

法律原意主义 解释方法论

范进学 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书为国家社会科学规划项目(批准号: 11BFX004)的成果。

法律原意主义 解释方法论

范进学 著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律原意主义解释方法论 / 范进学著. -- 北京 :
法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1787 - 2

I. ①法… II. ①范… III. ①法律—研究 IV.

①D9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 313827 号

法律原意主义解释方法论

FALÜ YUANYI ZHUYI JIESHI FANGFALUN

范进学 著

策划编辑 沈小英

责任编辑 解 锐

装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任校对 晁明慧

责任印制 吕亚莉

编辑统筹 财经法治出版分社

开本 A5

印张 11.375

字数 265 千

版本 2018 年 1 月第 1 版

印次 2018 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1787 - 2

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

一、国内外研究现状述评及研究意义

21 世纪以来,中国法学界,无论是法理学界、宪法学界,还是民法学界、刑法学界,学术研究的重要的范式转型就是关于法学方法论或法律解释方法的研究,其主要原因在于法学实际上是一门经验理性与解释实践之学问,法学不是纯粹的理论知识与知识堆砌,而是一种经验理性与实践理性,关于法律文本的问题实则是对其进行运用和解释的问题。法学流派虽纷呈各异,但其关心的核心命题皆为法或者法律的概念解释问题,即回答“法或法律是什么”以及“应当是什么”的实践问题,而法学(法律)方法论之研究则从解释实践的层面进一步阐释了法律的意义。

就客观而言,中国学界关于法学(法律)方法论的研究长于对西方法律解释方法论的介绍以及具体解释方法之运用研究,而对于系统整理与阐释法律解释方法论的课题研究则相对薄弱,尤其是关于“法

律原意主义解释方法”的较全面的专题学术研究尚不多见。目前,国内关于法律原意主义或原旨主义之研究成果,主要有赵晓力的《美国宪法的原旨解释》(2004年版)、张翔的《美国宪法解释中的原旨主义》(《山东社会科学》2005年第7期)、侯学宾的《宪法解释中原旨主义的内在困境》(吉林大学法学院2006年硕士学位论文)、饶志静的《原旨主义与美国宪法解释理论的论争》(《广西政法管理干部学院学报》2008年第1期)、“守望蓝天”的综述《原旨主义的中国式理解——以中国学者对美国宪法解释中原旨主义的解读为视角》(来自“守望蓝天”的博客)以及笔者本人的《美国宪法解释方法论之辨思》(《现代法学》2006年第5期)、《美国宪法解释:“麦迪逊两难”之消解》(《法律科学》2006年第6期)以及《美国宪法解释方法论》(法律出版社2010年版)与《美国宪法原意主义方法论》(法律出版社2012年版)等论著。上述研究的主要成果集中体现在以下三个方面:一是偏重于对宪法解释中的原意主义的概念进行梳理;二是对原意主义自身方法论所存在的内在困境进行了解释与论证;三是对原意主义方法作出了简要评析。这些研究存在的问题在我们看来主要是偏于介绍性与资料整理性的梳理居多,而对法律原意主义解释方法论缺乏系统、全面、翔实的整体性研究,同时没有涉及原意主义方法与非原意主义及司法哲学主义之间的勾联与阐释,也未对原意主义方法进行追问、批判与评述,更未对法律解释方法论作出何种选择进行论证。

总体来说,国外英美法学界对该课题的研究资料较丰富,理论观点与方法体系业已理论化。早在18世纪的英国,布莱克斯通就在《英国法释义》中对法律原意主义有所探究,其后法律原意主义方法论就成为法律解释的鹄的。20世纪后,无论是法律原意主义方法论还是非原意主义方法论之论争,均是基于原意主义展

