

法官解释 确定性研究

李伟 / 著



A Study of the
Certainty of Judiciary
Interpretation

法官解释 确定性研究

李伟 / 著

A Study of the
Certainty of Judiciary
Interpretation



法律出版社 | LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法官解释确定性研究 / 李伟著. —北京:法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1070 - 5

I. ①法… II. ①李… III. ①法律解释—研究 IV. ①D910.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 151067 号

法官解释确定性研究
FAGUAN JIESHI QUEDINGXING YANJIU

李 伟 著

策划编辑 冯雨春 冯佳欣
责任编辑 冯佳欣
装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 15.5 字数 220 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1070 - 5

定价:45.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

徒法不足以自行。如果没有司法通过司法程序针对具体案件和纠纷适用、解释与执行法律规范,人们很难在现实生活中感到法律规范的存在和功能。法治作为一种社会实践而非空想,就是因为抽象的法律规则和法律文本能够给社会生活带来稳定而明确的具体行为规则,指导人们的行为,法官在实践中解释法律规则的确定性是法治的必要前提。本书以法官解释的确定性为研究对象,所界定的法官解释确定性包含了形式上唯一和实体上正确的双重内容,可以简称为“唯一正确答案”,这是基于法治的需要。本书力图回答两个问题:第一,法官解释有没有确定性?第二,如何实现法官解释的确定性?即如何获得那个“唯一正确答案”?本书的研究结论是,对法律的解释确实存在一个立足于当时社会主流价值观的客观正确答案,法官解释活动就是以之为客体,不断向之靠拢。而在司法实践中,获得唯一正确答案的方式是采纳程序主义的外在视角,即放弃对客观正确答案的无穷尽的追求,把通过完善的司法制度做出的形式单一的解释结论“拟制”为正确答案,作为法律在现实世界的唯一代言人。确保正确答案的司法制度包括三方面的内容:高素质的法官职业共同体、科学理性的诉讼程序以及解释过程中的充分对话辩论。

第一部分介绍法官解释的基本范畴,研究法官解释的概念、特征、对象、目标等。法官解释是司法实践中法官针对个案向法律文本寻找并确定具体的裁判规则的活动,是法官将个案事实与法律规则连接起来,确定本案适用法律的大前提的主观思维过程。法官解释的特性是合法性、客观性、循环性、创造性和具体性。由于事实和法律不可分割的勾连关系,

法官解释的对象既有文本,也有事实,更主要的还在于说清二者之间的逻辑关系。法官解释的目标是确定本案适用的具体裁判规则。

第二部分介绍法官解释的历史发展,在历史中探求法官解释活动的一般规律。两大法系对于法官解释采取了不同的思维方式,大陆法系的解释对象是法典,从抽象的法律规则出发,采取演绎推理方式寻求本案的裁判结论,注重法律概念的精准和法律规则体系的严密。英美法系的法律渊源是判例,从类似的判例中寻求案件裁判的依据,是归纳推理和演绎推理的结合,也称为类推推理。中国法律解释的历史源远流长,但没有发展出严格精细的解释方法,法律解释过程容纳了道德因素。

第三部分研究法官解释确定性难题的产生原因。严格规则主义认为法官解释法律不需要主观裁量,只有唯一答案,但实体法固有的局限性决定了法官在解释法律过程中面对多重可能选择,必须行使自由裁量权才能得到一个结论。法官解释具有不可消磨的主观性,解释结果也因为选择的多元而呈现出多种可能。法官如何在主观思维过程中妥善地处理多种选择最终得到一个正确答案,这就是法官解释确定性的难题。本部分具体研究了法官解释确定性的含义,提出法治需要的解释确定性必须是实践中能够稳定而持续地做出唯一正确答案。

第四部分研究法官解释的方法,分析法官解释的两种立场并比较其优劣,解析法官解释多元可能的内在原因,提出法官解释存在客观正确答案的命题。法官在解释法律过程中所采用的思维方式就是解释方法,法官面临多种选择时,采用不同方法会导向不同结论。法官解释的方法通常包括文义解释、体系解释、立法原意解释、历史解释、目的解释以及合宪性解释等。应用这些解释方法大致有客观主义和主观主义两种立场,前者倾向于法官自主判断法律的目的,不必拘泥于法律条文,后者主张司法者应当在法律文本以及立法者愿意的约束下判断。两者各有利弊,必须结合起来才能解决法律滞后的矛盾。不同的解释立场都不同程度承认了法官在司法实践中的造法功能,既有法律之内的续造,也有法律之外的续造。选择不同法律解释方法以及解释立场差异的背后隐含的是价值观的差异。法官解释活动不可避免地带有主观价值衡量,这是法官解释多元可能的内在原因。一个社会在特定时期存在主流的价值观,能够得到大

