

CSSCI来源集刊



法律方法

Legal Method

第31卷



主 编 · 陈金钊 谢 晖
执行主编 · 杨知文



中国出版集团
研究出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法 . 第 31 卷 / 陈金钊, 谢晖主编. -- 北京 :
研究出版社, 2020.7
ISBN 978-7-5199-0318-3

I . ①法… II . ①陈… ②谢… III . ①法律 - 文集
IV . ① D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2020) 第 130407 号

出 品 人: 赵卜慧

责任编辑: 张立明

法律方法 (第 31 卷)

FALV FANGFA (DI 31 JUAN)

作 者 陈金钊 谢 晖 主编
出版发行 研究出版社
地 址 北京市朝阳区安定门外安华里 504 号 A 座 (100011)
电 话 010-64217619 64217612 (发行中心)
网 址 www.yanjiuchubanshe.com
经 销 新华书店
印 刷 河北赛文印刷有限公司
版 次 2020 年 6 月第 1 版 2020 年 6 月第 1 次印刷
开 本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印 张 28.75
字 数 602 千字
书 号 ISBN 978-7-5199-0318-3
定 价 95.00 元

版权所有, 翻印必究; 未经许可, 不得转载

法律方法

(第31卷)

主 编

陈金钊 谢 晖

学术顾问

(以姓名拼音为序)

郝铁川	胡玉鸿	蒋传光	季卫东
李桂林	刘作翔	舒国滢	沈国明
孙笑侠	王 申	熊明辉	叶 青
於兴中	张斌峰	张继成	郑成良

编辑委员会

(以姓名拼音为序)

陈金钊	戴津伟	杜文静	黄 涛
黄 炎	金 梦	蒋太珂	刘风景
吕玉赞	宋保振	杨铜铜	杨知文
俞海涛	郑 菲		

本卷执行主编

杨知文

序 言

人们不能总是消费别人的信任而不断地进行压服，司法裁判只有阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，才可能提高裁判的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一。法律方法就是站在维护法治的立场上，把法律作为修辞进行说服的纠纷解决方法，其包括但不限于法律发现、法律解释、利益衡量、漏洞填补、法律推理以及法律论证。而法律方法论则是对法律如何被运用的一系列解释、论证和推理的技巧、规则、程序、原则的系统思考。由于对逻辑思维的轻视，我国法律方法论的研究起步较晚。但自 21 世纪初以来，随着对思维方式的体系化改造，法律方法论研究逐渐成为我国法学研究中的一门显学。

创刊于 2002 年的《法律方法》，迄今已经出版 31 卷，为法律方法论人才的培育，法律方法论研究的普及、深化、繁荣，提供了专业化的学术交流、切磋平台。多年来，幸赖学界同仁的支持、出版界同仁的合作，《法律方法》与学界同仁一道，共同推动了中国法律方法论的研究，见证了法律方法论研究的繁荣。

法律方法论研究的持续繁荣蕴含着研究契机的转换。随着裁判文书上网、案例指导制度的建立，学界越来越关注司法实践发展出来的教义规则及其方法支撑。法律方法论的研究正从以译介消化域外相关理论为特色的学说继受阶段，转向以本国立法、司法实践的教义学化为契机的本土化时代。面对这一新的发展趋势，我们认为，促进法治中国建设、生成法学教义规则，理应成为今日法律方法论研究的出发点和落脚点。法律方法论研究也应当在继续深挖法律方法的基础理论之上，提炼能够回应我国实践需求的命题。

因而，我们需要继续深挖法律方法的基础理论，拓展法律方法论的应用研究。

一是法律方法与法治的关系。法律方法依托于法治，没有法治目标，要不要法律方法都无所谓。基于何种法治立场、实现何种法治目标、讲述何种法治故事，是奠定法律方法论价值取向的前提性问题。如果忽略对这些问题的研究，法律方法的研究、运用必将沦为方法论上的盲目飞行。

二是法律方法与逻辑的关系。逻辑是思维的规律和规则。法律方法表现为各种具体的法律思维规则，法律思维规则构成了法律方法的骨架。如今，逻辑学经历了传统的形式逻辑向实质逻辑的转向。结合逻辑学的新变化，建构法律解释、法律推理、法律论证模型，对夯实法律方法论的逻辑基础，强化法律方法论的实践指向，具有重要的理论和实践意义。

