

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文

阅读次数: 873

## 美国宪法的基本学说

Edward S. Corwin 江菁译

没有既有权利学说, 再说存在什么宪法, 简直是不可思议的。

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

美国内战以前关于美国宪法的两种主流学说, 一个是既有权利学说, 一个是警察权力学说, 都对国家立法权产生了影响。这两种学说在某种程度上是两种互补的观念, 因为它们代表了更早些时候两种相互冲突的理论——自然权利和立法主权——相互作用的结果。既有权利与警察权力学说之间, 既有权利更为源远流长, 据说在杰克逊式民主 (Jacksonian Democracy) 兴起之前就已经盛行。进一步而言, 如果说宪法之所以被看作宪法, 是从其主要目的——设定立法权力的分配和限制——来判断的话, 既有权利学说就是更为基本的学说了。

我们被反复告知, 司法审查只是建立在成文宪法的基础之上。我们可以找到很多现成的理由来挑战这种断言的准确性。但是暂时把对这种断言的挑战放在一边, 问题仍然存在: 宪法的目的是什么——其存在就是为了赋予或组织权力吗? 毫无疑问, 不论是对于国家宪法还是州宪法来说, 赋予权力都是其存在的最初目的。就成文宪法而言, 无论是哪个地方的, 最初都被认为是自然状态下独立自主的个人 (sovereign individuals) 所达成的一种社会契约。然而从这个观点出发, 政府权力, 无论以什么为核心, 都是一种信托 (trust), 这种信托除非获得成文宪法所影响的人的同意, 否则是非法的; 而个人权利, 既然在宪法之前就已存在, 那么其列举在宪法中, 除了得到确认之外没有得到任何东西。换句话说, 这些权利并不是因为被写到该契约中才被认为是基本权利, 而是因为这些权利本身是基本权利, 所以才被写进去。假如这些被列举其中的权利仅仅是部分的和不完全的, 那么是不是会有损于其他未被列入其中的权利? 美国宪法第九修正案回答了这个问题。简言之, 成文宪法只是一个更为广泛的个人权利领域的核心部分, 这些广泛的权利尽管没有转化为白字黑字, 但是仍然如那些被最细致描述的权利一样, 受到政府的完全保护。

根据成文宪法的另一种观点 (警察权力学说), 所谓的“自然权利”是否被列入宪法之中同样没有什么区别, 但是其理由恰恰相反。根据这种观点, 宪法在某种意义上也是一种权力的授予, 因为统治要建立在被统治者同意的基础之上; 但是政府被授予的权力并不是简单的这项或那项具体的标明的权力, 而是一种总和的不受限制的主权, 该权力在自然状态下是每个人的天赋。通过建立政府的行为, 或者更确切的说, 通过政府的立法, 这一巨大的权力被 (无可挽回地) 转让或授予了政府, 除了革命的权利。这样, 根据第一种观点, 宪法被权利的海洋所包围; 而根据第二种观点, 宪法包含在一个“封闭的, enveloping”主权权力原则之中。这样说来, 第一, 在一个宪法文本里完全同时存在的三个部门中, 立法部门是绝对的; 第二, 成文宪法中仅仅列举了权利, 需要立法加以限定。根据这种观点, 尽管司法审查作为一种被认可的制度, 但立法权力仅仅在成文宪法有相当特定的条款规定情况下, 才能受到限制; 所有疑问都要得到司法支持才能得以解决的箴言, 也被假定为似乎真像其所说的那样。

但是让我们来更直接地考察一下这两种有关宪法性质的理论对司法审查范围的影响。在1798年最高法院所判的经典的Calder v. Bull [1]案中, 这两种理论被并列在一起。该案中, Connecticut立法机关的一个法令将遗嘱法庭的判决置于一边, 并给那些根据遗嘱声称权利的人提供了一个新的听证权利, 法定继承人根据美国宪法第一条 (十) 控告该立法机关的法令溯及既往并因此无效。法院驳回了这个请求, 并根据

布萊克斯通的權威著作、州憲法以及美國憲法判決：該案中，禁止令並不能適用於所有“溯及既往”的立法，而僅僅適用於那些將行為之時本為無罪的行为定為犯罪或破壞了法律性质的法律，以及對过去的行为进行惩罚的法律。Chase法官說，禁止令的意图是“在这样一个法律颁布之后，保护作为主体的个人不受伤害或惩罚”，而不是保证公民的“个人权利”，比如“他的个人财产或合同上的权利”。

对美国宪法第一条（十）溯及既往条款的这种解读是否符合制宪者的意图，还未有定论。[2]但可以确定的是，这种解读并没有使做出这种解读的法院完全满意。Paterson法官說：“我本来怀着热忱的希望，希望将宪法中的该条款适用于所有溯及既往的法律，因为在这些法律中既没有政策也没有安全。”Chase法官的批评也同样涉及面广，他承认存在“某些情形下，作为‘忘却或原谅’的法律为了社会以及个人的利益，正当的溯及到其生效之前”，但是取消或削弱“以前授予并符合现存法律的权利”的制定法也是“溯及既往的”、“一般来说是不公的”以及“压制性的”，他的意图也绝不是要向这些法律敞开大门。确实，溯及既往条款在技术上只含有狭窄的意义，但是同一节中的其他条款适用性却较广：比如有的条款禁止州制定损害合同义务的法律；有的条款禁止州使用金、银以外的其他任何东西作为法定货币。而且还有关于社会契约和共和政体的基本原则。

