

# We the People

## Article 1

### THE INVISIBLE CONSTITUTION

### 看不见的宪法

[美] 劳伦斯·却伯 著 田雷 译

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

宪政·中国与世界 | 张千帆 主编

THE INVISIBLE  
CONSTITUTION

# 看不见的宪法

[美]劳伦斯·却伯 著 田雷 译

法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

看不见的宪法 / (美) 却伯 (Tribe, L. H.) 著; 田雷译. —北京: 法律出版社, 2011. 6

书名原文: The Invisible Constitution

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2221 - 5

I. ①看… II. ①却…②田… III. ①宪法—研究  
IV. ①D911. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 112833 号

看不见的宪法

劳伦斯·却伯 著  
田雷 译

责任编辑 高山 董飞  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2011 年 9 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 15.75 字数 198 千

印次 2011 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

---

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

---

书号:ISBN 978-7-5118-2221-5

定价:34.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 中译本序言

劳伦斯·却伯

序言之初,我要表达对山东大学法学院田雷博士的谢意,感谢他在将本书由英文翻译成中文的过程中所付出的努力。这是一项极具挑战性的任务,我要特别感谢他承担起这项工作的决定。

当我首次得知《看不见的宪法》的中文版出版计划时,当然我会想到,自己对宪政和宪法问题的一些理论思考,可以呈献至极具影响力的庞大新读者群,将是多么美妙的事情。但是另外,我还具有一些更为私人化的反应,它们并非直接关系着美国宪法,而是回到了我成长于中国的童年。对我而言,中国就好比一个大熔炉,以种种方式开始塑造着我对正义和人权的信仰。我人生的最初几年实际上是在上海度过的;就在日本人轰炸珍珠港的数月之前,我出生在尚为日军所占领的上海。我的祖父母、曾祖父母出生在白俄罗斯和乌克兰,为了寻找到一块更欢迎犹太人的土地,我的家族曾经穿越了俄罗斯大陆。20世纪30年代,上海是这个世界上绝无仅有的几处

地方之一，愿意接纳那些逃避迫害、寻求庇护的外国犹太人。我的父母在那里相遇，结婚，因此，如果没有上海所特有的开放性，也就不会有我自己的存在。

我是一位在第二次世界大战中成长的儿童，我的父亲曾被日本人强制带往位于浦东的监禁营，仅仅因为他在数年前访问加利福尼亚时成为美国公民，就被认定是敌对国的国民，此时，我也亲身体会到了恣意权力的不公正。我和母亲那时还是无国籍人士，因此没有被日本人拘禁。当然，我尚年幼，还无法充分理解正在发生的事情。但是，在战争临近结束之时，我和母亲被准许访问监禁营，我至今还记得当时迎面而来的那种不公正感。虽然当时的我还无法用语言充分表达我的情感，但这在我看来是一种错误：我的父亲被关押在如此残酷、与世隔绝的地方，我和母亲却不得不在战时上海自己养活自己，但我们都没有做出任何应当受到如此对待的行为。

也许正是这一经验塑造了我的职业人生，我总是将相当一部分的时间和精力用于探讨法律作为一种工具如何促进自由和人性尊严。虽然我数十年来都是任教于哈佛法学院的一位宪法学教授，但我还总是坚持积极参与法律实践，并且经常性地也在法庭上代表那些在我看来成为政府权力恣意行使之受害者的个体们。我经常出现在美国最高法院，为更广义的宪法自由进行辩护。我所代理的案件涉及方方面面，例如我曾经代表过一位农场主，联邦官员以暴力威胁要求他放弃自己的财产权利，我也曾经为同性恋者的权利进行辩护，该案中的当事人因其在家庭隐私内的性选择而遭到刑事起诉。我所持有的信念是，宪法提供了一种有生命力的授权，以限制政府过度侵入普通人民之生活的能力，也正是这一信念指引我投身于有关宪法的研究、写作和思考。《看不见的宪法》正是基于这一精神而写成的，它旨在研讨建构美国宪法这部基础性文件的种种方式，其意义要远远超越了宪法文本所能表示的内容。