三是回应实践需要提炼新的命题。面对法律供给不足的现实，我们应当坚持“持法达变”思维，把法律当成构建决策、裁判理由的主要依据，重视体系思维，将宪法中的“尊重和保障人权”原则融入到法律思维或者法律方法之中，以防止“解释权”的误用、滥用。这意味着，法律规范的供给不足隐含的是法律方法或者说法律思维规则供给不足。因此，面对法治实践的需要，应不断提炼出反映中国法治实践需要、满足中国法治实践需要的新的理论命题或者规则。

在法律方法研究重点发生转向的新时代，《法律方法》将“不忘初心，牢记使命”，继续秉持“繁荣法律方法研究，服务中国法治实践，培养方法论学术新进”的宗旨，为我国法律方法研究的繁荣，法律方法研究的实践取向，以及法律方法人才的培养，做出应有的贡献。同时也希望各位先达新进不吝赐稿，以法律方法论研究为支点，推动中国法治建设。

陈金钊

序 言

陈金钊 / I

域外法律方法论

- 大数据驱动的原旨主义研究 [美] 托马斯·李 詹姆斯·菲利普斯著 宋丽珏译 / 3
- 逻辑、形式模型和法律推理 [英] 菲利普·里斯著 陈宇超译 / 56
- 比较法：立法的视角 [德] 乌尔里克·卡蓬著 姜孝贤译 / 77
- 论影响先例的机构性因素 [意] 米歇尔·塔瑞夫著 王荣余译 / 111
- 裁判的形式与范围（下） [美] 朗·卢沃斯·富勒著 杨嘉仪译 / 131
- 美国逃奴案审判中的法律实证主义
- 以首席大法官莱缪尔·萧的判决为例 [美] 安东尼·J. 谢伯克著 程朝阳译 / 148

法律方法理论

- 类案裁判中的法律方法运用 宋保振 / 179
- 论体系解释规则的运用展开 杨铜铜 / 190
- 论律师会馆与大学在法学教学方法中的共通性
- 以 Lectio 和 Disputatio 为线索 王 涛 / 207
- 论正义感在法官裁判中的合理定位 姚 健 / 222
- 实质法律推理的法治思维空间维度 付 洁 / 241
- 案例指导制度中的人工智能运用 刘鲁吉 / 255

部门法方法论

《行诉解释》中投诉举报人原告资格条款的法解释学分析	罗仙凤 / 273
风险警示不作为的司法审查及其方法	王 芳 / 287
涉逃证走私行为司法解释的方法论反思 ——以法释〔2014〕10号第21条为切入	龙 敏 / 302
后果考察与刑法兜底条款解释	李 谦 / 315
间接正犯的类型构造	蒋太廷 / 327
国际法类比国内法的反思与建构	方瑞安 / 338
中国国际商事调仲程序保密风险的规制方法	朱若菡 / 353

疫情防控法律方法专题

国家治理现代化导向下疫情防控法律规范体系化建构研究 ——以“领域法”为思维工具	石荣广 / 369
制度功用与解释规训：应对突发疫情信息工具的设计悖论及其改进	周宇骏 / 381
疫情防控中网络谣言治理模式的精细化转型	马 迅 / 400
妨害传染病防治罪的司法适用	王 瑞 / 417
劳动者感染新冠肺炎认定工伤法律适用的困境与出路	于 浩 刘亦艾 / 429
《法律方法》稿约	/ 447

域外法律方法论

大数据驱动的原旨主义研究^{*}

[美] 托马斯·李 詹姆斯·菲利普斯^{**} 著

宋丽珏^{***} 译

摘 要 挖掘美国《宪法》中词汇的原初含义是原旨主义研究者长久以来面临的难题。词典仅可释义单词，无法定义短语或更大的语言单位。本文总结了建国时期美国英语语料库的建设现状，运用语料库语言学研究方法，包括考察索引行、搭配、词簇，以及频率统计来辅助原义研究。针对如何利用语料库数据确定词汇或短语的语义进行说明。并量化分析了《宪法》中商业、公共使用、自然出生公民等几项长期以来充满争议的词汇，以及其他仍需进一步明确的概念如内部暴力，并兼谈语料库语言学方法应用于原旨主义研究的局限性。

