



海商法博士精品文库

总主编 司玉琢

超越海商法解释的 形式主义和怀疑主义

吴 煦 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



海商法博士精品文库

总主编 司玉琢

超越海商法解释的 形式主义和怀疑主义

吴煦 著



法律出版社

LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

超越海商法解释的形式主义和怀疑主义 / 吴煦著. —北京: 法律出版社, 2009. 5

(海商法博士精品文库)

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9567 - 4

I. 超… II. 吴… III. 海商法—研究—中国 IV. D922.294.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 073170 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/吴 昉

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/A5

印张/11.125 字数/332千

版本/2009年5月第1版

印次/2009年5月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9567 - 4

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

仲春四月,正值莺飞草长、万物复苏之季。本人总主编的《海商法博士精品文库》与读者见面,图为繁荣法学园圃,能增添一枝新葩。

海商法作为法学的一个分支,屈指算来,在欧洲近则有几个世纪的发展历史,远则可追溯到查士丁尼的《法律汇编》。经过长期的积淀,形成了特色鲜明、风格独特的调整海上运输关系和船舶关系的法律制度。我国航海事业的萌芽发展也甚为悠久,据史料记载,早在殷商末年,我国就有人横渡太平洋到达美洲。后来,秦朝徐福远渡日本,唐朝设立众多市舶司,明朝郑和七下西洋——这些辉煌的航海历史,说明我们曾经在航海事业上处于世界领先水平。然而自明清以来,政府厉行海禁,闭关锁国,谓之寸板不得下海,航海事业一落千丈。在这样的社会政治经济背景下,加之我国历代民商法制落后,海商法的立法和研究也就暂付阙如。

改革开放后,我国国民经济持续快速发展,依法治国方略逐渐得以实施,对外经贸来往活动日益繁多。在现实经济生活的推动下,我国海商法理论和实践也取得了突飞猛进的发展,与航运发达国家的差距正在不断缩小。其主要标志有三:一是1993年新中国第一部《海商法》颁布并实施,标志着我国海事立法进入一个新的历史阶段;二是自1985年以来,十个专门海事法院相继诞生,每年受案量逾万件,海事司法实践锤炼了大批海事专业法官和律师;三是人才培养,每年数以百计的海商法本科和硕士研究生,源源不断地输入人才市场。更为可喜的是,自20世纪末,中国开始自己培养海商法的博士生。

2 超越海商法解释的形式主义和怀疑主义

大连海事大学基于自身位居沿海港口城市的地缘优势,一直着重海商法学学科建设。在领导的关心、学校的扶持、教师的群策群力下,海商法学在大连海事大学得以稳步发展,学生培养层次也逐渐提高。1998年,经国家学位委员会正式批准,大连海事大学设置了我国第一个以海商法为主要研究方向的国际法学博士点,迄今共有博士生导师7人。

本人所指导的年轻学子,理论功底深厚,专业知识广博,思想敏锐,有强烈的创新意识及开拓精神。他们的博士论文拓宽了海商法学的视野,丰富了海商法学的内容,具有较高的学术价值及实践意义。为了展示年轻一代海商法学者的风貌及研究成果,增加不同部门法之间的了解融通,今将陆续出版其中佳作,命名为《海商法博士精品文库》。希望该系列专著能够由涓流而积瀚海,推动我国海商法的研究,使之走向更高远的境界。同时也恭迎兄弟院校的海商法博士论文,列于此系列专著。如果这种愿望可以达致,实为海商法研究之福祉。

寥此数言,是为序!

司玉琢

二零零七年春于大连

内 容 摘 要

本书以超越海商法解释的形式主义和怀疑主义为目的,对目前的海商法解释方法作了法学、语言哲学、价值哲学和法律论证方面的爬梳,试图推进我国目前实务界对海商法解释方法的思考,并为之提供一个妥当的哲学理论基础。本书共分为四个部分:

第1章,通过对海商法解释的历史、发展和现状研究,厘清海商法解释的源与流,对两种互相对立的观点(形式主义和怀疑主义)进行了研究,总结出形式主义和怀疑主义的不同哲学基础分别在于实证主义和实用主义。

第2章,从海商法解释的语言、结构和文本要素出发,利用大陆语言哲学中的哲学解释学作为武器,对海商法解释的形式主义进行反驳。从语言哲学的角度论证形式主义的缺陷,试图瓦解海商法解释形式主义的以语言和文本为中心的哲学本体论基础。同时,语言哲学中的大陆哲学解释学和英美分析哲学的融合,致使在整个世界范围内人们对海商法解释赖以存在的基础——语言有了新的更加深入的认识,对形式主义进行有力的反驳。

