



Beihang Law Journal

北航法学

2015年第1卷

翟志勇/主编



中国政法大学出版社



Beihang Law Journal

北航法学

2015年第1卷

翟志勇/主编



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

北航法学. 2015年. 第1卷/翟志勇主编. —北京:中国政法大学出版社, 2015. 11

ISBN 978-7-5620-6510-4

I. ①北… II. ①翟… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第285851号

- | | |
|-----|---|
| 书 名 | 北航法学 (2015 年第 1 卷)
Beihang Faxue 2015 Nian Di 1 Juan |
| 出版者 | 中国政法大学出版社 |
| 地 址 | 北京市海淀区西土城路 25 号 |
| 邮 箱 | fadapress@163.com |
| 网 址 | http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) |
| 电 话 | 010-58908435 (第一编辑部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印业有限公司 |
| 开 本 | 650mm×960mm 1/16 |
| 印 张 | 12.75 |
| 字 数 | 213 千字 |
| 版 次 | 2015 年 11 月第 1 版 |
| 印 次 | 2015 年 11 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 30.00 元 |

主 办：北京航空航天大学法学院

学术委员会：

孙新强 龙卫球 郑丽萍 高全喜

刘保玉 肖建华 付翠英 赵 明

郑显文 孙国瑞 任自力 姚中秋

主 任：龙卫球

编辑委员会：

初殿清 康子兴 泮伟江 田飞龙

王天凡 王永茜 余盛峰 翟志勇

主 任：泮伟江 翟志勇

本卷主编：翟志勇

前言

FOREWORD



这是一个成文宪法的时代，任何不成文宪法的研究，都无法回避成文宪法的主导性。无可否认的是，宪法文本之外的习俗、惯例及其他规范对于政治权力的运作以及公民权利的保护，确实起到重要作用，但任何一个现代国家的宪法主体一定是由成文的宪法规则支撑起来的，无论这些成文的规则是否名叫宪法。不成文的习俗和惯例仅仅能够在成文宪法规则之外的有限空间内运作，并且受到成文宪法规则的制约，否则成文宪法便是一纸具文或徒有虚名。因此，不成文宪法研究的核心并不在于那些真正不成文的习俗和惯例，而是成文宪法的实际运作及其与成文或不成文规则之间错综复杂的互动关系。

在成文宪法之外研究不成文宪法，并非英国特有的传统，这是成文宪法时代普遍的学术趋势，成文宪法的开创者也在所难免。美国一直存在着研究不成文宪法（或者说高级法、基本法）的学术传统，早期的经典研究如 Christopher G. Tiedman, *The Unwritten Constitution of the United States: A Philosophical Inquiry into the Fundamentals of American Constitutional Law* (New York: G. P. Putnam's Sons, 1890); Emlin McClain, "Unwritten Constitutions in the United States", *Harvard Law Review* (Vol. 15, No. 7, 1902, pp. 531 ~ 540), William B. Munro, *The Makers of the Unwritten Constitution* (New York: The Macmillan Co., 1930)。近些年的重要研究如戴维·斯特劳斯的《活的宪法》（毕洪海译，中国政法大学出版社2012年版）、劳伦斯·却伯的《看不见的宪法》（田雷译，法律出版社2011年版）、阿希尔·

里德·阿玛的《美国的不成文宪法》(America's Unwritten Constitution: The Precedents and Principle We Live By, New York: Basic Books, 2012)。这些研究所揭示出来的成文宪法时代的不成文宪法,比起英国的不成文宪法来,对中国的宪法学研究具有更大的意义。但是,无论英国还是美国,任何有关不成文宪法的研究,必须置于历史的脉络中,如此才能呈现出不成文宪法在不断流变的观念中的本质属性和特征,从而避免一家之言遮蔽了我们发现真理的眼睛。

本卷由两个主题构成,第一个主题集中关注不成文宪法问题,主要是美国的不成文宪法的源流及其内涵,特别是成文宪法与不成文宪法之间的互动关系。同时,也关注了英国不成文宪法得以生成的理论和制度基础,特别是议会主权与不成文宪法之间的内在勾连。本卷第二个主题是哈贝马斯有关欧洲宪法的思考,如果我们以英国不成文宪法的传统概念观之,欧盟当下正处于不成文宪法阶段,欧盟试图创制一部成文宪法,但诸多的原因使得这一构想始终未能兑现,欧盟一系列的宪法性条约和协议实际上构成了欧盟的不成文宪法,也在创造着一种新的宪法范式,这种新的宪法范式将介于国际条约和传统的主权国家宪法之间,需要我们认真对待。因此,我们接续哈贝马斯的思考,审视一种生成中的不成文宪法状态及其未来的走向,特别是其在新的政治秩序构建过程中的作用 and 意义。

