

罗伯特·博克的原旨主义

林彦*
杨珍**

目次

- 一、引言
- 二、罗伯特·博克的生平及学术贡献
- 三、博克的原旨主义观
 - (一) 前提：“麦迪逊两难”
 - (二) 核心：中立原则
- 四、原旨主义的敌人们
 - (一) 原意无法获知论
 - (二) 宪法进化论
 - (三) 当代人不受逝者统治论
 - (四) 宪法非法论
 - (五) 宪法乃法官之宪法论
 - (六) 原旨主义催生政治决策论
 - (七) 忠于原意不可能论
- 五、结语

摘要 美国的违宪审查制度在人类制度史上具有开创意义并广为各国仿效。但自马伯里诉麦迪逊案以来,如何克服反多数难题、解决麦迪逊两难始终是违宪审查实践无法回避的问题。如何解释宪法也因此成为审视违宪审查制度民主正当性的重要指标。作为当代司法保守主义的旗手,罗伯特·博克主张,宪法解释应当超越政治偏见和价值判断、回归宪法文本,以中立性为依归去推导、界定和适用原则。

关键词 麦迪逊两难 原旨主义 中立原则

* 上海交通大学凯原法学院教授、法学博士。

** 上海市闵行区人民检察院检察官。

一、引言

2016年,保守主义在美国大获全胜,囊括总统宝座、参众两院多数席位以及延续对联邦最高法院的主导权。安东宁·斯卡利亚大法官的突然离世并未给民主党扭转司法大格局的机会,奥巴马总统提名的梅里克·加兰德连参议院司法委员会的程序都无法参与就被无情地挡在最高法院门外。^{〔1〕} 鲁斯·金斯伯格等年事已高的自由派大法官只能自求多福。近日,特朗普总统提名联邦第十巡回上诉法院法官尼尔·戈萨奇(Neil M. Gorsuch)填补斯卡利亚大法官的空缺,^{〔2〕}这很可能成为保守主义巩固并扩大其在联邦最高法院统治力的序曲。

可以想见,司法保守主义^{〔3〕}极有可能在未来几十年成为美国联邦司法的主流意识形态,并将对美国政治和社会生活产生深远的影响。这种影响可能不亚于沃伦法院在20世纪后半叶的作为。当代司法保守主义的兴起与罗伯特·博克(Robert H. Bork)法官的积极推动是分不开的。作为当代最有影响的旗手,罗伯特·博克的宪法解释理论,尤其是原旨主义理论无疑有助于加深国内学界对于司法保守主义以及美国式司法审查制度的认识。如果说斯卡利亚是最有影响力的原旨主义实践者,那么,罗伯特·博克无疑是原旨主义在当代美国复苏最重要的贡献者和鼓吹者。

二、罗伯特·博克的生平及学术贡献

罗伯特·博克(1927—2012)出生在宾夕法尼亚州的一个中产家庭,父亲是一名钢铁行业的销售代表,母亲则是位教师。他在芝加哥大学分别获得本科及法学博士学位。他曾经长期担任耶鲁大学法学院教授(1962—1975,1977—1981)。

1973年至1977年,博克担任副司法部长兼联邦政府首席律师(Solicitor General)。当时的联邦最高法院首席大法官沃伦·伯格认为,博克是他任内见过的最成功的律师。值得一提的是,博克也深度卷入了“水门事件”,他在“星期六之夜大屠杀(Saturday Night Massacre)”中扮演了不太

〔1〕 Erin Kelly, *GOP Senators Vow not to Consider Garland to Fill Supreme Court Vacancy*, available at <http://www.usatoday.com/story/news/2016/03/16/gop-senators-vow-not-consider-garland-fill-supreme-court-vacancy/81856428/> (last visited on 2016-12-20).

〔2〕 See The White House Office of the Press Secretary: President Trump's Nominee for the Supreme Court Neil M. Gorsuch, available at <https://www.whitehouse.gov/nominee-gorsuch#page>.

