

关联法律理论+案例解析+疑难解答



SHENPAN LILUN YU SHIWU WENTI YANJIU

审判理论与 实务问题研究

邹吉昌◎主编
许建

APC 安徽人民出版社
ANHUI PEOPLES PUBLISHING HOUSE



审判理论 与实务问题研究

邹吉昌 主编
许建

APC 安徽人民出版社
ANHUI PEOPLES PUBLISHING HOUSE

责任编辑:张 旻 洪 红

装帧设计:钱志刚

图书在版编目(CIP)数据

审判理论与实务问题研究/邹吉昌,许建主编. —合肥:安徽人民出版社,
2008.8

ISBN 978-7-212-03345-3

I. 审… II. ①邹…②许… III. 审判—研究—中国 IV. D925.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 121458 号

审判理论与实务问题研究

邹吉昌 许 建 主编

出版发行:安徽人民出版社

地 址:合肥市政务文化新区圣泉路 1118 号出版传媒广场 邮编:230071

发 行 部:0551-3533258 0551-3533292(传真)

经 销:新华书店

制 版:合肥市中旭制版有限责任公司

印 刷:合肥瑞丰印务有限公司

开 本:787×960 1/16 印张:19 字数:370 千

版 次:2008 年 8 月第 1 版 2008 年 8 月第 1 次印刷

标准书号:ISBN 978-7-212-03345-3

定 价:38.00 元

本版图书凡印刷、装订错误可及时向承印厂调换

编 委 会

主 编 邹吉昌 许 建

副 主 编 孙建国 袁开平 唐义干 徐淑萍
黄金龙

执行主编 徐淑萍

编 委 (以姓名笔画为序)

丁祝青 李 军 李志军 李晓勤
许明权 朱 勇 杨 柯 程洛发
潘孝峰

序

法律是人们必须遵守的,具有普遍约束力的行为规范,良好的法律制度是法治现代化不可或缺的因素,对于维护社会秩序、保障人民权益、促进社会发展有着至关重要的作用。但是,法律本身是僵化的,法律的生命体现在生动的实践中,体现在法官的权衡与思考中,体现在每一个案件的法律适用中。美国著名法学家德沃金曾说过:“法院是法律帝国的首都,法官是帝国的王侯。”法官是法律的实施者,正义的宣示者,公平的维护者。

迅猛发展的科技和瞬息万变的生活正在深刻改变着传统的审判工作模式,人民法院面临着前所未有的机遇,也面临着前所未有的挑战。作为社会秩序的维护者,法官维系着社会对公平正义的信任和期盼。面对着日益精细的法律规定和纷繁复杂的现实社会,法官不仅要有深厚的法学理论功底和丰富的审判实践经验,更要具有感受社会变革对法律和司法影响的敏锐和洞见。公正从来不是一成不变的,需要法官深入的思考、不懈的探求,需要法官勇敢的开拓和无畏的进取。因循守旧将会坐失良机,亦步亦趋只能无所进步,懒散畏缩注定一事无成。

任何事业的成就都离不开精英的贡献,审判事业也不例外,社会的进步呼唤着高素质的法官,法治的发展呼唤着永不倾斜的天平。一名优秀的法官,应当崇尚法律,心怀民众,公正司法,一心为民;应当思维敏捷,勤于思考,善于透过现象看本质,对法律和社会有着敏锐的洞察力;应当不唯书、不唯上,注重在实践中实现理论的创新和发展,达到理论与实践的完美契合。

近年来,合肥市两级法院坚持以科学发展观为指引,以司法为民为根本,以公正与效率为主题,以审判工作为主线,以提高法官素质为重点,各项工作都取得了令人瞩目的成绩,得到了社会各界的一致认同和

