

法律今典译丛



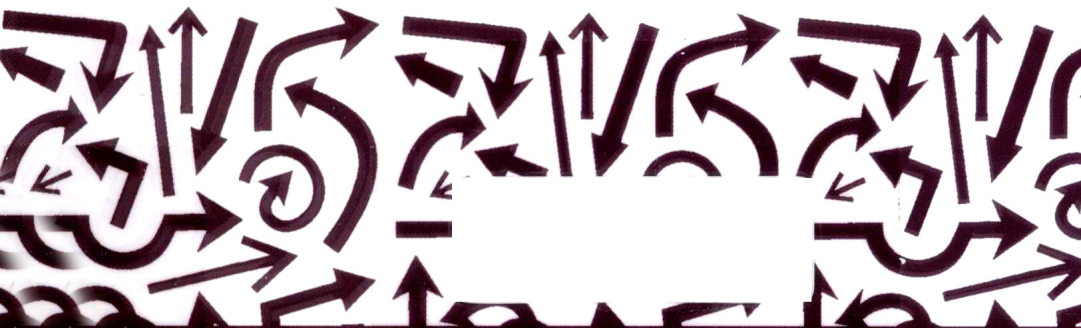
宪法的领域

民主、共同体与管理

Constitutional Domains

Democracy, Community, Management

〔美〕罗伯特·C. 波斯特 著 毕洪海 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法律今典译丛



Constitutional Domains
Democracy, Community, Management

宪法的领域

民主、共同体与管理

〔美〕爱伯特·C.波斯特 著 / 毕洪海 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字: 01-2003-8567

图书在版编目(CIP)数据

宪法的领域:民主、共同体与管理/(美)波斯特(Post, R. C.)著;毕洪海译. —北京:北京大学出版社, 2012. 11

(法律今典译丛)

ISBN 978-7-301-21500-5

I. ①宪… II. ①波… ②毕… III. ①宪法-研究 IV. ①D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第258948号

书 名: 宪法的领域:民主、共同体与管理

著作责任者: [美]罗伯特·C. 波斯特 著

毕洪海 译

责任编辑: 李 昭

标准书号: ISBN 978-7-301-21500-5/D·3198

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>

新浪微博: @北京大学出版社

电子信箱: 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: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

965毫米×1300毫米 16开本 30.25印张 382千字

2012年11月第1版 2012年11月第1次印刷

定 价: 58.00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 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

致 谢

我有幸得到诸多友善的朋友和同事贡献他们的时间和建议。本书的文章从他们的影响和见识中获益不可估量。我尤其要感谢亚历山大·阿列伊尼科夫 (Alexander Aleinikoff)、艾德·贝克尔 (Ed Baker)、文森特·布拉西 (Vincent Blasi)、杰西·乔普尔 (Jesse Choper)、梅厄·丹—科恩 (Meir Dan-Cohen)、梅尔文·艾森伯格 (Melvin Eisenberg)、辛西娅·富克斯·爱泼斯坦 (Cynthia Fuchs Epstein)、朱利安·奥伊勒 (Julian Eule)、丹尼尔·法伯 (Daniel Farber)、欧文·费斯 (Owen Fiss)、梅里克·加兰 (Merrick Garland)、安吉拉·哈里斯 (Angela Harris)、唐·赫尔佐克 (Don Herzog)、桑福德·卡迪什 (Sanford Kadish)、肯尼斯·卡斯特 (Kenneth Karst)、塞斯·克赖默 (Seth Kreimer)、桑福德·列文森 (Sanford Levinson)、克里斯滕·卢克 (Kristen Luker)、迈克尔·麦康奈尔 (Michael McConnell)、谢利·梅辛格 (Shelly Messinger)、弗兰克·米歇尔曼 (Frank Michelman)、马莎·米诺 (Martha Minow)、保罗·米什金 (Paul Mishkin)、雷切尔·莫兰 (Rachel Moran)、汉纳·皮特金 (Hanna Pitkin)、斯科特·波 (Scott Powe)、埃里克·拉科夫斯基 (Eric Rakowski)、特伦斯·桑达洛 (Terrance Sandalow)、约瑟夫·萨克斯 (Joseph Sax)、弗雷德里克·绍尔 (Frederick Schauer)、费迪南德·斯库曼 (Ferdinand Schoeman)、菲利普·塞尔兹尼克 (Philip Selznick)、马丁·夏皮罗 (Martin Shapiro)、列娃·西格尔 (Reva Siegel)、杰尔姆·什科尔尼克 (Jerome Skolnick)、迈克尔·史密斯 (Michael Smith)、杰弗里·斯通 (Geoffrey Stone)、卡斯·桑斯坦 (Cass Sunstein)、简·

