

您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

更多▲

使用大字体察看本文
阅读次数: 1075

两种法律解释观评析

孙国东

特聘专家

法学所导航

走进法学所

走进国际法中心

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

无论立法者多么高明, 规章条文也不能网罗一切行为准则, 不能覆盖一切具体案件。因此, 在某种意义上可以认为: 法律本身的天然局限性就是法律解释学的根源。反过来说, 法律只有通过解释来发现、补充和修正, 才会获得运用裕如、融通无碍的弹性。虽然我国的传统观念强调“法无二解”, 当局也一直担心法律诠释和与此相关的律师活动会导致“操两可之说、设无穷之辞”、“是非无度”、“所欲胜因胜、所欲罪因罪”等后果, 但正如梁启超早就指出的那样, 法律解释的学术“禁之终不可得禁”也。时至今日, 间或有人对那种了无生气、疏于研究和思虑的条文说明书泛滥成灾不以为然, 却没有一个人会否定加强法律解释工作的必要性和迫切性。

总体而言, 学界在法律解释问题上主要有两种方法论倾向: 法律决定论和法官主观论。本文拟就这两种解释观的基本观点及其缺陷进行一番研究。

一、两种法律解释观

(一) 法律决定论(客观主义、司法克制主义)的思维模式(形式主义法治观[2])

1. 基本观点

大陆法系的传统是致力于把法官禁闭在条文的牢笼之中。英美法系的传统是让法官通过先例机制作茧自缚, 条文主要发挥对惯性结果进行矫正的作用。而中华法系的传统是“礼法双行”、法官需要兼顾条文和情理。

无论在哪一种社会中, 按照国家强化统治效率的逻辑都会出现不同形式的严格限制解释和裁量的余地的法律决定论。在古代中国, 申不害刑名学的本质是“循名责实”(《韩非子·定法》)、“以一御万”、“任法不任智”, 慎到主张过“法制礼籍, 所以立公义也”(《慎子·威德》), “辩者不得越法而肆议”, 韩非更进一步强调“言谈必轨于法”(《韩非子·五蠹》)的绝对实证主义。在美国, 领了法学界二百年风骚的霍姆斯(Oliver W. Holmes)坚信只有立足于客观主义的法律才能实现社会的安定和可预测性。不过, 在法国和德国, 条文至上的倾向更加突出。法国的现代法学、特别是在十九世纪后期占主导地位的注释学派信奉法典万能主义, 强调注释必须严格忠实于法典条文。德国私法学之父萨维尼(Friedrich Carl von Savigny)宣称: 法律解释学的任务无非是合乎逻辑的“概念计算”。按照这一思路以数学体系为模范而建立的汇纂式法令全书的理论体系也一直被人们当作法律领域的圣经。

到了二十世纪, 人们不再像孟德斯鸠那样指望法官都变成“无生命的存在物”, 在不增减法律的内涵和力度的条件下机械地复述法言法语。但是, 至少到1970年代前期为止现代法学理论的主流仍然“尝试着从一个根本的规范中推展出所有的法律规范”。最典型的是凯尔森(Hans Kelsen)的纯粹法学。它通过法律阶层论把一切决定的根据还原到作为金字塔顶端的“根本规范”。凯尔森并不认为法律的解释只能得出一个别无选择的正确结论, 但主张复数的解释中能成为规范的只有一个。换言之, 法律给予法官的正确决定是独一无二的。

按照决定论的思维模式，法是全知全能的；法官不能以无法可依为理由来拒绝作出判决，而必须通过解释发现包含在法律体系之中的具体的规范。法被理解为一个自我封闭、自我准据、等级森严的体系，一切事实关系都必须而且能够包摄其中。严格区分立法和司法的功能对于维护该系统的自足性具有重要的意义，立法不妨相对自由地追求国家的政策目标，但司法只能在严格的法定条件之下进行判断。司法中的法律解释必须尽量排除主观的价值判断，通过逻辑三段论的推理保持法律决定的首尾一贯、无懈可击。法律规范被认为具有普遍性和永恒性，可以“放之四海而皆准”，因而只有合乎法律规范的决定才是客观正确的。不言而喻，这是一个按照牛顿力学原理建立起来的法律空间。英国的古典分析法理学、德国的历史法学、概念法学以及普遍法学、法国的注释学派、甚至包括苏联的维辛斯基理论，都不过是同一空间景象的不同描绘而已。