多数人的认同。由于社会主流价值客观存在于社会之中,是可以认识的对象,因此个案中的法律解释活动也存在一个立足于主流价值观的客观正确答案。这就为法官解释法律的确定性奠定了基础,成为法官尽力探求的客体。承认解释具有正确答案,人们才有动力采取各种方法去发现这个正确答案。学界一般通过内在视角去探求法官解释的正确答案,试图通过对特定解释方法的应用方式和不同解释方法顺序的控制,制约法官解释过程中的主观选择判断过程,指导法官如何思考以发现正确答案。但这种内在视角存在本质上的缺陷,不可能稳定而持续地为社会提供解释的正确答案。首先,解释方法的排序不一定合理,几乎不可能找到一个总是能够发现正确答案的解释方法应用顺序。其次,即使对解释方法进行了科学合理的排序,也无法有效制约法官的心证。最后,通过特定解释方法产生的答案无法从终极意义上证明自己的正确性,不能证明自己比其他相异结论更加优越。人们越是寻求法律价值取向的确定性,越是导致法律价值的不确定;越是欲为法律价值体系培植稳固的根基,却越是最后又否定甚至摧毁它。法官解释的确定性获得必须转变视角,寻求更具可操作性和稳定性的正确答案获取方式。

第五部分研究了程序正义的法官解释确定观,从外在视角寻求法官解释的正确答案。制约法官自由裁量应当是外在的法官选任制度和诉讼程序。促使法官发现正确答案的制度性条件主要有两个,一是严格的法官选任制度,通过法律教育、法官遴选、法官培训以及法官职业保障等制度确保一个高素质的解释共同体的形成,二是科学理性的诉讼程序,能够排除法官的恣意、偏私和轻率,促使法官的解释结论不断接近于客观正确答案。实践中,一旦符合以上条件的司法制度做出了终局裁判,就可以把它视为“唯一正确答案”。承认这种“拟制”正确答案在司法实践中的地位,就能够在实践中稳定而持续地获得唯一正确答案,进而实现法律在现实世界的确定性。程序主义的法官解释确定性机制能够从根本上解决法律适用多元的难题,是法治秩序的不二法门。本部分进而具体研究了维系该机制的制度条件。

第六部分研究当代社会法治面临的挑战以及如何回应,提出新程序主义法官解释确定观。进入二十世纪,社会迅速发展,传统的主客两元对

立的真理观逐渐受到挑战,后现代哲学批判了人们对真理的迷信,这一思潮深刻影响到法理学,催生了规则怀疑主义。规则怀疑主义虽然不能彻底动摇法治秩序,但对法官解释的正当性提出了尖锐的质疑,如果法律不进行自我修正,将导致严重的法治信任危机。哲学通过主体间性的建构提出了重构正当性,真理应该定义为“话语主体通过语言交往而达成的共识”。这一理念在法学领域表现为法律论证或法律商谈理论,强调法官解释法律的论证和对话,德沃金独白式的赫拉克勒斯法官形象已经被“听众”和“解释的共同体”等复数主体的观念所取代。法律论证理论延续了程序主义的进路,是对传统程序主义法官解释确定观的改造,通过强解释过程多元主体的论证、对话与协商,增强法官解释结论的正当性,挽救了法律的正当性危机。当前几乎所有的法理学流派都受到法律论证理论的影响,包括那些坚持内在视角的法学方法流派也认可了对话和辩论对于发现正确答案的积极作用。

第七部分研究我国法官解释体制以及解释质量的现状、缺陷和改进方式。我国法官解释并没有获得足够的政治和法律地位,长期得不到重视,法官解释的制度性保障严重不足,既缺乏确保法官高质量的解释法律的制约机制,也缺乏保障法官的解释结论得到应有尊重的保障机制,这都使得我国司法不能稳定而持续地为社会提供法律的正确答案。我国应当以新程序主义法官解释确定观为理论指导,强化法官解释的制约机制和保障机制,同时增强学界与实务界关于解释方法的对话交流,提高法律解释的整体水平。

