

文章编号: 1674-5205(2017)03-0050-(008)

制定法解释中的想象性重构

王云清

(厦门大学法学院 福建 厦门 361005)

〔摘要〕 法律解释中的想象性重构方法要求法官站在立法者的立场,设想立法者若处在当下会如何回答法律问题。想象性重构解释方法来源于“制定法的衡平”理念,承认法律语言存在模糊性或者可能与当下语境并不契合,并主张司法者站在立法者的角度推断立法者的意图。想象性重构可以在适用意图、语义意图和目的性意图三种不同的概括程度上展开,这就要求法官综合考虑相关理由以得出融贯的结论。然而,想象性重构毕竟是一种实质评价性的漏洞填补方法,在司法实践过程中解释者必须注意立法意图的参照系和概括程度的选择、重建历史条件的难题和价值选择三个难题。唯有同时借助感性认识和理性认识,法官才能够从想象性重构中获得妥当解释。

〔关键词〕 想象性重构;立法意图;制定法的衡平;漏洞填补

Abstract: Interpreter of statute who uses imaginary reconstruction tries to discover the intention of law-maker with respect to the particular point in controversy, if they are present. Imaginary reconstruction, which stems from the idea of ‘equity in statute’, argues that judges should imagine what legislator would say in the face of ambiguity or obscene of statutory language. The intention of legislator reconstructed can be divided into three type-application intention, semantic intention, and purposive intention—which means judges using this method should consider all relevant information so as to get a coherent result. As a substantive-evaluating gap filling methods, however, interpreters should pay attention to questions about the generality level and proxy of legislative intention, the reconstruction of historical condition and value judgement. Only by perceptual knowledge and rational knowledge, can judges receive appropriate answer from imaginary reconstruction.

Key Words: Imaginary reconstruction; legislative intention; Equity in statute; Gap-filling

中图分类号: DF0-051 文献标识码: A

DOI:10.16290/j.cnki.1674-5205.2017.03.005

一、引言

司法就是裁判者结合案件事实应用法律的过程,关键步骤是如何解释法律条文并从中找到个案裁判规范。鉴于解释对于裁判的重要性,美国学者欧文·费斯(Owen Fiss)甚至直白地指出“裁判就是解释”。⁽¹⁾⁷³⁹通常认为,法律解释的基本取向就是探寻立法者的历史原意,最好是找到与裁判事项直接相关的

具体意图。然而,立法者的有限预见能力和生活事实的复杂性,法律漏洞自不可避免。在存在法律漏洞的情况下,司法者应该如何自处?一种比较流行的观点认为,法官应该将自己置于立法者的地位,追问如果立法者处在当下语境会希望法律表达何种含义,此即想象性重构。在一些国家中,想象性重构已经作为填补漏洞的法律解释方法得到实在法的认可,例如《瑞士民法典》第1条就规定,在依循文义、习惯法仍然无法明确法律条文如何适用时,法官可以依据自己作为立法者所会提出的规则裁判。

依据想象性重构探寻立法者的可能意图,或许可以在疑难案件中给出一个相对合理的裁判结果。实际上最高人民法院发布的指导性案例和各地法院的

收稿日期: 2016-09-10

基金项目: 中国博士后科学基金会第60批次面上资助(2016M600498);中央高校基本科研业务费专项资金资助(20720171006);厦门大学人文社会科学“校长基金·创新团队”课题“法理学前沿问题研究”

作者简介: 王云清(1988—),男,福建泉州人,博士,厦门大学法学院师资博士后,研究方向:司法裁判理论、法学方法论。

司法实践都已经开始注意到这种解释方法^①。那么到底什么是想象性重构?想象性重构究竟是一种什么样的思维方式?通过这种解释方法,法官要重构什么?在具体案件中,想象性重构是如何运作的?本文将对上述问题展开详细分析。

二、内涵与旨趣:何为想象性重构

通常认为,想象性重构可以追溯到古希腊时期“制定法的衡平”原则。这一原则允许法院将一部措辞明确的制定法扩张适用于被忽视的、但却属于法律的理念或目的当中的情形,或者在文本可能会产生过于严苛且无助于法律目的的结果时引入例外情况。⁽²⁾²²亚里士多德最早提出想象性重构作为实现制定法的衡平的一种解释方法。他指出,法律是用概括的语言写就的,一般性的语言却无法涵盖例外情况,“当法律的规定过于简单而有缺陷和错误时,由例外来纠正这种缺陷和错误,来说出立法者自己如果身处其境会说出的东西,就是正确的”。⁽³⁾¹⁶¹亚里士多德认为,法官要想说明立法机关可能会怎么说,就必须依靠“衡平”,也就是“对法律正义的矫正(corrective of legal justice)”。⁽⁴⁾¹⁷¹在这之后,想象性重构作为一种衡平解释方法就一直受到普通法法官的尊重。

