评估违宪审查 / 171

一、宪法英雄 / 171

二、言论自由法的政治倾斜 / 172

三、最高法院和选举结果 / 178

四、最高法院判决的政治 /	181
五、宪法权利的底层 /	188
六、胜利的限制 /	192
七、对违宪审查采取另一种观点 /	204
八、结论：约论等于零 /	205
第七章 反对违宪审查 /	207
一、结束实验 /	207
二、透过对的法官来解决问题 /	208
三、一个没有违宪审查的世界 /	220
四、不用违宪审查的宪法权利 /	223
五、现在的平衡 /	232
六、为何困扰 /	233
七、结论：如何做 /	236
第八章 民众主义的宪法 /	238
一、对投票的恐惧 /	238
二、建构人民 /	243
三、此工程的某些困难 /	246
四、政治和薄的宪法 /	249
五、国籍、薄的宪法和美国人民 /	252
六、普世性和美国人民的薄的宪法 /	256
七、结论：重新看待《一八七提案》 /	260
参考文献 /	263
索引 /	272

反对司法至上

一、《一八七提案》违宪：这重要吗？

德州曾规定对非法移民的小孩不需提供免费的公共教育,但在 1982 年,这个规定被最高法院宣告违宪,即普莱勒诉多伊案 (Plyler v. Doe)。^[1] 1994 年,加州公投通过了一项加州宪法修正案:《一八七提案》,内容同样也是对非法移民的小孩可以拒绝提供免费的公共教育。联邦法院这次不但宣告《一八七提案》违宪,而且禁止州政府执行这项修正案。^[2]

让我们思考一下,当公民投票通过《一八七提案》后,州议员的处境。州的立法部门必须制

[1] 457 U. S. 202 (1982).

[2] League of United Latin American Citizens v. Wilson, 908 F. Supp. 755 (C. D. Cal. 1995), 该文件指出其在《一八七提案》生效后一礼拜暂时冻结相关条文。



定一个新的州法来落实《一八七提案》。但是,一方面,美国联邦宪法要求这些州议员必须遵守维护美国宪法的誓言;另一方面,加州法也要求这些州议员维护州的宪法和法律。这两个誓言不会发生冲突吗?如果两个誓言发生冲突,若州议员选择不理会最高法院普莱勒案的决定,决定投票落实《一八七提案》,请问这样的立法行为是否妥当?

如果州议会真的通过了相关法律,某些人就必须真的去执行《一八七提案》。例如,在学生申请入校时,学校的行政人员就必须询问他们的父母是否具备公民身份。如果不具备,根据《一八七提案》,他们理应拒绝这些小孩。如果一个校长根据《一八七提案》拒绝了这类小孩的入学申请,但根据普莱勒案的意旨这样做却是违宪的,那么,请问这位校长做错了吗?

这些问题的答案如下:“当然没错。立法者宣誓要服从宪法,而不是宣誓服从最高法院。宪法的内容,并不当然等于最高法院说的话。如果立法者认为最高法院误解了宪法,那么根据他们的誓言,不但准许,甚至要求他们不管普莱勒案的决定。”

不过,要解释为何答案会是如此,并不是件简单的事。尤其,这个答案和美国强势的违宪审查传统马上就会发生冲突。最高法院在马伯里诉麦迪逊[*Marbury v. Madison* (1803)]一案^[3]中,建立了违宪审查的传统。有人认为法院对宪法的解读不该取代国会对宪法的解读,但是约翰·马歇尔(John Marshall)大法官在马伯里案中却驳斥了这个主张,他写下:“很明显地,司法部门的权限和责任,就是在决定什么是法律。”

我们对马歇尔的话可有两种不同的解读:第一种解读是,其只局限于法院的宪法角色,而不涉及其他部门的宪法角色。马歇

[3] 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

尔可能只是说：“如果你们通过某个法律要求我们做某些事，例如在马伯里案中是要求我们受理某类特定的案件，你们就无法阻止我们决定什么才是法律。宪法本身就是法律，而且是最高的法律。”根据这种解读，马伯里案只是告诉我们法院该做什么。它并没有告诉我们其他政府部门、官员、公民等的权利、义务为何。

相对地，第二种解读不但认为宪法至上，也认为法院至上：“很明显地，司法部门（而非其他部门）的权限和责任，就是在决定什么是法律。一旦我们法院决定什么是法律，游戏就此结束。其他须服从宪法的人，不可说他对宪法的理解和我们不一样。”