Chase法官在一段话（该段话被认为美国宪法提供了具有深远影响的原则）中写道：“我不能同意一个州立法的万能性，或绝对性，或不受控制，尽管其权威不应被国家的宪法或基本法所明确限制。美国人民创设其宪法……以建立正义、促进普遍的福利、保障神圣的自由以及保护人们和财产免受暴力侵害。人们进入社会的目的决定了社会契约的性质和用语；这种目的作为立法权的基础，决定了立法权目的的正当性。而立法权的性质和目的又限制立法权力的行使……联邦和州立法机关不能从事有些行为，否则就是越权。在我们这个自由的共和政府之中，有一些至关重要的原则，这些原则能够判断并能否决对立法权力的明白无误和明目张胆的滥用……立法机关所通过的与社会契约完全抵触的法案（我不能称之为法）不能被认为是立法权力的合法行使……处罚无辜行为的法、破坏或损害公民合法私人合同的法、使某人自己做自己案件法官的法或者征收A的财产然后授予B的法：这些法都与人民把立法权力交付给立法机关的理由和正义相违背；因此也不能认为这些立法机关行使了这种权力。州政府的天性（genius）、性质和精神即是对上述立法行为的禁止，法与理性的一般原则也禁止立法机关如此行为。”否则，就是“政治上的异端邪说”，“统统不能接受”。

另一方面，这种求助于或援用普遍原则来解释宪法中严格文字意义的方法，被Chase法官的助手Iredell明确宣布为无效。Iredell认为，尽管“一些理论上的法学家”曾经认为“违反自然正义的立法法案本身必定是无效的”，但是正确的观点是如果“宪法建立了一个由立法、行政和司法三个部门组成的政府，而宪法没有给立法权力加以何种限制的话……那么无论立法权力选择立什么法都是合法的，司法权力不能干涉并宣布其无效……”威廉·布莱克斯通爵士在表达“不可能出错”（unmistakable）的用语时，提出了一个强有力的例证：立法机关可以通过法令明白无误的授权一个人审判自己的案件。他明确指出，即使在这种情形下，“法院也没有权力使得立法机关的意志归于无效”。[3]而且，“自然正义的思想没有确定的标准：即使是最能干和最纯粹的人们也无法在该主题上达成一致，更何况是在对抽象的正义原则的认识上，立法机关（有同样的权利发表意见）通过的法令，与根据法官的意见不一致的情况。”

这两种关于宪法下司法权力范围的观点中，现在究竟是哪一种最终取得了主导地位呢？表面上是Iredell的观点，而实际上正如我所暗示的那样，Chase法官的理论最终获得了胜利。两种观点的根据都可以在Coolley的“Constitutional Limitations”[4]一书中找到。在关于“立法性法律被宣布不符合宪法的情形”的主题下，Coolley写道，“如果法院不能自由宣布明显不公正或不符合政策的制定法无效，那么法院也就不能自由宣布法官认为违反共和政体基本原则的法律无效，除非宪法明确规定了这些原则不能被立法所损害……法院也就不能自由宣布一项与渗透于宪法之中但却没有用文字表达出来的精神相抵触的法令无效。”

因此似乎胜利更取决于Iredell的观点——但是我们马上发现，这只是表面现象而已。无论Coolley有时的措辞是什么，都无法从他的意图中在任何实际的意义上得出他承认立法主权的观点。因此他后面又写道，“然而这并不导致，法院在每一个可以宣布某法律无效案件中，宣布之前都必须在宪法中找到被该法律忽视的确定的禁止性规定或其违反的明确命令。禁止性规定只有在确定被授予的普遍权力之例外的情形时才是重要的；如果制定法令的普遍权力并没有被主权者授予其代表，就没有必要禁止这种权力的例外行使。”但是他也说过，一个州的宪法就是要限制在其他方面具有绝对性的立法权力。如何解释这种明显的矛盾呢？一个纽约案子Siell v. Corning[5]的判决节录已经提供了一种解释。该节录这样写道，宪法的目的，“不是授予立法权力，而是界定和限制立法权力。没有宪法性的限制，这种制定法律的权力就是绝对的。这些限制由明确的词句或者必要的暗示所指明并加于立法权力之上。宪法的首要特征是政府权力的区分和相互独立。特别要注意行政、立法和司法权力的独立并确定它们的界限。”总之，授予立法机关的权力是立法的权力而非其他权力，这句话的含义是不言而喻的。如果法院在一个宪法性判决中不再需要求助于或援用自然权利和社会契约原则的话，就没有比这更好的说法了。通过对这些措辞的解释达到了“自

自然权利”学说同样的效果，“立法权力”被授予给立法机关……，Coolley……把宪法的主要结构建立在这样一个简单的事实上：在同一个宪法中，同时存在三个部门。这样，被排除在宪法之外的自然权利又通过分权学说被重新承认了。这个事实对司法审查来说意味着什么呢？回答是不证自明的，一旦认为对“立法权力”最终和最有权威的界定权在于法院，那么司法审查的权力只是在法官的自由裁量、以及遵循先例原则的实践中是有限制的。司法审查的历史，用另外的话说，就是宪法性限制的历史。