明确将想象性重构与制定法的衡平勾连在一起的做法,乃是英国法官普洛登(Edmund Plowden)在1579年对“爱斯通诉斯塔特案(Eyston v. Studd)”的裁判。在普洛登看来,在制定法的文字用语之外,“还有别的东西”(也就是制定法的“精神”),在制定法模糊不清或者可能有歧义的情况下,可以帮助法官得到更加合理的答案。那么,解释者如何获得所谓制定法的精神呢?普洛登根据普通法中的衡平理念认为,法官的解释工作就是和当时的立法者进行一番假想的对话。他说“当制定法的文字应该根据衡平而进行限缩解释,或者扩张解释时,为了形成正确的判断,你在解释制定法的时候,应该假设立法者就处在当下,你在向他提出关于衡平的问题,然后你必须给你认为他如果就处在当下也会给出的答案。因此,如果这种情况在制定法的文字所指范围之内,或者不在文字所指范围之内,但是并不直接地落入到文字的显明和自然的意思之中,不过在某种意义上又符合文本所表达的不同观点,那么你就可以像这样向你自己提问并给出答案,就好像你真的是在和这些法律的制定者进行对话,并且通过这种方式,你可以轻易发现在这些案件中,到底什么是衡平。”^②

现代想象性重构解释方法很大程度上受到了18世纪中后期哲学解释学的影响。哲学解释学旨在探

讨包括法律文本、艺术文本等在内的文本理解问题,并试图厘清人类理解如何可能。文本是一种历史存在物,读者与作者有时会处在不同的时代。在哲学解释学看来,文本的解释问题有很多是由文本的“历史性”所引起的,比如当代的读者如何解读《王子复仇记》。以施莱尔马赫(Friedrich Schleiermacher)为代表的浪漫诠释学认为,解释学的任务在于尽可能完全地重构作者创作活动的整个内心过程。正确的解释需要规律性地重构被理解的构造物,而这种重构必须借助“预期的方法”,也就是直觉或移情的理解。⁽⁵⁾³⁻⁴在施氏看来,理解的过程不仅仅是一个机械的过程,而是一个动态的、富有创造力的意义再生产过程,他提出的一个重要口号是“解释者理解话语首先做到和作者理解得一样好,然后做到比作者理解得更好”。^{(6)120,123}施莱尔马赫的精神继承者狄尔泰则将这种心理学解释进一步扩展成了解释的精神科学,并认为“理解”的目的在于重构文本作者的心灵,这种重构乃是因为我们自己和他人的心理体验的事实之间存在着某种相似性。⁽⁷⁾¹³⁵在狄尔泰之后,赫施(Hirsch)也论述过想象性重构的重要性。在赫施看来,文本解释绝不能脱离作者的主观性。文本解释的确证原则(verificative principle)要求解释者对说话主体进行想象性重构,“解释者的主要任务就是再现作者的‘逻辑’、他的态度、他的文化背景,总而言之,他的世界”。⁽⁸⁾²⁴²

在20世纪初期的美国,随着制定法逐渐成为主要的法律渊源,普通法的司法方法逐渐无法回应“立法”所带来的解释疑难。这个时期的法学研究除了强调法官更加关注立法科学与立法技术之外,还提倡法官运用更多基于实践理性的法律解释方法。罗斯科·庞德鼓励法院采取“想象性重构主义(imaginary reconstructionism)”辨别立法机关的意图。为了想象立法机关会如何做,庞德提议法官检讨包括制定法在内的历史证据,并身怀“对道德和正义的感知”,判断立法机关在当下的现实情况中可能会有什么样的意图。制定法的文本乃是立法机关可能意图的最佳证据,但是“如果……〔词语的字面含义〕和立法者意图的主要指示物没有办法产生令人满意的结果,那就必须要诉诸理性和规则的精神,或者几种可能解释的内

① 参见最高人民法院公布的全国法院征收拆迁十大典型案例——行政诉讼法审查的基本方向(法宝引证码 CLI.C.8259821);南通金大洋海水晶有限公司与如皋市盐务管理局行政处罚纠纷上诉案(法宝引证码 CLI.C.8272674)。

② 2 Plow. 459, 75 Eng. Rep. 688 (1574), cited from M. B. W. Sinclair, Legislative Intent: Fact or Fabrication?, New York Law School Law Review, Vol. 41, (1997), p. 1327.

在价值……它假定立法者像我们一样思考道德、政策和公平等一般问题……在几种可能的解释中,一开始最能够激发起大多数人对正确和正义的感知的,就是塑造该规则的人最想要表达的意思”。⁽⁹⁾³⁸¹⁻³⁸²

按照想象性重构的解释理念,正是因为文本的模糊性或者荒谬性才引发法官进行更新的解释。由此而言,想象性重构的主要功能,在于击破法律文本的约束力。这个观点在1944年勒纳德·汉德法官所裁判的一个案件中得到了体现。在该案中,汉德法官明确指出“我们应该把我们自己设想成说出这些话的人,并试图预测他们会如何处理这一未曾预见到的情形;并且,虽然他们的话显然是他们可能会怎么做的最重要的证据,但它们绝对不是终局的。”⁽¹⁰⁾在相同时代的法律过程学派看来,想象性重构不再是重建立法者可能的适用意图,而是在重塑“概括的意图”,即立法目的。法律过程学派的领军人物哈特、萨克斯两人指出,在“推导目的(inferring purpose)”的过程中,法院应该将自己放在立法机关的立场上,法院应该将立法机关的成员视为“理性地追求理性目标的理性人”,是在“善意地行使他们的宪法权力和义务”。在具体应用过程中,法官应该寻找法律所要应对的“弊端(mischief)”并展开类比推理(reasoning by analogy)。⁽¹¹⁾¹³⁷⁸法律过程学派引入了霍姆斯的“理性人”标准,并以此为基础主张法律解释不应该探寻立法者的主观意图,而是在探讨制度的、客观的意图,也就是立法目的。在法律过程学派这里,想象性重构与主观意图主义的关联被消解了。诚如约翰·曼宁所指出的,“哈特和萨克斯等目的主义者承认法官的任务不是寻找真实的立法意图;相反,他们的解释方法提出了一个客观化的问题,一个假想的‘理性立法者’(和真实立法者相对)会如何解决制定法所要应对的问题”。⁽¹²⁾⁷⁸

