

LAW & POLITICAL SCIENCE SERIES



法政科学丛书·张干帆主编



人民自己

人民宪政主义与司法审查

[美国] 拉里·克雷默 著 田雷 译

LAW & POLITICAL
SCIENCE SERIES



法政科学丛书·张干帆主编

人民自己

人民宪政主义与司法审查

[美国] 拉里·克雷默 著 田雷 译

图书在版编目(CIP)数据

人民自己:人民宪政主义与司法审查/(美)克雷默(Kramer, L. D.)著;田雷译.

—南京:译林出版社,2010.9

(法政科学丛书/张千帆主编)

书名原文: The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review

ISBN 978-7-5447-1255-2

I. ①人… II. ①克… ②田… III. ①政治制度—研究—美国 ②司法监督—研究—美国 IV. ①D771.22 ②D971.26

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第096637号

The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review by Larry D. Kramer
Copyright © 2004 by Oxford University Press, Inc.

“The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review” was originally published in English in 2006

This translation is published by arrangement with Oxford University Press through Andrew Nurnberg Associates International Limited

Simplified Chinese edition copyright © 2010 by Yilin Press

All rights reserved.

著作权合同登记号 图字: 10-2009-029 号

书 名 人民自己

著 者 [美国]拉里·克雷默

译 者 田 雷

责任编辑 王 蕾

出版发行 凤凰出版传媒集团

译林出版社(南京市湖南路1号 210009)

网 址 <http://www.yilin.com>

集团网址 凤凰出版传媒网<http://www.ppm.cn>

印 刷 江苏凤凰扬州鑫华印刷有限公司

开 本 652 mm × 960 mm 1/16

印 张 26.25

字 数 269千

版 次 2010年9月第1版 2010年9月第1次印刷

标准书号 ISBN 978-7-5447-1255-2

定 价 42.00元

图书如有印装质量问题,可随时向我社出版科调换。

(电话: 025-83658316)

主编序

张千帆

自新文化运动提出“德先生”与“赛先生”以来，距今已有九十多年。这么多年来，“民主”与“科学”一直是引领中国现代化进程的两面大旗，一直在指引着中国现代化理论与实践的方向。但不得不说的是，虽然中国科学经过不懈努力取得了长足的进步，民主仍然是几代人前赴后继、孜孜以求的目标，而对于一个国家来说，民主甚至比科学更为重要。没有科学，国家是落后的；没有民主，国家也许可以一时强盛起来，但是国家发展迟早会发生严重的方向错误甚至堕入战争的深渊；纳粹德国和军国主义日本就是前车之鉴，中国在改革开放前二十年也走过很长一段弯路。可见“德先生”要带着“赛先生”走，否则“赛先生”要迷路的。今天我们依然倡导科学与民主，而不能不看到两者的纲目之分、体用之别。

其实民主本身就有一套科学，而中国民主之所以长期不完善，恰恰是因为我们忽视了民主政治的常识和规律。近百年来，民主一直是一个政治正确的口号，各种民主思潮和理论相继引入中国，激发了国人的极大兴趣，但是我们对于民主制度在各国实际政治中的运行方式及其经验教训却所知甚少。理念和理论永远是新奇的，但是解决不了

一个国家的实际问题。今天,我们不能停留在民国初年或改革开放初期引介西方思想的水平上,而有必要综合考察各国民主宪政的制度实践。惟其如此,我们才可能用民主的科学推动民主的政治。

《法政科学丛书》的宗旨正是探索各国民主宪政的制度模式,及其在实践运行中的利弊得失。所谓法者,法治也,当首推宪法之治;政者,政治也,非民主政治莫属。我们冀望这套丛书可以帮助中国通过“赛先生”,看到更真实的“德先生”,进而加速民主宪政的进程。

是为序。

中译本序言

拉里·克雷默

历史著作都是一种比较研究,其(直接地或潜在地)比较着过去的文化与当下的文化。而在所有的历史性比较研究中,那些初看起来和谐与实践,一旦在语境内得以理解,可能根本不是那么回事。有时,我们可以从中得出有关今日世界的经验教训,但结论的得出务必审慎,切勿无视一个事实,即过往的民族、问题、制度、假设以及实践可能有别于我们今天——经常是定性上的区别。而当有关一个民族的历史译作呈现给他民族的读者时,这种审慎的必要性则是双重的。一部美国历史著作与当下的中国是否有相关性?两者之间是否确实存在着交集因而可以提供有益的经验,抑或我们在进行着西谚中所谓的“苹果与橘子”的比较?

