

第三章 死刑 51

在本章中,我将阐述两个问题:其一,死刑是否违宪?其二,最高法院应不应当判定其违宪?这两个问题不能混为一谈:除非对第一个问题给出肯定答案,否则对第二个问题给肯定回答,是毫无意义的;但是,如我在本章中所阐述:对第一个问题给出肯定回答时,却对第二个问题给出否定回答,则是意义重大的。

I. 原旨主义,赞同;斯卡利亚,反对

宪法第八修正案对州政府及联邦政府均有约束力,^{〔1〕}其载明:“不得要求过多的保释金,不得苛以过重的罚金,不得施加残酷且异常(cruel and unusual)的刑罚。”那么死刑是否可归属于第八修正案所谓“残酷且异常”的刑罚,从而判定其违宪呢?

宪法序言写道:“我们合众国人民……特为美利坚合众国制定和确立本宪法。”亦即,宪法文本是我们人民的文本;这是他们的(their)文本,是他们对于社会命令的成文化的表达(written communication)。序言中的“我们人民”指的是谁?既不是指那

〔1〕 Furman v. Georgia, 408 U. S. 238, 239 (1972)强调了对于宪法施行而言最为重要的第十四修正案以及适用于各州的第八修正案。参见第一章,脚注〔38〕。

些拟定、起草(drafted)宪法文本(或部分文本)的人,也不是指投票批准宪法生效的代表们;而是指起草者与投票者所代表的公民们(citizens)。正如序言所指出的,宪法文本是他们的文本。同样的,《权利法案》是那些在 1789—1781 年间,选举代表为其投票的公民们“制定和确立”的《权利法案》;而宪法第十四项修正案也是那些在 1866—1868 年间,通过选举代表,来投票批准的公民们的宪法修正案。依此类推,均是如此。 53

所以,如果要判定,死刑是否属于第八修正案中所指的“残酷且异常”的刑罚,取决于人民在 1789—1791 年所宪法化(在宪法上确立)的“不得施加残酷且异常的刑罚”的含义。第八修正案禁止残酷且异常的刑罚条款,是他们的文本,是他们对一项命令的成文化表达。我们无从获知,处以死刑是否违反他们关于不得施加“残酷且异常”的刑罚的命令,除非我们明白“残酷且异常”对于他们意味着什么。而他们关于文本的理解,就是现在常说的(now-common)“原初的”理解与含义(original understanding or meaning)。^{〔2〕}

〔2〕 参见如 Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* 144 (1990); Vasan Kesavan & Michael Stokes Paulsen, *The Interpretive Force of the Constitution's Secret Drafting History*, 91 *Georgetown L. J.* 1113, 1144-45 (2003); Randy E. Barnett, *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty* 90-93 (2004); Keith E. Whittington, *The New Originalism*, 2 *Georgetown J. L. & Public Policy* 599 (2004); Ilya Somin, 'Active Liberty' and Judicial Power: What Should Courts Do to Promote Democracy? 100 *North-western U. L. Rev.* 1827 (2006).

似乎我们几乎都是原旨主义者。如参见 Jack M. Balkin, "Abortion and Original Meaning," 24 *Constitutional Commentary* (2007); available at <http://ssrn.com/abstract=925558>. 另参见 Mitchell N. Berman, *Originalism Is Bunk* (2007), available at <http://ssrn.com/abstract=1078933>. 原旨主义者并不是都采用相同版本的原旨主义。主张基思·惠廷顿(Keith Whittington)版本原旨主义者,被称为“新立法原旨主义”,这是最具说服力的原旨主义版本。(转下页)

54 遗憾的是,得以保留下来的历史记录中,均没有揭示人民在1789—1791年间,可能是如何理解第八修正案所指的“残酷且异常的”。不过一份记载了1789年8月17日美国国会讨论记录的报告显示,当议员们为《权利法案》激烈辩论时,涉及了有关第八修正案的内容:

