

刘士国 主编

法解释的基本问题

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法解释的基本问题/刘士国主编. —济南: 山东人民出版社, 2003.4

ISBN 7-209-03218-5

I. 法... II. 刘... III. 法律解释-中国-文集
IV. D920.5-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 017879 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 山东新华印刷厂潍坊厂印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 15.25 印张 2 插页 380 千字

2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月第 1 次印刷

定价: 30.00 元

确定性也难以确定，其漏洞也就难以得到填充，立法机关所创立之法律也只能是纸上的法律。对这种认识，我们除了赞成以外，还想作些补充。我们认为，这种认识

在这种情况下，如果我们不重视法律解释，那么，成文法在现实生活中（而不是在概念法学的体系中）就难以明晰，法律与现实生活相比校之不

没有说清楚法律解释兴盛的理论前提。从理论上讲，法律解释倍受关注还有一个原因，那就是没有法律解释

法治的兴起，才使法律问题真正勃兴。也许有学者会提出相反的问题，他们可能争辩说，法治的核心是依法办事，

这个社会就可能是一个专制的社会。从这一命题的反对解释来看，法律解释问题之所以在今天兴盛，得益于我们

这个时代正是一个呼喊法治或者说正在萌动中的法治社会。正是

在这种情况下，如果我们不重视法律解释，那么，成文法在现实生活中（而不是在概念法学的体系中）就难以

立法机关所创立之法律也只能是纸上的法律。对这种认识，我们除了赞成以外，还想作些补充。我们认为，这种认识没有说清楚法律解释兴盛的理论前提。从理论上讲，法律解释倍受关注还有一

明晰，法律与现实生活相比校之不确定性也难以确定，其漏洞也就难以得到填充，

一个原因，那就是没有法律解释的社会就可能是一个专制的社会。从这一命题的反对解释

来看，法律解释问题之所以在今天兴盛，得益于我们这个时代正是一个呼喊法治或者说正在萌

即政府、政党以及公民等都应按已经公布的法律而行为，法治之下的主体行为是一种机械的、按图索骥式的方

前 言

1998年4月至1999年2月，我获日本学术振兴会研究奖励金，赴北海道大学法学部从事民法解释学研究。回国后，出于推进中国法解释学研究的目的，与梁慧星先生商议并经先生同意，由《法学研究》编辑部与山东大学法学院联合主持召开一次法解释学研讨会。这次“全国法解释学研讨会”于2000年8月1日至3日在青岛黄海饭店举行。之后，《人民法院报》发表了综述，《法学研究》发表了发言摘要。2001年初，谢晖教授告诉我，他与陈金钊教授、郑永流教授商议，拟由山东大学法学院、中国政法大学法律系、山东大学威海分校法律系共同主持召开一次解释学研讨会，我院当然支持。这次全国“法律解释和法律论证”理论研讨会于当年5月1日至3日在山东大学威海分校举行。之后，《人民法院报》亦发表综述。呈现在读者面前的这本文集，收集了这两次会议的大部分论文、译文。

本文集共分三组：第一组为论述国外法解释理论的论文和译文，共6篇，以国外的“议论”或“论证”理论为中心；第二组为探讨我国法解释制度的论文，共8篇，以司法解释为中心；第三组为论述法解释性质的论文，共8篇，以法解释特征为中心。这只是编者大体的分类，并不表明作者的意图。

