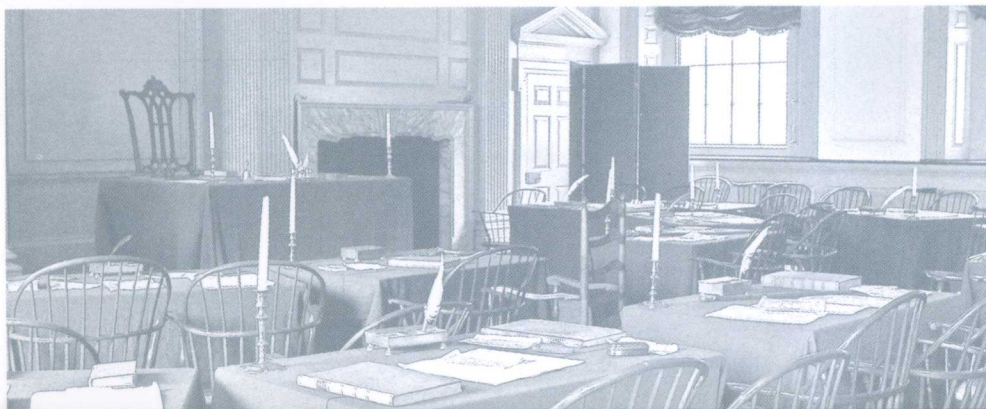




社会思想译丛 丛书主编 / 沈明



*Our Undemocratic Constitution*

# 美国不民主的宪法

宪法哪儿出毛病了（我们人民该怎样矫正它）

[美]桑福德·列文森/著 时 飞/译



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

*Our Undemocratic Constitution*

# 美国不民主的宪法

宪法哪儿出毛病了（我们人民该怎样矫正它）

[美]桑福德·列文森/著 时 飞/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: 01-2008-5847

图书在版编目(CIP)数据

美国不民主的宪法:宪法哪儿出毛病了(我们人民该怎样矫正它)/(美)列文森  
(Levinson, S.)著;时飞译. —北京:北京大学出版社,2010.1  
(社会思想译丛)

ISBN 978-7-301-16198-2

I. 美… II. ①列… ②时… III. 宪法-研究-美国 IV. D971.21

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第222891号

Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (and How We the People  
Can Correct It)/Sanford Levinson

Copyright © 2006 by Oxford University Press, Inc.

Originally Published in English in 2006 by Oxford University Press, Inc.

Simplified Chinese translation copyright © 2009 by Peking University Press

This Translation is Published by Arrangement with Oxford University Press.

ALL RIGHTS RESERVED.

书 名: 美国不民主的宪法——宪法哪儿出毛病了  
(我们人民该怎样矫正它)

著作责任者: [美]桑福德·列文森 著 时 飞 译

责任编辑: 杨剑虹 姜雅楠

标准书号: ISBN 978-7-301-16198-2/D·2489

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 17.25印张 232千字

2010年1月第1版 2010年1月第1次印刷

定 价: 29.00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

## “社会思想译丛”弁言

二十世纪的中国在经济、政治、文化等多个社会维度上全面融入了全球化的世界进程。承继百多年前学界前辈开创的未竟事业，在跨越千禧年的世纪之交，我们对于西学的译介和研习进入了一个空前繁荣的时代。西方理论话语充斥于大学讲堂、学术会场以及与之相伴的论文、专著、教科书。如果暂且略去翻译质量问题不论的话，那么西书引介的数量貌似构成了一笔蔚为可观的文化积累。在这一历史背景之下，“社会思想译丛”或为锦上一草，自然无可彰扬。

编者囿于自身的术业专攻，选择以法学以及相关交叉学科研究著作作为丛书的起点，并期待能够将主题逐步拓展至更为广阔的社会思想领域。冀望以此累积若干有益的思想资源，推动社会科学的交叉研究及其与人文学科的良好互动，在可能的程度上超越学术分科壁垒；并服务于大学文科教育尤其是青年学子，他们肩负着提升汉语学术水平和学术声誉的艰巨任务。鲁迅先生当年关于青年少读或不读中国书的主张，至今仍有其现实意义。当然，丛书对法政研究的侧重还有一层现实原因：我们生活在一个政治上依然年轻的国度。

