

当代世界学术名著

法学译丛·公法系列 / 主编 姜明安 执行主编 李洪雷

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review



宪法解释： 文本含义，原初意图与司法审查

[美]基思·E·惠廷顿 (Keith E. Whittington) 著

杜强强 刘国 柳建龙 译

 中国人民大学出版社



当代世界学术名著

法学译丛·公法系列

主编 姜明安 执行主编 李洪雷

宪法解释： 文本含义，原初意图与司法审查

[美]基思·E·惠廷顿 (Keith E. Whittington) 著
杜强强 刘国 柳建龙 译

 中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

宪法解释: 文本含义, 原初意图与司法审查 / [美] 基思·E·惠廷顿著;
杜强强, 刘国, 柳建龙译.

北京: 中国人民大学出版社, 2006

(当代世界学术名著 / 法学译丛·公法系列 / 姜明安主编)

ISBN 7-300-05933-3

I. 宪…

II. ①惠…②杜…③刘…④柳…

III. 宪法-法律解释

IV. D911.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 148524 号

© 1999 by the University Press of Kansas

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: Textual Meaning, Original Intent and
Judicial Review has been translated into Chinese by arrangement with the University
Press of Kansas.

当代世界学术名著

法学译丛·公法系列

主 编 姜明安

执行主编 李洪雷

宪法解释: 文本含义, 原初意图与司法审查

[美] 基思·E·惠廷顿 (Keith E. Whittington) 著

杜强强 刘 国 柳建龙 译

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 河北三河市新世纪印务有限公司

规 格 155mm×235mm 16 开本

版 次 2006 年 12 月第 1 版

印 张 20 插页 2

印 次 2006 年 12 月第 1 次印刷

字 数 329 000

定 价 32.00 元

版权所有 侵权必究

印装差错 负责调换

作者简介

基思·E·惠廷顿，美国普林斯顿大学威廉·纳尔森·克伦威尔政治学教授，著有《宪法阐释：分立的权力与宪法的含义》(Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning, Cambridge: Harvard University Press, 1999)和《宪法解释：文本含义，原初意图与司法审查》(Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review, Lawrence: University Press of Kansas, 1999)，并与尼尔·迪瓦恩斯(Neal Devins)一道担任《国会与宪法》(Congress and the Constitution)的编辑。惠廷顿的作品广泛涉及美国宪政理论与发展、联邦主义、司法政治和总统制等诸多主题，他是即将出版的《司法优位的政治基础：美国历史中的总统、最高法院和宪法领导地位》(Political Foundations of Judicial Supremacy: The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U.S. History)一书的作者，也是即将出版的《牛津法律与政治手册》(Oxford Handbook of Law and Politics)的编者之一[R·丹尼尔·克勒曼(R. Daniel Kelemen)和格雷戈里·A·卡尔德拉(Gregory A. Caldeira)是其他两位编者]。惠廷顿曾获约翰·M·奥林基金会优秀学术研究奖(John M. Olin Foundation Faculty Fellow)和美国学术团体理事会优秀青年学术研究奖(American Council of Learned Societies Junior Faculty Fellow)，并曾任社会哲学与政策中心(Social Philosophy and Policy Center)访问学者和得克萨斯大学法学院(University of Texas School of Law)访问教授。

译者简介

杜强强，首都师范大学政法学院教师，法学博士。

刘国，江西财经大学法学院副教授，法学博士。

柳建龙，中国人民大学法学院宪法学与行政法学2005级博士研究生。

法学译丛·公法系列书目

权利革命之后：重塑规制国家

[美] 凯斯·R·桑斯坦(Cass R. Sunstein) 著

行政法的范围

[新西] 迈克尔·塔格特(Michael Taggart) 编

法国行政法(第五版)

[英] L·赖维乐·布朗(L. Neville Brown)

