

再论法律解释的目标*

——德国主/客观说之争的剖析与整合

雷 磊

内容提要:对法律解释目标的不同理解导致了德国方法论学说中的主观说与客观说之争。这场争议的实践意义在于,两者通过排定不同的方法次序在个案中产生不同的解释结果。主观说与客观说各自存在许多支持与反对的理由,在这些理由背后隐藏着相对立的立场。在法哲学的层面上,它反映为权威与正确性的价值之争;在法政治学的层面上,它反映为立法权与司法权之争。一种恰当的整合性理论主张主观说对于客观说初步的优先性,它体现了温和的宪政主义立场。

关键词:主观说 客观说 权威 正确性 初步优先性

雷磊,法学博士,中国政法大学法学院讲师。

法律解释是弥合规范与事实间张力的手段,而法律解释的目标则是这一手段着力的方向。笼统地说,法律解释的目标在于探究法律文本的意思。但什么是法律文本的“意思”本身就是一个需要解释的问题。我们可以在三个维度上对“意思”进行追问:在主体维度上,法律文本有其作者(立法者),但本身也是一个独立的存在者;在时间维度上,法律文本总是存在于一定的历史—时间的流变之中,在不同的时间点上,法律文本的意思有发生变迁的可能;在性质维度上,法律文本的意思可指主体在特定历史时空条件下在事实上形成的意思,也可指法律文本适用时被推定的意思。对这三个问题的不同回答构成了主观意思说与客观意思说的分歧。主观意思说(后文简称为“主观说”)认为,法律解释的目标在于探究历史上立法者的事实意图,它又可被称为“原意说”。而客观意思说(后文简称为“客观说”)则主张,法律解释的目标是探究内在于法律本身的理性、正确与恰当的意思或目的,它又可被称为“文本说”。主观说与客观说之间的争论构成了19世纪以降纠葛于德国法律解释学说的中心景观,至今“也还没有最终了断。”^[1]本文将再度对这一争论进行审视与剖析,并在此基础上提出自己的观点。

* 本文为司法部项目《司法公正的技术标准及方法保障》(课题编号:09SFB3004)的阶段性成果。

[1] Axel Mennicken, *Das Ziel der Gesetzesauslegung* (Bad Hamburg [u. a.]: Gehlen, 1970), S. 96. 相似的争论同样出现在英美法律理论中,它被描绘为“意志模式”与“自然含义模式”间的分歧。关于后者,参见 J. W. Harris, *Law and Legal Science* (Oxford: Clarendon Press, 1979), pp. 132 - 141.

一 为何要谈目标问题

迄今为止尚未得到充分讨论的一个问题是,我们为何要去谈论法律解释的目标问题?换言之,在何种意义上它成为了一个问题?在我们进入主观说与客观说的理论纷争之前,恐怕需要停下来先去想一想这个目标问题的“前问题”。理论的抽象化与宏观叙事的方式往往会遮蔽争论的起因,也隔断了它与实践问题的固有关联。假如主/客观说之争纯粹是为了满足研究者思维上的娱乐或者理论上的抱负,那么它早就该被丢进历史的垃圾堆中。然而实情绝非如此。正如德沃金(Dworkin)所指明的,任何重大理论问题都不是“在阴雨天猜谜做游戏”,而是困扰着司法实践的根源。^[2] 解释目标之所以产生争议,是因为它能够对司法实践产生影响。

德国联邦宪法法院的一个案例很好地揭示了这一点。^[3] 在这个案件(后文简称为“狗案”)中,被告人与其子发生争吵,恼羞成怒下放出一条狗去驱赶儿子,要他离开自己的住宅。这条狗经过被告人长期的训练,会作出这样的条件反射,即当它看到训练人抬高自己的左臂时,就会扑上去撕咬。在案件中,这条狗得到主人的指令后扑向受害人,受害人抬起左臂抵挡,结果被严重咬伤。被告人的行为构成了德国刑法上的身体伤害罪,这一点没有疑问。争议点在于,他的行为是否同时满足了身体伤害罪的加重情节,或者说“严重身体伤害罪”?而根据当时德国《刑法典》第223条a款(现第224条第1款第1项)的规定,“借助武器,尤其是刀或者其他危险工具”实施伤害行为的,构成严重身体伤害罪。因而现在的争议点是,狗是否属于“其他危险工具”(或者宽泛地说,“武器”)?法院在判决书中摆明了正反两方面的观点及其理由。否认将狗归属于“其他危险工具”的理由在于,依据德国《刑法典》制定前后的立法材料,武器只应被理解为这样的对象,即借助它能导致对他人身体“机械效果”的伤害,例如椅脚、棍子、大号的住房大门钥匙、指节连环铜套等(《帝国议会报告速记1875/76》,第802、803页),因为制定法形成时的武器概念只包括砍杀、刺杀、戳杀、射击这类武器(同上,第802页),而狗这类危险的动物并不会对身体造成机械效果的伤害。相反,支持狗归属为“其他危险工具”的理由则有两个:其一,德国最高法院在后来一系列的司法实践中承认,化学手段也可以被视为武器(危险工具)。因为随着新的战争技术的发展,化学物质被越来越多地用于对抗敌手,武器这一概念的一般语言使用方式也得到了发展。“武器”(危险工具)是一个不断发展的概念,它的含义需要与当今社会的一般观念相符。其二,该条款的立法效果在于,针对更具危险性的行为(使用武器)施加更严厉的惩罚。就此而言,行为人无论使用何种手段,只要行为的可谴责性程度与侵害的危险程度相当,就不应当被区别对待。这需要脱离制定法制定时的武器概念,而将制定法本身的目的置于台前。对于“危险工具”的解释而言,我们无需区分,行为人是借助于无生命的对象用自己的力量实施侵害行为,还是通过操纵一个凭其特性或经过训练能攻击人的动物来贯彻自己伤害他人的意志。驱赶他人的动物(狗)虽然有生命,但它没有自己的自由意志判断。在案件中行为人正是将狗当作无生命的工具来使用的。两种情形中行为人行为的可刑罚性程度相当。

[2] 参见[美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第30页。

[3] 案情与分析见BGHSt,14(153-155)。

假如我们对这些理由所借助的解释方法加以归类,可以很容易看到,反对性理由运用的是发生学解释,它通过指明历史上的立法者在制定规范时已将一个特定的含义绑定在一个特定的表述之上,来阐明这个表述的意义。^[4]而支持性理由运用的则是历史解释与客观目的论解释。历史解释以有待解决的法律问题的历史为基础,来追求法律文本的含义在时间维度上的融贯性,即特定表述的含义在历史发展过程中是否发生了改变。客观目的论解释的论证方式则是,它所支持的对特定表述的解释结论是符合理性的或在现行有效的法秩序框架内是客观上所要求的。它是一种运用实质评价与实质理由的过程。在上述案件中,发生学解释与历史解释/客观目的论解释的结果恰恰相反,而不同的解释结果则导致了对案件不同的解决办法(发生学解释→狗不属于其他危险手段→被告人不构成严重身体伤害罪;历史解释/客观目的论解释→狗属于其他危险手段→被告人构成严重身体伤害罪)。可见,之所以得出不同的裁判结论,正是由于采纳了不同的解释方法。

