

SOTIRIOS A. BARBER
JAMES E. FLEMING

CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

THE BASIC QUESTIONS

宪法解释的 基本问题

〔美〕索蒂里奥斯·巴伯 一著
〔美〕詹姆斯·弗莱明 一著
徐爽 宦盛奎 一译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

SOTIRIOS A. BARBER
JAMES E. FLEMING

CONSTITUTIONAL
INTERPRETATION
THE BASIC QUESTIONS

宪法解释的
基本问题

[美] 索蒂里奥斯·巴伯 著
[美] 詹姆斯·弗莱明 著
徐爽 官盛奎 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

著作权合同登记号 图字:01-2014-1004

宪法解释的基本问题/(美)巴伯,(美)弗莱明著;徐爽,宦盛奎译. —北京:北京大学出版社,2016.6

ISBN 978-7-301-27126-1

I. ①宪… II. ①巴… ②弗… ③徐… ④宦… III. ①宪法—法律解释—研究 IV. ①D911.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 100153 号

Copyright © 2007 by Oxford University Press, Inc.

“Constitutional Interpretation: The Basic Questions, First Edition” was originally published in English in 2007. This translation is published by arrangement with Oxford University Press.

ALL RIGHTS RESERVED.

书 名 宪法解释的基本问题

XIANFA JIESHI DE JIBEN WENTI

著作责任者 [美]索蒂里奥斯·巴伯 [美]詹姆斯·弗莱明 著
徐 爽 宦盛奎 译

责任编辑 柯 恒

标准书号 ISBN 978-7-301-27126-1

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

<http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

印 刷 者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880 毫米×1230 毫米 A5 8.75 印张 170 千字

2016 年 6 月第 1 版 2016 年 6 月第 1 次印刷

定 价 45.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱:fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

“但凡我们的先父早有预见或者本该预见到的话,他们会预见到现代社会的状况,而这一切也一定会被各种文献资料加以神圣化,就像约瑟为法老释梦一样。”

罗伯特·杰克逊大法官,

“杨斯顿钢铁公司总统许可权案”(一致意见,1952 年)

“宪法如果不与道德理论相结合,就不可能取得实质性进步。”

罗纳德·德沃金,
《认真对待权利》(1977 年)

译者絮语

在美国,有宪法即有宪法解释,有宪法解释即有关于宪法解释方法的思考。“宪法是什么?”“谁来解释宪法?”“如何解释宪法?”围绕着这一系列基本问题而展开的宪法解释方法讨论,无论对于政治部门还是对于宪法学界而言,都因其独特的重要性,发展成为由众多哲学家、政治科学家、法学者、法官、律师共同致力的一项“事业”(enterprise)。在宪法解释的司法实践与理论研讨中,不断涌现出众多解释方法及理论,比如原旨主义/原意主义、文本主义、共识主义、结构论、原则论、最低限度主义以及实用主义,等等。这些解释方法以不同的哲学基础、价值前提、政治立场为依托,从不同角度切入宪法,皆称自身最能揭示宪法之“原旨”及本意。并且,尽管这些解释方法都自命为通往宪法含义的最佳路径,但诸种方法往往彼此交叠,界限模糊,常令初学者甚至长年研究者莫衷一是,难辨底里。

国内现已引进多种宪法名家的解释方法理论著作,尤以原旨主义、“活的宪法”等最具代表性、最有影响力的观点为盛,但全局性地梳理、总结各家解释方法及理论的著作却鲜有所见。这当然是因为美国国内这方面的著作本就稀少,成一家之言已难,遑论通各家之所成!直接面对宪法解释方法中的基本问题,不仅需要“雄心”,也需要“技术”;而能同时

担当两者之任者,又未必有机会做这样的工作。基于此,我们很乐于把这本盘点美国宪法解释方法的专著介绍给大家。该书全面、客观、平实、简洁地介绍了当代宪法解释方法中的首要问题以及主要流派,并逐一加以比较、评价,使读者能够对美国宪法解释方法的理论及实践问题有一个总体性认识及把握。

不仅如此,本书并非仅仅是有关宪法解释方法及理论的初步介绍,作为长年研究宪法问题的学者,作者同样也有自己看待宪法的方式和观点。他们提出:本书所列的所有解释方法都应具有一个“哲学之维”,或者说,所有这些解释方法都不能“摆脱哲学思考的担当与责任”,须得考虑宪法作为设计政府框架的法律文件所追求的公共之“善”。受到德沃金“道德解读”论(a moral reading)的启发,作者选取了一个更为宽泛的术语——“哲学进路”(philosophic approach)——来概括这一立场。作者认为,任何一种可信的宪法解释路径都绕不开哲学反思及筛选;唯有像德沃金倡导的那样,解释者一本自我批判的精神,结合前述多种方法,通过“哲学进路”方能获致宪法的“真义”(the truth)与最佳理解。作者主张对当前彼此竞争的各种解释方法的融合,并非一种简单妥协,而恰恰体现了在宪法信仰的支撑下对于多种方法的驾驭和整合能力,以及始终保持的审慎态度。始终要记住:我们的目的在于忠诚理解宪法,方法只是工具。要摆渡到宪法本意之彼岸,不能受限于某一单一的方法。只有借助多种方法之“苇”,方可抵达宪法原意。