关键词 大数据 原旨主义 法律解释 语料库 宪法 语义

引 言

对于任何法律解释问题的探索均与文本的“交际内容”有关。对词汇内含法律意义的探究均始于“语言意义”^①，但我们有时便止步于此。若法律的交际内容清晰，我们理所

* 本文系上海哲社项目“语料库驱动下的汉英立法文本翻译单位研究（项目编号：2016JG009 - EYY221）”的阶段性成果。

** 托马斯·李（Thomas R. Lee），美国犹他州最高法院副首席大法官，杨百翰大学法学讲师，哈佛法学院客座讲师；詹姆斯·菲利普斯（James C. Phillips），斯坦福大学法学院宪法法律中心博士后，伯克利大学法学博士（PhD），法律博士（J. D.）。

*** 宋丽珏，女，黑龙江哈尔滨人，文学博士、法学博士后，华东政法大学外语学院副教授，研究方向为语料库法律语言学、法律翻译。

① 参见 Lawrence B. Solum, 《交际内容和法律内容》 *Communicative Content and Legal Content*, 89 NOTRE DAME L. REV. 479, 480 (2013), (区分法律文本的“交际内容”与“法律内容”，或言“文本产生的法律标准”)。

当然认为该内容具有法律意义^①。

这便是法律解释的“标准图景（standard picture）”^②，在大部分案例中存在的问题恰是标准图景不清晰造成的。文本主义者和目的论主义者关于法律解释的分歧在于，比如：探寻可能在交际内容中存在的歧义和寻找恰当工具解决这些问题。但出发点均立足于交际内容，却止步于当标准图景足够清晰时。

《宪法》解释也非例外，对它的探究亦从操作文本（operative text）开始，当《宪法》交际内容清晰时便停止了。可我们不应到此为止。因为很难能得出“《宪法》的标准图景是清晰的”类似结论，特别是在法院提起诉讼时。无论如何，语言仍是起点，标准图景无疑有时会非常清晰。《宪法》第2条第1款规定，“未满三十五岁的人”没有资格“担任”美国总统^③。没有人去试图解释，一个三十岁的人有资格当总统。^④因为我们对“年满三十五岁”达成共识，这便是交际内容清晰。

合宪性解释的最复杂之处在于时间维度。^⑤有关合宪性解释的诉讼均与此有关，即在当今如何准确理解数世纪前设立《宪法》时的词语原义，至少在某些专业表达上它们迥异于21世纪的形式。语言使用和意义的历时演进恰是语言学领域考虑的问题。关于何种标准图景值得被信赖，或今日的法律工作者如何在回到美国《宪法》创立时期去理解文本类似的问题。

但对于某些合宪性问题，时间差异并不紧要。我们可以假定（下文详述），如在美国《宪法》创立时期对自然人年龄的计算方式至今未变。那么根据法律的交际内容，30岁的候选人便不符合法律规定。^⑥

① 当然存在例外情形，但这便是普遍规则。参见 Abbe R. Gluck, 《国家作为法律解释的实验室：方法论共识和新改良文本主义》 *The States as Laboratories of Statutory Interpretation: Methodological Consensus and the New Modified Textualism*, 119 YALE L. J. 1750, 1756–58 (2010), 包括比较州法院对制定法的解释，当文本平易易读，州法院便不会再进行文本外的意义考证，且“这些州力图……直接回应可以使联邦制定法解释更明确的研究计划”。

② 参见 William Baude & Stephen E. Sachs, 《解释的法则》 *The Law of Interpretation*, 130 HARV. L. REV. 1079, 1086 (2017), (谈及“标准图景”或“视为我们可以在法律文本中通过交际内容解释法律标准”，或是“法律问题便是怨言问题”)；参见 id. at 1082 n.2 (“标准图景”术语源自 Mark Greenberg, 《标准图景及其缺失》 *The Standard Picture and Its Discontents*, in OXFORD STUDIES IN PHILOSOPHY OF LAW 39, 48 (Leslie Green & Brian Leiter eds., 2011)。

③ U. S. CONST. art. II, § 1.

