

## 論原意主義的憲法解釋方法論\*

### ——對於中立化與語言規範性的初步反省

陳弘儒\*\*

#### 摘要

美國憲法解釋理論的原意主義者一開始以制憲者意圖作為解釋憲法的依據，而從1980年代之後，原意主義提倡原始公共意義。這樣的發展開啟了原意主義的方法論思維。本文先從原意主義的核心命題出發：語言固著命題與拘束原則，透過分析這兩個命題進一步闡述原意主義的理論框架與特色。之後，本文指出，原意主義的中立化的發展可能性與憲法解釋的規範性論證的可能位置。文章進一步採用因果圖，呈現出原意主義其實迴避了語言規範性的課題。筆者的理據有兩個：第一、原意主義對於拘束原則的證成並不成功。第二、原意主義並不排除憲法文本的脈絡會影響文本的語義內容，這將使得規範性價值會更早進入狹義的憲法解釋之中。最後，本文在語言哲學對於語言規範性的研究下，試圖指出原意主義若要主張自身是一個應該採用的憲法解釋方法，可能還是必須回到制憲者意圖的立場，明確地指出自身所擁抱的規範價值。

\* 投稿日：2020年6月17日；接受刊登日：2020年9月9日。〔責任校對：陳怡瑾〕。

本文初稿曾發表於中央研究院法律學研究所於2017年主辦的「第十一屆憲法解釋理論與實務」研討會，獲得評論人劉靜怡、主持人蔡明誠與與會人員的諸多指正，筆者由衷感謝。兩位審查人的精闢與仔細的意見讓筆者受益良多，使得本文結構更為完整且細緻化了許多論證與主張。文章完成後，中央研究院歐美研究所陳湘韻曾與筆者針對脈絡主義交換意見，筆者深受其對於脈絡在語義學理論中功能之研究的啟發，一併致謝。本文之諸多翻譯得益於助理趙麗婷的細心校對與意見。文中若有任何論述或論證之缺失，皆歸責於作者本人。

\*\* 中央研究院歐美研究所助研究員。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/40418012.pdf>。



關鍵詞：原意主義、憲法解釋、制憲者意圖、原始公共意義原意主義、語意規範性、朱迪亞·珀爾、艾莎·威克福斯。

## 目次

壹、前言	四、小結：原意主義可能的發展方向
一、原意主義的發展歷史簡述	肆、認真對待語言的規範性課題
二、問題意識、基本論點與架構	一、原意主義的意義理論的結構
貳、原意主義的兩個核心命題	二、論辯的方向錯誤？
一、語言固著命題	三、語義學之刺的深刻反省
二、拘束原則	四、從意義的規範性反思原意主義(1)：哪一種規範性？
參、原意主義發展的可能想像——從拒絕制憲者意圖開始到中立化傾向	五、從意義的規範性反思原意主義(2)：哪一種規範性來源？
一、拒絕原始意圖原意主義的論證	伍、一場仍在發展的方法論爭辯：意圖、語言與目的的爭奪之戰
二、語言固著命題所標示的原意主義家族圖像	
三、原意主義的中立化傾向	

## 壹、前言

### 一、原意主義的發展歷史簡述<sup>1</sup>

2010年的*Brown v. Entertainment Merchants Association*一案的口頭辯論中，已故的Antonin Scalia大法官指出，憲法增補條文第1條

<sup>1</sup> 關於originalism的翻譯，目前學界雖未有明顯共識，但是現在一般都使用「原意主義」一詞。例如，張嘉尹、林超駿都在文章中如此使用。筆者在此對於「originalism適當的中文翻譯」這個問題保持開放，但認為「原意主義」可以適切地表示originalism的關鍵想法。不採用「原義」一詞，在於originalism經過理

從未認為言論自由不包括對於暴力的描寫，因此Scalia指出，Morazzini認為暴力電玩不屬於增補條文第1條的範圍時，其實是創造了批准增補條文第1條時從未想過的東西。隨後Samuel Alito大法官開了Scalia一個玩笑，他說：「我想Scalia法官要問的是，James Madison是怎麼看待暴力電玩的？他會喜歡玩嗎？」而Scalia法官則生氣地回應，「不是，我是想要知道James Madison是怎麼看待暴力這一回事，是不是有任何的線索顯示，當增補條文第1條被採納時，會有任何人認為涉及到暴力的言論是一個例外？任何人？」<sup>2</sup>。肯定的是，美國憲法制定當時還沒有電動玩具，其憲法增補條文第1條在制定過程中也沒有想到暴力電玩這一回事。光憑著「美國憲法制定沒有想到暴力電玩」這個事實，卻也無法導出「暴力電玩受到（或不受到）美國憲法增補條文第1條的保障」這個結論。因此，制憲者怎麼想在憲法規範的解釋中「似乎」不具關鍵重要性。而Scalia的提問卻讓我們見到美國憲法解釋的特色：對於憲法規範制定當時的意義是什麼的追求或堅持<sup>3</sup>。原意主義便是用來指稱對於憲法制定當時的意義探尋之憲法解釋理論。

---

論深化後，是以文本的語言內容（linguistic content）或是溝通內容（communicative content）為其核心發展。在其理論架構上，字詞的語義內容（semantic content）範圍較窄。因此筆者以「原意主義」作為翻譯。關於語言內容的說明，請見本文「肆、一」的簡述。附帶一提，中國學者有使用「原旨主義」這個稱呼。筆者認為，較不適切。「原旨」雖然突顯出originalism的某種傾向，但是在Ronald Dworkin所建構的法哲學中「本旨」一語已用來翻譯英文的「point」，為避免中文可能的混淆。本文不採用「原旨主義」。

2 In *The Supreme Court Of The United States*, at 17 (Nov. 2, 2010), [https://www.supremecourt.gov/oral\\_arguments/argument\\_transcripts/2010/08-1448.pdf](https://www.supremecourt.gov/oral_arguments/argument_transcripts/2010/08-1448.pdf).

3 Jack Balkin, *Why Are Americans Originalist?*, in *LAW, SOCIETY AND COMMUNITY: SOCIO-LEGAL ESSAYS IN HONOUR OF ROGER COTTERRELL* 309, 309 (Richard Nobles & David Schiff eds., 2014). Jamal Greene在“*Selling Originalism*”一文，也指出「有相當比例的美國民意顯示對於原意主義的偏好」（Today, a substantial portion of the American public reports an affinity for originalism.）。請參閱Jamal Greene, *Selling Originalism*, 97 *GEO. L.J.* 657, 695 (2009).

然而，究竟什麼是原意主義呢<sup>4</sup>？這個問題卻很難回答。無疑地，不同的人對於原意主義可以有不同的界定，但是作為一種憲法解釋理論，如果無法發展出清晰界定自身的主張，將喪失了方法論的重要特色，而可能僅成為一種口號或是宣稱而已。因此如何在理論層面界定與說明原意主義的內涵便有其必要。基於上述的簡短問題作為基礎，本文由此開展問題意識。然而，在表述本文問題意識、作者主張以及文章結構之前，簡述原意主義的歷史發展將有助於理解後續的解釋理論開展背景。

一般認為，原意主義的發展始自對於華倫法院（the Warren Court）自由派判決的質疑，認為由Earl Warren大法官主持的美國聯邦最高法院逾越了憲法所賦予的界線。因此，有人提出以「制憲者的意圖」（framers' intention）作為解釋憲法的重要依據，並主張解釋憲法應以制憲者的意圖作為根本依據<sup>5</sup>。Paul Brest應該最早使用“originalism”（原意主義）一詞來指稱此種憲法解釋理論的立場。他說：「『原意主義』在我的使用中是意味著，依照憲法的文本或是憲法的制定者或採用者作為有拘束力權威的憲法裁判的取向。<sup>6</sup>」

---

4 這裡有必要先初步界定本文如何使用「原意主義」一詞：基本上，本文並非專指特定學者或特定時期的憲法解釋理論。從歷史軸線來看，原意主義可以區分為「舊原意主義」與「新原意主義」：前者強調制憲者意圖（the framers' intention），後者強調原始公共意義（the original public meaning）。雖然新舊原意主義各有著重之處，但是在Lawrence B. Solum、Randy Barnett等學者研究下，透過建構自身的核心命題，新舊原意主義的理論差異沒有那麼明顯。本文指稱的原意主義，主要是指對於憲法解釋的特定觀點，強調制憲者意圖或是文字的原始公共意義。因此，除非特別限定，否則本文使用原意主義一詞即包含新舊原意主義的發展。

5 Frank B. Cross甚至認為「是華倫法院再次復興了原意主義的陣營」。FRANK B. CROSS, THE FAILED PROMISE OF ORIGINALISM 92 (2013).

6 原文為“By ‘originalism’ I mean the familiar approach to constitutional adjudication that accords binding authority to the text of the Constitution or the intentions of its adopters.” Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, 60 B.U. L. REV. 204, 204 (1980). 值得注意的是，Brest此處的原意主義也包含著文本主義。原意主義與文本主義兩者間的關係，請參考本文「貳、一、(三)」的「語言固著命題下的原意主義者『們』」。

Brest 在該文內對於原意主義的界定核心即為意圖主義 (intentionalism)，以制憲者意圖做為解釋者探詢憲法文本意義的核心來源<sup>7</sup>。而這種以制憲者意圖所界定的原意主義也是一般臺灣學界所理解的原意主義的主要類型<sup>8</sup>。

由於這種以制憲者意圖為主要訴求的原意主義針對的是自由派的華倫法院<sup>9</sup>，也因此這場以質疑華倫法院為主的解釋方法爭論，便與政治上保守派高度鑲嵌在一起<sup>10</sup>。當時的原意主義雖然高舉著「制憲者意圖」做為憲法解釋標準的口號，但是解釋方法並不紮實。「制憲者意圖」往往淪為口號，不僅在如何確定「制憲者意圖」的內容上欠缺方法、欠缺說服力，在憲法的規範性問題上也備受抨擊<sup>11</sup>。由於以制憲者意圖為主的原意主義欠缺可操作的方法，加以對於憲法規範性與憲法變遷等問題沒有適當處理，這種原意主義從80年代後逐漸式微。

7 Brest, *supra* note 6, at 208-09.

8 關於制憲者意圖原意主義的探討，重要參考文獻請參閱張嘉尹，憲法解釋理論之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（1992年）。該論文約是臺灣最早體系性探討美國與德國憲法解釋理論的碩士論文。

9 一般認為，當代原意主義在公共場域中的討論可以從Edwin Meese於1985年在American Bar Association的演講，提出「我們相信只有經由國家認可與批准的憲法，以及僅基於此一基礎所制定與通過的法條，才能作為判決的可信基礎。任何其他標準則難以免於強加新義於原文之上，進而出現有別於從前的權力與權利，與我們的憲法邏輯、法律規範大相逕庭」（“It is our belief that only ‘the sense in which the Constitution was accepted and ratified by the nation,’ and only the sense in which laws were drafted and passed, provide a solid foundation for adjudication. Any other standard suffers the defect of pouring new meaning into old words, thus creating new powers and new rights totally at odds with the logic of our Constitution and its commitment to the rule of law.”）。Edwin Meese, *Speech by Attorney General Edwin Meese, III, before the American Bar Association, in ORIGINALISM: A QUARTER-CENTURY OF DEBATE* 47, 54 (Steven G. Calabresi ed., 2007). 但是早在1976年左右，William H. Rehnquist就已經撰文批判華倫法院的判決了，請參考William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, 54 TEX. L. REV. 693 (1976).

10 Keith Whittington, *Originalism: A Critical Introduction*, 82 FORDHAM L. REV. 375, 376 (2013).

11 Brest, *supra* note 6, at 204-38.

然而，從90年代開始，原意主義者出現了重要的理論轉向。這個轉向主要是由已故的保守派聯邦最高法院Scalia法官所帶動：他主張必須放棄對於制憲者意圖之關注，轉以「憲法文本的意義」的觀點作為解釋憲法的圭臬。Scalia指出：

「我們所尋找的是一種客觀化的意圖，此類意圖是指理性之人不僅依據特定的法律文本，也將其餘的整體法條一併納入基準……經由未表示的意圖而來的統治是專政，是法在治理，而非立法者意圖在治理。<sup>12</sup>」

在上述主張中，Scalia已經逐漸將原意主義脫離制憲者主觀意圖的層次，而希望改採「客觀化的意圖」。換言之，就是理性人從法律文本中所理解的意義。雖然，Scalia一開始的提倡並未收到顯著效果。但是，之後一群學者透過語言哲學的工具運用，讓原意主義走向一個更理論化與包容性的發展<sup>13</sup>。Lawrence Solum便是建構原意主義方法論著力最深的學者之一。或許我們可將這個轉向稱為「轉向語言哲學的原意主義」<sup>14</sup>。此後原意主義進入一場以語言哲學為基底的深化以及討論，學者開始發展概念工具與運用語言哲學的理論，試圖建構原意主義的內涵與證立其規範性<sup>15</sup>。

---

12 原文為“[w]e look for a sort of ‘objectified’ intent- the intent that a reasonable person would gather from the text of the law, placed alongside the remainder of the *corpus juris*.....Government by unexpressed intent is tyrannical. It is the *law* that governs, not the intent of the lawgiver.”（斜體為原文所強調）ANTONIN SCALIA, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW 17 (1998).

13 這個兼容性的發展主要可以從原意主義者區分解釋（interpretation）與建構（construction）這兩個行動開始，更細緻的討論可以參考Lawrence B. Solum, *Originalism and Constitutional Construction*, 82 FORDHAM L. REV. 453, 467-72 (2013). 以及James Fleming, *The Inclusiveness of the New Originalism*, 82 FORDHAM L. REV. 433, 435-36 (2013).

14 這個描述的啟發來自於謝世民編，理由轉向：規範性之哲學研究（2015年）（TURNING TO REASONS）一書的書名。

15 例如Barnett從書寫性（writtenness）開始說明對於憲法文本的原始意義（original meaning）的關注重要性。請參考Randy Barnett, *An Originalism for Nonoriginalists*, 45 LOY. L. REV. 611, 629-43 (1999).

## 二、問題意識、基本論點與架構

從上述的發展過程之中，我們可以問一個基本問題：此種轉向語言哲學的原意主義是否具有合理性？當我們思考原意主義的合理性時，其實是在問「此種解釋方法的根據為何」<sup>16</sup>，因此為了檢視其解釋方法是否具有合理性，我們必須說明何謂原意主義的解釋方法論。若從這個角度出發，思考原意主義必定會涉及「其方法論的基礎為何」這個問題。因此，此類方法論之探詢不僅要說明「什麼是原意主義？」、「其所使用之方法為何？」，也必須說明「原意主義是否有其規範性允諾？」。若有，「何為其規範性立場？」等課題。

對於美國原意主義的憲法解釋方法之探詢，本文主要有三個問題意識：

- 第一、何謂原意主義？原意主義所主張的核心命題為何？
- 第二、原意主義的理論發展蘊含著怎樣的可能圖像以及發展潛力？
- 第三、此種解釋理論是否真的能夠達成其所宣稱的目標？換言之，是否具有真正的合理性？

上述三個問題意識依序呈現在本文的「貳」、「參」、「肆」三個部分。以下先簡短說明本文的處理與主張。

---

16 張嘉尹在〈憲法解釋做為憲法續造——一個方法論的反思〉一文中，針對「方法」這個概念提出關鍵反省。他回到von Savigny的脈絡中，指出「它們（按：解釋活動）的共同作用才是法律解釋的『方法』……Karl Larenz在討論法律解釋的方法時，也將這些法律解釋方法的不同面向稱為判準（Kriterien der Auslegung），而沒有直接稱其為方法。」張嘉尹，憲法解釋作為憲法續造——一個方法論的反思，中原財經法學，43期，頁5（2019年）。張嘉尹更奠基在哲學詮釋學的角度指出「往返於事實與規範的詮釋學循環」，進一步主張所謂文義解釋方法或目的解釋方法根本不適合稱為方法的原因，在於這些方法對於司法實務的過程沒有解釋力。張嘉尹（同註），頁6。張嘉尹所提的兩點批判非常重要，特別是第二點有非常重要的啟發。然而，本文主旨並非探討司法實務判決，因此暫時擱下這部分對於方法概念誤用的批判。請參考張嘉尹（同註），頁1-38。

針對何謂原意主義的討論，筆者詳述了Solum對於原意主義方法論的說明。原因在於，Solum長期持續地透過語言哲學的概念工具釐清原意主義的內涵，至今也普遍被美國學界所接受<sup>17</sup>。更重要的是，他清晰說明與採用分析哲學取徑的方式，可以讓我們針對原意主義看到更多樣的議題。他將原意主義視為一個大家族：細微觀察下，可能每個理論家或多或少有所不同，但若以核心特徵的方式考察，則會發現原意主義者的共同特徵。經過幾年的時間，Solum將此總結為兩個核心命題：「語言固著命題」(The Fixation Thesis)與「拘束原則」(The Constraint Principle)。筆者將在貳、一與貳、二中詳細說明其內容。此部分說明雖然較為細瑣，但卻有助於我們理解美國當代原意主義的最新理論發展。由於前面已簡短提及原意主義的發展歷史具有複雜的政治鑲嵌過程，為了能夠清晰地思索(或觀看)歷史過程，細緻的理論說明必不可少。因此，本文中討論第一個問題意識主要是說明性的，筆者的任務在於完整地呈現Solum對於原意主義的理論建構內容。

針對第二個問題意識，第參部分說明為何轉向語言哲學之後的原意主義者認為應該拒絕制憲者意圖。新原意主義一般是指由Scalia所帶動的潮流，集中在對於客觀意圖的探討，而非制憲者的主觀具體意圖。Solum也是主要帶動者<sup>18</sup>，而新原意主義者的特色

---

17 請參考JACK BALKIN, *LIVING ORIGINALISM* (2011); MARK TUSHNET, *TAKING BACK THE CONSTITUTION: ACTIVIST JUDGES AND THE NEXT AGE OF AMERICAN LAW* (2020) 以及Frederick Schauer, *Constructing Interpretation* (Virginia Pub. L. Legal Theory Res. Paper, No. 2020-74, Oct. 26, 2020), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3714933](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3714933).

18 請參考Solum, *supra* note 13, at 467. 他提出「以往『新原意主義』一詞用以描述幾個理論家的作品，特別是指Barnett與Keith Whittington這兩位理論家，這一詞因此緊密地與這兩位學者的論點相關：最早Scalia、Lawson、Calabresi與Prakash即提出公共意義的轉向——雖然四人提出的轉向論點遠早於『新』原意主義一詞被廣泛使用之前」。(“The phrase ‘the New Originalism’ is used to describe the work of several theorists, especially Randy Barnett and Keith Whittington, and it is strongly associated with two ideas. The first of these is the turn

在於將關注焦點從「制憲者意圖」轉移到憲法的「原始公共意義」(the original public meaning; OPM)，納入憲法規範之聽眾(audience)對於憲法意義理解的討論，並且明確提出「解釋與建構」(Interpretation and Construction)之主張<sup>19</sup>。已具有解釋方法雛形的原意主義，雖然學派內部分歧很大，但是在學者Solum的耕耘之下，原始公共意義下的原意主義是個不容小覷的理論陣營。其憲法解釋理論有幾個特點：第一、它將憲法文本的語言內容<sup>20</sup>放在憲法解釋的優先地位，這種優先性對於「解釋與建構」的區分具有重要性<sup>21</sup>，我們可以與德國傳統法學方法論的「法律解釋」與「法律續造」之差異相互類比<sup>22</sup>。第二、它也蘊含了一種特定的憲法觀，強調憲法規範與大眾「制定當時」的對話空間，從而見到一種法治觀(a conception of the rule of law)，這種法治觀是以法律的穩定性

---

to public meaning- although that turn (by Scalia, Lawson, Calabresi, and Prakash) predates the widespread use of the appellation ‘New.’”)

- 19 Solum, *supra* note 13, at 467. 雖然「解釋與建構」是新原意主義常用的區分，但是張嘉尹指出，不同學者所指涉的意涵不盡相同。請參考張嘉尹(註16)，頁24。
- 20 原意主義針對法律文本的意義有兩個操作型用語：語言內容以及語義內容。為避免誤解，筆者先釐清其翻譯之使用。筆者將linguistic content譯為「語言內容」、linguistic meaning譯為「語言意義」、linguistic drift譯為「語言漂移」、semantic content譯為「語義內容」。原因在於Linguistics多數皆譯為「語言學」，在這個普遍使用的翻譯下，linguistic譯為「語言的」更為妥適。linguistic與semantic之間的關係是一個複雜課題，筆者在此無法深入討論。但是，就當前文章的脈絡而言，原意主義認為單詞的語義在結合文法與句法等規則下，可以構成句子的語言內容。因此在原意主義的使用下，語言內容的範圍遠比語意內容更為廣泛。此外，本文這裡所指的語言一詞，不是指英文的language這個概念，language往往是指書寫或言說字詞上所使用的整組溝通系統。但是這裡所稱的語言意義是指文本語句的意義。感謝審查人對於譯名細部指正。
- 21 關於解釋與建構的區分，嚴格來說並非原意主義的特殊貢獻，而是原意主義拿來借用或進一步發展的概念。例如，Solum也承認「解釋與建構」的區分比新原意主義更早出現。請參考Solum, *supra* note 13, at 468.
- 22 對於這組區分的批判意見，張嘉尹指出Whittington並未針對解釋與建構的憲政理論的立場加以探討，形成「循環論證」，且對於「解釋與建構」是一種分析性區分非真實性區分，進行反省。最後張嘉尹指出，解釋與建構的實用性不高等等批判意見。請參考張嘉尹(註16)，頁22-27。

(或可預測性)為主要捍衛價值的法治觀念。當原意主義者使用語言哲學來建構其自身方法時，其他憲法解釋理論也感受到威脅。

筆者進而在第參部分指出，這種拒絕制憲者意圖的轉向，加上強調語言固著命題的發展，讓原意主義具有中立化的發展可能。換言之，不論是政治上保守派或自由派皆可能擁抱原意主義方法論<sup>23</sup>，即使保守派仍為支持原意主義的大宗，但是在新原意主義的耕耘之下，為自由派法學者保留了概念上的空間去接受原意主義。第參部分也指出非原意主義者對於原意主義方法論發展的擔憂<sup>24</sup>。例如James Fleming便以包容性(inclusiveness)來形容原意主義(主要是新原意主義)的發展<sup>25</sup>。我認為Fleming提出的擔憂雖然正確，但是包容性不足以標示出原意主義這個轉向的特色。「憲法文本的語言內容之探詢中立化」才是這個轉向的根本特色，若原意主義的這個主張為真，那意味著多數憲法解釋理論都可能跟原意主義有某種關係，這才是原意主義方法論發展的深刻蘊含。雖然Fleming用錯了詞彙，但他卻提出關鍵問題：尤其當他在批判Scalia運用新原意主義時，表示其主張實際上變的更為保守，他的論點並

---

23 當然，如果採用Fleming的解釋，之所以從制憲者意圖轉向原始公共意義，有一些是出於公關原因。然而，Fleming也認為有些人(例如Scalia)並非如此，只不過Scalia轉向更趨保守，而非更為自由。例如他提出「有些例子中，我相信原意主義之所以從制憲者意圖轉向原始公共意義，大多基於公眾關係傾向承認舊有原意主義的缺失，以保持原始主義在實際運用上的走向不受影響。」(“In some instances, I believe that the move within originalism from the intention of the Framers to original public meaning is largely a public relations move- one that seems to acknowledge the flaws in the old originalism, yet to leave the actual practice of originalism unaffected.”)請參考Fleming, *supra* note 13, at 446.