上述案件只涉及了方法体系中的三种。现在我们将问题推进一步。依照德国法律解释学的通说,除去这三种外,尚存在语义学解释、比较解释、体系解释(狭义)。^[5]比较解释、体系解释(狭义)与本案运用的历史解释都属于广义上的体系解释。其中比较解释涉及的是不同法律体系空间上的比照,体系解释(狭义)涉及的是同一法律体系内部的空间结构关系,而历史解释则是法律体系在时间上的结构关系。因而,法律解释的方法一般而言可分为语义学解释、发生学解释、体系解释(广义)与客观目的论解释四种。现在问题争议的实质推进到了对这四种方法进行排序的问题上。当不同的方法在个案中会导致不同的解释结果时,哪一种或哪一些方法应当被优先适用?一般来说,没有异议的是语义学解释。法律文本以语词为构成要素,而语词的意义则是解释最基本的出发点。如果文本的语义能从经验上加以确认,如利用解释者本身的语言资质、经验调查、引证权威的辞书,等等,那么语义学解释就足以解决案件。但在许多司法实践中,法律文本往往是模糊或有歧义的,或者它们在日常语言中虽无问题,但在法律案件中却会导致不当的结论,此时就需要借助于其他解释方法来进行意义的确证。正是在这里,关于法律解释目标的理解凸显出了其实践意义。

法律解释的方法与其目标间存在不严格的对应关系。通过对各种方法内涵的界定可以看出,发生学解释实现的是历史上立法者的意思,客观目的论解释致力于实现法律在当下法秩序中理性、正确与恰当的意思。体系解释(广义)则是中立的,它既可以用来支持主观说,亦可以用来支持客观说。例如历史解释,假如通过对特定表述的历史性考察发现,它在今日的含义与规范制定时的含义发生了断裂,那么它就隐含了支持客观说的意味,就如在本案中一样。而假如能说明,它的含义在历史过程中一直没有发生改变,那么它无疑支持着主观说的结果。假如体系解释(广义)被用来支持主观说,由于它对于历史上立法者意思的说明是间接的(狭义体系解释),或者是附属性的(历史解释与比较解释),而发生学解释则是对立法者意思的直接说明,因而它应后于发生学解释而得到运用(补充说明)。假如体系解释

[4] 严格说来,发生学解释又可以区分为主观语义学解释与主观目的论解释两种亚类型。该案中运用的是主观语义学解释。与此不同,主观目的论解释的方式则是通过说明历史上的立法者在制定特定规范时意欲实现一定的目的,而某种特定的解释是达成这种目的的最佳手段,来得出解释的结论。这种区分参见 Robert Alexy, "Juristische Interpretation", 载于 Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1995), S. 87。

[5] 关于解释方法的种类,参见 Robert Alexy, "Juristische Interpretation", 载于 Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1995), S. 84; Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1991), S. 289ff。

(广义)被用来支持客观说,由于它是“制度性论据”,^[6]即发生于法律体系的制度性框架内的解释,而客观目的论解释没有制度性依据的支撑,即属于“非制度性论据”,根据法律裁判的特征,它应当先于客观目的论解释而得到运用。真正的争议发生在发生学解释与客观目的论解释孰先孰后的问题上。依照主观说,发生学解释应当优于客观目的论解释被运用,它应当排除或至少抑制后者的效果。而依照客观说则恰恰相反。如果我们用符号>来表示“优于”,那么主观说的方法次序是:语义学解释>发生学解释>体系解释(广义)>客观目的论解释。而客观说的次序是:语义学解释>体系解释(广义)>客观目的论解释>发生学解释。可见,赋予哪种解释方法以优先地位,取决于人们认为哪种解释目标学说是正确的。^[7]

归纳以上所说,我们最终认清了关于法律解释目标争议的实践意义:不同的解释目标决定了不同的方法次序,而不同的方法次序决定着不同的解释结果,不同的解释结果则会导致不同的裁判结论。理论问题最终是个实践问题。

二 主观说与客观说之争

从某种意义上说,对理论的选择取决于理论背后的理由。主观说与客观说间的争议体现在支持与反对各自学说的理由间的交锋上。由于学界对于这块内容已较为熟悉,本文只作简略梳理。

(一) 主观说

支持主观说的理由最主要有两个:其一,法律文本是由立法者创设,用以来实现自身目的的媒介。与自然法则不同,任何人类作品都有其作者,而作者要通过他们的作品来传递某种信息、表达某种意图、追求与实现某种目的。^[8]法律文本正是这样一种人类作品。法律表现了立法者创造可能的秩序的意志,它背后隐含着参与立法之人的规定意向、其价值、追求以及对于事物的考量。^[9]与其他作品不同的是,由于法律文本的功能在于对人们的行为进行有效的调整与指引,它背后的作者意图具有更强的规范性,违反它将令行为人承受特定的否定性后果(行为无效、承担法律责任或接受处罚)。德国《基本法》第20条第3款和第97条第1款规定司法或法官“受制定法的拘束”,指的不仅是受法律文字,也包含(立法当时的)立法者之评价及意向的拘束。因此,法律解释追求历史上立法者的原意具有天然正当性。

其二,权力分立原则。在实践中,法律解释的主要担当者是法官及其组织形式法院。权力分立是现代宪政国家的基石性原则,它要求将立法与司法两项权力分配给不同的组织。极端如孟德斯鸠(Montesquieu)认为,“裁判只能是法律的准确解释”,法官“只不过是法律的代言人,不过是一些呆板的人物”,他们要像自动售货机一样,一边输入法条与事实,另一边

[6] Robert Alexy, *Juristische Interpretation*, S. 87.

[7] Ralf Dreier, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation”, 载于 Dreier, *Recht, Moral, Ideologie* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1981), S. 115.

[8] 需要注意的是,在宗教形而上学世界观与基督教自然法中,这两种情形却可能彼此不分,因为无论是自然法则还是(自然)法都是上帝创造出来的(参见[奥]汉斯·凯尔森:《因果、报应与归属》,载氏著:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第363页)。本文不涉及这种情形。

[9] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第198页。

输出判决。^[10] 他们不能有任何创造性,而只能忠实地执行立法者的意志。作为司法权的一项内容,法律解释同样需要恪守权力的界限。它要使得法官的活动维系在“适用”法律的性质上,而不能是一种“创造”。

反对主观说的理由主要可以归纳为三个问题。第一,谁是“立法者”?主观说成立的前提在于存在一个统一的立法意图。但在现代国家中,法律并不是某个人意图的产物,而往往要经过复杂的程序,是许多主体间协力运作的结果。例如,我国实际立法的过程往往涉及党组织、国务院行业主管部门、全国人大专门委员会、参加听证的社会公众以及全国人大及其常委会等。那么在这么多的主体之中,谁才是真正的立法者呢?即使我们假定,只有法律明文规定的机构才是“历史上的立法者”,却也要看到,这个立法者本身是由不同时空中的个体(议员、人大代表)组成的。这就不能排除在这些支持者中间,各自事实上的意图并不一致。^[11] 此外,许多法律并不是一次终局的,而是由众多作者逐渐完成的。假如法律文本在最初制定后经过了多次修订,而这些修订又是由不断换届选举后的立法机关进行的,那么应当以“哪一个”立法机关的意思为准呢?可见,所谓历史上“原本的立法者”可能只是解释者的一种整体性想象,它只是一个被“重构的立法者”。

