

(第二版)

Second Edition

李志强 牟效波 译
张千帆 审校

We the People of the United States, in order to secure domestic Tranquillity, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

Article. I.

Section. 1. All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.

Section. 2. The House of Representatives shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound by Service or Labour, three fifths of all other Persons. The actual Enumeration shall be made within three Years after the first Meeting of the Congress, and in every subsequent Term of ten Years, in such Manner as they shall by Law direct. The Electors in each State shall have at Least one Representative; and until such Enumeration, New Hampshire three, Massachusetts eight, Rhode Island and Providence Plantations one, Connecticut five, New York six, New Jersey four, Pennsylvania seven, Delaware three, Maryland six, Virginia ten, North Carolina five, South Carolina three, and Georgia three.



中国律师实训经典

Trial TECHNIQUES

美国法律判例故事系列

宪法故事

(第二版)

Constitutional Law Stories
Second Edition

[美] 迈克尔·C·道夫 主编
(Michael C. Dorf)

李志强 牟效波 译
张千帆 审校

中国人民大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法故事/ [美] 道夫主编; 李志强, 牟效波译. —北京: 中国人民大学出版社, 2012.
(中国律师实训经典·美国法律判例故事系列)
ISBN 978-7-300-15548-7

I. ①宪… II. ①道… ②李… ③牟… III. ①宪法-案例-美国-高等学校-教材 IV. ①D971.25

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 164945 号

Constitutional Law Stories, Second Edition edited by Michael C. Dorf.

Copyright © 2004 Foundation Press

Copyright © 2009 By Thomson Reuters / Foundation Press

This reprint of Constitutional Law Stories (2nd ed.), (2009) by Michael C. Dorf is published by arrangement with West, a Thomson Reuters business.

Simplified Chinese version © 2012 by China Renmin University Press

All rights reserved.

中国律师实训经典·美国法律判例故事系列

宪法故事 (第二版)

[美] 迈克尔·C·道夫 (Michael C. Dorf) 主编

李志强 牟效波 译

张千帆 审校

Xianfa Gushi

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京东君印刷有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2012 年 8 月第 1 版

印 张 26.25 插页 2

印 次 2012 年 8 月第 1 次印刷

字 数 546 000

定 价 49.80 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

译者简介

李志强，北京大学法学博士，外交部工作人员。主要研究兴趣：宪法学、行政法学。

牟效波，北京大学法学博士，北京行政学院法学部讲师。主要研究兴趣：宪法学、行政法学。

鸣 谢

《宪法故事》第二版是各章作者和其他工作人员共同努力的作品。保罗·卡伦巧妙地说服我主编本书的第一版。我当时还没有意识到从此我将作出一个终身的承诺。基金出版社的约翰·布鲁奎斯特和吉姆·科茨一直都是那么的耐心，虽然我和一些章节的作者曾接连错过交稿的最后期限。西尔维亚·芭比基安和尼尔·凯利作为研究助理，在第一版助理工作的基础上，为本书的最新修订版作出了卓越的贡献。在此我还要感谢第一版的助理们，他们是：卡瑞萨·凯恩，亚基瓦·戈德法布，约翰·劳弗，斯科特·马丁，蕾妮·帕拉迪斯和扎卡里·特里普。理查德·班克斯是我自己拙劣规划的受害者，我曾请他为本书的第一版写了一篇关于反原则案例的故事，但是为了给第二版的一个新章节腾出空间，我非常不情愿地裁掉了他那精彩的一章。谢丽·寇伯为本项目几乎在每一个方面都提供了明智的建议。最后，感谢《宪法故事》的主人公们，在世的和不在世的——他们当中的许多人从未想要成为全国性重大争议的人物。

迈克尔·C·道夫
伊萨卡，2009年

导言：将个人放回到“我们人民”当中

- 迈克尔·C·道夫 1
- 1 马伯里诉麦迪逊案的故事：让失败看起来像是胜利**
- 迈克尔·W·麦康奈尔 10
- 2 麦考洛克案的故事——信任中央权力**
- 丹尼尔·A·法伯尔 24
- 3 维克特诉费尔本的故事：农业、整体性与贸易**
- 吉姆·陈 50
- 4 布什诉戈尔案：司法能动主义的悖论**
- 迈克尔·J·格哈特 80
- 5 德雷克·斯科特案的故事：原意主义被遗忘的过去**
- 克里斯托弗·L·艾斯格鲁伯 111
- 6 普莱西诉弗格森案的故事：种族形式主义的死亡与复活**
- 谢丽尔·I·哈里斯 135
- 7 是松诉合众国案的故事：日裔美国入案件**
- 尼尔·哥坦达 167
- 8 贝克尔诉卡尔案的故事**
- 斯蒂芬·安索拉伯赫 萨缪尔·以萨迦沃夫 197
- 9 洛克纳诉纽约州案的故事：规制国家成长道路上的障碍**
- 大卫·E·伯恩斯坦 218
- 10 角逐的阵地：罗伊诉韦德的故事及其对美国社会的影响**
- 露辛达·M·芬利 243
- 11 惠特尼诉加利福尼亚州的故事：思想的力量**
- 阿素托什·A·巴瓦 280