南卡罗来纳州的史密斯先生(Mr. Smith)不建议使用“残酷且异常的刑罚”这一表述;因其含义过于不确定。

55 利弗莫尔议员(Mr. Livermore.)指出,这一条款显示出了对人性的尊重,对此,我并不反对;但它看起来是毫无含义的,我并不认为它是必要的……

这一疑问存于该款中,但该条款还是以明显多数(considerable majority)通过了。^{〔3〕}

(接上页〔2〕)

新原旨主义者,并不完全局限在宪法文本的个别起草者的具体意图上,而是更多地关注宪法文本通过时的公共含义(public meaning)。……是赋予文本权威的公众,而不是起草它的特定的个人,通过了宪法文本。这并不是说,历史的起草过程是无关紧要的,对于文本是如何被理解的,特别是文本语言所体现的选择,它可以提供重要线索。但是要恢复宪法的原初含义,它不是唯一重要的。同样,詹姆斯·麦迪逊(James Madison)一封私藏信件被发现,透露了一个“秘密”:对于一个仅仅关注通过文本者对文本的理解的原旨主义者而言,几乎不能理解宪法条款的真正含义。宪法,不是私人性的合谋(private conspiracy)。Whittington, *supra*, at 610-11.

在本章中我将阐述为什么安东尼·斯卡利亚(Antonin Scalia)宣称的原旨主义,假设他是一名原旨主义者,并不是谦抑的,但是,斯卡利亚是否真的是一名持原旨主义者?对此持否定答案者,参见 Randy E. Barnett: *Scalia's Infidelity: A Critique of Faint-Hearted Originalism*, 75 U. Cincinnati L. Rev. 7 (2006).

〔3〕 The Founders Constitution 377 (1987) (House of Representatives, Amendments to the Constitution, 17 August 1789).

现在我们知道,正如威廉·布伦南大法官(Justice William Brennan)在1986年所写的:“第八修正案的用语,是借鉴1689年的英国《权利法案》而来”,但他同时认为,“我们并不清楚为何立宪者对英国的立法用语特别青睐,或者,在这个问题上,这一措辞对英国人来说意味着什么”。〔4〕

持不同意见者也同样存在,法学教授约翰·斯蒂尼福特(John Stinneford)认为,我们对于英国《权利法案》中“异常”这一用词的含义是能够准确把握的:“‘异常’这个词,是指称这样一种政府行为(government practices),它背离‘长期以来的行为’(long usage)或‘传统的行为’(immemorial usage)”。〔5〕为了讨论的需要,我们假设斯蒂尼福特关于1689年英国《权利法案》中“异常”的理解是正确的,他进一步认为,美国《权利法案》的起草者准确理解了英国《权利法案》中“异常”的含义,并且有意地使第八修正案中的“异常”表达相同的含义。〔6〕不过,立宪者究竟是否准确理解了“残酷且异常”在英国《权利法案》中的含义,仍值得商榷。〔7〕但是,即便我们承认斯蒂尼福特的观点,即第八修正案的制定者有意用“异常”来表达它在英国《权利法案》中的含义,疑问仍未能解决:原旨主义者着重考究的问题,不是第八修正案的起草者

56

〔4〕 William J. Brennan, Jr.: *Constitutional Adjudication and the Death Penalty: A View from the Court*, 100 *Harvard L. Rev.* 313, 323 (1986).

〔5〕 John F. Stinneford, *The Original Meaning of Unusual: The Eighth Amendment as a Bar to Cruel Innovation*, 102 *Northwestern U. L. Rev.* (forthcoming 2008); available at <http://ssrn.com/abstract=1015344>.

〔6〕 参见 *Id.*.

〔7〕 根据安东尼·格兰努斯(Anthony Granucci)的观点,第八修正的制定者并不能准确理解“残酷且异常”在英国《权利法案》中的准确含义。参见 Anthony F. Granucci, “‘Nor Cruel and Unusual Punishments Inflicted’: The Original Meaning,” 57 *California L. Rev.* 839, 840, (1969).