有些作者作了即席发言，有的作者提交了发言提要。这些，无法或不宜收入文集。为使读者全面了解会议上的各种观点，文集附录报刊发表的综述及发言摘要，以供参考。

法解释的意义与作用，在我国法律体系完善之后，随着社会

的进一步发展，将变得更为重要。借鉴国外先进理论并结合我国实际不断创新，是我国法学研究的重大课题之一。愿本书之出版能为此尽些许助推之力。

刘士国

2002年10月3日

目 录

前言	刘士国 (1)
法的议论的理论及其借鉴意义	刘士国 (1)
法律论证理论面临的问题与进路 ——《法律论证理论》导论 [德] 罗伯特·阿列克西著 舒国滢译* (18)	
法律的规范适用方式：确定，论证和判决 [德] J. 施奈特 U. 施奈德著 郑永流译* (66)	
原始主义者的规则 ... [美] H. 杰斐逊·鲍威尔著 戚渊译 (98)	
裁判过程与法的推论..... [日] 松浦好治著 李道军译 (143)	
霍菲尔德权利分析理论研究	王 涌 (161)
论司法解释与司法推理的包容性	张保生 (196)
司法过程中的法律发现	陈金钊 (217)
法律解释学的转向与实用法学的第三条道路	陈金钊 (239)
论民法的解释原则	程开源 张露松 (272)
论格式条款的解释	王丽萍 李 燕 (280)
对证明责任分配的经济学分析	桑本谦 (299)
论司法解释权与立法权的“冲突”及融合	纪建文 (317)
法律解释：法律生命化与法官职业化的过程	齐延平 (332)

规范解释的创新何以艰难

——兼论我国规范法学研究的创新问题 谢 晖 (347)

安身立命，法学赖何？

——法学的“科学性”及自主性散论 郑永流 (364)

法律解释及其基本特征 陈金钊 (370)

法律解释的必要性 李道军 (387)

解释的“历史性” 李道刚 (398)

论法解释的情理性与客观性 范进学 (405)

法治的深度建构：对法律解释现象的解释 齐延平 (419)

法律意义标志的诠释学审查 谢 晖 (446)

探索解释科学 实践社会正义

——全国法解释学研讨会综述 张 娜 (469)

为司法拓出“微观论证”的法理学视野

——全国法律解释与法律论证研讨会综述

..... 安克明 李 伟 (474)

法的议论的理论及其借鉴意义

刘士国

一、法的议论理论的产生与基本含义

法的议论的理论,被认为是当代法学理论研究中占统治地位的理论。它产生于德国,其影响超出德语圈国家,在国际上引起瞩目。这一动向反映在一系列的国际性法哲学会议上。如1971年在布鲁塞尔召开的法哲学·社会哲学世界会议曾以此为论题,德国在1971年专门召开过“法的议论的理论”学术会议,在1978年、1979年均召开过类似的会议。〔1〕

法的议论的理论,是指通过议论解决法律问题。法的议论的理论是德国学者阿雷库思(Alexy)依据哈贝马斯议论的理论提出的新的法学方法论。哈贝马斯将道德哲学上的说明的真理性或正当性的活动叫作“argument”(议论)或“diskurs”(讨论)。〔2〕日语根据 argument 译为“议论”。“议论”一词,中文不常使用,常用者多为“争论”、“辩论”。“争论”、“辩论”都有主张自己一方正确,另一方不正确的含义,而“议论”有商议的意思,是当事人对事务正确与否进行共同探讨。“争论”、“辩论”多存异议、

〔1〕参见〔德〕Ulfrid Nenmann 著:《法的议论的理论》,〔日〕龟本洋、山本显治、服部高宏、平井亮辅译,法律文化社1997年版,第1页。

〔2〕参见〔日〕龟本洋:《现代法学的展开与法律学的变化》,载《现代法学的思想与方法》(《现代的法》15),岩波书店1997年版,第66页。

少有共识，而“议论”是少有异议、多存共识或以达到共识为目的。因此，“议论”较能反映德文的原意。

法的议论的理论，由于不是特定的哪种主义的主张，它只是一种理性证明的理论、合理性讨论的理论，它不属法哲学的特定学派，因此，它能够获得普遍的认同，这是其兴盛的原因。^{〔3〕}

在德国，较早经历了自由法学战胜概念法学的历史过程。自由法学派，强调法官的造法功能，认为真正有意义的法决定于法官的评价，而法官的评价并不受法律规定的束缚。这一理论虽有根据社会发展灵活运用制定法和发现制定法之外的法的优点，虽无倡导法官恣意造法的意图，但实践中存在法官判决的恣意行为是无法否认的事实。这在德国叫“法的决断主义”，^{〔4〕}即法取决于法官的决断。在自由法学盛行的时期，当时的苏联法学与我国法学，均对这一思想进行了批判，尽管其全盘否定的态度是错误的，但是指出自由法学造成的法官恣意行为这一点恐怕不完全脱离实际。^{〔5〕}被自由法学否定的概念法学，认为法律对法官是惟一正确的判案依据，通过对法律概念、法律构成理论的逻辑推演，就可以解决一切问题，否认法官的造法功能。这样的理论虽可避免法官的恣意行为，但不符合法在实践中发展的规律，只能在相对平稳发展时期存在，在社会巨变的时代因不合社会需要而被新理论取代是必然的。这种理论因完全强调成文法的决定作用，在德国被称为“法的决定论”。^{〔6〕}无论法的决断主义还是法