24 關於非原意主義者的界定，請參考本文「參、三」部分。

25 Fleming指出「很明顯地，對於『我們全是原意主義者嗎？』這一問題的正面答覆，源自原始主義，尤其是新原始主義(或不同版本的新原始主義)下的概括性概念。可以肯定的是，現在的我們絕非舊原始主義者！」(“Clearly, affirmative answers to the question, ‘are we all originalists now?’ stem from inclusive conceptions of what comes within originalism and, in particular, the new originalism or new originalisms. For we most definitely are not all old originalists now!”) Fleming, *supra* note 13, at 438.

非僅止於Scalia的保守派傾向，而是指出原始公共意義的觀念其實是一種伯克主義式的保守派，將原始公共意義視為一種歷史實踐的指定條件<sup>26</sup>。

說明原意主義的理論蘊含與發展傾向之後，筆者重新檢討原意主義的中立化是否真的可以成立。本文第肆部分主張，放棄制憲者意圖的原意主義看似是中立化的發展，卻也忽視了意義的規範性以及語意規範性的課題。筆者從Eric H. Gampel以及Åsa Maria Wikforss的理論汲取資源，探討意義的規範性以及語義規範性的類型，進而論證為何原意主義的轉向並不成功。一方面，原意主義沒有放棄憲法文本的脈絡重要性，這表示「語用」對於文本的意義界定仍有所影響。然而，確認脈絡的過程便可能涉及到價值涉入。換言之，很可能是脈絡決定了憲法文本具有何種意義的條件<sup>27</sup>。另一方面，以強調語義內容、文法與句法規則的新原意主義，忽視了這種語言成規規範性來源可能很薄弱。如果原意主義正視語意的規範性課題，那麼此類薄弱的成規規範性應該滿足不了原意主義的要求。

因此，本文認為原意主義遇到一個兩難：一方面，如果原意主義要將其解釋方法視為所有憲法解釋的第一步，僅依據外部證立的

---

26 原文為“Here I mean ‘conservative’ not simply in a substantive political sense of supporting the outcomes conservative favor, but also in a Burkean sense of conceiving original public meaning as being the deposit of historical practices rather than abstract normative commitments that might be critical of, or at any rate different from, those practices.” Fleming, *supra* note 13, at 446.

27 關於脈絡與語義之間的關係，請參考Hsiang-Yun Chen, *Contextualism and the Semantics of “Woman”*, ERGO (forthcoming). 雖然不是每一種脈絡主義都會贊成在確認脈絡過程中會涉入道德與政治考量，但是陳湘韻（Hsiang-Yun Chen）在文章中透過Diaz-Leon指出，其「主體－脈絡主義」（subject-contextualism）具有明確地規範性考量的。（“But unlike Saul, Diaz-Leon thinks language-external, normative principles play a role in the determination of semantic content.”）。雖然陳湘韻指出脈絡主義的幾個關鍵問題，但本文並不擬針對脈絡主義進行分析，而是希望指出在語意內容確定上引入脈絡的規範性意涵。

方式是不夠的，因為它必需說明為何「憲法文本的語言內容本身具有規範性」。而在處理這個意義的規範性課題上，原意主義勢必要放棄中立性的主張。因為原意主義若要妥適說明憲法文本於制定之初，語言內容（linguistic content）需具有規範性（拘束解釋者）的話，只有兩條路：第一、將解釋者允諾於接受制憲者意圖。第二、解釋者接受法律的客觀目的等價值。無論上述哪一條路都會將我們帶離新原意主義的核心：原始公共意義的原意主義。

在美國憲法解釋理論的討論上，臺灣一直是量少質精。例如張嘉尹<sup>28</sup>以及林超駿皆觸及不少原意主義方法論的討論：不論是張嘉尹的碩士論文作為臺灣第一本處理美國憲法解釋理論的著作開始<sup>29</sup>，到林超駿針對Scalia的憲法解釋理論的歷史介紹<sup>30</sup>。然而，臺灣學者較少對於原意主義的核心主張進行詳細說明，並從意義的規範性角度切入反省原意主義的合理性基礎。也因此本文試圖延續前兩位學者的研究，進一步拓展對於解釋方法論的反省視野。如果本文的方向與分析正確，那麼至少指出了重視意義的規範性來源是解釋理論的關鍵問題，而讓我們正視到底哪一種規範性來源可以提供具有拘束力的意義內容，也能為後續的相關理論課題提供較為紮實的研究基石<sup>31</sup>。

---

28 張嘉尹，再訪憲法解釋理論——兼論憲法解釋上的「原意主義」爭議，憲政法理學研討會，台灣法理學會、世新大學法學院暨臺灣大學人權與法理學研究中心主辦（2016年4月23日）。張嘉尹（註16），頁1-38。

29 請參考張嘉尹（註8）。

30 林超駿，美國法上有關原意主義辯論之例示與啟示——以Scalia大法官之見解為中心，收於：超越繼承之憲法學：理想與現實，頁124-185（2006年）。

31 這篇文章作為美國憲法解釋理論的研究文章筆者所賦予的意義是從法學方法論與法律推理理論的角度而思考的。具體而言，原意主義所提出的意義理論以及解釋與建構之區分具有豐富的語言哲學、法哲學與政治哲學意涵，這些議題在本文中無法一一處理。更抽象來說，從語義的規範性議題擴展，我們可以更清楚地勾勒出我們要如何探討法律的規範性議題。解釋方法之規範性與解釋本身的規範性應該區分來看，法律解釋或是法律推理究竟是指採用解釋方法的規範性或是也具有實質的內容，也是一個關鍵問題。

## 貳、原意主義的兩個核心命題

Solum認為，原意主義作為憲法解釋學派較像是一個家族（a family），家族成員中有相似與相異之處，因此較佳的方式不是針對原意主義給出定義式說明，而是針對這個家族成員的相似性進行闡述，其闡述方式可以指出核心特徵以區分誰是家族內成員與家族外的他人<sup>32</sup>，從而透過指出核心命題的方式以辨識原意主義這個家族的相似性。

透過分析核心命題的方式，問題不再是原意主義的定義（the definition of originalism）為何，而是「構成原意主義的核心特徵為何？」。Solum應該是第一位以家族相似性（family resemblance）的方式研究原意主義的學者。在他之前，一般學者多以定義式說明為主，例如界定出制憲者意圖的內涵，然後說明支持或是反對之理由<sup>33</sup>。從Solum的研究開始，原意主義者找到了一種有別於標籤與規範立場的其他方式，用以辨識我群與他者。正是因為Solum引入語言哲學的概念工具，我們得以更深入探討原意主義的方法及與之相關的概念<sup>34</sup>。

32 這種以「家族相似性」來分析特定立場的方式，就是一種語言哲學的運用，不僅存在於憲法解釋理論之中，也存在於法理學之中。最著名的運用實例請參考H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* (2d ed. 1994)。語言哲學上的運用請參考JOHN AUSTIN, *HOW TO DO THINGS WITH WORDS* (2d ed. 1975)。

33 請參考Brest, *supra* note 6, at 204-38。根據Solum的考察，Brest應該是第一位使用“originalism”一詞的人。但是，Solum認為Brest對於原意主義的批評，其實缺少了以家族相似性的方式思考，往往淪為使用一個標籤打翻一船人的謬誤。此外，Brest也並未羅列出文中所批判的文章與案件。請參考Lawrence B. Solum, *The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*, 91 NOTRE DAME L. REV. 1, 3-4 (2015)。

34 從這個角度或許可進一步思考，哲學概念工具往往可以大量地被法律運用，以釐清許多法律爭議。例如言語行動理論（speech act theory）的創立者John Austin也往往以法律做為主要舉例對象，例如允諾（promise）與命名（naming）等，更有甚者他也曾跟H.L.A. Hart多次交換意見，例如他在註腳中的致謝。請參考AUSTIN, *supra* note 32, at 7。筆者較熟悉的另外一個領域為英美契約法，當中語言哲學概念工具對於契約法分析的影響，其最新發展可以參考

根據Solum一開始的研究，原意主義有四個核心命題，分別為語言固著命題、公共意義命題（The Public Meaning Thesis）、文本拘束命題（The Textual Constraint Thesis）與解釋與建構區分命題（The Interpretation-Construction Distinction Thesis）<sup>35</sup>。其內涵簡述如下：

- 語言固著命題：憲法文本之語言意義（the linguistic meaning）在起草、核准每個規定時即已固著下來。
- 公共意義命題：憲法的意義是基於以下方式確定：由制定當時公共理解的詞、片語、文法與句法所決定的，而非出於起草者意圖。
- 文本拘束命題：憲法文本的原始意義具有法的效力（legal force），文本即是法，而不僅是象徵。
- 解釋與建構區分命題：憲法實踐活動包含兩個不同的行動：（一）、憲法解釋目的在於區分出文本的語言意義；（二）、建構憲法的目的在於確定文本的法律效果（the legal effect of the text）。

上述四個命題的表述最初是在2011年出版的CONSTITUTIONAL ORIGINALISM: A DEBATE一書中提出。然而，這本書主要針對對於美國憲法解釋有興趣的讀者，作為初階閱讀資料。撰寫本書之前Solum已在2008年的“*Semantic Originalism*”一文中詳細分析原意主義的語言固著命題<sup>36</sup>，而其理論發展最後在2015年的“*The Fixation*

---

Margaret Radin與Robin Kar對於契約解釋的討論。Robin Bradley Kar & Margaret Jane Radin, *Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*, 132 HARV. L. REV. 1135, 1135-1219 (2019).

<sup>35</sup> 請參考LAWRENCE SOLUM & ROBERT BENNETT, CONSTITUTIONAL ORIGINALISM: A DEBATE 4 (2011).

<sup>36</sup> See Lawrence B. Solum, *Semantic Originalism* (Illinois Pub. L. Legal Theory Res. Paper, No. 07-24, Nov. 22, 2008), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1120244](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244).

*Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*」一文中得以完整表述<sup>37</sup>。因此，我將以Solum的成熟理論作為討論起點。當中值得一提的是文本拘束命題後來被Solum更精確地表述為拘束原則，並有細緻的概念說明，雖然文本拘束命題的用法仍有待商榷，但檢視其命題內容實為「憲法文本的原始意義（original meaning）具有法的拘束力」。因此筆者不認為Solum日後的發展是放棄這個命題，反而是更精確地表述命題內容<sup>38</sup>。

上述的四個命題可再濃縮為兩個核心命題：語言固著命題（The Fixation Thesis，簡稱FT命題）與拘束原則命題（The Constraint Principle，簡稱CP命題）。語言固著命題是指憲法文本的意義在制定之初就已經確定。拘束原則認為，憲法文本的原始意義對於憲政行動者（constitutional actors）具有拘束力。至於，解釋與建構的區分命題則是對於憲法文本意義之確定行動的概念性區分以及方法運用，筆者將先省略這一個部分的討論。以下透過處理「語言固著命題」與「拘束原則」，可以見到原意主義之中立化是如何產生，因而讓原本對立的憲法解釋理論立場產生一些相互對話的可能。換言之，原意主義不再是鐵板一塊，而是可與活的憲法（living constitution或living constitutionalism）產生「某種交疊共識」的可能<sup>39</sup>。

---

37 Solum, *supra* note 33, at 1-78.

38 審查人指出，文本主義亦主張文本拘束命題，而不是僅有原意主義如此主張，筆者對於這個觀點，完全贊成。根據筆者考察，Solum確實越來越少使用文本拘束命題的說法，尤其在他探討拘束原則的文章中，很明顯地認為憲法文本的語言內容具有拘束力。因此，如果是就文本而言，這的確不是原意主義所特有的主張。但是，如果是主張文本的語言內容具有拘束力，這部分的理論建構即是透過原意主義而來。至於原意主義與文本主義的關係，本文已在「語言固著命題下的原意主義者『們』」一節中進行初步釐清。請參考本文的「貳、一、（三）」一節。

39 具體說明，請參考本文的「參」部分。而這種「交疊共識」可以從一個發展中看出端倪。以往原意主義與政治保守派高度重疊，但是根據筆者觀察，近來非保守派學者有時也會贊同原意主義的某些基本命題。其中最著名的就是

## 一、語言固著命題

### (一) 說明

語言固著命題主張，憲法文本的原始意義（或稱之為溝通內容）在起草與頒布每個憲法規定時便確定下來。這意味著憲法的原始意義是不會改變的，也就是固著下來（fixed）。FT命題是區分原意主義與非原意主義（non-originalism）的關鍵。如果有人宣稱自己是原意主義者，但不主張語言固著命題，那麼他實際上並非原意主義者。反之，如果一個人宣稱自己是非原意主義者，卻主張語言固著命題，那麼他仍「可能」是個原意主義者。之所以是「可能」，在於仍必須檢視此人對於拘束原則的立場為何。因此，Solum提出非原意主義者可能有三種立場：第一、拒絕語言固著命題；第二、拒絕拘束原則；第三、兩者皆拒絕<sup>40</sup>。

FT命題雖然區分了原意主義與非原意主義，但是它並未區分原意主義者內部的不同類型，因為確定語言之內容的方式至少有三種。例如，採用制憲者意圖的原意主義便認為，憲法文本之意義「等同於」制憲者主觀上所賦予憲法文字的意義，或是制憲者預期憲法適用的意義<sup>41</sup>。原始方法原意主義者（original method

---

Balkin在2011年所出版的《活的原意主義》(LIVING ORIGINALISM)一書，企圖在原意主義與活的憲法中找出一條中間道路。請參考BALKIN, *supra* note 17。此外，我們也可以察覺原意主義者內部的歧異，例如John McGinnis與Michael Rappaport在2013年出版的*Originalism and the Good Constitution*中對於同樣是原意主義者Barnett的批判，例如「原始的方法取向針對詮釋與建構的質疑，正是描述如何確立憲法意義的固有部分」(“The original methods approach doubts that the distinction between interpretation and construction is a proper part of the account of how the Constitution’s meaning should be determined.”)。請參考JOHN MCGINNIS & MICHAEL RAPPAPORT, *ORIGINALISM AND THE GOOD CONSTITUTION* 140 (2013)。

<sup>40</sup> Solum認為，幾乎所有的原意主義者會支持語言固著命題的內容(“So far as I can discern all or all most originalists agree with what I call the fixation thesis.”)。請參考Solum, *supra* note 36, at 4.

<sup>41</sup> 雖然制憲者意圖常常被批判，但是Richard Kay針對制憲者意圖的反對理由，給予很確切的回應。請參考Richard Kay, *Adherence to the Original Intentions in*

originalism; OMO) 則認為憲法文字的意義，是以制憲當時所採用的解釋方法從中得出的確定意義<sup>42</sup>。而原始公共意義原意主義認為，憲法文本的意義是由文本的原始公共意義所確定，而文本當中的原始公共意義即指討論脈絡內的字 (words) 與詞 (phrases) 慣習上的語義 (the conventional semantic meaning)。不管我們採取哪種標準去判斷文本原意，皆認為憲法文本的語義 (semantic meaning) 是構成憲法文本溝通內容的一個重要部分。

Solum進一步指出，FT命題的完整表述可以如下方式呈現<sup>43</sup>：

- 語言固著命題 (完整版)：憲法解釋的目標 (對象) 就是憲法文本的溝通內容，而此一溝通內容是在每個條款起草與 (或) 批准之時就確定下來的<sup>44</sup>。

完整版的FT命題有幾個關鍵重點。首先，它指出憲法解釋 (constitutional interpretation) 是指一種確定憲法文本語言內容的行動<sup>45</sup>。相較於一般所認知的憲法解釋不一，原意主義的憲法解釋概念範圍較小。因此，不包含我們一般在傳統法學論述中的體系解釋、目的解釋或結果考量等等。

其次，我們可以發現到，FT命題不決定以下問題。例如，FT命題對於何種理論是好的憲政理論沒有立場、對於哪種憲法解釋是好的理論也沒有回答，甚至對於如何決定憲法規範在制定之初的語義內容也沒有看法。原意主義將憲法解釋的概念侷限在「憲法文本的語言探求上」，意味將憲法解釋行動給中立化<sup>46</sup>。

---

*Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses*, 82 NW. U. L. REV. 226, 226-92 (1988).

42 請參考MCGINNIS & RAPPAPORT, *supra* note 39, at 116-38.

43 Solum, *supra* note 33, at 15.

44 *Id.*

45 *Id.* at 9-10.

46 然而，這種把解釋行為給中立化的發展，不意味著他不擁抱規範性立場。相反

第三、FT命題也不宜稱「僅透過憲法文本的語言，就得知憲法案件可以如何裁判」。這是一個值得關注的重點，Solum認為由於憲法文本是一種言語行動（speech act），這個言語行動的其中一個要素就是語詞，因此當我們要理解憲法文本的意義時，首要任務便是理解文本的語言：他使用了溝通內容（communicative content）替代了文本語言這個概念<sup>47</sup>。但是，他認為光是溝通內容（文本的語言內容）無法表現出文本背後規範的「所有內容」（他稱之為法律內容（legal content））。法院或是實務工作者如果要針對特定案件進行法律裁決，那麼必須從溝通內容（文本的語言內容）進一步發展到法律內容。這種想法其實不算陌生，只要我們區分出規範的語義學以及規範內容兩個層次就大抵可以理解這種區分方式<sup>48</sup>。

第四、Solum指出，語言固著命題認為所固著下來的是「個例的意義」（token meaning），而非「型類意義」（type meaning）<sup>49</sup>。重點在於語言固著命題認為，所謂語言內容被固定下來，是指憲法文本個例表述的意義被固定下來。但是，相同的語詞甚或是句子可以有不一樣的語言內容。蘊含在這種個例意義的觀點下，憲法其實是一大堆個例表述（憲法文本）的集合，由於不同的憲法文本（憲法條款）雖然使用相同的語詞或是文句，但其制定時期的語言內容

---

地，筆者將在下文指出原意主義這種發展從語義的規範性來看其實有問題。請參考本文第肆部分。

47 對於Solum而言，溝通內容（communicative content）與語言內容（linguistic content）是互用的。

48 關於溝通內容與法律內容的關係，本文將在肆、一探討。Solum對於溝通內容以及法律內容的討論來自於法律語言的基礎研究，特別是Mark Greenberg的討論。請參考，Lawrence B. Solum, *Communicative Content and Legal Content*, 89 NOTRE DAME L. REV. 479, 479-520 (2013).

49 Token與type是哲學上的語彙，使用這組區分的場域很多，例如此心靈哲學。而在語言哲學中，通常是用來區別語言表述跟表述行為的產物。當某個表述是一個型類（type），這個表述可以一直被使用，但當某個表述是某個型類的個例時（token），那麼它僅能是一次性產生。簡短說明，請參考Kent Bach, *Type-Token Distinction*, in THE CAMBRIDGE DICTIONARY OF PHILOSOPHY 936, 937 (Robert Audi ed., 2d ed. 1999).

仍具有差異。Solum指出，在個例意義的特色下，語言固著命題有四個重點<sup>50</sup>：

1. 對於語言固著命題，所謂的意義是指1789年憲法的官方版本以及每個增補條款所批准之時的個例意義。
2. 語言固著命題並不主張，在同一份憲法文本中後來使用的個例表述與最初使用的個例意義是一樣的。
3. 法院、學者與公民可以而且的確會使用憲法文本的片段去發現與原初意義不一樣的溝通內容。
4. 拘束原則認為，當法院與官員給予憲法法律效果時，不應該替憲法文本替代新的意義。然而，所謂的「不應該」並不隱含法官或官員不會（或是不能用）新的意義替代憲法文本的意義。

據筆者知道，Solum提出的這個型類與個例區分，約只在早先的非正式文章“*Semantic Originalism*”一文中討論。雖然這個設定確實很有趣，卻較少見到其他原意主義者使用，甚或在2011年所出版的CONSTITUTIONAL ORIGINALISM一書中也未見討論。Solum運用語言哲學的「型類與個例」的區分，指出語言的個例意義開啟了相當複雜的議題。筆者在此僅先勾勒議題輪廓。「型類與個例」之區分意味著，原意主義的運用可以是個殊性的理論，即使同樣是憲法規範內的文本，例如憲法本文與增補條款所使用的語詞相同（可以說是同一類），但是其意義很可能不一樣。甚或在美國的脈絡下，都是增補條款使用的語詞，但是意義不盡相同。可想而知，體系解釋在原意主義下是一個不會受到偏好的解釋「方法」（或要素）。其次，甚或是不同國家的憲法文本所使用的語詞表述相類似或相同，也不意味它們具有相同的意義，這表示要進行比較憲法時必須考量該份文本制定之初的特定脈絡。第三、這也意味原意主義是一種區域主

---

50 Solum, *supra* note 33, at 39.

義的憲法解釋理論。第四、如何確定特定憲法文本的個例意義有賴於歷史文件之考究。從這個角度來看，原意主義需要與憲法史學相互合作。

## (二) 對於語言固著命題的論證：語言飄移的可能性

有了FT命題的完整版說明後，接下來要回答的問題是：為何要接受語言固著命題？因為FT命題其實抵觸了我們的直覺，例如語言的意義實際上時常在改變，我們無法期待文字的意義固定不變。這種語言意義改變的現象，存在於我們日常生活之中。因此，更基礎的問題是：什麼是意義（meaning）？

Solum區分出三種意義的類型：適用上（*applicative*）、目的上（*purposive*）以及語言的（*linguistic*）<sup>51</sup>。所謂的適用上的意義（*the meaning in the applicative sense*）是指，在特定脈絡下法律文本是否適用當前的個案之中。Solum舉例，當有人問說：「美國憲法增補條文第1條對於我誹謗訴訟的意義是什麼？我能夠使用它進行抗辯嗎？」當提問人使用意義一詞時，是希望理解憲法增補條文第1條的內容是否可以適用這個具體個案。而目的性意義（*the meaning in the purposive sense*）則是指特定法律文本所要達成的目的、動機或是效果是什麼。簡單地說就是立法者制定這個法律的目的或是動機為何。而所謂語言的意義（*the meaning in the linguistic sense*）意味著法律文本的溝通內容，而這種語言內容是透過語詞、文法與語法規則所得出的內容<sup>52</sup>。

---

51 Solum在此其實是使用「*meaning in the x sense*」的表述方式，我在行文中省略*sense*一詞的原因是，中文使用中，*sense*有時候也會被翻譯為「意義」，這反而會造成混淆。此外，語言意義（*linguistic sense*），Solum也會使用“*communicative sense*”相互替代，此二者對於Solum是同樣的概念。

52 Solum, *supra* note 33, at 20-21.

首先，原意主義者認為「適用上意義」(applicative meaning)的確會改變，例如當我們說「言論自由是否適用在網際網路上」，我們實際上是問「網際網路上的表意行為是否可適用在言論自由規範之中」。而FT命題並不反對這種適用上的意義會改變的主張，相反的，如果反對適用上意義會改變的話，將無法解釋我們日常生活中的語言使用。

其次，是否有辦法說即使是「語言上的意義」也會改變呢？換言之，法律文本上的語詞使用的表徵仍舊一樣，但是其語言內涵已經不一樣了？這個改變也是可能的。但Solum指出，正是這個改變的可能性讓我們看到了語言固著命題的重要性，例如美國憲法中明文出現的「州內暴亂」(“domestic violence”)一詞。“domestic violence”的當代語言是指在親密關係的脈絡下，運用身體、性、心理或是經濟方式施虐(abuse)於她(他)方。然而，如果我們透過當代的語言內容去理解美國憲法中的此詞，會出現很大問題。因為美國憲法制定之初使用此詞，其內容並不是現在所理解的親密關係下的語言內容，而是指州內(“domestic”，也做「境內」)的暴動等事件。這個概念是一個非常適當的例子，彰顯法律概念可以有語言飄移(linguistic drift)的可能性<sup>53</sup>，而正是這個語言飄移的可能

---

53 關於語言飄移的說明，Edward Sapir曾提出「語言飄移有其路徑。換句話說，在語言飄移中流動時體現或帶有特定路徑的個別語言變異，才是積年累月、由言談者下意識地篩選具有特定傾向的個別變異所構成。基本上，這種演化路徑可以藉由檢視過往歷史推演得知。長期來看，任何在飄移當中新產生的特徵，在成為大眾慣常用語的一部分之前，往往很長一段時間都僅僅以非主流，或者是作為少數不入流的語用趨勢存在」(“The linguistic drift has direction. In other words, only those individual variations embody it or carry it which move in a drift of a language is constituted by the unconscious selection on the part of its speakers of those individual variations that are cumulative in some special direction. This direction may be inferred, in the main, from the past history of the language. In the long run any new feature of the drift becomes part and parcel of the common, accepted speech, but for a long time it may exist as a mere tendency in the speech of a few, perhaps of a despised few.”) 請參考 EDWARD SAPIR, LANGUAGE: AN INTRODUCTION TO THE STUDY OF SPEECH 165-66 (2014).