第二,如何获得“立法原意”?尽管历史上的立法者只是被重构出来的,但重构并不等同于胡乱猜测,它必须具有事实性。也就是说,必须基于既有的立法材料来获得立法者意图。立法材料包括提案说明、草案说明、会议记录等。但这些材料有可能并不能为解释者所充分地掌握,如下级法院的法官一般而言就无法知晓某个法律草案讨论时的内部会议记录。当然,随着政务公开理念的深入和电子政务等现代化手段的推进,立法信息获得的渠道已经越来越宽,但信息不对称的问题是无法根除的。假如缺失了相关的立法材料,立法者事实上的意图就无法直接被获知。另一方面,各个立法材料间也可能发生冲突。当草案说明与会议记录对某个法律问题的说明之间不一致时,该何去何从?此外,还有一个根本性的问题是,这些立法材料与法律文本一样,都是通过语言来表述的。而当我们试图解释语言时,如何才能克服语言本身所固有的不确定性?这里似乎陷入了一个越解读越模糊的困境。

第三,立法者意图的“分量”几何?这是一个更为严重的挑战。即使立法者被重构出来,凭借立法材料所获得的立法意图也是清晰的,依然不能说明仅凭立法意图解释法律文本就是绝对正当的。法律总是滞后于社会现实。法律的这种保守性即是对实际情形的描述,也有其必要性,因为它若想要发挥形成稳定预期与指引行为的功能,就必须保持稳定。但另一方面,它若想具有实效,即“谋求在理性的基础上并以人们所设想的正义作为目标来实现社会控制”,^[12] 它又不能一成不变,而必须适应社会变迁的需要。频繁改动不失是积极立法的表现,但也往往损害了法律文本的权威与人们对法律的信任。法律解释就是一种弥合稳定与变迁之张力的重要手段,它可以在维系法律文本表述不变的同时使得其内涵“适时更新”。但主观意思解释却要求将法律文本的内涵绑定在法律制定时僵死的立法意图之上,因此抹杀了法律内容随社会而变更的正当性。

[10] 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神(上)》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第156-163页。

[11] 参见苏力:《解释的难题:对几种法律文本解释方法的追问》,载梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社1998年版,第42页。

[12] [美]罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制》,沈宗灵译,商务印书馆2008年重印版,第46页。

(二) 客观说

同样有许多理由来支持客观说,其中最有力的有两个:其一,法律文本与立法者的分离。作品相对于其作者具有自己的独立性,它一旦完成,就具有了自己本身的意义,而作者却“死了”。^[13] 这说明,经过时间的流变,嗣后的解释者可以让文本承载立法者所未能预见甚或会反对的意义。但也正是不断的解读与解释,不断地挖掘作品“本身的意义”的过程,才使得作品的生命得以延续。对于法律文本而言同样如此。此外,这种分离对于法律而言尚有不同于一般文本的特殊意义。在现代社会,法律一般遵循颁布生效原则,它只有向社会公众颁布之后,才能起到规范与约束公众行为的效力。这是出于法治的透明性与可预期性的要求。但是,向公众颁布的对象只是法律文本,而不是立法者的意思。像提案说明、草案说明这类立法材料虽然可能为公众所获知,但它们本身并不具有规范性的效力。因此,人们所能遵守、也所应遵守的只能是可触摸的法律文本(的理性含义),而不是隐藏于其后的立法者意思。^[14]

其二,法律对社会生活变化的适应性。对立法者的意图必须作一种历史的思想史和社会史的阐释。^[15] 因为立法者的意图存在于其生长的特定历史环境,抛开这种环境,就会产生教条和僵化。我们不能总是拿历史上解决问题的方式来解决当下的问题,因为今天面临的问题未必和历史上的问题相似。法律一旦开始适用,就将介入立法者当时不能完全预见的多样而且不断变更的生活关系,就要对一些立法者根本没有考虑到的问题提供答案。^[16] 德国《基本法》第20条第3款除了规定司法要受制定法的拘束外,尚规定了它要受到“法”的拘束。这说明,作为司法活动的法律解释不是无条件地屈从于立法性事实的,它更肩负着实现个案正义,乃至建构出理性法秩序的任务。拉德布鲁赫(Radbruch)曾作过一个形象的比喻:法律似船,虽由领航者引导出港,但在海上则由船长指挥,循其航线行驶,不受领航者支配,否则将无以应付惊涛骇浪。^[17] 只有客观解释论才能满足这一要求。

反对客观说的理由同样可以归纳为三个问题:其一,法律文本有“自己的”意思吗?通过上面的分析可以看到,法律本身并没有自己的意志。所谓法律文本的客观意思,无非是解释者赋予它的意义,或者说意欲通过法律文本来实现自己的主观意志。法律解释始终是一项价值导向的评价性活动。尽管客观说在理论上依然可能要求法官所作的客观解释要受到诸多社会因素的影响,如当下主流价值观的限制,但脱离开了诸如立法材料这类“硬约束”,很难保证法官不是在用个人的价值判断去阐释法律“理性、正确与恰当的”意思,用自己的主观性去偷换“客观”解释。由此,所谓主张法律文本有自己的意思就沦为法官造法的修辞术,就会呈现出这样一幅可怕的图景——“裁判者就像带着灯笼走过黑暗的路人一样,他可以在所到之处散播光亮,但他的背后永远是一道黑暗的城墙。”^[18]

其二,存在得出法律文本客观意思的“理性手段”吗?与主观说不同,客观说并不存在可借助从中可以理性推断出法律目的的“客观材料”。客观说的认知对象具有强烈的评价

[13] 参见[法]保罗·利科尔:《解释学与人文科学》,陶远华等译,河北人民出版社1987年版,第14页以下。

[14] 相似的观点,参见Robert Alexy/Ralf Dreier, “Statutory Interpretation in the Federal Republic of Germany”, 载于Neil MacCormic/Robert Summers eds., *Interpreting Statutes* (Aldershot [u. a.]: Dartmouth, 1991), p. 74。

[15] [德]赫尔穆特·科股:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2002年版,第212-213页。

[16] 参见[德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第198页。

[17] 参见Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Hg. v. Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2 Aufl. (Heidelberg: Müller, 2003), S. 108。

[18] Philipp Heck, *Das Problem der Rechtsgewinnung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1912), S. 6。

性色彩,而且这种评价的自由度可以非常大。即使我们承认当代社会就特定法律问题存有主流观点,它在理论上可以成为客观解释所依据的“材料”,但是如何发现这些材料本身也是个问题。况且许多疑难案件之所以疑难,不仅因为它们在法律上没有明确解答,而且是以前未曾遇到过的(这意味着不存在法律共同体或社会的共识)。社会学、经济学、行为心理学等学科会为同一个问题法律提供不同的解释方式,此时如何获得所谓的“客观目的”呢?

