

美国法律解释方法再研究

——以意图主义与新文本主义之争为中心

敖海静*

目次

一、引言	二阶审查法展开
二、意图主义的式微与新文本主义的兴起	(一) 谢弗伦二阶审查法及其两种解读
(一) 作为主流解释方法的意图主义： 20 世纪 90 年代之前	(二) 借助谢弗伦二阶审查法展开的新论争
(二) 对意图主义的批判	四、迈向去基础主义：美国法律解释方法论 争的批判性审视
(三) 新文本主义的兴起：斯卡利亚及其 影响	(一) 传统批判进路的回顾与反思
三、意图主义再战新文本主义：借助谢弗伦	(二) 迈向去基础主义的法律解释
	五、结语

摘要 意图主义和新文本主义之间的论争贯穿了美国法律解释理论发展的始终。20 世纪 90 年代之前，意图主义是占主导地位的法律解释方法，体现了一种阶层式的分权观。伴随着法律现实主义、公共选择理论和形式化分权观带来的学术批判，新文本主义解释方法逐渐兴起。在 90 年代，双方对谢弗伦二阶审查法进行了符合自身理论需求的解读，并以此为载体展开新一轮论争。对这场论争需要加以反思。当一种法律解释方法不将正当性诉诸自身的实效，而是某种民主分权原则时，就会走向一种基础主义的版本，走进自身所批判的理论困境。应当破除对基础主义的迷信，从法官解释制定法的制度条件、经验工具和解释后果等因素重新审视作为方法的解释理论所内含的实践理性，从而沟通法律解释的理论与实践。

关键词 法律解释 意图主义 新文本主义 谢弗伦二阶审查法 去基础主义

* 华中科技大学法学院讲师、法学博士。

一、引言

人民通过选举产生的代表制定宪法和法律,并由具备法律专业知识的法官独立适用法律是现代民主法治国家的基本要义。换言之,民主和法治是现代国家普遍采纳的原则。美国也不例外。通常来说,这两项原则是互补的。一方面,人民的各项权利由具备普遍性、可预期性的法律所保障;另一方面,这些法律奠基于人民通过议员所表达的同意。然而当法官对这两项原则的优先性的看法产生分歧时,便会影响到法院对自身与议会、行政机关之间关系的定位。换言之,法院采纳的特定分权观念必然影响其对法律的解释和适用。如果法官认为民主原则比法治原则更为基础,则通常会将法律解释的目标定位于立法者的意图而非法律文本的客观含义,此时的法院更像是民主的传声筒和议会的代理人。这种主张在美国的法律解释学上被称为意图主义(intentionalism)。反之,法院则认为自身应当是与议会、行政两部门鼎足而立的三权之一,因此在解释法律时应当着重于对文本客观含义的探求,不受其他机关影响而如其所是地解释和适用法律,如此方能确保法律的客观性和可预测性。此即为法解释学上的文本主义(textualism)。

通常情况下,作为文本主义最基本的解释规则的平义规则(plain meaning rule)会得到多数法官的赞同。但问题在于,当法律条文的含义并不显明,且与文义直接相关的解释资源均不足以合理厘清文义时,法官能否借助立法史的资料进行法律解释?对此,美国法学界争议颇大。部分持意图主义的学者认为不仅要充分利用立法史资料,而且立法者的意图本应优先于文义,此时的平义规则在这一学派也显得更柔性(soft)一些。^{〔1〕}当然仍然存在对立法者意图的优先性持绝对立场的严格意图主义者,如罗伯特·博克(Robert Bork),与其他意图主义者的区别往往并不清晰,影响也不容小觑。持文本主义的一派则认为法官只能在极为少见和特殊的情况下探寻立法者的意图,而且探寻的目标也应止于帮助厘清文本含义。更有甚者,随着安东宁·斯卡利亚(Antonin Scalia)大法官在1986年发表的演讲而逐渐兴起的新文本主义已经推动了法律解释的目标由原初的立法者意图转向文本的原初含义,^{〔2〕}该理论的核心思想就是宪法和制定法的含义就是文本的原初公共含义,因此也被称为刚性文本主义。

斯卡利亚进入联邦最高法院后积极倡导新文本主义的解释方法,极力反对大法官们混用文本主义和立法史资料考察,试图抵制当时处于主导地位的意图主义解释方法。这也迫使其他人不得不在意图主义和文本主义的特征与关系问题上进行更充分的探究和论证,由此也使得联邦最高法院的法律解释动见观瞻,实务界和学术界无不期望对它的判决模式,以及法律解释与政治、法律理论之间的关系做出更深入的研究。正是在这个背景下,美国的法学家们生产出了对法律解释进行批判性理解的庞大的理论资源。与此同时,联邦最高法院在1984年的谢弗伦诉自然资源保护委员会案中提出了处理行政机关法律解释的二阶审查法,即先混用意图和文义来确定国会是否曾对系争问题做出指示。如果没有,则视同国会在法律中宣示政策后赋予行政机关宽泛的裁量权以实现法律的政策目的。^{〔3〕}然而这一法则对于独尊刚性文本主义的斯卡利亚,以及后来担任联邦最

〔1〕 See William N. Eskridge Jr., Philip P. Frickey & Elizabeth Garrett, *Legislation and Statutory Interpretation*, Foundation Press, 2000, p.223-227.

〔2〕 See Caleb Nelson, *Originalism and Interpretive Conventions*, 70 *University of Chicago Law Review* 519, 555 (2003).

〔3〕 See *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

高法院大法官的肯尼迪(Anthony M. Kennedy)和托马斯(Clarence Thomas)来说是难以接受的。但由于谢弗伦案已成先例,斯卡利亚遂一方面勉强遵循该案规则,另一方面则对这一先例做出了符合新文本主义的解读。如此一来,联邦最高法院内部的意图主义与文本主义之争就变得更加诡谲和激烈了。然而就本文关注的核心问题——当法律条文的意义并不显明,法官能否借助立法史资料进行解释,以及由此衍生的更广泛的法律解释中的意图和文义之关系问题而言,这段诡谲且激烈的论争恰好是再合适不过的研究样本。

二、意图主义的式微与新文本主义的兴起

(一) 作为主流解释方法的意图主义: 20世纪90年代之前

当适用于个案的法律规范的文义清晰明确时,法官通常会遵守平义规则。因为出于对立法者先定约束的尊重,人们通常假设立法者已经通过显明的法条文义表达了自身意图,两者是融贯的。然而20世纪90年代以前,在几种常见情形中,法院逐步强化对立法史资料的使用,积极探究立法者的意图。^{〔4〕}换言之,除了那些几乎不太需要更多解释技巧的少数情形,意图主义是这一时期占主导地位的法律解释方法。

首先,即便法律规范的文义很明确,法官仍会以对立法者意图的探求来强化文义解释结果的正确性。在田纳西河管理局诉希尔案中,联邦最高法院多数意见认为《濒危物种法》第7条的文义相当明确,但面对上诉人和提出异议的大法官的挑战,多数意见在对立法史资料做了长达20页篇幅的详尽分析之后认为,国会就是意在要求所有联邦部门都必须毫无例外地确保其计划和行为不得危及濒危物种和关键栖息地,第7条已用显白的文字明确无误地表达了立法者的意图。^{〔5〕}换言之,文义解释能否独立作为解释方法尚有疑虑,其解释结果的正确性很大程度上需要立法者意图的“担保”和证明。

其次,当法律文义模糊时,法官借助立法者意图来厘清文义。此时法官看似坚持文义解释方法,但由于条文平义不显,则必须借助立法史资料等其他资源详解文义。事实上,这种做法的假设性前提依然是对立法者美德的信任,即便文本的语言表述客观上不是那么清晰无误,但在主观上立法者不可能故意选择不能正确表达其立法意图的语词,对文义的正确解释就是在识别他们的意图,反过来也可以说,也只有立法者的意图才是文本用语要表达的正常含义。^{〔6〕}在移民归化局诉卡多塞-丰塞卡案中,联邦最高法院内部就《难民法》第101条中关于举证责任规定的文义是否清晰明确产生严重分歧。斯蒂文森大法官(John Stevens)撰写的多数意见认为该规定所用的“这个词组通常且显白的文义丝毫不容任何折扣”,^{〔7〕}但以鲍威尔(Lewis Powell)为代表的三位提出异议的大法官则坚持认为斯蒂文森忽视了该条所规定的“有充分根据(well-founded)”这一前提,而根据充分与否则难以就语词的含义本身做出判断,必须根据先前制定的《移民与国籍法》第243条加以判定。^{〔8〕}针对这一异议,斯蒂文森把目光投向了立法者的意图。

〔4〕 See John F. Manning, Matthew C. Stephenson, *Legislation and Regulation*, Foundation Press, 2010, p.44-45.