12 西弗吉尼亚州教育委员会诉巴内特的故事： 效忠宣誓与思想自由
文森特·布拉西 西娜·V·谢弗林 300

13 阿尔·史密斯的故事： 当第一修正案遇上始祖佩奥特掌
加勒特·埃普斯 332

14 波尔尼市诉弗洛雷斯的故事： 联邦主义、 权利与司法至上
马克·图施耐特 353

15 关塔那摩系列案的故事： 人身保护令、 法院权限和反恐战争
本杰明·惠斯 汉娜·尼普拉施 375

《宪法故事》 撰稿人简介 407

导言：将个人放回到“我们人民”当中

迈克尔·C·道夫

李志强 译

要从数百个构成宪法原则 (canon)^①的案例中仅仅选取 15 个组成这本《宪法故事》，是一件令人生畏的工作。我的选择仅仅是——我自己为汇集一组能加深对宪法事业整体理解的有趣故事选所做的特殊努力。几乎没有读者会认为，我纳入本书的每一个案例或是所有我所忽略的都是合理的。尽管如此，我还是要以解释为什么我会选择纳入这些案例和排除其他案例作为开头，希望我的解释能够对阐明本书的整体目标提供一些帮助。

在选择《美国法律报告》中的宪法案例时，我部分地依赖法学院课程表上的惯例。一些标志性案例，如马普诉俄亥俄 (*Mapp v. Ohio*)^②，吉登诉温莱特 (*Gideon v. Wainwright*)^③，以及米兰达诉亚利桑那 (*Miranda v. Arizona*)^④ 都被归入刑事诉讼课程；彭努依尔诉内夫 (*Pennoyer v. Neff*)^⑤，高登伯格诉凯利 (*Goldberg v. Kelly*)^⑥，以及马修诉埃尔德里奇 (*Mathews v. Eldridge*)^⑦ 都被纳入民事诉讼课程；重要的征收条款判决，例如宾夕法尼亚诉马文 (*Pennsylvania v. Mahon*)^⑧，卢卡斯诉南卡罗来纳海岸委员会 (*Lucas v. South Carolina Coastal Council*)^⑨，以及诺兰诉加利福尼亚海岸委员会 (*Nollan v. California Coastal Comm'n*)^⑩ 一般都被保留给财产法课程。这些学科界线毫无疑问都有很强的任意性，但是《宪法故事》(其中)的一个功用是作为法学院一年级宪法课程的参考读物，因而我将我的选择局限于这门课程的主流：权力分立和联邦制的结构性议题；平等保护；以及个人权利 (包括第一修正案上的各项权利)。

本书的第一版略掉了最近发生的可能是联邦最高法院数十年来最具争议的案例，布什诉戈尔案 (*Bush v. Gore*)^⑪。正如许多评论家注意到的，联邦最高法院声称本案的处理是具有特殊性的 (*sui generis*)^⑫，并提醒大家说，

① 参见 J. M. Balkin & Sanford Levinson, *The Canons of Constitutional Law*, 111 Harv. L. Rev. 963 (1998)。

② 367 U. S. 643 (1961) .

③ 372 U. S. 335 (1963) .

④ 384 U. S. 436 (1966) .

⑤ 95 U. S. 714 (1877) .

⑥ 397 U. S. 254 (1970) .

⑦ 424 U. S. 319 (1976) .

⑧ 260 U. S. 393 (1922) .

⑨ 505 U. S. 1003 (1992) .

⑩ 10 483 U. S. 825 (1987) . 10 参见 J. M. Balkin & Sanford Levinson, *The Canons of Constitutional Law*, 111 Harv. L. Rev. 963 (1998) .

10 367 U. S. 643 (1961) .

10 372 U. S. 335 (1963) .

10 384 U. S. 436 (1966) .

10 95 U. S. 714 (1877) .