④ 参见 Michael Stokes Paulsen, 《比尔·克林顿违宪了么：斯特罗姆·瑟蒙德总统的案例》 *Is Bill Clinton Unconstitutional: The Case for President Strom Thurmond*, 13 CONST. COMMENT. 217, 220 (1996) (叙述了一个荒唐的案例，讨论主张《宪法》第二条中对于年龄的规定应“俗随时变”。其中提到“成熟是一个关键要素，依一般预期寿命计算的话”，得出的结论是相对于当代而言，成熟的标准应是“59岁半”)。

⑤ 另一个事实是，在《宪法》的一些案例中，千变万化的表达中仅有少量的交际内容。（后文第二部分详述）。

⑥ 那个代表可能提出其他论点反驳这个结论，但不会挑战第二条，第一部分表达的交际内容。《宪法》的语言至少是一种约束，或是一定程度上的约束。Cf. William Baude, 《原旨主义作为审判的限制》 *Originalism as a Constraint on Judges*, 84 U. CHI. L. REV. 2213, 2215 (2017) (提到原旨主义中“约束”的前提“再无可见的对手”。Thomas B. Colby, 《以新原旨主义为代价》 *The Sacrifice of the New Originalism*, 99 GEO. L. J. 713, 714–15 (2011) (表达了“司法约束”曾是“心脏和灵魂”，但仅在它“出卖灵魂去赢得尊重和追随”之前)。

不过,某些美国《宪法》中其他条款表达并非如此清晰。内部暴力条款(Domestic Violence Clause)的第四条第4款提到,“合众国保证联邦中的每一州……不受外来的侵略;并且根据各州州议会或行政部门(当州议会不能召集时)的请求,平定其内部的暴乱。”^①这一条款中的表达随时间演进,发展发生了语言学转义。显然在18世纪该条款暴力是指暴动(intersection)或起义(uprising),但今日的“domestic violence”是指对家庭成员实施暴力,下文详述。

这便构成了合宪性解释问题。当今对美国《宪法》的某种理解,却在最初创立法律时存在另一种理解,哪种才是标准图景?倘若联邦立法机构声明“domestic violence”在当前的意义是联邦政府有义务应州的保护要求而调动国民警卫队,会怎样?

此处,我们又一次发现共性大于差异。如果十八世纪对“domestic violence(内部暴力)”中关于暴动(insurrection)的描写是清晰的,那么所有有关原义的争论都会消失。大部分诉讼中面临的问题是如何解决现代意义与法律原义的不一致。当原义表达清晰时,几乎所有人都会达成一致意见。假定现在调动联邦军队准备解决“domestic violence(家庭暴力)”,定会赔笑大方。恰因为几乎每个人都认同拉里·索伦姆教授(Larry Solum)所提出的“固定论点”(即历史法律文件在通过时就已经确定了其交际内容),至少是在原始(罕见)交际内容清晰的情况下。^②

甚至谨慎的“活的(living)”原旨主义者亦会认同这样的假设。他们只是对《宪法》诸多原则的原义持怀疑态度。比如杰克·巴克林对《宪法》的基础“框架”(被认为是清晰的、固定的、有边界的)和框架之上的“构建”(并非是固定的原义,而是在构建过程中不局限于原义的可添加部分)。^③即使是杰克·巴克林,也无法确定《宪法》中的交际内容。多数人都同意某些规定是明确的。关键问题在于(1)如何确定语义是否清晰;(2)在我们认定文件的法定约束力之前,对文本清晰度的要求有多高;(3)当文本不明确时,如何处理?因此,在解释原始交际内容之后,《宪法》解释理论就开始发挥作用。^④在原旨主义理论体系中,我们可能在解决歧义的适当方法上存在意见分歧,是采用评估公众语言使用情况的工具,或是参考制宪者们或批准者的著作,还是参考《宪法》制定时律

① U. S. CONST. art. IV, § 4.

② Lawrence B. Solum,《定格的论文:原初意义中历史事实的角色》*The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91 NOTRE DAME L. REV. 1 (2015)。

③ 参见 Jack M. Balkin,《框架原旨主义和活的宪法》*Framework Originalism and the Living Constitution*, 103 NW. U. L. REV. 549, 560-61 (2009)“活的(living)《宪法》主义是指制宪过程,原旨主义的理论框架为后世去创建实践中的《宪法》留有余地。它解释并证明了《宪法》建立和发展的过程。

④ 并不是说所有关于《宪法》的判例均从原旨主义分析开始。《宪法》的许多领域已经完全被先例取代。当某一特定领域的先例很丰富,《宪法》条款的交流性很差(比如实质性正当程序理论),我们可以期待一个法院自始至终分析先例,却无需探究原始交际内容。参见, e. g., *Obergefell v. Hodges*, 135 S. Ct. 2584, 2596-2605 (2015)(详述了“关于同性婚姻实体法的方方面面”)。但这并不是说原旨主义并非基础,却说明判决先例为法庭提供了一个绕开原旨主义的平台。

