



南开大学法学院
学术文存

法律解释的 本体与方法

Falü Jieshi De
Benti Yu Fangfa

王 彬◇著



人 民 出 版 社



南开大学法学院
学术文存

本体与方法

王 彬◇著

本
体
与
方
法

王
彬
著

人
民
出
版
社



人 民 出 版 社

责任编辑:姜冬红

责任校对:吕 飞

图书在版编目(CIP)数据

法律解释的本体与方法/王 彬 著. —北京:人民出版社,2011.11
ISBN 978-7-01-010430-0

I. ①法… II. ①王… III. ①法律解释—理论研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 239266 号

法律解释的本体与方法

FALÜ JIESHI DE BENTI YU FANGFA

王 彬 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京龙之冉印务有限公司印刷 新华书店经销

2011 年 11 月第 1 版 2011 年 11 月北京第 1 次印刷

开本:880 毫米×1230 毫米 1/32 印张:13.625

字数:315 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-010430-0 定价:28.00 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

法治、法律解释与法律解释的困境(代序)

如果借助埃里希有关“行为规范”和“裁判规范”的划分,那么,在我看来,前者的实现,更多地借助的是既有的立法,即只要人们接受并根据既有的法律规范内容去做,法律就从静态的规范转向了动态的实践。尽管根据法律去做的过程,在广义上讲,也是一个对法律的理解过程,但它并不构成法律解释。但后者却总是借助法律解释得以实现的。裁判规范意味着,法律规范的存在,乃是作为着纠纷的解决而准备的。但所有的纠纷解决,所围绕的是双方当事人相反的主张、相左的证据,因此,法官不可能简单地适用白纸黑字的法律,就能够自然合理地解决纠纷。反之,法官必须把自己的智虑创造性地带入到案件事实的认定和法律规范的适用中,才可能解决当下的纠纷。这意味着,任何一次司法活动,都是法官创造性地作用于案件事实和法律适用的活动,都是针对案件事实,对“裁判规范”的解释活动。

正因如此,我国法学在走了一段意识形态意味颇浓的价值呼唤之路后,出现了明显转型的迹象,这就是:随着法律规范自身愈趋完善,也随着如何将这些愈趋完善的法律规范运用到纠纷解决实践中的需求越来越高,从立法层面的论述转向司法层面的论述,从价值设证迈向技术论证,成为法治建设对法学研究的必然要求。这种需要决定了这些年来,我国以法律解释理论为代表的法律方

法研究,不论在法理学领域,还是在部门法学领域,都得到了空前的关注。回望对这一问题的研究,大体上有三种研究思路:一是关于法律解释体制的研究。所关注的主要是我国法律解释体制,特别是司法解释体制以及这种法律解释体制和其他国家法律解释体制的比较研究。二是司法中法官解释的研究。这是一种把法律解释和法律运用的技术、方法等密切结合的研究思路。它打破了相关研究仅仅局限于法律解释体制的窠臼,开拓出了法学研究的一片新天地,并从此出发,肯定了法官在司法和法律解释中的主体性、独立性和能动性,从而在学理上肯定了法官解释的合法性。三是对法律解释现象进行学理提升和综合反思的研究。这也是本序所要探讨的主要问题。

学术研究,既可是对经验现象的描述、总结和提升,也可是在经验现象基础上的学术反思和重构。我国法律解释研究的前两种思路,就属前者;而法律解释研究的第三种思路,则为后者。对法律解释之经验现象的学术反思和重构,既需要以法律解释这一经验现象为基础,也需要形成反过来指导法律解释这一经验现象的一般理论。因之,在我看来,这不仅需要研究者具有对法律解释现象的观察能力,更需要具有对相关问题的反思能力和卓越见识。不如此,就无法形成高屋建瓴的一般性学术成果。近年来,我国研究法律解释问题的一些青年学者,已经借助解释学的一般原理,对法律解释现象的综合反思和学理提升工作作了初步的探索,产生了几部令人关注的法律解释学学术作品。但和前两种思路的研究相比较,仍嫌不够。归其因,既在于我国的司法实践还没有发展出一套足以彰显法律解释特别是法官解释的稳定的实践机制,也在于学者对法律解释现象的学理提升和综合反思的学术积累还很不不够,还没有充足的能力提出自己的反思构架和学理体系,因此,只