广泛赞誉,为我省法院工作的发展和法治建设作出了应有的贡献。

良好的环境和浓厚的氛围是造就审判精英的摇篮,有利于法官司法素养的积淀和养成。合肥市法院系统历来重视调研工作,致力于打造一支业务上精益求精,理论上广有造诣的职业化法官队伍。在优质、高效完成审判工作的同时,大兴调查研究之风,启发法官对前沿问题深入思考,对审判经验及时总结,对众多带有普遍性的问题进行前瞻性研究,极大地促进了审判工作的健康发展。这本论文集收录的文章虽有长有短,观点各异,但都贴近法官生活,紧密结合审判实践,不作空泛议论,注重解决实际问题,许多地方可圈可点,不乏真知灼见。书中的作者,有长期从事审判工作的资深法官,也有进入法院不久的院校毕业生,虽经历不同,侧重不同,但都在繁重的工作之余进行了难能可贵的探索和尝试,并以新颖的视角阐述了自己对法律和司法的独到见解。书中收录的论文涉及法律的各个方面,既有审判研究,又有理论探讨,题材广泛,资料翔实,分析透彻,论证严谨,对指导审判工作,提高理论水平具有较高的借鉴价值。本书是合肥市法院系统近几年调研成果的集中荟萃,也是我省法院调研成果的一次有效展示,对于促进全省法院调研工作发展必将产生积极的影响。

时值寒冬,大雪纷飞,合肥正经历着暴雪的考验。论文集的出版,让我们宛如在严寒中感到了一丝暖意,闻到了一缕清香。我们相信,安徽法院调研工作繁荣的春天已经不远了。

中华人民共和国大法官
安徽省高级人民法院院长

二〇〇八年二月五日

目 录

序	周 溯 1
职业法官与法律解释	邹吉昌 1
司法权社会化改革实证研究	
——从少年刑事司法社会调查员制度切入	许 建 杨 柯 11
司法便民机制的反思及完善路径探讨	姚海峰 20
司法救助体系构建之思考	徐明显 30
论刑事诉讼中的证据开示制度	沈 昊 40
诬告陷害罪构成之论辩	
——以高天虎诬告陷害罪为例	徐艳阳 50
论非法证据排除规则在刑事审判中的运用	张厚勇 58
民刑交叉案件处理机制之构想	陈锡庆 69
我国刑法中的民法论纲	徐艳阳 78
夫妻财产权行使与第三人利益平衡保护问题探讨	凌 岩 90
论离婚案件中不动产的争议与分割	高 鹏 103
医患纠纷案件审理中的疑难问题探讨	裴文泓 113
交通事故巡回审判制度初探	王 勇 129
公司司法解散制度探析	秦顾萍 仇欲晓 140
涉及房产登记行为纠纷的审查处理对策探讨	
——兼议民事与行政交叉问题的解决	丁爱民 149
论合同漏洞填补	
——兼论对《合同法》第 61 条和第 62 条的理解与适用	叶红伟 156

有限责任公司的解散与清算立法及司法实务问题研究	樊泽霞 166
公司法人格否认的理论与实践问题探讨	罗 钢 178
职工参与制度研究	张 利 184
客户名单及其司法保护疑难问题研究	王怀庆 205
我国民事诉讼中证人出庭作证问题探讨	赵先娥 218
民事执行中的若干问题探讨	程洛发 227
论行政诉讼中的合理性审查	张文超 234
论行政诉讼证明标准	聂新春 244
论行政争议与民事争议的交织与审理	张 虹 253
税收法定主义与我国税法完善研究	梁 征 271
《诉讼费用交纳办法》实施问题研究	丁文杰 290

职业法官与法律解释

邹吉昌*

法律解释是指解释主体对法律文本意思所做的理解和说明。德国法学家萨维尼曾言:“解释法律,系法律学之开端,并为其基础,系一项科学性之工作,但又为一种艺术。”^①台湾地区学者王泽鉴先生也指出,法律解释乃法律适用上最重要、最困难的工作,所谓法律人的素养,多取决于其解释法律及论证说理的能力。法律解释乃是法适用之不可欠缺的前提,可以说,凡有法律之适用,便须有法律之解释。作为职业法律家团体中的精英阶层,解释法律既是法官一项不可或缺的日常工作,更是法官职业能力和司法艺术的具体体现。最高人民法院发布的《关于增强司法能力提高司法水平的若干意见》明确提出要增强正确适用法律、公正高效司法、保障在全社会实现公平和正义的能力,这具有极强的针对性和深远的历史意义。法律解释作为法律适用的基本前提,法官运用法律解释的具体能力也就成为考量法官司法能力和水平的重要指标,它必然要求法官能够掌握并且娴熟运用法律解释的有关方法、规则和理论。