10 397 U. S. 254 (1970) .

10 424 U. S. 319 (1976) .

10 260 U. S. 393 (1922) .

⑪ 531 U. S. 98 (2000) .

⑫ 同上注，第 109 页 (“我们的考虑仅限于当前的情形，因为选举程序中的平等保护问题一般会有很多复杂性。”)。

这一裁决的理念“是一张限制性的火车票，只对当天当次列车有效”^⑬。但是，最初将布什诉戈尔案从《宪法故事》一书中忽略，与其说是因为我认为该案缺乏原则性效力的结果，还不如说是因为我意识到，在乔治·W·布什总统的第一个任期，该案在我们的集体记忆中还足够清晰，以至于他的故事没有必要被详述。现在，随着布什政府步入历史，关于布什诉戈尔案的客观讨论既有可能也有必要。迈克尔·格哈特在第四章里做到了这一点，甚至更多。

同样，第一版也忽略了直接由2001年9月11日的恐怖袭击以及随后国内的回应，或是在阿富汗和伊拉克的军事行动所引发的案件或材料。在这里，同样是因为当时直接的背景事实在记忆中依然鲜活，也同样，现在已经是回顾这些案件的成熟时机了。但是，正如本杰明·惠斯和汉娜·尼普拉施在本书第二版第十五章所显示的，即使是在今天，由关塔那摩湾海军基地和其他地方拘押敌方战斗人员而引起的核心议题，仍然在很大程度上没有答案。因此，正如尼尔·哥坦达在第七章中开篇就讲到的，“是松诉合众国案（*Koremastu v. United States*）^⑭拒绝走入历史”。

《宪法故事》可能反映了我自己的观点，即原意理解与当代宪法论辩的相关性有限^⑮，因此，本书可能带有一些当代主义（presentist）的偏见。只有两个联邦创立时期的案例——马伯里诉麦迪逊（*Marbury v. Madison*）^⑯和麦考洛克诉马里兰州（*McCulloch v. Maryland*）^⑰——在不同的章节中被探讨过。有人肯定能够讲出其他一些引人入胜的故事，例如在联邦最高法院就吉本斯诉奥格登案（*Gibbons v. Ogden*）^⑱作出裁决之前，纽约州和新泽西州是如何因哈德森河上汽船（运营）权的争执而近乎开战的。^⑲同样，安德鲁·杰克逊总统对首席大法官约翰·马歇尔在伍斯特诉佐治亚州（*Worcester v. Georgia*）^⑳一案中的判决意见作出了愤怒的回应，这同样可以成为另一个好故事。但是我还是倾向于将更多与现代原则直接相关的案例纳入本书。

这并不是说我只选择那些构成“良法（good law）”的案例。相反，除

^⑬ *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649, 669 (1944)。例如参见 Philip P. Frickey, *Doctrine, Context, Institutional Relationships, and Commentary: The Malaise of Federal Indian Law Through the Lens of Lone Wolf*, 38 Tulsa L. Rev. 5, 34 (2002)（援引了限制性火车票的比喻）；Linda Greenhouse, *Thinking About the Supreme Court After Bush v. Gore*, 35 Ind. L. Rev. 435, 436 (2002)（同样援引了该比喻）；Pamela S. Karlan, *Exit Strategies in Constitutional Law: Lessons for Getting the Latest Dangerous Branch out of the Political Ticket*, 82 B. U. L. 667, 696 (2002)（同样援引了该比喻）。

^⑭ 323 U.S. 214 (1944)。

^⑮ 参见 Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, 85 Geo. L. J. 1765, 1767 (1997)。

^⑯ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)。

^⑰ 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819)。

^⑱ 22 U.S. (9 Wheat.) 1 (1824)。

^⑲ 绘声绘色的描述，可以参见 David Lear Buckman, *Old Steamboat on the Hudson River* 37-42 (1907)。

^⑳ 31 U.S. (6 Pet.) 515 (1832)。据传杰克逊这样说：“既然约翰·马歇尔已经作出了判决，现在让他自己去执行判决吧。”¹ Charles Warren, *The Supreme Court in United States History*, 759 n.53 (修订于1926年)。虽然这句话可能是杜撰的，但是真实的故事本身也是非常有趣的。参见 Barry Friedman, *The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy*, 73 N. Y. U. L. Rev. 333, 399-401 (1998)。