第3章,从对海商法解释的事实、价值和规范的研究出发,利用英美的价值论和伦理学研究成果,对海商法解释的怀疑主义进行反驳。通过事实和价值之间的转换和融合,笔者试图消解以法官为中心的海商法解释怀疑主义的论点,从而得出这样的结论,即法官进行海商法解释时价值判断的不可避免性以及价值判断的客观性,则怀疑主义的理论基础也就相应地崩溃了。

2 超越海商法解释的形式主义和怀疑主义

第4章,在上述论述的基础上,笔者一改海商法解释的主客体对立、事实和价值二分模式,从解释的主体构成性因素和客体限制性因素出发,试图建立一个海商法解释的初步范式,并对此加以论证。同时,笔者认为海商法解释对于解释结果的达成需要抛开传统的真理符合论或道德怀疑主义模式,而应当从罗尔斯的反思性平衡理论、哈贝马斯的伦理商谈理论和阿列克西的法律论证理论出发,达致解释的共识真理。

关键词:法律解释;形式主义;怀疑主义;哲学解释学;法律论证

Abstract

The target of this book is to overcome the Formalism and the Skepticism in interpretation of maritime laws. Arguments in relation to interpretation of maritime laws in this book have been made by four approaches, namely, jurisprudence, linguistic philosophy, value philosophy and legal argumentation. Hopefully, the book could promote thinking about interpretation of maritime laws, and provide an appropriate philosophical foundation for it. This book has four chapters as follows:

In the first chapter, with an overview of the history and status quo of interpretation of maritime law, some research has been made to two opposite concepts: Formalism and Skepticism. It's contended that, the Formalism could be divided into four phases, i. e. , Classical Formalism, Formalism as goal – rationality, Formalism combined with law and moral, and Realist Formalism, whereas the Skepticism could also be separated into three phases, i. e. , Pragmatist Skepticism, Realist Skepticism, and Economic Analytical Skepticism.

The second chapter, by research on the language used in interpretation of maritime law, and the factors of structure and context thereof, takes the Philosophy Hermeneutik in linguistic philosophy as its weapon, and makes a refutation to Formalism in interpretation of maritime law. From the viewpoint of linguistic philosophy, the defects of Formalism in interpretation of maritime law, especially the Philosophic Ontology, which takes language and text as its

2 超越海商法解释的形式主义和怀疑主义

centre, have been analyzed and refuted. It's also contended that, the mergence of Philosophy Hermeneutik and Analytical Philosophy in linguistic philosophy, resulting in the fact that people have more profound acknowledgement to language, the foundation of interpretation of maritime law, was a deadly blow to the Formalism.

The third chapter, by research on the fact, value and norm of interpretation of maritime laws, in reference to values and ethics, makes a refutation to Skepticism in interpretation of maritime law. The analysis to the transference and mergence of fact and value in this chapter was aimed to refute the concept of Skepticism, which put judges in its centre. It's therefore argued that, when judges interpret maritime law, value judgment is unavoidable and objective, and, as a result, the theoretical foundation of the Skepticism collapses.

On the basis of the above arguments, the fourth chapter has given up the conventional mode of interpretation of maritime law, which separates the subject and the object, as well as fact and value, oppositely. Instead, from the viewpoints of factors of subjective constitution and objective restriction of interpretation, this chapter has established a fundamental mode of interpretation of maritime law. Some arguments have also been made to this new mode. Besides, it's contended that, for interpretation of maritime law, some traditional concepts, such as correspondence of truth and Moral Skepticism, have to be set aside, instead, the truth of interpretation should be sought from the viewpoints of the Rawls' theory of reflective equilibrium, Habermars' die diskeisethik, and Alexy's theory of legal argumentation.

Key words: Interpretation of law; Formalism; Skepticism; Philosophy Hermeneutik; Legal argumentation

目 录

绪论	1
第1章 海商法解释之图谱:历史与现状	13
1.1 海商法解释前史	14
1.2 近代实证法学	27
1.3 海商法解释之方法论对立	36
1.4 小结:各执一端的理论倾向	78
第2章 海商法解释之要素:幻象与现实	81
2.1 海商法解释的语言要素	83
2.2 海商法解释的结构要素	97
2.3 海商法解释的文本要素	120
2.4 小结:穿越实证主义的迷雾	138
第3章 海商法解释之目标:事实与价值	144
3.1 事实和价值	145
3.2 事实和价值二分法之沟通	172
3.3 事实和价值的转换	194
3.4 小结:事实与价值二分法之崩溃	237
第4章 海商法解释之实践:范型与共识	240
4.1 海商法解释的结构	240