如同下文将会说明的，这有点过分夸大了司法至上的地位。但是我们以下将提出的说明，也无法完全解决州政府官员所面临关于《一八七提案》的问题。除非可以彻底了解司法至上的地位为何，否则，我们就没办法真正将宪法拿离法院、发展民众主义宪法的目标起航（populist constitutional law，译者按：populist 一般译为民粹主义，或人民主义，由于民粹主义在台湾已被污名化，而译者参考吴介民所译之《反动的修辞》一书中所采之译语，选译为民众主义。而 constitutional law 与 constitution 有别，一般译为宪法法，或宪法法律，译者选译为宪法法，乃是因为其意涵除了指最高法院所发展出来的各种宪法原则、判例之外，在本书中作者一再强调法院以外的 constitutional law，不只包括立法机关的 constitutional law，还包括总统的 constitutional law，所以若译为宪法法律，会被误以为是宪法层级的法律，其实其尚包括宪法方面的法则、“法”）。此一目标就是：除了那些法院还没有时间想的宪法问题我们也没有答案之外，法院外的宪法和法院内的宪法应该相等。

二、司法至上的两个事件

为什么有人会认为司法至上是理解宪法最好的一种方式？



可想而知,法官自己会主张司法至上,因为这样可以让他们的工作更重要也更有趣。但是除了自利以外,还有更多其他的因素。

在1958年,有人挑战最高法院的权威库珀诉伦案(Cooper v. Aaron)。^[4]在那之前四年,布朗诉教育委员会案(Brown v. Board of education)判决学校种族隔离政策违宪。法院判决各州必须以“谨慎的速度”消除学校种族隔离的现象。阿肯色州小石城的学校委员会,为了回应下级联邦法院的诉讼和命令,拟订了一个计划,将逐步慢慢地消除学校里的种族隔离。但是阿肯色州的州长奥瓦尔·福伯斯(Orval Faubus)却反对消除种族隔离,从而使小石城计划引发了很大的公共争议。就像教育委员会在给最高法院的摘要上写的一样:“该州的立法部门、行政部门和司法部门……通过制定法律、请军队支援、发表声明诋毁联邦法律和联邦法院,且不肯动用执法机关和司法程序维持秩序等方式,反对消除种族隔离政策。”

因此,下级联邦法院认为由于公共秩序的不稳定,可暂缓实施消除种族隔离政策。但最高法院却不同意。不仅如此,最高法院也驳斥了福伯斯州长可不用执行布朗案指示的主张。最高法院根据马歇尔大法官的理由,说马伯里案“宣布了一基本原则,亦即联邦司法机关在决定什么是宪法这一问题上,是至上的”。最高法院认为该原则乃“我们宪政系统中永久、不可或缺的特征”,所以“本院在布朗案中对宪法的解释,就是本国的最高法”。福伯斯州长和州议员既然宣誓服从宪法,就赋予了法院解释的“约束效果”。

小石城案的特殊场景,会让人觉得司法至上比较吸引人。布朗案判决绝对是正确的,至少大部分的国人认为如此。福伯斯州

[4] 358 U. S. 1 (1958).

长的顽强抵抗,引发了法律秩序的严重危机,连带使许多反对消除种族隔离的白人,对任何试图消除种族隔离的人作暴力威胁,甚至包括非裔美国人的小孩也不例外。另外,最高法院说的也没错,一百五十多年来违宪审查的运作,让许多美国人都相信法院的宪法解释的确是至上的。

不过,在其他的场景下,司法至上就未必那么诱人了。恶名昭著的德雷德·斯科特案就是一个好例子。^[5] 当1836年德雷德·斯科特还是一个奴隶时,被主人带到没有奴隶制度的明尼苏达州待了几年。当主人带他回有奴隶制度的密西西里州后,德雷德提出诉讼争取他的自由,他认为他在明尼苏达州居住的日子,已经为他换来了自由。当时,国会正想努力限制奴隶制度的扩张,但最高法院却想将奴隶制度议题排除于政治议程之外,故宣告国会的努力违宪。根据法院判决,国会欠缺作出此政策的积极权力,且无权限制奴隶主人将奴隶带到不经正当程序即可剥夺奴隶主人财产权之地方的权利。

在该案判决之后,亚伯拉罕·林肯(Abraham Lincoln,译者注:即后来的林肯总统)提出了有别于司法至上的另一个选择。在1858年参议院竞选时,林肯和民主党的斯蒂芬·道格拉斯(Stephen Douglas)有过辩论,道格拉斯希望仰赖法院的判决来解决奴隶制度的争议。他说:“当你们对奴隶问题无法达成一致看法时,就可以上法院。法院会帮你们做决定,而最后所作出的判决,则该拘束所有的良好公民。”道格拉斯用了与库珀诉阿伦案大同小异的说法,他认为当法院解决问题后,游戏就该结束:“当作出判决后,这些判决就成为国法。”^[6]

[5] 60 U.S. (17 How.) 393 (1857).

[6] Spark, *Lincoln-Douglas Debates*, pp. 257, 372.



