法律解释概念探微

张 志 铭*

从理论上说, 有法律, 就有对法律的理解和解释活动。法律解释的历史同法律存在和发展的历史同样久远。[1] 因此, 对于什么是法律解释这一问题, 首先可以选择历史的视角, 考察人类自古迄今对法律解释的认识和实践—— 不仅考察法律解释自身 [2] (内在的视角) , 而且考察人类社会在不同阶段对法律需求的特点、人们在一般意义上对 "解释 "活动特征的认识 [3] 及其对法律解释的影响(外在的视角) , 通过描述概括来把握法律解释的概念。与此不同, 本文对这一问题的研究将着重于对现实法律解释现象的逻辑分析, 通过区分法律解释现象的不同侧面, 以及对这些不同侧面的分析研究, 包括对他人认识的考察、评论, 把握法律解释的基本含义和

* 中国社会科学院法学研究所副研究员, 法学博士。

〔1〕 另一种说法是: 法律解释以成文法律为对象, 因此法律的成文化和公开化是法律解释的必要前提。罗马法解释学的发源与公元前 5 世纪制定公布的十二铜表法密切相关。由于 "十二表法法文难懂, 且古代法实行严格形式主义, 如果对法律条文之理解错误及所采形式不当, 必将招致重大损害。故有神官团非公开讲授法律知识。公元前 254 年, 平民出身的大神官康勒卡瓦士开始在公开场合讲解法规、法文的解释及法发现的方法。这被认为是法解释学的开端。"参见梁慧星: 《民法解释学》, 中国政法大学出版社 1995 年版, 第 4 页以下, 第 200 页。

〔2〕 关于西方法律解释史的比较系统的情况, 参见前引梁慧星书, 第一编 "民法解释学的沿革 "。关于中国古代法律解释的情况, 也许可以从 "律学 "的角度予以把握。

〔3〕 由于哲学解释学(hermeneutics) 思想在最近二、三十年里广泛传播, "解释 "(interpretation) 问题与对人类语言问题的研究相联系, 在各个研究领域(包括法学领域) 获得高度重视。人们通过历史溯源而知, 围绕着如何描述解释活动的特征这一问题所引起的争论与困惑, 实际上在中西方经过了数千年的漫长历史。按照德国哲学家海德格尔的考察, 解释学 "hermeneutics "一词最早出现在古希腊, 其基本意思是 "解释、翻译 "。哲学解释学的初始形态主要是在中世纪后期出现的文献学和神学解释学。文献学以考证古代典籍(如《圣经》经文、罗马法大全和亚里士多德的著作等) 、澄清语词和语义为主要目的; 神学解释学是神学家为了研究《圣经》而发展起来的, 它以确立 "上帝之言 "的意义为目的。由于文艺复兴和宗教改革要求重新认识传统的需要, 文献学和神学解释学统一而成一种狭义的文本解释方法论, 一种关于正确理解的技术。19 世纪, 德国的施莱尔马赫和狄尔泰进一步把传统的解释学引入哲学领域, 他们侧重于对解释本身(而非解释文本) 的系统化研究, 从而使它成为一种普遍的方法论(因而也就成了一种认识论) 。在狄尔泰那里, "解释学 "作为关于理解艺术的科学, 甚至被认为是理解人类精神创造物、探讨整个 "精神科学 "或 "人文科学 "的基础。与这种方法论解释学不同, 20 世纪又发展出以德国的海德格尔和伽德默为代表的本体论解释学, 同时, 方法论解释学则表现为各种当代形态(其代表如意大利的贝蒂, 美国的赫希等) , 而且还出现了试图在结合本体论、认识论和方法论的基础上建立解释学的努力(如法国的利科) 。主要参见前引梁慧星书, 第 7 章 "一般解释学 "; 刘放桐等编著: 《现代西方哲学》(修订本) , 下册, 人民出版社 1997 年版, 第 19 章 "哲学释义学 "。中国古代有 "用语言解释语言 "的训诂学, 自西汉以来则有了绵延不断的经书注释学, 成果蔚为大观。参见董洪利: 《古籍的阐释》, 辽宁教育出版社 1993 年版。

特性。

一、法律解释的界定

对于法律解释这一现象,研究者往往会有不同的理解,这些不同理解集中表现在对概念的不同界定上。下面我们按照出版物的时间先后,就国内学者在不同时期对法律解释概念的理解或界定列举九种以资分析。需要指出的是,尽管作出这样的列举主要是为了导向本文对法律解释现象的分析,使这种分析具有更强的指向性,但它同时也是对国内学界在这方面的认识发展过程的一个回顾。还须说明的是,尽管这是一种按时序的列举,但并不意味着它们不可能同时并存,也不意味着在某一个时期只有一种理解或定义居于主导或"霸权"地位"。

第一种(1955 年):"阐明法律或国家政权的其他文件的意义与内容,即称为解释。在将法律或其他文件适用到具体的、实际的、需要根据法权进行判决的案件上时,就应该对这一法律或其他文件进行解释。"[4]

第二种(1982 年):"法律的解释是科学地阐明法律规定的内容与涵义,确切地理解法律规范中所体现的统治阶级的意志,从而保证法律规范的准确适用。"[5]

第三种(1984 年):"法律解释同法律的实施、执行和适用有着密切的联系。""按照通常的理解,所谓法律解释,就是根据统治阶级的政策、立法意图和法律意识对法律规定的具体内容和含义作必要的说明。"[6]

第四种(1984 年):法律解释是"对法律规范的含义以及所使用概念、术语、定义等所作的说明。"[7]

第五种(1988 年):法律解释实际上包含三方面内容:一指确定法律规范内容,探求立法意图(包括立法者立法时的主观意图和法律本身反映出的客观的立法目的与意图),说明法律规范的一种行为和过程;二指规定法律解释的主体、权限、程序、方式和效力等问题的独立解释制度;三指法律解释过程中作为技术所运用的一系列规则和方式。"法律解释是动态(行为与过程)、静态(法律解释制度)和技术三者构成的统一整体。"[8]

第六种(1994 年):"法律解释是指对特定法律规定意义的说明"。从广义讲,法律解释包

[4] 苏联科学院法学所编:《马克思列宁主义关于国家与法权理论教程》,中国人民大学出版社 1955 年版,第 505 页。这里我们同时可引证当代西方学者的一种理解:"法院以某种观点把制定法适用于具体案件,以便为纠纷提供权威而有约束力的判决。在此过程中,法官对可适用于案件的制定法的适当含义(meaning)形成某种观点。如果法官公开表达这种关于制定法应该加以理解的方式的观点,那就可视为一种解释活动。在作出判决过程中,公开陈述的解释是证明案件判决正当性的一个有机组成部分,也就是说,判决是法律的适用,而按照适当的解释适用法律则是在法律上对判决正当性的证明。""在判决制定过程中对法律规范的司法解释,可称之为操作解释(operative interpretation)。"参见 Z. Bankowski, D. N. MacCormick, R. S. Summers and J. Wroblewski, "On Method and Methodology", 载 D. N. MacCormick and R. S. Summers (1991), ed., *Interpreting Statutes: A Comparative* Study, Dartmouth, pp. 11-12。把法律解释与具体个案中的法律适用和司法裁判相联系,是国外学者对法律解释概念的一种普遍理解。

[5] 孙国华主编:《法学基础理论》,法律出版社 1982 年版,第 296 页。

[6] 北京大学法律系法学理论教研室编:《法学基础理论》,北京大学出版社 1984 年版,第 428 页。

[7] 《中国大百科全书·法学》,中国大百科出版社 1984 年版,第 81 页。

[8] 孙国华、郭华成:《法律解释新论》,《政治与法律》1988 年第 5 期。

括对宪法、法律和法规的解释，从狭义讲则不包括对宪法的解释。“法律解释既是实施法律的一个前提，也是发展法律的一个方式”。[9]

第七种（1995年）：“法律解释乃是法适用之不可欠缺的前提”，“为了解决具体的案件，必须获得作为大前提的法律规范。这种获得作为判决大前提的法律规范的作业，亦即广义的法律解释”。具体说来，广义的法律解释包括三项内容：其一是在有可适用的法律规范情况下确定法律规范意义内容的作业，即狭义的法律解释；其二是在没有可适用的法律规范情况下的漏洞补充；其三是在法律规定因过于抽象一般而不确定情况下的价值补充。[10]

第八种（1997年）：“司法中所说的法律解释并不限于对法律文本的解释，甚至主要不是对法律文本的解释。尽管哲学阐释学意义上的解释存在于任何人类活动之中，因此必然存在于任何案件审理之中，但是司法上所说的法律解释往往仅出现在疑难案件中，这时法官或学者往往将这整个适用法律的过程或法律推理过程概括为‘法律解释’，其中包括类比推理、‘空隙立法’、剪裁事实、重新界定概念术语乃至‘造法’。”“法律文本的解释是狭义上的法律解释。”[11]

第九种（1997年）：“有两种最基本的‘法律解释’模式：一种可以称为‘法律开示’模式（discovery of law），即把法律视为既存的、不容违背的‘客观’规则，解释者只能尽力去发现其真实含义，并将之揭示出来，适用于具体个案；另一种是‘法律阐释’模式（interpretation of law），法律条文只提供了一种供解释者在其中进行解释活动的结构，法律的含义最终取决于解释行动者与结构之间的互动以及解释者之间的交流与共识。”[12]

以上九种关于法律解释概念的理解或定义从总体上反映了国内学者的认识发展和现状。对此首先需要说明两点：

其一，第一种定义来自建国初被作为大学法律教材引进的前苏联教科书，作为在法律解释认识上的“苏联模式”，其影响显然延续至今。这样说并非紧跟着就要进行批判和清算，而是要肯定其合理性。细分析起来，这一定义的要点有三：一是把法律解释与对具体个案的司法裁判、法律适用结合起来；二是认为法律解释的对象是司法判决中适用的法律或其他规范性文件（因而不限于法律文本本身）；三是认为法律解释是对规范性文件的意义和内容的阐明。就这三点内容而言，如今并不过时，甚至可以说，它们至今仍是人们研究和思考法律解释问题的基础（尽管人们最终的结论可能会不同）。事实上，其后的八种理解或定义，从总体上看都是对这三点内容的取舍，或者在取舍基础上的发挥。

其二，最后三种对法律解释概念的理解或界定是近几年出现的，尽管它们并不一定代表目前国内学界的主流看法，但由于以下三个有机联系的特点，它们显得格外引人注目：一是把法律解释与对具体个案的裁判和法律适用联系起来；二是在法律解释中引进了“造法”、“补缺”等因素，而不限于对“法律规定”或“法律规范”的意义和内容的说明；三是它们包含了对流行法律