目 录

导论:什么是法官解释?为什么要研究法官
解释的确定性? / 001

上编 法官解释确定性的基础检视

第一章 法官解释的基本范畴 / 021

第一节 法官解释的含义概述 / 021

第二节 法官解释的特征分析 / 032

第二章 法官解释的历史考察 / 040

第一节 两大法系法官解释的沿革及比较 / 040

第二节 我国传统法官解释的演变及特点 / 050

第三章 法官解释的确定性难题 / 057

第一节 严格规则主义之批判 / 057

第二节 解释多元主义之内因:实体法的
局限 / 062

第三节 解释多元主义之外因:司法自由
裁量 / 067

第四节 解释多元化与解释确定性 / 070

下编 法官解释确定性的路径选择

第四章 内在视角:法官解释确定性的方法论 / 077

- 第一节 法官解释的具体方法 / 078
- 第二节 法官解释的抽象立场 / 088
- 第三节 法官解释方法的实质 / 102
- 第四节 获取解释正确答案之可能 / 108
- 第五节 获取解释正确答案之途径 / 112
- 第六节 内在视角论之批判 / 122

第五章 外在视角:法官解释确定性的程序观 / 136

- 第一节 程序主义确定观的外在视角 / 137
- 第二节 程序主义确定观的理论模型 / 142
- 第三节 确定性的保障之一:解释共同体 / 145
- 第四节 确定性的保障之二:正当程序原则 / 157
- 第五节 确定性的配套措施:审判独立与司法权威 / 164

第六章 新程序主义的法官解释确定观 / 171

- 第一节 规则怀疑主义的冲击 / 172
- 第二节 哲学诠释学与法律论证理论 / 183
- 第三节 走向综合的新程序主义法官解释确定观 / 191
- 第四节 程序参与原则与诉讼改革 / 198

第七章 我国法官解释确定性的制度完善 / 203

- 第一节 我国现行法官解释的缺陷与成因 / 203
- 第二节 我国法官解释制度完善的宏观思路 / 212

参考文献 / 218

导论：什么是法官解释？

为什么要研究法官解释的确定性？

“解释法律，系法律学的开端，并为其基础，系一项科学性的工作，但又为一种艺术”。〔1〕

——[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼

一、论题的提出

（一）法官解释的地位：连接立法与司法的桥梁

法律是人类历史上逐渐形成的有效社会控制手段。通过立法形成的调整权利义务关系的实体法律规范为国家机关、经济组织、社会组织和民众提供了一种行为上的指引与预期。然而，徒法不足以自行，如果没有司法通过司法程序针对具体案件和纠纷适用、解释和执行法律规范，人们很难在现实生活中感受到法律规范的存在和作用。如果一个社会存在大量违背法律但没有受到应有追究和惩罚的行为，那么法律规则的实践意义将不复存在，徒具装饰和象征作用。法律所承载的公平正义价值，如果没有司法的转化将永远是高悬在我们头顶天空上的苍穹，虽然美丽却虚无缥缈。如果把法治解释

〔1〕 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band I, 1841, S. 206.

为通过法律规则的社会治理,那么法治秩序实现的关键显然不在于法律规范的制定,而在于这些规范能否在现实中得到实际贯彻和落实。因此,法律要实现对社会的有效控制,必须有司法的精妙配合。司法通过一个系统的组织和司法权的独有权威使人们行为的后果具有可预测性和确定性,从而使他们的行为处于实际的控制当中,使社会秩序得以形成和维系。

因此,法律要想不仅仅成为评价性的规范而真正成为实效性的力量,就必须步入人间,转化为现实的针对个案的判决,在判决中宣示法律的真谛和价值,“而从理念王国进入现实王国的门径,则是谙熟世俗生活关系的法官。正是在法官那里,法才道成肉身”。^[1]抽象的法律条文需要在实践生活中转变为具体生动的行为准则和具有约束力的裁决。这种从抽象到具体、从文本到个案的转变在很大程度上是由法官进行的。正如马克思所言:“法律是普遍的,应当根据法律来确定的案件是单一的。要把单一的现象归结为普遍的现象就需要判断。判断还不是最后肯定。要运用法律就需要法官。如果法律可以自动运用,那么法官就是多余的了。”“法律本身不能自我适用,为了适用法律,就需要有机关……需要有法官。”^[2]法官所担负的这种使命并不容易,因为法官不但要将法律适用于具体的个案,更为艰难的是,禁止拒绝裁判的司法传统要求法官即使在没有法律明文规定的情况下也要作出公平的判决,否则就背弃了法官的角色和使命,而在大陆法系国家,法官身上的压力似乎格外重一些,因为崇尚制定法传统的立法者所规定的依法裁判的法律义务迫使法官在的确没有法律可以适用的前提下只能暗度陈仓,自行立法,但是这种“立法”又必须在适用法律的伪装下悄然进行,这就必然会产生对于法律文本进行解释以弥补漏洞补充价值的需要。这些都是法官解释的应有之义。