翟志勇
2015 年 10 月

目 录

CONTENTS



主题研究：不成文宪法

- 托马斯·格雷：我们是否有一部不成文宪法？ 田雷 译 / 3
- 苏珊娜·谢里：国父的不成文宪法 都督 译 / 20
- 厄内斯特·A. 扬：宪法之外的宪法 费娜 译 / 65
- 埃姆琳·麦克莱恩：美国的不成文宪法 孙超然 译 / 126
- 巴普洛夫·埃勒费瑞阿迪斯：议会主权与宪法 马允 译 / 134

主题书评：哈贝马斯《关于欧洲宪法的思考》

- 再评哈贝马斯的欧洲宪法论 周林刚 / 167
- 没有国家的宪法
- 评哈贝马斯《关于欧洲宪法的思考》 刘 刚 / 176
- 世界主义宪法的政治构想 许小亮 / 182
- 《关于欧洲宪法的思考》之精神背景 张绍欣 / 190

主题研究



不成文宪法

我们是否有一部不成文宪法？*



托马斯·格雷 著 田雷 译**

在审查法律的合宪性时，我们的法官是应当自我设限，仅决定相关法律是否与源自于成文宪法典的规范存在冲突？还是说，他们可以去执行自由和正义的原则，即便这些原则的规范性内容并未见之于美国建国文件的文本范围内？除却司法审查本身的正当性问题，这很可能是关于我们的根本法、我们所能提出的最根本的问题。

一、纯粹解释模式

多年以来，这一最根本的问题并未太吸引宪法学者或者法院、法官群体的直接关注，当然至少有一个重要的例外，此例外就是布莱克大法官（Hugo Black）。终其漫长而成就斐然的法官生涯，布莱克大法官在其宪法理论中最坚持不断重申的主题就是，法官在司法审查时应保持对宪法文本的忠诚，如果宪法学说未能基于成文宪法之明文命令的渊源，就是不正当的。^{〔1〕}

现在看来，作为对布莱克大法官之成就的一种盖棺论定式的承认，他关于宪法裁决的法理论述可能正在重返光荣。过去数年间，杰出的宪法评论者已经开始回应布莱克大法官的核心命题，他们运用基本上在前一代学术共同体内闻所未闻的话语，批评宪法发展。

* 原刊 *Stanford Law Review*, Vol. 27, No. 3 (Feb., 1975), pp. 703 ~ 718。

** 托马斯·格雷，时任斯坦福大学法学教授。田雷，重庆大学人文社会科学高等研究院副教授。

〔1〕 参见 *In re Winship*, 397 U. S. 358, 377 (1970)（布莱克大法官的反对意见）；*Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 507 (1965)（布莱克大法官的反对意见）；*Rochin v. California*, 342 U. S. 165, 174 (1952)（布莱克大法官的同意意见）；*Adamson v. California*, 332 U. S. 46, 68 (1947)（布莱克大法官的反对意见）。

这种批判集中围绕着平等保护学说的新“根本利益”路径,以及在家庭和性事务中所出现的放任自由的私隐权(right of privacy)。我在本文中所要关注的批评进路,所主张的并不是以上新学说在政策上的不当,或者认为它们缺少内部的体系化或原则性的表述——凡此种种,都是当代宪法评论司空见惯的主题。准确地说,这一波批评所努力证明的是,宪法的新发展所基于的原则,并非根源于对成文宪法进行文本解释的常规过程,因此,它们代表着一种完全不正当的司法审查模式。

这也是在布莱克大法官的宪法理论中反复唱响的批判路线。当联邦首席检察官博克还只是一位学院教授时,就曾对此主题作出过最强有力的阐释:

联邦最高法院对“基本价值”的选择不可能得到正当证成。如果宪法材料并未明文指示出更优先的价值,就不存在任何原则性的方法,可以去优选某种得到主张的人类价值,而不是任何其他价值。法官必须紧紧围绕着文本和历史以及它们的合理含义,而不是去杜撰新权利。^[1]

