

<<让宪法远离法院>>

图书基本信息

书名：<<让宪法远离法院>>

13位ISBN编号：9787503691737

10位ISBN编号：7503691735

出版时间：2009-05-31

出版时间：法律出版社

作者：（美）图什奈特

页数：277

译者：杨智杰

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<让宪法远离法院>>

内容概要

本书对于司法审查提出了全方位的挑战。

简而言之，本书几乎将所有对司法审查批判反省的理论观点，有系统地组织起来，直言要废除司法审查权，即不准法官对于国会通过的法律宣告违宪，要将宪法从法院手中拿走。

本书作者为批判法学代表之一，耶鲁大学法律博士，1972 - 1973年曾任美国最高法院马歇尔大法官的助理，后在威斯康星、乔治城大学担任法学教授，专长宪法与法律史。

本书为其最负盛名的代表作。

<<让宪法远离法院>>

作者简介

马克·图什特（Mark Tushnet），哈佛大学法学院威廉·尼伦威尔法学教授，批判法学的健将，美国当代最有影响的宪法学者之一。

代表作：《美国宪法：语境分析》、《弱法院和强权利：比较宪法中的司法审查和社会福利权》、《新宪法秩序》和《让宪法远离法院》等。

<<让宪法远离法院>>

书籍目录

第一章 反对司法至上 一、《一八七提案》违宪：这重要吗？

二、司法至上的两个事件 三、厚的宪法和薄的宪法 四、某些看似简单的案子其实很复杂：特赦和否决 五、忽视法院 六、宪政危机和法治 七、“解释的无政府状态”与法治 八、选举人和薄的宪法 九、初步结论和介绍第二章 法院以外的宪法 一、米切尔的“提名” 二、试着摆脱这个问题

三、以宣布规则的角度来解释宪法 四、法院以外的形式主义 五、形式主义和建立特征 六、国家特征 七、薄的宪法和国家特征第三章 能力的问题 一、一个圈内人对国会宪法解释的观点 二、麦卡锡问题 三、司法介入（overhang）的影响 四、立法者诱因的问题 五、不相信人民第四章 法院以外对宗教的宪法 一、法律修辞中的宗教问题 二、目的在政教分离条款案例中的角色 三、政治理论中的宗教讨论 四、不理性的“问题” 五、该说什么？

六、选举人、立法者和法官的一个注记第五章 诱因相容的宪法 一、诱因相容性的概念 二、麦迪逊和诱因相容性 三、诱因相容性和当代法律：联邦制和任期限制 四、政治问题原则和自我执行 五、诱因相容性和政治策略 六、诱因相容性和总统执行法律的义务 七、真实的诱因相容性的政治 八、诱因相容宪法的可能范围 九、结论第六章 评估违宪审查 一、宪法英雄 二、言论自由法的政治倾斜

三、最高法院和选举结果 四、最高法院判决的政治 五、宪法权利的底层 六、胜利的限制 七、对违宪审查采取另一种观点 八、结论：约论等于零第七章 反对违宪审查 一、结束实验 二、透过对的法官来解决问题 三、一个没有违宪审查的世界 四、不用违宪审查的宪法权利 五、现在的平衡 六、为何困扰 七、结论：如何做第八章 民众主义的宪法 一、对投票的恐惧 二、建构人民 三、此工程的某些困难 四、政治和薄的宪法 五、国籍、薄的宪法和美国人民 六、普世性和美国人民的薄的宪法 七、结论：重新看待《一八七提案》参考文献索引

<<让宪法远离法院>>

章节摘录

第二章 法院以外的宪法一、米切尔的“提名”我在第一章主张，人民在法院以外，可以漠视法官的宪法解释，只要他们是在对薄的宪法进行理性的解释就好。

本章要处理的则是更复杂的问题：人民在法院之外落实薄的宪法时，可以完全漠视厚的宪法吗？

到底我们能安全地从法院手中拿走多少宪法呢？

要解答这个问题，就必须去讨论，为何可以指示政府官员不需依照他们所作出的最佳决定去行为的理由。

那些理由相当复杂，而且只在有限制的条件下才能支持这种指示。

我相信这样的论证，将能够让人们减低对民众主义宪政主义所抱持的恐惧（尽管无法消除所有的恐惧）。

拜伦·怀特（Byron White）大法官在1994那年春季从最高法院退休。

现在假设你是当时的民主党参议员；另外，我们也假设克林顿总统宣布他将提名民主党的参议院领袖乔治·米切尔（George Mitchell）议员来补上这个空缺。

这个提名将产生一个问题，在1989年时国会通过了一个法律增加最高法院大法官的俸给。

而米切尔议员是从1988年开始他的任期的。

《宪法》第1条第6项规定：“任何参议员……不得在其当选任期间内担任美国政府的行政官员，或在当选任期内因担任新职位而添增俸给。”