了马伯里案和麦考洛克案以外，我所选取的其他两个 19 世纪的案例，包括德雷克·斯科特诉桑福德案 (*Dred Scott v. Sandford*)^{②①} 和普莱西诉弗格森案 (*Plessy v. Ferguson*)^{②②} 都提供的是令人警醒的故事。此外，3 个 20 世纪的案例——洛克纳诉纽约州案 (*Lochner v. New York*)^{②③}，惠特尼诉加利福尼亚州案 (*Whitney v. California*)^{②④}，以及是松诉合众国案 (*Korematsu v. United States*)^{②⑤}——都起着类似的作用，尽管正如大卫·伯恩斯坦在第九章中解释的，最近一股学术潮流开始重新考虑对洛克纳案及其衍生案例的污蔑中伤。相反地，在一些读者看来，罗伊诉韦德案 (*Roe v. Wade*)^{②⑥} 似乎也是一个令人警醒的故事，尽管它肯定不是露辛达·芬利在第十章描述的那样。最后，即使是那些在判决理由仍然有效的意义上构成良法的案例，也常常在一些论文著作中被认为是遵循了错误的判决逻辑或是建立在有问题的推理之上。

通过将许多推理不严或是在道德层面有问题的判决纳入本书，我想要同法学院的学生和宪法领域学者所共有的一种冲动——将美国宪政史看作是不断展现独立宣言所宣称的和宪法所铭刻的那些理想的历程这种倾向——做斗争。这种神话般的故事将建国描写成一种神圣的鼓舞人心的大事——“费城奇迹”——将宪法^{②⑦}和庄严的联邦最高法院的权威解释^{②⑧}都神圣化。即使有些深思熟虑的声音承认宪法是在奴隶制的原罪中设计构思的^{②⑨}，但是它们仍然倾向于将宪法随后的演变看作是一个稳步前进的历程。^{③①} 诚然，很少有人否认这个国家和联邦最高法院曾经不时偏离正确的道路——如在 19 世纪 70 年代南方复辟 (Southern Redemption) 时期，曾推迟 (几乎一个世纪) 实施重建修正案^{③②}，或是 (几乎是同时) 在联邦最高法院和州高等法院援用合同和财产权利来阻挠非常进步的立法——但是这些时期被看作是异常时期。

美国人这种对宪法和以宪法代言人名义发言的联邦最高法院盲目迷恋的倾向，因普通法传统下律师和法学专业的学生试图将案例合理化的倾向而变得更加严重。作为对法律现实主义和其他对宪法原则批评性描述的回应，我自己常常要求我的学生将他们的要点整理到可以放进案情摘要 (brief) 的程度。法律论证的陈规是要求律师们把案例当做良法而非恶法，即使是表面上看似残酷无情，其在更深层次上依然是正确的。结果，法律专业的学生和律师们持续地合理化那些非常坏的判决。正如罗纳德·德沃金解释的，普通法律师这样解释权威文本和先例是为了能够对法律从整体上做最好的理解。^{③③}

②① 60 U. S. (19 How.) 393 (1856) .

②② 163 U. S. 537 (1896) .

②③ 198 U. S. 45 (1905) .

②④ 274 U. S. 357 (1927) .

②⑤ 410 U. S. 113 (1973) .

②⑥ 参见 Michael Kammen, *A Machine That Would Go of Itself* (1986) .

②⑦ 参见 Henry P. Monaghan, *Our Perfect Constitution*, 56 N. Y. U. L. Rev. 353 (1981) .

②⑧ 参见 Thurgood Marshall, *Reflection on the Bicentennial of the United States Constitution*, 101 Harv. L. Rev. 1, 2-5 (1987) .

②⑨ 同上注，5 页 (描述了美国宪法“200 年的历史中充满希望的演进”) .

③① 参见 Eric Foner, *Reconstruction: America's Unfinished Revolution, 1863-1877* (Perennial Library ed. 1989) .

③② 参见 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, 167-75, 186-224 (1986) .

一个人按照最好的理解去解释一系列的有害判决，这在理论上是可能的，但是人的理智又倾向于从认知的不一致上退缩。因而，律师式的合理化规则在更加宽广的范围上，与我们的宪法文化指向同一个赞美的方向。纳入本书的这些令人警醒的故事应该会给这种赞美的冲动泼上一盆冷水。

