

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: 13620091150107

UDC_____

廈門大學

碩 士 學 位 論 文

论美国宪法司法中的动态法律解释

**A Study on Dynamic Legal Interpretation in Constitutional
Adjudication of America**

王云清

指导教师姓名: 郭春镇 副教授

专业名称: 法学理论

论文提交日期: 2012 年 月

论文答辩时间: 2012 年 月

学位授予日期: 2012 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2012 年 月

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()
课题(组)的研究成果,获得()课题(组)
经费或实验室的资助,在()实验室完成。

(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学博硕士学位论文摘要库

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学博硕士学位论文摘要库

内容摘要

围绕宪法解释应当以宪法制定时的理解为准，抑或应当回应当下的社会现实做出新的理解，美国宪法学界出现了原旨主义与活的宪法之争。这一争论的背后，是庞德命题的体现：如何在法律解释的稳定性与变动性之间取得平衡？双方的争论仍没有定论，从一定意义上也说明了解决这一悖论命题的困难之处和学术研究的价值所在。

除了引言和结论之外，本文拟从三个部分展开讨论：

第一章追溯原旨主义解释方法和活的宪法观念的产生与发展，并尝试梳理原旨主义解释方法以及活的宪法观念各自的理论主张及遇到的批判。可以发现，作为传统的宪法解释方法，原意解释和活的宪法都具有存在的客观性，任何一种解释哲学都无法独自回答法律稳定性与变动性的矛盾，因此有必要适当超越原旨主义与活的宪法之间的争论。

第二章介绍了埃斯克里奇的动态法律解释理论，并认为这一解释理论也许是宪法解释理论的“第三条道路”。埃斯克里奇通过实用主义、哲学解释学以及实证政治学的视角论证了为什么法律解释必须走向动态化、怎么走向动态化，他的解释理论从实质目的上有助于促进权利的保护，在程序上可以促进公众的参与，因此具有一定的民主正当性。动态法律解释理论对立法历史、法律文本以及参与性建构的力量进行了辩证的理解，正是在这种反思性平衡当中，法律解释实现了动态化。

第三章利用美国宪法司法的实践，为动态法律解释理论提供描述性的证明。在这一章中，主要梳理美国联邦最高法院如何运用美国宪法第一条修正案，扩张保护商业言论，并在普通法的进路下，相对审慎地寻找合理的司法审查标准。这些案例史表明，美国宪法司法中是存在动态法律解释的。

本文的创新之处主要在于对当下美国原旨主义与活的宪法之间的论辩进行了详细的文献梳理，介绍了埃斯克里奇的动态法律解释理论，同时以案例史的方式论证这一解释理论。

关键词：原旨主义；活的宪法；动态解释

厦门大学博硕士论文摘要库

ABSTRACT

There are two different theories on whether we should interpret the U.S. Constitution according to the original understanding or current social reality, which are called "Originalism" and "Living Constitution". Behind the debate, it is a question brought about by Roscoe Pound: how to balance between the stability and flexibility of legal interpretation? The debate will still going on, which in turn means that the question still need further academic researches.

Besides foreword and epilogue, there are three chapters in the paper:

Chapter One introduces the origins, developments of both Originalism and Living Constitution, and the debates over Originalism and Living Constitution, We can conclude that as traditional methods of constitutional interpretation, these two theories have their own reason to be existing, none of them can perfectly handle out the contradiction between Stability and flexibility of legal interpretation. Therefore we should seek a different theory beyond Originalism and Living Constitution.

Chapter Two introduces Eskridge's "Dynamic Statutory Interpretation" as the Third Way of constitutional interpretation. Through Pragmatic Dynamism, Hermeneutic Dynamism and Institutional Dynamism, Eskridge tells us why statutory interpretation will be dynamic, and how it is dynamic. To apply dynamic statutory interpretation theory while interpreting law is of great significance. On its essential goal, it can promote the protection of rights; On its procedural goal, it can push the constitutional debates toward public participation. Taking a dialectical attitude toward legislative history, legal text and the consensus of public, Dynamic statutory interpretation make evolutionary but stable reading of the law.