〔3〕 在美国,司法保守主义与自由主义长期对立。一般而言,保守主义法官倡导如下司法哲学。首先,保守主义者大多主张司法权力是受限的。法官低于宪法,他们仅仅是宪法意义的解释者,而非宪法规则的创制者。因此,任何宪法意义上的制度变迁都只能通过修改宪法,而非解释宪法得以实现。最保守的原旨主义者如斯卡利亚、博克等人则坚持按照制宪者、立法者的原意解释宪法和法律。其次,在具体议题上,保守主义者也有非常鲜明的、区别于自由主义者的主张。例如,在有关联邦与州的权力划分上,保守主义更倾向于尊重州政府的警察权和自治能力,从而对联邦政府施加更多的限制。在刑事政策领域,保守派法官则主张给予警察相对宽松的执法环境,反对给予犯罪嫌疑人过度的保护。在宗教自由方面,保守派法官对来自政府的任何形式的干预(无论是限制还是资助)均保持高度警惕。在有关堕胎、同性恋、安乐死等新型社会议题及权利争议方面,保守派法官大多对相关的权利主张持反对态度。有关司法保守主义,参见 Steven M. Teles, *The Rise of the Conservative Legal Movement: The Battle for Control of the Law* (Princeton University Press, 2010); Herman Schwartz, *Right Wing Justice: The Conservative Campaign to Take Over the Courts* (Nation Books, 2004).

光彩的角色。在独立检察官阿奇博尔德·考克斯(Archibald Cox)要求提交白宫谈话录音带后,尼克松总统指示司法部长埃利亚特·理查德森(Elliot Richardson)将其解雇。理查德森以辞职的方式拒绝领命。尼克松进而要求第一副部长威廉·拉克尔肖斯(William Ruckelshaus)执行命令,后者同样以辞职抗命。博克顺位成为代理司法部长,并忠实执行了总统命令将考克斯解雇。该行为后被法院判定违法。

1981年,博克被里根总统提名担任哥伦比亚特区联邦巡回法院——最重要的联邦巡回法院——的法官,并与安东尼·斯卡利亚成为同事。1986年,里根总统曾考虑让博克顶替荣升首席的威廉·伦奎斯特大法官,但最终却提名了斯卡利亚。一年之后,刘易斯·鲍威尔大法官退休。里根总统不假思索地提名了博克。然而,该提名却引起国会民主党人以及诸多公民团体的极力反对。博克授人以柄之处主要是其保守主义理念以及在“星期六之夜大屠杀”中的表现。包括6位共和党人在内的58名参议院投了反对票,博克梦碎。爱德华·肯尼迪(Edward Moore “Ted” Kennedy)也因此一战成名,狙击博克成了其漫长参议员生涯浓墨重彩的一笔。^{〔4〕}受挫之后,里根总统最终提名来自联邦第九巡回法院的温和派安东尼·肯尼迪,后者获得参议院的一致同意。《哈佛法律评论》将博克比作“为捍卫真理而失去工作的神父”。^{〔5〕}

愤懑的博克于1988年辞去巡回法院的法官职务。此后,他曾在乔治·梅森大学法学院、著名智库美国企业研究所(American Enterprise Institute)等机构任职。2012年12月,博克因心脏衰竭离世。斯卡利亚大法官称赞这位同事兼好友是“过去50年最有影响力的法学学者之一”^{〔6〕}。

博克的学术贡献主要在宪法和反托拉斯法这两个领域。在其学术生涯早期,博克是位杰出的反托拉斯法专家。他主张,反托拉斯法的核心宗旨应当是确保消费者的福利。^{〔7〕}至今,上述主张仍然在该领域被奉为圭臬,成为主流的司法哲学。

相比反托拉斯法,博克在宪法解释理论方面的建树和影响力就更为突出,尤其是他对原旨主义不遗余力地倡导、推广和实践。自1953年沃伦就任首席大法官始,美国联邦最高法院开启了长达三十多年的自由之旅。联邦最高法院广泛地参与社会问题的解决,并通过一系列判决扩充宪法的内涵,尤其是通过罗伊判例植入了隐私权。在这一背景下,博克提出原旨主义的理论多少显得曲高和寡、不合时宜。但是,博克并未因此放弃。为了扩大保守主义阵营,他于1982年在主要的法学院推动建立“联邦党人协会(Federalist Society)”,吸纳和培养支持原旨主义裁判理念的精英律师。今天,该协会已经成为美国最有影响力的法律组织之一。^{〔8〕}可以说,他是让原旨主义在当代复活的最重要的推动者。

〔4〕 有关狙击博克提名运动,参见 Michael Pertschuk & Schaetzel Wendy, *The People Rising: the Campaign Against the Bork Nomination* (Thunder's Mouth Press, 1989); Robert Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law* (Simon & Schuster, 1991), Part III “The Bloody Crossroads”.

〔5〕 See Book Note, “The Priest Who Kept His Faith but Lost His Job”, 103 *Harvard Law Review* 2074 - 2081 (1990).