[英] 约翰·S·贝尔(John S. Bell) 著

宪法解释：文本含义，原初意图与司法审查

[美] 基思·E·惠廷顿(Keith E. Whittington) 著

英国与美国的公法与民主

[英] 保罗·克雷格(Paul Craig) 著

韩国行政法(第九版)

[韩] 金东熙 著

行政法的结构性变革

[日] 大桥洋一 著

本书的翻译出版得到教育部人文社科重点研究基地——北京大学宪法与行政法研究中心的支持，谨致谢忱！

“当代世界学术名著” 出版说明

中华民族历来有海纳百川的宽阔胸怀，她在创造灿烂文明的同时，不断吸纳整个人类文明的精华，滋养、壮大和发展自己。当前，全球化使得人类文明之间的相互交流和影响进一步加强，互动效应更为明显。以世界眼光和开放的视野，引介世界各国的优秀哲学社会科学的前沿成果，服务于我国的社会主义现代化建设，服务于我国的科教兴国战略，是新中国出版工作的优良传统，也是中国当代出版工作者的重要使命。

我社历来注重对国外哲学社会科学成果的译介工作，所出版的“经济科学译丛”、“工商管理经典译丛”等系列译丛受到社会广泛欢迎。这些译丛多侧重于西方经典性教材，本套丛书则旨在选译国外当代学术名著。所谓“当代”，我们一般指近几十年发表的著作；所谓“名著”，是指这些著作在该领域产生巨大影响并被各类文献反复引用，成为研究者的必读著作。这套丛书拟按学科划分为若干个子系列，经过不断的筛选和积累，将成为当代的“汉译世界学术名著丛书”，成为读书人的精神殿堂。

由于所选著作距今时日较短，未经历史的充分淘洗，加之判断标准的见仁见智，以及我们选择眼光的局限，这项工作肯定难以尽如人意。我们期待着海内外学界积极参与，并对我们的工作提出宝贵的意见和建议。我们深信，经过学界同仁和出版者的共同努力，这套丛书必将日臻完善。

中国人民大学出版社

序 言

本人书房的书架上已有六套公法译丛了：

罗豪才主编，商务印书馆出版的《公法名著译丛》；

梁治平、贺卫方主编，生活·读书·新知三联书店出版的《宪政译丛》；

陈端洪、翟小波主编，法律出版社出版的《宪政古今译丛》；

范亚峰等策划，贵州人民出版社出版的《公法译丛》；

罗豪才、张志坚主编，辽海出版社、春风文艺出版社出版的《法国公法与公共行政名著译丛》；

陈端洪主编，高等教育出版社出版的《法律程序与行政过程译丛》。

此外，中国大百科全书出版社出版的《外国法律文库》、商务印书馆出版的《汉译世界学术名著丛书》、华夏出版社出版的《二十世纪文库》、中国政法大学出版社出版的《当代法学名著译丛》等文库、译丛的选题中，也有为数不少的公法译著选题。

那么，我们为什么还要策划和组织出版这套公法译丛——《法学译丛·公法系列》呢？我们策划和组织的这套“公法译丛”有什么特色呢？

首先，我们策划和组织出版这套“公法译丛”是回应时代的需求。前述现已出版的数套译丛大多是上世纪策划和组织的，而且其选题大多是古典公法名著，如亚里士多德的《雅典政制》、洛克的《政府论》、孟德斯鸠的《论法的精神》、卢梭的《社会契约论》、狄骥的《公法的变迁》、奥托·迈耶的《德国行政法》、莫里斯·奥里乌的《行政法与公法精要》等。这些公法经典著作对于我们今天的时代无疑仍有着重要而不可替代的指导作用，但是，我们今天的时代除了需要这些公法经典著作所提供的经典思想和理论指导外，还需要更多更贴近我们时代，更直接、更具体地反映我们时代特征的新思想、新理论的指导。据此，我们这套译丛的选题基本确定为本世纪出版或上世

