

RICHARD A. POSNER

理查德·波斯纳 著

苏力 译

并非自杀契约

国家紧急状态时期的宪法

NOT A SUICIDE PACT

THE CONSTITUTION IN A TIME OF
NATIONAL EMERGENCY



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

并非自杀契约

国家紧急状态时期的宪法

理查德·波斯纳 著

苏力 译



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:01-2009-0935

图书在版编目(CIP)数据

并非自杀契约:国家紧急状态时期的宪法/(美)波斯纳著;苏力译. —北京:北京大学出版社,2010.1

ISBN 978-7-301-16441-9

I. 并… II. ①波… ②苏… III. 宪法-研究 IV. D911.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第227345号

Not a Suicide Pact: The Constitution in a Time of National Emergency, by Richard A. Posner

Copyright © 2006 by Oxford University Press

Published by Oxford University Press, Inc.

Simplified Chinese translation copyright © 2009 by Peking University Press

ALL RIGHTS RESERVED

书 名: 并非自杀契约——国家紧急状态时期的宪法

著作责任者: [美]理查德·波斯纳 著 苏力 译

责任编辑: 杨剑虹 姜雅楠

标准书号: ISBN 978-7-301-16441-9/D·2517

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.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京宏伟双华印刷有限公司

经销者: 新华书店

650毫米×980毫米 16开本 12印张 124千字

2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷

定 价: 25.00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

问题并非选择秩序还是选择自由；而是选择有序的自由还是选择既无自由也无秩序的天下大乱(anarchy)。如果最高法院不在其教义逻辑中混进些实践智慧,就有这样的危险,它会把宪法的《权利法案》变成一份自杀契约。

——大法官罗伯特·杰克逊

“特米尼诺诉芝加哥市案”反对意见(1949)

尽管宪法保护个人权利不受侵犯,它却不是一份自杀契约。

——大法官阿瑟·戈德堡

“肯尼迪诉孟多泽—马汀内兹案”法院意见(1963)

正如大法官杰克逊在一段如今常为引用的评论中所言,我们不能允许我们的宪法和我们共享的体面感变成一份自杀契约。

——罗纳德·德沃金教授

《纽约时报书评》(2002)

编者按语*

我们认为这是不证自明的真理,即所有男人(men)生来平等,造物主赋予了他们一些不可转让的权利……

——《美国独立宣言》

这是“不可转让之权利”新丛书中的第一本。该丛书的每一本都会阐述为什么某种权利或某些权利会写进《美国宪法》(或一直没写进宪法),然后探讨这一权利引发的各种争议。权利邀请人们讨论:什么是一个宪法权利?什么是与之相对应的义务?权利常常不确定,并受到各方压力。本丛书各位作者都有自己的观点,而在这些著作中他们会展开这些观点,并为之辩解。而不同的(civic)论战是美国政治过程的核心。“不可转让之权利”丛书就是要挑战读者,质疑他们对我们社会的基础性信条的前设。

* 本书原收录于“不可转让之权利”丛书(Inalienable Rights Series, Oxford University Press, 2006)。此“编者按语”为原丛书编者所按。——中文版编者注

x 理查德·波斯纳的《并非自杀契约——国家紧急状态时期的宪法》讨论了一个关键性两难,因为在一个既有强烈的安全关切但对长期确立之自由的威胁也在增大的时代,我们正在努力保持我们的均衡。当恐怖主义者喷洒雾化炭疽或引爆脏弹就可能杀害数万人的时候,我们应如何恰当平衡我们的个人自由利益和公共安全利益?当危机就在眼前时,行政部门、国会以及法院系统的角色是什么?在何等程度上,公民自由应随着受威胁程度不同而改变?

理查德·波斯纳在这里解剖了因关押、刑讯、数据采掘(data mining)以及截听电话和其他电子通讯而提出的诸多宪法争议。他论辩说,权利应依据环境而调整(modify),我们必须在个人自由与社区安全之间找到一种实用主义的平衡。这种平衡不可能轻易转换成一些固定的规则,甚至不可能成为制定法。有时,就如同林肯当年在美国南北内战期间决定中止执行人身保护令一样,优先考虑的必须是迫在眉睫的情境,而不是规则。波斯纳争辩说,宪法若不能弯曲,就会折断。

这是一个很有争议的主张,仅此也就符合本丛书的精神。在一个生机勃勃的民主制中,争议性观点会激起批判性的介入。《美国宪法》的创制者当年不可能想到移动电话、有线窃听或脏弹,但他们对社会和技术的变化并不天真。他们希望自己创造的这个民主过程能够启发公民和他们的代表,在合适的辩论后,因必要而修改或调整一些传统的政策。

