

“原旨主义”宪法解释：一个中国视角

姜 峰^{*}

摘 要 美国宪法理论中的“原旨主义”有两个面相，它不只是一种中立的和技术性的宪法解释方法，更是深度形塑社会关系的规范性理论。原旨主义的方法面相不具有国别和时代特征，也没有优先于其他解释方法的效力，它可以被同立场不同的解释者选择使用；原旨主义的理论面相则真正决定了其在与“活宪法”观念对峙中的价值，作为回应特殊历史争议的一种方式，它也是特定政治和司法制度的产物。然而，原旨主义的理论面相在美国的重要性，在我国被置换为“原意解释”方法的重要性了，因而学界对原旨主义的理解存在高度的选择性，专注其方法面相而忽略了理论面相，这可以解释为什么原旨主义在我国面临一方面被泛化使用、另一方面被搁置不用的境况。原旨主义不能被简化为“原意解释”，其对我国宪法理论和实践的可能意义，主要不在于方法论，而在于其规范性理论方面，例如其权利理论和司法哲学。

关 键 词 原旨主义 活宪法 宪法解释 法律方法 权利理论

化理论为方法、化理论为德性。^{〔1〕}

——冯契

20 世纪 70 年代以来，作为对当时宪法裁决中流行的“活宪法”(living constitution)观念的反动，“原旨主义”(originalism)在美国兴起，并在同性婚姻、枪支控制、堕胎与隐私、刑事司法、言论自由等敏感的伦理和法律问题上，逐渐成为最具影响力的宪法解释路径。对于原旨主义的流变，我国学界已经做过不少引介。^{〔2〕}在这一背景下，不少学者主张我国宪法理论应采用

^{*} 中山大学法学院教授。

〔1〕 冯契：《冯契文集（第 1 卷）：认识世界和认识自己》，华东师范大学出版社 1996 年版，第 20 页。

〔2〕 论文例如：张翔：“美国宪法解释理论中的原旨主义”，《山东社会科学》2005 年第 7 期，第 17—22 页；林彦、杨珍：“罗伯特·博克的原旨主义”，《交大法学》2017 年第 1 期，第 18—28 页。专著例如：（见下注〔2〕）

原旨主义。不过,总体来看他们对“原旨主义”概念的使用是高度选择性的,主要将其作为一种中立的“原意解释”方法来对待。方法的一面当然是有意义的,毕竟,探究立法原意是澄清法条含义的一个自然做法。但是,如果对原旨主义的理解停留于此,则是不充分甚至是误导性的,这也可以解释为什么原旨主义在我国面临一方面被泛化使用另一方面被搁置不用的窘境。原旨主义是一个极具美国特色的宪法解释路径,不能被简化为“原意解释”方法,其对我国宪法理论的可能意义不在于方法论,而在于所蕴含的规范性宪法理论,例如其秉持的权利理论和司法哲学,对于反思我国学界流行的权利话语或许能够提供有益的参照。

本文分为五个部分。第一部分讨论了我国学界对原旨主义的理解中存在的重“方法”轻“理论”的现象。原旨主义的理论面相在美国的重要性,在我国被置换为原意解释方法的重要性了。第二部分以权利理论为例,呈现了原旨主义的理论面相,即一种深度介入社会关系形塑的规范性立场。理论面相决定了原旨主义在与“活宪法”的对峙中的特殊价值。第三部分从历史条件和制度条件两个方面,解释了原旨主义为何是一个特殊的美国概念,而不只是一种中立的解释方法。第四部分讨论了被简化为“原意解释”方法的原旨主义在我国面临的泛化使用和被搁置不用的现象。第五部分讨论了原旨主义的“理论”面相可能对我国权利理论与实践的意义。

一、原旨主义:只是中立的“方法”?

按照保罗·布莱斯特(Paul Brest)的概括,“原旨主义是指应依据制宪者的意图或者宪法条文的含义来解释宪法”。〔3〕这一概念包括两个分支:一个强调宪法制定者的主观意图(intention),另一个强调宪法文本(text)在制宪时代的含义。将原旨主义首先理解为一种宪法解释方法当然是无可厚非的,美国学者也关注如何正确使用这一方法。〔4〕例如关于第一个分支,到底是指谁的“意图”呢?参加费城制宪会议的 55 名代表的意图,各州参与批准宪法的 1700 多名代表的意图,还是当时 400 万美国人的意图呢?毕竟,他们之间的看法是有很大的不同的,即便 55 名制宪会议代表之间也分歧巨大,不然会议不会长达三个多月。对问题的不同回答反映了“原旨”在争论中不断面临着精确化要求。第二个分支同样存在激烈的方法争论,

〔2〕 接前注〔2〕范进学、施嵩:《美国宪法原旨主义方法论》,法律出版社 2012 年版;侯学宾:《美国宪法解释中的原旨主义》,法律出版社 2015 年版。译著例如:(美)基思·E. 惠廷顿:《宪法解释:文本含义、原初意图与司法审查》,杜强强、刘国、柳建龙译,中国人民大学出版社 2006 年版;(美)戴维·斯特劳斯:《活的宪法》,毕洪海译,中国政法大学 2012 年版;(美)斯蒂芬·卡拉布雷西编:《美国宪法的原旨主义:廿五年的争论》,李松峰译,当代中国出版社 2014 年版;(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;(美)索蒂里奥斯·巴伯、詹姆斯·弗莱明:《宪法解释的基本问题》,徐爽、宦盛奎译,北京大学出版社 2016 年版。

〔3〕 Paul Brest, “The Misconceived Quest for the Original Understanding,” *Boston University Law Review*, Vol. 60, No. 2, 1980, p. 204.

〔4〕 See Lawrence B. Solum, “Originalist Methodology,” *University of Chicago Law Review*, Vol. 84, No. 1, 2017, pp. 270-275.

例如宪法文本的早期含义是源于当时的词典、私人通信,还是历史档案?不同文本会呈现不同的理解,文本主义者之间的争论也不比他们同外部的争论更少。

原旨主义不同版本间以及它与“活宪法”的争论,在美国可以说剑拔弩张、卷帙浩繁,繁复的概念辨析与方法之争不免让人乏味,但这对原旨主义在解释技术上的完善是必要的,有助于为法官提供更具可接受性的裁判理由。但是,这幅热闹的图景也容易造成一种假象,即原旨主义就是一种宪法解释“方法”,并且可以立即为我所用。在过去的十多年,我国学界一个引人注目之处,就是把原旨主义作为一种中立的“原意解释”方法来对待的。这是本文关注的问题所在,为此笔者设定了一个讨论的框架:原旨主义可以分为“方法”和“理论”两个方面,作为一种方法,它是中立的和工具性的,指依据制宪者的意图或宪法条文的原初含义来解释宪法;作为一种理论,它是非中立的,旨在为形塑特定的社会关系提供规范立场。例如,原旨主义通常反对同性婚姻,即对婚姻社会关系的介入。“方法”与“理论”的区分在本文中是权宜性的,意在呈现我国学界引介和使用原旨主义概念时重前者、轻后者的特点,而非本来就存在这种严格的区分。

通常而言,一种“方法”是中立的和技术性的,并不介入社会关系的塑造,不具有爱憎分明的意识形态特征,因而是超越时代和地域的。我国学者也正是从这一角度理解原旨主义的:首先,强调原旨主义超越时代的“古老”特征。例如有学者认为,原旨主义源于英国普通法,乃至圣经解释学:16世纪的英国学者已经提出法律的真实含义即其制定时的意思;人们出于对上帝的尊崇而认为教会不能发展出超越圣经字面含义的原则。按照这一理解,原旨主义可以“上溯到中世纪”并“有其宗教传统”。〔5〕再如,有学者视原旨主义为美国宪法解释方法的一个“传统”,其“从美国建国之始直到20世纪早期一直占据着宪法解释的主流正统地位”。〔6〕其次,强调原旨主义超越地域的各国共通性。例如有学者认为,“在世界各国的司法实践中,原旨主义解释方法被运用的频率是最高的”。〔7〕还有学者认为,“虽然原旨主义起源于美国,但并非美国专有,而是被应用于其他国家的宪法解释实践中”,马来西亚、土耳其、新加坡、澳大利亚等都有适用原旨主义的例子。〔8〕上述观点对原旨主义的古老性和超国家性的强调,剥离了它的时代背景和问题指向,这是将之等同于“原意解释”的结果。〔9〕这样的话,我们就无须了解“原旨主义”为何在晚近才突然变得引人注目,以及对我们的意义何在,甚至无须使用“原旨主义”这个带有浓厚美国色彩的词汇了。