我相信答案是,本书有着可以得出的经验,甚至是重要的经验,但是,我们必须极尽谨慎之能事,切勿大步跃进至这些经验为何的结论。《人民自己》由始至终都是一本美国书。它是为美国读者所写的,希望可以颠覆某些有关美国宪法应如何运作与事实上如何运作的假设。这些假设是否适用于中国——更重要的是,它们是否应得到颠覆——是复杂的问题,因此,我务求读者在面对这些问题时可以进行缜密的思考。

《人民自己》可以说是一本有关司法机关及其在一个宪政系统内的

有着多种可能的方案。本书所讲述的美国方案也有无法回避的缺陷——它是在实践中粗劣拼装起来的产物——虽然对我们而言,它的运行尚算不错。在我看来,今日的欧洲宪法在实现这一平衡时作出了更好的工作。但是,我这样说与其是在鼓吹任何一种特定的解决方案,还不如说意在强调,在任何宪政体系内的主体都必须认识并承认这一问题,审慎地探索一种适当平衡的道路。

行文至此,我们到达了《人民自己》所蕴含的更具普遍意义的要旨。因为平衡独立性与问责性的难题并不限于司法机关,而在这一语境内的相关思考则提供了理解一般意义上的宪政民主之性质的洞见。关于如何才能建立起一种名副其实的共和政府,美国的建国一代人曾发展出一种极其复杂精巧的理论。一方面,每一家治理机构都要面对大众控制。那些无需接受大众控制的机构是非共和的——这也解释了为什么司法至上这种理念是不可接受的。但是,仅有大众控制尚且不够,因为政府还应当是公正的,这意味着要探索形成与提炼民意的方式。此外,对正义民主的威胁既可能来自它的领导人,也可能来自人民自己,而最大的威胁则经常是那些声称获得大众支持的领袖。因此,我们需要一种精心构建起来的平衡体制,它应可以同时做到,让精英领导权具有可能,确保精英领导仍面对真实的大众控制,可以形成与提炼民意,控制煽动性政治的风险,同时还要有效的治理——这绝非易事!

当然,没有谁曾说过建立起共和政府是一件易事,它从来都不是如此。恰恰相反,让大众政府运作起来是极其困难的。与其说是一门科学,不如说是一门艺术,它要抵制简单化的概念范畴与简约论的意识形态。民主政府既存在着风险也有无尽之希望。接纳大众统治与信仰“人民自己”的最终(有时候是缓慢形成的)智慧需要一定程度的勇气和一定剂量的信心。我的希望在于,接下来的章节将阐明在这门艺术内所隐含的复杂性之一角——由此,任何体制内的参与者均可以带着更多一点的勇气与信心开始思考,如何建立与保存林肯所说的“世界上最后的美好希望”。

献给 Sarah 与 Kiki

谁是人民自由的最佳守护者？

共和主义者——人民自己。这一神圣的委托只是在那些最有兴趣保护它的人手中才最为安全。

反共和主义者——人民是愚蠢的、多疑的、任性的。他们的自我委托不可能是安全的。当人民建立起政府之后，他们所能做的只应该是服从，而将他们的自由问题托付给他们更高贵的统治者。

詹姆斯·麦迪逊

《国民公报》，1792年12月22日

致 谢

在本书的写作过程中,我从无数朋友、同事与学生处得到了有益的建议和挑战性的批评。我尤其要感谢 Akhil Amar, John Baker, Rachel Barkow, Richard B. Bernstein, Saul Cornell, Ronald Dworkin, Noah Feldman, John Ferejohn, Martin Flaherty, Barry Friedman, David Golove, Mark Graber, Don Herzog, Daryl Levinson, Sandy Levinson, Joyce Malcolm, Liam Murphy, Pasquale Pasquino, Steven Perry, Rick Pildes, Peter Schuck, Geoffrey Stone, William Stuntz, Mark Tushnet。纽约大学法律史讨论会以及哥伦比亚大学法学院、康奈尔大学法学院、北卡罗来纳大学法学院、纽约大学法学院、俄亥俄州立大学法学院、斯坦福大学法学院、耶鲁大学法学院的教员研讨会的参加者也给了我极富洞见的评论。我还要感谢 Jay Shuman 一直以来对我的研究的宝贵协助及其令人惊叹的洞察力,感谢 Laura Russo 和 Christopher Bradley 在写作时给予我的帮助。