开的。譬如,前美国联邦上诉法官罗伯特·博克早在20世纪70年代就发起了法律原意主义方法论之争,他于1971年写的论文《中立原则以及关于第一修正案的若干问题》在当时的文献中是最早被引用也是最有影响力的关于原意主义的辩护,这篇论文虽然没能有效反驳针对原意主义的普遍批评,但是指出了宪法判决的非原意主义方法的致命问题:道德真理的主观性或不可揭示性。1977年随着哈佛历史学者拉乌尔·伯格(Raoul Berger)的著作《司法部门:第十四修正案的转变》的出版,原意主义进一步进入宪法辩论的核心。该书发展了伯格早期作品中提出的原意主义思想,对现代司法权进行了攻击,他主要是从最高法院对第十四修正案的解释进行批判的,并从历史角度出发阐述了最高法院20世纪60年代的布朗案和选区重划案的判决超越了宪法的原初意图。最高法院打着宪法解释的幌子,实际上篡夺了宪法修正的权力。伯格的宪法解释的原意主义观点在20世纪70年代末期直至80年代的宪法辩论中极受关注,激发了学术界对于制宪者意图及其对宪法判决的意义的研究兴趣。目前最具有代表性的原意主义理论主要有罗伯特·博克的原初理解理论,代表作是其1971年的论文《中立原则以及关于第一修正案的若干问题》和写于1991年的著作《美国之诱——政治对法律的诱拐》;斯卡里亚大法官的文本主义理论,主要反映在其代表作《解释的问题》(*Matters of Interpretation*)中。对原意主义理论提出质疑的解释流派主要有保罗·布莱斯特的非原意主义方法,其代表作是《原初理解的误导性探求》(*The Misconceived Quest for the Original Understanding*);德沃金的道德解读方法,其代表作是《自由的法——美国宪法的道德解读》《法律帝国》《原则问题》《认真对待权利》,这些都已有的中译本;波斯纳的经济分析方法,其代表作是《超越法律》《法理学问题》《法律、实用主义和民主》(*Law,*

Pragmatism and Democracy), 这些也都已有中译本。原意主义与非原意主义之间的宪法论辩的成果主要收录在杰克·拉可夫(Jack N. Rakove)主编的《解释宪法:原初意图之争》(*Interpreting the Constitution: the Debate Over Original Intent*)。此外,比较有影响的涉及原意主义的学术著作主要有基思·E. 惠廷顿的《宪法解释:文本含义、原初意图与司法审查》、凯斯·R. 桑斯坦的《就事论事——美国最高法院的司法最低限度主义》和《偏颇的宪法》、亚历山大·M. 比克尔的《最小危险部门——政治法庭上的最高法院》、保罗·布莱斯特等主编的《宪法决策的过程:案例与材料》、布鲁斯·阿克曼的《我们人民:宪法的根基》、约翰·哈特·伊利的《民主与不信任——关于司法审查的理论》、克里斯托弗·沃尔夫的《司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁?》、詹姆士·安修的《美国宪法解释与判例》、约瑟夫·斯托里的《美国宪法评注》、哈特的《法律、自由与道德》以及安德雷·马默主编的《法律与解释》,以上著述都已有中译本。其他比较有影响的英文版学术著作有弗里曼(Samuel Freeman)的《原意、民主的解释与宪法》(*Original Meaning, Democratic Interpretation and the Constitution*)、布瑞斯特(Brest)的《解释法律和文学——一种解释学解读》(*Interpreting law and literature: A Hermeneutic Reader*)、Gregory Bassham 的《原初意图与宪法——一种哲学研究进路》(*Original Intent and the Constitution: A Philosophical Study*)、奥尼尔(Johnathan O'Neill)的《美国法律与政治中的原意主义》(*Originalism in American Law and Politics: A Constitutional History*)、墨菲(Walter Murphy)等的《美国宪法解释》(*American Constitutional Interpretation*)、费舍(Ronald Edward Fisher)的《司法能动主义的概念:其在美国宪法性法律中的性质及功能》(*The Concept of Judicial Activism: Its Nature and Function in United*