其三,实质上对“法律约束”之要求的背弃?不断用随着时代精神而变化的观点去解释法律文本,无异于一次次地进行着“旧瓶装新酒”式的重新立法。不仅法律的安定性遭到了破坏,更重要的是,行动者不再受到权威性材料即制定法本身的拘束,而转变为受正确性的拘束。但制定法本身的任务之一就在于排除行动者对于道德性行动理由的主张,作为道德理性与行为的中介,发挥直接指引行为的作用。客观意思解释使得行动者受到法律约束的要求被架空了。另一方面,它也是一种事后的立法与回溯性的评价。法不溯及既往是法治的基本要求,但客观意思解释却在实质上瓦解了这项要求:行动者在行动时虽存在既定的法律文本,但由于它的意义是在行动之后即进行解释时才发生的,这就使得施加于行动者身上的“法律文本”实际上不再是那个既定的法律文本,而是一种全新的、回溯性的评价。更为可虑的是,这种时候立法与回溯性评价却是在“解释”这一貌似纯认知性活动的面纱下“秘密”进行的,它往往掩盖和弱化了法官的说理义务。^[19]

(三) 小结

主观说与客观说的争议已纠缠了数百年之久。从历史现实看,随着社会现代化进程中生活关系与法律问题的日益复杂,以及随之而来的法官自由裁量权的日益扩大,在德国法律传统中客观说一度占据了主要地位。但是从20世纪80年代以来,主观说渐渐在许多法律领域,尤其是宪法基本权利学说领域中呈现了归复之势。^[20] 主观说的后起之秀们主张,法律解释的首要任务只是去追问,历史上立法者将何种意义绑定在了他所使用的语词上。^[21] 他们反对区分立法者“所说”与“所欲”的东西,认为立法者所说的(即法律文本的意义)就是他们所欲的东西。^[22] 这或许说明,主观说与客观说各自都得到了很好的理由的支持,而这些理由中的一些相对于另一些在价值上并不存在绝对的优势。这些理由中的一些在某些历史阶段得到高度重视,在另一些历史阶段则被认为相对不那么重要,但随后又重新取得了优势地位。这一点又说明,主观说与客观说之争在“唯一正确答案”的意义上可能永远是无解的,但这并不妨碍我们做出第三种选择。在此之前,我们要进一步归纳与剖析两种学说所依据的理由背后的理由,或者说“立场”。因为正是不同的立场,导致了对不同理由的选择。也正是基于对不同立场的调和,最终证立了本文所提出的第三种学说。

三 对“主/客观说”之争的立场剖析

尽管主观说与客观说都可以引证不错的理由(能举出的理由或许比上文所说的更多);

[19] 客观解释论者经常宣称,他们所做的只不过是阐述了“当今立法者的意思”、“法律中表达出的客观的立法者意思”。这样的托词正反映了他们一方面不愿意(也不能)公开放弃“法律约束”的要求,另一方面却在实质上偏离了这种约束。

[20] 参见 Mattias Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1999), S. 332 - 338。

[21] 参见 Otto Deppenheuer, *Der Wortlaut als Grenze* (Heidelberg: Decker & Müller, 1988), S. 55。

[22] 参见 Manfred Herbert, *Rechtstheorie als Sprachkritik* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 1995), S. 260。

但它们间的对立最终总是能够回溯到一些我们耳熟能详的二分法上去,例如安定性与正义、权力与法、意志与理性等。诚如德莱尔(Dreier)精辟指出的,选择哪种解释理论,取决于人们拥护哪种法哲学与国家哲学。^[23] 下面我们就分别在法哲学与法政治学(国家哲学)的层面上对主观说与客观说背后的立场加以剖析。

(一)法哲学层面:价值之争

法哲学是对作为文化现象的法律在法律理念层面上的考察。^[24] 主观说可以枚举的法律理念或价值有法的权威、安定性、权力分立(民主)等形式法治的要求,而客观说则体现了正确性、正义、平等等实质法治的要求。主观说与客观说的对立,在法哲学的层面上,正是形式法治与实质法治这两种不同价值取向的对立。这种对立的一种最新版本反映在权威与正确性之间的分歧上。主观说诉诸于立法的权威性资料,并将它作为解释有效性的唯一来源。客观说则认为,解释者首先要做的,不是盲目地服从于权威性资料,而是尽可能地利用非权威性资料和额外的评价,来“正确地”对法律文本作出解释。为此,他可以偏离甚至与权威性资料相对。如果我们将解释的结论理解为一条个案规范,因而同样属于规范的范畴的话,那么主观说与客观说的分歧其实也体现在来源命题与价值命题的分歧上。^[25] 就此而言,法概念论上的实证主义与非实证主义在这里又找到了另一个战场:确定法律文本意思的标准,仅来自于权威立法这一权力运作的事实,还是同样要由解释本身在内容上的正确性来判定?

权威是一种事实性概念。作为一种事实,它具有隔断行动与实质理由间关联性的效果。这意味着,只是权威所发布的指令本身就足以成为人们行动的正当理由,而无需去追问权威指令本身在内容上的正当性。这就是权威指令“不可穿透性”^[26]的性质。或者说,权威指令的存在造成了实践上的差异。假如在不存在权威指令的场合,行动者需要对各种实质理由进行比较和权衡的话,那么权威指令的出现就排斥并取代了这些实质理由,行动者所需诉诸的唯一依据就是这个权威指令。立法材料是权威指令的一部分。主观说诉诸于立法材料,也就是诉诸于权威指令的阻断性功能。因为立法者对于某个法律问题作出了确定的指示(它可由立法材料明示或推断出来),而这个指示本身取消了解释的受众(包括法官、当事人及其他行动者)对于实质性评价的援引,它可以直接成为解释的依据,而无需考量其实质内容。但权威理论若仅只于此就太肤浅了,因为权威指令的存在是一回事,而对它的证立则是另一回事。权威的存在只是一种事实现象,但对为何需要权威的说明同样是不可或缺的。这样的说明通常有两种思路,它们构成了互补关系。

第一种思路认为,我们之所以要服从权威者所发布的指令,是因为在宪政社会中,权威者本人是民主的产物,它可以代表公众的意见。如在议会民主制度中,立法者是由通过民主选举而来的议员们组成的,而立法(权威指令)是经由民主的程序与机制(其中最重要的是多数决原则)产生的,因此立法者的意思也就代表了大多数公众的意思。个人对于立法者意思的服

[23] Ralf Dreier, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation”, 载于 Dreier, *Recht, Moral, Ideologie* (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1981), S. 114.

[24] 参见 Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Hg. v. Ralf Dreier und Stanley L. Paulson, 2. Aufl. (Heidelberg: Müller, 2003), S. 11-12.

[25] 关于来源命题的内容,参见[英]约翰·加德纳:《法律实证主义:五个半误解》,雷磊译,《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,第225页。价值命题的内容可借由反向推理推导出来。

[26] Joseph Raz, *Reasoning with Rules*, (2001) 54 *Current Legal Problems* 5.