展現出語言固著命題的重要性。因為語言如果沒有固著在法律文本的制定與（或）批准之時，我們無法理解特定文本的意義，也無法說明語言飄移的可能性<sup>54</sup>。

正是語言飄移的存在為語言固著命題提供了溝通上的基礎。原意主義認為，我們的確可以爭執適用上意義、目的上意義（teleological meaning）與語言上意義是否會改變（或不合時宜），但這不意味著語言固著命題不成立。相反地，語言飄移的現象預設了語言會先固著下來的情形，改變也才成為可能。但是，也必須瞭解到所謂意義固著下來，不意味著意義的可決性（fixation of meaning, not determinacy of meaning）<sup>55</sup>。

### （三）語言固著命題下的原意主義者「們」

FT命題也有助於思考原意主義的諸多類型，從語言固著命題開始，可以區分三種不同類型的原意主義：原始意圖（original intention）、原始公共意義以及原始方法（original methods）<sup>56</sup>。

原始意圖原意主義（original intent originalism; OIO）主張，憲法文本的語言取決於制憲者的意圖。因此，原始意圖的原意主義認為，憲法文本的語言內容（或是溝通內容）是由制憲者（Framers）或批准者（Ratifiers）的意圖所決定的。原始意圖原意主義引起的爭議前文已簡略處理，例如原始意圖原意主義一開始是與政治保守派合流主張限制法官解釋憲法的邊界。原始意圖原意主義中所面對的理論難題是，諸多行動者的意圖累加的問題（the

---

54 Solum, *supra* note 33, at 16-18, 23-24.

55 可決性是當代英美法哲學與推理理論的一個大課題。簡單來說，可決性涉及到法律規則與個案之間的關係，但是意義的固著並不直接涉及到這一層次的問題。相關討論可以參考Solum, *supra* note 33, at 41-42.

56 對於華文學界而言，前兩者較為熟悉，特別是原始意圖原意主義。原始方法原意主義較為陌生，筆者認為這種原意主義作為憲法解釋方法並不可靠。礙於篇幅，故先暫緩說明詳盡理由。

aggregation problem)。此外，原始意圖原意主義也會面臨到為何政治社群的成員要受到一群人內心狀態的拘束（甚至是秘密狀態）的規範性問題<sup>57</sup>。

原始公共意義原意主義是當前原意主義者的熱門立場。其主張認為，針對憲法文本的解釋必須依照制定當時文字的原始公共意義來理解。所謂憲法文本內的各種概念並不是依照制憲者心中的意圖（不論是抽象或是具體）來決定其語言內容，也不是依照制憲者心中認為大眾應該要認知的意義來做解釋，而是依據當時的一般公開的意義，其決定方式是透過字詞、語句、文法與脈絡來共同決定。原始公共意義很大程度與新原意主義（new originalism）合流<sup>58</sup>，所謂的新原意主義主要是由Randy Barnett與Keith Whittington共同創建，藉由區分解釋與建構，拉開原意主義與保守派意識型態兩者的空間，而之所以合流的原因在於，新原意主義提出的解釋概念是一種以語言意義（linguistic sense）為核心的概念。

原始方法原意主義認為，憲法文本的語言內容既非取決於制憲者意圖，亦非由當時原始公共意義所決定，而是透過當時制定與批准憲法時的法律解釋方式所決定<sup>59</sup>。在此，筆者無法仔細檢討原始方法原意主義是否成立，僅指出幾個其與其他原意主義相異之處，供日後進一步研究的參照點。首先，原始方法原意主義對於憲法的界定，就是認為憲法就是一種國家與私人的契約擬定。因此，原始方法才有其功能，藉由專業的法律解釋方法確定其條款的語言內容。然而，原始方法原意主義對於「憲法性質」的界定，遭到其他原意主義者的反對：例如Barnett便指出憲法與私人契約不同之處<sup>60</sup>。

---

57 關於原始意圖原意主義，請參考KENT GREENAWALT, LEGISLATION: STATUTORY INTERPRETATION 20 QUESTIONS 77-170 (1999).

58 Solum, *supra* note 33, at 23-24.

59 MCGINNIS & RAPPAPORT, *supra* note 39, at 2-3.

60 Barnett的文章〈有關憲法預設的錯誤假設〉（“*The Misconceived Assumption About Constitutional Assumption*”）是一篇很有趣的文章，他雖是契約法學者出

其次，原始方法原意主義認為依照制憲當時的法律解釋方法，沒有憲法建構的空間存在。換言之，原始方法原意主義否定了「解釋與建構之區分」<sup>61</sup>。從兩個特色可以得知原始方法原意主義其實是原意主義者中的少數。據筆者理解，大概僅有John O. McGinnis與Michael B. Rappaport兩位學者捍衛原始方法原意主義的立場。

語言固著命題強調法律文本的意義固著在制定當下，它展現了法律文本的重要性，而在美國的法規解釋向來有文本主義（textualism）與目的主義（purposivism）之爭<sup>62</sup>。目的主義主要透過法律程序學派的理論而發展，係以整體的立法目的來掌握法條意義。而文本主義則從1980年代後發展，基本觀點認為法律解釋不應該脫離法律的字面意義（plain meaning）。雖然本文並非一篇針對

---

身，但基本主張為：「契約與憲法是不一樣的」。他認為契約的正當性基礎是基於雙方當事人的同意（actual consent），但是憲法例外：因為憲法根本無法取得所有受拘束人的同意。其次，他運用Lon Fuller的「默許預設」（tacit assumption）說明當契約的默許預設有問題時，會讓整個契約之執行力（enforceability）產生問題，但是憲法不會，因為當憲法預設（constitutional assumption）出現問題時，正是運用憲法解釋與建構的時機。Barnett這篇文章值得檢討之處，在於他使用「預設」（assumption）並不是指「命題得以成真」的概念性主張，反而偏向規範所預設的事實情境。請參考Randy Barnett, *The Misconceived Assumption about Constitutional Assumptions*, 103 NW. U. L. REV. 615, 627-30 (2009).

61 MCGINNIS & RAPPAPORT, *supra* note 39, at 139-53. Frederick Schauer在近期即將出版的文章中，處理了對於原意主義之解釋與建構的區分反省，是筆者認為最為細緻的一篇，他指出原始方法原意主義之所以拒絕解釋與建構理由在於，他們認為憲法文本的語言是一種技術性語言與一般契約無異。一旦區分解釋與建構，這意味著必須依照法律的目的（legal goal）去理解憲法的技術性概念，這將使得解釋者的價值判斷進入對於憲法文本的意義理解過程之中。請參考Schauer, *supra* note 17.

62 黃丞儀在〈潔淨空氣，如何解釋？從Duke Energy (2007)與Massachusetts v. EPA (2007)論美國行政法中立法目的、行政解釋和司法審查之關係〉一文中，精簡扼要地說明美國在法規解釋上的三個流派：意旨論、目的論以及文本論三種。其中意旨論是指立法者意圖（包含具體特定以及抽象建構兩種意圖），而文本論則是本文所指的文本主義。請參考黃丞儀，潔淨空氣，如何解釋？從Duke Energy (2007)與Massachusetts v. EPA (2007)論美國行政法中立法目的、行政解釋和司法審查之關係，臺大法學論叢，44卷3期，頁665-744（2015年）。

美國法規解釋理論的研究，但是從剛剛的討論中，可以見到原意主義與文本主義的關係值得進一步探討。

儘管立法者意圖與法律文本的意義不相容，但是原意主義的發展卻也脫離不了制憲者意圖這一流派。因此，原意主義一方面將制憲者意圖列為其分支之一，另一方面似乎又囊括文本的意義而與文本主義相近，要如何理解原意主義與文本主義的關係呢？這是一個值得探究的理論課題。筆者以下將從概念界定開始做初步梳理<sup>63</sup>。

筆者認為，文本主義不必然與原意主義不相容。相反地，透過本文對於原意主義的理論闡述，可以更精準地掌握到兩者之間可能的關係類型<sup>64</sup>。從原意主義的意義理論中可以知悉，法律文本的語言內容來自兩大影響：語義內容與語用內容（脈絡）<sup>65</sup>。因此，我們可以透過這組概念上的區分，思考文本主義多大程度上可以與三種原意主義產生關連性。

文本主義可分為兩類：強文本主義與弱文本主義<sup>66</sup>。強的文本主義可能主張，法律文字的顯明意義主要是透過文字的語義部分所

---

63 非常感謝審查人提出的質疑，作者在研究之初並未將文本主義納入考量，審查人敏銳地觀察到原意主義與文本主義的緊張關係，讓本文在此議題的處理更加深入。

64 可能有人認為，原意主義是憲法解釋，文本主義是法規解釋，因此兩者並不一樣。這樣基於憲法與法規兩者差異的主張，其實過於粗糙。然而，我們不確定這兩者是不是根本上有差異，導致其解釋方法也具有理論上的差異，這仍需要進一步探詢。

65 關於意義的語用學理論基礎說明，請參考JENNY THOMAS, MEANING IN INTERACTION: AN INTRODUCTION TO PRAGMATICS (1995)。

66 關於文本主義的區分一直是個有趣的課題。例如Tara Leigh Grove針對美國聯邦最高法院的*Bostock v. Clayton County*一案的評釋中區分了形式文本主義 (formalistic textualism) 以及彈性文本主義 (flexible textualism) 兩者，並主張*Bostock*一案中的多數意見是採用形式文本主義。Grove區分這兩者的標準之一便是形式文本主義不重視案件的政策考量或是實踐結果，但是彈性文本主義會考量這個部分，Grove本身是贊成形式文本主義。筆者認為Grove的區分雖然有其有趣之處，但是他並未認真對待「脈絡」(context)，他清晰地看到文本主義討論到的脈絡是多樣的，有語義脈絡 (semantic context)、社會脈絡 (social

決定，並且文本主義也限制了語用部分影響法律文本的語言內容，或者根本不採納語用的部分；而弱的文本主義可能認為，語用部分對於文本的語言內容具有重要影響，因此認為顯明意義需要在脈絡下進行理解<sup>67</sup>。從這個角度，不論強或弱的文本主義都拒絕接受以制憲者（或立法者）的具體意圖作為法律文本語言內容的語義內涵，但是弱的文本主義可以有條件接受立法資料作為理解語用內容的輔助：這並不是語義的確定，而是語用脈絡的確認。

此外，弱的文本主義與原始公共意義原意主義可能都高度相容，因為原始公共意義認為憲法的語言內容主要是制定當時的公共意義，這個公共意義是以憲法文本的聽眾可理解的意義為主，因此文本的語義要素跟語用要素同等重要。只要原始公共意義不將制憲者意圖視為語義內容之要件，相當程度上原始公共意義可以與弱的文本主義高度重疊。至於強的文本主義，也不必然會與原始公共意義相抵觸，除非強的文本主義完全拒絕語用要素的考量。

最後值得探討，但是本文力有未逮的是原始方法原意主義與文本主義的討論。根據McGinnis以及Rappaport的說明，原始方法原意主義沒有與文本主義距離太遠。相反地，他們認為原始方法原意主義可以跟文本主義相容，並指出：「雖然對於意圖主義與文本主義都有證據加以支持，但是解釋規則也可以結合這兩種不同的取徑。<sup>68</sup>」然而，筆者認為若從文本主義出發，則這項論點未必成立。因為文本主義強調法律對於法官解釋的拘束，這奠基於立法權與司法權之差異之上，而正由於原始方法原意主義拒絕接受憲法建構的想法，因此很大程度上可能拒絕了語用對於法律文本語言內容

---

context) 以及完整脈絡 (full context)，但是他卻認為諸多的脈絡可以指涉到同樣的觀念，且諸多脈絡可以放在語義脈絡的大傘下，筆者對於這個主張感到懷疑。關於Grove的討論，請參考Tara Leigh Grove, *Which Textualism?*, 134 HARV. L. REV. 265, 279-81 (2020).

67 這項主張也稱作「柔性文本主義」。請參考黃丞儀（註62），頁676。

68 請參考MCGINNIS & RAPPAPORT, *supra* note 39, at 136-37.

的確定。在這個意義上，原始方法原意主義是更為偏向強的文本主義，而不是弱的文本主義。在上述說明下，我們可以更為精確地針對文本主義與三種原意主義的關係，做出以下表述：

- 關係命題一：強文本主義與原始制憲者意圖原意主義不相容，因為其主張法律文本的顯明意義主要是透過文本的語義部分而來，此顯明意義的決定不包含具體的立法者（或制憲者）意圖，否則會減損法律之顯明意義與法治之間的關係。弱文本主義可以接受以制憲者意圖作為輔理解語用內容，但仍是以前述法律文本的語義內容作為決定顯明意義的主要關鍵。
- 關係命題二：不論強或弱的文本主義，都可與原始公共意義原意主義相重疊：只要原始公共意義原意主義的意義是依賴於文本的公共意義（理性聽眾）且文本的脈絡（語用部分）是公開可得而之的。
- 關係命題三：強文本主義雖然與原始方法原意主義可能相容。但在以下條件中，兩者不相容：若原始方法原意主義所指出的「原初解釋方法」可能不存在或是高度依賴語用之確認，則法律文本的語言內容將高度取決於文本脈絡。這阻礙文本主義提倡法律穩定性的目標，因此文本主義將拒絕原始方法原意主義作此類的運用。

如果從上述的分析思考Scalia的主張，那麼或許他的憲法解釋理論與法規解釋理論兩者的不一致性並沒有想像中大。當Scalia提出客觀化意圖時，這未必意味著制憲者的具體意圖。實際上，他指的是一般理性人所理解的意義。雖然Scalia也是一個強的文本主義者，但他確實可以一方面拒絕透過立法資料來確定法規的意義，另一方面同時允許法規制定的脈絡影響一般人理解的意義。Andrei Marmor便是以此種方式詮釋Scalia的整體理論。Marmor認為，文本主義明白地支持一種對於法律文本具有客觀意義的想法，也因此文

本主義要確定的是法律文本在制定當時聽眾可得知的意義。因此，關鍵仍舊是確定法律制定當時的客觀意義，而不是立法者所設想的意義為何。然而，更有學者認為要超越文本主義，例如Mark Greenberg就認為區分兩者沒有太大實益，因為法律文本的語言內容就是包含語義（semantic）與語用（pragmatic）部分，而語義部分可以算是字面意義（literal meaning）。因此，關鍵仍在於語義與語用的關係為何<sup>69</sup>。

從上述可知，文本主義與原意主義在方法論上可以是多面向與多重的關係，而相關的細部研究仍有待進一步開展。不過，可以見到原意主義的方法論發展確實越來越細緻化，這也有助於以清晰的視野考察自身與他種解釋理論的關係。

## 二、拘束原則

原意主義的第二個核心命題為拘束原則，這個拘束原則最初可以從文本拘束命題看出端倪，文本拘束命題認為憲法文本的原始意義具有法律的效力（the force of law），這意味憲法文本的意義對於憲政行動者具有規範性，而拘束原則則是這個文本拘束命題的精確表述。

在語言固著命題中，我們見到了FT命題用來區分原意主義與非原意主義的功能：原意主義將憲法文本的意義界定在語言層次，進

---

69 筆者認為Greenberg的批判最為深刻，他提出哪種解釋方法是否正確取決於法規（或其他法律文本）是如何貢獻到法律的內容之中。除此之外，他亦結合解釋方法以及規範理論的可能性，以建構法的道德衝擊理論。限於篇幅與問題意識，筆者在此無法詳Greenberg的解釋理論以及法理論。相關文獻請參考，Mark Greenberg, *Beyond Textualism*, 1-19 (UCLA Sch. L., Pub. L. Res. Paper, No.19-41, Oct. 16, 2019), <https://ssrn.com/abstract=3470781>，以及Mark Greenberg, *The Moral Impact Theory of Law*, 123 THE YALE L.J. 1288, 1288-1342 (2014)。關於Greenberg法哲學想法的中文說明，請參考王鵬翔，法律的根據與法律義務的性質，政治與社會哲學評論，65期，頁89-152（2018年）。

而主張只要是原意主義就會認為憲法文本的語言會固著在憲法規範制定或是批准之時。

但是Solum也注意到僅有語言固著命題不足以支撐出原意主義的核心立場，因為一條憲法規範在適用時，語言所能發揮的功能有其界線。例如，當規範具有歧義或適用範圍模糊、甚或是憲法規範在適用上必須考量許多因素，例如規範的目的與適用的結果等等（所謂的結果考量），此時憲法規範的語言內容即使可以確定，但可能還是被忽視。因此，語言固著命題若要發揮其憲法解釋上的功能，它必須要對於憲政行動者產生影響。換言之，憲法文本的語言（或是溝通內容）必須要對於憲政行動者具有拘束力，這便是拘束原則的核心想法。拘束原則雖然經過Solum的理論化，但是筆者認為需要保留這個原則持續細緻化的可能<sup>70</sup>。

以下說明將著重兩個部分：第一、何謂拘束原則？第二、支持採用拘束原則的理由為何？我們將發現原意主義與非原意主義的爭執關鍵在於以下這個問題：「文本的語言對於憲政實踐的影響力有多大？」透過對於拘束原則的概念釐清，我們可以進一步釐清語言的功能以及認為語言對於憲法解釋具有貢獻的不同立場。

語言在解釋方法上與憲政行動者發揮的功能，翁岳生在「第二屆憲法解釋之理論與實務」的主題演講中已提出精闢的說明：

「……憲法解釋不宜採取概念法學的態度，就其字面作狹窄的解釋，而應就其實質的內涵，斟酌制憲的基本精神與憲法秩序的演變，作合於憲法意旨與社會發展的解釋。因為，憲法不是靜止的概念，其乃孕育在一個持續更新的國

---

<sup>70</sup> 大概從幾個跡象可以見到「持續發展」的傾向。第一、Solum已針對拘束原則進行深度討論，但文章尚未正式出版。第二、在正式出版的文章之中，雖然已談到拘束原則，但並未很深入的討論。關於談及拘束原則的最新文章，請參考Lawrence B. Solum, *Originalist Methodology*, 84 U. CHI. L. REV. 269, 293 (2017).

家成長之中，因此，在依據抽象憲法條文對於現存狀態而為法的抉擇時，當不能排除因時代演進與變遷所發生的適用問題。<sup>71</sup>」

上述觀點的關鍵在於：即便解釋者接受憲法文本的原始意義，解釋者也必須思考憲法規範因時代演進與變遷上所發生的問題。從而對於解釋者而言，他有個理由去拒絕拘束原則，進而認為憲法文本的語言並沒有任何規範性，至多是一種在規範適用前的認識指導功能而已，這種觀點就是一種拒絕拘束原則的立場。可以這麼說，反對拘束原則最關鍵的想法是：語言對於理解憲法文本是有貢獻的（contribute to），但是沒有拘束性。以下對於拘束原則的討論便是針對上述的這樣想法。

#### （一）兩組區分

Solum指出，拘束原則意味憲法的原始意義會拘束了後續的憲法實踐，這些憲法實踐包含了憲法學理（constitutional doctrine）以及憲法裁判（the decision of constitutional cases）<sup>72</sup>。這個主張看似清晰，但是內容其實沒有這麼明確。因為，「拘束」（constraint）的概念是什麼仍然不清楚？

因此，首先要問的是「什麼是拘束？」而Solum認為要理解拘束的概念，必須要跟其他兩種概念進行區分：貢獻（contribution）與自制（restraint）。

讓我們先探討第一組差異：拘束與貢獻。所謂貢獻的意思，是指憲法文本的語言內容可以為憲法學理提供了法律內容（the legal

---

71 翁岳生，憲法解釋與人民自由權利之保障，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務（二），頁4（2000年）。

72 雖然“Doctrine”一詞中文有些譯為「原則」，但是可能會與“principle”一詞相混淆，因此張嘉尹將其譯做「學理」，較為適當。請參考張嘉尹（註16），頁24。

content of constitutional doctrine)<sup>73</sup>。然而，拘束並非貢獻：當我們使用「拘束」一詞時，並不僅僅認為憲法文本的語言內容可以作為憲法學理或是憲法裁判的內容而已，而是認為憲法文本的語言內容構成了憲法學理與憲法裁判的界線。因此，憲法學理或是裁判皆不得超越憲法文本的語言內容。對此，拘束與貢獻並不一樣。上述翁岳生的引文，可以發現他並未否定語言的貢獻（相反地是肯定這個部分），但卻否定了語言的拘束力。

接下來思索的是第二組差異：拘束與自制。「拘束與自制」這組區分，Solum主要先基於Thomas Colby的界定，進而發展出自己的定義。而Solum對兩者的界定如下<sup>74</sup>：

- 自制：一項明訂為「自制」的司法裁判，若且唯若當這個裁判是遵循行政官之決定或是立法機關所制定之法令<sup>75</sup>。
- 拘束：（法官或其他官員之）憲政實踐被認為是受到拘束的，若且唯若當這個由官員所採取之行動與憲法文本的溝通內容（語言內容）一致<sup>76</sup>。

有上述這兩個基本界定之後，可以區分四種自制與拘束的關係<sup>77</sup>。

---

73 Lawrence Solum, *The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice* (Apr. 6, 2019), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2940215](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

74 Solum, *supra* note 73, at 18.

75 原文為“A judicial decision is stipulated to be ‘restrained’ if and only if the decision defers to decisions made by executive officials or statutes enacted by a legislative body.” Solum, *supra* note 73, at 18.