2 宪法的领域

维特尔(Jan Vetter)、杰里米·沃尔德伦(Jeremy Waldron)、詹姆斯·温斯坦(James Weinstein)、伯纳德·威廉姆斯(Bernard Williams)和富兰克林·齐姆林(Franklin Zimring)。在准备出版手稿方面,克里斯廷·拉金特-莫伊斯(Kristin Largent-Moyes)进行了不可或缺的超人般的努力;没有她无私的奉献,我怀疑这本书是否会成形。我的技术编辑卡特琳娜·赖斯(Katarina Rice)则在不断润色和精确方面给我鼓舞。当然,没有我妻子弗兰·莱顿(Fran Layton)体贴的支持,就不会有本书的这些文章,对我我衷心地表示感谢。

罗伯特·C.波斯特

目 录

导 言	宪法的社会领域	1
第一编 共同体与人的尊严		
第一章	宪法解释理论	25
第二章	隐私的社会基础 ——普通法侵权中的共同体与自我	59
第三章	文化异质性与法律 ——色情作品、亵渎与第一修正案	113
第二编 民主与人的自由		
第四章	宪法上的公共商谈概念 ——过分的观点、民主审议与《皮条客》杂志 诉福尔韦尔案	161
第五章	在民主与共同体之间 ——社会形式的法律构造	249
第三编 管理与工具理性		
第六章	在治理与管理之间 ——公共论坛的历史与理论	275

2 宪法的领域

第七章 米克尔约翰的错误 ——个人自主与公共商谈的改革	366
重 述 种族主义言论问题	394
文献出处	451
索 引	453

导 言

宪法的社会领域

我们这一代的美国宪法学者生活在法律实用主义当中。在我们看来,法律不再洋溢着质朴无瑕的自主性;亦不能被认为存在于雅致且不断发展的原理规则模式当中。相反,我们自然而且必然将法律标准理解为实用的政策工具。我们试图将法律作为实现社会目标的工具,而我们学术讨论的精髓也是围绕这些目标应当是什么展开的。

伴随这一导向的糟糕趋势是区分社会目标与社会目标最终必然得以实现的具体法律安排。多年前,朗·富勒(Lon Fuller)就指出了这一趋势,并对其进行了彻底的批评。他称:“任何社会目标要有意义,都必须按照结构的方式理解,而不只是当做在人们的社会‘制序’(social ordering)方向正确时发生在他们身上的事情。”^{〔1〕}

富勒观点的寓意是,宪法价值往往存在于实际体现这些价值的法律结构当中。这些结构通常包括建立可识别的“社会秩序”的规则模式。宪法价值必然既存在于这些社会秩序的形式当中,也存在于这些形式所促进且使之可能的经验当中。因此,宪法原则的实现就需要认真关注宪法与社会秩序系统的关系。

〔1〕 Lon F. Fuller, *The Principles of Social Order* 57 (Kenneth L. Winston, ed., 1981).

本书的文章就是努力根据这一见解重新解释宪法。这些文章试图表明,宪法的基本原则如何以广泛重要的方式在具有自身内部逻辑和完整性的具体社会秩序形式中得到体现。就理解我们的宪法而言,三种不同的社会秩序形式尤为重要。我称之为共同体、管理与民主。简明扼要地说,当法律寻求以权威的方式解释与执行共同的风俗与规范时,就可以说法律创造的是共同体;当以工具的方式组织社会生活从而实现具体的目标时,法律就是管理性的;当法律通过建立对我们而言具有集体自决含义的社会安排时,它就会促进民主。

共同体、管理与民主每一种形式都体现着不同的社会目标,其实现要求截然不同的内部逻辑与一致性。三者因而在很多重要的方面都存在冲突。然而,正如本书文章的具体论证所述,这三种不同的社会秩序形式还以根本而且必要的方式相互预设与依赖。我们可以说共同体、管理和民主是相反相成的。