“原意解释”方法当然不乏其价值,当法条含义不明时,查考立法原意是一个自然的做法。

〔5〕 侯学宾:“美国宪法解释中的原旨主义——一种学术史的考察”,《法制与社会发展》2008年第5期,第131页。

〔6〕 孙光宁:“宪法解释方法的两种传统及其启示”,《北方法学》2014年第4期,第141页。

〔7〕 张玉洁:“原旨主义解释的规范性反思及其后果规制——以‘赵春华非法持枪案’为例”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第23卷),中国法制出版社2018年版,第164页。

〔8〕 参见刘晗:“宪法的原旨解释及其中国路径”,《中外法学》2024年第1期,第67—68页。

〔9〕 一些国外的研究也存在同样的问题,例如,see Yvonne Tew, “Originalism at Home and Abroad,” *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 52, No. 3, 2014, pp. 800-825.

不过,它并不比其他方法更具有优先性。例如在卡尔·拉伦茨(Karl Larenz)的法律解释理论中,探究“立法者的意志”并不比“字义”解释、“法律意义脉络”解释、“客观目的论”解释等方法更优越,“解释者虽然以历史上的立法者所确定之目的为出发点,对此等目的的推论结果却必须深思熟虑,使个别法律规定均取向于确定的目的,因此,解释者事实上已经超越了历史事实上的‘立法者的意志’,而以法律固有的合理性来理解法律”。^{〔10〕}在有的理论中,“原意解释”似是而非。例如在萨维尼的“经典解释四方法”(文义解释、体系解释、历史解释、目的解释)中,历史解释与原意解释似乎有共同之处——它们都“向后看”。但是,历史解释强调的是演进的“过程”而非固定的“原意”。我国台湾地区学者杨仁寿将法律解释方法分为文义解释、论理解释、社会学解释三类,论理解释又包括体系解释、法意解释、比较解释、目的解释、合宪解释,其中“法意解释”看似与原意解释相近,实则不然,“法意”一词“并非指立法者当时之意思而言,而系指依当时立法者所处于今日所应有之意思”,且法意解释的目的是“发现客观之规范意旨”。^{〔11〕}梁慧星的理解与此相近。^{〔12〕}在一些关于解释方法的论著中,则根本没有原意解释的地位。例如我国台湾地区学者郑玉波,将“民法解释之技术”分为文理解释和论理解释两类,后者又有扩张解释、限缩解释、反对解释、类推解释之别,也未提及原意解释。^{〔13〕}原意解释尚且如此,更不用说“原旨主义”了。同样,作为原旨主义对手的非原旨主义,无论名为“活宪法”(living constitution)还是“进步主义”(progressivism),也都不属于经典解释方法的一种,此处不作赘述。

既然原意解释、原旨主义都非经典的解释方法,为什么我国学者还特别强调原旨主义的“方法”意义呢?这或许有两个原因:第一,原旨主义在美国的影响是如此深远,以至于我们不得不认真对待它,把它视为可资借鉴的宪法解释理论。第二,我国没有针对具体争议的宪法诉讼,这就少了一个激励理论发展、检验理论实效的机会,从而使我们容易忽略原旨主义本来所有的理论面相,而更关注其作为一种宪法解释方法的表象。不过,原旨主义在美国的影响力是由它的理论面相支撑的,原意解释可以说只是原旨主义的一个方面或者简化形式,二者不能等同视之。换言之,原旨主义的理论面相在美国的重要性,在我国被置换为原意解释方法的重要性了。因此,有学者对这种简化了的原旨主义给予了很高的期待——期待它增强我国宪法解释的确定性、稳定性、正当性,^{〔14〕}在美国学界并不受关注的“宪法学自主知识体系的建构”目标,在我国也被寄托于原旨主义。^{〔15〕}不过,恐怕很难说体系解释、目的解释、文意解释等就无助于实现上述目标。

原旨主义不只是原意解释方法,而且是一种规范性理论。这一判断还可以从三个方面进

〔10〕 (德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版,第 210 页。

〔11〕 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 123 页。

〔12〕 参见梁慧星:“论法律解释方法”,《比较法研究》1993 年第 1 期,第 47—64 页。

〔13〕 参见郑玉波:《民法总则》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 29—31 页。

〔14〕 参见邹奕:“原旨主义在中国宪法解释中的基本价值探究”,《政治与法律》2021 年第 7 期,第 96—101 页。

〔15〕 参见刘晗,见前注〔8〕,第 73 页。

行说明。首先,原旨主义深度介入社会关系塑造,超出了中立解释方法的范围。例如,原旨主义在隐私权、堕胎、同性婚姻等诸多问题上所持的立场,反映了对于特定社会关系的鲜明态度,并与“活宪法”观形成了对峙。也正是因为理论立场上的争议,才又激励了方法之争,使之愈加激烈而复杂。例如前述对原旨到底是制宪者的意图还是批准者的意图、宪法文本是依照当下理解还是早期公共含义的追问,如果不是因为实质立场上的分歧,恐怕是不会这么“较真”的。同样,从外部来看,原旨主义与“活宪法”之所以存在激烈的所谓方法争议,也是因为它不是简单的“法先王”和“法后王”之争,而是带有深刻的政治、伦理烙印的立场之争。

第二,原旨主义与“活宪法”的“混合理论”(hybrid theories)凸显了原旨主义的理论面相。如果原旨主义与“活宪法”只是方法之别,是不需要“混合”的,哪怕是同一个法官,也可以根据需要采用或拒绝某种方法。只有存在规范立场的紧张、有意平衡对立的实体诉求时,混合理论才会出现。正如有学者所指出的,原旨主义“因应问题而生,注定无法形成一种单一的、融贯的宪法解释理论”。^[16] 例如,杰克·巴尔金(Jack M. Balkin)为了调和原旨主义和“活宪法”而提出了著名的“活的原旨主义”(living originalism),认为宪法的原初含义是“薄的”,只包括字面的无歧义部分,文本则预留了巨大的阐释空间。巴尔金据此认为,沃伦(Earl Warren)和伯格(Warren Earl Burger)法院时期的诸多激进判决并没有违背宪法原旨。^[17] 这种理解剥离了宪法原旨中的实体性判断,已经与原旨主义分道扬镳了。

第三,如果将原旨主义还原为原意解释,它在美国的地位就会大打折扣。参议院在对总统提名的大法官听证时,经常询问被提名人关于原旨主义或类似问题的看法,他们想用这个敏感问题来了解被提名人的司法哲学。试想,如果原旨主义仅仅意味着原意解释,而其理论主张不再与“活宪法”观存在紧张,参议员们还会认为这个问题很重要吗? 如果原旨主义只是一个方法问题,我国学者也无须把它与美国经验联系起来,做一般的技术性讨论足矣。不仅如此,如果原旨主义不过是原意解释,也就不存在“原旨主义者”这样一个让人爱憎分明的称呼了,毕竟,原意解释作为一种中立的、非意识形态的方法,可以被所有人使用,使用者也不会被特别地冠以“原意解释者”的身份,就如同从来没有什么“体系解释者”“文义解释者”一样。但是“原旨主义者”这个称呼意味着,其对于信徒来说不是权宜之用而是一以贯之的。例如,对于有“原旨主义之父”之称的罗伯特·博克(Robert Bork)法官来说,原旨主义“是唯一符合民主社会中司法角色的方法”。^[18]

二、作为“理论”的原旨主义

如果原旨主义是一种塑造社会关系的理论而不只是一种方法,那么它的“理论”主张到底

[16] 刘连泰、刘玉姿:“原旨主义、活宪法与活的原旨主义—译者序”,见前注[2],《活的原旨主义》,第2页。

[17] 参见巴尔金,见前注[2],第185—186页。

[18] Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of The Law*, New York: The Free Press, 1990, p. 143.