当年,《权利法案》自身就争议纷纷,几乎死在国会里。詹姆斯·麦迪逊主张的观点是,在新的《美国宪法》中要明确列出具

体的自由,理由是,只有保证“人类的这些伟大权利”安全,才可能防止权力滥用。麦迪逊坚持认为,作为“独立司法裁判的”法院,应确保自己是“这些权利的卫士”,充当“无法穿透的屏障”,顶住不让“立法部门或行政部门获得不恰当的权力”。这就导致 xi
我们回到了理查德·波斯纳的论题。法院是我们的权利的主要捍卫者吗,或是在“国家紧急状态时期”他们必须尊崇行政部门?谁又处于最佳位置来作出这些关涉我们安全和自由的实用主义判断呢?那就让这场辩论开始吧。

杰弗里·R. 斯东

德利·菲尔曼

目 录

引 论	1
第一章 宪法权利是如何创造的？	17
第二章 国家安全如何塑造宪法权利？	31
第三章 针对关押的权利	53
第四章 针对残酷审讯以及搜查与扣押的权利	77
第五章 言论自由权，以及关于特征研究的评论	107
第六章 私隐权利	131
结 语	151
深度阅读	165
索 引	173

引 论

这是一本关于宪法权利的书,这些权利影响到美国政府为 1
回应 2001 年 9 月 11 日恐怖袭击而采取的一些国家安全保护措施。因此,它讨论的是这些权利的边际调整,是满脑务实想法的法官,在支撑这些权利的价值(诸如个人自由和私隐的价值)与同等重要的价值(例如公共安全)之间的冲突因国家紧急状态的启动而突然放大之际,对权利作出的调整。和任何易碎品一样,《美国宪法》若不能弯曲,就会折断。

美国历史上不时有这样一些紧急状态。在共和国诞生之后,最大的是南北内战;这些紧急状态引发的宪政危机就成了这一绝望斗争的遗产。由于成了世界强国,然后又成了核大国,面对其他核大国,在 20 世纪里,美国的国家紧急事件更多了。有两次世界大战;美国最大的经济萧条,同时还遇上 1930 年代国外集权政权的兴起;“冷战”,从 1948 年一直持续到 1989 年,穿插了 2
间谍事件、战争和战争的一触即发(例如,古巴导弹危机);嵌在“冷战”时期的越南战争,以及由越战引发的 1960 年代末和 1970 年代初美国的国内动荡和政府过度反应。

所有这些事件都给如何理解现存宪法施加了压力。如今,在 21 世纪初,这个国家面临全球恐怖主义与大规模杀伤性武器扩散交织产生的威胁。一枚西瓜大小的原子弹就能毁灭一座城

市,如果裹上铅还无法探测到它。一枚常规炸弹,裹进放射性物质,爆炸了,就会使一座城市的大片地区,也许数十年无法居住。经过生物工程后,天花病毒会更具毒性,没有有效的疫苗;雾化后喷洒在某个主要机场,也许会杀死数百万人。我们的恐怖主义敌人就想着做这种事,并且机会很多,因为我们的国境线很容易为敌人和集装箱渗透。他们也会很快会获得这些手段。技术的进步增加了大规模杀伤性武器(特别是生物性武器)的多样性和致命性,增加了这些武器的可获得性。由于苏联解体,由于一些不稳定国家(巴基斯坦和朝鲜已经是,还有伊朗几乎肯定很快会加入)获得了核武器,技术进步使恐怖主义组织(甚至是个人)和并非主要大国的敌国更容易获得大规模杀伤性武器。比起当年,“冷战”时期如今看来几乎是平和幸福的日子,今天的扩散问题更为严重。

我并非胆小怕事;我同意一些人的说法:我们对基地组织的强力打击,以及我们的广泛尽管有点混乱的加强国土安全的努力,在美国本土已经给了我们反击恐怖袭击的喘息机会。但这个喘息的机会会持续多久? 恐怖分子的头头是被击毙和打散了,恐怖分子也许正在溃散,但他们还没有被击败。2006年1月,奥萨玛·本·拉登就宣布,将对美国继续恐怖主义袭击;如果认为这只是无聊的吹嘘,不予理睬,那就太冒险了。现在不是放松警惕的时候。