一、作为法律解释主体的法官

如果按照有权解释和无权解释来对法律解释进行划分,那么从形式上看,在我国现行的法律解释体系中,有权解释仅指立法解释和最高司法机关——最高人民法院和最高人民检察院的司法解释,凡是人民法院在审判过程中具体应用法律问题,皆由最高人民法院进行解释。这就表明,具有法律意义的审判解释权是由国家最高审判机关统一行使的,从而在主体上排除了法官解释法律的资格。法官,包括最高人民法院的法官针对具体案件适用法律进行解释在形式上是不被允许的,因而法官在适用法律过程中不存在解释法律的问题。司法解释是我国特有的一个法律概念,特别是最高人民法院的司法解释,在司法实践中无论从数量、涉及的范围、

* 邹吉昌:合肥市人大常委会副主任、原合肥市中级人民法院院长。

① 转引自王泽鉴著:《民法总则》(增订版),中国政法大学出版社2001年版,第50页。

地位和作用看,都可以被视为除法律、法规以外最重要的“法源”,成为法官审理和裁判案件最基本的依据之一。陈兴良教授认为,司法解释在我国之所以发达主要有三个方面的原因:一是立法规定之粗疏,二是法官能力之不足,三是判例制度之缺位。在上述三个原因没有消除的情况下,司法解释制度还是具有存在的合理性的。^①应该说,这是与我国法治建设的历史和现实状况相适应的。但是,我国的司法解释主要属于为实施法律而做的规范性解释,本身仍然具有与立法规范相似的抽象性、概括性和时滞性等缺陷,而且这种由最高人民法院统一行使法律解释权的形式,从制度上否定了法官解释法律的资格,抑制了法官在审判活动中理应发挥的主动性和创造性,在一定程度上制约了法官职业能力的提高,使得法官素质在低层次领域内徘徊不前。客观现实造就了司法解释存在的合理性,但这种合理性显然是相对的,它必然要随着立法质量和法官水平不断提高的现实状况作出相应的调整。

我国独具特色的统一司法解释体制,使得法官作为法律解释主体的问题长期以来一直被人们所忽视。随着我国司法实践的发展和法律解释理论研究的深入,改革和完善现行法律解释体制的呼吁也逐渐增多,针对我国法律解释主体范围的认识误解,梁慧星教授提出,在我国,依解释者的身份不同,可将法律解释分为四种:立法解释、司法解释、裁判解释和学说解释。司法解释是指最高人民法院所作的解释,而裁判解释的解释者是审理案件的法官,包括合议庭中的法官和独任法官。^②还有一些学者建议,应当将司法解释权由最高司法机关下放给法官,实现司法解释主体的多元化。^③总体而言,司法解释由目前一元化的规范性解释向法官个案性解释过渡已经成为我国法律解释体制发展的一种必然趋势。

法治社会要求良法之治,但是法律是一个高度抽象化、概念化的行为规则体系,然而徒法不足以自行,要真正发挥法律的规范功能,将“书本上的法律”变成现实中“活的法律”,离不开法官对法律的解释适用。正如马克思所言:“要运用法律就需要法官。如果法律可以自动运用,那么法官也就是多余的了。”就权力属性而言,法律解释权是法官裁判权必不可少的组成部分,“法官解释的根据是对本案的裁判权,无须另外再有什么解释权”。^④法官解释法律的正当性决定了法官是法律解释的理所当然的主体,法官解释法律的过程就是法官赋予法律生命的过程,也是法律的正义价值与法官的职业价值相互融和统一的过程,没有这一过程,法律的效