这种吊诡的关系促使我在下面的文章中采用“领域”(domains)和“界限”(boundaries)这一特别的比喻。在特定的领域中,具体社会秩序形式的逻辑居于主导地位,排除与其竞争的形式。但因为这些社会秩序形式最终相互依赖,被排除的逻辑不可能被压制。相反它们是被取代的,因此宪法可以被有效地构想为一种确立不兼容的不同社会领域彼此界限的过程。

我选入本书的文章,特别关注在历史和社会学的意义上凸现美国宪法确立独特且有限的民主领域的努力。我试图证明,这一民主领域的充分实现以很多微妙的方式要求维持与其互补但又相异的共同体和管理领域,我试图突出我们宪法传统中基本但很大程度上未被意识到的巨大努力,即如何确定这些不同领域之间的界限。

在以这种方式将社会世界区分为不同形式的社会秩序时,美国宪法本身并不是一份透明的文件。我们必须在整体上将法律理解为一种社会制度,影响着其所规制的人的行为。通过改

变规则的属性、推理的情况或组织内的权力分配,法律能够改变自身的制度特征,从而多少与不同形式的社会秩序兼容。就像变色龙那样,法律会将自己转化为拟态形式,强化其确立和维持的社会领域。 3

本书的文章运用第一修正案的原理说明这些复杂的动态。第一修正案的法理提供了许多机会观察宪法如何将社会生活划分为共同体、管理和民主三个分立的领域,以及宪法本身在这一过程中如何变化。

在本导言下面的部分,我将概述这一总体的法律分析路径。首先,我会简述共同体、管理和民主的规定性特征;然后讨论法律本身在这些不同的领域中如何变化;最后概述这三种重要的社会秩序形式的相互依赖关系。

一、共同体

正如菲利普·塞尔兹尼克在《道德共和国》中所述,共同体取决于“一种共同的信念、利益与追求框架”,这种框架“确立共同的信仰或命运、个人认同、归属感与支持性的行为和关系结构”。〔2〕 体现共同体的法律试图强化这一共同信仰和命运的共同世界,它们以特有的方式阐述与实施界定个体与社会认同的规范。

第二章就普通法隐私侵权进行引申说明,这是法律组织自己以体现共同体这种社会秩序的典型例证。有人主张,法律权利的存在本身不符合法律实现该功能的能力,因为法律权利必然意味着“权利的持有者是不受限制的自决个体的意象,只是通

〔2〕 Phillip Selznick, *The Moral Commonwealth: Social Theory and the Promise of Community* 358—359 (1992).

过选择才与他人发生联系的存在”。〔3〕但在第二章中,我指出这一主张不准确,因为隐私侵权所确立的权利显然是要界定与保护社会规范,隐私侵权认为这些规范对于维持稳定的个体认同是必要的。就像其他矫正“尊严性损害”〔4〕的法律诉讼那样,隐私侵权也认为个体的尊严存在于社会界定的尊重形式。〔5〕该侵权制度保护这些形式的尊重,从而维护使这种尊严可能存在的特定共同体。

体现共同体的法律努力总是取决于本质上具有规范性的主张。因此,共同的文化认同这一经验事实就必须同法律阐述与实施这种认同的不断努力区分开。前者存在于描述现象的领域,或许要由胜任的社会学家通过调查确定。后者则是当法律试图代表某种特殊的共同体愿景时所采取的规范倾向。以法律体现共同体的目标,就是要实现我们具有共同“追求和认同感”的社会生活形式,从而我们能够“逐一确定什么是善的、有价值的或应当做的”。〔6〕这种共同文化实际存在的程度与这一目标高度相关,但其本身并不具有决定性。〔7〕

因为运用法律建立共同体的目标本质上是规范性的,实现这一目标的法律努力在本质上就是有争议的。共同体风俗的规范力量既不是给定的也不是固定的,而总是解释与批评的结果。偶然的历史情境会影响阐述和实施文化价值的法律努力应被视

〔3〕 Mary Ann Glendon, *Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse* 48 (1991).

〔4〕 Harry Kalven, Jr., "Privacy in Tort Law—Were Warren and Brandeis Wrong", 31 *Law and Contemporary Problems* 326, 341 (1966).