〔6〕 Bill Mears, “Robert Bork, Known for Contentious Supreme Court Nomination, Died at 85”, available at <http://edition.cnn.com/2012/12/19/politics/robert-bork-dead/index.html> (last visited on 2016-12-26).

〔7〕 See Robert H. Bork, *The Antitrust paradox* (New York: Free Press, 1978).

〔8〕 有关该协会及其对联邦司法所产生的影响,参见 Michael Avery & Danielle McLaughlin, *The Federalist Society: How Conservatives Took the Law Back from Liberals* (Vanderbilt University Press, 2013); Amanda Hollis Bruskay, *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution* (Oxford University Press, 2015).

1990年,博克出版了“The Tempting of America: The Political Seduction of The Law(暂译为《蛊惑美国:政治对法律的引诱》)”一书,^[9]系统地阐述了其原旨主义理论。该书的初衷是扭转联邦最高法院的政治化,避免法律沦为少数精英的利益工具。他主张,唯有忠实于宪法原文才能使宪法解释以及联邦最高法院符合民主正当性的需求。里根总统在推荐该书时曾指出,“该书淋漓尽致地展现了罗伯特·博克过人的智慧和不凡的操守,使我提名他为联邦最高法院法官”。^[10]时至今日,该书几乎成了保守派法官心目中的圣经。本文将结合该书的第二部分重点介绍博克的原旨主义理论。

三、博克的原旨主义观

原旨主义可上溯到詹姆斯·麦迪逊,^[11]因此《联邦党人文集》也成为人们探寻美国宪法原意的重要智识资源。当然,原旨主义也存在不同的流派、分支和层次。^[12]即便是当代最重要的两个推动者,认识也不完全一致。斯卡利亚将原旨主义定位为“更小的恶”^[13],而博克则理直气壮地认为这是解释宪法的唯一正确方法。

(一) 前提:“麦迪逊两难”

博克认为,宪法法院所面临的核心问题是如何解决“麦迪逊两难”(Madisonian dilemma)。在他看来,美利坚合众国是根据“麦迪逊体制”(Madisonian system)构建起来的,但该体制又包含着两个必须始终加以协调的相互冲突的原则。第一个原则是自治(self-government)。该原则要求,在社会生活的绝大多数领域,多数人有权进行治理。但是,第二个原则要求,在社会生活的某些领域,多数人无论如何都不能无视、倾轧少数人。在这些领域,少数人应当不受多数原则的约束。^[14]因此,便出现了如下两难困境,即“无论是多数人,还是少数人都不能被委以重任去确定民主权威与个人自由之间的界限”。^[15]然而,美国最终却将这一不可能完成的任务托付给了一个非民主机构——包括最高法院在内的联邦法院。在博克看来,多数人权力和少数人自由的矛盾不可能一劳永逸地加以协调和解决,因为两者永远处于对立的状态。相反,这种协调必须建立在不同的个案中进行,寻求正确的(correct)平衡方案的过程也是永无止境的。^[16]

[9] 全书分为三个部分,第一部分回溯了从马歇尔到伦奎斯特法院的变迁,突出了政治气候对联邦最高法院的深刻影响;第二部分通过立论和反驳重点阐述以中立原则为核心的原旨主义解释论;第三部分则回顾了其提名被狙击的整个过程。

[10] Robert Bork, *supra* note [4].

[11] 参见[美]杰克·N.雷克夫:《宪法的原始含义:美国制宪中的政治与理念》,王晔、柏亚琴等译,江苏人民出版社2008年版,前言,第4页。

[12] 参见侯学宾:《美国宪法解释中的原旨主义——一种学术史的考察》,载《法制与社会发展》2008年第5期;张翔:《美国宪法解释理论中的原旨主义》,载《山东社会科学》2005年第7期。

[13] See Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil”, 57 U. Cin. L. Rev. 849 (1989); Antonin Scalia, “Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws”, in Antonin Scalia & Amy Gutmann, eds., *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law* (Princeton University Press, 1998), p. 3.

[14] Robert Bork, *supra* note [4], at 139.

[15] *Id.*

[16] *Id.*, at 139 - 140.