① 陈兴良:《司法解释功过之议》,载于《法学》2003年第8期。

② 梁慧星著:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第63—67页。作者在该处仅指最高人民法院所作的司法解释。

③ 胡夏冰著:《司法权:性质与构成分析》,人民法院出版社2003年版,第253页。

④ 梁慧星著:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第67页。

力就始终是潜在的,法律的作用就无法充分发挥,法律的价值就得不到实现。

二、法律解释是法官的必要工作

法律从复杂的社会关系中抽象而来,它舍弃了个别社会关系的特殊性,而表现为同类社会关系的一般性。虽然法律同其他社会规范一样,是为人们的行为提供标准的,但法律所提供的行为标准是一般的,概括的标准,不针对具体的人和事。正如柏拉图所言:“法律绝不可能发布一种既约束所有人同时又对每个人都真正有利的命令,法律在任何时候都不能完全正确地给社会的每个成员作出何谓善德,何谓正确的规定。人类个性的差异,人们行为的多样性,所有人类事务无休止的变化,使得无论是什么艺术在任何时候都不可能制定出可以绝对适用于所有问题的规则。”^①事实上,由于立法者受到人类认识局限性的影响,立法时不可能事事思虑周全,预见和穷尽将来所有的可能和变化。面对纷繁复杂和不断变化的社会,法律从它制定出来的那一天起,就已经开始和它所处的社会脱节了,法律滞后的问题不可避免地会出现,加之法律具有相对稳定性,不能朝令夕改,因此法官通过法律解释在一个个具体的个案中“通过把法律加以调整使其适应于确实发生的事实状态”,^②这对于克服成文法僵化刻板的弊端,使法律跟上社会发展的需要具有不可替代的作用。

法律是立法者用语言文字表述出来的行为规则。^③ 尽管立法者尽可能地使法律规则清晰明确,但是法律的固有特征仍使其具有相对不确定性。因为语言文字具有多义性,对同一概念,在不同的语境中可能有不同的理解,“同样的词对不同的人会有不同的含义”,^④从而产生语言的歧义;语言还具有模糊性,在法律中,绝对确定的概念是罕见的,有的法律概念直接来源于日常生活,有的来自立法者或法学家的创造,常常是十分不确定的,因此产生了许多法律适用中的不确定性。此外,立法者对立法客体以及语言文字的认识局限也制约着法律文本的表达力,他们不可能把所意识到的东西在法律规则中都清晰地表现出来。在司法实践中,法律规则相互重叠、冲突、矛盾、模糊,表述不清的现象屡见不鲜。作为法律规则载体的语言本身的表现力是有限的,语言是在不断解释中被使用的,这就决定了法官解释法律不仅是必不可少的,而且是长期的、反复进行的。

① 转引自[美]博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来译,华夏出版社1987年版,第8页。

② [美]博登海默:《古代法》,沈宗一译,商务印书馆1984年版,第20页。

③ 梁慧星著:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第52页。

④ [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁德君、吴越译,法律出版社2003年版,第75页。

法律解释对法官之所以必要,还在于“法律解释实践活动的展开过程是法官拥获独立性的过程”。“解释法律是法官的社会生存方式,并且是法官的唯一社会生存方式”。^① 否认法官释法的必要性,实际上就是否认法律解释是法官固有的法律思维方式,否认法官是一种应当具备特殊技能的专门职业。正是由于我国现行法律解释体制对法官释法作用的忽视,许多法官缺乏独立思考的能力和愿望,在面对疑难案件时习惯求诸于请示、报告,等待“权威”指示,逐渐丧失法官必须的职业思维方式和方法,而造成法官职业的平民化问题日渐突出,而法官职业的平民化则进一步削弱了法官解释法律、适用法律的能力,反过来又导致社会公众对法官独立审判能力的不信任。法治社会的法律并不是僵化的教条,法官也不应当是机械的法律操作工匠,那种相信事实可以轻易地与法律对号入座的想法是极其幼稚的。我们可以看到几乎每一个案件,尤其是在复杂案件中,可能被法官援引的法律条款的实际意义并非是一目了然的。每一次法律适用,都是法官进行多层面的法律识别、理解、判断的过程,法官只有具备专门的职业技能和独特的法律思维方式,能够在正确认定事实的基础上,对法律做出合乎其目的、价值的解释。也只有这样,法官才能真正担负起维护社会公平与正义的神圣使命,并且赢得公众对法官独立的认可。

