

# “枪支条款”还是“民兵条款”：美国宪法第二修正案研究

蒋龔

当他外出旅行时，他会带上武器并设法结伴而行。<sup>1</sup>

**内容摘要：**美国宪法第二修正案规定：保障一个邦的自由，必需有一支管理良好的民兵，不得干涉人民持有、携带武器的权利。本文从美国联邦最高法院于 2008 年和 2010 年对枪支管理法案的两个判决出发，在细致分析大法官的判词和先例的基础上指出，美国学界当代关于第二修正案的研究过于关注“枪支条款”忽略了其“民兵条款”的面向。进而，我通过自殖民地始一直到 1791 年《权利法案》制定期间，建国者们关于民兵与常备军之间辩论的分析，论证出第二修正案的“民兵条款”面向。不同于美国学界就第二修正案两个条款间“序言与操作条款”的划分，我认为第二修正案两个条款是有一定联系但却相对独立的条款。在分别勾勒出第二修正案作为“枪支条款”和“民兵条款”两个面向后，我将进一步指出，为什么第二修正案无法终结美国当代的枪支辩论，其根本原因在于，在这个自由主义主导的社会中，第二修正案不啻为一块共和主义的活化石。

在美国，人们对枪支呈矛盾心态，一方面，在这个“以自由立国”的国家中流通着约 2 亿支枪，并且每年约有 2 万人丧生于枪支暴力之下，<sup>2</sup>受伤的人数更是不可计数；另一方面，不论枪支问题引发了多少流血事件、浪费了多少社会成本，美国人似乎对枪支一往情深。在 2012 年美国大选辩论中，主张枪支管理的民主党候选人奥巴马却异常谨慎。在围绕枪支问题近 9 分钟的辩论中，奥巴马大打教育牌，强调学校教育与家庭教育对改变暴力倾向的重要性，对枪支管理法案却言语不详，仅仅提到限制进攻性武器问题。主张枪支权利的共和党候选人罗姆

---

· 蒋龔，清华大学法学院法文化与比较法专业 2014 级博士研究生，本文为作者在清华大学法学院的硕士论文修改而成，感谢赵晓力老师在本文构思和写作过程中的帮助。

<sup>1</sup> (英) 霍布斯著：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆 2010 年版，第 95 页。

<sup>2</sup> Constance Emerson Crooker, *Gun Control and Gun Rights*, Greenwood Press, 2003.

尼却直言不赞同增加新的枪支管理法案——换句话说，即便枪支暴力问题已经是全民共识，但只要在枪支管理上多行一步，就会失去大量选票。

面对如此严重的社会问题，美国为什么无法禁枪？甚至在总统大选中罗姆尼能咄咄逼人地表示不赞同增加枪支管理法案？这一切皆源自美国宪法第二修正案和美国最高法院在 2008 年与 2010 年的两个案件中对该修正案的解释。

美国宪法第二修正案规定：“保障一个邦的自由，必需有一支管理良好的民兵，不得干涉人民持有、携带武器的权利。”<sup>3</sup>正因为宪法中明文规定人民拥有“持有和携带武器的权利”，枪支作为显然的武器在美国自然无法全面禁止，而只能给予管理。而任何枪支管理法案，在某种意义上都是对上述权利的限制。因此，在理论上，任何枪支管理法案都需要经过第二修正案的审查。美国最高法院先在 2008 年的 *District of Columbia v. Heller* 案（以下简称 *Heller* 案）中判决“公民只要基于合法目的，就享有第二修正案规定的‘携带和持有武器’的权利”。<sup>4</sup>又在 2010 年的 *McDonald v. Chicago* 案（以下简称 *McDonald* 案）中判决“将 *Heller* 案对第二修正案的解释运用于各州”。<sup>5</sup>无疑，这两个判决对美国联邦及各州既有的枪支管理法案有着极大的限制作用，在这两个判决之后，奥巴马在大选辩论中对枪支管理问题含糊其辞就不难理解了。

根据托依布纳的理论，“现代社会所发生的事情就是专家语言的增长……不同的沟通系统以不同的方式把世界编码”。<sup>6</sup>就枪支暴力问题而言，政治科学界、历史学界、社会学界以及法学界各有自己的话语，作为一篇法学论文，我将重点研究美国社会枪支暴力问题背后的法律（宪法）问题：美国宪法第二修正案问题。

下面，我们就来分析 *Heller* 案和 *McDonald* 案。

## 一、*Heller* 案与作为“枪支条款”的第二修正案

### （一）案件背景与诉讼进程

---

<sup>3</sup> 原文是：“A well regulated Militia, being necessary to the security of a free State, the right of the people to keep and bear Arms, shall not be infringed.” 本文有关 1781 年《邦联条例》、1787 美国宪法及其修正案的中文翻译，皆采用尹宣先生的译文。另，State 一词传统上被译为“州”，尹宣翻译成“邦”，为行文统一，除去直引尹宣翻译文献部分，全文一律用“州”。上述文本作为附录收录于《辩论：美国制宪会议记录》。参见（美）麦迪逊著：《辩论：美国制宪会议记录》，尹宣译，辽宁教育出版社 2003 年版。

<sup>4</sup> 554 U.S. 570 (2008)。

<sup>5</sup> 561 U.S. 3025 (2010)。

<sup>6</sup> （德）托伊布纳著：《法律：一个自创生系统》，张骥译，北京大学出版社 2004 年版，第 2 页。

截至 2008 年，美国最高法院自 1939 年 *United States v. Miller* 案（以下简称 *Miller* 案）<sup>7</sup> 以来再未就第二修正案问题进行判决。美国最高法院在 *Miller* 案中，肯定了旨在管理与民兵训练无关、且为进攻性武器的相关枪支管理法案的合宪性。因此，在 1939 年至 2008 年近 70 年的时间里，随着美国枪支暴力问题的日益凸显，美国联邦及各州出台了大量枪支管理法案。但自 20 世纪 80 年代末起，美国拥枪派和保守派团体开始质疑枪支管理法案的合宪性，其中比较有代表性的是以下几项：

里根时代的时任联邦司法部长米斯出具的原旨主义解释模式手册中就说明过第二修正案的“个人主义”解释问题，1997 年托马斯大法官在 *Printz v. United States* 案的协同意见中也表示“第二修正案保护公民个人的持有和携带武器的权利”，<sup>8</sup> 斯卡利亚大法官在其出版于 1998 年的演讲中也有类似的表达。<sup>9</sup> 以及 2000 年美国大选小布什的胜出。有资料显示，2000 年民主党候选人戈尔在其出生的田纳西州、及肯塔基，西弗吉尼亚等州败选就是因为其所持的枪支管理立场。<sup>10</sup> 另外，联邦第五巡回上诉法庭在 2001 年的 *Emerson* 案中，出人意料地采用了“个人主义”的解释方法。<sup>11</sup> 小布什上台，其总检察长约翰·阿什克罗夫斯特上任时的日程表中就包括改变司法部门对第二修正案的立场，其中由 OLC 负责撰写的长达 106 页的第二修正案备忘录，<sup>12</sup> 为第二修正案的“个人主义”解释立场提供了官方的完整理论表述。

*Heller* 案则是自 80 年代末挑战枪支管理法案的最高峰。早在 2002 年，卡特研究所宪法专家罗伯特·列维（Robert A. Levy）就针对哥伦比亚特区枪支管理法案开始招募志愿者组织诉讼。<sup>13</sup> 在 2004 年 OLC 备忘录出台后，*Heller* 案被正式提交到联邦地区法院。*Heller* 案案情并不复杂，哥伦比亚特区的枪支管理法案非常严格，尤其是在对手枪的管理上，其规定了除执法人员以及在本法颁布

---

<sup>7</sup> 307 U.S. 174 (1939)。

<sup>8</sup> *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997)。

<sup>9</sup> Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1998.

<sup>10</sup> Mark V. Tushnet, *Out of Range: Why the Constitution can't End the Battle over Guns*, Oxford University Press, 2007. pp. 1-5.

<sup>11</sup> 270 F. 3d 203 (5<sup>th</sup> Cir. 2001)。根据 Yassky 的研究，这是全部（不仅仅是第五）联邦巡回法院在整个历史上就第二修正案问题第二次采用“个人主义”的解释方法。当然，历史上截止 2008 年 *Heller* 案宣判前，绝大多数巡回法院依然遵循“集体主义”的解释方法。详见 David Yassky, *The Second Amendment: Structure, History, and Constitutional Change*, *Michigan Law Review*, Vol. 99, No.3, 2000.

<sup>12</sup> Mark V. Tushnet, *Out of Range: Why the Constitution can't End the Battle over Guns*, Oxford University Press, 2007. pp. 1-5.

<sup>13</sup> 任东来、江振春：《从“持枪权”看美国宪法的解释》，载于《读书》2009 年第 8 期。

之前(1976年)就拥有手枪者,其余人士一律禁止持有手枪。本案被告 Dick Heller 因家住犯罪高发区,于是以在家中自卫为由,提出申请持有手枪。在遭拒后,向法院起诉,寻求第二修正案的保护。<sup>14</sup>

对美国最高法院来说,这将是自 1791 年第二修正案颁布以来,第一次有机会直接解释第二修正案的适用范围。<sup>15</sup>最高法院五位保守派大法官以微弱多数判决哥伦比亚特区的枪支管理法案违宪。法院判决书由原旨主义旗手之一的斯卡利亚大法官撰写,四位自由派大法官中,斯蒂文森和布雷耶大法官出具了异议意见。三份判决书合在一起长达 120 余页,其本身就是关于第二修正案解释问题的精彩论证。下面,我们就进入判决本身。

## (二) 三份判决书—复调的原旨主义与利益平衡的纠葛

### 1. 斯卡利亚的判决——原旨主义与作为“个人权利”的持枪权

就 Heller 案,九位大法官都将第二修正案的前款——保障一个邦的自由,必需有一支管理良好的民兵——标记为“序言条款 (prefatory clause)”,将后款——不得干涉人民持有、携带武器的权利——标记为“操作条款 (operative clause)”。从而,对第二修正案而言,九位大法官一致赞成其宪法解释问题即为“序言条款”与“操作条款”之间的关系问题,即“序言条款”是否限制“操作条款”的使用范围。对斯卡利亚等五位保守派大法官来说,他们认为不限制,第二修正案不仅仅保护民兵组织的权利,只要公民凭合法目的(Heller 是以自卫为目的在家持枪)就拥有第二修正案保护的“持有和携带武器的权利”。

斯卡利亚在继承第二修正案“序言与操作”的文本结构之后,就阐明自己的解释方法,他主张对宪法文本的解释应当忠实于宪法被颁布时的一般理解,宪文本的单词和词组的含义应当是被颁布时的普通和正常的含义。<sup>16</sup>他据此认为:“序言条款”仅仅宣布了第二修正案的目的,但不能限制或扩大“操作条款”的范围。<sup>17</sup>在这一原则下,斯卡利亚展开了对宪法文本的分析。他首先解释的是“操

---

<sup>14</sup> 554 U.S. 570 (2008)。

<sup>15</sup> 需要指出的是,在 1939 年的 Miller 案中,美国最高法院并没有直接对第二修正案进行解释。详见下文对 Miller 案的分析。

<sup>16</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Opinion of the Court。因下文要逐一细致分析 Heller 案的三份判决书,为注释方便,我将斯卡利亚的法院判决标记为 Opinion of the Court,斯蒂文森的异议判决标记为 Dissent Opinion I,布雷耶的异议判决标记为 Dissent Opinion II。

<sup>17</sup> 554 U.S. 570 (2008), Opinion of the Court。

作条款”，将同一时代的 1787 宪法和《权利法案》诸条款中的相似词组，如“The People”、“Right”“Keep and Bear Arms”，采用查阅当时字典的这样极端的方法，在文本上确证这些词组在当时的用法无一例外的涉及到“个人权利”，而无须与民兵服役相联系。

显然，斯卡利亚是以一种反历史的方式——查阅当时字典——来回溯历史，其论证是抽离了任何历史语境的纯文本分析。斯蒂文森在其异议意见中就举出了大量的论据来论证，即使是在第二修正案颁布时期，公民持枪的权利就被限制在民兵中。但是斯卡利亚的回应特别简单，例如，针对斯蒂文森指出“携带武器(keep arms)”在当时经常被用于关于民兵的文本中时，斯卡利亚指出，“某一词组被经常地用于一个特定的文本中不代表就被限制在这一特定的文本中使用，我也能找出相当的资源来佐证该词组被用在非民兵文本中的情况。”<sup>18</sup>这一情况当然是大量存在的，因为在美国建国初期，除了联邦，各州亦有各自的宪法与权利法案，其中宾夕法尼亚、佛蒙特、北卡罗纳和马赛诸萨各州的类似宪法条款中就明确表示公民持有和携带武器用于“the defence of themselves”或“common defence”。当然纽约、弗吉尼亚等州的相似条款则明确持枪权与民兵之间的关系。<sup>19</sup>

在文本上确证了“操作条款”的含义无须限制在民兵之后，斯卡利亚策略性地回溯英国权利法案的颁布历史，因为英国权利法案中也有类似的条款，他通过这段历史的回顾乃是为了证明公民持枪的权利是先在于宪法的事实，进一步的剥离了其于民兵的关系。这样他就顺理成章的将“序言条款”和“操作条款”剥离开来，“序言条款宣布的目的是防止民兵被取消，但是民兵并不是美国唯一的先在价值，序言条款也没有宣布民兵就重要于自卫和打猎。”<sup>20</sup>至此“操作条款”独立出来，公民拥有和携带枪支的权利没有“序言条款”的限制，保护的当然就是个人权利。

用宪法文本代替第二修正案的编撰史，用先在事实上的持枪代替“序言条款”的限制——虽然至此只占斯卡利亚整个判决的三分之一，但是我认为，他的主体论述已经结束了。<sup>21</sup>他成功的指明了宪法文本在当时的含义，所谓的“限制在民

<sup>18</sup> 554 U.S. 570 (2008), Opinion of the Court.

<sup>19</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Opinion of the Court and Dissent Opinion I.

<sup>20</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Opinion of the Court.