博克称之为宪法原则的“中立推演”的要求,并且明确表示,他认为此要求是对二十世纪五六十年代曾激辩的宪法原则“中立适用”要求的补充。^[2]

汉斯·林德教授曾著文评论并延伸讨论了这场为人所共知的“中立原则”辩论,他同样力主重新回到宪法文本的命令,以此为司法审查的唯一正当基础:

我们的民族在一个先前时间形成并且在宪法文本内写入一个决定,而法院的职责开始、同时也终结于确定这个决定在当下的范围和意义……

本文所要引用的这一晚近趋势的最近例证——虽然并非所能引用的最近例证——是约翰·伊莱教授对最高法院近期的堕胎案判决的严厉批判。^[3]伊莱教授声称,堕胎案判决所基于的“私隐”权利,无法通过任何可能的阐释或解释技艺追溯至宪法文本,因此,最高法院已经违反了其“将判决根据追溯至它所获得权威的宪章的义务”。伊莱教授接着指出:

[1] Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1, 8 (1971).

[2] Bork, *Neutral Principles and Some First Amendment Problems*, 47 IND. L. J. 1, 7 (1971).

[3] *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179 (1973).

一项中立且长久的原则可能是一种美，一种永远的喜悦。但是，如果它与美国宪法所具体标出的各项价值不存在关联，它就不是一项宪法原则，最高法院也没有职责去实施该原则。^{〔1〕}

伊莱教授在论述中还认定，博克和林德的文章“主张了本文所主张的宪法裁决理念”。^{〔2〕}

我并不认为，由上述评论者所勾勒出的宪法裁决概念，足以涵盖正当的司法审查的全部范围。在我看来，法院确实适当地适用了在宪法文本中未曾表达的价值，并且在决定立法的合宪性时适当地适用了它们。

在我看来，该理念是一种隐蔽的基础，在其之上生长着法院在过去一代所发展出的相当一部分宪法学说。但问题是该理念太过隐蔽。它既没有清楚的表述，也没有得到明晰的辩护，而基本的宪法学说却应当如此。就此而言，反方的一般性观点也未得到充分的理论陈述和辩护——唯一例外就是布莱克大法官。不幸的是，以宪法为业的职业世界并没有给布莱克大法官的理论立场以其所应有的认真对待。很有可能，职业界存在着一种相当强势的趋向，认为伟大的布莱克大法官不过是一位守旧老派和头脑简单的乡村律师，他有着合理的直觉以及对具体议题的敏锐嗅觉，但欠缺任何可主张的法理教养。

如果博克、林德、伊莱诸先生的文章标志着一种重要趋向的出现——而我相信事实很可能如此——这一基本的理论议题就将浮现出来，进入学者的议程。这些批评者当然不是未涉世事或过时落伍的法律学徒。

事实就是，这些批评者和布莱克大法官所共有的宪法裁决观念，具有强大的说服力和理论的简约之美。该观念深深植根于我们的历史以及我们共有的政治正当性原则中。而它在我们的形式宪法内也有同样深厚的根基；不要忘记，正是基于这一理论，美国法院才在马伯里诉麦迪逊案^{〔3〕}中建立起司法审查的制度。

〔1〕 Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920, 949 (1973) (脚注省略)。

〔2〕 Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920, 第947页注147。但是，伊莱教授并不同意博克对沃伦法院的诸多批评。另有一些近期的宪法学评论，博克—伊莱—林德的观点得到表达或隐含表达，可参见 Epstein, *Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases*, 1973 SUP. CT. REV. 159; Winter, *Poverty, Economic Equality, and the Equal Protection Clause*, 1972 SUP. CT. REV. 41。

〔3〕 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803)。

该理论的主要德性在于：它既支持了司法审查，同时又回答了其实践是不民主的指控。根据纯粹解释的模式（下文称纯粹解释模式或解释模式），每当法院推翻一部民主立法或实践，认定其违宪时，法院总是可以如此回应因此引发的公共谴责：“行事的并不是我们法官——而是你们人民。”人民已经选择了该立法或实践所违反的原则，指定该原则为基本的，并将此基本原则写入了供法官解释和适用的宪法文本。解释人民的命令，此任务不可能总是简单的或机械的；如果用“机械法哲学”的标签去指控布莱克大法官或其战友，是没有正当理据的。但是，该任务基本上仍是一种解释，即将已确定且有约束力的规范适用于新的事实。^{〔1〕}