76 原文為“Constitutional practice (by judges or other officials) is stipulated to be ‘constrained’ if and only if the actions taken by officials are consistent with the communicative content of the constitutional text.” Solum, *supra* note 73, at 18.

77 Solum, *supra* note 73, at 19.

表1 自制與拘束關係圖

	自制	非自制
拘束	司法裁判遵從行政行為或法令，且與憲法文本一致。 (A)	司法裁判與行政行為或是法令牴觸，但此一裁判與憲法文本一致。 (B)
無拘束	司法裁判遵從行政行為或法令，但此一遵從與憲法文本不一致。 (C)	司法裁判與行政行為或是法令相牴觸，且此一裁判與憲法文本不一致。 (D)

資料來源：Lawrence Solum, *The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice* (Apr. 6, 2019), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2940215](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).

這組「自制」與「拘束」的區分很重要。即使自制與拘束的意義是假定的（*stipulated*），但是這組區分讓我們得以拉開一個概念空間，思考當代原意主義不一定是反對司法積極主義（*judicial activism*），因為司法自制（*judicial restraint*）在概念上不必然會與原意主義有所聯繫。雖然司法積極主義主要是B或D的類型，但是原意主義也屬於B的類型。換言之，一個原意主義者也可能是所謂的司法積極主義提倡者，這端視憲政文本的語言內容給予多大的範圍。

我們在前面已經提到了原意主義方法論在語言哲學的協助下有中立化的發展，而區分「自制」與「拘束」雖然不是關鍵的一步，但卻是原意主義方法論普遍化的一個重要過程，因為它將司法審查權限的積極或消極特性取決於司法裁判面對行政權與立法權的態度之上，而憲法文本的意義是作為違憲審查的控制功能，這讓不同法律體系的憲法文本對於自身司法權限之界定上擁有語言學基礎上的相對發展空間<sup>78</sup>。

<sup>78</sup> 由於本文並未處理到司法積極主義與司法消極主義，因此以下僅是筆者的一個

## (二) 三種拘束原則的觀念

有了上述的兩個基本區分（貢獻與拘束、自制與拘束），接下來可以更清楚地檢視拘束原則的意義。Solum指出三種拘束原則的觀念：

- 拘束即同一（Constraint as Identity）：特定命題P是憲法理論中正確的命題，若且唯若在以下條件時成立：P命題之內容與憲法文本的溝通內容（語言內容）具有同一性<sup>79</sup>。
- 拘束即延伸（Constraint as Derivability）：特定命題P是憲法理論中正確的命題，若且唯若它滿足了下述條件之一：（1）憲法理論之內容與某些憲法文本的語言內容具有同一性；（2）憲法理論之內容可從滿足（1）的條件下演繹出來；（3）憲法理論之內容是從滿足條件（1）或（2）的適用情況下產生<sup>80</sup>。
- 拘束即一致（Constraint as Consistency）：特定命題P是憲法理論中正確的命題，若且唯若當它與憲法文本之語言具有一致性。

---

旁註。Solum的此種區分看似清楚，但僅是一種非常概念性的區分。因為司法權與行政跟立法權之互動，本身很可能正是憲法裁判關鍵爭執點。換言之，在憲法裁判對於司法權與行政跟立法權之規範文本語言內容不清之處，這個概念性區分會產生很大的問題。當然，也可以透過更深入的憲政理論，思考司法權與行政跟立法的互動關係，但這非本文在此可以處理的議題。

79 原文為“Proposition P is legally correct proposition of constitutional doctrine if and only if the content of P is identical to the communicative content of the constitutional text.” Solum, *supra* note 73, at 22.

80 原文為“Proposition P is (or should be) a legally correct proposition of constitutional doctrine only if it satisfies one of the following conditions: (1) Identity: the legal content of the doctrine is identical to the communicative content of some provision of the constitutional text; (2) Deduction: the legal content of the doctrine can be deduced from legal content that satisfies condition (1). (3) Application: the legal content results from application of legal content that satisfies condition (1) or condition (2).” Solum, *supra* note 73, at 22.

Solum認為，「拘束即同一」與「拘束即延伸」這兩種觀念屬於拘束原則的最大主義版本（*maximalist versions of the Constraint Principle*），因為「拘束即同一」與「拘束即延伸」是拘束原則最大的適用，特別是「拘束即同一」這個觀念。因為這意味任何的憲法學理與憲法裁判，所蘊含的命題都必須與憲法文本的語言內容相吻合。換言之，憲法文本的語言內容就是憲法裁判的所有內容。這種拘束原則無疑是很難獲得正當性基礎，因為它將憲法文本的語言內容視為憲法法律內容的完全替代物，從而無法說明某些正確的憲法學理命題隱含在憲法文本之中。

「拘束即延伸」的觀念主張，某些憲法學理可以被蘊含在或是可由邏輯推演的方式在憲法文本的語言內容中找到，只要這些憲政學理擇一滿足了「拘束即延伸」所列的三個條件即可。「拘束即延伸」認為，憲政行動者所依據的法律內容可以大於憲法文本的語言內容（或溝通內容）。換言之，當憲法制定完成後，憲政行動者建構的理論或是裁判規則，可以跟憲法文本的語言不具同一性，只要這些理論與規則可從憲法文本的語言推導得出。然而，「拘束即延伸」所蘊含的邏輯反面就是：一旦憲法理論或是裁判無法被憲法文本的語言所推導出來，則它們就不是一個法律上正確的命題或主張<sup>81</sup>。舉例來說，本文一開始提到暴力電動遊戲一案中所涉及到的諸多規則，無法被美國憲法增補條文第1條證成，因為當時合理判斷是沒有電動遊戲（*video game*）的語言存在可能。

從上述討論我們可以知道為何最大主義版本的拘束原則要獲得正當性非常困難，因為不論是「拘束即同一」或是「拘束即延伸」都無法解釋既有的憲政實踐活動。

在這樣的情形下，Solum認為「拘束即一致」的概念觀（*the minimalist version of the Constraint Principle*）是可以接受的。他將

---

81 Solum, *supra* note 73, at 22.

之稱為拘束原則的最小主義版本，且進一步指出所謂的一致（consistency）的意義是指憲政實踐符合三個要求與三個修正之下。

在Solum的理論建構下，拘束即一致的觀念最為複雜，它由三個要求與修正組成，其基本內容如下：

- 要求一：憲法學理與憲法案件的決定必須要與「轉譯組」（translation set）一致。所謂的轉譯組是由下述對象所組成：由一組憲法學理所組成，該組憲法學理可以直接將憲法文本的語言內容轉譯為某些憲法原則（doctrine）或一組原則，而這些原則是轉譯組邏輯上蘊含的<sup>82</sup>。
  - 要求二：所有憲法文本的溝通內容與其邏輯上的蘊含，必須要能夠反映在憲法學理的法律內容之中<sup>83</sup>。
  - 要求三：所有憲法原則學理的內容必須適當地可回溯到直接轉譯組（the direct translation set）。其可回溯之內容包含了精確化（precisifications）、實行規則（implementation rules）以及被文本所設定的例行規則（default rules）<sup>84</sup>。
- 修正一：要求一、二與三僅在以下條件下才運作，亦即憲法文本的溝通內容為認知上可及（epistemically accessible）。不能以未知的溝通內容作為出發點而違反上述要求<sup>85</sup>。

---

82 原文為“Constitutional doctrines and the decisions of constitutional cases must be consistent with the ‘translation set.’ The translation set consists of the set of doctrines that themselves directly translate the communicative content of the text into doctrine and the set of doctrines that are the logical implications of that set.” Solum, *supra* note 70, at 293.

83 原文為“All of the communicative content of the constitutional text and its logical implications must be reflected in the legal content of constitutional text of constitutional doctrine.” Solum, *supra* note 70, at 293.

84 原文為“All of the content of constitutional doctrine must be fairly traceable to the direct translation set, with traceable content including precisifications, implementation rules, and default rules presupposed (or otherwise supported) by the text.” Solum, *supra* note 70, at 294.

85 原文為“Requirement One, Two, and Three operate only to the extent that the

- 修正二：如果要求一、二、三無法被滿足，那麼當憲政實踐已經對於法治的憲法變遷的效果給予適當考量後，憲政實踐應該要受到拘束<sup>86</sup>。
- 修正三：在某些或是極端情況下，可廢止要求一、二、三<sup>87</sup>。

「拘束即一致」認為，憲政實踐只要跟憲法文本的轉譯組一致即可。換言之，憲政實踐無需跟憲法文本的語言內容相同，而是需要辨識憲法文本的語言內容，然後透過「轉譯組」將憲法文本的語言內容所可能具有的邏輯蘊含以及理論內容產生出來，所有的憲政實踐必須能適當地回溯到（fairly traceable）轉譯組的內容<sup>88</sup>。

我們可以見到「拘束即一致」建構的模型較為複雜，因為關鍵不在所謂的憲法理論與憲法裁判的命題與內容為何，關鍵在於「轉譯組」是否能夠發揮適當功能：一方面擔負起將憲法文本的語言內容轉譯到憲法理論中的諸多命題之內，另一方面可以將憲法理論中的諸多命題與轉譯組的內容相連結。

然而，到底什麼是轉譯組？Solum對此並未有清楚的說明。從拘束即一致的說明中，我們可以知道轉譯組的內容是由某些憲法學理所組成。但這些憲法學理到底「是什麼」卻未見說明。有兩個可能的理解方式：第一、將轉譯組視為解釋要素（canons of interpretation），例如目的解釋、體系解釋等等。然而此種理解卻會

---

communicative content of the constitutional text is epistemically accessible; they are not violated by departures from unknown communicative content.” Solum, *supra* note 70, at 294.

86 原文為“If Requirement One, Two, and Three are not satisfied, then constitutional practice should be brought into compliance with constraint over time, giving due regard to the effects of constitutional change on the rule of law.” Solum, *supra* note 70, at 294.

87 原文為“Requirement One, Two, and Three are defeasible in limited and extraordinary circumstances, as specified by the best theory of defeasibility.” Solum, *supra* note 70, at 294.

88 Solum, *supra* note 70, at 294.

與轉譯組的觀念相牴觸。因為，依照Robert Alexy的看法，所謂的解釋要素並未針對法律規範的意義提供任何實質內容，至多是提出了論證形式（forms of argumentation）。如果轉譯組僅是論證形式的話，那麼轉譯組沒有什麼一致性的要求。第二、可將轉譯組視為一套實質憲法學理，而這套憲法原則可以對於憲法裁判所依賴之憲法條文的溝通內容有所貢獻。筆者認為，這第二種觀點或許才是Solum心中所想的。原因在於，憲法學理根本不僅止於一種形式的論證要素，而是一些實質的憲法原則。

因此，可以見到轉譯組在此不是要去辨識出憲法文本「內」的語言內容（或是溝通內容），而是辨識文本「外」的語言內容：某些實質主張、觀點或是看法。當轉譯組發揮功能時，就不是原意主義所界定的「憲法解釋」階段，而是屬於憲法建構（constitutional construction）<sup>89</sup>。因此，Solum說：「許多原意主義者認為，憲法文本的溝通內容並未決定憲政原則的完整內涵。而這樣的情況創造了『建構空間』。當憲法規定的內容適用模糊、開放結構與無法消除的歧義時，憲法建構便是用以填補這樣的情形。<sup>90</sup>」但即便有憲法建構，原意主義者仍認為此類憲法建構空間必須與拘束原則的內容一致。

---

<sup>89</sup> 「解釋與建構」這組區分雖然是原意主義的重要內涵，但並非原意主義獨有的主張。由於本文目的並非針對「解釋與建構」之區分進行研究，故不在此申論。或許其他讀者會疑惑「不同原意主義者會如何看待憲法建構的意義」。這是個相當重要的問題。原始公共意義原意主義接受憲法建構作為廣義的憲法解釋方式，制憲者意圖原意主義原則上也可以接受此種解釋方式，只要不要求唯有作者真正意圖才能作為意義判別之標準。有趣的是，原始方法原意主義拒絕憲法建構。請參考MCGINNIS & RAPPAPORT, *supra* note 39, at 136-37。中文論文方面，張嘉尹仔細比較了Whittington、Barnett以及Solum對於解釋與建構的區分，指出Whittington是解釋與建構的最初區分者，但這組區分不僅僅是憲法解釋方式上的差異，還對應權力機關如何理解憲法的方式。請參考張嘉尹（註16），頁22-25。而Schauer則認為解釋與建構之區分具有從日常語言的意義到法律語言意義的理論探討可能，請參考Schauer, *supra* note 17。

<sup>90</sup> Solum, *supra* note 70, at 294-95.

雖然，筆者認為Solum對於轉譯組的說明不甚清楚，但是我們已經可以勾勒出上述轉譯組觀念中的原意主義的基礎架構。

或許可以問，轉譯組的憲法學理從何而來？一個理解方式是其憲法學理來自於憲法文本的語言內容以外的意義。換言之，就是憲法文本的目的或是適用範圍。

讓我們以下圖說明上述整個基本架構<sup>91</sup>：

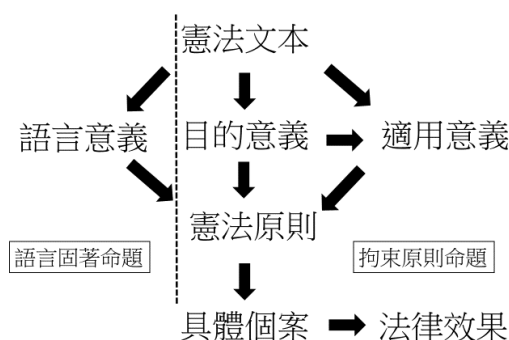


圖1 基本架構

資料來源：作者繪製。

<sup>91</sup> 我們必須在此簡述一下這個架構的構想來源。筆者最初受到Judea Pearl操作因果圖的啟發。然而，我並未要嚴格主張因果圖可以用來展現特定理論的框架。在本圖中，箭頭的方向具有意義。箭頭所指的對象是子節點，其另外一端則是母節點，箭頭所指的方向是母節點的資訊流向子節點的方向。使用Pearl的隱喻說法，即為子節點「聽到」母節點的訊息。需要特別注意的是，在此我並未要引進數理式的因果關係理論。我想指出的是憲法文本會有資訊流向語言意義、目的意義以及適用意義等，而語言意義則有資訊會流向憲法原則（或是憲法學理）。我們可以大致上區分虛線的左半部是語言固著命題要處理的範圍，而右半部則是拘束原則命題的範圍。關於因果圖的數理模型說明，可以參考JUDEA PEARL, MADELYN GLYMOUR & NICHOLAS P. JEWELL, CAUSAL INFERENCE IN STATISTICS: A PRIMER (2016)（特別是該書第2章）。關於「子節點聽到母節點的資訊」的非數理說明，可以參考JUDEA PEARL & DANA MACKENZIE, THE BOOK OF WHY: THE NEW SCIENCE OF CAUSE AND EFFECT 112-16 (2018).

筆者認為，上述架構妥適反映出原意主義的語言固著命題與拘束原則在其意義理論中的位置。我們可以進一步探究，為何應該要接受拘束原則呢？筆者在此無法詳細處理這個課題。簡單來說，Solum提出了兩個價值理念與六個主張，說明我們應該接受拘束原則。第一個理據是法治理念（the idea of the rule of law），第二個理據是憲政正當性（constitutional legitimacy）。他認為，這兩個理據初步提供了應該接受拘束原則的理由<sup>92</sup>。

在法治理念論證拘束原則的理據上，Solum提出以下三個主張：

1. 司法暴政論證：一個未受到法治理念所拘束的最高法院是一種暴政形式，此種形式將會減損人類自由（免於受到他人恣意意志侵犯的自由）的重要性<sup>93</sup>。
2. 法治價值論證：接受拘束原則將會增強法治價值，例如法律的公開性（publicity）、穩定性（stability）與法律確定性（legal certainty）<sup>94</sup>。
3. 政治化論證：拒絕拘束原則將導致憲法政治化（the politicization of constitutional law），這是指將使得政黨與意識形態衝突佔據了憲法解釋<sup>95</sup>。Solum指出，這裡相關的問題在於拘束原則是否可以將政治化的層次給減少（reduce），從而提供一個法律上正確決定的客觀標準。他認為這當然是個複雜課題，因為這有待關於原始意義以及憲法建構的近一步認識論探討<sup>96</sup>。

---

<sup>92</sup> Solum, *supra* note 73, at 54.

<sup>93</sup> *Id.* at 56-66.

<sup>94</sup> *Id.* at 66-70.

<sup>95</sup> *Id.* at 71.

<sup>96</sup> 相關新的討論可以參考Lee J. Strang, *How Big Data Can Increase Originalism's Methodological Rigor: Using Corpus Linguistics to Reveal Original Language Conventions*, 50 UC DAVIS L. REV. 1181 (2017).

以憲政正當性理念作為接受拘束原則的理據上，Solum提出以下三個主張：

1. 民主正當性論證 (The Democratic Legitimacy Argument)：因為憲法是由「人民」(We the People) 所制定，因此原始公共意義具有正當性。
2. 透明性論證 (The Transparency Argument)：Solum主張在正當性要求下，依循拘束原則是面對透明性要求的最佳方式<sup>97</sup>。
3. 司法角色論證 (The Judicial Role Argument)：這個論證的核心是認為司法權並不包含修改憲法 (the Constitution) 的權力 (power)<sup>98</sup>。

我們可以見到，Solum對於拘束原則所提出的證立理據，幾乎都是實質的憲政價值觀的論證，而且幾乎都是結果主義的 (consequentialism)，或者更一般性地說，是一種工具理性論證 (instrumental rationality)，目標在於說明接受拘束原則有助於達成某個已被給定的目標或是價值。Solum的說明雖然詳細，但是仍然是將「接受拘束原則」本身視為一種手段 (the means)，以特定價值作為接受拘束原則所能達成的正當目的。因此，原意主義可能採取一種薄的外部證立的觀點：只要我們接受拘束原則能有助於我們達成所企求的目的，則拘束原則可以提供很薄的規範性理由讓我們應該接受它<sup>99</sup>。

上述想法的確可能成立，但是筆者擔心此類薄的工具理性的論證可能過於單純。因為這種薄的工具理性論證，必須假定我們對於目的具有共識的條件才能進行。然而，原意主義所提出的「目

---

97 Solum, *supra* note 73, at 75-76.

98 *Id.* at 76-78.

99 感謝審查人對於原意主義提供薄的工具理性之論證說明，筆者深受啟發。

的」，例如法治與憲政正當性都可能是具有複雜價值分歧的概念。若以流行的方式表達，即為概念觀（conceptions）之歧異<sup>100</sup>，因此這類薄的外部證成可被運用的地方可能非常少。舉例來說，Solum所提到的法治價值是一個很薄的法治觀，例如法律的公開性、穩定性與確定性等等，然而在法治理念上我們仍可能堅持一種厚的法治概念觀，至此拘束原則是否能夠支持一種厚的法治概念觀仍有疑問<sup>101</sup>。

退一步來說，假設我們對於目的具有共識，也需要檢驗「接受拘束原則能促進法治價值本身」這個主張。對於這個主張的檢驗可以是經驗性的，或者也可能是理論性的。如此一來，上述的實質理據仍需進一步檢視。再者，就算對於目的（或是目標）已有共識，但可能具有多個目的存在，單一手段對於多個目的的實現各可能會產生不同的影響（正面或負面）<sup>102</sup>，此時薄的工具理性的論證就沒有太多發揮空間。

筆者認為，這些相關問題一方面涉及到薄的工具理性到底可以針對規範性提供何種程度的說明，另一方面涉及到工具理性中的目的與手段的關係，可能遠比我們想像的更為複雜，無法僅以「因為目的具有正當性，所以應該採取可以達成此一目的的手段」的想法進行<sup>103</sup>。

---

100 關於概念與概念觀之差異，請參考RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986)。中文翻譯請見Ronald Dworkin著，李冠宜譯，*法律帝國*（2002年）。

101 關於厚的法治概念觀與憲法論述的討論，請參考Richard Fallon, "*The Rule of Law*" as a Concept in Constitutional Discourse, 97 COLUM. L. REV. 1, 1-56 (1997)。

102 這個時候便需要路徑特定效果之分析（path-specific effect）來探討不同手段對於單一或複數目的之實現是否會具有不同程度的影響。關於這個討論，請參考Christopher Hitchcock, *Actual Causation – What's the Use*, in MAKING A DIFFERENCE: ESSAYS ON THE PHILOSOPHY OF CAUSATION 116, 124-28 (Helen Beebee et al. eds., 2017)。

103 請參考陳弘儒，初探目的解釋在法律人工智慧系統之運用可能，歐美研究，50卷2期，頁315-323（2020年）。亦請參考Joseph Raz, *The Myth of Instrumental Rationality*, in FROM NORMATIVITY TO RESPONSIBILITY 141, 141-72 (2011)。

原意主義可能可以退一步說，必須區分解釋方法的優先性與解釋內容之探詢<sup>104</sup>。在此，這種薄的工具理性可以用來支持解釋方法的優先性，至於解釋內容之探詢則不反對必須進入更為實質的規範性理論，但是不必然要進入到語意的規範性之中。筆者不反對字詞的語義內容在認識對象上具有優先性，但是這種優先性沒有回答語義是否拘束或是限制解釋者探詢文本的語言內容。更進一步說，可能也未限制住對於脈絡（語用）的認識與運用。在這個意義上，語義與脈絡究竟是如何影響的文本的語言內容，仍是個問題。

或許，*Solum*之所以從「外部證立」的方式運用法治與憲政正當性的理由證成拘束原則，原因可能在於他認為已經不需要再檢討語言固著命題。換言之，憲法文本的語言內容之規範性不需要被檢討。然而，筆者正想提出這個關鍵問題：或許證成拘束原則的關鍵，在於證成「語言具有規範性」這個主張。因此，最關鍵之問題仍是「語言的規範性」。換言之，問題在於為何語言具有規範性，而不是遵守拘束原則可以為我們達成什麼價值？問題在內，不在外。在處理上述問題之前，我將先說明原意主義如此的發展所蘊含的可能想像為何。

### 參、原意主義發展的可能想像——從拒絕制憲者意圖開始到中立化傾向

筆者已於前面詳述了原意主義的兩個基本命題：語言固著命題與拘束原則。接下來說明原意主義方法論在發展上的重要特色，筆者將之稱為「中立化」。中立化的發展始於拒絕制憲者意圖原意主義，因此以下筆者將先說明原意主義拒絕制憲者意圖作為確定憲法

---

104 感謝審查人提供此一分析觀點。

文本之語言內容的理由，之後進一步解析語言固著命題帶來的定位點意涵，如何進而發展中立化的傾向。

### 一、拒絕原始意圖原意主義的論證

雖然原意主義是個大家族，但是這不意味原意主義者內部沒有激烈爭執。相反地，當Scalia提出放棄制憲者意圖的呼籲之後，Solum更進一步說明之所以在憲法解釋理論層面上放棄制憲者意圖原意主義的理由。

「意圖」(intent)是人類面對社會交往行動時，用以解釋話語或是文字的重要準則。例如當我們說話時，會特別提出「你的意思是不是指x？」因此，在面對面的溝通行動中，作者意圖是一種判定說話者意義的重要判準。即便解釋的對象不是面對面的話語溝通，而是人類精神創作物（例如文字、圖畫或是藝術作品）時，作者意圖也往往提供了理解其精神創作物的形式<sup>105</sup>。在此我並非要討論Ronald Dworkin的詮釋性法理論，而是點出「意圖」這個概念是一個作為理解人類語言、文字與圖畫等交流之重要概念<sup>106</sup>。這提醒我們，原始意圖原意主義應該是一個具有初步合理性的解釋方法，即使我們否定原始意圖原意主義作為憲法解釋的要素，也沒有全面（或者也無法）否定「意圖」的重要性。

原意主義也是站在類似的立場拒絕制憲者意圖。他們將問題限定為以下形式：「以制憲者的原始意圖作為解釋方式，是否為適當

---

105 DWORKIN, *supra* note 100, at 58.

106 筆者在此沒有要進入行動哲學或次心靈哲學對於意圖或意向性(intentionality)的討論，這個問題不是本文可以在此處理的。初步界定意圖的方式可以使用Michael Bratman所描繪的簡單觀點(the Simple View)：此種觀點認為，行動者若有意達成A，必須懷有達成A的意圖，而行動者在行為當時的心理狀態，必須是A所想要的對象。換言之，此種簡單觀點認為在行動當下，A必須存在於行動者的心理狀態之中。請參考MICHAEL BRATMAN, INTENTION, PLANS, AND PRACTICAL REASON 111-13 (1999).