<sup>21</sup> 斯卡利亚判决书后面的论据主要二：其一是十九世纪关于第二修正案的著名学说；其二是最高法院先例。就斯卡利亚的论证来说，十九世纪的学说只起到装饰作用，而最高法院先例我将在 McDonald 案的分析中指明其与 Heller 案具有较少相关性。

兵中”是后来自由派学者的主观建构，并不是宪法的原意，而如果我们采用原旨主义的解释立场，哥伦比亚地区枪支管理法案就是违宪的。

斯卡利亚的判决在表面上似乎是反历史的纯文本分析方法，但是我们细致阅读，会发现这一反历史背后的历史意涵。任东来教授<sup>22</sup>将斯卡利亚的解释方法称之为“大众意义原旨论”有一定道理，因为这历史正蕴含于“大众意义”之中。借着斯卡利亚的分析，他既指出了源自英国《权利法案》的持枪权，又指出了自卫、打猎等美国建国时期居民持枪最主要的活动。建国伊始的美国，并没有完善的常备军和警察建制。对于当时的美国居民来说，枪支在某种意义上是生活必需品，其主要目的就是自卫和打猎。<sup>23</sup>正是从这一“大众意义”上来理解，枪支并不局限于民兵中，甚至美国都可以说是建立在枪支文化上的国家。就规范意义而言，以追问文本的方式来确证第二修正案单词和词组并无可厚非，但是——即使我们采纳原旨主义的解释方式——修正案制定时期的大众意义和制定者撰写条文时的原意毕竟是两个概念，即便是当时美国全民持枪也不能因此就证明这就是该条文的原意，制定者的原意和当时普通人民对宪法的理解毕竟不可能完全重合——亦即，我们可以承认对文本当时含义的一般理解确实是一种原旨，但是并不是唯一的原旨，如果我们将修正案制定的具体语境、尤其是参考制定者撰写过程中的具体考虑，我们就第二修正案将会得到另一种原旨，这后一路径，正是斯蒂文森的“原旨主义”路径。

## 2. 斯蒂文森的判决——作为复调的原旨主义解释

不同于斯卡利亚的“大众意义原旨论”，斯蒂文森则诉诸于宪法制定者的原意，套用当下的一个术语，即宪法制定者写作该条文时的“问题意识”是什么。

斯蒂文森开篇就写道：“第二修正案所保护的乃是各州保留管理良好的民兵的权利。第二修正案是对在宪法确认大会（Ratification of the Constitution）过程中那些担心联邦政府因组建常备军因此而解除各州民兵武装的回应。”<sup>24</sup>亦即，斯蒂文森是通过美国建国之初联邦与州的权力划分、常备军与民兵之间的关系来考察第二修正案的原旨，对他来说，考察普通居民日常理解的枪支就是不必要的方式，既然建国之父们写作该条文是为了回应联邦权力与常备军问题，那么

---

<sup>22</sup> 任东来、江振春：《从“持枪权”看美国宪法的解释》，载于《读书》2009年第8期。

<sup>23</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Opinion of the Court.

<sup>24</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Dissent Opinion I.

第二修正案的原意就应当在这份回应中得出。

“对于建国之父们来说，如何恰当的分配新国家中的民兵权力是他们的核心关切之一”。<sup>25</sup>当时围绕该问题的是一对极具张力的观点，一方面是各州及普通人民认为联邦政府的常备军对个人自由来说是一种难以忍受的威胁，但另一方面建国之父们又意识到单纯依靠各州的现有民兵不足以担负起国防任务。<sup>26</sup>正是这自由与安全之间的吊诡，1787 宪法在该问题上一种妥协：一方面国会授权招募常备军和供给军需、但此项用途的拨款期限不得超过 2 年，同时建立和维持一支海军（美国宪法第 1 条第 8 款第 12、13 项），但同时又负责规定民兵的组织、装备和训练，规定用来为合众国服役的那些民兵的管理，但民兵军官的任命和按国会规定的条例训练民兵的权力，由各州保留（美国宪法第 1 条第 8 款第 16 项）。就 1787 宪法而言，可以说是在国防体制上联邦与州权进行的初次分配：联邦有权组建常备军，并和各州分享民兵管理权。

斯蒂文森继续考证到，问题就出在 1787 宪法中对国防权力的分配并不能让各州满意：首先就不能有效消除对常备军威胁个人自由的担心；其次是并没有恰当地规定常备军与民兵之间的关系；第三，用弗吉尼亚州制宪代表乔治·梅森（George Mason）的话说就是国会如果拒绝装备和训练民兵，各州并没有办法抵抗；第四，也是最重要的，即“解散”在某种意义上也是一种“组织”形式，这就等于赋予了国会解散民兵的权力。<sup>27</sup>虽然联邦党人成功的让各州确认了 1787 宪法，但是《权利法案》的制定则看成是反联邦党人的胜利。<sup>28</sup>弗吉尼亚、北卡罗纳、宾夕法尼亚等州在宪法确认大会中就以制定《权利法案》为条件才通过宪法，那么，第二修正案的制定就是为了回应联邦党人与反联邦党人在宪法批准过程中就国防体制上的二次辩论。

进而，对斯蒂文森来说，第二修正案的制定过程就非常重要，因为即便确认了第二修正案所要回应的问题，也不能因此就确定“操作条款”中“携带和持有武器的权利”就一定被限制在民兵中。斯蒂文森此处的论证关键是麦迪逊——第二修正案初稿撰写者——的第二修正案初稿：

“人民持有和携带武器的权利不能被侵犯，一个有着良好武装、良好组织的

<sup>25</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Dissent Opinion I。

<sup>26</sup> 参见前注。

<sup>27</sup> 参见前注。

<sup>28</sup> （美）斯托林著：《反联邦党人赞成什么》，汪庆华译，北京大学出版社 2006 年版，第 119-130 页。

民兵是我们自由国家（country）安全的最好保障，但是不得强迫因为宗教原因不愿意持有武器的人进入民兵服役”<sup>29</sup>

虽然这份草稿与最终的条款还有明显差异，但在斯蒂文森看来，这已经足以确定第二修正案的原旨了。首先，最后条款将“国家（Country）”变成了“州（State）”，是对民兵权力和州权地维护；其次，最后删除掉的从句恰恰紧紧的将携带武器与民兵联系在一起，表明至少在麦迪逊看来，持有武器与民兵训练有着紧密相关性；第三，因宗教原因不愿意持枪也在某种程度上否定保护全民（civilian）拥有和携带武器的观点；第四，在最后的成文中将民兵条款调整至前款，更加突出了第二修正案的主旨乃是在于确证民兵权力和州权。<sup>30</sup>

至此，斯蒂文森的论证结束了，他首先表明了建国之父们制定第二修正案的“问题意识”，以此圈定第二修正案原旨之范围，然后利用麦迪逊的草稿来确定携带武器的权利被限定在民兵武装和训练中才是宪法制定者的原意，这样看来，哥伦比亚特区的枪支管理法自然合宪。<sup>31</sup>

但是，斯蒂文森的论证也是不全面的。他仅仅论证了第二修正案的“操作条款”需要被限制在“序言条款”的范围内，即第二修正案不用于审查不在民兵范围内的哥伦比亚特区枪支管理法。但是，第二修正案不用于审查该枪支管理法毕竟不能等同于该法案就是合宪的。亦即，斯蒂文森其实对本案的争点（枪支管理法是否合宪）除了证明该争点与第二修正案无关外，其他的什么也没有说。

如果我们将斯卡利亚和斯蒂文森的两份判决书合在一起再次审阅，其并不能回答杰弗森早在 200 多年前就“宪法应当 19 年制定一次”的责难。哪怕第二修正案真如斯卡利亚论证的那样是保护作为“个人权利”的持枪权，但是只要我们承认第二修正案的制定一定是为了回应某个社会问题，那么我们就必须也要承认随着时代的发展，社会问题也会随之变迁，面对社会议题的变迁和固定不变的宪法条文，我们也许需要对第二修正案采用新的解释——这新的解释，正是布雷耶大法官所运用“利益平衡”解释模式——对第二修正案的另一种解读。

### 3. 布雷耶的判决——“利益平衡”视角下的第二修正案

---

<sup>29</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Dissent Opinion I。

<sup>30</sup> 参见前注。

<sup>31</sup> 斯蒂文森后面的论述主要有两点。第一是回应斯卡利亚的历史叙述，第二是审查历史上的第二修正案先例。就第一点，仅是异议意见中对法院判决的反驳；就第二点，最高法院先例我将在 McDonald 案的分析中指明其与 Heller 案只具有较少相关性。



对布雷耶大法官来说，重要的不是第二修正案是什么，而是这场具体诉讼背后真正反应的社会与政策问题是什么，进而，联邦最高法院需要根据该特定的社会与政策问题，对相关宪法条文进行“积极”解释。

Heller 案背后的社会问题是美国枪支暴力问题，拥有 3 亿多人民的美国社会中就拥有多达 2 亿支枪，每年因枪支暴力死亡的人数高达 2 万人，造成受伤的人数更是惊人，因枪支而耗费的社会成本每年是以亿为单位计算的。<sup>32</sup>因此，Heller 申请在家以自卫为目的持枪，其真正问题是社会治安问题。但同时，布雷耶也承认，枪支文化在某种程度上是美国国民特色之一，繁荣的军火工业、2 亿多支枪的社会流通，以及 NRA 等来福枪协会在美国大行其道就是最好的证明，<sup>33</sup>否则就不会有大量的“枪支权利派”政策科学研究者反对枪支管理了。当然，之所以本案集中于对第二修正案的宪法解释，是因为包括修正案在内的所有宪法条文中，该条文与这一社会和政策问题最具有文字上的相关性。

因此，在布雷耶看来，就算我们承认法院多数意见对第二修正案的“个人主义”解释，我们也需要对比第二修正案所保护的“个人权利”，与其所造成的“社会公共利益”之间的抵牾。<sup>34</sup>套用一句中文俗语——两权相衡舍其轻——所谓用“利益平衡”的方式重新解释第二修正案，其要旨就在于对“个人自由与公共安全”这一法理学经典问题现实主义回答。

布雷耶认为，在理论上对枪支管理的严格审查都会在实践中转向利益平衡，因为第二修正案同样关心公共安全，而公共安全、公民生命是宪法条文的基本目标。这样布雷耶就将问题从如何在文本上解释第二修正案转化为讨论哥伦比亚特区枪支管理法案是否能够促进这一目标，如果能，则合宪；如果不能，则违宪。<sup>35</sup>接着，布雷耶运用大量数据证明其确实在长远上有利于保卫生命和公共安全的利益。<sup>36</sup>这样，布雷耶抛开了宪法的原意和先例。在今天，当公民的持枪问题不再是政权问题，而更多是治安问题时，加强枪支管理无疑有利于减少犯罪、尤其是涉枪的恶性犯罪，这就需要对“第二修正案”进行重新解读，利用第二修正案的特殊结构，将公民持枪这一被宪法规定的权利限制在民兵中，而在非民兵的领

---

<sup>32</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Dissent Opinion II。

<sup>33</sup> Osha Gray Davidson, *Under Fire: The NRA and the Battle for Gun Control*, H. Holt, 1993.

<sup>34</sup> District of Columbia v. Heller, 554 U.S. 570 (2008), Dissent Opinion II。

<sup>35</sup> 参见前注。

<sup>36</sup> 参见前注。

域，让位给联邦和州的枪支管理法案。

如果单独看布雷耶的判决，会让我们无法理解——既然问题如此明显，枪支暴力已经引发了诸多问题，自然应当加强管理——为什么当代美国还有那么多人（包括大量社会精英，比如罗姆尼候选人）反对枪支管理法案、为什么普通民众不愿意放弃个人持枪权、为什么在当代美国拥枪派团体如 NRA 的实力要远远大于控枪派团体？<sup>37</sup>这一看起来反常识的问题，既是用诸如“美国人民热爱自由”的简单自然法标签所无法解释的，也是用白岩松所强调的“武装起义权”这一日益为美国拥枪派放弃的洛克式政治哲学无法解释的。<sup>38</sup>其让人信服的原因就在于，在枪支管理辩论中，美国有一批社会科学论著运用同样让人信服的数据——如同布雷耶的论证一样让人信服——论证了一个更加反常识的事实：枪支管理越严格，枪支暴力越泛滥。

对这批社会科学论著，我们不需要详细分析之，只需要简单阐明论辩双方的论证思路即可。对于枪支控制派而言，既然枪支泛滥，造成了严重的社会治安问题，那么应对之策当然是限制武器流通，加强枪支管理，增强地方的治安权，由警察、国民警卫队更多的垄断暴力，从而有效地减少犯罪。但问题在于，有大量的数据显示通过加强枪支管理的方式来有效减少犯罪的思路在现实中是失败的（当然也有相当数据显示是成功的）。对枪支权利派而言，控枪派最大的失误就在于无视当下 2 亿多支枪，并且每年都有稳定数量的武器进入美国社会的现实，对他们来说，如果加强枪支控制的话，那么这个社会到最后只有犯罪分子和想要从事犯罪活动的人才会有枪，这将是让人无法忍受的现实。双方各执一词，亦各有道理，总体上看，东北部与大城市多是控枪派占据主流，但中西部和乡村以及少数族裔聚居区则是拥枪派有优势。<sup>39</sup>

将布雷耶“利益平衡”的解释方法与相关的政策科学论著联系在一起审阅，我们会发现，其论证虽然避免杰弗逊式的责难，但是工具性的解释宪法规范，容易用法官自己的理念代替宪法条文本身的理念，尤其是面对极具争议的社会文化议题。拥枪派和控枪派团体各有其自身理据，在短时间内很难辨清孰是孰非，布雷耶“利益平衡”式的“积极”解释宪法，到底无法避免“法官经常犯错”的

---

<sup>37</sup> Robert J. Spitzer, *The Politics of Gun Control*, CQ Press, 1998, pp.67-101.

<sup>38</sup> 寒竹：《勿神圣化美国的持枪文化》，[http://www.guancha.cn/han-zhu/2012\\_07\\_22\\_85974.shtml](http://www.guancha.cn/han-zhu/2012_07_22_85974.shtml)，2013 年 4 月 6 日最后访问。

<sup>39</sup> Constance Emerson Crooker, *Gun Control and Gun Rights*, Greenwood Press, 2003. Pp.1-6.

