

憲政民主的死人之手問題

—以反省憲法的規範權威爲中心

蘇彥圖*

(中央研究院法律學研究所)

壹、前言

貳、憲法的死人之手與規範權威：解題路徑評析

一、訴之於法

二、誘之以利

三、預先的自我約束／自我約束

四、義理所求

五、「我們人民」

六、動之以情

七、反憲法忠誠論

八、憲政民主的矛盾

參、綜合討論—代結論

參考文獻

* 中央研究院法律學研究所助研究員；美國哈佛大學法學博士 (S.J.D.)。作者感謝王鵬翔在本文研究與寫作過程中多次提供寶貴的評論與建議，也感謝研究助理廖穎凡、陳瑞光協助本文之研究與編輯。本文部分內容發表於中央研究院法律學研究所 2012 年 12 月 14 日「憲政主義與人權理論的移植與深耕工作坊」以及同所 2013 年 5 月 7 日「蘇彥圖年度個人學術研討會」；作者感謝多位與會人士提出之問題與評論。

壹、前言

我的提問是建立在一個我以為是自明之理：
「這個世界是託付給活人的」；往生者對之既無權力亦無權利。

--Thomas Jefferson (1789)¹

[倘若]沒有一個世代能夠連結到另外的世代[，]
[那麼]人們不會比一夏的蒼蠅好到哪裡去。

--Edmund Burke (1790)²

法，在其有待被學習的限度內，確實如同人們所說的，是已逝者對於活人的統治。
在相當程度上無置疑餘地的是，活著的人無可避免地會如此被統治。

[...]

但是活在現在的人有權利在其能力所及的範圍內統治他們自己；

而且我們應當永銘在心的是一

與過往保持歷史的延續性毋寧只是一個不得不然的事，不是一個義務。

--Oliver Wendell Holmes (1895)³

作為一種政治制度或者規範秩序，憲政民主必定得在「時間」這個向度上追求它的開展與存續，而以通過時間的考驗來證明其存在的意義與價值。時間對於憲政民主的考驗是很困難的。憲政民主既要與時俱進，卻也不能說變就變、無所堅持。⁴ 除了考驗制憲者的遠見與智慧外，時間也早晚會對憲政秩序提出一個根本性的難題：為什麼我們活著的人要受到一部不是我們實際制定的、也未必獲得我們同意的憲法的約束／統治？對於存活在「現在」這個時態的人來說，被這樣的憲法約束著，就好比受到了「過去的死人之手」(the dead hand of the past) 的控制。在美國憲法理論的討論脈絡中，論者便多援引這個歷史悠久的隱喻，而將這個難題稱作(憲法的)「死人之手問題」(the dead hand problem)。⁵ 死人之手的隱喻或許相當「美式」，不過它所表徵的情境既非美國所獨有，也不是只有

¹ Thomas Jefferson to James Madison, September 6, 1789, in THE SELECTED WRITINGS OF THOMAS JEFFERSON 264 (Wayne Franklin ed. 2010).

² EDMUND BURKE, REFLECTIONS ON THE REVOLUTION IN FRANCE 95 (1790, 1993).

³ OLIVER WENDELL HOLMES, COLLECTED LEGAL PAPERS 138-9 (1920).

⁴ 參見例如許育典，憲法，頁 21 (2010 年)；李惠宗，憲法要義，6 版，頁 21；葉俊榮、黃昭元、張文貞、林子儀，憲法權力分立，二版，頁 5 (2009 年)；Richard S. Kay, *Constitutional Chronology*, 13(1) *RATIO JURIS*. 31 (2000).

⁵ See Herbert Sloan, "The Earth Belongs in Usufruct to the Living," in *JEFFERSONIAN LEGACIES* 281 (Peter S. Onuf ed., 1993). 我國憲法學者黃昭元曾在討論修憲界限理論的脈絡下提出本文所稱死人之手問題；參見黃昭元，修憲界限理論之檢討，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁 179，225 (1997 年)。

在美國的憲政思想傳統下才會例外地成為一個難題。在一個一般性憲法理論的討論層次上，我們可以肯認：每一部「老」(old) 憲法都無可迴避於死人之手問題的質問—即便對於具有多大歲數的憲法才算「老」憲法，我們沒有具備普遍性的客觀答案可言。⁶

死人之手是內生於憲政民主的時間難題。我們可以設想在強調「有限政府」(limited government) 的憲政主義與追求「被治者同意」(consent of the governed) / 「自我統治」(self-government) 的國民主權 / 民主理念之間，可能存在有一種難以解消或者無可避免的衝突；而時間，則是引爆這個衝突的一條或長或短的引信。⁷ 準此，死人之手問題要問的是：憲政的自我統治 (constitutional self-government)，究竟是否以及如何可能？⁸ 我們也可以將時際 (the temporal dimension) 進一步理解為是讓憲政民主的內在矛盾外顯出來的一個面向。質言之，民主必須而且應當具有定期性 (periodicity)；民主基本上是透過定期選舉來擺脫死人之手的統治的。⁹ 可是，憲法追求的是永生；Thomas Jefferson 的定期 / 世代憲改論，向來是憲政主義者眼中的異說、狂想。¹⁰ 準此，憲政民主蘊含了兩種相互矛盾的時間價值，而死人之手問題要問的是：憲政民主能否以及如何掙脫死人之手，抑或無可避免地要與之共處？¹¹ 我們還可以將這個難題理解為是憲法本身的「抗多數決困境」(the counter-majoritarian difficulty) 的一種體現：憲法試圖固鎖 (entrench) 憲政共同體的某些政治決定，而這個動作本身就是抗多數決的—它不讓我們訴諸多數決原則的民主權威去改變某個被憲法所固鎖的現狀。¹² 如果說 Alexander Bickel 的著名設問是在探討司法違憲審查機制的民主正當性問題，那麼死人之手問題質問的是憲法本身的正當性問題。在這樣的解讀之下，死人之手問題要問的是：對於我們現在的人來說，憲法究竟具有甚麼樣的規範權威？作為憲政民主社群的成員，我們又是否對何種意義的憲法負有什麼樣的政治義務 (political obligations)—例如忠誠 (fidelity/allegiance)？¹³

⁶ 關於一個在一般性憲法理論的抽象層次上檢討死人之手問題的示例，see Joseph Raz, *On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 152 (Larry Alexander ed., 1998). 【關於老憲法的認定標準：待補】

⁷ 關於憲政主義與民主之間的緊張關係，see, e.g., Jeremy Waldron, *Constitutionalism – A Skeptical View*, in CONTEMPORARY DEBATES IN POLITICAL PHILOSOPHY 267 (Thomas Christiano and John Christman eds., 2009).

⁸ See, e.g., PAUL W. KAHN, LEGITIMACY AND HISTORY: SELF-GOVERNMENT IN AMERICAN CONSTITUTIONAL THEORY (1992).

⁹ See Dennis F. Thompson, *Election Time: Normative Implications of Temporal Properties of the Electoral Process in the United States*, 98(1) AM. POL. SCI. REV. 51 (2004).

¹⁰ 關於對 Jefferson 之定期 (每 19 年) 憲改論的分析與批判，see Stephen Holmes, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 195, 220-221 (Jon Elster and Rune Slagstad eds., 1988).

¹¹ 借用 Cass Sunstein 所著 *A Constitution of Many Minds* (2009) 一書的導論標題，我們可以將這個問題理解為是一種「傑佛遜的復仇」(Jefferson's revenge)—因為許多論者基本上都多多少少地接受了 Jefferson 就憲法的死人之手所做的設問，只是在尋求 Jefferson 所倡議之定期憲改論以外的其他解套方法；see CASS R. SUNSTEIN, A CONSTITUTION OF MANY MINDS 1-16 (2009).

¹² See, e.g., MELISSA SCHWARTZBERG, DEMOCRACY AND LEGAL CHANGE (2007).

¹³ See, e.g., LOUIS MICHAEL SEIDMAN, ON CONSTITUTIONAL DISOBEDIENCE (2012).

如果上述的理解是正確的，那麼憲政民主脈絡下的死人之手問題就不會是只有主張各種原意／原義主義（originalism）的論者才必須背負的原罪。¹⁴ 就算憲法解釋以及憲法建構（constitutional construction）的目的在於實現「活的憲法」（the living constitution），憲政民主還是無法完全擺脫死人之手問題的糾纏。這是因為這個難題不會只在憲法規範有被進一步詮釋或者建構的需要時才會浮現；相反地，越是具體、明確的憲法條文，死人之手對於現在之人的拘束或控制，可能越為顯著。¹⁵ 死人之手問題在一定程度上與修憲程序的困難度相關，但是就算修憲不是那麼困難的一回事，甚至就算制憲權是隨時可以被召喚的，過去的死人之手仍然可以經由傳統、文化、制度乃至現實政治羈束現時的民主。¹⁶ 就此而言，死人之手問題無法被化約為制憲或修憲的工藝（craftsmanship）問題，而且憲政民主秩序中也沒有任何可以充分防免一個憲法規範成為死人之手的制度性辦法。如果上述的理解是正確的，那麼死人之手問題首先而且主要是一個必須而且只能在憲法理論或者政治理論上尋求解答的後設憲法（meta-constitutional）問題。¹⁷

本文試圖在一個一般性、規範性憲法理論的討論層次上，探討憲政民主的死人之手問題。關於死人之手問題的憲法理論討論，一個常見的取徑是將它當作是一個修辭性的設問（a rhetorical question）——也就是承認憲法作為死人之手的吊詭，而把討論的重心置於「憲政民主應該如何緩解或者鬆脫死人之手的控制」這類課題。¹⁸ 在這樣的討論脈絡下，論者很自然地會將討論的重心置於憲法的解釋、建構、修改乃至廢棄等憲法變遷的途徑，因為一個憲政民主社群實際上必然得要仰賴這些變遷機制，來因應、處理死人之手問題。另一種在晚近美國憲法理論討論中方興未艾的理論取徑，則是去直接解答那古老的根本疑問：「為什麼我們活著的人應該（或者不應該）受到死人之手的憲法統治？」也正是在第二種理論取徑底下，這個問題的解題指向了憲政的自我統治的意義與可能、憲法本身的正當性、以及憲法具有何種規範權威等前揭憲法理論課題。本文採取的是第二種理論取徑，所以本文的討論重心將置於對憲法規範權威／正當性的反省。這是本文作者基於個人學術興趣，在研究能力有限的情況下所做的選擇，並不表示本文認為這兩個理論取徑有什麼輕重或者（邏輯上的）先後之別。¹⁹ 然而，本文的

¹⁴ See, e.g., Michael S. Moore, *The Dead Hand of Constitutional Tradition*, 19 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 263 (1996); Michael W. McConnell, *Textualism and the Dead Hand of the Past*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1127 (1998). Cf. Daniel A. Farber, *The Dead Hand of the Architect*, 19 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 245 (1996). 【關於原意／原義主義的發展：待補】

¹⁵ See JACK M. BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* 42 (2011).

¹⁶ 關於制憲權理論，參見例如許志雄，制憲權的法理，收於：憲法秩序之變動，頁 43-93（2000 年）；see also Akhil Reed Amar, *The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*, 94 COLUM. L. REV. 457 (1994).

¹⁷ See Larry Alexander, *Introduction*, in *CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS* 1 (Larry Alexander ed., 1998).

¹⁸ 關於憲法變遷機制的討論，參見例如李立如、張文貞，認真看待社會變遷的憲法—變遷機制的初步探討，收於：蘇永欽主編，部門憲法，頁 125-150（2006 年）。

¹⁹ 關於死人之手問題的憲法權威理論與憲法解釋理論間之關係的討論，see generally Adam M.

取徑選擇確實意謂著本文不同意把死人之手問題當作是答案很清楚從而毋須被深究的一個修辭性設問；對於這個難題，我們在憲法理論上可以有不同的看法，但是我們一作為憲法理論的工作者—不能沒有意見。這個理論觀點的選擇、反省與澄清，多少會對現實上的憲政實踐產生影響（例如挑戰甚或翻轉政治行動者與一般公民對於憲政民主的認知與態度）；本文因此並不認為，檢討憲政民主的死人之手問題，是一種純粹學術性、不具現實意義的理論活動。

本文的主要論述有兩個部分。在第一個部分（第貳節），本文將指認、分析與檢討試圖直接回應死人之手問題對於憲法規範權威的挑戰的八種具有典型意義的解題路徑（*approaches*）：(1)訴之於法、(2)誘之以利、(3)（預先的）自我約束、(4)義理所求、(5)「我們人民」、(6)動之以情、(7)反憲法忠誠論以及(8)憲政民主的矛盾。這八種解題路徑是歸納、析離自晚近二十年左右美國與一般性憲法理論學者有關死人之手問題的豐富論辯，並非體系井然有序的類型演繹結果，也無法窮盡所有已存在的理論主張。如果將有關憲政民主的死人之手問題的討論理解為是一種在憲政主義與民主這兩個理念間拉鋸與交涉的過程，我們可以推導出四種可能的理論立場／結論：(a) 問題有解，因為憲政主義優先；(b) 問題有解，因為民主優先；(c) 問題有解，因為二者之衝突可以被調和，以及 (d) 問題無解，因為二者之衝突是真兩難（*a genuine dilemma*）。²⁰ 惟鑑於死人之手問題帶給憲政理論工作者的挑戰，不僅在於作答與表態之必要，更在於論證—我們究竟應該基於何種考量以及價值抉擇而去採取某種立場，也就是我們之所以做出某種結論的理由為何，本文選擇以解題路徑而不是理論立場作為分析單元。

本文的第二個部分（第參節），是對八種解題路徑進行進一步的綜合討論，藉此提出本文作者在一般性憲法理論的討論層次上，對於憲政民主的死人之手問題的思辯所獲致的若干學習心得。本文嘗試論證的主要論點是：(i) 時間會—或至少可能會—對憲法的規範權威的來源、內涵以及強度帶來重大的衝擊；討論死人之手問題，基本上就是在討論我們應該如何看待與回應這樣的衝擊。(ii) 我們可以排除若干似是而非的理論路徑或者解題主張，但是我們無法終結關於死人之手問題的規範性爭論，因為至少在憲法權威的時態以及憲法權威的可分性（*severability*）這兩個關鍵議題上，憲法理論上容有不同的合理主張。(iii) 不論我們個人認為憲政民主的矛盾在憲法理論上是否有解，要服從還是要抵制統治我們的那部老憲法，終究取決於我們每一個人為自己做的政治判斷，也是我們—作為憲政民主社群的一份子—無可迴避的政治道德責任。

Samaha, *Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation*, 108 COLUM. L. REV. 606 (2008).