尽管如此，人们一定要小心别犯另外一个方向上的错误，并把联邦最高法院妖魔化。一些判决意见是有理由获得赞扬的。《宪法故事》中讨论的两个言论自由案件——惠特尼诉加利福尼亚州案和西弗吉尼亚州教育委员会诉巴内特案 (*West Virginia State Board of Education v. Barnette*)^③——可以作为例证。在这两个案件以及其他案件中，本书想要比普通的宪法或第一修正案案例著作在解释我们赞扬的是什么以及为什么值得赞扬方面研究得更加透彻。在第十一章，阿索托什·巴瓦揭示了布兰代斯 (Brandeis) 法官的言论自由哲学如何与霍姆斯 (Holmes) 法官的不同，以及为什么布兰代斯的观念比霍姆斯自由市场理念的比喻更适合美国民主传统。在第十二章，文森特·布拉西和西娜·谢弗林认为，沉默权的价值与其说在于不被外部观众误解，还不如说是为了避免因强制认可 (compelled affirmation) 而对观念形成造成内部干扰。

宪法学里最热闹的当然是受到争议的领域，而知道错误判例 (anti-can-on) 的构成并不总是对构建宪法的正面解释有用。例如在第六章普莱西诉弗格森案的故事中，谢丽尔·哈里斯给人们留下了这样一个疑惑，种族隔离的法律怎么可能在这片土地上保持了 60 年呢？但是她仍然展示了种族隔离法的核心假设因为被重构过，所以并没有遭到多少批判。知道我们国家现在反对“隔离但平等”并没有告诉我们究竟将去往何方。(第一位) 法官哈兰的反对意见书用连续的语句清楚地表明平等保护条款谴责等级制度原则，同时也阐明了色盲 (colorblindness) 原则。^④ 虽然在当下大多数就宪法平等含义的辩论中，这两个原则是互相对立的。正面行动 (affirmative action) 项目是违反了色盲原则，但其目的在于同种族等级制度做斗争，这种建立在种族基础上的措施是否违反了宪法呢？哈兰在普莱西案中的反对意见和布朗诉教育委员会案 (*Brown v. Board of Education*)^⑤——这一判决在教育领域谴责普莱西案，但是基本上也就说了这么多——都没有回答这个问题。哈里斯认为，普莱西案本身就包含着“色盲”这个现代形式主义原则的明确先例。

就布朗案遗产的争论和《宪法故事》的理念，整体可以作为霍姆斯大法官在其洛克纳案反对意见中评论的例证。在该意见中他主张“普遍的主张不能用来判定具体的案件”^⑥。这一行字是与霍姆斯《普通法》一书中引用率排名第四的一句话相连着的一个片段，那句话就是“法律的生命不在于逻辑，而在于经验”^⑦。人类的事是凌乱的，而法律常常仅是它的反映，而非一成

③ 319 U.S. 624 (1943)。

④ 参见 Plessy, 163 U.S. at 559 (哈兰大法官的反对意见) (“这里没有等级制度。我们的宪法是色盲……”)。

⑤ 347 U.S. 483 (1954)。

⑥ Lochner, 198 U.S. at 76 (霍姆斯大法官的反对意见)。

⑦ Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law* 1 (1881)。

不变地将秩序施加于这生活的凌乱之上。因此，要理解法律，仅仅了解那些常规的，常常是陈腐的所谓妙策（nostrums）是远远不够的。不论考虑的问题是普通法还是宪法，抽象的陈述如“任何人不能从他自己的错误行为中获益”^⑦，还是“种族归类只有在必要且仅仅是为了获得令人信服的利益时方才可以允许”^⑧，最多只能给司法判决提供考虑的参考；实际判决是建立在一系列额外因素之上的，这些因素只有通过围绕案件的社会事实高度的熟悉才能被理解。

这一对待法律的方式在哲学意义上是“实用主义的”。一些实用主义的批评者将实用主义这个术语与一种行为——结果主义联系在一起：按照这种观点，做一个实用主义的法官，就是“不管通过什么方法，只要按照对未来产生最有利结果的方式判案就行”^⑨。但是，查尔斯·桑德斯·皮尔斯、亨利·詹姆斯和约翰·杜威的美国传统上的哲学实用主义并不仅仅面向结果；它同样还反对宏大理论和抽象理念；它是以自下而上而非自上而下的方式理解和回应这个世界的。它揭示出这样一个道理：要理解宪法的事业，我们去了解那些生活被宪法裁判过程改变的人们的丰富细节，要好过我们去构建一个关于宪法是如何解释或是应当如何解释的人造总体性理论。