本书适合于学院机构和司法部门中宪法研究的“专业读者”，也兼顾任何想对宪法作出各自理解的“普通读者”。虽然两位作者在一开篇就申明“不遗余力地避免技术话语”，但作者坚持的“哲学进路”和叙事风格难免会使翻译和阅读有些艰深难缠。译文可能出现的错瑕，当由译者负责。两位译者的具体分工如下：前言、第一章、第二章、第四章、第五章、第六章、第七章、结语，徐爽；第三章、第八章、第九章、第十章、第十一章，宦盛奎。

徐 爽

丙申春末于蓊门桥

前 言

宪法讨论在美国已持续了两个多世纪,关注点集中于以下几个宽泛且相互关联的问题:如何配置政府机构和权力?这样的制度安排最终目的何在?宪法的概括含义是什么?在特定争议问题上的具体含义又是什么?如何确定宪法含义?谁有权决定它的含义?本书聚焦于倒数第二个问题:如何确定宪法的含义?或者说哪种宪法解释的方法是最好的?我们将逐一梳理对这一问题的种种答案,并且认为“哲学进路”是所有方法中最好或最合理的一种。

我们所称的“哲学进路”实际上接近于罗纳德·德沃金所说的宪法的“道德解读”。¹我们采纳并将进一步论证德沃金在1970年代早期提出的命题——他提出:对于(作为成文宪法的)美国宪法的忠诚,要求法官及其他解释者在解释宪法时必须一本自我批判的精神,以实现我们对宪法所作的承诺,最大限度地阐明宪法本义。尽管“哲学进路”和“道德解读”这两个术语总体上看起来都差不多,但我们还是更倾向于使用“哲学进路”一词。因为我们认为对于宪法文本的忠诚不光需要德沃金所称的著名的“宪法与道德理论的结合”,而且还依赖于整个社会科学的发展²;此外,我们还认为,要在宪法解释过程中自始至终忠于宪法,要求我们特别注意权力架构及政府目的,而这一点正是为德沃金所忽视

2 宪政解释的基本问题

的,他的绝大部分注意力都放在以权利制约政府这一问题上。

美国人讨论该如何解释宪法,已有悠久的历史。就在宪法于1789年通过后不久,“严格”建构主义(“strict” constructionism)和“自由”建构主义(“liberal” constructionism)的分化就产生了,这种局面一直持续到20世纪70年代。这一历史特征深深地嵌入了其他各类两分法中,比如“解释主义 vs. 非解释主义”以及“原旨主义 vs. 非原旨主义”。与此同时,哲学与法理学的长足进步影响且将继续影响宪法讨论。被如此宽泛的种种影响所塑造,关于宪法解释方法的讨论如今已演变为一个艰深晦涩、盘根错节的事件。本书的目的,力图兼顾宪法理论的专业读者与成熟的普通读者来阐明这一复杂讨论中涉及的实践中的关键问题。

这里讲的“成熟的普通读者”,指的是那些对美国宪法史上的里程碑事件,包括联邦最高法院的地标性判决有所了解的读者。尽管我们把焦点放在宪法文件而非司法评注上,但还是会大量引用后者来阐明对于前者的看法。我们表达自身立场,也吁请读者参与,因为,讨论一旦展开来,势必诉诸读者在日常生活中的道德与非道德直觉。我们力图避免任何权威做派,无论学术的抑或政治的。为实现这样的雄心,我们不遗余力地避免技术话语,或者如果因避免技术话语而使本书无法读懂的话,我们就解释专业术语。

我们遭遇的最大挑战,来自于如何始终聚焦而不偏离寻求宪法含义的最佳路径这一问题。持续锁定单一问题,其实

很难做到。至于理由,我们和沃特·墨菲及斯蒂芬·马切多在案例选编《美国宪法解释:如何解释宪法》(*American Constitutional Interpretation: the question of how to interpret the constitution*)一书中已经有过充分讨论。也就是说,“如何解释宪法”这一问题不可避免地与“宪法是什么”以及“谁有权解释它”等问题纠缠在一起。³“谁有权解释宪法”这一问题(*the question of who*)对数世纪以来的宪法评论产生了深刻影响。理由在这里已无需赘述,对大多数美国人来说,历史早已解决了这一问题。除了极少数例外,绝大多数美国人都认为联邦最高法院理应享有近乎垄断性的宪法解释权。反对这种垄断权的,既有这个国家最优秀的政治家,也有部分声名狼藉的政客。先行者的名字中包括亚伯拉罕·林肯和富兰克林·罗斯福。耶鲁法学院的亚历山大·比克尔(*Alexander Bickel*)教授是20世纪宪法理论界最有影响力的学者,他给政治家难以命名的法院垄断宪法解释的难题贴上了“反多数难题”(*the counter-majoritarian difficulty*)的标签。⁴简单地说,这一所谓难题即是:司法审查有权宣布立法和行政行为因为违宪而无效,也即否决了多数人的意志,换言之,这一机制是反民主的。想要避免或者化解此难题的决心(包括反对司法判决的实质性因素)激发出了本书所论及的大部分宪法解释方法。然而,在“宪法的含义是什么”与“谁有权决定宪法的含义”这两者之间,并没有必然联系。如果说两者有联系的话,除非你假定:宪法的含义,就是联邦最高法院说的那样;除了联邦最高法院对它的解释,宪法什么也不