²⁰ Nimer Sultany 也提出了一個非常類似的分析架構，據以解析美國歸屬自由派、進步論者陣營的憲法學者們對於司法審查正當性爭議所持各種主要的理論立場；see Nimer Sultany, *The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification*, 47 HARV. C. R.-C. L. L. REV. 371 (2012).

貳、憲法的死人之手與規範權威：解題路徑評析

有關死人之手問題的論辯，其實質可以回溯到 18 世紀晚期那個風起雲湧的革命時代。在那時候，論辯的一方是高舉著民主革命大旗的 Thomas Jefferson 與 Thomas Paine 等人；他們帶領著追求自由的心靈走出歷史的禁錮，自然也對「現在」是否將會壓迫「未來」，戒慎恐懼。²¹ 論辯的另一方是由 Edmund Burke 領軍；他批判革命與「過去」決裂之不智、大力提倡歷史傳統的延續與政治制度的漸進調適。²² 美國制憲運動的靈魂人物 James Madison 則是其時的「第三條路」(the third way) 的代表；他既要開創共和的憲政新局，也試圖用憲法保守獨立革命得來不易的果實。²³ 這些思想家留下了豐厚的知識遺產，並從而持續影響著後來的人對於這個問題的思考。不過，論辯死人之手問題的知識史並沒有就此止步不前。我們或許可以識別出現代的傑弗遜們(the Jeffersonians)、柏克們(the Burkeans) 與麥迪遜們(the Madisonians)，但是有關死人之手問題的當代論辯，在相當程度上，已經不可同日而語。

「死人之手問題」這個提法，至遲到 1970 年代，已經成為美國憲法學的一個慣用語。其時，論者主要是用這個隱喻，對當時已漸漸集結起來的原意主義者陣營，提出傑弗遜式的詰問與批判。²⁴ 從 1980 年代末期以降，一方面或許是因為憲政主義及其與民主的關係隨著全球的第三波民主化而再度受到論者的關注，另一方面則可能是緣於美國新一代的原義主義者與活的憲法論者間之爭論的進一步深化發展，憲政民主的死人之手問題已然發展成為當代美國憲法理論的一項論辯焦點。²⁵ 而今，許多原義主義者試圖洗刷過往死人之手問題加諸他們身上的污名；不少非原義主義者也回過頭來反省死人之手問題之於憲政民主的根本挑戰。而今，我們所要加入的已是一個眾聲喧嘩的盛大論辯，因為既有的參與者一來已從多種不同的角度與論證層次切入討論這個問題，二來他們也提出了取向於

²¹ See Jefferson, *supra* note 1; Thomas Jefferson to Samuel Kercheval, July 12, 1816, in THOMAS JEFFERSON: POLITICAL WRITINGS 210 (Joyce Appleby and Terence Ball eds., 1999); THOMAS PAINE, RIGHTS OF MAN AND COMMON SENSE (1994).

²² See BURKE, *supra* note 2.

²³ See James Madison to Thomas Jefferson, February 4, 1790, in LETTERS AND OTHER WRITINGS OF JAMES MADISON, VOL. I (1769-1793) 503 (1865); see also JAMES MADISON, ALEXANDER HAMILTON, AND JOHN JAY, THE FEDERALIST PAPERS (1788, 1987).

²⁴ See, e.g., JOHN HART ELY, DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW 11 (1980); Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B. U. L. REV. 204, 225 (1980).

²⁵ 晚近不少關於原意／原義主義與平民憲政主義 (popular constitutionalism) 的討論均有觸及死人之手問題；see, e.g., Todd E. Pettys, *Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People Be Trusted?*, 86 WASH. U. L. REV. 313 (2008); Reva B. Siegel, *Heller and Originalism's Dead Hand—In Theory and Practice*, 56 UCLAL. REV. 1399 (2009); Ian Bartrum, *Originalist Ideology and the Rule of Law*, 15 JOURNAL OF CONSTITUTIONAL LAW HEIGHTENED SCRUTINY 1 (2012).

不同價值、反映不同政治理念的多元觀點。Cass Sunstein形容美國憲法是「一個集眾多意念而成的憲法」(a constitution of many minds);²⁶ 關於死人之手問題的憲法理論論辯，基本上可為其例證。

著眼於論者「如何」正當化、調和、解消、或者接受死人之手統治這個憲政民主矛盾的規範性論證，本文從晚近二十多年的美國相關憲法理論討論中，歸納、析離出了八種（在一般性憲法理論的討論層次上）具有典型意義的解題路徑。這八種路徑分別是以(i)法、(ii)效用、(iii)（預先的）自我約束（(pre-)commitment）、(iv) 義理（rightness）、(v)人民主權、(vi)信念與情感、(vii)反忠誠論（anti-fidelity）以及(viii)矛盾的承認與接受，作為解題的關鍵。本文主要是以相關關鍵字來界定與識別解題路徑。在這樣的討論脈絡下，有的解題路徑只會導出（或者傾向於導出）某種立場的答案；有的則是容許立場互異的論者對憲政民主做出不同的詮釋或解讀；一個試圖調和憲政主義與民主之衝突（亦及採取前揭理論立場(c)）的憲法理論，也可能整合、併用了數個互不排斥的解題路徑。本節將逐項分析、檢討這八種解題路徑的理論構成及其代表性見解；在作者能力所及範圍內，本節也將對個別解題路徑的貢獻、問題或者侷限，表示意見。

一、訴之於法

大概有不少論者對於死人之手提問的第一個反應會是：「這算什麼 X 問題？」對他們來說，死人之手，對憲法秩序而言，是一個「不是問題的問題」；它根本就是一個錯誤的設問、錯誤的指控—因為他們認為，在憲法秩序底下，統治我們的根本就不是死人，而是（憲）法。我們可以把這樣的反應稱作「訴之於法」或者「法律主義者的解題路徑」（the legalist approach）；它試圖訴諸法的權威，用「就法論法」、「在法言法」的方式去回答—或者更確切地說，去反駁—憲法脈絡下的死人之手問題。如果這個解題方法是正確而且有效的話，那麼我們就毋須檢討其他的解題路徑了，因為它們都是在一個謬誤的提問上面打轉，而謬誤的提問是不可能問出正確的答案的。

Lillian BeVier這位美國憲法學界著名的文義主義者（textualist），基本上就是這麼看待死人之手問題的。在回應「文義主義者該怎麼說明死人統治」這個質問時，BeVier首先回敬了一個反詰問：「〔制憲者（乃至其他立法者）〕早已作古的這個事實〔…〕，與他們所制定出來的法規範的正當性或者持續拘束我們的規

²⁶ SUNSTEIN, *supra* note 11.

範權威，究竟有什麼關係？」²⁷ BeVier 之所以這麼問，是因為她認為兩者一點關係也沒有！我們可以將BeVier 所提出來的見解整理成如下之邏輯論證：〔前提 1〕我們追求的是「法治」而不是「人治」—也就是說，統治我們的應當要是法而不是人；〔前提 2〕在服膺法治的政治秩序底下，任何一個統治是否具有正當性以及拘束我們的規範權威，完全取決於它「是不是一以及是不是還是一法？」；〔結論〕既然制憲者／立法者是「哪一款人」乃至他們現在是死是活的問題，無涉於其作品是否以及是否仍為法的判斷，那麼像是死人之手問題這樣的質問，根本就不會影響一個法規範的正當性／規範權威。²⁸ 換句話說，在BeVier的法律文義主義的世界裡，死人與活人的區別並沒有任何意義；唯一有意義的區別是「法律意見」與「非法律意見」，或者說，「法治」與「非法治」。²⁹ 在Robert Bork與Frank Easterbrook等人對於死人之手問題所做的回應中，我們也可以讀出類似BeVier的想法。³⁰

大概不會有人反對BeVier論證的〔前提 1〕，但是她的〔前提 2〕就非常可議。為什麼我們在法治的政治秩序底下有關統治正當性或者政治權威的討論，只能止於判斷該統治是不是（以及是不是還是）法？就算我們可以將正當性的概念等同於合法性，我們為什麼必須而且只能接受一個只問制定程序是否完備的形式合法性概念呢？難道我們所認同與追求的「法治」（the rule of law）理念，就僅僅是「用法統治」（rule by law）而已嗎？BeVier或許有做如此主張的進一步理由，但是她的〔前提 2〕顯然不是不證自明的，甚至還跟許多人的法治理念有不小的出入。在BeVier的論證中，訴之於法的解題路徑基本上是一種「切割」策略；BeVier試圖用這種方式把死人之手問題從憲法的規範論證中切割出去。然而，即便我們假設這種做法是可行的（這是一個很大的假設），BeVier也只能導出「死人之手問題不是某種意義下的法律問題」或者「這不是我（作為一個法律文義主義者）的問題」的結論，而無法宣稱「死人之手問題不是問題」。³¹

如果將BeVier論證中的〔前提 2〕改成「一部老憲法作為法的規範權威並不來自於它的作者所具有的權威」這個由Joseph Raz所提出來的命題，³² 那麼我們的新〔結論〕會是：嚴格而言，我們不能說一部老憲法下的法治秩序是一種死人統治—因為統治我們的是憲法，不是死人，而且該憲法所具有的權威也不是來自死人。這個新結論的爭議性不大，因為新的〔前提 2〕已經接受了死人之手問題

²⁷ Lillian R. BeVier, *The Moment and the Millennium: A Question of Time, or Law?*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1112, 1115 (1998).

²⁸ *Id.*

²⁹ *Id.*, at 1116.

³⁰ See ROBERT H. BORK, *THE TEMPTING OF AMERICA: THE POLITICAL SEDUCTION OF THE LAW* 170-76 (1991); Frank H. Easterbrook, *Textualism and the Dead Hand*, 66 GEO. WASH. L. REV. 1119 (1998).

³¹ See Moore, *supra* note 14, at 264-265; Jed Rubenfeld, *On Fidelity in Constitutional Law*, 65 FORDHAM L. REV. 1469, 1477 (1997).

³² See Raz, *supra* note 6, at 164-69.

之質問者的基本立場：無論如何，死人無權統治我們。³³ 如果一部老憲法的權威不能也不應該來自它的作者，那麼它的權威又從何而來呢？Frank Michelman 所界稱的法律非意志論者（legal nonvolitionists）給我們的答案是：憲法的規範權威源自於社會對它的接受這個事實。³⁴ Frank Easterbrook也提出了類似的看法：「講什麼『死人』就此統治不過是一種文字遊戲。我們活著的人施行往昔通過的法〔…〕是因為我們現在這麼做是明智之舉。老的法之所以被施行並不是因為它們的作者如此要求，而是因為活在現在的人要這麼做。」³⁵ 問題是，這樣的說法只能證立：當一個論者在辯護一部老憲法的正當性的時候，他不是在主張「死人有權統治我們」如此荒謬的命題；它無法告訴我們的是，何以我們應該接受一個實際上與死人統治沒有多少差異的老憲法統治。訴諸法的權威來解決死人之手問題的理論嘗試，從而也不過是一種文字遊戲。

二、誘之以利

在 1789 年 9 月 6 日致 Madison 的書信中，Jefferson 把「超過一個世代的憲法存續」跟「前人留給子孫的債務」相提並論。³⁶ 在 1790 年 2 月 4 日給 Jefferson 的回信裡頭，Madison 則是申述了「前人種樹，後人乘涼」、「吃果子，拜樹頭」的人情義理。³⁷ 我們不難察覺，這兩人都試圖援引效用論（utilitarianism）的理由來支持自己的立場，只是 Jefferson 視前世代人留傳給後世代人的憲法為後世代人的「負債」，而 Madison 則是將之視為後世代人的「資產」。我們可以將這種論證稱作「誘之以利」或者「效用論者的解題路徑」（the utilitarian approach）：它試圖將死人之手問題的解決繫於我們對於各種可能選項之利害得失所做的衡量，並且要求我們就此做出效用論意義上的理性選擇。如果遵循老憲法的利益大於不利益，又或如果制定新憲法的成本與風險高於預期效益，那麼當代人應當接受、沿用老憲法。不過，如果遵循老憲法的不利益大於利益，又或如果制定新憲法的預期效益高於成本與風險，那麼我們也沒有硬要當代人忍受死人之手控制的道理。

一旦我們肯認死人之手是一個有意義的提問，如何正當化一部老成文憲法的權威，就是它的擁護者無可迴避的論證責任。一個嘗試以效用論的理由來證立一部老成文憲法權威的論者，從而起碼必須論證：(1) 這部老憲法的存續為後代人

³³ See CHRISTOPHER L. EISGRUBER, CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 10-45 (2001).

³⁴ See Frank I. Michelman, *Constitutional Authorship*, in CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 64, 68-74 (Larry Alexander ed., 1998).

³⁵ Easterbrook, *supra* note 30, at 1120.

³⁶ See Jefferson, *supra* note 1.

³⁷ See Madison, *supra* note 23.

提供了某種或者某些效用／利益，而且(2)它所提供的效益足以正當化成文憲政主義對於後代之自我統治所構成的限制。Stephen Holmes應當可以算是當代嘗試循此路徑證立憲法正當性的代表性學者；他於1988年出版的一篇專書論文，深入淺出地闡揚了「憲法是後世代人的資產」這個Madison所提出來的洞見。³⁸ Stephen Holmes這篇論文的核心論點是：一部取向於自由民主的剛性成文憲法施加於後代人的限制，其實是「蘊生可能性的限制」(possibility-generating restraints)或者說「強化民主的限制」(democracy-reinforcing restraints)；³⁹ 將限制政府權力當成憲政主義之核心理念的通俗講法是不恰當的，因為「一般而言，憲法的規制是使能性的(enabling)，不是禁制性的(disabling)」。⁴⁰ 在詳細申論了自由民主的剛性成文憲法如何創造、擴大並且鞏固後代之自由與自我統治的可能以後，Stephen Holmes的結語是：「死人當然不應該統治活人；但是他們可以讓活人比較容易地自我統治。」⁴¹ David Strauss在倡議普通法的憲政主義(common law constitutionalism)所蘊含的「活的憲法」理念之餘，也特別強調成文憲法／憲法文本定紛止爭(settle)與協調行動(coordinate)的效用，並且認為這項效用論的說理，相對於祖先崇拜或者認同本位的規範論證而言，更能獲得任何明理之人的共鳴。⁴²

當代的麥迪遜們無疑成功地證立了命題(1)：成文憲政主義(written constitutionalism)的確有助於解決自由民主之政治秩序的若干難題。但是，他們證立命題(2)的嘗試是否成功，似乎仍有檢討的餘地。Michael McConnell認為，此等效用論取向的論證，至多只能正當化程序本位(process-based)的憲法法規範，而這類規範僅占憲法法的一小部分。⁴³ McConnell的這項批評，當代的麥迪遜們應該不難回應。他們可以說，在自由民主的基本政治秩序之外，制憲者本來就不應該限制後代人的實體價值／政策選擇。他們也可以說，現在活著的人為了享受老憲法所提供的巨大程序利益，仍然願意忍受其所造成的實體不利益——也就是說，在通盤考量以後，遵循憲法仍然是利大於弊的。問題是，在衡量遵循憲法的利害以前，我們在規範論證上可能會想要先確定一件事情：成文憲政主義對於種種憲政事務所做的形式固鎖(formal entrenchment)——也就是死人之手所要表徵的統治型式——是為了實現憲政民主的重大利益所「必要」。在現實上存在有不成文憲政主義的歷史反證(例如英國)的情況下，我們還能說成文憲政主義對於後代之自我統治所做的限制，在效用論的天平上，是可以被正當化的嗎？

Madison憲政思想的另一個洞見——憲法的實效取決於它所要規範的政治，可

³⁸ See Holmes, *supra* note 10.