法律决定论的核心在于通过“概念计算”来预测审判结果的理论前提以及相应的制度性设计。这种“可预测性”概念正是M·韦伯关于经济、法律以及社会的宏观理论的基石，并成为描述现代法特征的最基本的指标。即使今天，即使对于承认主观性价值判断会对决定施加重大影响的许多人来说，法律原理的一贯性、法律执行者行为的确定性仍然不失其意义。

2. 缺陷：

法律决定论的两个预设：

a. 立法至上的民主制度

b. 理性主义的智识背景（立法程序可以创制适合社会需要的“良法”，具有确定性、客观性，法官可以凭借自己的理性确定法律问题的“正确答案”）

均受到挑战。

a. 立法至上的民主制度

① 民主的悖论

民主可以导致暴政，民主只具有形式合理性，不具有实质合理性。民主是人们处理价值冲突问题的一个形式合理性的一个妥协的方法。（比如三峡工程中“水利”VS“环保”）但它会成为政客的工具。如希特勒

因此，夏勇教授提出仅有“德先生”和“赛先生”是不够的，还必须有“和女士”。和取“human”“harmony”的字头，主要强调人权之于人类和谐，人类大同的重要意义。称“女士”，乃是为了强调人权是“德先生”和“赛先生”所须臾不可离开的，犹如阴阳之并存。[3]凌斌博士在评价贺卫方时指出，贺先生也认为中国百多年以来面临的实质问题是现代化问题，但是他所钟意的不是“平民之治”（democracy）而是“法官之治”（judgeocracy）；他向国人引介的，不是“赛先生”、也不是“德先生”，而是一位只是在最近的十几年、尤其是1997年以后才逐渐进入中国人视野的新人——“蜜思劳”（Ms. Law）。在贺先生的心目中，“蜜思劳”不是“赛先生”和“德先生”的婢女，而是一个独立的新女性。她尽管没有“赛先生”那么高的调子和“德先生”那么大的步子，但是“说到不如做到”，点滴跬步反倒可以远行千里。贺先生相信，“蜜思劳”也是中国百年沧桑的救世主，而且巾帼不让须眉，她所为的那些不起眼的“小道”的重要性丝毫不逊于他人。在贺先生眼中，中国的改革和现代化所遇到的核心问题和出路都与他的“蜜思劳”有关，称得上“成也法律，败也法律”。所以他说，“制约我们今天的市场经济建设的最大的障碍或许正是司法的不公正”；“司法改革正是政治体制改革的一部分，而且是对国家政治发展具有深刻和深远影响的那一部分”；“从一定程度上讲，司法制度的改革是中国政治改革的突破口”等等。[4]

②立法意图何在？

立法意图决定法律，法律反映立法意图，这只是一种推定。

要证明这一推定的真实性，要克服许多困难：

公共选择理论：诺贝尔经济学获得者Arrow教授“多数表决悖论”表明，为了在表决中避免最坏结果，人们不得不掩盖真实意图（梁治平，法律解释问题，p. 300）

如果立法意图是一种妥协和折中，我们很难辨认：在相互妥协的若干意图中，哪种意图可以用来解释法律。

真正赞成法律草案的民意代表，也未必是基于同一理由而赞成，成百上千的民意代表思想完全一致是罕见的情况

立法意图是不可强制实施的——立法的意义就在于将立法意图转变为规则，并且通过文字表达出来。因此，除了立法者通过文字传达的信息和演变为规则的立法意图之外，不存在其他立法意图。司法机关所要执行的，不是立法者的意图，而是法律文本表达的规范。