纪后期出版的国外公法名著。也就是说，收入我们这套译丛的著作基本是国外近二十年面世的新著。例如，《宪法解释：文本含义、原初意图与司法审查》（Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review）出版于1999年，《英国与美国的公法与民主》（Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America）出版于1990年，《权利革命之后：重塑规制国家》（After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State）出版于1990年，《行政法的范围》（The Province of Administrative Law）出版于1997年，《行政法的结构性变革》出版于1996年，《规制：法律形式与经济学理论》（Regulation: Legal Form and Economic Theory）出版于1994年，《法国行政法》（French Administrative Law）出版于1998年，《韩国行政法》出版于2003年。

其次，我们策划和组织出版这套“公法译丛”是适应统一公法学的需要。传统公法学研究公法，往往只研究各别的、具体的公法部门，如宪法、行政法、诉讼法等，而很少有人将整个公法当做一个系统、一个整体，对之作全方位的、系统的研究。而自上世纪后期以来，随着人们对部门公法研究的深入，许多学者开始探讨各部门公法调整的整体法律关系——整个公权力主体与公权力相对人的关系，开始研究各部门公法调整整个公权力的统一规律，开始创立统一的公法学。为适应公法研究和公法学发展的这一趋势，我们需要全面介绍国外各领域、各部门公法研究的成果，特别是对公法作整体研究的成果。但是，前述现已出版的数套译丛对公法的介绍大多是部门性的和零散的，或限于宪法，或限于行政法；或限于实体，或限于程序；或限于某一国别（如法国公法），或限于某一法系（如英美法系的宪法与行政法）。而我们这套译丛，其选题既有宪法问题，也有行政法问题，还有统一公法学问题；既有实体问题，也有程序问题；既有一般民主和人权问题，也有具体的行政规制和财产征收、征用问题；既有欧美公法问题，也有亚洲公法问题（如《韩国行政法》，此前我国似乎还没有出过韩国公法学著作的中译本）。由此观之，我们这套译丛无疑将为我国公法学人统一和系统地研究公法提供较全面的素材。

再次，我们策划和组织出版这套“公法译丛”也是适应我国培养高级公法研究人才的需要。在上个世纪即将结束的最后一年（1999年），我国通过宪法修正案，将“依法治国、建设社会主义法治国家”确定为我国的发展目标和治国方略。建设法治国家涉及大量需要研究

和解决的公法问题，为此也就需要培养和造就一大批高素质的公法人才。这些人才不仅需要懂得一般的公法理论和我国的公法运作的实践，还特别需要了解国外不同法系、不同制度下公法的基础理论和运作实践，从而能移植、借鉴对我国有用、有益的公法制度和理论，洋为中用。正是出于这种考虑，我们有意识地鼓励一批毕业不久（个别尚未毕业）的公法学博士，担当我们这套丛书的翻译大任。这些博士既有公法学的专业知识，又有良好的外语功底，能较好地保证翻译质量（只懂外语而不懂专业的人，是很难胜任这种高度专业性著作的翻译重任的）。同时，最重要的是，这些年轻的博士们通过翻译这些公法学名著，将更全面、更深入地学习和掌握现代公法学的原理、原则，从而受到现代最前沿公法思想和理论的熏陶，为其成长为我国新一代公法学栋梁之材打好扎实的理念和知识基础。

以上三点，是我们策划和组织出版这套“公法译丛”的初衷，也是我们试图使这套“公法译丛”具有的特色。当然，我们的初衷能否实现，我们欲使这套译丛具有的特色能否最终实际显现，还有待时间的检验。

是为序。

姜明安

2006年8月1日于北京八里庄

献给我的父母

一旦形成文字，事物的构成要素不管是什么，都将如树花同发，随风而散，或逢知音于茵席之上，或遇陌路于风尘之中。没有什么办法可以确保它传之其人，而不是明珠暗投。它孤立无助，亦不能为自己辩护，因此当它被肆意附会曲解之际，经常需要其创作人的呵护和扶助。