在进入这段历史的最初，我们有必要稍微回顾一下，增加一点有关所讨论的主题的发展阶段。尽管Iredell的论调因此充满对“理论法学家”观点的轻视，但如果我们从这些理论获得在实践中的地位的比较来判断，他自己才是一个“理论法学家”。事实上，Iredell的信条——法院不能援用自然权利和社会契约作为宪法性裁决的基础——被宪法早期历史上重要的法官和主张者所轻视。Marshall，确实和Iredell一样从布莱克斯通的著作中吸取了许多相同的观点，但是在Fletcher v. Peck[6]一案中判决的关键之处，他却自如的求助于“社会和国家的性质”来设定“对立法权力的限制”，并提出了重要的质问：“制定法律的权力达到多大的程度就包括了其他的权力？”在接下来回答这个问题的过程中，他不得不作出他曾经从未做过的决定，放弃了布莱克斯通的理论。其他记录中的人物并没有这样的含糊，法官Wilson、Paterson、Story和Johnson，大法官Kent和Walworth，首席大法官Grimke、Parsons、Parker、Hosmer、Ruffin和Buchanan都援用自然权利和社会契约作为对立法权力的限制，他们，以及其他法官都把判决建立在该基础之上。同时期最著名的律师也并不责难于此，反而极力主张同样的学说。Chase法官“理论性”观点在法官界和律师界确实取得了统治性地位，并贯穿于确定宪法解释的基础先例的过程中，这一点在1829年（正是这个过程结束的时候）最高法院所判的Wilkinson v. Leland[7]案中得到了很好的体现。被告（in error）的辩护律师是Daniel Webster，他说，“如果在这个时期没有一种对立法机关的一般限制以保护个人权利的话，那么从今以后就再也没有私人财产了。尽管宪法中可能没有明确的限制，但是立法机关应受到不能破坏共和自由以及社会契约的伟大原则的限制。”针对这个论点，他的对手William Wirt这样回答，“谁是主权者？难道不是国家立法机关？立法机关的行为难道是无效的吗？要不然为什么与社会契约的伟大原则所联系起来呢？”该案中受到司法审查的Rhode Island立法机关的立法得到法院的支持，但是Story法官代表法院说，“如果财产权被置于仅取决于没有任何限制的立法机关意志的地位，那么这样的政府决不能被认为是自由的政府。一个自由政府的基本准则要求个人自由权和私人财产权应被奉为神圣。”四十五年后，Miller法官在Loan Association v. Topeka[8]案中代表所有观点一致的法官，把同样的学说作为推翻一个州立法的基础，而Iredell的观点只是在Clifford法官的唯一不同意见中被反复提及。

但是，这些人的意图是把立法权力和所有可能被命名为“自然权利”的权利之间划出一条线的权力留给法院吗？我们很快就发现不是这样，而且同时还会发现Iredell最后的辩护。很难看出我们的法官是如何开始变为“自然权利”的辩护者，以及处在倾向于辩护、并因此界定这类权利（无论是否在宪法中提到）的地位的。但是一旦想到我们的法官不是以道德哲学家的身份而是作为法律工作者的身份、特别是作为普通法的研究学者的身份，来考虑他们的问题时，上述困难就解决了。“自然权利”，简而言之，可以鉴于普通法的先例来予以确定。

但是另外有一种限制和简化法官任务的考虑。布莱克斯通在他关于“个人的绝对权利”一章中写道，“这些权利可以分为三个主要的类别：一，个人安全的权利，”构成了“个人合法和不受干涉的享有其生命、四肢、身体、健康和名誉的权利。二，个人自由，”构成了“移动、改变环境以及迁徙到自己爱好所指向的任何地方的权利，除非经过正当的法律程序，否则不受监禁和限制……三，每个英国人都天生具有的绝对的财产权：构成了自由使用、享受和处置其所有的物的权利，除非正当法律程序，否则不受控制或减少。”[9]我们已经看出布莱克斯通所认为的议会权力的无限是合法的，他的“个人绝对权利”在每一个案子中都从属于法律，因此表明议会对权利的充分控制，而我们的目的是将上面所引的关于权利的定义“绝对化”，所以我们的目的必然被忽视。这些权利和司法审查一起建立在社会契约论的基础上，并使立法权力限制在其固有的范围之内，法院的建立就是保护这些权利免受议会侵害。

但事实上是不是所有的这些权利都会受到立法机关的侵害？个人的安全权利当然不会。相反，我们从一开始就知道，法院把立法权力描述成被精心设计为通过确保普通法上的准则——“以一定方式利用财产而不损及他人”——的普遍性来保护个人的安全权利。同样，在一个共和政府之下，个人自由权利不大可能受到立法的侵害。这类权利仅仅因为人之为人就可以平等享有了。而且，被告的权利受到联邦宪法、以及大多数情况下州的宪法（详细阐述和说明）的保护；Calder v. Bull案的判决也没有削弱这些保护。这样，需要在通过援用社会契约和自然权利加以保护的权力就只有财产权了。古老的“Dialogue of Doctor and Student”告诉我们这种权利受到“理性法”的保护，那些“英国法上的学者”习惯称这种法为“自然法”。[10]

