

上海三联法学文库

贺卫方 主编



On Reading the Constitution

解读宪法

[美] 劳伦斯·H. 却伯 (Laurence H. Tribe) 著
迈克尔·C. 多尔夫 (Michael C. Dorf)
陈林林 储智勇 译

上海三联书店

解读宪法

ON READING THE CONSTITUTION

by LAURENCE H. TRIBE
& MICHAEL C. DORF

[美] 劳伦斯·H. 却伯 著
迈克尔·C. 多尔夫
陈林林 储智勇 译



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

解读宪法/(美)却伯,(美)多尔夫著;陈林林,储智勇译. —上海:上海三联书店,2013. 1

(上海三联法学文库)

ISBN 978-7-5426-3910-3

I. ①解… II. ①却…②多…③陈…④储… III. ①宪法—法律解释—美国 IV. ①D971. 21

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 154844 号

解读宪法

著 者/[美]劳伦斯·H. 却伯 迈克尔·C. 多尔夫

译 者/陈林林 储智勇

责任编辑/王笑红

装帧设计/豫 苏

监 制/李 敏

责任校对/张大伟

出版发行/上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

网 址/[www. sjpc1932. com](http://www.sjpc1932.com)

邮购电话/24175971

印 刷/上海肖华印务有限公司

版 次/2013 年 1 月第 2 版

印 次/2013 年 1 月第 1 次印刷

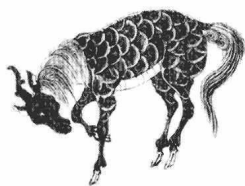
开 本/640×960 1/16

字 数/150 千字

印 张/12

书 号/ISBN 978-7-5426-3910-3/D·204

定 价/22.00 元



上海三联法学文库

文库主编
贺卫方

ON READING THE CONSTITUTION by LAURENCE H. TRIBE & MICHAEL C. DORF

Copyright: © 1991 BY THE PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE

This edition arranged with HARVARD UNIVERSITY PRESS
through BIG APPLE TUTTLE-MORI AGENCY, LABUAN, MALAYSIA.

Simplified Chinese edition copyright: © 2007 SHANGHAI JOINT PUBLISHING COMPANY

ALL RIGHTS RESERVED

版权所有 侵权必究

上海三联法学文库序

这是一套以翻译作品为主的法学丛书。关注法律出版的人们都知道，在过去的十多年间，法律翻译作品的出版差不多达到了百年来的一个高潮。无论是综合性的如“外国法律文库”（中国大百科全书出版社）、“当代法学名著译丛”（中国政法大学出版社）、“世界法学译丛”（北京大学出版社）、“世界法学名著译丛”（上海人民出版社），还是专题化的如“宪政译丛”（北京三联书店）、“宪政经典”（北京大学出版社）、“公法名著译丛”（商务印书馆），以及以国别为依据者如“美国法律文库”（中

国政法大学出版社)、“当代德国法学名著”、“法国现代法学名著译丛”(均为法律出版社),甚至某个学者自成系统者如朱苏力教授主持的“波斯纳文丛”……林林总总,蔚为大观。这种法学的大规模“进口”对于开阔学界视野、深化法律教育和学术研究以及推进法治建设的意义是不言而喻的。

不过,仔细观察,尽管数量不少,但是法律译著的选题品种却仍有其缺陷。最突出的一点是,大多是一些理论和学术色彩较重的作品。由于致力于经典、名著的引进,选材不免惟学理高深者是取,这样,那些贴近社会生活的、具有相当人文色彩的作品就不多见了。偶尔有几本也由于选目不当或翻译粗劣而不能形成气候甚至败了读者的胃口。这种情况不仅导致法学译著的读者面的狭窄,而且也会带来相当的误导,人们会以为这就是外国的法学和法律的全貌。甚至,对于那些试图打探门径、有所取益的行外学者来说,读到这样的书也往往望而生畏、如坠五里雾中。法治建设应该是一项全社会的事业,如果没有其他领域的人士和国民的广泛参与,靠法律界孤军奋战,难有成效也是必然的。

