

刘平 著

法律解释

良法善治的新机制

法律是治国之重器，
良法是善治之前提。



世纪出版集团 上海人民出版社

刘平 著

法律解释

良法善治的新机制



世纪出版集团 上海人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律解释:良法善治的新机制/刘平著—上海:
上海人民出版社,2015

ISBN 978-7-208-12912-2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 071421 号

出品人 邵 敏
责任编辑 邵 敏 汤 淼
封面装帧 尤 嵩



法律解释:良法善治的新机制
刘 平 著

出 版 世纪出版集团 上海人民出版社
(200001 上海福建中路 193 号 www.shsjwr.com)
出 品 世纪出版股份有限公司上海世纪文睿文化传播分公司
发 行 世纪出版股份有限公司发行中心
印 刷 上海商务联西印刷有限公司
开 本 720×1000 1/16
印 张 20
字 数 310 千字
版 次 2015 年 6 月第 1 版
印 次 2015 年 6 月第 1 次印刷
I S B N 978-7-208-12912-2/D·2661
定 价 40.00 元

序

季卫东 上海交通大学凯原法学院院长

上海市人民政府法制办公室副主任兼行政法制研究所所长刘平先生的力作《法律解释：良法善治的新机制》即将上梓，向我索序，这当然是义不容辞的。记得2009年初春，我刚从日本归国不久，应邀参加上海当地的第一项“官方”活动就是市法制办的课题标书评审。会间休息，刘平先生带着我参观市行政法制研究所的书库，我对收藏之丰、涉猎之广颇有印象，这当然也反映了刘所长本人对地方立法专业化的追求和研究志趣。

没有符合一定程序、标准以及语法的解释技术，法律就难以运用裕如，要么陷入僵化的困局，要么滑向恣意的泥潭。实际上，法律制度的发展和改革起初往往采取解释的方式，在这个意义上，解释是可以推动秩序演变和进化的。这本书是参与行政规章制定的专家来阐发进行法律解释的意义，把立法权、行政权以及审判权的相互作用以及不同的解释方法都纳入射程，当然颇有可观之处，也更切合实际的需要。

尤其值得关注的是，作者对行政解释与司法解释之间关系的分析。在中国，还没有确立司法解释相对于行政解释的优势地位，这种状况有必要在承认法院对法律推理和判断的终局性决定权的基础上及时扭转。作者还对现行法律解释体制中所存在的问题究竟应该如何解决提出了意见和建议，都很中肯、很周详，值得给予充分的评价。本书不仅全面考察了法律解释的各种理论和制度，而且利用23个中外具体案例来说明法律解释的实际状

况以及主要的原理和操作技术，这样的体例和方法颇具特色，也颇具匠心。更难能可贵的是，作者重视法解释学与法社会学之间的互补和协同，强调社会科学在不同利益的衡量、判决的预测以及法律适用的客观性等方面所发挥的功能。

当今中国立法、执法以及司法大都不重视法律解释这个环节，这就使“一统就死、一放就乱”的现象无法在制度层面有效地、彻底地消除。但愿这本书能够或多或少地唤起各界对法律解释的重视，进而通过法律解释促进以抗辩制为基础的公开庭审方式的普及，通过法律解释加强当事人之间的法律沟通以及当事人与社会的法律议论，促进关于公正体验的相互理解以及正义共识的凝聚。但愿作者能够把自己的研究成果充分反映到地方立法以及行政规章制度的实践之中，呼应十八届四中全会决定关于提高立法质量的号召，并且不断把制度创新的实践不断总结、提炼，使之升华为法学理论的概念、命题、假说以及方法论。

是为序。

2014年12月15日于台北旅次

法律不应成为社会变革的障碍。¹

——奥列弗·温德尔·霍姆斯

法律不是摆在那儿供历史性地理解，而是通过被解释变得具体地有效。²

——伽达默尔

法律必须稳定，但又不能静止不变。因此，所有的法律思想都力图协调稳定必要性与变化必要性这两种彼此冲突的要求。³

——罗斯科·庞德

1 [美]理查德·A·波斯纳著，苏力译：《法理学问题》，中国政法大学出版社2002年版，第23页。

2 [德]伽达默尔著：《真理与方法》，参见梁治平编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版，第65页。

