



法院与宪法

The Court and the Constitution

Archibald Cox

〔美〕阿奇博尔德·考克斯 著

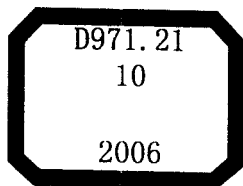
田雷 译

The Court and the Constitution Archibald Cox



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS





〔美〕阿奇博尔德·考克斯 著
田雷 译

法院与宪法

The Court and the Constitution

Archibald Cox



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权合同登记号: 图字 01-2005-4654

图书在版编目(CIP)数据

法院与宪法/(美)阿奇博尔德·考克斯著;田雷译.—北京:北京大学出版社,2006.5

(宪政经典)

ISBN 978-7-301-10681-5

I. 法… II. ①考… ②田… III. 宪法-法制史-美国 IV. D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第041044号

版权声明:

THE COURT AND THE CONSTITUTION by Archibald Cox

Copyright © 1987 by Archibald Cox

Published by arrangement with Houghton Mifflin Company

Simplified Chinese translation copyright © 2006

by Peking University Press

ALL RIGHTS RESERVED

书 名: 法院与宪法

著作责任者: [美]阿奇博尔德·考克斯 著 田 雷 译

责任编辑: 谢海燕

标准书号: ISBN 978-7-301-10681-5/D·1492

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650mm×980mm 16开本 29.75印张 401千字

2006年5月第1版 2007年2月第2次印刷

定 价: 46.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn



作者简介：

阿奇博尔德·考克斯（1912-2004），生前任哈佛大学法学院教授，主治宪法与劳工法，1961年至1965年担任联邦政府首席检察官，1973年担任水门事件特别检察官。主要著作包括1960年的《法律与劳工政策》、1967年的《民权、宪法与法院》、1968年的《沃伦法院：作为改革工具的宪法裁决》、1976年的《美国政府中的最高法院》以及1981年的《表达自由》。他所发起编写的《劳工法：案例与材料》在2005年修订至第13版依然是此领域内的主要教材。他在联邦最高法院参与的重要案件包括1961年的贝克诉卡尔案、1964年的亚特兰大中心汽车旅店诉合众国案、1966年的南卡罗来纳州诉卡岑巴赫案、1969年的夏皮罗诉汤普森案、1976年的巴克利诉瓦莱奥案、1978年的加州大学校董诉巴克案。首版于1987年的《法院与宪法》是他最后一本专著。

宪政经典书目

1. 权利的成本——为什么自由依赖于税
〔美〕Stephen Holmes & Cass Sunstein 著 毕竞悦译(2004年6月出版)
2. 普通法与自由主义理论:柯克、霍布斯与美国宪政主义的诸源头
〔美〕James R. Stoner, Jr. 著 姚中秋译(2005年5月出版)
3. 偏颇的宪法
〔美〕Cass R. Sunstein 著 宋华琳、毕竞悦译(2005年6月出版)
4. 英国宪制
〔英〕Paul Smith Bagehot 著 李国庆译(2005年8月出版)
5. 司法审查与宪法
〔美〕Sylvia Snowiss 著 湛洪果译(2005年10月出版)
6. 宪法
〔日〕芦部信喜著 林来梵、凌维慈、龙绚丽译(2005年12月出版)
7. 反联邦党人赞成什么?
〔美〕Herbert J. Storing 著 汪庆华译(2006年4月出版)
8. 大宪章
〔英〕J. C. Holt 著 贺卫方译(2006年3月出版)
9. 议会如何工作
〔英〕Robert Rogers & Rhodri Walters 著 苗文龙译(2006年3月出版)
10. 公债与民主国家的诞生
〔美〕David Stasavage 著 毕竞悦译(2006年4月出版)
11. 最不危险的部门
〔美〕Alexander Bickel 著 秋风译(2006年5月出版)
12. 我们的秘密宪法——林肯如何重新定义美国的民主
〔美〕George P. Fletcher 著 陈绪刚译(2006年5月出版)

13. 宪法的领域:民主、共同体和管理

[美]Robert Post 著 毕洪海译(2006年6月出版)

14. 冲突中的宪法

[美]Robert Burt 著 车雷译(2006年6月出版)

15. 反联邦党人文集

杨玉圣编译(2006年6月出版)

16. 法院与宪法

[美]Archibald Cox 著 田雷译(2006年5月出版)