③“语言”难题？（苏力：《解释的难题》）

语言和现实的变化；“书不尽言，言不尽意” [5] “意之所欲，不可尽言” [6]

语言和现实的变化

美国宪法，国会无权建立陆军和海军。

一般理解为有权建立空军和其他武装力量。文字本身没有变化，但人们对文字的理解发生变化。

《程序正义论》：

1791年美国宪法第五条修正案规定：“未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。”
1868年通过的宪法第14条修正案规定：“各州不得未经正当法律程序即行剥夺任何人的生命、自由或财产。”

以“正当法律程序”在美国的发展为例，著者不仅考察了美国程序性正当法律程序的发展，而且也对实质性正当法律程序和美国行政法中的正当法律程序、“正当法律程序的革命”乃至“9·11”之后美国正当法律程序的变化进行了全面的考察，从而为我们展示了一幅美国正当法律程序的魅力图景：“正当法律程序”作为美国的一个宪法原则成为一个“帝王条款”，它不断地被联邦最高法院的判例给予不同的解释，服务于由于情势变化而产生的新的法律需求，从而保证了宪法的稳定。

美国宪法200多年历史，今天的美国宪法还是1787年的那部宪法，但又不是那部宪法——文本变化不多，但实际内容变化很多。

书面和口语。语气

美国宪法第一修正案，“国会不能制定限制言论自由的法律”。抛开宪政理论，把重音放在“国会”，是不是“政府”就能制定？

我没考过 我没考过

④哲学阐释学

关注理解成为可能的条件。

文本出现后，作者“死”了。文本是开放的。任何理解都是建立在“前理解”、“前见”、“偏见”（prejudice）——中性意义上——基础上的。是作者与读者交流的过程。因此，理解是个人化的，是超越对错的。“只要是人在理解，那么总会产生不同的理解。”

正如伽达默尔指出的那样，法学阐释学之所以是可能的，就在于法律（理解对象）对于法律共同体的一切成员（理解主体）都具有同样的约束力。

总之，理解是可能的，但是没有唯一正确的理解。

b. 理性主义的智识背景

①从实然看，韦伯的“公设”并不成立。

法的现代化就是法律的“除魅”，[7]就是法律逐渐摆脱宗教和巫术等非理性因素的影响而日益理性化，特别是形式理性化。马克斯·韦伯把这一过程描述为，

“法的形式的品质从原始法律过程中的受魔法制约的现实主义和受默示制约的非理性的结合体发展起来，可能是经由受神权政治或者世袭制度制约的、实质的和无形式的目的理性的曲折道路，发展为愈来愈专业化、法学的即逻辑的理性和系统性，而这样一来——实现纯粹从外表观察——就发展为法的日益合乎逻辑的升华与归纳的严谨，以及法律过程愈来愈合理的技术。”[8]

经过这一历史进程，公开性、普遍性、自治性、权威性、“合理性”、确定性、层次性、可诉性[9]等成为理性化法律的现代性因素。韦伯曾把法律制度按照法律制定(law-making)(即制定权威性的规范)和法律发现(law-finding)(即把法律规范适用于特殊的情况)是合理的还是不合理的，以及是形式的还是实质的等标准分为：(1)形式不合理的，(2)实质不合理的，(3)实质合理的，(4)形式合理的法律制度四种类型。

表1 韦伯的法律制度的类型

形式的	实质的	
不合理的	1. 形式不合理的	2. 实质不合理的
合理的	4. 形式合理的	3. 实质合理的

韦伯法律制度的类型涉及到两组相互对立的范畴，即形式的与实质的，合理的与不合理的。所谓形式的是指，运用法律制度的内在标准，以衡量法律制度的自主性程度；而实质的是指，运用法律制度之外的标准，表明法律制度受到法律之外因素的影响，即它的非自主性程度。所谓合理的是指，审理案件遵循适用于所有类似案件的标准，以衡量法律制度所运用的规则的一般性和普遍性；而不合理的是指，案件所遵循的标准是个案决定的，没有普遍性和一般性。也就是说，形式与实质的划分标准在于，是否用法律之内的标准来处理案件，运用法律之内标准的是形式的法律制度，而运用法律之外标准的是实质的法律制度；合理与不合理的划分的标准在于，是否用普遍适用的规则处理案件，有普遍适用规则的是合理的法律制度，而无普遍适用的规则的是不合理的法律制度。