是什么？由于“原旨主义者”不是一个有严密组织性的群体，对原旨主义的理解已经变得颇为庞杂。不满于严格原旨主义的，提出了温和原旨主义，不满于旧原旨主义的，提出了新原旨主义乃至“新新原旨主义”，因此在讨论原旨主义的“理论”面相时，我们只能从“家族相似”的意义上理解。即便如此，给出一个全面而无争议的界定仍然是困难的。在宪法的国家权力与基本权利这两大领域中，原旨主义都在驰骋征战，这里仅从基本权利这个典型方面简做讨论，之所以说它是“典型”的，是因为大多数尖锐的争议都集中于此。^{〔19〕}而且，这可能是与我国的相关理论最能够形成呼应的方面。

原旨主义在基本权利的范围、功能、保障路径等方面都不同于“活宪法”立场。

首先，就基本权利的范围而言，“活宪法”观热情拥抱新权利，原旨主义则怀疑新权利。这一对立在“欧伯格费案”的不同意见中就可以看出。支持“活宪法”的肯尼迪(Anthony Kennedy)法官宣称：“制定和批准‘权利法案’的先辈们，并未假定知晓自由的全部含义……自由的含义有待我们逐步探索。”^{〔20〕}秉持原旨主义的罗伯茨(John Roberts)法官则认为，权利应当“是客观的并且深深植根于国家的历史和传统”，^{〔21〕}一项突然宣告的新权利会扰乱既定秩序，特别是在那些带有浓厚伦理色彩的讼案中。例如在 20 世纪六七十年代，“堕胎权”“隐私权”得以确立，博克认为，这导致“婚姻这一基本制度的神圣不可侵犯转向了个人愿望的不可侵犯”，^{〔22〕}这一转向忽略了个人在婚姻中的义务，没有认真对待个人作为丈夫、妻子、父亲或母亲的真实身份，只是在宣扬“一个人仅属于他/她自己”这样一项抽象原则。博克认为这是一种扭曲的个人主义，否定了作为整体的社会在婚姻制度中的合法利益，这“不是为了保卫婚姻，而是创造一种新的机制让法院去重塑宪法”。^{〔23〕}尽管如此，原旨主义者并不一般性地反对新权利，他们反对的是权利仅经由法官之口宣布。

对新权利的执着，代表着以司法重塑社会关系来推动所谓“社会进步”的热望，原旨主义对此充满疑虑。在大法官伦奎斯特(William Rehnquist)看来，“活宪法”这个词“因为有着令人迷惑的含混而为自己披上了漂亮的外衣”。^{〔24〕}斯卡利亚(Antonin Scalia)则认为，成文宪法需要原旨主义，一个通过了“权利法案”的社会，应该怀疑权利标准的随意变化是否总“标志着进步”。^{〔25〕}某些貌似进步的判决还会缩减宪法权利，例如在“科伊诉衣阿华案”中，一名男子被控猥亵两个女孩，庭审时法官允许女孩借助视频远程作证，以减轻她们的心理伤害。斯卡利亚

〔19〕 原旨主义与非原旨主义在国家权力领域当然也存在分歧，例如关于国会调整州际贸易的权力中“贸易”所指为何，就存在广狭之争。

〔20〕 Obergfell v. Hodges, 576 U. S. 14, 644 (2015), Justice Kennedy, the opinion of the Court.

〔21〕 See *ibid.*, Chief Justice Roberts, dissenting.

〔22〕 Bork, *supra* note 18, p. 111.

〔23〕 Bork, *supra* note 18, p. 99.

〔24〕 William H. Rehnquist, “The Notion of a Living Constitution,” *Texas Law Review*, Vol. 54, No. 4, 1976, p. 693.

〔25〕 参见(美)安东宁·斯卡利亚：《联邦法院如何解释法律》，蒋惠岭、黄斌译，中国法制出版社 2017 年版，第 55—56 页。

评论说,这种做法意在保护被害人,但也限制了第六修正案规定的刑事被告“与他人对质的权利”。远程作证看起来不错,但立宪时代与当代的人们对受害人的同情本质上并无不同,当时也并不缺乏隔离证人的办法,因此很难说判决体现了进步并“扩展”了宪法早已确定的自由。^{〔26〕}

第二,就基本权利的功能而言,“活宪法”认为权利就是为了保障个人需要,个人需要几乎可以等同于“权利”。这是一种过于自由化(liberal)的理解。原旨主义则更看重权利的公共价值。阿玛尔(Akhil Reed Amar)作为原旨主义的一个代表性人物,特别强调权利的公共性和结构性,他用“文本内主义”(intratextualism)方法对宪法“权利法案”提出了一种“整合观点”,认为权利法案同宪法正文的结构性条款有着同样的功能:权利不是人们通常认为的那样,旨在保护“个人”私利,而是为了保护教会、民兵、陪审团等中间社团,以培养一种有教养、有美德的选民群体,因此“权利法案不是要阻滞政府结构,而是要促进它运转;不是要弱化多数的权力,而是要强化它”。^{〔27〕}从第十修正案规定的“本宪法未授予合众国或未禁止各州行使之权力均由各州或由人民保留之”也可以看出,显然只有“各州”以及“人民”这个集体而不是“个人”,才能行使未列举的“权力”(the powers)。对于基本权利的结构性,米克尔约翰(Alexander Meiklejohn)也曾指出,把前十条修正案称作“权利法案”是不准确的,因为它不只是“权利法案”,而是“权力和权利法案”。^{〔28〕}即便那些看起来纯粹是为了保护个人的权利,如刑事诉讼中的禁止双重危险、辩护权、质证权,首先关注的也是政府权力自身品质的完善,而这是重要的公共价值。^{〔29〕}阿玛尔的观点被原旨主义者托马斯大法官和斯卡利亚大法官反复引用。另一位著名的文本主义者卡拉布雷西(Stephen Calabresi)称阿玛尔的观点“以非常高的准确性重建了宪法的原始含义”。^{〔30〕}

第三,就基本权利的保障路径而言,“活宪法”注重以反多数主义为特征的司法过程,而原旨主义看重多数主义的政治过程。甚至可以说,“活宪法”论者刻意绕过结果难料的政治过程,借由注重权利的法院来达到目的。原旨主义则认为,司法应当克制,限于解决具体纠纷而非制定规则,法官在适用法律时应当恪守中立原则,否则就不是在司法而是在立法。^{〔31〕}但是,现在的法院太过能动了,公众也把太多的诉求包装成“权利”抛给法院,特别是拥有“说最后一句话(终审权)”权力的联邦最高法院。斯卡利亚指出,司法过于能动是违反宪法原旨的,因为一

〔26〕 参见(美)戴维·奥布莱恩编:《法官能为法治做什么:美国著名法官讲演录》,何帆、姜强、刘媛、黄琳娜、林娜译,北京大学出版社2015年版,第200页。

〔27〕 Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, New Haven: Yale University Press, 2000, p. xii.

〔28〕 (美)亚历山大·米克尔约翰:“作为政治自由的言论自由”,敖海静译,《苏州大学学报(法学版)》2020年第1期,第64页。

〔29〕 See Amar, *supra* note 27, pp. 81-118.

〔30〕 Stephen G. Calabresi, “We Are All Federalists, We Are All Republicans: Holism, Synthesis, and the Fourteenth Amendment,” *Georgetown Law Journal*, Vol. 87, No. 7, 1999, p. 2275.

〔31〕 See Bork, *supra* note 18, p. 145.