这个俸给条款是厚的宪法的一部分。

这个条文写得很清楚，如果总统任命参议员米切尔到最高法院任职，其不但是“在其当选任期内”，而且国会也真的已经增加了该职位的“俸给”。

不过最近倒是出现了一个可以避免这个问题的惯例。

圈内人称这个惯例为“萨克斯比固定”（saxbefix），因为它源自于尼克松总统因水门案调查而开除检察总长埃利奥特。

理查森（Elliott Richardson）之后，将威廉姆。

萨克斯比（William Saxbe）参议员任命为他最后一任的检察总长这件事。

什么是萨克斯比固定呢？

当时国会制定了一个法律，将内阁成员的俸给减少到萨克斯比参议员任期开始的那个水准，好让他可以顺利担任内阁官员。

其想法是，既然俸给没有增加，那么他就可以接受这个任命。

萨克斯比固定与宪法的文义和其明确的目的有些抵触。

就字面上看，俸给在参议员米切尔的任期“已经被增加了”，而仅将俸给复原，并不表示俸给“不曾被增加”。

其只能表示俸给在其任期内被增加后又减少。

该条文的目的是避免国会成员因贪污的诱因而影响其对被任命为政府官员的期待。

贪污有广义和狭义，俸给条款可能是希望避免国会成员投票替自己赚钱；也可能是想避免国会制定法律优惠自己的成员。

但是因为这些类型的贪污不太可能在光天化日之下进行，所以虽然没有贪污的直接证据，也透过禁止其被任命的预防方式来控制他们。

将政府官员的俸给降低或许可以缓和贪污的问题，但是无法完全消除。

若涉及的是最高法院的职位，那么降低俸给并不太能缓和这个问题。

内阁成员的任期通常会受到政治现实的限制，而非宪法规定的限制。

国会可以将其俸给减少到原本该议员被任命为政府官员前的水准，而不会对他的财富有多大的影响。

不过对一个终身任职的法官来说，这个解决方式就不太管用。

另一个方法是国会先减少他的俸给一阵子，等到他的任期结束后，再将他的俸给“补回来”。

不过这样一来，就把原本这个条文所想抑制贪污的效果降低了：国会议员用短期的损失，来换取终身任命以及后来加回来的俸给。

<<让宪法远离法院>>

虽然俸给条款小一点的反贪污目的是为了阻止任命会贪污的个人，不过它可能还是不允许为了成为最高法院大法官候选人，而采用将俸给复原回去的这种方式。

不过，该条款也可能有大一点的目的。

制宪者担心的其实是一个自己赖着不走的政府，怕国会和行政部门会联手将政治精英与人民永远区隔开来。

甚至一点点的自我利益交换，都可能破坏代议士与人民之间的关系。

俸给条款目的的狭义解读，关心的是个人面临的诱惑，而广义的解读，关心则是国会可以透过特别立法来回馈自己成员的系统性影响。

对俸给条款最好的解读，其实正好与其表面文字完全相符：国会成员不可以制定唯一目的是为了优待自己的法律。

就像某个证人在作证反对将俸给复原好让萨克斯比参议员可以担任检察总长这种方式的合宪性时所说的，萨克斯比固定是在“作高明的操弄”，并让宪法条文沦为“操弄的对象”。

假设你在众议院和参议院的同胞不同意这个看法，并且制定了俸给复原的法律，现在到了投票表决是否同意米切尔担任最高法院大法官的时候了。

你深信萨克斯比固定还是没有解决宪法文本的问题，你也了解这件事的后果正好就是制宪者所担心的，但是你又认为这个宪法条文在今天毫无意义。

政党系统的兴起，让台面下的交易多了起来，而我们对贪污交易的认知，也与制宪者的认知不再相同。

现在该条文原本想要避免的问题，与其他当初宪法没想到的类似问题比起来，已经不再重要。

若宪法条文要避免的是真正的危险，那么今天其实有其他方法比原本条文中过广的预防性禁止来得有用。

最后，你察觉你对该宪法条文的成本利益判断，可能会受到其他因素的扭曲。