独上西楼是为了在历经衣带渐宽的憔悴之后达至灯火阑珊的境界。中国知识界的西学翻译作业历百年起伏坎坷竟而重又复兴，这对中华学术而言，是幸，抑或不幸，仍为人们殊少反思的问题。诚如冯象先生所言：百年学术，今日最愧对先贤。在“成果”、“课题”如此繁盛的时代，不才之辈尚可逡译。惟愿孜孜绍介之劳作少一点误人子弟的危险，以免那愧对先贤的族类再愧对子孙。“百年孤独”的民族由此可望与她的文化复兴重逢。

## 中文版序言

首先,我当然对我的著作被翻译成中文表示最诚挚的感谢。尽管我撰写这本书主要是为了呼吁我的美国同胞们,让他们问问自己,在21世纪的今天,他们是否能很好地从我们这部很明显是在18世纪晚期制定的宪法中得到满足,我相信答案肯定是“没有”。我也为赢得了更多国家的听众而感到兴奋不已。第二次世界大战以后,全世界的一个主要发展就是越来越多的国家采取了成文宪法,以之作为建构它们的政治制度的手段。“宪法设计”因此也成为一个全球范围感兴趣的话题。

当然,中国在1982年的时候也采纳了它自己的宪法。坦白说,与其他许多国家一样,如果中国在将来的某个时刻再去审视这部宪法,并在有所保留的同时,就应当改变些什么进行一场辩论的话,这将不会令人感到吃惊。因此,我希望我的著作可以对遍布全球的“宪法设计”有所助益,尽管它关注的仅仅是美利坚合众国的宪法。我希望本书能有助于他们首先提出一些与宪法应当试图做些什么有所关联的基本问题,然后再去问问,作为一个实践问题,宪法的特定结构是否真的在事实上有助于达致那些目标,而不是相反,可能会阻碍这

些目标的实现。任何一位宪法设计者都应当效法美国最伟大的“国父”之一的詹姆斯·麦迪逊，他对范围广博的宪法都很熟悉。

很明显，巡视全球宪法的一个目的，就是为了发现我们自己的社会可以从中借鉴些什么。但是，我们也不应忘记那些“消极事例”的潜在重要意义，在这些消极事例里，我们基本上知悉，由于它们发生在一个需要予以考虑其特征的特定社会中，因此，有些东西是我们不想借鉴的。这样一些“消极事例”可能与更多的“积极”事例同样重要。我希望美国宪法能够提供一些积极事例，但事实上，本书主要强调的是我们在宪法中能够找到的缺陷，也即消极事例。我选择这样的进路，部分原因在于我相信美国人对我们的宪法太过于“景仰”了，在这些年里，它几乎成为盲目崇拜的焦点，而不是批判性评估的焦点。如果我们自己的社会已经有了更多批判的话，那么作为对批判的替代，也许我要写的就会是关于我们的宪法，它有什么特质是最为值得崇拜且最有价值的。但是，我写给美国的是——我相信，它最急需的是——以现在这个样子面世的美国，它应当知道我们的宪法所存在的缺陷。

一如我们最重要的两位建国者詹姆斯·麦迪逊和亚历山大·汉密尔顿所坚持的那样，非常重要的一点是，我们所有人都有能力“从经验中吸取教训”，我们借鉴或采纳了看起来在我们美国社会或其他社会中运转正常的东西，就像我们拥有权力来改变或者是拒斥那些看起来有缺陷的制度一样。例如，对我的第一本书，我现在感到遗憾的一件事情就是可能把詹姆斯·麦迪逊的形象给歪曲了，我把他刻画成一个对变革持抵制立场的人，这并不符合他本来的面目。因此，我认为，重要的是要听取麦迪逊在《联邦党人文集》第十四篇那个鼓舞人心的结论，这是一本他与汉密尔顿一起写来劝说纽约州人民批准那部已经在费城制宪会议上写好了的宪法的书。“这难道不是美国人民的荣耀吗？”他问道：