作为一种常见的制定法解释方法,想象性重构在20世纪80年代仍然得到了许多学者和法官的关注。理查德·波斯纳主张法官应该尽可能地进入立法者的心智,并想象他们会希望这部法律如何适用于法院所遇到的案件。他复兴了英国法官普洛登关于立法者与法官之间的对话,并假设了一个相当著名的例子:一位排长在行军途中遇到敌人的碉堡,他可以选择武力强攻,也可以选择绕道而行。他通过无线电向连长寻求指示,连长只说了“走——”联络就中断了。他应该如何解释连长的命令?波斯纳认为,如果这位排长是有责任心的,他就应该设想,假如联络没有中断,连长会希望他如何行动。他认为法官有的时候就像是这个情境中的排长,应该调动自己的想象力和移

情能力。⁽¹³⁾³³⁹⁻³⁴¹

正如上文所述,想象性重构源于“制定法中的衡平(equity in statute)”理念,并经几代学人的发展,逐渐成为了一套众所周知的解释技术。它承认法律语言存在模糊性或者可能与当下语境并不契合,并主张司法者应该站在立法者的角度去揣摩立法者的可能意图。

三、想象与重构:三种立法意图

想象性重构要求当代司法者“站在立法者的立场上,模拟他形成法律思想”,⁽¹⁴⁾⁷⁸“在立法者的思考之中重现制定法”。⁽¹⁵⁾¹⁶⁶想象性重构要求解释者/读者对立法者/作者进行弗洛伊德式的精神分析,因而经常被归入到意图论之中。然而,从分析意义上来说,立法意图是一个非常灵活多变的概念(slippery concept),⁽¹⁶⁾⁷²依概括水平从低到高,至少可以分为适用意图、语义意图和意向目的三种^①。在每一种意图之下,想象性重构都会涉及不同的思维方式。

(一) 适用意图下的类比推理

“适用意图”是指历史立法者制定法律时希望适用于那些具体的事实情形,想象性重构解释方法的前提是,历史立法者的所有适用意图无法通过立法当时的环境或相关背景资料获知,或者法律制定后出现了立法者原本没有预见到的情况。想象性重构的第一重境界就是根据相关的资料推断立法者可能的适用意图。“相同案件相同处理”是司法裁判的一般原则,同时也是立法过程应该坚持的一般法理。申言之,除非立法者有相反的意图,否则应该认为立法者有意对类似的事态赋予类似的法律效果。譬如,若有一条法律禁止在公园遛狗,尽管立法者并没有考虑到溜猫行为,但是基于狗与猫的类似性,似应认为溜猫也在禁止之列。

由此可见,运用想象性重构解释方法的法官并不是在立法者意图完全不清楚的情况下展开的“方法论上的盲目飞行”,而是基于已经可以毫无争议地认

① 关于立法意图的分类,学术界历来有许多不同的说法。德沃金在《原则问题》中区分了语义意图和预期意图,劳伦斯·索兰在此基础上区分了“意义”的三种用法:(1)语义学的意义;(2)适用上的意义;(3)目的论上的意义。请分别参见〔美〕罗纳德·德沃金《原则问题》张国清译,江苏人民出版社2008年版,第53页以下,以及Solum, Lawrence B., Semantic Originalism, Illinois Public Law Research Paper No. 07-24., available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1120244> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1120244>。其实,“意图”和“目的”的区分并没有那么大,一些学者甚至认为意图应该包括“意向意义(intend meaning)”和“意向目的(intention)”。参见James M. Landis, A Note on “Statutory Interpretation”, Harvard Law Review, 1930, vol. 43, p. 886。结合学界的相关论说,本文在分析意义上将立法意图区分为语义意图、适用意图和意向目的。这一区分的意义在于体现出想象性重构的复杂性。

定为立法者适用意图的事实情节与疑难案件中的事实情节的高度类似性所展开的“从特殊到特殊”的合理推断,这一推理模式其实和类比推理一般无异。在立法者适用意图不够明确的案件中,法官展开想象性重构解释方法取决于他对“事物本质”的认知,也就是相似点的选取。应该注意的是,民事法律和刑事法律在解释方法上存在细微的差异。刑事法律强调罪刑法定原则,法律文本更像是“装在瓶子中的信息”,相比民事类法律,法官在解释刑事类法律时一般禁止采用想象性重构解释方法。⁽¹⁷⁾⁴³¹