(二) 法官解释的定位:西方视角与中国视角

从概念上讲,法官解释,就是指法院的专职审判人员在司法实践中将个案的事实与法律文本相结合,寻找并确定能够直接适用于该事实的裁

[1] Gustav Radbruch, *Aphrismen zur Rechtsweisheit*, Goettingen, 1963, S. 16. 转引自舒国滢:《从司法的广场化到司法的剧场化》,载《政法论坛》1999年第3期。

[2] 参见马克思:《第六届莱茵省议会上的辩论》(第一篇论文),载《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第75~76页。

判规范的活动,是将抽象法律规则适用于具体个案的过程。法官解释法律活动在整个法律制度中占据着极为重要的地位,以至于有学者认为,中国正在迎来一个“解释者的时代”。〔1〕不过究其内容,法官解释的范围是颇为广阔的,包括诸如法官解释的本质、方法、目标等方面,特别是法官解释方法和法律论证理论,更是博大精深,研究成果极为丰富。其中至为关键的论题,还要落在法官解释的确定性上,它要求我们回答法官解释活动能否实现不以个人意志为转移的解释结果的确定性?如果不能,理由是什么?如果得以实现解释的确定性,那么实现这种确定性的路径何在?

为了更好地认识法官解释这一重要法律现象,西方法理学的各种流派或多或少地均对法官解释问题有所讨论。〔2〕近代来,西方逐步确立了形式理性的法治秩序,这也是我国自20世纪90年代确立的依法治国目标。在法治秩序中,法律对现实生活的适用具有基础性地位,法官解释法律的重要程度远远超乎我们先前对法治的“严格依法办事”的肤浅理解。法官如何解释法律来实现法律的功能?法官的个案法律解释如何不影响法律的一致性、稳定性、正当性和可预期性?法官的机械论与法官的能动论能否完美结合,实现法律的最高效能?这些都是形成并维系一种良好的法治秩序所必须回答的理论问题。正是围绕法官解释法律的确定性与不确定性、单一性与多元性、主客二元关系与主体间性关系,各种理论学说纷纷登场,为法理学世界掀起无尽的波澜。在近代以来自萨维尼的历

〔1〕 参见季卫东:《法律解释学大有发展》,载《东方法学》2011年第3期。

〔2〕 参见[德]诺伊曼:《法律论证学》,张青波译,法律出版社2014年版;[美]安德瑞·马默:《解释与法律理论》(第2版),程朝阳译,中国政法大学出版社2012年版;[美]罗纳尔德·沃金:《身披法袍的正义》,周林刚、翟志勇译,北京大学出版社2010年版;[英]博温托·迪·苏萨·桑托斯:《迈向新法律常识——法律、全球化和解放》(第2版),刘坤轮、叶传星译,中国人民大学出版社2009年版;William N. Eskridge, Jr., Gadamer/Statutory Interpretation, Columbia Law Review, Vol. 90, No. 3, 1990; William N. Eskridge, Philip P. Frickey, and Elizabeth Garrett. Legislation and Statutory Interpretation (2nd Edition), New York: Foundation Press, 2006; Joerden, Logik im Recht: Grundlagen und Anwendungsbeispiele, Springer Berlin Heidelberg, 2010; Hans - Georg Gadamer, Gesammelte Werke; Band 1; Hermeneutik I; Wahrheit Und Methode; Grundzuge Einer Philosophischen Hermeneutik, Mohr Siebeck, 7th Revised ed. edition, 2010; Stürmer, Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik, Juristen Zeitung, 2012, Vol. 67 (1); Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie, Mohr Siebeck, 2013.