的憲法解釋方法？」要回答這個問題，必須理解原始意圖原意主義背後的理據，我們才有辦法理解此類理據的侷限之處。

原始意圖原意主義將憲法文本視為制憲者（或批准者，在此僅使用制憲者一詞）對大眾表達相關內容的權威性媒介，因此憲法文本的意義就是由制憲者的意圖決定。此種對於憲法界定的脈絡預設是將制憲者與美國社會成員的關係視為說話者與聽眾：制憲者就是說話者（the speaker），美國政治社群成員就是聽眾，當聽眾對於憲法文本的意義有理解上的疑慮，就必須去理解說話者的意圖，例如理解說話者所指為何？因此，原始意圖原意主義認為憲法規範文本之語言完全取決在說話者主觀意圖的內容之後，也因此文本的溝通內容就是法律內容（communicative content as legal content）<sup>107</sup>。

Solum認為原始意圖原意主義的憲法解釋方式有問題：原始意圖原意主義預設將憲法文本視為制憲者與聽眾的溝通媒介，但是其溝通成功的條件卻無法被滿足。Solum指出，Paul Grice在其意義理論上，提出了一種以說話者意圖為判準的意義類型：說話者意義（speakers meaning）<sup>108</sup>。說話者意義是指，當說話者對聽眾談話

---

<sup>107</sup> 一種更極端的原始意圖原意主義認為，不僅憲法規範文本的語言是由制憲者意圖所決定，憲法規範文本所適用的範圍以及效果也要由制憲者意圖決定。Balkin認為Scalia法官就是這一種類型的原始意圖原意主義，而他以制定憲法當下「原初期待之意義」（original expected application）一詞稱呼這種制憲者意圖原意主義。（“Scalia’s version of ‘original meaning’ is not original meaning in my sense, but a more limited interpretive principle, *original expected application*. Original expected application asks how people living at the time the text was adopted would have expected it would be applied using language in its ordinary sense (along with any legal terms of art). Thus, the original expected application includes not only specific results, but also the way that the adopting generation would have expected the relevant constitutional principles to be articulated and applied.” 斜體為原文所強調）請參考BALKIN, *supra* note 17, at 7.

<sup>108</sup> Grice的語言哲學重要著作可參考：PAUL GRICE, *STUDIES IN THE WAY OF WORDS* (1989). 而關於Grice理論在其他領域的重要應用，最新發展可以參考Margaret Jane Radin與Robin Bradley Kar所合著的“*Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis*”一文，此篇文章是一篇對於契約解釋非常精彩的理論建構。請參考

時，其言語的意義是說話者「希望」聽眾吸收的意義，而聽眾之所以可以接收到說話者的意義，基礎在於聽眾認知到說話者的意圖<sup>109</sup>。運用意圖來解釋說話者言語的意義時，為了要正確的理解說話者意圖，必須滿足部分背景條件。Solum指出，美國憲法制定當時，並沒有達成此種成功溝通的背景條件，因此運用制憲者意圖勢必會面臨到溝通失敗的困境。由此看來，制憲者意圖並不是一個適當的憲法解釋方法<sup>110</sup>。

Solum進一步整理出四個主要問題，說明原始意圖原意主義的不妥之處<sup>111</sup>：

1. 意圖的集體性 (The Collective Intentions Problem)：由於制憲者眾多，因此如何確定眾多意圖可以變成單一的集體性意圖呢？

---

Kar & Radin, *supra* note 34.

109 Solum, *supra* note 36, at 39.

110 我之所以就Solum的批判為主，關鍵理由在於他雖然是原意主義者，但他自己卻不贊成原始意圖原意主義，因此他的批判提供我們一個從內部觀點思考原意主義間的歧異。當然，Solum目前尚未提升到法理論層面的質疑，而是僅著重在透過制憲者意圖達到成功的憲法溝通。對於制憲者意圖的質疑可以參考Dworkin的著作或是Scott Shapiro的轉化。請參考DWORKIN, *supra* note 100, at 58. 與SCOTT SHAPIRO, LEGALITY (2011). 值得注意的是，Shapiro雖然引入了Bratman的行動哲學，探討法律作為一種社會計畫的概念，但Shapiro自己認為他的理論跟原意主義並不一樣：因為他的理論是一種後設理論。SHAPIRO, *supra* note 110, at 346. 我認為Shapiro在此並未深入對待意圖的概念與意義，以及溝通成功的要件等條件，致使太快將原始意圖與他的法的計畫理論做出切割。此外，意圖的討論也涉及到法律規範性層面的法哲學基礎問題。中文已有相當細緻的討論與對話，請參考莊世同，法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證，中研院法學期刊，13期，頁1-36（2013年）、王鵬翔，接受的態度能夠證成法律的規範性嗎？——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，中研院法學期刊，14期，頁387-405（2014年）。（特別是王鵬翔指出的非認知論解讀，運用Shapiro的計畫理論說明法律的內在理性觀念，請參考王鵬翔（註110），頁397-398。）、莊世同，法律的規範性與法官的義務——對三篇評論文的回應，中研院法學期刊，14期，頁429-478（2014年）。

111 Solum, *supra* note 36, at 42-49.

2. 意圖的承認問題 (The Collective Recognition Problem)：如果說話者所面對的是單一聽眾，那麼說話者的意圖容易被聽眾接收，但是如果說話者面對的聽眾既眾多又複雜，那麼要確保意義能被理解，說話者必須確保聽眾具有理解說話者意義的共同基礎 (the basis of common knowledge)。美國制憲當初是否有這個「共同理解說話者意義的共同基礎」是個大問題。
3. 公開性問題 (The Publicity Problem)：要確保制憲者意義可以正確地被理解，必須要將制憲者意圖公開化，但是美國憲法的制憲與批准過程並未符合這個要求。
4. 意向性問題 (The Intentional State Problem)：制憲者意圖其實要求制憲者針對憲法條款具有特定的意圖，然而從既有的資料來看，我們很難見到制憲者的特定意圖。

從Solum的分析可以得知，原始意圖原意主義對於規範文本的意義在認識論的層次上就會遇到根本困難。這個根本困難是在美國制憲的過程中，其背景條件根本無法滿足以說話者意義為主的解釋方式。我們甚至不需要進入到較為規範性的論辯，例如原始意圖原意主義是否「應該」被採用？原始意圖原意主義會比較「好」嗎？或是原始意圖原意主義的運用是否會產生荒謬結果等等的問題。

這種以解釋方法探詢認識論上的意義，並進一步提出質疑的方式值得我們認真對待，因為它蘊含了以下幾項關鍵發展。

第一、從憲法解釋理論的角度來看，拒絕原始意圖原意主義是一種有限度的拒絕。換言之，即使拒絕了原始意圖原意主義作為憲法解釋的立場，也並未全面拒絕任何以規範制定者之意圖作為解釋規範文本意義的方式。因為我們可以設想在某個可能的世界之中，規範制定者與聽眾之間具有共同的理解基礎、制定者公開宣稱他們所一致認可的規範等等，也因此滿足了說話者成功溝通的條件。在

此拒絕原始意圖原意主義，是僅拒絕原始意圖原意主義作為一種美國的憲法解釋理論。而拒絕原始意圖原意主義並不意味著否認意圖的重要性。

第二、當我們拒絕了原始意圖原意主義，這讓原意主義在美國憲法解釋的立場上找到了一種中立化發展的實踐可能。這種實踐可能是制憲者意圖不再是想當然爾地進入憲法文本的語言內容之中。拒絕原始意圖原意主義的同時，也開啟了一道門讓那些自由派的憲法學者也可以主張某種原意主義。最為明顯的一個例子就是Jack Balkin的《活的原意主義》(LIVING ORIGINALISM)一書，書中指出我們必須要區分憲法文本的原始意義與原初期待之意義(original expected application)兩者。Balkin藉由Scalia的立場指出，雖然Scalia是原意主義的先驅，且認為文本的意義固定在制定當下，但是Scalia認為在文字背後的概念與原則必須要依據當時文字被採納的時代所應用的方式來適用<sup>112</sup>。這其實是一種要求憲法文本背後原則的適用方式也必須依照制定當時接受的方式進行，這是一種對於規範的原初期待之意義。Balkin自詡為原意主義，但卻不認為憲法文本之意義需要侷限在制憲者腦袋所想的對象才可以<sup>113</sup>。

第三、開啟中立化發展的「實踐可能」之後，接下來便是解釋理論中概念工具的建構，此類理論建構目前仍在持續中，但是基本上是朝幾個方向前進：第一、區分憲法規範文本的解釋行為(activity of interpretation)與建構行為(activity of construction)：所謂的解釋行為是指「發現憲法文本的語言內容」的行動，而建構行為是指「決定憲法文本的法律效果以及憲政學理之內容」的行

---

112 BALKIN, *supra* note 17, at 7.

113 Balkin的理論是否與新原意主義真的相容，這是另外一個課題。原因在於Balkin雖然批評Scalia式的原意主義，也主張解釋與建構的區分，但是他不一定認為原始意義原意主義是一個可行的理論。由於本文不是針對Balkin的憲法解釋理論進行討論，因此「Balkin是不是一位真正的原意主義者」不在本文處理範圍之內。

動<sup>114</sup>。第二、憲法文本的語言探詢行為是一種與探詢者所抱持之價值無涉的意義探詢行為<sup>115</sup>。對於原意主義而言，狹義的憲法解釋是個經驗性的課題，解釋者在於找出特定文本到底說了什麼，而不是這個特定文本應該如何決定本案的運用，這便是原意主義對於「憲法解釋」行為中立性的核心主張。而原意主義將規範文本的文字若出現歧義（ambiguity）、或是意義適用範圍模糊（vagueness）等情形放在憲法建構場域，就成為價值與規範性理論的競爭場域。

上述三個發展讓原意主義成為一個具有方法依據的憲法解釋理論。此外，對於語言固著命題的分析也顯示，制憲者意圖在新原意主義的發展下越來越不重要，因為意圖僅是協助解釋者理解法律文本意義的一個間接證據，解釋法律必須探詢法律文本的語言內容。而在憲法解釋下，這個語言內容無法僅憑制憲者意圖而求得。

必須特別注意Solum拒絕原始意圖原意主義，是基於認識論上的背景條件無法滿足這個主要理由，未來或許可推翻這項拒絕。此外，Solum並未必然拒絕制憲者心中所想的那些價值理念、目的、政策方向等等。而對於原意主義而言，最重要的或許是指出語言固著命題的意義以及普遍可接受性。以下我們將看到語言固著命題如何也進一步架構出原意主義的家族圖像。

---

114 Solum, *supra* note 70, at 272. 此外，關於解釋與建構（interpretation-construction）的區分，也可以參考Randy Barnett, *Interpretation and Construction*, 34 HARV. J.L. & PUB. POL'Y 65, 65-72 (2011). 而Balkin也抱持這項區分，但他將解釋稱之為「解釋如證明」（interpretation-as-ascertainment），將建構稱之為「解釋如建構」（interpretation-as-construction）。BALKIN, *supra* note 17, at 3-6.

115 Mark Tushnet在TAKING BACK THE CONSTITUTION: ACTIVIST JUDGES AND THE NEXT AGE OF AMERICAN LAW (2020)一書中便針對原意主義此種發展給予了非常強烈的批判，他檢視了Janus v. AFSCME (2018)一案中，Alito大法官在其意見書中對於原意主義的闡述，說明保守派價值如何操弄了對於憲法文本的理解以及所為憲法原意的內容。根據Tushnet的觀點，以服務保守派價值觀為主的機會主義所產生的危害更甚於非原意主義者，因為原意主義者主張原意主義是唯一可以讓法官免於將自身偏好置入憲法之中的解釋方法。但根據Tushnet的分析，顯然不是如此。請參考TUSHNET, *supra* note 17, at 19-43.

## 二、語言固著命題所標示的原意主義家族圖像

語言固著命題是原意主義最核心的主張，Solum甚至認為原意主義就是一種憲法解釋的語義學理論（the semantic theory of constitutional interpretation）<sup>116</sup>。這樣對於原意主義的定位具有初步合理性，因為法律規範的主要媒介就是文字，而很少人會反對文字具有語義，也鮮少人會反對文本具有語言內容。而在大陸法系的法律解釋方式中也有文義解釋，甚至有「法律解釋始於文義，終於文義」的看法<sup>117</sup>。當然，並不是每個人對於這個觀點都持贊成立場，例如張嘉尹便提出了細緻的反省<sup>118</sup>。然而，即使認為文義解釋僅是一種解釋要素，本身僅是提供了證立形式，也無法取消文義解釋在理解法律規範的重要功能。

筆者並不想進入傳統的法學方法論的爭議之中<sup>119</sup>。在此，筆者要指出的是，語言固著命題是將原意主義推向解釋理論的關鍵一步，因為他們為自己找到了一個定位點（the fixed point）：「憲法文本的原始意義」，然後運用Grice語言哲學中的基礎理論，提出憲法文字的語言（the meaning in the linguistic sense）是解釋憲法的最核心要素。有了這個憲法解釋的定位點之後，可以開展出諸多原意主義的家族成員。換言之，原意主義開始有家族系譜的可能性。

---

116 相當程度上就是他所提倡的語義學原意主義（semantic originalism）。請參考 Solum, *supra* note 36.

117 例如近年來討論的一個例子，是司法院院長許宗力卸任司法院大法官後，再接受蔡英文總統的院長提名。許宗力在蔡英文總統公布提名時，提到了「總之，法律解釋，始於文義，終於文義，在文義許可範圍，有解釋空間，可能嚴格解釋，或擴張解釋，但無論如何，不能逾越文義許可範圍。」請參考許宗力，對司法改革與大法官再任問題的看法，新頭殼新聞，2016年9月1日，<https://newtalk.tw/news/view/2016-09-01/76838>（最後瀏覽日：2020年6月18日）。

118 張嘉尹，給一個說法／法律解釋，始於文義終於文義？，在野法潮，31期，頁10-11（2016年）。更細緻的分析，請參考張嘉尹（註16），頁31。

119 關於德國法學方法論的討論，有許多中文文獻可以參考。初步的介紹請參考 Ingeborg Puppe 著，蔡聖偉譯，法學思維小學堂：法學方法論密集班（2010年）。

原意主義如何透過語言固著命題開展出自身的理論家族地圖呢？首先，原意主義認為，任何種類的原意主義必然會堅持語言固著命題。因此，在語言固著命題作為原意主義之必要要素的情況下，畫出了「原意主義」這一端。其次，「原意主義堅持語言固著命題」不必然蘊含著「凡是堅持語言固著命題的憲法解釋理論都是原意主義」。正是後面這一個概念上的空間讓我們見到語言固著命題的重要性，它提供了一個機會給活的憲法一個概念上的「可能」，來思考是否要接受語言固著命題。當然，語言固著命題雖作為原意主義必要要素，不意味著只要接受它就都是原意主義。但是，這至少提供一個可能性讓活的憲法進入語言固著的討論之中。從而，一旦某些活的憲法支持者接受了語言固著命題，他們必須思考「法律文本的語言是依照何種判準，而被固著於憲法制定之時」。至於活的憲法是否被稱之為「原意主義」變成了一個次要問題，因為關鍵不在於標籤，而在於對於語言的界定。因此，接下來便是以「語言如何固著的判斷標準」區分出不同類型的原意主義者，例如原始意圖原意主義、原始公共意義原意主義（**original public meaning originalism; OPM originalism**），與原始解釋方法原意主義三種。我們可以這麼理解，如果有憲法解釋理論連語言固著命題都不接受，那一定不是原意主義。

當然，將活的憲法納進原意主義的陣營之中，從來都不是語言固著命題的首要任務，語言固著命題所要處理的仍然是對於語言內容是否為憲法文本主要意義的類型。只要堅持憲法文本具有意義，則必須思考這個意義是如何在文本制定之初所固著（或確定）下來，那麼便可以進一步開展解釋理論的地圖。

### 三、原意主義的中立化傾向

語言固著命題本身並未對於「憲法案件中應該如何裁判」這個問題提出任何說明。因為，憲法文本的語言內容僅是憲政行動者認

識憲法規範的一個根本起點，但當憲法文本本身具有技術性用語、語言不清楚或是適用範圍有疑慮時，這個時候憲法文本本身的語言內容不足以提供憲政行動者（特別是法官）在判斷上的充分內容。此時，便需要透過憲法學理或是其他解釋方式建構出足以達成充分裁判的法律內容。後面這個階段，原意主義者稱之為憲法建構<sup>120</sup>。因此，當代原意主義者（大多數）不會否認憲法案件的裁判中有許多價值判斷、規範目的之探詢、結果考量以及當代對於基本憲法觀念上價值取向的解釋。但是，他們將這個部分的行為稱之為憲法建構，不屬於「語言固著命題」的守備範圍。

從原意主義對於語言固著命題的立場，我們可以見到原意主義者認為探詢法律規定之文字的語言內容是一種價值中立的行為，原意主義界定為「狹義的憲法解釋」。因此，原意主義方法的中立化最關鍵的發展狹義的憲法解釋，就是透過「解釋與建構之區分」以及「拘束原則」的討論，讓憲法解釋中的價值論證與歧見歸屬在「憲法建構」的空間之內。這開啟了原意主義的包容性，讓自由派的憲法學者可以一方面接受語言固著命題，另一方面發展自身的規範性憲法學理。當中最著名的是耶魯法學院的憲法學者Balkin，他在2011年出版的憲法解釋的書名便取為《活的原意主義》，採用了框架原意主義（framework originalism）的觀念<sup>121</sup>。從原意主義的

---

120 這個憲法建構的觀念，不應與傳統法學方法論中的「法律續造」觀念相混淆。要進行更細緻的比較，毋寧需要更多篇幅，故在此先存而不論。

121 到底Balkin是不是一個原意主義者仍有待討論。這個問題涉及對於Balkin理論理解與詮釋的爭論。筆者在此無法深入探究。筆者認為，若要更具建設性的提問，可以反思Balkin到底接不接受語言固著命題以及拘束原則，以思考他與原意主義者間的關係。他在《活的原意主義》的第六章表示：原意主義主要的目的，在於批判保守派原意主義的主張如何誤解了憲法的原初意義，以及他自己的框架原意主義如何與其他保守派原意主義者相區分。在Balkin的框架原意主義之中，他並未放棄語言固著命題，但是他所認定的憲法文本的原始意義與原始意圖原意主義有相當差距。那麼他是否可以算是原始公開意義原意主義呢？根據他自己的說法，忠誠於憲法解釋中的原始意義，意味著忠誠於文字的語言內容。請參考BALKIN, *supra* note 17, at 12-13. 筆者無意在這裡給

內含性來看，這大概是最關鍵的一個發展，因為它表現出原意主義有可能與某些自由派的價值觀念相容<sup>122</sup>。

因此在語言固著命題與拘束原則兩個主張之下，可以重新劃分原意主義與活的憲法的理論地圖：真正的爭執焦點在於，接受語言固著命題的憲法解釋是否也接受了「拘束原則」？如果接受的話，是哪一種拘束原則呢？對於原意主義者，爭執拘束原則才是其與活的原意主義（living originalism）的核心爭議焦點，也因此Solum必須長文討論拘束原則的內容以及可能版本。

如何界定非原意主義呢？本文在「語言固著命題」的說明中，曾指出Solum認為非原意主義有三種可能：一、拒絕語言固著命題。二、拒絕拘束原則。三、語言固著命題與拘束原則皆拒絕。為了行文方便，我們可以將拒絕語言固著命題之非原意主義稱之為剛性非原意主義（strict non-originalism），而接受語言固著命題但拒絕拘束原則稱之為柔性非原意主義（soft non-originalism）。兩者都拒絕的立場其實就是剛性非原意主義<sup>123</sup>。

因此，如果我們先擱下「剛性的非原意主義」（拒絕語言固著命題）的討論，關鍵問題便在於拘束原則是否被柔性的非原意主義

---

予Balkin活的原意主義一個確定位位，這仍取決在於如何理解與詮釋他的理論，然而這需要另外撰文處理，非本文可及。

122 在此必須說明，根據筆者與Solum對話的過程中，即使原意主義方法論理論上可以容納非保守派的憲法學者，但是就目前的數量比，保守派仍然暫居多數。自由派的原意主義者約是三到四個，包含了Balkin、Solum以及Roosevelt等人。此外，Balkin的理論也被原意主義者內部（與非原意主義者）所批評。

123 必須先說明的是，所謂剛性與柔性僅是一個標籤，藉以標示對於特定命題的不同立場的非原意主義。我們也可以置換其他表述方式，雖然筆者曾想過以狹義與廣義的表達，但這涉及到「範圍」的想像，因此放棄。此外，此處的「剛性」與「柔性」不必然要跟法哲學上的剛性法實證主義與柔性法實證主義相聯繫。本文的這個分類也是符合Solum自己的觀點，例如他在“*The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning*”一文中，也初步區分了原意主義、非原意主義跟活的憲法三者，關鍵在於區分非原意主義跟活的憲法。Solum, *supra* note 33, at 13.