〔3〕参见〔德〕Ulfrid Nenmann 著：《法的议论的理论》，〔日〕龟本洋、山本显治、服部高宏、平井亮辅译，法律文化社1997年版，第2页。

〔4〕同注〔3〕引书，第3页。

〔5〕参见张宏生、王林：《艾尔力许的社会学法学、自由法学的反动实质》，载西南政法学院图书馆编《各派法理学评介文集》，1982年。

〔6〕参见〔德〕Ulfrid Nenmann 著：《法的议论的理论》，〔日〕龟本洋、山本显治、服部高宏、平井亮辅译，法律文化社1997年版，第3页。

的决定论，都没有承认法的议论，依法的决断主义不讲求议论，依法的决定论则没有议论的必要。因此，法的议论的理论是克服法的决断主义和法的决定论不足的理论，是自由法学与概念法学之外的第三种立场。〔7〕

法的议论的理论，是在道德哲学基础上的创新。道德哲学，讲求构筑理性的议论理论，它试图在各种价值理论、情绪主义、决断主义及不可认知的伦理之间，根据道德开拓第三条道路。这种理论的基本结构是：（1）说明以说明为基础，即议论是一种语言的表现活动。（2）区别发现的过程与正当化的过程。即发现某一问题与对这一问题的正当化说明相区别。如牛顿看到苹果落到地上，引起他的思考，发现了引力，这是发现的过程，而对这一现象的合理化说明，则需运用数学进行推演，从而证明了万有引力定律，这是一种正当化的过程。（2）正当化有两方面。一是将说明示众检验，二是根据检验正确地说明。〔8〕这样的道德哲学运用于法解释学，进一步区分了自然科学与法学的不同，认识到自然科学是证明主张的真理性问题，法学则是附根据的决定的正当化，其核心是判决的正当性问题。与自然科学不同，法官的判决受自己的同情心与反感的影响，因此，要求法官公开决定的动机，又受法规范的诸规则的拘束，要求当事人、律师、法官都要遵守审判规则，阐明或反驳他人的观点都必须附依据，通过阐明、反论、再反论这样一个议论的过程解决问题，不是哪一个人说了算，就是法官也要遵守民主的规则依议论解决问题。〔9〕

〔7〕参见〔德〕Ulfrid Nenmann 著：《法的议论的理论》，〔日〕龜本洋、山本显治、服部高宏、平井亮辅译，法律文化社1997年版，第3页。

〔8〕参见〔日〕平井宜雄：《法律学基础论备忘录》第20~23页，有斐阁1990年版。

〔9〕参见〔德〕Ulfrid Nenmann 著：《法的议论的理论》，〔日〕龜本洋、山本显治、服部高宏、平井亮辅译，法律文化社1997年版，第6~7页。

二、法的议论的理论对日本法解释学的影响

二战之后，日本的法解释学出现了议论的思想萌芽，如来栖三郎曾提出法解释的争论要赢得国民多数的理解并使法院采用，把市民的法解释纳入考察范围，利益衡量论基于利益分析和价值判断，认为争论是必要的。^{〔10〕}但全面提出议论的理论并对战后法解释学进行批判的是平井宜雄教授，其主要著作是《法律学基础论备忘录》和《续—法律学基础论备忘录》。^{〔11〕}

平井提倡议论的理论。是由星野教授的“利益考量论”造成学生议论能力的不足引起的。利益衡量论是由加藤一郎与星野英一分别提出的，加藤提出利益衡量，星野提出利益考量，两者的共同点都是主张在解决法律纠纷时，可以先不考虑法律的规定，而依对当事人及当事人与社会利益的衡量或考量得出如何处理结论，然后再找出可适用的具体法律依据。这一思想，是日本法解释学所独有的，虽受德国利益法学的影响，但这种思考方式是与利益法学不同的。这一思想，在日本法学界影响很大，对法学教育的影响也很大，但是，这一思想有明显的不足，就是它过于强调法解释者的心理作用，特别是星野的利益考量论，是一种纯心理主义的理论，与造成日本学生议论能力不足有直接的因果关系，因此，与星野同是东京大学法学部教授的平井，对此提出了