3 [美]罗斯科·庞德著，邓正来译：《法律史解释》，中国法制出版社2002年版，第2页。

目 录

导论 良法善治需要构建新的法律解释制度	001
一、从两个经典案例的比较说起	001
二、良法善治与法律解释	003
三、良法善治的“中国式”困境	011
(一) 法条主义、法律工具主义和法律浪漫主义的三重困惑	012
(二) 对矫正“恶法”缺乏制度性安排	016
(三) 法律解释学在中国的现实悲哀	018
四、新的法律解释制度构建之当代中国意义	020
(一) 以适度的法律能动性克服法条主义的僵化	021
(二) 以方法论实现法律目的、价值、原则的“落地”	022
(三) 建构连接立法、执法、司法和守法的制度性桥梁	022
(四) 为领导干部的法治思维提供相适应的法治方式	023
(五) 实现现代公民教育的有效途径	023

上篇 法律解释的基本原理

第一章 对法律解释的解释	027
一、从“解释法律”到“法律解释”	027
二、法律解释的内涵	031
(一) 规则解释——说明法律	036
(二) 描述性解释——理解法律	038
(三) 裁量性解释——发现法律	039
三、法律解释的属性：徘徊在主观说与客观说之间	040
四、法律解释的功能：从一般到个别的转换	045

五、与法律解释相关的概念辨析·····	046
(一) 法律解释与法律推理·····	046
(二) 法律解释与法律事实·····	049
(三) 法律解释与法律适用·····	051
第二章 法律解释的历史观察 ·····	053
一、法律解释的前世今生·····	053
(一) 主权者的命令·····	054
(二) 立法者意志·····	056
(三) 社会学的加入·····	059
(四) 发现解释者·····	061
(五) 小结·····	065
二、原意主义或是能动主义·····	067
三、迈向第三道路·····	071
第三章 法律解释的原则 ·····	078
一、确定性原则·····	078
二、客观性原则·····	081
三、妥当性原则·····	085
四、循环性原则·····	088
五、一般优于个别原则·····	090
六、法治反对解释原则·····	093
第四章 法律解释的要素 ·····	095
一、法律解释的主体·····	095
(一) 立法机关·····	098
(二) 行政机关·····	100
(三) 司法机关·····	100
二、法律解释的对象·····	101
(一) 法律概念·····	103

(二) 法律规则	106
(三) 法律标准	109
(四) 法律原则	111
三、法律解释的材料	115
(一) 正义标准	118
(二) 理性和思考事物本质	120
(三) 个别衡平	121
(四) 公共政策	123
(五) 社会道德信念	124
(六) 习惯法	125
(七) 法律学说	127
四、法律解释的方法	129
(一) 文义解释、体系解释与论理解释	130
(二) 需要排除的几种“法律解释”	132

中篇 法律解释的主要技术

第五章 前提：设计法律解释的规则	139
一、要不要解释规则	139
二、如何设计解释规则	142
第六章 文义解释	146
一、语义因素	149
(一) 普通语义	151
(二) 专门语义	155
二、原旨因素	157
三、想象性重构	162
四、文义解释的相关规则	164

第七章 体系解释	165
一、法意因素	169
二、目的因素	174
三、逻辑因素	181
(一) 上下文的逻辑一致性	182
(二) 同一法律部门的概念同一律	183
(三) 反面推定	185
(四) 反类比推理	186
(五) 黄金规则	188
(六) 逻辑因素与语义因素相冲突的裁定规则	188
第八章 论理解释	189
一、自然正义原则	193
二、尊重常识与常理	196
三、利益衡量	198
四、个别衡平	204
五、比例原则	206
六、成本-效益分析	207
七、公序良俗判断	209
八、社会学尺度	213
第九章 立法解释	215
一、我国立法解释制度考察	215
(一) 法律解释主体	216
(二) 法律解释权的配置	216
(三) 《解释决议》的不足之处	217
(四) 实际运用中存在的问题	218
(五) 制度改进路径	219
二、立法解释的基本操作规范	219

三、法定解释：同一位阶的法律冲突裁定·····	221
四、宪法解释问题·····	224
第十章 实施性解释之行政解释 ·····	227
一、行政解释的性质·····	227
二、行政解释的指向·····	228
三、行政自由裁量权的制度评估·····	231
四、行政解释与司法解释的关系·····	234
第十一章 实施性解释之司法解释 ·····	237
一、司法克制还是司法能动·····	238
二、从法律规范到审判规范·····	246
三、司法解释的独断性·····	249