[9] 沈宗灵主编：《法理学》，高等教育出版社1994年版，第420页以下。

[10] 前引[1]，梁慧星书，第192页以下。

[11] 苏力：“解释的难题：对几种法律文本解释方法的追问”，《中国社会科学》1997年第4期。这里可参照波斯纳对法律解释的理解：“解释可以是对交流的译解，可以是理解、翻译、扩展、补充、变形、甚至转换。具体说来，这一术语的正确意味就是眼睛里要看到有个文本，这个文本是权威性的，以及一个决定必须以某种方式同这个文本相联系。”“‘解释’是一条变色龙。”要“超越解释”。参见波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社1994年版，第378、344页以下。

[12] 郑戈：《法律解释的社会构造》，载梁治平主编：《法律解释问题》，法律出版社1998年版。

解释概念(如法律解释的客观性观念、抽象法律解释概念等)的反思和批判。这三个特点也可以说是目前国外法律解释理论中对法律解释概念认识的主要特点。当然,在这三种理解或界定之间,也包含着很大的差异。

此外,从上述九种理解或界定看,它们一般都把法律解释理解为对"法律规定"或"法律规范"的意义内容的阐明或说明。有鉴于此,为了对什么是法律解释这一问题进行系统的分析,我们想先提出一个关于法律解释的操作性定义,即法律解释是对法律文本的意思的理解和说明。其中用词的基本含义是:"法律"主要指制定法;"法律文本"指"法律条文";"意思"也即通常所说的"含义"、"意义",包括内涵和外延,或者说"涵义"和"指称";"理解"指解释者对法律文本意思的内心把握;"说明"指对理解结果的外在展示。简单地说,法律解释就是解释者将自己对法律文本意思的理解通过某种方式展示出来。

下面从五个方面对什么是法律解释这一问题所涉及的内容进行探讨。这五个方面是:法律解释的场合,法律解释的主体,法律解释的对象,法律解释的目标和目的,以及法律解释的一般模式或认知结构。它们所要直接回答的问题分别是何时、何地解释,谁解释,解释什么,为什么解释,以及如何解释。

二、法律解释的场合

法律解释的场合问题也就是在什么领域、什么时候需要或存在法律解释的问题。这个问题看似简单,实际上却比较复杂。从国内的认识情况看,这里主要涉及两个方面的问题:其一,如果把法律实践区分为立法和实施两个领域,那么法律解释是否只存在于法律实施领域,而不存在于立法领域;其二,如果法律解释只存在于法律实施领域,那么它是存在于整个法律实施领域,还是只存在于其中的某个或某些环节。对此人们在认识上存在分歧,这种分歧从前面关于法律解释概念的各种界定中也能看出。

就前一个问题而言,它包含了关于"事前解释"和"事后解释"的争论。通常人们认为,立法机关对法律的解释(即"立法解释")可以区分为"事前解释"和"事后解释":前者指立法机关为预防在法律适用时发生疑问而预先在法律中所作的解释,如法律中的解释性条款;后者指法律适用发生疑问后由立法机关所作的解释,如立法机关针对法律实施中提出的问题所作出的专门决定或决议。[3] 一种观点认为,"事前解释"属于法律解释,因为法律解释存在于法律活动的所有领域,它不仅存在于法律实施领域,而且也存在于立法领域。另一种比较普遍的观点则认为,法律解释与法律实施密不可分,它只存在于法律实施领域;法律解释可以包括立法机关的"事后解释",却不能包括"事前解释",因为"事后解释"属于法律实施范畴,"事前解释"属于立法范畴。

在后一个问题中,包含了关于"具体解释"和"抽象解释"的分歧。"具体解释"是指在具体个案的司法裁判中与法律适用相联系的法律解释活动,它是把法律适用于个案事实的"大前提"。"抽象解释"与"具体解释"不同,它是指法定国家机关,如中国的全国人大常委会、最高人民法

〔3〕 前引〔9〕,沈宗灵主编书,第 432 页;沈宗灵主编:《法理学研究》,上海人民出版社 1990 年版,第 227 页。对于什么是"事前解释"、"事后解释",可能又会有分歧,例如,法律中的解释条款无疑属于"事前解释",但法律的实施细则是属于"事前解释",还是"事后解释",就不那么清楚了。

院、最高人民检察院等, 在法律实施过程中就法律所作的一般的解释性规定, 它具有普遍的法律效力。[4] 从国内目前的情况看, 尽管人们在认识上普遍把法律解释与法律实施相联系, 但就具体的联系方式而言, 却存在 "两张皮 "现象: 一是在制度和实践层面, 一般把法律解释限于 "抽象解释 ", 不承认 "具体解释 "; 二是在理论研究层面, 近年来出版的一些著作都把法律解释视为 "具体解释 ", 无视 "抽象解释 "的存在(潜在的看法显然是把 "抽象解释 "视为法律创制, 而非法津解释) , 从而表现出与国际学术的 "接轨 "和对话。

对于上述两个问题上的分歧, 我想可以从以下两个方面来分析和认识:

第一, 法律解释作为一种解释现象, 其存在场合可以也应该有最广泛的理解, 简单地认为法律解释现象存在于什么场合或不存在于什么场合, 并不妥当。理由主要有二:

其一, 如果不囿于某种成见, 那么就会发现, "解释 "活动本身是人类社会生活中一个普遍存在的现象。按照本体论解释学的观点, "解释 "具有本体论上的意义, 它并不是、至少不单纯是认识论和方法论上的研究对象: 解释植根于理解, 是理解的发展和实现, 而理解又是人的基本构件之一, 是人的存在方式—— 有人的存在, 就有人的理解和解释; 有人的活动, 就有人的理解和解释活动。由此看来, 所有的法律活动, 包括立法、执法、司法、法律监督、法律研究和教学、法律服务、法律宣传, 等等, 在广泛的意义上说都属于人的理解和解释活动, 反之则至少可以说, 理解和解释现象存在于上述所有的法律活动之中。就立法而言, 尽管通常人们把立法视为立法者在 "无 "和 "有 "之间的一种法律创制活动, 是要对社会生活中的各种具体现象进行类型化的作业, 然后针对不同类型的情况作出一般规定, 但是, 这种创制同样要本着立法者对自我 [5] 和外在对象、本着对外在世界的规律或所谓的 "自然法 "的理解和解释来进行。同时, 如果我们认为解释法律首先要有法律, 然后才谈得上解释法律, 那么这种先与后的关系在立法时就已经存在。立法是一个前后相继的过程, 法律应该是一个上下、前后、左右有机联系的体系, 正因为此, 立法领域中才存在各种明显的解释现象, 如立法中的各种解释条款, 法律的各种实施细则, 甚至还有直接规制法律解释活动的解释法(Interpretation act 或 Interpretation statute) [6], 等等。立法活动如此, 各种法律实施活动更是自不待言。因此, 法律解释现象在法律实践中是一种普遍的存在, 在法律解释现象客观存在的场合和人们于日常谈论、研究中所涉及的法律解释的有限场合之间, 应该有所区分。

其二, 在现代社会中, 立法和法律实施两分的传统格局已经打破, 出现了两者交汇、兼有立法和实施性质的活动, 从而大致形成一种三分格局 —— 姑且称之为立法活动、实施活动和交叉活动。在这种情况下, 如果我们继续按照传统的思路, 那么时常就会难以分清什么是立法领域的法律解释, 什么是法律实施领域的法律解释。在传统意义上, 立法和法律实施构成法律实践的两个不同性质的领域: 前者产生法律规范, 后者在社会生活中具体运用或实现法律规范。同时它们大致对应于立法者和法律实施者的区分: 立法是立法者的活动范围, 法律实施是行政机

[4] "具体解释 "和 "抽象解释 "之间的分歧, 实际上涉及的不只是法律解释的场合问题, 即法律解释是不是与裁判中的法律适用相联系的一种活动, 它还涉及下一节要讨论的法律解释主体和法律解释权的问题。事实上, 在对法律解释的场合和主体的认识之间, 具有密切联系。

[5] 作为认识主体的 "自我 ", 其内心并非一块 "白板 "。人总是一种历史的存在, 他对事物的认识不能不基于他的历史条件, 基于他的历史 "视界 "。立法是立法者的活动, 立法者同样是在一定的历史条件下进行立法活动。这就是我们为什么强调要注重提高立法者的素质的原因。

[6] 如加拿大、北爱尔兰、尼泊尔等都有这种解释法。

关、司法机关等实施者的活动范围。如今,由于社会生活的复杂需要,立法出现了多层次、多主体的局面,不仅不同层次的立法者立法,而且法律实施者也承担相应的立法职能。就后者而言,最典型的就是行政立法。现代行政管理所涉及的已经不是一个具体行政行为的概念,它大量地涉及"抽象行政行为",即通过制定和实施行政法规来进行行政管理,实现管理目标。不仅如此,行政机关还基于法律规定或立法者的专门授权,大量从事原属立法者权限范围内的立法工作,从而使传统立法和行政的范围更加模糊。在中国的制度背景下,就更是如此。一方面,由于在制度和观念上人们并不把法律实施作为与立法机关(即权力机关)没有直接关系的领域,[17]就出现了立法机关以各种方式(如法律监督、立法解释等)进入法律实施领域的普遍现象,这样一来,即使把法律解释限定在法律实施领域,也无法排除立法机关作为法律实施中的法律解释主体。另一方面,行政、军事、司法等法律实施机关也以不同的方式从事立法或立法性质的活动,例如,国务院制定行政法规,或者依据立法机关的授权大量进行"二次立法"(secondary legislation,其中的再授权则进一步导致国务院主管部门的"三次立法"),国务院各职能部门、地方各级政府及其主管部门制定各种行政规章或具有立法性质的各种规定;最高军事机关制定军事法规;最高人民法院和最高人民检察院制作抽象的、具有普遍司法效力的法律解释文件(与抽象行政行为相对,我们可称之为抽象司法行为),等等。由于在传统的立法和法律实施之间出现了这种交错,以致于人们在日常表达和行文中常常感到有必要对"立法"、"立法权"、"立法机关"等用语作出特别界定。[18]

第二,承认法律解释作为一种解释现象普遍存在于不同场合的法律活动之中,并不妨碍对不同场合下的法律解释活动作出区分,也不影响在研究和言谈中把法律解释限定于某种场合。不仅如此,由于不同场合下的法律解释具有不同的目的和特性,为了不使对法律解释的认识陷于泛泛而导致混乱,还必须作出区分和限定。

