

LAW & POLITICAL
SCIENCE SERIES




法政科学丛书·张干帆主编



论宪法不服从

On Constitutional Disobedience

[美国]路易斯·迈克尔·希德曼 著 仇之晗 译

 译林出版社

LAW & POLITICAL
SCIENCE SERIES



法政科学丛书·张干帆主编

论宪法不服从

On Constitutional Disobedience

[美国]路易斯·迈克尔·希德曼 著 仇之晗 译

译林出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

论宪法不服从 / (美) 路易斯·迈克尔·希德曼著;
仇之晗译. —南京: 译林出版社, 2017.3

(法政科学丛书)

书名原文: *On Constitutional Disobedience*

ISBN 978-7-5447-6826-9

I. ①论… II. ①路… ②仇… III. ①宪法研究—
美 IV. ① D971.21

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 008703 号

On Constitutional Disobedience (First Edition) by Louis Michael Seidman
On Constitutional Disobedience was originally published in English in 2013.
This translation is published by arrangement with Oxford University Press
through Andrew Nurnberg Associates International Limited
Simplified Chinese edition copyright © 2017 by Yilin Press, Ltd
All rights reserved.

著作权合同登记号 图字: 10-2014-462 号

论宪法不服从 [美国] 路易斯·迈克尔·希德曼 / 著 仇之晗 / 译

责任编辑 陈 锐
装帧设计 韦 枫
责任印制 单 莉

原文出版 Oxford University Press, 2013
出版发行 凤凰出版传媒股份有限公司
译林出版社
出版社地址 南京市湖南路1号A楼, 邮编: 210009
电子邮箱 yilin@yilin.com
出版社网址 <http://www.yilin.com>
经 销 凤凰出版传媒股份有限公司
排 版 南京展望文化发展有限公司
印 刷 江苏凤凰通达印刷有限公司
开 本 652毫米 × 960毫米 1/16
印 张 9.25
插 页 2
字 数 108千
版 次 2017年3月第1版 2017年3月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5447-6826-9
定 价 38.00元

版权所有·侵权必究

译林版图书若有印装错误可向出版社调换。

订购热线: 025-86633278 质量热线: 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。

献给朱迪·梅佐

目 录

- 引 言 美国宪政主义的大矛盾 1
- 第一章 论点综述 8
- 第二章 持续的服从 23
- 第三章 违宪的陈词滥调 53
- 第四章 不服从与自由 77
- 第五章 一般的法律与不一般的观点 98
- 结 语 展望未来 116
- 致 谢 120
- 参考文献 123
- 索 引 130

引言 美国宪政主义的大矛盾

2011年1月6日,在第112届国会举行第一次会议当天,美国国会众议院议员们通过集体朗诵《美国宪法》而创造了历史。这次史无前例的朗读,既包含着戏剧的成分,也充斥着闹剧的色彩。

朗读过程中的某些时刻的确具有启发意义。新当选的众议院议长约翰·博纳对《美国宪法》序言宏伟语句的朗诵拉开了整个活动的序幕。众议院议员约翰·刘易斯朗读了第十三修正案强而有力的规定。大约半个世纪前,他曾作为民权运动的英雄人物坚守在埃德蒙·佩特斯桥上,被疯狂前来镇压的警察打得头破血流。女议员嘉贝丽·吉福斯朗诵了第一修正案的言论和宗教自由条款。仅仅在两天之后,她在亚利桑那州图森市遭到枪击。

但是,如果这次活动的组织者认为,他们可以把对宪法文字的歌颂与那个时常肮脏、荒谬,几乎永久充斥着党派分歧的当代美国政治现实分割开来的话,他们可就大错特错了。事实上,众议院领导人们早已决定不对整本宪法进行朗读,而是选取了部分经过删减的内容,目的是为了避开议员们高声朗读宪法中那些令人尴尬的章节,包括宪法支持奴隶制的段落。在朗读开始之前,就哪段该读,哪段该被委婉地省略,议员席内曾发生过一场可笑且不合时宜的争吵。

朗读正式开始后,议员们起初还能集中注意力,依照身边的《美国宪法》便携读本跟进朗读的进度。但是,当朗读完宪法的几个比较鲜为人知的条款后,议员们似乎丧失了兴趣。一些议员用起了手机,在座位里显得焦躁不安。一些议员干脆离开了议会厅。当朗读进行到第二条第一款要求总统必须“出生时为合众国公民”时,一名位于旁听席的女士起身大呼:“除了奥巴马!除了奥巴马!上帝救救我们!我的名字是戴丽莎。”还没等完全亮明身份,她就被带出了议会厅。