本书自三年前出版以来,美国宪法空间的轮廓并没有保持静止。联合公民协会诉联邦选举委员会(Citizens United v. FEC)以竞选资金改革限制了言论自由为理据,加强了对政府规制竞选资金的能力的限制;合众国诉赫林(United States v. Herring),进一步弱化了政府不得将违法获取的证据引入刑事审判的规则,这些案件象征着美国宪法一以贯之的流变性。而另一个尚在法院系统内、并且基本上确定要由我们的最高法院终结的案件,挑战了奥巴马总统所签署的健康保险改革立法,该法致力于保证所有美国人都可以获得医疗保险。总统的头号国内政策的命运很可能由最高法院的九位大法官来决定,这一事实可以表明有关美国宪法含义之辩论的核心地位,而且这种辩论将在塑造美国社会中继续具有实践意义。

虽然本书主要是关于解释美国联邦宪法的方法,我相信并且希望书中的理念可以具有在美国经验以外的相关性,同时可以启发中国或者其他国家的公民对于他们本国宪法的理解方式。毕竟,美国宪法内所包含的原则绝不是一种美国例外主义。相反,正如我在本书以及其他地方所论证的,美国宪法一方面塑造了全世界范围内的自由和法治理念,另一方面也被它们所塑造。我们只要看一下美国最高法院在罗珀诉西蒙斯(Roper v. Simmons)中的判决,在法院判定适用于未成年人的死刑是一种“残忍和非常的刑罚”,因此违宪无效时,法院的部分理由就基于世界各国对该实践异口同声的反对,从这个案件,我们就可以发现,如果要认定那些真正根本性的权利,我们可能必须将目光投向国境以外。而且,我自己也曾经有过难得的机会,参与诸如南非、捷克共和国这些国家的制宪工作,帮助他们起草他们自己的宪法——这些宪法既深深地植根于地方性的经验,也关照到其他国家(包括美国在内)的实践。

我相信,我在本书中所提出的核心观点是一种可以适用于任何成文宪法的理念:宪法的全部意义不可能仅仅通过解读宪法文本就可以

得到理解。宪法不仅仅是写在纸面上的单词序列；它是一组理念，这些理念具有自己的历史，而且建立在更加根深蒂固的原则之上，而书面文字只不过是对于这些历史和原则的不完整表达。如果人们希望赋予任何一个国家的宪法以意义和效果，他们面临的一项核心任务就是要去发现宪法的“看不见的”部分，这里是指那些不能通过文本自身得到理解、但在宪法意义上同样基本的那些内容。

我在本书内讨论了美国人在他们自己宪法内所珍视的许多权利，因为其中多种权利同样可以见之于中国宪法，我希望，本书对如何理解美国看不见的宪法的讨论可以具有一些回响。例如，两部宪法的文本都保障言论和集会自由的权利，宗教自由的权利，免于恣意搜查和逮捕的权利。但是，如此抽象和美好的理想既不可能自我执行，也不可能自我定义，而且，除非它们得到适当的解释和一以贯之的适用，否则这些权利就只能是空洞的宣示。但不幸的是，这些权利在很多时候都没有得到解释和适用。而且，即便是政府愿意服从宪法原则，而不是蔑视它们，宪法文本在许多难题上也是沉默不语的，而法院、学者和公民为了赋予宪法原则以具体内容，则必须面对宪法保持沉默的这些难题。例如，当一个人遭遇到违反宪法禁令的不合法搜查或逮捕时，宪法应当如何回应？在这类违法搜查过程中获取的犯罪活动证据是否可以进入其后的刑事审判，或者说看不见的宪法是否包括一种预防性原则，要求将这类证据排除在外，以赋予宪法权利以实效和实体内容？而关于言论自由，该权利是否真的包括一种更广义的良心自由原则，从而要求自由获取信息、并且形成知情判断的相关权利？无论这些问题的答案是什么，它们通常说来必定来自于成文文本自身外的一种渊源——也就是说，来自于我所说的“看不见的宪法”。

我确信，有关这些问题的辩论，以及在宪法解释的争议领域内出现的许多困难议题，都将在接下来很长一段时间内持续下去。但是，我希望，本书至少可以促使读者们承认宪法意义存在着看不见的部分，同时

本书可以有助于将辩论推进至我们应当如何发现看不见的宪法(而不是继续辩论是否存在看不见的宪法)。通过经济发展和政治改革,中国目前正在以惊人速度发生着改变,这使得一种富有活力的宪法权利观念更为重要,从而确保公民可以得到平等的对待,而他们的自由也不会被埋葬在变革浪潮之下!