部成文宪法“全部存在目的就在于防止变化”，“无论是宪法的文本还是制宪者的意图(无论你选择哪个)都不可能得出结论说，宪法存在的唯一作用就是将改变权利的权力从立法机构转交给法院”。^{〔32〕} 宪法规定了严格的修改程序，既然立法机关都受其约束，法院就更不能随意“与时俱进”了。在一个民主社会，多数力量只能通过讨论和投票形成共识，这个过程的确困难，但也“恰与民主社会的观念是一致的”。^{〔33〕} 斯卡利亚认为，即使宪法要与时俱进，立法机关也是最适当的场合，一个民主社会不需要法官直接从宪法中寻找反映“当前的价值观”的机制，因为“选举很好地做到了这一点”。^{〔34〕} 不仅如此，像伦奎斯特精辟指出的：“即使面对着不容置疑的社会弊端，一个合法的有能力的代议立法机构也可以决定不予理睬。它可能会认为那种弊端在程度与数量上都不够充分以至于还不足以使政府有合适的理由介入；它也可能认为消除弊端的开支与所带来的利益并不相称；它还可能认为消除弊端的措施可能会带来更大的弊端。”^{〔35〕}

非原旨主义者经常反驳说，遵从宪法原旨就是臣服于“死人之手”的统治。对此，博克的反驳切中要害：“死人之手”这种责难，从来就没有针对宪法中那些清晰的结构性的内容，关于总统、国会和法院的职权、选举时间和方式，以及共和政体的其他重要部分的规则，同样是两个多世纪前创立的，非原旨主义者却从未否定。同样，对于 1890 年制定的《谢尔曼法》、最高法院的先例、古老的合同与信托制度，原旨主义也从未提出过质疑。“死人之手”论者仅仅在个人权利领域发难，极力创设新权利，并不惜推翻符合宪法原旨的法律。博克认为，不论是通过宪法修正案还是国会立法，现有的代议制完全可以接纳新思想、创设新权利，而且这种实践并不鲜见。因此从根本上说，非原旨主义者真正反对的并不是死人的统治，而“不过是要阻止当下的人民和代表自我统治”。^{〔36〕}

上述原旨主义的权利观与司法哲学，都是在与其当代对手的论争中呈现的，它们以清晰的面目呈现于诸多宪法诉讼当中，有的是生效的判决意见，有的是对生效意见的异议。对于层出不穷的新权利，“活宪法”热情拥抱，原旨主义冷眼旁观；对于基本权利的功能，“活宪法”注重个人愿望，原旨主义注重公共价值；对于权利保障的路径，“活宪法”看重司法裁决，而原旨主义看重立法审议。由于建国时代的宪法“原旨”更倾向于保守而非自由，更倾向于社会而非个人，更尊重议会而非法院，所以这一立场通常被冠以“原旨主义”。不过，原旨主义所忠诚的对象并不完全是时间意义上的过去，正如有学者指出的，“原旨主义虽然以历史作为法律渊源的出发点，但它的宪法视野却朝向未来”。^{〔37〕} 原旨主义者并不否定变革，更不否定宪法修正案，他们接受那种发生于政治过程、具有民意基础的变革，反对的只是法官绕过政治过程、缺乏民意正当

〔32〕 斯卡利亚，见前注〔25〕，第 56 页。

〔33〕 Rehnquist, *supra* note 24, p. 697.

〔34〕 Antonin Scalia, “Originalism: The Lesser Evil,” *University of Cincinnati Law Review*, Vol. 57, No. 3, 1989, p. 862.

〔35〕 Rehnquist, *supra* note 24, p. 700.

〔36〕 Bork, *supra* note 18, p. 171.

〔37〕 惠廷顿，见前注〔2〕，第 143 页。

性的变革,因为正像斯卡利亚所说的,“活宪法”论者并不一定如其声称的那样真正代表民意,法官必须弄清楚“大多数人的意志是否区别于报纸、广播节目、民意测验以及民间团体的聊天”。〔38〕这再次表明,“原旨主义”并不是一种沾染了好古癖的中立方法,而是一种秉持特定权利观和司法哲学的规范性理论。如果承认这一点,我们就需要进一步考察,这一理论所针对的特定问题是什么,而问题通常与一个国家的特定历史和制度相连,这是下一部分所要讨论的。

三、原旨主义：一个美国概念

作为一种方法的“原意解释”非美国所独有,它是各国、各时代都可以使用的。一种法律“理论”则通常带有时代和国别的烙印,因为它是为回应特定争议出现的,所以需要置于与其对手的关系中观察,这就像结构主义语言学的创始人索绪尔(Ferdinand de Saussure)所说的:一枚棋子的价值不是预先给定的,而是由它在棋局中的位置决定的。〔39〕法律理论因具有鲜明的国别特征而尤为如此。“原旨主义”因为其所身处的特定历史条件和制度条件,而成为一个特殊的美国概念。

(一)历史条件

这可以从争议的特殊性和宪法的久远两个方面来理解。首先,原旨主义是为回应 20 世纪 50 年代后沃伦法院(1953—1969 年)的能动主义司法哲学而产生的,“是对最高法院对宪法赋予权利条款的宽泛解释的反应”。〔40〕而沃伦法院司法哲学本身,也是“对 19 世纪后期司法形式主义、严格解释主义和自由放任主义的急剧反动”。〔41〕沃伦法院重新诠释了最高法院的角色,大力推进“权利革命”,认为从宪法中能够“发现”隐私权、〔42〕禁止(即使只是很短的时间)死刑〔43〕以及对警察施加严格限制〔44〕等,其实践在 1973 年“罗伊诉韦德案”达到顶峰。原旨主义者嗤之以鼻,认为这超出了宪法原旨的约束,法官是在“制定”而不是“解释”法律。分歧的背后,是美国社会和政治关系的结构性变化。1980 年里根当选总统后,积极贯彻共和党“在各级司法机构任命尊重传统家庭价值观以及无辜生命神圣性的法官”的纲领,成功提名博克担任华盛顿特区巡回上诉法院法官,伦奎斯特成为联邦最高法院首席大法官,斯卡利亚成为大法

〔38〕 斯卡利亚,见前注〔25〕,第 61 页。

〔39〕 参见(瑞士)费利迪南·德·索绪尔:《普通语言学教程》,高名凯译,商务印书馆 1980 年版,第 133 页。

〔40〕 Peter J. Smith, “How Different Are Originalism and Non-Originalism?” *Hastings Law Journal*, Vol. 62, No. 3, 2011, p. 708.

〔41〕 惠廷顿,见前注〔2〕,第 16 页。

〔42〕 See *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 164 (1973); *Griswold v. Connecticut*, 381 U. S. 479, 499 (1965). *Griswold v. Connecticut* 案确立了隐私权,包括避孕的权利,开启了保护“未列举权利”的进程,为堕胎权和同性婚姻合法化奠定了基础。

〔43〕 See *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 239 (1972).

〔44〕 See *Miranda v. Arizona*, 384 U. S. 436, 498 (1966).

官,埃德温·米斯(Edwin Meese)成为司法部长。他们要同形形色色的“原旨主义的敌人”作战:原意无法获知论、宪法进化论、当代人不受逝者统治论、宪法乃法官之宪法论、原旨主义催生政治决策论,等等。^[45]可见,没有反原旨主义,就没有原旨主义。

原旨主义与中世纪普通法、圣经解释学以及任何外国经验都没有关系,也不是伴随着美国制宪产生的,索勒姆(Lawrence B. Solum)对相关词汇最早使用情况的研究说明了这一点。^[46]根据他的研究,“原旨主义”(originalism)作为一个专有名词,最早出现在布莱斯特(Paul Brest)1980年发表的那篇著名论文中,^[47]布莱斯特本人是原旨主义的坚定反对者,他出于论辩的需要而发明了这个词。该词在法院判决书中首次出现,是在2005年“奥登诉佩里案”^[48]中史蒂文斯法官的反对意见中。一些与原旨主义相关的词汇也是晚近才出现的,“原初理解”(original understanding)首次出现于哈兰(John M. Harlan II)大法官在1970年“俄勒冈诉米歇尔案”^[49]的异议意见;“原初意图”(original intentions)首次出现于伯格(Warren Burger)大法官1983年“索勒姆诉赫尔姆案”^[50]的异议意见;“原初含义”(original meaning)最早出现于1966年“哈伯诉弗吉尼亚选举委员会案”^[51]中布莱克法官的异议意见。可见,原旨主义并非一个古老的概念。美国学者也认为,原旨主义是美国特有的宪法解释理论。^[52]因此可以说,别国可能有“原意解释”,但没有“原旨主义”。