虽然他们都已经对以前时代以及其他国家的舆论表达了崇

高的敬意,却没有因为对古人、对习惯、对名声的盲目崇拜就推翻他们自己的良知的建议、压倒关于他们自己所处形势的知识,以及从他们本身的经验中吸取的教训。(着重号为作者所加)

我认为,没有什么启示比这段话更为重要了。“盲目景仰”,特别是在一个像我们今日所处的如此快速变化的世界里(很明显,尽管麦迪逊本人对美国革命持支持态度,但他对这种引人侧目的变革是再熟悉不过了),可能充满了危险。

不管身处世界何处,每一个对“宪法设计”感兴趣的人问的第一个问题必定是:“为什么要起草一部成文宪法?”毕竟,作为这个世界上伟大的民主国家之一,在许多个世纪里,联合王国不需要这样一部成文宪法也能运转自如,即便可能有人 would 认为,英国作为欧盟成员国的资格还有它对《欧洲人权公约》所作的承诺,都会极大地削弱这个国家欠缺一部成文宪法的传统形象。然而时至今日,尽管没有一部叫做“新西兰宪法”的标准文本,新西兰看上去依然欣欣向荣。

因此,有什么东西算得上是成文宪法在全球范围毋庸置疑的胜利呢?至少是,如果人们把某种简单的“传染病效应”的重要可能性抛到一边去的话,在这种效应中,正是许多国家采纳了成文宪法才导致人们认为每一个受到尊重的国家都应当拥有一部成文宪法。我曾经相信一部成文宪法最重要的特征是它制定了清晰的规则,在这些规则中,绝大多数并不向关于政府最根本的结构的严肃解释争议开放。这些结构包含着如下这些因素:为法律的制定和执行建立一定的制度语境,这些制度语境将为选举(或任命)以及职务任职期限的长短设定的基础规则也包括在其中。就像在所有的多少有点民主的政体中出现的情况那样,如果有人能够预见到,那些当前执掌权力的人将来可能会在如今站在对立面的人民选举之后被替换,那么拥有规定选举和更替机制的规范明晰的规则就特别重要。但是,不管这样一些规则是何等有用,它们的清晰规范本身并不能保证这些规则就是明智的,特别

是在时间已经大量流失之后。

因此,本书的一个核心目的就是要去说明,在这些具体的规则中,有一些规则,不管它们在1787年首次被采用的时候可能多么富有意义,今天它们有可能已经完全适得其反。当前最轻而易举地拿出来例子就是宪法中的“总统就职宣誓日条款”,根据该条款的规定,在11月上旬就成功当选的人,要等到次年的1月20日才能就任总统职务,而这距离其当选已经过了差不多3个月。我认为,新总统的当选和就职宣誓之间的时间跨度也太长了,这在政治权威和法律权威之间制造了问题重重的断裂。我相信,由于美利坚合众国,或许还有整个世界,都没有一个真正的政府将选举的政治合法性整合到因执掌总统职位本身而形成的法律权威中去,因此,在2008年冬天暴露于我们所有人面前的全球经济危机期间,它们都为此付出了高昂的代价。

事实问题是,它的过往要更为糟糕。最初,宪法让一位新总统在他当选的第二年的3月4日才能宣誓就职,因为宪法要确保一个“四年”的任期。这种情况只有到1933年才改变,当时给宪法添加了第二十修正案。这就意味着,抛开别的不说,富兰克林·德拉诺·罗斯福的第一个总统任期事实上不足四年,因为他是在1933年3月4日才开始宣誓就职的,而他的总统任期在1937年1月20日就到期了(当然,由于在1936年再次当选,他在1937年1月20日这天宣誓出任他的第二任总统职务)。我本人的看法是,1月20日,不管从字面上还是从象征隐喻的角度,和3月4日的距离相比,与上年11月上旬当选的距离要近了许多;而且,当代美国人应当效法宪法第二十修正案的制定者们(他们根据麦迪逊的精神采取行动),他们从经验中得出教训:就职宣誓的日子应当提前。然而,在反对党什么时候有资格接管并且甚至更为重要的是接管的政治合法性的问题上,最起码就不存在任何的纷争,即便是它要求普遍存在着一个同样神秘并且从规范角度上来讲站不住脚的选举人团。



