

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

 使用大字体察看本文  
阅读次数: 735

## 为何我们总是关注着宪法的制定者 ——《普通法、共同基础和杰弗逊原则》前言

大卫·斯特劳斯 著 韩易 译

我们为何总是关注着宪法的制定者呢？毕竟他们都已去世多年，而且他们生活的世界与我们现在的世界已经有了天壤之别。为什么他们的观点并非作为一种单纯的历史现象，而在今天仍然至关重要呢？退一步讲，即使我们不关注那些制宪者，那么我们为什么要关注他们的作品——宪法本身呢？宪法也是制定者所处的时代以及他们自身情感的产物。尽管开国的那一代人是如此的杰出，如此的具有远见卓识。但是，有什么合理的理由可以让我们在今天仍然遵守那些规则呢？假设有一群最优秀的人生活在这个世界的另一端，尽管他们伟大，我们照样不会接受他们的治理。同样，生活在另一个时代的开国者们，从任何相关的角度来看，他们和我们的距离更加的遥远，可是我们为什么会将他们的决定视为法律呢？

这些问题看起来更像是严肃的学术课题，没有人在认真的讨论宪法的高级法地位，几乎每个人都认为制宪者的观点在某种程度上起着作用。无论是否作为学术课题，这些问题的确非常重要。因为在宪法上，文本的作用和原始含义依然是不确定的。我们试图回答那个最基本的疑问——为什么我们如此专注于制宪者？在此之前，我们将不会明白文本和原始含义是如何发挥作用的。

就像在过去那样，文本的作用和原始含义在今天可能仍然充满争议。这些争议体现在：联邦主义、宪法第二修正案确定的人民保有及配带武器之权不得侵犯、宪法第八修正案里的不得处以残酷与非寻常之刑罚，还有宪法第一修正案规定的国会不得制定建立宗教或禁止宗教自由的法律。在这些领域，来自律师、法官和法学家的各方面的合作努力正在进行，以使宪法更加遵循于其所被认为的原始含义的规定。宪法正文里的规定、第一修正案的言论自由条款、第四修正案或者第五修正案里的不得在刑事案件中强迫犯人作不利于本人之证词；未经相应法律程序，不得剥夺任何人之生命、自由或财产；非有恰当补偿，私人财产不得充公的规定，或者是第十四修正案里无论何州亦不得不经适当法律程序而剥夺任何人之生命、自由或财产；亦不得不给予在其司法管辖下之任何人以同等之法律保护的规定或者是宪法原文中结构性的规定，在多大的程度上，立法的原意应该支配对以上条款的解释呢？评论家们已经有力的抨击了那种观点，即认为宪法的解释只能严格的依照于文本和立法者的原意。但是，只要在宪法的解释中，文本和立法原意仍然起着一定的作用，只要人们从根本上认为必须这样作，那些对宪法文本和原意作用的辩解就仍将伴随我们，同时我们也必须对为什么制宪者至关重要这个问题提出观点。

对于这个问题并没有一个意见一致的答案。托马斯·杰弗逊在建国之时就曾经提出了这个问题。在1789年从巴黎写给吉姆·麦迪逊的信中，他说道：“大地属于那些正在生活于其上的人们，而不是属于那些已经去世的人。”所以，无论是怎样的宪法意图，它怎么能够约束以后的人们呢？在那时，并非只有杰弗逊提出了这个问题，他也并不是最极端的怀疑论者，但是，他的表述却是最令人难忘的。

问题在于，杰弗逊派的怀疑论在某种程度上很难反驳，而在另一方面却完全没有说服力。事实上，对于任何相信自治政府的人，很难提出一个说明来解释为什么前几代人的决定对今天的法律仍然有作用，无论他们是建国时期的，还是内战时期的或者是其他任何一代人。但同时，杰弗逊派的怀疑论看起来与我们

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

现实政治和法律的傳統根本不符，甚至也違背了我們整個的文化。有很多的人尊崇憲法。很多美國人認為他們通過某種重要的方式與其前輩聯繫起來。美國的法律在今天看來像是數代人的事業中的一個篇章，而且正是數代人延續下來的品格，成為使其具有價值的一部分原因。對於很多人來講，擁護憲法並對建國以及其他歷史上重要的時期抱持一種敬意，是作為美國人的根本。所有這些態度都深深地與杰弗遜式的懷疑論相沖突，只要那些態度仍然具有普遍性，杰弗遜式的懷疑論將永遠會看起來是一個辯論題目——雖然機智並且難以回答，但卻不知何故的完全錯誤。