现在我们准备考察构成美国宪法基础的理论，否则要理解宪法如何存在是不可思议的。这就是既有权利的学说，要用最精确的形式来表述的话，该学说以这样的假设作为起点：财产权是基本权利，任何削弱

既有权利的法律，不管其用意如何，都应视为充满痛苦和惩罚的立法 (bill of pains and penalties)，并因此而无效。

财产权的基本权利性质在1787年制宪会议上被代表们反复主张，10a因此参加了该会议的一个代表，Paterson法官，在1795年的*Van Horne' s Lessee v. Dorrance*[11]案对陪审团的指令中，第一次把该理论置于宪法的范围之内并不是偶然的。“获得、拥有并保护财产是人的一种自然的、天赋的和不可转让的权利。人有一种财产的意识：财产对于人的本质是必要的，是对人的自然需求和渴望的回应；财产的安全是导致人组成社会的原因之一……接着，财产的保护就成为社会契约的一个主要目标，之后，宾夕法尼亚宪法将其视为一个基本法……因此立法机关无权制定一项剥夺某公民所终身保有的财产而授予第三人、且不予正当的补偿的法律。这与理性、正义和道德诚实的原则不一致；与人类生活的安稳、和平和幸福不相符；与任何一个自由政府下社会联合的原则相冲突；而且最后，与宪法的文字和精神都相抵触。”基于这种推理，1789年通过的一项法律被宣布为“无效，……其文字是死的，没有任何价值和益处，不如不制定该法。”

然而在*Van Horne' s Lessee v. Dorrance*案整整十年以前，既有权利学说仅仅被Connecticut最高法院在*Sybury*[12]案中“假定”；而后，1789年在*Ham v. McClaws and wife*[13]案中，South Carolina最高法院援用同样的原则给予某特定的制定法以这种意义的解释，以“与自然理性的指导原则相一致，尽管与该法律的字面意义相悖”；三年之后，该法院宣布1712年议会通过的一个法律无效，该法律把一个法定继承人的财产转让给另外一个人。

一个引人注意的事实是，据统计，在最初的14个州里至少有一半以上的州，包括Vermont，其最初承认司法审查原则的案件中也包括了对既有权利学说的接受。[14]我们因此可以理解1800年Chase法官的评论的重要性了，该评论的大意是，法院应该协调对待革命期间和美国宪法生效之后分别通过的法律的不同态度，因为“革命期间的法案几乎都禁不起现在所适用的严厉标准的检验”。[15]

但是法院接二连三地接受该学说只是整个这段历史的开始，我们会发现该学说的发展是如何得到法院方面在某些基本区别上的模糊认识、甚至是随意忽视这种区别的“帮助”的；该学说是如何得到其他彼此相投的 (congenial) 原则的支持；该学说是如何赋予成文宪法上某些条款以生命力；总之，该条款是如何逐渐将政府权力作为有限权力的观念实践为法律现实的。

在上面所提到的“基本区别”中，我们应该首先注意的是“溯及既往的法律”之间的区别，严格意义上讲，这种区别指的是那些意图“从通过之前的时期开始生效”的法律与“尽管从通过之时开始生效，但是却影响了既有的权利和过去的事项”的法律之间的区别。Story法官在*Society v. Wheeler*[16]案中意识到了这种区别，但也把其置于一边。他宣称，“原则上，每个制定法，如果剥夺或削弱了根据现行法既有的权利，或者创设了新的责任，强加了新的义务，或者涉及已经通过的事项或因素时附加新的禁止条件，那么这样的制定法都被认为是溯及既往的。”他引用了*Calder v. Bull*案。事实上，这种区别最初并不是如此模糊以至被完全忽视。然而，既有权利更为重要的必要性是消除了*Calder v. Bull*案中两种法律——意图惩罚个人过去行为的法律，与代表立法机关对于公共政策的观点但同时损害了个人权利的法律——之间内在的区别。毫无疑问，由于法院一直声称不愿涉入立法机关也就是其成员的主观动机，也使得消除上述区别的结果易于接受。而立法机关的动机问题和立法机关的内在意图虽然是两码事，但是很容易混淆在一起。因此制定法的效力必须取决于其外部的行为，特别是其对个人权利实际上的影响，这个标准长久以来成为了准则。该问题今后将得到进一步的注意。

