



法律解释：服从抑或创造

Legal Interpretation: Obedience or Creation

武飞 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律方法文丛
Legal Method Library

法律解释：服从抑或创造

Legal Interpretation: Obedience or Creation



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律解释:服从抑或创造/武飞著. —北京:北京大学出版社,2010.6
(法律方法文丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 17336 - 7

I. ①法… II. ①武… III. ①法律解释 - 研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 107360 号

书 名: 法律解释:服从抑或创造

著作责任者: 武 飞 著

责任编辑: 李志军

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 17336 - 7/D · 2627

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 12.75 印张 229 千字

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 33.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

目 录

第一章 法律解释及其难题 /001

- 一、法律解释的概念 /003
- 二、法律解释的难题 /020

第二章 服从性法律解释:法治的基本要求 /025

- 一、法官服从法律的法治理论基础 /027
- 二、法律解释的客观性:法官服从法律的方法论原理 /034
- 三、“服从”理念下的法律解释方法 /042
- 四、服从性解释的优势与局限 /075

第三章 创造性法律解释:司法过程的实质 /081

- 一、创造性法律解释的理论基础 /083
- 二、创造性法律解释的方法论原理 /088
- 三、“创造”理念下的法律解释方法 /092
- 四、创造性解释的优势与局限 /118

第四章 “服从”与“创造”矛盾的协调 /121

- 一、真理的非绝对性:哲学诠释学带来的启示 /123
- 二、达致共识:矛盾协调的可能性分析 /131
- 三、法律论证:矛盾协调的方法 /140
- 四、逻辑、修辞与对话:法律论证的方法 /147

结 语 在服从中创造 /179

主要参考文献 /191

后 记 /198

第一章



法律解释及其难题

法律解释是法学思想史上一个备受关注的领域,人们对这一领域的探索越多就越是感觉司法过程的神秘,也就会产生越多的问题和困惑。正是在探求这些困惑的答案的过程中,人们才推动了司法理论和实践的前行和发展。本书的主旨在于探讨法律解释中法官的角色定位或者说法官的职能权限问题。在讨论正题之前,我们需要对本书中最为重要的概念——法律解释——的含义进行简要的分析和界定。

一、法律解释的概念

(一) 法律缘何需要解释

“解释学是一门艺术,即从文本中得出其中没有的东西。问题在于:既然有了文本,还要解释干什么?”^①经验告诉我们,法律要更好地规范人们的生活,调整社会关系,准确性是法律语言最基本也是最重要的特征。基于对准确性的追求,法律语言很少使用文学上夸张、模糊等修辞手法,尽管如此,法律语言仍然无法摆脱模糊性的存在。可见,法律语言的模糊性,主要不是来自于修辞方式的使用,而更多是来自于内在原因。我们已经认识到,无论立法者多么富有智慧,都不能使法律涵盖所有应调整的社会关系,并自主地适应社会发展。立法者制定的法律是抽象的,且一旦被制定出来便固化为历史,而现实世界是纷繁复杂、变动不拘的,因此法律与个案之间总是存在着差异,这就为法律解释留下了生存的空间。因此法律需要解释,这不仅缘于法律与语言自身的特点,更关涉法律与司法实践的关系。

首先,法律是由文字表达的,文字语言的特性使解释成为必要。一般来说,语言是富有弹性的,它可以包含细微的差别,并且具有适应性,这些特质使得我们仅由语言用法本身不能获得清晰的字义。反之,它会有或多或少的意义可能性及意义变化可能性。^②威利姆斯在其所著《语言与法律》一书中曾言,构成法律的许多语言或多或少总有不明确的地方。语言有核心部分与边缘部分之分,语言的核心部分,其意义固然十分明确,但是越趋近边缘就越模糊,语言边缘之处的“边缘意义”一片朦胧,极易引起争执,而其究竟属于该语言的“外延”领域