但是我们并不需要实用主义地自下而上。毕竟，即使是霍姆斯——法律领域完全的实用主义者^⑩——也不是坚决反对抽象理论或是只支持自下而上的路径。事实上，在霍姆斯的《法律之道》一书中，他讲述了一个治安法官的精彩故事。这名治安法官，面对一件由两个农民就一个破搅拌桶（这个搅拌桶是一个农民借给另一个的）发生争议的案件，作出有利于被告的裁决，因为他找不出任何法律曾设立不准打破搅拌桶的义务。^⑪这个愚蠢的治安法官忽略了一点，那就是法律是——或者在霍姆斯看来，应当是——按照抽取掉被借的搅拌桶和被借的其他物品之间差别的法律类别来组织的。霍姆斯一方面相信具体经验优先于逻辑的信条，另一方面则偏爱运用法律而非社会或自然的范畴，而霍姆斯的追随者要面对的挑战是调和两者。^⑫

^⑦ Ronald Dworkin, *Taking the Rights Seriously* 22-24 (1977) (发现这一原则在 *Riggs v. Palmer*, 22 N. E. 188 (N. Y. 1889) 中起了决定性作用)。

^⑧ *Metro Broadcasting, Inc. v. F. C. C.*, 497 U. S. 547, 602 (1990) (奥康纳大法官的反对意见)。

^⑨ Richard H. Fallon, Jr., *How to Choose a Constitutional Theory*, 87 Calif. L. Rev. 535, 564 (1999)。罗纳德·德沃金是他所称的实用主义的又一批评者，他也使用了这个术语作为结果主义的一个同义词。参见 Dworkin, 前注^⑦，第160页（“实用主义……说法官应当遵循那些他们所相信的，只要能对未来社会产生最佳效果的判案方法。”）。尽管法律经济学运动（理查德·波斯纳法官在其中起了重要作用）可以说将判决和其他法律活动降低到功利主义计算的地步，波斯纳自己的著作也不赞成将实用主义描述为行为—结果主义。例如参见 Richard A. Posner, *Pragmatism Versus Purposivism in First Amendment Analysis*, 54 Stan. L. Rev. 737, 738 (2002)（实用主义“很容易被嘲笑为是没有原则的，临时应对性的（ad hoc）和‘政治性的’；但是只有在人们认为必须不顾司法裁决直接的和体系性后果时它才是如此，而没有任何称职的实用主义法官会相信这一点”）。

^⑩ 关于霍姆斯与皮尔斯、詹姆斯和杜威的关系，参见 Louis Menand, *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America* (2001)。

^⑪ 参见 Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457, 474-75 (1897)。

^⑫ 正如弗里德里克·肖尔法所观察到的，霍姆斯并非赞成大的抽象归类而不支持小的具体归类，而是支持相对于社会或自然归类的法律归类。参见 Frederick Schauer, *Principles, Institutions, and the First Amendment*, 112 Harv. L. Rev. 84, 109 (1998)（“法律归类没有必要大过现实世界的归类。毕竟，昆虫的种类要远远多于侵权的种类。”）。

霍姆斯就这些议题的看法是否内在地一致并不是我这里所关注的。但是有一个密切相关的谜团不易解开。这个问题在于联邦最高法院判决程序的核心。一方面，由于大法官们对案件的受理有几乎完全的控制权^{④③}，联邦最高法院并非上诉法院。联邦最高法院的规则说得很明白，除了极少数例外，它只会接手那些在当事人之外还提出有关个人和机构含义议题的案件。^{④④} 另一方面，联邦最高法院又通过解释宪法第三条中案件或具体争议（case-or-controversy）的措辞排除了联邦法院（包括它自己）去考虑脱离具体、成熟和对抗性争议背景的抽象法律问题的可能。^{④⑤} 这种双重的——几乎是矛盾的——要求合理性何在？

常规的答案大概是这样：（1）如果没有对案件受理的决定权，联邦最高法院将会被无足轻重的工作所淹没；（2）只有通过选择审查的案件，联邦最高法院才能选取那些具有重大意义的争议，从而有效地进行审理工作；（3）考虑到联邦最高法院缺乏民主可问责性，它不愿解决那些没有形成具体案件或争议的宪法性议题和其他全国性的紧迫议题；（4）联邦最高法院在讨论发生在真实世界而非抽象领域的案件时，能够作出更好的判决；因而（5）在具体的可裁决的案件和争议世界里，联邦最高法院选择审理那些最紧迫的普遍问题。

前面提到的论点中首要的难点是第（4）步，在很多议题上是正确的东西，在另一些议题上却是错误的。当联邦和州政府制定了那些合宪性存疑的法规或规章时，面临着高昂服从成本的个人和组织就有强烈的利益去尽快地知道他们是否在事实上必须遵守它们。预先估计的可能和中止令状救济在某种程度上会减少在法律规则颁布与联邦最高法院最终判定其合宪性之间的迟延所带来的损失，但是这样一个间隔一般仍然以年计算。因为这个原因（还有其他原因），欧洲大多数的宪法法院都有权审查抽象立法，而在美国却禁止法院提供咨询性意见。^{④⑥}