三、法律解释的规则和方法

马克思说过,“要思维就得有思维的规定性。”作为法律思维的具体方法,法律解释也必须受其自身思维规则的约束。因此,法官掌握规范的法律解释方法和规则,从而能够正确适用法律处理手头的案件,是司法能力和职业素养的重要方面。就法律解释的规则而言,笔者认为法官在解释法律时应当遵循四项规则:词语规则、全面规则、理性规则和次序规则。

首要的规则是“词语为先”。对法律文本字义的理解是法律解释的起点,准确衡量法律条文含义,能有效保障法律的稳定性。解释法律文本字义应遵守语法规则和逻辑规则,对于专门性概念,应按照相应的技术含义解释。如果根据法律条文字义只能得出一个意思,那么法官就不能作出其他的解释。

其次是全面规则。这包含两方面的意思,一是必须把法律作为相互衔接,具有逻辑性的统一整体来看待。从所有条款和构成部分的相互关联中协调地解释法律,从法律事实的全面内容与法律文本的总体联系中分析、理解和说明应当适用的法律规则的内容和含义。二是必须全面地收集和整理解释材料。既要收集对法律

① 齐延平著:《人权与法治》,山东人民出版社2003年版,第317、319页。

解释活动具有约束力的权威材料,如法律文本本身、司法解释、一般法律原则,也要注意收集对法律解释活动不具有约束力,但有利于形成正确结论的其他非权威材料,如有关立法背景和准备情况、社会习惯和道德规范、已经生效的类似案件的裁判,等等。

第三是理性规则。法官解释法律必须合乎理性,不得作非理性的解释。法律解释的前提是必须秉着客观的态度。从某种主观目的出发,任意解释或者曲解法律是司法武断和专横的表现,也是严重违背法官职业道德的行为。特别是当运用语词规则进行解释可能无法明确法律含义,甚至可能出现荒谬的结论时,法官应当排除个人利益和情感对解释的影响,从尊重社会公理、遵守公序良俗出发,合理衡量各个方面的利益关系,寻求最符合理性要求的法律文本的含义。

第四是次序规则。在解释的对象上,要坚持“规则为先”。审判解释的基础仍然是建立在对法律规则的正确理解和阐释之上的,只有法律规则规定不明确或者适用规则显失公平公正时,方可适用法律的一般原则,应当禁止适用法律向一般条款逃逸的行为。对于法律漏洞的填补或是对“恶法”的回避,都应是法官的“最后选择”,这种选择必须确实符合正义的理念,并且必须局限于法官所审理的个案。

法律解释的另一个重要问题是解释的方法问题。所谓法律解释的方法,是指为了明确某一法律文本的内容、意义、适用范围、构成要件、法律后果等,所采用的方法。对法律解释方法的研究源远流长,法律解释的方法也随着时代的进步不断发展。梁慧星教授将法律解释方法区分为四个类型,共十种方法。四个类型是文义解释、论理解释、比较法解释和社会学解释。其中论理解释包括七种方法:体系解释、立法解释、扩张解释、限缩解释、当然解释、目的解释和合宪性解释。加上各自成为一个类型的文义解释、比较法解释和社会学解释,总共是十种解释方法。解释方法不必然能保证结论的正确,但确可减少个人判断的主观性。^①法官应当加强法律解释方法论的培养,在进行法律解释时,尊重法律解释的价值目标,遵循审判解释方法运用规则。