其次,宪法的久远历史为原旨主义与“活宪法”立场之争提供了可能。美国宪法制定于1787年,距今已经有230多年的历史,其间经历了从农业社会向后工业社会的巨变,不但整个国家的社会形态和观念发生了巨大变化,宪法用语的含义也发生变化。正是制宪时间的久远,使宪法“原旨”与当代人的需求之间形成了巨大的张力,“法先王”还是“法后王”于是成为一个问题。例如,制宪时代的人们显然对隐私权、堕胎权等一无所知,诉诸原旨就为拒绝这类新权利提供了依据。而对热情拥抱新权利的人们而言,保守的宪法原旨就成了绊脚石。在司法说理机制的激励下,法官竭力寻找不同的理论为自己辩护。

(二)制度条件

“原旨主义”的产生也离不开美国的普通法传统、联邦制、刚性的成文宪法等制度条件。

首先,普通法传统。普通法的一个惯常做法,是诸多本来由立法解决的问题交由法官来决

[45] 参见林彦等,见前注[2],第23—27页。

[46] See Lawrence B. Solum, “What Is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory,” in Grant Huscroft and Brandley W. Miller (eds.), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York: Cambridge University Press, 2011, pp. 12-41.

[47] See Brest, *supra* note 3, p. 204.

[48] See *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677, 729 (2005).

[49] See *Oregon v. Mitchell*, 400 U.S. 112, 165 (1970).

[50] See *Solem v. Helm*, 463 U.S. 277, 312 (1983).

[51] See *Harper v. Virginia Bd. of Elections*, 383 U.S. 663, 672 (1966).

[52] See Grant Huscroft and Brandley W. Miller (eds.), *The Challenge of Originalism: Theories of Constitutional Interpretation*, New York: Cambridge University Press, 2011, p. 10; Jack M. Balkin, “Nine Perspectives on Living Originalism,” *University of Illinois Law Review*, Vol. 2012, No. 3, 2012, p. 838.

策,这就是所谓的“司法造法”。与此同时,美国各州及联邦的高级别法院的判决实行少数服从多数原则,并且需要提供判决理由,这种做法本身是民主价值在司法中的表现,但也造成了争议的理论化,激励了原旨主义与“活宪法”观的对立。与之不同的是,在法国、德国等大陆法系国家,很多问题是由议会立法而不是法院判决来解决的,法院判决通常也不公开法官内部的分歧,这就不容易将分歧以理论形态公之于众。

其次,联邦制因素。在美国,诸多讼案涉及立法权是归联邦管辖还是归各州管辖的问题。例如,婚姻制度是州立法机关的传统权限,而各州对是否承认同性婚姻存在分歧,这是纠纷从州外溢到联邦法院的一个重要原因。我们看到,许多案例中的被告是州的部门、受到挑战的也是州的法律,倘若国会对此有统一的立法权,诉讼或许根本就不会发生,也不会都汇集到联邦法院。2022年“多布斯案”^[53]影响巨大,判定联邦宪法中不包含堕胎的权利,是否允许女性妊娠达到15周后堕胎应该由各州自行决定。因而,这仍是一个带有联邦制色彩的判决。美国也缺乏在他国可以对争议“一锤定音”的两种机制:一是全国统一的议会立法,例如英国的做法;二是某种类似于我国最高人民法院所采用的那种“司法解释”机制。这两种机制在理想情况下都有迅即终结争议的作用。

第三,刚性的成文宪法。上述理由对原旨主义的产生能够发挥作用,同样离不开宪法的刚性特征。美国宪法有严格的修改程序,迄今仅有27条修正案,前10条(即“权利法案”)还是在1791年首届国会上一揽子通过的。宪法的刚性使通过修宪来容纳“进步”诉求的努力变得很难成功,这就为原旨主义与“活宪法”之争提供了空间。美国之所以采用迥然不同于英国宪法的刚性成文宪法形式,正如戴雪(Albert Dicey)所言,主要是联邦制的需要:联邦国家赖以存在的基础是一份复杂的契约,不能仅仅“建立在默契或者惯例的基础之上”,否则必定会产生误解或者分歧,所以“宪法必须是一份书面文件”,^[54]而严格的修宪程序也是用来保护联邦制的,否则国会可以通过修改宪法吞并州的权力,或者州缩减联邦的权力,因此“宪法在法律上的至高性,对一个联邦制国家来说是绝对必要的”。^[55]如果宪法修改并不困难,就可以通过频繁修宪来满足变迁要求了,有学者已经指出,“宪法难于修改这一不同于普通法律之处,使得原意解释或者历史解释在宪法解释方法中具有了相当高的权重”。^[56]

综上,原旨主义有几个鲜明的“特定”性:在特定国家的特定时期为应对特定问题而产生的特定理论。这样我们就能理解,为什么这一概念总是与美国宪法牢牢地绑在一起了。那些有着鲜明立场的法官、议员、学者,是“原旨主义”的真正塑造者,如果他们只是根据偶然的需要,此时用宪法原旨而彼时用其他解释,就不是真正的“原旨主义者”了。如果原旨主义只是一种中立的方法,就不会具有上述这些特定性,因为中立的方法很难成为特定的信念或“主义”(ism)。“主义”通常是社会关系塑造形成的观念形态,并与某种对立的“主义”相伴而生。原

[53] See *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 597 U.S. 215 (2022).

[54] 参见(英)A. V. 戴雪:《英国宪法研究导论》,何永红译,商务印书馆2020年版,第193—194页。

[55] 戴雪,同上注,第201页。

[56] 王锴:“宪法解释方法刍议”,《中国社会科学院研究生院学报》2020年第2期,第7页。

旨主义的对立面是“进步主义”(或“活宪法”)。“原意解释”方法则没有对立面,只有与之平行的其他替代解释方法。某人根据需要改用其他解释方法,是聪明机智的表现,根据需要改信其他“主义”,却通常令人不齿。我国学者把“原旨主义”中的“主义”(即理论面相)抽掉了,只留下了一个方法面相的躯壳,这可能是问题之所在。

这也意味着,当我们借用“原旨主义”时,需要注意到它的特殊性。细究起来,我们可能并不具备原旨主义在美国得以产生的那些条件。例如就历史条件而言,现行的 1982 年宪法迄今只有四十多年,时间所造成的张力并不大,何况它本身就被认为是一部改革性的、纲领性的宪法,已经为与时俱进地解释宪法留下了空间。因此,宪法原意可能并不像有学者所说的那样是一个“极具时间感的概念”。^{〔57〕}就制度条件而言,我国与美国的不同就更为明显了:既没有普通法传统,也不实行联邦制,疑难问题完全可以诉诸统一的全国性立法来解决,而不需要特别依赖司法的方式回应问题。我国宪法虽然是刚性的,但能够通过及时的修正案来解决“原旨”与“变迁”的冲突。^{〔58〕}这些都应成为我们引介原旨主义的一个现实国情背景,而正是因为忽略了原旨主义的特定性,我们使用这一话语时才面临诸多问题,这是下面所要讨论的。

四、原旨主义在中国

“原意解释”是中性的,是多种法律解释方法之一,各国、各时代皆可采用,其本身并不具有美国色彩。但是,有不少学者把原旨主义在美国的巨大影响仅归功于原意解释,并认为我国宪法解释的确定性、正当性、自主性等都有赖于它。^{〔59〕}这种重方法、轻理论的使用方式——有意或者无意地,在实践中引发了两个值得关注的现象:一方面原旨主义被泛化使用,另一方面被搁置不用。

