

哈佛法律评论

HARVARD LAW REVIEW

宪法学精粹

Selected Essays on Constitutional Law



张千帆 组织编译

美国宪政理论的渊源与范围

詹姆斯·B. 塞耶 [张千帆|译]

走向宪法的中立原则

赫伯特·威克斯勒 [张千帆|译]

约翰·马歇尔和司法职能

费利克斯·法兰克福特

[石明磊 吴斌 牟效波|译]

超越卡罗琳产品案

布鲁斯·A. 阿克曼 [田雷|译]

民主政治的宪法化

理查德·H. 皮德斯 [田雷|译]

第一修正案是一只美丽的独角兽？——评《言论自由及其与自治的关系》

泽克利亚·切菲 [魏晓阳|译]

宪法的法律权威之形成：文化、法院与法

罗伯特·C. 波斯特 [冯川|译]

弯曲的宪法空间：法律人能够从现代物理学中学到什么

劳伦斯·H. 却伯 [田雷 余自骏|译]

哈佛法律评论

HARVARD LAW REVIEW

宪法学精粹

Selected Essays on Constitutional Law

张千帆 组织编译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

哈佛法律评论·宪法学精粹/(美)却伯等著;
张千帆编译. —北京:法律出版社, 2005. 9
ISBN 7-5036-5799-5

I. 哈… II. ①却…②张… III. 宪法—研究—美国 IV. D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 096153 号

©法律出版社·中国

责任编辑/袁方赵佳

装帧设计/孙杨

出版/法律出版社

编辑统筹/对外合作出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/沙磊

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/32 字数/393 千

版本/2005 年 12 月第 1 版

印次/2005 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782	西安分公司/029-85388843	重庆公司/023-65382816/2908
上海公司/021-62071010/1636	北京分公司/010-62534456	
深圳公司/0755-83072995	苏州公司/0512-65193110	

书号:ISBN 7-5036-5799-5/D·5516

定价:53.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

卷首语

哈佛,历史传统久远绵厚、学术品格独立深醇,声望名气响亮纯泽,素有“先有哈佛,后有美利坚”之美誉,在国人眼中已经成为精英之异名。哈佛大学——美国最古老、最出色之高等学府,其学术之品质与精神,以及积极参与社会开放、主动之心态与姿态,已浸淫化融入美利坚之历史与文化;在一定意义上,哈佛之盛名也部分掠美于其杰出之法学教育;同样,哈佛也融入了吾国近现代对法律政治文明之苦苦追求中。钱端升先生、杨兆龙先生等近代法学大家早年负笈哈佛,吴经熊先生完成了在密执安大学的学业后,也曾到麻省查尔斯河畔游学小逗……与庞德、霍姆斯等美法名宿渊源极深。

一八八七年,哈佛大学法学院三年级学生麦凯尔维四方奔走呼应发起创办《哈佛法律评论》,由此开美国法学高等教育机构由学生管理编辑学刊之先河,编辑们在《评论》创刊号前言写道:“本刊由哈佛法学院学生于学年内按月出版,旨在推进法律教育,以希对法律职业有所益裨。”一百有余年去,《评论》编辑前言仅变动数言:“本刊由哈佛法学院学生每年出版八期。”自创刊始,无论兰代尔、庞德、威格莫尔等代表美国法学学术水平翘楚之哈佛法学院教授,抑或霍姆斯、布兰代斯、沃伦等象征美利坚司法精神与力量者之大法官,其在《哈佛法律评论》发表论文,无一不受制于哈佛法学院学生编辑之刀笔。《评论》发展至今,以其先锋性、旗帜性及严谨性,已为美国法学界引征率最高之评论类刊物,乃至世界法学研究水准之绳墨航标,誉之为法学学术之高峰与传奇亦不为过。

