

诠释学与人文社会科学



法律：诠释与应用

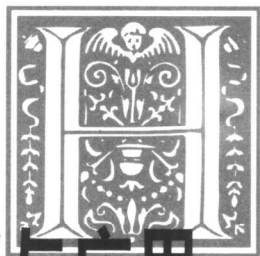
——法律诠释学

谢晖 陈金钊 © 著



上海译文出版社

诠释学与人文社会科学



法律：诠释与应用

——法律诠释学

谢晖 陈金钊 © 著



上海译文出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律：诠释与应用/谢晖,陈金钊著. —上海：上海译文出版社,2002.3

(诠释学与人文社会科学/洪汉鼎主编)

ISBN 7 - 5327 - 2817 - X

I .法... II .①谢...②陈... III .法哲学-诠释学
IV .D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 001541 号

策划编辑：赵月瑟 衷雅琴

特约编审：谢叔荣

责任编辑：李 丹

封面设计：昭阳工作室

法律：诠释与应用

——法律诠释学

谢晖 陈金钊 著

上海世纪出版集团
译文出版社出版、发行

上海福建中路193号

易文网：www.ewen.cc

全国新华书店经销

商务印书馆上海印刷股份有限公司印刷

开本 890×1240 1/32 印张 8.625 插页 2 字数 220,000

2002年3月第1版 2002年3月第1次印刷

印数：0,001—5,100册

ISBN 7 - 5327 - 2817 - X/B·142

定价：17.20元

总 序

本丛书总结了 20 世纪人文社会科学理论新成就,并以展望 21 世纪人文社会科学的发展为主题,因而可以说是一部跨世纪的学术研究丛书,一部立足于当代人文社会科学发展水平的学术研究丛书。

诠释学作为理解和解释的学科,在西方已有很漫长的历史,在经历了作为圣经注释学、罗马法解释理论、一般文学批评理论以及人文科学普遍方法论之后,20 世纪 60 年代出现了哲学诠释学。哲学诠释学最鲜明的特征就是它所强调的理解与解释的与时俱进的品格、实践品格和创造品格,这是一种与经济全球化和政治多元化的当今时代相适应的理论品格。因此这种诠释学一经产生,不仅对西方的哲学和美学产生重大影响,而且由于其新颖的观点和视角,这种影响迅速地波及西方的文学、语言学、历史学、社会学、法学、艺术、神学,甚至自然科学,以至在这些学科内形成新的理论构造和方法,本丛书旨在分学科展示这些新的理论建树,以便努力展现人文社会科学的当代价值。

当代哲学诠释学创始人、德国哲学家加达默尔在其代表作《真理与方法》中,针对当代人文科学的自我理解受自然科学方法论模式所支配的特点,提出“诠释学问题从其历史起源开始就超出了现代科学方法论概念所设置的界限”,他试图在经验所及并且可以追问其合法性的一切地方去探寻那种超出科学方法论控制范围的对



真理的经验,也就是探寻那些不能用科学方法论手段加以证实的真理借以显示自身的经验方式。真理生成于和展示于哲学、历史与艺术等人的意识活动和生活世界中,研讨的经典并非仅属于过去的独立自足的东西,解释者也非外在于经典的旁观者。经典的永恒不仅仅在于超越具体化的时间和空间,还在于经典作为事物自身是在人的参与和观照下持续地涌现其新的意义,在新的历史条件下不断呈现其存在的种种可能性。经典的真理并不是现成的自明的恒常存在,如果没有人的参与,真理就无处涌现和生成,作品的意义也就无法传承和延续。经典的真理和意义的发生及展开是一个密切与人的生存相关联的永不止息、永不封闭的过程。