States Constitutional Law)、杰克·N. 瑞卡夫(Jack N. Rakove)的《原初含义:宪法创制中的政治及理念》(*Original Meanings: Politics and Ideas in the Making of Constitution*)、Leonard W. Levy的《原初意图与制宪者的宪法》(*Original Intent and the Framers's Constitution*)、基思·E. 惠廷顿(Keith E. Whittington)的《宪法阐释:分立的权力与宪法含义》(*Constitutional Construction: Divided Powers and Constitutional Meaning*)、里查德·A. 希里斯本(Richard A. Brisbin)的《安东尼·斯卡里亚大法官与保守主义回归》(*Justice Antonin Scalia and the Conservative Revival*)等。尽管原意主义法律解释方法普遍存在于法律适用中,但国外研究法律原意主义解释方法的学者主要集中于英美国家,其身份多是教授、大法官及政府人员,其研究所涉猎的领域多是围绕宪法法律文本而展开。特别是美国的原意主义解释方法自美国宪法诞生之日就开始了,并因此发展出司法克制主义和司法积极主义,在政治价值上表现为自由主义和保守主义,尤其是1937年的新政改革,使法律解释方法走向了创造性的自由激进主义。而自1980年之后司法保守的积极主义又开始占了上风,2005年保守主义的首席大法官罗伯特进入最高法院之后,司法克制主义的原意主义方法论趋于优势。不过,国外的原意主义法律解释方法研究者侧重于从宪制民主理论的角度进行研究,历史的解释方法占据了主要地位,其最大不足在于就原意主义解释方法本身理论归纳与研究仍然薄弱。

选择“法律原意主义解释方法论”进行研究,主要意义在于:

第一,建立科学的法解释方法论的需要。无论宪法还是法律,皆存在解释方法的选择问题,而字意解释与立法目的及意图解释都是法的解释中不可或缺的方法。一般而言,字意解释方法优先,在字意解释出现荒谬或极不合理的情况下则必须选择立法

目的与意图的解释。所以在法律解释过程中,如何达到对法律文本的客观性解释,以把握其原意和目的,就成为建立科学的法解释学之首要任务。这正是本书研究所关注的核心问题。任何解释方法皆离不开原意主义方法论,即使非原意主义方法论也不过是从相反的方面来诠释原意主义,所以对原意主义方法论的研究实则是对整个法律解释方法论的反思与建构,这对于法律解释方法论的建设具有重大的理论意义与应用价值。一切法律解释都需以原意主义方法为原点,在此基础上,或尊重,或补充修正。任何解释结论都需从中获得正当性与合法性。

第二,可以为法解释主体提供可遵循的解释限度与客观化的解释标准。只要是对客观化物的文本进行解释,就不可能是一个单纯机械的过程,它需要诉诸理性与自由裁量和判断。而本书就是为解决这一问题而作出的一种努力。因为本书研究之重点“原意主义”涉及两个主要问题:一是法文本的意义与目的;二是立法者之意图与目的,而法的文本与立法者之意图与目的则构成了任何进行法的解释的必要的限度与基本标准。所以,若缺乏科学、合理的解释方法,则解释者就有可能走向主观任意,以己之意取代法律原意或者目的。

第三,通过本书的研究,对原意主义法律解释方法进行分析与系统梳理,并勾勒出一幅法解释学方法论之谱系。在我国法律体系形成之后,需从以立法为重心的转向以解释为重心的,为此就需要建构中国法律解释方法论,也亟须为此寻找域外资源。本书研究结合英文一手资料,系统、全面地梳理了以英美国家为主的关于原意主义方法论的基本理论观点与方法之运用,借鉴域外方法论之经验,从而为法学学科的成熟与完善尽微薄之力。