中国的法学翻译事业自美国传教士丁韪良译惠顿氏《万国公法》、严复译孟德斯鸠氏《法意》始,绵延百余年,其间或峰或谷,或荣或辱,至今已蔚为大观。近代中国法学,几由西方法儒学说发展生成,西方法学著述之译介,于吾国法治事业助益良多,惟《哈佛法律评论》之独缺,诚吾国法学翻译事业美璧之瑕、满月之缺。此憾非系于求“全”追“美”之心,而乃在务“新”臻“精”之意。子夏曰:“贤贤易色”,旨在此耳。

夫法律社,十年铸船以谋《评论》东嫁。外则远涉合众国,鸿雁常返与哈佛间;内则聚国内贤良学者精挑细选,于百年翰文中取金之纯者、珠之大者,译之字斟句酌以求信达;志在为吾国法治事业开舟楫之利,济东西语言文字之隔,求他山攻玉之石,服牛乘马,引重至远,以利天下而为责、为幸、为乐!

引介译《哈佛法律评论》菁萃之集,为吾国首举,非一朝一夕之功业,且投石试水问路之;然,文章时跨沧桑百年,两岸地隔大洋东西,且此译本在美利坚亦无可即用之定本,其间困难周折可知。百密之下难免一疏,千虑之余终有一失,不妥或误或错之处难免,望学界宽涵之馀予以匡正为谢!

法律出版社·对外合作出版分社

二〇〇五年八月三日

译者前言

承蒙法律出版社的邀请,由我主持《哈佛法律评论》宪法部分经典论文的编译。

在美国法的发展史上,《哈佛法律评论》作用之重要毋庸置疑,在各个领域,它都为后人留下了值得反复诵读的经典文献。宪法学领域又何尝不是如此。塞耶教授的“美国宪政理论的渊源与范围”一直是宪法学必读的经典,即使是司法审查最积极的拥护者也回避不了他对这项制度的谨慎质疑。威克斯勒教授的“走向宪法的中立原则”在法学论文引用率上一直排行第一,超过了霍姆斯 1897 年的绝世经典“法律的道路”。这对于法理学“排行老大”的中国来说,也许是一件匪夷所思的事情。

翻译《哈佛法律评论》的经典论文,对帮助中国读者理解美国宪法的意义也是显而易见的,我无须赘言。事实上,这正是这本文集的主要目的所在,也是选择文献的主要标准。毕竟,它所面向的是中国读者,因而要为中国读者服务,帮助中国读者理解美国宪政的渊源、历史和现状。入选这本文集的文章主要有两类:一类是历史地位不可动摇的、对美国宪法发展产生持久影响的经典名作,譬如上述两篇以及切菲教授对言论自由的评论;另一类则是活跃在当今舞台的知名学者对美国宪法(学)发展的相当晚近的概括,其中有的虽然可能仅反映了一言之言,但人们仍然能从中了解到美国宪法在某个方面的最新概况。总的来说,对前者的标准更高一些。时光对人的记忆来说宛如大浪淘沙,不断销蚀着思想的影响。对于一般的论文,年代越久远,影响力越微弱;只有真正的经典才能像陈年老酒一

样,借助时间发挥出越来越浓郁的醇香。更晚近的作品究竟属于哪一类,要看我们的眼力和造化了。在我们现在看来,它们代表了这个阶段宪法学说的里程碑,尽管以后也许会被更高的丰碑所遮盖。

《哈佛法律评论》协会曾在 1967 年出版过一个宪法的集子,收集了当时比较有代表性的十余篇论文。我们采用了其中四篇。其余的尽管是某个领域的阶段性总结,但似乎对今天的意义已经不那么大了,因而必须为更新的综合(synthesis)所替代。我们主要从 Lexis-Nexis 网上搜索了宪法几个主要领域的论文,将我们认为有潜力成为经典的(毕竟这是需要时间检验的事情)放到现在的这本文集,构成了目前的八篇文章。