就"抽象法律解释"和"具体法律解释"而言,一方面,在认识上我们不应该把法律解释单纯归结为抽象法律解释,或者归结为具体法律解释;另一方面也不能混淆两者在性质和目的上的差别。具体解释是指在具体个案的司法裁判中[19]与法律适用相联系的一种活动,其目的是通过解释把法律适用于具体的个案事实。法律解释与具体案件的关联性包括三层意思:(1)法律解释往往由待处理的案件所引起;(2)解释的任务在于确定法律规定对特定案件事实是否有意义;(3)法律规定应相对于一个待处理事实加以阐释并具体化。[20]与具体解释不同,抽象解释是法定国家机关——不论是立法机关还是行政、司法、检察等实施机关——的一种专门的法律

[17] 目前对国家权力机关法律监督职能的高度强调,甚至有可能使立法机关成为法律实施的活跃主体。从中国政治和法律体制的构造原理(如"议行合一"的学说)及其宪法体现看,权力机关深入法律实施领域也是必然的。

[18] 参见张志铭:《当代中国的法律解释问题研究》,《中国社会科学》1996 年第 5 期。当然,我们也可以在坚持"两分法"的前提下,对立法和法律实施作出与传统不同的划分,即可以不再以法律活动的主体和主体活动的性质作为区分立法和法律实施的标准,而是单纯从活动的性质上来区分立法和法律实施,使两者的界限凸显出来。具体地说,按照法律活动的不同性质,我们可以把一切以制作具有普遍效力的一般法律规则为目的的立法活动或立法性质的活动,划入立法的范畴,而把其他法律活动,尤其是在具体个案的场合中理解和适用法律的活动,统称为法律实施。

[19] 这是对"具体法律解释"的一种约定俗成的理解,其实具体法律解释并不限于司法裁判的场合,它同样也存在于行政执法等场合。

[20] 参见前引[1],梁慧星书,第 202 页。

活动,其目的是通过解释形成具有普遍法律效力的一般解释性规定。尽管抽象解释往往"针对法律实施中提出的问题",或者与具体的个案事实或问题相联系,或者由它们所引起,但是,由于抽象解释不同于具体解释的目的,它对具体事实或问题所进行的只能是"类型化"的作业,从而必然表现出立法的性质。

说抽象解释具有立法的性质,意味着不能把它简单地归结为法律实施,即法律在具体个案中的适用,同时,也意味着不能把它归结为立法。按照上面对法律实践活动的"三分法",抽象解释大致可以归入立法和法律实施的交叉领域,它兼有立法和法律实施的双重属性。抽象解释的目的在于通过解释形成具有普遍法律效力的一般解释性规定,这一点使它类似于一般立法而不同于法律的具体解释和适用。但是,抽象解释也有类似于具体解释而不同于一般立法的地方。如上所述,按照本体论解释学对"解释"现象的理解,立法本身就是一种"解释",而且其中也明显包含各种解释现象,如立法中的各种解释条款,法律的各种实施细则,以及直接规制法律解释活动的解释法,等等。但是,在立法中,立法者与法律之间的关系是一种创制和被创制、规定和被规定的关系,即使是立法中各种明显的解释现象,其目的也在于给对象注入、限定或选定某种含义,因此,在这种关系中,立法者处于比较自由的状态,只需在法律的位阶关系中满足"不抵触"的要求。与立法不同,在抽象解释中,解释者与解释对象之间有一种紧张关系——解释氛围,尽管解释者可能是具有立法权能的立法机关和行政机关,但解释者与法律文本的关系应该是一种服从和被服从、描述和被描述的关系,它应该遵从作为解释对象的法律文本的权威,受解释对象的制约,负有忠实于解释对象的责任。就此而言,抽象解释与具体解释大致相同。当然,在抽象解释的情况下,由于解释者可能对法律文本拥有立法权,或者拥有补充和修改权,或者拥有法定的或基于授权的二次立法权、三次立法权,同时也由于解释活动并不以特定的个案事实或问题为指向,就使得解释者很容易以法律创制者的眼光看问题,从而使它在主观和客观上都不太会囿于法律文本的约束。[21] 因为在解释者的权威高于解释对象的地方,往往可能丧失解释的氛围。

总之,法律解释作为一种解释现象,存在于人类法律活动的各个领域。但是,不同领域的法律解释具有不同的目的和特性。如果我们研究法律解释,那么首先要说明法律解释所在的场合。同时也要强调指出,在人类社会尤其是现代社会的法律实践中,作为一种具有普适性的理解,法律解释一般是指在具体个案的司法裁判中与法律适用相联系的一种活动,也即我们所说的具体法律解释。尽管这种对法律解释场合的认识与国内的制度实践不同,但却得到国内研究者越来越多的认同。

三、法律解释主体和法律解释权

法律解释主体的范围取决于对法律解释场合的认识。例如,如果把法律解释的场合限定于

[21] 在具体法律解释中也存在超越法律的问题,因为解释者对法律文本的解释要想在制度环境中得到承认,要想具有正当性,就必须在忠实于法律文本的同时,兼顾解释结果的妥当性。但是,这种超越是局部的,谨小慎微的,甚至隐蔽的。事实上,全世界的法官都希望被看成是"适用"而不是创造(哪怕是拾遗补阙式的创造)法律。韦伯说:"那些在客观上是最具'创造性'的法官也会感到他们仅仅是法律规范的喉舌,因为他们只是解释和适用法律规范,而不是创造它们"。参见 K·茨威格特,H·克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,贵州人民出版社 1992 年版,第 233 页以下。

具体个案的司法裁判和法律适用,那么就可能认为法律解释的主体是法官、学者和当事人。如果把法律解释限定于行使法定解释权的抽象解释的场合,那么就会把法律解释的主体限定于少数拥有解释权的立法机关、司法机关和行政机关。[22] 反之,如果对法律解释存在的场合没有限定,而是认为它存在于法律活动的各个领域,那么作为在这些领域活动的所有主体也必然成为法律解释的主体。不仅如此,由于现代社会生活的各个领域几乎都不同程度地涉及法律和法律调整,法律解释的主体甚至可以与现实生活的主体相提并论。团体和国家机构解释法律,个人也解释法律;法律职业者在自己的职业活动中解释法律,非法律职业者在自己的日常生活和工作中也可能会解释法律。

法律解释主体的范围尽管广泛,但不同主体解释法律的效力并不相同。按照法律解释的主体和效力的不同,国内学界通常认为法律解释可以分为法定解释和学理解释。法定解释又称有权解释,它是指拥有法定解释权的国家机关(如全国人大常委会、国务院及其职能部门、最高人民法院、最高人民检察院等)对法律作出的具有普遍适用效力的解释,其中按照作出解释的国家机关的不同,又可以分为立法解释、行政解释和司法解释三大类。学理解释是指没有法定解释权的个人或团体对法律作出的不具有法律效力的解释,其中尤以法律学者在教义和著述中的解释影响为大。[23] 也有些研究者认为,法律解释可以区分为裁判解释、学说解释和当事人解释三种,其中第一种具有法律效力。[24]

这里想具体谈谈与法律解释主体密切相关的法律解释权问题。

把解释法律作为一种权力,并把这种权力归诸少数法定的主体,实际上反映了一种对法律解释活动的垄断或控制观念。这样一种做法,在中外历史上都有很长的渊源。中国古代商鞅变法,为贯彻其"壹刑"思想,树立法律权威,首创官方释律制度。在这种制度下,要求"以吏为师",主张"法无二解",严禁私家注律。此后各朝各代,私家注律或得到统治者的承认和鼓励而兴盛,或受到统治者的压制而归于衰落。在西方,设立法律解释权主要是大陆法系传统的一种实践。公元 1 世纪前后,罗马皇帝奥古斯都鉴于罗马共和政体后期法律解释的自由发展导致法律适用的混乱,损害法律的安定性,首创了法律解答权制度。他授予一些业绩优异的法学者解答法律问题的资格,从而使法学者的解释活动与国家权力联系起来。[25] 公元 6 世纪,罗马帝国皇帝查士丁尼依靠法学家的帮助成功地完成了《国法大全》的编纂,在《国法大全》颁布的同时,他立即禁止在裁判中参考任何法学家的著作,并禁止对《国法大全》作任何评注,意图借此维护自己

[22] 参见前引[8],张志铭文。

[23] 准确地说,法律学者的解释在法律实践中并非没有法律效力,只是不具有当然的法律效力而已。如果从历史的角度看问题,那么我们还会发现法律学者的解释具有当然法律效力的情况。例如,西方最早在古罗马时出现的法律解释权制度就是与法学家相结合的。

[24] 参见前引[8],张志铭文。在法律解释的分类方面,除了以解释主体和效力作为区分标准外,国内学界通常还以解释方法作为区分标准,例如,有的把法律解释分为文法解释、逻辑解释、系统解释和历史解释四种,有的分为字面解释、限制解释和扩充解释三种。新近的变化是突出了法律解释方法的重要性,把法律解释的分类与法律解释的方法区分开来,前者仅指按解释主体和效力不同所作的划分,原来按解释方法不同所作的划分皆被作为后者的专门内容。其实,强化法律解释技术或方法的研究固然必需,但这并不妨碍把法律解释方法作为法律解释的一种分类标准。

[25] 参见前引[1],梁慧星书,第 9 页。

和法典的绝对权威。[26] 18 世纪末, 法国在大革命期间曾通过法律(1790 年), 规定 "当法院认为有必要解释一项法律或制定一项新法时必须请求立法会议", 还通过立法创立附属于立法机关的 "上诉法庭"(Tribunal de Cassation), 负责监督各类法院, 以防司法偏离法律条文, 侵犯立法权。[27] 1794 年, 在近代启蒙运动和理性法观念的影响下, [28] 弗里德里希·威廉二世主持编纂了包含多达 17000 个具有决疑效用的琐细条款的《普鲁士邦法》, 在该法典的颁行敕令中, 他明确禁止法官出于任何理由对法律规定自作解释, 在有疑问的情况下, 要求法官向专门设立的 "立法委员会"提出咨询。[29] 这里还可再以拿破仑为例, 看看大陆法系传统中统治者对待法律解释的心态。拿破仑同样是在法学家的帮助下完成了《拿破仑法典》的编纂, 尽管他没有禁止对民法典进行评注, 但希望评注不要公开发表, 以致传说当他得知第一本评注出版时, 惊呼 "我的民法典完了!"[30]