法律解释方法种类繁多,法官对各种方法的选择必须经过通盘考虑权衡,不可仅凭个人喜好任意选择解释方法。如前所述,法律解释必须从文义解释入手,如果通过文义解释,不存在复数解释可能性时,就不得再运用其他解释方法;只在当文义解释存在复数解释可能性时,才可以继续以论理解释。但在不超过法律文义可能的范围时,其他解释方法(如论理解释、比较法解释或社会学解释)与文义解释结果不一致的,应当以其他解释方法所得解释结果为准。在作论理解释时,应先运用体系解释和立法解释,以探求法律规范原意;在确定法律原意的情况下,可以根

^① 王泽鉴著:《民法概要》,中国政法大学出版社2003年版,第20页。

据案件情况采用扩张解释、限缩解释或当然解释,以宣示法律文本内容的含义;如果对法律文本的解释可能产生两种以上解释或存在疑义,则应进一步探求立法目的,作目的解释,以立法目的作为根据,确定其中符合立法目的的解释;法官做出的法律解释中所体现出的价值判断,最终还必须经过合宪性解释证明其符合宪法之基本价值判断。比较法解释的根据在于各国法律的相互借鉴,社会学解释的根据则在于法律假定来源于社会实践,倘若经采用论理解释等各种方法,仍不能确定解释结论,则可以通过比较法解释或社会学解释作进一步的判断。在不同解释方法所得解释结果相互抵触,却又都言之成理时,法官应当进行利益衡量或价值判断,从中选择最符合社会公平理性的解释结论。

四、法律解释的创造性

伽达默尔曾断言,法律解释在法学意义上是一种法学上的创造性活动,这一点决不会引起争议。^①但在司法领域内,法律解释的创造性却始终是最具争议的话题之一。这种争议,源于立法中心论和司法中心论两种不同的法律思维路径。立法中心论的思维方法把立法者制定的法律置于核心地位,否认审判解释的创造性,要求法官站在立法者的立场上,忠实地执行法律,遵循法律的文义解释方法。立法中心论通常不承认法律有缺陷或漏洞,即使这种缺陷或漏洞确实存在,法官的义务也是“按法律的现状阐明法律,并把补救留给别人去干”。^②司法中心论则认为,能动性和创造性是现代司法的重要特征。法官在适用法律时固然要尊重立法者的权威,但法律自身的局限性决定了法官严格受制定法约束的要求是不现实的,当法官面对制定法的漏洞和缺陷时,必然要求诸法的目的理性和价值理性,不可避免地要通过目的考量、利益衡量和价值判断,体现隐藏在法律规则背后的真正的法的理念。因此,法官在司法过程中不应当机械性地适用法律,而应根据社会的变化,对法律进行自由的创造性的发现。^③

首先,法律原则的存在给创造性解释提供了空间。法律原则包括宪法原则和一般法律原则,它集中反映作为法律规则本源或基础的法的基本理念和目的。法律原则的存在,除了用于宣示立法的价值取向外,还在于立法者考虑到制定法不能完全穷尽实际生活中的所有状况,为避免因法律的局限影响社会的发展,特地有前瞻性地设定可以应对未来变化的一般性准则,赋予其适应社会发展之需要的“弹

① 伽达默尔著:《真理与方法》,洪汉鼎译,上海译文出版社1994年版,第685页。

② [美]博登海默著:《法理学——法律哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第510页。

③ 胡夏峰著:《司法权:性质与构成分析》,人民法院出版社2003年版,第230页。

性”。法律原则所具有的这种特有的“弹性”或“张力”，事实上表明立法者不得不将补充和发展法律的部分权力授予司法者，使法官获得了一定程度的自由裁量权，从而为法官创造性地解释法律预留了必要的空间。在我国，法律原则尤其是民法基本原则在解释和补充法律方面的功能，已经受到了高度重视，诸如诚实信用原则为民法的“帝王条款”，民法基本原则为法官“空白委任状”的观念也逐渐深入人心。周旺生教授将法律原则对法律解释的作用归结为，在需要有法的规则作为处理问题特别是案件的依据但没有法的规则的情况下，法的原则可起到弥补这一不足的作用。在已有法的规则作为依据但按规则办理便会导致不合理、不公正之类结果的情况下，法的原则又可以起到避免这种结果发生的作用。^①在司法实务领域，法官们也开始有意识地利用将法律原则具体化的方式来解释法律，裁判案件。例如，四川泸州市纳溪区人民法院在“张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案”中，依据《民法通则》第7条关于民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益的原则性规定，驳回了原告张学英要求依公证遗嘱受赠蒋伦芳亡夫黄永彬遗产的诉讼请求。