2	超越海商法解释的形式主义和怀疑主义	
4.2	海商法解释的范式	262
4.3	海商法解释的共识	289
4.4	小结:范式的建构和论辩规则的确立	315
	参考文献	319
	后记	343

绪 论

如果世界不是矛盾,生命不是判断,那么,存在似乎也是多余的了。

——G. 拉德布鲁赫

一、问题之提出

“法之所以有效,因为它是法。”它表达了对国家享有至高调控权的信仰。19 世纪以降,这种信仰就作为“法律实证主义”长期地主宰大陆法系的国家思想和法律思想。^{〔1〕}自法律滥觞以来,法官便面临如何对个案进行法律适用。由于在法律适用过程中,法官必须对由语言构筑的法律文本及其涵摄的个案法律事实经过解释,经过法律推理和法律论证从而得出最终的结论,这个法律思维过程实际上就是法律解释。概念法学认为,法官在法律适用的过程中,借助法律的完美体系和自足概念,机械地运用形式逻辑推理,便能得出唯一正解。形成这种观点的渊源是多方面的:其一是对于人类本身能力的绝对自负,对理性主义的崇拜,认为在精神科学领域可以像自然科学领域一样明白无误地揭示一切客观真理;其二是维护三权分立政体,防止国家公权力对私权利的干涉;其三是对于法官擅权的限制,消除法官在以往任意的和政府干预的时代造成的不信任,^{〔2〕}维护法律的确定性、稳定性和权威性。

〔1〕 [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 118 页。

〔2〕 [德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社 2004 年版,第 103 页。

2 超越海商法解释的形式主义和怀疑主义

传统法律解释学,认为法律有疑义时方需解释。如法律规定是明白单义(plain and single meaning)的话,法官则不需要进行解释,仅仅将法律所要表达的意义说出而已。因而,法官此时不过是法律的喉舌,而不具有主观上的能动性和创造性。随着解释学的发展,特别是哲学解释学的出现,对传统解释学产生很大的冲击。哲学解释学在海德格尔处创建,在加达默尔手里完成。哲学解释学集大成者加达默尔认为,哲学解释学作为一门研究理解的科学,本身带有和自然科学完全异质的烙印。因而,借用自然科学的推理方法和逻辑思维在哲学解释学领域是徒劳的。作为此在的存在方式,解释的主体、客体是合二为一的,同样,理解、解释和应用是三位一体的概念。根据加达默尔的学说,解释学在这里发生根本的转向,从方法论转向本体论。虽然加达默尔本人也没有直接否定传统解释学的方法论作用,但毫无疑问的,哲学解释学会给传统解释学带来巨大的颠覆。因为谈及方法论,最终仍会与本体论密切相关。但从另外一个角度观之,它又给我们怎样理解、解释和应用法律带来更深度的反思。

关于海商法解释一向有两种对立的观点,一是所谓的规则形式主义(包括严格规则形式主义和温和规则形式主义),其认为法官的唯一任务就是严格地按照法律的规定进行海商法解释;一是所谓的规则怀疑主义,其认为法官可以根据自由裁量进行任意解释,法官实质上是行使一种法律授予的立法权。而且两者都有其理论依据,前者以自然科学、实证主义方法论作为理论基础,后者以各种法(哲)学流派,如哲学诠释学、实用主义或解构主义的理论为主臬。因而,两者在如何解释、解释标准和解释的客观性上形成观点的对峙。理论上的混乱和对峙给裁判实践带来很大的不确定性。当然,我们提倡理论的百家争鸣,但是自“世俗”和“实用”的立场上观之,必须找到一个和实践较相符的理论,并在实践中不断完善之,使之更好地为实践服务。而一项完全没有实践价值的理论,迟早会淡出人们的视野,只能在故纸堆里自恋着翩翩起舞。

国内对法律解释的研究起步比较晚,对于海商法的解释更是暂付阙如。一方面是由于人们关注的视野往往集中在法律本体上,对于方法较为轻视,认为只要熟练地掌握了法律,法律适用就是运用法律思维自然的结果,因此,方法论本身不必也不能构成一门专门的学科。这种看法不仅在大陆法国家颇为盛行,就连在以判例法为主导的英美法海商法适用中,