〔5〕 See *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153, 173-193 (1978).

〔6〕 参见海静:《文本、宪法解释与第二修正案——以 District of Columbia v. Heller 为中心的分析与展开》,载姜明安主编:《行政法论丛》第20卷,法律出版社2017年版,第300页。

〔7〕 See *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 430-432 (1987).

〔8〕 *Ibid.*, at 459-461.

他正是根据立法史资料指出立法者以不同于《移民与国籍法》的用语制定《难民法》乃是为了向更宽松的国际条约的标准靠拢。同时,根据参众两院协商委员会的记录,该会否决了统一上述两项法案关于举证责任规定的提案。因此,立法者的意图正是多数意见所解读出的条文含义。

最后,当适用法律规范的文义将导致极为荒谬的结果,或文义明显不利于立法史资料所体现的立法者意图的实现时,法官得以文义违反立法者原意或立法目的为由,推翻文义,另作符合立法者意图之解释。换言之,立法者意图作为法律解释论点的功能优先于文义。不同于上述第二种情形,此时法律规范的文义是清楚明确的,但却抵触了立法者的意图;也不同于第一种情形,此时并非是借助立法者意图强化文义解释的结果,而是以意图推翻文义。典型如1982年的圣三一教堂诉美国案,根据1885年《外籍劳工法》第1条和第5条的文义,外国牧师也属于禁止引进的“劳工(labor)”。但联邦最高法院指出,根据立法史资料可以察知,国会通过“劳工(labor)”这个词是要限制体力劳动者,防止国内产业引进廉价劳力从而挤压本国工人的就业空间,国会绝不可能禁止美国这个基督教国家引进神职人员。“即便法律的用语指涉了某物,但如若该物显然溢出了立法者意图的涵盖范围,那就不能说法律应当适用于该物”,^[9]此时立法者的意图才是正确解释法律的钥匙。

这种意图主义的解释方法实际上反映了这一时期占主导地位的分权观念,即根据人民主权的民主原则,立法者的意图就是法律的灵魂。法院固然要解释和适用法律,但解释和适用法律的目的在于贯彻人民的意志,促进人民的自治。政治统治的正当性奠基于人民的同意,法院绝不享有实施未经人民(通过议员表示)同意的法律之权力。因此,在与国会的关系上,法院应是民主的传声筒和国会的代理人。当法律适用发生疑义时,探求代表民主多数的立法者的意图实为法治的当然之义。此时,说民主和法治两原则是融贯的,不如说是民主吸纳了法治;说法院在“司”法时是独立的,不如说它在政治上是从属的。意图主义的解释方法背后隐藏着一种阶层式的分权观。具体到解释的方法上,为了探究立法者的意图,法官必然要借助诸如立法史资料这样的资源。这些资源包括委员会记录、各种提案、听证会记录、本身非立法者的起草人的观点、立法者有意不作为的记录,以及后续的立法史等。^[10]然而立法者不是圣人,总会存在其无法预见,进而不可能讨论到但司法却又必须面对的情形。对此,有学者指出,法官毕竟不是立法者,通过立法史资料考察立法者意图固然可称为发现的过程,但实际上也可归属于一种想象。在此意义上,法官不仅可以考察那些立法者已经讨论过的问题,甚至在面对立法者未曾面对的问题时亦可通过重构将之纳入与之相关的问题脉络中,想象自己如是当时的立法者将会如何抉择这种更抽象的问题。由于这种想象的结果是一种意义脉络之内的重构,因此又称为想象性重构,^[11]其仍然处在意图主义的延长线上,或者说是一种“另类”的意图主义。

(二) 对意图主义的批判

意图主义的解释方法及其背后的阶层式分权观在80年代后期开始遭到强烈的批判。这些批判大致可分为两种进路:立法史资源的可信性批判和基于分权原则的批判。与此同时,斯卡利亚被提名进入联邦最高法院。伴随着学术批判和斯氏新文本主义实践的展开,传统的意图主义解释

[9] Church of Holy Trinity v. United States, 143 U.S. 457, 472 (1892).

[10] See William N. Eskridge Jr., *The New Textualism*, 37 UCLA Law Review 621, 632-640 (1990).埃斯克里克奇教授在文中详细说明了法院曾用哪些立法史资料来发现立法者的意图,并根据这些资料对法律解释结果的影响程度将它们排列成具有位阶关系的体系。

[11] 参见[美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第345页。

方法逐步式微了。

不论是通常的意图主义方法,还是想象性重构,都预设了立法者意图既是客观存在的,也是可以被探求、发现乃至重构的。但这个前提预设早在20世纪前期就遭到法律现实主义学派的挑战。法律现实主义在规则和事实的双重意义上解构了法律确定性的神话,并由此质疑了立法者意图能够被发现,甚至否定具有确定性的集合或单一的立法者意图的存在。^[12]但意图主义遭到的最直接、激烈的学术批判则发生在80年代后期。这一时期,新兴的公共选择理论率先从两个方面发起了对意图主义的批判。首先,就想象性重构来说,当时的立法者将如何处理其实际上未曾预料的问题这个问题本身就具有高度的不确定性。这种不确定性体现在国会集体讨论中的高度复杂性和偶然性——要讨论什么议题、如何讨论、以什么前提展开讨论都有赖于主持人、提案人等如何安排议事,提供什么样的备选方案。但法官如何穿越时空确定这些问题?埃斯克里奇就以此为由批评伦奎斯特大法官(William Rehnquist)在钢铁工人联合会诉韦伯案中对“当时的立法者会如何办”这一问题的重构,指出这种重构会因问法的不同而有不同的答案。^[13]公共选择理论的第二个批判是质疑立法史资料能切实传达或反映特定立法者的真实意图。在现实的代议政治中,议员的言行通常都是策略性的,而非出于真诚。传统公法学认为,在理想化的民主制度中,法律是通过“一人一票”的平等原则对立法者意图的真实反映。然而,这种看法终究是一种美好的政治理想。在公共选择理论的视野下,立法环境类似于市场环境,只不过是一个政治市场罢了。在这个市场中,各种利益集团和游说者都试图推动有利于其所代表的选民群体利益的立法。^[14]事实上,根据这种理论模式,议员被看作立法的供应者,各种利益集团则在较小的意义上被视为公众的替代角色,成为立法的需求方。但这种供需过程并不是传统经济学教科书中的自愿供给,而是由于组织成本太高和国家作为一种强制机制而被迫屈从的供给。操纵这种立法供需过程的就是那些实际监控立法过程的政治家、官僚和其他政治代理人,这些人就是公共选择理论所称的“政治经纪人”。他们“将集中关注那些有利于组织良好和集中的利益集团的利益的法律安排,而代价就是那些分散的利益。通过有效地配对立法的需求方和供给方,这些人在立法市场中建立了一种均衡关系”。^[15]正是在这种意义上,法官难以将某议员的意见视作立法者意图的代表,立法者的意图不仅是难以识别的,甚至可以说根本就不存在一种确定的立法者意图。

在学界的另一端,对分权和法治原则持形式主义立场的学者只会在考察立法者意图有助于确证法律规范的客观含义的前提下赞同意图主义的立场。但晚近的形式主义观念对这一前提持怀疑态度,80年代后,形式主义阵营对意图主义的批判不断增强。这种批判主要体现为以下三种进路:第一,强调坚持文义解释是防止国会篡夺宪法赋予法院解释法律的权力的必要条件。这种观点主要体现在1989年司法部作成的立法史考察评估报告中,其内在逻辑是法官如倾向于立法者意图则会沦为国会的附庸,因为国会可以通过改变自身意图来控制司法。^[16]第二,强调文义解释

[12] See Max Radin, *Statutory Interpretation*, 43 *Harvard Law Review* 863, 870-872 (1930).

[13] See William N. Eskridge Jr., Philip P. Frickey & Elizabeth Garrett, *Legislation and Statutory Interpretation*, Foundation Press, 2000, p.218-220.

[14] 参见敖海静:《公共选择与法律——利益集团理论述评》,载谢进杰主编:《中山大学法律评论》第16卷第1辑,中国民主法制出版社2018年版,第236页。

[15] Robert D. Tollison, *Public Choice and Legislation*, 74 *Virginia Law Review* 339,343 (1988).

[16] See United States Dept. of Justice, Office of Legal Policy, *Using and Misusing Legislative History: A Re-Evaluation of the Status of Legislative History in Statutory Interpretation*, University of Michigan Library, 1989, p.34.