^① [德]奥多·马克瓦德。转引自[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第311页。

^② 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第201页。

内还是“外延”领域之外，也难以确定。^①例如，我国的《教育法》、《教师法》和《未成年人保护法》中都有关于禁止教师体罚或变相体罚学生的规定。其中，“变相体罚”就是一个含义非常丰富、外延又不清晰的概念。何谓“变相体罚”？罚站、罚体力劳动、罚抄写是变相体罚，呵斥、讽刺、挖苦、辱骂、刁难等心理攻击也是变相体罚，如果老师的严厉批评也使学生自尊心受到伤害，那么这种批评是不是变相体罚？“变相体罚”与“正当惩戒”之间是否有严格的界限区分？再比如，一份法律文件上记载：“奥某与樊某无子女。”这是什么意思呢？是奥某和樊某没有共同的子女，还是说二人不仅没有共同的子女，也没有各自的子女？^②这些问题都不是简单就能回答的。因此杰肯道夫说，“模糊性是语言表现出来的概念所具有的必然特征”^③。

在法律语言中有很多术语源于日常生活，但其意义往往又与日常生活中所使用的有所不同，有些语词如果脱离了特定的环境，其意义是难以确定的。如德国法学家拉伦茨所说，“法律经常利用的日常用语与数理逻辑及科学性语言不同，它并不是外延明确的概念，毋宁是多少具有弹性的表达方式，后者的可能意义在一定的波段宽度之间摇摆不定，端视该当的情况、指涉的事物、言说的脉络，在句中的位置以及用语的强调，而可能有不同的意涵。即使是较为明确的概念，仍然经常包含一些本身欠缺明确界限的要素”^④。可见，在很多时候，某些法律术语的含义是需要充分了解其存在的语境才能充分理解的。法律中还有些术语来自于法律家和法学家的创造，他们赋予法律术语以特定的含义。通常来说，“法律术语的法律定义在简单的案件中会是有用的。然而通过定义进行解释，常常使对规则的解释问题变成一个解释其语词定义的问题，进而又使后者变成解释定义的定义问题，如此等等。而等找到最后的可资利用的定义，也可能还存在模糊性或歧义性”^⑤。另外，由法律家和法学家们创造的法律术

① 转引自杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第75页。

② 2008年10月30日和31日中央电视台经济频道《为您服务》栏目播出的一个案件中有这样的一段事实：郑州市二七区公证处曾做了一份公证，其中有这样的表述：“奥某与樊某无子女……奥某遗产由樊某一人继承。”事实上，奥某和樊某都是二婚，再婚前各自都有子女，双方婚后无子女。奥某去世后，樊某凭借这样一份公证书将奥某名下的房产过户到自己名下，引起奥某女儿的不满，引发纠纷。在此案中，对于“奥某与樊某无子女”这样的表述，奥某生前所在单位理解为“双方婚后无子女”，因而给樊某开具了相关证明；而房管局则理解为“双方各自及婚后都无子女”，所以给樊某办理房产过户手续。樊某正是利用了这种语言的模糊性来实现了自己的目的。

③ 杰肯道夫：《语义学与认知》。转引自〔美〕劳伦斯·M·索兰：《法官语言》，张清、王芳译，法律出版社2007年版，第119页。

④ 〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第193—194页。

⑤ 〔美〕伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社1999年版，第62—63页。

语往往包含了很多的技术性考量,而“一个概念的技术含量越高,它就越远离日常生活而成为高度专门化的法律概念”^①。同时,现实生活中人们的认识水平总是有差别的,法律文本中所使用的语言在司法实践中可能会产生一些模糊甚至误解。可见,“法律语言是一般语言的特例,但绝不是与后者完全脱离的符号语言。法律语言不能达到像符号语言那样的精确度,它总是需要解释”^②。在此意义上说,法律语言可能产生的模糊性,并非立法者疏忽,甚至也不应称为缺陷,这是任何语言都无法避免的问题。法律只要依赖于语言进行表达,就容易产生争议,也就需要进行解释。