从上述历史事实可以看出, 一方面, 有法律就必然有对法律的解释需求, 对法律的解释和研究导致了法学的繁荣, 促进了法律的发达, 而且历代统治者都不得不借助于法学家的努力完成自己定规立制、编纂法律的任务; 另一方面, 由于对法律的自由解释, 尤其是法学家对法律的不同解释, 会导致在法律理解和适用上的混乱, 削弱法律的权威, 就得统治者对法律解释活动往往采取戒备或控制的态度。就控制的思路和做法而言, 主要是推行宏大的法典编纂计划, 并建立官方的法律解释权制度, 在这同时, 或者对民间尤其是法学家的法律解释活动采取否定态度(往往不能成功), 或者采取积极利用的态度。

此外, 从近代以来大陆法系传统中法律解释权的产生和演变情况看, 有以下四个基本特点值得注意:

第一, 它的目的并不是要排除民间尤其是学者对法律的解释, 而是为了体现严格的分权原则, 防止法官借解释之名行立法之实, 以免司法专横。因此, 它是在法律解释主体泛化的前提下对法律解释活动的一种针对性控制。

第二, 它最初是设立附属于立法机关的专门机构, 如法国的 "上诉法庭", 普鲁士的 "立法委员会"等, 并要求法院把法律解释的疑难问题提交这种机构解答, 但是, 随着最初对司法机构通过法律解释发展法律的不信任的消失, 这种 "立法性法院"逐渐演变成为法院的一部分, 如法国的 "上诉法庭"演变为刑民事方面的最高法院(Cour de Cassation), 其任务是撤销下级法院错误适用法律的判决, 并有权作出正确的解释。[31] 其他一些国家如德国的最高法院甚至还能作

[26] 他甚至焚毁主持《国法大全》编纂的大臣特里波里所收集的一些法学家的著作手稿, 以此来强化他的禁令(这与中国古代的 "焚书坑儒"实为异曲同工)。但查士丁尼的禁令收效甚微, 在他在世时就遭到了蔑视。参见 J·梅利曼: 《大陆法系》, 顾培东、禄正平译, 西南政法学院 1983 印行, 第 8 页以下。

[27] 参见前引[21], K·茨威格特, H·克茨书, 第 167、224 页。

[28] 这种支配近代法典编纂的理性法观念认为: 一种理性的社会生活秩序的基础, 可以有目的地通过一种全新的法律秩序来建立; 历史上流传的那些庞杂零乱、难以把握的法律, 应通过有意识的计划, 合理清晰的构造和由国家执行的全面立法所取代; 通过成功的法典编纂, 可以收取法官发展法律的权力, 使他们成为机械的法律适用者。参见前引[21] K·茨威格特, H·克茨书, 第 161、291、166 页。

[29] 参见前引[21], K·茨威格特, H·克茨书, 第 166 页; 前引[26], J·梅利曼书, 第 42 页。

[30] 参见前引[26], J·梅利曼书, 第 66 页。

[31] 尽管原则上法国最高法院只回答法律问题, 但实际上由于法律问题和事实问题很难区分, 最高法院在决定其活动范围上就有了主动性。在法律发展情形尚不明了时, 最高法院会借口它属于事实问题而由下级法院作决定。参见前引[21], K·茨威格特, H·克茨书, 第 226 页。

出改判。

第三, 这种法律解释权自产生起就不脱离具体个案的裁判背景, 随着“立法性法院”融入普通法院系统, 它也与具体个案的裁判程序融为一体。

第四, 1912 年生效的《瑞士民法典》在第一条规定中明确承认现实法律的缺漏(gap), 并将填补工作委诸法官, 同时提供了工作标准。法国法学家惹尼(Geny)说: “也许这是现代立法者第一次以一般规定正式承认法官在立法上的不可缺少的作用。”该法典的做法代表了大陆法系国家今后的立法走向。[32]

与其他国家相比, 当代中国的法律解释权制度显然极具本土特色, 对此笔者已有专文分析。[33]。

四、法律解释的对象和目标

按照意大利哲学家贝蒂的观点, 人们展示自己和理解他人总是要通过各种外在的“表达式”, 包括口头言谈和书面文件, 有声物和无声物, 符号语言和形体语言, 抽象文字和艺术象征, 等等。尽管表达式多种多样, 但它们都有一个共同点, 即有意义, 为此, 他把它们统称为“有意义的形式”。他还认为, 解释活动包含三个基本要素, 除有意义的形式外, 还有解释者, 以及对象化于有意义的形式中的精神; 在解释活动中, 有意义的形式是一种“中介”, 解释者通过这种“中介”而理解其制作者的内在精神, 因此, 它既是解释的前提条件, 也是解释结果客观性的保证。[33] 显然, 贝蒂关于解释“客观性”和解释目标的理解, 遵循的还是以施拉依马赫和狄尔泰为代表的传统方法论解释学的思考轨迹, 其妥当与否, 人们会有不同评说。但是, 他关于“有意义的形式”和“意义”的区分, 对于我们认识和区分法律解释的对象和目标, 是富有启发意义的。

台湾学者黄茂荣认为, 法律解释的对象或标的和法律解释的目标是两个不同概念。法律解释的对象是作为法律意旨表达方式的法律文本(Text), 包括法律规范的条文, 立法文献如立法理由书、草案、审议记录等, 以及立法当时的社会、经济、政治、技术等附随情况。法律解释的目标是解释者通过对法律文本的解释所要探明的法律规范的法律意旨。[34] 这种对法律解释的对象和目标的区分, 与贝蒂在一般意义上对“有意义的形式”和“意义”的区分思路相像, 而且与人们通常所说的形式和内容的区分也大致相当。我认为, 这种区分的基本思路是合理可取的, 不过, 在一些细致的方面还是可以提出以下几点或许是不同的看法:

其一, 在法律解释的对象上应该区分法律文本和语境材料。“文本”是哲学解释学中广泛使

[32] 《瑞士民法典》第一条第二、三款规定: 如本法没有可为适用之规定, 法官应依据习惯法, 习惯法也无规定时, 法官应根据其作为法官阐发的规则判案, 在此, 他要遵循业已公认的学说和传统。应该指出的是, 1811 年《奥地利民法典》第 7 条就已经赋予法官填补法律漏洞的权力: 倘若一诉讼案件不能依法律的既有文字规定也不能依法律的自然含义予以判决, 法官须参照法律就类似案件规定的解决办法和其他适用法的根据来处理, 如仍无法判决, 则应按照自然的法律原则予以裁断。因此, 《瑞士民法典》的规定可能并无新意。它之所以引人注目, 就在于它以清晰的位置、鲜明出色的语言表达了自概念法学衰微以来人们已普遍承认的一个事实: 法律存在缺漏, 需要法官通过创制活动予以填补。参见前引[21], K·茨威格特, H·克茨书, 第 300 页, 第 320 页以下。

[33] 参见张汝伦: 《意义的探究——当代西方释义学》, 辽宁人民出版社 1987 年版, 第 74 页以下; 张志铭: 《关于中国法律解释体制的思考》, 《中国社会科学》1997 年第 2 期。

[34] 参见黄茂荣: 《法学方法与现代民法》, 台北 1993 年增订版, 第 292 页以下; 前引[1], 梁慧星书, 第 205 页。

用的一个术语, 按照法国哲学家利科广为接受的界定, “文本就是任何由书写所固定下来的话语 ”, 它是语言实现的合理形式之一, 是与言谈的话语相对应的书写的话语。[35] 法律文本同样是一种 “书写的话语 ”。因此, 如果认为法律解释的对象是法律文本, 同时又认为其范围包括法律规范的条文, 立法文献如立法理由书、草案、审议记录等, 以及立法当时的社会、经济、政治、技术等附随情况, 那么就会有不对称的问题, 因为各种 “附随情况 ”可能会以非文本的形式出现。由这种不对称所引出的问题是, 如何更确切地认识法律解释的对象? 对此, 我想应该从两个方面来考虑: 一方面要看到, 在实际的法律解释过程中, 法律解释的对象往往会涉及广泛的解释材料(其实也可以恰当地用法律解释材料的概念置换法律解释对象的概念) , 这些材料尽管可能在更多的情况下是以文本或书面的形式出现, 但也可能以非文本的形式出现, 比如, 在解释中, 可能会涉及各种众所周知的社会事实, 涉及法律所指向对象如公园、家庭、银行等的规范性质, 等等; 另一方面也要指出, 对于法律解释对象所涉及的各种解释材料, 不能等量齐观, 应该有所区别。这种区别除了可以按照对法律解释活动影响力的大小作出外(如有的属于权威材料, 有的属于非权威材料; 有的属于具有绝对约束力的权威材料, 有的属于具有相对约束力的权威材料) , 还可以大致按照法律解释直接针对的对象和间接涉及的对象来作出。具体地说, 可以把 “法律文本 ”限定于法律解释直接针对的对象, 即需要解释和适用的特定法律条文, 而把解释特定法律文本所要涉及的其他各种解释材料, 包括文本形式的材料和非文本形式的材料, 视为语境材料。也可以这样说, 法律解释所直接针对的法律文本或法律条文(即法律条文的用语) 是狭义的法律解释对象, 而法律文本或法律条文与各种相关的语境材料则构成广义的法律解释对象。

其二, 与上述对法律解释对象的直接—间接或狭义—广义的区分相对应, 在法律解释的目标上也可以并应该区分最终目标和阶段目标。实际的法律解释活动往往是一个复杂的过程, 包含多个环节, 不同层面。经常性的情况是, 需要解释和适用的法律文本或法律条文的意思, 取决于对各种相关语境材料的理解, 因此, 如果说法律解释的最终目标是要探明需要适用的法律文本或法律条文的意思, 那么法律解释所可能包含的阶段目标则是要探明各种相关的语境材料的意思。

其三, 应该区分法律条文和法律规范。如果我们所说的法律解释中的 “法律 ”是指成文的制定法, 那么准确地说, 法律解释的对象应该是法律条文, 而非法律条文所体现的法律规范。从前面关于法律解释概念的各种定义看, 人们普遍对法律条文与法律规范不加区分。[36] 其实, 它们之间还是有区别的: 法律条文是法律规范的载体, 法律规范则是法律条文的内容。法律条文(Legal text) 和法律文本是同义词, 后者作为法律解释的直接对象, 所指的就是以书面法律语言的形式存在、并包含法律规范内容的法律条文。法律规范属于法律解释的目标。法律解释所探求的 “法律意旨 ”, 所指的就是法律条文所包含的规范含义或内容。因此, 对法律条文与法律规范不加区分, 就会使法律解释的对象与目标之间的界限处于模糊状态。