林肯却不这么认为。他同意最高法院判决的确可以解决当下的争议,所以德雷德·斯科特在法院判决输了之后只好继续当奴隶。但是他却不认为法院判决“可以作为拘束选民的政治规则……或拘束国会议员或总统不得采取某些措施,尤其那些措施在该判决建立原则时,根本没有真正出现过”。〔7〕

在林肯第一任总统就职演说时,当时南方宁可选择战争也不放弃奴隶,林肯在演说中重新清楚地表达他的看法。德雷德·斯科特案“只能拘束该案的当事人”。此外,“其他政府部门在思考类似案件时,也应该高度重视和考量”最高法院的判决。甚至,即使是一个“错误”的判决,也应该被遵守,因为“遵守该判决的负面效果只会限缩在那个案件上,其有可能被后来的判决推翻而永远也不会成为后续案件的判例,故遵守这个判决的负面效果,比起其被适用到另一个案件上要好多了”。但是林肯接着说道:“如果政府的政策重要到会影响到所有的人民,但是却会被最高法院的判决所决定而不可推翻,且最高法院乃是在听取诉讼当事人间的辩论后迅速地作出判决,那么人民就不再是自己的统治者了。”〔8〕

林肯是一个极为细腻的宪政主义者,他的意见几乎包含了我们在建构一理论来阐明库珀诉阿伦案之结果时所需的所有论点,也让我们不用去拥护那个与民众主义宪法法不相容的司法至上理论。〔9〕

三、厚的宪法和薄的宪法

为了提出反对司法至上且发展出民众主义宪法法的论证,我必须先介绍一组整本书都会用上的概念区分:厚(thick)的宪法和

〔7〕 Basler, *Collected Works of Abraham Lincoln*, Vol. 2, pp. 516-518.

〔8〕 第一次就职演说于1861年3月4日,参见 Richardson, *Messages and Papers of the Presidents*, Vol. 6, p. 9.

〔9〕 虽然林肯的分析是受到美国内战危机的启发,但是其理由也适用于一般的情形。

薄(thin)的宪法。厚的宪法包括了许多详细描述政府如何组成的条文,例如,包括某个规定总统可以“要求各行政部会首长针对其所负责事务的相关议题提出书面意见”的条文。^[10] 我们应该点出那些让宪法越来越厚的条文的几个特征:

(一)重要

将这些条文整体放在一起来看,非常重要。如果没有它们,可能连一个受到宪法其他条文规范的政府都不存在。就细节方面,这些条文也标示出那些支撑我们宪政系统的重要原则。例如,“书面意见”条款就是让行政官员向总统负责的一种方式,而人民也因而可以要求总统对所有政府行为负责。

(二)司法的沉默

法院通常很少对这些条文发表重要的意见。有时候这是因为那些条文的用语非常清楚,所以没有人会想要偏离字面上明确的规定;有时候,则是因为我们选任的官员有政治上的诱因去遵守这些规定;^[11] 也有些时候,这些条文现在已经无关紧要,所以当人们忽略或闪避它们时,也不会有人关心去提出诉讼;^[12] 还有些时候,我们可以不用明显地违反这些条文,只要在这些条文之间打转,一样能达到我们想要的目的。

(三)司法的错误

法院在处理这些条文时,并没有令人尊敬的表现。就拿立法否决权(legislative veto)的议题为例,为了因应现代国家日趋庞大的政府业务,国会越来越倾向在法律中以概括的字眼授权给行政机关制定行政命令。但是国会仍然很理性地,希望对行政机关制定出来的行政命令保留事后的控制权。因此,国会发明出立法否

[10] 《美国宪法》第2条第2项。

[11] 这是第五章要讨论的主题。

[12] 这则是下一章的主题。



决权这项设计,来平衡它授权给行政机关的权力。立法否决权有几种不同的变形,不过其基本概念是:国会先授权给行政机关广泛的权力,然后它再看看行政官员怎么做,如果国会不喜欢某些行为,它则可以在事后“否决”这些行政行为。但是后来最高法院宣告立法否决权违宪,理由竟然是因为这种设计不符合厚的宪法中“所有法律”皆必须交由总统签署的要求。^[13] 首席大法官沃伦·伯格(Warren Burger)的意见似乎承认这种判决结果将导致政府“手脚不灵活、无效率,甚至无法运作”,但是他认为这样的结果却是制宪者“有意识作出的……困难决定”。

在此我们不需要仔细检讨最高法院的是非功过。其实最高法院这项判决很容易就会被逃避掉:既然国会不能监督行政官员实际的作为,国会可以要求官员对他预备采取的行为提出报告,并可以通过法律限制该项预备行为。当然,这个法律仍然须经总统签署,这从某种程度上表示法院的判决确实改变了政治上的动态运作。不过这样的效果并不大,因为总统若想对抗国会则必须付出某些政治资本,而在20世纪总统权力扩张的当代,这并不是明智的选择。

(四)公众不关心

厚的宪法中的条文,无法激励人民的热血。它们通常不会引发关于宪法如何保障基本人权这类的激情宣言(不过或许某些宪法学者会)。正如约翰·保罗·史蒂文斯(John Paul Stevens)大法官在另一个脉络下写下的——“我们之中大概不会有人要鼓吹子女去发动战争,以维护”——总统要求内阁官员提出书面意见的权力。^[14]

[13] *Immigration & Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

[14] *Young v. American Mini-Theatres*, 427 U.S. 50, 70 (1976).