二、基本思路和方法

本书的基本思路是:第一,对法律原意主义概念的源起做系统完整的梳理总结与分析,以阐明对这一概念的基本理解。第二,就法律原意主义方法论之要素进行解释,重点分析立法者的概念,区分起草者、通过者、批准者与修正者诸概念,并就意图的基本理论与分类进行分析,重点就具体意图与抽象意图、客观与主观意图、形式意图与实质意图、立法者意图与文本意图、解释者意图以及法律原意主义类型化进行分析。第三,对原意主义方法论的历史演进进行梳理,对其各种理论观点与基础进行论证与评析。第四,就原初理解之原意主义方法论、法律文本主义方法论、德沃金唯一正解的法律原意主义、自由原意主义方法论和非原意主义方法论等进行述评,这也是本书之重点。第五,对探究法律原意的方法进行新的评价。尽管文意解释、体系解释、历史解释和目的解释方法司空见惯,但是每一种方法的背后皆存在不同程度的“吊诡”之处,法律解释学应当对它们作出恰当的评价与分析。最后,对原意主义方法论的历史地位作出初步评价,并在此基础上,分析论证法律解释的制度主义困境及其消解的路径,并得出自己的结论。

本书拟采取的研究方法主要包括比较法方法、历史分析法、语义分析法、哲学解释方法以及价值分析法。比较法方法主要是就中外宪法解释理论与方法进行分析,所以该方法必不可缺。探讨原意主义方法的历史分析时离不开历史分析方法,运用该方法可以使我们更加尊重历史的本来面目。对法律解释主义与非解释主义、法律原意主义与非原意主义、自由主义与保守主义、历史主义与文本主义以及法律文本的字词、语言、句子乃至句型进行分析时,语义分析方法是必备之分析工具。一切法律解释,都必

须遵循解释之一般哲学原理与理论。哲学解释方法虽然与法律解释有差异,但也必须遵循解释的客观性,对解释学的客观性探究就需要遵循哲学解释中的历史视域理论与对话理论,故哲学解释方法也是十分必要的,而解释活动又是解释者的主观性活动,因为解释是人在解释,而人之解释就避免不了价值判断与衡量。因此,价值分析方法也是不可或缺的。同时,上述各种方法又是相互影响并相互渗透的。

三、重点与难点、主要观点和创新之处

本书的重点有五:一是原意主义方法的主要观点与差异何在;二是原意主义方法之本质何在,如何科学、客观地看待与评价;三是原意主义方法与司法克制主义和司法积极(能动)主义以及与司法保守主义和司法自由主义的关系如何界分;四是该方法之于法解释学处于何种地位?五是法解释学应当建构怎样的方法论?

当然,本书的重点也是研究之难点。不过,除此之外,研究的难点还在于资料的收集与获取以及对资料的分析、辩解与述评。

本书的主要观点如下:第一,法律原意主义是维护法的确定性的基本尺度与标准,应当维护之,但是不能将其绝对化,毕竟社会始终处于进步之中,社会价值与人的观念一直在发生变化,所以解释必须随社会的变化而有所进步。第二,伯克的法律原意主义主要侧重于探究立法者的原初理解含义,而斯卡里亚的法律原意主义则侧重于法律文本的原初公开理解的含义与意图,他们的原意主义方法皆存在片面性和保守性。第三,原意主义方法不等于司法克制主义,非原意主义也不等于司法自由主义,它们之间有相互包含与交叉、重叠之复杂关系,不能将其简单化。第四,法律原意主义方法在民主与法治价值上更加趋同,尤其是对于阐释

解释的合法性上更具有说服力。第五,法官需要的法解释方法不应当是单一的,必须根据文意与具体案件之适用场景作出方法的选择。

本书创新之处在于:第一,所运用的研究资料具有系统性与相对完整性;第二,客观地对法律原意主义方法论进行了归纳与梳理,对其在法解释中的地位与影响作出评价;第三,对法律原意主义方法论进行了学理评价,尤其是对法律解释的制度主义困境及其消解进行了学术分析,提出了消解的路径就在于解释之中的观点。

目 录

前 言	1
第一章 法律原意主义概念起源与含义阐释	1
第一节 “原意主义”概念起源	2
一、法律目的原意解释方法	3
二、作者原意——立法者原意解释方法	6
三、法律原意解释方法的衰落与边缘化	18
四、法律原意解释方法的恢复	24
五、“原意主义”概念的出现	27
第二节 “原意主义”含义阐释	33
第三节 原意主义类型化比较	39
一、严格原意主义	40
二、温和原意主义	41
三、原初意图主义	43
四、原初文本主义	45
五、新原意主义	47
六、自由原意主义	52