其四, 在区分法律解释的对象和目标的同时要注意它们的关联。尽管法律解释的对象和目标是两个不同概念, 前者要回答的问题是 “解释什么 ”, 后者要回答的问题是 “为什么解释 ”, 但

[35] 参见利科: 《解释学与人文科学》, 陶远华等译, 河北人民出版社 1987 年版, 第 41 页。

[36] 这里还涉及 “法律规定 ”一词, 尽管人们往往把它与 “法律规范 ”相提并论, 但实际上它与 “法律条文 ”一词更为亲和, 用法大致相当。

是, 对后者的不同认识往往会影响对前者的认识。例如, 如果解释者奉行的是 "主观说 "(即下面所说的历史原意说), 认为法律解释的目标是探求立法者在制定法律时的主观意图, 那么他就会把包括立法准备材料在内的各种反映立法者意图的历史材料归入法律解释对象的范围。反之, 如果解释者奉行 "客观说 "(即下面所说的语义原意说), 认为法律解释的目标是探寻体现在法律文本中的客观的规范含义, 那么他就不会把这些材料归入解释对象的范围。此外, 解释者在法律解释目标上的偏重, 也会导致他在解释材料认识和运用上的偏重。

其五, 分辨法律解释的目标和目的。从通常意义上说, 目标和目的是同一个意思, 它们都相对于方法、手段或路径而言。但是, 在对法律解释问题的研究中, 我们需要将这两个词作一小的区分。具体地说, 法律解释的目标是指解释者在法律解释活动中所要理解和说明的法律文本的意思; 法律解释的目的则是指法律解释活动及其结果所起的作用, 例如, "具体法律解释 "的作用或目的是正当地适用法律, "抽象法律解释 "的作用或目的是形成具有普遍法律效力的一般解释性规定。当然, 这可能纯粹是一种理论上的区分。实际上, 法律解释的目标和目的关系非常密切, 它们甚至可以恰当地视为对同一解释活动的两个观察角度, 是一个硬币的两面, 因为它们都是相对于法律解释的对象而更进一步的东西, 所指向的问题都是 "为什么解释法律 ", 只不过一个强调的是弄清法律文本的意思(以便正当地适用法律条文或者形成一般的解释规定), 另一个凸现的是为了正当地适用法律或者形成一般的解释规定(而需要弄清法律文本的意思) 罢了。

其六, 分辨和把握法律文本解释的两种基本路径。法律解释的直接对象是法律文本或法律条文, 但在具体个案的司法裁判和法律适用过程中, 对法律文本或法律条文的解释可以有两种不同的进路, 即文本解释和事实剪裁。所谓文本解释, 就是直接就所适用的法律文本或条文进行解释, 然后将解释的结果与个案事实相连接; 而所谓剪裁事实, 就是不直接就所适用的法律文本或条文作出解释, 而是就有关的个案事实进行区分、剪裁, 然后将事实与法律文本或条文相连接。在前者, 解释者是用法律涵摄事实, 在后者, 解释者是将事实归摄于法律。由于法律解释可以以变相或间接的剪裁事实的方式进行, 在一些国家如法国的法律制度和实践中才得以认为司法裁判是将法律适用于具体事实的过程, 而无需解释法律; 中国的情况大致也是如此。当然, 在实际的法律解释过程中, 文本解释和事实剪裁往往会同时并用。[57] 另外, 这里所说的剪裁事实并没有贬义, 因为在任何个案的司法裁判中, 都涉及对事实的认定, 也即对事实的法

[57] 虽然直观地看, 司法裁判中对制定法条文的解释似乎遵循的是一种三段论的推理模式, 大前提由某项制定法规则所提供, 法官的任务就是找出一个适当的大前提, 但在实际上这种看法却给人以误导。因为不仅法律语词经常性的模糊和歧义需要法官从事阐明大前提的工作, 而且在疑难情况下, 要区分大、小前提的作用是很困难的。寻找事实和寻找前提往往交织在一起: 法官审理证据并决定事实, 而且任何关于制定法条文的范围和可适用性的疑问, 都很有可能由来自于事实的看法来解决。参见 R. W. M. Dias(1985), *Jurisprudence*, *Butterworths*, p. 168。德国学者拉伦茨说: "法律条文对解释者构成疑难时, 他籍着解释这一媒介活动来了解该条文的意旨; 而一个法律条文的疑难则在被考虑到它对某一特定法律事实的适用性时发生 "。转引自前引 [54], 黄茂荣书, 第 279 页。Bix 认为: 法律解释上的困难看似语词方面的困难, 实际上却是法律规则是否可适用于具体案件事实的困难。法律规则的语词只有在规则适用中才产生问题。参见 Brian Bix(1993), *Law*, *Language*, *and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford. p. 5。

律性质作出评价;[38] 剪裁事实并不一定意味着对事实采取任意取舍的态度,也不一定意味着对法律采取"普洛克路斯忒斯之床"[39] 的态度。

其七,应该注意研究法律文本不同于其他文本的特性。对此,我们可以从两个方面来分析:一方面,法律文本是文本的一种,它与其他非法律文本一样,都具有文本的共同特性。法国哲学家利科认为,文本作为以书写方式固定下来的"话语",相对于以言谈方式出现的"话语"来说有三个不同特点:[40] 首先,在言谈的说—听关系中,说话者的意向和说出的话的意义一般是重合的,说话者总是要说他想说的东西,听话者则是要把握说话者的话意,并可通过问答的方式与说话者直接交流。而在文本的写—读关系中,作者的当下性没有了,文本成为独立的东西,因此,读者只能通过文本去了解作者的意思,重点落到了文本和它的意义上。其次,言谈一般面对的是确定的听者,而文本面对的是潜在的任何读者,这就使得文本面临无限多样的阅读。第三,文本不受直接指称的限制。按照德国哲学家弗雷格的区分,意义可分主观意义和客观意义两个方面,前者指说话者或作者想说的意思,后者指言语本身的意思;客观意义又可进一步区分为含义(sense)和指称(reference),它们大致相当于通常所说的内涵(intention 或 connotation)和外延(extension 或 denotation)的区分。[41] 在言谈中,说话者说的行为与想的过程同步,他可以通过手势、表情、指示词等方式进行直接、实在的指称,而在文本中,由于没有了言谈的当下性,直接指称被悬置了起来。文本的指称只是一种可能性,它在解释的过程中展开。以上三个基本特点显然为包括法律文本在内的任何文本所共有,它们从一个侧面、从一般意义上向我们展示了文本解释的特性。

另一方面,也应该注意研究法律文本的特性。尽管对法律文本特性的完整阐述,是一个需要专门探讨而迄今仍为研究者所忽视的非常有意义的问题,但是,我们还是可以感到法律文本与其他各种文本有明显的不同。法律是一种关于人们权利和义务的规范体系,法律文本与文学作品等各种非规范性文本的根本不同,就在于法律文本的规范性和权威性。法律文本是一种规范化的文本,这表现在它是立法制度或程序运作的产物(尽管我们不能把这种制度和程序的运转比作生产流水线式的作业),而非个人的自由创作;它必须运用规范的立法语言,追求表意上的平实、直接、严谨和准确,而不能运用比喻、夸张、拟人等修辞手法,不能运用感叹号、问号、引号、省略号等标点符号,不能追求个别比的独特语言风格;它所针对的是法律主体的外部行为,而不能在内心刻划、感情描述上比高低;它的形成不可能无拘无束,而必然要受到人们关于立法活动的各种"预设"的制约,如立法者应该使用规范的普通语词或专门语词,应该遵行宪法,应该避免荒谬或明显不公的结果出现,应该不使立法具有溯及既往的效力,等等。同时,法律文本是一种权威性的文本,在司法裁判的法律适用过程中,解释者对法律文本的解释必须以对法律文本权威的承认为前提,必须服从制度和程序的制约,而且,强调这种制约并不需要担心被

[38] 在援引判例进行类比推理时,需要对案件在事实上的相同点和不同点作出分辨,并对这种相同点和不同点在法律上的重要程度作出判断。在适用规则进行演绎推理时,也需要对事实的不同方面在法律构成上的重要程度作出判断。参见 Steven J. Burton(1995), *Law and Legal Reasoning*, 2nd, ed., Little, Brown and Company。

[39] 普洛克路斯忒斯是希腊神话中开黑店的强盗,他把劫来的人绑在他的铁床上,强使他们与铁床相齐,短的拉长,长的截短。中国成语中也有"削足适履"的典故。

[40] 参见前引[3],刘放桐等编著书,下册,第781页以下。

[41] 参见前引[3],刘放桐等编著书,上册,第381页以下。

指责为“专制主义”。[42] 所以, 波斯纳说:“法律文本与文学文本之间有巨大的差别”。[43]

五、如何决定法律文本的意思: 立法者、法律文本、解释者

法律解释是解释者对法律文本的意思的理解和说明, 但是, 什么是“法律文本的意思”呢? 应该从什么角度、以什么为标准来理解和把握法律文本的意思呢? 对此在理论和实践上都存在复杂的争论。从总体上看, 这种争论主要涉及三者之间的复杂关系, 即法律文本的作者、法律文本、以及法律文本的解释者。由于相应的观点多种多样, 犬牙交错, 甚至常常会在同一论者身上发现不同甚至相反的观点, 要想作出整齐划一的分类似乎是不现实的。以下我将从逻辑的角度把实际存在的多数主张或观点大致概括为三种理想形态, 即原意决定说、文本决定说和解释主体决定说, 并同时开列它们各自所面临的主要否定理由[44]。在这基础上, 我将从总体上作出进一步的分析。

(一) 原意说及其否定理由

原意说立足于原立法者, 认为法律解释的目标在于探求立法原意, 即立法者在制定法律时的意图和目的。由于这里的“意图和目的”是心理分析意义上的东西, 原意说在根本上带有浓厚的主观色彩。原意说的根据是自然而普遍的, 即法律文本与其他任何文本一样, 都是作者或立法者有意识、有目的活动的产物, 是作者内在思维活动、价值取向的外化; 解释者按照作为民意体现的立法原意解释和适用法律, 无论从认知角度还是从近代社会的政治哲学原理的角度看, 都具有实质意义上的正当性。美国的霍姆斯法官说:“在成文法的情况下……可以说就像与主权的命令交涉一样, 唯一要做的事就是了解主权者想要的是什么。”[45]