〔5〕 关于共同体情境下尊严概念的研究,见 Robert Post, "The Social Foundation of Defamation Law: Reputation and the Constitution", 74 *California Law Review*, 691, 707—719 (1986)。

〔6〕 Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* 27 (1989).

〔7〕 就经验上不存在共同的文化价值就要求放弃隐私侵权的复杂观点,见 Randall P. Bezanson, "The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change, 1890—1990", 80 *California Law Review* 1133 (1992)。

作连贯与协调的,还是会引发激烈的争论。倘若法律试图维持实际上普遍拥有的价值,就有可能是前者,倘若法律被认为在分裂的文化争论中支持一方,就有可能是后者。只要法律的形式辖区按照地域界定且横跨多种文化,主张单一主流文化价值的法律努力也会被抨击为霸权。就通过法律阐述和实施共同文化认同的方式融合文化与国家的活动而言,这种分歧或多或少普遍存在。

建立共同体这种社会秩序的法律努力还要受制于一种不同但却更根本的挑战。这种努力最终必须根据下述理由证成,即法律所规制的行为应当由共同的社会规范加以调整。但这一理据可能遭到抵制。有人会说,法律应根据完全不同形式的社会秩序原则组织其干预活动。

二、管理

法律据以组织其干预活动越来越普遍的另外一种方式,就是我所谓管理的社会秩序形式。正如菲利普·塞尔兹尼克所述,管理“意味着理性、关心效率、目标导向的组织”。〔8〕管理安排社会生活旨在实现给定的目标,忽略共同体价值或认同的独立要求,相反遵循的是工具理性逻辑。

共同体和管理的区别可以在下述两种刑法的对比中得到体现,一种刑法试图将惩罚基于过错与责任的道德分配,一种刑法相反则试图严格限于防止危害行为这一目标。前者通过将刑罚与相关的文化规范结合在一起,展现共同体的权威;后者通过工具性的方式实现明确的目标,以管理的权威规制行为。

总的来说,20世纪见证了从前者向后者的重大转变。这可以体现在从旧式的、以义务为基础的侵权法向更现代的、以效率

〔8〕 Selznick, *Moral Commonwealth*, at 289.

为基础的严格责任规则转变,前者试图运用正常人(reasonable person)的规范建构将法律规则与周围共同体的价值融合在一起,后者则试图以侵权法为手段安排实现分立的目标,诸如实现风险的有效分配。

进步主义行政国家愿景的胜利已经确管理在现代法律中的显著地位。这是因为,用沃尔特·李普曼富有先见之明的话来说,只要国家希望对社会的“潮流”进行“控制”,因而“慎重加以处理,设计社会组织,改变工具,制定方法,教育并且加以控制”^[9],管理就是必要的。走向管理的趋势会自我增强,因为社会的日渐理性化会削弱否则可能支持另一种共同体权威的文化规范。

建立管理这种社会秩序的法律在很多方面都存在争议。它们试图实现的目标可能会遭到质疑。例如,在最后一章,我会讨论围绕规制大学仇恨言论的争论最好被理解为就教育机构潜在使命的分歧。管理性的法律还会因为实际上无法实现目标而遭到质疑。当代关于公共规制媒体的一个重要辩论脉络就取决于这种规制事实上能否实现目标,即建立更公正、更能增闻广识的媒体。这种争论蕴含且内在于管理的逻辑中。

6 管理性法律遭到的更根本挑战涉及否定管理权威本身。戈德堡大法官在“格里斯沃尔德诉康涅狄格案”的著名疑问就可以说明这种挑战。诉诸“与我们整个文明同样古老和根本的传统家庭关系”,戈德堡提出,如果没有“表明州令人信服的眼前利益”,宪法是否可能允许法律要求“所有夫妇在生育两个孩子之后都必须绝育”^[10]。戈德堡问题的意义在于揭示我们不愿意仅因为法律与正当目标具有某种工具性关联就认定合宪。戈德堡表明,该法律的合宪性相反应根据“我们人民的传统和集体

[9] Walter Lippmann, *Drift and Mastery* 147 (1961) (originally published in 1914).

[10] *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 496—497 (1965) (Goldberg, J., Concurring).