—

这几篇文章都和司法审查有关系。美国是第一个探讨这个问题的国家,其历史至少可以追溯至 1803 年的马伯里诉麦迪逊一案。在这个里程碑式的判例中,马歇尔(C. J. Marshall)领导的联邦最高法院在没有宪法明确授权的情况下为自己建立了司法审查权。这种做法立刻引发了几乎所有“法律人”参与的争论,这场争论延续至今。塞耶教授在判决作出 90 年后发表的“美国宪政理论的渊源与范围”显然不是第一篇质疑和界定这项权力的论文,但无疑是最有权威性和代表性的一篇。事实上,或许是因为司法审查已经成为既定事实,塞耶并不质疑这项权力的宪法依据,而是在勉强承认其存在的基础上限制这项权力的范围。这也是现代绝大多数怀疑者所采取的思路。毕竟,这项制度已经存在两个世纪之久;除了某些“极端分子”之外,今天已很少有人会断然否认司法审查的正当性。争论的焦点一直是法官应如何并在什么范围内行使这项非同寻常的权力。塞耶的这篇论文系统阐述了宪法的严格解释主义,并使之成为美国司法哲学的一个重要流派。虽然有些判决未必明确引用他的文章,但是从判决思路上显然可以看到这篇论文几乎无处不在的影子。

威克斯勒教授则多少站在另外一边,至少看上去如此。一开始,他先论证司法审查实际上是有条文依据的。这也和大多数人的信仰不同。大多数人都像汉德法官(J. Hand)那样认为,司法审查是宪法没有规定但对于维护宪法权威来说确实是必要的权力。威克斯勒却相当令人信服地证明,虽然宪法没有明确提到司法审查,但是从宪法规定的结构上能逻辑地读出这项内在权力。这么说来,威氏是司法审查的积极拥护者了。其实不然,他接着笔锋一转,转而主张司法审查必须依照某种“中立原则”。宪法授权法院进行司法审查,但这并不表明法院可以任意行使这项权力,随便将自己的价值、理念和政治主张掺和到宪法文本中去;假如这样做,法官就“越界”了,且威克斯勒举出了美国法官在判决过程中“越界”的许多实例,包括像“校区种族隔离案”(Brown v. Board of Education)这样的社会影响巨大且至今为民众所称颂的判例。可以不夸张地说,这是一篇迄今为止讨论这个主题的最具建设性的论文,也是这个领域内难以逾越的里程碑。它一方面代表着自马伯里决定以来的学术论辩之总结,另一方面又清晰指明了一个新的起点、新的方向、新的思路。此后,人们对司法审查和司法职能的学术探讨多建立在这篇论文的基础上,因而其引用率那么高,也就不足为奇了。

司法审查这个潘多拉的盒子首先是由首席大法官马歇尔打开的,因而本书如果没有一篇关于他的文章将是不妥当的。法兰克福特大法官的论文专门是为了纪念马歇尔诞辰 200 周年而作,也是本书惟一的一篇来自司法实务界的文章。对于中国读者来说,法兰克福特并不是一个听起来那么熟悉的名字。如果说马歇尔、霍姆斯、布莱克或道格拉斯等人都是因为标新立异而闻名,那么法兰克福特则是一位以严谨和中庸著称的大法官,严格保持着一位法官所应有的中立和低调。在这个意义上,他比那些家喻户晓的政治化人物更能代表美国法官共同体,他对同行马歇尔的评价也因此而更为公允。尽管在美国的宪政文化之下,司法审查或许是一项迟早都要出现的宪政制

度,但是说马歇尔通过马伯里决定改变了美国宪法的历史,应该并不算过誉之词。当然,马伯里案只是一个起点;通过诠释其后的一系列宪法判例史上的里程碑,法兰克福特法官进一步探讨了司法职能的本质,并再次对司法超越界限的可能性发出警告,而这种警告和前面两篇论文的主旋律是相当和谐的。