韦伯似乎隐含着描述了法律从实质不合理到形式合理的发展轨迹。在他看来，现代法就是形式合理性的法律。其形式合理概念表明，现代法至少有普遍性、自治性、确定性和“合理性”等特征。

但是上述法的现代性因素的正常运转是有条件的。马克斯·韦伯把这些条件概括为五个前提性“公设”：

- “1. 任何具体的法律判决都是把一条抽象的法的原则‘应用’到一个具体的‘事实’上；
2. 对于任何具体的事实，都必须采用法逻辑的手段，从适用的抽象的法的原则中得出判决；
3. 因此，适用的、客观的法是法的原则的一种‘完美无缺’的体系，或者本身潜在地包含着这样一种体系，或者，它本身必须被看作是为了应用法的目的的这样一种体系；
4. 法学上不能理性地‘构想’的东西，在法律上是无关紧要的；
5. 人的共同体行为必须完全作为‘应用’或者‘实行’法的原则来解释，或者反之，（作为）‘违反’法的原则来解释（尤其是施塔姆勒代表这种结论——哪怕不是十分坚决），因为与法的体系的‘完美无缺’相适应，‘法律上的井然有序’也是整个社会行为的一个基本范畴。”[10]

只有满足上述条件，法律才会如同韦伯所言成为“自动机器”，从上面投入文件加上费用和手术费，从下面输出判决及其理由。[11]

但是，人的理性是有限的。哈耶克“有限理性”。很多知识是睿智、是“理性不及的知识”。

首先，法律的保守性决定了法律总是落后于现实的需要，甚至“法律制定时，就已经过时了”。而且，从经验上看，立法者或者由于认识能力的不足，或者由于一己私利，并不总是能够甚至往往不能够制

定出符合社会需要的法律；从理论上讲，公共选择经济学（特别是宪政经济学）已经证明，即使立法程序再民主，立法动机再好，也无法将“个体理性”经投票程序上升为“集体理性”，从而获得“良法”。
[12]

其次，现实主义法学、后现代法学（批判法学）已经证明法律的客观性与确定性只是一个“基本法律神话”。只是“恋父”情节而已。事实上，“法律在很大程度上曾经是，现在是，而且将永远是含混的和有变化的。” [13]法律具有不确定性，这种不确定性缘于：(1)立法的不确定性，立法者在制定法律条文时不可能避免认识上的局限性，以至条文制定者有意识地适用模糊含混的语言；(2)社会生活的变化使法律条文的实体内容过时；(3)法官等适用法律的人员基于其不同的知识水平和个人因素而对法律产生不同的理解；(4)其他诸如政策、意识形态、社会地位、权力结构和利益冲突等社会因素对法律解释的影响。 [14]现实主义法学研究表明，“司法判决，就如同其他判断一样，也是从暂时形成的结论回过头来作出的”。弗兰克认为，“ $D(\text{decision, 判决})=R(\text{rule, 法律规则})\times F(\text{fact, 事实})$ ”的判决公式只是一个“神话”；现实中，判决公式是“ $D(\text{decision, 判决})=R(\text{rule, 法律规则})\times SF(\text{subjective fact, 主观事实})$ ”，甚至是“ $D(\text{decision, 判决})=S(\text{stimulus, 刺激})\times P(\text{personality, 个性})$ ”。 [15]