但是如果对这个区别的消除就这样得到满意的解释，那么用同样的推理方式来解释另外一个区别——特别立法和一般立法之间明显的区别——的消除就没有这么容易了。所谓“特权立法”——改变法律所指定主体的地位的立法——的危害，是造成州立法机关在1787年以前陷入的那种普遍名声不好的境地最主要的原因之一。[17]而且对于这些法律，很少或绝不能因为紧急公共利益的辩护而正当化。因此，当这些法律给特定的、被选择的人的既有权利施加了沉重的负担，就不奇怪法院为什么会把这些法律等同于充满痛苦和惩罚的法律了。但是对于一般法，情况就明显不同了，立法权力的本质就是进行一般立法。确实，“一般性”可以粉饰特别立法所受责难的立法的标准。这些立法一般会导致社会上的某些人比其他人承受特别的负担，但这个事实也许正是他们得以通过的必要性的一面。尽管法院有确立“制定法不得在疑难案件中溯及适用”的普通法准则的考虑，但是从一开始，“制定法绝不能采纳与既有权利相抵触的解释”的理论就被作为一种宪法性的义务。[18]一项制定法只要没有削弱既有权利，就是好法；但是如果削弱了，就是一项充满痛苦和惩罚的无效法律，这并非根据美国宪法第一条(十)——事实上，*Calder v. Bull*这个先例不顾著名法官的反对，仍然坚持这种观点——而是根据构成所有宪法的基础的一般宪法原则。

但是在所有支持既有权利学说的原则中，注定能证明，至少在内战之前，其最多样和广泛的适用性的是分权原则。前几页我已经涉及到了这个问题，这里我希望简单回顾一下有关该主题的一些历史阶段。

我们从1800年经由佐治亚巡回法院上诉到美国最高法院的Cooper v. Tel fair[19]案开始, 该案中, 受到审查的是1782年5月4日佐治亚州议会通过一项法令, 该法令对被控犯有叛国罪的人施加刑法并没收其财产。该法令被诉违反了佐治亚1777年宪法第1条, 该条规定“立法、行政和司法三个部门应相互分离和区别, 所以任何一个部门都不能行使本质上属于其它部门的权力”。但是该法令被法院认为是合法的。Cushing法官说, “每一个政府都有权没收一个犯罪公民的财产, 并施以惩罚。根据佐治亚宪法的设定和规制, 该权力不在司法权力范围之内, 那么该权力属于立法机关是很自然的, 也符合该宪法暗含之意。” Paterson法官说, “佐治亚立法机关的权力尽管在某些方面是有限制和限度的(restricted and qualified), 但是该州宪法没有规定(defined)。” Chase法官的话具有同样的作用, “宪法中包含的普遍原则并不被认为是具有约束和控制作用的规则, 仅仅是宣示性的和指导性的。”

首先, 上面的观点用另外的话说就是, 尽管分权学说的含义可以从成文宪法中阐释出来, 但是该学说并没有足够精确到作为一种宪法性限制而被承认和适用。然而, 不久之后就出现了另外一种观点。在1804年经由North Carolina区巡回法院上诉到最高法院的Ogden v. Blackledge[20]案中, 需要决定的问题是, 1715年的一个诉讼时效法是否已经于1789年被撤销了。1799年North Carolina议会认为该法并没有被撤销。原告的律师说, “宣告法律是什么或以前是什么, 是司法的权力; 宣告法律今后是什么, 使立法机关的权力。所有政府的一个基本原则就是立法权应该与司法权相分离。” 法院的报告中写道, “法院认为没有必要再争论这个问题, 于是终止了律师的发言。” 法院没有再争论这个宪法问题, 就得出结论, “根据所述的所有情况” 本案中的法令已经于1789年被撤销了。十五年之后, New Hampshire最高法院从Merri ll v. Sherburne[21]案开始, 用分权原则直接支持既有权利学说。此后, 法官在适用该原则方面就再没有借口和托辞了。

正如我们已经看到的那样, 既有权利学说最初来自于一种有关政府性质和目的的理论。但是政治理论不是宪法理论, 尽管多为其渊源。然而, 既有权利学说是宪法理论, 该学说以新的形式和方式所表现出来的多种功能是后面所要关注的。我们现在要来看看该学说最初采取某些形式来发挥作用, 是如何规制美国巨大而不可改变的权力的, 比如征税权、最高领土权, 以及现在所指的“警察权力”。

我们已经注意到了保守的纽约学说, 该学说的创始人, 在很大程度上也就是美国宪法的创始人, 是伟大的大法官Kent, 他的文集曾经是、现在也仍然是法学上、而且也是文学上的佳作, 而且对于任何一个美国人来说都算得上是最为杰出的智力成果之一。

Kent的出发点是对“人先在于任何独立财产观念的状态”这种思想的轻视, 他认为, “仁慈的上天不会为人类设计出这种状态……造物主注定人及其目的是为了社会、政府, 以及对财产的获得、享有而生的。确切的说, 获得财产是人的本性法则: 在遵循这种法则的过程中, 他将其所有的能力付诸于实践, 并能展示人类思维的各种高等能力”……因此, “立法机关没有权力限制获得财产的范围……一种在财产方面的平等状态是不可能达到的, 因为这与我们的本性法则相悖; 如果财产平等能够付诸实施, 那就把人类置于一种贫乏无趣、愚蠢无为的境地, 就会退化人的心智、破坏社会生活的幸福。” 基于同样的理由, “在一般的案件中, 文明政府也无权……通过反奢侈法或任何其他空想的节制和平等计划来管制所有者对其手中财产的使用”……但是, 在这个阶段特别重要的是, 在把以上观点与Kent自由授予政府的种种特权联系起来考察时, 找出这种观点是如何证明本身的。

关于征税, Kent的观点很明显是对价理论, 而且这也是从那时到现在在美国法院的观点。这个观点之后, 征税必须遵循的准则是“对财产价值的比例而言是平等的”。[22]