戴维·鲁班(David Luban)质疑:“我们愿意牺牲什么样的权利,来把已经很低的下一次“9·11”袭击的概率继续降低——比方说——10%呢? 让我们说,从每年1%的概率降到0.9%,而

每年拯救的还不够半条统计学上的生命?”这不是好质疑。我们并不知道下一次“9·11”的概率是否只有1%。

过去几年来,我一直研究灾难风险、国际恐怖主义和国家安全情报,这些研究令我相信,我们正生活在一个有日益重大危险的时代,相当于我国在“二战”开始时面临的危险。从这些研究获得的启发,结合我对宪法性法律的长期兴趣和(作为一位法官的)活动,推动着我,我希望也充实了我,来撰写这本书。

并非所有国家紧急状态都源自战争或恐怖主义。我前面就提到过大萧条。自然灾害同样可能造成紧急状态,要求法律甚至宪法作出很多麻烦的回应。设想一下,为回应某种传染病而实行严格的检疫隔离和强制疫苗接种,或是为回应一场灾难性地震、火山爆发、海啸或小行星撞击而实施军事管制。2005年晚夏,卡特琳娜飓风淹没了新奥尔良,有人拒绝了调动军队帮助维持法律和秩序的建议,理由是人们长期以来担心军方干预国内危机事件,1878年的《地方武装法》(Posse Comitatus Act)就写下了这种担心。该法当年标志了内战后南方重建的结束,它规定,除非有国会法令明确授权,调动联邦军队(有别于各州的民兵——国家警卫队)执法是一种犯罪。拿这个《地方武装法》说事,其实只是个借口,就是不想在新奥尔良危机中采取行动;因为国会有个法律(《斯达福法案》[the Stafford Act])确实授权在紧急事件中调动军队协助。更为根本的是,在有重大危险条件下,法条主义的限制不再成立;官员要先行动起来,把法律后果留待以后处理。

事实上,如果把《地方武装法》解释成阻止总统有效回应重

大紧急事件,就可以认为该法违宪性限制了主权权力和行政专有权(*prerogative*)。在1936年的“美国诉柯蒂斯—奈特出口公司案”(*United States v. Curtiss-Wright Export Corp.*)中,美国联邦最高法院就判定,合众国获得主权国家的各种权力是因为它成功反抗了大不列颠的革命,而不是因为《美国宪法》的授权;美国的诞生先于《美国宪法》。国防不限于防范一般的敌人(*human enemies*),这是主权的核心权力之一,更重要的是,传统上这是由行政官员行使的一种权力。“柯蒂斯—奈特案”具体涉及的是美国外交关系。但此案的原则——国家权力不限于宪法的明确授权——更为宽大,并且不管怎么说,我们的主要恐怖主义敌人是外部的非国家组织,它比大多数外国对美国的威胁更大。

卡特琳娜飓风引发的有关《地方武装法》的争议说明了,紧急事件何以可能挤压公民自由。“9·11”袭击后采取的国家安全措施为这种挤压提供了其他许多例证;我的分析会扎根于这些例证。

5 “公民自由”的核心含义是免受强制性或其他侵犯性的政府行动,这些政府行动是要保证该国抵抗真实或有时是想象的内外敌人。公民自由关心的是,政府的这些行动也许会过火,会造成一种畏惧的氛围,欺压无辜者,扼杀独立思考,并危及民主制。甚至可以把公民自由视为保证国家安全的武器,因为政府有巨大武力,像是一个外在国家,是人民的潜在敌人。公民自由还是让法院系统介入国家安全对话的手段,法院的视角会挑战国家安全专家们的视角。这种权力分立有认识论的意义,也有政治的意义;政府各部门间的竞争可以激发思考,纠正差错,迫使专