(二) 语义意图下的文本解释

与适用意图相对应,立法者有时仅仅只是想要传达语义学意义而不是具体的适用意图。立法者之所以选择宽泛的语言,就是为了保证法律条文可以灵活应对变动不居的社会环境,避免频繁修改法律引起法律体系的不稳定。就此而言,我们无需要求立法者有具体的适用意图。以“车辆不得进入公园(no vehicle in the park)”为例。立法者在说到“车辆”这个词的时候或许脑海里想到了卡车或者自行车,但这些仅仅是“车辆”的“实例”而已。哪怕立法者当时确实想到了具体的车辆或者特定类型的车辆,其他车辆也有可能他愿意承认的。这是因为立法者所指的“车辆”本身就是一个开放的概念,关于车辆的新的“例子”随时都可以加入其中^①。解释者必须说出作者没有说出口的话,换言之就是要充实作者可能会承认的例子。德沃金曾经设想过一个语义意图解释的例子:老板要求经理为空缺职位寻找一个“最好的候选人”,并顺便提醒经理他的儿子也在申请者之列。在这个场景下,经理可能会选择重构老板的语义意图,即求职者应该达到什么样的标准才符合“最好的候选人”,而不是按照企业主的预期意图(哪怕这是老板的真正意图)选择他的儿子。⁽¹⁸⁾¹²⁵⁵

语义意图下的想象性重构要求解释者将法律文本视为承载着特定的语言学含义,并根据立法当时的语言习惯、社会文化背景进行解释。正如斯卡利亚大法官在一个案件中所指出的“判断法律条文的含义,不应该根据该含义是否能够被证实确为国会多数成员的理解,而应该根据该意义是否(1)最符合语境和通常用法,因此对该制定法的文字用语进行投票的整个国会(以及需要遵守它的公民)最有可能这样理解;(2)最能够兼容这一条文所在的法律环境——用无害的虚构来说,我们假定国会总是记得这种兼容性。”⁽¹⁹⁾由此可见,想象性重构与法官是否是意图主义者并没有直接关系,即便是文本主义者也可以使用想象性重构。语义意图要求法律解释应该符合法律

文本的上下文语境和公众通常理解的解释,相比目的解释所强调的“政策语境”,“语义语境”更加重要。试以“西红柿究竟属于蔬菜还是水果”为例,尽管从植物学的角度来看西红柿属于蔬菜,然而西红柿作为水果的公众认知似更流行。在此,将之解释为水果似乎更加符合立法者对公众理解的期待。

(三) 意向意图下的政策性判断

想象性重构的第三重同时也是最复杂的境界是根据立法目的推导立法者的“施效意图”。此时,想象性重构不是在重建立法者的适用意图或者语义意图,而是在重建立法背后的公共政策。运用这一解释方法的法官必须追问立法机关制定相关法律究竟希望实现哪些效果或者解决哪些“弊端(mischief)”。目的论下的想象性重构基于如下解释预设,即立法是一项目的性的活动,作为忠实代理人的法官应该实现法律背后的政策目的或者立法精神。正如波斯纳所言“当法院可以判断国会可能的目的是什么以及如何才能实现它的目的,如果法院解释制定法的时候,通过实现立法机关若更加明确地考虑或用更加精准的语言将会明确指出的目的,补充完全(而不是扩张)制定法,那么这种做法并不是篡权——而是自亚里士多德时代以来就司空见惯的解释。”⁽²⁰⁾立法目的下的想象性重构解释方法旨在实现“立法意思之现在化及客观化”,其核心在于“发现客观之规范意旨,而非探求立法者主观之意思”。⁽²¹⁾¹⁶²因此,相比较之下,此种想象性重构要灵活得多。

目的论下的想象性重构方法有时会要求解释者从生活常理或“事物的本质”出发提出合理的解释。正如一位学者一针见血地指出的,假借“立法者意图”的名义诉诸衡平理念下的道德感时,这种做法和一个人遇到道德两难时将问题抛给上帝是一样的原理。⁽²²⁾⁴⁸⁹运用抽象的立法目的或者立法精神进行想象性重构的典型案件,当属著名的“帕尔默杀死祖父案”。在这个案件中,被上诉人帕尔默毒杀祖父,以求尽快实施他祖父订立的遗嘱。法院遇到的问题是,帕尔默是否应该按照遗嘱法之规定获得祖父的财产?法院的推理过程是,尽管纽约州遗嘱法的目的是让遗嘱受赠人获得其所应该继承的遗产,但是受赠人为使遗嘱生效而谋杀立遗嘱人,从中获得遗嘱利益,这决不会是立法者的目的。如果立法者想到这种情况,并认为有必要制定相应的法律规定,那么立法者会毫不犹豫地作出规定。基于这个理由,法院最后认定帕尔

^① 关于这个观点,请参见 Walter Benn Michaels, *Intentionalism*, *Again*, *Cardozo Studies in Law and Literature*, Vol. 1, (1989), p. 91.