(一)泛化使用原旨主义

在美国,原旨主义是保守派大法官裁决宪法权利案件时采用的解释路径,因此它的适用范围比较狭窄。我国的情况则完全不同:没有宪法诉讼机制,普通案件判决书不得引用宪法作为判决依据,合宪性审查由全国人大专门机构统一实施。这一国情本来并未给“原旨主义”留下应用的空间,但是,不少学者仍然使用这一概念来解释或评价我国的立法和司法实践,这就意味着,原旨主义不可能带有那种浓厚的司法色彩和论辩性,也不聚焦于基本权利争议。实际情况亦然,原旨主义在我国的使用范围和适用方式都已呈现某种“异化”:适用范围被从基本权利领域“挤”到了普通规范性文件领域;适用方式则如前所论,简化为一种中立的原意解释方法,完全剥离了其理论面相。这两个方面都导致了“原旨主义”话语在我国的泛化。

例如,有学者用原旨主义措辞讨论了这样一个问题:《宪法》规定国务院有权“根据宪法和法律,制定行政法规”,那么国务院可否在无法律依据的情况下直接制定行政法规呢?肯定说

〔57〕 邹奕:“生成与更替:中国宪法原意的时间定位”,《法学家》2024 年第 1 期,第 74 页。

〔58〕 参见邹奕,见前注〔14〕,第 99 页。

〔59〕 参见邹奕,见前注〔14〕,第 96—103 页;刘晗,见前注〔8〕,第 69—78 页。

认为,《宪法》第 89 条赋予国务院管理经济事务的权力,那国务院就可以制定行政法规。否定说则认为,1984 年、1985 年全国人大曾两次授权国务院制定税收条例,以及有关经济体制和对外开放问题的条例,这说明肯定说是错误的。这位学者认为,由于这两次授权发生在 1982 年之后不久,很多人大代表还在连任,他们的看法体现了宪法的“原旨”,因此否定说是正确的。^{〔60〕}再如,有学者发现,近年随着合宪性审查工作的推进,审查机关“也逐渐体现出了一定的原意解释的倾向”,全国人大常委会 2019 年通过的《法规、司法解释备案审查工作办法》要求“对法规、司法解释进行审查研究,发现法规、司法解释存在违背宪法规定、宪法原则、宪法精神问题的,应当提出意见”。其中的“宪法精神”需要从宪法制定的历史背景、制定过程、主要任务等文本以外的因素中推导、论证、引申出来。这“与原旨主义具有相通之处,即从历史背景和制宪修宪过程中来探索宪法精神的含义……目前的合宪性审查制度已经在孕育一种宪法原旨解释的路径,至少为其留出了空间和可能性”。^{〔61〕}不难看出,上述两例都是在“原意解释”意义上使用原旨主义概念的。

此外,在一些热点案件中,法官严格依照遵照法条含义做出的判决引发了巨大的争议,例如赵春华非法持枪案中,因为对“枪支”界定得过于严格而将使用玩具枪的行为也判定为犯罪;广州许霆案中的“盗窃”、宜兴胚胎案中的“继承”、深圳鹦鹉案中的“野生动物”等,也存在类似问题。对此,有学者一方面确认法官(如赵春华案)使用的是“原旨主义”解释方法,另一方面又指出这种方法不一定有效解决概念界定问题,因为原旨主义作为诸多解释方法之一,并不比文义解释、限缩解释、扩大解释、体系解释、目的解释等更有效。^{〔62〕}在上述热点案例中,法官不一定意识到自己使用了“原旨主义”,他们可能认为自己不过是在“依法行事”。在学者的评论中,这些案例却被置于原旨主义的话语中加以检视,原旨主义的适用范围变宽了,但这一概念已经不同于美国语境中的含义,其原本蕴含的同非原旨主义的理论张力也消失了,完全是作为一种中性的“原意解释”方法被使用的。

原旨主义措辞的使用是必要的吗?有学者认为:“在对宪法条文进行解读时,必须信守的基本原则是坚持原旨主义立场,维护宪法文本的安定性。”^{〔63〕}该学者以《宪法》第 46 条规定的公民受教育的权利和义务为例进行说明:一种观点是,按照国际人权法的理解,公民是受教育权的主体,但不是义务主体,义务主体是其监护人或者国家;另一种观点依据原意解释反驳说,彭真在《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中指出“接受教育,是公民应享有的权利,也是公民应尽的义务”,这是权威的解释,因此受教育仅只是公民的权利而非义务的观点是错误的。^{〔64〕}该学者认为这是原旨主义的胜利。笔者同意这种基于原意的解释,但将其视为“原旨主义”却并非必要,因为从文义的角度来看,《宪法》第 46 条是足够清晰的。那种认为公民不

〔60〕 参见邹奕,见前注〔14〕,第 98 页。

〔61〕 刘晗,见前注〔8〕,第 73 页。

〔62〕 参见张玉洁,见前注〔7〕,第 164—166 页。

〔63〕 张海涛:“论‘公民有受教育的权利和义务’的宪法解释”,《财经法学》2016 年第 5 期,第 100 页。

〔64〕 参见张海涛,同上注,第 103 页。

是受教育权义务主体的观点,虽然反映了一种良好的初衷,但还是距离文义太远了。再如,关于我国《宪法》中“城市的土地属于国家所有”的规定,有学者基于“尊重和保障人权”的宪法精神,认为该条应解释为:“城市的土地可以属于国家所有,也可以不属于国家所有。”^{〔65〕}这可以说是一种客观目的论的解释。对此,有学者依据 1982 年宪法修改委员会关于土地所有制问题在起草过程中的讨论记录,使用原旨主义话语批评了这种“可以论”,认为该条不具有可选择的范围。^{〔66〕}笔者认为,与上一个例子相同,此处的原旨主义解释亦非必要,因为相关条文从文义的角度看也是清楚的。

(二) 搁置不用原旨主义

我国没有为解决宪法判例而做的司法解释,不过,从最接近的对《香港特别行政区基本法》的解释中可以发现,即使是原意解释方法,其使用也具有高度选择性,释宪机关有时候采用原意解释(如居港权案),有时候采用体系解释(如行政长官任期问题),有时采用文义解释(如官员就职宣誓问题)。^{〔67〕}涉及特别行政区法律问题的解释具有特殊性,或许不必苛求遵循原旨主义(或原意解释);从内地的情况来看,原旨主义也并非一个重要的法律解释路径。例如,对于近年的合宪性审查工作,不少学者期待其能够贯彻原旨主义,但有学者发现,人大相关部门反倒偏向于“活宪法”立场,审查结论与宪法原旨不一致的情况并不鲜见。^{〔68〕}例如,在审查《人口与计划生育法(修正草案)》(2021)时,第 2 条中“推动实现适度生育水平”的规定,有放松限制甚至鼓励生育的意思,这与宪法规定计划生育政策的本意不符。一般认为,计划生育作为一项基本国策,以控制人口为目的,制宪亲历者的记录也表明,宪法当初写入计划生育条款仅有少生和优生的意思。^{〔69〕}全国人大宪法和法律委员会采用政策解释规避了这种不一致,认为修正草案“体现了问题导向与目标导向相统一、指向性与方向性相统一,具有相当的包容性和适应性……是与时俱进理解和把握宪法规定和精神的具体体现,也是与时俱进通过立法推动和保证宪法实施的生动实践,符合宪法规定和精神”。^{〔70〕}

再如,2019 年全国人大常委会以“决定”形式赋予国家监察委员会制定监察法规的权力。监察法规是我国除行政法规、军事法规、地方性法规之外的一种新型法规,其制定权应有法律(《监察法》或《立法法》)依据。我国《宪法》第 124 条规定:“监察委员会的组织和职权由法律规定。”但是,在全国人大常委会的决定做出之前,无论是监察法还是立法法都没有提供相关依

〔65〕 参程雪阳:“论‘城市的土地属于国家所有’的宪法解释”,《法制与社会发展》2014 年第 1 期,第 174—177 页。

〔66〕 参见邹奕,见前注〔14〕,第 97 页。

〔67〕 参见刘晗,见前注〔8〕,第 71—72 页。

〔68〕 参见阎天:“作为合宪性审查依据的宪法精神——论《立法法》原第四条的修正”,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2023 年第 3 期,第 160 页。