简单说来,这次活动不合时宜地体现出以下三个方面的特点:把对宪法文本庄重的援引作为国家团结的象征;对宪法文本的实际含义表现出愤世嫉俗般的漠然与厌倦;以及毫无保留地尝试利用宪法文本服务于当代政治目的。这三点完美地刻画出了存在于当代美国宪政主义核心的大矛盾。

在本书中,我将探索那个存在于上述矛盾核心却时常被忽视的问题,即宪法服从的问题。说到底,我们究竟是否应当服从于这部存在着严重缺陷的18世纪文本?比如说,就算奥巴马总统的确没有在美国出生,那又怎样呢?

如果国会朗读活动的组织者稍稍考虑过这个问题的话,他们一定认为这个问题的答案是很简单的。我相信许多读者也抱有同样的想法。在很多人看来,系统性地无视宪法是愚蠢的、邪恶的、危险的。但是,从国会朗读活动中可以看出,支持服从宪法的观点远比人们想象的要脆弱。

为了诠释这个问题,我们得从一个事实讲起:新当选的众议院共和党议员对这部古老文本的歌颂有着不容置疑的当下动机。共和党党员们,尤其是他们的茶党支持者们相信,宪法坚定地捍卫着某些政治目的,其中包括废除国家医疗保险制度、保障持有枪支权利、大规模削减税收以及限制联邦政府权力。恰恰由于这个原因,共和党议员们便借助第112届国会开会仪式的时机修改了众议院条例。修改后的条例规定:如果一项新法案未附带可以支撑此项法案的相关宪法授权条款,并缺少支持其

合法性的论点依据,那么,议员们便可以以此项法案违反了议事程序为由提出反对。正是因为宪法的地位近乎神圣,共和党党员们才认为,他们可以将宪法作为击败对手的强有力的政治武器。

我想要探讨的问题是,我们是否应当认同这种宪法权力。假设茶党党员的立场是正确的,即他们对宪法的理解是正确的,那么,我们其他人又为何要遵守宪法的规定呢?茶党定义下的宪法对我们很多人来说是危害颇深的。简单说来,我们不会希望生活在受到这种宪法约束下的美国。如果我们要在服从这套法规与正义的基本原则之间被迫作出选择的话,我们难道不应当选择后者吗?

当然了,茶党对宪法的理解可能是错的。也许,被正确理解后的宪法并不强迫实现任何被茶党党员们看好的结果。但是,如果宪法授权实施了茶党党员们所痛恨的政策,那他们又为何必须遵守宪法的规定呢?更宽泛地讲,任何人,无论是左派、右派还是中间派,为何要仅仅因为他们看好的政策及原则与宪法相悖就抛弃前者呢? 5

当然了,这个问题的标准答案可以从《美国宪法》前言找到,即它是经过“我们合众国人民”批准通过的。宪法起草人将宪法交由各州召开的民选特别会议批准通过。在一段时期内,关于特别会议代表人选以及提议通过的宪法内容本身的讨论,就得到了全国上下的关注。美国人民开展了一场全国性的、旷日持久的研讨,包括对国家治理、政治理论,以及何种类型的国家才适合公民居住在内的问题的讨论。最终结果是,《美国宪法》在所有十三个州被一致批准通过。因为“我们合众国人民”选择被《美国宪法》制约,“我们合众国人民”便有义务遵守《美国宪法》。

不幸的是,上述故事问题百出。我们可以从一个尴尬的事实讲起:宪法本身就是不服从的产物。制宪会议的代表们是被召集到费城去修订而非更换当时正在施行的《联邦条例》的。但是,他们很快决定抛弃这个使命,拒绝遵守《联邦条例》内关于条款修订的相关规定。既然如此,我们又为何在制宪会议代表们都未能服从用来制约他们权力的法律约束

的情况下,有义务服从他们所制定的宪法呢?