致 谢

在本书的写作过程中,我直接得益于和艾德里安·马隆(Adrian Malone)与格雷戈里·史密斯(Gregory W. Smith)的讨论。他们当时正尝试着制作出一部十三集的电视系列片,以反映联邦最高法院在美国历史发展中的作用。虽然整个计划无疾而终,但他们二人促成了我的观点,尤其是观点的表述。格雷戈里·史密斯和艾德里安·马隆的工作人员还提供了大量的事实研究。

我还要感谢哈佛大学法学院的学生乔纳森·伯利克(Jonathan Berek)和我的秘书与研究助手玛德琳·罗德(Marlene Roeder)所提供的研究帮助。

中译本序言

肯·葛姆利*

《法院与宪法》是 20 世纪美国最伟大的宪法学者所写作的重要著作。阿奇博尔德·考克斯作为水门事件特别检察官勇敢对抗尼克松总统的故事妇孺皆知,这建立了一个原则:任何人——即便是美利坚合众国的总统——都无权凌驾于法律之上。在水门事件中,考克斯——这位素以正直与诚实著称的新英格兰人——要求尼克松总统提交九盘录音磁带,这是证明尼克松是否参与水门事件的关键证据。当尼克松在臭名昭著的周六午夜大屠杀中解雇考克斯后,考克斯成了美利坚民族的英雄。而考克斯也连同他那招牌式的领结与平头成为美国政府内诚实和正直的象征。

《法院与宪法》一书以考克斯对其在水门事件调查中的工作回忆拉开序幕,这也是目前为止唯一讲述这一内容的公开出版物。本书“序幕”的 28 页内容正是考克斯在 1973 年那些艰难月份中的工作与痛苦决策的第一手资料。仅凭这一原因,本书就将成为美国法学的无价经典,它展示了一位将美国政府制度置于个人利益之上的资深法律人与公务人员的心路历程。

但《法院与宪法》的价值远远不限于它对水门危机期间总统与法院之间的宪法对抗的回顾。它代表了考克斯这位美国宪法领域内的学者与律师的工作生涯的积淀。这本出版于 1987 年(考克斯当年 75 岁)的书是考克斯事业的最终成就。作为哈佛大学法学院

* 葛姆利是宾夕法尼亚州迪尤肯大学宪法学教授,哈佛大学法学院法律博士,著有《考克斯·民族良知》(*Archibald Cox: Conscience of a Nation*)一书,此书是考克斯教授唯一授权的个人传记。

的大学教授、肯尼迪政府的首席检察官、在联邦最高法院代理过许多里程碑式案件的杰出律师,考克斯对美国宪政事业的影响不亚于这个民族历史上的任何人。

在写作这位杰出美国人物的授权传记《考克斯:民族良知》时,我曾经与考克斯在哈佛的办公室内度过了数百小时的时间,谈论他的生活与事业。在1979年的那个学期,我曾经是考克斯《美国宪法史》课程的助教。也许可以这样说,除了他的家庭成员,我是最了解这位公众人士的私下生活的人。在我们的交谈中,他曾经多次骄傲地谈及《法院与宪法》。这本书对他而言是其学术生涯的最大成就。考克斯将他关于美国宪法与其历史的知识线索汇集到一部著作之内,这曾经是他在哈佛大学法学院教授了数十年的课程内容。或许更为重要的是,无论是作为联邦政府的首席检察官,还是作为追求公共利益的私人律师,考克斯曾经参与过联邦最高法院所审理的数十件重要的宪法案件,而关于这些案件的第一手资料也被考克斯编入本书之中。

如同考克斯生命中的许多经验,本书也是机缘与运气的产物。在水门事件让他成为一位英雄之后,好莱坞一位名叫艾德里安·马隆的电影制片人开始接触考克斯,他希望制作一部十三集公共电视系列片,内容是关于联邦最高法院在美国人生活中的历史和功能。考克斯被公认为是这一节目的理想主持人。正如对待每一个他认为值得的项目,考克斯将自己的全部心力倾注入这项工作。从1787年联邦宪法的签署直到当代的发展现状,考克斯研究了联邦最高法院及其决策的方方面面。考克斯希望自己所讲述的美国宪法故事,既能吸引学者,又可以吸引普通公民,只要他(她)们对联邦最高法院以及案例法的精妙之处有兴趣。因为资金方面的局限,这部电视系列片最终未能完成。但幸运的是,考克斯同意为波士顿的霍顿·米夫林出版公司写作一本专著,这让他用书面形式保存下他的故事。《法院与宪法》一书也因此成为最生动与最可读的美国宪法史专著。