默无权享有遗嘱利益。⁽²³⁾

由上文分析可以发现,想象性重构并不像大多数法学家所以为的那样是纯粹的意图论解释方法,它也可能涉及文本论、目的论解释方法。这取决于法官在多大的概括程度上重构“立法意图”。这种复杂性意味着想象性重构的展开需要法官判断可以获取的信息,同时在理想情况下还要求法官在多种语境中“上穷碧落下黄泉”才能得到融贯的结论。

四、裁量与选择:想象性重构的司法难题

想象性重构要求法官站在立法者的立场,推知其面对当下情境可能会有何种立法偏好,在“律无正条”的情况下,立法意图得以“借尸还魂”。虽然想象性重构方法号称要重建立法者的可能想法,然而想象性重构实际上是一种“实质-评价性”的解释方法。在实践中,想象性重构会在两个技术层面和一个更加深层次的价值层面遭遇裁量与选择难题。

(一) 参照系与概括程度的难题

想象性重构试图在法律存在漏洞的情况下去追问假设的立法意图(hypothetical intent),但立法意图本身就是一个“灵活多变的概念(slippery concept)”^①,持有不同观点的学者都同意立法意图这个概念是不融贯的,法官在适用制定法的过程中有着非常大的立法裁量权。⁽²⁴⁾¹⁵⁰⁷这种裁量权主要表现在两个方面:第一,向谁提出解释问题?第二,在多大的概括程度上推断立法意图?

试以1979年“联合钢铁工人与韦伯案”为例。这个案件提出的关键问题是,《民权法案》第七章是否禁止私人雇主自愿采取种族配额制。制定法第703条(a)禁止雇主“由于个人的种族、肤色、宗教信仰、性别或者民族”对雇员进行区别对待。白人雇员韦伯因为凯撒铝业公司偏向于黑人的种族配额而未能进入培训计划,遂起诉其违反了该法的反歧视条款。伦奎斯特法官和布伦南法官进行了想象性重构,但却得出了完全不同的答案。布伦南法官所提出的解释问题是第七款是否“允许”而非“禁止”私人雇主的自愿纠偏行动。布伦南法官代表的多数派意见指出,根据汉弗莱、克拉克、肯尼迪等议员的言论认为,国会制定反歧视条款的主要担忧是“黑人在我们的经济当中的困境”,《民权法案》的目标是“让黑人融入到美国社会的主流当中”。基于这一判断,布伦南法官认为实现该目的的主要方法应该是为黑人提供就业机会,因此凯撒公司的纠偏行动计划不在禁止之列。伦奎斯特法官则认为,第七章的立法目的是机会平等,因此无论是基于何种理由所做的区分对待都是

非法的。同样是根据汉弗莱议员的论述,伦奎斯特法官却得出了不同的结论。汉弗莱议员在立法过程中不止一次地指出,第七章的立法目的在于反对一切基于种族因素的区分对待。“如果一个企业在过去曾有歧视行为,结果整个劳动力都是白人,当这一章开始实施时,雇主的义务仅仅是在将来基于非歧视性的理由填补职位空缺。他没有义务——实际上也不被允许——为了雇佣黑人而解雇白人,或者在填补将来的职位空缺时偏向于黑人,或者在雇佣黑人的时候给予他们高层职位,牺牲他们之前就被雇佣的白人工人的高层职位。”

“韦伯案”所暴露出来的第一个问题是,运用想象性重构方法的法官可能会因为认知心理学中所谓的“可得性偏见”而得出不同的解释结果。对于布伦南来说,他认为本案就像“圣三一教堂案”(他在司法意见书中援引了这个案件)一样,一个事物可能不在文字意义射程之中,但却在立法精神之中。他没有在立法背景资料中找到禁止自愿纠偏行动的措辞,因此他得出了偏向于黑人的答案。对于伦奎斯特法官来说,他更加强调的是文本措辞的明确性。他在异议意见中一开始就指出,第七章的措辞方式是绝对禁止性的。沿着这条思路,伦奎斯特法官同样在汉弗莱议员的表述中找到了支持他的论据。从这个案件可以看出,想象性重构解释方法很大程度上取决于法官如何运用“故事叙事”的手法来塑造他的立法意图。正如一位学者指出的,在选择和解释来自立法背景资料的事实性信息的过程中,任何一位小心谨慎的历史学家也会受到个人偏见、元理论和所欲结论的影响。⁽²⁵⁾³³⁰

或许,伦奎斯特对立法背景资料的分析远比布伦南更加精细、全面,因此伦奎斯特的观点比布伦南更有可能是对的。然而,即便如此,“韦伯案”还是暴露出了第二个问题,即解释者在不同的概括水平上推断立法者的意图时,可能会得出不同的答案。Dirksen议员曾经说过,这部法案“有助于保证生计,而且也促进了机会平等”。从这名议员的表述来看,显然第七章不仅仅隐含着—个立法目的,无论是布伦南还是伦奎斯特,在论述第七章的立法目的时显然都没有注意到这一点。除此之外,制定法的立法目的经常太过概括,在案件中无法产生终局结果。艾斯克里奇在分析这个案件时就指出本案的一个悖论:即便你同意伦奎斯特的观点,第七章的立法目的就是要提供平等的

① M Gleeson, *The Meaning of Legislation: Context, Purpose and Respect for Fundamental Rights*, Address to Victoria Law Foundation, Melbourne, 31 July 2008, 13, cited from Michelle Sanson, *Statutory Interpretation*, Australia: Oxford University Press, 2012, p. 72.