下篇 中外经典案例与评析

【经典案例之一】语义解释：“欠”和“借”的不同法律命运·····	255
【经典案例之二】语义解释：手术治疗是否“成功”的法律认定·····	257
【经典案例之三】历史解释：从“普莱西诉弗格森案”到“布朗 诉教育董事会案”·····	259
【经典案例之四】原意解释：美国“圣三一教堂诉合众国案”·····	262
【经典案例之五】想象性重构：任何人都不能从自己的过错中获利·····	264
【经典案例之六】法意解释：美国“斯密斯诉合众国案”·····	267
【经典案例之七】目的解释：美国“阿尔法塞尔诉伍德沃德案”·····	269
【经典案例之八】逻辑解释：黄海波嫖娼案·····	270
【经典案例之九】反面推理：药物过敏是否属于意外伤害？·····	272
【经典案例之十】自然正义原则：战后联邦德国对纳粹统治期间 刑事犯的审判案·····	274

【经典案例之十一】尊重常识：美国“罗伊诉韦德案”	276
【经典案例之十二】尊重常理：郑州“保姆偷天价手机案”	278
【经典案例之十三】利益衡量：印度街头小贩的从业权与城管的公共秩序维护之争	279
【经典案例之十四】个别衡平：许霆“盗窃金融机构案”	282
【经典案例之十五】比例法则：延安警察收缴黄碟案	284
【经典案例之十六】尊重习俗：日本邻人诉讼案	285
【经典案例之十七】公序良俗判断：婚礼撞丧案	287
【经典案例之十八】社会学尺度：火车命案的赔偿标准之争	289
【经典案例之十九】考虑相关因素：的哥司机为救孕妇连闯红灯案	291
【经典案例之二十】不确定的法律概念：重庆“最牛钉子户案”	292
【经典案例之二十一】司法克制还是能动：从日本“苦米地案”到美国“贝克诉卡尔案”	293
【经典案例之二十二】司法能动之边界：法官帮被告“炒股”还债	296
【经典案例之二十三】司法解释独断性：彭宇案	297
结 语 呼唤有一部《法律解释法》诞生	299
参考书目	303

导论 良法善治需要构建新的法律解释制度

一、从两个经典案例的比较说起

2006年4月21日晚,打工仔许霆来到广州天河区黄埔大道某银行的ATM(自动取款机)取款。在取出了1000元后,他惊讶地发现银行卡账户里的钱只被扣了1元,狂喜之下,许霆连续取款5.4万元;当晚,许霆再次前往提款,反复操作了多次,先后取款171笔,合计17.5万元。事后,许霆携款潜逃,于2007年5月被警方抓获。2007年11月20日,广州中级人民法院作出一审判决:许霆以非法占有为目的,采用秘密手段盗窃金融机构,数额特别巨大,行为已构成盗窃罪,遂判处无期徒刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。此判决在社会上引起巨大反响,普遍认为判得太重,不能接受。许霆也表示不服,上诉至上级法院。广东省高院裁定案件“事实不清,证据不足”,发回重审。2008年3月31日,广州市中院作出重审判决:被告许霆犯盗窃罪,判处有期徒刑5年,并处罚金2万元;追缴犯罪所得173826元,发还受害单位。审判庭长事后接受媒体采访时说明改判理由:若依法条判决的话会违背“罪罚相当”的原则。此后,许霆再次提出上诉,2008年5月22日,广东省高院驳回上诉,维持原判。这就是我国法治史上著名的“许霆案”。

另一个是发生在美国的有关谋杀与继承的著名案例。1882年,青年帕尔默在纽约用毒药杀死了自己的祖父,起因是他知道他的祖父在现有的遗嘱中给他留下了一大笔遗产,帕尔默担心这位新近再婚的老人会变更遗嘱而使他一无所获。事发后,帕尔默因此遭到指控,并被法庭判处监禁15年,但让法官头疼的是,帕尔默是否仍然享有继承其祖父遗产的合法权利?纽约州的法律并未明文规定如果继承人杀死被继承人将当然丧失继承权,相反,帕尔默祖父生前所立遗嘱完全符合法律规定的有效条件。帕尔默的律师也辩护说,既然其祖

父的遗嘱没有违反纽约《遗嘱法》所明确规定的条款，那么这份遗嘱在法律上就是有效的。如果法院剥夺帕尔默的继承权，那么法院就是在更改遗嘱，就是用自己的道德信仰来取代法律。纽约州法院最后认定：首先，假定立法者具有一种普遍和广泛尊重传统正义原则的意图是合情合理的，除非他们明确表示相反的意图；其次，既然一条法律是一种更大的智力体系即整个法律的组成部分，那么法律的构思就应使它与那种更大的体系在原则上相符。法官最后援引了一条古老的法律原则，即“任何人不能从其自身的过错中获益”，以此来证明《遗嘱法》应被理解为否认以杀死继承人的方式来获取继承权。据此，纽约州最高法院判决帕尔默因杀死被继承人而丧失遗产继承权。