能经常照搬国外判例、西人成说,作为立论基础和论证展开的学理根据。

这种情形,自然对形成我国法律解释学在更高层次上的发展,是一种掣肘因素。但万丈高楼平地起,即使我国还没有严谨有致的法律解释尤其是法官解释,但这并不妨碍学者们在更宏阔的经验视野、学理基础上,反思法律解释的问题,构建一套法律解释理论,提升法律解释问题研究的水平。王彬所著的《法律解释的本体与方法》一书,就是这一探索的成果。作者既没有局促于法律解释体制的研究,也没有钟情于法律解释技巧的探析,而是用力于对法律解释一般理论问题的反思和构建上。在书中,作者提出了许多有见地的观点,并予以论证,但笔者特别感兴趣的是他对如下两个问题的论述:一是对有关法律解释之认识论困境的阐述,二是对法律解释之政治学难题的论证。

我之所以感兴趣于第一个问题,是因为诸如法律解释中的主观性与客观性、客观性与有效性、合法性与可接受性等等,是困扰法律解释的乱麻和扭结。对这些问题理不清、说不明,法律解释常会导向恣意任性,它所追求的合法性、客观性和可接受性,就会变成法官在个案中各行其是、各随其便、各从所好。不但类似案件差别处理会因解释而呈常态,即使同案因解释而异判,也不偶然。所以,在对法律解释之认识论困境的挖掘基础上,探寻解脱这一困境的理论对策,理应是法律解释学第三种研究路向的题中应有之义。

我之所以感兴趣于第二个问题,是因为法律解释每每是和法官的政治理念、社会的政治博弈、立法的政治意图、个案中可能蕴涵的政治倾向等紧密相关的问题。现代政治,可谓之法治政治或法律政治,法律既是政治博弈和妥协的结果,同时也是进一步展开新的政治博弈的规范根据(所谓“合法斗争”)。当法律的大框架

已然确定后,新的政治博弈,经常体现在个案的较量中。这即使在非民治国家也是如此。对此,可以称之为通过个案的政治博弈。这种博弈,不仅体现在原、被告双方的利益纷争和主张中,更体现在法官不同的政治前见中。这样,法官在通过个案的政治博弈中,就处于核心地位。那些民治国家号称中立的法官,在政治博弈中未必一定能保守中立。这或许正是法律解释的云波谲诡之处。所以,在笔者初涉法律诠释领域时,就把法律诠释和意识形态的关系作为重要的命题来研究。

当然,和上述问题相关的另一个重要问题,作者在书中并没有专门论述到,那就是法官的个人心性、知识修养、社会历练、党派意识、生活环境、当下心态、思维方式等等对法律解释和司法裁判的影响。我以为,这是在研究以法官解释为中心的法律解释时,最具有挑战性的工作,也是法律解释学不仅仅从法律解释的文本出发,而且深入法官解释和裁判的心理世界,在心理学视角探究法律解释、剖析法律解释的难题,并构建法律解释学一般问题的一项必要的和重要的工作。当然,这项工作对没有从事司法审判经验的作者而言,或许是苛求。但在以后的研究中,有意去关注这一问题,应当是可以期待的。

是为序。

陇右天水学士谢晖

2010年1月9日序于北京端砚斋

目 录

法治、法律解释与法律解释的困境(代序)	(1)
导 言	(1)
第一章 解释学与法律解释	(14)
第一节 解释学的重心转移与范式转换	(15)
一、作者中心论:作为方法论的解释学	(16)
二、读者中心论:诠释学的本体论建构	(24)
三、文本中心论:方法论与本体论的统一	(35)
第二节 本体论解释学对法律解释研究的影响和 意义	(41)
一、本体论解释学在法学研究中的运用路向	(42)
二、本体论解释学对法律解释理论的意义	(49)
三、本体论解释学在法律诠释学中运用的可能与限度	(57)
四、本体论与方法论在法律解释研究中的统一	(68)
第三节 法律解释的概念与特征	(74)
一、法律解释之概念检讨	(74)
二、法律解释与法律诠释的区分意义	(85)
三、法律解释(诠释)的辩证特征	(90)