也许,当时人们的意愿应当胜过法律规定。但是,在几百年后的今天,我们无从得知当时人们的想法究竟是怎样的。如同制宪历史学家们所说的那样,制宪的过程掺杂着政治阴谋、对宪法反对派言论的系统性扼杀、对事实的歪曲以及公然的胁迫。我们只能揣测大多数制宪代表所持的“真实”想法。其实,假设人们能够清晰且直接地表达个人观点而可以不受那些充满着瑕疵,在现实中用来将个人观点转化为法律规定的政治机制的歪曲,这本身就是神话。

6 这个问题又被另外一个事实复杂化:在18世纪的美国,很多人并不被认可为“合众国人民”。女人、非洲裔美国人、印第安人以及大部分不拥有不动产的人,都不被允许参加投票。更重要的是,没有任何一位当代人与制宪过程有任何瓜葛。正如托马斯·杰斐逊那句名言所说:“世界属于活着的人们。”我们很难想象,即便这套制宪程序是原汁原味的并能够完美诠释18世纪的美国观,截然不同的当代美国人也应当受其制约。

上述这些理由都应当使我们对宪法的约束力产生怀疑。但是,还有一个理由更加简单,更有说服力。当人们在通盘考虑之后认定某种做法是正确的,而宪法却要求人们放弃这种做法时,对服从宪法的义务的判定问题就出现了。只有在这种情况下,服从宪法的义务才会真正起作用。也只有在这种情况下,如果我们服从了宪法,那么这样做的唯一原因便来源于宪法对我们的约束力。但是,又有哪个正常人会这样做呢?如果我们在经过通盘考虑之后依旧坚信某种做法是正确的,那么我们又为何要因为两百多年前的一张纸上的文字而选择另一种做法呢?

事实上,在现实生活中,几乎没有人会单纯因为宪法而改变他在任何重要问题上的立场。为了避免这种窘境的出现,我们时常会将宪法解释为支持我们所持的观点。进步派坚持他们对宪法的理解,保守派也不在他们的解释上作出妥协。然而,我们被要求相信下述情形只是一种巧合,即两派在同一本18世纪宪法理解上作出的所谓诚实且具有政治中立性

的努力,导致两派将宪法解读为支持本派备受争议的政治意图,否定对立派政治意图合法性的文件。更加明确地说,两派要求我们相信,上述的结果来源于各派对宪法的公正解释,对立的派别对宪法文字与历史的摆弄则是自私的,带有政治目的的歪曲宪法真实含义的行为。 7

有一种理解宪法的方式可以避免上述分歧。如果我们侧重于宪法在最抽象层面上的理解,那么宪法就可以作为国家团结的象征。几乎没有人会反对建立更完善的联邦以及提供共同防务这样宏伟的目标。几乎所有人都会支持抽象意义上的自由和平等。如果我们将宪法视为用来营造气氛或激发情感的艺术品,而并非强迫实现特定结果的法律文件,我们就可以集体拥护宪法。

在我看来,这才是正确理解宪法的方式。宪法也许可以为我们提供探讨分歧的公共词汇。在《美国宪法》得到批准 150 年纪念日当天,富兰克林·罗斯福拥护了这种类型的宪政主义:

《美国宪法》是一部写给普通人的文件,不是一张律师起草的合同。这点已经强调得够多了。对宪法的起草起到最关键性作用的麦迪逊不是律师;因为自身妥协与让步的品质保全了制宪会议的华盛顿与富兰克林也不是律师。

这部写给普通人的文件,是一部包含着基本原则的宪章,与律师们起草的租赁条约、保险合同以及分期付款协议中的“鉴于”和“甲方”以及细则是截然不同的。

可是,如此理解宪法的问题在于,它仅仅绕开了而并非解决了宪法服从的问题。服从宪法的义务只有在我们被强迫从事某种不想从事的行为时才会产生。但是,每个人都可以引用宪法最抽象层面的理念来支持他的政治主张。如果宪法允许我们所有人从事任何想做的事情,宪法服从的问题就永远不会存在。遵守法律规定是讲得通的,但服从一首交响乐或一

8 幅油画则是荒谬的。

在当代复杂混乱的政治背景下,无论哪一派都不希望将一件毫无约束力的艺术品作为启发我们的工具。两派都希望将宪法作为强制创造实际结果的法律规定。结果是,进步派与保守派双方都心甘情愿地争斗,将背弃宪法的矛头直指对方。

本书中,我要阐述的观点是,上述做法不是解决目前分歧的正当、可靠的做法。我们应当抛弃这种有害的谬论——我们应当忠实服从几百年前就已过世的人们所创立的规定。与其坚持对宪法的曲解从而达到击败对手的目的,不如对双方所持建议的实际价值展开讨论。

我们的国家能经受得住这种将分歧诚实地公之于众的考验吗?宪政主义的支持者们坚持认为,抛弃宪法义务会导致混乱与暴政。他们的担忧以多种形式呈现。在有些情况下,他们的担忧涉及如何解决一些政府部门零零散散的问题。如果没有了宪法,我们应当怎样决定总统的任期长短?总统是否有必要存在?我们又怎样知晓一部法律何时生效?一位自称参议员的人又究竟是否是真正的参议员?