最后，法律问题没有唯一正确的答案。波斯纳认为，在法律的疑难案件中，各种用以推理的法律理由（或论据）是不能“权衡”的，我们无法说明哪一个论点更强有力一些，所以纠纷的解决是无法确定的。法官在判案时应小心求证，然后凭良心、直觉判决。其次，由于法官是凭当事人的举证来认识案情的，因此判决的结果可能取决于举证责任以及法官的成见和偏见，而不是取决于“真实”。最后，确定论者的假设前提是“法律解释的一致”，但由于不可能建设一个单一文化的法律解释团体，因此对法律的解释难以形成共识。（比如罗伊判例引发的关于堕胎的争议）。因此，他认为，即便从理论上讲，法律问题的正确答案是存在的，但是考虑到司法效率，那种所谓的正确答案也是没有意义，是不值得追求的。

（二）法官主观论（司法能动主义）的思维模式（实质主义法治观）

1. 基本观点

与法律决定论相反的是主观论的立场，不承认法官的决定具有真正的客观性。采取这种立场的人们主张：作出判决的活动其实只是一种主观性行为，法庭的辩论以及法律解释只不过是掩盖其主观任意性的伪装。

在讨论主观主义思潮时，首先有必要指出的是耶林（Rudolf von Jhering）的理论变节。在他的早期名著《罗马法的精神》（1858年）的第二卷第二部中，耶林对正统的德国法学的看家本领——“概念计算”技术还是一赞三叹、推崇备至的。仅仅三年之后，他就在一篇匿名发表的评论中对民法解释的神秘性、主观性进行热嘲冷讽并且借用他人的口吻作了一点“自我批评”，不过这时的他还没有考虑到洗手不干的问题。有例为证：就在同一个1861年发表的论文“缔结契约上的过失”中，耶林还是把那“概念计算”的解释方法运用得虎虎生风。但是，到1870年代以后，他开始公然对概念法学提出挑战了，他主张克服形式主义解释的弊端，根据功利的要求自由地进行社会利益的衡量和调整。

受到耶林的影响，十九世纪和二十世纪之交的欧洲出现了自由法学运动，在德国和奥地利表现为埃利希（Eugen Ehrlich）的“活法”论和“自由审判”观、坎陀诺维奇（Hermann Kantorowicz）关于“自由法”的学说，还有与自由法学略有不同的赫克（Philipp von Heck）的利益法学，以及强调民族精神的特色和政治权威的强力的舒密特（Carl Schmitt）的决断主义（Dezisionismus），在法国表现为萨雷尤（Raymond Saleilles）和杰尼（Francois Geny）的科学法学。这些思想流派的共同点在于容许法院不仅仅适用法律条文，而且可以根据社会上的各种利益要求和国家的实质性判断从现实中归纳和创造出法律规范来，承认判例作为法源的地位和作用。当然，也不是说法官可以摆脱羁勒、为所欲为。司法者造法的标准是经验、常识、正义观乃至科学方法。

霍姆斯的学术生涯也发生过与耶林相类似的立场转变。从1881年的著作《普通法》到1897年的“法的道路”的思想轨迹，可以看到前后不同的两个霍姆斯：前期的他反对主观主义，坚持法律规范的客观性；后期的他则反对演绎思考，接受直接的政策性判断作为司法决定的基础。在《普通法》一书中，霍姆斯的看法就是与概念法学的看法针锋相对的，只要想一想那两句脍炙人口的名言就可以明白这一点。他说过“法的生命不是逻辑而是经验”，他还说“一般命题解决不了具体案件”。“我们不必探究立法的意图，只需了解法律本身的意思。”尽管如此，他同时还确信法律决定必须有客观的合理的根据，规范必须有无视个人的心理状况和道德条件的普遍性。