联邦最高法院所承担的重大职责要求必须有正确的理论指引,否则我们将无法判断某一判决是否是可接受的。因此,“我们需要一套宪法裁判理论去界定多数人与个体之间的界限,而这种界定应被认为是‘正确的’”。^[17] 博克指出,任何有价值的宪法裁判理论都必须实现以下两个并行不悖的目标:其一,是界定哪些判决结果是可接受的;其二,是限制法官的权力。在博克看来,美国人似乎对法官过于信任,以至于极少将阿克顿勋爵的“权力导致腐败,绝对权力导致绝对腐败”的至理名言适用和投射到法官身上。结果,美国联邦法院法官已经拥有了其他部门所无法企及的绝对权力。因此,有关宪法裁判的理论应当能够指引人们去辨别法官的法定权力的界限究竟在何处。^[18]

(二) 核心: 中立原则

博克主张,法官应当根据制宪者所设定的原则适用宪法,也唯有原旨主义才能满足宪法裁判的民主正当性要求。^[19]

博克将原旨主义立基于中立原则(neutral principles)。他认为,宪法首先是法律,而法律是独立于我们意志的存在,唯有通过立法程序才能加以修正。因此,法官无权修改法律和宪法。^[20] 立法原意必须根据立法之时的理解才能获得,且必须是符合当时公众认知(public understanding)的理解,而并非主观臆测。从这个意义上说,法律就是一种公器(public act)。^[21] 申言之,“如果宪法是法律,那么就像其他法律一样,它的含义就应当按照当时立法者所倾向的含义。如果宪法是法律,那么就像其他法律一样,其立法者所倾向的含义就应当对法官产生拘束力,就像其拘束立法机关和行政机关那样”。^[22]

就中立原则而言,博克结合韦克斯勒(Wechsler)教授对布朗诉教育委员会案的评论做如下归纳:“法院必须选择那些它们试图中立适用的原则,并一视同仁地适用于该原则所覆盖的所有案件。”^[23] 同时,中立原则还强调,法院探寻和适用原则的方式也应当是中立的。^[24]

在裁判过程中,确保中立性包括三个层面的工作,即推导原则的中立性、界定原则的中立性以及适用原则的中立性。

当法官根据制宪时的理解找到相关的原则,那么,他们就满足了推导原则(derivation of principle)所需的中立性要求。法官无须,也不能随心所欲地做出毫无根据的价值判断。^[25] 法官不能任意增删宪法权利,而只能根据宪法的规定进行裁判。博克假设,如果美国如英国那样只有不成文的宪法,那么美国的法官就毫无任何权力可言,因为他们缺乏赖以适用的法律。一言以蔽之,“在无法可依的情境下,法官仅仅是百无一用的公职人员。(In the absence of law, a judge is a functionary without a function.)”^[26]

宪法的语言大多比较抽象和宽泛,这就给界定原则的中立性提出了挑战。一旦我们从宪法中

[17] Robert Bork, *supra* note [4], at 140.

[18] *Id.*, at 141.

[19] *Id.*, at 143.

[20] *Id.*

[21] *Id.*, at 144.

[22] *Id.*, at 145.

[23] *Id.*, at 146, quoting Bork, *supra* note [4], at 78-84.

[24] *Id.*, at 146.

[25] *Id.*

[26] *Id.*, at 147.

推导出一个原则，其语言的宽泛程度 (the level of generality) 便显得特别重要。甄别出合适的宽泛程度所面临的困难让不少学者认为适用宪法原意几乎是不可能的。^[27] 博克认为，崇尚原旨主义的法官的职责并非“**选择**一个抽象程度”，而是找到某一个文本的含义并将其适用于一个具体的情境之中。^[28] 当法官面对像《权利法案》这样高度抽象的条文时，他们应当在文本及历史证据允许的宽泛范围内阐明原则。例如，平等保护条款可被解释为要求政府不歧视黑人，但不能进一步主张其可以通过优待黑人来歧视白人。^[29] 在界定原则时，法官不仅要明确其内容，还要明确其限制 (limits)。^[30] 法院的权力来源于条文的内容，并严格受到内容的限制。对于立法和行政机关而言，法不禁止可以为；而对于法官而言，法无授权不可为。如果法官能根据言论自由条款废除死刑制度，那么他们显然超越了职权。^[31]