## 开场白

就在本书即将杀青之际,我的一位年轻朋友杰里米——这是一位聪明、活泼的11岁男孩,其父母和我有着大约25年的友谊——告诉我,他正在马萨诸塞州牛顿市梅森-赖斯小学的五年级课程中学习宪法。而在他的“展示与讲述”练习课上,杰里米说他希望可以将我作为他的“展示品”带到课堂上。看起来,杰里米曾经告诉他的老师以及20来位同学,他有一位成年人朋友,将全部的时间都用来研究、写作和教授美国宪法,也曾帮助俄罗斯、南非等国家起草过它们的宪法,不时还会在联邦最高法院辩护宪法案件。问题在于,杰里米的同学们认为他不过是在编造故事。因此,杰里米希望我可以在“展示与讲述”练习课上访问他的班级,以此挽回他在同学间的声誉。我喜欢孩子,而杰里米这么一位可爱的孩子更是我的最爱,所以我不假思索地答应了他的邀请。

当我出现在杰里米的班级时,着装要远比平日在哈佛法学院上课时更加隆重,我看起来显然是一个人物,因为我遇到的几乎都是崇拜的目光。我并

不介意承认,这起初让我多少不太舒服。我的目标是“回归”——最终可以被同学们视为一个大孩子(虽然书桌早已容纳不下我)。我希望以这一方式实现一种情感的转移,将敬畏感从我本人以及我的研究对象(美国宪法)转移到探索、研究与发现的过程,我希望向这些 11 岁的孩子们证明,这些过程不只是关于科学、音乐、艺术或者棒球,也同样有关于宪法典和宪法。在我们共度的大约一个小时结束后,我收到来自杰里米和他同学们寄来的精彩手写信件(确实确实是手写,而不是电子邮件或 Word 打印件),由此看来,我已经成功。

杰里米的班级要为本班起草一部“宪法”,包括有关如何制定并且执行有关课堂行为规则的条款,但是,如果班级无法表决并且批准一套原初的规则,比如学生在课上和课间应该如何行为,违规的同学应该如何处理,家庭作业又该如何安排,等等,本班级就没有完成“制宪”。因此,我在一开始就提出问题:假使本班级尚未选定宪法的元规则——我当然没有这样称呼——这种规则应如何被制定,而又如何判定哪些规则有效,哪些规则无效。班级所起草并为多数票所批准的规则如何能“算数”。

xix 我克服了教师角色的慌张,带领全班进行了一次讨论,在那些更为基本的“宪法”基础规则得以选定之前,为什么班级成员可以自由地无视由班级所批准,甚至是全体一致批准的行为规则。这一对话将同学们逐渐引入同类的其他话题,诸如本班正在起草的“宪法”与学校规则之间的关系——以及在学校规则与牛顿市规章、马萨诸塞州宪法,以及联邦宪法之间的关系。而当对话转入后两种宪法以及它们彼此间关系时,有些学生惊讶地发现,虽然联邦宪法是最高的,但马萨诸塞州宪法却在先于联邦宪法;他们想要知道,如果我的说法是对的,在着手制定有关单个部分的有效规则前,有关整个系统的基础规则必须确定,那么又应该如何理解马萨诸塞州宪法和联邦宪法间的关系。一位学生提出关于修正基本的基础规则的问题,而在讨论了修宪程序以及制宪者有

意识设置的修宪困难后,我问同学们,他们是否知道美国宪法在诞生后的218年间总共修改过多少次。有一位学生推测,因为两个多世纪已经过去,答案应该是数百次;但是另一位孩子则得意地宣布答案是“只有26次”,因为她手头上的《宪法》只收录到第二十六修正案,这一在1971年通过的修正案保障孩子们在年满18周岁时即有权投票,这是让全班孩子感到激励的一种保障。但是,大多数人认为宪法共有二十七项修正案,最近的修正案在1789年即已提出,但直到1992年才得以通过。

让班级里的孩子们尤其着迷的是这一想法:最近的修宪条款(我用尽可能通俗的语言将之描述为关于国会议员薪俸的变化)事实上是否为美国宪法的有效组成部分,这一问题存在反复的争议。我引导同学们讨论了为什么这一争议难以解决——以及联邦宪法并没有可以决定性地解决这种争议的语言或机制。