实际上，美国联邦最高法院对具体案件的偏好有时似乎是一个形式而非实质问题。例如，正如加勒特·埃普斯在本书第十三章中所解释的，有关第一修正案（宗教）自由活动条款的中期（en route）结论是宪法并没有赋予宗教仪式的参与者豁免于那些普遍适用的并非针对宗教的法律，联邦最高法院介入了这样一个问题——在俄勒冈州明文规定使用佩奥特掌（peyote）是犯罪的情况下，（将其用于宗教仪式）是否违法——这个问题在案件实际发生之前本不起作用。法院明显将佩奥特掌诉讼看作是解决宗教豁免的这一普遍问题的便利手段，正如马歇尔法院将就马伯里先生担任治安法官资格展开的诉讼当成一个确立联邦最高法院司法审查权的机会。在这两个乃至其他的例子中，联邦最高法院将真实的凌乱的事实在很大程度上看成不相关的：法

^{④③} 联邦最高法院的绝大多数案件是通过对联邦上诉法院（根据 28 U.S.C. § 1254）和州高等法院（根据 28 U.S.C. § 1257）的调审令调过来的。

^{④④} 参见 Sup. Ct. R. 10。

^{④⑤} 参见 *Allen v. Wright*, 468 U.S. 737, 750-52 (1984)。

^{④⑥} 参见 Viokui C. Jackson & Marik V. Tushnet, *Comparative Constitutional Law* 607 (1999)（注意到了“欧洲流行的‘抽象’审查”）。

院对阿尔·史密斯、威廉·马伯里和诺玛·麦科维（罗伊诉韦德案中的简·罗伊）的故事细节的关注，并不明显地比霍姆斯认为法院应当对农民究竟是借了一个搅拌桶还是借了一把犁的关注更多。

如果联邦最高法院似乎并不关心它所判决的案件背后的故事，为什么当事人之外的其他人要关注它们呢？一个原因是这些故事非常吸引人。本书中的 15 个故事每一个都有引人入胜的戏剧性场面，其间有激烈的冲突和来之不易的解决方案。但是《宪法故事》并不是仅仅作为消遣读物。它还有助于对联邦最高法院在宪法案件中的表现进行评估。

让我们把英美普通法系最高法院在宪法案例中采用的裁决方法和大陆法系公认的程式化裁决方法做一个比较。在后者中，法官认为他们的角色在于将由立法者制定的高度明确的、广泛的规则运用于任何提交给他们的事实之中。因为立法机关——在宪法裁决中则是制宪者——在原则上已经预计到了每一种情形，法官的任务在很大程度上被认为是机械的。相反，普通法系法官就更加雄心勃勃了。他们根据特定案件的情形量身定做法律规则和原则。相较于大陆法系的裁决（作为一个理想类型），普通法拥有灵活性的优点。^⑦

当然，灵活性也是有代价的。首先，普通法法律原则的发展带有短视和路径依赖的风险。当联邦最高法院基于其特别赞同或者不赞同的事实，或者在重要利益缺乏代表的场合作出一项普遍性的规则时，这种通过特定当事人和事实类型就重要问题发表意见的方式可能扭曲了决策过程。

此外，普通法方式的灵活性给美国式宪法审判带来了特别的危险。关于合同、财产权和侵权的州普通法规则是默认规则（default rules），可以被立法机关中的多数票所废止。相反，美国最高法院的宪法判决只能由其自身修改或是通过宪法修订而改变。考虑到联邦最高法院对推翻自己先例的不情愿和修宪程序的高门槛（必须获得国会两院 2/3 多数的支持，外加 3/4 州立法机关的批准），联邦最高法院的宪法判决在很大程度上比州高等法院的普通法判决更加隔绝于民众的反对。考虑到联邦法官是终身任职而州法官常常要经受选举的考验，这一区别就更大了。在司法审查实践领域，我们有着亚历山大·贝克尔所称的著名的“反多数难题”^⑧。

考虑到短视、路径依赖和篡权的风险，对联邦最高法院的工作设定高标准是合适的。要使得联邦最高法院的司法审查正当化，普通法方式的宪法解释至少要兑现其在法院考虑的案件中实现个案化正义的承诺。要判断联邦最高法院是否兑现了承诺的最好方式就是具体评估该法院的表现，就如本书中的文章所做的那样。