有人会问：将这两个时空都完全不相干的案例放在一起比较，有什么特别意义吗？

应该看到，这两个案例有一个共同点：法院或者法官都引用了一条法律原则而不是法律条文作为判案依据。许霆案里，法官引用了“罪罚相当”的原则；在帕尔默案里，法官引用了法律史上一条“任何人都不能从其自身的过错中获益”的古老原则。而两个案件的社会效果则是完全不同。许霆案是在一审作出无期徒刑的重判后引发社会广泛质疑，发回重审后再被动地引用原则判案，是一个因媒体监督而纠错，其司法公信力受到严重冲击的反面案例；而帕尔默案是法院在一审时就有意为之，成为后世许多法学家津津乐道，其司法公信力得到提升的正面典型。

那么，为什么许霆案不能在一审时就引用“罪罚相当”原则来判案呢？原因就在于两国法律解释制度的差异，我国现有法律制度中并没有赋予法院或法官以法律实施过程中的解释权，而美国的法律制度赋予了“法官造法”即法律实施过程中的解释权。

我国目前的法律解释制度仅限于立法性解释，现有的司法解释和行政解释，其本质也是属于立法性解释，即对抽象规则的解释。而一般法治国家的法律解释制度则赋予了法律实施者在法律适用过程中能动的法律解释权，成为解决法律不确定状态乃至“恶法”的一种矫正机制。今天，衡量一个国家的法治水平和能力的高低，立法质量固然是个重要的指数，但更主要的是看其面对不确定的法律状态时能否及时明确界定、对“恶法”能

否及时矫正的制度安排和实践能力，其中，构建一套行之有效的法律解释制度是一条重要途径。

二、良法善治与法律解释

党的十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》开宗明义指出：“法律是治国之重器，良法是善治之前提。”

何谓良法？

良法亦称善法。古希腊的哲学家亚里士多德（Aristotle）是最早提出“良法之治”理念的人。他在《政治学》一书中阐明了“法治”一词的基本要素：“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”¹在他看来，良法的标准应具备三个条件：其一，良法的目的应该体现和保障公众利益而不是为某一阶级（或个人）的利益。其二，良法应该体现古希腊人珍爱的自由，“法律不应该被看作（和自由相对的）奴役，法律毋宁是拯救。”²其三，良法必须能够维护合理的城邦政体的久远。

李龙教授认为，“依法治国实质上是良法治国”这一命题和结论，是人类治国智慧和经验的科学总结，集中了两千多年来著名思想家、政治家、法学家的智慧成果，反映了治国的正反经验。良法应具有人民性、科学性、程序性、正义性的基本特征和要素。第一，良法必须反映广大人民意志；第二，良法必须符合客观规律，顺应历史潮流；第三，良法必须符合正义原则，并是可操作的。³

良法应包括法的实质善良性和形式善良性两个不可分割的方面。法的实质善良性即体现为法的实体正义，它是指法蕴含的人文性、价值性、合目的性，如自由、公平、正义、秩序、效率与和平等。法的形式善良性即为法的形式正义，是指立法、执法、司法、守法和护法各环节中普遍遵守的基本原则。美国新自然法学派的朗·富勒（Lon Fuller）提出了著名的“法律合法性的八项要素”，即：（1）法的普遍性，意味着同样的情况应

1 [古希腊]亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1965年版，第199页。

2 [古希腊]亚里士多德著，吴寿彭译：《政治学》，商务印书馆1965年版，第276页。

3 李龙主编：《良法论》，武汉大学出版社2001年版，第3、4页。

同样的对待；（2）法的稳定性，即法律不应该频繁改变，更不应朝令夕改；（3）法的公开性，因为法律是人们必须遵守的规则，而只有人们直接了解或从别人的法律行为范式中间了解法律规则，才能够去遵守；（4）法的明确性，法律必须使它所针对的人对它的内容能够充分理解，至少是律师、法官能够弄懂它的确切含义；（5）法不溯及既往，即不能用明天的法律规则治理今天的行为，亦不能因人们先前的某种行为在现在看来是违法的而处罚他们；（6）法的不矛盾性，如果法律本身互相矛盾，公民就只能自行解决这一矛盾，必将严重损害法治；（7）法的可操作性，即可为人遵守，法律不应该规定人们无法做到的义务，实现不可能实现的事情；（8）官方行动与法的一致性，即官员的行为必须符合已经公布的规则，在对公民执法时必须忠实地解释法律规则的真意。这八大要素缺少任何一个，就会失去其存在价值。这也被叫做“自然程序法”。¹