考克斯的法律生活与事业让他成为讲述这一故事的特别人

选。追溯他母系的家谱,考克斯是罗杰·谢尔曼的直系后代,后者是一位曾经签署过《邦联条款》、《独立宣言》与联邦宪法的美国建国之父。考克斯在哈佛大学法学院成绩优异;毕业后在纽约州为著名的勒尼德·汉德法官担任助理;20世纪40年代早期担任助理首席检察官。1961年,由肯尼迪总统任命,他作为合众国的首席检察官重返司法部,这一次他成为肯尼迪总统的法律顾问。

首席检察官是联邦政府在最高法院辩护重要案件的律师,经常被称为“联邦政府的良心”。对考克斯而言,这是一位法律人所能获得的最大荣誉。在这一职位上,考克斯很快赢得了有史以来最伟大的首席检察官的称号。他在联邦最高法院辩护过伯顿诉威明顿停车管理处(*Burton v. Wilmington Parking Authority*),在这一案件中,法院认可政府有权在一家附有政府所有的停车库的私人咖啡店内禁止种族歧视。在20世纪60年代的民权运动期间,他在联邦最高法院成功辩护了一系列的“黑人入座”案,这些案件让最高法院开始逐渐禁止美国南方的私人饭店与其他设施中的种族歧视,最终推动国会于1964年通过了意义深远的《民权法案》(考克斯同样在联邦最高法院成功地论证了这一法案的合宪性)。

在棘手的立法议席重新分配案中,考克斯与司法部长罗伯特·肯尼迪携手合作。这些工作最终体现在历史性的贝克诉卡尔和雷诺茨诉西蒙斯案中,它们确立了美国宪法学中的“一人一票”原则。

《法院与宪法》这部著作包含了所有这些内容。在本书的前两个部分,考克斯讨论了美国宪法原则的演进,这包括司法审查的建立(1803年的马伯里诉麦迪逊),贸易条款下国会权力的范围(1819年的麦卡洛克诉马里兰州),从正当程序条款中解读出的经济权利判例(1905年的洛克纳诉纽约州),以及在罗斯福总统新政期间的“一人的及时转变挽救了九人”,经由此,联邦最高法院从其早期限制新政立法的立场中退却,从而赋予国会更广泛的自由去制订规制国家经济的法律。

当然,这本书所包括的不仅仅是历史。在本书的第三部分,考

4 法院与宪法

克斯进入到那些今天继续主导着美国法律的辩论和讨论的领域。这包括言论与出版自由、校园祈祷、犯罪嫌疑人与被告的权利、校园解除隔离、种族与性别歧视以及极具争议的堕胎判决。

在这本书最吸引人的章节中,考克斯讲述了他在最高法院辩护巴克利诉瓦里奥时的故事,此案维持了联邦政府所推行的大规模的竞选资金改革。此外,考克斯还讨论了他在著名的巴克案中代理加州大学的辩护工作,此案关系到高等教育中的纠偏行为项目。

阿奇博尔德·考克斯在2004年去世,享年92岁。作为我们时代的伟大宪法律师与学者,他为自己在美国英雄的殿堂中赢得了一席之地。他的诚实与正直以及对法治的信仰,让他做出了很少有人能够比拟的贡献。在《法院与宪法》一书中,读者将发现历史中的这些故事和情节,它们正是考克斯眼中美国宪法的生命所在。在写作这本书时,考克斯曾希望它可以鼓励美国与世界上的其他民族去追寻法治政府的积极力量。现在,《法院与宪法》中译本的出版将有效地促进这一崇高的事业。

