



Legal Method and Judicial Decision

法律方法与司法决策丛书

陈林林 主编

The Dilemma and Future of
Constitutional Interpretation Theory

in America

宪法解释理论的

困境与出路——以美国为中心

王云清 著

清华大学出版社

法律方法与司法决策丛书

宪法解释理论的困境与出路

——以美国为中心

The Dilemma and Future of
Constitutional Interpretation Theory
in America

王云清 著

清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

宪法解释理论的困境与出路:以美国为中心 / 王云清著. —北京:清华大学出版社,2017

(法律方法与司法决策丛书)

ISBN 978-7-302-48409-7

I. ①宪… II. ①王… 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(2017)第 215762 号

责任编辑:朱玉霞

封面设计:陈伟

责任校对:王荣静

责任印制:宋林

出版发行:清华大学出版社

网址:<http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮编:100084

社总机:010-62770175 邮购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印装者:清华大学印刷厂

经销:全国新华书店

开本:148mm×210mm 印张:10.875 字数:199千字

版次:2017年7月第1版 印次:2017年7月第1次印刷

定价:59.00元

产品编号:075660-01

序一 在晦暗不明处寻找亮光

宋方青*

立法是国家法治建设的重要基础,也是构建良善政府的制度前提。然而,立法机关制定的法律经常只是半成品,只有经过法律解释,抽象的法律条文才可以走向具体。当前中国正处在全面推进社会主义法治国家建设的关键时期,诸多问题的分析和判断需要借助精密的立法技术,亦需要坚实的解释理论。宪法作为一个国家法律制度的基础和根本法,如何对之加以解释,更是其中一个重要的学理难题。

在美国,宪法解释问题是一个历史悠久的话题。按照传统观点,法院在宪法司法过程中应该“解释”而非“篡改”宪法。受到保守主义的政治哲学的影响,以确定宪法的原初理解为代表的原旨主义解释方法一度被认为是占据宪法统治地位的观点。一直到20世纪之后,随着更加富有进取精神的司法权的崛起,原意解释方法逐渐退居幕后,取而代之的是更加强调宪法应该回应社会现实的非原意解释方法。如

* 厦门大学法学院院长,教授,博士生导师。

果我们将视野拉远到英国(殖民地时期美国尊奉的母国)法学家布莱克斯通对法律解释诸要素的论述,再观察围绕原意解释与非原意解释所组成的当代美国宪法解释理论,那么我们将会发现,参与这场旷日持久的宪法解释方法论争的双方,实际上都是在坦率、严肃地讨论一个问题:对于宪法解释的合理性而言,究竟应该遵循何种基本判准?

在对这个元理论问题日复一日的讨论中,美国宪法解释的主流哲学却在悄然发生变化。在政治变迁、利益多元化的背景下,形式推理与实质推理相互交织,主题变奏正在宪法解释实践中持续上演。细心的观察者会注意到有趣的现象:在一个特定的历史阶段中,若法院的整体司法哲学趋向于保守,原意解释方法将成为主流;非原意解释方法缓慢而且持久地积攒着力量,当社会环境发生重大变化、宪法基本原则突破“死手难题”的束缚之时,非原意解释方法成为一种重要的“解释选择”。于是,受到这种循环的解释进路的影响,特别是受到20世纪80年代勃兴的解构主义哲学的影响,学者们开始质疑宪法解释是否可以“理论化”——也就是形成一套统一连贯、前后适用的解释方法论。这就是当代美国宪法解释理论所遇到的基本困境:在试图于稳定性和变动性之间取得恰当平衡的过程中,由于平衡点难以精确辨别,任何一种规范意义上(应然的)宪法解释理论都难以自圆其说,更遑论指导实践了。

当代宪法解释理论仍然在发展成熟当中,由各种解释理

论所组成的图景依旧是一幅浓淡有致的山水画。然而,在上述元理论问题上却依旧晦暗不明。那么,我们应该向何处寻找亮光?或许,我们应该追问:造成这一困境的根本原因是什么?要寻找这个问题的妥善解答,论者还必须要重新回归到对宪法解释理论本身的历史源流、规范论证和利弊得失的翔实梳理,因为任何一种脱离语境的评述都是随意甚至专断的。在这种研究思路的引导下,本书作者以著名的“庞德问题”为主线,以原意解释和非原意解释作为宪法解释的两极,从抽象的基本原理和具体的司法实践两个层面着手,将美国宪法解释理论的基本图像展现在读者的面前,通过学术性的介绍和批判性的反思,提出了一种可靠的解答:当代宪法解释理论的建构需要抛弃基础主义的进路,放弃以有限材料却欲为整个宪法结构寻求基础解释方法的归纳法,寻找一种建立在思想、原则、精神、文本等混合物基础上的非基础主义。