其次,法律规范具有抽象、概括的特点,决定了法律不可能涵盖社会生活的各个方面,它与司法实践之间总是存在着一定的距离,这在制定法中表现得尤为突出。法律同世界上万物一样不可避免地存在着两面性,“法律以其普遍性、确定性、预告性、强制性等特点赢得了无私、不偏、效率、安全等信誉的同时,也暴露出教条、僵硬、划一、公式化的弊端。法律本身优劣并存”^③。

从立法者的角度来说,社会生活是纷繁复杂且不断变化的,法律要能够切实可行地调整这些大量的问题和冲突,就必须具有一定抽象性和概括能力。法律规范的适用对象就必须是一定范围内的一般主体而非特定主体,它只能是对事物共性的抽象和概括,这是法律的普遍约束力的前提。如果法律对事物的所有属性都加以规定的話,法律便失去了它的概括性特点,也就不能称为法律了。法律的这种概括和抽象一方面使其对社会关系的涵盖能力加大,另一方面又使法律更为抽象、难以理解甚至让人捉摸不透,法律距离普通民众越来越远。对司法者来说,社会生活是复杂多样的,“抽象的法律规定虽然可以精确到‘当且仅当’的程度,但是,规范与具体案件相遇时,我们便会发现,案件并非都是按规范设计的模式发生(比如,犯罪分子不可能按照刑法规定的模式去犯罪)”^④。法律的抽象概括无法涵盖复杂的社会生活,抽象的法律与具体的社会生活之间往往并不存在精确的一一对应的关系,尽管如此,法官仍要用这些抽象、概括的法律概念、规则来规范、调整纷繁复杂的社会生活。我们知道,在现实生活中,真正只有一种确切含义的语词少之又少,大多数语词总是在一个或多个方面缺乏清晰度。对法律应用者来说,他要不断面对新的案件,这会使得某些语词初看起来意义并不模糊,而一旦与个案联系起来则歧义多多。因此,立法与司法

① 张文显:《法理学》,北京大学出版社1999年版,第76页。

② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第201页。

③ 董晔:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年版,第89页。

④ 陈金钊:《法律的特性与法律解释——法律解释的一种本体论探索》,载《广西师范大学学报》(哲学社会科学版)2003年第2期。

之间的这种距离往往不是由语言的有限性造成的,或者说主要不是由语言的局限造成的,而是由社会关系的复杂性造成的。而且,我们已经清楚地看到,无论我们对社会关系的认识如何深化,用来描述社会关系的语言的模糊性将是永远存在的。

再次,立法者需要给司法者留下自由裁量的空间。立法者不是裁判官,不可能事无巨细对每一个待决案件都作出详细的法律规定,因此,立法者必须给法官留下自由裁量的空间。如我国《刑法》第264条规定:“盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处3年以上10年以下有期徒刑,并处罚金……”该条规定中的“数额较大”、“多次盗窃”、“3年以下”、“数额巨大”和“其他严重情节”等均为模糊性语言,这种现象在我国的法律规范中应用甚广。可以说,这种法律语言的模糊是立法者故意留下的,这些模糊性语言的存在使得法官可以在法律规定的范围内拥有一定的自由裁量空间,以便根据待决案件的具体情况灵活作出合理判决。当然,这仍然需要以法官根据具体案情合理解释法律为前提。

由此可见,法律解释的必要性往往在法律与个案遭遇时才表现得特别突出。我们可以通过一个案例来进行说明。1883年美国一部法律规定进口蔬菜要征收10%的进口税,而水果则不征收,一位进口商以番茄属于水果为由拒绝缴税,而且把政府告上法庭。那么,番茄究竟属于蔬菜还是水果呢?在这一问题上,人们首先考虑求助词典的解释,在这一案件中,当时美国的几部重要词典对“水果”的定义都无法帮助法官确定番茄的属性。^①可见,“即使以定义的方式确定法律的语言用法,仍然不能保证该用语在该当法律的每个地方都作相同的理解”^②。最后,联邦最高法院作出了解释:番茄在植物学上与黄瓜、南瓜、豌豆一样,都可以被认为是某种藤蔓的果实,但无论是销售商还是消费者,人们一般认为蔬菜是生长在菜园里的,它们可以被烹制或生吃。在正餐上,就像土豆、胡萝卜、防风草、芜菁等一样,蔬菜一般在汤之后,或者在鱼、肉等主菜之后,而

^① 当时美国几部重要的词典对水果的定义是“as the seed of plants, or that part of plants which contains the seed, and especially the juicy, pulpy products of certain plants, covering and containing the seed.” Nix v. Hedden, 149 U. S. 304 (1893).