二

如果以上三篇是专门关于司法审查的论文,本书的其他论文则是从更具体的视角探讨同样的问题。阿克曼教授的文章是要“超越”1938年的卡罗琳产品案,更准确地说是其中的一个脚注——大名鼎鼎的“第四脚注”(Footnote 4)。可别小看它只是一个脚注,它对美国宪法的影响力实在是非同小可。即使美国宪法如此简练,你也可以不知道其中某些不那么重要的条文,但是却不可以不知道这个脚注;如果美国法学院的学生不知道这个脚意味着什么,那么可以肯定他通不过宪法的期末考试。为什么?因为在这个脚注中,首席大法官斯通(C. J. Stone)阐明了法院在什么时候可以或应该对立法加大审查力度。什么时候?在民主和法治“失灵”的时候。斯通法官在“第四脚注”中列举了几种情况,其中一种是“分散和孤立的少数民族群”〔1〕的利益受到法律上的歧视。我们知道,民主在程序上就意味着多数主义规则:如果民主程序正常进行,那么社会中的多数选民将最能代表自己利益或观点的候选人选入议会;议会代表中的多数通过法律,使之最有效地反映多数人的利益和观点。但是如果多数人的某些利益或观点并不那么无辜——如果他们侵犯了少数人的基本利益,那又该如何呢?在民主和法治国家,除非你能唤起多数人的支持或同情,否则你是没有希望的;譬如你和你的同类只占这个社会的十分之一,你很可能发现多数人压在你头上,对你们进行任意的歧视,而且是

〔1〕 Discrete and insular minorities, 译文根据阿克曼教授对该词语的理解,将 discrete 译为“显明”。

以神圣的“法律”的名义！在美国历史上，种族歧视正是以法律的形式强加在黑人等有色人种身上，而这些法律都是通过民主程序制定的。

在这种情况下，既然民主帮不了你的忙，你只有靠法院了，也就是希望由法院宣判这种法律违反了宪法第十四修正案对所有人的平等保护；当然，如果这个社会就是清一色的歧视，法院也不见得帮得了你，但多一个依靠总没有坏处。斯通大法官指的就是这个意思：正是在民主和寻常的法治不能可靠地得到宪法所要求的结果时，法院应该也可以发挥其独特的作用——应该，是因为歧视的受害者不能依靠议会或总统这类通过民主选举产生的政治机构，因而法院在宪法面前责无旁贷；可以，是因为反正民选机构不能有效发挥其宪法职能，因而法院代为其职并无越位之嫌。注意到卡罗琳产品案宣判于1938年，正值罗斯福总统新政之后，法院的威信跌落到仅次于“蓄奴案”（*Dred Scott*）的最低点。事实上，最高法院在这个案例的判决中明确信奉司法节制主义，全面退出对立法和行政的司法干预。然而，“第四脚注”为司法复兴埋下了伏笔：毕竟，在某些情况下，这个国家还是需要司法干预的。通过这个脚注，斯通法官界定了现代法院在民主社会中的司法职能，进一步发展了美国的政治制衡理论，并为法院日后对取消美国的政治与法律歧视发挥巨大作用做好了理论准备。种族最终被宣判为“嫌疑归类”（*suspect classification*），法院将以“理论上严格，实际上致命”的眼光来审视涉及种族的立法：一旦涉及任何种族歧视，这部法律就面临“死刑”了。在美国历史上，起到这种作用的判例屈指可数，足见“第四脚注”举足轻重的地位。

当然，“第四脚注”毕竟只是一个脚注，斯通法官不可能在此将所有问题说清楚。这也就引发了阿克曼教授的挑战。他并不质疑“第四脚注”的出发点：司法机构可以在民主政治机构“失灵”的情况下发挥更大的作用，但他质疑脚注表述的准确性：“显明和孤立”的少数群体是否真的在民主社会中无能为力？如果诸如种族等群体在今天并非如此，那么司法继续给予

其特殊保护就等于“弄错对象”了,而其他真正需要得到司法保护的群体却受到忽视。通过逐个澄清概念误区,阿克曼指出“第四脚注”的措辞具有误导性:需要特殊保护的其实不是“显明和孤立”的少数群体,而是“隐性与分散”的少数群体,譬如妇女、穷人和同性恋者——有时甚至是多数群体,因为他们的集体行动面临着组织成本的巨大障碍。通过这篇论文,阿克曼与其说是挑战或“超越”卡罗琳产品案,不如说是更新了“第四脚注”在现代社会的意义。