或许,这种情况与人们过多看重法学本身的科学性或专业化有关。实际上,作为一门与社会生活联系紧密的学科,法学在其演进过程中一直是与人心和人生息息相关的,而且也一直在各种不同学科的知识和方法里得到必要的滋养。虽然自古罗马开始,就出现了专门的法学家阶层,法学的专业化也意味着它与其他学科的分离,但是,斯多葛哲学在罗马人的法律思考里留下了深深的印记。按照伯尔曼的见解,基督教为西方的法律传统奠定了神学基础。作为一门以解决纠纷、塑造良好的社会秩序为目标的学问,法学一直与修辞学有着紧密的关联,甚至晚近的法律与文学运动还力倡法律就是一种文学(law as

literature), 因此要研究法律和法学中的叙事和修辞 (narrative and rhetoric in the law), 看看那些法律人是如何打着法律解释或法律推理的旗号说故事的。尽管这样的主张推到极致不免会伤害法律以及法学所追求的确定性, 不过, 它们还是提醒我们更全面地看待法学, 不要忽略这门学科浓厚的人文色彩。幸赖上海三联书店支持, 我们能够组织这样一套富于人文色彩的法学丛书, 力求在推进法学的多视角观察上有所贡献。我们会注重对于一些古典著作的挖掘, 以全面地展现不同历史时期法学发展的重要篇章。为了便利当代读者理解这些经典著作之于今天的意义, 当代学者对于古典著作所作的研究也是丛书选题的重点。我们将着重挑选一些有助于读者理解法治得以孕育和成长的社会文化环境的作品, 例如研究最早将法学作为大学教授对象的博洛尼亚大学、英国律师会馆 (Inns of Court) 这样独具特色的法律教育机构的著作等。另外, 著名法学家的传记最能够帮助我们理解那些法律人的心灵、情感和周遭环境, 及其与特定学说和思想之间的关联, 自然也是我们选题的侧重点。总之, 一方面注重过去相对边缘化的人文取向的作品, 追求丛书的独特性; 另一方面, 也保持相当的开放性, 兼容并包, 让丛书成为一个持续生长的百花园。开放性也意味着尽管在起始阶段以译著为主, 不过在风格旨趣上相近的自家学人著作也是我们所乐于收入的。

上海三联书店一贯注重出版物的品质, 包括翻译作品的质量。近年来法律译著行情看好, 不少出版社竞相出版, 一些不具翻译能力的人士也率尔操觚, 个别译著甚至误译连篇, 可以不夸张地说构成了对原著的践踏。令人欣慰的是, 这套丛书筹划之初便得到了法学界一些翻译高手的支持, 尤其是几位虽然年轻却有着翻译上喜人成就的学者, 他们的加盟为这套丛书的

品质提供了坚实的保证。

自己虽然有过一些翻译的经验，也曾参与过一些丛书的组织，不过由于能力和视野上的局限，主持这样一套丛书还是有些诚惶诚恐。很希望学界先进能够不吝赐教，提供选题建议，对于已经出版的作品提出批评，从而让这样的文化事业获得光大的动力。

贺卫方

2005年12月10日

致

谢

本书基本源自两篇先前的作品。第一篇是“论解读宪法”(On reading the Constitution), 曾发表在1988年的《犹他法律评论》(*Utah Law Review*)上。该文源自劳伦斯·却伯1986年12月在犹他大学所做的坦纳系列讲座, 不过稍微作了修改。它提供了本书一、二两章内容的基础。第三至五章则源自“权利定义中的不同层次的概括度”(Levels of Generality in the Definition of Rights)一文, 该文是我们俩最近的合作作品, 它最初发表在1990年秋季出版的《芝加哥法律评论》(*Chicago Law Review*)上。