^② [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第202页。

不像水果一般作为甜点。因此,番茄应属于蔬菜。^①可以说,在日常生活中,我们都知道蔬菜和水果有所不同,无论我们把番茄看做水果还是蔬菜,都不影响我们对它的享用,但是当有人主张番茄属于水果而不应征税时,对番茄属性的解释就成为关键问题。由此可见,当法律遭遇个案,本来被认为“明确”的法律就可能变得不再明确,“对于善于思考的法官来说尤为如此”^②。当然,这只是个实例,如果我们以为,“只有在法律文字特别‘模糊’、‘不明确’或‘相互矛盾’时,才需要解释,那就是一种误解,全部的法律文字原则上都可以,并且也需要解释。需要解释本身并不是一种——最后应借助尽可能精确的措辞来排除的——‘缺陷’,只要法律、法院的判决、决议或契约不能全然以象征性的符号语言来表达,解释就始终必要”^③。可见,语言自身的表达是有限的,而法律所面对社会事实是无限的,要使法律对社会生活的调整顺利进行,就必须根据司法实践中的具体个案对法律进行有根据的阐释和说明,否则就可能会出现对同一待决案件的不同理解,或者出现法律的“空缺”。在司法过程中,法官的重要任务就是将抽象的法律与具体的个案相结合,弥合共性法律与个性案件二者之间的缝隙。在这一过程中,立法者所描绘的事件类型虽然不能把社会生活中所有的案件事实包括于其描述归总之下,然而,借助于立法的描述,法官还是可以判断某一案件事实是否应该受到这一规范的规制,只是,这一过程需要法律解释的帮助,如此才能实现真正意义上法律对生活的规范调整。

因此,基于语言本身的非确定性和法律规范的抽象性,法律要获得正确的适用,法官就必须也是必然要对文本进行解释,借此,有疑义的文字的意义变得可以理解。所以,埃塞尔认为,“每个法律适用都已经是解释,因为即使认定文字字义本身如此明确,以致根本无须为解释,这项确认本身也以解释为基础”^④。对此,我国台湾地区学者王泽鉴阐述了他的意见,“凡法律均须解释,盖法律用语多取诸日常生活,须加阐明;不确定之法律概念,须加具体化;法规之

① The court decision on May 10, 1893 in *Nix vs. Hedden* stated, “Botanically, tomatoes are considered a fruit of the vine, just as are cucumbers, squashes, beans, and peas. But in common language of people, whether sellers or consumers of provisions, all these are vegetables which are grown in kitchen gardens, and which, eaten cooked or raw, are, like potatoes, carrots, parsnips, turnips, beets, cauliflower, cabbage, celery, and lettuce, usually served at dinner in, with, or after the soup, fish, or meats which constitute the principal part of the repast, and not like fruits generally, as dessert.” *Nix v. Hedden*, 149 U.S. 304 (1893).