目 录

序幕	1
----------	---

第一部分 建 国

第一章 费城奇迹	31
第二章 司法至上	43
第三章 最高的联邦权力	72
第四章 开启全国市场	86
第五章 一个不可分裂的国家	106

第二部分 从自由放任到福利国家

第六章 经济自由	121
第七章 二元联邦制	143
第八章 新政之下的司法节制	150
第九章 联邦权力的扩张	162

第三部分 作为改革工具的宪法裁决

第十章 沃伦法院	183
第十一章 异端	190
第十二章 国家安全与第一修正案	220
第十三章 被告人的权利	246
第十四章 校园隔离的解除	263

2 法院与宪法

第十五章	纠偏行动	283
第十六章	政治平等	303
第十七章	基本权利与嫌疑归类	323
第十八章	堕胎	342

第四部分 宪政与法治

第十九章	司法审查的未来	363
------	---------------	-----

宪法史上的失踪者

——代译后记	403
--------------	-----

索引	417
----------	-----

序 幕

1

在纪念 1787 年费城制宪会议两百周年之际,美国人民将再一次重申他们对于宪政和法治的信仰。我们以制宪者们为荣,不仅因为他们构设出一个天才般的政府蓝图,而且因为他们为个人自由和尊严提供了免于政府压制的保障。这一信仰寄托于美国联邦最高法院及其下级法院,它们被看作是解释宪法指令和维持法律统治的机构。

在判决系争案件之时,法院能够忽略其认为与宪法相冲突的国会法案。法院还可以发布命令,以要求执法官员停止针对个人的违宪或违法行为,或者执行由法律所要求的羁束性义务。经由这些方法,法院,最终是联邦最高法院,维持了政府的基本结构并保护了个人的基本权利。

最高法院的宪法判决经常形塑着我们国家的历史进程。例如,回忆一下校园解除隔离案^[1]、校园祈祷案^[2]或者更为早先的发生在 1937 年的一组案例,后者认可了联邦政府权力的急剧扩张,从而使得联邦政府有权在“州际贸易”条款下调控近乎所有的商业活动。^[3]

司法审查这项权力的根基是什么?更为宽泛地说,宪政与法治的根基又是什么?一种可能的回答是,最高法院在马伯里诉麦迪逊案^[4]一案中建立起司法审查的权力,并为整个国家所逐渐接

[1] Brown v. Board of Education, 347 U. S. 483 (1954).

[2] Engel v. Vitale, 370 U. S. 421 (1962); Abington School District v. Schempp, 374 U. S. 203 (1963).

[3] NLRB v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U. S. 1 (1937).

[4] Marbury v. Madison, 1 Cranch 137 (1803).

2 法院与宪法

- 2 受。但是,这种回答是否足够深刻?假设执法官员(或许以立法机构的观点为后盾)坚持执行一项违宪的法律或者从事他们自己的违法行为。如果这一官员只是孤家寡人,也许联邦法官或法院的其他官员将具备对付他的强制力。如果对于法院来说,这一官员过于强大——比方说他是一位州长——法院可能获得有权调动武装力量的合众国总统的武力支持,这正如艾森豪威尔总统在阿肯色州小石城学校和肯尼迪总统在密西西比大学执行解除隔离法令时所做的那样。但是,假定总统拒绝执行法院的命令?或者是总统本人被发现正在从事违宪行为?那么宪法自由的保障将是什么?在终极意义上,我们的宪政和法治事业的根基又是什么?

法律人和政治哲学家都在一次又一次地思索着这些问题。在1973年秋天的“水门事件”调查中,这些问题变得生死攸关。

1973年7月,在华盛顿特区约翰·斯里卡法官(John Sirica)的法庭之上,决战的舞台搭建起来。大陪审团此时正在调查针对尼克松政府及其竞选委员会中高层官员违法行为的多项指控。1972年6月,詹姆斯·麦考特、霍华德·亨特以及一些反卡斯特罗的古巴流亡分子在企图闯人民主党全国委员会水门办公室时被当场抓获,他们的目的是在这里安装一个电子窃听器,从而监听办公室内或电话中的谈话。麦考特和亨特很快与白宫及共和党联系在一起。事态的发展逐渐让人们开始怀疑,“水门事件”的最终策划者可能是尼克松总统的办公室主任罗伯特·哈德曼,前司法部长约翰·米切尔,甚至是总统先生本人。与此同时,关于高层官员其他违法行为的消息也流传出来,这包括,为了换取1972年共和党大会的财政资助将一起重大的反托拉斯案件违法和解,接受非法的公司竞选献金,“监听”报纸新闻记者,以及以各种方式侵犯公开批评总统的公民的自由。

- 3 直至1973年春天,司法部一直在消极怠工,而没能按照证据所表明的程度去积极地调查相关指控。在一片声讨声中,司法部长理查德·克莱典斯特、罗伯特·哈德曼以及另外一位白宫高级助理约翰·艾里克曼被迫辞职。总统的法律顾问约翰·迪安也被