³⁹ *Id.*, at 230-35.

⁴⁰ *Id.*, at 227.

⁴¹ *Id.*, at 240.

⁴² See David A. Strauss, *Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle*, 112 YALE L. J. 1717 (2003); DAVID A. STRAUSS, *THE LIVING CONSTITUTION* (2010).

⁴³ See McConnell, *supra* note 14, at 1130.

以引領我們設想一個對於這個質疑的可能回應：有沒有必要這件事情，其實取決於現實的政治情境。⁴⁴ 質言之，不論是基於理性的利害衡量或者非理性的社會心理制約，人們往往傾向於維持現狀，而對改變現狀的選項抱持較多顧慮。⁴⁵ 在諸多公共選擇或者社會心理機制的作用下，即便沒有形式固鎖機制的加持，一部成文憲法還是可能形成某種功能意義上的固鎖（functional entrenchment），也就是成為一個穩定的制度。⁴⁶ 換句話說，就算成文憲法的剛性（rigidity）／固鎖（entrenchment）嚴格而言並不是追求憲政民主的必要條件，也不表示在現實上，我們現在活著的人，在接受、遵循既有憲法之外，確有實際上可能的替代選項（viable alternatives）可言。Daryl Levinson進一步指出，麥迪遜憲政主義能否成功，主要取決於「誘因相容性」（incentive compatibility）與「制度穩定性」（institutional stability）這兩個關鍵條件能否獲得滿足。⁴⁷ 在其解開「政治行動者為什麼願意接受、遵循憲法」這個麥迪遜憲政主義的實證謎題（positive puzzle）的過程中，Levinson也預測了一個時間帶給憲政主義作為一種政治秩序的一般性弔詭：「隨著時間之經過，憲法的規制與安排將有可能愈來愈不合用，但是也愈來愈難以變動」。⁴⁸ Levinson的實證憲法理論告訴我們，當代的麥迪遜們所能證立的命題(2)，至多是一個弱的正當性命題：我們之所以應該接受死人之手憲法的統治，僅僅是因為我們—在特定的時空條件底下—沒有更為有利的其他選項可以選擇。

三、預先的自我約束／自我約束

荷馬（Homer）史詩《奧德賽》（*The Odyssey*）裡頭有一段寓意深遠的情節：英雄奧德修斯（Ulysses）必須帶領同伴們沿著女妖賽壬們（Sirens）所在島嶼的岸邊航行。賽壬們吟唱著動人的美聲，但是她們的歌聲會魅惑聽者，讓他們葬命於船難。聽從神女喀耳刻（Kirke）的建議，奧德修斯用蜜蠟摀住了同伴們的耳朵，好讓他們不會受到魅惑；奧德修斯自己則是要同伴們將他緊緊地綁在船桅上，好讓他一人可以聆聽賽壬們的歌聲又不會因此喪命。奧德修斯叮囑同伴們，在這段航程中間，不論他如何掙扎與哀求，他們都不可以將他鬆綁。藉由這樣的安排，奧德修斯聽到了賽壬們的美聲，也帶領同伴們安然地駛離了險境。⁴⁹ 這段故事時常被用來說明「預先的自我約束」（precommitment）或者「自我約束」

⁴⁴ 關於麥迪遜流的憲政主義的析論與應用，see generally Daryl J. Levinson, *Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment*, 124 HARV. L. REV. 657 (2011).

⁴⁵ See, e.g., DANIEL KAHNEMAN, THINKING, FAST AND SLOW 289-309 (2011).

⁴⁶ See Levinson, *supra* note 44, at 697-98.

⁴⁷ *Id.*, at 670.

⁴⁸ *Id.*, at 714-15.

⁴⁹ See HOMER, THE ODYSSEY 210-16 (Robert Fitzgerald trans., 1992).

(commitment) 這個人(們)為了達成某種目的而採用的一種手段/作法。⁵⁰ 常見於美國法討論的另一個譬喻是：清醒的彼得(Peter Sober)約束酒醉的彼得(Peter Drunk)。⁵¹ 這兩個例子具象化了我們對於(預先的)自我約束這件事情的想像。不過我們也必須留意，它們所凸顯的特徵，未必就是構成(預先的)自我約束的必要條件。我們在此可以Jon Elster對於預先的自我約束所做的定義，作為討論的起點：「當一個人在某個時點做了某個動作，其目的是為了確保他在後來的某個時間裡會做某件在沒有先前那個動作的情況下他可以做但是不願意去做的事情，那麼他就在預先的自我約束他自己。」⁵²

Elster不是最早提出、討論「預先的自我約束」這個概念的學者，但是他於1979年出版的*Ulysses and the Sirens*一書，開啟了當代關於「憲法是什麼」的憲法/政治理論討論的一個新頁。⁵³ 在「憲法作為契約」與「憲法作為慣習(convention)」這兩個歷史久遠的憲政思想傳統之間，Elster引領我們評估一個對於憲法及其實際運作的新概念性理解：憲法是一或者可以比擬為——種預先的自我約束的機制(或者，這類機制的集合)。⁵⁴ 經過了多年的思辯與反省，Elster於2000年出版了*Ulysses Unbound*一書。「在政治上，人們從來不曾試圖綁住自己，他們只會試圖綁住別人。」引用已故挪威歷史學者Jens Arup Seip對於*Ulysses and the Sirens*一書的評語，Elster在新作中轉而對憲法作為預先的自我約束機制這個命題在概念論、因果論以及規範論上的諸多問題，做了強力而深刻的批判。⁵⁵ 不過，作為一個概念工具，(預先的)自我約束已經而且持續地影響我們對於憲政主義的理解。它的韌性一部分緣於它的歧義性。憲政經驗的一部或者全部可以被理解為不同意義、不同類型的(預先的)自我約束機制，而且，並不是關於憲政自我約束(constitutional commitments)的所有論述都同樣地有或沒有道理。更重要的是，將憲法之於我們的約束/限制(constraints)理解為自我約束(commitments)的作法，可能或多或少捕捉了部分的真實，不是純屬虛構、完全沒有意義可言的憲政設想。⁵⁶

如果暫不討論一個政治社群內部的異議(disagreement)之於憲政自我統治

⁵⁰ See, e.g., Levinson, *supra* note 44, at 661, 672-680.

⁵¹ See, e.g., Holmes, *supra* note 10, at 237; Samuel Issacharoff, *The Enabling Role of Democratic Constitutionalism: Fixed Rules and Some Implications for Contested Presidential Elections*, 81 TEX. L. REV. 1985, 1988 (n. 13) (2003).

⁵² Jon Elster, *Don't Burn Your Bridge Before You Come To It: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment*, 81 TEX. L. REV. 1751, 1754 (2003).

⁵³ See JON ELSTER, *ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY* 93-6 (1979).

⁵⁴ 關於契約論與慣習論的憲政思想傳統，see generally Russell Hardin, *Constitutionalism*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL ECONOMY 289 (Barry R. Weingast and Donald A. Wittman eds., 2006).

⁵⁵ See JON ELSTER, *ULYSSES UNBOUND: STUDIES IN RATIONALITY, PRECOMMITMENT, AND CONSTRAINTS* ix, 88-174 (2000).

⁵⁶ *Id.*, at 96; see also Levinson, *supra* note 44; John Ferejohn and Lawrence Sager, *Commitment and Constitutionalism*, 81 TEX. L. REV. 1929 (2003).

的挑戰，我們或許可以勉強地將制憲世代的人們所經驗的憲法統治理解為一種（預先的）自我約束。⁵⁷ 問題是，制憲者不只試圖約束他們自己，制憲者也試圖約束後代的子子孫孫們。在制憲世代走入歷史以後，我們還能說憲法的統治是一種「自我」約束嗎？在回應死人之手的提問以前，憲政（預先）自我約束論者首先必須通過這個Elster稱之為「未來世代難題」（the future-generation problem）的說理考驗。作為一個方法論上的個人主義者（a methodological individualist），Elster基本上不認為憲政（預先）自我約束論可以輕易地跨越世代的鴻溝；針對試圖固鎖實體價值決定的憲法制定，Elster甚至直言：「根本就不存在什麼率直（cant-free）的方法，可以讓我們面不改色地將這類程序看作是『自我』約束。」⁵⁸ 假設憲政（預先）自我約束論者以某種方式克服了這項時間帶給他們的挑戰；假設我們都同意—關於當代人接受老憲法的統治這件事情，（預先的）自我約束是比「被死人之手約束」更為適切的詮釋。死人之手的提問仍然要求我們進一步追問：為什麼當代人應當如此自我約束？舉例來說，Stephen Holmes與Daryl Levinson等論者，基本上便是訴諸效用論的理由，來正當化麥迪遜理念下的憲政（預先）自我約束。⁵⁹ 此外，至少對Holmes、Levinson與Elster等論者來說，並不是所有的憲政實踐都會是具有正當性的憲政（預先）自我約束。如何區辨具有正當性的憲政（預先）自我約束與不正當的憲法支配／統治，是對於這些論者的進一步的理論挑戰。

基於美國憲政主義的歷史，Jed Rubenfeld提出了一套相當獨特的憲政自我約束理論：憲政主義即民主（constitutionalism as democracy）。⁶⁰ 在Rubenfeld所建構的觀念世界裡，「預先的自我約束」跟「自我約束」是兩個不同的概念：前者強調約束機制的工具理性，而後者本身即是目的，具有一定的規範意義。⁶¹ 一個自我約束之所以有規範性，Rubenfeld指出，並不是因為這麼做有其合理性，而是因為是「我（們）」一本於自由意志—要求自己這麼做。更重要的是，一個取向於現時的理性觀（a present-oriented account of rationality）可以解釋預先的自我約束，但是無法適切說明自我約束。「奧德修斯式的預先的自我約束尋求以理性對抗一時之熱情的誘惑。自我約束則是尋求以熱情對抗理性的誘惑—那種日常的、講求成本與效益的、偏好極大化的理性的誘惑。」⁶² Rubenfeld認為，我們必須掙脫理性的現時主義（presentism）加諸我們的思維限制，才能確切掌握自我約束的意義與性質。質言之，人不是只活在當下；不論是個人抑或是社群的自我統治，都必須在時間的向度上開展與實踐。自我統治從而必然是而且只能是歷

⁵⁷ Jeremy Waldron 基於合理的異議（reasonable disagreement）的考量而對憲政的預先自我約束論做了強力的批判；see JEREMY WALDRON, LAW AND DISAGREEMENT 255-81 (1999).

⁵⁸ ELSTER, *supra* note 55, at 170.

⁵⁹ See Holmes, *supra* note 10, at 215-21; Levinson, *supra* note 44, at 697-716.

⁶⁰ See JED RUBENFELD, FREEDOM AND TIME: A THEORY OF CONSTITUTIONAL SELF-GOVERNMENT 163-77 (2001).

⁶¹ See *id.*, at 116-30; see also JED RUBENFELD, REVOLUTION BY JUDICIARY: THE STRUCTURE OF AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW 71-98 (2005).

⁶² RUBENFELD, *supra* note 60, at 129.

時性的（over time）自我約束；唯有在時間的經過中持續而且自願地約束自我去做或不做某件事情，人（們）才有真正的自由與自治可言。人（們）當然可以決意不再理會過往所做的自我約束，但是「解放不是自由」⁶³，而且這麼做必然意謂著認同的改變。⁶⁴

Rubinfeld試圖以其所建構的自我拘束理論來闡釋並且正當化美國憲政主義的歷史實踐。他指出，一旦我們揚棄了取向於現時的民主觀，轉而認識到—美國的憲政民主所要追求的是一種歷時性的自我統治，那麼在（美國）憲政主義與民主之間，就不存在有根本性的對立。「憲政主義就是歷時的民主（democracy over time）—或者不論如何，它應該是、它致力要成為歷時的民主。」⁶⁵ 一旦我們揚棄了現時主義的民主觀與理性觀，Rubinfeld認為，死人之手的提問也將無從附麗。作為一個歷時性的自我統治的方案（project）／事業（enterprise），憲政民主必然在時間的向度上縱跨了過去、現在與未來；不論是當下活著的人抑或是已逝的制憲世代，毋寧都只是這個大方案、大事業的一個部分。Rubinfeld對於死人之手提問所做的回應，相當程度上也訴之於法：我們是經由法而實現自我統治的，而法作為一個歷時性的規範存在，並不會因其制定者已死而失其規範力。⁶⁶ Rubinfeld並不否認過往的憲政自我約束可以被新的憲政自我約束所取代，但是他強調，在過往的憲政自我約束被適當地拒絕以前，它仍然會是「我們的」憲政自我約束。⁶⁷ Rubinfeld無疑提出了一個縝密的憲政宏論。可是，縱使我們肯認這項理論主張不是一種冠冕堂皇的辭令（a cant），本文仍懷疑，Rubinfeld的憲政自我拘束論，就跟其他訴之於法的理論嘗試一樣，是無法真正解消憲政民主的根本矛盾的一它只是將這個難題及其解決，挪移到了憲法理論之外。

四、義理所求

在許多人的憲政設想中，憲法是或者應該是○○的堡壘；憲法是或者應該是○○的燈塔。○○可以是「自由」、「民主」、「人權」、「公理」、「正義」...等等我們一般認為一個國家應該追求或者保護的某種善（goodness），或者說，某種義理（rightness）。作為一個政治方案，成文憲政主義是追求這類政治理想的一種制度性實踐：成文憲法明白揭櫫了對於國家的各種規範要求，而其固鎖機制則是為了避免或者抵抗一時的政治多數或者統治菁英背棄憲法義理的權力惡用。⁶⁸

⁶³ RUBENFELD, *supra* note 61, at 89.