② [美]约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,李浩校,法律出版社2004年版,第43页。

③ [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第85—86页。

④ 同上书,第242页。

冲突,更须加以调和。因此,法律之解释乃成为法律适用之基本问题。法律必须经由解释,始能适用”^①。此外,我们说法律需要解释,不仅是针对成文法,判例法也是一样。虽然判例法被认为是不同于成文法的法律形式,但是它也需要通过文字表达出来,判例中具有约束力的部分本质上也是一些法律规则。“英美法系中所谓先例的‘识别技术’,毋庸置疑应被看做一种法律解释技术。”^②因此法律要具体适用于待决案件中,“所有的成文法和不成文法都需要解释”^③。在司法过程中,法律解释作为“过去和现在的中介”^④,在法律规范与司法个案之间建立起了沟通的桥梁,这也正是法律解释的价值所在。因此,德沃金说,“法律是一种阐释性概念”^⑤。

(二) 法律解释的含义

古往今来,法律解释一直是一个意义丰富又不太确定的概念。那么法律解释作为一个概念是否能够被明确地界定呢?波斯纳说,“解释可以是对交流的译解,可以是理解、翻译、扩展、补充、变形、甚至转换。”“‘解释’是一个变色龙”^⑥。尼采说,“没有自身历史的东西才能被定义”^⑦。法律解释有着悠久的历史,可以说它是伴随法律的发展而存在的,它在每个时期、每个国家都可能呈现不同的特征,由此,它是难以界定的。但是,法律解释作为本文中最重要的一個概念,如果含义不确定就无法进行讨论,因此笔者试图努力对法律解释的内涵进行相对清晰的说明。

关于法律解释,张志铭与陈金钊都在各自的著作中列举了新中国成立后曾经出现的几种定义^⑧,从中我们可以发现,新中国成立初期由于受苏联法律文化的影响,法律解释概念具有浓厚的阶级色彩,20世纪80年代,学者们对法律解释的界定大多是站在立法中心的立场上,强调由国家的权威机关来对立法成果的含义进行说明。这些观点在今天虽仍有支持者,但比较而言,在今天影响更

① 转引自梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第194页。

② 谢晖:《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》,商务印书馆2003年版,第81页。

③ [英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第214页。

④ [德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法》(下卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第841页。

⑤ [美]德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第364页。

⑥ [美]理查德·A.波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第376、342页。

⑦ F. Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, 2. Abhandlung. Abschnit 13. 转引自[德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第30页。

⑧ 参见张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1998年版,第11—16页;陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社1999年版,第38—41页。

大的是20世纪90年代以来产生的几种法律解释的概念。

第一种,沈宗灵认为,“法律解释是指对特定法律规定意义的说明”。从广义讲,法律解释包括对宪法、法律和法规的解释,从狭义讲则不包括对宪法的解释。“法律解释既是实施法律的一个前提,也是发展法律的一个方式。”^①

第二种,梁慧星认为,“法律解释乃是法适用之不可欠缺的前提”,“为了解决具体的案件,必须获得作为大前提的法律规范。这种获得作为判决大前提的法律规范的作业,亦即广义的法律解释”。具体来说,广义的法律解释包括三项内容:其一是在有可适用的法律规范情况下确定法律规范意义内容的作业,即狭义的法律解释;其二是在没有可适用的法律规范情况下的漏洞补充;其三是在法律规定因过于抽象一般而不确定情况下的价值补充。^②

第三种,苏力认为,“司法中所说的法律解释并不限于对法律文本的解释,甚至主要不是对法律文本的解释。司法上所说的法律解释往往仅出现在疑难案件中,这时法官或学者往往将这个适用法律过程或法律推理过程概括为‘法律解释’,其中包括类比推理、‘空隙立法’、剪裁事实,重新界定概念术语乃至‘造法’”。“法律文本的解释是狭义上的法律解释。”^③

第四种,郑戈认为,“有两种最基本的‘法律解释’模式:一种可以称为‘法律开示’模式,即把法律视为既存的、不容违背的‘客观’规则,解释者只能尽力去发现其真实含义,并将之揭示出来,适用于具体个案;另一种是‘法律阐释’模式,法律条文只提供了一种供解释者在其中进行解释活动的结构,法律的含义最终取决于解释行动者与结构之间的互动以及解释者之间的交流与共识”^④。