2 解读宪法

我们衷心感谢几位极有才干之人的杰出工作。肯·切瑟布鲁 (Ken Chesebro) 帮助将坦纳讲座的讲义修改成了《犹他法律评论》上的文章。在为了本书而更新、修订该文的过程中, 肖恩·马丁 (Shawn Martin) 和朱利斯·吉纳科夫斯基 (Julius Genachowski) 都在研究和分析方面提供了非常宝贵的帮助。在本书讨论的每一个主题上, 罗伯特·费希尔 (Robert Fisher) 和贝拉克·奥巴马 (Barack Obama) 都对我们的思考产生了实质性的影响。在形成本书的各个阶段中, 谢里·科尔伯 (Sherry Colb)、马修·克里格 (Matthew Kreeger) 和彼得·鲁宾 (Peter Rubin) 都提供了有益的建议 (尤其是对迈克尔·多尔夫来说)。

我们还想对5年来却伯所授宪法课上的所有哈佛法学院学生的见识致以谢意, 尤其是要感谢那些参与隐私权课程和1990年春季高级宪法研讨班的学生。

最后, 我们要感谢埃达·唐纳德 (Aida Donald) 和哈佛大学出版社的耐心和协作。

目 录

001	致 谢
001	导 论
009	第一章 如何避免误读宪法
043	第二章 建构关于宪法的会谈
090	第三章 权利界定中的司法价值选择
114	第四章 从其他学科寻求指引：法律、文学 与数学
137	第五章 将宪法重构为解读者的指南
166	案例索引
173	一般索引
182	后 记

导 论

在 1984 年圣地亚哥大学所做的一次 1
讲演中，美国联邦最高法院大法官斯蒂文
斯（Stevens）说：“合众国宪法是一份
神秘难懂的（mysterious）文件。”〔1〕斯
蒂文斯大法官为何持有这种观点？挑剔挖
苦者会推测，斯蒂文斯作为最高法院的一
名大法官，这样说是为了增进自己的权
限。毕竟，如果宪法真的神秘难懂，如果
它是用神音和谜语表述的，*那么外行人

〔1〕 John Paul Stevens, “Judicial Restraint”, *San Diego Review*, 22
(May June 1985), 437.

* 原文为 if it speaks in tongues and riddles, 其中 speak in tongues 出自《新约·使徒行传》，意指“按圣灵所赐的口才说别国的（特殊的）语言”。此处为行文方便，姑且意译为“神音”。——译者注

2 解读宪法

想要搞清楚宪法的内涵，就必须寻求主教们的指示。然则除了最高法院的那些大法官，谁还会是宪法解释领域的主教呢？

不过，我们没有理由将这种动机加诸斯蒂文斯大法官身上，他在履行司法职责过程中表现出来的温和节制，看上去非常真实可信。因而，宪法是否的确属于真正意义上的“神秘难懂”，看来值得追问。迈克尔·坎门在其杰出的社会史著作《一台会自行运作的机器》中，探讨了有关宪法的一种神秘性。坎门提到，尽管制宪者们当时希望宪法能够平易近人，但综观我们国家的大部分历史，宪法已经被推崇得更像一件用来膜拜的圣物，而不是一份用于阅读和解释的文件。〔2〕

- 的确，在我们完成这本小书之际，眼下发生的一些事情就为坎门指出的那个悖论提供了突出的例证。我们都记得老布什总统提议的宪法修正案所引发的争议，该修正案准许联邦政府和州政府对那些“褻渎”美国国旗的人施加刑事处罚。这项提议是对联邦最高法院在1989和1990年所做的一些裁决的反应。我们赞同那些裁决，它们规定焚烧国旗是政治性言论自由的一种表现形式，而这种言论自由受到宪法第一修正案的保护。〔3〕

或许有人认为，布什修正案的反对者会强调：通过修订方式增补了这种条款的宪法，在品质上要低于现有的宪法。譬如说，地方上和这个国家的大多数民众都会发现，所有受宪法保护的政治性言论自由的表现形式皆存在侵犯性，在此仅举纳粹分子的政治性集会、将女性描写成玩物的色情作品、种族主义

〔2〕 Michael Kammen, *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture* (New York: Knopf, 1986), p.3.