原意说的关键在于如何寻找立法原意。由于在探寻立法原意的合理路径上存在认识上的分歧, 原意说表现为不同的形态。这里, 我们可以把原意说的主要形态大致概括为以下三种:

1. 语义原意说

语义形态的原意说认为, 立法者的原意与法律语词本身的明确含义是一致的, 解释者应该从法律所运用的语词本身寻找立法原意, 而不应该诉诸立法史材料或任何其他外在的材料来确定立法原意。这种原意说盛行于英国的司法实践, 在那里, 运用立法史材料包括立法准备材料来确定法律语词的意思是不允许的。

语义原意说通常被称之为客观原意说或客观的立法意图概念, 而下面所说的历史原意说则对应地被称之为主观原意说或主观的立法意图概念, 但是, 这种区分实际上只是一种在寻求

[42] 在文学领域, 认为确立文学文本的意义乃文学批评与文学研究的合法目的的观点受到非常严厉的批评。那种企图限制意义生成的语境范围或者企图使作品意义生成那无休无止、不断推演的不确定过程停止下来的做法, 被指责为“专制主义”。参见艾柯等:《诠释与过度诠释》, 柯里尼编, 王宇根译, 三联书店 1997 年版, 第 9 页以下。

[43] 参见前引〔1〕, 波斯纳书, 第 336 页。

[44] 这方面的文献很多, 比较系统的研究请参见前引〔11〕, 苏力文; 波斯纳书, 第 130 页以下, 332 页以下; Cass R. Sunstein (1989), “Interpreting Statutes In The Regulatory State”, 103 *Harv. L. Rev.* pp. 414– 441; 前引〔37〕, R. W. M. Dias 书。

[45] 转引自前引〔1〕, 波斯纳书, 第 336 页。在中国古代, 关于古籍的注释也大都以追求原意、“求契作者之初心”为目的。仇兆鳌《杜诗详注》序中说:“是故注杜者必反复沉潜, 求其归宿所在, 又从而句字比之, 庶几得作者苦心于千百年之上, 恍然如身历其世, 面接其人, 而慨乎有余悲, 悄乎有余思也。”参见前引〔3〕, 董洪利书, 第 42 页。

立法者原意的途径上的差别。立法者原意本身是一个心理学意义上的主观色彩的概念,称语义原意说为客观原意说,仅仅意味着在探寻立法原意的途径上对解释者所可能有的自由度的更严格限定——即不能超出法律条文的语义范围——而已。

2. 历史原意说

这种形态的原意说认为,探寻立法原意不能局限于法律语词本身,而必须借助各种立法史材料,尤其是立法准备材料。通过对立法史材料的研究,解释者就能了解法律制定时的一般舆论情况,了解使法律得以通过的一般社会状况(如不同社会利益的冲突与权衡),以及立法者意图通过法律予以救济的对象或解决的问题,从而把握存在于法律背后的政治、社会和经济的目的。因此,立法史材料对于确定立法原意具有重要意义。如上所述,历史原意说又被称之为主观原意说或主观的立法意图概念。较之于语义原意说,历史原意说更为普遍,尤其是在瑞典等国家的司法实践中,主观立法意图的概念甚至占有绝对优势。

3. 理性原意说

与上述两种诉诸法律语词或立法史材料的原意说不同,还存在一种诉诸理性立法者假设的原意说,这种原意说的典型表现就是广为流行的"想象重构理论"(Imaginative reconstruction)。所谓"想象重构",就是解释者基于立法者是以合理手段追求合理目的的理性立法者的假设,想立法者之所想,以重构立法者意图的方式解释法律,弥补法律所可能存在的缺漏。按照波斯纳法官的考察,[46]"想象重构"的观点具有漫长的历史,最早可以追溯到亚里士多德,[47]其后的代表相继有普洛登、[48]维科、施拉依马赫等,现代则有哈特和萨克斯。哈特和萨克斯说:"法院应当努力通过想象将自己放在采取这些步骤的立法者的位子上……。除非出现了毋庸置

[46] 参见前引[1],波斯纳书,第133页注[3]。

[47] 亚里士多德在 *Nicomachean Ethics* 一书中说:"所有的法律都是普遍的,但对有些事物来说是不可能提出正确的普遍断言的。在那些有必要从普遍意义上来谈论,但无法正确地这样做的案件中,法律注意常见案件,尽管法律并非不了解错误的可能性。然而这仍然是正确的:因为这错误不在于法律也不在于立法者,而是在于事物的本性之中……。(因此)当立法者由于过于简单化而犯错误并使我们失望时,那么,说出立法者如果在场可能说的话或可能制定为法律的话,以纠正这种错误,就是正确的。"转引自前引[1],波斯纳书,第133页注[3]。

[48] 英国法官E. Plowden对"想象重构"的过程进行了具体的描述,他在1573年说:"为了在一条法规的字面含义按照衡平法可有伸缩之时作出一个正确的判断,可以采取这样一种好方法,即当你仔细察看法规时,你假定立法者在场,并假定你向他提出了你想知道的有关该公平原则的问题,然后,如同你想象如果他在场他所会作出的回答那样,你必须给你自己作出一个这种回答……。如果立法者会遵循该公平原则,那么你可以不考虑该法规的语词……就效仿该立法者去采纳这一公平原则,这样做是安全的,因为你的所作所为只不过是立法者会采取的做法,所以你的做法并不与法律相背离,而是与法律相符合的。"参见E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第517页。

疑的相反事实,法院应假设立法机关是由合理地追求合理目的的人制定的。”[49] 关于理性立法者的假设中还包括一些固定的内容,例如,立法者懂得国语并据此使用普通语词或专门语词,立法者意图使自己制定的法律合乎宪法,立法者不想有荒谬或明显不公的结果出现,立法者不想使法律有溯及既往的效力,所有的刑事处罚都要求被处罚者有“犯意”(mens re´a),等等。

显然,基于理性立法者假设的原意说与语义形态的原意说有很大的不同,因为后者往往包含着对法律充分自足的确信,而前者对法律所可能有的局限或缺漏则予以坦率的承认。当然,“想象重构理论”同时也使得“立法者原意”成为一个广泛弥散、应时而变的概念。

原意说所面临的质疑或否定理由主要有五个方面:

1. 立法过程涉及不同的主体,交织着不同主张和观点的争论和妥协,法律往往最终是通过使用可以包容不同意见甚至不同宗旨的模糊语言才得以通过,因此,人们无法确定谁的意图在最终意义上是相关的,也难以说清什么意图是复数的立法者共同分享的意图。

2. 即使立法者是一个人,并且拥有一个完整的意图,他也不可能完整无误地通过法律语言将其意图表述出来,因为人们对语言的研究表明,语言并非精密的表意工具,只要涉及书面表达,就必然存在“书不尽言,言不尽意”的问题。[50] 同时,即使立法者的原意在法律文本中得到充分准确的表达,法律文本一旦与立法者脱离,其用语在解释者的理解中也会出现立法者意想不到的意思,即由于语境的变化而使法律语词表达的意义范围超出立法者想要表达的原意,出现所谓的“言外之意”。

3. 即使存在并找到了明确的立法意图,解释者对意图的理解也可能“仁者见仁,智者见智”。这一点甚至可以从作者本人的角度来分析。一般说来,作者本人在创作(相当于立法者在立法)时是了解他自己的意图的,但是,如果在作品出来之后,间隔相当长的时间作者再读自己的作品,他时常也会有另一个人的感觉。因此,即使立法者还活着,解释者也可以询问立法者什么是立法原意,这样做也不妥当。[51]

4. 即使存在立法者的意图,而且这种意图可以通过查阅各种立法史材料得以辨明,它也不应该具有法律效力。因为立法者通过和颁布的是法律本身,在一个法治国家里,人们应该考虑和遵循的仅仅是立法者表现在法律文字中的客观意思,而不应该是立法者的主观意思。不仅如

[49] 转引自前引〔1〕,波斯纳书,第 134 页注〔4〕。“想象重构”的观点在法律实践中广泛存在,这里我们还可以引证法国最高法院院长巴洛—博普雷的一段话以资证明。博普雷在 1904 年法国民法典颁布一百年纪念会的著名演讲中说:“当条文以命令形式,清楚明确,毫无模棱两可时,法官必须服从并遵守……但当条文有些含糊时,当它的意义与范围存在疑点时,当同另一条文对比,在一定程度上内容或者有矛盾,或者受限制,或者相反有所扩展时,我认为这时法官可有最广泛的解释权;他不必致力于无休止地探讨百年以前的法典作者制定某条文时是怎样想的;他应问问自己假如今天这些作者制定这同一条文,他们的思想会是怎样的,他应想到面对着一个世纪以来法国在思想、风俗习惯、法制、社会与经济情况各方面所发生的一切变化,正义与理智迫使我们慷慨地、合乎人情地使法律条文适应现代生活的现实与要求。”勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版,第 112 页。

[50] 美国法学家博登海默说:从普遍的经验可知,一条法规的语词往往不能完整地或准确地反映该法规制定者的意图与目的。当立法者试图用简洁但却普通的术语表达其思想时,就不得不采取省略的形式。参见前引〔48〕,E·博登海默书,第 514 页。

[51] 在美国加利福尼亚洲,法官可以传唤立法者作为证人来为制定法的预期目的作证。波斯纳认为,这种做法的危险在于某个立法者也许会提出一种新解释来改变该制定法,而这种解释可能在最初立法时已经被或者会被多数立法者所否定;这种解释也可能迎合立法机关目前的偏好。参见前引〔1〕,波斯纳书,第 132、343 页。

此, “一些能力超群的观察家曾经指出, 如果试图通过使用当时的立法准备材料来探究立法目的, 那么在这种努力过程中会充满着陷井与圈套。”[52]

5. 想象重构理论试图跨越立法者和解释者之间的距离, 将两者合一, 这不过是一种浪漫的想法, 是一种“碰运气”的事, 其结果只能属于推测的范围。因为在相关问题上, 立法者和解释者可能并没有共同的实践, 而且即使有共同的问题和实践, 立法者和解释者的认识或价值判断也可能相去甚远。[53]同时, 想象重构理论允许解释者超出制定法和立法史材料的范围去构建(而非探寻) 立法者原意, 这就引发了一个实际的问题, 即, 在现代法治社会, 人们在多大程度上希望和允许解释者如法院这样做, 如果不加限制, 这样做会不会使人们面临解释和适用法律者专横武断的危险。[54]