第五种,张志铭认为,“法律解释是对法律文本的意思的理解和说明”。在该定义中,“‘意思’也即通常所说的‘含义’、‘意义’,包括内涵和外延,或者说‘含义’和‘指称’;‘理解’是指解释者对法律文本意思的内心把握;‘说明’指对理解结果的外在展示。简单地说,法律解释就是解释者将自己对法律文本意思的理解通过某种方式展示出来”^⑤。

第六种,陈金钊认为,“法律解释是针对法律本身和事实的法律意义不清楚才使用的方法。从广义的角度讲,法律发现、法律推理、法律论证都属于法律解

① 沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第420—421页。

② 梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学1995年版,第192—193页。

③ 苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第32页。

④ 郑戈:《法律解释的社会构造》,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第85—86页。

⑤ 张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1998年版,第16页。

释的范畴。但从法学方法论本身的分来来讲,法律解释只是众多的法律方法中的一种”^①。“法律解释的最大特点在于它和被解释的法律一样具有法律上的约束力。”“法律解释的主要目的是为了法律文本能够适用于具体案件。”“法律解释权属于司法权的范畴。”^②

第七种,谢晖从对法律解释与解释法律的区别分析中阐释了法律解释的含义,提出法律解释是一个法学命题,法律解释是对法律的具体化、明晰化,因此,法律解释是在规范层次贯彻立法者的法律。法律解释的主体以官方为主,它以本国的现行法律为对象,法律解释的方法具有明显的职业或专业特征。法律解释的目的是为了使人们更好地理解、运用或者健全现行法律,其最终目的是维护现行的法律秩序,其具有正式的效力。^③

第八种,孙国华在20世纪80年代就阐述过自己关于法律解释的理解^④,在此基础上,2004年他提出了更为完整的概念。他认为法律解释是对法律文本含义的解释,包括对文本含义的理解和对这种理解的表达—阐明。法律解释按照解释主体的不同,可以分为有权解释、学理解释和任意解释。有权解释即国家机关和公职人员在其职权范围内所作的解释,其中特定授权机关的解释具有普遍约束力,而省、市、基层法院和一般审判人员的解释只对个案有效。有权解释又可分为立法解释、司法解释和行政解释。立法解释即制定该法律的机关对该法律所作的解释,这种解释与法律有同等效力;司法解释即司法机关(法院、检察院)所作的解释;行政解释即行政机关在其职权范围内对如何具体应用法律所作的解释。学理解释即法学家在法学著作或讲授中从学理上所作的解释;任意解释即一般公民、社会团体和社会组织所作的解释。^⑤

在上述几种关于法律解释概念的不同界定中,沈宗灵和张志铭都指出了法律解释最核心的意义,即对法律意义的理解和说明,并进行了不同程度的阐释。沈宗灵明确了法律解释对于法律发展所起的作用,张志铭则强调法律解释的直接对象是法律文本。梁慧星和陈金钊都从司法方法的角度对法律解释进行了广义与狭义两个层次的界定,指出法律解释是存在于司法过程之中为法律适用来服务的,因此解释结果具有法律上的约束力。谢晖也通过对法律解释与解释法律两个概念的比较分析得出了一致的结论。苏力认为广义的法律解释并不局限于对法律文本的解释,同时指出法律解释对于疑难案件的裁判是非常重要的

① 陈金钊:《法治与法律方法》,山东人民出版社2003年版,第215—216页。

② 陈金钊:《法律解释的哲学》,山东人民出版社1999年版,第41、42、44页。

③ 参见谢晖:《解释法律与法律解释》,载《法学研究》2000年第5期。

④ 参见孙国华:《法学基础理论》,法律出版社1982年版,第296页。

⑤ 参见孙国华:《关于法律解释的概念问题》,载《求是学刊》2004年第6期。

的,在解释过程中更丰富的内容被纳入法律解释的概念之中,这其中包含着一系列创造性因素,因此解释者的自由裁量权是很大的。严格说来,郑戈的观点并不能称为对法律解释概念的一种界定,而是对法律解释两种模式进行的阐释,其中第二种模式引入了哲学诠释学的观点,是对第一种传统模式的一种突破,我们可以发现这两种不同的解释模式与法学史上一直存在争论的法律的“发现说”与“创造说”有着千丝万缕的联系。孙国华从多个层面、多个角度对法律解释概念的含义进行了界定,尤其是对法律解释的主体进行了详尽的阐述,笔者窃以为这种主体界定过于宽泛。