三

注意上文的全部讨论有一个前提——“如果民主程序正常进行”,但这个前提显然不是自动成立的。如果这个前提不成立又如何?我们知道,在当今世界上,几乎所有国家都宣称自己是“民主”的,但民主程序运行良好的国家并不多,不少国家贿选、舞弊现象相当严重。如果徒有纸上的规定,实际上“选”出的议员并不能代表社会上多数人的利益和立场,那么其所制定的法律在社会效果上如何,便可想而知了。如何防止这种情况发生,保证民主程序依法进行?这又是民主本身无能为力的事情了,因为在选举的那一刻,被选举的那个政治机构其实已经解体了,所以根本无法保证新的人选符合宪法要求。民主过程必须得到法治的保证,否则就注定是虚假的民主;为了保证民主过程的法治化,法院又必须发挥其应有的作用。事实上,这是“第四脚注”命题的延续。“第四脚注”也确实提到了这种情况:限制政治程序的立法应受到更严格的司法审查。如果法律禁止某个人群参与选举过程,那么他们肯定不能指望通过选举和立法来保护自己的权益了。在这种情况下,法院有理由对此类立法进行更严格的审查;法院这么做非但不和民主原则相冲突,反而恰恰是在制度上帮助民主“运转起来”。

皮德斯教授的论文涉及范围更广。选举过程不仅可能受到法律限制(例如美国在大约半个世纪以前对种族的限制),而且还可能受到种种因素的扭曲,例如选区人口分布的不均衡、

选区形状的不规则以及法律对竞选资金的规制等。另外,尽管法律规定本身没有什么问题,实际操作过程却可能会出现形形色色的问题,如自动识别选票的机器可能误读或忽略某些有效选票等高度技术性问题。2000年的美国总统大选是一个最贴切的例子。如果某个关键的选区在统计选票中有争议,法院应有何作为呢?选举是一个政治过程,但并不是法院所不能插手的“政治问题”(political question)。对于这样的问题,法院可以说是最有资格管了:相对于其他机构(如国会——总统自己显然是不能插手的,尤其是如果他像在2000年大选中那样作为候选人卷入争议的话),法院的独立和公正受到更可靠的保障。问题是法院在处理这类问题过程中应尊重到什么限度,遵循什么原则。如果司法审查的标准不妥当,那么没有什么能保证法官比平常人更公正或客观,所谓的司法判决也就不过是少数几个人按照自己主观意念的投票结果而已(在2000年总统大选所引发的“布什诉戈尔”判决中,这种情况可能真的发生了)。皮德斯教授对这类问题有深入的研究;早先曾和他人一起主编《民主之法》(*The Law of Democracy: Legal Structure of the Political Process*)一书,可以说是集这个领域的各种判例与理论之大成。在最近的“民主政治的宪法化”这篇文章中,他梳理、总结和评判了最高法院近年来的判例,进一步阐述了民主通过司法而宪法化(judicial constitutionalization)这个新主题,并发展了一套鉴别司法审查正当性的标准,读来令人耳目一新。

当然,民主依赖一系列制度保障,只有司法保障是远远不够的。司法是对民主以及所有宪法权利的最直接也是最后的一道屏障,但如果没有言论和新闻自由,没有充分和自由的辩论与交流,没有选民与候选人的准确信息,我们能指望这样的“民主”产生什么政府呢?如果等到选举那一天再来关心整个过程的合法性,只恐怕专制的生米要煮成熟饭了。这就是为什么言论与新闻自由对于民主如此重要,同时也是为什么政治言论的自由如此重要的原因。两者其实反映了同一个命题:言论自由之所以重要,之所以不能受到政府的随意控制和干预,正