(drafted)——“制定者”(the framers)——对“异常”的理解,而是“我们人民”(We the people)——第八修正案正是基于他们的意旨而写入宪法的——在 1789—1791 年是如何理解“异常”这一词的意义的。

也就是说,对于原旨主义者而言,问题“不在于制定或者批准宪法的人意欲或主观上(subjectively)的理解是什么,而是他们所使用语句在客观上(objectively)表达的含义究竟是什么——通过这些文本的相关政治共同体中的一位普通的、理性的、信息全面的语言使用者,在当时的语境下,是如何理解这些语句的。”^{〔8〕}宪法序言告诉我们谁是宪法文本的真正作者:不是起草人(制定人),而是“我们人民”。“是赋予文本权威的公众,而不是起草它的特定的个人,通过了宪法文本。”^{〔9〕}但是,目前并没有足够的历史记录,能够揭示当时 1789—1791 年间的公众(我们人民)对此究竟是如何理解的——事实上,这比理解宪法起草者的原意更加困难——即第八修正案中的“异常”是否与一百多年前英国《权利法案》中的“异常”含义相同。不过探究当时公众的理解,还有另一更为可能的路径可循,他们对“残酷”与“异常”这些词语的理解,有较大的可能来自萨缪尔·约翰逊(Samuel Johnson)于 1756 年首次出版的《英语辞典》(*A Dictionary of the English Language*),而这本辞典可以告诉我们上述词语在当时按照惯例(conventionally)是如

〔8〕 Kesavan & Paulsen, n. 2, at 1144-45.

〔9〕 参见脚注〔2〕(Whittington)。我赞同斯坦利·费什(Stanley Fish)关于文本——包括法律文本——的理解。但他在认定宪法起草人,而不是“我们人民”是宪法文本的真正作者时,误入了歧途。参见 Stanley Fish: Intention Is All There Is; A Critical Analysis of Aharon Barak's Purposive Interpretation in Law, 29 Cardozo L. Rev. 1109 (2008).

何理解的。^{〔10〕} 在这本辞典第一卷第 250 页载明,“残酷”的含义是:“1. 为伤害他人感到愉快;冷酷心肠;野蛮的。2. [指物]血腥的;不合规矩的;毁坏性的。”第二卷第 503 页,“异常”的含义是:“不常见;不频繁;少见的。” 58

从上述辞典的解释出发,相信几乎没有人会否定,第八修正案是禁止那些本质上野蛮的刑罚的:即单纯就刑罚本身(in and of itself)而言就是野蛮的,无论其所针对的罪行有多么邪恶(heinous),不论罪犯是多么该受处罚(culpable),以及无论该刑罚能多么有效地遏制犯罪(折磨是这类惩罚的一个典型例子)。^{〔11〕} 那么本质上野蛮的刑罚在第八修正案中就是“残酷”的;在“不常见;不频繁;少见的”的意义上,这些刑罚也是(我们可以认为)“异常”的,即作为官方的制裁性惩罚,是不常见的。同时第八修正案亦表明“不允许要求缴纳过度的(excessive)保释金和罚款”,可以显示其所禁止的不仅仅是野蛮的惩罚而已;无论从单个词理解还是连在一起理解,从第八修正案对“过度”的强调以及“残酷”的一般含义来看,可以得出以下结论,第八修正案禁止的不仅仅包括野蛮的刑罚,也同时针对,就实现刑罚的立法目的而言,远超过(goes 59

〔10〕 萨缪尔·约翰逊(Samuel Johnson)编写的辞典,被认为是当时宪法文本制定时(1787),最权威的辞典。Andrew O'Hagan, "Word Wizard," New York Rev. Books, April 27, 2006, at 12, 12 (引自 Henry Hitchings, *Defining the World: The Extraordinary Story of Dr. Johnson's Dictionary* (2006))。约翰逊的辞典“行文优美,影响深远……没有它,英语母语使用者就不会是我们现在看到的这样了……”Id.