质疑。<sup>40</sup>

### （三）作为“枪支条款”的第二修正案

上文具体分析了 Heller 案的三份判决书，并论证了运用不同的宪法解释方法，我们就第二修正案将得出不同的含义。当然，没有任何一种宪法解释理论是完美的，作为宪法解释方法的原旨主义、利益平衡等都是为了解释者自身的目的服务。那么九位大法官争论的问题到底是什么？

我之所以将布雷耶的判决放在最后阐述，是因为布雷耶的判决最清晰的点明了诉讼双方真正的关切：面对日益泛滥的枪支暴力与社会治安问题，美国应当采纳什么措施防范？是进一步控枪乃至最后的禁枪，还是回归一种前现代“以（潜在的）暴制（潜在的）暴”的治理方式？

这就要从九位大法官公认的“序言与操作条款”的前提说起，将第二修正案的两个条款如此标记本身就表明了在大法官们看来，后款是其重心所在。只有我们考虑到枪支暴力问题，我们才能理解为何前款中对民兵地位的宣示就成了“序言”。因此，所谓的将第二修正案两个条款划分成“序言与操作”，将第二修正案的宪法解释集中为“序言条款”与“操作条款”之间的关系，就有明显的政策指向性，拥枪派自然更看重“操作条款”，控枪派当然更喜欢“序言条款”。其实，如果我们对比 OLC 备忘录、斯卡利亚和斯蒂文森的判决，我们会发现这三份判决书的论述框架、术语选择、甚至是论证方式都有极大的相似性。Heller 案中的三份判决书，本身既是美国最高法院对第二修正案宪法解释问题的终审性回应，同时又是学术界对第二修正案展开学术争论的一部分。

这样本无可厚非，毕竟联邦最高法院的大法官们不是不食烟火的修道士，法院设置本身就是为了解决社会争议，但是如此之效果却造成了美国宪法第二修正案“枪支条款”化和“个人权利”化，将第二修正案的后款突出出来并将其处理成公民权利宣言。但问题出在，该个人权利是一个典型的当代权利——斯卡利亚却用第二修正案原旨之权利比附作为当代权利的个人持枪权：在斯卡利亚的论证中，原旨之持枪权乃是因为当时人人皆持枪，但彼时之持枪主要为了国防；在斯蒂文森的论证中，第二修正案无关持枪权问题——抑或两位大法官是用当代作为

---

<sup>40</sup> (美)桑斯坦著：《就事论事》，泮伟江译，北京大学出版社 2006 年版，第 41 页。

自卫的持枪权比附原旨时另一种意义上的持枪权？因为，我们根据斯卡利亚和斯蒂文森对建国史的叙述，无法得出第二修正案的制定者将重点落在“枪支条款”上。尤其是在斯卡利亚的叙述中，公民持有和携带武器的权利与前面的“民兵条款”没有必然的联系，甚至就没有联系。它就是对源自英格兰公民持枪权传统的宪法确认，那么我们自然无法得出第二修正案的两个条款之间是序言与操作的关系，它毋宁是两个独立的条款。

如果我们进一步追问，为什么斯卡利亚在表面上极端原旨的判决却有意忽视了古今两种根本不同意义上的持枪权？其答案就在于第二修正案的“枪支条款”化上。紧密关联政策辩论的第二修正案研究在其学理化进程中更在不断地“枪支条款”化，也因此日益狭窄了学者们的研究视角，好在联邦最高法院历史上围绕第二修正案的零星案例、和 2010 年的 McDonald 案为我们重新认识第二修正案打开了新的视角。

## 二、先例、McDonald 案与“吸纳”问题中的第二修正案

### （一）第二修正案与“吸纳”

#### 1. 第十四修正案背景下的第二修正案先例

在 Heller 案判决中，斯卡利亚和斯蒂文森大法官都诉诸于联邦最高法院历史上的三个先例，有意思的是，面对同样的先例，两位大法官给予了完全不同的解读——都没有推翻先例，但都认为自己对第二修正案的解释得到了这三个先例的支持。同样的先例，难道可以读出完全相反的含义？下面，我们就从这三个先例开始这一部分的论述。

首先是 1876 年的 United States v. Cruikshank 案（以下简称 Cruikshank 案）。<sup>41</sup>就美国宪法史来说，内战之后颁布的第十四修正案不啻为一次宪政重建，尤其是第一款：

第一款 凡出生或归化联邦，遵守联邦法律的人，就是联邦公民，也是他们所居住的邦的公民。任何一邦不得制定和实施剥夺联邦公民特权和豁免权的立法；未经正当法律程序，任何一邦不得剥夺任何人的生命、自由和财产；在

---

<sup>41</sup> 92 U.S. 542 (1876)。

该邦的司法范围内，不得否认任何人得到平等保护的权利。

不同于《权利法案》中以“国会”为主语的“国会不得……”，第十四修正案第一次将“州”列为主语：“各州不得……”。这样就引出了一个新的宪法问题：在《权利法案》中规定的一系列权利，之前仅用于审查联邦立法，但在第十四修正案之后，最高法院能否运用正当程序条款和平等保护条款来审查各州侵犯到《权利法案》中规定的权利的立法？亦即，能否用第十四修正案“吸纳（incorporate）”《权利法案》？

Cruikshank 案就是这一大背景下的第二修正案案件，既然根据第十四修正案黑人白人都一样要受到法律的平等保护，那么从奴隶地位中解放的黑人现在是否有之前仅属于白人的持枪权？1873 年，路易斯安那州，武装的白人三 K 党人袭击了当地的自由黑人，在初审法院判决黑人胜诉之后，一些白人暴民以判决违反了 1870 年的取缔法案（Enforcement Act）为由，案件上诉至最高法院。最高法院判决：第一和第二修正案并不倾向于限制各州管理自己公民的权利，在限制联邦政府的权力以外不再限制州的权利。这就是说联邦政府不能以州侵犯了公民的宪法权利为由在联邦法院起诉公民，这是州的权力。<sup>42</sup>

然后是 1886 年的 *Presser v. Illinois* 案（以下简称 *Presser* 案）。<sup>43</sup>如果说 Cruikshank 案是黑人持枪权问题，那么 *Presser* 案则涉及到自由市民自我组织民兵训练、装备是否违背了第二修正案的问题。原告 *Presser* 是伊利诺斯州的德裔居民，他以及临近居住的德裔居民自我组织民兵训练，伊利诺斯州认为其违反了该州的民兵组织法，*Presser* 则以第二修正案中的“持枪权”为由，起诉该州的民兵组织法违宪。最高法院对该案的判决含糊不清，一方面支持了原告基于持枪权的主张，指出公民持枪并不是一项需要与民兵相联系的权利，但是同时又重申 Cruikshank 案的判决，即第二修正案只限制联邦的立法，独立各州有权力颁布自己的相关法案而不受第二修正案的审查，除非有法律授权公民可以自我组织，训练民兵，否则，该法案就有限制个人拥有和携带枪支的权利。<sup>44</sup>

就内战修正案颁布之后的这两个第二修正案案件而言，联邦最高法院既没有就第二修正案规定的“持枪权”给予宪法解释，同时也拒绝使用第十四修正案来

---

<sup>42</sup> 92 U.S. 542 (1876)。

<sup>43</sup> 116 U.S. 252 (1886)。

<sup>44</sup> 116 U.S. 252 (1886)。

审查各州的相关立法。这样造成的最直接效果就是不论第二修正案规定的“持枪权”如何，各州均不受其审查，其中 Presser 案表达的最明显，最高法院的判决我们可以转译成：不错，第二修正案确实有个人持枪权的规定，不过对不起，第二修正案不适用于各州。

那么，这两个先例与 Heller 案最大的区别在哪里？我认为这两个案件在本质意义上不是第二修正案问题，而是第十四修正案问题。其是作为《权利法案》的一部分，在《权利法案》与第十四修正案，联邦、州与个人之间的权力划分问题。Cruikshank 案中的黑人持枪权问题不是今天的作为枪支暴力与公共安全的持枪权问题，而是作为南方诸州黑人能否在实质上成为“公民”的政治问题；Presser 案表面上是持枪权诉讼，其背后乃是涉及到民兵的组织管理权问题。最高法院的判决之所以不对“持枪权”的具体内涵给予宪法解释，而仅仅宣布第二修正案不适用于审查各州的立法就草草结案，更是向我们传达了这一信息：该问题不是持枪权问题，而是联邦与州之间的权力划分问题，<sup>45</sup>

## 2. Miller 案——第二修正案“序言与操作”解释模式的渊源

斯卡利亚与斯蒂文森共同诉诸的第三个案件是 1939 年的 United States v. Miller 案。<sup>46</sup>这是 2008 年 Heller 案之前联邦最高法院最后一次受理第二修正案案件，也是之前最重要的第二修正案案件。

该案需要审查的立法是 1934 年颁布的联邦武器法案 (National Firearms Act)，该法案将常见武器分为打猎性武器与进攻性武器，并对进攻性武器进行了诸多限制，比如要求一些类型的武器必须在相关部门注册，同时需要缴税。本案的被告之一 Miller 即在俄克拉荷马州和阿肯色州之间贩卖军火被抓获，在初审中，他宣称联邦武器法案违背了第二修正案对公民持枪权的规定，因此是无效的。初审法院支持了 Miller 的主张，案件上诉至最高法院，要求最高法院对联邦武器法案的合宪性进行审查。这对最高法院来说是解释第二修正案的难得契机，因为后内战时期的司法实践限制了第十四修正案的审查范围，本案被告在俄克拉荷马州和阿肯色州之间贩卖军火，使得最高法院可以动用“州际贸易”条款来解释第二修正案。

---

<sup>45</sup> 这也解释了为什么前文中我没有分析斯卡利亚与斯蒂文森判词中对先例的分析。虽然两位大法官都诉诸于先例，但实际上先例对 Heller 案的争点在实质上什么也没有说。

<sup>46</sup> 307 U.S. 174 (1939)。

司法部长在本案中表达了四点意见，一，联邦武器法案是岁入筹集措施，因此是在财政部的管辖范围内；二，被告在州际之间贩卖枪支，当然应该使用州际贸易条款；三，第二修正案保护的仅仅是公民持枪的权利必须与民兵服役相联系；四，本案涉及的武器从没有在任何的民兵组织中使用过。<sup>47</sup>司法部长的意见是明显的，但本案在之后一直为枪支权利派所驳斥的一个重要原因是它是一个缺席审判，因为被告在审判之前已经意外死亡，在法庭上，关于被告的权利，没有任何声音。

最高法院驳回了初审法院的判决，认为联邦武器法案是合宪的，并写下了日后为枪支管理派特别看重的判词：

“这里没有任何的证据倾向于展示使用这样的枪支在此时与保留和使组织良好的民兵更有效率有任何的理性联系，因此，我们不能说第二修正案保证了使用这样武器的权利”<sup>48</sup>

在这里最高法院认为武器必须与民兵相联系，而且没有提到个人防卫问题，值得注意的是，这是美国最高法院在历史上第一次将枪支与民兵联系在一起进行解释，在某种意义上成为 2008 年九位大法官一致认为的第二修正案“序言与操作”解释模式的法律渊源。就这一句判词来说，其本身就成为自由派大法官认为的“操作条款”中规定的持枪权必须被限制在“序言条款”中“民兵”的先例依据。但是保守派大法官也对该判决并不失望，因为就在上面的判词之后，最高法院接着说道，“当然，这并不是在法院认知的范围之内，即这些武器是不是属于民兵的普通装备或者使用它能否有利于**普通防卫**。”斯卡利亚之所以说自己并没有违背 Miller 案，正是因为这多出来的“普通防卫”一词。因此，最高法院对 Miller 案的判决是模棱两可的，甚至有人总结道，对 Miller 案来说，唯一能够确定的就是它不能给任何一方提供明确的胜利，双方都能从中找到有利于己方的理由。<sup>49</sup>

既然是一次模棱两可的判决，那么为什么 Miller 案如此重要？其重要性其实并不是判词本身，而在案情与判决结果上。首先，1934 年的联邦武器法案并

---

<sup>47</sup> 307 U.S. 174 (1939)。

<sup>48</sup> 参见前注。

<sup>49</sup> 同时这也解释了为什么斯卡利亚和斯蒂文森都宣称自己坚持了 Miller 案的判决。引自维基百科：[http://en.wikipedia.org/wiki/Second\\_Amendment\\_to\\_the\\_United\\_States\\_Constitution](http://en.wikipedia.org/wiki/Second_Amendment_to_the_United_States_Constitution)，2012 年 11 月 4 日最后访问。

没有禁止所有武器，而是将武器分成主要用于打猎体育活动的一般性武器和易造成伤亡的进攻性与危险性武器，其管制的重点是后者；其次，Miller 在州际之间贩卖的是被该法案禁止的进攻性武器；最后，法院判决该法案合宪。如果说内战修正案背景下的两起先例实质上宣判了州的相关法案合宪，那么 Miller 案实际上宣判了旨在限制进攻性和危险性武器的联邦相关立法亦是合宪的——尽管 Miller 案对“持枪权”是什么也没有进行阐述。所以，这三个先例在效果上共同支持了美国联邦及各州的相关武器管理法案。同时，如果我们注意到 1930 年代的背景，我们将发现 Miller 案与 19 世纪两个先例的实质区别。与 19 世纪相比，1930 年代的美国已经将建国初的民兵 (Militia) 改组成国民警卫队 (The National Guard)，并已经建立了相对完善的军队和警察机制。1934 年联邦武器法案本身回应的问题正是枪支暴力问题，因此其所限制的持枪权，乃和 Heller 案中被判违宪的哥伦比亚特区枪支管理法案一样，是当代的针对公共安全的持枪权。所以这既解释了为什么对 Heller 案来说，Miller 案是最重要的先例，同是该案也是第二修正案“枪支条款”化的开始。

## （二）McDonald 案——对“吸纳”问题的回应

既然 Heller 案对第二修正案“个人主义”式的解释——第二修正案保护出于合法目的的个人持枪权——那么建立在武器分类基础上的枪支管理法案就成为需要审查的对象，果不其然，Heller 案宣判之后，美国各地引发了针对枪支管理法案的诉讼浪潮。但是，学理上与司法实践上的一个张力问题仍需要解决：即最高法院在 Cruikshank 和 Presser 案中拒绝运用第二修正案审查各州立法，实际上各地法院大多依据此先例驳回了大量针对州的诉讼，但是依据 Heller 案的解释，持枪权乃是一项个人权利，那么运用第十四修正案“吸纳”第二修正案就是逻辑上的必然，尤其是在经历 20 世纪大量的“吸纳”判决之后。针对这个问题，联邦最高法院在 2010 年的 McDonald 案中给予了回答。<sup>50</sup>

该案依然是一起按意识形态站队的 5 比 4 判决，保守派再次在该议题上获得了胜利，法院判决由阿里托大法官撰写。

---

<sup>50</sup> 本案另一个重要问题是被阿里托大法官的多数判决否定的、但托马斯大法官在协同意见中论证的运用第十四修正案第一款第一项“公民权与豁免权”条款“吸纳”第二修正案，因为这是第十四修正案问题，所以我在后文对 McDonald 案的评议中省略该问题。