师和法学家采用的解释方式？如果我们不能最终使用这些工具解决歧义问题，该怎么办？我们是否同意以举证责任为前提推翻合宪性推定，或者是否承认存在某种“工具”可以“创建”一个与交际内容全然无关的法律内容。但当标准图景清晰明确时，上诉问题便无需考虑。

尽管达成共识，我们却尚未建立评估《宪法》原义的既定方法。^① 迄今为止，我们很少关注确定文义方法的可靠性。目前采用的研究方法均存在缺陷。本文重点介绍了研究方法普遍存在的一些问题，并提出建议使用的工具。

第一部分为研究概述。第二部分回顾了既往研究工具的缺陷。第三部分介绍了评估原始交际内容的工具，即在语料库语言学研究使用的工具。语料库语言学是利用大数据分析语义和真实语言使用的学科。第四部分介绍研究路径，如何利用语料库工具研究《宪法》的原始交际内容。我们考察了“家庭暴力”（domestic violence）以及其他三个词汇在《宪法》中的原义：《宪法》第一条第8款“商业”的语义范围；“公共使用”在《征用条款》（Takings Clause）中的本义；美国《宪法》修正案第二条第5款“自然出生公民（natural born citizen）”。第五部分总结了语料库工具的适用性和局限性。同时，本文总结了语料库语言学为法官提供内部和外部判定标准的路径。

第一部分 原始交际内容探寻的中心性

近期的研究说明“原旨主义”研究者们“认为《宪法》文本交际内容是在每条款项设立、批准之初便确定下来的”。^② 分歧在于探寻原义的本质，以及采用何种研究方法。但所有原旨主义研究者的起始点均是研究《宪法》文本的原始交际内容。下文重点探讨了探寻原旨理论的三个普遍理论（公共意义、原初意图和研究方法）。

一、公共意义原旨主义

在公共意义原旨主义下，原始交际内容至上的理由很简单。这种“新原旨主义”理论的是将重点从制宪者们的单纯意图上转移到探究《宪法》文本的公共意义上。这是针对以

① 参见 ERIC J. SEGALL, ORIGINALISM AS FAITH 116 (2018)（主张，与通过探寻大众原初意义的原旨主义对比，前者“至少”优于后者之处在于，“它是一个经验调查，需要探寻制宪者或批准者们的词语，思想和行动，并且包括‘搜索原初客观意义是一个理论性的探索，比较而言，’寻找原始客观含义是一种理论性的探索，要求法官披上几个世纪前假定存在之人的斗篷。”这是“即便可能实现也更加艰巨的任务”），参见 Thomas B. Colby & Peter J. Smith, 《活的原旨主义》 Living Originalism, 59 DUKE L. J. 239, 254–55 (2009)（“新一代的原旨主义研究者……并不关注制宪者、《宪法》批准者们、公众或其他任何人对《宪法》文字的实际理解，而是探寻假定的、理智的人如何理解《宪法》”）。

② Solum, *supra* note 9, at 7; accord ANTONIN SCALIA & BRYAN A. GARNER, 《阅读法律：法律文本的解释》 READING LAW: THE INTERPRETATION OF LEGAL TEXTS, § 7, at 78 (2012)（“必须赋予词语在文本通过时所具的含义”）。

下批评的回应,“很难确定由多位制宪会议成员起草的文件的初衷,更难确定由参与各州会议中更多与会者们批准该文件的本意。”^①为此,原初公共含义原旨主义者将研究焦点从探寻制宪者们的原旨转向了分析公众对文本的理解。对于他们而言,考察1787年提出《宪法》的原初含义“很大程度上,必须从词汇、短语的传统语义开始,后遂总结为语法和句法规则”。^②

这是一个原旨主义者的“标准图景”。是一个从十八世纪末期考察《宪法》交际内容的方式,去探寻当时语言使用规则下的“传统语义”。

二、原初意图原旨主义

一个主张“原初意图”的原旨主义研究者探寻的文本意义“是制宪者们固定在文本中意思”。^③这类研究更看重制宪者们的文字和主张,以《联邦党人文集》(Federalist Papers)或制宪会议记录为例,而非《宪法》本身。如是,原初意图原旨主义者被认为是规避《宪法》文本交际内容的研究者。