(二) 文本说及其否定理由

文本说立足于法津文本本身。它认为, 法律解释的目标在于探求法律文本本身的合理意思。法治原则所要求的是法律本身的统治, 而不是法律制定者的统治: 法律一经制定, 便与立法者分离而成为一种独立的存在, 立法者于立法时的意图或目的并不具有约束力, 具有约束力的是在于法律文本内部的合理意义。[55] 同样是美国的霍姆斯法官说: “我们所问的不是(作者) 想说的, 而是在使作这些词的环境中、在一个普通说英语者的口中这些词将会具有的含义。”“如果我的同胞想下地狱, 我的工作就是帮助他们到达那里。”[56]

文本说与上面所说的语义原意说从外形上看几乎一般无二, 研究者也往往将它们相提并论, 但实际上它们还是有着根本的不同: 文本说是一种与原意说决裂的形态, 而语义原意说则不过是把对立法者原意的探寻限于法律文本的范围而已, 因此, 它们在法律解释正当性渊源的认识上是完全不同的。文本说在现实中的典型形态可以称之为平义(plain meaning) 文本说, 它要求解释者或法官按照同一语言共同体中普通成员所理解的法律条文的意思去解释法律, 追求的是一种共识意义上的形式正当性。

对文本说提出质疑或否定的理由主要有:

1. 法律文本的用语常常会有语义不清的情况。英国的哈特认为, 任何语言包括法律语言都

[52] 参见前引[48], E · 博登海默书, 第 515 页以下。

[53] 参见前引[1], 波斯纳书, 第 132 页以下; 前引[48], E · 博登海默书, 第 517 页以下。比如, 美国宪法制定已有两百多年, 波斯纳法官说: “要让现代法官站在宪法制定者的位置上以想象出他们是否会否决禁止人工流产、鸡奸性行为、反企业兼并法规、积极补偿行为、特别检察官法或者授权对学生报纸或淫秽录像进行审查的法律, 是枉费心机的。我们同宪法制定者没有相关的共同实践。他们没有我们所具有的经验, 他们不了解我们所了解的(他们所了解的, 我们也已经忘记了许多) , 此外对于他们会如何从他们的价值来判断我们的经验我们一点提示也没有。即使由近来的立法机构和将进行法律解释的法官组成的解释共同体也完全不像一个单独的人、一对结婚多年的夫妇或一伙在午饭间交谈的朋友。”

[54] 尼采说: “人最后在事物中找出的东西, 只不过是他自己曾经塞入事物的东西……”, 尼采: 《权力意志》, 第 281 节, 载洪谦主编: 《现代西方哲学论著选辑》, 商务印书馆 1993 年版, 第 12 页。

[55] 利科说: “文本表明的东西不再与作者意味的东西一致; 因此, 文本的意志与心理的意义具有不同的命运。”前引[35], 利科书, 第 115 页。

[56] 前一句话转引自前引[1], 波斯纳书, 第 333 页; 后一句话转引自前引[44], Cass R. Sunstein 文, 第 407 页。

不是精密的表意工具, 都具有一种 "空缺结构"(open texture): [57] 每一个字、词组和命题在其 "核心范围"内具有明确无疑的意思, 但随着由核心向边缘的扩展, 语言会变得越来越不确定, 在一些 "边缘地带", 语言则根本是不确定的。因此, 在法律语言不确定的地方, 对法律条文的解释和适用也不存在绝对或唯一正确的答案, 解释者或法官拥有自由裁量权, 需要在多种可能的解释和推理结论中作出选择, 甚至可以扮演创建新规范的角色。[58] 美国的波斯纳认为, 法律文本存在着 "内部含糊"和 "外部含糊": 前者是指由于法律用语本身的歧义、模糊、评价特性等而产生的模糊; 后者是指由于语境因素的变化而使得原本清楚的法律用语变得模糊。[59] 国内学者苏力认为, 语言的意义是人赋予的, 语义会发生流变, 既有 "历时性流变", 即同一语词在一个历史时期中被普遍认可的意义在另一个时期会消失或变更, 也有 "共时性流变", 即同一社会中的不同语言共同体对同一语词有时会有不同的理解, 从而难以确定语词的 "平义"或普通含义。[60]

2. 法律并非逻辑自足、没有缺漏。文本论与在近代西方法典编纂中盛行的概念法学相联系, 它所体现的是概念法学的严格决定论的法治模式, 以对全知全能的理性立法者的假定和对形式逻辑完备性的信仰为基础。按照韦伯的分析, 这种近代西方的法治模式意图凭借 "一般化"(generalization) 和 "体系化"(systematization) 来构筑一个法律的世界。这个世界基于五个基本设定(postulates): 第一, 每一项具体的法律决定都是某一抽象的法律命题对某一具体 "事实情景"的适用; 第二, 在每一具体案件中, 都必定有可能通过逻辑的方法从抽象的法律命题导出判决; 第三, 法律必须实际上是一个由法律命题构成的 "无空隙"(gapless) 的体系, 至少也要如此被看待; 第四, 所有不能用法律术语合理分析的东西都是与法律无关的; 第五, 人类的所有社会行为都必须构成或者是对法律命题的 "适用"或 "执行", 或者是对它的 "违反", 因为法律体

[57] "空缺性"这一概念在西方法学理论中被广泛地用于分析法律的确定性和解释问题。随着英国学者 H·L·哈特的著作《法律的概念》被翻译为中文, 这一概念如今已为中国学者所熟知和运用。哈特借助于对 "空缺性"概念的分析, 为自己在形式主义和规则怀疑主义之间选择一种中间立场奠定了基础。"空缺性"概念因哈特的出色运用而流行, 但从渊源上讲, 这一概念出自 Friedrich Waismann 的著作, 而后者又可能取自 Wittgenstein 在 20 世纪 30 年代早期提出的建构主义语言观点。参见前引[37], Brian Bix 书, 第 7 页; Zenon Bankowski and D. Neil MacCormick, "Statutory Interpretation in the United Kingdom", 载前引[4], D. Neil MacCormick and Robert S. Summers 书, 第 360 页。

[58] 参见哈特: 《法律的概念》, 张文显、郑成良、杜景义、宋金娜译, 中国大百科全书出版社 1996 年版, 第 124 页以下。哈特认为: "有时, 对于一种表达方式来说, 明确的标准情况或范例与那些成问题的情况相比, 两者间的差别仅仅是程度不同而已。"为此, 他举了一个形象而有趣的例子: 一个男士, 其头亮而光, 他显然属于秃头之列; 另一位头发蓬乱, 则他显然不是秃头; 但问题在于第三个人只是在头顶的周边有些稀稀拉拉的头发, 如果他是否算秃头被认为是重要的或者有任何实际结果取决于此的话, 那么这个问题就可能无限期地争论下去。参见该书, 第 4 页以下。

[59] 参见前引[1], 波斯纳书, 第 334 页以下。内部含糊的例子: 一个法律禁止进口植物果实, 不禁止进口蔬菜, 有人进口番茄, 于是发生了番茄是植物果实还是蔬菜的问题。(Nix v. Hedden, 149U. S. 304(1893) 外部含糊的例子: 美国宪法规定, 国会有权建立陆军和海军, 而没有提空军, 但法律实践中都把这一条款理解为有权建立包括空军和其他必需的武装力量; 美国宪法第一修正案中的 "新闻界"一词原来仅指报业, 后来出现了广播、电台, 其外延也随之扩大。这些变化都不是法律用语本身发生了变化, 而是人们对这些用语的理解发生了变化。

[60] 参见前引[1], 苏力文。

系的“无空隙性”必然导致对所有社会行为的无空隙的“法律排序”(legal ordering)。[61] 但是,事实证明,这种认为制定法完整无缺、法律和事实严格对应、法官如同“自动售货机”的法治观念,不过是一种幻想,一种“法律神话”(legal myth,弗兰克语)。1912 年《瑞士民法典》对法律缺漏以及法官补缺作用的明确承认,则是对这种支撑文本论的法治观念的彻底否认。

3. 法律文本的意思受制于解释者的理解。法律的语词和语义只能给解释者提供一个大致范围的指引,它给解释者提供的只是一种文本的“视界”(horizon),而解释者却不可能超出自己的历史“视界”,他们总是要基于自己的认识和经验,基于自己在一定的制度和文化背景下对价值评价、政策因素和利益权衡等因素的考虑来解释法律。正如海德格尔所说:“把某某东西作为某某东西加以解释,这在本质上是通过先有、先见、先知来起作用的。解释从来不是对先行给定的东西所作的无前提的把握。”[62] 由于法律一经制定就脱离了制定时的语境而成为一种独立的存在,它就要面向不同时期的不同解释者;而由于不同的解释者往往具有不相重复的个体差异,他们对法律文本的解释也会有不同。

(三)解释主体说及其否定理由

这是一种立足于法律解释主体的观点。它认为,法律文本的意思取决于解释者的理解,实际上也就是解释者所理解的意思。霍德利主教说:“正是那些有绝对权力去解释任何成文的或口述的法律的人,而不是首先写就或口述法律的人,才是法律之意图和目的的给予者。”DEVLIN 勋爵说:“法律就是法官说是法律的东西”。[63] 同样还是霍姆斯法官说:“法律的意思就是对法院事实上将做什么的预测,而不是什么空话。”[64]

解释主体说与上面所讲的理性原意说有很大的相似之处,因为它们都强调解释者在解释法律、特别是在弥补法律缺漏方面的能动作用。不同的是,理性原意说通过回归“立法者原意”对这种能动作用进行传统的合法性或正当性包装,它仍然坚持解释者或法官作为立法者的“代理人”(agent)的立场;而解释主体说则不假借立法者原意的外形,将这种能动作用以“赤裸裸”的方式展示出来。

原意说和文本说的正当性及其强度,取决于立法者和法律文本各自所具有的正当性资源的丰富程度,同样,解释主体说是否具有正当性,以及在多大程度上具有正当性,则取决于解释者所拥有的正当性资源的丰富程度。在英美等普通法系国家,这种比较极端的解释主体说也许是一种自然产生的结果,可能不会在心理上给人们造成太大的刺激,因为在普通法传统中,法

[61] 参见 Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Guenther Roth & Claus Wittich ed., University of California Press, 1978, Second Printing, pp. 657-658;前引[2],郑戈文。