是防止法院篡夺宪法赋予国会形成政策的立法权的必要条件。换言之,法官在解释法律时借助立法史资料推翻明确文义将大幅强化法官自由裁量和造法的权力,而立法史资料几乎可以用来支持所有命题,这无疑是对民主和分权原则的极大侵害。^[17] 第三,不论对立法史的考察引用的是提案人的说明、委员会记录,还是参众两院的协商记录,都会歪曲宪法所规定的所有权力分支在法律生效和实施过程中所分别承担的结构角色。因为根据宪法的规定,制定法的生效不是国会其中一院或其中某委员会、议员,更不是总统独自行为的结果,而是各权力分支根据宪法规定的权限和程序“协力”过程的产物。对立法史的考察不可能面面俱到,此无异于破坏了宪法所规定的其他权力分支(譬如总统)使法律生效的结构条件。^[18] 总体来看,上述三种进路各有侧重,但均蕴含了一种不同于意图主义背后的阶层式分权观的观点,即司法与立法应严格分立,均不可干预宪法赋予彼此的权限与功能,立足文本的文义解释方法则有助于维持这种分权的宪制架构。与此同时,恰是这种形式主义的立场也间接回应了公共选择理论的批判,即不论立法过程的民主正当性如何受到解构,司法部门所接受的仅是作为这一过程最终结果的法律文本,并假定文本本身已经承载人民和立法者的意志。因此,尊重文本的解释方法于此建立了与形式主义分权观的勾连,反而重构了民主的想象。

(三) 新文本主义的兴起：斯卡利亚及其影响

斯卡利亚在担任联邦上诉法院法官期间并未一概否定立法史资料在法律解释中的作用,这可能和当时联邦最高法院在所有涉及制定法解释争议的案件中都会援引立法史资料有关。自1986年进入联邦最高法院后,斯卡利亚开始在裁判中否定意图主义解释方法的正当性,大力倡导刚性文本主义。他在卡多塞-丰塞卡案的异议意见中指出,法官的任务是解释法律而不是重构立法者的原意,“如果国会已通过文义清晰地表达了意图,法官就不能用未经国会正式通过的,自己建构出的立法者意图取代立法者通过明确文义表达的意图”。^[19] 因此,他坚决反对法院利用诸如委员会记录、议员的讨论等资源探求所谓的立法目的,认为这种做法实际上是以不具立法权的国会内部机构取代享有立法权的国会整体,以未经立法程序的文本取代经过正式立法程序的文本,^[20] 违背了法院依“法”审判的原则。在美国诉泰勒案中,他再次强调了法院负有维持宪法所赋予各政府分支权力的完整性的消极义务,以防止国会内部机构享有整个国会的立法权。^[21] 对斯卡利亚来说,立法史资料本身是否真的有助于探究立法者意图,抑或在多大程度上有助于厘清文义并非重点。他并不关注这种法律现实主义的批判进路。换言之,意图主义方法之所以错误,并非源于它实效不佳,而是因为它会导致法院的角色错位,法院不以正式的法律文本为判案依据即是篡夺作为整体的国会的立法权。

就法律解释的目标来说,斯卡利亚坚持法官应当探求法律文本的客观含义,而不是所谓的立法者意图,这是他与意图主义的区别。在文本主义脉络内部,他既反对传统的平义规则,因为平义规则并不拒绝对立法史的考察,尤其在立法史资料强化平义规则的解释结果的情况下;同时他也将自己区别于严格的文本解释者,认为好的文义解释者不会过于拘泥于文字,严格解释是一种变

[17] See Frank Hoover Easterbrook, *The Role of Original Intent in Statutory Construction*, 11 *Harvard Journal of Law and Public Policy* 59, 62-63 (1988); Kenneth W. Starr, *Observations about the Use of Legislative History*, *Duke Law Journal* 371, 376 (1987).

[18] See Easterbrook, *supra* note [17], at 64-65.

[19] *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 452-453 (1987).

[20] See *Thompson v. Thompson*, 484 U.S. 174, 191-192 (1988).

[21] See *United States v. Taylor*, 487 U.S. 326, 344-345 (1988).

质了的文义解释形式,“法律文本不应做严格解释,同时也不应做过于宽泛的解释,而应做合理的解释,应当包含所有其应该包含的含义”,而这也并非不能做到,因为“法律用语一般都具有相对固定的含义”。^[22]正是这种“固定的含义”才是应当约束法官和统治人民的东西,频繁的变化是人治而不是法治。马歇尔大法官(John Marshall)曾告诫世人“不要忘记,我们正在解释的乃是一部宪法”,很多人从中解读出应当与时俱进、灵活开放地解释宪法。斯卡利亚则认为这是一种误解,恰相反,马歇尔的意思是宪法必须作宽泛解释,因为宪法赋予国会的权力必须足够广泛,如此才能满足联邦政府当时和未来的需求。如果宪法解释应随着不断变化的时势而变,就没有必要对其原本含义做出宽泛解释。^[23]但这种“固定的含义”并不是自己给自己蒙上眼罩,对法律的目的视而不见和在法律的社会适应性方面无所作为,它还应当是一种“合理的解释”,既不脱离文本,又不咬文嚼字,而要在上下文语境中对法律语词做出合乎人们通常理解的解释。正如斯卡利亚后来强调的,法官就是要在文本中寻求一开始就赋予其间的意义,并拒绝对法律文本起草者的文本外的派生目的和公平阅读预期结果的可取性进行猜测。^[24]换言之,文本主义既不同于考虑文本目的的意图主义方法,也和考虑文本的可加工性并追求明智和令人满意的解释结果的实用主义方法相区别,而应当是努力探求内含于文本意义射程之内的合乎常理的“固定含义”。这里的“固定”既指向文本语词本身的含义,也受制于由上下文语境所“固定”的常理。对此,斯卡利亚用了一个案件进行说明。涉案法律规定在毒品犯罪中“使用枪支”构成加重处罚情节,史密斯因以一把已向毒贩展示过,且未装弹的枪交换毒品被法院加刑。斯卡利亚提出异议,认为对“使用枪支”这一用语的合理解释应该是以枪支通常被使用的方式使用枪支,即作为武器来使用。多数意见的解释显然偏离了对语词文义正常合理的理解。

斯卡利亚对新文本主义的倡导给联邦最高法院的法律解释实践带来了变化。据埃斯克里奇统计,在斯卡利亚刚担任大法官的1986—1988年开庭期,以文义规则解释系争法律的案件超过一半,并且在文义明确时仍考察立法史的情形也明显减少,而其他学者对1989年和1990年开庭期的考察也印证了这一趋势。^[25]除统计结果外,从其他大法官的意见书中也能发现斯卡利亚的影响。1991年进入联邦最高法院的托马斯自不必说,其立场几与斯卡利亚完全一致。即便作为摇摆票的肯尼迪也或多或少受到了新文本主义的影响。在公民诉司法部案的协同意见中,肯尼迪指责多数意见援引谢弗伦案,通过考察立法史进行解释的作法充其量只是推理上的自我安慰,不仅未对参众两院分别通过法案的终局性和约束力给予适当尊重,事实上也根本无助于法院开展符合分权原则的解释实践。^[26]不仅如此,诸如伊斯特布鲁克(Frank Easterbrook)等联邦上诉法院法官在司法中也积极践行新文本主义,不少学者也主张新文本主义才是法律解释的“王道”,新文本主义的

[22] [美]安东宁·斯卡利亚:《联邦法院在解释宪法和法律中的作用》,载[美]安东宁·斯卡利亚著、罗纳德·德沃金等评:《联邦法院如何解释法律》,蒋惠岭、黄斌译,张泰苏校,中国法制出版社2017年版,第32—33页。

[23] See Antonin Scalia, *Originalism: The Lesser Evil*, 57 *University of Cincinnati Law Review* 849 (1988).

[24] See Antonin Scalia, Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, West Publishing Company, 2012, p.xxvii.

[25] See Eskridge Jr., *supra* note [10], at 656—657; Patricia M. Wald, *The Sizzling Sleeper: The Use of Legislative History in Construing Statutes in the 1988—99 Term of the United States Supreme Court*, 39 *American University Law Review* 277, 288—289 (1989).

[26] See *Public Citizen v. United States Department of Justice*, 491 U.S. 440, 468—469, 472—473 (1989).