但细究发现,研究者们仍保持了原旨主义研究的共性。对于思虑周全的原初意图原旨主义者而言,相关的“原初意图”并非“应用式”而是“交际式”：“因此,《宪法》条款的制定意图是一种心理状态,并在制定条款过程中说明交际内容。”^④我们可将“意图”视为“心理状态”。但类似的心理状态不是制宪者们秘密的个人理想,而是“在语言里展现出来的”制宪意图。^⑤这说明,制宪者们的文字或主张不是原始交际内容的直接证据,却是可以帮助我们去除歧义的间接证据,^⑥使我们可以回到历史场景去探寻《宪法》文本的原始交际内容。^⑦

① Solum, *supra* note 9, at 4.

② *Id.* at 28.

③ *Id.* at 7.

④ *Id.* at 26 (重点强调)。

⑤ *Id.* at 27.

⑥ 参见 Lawrence B. Solum,《公共意义的三角测量:语料库语言学、浸入及宪法性记录》《公共意义的三维分析》*Triangulating Public Meaning: Corpus Linguistics, Immersion, and the Constitutional Record*, 2017 B. Y. U. L. REV. 1621, 1671 [以下简称《公共意义的三维分析》*Triangulating Public Meaning*] (“起草《宪法》的历史可以提供常规语义的证明,但作用是以证明的。”);参见 Lawrence B. Solum, *Originalist Methodology*, 84 U. CHI. L. REV. 269, 284 (2017) (谈及语料库语言学为相关“使用模式”和原初语义提供“首要证据”)。相反,似乎这些作者的论点是,如果不考虑作者的意图就无法解决文本含义上的歧义。

⑦ 亚历山大(Alexander)和普拉卡什(Prakash)认为不可以通过“普通民众调查”来辨别“路人”的意思。(同上984页)这里主要关注的是“普通人(average interpreter)”有多少“背景知识”。(同上)“如果我们像没有任何法律背景的人们那样去理解法律,而不去考虑(也许是)英文母语的原作者在彼时的意图,不妨通过创建计算机程序结合当时词典和句法、语法、标点规则,利用计算机去分析法律的意义。”我们认为语料库语言学分析是寻找“普通人”含义的一种手段。并且我们试图证明语料库工具可以(至少有时)可以根据语境来确定“普通人”的理解。

对于制定法解释的当代研究,这里有个比较^①,甚至对于目的论者而言,“我们都是文本主义者”^②。当文本语义明确时,就认为自己被明确的目的约束着。^③同样的,可以说我们都是“原初公共意义”的原旨主义者。^④这在一定程度上是成立的,即《宪法》中文字的原始交际内容是明确确立的。在这种情况下,没有一个“原初意图”研究者会试图用制宪者的自我意图来论证推翻原初公共意义。

前例在《家庭暴力条款》(Domestic Violence Clauses)得到了印证。若“家庭暴力”这个表达被广义的定义为内部暴动或起义,从未指涉及家庭的暴力攻击,那么即便是“原初意图”原旨主义者也会不再追究所谓的原义。《家庭暴力条款》的原始交际内容毕竟是体现制宪者们意图的最佳证据。至少,当文本表达足够清晰时,即便是一个坚定的原初意图主义者也不会推翻制宪者,哪怕是怪异的观点。这意味着,原初意图主义者都是相同的,首先着眼于《宪法》的原始交际内容。

三、方法原旨主义

也应称其为“原初方法”原旨主义者。这个理论的主要贡献是由于《宪法》具有特殊的“行话”,18世纪的法律行话,只有浸润其中才能解其含义。一部分原因是为了质疑《宪法》“构建”的基础,以便将其术语扩展到其交际内容的“解释”之外。^⑤约翰·麦金尼斯和麦克·拉帕波特是这种方法论的提出者。他们主张可以通过学习《宪法》的法律行话,并使用十八世纪律师和法官会使用的规范和解释方法来确定文字的交际内容。

但这个方法完全没有规避《宪法》文本中的交际内容,《宪法》条款甚至是由日常语

① 参见 Chris Wallace,《最高法院大法官安东宁·斯卡利亚的采访》Interview with Supreme Court Justice Antonin Scalia, Fox News Sunday (July 29, 2012) (斯卡利亚大法官主张“原旨主义是文本主义的一种”)。https://www.realclearpolitics.com/2012/07/29/interview_with_supreme_court_justice_antoin_scalia_286094.html [https://perma.cc/Q2VH-9BCS]。