⁶⁴ *See id.*, at 96-8.

⁶⁵ *Id.*, at 96.

⁶⁶ *Id.*, at 135-41.

⁶⁷ *Id.*, *passim*; RUBENFELD, *supra* note 60, *passim*.

⁶⁸ *See, e.g.*, EISGRUBER, *supra* note 33; Lawrence Sager, *The Domain of Constitutional Justice*, in

針對憲法的權威／正當性問題，抱持這種憲政想像的憲政主義者或許會這麼回答：憲法的規範權威不是或者不盡然來自於它的制定者（不管他們是死是活）或者制定程序，而主要是源於它所實現、追求的善／義理；我們之所以應該遵循一部憲法，從而是因為我們—作為所屬政治社群的明理之人—應該認同、守護或者追尋這部憲法所要追求、體現的政治義理。在我們的政治道德判斷上，並不是只有可以被評價為正義的（just）憲法秩序才具有正當性（legitimacy）。⁶⁹ 不過如果既有的憲法秩序可以被評價為是正當的，那麼我們在政治道德上就有遵循乃至完善化（perfecting）這部憲法的義務。⁷⁰ 反過來說，如果既有憲法不公不義到了某種程度而不具有正當性，則身處其中之人不僅沒有屈從暴政宰制的政治義務，甚至應當思尋革命。⁷¹ 我們可以將這種以政治義理的道德論理（moral reasoning）決斷憲法是否具有正當性的作法稱為「義理所求」。本文所理解的憲政義理是具有一定普遍意義的規範概念，其實質內涵容有解釋與爭論的空間。⁷² 而本文所理解的政治道德論理也不僅侷限於非效用論的（non-utilitarian）或者道義論的（deontological）論理；誘之以利的解題路徑，毋寧也可以被理解為是在訴求效用論者的義理。

Frank Michelman基本上是將這項探求基本憲政義理的憲法理論取徑，置於自由主義的憲政思想這個巨流之中理解。對憲政自由主義者來說，一個憲政體制的正當性必須建立在其之具有某種義理這件事情上，因為只有在這個意義上，我們才能說，身處其中的每一個自由而且平等的個人—作為自我統治的「自我」（或者說，作為自主的道德主體）—都應當（或者有理由）接受這個憲政秩序所構成的拘束或者強制。⁷³ Michelman就此指出，「就確立、肯認憲法在當代的規範權威這件事情而言，制憲者在作為歷史的化身以前，必須為了我們而以義理的化身這個意義存在。」⁷⁴ 我們必須特別注意的是，Michelman的這句話表達了義理在憲政自由主義者的規範正當性論理上所具有的重要性乃至優先性，但是他並沒有因而就完全否定制憲者作為「歷史的化身」的規範意義；也就是說，憲政自由主義者的憲法正當性論理，並不必然是只問義理而不論歷史的。如果我們同意Michelman的分析，那麼我們還必須從認識論（epistemology）的角度進一步檢討憲政義理與憲政歷史的關係，才能據以回答：心繫憲政義理的憲政自由主義者，究竟會怎麼回應死人之手這個時間帶給憲政民主的正當性難題？

CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS 235 (Larry Alexander ed., 1998).

⁶⁹ See, e.g., Frank I. Michelman, *IDA's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System*, 72 *FORDHAM L. REV.* 345, 357-58 (2003).

⁷⁰ *Id.*; see also JAMES E. FLEMING, *SECURING CONSTITUTIONAL DEMOCRACY: THE CASE OF AUTONOMY* 210-27 (2006).

⁷¹ See RONALD DWORKIN, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS* 321-23 (2011).

⁷² See Samaha, *supra* note 19, at 646-51.

⁷³ See Michelman, *supra* note 34, at 82-83; see also JOHN RAWLS, *POLITICAL LIBERALISM* 217 (1993, 1996) (proposing the liberal principle of legitimacy).

⁷⁴ Michelman, *supra* note 34, at 81.

我們大概可以從關於憲政義理的不同認識論主張中區辨出至少四種憲政自由主義者的理念型：憲政的柏拉圖主義者（tconstitutional Platonists）、憲政的柏克主義者（constitutional Burkeans）、憲政的解釋主義者（constitutional interpretivists）以及憲政的進步主義者（constitutional progressives）。Michael McConnell將憲政義理論者一概劃歸為活憲主義者（the living constitutionalists），進而認為他們皆屈服於死人之手的論理。⁷⁵ 本文則試圖藉由提出以及分析這四種理念型，對McConnell的這項看法提出本文的不同意見。

憲政的柏拉圖主義者認為，我們應該而且只服膺憲法文本所揭櫫的義理，因為制（修）憲者—而且只有他們—是柏拉圖在《共和國》一書所提到的洞穴寓言裡頭那些爬出黑暗的洞穴、看到（認識）了真正的憲政義理的哲人。⁷⁶ 如果套用憲政自我約束論者常用的譬喻的話，制（修）憲者是那個「清醒的彼得」。⁷⁷ 即便我們不根本挑戰這種菁英色彩濃厚的認識論主張的正確性，一個立即的疑問是：為什麼是制（修）憲者？為什麼只有他們才能探查出真正的憲政義理呢？John McGinnis與Michael Rappaport這兩位原意（義）主義者試圖以決策規則（decisional rules）所產生的效應來證立制（修）憲者的認識論權威（epistemic credentials）；它們主張，制／修憲所使用的超級多數決規則（supermajority rules），傾向於產出可欲的（desirable）憲政固鎖—也就是實用主義意義下的憲政義理。⁷⁸ McGinnis與Rappaport嘗試在Condorcet陪審團定理（Condorcet Jury Theorem）的基礎上證立超級多數決規則產出之決策的正確性乃至優越性。⁷⁹ 然而，Condorcet陪審團定理能否適用於道德義理的論證是大有爭議的，而現實政治是否具備了該定理賴以為真的前提條件，更是一個大問號。⁸⁰ 面對眾多憲政史上的反例（特別例如美國憲法原典的奴隸問題），McGinnis與Rappaport就超級多數決程序之決策品質所做的一般性臆測，恐怕是沒有多少說服力的。

憲政的柏克主義者擁抱了兩種互為表裡的認識論立場：最小主義

⁷⁵ See McConnell, *supra* note 14, at 1128-29.

⁷⁶ John McGinnis 並未引用柏拉圖的政治哲理，但是他的主張非常接近本文所界稱的憲政的柏拉圖主義；see John O. McGinnis, *The Original Constitution and Our Origins*, 19 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 251 (1996). 關於柏拉圖的洞穴寓言，see PLATO, REPUBLIC 240-49 (Robin Waterfield trans., 1993, 2008). 本文在此所討論的，只是憲政思想上引伸柏拉圖的政治理論的說法之一；另一個更為常見的說法，是將職司司法審查的法官們比擬為柏拉圖式的監護者（the Platonic guardians）。Michael Walzer 對於法官作為政治哲學家的談話，提出了非常有力的分析與評論；see MICHAEL WALZER, THINKING POLITICALLY: ESSAYS IN POLITICAL THEORY 1-21 (David Miller ed., 2007).

⁷⁷ Cf. RUBENFELD, *supra* note 60, at 130.

⁷⁸ See John O. McGinnis and Michael B. Rappaport, *A Pragmatic Defense of Originalism*, 101 NW. U. L. REV. 383 (2007); McGinnis and Rappaport, *The Condorcet Case for Supermajority Rules*, 16 SUP. CT. ECON. REV. 67 (2008); McGinnis and Rappaport, *Originalism and the Good Constitution*, 98 GEO. L. J. 1693 (2010).

⁷⁹ *Id.* 關於 Condorcet 陪審團定理在政治與法領域的應用與討論，see, e.g., CASS R. SUNSTEIN, INFOPTOIA: HOW MANY MINDS PRODUCE KNOWLEDGE (2006).

⁸⁰ Adam Samaha 對於 Condorcet 陪審團定理在憲法權威理論上的適用以及困難，做有清楚而完整的檢討；see Samaha, *supra* note 19, at 651-55.

(minimalism) 以及傳統主義 (traditionalism)。作為最小主義者，他們排斥抽象論理，質疑（相對於具體實踐而言的）理論建構，認為謙卑 (humility) —也就是深刻體認到個人智慧的有限與不可靠—才是追求真理的王道。作為傳統主義者，他們珍視既有的實踐經驗，力求傳統的、延續與漸進演化，認為義理蘊藏於傳統這個智慧的寶庫。⁸¹ 在柏克主義者的憲政觀念裡，「憲法是會如同傳統與普通法一般演化的」，且其演化主要取決於「社會的規範與實踐」。⁸² 根據Cass Sunstein在*A Constitution of Many Mind*一書中所做的分析，憲政的柏克主義者主要試圖以積累 (aggregation) 與演化這兩種機制來證立、說明傳統就憲政義理的探求這件事情所具有的認識論權威：Burke本人強調，傳統累積了眾人的智慧；Friedrich Hayek則強調，傳統所表徵的道理，通過了演化過程的時間考驗。⁸³ 然而，就算我們不去深究這兩種論理各自所面臨到的難題—例如系統性的偏見與人云亦云的風潮效應 (cascades) 對於傳統義理的正確性所造成的負面衝擊，⁸⁴ 憲政的柏克主義者大概很難說服其他人接受，古老的智慧不是一種死人之手。Sunstein就此徵引了Jefferson、Blaise Pascal與Jeremy Bentham等人所持「活人其實比古人懂得更多」的反柏克論見解；⁸⁵ 這項根本性的對立意調著，在憲政義理的認識論上，時間未必站在古人／憲政的柏克主義者這邊！

我們可以透過Ronald Dworkin認識憲政的解釋主義者。他們認為，「我們必須盡力在解釋所容許的限度內，讓我們國家的根本大法合於我們所認知的正義—這並非因為我們有時候必須讓法跟道德有所妥協，而是因為這是法—被適切地理解的法—本身所做的要求。」⁸⁶ 作為認識與追尋憲政義理的一種方法，解釋這項活動型式同時也拘束、規訓了憲政的解釋主義者對於憲法規範所做的道德解讀 (moral reading) (Dworkin的用語)。⁸⁷ 對Dworkin來說，我們經由解釋所要探尋的憲政義理，是憲法的整全性 (constitutional integrity)，而這項解釋目的不僅要求我們追尋具有原則性的政治道德確信，也同時要求我們去融通、契合 (fit) 憲法的文本與歷史—特別是過往的主流憲法解釋，而不是逕以解釋者個人的道德判斷決定憲政義理之所求。⁸⁸ 憲法的整全性並不要求我們接受並延續過去所留下來的錯誤原則 (例如「隔離但是平等」)，但是我們「不能宣告過去的每一件事情都是錯誤的：這麼做形同以整全性之名行摧毀整全性之實。」⁸⁹ 面對死人之手的提問，憲政的解釋主義者大概會這麼回答：與過往保持聯繫是憲政義理 (憲法整全性) 的一個環節；我們不是不可以掙脫被我們認為是錯誤的死人之手的控制

⁸¹ See generally SUNSTEIN, *supra* note 11.

⁸² *Id.*, at 72.

⁸³ *Id.*, at 94-95.

⁸⁴ *Id.*, at 101-06.

⁸⁵ *Id.*, at 80-85.

⁸⁶ DWORKIN, *supra* note 71, at 415.

⁸⁷ See RONALD DWORKIN, *FREEDOM'S LAW: THE MORAL READING OF THE AMERICAN CONSTITUTION* 1-38 (1996).

⁸⁸ *Id.*; see also RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* 225-75 (1986).

⁸⁹ DWORKIN, *supra* note 87, at 103.

(例如推翻錯誤的判決先例)，但是憲政義理要求我們必須謹慎為之，不可以說變就變。

憲政的進步主義者或許不會反對憲政義理是由解釋性概念（*interpretive concepts*）所構成，⁹⁰ 也會認同Dworkin之主張憲法法的論證是一種政治道德論證。不過，他們大概不會心甘情願地接受歷史——不論是制憲、修憲、抑或是釋憲的歷史——對於憲政義理之當代追尋所設下的重重限制。對憲政的進步主義者來說，他們只在乎我們是否掌握了正確的憲政義理，而且他們所追尋與服膺的憲政義理，既無關於與過往憲政實踐的一致性，也不會授予前人任何的認識論權威。John Hart Ely是本文所界稱的憲政的進步主義者，因為他所提出的司法審查理論，是立基於他對美國的憲政義理所做的一個終極解釋：憲法的目的在於確保代議民主的適切運作。⁹¹ 其他的憲政的進步主義者未必贊同Ely對於憲政義理的「程序性」解讀，不過他們不會對「Ely（或者某某人）憑什麼代言憲政義理」這件事情有所質疑。憲政的進步主義者相信理性的力量；在他們的眼裡，憲政義理的規範權威無關於它的作者或者解釋者，而是在於它本身的合理性。就此而言，與其說憲政的進步主義者「屈服」於死人之手的提問前提，不如說他們嘗試探尋「超越」歷史時間的憲政義理。⁹² 這個憲政思考與行動的方案能否成功，相當程度上取決於我們如何處理多元社會中關於憲政義理的合理異議。⁹³

五、「我們人民」

想像我們活在一個虛擬的憲政民主國家——阿克瑪共和國（the Republic of Ackermar）。再想像我們回到了過去，回到了我們這個國家現行成文憲法的開端。在那個時候，好不容易聚在一起的一群政治菁英們，決定為剛成立不久的共和國制定一部新的憲法。這群自我任命的憲法起草者知道一件事情：主權在民；人民是這個剛誕生的阿克瑪共和國的主人。基於人民主權（*popular sovereignty*）這個原理，他們知道，如果他們寫在羊皮紙上的憲法具有任何規範／政治權威的話，它的權威只能而且完全來自於人民。他們於是決定以「我們人民」（*We the People*）之名，制定憲法，並且將他們所擬議的憲法草案，交付人民批准。經過了非常熱烈的公共論辯，當時的人民決定認可起草者交給他們的憲法，從而開啟了我們這個阿克瑪共和國的憲政時代。之後，阿克瑪共和國歷經了好幾次憲政變遷，但是未曾重新制憲。我們回到了距離制憲當年已有世紀之隔的現在。儘管對於我們這

⁹⁰ See DWORKIN, *supra* note 71, *passim*.