在中立地探寻和界定原则之后，法官的任务就是中立地适用原则。在此过程中，法官必须确保原则适用的连贯性和一致性，不论其是否对其所面对的当事人抱有同情。^[32] 当然，这并不意味着法官不能修正和改变其所探寻和界定了的原则。当新的情况出现时，原则有可能被重新界定。但是，法官必须在此过程中充分阐明理由，而不能将其心仪的结论建筑在与宪法毫不相关的基础之上。此时，法官必须心存敬畏，因为其判决作品必须经受得住同行和历史的考验。^[33] 为此，博克特别将谢利诉克雷默一案 (*Shelley v. Kraemer*)^[34] 作为反面教材进行阐述。博克认为，最高法院在该案中不当地对联邦宪法进行扩张解释，因为后者仅禁止州政府而非个人实行种族歧视。在他看来，最高法院从纯粹私人间合同关系中解读出州行为 (state action) 从而禁止房东基于种族因素限制租客的结论是彻头彻尾的政治判决 (political judging)。然而，这样的政治决断应当由立法机关，而不是法院来做出。^[35]

博克认为，只有当司法机关在上述三个层面坚守中立性原则，美国的三权分立原则也才能得到维护。因此，如果联邦最高法院忠诚于宪法，那么它必须实行自我监督。

四、原旨主义的敌人们

接着，博克用更大的篇幅对于反对原旨主义的观点一一予以回应和反驳。

(一) 原意无法获知论

首先，他直面原意无法获知论。

对原旨主义最常见的质疑是，当下的法官根本无法确切获知美国联邦宪法制定者在 18 世

[27] Robert Bork, *supra* note [4], at 148.

[28] *Id.*, at 149.

[29] *Id.*

[30] *Id.*, at 150.

[31] *Id.*

[32] *Id.*, at 151.

[33] *Id.*

[34] 1945 年，非洲裔美国人 Shelley 在密苏里州的圣路易斯购买了一套房子。但是，住在同一社区的白人 Louis Kraemer 以该购房行为违反社区协议为由试图阻止 Shelley 入住。订立于 1911 年的该协议规定，黑人及亚洲人不得住在该区。密苏里州最高法院以私人合同意思自治为由支持 Kraemer。联邦最高法院则引入州行为 (state action) 理论，判令密苏里州最高法院对该协议的认可构成州行为，从而违反美国联邦宪法第十四修正案的平等保护条款。See *Shelley v. Kraemer*, 334 U.S. 1 (1948).

[35] Robert Bork, *supra* note [4], at 151 - 152.

纪末的所思所想。对此,博克表示同意。他认为,要求法官知晓案件所涉的立法原意将会摧毁所有的法律。^[36] 坚守原旨主义的法官坚信,宪法的文本、结构和历史所提供的并非是一个结论(conclusion),而是一个前提(premise)。最主要的前提则是制宪者致力于捍卫的原则或价值,以防止其受到敌意的立法机关或行政机关的侵害。无论过去还是现在,立法者、立宪者都不可避免地会出现分歧,而共同秉持原旨主义信条的法官也会对立法的原始含义有不同的理解。因此,探寻原意的根本目的在于找到一种对立法或立宪时所确立的原则的最佳理解(the best understanding)。探寻原意之旅并非完美,毋宁是无限接近完美的旅程。法官必须设身处地地遵循立法者的本意进行裁判,至少必须将自身限制在立法者所确立的原则框架内。^[37]

还有一些原意无法获知论者还常常主张,尽管当代的法官可以了解(know)制宪者的立法原意,但是在时过境迁后,他们却无法理解(understand)制宪者所确立的原则,因为双方所处的是两个完全不同的社会。对此,博克也予以坚决的反击。在他看来,如果上述观点成立的话,那么,我们就没有必要重读古圣先贤流传下来的各种经典,马伯里诉麦迪逊案究竟是否意在创设违宪审查制度也值得怀疑,华盛顿离职演讲和林肯葛底斯堡演说的微言大义也无法参透。^[38] 事实上,已有充足的资料帮助法官了解和理解制宪者的原意。

博克承认,的确存在原意不明或迷失的个别情形。当法官缺乏充分的证据探寻原意,解释就等同于立法。面对无宪法可依的情况,法官应当自觉地停止工作。^[39]

(二) 宪法进化论

博克的第二个回应对象是宪法进化论,即活的宪法(living constitution)论。尽管耶鲁大学法学院巴尔金教授试图调和原旨主义与活的宪法论之间的紧张关系,^[40]但活的宪法论被公认为原旨主义的最大敌人。

博克首先指出,他并不反对宪法与时俱进,而是反对根据当下的智识和道德风潮让宪法改头换面。^[41] 博克直言,遵循原意既不会产生一部僵化的宪法(a rigid Constitution)也不会导致机械的司法哲学(mechanical jurisprudence)。^[42] 相反,它是以保全其价值和权威的方式实现宪法的与时俱进。

接着,他援引自己在奥尔曼诉伊文斯一案^[43]的协同意见系统地论述其与修正主义者秉持的活的宪法论之间的根本区别,并阐明什么样的宪法进化才是正当的。当我们解释一个公认的原则时,该原则不可避免地要与时俱进。当法官面对一个宪法条文时,他们常常发现该条文的要旨相

[36] Robert Bork, *supra* note [4], at 162.