其他一些人认为,《美国宪法》已经很好地为我们服务了两百多年,而且也很难想象会有更好的规划存在。具体说来,宪法为公民自由提供了重要的保障。如果失去了宪法,包括设立国教、监禁异议者以及查抄私有财产在内的政府行为将不受限制。

还有一部分人认为,虽然宪政主义是一种谬论,但是宪法存在的必要性不容置疑。即使宪法十分空洞,时常被人忽视,它也作为国家团结的象征存在着,是一种世俗界的宗教。如果没有宪法,我们将失去一种必要的

9 幻觉——我们是一个民族,共同分享着同一段历史与命运。

对上述观点持怀疑态度也并非无中生有。那些手握大权的政府部门真的会仅凭一张纸上的文字而停止侵犯公民自由吗?人们真的会在缺少一部宪法的情况下丧失掌控自我生活以及避免混乱的能力吗?我们国家的成功真的建立在人们对一部谬论的信仰之上吗?

我会在接下来的篇章中仔细讨论这些问题。眼下,如果能领会存在于这些观点内部的矛盾就已经很好了。如上所述,宪政主义者之所以歌颂我们的开国法典,是因为《美国宪法》是人民主权的产物,“我们合众国人民”的决定。人民主权包含一种信仰,这种信仰意味着,如果自主权留给了普通民众,那么他们就可以决定自己的生活以及政府的属性。但是,极力主张宪法服从反而违背了这种信仰。当政治家告诫人们“根据《美国宪法》的规定你必须这样做”时,他是在强迫人们抛弃他们坚定持有的道德观与审视事物的价值观,与此同时,屈从于他人所弘扬的规章制度。从这个角度上看,宪法服从的概念是一种自我推翻的谬论。宪法服从虽然打着自我治理的旗号,却禁止人们对他们最为关心的问题作出自由的决策。

也许,人们并不应当被寄予作出上述决策的信任。但是,如果这种说法是正确的,我们就应当停止假装这个政体是建立在人民自治的基础之上的。矛盾的核心在于,如果我们要继续忠实于《美国宪法》的宏伟目标,我们就必须首先摆脱其义务的束缚。宪政主义者必须停止作出极为专制的指令。只有这样,“我们合众国人民”才能够展开一场不受限制与约束的讨论,一场象征着自由社会的讨论。

第一章 论点综述

《美国宪法》是世界上现行宪法中最为古老的一部。早在那些给当代美国生活带来决定性作用的科技、物质、文化及道德条件诞生前很久，它就已经被制定完成了。当它诞生时，美国还是一个蜷缩在东海岸，幼小且未经历过工业化进程的社会。国家的大部分经济倚仗于奴隶制。旅行充满着艰难和危险。就连较远距离的通信，也要花上几个星期甚至几个月。宪法起草人对核武器、大规模生产、文化多元性、手机通信、职业体育、现代计划生育以及全球变暖这些概念都一无所知。他们也从未听说过马丁·路德·金、比尔·盖茨、阿尔伯特·爱因斯坦、阿道夫·希特勒以及“嘎嘎小姐”(Lady Gaga)。我们更无法想象他们对妇女解放、物种进化、同性婚姻、心理分析、电视真人秀、全球化以及反恐战争会持怎样的看法。

这个存在于我们与宪法起草人之间的代沟，给我们提供了一个强有力的放弃服从宪法的理由。根据一部古老、陈旧的文本制定当代决策的古怪命题本身，就应当使宪政主义者有所犹豫。宪政主义者们坚持要求我们服从宪法起草人的指令，但宪法起草人并不了解我们面临的问题，与我们毫无关联，甚至从生物学角度上讲都算不上我们其中大部分人的祖先。那么，我们与他们对希望、恐惧、关切及困扰的理解又怎么会相同呢？