关于国家征用财产的权利, Kent在他的文集中只是重复了他早期作为大法官时, 在那个具有开创性的案例——1816年的Gardner v. Newburgh[23]中所得出的观点。该案中, 受到审查的制定法授权Newburgh村的受托人可以通过输水管道运水供给该村居民。如Kent大法官所述, 该制定法有“足够的有关在其土地上设置水管而受到损害的一方的条款”, 也有“关于水源所有人的条款”, 这些是可以接受的。但是该法没有给原告Gardner提供任何补偿, “尽管从水源流出的水”惯常流过“他的土地”。当时, 纽约宪法中没有关于财产征用权的条款, 但是根据格劳秀斯、普芬道夫、Bynkershoeck以及布莱克斯通的权威理论, Kent得出了以下观点: 第一, 立法机关可以“为了必要或有用的公共(原文如此)目的征用私人财产”; 第二, 这种征用不包括绝对的“剥夺个人财产权的对象”, 但是除非, 用布莱克斯通的话说, “给个人完全的赔偿”, 因为“在这里公众被当作和个人进行交换的另一个人”; 第三, 这种补偿不仅仅是给予那些财产被国家实际征用的人, 也给予那些因为国家使用征用的财产而使自己财产受到损失的人; 第四, 立法机关自己不是对财产被征用或受损害的人“完全赔偿”的数额多少的最后裁判者……

Kent用下面的话描述了国家干预财产权的第三种权力: “但是财产尽管受到了这样的保护, 我们仍然知道立法者有权禁止使用财产的形式和方式, 只要这种禁止对防止由于财产权的滥用而打扰或损害他人或公众利益而言是必要的。政府可以通过一般性的管制, 禁止诸如可能导致令人厌恶以及对公民的生命健康

但是，上面所述的权力是不受限制的吗？即只受立法机关的自由裁量的限制？首先，应该注意到，所涉及的权力被称为“管制性”权力，至少最终是必须的，这种权力与“禁止性”权力是相区别的。确实，Kent自己也承认在某些案件中，财产的使用导致令人生厌；在另外的地方，他说在“紧急必需的情况下”，可以破坏财产权，比如当为了防止大火蔓延而摧毁房屋时。[24]但是从他所引用的例子可以很明显的看出，他认为这些情况已经在普通法上规定为先例了；他没有注意意识到立法机关界定“令人生厌”和“紧急”情况的权力在先例中是没有受到限制的。同样，与此相联系的是他的有关后果损害的理论也不应被遗忘。如果国家有责任为自己行使征用财产权所造成的损害给予赔偿，那为什么国家没有义务为自己行使警察权力给私人造成的损害支付赔偿呢？最后，完全明确的一点是，Kent没有半点意思要放弃吸纳了其反复指出的“立法不能被解释为削弱既有权利”观点的理论。[25]

在根据法律所认为有关财产的方面所授予特定个人的权利，就是既有权利。但是根据既有权利学说的意图，何为法律所认定的财产？换言之，该理论所认定的既有权利的客体是什么？

Madi son在其作于1792年的论财产的论文中写道，“（财产）这个术语在其特别适用的意义上是指‘一种主权，即一个人对世界上外部事物的权利和控制，并排除其他任何人对此事物同样的权利’。但在更大和更合理的意义上讲，它包括人可以附加价值于其上、可以对其拥有权利的任何物。在前一种意义上，一个人的土地、商品，或者货币被称为他的财产；在后一种意义上，一个人对他的观点以及观点之间的自由交流拥有财产权；他对其宗教信仰以及在这种信仰指导下的职业和实践有着特别价值的财产权；他对其人身的安全和自由拥有宝贵的财产权；他对自己能力的使用以及对发挥能力的目标的自由选择享有同样的财产权。总之，如果说一个人对自己的财产享有权利的话，就等于说他对对自己的权利享有财产权……如果有一个政府标榜自己不侵犯财产，而且即使为了公用也不会直接剥夺所有人的财产而不给予补偿，但是却直接侵犯个人对于他们的观念、宗教、人身、能力所拥有的财产权，不仅如此，还间接的侵犯个人实际拥有的财产，破坏其取得日常生活品的劳动，破坏其用来恢复疲劳、抚平忧虑的神圣的剩余时间，那么我们所得出的结论只能是，这样一个政府是无法想象和美国一样的。如果美国意味着，由于智慧和公正的政府而得到或值得完全的赞赏，那么就要同样尊重对财产的权利和对权利的财产。” [26]