不难看出,王云清博士的这本论著有较强的理论雄心,即通过系统地梳理美国宪法解释诸理论,回答“我们需要何种宪法解释理论”。作者在这本论著中清晰地把握到当代宪法解释理论的核心问题,并试图对之展开结构化的处理。本书以原旨主义、活的宪法、动态法解释和文本主义为基本坐标,指出宪法解释应该转向实践法哲学指导下的多元主义。对理论问题的分析和讨论,使呈现在读者面前的这本佳作具有鲜明的法理学色彩:以现实的问题意识为指向,以严谨的规范分析为方法,以宏观的理论思辨为追求。

王云清博士在厦门大学法学院曾度过了三年的硕士生活,并于2015—2018年回到曾经的母校从事博士后研究,由我担任合作导师。王云清博士一直坚持不懈,在司法裁判和法学方法论领域用力颇深。这本书的雏形是他的硕士学位论文,此后历经多年沉淀终于成文,由此可见作者对这个话题的执着。本书的出版不仅仅是对过去学习阶段的总结,同时也具有学术成年礼的意义。我很高兴看到这样一位青年才俊,在这样一部具有特殊纪念意义的作品中展现出扎实的学理功底。希望他继续沉潜学问、博学慎思,也期待他在学术道路上走得更远、更宽。

是为序。

序二 宪法解释理论的功用

刘连泰*

宪法学作为屠龙之术有什么用？这是来自宪法学之外的追问；宪法解释理论有什么用？这是来自宪法学内部的追问。对于前者，大体上不用较真，追问者也并不觉得宪法学无用，只是认为当下宪法学的研究过于虚空，调侃两句而已。对于后者，宪法学人却必须较真了。宪法解释理论林林总总，有人拿着这些物什按图索骥吗？宪法解释理论如果不能成为宪法解释的理论武器，研究宪法解释理论就连“纸上谈兵”都不是了。

宪法解释理论当然是事后的，不可能先想好一种宪法解释理论，再开始宪法解释之旅。但这种“马后炮”式的宪法解释理论依然不可或缺——是我们鸟瞰宪法解释万千景象，并将之体系化的可能坐标，这种理论也使得宪法解释的“技艺”可以经由学习传承，是黑夜赐予我们的黑眼睛，我们可以用它寻找宪法解释的光明之境。

* 厦门大学法学院教授，博士生导师。

宪法学研究可以有多种方法，研究方法的多元性和开放性也标志着宪法学成熟，但在最根本的意义上，解释是最基本的方法。我们法律人要对作为研究对象的宪法文本保持一颗谦卑之心、忠诚之心。现行宪法明确了“国家尊重和保障人权”，构筑了当下的国家结构，扮演着高级法和根本法的角色。从规范意义走向经验意义，现行宪法成为我们人民的法律的最佳途径，只能是宪法解释。然而，宪法解释供给不足却是我们不得不正视的现状。其他部门法看宪法犹如雾里看花，宪法学人无法抱怨民法学界时刻警惕陷入“宪法陷阱”，无法愤懑《物权法》的狂妄与《民法总则》的献媚。

宪法解释质料不足，中国宪法解释理论难以生成，宪法学人将目光转向域外，遍寻宪法解释理论的他山之石。国内宪法解释理论的主流研究分执德美两端。德国宪法解释理论的介绍与移植如火如荼，国内对美国宪法解释理论的研究稍显乏力。原因之一在于美国宪法解释围绕一部存在两百多年的文件展开，争议焦点尤以“死人之手”问题最为突出，这对于中国宪法学几乎是个伪问题——中国现行宪法文本历时不长，且经历数次修改。原因之二在于美国宪法解释理论纷繁复杂，形式上有原旨主义与非原旨主义分裂割据，两种理论内部门派林立，甚至相互杂糅，这与教义学在德国法