这种基于生存论的哲学诠释学理论对传统的诠释学理论提出了挑战。传统的诠释学以获得经典的客观科学知识为目的,以探求创作的客观历史背景、创作者的主观意图、政治倾向、生活态度为宗旨,力图重建和复制经典创作的主客观条件,以恢复历史的真面目。反之,当代哲学诠释学则认为经典的重要性并不在于它属于过去,而在于它作为持续有意义的存在对我们言说,我们解释经典就是应对经典的言说,重新回答经典向我们提出的问题。作品的意义不是作者的意图,解释作品也不是重新体验和重新构造作者的生命,正相反,作品的意义在于过去与现在的沟通。理解的本质并不在于对过去事物的复制,而在于与现时生命的思维性的沟通。理解不是一种单纯重构过程,而始终是一种创造过程。因此当传统诠释学强调原样理解或更好理解,即解释者可能比作者本人还要好地理解他的作品,当代哲学诠释学则强调不同的理解,也就是说,如果我们一般地有所理解,那么我们总是以“不同的方式”在理解。

当代哲学诠释学对人文社会科学产生了不可磨灭的影响。当代文学理论和文艺批评深受诠释学的启发,当我们在理解《哈姆雷特》时,究竟是理解莎士比亚的意图,还是理解《哈姆雷特》对今天的我们说了什么?过去我们总是认为作者写出作品就是文学过程

的结束,现在我们看到阅读是比作者创作还要重要的环节,从而读者也从原先的被动静观的地位上升到主动参与的地位。同样,历史学也经历了改变,历史是过去经验的重演,还是我们现在心灵中的过去?历史的意义永远是一成不变的吗?第一次世界大战的结论在1914年至1933年第二次世界大战爆发前能得出来吗?这时我们至多只能说它是结束一切战争的战争,而不能说它是第一次战争。历史实在并不是一种人类精神无法反抗而只能被扼杀于其镣铐中的僵死的必然性,真正的历史对象根本就不是对象,而是自己和他者的统一体,或一种关系,在这种关系中同时存在着历史的实在和历史理解的实在。历史理解按其本性乃是一种效果历史事件。在法学领域,法律条文的抽象普遍性和个别案例的复杂多样性构成了从古至今法律解释的核心,当代法学诠释学强调诠释学的应用不仅是按照普遍的法律条文来判决具体的案例,而且更重要的还在于通过具体案例来补充和修正法律的抽象性。法学诠释学试图运用一种亚里士多德所说的罗斯波斯岛的营造师的弹性规则,这种规则不是固定不变的,而是与岛上石块的形状相适应的。普遍的规则需要运用,但规则的运用又无规则可循,这里需要培养一种特殊的实践智慧。

我国传统的经典注释或经学显然具有明显的诠释学特征,自孔子说“述而不作”始,中国的学术研究事实上就走了一条诠释学之路。我国有两千年解释经典的历史,较早的有《左传》对《春秋》的解释,《系辞》对《易经》的解释,韩非的解老喻老,《文心雕龙》对不同时代的文学风格的总结。在漫长的中国学术史里,对儒家和道家的经典的训诂、注释可谓汗牛充栋,汉学与宋学之争,训诂明还是义理明,我注六经还是六经注我,一直成为近代学者争论的焦点。在我国传统文化里是否能找到补充当代哲学诠释学的东西,或当代哲学诠释学是否将会对我们经典注释学开启新的视角,这都是值得我们深入研究的问题。

我们所处的时代是一个改革的时代,一个创新的时代,创新是



文化不断发展和前进的永恒动力,也是人文社会科学检验自身是否具有生命力的标准。本丛书试图从马克思主义立场出发,重新检验哲学、历史学、法学、文学、语言学、艺术、宗教神学等学科的现状和历史,试图运用当代诠释学的观念和方法去阐发这些学科中的一些基本问题及其解决途径,以便展现现代学术与世界历史以及当代生活的密切关系,从而达到对于人文和社会科学的全新理解和把握。因此,本丛书的出版,对于哲学和人文社会科学工作者来说,不仅能够拓展视野,加深思考;而且作为一种现代学术知识,对于一般知识青年和读者大众而言,也会增长见识,大有裨益。

本丛书作者皆是国内著名高等学府和科研院所的学者教授,他们不仅具有自己的独立学科研究领域,而且深受当代哲学诠释学的观念和方法的影响,从而保证了本丛书的学术水准和品位。北京市社会科学院对本丛书给予了大力的支持和帮助,我们在此表示衷心的感谢。另外,上海译文出版社作为我国最知名的翻译出版社,这次大力推出国内自己学者的学术研究著作,这既充分显示了本丛书的学术水平,又说明该出版社的学识和魄力,在这里我们对为本丛书作了艰辛工作的编辑同志表示衷心的感谢。