〔10〕参见〔日〕濑川信久：《民法的解释》，载星野英一编：《民法讲座》别卷Ⅰ，有斐阁1990年版，第75页。

〔11〕前者发表于1988～1989年，由《法学家》杂志连载，1989年10月由有斐阁出版合订本。后者发表于《法学协会杂志》第107卷第5号及《法学家》杂志第950、960、962号，论文的合订本由有斐阁1991年3月出版。

批判,引起法学界争论,被称为日本的“第二次法解释论争”。^[12]

平井对战后日本法解释的“正统理论”从以下几个方面进行了批判:

1. 学者中心主义。战后法解释学的“正统理论”是以学者为中心的。来栖教授的法解释理论,强调学者对法官判决的评论,而川岛明确强调“法实务家与法律学者的分工”,认为法律学者的工作是帮助法实务家进行法解释,对法实务家的法判断进行批判性研究,法实务家主要论证法的判断的正当性,法解释主要是学者的工作。^[13]平井认为,法解释学的理想状态是“一般法律家进行的议论”,法的解释,不应只考虑法学者,要从“以法律学教育为背景而工作的法官、律师、行政官、企业业务担当者”这些人来考虑。战后的方法论只考虑法学者,使“价值判断的客观性”、“价值判断的基础”等问题陷入了特殊的抽象化,从中超脱就必须以含有实务家的一般法律家为基准获取方法论。^[14]

2. “发现的过程”与“正当化的过程”不分,又称“心理主义”。战后的方法论没有意识到发现的过程与正当化过程的区别。川岛认为,法官是将“判决理由”作为心理因素来考察,利益衡量论认为“价值判断”,“价值体系”就是解释规则,均不讲求议论,不区分发现的过程与正当化的过程。平井特别批评了利益考量论,认为体系没有价值,反论、议论才有“客观”的价值,将

[12] 参见[日]平井宜雄、星野英一、赖川信久、田中成明:《法解释论与法学教育》第10、57页。

[13] 参见[日]平井宜雄:《法律学基础论备忘录》,有斐阁1990年版,第32~33页。

[14] 参见[日]濑川信久:《民法的解释》,载星野英一编:《民法讲座》别卷I,有斐阁1990年版,第78页。

主张作为议论不可缺的要素。〔15〕

3. “宏观正当化”与“微观正当化”不分，又称未分化主义。宏观正当化与微观正当化不分，最典型的就是对某类纠纷的解决不加区分地用所谓的“法律构成”进行演绎推理，还有星野“将什么人也不否认的价值”作为法解释的最高点的思想。平井批判了星野的观点，认为寻找最高点对学者是重要的，对一般法律家不能要求，因为法律家不是根据“终极的价值的正当化”，而是根据“议论的正当化”处理问题。〔16〕

4. 社会学主义。即主张法解释以社会学上的事实之间的关系为基础。如来栖主张，法规范不是从实定法的规定进行论理性演绎获得，而应根据对现实社会关系的观察、分析来获得。利益考量论主张根据什么是社会利益、应如何保护、有什么样的价值，怎样实现这种价值的考量来决定某种解释的结果。还有，战后强调通过对判断的分析预测判决的结果等。平井认为来栖的理论无视法的规定，利益考量论是一种因果关系的思维方式，他们都违反了法律家法的思维方式的核心，即通过正当化解决问题，认为对以往判例的分析得出的一般结论难以解决个案中的特殊问题。〔17〕

5. 直接结合主义。即将“学者中心主义”的法解释论直接与法学教育相结合。法学教育的主要目的是培养好的法官、好的检察官、好的律师，而学者中心主义、心理主义、未分化主义、社会学主义不能保证实现法学的主要培养目的，不能培养出靠议论解决问题的法实务家。〔18〕