第二章 方法论意义上的法律解释学及其基础	(98)
第一节 方法论意义上的法律解释学	(99)
一、方法论意义上法律解释学的形成	(99)
二、方法论意义上法律解释学的立场	(102)
三、方法论意义上法律解释学的特征	(107)
第二节 法律解释的认识论基础	(112)
一、自然法思维中的法律解释客观性	(114)
二、法律实证主义思维中的法律解释客观性	(119)
三、实体本体论的法概念论及其诠释学批判	(123)
第三节 法律解释的政治学基础	(128)
一、三权分立的分权原则	(129)
二、多数至上主义的民主前提	(132)
三、法律的至上权威	(137)
第三章 法律解释的认识论困境及其超越	(143)
第一节 法律解释的认识论困境	(144)
一、法律解释主观性与客观性的悖论	(144)
二、法律解释认识论困境的哲学检讨	(149)
三、法律解释认识论困境的实质	(153)
第二节 法律解释认识论困境的超越	(155)
一、动态实用论之相对主义观	(156)
二、整体融贯论之绝对主义观	(161)
三、对两种理论进路的综合评价	(174)
第三节 适于法律解释的客观性	(176)
一、现代解释学对认识论困境超越的有限性	(176)
二、法律解释客观性与有效性的分殊	(180)

三、法律解释交谈意义上的客观性	(184)
第四章 法律解释的政治学难题及其缓解	(190)
第一节 法律解释的政治学难题	(191)
一、法律解释的民主困境	(192)
二、法律解释的法治困境	(197)
三、法律解释政治学难题的实质	(201)
第二节 法律解释政治学难题上的对立姿态	(204)
一、美国宪法解释上的“麦迪逊困境”	(205)
二、司法消极主义	(207)
三、司法积极主义	(210)
四、对两种司法哲学的简要评价	(215)
第三节 法律解释政治学难题的缓解	(218)
一、程序性民主与司法监督	(218)
二、合宪性民主与道德解读	(225)
三、精英式民主与实用主义审判	(231)
四、协商式民主与程序主义司法	(235)
五、对各种理论进路的综合评价	(240)
第四节 基于中国语境的分析	(244)
一、立法解释权的合理性	(245)
二、司法解释权的能动性	(251)
三、司法解释权的自我约束	(255)
第五章 法律解释方法的诠释学省察	(259)
第一节 文义解释	(263)
一、文义解释的辨思:在语义学和语用学之间	(264)
二、文义解释的运用:从概念涵摄到类型描述	(272)

4 法律解释的本体与方法

三、合理性的文义解释	(279)
四、小结	(282)
第二节 体系解释	(284)
一、解释学循环:从方法论到本体论	(285)
二、体系解释的辨思:在结构主义与后结构主义之间	(291)
三、体系解释的运用:从外部体系到内部体系	(295)
四、小结	(299)
第三节 历史解释	(300)
一、历史解释:在实证主义与相对主义之间	(301)
二、无须立法者原意的历史解释	(306)
三、动态性的历史解释	(314)
四、小结	(319)
第四节 超越基础主义的法律解释	(320)
一、法律解释方法的不确定性问题	(320)
二、法律解释方法的排序难题	(323)
三、法律解释方法的价值重估	(330)
第六章 法律适用模式的诠释学反思	(335)
第一节 司法三段论的结构形式与逻辑前提	(336)
一、司法三段论的结构形式	(337)
二、司法三段论的逻辑前提	(340)
三、三段论法律思维的实质:事实与价值的二分	(351)
第二节 事实与价值二分的法哲学检讨	(352)
一、休谟问题:事实与价值	(353)
二、自然法思维中的休谟问题	(357)
三、法律实证主义中的休谟问题	(360)

四、事实与价值二分的法哲学崩溃	(366)
第三节 类型思维：法律适用的诠释学模式	(369)
一、类型思维的诠释学基础	(369)
二、类型思维的特征与优势	(373)
三、类型思维在法律适用中的应用	(376)
四、事实与规范互动的的方法论意义	(387)
结 语	(390)
主要参考文献	(400)
后 记	(421)