② Elena Kagan,《斯卡利亚讲座:与卡根大法官的对话》The Scalia Lecture: A Dialogue with Justice Kagan on the Reading of Statutes at 8: 28, HARV. L. TODAY (Nov. 17, 2015), http://today.law.harvard.edu/in-scali-lecture-kagandiscusses-statutory-interpretation [http://perma.cc/3BCF-FEFR]。

③ 参见 JOHN F. MANNING & MATTHEW C. STEPHENSON,《立法和规范》LEGISLATION AND REGULATION 60 (2d ed. 2013) (“超过四分之一世纪的时间上看,文本主义对联邦法院对于制定法解释有着极大的影响。现在,当法院认为案文内容明确时,它通常会按书面形式执行规约。”); Gluck, *supra* note 2, at 1756-58 (表明州最高法院在确定文本表义“清楚”时,便不会探寻文本的其他表义)。

④ Justice Elena Kagan 和 Professor Laurence H. Tribe 有相同的洞见。参见 Laurence H. Tribe, Comment in ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION 65, 67 (1997); Jonathan H. Adler,《司法委员会责问埃琳娜·卡根》, WASH. POST (June 29, 2010, 1: 18PM), http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/06/29/AR2010062902652.html [https://perma.cc/PS3F-9CTB] (报道了在确认听证会上 Elena Kagan 宣称“我们都是原旨主义者”)。

⑤ 参见 John O. McGinnis & Michael B. Rappaport,《原初方法原旨主义:一种原旨主义的新理论,以及对建构主义反驳的案例》Original Methods Originalism: A New Theory of Originalism and the Case Against Construction, 103 NW. U. L. REV. 751, 751-52 (2009) 其中提到“原初方法原旨主义者确定为《宪法》的原初意义提供了最精确的方法”。

言制定的，没有使用法律语言。因此，在原初公共意义原旨主义者与原初方法原旨主义间的一个主要差异取决于《宪法》表达是交际语言还是法律语言。具言之，原初方法原旨主义者同样需要确定《宪法》中的交际内容（至少是那些表达日常语义的术语，这经常困扰着理论研究者，我们可以通过下文介绍的工具来测量）。^①

麦金尼斯和拉帕波特理论的立足点是《宪法》用法律语言覆盖（overlays）日常语言所制定。^②但虽然他们认为《宪法》是用法律语言制定的，仍然认同其中包含日常语言。^③意味着法院应用法律意义来解释法律术语，同时，正如麦金尼斯和拉帕波特提到的，“那些包含日常语义的语言也应被正确理解”。^④

两位学者将《宪法》中的法律术语聚类。首先确定的是，第一类包括 13 个毫无歧义的法律术语，比如人身保护令（habeas corpus），原始管辖权（original jurisdiction）和叛国罪（attainder of treason）。^⑤第二类，他们指出了 44 个存在歧义的术语，认为这些术语既有法律意义也有日常语义。^⑥第三类，是“可能”有“日常语义之外法律意义”的术语。^⑦其中包括自然出生公民。可能也包括“商业”和“公共使用”。

基于前文，我们推定这些理论者会将“家庭暴力”视为日常术语，不具法律意义（这是本文的研究假设，下文第四部分会继续论述）。综上，原初方法原旨主义者（同公共意义和原初意图原旨主义者一样）会找到大众对“家庭暴力”的理解为“内部起义或暴动”，而非“在家庭内部发生暴力”的关键因素。

第二部分 原始交际内容的定义和测量的工具

前文着重介绍了原旨主义者（甚至是认为语义固定的非原旨主义者）对《宪法》原始交际内容解释的中心性。现在的问题在于如何定义并测量这些内容。这里我们介绍一些普遍方法的优势及不足。

一、意义的意义：研究交际内容的普遍方法

原旨主义研究者在谈到《宪法》的原始交际内容时，首先考虑的是“词汇和短语

① 从这个意义上说，公共意义原旨主义和原初方法原旨主义之间的鸿沟似乎比实际更明显。两者均旨在相关探索相关行话里的公共意义。从两种理论出发，《宪法》便成为两种行话。两个理论真正的区别是语义消歧的方法。

② John O. McGinnis & Michael B. Rappaport, 《宪法和语言》 *The Constitution and the Language of the Law*, 59 WM. & MARY L. REV. 1321, 1326 (2018).