二、超越解释

我的司法审查观位于纯粹解释模式的对立面，而且，在我看来，这种相对立的观念隐藏在法院所发展的相当一部分宪法之中，该观念并不否认美国宪法是一部成文法典，其文件表达了一些明文的、确定的对政府权力的约束。它也并不否认：司法审查的部分职责就是要让这些明文指令在现实中生效。

这是对司法审查的扩展版认识，它与纯粹解释模式的分歧之处即在于——它承认法院尚有其附加角色：法院是有关个人自由和公平对待的民族基本理念的阐释者，即便这些理念的实体内容并没有作为实证法内容写入成文宪法。同时，还要一道承认的是，美国法院要担当起如此设定的角色，较之于纯粹解释模式分配给法院的角色，更难以进行正当性的证成。有人会问，为什么法院比起政治问责型的人民代表，更有能力去辨识和表达基本的民族理念？而且有些人也会回忆起勒尼德·汉德的评论，他认为“一群柏拉图卫士的统治是最恐怖无趣的，即便是我知道

〔1〕 纯粹解释模式不应当混同为宪法解释中的文本主义（*literalism*），尤其是“狭义”或“偏狭”的文本主义。解释模式，至少在其复杂的阐释者的论述中，必定认识到，在确定宪法规范时，法院可以超越时常晦暗不明的文本，而进入文本背后的目的。规范性的推理不仅可以起始于明文的命令，还可以基于沉默和遗漏、结构和关系。因此，在我看来，查尔斯·布莱克教授所描述的那种宪法推理并不必然是超越解释模式的，参见 Charles Black, *Structure and Relationship in Constitutional Law* (1969)。

真正将纯粹解释模式的主张者区别开来的是，该模式坚持认为，宪法裁判中所用的规范必须是那些可从文本推导出来的规范——美国宪法绝不能被解释为授权法院去表达和适用那些未经制宪者明确或隐含表达的当下规范。

如何去选择他们，而事实却是我并不知道”。〔1〕

这些严重的困难无疑可以解释——但却并未为之提供托辞——无论在我国历史上，还是在当下，美国法院在论证裁决结果时，为何更愿意诉诸模糊的立法史和对宪法语言的扭曲解读？即便是阐释那些并不见于宪法文本的当代道德和政治理念可以更好地证成案件裁决。当然，法院的这一趋向绝非有助于确立起非解释型司法审查的正当性。事实上，就事论事的话，它更有可能确证起对立的反面；既然法官更愿意诉诸低劣的解释，而不是去诚实地阐释根深蒂固的不成文理念，这必定是因为法官认为后一种决策模式的正当性是存疑的。

但是，低劣的历史、文本分析的趋势并非单独存在着。法院并不只是偷偷摸摸地实施着不成文的理念和价值。事实上，在很大一部分法院的重要宪法判决中，法院的行为模式是公开非解释的。如果这一断言初听起来令人惊讶，这很可能部分是因为我们美国法学院教授宪法的方式。

在宪法课的学术讲授中，司法审查的正当性这一普遍问题，主要是通过马伯里诉麦迪逊的媒介而得到处理的。学生们研讨首席大法官马歇尔为司法审查所进行的论证，很有可能还将马歇尔的论述与此后法官或评论者的一些反向论证进行对比。讨论最终会落脚在这一点上，无论这些论证在原初意义上有多少正当根据，历史的发展已经坚定地站在司法审查这一边。自此后，有关司法审查的辩论，所关注的问题只是司法审查应当多么“能动”或者多么“节制”。而所谓司法审查，也总是被假定为由马伯里案确立和证成的那种单一的一元化实践。

我认为这是一种严重误导的论述方式。马伯里案所辩护的（而其诋毁者攻击的）是本文所称的司法审查的纯粹解释模式。马伯里案自身涉及的是对一项技术性的宪法明文条款的细致解释，根据常规性的语言分析，可认定该条款与一部制定法存在冲突。一般意义上对司法审查的证成，所运用的语言都是对应于马伯里案类型的。马歇尔首席大法官的重点落在了美国宪法的**成文形式**（*writtenness*），以及成文宪法在与普通法律存在明确冲突的情形中前者的最高性。〔2〕马歇尔所设想的启发式例

〔1〕 L. Hand, *The Bill of Rights*, 73 (1958).