相应地，虽然《宪法故事》不是一本宪法理论书，但是它与美国宪法的核心理论问题高度相关：司法审查的实践是否可以被正当化，以及如果是的话，联邦最高法院应当采用何种或哪些宪法解释方法。

《宪法故事》中的一些章节明确地讨论这些问题。在第一章，迈克尔·麦康奈尔解释了在马伯里诉麦迪逊案作出判决的时代，关于法院压倒国会的

^⑦ 参见 Michael C. Dorf, *The Supreme Court, 1997 Term - Forward: The Limits of Socratic Deliberation*, 112 Harv. L. Rev. 4, 7 (1998)（注意到了适应性通常被看作普通法的一个优点）。

^⑧ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Surprising Court at the Bar of Politics* 16 (1962)。

能力的争议比关于国会限制法院权力的能力的争议更少；在第八章，斯蒂芬·安索拉伯赫和萨缪尔·以萨迦沃夫评价了联邦最高法院在贝克诉卡尔案（*Baker v. Carr*）^④ 中通过扩展司法审查的范围，受理了对立法机关议席分配不公的挑战，从而进入了“政治荆棘丛”^⑤ 的判决；在第十四章，马克·图施耐特带我们转了一大圈（又回到本书的开头），他将波尔尼市诉弗洛雷斯案（*City of Boerne v. Flores*）^⑥ 看作是“现代版的马伯里案”，在这起案件中，议题已经不再仅仅是联邦最高法院是否有权就合宪性作出独立判断的问题，而是在何种程度上联邦最高法院是宪法解释的排他性机构的问题。

同样，关于解释方法：在第二章，丹尼尔·法伯尔将首席大法官马歇尔在麦考洛克诉马里兰州（*McCulloch v. Maryland*）一案中采用的宽泛方法，看作是为就宪法解释和联邦性质持续至今的辩论设定了术语；在第三章，吉姆·陈通过维克特诉费尔本案（*Wickard v. Fillburn*）^⑦ 探讨了司法机关在哪些事务上需要遵从国会的问题，以及该问题在就联邦权力范围展开的论争中的持续相关性；在第五章，克里斯托弗·艾斯格鲁伯注意到了德雷克·斯科特诉桑福德案与争议性的实质正当程序原则之间，与认为宪法应当根据那些立宪者和批准者的原意去解释的争议性主张之间的联系。实际上，在某种重要的意义上，正当性和方法论的问题在《宪法故事》的每一章都表现出来了。

然而，如果仅仅透过关于正当性和司法审查范围的维度去看待宪法就是一个错误了。尽管宪法的大部分是不可司法化的，但是宪法问题几乎不会消失；它们只是会被交给其他政府官员处理。关于宪法的重要辩论也曾发生在非司法背景下。麦考洛克案就是一个好例子：在本案中出现过的几乎所有关于合众国银行合宪性的观点之前，该问题在华盛顿行政当局内部都已经讨论过了。

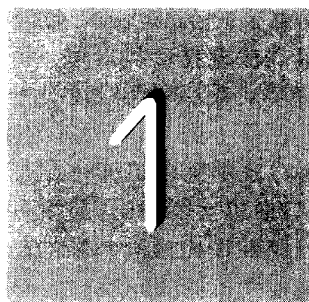
在组织《宪法故事》的 15 个司法判决时，我并不是想要暗示宪法完全是由法院制定的。相反，本书中接下来的这些章节显示，联邦最高法院对宪法性案例的贡献比起其他主体所进行的问题架构（framing）来常常处于相对次要的地位。那些主体当然包括政府单位和官员，但是同样也包括私人律师和他们所代表的普通当事人。除了第十三修正案，宪法仅仅约束政府主体，但是它分配给这些主体的责任是与具体个人的权利和利益相互联系的。最后，《宪法故事》一书的观点——如果这本由 19 位观点各异作者合著的作品能够有什么被浓缩成单独一点的观点的话——就是将作为个人的“人”，放回到宪法称之为“我们人民”的集体之中。

④ 369 U.S. 186 (1962) .

⑤ *Colegrove v. Green*, 328 U.S. 549, 556 (1946) (法兰克福特大法官的判决意见)。

⑥ 521 U.S. 507 (1997) .

⑦ 317 U.S. 111 (1942) .



马伯里诉麦迪逊案的故事：让失败看起来像是胜利

迈克尔·W·麦康奈尔

李志强 译