〔15〕参见〔德〕Ulfrid Neumann 著：《法的议论的理论》，〔日〕龜本洋、山本显治、服部高宏、平井亮辅译，法律文化社1997年版，第33~34页。

〔16〕同注〔15〕引书，第34~35页。

〔17〕同注〔15〕引书，第35~36页。

〔18〕参见〔日〕平井宜雄：《法律学基础论备忘录》，第36页。

平井运用议论的理论,进一步指出法解释必须区分发现的过程与正当化的过程,认为法解释是正当化的过程,如只有发现的过程,因反论不行就不能正当化;议论的目的是为了解决问题,议论必须附以主张的理由,不能与主张分离。平井又认为,议论受议论者伦理的支配,法律家必须关注伦理。平井举出三种伦理,即(1)反论某种主张时,表明其主张的人不能采用暴力和沉默,必须基于事实和论理进行反论(合理性规则);(2)限于事实关系不变,附以支持某种主张的判断基准和理由,所有的反论应一贯同一不矛盾(整体性原则);(3)进行争论的地点、机会、能力对双方平等,以使其主张正当化(平等性原则)。〔19〕

平井论文发表以后,在学界引起很大震动,由于平井重点批判了利益考量论,于是星野英一同北海道大学的濂川信久、京都大学的田中成明两位教授及平井宜雄等四人举行了专题座谈会,由田中成明主持,平井与星野各自阐明自己的观点,由濂川作出评论。星野英一对平井的批判进行了反驳,会后撰写了长篇论文《“议论”与法学教育》由《法学家》连载,连同座谈会讨论的内容及碧海纯一教授、甲斐道太郎教授各自发表的关于平井论文的评论文章,由有斐阁出版了《法解释论与法学教育》一书。以下,主要介绍星野的反论及其他教授的评论。

首先,星野认为平井批判的正统理论或利益考量论的“学者中心主义”与“直接结合主义”有不妥之处。他认为从日本法典编纂以来,差不多到现在,其解释论都处在学问与实务的“幸福的蜜月时代”,关于解释论还没有超出“学者主导时代”。其理由是,继受法典,就要学习、研究母法及母法国的法学,这就造成了学者优位,学者解释法典实务家遵从,这是完全自然的。由于

〔19〕参见〔日〕濂川信久:《民法的解释》,载星野英一编《民法讲座》别卷I,有斐阁1990年版,第80页。

输入德国法学，导致“学说主导”，作为法实务家，必须掌握法律的专门术语、了解母国法或西欧诸国的法律、法思想、法意识，这样才能形成法律家特有的思考方式。这样的法学教育，不是“学者中心主义”，而是“学问中心主义”。这种学问与教育的结合也是必要的。^[20]至于利益考量论是不是减低学生议论能力从而导致非合理主义的原因，星野也持否定态度，他认为导致非合理主义是因日本法学界在一定时期流行价值相对主义，不具客观性的良好观念，降低了议论的热情，特别是认为追求价值判断“终极正当化”没有意义，进一步助长了忽视议论的态度。^[21]

其次，星野反驳了平井关于法学教育重视发现的过程而忽视正当化过程的批评。他认为，自然科学与法学不同，牛顿看到苹果落地而发现了万有引力，并用万有引力来说明地球与宇宙，其说明理论与发现说明理论的过程是不同的，然而，法学是发现或确立规范命题。从法律解释方法论来说，采用论理解释或立法者意思说，都是一种正当化的方法，某个条文的论理解释，必须通过研究与其他条文的关系才能发现，采用立法者意思说，必须通过研究在某个条文中的立法者的意思是什么才能发现。另一方面，规范的确定，必须考虑社会的各种关系。这种发现的方法，有文理解释、论理解释、立法者意思说、利益考量或价值判断各种各样，它们又构成结论的根据。因此，发现的过程与正当化的过程作为科学采用的是同样的方法，两者是表里一体的，法学教育重视“发现的过程”是不应否定的。^[22]