[37] *Id.*, at 162 - 163.

[38] *Id.*, at 164 - 165.

[39] *Id.*, at 165 - 166.

[40] 参见[美]杰克·M. 巴尔金:《活的原旨主义》,刘连泰、刘玉姿译,厦门大学出版社2015年版。

[41] Robert Bork, *supra* note [4], at 167.

[42] *Id.*, at 167.

[43] Bertell Ollman 是位马克思主义者,同时也是马里兰大学政治学教授。1978年,他被提名为该校政府学及经济学系主任。两位专栏作家 Rowland Evans 和 Robert Novak 发表文章抨击 Ollman 教授,号召抵制对他的提名,因为后者将会在学校推动马克思主义运动。Ollman 教授最终落选。他继而在哥伦比亚特区联邦巡回法院起诉 Evans 和 Novak,主张两位被告构成诽谤,要求他们承担相应的责任。巡回法院最终判令原告败诉。See *Ollman v. Evans*, 750 F. 2d 970 (D. C. Cir. 1984) (en banc) (Bork, J., concurring).

对明确,但其射程范围则模糊不清。因此,他们必须不断地通过个案进一步廓清该条文的含义。如果每一个宪法条文的边界是不证自明的话,那么法官以及裁判哲学就失去了存在的意义。^[44] 世异时移,永恒的价值随之发现其适用场域。禁止不合理的搜查和扣押(unreasonable searches and seizures)的第四修正案制定之时,电子监视(electronic surveillance)尚未问世。但是,这并不意味着法官不能通过释明该修正案的核心价值禁止通过电子化的手段侵犯个人隐私。第一修正案的作者们根本无法预见到许多现代通讯方式,但这也并不能阻止法官们从广播和电视中找到新闻自由的价值。^[45]

博克指出,“法官不应当对将旧的原则适用于新的情境心存犹豫,不论这些新情境是因技术变革而产生,还是受传统普通法实践的变化而导致”。^[46] 如果一个法官对既有原则所面临的新威胁视而不见,那么他(她)就构成怠于履行职责。

最后,博克坚持,原旨主义者所秉持的进化观是将旧原则适用于新情况,而不是创造出**全新的原则**(the creation of a new principle)!^[47]

(三) 当代人不受逝者统治论

有些反对原旨主义的人经常质疑道:“为什么我们要受到哪些早已过世的人的统治呢?”类似的责难还有,由于联邦宪法的起草者、批准者们在当时仅仅是少数的社会精英,因此在普选制普及的当下,人们不应当受到制宪者过时作品的约束。^[48]

在博克看来,这些不过是修正主义者有失偏颇的苍白发问。他犀利地反驳道,同样的责难从来就没有针对宪法中的其他重要内容发出。有关总统、国会和法院的职权、选举的时间和方式,以及美国共和政体的其他重要组成部分,这些规则也依然是由两个多世纪前的人所创立。所不同的是,并没有人因此反对死人的统治。同样,对于1890年制定的《谢尔曼法》、联邦最高法院的先例、古老的合同与信托制度,修正主义者也从未提出过质疑。^[49]

博克一针见血地指出,反对死人统治论者仅仅在个人权利领域反对陈规。他们极力主张创设新的权利,并因此不惜推翻符合宪法规定的法律。博克认为,在现有的体制下完全可以创设出新的权利,不论是通过宪法修正案,还是通过国会立法;而且这种实践并不鲜见。因此,从根子上说,原旨主义者的敌人真正反对的并非是死人的统治,而是活着的多数人的统治。^[50]

(四) 宪法非法论

该论调的倡导者打着宪法的旗号实现司法权的广泛扩张。他们的核心观点并不是说司法权缺乏宪法的支撑,而是说该权力不受宪法的制约,因为如果宪法是法的话,这种制约是显而易见的。^[51]

博克将主要矛头指向了斯坦福大学法学院前院长保罗·布雷斯特(Paul Brest)。后者曾

[44] Robert Bork, *supra* note [4], at 167.

[45] *Id.*, at 168, quoting *Ollman*, at 995.

[46] *Id.*, at 169, quoting *Ollman*, at 996.

[47] *Id.*, at 169.