——柏拉图《费德鲁斯篇（Phaedrus）》

前 言

本书讨论的是宪法问题。在本书中，我阐述并为之辩护的是一种由司法部门进行的宪法解释理论。作为一种成文的法律文本，宪法被设计用以限制政府的行动，而司法部门的主要职责在于实施这些限制。困扰宪法学的问题是，什么是适合于宪法的解释方法。在对这个问题的探究中，我的结论是，宪法最适合于根据原初意图之法理来进行解释。原初意图之法理试图揭示体现于文本之中的宪法批准者的意图，以使它们能够被用来解决现时的宪法论争。

为了确立司法审查的恰当解释方法，就需要阐发一种宪法理论和与之相关的司法权理论。重要的是要看到这是两个不同的任务。我主张，司法部门与宪法关系的本质方面在于，法院是宪法文本的解释者。司法部门既不是民主政体中的一种贵族因素，也不是一群领导国家的哲学王。相反，虽然它在自由宪政之共和国中负有特殊的功能，但它依然是一个法律机构。法院权威的基础在于它对最高法律的精确解释。因此，从根本上说，我们需要了解何为宪法解释过程所必需，以及解释之后的宪法究竟又会怎样。我们也需要知道我们之所以应当进行解释的原因。我们必须追问最后的一个问题，不仅是因为我们仍需证立司法审查的实践，而且是因为，为了对司法审查的持续性实践有所理解，我们必须了解其存在的基础。对宪法解释的充分描述必然能够使我们超越解释的过程，而对作为整体的宪法有所了解。这一步展现了宪法的另一面，即主要来说不是法律性而是政治性的一面。宪法的解释可以言之成理，但它只是宪法设计的一部分，并非全部。

关注宪法解释理论的学者曾经过于草率而未能成功消解掉原旨主义理论。现在应是采取另一种观察思路的时候了。即使对非原旨主义者而言，他们的利益也不在于原旨主义在学术上的落败。由于对原旨主义大打折扣，我们其实未能注意到它所提出的真正问题及其灼见真

知。不过，原旨主义的复兴实在是困难重重，而我对此困难并没有任何不切实际的想法。我小心翼翼地表达了我的论点，因为我认为原旨主义者处于防御的地位。他们并非总是站在支持他们学术论点的一方，而现在的任务则在于要使批评者再一次地认真对待原旨主义。这一尝试部分地需要更为深奥的语言和诠释学理论，而这是原旨主义者通常所回避的。我也有意避开对案例的冗长讨论。我的研究进路的一个基本部分就是，解释的结果与解释的方法是相互分离的。对解释方法的证立乃是政治理论和宪法理论的任务，而对该解释方法的适用则是法律实践，以及基于史实的细致工作。现在有这么一种倾向，即把原旨主义推进成为某种司法上的试金石，以及根据解释方法在特定的案件中能否达到可欲的结果来对它进行评价。我认为这种倾向应该受到抵制。在本书中，我对案件的讨论只是为了例证，而之后将会着力回答具体的宪法问题。只有我们对宪法解释的实践达成了一致，我们才能论辩这一实践的正确结果。

荣幸的是我在过去的几年里能够使为数众多的学者接受了本书的观点。我有太多无法列举的歉意和无法完全报答的重负。然而，有几个人我需要特别地感谢，他们是：J. 布兹韦斯基 (Budziszewski)，罗伯特·克林顿 (Robert Clinton)，罗比·乔治 (Robby George)，马克·格来伯 (Mark Graber)，唐·格林 (Don Green)，罗纳德·康 (Ronald Kahn)，桑迪·列维森 (Sandy Levinson)，乔·明克 (Joe Mink)，沃特·墨菲 (Walter Murphy)，大卫·欧布伦 (David O'Brien)，杰夫·鲍尔 (Jeff Paul)，科里·罗宾 (Corey Robin)，吉姆·斯科特 (Jim Scott)、斯蒂芬·史密斯 (Steven Smith)，蔡斯·斯托里 (Tracey Storey)，阿来克西·坦伯洛克 (Alex Tabarrok) 和杰夫·杜利斯 (Jeff Tulis)。