[20] 参见〔日〕星野英一：《“议论”与法学教育》（1），载平井宜雄等：《法解释论与法学教育》，有斐阁1990年版，第67～68页。

[21] 参见《法解释论与法学教育》专题讨论会星野英一的发言《反论或者疑问的提示》，载平井宜雄等：《法解释论与法学教育》，第19～20页。

[22] 参见《法解释论与法学教育》专题讨论会星野英一的发言《反论或者疑问的提示》，载平井宜雄等：《法解释论与法学教育》，第21页。

再次，星野认为平井强调区分“宏观的正当化”与“微观的正当化”，割裂了法解释的整体性。如果涉及有法律条文的情况，文理解释、论理解释是“形式性根据”，而“利益考量”、“价值判断”是“实质性根据”，后者具有优先性。这也许是他与平井的分类法不同。相对而言，利益考量论也不是不区分宏观与微观的正当化。〔23〕

最后反驳的一点是，星野认为平井称“法解释有将社会学的事实之间的关系作为基础的倾向”，并叫做“社会学主义”，然而，平井主张的议论也是以事实为依据，“正当化”自身也要附依据。利益考量论强调“尊重社会性机能”。这些似乎也是一致的。〔24〕

星野英一在反驳平井的批判后，也充分肯定了平井提出的“根据议论正当化”的意义。他认为，“议论”与“根据议论正当化”是重要的，法的议论，对于法律家的活动和法学教育也是同样重要的。议论的内容是什么，或主张、反论的内容是什么，星野认为：（1）是对某种事情从多侧面进行考察并予以说明；（2）是正当化以论据为必要；（3）是“事实与论理的推论过程”；（4）是举出关于“法律的规定”和“举例的准则”、“宪法和其他法律的规定”、“关于条文的立法趣旨的解释或立法者的意思”。〔25〕

日本广播大学教授、著名的法哲学学者碧海纯一，对平井宜雄的论文给予了高度评价。碧海纯一认为，人因有各种情念会进行非合理的行动，为了克服非合理主义，从现代合理主义的立场看，合理性有两个方面的要求，第一是学问的世界，第二是立足

〔23〕参见〔日〕星野英一：《“议论”与法学教育》（2），载平井宜雄等：《法解释论与法学教育》，第79～81页。

〔24〕参见〔日〕星野英一：《“议论”与法学教育》（3），载平井宜雄等：《法解释论与法学教育》，第84页。

〔25〕同注〔24〕引书，第88～89页。

于“法的支配”原理的现代民主主义体制下的国家权力行使的方面。判决是国家权力行使的典型情况，即使刑事判决，出于保护人权的目的是要遵循罪行法定主义，对法律条文要严格地解释与适用，然而像“心神丧失”、“故意”、“过失”、“未遂”、“财物”以及其他重要用语，因其字义不明晰之故，也存在复数解释的余地。现代日本的判决是“合理性的判决（根据法律的论理性演绎判决）”和“经验性判决”的混合。从民事判决看，以前者为主，但实际上后者的要素有相当大的作用，后者具有浓厚的心理色彩。孟德斯鸠的三权分立理论，就含有合理性裁判的原理，力图排除个人的恣意。19世纪之后，出现了法国的“科学学派”、德国的“目的法学派”和“利益法学派”，在50年代通过日本的第一次法解释论争传入日本。但如何避免法官的恣意行为需要解决。“法的支配”的原理含有判决的合理性，恣意就是不接受这种合理性支配的心理作用。平井教授强调“发现的过程”与“正当化的过程”，首先就是因为前者混入恣意是不可避免的，如何判决的法官的心理过程，与各人的价值观和思考个性相关。平井教授详述了关于法解释与运用的议论的重要性，对于法学者的议论及合议制下法官相互间的议论达到判决的合理性有很大的作用。平井论文，视野广阔、论理精致，对法解释论有重要贡献。〔26〕

尤谷大学教授甲斐道太郎认为，平井主张根据议论解决问题是一般法律家共同的工作，主张区分“发现的过程”与“正当化的过程”，就是为了克服法解释的主观性。“议论”不是“异论”，法学教育也应该重视议论。〔27〕

〔26〕参见〔日〕碧海纯一：《合理主义与法解释论》，载平井宜雄等：《法解释论与法学教育》，第55～57页。

〔27〕参见〔日〕甲斐道太郎：《再论“苦闷的憧憬”》，载平井宜雄等：《法解释论与法学教育》，第58～63页。