是因为它对于民主社会发挥着一种不可替代的作用。这就是霍姆斯和布兰代斯(J. Brandeis)法官在两次世界大战之间的一系列反对意见中所阐述的伟大思想。联邦宪法第一条规定:“国会不得剥夺言论和新闻自由。”这么简短的一句话意味着什么?他们将其理解为,言论在一般情况下是不受控制的,除非言论将产生“清楚和现存危险”(clear and present danger);法院应当严格审查限制言论的法律,防止其对言论自由构成过重的负担。这一思想在切菲教授那里获得了系统化。在1941年的《美国的言论自由》一书中,他为“清楚和现存危险”的宪法标准提供了理论依据,并促使这一标准作为少数意见逐步为多数意见所接受。

然而,“清楚和现存危险”标准本身就存在着至少两种截然不同的解读。一种解释认为它要求法院平衡言论的种种社会后果,然后决定政府是否可以限制言论。另一种解释则认为“平衡”路径太主观、太不确定,给法官的自由裁量权太大,以至于不可能为这项至关重要的自由提供有效保障;事实上,在两次世界大战之间及之后一段时期,最高法院的多数意见正是基于霍姆斯法官的“清楚和现存危险”标准,将被告发表反战言论的自由给“平衡”掉了。因此,为了保证言论自由不受政府的控制或剥夺,法院应该采取“绝对”(categorical)保护路径:凡是属于宪法保护范围内的言论,一律不受政府干涉,就这么简单。虽然只有少数人采取看上去极端的第二种路径,其中亦不乏杰出者。法官中有布莱克(J. Black),学者中则有切菲的老师米克尔约翰教授。后者将言论自由和民主自治紧密相连,系统发展了言论自由的绝对保护理论。但是“吾爱吾师,吾尤爱真理”。在此收入的这篇短评中,切菲教授为自己和霍姆斯法官辩护,并责怪其师“剑走偏锋”。这是关于言论自由两大门派的交锋。孰是孰非,读者读后自有公断。

四

和皮德斯教授的文章一样,波斯特教授的论文也是对联邦

最高法院最近一届开庭期的评判和总结。《哈佛法律评论》每年都会请一位知名学者(一般是宪法学领域)写一篇继往开来的“前言”(Foreword),回顾和梳理过去一年的判例进展,展望新的一年司法成就。2002年是非同寻常的一年,因为最高法院在这一年以出人意料的方式判决了好几个意义重大的案例,从根本上改变了以往对州政府侵犯同性恋袖手旁观的态度,并明确肯定了大学校园里的“纠偏行动”(affirmative action)的合宪性。“纠偏行动”有时也被称为“反向歧视”(reverse discrimination):它是一种法律上的“歧视”,不过和一般的歧视正好相反,它“歧视”的不是少数群体或政治上的弱势群体,而正是制定法律政策的强势群体自己,其目的是补偿少数或弱势群体在历史上受到的歧视和不公待遇,并促使他们早日强大起来,足以通过民主政治过程保护自己的利益。譬如加州大学医学院曾明确为非裔或西裔等少数族群保留录取名额,这种做法当然照顾了少数族群的需要,但其显然的后果是损害了部分白人考生的利益。如何对待这种“歧视”?最高法院相当部分的法官至今仍然认为,“反向歧视”和一般歧视没有区别,都属于“嫌疑归类”,因而都适用于严格审查标准。斯通法官假如在世,很可能会反驳这种不分青红皂白的做法,因为“反向歧视”的对象并不是“分散和孤立”的,因而并不需要特别的司法保护。不过在实际适用过程中,多数法官对“纠偏行动”的审查标准似乎并不那么严格,一般允许大学为了校园的“多样化”(diversity)而规定有利于少数族群的录取政策,只是不得明确规定限额。但从20世纪70年代中期最高法院首次接触这个问题之后,“多样化”是否能为“纠偏行动”提供宪法依据,一直是一个未决悬案。2002年,密西根大学的录取政策又惹起社会风波,辩论双方都通过媒体积极造势。最高法院下达了折中判决,继续否定限额制度等“纠偏行动”的合宪性,但明确肯定“多样化”可以作为“纠偏行动”的宪法依据。保守派人士没有觉得太“吃亏”,自由派人士则宣称这是一个划时代的“胜利”。