者（例如活的憲法）所接受。這個問題的開啟也讓我們見到原意主義在拘束原則的脈絡下，可能不再與活的原意主義對立。相反地，活的憲法主義也可以是一種溫和版的原意主義。

雖然柔性的非原意主義的類型仍需要進一步討論<sup>124</sup>，但大致上可以畫出以下的憲法解釋方法分類表：

表2 憲法解釋方法分類表

	原意主義 (最大化)	原意主義 (增強版)	原意主義 (溫和版)	柔性的非原 意主義(例 如某類型的 活的憲法)	剛性的非 原意主義
語言固著 命題	接受	接受	接受	可能接受	不接受
拘束即 同一	接受				
拘束即 延伸		接受			
拘束即 一致			接受	?	?

資料來源：作者繪製。

從語言固著命題與拘束原則作為分類標準來看，可以見到原意主義（溫和版）與活的憲法兩個陣營中有交流的可能，即便這個虛線仍舊厚實，但是兩者的對話可以從是否接受語言固著命題開始，進入對於拘束原則的拘束程度的討論。而剛性的非原意主義與活的

<sup>124</sup> 目前較多非原意主義者支持第二個立場，Solum整理出幾個此類憲法解釋的立場，例如憲法多元主義（認為憲法論證是一個多元且複合論證模式，沒有哪一個論證模式優先於另外一個）、建構性詮釋（主要是Dworkin所提出的理論）、普通法憲政主義（認為憲法的內容應該是由普通法的過程所決定的）、人民憲政主義、反憲政主義等等。Solum, *supra* note 73, at 13-15.

憲法原本沒有實心的畫線以區隔兩者，但是在原意主義的方法建構下，兩者間具有一條薄的虛線可以區分開來。

這個圖表之所以可以成立，最關鍵的發展仍在於語言固著命題的提出：當原意主義逐漸發展自身解釋方法時，它不斷地向那些反對以原意主義提出質疑的人，詢問其解釋方法與規範文本的意義理論為何？這些都是解釋理論要具有合理性的重要條件。從筆者所繪製的表格可以見到，原意主義跟活的憲法不再處於解釋理論的兩個端點。相較之下，原意主義的溫和版與活的憲法是具有流動性的<sup>125</sup>。

#### 四、小結：原意主義可能的發展方向

這場以語言哲學為基底的解釋理論，還有幾個重要的發展可能。

第一、既然語言固著命題是原意主義的共同核心要素，原意主義者必然要朝向憲法解釋的語言學理論邁進，Solum提出的分析僅是一個方法論起點。若要在憲法裁判上達成實質的貢獻，必須有一套具備可操作性的方法協助解釋者探詢憲法文本的語言內容。因此，根本問題是「誰可以來做第一手的考察工作？」根據筆者資訊的相關收集，法院可能不是一個適合的機關，原因在於法院具有太多制度性限制、時間壓力以及專業知識的侷限。學者的研究或許是

---

<sup>125</sup> 審查人指出，美國的原意主義雖然可能狹隘（接受語言固著也接受拘束原則），但這正是其特色：因為這與多數歐陸法系國家的憲法解釋方法相異。由於筆者本篇文章並未考察歐陸的法學方法論。感謝審查人提醒此點，可讓筆者作為日後進一步比較的基準。筆者較為細部的看法是，美國原意主義學者仍舊將爭執放在拘束原則之中，因為他們認為語言內容的探詢是中立的，無涉規範性的議題。但是筆者認為，原意主義並未適切地處理意義的規範性課題。雖然，原意主義與活的憲法看似在於拘束原則的爭執，但是很可能爭執不在於憲法學理是否受到語言內容的拘束，而在於法律文本的語義要素、語用要素以及法律文本的目的三者間的關係為何。從這個角度來看，原意主義仍有未竟之功。

一個適當的功能履行機制。例如John Mikhail針對美國憲法第1條第9項第8款的外國薪酬條款（the foreign emoluments clause）的原始意義探詢，現在就被法院用來理解憲法該條款的意義<sup>126</sup>。此外，隨著人工智慧的資料探勘技術逐漸發展以及與大型語料庫的成形，也可以預期原意主義學者與資料分析人員合作，以進行某種語言探索的基礎研究<sup>127</sup>。

第二、不論是原始意圖、原始公共意義或是原始方法原意主義，三者皆涉及憲政歷史的問題：尤其是「憲法文本在制定當時的語言內容是什麼」這個問題。這讓原意主義的研究方式觸及到法律史的部分。筆者目前尚無法具體描繪美國脈絡下的原意主義與憲政法律史的交互關係會如何發展。我猜想，如果原意主義的方法普遍被接受，那麼很可能會出現更深刻的憲法學科內的對話與交流：憲法解釋理論與憲政法律史的研究方法之間的交流。然而，這一點筆者也在觀望中，因為這也涉及到不同學門間研究對象的確定與差異等問題，也涉及到不同知識學門在方法上的「合作」可能性。

第三、原意主義的解釋理論發展，可以帶給我們一些新的方法論上的議題。我們或許可以重新檢視傳統法學方法論中的文義解釋與立法者解釋之間的可能問題。文義解釋或許不僅僅只看字典上的意義做解釋：雖然字典上的意義是文字語言的重要來源，但是仍可使用其他方式作為輔助，例如此一字詞在當時如何被使用等等。值得思考的是，立法者意圖（legislative intent）是否為適格的解釋方法（或解釋要素），除了立法者意圖的累積性問題之外，還有經過時間因素，解釋者是否仍能具有與當時立法者同樣擁有共同的背景知識的問題。更進一步，我們可以檢討立法者意圖是否為一個具有「內在正當性」的解釋要素？

---

126 John Mikhail, *Emoluments and President Trump*, 53 VAL. U. L. REV. 631, 631 (2019).

127 關於大數據與原意主義的配合使用，近期研究請參考Strang, *supra* note 96, at 1181-1241.

對於原始意圖原意主義的檢討，讓我們將目光放在「意圖」在憲法解釋下的意義與侷限性，這個脈絡也可以進一步與行動哲學相結合，探討集體行動的意圖如何可能，且具備一致性與融貫性<sup>128</sup>。我認為，這是原意主義在解釋方法上帶給我們的珍貴啟發：即便我們不認同原意主義的觀點，但是原意主義對於意圖的檢討，讓我們有機會重新在法學方法論的脈絡下，運用其他基礎學門知識思考我們慣常使用的法律概念或解釋方法。

## 肆、認真對待語言的規範性課題

### 一、原意主義的意義理論的結構

在思考語言的規範性時，有必要針對原意主義的意義理論進行初步說明，以確認新原意主義的意義理論內容，並且理解法律文本之意義與裁判間的關係為何。

在概念上，我們可以區分特定法律規範必須經由法律文本而表現出來，但是法律文本跟法律規範兩者並不同。法律文本可以很

---

128 關於立法者意圖的研究，近期的新興學者有相當重要的貢獻。例如Richard Ekins提出「我認為由於識別立法者意圖的意義，通常一部分涉及對於合乎當時立法者行動計畫上的邏輯推斷，因此我們有充分理由以立法者意圖的意義做為實踐解釋的核心對象。然而，立法者意圖的意義不因立法者的行動、或者因為立法者對於任何解釋上可能的看法或假設而改變。我必須強調，立法者意圖不應做為法規意義的另一個證據來源，而是我們省思詮釋時的根本對象。」（“I argue that there is good reason to take the central object of interpretive practice to be the intended meaning of the legislature, the identification of which often turns in part on inference about the reasoned scheme the legislature acts to choose. However, this intended meaning does not collapse to the ends for which the legislature acted or to any beliefs or assumptions one or more legislator may make about its likely application. Legislative intent is not, I stress, one more source of evidence for the meaning of the statute, but is instead the basic object of interpretive reflection.”）請參考RICHARD EKINS, THE NATURE OF LEGISLATIVE INTENT 13 (2012).

多樣，例如憲法文本（constitutional text）、法規（statutes）或是契約文本（contract）等等。而法律規範則是指法律文本內蘊含的規範類型，因此可以有規則（rule）、原則（principles）或者是標準（standards）等等。因此，我們可以這麼說，一份文本內有許多法律規範，而這些規範的性質可能不太一樣。例如憲法文本內，有些規範是屬於規則、有些則屬於標準，但都同屬於憲法文本之中。區分完法律文本與法律規範之後，Solum進一步區分法律文本的兩種內容：溝通內容與法律內容。溝通內容是指法律文本的語言意義，而法律內容是指法律文本所產生的法律規範的內容（the content of the legal norms the text produces）<sup>129</sup>。讓我們再多引進一個概念：法律效果（legal effects）。法律效果在原意主義方法論中並不是指法律規範文本中的規範要素，而是一個具體個案在系爭規範下所應該具備的結果，如果用法學三段論法理解，就是「結論」的意思。當我們區分法律文本、法律規範與法律效果之後，對於憲法解釋者最關鍵的問題是：系爭個案的法律效果是什麼？要處理這個問題，便必須先處理系爭個案所適用的法律文本屬性，以及文本內的法律規範說了什麼。也因此Solum指出，我們有兩個獨立問題需要處理：第一、如何確定溝通內容？第二、溝通內容在法律內容的建構中扮演著何種角色？

簡單來說，法律文本的溝通內容是由兩個要素所決定的：法律文本的語義內容（semantic content）以及法律文本的脈絡（context）。而這兩個要素決定溝通內容，也是語言內容。另一方面，法律文本的語義內容是由字詞與片語在語法與文法規則組成下的意義所構成，而所謂的脈絡則是指法律文本的言說者所提出的文本情境。正因如此，Solum才說：「法律文本的完整溝通內容包含了語義內容（在句法與文法規則組合下的字詞與詞組意義），以及藉

---

129 Solum, *supra* note 48, at 480.

由可取得法律言論的上下脈絡所規定的額外內容<sup>130</sup>。」因此，可透過以下圖示表達法律文本決定因素。

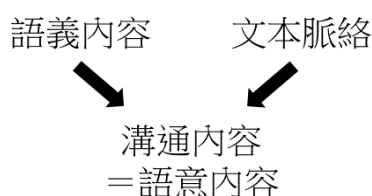


圖2 法律文本決定因素

資料來源：作者繪製。

我們接下來處理法律內容的概念，法律內容是指法律規範的內容<sup>131</sup>。在關於法律內容部分，Solum指出一個完整的法律內容不會與法律文本的語言內容完全等同<sup>132</sup>，因為法律文本可能具有適用上模糊，或是歧義的問題。此外，特定領域的法律文本可能希望保留一些模糊空間，例如當起草者發現未知的可能性時，反而會讓法律文本內的規範保留一些縫隙，留待日後決定。此外，不同的法律文本之溝通內容彼此間可能產生衝突<sup>133</sup>。因此，讓我們先排除法律文本的語言內容等同完整法律內容的可能性。既然排除法律內容與溝通內容等同的可能性，接下來的問題則是兩者間的關係為何？至此，我們應該可以理解原意主義主張拘束原則的目的。原意主義絕對不可能同意法律文本的溝通內容僅能貢獻而無法拘束規範的法律

130 原文為“The full communicative content of a legal writing is a product of the semantic content (the meaning of the words and phrases as combined by the rules of syntax and grammar) and the additional content provided by the available context of legal utterance.” Solum, *supra* note 48, at 488.

131 Solum, *supra* note 48, at 507.

132 原文為“Let’s begin by ruling out the possibility that the full content associated with a single legal text (e.g., a statute or clause of the Constitution) is necessarily identical to the communicative content of that text.” Solum, *supra* note 48, at 509.

133 Solum, *supra* note 48, at 510.

內容。姑且不論這個主張是否正確，我們可以知道法律內容必須要有憲法學理（doctrinal studies）的輔助，因此法律內容有部分是由憲法學理所提供的。

有趣的是，Solum在處理法律內容與溝通內容的關係時，隱含了一種不確定性。他認為法官是否有權力在憲法學理的運用下，創造出法律文本的溝通內容中不存在的法律內容，這些問題取決在不同的憲法脈絡之中。這個主張雖然看似很正確，卻沒有說出更多內容，反而隱含更多不清晰之處。因為憲法文本的脈絡同時對兩個對象有所影響：一個是法律文本的溝通內容，另一個是憲法學理的內容。而法律文本的溝通內容與憲法學理的內容又共同影響到規範的法律內容。讓我們以下列圖示清晰說明這個部分。下圖中我們可以見到文本脈絡一方面影響語言內容，另一方面透過憲法學理影響法律內容。用一個比較技術性的語詞來說，文本脈絡就是干擾因子（confounding factor）。

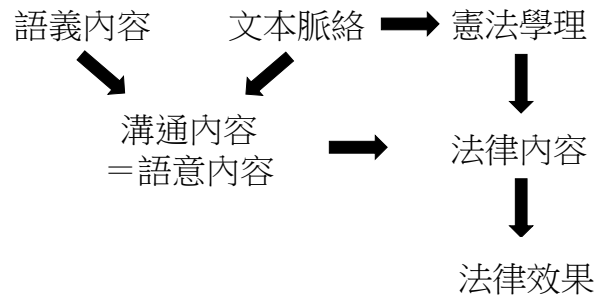


圖3 憲法文本對法律文本與憲法學理的內容影響示意圖

資料來源：作者繪製。

此外，如果我們將之前提及的三個意義類型：語義意義、目的上意義以及適用上意義。我們可以更清楚地畫出原意主義中的解釋理論結構圖。

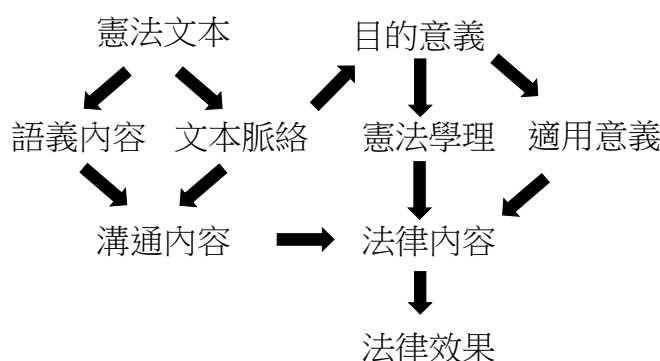


圖4 原意主義的解釋理論結構圖

資料來源：作者繪製。

我們可以見到原意主義的意義理論之中，最關鍵的就是文本脈絡，因為文本脈絡一方面影響溝通內容，另一方面文本脈絡也會影響目的意義，而目的意義對於憲法原則以及適用上意義也會有所影響。因此可以這麼說，在原意主義的想法之中，法律內容的確定來自三方面：文本的溝通內容、憲法原則以及適用上意義，而這三者最關鍵的因素之一便是文本脈絡<sup>134</sup>。

為何以這個結構圖描述原意主義呢？因為這可以讓我們較為清楚地比較原意主義與反對原意主義在意義理論上的結構有何差別。以下我將以Marmor為說明代表。

<sup>134</sup> 值得注意的是，Stephen Griffin也在最新的非正式文章中指出這個脈絡的重要性，但是他認為原意主義沒有認真對待脈絡的意義。請參考Stephen Griffin, *Assessing Originalism: Ten Years (Roughly) After Heller and Living Originalism (Part I)*, BALKINIZATION (June 4, 2020), <https://balkin.blogspot.com/2020/06/assessing-originalism-ten-years-roughly.html>.

## 二、論辯的方向錯誤？

原意主義為人詬病的地方，在於即使原意主義發展自身的憲法解釋理論，但它對於現實的憲法裁判似乎發揮不了太多功能。首先，即使不爭執語言固著命題是否正確，就算大家對於憲法規定的文字中的語言內容有一定共識，例如在憲法文本中所展現的概念如「平等」、「言論自由」與「宗教自由」等等，但是對於其概念內涵卻沒有一致的看法。簡單來說，就是對「概念觀」沒有一致的看法。此外，就算欠缺一致的看法，憲政行動對於某個概念的爭辯並非毫無意義，相反地可以存在合理爭議的空間（reasonable disagreement）。這個合理爭議空間Marmor稱之為概念容忍（conceptual tolerance）<sup>135</sup>。

因此，更進一步的問題，是這種「概念容忍」是否就是憲法解釋的常態？換言之，如果憲法解釋的理論無法處理合理爭議的空間，那麼堅持憲法解釋的語言學理論有何意義呢？更理論上的提問是，語言固著命題是否真的對於憲法解釋的特色有任何實質的貢獻？提出了「語言固著命題」與「拘束原則」是否真能處理憲法解釋在面對憲法文字的抽象、模糊、不精確與高度目的導向的特性？抑或僅是將高度具爭議性的解釋課題，延遲（或搬移）到另一個場域之中：憲法建構呢？

Marmor的研究值得我們關注：他認為把憲法解釋純粹當成語言學的觀點，忽略了憲法解釋的爭論本身具備政治道德的性質。關鍵之處在於憲政主義的合理性基礎到底為何？他指出：

「因此，此處真正爭論的是關於憲政體制所建立起的對話本質是什麼，這個對話是取決於我們對於何謂憲政主義合理

---

135 Andrei Marmor, *Meaning and Belief in Constitutional Interpretation*, 82 FORDHAM L. REV. 577, 580 (2013).

的基礎觀點這件事上：亦即憲法的目的為何？又，讓憲法具有正當性的條件何在？<sup>136</sup>」

Marmor認為憲法解釋的語言學理論之所以有問題，在於以下兩個理由。

第一、憲法運用了非常多的評價概念（*evaluative concepts*），這些評價性概念具有的內涵不僅是本質上具有爭論性（*essentially contested concepts*），這些評價性概念也是具有典型「超級廣義性」（*typically superpolysemous*，斜體為原文所強調）<sup>137</sup>。由於這種評價性概念具有非常多的語義內容，它的意義也往往必須依照脈絡敏感度來決定。然而，憲法脈絡敏感性卻非常薄<sup>138</sup>。當制憲完成之後，經過時間以及世代交替，往往要知悉憲法對話的脈絡非常困難，也因此讓評價性概念的內涵出現許多爭執。

第二、憲政對話在性質上是一種道德辯論，Marmor認為憲法的本質就是一種對於未來預先允諾的機制（*Constitutions are, by their very nature, precommitment devices*，斜體為原文所強調）<sup>139</sup>。美國憲法是「剛性」憲法（“*rigid*” *Constitution*，括號為原文所強調），因為當制憲完成並批准時，整個法律體系已預先與政府組織的原則或是實質價值原則綁在一起，然後設定一套（與一般立法程序相較之下）難以實踐的修憲程序。從這個角度來看，憲政主義的正當性問題就是這套「預先允諾機制」正當性的問題<sup>140</sup>。這個觀點讓

---

136 原文為“Thus, the real debate here is about the nature of the conversation that our constitutional regime establishes, which depends on our views about the rationale of constitutionalism: what constitutions are for and what makes them legitimate.” Marmor, *supra* note 135, at 595.

137 *Id.* at 592.

138 *Id.*

139 *Id.* at 593.

140 *Id.*

憲法的世代間權威性（this intergenerational authority）存有疑慮<sup>141</sup>。

憲法對話的性質所指出的是，以語言學考量出發的憲法解釋理論是個錯誤的方向。由於語言學的憲法解釋理論認為，可以藉由憲法解釋的語言學出發以支持不同的憲政價值觀，因此這是從無涉價值到價值取向，從憲法解釋到憲法建構，從憲法文本的語言內容到憲政原則的內容。

但是，Marmor告訴我們，是憲政體制的政治與道德觀點告訴我們憲法文本的屬性、言語行動的性質以及憲政對話的脈絡<sup>142</sup>。因此，如果你傾向認為世代間的預先允諾具有正當性，那麼你就會傾向認為憲法文本就是一種日常對話的言語行動文本，憲法解釋之目的就是制憲當時的原始意義。反之，如果你認為世代間的預先允諾存有疑慮，那麼你就不傾向將憲法視為一種立法所產生的言語行動，反而更認為憲法是一種當代人與憲政價值的對話。

Marmor自己觀點並非創新，Dworkin也曾提出類似觀點。但是，Marmor進一步告訴我們，恰恰正因為我們對於憲法對話性質的界定，讓我們決定（或傾向）憲法解釋的出發點。他的觀點反轉了新原意主義對於憲法解釋方法論的行進方向。新原意主義是從確定解釋行為的語言邁向規範理論的建構，但是Marmor認為是憲法脈絡之確認會影響到對於憲法文本的意義理解。在某個意義上他翻轉了原意主義的分析方向。

他如何翻轉原意主義的分析方向呢？按照肆、一勾勒出原意主義的意義結構，可以見到憲法文本的語言內容以及脈絡決定了溝通內容。原意主義仍然認為，這屬於價值中立的意義探詢階段，唯有

---

141 這就是「死人之手」的問題。關於死人之手（或是憲法規範性）的詳細研究，請參考蘇彥圖，憲政民主的死人之手問題——憲法規範權威的初步反省，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務（九），頁135-199（2017年）。

142 Marmor, *supra* note 135, at 594-95.

到了決定法律內容才具有規範性論述的發揮空間。由於此類規範性論述的發展是透過憲法學理的建構與適用而來，因此是憲法釋義學理論的戰場。但是Marmor指出如何看待憲法與人民的關係，才是影響我們如何看待憲法文本性質的關鍵。因此，Marmor的觀點結構應如下圖：

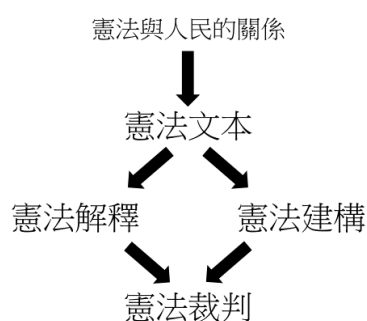


圖5 Marmor憲法文本屬性分析架構

資料來源：作者繪製。

或許可以這麼說，原意主義與非原意主義之間最重要的差異，是哪些因素決定了憲法文本的性質。原意主義站在憲法文本僅作為溝通媒介的角度出發，確定文本具有語言內容。然而，非原意主義點出憲法文本預設憲法與人民的關係界定，是這份文本本身的性質決定了憲法解釋如何走向的關鍵。這個決定本身不是探究文本語言內容的價值中立行為，而是一個高度涉及價值設定的行為。從這個意義上，原意主義僅是選擇了一個假裝是價值中立的出發點，但是迴避了憲法文本性質的價值設定問題<sup>143</sup>。

<sup>143</sup> 關於脈絡對於語言意義的確定上關係更為複雜。陳湘韻在近期研究以「女人」一詞指出，脈絡對於語詞意義確定上的社會權力的關係，因此當我們認為語詞意義部分依賴於脈絡或是取決於脈絡時，其實必須注意到其背後的社會權力關係的差異，或是不平等之處。（“I am on board that minding the

### 三、語義學之刺的深刻反省

原意主義可能透過拘束原則加以反駁Marmor的批評。原意主義可能不否認Marmor提出的這個觀點，但這至多表示憲法文本的語言內容在拘束後代的憲法實踐上，具有一個重要考量的因素：憲法文本的脈絡敏感性，隨著憲法文本的年紀增加，要透過脈絡以理解語言的可能性逐漸降低，憲法文本變得越來越薄。然而，這都不意味「語言內容」在此沒有任何重要性。因為語言固著命題仍可堅守一個基本觀點，認為要正確理解憲法文本的語言內容，即使這個語言內容很薄，但仍需借助制定當時的語法、句法與文法規則以理解。至此，語言固著命題仍然有其重要性，即便我們可以設想許多憲法案件不足以透過憲法文字的語言內容加以解決。其實，我們從上述肆、一章節中可見到原意主義將脈絡納入確定溝通內容，就預見此一可能的處理方式。

已逝的法哲學家Dworkin在《法律帝國》(LAW'S EMPIRE)一書中提出語義學之刺(the semantic sting)的批判值得我們加以思考<sup>144</sup>。Dworkin指出，如果認為雙方必須先接受與遵從相同的語言使用規則，才能有意義地討論某些法律命題是否為真時，這便是「語義學之刺」的受害者<sup>145</sup>。

---

asymmetric authoritative social power in negotiating appropriate contextual parameters and calling out the contextual injustice that ensues are especially important in theorizing politically significant terms such as 'woman.'")。請參考Chen, *supra* note 27.