不同于 19 世纪的 Cruikshank 案和 Presser 案，当时的联邦最高法院实际上反对将《权利法案》的任何条款适用于州。这一消极司法的审判理念被 19 世纪晚期逐渐被打破，<sup>51</sup>其中在 1925 年的 *Gitlow v. New York* 案中第一次明确用“正当程序条款”吸纳第一修正案，<sup>52</sup>1937 年的 *Palko v. Connecticut* 案（以下简称 Connecticut 案）中进一步就应当吸纳的权利提出了“有序自由之本质（essence of ordered liberty）”的标准。<sup>53</sup>随后在 20 世纪 40 年代，就《权利法案》是否应当全部适用于州的问题，布莱克大法官与布伦南大法官有一场著名的争论，前者主张一次性全部吸纳，后者主张“选择性吸纳（selective incorporation）”，即根据不同的案件一一甄别。后者的主张为最高法院所采纳，经过沃伦法院时期大量的民权诉讼，在 *McDonald* 案宣判之前，《权利法案》已经基本被全部吸纳进第十四修正案。

阿里托大法官的判决书亦是最高法院的“吸纳”史开始，在表明遵循布伦南大法官“选择性吸纳”的路径之后，他开始论证第二修正案的“吸纳”问题。对于阿里托来说，第二修正案是否应该被吸纳，取决于以下两个标准：“我们必须决定持有和携带枪支的权利是否是我们自由制度的原则，或者……这一权利是否深深扎根于我国的历史和传统中”。<sup>54</sup>在 *Heller* 案判决之后，尤其是在斯卡利亚将“持枪权”放置在英国《权利法案》的传统中所论证的那样，对于阿里托来说，这一权利“扎根于历史与传统”是毋庸置疑的，那么剩下的问题，即在 Connecticut 案中确定的“有序自由之本质”就是本案的关键。

第二修正案保障的“持枪权”是否是美国“有序自由之本质”呢？仅仅诉诸于 18 世纪末联邦新建时，普通民众对民兵的拥护和对常备军的恐惧是不够的，因为到了 1850 年代，那种担心联邦政府会摧毁普通民兵的想法很大程度上已经从民众的思想中消退了。<sup>55</sup>阿里托的论证最终诉诸于第十四修正案的“原旨”。内战中北方的获胜并不是冲突的终结，其连带着的必然是南方、以致整个联邦的秩序重建问题。战争的胜利只能在武力上终结奴隶制，但不能改变南方白人对黑人根深蒂固的看法，其中一个棘手的问题就是“内战之后，大约 18 万在内战中为

---

<sup>51</sup> *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884); *Chicago v. Chicago*, 166 U.S. 266 (1897)。

<sup>52</sup> 268 U.S. 652 (1925)。

<sup>53</sup> 302 U.S. 319 (1937)。

<sup>54</sup> *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010)，Opinion of the Court。McDonald 三份判决书的标记方式，与 *Heller* 案相同。

<sup>55</sup> *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010)，Opinion of the Court。

联邦军队效力的黑人回到了南部各州，那里却有组织的正在解除他们的武装。”<sup>56</sup>这一担忧，在第39届国会上经参议员Wilson表达之后，引起了很大反响，于是就有了1866《民权法案》(Freemen's Bureau Act of 1866)的第14条。这一条明确保证了“所有居民”，即黑人和白人都有宪法上持有和携带枪支的权利。同时，1866年颁布的《民权法案》也说明了关系到个人自由、安全等权利中就有“持有和携带枪支”的权利。<sup>57</sup>不仅仅联邦国会的议员们普遍同意持枪权是基本权利，而且“持有和携带枪支的权利”也被当时的州宪法普遍的保护。当时，37个州中的22个州宪法中有明确的条文保护这一权利。

就“持枪权”是否是美国“有序自由之本质”来说，阿里托的这一论证是充分的，因为内战之后整个南方秩序重建中一个重要的问题就是如何保障白人黑人（所有公民）平等的问题，因此持枪权的规定，就不仅仅是诸如民兵训练、自卫等目的，它同时也关涉到黑人白人能否真正平等的问题，毕竟很难想象持枪的白人与不能持枪的黑人间能够建立真正的平等。因此，由第二修正案所保护的“携带与持有武器”的权利自然属于美国“有序自由之本质”，遵照1925年的*Gitlow v. New York*案以来的“吸纳”判决，应当将第二修正案“吸纳”进十四修正案中。

针对阿里托的判决书，斯蒂文森和布雷耶亦各自撰写异议意见。斯蒂文森的路径是遵循19世纪司法克制的传统，认为应当在联邦—州分权的框架下认识统一性的利弊；布雷耶依然遵循其在*Heller*案中的“利益平衡”解释路径。虽然解释学方法不同，但是两位大法官的指向是一致的：持枪权作为对当代公共安全极具挑战性的权利，应当充分尊重各州基于各自的不同局面而对其的不同规定，联邦最高法院运用“吸纳”的路径将其统一是一种不审慎。

其实跟*Heller*案是由卡托研究所发起的诉讼一样，*McDonald*案是由美国最大的拥枪派组织NRA组织策划的，并且，将*McDonald*案放在美国当代枪支辩论的框架中，其显然是*Heller*案在逻辑上的继续，是美国拥枪派团体挑战联邦和州诸多枪支管理法案的继续。该案审结之后，联邦最高法院对枪支辩论的“终审性”回应也在逻辑上大体上结束，<sup>58</sup>拥枪派团体在诉讼领域获得了胜利。

---

<sup>56</sup> *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), Opinion of the Court. 另 *Cruikshank* 案处理的也是这一问题。

<sup>57</sup> *McDonald v. Chicago*, 561 U.S. 3025 (2010), Opinion of the Court.

<sup>58</sup> 一个2011年的新案件，尚未进入最高法院，涉及的是在美国的外国人是否拥有这一权利。*United States v.*

### （三）作为《权利法案》一部分的第二修正案

如果我们从美国当代枪支辩论的框架中来分析 McDonald 的三份判决书，尽管三位大法官面对的都是作为公共安全的持枪权问题，并且各自运用不同的解释方法对第二修正案的“吸纳”问题给予了重述，其中斯蒂文森和布雷耶两位大法官判词的当代指向性极其明显，但是阿利托基于第十四修正案原旨的宪法解释却在学术上让我们重新认识第二修正案提供了新的视角。

阿利托在判决中一再宣称遵循法院在 Heller 案中的判决，因为其所解释的第二修正案“持枪权”乃是被 Heller 案解释成作为“个人权利”的持枪权，但是如果我们细致阅读其判决，Heller 案其实是一个可有可无的点缀。相对于 Heller 案来说，19 世纪的 Cruikshank 案和 Presser 案，以及在 20 世纪由司法能动主义的诸位大法官建构的“吸纳”史才是更重要的先例。尤其是 20 世纪的诸多“吸纳”判决，没有这些先例，没有布伦南大法官“选择性吸纳”的论纲，阿利托的判决根本不可能，其判决在实质意义上就是“选择性吸纳”的最新案例。

如果我们纵览联邦最高法院历史上关于第二修正案的诸判决，那么 Heller 案其实显得极其突兀，真正在实质内容上构成必然联系的其实是 Cruikshank—Presser—Miller—McDonald 诸判决，而这些判决处理的共同问题都是第二修正案与第十四修正案的关系问题，在这共同问题的背后，其实是《权利法案》与第十四修正案的关系问题，进而是伴随着第十四修正案的颁布而带来的美国宪政重建——联邦与州权力重新划分的宪法问题。相对于 Heller 案着重阐述的第二修正案“持枪权”是什么，这些判决都旨在着重阐述美国最高法院在联邦权力与州权力之间的权力划分问题。

既然如此，那么为什么阿利托的判决书给予了 Heller 案极大地尊重与比重呢？因为，跟斯蒂文森和布雷耶一样，阿利托自己也深陷于当代枪支管理辩论的学术框架中。因为只有在这一框架下我们才能理解 Heller 案与 McDonald 之间的紧密联系，只有在 Heller 案之后，被吸纳的“持枪权”才是拥枪派和保守派团体欢迎的“持枪权”。但跟 Heller 案不一样，McDonald 案却重新敞开了第二修正案问题，既然历史上的绝大多数判决都涉及《权利法案》（第二修正案）与第

十四修正案的关系问题,那么,我们应当尝试在《权利法案》的整体框架下来分析第二修正案,这就逼迫我们暂时放弃“序言与操作”的当代学术路径,重新回到 Heller 案判决中斯卡利亚与斯蒂文森争辩的美国建国及《权利法案》的原旨中,在常备军与民兵——美国建国之初围绕该问题的主要辩论——的关系中重新认识第二修正案。一言以蔽之,从“枪支条款”走向“民兵条款”。

### 三、 常备军与民兵——作为“民兵条款”的第二修正案

就《权利法案》而言,当代美国法学界的主流研究路径是将其碎片化处理成诸多公民权利而给予单独研究,比如“言论自由权”、“陪审团的权利”等等。伴随着 20 世纪 60 年代美国民权运动的展开,该研究路径因其细致化,极大地丰富了我们各项公民权利、以及权利背后诸如“自由”、“平等”等哲学概念的理解。但是这一研究路径也有其缺陷。首先就是诸如第三、第十这样与权利基本无涉的条款长期被打入学界“冷宫”,其次是造成了作为宪法一部分的、因而是作为公法的《权利法案》被私法化了,在这一公法私法化的进程中,我们将会越来越缺乏对《权利法案》作为整体的理解,以及,《权利法案》之所以是宪法的理解。<sup>59</sup>

就《权利法案》而言,如果说反联邦派在费城制宪会议中整体失声的话,那么在各州宪法确认大会(Ratification of the Constitution)的过程中,反联邦派的声音并没有完全消失,在与联邦派的论战中,他们辩护了一种旨在维持小国共和的地方主义政治信念。如果说联邦派塑造了美国政府结构的话,那么反联邦派则至少刺激了美国政府的精神。<sup>60</sup>甚至《权利法案》的制定本身,就是反联邦派的胜利。<sup>61</sup>全面研究《权利法案》的诞生并非本文所欲,对本文而言,重点是试着回答为什么反联邦派需要第二修正案。即,对于反联邦派来说,为什么一部没有《权利法案》、一部允许国会在和平时创建常备军的宪法是无法接受的。

#### (一) 美国建国之初关于常备军与民兵的辩论

##### 1. 持枪权与民兵——殖民地时期

<sup>59</sup> Akhil Reed Amar, “The Bill of Rights as a Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 5.

<sup>60</sup> Saul Cornell, *The Other Founders: Anti-federalism and the Dissenting Tradition in America*, University of North Carolina Press, 1999.p.1.

<sup>61</sup> (美)斯托林著:《反联邦党人赞成什么》,汪庆华译,北京大学出版社 2006 年版,第 119-130 页。

在当时的北美人民看来，持枪与其说是被法律确认的权利，不如说是先在于法律的事实。回溯殖民地历史，《权利法案》在词源上来自 1688 年光荣革命之后的英国权利法案，而且，包含权利法案的宪法，被当时大多数美国人认为是继承来自英国的“遗产”。根据 Bernard Schwartz 的研究，自 1215 大宪章（Magna Carta）、到 1689 英国《权利法案》等诸多英国法律史上的经典文献，共同成为对英国君权的有效限制和对人民自由的保障。<sup>62</sup>这些文献，成为 13 个殖民地人民共同分享的记忆。指出这一点是必要的，与其说是这些文献，不如说是母国英国在长期政治法律发展中形成的习惯（customary）塑造了后来的《权利法案》，就《权利法案》的内容来说，我们几乎都能在英国法文献中找到来源。其中与第二修正案相关的民兵条款与持枪权条款亦不例外。<sup>63</sup>早在 12 世纪，亨利二世就要求自由民持枪，因为当时的英国缺乏常备军和警察的治理，每一个自由民都有义务巡视、保卫自己、社区和国王。但是这一传统在 16 世纪被逐渐打破，英国议会于 16 世纪通过数部法案对英国居民持有武器增加了财产限制。<sup>64</sup>而当查理二世和詹姆斯二世为打击政治对手和宗教上的不同教派，进一步解除英国人民的武装时，终于引发了君主与议会、天主教与新教徒之间的激烈冲突，直到光荣革命才最终解决，终于在 1689 年，以成文的形式规定了英国新教徒持枪的权利：<sup>65</sup>

“非经议会同意，和平时期在本王国内征募或者维持常备军，皆属违法。”

“新教徒国民，为防卫需要，可以根据自身情况，并在法律许可范围内，制备武器。”

当时英国 98% 的居民都是新教徒，这一条款旨在防止国王再一次解除人民武装，因为是由议会而不是国王来决定什么是法律。英国人把他们的法律也带到了北美殖民地，殖民地的特许状和制定法保证了在北美的英国殖民者保留作为英国居民的权利，“英国人不论到什么地方，他都随身携带着（英国的）法律和自由。”当时北美的实际条件，也促进了使用枪支：打猎，法国、西班牙的军队和印第安人的攻击，使得在独立战争之前的北美十三个殖民地就已经组织起了大量的民兵组织。在当时的北美殖民地，除了因宗教原因拒服兵役者（conscientious

---

<sup>62</sup> Bernard Schwartz, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, 1977, pp.1-25.

<sup>63</sup> Leonard W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press, 1999, p.136.

<sup>64</sup> Bernard Schwartz, *The Great Rights of Mankind: A History of the American Bill of Rights*, Oxford University Press, 1977, pp.1-25.