通过分析我们发现,法律解释最核心的内容就是对法律意义的理解和说明。在此基础上,不同学者的定义有不同的侧重点,概念的外延也差异很大,这些代表了学者们不同的学术倾向和在对待法律解释问题上秉持的不同姿态。虽结论不同,但都是对法律解释概念理解的不断发展,使得我们今天对法律解释的讨论可以“站在巨人的肩膀上”,因此笔者认为并没有必要统一对法律解释的认识,但是为了讨论的深入以及避免不必要的误解,还是有必要说明一下法律解释的基本含义。在本书中,法律解释是法官对法律规范意义的阐释,即法官在司法过程中面对个案,为制定裁判规范而对成文法及判例法所作的理解和说明。在这里,法律解释与法官解释是同义的,为了尊重学术传统还是沿用法律解释这个概念。

具体说来,法律解释的对象主要是法律规范,在我们国家主要表现为对制定法的解释,而在英美法系国家还包括对判例的解释。对于法律解释是不是包括法律事实,学界有不同观点,赵玉增认为法律解释不应包括对法律事实的解释。^①笔者认为,法官需要对事实进行法律上的认定,这其中虽然很多是证据法上的问题,但是法官对证据的挑选、整理、筛选过程也可以理解为一种解释的过程,其中也可能涉及对证据法适用结果的解释,因此对事实的选择不应被排除在法律解释之外。

从法律方法论的意义上说,法律解释是在司法过程中产生的一种具有直接法律拘束力的分析阐明活动,那么法律解释的主体应是法官。“在大多数西方

^① 赵玉增认为,法律解释的对象不应包括法律事实,因为对事实我们是从法律的角度对其进行分析,而不是解释,或者说我们用“对事实进行法律分析”比用“对事实进行法律解释”更能准确反映人们在这一活动中的认识本质。同时,将法律事实概括进法律解释的对象之中,也不符合法律解释是解释法律这一法律解释的基本内涵。法律解释的对象从内容上看,应是国家制定或认可的法律所表达出来的“法律规定”之内容。尽管有时这种“法律规定”不明确,但也只有在这时,才能显现法律及时的价值。参见赵玉增《从法律解释内涵分析我国法律解释体制》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第2卷),山东人民出版社2003年版,第54页。

国家,司法解释就是法官对制定法的解释,这是明白无误的,尽管在它们的法律里可能找不到一个司法解释或法官释法的字眼,但这几乎成了一个不言自明的事情。”^①法律解释是与案件的处理密切联系的活动,解释只有与具体案件的裁判相联系时才能发挥其作用,因此没有解释任何法律规范都是抽象的,可见“法律解释的核心并不是对法律文本的理解,而是把法律应用于具体案件,对当事人之间的利益纷争作出决定”^②。因此,在司法过程中针对具体案件解释法律,非审判具体案件的法官不能胜任。

在法律解释的含义上,学界有广义的法律解释和狭义的法律解释之分,广义的法律解释,学者亦称为“法律之阐释”,指从法律规范的探寻即找法开始,直到可依涵摄进行三段论推演之前的整个活动过程,包括狭义的法律解释、价值补充和漏洞补充。而狭义的法律解释,系指于法律规定不明确时,以文义、体系、法意、比较、目的或合宪等解释方法,探究法律规定本身文字含义而言,其作用范围限定于法律规范的可能文义范围之内。^③笔者认为,由于司法过程的复杂性,狭义的法律解释与漏洞补充有时很难区分,很多时候,法官为了完成法律解释的任务,不得不——有时甚至是无意识地——采用一些创造性的方法。而且,在法治社会中,法律漏洞的填补也是在理解法律的前提下进行的,因此笔者认为法律解释的含义应该在更广泛的范围内进行考察,法律解释应该包括狭义的法律解释方法以及法官进行漏洞补充的法律方法。