[48] *Id.*, at 170.

[49] *Id.*, at 170.

[50] *Id.*, at 171.

[51] *Id.*, at 172.

言,“尽管宪法第六条宣称宪法是‘本国最高的法律’,但是仅仅凭借自我宣示,一份文件很难获得法律地位,更不用说是最高法了”。“我们这些人并未批准宪法,而那些批准宪法的人早已作古入土了。”^[52]由于宪法的权威是存疑的,布雷斯特主张,宪法唯有通过不断地得到同意或默许(assent or acquiescence)才能最终成为法律。在此过程中,对宪法的原初含义进行补充和修正是不可避免的。^[53]

博克认为,宪法非法论完全违背历史事实。制宪者不仅意在让宪法成为法,而且要让其成为最高法。就连反对制定宪法的人也从未否认宪法是法。^[54]联邦宪法不仅约束联邦法官,而且也约束众议员、参议员以及州层面的各种官员。如果这些其他公职人员一律受到宪法的约束,而联邦法官不仅可以游离于宪法之外,而且可以随意篡改宪法,那将是一个非常奇怪的现象。

每个加入合众国的州都将联邦宪法作为法律看待,并以此作为入盟的条件。联邦国会通过的立法之所以成为法律,因为它们是根据同样是法律的宪法所制定的。^[55]如果宪法仅仅具有“可疑的权威(questionable authority)”,那么联邦国会的立法、总统签署并经参议院批准的条约乃至联邦法院的判决,所有这些根据可疑的宪法做出的决策也都将被认为是可疑的。^[56]

(五) 宪法乃法官之宪法论

最高法院首席大法官休斯有名言:“宪法由法官说了算。(The Constitution is what the judges say it is).”^[57]博克认为,这种断章取义是对休斯本人的误解。相反,休斯显然意识到法官身上所承担的沉甸甸的责任。^[58]

有必要对司法权的实然状态与行使该权力的正当性加以区分。^[59]

从历史维度观察,宪法应具有其制定者所意指的独立含义,而这种独立的含义显然超越于法官的各种言论。因此,法官**必须**将这一含义予以阐明。如果法律并非单纯是赤裸裸的权力,那么最高法院的大法官就有道德上的义务将该含义大白于天下。权力本身不足以催生合法的权威(Power alone is not sufficient to produce legitimate authority)。^[60]

(六) 原旨主义催生政治决策论

在德沃金看来,原旨主义者所鼓吹的政治中立不过是个借口,因为这一司法哲学本身也是一个政治选择。^[61]对此,博克并未予以否认。但他认为,原旨主义所反映的政治内涵并不由当下法官,而是由制宪者所决定。^[62]

[52] Paul Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, 60 Boston University Law Review 204, 234 (1980).

[53] Paul Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding”, 60 Boston University Law Review 225 (1980).

[54] Robert Bork, *supra* note [4], at 174.

[55] *Id.*

[56] *Id.*, at 174 - 175.

[57] Speech at Elmira, New York (May 3, 1907).

[58] *Id.*, at 176.

[59] *Id.*

[60] *Id.*

[61] Ronald Dworkin, “The Forum of Principle”, 56 New York University Law Review 469, 470 (1981).

[62] Robert Bork, *supra* note [4], at 177.

另一种政治决策不可避免论者则主张,原旨主义的司法哲学将会带来政治后果。这些人担心,里根总统提名博克担任最高法院大法官也正是为了扭转最高司法机构的风向。博克坦言,该论调在某种程度上也在为针对他提名任命展开的狙击活动提供正当性依据。^[63]

事实上,宪法裁判理论总是会带来政治后果,但它们不应当具有政治意图。问题的关键并不在于某一裁判哲学会导致什么样的政治后果,而是在该理论的指导下究竟由谁来选择政治后果。原旨主义者主张,制宪者以及当下的立法机关是政治决策的主体,而法院的任务就是落实这些决策。

(七) 忠于原意不可能论

斯坦福大学法学院另一位前院长约翰·伊莱(John Hart Ely)也对解释主义(interpretivism, 原旨主义的代称)发难。他主张,解释宪法不可能仅仅局限于对其条文原意的探寻。原旨主义者有时根本无法解决如下困境,即宪法的某些条文需要借助于文本之外的资源进行解释。^[64] 该主张表明,法官不遵循原意并非是因为他们会比立法者做出更好的价值判断,也不是因为宪法不是法。相反,正是宪法要求法官超越其本文找出其未明文规定的权利。伊莱所倚重的条文是第十四修正案和第九修正案。