特别的感谢要给予罗格斯·史密斯 (Rogers Smith)、斯蒂芬·斯考罗利克 (Stephen Skowronek) 和大卫·梅奇 (David Mayhew)。他们于美国政治、政治学理论、宪政之含义与发展方面独具慧眼，故我大胆借鉴而不觉赧颜。大卫·梅奇和斯蒂芬·斯考罗利克是我非常感激的师长和批评者，他们甘愿随我进入我认为与他们相关但对他们却没有巨大吸引力的领域。

罗格斯·史密斯是热心的导师、同事和朋友，他慷慨地为我奉献了大量时间和精力，这超过了任何学生所可能企盼的。他关于美国政治、宪法与政治理论的见识在本书大大小小的论点上都反映，我们

相同或者不一致的论点同样都推动了理论的发展。

博林·格林 (Bowling Green) 州立大学社会哲学和政策研究中心在财政和管理上的支持使本书的完成成为可能。不过该书的迟延则出于我妻子的筹划，她不断地劝说我，生活除了宪法理论之外，还有更多的精彩。

目 录

第一章 宪法解释	1
第二章 当代宪法理论的困境	15
第三章 原旨主义之权威与成文宪法的性质	43
第四章 为原旨主义和成文宪法辩护	70
第五章 人民主权与原旨主义	101
第六章 原旨主义法理的性质及其界限	146
结语：解释与作为法律之宪法	198
注释	204
索引	295
译后记	304

第一章

宪法解释

最高法院在宪法理论中占据着特殊的地位，它在很大程度上为宪法学研究确立了学术议程。宪法的哪些方面被认为值得研究和详论，哪些方面不值得这样，都取决于法院的活动。法院的实例有助于对我们所认为的宪法含义以及如何阐明宪法含义的任务进行界定。即便法院所说的并不是宪法^①，但司法部门仍然是我们理解宪法的主要切入点。

聚焦于司法部门并非一无是处。法院在司法审查中扮演着宪法有效含义决定者的角色，这非同小可。法院的体制特征决定着法官们所采用的法律逻辑成为我们所关注的重点。司法部门俨然成为美国人民致力于宪政和有限政府的象征，但盛名之下，其实难副。对法院的高度尊重乃是我们政治理想的反映：为了合法性的政府；为了法治的价值；为了保护个人和少数的权利。法院是我们基本政治原则的载体。

最高法院代表着美国政治体制的一个重要方面，即解释宪法的需要。不过它并不是完成这个任务的唯一机构，因为其他法院也解释宪法。而更为重要的是，其他政治官员，而且从根本上说相关的公民也分担着解释宪法的任务。尽管如此，对于宪法解释而言，司法部门的工作却具有代表性。因为非选举产生的法院是美国人公认的负责宪法解释的机关，这被看作是政治权威的基础。司法部门除了解释先前业已确定的宪法之外，它既无强制力量，又无意志。在民主政体中，把这样一个突出地位赋予一个非选举产生的机构，可以缓解由此产生的固有张力。司法审查具有正当性，因为人们认为法院会正确地解释宪法，至少在绝大多数情况下是这样。

如果司法部门的权威根植于宪法解释的实践，那么我们了解这种解

^① 美国联邦最高法院首席大法官休斯（1930年—1941年在任）曾有宏论云：我们在宪法下生活，但宪法是什么意思，却是法官们说了算。参见李道揆：《美国政府和美国政治》，上册，516页，北京，商务印书馆，1999。本书作者惠廷顿即是对此而发——译者注。