从一开始，美国政治家们所使用的这些重要的术语就体现了与“财产”用语相联系的弹性。然而，这种自由主义的观点，在普通法上找不到或很少能找到支持，因此在内战以前对法官没有多大影响。直到法院将财产权的法律观念自由化理解后，通过把该概念分析为组成要素，财产权就主要指使用、买卖、控制等等，甚至存在于他人而不是法律上的所有人手中时也被认为是财产权。[27]但是这些权利的大部分客体仍然是有形的财产，即可以被基于最高领土权所征用，特别是不动产[28]……当然，在内战之前，没有人想到把从事商业的权利、订立合同的权利——以及用Madi son的话讲——一个人“使用自己能力”的权利都认为是“既有权利”。对于该事实，有Madi son关于“对财产的权利”和“对权利的财产”的对应说法作为间接证据，但是也绝不缺乏更多的直接证据……与这一点特别有关的两个案子，一个是1835年Massachusetts的Hewitt v. Charier[29]案；一个是1831年Ohio的Jordan v. Overseers of Dayton[30]案。在这些案子中，受审查的制定法限制只能由医学协会的成员或通过其他法定方式达到某种资格的人行医。在Massachusetts案中，一个新教徒违反该法规定继续行医，他这样做并不是认为该制定法剥夺了他的谋生之道和对职业的选择——这是今天最可能的理由；而是基于Massachusetts权利宣言（Declaration of Rights）的第6条，该条禁止授予特定人以特权。法院推翻了这种观点。首席大法官Shaw说，“将第6条作为一个整体考虑，我们认为该条所特指的是对世代相传的行业特权的禁止，”而且就算按照其字面意义理解，“也必须考察该法律的意图或其主要的、实质的意义是否是要赋予某人或某种人以独占的特权”，或者要考察“这种赋予独占特权如果是间接的和偶然的……并非是该法令的目的，就并不违反该权利法案”。他的结论是该案中受审查的制定法没有“构成对宪法中任何原则的违反”。

在Ohio案中，原告建立在其从联邦政府获得的有关药品和调制品专利基础上的主张更为过头。法院回应到，“专利的唯一目的就是使得专利权人能够阻止其他人未经其同意使用其劳动成果。但是他自己使用的权利不受影响，也没有被扩大。他仍……有权随心所欲经营其财产或者给其工人下达指令，唯一受到的制约就是社会权利的至上要求，这要求他对财产享有的权利要受到……法律的规制，以使其财产权服从于社会一般利益”……[31]

这样，我们从这些以及其他同样的案子中得出的结论必定是，既有权利学说只是被置于（was interposed）保护严格意义上的财产权免受立法权的侵害。当讨论到如今附加于第十四条修正案中“自由”和“财产”之上的更为广泛的权利时，其他的术语也派上了用场，比如宪法第四条（二）中的“特权和豁免权”。Washington在1823年Corfield v. Coryell[32]案著名的判决中界定了“特权和豁免权”，是指，对于“一些州的公民而言”，“那些特权和豁免权是给予他们的本性，是基本的权利，属于所有自由政府下的公民；并永远为这些组成联盟的各州公民所享有。”他继续说道，“要列举这些基本的原则，

与其说是困难，不如说是令人厌烦的。但他们都可以根据下列各部分得以理解：享有生命和自由；获得并占有任何一种财产的权利；以及追求并得到幸福和安全的权利。这些权利都要受到政府的保护，然而也要受制于政府为了全体利益而规定的限制。”

但是，现在包括在这个复杂列表的所有权利中，只有一种权利，且仅在有限的意义上，受到既有权利学说的保护，这种权利就是指某人已经获得对某种特殊的财产物理意义上的控制权，并能继续这种控制。其他的所有权利，尽管是基本的，也仍然受制于立法机关的限制，立法机关作为民主国家民意代表机构的自由裁量权，经常有可能违反成文宪法中相当数量的、特定的条款。

结论如下：既有权利学说代表了法院在建立了司法审查制度之后的第一个伟大的成就。事实上，在相当多的例子中，司法审查和既有权利学说同时发生，而且在作为附属物的意义上，前者对后者来说是辅助性的。但在第十四条修正案之前，司法审查除了作为一种对州的全国性控制方法之外，其存在的理由要不是既有权利学说以一种或其他形式的支持，[33]也许就会是毫无效果和没有生气的。而且，这种学说代表了美国宪法奠基人观点的实质精神和要义，他们看到所面临的问题，也是1787年的制宪会议所遇到的问题，即如何协调多数人的规则和少数人的权利，更确切的说合众国的制度与财产、合同以及商业的安全之间的关系问题。在这个问题的解决过程中，那个时代最杰出的人，如Wilson、Marshall、Kent和Story以及一些次杰出人士都做出了贡献。但是他们的解决方案，尽管建立在构成整个美国宪政制度基础的理论之上，但也很难继续存在下去，因为它们并不符合这个民族的需要和渴求，这个民族的民主经历了自由、繁荣的西方世界中个人主义的调和。对立法多数的不信任，从最初作为有远见的人的执着观念，经过持续的推广，变成了一个民族的先见，既有权利的学说因此而得以保障。[34]

---

[1] 3 Dall. 386 (1798)

[2] See Farrand, "Records of the Federal Convention", II: 368, 375, 378, 448, 571, 596, 610, 617, 656; III: 165. See also note by Johnson, J., in 2 Pet. 681(1829).

[3] 1 Comm. 91

[4] Cooley, Constitutional Limitations(ed. 1)169-173; (ed. 7)237-242.

[5] 15 N.Y. 297, 303(1857). See also *Weister v. Hade*, Pa. St. 474, 477(1866).

[6] 6 Cranch 87 (1810) .

[7] 2 Pet. 627, 646-7, 652, 657 (1829).

[8] 20 Wall. 655 (1874).