导 言

启蒙运动以来,科学主义向人文社会科学领域的扩张,使人们在人文社会科学的研究中追求自然科学意义上的客观性;自从海德格尔提出“理解是人的存在方式”这一命题以来,人文科学试图将理解和解释作为独立的方法论,人们展开了自然科学意义上客观性的批判反思,将理解的过程视为意义的创生过程而非智性的追求过程,但是,本体论解释学又将理解和解释引向绿影斑驳的“林中路”中,文本解释的客观性与确定性遭遇到前所未有的解构。可见,解释学经历了从方法转向本体的发展理路,在这一转向中,作为解释学核心概念的理解由人文科学的方法论转变为人的生存意义的创生方式。解释学的重心转换也影响着法律解释理论的发展走向,传统法律解释理论将解释作为追寻立法者意图的方法消解了司法者的历史性,解释学的本体论转向使这一企图成为无法实现的乌托邦,但也由此强化了法律解释的创造性而解构法治的确定性。因此,解释学的重心转换使法律解释处于方法与本体的张力之中。本书正是在本体与方法的张力之中展开了对法律解释的探索,试图在“解释学转向”的背景下将解释学的方法论纳入其本体论框架之中,实现本体论解释学对法律解释的建设意义。

一、研究现状综述

受哲学诠释学的影响,法律解释研究正在经历着从方法论向本体论的过渡,法律解释本身日趋成为法律的核心内容,法律解释的本体论转向成为近年来国内外法律解释研究的重要发展趋势。由于哲学诠释学强大的理论叙事功能,解释学转向在法学中的多个层次和广泛领域中均有体现,并成为国内外法哲学、法律方法论研究的重要议题。

就国外研究看,法律解释的本体论转向主要体现为“在 1960 年代中期的德国出现的‘法律学的解释学(Juristische Hermeneutik)’。后来传到美国,1980 年代以来变得越来越有声有色,在哲学理论以及宪法等领域中还引起了所谓‘解释性转折(interpretive turn)’。”^①哲学诠释学的出现使德国意义上的法学方法论出现了法律解释学与法律诠释学的分野,哲学诠释学的立场、观念与方法渗透到法学方法论中来,改变了萨维尼所开创的法学方法论传统。哲学诠释学视阈融合、解释学循环、对话等观念被法律解释理论所吸收,形成了对传统法律解释理论的改造与超越。目前,在国内译介的德国法学著作中,法律诠释学理论主要见于拉伦茨的《法学方法论》、考夫曼的《类推与事物本质——兼论类型思维》、考夫曼和哈斯默尔合编的论文集《当代法哲学和法学理论导论》、恩吉施的《法律思维导论》、阿列克西的《法律论证理论导论》以及哈贝马斯的《在事实与规范之间——关于民主法治国的商谈理论》。国内郑永流先生对德国法学的这一研究趋向作出了述评,见于他发表在《法学研究》2002 年第 3 期上的《出释入造——法律诠释学及其与法律解释学的关系》。美国宪法解释领域中所

① 季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社 1999 年版,第 99 页。

发生的“解释性转向”具有非常复杂的社会背景和政治背景,“美国法哲学发生于20世纪80年代的阐释学转向是在传统法律解释理论司法审查实践中出现的一系列宪法审判案件的挑战和伽达默尔哲学诠释学的影响下发生的,并对法哲学产生了巨大影响。”^①“解释性转向”使美国的宪法解释理论超越了解释主义与非解释主义两大理论阵营的对立,在哲学诠释学的影响下,法律解释理论与美国的哲学传统相结合或者与其他哲学思想相嫁接,在法律解释理论阵营中又出现解构主义与建构主义的新一轮交锋。这一对立与交锋见于德沃金的《法律帝国》、艾斯克里奇的《动态法律解释理论》、惠廷顿的《宪法解释:文本含义、原初意图与司法审查》、斯卡里拉的《解释问题》等著作中,这些著作既有对原有传统理论的捍卫与发展,又有运用哲学诠释学知识资源对法律解释理论与实践的深刻反思与重新建构。对于美国宪法解释的述评,见于国内学者徐振东的著作《宪法解释的哲学》。