初看起来,这个判决似乎有点意外,因为美国最高法院现

在是由保守主义者占多数,年迈的首席大法官伦奎斯特(C. J. Rehnquist)是其代表。2000年总统大选案中5:4的判决,清晰显示了共和党略占优势的法院构成。尽管在理论上人们都赞同威克斯勒教授的“中立原则”,因而法官究竟信奉什么意识形态应该是不相关的,但是“应该”归应该,实际上所有人都明白法官是不可能绝对中立的。尤其在涉及政治和政策立场的案例中,法官的判决必然受到其意识形态的影响。这样一来,如何理解2002年自由派在“纠偏行动”和同性恋诉讼中的重大“胜利”?波斯特教授试图从文化的角度来解释这些看上去不好理解的判决。他认为,法官的解释过程并不是像一般想像的那样独立,而是受到社会文化的影响和约束。事实上,法官的任务正是诠释社会主流意识形态对宪法的理解。正是通过法院的文化解释,抽象的宪法在具体案例中获得了实定法的权威。或许也正是通过文化对法官个人的约束,“中立原则”才成为可能。

最后,却伯教授的论文多少代表了法学领域的“另类”。具有数理功底的他试图用相对论和量子力学等近代物理学原理,来昭示司法过程的性质及其社会作用。不错,法院是受社会约束的,但反过来司法活动也积极地改变甚至塑造社会。就和传统物理学割裂了物体和观察者之间的联系那样,传统的法理学也割裂了法院作为审判者和被审判的那部分社会之间的联系。现代量子力学揭示,观察过程将改变被观察的对象,尽管这种变化在宏观是微小的。同样的,司法判决也改变着有待判决的事实本身。法官必须理解,在“弯曲”(而不是像传统认为的那样笔直)的宪法空间中,他的判决将影响他对待决案件本身的认知,并将改变受判决影响的社会。法官必须清楚地意识到自己和社会“交织于一个复杂的意义网络”,意识到判决不只是一种被动的“观察”,而是主动塑造社会的“行为”。惟有如此,司法过程才能获得其应有的责任感。

目录

美国宪政理论的渊源与范围	3
詹姆斯·B. 塞耶 张千帆 译	
走向宪法的中立原则	35
赫伯特·威克斯勒 张千帆 译	
约翰·马歇尔和司法职能	75
费利克斯·法兰克福特 石明磊 吴斌 牟效波 译	
超越卡罗琳产品案	103
布鲁斯·A. 阿克曼 田雷 译	
民主政治的宪法化	149
理查德·H. 皮德斯 田雷 译	
第一修正案是一只美丽的独角兽？——评《言论自由及其与自治的关系》	299
泽克利亚·切菲 魏晓阳 译	
宪法的法律权威之形成：文化、法院与法	317
罗伯特·C. 波斯特 冯川 译	
弯曲的宪法空间：法律人能够从现代物理学中学到什么	437
劳伦斯·H. 却伯 田雷 余自骥 译	

Contents

The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law	3
<i>James B. Thayer</i>	
Toward Neutral Principles of Constitutional Law	35
<i>Herbert Wechsler</i>	
John Marshall and the Judicial Function	75
<i>Felix Frankfurter</i>	
Beyond Carolene Products	103
<i>Bruce A. Ackerman</i>	
The Constitutionalization of Democratic Politics	149
<i>Richard H. Pildes</i>	
Free Speech and Its Relation To Self-Government	299
<i>Zechariah Chafee</i>	
Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law	317
<i>Robert C. Post</i>	
The Curvature of Constitutional Space: What Lawyers Can Learn From Modern Physics	437
<i>Laurence H. Tribe</i>	