③ Id.

④ Id. at 1326 – 27 (重点强调)。

⑤ Id. at 137071.

⑥ Id. at 1371.

⑦ Id. at 1374.

的传统语义”，“通过句法组成了更大的语义单位”。^①但他们同样会考虑语言学家们提到的“语用”层面，即《宪法》条款中不表意、不影响理解内容的“语境”。

研究者们确定了几种“语境”形式，（1）暗示，尤其是省略形式。如第一条第九款中的“不得通过任何剥夺公民权的法案或者追溯既往的法律”包括“[国会]默示的法案或法律”。^②（2）预设，或言外之意“预设基于所在语境”。如在第九修正案中，《宪法》罗列权利“不得被解释为否定或轻视由人民保留的其他权利”，因此预设为“人民保有权利”。^③（3）调节，在特定语境中，如古旧词的新用法。“休会（recess）”在《休会期间的任命条款》中的含义。^④

谨慎的理论家们，将《宪法》中原始交际内容部分与“原初意图适用（original expected applications）”做了区分。^⑤一位学者对第二修正案做了分析，他提到“持枪权利（right to bear arms）”的原始交际内容旨在分辨这一短语所在的语义和语用的上下文。他同时分析了意图适用场景，如相信“第二修案中火枪和火燧枪均为武器”，或依《宪法》第二条第1款，某个人的年龄足以使其担任美国总统。^⑥

“原始意图适用”与此类观点相关，但仅具有证据的意义。“因此，如果制宪者坚信火枪和火燧枪在第二修正案中属于‘武器’，那么这个事实便是证明一切理论中的武器包括火枪和火燧枪，并排除其他解释。”^⑦但也有“意图适用错误的情况”。^⑧我们回到关于年龄要求的《宪法》第二条，“如果《费城公约》（Philadelphia Convention）成员对于具有总统选举资格的年龄有错误的理解，在1782年便不具备竞选总统的资格（因为是32岁

① Solum, 《原旨主义方法论》 *Originalist Methodology*, *supra* note 19, at 272; 参见 KURT T. LASH, THE FOURTEENTH AMENDMENT AND THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF AMERICAN CITIZENSHIP 277 (2014) (“我已经定义了原初意义更似是在文本批准时，由具有英语使用能力的人并在明知文本是为了批准为目的进行交流的前提下对原始文本的理解。而不是寻找制宪者意图或是可能的语言解释，我已经努力去确定使用的模式所指大部分人接受的意义。”)；Christopher R. Green, 《保护条款的原始意义：立法前的历史》 *The Original Sense of the (Equal) Protection Clause: Pre-Enactment History*, 19 GEO. MASON U. C. R. L. J. 1, 12 (2008) (应该寻找与文本同处一个历史场景下的读者对《宪法》语言的理解。)；Vasan Kesavan & Michael Stokes Paulsen, 《西弗吉尼亚违宪了么?》 *Is West Virginia Unconstitutional?*, 90 CALIF. L. REV. 291, 398 (2002) (试图确定“《宪法》语言的意义可能是……对于普通的、知情的语言使用者在制定法律时的理解”) Vasan Kesavan & Michael Stokes Paulsen, 《宪法的秘密起草历史：解释的力量》 *The Interpretive Force of the Constitution's Secret Drafting History*, 91 GEO. L. J. 1113, 1118, 1131 (2003) (力图理解“在《宪法》通过时，文本措辞对英语的普通读者，说话者，作者在阅读此类文本时应具有的意义”：《宪法》文本的词汇和短语语义于批准立法的彼时，在法律和语言学领域都将其视为法律。”)。

② Solum, 《公共意义的三维视角分析》《公共意义的三维分析》 *Triangulating Public Meaning*, *supra* note 19, at 1635。

③ *Id.* at 1636。

④ *Id.*

⑤ 参见 Jack M. Balkin, *Abortion and Original Meaning*, 24 CONST. COMMENT. 291, 296-97 (2007) (《宪法》解释不限于《宪法》文本的制定者和采用者特别打算或期望的那些适用情形)。

⑥ Solum, 《公共意义的三维分析》 *Triangulating Public Meaning*, *supra* note 19, at 1638。

⑦ *Id.*

⑧ *Id.*