就业机会,你还是可能会投给布伦南;反过来也是成立的。例如,由于长期以来黑人受到歧视,不少职位都已经存在结构性的壁垒。那么,如果要在真正意义上促进黑人就业机会平等,就需要引入结果意义上的平等理念。⁽²⁶⁾²⁹这个悖论的原因在于,一个概括的目的是相当有弹性的,它可以包括多种不同的具体适用目的,这是一个选择问题。

(二) 重建历史条件的难题

想象性重构经常被描述成是立法者与司法者之间的一场虚拟对话,这种比喻手法与我们日常交流习惯不谋而合。然而,作为一种特殊的法律解释方法,这种虚拟对话对法官的移情能力有很高的要求。如果法官要把自己放在立法者的立场上,那么以下两个条件是必要的:第一,解释者和立法者必须共享生活经验,从而实现视域融合;第二,立法者的偏好必须以客观化的方式外在地显露出来,从而可以进行合理推测。然而,要满足这两个条件会遇到一些操作上的困难。

想象性重构的第一个条件是解释者必须尽可能站在历史立法者的视角上来处理当下的问题。哲学解释学认为,重建作品所处的历史环境等诸条件虽然是相当重要的,但要重现作者的写作经历是不可能的。伽达默尔曾经对浪漫解释学提出尖锐的批评,他说“这样一种诠释学规定归根到底仍像所有那些对过去生活的修补和修复一样是无意义的。正如所有的修复一样,鉴于我们存在的历史性,对原来条件的重建乃是一项无效的工作。”⁽²⁷⁾²³⁴确实,疑难案件中的法律解释问题经常是立法者从来就没有考虑过的新情况,加之许多制定法的存续期间也很长而立法成员早已更换,解释者根本无法探究立法者的历史原意。例如,“德莱尼条款(Delaney Clause)”禁止使用可致癌的食品添加剂,当时制定这部法律的时候致癌物质还比较少见,只有在高风险的水平上才可检测出来。如今,致癌物质已经很常见,科学检测手段也很先进,那么这部法律是否可以容忍“微量的例外”?美国食品与药物管理局认为,从过去科学知识的水准来说,答案应该可以;而联邦法院却拒绝了这种看法,他们认为这个条文乃是概括地禁止一切致癌添加剂,立法机关说的很清楚。⁽²⁸⁾在这个案件中,说国会的立法已经解决了科学革新所导致的解释问题是很奇怪的。当然,说食品与药物管理局的解释“修正”了这个条文也是不恰当的。这个案件的关键在于,法院如何按照当下的实际情况来妥善解释这个条文,这本身是一个裁量问题。

当然,这并不是说重建历史条件总是不可能的。即便我们承认这一点,运用想象性重构的法官还是会

遇到第二个问题:所谓立法者的偏好只是司法者基于最佳证据所做的“最佳猜测”。正如吉尔兹指出的,在阐释中不可能重铸别人的精神世界或经历别人的经历,而只能通过别人在构筑其世界和阐释现实时所用的概念和符号去理解他们。⁽²⁹⁾⁶运用想象性重构的法官必须要从一些蛛丝马迹当中才能够合理地推断立法者若应对当下问题可能会做出什么样的回答。从原则上来说,法官应该结合法律文本的上下文结构、立法语言的选择、立法论辩过程、法律的修改情况等等来判断立法者的可能意图。可是,即便有这些资料作为支撑,运用想象性重构的法官还是可能误判立法意图。试以“圣三一教堂案”为例。在这个案件中,《外籍合同劳工法》禁止帮助外国人依据合同移民美国从事“任何种类的劳动或者服务”,该法也具体规定了例外情形,即“职业演员、艺术家、演讲家或者歌唱家”。圣三一教堂安排英格兰牧师沃伦到纽约担任教区长一职,被控违反了该法。法院需要解释的问题是像牧师这类脑力劳动者是否在该法的禁止范围之内。多数派意见注意到众议院劳工委员会的一份报告,这份报告指出该法案旨在禁止那些“依赖最粗劣的食物为生的、处在社会最底层的劳工进入或者移民到美国……这些劳工绝非国家渴望延揽的群体”。据此,法院认为该法的立法目的是禁止那些缺乏技能的体力劳动者移民美国。然而,在第二次会议期间,法案的起草人已经明确承认该法案既适用于体力的也适用于职业的雇佣。当这部法律最终呈交参议院审议时,参议院已经解决了这部法律的适用范围,最终的选择是既适用于脑力劳动者也适用于体力劳动者。议员詹姆斯·霍普金斯在众议院主持对修正后的议案审议时也明确指出“除非是法案中明确提到的例外情形,该法案禁止所有形式依据合同的移民行为。”^①如此观之,圣三一案中法院的想象性重构并没有真正反映立法者的真实意图。

(三) 价值选择的难题

想象性重构是一个法律续造方法,而不是严格解释^②。这是因为想象性重构本身就是反事实地、想象性地将立法者的观念和态度投射到他们可能没有预见到的未来。⁽³⁰⁾²²¹也因为如此,想象性重构必然会遭遇解释学中的幽灵——解释者的价值选择与解释的

^① 关于法院在“圣三一案”中评估立法史的制度能力批评,请参见(美)阿德里安·沃缪勒《不确定状态下的裁判》,梁迎修、孟庆友译,北京大学出版社2011年版,第94-108页。

^② 李可非常明确地指出想象性重构“不是重构而是续造”,参见李可《对法律意图主义的另类思考——基于想象性重构条件之考察》,载《北方法学》2012年第1期,第30页。