〔2〕 5 U.S. (1 Cranch) 137, 176~178 (1803). 虽然马歇尔的论证展开于纯粹解释型的司法审查事例，基础的原则——亦即法院必须首先选择宪法而非普通法律——本身却无法见于宪法文本或由文本轻易推演而出。尽管如此，该原则的论证看起来仍存在于解释模式的范围内，所基于的是制宪者采取一部成文宪法可推出的意图。

证,无一例外地包括了在假想(且现实中不可能发生)的制定法和特别明确的宪法命令之间的明显冲突。^[1]

所有这些都让马伯里案成为一例最非典型的宪法案件,而对于那种在我国历史上意义重大但却聚讼纷纭的司法审查类型,从斯考特案^[2]到法定货币案^[3]、洛克纳案、^[4]卡特煤矿案,^[5]再到布朗诉教育委员会案,^[6]巴克诉卡尔案,^[7]最后是我们今时今日的死刑案^[8]和堕胎案^[9],马伯里案也只是一个不适当的范式。在诸如此类的宪法案件中,宪法文本的引用和分析仅居次要地位。决策的主导规范是那些有关政府结构和个人权利的一般性理念,后者在成文宪法内最多只是一带而过,它们的内容基本未有具体的规定——诸如二元联邦制、赋权、公正程序、法律面前的平等。

这是一种不同类型的司法审查,其正当性的问题在马伯里诉麦迪逊的论述中并未得到讨论,更不必说由此作出结论。如要进入该问题,我们最好是去考察蔡斯大法官和埃尔德尔大法官在卡尔德诉布尔案中的辩论。^[10]而如果想要再去领略约翰·马歇尔那无与伦比的修辞,弗莱切诉

[1] 例如,马歇尔修辞地提问,法院是否应当执行一部向某州出口施加关税的制定法,或者一部追溯既往的法律或者人身惩罚法案。Id. at 179.

[2] *Dred Scott v. Sanford*, 60 U. S. (19 How.) 393 (1857).

[3] 79 U. S. (12 Wall.) 457, (1871).

[4] *Lochner v. New York*, 198 U. S. 45 (1905).

[5] *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U. S. 238 (1936).

[6] 347 U. S. 483 (1954).

[7] 369 U. S. 186 (1962).

[8] *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238 (1972).

[9] *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179 (1973).

[10] 3 U. S. (3 Dall.) 386 (1798). 蔡斯:“我不可能同意一个州立机关的无所不能,或者它是绝对的、不受控制的,虽然其权力不应当为该州的宪法或基本法所明确限制……我们的自由共和政府中存在着某些关键的原则,它们将决定并且否定我们对立法权力明确且公然地滥用……” 3 U. S. (3 Dall.), 第387~388页(多数意见)。

埃尔德尔:“诚然,有些投机的法官已经判定,一部违反自然正义的立法法案本身必定是无效的,但是我不可想象,在这种政府下,任何司法法院有权去做如此的宣告……自然正义的诸理念并不受控于任何确定的标准;最有能力而且忠厚的人们在此问题上也有分歧;而在此种情形内,法院所能适当主张的最多只是,立法机关具有一种平等的意见权利,现它已经通过了一部法案,而在法官的意见中,该法案是不符合自然正义的抽象原则的。” 3 U. S. (3 Dall.) 第398~399页(同意意见)。

佩克案提供了一个绝好的例证。^[1]在该案中，佐治亚州的立法被推翻，所基于的是两项不同的理据。第一项理据是对契约条款的扭曲解释，其脆弱性比得上沃伦法院一些更糟糕的解释工作。第二项理由表达在最高法院的结论中，即立法违反了“为我们的自由制度所共享的一般性原则”——具体而言就是已赋予的权利不可侵犯的原则。^[2]在弗莱切案中，显然欠缺一份反对意见，主张赋权原则在宪法文本中无处可觅。事实上，弗莱切案的另一份意见书——约翰逊大法官的意见——基于“一般性原则”的根据，表达了对判决结果的同意，但是却不承认对契约条款的扭曲解读。^[3]

在弗莱切案和当代大多数司法审查之间，有着惊人的相似。现如今，联邦最高法院在法律形式上会引用美国宪法典内庄严的概括性条款，典型的如正当程序条款或平等保护条款，以之为法院判决的文本基础。而即便这一具体的条款定向（specificity）也并不总是对我们的允诺。正因此，我们会被告知，宪法上的“旅行权利”，最高法院“从未曾将此权利的根据归结至……某一特定的宪法条款”。^[4]而在堕胎案中，最高法院为“私隐权”所披上的文本外衣也是捉襟见肘的：