或许值得提及的是,我1987年在中国旅行期间最值得记忆的一段时光,当时我正在讲授一个关于美国宪法史的专题讲座。两位参与该课程的中国学生彼此之间就美国宪法第二十二修正案所蕴藏的智慧进行了一场激烈的争辩,第二十二修正案严禁任何一位美国总统任期超过两届。如果我们谈及美国现任总统巴拉克·奥巴马的话,那这就意味着即使他非常成功,他也会在2017年1月20日离开白宫。一位学生认为这种强制离职完全违反民主;它剥夺了人民的重要权利,即他们决定一位给定的领导,由于他给他们的利益提供了如此好的服务,值得一个更长的任职期限。而另一位学生认为这是一个精彩绝伦的主意,因为它规定政治领导人在最高职位上任满八年之后就要交接权力,因此抑制了那种盲目地崇信任何一位领导人都不可替代的看法。哪一位的看法正确,我对此并不是很感兴趣,我更感兴趣的是这个事实,即他们两人都认识到宪法中的这一个基本上是“技术性”的特性有着重要的意义。

在强调非常正式的政治结构所具有的支配性意义的时候,在某种程度上,我正在抵制那种流传甚广的当代观念,它认为宪法最为重要的功能乃是保障并确保重要的权利得到补充充实。我相信,人民往往对有关诸如一院制还是两院制、或者是在一个总统制的政制中要推翻总统的否决权(假如总统竟然拥有一项否决权的话,而这很难是一个不证自明的假设),国会应当获得的准确票数这样一些话题的讨论表示厌恶,这种情况非常普遍;他们只有在转而讨论言论自由或宗教自由、种族权利、种群权利或性别群体权利,或者确切来说,与私人财产有关的权利保护的时候,才会变得有声有色。这是一个严重的错误。我得赶紧说一句,我并不认为这些争论就不重要或者说这些权利就不值得珍惜,不管人们指的是经典的自由主义“消极权利”——或许对它最好的总结是布兰代斯大法官所指涉的著名的“让个人独处的权利(the right to be let alone)——它是包容性最强的权利,是受到人民

最为珍视的权利”——或者是更为当代的“积极权利”，人们通过它指望政府采取积极行动来应对生活中的某些挑战。特别是自第二次世界大战以来，一系列这样的“积极保障”业已充实了“消极权利”，然而美利坚合众国宪法仍然因完全欠缺这样的保障而引人侧目。

然而，不管是对“消极”权利还是“积极”权利的成文法保障在意识形态上具有何等切实的重要性，我总是对它们所具有的实践重要性更为怀疑。詹姆斯·麦迪逊在《联邦党人文集》第四十八篇得出了一个著名的结论，他注意到，“单纯地标出政府不同部门在宪法上的界限，(demarkation——原文如此)，并指望这一纸空文来反对权力的侵犯性，这并不足够”。麦迪逊对这些特定的“羊皮纸障碍”所表现出来的怀疑，与全国范围内的“权力分立”有关，碰巧的是，有人可能会对全国政府和各州政府之间的权力垂直分立同样表示怀疑。毫无疑问，在特定情况下，有关美利坚合众国宪法性法律的记录并没有对这两个问题激发出超乎寻常的信念：人们对有关“美国宪法发展”的记录之调查中流露出来的变化是拍掌喝彩呢，还是感到沮丧不已。

但是，这种情况在有关那些表面上保护各种权利的“羊皮纸障碍”中，甚至更为突出。任何一位相信美国宪法的简单词汇解释了当代反政府言论(或“颠覆性言论”)的人，都必须去解释为什么这样一种词语解释在我们美国的历史上迟至20世纪中叶才被赋予。或许这个语词有一定程度的解释力，但是特别强调它胜于总体政治文化中的其他发展的重要性，看上去就是有勇无谋的了。即便这本“书”是一部表面上受人崇拜的宪法，但是，把“书本中的法律”和在一个特定社会中运作的“行动中的法律”混淆起来，通常只是莽撞而已。一个附带的问题是，期望“独立的”司法机关作为宪法权利的有效保护者，即使他们事实上并没有令大众觉得这有重要意义并赢得其支持，是否有点理想主义。与许多政治科学家——甚至还有一些法律人——一样，对此我持怀疑态度。