客观性问题。约翰·奥斯丁很早以前在区分严格解释与不严格解释时就指出,想象性重构属于非严格意义的解释,因为它与立法者的具体意图或者法律条文的确切含义无关,而是在补正立法意图^①。那么,我们如何保证想象性重构的结论是客观的呢?对此,庞德认为,在真正解释与虚假解释之间存在一定的界限,当一般解释方法不足以直接得出立法者想要表达的意义时,法官可以间接发现立法者想要表示的意思,比如假定立法者像我们一样思考道德、政策和公平等一般问题,在几种可能的解释中,直观上最能够激发多数人对正确和正义的感知的,就是立法者最想要表达的意思。然而,这种解释方法只能作为前一种解释方法的补充,否则就不是真正解释。⁽⁷⁾³⁸¹⁻³⁸²要言之,想象性重构至少必须服从于社会公众的主流价值观、基本法律原则和法律精神。

由此而言,想象性重构在司法适用过程中必然牵涉解释者的价值选择。在司法实践中,我们经常会发现,想象性重构悄悄充当了法官个人司法哲学“偷渡”进制定法的工具。以波斯纳在“米勒诉联邦矿业安全与健康审查委员会案”中的推理为例。在这个案件中,《联邦矿业安全与健康法》反复条款禁止雇主因为矿工投诉工作环境的安全与健康问题解雇矿工或予以其他报复。但是相关条文并没有明确说明矿工是否可以在有理由认为存在安全与健康风险的前提下停止工作、矿工是否要基于善意相信存在上述风险以及是否需要向矿主报告上述风险。波斯纳认为,个别投诉并不会影响矿场的正常工作,也不会给雇主带来多少成本,但是集体矿工却会引起沉重的成本。基于这种成本效益分析,波斯纳认为矿工固然可以停止工作,但是他们必须是基于善意且需及时告诉矿主“如果我们站在投票支持1977年修正案的参议员和代表们的立场,我们可以想象他们希望允许矿工自由地投诉矿场的安全和健康条件,而无需担心这个投诉随后被认为无足轻重会导致报复,同时也不愿意让矿场主没有能力应对那些只是简单地说存在安全与健康风险就主张有权利不经告知就离开工作岗位的矿工。这部制定法并没有明确地允许矿工停止工作,我们也不愿意给这部制定法施加一种可能会无法维持矿场秩序的解释。”⁽³¹⁾尽管这部制定法的文字措辞抑或立法背景没有明确提到“维持矿场秩序”是立法者的目的,但波斯纳在这个案件的推理逻辑至少还是符合成本效益分析方法所折射出的常理的。

实践当中,由于法官未能对基本法律原则和法律精神有足够的观照,在何时应该借助想象性重构方法偏离制定法的文本、何时应该严守文本方面,司法实

践经常是碎片化、前后不一的。在“里格斯诉帕尔默案”判决后不久,内布拉斯加州最高法院也遇到了一个类似的案件,在这个案件中被告为了谋取无遗嘱继承而杀死了他的女儿。在第一次听审过程中,法官也用了厄尔法官的推理逻辑。可是,在第二次听审期间,法官却转而采纳了格雷法官的意见,认为本案法律条文的规定相当清楚,不需要介入良心裁判。⁽³²⁾我国司法实践当中关于工伤认定问题上,也表现出了这种戏剧性的反差。《工伤保险条例》第15条第一款第(一)项规定,在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的,视同工伤。那么,如果当事人家属不愿意放弃抢救,致使当事人在48小时之后死亡,是否可以认定为工伤呢?在“罗江华与赣州市人力资源和社会保障局工伤认定纠纷上诉案”中,审理该案的法官在追溯“48小时抢救无效死亡视同工伤”的规范演变之后,指出48小时的时间限制乃是立法者为了便于证明突发疾病与工作的相关性所做的无奈规定,从保护劳动者权益的角度来说,本案应认定为工伤^②。可是,在另外一起案情基本一致的案件中,终审法院却认为,该条规定已严格限定了视同工伤由用人单位承担工伤保险的法定情形,故不宜对该规定中的48小时内经抢救无效死亡作扩大适用^③。上述两类案件所暴露出来的深层次问题是,想象性重构并不是解开价值冲突这一戈耳迪的利剑,价值选择先在于想象性重构。

综上所述,由于技术难题和价值难题的存在,重构立法者的假设意图难免会遭遇解释者的两难:解释者只是简单地再现了文本而没有添加任何东西给它,还是评注了该文本呢?⁽³³⁾¹⁹⁴当我们进一步追问这个问题时就会发现,想象性重构的灵活性既是它的优点,也可能是它的弱点。尽管想象性重构方法是一种能够用最少的快速解决疑难问题的认知启发式,但是上述难题的存在表明它仍然是一个相当复杂的解释方法。如果不同时借助感性的想象力和理性的说理论证,则法官很难得出令人满意的答案。

五、结论

在司法实践中,法官运用想象性重构方法“熨

^① See John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, pp. 596-97 (Robert Campbell ed., 4th ed. 1873), cited from John F. Manning, *Textualism and the Equity of the Statute*, *Columbia Law Review*, Vol. 101, (2001), p. 3.