从,也就表示着他对于大多数人意思的服从。只不过立法者的意思有的已经规范化了,即成为法律文本,有的尚未规范化,即停留在立法材料之中,但它们都是大多数人意思的代表。因此,在法律解释时遵从权威性资料的指示,就是服从大多数人的意思,是民主的体现。

第二种思路认为,在通常情况下,行动者依照权威命令行动,将会比自行考量更符合运用实质评价与理由进行权衡的结果,即更符合正确理由的要求。^[27]之所以如此,是因为立法者具有个别行动者所无法比拟的优势,例如它具有专业的知识或丰富的信息、能够解决协调问题、避免囚徒困境、节省个人决策所可能造成的劳力与实践的花费等等。^[28]它有一套制度化的理性运作流程(提案—调研—草案—评审—听证—三读),它能够调动个人所无法凭借的社会资源,它的组成上也更具专业性(如我国全国人大专门委员会的设置)。因此,在通常情况下,立法者的意思与指令总是最佳的行动方式。立法者对于法律文本意思的说明相比于法官自己的说明更具优势。事实上我们看到,民主论据与通常证立命题所做的无非是将论证负担转移了:权威者发布的指令(立法者的意思)之所以是正当的,不是因为个别指令(意思)在内容上是正确的,而是因为发布指令的主体具有这种正当的资格。

正确性是一种评价性概念。^[29]法律与司法活动必然要提出一种“正确性诉求”。当然,说这种规范体系以及围绕它进行的活动提出诉求只是一种拟人化的说法,它实际上意味着,那些从事法律活动——体现为创设、解释、适用与实施法律的活动——的人提出了它。典型例子是立法者与法官。他们提出这种诉求,说明有一种非制度性行为与他们的制度性行为,即与立法与司法裁判相联结。前者是这么一种主张,即,特定法律行为在内容与程序上是正确的。这种诉求是无法避免的,因为法律实践的本质就在于通过正确与错误的区分,即通过规范性来界定与规制人们的行为。^[30]法官所从事的法律解释活动,正是要提出这么一种正确性诉求的活动。之所以说解释具有“非制度性”的面向,是因为正确性的要求无法在制度性及准制度性(法律文本与立法材料)的框架内得到完全的满足,而必须借助于道德、伦理或实用性的评价,即客观目的论解释或曰普遍实践解释来实现。

当然,法律解释的正确性诉求不同于立法之处,在于它尚存在一个前提,即“在有效法秩序框架”^[31]内被证明为是正确的。立法材料无疑构成了这个框架的一部分,因而正确性的诉求并不能完全忽视权威指令的作用。但问题在于,正确性与权威的关系并不是平等的。权威并不构成能够排斥正确性的对手,它毋宁只是实现正确性的一种手段。这意味着,在通常情况下,诉诸于权威的材料就可以实现法律实践乃至法本身的正确性内涵;但也不排除在有的情形中,权威资料本身无法实现正确性,例如对法律文本进行主观解释导致了在今天看来极端不公正的结果。此时就需要采纳破除这一中间环节(它原本是为了更有效地实现正确性而产生的),而更直接地诉诸于正确性的手段,如客观目的论解释。因为,仅仅依靠代议制民主本身是无法确保正当权威或者说正当行动理由的产生的。如果由公众选举出来的代表偏离了这种代表性,而异化为个人或少数人集团的代言人,那么立法过程也就演变为一

[27] 参见 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 53.

[28] 参见 Joseph Raz, *The Morality of Freedom* (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 75.

[29] 本文在这样的意义上来使用“正确性”这个概念,它既包括了道德上的正确性,即正当性或正义,也包括了伦理上的正确性与实用主义意义上的正确性(如结果导向与经济学思考方式)。

[30] 参见 Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, (2009) 95 ARSP 152.

[31] Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1991), S. 264.

种充斥着情感、斗争、尔虞我诈、利益交换的策略性活动,民主的意义也就失去了。即使抛开这一点,也要看到,在许多情形下,代议制民主的决策往往不为公众所了解。例如我国的公司法、合同法、环境法等虽然由人民代表大会制定,但绝大多数民众对其内容一无所知,如何能说它们就代表着公众的意志?如果这一点不得到合理说明,就可能导致多数人的暴政与立法专制。^[32]立法材料本身不能免于审查,这说明主观解释并非是排它性的。因而在这种理论中,权威是正确性的下位概念,它是通常情况下实现正确性的一种高效率手段。

可见在法哲学的层面上,主观说与客观说反映出对权威与正确性这两种价值间位阶关系的不同排序。

(二)法政治学层面:权限之争

法政治学的核心问题是围绕法律运用展开的权力分配。主观说与客观说通过设定不同的解释目标,选择赋予不同的解释方法以不同的权重,进而影响权力的分配。因为,“试图选择一种法律解释方法的人们必须决定在不同的团体和结构之间如何分配权力,划分权限就是选择法律解释方法所做的事。”^[33]因此,方法论问题同样是个宪政问题。无疑,主观说倾向于维系立法权,因为它要求法官解释法律时尽可能尊重立法者本人的要求,而将解释活动限定于“适用”而非“创造”的性质上。客观说则倾向于扩张司法权,它主张法官可以用自己的价值评判去取代立法者的价值评判,可以使得解释摆脱适用的性格,而成为一种更富有建设性的准立法活动。因此,主观说与客观说之争也是立法与司法在法律文本所能容纳的不确定空间内争夺话语权的斗争,而争夺话语权的目的在于保障自己分配社会资源与规制社会行为的权力。

当然,从另一个角度看,考虑到法律解释的主体是法官,而不是立法者,那么主观说与客观说实际上涉及的是司法对于自身活动性质的理解,以及对自身裁量权大小的自我限定。就其对自身活动性质的理解而言,它涉及到了观察者视角与参与者视角的区分。^[34]两者的差别在于,观察者追问的是,在某特定法律体系中事实上是如何判决的;而参与者追问的则是,在某特定法律体系中,对于某个法律问题的正确答案是什么。对于观察者而言,法律解释的内容完全由那些事实上被制定或具有社会实效的东西构成。^[35]立法材料即是这样一些社会事实。主观说认为,法官作为一个观察者,他的任务就是将这些社会事实挖掘出来。对于他而言,得出正确的个案结论不是最重要的,最重要的毋宁是确定立法事实并将这种事实转化为具有规范性的东西。尽管在这个过程中也难以避免价值因素的渗入,但它依然是服务于“法律是什么”这一认知任务的。可以说,法官在此对法律文本采纳的是一种“我注六经”式的理解视角。相反,在参与者视角中,对于什么能作为法律文本的意思发挥作用、并在此意义上是法律这一问题的回答则取决于,什么能被正确地主张为法律文本的意思。一个法律文本意思主张的正确性不取决于立法事实,而取决于规范性评价。在司法裁判的过程中,各方当事人及其律师基于各自的利益考虑,往往会对同一个法律文本提出不同的规

[32] 如美国独立战争后制定宪法时,制宪者们就有点害怕民主,而更向往正义,因为民主未必导致正义。参见[美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊:《联邦党人文集》,程逢如、在汉、舒逊译,商务印书馆1980年版,第252-256、266页。

[33] [美]凯斯·孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武、胡爱平、高建勋译,法律出版社2004年版,第203页。

[34] 参见Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 4Aufl. (Feiburg/ München: Karl Alber, 2005), S. 47.