解雇。尼克松总统随后任命素以经验丰富和诚实正直而著称的艾略特·理查森(Elliot Richardson)为司法部长。作为批准任命的条件,参议院司法委员会要求理查森任命一位特别检察官来调查相关指控、为大陪审团提供证据、并起诉任何得到证明的犯罪行为。

理查森关于特别检察官的人选落在我的肩上。我接受了这一职位,这是因为我相信,我们的法律和政府体制必须有能力彻底与公正地调查关于违法行为的任何合理指控,必须有能力积极并无偏私地处理任何得以证明的违法行为,哪怕它们牵涉到政府的最高层。在理查森的陪同下,我在参议院司法委员会上宣誓:不论行为踪迹导向何处,即便是总统,我都将追查到底。我还承诺将通过适当的司法程序,以挑战在所谓“执法特免权”(executive privilege)宪法原则下所提出的总统有权拒绝交付证据的任何主张。我的任命条件中包括了明确的独立性保障,这保证了除非存在严重的不当行为,否则我不能被解职。

截至1973年的7月6日,相当的证据可以显示,不仅“水门事件”的最终责任会涉及到白宫内部的官员,而且还存在着蓄意掩盖“水门事件”与白宫以及共和党竞选官员之间联系的行为。总统的前法律顾问约翰·迪安,在参议院调查委员会中已经给予了详细的证词。如果这些证词可信的话,它们表明尼克松总统、哈德曼及政府中的其他人曾经参与过企图隐藏“水门事件”责任的“掩盖行为”(cover-up)。如果事实确实如此,他们就触犯了密谋妨碍司法的重罪。那些为迪安所指控的人否定了迪安的证词。作为“水门事件”特别检察组,我们能够并将继续我们的调查,但在这一节骨眼上,案件调查有可能演化成为一种诚信问题。

就在此时,另外一名白宫的前助理亚历山大·巴特菲尔德,在参议院调查委员会的证词中透露出:尼克松总统所参与的全部谈话都存在着磁带录音。这样就出现了解决诚信难题的一种方法——但前提是我们可以获取这些录音带。 4

但是,我们能否获得这些录音带呢?总统很快发表了公开谈话,声称录音带是一种政府机密。他还说到,他已经将录音带置于

他个人的监管之下。后一项声明具有重要的法律意义。法院或国会委员会可以通过向持有证据的个人发布强制性传票(*subpoena duces tecum*),指令该人将证据带到法庭之上,从而能够获得录音、文件和其他的物理证据。这项声明就意味着关于录音带的传票必须送达至总统本人。他的律师可能会问,“国会委员会或法院有何权力对合众国的总统发出传票呢?”

在“水门事件”特别检察组方面,我们决定继续施压。传票是以法院名义发出的事先印好的法定表格。我们在传票上填写了“理查德·尼克松,宾夕法尼亚大街 1600 号”,并把最有可能涉及到“水门事件”及其掩盖行为的 9 盘录音带指定为需要提交的证据。文书工作是简单的,但是即便在那个阶段,我们也开始产生了一种畏惧感,我们是在发动一场我们难以控制的历史性对峙。没有哪位合众国总统曾在一纸传票之下而被迫交出证据。没有哪个法院曾经成功地向合众国总统传达过任何命令。但即便如此,我们也必须试一试。

当总统收到传票之后,他给法院送去了拒不遵从的信函。信中的理由非常谦恭:正如总统无权干预法院事务,法院也无权指令总统的行为。这封信接着提到,作为总统,他负有保证其公职诚实性的宪法义务,这就要求总统有权在没有外界干预的情况下,决定哪些文件和类似文档应该基于公共利益而保密。这些是总统的文件,公共利益要求保密。

在联邦地区法院斯里卡法官的指示之下,调查“水门事件”的大陪审团正在开庭听审。接下来的一步将是请求斯里卡法官传达命令,以指令理查德·尼克松说明为何法院不应要求他服从传票。虽然在实践中,检察官可以指引甚至是支配大陪审团,但在法律理论中,检察官是大陪审团的仆人,调查是大陪审团所进行的调查。⁵为了守住我的阵线,我来到大陪审团面前,向他们解释了录音带的重要性,并劝说大陪审团授权我去申请要求说明理由的命令。大陪审团默许了我的建议。我因此准备好申请法院命令的正式文书,但是鉴于此案的公众性,事先知会斯里卡法官显然是更为合适