第二章 法律意图论	53
第一节 何谓立法者	53
第二节 含义(意义)、意图与理解	60
第三节 法律意图、立法者意图与文本意图	65
第四节 法律目的意图、文本意图与解释意图	78
第三章 原初意图主义方法论	89
第一节 原初意图主义的性质	89
第二节 “严格”意图主义与“温和”意图主义	93
第三节 布莱斯特关于意图主义关键术语诠释	97
第四节 原初意图主义之正当性	102
第五节 关于原初意图主义的质疑	105
第六节 对原初意图主义的捍卫	116
一、原初意图主义是“自我毁灭”吗?	117
二、哲学语义学研究瓦解了原意主义理论的关键假设吗?	120
三、原意主义建立在法律假定之上吗?	126
第四章 自由原初意图主义	128
第一节 杰布尔提出自由原意主义的背景	129
第二节 “保守原意主义”与共和政体相悖	133
第三节 自由原意主义之考证	136
第四节 自由原意主义宪法解释方法的影响	142
第五章 文本原意主义方法论	149
第一节 原意主义方法论的自我转向	149
第二节 原意主义自我转向的原因分析	153
第三节 博克原初理解方法与斯卡里亚文本主义方法之比较	158

第四节 曼宁的文本主义	164
一、反对将立法史作为立法者意图或制定法目的的 权威证据	167
二、尊重制定法文本的通常含义	174
三、宪法解释应遵循文本主义	179
四、对曼宁文本主义思想的评析	184
第五节 沃缪勒的文本主义	190
第六节 威廷顿关于文本原意主义的辩护	195
一、“解释”与“创造性解释”	196
二、威廷顿对文本原意主义辩护的两大理由	198
三、原意主义不应当是什么	203
第七节 文本原意主义方法之质疑与批评	206
一、法律解释的机械性、简单化与历史方法的局限性	206
二、文本的不确定性与原初含义的解构	213
三、哈特关于语言的“空缺结构”与法律的模糊性	219
第六章 探究法律原意的方法	223
第一节 文义探求与语法解释	224
第二节 体系解释与合宪适用	239
第三节 立法史与历史解释	245
第四节 法律价值与目的解释	253
第七章 法律原意主义方法论之评说	258
第一节 原意主义方法论之诱惑	258
第二节 法治与解释：迈向法治之途的方法	263
一、“法治反对解释”是一个假命题	266
二、“认真对待法律规则”能否成为反对解释的理由？	268
三、创造性解释与司法限制主义	270

四、法治之于解释,到底反对什么?	273
五、法治目的与法治要求:关于描述性与评价性命题	274
六、通向法治之途的方法论	276
第三节 法律解释方法论的悖论与消解	277
一、理论之树是灰色的,生活之树常青	279
二、尊重法律原意及其理由	285
三、法官造法及其正当性	295
四、法律解释的制度主义困境与消解	308
参考文献	321
后 记	344

第一章 法律原意主义概念 起源与含义阐释

“原意主义”或“原旨主义”(Originalism)与“非原意主义”或“非原旨主义”(Nonoriginalism)之学术方法论范畴,最初是由美国学者保罗·布莱斯特在1980年《波士顿大学法律评论》上发表的《对原初理解的误解性探求》中提出来的。其后,“解释主义”“原意主义”“原初意图”之术语经常互用。原意主义的含义界定,是一个貌似简单但实则极其复杂并可能吊诡的概念,但严格说来,原意主义方法论实际上是关于司法审判的理论——一种法院如何审理法律问题的理论。尽管不同的原意主义方法论各有不同,但它们都具有一种共同的核心价值主张,那就是强调在解释法律文本时遵循原初意图。根据学者的分类,原意主义的形式大致包括严格原意主义、温和原意主义、原初意图主义、原初文本主义、新原意主义、自由原意主义等。本章将首先对上述类型化