[35] 这不排除观察者的考量包含这种考量的可能,即,依照他所观察到的参与者的观念,法律文本的意思应当是什么。在此人们可以称其为有关法律文本应当是什么的“间接考量”或“第三人考量”。与此相对,参与者运用的是直接考量或第一人考量。

范性评价,因为他们都可能倾向于采纳一种“六经注我”式的解释姿态,并在彼此间展开论辩。客观说要求法官本人参与到这种论辩的动态过程中,不是要去列举立法事实,而是要去对各种评价性解释作出甄别、比较、选择或调和,甚至作为“准立法者”去提出自己有关什么是“最佳诠释”的主张。因为个案裁判的正当性始终是他最为关切的目标,而解释结论能否最终证立则取决于这种解释本身的正当性与可接受性。他要回答的不是认知问题,而是实践问题,即“法律应该是什么”或者“当事人应该如何行为”。就此而言,主观说与客观说的争论似乎也与实践理性与实践理性的分野有某种关联。

就司法裁量权方面而言,客观说代表着司法能动主义的观点,而主观说则倾向于一种司法克制主义。法律现实主义对司法活动性质的研究已经揭示出司法裁判活动(包括法律解释)中法官自由裁量的不可避免性。但是,依然有争议的是,法官这种裁量可接受的程度有多大。因为即使我们认为司法解释不可避免地是一种准立法行为,我们依然可能要认真对待那个司法造法面临的根本性诘难,即“反多数难题”,从而考虑对此进行限制。从这个意义上讲,司法能动与司法克制并非截然对立的两种观点,而是法官在进行裁量时享有多大自由或受到多大限制的程度问题。司法能动主义者强调的是法官要“实现正义”的使命,倾向于轻视对司法权的限制,它的基本宗旨在于让法官广泛利用手中的权力,尤其是通过扩大平等和个人自由的手段去促进公平,即保护人的尊严。它要求,法官在法律解释的过程中,不应该受立法意图的限制,不管这种意图被理解为历史性期望或者某种确定的语言含义。^[36]因而司法能动主义及其支持的客观说致力于扩大法官的自由裁量权。相反,倡导司法克制的人则倾向于强调在民主国家中对司法权所应进行的限制。它的基本努力在于,让法官尽可能地将问题留待以民主程序与广泛民意作为政治合法性保障的立法过程,以及尽可能地尊重立法者的意图,而抑制自己偏离立法意图的倾向。它要求,法官在法律解释过程中,应尽可能地利用经验材料去构造出“事实上”的立法意图,并将它放在首要位置而予以尊重。因而司法克制主义及其支持的主观说倾向于限缩法官的自由裁量权。

可见在法政治学的层面上,主观说与客观说反映了对司法权运作范围大小的不同主张。

四 主观说与客观说的整合

(一) 主观意思初步优先说

西方法哲学思想的发展史已在某种程度上说明,形式法治与实质法治,或者说权威与正确性的较量并不会导致一个确定的答案。相对主义的法哲学立场也教导我们,要宽容地对待每一种价值。司法权与立法权的较量同样不可能以一方压倒性的胜利而告终,既然古典自然法已经为这两种权力分立与并置的必要性提供了坚实的理论基础。既然如此,一种整合性的理论就是适度与理性的选择。拉伦茨(Larenz)这位新黑格尔主义脉络下客观说的拥护者早已看到了这种整合的需要:“法律解释的最终目标是探究法律在今日法秩序的规范性意义,但这首先要去考虑历史上立法者的意向”。^[37]

但这种回答并不能让我们满足。它太模糊了,无力对我们开篇时提到的问题提供答案,

[36] 参见[美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义》,黄金荣译,中国政法大学出版社2004年版,第2-3页。

[37] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,第199页。

即,当主观说与客观说所支持的方法在个案中导致不同的解释结果时,我们应当优先采用哪种学说?在逻辑上,对这个问题的回答可以导致一种绝对主义的答案,也可以导致一种相对主义的答案。绝对主义认为,当能同时认定导致不同结果的主观意思与客观意思时,其中一个绝对地优于另一个,即确定地发生优先的意思所支持的解释效果。如,科赫(Koch)与吕斯曼(Rußmann)主张,“当文义不清以至于无法决定制定法是否适用于特定情形时,应追溯立法者的目的陈述”,“当依照立法者的目的陈述依然无法得出判决时,(才)应从‘理性’目的的角度对制定法进行语义解释来补充”。^[38]这实际上是肯定了主观意思的绝对优先地位,而将客观目的论解释放在了补充性的地位上。在另一个完全相反的方向上,德国联邦最高法院则捍卫了客观说的绝对优先性。“对于解释法律规定而言,具有决定意义的是它表述出的立法者之客观意志,以及从法律规定的文义、意义关联与规定的认识目的中得出的意思”,“立法者的意志只有在下述情形中才应被顾及,即它在法律文本中已然得到了充分特定的表述时”,^[39]因为“法律恰恰要比它的父亲来得聪明”。^[40]但是我们看到,绝对主义的回答依然不能令人满意,因为它的效果仍然是把一种价值凌驾于另一种价值之上,用一种权力挤压掉了另一种权力的合法空间,而忽视了价值评判多元化与权力合理均衡的考量。就此而言,在实际效果上,它们与单方面地主张主观说或者客观说的做法没有太大区别。

现在我们只剩下了另一种可能,即持一种相对主义的优先论调。相对主义的回答是,主观意思与客观意思中的一个初步优先于另一个,但如果存在充分的理由,这种优先关系可以逆转。也就是说,它首先设定了一个一般性的优先状态,但同时又规定了一个“但书”条款。这个例外是否出现,往往是视个案情形而定的。基于一个很简单的理由,我们可以马上排除掉客观意思初步优先的观点。^[41]因为,法律活动(包括法律解释)首先是一种制度化导向的活动——法律本身就是理性的制度化,因此受到制度支持的解释方法及其背后的目标首先就应优先于非制度化的解释方法及其目标。语义学解释是独立的制度化论据,它构成了解释的出发点,其本身是独立于主客观之争的。而主观意思解释则由于诉诸于与制度相关的材料(立法材料、或许还有制度体系与制度史)也成为制度化的论据。因而它们应初步优先于非制度化的解释方法,即客观意思解释方法(客观目的论解释等)。由此,本文提出一种主观意思初步优先说,它可以表述为如下这个命题:

在法律解释过程中,除语义学解释外,那些表达出受历史上立法者意志约束的解释方法,要优先于其他方法,除非能提出充分而理性的理由说明其他方法应被赋予优先地位。^[42]

这个命题可以分作两个层次。在一般情形下,主观意思优先于客观意思。这可以得到两个理由的支持。第一,在法哲学的层面上,权威的正当性基础,即民主与法的安定性,在法律价值谱系上都具有初步的优先性。代议制民主未必导致正义,但不民主则更可能导致更多的不正义。即使我们承认正义优于民主,这也并不能说明,司法裁判就可以任意贬低立法者的意志,因为它在常态条件下毕竟承载着多数人的意志,而个人的意志服从于多数人意

[38] Hans-Joachim Koch / Helmut Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (München: Beck, 1982), S. 182.

[39] BVerGE 11, 126 (130).

[40] BVerGE 36, 342 (362).