史主义法学到当今的商谈论证法学,几乎每一个法理学流派,都有自己对法官解释问题的独到见解。法官解释理论的历史流变,同时就是一部法理学发展史。对法官解释理论作出贡献的西方著名法学家,我们可以列出一个长长的名单,萨维尼、边沁、赫克、哈特、庞德、霍姆斯、德沃金等。同时,法官解释理论沿革中还有大量的哲学家的身影,胡塞尔的语用学、索绪尔的结构主义语言学、德里达的解构理论、福柯的谱系学,以及当代海德格尔、伽达默尔、维特根斯坦引领的解释学转向,哲学解释学为法官解释理论提供了极为坚实的理论支撑,直接或间接地影响了法理学流派的拓展以及法官解释理论的方向,可以说,没有他们,就没有法律解释理论的丰富多彩。而当代哈贝马斯、罗尔斯等思想家的开拓性思想也为法官解释的正当性提供了极具启发意义的思考路径。

而在我国,法官解释问题催生了一系列的宏观研究。比如,有学者将20世纪90年代后中国法律诠释学的特征,作出了如下的归纳:发表论著的数量呈明显增长趋势;发表论文的质量明显提高;相关论文的研究范围明显扩大;研究的目的更加明朗——主要目的为建立微观法理学(对法理学界而言)或者指导法律适用;虽然研究的内容在理论层面与应用层面两极发展,但这并未影响法学内部不同学科的研究者之间良好的交流与合作。^[1]除此之外,还有学者把法律方法论在中国的应用现状概括为:十年起步、初见轮廓、内容单薄、体系混乱、外热内冷、流于清谈。且认为在这一过程中,部门法学者将首先感受到他们的期待;而纯法理学者言方法,终究不过是为他人作嫁衣,还未必能缝好。不过同时也应当看到,越来越多的法律实务人员有了方法的自觉,这将成为法律方法论缓缓前行的动力。^[2]最后,也有学者呼吁注重方法研究在当下的重要意义,因为法学方法论的研究,从一个侧面为我们的法学建构提供一种镜鉴,一种特殊的精神气质和建立法学知识标准的进路。而中国法学现今的问题是:对什么是法学之“学”,尤其什么是法学的性质和立场缺乏统一而明确的认识;知识生产无序化的现象;法学不能为实践提供智力支持。为解决此

[1] 参见谢晖:《法律诠释学在中国》,载《河南省政法管理干部学院学报》2001年第5期。

[2] 参见郑永流:《义理大道,与人怎说?——法律方法问答录》,载《政法论坛》2006年第5期。

类问题,我们有必要让法学的知识兴趣从政策定向转向司法定向,使法学视角回归实在法,并且促使法学向方法的回归。^[1]

若从微观视野中考察我国现有的法律解释的研究,可以发现相关著述大体上围绕法律推理^[2]、法律论证^[3]、法律方法^[4]及法律修辞^[5]等关联主题展开,在内容上几乎涵盖了法官解释法律的全部问题。考虑到本书的篇幅和研究对象,此处不再罗列有关法律解释方法、法律思维、法律论证、法律漏洞补充的体系化研究,^[6]而是简要介绍法官解释确定性与客观性的理论观点。就此方面,有论者研究了法律解释的合法性与妥当性,^[7]借助哲学本体论诠释学的进路将合法性建立在交往理性的基础上,在一定程度上摒弃了传统规范主义所追求的形式正义。也有学者提出了“拯救客观性”的命题,传达了法律诠释客观性面临的挑战以及拯救客观性的努力,进而论证通过法学方法达到法律诠释客观性的目的。^[8]此外,还有学者指出,法律客观性就是力求反映法律文本之中的客观意义以及其背后的民主和民意。^[9]最后,也有部分学者在研究德沃金与波斯

[1] 参见舒国滢:《并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么需要重视方法》,载《现代法学》2006年第5期。

[2] 代表性成果有:郑成良:《司法推理与法官思维》,法律出版社2010年版;陈景辉:《规则、道德衡量与法律推理》,载《中国法学》2008年第5期;陈锐:《法律推理论》,山东人民出版社2006年版;李桂林:《法律推理的实践理性原则》,载《法学评论》2005年第4期。

[3] 代表性成果有:王彬:《案例指导制度下的法律论证》,载《法制与社会发展》2017年第3期;杨贝:《法律论证的能与不能》,载《华东政法大学学报》2017年第2期;雷磊:《法律论证中的权威与正确性》,载《法律科学》2014年第2期;雷磊:《类比法律论证:以德国学说为出发点》,中国政法大学出版社2011年版;焦宝乾:《法律论证:思维与方法》,北京大学出版社2010年版。