Chapter Three illustrates dynamic interpretation theory by practices of constitutional judiciary. In this chapter, I files the decision made by the U.S. Supreme on the expanding reading of The First Amendment to commercial

speeches, in order to find how the court tried to establish a reasonable standards for judicial review in the institution of common law. The cases line proves to us that there are dynamic interpretation in constitutional judiciary.

The innovation of the this paper lies in the documental analysis of the debate over Originalism and Living Constitution, the introduction of Dynamic Statutory Interpretation, and prove of case line of commercial speech.

Key Words: Originalism; Living constitution; Dynamic interpretation

厦门大学博硕士学位论文摘要

目录

引言.....	1
第一章 原旨主义与活的宪法之争.....	6
第一节 原旨解释方法.....	6
一、原旨主义的产生与发展.....	7
二、非原旨主义对原旨主义的批判.....	13
第二节 活的宪法主义.....	22
一、活的宪法的缘起.....	22
二、对活的宪法观的批判.....	29
第三节 超越原旨主义与活的宪法.....	32
第二章 动态法律解释理论.....	35
第一节 动态法律解释理论的基本内涵.....	35
一、实用主义视角.....	35
二、哲学解释学视角.....	38
三、实证政治学视角.....	40
第二节 动态法律解释的价值追求.....	43
一、权利保障是动态法律解释的实质目的.....	44
二、促进参与是动态法律解释的程序目的.....	46
第三节 动态法律解释的实现方式.....	48
一、立法历史的价值.....	49
二、宪法文本的价值.....	51
三、参与性建构.....	53
第三章 动态法律解释的司法实践：美国宪法第一修正案对商业言论自由的保护.....	57
第一节 完全不保护阶段.....	57

第二节 从绝对不保护到绝对保护的转变	59
一、匹兹堡出版公司诉匹兹堡人际关系委员会案.....	59
二、比格楼诉弗吉尼亚案.....	62
三、弗吉尼亚州药学委员会诉弗吉尼亚市民消费者协会案.....	62
第三节 从绝对保护到相对保护的转变	64
一、中央哈德森天然气与电力公司诉纽约市公共服务委员会案.....	64
二、中央哈德森案之后.....	66
三、波多黎各赌场案.....	69
四、纽约州立大学信托委员会诉福克斯公司案.....	71
五、辛辛那提市诉发现网络公司案.....	72
第四节 对相对保护的反思	73
一、44 酒类商业市场公司以及人民酒类超级商店诉罗德岛.....	73
二、洛里亚尔烟草公司诉雷力案.....	75
三、公众服务部部长托米 G.托马森诉西部州药物中心案.....	76
四、耐克公司诉马克·卡斯基案.....	79
结语	81
参考文献	82
后记	88

CONTENTS

Preface.....	1
Chapter 1 The Debate over Originalism and Living Constitution... 6	
Subchapter 1 The Method of Legal Interpretation under Originalism..... 6	
Section 1 The Generation and Development of Originalism.....	7
Section 2 Critiques on Originalism from Non-originalism.....	13
Subchapter 2 The Concept of Living Constitution and Dynamic Legal Interpretation..... 22	
Section 1 The Generation and Development of Living Constitution.....	22
Section 2 Critiques on Living Constitution from Originalism.....	29
Subchapter 3 Beyond Originalism and Living Constitution.....32	
Chapter 2 Dynamic Statutory Interpretation..... 35	
Subchapter 1 The Meaning of Dynamic Statutory Interpretation.....35	
Section 1 Pragmatic Dynamism.....	35
Section 2 Hermeneutic Dynamism.....	38
Section 3 Institutional Dynamism.....	40
Subchapter 2 The Values of Dynamic Legal Interpretation..... 43	
Section 1 To Protect Rights is Its Essential Goal.....	44
Section 2 To Promote Participation is Its Procedural Goal.....	46
Subchapter 3 The Way to Practice Dynamic Legal Interpretation.....48	
Section 1 How to Use Legislative History.....	49
Section 2 How to Use Constitutional Text.....	51
Section 3 The Concept of Anticipated Construction.....	53
Chapter 3 The Judicial Practices of Dynamic Legal	