〔3〕 *Texas v. Johnson*, 109 S. Ct. 2533 (1989); *United States v. Eichman*, 110 S. Ct. 2404 (1990).

言论为例。但是，为何在所有这些表现形式中，只有焚烧国旗应受处罚，其依据是完全不明了的。此外，若要全面实施禁止亵渎国旗的法规，在操作层面也会遇到一些实际困难。假如某人焚烧了一张画有国旗的图片，或者焚烧了一面只有 49 颗星的国旗，那又该如何处置他呢？

上述观点在新闻媒体和其他地方都出现过。不过，因为公开支持官方容忍焚烧国旗，被公认为是一种政治自戕，所以众议院否决布什修正案的一个主要理由是与此有别的。这个理由是：我们不能篡改《权利法案》。来自科罗拉多州的众议员戴维·斯卡格斯（David Skaggs）提出：“若撇开《权利法案》处置此事，则谁能担保一旦口子打开（原文如此），不会导致连锁反应呢？”〔4〕通过诉诸周知的《权利法案》的不可侵犯性，提案的反对者们充分运用了那个独一无二的政治崇拜物——那本神秘的宪法，以般配国旗的象征地位。

本书集中探讨的问题，是围绕着宪法的神秘性的一个起因：在宪法如何指示的问题上，不同的阅读者是如何得出如此大相径庭的结论的？例如在 1990 年 6 月的某一天，联邦最高法院判决了两个涉及堕胎的案子，〔5〕一个关于自主死亡权的案件。〔6〕其中两件案子都是以 1 票的微弱优势做出判决的。事实上，联邦最高法院在 1990 年听审的 129 件案子中，有 37

〔4〕 “Constitutional Amendment to Bar Flag Burning Fails in House”, *New York Times*, June 22, 1990, p.A14, col. 5. See also. “Senate Rejects New Move to Outlaw Flag Burning”, *New York Times*, June 27, 1990, p. B6, col. 4.

〔5〕 *Ohio v. Akron Center for Reproductive Health*, 110 S. Ct. 2972 (1990); *Hodgson v. Minnesota*, 110 S. Ct. 2926 (1990).

〔6〕 *Cruzan v. Missouri Department of Health*, 110 S. Ct. 2841 (1990).

件案子的表决结果呈5:4的分立态势。^{〔7〕}当生命和死亡这样重大的事项,皆取决于一位并非民选的大法官对一份神秘文件所做的解释时,就很有必要对这种神秘性进行解密。

- 3 另一种提出该问题的方式是设问:对宪法进行“解读”(read)意味着什么?当我们“解释”(interpret)这份宪法时,我们又在做些什么?在应当“如何”解释宪法的问题上,为何会存在如此之多的争论?尤其是,为何如此之多的这种争论,在今日已不再局限于学术圈和职业阶层,它如此受公众的关注,以至于成为了电台晚间新闻和报纸头版的主要内容?

在1987年,当国会对罗伯特·博克法官任联邦最高法院大法官的提名进行听证时,这种争论达到了一种白热化的程度。虽然一些反对者故意歪曲了博克法官的履历,^{〔8〕}但参议院搁置这项提名的主要原因,却是因为他们反对博克法官所持的一个信念:寻求制宪者的“原意”(original intent),是惟一正确的宪法解释方法。^{〔9〕}“制宪者的意图应当左右我们今日对宪法的解读”这一主张,也是本书论说的主题之一。

当然,应当如何解读宪法这一问题存在普遍的分歧。对联邦最高法院焚烧国旗判例的热衷关注,以及对博克提名的争论,只是最近的几个事例而已。联邦最高法院在1960年代就是否可以在学校里做祷告所下的几个判决,在1973年就堕胎所下的判决,及其在1980年代中期对上述争议性判决的再次

〔7〕 Linda Greenhouse, “A Divided Supreme Court Ends the Term with a Bang”, *New York Times*, July 1, 1990, p. E3.