例如，你认识米切尔，你也知道你可能会高估了他能对最高法院作出的贡献。

另外，你也知道制宪者关心在判断上会有微妙的、不易察觉的扭曲：当其他参议员看见他们的成员之一被任命为政府官员时，也会想到自己有可能会被任命。

经过仔细地考量所有优缺点，以及所有可能影响你评估这些优缺点的因素后，最后你还是认为，这个宪法条文，根据其用语和制宪者的原意，可能会剥夺了米切尔参议员担任最高法院大法官而对国家作出有价值服务的机会。

(5) 简单地说，你已经真诚地/conscientiously) 决定，那个宪法条文是毫无意义的。

当你宣誓成为参议员时，你曾经宣誓要“效忠宪法”。

而你调查后认为米切尔议员的任命将抵触宪法文本和该条文的目的，但是你又认为任命米切尔是国家之福。

你了解宪法条文完全适用于当下的情况，却还是决定投票支持米切尔的任命案，这没有抵触宪法吗？

换句更直接的话说（虽然未必精确），你投票同意这项提名案，这样有无违背你效忠宪法的誓言？

试着摆脱这个问题有许多解套的方式可以用来摆脱这个问题：第一个方式隐约地会影响后续的讨论；

而其他方式中，有些认为可以让参议员不理睬自己对宪法条文的最佳解读，好让他摆脱责任感的束缚，有些则是要他必须顺从自己的解读，而摆脱此问题。

(一) 不重要我原想透过俸给条款这个例子探讨更深的宪法问题，但是似乎不太成功，因为俸给条款实在太不重要了，根本没有人会关心该问题后来究竟如何被解决的。

而且，我们也没办法用俸给条款来深入讨论这个问题：当代议官员、行政官员或公民在认为宪法条文很重要时，在多大的程度上可以不理睬那个宪法条文。

基于下面两个理由。

这种躲避方式是失败的。

但我也可以设计一个同性质的非常重要的问题。

例如，宪法第十二修正案这个特殊的“打破僵局”条文。

假设现在我们的主要政党之一分裂成两个党，而分裂出来的那个党决定参选总统，但不参选争取国会议员席次。

<<让宪法远离法院>>

总统选举人民投票的结果为：A政党得到45%的选票、B政党得到40%的选票、C政党（分裂出来的那个党）得到15%的选票。

选举人团的投票结果也差不多。

所以根据第十二修正案的规定，必须交由众议院投票决定谁当选总统。

A政党在某些地区可以赢得多数，取得较多的众议员席次而掌控众议院，但是B政党却可以赢得过半数的州的多数。

（例如，A政党在全国最大的几个州取得多数优势，而B政党却是在较小的州取得多数优势。

）第十二修正案规定：“以此法选举总统时，投票应以州为单位，即每州代表共有一票。

”在这种情形下，我们可以想象虽然三项支持度（全民的得票数、选举人团的得票数以及其在众议院中掌控多数的地区大小）都倾向A政党的候选人，但最后还是B政党的候选人会成为总统。

这种场景后续会有很多变化，但我不想花太多篇幅在这上面，我只想提出一个可能性：那个负责众议院投票、核定总统是谁的人，最后有可能会核定A政党的候选人当选总统。

如此一来，这个问题就不再是不重要的问题了。

更重要的是，用“不重要”这种理由来解套，会有一个弊端，那就是采取这种方式的人，需要去辨别哪些宪法条文是重要的、哪些是不重要的，这么做会让他们将自己认为是愚蠢的条文就丢在一边不管。

如果我们说俸给条款不重要而不去管它，那么立法者也可以为了公共善的目的而将整部宪法都丢在一边——因为他们可以说大部分厚的宪法条文都是不重要的。

<<让宪法远离法院>>

编辑推荐

《让宪法远离法院》由法律出版社出版。

<<让宪法远离法院>>

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>