Interpretation: The First Amendment Protection of Commercial

Speech..... 57

Subchapter 1 The Period of Absolutely No Protection.....57

Subchapter 2 From Absolutely No Protection to Absolute Protection..... 59

Section 1 Pittsburgh Press Co. v. Pittsburgh Commission on Human
Relations.....59

Section 2 Bigelow v. Virginia 62

Section 3 Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer
Council, Inc..... 62

Subchapter 3 From Absolute Protection to Finite Protection..... 64

Section 1 Central Hudson Gas and Electric Corp. v. Public Service
Commission of New York..... 64

Section 2 After Central Hudson..... 66

Section 3 Posadas De Puerto Rico Associates v. Tourism Company of
Puerto Rico..... 69

Section 4 Board of Trustees of the State University of New York v. Fox.....71

Section 5 City of Cincinnati v. Discovery Network, Inc..... 72

Subchapter 4 Introspection on Finite Protection..... 73

Section 1 44 Liquormart, Inc. v. Rhode Island and Rhode Island Liquor
Stores Association..... 73

Section 2 Lorillard Tobacco Co. v. Reilly 75

Section 3 Tommy G. Thompson v. Western States Medical Center..... 76

Section 4 Nike v. Marc Kasky..... 79

Conclusion.....81

Bibliography..... 82

Acknowledgements..... 88

引言

一、研究动机与问题意识

“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。”^①罗斯科·庞德在《法律史解释》中以这样一句稍显平淡，却又饱含思辨哲学的话提起了整本书的论述。法律解释学同样必须回答庞德所言的稳定必要性与变化必要性之间的矛盾。从逻辑上讲，“解释”的目的是将已包含在文字之中，却被遮掩住的意义进行说明，^②也就是说法律的意义并不是司法机关建构出来的，而毋宁说是被“发现”的，否则司法机关就不是在解释法律，而是在“诠释”法律。^③然而，法律语言本身是具有“开放结构”的，它的“意义射程”往往会超出立法者的原本预期。特别是，在法律制定出来之后，法律自身就暴露在不断变动的社会生活之下，因此，要求法律在立法之时就预见到未来的一切变化似乎是一种奢望，因此，法官造法似乎成了无法回避的现象。越来越多的学者着力于论证法官造法的正当性。^④但是，即便论证了法律解释的变动性一面，庞德所提出的那一问题依旧摆在我们面前，甚至正因如此，才显得更加迫切。

对应于上述庞德所说的稳定性和变动性两种价值选择，在美国宪法学界中出现了原旨主义解释方法与非原旨主义解释方法，特别是其中关

① [美]罗斯科·庞德. 法律史解释[M]. 邓正来译, 北京: 中国法制出版社, 2002.2.

② [德]卡尔·拉伦兹. 法学方法论[M]. 陈爱娥译, 北京: 商务印书馆, 2005.194.

③ 注意到法律解释与法律诠释之间的区分或联系的学者，大多受到了伽达默尔哲学解释学的影响。例如，戚渊. 论法律科学中的解释与诠释[J]. 法学家, 2008, (6); 徐亚文, 伍德志. 诠释学与法律科学的内在逻辑[J]. 社会科学辑刊, 2011, (5); 解永照, 王彬. 论解释学的重心转移与范式转换——兼论解释学对法律解释研究的意义[J]. 齐鲁学刊, 2010, (5); 谢晖, 陈金钊. 法律: 诠释与应用——法律诠释学[M]. 上海: 上海译文出版社, 2002.第二章相关内容。当德沃金主张法律是一个“阐释性概念”时，他也承认他的观点受到了伽达默尔的哲学解释学的影响，见[美]罗纳德·德沃金. 法律帝国[M]. 李长青译, 北京: 中国大百科全书出版社, 1996.51.