在这里应该特别提及一些朋友和同事。Jack Rakove, John Reid, William Nelson 不仅给予评论反馈,他们还是我的老师,这些年间在我的教育上付出了大量的私人时间。本书内的许多观点最初发端于和 William Treanor 的一次次长谈,他并不同意我不得不说的许多内容,但却抛开分

歧来帮助我。我也得到我的同道中人的帮助,Reva Siegal,Robert Post,尤其是 Willy Forbath,他们的见解和鼓励让我在怀疑我们工作之价值的时刻仍继续前行。我还要感谢 Bill Miller 和 Don Herzog,他们推动我尝试了一些超越我原本预设的能力范围的思考:无论我是否成功,这份努力是值得的。最重要的是,我要感谢我的妻子 Sarah Delson,感谢她从未休止的倾听和讨论,她的安慰和鼓励,她在面对我工作失落之心境时的耐心,她对我长时间工作的宽容,感谢她,(最重要的是)感谢 Kiki。

没有纽约大学法学院慷慨的研究资助,这一项目不可能完成。本书论证的首次上演是作为一篇论文“*We The Court*”,载于 115 *Harvard Law Review* 4 (2001)。此外,第四章部分来自于“*Put the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism*”,载于 100 *Columbia Law Review* 215 (2000)。我感谢两刊物的编辑在这些篇章中最初的帮助。

目 录

中译本序言 1

致谢 1

导言 人民宪政主义 1

第一章 宪法的本质与原则迄今未曾改变——习惯宪法 9

“远古的惯例” 10

“判决这类法案无效” 22

“向共同体负责” 31

1765年前后的人民宪政主义 39

第二章 每个部门都要遵守的一种规则——司法审查的起源 47

“为了捍卫它根本的宪法” 49

“人民自己……就可以宣布它的真实意义” 53

1786年前后的人民宪政主义 68

“做法官是为了全体人民的福利” 78

“法院的这种权力将摧毁自由” 90

第三章 宪法下的权力永远属于人民——《联邦宪法》的制定 99

“各州的最高法” 99

不会叫的狗——与会叫的狗 107

第四章 那份文件既约束法院,也约束其他部门——司法审查的进展	129
“让每一位共和者与自由之友都心悦诚服”	132
“代表人民来决策”	137
1800年前后的人民宪政主义	147
马伯里诉麦迪逊案	161
第五章 每一位真正的共和主义者都应相信的——司法至上的挫折	180
“我们有限政府之正当的与计划中的守护者”	184
“保护他们远离他们最坏的敌人,他们自己”	194
第六章 尽管存在这一抽象的观念——变化中的宪法语境	204
“永远不要忘记,我们正在解释的乃是一部宪法”	207
“先生们,法律是一门极其困难的科学”	219
赢得“人民的信任”	231
第七章 保卫宪法,联邦的永恒纽带——经验的教训	239
“它的结局就是战争——内战”	242
“一位最高的仲裁者或解释权威”	259
“准备好接受政党——人民自己的建议与指示”	265
1840年前后的人民宪政主义	275
第八章 门外汉的文件,而不是法律人的契约——人民宪政主义的不断斗争	289
“公意之健康的与有益的作用”	292
“国家内最高级法院的主人,而非奴仆”	298
“自马伯里案以来”	306
第九章 作为美国人——新世纪的人民宪政主义	316
“将他们的自由问题托付给他们更高贵的统治者”	316
“宪法最当然的解释者”	324
“感觉问题”	333
“尊重人民”	340
结语 司法审查,而不是司法至上	343
索引	350
译后记	399