良知”^{〔11〕}加以评估。因此,在本质上,戈德堡支持,在大部分情形下,应根据共同体的规范而非管理的工具性逻辑确定规制家庭生育的合宪性。^{〔12〕}

三、民主

在当代的宪法裁判中,经常发现不仅共同体而且管理的社会秩序都会遭到第三种社会秩序挑战,我称这种形式为民主。用卡尔·马克思简洁的话说,民主要求的是“人民自决”。^{〔13〕}在美国的宪法传统中,民主也具有这种明确的含义:“民主预示着集体自决。”^{〔14〕}同其他任何价值一样,集体自决的实现也需要特殊的社会安排。在本书中,当宪法规定这些安排的必要规则时,我就说是为了建立民主。

这一表述意味着在根本上与前一代宪法学的进路断裂,此前的宪法学将自决与“多数人民主”相提并论,也就是“追求由被统治者的多数控制”。^{〔15〕}这一进路同样会面临哈贝马斯针对

〔11〕 Id., at 493.

〔12〕 在其他宪法领域中,共同体与管理的界限同样存在争论。第四修正案的法理就是很好的例证。就政府没有搜查令在什么情况下可以搜查并获取证据存在着尖锐的争论。搜查令的要求本质上是宪法对共同体价值的承认,即“社会愿意承认合理的隐私预期”。*Skinner v. Railway Labor Executives Association*, 489 U.S. 602, 616 (1989). 针对搜查令要求的异议是,“坚持搜查令的要求会阻碍实现政府的目标”。Id. at 623. 原理上的争论因而最终是关于社会生活的哪些方面应当以承认共同体规范的形式加以规制,哪些方面应当完全交给工具理性的逻辑。关于相关案件的样本,见 *New York v. Burger*, 482 U.S. 691 (1987); *O'Connor v. Ortega*, 480 U.S. 709 (1987); *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985)。

〔13〕 Karl Marx, *Critique of Hegel's "Philosophy of Right"* 31 (Annette Jolin and Joseph O'Malley, trans., 1970).

〔14〕 Owen Fiss, "Free Speech and Social Structure", 71 *Iowa Law Review* 1405, 1407 (1986).

〔15〕 John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* 7 (1980).

熊彼特的那种有力批评。该进路“通过程序界定民主”而非程序意图体现的潜在价值。^[16] 多数决定规则的意义在于可以作为实现集体自决价值的机制。认为多数主义本身就是目标,就会导致约翰·哈特·伊利著作那样明显的难题。他承认简单多数的程序可能通过偏见变得具有压迫性和反民主,但他仍然努力提出一幅纯粹程序性的说明,这根本无法就该现象提供令人信服的解释。^[17]

卢梭很早就认识到集体自决的问题在理论上与个人自决无法分开。民主以集体的方式将代理人置于人民当中,人民被授权自己统治自己。但我们不能将下述社会称为民主社会,即赋予“人民”权力决定自己政府的性质,但组成“人民”的个体本身感觉无法自由选择自己的政治命运。例如,设想一个社会日常生活的所有细节都是通过连续不断的投票决定的,因而该社会的集体意志不受限制,但组成社会的个体则感觉不断受到压制。^[18] 我们很可能会因这种社会是法西斯或极权主义的而加以抛弃。因此,让·皮亚杰完全正确,他说民主要求我们“以对自主意志的相互尊重取代对权威的单方尊重”。^[19] 民主的基本难题因而在于调和个体自主与集体自主。

美国的宪法传统认为这种调和是在开放的交流结构中进行的。我称这种结构为“公共商谈”(public discourse)。如果公共商谈可以由个体公民自主参与,如果政府的决定服从由公共商谈形成的公共意见,那么公民就有可能将国家视作自身集体自

[16] Jürgen Habermas, *Communication and the Evolution of Society* 186—187 (Thomas McCarthy, tran., 1979).

[17] See, e. g., Paul Brest, “The Substance of Process”, 42 *Ohio State Law Journal* 131 (1981); Lawrence G. Sager, “The Incurable Constitution”, 65 *New York University Law Review* 893 (1990).