④ 这样的论证，除了前引③中，在法律解释学的一般理论中，借用哲学解释学的观点论证法律解释本身就是一种创造性的阐释的文章之外，还可以散见于讨论能动司法的文章中。在这些文章中，虽然有一些学者注意到了中美语境下能动司法概念上的差异，但都不同程度地接受了法官造法。代表性的文章主要有：范进学, 冯静. 司法能动主义在中国：司法哲学之可能走向[J]. 云南大学学报, 2009, (2); 张志铭. 中国司法的功能形态：能动司法还是积极司法？[J]. 中国人民大学学报, 2009, (6); 徐亚文, 邓珊珊. 中国语境下的“能动司法”：语义与实践[J]. 湖北社会科学, 2010, (11); 周赞. 司法能动性与司法能动主义[J]. 政法论坛, 2011, (1); 李龙, 陈阳. 中国视域下能动司法的内涵辨析[J]. 武汉大学学报（哲学社会科学版）, 2011, (5);

于“活的宪法”的论争。这一论争提出了许多宪法解释的问题：宪法解释是否存在原初的理解？如果存在的话，是否应该成为当下的宪法解释的唯一来源？如果原初的理解不能适应当下的社会环境，司法机关是否有权做出不同的解释？这些问题不单单涉及法律解释的方法论，同时也涉及到法律解释的价值取向的哲学思辨。

发生在美国宪法学界的争论无疑提供了一个深入理解法律解释的价值两难问题的切入点。不过，遗憾的是，虽然有部分学者已经注意到美国宪法学界原旨主义和非原旨主义之间的争论，但大多只是介绍或简单褒贬其中一种解释理论，而没有从更为宏大的视角去反思法律解释的价值取向问题。^①因此，本文希望能够在较为全面地梳理这一学理争论的基础上，较为客观地对双方理论中存在的重要问题进行剖析，并在此基础上，介绍另一种较为合理地解决法律解释的稳定性与变动性难题，同时也更加贴合美国宪法实践的解釋理论，即埃斯克里奇（William N. Eskridge）的“动态法律解释论”。当然，研究宪法解释不仅仅具有学理上的意义，同时也是一个具有现实性的课题，本文将通过梳理美国联邦最高法院如何运用宪法第一修正案来扩张保护商业言论自由的案例史，叙述动态法律解释的实际运行。

二、研究对象、范围以及用语说明

（一）研究对象、范围及其限制

本文的研究选择了美国，而在司法行为上则选择了宪法司法。在国

^① 就目前笔者收集的资料来看，目前相关的资料主要有：徐振东. 宪法解释的哲学[M]. 北京：法律出版社，2006；范进学. 美国宪法解释方法论[M]. 北京：法律出版社，2010；刘国. 宪法解释方法的变革——宪法解释的法理分析[M]. 北京：中国政法大学出版社，2008；范进学. 宪法解释的理论建构[M]. 山东：山东人民出版社，2004. 相关的论文主要有：赵晓力. 美国宪法的原旨解释[A]. 赵晓力主编. 宪法与公民[C]. 上海：上海人民出版社，2004.380；崔雪丽. 美国宪法解释的新转向——非原旨主义方法探究[J]. 湘潭大学学报（哲学社会科学版），2011，（11）；范进学. 斯卡利亚宪法解释方法论及其评析[J]. 学习与探索，2007，（1）；范进学. 美国宪法解释方法论之辩思[J]. 现代法学，2006，（5）；顾爱平. 宪法解释的方法论辩证——兼论社会学解释方法应当作为宪法解释的首选方法[J]. 江海学刊，2010，（2）；黄利红. 美国宪法的社会学解释方法及其理论源流[J]. 社会科学家，2009，（10）；侯学宾. 美国宪法解释中的不同民主观——原旨主义与能动主义之比较[J]. 当代法学，2010，（1）；侯学宾. 含义、原初性与宪法忠诚——原旨主义的三种基本共识性命题[J]. 法制与社会发展，2010，（6）；刘国. 原旨主义方法的困境与出路[J]. 浙江社会科学，2009，（9）；郑维炜. 论诠释学意义上的原旨主义——反思惠廷顿《宪法解释》中的认识论困境[J]. 法制与社会发展，2012，（1）。虽然笔者未必穷尽了所有的文献资料，但就手头拥有的资料看，可以做出的判断是，相比较美国学界浩如烟海的文献资料，国内学者（不单单是法理学者，也包括专门研究宪法的学者）似乎并没有太多关注原旨主义及其理论对手。

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库