后期霍姆斯所强化的经验主义和实用主义倾向，在二十世纪从两个不同的方面得到了继承。一个方面

是卡多佐 (Benjamin N. Cardozo)、庞德 (Roscoe Pound) 等的社会学的法理学, 构成了本世纪美国法学的多数派。另一个方面, 则是卢埃林 (Karl Llewellyn)、弗兰克 (Jerome Frank) 的法律现实主义, 它没有成为主流但却起伏不已、波及甚远, 先后推动了1950年代的法律推理研究、1960年代的审判过程论以及自1970年代后期至今方兴未艾的批判法学运动。在法律现实主义者当中, 把法官主观论推倒极端, 再进一步揭穿客观规范的神话、砸烂公正审判的偶像, 从而在法律界引起一场轩然大波, 几乎被当作牛鬼蛇神扫地出门的是弗兰克。

弗兰克在其代表作《法与现代精神》中, 弗兰克运用弗洛伊德的精神分析法来考察法律界的众生相, 认为传统的概念法学和法律客观论就像那些坚信父亲全知全能的儿童一样不成熟。他还公然宣称, 在实际的审判过程中, 决定判决内容的既不是法律规范也不是逻辑更不是概念, 而是“跟着感觉 (hunch) 走”! 换言之, 要先根据感觉大胆得出结论, 然后到法律和学说中去小心求证--无非是东寻西找、各取所需, 而在这个过程中具有决定性的却是法官的个性。因此, 判决是无法预测的。后来他又出版《受审的法院》一书, 分析了初审法院的事实认定过程中的问题, 清楚地表明了对于法律上的要件事实的怀疑 (fact-skepticism)。对要件事实的怀疑理所当然地要导致法律科学主义, 但是, 弗兰克的“醉翁之意”其实不在科学而在批判。

弗兰克的激进观点到了批判法学那里得到进一步的发扬光大。如果说弗兰克们还只是着眼于法官个人的审判活动, 那么批判法学的矛头却是直接指向作为整体的自由主义社会及其法治秩序, 彻底否定法体系和法律解释学的中立性、客观性和确定性。就破坏性的解构而言, 批判法学中最有代表性的人物我认为是昂格尔 (Roberto M. Unger) 和被称为“嬉皮士幸存者”的邓肯·肯尼迪 (Duncan Kennedy)。

在昂格尔看来, 批判法学的靶子主要有两个: 一曰对形式主义的批判, 要求从法律之外的社会条件以及意识形态的角度来讨论正当性问题; 二曰对客观主义的批判, 把司法判断与个人的主观愿望以及人与人之间的团结关系结合起来考虑。另一方面, 批判法学作为一场左派政治运动还应该对法律实务采取工具主义的态度, 以便使法律为自己的意识形态上的目的服务。昂格尔强调, 对于客观主义的批判可以导致社会的固定的阶层秩序的解体, 把人们从既存的抽象范畴中解放出来, 打破日常生活和革命运动的二分法图式, 进而探求新的制度形态。为此, 他主张建立包括不安定化权利 (destabilization rights) 在内的权利体系。在这里规范的不确定性自身被转化成不确定性的规范, “六经注我”的主观主义也升级到“造反有理”的高度。

顺便指出, 肯尼迪的解构性解读在观点和方法上都深受法国哲学家德里达 (Jacques Derrida) 的影响, 这也就是批判法学和后现代主义的连接点所在。后现代主义者提出的“解构”, 起初多半是巴黎沙龙里优雅的语言游戏, 除了才情之外, “什么都敢说”的勇气也是决定其思想价值的重要因素。但是结局却有一点出其不意, 导致了急躁地否定一切传统的知识体系和现代制度的倾向。真正的彻底解构之后, 究竟还剩下什么? 已经看到的是各种知识杂碎、记忆片断、话语泡沫以及世纪末晚餐券的廉价倾销, 或者是尼采所指称的权力意志横空出世, 或者只是虚无, 如此而已, 岂有他哉。直话直说, 批判法学中的激进派其实就是法律虚无主义。

(二) 缺陷:

1. 司法过分僭越立法不符合民主的一般要求
2. 价值的多元化、文化的不同质化, 法律解释共同体难以形成, 法律解释的权威何以形成?