就国内研究看,由于我国的法律文化主要承继了大陆法系传统,加之目前我国的宪法尚未实现真正意义上的“司法化”,因此,我国法律解释的本体论转向问题主要是承继着德国传统而来,而且主要体现在私法领域。持此种观点的主要为新生代的中青年法学学者,目前出版的专著主要有冯文生的《推理与诠释:民事司法技术范式研究》、朱庆育的《意思表示解释理论》和顾祝轩的《合同本体解释论》。冯文生将司法三段论上升为民事司法的技术范式进行批判,而试图运用哲学诠释学对科学主义批判的理路,以民事司法的诠释范式替代推理范式。冯文生的著作主要是基于在民事司法中诠释学思维对科学思维的批判而进行的,其理论意义在于

① 李桂林:《美国法哲学的阐释学转向》,载《法商研究》2004年第6期。

观念革新,而不在于技术重构。其理论意义与其说在于法律方法论,毋宁说在于民法哲学。朱庆育的博士论文同样是基于司法三段论的批判进行的,但与冯文生的论证理路不同的是,朱庆育并不是基于宏大的历史叙事和理论叙事试图追求历史和逻辑的统一,他是在民法价值和解释学的勾连中展开环环相扣的论证,将哲学诠释学中的游戏观念、对话理论运用到民事司法理论中来,试图实现私法自治理念在司法过程中的哲学诠释学—修辞学论证,从而以意思表示解释的模式取代司法三段论的法律适用模式。两位学者均以司法三段论的法律适用模式作为批判靶的,具有相同的理论旨趣,但是,他们试图在民法解释中否定方法贸然转向本体的观点遭到了质疑。顾祝轩的《合同本体解释论》在这一问题上进一步深化,采取了方法与本体相统一的研究立场,展开了其合同解释理论的研究。通过将合同发现过程和正当化过程的二分,不仅仅合理接受了合同解释中解释学范式的转向,利用认知心理学的知识资源对法律发现的过程进行了细致入微的分析,而且利用法律论证的理论资源对合同本体解释理论进行了反思与深化。

上述研究成果对于我们研究法律解释的本体与方法这一基本理论问题奠定了基础,但是也存在着诸多不足:

其一,赋予法律方法论太多的使命与担当,完全基于哲学诠释学本体论的立场,存在着对法律方法论的错误定位和批判。

其二,只是基于宏大的理论叙事对传统法律解释的方法论展开批判,批判后缺乏细致的理论建构,无法为司法裁判提供实质性的指引。

其三,脱离于具体的法律文化语境和政治哲学语境展开法律方法论研究,从而使研究立场不够明确。“法律方法论的研究者要么有太雄厚的政治哲学的基础而缺乏法学基础,要么有太多法

律基础而不了解政治哲学”。^①

综上所述,对于法律解释的本体与方法大致存在着三种立场:一是立足于方法立场的方法权威主义,二是立足于本体立场的方法怀疑主义,三是立足于本体与方法相统一的本体法律解释理论。在通过对知识谱系进行认真梳理和辨析的基础上,本书采取了第三种立场,试图在本体与方法的理论框架下对法律解释在认识论、政治哲学和方法论上进行全方位的研究。

二、研究方法及其理论意义

(一)研究方法

首先,运用解释学这一基本视角,通过本体与方法这一分析框架,对解释学在法学研究中的运用路向,解释学对法律解释理论研究的意义、可能以及限度进行了分析,从而明晰了法律解释的概念,对法律解释和法律诠释作出分析性的区分,依此作为全书的分析框架和逻辑起点而展开了对法律解释在认识论、政治哲学和方法论上的系统研究。

其次,运用历史的方法,对法律解释的理论逻辑和实践逻辑进行全面梳理,在理论范式的意义上对方法论意义上法律解释学的形成、基础以及特征进行勾勒与描述,并作为全书批判的靶的,以此作为起点展开全书的理论建构。

再次,运用哲学的方法,在哲学层面上对法律解释的认识论困境、政治学难题以及方法论自足性问题进行探索,在哲学层面上指出这些问题的实质以及哲学思想的背景,并以此为困境的解决探

^① 焦宝乾、陈金钊:《法律方法论学科意识的觉醒——2007年度中国法律方法论研究学术报告》,载《山东大学学报》2008年第3期。