如果有哪位读者完全同意我在本书中所写的一切,或者甚至包括这个序言在内,我会吃惊不已。而即使在我的同事以及学生当中,这种情况也是不会存在的!对我来说,重要的事情并不是赞同某些特定的批判或者是拟议的变革,不管它有多出彩;而毋宁说,最重要的是共同投入到对诸如关于什么东西正好构建出一部起草完好的宪法这类问题所具有的意义的追问之中。但我们也必须追问有关即便是一部当初制定得完好无比的宪法,一旦岁月变迁,并且岁月导致这些宪法面临的挑战出现,它却难以改变的程度问题。美国伟大的首席大法官约翰·马歇尔曾经很引人注目地写道,为了“回应人类事务的各种危机”,一部永恒的宪法必定无可避免地要被“改变”。可以肯定的是,我们都面临着这样一些严重的“危机”。不管是中国还是美利坚合众国,问题是经验教会了我们什么将会是明智的“改变”,从而允许我们去克服危机并激发出我们每个社会中的全部潜能。

桑福德·列文森

献给默顿·霍维茨,弗兰克·米歇尔曼,  
斯科特·鲍威,还有马克·塔什内特,  
这些多年的老友、学术事业上的楷模

# 目 录

- 前奏 托马斯·杰斐逊的智慧 1
- 导论 两次签名的故事 3
- 第一章 宪法批准的公民投票:将宪法送到一个新的制宪会议去  
修改 11
- 第二章 我们不民主的立法程序 28
- 第三章 第二条的遗产:由一个站不住脚的程序选举出来的权力  
过大的总统,即便他们被证明无法胜任这个职务,  
也不能将其撤换 91
- 第四章 最高法院大法官的终生任职:一个已经过时的观念 140
- 第五章 作为二等公民缔造者的宪法 161
- 第六章 密不透风的宪法第五条 180
- 第七章 解魅与欲望:怎么办? 189
- 尾声 伍德罗·威尔逊的智慧 204
- 致谢 207
- 附录 美利坚合众国宪法 213
- 索引 231
- 译后记 251

## 前奏 托马斯·杰斐逊的智慧

有人假装以崇拜神一般的虔诚来看待宪法,将宪法当作是在诺亚方舟上签订的圣约,因太过神圣以至于触摸不得。他们把先前时代的人看作是一个超越了人类智力结构的智者,并且假设他们的所作所为已经尽善尽美,无需画蛇添足。我很了解那个时代;我也曾属于那个时代,并且与那个时代共同进退。它配得上这个国家的源头活水的称号。它与当下情景非常相像,但是它缺乏当下情景所拥有的经验;四十年的政府经历值得花一个世纪的时间,用书来加以品阅;这种经历也会自说自话,就像他们经历了从出生到死亡的全部人生历程一样。的确,我并不是一个鼓吹法律和宪法频繁且不经尝试就加以改动的人。我认为适度的不完美最好是生来具有的,因为,一旦它们被我们认知,那么,我们就会去适应它们,并且找到切实的方法来矫正它们的负面效果。但是我也知道,法律和宪法必须与人类的心智进步保持同步。只要人类的心智越来越发展成熟、越来越朝向开明,并且,随着新发现的不断涌现,新的真理不断被披露,人们的礼仪规则和评价标准也会随着环境的变化而变化,制度也必须有所变化,并且与时俱进。我们有可能要求一个成年男人仍然穿那件他还是一个男孩的时候合身的外

套,就像要求开化了的社会依旧保持一些他们茹毛饮血的祖先们所开创的体制那样……让我们像我们的姐妹州已经做了的那样,利用我们自己的理性和经验来校正那些出自我们先前的代表们的粗鄙文献吧,尽管它们不乏智慧、美德且富有意义,但是,它们的开创性注定了它们是缺乏经验的。最后,让我们给我们的宪法提供一个在确定的日期里的修改机会……每一代人都像之前的那一代人那样是独立的,而这种情况同样适用于他们之前的那一代人。因此,和他们一样,每一代人都有权为他自己挑选一个他相信最能促进他自身幸福的政府形式。〔1〕

---

〔1〕 Thomas Jefferson, “Letter to Samuel Kercheval,” Monticello, July 12, 1816, in *The Portable Thomas Jefferson*, edited by Merrill D. Peterson (Penguin, 1979), pp. 1397-1402, also at <http://lachlan.bluehaze.com.au/lit/jeff14.htm>.