<sup>65</sup> 英国权利法案的中译本作为附录收录于《人权与公民权利宣言》，参见（德）耶利内克著：《人权与公民权利宣言》，钟云龙译，中国政法大学出版社 2012 年版。

objector)、奴隶和神职人员以外，其余的居民都要服民兵役和担任守卫。毕竟，对殖民地来说，在既对常备军有着深刻厌恶、没有建立警察制度，又要时刻防卫印第安人、法国和西班牙入侵者来说，其防卫的唯一方法就是在事实上确认所有的白人男性皆有持枪权。从这个角度来看，斯卡利亚对 Heller 案的判决确有一定道理，北美居民持枪确实是一项先在于宪法的事实上的权利，不论是先诞生的各州宪法、还是 1791 年批准的《权利法案》本身，乃是对包括持枪权在内的一系列事实上权利的宪法确认。

## 2. 为常备军辩护——华盛顿与独立战争

美国常备军诞生于独立战争时期。就独立战争而言，其整体上是一场美国民兵对英国常备军的胜利，但是在战争过程中，民兵的组织涣散和华盛顿等领袖组织的小部分常备军在战场上差异极大的表现，促使华盛顿等建国者们开始思考常备军问题。可以说，在后来的《邦联条款》和 1787 宪法中之所以有限制地批准国会组建常备军，与华盛顿在独立战争期间对民兵与常备军的思考有很大关联。

在独立战争初期，大陆会议并没有采纳华盛顿的建议迅速组建一支军队对抗英军，相反是由各州派遣民兵来参加对英作战，战局对大陆会议非常不利。在华盛顿看来，民兵组织的固有缺陷导致了战场上的溃败。首先，民兵服役有期限限制，服役期满需“把一批部队遣回，换来另一批部队，前者造成极大的混乱与浪费，后者则必须整顿，加上各种各样附带的开支与不便，名目繁多，不胜枚举。”<sup>66</sup>在战争中频繁的调换军队，不仅会影响战局，而且会造成开支的极大浪费。其次，民兵是由各州的白人男性组成，在华盛顿看来，他们“纪律涣散，拒绝任何形式的约束与管理”，<sup>67</sup>而且会将这样的风气传染给军队的其他部门。第三，民兵的地方性特征过于明显，以至于某人必须是某部队的长官，且战争之时各州亦有相互猜忌。对华盛顿来说，独立战争应当是北美 13 个殖民地在大陆会议的统一领导下对抗英国的独立战争，而民兵的这种地域性特征无疑也导致了战争初期的不利。

正是基于战争中民兵的溃败，促使华盛顿谏劝大陆会议组建一支常备军。<sup>68</sup>美国历史上第一支常备军也诞生于此，与民兵服役期限不同，华盛顿建议组建一支

---

<sup>66</sup> (美) 华盛顿著：《华盛顿选集》，聂崇信译，商务印书馆 2012 年版，第 62 页。

<sup>67</sup> 参见上注，第 75 页。

<sup>68</sup> 参见上注，第 88 页。

“战争中一直存在的军队”<sup>69</sup>当然，华盛顿主要是从战争开支、服从纪律性、全国统一性三个方面论证常备军较民兵的优势，美国独立战争的史实也证明华盛顿组建的这支常备军在战争期间发挥了巨大作用。

但通过阅读《华盛顿选集》我们也会发现，即便是这支常备军在战场上取得了丰厚的战功，人们对其的质疑也不绝于耳。表现在两个方面，其一是战争后期企图克扣战争中拖欠的军饷，其二是战争结束之后半年就将这支常备军解散了。鉴于本节的主题，我将重点分析华盛顿对常备军的辩护。

当然，华盛顿主要是基于战争的客观需要指出需要建立一支常备军，在他看来，人们之所以普遍惧怕常备军，主要还是因为在平时时期，“由于军队除从军役中所得外，没有一般公民与国家之间存在的那些联系、关心和利益；简言之，军队是国家的雇佣，是为金钱而服役的”。<sup>70</sup>但是在华盛顿看来，军队的这种雇佣性质在战时是不存在的，“军队成员是公民，和公民有同样的感情和利益”。<sup>71</sup>由此，华盛顿对常备军的第一个申辩是常备军同时又是公民，和民兵一样分享着对国家的感情。他的第二个申辩是德性，这一点尤其重要，我们纵观《华盛顿选集》中独立战争时期的部分，华盛顿乃是不遗余力的宣言民兵的自由散漫、组织溃散和地方狭隘，与此同时他却非常强调军官的作用，强调军官的坚韧、纪律与组织，并一再为军官的待遇问题申辩。在华盛顿看来，只有增加军官的军饷，才能“吸引有教养的人和品行良好的人加入我们的行列。如果军官的中坚部分不是由这样一些为荣誉感与事业心所激励的人们所组成，要想取得成功，实为奢望。”<sup>72</sup>华盛顿于 1783 年常备军解散时《向美国军队告别的命令》<sup>73</sup>中又再次肯定了这一点，希望军人们能够将战场上的德性带入到公民中去，并且在公民中起到表率作用。华盛顿其实是试图扭转传统中认为民兵代表着德性、而常备军是专制与腐败的根源。

但是当时美国惧怕常备军的思潮是主流，华盛顿在这一问题上无疑属于少数派。独立战争结束半年后，战争期间组建的常备军也就解散了。13 个殖民地通过《邦联条例》组成了一个松散的邦联，但是 1783 至 1787 一年的一系列事件又

---

<sup>69</sup> 参见上注，第 77 页。

<sup>70</sup> (美) 华盛顿著：《华盛顿选集》，聂崇信译，商务印书馆 2012 年版，第 130 页。

<sup>71</sup> 参见上注。

<sup>72</sup> 参见上注，第 80 页。

<sup>73</sup> 参见上注，第 204 页。

迫使那些建国之父们于 1787 年之夏汇聚费城，召开了历史上著名的费城制宪会议。

这四年里，谢斯起义值得我们注意。前文已经指出，在当时北美普通民众心目中，常备军是专制与叛乱的代表，毕竟，在对常备军怀有深刻抵牾的社会中，虽然战时的大量军官确实为有德之士，但是普通士兵中有大量的黑人奴隶、乞丐、罪犯和偷渡者。<sup>74</sup>而民兵则意味着人民的自我管理 with 自我防卫。但是谢斯起义却意味着民兵同样也可能成为叛乱的力量。对华盛顿、汉密尔顿等联邦党人来说，谢斯起义的教训在于一方面坚定了其组建常备军的决心，另一方面也有必要加强联邦政府对属于各州的民兵的控制权。

### 3. 民兵与常备军——1781 年《邦联条例》与费城制宪会议

在分析费城制宪会议之前，我们首先来研讨 1781 年《邦联条例》中对民兵与常备军的相关规定。《邦联条例》中对民兵、常备军的相关规定主要集中在以下几条：<sup>75</sup>

第六条第四款：任何邦不得在和平时期保留战舰，除非邦联议会召开期间联邦认为该邦之战舰数量是保护该邦或其贸易所必需的；任何邦在和平时期不得保持任何武装部队，除非邦联议会召开期间联邦判断所保留的要塞警卫人员数量是保护该邦所必需的；但每邦应随时保留一支管理良好、遵守纪律、武器装备足够的民兵，在公共武库保存一定数量的军需、帐篷、数量适当的武器弹药，营房器材，随时听候调用。

第六条第五款：未在邦联议会开会期间得到联邦的同意，任何邦不得开战，除非该邦受到敌人实际入侵……

第七条：任何邦为共同国防而招募的陆军，所有上校和上校以下军官，由招募这些军队的各邦议会任命，或按各邦所定办法任命，军官出现空缺时，由原来任命该军官的邦任命继任者。

第九条第一款：邦联议会召开期间的联邦，独享决定战争与和平的全权……

第九条第五款：……“邦际委员会”……建立和维持一支海军；协商陆军人数；按各邦白人居民人数，向各邦分配兵员名额；此项兵员分配具有约束性，由各邦议会任命团级军官，招募兵员……

<sup>74</sup> Akhil Reed Amar, “The Bill of Rights as a Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 5.

<sup>75</sup> (美) 麦迪逊著：《辩论：美国制宪会议记录》，尹宣译，辽宁教育出版社 2003 年版，第 791-803 页。



就民兵与常备军的相关条款而言，《邦联条例》实施的是一种“双轨制”的国防体制。在邦联层面，规定只有邦联才具有宣战权，同时可以保留一支海军与陆军。但同时又有大量条款对这一权力进行了实质性的限制，主要体现在以下几方面：首先，招募军队与人民军官的权力由州行使，邦联不得干涉；其次，军队人数是由各州白人按比例分配，邦联没有自主权力；第三，财政完全依赖于各州（第八条），邦联没有独立的财政权。在进行了这三项限制之后，邦联的实际权力所剩无几。在州的层面上，不仅在和平时禁止军队和海军，而且明确规定了民兵是州的防卫主体，并且民兵的控制权被各州在实质上掌握。因此，整体上看，1783—1787年间的美国国防主要乃是依赖于各州的民兵，虽然在宪法条文中肯定了邦联征召海军、陆军的权力，但实际上除了把守西部要塞的几百名士兵，以及东部沿海旨在维护商业的几艘军舰外，邦联再没有征召更多的军队。

1787年宪法在相关条文的规定上极大地改变了联邦与各州之间对民兵与常备军的实际控制权，我们先列出1787宪法中的相关条文：<sup>76</sup>

第一条第八款第11—16项：宣战，颁发海上缉拿敌船许可证和报复敌国的拘捕证，制定路海战俘获处理条例（11）。招募军队，提供给养，但对这项用途的拨款不得超过两年（12）。建立和维持一支海军（13）。制定陆军和海军的统辖和管理条例（14）。制定规则，征召民兵，执行联邦法律，镇压叛乱，击退入侵（15）。制定规则，组织、武装、并以纪律约束民兵，统辖民兵中应召为联邦服役的部分，把任命军官和按照邦议会制定的纪律训练民兵的权力保留给各邦（16）。

第二条第二款第1项：总统为联邦陆军、海军、应招正为联邦服役的各邦民兵的总司令…

初看1787宪法中就民兵与常备军的相关规定，似乎与《邦联条例》中的相关规定并无实质性不同，但若结合费城制宪会议的记录材料，我们将会发现较之于《邦联条例》，1787宪法的相关规定确实有实质性的改变。

令人多少感到有些意外的是，制宪会议第一阶段重点讨论的弗吉尼亚方案和新泽西方案都没有任何关于国会宣战权、以及民兵与常备军的规定。<sup>77</sup>在制宪会

<sup>76</sup>（美）麦迪逊著：《辩论：美国制宪会议记录》，尹宣译，辽宁教育出版社2003年版，第849-865页。

<sup>77</sup>费城制宪会议于1787年5月25日至1787年9月17日，先后重点讨论了弗吉尼亚方案、新泽西方案、详情委员会拟定的宪法初稿、文字排列和风格委员会报告四份草案，并最终通过我们今天所熟悉的1787宪法。尹宣据此将制宪会议划分成四个阶段，我在此遵照尹宣对制宪会议四阶段的划分。

议上第一个引入此议题的是汉密尔顿，他在 1787 年 6 月 18 日的会议中就加强中央权力有长篇发言，并向大会提交了自己的制宪方案。<sup>78</sup>其中第三条第八款明确规定“参议院独享宣战权”，第四条第十款规定“总统为联邦陆军、海军、各邦民兵总司令”。当然，因为汉密尔顿的方案过于强化联邦权力和行政权力，遭到了大部分会议代表的反对而迅速夭折。通过阅读麦迪逊的制宪会议记录，我们会发现 6 月 19 日至 7 月 23 日围绕全体委员会报告一个多月冗长的辩论中依然没有对相关问题的辩论，制宪会议于 7 月 26 日总结了既有辩论通过的决议，并成立详情委员会，令其撰写报告。委员会经过十天的努力，完成了详情委员会报告（宪法初稿），8 月 6 日，制宪会议重开辩论，正是在详情委员会报告中第一次出现了民兵与常备军条款。遗憾的是，今天没有任何文字记录了这十天里详情委员会撰写报告的经过，我们只能在逻辑和文字上推测，该问题提出的唯一刺激是汉密尔顿在 6 月 18 日的报告。

详情委员会报告在该问题上基本遵照了汉密尔顿的思路，在第七条第一款中规定“联邦立法部门有权：……根据任何一邦议会的申请，镇压该邦的叛乱；宣战；募兵；建立和装备舰队，召集民兵协助，执行联盟法律，执行条约，弹压暴动，地域入侵。第十条第二款规定“总统为联邦陆军、海军和各邦民兵的总司令。”<sup>79</sup>对详情委员会这一条款的辩论，主要集中在 8 月 18、23 日两天的辩论中，讨论的焦点是募兵与民兵问题。

主导该问题辩论的是乔治·梅森和迪金森。作为一位反联邦派，梅森反对和平时期设立常备军，他的替代方案是将管理民兵的权力交给联邦，以备 13 个州能有一套共同的民兵体制。因此他建议在宪法条文增加联邦议会有权管理民兵的条款。<sup>80</sup>但是梅森的建议在艾尔斯沃斯和迪金森等代表看来，走得太远，将传统上属于各州的民兵统一在联邦的共同管理之下，不啻为对州主权的剥夺，但是共同国防又需要全国统一民兵管理与训练，为此迪金森提出了后来被称之为“征召民兵（select militia）”体制的雏形，<sup>81</sup>即在同意联邦统一管理民兵的同时加以

---

<sup>78</sup> 汉密尔顿在 6 月 18 日的发言仅宣读了他制宪方案的草稿，在制宪会议快要结束之时，他又交给麦迪逊一份正式的制宪方案文稿，并称这份文稿详细说明了他在制宪会议上提出的那个草稿。（美）麦迪逊著：《辩论：美国制宪会议记录》，尹宣译，辽宁教育出版社 2003 年版，第 136-150,815-827 页。

<sup>79</sup> 参见上注，第 448,451 页。

<sup>80</sup> 参见上注，第 551,556 页。

<sup>81</sup> 在某种意义上，独立战争期间各州向大陆会议派遣有服役期限的民兵受大陆会议统一指挥抗击英军是“征召民兵”体制在事实上的起源。但是因为 1781《邦联条例》并没有采纳这一制度，1787 宪法才在宪法的意义上第一次确立该制度，该制度在费城制宪会议中最先有迪金森提出，尽管他并没有使用这一名词。

限制，每个阶段只能管理四分之一的民兵，且各州民兵轮流为联邦服役。<sup>82</sup>

就常备军问题而言，虽然反联邦派不喜欢常备军，但是在制宪会议中他们还是做出了妥协，允许将草案中的“募兵”细化成“招募和供应一支军队”，但是作为条件，依然是梅森的建议得到了大家的赞同：对每年拨款加以限制。<sup>83</sup>

8月23日讨论的文本是详情委员会就17日讨论之后形成的报告，这一天的重点是联邦对民兵的管理权限问题。<sup>84</sup>联邦派认为应当有统一的民兵制度，反联邦派则认为各州交出民兵的管理权，是一种专制制度。最终达成的妥协依然是迪金森的建议，“联邦议会制定条款，组织、武装、并用纪律约束民兵，管理民兵中卫联邦服役的部分（select militia）”。<sup>85</sup>同时各州一致认为应当将委任军官的权力保留给各州。

制宪会议中再次论及到民兵与常备军问题就是对我们所熟知的1787宪法进行表决了。通过对制宪会议笔录的梳理，我们会发现，就这一问题而言，制宪代表们普遍赞同联邦应独享宣战权、并且应该招募和维持一支常备军（包括海军在内）。他们争论的焦点是民兵的管理权问题，正是在这一问题上，较之1781年《邦联条例》，1787宪法有实质性改变，其最明显处是在于接受了迪金森的建议，在宪法中正式确立了“征召民兵（select militia）”体制，不同于以往各州对各自民兵绝对的管理权，1787宪法创设了一种针对民兵管理的“双轨制”，因此，传统的民兵与常备军问题乃是被制宪者们细化成“民兵—征召民兵—常备军”三重体制。