影响可说是如日中天。然而意图主义并未就此消失,作为一种渊源深厚的解释方法,其在 90 年代试图根据谢弗伦案确立的二阶审查法再战新文本主义。

三、意图主义再战新文本主义：借助谢弗伦二阶审查法展开

(一) 谢弗伦二阶审查法及其两种解读

如前所述,自 20 世纪 80 年代末,联邦法院逐渐经历了一场法律解释方法上的变迁。在法律现实主义、公共选择理论和形式主义分权观的批判下,传统的意图主义的影响力逐步式微,新文本主义同时在学术和实践两方面高歌猛进。尽管意图主义的主导地位不复存在,但由于联邦法院仍会使用立法史资料,因此两种立场的争论远未终结。1984 年,联邦最高法院在谢弗伦案中提出了用以审查行政部门对国会立法的细化与解释是否超越授权的“谢弗伦二阶审查法”,为意图主义与新文本主义在 90 年代的新论争添了柴,对美国法律解释方法的理论与实践产生了深远影响。

行政权的崛起是公法在 20 世纪面临的巨大挑战,也是现代行政国和福利国的基本特征。囿于自身在知识、效率和强制力等方面的不足,当代的议会立法通常只是为某一领域确立规制框架,同时授权行政部门制定细化法规以实现政策目标。这也为法院带来了新的挑战,即当行政部门的法规受到合法(宪)性质疑时,法院必须裁判其对立法的解释与细化是否超越国会的授权。但问题是法院应如何对此加以审查和裁判?抑或说,是否存在判断行政部门解释与细化作业的审查标准?事实上,在谢弗伦案之前,联邦法院在审理此类问题时除了依据前述的意图主义、文本解释,以及注重语境和结构的解释方法以外,通常还会考察行政部门是否在较长时段为相同的解释、是否获得国会明示或者默示的认可等因素,而且没有哪一个具体因素处于排他性的支配地位,整体上也并不存在一种固定的审查标准。^[27] 例如,在斯基德莫尔诉斯威夫特公司案中,法院为审查行政部门的解释性规则是否符合国会立法的授权范围,综合考量了行政部门“考虑的周全性”“推理的有效性”“前后行为的一致性”,以及“所有使其有效的要素”等因素。^[28] 当然,意图主义和文义解释也几乎都不同程度地牵涉进法院的审查作业中。事实上,国会长期未修正行政部门的解释即是一种对其符合自身意图的默认。但总体来看,在谢弗伦案之前,联邦法院审查行政部门法律解释合法性的标准并不清晰,处于一种纷乱混杂的状态。

事实上,正是因为此前审查标准的纷乱混杂,法院才是个案中法律解释的最终决策者。但在谢弗伦案之后,上述情况在理论上发生了重大变化。依据 1977 年《清洁空气法》,空气质量未达标地区不论是新建,还是改建工厂都必须得到环境主管机关的核准。联邦环保署为了缓解该法的过度严苛,以总量控制的概念来解释“改建”,即只要工厂能证明其排放总量保持不变,其改建就无需申请核准。联邦最高法院判决行政部门的解释符合国会的授权范围,但该案的重大意义并不在具体的裁判结果,而在审查标准和方法论层面。斯蒂文森撰写的多数意见提出了一种比之前更显体系化的二阶审查法。该法则建立了一种相对单纯的审查标准,法院要决定的问题变成国会立法对系争问题是否有明确指示,并据此选择是遵从国会还是行政部门,只有在十分极端的情形下方能自为解释。具体而言,“法院在审查行政部门对制定法的解释时面临着两个

^[27] See Thomas W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101(5) Yale Law Journal 969, 972, 974 (1992).

^[28] See *Skidmore et al. v. Swift & Co.*, 323 U.S. 134, 140 (1944).

问题：第一，法院要借助传统的制定法解释方法^{〔29〕}探究国会是否直接讨论过系争问题，如果国会的意图是明确的，审查便到此结束，不论是法院还是行政部门，都必须执行国会明确表达的意图。第二，如果法院认定国会并未直接处理系争问题，法院仍不能像同时也不存在行政部门的解释时那样径自解释制定法。相反，如果制定法对系争问题没有规定或者有歧义，那么法院的任务则是判断行政部门的解释对制定法来说是否是一种合理的解释”。^{〔30〕}这意味着法院用一种二阶审查法统一了以往混杂的审查标准。法院首先要用传统的解释方法来确定国会立法是否存在对系争问题的明确规定，若有，则直接适用国会立法；如若没有方才进入第二阶段的审查。然而在第二阶段法院也不拥有直接决定法律解释的权力，行政部门的解释仍处优先地位，除非这一解释连最起码的合理性都不具备。这无疑是说法院不能以自己对法律的解释取代行政部门的解释。正是在此意义上，桑斯坦将谢弗伦案称为行政国的马伯里案或反马伯里案，因为“它重新界定了有关谁被委托对含义不明的制定法进行解释的一系列观念，也以一种隐性的方式重订了到底什么是法律解释……改变了法院、国会与行政部门之间的分权关系”。^{〔31〕}

尽管谢弗伦二阶审查法统一了之前纷杂的审查标准，但并没有一劳永逸地解决问题。事实上，这一新的审查标准对联邦法院法律解释实践带来的纷乱并不比之前意图主义和文本主义的论争少。究其根本，意图主义和文本主义乃是法律解释最具正当性的两种进路。正所谓万变不离其宗，任何新兴的标准、方法皆是这两种进路的变异或衍生。具体而言，多数意见在谢弗伦二阶审查法中为决定是否进入第二阶段的审查设置了暧昧不明，乃至相互矛盾的双重前提。首先，法院必须先借助传统的制定法解释方法探究国会是否直接讨论过系争问题，而且只有在“国会的意图”不明确时才能展开第二阶段的审查。^{〔32〕}这是一种倾向意图主义的解释方法。然而此后多数意见却又提出另一种进入第二阶段审查的前提条件，即“制定法对系争问题没有规定或有歧义”，这显然又是一种新文本主义的立场。当法院根据谢弗伦二阶审查法进行审查时，究竟要依“传统制定法解释方法”综合多种材料探究国会意图，还是据文本主义立场，以制定法对系争问题有无规定或有无歧义来判断是否进入第二阶段的审查？事实上，在谢弗伦案之后的30多年间，围绕如何确定进入第二阶段审查的前提条件的问题始终争论不休，而且争论还在不断扩大。不论是联邦最高法院，还是各联邦上诉法院，对该二阶审查法中的第一步确立的解释方法究竟是偏向意图主义，还是新文本主义，法官们仍然众说纷纭。^{〔33〕}由此观之，作为一种文本，联邦最高法院的判决也免不了被解释的命运，谢弗伦二阶审查法也为意图主义和新文本主义的新一轮论争“预留”了空间。

斯卡利亚指出，由于谢弗伦二阶审查法意在限制法院以自己对法律的解释取代行政部门的解

〔29〕 需要说明的是，应在第一阶段的审查中使用各种传统制定法解释方法这一要求是斯蒂文森在意见书中专门用一个注释提出来的。同时，从他在意见书中既考察立法史，又分析文义的做法，以及对“语言并不具有决定性……任何国会的‘意图’都能从这一语言中识别出来……”的强调，可知他所谓的“传统制定法解释方法”基本就是本文前述的不否定平义规则的意图主义。See *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 843, note 9, 838, 862 (1984).

〔30〕 *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 842-843 (1984).

〔31〕 Cass R. Sunstein, *Law and Administration after Chevron*, 90 (1) *Columbia Law Review* 2071, 2075 (1990).

〔32〕 参见黄丞仪：《洁净空气，如何解释？——从 *Duke Energy*(2007)与 *Massachusetts v. EPA*(2007)论美国行政法中立法目的、行政解释和司法审查之关系》，载《台大法学论丛》第44卷第3期(2005年)，第696页。

〔33〕 See John F. Manning, *Chevron and Legislative History*, 82 *The George Washington Law Review* 1517, 1539-1540 (2014).

释，“只要法律文字在字义上有不清楚之处，行政机关就依谢弗伦案取得解释的优先权”，^[34]其精神实质就在于将政策的形成权保留给具有民主正当性的政治部门。因此，奠基于形式主义分权观的新文本主义才是确保其发挥效应的合理的解释方法。例如在前述卡多塞-丰塞卡案中，多数意见通过使用“各种传统制定法解释方法”发现了国会的意图，据此否定了移民归化局对《难民法》的解释。对此，斯卡利亚在协同意见中进行了激烈批判，认为多数意见的推理存在两个严重错误：首先，多数意见也认为法律条文的文义和结构已经非常明确，因此根据谢弗伦二阶审查法，已不存在再考察立法史的任何正当理由。其次，多数意见对二阶审查法的解读也是错误的。因为使用“各种传统制定法解释方法”意味着法院能以考察立法史而重构出的立法者意图来取代理行政部门的解释，此无异于掏空二阶审查法的价值根基。^[35]在斯卡利亚看来，所谓“重构”不过是法官自己的意图和偏好。

卡多塞-丰塞卡案十分清晰地展示了意图主义者和新文本主义者各自是如何解读和运用谢弗伦二阶审查法的。意图主义者强调的是运用传统制定法解释方法识别“国会的意图”，文义是否明确只是为之提供佐证，本身不具有独立确定解释结果的意义。但新文本主义者则一贯排斥诸如立法史考察等传统进路，认为是否进入第二阶段审查的标准仅奠基于文本是否有歧义。即便有歧义，在第二阶段审查中对制定法含义具有决定意义的一般也应是行政部门的解释，并不需要法院再次借助其他资源厘清文义。意图主义和新文本主义对二阶审查法不同解读构成了有关法律解释方法的新一轮论争。这一论争不仅再次展示了各自方法的基本特征，也进一步凸显了法律解释背后不同民主与分权观念间的张力。