导言 人民宪政主义

来自美利坚共和国初创时的一些片段：

1793年7月29日，星期一。陪审团宣布吉迪恩·汉菲尔德无罪，他因在一艘法国武装民船上供职而被控违反了国际法（law of nations）。^①汉菲尔德案件在事实上无可争议，他的辩护落在法律问题上。汉菲尔德主张，因为他的行为并未被合众国现行的立法或法律所禁止，所以起诉他是违宪的。法院——由最高法院大法官詹姆斯·威尔逊和詹姆斯·艾尔德与地区法院法官理查德·彼得斯组成——指示陪审团员，汉菲尔德的辩护在法律意义上无需认真对待。威尔逊告诉他们，汉菲尔德的行为可作为针对合众国的普通法犯罪而受到惩罚，此乃“法院并无异议的共同意见”。^②陪审团反其道而行之，它的判决激发了遍及全国的庆祝活动。根据约翰·马歇尔的记录，汉菲尔德的无罪开释带来了那些质疑政府立

① 关于汉菲尔德案的详细叙述，参见 Stewart Jay, *Most Humble Servants: The Advisory Role of Early Judges* 127—128, 138—142 (1997); William R. Casto, *The Supreme Court in the Early Republic* 130—136 (1995); Stephen B. Presser, *The Original Misunderstanding* 68—76 (1991)。

② *Petit Jury Charge*, in *United States v. Henfield*, 11 F. Cas. 1099, 1119—1120 (C. C. D. Pa. 1793) (No. 6360)。

场的公众的“欢乐与狂喜”。^③从缅因州到佐治亚州,民众在城市与市镇中点燃篝火,举行宴会。在南卡罗来纳州的查尔斯顿,在“许多有名望的公民”举杯向“宣布汉菲尔德无罪并维持人类权利的费城爱国陪审团(三声欢呼)”致敬后,人们度过了“欢闹与和谐”的一夜。^④《国民公报》称赞汉菲尔德案中的陪审团在面对着因“政策动机”而腐化的法院与政府时捍卫了宪法:

当七主教(善良与知名的人们)因向詹姆斯二世请愿而受到审判时,在法官席与陪审团之间也出现过类似的观念分歧。如同今天的人民,其时的人民也因无罪之判决而欢欣鼓舞;而如同我们歌颂昔日的陪审团,我们的后代很可能将称颂今天的陪审团,因为它巩固了人类的权利与自由。^⑤

1795年7月18日,星期六。至少有五千人聚集在纽约市的联邦大厅前抗议《杰伊条约》。^⑥由希望看到条约被声讨的杰斐逊共和党人*策划数周,在大部分由手工工匠与劳动者组成的人群中却在不经意间混入了

③ 2 John Marshall, *The Life of Washington* 273—274 (1807).

④ Republican Society of South Carolina, Toasts Drunk on a French Victory, Aug. 29, 1793, quoted in *The Democratic-Republican Societies, 1790—1800: A Documentary Sourcebook of Constitutions, Declarations, Addresses, Resolutions, and Toasts* 380 (Philip S. Foner, ed., 1976).

⑤ *National Gazette*, Aug. 3, 1793, quoted in Richard Buel, Jr., *Securing the Revolution: Ideology in American Politics, 1789—1815*, at 25 (1972).

⑥ 有关此次集会更详细的记述,参见 Alfred F. Young, *The Democratic-Republicans of New York* 449—454 (1967); Joanne B. Freeman, *Affairs of Honor: National Politics in the New Republic* xiii—xv (2001)。

* 原文为 Republicans,由杰斐逊所组建的(民主)共和党为今日美国民主党的前身,而今天的共和党要等到美国内战前夕(1854年)才出现。关于 Republicans,译者在全书中根据语境不同分别译为杰斐逊共和党、民主共和党以及共和党。由于本书的大部分篇幅集中在美国内战前的宪法冲突,区分彼“共和党”与此共和党的关键在于文本所出现的时间。——译注