上的王者地位相比,真是“乱花渐欲迷人眼”。以国人的慧眼,看个“清清楚楚明明白白”尚且不易,遑论移植。

但这是否意味着,我们必须一起转向德国法上的教义学?当然不是。美国法上的原旨主义,就极具中国意义——教义学无法覆盖原旨主义,原旨主义不是类释义学。宪法教义学偏重技术与体系,更像一种裁判理论,指导我们如何适用宪法;原旨主义不提供精致的适用方法,而是以理念和价值立身,更像一种解释理论,指引我们如何对待宪法。不论历史如何“三十年河东,三十年河西”,忠于宪法是原旨主义矢志不渝的追求,发挥宪法作为高级法、根本法与“我们的法律”的三重功能是原旨主义的价值皈依。这样的理念与价值,正是当下中国及其宪法学研究所缺乏的营养。

二

本书是美国宪法解释理论研究的又一努力。作者选取了原旨主义、活的宪法、动态解释、文本主义四种解释理论,关照困境,探寻出路,力图勾勒美国宪法解释理论的基本图景。

动态解释理论与文本主义理论部分其实是在原旨主义与非原旨主义论争框架下展开的。解释理论千姿百态,但依据其对待1787年美国宪法的态度,可以分别归入原旨主义与非原旨主义的阵营。在各自阵营内部,呈现由狭隘的基础

主义版本渐进到宽泛的实用主义版本的理论光谱。原旨主义主张宪法解释应当围绕原初宪法文本展开,非原旨主义则看重宪法文本之外的资源。原旨主义尽管也有正当性证立的困境,但与非原旨主义不正视 1787 年宪法文本客观存在这一现实相比,更容易在修正中获得支持,公然反对原旨主义的法官和学者并不多见,以致出现了“我们都是原旨主义者”的幻象。

非原旨主义以活的宪法理论为代表,大卫·斯特劳斯希望法官能够拥有伯克式保守主义的谦逊美德,通过普通法判例实现宪法的自我更新,以适应不断变化的社会现实。公允地说,活的宪法理论只是对法院解决宪法问题方法的描述。活的宪法理论将判例与宪法文本等量齐观,宪法教义很可能化身为墙头草一般,在法官的照拂下,左右摇摆。法官身处不断变化的社会现实旋涡之中,难说比制宪者或批准者更为中立公正。活的宪法理论其实是一种没有理论的理论,一种缴械的理论,将宪法解释交托给变动不居的现实和人的任性。

原旨主义正式发端于对沃伦法院能动主义的反制,在 20 世纪 80 年代里根政府时期渐成主流话语。原旨主义的早期建构围绕原初意图、原初理解、原初被期待适用等关键词展开。因其寄托于制宪者或批准者对宪法适用的理解,主观性难以否认,加之缺乏一种连接过去、现在与未来的叙事,必然招致质疑。在大卫·斯特劳斯看来,原旨主义至少面临如下

问题：一是原初理解不可得——宪法学者并非历史学家，甚至制宪者意图或批准者的理解是否存在也有疑问；二是即使承认原初理解，也面临如何转化适用到当下的难题；三是死人之手问题——我们为什么要遵循早已逝去之人的决定。^{〔1〕}原旨主义者成了那个年代的愁容骑士，斯卡利亚法官也因此被贴上“怯懦的原旨主义者”的标签。^{〔2〕}

原旨主义在与活的宪法理论论争中，开始涅槃重生。20世纪90年代以来，原旨主义进入自我修正阶段，逐渐形成名为“新原旨主义”的理论谱系。新原旨主义区别了含义与适用、宪法解释与宪法阐释，不再将原初意图/理解等同于原初含义，反而回归宪法文本自身，关注原初公共含义。区别宪法解释与宪法阐释的重要意义在于由宪法解释守护原初宪法的稳定性，由宪法阐释提供社会变迁适应宪法的空间，两者相合，时空相接，引入“我们人民”这一集合性主体，1787年宪法成为连接过去、现在与未来的共识基础，作为“我们的法律”，死人之手问题在理论上迎刃而解。

新原旨主义借助宪法阐释概念，将原旨主义与活的宪法塑造为一枚硬币的两面。宪法阐释受限于宪法解释，宪法变迁发生于宪法文本含义射程内，因此仍然忠于宪法文本，这

〔1〕 [美]戴维·施特劳斯：《活的宪法》，毕洪海译，16页，北京，中国政法大学出版社，2012。

〔2〕 Randy Barnett, *Scalia's Infidelity: A Critique Of "Faint-Hearted" Originalism*, 75 U. Cin. L. Rev. 7, 13 (2006).