[4] 代表性成果有:陈林林:《法律方法比较研究——法律解释为基点的考察》,浙江大学出版社2014年版;沈志先:《法学方法论》,法律出版社2012年版;陈金钊:《法律解释学——权利(权力)的张扬与方法的制约》,中国人民大学出版社2011年版;王彬:《法律解释的本体与方法》,人民出版社2011年版;陈金钊等:《法律方法论研究》,山东人民出版社2010年版;梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版。

[5] 代表性成果有:陈金钊:《法治思维及其法律修辞方法》,法律出版社2014年版;焦宝乾等:《法律修辞学导论——司法视角的探讨》,山东人民出版社2012年版。

[6] 体系化研究请参见王利明:《法律解释学》,中国人民大学出版社2016年版;张志铭:《法律解释学》,中国人民大学出版社2015年版;陈金钊等:《法律解释学——立场、原则与方法》,湖南人民出版社2009年版。

[7] 参见陈金钊等:《法律解释学》,中国政法大学出版社2006年版,第九章。

[8] 参见陈金钊等:《法律解释学——立场、原则与方法》,湖南人民出版社2009年版,第396~407页;陈金钊:《拯救客观性——关于法治方法的理论探索》,载《法律科学》2001年第6期。

[9] 参见欧阳曙:《法律解释如何民主》,载《上海政法学院学报》2015年第3期。

纳关于解释客观性的观点之后,认为法律解释客观性问题根本无法言清,只是相对合理的法律解释。这相当于放弃了,或者说在一定程度上否定了司法实践中法官能够得到唯一正确答案的努力。^[1]

(三) 现有认识的不足:基于研究现状的反思

整体上,我国法官解释问题的研究呈现出一片繁荣的局面,但当中也隐藏着不少偏差、存在一定的缺陷,就此,主要有以下两个方面值得关注:

第一,综合当前关于法官解释确定性或客观性的观点,共同点是主张法官解释具有相对客观性,即法官解释虽然是主观的选择判断过程,但必然受到各种因素的约束,因此得到的解释结论总会具有趋同的性质,区别仅在于这种约束能否将法官带到正确答案面前。^[2]综合目前学界关于法官解释客观性的研究成果,笔者认为,这种观点并没有解决法治秩序所需要的法律确定问题。在司法实践中,面对利益纷争,必须有一个唯一答案,不能存在两个相异的法律解释结论,哪怕这两种意见都有其合理性,这是由司法定分止争的首要功能决定的。司法中的法官解释结论不是理论研究,而是干脆利落的利益分配方案,因此,以上关于法官解释相对确定性,其实并没有告诉人们是不是有唯一的正确答案,以及如何获得正确答案,法律还是处于不确定的状态,尽管不确定的范围已经大大缩小,排除了一些明显错误的、不合理的法官解释结论。也就是说,法治所需要的法官解释确定性,不能是相对的、多元可选择的正确答案,必须表现为形式唯一的正确。而当前绝大部分研究者对此问题或者否认,或者含糊其词,不置可否。

第二,我国关于法官解释的问题多集中在解释方法、法律推理、法律论证、法律适用中的逻辑等几大领域。这些研究的共同点是追求理论体

[1] 参见[奥]凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第102页;田成有:《重构还是超越:法律解释的客观性探询——以德沃金和波斯纳的法律解释论为主》,载《法制与社会发展》2003年第1期。

[2] 如谢晖教授认为法解释的客观性分两种,前者基于法解释自身的内在要求,称为内在的客观性;法解释最终要获得相对的客观性,还必须依赖于外在的客观条件,如法解释者自身与法律素质、修养等有关的人格培养与教育,司法在多大程度上不受外部的干扰而独立以及社会需要等,称为法解释的外在客观性,都是强调法官在解释过程中受到的客观因素的约束。