（二）借助谢弗伦二阶审查法展开的新论争

虽然谢弗伦二阶审查法似乎意在限制法官造法，甚至被称为谢弗伦遵从法则，并因此似与新文本主义有某种亲缘关系，但事实上两者间是否存在深入联系的问题一开始并未受到多数学者的关注。这可能有以下两个原因：首先，新文本主义与二阶审查法中蕴含的意图主义相冲突；其次，新文本主义也与二阶审查法预设的法院作为立法和行政部门的忠实代理人原则相冲突。^[36]相反，从表面上看，意图主义者在运用二阶审查法时似乎并未感到困难，毕竟他们既不极端排斥平义规则，也乐于借助更广泛的解释资源，因此在面对这一先例时会有更大的回旋空间。但这种论说更多的只是一种表面上的“逻辑推演”，方法和工具最终要服务于理论立场。正如上文所揭示的，谢弗伦二阶审查法本身的暧昧不明使意图主义和新文本主义分别解读出了不同版本，不仅给新一轮的法律解释方法论争“预留”了空间，事实上也决定了自身作为先例的尴尬地位，乃至不免走向式微的命运。

针对二阶审查法为决定是否进入第二阶段审查而设置的晦暗不明的前提条件，斯卡利亚指出，要使二阶审查法发挥良好效果，最重要的就是确认国会对系争问题是否有过明确规定，以及规定是否有歧义。毫无疑问，专注于文本的原初客观含义的新文本主义是执行这一任务的最好方法。因为该方法拒绝考察立法史等文本之外的资源，这就杜绝了法官误解乃至曲解文义提供的明确指示，也避免了行政部门的解释过早渗入第一阶段的审查，对法官理解文本产生干扰。换言之，文本的客观含义是判断是否授权行政部门的唯一方法。在第一阶段的审查过程中，不仅各种立法史资料应排斥于法官视野之外，行政部门的解释和一贯实践也非法官审查的对象，反而应受有效推定之保障。这似乎是说，行政部门固然不能超越国会授权形成规制政策，但根据谢弗伦二阶审查法，法院更不能越过文义自行

[34] 见前注[32]，黄丞仪文，第696页。

[35] See *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421, 452 - 455 (1987).

[36] See Thomas W. Merrill, *Textualism and the Future of the Chevron Doctrine*, 72 (1) Washington University Law Review 351, 352 - 354 (1994).

创设国会是否授权的判断前提,从而对行政部门作“有罪”推定。因此,“根据我的经验,一个人对制定法采取严格解释的程度,与他对谢弗伦案的支持度以及愿给予该案多大的适用范围有着非常密切的关联。原因是显而易见的。一个人越是(像我一样)经常发现制定法的含义明显体现在文本及其与其他法律的关系中,就越会发现进入第二阶段审查的条件不常出现。因此就我而言,谢弗伦案几乎不会要求我接受一种尽管有道理,但我个人并不认同的解释。相反,那些拒绝‘平义’规则,并放任通过考察立法史而质疑制定法明显含义的人会更更多地发现放任行政部门的模糊空间,也会识别出行政部门可能采纳,法院也必须遵从的‘合理’解释的更大范围。如此一来,谢弗伦案要求法官接受一种他认为是错误解释的可能性就无限地增大了”,^[37]但当法院仅仅依赖文义时,既能对制定法是否授权行政部门做出客观判断,也防止了法院篡权。新文本主义或许由此排除了某种“合理”的解释,限缩了法律含义的可能范围,但正因如此才能确保法院恪守正确的制度角色。与此相反,由于意图主义允许通过考察立法史来质疑和推翻明确的文义,且还会受到行政部门解释的影响,这就就会扩大制定法可能适用的范围,从而更容易对国会是否直接讨论过系争问题做出错误判断。

面对新文本主义的攻击,意图主义者给予了针锋相对的回应。总体来看,虽然双方的争论并不意味着真理真的只属于其中一方,但意图主义的回应显然更具灵活性。从根本上说,这是因为它的基本立场虽不一定,但却有可能避免新文本主义的那种极端化。如前所述,意图主义并不一概排斥平义规则,更多地是在文义与各种其他解释资源体现出的立法者意图相悖的情况下主张意图优先。在多数文义清晰明确的情况下,他们一般也会主张文义解释。然而当制定法文义不清或有歧义时,新文本主义就显得捉襟见肘了——他们既缺乏足够的资源厘清文义,又一概反对探究立法者的主观意图,结果要么就是将法官自己的观点说成是制定法的含义,要么就是以文义不清反证国会授权行政部门,实际上又放弃了自身所主张的形式主义分权观。因此,在运用谢弗伦二阶审查法时,意图主义相较于极端化的新文本主义的优势就在于能针对不同情况借助不同的方式和资源,正如霍姆斯大法官指出的,“意图实际上只是一个剩余财产条款,它要做的就是将特定的语词和字典以及所有其他的对解释有帮助的辅助物整合在一起”。^[38]文本固然是法律解释最为重要的启发式,但这并不意味着它具有唯一正当的权威。意图和目的同样也是人们日常阅读和交流的经验在法律解释中的折射。^[39]制定法的文义经常会有模糊和歧义的情况,此时去追问作者如此表述的“意图”或“目的”并不违反人类认知的经验法则。因此,在这个意义上可以说,意图主义对二阶审查法的解读也无意让自己成为一种僵化的版本。这一点也得到了提出二阶审查法的斯蒂文森的证实。在两次演讲中,学者托马斯·梅里尔曾询问斯蒂文森二阶审查法到底意味着什么,为何会呈现出一种解释规则上的矛盾面向。斯蒂文森回应说,二阶审查法只是他对传统司法实践的归纳,并无意建立不同于传统进路的新标准。^[40]此处所谓的传统进路实际上就是不否定平义规则的意图主义,体现在司法实践中就是在1992年以前,联邦最高法院对二阶审查法始终都

[37] Antonin Scalia, *Judicial Deference to Administrative Interpretations of Law*, 1989 (3) *Duke Law Journal* 511, 521 (1989).

[38] [美] 迈克尔·穆尔:《解释的解释》,载安德雷·马默主编:《法律与解释:法哲学论文集》,张卓明、徐宗立等译,法律出版社2006年版,第23页。

[39] 参见王云清:《法律解释的去理论化与立场转换——认知心理学的启示》,载《法律科学》2014年第3期,第41页。

[40] See Thomas W. Merrill, *The Story of Chevron USA Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.: Sometimes Great Cases Are Made Not Born*, in William Eskridge Jr., Philip Frickey & Elizabeth Garrett eds., *Statutory Interpretation Stories*, Foundation Press, 2011, p.186, note 73.

没有全盘接受,仍有较多涉及行政部门法律解释的案件是通过谢弗伦案之前的传统进路来解决的。^[41] 这也就是说,微观层面的不一致恰是为了达到宏观层面的一致,即便对意图主义者而言,最关键的也不是遵从所谓的二阶审查法,坚持意图主义的解释原则才是万变都不可离之“宗”。

与此同时,针对新文本主义对意图主义不适当地扩大制定法可能适用的范围的指责,意图主义者则以对联邦最高法院判例的实证分析进行了有力回击。瓦尔德法官曾对法院 1988 年审理的所有案件进行了分析,发现在涉及制定法解释的 55 个案件中,通过考察立法史得出与文义解释不同结果的案件只有 5 件,且事实上法官所认定的明确文义也存有争议;法院认为制定法语言对系争问题没有规定或有歧义的有 32 件,且其中有 8 件通过考察立法史发现了国会意图;剩下的 18 件,法院同时采用了文义解释和立法史考察的方法,且用立法史资料强化了文义解释结果。最终结果显示新文本主义攻击的情形可能不到案件总数的 10%,甚至这 10%的案件是否真的存在被意图主义不适当地扩大制定法可能适用的范围还存有争议。同样地,梅里尔对 1981—1982 年和 1991—1992 年两个开庭期判例的研究也有类似的发现。^[42] 还有学者将矛头直接指向了斯卡利亚的解释实践,批判他经常偏离自己的方法论,不仅在高达 55% 的异议意见中采用后果主义论辩,甚至就是一个“目的论者”,如果法律要求目的解释的话,他会毫不犹豫地推断出法律的目的。^[43] 因此,新文本主义对意图主义的指责不但不能成立,自身反而矛盾重重。