⁹¹ See ELY, *supra* note 24, at 87-88.

⁹² See Michelman, *supra* note 34, at 86.

⁹³ See generally WALDRON, *supra* note 57.

個憲政民主國家所奉行的憲法典章（constitutional canons）及其實質內涵有著不同的解讀，憲法前言開宗明義提到的「我們，艾克瑪共和國的人民」，仍然常被指認為是現行憲法的作者。⁹⁴

藉由這個思想實驗，本文試圖引介一個回應死人之手質問的重要理論主張：基於人民主權原理，只有「我們人民」有權改變國家的憲政秩序；除非「我們人民」有什麼進一步的表示，憲法的規範權威是不容置疑與挑戰的。Bruce Ackerman 就此提出了一套區辨人民與政府、區辨更高階立法（higher lawmaking）與常態立法（normal lawmaking）的二元民主（dualist democracy）理論。他試圖證立，至少就憲政民主在美國的歷史實踐而言，憲法確實比政府經由常態政治程序做成的政治決定，具有更大的民主權威，因為只有憲法，是作為主權者的「我們人民」——在通過更高階立法的重重嚴格考驗之後——所做的決定。⁹⁵ 這個以人民主權原理為基礎的憲法優位性主張，構成了「我們人民」這條解題路徑的核心命題。Frank Michelman 把這樣的想法置於憲政平民主義（constitutional populism）的思想傳統上解讀。對憲政平民主義者來說，憲政的自我統治所指涉的「自我」，是一個超越個人的集體——也就是「人民」。他們認為，憲法的規範權威來自於人民的意志（will），而不是來自憲政自由主義者所要召喚的憲政義理／理性。⁹⁶

再沒有比制憲這件事情更能彰顯誰是主權者了。對於一個標榜主權在民的共和國來說，制憲者之訴諸「我們人民」的政治權威，從而只是剛好而已。問題出在制憲之後——特別是在制憲世代作古之後：為什麼人民主權仍然可以證立一部老憲法的規範權威呢？這個申論題的回答，相當程度上繫於論者如何理解「我們人民」的意義與時態——特別是「我們現代人」（we the contemporaries）與「我們人民」之間的關係。跟隨著 Jed Rubenfeld，我們或可將「我們人民」理解為是跨越了過去、現在與未來的一個多世代集體——或者說，一個歷史性的集體認同。在這個理解底下，時間的經過是不會對「我們人民」或者憲政的自我統治的意義造成什麼影響的。⁹⁷ 不論這個看法是否有道理，它並不是 Ackerman 的見解。「對大多數的法官來說，這部【美國聯邦】憲法的基本單元是條款（The Clause）；對大多數的法學教授來說，其基本單元是理論（The Theory）【...】。對我來說，【這部憲法的】基本單元則是世代（The Generation）。」⁹⁸ Ackerman 之所以這麼說，是因為在他的憲政理論中，「我們人民」基本上是一個經由憲政實踐所建構的國家認同，而其間的每一個世代的人民，都有延續、進而起身重構關於這項認同之

⁹⁴ 本文這個假說的前段是改編自 Akhil Amar 所訴說的關於美國聯邦憲法的制定的故事；see AKHIL REED AMAR, AMERICA'S CONSTITUTION: A BIOGRAPHY 5-53 (2005).

⁹⁵ See BRUCE ACKERMAN, WE THE PEOPLE: I. FOUNDATIONS 3-33 (1991). 關於 Ackerman 之憲法理論的介紹與討論，參見葉俊榮，消散中的「憲法時刻」，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員編，現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁 237-292（1997 年）。

⁹⁶ See Michelman, *supra* note 34, at 76-79, 84-85.

⁹⁷ See RUBENFELD, *supra* note 60; RUBENFELD, *supra* note 61.

⁹⁸ Bruce Ackerman, *A Generation of Betrayal?*, 65 FORDHAM L. REV. 1519, 1519 (1997).

敘事的權力—乃至歷史責任。Ackerman非常看重歷史，也就是過往世代追尋憲政的自我統治的經驗。但是他更在意我們當代人能否在這個與過往世代對話的過程中，確立屬於我們自己的聲音，也就是追尋出屬於我們這一代人的憲政自我統治。⁹⁹ Ackerman進一步提出了一個跳脫制憲與修憲之形式框架的美國憲法變遷理論，以及一個取向於守護、維繫「我們人民」所做憲政決定的美國司法審查理論。¹⁰⁰ 本文無法深入討論Ackerman的憲政理論。不過我們可以設想，Ackerman大概會這麼回答死人之手的提問：如果老憲法成了禁錮我們這一代人的枷鎖，那麼解開這個枷鎖的鑰匙掌握在下一個憲法時刻（constitutional moment）被召喚出來的「我們人民」手中，且其解鎖方法並不限於修憲或者重新制憲。

Keith Whittington也訴諸人民主權及其所衍生的二元民主理論，來證立其所主張之新原義主義（the new originalism）下美國成文憲法所具有的規範權威。¹⁰¹ 不過，有別於Ackerman，Whittington認為人民主權必須而且只能透過創造憲法的形式展現，而且成文憲法的文本—在人民再度起身制憲以前，是「主權意志唯一可得的表達形式」。¹⁰² Whittington附和Jon Elster的說法—既有憲法之持續具有規範效力，純粹是「基於其文本是主權者最近一次同意之表達」這個「歷史性的意外」。¹⁰³ 對未曾實際參與制憲的我們來說，憲法的規範權威從而並非來自於我們的同意，而且Whittington也不認為，我們對這麼一個老憲法，有什麼說得過去的默示的同意（tacit consent）可言。¹⁰⁴ Whittington另以「潛在的主權」（potential sovereignty）證立老憲法非以當代人之現實同意為基礎的一個「較弱，但是夠強」的正當性命題：老憲法之所以具有規範拘束力，是因為它「代表了我們統治我們自己的潛質」；它是「一個讓屬於我們自己的人民主權的未來表達得以實現的撐場者（placeholder）」。¹⁰⁵ 潛在的主權這個說法，歸根究底而言，是在引申「推己及人」的基本道理：如果有朝一日我們想要制憲、並且期待我們的後人不會隨隨便便地就推翻了我們所制定的憲法的話，那麼我們也得給予前人所制定的憲法相同之尊重。「藉由接受這部憲法的規範性，我們也接受了我們得以擘劃一個新憲法並且偶然地成為一部老憲法之作者的權利。」¹⁰⁶

Whittington並不反對人民主權作為一種虛構（fiction）、迷思（myth）或者隱喻的說法，不過他試圖論證人民主權／憲政的自我統治已真實到足以作為我們的

⁹⁹ See *id.*; ACKERMAN, *supra* note 95, at 23.

¹⁰⁰ See ACKERMAN, *supra* note 95; Bruce Ackerman, *The Living Constitution*, 120 HARV. L. REV. 1737 (2007).

¹⁰¹ See KEITH E. WHITTINGTON, *CONSTITUTIONAL INTERPRETATION: TEXTUAL MEANING, ORIGINAL INTENT, AND JUDICIAL REVIEW* (1999).

¹⁰² *Id.*, at 135.

¹⁰³ *Id.*, at 133; see also ELSTER, *supra* note 53, at 94.

¹⁰⁴ See WHITTINGTON, *supra* note 101, at 128-32.

¹⁰⁵ *Id.*, at 133.

¹⁰⁶ *Id.*, at 144.

規範性理想 (regulative ideal)。¹⁰⁷ Whittington也正面回應了老憲法的死人之手問題。一來藉由肯認憲法文本內的不確定性 (indeterminacies) 所創造出來的憲政思辯空間 (他稱之為「憲法建構」)，二來藉由肯認既有憲法的不完美以及重新制憲的政治可能，這位當代美國 (新) 原義主義的重量級學者試圖論證，原義主義雖然無法完全避免、但是可以緩和憲政民主的死人之手問題。¹⁰⁸ 本文無法深入檢討Whittington的憲法解釋理論。本文在此只能指出，Whittington所提出的潛在的主權理論，或許可以引領我們克服「每一個世代都想要自由地拘束它的後人，而不想同時被它的前人所拘束」這個Jon Elster所指稱的民主的矛盾。¹⁰⁹ 然而，它能否超越「隨著時間之經過，憲法的規制與安排將有可能愈來愈不合用，但是也愈來愈難以變動」這個Daryl Levinson所指認的憲政主義的弔詭，恐怕還有相當大的疑問。¹¹⁰

六、動之以情

在感情的世界裡，很多人許諾並且追求長久的忠貞；許多人也會願意為了感情而付出一不論利害得失，不管是非對錯。對一個政治社群的形成、維繫以及集體行動來說，感情—或者說，帶有感情的意識 (感性)—無疑是最強大的動力來源。即便政治秩序的發展早已超越了部落主義的格局並且追求合於理性的制度安排，「搏感情」／感動人，相較於「講道理」／說服人而言，往往仍是更有力量的政治行動策略。¹¹¹ 感情—特別是信念—的力量是如此的巨大，政治／憲法理論的研究者當然不能無視於它的存在；關於憲政文化的討論，相當程度上就是在探討憲政制度與人民的憲政意識、憲法感情之間的相互影響。甚且，有些憲法理論工作者也會跟現實政治的行動者一樣，試圖召喚、動員、或者培育某種感情—例如崇敬、疼惜、羞愧、恐懼、樂觀或者憤怒…等等，據以克服、解決某種難題—例如憲政民主的死人之手問題。我們可以將這種做法稱為「動之以情」或者「信念本位的解題路徑」 (the faith-based approach)。在這個解題路徑底下，死人之手問題是在探問、檢驗我們的政治信念；不問我們最後決定要繼續沿用老憲法，還是要展開新的憲政旅程，我們最後都必須而且只能仰仗信心之躍 (a leap of faith)。

我們可以將Jed Rubenfeld與Bruce Ackerman等人的理論嘗試，也置於信念本

¹⁰⁷ See *id.*, at 142-52.

¹⁰⁸ See *id.*, at 196-208.

¹⁰⁹ ELSTER, *supra* note 53, at 93.

¹¹⁰ See *supra* text accompanying note 48.

¹¹¹ See generally FRANCIS FUKUYAMA, THE ORIGINS OF POLITICAL ORDER: FROM PREHUMAN TIMES TO THE FRENCH REVOLUTION (2011).

位的解題路徑下理解；他們試圖召喚的情感，是構成與維繫一個憲政社群的群體認同：「不管這部憲法是圓的還是扁的，再怎麼說，它終究是『我們的』憲法。」

¹¹² 在關於憲法的一般公共討論中，不少人則會將情感投射於制憲者，或者成文憲法的文本。投射在制憲者或者憲法文本上的情感，有可能是感恩、惜福、或者緣於謙卑的對前輩及其成就的尊重。Madison希望後人如此看待憲法，因為這麼做有助於憲法秩序的適度穩定，而且後人亦得以避免因衝動躁進而鑄下大錯。¹¹³

「即便是理性的制度也需要習慣與偏見的支持。」Judith Shklar用這麼一句話總結了Madison就此所持看法。¹¹⁴ 然而，投射在制憲者或者憲法文本上的，也有可能是某種更為濃烈或者更加執著的情感；許多論者用祖先崇拜(ancestor worship)或者偶物崇拜(fetishism)來形容這樣的情懷；憲政主義也在這樣的文化氛圍下被比擬為一種「公民的宗教」(civil religion)。¹¹⁵ 作為一種俗民社會學的命題，此種憲政信仰論相當貼切地反映了部分人士——特別像是晚近美國茶黨運動(the Tea Party Movement)的參與者——對於制憲者與憲法文本的態度。¹¹⁶ 但是，宗教或者民間信仰意義下的制憲者／憲法崇拜，從來就是「信者恆信，不信者恆不信」的。非僅其信徒無法以公共的理由(public reasons)證立如此炙熱的信仰之於憲政民主的必要，Jefferson以及當代的傑弗遜們更強力地批判了這種權威崇拜的虛妄與反民主性格。¹¹⁷ Shklar也用一句話簡潔地歸納了Jefferson對於此種憲政信仰的批判：「祖先崇拜是沒有一個民主社群供養得起的不理性。」¹¹⁸

憲政的無神論(constitutional atheism)並沒有阻止論者援用取向於宗教或者神學的類比或者隱喻。對於憲法抱持某種強度的信念，顯然也不是極端保守人士的專利。以當代美國為例，許多立場鮮明的自由派憲法學者也認同既存的憲法秩序，並以作為憲法的忠實詮釋者自勉。一般而言，自由派憲法學者所擁抱的憲法，(i)不僅侷限於成文憲法的文本，還包括了憲政實踐的歷史(特別是重要的判決先例)以及憲法所要追求的憲政理想／憲政義理。¹¹⁹ 不少自由派憲法學者也主張，(ii)每一個人都可以自主詮釋自己所信服的憲法；在憲法秩序下，沒有一個組織具有像是天主教教會之於天主教教義的那種解釋權威。¹²⁰ 問題是，一部老憲法就算不是「一個與死人簽訂的盟約」(a covenant with death)、「一個與地獄締結

¹¹² See RUBENFELD, *supra* note 60; RUBENFELD, *supra* note 61; ACKERMAN, *supra* note 95.

¹¹³ See THE FEDERALIST NO. 49, at 313-14 (James Madison) (Isaac Kramnick ed., 1987).

¹¹⁴ Judith N. Shklar, *Democracy and the Past: Jefferson and His Heirs*, in JUDITH N. SHKLAR, REDEMING AMERICAN POLITICAL THOUGHT 171, 175 (Stanley Hoffman and Dennis F. Thompson eds., 1998).

¹¹⁵ See, e.g., SANFORD LEVINSON, CONSTITUTIONAL FAITH (1988).

¹¹⁶ See, e.g., Jill Lepore, *The Commandments: The Constitution and Its Worshipers*, THE NEW YORKER, January 17, 2011, available at:

http://www.newyorker.com/arts/critics/atlarge/2011/01/17/110117crat_atlarge_lepore.

¹¹⁷ See, e.g., Jefferson, *supra* note 21; Andrei Marmor, *Are Constitutions Legitimate?*, 20 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 69, 80 (n. 21) (2007).

¹¹⁸ Shklar, *supra* note 114, at 175.

¹¹⁹ See, e.g., GOODWIN LIU, PAMELA S. KARLAN, AND CHRISTOPHER H. SCHROEDER, KEEPING FAITH WITH THE CONSTITUTION (2009).