最后,我们希望本丛书的出版能为我国人文社会科学的研究增添新的光彩。

主编:洪汉鼎

山东大学诠释学研究中心教授

2001年10月于北京怡斋

序 言

诠释性概念

鄙书原起名“诠释性概念”，乃受德沃金及其《法律帝国》之影响。德氏为当代法学之名宿硕儒，其权利理论开启了现代法理学发展之新境界。然而，其更具操作性的论说，恐怕就是此一“诠释性概念”。窃以为，该结论之得出，非惟界定法律，更开法学新途。

近世以来，法治主义诉求与日俱进。然“法律一出，秩序即成，自由便备”的浪漫情怀每每被现实击破。因此之故，法治理想与人治呼声常此消彼长、难决雌雄。此种情形，吾国犹盛。其中关键，则在于理解法律及法治，过于机械偏狭。其实，法治作为生命肌体，乃为成长的概念。其成长之途，端在于诠释。立法（法律）为法治之花，诠释显法治之果。有良法而乏诠释，只见法治之花，难观法治之果。故无诠释则无法治，百世不移之理。云法律为“诠释性概念”，实为“极高明而道中庸”。

然则法律不仅治世之具，更关国计民生。无论市场经济、民主政治、精神文明，虽不因法律而生，但皆藉法律及法治而卓然壮大。因之，法律诠释切忌放任随意、为所欲为。古人云：“过犹不及”，放任法律诠释，不啻掘法治根基、毁公民生途。于是，吾辈面前，有两难境遇：既须法律诠释，以为法治硕果；又须遏制放任，以免法治遭



劫。两难之间,如何取舍?一言以蔽之:唯赖法律诠释之法理。

最近数年,法律诠释学研究,为吾国法学界一大景点。翻刊物报纸,逛坊间书市,不时可见相关成果。此乃吾国法治由宏观价值呼唤进至微观规范论证之必然。著者虽不才,但也深受此风鼓舞,试为法律诠释学学习与研究。此书即其成果之一。撮要其特点者凡四,现列如左:一则系统梳理中外法律诠释学历史及学说,便于凸显该学问之深厚根基;二则携哲学诠释学之精髓,以构筑法律诠释学之框架;三则始终以学问标准,看待法律诠释问题;四则令该学问由蹒跚于技术论证提升至哲理探讨。此四特点,为克当下该学问之技术有余而学理不足作奠基。

著者深知,貌似微观的法律诠释学,恰如医学上之“小儿科”,名虽小而理实大。鄙书之于该学问,虽做了必要努力,但亦不过挂一漏万。故著者不奢他求,倘此一小书能多少收到引玉之效,则遂愿矣!

是为序。

天水学士 谢 晖

序于公元 2001 年 8 月 26 日

内容提要

本书运用哲学诠释学之基本原理，对法律诠释现象作出了富有学理性的新诠释。全书从当代西方法学家的法律诠释观念入手，较为系统地总结和论述了法律诠释学的哲学基础、法律诠释学的性质与作用、法律诠释的方法等问题。并在此基础上，运用意识形态批判理论，对于法律诠释问题提出了意识形态批判的思路。最后，该书还通过对古代中国的法律诠释（学）以及当代中国之法律诠释学的总结和回顾，展望了未来法律诠释学在中国的发展前景。该书资料丰富、观点新颖，是我国法律诠释学研究的最新成果。

诠释学与人文社会科学

主 编

洪 汉 鼎



作者简介

谢晖，1964年生于甘肃甘谷，现任山东大学教授，校学术委员会委员，法学院学术委员会主席。已经出版的个人学术作品有：《行政权探索》（云南人民出版社，1995年）；《法律信仰的理念与基础》（山东人民出版社，1997年，1998年重印）；《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》（山东人民出版社，1998年，2000年和2001年分别重印）；《法学范畴的矛盾辨思》（山东人民出版社，1999年，2001年重印）；《法的思辨与实证》（法律出版社，2001年）。即将出版的个人学术作品有：《法律的意义追问——诠释学视野中的法哲学》（商务印书馆）。发表学术论文102篇，学术随笔41篇。2000年获教育部“首届高等学校优秀青年教师奖”。