[62] 海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映,王庆节译,三联书店 1987 年版,第 184 页。海氏认为,传统认识论所追求的主客体分裂基础上——把人的历史性作为阻碍获得客观真理的东西——的客观知识是不存在的,先有(Vorhabe)、先见(Vorsicht)和先知(Vorgrift)构成了作为理解和解释的先决条件的“前理解”。它们的意思分别是:先有——解释者在开始理解和解释之前,不是处于虚无状态,而是已经存在于某种历史和文化之中,历史和文化自始就已经占有并影响着他;先见——指理解和解释的角度、方式、切入口,是解释者所看准的“某种可以解释的状态”;先知——指理解和解释前已经具有的某种预设,是推知未知的参照系。

[63] 前一句话转引自前引[58],哈特书,第 140 页;后一句话转引自前引[37],R. W. M. Dias 书,第 166 页。

[64] 从法律解释者和适用者的角度界定法律,是美国以霍姆斯、J. C. 格雷、K. N. 卢埃林和 J. N. 弗兰克等为代表的现实主义法学(legal realism)的典型视角。这种视角在很大程度上是经验指向的,正如霍姆斯所说:“法律的生命不是逻辑而是经验。”参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社 1992 年版,第 18、19 章;前引[48],E·博登海默书,第 31 页以下。

院或法官本身就拥有丰富的正当性资源, “法官造法”是这种传统的基本特征之一, 而不是对传统的反动。但是, 在法国等大陆法系国家, 这样一种不假借立法者和法律文本名义的观点则难有容身之地。近代欧洲大陆的法治观念和传统的建立, 包含了对以往司法专横——往往以法律解释的形式表现出来——的否定, 包含了对司法的不信任和遏制态度; 在严格的分权原则中, 法官解释和适用法律的正当性取决于是否遵循立法原意、是否符合法律条文的语义, 因此, 法官的“造法”功能尽管在事实上甚至在法律上最终获得承认, 但它毕竟是对传统的否定, 因而不便以“赤裸”的形式出现, 或者说, 它无法从法院或法官所拥有的正当性资源中获得足够的支撑, 而必须以立法者或法律文本的权威加以合法而合理的包装。[65]

不过, 尽管在拥有正当性资源的程度上, 普通法传统中的法院或法官要远远高于大陆法传统中的同行, 他们所拥有的正当性资源在程度上毕竟无法与立法者和法律文本所具有的正当性资源相抗衡。制定法不仅在大陆法国家一直是占绝对支配地位的法律形式, 而且在当今普通法国家的法律制度中也越来越居于核心地位——这样说或许在质的意义还会有疑义, 但在量的意义上则确定无疑。[66] 普通法传统中法院或法官对制定法的不信任甚至敌视态度(judicial skepticism of antagonism) 也早已有了根本改变。[67] 因此, 在现代民主政治和法治观念中, 人们更多强调的是民主色彩更浓的立法机关的权威, [68] 强调法律的权威和规则之治。就法律解释而言, 原意说和文本说构成旗鼓相当的对峙, 它们在很大程度上分享了现代社会与民主政治和法治相联系的正当性资源。在这种情况下, 与原意说和文本说对峙的解释主体说首先就会面临正当性上的严峻挑战: 法官在脱离立法者原意和法律语词本身的情况下解释和适用法律, 将被指责为“篡权者”(usurper); 这样做的结果将彻底破坏法律的确定性和可预期性, 使法治的价值丧失殆尽。

[65] 从法国的情况看, 19 世纪上半期, 法官偏向于语义解释和发生学解释; 19 世纪后半期, 面对新的社会现实, 法官不得不引入功能解释(即目的解释), 但语义解释和发生学解释仍然具有影响力, 尤其是对于新近颁布的法律, 更是强调立法者的意志; 19 世纪末, Francois Geny 倡导对社会需要进行“自由的科学探讨”(free scientific research), 认为制定法的“含义”有别于字面含义和立法者的意图。但是, Geny 的看法主要影响的是学者, 而不是法官。法国法官喜爱引用的是 Saleilles 的妥协性格言: “beyond the civil code, but by the civil code”(“超越民法典, 依靠民法典”)。意指法官在解释时可以超越民法典的立法原意, 探寻其合理目的, 但必须从法典语词中寻得支持。法国法院极少公开无视法律语义和立法者的意图, 除非导致明显荒谬的含义, 否则那样做将被视为滥用权力。参见 M. Troper, C. Grzegorczyk and J. Gardies, “Statutory Interpretation in France”, 载前引[4], D. Neil MacCormick and Robert S. Summers 书, pp. 189–193。

[66] 参见前引[4], D. Neil MacCormick and Robert S. Summers 书, pp. 10–11。

[67] 在传统上, 普通法法官常常把制定法视为利益集团的无原则的交易(unprincipled deals), 认为它会破坏自然形成的普通法的完整与和谐。参见前引[44], Cass R. Sunstein 文, pp. 408–411。R·庞德在 1908 年发表的“Common law and legislation”一文中认为, 普通法国家的法院对制定法带来的法律变革可能采取四种做法: (1) 将其完全纳入法体, 并由于它直接表达了普遍意志而认为它比法官造法具有更高的权威、具有优先性; (2) 将其完全纳入法体, 但与法官造法一视同仁, 具有同等权威; (3) 拒绝将其完全纳入法体, 不把它作为可类推的依据, 但予以自由解释、直接实施; (4) 对它采取严格的狭义解释, 只把它适用于它明确包括的情形。同时, 他明确地预言: “我们已经跨入的法律发展进程, 一定会使我们采纳第二种方法, 而最终会使我们采纳第一种假设的方法。”参见前引[48], E·博登海默书, 第 506、514 页。

[68] 从《联邦党人文集》([美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著, 程逢如、在汉、舒逊译, 商务印书馆 1980 年版) 可知, 美国宪法制定者意图在总统、国会和最高法院的“三权分立和制衡”体制中融汇君主制、民主制和贵族制的优点。美国最高法院的九人之治, 具有浓厚的贵族制色彩。

院或法官本身就拥有丰富的正当性资源, “法官造法”是这种传统的基本特征之一, 而不是对传统的反动。但是, 在法国等大陆法系国家, 这样一种不假借立法者和法律文本名义的观点则难有容身之地。近代欧洲大陆的法治观念和传统的建立, 包含了对以往司法专横——往往以法律解释的形式表现出来——的否定, 包含了对司法的不信任和遏制态度; 在严格的分权原则中, 法官解释和适用法律的正当性取决于是否遵循立法原意、是否符合法律条文的语义, 因此, 法官的“造法”功能尽管在事实上甚至在法律上最终获得承认, 但它毕竟是对传统的否定, 因而不便以“赤裸”的形式出现, 或者说, 它无法从法院或法官所拥有的正当性资源中获得足够的支撑, 而必须以立法者或法律文本的权威加以合法而合理的包装。[65]

不过, 尽管在拥有正当性资源的程度上, 普通法传统中的法院或法官要远远高于大陆法传统中的同行, 他们所拥有的正当性资源在程度上毕竟无法与立法者和法律文本所具有的正当性资源相抗衡。制定法不仅在大陆法国家一直是占绝对支配地位的法律形式, 而且在当今普通法国家的法律制度中也越来越居于核心地位——这样说或许在质的意义还会有疑义, 但在量的意义上则确定无疑。[66] 普通法传统中法院或法官对制定法的不信任甚至敌视态度(judicial skepticism of antagonism) 也早已有了根本改变。[67] 因此, 在现代民主政治和法治观念中, 人们更多强调的是民主色彩更浓的立法机关的权威, [68] 强调法律的权威和规则之治。就法律解释而言, 原意说和文本说构成旗鼓相当的对峙, 它们在很大程度上分享了现代社会与民主政治和法治相联系的正当性资源。在这种情况下, 与原意说和文本说对峙的解释主体说首先就会面临正当性上的严峻挑战: 法官在脱离立法者原意和法律语词本身的情况下解释和适用法律, 将被指责为“篡权者”(usurper); 这样做的结果将彻底破坏法律的确定性和可预期性, 使法治的价值丧失殆尽。

[65] 从法国的情况看, 19 世纪上半期, 法官偏向于语义解释和发生学解释; 19 世纪后半期, 面对新的社会现实, 法官不得不引入功能解释(即目的解释), 但语义解释和发生学解释仍然具有影响力, 尤其是对于新近颁布的法律, 更是强调立法者的意志; 19 世纪末, Francois Geny 倡导对社会需要进行“自由的科学探讨”(free scientific research), 认为制定法的“含义”有别于字面含义和立法者的意图。但是, Geny 的看法主要影响的是学者, 而不是法官。法国法官喜爱引用的是 Saleilles 的妥协性格言: “beyond the civil code, but by the civil code”(“超越民法典, 依靠民法典”)。意指法官在解释时可以超越民法典的立法原意, 探寻其合理目的, 但必须从法典语词中寻得支持。法国法院极少公开无视法律语义和立法者的意图, 除非导致明显荒谬的含义, 否则那样做将被视为滥用权力。参见 M. Troper, C. Grzegorczyk and J. Gardies, “Statutory Interpretation in France”, 载前引[4], D. Neil MacCormick and Robert S. Summers 书, pp. 189–193。

[66] 参见前引[4], D. Neil MacCormick and Robert S. Summers 书, pp. 10–11。

[67] 在传统上, 普通法法官常常把制定法视为利益集团的无原则的交易(unprincipled deals), 认为它会破坏自然形成的普通法的完整与和谐。参见前引[44], Cass R. Sunstein 文, pp. 408–411。R·庞德在 1908 年发表的“Common law and legislation”一文中认为, 普通法国家的法院对制定法带来的法律变革可能采取四种做法: (1) 将其完全纳入法体, 并由于它直接表达了普遍意志而认为它比法官造法具有更高的权威、具有优先性; (2) 将其完全纳入法体, 但与法官造法一视同仁, 具有同等权威; (3) 拒绝将其完全纳入法体, 不把它作为可类推的依据, 但予以自由解释、直接实施; (4) 对它采取严格的狭义解释, 只把它适用于它明确包括的情形。同时, 他明确地预言: “我们已经跨入的法律发展进程, 一定会使我们采纳第二种方法, 而最终会使我们采纳第一种假设的方法。”参见前引[48], E·博登海默书, 第 506、514 页。

[68] 从《联邦党人文集》([美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著, 程逢如、在汉、舒逊译, 商务印书馆 1980 年版) 可知, 美国宪法制定者意图在总统、国会和最高法院的“三权分立和制衡”体制中融汇君主制、民主制和贵族制的优点。美国最高法院的九人之治, 具有浓厚的贵族制色彩。