事实上,从双方借助的理论资源来看,这一轮论争并未包含更多新意。双方互相指责对方扩大了制定法的适用范围,与自身主张的分权观相矛盾。当然,这一点不难理解,没有哪一种解释理论会在最根本的意义上声称自身是反法治的,关键是反哪一种“法治”。在意图主义看来,对立法史的考察恰恰是为了即便在制定法文义模糊时仍然坚守“法”治而非法官之治。但这种“法治”在新文本主义者看来即便不是法官之治,也是一种法外的个别议员或委员会的统治,而绝不是宪法确立的民主之治。正是为了贯彻这种形式主义立场,新文本主义一直都强烈反对其他的司法尊重标准,以“全有或者全无”的极端策略适用谢弗伦二阶审查法。不论是有意还是无意,这种长期的极端策略极为准确地传达了一种信号,即如果你需要我的投票来形成多数意见,那最好不要采用意图主义解释方法。因此,当其他法官——尤其是那些偏向实用主义的法官——的结论与斯卡利亚和托马斯这类新文本主义者一致时,便会减少对立法史资料的使用,尽量通过文本解释达到目的。一旦他们的意识形态和裁判立场与新文本主义法官针锋相对,便不仅会指责对方错解了制定法文义,更有强烈的意愿采用意图主义解释方法论证自己的观点。如此恰也印证了统计结果所显示出的联邦最高法院减少了对立法史资料的依赖,新文本主义逐渐崛起了。^[44] 但

[41] 据梅里尔的统计,在 1984 年至 1990 年开庭期,联邦最高法院共审理了 90 件涉及行政部门法律解释的案件,其中 32 件适用了谢弗伦二阶审查法(36%),63 件中的行政部门的解释被法院接受(70%),14 件进入了第二阶段审查(44%,即占适用了二阶审查法案件数的百分比),而运用谢弗伦案之前的传统进路的案件有 34 件(37%)。在 1991 年至 1992 年开庭期,对应的统计数字分别是 16 件、9 件(56%)、12 件(75%)、5 件(55%)和 5 件(31%)。总体来看,法院对二阶审查法的倚赖有所上升,但作为先例的支配力仍不明显,而且就个案具体分析来看,二阶审查法在案件推理中的作用相对次要。See Thomas W. Merrill, *Judicial Deference to Executive Precedent*, 101(5) *Yale Law Journal* 969 (1992); Merrill, *supra* note [36], at 361-362.

[42] See Wald, *supra* note [25], at 288-289; Merrill, *supra* note [36], at 369-370.

[43] See Miranda McGowan, *Do as I Do, Not as I Say: An Empirical Investigation of Justice Scalia's Ordinary Meaning Method of Statutory Interpretation*, 78 *Mississippi Law Journal* 129, 174 (2008).

[44] 关于联邦最高法院对立法史资料依赖度的降低和新文本主义影响力提升的统计分析,可参见 David S. Law, David Zaring, *Law versus Ideology: The Supreme Court and the Use of Legislative History*, 51 *William and Mary Law Review* 1653, 1707-1708 (2010).

正如有学者所指出的,由于没有综合立法意图、法律解释准则和解释者的意识形态等多方面因素,这种以单一标准所进行的统计分析并不具有典型意义。换言之,新文本主义的“崛起”在很大程度上源自持这一解释方法的法官的投票策略,而非解释效果的说服效应。事实上,在90年代的诸多判例中,拜伦·怀特(Byron White)、戴维·苏特(David Souter)等大法官都利用二阶审查法重申了通过考察立法史来探究立法者意图的立场,甚至意识形态与斯卡利亚十分接近的首席大法官伦奎斯特也一贯主张法院在必要时应寻求国会的原初意图。^[45] 如此看来,谢弗伦案的最大意义反而不在于作为先例应起到统一规则和审查标准的作用,事实上它也没起到这个作用,但该案之所以成为一个法官和学者都无法忽视的“先例”,不过是因为作为指向两种不同解释方法的二阶审查法的载体,它已经深深嵌入意图主义和新文本主义之争的学术和实践脉络之中。

四、迈向去基础主义:美国法律解释方法论争的批判性审视

20世纪80年代,立足于立法史资源的可信度和严格分权原则两条进路,学术界陆续展开了对意图主义及其隐含的阶层式分权观的批判。从理论层面来看,这些批判的确各有其理,但问题是,不论是新文本主义的,还是法律现实主义和公共选择理论的批判,就彻底勾销了意图主义的正当性与实效性吗?进一步而言,新文本主义就能享有针对类似批判的豁免权吗?

(一) 传统批判进路的回顾与反思

国会拥有立法权,但并不意味与国会相关的任何行为都是“立法”行为。根据《联邦宪法》第1条第7款的规定,一项法案只有经过国会参众两院分别通过,并送呈总统签署方才成为“全国的最高法律”。人民应受法律之统治,但什么才是法律仅能在经国会两院通过和总统签署的那个“文本”中找到。再者,作为世界上首采成文形式的《联邦宪法》,其关于自身修订程序的近乎苛刻的规定固然可在政治理论上解读为对多数人暴政的制衡,但事实上其本身就表明制宪者以显白文义和客观文本约束解释者的意图,即非经《联邦宪法》第5条规定之程序的任何东西都不是该宪法的组成部分。言简意赅,不容折扣。在此意义上,那些记录议员发言、委员会讨论等的立法史资料不论多么接近立法者的真实目的,均不能作为法官解释法律的依据。法院不享有以未经国会两院通过和总统签署的所谓“意图”来取代法律文本的“立法性”权力。另一方面,当法官以促进民主过程的方式进行法律解释时,还能推动国会采用更加精确的立法语言,以更加明确的方式表达自己的意图。^[46] 因此总体来看,新文本主义无论在宪法忠诚,还是恪守分权、强化民主方面,均具有更充分的正当性。

但这同样是需要反思的。首先,《联邦宪法》第1条第7款只是界定了何种行为是行使立法权的行为,并没有强制国会两院的所有活动都必须以此为据。为了保证国会有效行使立法权,两院制的设置毋宁应该解释为确保立法权是在经过“不同环境下的全面研究和讨论”之后加以行使的。^[47] 既然正是为了促进更充分的讨论,那就没有理由禁止法官在解释法律时利用这些立法

[45] See *Wisconsin Public Intervenor v. Mortier*, 501 U.S. 597, 610 - 612, note 4 (1991); *United States v. Thompson-Center Arms Co.*, 504 U.S. 505, 516, note 8 (1992); Thomas W. Merrill, *Chief Justice Rehnquist, Pluralist Theory, and the Interpretation of Statutes*, 25 Rutgers Law Journal 621 - 667 (1994).

[46] See Michael Herz, *Judicial Textualism Meets Congressional Micromanagement: A Potential Collision in Clean Air Act Interpretation*, 16 Harvard Environmental Law Review 175, 179 (1992).

[47] See *INS v. Chadha*, 462 U.S. 919, 951 - 952 (1983).

史资料。或许正是基于此，新文本主义的另一代表人物约翰·曼宁(John Manning)虽然反对将立法史作为制定法文义的权威性证据，但也承认“在其所包含的内容可以帮助法官理解和权衡关于制定法含义的其他渊源与证据的意义上，客观的、背景理念性的议员陈述或委员会报告是可以作为制定法含义的辅助性证据的”。^{〔48〕}再者，新文本主义对法院角色的定位违背了审议民主的发展潮流。在共和主义论者看来，创造了这一民主形式的《联邦宪法》对法院和国会大量的规范创造活动是有过深思熟虑的，不论是国会还是法院，都对通过自身功能促进人民深入讨论和理解公共事务负有责任。最后，从立法质量看，新文本主义可以促进立法精确度的提升似有理论和逻辑上的依据，“但事实是国会在过于精细的立法中更容易出现错误，而(二阶审查法的)文本主义解读使得法院失去了纠正这种错误的机会。不仅如此，这种解读还使得法院不允许行政机关去纠正，因为只有立法存在模糊的情况下，才有可能对行政机关的解释予以尊重。但如果一个字面意思清楚明确的法条出现了违背其意图的错误，那么对其进行纠正的行政解释此时没有适用的空间。这时，对国会错误的纠正机制就失灵了”。^{〔49〕}从更广阔的语境来讲，新文本主义之所以遭遇这种悖论，是因为它在很大程度上预设了具有无限理性的万能立法者的存在，既高估了国会应对社会变迁的能力，事实上也没有像其所言的那样深刻理解已高度复杂化和技术化的社会对一个行政规制国的内在需求。