是——这就像查尔斯·休斯(Charles Evans Hughes)在成为首席大法官之前说过的那句经常被引用的话,“我们都在宪法之下,但是宪法是什么,只能法官说了算”。⁵但是,没有人认真掂量过这句话,因为,正如休斯的批评者长期以来观察到的那样,在你断言宪法的含义就是联邦最高法院的解释之前,你必须要对联邦最高法院的组成和职权有一个清醒的认识;而这一清醒认识除了来自于宪法本身,不可能还有另外的地方。

基于本书的目的,我们不得不停止讨论谁有权解释宪法这一问题。我们写的这本书不是用来回答所谓反多数难题的。我们在进行论证和得出结论的过程中,会频繁谈及联邦最高法院;然而,这些论证和观点适用于任何解释者,包括立法机构、行政当局以及希望能够对宪法作出各自解读的普通公民。尽管我们在以前的论著中,已经单独讨论过反对任何形式的司法垄断(judicial monopoly)⁶,但我们还是想把“谁有权解释宪法”(the who question)这一问题放进制度设计、实体性民主理论,以及——最终的——政治人类学(如果你承认这一问题实际上是一个深层次的政治文化问题)领域中。

而“宪法是什么”(the what question)——或者说作为一个整体的宪法,其含义是什么——这一问题在本书中则将享受不同的待遇。我们将在第二章讨论,宪法是一部由特定的历史观念结晶的法典,还是一部抽象的道德概念构成的宪章?这一问题正是“如何解释宪法”的关键。我们将在第三章中继续深化这一讨论,指出那些认为宪法被制定出来主要

是用于限制政府权力的消极宪制主义者(negative constitutionalist),对于宪法的解释不同于积极宪制主义者(positive constitutionalist),积极宪制主义者始终坚持宪法的重要目的在于赋予政府权力(尽管依然尊重公民的基本权利)。这些命题涉及宪法的规范特性,它们对于寻求宪法最佳解释方法具有至关重要的意义,我们将在后文中特别加以讨论。

诚挚地感谢沃特·墨菲(Walter Murphy)和斯蒂芬·马切多(Stephen Macedo),我们的同事和好友。他们审读了本书初稿,并给出了很多评论。马克·布兰登(Mark Brandon)、罗纳德·卡恩(Ronald Kahn)、桑福德·莱文森(Sanford Levinson)、琳达·麦克莱恩(Linda McClain)、劳伦斯·索勒姆(Lawrence Solum),还有福德汉姆大学法学院的博士候选人史黛丝·丹尼尔(Stacey Daniel)和劳伦·考恩(Lauren Cowan)也为本书提出了很多有益的建议。如果我们能听取前述所有人士的忠告,本书无疑会成为一部更加优秀的杰作。

索蒂里奥斯·A. 巴伯

詹姆斯·E. 弗莱明

¹ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996).

² Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977): 149.

6 宪法解释的基本问题

³ Walter F. Murphy, James E. Fleming, Sotirios A. Barber, and Stephen Macedo, *American Constitutional Interpretation*, 3rd ed. (New York: Foundation Press, 2003): 14-21.

⁴ Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill, 1962): 16-18.

⁵ Charles Evans Hughes, *Addresses* (New York: G. P. Putnam & Sons, 1908): 139.

⁶ 参见 Sotirios A. Barber, *On What the Constitution Means* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1984): 157-58, 196-99; Sotirios A. Barber and James E. Fleming, "The Canon and the Constitution Outside the Courts," *Constitutional Commentary* 17 (2000): 267; James E. Fleming, "The Constitution Outside the Courts," *Cornell Law Review* 86(2000): 215; James E. Fleming, "Judicial Review Without Judicial Supremacy: Taking the Constitution Seriously Outside the Courts," *Fordham Law Review* 73 (2005): 1377。

目录 | Contents

译者絮语	1
前 言	1

上 篇

第一章	
宪法解释的前提	3
第二章	
宪法解释的首要问题	16
第三章	
美国宪法秩序的主要特征：《联邦党人文集》中的积极宪制主义	46

下 篇

第四章	
宪法解释的方法	77
第五章	
文本主义和共识主义	86

2 宪法解释的基本问题

第六章	
严格原旨主义/意图主义	104
第七章	
宽泛原旨主义	135
第八章	
结构论	161
第九章	
原则论与最低限度主义	184
第十章	
哲学进路	213
第十一章	
实用主义	235
结 语	
宪法解释方法的合流	259