〔8〕 See Robert Bork, *The Tempting of America* (New York: The Free Press, 1989), pp. 281-293.

〔9〕 See Ethan Bronner, *Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America* (New York: W. W. Norton, 1989).

肯定，在多方面激起许多评论家批评法院对宪法所做的解释。^[10]但联邦最高法院近来所做的限缩法院先前承认的堕胎权的裁决，以及质疑某些“纠偏行动”(affirmative action)措施之合宪性的裁决，同样招致了另外一些评论家的批评。^[11]的确，就本世纪的大部分时间而言，如此批评法院已成为了一种成规，而非例外。公众对20世纪早期最高法院的自由放任主义(laissez-faire)裁决的异议，以及最高法院在进入1930年代后对新政关键性措施的否决，在当年极大地激起民众抨击法院。^[12]数十年后，因为关于种族隔离和重新分配立法机关席位的判决无法获得普遍认同，沃伦法院所持的法律理论(jurisprudence)同样招致了激烈的批评。^[13]但到了1980年代末期，公开争论的程度和气氛到达了一个新高点。自从罗斯福在1936年总统选举时口头攻击“那九个老男人”以来，如此持续和如此激烈的争论还是闻所未闻。

本书将郑重地对待这种争执，而不是简单地视其为拒绝认 4

[10] *Abington School Dis. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); and *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962) (关于学校里是否可以做祷告); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (关于堕胎). 最高法院对自身立场的重申，参见 *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985)(学校祷告); *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986), and *Akron v. Akron center for Reproductive Health Services, Inc.*, 462 U.S. 416 (1983) (堕胎).

[11] See *Webster v. Reproductive Health Services*, 109 S. Ct. 3040 (1989); *Ohio and Minnesota cases* (堕胎); *Richmond v. J. A. Croson Co.*, 109 S. Ct. 706 (1989) (纠偏行动).

[12] See Laurence Tribe, *American Constitutional Law*, 2nd ed. (Mineola, N. Y. : Foundation Press, 1988), S 8-6, p.580.

[13] *Ibid.*, S13-7, p.1074, and S13-8, p.1076 (重新分配议席); S16-18, p.1488 (种族隔离).

同法院对具体事务之影响的一种托词,或纯粹是反对这项或那项司法提名的一个借口——尽管从某种角度来看争执不外乎是某一方的利益最近受到了损害。这种实质性分歧在将评论家们推至公共场合时起了重要作用,当然承认这一点,并不意味着分歧的具体内容就可不予置辩。对于如何解释宪法,存在确凿无疑的争执。从这一前提出发,我们尝试去廓清这种争执是由哪些部分组成的。

本书的主要目的之一,是对解读宪法的过程进行“去神秘化”(demystify)。无疑,鉴于“破”易“立”难、“解构”容易“建构”难,我们的开篇方式,是在第一章考察几种并非真正在解读那份文件的方法。在第二章中我们思考,假如我们拥有的关于宪法不是什么的知识,是否能为宪法“规定了什么”这一问题提供任何指示?我们的结论是肯定的,同时,我们向那些因职责要求而解读宪法以保护基本自由的人,提供了一个概略的方法。

在第三章中,我们探讨了现代众多宪法性事案中的争议来源,我们称这个源头为“不同层次的概括度(levels of generality,一般性的不同层次)”问题。这个问题就是:任何形式的行为,当用纯粹的概括性术语进行描述后,真的就能够成为宪法和最高法院判例所保护的“自由”的一部分吗?大法官们又是如何在不同的概括度中做出抉择,并避免独断推行自己的价值偏好?对于这个棘手的问题,我们给出了一个不完整的答案。在给出答案之前,我们在第四章中停下来把眼光放到了法律以外,思考为何对宪法的解读是如此的与众不同。解读宪法和读一本小说有何不同?书写一份法律意见和列出一个数学证明过程,又存在多大的差别?

最后,我们转入第五章讨论斯卡里亚(Scalia)大法官在