陈金钊，1963年生于山东莘县，现任山东大学教授，法学博士。已经出版的个人学术专著有《法律解释的哲理》（山东人民出版社，1999年）；《法治及其意义——法律解释问题研究》（西北大学出版社，1994年）。主编或参编法学专著与教材10余部。1990年后，在《法学研究》、《法律科学》、《现代法学》、《法商研究》、《法学》、《学习与探索》、《比较法研究》、《法学家》等学术刊物发表相关论文80余篇。主要研究领域为法律解释学和法治理论。

目 录

序言:诠释性概念	1
第一章 当代西方法学家的法律诠释观	1
一、萨维尼:法律诠释的要素和结构	2
二、哈特:空缺结构与诠释限度	7
三、德沃金:诠释性概念	14
四、哈贝马斯:对话性诠释	21
五、波斯纳:诠释的解构	28
六、费希:理论与实践的分野	34
七、拉伦茨:可接受的诠释	39
第二章 法律诠释学的哲学基础	47
一、法律缘何需要诠释	49
二、法律诠释为什么可能	58
三、哲学诠释学对法治理论的挑战	67
第三章 法律诠释的性质和作用	79
一、法律发现与法律诠释	80
二、法律诠释的客观性	100
三、法律诠释的创造性	123
第四章 法律诠释的方法	130
一、法律诠释的文义方法	132
二、法律诠释与法律推理	143



三、法律诠释与证明责任·····	149
四、法律诠释与法律论证·····	155
五、法律诠释与判决理由·····	162
第五章 法律诠释与意识形态 ·····	170
一、法律诠释与权利分配·····	171
二、法律诠释与意识形态的必然关联·····	178
三、法律诠释理论的意识形态批判·····	186
四、法律诠释实践的意识形态批判·····	194
五、超越意识形态的法律诠释:诠释的整合·····	203
第六章 法律诠释学在中国 ·····	210
一、中国古代的法律诠释(学)·····	211
二、当代中国的法律诠释学研究·····	221
三、法律诠释学在中国发展的展望·····	231
四、法律诠释学与法治·····	241
后记:尝试性合作 ·····	250
参考书目 ·····	255
外文目录 ·····	264

第一章

当代西方法学家的法律诠释观

在西方哲学诠释学的发展中,法律诠释曾经和宗教诠释、语文诠释一样,构成了其最基本的经验材料。发达的法律诠释,不仅给哲学诠释学提供了立论的基础,而且它几乎就是哲学诠释学得以诞生的温床。所以,西儒加达默尔认为:对哲学诠释学而言,法学诠释学具有典范意义。“……法学诠释学其实不是特殊情况,而是相反,它正适合于恢复历史诠释学的全部问题范围,并因此重新产生诠释学问题的古老统一性,而在这种统一性中,法学家、神学家都与语文学家结合了起来。”^[1]尽管如此,法律诠释以及以此为经验材料和论证背景的法律诠释学并不等同于哲学诠释学——一方面,它不是哲学诠释学的套用;另一方面,它自身具有一套独特的分析工具和知识系统。我们只要通过对法学家法律诠释观念的梳理,就不难发现其中堂奥。

法学家的法律解释观念,来自法律诠释的现实经验。不但法律诠释之经验需要一般的理论性抽象、解说和提升,而且法律诠释的进行和发展亦需要作为理论的法律诠释学提供相应的理论支援。从此意义上讲,作为理论的法律诠释学与作为实践的法律诠释活动一样古老。自古而然的学术家们所进行的关于法律解释的



研究活动,无不体现着法律诠释学与法律诠释之间的此种互动关系。所以,学者们关于法律诠释的观念,并非始自近代或者现代,事实上,在古代希腊—罗马世界、在古代中国、在古代伊斯兰世界,在发达的法律诠释存在的同时,也有相应的法律诠释学。^{〔2〕}不过,我们知道,作为独立学科的法学,和其他学科一样,毕竟是近、现代社会分工和科学观念的产物,因此,我们对法学家法律诠释观念的梳理,也就从近、现代的法学家说开去。