〔69〕 参见肖蔚云:《我国现行宪法的诞生》,北京大学出版社 1986 年版,第 83 页。

〔70〕 “全国人民代表大会宪法和法律委员会关于《中华人民共和国人口与计划生育法(修正草案)》审议结果的报告——2021 年 8 月 19 日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议上”,《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2021 年第 6 期,第 1202 页。

据。对于全国人大的授权决定，法工委给出的解释是立法法无法尽快修改、监察工作的实际需要，以及有以决定形式进行授权的先例。^{〔71〕}显然，这一做法中宪法的原旨（文本）被突破了。

在上面的例子中，不是宪法的“原旨”而是与时俱进的政策考量，在立法或合宪性审查中扮演了重要角色。当然，笔者并不认为原旨考量就一定优于政策考量，但需要关注的，是用“原旨主义”作为评价措辞是否必要。很难说我们的与时俱进思路可以对应于美国那种“活宪法”立场，因为“活宪法”也只是条款存在解释空间时才有用武之地，而不会明显背离宪法条文的文义，更不用说它所秉持的权利理论和司法哲学了。但是，即使我们按照宪法原意来实施审查工作，也很难说奉行的是“原旨主义”，因为我们只是借用了这个外来的词汇，而不是因为秉持特定的实质立场而成为“原旨主义者”，更不可能持有类似美国原旨主义者那样的保守权利观和司法哲学。皮之不存，毛将焉附？我们看到的是“原意解释”，而不是“原旨主义”。

重方法面相而轻理论面相，也使得我国学者支持和反对原旨主义的理由都与其在美国的境遇大异其趣。例如前面提到的，支持者认为原旨主义不但有助于我国宪法解释的确定、稳定、正当，更重要的是有助于实现宪法学的“本土性”“自主性”。这些期待背后的动机令人尊敬，但都不涉及具体理论主张，而且不适当地抬高了原意解释方法的地位。同样，反对原旨主义的理由，也与其理论面相无关，例如有学者认为，我国宪法本身就属于“变迁宪法”，只有在动态的历史变迁过程中才能准确把握其含义。^{〔72〕}这种反对观点，可能正是由于有的学者对原意解释方法过于推崇而引发的。总之，无论是支持者还是反对者，都不是从支持和反对原旨主义的理论主张而言的，而是围绕“原意解释”方法本身提出的。这些争论都只是方法论层面的，无助于辨识各方在那些重大法律和伦理争议中的实体观点如何。作为方法的原旨主义，可以辅助文义解释使用；作为理论的原旨主义，其对我国的价值则需另寻他途。

五、原旨主义能为我们带来什么？

如果“原意解释”只是诸多解释方法之一，“原旨主义”又是一个特殊的美国问题，那么讨论“原旨主义”对我们还有意义吗？基于前面的讨论，原旨主义的方法面相虽然不容否认，但无须与美国宪法绑在一起，也不能因为把原旨主义的影响力错误地归于方法面相，而赋予“原意解释”过分的期待，否则会压缩其他宪法解释方法的适用空间。除此之外，重要的是作为“理论”的原旨主义对我们是否有意义。如果我们面临与它相近或相同的关涉议题，参照可能就是有意义的。前文提到，基本权利领域是原旨主义与“活宪法”观在美国的主战场，而笔者认为，我国当下对于基本权利的主流理解，与原旨主义在美国所针对的问题具有相似性。限于主题和

〔71〕 参见沈春耀：“关于《全国人民代表大会常务委员会关于国家监察委员会制定监察法规的决定（草案）》的说明——2019年10月21日在第十三届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议上”，《中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会公报》2019年第6期，第923—924页。

〔72〕 参见李忠夏：“中国需要什么样的宪法理论和方法？——作为方法的宪法变迁”，《中国人民大学学报》2024年第4期，第6—9页。

篇幅,这里的讨论只是说明性的,而非面面俱到。参照第二部分关于原旨主义理论面相的讨论,下面仍从基本权利的范围、功能、保障路径这三个方面来做简要说明。

首先,在基本权利的范围方面,我国也存在对于新兴权利的热情支持。在不少学者眼中,基本权利被当成了实体价值的索引,暗示宪法条文微言大义,其内容可以由法学家去发现、立法者去宣告、执法者去落实、司法者去救济,宪法仿佛成了“德尔菲神谕”——只要你虔诚问卜,总会得到一个答案。人们期待权利的家族不断壮大,诸如同性婚姻权、探望权、祭奠权、变性权、代孕权、自杀权、贞操权、乞讨权、冷冻胚胎处置权、数据可携权、被遗忘权等,纷纷登场。支持者乐此不疲,认为诸多新兴权利是人的“尊严”“人格”的必然要求;反对者不以为然,视之为“将愿望等同于权利”思维带来的“权利通胀”。这种思维有不同的渊源,其中最具理论意义的是那种对于权利“开放性”的强调。例如有学者认为:“人权具有天然的开放性,人权作为人之为人所应该享有的权利,具有道德权利的性质。这意味着,按照伦理与价值观念被认为是人权的权利,就应该受到宪法的保障。在宪法中纳入具有自然法性质的人权,可以被看作对法律实证主义与自然法的调和,在相当程度上意味着基本权利体系的开放。”^[73]

对此,“原旨主义”理论能够提供什么教益吗?在过去的数十年,“权利话语”在美国也十分流行,它“携手用于精神疗法的术语鼓励我们形成了一种过于人性化的趋势(too-human tendency),即将自我置于我们精神世界的中心”,^[74]这与“将愿望等同于权利”的思维及权利的开放性论调遥相呼应,实际上表达的是“一个无社会性拘束的个体所具有的各种利益诉求”。^[75]例如,在原旨主义者看来,2015 年“欧伯格费案”将同性婚姻合法化的判决,就代表着“活宪法”观所看重的个体诉求对社会价值的挑战。罗伯茨法官在其主笔的异议意见中指出:同性恋属于“个人自由”,但婚姻是一项“社会制度”,其蕴含的超个人的社会价值应予尊重。^[76]无疑,同性婚姻凸显的是成年人的重要性,而孩子在婚姻中的角色变得无关紧要。因而,该案判决实际上以个人需要瓦解了婚姻这一社会关系。原旨主义的这一理论面相,或许也可以回应当前我国面临的对传统婚姻的挑战。法律权利应当是“关系性”的,即都是调整特定主体关系的——有特定的权利主体、特定的义务主体和特定的规范标准,强调权利的“开放性”会消解其关系性,给权利实践带来困惑。

第二,在基本权利的功能方面,我国学界有一个流行的误解,即强调个体私利导向的基本权利观,而忽视其公共价值。将基本权利理解为对个人利益的保护,“基本权利”也被等同于“基本利益”,“基本”二字显示的重要性也只是对个人而言的。这种权利观倒是佐证了一个俗见:放弃权利也是行使权利的一种方式。不是吗?如果权利(right 有“正当”的意思)概念中的道德正当性被抽离,放弃权利也就变得坦然了。同样,以利益为中心的权利观也为限制权利提

[73] 张翔:《具体法治中的宪法与部门法》,中国人民大学出版社 2023 年版,第 151 页。

[74] (美)玛丽·安·格伦顿:《权利话语:穷途末路的政治言辞》,周威译,北京大学出版社 2006 年版,第 4 页。

[75] 薛军:“权利的道德基础与现代权利理论的困境”,《法学研究》2009 年第 4 期,第 188 页。

[76] Obergefell v. Hodges, 576 U.S. 644 (2015), Chief Justice Roberts, dissenting.