亦是如此。而且,从现实中看,海商法法律适用似乎全然和方法论没有太多的关系。法官找出系争事实,然后将其纳入作为大前提的法律规范中,就自然地得出法律后果。这更多的是一种本能,而不是方法。但是,笔者在长期的法律学习和实践过程中,发觉情况并不是这样的,能够在法律文本中找到无歧义的系争案件法律依据实为少数,大部分的案件需要法官甄别不同的法律事实和法律关系,在不同的个案中进行不同的法律推理。有的学者把此过程称为法律适用、法律续造或法官造法。因此,一个法官面对系争案件,该如何处置,得出判决,实为一个非常复杂的问题,这就是方法论所要解决的问题。也许,从务实的角度上说,方法论不能完全对系争案件给出一个标准答案,但是,通过此种努力,我们可以让自己接近法律结论。这是一种努力的姿态,也是法官作为公平正义维护者所必须具有的姿态。

海商法解释的最重要的问题是解决法律的安全性 with 变动性,或者说确定性 with 灵活性之间的矛盾。当然,法律本身内涵的各种价值冲突或多或少会影响到我们对解释采取的向度与模式。对于解释所持的立场,往往便在不同的向度和价值之间摇摆,以至于成为司法中的一个“歌德巴赫”式的猜想。对海商法解释存在两种偏见,一种认为解释结果要像自然科学一样准确,可以被证实或证伪;另一种认为解释从根本上是不可能的,在法官宣告裁判决定之前,法律是不存在的。造成这样的原因是多方面的:一方面,在于法律本身既要承载实然,又要承载应然的悖论;另一方面,在于社会生活的复杂多变性,导致海商法解释答案复数可能性。从历史上看,往往是极端的理论比调和的理论更有价值,因为它们给我们提供了一种更深的视角和更广延的范畴,给我们带来纯粹思考的乐趣。理论就是在这两个极端中进行不断的否定之否定发展,从而把我们的思维推向更高的层次。但何时、何地又如何到达顶峰仍是一个永恒的梦想。我们所做的工作就是朝这个方向不断地逼近,却永远无法到达。真正有天赋和创造力的法律工作者所思考的,和在法学知识上所展示的,已使法律自身变成了对一切时代的祝福。^[1]

[1] [德]J. 埃塞尔著:《法官续造私法的原则和规范》(第2版),1966年版,第306页;转引自卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第3页。

二、研究范围与限制

展开论述之前,笔者需要做两个假定:一是我们承认现代社会是法治社会而不是人治社会,至少我们赞同法治而不赞同人治;二是我们承认人类的理解是可能的。如果对这两种观点都不赞同,那么,本书的立论在很大的程度上,便成为无源之水。

西方传统意义上的海商法解释,实际上是法官在法律适用过程中运用的方法或手段。但是,目前我国把海商法解释分为司法解释、立法解释和法律解释,造成整个体系和国外的提法迥异,容易造成混淆,因而,国内有的学者称之为审判解释。^[1]笔者在本书中依然采用法律解释为名:一是考虑到法律解释的名称与对法律解释采取的立场密切相关。二是国外学者一般把法律解释的范围界定为狭义的法律解释、法律续造和法律修正,这样的话,国外的广义法律解释和笔者所提的法律解释是一回事,有助于对国外法的比较研究。三是采用法律解释的字样是避免有法官造法的嫌疑,从而构成对立法权的僭越。

笔者将研究范围限定在超越海商法解释的形式主义和怀疑主义上,而不是将重点放在海商法解释和一般法律解释的异同上——亦即并非以建构独立的海商法解释体系为鹄的,因为后者是一个单独的论题。而且,笔者和传统做法不同的是,并不意图从各种解释规则的确立上,以求得海商法解释的正解;而是在总体给海商法解释的客观性提供一个哲学基础,对于证成海商法解释的客观性的各种具体方法,限于本书的篇幅和作者的智识,只能作为另外一个独立的议题进行论述。所以,本书的范围虽然跨越语言哲学、价值哲学和法哲学诸领域,但由于主旨所限,只能对与解释有关的论题进行论述,而对其他论题的相关完整论述便做简略处理。鉴于在这个领域的互相对话和沟通的需要,笔者主要从以下几个方面考虑。在语言哲学部分,哲学解释学反驳了形式主义那种理想的还原主义或重构主义,从而从根本上瓦解了海商法解释的形式主义根基。因为法律先见、解释学循环、效果历史和视域融合等概念^[2]的内涵,已经使海商法解释的客观性受到极大的挑战,故需对海商法解释的形式主义再度进