联邦宪法的文本——“看得见”的宪法——无法回答人们关于宪法命令什么和禁止什么的全部问题,这一观念吸引了班级内的同学们。为了阐释在“美国宪法”中有着什么与宪法简约文本说些什么间的必然鸿沟,我们还讨论了其他的例证。当我离开班级时,孩子们依然渴望着继续对话。我曾担忧,不像有关第一、第二与第四修正案的解释,我对第二十七修正案的讨论会让孩子们感到枯燥、抽象以及过于技术化。我想当然地认为,孩子们盼望着多谈些宗教自由、性别歧视或者个人隐私。我不应该杞入忧天:当我读到杰里米与同学们用心写出的信件时,我发现有很多孩子认为他们觉得最有趣和最“酷”的正是宪法文本的不完全性,它必然无法回答有些基本的问题,诸如美国宪法包含着什么,又排除出什么。大多数孩子确实提到了他们发现有些未解决议题的有趣之处,比如言论自由、携带枪支的权利或政府审查他们私人短信的权力,但是,班级里几乎每一位孩子都至少提到了看起来单调乏味的第二十七修正案,并且沉浸于一个谜题:这一实体内容孩子们毫无兴趣

XX

的平淡条款,究竟是否构成美国宪法的一部分。老师曾经要求班级内的每一位学生写下我所提出的哪个议题是他们最有兴趣的,班上超出三分之二的学生都选择了第二十七修正案的宪法地位。而他们还是五年级的孩子!

从那一时刻起,我发现,我在这本关于看不见的宪法中选择提出的  
xxi 问题——绝不会让普通读者感到晦涩难解而不愿参与对话——正是那些让宪法探索如此处处有趣又如此永远迷人的东西。如果五年级的小学生——诚然是聪明的五年级学生,但无论如何都还是五年级的学生——会思考这些问题,我就不应当低估这些问题抓住各个年龄段以及各行各业之读者的能力。我将这本书献给这种对话参与的可能性。

# 目 录

开场白 / 1

## 第一部 “看得见的”与“看不见的” / 1

识别“美国宪法” / 3

区分“《美国宪法》”与“美国宪法” / 11

请记住,我们的宪法是一部“成文”宪法 / 15

司法解释先例的多元角色 / 17

“暗物质” / 24

## 第二部 论域的定义 / 25

什么是“看不见的”? / 27

并不必然是一部完美的宪法 / 36

宪法公理和宪法定理 / 38

“看不见的宪法”的政治学 / 40

本书的目标:看见“看不见的宪法” / 42

最高的法律,而不是最高的法院 / 45

美国宪法的“构造”，而不是宪法“阐释” / 50

### 第三部 超越文本的探索 / 57

“看不见的宪法”的示例 / 59

语言所表达的命令 / 64

“对折”：整体解释的规则 / 71

两种类型的超文本规范 / 74

“看不见的宪法”的阐释：法治政府 / 77

“看不见的宪法”的阐释：民有、民治、民享的  
政府 / 80

“看不见的宪法”的再阐释：中止人身保护  
令状 / 86

联邦制——以及“人民持有和携带武器的  
权利” / 92

作为主权的州？ / 95

### 第四部 自由和平等的内容与政府权力的 边界 / 99

“实体正当程序”之谜 / 101

通向平等的崎岖路 / 107

议席重新分配的革命 / 110

洛克纳与选择性“吸收” / 114

从契约自由到自治的诸形式 / 119

性结合和私人自治 / 123

维持分界线：从区域到隐私 / 128

### 第五部 看见“看不见的宪法” / 131

重现：第九修正案的解释规则 / 133

宪法“暗物质”的必然性 /	137
哥德尔不完全性定理的类比 /	140
组织起美国宪法的“暗物质” /	142
几何学的模型 /	144
时间的几何学 /	151
自由放任论者的推定? /	153
重访洛克纳的遗产 /	155
测地学的模型 /	158
地球学的模型 /	166
地质学的模型 /	174
重力学的模型 /	182
陀螺力学的模型 /	190
尾声:结论篇 /	193
索引 /	195
译后记 /	233

## 第一部 “看得见的”与“看不见的”