在本文中，我試圖通過這種方式來回應杰弗遜，既給出一個甚至能說服杰弗遜式的懷疑論者重視憲法的理由，同時又能考慮到對憲法和美國傳統深深認同的觀點，而並不是像杰弗遜式的懷疑論看起來的那樣，將它們作為神秘主義或祖先崇拜忽略掉。對杰弗遜的回答的第一個部分是承認和避免：美國憲法法律在很大程度上是通過獨立於建國者的想法這種方式發展的，很多美國的憲法法律由先例組成，而這些先例是通過普通法的方式發展的，有它自己的生命和邏輯。但是，認為美國憲法法律完全是由先例組成並且獨立於文本和起草者的觀點也是錯誤的。毫無疑問，在次要的程度上，文本和它原始的含義仍舊起着重要的作用。我們並不能通過我們已經將制憲者拋在腦後這樣的理由來逃避杰弗遜的問題。

對杰弗遜最核心的回答應該是，憲法的文本在人們中間建立了一個共同的基础，通過這種方法，憲法使得那些難以處理的爭議變的簡便易行。用一種類似的說法，在有些時候，事情被安排下來甚至比安排的正确更重要，而憲法的規定正是對事情的安排。憲法告訴我們總統的任期將有多長，每個州將有多少位參議員，在刑事案件中是否要有陪審團裁決以及其他很多事情。即使憲法制定的規則並不是想象中最好的，但它們適合於提供一個答案這樣非常重要的功能，從而我們不需要不停地展開爭論。

正如我將要解釋的，這些理由應該說服那些最反傳統的杰弗遜派的懷疑論者。同等重要的是，這些理由與我們當下的實踐和憲法的解釋相符合。普通法以及共同基礎的理由使得我們對憲法的解釋，包括在憲法解釋的實踐中看起來有疑問的部分，都具有了重要意義。普通法以及共同基礎的理由因此應該被接受，不僅僅對於那些從总体上認可我們目前的憲法秩序的人是如此，甚至對於像杰弗遜一樣的，拒絕任何看起來像是祖先崇拜觀點的人也是如此。

但是同時，普通法以及共同基礎的理由並不阻止人們對憲法以及制憲者進一步的崇敬。那些相信制憲者受到上帝啟示的人們也應該接受普通法以及共同基礎的理由。事實上，他們有着強烈的動機來接受這些理由。另外一些給人較深印象的人認為，他們是持續發展的傳承先輩的美國文化的組成部分，這些人也有合理的動機接受這些理由。但是，那些想揭示神啟論和傳承不真實的人，以及認同其他文化傳統、宗教信仰、民族習慣——這些都與制憲者無關——的人，也應該接受普通法以及共同基礎的理由。在這裡，關鍵的思想是羅爾斯著名的重疊共識（overlapping consensus）理論。屬於廣泛而且根本不同的信念體系的人們，比如信仰不同的宗教的人，以及拒絕承認任何宗教體系的人都能夠對一些共同原則達成共識。我相信，堅持憲法以及原始意義所需要的正是這種理由，而這也是普通法以及共同基礎的理由所能夠提供的。

在第二部分，我將描述杰弗遜的觀點，回答習慣上所給出的答案是怎樣的不足，並且說明普通法以及共同基礎的理由所能給出的解答。在第三部分，我將詳細闡述這樣的觀點，憲法法律通過一種普通法的方式發展，在非常重要的範圍上獨立於憲法的文本以及制憲者的意思，這是對杰弗遜的問題的部分回應。然後在第四部分，我將闡述，當我們在一些有限的但卻關鍵的情況下堅持憲法文本以及原始意義的“共同基礎”理由。在第五部分，我試圖闡明沒有“共同基礎”理由的實踐將是有問題的，從這個角度看到該理由對實踐的意義，並且我還將探討其他憲法解釋理論的含義。

文章來源：法學時評網