还有一个问题，虽然没有在制宪会议中得到讨论，但是需要我们注意。详情委员会于8月6日的报告中，第十条第二款规定“总统为联邦陆军、海军和各邦民兵的总司令。”但是最终在1787宪法中将其替换成：总统为联邦陆军、海军、应招正为联邦服役的各邦民兵的总司令。“各邦民兵的总司令”与“为联邦服役的各邦民兵总司令”有着极大区别，究竟是出于何种原因做了这样的替换，我们今天虽然找不到文本上的证据，但是在逻辑上，美国总统作为民兵总司令这一角色的替换，背后应当是联邦派对反联邦派的妥协。

应当说，制宪会议中就民兵管理权的争论，与整个制宪会议中联邦派与反联

---

<sup>82</sup> （美）麦迪逊著：《辩论：美国制宪会议记录》，尹宣译，辽宁教育出版社2003年版，第556页。

<sup>83</sup> 参见上注，第555页。

<sup>84</sup> 参见上注，第590-594页。

<sup>85</sup> 参见上注，第593页。

邦派在各个议题上就“联邦权—州权”的划分争议是一致的。同样，在民兵与常备军问题中，我上文的分析主要是将单独列出予以分析，但是我们仍然需要将其放入大的“联邦权—州权”争议中去理解，这里突出的是常备军问题。如果只看文本，在常备军问题上，《邦联条例》与 1787 宪法并无多少区别，但是如果我们考虑到《邦联条例》中并没有规定邦联独立的征税权，而必须依靠各州按照人口数摊派，但是在 1787 宪法中明确规定了联邦的征税权，我们才能发现这其中体现出的实质性差别。只有在联邦有独立的财政权的基础上，联邦招募军队的权力才能成为实质意义上的权力。

但是，既然不论是弗吉尼亚方案、还是详情委员会报告，都被制宪代表们逐条地反复辩论，并且联邦派与反联邦派在很多问题上都达成了妥协并取得最低限度的共识，那么，为什么最终反联邦派拒绝在宪法中签名，并在事后各州的宪法确认大会上激烈地反对这部宪法？就本研究所涉及的民兵与常备军问题而言，1787 宪法遗漏了什么，才让反联邦派认为这部宪法是不可以接受的？<sup>86</sup>

如果我们再一次对照《邦联条例》与 1787 宪法，那么我们将会得出答案。《邦联条例》中的“每邦应随时保留一支管理良好、遵守纪律、武器装备足够的民兵”条款被 1787 宪法遗漏了。应当说，在殖民地传统中，民兵隶属于各州，所谓的美利坚联邦乃是在独立战争中 13 个殖民地为了共同的事业而创设的国家。因此，《邦联条例》中的这一规定乃是对殖民地传统中国防与各州对所属民兵绝对控制权的宪法确认。我在前文已经指出，传统中的“民兵—常备军”在制宪会议中被代表们细化成“民兵—征召民兵—常备军”三重体制。然而，如果我们比照阅读 1787 宪法，我们会发现宪法对“征召民兵”和“常备军”问题都有规定，却恰恰遗漏了对最为反联邦派看重的，在传统上绝对隶属于州的“民兵”的规定。换句话说，在某种意义上，1787 宪法遗漏了“民兵条款”。通过制宪会议记录稿我们能得知，民兵以及民兵的管理权问题，对反联邦派来说，是不能妥协的原则问题，他们仅仅是在现实国防的需要上才同意联邦统一管理民兵的训练与装备，但对民兵的所属权限绝无妥协。另外，在逻辑上，民兵军官任命权的前

---

<sup>86</sup> 虽然联邦派批评反联邦派对宪法的反对相互冲突，莫衷一是，但是根据制宪会议代表威尔逊的表述，反联邦派对宪法主要有以下五点批评，其中第五点就是害怕创建常备军。因此，民兵与常备军问题是反联邦派反对宪法的主要原因之一，是当时美国社会的原则问题之一。威尔逊表述的五点批评参见 Saul Cornell, *The Other Founders: Anti-federalism and the Dissenting Tradition in America*, University of North Carolina Press, 1999, p.28.

提乃是各州有保留自己民兵的绝对权力，没有这一绝对权力，军官的任命权将没有实质保障。我认为，正是 1787 宪法对这一原则问题的遗漏，才是反联邦派在这一问题上反对宪法的根本原因所在。

## （二）作为“民兵条款”的第二次修正案

### 1. 反联邦派与联邦派围绕民兵与常备军的辩论

在各州宪法确认大会上围绕 1787 宪法的笔战中，联邦派依然获得了胜利。但是反联邦派也利用此机会充分宣示了他们的主张，其结果就是当时最重要的弗吉尼亚、纽约等州以宪法通过修正案为条件才通过 1787 宪法。<sup>87</sup>那么，1791 年第一届国会制定的《权利法案》就是联邦派所主导的联邦政府对反联邦派各反对意见的回应。

就民兵问题，反联邦派对新宪法主要有以下几点反驳意见。

首先，尤其是在和平时期，“常备军威胁着人民的自由”，<sup>88</sup>在布鲁图斯（Brutus）看来，殖民地人民不论在原则还是在习惯上，都反对和平时期设立常备军，因为常备军不仅无益于公共善（public good）的维持，而且威胁着人民的自由和幸福。<sup>89</sup>布鲁图斯的这一反对意见是有历史根据的，最明显的事例就是独立战争结束之后不久，战争中被召集的军队就解散了，而且我们从《华盛顿选集》中也能得知，哪怕是在战争时期，常备军也是被迫召集的。可见，在美国建国初年，在普通民众心中，对常备军的确有着深刻抵牾，这恐怕部分源自对英国内战时期詹姆士二世解散民兵的历史记忆，也源自对殖民地和独立战争时期英国常备军和雇佣军的切身遭遇。面对联邦派反驳认为常备军最终依然被控制在由人民选出的总统和两院议员手中，布鲁图斯反驳道，人民和人民代表毕竟是两个概念，无法证明人民代表的利益与情感会与人民完全等同，<sup>90</sup>其实在布鲁图斯等反联邦派看来，按照 1787 宪法设立的政府不啻为一种君主贵族制，这体现在他们对总统和参议院的批评中。根据 1787 宪法的设计，在他们看来，一个不能够完全代表人民利益的政府，不仅拥有独立的征税权，而且能够征召一支常备军的政

---

<sup>87</sup> Saul Cornell, *The Other Founders: Anti-federalism and the Dissenting Tradition in America*, University of North Carolina Press, 1999, pp.32-34.

<sup>88</sup> *The Antifederalist Papers*, Edited with an Introduction by Morton Borden, Michigan State University Press, 1965, p.62.

<sup>89</sup> *Ibid.*, p.63.

<sup>90</sup> *Ibid.*

府是根本不能接受的。

反联邦派对常备军的第二个批评是常备军最终会颠覆政府形式，使得政府听命于军队领导的意志。<sup>91</sup>为例证这一点，布鲁图斯列举了凯撒和克伦威尔的事例。在他们眼中，一个控制着常备军和征召民兵的总统与英国君主相差无几。<sup>92</sup>虽然联邦派批评反联邦派诸理论之间有着众多矛盾，但是在整体上，在常备军问题中，反联邦派的立场是颇为一致的。首先，常备军无益于人民的德性与幸福；其次，常备军会成为联邦政府演化为君主贵族制的最强有力武器。

与反联邦派对常备军的批评相对应的是他们对州属民兵的高度维护。反联邦派维护州属民兵的论证主要集中于对联邦对民兵的管理权限上（宪法第一条第八款第 16 项）。在他们看来，联邦统一管理民兵，不仅会劳民伤财、而且会干涉民兵，更重要的是会将“不健康”的思想灌输给民兵，以致于各州最终失去对民兵的控制权，使得武力被联邦政府垄断。<sup>93</sup>

因此，对以汉密尔顿为代表的联邦派来说，要使人民在宪法确认大会上就该问题对新宪法投赞成票，就必须要在以下两个方面进行反驳。

首先，和平时期需要设立常备军。我们综合《联邦论》论常备军的三篇来看，联邦派主要基于以下理由为常备军论证。<sup>94</sup>首先是文献依据，汉密尔顿指出，当时的 13 个州，只有 2 个州规定和平时期禁止组建常备军，另外 11 个州对这一权力都采取默许态度。其次是现实需要，西部边境的小股据点以及海军都不适合民兵担任，需要联邦统一招募军队。当时英国、西班牙和印第安人围绕着整个边境，这一“共同国防”也需要一支被统一指挥的军队。而且，独立战争中暴露的民兵在战争中的缺陷，以及应对突然侵略的现实国防需要，都要求联邦在和平时期保留一支常备军。

其次，民兵统一管理需要。在汉密尔顿看来，就从作战来说，“民兵若能做到组织纪律整齐划一，发挥的作用将更大”。<sup>95</sup>而且，征召民兵在事实上可以起到对常备军的替代作用。就算反联邦派对常备军极其抵牾，他们也应该支持宪法

---

<sup>91</sup> *The Antifederalist Papers*, Edited with an Introduction by Morton Borden, Michigan State University Press, 1965,p66.

<sup>92</sup> *Ibid*, pp.212-213.

<sup>93</sup> (美)汉密尔顿等著：《联邦论》，尹宣译，译林出版社 2010 年版，第 189-193 页。

<sup>94</sup> 参见上注，第 157-177 页。

<sup>95</sup> 参见上注，第 189 页。

中对征召民兵的规定，而不是反对，更何况军官的任命权还被各州牢牢掌握。<sup>96</sup>

当然，正如前文所说，反联邦派虽然在各州召开宪法确认大会期间的笔战中再次落败，但他们却充分利用这次笔战有效地宣传了自己的主张，在某种意义上，他们也是胜利的，因为弗吉尼亚等州都以宪法通过权利法案为由才通过新宪法，而对《权利法案》的呼吁，正是反联邦派对新宪法的核心批评之一。因此，在这个意义上，被我们事后所熟知的美国宪法第一至第十修正案的原旨就应该从宪法确认大会期间联邦派与反联邦派的争论中得出。因此，就第二修正案而言，其在原旨上必然是回应宪法确认大会中反联邦派对常备军的指责和州属民兵的维护。因此，在这个意义上，我赞同 Heller 案中斯蒂文森大法官从制宪者们“问题意识”的角度探讨第二修正案原旨的视角。就第二修正案两个条款而言，我们能轻易地找到“民兵条款”的对应物，民兵与常备军的辩论乃是自独立战争以来，制宪者们所一直辩论的主题之一，而只有到第二修正案中明确宣示“保障一个邦的自由，必需有一支管理良好的民兵”时，联邦派与反联邦派才最终在该问题上达成妥协。

## 2. 作为“民兵条款”的第二修正案

通过上文对《邦联条例》、1787 宪法和《权利法案》这三份美国建国初年宪法性文件中民兵与常备军问题的梳理，我们会发现，第二修正案两个条款之间不存在当代美国法学界所指称的“序言与操作”的关系，它是两个独立的条款，并且对制宪者来说，讨论的重点是前款“民兵条款”。同样，在对上述三份宪法性文件的梳理中，我们亦能发现 1791 年《权利法案》与 1787 宪法在民兵与常备军问题上明显的相关性，正是第二修正案中的前款补足了 1787 宪法就民兵管理体制“双轨制”设计中的关键环节——州权属性的环节。也只有在这一补充之后，整个美国宪法在常备军与民兵、民兵管理体制问题上的规定才大致完整。因此，第二修正案虽然在其后款中规定了公民“携带和持有武器的权利”条款，但是第二修正案首先是公法。就美国建国史而言、就第二修正案条款所回应的美国建国初年联邦派与反联邦派的争论而言，第二修正案所回应的首要问题是民兵的国防地位以及民兵的所属权问题，我现将 1787 宪法与第二修正案综合起来论述美国宪法就相关问题的整体规定。

---

<sup>96</sup> (美)汉密尔顿等著：《联邦论》，尹宣译，译林出版社 2010 年版，第 189-193 页。

首先，联邦总统为联邦陆军、海军、应招正为联邦服役的各州民兵的总司令。同时注意总统本人并非军人出身，而是作为文官政府首脑由选民选出。同时总统任命陆军部长与海军部长，并且陆军部长与海军部长也是首先隶属于文官系统的政府官员。民选总统的规定确立了美国文武关系的总原则，即文官政府对军队的绝对领导。

就军队而言，宪法做了二级区分。首先是民兵与常备军的区分。其中民兵又分成州属民兵与征召民兵。对整个民兵而言，联邦仅能制定规则、武装及统帅征召民兵，但是包括征召民兵在内的军官任命权、以及训练民兵的权力皆属于各州。第二修正案中的“民兵条款”在此处的意义就在于是对州属民兵的确认，它明确宣示了各州不仅应当保留民兵，而且必须是“组织良好的民兵”。同时考虑到第十修正案，既然宪法对各州民兵的征召均无规定，那么这将是州的权力。对常备军而言，宪法将其区分成陆军与海军。设立海军的目的旨在保护东部沿海地区的国防与商业贸易。但是仅依赖 1787 宪法，陆军的目的则比较含混，它既能被用作西部和北部边境的国防、又能作为保护州的安全的保障。通过第二修正案对民兵的宣示，再加上第三修正案明确禁止军队闯入民宅，这其实在某种意义上又将美国陆军的作用定位于西北部的边境国防上。因此，“民兵条款”乃是一项一箭双雕的条款，其既是对州属民兵的确认、同时又定位了常备军与民兵的活动范围。

#### 四、“枪支条款”还是“民兵条款”：为什么宪法终止不了关于枪支的争论

##### （一）作为“枪支条款”的第二修正案

通过上文的分析，我们会发现在制宪者的原意中，第二修正案的前款在首要意义上是对 1787 宪法就民兵管理权问题的补充规定，其本身根本不是所谓后款中的“序言”。但是，我们也不要忘记，第二修正案还有后款，其明确宣示了人民“持有和携带武器”的权利。反联邦派对新宪法的批评之一就是其缺少了《权利法案》，<sup>97</sup>而人民“持有和携带武器”不仅仅是所谓权利，其更是一项先在于法律的事实。因此，这一权利宣示就是对当时北美人民事实上持枪的宪法确认。

---

<sup>97</sup> Saul Cornell, *The Other Founders: Anti-federalism and the Dissenting Tradition in America*, University of North Carolina Press, 1999.pp.32-34.