¹²⁰ See LEVINSON, *supra* note 115, at 9-53; Michelman, *supra* note 69.

的協議」(an agreement with hell)，也極可能無法通過當代憲政義理的檢測標準。¹²¹ 即便在(i)、(ii)這兩個條件下，為什麼我們還要繼續相信、繼續忠實於一個經常背叛我們的憲政理想的憲法呢？Jack Balkin的回答是：因為我們可以選擇去相信一個關於憲法救贖 (constitutional redemption) 的敘事；我們可以選擇去相信，在代代之人的接續努力下，總有一天，憲法可以獲得救贖，去實現它許諾我們的正義。¹²² Balkin強調，他的憲法信念是寄於「未來的救贖」而不是「過去的死人之手」。¹²³ 然而，憲法救贖的敘事終究是一個延續性的憲政故事。¹²⁴ Balkin所倡議的框架型原義主義 (framework originalism) 是否真能擺脫死人之手的羈絆、讓憲政民主的改過自新成為可能，恐怕還有商榷的餘地。¹²⁵

Sanford Levinson在1988年出版*Constitutional Faith*一書時，尚對美國的這部老憲法抱持某種有限度的信念：在不違背他的道德良心的限度內，Levinson願意認同、參與這部憲法所開展出來的關於憲法意義的政治對話。¹²⁶ 但是當2004年Levinson到費城參加國家憲法中心 (the National Constitution Center) 的開幕儀式時，他已不願意參與該中心展覽結尾的「我簽署了憲法」這個活動——也就是在列展的1787年美國憲法草案 (復刻本) 後面簽下自己的名字。¹²⁷ Levinson失去了他的憲法信念，不是因為他不再認同那個「對話的憲法」(the Constitution of Conversation) (也就是以基本權利為中心的憲法秩序)，而是因為他對「定紛止爭的憲法」(the Constitution of Settlement) (也就是以政府體制為中心的憲法秩序) 已經死心、絕望。Levinson對於政治仍然具有信念，但是他是寄希望於美國人民開創憲政新局的能耐，而不是寄望於老憲法的自我救贖。¹²⁸ Balkin以「中局」(the middle game) 到「末局」(the endgame) 的心境轉折，來詮釋Levinson的憲法信念的前後差異。這確實是一個重要的分歧；只有當我們相信我們還處於「中局」階段，我們才能寄望於救贖。¹²⁹ 不過，如果Levinson關於「對話的憲法」與「定紛止爭的憲法」的區分是有意義的話，那麼Balkin之選擇繼續相信救贖可能的憲法信念也意謂著，他在某個程度上必須而且只能以「睜一隻眼，閉一隻眼」的方式，來處理憲政民主的死人之手問題——只關注前者的、而不回應後者的死人之手

¹²¹ 「一個與死人簽訂的盟約」、「一個與地獄締結的協議」是1843年時著名的廢奴主義者 William Lloyd Garrison 對於美國聯邦憲法的形容；see JACK M. BALKIN, *CONSTITUTIONAL REDEMPTION: POLITICAL FAITH IN AN UNJUST WORLD* 253 (n.7) (2011).

¹²² See *id.*

¹²³ *Id.*, at 232.

¹²⁴ 對於 Balkin 的憲法救贖論的延續性敘事的批評，see, e.g., Aziz Rana, *Freedom Struggles and the Limits of Constitutional Continuity*, 71 MD. L. REV. 1015 (2012); Kermit Roosevelt III, *Reconstruction and Resistance*, 91 TEX. L. REV. 121 (2012)(book review).

¹²⁵ 關於 Balkin 的框架型原義主義的主張及其對於死人之手問題的回應，see BALKIN, *supra* note 15, at 21-34, 41-49.

¹²⁶ See LEVINSON, *supra* note 115, at 193.

¹²⁷ See SANFORD LEVINSON, *OUR UNDEMOCRATIC CONSTITUTION: WHERE THE CONSTITUTION GOES WRONG (AND HOW WE THE PEOPLE CAN CORRECT IT)* 4-5 (2006).

¹²⁸ See Sanford Levinson, *How I Lost My Constitutional Faith*, 71 MD. L. REV. 956 (2012).

¹²⁹ See Jack M. Balkin, *Sanford Levinson's Second Thoughts About Constitutional Faith*, 48 TULSA L. REV. 101 (2012).

問題。這既是Balkin的憲法之愛的表現，也是他為了這份愛必須要付出的代價。

七、反憲法忠誠論

死人之手問題挑戰了一部老成文憲法的規範權威—或者說，憲法固鎖的正當性。重新制憲當然可以讓當代人一舉掙脫舊憲法的死人之手的控制。但是，制憲的成本非常高，而且如果新憲法仍然援用了一般成文憲法所採固鎖機制，那麼死人之手問題的再度出現，只是時間早晚的問題。¹³⁰ 如果說死人之手問題的根源在於成文憲法的固鎖以及權威，那麼一個可能的解題方法，是去拒絕服從一個我們認為不具有正當性的特定憲法規範(特別例如負責固鎖整部憲法的修憲規範)，也就是否定我們當代人對所有的憲法規範都負有由某種獨立於內容的理由(content-independent reasons)所支持的忠誠義務(fidelity)，而讓憲法秩序的改變回歸一般的民主政治程序。¹³¹ 我們可以稱之為「反憲法忠誠論」。這是一個釜底抽薪的辦法，因為沒有了這種忠誠義務的支持，一個憲法規範就無從構成違背我們當代人意願的赤裸的權力支配，也就無所謂死人之手問題。這也是一個十分基進的解法，因為藉由否定當代人對於個別憲法規範的一般性忠誠義務，它根本挑戰了高難度修憲程序規範本身的正當性，也試圖打破「所有憲法皆生而平等」(“All constitutional laws are created equal.”)這樣的傳統憲政觀念。¹³² 反憲法忠誠論者可以說是當代的傑弗遜們。他們所要追求的民主，有可能是傳承自Jefferson的一種不受限定的多數決主義(an unqualified majoritarianism)，¹³³ 也有可能是強調民主參與、民主審議的自我統治。不論如何，藉由以死人之手之名否定個別憲法規範的固鎖與權威，反憲法忠誠論者試圖確保當代人依循多數決原則或者其他民主理念進行自我統治的民主空間，不會受到成文憲法／過去的不當壓縮。

「反忠誠」(antifidelity)是Michael Klarman在1997年發表的一篇法學論文的標題。¹³⁴ 那時候，當絕大多數的美國憲法學者猶在殫心竭慮地申辯憲法忠誠的意義，Klarman已經高舉著多數決民主理論的旗幟，並以死人之手的提問，犀利地批判試圖證立憲政主義與憲法規範權威的多種論述。¹³⁵ 作為一個兼治憲法理論與憲法史的學者，Klarman以憲政事實(constitutional fact)檢驗、駁斥憲法

¹³⁰ See generally SCHWARTZBERG, *supra* note 12.

¹³¹ 關於獨立於內容的理由在法理論上的意義及其問題，參見王鵬翔，獨立於內容的理由與法律的規範性，中研院法學期刊，第11期，頁203-247（2012年）。

¹³² See SEIDMAN, *supra* note 13.

¹³³ See Shklar, *supra* note 114, at 174.

¹³⁴ Michael J. Klarman, *Antifidelity*, 70 S. CAL. L. REV. 381 (1997).

¹³⁵ See *id.*; Klarman, *What's So Great About Constitutionalism?*, 93 NW. U. L. REV. 145 (1998).

理論中的憲政虛構 (constitutional fiction)。¹³⁶ 他也以無可否認的史實，作為死人之手提問的立論基礎：「不論制憲者如何聰明，他們仍然蓄奴以及壓迫女性；他們做夢也夢不到太空旅行、核子武器與電腦科技；況且他們還錯認了關於這個世界的人口學的、政治的與其他的基本事實。」¹³⁷ Klarman反對把老憲法遵奉為金科玉律，也不認為將老憲法「翻譯」成現代語的理論嘗試可以成功地化解它的死人之手問題。¹³⁸ 面對抗多數決的憲政主義與多數決民主之間的衝突，Klarman毫不遲疑地選擇站在現時的民主這邊：「我們本來就應該為我們自己決定現時的爭議，而不是把這些爭議的決斷託付給那些活在一個極端不同的世界而且懷抱著極端不同想法的國父們。」¹³⁹

Louis Seidman在2012年出版的*On Constitutional Disobedience*一書，是另一個當代的傑弗遜聲討死人之手憲法的檄文。¹⁴⁰ Seidman指出，服從憲法作為一種義務的說法，只有在憲法所做的規範要求有別於我們經過通盤考量之後 (all-things-considered) 所做政治判斷的場合，才有實質的意義可言。¹⁴¹ Seidman反對我們對於憲法負有這樣的服從義務。「堅持憲法必須被服從，是某些人對其他人施加權力的一種方式。」¹⁴² 一個宣稱某項政策—例如強制所有人加入健康保險體系的立法規範—是「違憲」的主張，往往模糊或者轉移了民主審議的焦點，甚至可能導致一個自由社會對於這項政策之良窳理應進行之真誠而開放的對話，因違憲審查權威的介入而被迫中斷。¹⁴³ Seidman認為，如此威權、不民主的義務要求，既有害於公民之間的和睦，也難以實現真正的自由。¹⁴⁴ Seidman所認同與追求的，是一個如詩的憲法 (a poetic constitution) —這樣的憲法不會強求忠誠與服從，而是會以其非定性 (unsettlement; indeterminacy) 促引社群中人持續進行溝通、尋求妥協。¹⁴⁵

Seidman有意識地將他的批判對象限定在對於憲法的服從／忠誠義務；他認為服從憲法跟服從一般法律的意義與效果是相當不同的，否定前者並不必然也要否定後者。¹⁴⁶ Abner Greene於2012年出版的*Against Obligation*一書，則是在政治理論的層次上深刻地檢討反省了一般而言我們對於國家法規範 (包括憲法) 所

¹³⁶ See Klarman, *Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments*, 44 STAN. L. REV. 759 (1992).

¹³⁷ Klarman, *supra* note 134, at 388-89.

¹³⁸ See *id.*, at 394-412.

¹³⁹ *Id.*, at 411.

¹⁴⁰ See SEIDMAN, *supra* note 13.

¹⁴¹ See *id.*, at 7, 18.

¹⁴² *Id.*, at 14.

¹⁴³ See *id.*, at 28, 115.

¹⁴⁴ See *id.*, at 93-116.

¹⁴⁵ See *id.*, at 25, 135; see also SEIDMAN, *OUR UNSETTLED CONSTITUTION: A NEW DEFENSE OF CONSTITUTIONALISM AND JUDICIAL REVIEW* (2001).

¹⁴⁶ See SEIDMAN, *supra* note 13, at 118-30; see also Seidman, *Political and Constitutional Obligation*, 93 B. U. L. REV. (forthcoming 2013), available at <http://ssrn.com/abstract=2253901>.

負有的政治義務 (political obligation) 以及解釋義務 (interpretive obligation)。¹⁴⁷ Greene並不是一個哲學上或政治上的無政府主義者；他只是認為，從既有關於政治權威、政治義務的各種主要理論，我們並無法成功地證立—守法是人民的一個推定的 (prima facie) 一般性道德義務。¹⁴⁸ 基於其對政治義務與政治正當性之對應關係所持看法，正當化論證的責任，應當落在要求人民服從其權威的國家（或做此等主張的論者），而不是落在拒絕服從某項法規範的人民身上。¹⁴⁹ Greene進而明白表示，憲法的正當性並無法被批發式地全盤證立，而必須取決於零售式的個別論證。¹⁵⁰ 在法解釋—特別是憲法解釋—這個議題向度上，Greene認為，當代的解釋者對於過去的解釋權威，並不負有某種推定的一般性忠誠義務；他並不否認過去的解釋可能確有一定的參考價值，但強調這是主張遵古者必須承擔的論證責任。¹⁵¹ 部分基於對死人之手問題的關切，Greene 反對各種關於憲政主義的歷時性 (diachronic) 理論詮釋，而主張對憲政主義以及抽象的憲法規範，作對時於現在（也就是以現在為準）的共時性 (synchronic) 理解。¹⁵² 就憲政義理的探求而言，Greene無疑是本文所界稱的憲政的進步主義者。¹⁵³

八、憲政民主的矛盾

假設我們活在一個受到不完美的老憲法統治的憲政民主國家；我們之中的傑弗遜們提出了現行憲法秩序的死人之手問題，而我們無法選擇置身事外。如果，在思考了經由上述七種解題路徑所推導出來的各種理論解之後，我們還是無法肯定我們自己要怎麼回應死人之手問題才對—也就是說，我們幾經理智與情感上的煎熬與掙扎後，只能做出一個暫且的 (for the time being)、不是非常有確信的、屬於個人的道德判斷〔腳本I〕。又如果，我們—作為認同自由與民主的非虛無主義者—對於自己所決定採取的理論立場的正確性，有相當程度的把握，可是我們可以想見，其他跟我們一樣也認同自由與民主的講理之人，未必會跟我們所見略同，甚至可能就此採取跟我們完全相左的立場—也就是說，我們知道並且尊重關於這個問題的合理異議〔腳本II〕。那麼，在這兩種情況底下，我們可能會得出或者接受一個結論：死人之手問題是憲政民主的一個真正的矛盾 (a genuine paradox)、真正的兩難 (a true dilemma)。我們可以將試圖證立這項命題的理論

¹⁴⁷ See ABNER S. GREENE, *AGAINST OBLIGATION: THE MULTIPLE SOURCES OF AUTHORITY IN A LIBERAL DEMOCRACY* (2012).

¹⁴⁸ See *id.*, at 2-3, 5.

¹⁴⁹ 關於 Greene 對政治義務與政權正當性之關係所做論證，see *id.*, at 24-34; 關於 Greene 就論證責任之分配所做主張，see *id.*, at 18-19, 118-19.

¹⁵⁰ *Id.*, at 208.

¹⁵¹ See *id.*, at 172-206.

¹⁵² See *id.*, at 181-87, 206.

¹⁵³ See *id.*, at 193-94.