这一私隐的权利，无论它是如我们所感觉的那样，可见于第十四修正案的个人自由及其对州行为的限制的概念中，还是如地区法院所判定的，存在于第九修正案为人民所保留的权利中，其范围都足以容纳一位妇女决定是否中止怀孕的权利。^[5]

现在应当看清，在此类案件中，最高法院在论证其用以废止立法的实体原则的内容时，公然地放弃了以宪法文本作为根据。在这一问题上，堕胎案中，法院对第九修正案和正当程序条款的双重依赖是有指导意义的。第九修正案从文本表面看并没有实体内容。^[6]它毋宁是一件发

[1] 10 U. S. (6 Cranch) 87 (1810).

[2] 10 U. S. (6 Cranch) 87 (1810)，第139页。

[3] 10 U. S. (6 Cranch) 87 (1810)，第143页（部分同意意见）。

[4] *Shapiro v. Thompson*, 394 U. S. 618, 630 (1969)（脚注省略）。

[5] *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 153 (1973)。虚假解释的研究者可能会争论，究竟是法院在堕胎案中的表述，还是在格里斯沃德诉康涅狄格州案中通过《权利法案》的“放射”和“伴影”的著名推理，在美学意义上更为可取。*Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479 (1965)。

[6] “本宪法内对特定权利的列举，不应被解释为否定或限制了由人民所保留的其他权利。”戈德伯格大法官曾在格里斯沃德诉康涅狄格州案中分析了第九修正案作为宪法权利的一种“来源”的作用及其限度，参见 *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. at 486（同意意见）。

给宪法决策者的许可证,授权其超越宪法文本的实体命令,而去保护在文本内没有表达的根本权利。而至少在堕胎案中,正当程序条款也是以同样的方式被运用的。

我们的实体宪法学说有很大一部分都是这一类型的。虽然学说的出现是“基于”宪法文本的只言片语,但法院并未援引文本作为判决案件的价值或原则的根据。事实上,宽泛的文本条款被视为正当性的根源,法院可以以此发展和阐释共享的基本民族价值。而这些价值可以被视为人类社会秩序永恒和普遍的特征——自然法原则——这是它们在 18、19 世纪通常呈现出的形式。或者,如当代通常的表现,它们可以被视为我们这个特定文明所特有的,并且要经历发展和变革。我们当下所特有的隐喻就是“活着的宪法”——这部宪法,其条款以基本权利之名表达着对政府的制约,与此同时,其抽象程度又允许法院去阐释这些权利历时而发生的发展和变化。

这种宪法裁决观与纯粹解释模式是相互为战的。正如布莱克大法官经常并且言辞激烈地主张,他根本无法容忍变化的、灵动的、“活着的”宪法保护的理念。^[1]宪法修正案的过程,才是制宪者唯一选择的与时俱进地更新宪法价值的方法;法院的职责在于根据制宪者的意图去执行美国宪法的实体命令。

这并不是说,解释模式与一种适可而止的“活”宪法概念是无法兼容的。解释模式可以容纳将制宪者的价值判断和制度设计适用于新的或改变后的事实环境。^[2]在此意义上,解释模式的信徒可以认同马歇尔首席大法官的观念,美国宪法“旨在承受未来岁月的变迁,因此应当可以调整以适应人类事务的各种危机”。^[3]

[1] 参见 *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U. S. 663, 670 (1966) (布莱克大法官的反对意见)。

[2] 大概正是在此意义上,林德教授认为“司法审查的任务乃是阐释过去的政治决定在当下的含义”,而不要有任何意义上的内部矛盾。林德指出,有些宪法条款“显然意识到根据经济和技术的发展或者个人和社会机制的关系的变化,而去调整宪法的适用”。Linde, *Judges, Critics, and the Realist Tradition*, *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973); *Doe v. Bolton*, 410 U. S. 179 (1973), 第 254~255 页(强调为本文作者所加)。同样,伊莱教授也写道:“当然,最高法院有权,事实上我认为是有职责,去发现制宪者意图斗争的种种邪恶,然后行动起来以消灭它们在 20 世纪的根本表现。”Ely, *The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade*, 82 YALE L. J. 920, 第 929 页(脚注省略)。

[3] *McCulloch v. Maryland*, 17 U. S. (4 Wheat.) 415, 427 (1819)。