就摆脱了遭遇的正当性质疑。原旨主义一度被认为是保守主义者的专利,但新原旨主义承认宪法变迁的正当性,悄然穿上了时髦的外衣,成为新时代的宠儿,巴尔金、巴尼特这些曾经的非原旨主义者也纷纷拜倒在新原旨主义的石榴裙下。^{〔3〕}

三

解释是法律人对这个贫弱社会的反哺。如果没有生活于既定法律体系之下的觉悟,动辄诉诸修改既有法律、制定新的法律,法律人失去的不仅仅是谋生的工具,更是同时滋养自由、平等、民主、法治、安定等普世价值的土壤。法律人应该有匠人的气质,解释应当是最重要甚至唯一得心应手的工具。宪法不是任人打扮的小姑娘,法律人也不是时尚大魔头。宪法解释的前提必然是忠于宪法文本,忠于宪法所确立的自由、平等、法治等基本原则。法律人有变化万千的解释理论,但宪法的气质已经锚定在宪法文本中,不能改变。

宪法解释发生于宪法制定之后,宪法解释理论又在宪法解释之后,是对造就宪法解释的过程的归纳与升华。宪法解释是宪法生命力的显现,宪法解释理论则赋予个案中的宪法

〔3〕 参见[美]杰克·M.巴尔金:《活的原旨主义》,刘连泰、刘玉姿译,厦门,厦门大学出版社,2015;Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty*, Princeton University Press, 2013.

解释以质感,将宪法解释体系化。根据宪法解释理论形成的体系也可能因为新的判例被刷新,为宪法解释与社会环境互动提供适应性框架,并在此基础上雕琢宪法解释的细节。

“法律必须稳定,但又不能静止不变。因此,所有的法律思想都力图协调稳定必要性与变化必要性这两种彼此冲突的要求。”〔4〕宪法解释理论必须在稳定必要性与变化必要性之间寻找生长点与平衡点。作者对原旨主义、活的宪法等的论述淋漓尽致地展现了这种生长与平衡技艺,为我们更微观地观察美国宪法解释理论打开了一扇窗:风景宜人,却并未让人因醉氧而眩晕,这是一幅“浓妆淡抹总相宜”的春日图景。

〔4〕 [美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,2页,北京,中国法制出版社,2002。

目 录

绪论	1
一、波斯纳的戏谑与伯克的愤慨	1
二、为何是美国的宪法解释	5
第一章 原旨主义解释方法	13
一、原旨主义:概念梳理与核心命题	13
二、原旨主义的历史演变	18
三、学术批判中的原旨主义	35
四、原旨主义的转向	56
五、原旨主义解释方法评析	67
第二章 “活生生的宪法”	81
一、概念起源与含义阐释	82
二、“活生生的宪法”的产生与发展	92
三、“活生生的宪法”的正当性证成	108
四、对“活生生的宪法”观的批判	116
五、“活生生的宪法”论评析	124
第三章 动态解释理论	135
一、动态法律解释的理论起源	137

二、动态解释：一种更为纤细的“活法论”	147
三、宪法司法中的动态解释：以美国宪法第一修正案 对商业言论自由的保护为例	157
四、动态解释理论简评	183
第四章 文本主义解释理论	211
一、文本主义概念起源与含义阐释	211
二、文本主义的基本准则及其在宪法裁判中的适用	228
三、文本主义的正当性证成	247
四、文本主义面临的批判	261
五、文本主义简评	279
结语 我们需要什么样的宪法解释理论？	295
参考文献	303
后记	327

绪论

一、波斯纳的戏谑与伯克的愤慨

从古希腊哲学家提出理论理性与实践理性的分野以来，理论与实践之间的关系一直都是各个学科绕不开的一个话题。其中，对于所有理论工作者来说，最为尴尬的一种指责就是“理论是没有用的”——如果你想要学会开车，你不需要学习物理学中深奥的摩擦力理论，也不需要学习关于发动机的理论。一些法律理论家也不得不承认，法律理论本身对