[18] 关于这种社会的讨论,见 Martin H. Redish, “The Value of Free Speech”, 130 *University of Pennsylvania Law Review* 591, 606—607 (1982)。

[19] Jean Piaget, *The Moral Judgment of the Child* 366 (Marjorie Cabain, trans., 1948)。

决的代表。保护公共商谈的自由因而就是实现民主自治的必要条件(不过并非充分条件)。这就是为什么我们的宪法传统认为第一修正案是“我们民主的守护者”^[20],即便该修正案本身在目的和效果方面显然都是反多数主义的。

调和个体与集体自决必然带来严重的内在张力。一方面,民主的社会结构必须为个体自主提供适当的空间。在该空间范围内,民主必须以消极的方式运作;不得通过规定预设的共同体规范或给定的管理目标排除个体选择与自我发展的可能性。另一方面,民主的社会结构还必须以积极的方式运作,促进认同能够产生集体自决体验的过程。我在第四章和第七章指出,这些过程预设的社会凝聚形式取决于共同体的规范,这些过程往往还要求策略性的管理干预。

因而在民主的核心存在一种悖论。民主理论家往往将民主社会凝聚性所需要的共同体和管理结构设计为自愿的,从而巧妙地解决这一矛盾,因而有了布兰代斯著名的评论,民主“以自我控制取代外部控制”。^[21]但实际上,有时候要求存在可执行的法律义务,因此,试图建立民主制度的法律必然是可以争议的。人们总是可以说,这些法律或者是过于强调社会凝聚性的前设,因而损害民主正当性所需的个体自主,或者相反,过于强调个体自主从而损害民主正当性同样需要的社会凝聚性。这一张力内在于民主领域。

不过,同样可以超越该领域,主张不应按照民主逻辑组织社会生活的具体方面。民主形式的社会“制序”具有具体、有限的合理适用范围,这种范围或者是根据公民自主参与在道德上所需要的个人方面决定的,或者是根据集体自决过程的成功所需

[20] Brown v. Hartlage, 456 U.S. 45, 60 (1982).

[21] Letter from Justice Louis Brandeis to Robert Walter Bruere (Feb. 25, 1922) in 5 *Letters of Louis D. Brandeis* 46 (Melvin I. Urofsky and David W. Levy, eds., 1978).

要的社会方面决定的。法律所规制的具体行为是否应外在于该范围而且根据共同体或管理的逻辑加以组织,总是可以争辩的。

例如,在“洛克纳诉纽约案”时代^[22],民主权威的范围是根据个体公民的意志确定的,具体体现于私人财产权制度。据信,剥夺“作为公民自由成果和标志的财产权,……就是将其置于奴隶地位。”^[23]因而“财产权的适当保护被认为是共和制度的关键原则”^[24]。于是,财产权被严格作为民主针对社会主义的堡垒。但这种潜在的“人观”(concept of the person)在新政胜利的年代崩溃,形成了另外一种自主公民的道德意象,关注的是理性而非意志独立。结果,第一修正案根据民主的路线从根本上进行重新解释,而财产权的规制在很大程度上被委诸于国家的管理权。

关于民主权威适当范围的类似争论,在当代有关实体正当过程原则的争论中亦有所体现,该原则意在防止国家控制“界定人们认同的能力,这种认同对任何自由概念都是必不可少的”^[25]。在“艾森施塔特诉贝尔德案”(Eisenstadt v. Baird)中,布伦南大法官解释“格里斯沃尔德案”(Griswold)在于保护“已婚或未婚个体有权不受政府无理干预诸如是否为人父母等从根本上影响一个人的事项”^[26],他实际上是在批评戈德堡大法官援用的共同体逻辑。相反,布伦南试图将生育子女以及相关的性行为领域纳入民主权威的逻辑。布伦南隐含的主张是,这一领域对于公民个人的自主如此重要,因此常规性地遵从管理性

[22] Lochner v. New York, 198 U. S. 45 (1905).

[23] George Sutherland, "Principle or Expedient", 44 *New York State Bar Association Proceedings and Reports* 278 (1921).

[24] Chicago, Burlington and Quincy Railroad Co. v. Chicago, 166 U. S. 226, 235 (1897).

[25] Roberts v. United States Jaycees, 468 U. S. 609, 619 (1984).

[26] Eisenstadt v. Baird, 405 U. S. 438, 453 (1972).