然而，考察世界法治史会发现，纯粹的、完全意义上的良法之治是不存在的，也就是说，无论是成文法国家还是判例法国家，都回避不了有不确定的法律概念乃至“恶法”的客观存在，因为再有质量的立法行为和判例，都难以避免成文法的滞后性、不周延性，以及判例法的历史局限性。德国的卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）就说：“大家日益承认，无论如何审慎从事的法律，其仍然不能对所有——属于该法律规整范围，并且需要规整的——事件提供答案，换言之，法律必然‘有漏洞’。”²当然，从更深层次看，正如德国思想家齐特尔特曼（Zitelmann）所认为的：“有漏洞的不是法律，而是我们迄今对法律的认识。”³

法律的缺陷是不可克服的、先天性的，从法律开始被孕育到法律最终形成一直存在，并被带到了法律的后天世界。⁴因为“恶法”的不可避免，于是便有了贯穿整个法制史、绵延上千年的“恶法非法”与“恶法亦法”之辩。主张“恶法非法”的自然法学派和主张“恶法亦法”的实证分析学派尽管都产生了影响世界法制历史的大法学家，但最终都没能说服对方。在“二战”之后，因审判纳粹时期罪犯而重新激起这场世界性辩论，虽然主张

1 参见张文显著：《二十世纪西方法哲学思潮研究》，法律出版社1996年版，第63—65页。

2 [德]拉伦茨著，陈爱娥译：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第246页。

3 参见[德]拉伦茨著，陈爱娥译：《法学方法论》，商务印书馆2003年版，第277页。

4 魏胜强著：《法律解释导论》，郑州大学出版社2008年版，第14页。

“恶法非法”的自然法学派由此得到复兴，出现了富勒、德沃金、罗尔斯等一批新自然法学派的代表；而主张“恶法亦法”的实证分析法学派也用法治的发展事实证明了自身理论的价值，也拥有着凯尔森、哈特、拉兹、麦考密克等具有世界影响力的法学大家。至今，所谓“恶法亦法”与“恶法非法”之辩仍是个未解的世界性难题。美国哈佛大学教授哈罗德·J·伯尔曼（Harold J. Berman）在其名著《法律与革命》序言中就指出，我们“需要清除一下谬见：排他的、政治的和分析的法学（法律实证主义），或孤傲的、哲理的和道德的法学（自然法理论），唯我独尊的、历史的和社会-经济的法学（历史法学派、法的社会理论）。我们需要一种能够综合这三种传统学派并超越它们的法学。”¹

那么，什么是矫正“恶法”的最好方式呢？英国历史法学派奠基人亨利·梅因（Henry Maine）在谈到古代解决这一问题时，归纳出了三种途径：其一，法律拟制，指“要用以表示掩盖、或目的在于掩盖一条法律规定已经发生变化这一事实的任何假定，其时法律的文字并没有被改变，但其运用则发生了变化”。²其二，衡平法，即运用原有法的一些原则规定，并崇信这些原则规定的神圣性，使司法人员在运用这些原则时把自然法、正义观念运用到司法活动中。其三，立法，但是立法手段只是适应社会关系重大变化才采取的手段。因为，“在一个国家还是青年和幼年时代，绝少要求借助于立法机关的活动以求对司法的一般改进。”³梅因认为，运用立法手段解决法律的滞后性是不可取的；而另外两种方法，都与法律解释相关，只是法律拟制是在法律文本层面作的解释，而衡平法则是在法律实施层面上作的解释。

法律解释能否承担起矫正“恶法”的历史使命？它需要面对诸如不确定的法律概念、法律的空缺结构、法律概念的原意追溯、法律条文滞后性等等十分严峻的问题。而这也正是我国在完成大规模立法之后面临的新的现实课题。由于我国的法治是与改革同步启动，立法决策是与改革决策相结合的，所以在立法中必然地带着改革过程中过渡性的痕迹，立法的不完善是不可避免的。目前，法治实践中越来越多地面临如何对待和矫正这些

1 [美] 哈罗德·J·伯尔曼著，贺卫方等译：《法律与革命——西方法律传统的形成》，中国大百科全书出版社 1993 年版，序言第 3 页。

2 [英] 梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆 1984 年版，第 16 页。

3 [英] 梅因著，沈景一译：《古代法》，商务印书馆 1984 年版，第 25 页。