〔11〕 折磨(torture)有时候并不是作为惩罚,而是作为获得信息的一种手段。对于作为获得信息手段之折磨的道德性的讨论,参见 Patrick Lee, *Interrogational Tor-ture*, 51 American J. Jurisprudence 131 (2006)。

well beyond)必要程度的情形,即过分严酷而不必要。^[12] 诚然,所有的刑罚都可以说是严酷的(harsh),但问题是如何判断某种刑罚是否严酷到超越必要之限度——达到过分的(significantly)程度,而不仅仅只是轻微的(marginally)、一般的(trivially)严酷——从而在某种程度上说是“残酷”。^[13]

60 那么,加上“异常”的意义是什么呢? 只是禁止“残酷”的刑罚还不足以达到目的吗? 要检验人们认为(或者倾向于认为)是残酷的刑罚,在事实上是否是残酷的——是否在本质上是野蛮的,或者,至少对于实现立法目的来说,是过于严酷而超过必要之限度的——一个重要途径,就是审查该刑罚是否为“异常”的: 对任何犯罪都不常适用(not commonly used),或至少对系争罪行,或某类罪犯(如未成年人)不常适用。^[14] 也就是说,“不常适用”意义上的“异常”,对于判断刑罚是否事实上是“残酷”的,是检验性的

[12] 早在1910年,最高法院所持的立场是,禁止残酷且异常的刑罚的条款,“不仅针对实施虐待的惩罚,‘还针对所有对于被诉的罪行来说过于冗长或严重的惩罚。’”参见 *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910)。在近一个世纪后,法院表明“第八修正案禁止‘过度’制裁。”*Atkins v. Virginia*, 536 U.S. 304, 311 (2002)。另参见 *Roper v. Simmons*, 543 U.S. 551, 560 (2005): “第八修正案保证了个人权利不受到过度制裁。这一权利来自这样一个基本的‘正义规则: 罪责相当。’”引自 *Weems v. United States*, 217 U.S. 349, 367 (1910)。

[13] 参见 Benjamin Wittes, “What Is ‘Cruel and Unusual’?” Policy Review, December 2005 and January 2006。

残酷的标志……是施加不必要的痛苦。因此,判断是否是残酷的惩罚,需要评估遭受的痛苦对于实现某个合法的政府目的来说是必要的,抑或是毫无意义的。表面上,这项考察并不复杂: 当一项惩罚能合理地威慑或瓦解犯罪行为再危害社会,就不是残酷的,无论这种惩罚会让人感到多么地不愉快。而超越这些目的,而成为过度暴力、不合理的严酷、显然不合比例或者是不必要地侮辱人格时,就可以合理地依据宪法的被描述为是残酷的。换一句话说,残酷的本质特征在于,受质疑的惩罚或多或少地超越了任何合理的惩戒性目的。

[14] Cf. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86, 100 n. 32 (1958): “如果‘异常’一词与‘残酷’有所区别的话,那应该指一种通常含义,即不同于通常做法的情形。”

(probative)——并非决定性的(determinative),而是检验性的。此处的观点就是:如果一项刑罚不是“异常”的……如果,恰恰相反,它是经常适用的——那么该刑罚属于本质上野蛮的,或对实现立法目的来说过分严酷而显失必要,这样的可能性就比较小。根据第八修正案,除非可被同时归类为“残酷且异常”,否则该刑罚并不属于违宪,即本质上十分野蛮或者过分严酷而不必要,并且从客观事实上来看极少适用的刑罚。^[15]