颇有意思的是，在这场有关法律解释方法的论争当中，任何一方的正当性最终都会追溯至某种民主分权原则——不论是阶层式的，还是一种更严格、更形式化的——而不是自身的实际效用。通常来说，联邦法院基于民主正当性的基础不足，在审查和解释国会立法时应当尽量贯彻司法最低限度主义的承诺，所仰赖的理由也应尽可能地窄。但是这种宏大的理论话语尽管在政治上极端正确，却解决不了实际问题。从理论上讲，正是因为要恪守司法节制，阶层式分权观才会主张法院甘做民主的传声筒和国会的代理人；而另一方面，严格形式主义分权观同样笼统地呼吁司法节制——如果我们不分析实际情况，斯卡利亚不正是最高法院高喊司法节制最积极的法官吗——而客观文义就体现了这种“节制”，法院作为只能实施法律的部门，其实际实施的法律既一点都不能少，也不能更多。看似相互对立的两种原则似又建立了某种逻辑勾连，甚或某种理论的“合谋”。正如司法能动和法院里意识形态划分并无必然关联，司法节制也是各派法官在不同时期均主张过的司法哲学。因此，理解司法节制作为一种手段的中立性，但同时作为一种哲学立场时必然受制于意识形态的非中立性才是恰当理解司法节制的关键。一旦我们理解了这种“吊诡”，便可理解当一种法律解释方法不将正当性诉诸自身的实效，而是某种民主原则时，它就不免走向一种基础主义的版本，走向自己的反面。此时它用以批判对方的那些东西恰也是自身难以走出的困境。

(二) 迈向去基础主义的法律解释

当某一种法律解释方法过度地主张自身的民主正当性时，往往就会走向一种带有极端特征的基础主义版本。所谓基础主义是一种与哲学上的本质主义有关的观念，通常主张以近乎绝对客观和确定的观念为分析基础推导出无可置疑的结论。基础主义版本的解释方法，在某些学者看来就是一种确定了唯一合法的解释渊源——无论是制定法的文本，还是立法的目的——并且严格遵守

〔48〕 张玉洁：《论约翰·曼宁的新文本主义理论》，载《朝阳法律评论》第10辑，浙江人民出版社2015年版，第134页。

〔49〕 邓粟：《美国行政解释的司法审查标准——谢弗林案之后的发展》，载《行政法学研究》2013年第1期，第134页。

由该渊源所确定的制定法内涵的理论。^[50]在这个意义上,严格的意图主义^[51]和新文本主义为保证法律的确切性,分别主张立法者意图、法律规范的文义作为法律解释的唯一目标,因而都是一种基础主义的法律解释方法。这种法律解释理论既不关注法律适用的环境,也不权衡法律适用的后果,恰如公式运算一般演绎出最后的结论。在法律思想史上,这种基础主义的立场可追溯至19至20世纪初期曾统治美国法学界的形式主义法学。作为一种用以指导司法裁判的意识形态,形式主义根源于对法律确定性的笃信和追求,对法官报以极大的不信任,预设了理性万能的立法者的存在,而法官的工作就是从确定的大前提——既可能是立法者意图,也可能是客观文义,甚至还可能是概念和先例——中推演出判决。

具体到法律解释上,不可否认,通过解析规范语词之文义,并拒绝根据情境改变规范文义的新文本主义是一种典型的法律形式主义。然而,正如司法节制与政治意识形态无关,形式主义也不完全从属于特定的政治理论和解释方法,它“既会以各种自然法的面目出现,也会以各种实在法的面目出现。作为形式主义者的唯一必要条件就是,绝对确信自己的前提以及从前提推出结论的方法”。^[52]当意图主义对文义解释的万能倾向进行解构,对意图的优先性进行强调,对阶层式分权观显出依赖时,其在论证过程中很可能又重新树立了某种教义的至上地位,从而重新陷入形式主义的陷阱。在19世纪,最能说明这一问题的判例莫过于成为美国内战导火索的斯科特案。^[53]首席大法官罗杰·坦尼(Roger Taney)在该案中极端化地运用了意图主义的解释方法,指出法院的义务是按照宪法通过时的真实意图实施宪法,而宪法的意图没有打算适用于黑人,也没有打算制定有关奴隶制的全国性法律。坦尼用他所发现的制宪时的意图推翻了南北双方克服了极大困难才勉强达成的现实妥协,加速了联邦分裂危机的到来。当然,后人尽可批评坦尼发掘的意图并非真正的制宪意图,因为宪法不可能是一部自杀契约。然而这种批评显然有倒果为因、苛责古人之嫌。坦尼当然不愿联邦分裂,他的错误不在主观愿望,而是在客观和工具的意义上将某一种解释方法推向了绝对真理的位置,拒绝权衡后果和利弊。极端事例还有19世纪后期的屠宰场案^[54]和根据制宪意图要求宣布联邦政府发行纸币违宪的争议。^[55]意图主义的“严格”实践使解释者的结论趋于极端的保守性,由于过于看重立法历史,一旦认定了立法者在立法时所赋予的意图,反而会抛开时间要素,对立法者意图如何穿越历史视而不见,造成活人反受逝者统治的政治奇观。

联邦最高法院历史上的洛克纳时代就是这种奇观的最佳注脚。洛克纳案(*Lochner v. New York*)之所以是邪恶的教义^[56]根本上源自其内在的悖论,即形式化的契约自由实质上奠基于放任自由的宪法秩序。事实上,法院认为制宪者意图确立的就是这样一种秩序。放任自由,看似平等

[50] See William N. Eskridge Jr., Philip P. Frickey, *Statutory Interpretation as Practical Reasoning*, 42 (2) *Stanford Law Review* 321, 324-325 (1990).

[51] 有学者可能会怀疑严格的原初意图主义解释方法是否真能存在,但此种质疑实际上视中庸之道为四海皆准的教义,恰仍陷入了基础主义的陷阱。布莱斯特不仅在理论上对严格的原初意图主义和温和的原初意图主义做出了区分,而且博克作为严格意图主义的理论旗手,还进一步给出了系统的阐述和论证。See Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60(2) *Boston University Law Review* 204, 222-224 (1980); 林彦、杨珍:《罗伯特·博克的原旨主义》,载《交大法学》2017年第1期,第18—28页。

[52] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第52页。

[53] See *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1857).

[54] See *Slaughter-House Cases*, 83 U.S. (16 Wall.) 36 (1872).

[55] 参见范进学:《美国宪法解释方法论》,法律出版社2010年版,第125页。

[56] 关于美国法学界将洛克纳诉纽约州等案件作为邪恶教义(*anticancon*)的情况,可参见 Jamal Greene, *The Anticancon*, 125 (2) *Harvard Law Review* 379, 385-403 (2011).

中立,但其本身难道不正是将某一种经济理论视为至高的宪法教义吗?此处关键的问题并非立法者是否真的意图确立哪一种经济秩序——即便是新政所推崇的干预学说,即便也真能识别出这种意图——而是某一种解释依据和方法是如何享有了排他性的支配地位。这正是基础主义的法律解释学。从哲学根源上看,这种法律解释学更倾向于从本质,而非认知的角度对法律及其解释展开理解,要么认为法律文本必然存在“固定的含义”,要么认为立法者已经将其单一的意图赋予其间,法律的确定性方才得以保证,因此法律解释就是要找到这个客观存在的本质。正是在此意义上,我们才能理解斯卡利亚为何极力抨击活的宪法理论和普通法的活树理论(living tree),因为属于本质的东西才不会隐含着变化,才是防止变化的;^[57]也正是在此意义上,我们才能理解意图主义者为何提出想象性重构,并且要求“在立法者的思考中重现制定法”,^[58]因为立法者意图作为制定法的本质必须是一套客观融贯的历史叙事。基础主义的解释理论不仅设定了一种作为本质性事物而存在的法律解释目标,或者说预设了理性万能的立法者的存在,另一方面也暗含了解释者都是德沃金笔下的赫拉克勒斯式的超级法官。但司法现实往往是,甚至必然是并非全知全能的法官肩负着既不能推迟,更不能抛弃的解释由仅具有有限理性的立法者以不见得都能达意的语言表述出来的制定法的义务。法律的解释几乎在每一个环节都面临着找不到那个所谓的本质的不确定性。因此,正如沃缪勒所言,“在法律领域,真正的问题从来不是,‘这个法律文本应该如何被解释’,而是‘特定的机构,基于其自身特定的能力,应该用什么样的决策程序去解释法律文本’”。^[59]换言之,如果一种法律解释理论不能从认知的角度理解法律及其解释的过程,不能从法官的能力和工具的意义理解不同解释方法之间的优胜劣汰,这种理论就难以为经验世界的司法者如何解释法律这一问题提供富有实践价值的指引。