(三) 法官作为法律解释的主体

在前述法律解释的概念中,我们将法律解释权的主体界定为法官,这与当下中国的法律解释制度并不完全吻合,学界也有不同观点。这在前述学者们关于法律解释的界定中也有所体现,陈金钊等人主张法律解释权应属于司法权,而有些学者则认为法律解释主体更为广泛。那么,我们为什么要认为法律解释的任务应该由法官来承担呢?进而言之,法官能够承担这种使命吗?我们可以从以下几个方面来回答这个问题。

首先,审判案件是法官的职责,而适用法律需要以解释作为中介环节,因此法官需要进行法律解释。在法治社会中,当人们选择了法律的统治,法官就成为了神圣法律施行于人间的使者,法官需要依靠法律,通过自己的智慧,裁判案

^① 董晔:《司法解释论》,中国政法大学出版社1999年,第11页。

^② 梁治平:《解释学法学与法律解释的方法论》,载梁治平主编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第93页。

^③ 参见杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第95、199页;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第159页。

件,解决纷争,这是法官的职责。《法国民法典》第4条规定:“法官借口法律无规定、规定不明确或不完备而拒绝审判者,得以拒绝审判罪追诉之。”进一步说,由于共性的法律总是与个性的案件之间存在缝隙,法官的裁判也不可以是法律与事实的简单裁减,法官需要寻找到真正适合个案的法律。因此,《法国民法典》在第5条明确规定:“禁止法官对其审理的案件以一般规则性笼统条款进行判决。”然而法官不是圣人,不可能对每个案件都能驾轻就熟地寻找到适合的法律,而且在有些问题上,存在着多种答案。对此问题即使在法哲学上也亦无定论。此时,法官不能坐等立法的更新或者哲学的发展,仍然要“熨平皱折”(丹宁勋爵语),进行裁判,因为“裁判的必要性比认识的可能性更重要”^①,这使法官不得不依赖于法律解释来进行法律的适用。

其次,哲学诠释学认为,读者可以比作者更好地理解作品。作为哲学诠释学创始人之一的施莱尔马赫曾说,“(我们)要与讲话的作者一样好甚至比他还更好地理解他的话语”^②。“施氏的这一思想强调了两点:(1)理解是对原始创造活动的重构,是对原来生产产品的再生产,对已认识的东西的再认识;(2)理解者和解释者更优于作者自己的理解,理解这一创造性活动不是简单的重复或复制,而是更高的再创造,是创造性的重新构造或重新认识。这实际上意味着作者并不是自己作品的理想解释者,作者并不比解释者有更大的权威,解释者的时空差距可能是更容易地接近作者精神状态的条件。”^③德国法学家拉德布鲁赫把此原理运用到法律解释学中,认为法官能比立法者更好地理解法律。他说:“解释者对法律的理解可能比创制者对它作出的解释更好,法律可能比它的编纂者更明智——它甚至必定要比其编纂者更明智。”^④在具体的司法实践中,由于现代法律职业的专业化、技术化水平日益提高,法律越来越成为一门艰深的学问,对法律的解释尤其如此。立法成果一旦颁布立法者便已“死去”,法官的专业理论知识和技能使得他能够比其他主体更为了解司法过程,从而胜任法律解释的工作。

再次,法律解释发生于具体案件的裁判过程中,与其他法律职业相比,法官可以最近距离地接触具体案件和法律规范,通过解释使法律准确地应用于每个案件。现代诠释学表明,任何历史文本从它产生那天起就必须被主体所诠释。

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第142页。

② [德]施拉依马赫:《诠释学演讲》,载洪汉鼎主编:《理解与解释——诠释学经典文选》,东方出版社2001年版,第61页。

③ 洪汉鼎:《诠释学——它的历史和当代发展》,人民出版社2001年版,第80页。

④ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,郑永流译,中国法制出版社2001年版,第139页。