^② “罗江华与赣州市人力资源和社会保障局工伤认定纠纷上诉案”(法宝引证码 CLIC.8272869)。

^③ “李国华、蓝某甲等与中山市人力资源和社会保障局资源行政管理-其他行政判决书案”(法宝引证码 CLIC.8386776)。

平”法律文本的“褶皱”的做法已经相当常见了。在立法机关没有办法及时对法律加以修正、只能由法官借助解释来填补立法漏洞的情况下,这种衡平解释方法是一种相当重要且有用的司法技艺。作为一种实质-评价性的法律解释方法,想象性重构试图重建立法者过去的可能理解,并为当下的法律问题提供一种可能的思路。但是,如果脱离了制定法的文本、结构、

立法目的、法律原则、当代价值观等语境因素,法官个人的想象力将会进入天马行空的胡思乱想。在司法适用中,法官的想象力固然重要,但更重要的是如何借助理性的说理论证能力,将重构的过程以清晰的思路、严密的逻辑呈现出来。唯有将两种能力加以结合,法官方有可能克服重构过程中可能遭遇的难题。

参 考 文 献

- (1) Owen Fiss. Objectivity and Interpretation (J). Stanford Law Review, 1982, 34(4): 739-763.
- (2) John F. Manning. Textualism and the Equity of the Statute (J). Columbia Law Review, 2001, 101(1): 1-127.
- (3) [古希腊]亚里士多德. 尼各马可伦理学 (M). 廖申白, 译. 北京: 商务印书馆, 2003.
- (4) William D. Popkin. The Judicial Role: Statutory Interpretation and the Pragmatic Judicial Partner (M). Durham: Carolina Academic Press, 2013.
- (5) [美]约埃尔·魏因斯海默. 哲学诠释学与文学理论 (M). 郑鹏, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2011.
- (6) [加]让·格朗丹. 哲学解释学导论 (M). 何卫平, 译. 北京: 商务印书馆, 2009.
- (7) [美]理查德·E. 帕尔默. 诠释学 (M). 潘德荣, 译. 北京: 商务印书馆, 2012.
- (8) E. D. Hirsch. Validity in Interpretation (M). New Haven and London: Yale University Press, 1967.
- (9) Roscoe Pound. Spurious Interpretation (J). Columbia Law Review, 1907, 7(6): 379-386.
- (10) Guiseppi v. Walling, 144 F.2d 608, 624(2d Cir. 1994).
- (11) See Henry M. Hart & Albert M. Sacks. The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law (J). New York: The Foundation Press, 1994.
- (12) John Manning. What Divides Textualists and Purposivists? (J). Columbia Law Review, 2006, 106(1): 70-111.
- (13) [美]理查德·A. 波斯纳. 法理学问题 (M). 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
- (14) [德]萨维尼, [德]格林. 萨维尼法学方法论讲义与格林笔记 (M). 杨代雄, 译. 北京: 法律出版社, 2008.
- (15) [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 (M). 朱虎, 译. 北京: 中国法制出版社, 2010.
- (16) Michelle Sanson. Statutory Interpretation (M). Australia: Oxford University Press, 2012.
- (17) Peter M. Tiersma. A Message in A Bottle: Text, Autonomy, and Statutory Interpretation (J). Tulane Law Review, 2001, 76(2): 431-483.
- (18) Ronald Dworkin. The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve (J). Fordham Law Review, 1997, 65(4): 1249-1268.
- (19) Green Bock Laundry Machine Co., 109 S.Ct. 1994(1989).
- (20) Walter Friedrich v. City of Chicago, 888 F.2d 514(1989).
- (21) 杨仁寿. 法学方法论 (第2版) (M). 北京: 中国政法大学出版社, 2013.
- (22) Warren Lehman. How to Interpret A Difficult Statute (J). Wisconsin Law Review, 1979, 1979(2): 489-508.
- (23) Riggs v. Palmer, 115 N.Y. 506(1889).
- (24) William N. Eskridge. Dynamic Statutory Interpretation (J). University of Pennsylvania Law Review, 1987, 135(6): 1479-1555.
- (25) William N. Eskridge, Jr. & Philip P. Frickey. Statutory Interpretation as Practical Reasoning (J). Stanford Law Review, 1990, 42(2): 321-384.
- (26) William N. Eskridge. Dynamic Statutory Interpretation (M). Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- (27) [德]伽达默尔. 诠释学 I: 真理与方法 (M). 洪汉鼎, 译. 北京: 商务印书馆, 2007.
- (28) Public Citizen v. Young, 831 F.2d 1108, 1111-22(D.C. Cir. 1987).
- (29) [美]克利福德·吉尔兹. 地方性知识——阐释人类学论文集 (M). 王海龙, 张家瑄, 译. 北京: 中央编译出版社, 2004.
- (30) Paul Brest. The Misconceived Quest for the Original Understanding (J). Boston University Law Review, 1980, 60(2): 204-238.
- (31) Miller v. Federal Mine Safety and Health Review Commission, 687 F.2d 196(1982).
- (32) Shellenberger v. Ransom, Shellenberger v. Ransom, 47 NW 700, 704(Neb. 1891).
- (33) [美]乔治·J.E. 格雷西亚. 文本性理论: 逻辑与认识论 (M). 汪信砚, 李志, 译. 北京: 人民出版社, 2009.

(本文责任编辑 杨建军)