一、萨维尼:法律诠释的要素和结构

萨维尼(Friedrich Karl von Savigny, 1779—1861),历史法学派最重要的代表人,德国历史上最伟大的法学家之一。可以说,在当代中国的法学学人中,不知道萨维尼名字的人大概寥寥无几,但对其法律诠释学说有所了解的人恐怕也是寥寥无几。这是由于萨维尼在中国法学学人中的影响,似乎并不在于其学术主张,而在于某种政治意识形态的需要和安排。对此,只要我们在著作等身的萨维尼的作品迄今为止只有区区一本书被翻译为中文出版的事实中不难发现其中一斑。^{〔3〕}然而,要谈论法律诠释学说,就无法绕开萨

〔1〕 加达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社,1999年,第422页。

〔2〕 关于中国古代的法律诠释活动以及“法律诠释学”,被人们称为“律学”。一部中国法学发展史,倘离开以法律解释为宗旨的律学,便觉空洞无物矣。对此,笔者将在本书第二章予以探讨。而伊斯兰世界的法律诠释,特别是和教法相关的教法学家们的法律诠释,不仅是一种有关法律的实践活动,而且自身在创造着法律解释的理论(参见诺·库尔森:《伊斯兰教法律史》,吴云贵译,中国社会科学出版社,1986年)。而在古代罗马世界,法律诠释学的发展与法律解释的发展相辅相成。

〔3〕 据笔者所知,中国学者所翻译的萨维尼的著作,目前出版的只有一种,即由武汉大学法学院教授李双元先生率领其弟子们翻译的《现代罗马法体系(第八卷)》(译名为《法律冲突与法律规则的地域和时间范围》)。该书由法律出版社1999年出版。

维尼,这正如要谈论思辨哲学,就无法绕开黑格尔一样。

萨维尼的法律诠释学说,主要体现在他对法律诠释要素的揭示和论述上。自从他提出法律诠释的四个诠释要素以来,这些要素就被人们奉为经典论述。在他看来,法律诠释既是一项学术性的活动,也是一项艺术性的活动。学术性意味着它是“自由的精神活动”,是可以参与法的创造的活动;而艺术性的活动也意味着法律诠释不能仅由法律规范即可求得,因此,法律诠释的学术性和艺术性有相近相合之处。通过合乎程序的法律诠释,我们可以认识法律的真理〔1〕。

萨维尼把法律分为完善的和有缺陷的两种。因此之故,形成了两种不同的法律诠释格局。其中针对完善的法律,法律诠释应当存在四个要素,即语法要素、逻辑要素、历史要素和系统要素。“在语法解释中,解释者应重构由立法者使用的语言规则;在解释的逻辑要素中,应重构法律的思维(概念);在解释的历史要素中,应由解释者介绍,法律规则如何介入预设的法律状态中;在解释的系统要素中,法律制度和法律规则的内在关联当发挥作用。”〔2〕虽然,萨维尼如此界定了完善法律规范所需的诠释要素,但正像人们所熟悉的那样,萨维尼在法律的整体观念上是一个“保守主义者”。在其等身的著作中,不论给其赢得巨大声誉的、还是不断遭人诟病的,恐怕就是那本《论当代立法和法理学的使命》。在该书中,萨氏写道:“……有文字记载的历史初期,法律如同一个民族所特有的语言、生活方式和素质一样,就具有一种固定的性质。这些现象不是分离地存在着,而是一个民族特有的机能和习性,在本质上不可分割地联系在一起,具有我们看到的明显的属性。这些属

〔1〕 参见卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版公司,1997年,第221页。

〔2〕 乌尔里希·施罗特:《哲学诠释学与法律诠释学》,郑永流译,未刊稿。萨氏对法律诠释之要素的全面论述,参见萨维尼:《现代罗马法体系》(第1卷),小桥一郎译,成文堂,1993年,第200页以下。