嘗試稱為憲政民主矛盾論。作為一個針對死人之手問題的解題路徑，它的用意不在否定、調和或者解消死人之手作為一個憲政民主的理論難題，而是要我們去正視、進而接受死人之手問題作為憲政民主的（真）矛盾的存在。¹⁵⁴ 憲政民主矛盾論者基本上認為，就跟司法審查的「抗多數決困境」這個支配了近半個世紀的美國憲法理論討論的問題一樣，死人之手問題具現了憲政民主的某種內在矛盾——憲政主義與民主其實無法兩全。絕大多數的憲政民主矛盾論者並沒有就此放棄追求憲政民主，也沒有因而就對憲政民主的政治實驗感到悲觀；他們只是認為，沒有任何一個憲政理論可以終結關於憲政民主本身的政治爭論（*contestation*），也沒有任何一個憲政理論可以豁免我們公民在憲政民主的矛盾中進行價值取捨的政治判斷責任。

Frank Michelman為我們示範了如何以嚴謹、縝密的論理解構憲政民主的複雜性、困難乃至於矛盾，不過本文在此只能極其簡略地分析、推論他是／會如何證立「死人之手問題作為憲政民主的矛盾」這個命題。作為一個憲政自由主義者，Michelman試圖回答的基本問題是：我們如何能夠正當化一個具有強制性的憲法（政治）秩序之於我們每一個獨立自主的個人的規範權威？¹⁵⁵ 死人之手問題——Michelman應該會同意——毋寧是這個基本的憲政秩序正當性問題的一個延伸表述。在*Constitutional Authorship*這篇重要的專書論文中，Michelman深刻地檢討了用以證立憲法規範權威／拘束性（*bindingness*）的兩大根據——義理以及意志（人民主權）。根據他的分析，這兩種權威根據其實相互依存，它們各自並無法獨力賦予憲政秩序正當性——也就是Michelman後來所講的政治權威的「值得尊重性」（*respect-worthiness*）或者「可正當性」（*legitimation-worthiness*）。¹⁵⁶ 難就難在，義理與意志如何可能得兼？Michelman就此便一再追問一個類似的問題：「憲政自由主義者如何可能也同時是——在完全的程序性意義下的——憲政民主主義者[?]」¹⁵⁷ 一個試圖整合這兩者的憲法正當性論述，Michelman告訴我們，一來無法掙脫無限後退（*infinite regress*）的圈套——也就是關於義理與意志孰先孰後的爭論，二來無法克服John Rawls所指「合理的多元主義的事實」（*the fact of reasonable*

¹⁵⁴ See Sultany, *supra* note 20, at 413-20, 431-46; Bonnie Honig, *Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory*, 101(1) AM. POL. SCI. REV. 1 (2007). But see Jürgen Habermas, *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles*, in 29(6) POLITICAL THEORY 766 (2001).

¹⁵⁵ See Michelman, *supra* note 34, at 82-83; see also Michelman, *Reply to Ming-Sung Kuo*, 7(4) I · CON 715 (2009).

¹⁵⁶ See Michelman, *supra* note 34, at 79-82; Michelman, *supra* note 155. Michelman 認為，沒有一個政治秩序可以達成 Rawls 的正當性的自由主義原則（see RAWLS, *supra* note 73, at 217）所期待的境界，所以他建議我們退而求其次地論證一個政治秩序／權威的「值得尊重性」或者「可正當性」——也就是說，以「正當化」（*legitimation*）的觀念取代「正當性」（*legitimacy*）。See Michelman, *supra* note 69; see also Jack M. Balkin, *Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution*, 39 TULSA L. REV. 485 (2004); Ming-Sung Kuo, *Cutting the Gordian Knot of Legitimacy Theory? An Anatomy of Frank Michelman's Presentist Critique of Constitutional Authorship*, 7(4) I · CON 683 (2009).

¹⁵⁷ Michelman, *supra* note 34, at 86.

pluralism) 乃至於Michelman所指「合理的解釋多元主義的事實」(the fact of reasonable interpretative pluralism) 所構成的理論挑戰一而這意謂著，關於憲法何以具有規範權威／正當性的論述，至少在現實的政治上，不可能定於一尊。¹⁵⁸ 準此，Michelman應該會同意我們這麼回答死人之手問題：這個問題並不存在單一的共識解；面對死人之手問題，每一個個人都必須而且只能在憲法忠誠（意志）與民主能動性（democratic agency）（義理）這二者之間，為自己做出抉擇。¹⁵⁹

如果上述的分析是正確的，那麼Michelman所證立的憲政民主矛盾論，既是〔腳本I〕所形容的那種個人內心經驗的哲學性、概念性矛盾，也是〔腳本II〕所表達的那種存在於社群中的政治性、事實性矛盾。固然，絕大部分的人並沒有把死人之手問題當作哈姆雷特式的探問；也「很少人真正做到認知看待多元主義」¹⁶⁰。不過，關於死人之手問題的解題路徑的多元發展，在某種意義上毋寧已印證了Michelman的理論洞見。承認憲政民主是有矛盾的並不表示我們就此必須放棄追求這個理想，而只能選擇一以貫之的憲政（自由）主義，或者一以貫之的多數決民主。起碼Michelman並不這麼認為。「邏輯無法排除一個可能性，那就是，有些事情是我們在道義上必須要做的事—即便我們永遠無法知道或者證明我們已經做成該事。」¹⁶¹ 憲政民主的矛盾意謂著我們最多只能像薛西弗斯一樣不捨地追求憲政民主這個只能趨近而永遠無法被滿足的規範理念（regulative idea）；這個追求的過程需要我們不斷地反省與批判既成狀態之不足，並且在互有矛盾的價值理念之間負責地做出我們的妥協或者抉擇。¹⁶² 就此而言，Michelman的憲政民主矛盾論確立了我們每一個獨立自主的公民就死人之手、抗多數決困境等難題做出自己的價值判斷的政治道德責任；它否定了剝奪或者掏空我們活人的道德自主性（moral agency）的憲法權威論述，但是除此之外，它對於環繞在死人之手問題的義理、意志、信念與情感之爭，抱持開放的態度，甚至還有希望。

參、綜合討論—代結論

藉由爬梳與逐項檢討上述的八種解題路徑，本文粗略地考察了政治理論與憲法理論上有關憲政民主的死人之手問題的盛大論辯。這場論辯的多數參與者，是以美國聯邦憲法這個歷史最為久遠的現行成文憲法作為討論的主要對象或者基本素材。不過本文已試圖展示，這八種解題路徑均具有可以被一般化的意義與可

¹⁵⁸ See *id.*, at 86-92.

¹⁵⁹ See Michelman, *Constitutional Fidelity / Democratic Agency*, 65 *FORDHAM L. REV.* 1537 (1997).

¹⁶⁰ Michelman, *Is the Constitution a Contract for Legitimacy*, 8 *REV. CONST. STUD.* 101, 127 (2003).

¹⁶¹ Michelman, *Human Rights and the Limits of Constitutional Theory*, 13 *RATIO JURIS.* 63, 76 (2000).

¹⁶² See MICHELMAN, *BRENNAN AND DEMOCRACY* 7-8 (1999).

能；它們可以被用來論證或者批判所有受到老成文憲法統治的憲政民主國家的憲政經驗。當然，一般性的憲法理論所能給予我們的指引與啟示是相當有限的；唯有進一步進入具體的歷史脈絡（包括憲法文本），我們才能對某一個憲政民主國家—例如我們所身處的台灣—已面臨到或者將會出現的死人之手問題，做出確切的診斷與反省。不過在此之前，我們還是可以而且應該追問：從一般性的相關憲法理論討論中，我們究竟學到了什麼？本文的回答是：我們或許可以學到以下幾件事情。

第一課：有的解題路徑—在特定的詮釋與操作方式底下—恐怕是行不通的。

我們大概都會同意，死人無權拘束我們活人，拘束我們的是法。但是，單純訴諸法的存在與權威，並無法說明與論證為什麼我們應該接受老憲法的統治，從而說了等於沒說。¹⁶³ 義理的確是憲法正當性的一個重要根據。不過，不論憲政義理的實質內涵為何，大概沒有多少人會認同憲政的柏拉圖主義，而完全不去挑戰制（修）憲者的認識論權威。¹⁶⁴ 基於公共論辯的理性要求，我們也沒有辦法接受對於制（修）憲者的祖先崇拜或者對於成文憲法文本的偶物崇拜，儘管我們必須尊重其他人如此做的信仰自由，也毋需懷疑他們信仰之赤誠。¹⁶⁵ 投射於憲法的信念或情感也許是讓一部老憲法得以存續的重要因素。然而再怎麼說，這種事是不能勉強的。

第二課：至少就描述性、說明性的憲法理論而言，憲法的規範權威是一個時間的函數，會隨著時間的經過而產生有意義的變化。

正所謂「無風不起浪」。死人之手問題之所以成為一個歷久彌新的憲政理論難題，很難說不是因為憲法的規範權威這件事情，可能確實有今非昔比、新舊有別的所在。Joseph Raz主張，時間會改變憲法規範權威的來源：「【…】就算新憲法的權威有可能源自於其制定者所擁有的權威，老憲法—如果在道德上還是有任何有效性可言的話—必須從其他來源取得權威。」¹⁶⁶ 這個洞見可以說明，何以許多憲政主義者在肯認死人無權統治我們之後，還要費力地嘗試以效用、義理、（預先的）自我約束、（潛在的）人民主權乃至吾人對於憲法的信念與情感等種種事由，標定並論證老憲法之於我們的規範權威的根據。Paul Kahn則是強調，時間會改變憲政的自我統治的意義：「【…】自我統治對於制憲世代之人與對於後世之人而言，不可能意指同一件事。即便不同世代的人同樣都講關於自我統治的一套共通語言，他們必然會對它的內涵帶來不同的理解。」¹⁶⁷ 預先的自我約束

¹⁶³ See *supra* text accompanying notes 31-35.

¹⁶⁴ See *supra* text accompanying notes 76-80.

¹⁶⁵ See *supra* text accompanying notes 115-18.

¹⁶⁶ Raz, *supra* note 6, at 169.

¹⁶⁷ KAHN, *supra* note 8, at 4.

這個概念的解釋力隨著時間的經過而遞減的現象，基本上便呼應了Kahn的觀察。時間對於憲政的自我統治的意涵的改變，還可能反映在憲法正當性強度的轉變：不論一部老憲法是否曾經承載了制憲世代之人的交疊共識（overlapping consensus），它頂多只能是我們當代人的一个憲政暫時協議（a constitutional modus vivendi）；¹⁶⁸ 我們之所以繼續服從一部老憲法並肯認其統治的正當性，僅僅是因為我們沒有更好的其他選擇。¹⁶⁹ 這個老憲法作為暫時協議的弱正當性命題，或許一如Keith Whittington所言——已經「夠強」，但是它是正當化老憲法權威的論理極限。每一個受到老憲法統治的憲政民主國家或許都會有屬於它的茶黨人士。不過，除非所有人都跟他們一樣那麼熱愛與認同同樣的憲法，老憲法秩序下沒有現時意義的「憲法共識」。

第三課：憲政民主的時間／時際屬性，容有不同的理解與詮釋觀點。

時間與時間觀基本上是兩回事。即便憲法的規範權威確實會隨著物理時間的經過而有所改變，我們在規範理論上要怎麼看待這樣的變化，相當程度上還是取決於我們對於憲法、憲政民主的時間所抱持的規範性想法，也就是取決於我們的憲政時間觀。¹⁷⁰ 憲政時間觀的一項重要功能，是去決定我們進行相關規範性考量的時際範疇，以及／或者，我們在憲政時間中的位置。對於憲政義理、憲政民主等規範理念，我們究應進行歷時性、跨世代的（inter-generational），抑或是要從事共時性（現時主義的）、世代內（intra-generational）的解讀與建構？¹⁷¹ 在評估與分析各種憲政或超憲政（extra-constitutional）選項的成本與效益時，我們的眼光要放到多遠？我們到底是身處於一部憲法之生命史的「中局」而可繼續相信這部憲法的救贖可能，還是已經臨近它的「末局」而應轉而寄希望於人民？¹⁷² 我們就這些問題所採取的時間觀，相當程度上形塑了我們對於死人之手問題所會抱持的態度與想法。我們不難想像，我們之中的柏克們與麥迪遜們，會比較重視與過去歷史保持延續，而我們之中的傑弗遜們，則會傾向追求現時意義的自我統治。這並不表示不同的憲政時間觀必然或者完全反映了「保守—進步」這組政治意識型態的分歧。不過本文初步認為，不同的憲政時間觀，並無法經由哲學思辯分出高下，其間之選擇，基本上是一種政治道德判斷。

第四課：憲法文本的規範權威是否可分，是另一個影響死人之手問題之憲法理論討論的重要議題。

¹⁶⁸ See T.M. Scanlon, *Everyone Is a Philosopher!*, 125 HARV. L. REV. FORUM 228, 230 (2012).

¹⁶⁹ See WHITTINGTON, *supra* note 101, at 133; ELSTER, *supra* note 53, at 94. 關於憲法的正當性，see also Richard H. Fallon, Jr., *Legitimacy and the Constitution*, 118 HARV. L. REV. 1787 (2006).

¹⁷⁰ 關於法的時間觀的討論，see, e.g., Gerald J. Postema, *Melody and Law's Mindfulness of Time*, 17 RATIO JURIS. 203 (2004).

¹⁷¹ See *supra* text accompanying notes 81-92, 98-106, 152-53..

¹⁷² See *supra* text accompanying note 129.

當代關於死人之手問題之憲法理論論辯的參與者應該都會同意，Jefferson的定期／世代制憲的提議，是一個比疾病更糟糕的解藥。這場論辯的參與者大概也會同意，作為主權者的人民始終可以跳過困難的修憲程序、重新制憲。然而，真正的難題從來就不是制憲的理論可能，而是制憲的現實可能。顯然的，並不是所有論者都會接受Keith Whittington的提議，以遠在天邊的制憲（理論）可能性，換取近在眼前的憲法忠誠。¹⁷³ 面對憲政民主的死人之手問題，當代的傑弗遜們試圖以化整為零、「分化與征服」（divide-and-conquer）的策略去鬆動、挑戰成文憲法的固鎖與權威。¹⁷⁴ 這是一個在策略性思考上相當合理的選擇。問題是，在規範論理上，我們是否應當承認憲法規範權威的可分性，進而容許人們對憲法規範作選擇性的服從／抵制呢？或者，我們應當堅持以整部憲法文本作為權威論述的單元，而僅能容許像是Ronald Dworkin這樣的憲政的解釋主義者排除少數未受憲法文本所固鎖的憲政錯誤呢？¹⁷⁵ 這個Adam Samaha稱之為憲法權威的「辛納屈問題」（“the Sinatra problem”），¹⁷⁶ 是當代有關死人之手問題之憲法理論論辯的一項重要爭點，還需要我們做更深刻的思辯與反省。本文初步認為，這是死人之手問題帶給我們的另一個政治道德判斷習題。

第五課：死人之手問題是憲政民主社群的歷史共業，但是也是個人的政治責任。

由於至少在憲法權威的時態以及憲法權威的可分性這兩個關鍵議題上，憲法理論容有合理異議的空間，本文基本上認同憲政民主矛盾論者的看法—死人之手問題是一種憲政民主的政治矛盾，憲法理論上並不存在單一的共識解。既有的論辯顯示，就算並不是所有的論者都是樂在矛盾的狐狸，在憲法理論的部落社會裡，也不是只存活著單一種的刺蝟。¹⁷⁷ 憲政民主的追尋或許意謂著我們必須要與死人之手共活，但是這並不表示在面對死人之手問題的時候，我們沒有實踐個人道德自主性的機會與責任；要服從還是要抵制統治我們的那部老憲法，終究取決於我們每一個社群成員為自己做的政治判斷。我們還是應該在憲法理論上持續對憲法的規範權威進行思辯與反省，但是我們這麼做的目的，並不是要去終結一個不可能終結的爭論，而是要去幫助憲政民主社群的每一份子，做出深思熟慮的政治道德決定，進而協助我們整個憲政民主社群，在保守與進取之間，找到一個適當的平衡。¹⁷⁸ 這是本文作者作為一個憲法理論工作者的規範性理想。

¹⁷³ See *supra* text accompanying notes 105-06..