其次，法官填补法律漏洞的工作是一种创造性的工作。法律漏洞是实证法（制定法或习惯法）的缺陷，在被期待有具体的事实行为规定时，明显地缺少法律的调整内容，并要求和允许通过一个具有法律补充性质的法官的决定来排除。^②法律自身固有的特性使其不能在完全的安定性与完全的妥当性之间谋求恰到好处的平衡，因此，即使最好的法律也可能存在漏洞。通过提出一项适于解决各种新问题的准则来弥补缺漏的任务是法官的任务。^③无论从哪个角度来衡量，法官对法律漏洞的填补都是一种无可置疑的创造性工作，法官正是通过这种创造性的工作为完善和发展法律提供着源源不断的动力。1997年，北京海淀区人民法院在“贾国宇诉北京国际气雾剂公司等人身损害赔偿案”中，在当时我国对人身损害精神赔偿没有明确法律规定的情况下，从《中华人民共和国民法通则》第119条“侵害公民身体造成伤害的，应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残疾者生活补助费等费用”中的一个“等”字出发，认为人身损害赔偿应当包括精神损失，判决被告给予原告精神损害赔偿。很显然，本案法官对法律的运用已经不能简单归于规则的扩张解释，而是在公民人身权利意识日益增强、人身权法理论日渐成熟的情况下，根据自己的价值判断适时进行了弥补法律缺漏的工作。就指导原则而言，法官应当在可能的范围内采取一切适当的方式填补法律的缺漏，但法律有时候会明确表明法律适用的范围，例如，刑法的“罪刑法定”原则不允许法官以任何理由在法律以外创设犯

① 周旺生主编：《法理学》，法律出版社2002年版，第12页。

② [德]卡爾·恩吉施著：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第171页。

③ [德]H.科殷著：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社2002年版，第226—227页。

罪行为的新的事实构成,不过,“罪刑法定”原则也并不意味着排除对刑法漏洞的填补,“只要没有因此而创造新的刑罚犯罪事实构成,刑法里是允许法官弥补法律漏洞的”。^①

最后,法官的职责决定了法官必须创造性地适用法律。法官的职责是什么?简言之,就是运用司法手段解决纠纷和实现正义。在任何一个法治社会里,拥有独立地位、固守中立态度、秉承公正理念的法院都被视为维护社会正义的最后一道防线,不得“拒绝司法”,禁止“司法沉默”自然也就成为法官不可回避的职业准则。社会发展的进程是充满矛盾和冲突的进程,如果社会中出现的各种冲突和纠纷得不到及时合理的解决,那么社会的健康机体就会受到侵蚀。法官的职责决定了法官要通过审判活动,准确适用法律对利益冲突作出正确判断,以达到纠纷的妥善解决。法官职责要求法官对于其所面临的个案,无论如何都有义务根据自己对法律的诚挚理解去解释法律,通过对法的目的和精神、习惯、先例、公共政策乃至法理的阐释,从现实的“物质生活关系”中发现法的真实含义,创造性地解释法律并超越法律,在个案中解决和平息纠纷,从而实现社会公平与正义。

五、与法律解释有关的问题

在建设法治社会的进程中,我国一直很注重强调立法的数量、速度和严密性,但是与大规模的立法成就相比,法律实施的实际价值和效果却不尽如人意,这种状况与法官具体适用法律方面的地位和操作方式是密不可分的。因此,在强调法官娴熟掌握法律解释规则和方法的同时,还必须要注意更多方面的问题。