就宪法是否需要一部《权利法案》而言，虽然汉密尔顿在《联邦论》第 84 篇已经做了申辩，<sup>98</sup>但很显然汉密尔顿的努力失败了。然而，这里的问题并不是一部没有《权利法案》的宪法是否是一部不可接受的宪法，在这个问题上，联邦派与反联邦派争论的核心焦点不在于这些权利本身，而在于到底是州、还是联邦才是公民权利的最佳保护者。<sup>99</sup>因此，联邦派与反联邦派对于包括持枪权在内的这一系列公民权利并无争议，既然在联邦派看来 13 个殖民地组成美利坚合众国的目的之一就是为了保护这些公民权利，而且在宪法确认大会中弗吉尼亚、纽约等几个最重要的州都以宪法通过《权利法案》为条件而批准宪法，那么在第一届国会中，联邦派与反联邦派就公民权利也自然容易达成共识，“携带和持有武器的权利”就是其中的共识之一。

这样，第二修正案所回应的问题就清晰地展现在我们面前，与其将两个条款解读成“序言与操作”的关系，我们不如将其看作是两个有联系但相对独立的条款。就“民兵条款”而言，其是对 1787 宪法中就民兵管理问题遗漏部分的补充，当时这在客观上也造成了对州权的维护；就“枪支条款”而言，其是对联邦派与反联邦派取得共识的公民权利的宣示。因此，在这个意义上，第二修正案既是“枪支条款”、又是“权利条款”。

## （二）美国当代学界的第二修正案研究

现在我们回到 Heller 案，九位大法官之所以一致认为第二修正案两个条款之间是“序言与操作”的关系，在根本上是因为民兵-常备军之间的张力在现代已经消解。因此，不论是斯卡利亚诉诸的大众意义原旨论，还是斯蒂文森的原旨主义解释方法，在这个意义上都是当代指向。他们和布雷耶一样，在第二修正案问题上，都是一种“活宪法”的解释方法。<sup>100</sup>

其实，就 Heller 案与 McDonald 案的判决而言，在某种意义上其实是对美国当代学术界第二修正案研究的总结。就美国学术界而言，第二修正案研究又可以大致分成三个阶段。

以却伯（L. Tribe）的《美国宪法》教科书<sup>101</sup>和列文森（Sanford Levinson）的

<sup>98</sup> (美)汉密尔顿等著：《联邦论》，尹宣译，译林出版社 2010 年版，第 591-599 页。

<sup>99</sup> 参见上注，第 102-114 页。

<sup>100</sup> 任东来、江振春：《从“持枪权”看美国宪法的解释》，载于《读书》2009 年第 8 期。

<sup>101</sup> L. Tribe, *American Constitution Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Foundation Press, 1988.

经典论文“The Embarrassing Second Amendment”为界，<sup>102</sup>在前一阶段虽然就第二修正案问题有部分研究成果，<sup>103</sup>但是“第二和第三修正案是被人遗忘的”，<sup>104</sup>列文森本人的写作就是为了探究为什么第二修正案是“尴尬”的，并希望通过自己的努力呼吁学界深入研究第二修正案。在列文森的经典论文之后，第二修正案问题开始受到学者们越来越多的关注，截止2008年Heller案判决之前，可以视为第二个阶段，正是在这个阶段，美国学界与法律实务界就第二修正案的争论形成格局。

之所以说第一个阶段的第二修正案研究是被人遗忘的，首先是因为学者们就第二修正案的含义基本不构成争论，“利益平衡”的解释方法在某种程度上是第二修正案的唯一解释方法，在利益平衡的视角下，学者们一方面将第二修正案解释成仅仅限制联邦的立法行为、另一方面又用前一个分句中的“民兵”来限制后一个分句中“持有和携带武器的权利”的范围。其次是因为自1939年Miller案以来，美国最高法院没有受理任何关于第二修正案的诉讼，州及联邦上诉法院受理的第二修正案案件也屈指可数，而且法官们都运用上述的“利益平衡”模式来判案。这样造成的效果则是在利益平衡的解释模式下，第二修正案几无用武之地：首先，仅仅限制联邦立法行为意味着州的立法不在第二修正案的审查范围之内；其次，第二修正案仅能运用于审查民兵法案内禁止或限制“持有和携带武器的权利”的联邦法案问题。这样造成的最重要后果就是联邦与州的大量有关社会治安问题的枪支管理法案合宪，至于枪支暴力问题则作为刑事犯罪问题另作处理。

却伯的《美国宪法》教科书正是这种解释模式的总结之作，列文森的论文则是转折之始。虽然列文森本人在整体上仍然同意却伯的第二修正案解释，但是他论文中的关键词“Embarrassing”一词却为第二修正案新的解释模式开了口子，他认为第二修正案之所以是“尴尬”的，乃是因为一旦对第二修正案采取了“个人主义”的解释——即第二修正案保护个人持枪的自由、不受前款中“民兵”的限制——会让那些既认同现存枪支管理法案、又热情支持《权利法案》的人们（列

---

<sup>102</sup> Sanford Levinson, *The Embarrassing Amendment*, *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No.3, 1989.

<sup>103</sup> Robert E. Shalhope, *The Ideological of the Second Amendment*, *The Journal of American History*, Vol. 69, No. 3, 1982. Lawrence Delbert Cress, *An Armed Community: The Origins and Meaning of the Right to Bears Arms*, *The Journal of American History*, Vol. 71, No.1,1984.

<sup>104</sup> Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, 2000, p.6.

文森特别指出，就是 ACLU 的成员们和支持者）颇为尴尬。<sup>105</sup>该论文发表之后，被事后总结为“修正立场（revisionist position）”的论著和案例手册大量出版，构成对第二修正案“正统说法（judicial orthodoxy）”的挑战。<sup>106</sup>

这批作者自身学科背景与所属学派立场均不同，对第二修正案的研究也存有张力，但是他们却在争论同一个问题，即第二修正案是否不仅仅保护民兵组织，它同时也保护公民个人出于合法的目的（比如自卫）而“持有和携带武器”的权利。这就意味着，第二修正案不仅仅是联邦民兵法案的上位法律，它同时也是对公民个人权利的确认。我们会看到，在“修正立场”解释模式下，那些本来合宪的联邦及州的枪支管理法案都需要重新审查，因为首先既然是作为个人权利的“持枪权”，那么只要是涉及到枪支管理问题，都有可能相互抵牾；其次，既然是作为个人权利的“持枪权”，那么就不仅应当只审查联邦立法，而且应当运用第十四修正案“吸纳（incorporate）”之，使之亦审查各州的相关立法。当然，在这一阶段，持“正统说法”的学者们亦有大量论著问世，枪支问题成为继同性恋、堕胎、宗教等文化议题之后，美国当代“文化战争”中的又一个重要议题。在这批作者的大量文献中，以下几篇论著具有范式意义。

威廉姆斯（David C. Williams）发表于 1991 年的论文<sup>107</sup>是对前文列文森论文的评论，在今天看来，该文最大的意义在于自觉地将列文森所阐述的公民持枪权问题放在“共和传统”的视野下来审查。相对于自由主义强调的私利（private interest），共和主义者更加诉诸于社会中共同的善（common good）。而共和主义的不稳定性也在于此，即相对于自由主义，其在根本上依赖于公民德性（virtuous citizens）。因此，对于共和主义者来说，如何防止公民堕落（corruption）就是其必须面对的议题，而堕落既有可能来自于政府形式的扭曲，也有可能来自于公共的善蜕变成自利。对共和主义者来说，民兵被认为是防止公民堕落的手段之一，因为自中世纪以来，在民兵逐渐代替雇佣军成为公民自我防卫主体的过程中，民兵组织一直是被认为是具有德性的，并且民兵组织是最具控制力的武装力量。因此，对于人民来说，民兵既是政府又是社会。威廉姆斯的论文正是对这一共和传统的精细刻画。但其也指出像列文森这样的新共和主义者

---

<sup>105</sup> Sanford Levinson, *The Embarrassing Amendment*, *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No.3, 1989.

<sup>106</sup> David Yassky, *The Second Amendment: Structure, History, and Constitutional Change*, *Michigan Law Review*, Vol. 99, No.3, 2000.

<sup>107</sup> David C. Williams, *Civil Republication and the Citizen Militia: the Terrifying Second Amendment*, 101 *Yale L.J.* 551.

(neorepublicans) 在今天处理深具共和传统的第二修正案确实很“尴尬”，因为这一共和传统无法在关于枪支问题的当代辩论中对司法给予指导，民兵（The Militia）在今天已经演变成国民警卫队（The National Guard），其历史传统中的“德性”、“全体”等因素在今天已经不存在了。威廉姆斯因此认为用第二修正案处理枪支问题是毫无意义的，相反的，他建议新共和主义者应当将第二修正案与其他宪法条款联系起来，诸如以政治参与的形式来保护公民个人财产、或者作为限制军队和警察权力的宪法依据，并以此来消除列文森笔下的“尴尬”。事后来看，威廉姆斯旨在诉诸共和传统，让第二修正案远离枪支问题，不啻为一条美国学术左派愿意接受的路径。但是，在接下来的学术论辩中，威廉姆斯这一诉诸于共和传统的路径逐渐被遗忘了。

阿玛（Akhil Reed Amar）同样发表于1991年的论文<sup>108</sup>也可以看作是对列文森论文的回音。当然该文并非单独研究第二修正案，阿玛的写作意图是反对60年代以来学术界对《权利法案》碎片化的处理方式。在这篇长文中，他以麦迪逊《权利法案》草稿中的12条修正案为依据，并联系美国建国时联邦党人与反联邦党人就联邦—州权之间的争论，提出《权利法案》在原初意义上并不是我们今天所理解的权利宣言，而是作为宪法的一部分，是联邦党人对反联邦党人的妥协，是旨在维护州权的条款。在列文森看来，第三修正案被学界“遗忘”是允许的，因为“未经房主同意，士兵（soldier）在和平时期不得驻扎在民宅”的规定在今天不会引发相关诉讼。<sup>109</sup>但是在阿玛的视角下，列文森对第二修正案的研究路径依然是碎片化的，列文森之所以认为第二修正案不应当被遗忘，是因为在今天泛滥的枪支暴力和枪支控制问题需要对第二修正案进行解释，其研究路径与学界关于第一、四、五等修正案的研究是一致的，都是以当代社会问题为指向的。如果将第二、第三修正案都纳入到《权利法案》的整体中，放在1791年前后的语境中考察，那么不仅第二修正案，第三、第十修正案也是不能被遗忘的。就第二修正案而言，阿玛将其与第三修正案合称为“民兵条款（the militia clause）”，指出这两个修正案共同确认了州对民兵的控制权、以及对常备军活动的进一步限制。将之与宪法第一条第八款中规定的国会就常备军、民兵的相关条款比照阅读，其公法意涵（对政府权力的纵向分配）是明显的。与威廉姆斯将第二修正案纳入

---

<sup>108</sup> Akhil Reed Amar, “The Bill of Rights as a Constitution”, *The Yale Law Journal*, Vol. 100, No. 5.

<sup>109</sup> Sanford Levinson, *The Embarrassing Amendment*, *The Yale Law Journal*, Vol. 99, No.3, 1989.

共和传统的研究不同，阿玛其实是对包括第二修正案在内的整个《权利法案》进行语境化处理，希望用一以贯之的解读《权利法案》的方式来屏蔽掉列文森笔下的“尴尬”——我们不要忘记，ACLU 的成员们之所以不愿意处理第二修正案问题，正是他们对第二修正案所规定的“持枪权”所采取的态度与他们对《权利法案》规定的其他权利所采取的态度有明显抵牾。

斯皮特策（Robert J. Spitzer）于 1995 年出版的第二修正案著作自觉地运用社会科学的方法来分析控枪与个人权利之间的关系。<sup>110</sup>在斯皮特策看来，政府最基本的目标应当是通过公共政策来建立和维护秩序，政府管理可以大致分为经济管理与社会管理，相对于经济管理，社会管理会引发更多争论，而枪支问题属于社会管理。在接下来的章节中，斯皮特策分别从第二修正案的法律解释、枪支犯罪的公开辩论、美国的枪支文化以及像 NRA 这样的枪支团体等各角度来考察枪支暴力与枪支控制之间的关系，并最后得出支持政府控枪的结论。如果说在威廉姆斯和阿玛的视角中，第二修正案仍有超越于当代枪支辩论的历史意蕴的话，那么，在斯皮特策这里，则预示着当代的枪支辩论开始主宰学者们的第二修正案研究视野。对斯皮特策来说，第二修正案是什么并不重要，重要的是对枪支暴力与控制问题——作为当代社会议题的判断，并以此判断来主宰对第二修正案的解释。这一研究路径是美国政治科学学界对第二修正案的主流研究路径。当然，除了控枪派学者，拥枪派的学者们也有大量的论著问世。

另外博纳特和凯特斯（Randy Barnett & Don B. Kates Jr.）于 1996 年合著的论文也值得关注，<sup>111</sup>该文在原本是对 Herz 发表于 1995 年论文的反驳。<sup>112</sup>前文已经指出，在列文森的论文发表之后，大量对第二修正案持“个人主义”观点的论文和判例手册面世，Herz 的论文是对这批文献的评论。Herz 认为这批文献完全无视美国司法系统在近半个世纪的时间里一直拒绝对第二修正案进行个人主义的解释，而且质疑这批学者多从美国最大的持枪派团体 NRA 引用数据、“申请项目”，因而失去了学术研究必要的中立性。博纳特和凯特斯的论文则是对 Herz 的反驳，并在反驳中系统总结了“个人主义”模式下的第二修正案，并呼吁这应当成为学界关于第二修正案研究的“新共识”。我之所以称该文在某种意

<sup>110</sup> 我使用的是 1998 年的第二版。Robert J. Spitzer, *The Politics of Gun Control*, CQ Press, 1998.

<sup>111</sup> Randy Barnett & Don B. Kates Jr., *Under Fire: The New Consensus on the Second Amendment*, 45 Emory L.J. 1139, 1996.

<sup>112</sup> Andrew D. Herz, *Gun Crazy: Constitutional False Consciousness and Dereliction of Dialogic Responsibility*, 75 B.C.L. Rev. 57, 1995.