[1] 例如刘青锋博士在《审判解释研究》一书中就直接将其称为审判解释。

[2] 这些概念的具体含义参见本章第二章第二节以下的内容。

行必要的反思。但是,这种反思是否就会使海商法解释陷入相对主义和怀疑主义的另一极端呢?笔者认为,非也。而怀疑主义的中心论点便是认为解释中主体价值判断的掺入使解释的结果必然受到了污染,更有极端如达里德者,认为这是一个无底的棋盘,解释成了一种肆意的游戏。对于这种看法,笔者以一种迂回的方法——从事实和价值二分法的谬误批驳出发,试图论证事实和价值的沟通和转换,从而导致了普特南所说的事实和价值二分法的崩溃。如果该观点成立,那么,解释主体在解释中作出的价值判断并不是任意的和武断的,无规律可循和喜怒无常的,它必须受到主体间的关系的制约,这种制约保证了海商法解释的客观性的存在。当然,这种客观不是形式主义所认为的纯粹的客观,而是主体性因素和客性因素沟通和融合的状态。在这种状态的基础上,我们得出海商法解释的基本范式,从而也就佐证了超越海商法解释的可能性。而采取何种方法进行超越,本书未能有完全成熟的考虑,因为涉及实践理性的问题,而对这类问题很难进行逻辑的明证。笔者只是对现有的一些论证方法进行总结,从而提出自己的一孔之见。

因为海商法解释横跨大陆法和英美法两个法域,为了论述的完整,以免挂一漏万,笔者在研究时采用得最多的是比较的方法,采用一种国际比较的视角。例如,笔者对海商法解释的大陆法和英美法历史成因进行比较,从而得出形式主义和怀疑主义这样一个对立的分歧立场;笔者对大陆哲学解释学和英美分析哲学的一些观点进行比较,试图澄清对于哲学解释学的一些误解,并为超越海商法解释的形式主义奠定语言哲学基础;笔者对英美价值哲学的各种观点进行比较,然后反思价值和事实二分法的缺点和不足;笔者对大陆法和英美法海商法解释方法论进行比较研究,从而得出解释的方法只不过是哲学、政治学、经济学和社会学各种思想的延续的表征。

笔者认为,任何从事海商法解释研究的人都会面临以下一种或几种限制:观点上的限制、能力上的限制或文献的限制。对于观点上的限制而言,借用哲学诠释学的话语来说,是受到作者先见的限制。如果是坚定的主观主义者或客观主义者,便不会有本书的各种对立观点的赞同或者辩护;而且,本书涉及的领域众多,即使在其中一个领域,就是耗尽终生的精力也未必能登堂入室,何况进行综合研究,自然会受到能力的限制,有的

地方出现疏漏甚至是曲解了本来的含义也在所难免。而本论题又恰恰仅从其中一个方面论述难以奏效,如果假以时日,或许能更深入和透彻。文献的限制则也是显而易见的,由于笔者不懂德文,而哲学解释学发端于德国,最主要的作者都是以德文写作的。笔者只能通过二手甚至三手的译文和评论资料进行研究,所以就会受到文献不足的限制。幸好,在哲学解释学领域,国内的研究基本上和国外同步,这样就会给笔者提供一个方便的掌握最新进展和动态的窗口。这些限制构成了作者写作时疏漏或错误的原因之一,这是不得不事先坦承的。对于超越海商法解释的形式主义和怀疑主义这样一个命题,笔者现有的学识是力不能逮的,而在这些思考之中获得的一些顿悟和启迪,远远地超出了笔者撰写本书的初衷所在。

三、概念界定

本书涉及语言哲学的若干专业词汇,有些概念比较生僻,并且学者在其含义上存在一定的意见分歧,但是又是本书论述的基础概念。故在本书的语境下,笔者需要对若干概念进行一定的界定和说明。

(一) 诠释学 (Hermeneutik)

诠释学 (Hermeneutik) 一词来源于赫尔默斯 (Hermes)。赫尔默斯本是希腊神话中诸神的一位信使的名字,他的任务就是来往于奥林匹亚山上的诸神和人世间的凡夫俗子之间,给人们传递诸神的消息和指示。他的任务有二:首先必须传达神的指示,亦即将神的指示翻译为凡世的语言,此外还要负责解释神的指示,也即必须将神的指示的意义予以阐明。因此,诠释学一词原意系指传达、翻译、解释和阐明的技术,亦即把一种意义从陌生的世界转换到我们自己熟悉的世界。

诠释学一词,在 1654 年 J. 丹恩豪威尔 (Dannhauer) 的《圣经诠释学或圣经文献解释方法》(Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum) 一书中首度出现。而后,随着施莱尔马赫和狄尔泰普遍诠释学的建立,迅速地为大家所熟悉。在传统的理解中,我们要进行翻译或解释,就必须先理解他人的语言和指示,这是翻译和解释的前提。但对于施莱尔马赫来说,解释是一种避免误解的艺术,而误解是常规,既然