¹⁷⁴ See *supra* text accompanying notes 140-50.

¹⁷⁵ See *supra* text accompanying notes 88-89.

¹⁷⁶ See Samaha, *supra* note 19, at 641-43.

¹⁷⁷ 關於刺蝟與狐狸作為學者風格的隱喻，see ISAIAH BERLIN, *THE HEDGEHOG AND THE FOX* (1953, 1978).

¹⁷⁸ See also Samaha, *supra* note 19, at 627-28.

參考文獻

(1) 中文部分

- 王鵬翔 (2012 年)，獨立於內容的理由與法律的規範性，中研院法學期刊，第 11 期，頁 203-247。
- 李立如、張文貞 (2006 年)，認真看待社會變遷的憲法—變遷機制的初步探討，收於：蘇永欽主編，部門憲法，頁 125-150，台北：元照出版社。
- 李惠宗 (2012 年)，憲法要義，6 版，台北：元照出版社。
- 許志雄 (2000 年)，制憲權的法理，收於：憲法秩序之變動，頁 43-93，台北：元照出版社。
- 許育典 (2010 年)，憲法，台北：元照出版社。
- 黃昭元 (1997 年)，修憲界限理論之檢討，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法—李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁 179-236，台北：元照出版社。
- 葉俊榮 (1997 年)，消散中的「憲法時刻」，收於：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集編輯委員會編，現代國家與憲法：李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，頁 237-292，台北：元照出版社。
- 葉俊榮、黃昭元、張文貞、林子儀 (2009 年)，憲法權力分立，2 版，台北：新學林出版公司。

(2) 英文部分

- Ackerman, Bruce. 1991. *We the People, Vol. 1: Foundations*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- . 1997. A Generation of Betrayal?. *Fordham Law Review* 65:1519-1536.
- . 2007. The Living Constitution. *Harvard Law Review* 120:1737-1812.
- Alexander, Larry. 1998. Introduction. Pp. 1-15 in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, edited by Alexander Larry. London: Cambridge University Press.
- Amar, Akhil Reed. 1994. The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside. *Columbia Law Review* 94(5):457-508.
- . 2005. *America's Constitution: A Biography*. New York: Random House Trade

Paperbacks.

- Balkin, Jack M. 2003. Respect-Worthy: Frank Michelman and the Legitimate Constitution. *Tulsa Law Review* 39:485-509.
- . 2011. *Living Originalism*. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press.
- . 2011. *Constitutional Redemption: Political Faith in an Unjust World*. Cambridge: Harvard University Press.
- . 2012. Sanford Levinson's Second Thoughts About Constitutional Faith. *Tulsa Law Review* 48:101-117.
- Bartrum, Ian. 2012. Originalist Ideology and the Rule of Law. *Journal of Constitutional Law Heightened Scrutiny* 15:1-11.
- Berlin, Isaiah. 1978 (1953). *The Hedgehog and the Fox*. New Jersey: Princeton University Press.
- BeVier, Lillian R. 1998. The Moment and the Millennium: A Question of Time, or Law?. *George Washington Law Review* 66:1112-1118.
- Bork, Robert H. 1991. *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*. New York: The Free Press.
- Brest, Paul. 1980. The Misconceived Quest for the Original Understanding. *Boston University Law Review* 60:204-225.
- Burke, Edmund. 1993 (1790). *Reflections on the Revolution in France*. New York: Oxford University Press.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press.
- . 1996. *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press.
- . 2011. *Justice for Hedgehogs*. New York: Harvard University Press.
- Easterbrook, Frank H. 1998. Textualism and the Dead Hand. *George Washington Law Review* 66:1119-1126.
- Eisgruber, Christopher L. 2001. *Constitutional Self-Government*. Cambridge: Harvard University Press.
- Elster, Jon. 1979. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*.

- New York: Cambridge University Press.
- . 2000. *Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints*. London: Cambridge University Press.
- . 2003. Don't Burn Your Bridge Before You Come To It: Some Ambiguities and Complexities of Precommitment. *Texas Law Review* 81:1751-1787.
- Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fallon, Jr. Richard H. 2006. Legitimacy and the Constitution. *Harvard Law Review* 118:1787-1853.
- Farber, Daniel A. 1996. The Dead Hand of the Architect. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 19:245-250.
- Ferejohn, John and Lawrence Sager. 2003. Commitment and Constitutionalism. *Texas Law Review* 81:1929-1964.
- Fleming, James E. 2006. *Securing Constitutional Democracy: The Case of Autonomy*. Chicago: University Of Chicago Press.
- Fukuyama, Francis. 2011. *The Origins of Political Order: From Prehuman Times to the French Revolution*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Greene, Abner S. 2012. *Against Obligation: The Multiple Sources of Authority in a Liberal Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Habermas, Jürgen. 2001. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles. *Political Theory* 29(6): 766-781.
- Hardin, Russell. 2006. Constitutionalism. Pp. 289-311 in *The Oxford Handbook of Political Economy*, edited by Barry R. Weingast and Donald A. Wittman. New York: Oxford University Press.
- Holmes, Oliver Wendell. 1920. *Collected Legal Papers*. New York: Harcourt, Brace and Howe.
- Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. Pp. 1-18 in *Constitutionalism and Democracy*, edited by Jon Elster and Rune Slagstad. New York: Cambridge University Press.
- Homer, translated by Robert Fitzgerald. 1992. *The Odyssey*. New York: Farrar, Straus and Giroux.

- Honig, Bonnie. 2007. Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory. *American Political Science Review* 101(1):1-17.
- Issacharoff, Samuel. 2003. The Enabling Role of Democratic Constitutionalism: Fixed Rules and Some Implications for Contested Presidential Elections. *Texas Law Review* 81:1985-2011.
- Jefferson, Thomas. 1999. Thomas Jefferson to Samuel Kercheval, July 12, 1816. Pp. 210-217 in *Thomas Jefferson: Political Writings*, edited by Joyce Appleby and Terence Ball. London: Cambridge University Press.
- . 2010. Thomas Jefferson to James Madison, September 6, 1789. Pp.263-267, in *The Selected Writings of Thomas Jefferson*, edited by Wayne Franklin. New York: W. W. Norton & Company.
- Kahn, Paul W. 1992. *Legitimacy and History: Self-Government in American Constitutional Theory*. New Haven: Yale University Press.
- Kahneman, Daniel. 2011. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux.
- Klarman, Michael J. 1992. Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments. *Stanford Law Review* 44: 759-797.
- . 1997. Antifidelity, *Southern California Law Review* 70:381-416.
- . 1998. What's So Great About Constitutionalism?. *Northwestern University Law Review* 93:145-211.
- Levinson, Daryl J. 2011. Parchment and Politics: The Positive Puzzle of Constitutional Commitment. *Harvard Law Review* 124:657-746.
- Levinson, Sanford. 1988. *Constitutional Faith*. New Jersey: Princeton University Press
- . 2006. *Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong*. New York: Oxford University Press.
- . 2012. How I Lost My Constitutional Faith. *Maryland Law Review* 71:956-977.
- Liu, Goodwin, Pamela S. Karlan, and Christopher H. Schroeder. 2009. *Keeping Faith with the Constitution*. Washington D.C.: American Constitution Society for Law and Policy.

- Madison, James. 1865. James Madison to Thomas Jefferson, February 4, 1790, Pp. 503, in *Letters and Other Writings of James Madison Vol. 1*. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co.
- Madison, James, Alexander Hamilton, and John Jay, 1788. *The Federalist Papers*. New York: J. & A. M'lean.
- Marmor, Andrei. 2007. Are Constitutions Legitimate?. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 20:73-115.
- McConnell, Michael W. 1998. Textualism and the Dead Hand of the Past. *George Washington Law Review* 66:1127-1142.
- McGinnis, John O. 1996. The Original Constitution and Our Origins. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 19: 251-262.
- McGinnis, John O. and Michael B. Rappaport. 2007. A Pragmatic Defense of Originalism. *Northwestern University Law Review* 101:383-398.
- . 2008 The Condorcet Case for Supermajority Rules. *Supreme Court Economic Review* 16:67-123.
- . 2010. Originalism and the Good Constitution. *Georgetown Law Journal* 98:1693-1768.
- Michelman, Frank I. 1997. Constitutional Fidelity/Democratic Agency. *Fordham Law Review* 65:1537-1543.
- . 1998. Constitutional Authorship. Pp. 64-98 in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, edited by Larry Alexander. New York: Cambridge University Press.
- . 1999. *Brennan and Democracy*. New Jersey: Princeton University Press
- . 2000. Human Rights and the Limits of Constitutional Theory. *Ratio Juris* . 13:63-76.
- . 2003. IDA's Way: Constructing the Respect-Worthy Governmental System, *Fordham Law Review* 72:345-365.
- . 2003. Is the Constitution a Contract for Legitimacy, *Review of Constitutional Studies* 8:101-128.
- . 2009. Reply to Ming-Sung Kuo. *International Journal of Constitutional Law* 7(4): 715-730.

- Ming-Sung Kuo. 2009. Cutting the Gordian Knot of Legitimacy Theory? An Anatomy of Frank Michelman's Presentist Critique of Constitutional Authorship. *International Journal of Constitutional Law* 7(4):683-933.
- Moore, Michael S. 1996. The Dead Hand of Constitutional Tradition. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 19:263-264.
- Paine, Thomas. 1994 (1915). *Rights of Man and Common Sense*. Everyman's Library
- Pettys, Todd E. 2008. Popular Constitutionalism and Relaxing the Dead Hand: Can the People Be Trusted?. *Washington University Law Review* 86:313-361.
- Plato. translated by Robin Waterfield. 2008. *Republic*. New York: Oxford University Press
- Postema, Gerald J. 2004. Melody and Law's Mindfulness of Time. *Ratio Juris*. 17:203-226.
- Rana, Aziz. 2012. Freedom Struggles and the Limits of Constitutional Continuity, *Maryland Law Review* 71:1015-1051.
- Rawls, John. 1996. *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.
- Raz, Joseph. 1998. On the Authority and Interpretation of Constitutions: Some Preliminaries. Pp. 152-193 in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, edited by Larry Alexander. New York: Cambridge University Press.
- Roosevelt, Kermit III. 2012. Reconstruction and Resistance. *Texas Law Review* 91: 121-145.
- Rubinfeld, Jed, 1997. On Fidelity in Constitutional Law. *Fordham Law Review* 65:1469-1488.
- . 2001. *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*. New Haven: Yale University Press.
- . 2005. *Revolution by Judiciary: The Structure of American Constitutional Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Sager, Lawrence. 1998. The Domain of Constitutional Justice. Pp. 235-270 in *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, edited by Larry Alexander. New York: Cambridge University Press.
- Samaha, Adam M. 2008. Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation. *Columbia Law Review* 108: 606-668.

- Scanlon, T. M. 2012. Everyone Is a Philosopher!. *Harvard Law Review Forum* 125:228-235.
- Schwartzberg, Melissa. 2007. *Democracy and Legal Change*. New York: Cambridge University Press.
- Seidman, Louis Michael. 2001. *Our Unsettled Constitution: A New Defense of Constitutionalism and Judicial Review*. New Haven: Yale University Press.
- . 2012. *On Constitutional Disobedience*. New York: Oxford University Press.
- . 2013. Political and Constitutional Obligation. *Boston University Law Review* 93 (forthcoming 2013), available at <http://ssrn.com/abstract=2253901>.
- Shklar, Judith N. 1998. Democracy and the Past: Jefferson and His Heirs. Pp. 171-186 in *Redeeming American Political Thought*, edited by Stanley Hoffman and Dennis F. Thompson. Chicago: University Of Chicago Press.
- Siegel, Reva B. 2009. Heller and Originalism's Dead Hand—In Theory and Practice, *UCLA Law Review* 56:1399-1424.
- Sloan, Herbert. 1993. The Earth Belongs in Usufruct to the Living. Pp.281-315. in *Jeffersonian Legacies*, edited by Peter S. Onuf. Charlottesville: University of Virginia Press.
- Strauss, David A. 2003. Common Law, Common Ground, and Jefferson's Principle. *Yale Law Journal* 112:1717-1755.
- . 2010. *The Living Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Sultany, Nimer. 2012. The State of Progressive Constitutional Theory: The Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 47:371-455.
- Sunstein, Cass R. 2006. *Infotopia: How Many Minds Produce Knowledge*. New York: Oxford University Press.
- . 2009. *A Constitution of Many Minds*. New Jersey: Princeton University Press.
- Thompson, Dennis F. 2004. Election Time: Normative Implications of Temporal Properties of the Electoral Process in the United States, *American Political Science Review* 98(1):51-64.
- Waldron, Jeremy. 1999. *Law and Disagreement*. New York: Oxford University Press

———. 2009. Constitutionalism – A Skeptical View. Pp. 267-282 in *Contemporary Debates in Political Philosophy*, edited by Thomas Christiano and John Christman. London: Blackwell Publishing Ltd.

Walzer, Michael, edited by David Miller. 2007. *Thinking Politically: Essays in Political Theory*. New Haven: Yale University Press.

Whittington, Keith E. 1999. *Constitutional Interpretation: Textual Meaning, Original Intent, and Judicial Review*. Lawrence: University Press of Kansas.