系的精密和严谨,这显然是秉承了大陆法系的理性和思辨的风格,其理论的深邃和精妙令人折服,但与此同时,理论的过度抽象与细化,又有和实务界相脱节之嫌疑。对于职业法官来说,上述的诸多的研究很难进行成果转化,而直接在审判实践中发挥作用,这也导致实务界面对此类学术成果时的意兴阑珊。此外,必须认识到,法官解释法律绝不仅仅是一个法律知识和技术问题,还涉及更为深远的诉讼体制、司法制度乃至一国的政治结构和文化传统,这些都对法官解释法律产生现实的乃至重大的影响,法官几乎不可能纯粹考虑逻辑推理和解释方法,往往是先有结论后考虑如何适用法律。也就是说,法学方法和法律逻辑对法官的影响并非主要因素,这一现象在西方法治发达国家同样存在。但令人遗憾的是,司法实践诸多经验和裁判制作技术,通常是理论研究者知识的薄弱环节,而仅有艰深的理论积累则不可能妥善处理实践中的疑难杂症,就此问题,相信各界已经达成了共识。

二、论题的意义

(一)法官解释确定性研究的理论意义

在我国当下,围绕法官解释所进行的研究具有相当高的学术价值,对此,至少可从以下两个方面来认识:

第一,对法官解释的研究具有普遍的理论指导意义。可以说,法官解释是与法律一起出现的,只要法律以成文的形式颁布,解释问题就如影随形。没有解释的法律是不可能获得实效的力量的,也不可能成为现实中的规范手段,法律必须通过解释媒介才能有效,而解释者则是法的精神的传播者和法律规则走向社会的桥梁。不论理论学说对于法官解释持何种立场和态度,在任何时代任何国家,法官在判决个案的过程中需要对法律作某种程度的解释是客观存在的事实。尽管学理上的不同看法可以形成不同的理论流派,但是在实际生活中,实践却不被理论所切割,法官解释仍然以自己的姿态存活并保留至今。可以说,只要法官在判决案件时需要对法律规则的内涵及适用的范围根据自身的理解作出判断,这种判断实际上就是一种对法律的解释。当然,我们必须承认的是,在普遍否认法官造法的制度背景下,大陆法系法官解释往往在效力范围上要比承认法

官造法的英美法系小得多,^[1]因而人们更多地愿意关注在效力范围上更为类似的司法解释,并对此多有研究。但是如果我们一旦发现在实践中的法官无一例外、无时无刻地在运用着解释的方法和技巧进行着法官解释,我们恐怕不能否认这种研究的普遍意义。更何况,个案中虽然不同的人都可以提出自己的法律解释意见,但其中有效力的解释只能由被称为法官或裁判官等称谓的主体进行。个案中的法律解释尽管曾赋予不同身份的主体,但最终能够引起法律效果的,能够影响法律存在的,能够延续至今的,只有法官。只要我们承认法律应用于现实生活的重要性,就不得不承认法官解释的巨大意义。基于此,如果我们不对这种法官解释进行有效的具体研究,那么势必会导致司法陷入混乱无序的状态,最终使法律调整社会生活的功能丧失殆尽。

第二,对法官解释的研究有助于法学从宏大叙事到微观论证的转型,并推动司法法理学的发展。关注法官解释现象,研究法官解释的一般规律,意味着一种学术研究方法的极具深意的转向。有学者将之概括为从“宏大叙事”走向“微观论证”的转型。^[2]长期以来,学界关注人权、平等、法治等大词,热衷于法治的宏观叙事,但事实上,法治更需精密的技术,我们应致力于构建“具体法治”。“宏大叙事”对于法治的形成只能起局部作用,甚至此种局部作用相对而言也只是次要的。更为重要者,在于如何将纸上的法律变成行动中的法律。所谓“微观论证”,是指法理学研究的问题视域只及于法律本身,而不过多涉及外部世界。它通过对法律内部问题的观察和梳理,以解决实在法可能存在的冲突、漏洞、不足、超前、滞后等问题,以完善实在法从纸面的法到实践行动中的法之过程。尽管对实体法的微观研究也会在一定程度上改变和修正实在法律条文的文字意义,但总体而言,它绝不否定实在法本身。可见,实在法内部的解决方案,乃是在肯定实在法自身的前提下进行的。制定出精美的法律只是法治的第一个层次,恢弘的架构并不能代表具体操作细节的完善,法官,不论是作为工匠还是作为大师,其在法治大厦上镌刻的每一个判例都应该体

[1] 参见刘克毅:《法律解释抑或司法造法?》,载《法律科学》2016年第5期。

[2] 参见谢晖:《法理学:从宏观叙事到微观论证》,载《文史哲》2003年第4期。