义上是一篇“论纲性质”的文献，是因为该文是一篇历史学、法学和社会科学混搭的文章，已经预示了之后美国学界关于第二修正案争论的三个主要领域，并且该文在这三个领域都提炼出对“个人主义”解释立场颇为有利的史料、宪法学解释方法、以及枪支与暴力之间关系的数据。

此外，沃尔克（Eugene Volokh）发表于1998年的论文亦值得我们注意。<sup>113</sup>应当说，在2008年的Heller案的判决中，斯卡利亚和斯蒂文森在某种意义上都运用了沃尔克考察第二修正案的方式，即不局限于联邦宪法文本，而是将当时各州有关持枪权与民兵的宪法与法律文本结合起来，以期论证出当时美国社会对第二修正案的“平常（commonplace）”理解。当然，在结论上，沃尔克亦持“修正主义”的观点。

我在上文之所以都标记出这些论著的发表时间，是想指出随着时间的演进，“修正立场”的学者们逐渐成为美国学界对第二修正案解释的主流观点。不仅仅是学术界，在政策与司法领域，对第二修正案传统解释也日益遭受挑战，相对于前一阶段诉讼和行政政策领域的平静，有关枪支管理法案的辩论和诉讼也在联邦与州陆续展开，其中Heller案就是这些诉讼的最高峰。

1989至2007年，在这场迄今仍在继续进行的枪支辩论中：在学术上逐渐形成剑拔弩张的两个派别，即有关第二修正案宪法解释的“个人主义”和“集体主义”模式；在政治上，则相应的日益凝聚成形成“枪支权利派”和“枪支管理派”，共和党和NRA支持前者，反对枪支管理法案，民主党则是控枪派。其中，“个人主义”的解释模式逐渐从“修正”变成“主流”，这体现在后来学者们的论著中对其表述的微妙变化以及第二修正案议题的逐渐确定上。就前者，图什内特（Mark V. Tushnet）在2007年出版的具有学术史综述性质的论著中已经放弃了“正统与修正”表述，而采用“个人主义”与“集体主义”这一并列式表述，并坦承“个人主义”的解释模式是主流观点。<sup>114</sup>就后者，对第二修正案宪法解释而言，将前款标记为“序言条款”、后款标记为“操作条款”的解释术语逐渐成为论辩双方共享的话语，双方争论的焦点逐渐集中于作为“序言条款”的民兵条款是否限制“操作条款”中公民“持有和携带武器权利”的范围问题，根据我之前的表述，

---

<sup>113</sup> Eugene Volokh, *The Commonplace Second Amendment*, 73 N.Y.U.L. Rev. 793, 1998.

<sup>114</sup> Mark V. Tushnet, *Out of Range: Why the Constitution Can't End the Battle Over Guns*, Oxford University Press, 2007, pp.1-7.

“个人主义”者自然表示不限制，而“集体主义”者自然表示限制——两个条款之间的关系问题随着这场争论的发展逐渐成为第二修正案的唯一宪法问题。<sup>115</sup>

这就看出对 Heller 案与 McDonald 案的重要性来，“个人主义”解释模式在这两个案件中都获得了胜利。并且，就这两个案件中出具的几分判决书来说，在论述方式、材料运用等方面都没有超出前一阶段的学术辩论，到更像是美国官方的“终审性”回应。但是，最高法院的判决本身并不能成为学术辩论的终点，尤其是这种典型的按意识形态站队的 5 比 4 判决，更易成为争论的对象。因此，伴随着判决，美国的第二修正案研究进入第三个阶段，这一阶段不同于前一阶段在于，学者们的论辩有了明确的可供批判的文本——即最高法院判决——故这一阶段的论辩紧紧围绕判决展开。但是，如果细心梳理这些文献，我们会发现，其在论述范畴、知识增量意义上并没有超出前一阶段的研究成果，其依然是在第二阶段中逐渐形成的论辩框架下进行，只是运用了最新的数据，集中了论辩的议题。

116

### （三）为什么宪法终止不了关于枪支的争论

尽管当代美国法学界对第二修正案的研究已经积累了丰富的研究成果，挖掘了建国史中几乎一切可以挖掘的文献，为何图什内特在 2007 年却直言“为什么宪法终结不了关于枪支的争论”？<sup>117</sup>

图什内特给出的是现实主义回答，他认为美国当代在第二修正案问题上形成的“集体主义”和“个人主义”两种解释模式之间不可能调和，两种解释模式既能在美国最高法院中采纳的“原旨主义”、“利益平衡”解释方法中找到适合自己的解释方法，同时又能在驳杂的建国史文献中发掘出有利于佐证己方的史料，正因为如此，所以最高法院、民众主流对第二修正案采纳何种解释模式，乃是受到一时一地之左右，所以，宪法终止不了关于枪支的争论。在现实层面的意义上，图什内特是正确的。但是，通过对 Heller 案和 McDonald 案的分析、以及对美国

<sup>115</sup> 将第二修正案前后款之间的关系看作是“序言与操作条款”之间的关系，其本身就是“个人主义”解释模式的胜利，因为“序言与操作”的划分本身就暗含着重心的偏移。在“集体主义”的解释框架下，第二修正案的重心应当是前款中的“民兵”，而非后款中的“权利”。同时这也解释了为什么我在前文指出威廉姆斯的“共和”路径逐渐被学界遗忘。

<sup>116</sup> 就我的阅读而言，有两个例外。其一是斯卡利亚在 Heller 法院判决中指出“《权利法案》不同条款中的 the people 一词应当是一样的含义”，对此有相关的学术争论。其二是托马斯在 McDonald 案的协同意见中指出应当恢复第十四修正案的“公民权与豁免权条款”，这可能是 McDonald 案本身最大的学术意义所在。但前者属于不限于第二修正案的《权利法案》研究，后者则是典型的第十四修正案问题，所以本文略去这两个问题。

<sup>117</sup> Mark V. Tushnet, *Out of Range: Why the Constitution Can't End the Battle Over Guns*, Oxford University Press, 2007.

建国初年关于民兵与常备军问题辩论的梳理，我们可以在另一个层面上回答“为什么宪法终止不了关于枪支的争论”。

通过上文的分析，我们会发现，美国当代学界的第二修正案研究随着本来属于“修正立场”的个人权利解释模式逐渐成为主流之后，第二修正案的“枪支条款”面向逐渐彰显，对应的则是“民兵条款”的逐渐隐去。无疑，所谓的持枪率与犯罪率、持枪率与死亡率、持枪率与自杀率等的关系问题尽管在美国建国初年也存在，但是这些问题却不是制宪者们案头上最重要的问题，甚至都不是制宪者们面对的问题。不论是华盛顿在独立战争时期的记录、还是在制宪会议、宪法确认大会中联邦派与反联邦派的争论中，枪支暴力问题从来都没有引起过制宪者们的注意，因此第二修正案不可能是对该问题的宪法回应。在这个意义上，在制宪者眼中，第二修正案首先是作为“民兵条款”出现的。

同时，枪支暴力问题本身乃是一个典型的当代社会问题，因此，自列文森开始，作为当代学术的第二修正案研究，不论学者们对第二修正案采纳何种解释模式，其背后针对的问题都是作为当代社会治安问题的枪支暴力问题，进一步说，如何在法律层面上最大地限制美国当代社会泛滥的枪支暴力问题是他们的共同关切，所谓关于第二修正案的“个人主义”抑或“集体主义”解释模式无非是学者们基于自己对枪支暴力问题的解答而对第二修正案所进行的学理化阐释。

从建国史的材料中我们也可以看出，所谓的第二修正案两个分句之间不存在“序言与操作”的关系。麦迪逊为何将这两个分句合并成一个条款我们不得而知，但就史料来说，我们只能将其合理的推测为这是两个独立的条款。阿玛将第二修正案和第三修正案合并在一起统称为“民兵条款”有一定道理，他确实察觉到了《权利法案》的公法意涵，但是他因此将《权利法案》解读成一份州权力的宣言书则有些过分强调这一公法意涵。毕竟，1788—1788年联邦派与反联邦派争论的一个焦点之一就是州、还是联邦才是公民权利的保障，但他们双方对这些公民权利都是予以承认的，因此《权利法案》中所规定的包括持枪权在内的一系列权利就并不应该仅仅是对州权的维护，它同时也是对当时无可置疑的公民权利的宣示。

既然我指出第二修正案的两个条款之间不存在“序言与操作”的关系，亦承认“枪支条款”确实是对当时美国公民权利的宣示，那么我在学术上似乎是支



持对第二修正案的“个人主义”解释模式。并不竟然，就第二修正案而言，到底联邦最高法院持何种解释立场，归根结蒂还在于九位大法官的多数派判决。对原旨主义者来说，既然宪法原旨中规定了人民持枪权，那么该权利存在于当代就没有问题；但是对于信奉能动司法的人们来说，宪法中规定的这一权利就应当根据时代的变迁来进行重新阐释。因此，即便第二修正案中明确规定了“持有和携带武器的权利”，这一权利是否原封不动的保留到今天，这本身就是另一个问题，而对这一问题的回答，在原旨主义者和能动司法的支持者之间，是一个更加不可能调和的问题。

其实，在美国建国初年联邦派与反联邦派就民兵、常备军问题的争论中，如果祛除现实国防的因素，整个《联邦论》其实都没有回应反联邦派的一个论证（或阐述当时人们的共识），那就是自治的民兵代表着德性，对于人民来说，民兵既是政府又是社会。<sup>118</sup>反联邦派在该问题上从来都没有强调作为公民个人的持枪权问题，他们所关心的，乃是民兵既能防止政府脱离人民、又能防止人民堕落到只剩下私利。作为他们在该问题上结果——第二修正案——在今天看来，不啻为一块共和主义的活化石。

那么，“为什么宪法终止不了关于枪支的争论”这一问题就比较清楚了，其根本原因不在于两种解释模式之间的不可调和，而在于两种解释模式背后的共同问题——枪支暴力问题——与第二修正案本身回应问题的古今错位。第二修正案的原初问题有可能逐渐被人们忘却，史料也将永远静止在那里，对当代问题持不同解决方案的美国法学家们将永远都能在史料中发掘到有利于自己的结论。因此，虽然联邦最高法院就第二修正案的判决已经结束，但是我相信，关于第二修正案的争论将永远继续下去，正是因为这一古今问题的错位，宪法永远也终结不了关于枪支问题的辩论，除非人们对解决枪支暴力问题的方式达成共识。

其实，所谓枪支权利与管理之间的张力，乃是一个典型的自由主义问题。我们在自由（权利）及其限制的框架下就能充分看清这一问题的本质，即本质上属于个人权利的持枪权与整个社会稳定产生抵牾之时，不同的人都会对该问题基于自身的立场给出不同的解决方案，但都是在争论作为个人权利的持枪权的边界。其实自由主义本身，就基本预设了公民个人权利一定会在这场辩论中取得最后的

---

<sup>118</sup> David C. Williams, *Civil Republication and the Citizen Militia: the Terrifying Second Amendment*, 101 Yale L.J.551.

胜利。现在我们将更加理解本人就是 ACLU 成员的列文森教授为何称第二修正案是“尴尬的”，因为将《权利法案》规定的一系列权利真正落实到实处，将其成为公民对抗政府强有力手段的不是别人，正是 ACLU 自己。既然《权利法案》的其他条款都已经个人权利化了，用持枪权来坐实第二修正案就是逻辑上的必然。美国保守派不过是沿着自由派的思路再落实一个权利而已。

因此，虽然今天习惯上将里根、斯卡利亚等人称为保守派，但其实这一保守依然是自由主义框架内的保守派。因此，列文森所谓的“Embarrassing”就绝不仅仅是 ACLU 的尴尬，同样是共和党人和 NRA 的尴尬，这一尴尬的源泉不是别的，正是通过沃伦—伯格法院大规模的民权判例，将《权利法案》碎片化成一系列公民的个人权利之时，当代美国的自由派和保守派都无法支持《权利法案》所列举的所有的个人权利。列文森所谓“尴尬”的第二修正案，并不局限于 ACLU，而是整个自由主义的尴尬。在自由主义的视角下，主导型的分析模式是“个人权利与政府管制”，这意味着对霍布斯的遗忘，一群害怕暴死的人通过契约建立国家，没有德性、只有利益和恐惧。<sup>119</sup>美国自由派与保守派所争论的问题仅仅是国家建立之后，如何给个人和国家的划界问题。当代美国自由派和保守派似乎习惯于去驯服“利维坦”，却忘记了霍布斯社会契约论背后的困境：对一群害怕暴死的自然人，在订立契约时，是交出武器，还是保留它？毕竟不同于《权利法案》所规定的其他诸如新闻自由权、陪审团的权利、犯罪嫌疑人的权利等等，这一“持枪权”似乎与之前所列举的权利颇有不同。谈及持枪，总会让人联想到“武装起义权”，事实上枪支权利派对个人持枪权的论证之一就是认为人民在最根本的意义上保留了武装反抗政府——如果政府不再代表人民——的权利。<sup>120</sup>但是毕竟不同于《权利法案》所规定的其他权利，“武装起义权”的行使则意味着对现有政治的根本颠覆，恐怕也正是因为如此，枪支权利派在论辩中逐渐放弃了这一论证路径，<sup>121</sup>其最终指向了一个祛除掉任何历史意味的纯文本分析。斯卡利亚标榜忠实于宪法被颁布时的一般理解，宪文文本的单词和词组的含义应当是被颁布时的普通和正常的含义。<sup>122</sup>但如果我们深究的话，宪法被颁布时的一般理解和宪文文本的正常含义依然是两个概念，因为前者我们可以理解成当时普通民众心中的第

---

<sup>119</sup> (英) 霍布斯著：《利维坦》，黎思复等译，商务印书馆 2010 年版，第 128-132 页。

<sup>120</sup> Constance Emerson Crooker, *Gun Control and Gun Rights*, Greenwood Press, 2003, pp.1-6.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> 554 U.S. 570 (2008)。

二修正案是什么，而后者我们可以理解成类似于“keep and bear arms”这样的单词在当时的一般含义是什么。斯卡利亚的判词重点分析了后者，却遗忘了前者。其实和列文森一样，斯卡利亚眼中的第二修正案恐怕一样是尴尬的，在之前近20年的第二修正案论辩中，被自由主义框架主导的第二修正案论辩已经集中到“枪支条款”上，那块共和主义活化石的“民兵条款”仿佛就像是鸡肋般与这个世界有些格格不入。因此，作为消解掉“民兵条款”的手段，“序言与操作条款”的划分在美国自由派与保守派就枪支问题的论辩中应运而生，到更像是一场共谋。因为，只有将“民兵条款”压缩成“序言条款”，美国当代自由派和保守派才能在“枪支条款”——个人权利及其限制——的意义上讨论第二修正案，也正是在这个意义上，第二修正案永远也终止不了关于枪支的争论。

但也许真正的问题在于，正如美国学界的第二修正案研究所展示的，在这个自由主义的社会中，当人们习惯于伸张各种个人权利并为其划界时，并因此而屏蔽掉自由主义视角下不愿意处理的问题之时（民兵与常备军的德性问题），当美国自由派与保守派对诸如手枪还是来复枪是否应该运用同样的标准管制、并因此狭隘了第二修正案研究视角的同时，我们是否也因此而失去了除了个人权利以外、但却一样重要的追求。