首先,法官在审判实践中应当更加自觉积极地进行法律解释。法律与法官的关系,是法律提出要求,而由法官独立判断并实现法律在现实中的应然。马克思说:“法官的责任是当法律运用到个别场合时,根据他对法律的诚挚的理解来解释法律。”每一个法官都必须在审判中独立地和负责任地对法律进行解释,解释法律不仅是法官的权力,同时亦为法官的一种义务。法官必须坚定解释法律为法官独立审判应有之权力的信念,必须坚定法律解释为法官不可回避之解释的信念。尽管在司法实践中,尤其是在面对复杂和疑难案件时,法官事实上从未停止过对法律的解释。但问题在于,目前的法官所做的法律解释在很大程度上处于法官自发解释的状态,是法官迫于结案压力而不得不作出的非理性选择。对于许多法官来说,解释法律并非是自己分内或应为之工作,他们还不习惯公开自己对法律文本的理解和阐释,更不愿承认在法律适用中加入了自己的价值判断。这种自发型的解释

① 「德」H. 科殷著:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第227页。

是一种低层次的审判解释,是缺乏方法论指导的带有极大随意性和不确定性的解释,因此,我们所需要的应当是在法官理性意识指引下的自觉的法律解释,法官必须依法行使法律解释权,严格遵循法律解释规则,正确运用法律解释的各种具体方法,从而能够对自己处理的案件作出合法、合理的判断。

其次,法官进行法律解释应当加强解释的正当性。审判解释不是法官闭门造车的法律发现过程,而应当是一个开放式的理性对话的过程,是法官谋求审判解释公正性与正当性的过程。哈贝马斯指出,一个司法判决的正当性和可接受性,不但取决于其所适用的法律法规的本身的正当性,还取决于作为规范的适用的对话和司法程序是否符合对话的标准和要求。^①这就要求法官在解释法律时,不但要正确解释法律规范,还必须使解释符合开放的法律对话机制。

在法官裁判案件时,当事人及其代理人也积极表达自己对法律的理解。与法官的立场不同,“纷争当事人所进行的法的推论,实际上就是以胜诉为目的而展开的说服活动”。^②对当事人站在“恶人”立场上的解释,许多法官很少能认真听取,甚至是不屑一顾,这种自我封闭的消极态度,只能助长法官的恣意专断,增加当事人对司法的神秘感和不信任。事实上,当事人特别是其委托的与法官同一职业共同体的律师所提供的法律意见,有助于法官拓展法律认知和了解当事人的法律意图。法官的工作并不是否定这些意见,而是从中判读出对于审判解释有益的信息以及需要法官回答的问题,并且使当事人确信他的意见将会得到法官慎重的考量。

法官不直接与当事人进行法律讨论,更不会与之争辩,法官的对话方式是发布公开的判决书。当前,法官无法律解释权在实践中演变为法官无说明判决理由的义务,导致“法官形成判决的思维过程隐藏于判决书文本的背后,成了一个大象无形的未知域”^③,这严重弱化了法官解释法律的正当性、合理性。开放型解释理念对法官最根本的要求就是法官必须增强判决书的说理性,无论法官如何理解和解释法律,都应当在判决书中说明其适用法律的理由和依据。特别是在疑难复杂案件中,法官对于所援引法律条文的含义尤其是对案件的可适用性,应作详细的解释和说明,让当事人赢得清楚,输得明白。

再次,法律解释应当逐步走向尊重先例。法律解释是一种主观的法律思维活动,不同的法官对同一法律文本必然存在作出多种解释的可能。由于审判实践中法律解释权是由各个法官分散行使,法官进行解释时各行其是,对相同或类似的案

① 转引自陈弘毅著:《法治·启蒙与现代法的精神》,中国政法大学出版社1998年版,第53页。

② [日]松浦好治:《裁判过程与法的推论》,李逸军译,载于刘士国主编:《法解释的基本问题》,山东人民出版社2003年版,第154页。

③ 孙国华、唐仲涛:《公正理念论——司法改革的价值取向》,载于徐春属、李林主编:《依法治国与司法改革》,中国法制出版社1999年版,第306页。