一些宪法服从的捍卫者尝试使用所谓“活的宪法”来应对上述质疑。根据“活的宪法”的观点,人们可以根据当代现实来理解宪法中模糊的指令,实现宪法的“与时俱进”。比如,宪法起草人的确会很惊讶地发现,宪法的正当法律程序原则涵盖了同性性交的权利。但是,恰恰是因为起草人们并不了解我们所处的这个世界,我们才应当在当代的语境下理解他们所使用的语言。也就是说,在较高抽象程度上解释宪法规定的决定本身,就意味着允许宪法的语言随着时代变化与成长。

然而不幸的是,这种解释存在着一些缺陷。首先,没有人可以断言《美国宪法》的所有条款都可以被理解为“活的”。毫无疑问的是,一些最为糟糕的条款就如同邪恶的西方女巫一样是“死的”。但不幸的是,不同于那个邪恶的女巫,这些“死”的宪法语言依旧在坟墓里约束着我们。

比如,这些宪法语言创造了席位分配极度不公的参议院,设立了允许民选得票的失利者获得总统席位的选举制度,创立了不给予华盛顿特区居民国会议员代表的规定。这些宪法语言绝对不是在较高抽象程度上拟定的。正如宪法学者桑福德·莱文森所说的:这种类型的宪法条款具有“强制性”。这些条款语言的明确性使它们很难得到重新解释,由此衍生出的后果已经严重到使绝大部分当代美国人放弃利用这些条款的价值来捍卫这些后果的地步了。

的确,从理论上讲,宪法语言是可以通过宪法修正案进行更改的。但是,《美国宪法》第五条关于修正案的条款极为复杂,本身就具有强制性。¹²事实上,如果强大的少数人群安于现状的话,这些条款便会使得宪法修正程序的存在毫无意义。

那么,包括法律的平等保护以及正当法律程序在内的一些相对一般性权利保障又是怎样的情况呢?如果我们依照当代现实解释这些宪法条款的话,我们至少能在某些情况下逃避过去对我们的束缚。然而,许多当代原旨主义者抱怨道,规避宪法语言的自由是以牺牲正当义务作为代价换来的。如果正当法律程序的含义完全取决于当代人的主观意愿,那么

我们将完全摆脱宪法语言在真正意义上对我们的约束。但是,原旨主义者却忽视了,如果我们转而根据宪法条款的“原始大众含义”(original public meaning)或起草人的明确意图来限制宪法条款的含义,我们将会在面临 21 世纪的问题时受制于 18 世纪的判断。

“活的宪法”理论的拥护者对这个问题的解释是,即便相关宪法条款体现的价值在现实中的应用会随着时代的变化而变化,这些价值本身依旧是永恒的。但是,也许有人会质疑:这些价值之所以永恒,恰恰是因为它们对我们并没有多大的约束力。构建一种论点来支持或反对几乎所有以“平等”或“自由”为依据的结果其实并不费力。比如说,堕胎权保护了怀孕妇女的平等和自由,但是堕胎禁令则保护了未诞生婴儿的平等和自由。由于宪法价值引导的结果存在不确定性,宪法服从的义务便没有实际的影响力。

但是,如果假设至少在某些情况下,宪法价值拥有足够的确定性可以决定案件的结果,那么我们依旧没有解决宪法服从的根本难题。当代美国人既可能支持,也可能不支持这些宪法价值。如果支持,我们便会努力贯彻这些价值,原因并非由于这些价值出自宪法,而是因为我们认同这些价值。如果我们不支持这些价值,那么老问题就又回来了——我们为何要被先辈们那些受到质疑的道德直觉所约束?

当然,当代美国人也可能就特定价值存在分歧。比如,也许在整个国家范围内的大部分美国人会在某个价值或价值的落实问题上得出某种判断,但是某个州的绝大部分人却会持有相反的观点。包括我们在内的任何一个社会必须找到解决此类分歧的方法。

潜在的解决方法有很多。比如说,我们可以系统性地提倡对存在分歧的价值判断作出妥协。我们也许可以让地方性社区各自就某些问题作出决定,或将问题的决定权移交国家范围内的多数派。我们甚至可以邀请像最高法院这样的精英机构替我们作出价值判断。

很难想象任何明智的人会将价值的选择权移交给一个相对较小规模