纽约市的一些精英,后者是在亚历山大·汉密尔顿领导下由联邦党的商人仓促之间召集起来的。联邦党人试图控制这次集会。正当集会准备开始之际,汉密尔顿登上由支持者包围的附近一座建筑的台阶,开始演说。民主共和党的领导者要求汉密尔顿让步,但却遭到他傲慢的拒绝。人群陷入愤怒,他们以“嘘声、咳声和嘲骂声”淹没了汉密尔顿。^⑦汉密尔顿拿出了一份书面的决议,他催促人们接纳此文件以反映出纽约市的真实意志。一听到人民“没有必要给出关于这一条约的意见”,因为他们“完全信任合众国总统的智慧与美德,此问题的讨论在宪法意义上属于总统与参议院”的论调后,集会群众再也听不下去了,而且爆发出狂怒。^⑧汉密尔顿与他的同伴在“我们再也听不下去”的呼喊声中被赶走。^⑨据称人群中有人扔出石头击中汉密尔顿的头部。类似的场景在全国范围内反复出现。

1798年7月2日。在国会关于是否通过《外侨法案》的辩论中——该法授予总统监禁或驱逐外侨的单方权力,即便是在和平时期——纽约州的爱德华·利文斯通批评了此法案的支持者。“如果我们真的准备违反我们宣誓捍卫的宪法,”他警告道,“人民是否会顺从我们越权的法案?各州是否会认可我们所僭越的权力?先生们,他们不会屈从。如果他们不抗争,这些措施所施加的锁链就是他们应得的。”^⑩对利文斯通警告的回应是迅猛且广泛的。从肯塔基州、弗吉尼亚州到东海岸中部诸州,公众

^⑦ *The Argus, or Greenleaf's New Daily Advertiser*, July 20, 1795.

^⑧ 引自 Freeman, 同注 6, 页 xiii 与 John C. Miller, *Alexander Hamilton: Portrait in Paradox* 424 (1959)。

^⑨ Young, 同注 6, 页 450。

^⑩ Speech of Edward Livingston to the House of Representatives, quoted in the *Washington Herald of Liberty*, Aug. 16, 1798.

集会都在谴责《外侨与煽动法案》，并宣称它们是无效的。^①在弗吉尼亚州的一个县，民兵组织宣布它不会协助执行此法，而肯塔基州麦迪逊县的地方组织则决议，此法案是“对《联邦宪法》与自然权利的侵犯……我们不能认可或服从它们”。^②面对这些以及类似的种种声明，联邦党人则回应主张合宪性的判断应留给法院作出，这是他们的对手所强烈否定的立场。《阿尔巴尼记录报》的记者写道，如果说“所有立法法案之合宪性的判断完全在于司法机构”，这正是“移走我们联邦契约所赖以存在的基石；它将从人民那里带走最终的主权”。^③

在上述以及无数相似的场景之中，建国时代的美国人展现出他们是如何理解自身在大众政府中的角色的，而这却是有着太多想当然的我们所未能理解的。美国在那时是世界上绝无仅有的国家，它的政府直接建立在其人民同意的基础上，出现在一部特有且可以认定的法案之内，而给予同意的人民也真切并深刻地意识到这一事实，且以此为傲。这骄傲，这对于他们人民政府试验中的脆弱性与重要性的意识，灌注在建国一代人的一言一行之中。正如戈登·伍德所言，这是“深刻感知的革命意义”。^④

现代的阐释者，尤其是法律学者，在解读建国者们的文字与演说时陷入了错误的历史语境中，对“民主之暴政”命题投入了太多的关注，或者根本错误的关注。^⑤根据我们的叙述，那些设计和批准《联邦宪法》的人们

^① Robert H. Churchill, "Popular Nullification, Fries' Rebellion, and the Waning of Radical Republicanism, 1798—1801", *67 Penn. History* 105, 113 (2000).

^② Resolutions of the Seventh Regiment and Citizens of Madison County, Aurora, Jan. 4, 1799, 同上。

^③ 同上。

^④ Gordon S. Wood, *The Creation of the American Republic, 1776—1787*, at 47 (1969); 关于美国人对由君主制到共和制的转变之意义的理解，参见 Richard L. Bushman, *King and People in Provincial Massachusetts* (1985)。

^⑤ 1 *The Records of the Federal Convention of 1787*, at 48(格里的评论)(麦迪逊的记录, 1787年5月31日)(Max Farrand, ed., rev. ed. 1937)。