144 在此必須事先說明，Dworkin在《法律帝國》一書之後，仍有許多更深入的思想觀念出現，因此作者在此無意將《法律帝國》視為Dworkin批判語義學理論的定論。對於Dworkin晚期的理論研究，不少中文文獻已有討論。有興趣的讀者可以參考：顏厥安，德沃金之詮釋主義及其徹底化，中研院法學期刊，3期，頁163-200（2008年）。顏厥安的討論中，我認為非常重要的一個章節為「伍、規範功能詞與指涉結構之失敗——徹底化之二」，特別是其中的「四、語意／語用指涉的結構性失敗」一節。

145 DWORKIN, *supra* note 100, at 45.

要理解語義學之刺，必須先從Dworkin對於法律的語義學理論界定開始談起。他表示某種認識法律的觀點認為，「法律僅取決在顯明的歷史事實」(law depends only on matters of plain historical fact)<sup>146</sup>：這種觀點認為，關於具有意義的法律爭論僅是一種經驗性爭論(empirical disagreement)，是一種關於過去的法律制度已經做了什麼的爭執。簡單來說，就是透過對於探詢過去的歷史事件以決定法律內容。用更白話的語言來說，法的語義學理論會認為如果關於法律的論辯要有意義，那麼論辯的雙方要共享對於某個概念的語言規則，而正是對於法律概念的語言學內容的理解，才讓論辯的雙方可以有意義的爭執，不然就是牛頭不對馬嘴<sup>147</sup>。然而，對Dworkin而言，不僅法實證主義是語義學理論的一種，即便是自然法論者或是法唯實論者也可能是語義學理論的一種<sup>148</sup>。

Dworkin提出何種想法解消語義學之刺呢？他使用禮儀(courtesy)作為例子。想像在某個社群之中，社群成員共同遵守一些規則，這些規則他們稱之為「禮儀規則」(rules of courtesy)，其中一個規則要求農民必須向貴族脫帽。一開始沒有人質疑這些規則，但是經過一段時間之後，每個人開始發展出對於禮儀規則的複雜詮釋性態度(a complex “interpretive” attitude toward the rules of courtesy)。此類態度有兩大要素：第一、認為禮儀的實踐本身具有價值，具有「本旨」(point)，它可用來服務某些目的或是價值。第二、禮儀所要求的這些行為與禮儀的本旨之間有敏銳的關係。一旦人們產生這種詮釋性態度，那麼人們會開始試圖將「意義」(meaning)賦予在禮儀這套制度之上<sup>149</sup>。

---

146 *Id.* at 31.

147 *Id.* at 32.

148 *Id.* at 35-37. 我個人對於德沃金的這種歸類有所懷疑，然而對於將自然法論或是法唯實論放進法的語義學理論中的批判，不是此處的重點。

149 DWORKIN, *supra* note 100, at 46-47.

藉由「詮釋性態度」的兩個要素，Dworkin提出禮儀規則不像遊戲或是競賽規則，可以這麼明顯區分「實然」與「應然」：我們可以藉由遊戲規則的本旨去爭論規則「應該」如何改變，同時對於「是」什麼規則有一個共識。但是當社群成員對於禮儀規則發展出詮釋性態度後，社群成員自己涉入其中的實踐行動，那麼「對於禮儀規則為什麼會存在」以及「適當地理解禮儀規則有哪些要求」已經不可分了，因為「價值與內容糾纏在一起了。<sup>150</sup>」

Dworkin的理論對於憲法解釋的語義學理論可能提出的批判是：在嚴格意義上，不可能區分解釋與建構，因為如果憲法規則（如同禮儀規則一般）具有某些本旨（some points），憲法行動者會逐漸發展出「詮釋性態度」去理解憲法規則與實踐是否與憲法本旨相吻合。因此，從Dworkin的角度來看，原意主義提到的語言固著命題是有問題的，因為**確定語言之行為（解釋行為）不會是一個價值中立的行為**。隨之導出的結論是，既然確定語言並非價值中立的行為，那麼即使原意主義方法嚴格區分解釋與建構也是徒勞無功。

當代原意主義如何回應Dworkin的批判呢？Solum認為，Dworkin並未真正取消語言內容，因為其所提及的意義並不是指語言上的意義，而是指目的上意義。因此，Dworkin的建構性詮釋理論並沒有取消原意主義對解釋與建構的區分，而是預設了語義學理論的存在。因為若缺乏語義學理論的預設，我們無法辨識出作為建構性詮釋對象的法律所談論的內容。換言之，如果沒有語言來支撐，我們無法辨識出諸多禮儀規則中需要解釋的對象。原意主義者不否認，在憲法文本中的確是有「歧義」以及「適用範圍模糊」的情況出現，但是這無法否證了語言的重要性。相反地，如果沒有語言認知的可能性存在，我們無法說明概念的歧義與適用範圍模糊是什麼意思。因此，原意主義對於Dworkin批判的回應是：Dworkin的

---

150 *Id.* at 48.

批判並未針對語言固著命題，而是針對拘束原則；換言之，Dworkin認為憲法文本的語言內容對於憲法行動者僅具有指導性方針（或是貢獻很弱），而沒有拘束力的產生<sup>151</sup>。

然而，我認為Solum的回應並不充分，因為Solum採取的策略僅是指出Dworkin對於「意義」一詞使用上不明確，藉此進一步「詮釋」Dworkin的主張，認為Dworkin並未反對語言固著命題，而僅僅是反對語言的拘束原則。然而，Dworkin的語義學之刺主張是深指「意義的規範性」(normativity of meaning) 課題。Dworkin問的是我們是否有可能先確定一組語言使用規則，並藉由依循這組語

---

151 請參考Solum, *supra* note 36. 或許部分讀者認為，如果憲法語義自始就是意義不明或是適用範圍模糊，甚或有意留白，如此一來原意主義者如何處理此類情況？如果我們僅著重在原始公開意義原意主義方面，那麼他們的處理方式是：第一、肯定憲法文本的語言內容可能會有意義不明或適用範圍模糊的情況。針對意義不明，有些可以透過脈絡語用)來處理，這時稱之為「歧異消除」(disambiguation)。但是有些無法處理的情況，特別是有時候憲法文本保持模糊空間，例如美國憲法中的「應服兵役或勞役之人」(“Person held to Service or Labour”)一詞，南方州與北方洲的判定就不同。如果是刻意產生意義不明，此時脈絡(語用)就無法發揮效果。如果是非刻意的意義不明，很可能是操作型語詞。如此一來，必須要進行脈絡豐富(contextual enrichment)的工程，此時有「暗示」(implicature)、「隱含」(implicature)、「預設」(presupposition)以及「調整」(modulation)等四種形式。由於高度涉及語言哲學的專門術語(如語言學亦將技術性用語的“implicature”譯為「話中含義」或「隱義」，請參考蘇以文，語用學的發展與展望，人文與社會科學簡訊，12卷1期，頁128-135(2010年) )，筆者在此僅能先姑且不論。筆者的重點在於，原始公開意義原意主義並非不在意「憲法建構」的工程。他們認為，需要將憲法建構放置在適當位置，而適當位置通常在憲法文本出現語義不明或是適用範圍不清楚的情況中顯現。意義不明與適用範圍不清有可能是刻意的，此時必須更進一步在語用的角度下引進概念工具以及規範性理論，以尋找適合的憲法文本的語言內容。細部說明請參考，Solum, *supra* note 70, at 269-95. 儘管如此，讀者大可更進一步，指出原意主義如何面對憲法制定之後才出現的新事物？筆者認為，此處對於原始公共意義原意主義不是太大的問題。一來，原始公共意義原意主義憲法文本的語言是取決在制憲者的具體想像之上，因此可以理解成許多憲法議題都是新的。關鍵仍在這些新的憲法議題，如何與憲法文本的語言內容相連結：例如在較一般性層面探詢法律文本的語義內容，而假設語義內容真的不足，那麼就直接承認憲法建構在可能範圍內也是可行。

言使用規則而找到語言，才可能進行有意義的法律解釋，從而區分出正確與錯誤的法律解釋。

因此，我認為雖然Dworkin問得對，但我們需要更深入探問「意義的規範性究竟是指什麼」這個關鍵問題。

#### 四、從意義的規範性反思原意主義（1）：哪一種規範性？

前文已經提及，Solum透過拘束原則以說明為何要採用原意主義。但是，筆者認為這個方式並無法解消意義的規範性課題。原意主義的核心主張是憲法文本的語言內容具有拘束力，得以拘束憲政實踐者。Solum在語言固著命題上，明確指出這裡的憲法文本意義（the meaning of a constitutional text）是指文本的語言。Solum進一步區分三種意義的類型：語言的、適用的以及目的的。雖然他不否認後兩者具有重要功能以及規範性，但是他認為語言才具有關鍵的規範性，得以拘束解釋者在進行價值論證時的範圍限定。

因此我們可以問，這種語言意義上的規範性到底是什麼意思？

在“*The Normativity of Meaning*”一文中，Gampel針對意義的規範性主張提出細緻分析，值得我們參考。Gampel指出，語言意義的事實具有規範重要性（normative relevance）<sup>152</sup>。這些事實也是我們得以針對他人言說，進行推理、行動和理性判斷的基礎。但是，不是每一種事實都具有規範性。Gampel反對自然主義的意義理論將意義的規範性化約為自然事實。儘管本篇文章目前無法處理Gampel的大論題，我希望運用Gampel對於意義規範性的三種觀點，定位原意主義所指稱的語言的規範性，到底屬於哪一種類型。

---

152 Eric H. Gampel, *The Normativity of Meaning*, 86 PHILOSOPHICAL STUD. 221, 221-42 (1997).

為了方便以下論述，我將略為重構Gampel的論述，但不失他的核心主張與想法。

Gampel分析出三種對於意義規範性的可能主張。他從Saul Kripke的討論出發，指出有一種對於規範性成立條件的表述方式是證成角色命題（Justificatory Role; JR）：

- 證成角色：某事實是由S使用x這個表述構成表達意義，此一事實確定了S是否正當地使用x這個表述<sup>153</sup>。

Gampel指出，在這個證成角色中，個別字詞的意義在多數情形中可以對於使用方式的正當與否具有貢獻<sup>154</sup>。但是，證成角色命題並未真正處理意義的規範性，也未處理意義本身具有的屬性。證成角色命題是將規範性歸因於說話者藉由某個表述而意指某事物的事實之上<sup>155</sup>。Gampel將此類事實稱為M-事實（M-facts）。證成角色命題有個好處，它讓我們將焦點放在M-事實之上。因此問題是，這個M-事實到底如何具有規範性？

在證成角色命題的界定下，M-事實是偶然的（contingent），因為M-事實是說話者在特定狀況下使用某個字詞而意指某對象的事實，這並未阻止說話者可以創造性使用某個字詞。Gampel舉例，例如我可以用「狗」這個字詞意指狗，但這並未阻止我在新的情況中同樣用「狗」指稱友善的朋友之類的<sup>156</sup>。也因此，證成角色命題的意思是，若「我在某個時間點*t*透過某個表述*x*意指某個對象」的

---

153 原文為“the fact that constitutes what *S* means by an expression *x* determines when *S* would be justified in using *x*.” Gampel, *supra* note 152, at 222.

154 Gampel, *supra* note 152, at 222.

155 原文為“JR attributes normativity to the *fact* constituting what a speaker means by an expression (call this an ‘M-fact’), rather than to the state or property of meaning something, or to the meaning itself (considered as an object, platonic or otherwise).” Gampel, *supra* note 152, at 223.

156 Gampel, *supra* note 152, at 223.

這個事實為真，那麼這個M-事實有助於確定我在時間點 $t$ 應該如何使用 $x$ <sup>157</sup>。但是，證成角色命題其實沒辦法更進一步說明意義的規範性，因為它至多是指出了一個說話者可以如何使用 $x$ ，而不是應該如何使用 $x$ <sup>158</sup>。

由於證成角色命題無法滿足說明意義的規範性，它至多是說明了表意人使用字詞的方式而已，因此Gampel進一步探討了證成角色命題的另一種可能，他稱之為「本質證立角色」：

- 本質證成角色 (Essential Justificatory Role; EJ R)：有能力用以證成 $S$ 對於 $x$ 這個表述的使用，對於構成 $S$ 以 $x$ 來表達意義的事實是具有本質的<sup>159</sup>。

本質證成角色的關鍵在於，它認為M-事實本身是指引語言實踐行動的來源<sup>160</sup>，也因此M-事實可以具有規範性，對於「M-事實」的理論說明必須是本質有證立能力 (essential justificatory ability)，而不能僅取決在偶然性的角色之上。本質證成角色要排除的是「M-事實的偶然性質」。因此，關鍵之處在於M-事實之所以是M-事實，在於它具有證立的功能得以告訴我們為何某個人使用某個語詞進行表述是對或錯的。Gampel舉例說，由於鑰匙的本質上就是用來開鎖，因此我們可以說這把鑰匙錯了，因為它開不了鎖，而

---

157 *Id.* at 223.

158 事實上，Gampel的文章分析更為深入：他進一步分析了從「傾向論」(dispositionalism) 是無法滿足M-事實具有規範性的功能，以及「理型傾向論」(ideal dispositionalism) 對於規範性的討論。但因為與本文問題意識無直接關係，因此筆者在此省略。請參考Gampel, *supra* note 152, at 223-32. 關於傾向論在語義上的說明，中文文獻請參考：鄭凱元，語義規範性與自然主義的化約論，揭諦，10期，頁43-49 (2006年)。

159 原文為“being able to justify S’s use of an expression  $x$  is *essential* to the fact constituting what  $S$  means by  $x$ .” Gampel, *supra* note 152, at 226.

160 原文為“M-facts are themselves a source of guidance in my linguistic practice.” Gampel, *supra* note 152, at 226.

那一把是正確的鑰匙，但是如果一把「鑰匙」根本沒有開鎖的功能，我們就不會認為這是一把鑰匙<sup>161</sup>。

需要注意的是，本質證成角色並未說明M-事實用來證立「使用x來表述」的性質為何。此類的證立性質可以是道德的(moral)、明智的(prudential)或是認識上的(epistemic)等等。也因此，Gampel認為，本質證成角色是中立的。因此，本質證成角色指出：M-事實是本質上讓某個x適合指稱某個對象的證立條件。Gampel舉了一個例子，就如同規則一樣，透過界定正確與錯誤的行動，規則本質上需要有能力指引與證立行動，而此規則之目的，也是讓規則之所以成為規則的原因<sup>162</sup>。本質證成角色對於M-事實的證立性質界定很重要，因為雖然「有能力去證成S使用x」是M-事實本質性條件，但是M-事實屬於哪一種證成(規範性)卻不是本質證成角色可以處理的。這部分必須依M-事實出現的脈絡去確定。

對於本質證成角色的這個分析告訴我們，M-事實可以像是禮儀或是遊戲的構成性規則一樣，這些規則有能力在一個遊戲中指引行動或是證立行動。但是，這些規則卻沒有辦法告訴我們「是否」以及「為何」我們應該遵守它們<sup>163</sup>。在這個意義下，Gampel指出M-事實不具有定言規範性(categorically normative)：因為一個人可以體系性地說謊，從頭到尾使用與真實完全不同的語詞說明他要說明的對象。例如，間諜就負有道德上的義務來說謊(與真實不相符)。在此意義上，這個規範性不具有定言規範性。這告訴了我們，本質證成角色意義下的意義規範性，其實依賴於說話者自身的目標<sup>164</sup>。

---

161 Gampel, *supra* note 152, at 226.

162 *Id.* at 227.

163 *Id.* at 228.

164 *Id.*

Gampel指出，除了證成角色、本質證成角色，我們可以有第三種意義規範性的觀點，他稱作「意義的本質證成角色」(Essential Justificatory Role of Meaning; 簡稱為EJRM)：

- 意義的本質證成角色：有能力去證成一個人使用某個表述，對於意義來說是具有本質性的<sup>165</sup>。

意義的本質證成角色指出，M-事實必需有能力證成某個人使用某個語詞是本質上扣合意義。換言之，如果有M-事實可以做到這一點，那麼M-事實就具有規範性。注意此處的關鍵為意義本質上是用來指引或證成語言使用方式的 (**linguistic use**)。在意義的規範性脈絡下，語言使用不是意義的一部分，而是意義是用來證成我為何這樣使用此類語詞。Gampel得出以下這個有趣的結論：「藉由指涉到意義這回事，可以證成語詞的使用，而且對於意義來說必須要能夠精確地扮演著這個角色（按：證成的角色）。<sup>166</sup>」

下表整理出上述三種意義規範性的類型：

---

165 原文為“being able to justify a person’s use of an expression is essential to meaning.” Gampel, *supra* note 152, at 229.

166 原文為“the use can be justified by reference to the meaning, and it is essential to the meaning to be able to play precisely that role.” Gampel, *supra* note 152, at 229-30.

表3 三種意義規範性比較

類型	核心觀念	「規範性」來源	特點
證成角色	「M-事實」(構成說話者用x表述某個對象)就可以用來證立x的使用。	「M-事實」	「M-事實」具有偶然性。 「M-事實」無法說明創造性使用。
本質證成角色	「M-事實」有能力證成x的使用是「M事實」本質的要素。	「M-事實」有能力去證成x的使用	「M-事實」有能力是指「M-事實」具有證立的功能。 證立的類型可以是道德、睿智或是認識上的理由。這意味著「M-事實」的中立性。 「M-事實」的規範性不是定言規範性，而是取決於說話者的目標。
意義的本質證成角色	「M-事實」有能力證成x的使用意味著意義有能力提供指引或是證成語言的使用。	意義	是意義提供了規範性來源。

資料來源：Eric H. Gampel, *The Normativity of Meaning*, 86 PHILOSOPHICAL STUD. 221, 221-42 (1997). 作者整理繪製。

透過Gampel梳理意義的規範性，我們可以給予原意主義幾個初步反省。

第一、以意義的規範性思考原意主義的語言規範性 (the linguistic normativity)，我們會發現原意主義至多可以主張本質證成角色。換言之，有個M-事實，這個事實可以有能力用來證成「使用x來表述y」這件事。關鍵在於M-事實的能力 (capacity) 是否成立。

第二、證成角色不會是原意主義的選項，原因在於證成角色中依賴的M-事實為偶然性，而這個偶然性並不具有規範性意義，因為M-事實告訴我們的是說話者可以如何使用這些語詞，而不是說話者應該用這些語詞。

第三、意義的本質證成角色跟我們前文論述的原意主義的方法論完全不同，因為原意主義是將語言意義視為意義的核心部分（也因此具有規範性）。然而，意義的本質證成角色很明顯地是倒過來將意義視為語言使用的規範性來源，這與原意主義要以語言內容導出規範性的策略大相逕庭。

因此，我們可以說原意主義至多可以主張本質證成角色的規範性，而根據Gampel對本質證成角色的分析中，對於「M-事實」的證立類型是取決在說話者或是公共意義的目標之上。換言之，仍舊取決在說話者本身的意圖。在這個意義上，原始公共意義原意主義仍有問題，因為這一派忽視了制憲者本身意圖上的規範性。

原始公共意義原意主義可能會反駁，表示：制憲當時，雖然制憲者有意地向公眾表達憲法的想法，但這不能類比於制憲者在說話這個情形，因為制憲者是透過文字向公眾表達憲法的意義，而當制憲者以文字表示規範之意義時，這種溝通過程是由制憲當時的文法、句法與詞態所建構起來的，因此解釋者也必須以制憲當時的文法、句法與詞態等規則理解此類字詞的原始公共意義。這便導向下一個問題：文法與句法對於語言的規範性有何種貢獻？或許更精確的問題是，語言的規範性來源是否來自於當時語言表達的文法與句法等規則？

##### 五、從意義的規範性反思原意主義（2）：哪一種規範性來源？

我們在前面透過Gampel的整理，界定了原意主義的語言規範性

的可能定位。然而，我們仍未觸及到為何此類語言具有規範性的課題，也就是語言的規範性來源從何而來？Wikforss對於規範性的梳理具有相當啟發，我們可以簡述如下<sup>167</sup>：

Wikforss在論及語義的規範性（semantic normativity）時，整理出四種類型<sup>168</sup>。

1. 「規範與真理」（norms and truth）：這種類型認為意義的規範性性質來自於（derives from）意義與真理（truth）的聯繫<sup>169</sup>。然而，我所設想的字詞使用不必然會拘束你應該如何使用這個字詞，因此在第一種類型下，若意義能具有規範性必須奠基在言說者（說話者）有說出真理的意圖<sup>170</sup>，而從真理移轉到規範性，必須接受以下前提（assumption）：我們有義務要誠實地表達自己的觀點<sup>171</sup>。如此一來，言說者奠基在自身意圖上，應該要表達他認為是真實的那些事物。
2. 「語言錯誤」（linguistic errors）：第二種類型主要認為，語義的規範性並不關心真理課題，而是關心「哪個字詞」是語言上適切地對應事實<sup>172</sup>。例如，假設我真的相信某個物品是「紅色」，那麼語言正確性（linguistic correctness）的

---

167 針對Åsa Wikforss探討語意的規範性筆者已於另一篇文章處理過，此處乃其核心觀念之重述，非直接引用筆者先前文章。請參考，陳弘儒（註103），頁315-323。

168 Åsa Maria Wikforss, *Semantic Normativity*, 102 PHILOSOPHICAL STUD. 203, 203-26 (2001).