[9] 1 Black, Comm. 129-137.

[10] C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its Supremacy*. 105-6.

10a Farrand, *loc. cit.* I, 424, 533-4, 541-2, II m123. cf. *ib.* I, 605. See also *Federalist* No. 10.

[11] 2 Dall. 304, 310(1785).

[12] Kirby 444(1785).

[13] 1 Bay 93(1789).

[14] 除了这些提到的案例外，参见Jeremiah Mason在他的“*Memories*”第26-27页中提到的案子，其中，*New Hampshire*法院于1784年宣布一项法令违宪。*Wm. Plumer*在他的*Life of Wm. Plumer*中第59页也提到的同一个案子。也见*Proprietors etc. v. Laboree*, 2 Greenl. (Me.) 275, 294(1823); *Emerick v. Harris*, 1 Binn. (Pa.) 416 (1808); *Whittington v. Polk*, 1 Harr. & J. (Md.) 236(1802).

[15] Cooper v. Tel fair , 4 Dal l . 14, 19(1800).

[16] 2 Gal l . C. C. 105, 139(1814), Fed. Cas. 13, 156.

[17] See e. g. , Federal ist No. 48(Lodge' s Ed.).

[18] Cf. Elliott v. Lyell , 3 Cal l 268, 286 (1802) and Turpin v. Locket , 6 Cal l 113 (1804). See also Dash v. Van Kleeck, 7 Johns. (N. Y.) 477, 498 (1811).

[19] 4 Dal l . 14 (1800).

[20] Cranch 272 (1804); see also Ogden v. Witherspoon, 2 Haywood 227, 3 N. C. 404 (1802).

[21] 1 N. H. 199, 204 (1819).

[22] 2 Kent , Comm . 332.

[23] 2 Johns. Ch. 162, 166-7 (1816).

[24] 2 Kent , Comm . 338-9 and notes.

[25] Dash v. Van Kleeck, 7 Cow. 349 (1827) and Coates et al. v. Mayor etc. , 7 Cow. 585 (1827).

[26] Madison, Writings (Hunt ed.) VI, 101ff.

[27] See some New York cases: Holmes v. Holmes, 4 Barb. 295 (1848); White v. White , 5 Barb. 474 (1849); Perkins v. Cottrell, 15 Barb. 446 (1851) ; Westervelt v. Gregg , 12 N. Y. 202 (1854).

[28] See McLeam, J. , in West River Bridge Co. v. Dix, 6 How . 507(1848) at 536-7.

[29] 16 Pick. 353 (1835).

[30] 4 Ohio 295 (1831). 可以引用的一些同样重要的其他案件: Furman v. Knapp, 19 Johns (N. Y.) 248 (1821) ; People v. Jenkins , 1 Hill (N. Y.) 469 (1841); Com. v. Ober, 12 Cush. (Mass.) 493 (1853).

[31] See also Portland Bank v. A thorp, 12 Mass. 252 (1815); Commonwealth v. Blackington, 24 Pick. 352 (1837). Commonwealth v. Worcester, 3 Pick. 462 (1826); Nightingale' s Case , 11 Pick. 168 (1831); Vandine' s Case, 6 Pick. 187 (1828). 首席法官 Marshall 在 Ogden v. Ssunders 案中的观点是同样的。道德法上的合同义务受到宪法第1条第10节的保护, 但是缔结合同的权利却完全受制于立法的控制。12 Wheat. 213, 346-49.

[32] 4 Wash. C. C. 371, 380-1(1823), Fed. Cas. 3230.

[33] 关于该学说在州法院, 特别是纽约州法院采取的最重要的形式, 请见笔者的文章“ The Doctrine of Due Process of Law before Civil War” , 24 Harv. L. Rew. 366, 460. 该学说在联邦法院发展的最重要的形式请见他们对第1条(十)的解释。见 Fletcher v. Peck. 6 Cranch 87 (1810), and Trustees of Dartmouth College v. Woodwad, 4 Wheat. 518 (1819).

[34] 请见1820年马萨诸塞会议中关于政府和财产权关系的讨论, 见 Journal (Boston, 1853), pp. 247, 254, 275-6, 278, 280, 284-6, 304 ffg. 发言人是 Webster, Story, John Adams 等等。Webster 的 “ Oration on the completion of Bunker Hill Monument” 是一个关于以下理论的精彩陈述: 人人平等的民主社会必然要求保护私人权利免受政府的侵害。见 Writings and Speeches (National Ed. , 1903) I, 259 ff' g. 1864年3月21日, 林肯对纽约工人联合会的一个委员会发表演说, 他以以下的话作为结束语: “ 财产是劳动的果实; 财产是称心所愿的; 归根结底是一种积极的善。一些人变得富有的事实意味着其他人也可以变得富有, 因此也是对工业和实业发展的一种促进。不要让那些无家可归的人推翻别人的房



屋，要让他辛勤劳动挣一座属于自己的房屋，因此通过这个例子说明当他的房子建立起来后，要保证他的房子的安全。”见Complete Works (Ed. Of 1905) 54. See also V, 330,361.

选自American Constitutional History ——Essays by Edward S. Corwin ,Harper &Row, Publishers, 1964.

文章来源：宪政知识网

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)