供了理由,因为从“量”的角度而言,公共利益无疑是大于个人利益的。反之,如果将权利视为做正确(right)之事的资格,就意味着即使多数的利益,也不能随意限制个人权利。这种权利观特别适用于宪法上的“公民基本权利”,因为基本权利首先是与公民参与公共生活相连的。例如,选举权的道德基础不是个人利益如何重要,而是与国家机关的健康运转密不可分,它因此就有了个人责任的特征,不能像民事权利那样可以随意放弃。

以利益为中心的权利观,与“活宪法”对新兴权利的支持遥相呼应,它们都将个人意愿置于中心地位。这种权利观在欧美法理学上已经受到了质疑。2017年4月,昆廷·斯金纳(Quentin Skinner)在北大的一次演讲中,被问及如何看待权利和人权,他不无感慨地答道:现在权利的概念太宽泛,以至几乎没有了定义,简直相当于“be nice if”(如果……就好了)。^{〔77〕}拉兹(Joseph Raz)也曾指出,权利的真正基础在于其“公共善”(public/common good)价值,而公共善有利于社会整体而非只是个人。^{〔78〕}原旨主义的权利观即处于这一理论光谱之中。前面提到的阿玛尔对基本权利结构性的观点,也是对以个体私利为中心的权利观的回应。阿玛尔的论说是出于他对美国宪法学说中流行的权利观的不满,他发现即使那些杰出的宪法学家,也把“政府结构”同“个人权利”割裂来看,认为两者是对立和此消彼长的——前者为公而后者为私。阿玛尔认为“这种传统说法误读了建国时期……宪法的结构性条款和权利法案是紧密交织在一起的”。^{〔79〕}在我国宪法理论中,阿玛尔所批评的那种学说也是流行的看法,无论是否最终站得住脚,原旨主义引发的思考是很有启发意义的。

第三,在基本权利的保障方式上,我国有不少新兴权利的支持者特别看重司法的方式,而不是立法、政治的方式。这种观点在许多以“某某权利的司法保障”为题发表的学术论文中可见一斑。在美国,原旨主义与“活宪法”之争提供了一个观察政治过程与司法过程关系的契机。“活宪法”特别依赖司法方式,主张法院应当与时俱进、认可某些新权利;原旨主义则看重政治方式,它虽然不笼统地拒绝新权利,但强调一项权利应当具有坚实的社会基础和民主正当性,法院不能绕过政治过程创设新权利。据此,我国有的新兴权利支持者就认为,司法方式不也是一个重要途径么。但是在美国,“活宪法”观对司法的强调是有特殊原因的。首先,有些新权利诉求如堕胎权、同性婚姻权等,缺乏明确的宪法依据,当立法机关不予认可时,支持者就期待法院宽泛解释宪法,通过普通法特有的“司法造法”达到目的;其次,由于联邦制的原因,有些本属于各州立法权、涉及个人权利的事项,由于州法之间不统一而溢出州的层面进入了联邦法院的管辖范围,为认可新权利提供了政治过程之外的一个机会。可以说,是美国特殊的司法传统和制度条件,导致了“司法—政治”之争的公开化、理论化,而在其他国家,这一争论并不激烈或者根本就不存在。例如,堕胎、同性婚姻问题在荷兰、英国、瑞典等国,都是由统一的国家立法来

〔77〕 参见(英)昆廷·斯金纳:《关于“自由”,霍布斯错了吗?》, <https://m.jiemian.com/article/1251870.html>, 最后访问日期:2025年8月26日。

〔78〕 See Joseph Raz, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 52-53.

〔79〕 Amar, *supra* note 27, p. 293.

完成的。我国的国情和制度与美国不同,而与诸多更看重代议机关功能的国家存在相似之处,完全可以通过统一的国家立法权终结很多权利争议。这与原旨主义所强调的立法(政治)方式是一致的,毕竟,即使要认可新权利,立法机关作为“接近社会并具有广泛信息搜集能力的机构要比价值中立、与公众激情和行为隔离的司法部门更有能力从事制度和政策的创新”。〔80〕因此,如果我们的人民代表大会制度进一步发挥它的功能,就可以有效地解决那些争议。

权利保障中政治过程的作用,除了代议机关的基础性角色,也有赖于活跃的公共讨论、个人表达和结社的权利,以及更为公正的司法审判权等,它们在我国宪法中都有明确的体现。如果没有这些宪法运行的结构性机制,很多新兴权利诉求可能根本没有机会呈现在公众面前,更没有机会进入立法机关的审议进程。同样,如果法院在审理案件和裁判时受到过多非法律因素的掣肘,那么方法面相的原旨主义以及其他一些中立的法律解释方法,甚至都不太可能被法官采用。在此,原旨主义给我们的一个启发是,宪法中所宣告的那些个人“(基本)权利”,不应像我们通常理解的那样,只是一个带有弱者面孔的受保护对象,个人权利本身也应当是有力量的,可以成为呈现诉求、审议诉求、保障诉求的有效机制。从这一意义上而言,在美国宪法理论中原旨主义与“活宪法”的紧张对立,在一个富有活力的立法审议机制中可以实现某种妥协。

上述三个方面的问题,是我国学界在引介原旨主义的过程中,因为过于看重方法面相所未曾涉及的。笔者当然不认为美国宪法中的原旨主义可以照搬来解决我们的问题,但是它有两点价值是值得关注的:第一,原旨主义的理论面相所针对的问题,可能与我们面临的问题具有相似性,因而有助于我们发现问题的根源,为争议提供一个理解框架和域外参照。第二,原旨主义的理论面相与“活宪法”观是相对而生的,所以,我们实际上不只是从任何一方获得启示而否弃另一方,而是从对立理由的竞争中不断深化自己的思考。

六、结 语

“原旨主义”与我国宪法理论的关系在于,对这一概念的误读和误用是在引介域外理论时发生的,并且造成了水土不服。基于此,本文设定了一个概念框架,把原旨主义的方法面相和理论面相区分开来,以说明我国学界在引介原旨主义时重方法、轻理论的特征。原意解释的方法没有时代和地域的限制性,也没有优先于其他解释方法的效力,它可以被同一个解释者选择使用,而“原意”既可能是保守的也可能是自由的,也可能两者都不是。原旨主义“理论”却更像是一种信念,一个诚实的原旨主义者将一以贯之。如果没有理论面相,则原旨主义的方法面相也难以成熟。在美国,恰恰是理论关切和与非原旨主义的对峙,激励了方法论上的精细化。而在我国,由于“英雄无用武之地”——缺乏尖锐的诉讼议题引发的理论对峙,原旨主义也变得松懈和无足轻重了。从这一角度来看,重方法、轻理论并不全是学者的误解造成的,而是受到了客观条件的约束。与此同时,我们也不能割裂地来看待原旨主义,而应当把它放在与非原旨主义的紧张关系中来理解。严格来说,这两种立场并无泾渭分明的对错优劣之分,而是不同的现

〔80〕 惠廷顿,见前注〔2〕,第 34 页。

实需要在法律理论中的回声。存在这种法律理论上的竞争,比其中一个高奏凯歌、另一个偃旗息鼓更重要,正是在这种理论的竞争中,真知灼见才得以呈现,任何一方才不会走向极端,相关社会关切才不会被忽视。

Abstract: In American constitutional theory, “originalism” has two dimensions. It is not only a neutral, technical method of constitutional interpretation, but also a normative theory that profoundly shapes certain social relations. The methodological dimension of originalism is not marked by national or temporal characteristics, nor does it carry any inherent priority over other interpretive methods; it can be invoked by interpreters of differing orientations. The theoretical dimension of originalism, however, determines its true value in confronting the “living Constitution” approach. As a way of responding to specific historical controversies, it is also a product of established political and judicial institutions. Yet in China, the theoretical significance of originalism in the United States has been displaced by an emphasis on “original-intent interpretation” as a method. As a result, Chinese scholarship tends to approach originalism selectively, focusing on its methodological dimension while neglecting its theoretical one. This explains why originalism in China is simultaneously subject to overgeneralized application on the one hand and disregard on the other. Originalism cannot be reduced to “original-intent interpretation”. Its possible significance for Chinese constitutional theory and practice lies less in methodology than in its normative-theoretical aspects—for example, its theory of rights and its judicial philosophy.

Key Words: Originalism; Living Constitution; Constitutional Interpretation; Legal Method; Rights Theory

(责任编辑:彭鐔)