值得可以进一步思考,为什么禁止“残酷且异常的刑罚”,可以 61
为人们所理解呢?因为这样的刑罚是不人道的(inhumane),即没有人性地对待人类。用人权的道德性(morality of human rights)的话语来表达:“残酷且异常的刑罚”违反了人性;它对待人类的方式仿佛人是没有固有尊严(inherent dignity)的。所实施的刑罚,即便本质上不是野蛮的,但对于实现刑罚所欲实现的立法目的来说,过于严酷而显失必要,也就构成非人道的待遇;这对他构成了侵犯。“……(如果)存在更为温和的刑罚来实现立法目的,国家却采用了严厉的刑罚,就是不符合人性尊严的……”^[16]

现在让我们先接受上述对于“残酷且异常的刑罚”的阐述,并且,即便承认死刑本质上并不是野蛮的刑罚,^[17]第八修正案显然也是禁止在某些情形下适用死刑的,比如说对于偷盗一片面包的

[15] 作为一个真实世界中的问题,界定一项刑罚本质上是否野蛮——并且在此意义上是“残酷”的——是困难的,它并不见得也是“异常”的(即就政府授权的官方的、公共的做法而言是异常的)。

[16] *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 279 (1972) (Brennan, J., concurring)(内部引用省略)。

[17] 参见 *In re Kemmler*, 136 U. S. 436, 447 (1890): “涉及酷刑或凌迟的惩罚是残酷的;但是,死刑则不残酷,它处于宪法允许的范围之内。这里指的是一些不人道和野蛮的东西,而不是指单纯地剥夺生命。”

62 罪行。^[18] 近年来,最高法院作出的一系列判决表明,第八修正案禁止对智障人士^[19]或犯罪时不满十八周岁的未成年人适用死刑。^[20] 在这里我想要讨论的问题是更进一步的:即便死刑本质上不是野蛮的刑罚,第八修正案对“残酷且异常的刑罚”的禁止,是否意味着政府不能对犯下任何罪行的任何人适用死刑?

对安东尼·斯卡利亚大法官(Justice Antonin Scalia)以及其他人许多人来说,回答这个问题并不难——答案是否定的。就像他前任的罗伯特·伯克大法官(Justice Robert Bork)一样,^[21]斯卡利亚认为,人民在将残酷且异常的刑罚条款宪法化时,并不认为他们由此便禁止了死刑的适用。因此,斯卡利亚大法官认为,从立法
63 原意上来看,第八修正案并未禁止死刑的适用。^[22] 但斯卡利亚的

[18] 参见 Marc L. Miller & Ronald F. Wright: *Criminal Procedures: Cases, Statutes, and Executive Materials* 190-91 (2003): “在 *Coker v. Georgia*, 433 U. S. 584 (1977)案中,最高法院推翻了死刑作为强奸成年女性的刑罚选项;……判决的宪法依据就是第八修正案的禁止残酷且异常的刑罚的条款。此后,只有针对谋杀罪可适用死刑。”但路易斯安那州最高法院在1996年指出,对于强奸12岁以下幼女的罪犯适用死刑,并不过分。*State v. Wilson*, 685 So. 2d 1063, 1070 (La. 1996). 参见 John Gibeaut, “A Deal with Death: More States Make Child Molestation a Crime, and Face Likely Challenges,” *ABA Journal*, January 2007, at 12;

1964年以后,在美国,再没有人因为谋杀罪以外的罪行被判死刑。如果路易斯安那州法院的判决能够成立的话,那么强奸幼女的罪犯帕特里克·奥肯尼迪(Patrick O’Kennedy),将成为四十多年以来,首个因无被害者被杀的罪行而被处死的罪犯。路易斯安那州的最高法院将(在2008年)决定肯尼迪的最终命运。(该案后来被路易斯安那州法院发回地区法院重新量刑,肯尼迪最终被判决终身监禁,不得保释。——译者注)

[19] 参见 *Atkins v. Virginia*, 536 U. S. 304 (2002).

[20] 参见 *Roper v. Simmons*, 543 U. S. 551 (2005).

[21] 参见 Michael J. Perry, *The Constitution in the Courts: Law or Politics?* 45-46 (1994).

[22] 参见 Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* 46, 132, 145-47 (1997).