家解说自己,曝光渎职行为,减少懈怠和自满。

但是,这个国家的敌人现在是更多或更危险了,限制公民自由、赞成行政裁量和统一指挥,以便政府更有效哪怕是更少负责任地运用巨大权力的迫切性也更大了。传统的内部敌人是罪犯,尽管在南北内战时,还有叛军。传统的外部敌人则是外国。但眼下,由于美国的犯罪率远低于历史高点,也没有主要大国对美国构成重要军事威胁,美国人主要担心的外敌就是伊斯兰恐怖主义者。也有很好的理由:他们数量众多、狂热、深仇大恨、捉摸不定、资源充沛、抗打击力强、残酷无情、看起来无所畏惧、目标是同归于尽(apocalyptic),渴望获得并针对我们使用大规模杀伤性武器。他们在2001年9月11日给我们造成了可怕的伤害,并可能在未来给我们造成更大的伤害。我们对他们目前的数量、位置、资源、支持者、动机和计划都知之甚少;并且部分由于我们的无知,我们也没有战胜他们的战略,只有同他们作战的战略。尽管“9·11”袭击后我们很快侵入了阿富汗,随后我们积极的反恐努力打散了基地组织的领导层,限制了它的地理基地的转移(尽管它已获得巴基斯坦的准庇护),但我们还远没有获胜。6事实上,甚至可以说,自“9·11”以来,我们是失分的:“9·11”袭击的惊天成功使穆斯林世界更多地反抗西方,对伊斯兰恐怖主义的积极军事和治安回应并没弱化这个恐怖主义运动。但所有这些猜想。就我们知道的而言,我们也许相当安全。但我们没法依据这种乐观假定来行动。

我称伊斯兰恐怖分子为外敌,因为他们很少有人——看来如此——是美国公民甚或美国居民(尽管那些是公民或居民的

也许更危险)。他们既非叛军,也非普通罪犯。但他们又与我们之前的外敌不同,如“二战”中的轴心国以及“冷战”中的苏联,并就此而言,他们甚至与南北内战中的南方邦联也不同,因为这些敌人都是以组织化的军队同我们作战的。他们颠覆破坏,也军事对抗,这种颠覆破坏在南北战争和“冷战”早期(以及之前——事实上,苏联渗透美国政府的顶峰是在“二战”期间)也相当严重。但主要威胁是军事的。通常与军事敌手对垒,可以尽量少损害公民自由,征兵和审查敏感军事信息除外。但恐怖分子并非我们可以与之公开格斗的野战军事力量。并且他们也不满足于在国外攻击我们;他们偷偷渗透到我们国内来杀害我们。如果我们感到必须严格遵守公民自由,而这些自由是在严重内部威胁(间谍除外)仅来自普通罪犯的时代制定的,并且是为那样的时代制定的,那么要从我们当中铲除一个看不见的敌人,就会有致命的限制。

但正如恐怖分子的或外国的袭击并非全国紧急状态的唯一来源一样,也并非所有形式的恐怖主义都构成全国紧急状态,并因此必须限制现有的公民权利。应当抵制那种把一切有政治动机的暴力犯罪等同于恐怖主义的倾向。这种犯罪有许多,例如动物权益狂热人士的犯罪就不比一般犯罪更危险。我的关切局7 限于那种有可能造成国家紧急状态的恐怖分子。这一贯穿本书的限定应牢记心中。

南北内战和“冷战”期间的颠覆破坏活动引发了严厉的回应措施,前者早期曾暂时中止了人身保护令,后者则迫害了共产党的领袖。“9·11”后联邦政府采取的措施,一开始,公众或政客

鲜有抵制,但此后随着袭击的衰退,袭击造成的焦躁也同时衰退了,争议就多了起来。这些措施以及公众起初的默许,是可以预期的,是人们感知国家安全受威胁程度突然剧增的回应。本书要讨论的中心问题是,基于《美国宪法》的公民自由,随着这种受威胁程度变化,应允许多大的变化。

我得强调一下“基于《美国宪法》的”这一限定。对公民权利的许多保护纯粹源自制定法。《地方武装法》就是一个例子。被定罪的罪犯有权通过人身保护令获得司法审查则是另一个例子;《美国宪法》限制中止人身保护令,但因此有权获得人身保护令的前提是,我们会在本书第三章看到,比制定法权利更受限制。第三个例子是,大学生有制定法权利不向其潜在雇主透露自己的考试成绩。还有些公民自由保护源自国际条约,例如,美国参加的《国际反酷刑公约》(Convention Against Torture)。认为“合宪”就是夸奖,这完全错了。《美国宪法》允许政府做的事,有许多,政府都不应做,并且可以由立法或国际条约予以禁止。宪法性法律旨在成为一件宽松外衣;如果约束太紧,它就无法顺应各种变化了的情境,留给诸多民主力量发挥作用的空间就太小。本书的分析仅限于宪法性法律,因此从此时起,除非特别说明,当我说“公民自由”时,我说的只是“从《美国宪法》中衍生出来的公民自由”。

8

与此相关的一点是权利与权力的区别。要反对行使某个立法权力或行政权力,一种方式是说它违反了公民的权利。但另一种方式是说,它是超出了立法机关或行政机关的合法权力。国会试图规制的某地方企业可以反驳说,《美国宪法》第一条授