169 *Id.* at 204.

170 原文為“it is sometimes suggested that the ‘should’ in question derives from meaning in combination with the speaker’s intention to speak the truth.” Wikforss, *supra* note 168, at 205.

171 原文為“we somehow have an obligation to express ourselves truthfully.” Wikforss, *supra* note 168, at 205.

172 原文為“concerns *which word* is linguistically appropriate to the facts.”（斜體為原文所有）Wikforss, *supra* note 168, at 209.

問題在於哪個語詞可以適切表達我相信某個物品是紅色的信念。

3. 「意向與內在關聯」(intentions and internal relations)：這種類型認為「意義的規範性來自於意圖的規範性本質」<sup>173</sup>。所謂意圖的規範性本質，是指意圖與意圖實現的關係。換言之，我藉由正確地使用語詞來實現自身的意圖，這樣的規範性是工具理性的規範性。
4. 「合理性限制」(rationality constraints)：這種類型強調意義與內容的規範性，而其規範性的產生原因在於心理行動必須在忠於規範的角度下思考意義。規範的相互關聯性(normative interconnections)對於「得以清楚明白地呈現我們精神生活中的內容全貌至關重要」<sup>174</sup>，而這樣的相互關聯性無法僅由個人主義式的框架說明，而是來自共享的社會規則。

Wikforss的討論提供我們思考意義的規範性（以下簡稱「法律意義的規範性」）的可能類型<sup>175</sup>。我們可以進一步將法律意義的規範性區分為四個觀點：

1. 認為法律意義的規範性來自「法律規範之語句內容具有真理性質」。
2. 認為法律意義的規範性來自「語詞對於事實描述的適當性」。
3. 認為法律意義的規範性來自「立法者意圖與實現法律規則之內在聯繫」。

---

173 Wikforss, *supra* note 168, at 212.

174 原文為“necessary to make intelligible the presence of content in our full picture of mental life.” Wikforss, *supra* note 168, at 214.

175 Wikforss在“*Semantic Normativity*”一文中，最終立場是希望打破意義的規範性這個觀點。然而，這個立場是否正確並非本文的探討範圍。

4. 認為法律意義之規範性來自「特定社群共同接受規範，而這種共同接受是我們探討法律意義之合理性的前提條件」。

我們可以依序分析制憲者意圖原意主義與原始公共意義原意主義對於法律意義的規範性可能的定位。

首先，制憲者意圖的原意主義會是第三種規範性意義。以制憲者意圖作為解釋憲法文本的方法就是重視制憲者意圖以其所使用實現其意圖的法律規範的制定。也因此，當採納制憲者意圖作為解釋憲法的方法時，就允諾了實現制憲者所設想的價值內容。

其次，原始公共意義原意主義可能會主張第二種意義規範性，認為法律意義來自於憲法制定當時以特定方式正確地呈現憲法所要表達之內容。因此，許多新原意主義解釋特定概念時，會回到制定文字之初的報章雜誌、字典與文法書的字詞使用。

但是，我們有理由思考第二種規範性是否真的是具有規範性？首先，語詞對於事實的描述之適當與否取決在兩個條件上：第一、使用者必須認知到他並沒有要脫離語詞原本使用的意義與脈絡而使用它。第二、使用者對於某個語詞使用之意義與脈絡沒有錯誤的認知。第一個條件意味著，使用者必須遵循慣例而使用語詞，並無刻意的創新性使用。然而，如果依照原始公共意義原意主義的觀點，我們對於憲法制定之初的這些細節是不清楚的。這意味著，原始公共意義原意主義其實無法確定第一個條件是否真的滿足。但是，解釋者可以確定的是，「若」制定憲法的人遵守第一個條件，「則」後人可以依照制憲當時的文法、句法等語言規則確定其意義，這便將原始公共意義原意主義的規範性置於假設性條件之上。再者，由於解釋者對於第一個條件的認識不清楚，對於第二個條件是否成立也會出現問題。甚至如果我們不將憲法規範的語詞與真理（truth）相連接，我們也無法說制憲者的認知沒有出現錯誤。如果原始公共意

義原意主義要堅持第二種規範性，那就會如同Wikforss告訴我們，所謂不適當的描述僅是一種語言錯誤，仍不具備規範性的意義。

最後，原始公共意義原意主義是否可以主張第四種規範性呢？畢竟我們可以將語義中的語法規則與句法規則視為特定社群共同接受的成規。然而，我們忽視了第四種規範性的豐富程度遠大於語法與句法規則，第四種規範性並不是慣習性的構成規則而已，而是一種鑲嵌在具體生活世界中的規範體驗<sup>176</sup>。如果原意主義採取第四種，那麼他們認定的解釋中立性會受到許多質疑，因為這意味解釋者也必須從自身具體生活規範體系中的合理性條件來思考意義這個問題。然而，原意主義者不允許如此。

「新原意主義」（特別是原始公共意義原意主義）之所以是一個不成功的憲法解釋理論，因為他們迴避了最關鍵的基礎問題：意義的規範性。讓我們再次回到Solum的分類：他區分了原始意圖原意主義、原始公共意義原意主義跟原始方法原意主義，而新原意主義之所以「放棄」原始意圖原意主義，原因在於現今達不到理解制憲者意圖的背景條件。然而我們可以問，新原意主義是否真的可以拒絕制憲者意圖的原意主義？倘若他們放棄了制憲者意圖，則意味著放棄了解釋者將自身放在真實制憲者的位置上，以及想像自身若是制憲者會如何理解憲法文本的這種可能性。然而，或許正是這種把自身放在制憲者位置的能力，才是原意主義規範性的核心。原始公共意義原意主義以睿智的理由（prudential reason）拒絕制憲者意圖原意主義，以區分「解釋與建構」的理由拒絕了規範的目的，很可能因而拒絕了將自身放置在制憲者情境位置的能力。但是如此一來，新原意主義也拒絕了規範性的重要來源之一：意圖。而除了意圖之外，還有價值。正視「意圖」（intention）與「價值」（value）

---

176 第四種規範性或許跟推理類型有關係，例如其跟類比推理相關。筆者非常感謝王華提供此一觀點。

才是解釋方法論的重要課題，這也是Dworkin在《法律帝國》中的語言學之刺所專注的課題。

在筆者看來，或許制憲者意圖原意主義才是有辦法宣稱具有規範性的原意主義類型，因為納入制憲者意圖意味著解釋者將憲法文本意義的規範性取決於制憲者主觀意圖上，在接受制憲者意圖時也一併接受了該意圖讚許的價值。雖然筆者不認同制憲者意圖原意主義，但是制憲者意圖原意主義確實是比較一致且真誠的。此外，新原意主義放棄了制憲者意圖的主張也並沒有真正回應死人之手的質疑。道理很簡單，因為死人之手的質疑並不是在語言層面，而是在於意圖對於解釋者的方法論層面（或拘束力）。死人之手的質疑是為何解釋者要受到制憲者意圖的限制？新原意主義卻迴避了這個課題。

最後，我們透過意義的規範性可以看到新原意主義的兩難。一方面，新原意主義希望建立起解釋的中立性，將其解釋方法不僅是作為所有憲法解釋的出發點，也是憲法解釋的邊界，維持語言中立性的可能。但若要維持邊界，便必須說明為了解釋者則必須（或應該）維持這個邊界。換言之，若不處理意義的規範性課題，是無法說明「解釋者為何受到語言拘束」的問題。然而，一旦要處理意義的規範性問題，勢必就需要面對「哪一個意義下的規範性」以及「哪一種規範性來源」？無涉價值的中立性在此遭遇兩難，則指向新原意主義的最大問題：迴避價值與規範性課題。

我們甚至可以從原意主義的意義理論見到這種兩難。我們發現到「文本脈絡」對於憲法文本的語言內容以及憲法文本的目的意義皆有影響，然而，原意主義並未告訴我們脈絡究竟是如何影響「語言內容」與「目的」的。或許我們可以說，解釋者如何看待文本的脈絡（換言之，如何看待憲法文本）其實（根本或部分）決定了解釋者如何看待憲法規範性的課題。因此這不是一個無涉價值的問

題，而是必須涉及價值介入的階段。Dworkin以複雜的方式討論這個課題，Marmor則以結構清晰的說明，指出關鍵在於如何看待權威性憲法文本，而新原意主義卻迴避（或是延後）了這個課題。

### 伍、一場仍在發展的方法論爭辯：意圖、語言與目的的爭奪之戰

許多人常誤解美國的憲法學欠缺了法學方法論之研究，實則不然。方法論研究在美國憲法學的時間確實不長，美國學者也較欠缺一般法學方法論的研究旨趣，但是他們對於法律推理的性質、意義與可能貢獻卻具有相當程度的討論，也非常重視法律與語言的關係，例如Marmor所編輯的《法律語言哲學基礎》（PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF LANGUAGE IN THE LAW）便是一本語言哲學在法律解釋上的重要論文集。

從一般方法論到更具體的憲法解釋方法論，新原意主義對於自身的整合理論的確不容小看。第一、原意主義者們的確逐漸發展出可以適用的方法。第二、從過去的實踐來看，原意主義作為標籤不僅會在司法實務界持續出現，也會在學術持續產生影響力。第三、在我看來最值得注意的是，原意主義也逐漸發展自身的憲政概念觀，對於「憲法是什麼？」、「憲法基本要素」，以及「觀念的證立基礎為何？」等問題持續探討。例如，Balkin的《活的原意主義》一書做了一個很清晰的例示：Balkin將自身的原意主義稱之為框架性原意主義，認為憲法是一種初擬協議以設定治理框架，而且必須透過憲法建構的方式，在時間發展下逐漸填補具體內容。他也運用了法理學上的法概念區分，檢討憲法解釋的問題<sup>177</sup>。我們不應該忽視這股持續理論化以及加深規範性理論的企圖與趨勢。

---

177 BALKIN, *supra* note 17, at 42-44, 349.

但是原意主義（特別是新原意主義）的發展，卻開始逐漸忽視意義的規範性這個課題。從本文的介紹與分析，我們可見到狹義的解釋行為的中立性（探詢憲法文本的語言內容）或許根本不存在，所謂不存在不是指概念的說明力薄弱，而是原意主義企圖將活的憲法等納入解釋方法中立性的陣營，這項企圖並不會成功。此外，另一值得關注的議題是原意主義與法治（the rule of law）的關係：法治是一個高度價值乘載的概念，或者是一群價值的核心表述。筆者隱約發現原意主義似乎抱持一種較為形式的法治觀，特別重視文本權威性。此外，也對於權利肯認抱持較為懷疑的態度。如何仔細檢視原意主義的法治觀，將會是重要的思索課題。

新原意主義的確給予我們非常清晰的理論成果，但是這個理論成果是以忽視價值選擇為主要代價。原意主義方法論的發展對臺灣有何啟發或許有待觀察，但是透過對於他們方法論的分析，讓我們看到在法學方法論的研究上，我們需要認真地分析「意圖」、「目的」與「語義」三個概念，而非草率地將這三者視為解釋上不可被質疑的出發點。這個問題也將我們帶往價值在憲法解釋與法律解釋究竟有何功能與地位的方向。這部分則是本文力有未逮，希望未來繼續朝向的研究方向。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

- Ingeborg Puppe著，蔡聖偉譯（2010），法學思維小學堂：法學方法論密集班，臺北：元照。[Puppe, Ingeborg (2008), *Kleine Schule des juristischen Denkens*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.]
- Ronald Dworkin著，李冠宜譯（2002），法律帝國，臺北：時英。[Dworkin, Ronald. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.]
- 王鵬翔（2014），接受的態度能夠證成法律的規範性嗎？——評莊世同〈法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的接受論證〉，中研院法學期刊，14期，頁387-405。
- （2018），法律的根據與法律義務的性質，政治與社會哲學評論，65期，頁89-152。
- 林超駿（2006），美國法上有關原意主義辯論之例示與啟示——以Scalia大法官之見解為中心，收於：超越繼受之憲法學：理想與現實，頁124-185，臺北：元照。
- 翁岳生（2000），憲法解釋與人民自由權利之保障，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務（二），頁1-22，臺北：中央研究院中山人文社會科學研究所。
- 張嘉尹（1992），憲法解釋理論之研究，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- （2016），再訪憲法解釋理論——兼論憲法解釋上的「原意主義」爭議，憲政法理學研討會，台灣法理學會、世新大學法學院暨臺灣大學人權與法理學研究中心主辦，2016年4月23日。
- （2016），給一個說法／法律解釋，始於文義終於文義？，

在野法潮，31期，頁10-11。

——（2019），憲法解釋作為憲法續造——一個方法論的反思，  
中原財經法學，43期，頁1-38。

莊世同（2013），法律的概念與法律規範性的來源——重省哈特的  
接受論證，中研院法學期刊，13期，頁1-36。

——（2014），法律的規範性與法官的義務——對三篇評論文的  
回應，中研院法學期刊，14期，頁429-478。

陳弘儒（2020），初探目的解釋在法律人工智慧系統之運用可能，  
歐美研究，50卷2期，頁293-347。

黃丞儀（2015），潔淨空氣，如何解釋？從Duke Energy (2007)與  
Massachusetts v. EPA (2007)論美國行政法中立法目的、行政解  
釋和司法審查之關係，臺大法學論叢，44卷3期，頁665-744。

鄭凱元（2006），語義規範性與自然主義的化約論，揭諦，10期，  
頁39-72。

謝世民編（2015），理由轉向：規範性之哲學研究，臺北：臺大出  
版中心。

顏厥安（2008），德沃金之詮釋主義及其徹底化，中研院法學期  
刊，3期，頁163-200。

蘇以文（2010），語用學的發展與展望，人文與社會科學簡訊，12  
卷1期，頁128-135。

蘇彥圖（2017），憲政民主的死人之手問題——憲法規範權威的初  
步反省，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務（九），頁  
135-199，臺北：中央研究院法律學研究所。

## 2. 外文部分

Austin, John. 1975. *How To Do Things with Words*. 2d ed. Cambridge,  
MA: Harvard University Press.

Bach, Kent. 1999. Type-Token Distinction. Pp. 936-937 in *The  
Cambridge Dictionary of Philosophy*. 2d ed., edited by Robert Audi.

- New York, NY: Cambridge University Press.
- Balkin, Jack. 2011. *Living Originalism*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- . 2014. Why Are Americans Originalist? Pp. 309-326 in *Law, Society and Community: Socio-Legal Essays in Honour of Roger Cotterrell*, edited by Richard Nobles and David Schiff. Burlington, VT: Ashgate Publishing.
- Barnett, Randy. 1999. An Originalism for Nonoriginalists. *Loyola Law Review* 45:611-654.
- . 2009. The Misconceived Assumption about Constitutional Assumptions. *Northwestern University Law Review* 103:615-661.
- . 2011. Interpretation and Construction. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 34:65-72.
- Bratman, Michael. 1999. *Intention, Plans, and Practical Reason*. Stanford, CA: Center for the Study of Language and Information.
- Brest, Paul. 1980. The Misconceived Quest for the Original Understanding. *Boston University Law Review* 60:204-238.
- Chen, Hsiang-Yun. Forthcoming. Contextualism and the Semantics of “Woman”. *Ergo*.
- Cross, Frank B. 2013. *The Failed Promise of Originalism*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- Dworkin, Ronald. 1986. *Law’s Empire*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Ekins, Richard. 2012. *The Nature of Legislative Intent*. Oxford: Oxford University Press.
- Fallon, Richard. 1997. “The Rule of Law” as a Concept in Constitutional Discourse. *Columbia Law Review* 97:1-56.
- Fleming, James. 2013. The Inclusiveness of the New Originalism. *Fordham Law Review* 82:433-452.

- Gampel, Eric H. 1997. The Normativity of Meaning. *Philosophical Studies* 86:221-242.
- Greenawalt, Kent. 1999. *Legislation: Statutory Interpretation 20 Questions*. New York, NY: Foundation Press.
- Greenberg, Mark. 2014. The Moral Impact Theory of Law. *Yale Law Journal* 123:1288-1342.
- . 2019. Beyond Textualism. UCLA School of Law, Public Law Research Paper No. 19-41. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3470781>.
- Greene, Jamal. 2009. Selling Originalism. *Georgetown Law Journal* 97:657-721.
- Grice, Paul. 1989. *Studies in the Way of Words*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Griffin, Stephen. 2020. Assessing Originalism: Ten Years (Roughly) After Heller and Living Originalism (Part I). In *Balkinization*, <https://balkin.blogspot.com/2020/06/assessing-originalism-ten-years-roughly.html>.
- Grove, Tara Leigh. 2020. Which Textualism?. *Harvard Law Review* 134:265-307.
- Hart, H.L.A. 1994. *The Concept of Law*. 2d ed. New York, NY: Oxford University Press.
- Hitchcock, Christopher. 2017. Actual Causation – What’s the Use. Pp. 116-131 in *Making a Difference: Essays on the Philosophy of Causation*, edited by Helen Beebee, Christopher Hitchcock and Huw Price. New York, NY: Oxford University Press.
- Kar, Robert Bradley, and Margaret Jane Radin. 2019. Pseudo-Contract and Shared Meaning Analysis. *Harvard Law Review* 132:1135-1219.
- Kay, Richard. 1988. Adherence to the Original Intentions in

- Constitutional Adjudication: Three Objections and Responses. *Northwestern University Law Review* 82:226-292.
- Marmor, Andrei. 2013. Meaning and Belief in Constitutional Interpretation. *Fordham Law Review* 82:577-596.
- McGinnis, John, and Michael Rappaport. 2013. *Originalism and the Good Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Meese, Edwin. 2007. Speech by Attorney General Edwin Meese, III, before the American Bar Association. Pp. 47-54 in *Originalism: A Quarter-Century of Debate*, edited by Steven G. Calabresi. Washington, D.C.: Regnery Publishing, Inc.
- Mikhail, John. 2019. Emoluments and President Trump. *Valparaiso University Law Review* 53:631-681.
- Pearl, Judea, and Dana Mackenzie. 2018. *The Book of Why: The New Science of Cause and Effect*. New York, NY: Basic Books.
- Pearl, Judea, Madelyn Glymour, and Nicholas P. Jewell. 2016. *Causal Inference in Statistics: A Primer*. New York, NY: Wiley Press.
- Raz, Joseph. 2011. The Myth of Instrumental Rationality. Pp. 141-177 in *From Normativity to Responsibility*. New York, NY: Oxford University Press.
- Rehnquist, William H. 1976. The Notion of a Living Constitution. *Texas Law Review* 54:693-705.
- Sapir, Edward. 2014. *Language: An Introduction to the Study of Speech*. Reissue ed. New York, NY: Cambridge University Press.
- Scalia, Antonin. 1998. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Schauer, Frederick. 2020. Constructing Interpretation. Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2020-74. Available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3714933](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3714933).
- Shapiro, Scott. 2011. *Legality*. Cambridge, MA: The Belknap Press of

Harvard University Press.

- Solum, Lawrence B. 2008. Semantic Originalism. Illinois Public Law and Legal Theory Research Paper No. 07-24. Available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1120244](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1120244).
- . 2013. Communicative Content and Legal Content. *Notre Dame Law Review* 89:479-520.
- . 2013. Originalism and Constitutional Construction. *Fordham Law Review* 82:453-537.
- . 2015. The Fixation Thesis: The Role of Historical Fact in Original Meaning. *Notre Dame Law Review* 91:1-78.
- . 2017. Originalist Methodology. *University of Chicago Law Review* 84:269-295.
- . 2019. The Constraint Principle: Original Meaning and Constitutional Practice. Available at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2940215](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2940215).
- Solum, Lawrence, and Robert Bennett. 2011. *Constitutional Originalism: A Debate*. Ithaca, NY: Cornell University Press.
- Strang, Lee J. 2017. How Big Data Can Increase Originalism's Methodological Rigor: Using Corpus Linguistics to Reveal Original Language Conventions. *UC Davis Law Review* 50:1181-1241.
- Thomas, Jenny. 1995. *Meaning in Interaction: An Introduction to Pragmatics*. New York, NY: Routledge.
- Tushnet, Mark. 2020. *Taking Back the Constitution: Activist Judges and the Next Age of American Law*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Whittington, Keith. 2013. Originalism: A Critical Introduction. *Fordham Law Review* 82:375-409.
- Wikforss, Åsa Maria. 2001. Semantic Normativity. *Philosophical Studies* 102:203-226.

## On Original Public Meaning Originalism: A Critique of Its Neutralization and the Source of Semantic Normativity

*Hung-Ju Chen\**

### **Abstract**

The debate between originalism and living constitutionalism has been a contentious issue in American constitutional theories since the end of the Warren Court. Originalists insist on the idea of the framers' intent as the criterion for determining the meaning of a constitutional text. After the 1980s, however, many originalists turned to the idea of public meaning originalism, focusing on the linguistic meaning of constitutional provisions. Scholars have adopted well-defined conceptual tools from the philosophy of language to develop interpretive ideas, such as the distinction between interpretation and construction, and to crystalize two core theses that the family of originalists shares: the Fixation Thesis and the Constraint Principle. A series of theoretical developments in originalism has provided the foundations for the methodology of originalism. This article aims at examining whether the methodology of originalism is sound in three parts. The first part explicates the two core theses of originalism in detail and how their proponents argue for the idea of original public meaning originalism. The second part, based on the contribution of Judea Pearl's causal diagram, explains why finding a linguistic meaning of a constitutional text cannot be neutral because the context of such a text is a cofounder that affects the determination of the linguistic meaning of the text and the legal content through the purposive meaning of the text. Therefore,

---

\* Assistant Research Fellow, Institute of European and American Studies, Academia Sinica.

determining a text's linguistic meaning through the semantic content of a word or a sentence does not guarantee neutrality. In addition, the third part also investigates the questions of whether meaning has normativity, where such normativity comes from, and what kinds of normativity an originalism might hold. Based on Åsa Maria Wikforss' work, this article argues that public meaning originalism cannot avoid taking the idea of the framers' intent as the source of normativity of meaning.

**KEYWORDS:** originalism, constitutional interpretation, the framers' intention, original public meaning originalism, semantic normativity, Judea Pearl, Åsa Wikforss.