众所周知,20世纪上半叶的美国法学经历了一场深刻的现实主义转向,注重经验和效果的实用主义法律方法的影响日隆,几乎再无人公开主张曾在19世纪大行其道的机械法学。但这不意味着形式主义的法律思维就此消失。正如斯卡利亚所辩解的,“文义解释当然是形式主义的!因为法治在很大程度上就是一种形式”,^[60]而且除了斯卡利亚之外,那种并不信奉实用主义,心怀不同程度和版本的基础主义与本质论的优秀法官也不在少数——不论是力挺原初意图的博克,还是同属新文本主义阵营的托马斯,抑或是在笔者看来就像权利超市的沃伦法院,甚至还有拒绝一切言论立法的布莱克法官(Hugo Black)——这正说明有时候法律的生命也不全在经验,逻辑和形式同样是需要。文本主义和意图主义的争论之所以经久不衰,在很大程度上正是基于这个原因,基于它们是内生于美国的宪制结构的。严格尊重文义意味着政府只被允许做法律明文允许做的事,平义规则是有限政府原则的逻辑结果。但在一种迥异于议会政体的宪制政体中,平义规则的缺陷也是明显的——想一想隔离但平等的系列判例——究其原因,它无法和一种二元式法律层级观——宪法是高级法——产生合理的逻辑勾连。这正是两百多年来制宪者意图被释宪者不断提及的根本原因。制宪者与立法者,或者说人民与代议士是根本不同的,后者是由前者创制的。就某个个案来说,意图主义的解释方法不见得会比其他方法更有效,而是说这种内置于宪制政体结

[57] 见前注[22],斯卡利亚书,第56页。不宁唯是,斯卡利亚在这篇演讲的末尾直接指出主张活宪论的宪法发展理论最突出的缺陷之一就是违背了宪法发展的本质。见前注[22],斯卡利亚书,第61页。

[58] [德]萨维尼:《当代罗马法体系I:法律渊源·制定法解释·法律关系》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,第166页。

[59] [美]阿德里安·沃缪勒:《不确定状态下的裁判——法律解释的制度理论》,梁迎修、孟庆友译,北京大学出版社2011年版,第2页。

[60] 见前注[22],斯卡利亚书,第34页。

构的分析和论证框架本身就具有强化合理性的功能。^{〔61〕}因此,尽管有关法律解释方法的争论可能仍将长久地持续下去,但一些学者不仅已经发现并不存在作为“教义”的解释理论,存在的只是供法官适用的“工具”,^{〔62〕}而且还意识到了文本主义和意图主义,以及其他更多不同解释方法的融合倾向。学者莫洛特就指出,在文本主义者开始关注立法背景,而新一代的目的主义者逐渐将文本作为立法目的的首要载体,并尝试从文本中发掘理想的而非实际的立法者意图时,两者之间的差异也渐渐模糊了。^{〔63〕}尽管在关于民主分权、法律本质的理论这些沃缪勒所谓的高层次的概念性、理论性或宪法性理由方面的分歧仍然严重,但由于那些基础主义的解释理论正是错在试图直接从这些高层次的概念性前提推导出操作层面的解释方法,因此只要去除基础主义的思维,努力从法官解释法律的制度条件、经验工具和解释后果的角度考虑问题,便会发现不同的解释理论在具体的操作层面是可以形成某种重叠共识的。这些制度条件和经验工具应当是来自多个学科领域的,具体而言包括举证责任分配、成本—收益分析、不充分理由原则,甚至还可能包括偏见、掷骰子等方式。毫无疑问,不同的法律和司法体系会造就各有差异的制度条件,但正是这些各不相同的条件约束着法官对不同解释方法的选择。因此,法官对法律的解释必然不是自由的,但也绝非基础主义解释理论所暗含的那样是教条的和机械的。只有在这个意义上,我们方能理解即便波斯纳这样的实用主义者也时刻警惕着经济分析的方法被奉为一种至高的教条,也才能理解他为何建议当下中国的司法部门要更多地采用偏形式主义的方法。^{〔64〕}如此,对于本文的问题意识,本文似乎也未能提供确定的解决方案,然而问题的症结本身就在于各种解释方法及其证成理由之间本就不存在如化学周期表那样明确的位阶关系。因此,摆脱那种基础主义的法律本质论对法律解释的影响,直面法官解释法律时在制度、工具和经验认知方面的约束条件,即便不能制造出看上去精美的解释理论,但却可能在逼近法官的经验认知中缓解理论的自说自话。

五、结 语

毫无疑问,在普通法也迈入制定法的时代,在美利坚率先开启行政规制国的时代,有关制定法解释的论争将是经久不衰的学术生长点。的确,法律文本的文义——事实上到底应探寻原初的文义,还是会随着时代发生变迁的文义也不无争议——是多数学者必须认真对待的,但不可否认的是,在20世纪90年代之前,除了那些几乎不太需要更多解释技巧的少数案件,主导法官们解释制定法的是意图主义方法。意图主义者们声称人民主权的民主原则决定了立法者的意图才是令法律不朽的灵魂,法院必须保卫民主,而保卫民主的最佳方式就是忠实传达立法者的声音。这种解释理论在80年代后期遭到了多种学术主张的猛烈批判。除了法律现实主义和公共选择理论的经验主义批判路径以外,在法律解释理论谱系内部,新文本主义通过将文义解释方法与一种更具形式主义的分权观念相连,不仅抨击了意图主义企图依赖立法史考察来发现立法者意图纯属徒劳,而且还在民主正当性的层面展开了有力批判。与此同时,伴随着斯卡利亚等大法官法律解释实践

〔61〕 见前注〔6〕,海静文,第303—305页。

〔62〕 See Morell E. Mullins, *Tools, Not Rules: The Heuristic Nature of Statutory Interpretation*, 3(1) *Journal of Legislation* 1, 68 (2003).

〔63〕 See Jonathan T. Molot, *The Rise and Fall of Textualism*, 106(1) *Columbia Law Review* 1,2 (2006).

〔64〕 参见[美]理查德·A.波斯纳:《法律经济学与法律实用主义》,陈铭宇译,载《北大法律评论》第14卷第1辑,北京大学出版社2013年版,第6页。

的展开,新文本主义逐渐在 90 年代确立了自身的优势。然而作为一种渊源深厚的解释方法,意图主义不仅没有消失,反而进行了颇有力量的回应。最高法院在 1984 年的谢弗伦案中提出了用以审查行政部门对国会立法进行细化和解释是否超越授权的“谢弗伦二阶审查法”,然而由于该审查法本身的模棱两可,意图主义和新文本主义分别对其进行了符合自身理论要求的解读,使得该案深深嵌入美国法律解释方法论争的学术和实践脉络之中。

从理论上来看,美国法学界的这场持续的学术论争并非不需要加以反思。事实上,争论的双方均将自身的正当性追溯至某种民主分权原则,而非解释方法的实际效用。这不仅使得双方似乎建立了某种逻辑勾连,甚至这种论争本身倒像是某种理论的“合谋”,由此强化了美国法律解释方法的基础主义和形式化的倾向,而这种倾向恰是美国法律解释方法的理论困境所在。从这个角度讲,一种合理的、值得追求的解釋理论应当破除对基础主义的迷信,拒绝将任何一种解释方法视为至高的教义,从法官解释法律的制度条件、经验工具和解释后果等因素重新审视法律解释的理论和方法。由此我们不仅能够更经验性地理解意图主义和新文本主义融合的新趋势,更能重新发现作为方法的解释理论所内含的实践理性,从而真正在解释理论和解释实践之间建立沟通的桥梁。也恰是在此意义上,那种向去基础主义迈进的法律解释理论必然深知,绝不存在所有国家的法官均能同享的一套解释方法。毫无疑问,回答中国法官应当采取何种解释方法的问题将是完成这一理论转向不可或缺的一环,但这已然是另一篇论文,乃至另一本著作的主题了。

Abstract The debate between intentionalism and new textualism has run through the development of American statutory interpretation theory. Before the 1990s, intentionalism was the dominant method of interpretation of statutes, embodying a hierarchical doctrine of separation of powers. With the academic criticism brought about by legal realism, public choice theory and the formalistic doctrine of separation of powers, new textualism has gradually emerged. In the 1990s, both sides interpreted Chevron two-step doctrine according to their respective theoretical needs, and used them as the carriers to launch a new round of debate. This debate should be reflected deeply. If the legitimacy of any legal interpretation method has not depended on its own effectiveness, but on some democratic principle of separation of powers, it would inevitably toward a version of foundationalism and fall into the theoretical dilemma that it has criticized. The superstition of foundationalism should be broken, and the practical rationality contained in the interpretation theory as a method should be re-examined from the judges' interpretation of the institutional conditions, empirical tools and interpretation consequences of the statute, so as to communicate the theory and the practice of legal interpretation.

Keywords Statutory Interpretation, Intentionalism, New Textualism, Chevron Two-Step Doctrine, De-Foundationalism

(责任编辑:林彦)