[41] 参见黄建辉:《法律阐释论》,台湾新学林出版股份有限公司2000年版,第25页。

[42] 参见 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl. (Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1991), S. 305.

志毕竟是宪政国家的基本运作机理(除非我们是无政府主义者)。权威同时也产生了一种对行为的正当化预期,因为立法材料毕竟是一种先在的事实,而事实是可以被认知的(至于具体的行动者有没有获得这种事实,以及获得的实际可能有多大,这是另一个问题)。依据法律材料对未来行为施加正当化的预期,正反映了法的安定性价值,而安定性是法的首要价值。法治首先是规则之治,规则之治首先要求有一套相对稳定的行为规则系统。这种要求许多时候甚至可以盖过规则在内容上的瑕疵。就此而言,拉德布鲁赫公式的前半部分是值得我们关注的,尽管以往的引用者往往更多强调它的后半部分。这个前半部分指出,当法的安定性和正义这两项价值发生冲突时,一般情况下安定性优于正义,即使实在法在内容上是不合正义的。^[43] 主观意思解释所借助的材料产生于行动者的行为之前,具有可预期性,同样承载了安定性的价值。

第二,在法政治学的层面上,决定法律文本的意思时,立法一般优先于司法,只要立法作为一项创制性权力、而司法作为一项执行性权力的理论基础与现实没有被推翻。作为一项执行性权力,司法首先要做的是尊重创制性权力的完整性与优先性。“法律保留”与“法律优位”的原则虽然在最初的含义上只针对行政法领域而言,但同样蕴含着创制者所创制的规范及其意思或者拥有独断性,或者优于执行者的规范及其意思的味道。司法权没有限制地扩张,它们对于创制性权力的篡夺,针对的目标只是规制社会行为的“决断权”,但却可能危机整个现代社会宪政大厦的基石。因此,司法权首先要在法律解释中尊重立法者的意思,以考据学的态度去“注释六经”。

上述命题的第二层含义是,在特殊情形中,客观意思可以优先于主观意思得到实现。它首先指明了法律解释活动的终极目标在于实现正确性与正义。如上文所说,权威指令本身只是一个手段,其目的在于实现对社会行为的“正确”规制。拉德布鲁赫公式的后半部分说明的正是,当实在法违反正义达到“不能容忍”的地步时,就要优先考虑正义而不顾实在法的要求。因为此时实在法已经丧失了法性。简言之,极端的不法就不再是法。^[44] 转化到法律解释的语境中,它说明了,当依据立法材料或别的手段对法律文本的解释将导致极端不公正的结果时,它们就不应当再被视为解释的正当依据。这样的见解也是有规范基础的。如果我们考虑到,在宪政国家,正确性与正义的要求最终要转化为宪法层次的要求(尤其是德国当联邦宪法法院认为德国基本法的基本权利章构成了“客观价值秩序”时),而合乎宪法秩序与价值同样也是体系解释的最高层次,那么《基本法》第20条第3款规定的“立法受到合宪性秩序的约束”也就意味着,立法者的意思本身也要服从于正确性与正义的要求。此时司法者就当以知识考古的姿态去揭明法律文本产生的历史背景及其与当下语境的差异,并在众多“六经注我”的意见中选择与证立某个最符合正确性要求的观点作为裁判依据。

那么,客观意思何时优先于主观意思呢?命题给出了“提出充分而理性的理由”这个限定条件。它由三个部分组成:(1)它暗含着一种法律论证的模式。一个主观意思初步优先的命题说明,谁想要偏离这种优先关系,谁就要承担论证负担。而法律解释的正确性诉求则指出,谁承担论证负担,谁就必须提出正确的主张。法官如果要主张其偏离立法者意思的行为是正

[43] 参见 Gustav Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)”, 载于 Radbruch, *Gesamtausgabe*, Bd. 3 (Heidelberg: Müller, 1990), S. 89.

[44] 参见 Robert Alexy, *Mauerschützen : zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit* (Göttingen [u. a.]: Vandenhoeck & Ruprecht, 1993), S. 4.

确的,他就不仅需要提出这种主张,而且还要担保其解释结果的可证立性,并期待这个结果具有可接受性。这意味着,法官要保证,他所提出的理由是能经受住由理性论证规则来界定的法律商谈的检验的;并且每个站在当时的法律体系立场之上的理性人,都会将这些理由所支持的结论接受为正确的。^[45]只有这样,他的理由才算做是“充分而理性”的,也才满足了正确性与正义的要求。具体说来,他应当用权衡这一论证形式来判定,依据主观意思进行解释是否将导致极端不公正的结果。因为这换个角度就相当于去问,支持客观意思解释的理由是否比支持主观意思解释的理由在个案中“分量”更重,因此更有被实现的必要,也更符合正确性的要求。这说明,我们需要根据个案的情形,对它们的分量进行比较。这最终体现在,判决书说理应当详尽而充分,应当摆明而不是回避正反两方面的理由,并对不同的意见进行有效反驳。假如这一点没有做到,解释结果就是可推翻的。(2)它包含着开放性的要素。在实质要素的层面上,对于何谓“充分而理性的理由”,既有的学说与事务实际上已经提出了不少的建。例如,如果立法时的社会背景与解释时的社会背景存在巨大差异,即社会中的事实关系与价值观念发生重大变迁,而这种差异又与变迁对相关问题的解释存在着实质性影响,就可能不应当僵守立法者意图。^[46]因为当对法律文本的理解“远离现实、非理性违反目的以及不正义时,当它已经失去其作为秩序思维的意义时,当它不再规范生活而是在阻碍生活时,当它已经失去合法倾向时,法官就应该将其忽略不顾”。^[47]再如,在不同的法律部门中,主观意思与客观意思也各有不同的分量(想一想从最严厉的刑法到最自由的契约法的情形)。^[48]这些要素往往需要得到综合考量,它们同时也对实践保持着高度开放的姿态。(3)它有赖于稳定化的途径。这些稳定化的途径即是判例与教义学。通过判例与教义学,可以将成熟的要素观点作类型化处理,并形成稳定的预期。基于惯性原则,^[49]法官在嗣后的法律解释活动中可以直接援引它们作为依据,而无需重复证立。

(二)温和的宪政主义立场

如果说对重要价值的合理保障与对国家权力的正当分配是宪政制度的两项主要任务的话,那么主观意思初步优先说体现了一种“温和的宪政主义”立场,因为它倡导着柔性价值秩序与平衡性国家权力观。在法哲学的层面上,它强调权威对于正确性的初步优先地位,但在特定条件下正确性可以穿透权威的指令而实现自身的要求。因为权威的两个正当化理由在最终意义上是站不住脚的。首先,代议制民主并没有穷尽民主的所有形式。在立法者的情形中,被代表者(人民)与代表者(议会)间的关系由选举来决定,这幅图景仅仅展现了民主的一种模式,即决定模式,因为它只是围绕着以选举和多数规则为核心的决断体系而展开。然而,充分的民主概念不仅包括决定,而且包括论证。它包含着一种审议式民主的意味,即要求尽可能地将商谈制度化,来作为做出公共决定的手段。它说明,议会之所以代表

[45] 参见 Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, (2009) 95 ARSP 152。