就这个方面上,薄的宪法就不同了。我们可以将薄的宪法作为对诸如平等、言论自由和人权等的基本保障。注意:我不是在讲“宪法第一修正案”或“平等保障条款”。薄的宪法之所以讲的只是基本保障而非明确特定的宪法条文,是为了避免让人误会,以为薄的宪法也包含或等同于最高法院对那些条文所做的解释。就如同法学教授罗伯特·内格尔在一本经典的分析中所阐明的,大部分最高法院说的话,就和厚的宪法一样枯燥无味(desiccated)。^[15]最高法院已经告诉我们在思考言论自由的问题时,必须考虑该管制是针对言论内容的管制还是不对言论内容的管制,以及该限制是对议题的限制还是对观点的限制。我想即便是优秀的法律人,也不一定能够分清楚这样的区别。同样地,最高法院也告诉我们在思考平等议题时,必须检验以种族为基准的分类是否能通过“严格审查标准”。而桑德拉·戴·奥康娜(Sandra Day O'Connor)大法官还向我们保证这个标准绝对不会是“事实上致命的”,她说只要采取“量身定做”的方式来达成“重大急迫的国家利益”,就可以通过合宪检验。^[16]这些公式是最高法院在思索重要议题时所采取的思考方式,但是一般人在处理言论自由或平等要求时,则根本不需要去引用这些公式。

那么,到底什么是薄的宪法呢?政治学者加里·雅各布森曾将林肯写的模糊笔记复原,其将“联邦及宪法”形容为“银的图片”、“框架”,而环绕在“金苹果”,也就是《独立宣言》之原则的四周:“该图片是为了苹果而作,而非苹果为了图片而作。”^[17]林肯相信,为美国人民而建立的宪法工程,乃是为了维护《独立宣言》

[15] Nagel, *Constitutional Cultures*, 第七章[标题是“公式的宪法”(The Formulaic Constitution)]。

[16] *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995)。

[17] 转引自林肯,删除强调字体, *Jacobsohn, Apple of Gold*, p. 3。



的诸原则:包括人民皆生而平等的原则,以及人民皆有不可被剥夺之人权的原则。这就是所谓的薄的宪法。

我特别用“人民”(people)取代“男人”(man),并删掉了原本《独立宣言》中出现的“造物者赋予”不可被剥夺之人权引号中的那几个字,主要的原因在于我想要强调,该工程乃是为了维护这些原则(principles)而存在。那些原则可能和托马斯·杰弗逊(Thomas Jefferson)所解读的不太一样:我认为平等原则应该包含所有的人民,而杰弗逊所讲的平等大概只及于男人和拥有奴隶者。^[18] 另一个不同点在于,这些原则背后的基础和杰弗逊主张的基础也不一样:我认为权利原则有世俗的基础,而杰弗逊却提出了一个自然神论(deistic)的证立基础。^[19]

弗雷德里克·道格拉斯对德雷德·斯科特判决的评论重述了这些论点。他把重心放在宪法最前面的那几个字上——“我们人民”(we the people)。道格拉斯说,“‘我们人民’,不是讲我们白人,也不是讲我们公民、有投票权的人,更不是讲我们特权阶级而排除其他阶级,而是讲我们人民;不是讲我们马和牛,而是讲我们人民——包括男人和女人、所有美国领土上的住民,一起下令并建立了本宪法。”^[20] 正如道格拉斯所理解的,这一国家工程同样要维护宪法前言中与独立宣言相共鸣的部分:国家将致力于“建立正义、确保国内安宁、提供共同防卫、促进一般福利,以及确保自由的祝福……直到后代子孙。”

民众主义的宪法法,要维护的是薄的宪法。正如同道格拉斯

[18] 这样的区别和自德沃金以降法学界的看法相类似。Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 134–135. 本书有简体字中译本,请参考[美]德沃金:《认真地对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社2002年版,第10页。

[19] 关于宗教的理由和世俗的正当基础间的关系,可参考第四章。

[20] Frederick Douglass, *The Dred Scott Decision*, in Foner, *Life and Writings of Frederick Douglass*, Vol. 2, p. 419.