## 导论 两次签名的故事

1987年,我到费城去参观一个纪念美国宪法起草两百周年的盛大的展览。参观者的观光旅程终结于两卷名册,每卷上都有两个同样的问题:第一,“你会在这部宪法上签名吗?”第二,“1787年9月18日,如果你在独立厅的话,你会在宪法上签名吗?”第二个问题说明了第一个问题中制宪国父们制定的“这部宪法”:它的重点在于要求我们评价1787年宪法。这压根儿就不是一个小问题,因为,例如,它就没有包括后来的任何一条修正案,也没有将人权法案包括在内。此外,在参观展览的过程中,观众被提醒注意,1787年宪法中包括的几个骇人听闻的与奴隶制度有关的妥协。

即便是在1987年,由于那些妥协的缘故,我也倾向于赞同威廉·劳埃德·加里森令人难以忘记的看法,即这部原初宪法是“与死神订立的圣约,与地狱签订的协定”。<sup>[1]</sup>那么,为什么我选择了在名册上签名?恰如我在1988年出版的著作《宪法的信念》<sup>[2]</sup>的最后一章解释的那样,在最初与加里森的排斥论一番周旋之后,伟大的黑人废奴主义者

[1] Walter Merrill, *Against Wind and Tide: A Biography of William Lloyd Garrison* (Harvard University Press, 1963), p. 205.

[2] Sanford Levinson, *Constitutional Faith* (Princeton University Press, 1988).



弗里德里克·道格拉斯甚至认同内战前的宪法,这令我印象难灭。道格拉斯论辩道,如果正确理解的话,那么1787年宪法的核心是反对奴隶制的。<sup>[3]</sup> 这部宪法的文字——最重要的是,包括其高尚的序言——以及宪法的文本结构使我们得以批评奴隶制。道格拉斯以及他之后的许多其他作者使我相信,宪法给我们提供了一套语言,凭借这套语言,我们可以保护那些我们认为重要的权利。为了继续这样一个对话,我们不需要反对这部宪法。如果我们认为当前的这部宪法不能给这些权利提供足够的保护,那是因为那些包括最高法院的大法官在内的握有最重要的政治权力的解释者们的想象力有限。因此,事实上,我愿意尊重道格拉斯的看法,以及我们宪法过去和现在所能发挥的潜力,于是,我在这卷名册上签名以示我对1787年宪法的认可。

2004年7月3日,我重返费城,这次是为了参加全国宪法中心的盛大的开幕典礼。活动最后一站是“‘签名人’大厅”,在这里,树立着与每一位出席制宪会议代表的真人一般大小(而且,与真人相像)的雕像。许多代表看起来正在进行愉快交谈,或者是像亚历山大·汉密尔顿那样,正在掷地有声地阔步走向乔治·华盛顿。而根据历史记载,华盛顿的身材高大,所以他的雕像高出房屋。当你直穿大厅并掠过麦迪逊、汉密尔顿以及其他我们历史上的伟大人物时,你就会感觉到有一股不同寻常的能量,使得你对那些确实在独立厅里活动的人在心里打下深深烙印。

就像1987年那次展览一样,来宾被邀请将他/她本人的签名添加到宪法上去从而加入签订者的行列。事实上,该中心与安嫩堡教育与超越中心作为共同主办人,于2004年9月组织了一个基调项目,叫做“我在宪法上签名”。在全国一共有50个地点,人们可以在宪法上签名。不管是1987年的临时展览还是全国宪法中心的长期展览都没有就一个公民对我们的建国文件应当采取的恰当立场提出质疑。

---

[3] 参见 Frederick Douglass, “The Constitution of the United States: Is It Pro-Slavery or Anti-Slavery,” in *Life and Writings of Frederick Douglass*, vol. 2, edited by P. Foner (International Publishers, 1975), pp. 467-480.