[46] 参见舒国滢等著:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2007年版,第368页。

[47] Theo Zimmermann, *Entscheidung gegen das Gesetz*, (1951) 5 *Juristische Rundschau* 132。

[48] 巴拉克就将法律及准法律文本类型化为“合同与遗嘱”、“制定法”、“宪法”三种,分别归纳了主观意思与客观意思在三种领域中的权重。参见 Abaron Barak, *Purposive Interpretation in Law*, trans. by Sari Bashi (Princeton: Princeton University Press, 2005), Appendix 3, p. 397。

[49] 它指出,既有的决定会产生一种使得自身继续维持下去的惯性,诉诸于既存的决定者,不必再去证立这个决定的正确性。只有想要推翻这个决定者,才需要提出理由证明相反结论的正确性。参见 Chaim Perelman/Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric* (Notre Dame [u. a.]: University of Notre Dame Press, 1969), p. 106。

了人民,不仅因为议会是人民通过投票选举产生的,而且因为它的决定是经过充分的论证与商谈的,因而是理性的。议会对人民的代表既是意志或决定性的,又是论证或商谈式的,即有资格性代表,又有论证性代表。而在司法者的情形中,法院同样可以代表人民,但这种代表是纯论证性的。在这种代表中,代表的概念包含着某些理想价值,并具有正确性诉求。^[50] 客观意思解释可以在某些情形中优于主观意思解释说明了,代表可以自我纠正(通过司法来纠正立法时的不当代表),而论证性代表可以优先于资格性代表。这种优先的条件在于正确/好的论证与错误/坏的论证之间的区分,以及理性人存在的可能。其次,通常证立命题只是提出了一些经验性论据来支持权威的正当性。正是这些经验性论据构成了对权威指令“更符合正确理由的要求”的说明。然而,问题在于,权威不只是一种增进决策效率的机制,它往往必须要去解决一些重要的道德或权利的争议,而这些争议,脱离开实质性评价是不可能做到的。就此而言,如果权威要成为行动者和正确理由之间的中介,通常证立命题就过于薄弱了。如果我们确实要实现正确理由,就不仅要依凭权威曾做出某个决定这一事实,而且要说明,他所做出的决定是正确的。^[51] 在一般情形中,我们的确可以依照权威指令去行事,因为它更有效率,民主的立法程序也通常保证了行为理由的可接受性;但在特殊情形中,当权威无法实现正确理由时,就需要用更强的实质理由来代替。

在法政治学的层面上,温和的宪政主义立场倡导一种温和的司法能动主义。这种司法能动主义之“温和”体现在:^[52] 其一,它将自己限于某些功能。一方面,客观意思解释要尽可能地表述出与个案相关的具体思想,而不去试图得出一种一般性的结论。例如,前例“狗案”中,法官只将“经过训练能攻击人的动物”解释为“危险工具”,而并不提出“动物是危险工具”这一更普遍的定义性规范。这既是为了防止不当普遍化带来误判风险,也是为了防止对于立法权的过度侵害。另一方面,客观意思解释也不得侵犯立法的核心领域。^[53] 尽管解释活动不可避免地具有准立法的性质,但它不能攫取立法权核心领域的任务。如想如此,它就不应将一个法律规定的适用范围过广地溢出立法者意图之外。在“狗案”中,法官并未对“武器”与“危险工具”的原初含义作无限扩大(如扩大到一般“工具”),而只是借由历史解释与客观目的论解释,将“经过训练能攻击人的动物”包括了进来。其二,它要求法官在行使上述功能时极其审慎。这种审慎体现在法官的论证义务上,即,他必须对于反对用立法意图来解释法律文本的做法提供充分理由。他首先不能隐藏立法意图,或者将自己的意图假托为立法意图。接着,他不得进行武断的臆断,而应当进行充分的说理,这种说理应当借助于尽可能广泛的经验性资料与价值论证来进行。假如他面对反对理由,则应当对这些理由进行有效反驳,而不是回避。其三,它进行的只是一种“尝试性”建构。尝试性意味着,立法者可以通过嗣后的立法来推翻法官通过客观意思解释得出的结论。例如,立法者可以通

[50] 参见 Robert Alexy, *Balancing, Constitutional Review, and Representation*, (2005) 3 *International Journal of Constitutional Law* 578-579。

[51] 一般我们会“推定”权威决定是正确的,但既然是推定,就不免有被推翻的可能。参见王鹏翔:《规则是法律推理的排它性理由吗?》,载王鹏翔主编:《2008 法律思想与社会变迁》,中央研究院法律学研究所筹备处 2008 年版,第 379 页。

[52] 关于基本思想,参见[美]克里斯托弗·沃尔夫:《司法能动主义》,黄金荣译,中国政法大学出版社 2004 年版,第 197-199 页。

[53] 关于核心权力侵犯说,参见 Michael Sachs (Hg.), *Grundgesetz: Kommentar*, 4. Aufl. (München: Beck, 2007), Rdz 93。

过修正刑法典,对§223a增加但书条款,将“动物”明确排除出危险武器的范畴。假如出现这种情形,司法就要遵从嗣后的法律规定,在今后的类似案件中不得将“狗”(或者“牛”、“羊”等)解释为“危险工具”。从这个意义上说,个案中的司法解释不是终局性的,而始终存在被推翻的可能。

五 余 论

本文通过分析德国方法论学说中主观说与客观说之争背后的理由与立场,提出了一种主观意思初步优先的整合性理论。这种理论能够较好地解决权威与正确性以及立法权与司法权之间的张力关系,展现了一种温和的宪政主义立场。在温和宪政主义的法哲学与国家哲学中,法律解释的目标理论始终是实质性的。它不仅为法律人提供了“程序性的操作指南”,^[54]而且设定了解释方法上的优先次序,一种论证意义上的总规则:语义学解释 > 发生学解释 ≥ 体系解释(广义) ≥ 客观目的论解释。^[55]只是在理性多元主义的观点下,这种次序不是绝对的,它可借助于法律论证来逆转。它直接的作用是对后一种情形施加了论证负担。我们并不期待这种安排能导出解释意义上的“唯一正确答案”,因为一方面,解释只能位于科学意义上的证明与任意之间;另一方面,在民主宪政国家中,对于解释理由及其结论的理性异议同样是理性的,因而也是可以容忍的。

[Abstract] Different understandings of the objective of legal interpretation have led to the dispute between subjective doctrine and objective doctrine in legal methodology in Germany. The practical significance of the debate lies in the fact that, by assuming different priorities of legal methods, the two doctrines have produced different results of interpretation in individual cases. For subjective and objective doctrines, both have supporters on the basis of various arguments. As a result, two sharply contrasting standpoints exist behind them. On the dimension of legal philosophy, this opposition represents itself as a value-dispute between authority and correctness; and on the dimension of legal politics, as a competence-dispute between legislature and judicature. A proper theory of integration claims a prima-facie priority of subjective doctrine over objective doctrine, which reflects the standpoint of a moderate constitutionalism.

(责任编辑:支振锋)

[54] 桑本谦:《法律解释的困境》,《法学研究》2004年第5期,第5页。

[55] >表示“绝对优于”,≥表示“初步优于”。