第十四修正案的本意在于保护刚解放的奴隶,但却被联邦最高法院扩展为解决许多其他社会问题的工具。其中,正当程序条款已逐渐被一些激进法官解释为含有实体内容的程序保障条款。^[65] 为了避免由此带来的合法性责难,伊莱建议应该动用同条中的特权与豁免条款(privileges and immunities clause)解决合法性危机。伊莱的另一个动议则是将平等保护条款拓展至解决种族歧视以外的其他形态的区别对待,从而实现和特权与豁免条款等价的功能。^[66]

博克认为,特权与豁免条款的立法原意是无法获知的。^[67] 同时,他认为伊莱的建议很可能是违背历史事实的。第十四修正案是由南北战争的胜利方北方州所主导的,它们不可能作茧自缚地通过该条款授权联邦法院系统对自身的决策(种族歧视除外)说三道四。^[68]

伊莱又提出,法官可以借助第九修正案创设宪法并未承认的权利。该修正案规定,“宪法中列举的某些权利,不得被解释为否认或轻视人民所拥有的其他权利”。但是,博克认为,伊莱的上述主张同样缺乏制宪史的支撑。在他看来,位于规定州权保留的第十修正案之前的第九修正案主要强调的是宪法明文规定的权利并不能被用来否认宪法制定前(时)已经存在的由州宪法或法律所保障的其他权利以及普通法上的权利。^[69] 因此,该条与第十修正案共同构成了旨在保障州权的联邦制的重要内容。同时,更没有任何证据证明,制宪者有意让联邦法官借助该修正案创造新权利。他说,如果当时有人提出这样的动议,那一定会成为讨论的焦点,也一定会留下很多历史证据。但事实上,没有只言片语能够支持这样的主张。^[70]

[63] Robert Bork, *supra* note [4], at 177.

[64] John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, 1980), pp. 12 - 13.

[65] Robert Bork, *supra* note [4], at 180.

[66] John Hart Ely, *supra* note [64], at 32.

[67] Robert Bork, *supra* note [4], at 180.

[68] *Id.*, at 181.

[69] *Id.*, at 184.

[70] *Id.*, at 184 - 185.

最后,博克总结道,无论是独立战争,还是内战,其目的都不是为了建立一个司法独裁体制(judicial autocracy)。因此,遵循原意的宪法解释是完全可能的。^[71]

五、结 语

博克的理论并非完美。在他向左右两派违背原旨主义的理论家提出批评^[72]的同时,对他的质疑也随之而来。布鲁斯·阿克曼教授认为,严格聚焦于某一具体条文的法律解释与律师的实务相去甚远。这种只见树木不见森林的解释方法很可能无法参透原始含义。同时,博克自身在对待权力条款和权利条款时也存在双重标准。对于前者,他并未放弃阿克曼等人所倡导的整体解释,只是对后者严格要求就事论事地围绕具体条文展开解释。^[73] 罗纳德·德沃金教授坚持,立法者原意仅仅是解释法律的一个来源,而不是唯一来源。被立法者绑架在各国都是不可接受的,法官有责任根据立法者确定的宽泛原则解决其所面临的道德问题。^[74] 理查德·波斯纳教授将博克的努力与音乐界原声表演运动(authentic-performance movement)相提并论。他认为,原旨主义既不能被看作是解释法律的天然的、不可回避的方法,也不能被视为保守主义者所必须选择的解释方法。^[75]

或许,原旨主义和它的敌人的争论依然会旷日持久。博克的理论在这场论争中也将是双方绕不过去的篇章。

(责任编辑:蒋红珍)

^[71] Robert Bork, *supra* note [4], at 185.

^[72] 被博克点名批评的自由派学者包括亚历山大·比克尔(Alexander M. Bickel)、约翰·伊莱、罗伦斯·却伯、威廉·布伦南大法官;保守派学者则有伯纳德·西根(Bernard Siegan)、理查德·爱泼斯坦、约翰·马歇尔·哈兰大法官等。 *Id.*, at 187 - 240.

^[73] See Bruce Ackerman, "Robert Bork's Grand Inquisition", 99 *Yale Law Journal* 1419 - 1439 (1990).

^[74] See Ronald Dworkin, "Bork's Jurisprudence", 57 *University of Chicago Law Review* 657 - 677 (1990).

^[75] See Richard Posner, *Bork and Beethoven*, 42 *Stanford Law Review* 1365 - 1382 (1990).