

审判解释：法官最基本的法律方法 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E5_AE_A1_E5_88_A4_E8_A7_A3_E9_c122_485897.htm 法律方法论：检讨与重构----以学科为视角【关键词】法学方法/法律方法/法律方法论 法律从业者应该具有不同于其它职业的思维方式和操作方法，这是不争的事实。突出强调这些独特的思维与方法的地位和注重在法学教育与司法实践中训练、强化这些职业技能，在我国这样传统的人治社会的法治进程中更具有不可替代的价值。以法学教育者和司法实践者的双重身份和历练为基础，我们希望通过法律解释 - - 最基本的法律方法之一的些许讨论和分析，为构筑法律方法论的大厦略尽绵薄之力。西方具有注重法律解释的悠久历史和浓厚传统，注释法学派的兴起绵延和在法律发展史上的重大影响即是明证。无论是在个案中从一般法律原则引申具体规则的英美法系，还是探究完备制定法丰富含义的大陆法系，法律解释始终在扮演重要角色，发挥重要作用。现代以前的法律解释，从内容和对象来说，主要针对和局限于对法律规则本身意义的探究。从方法论上，始终没有摆脱德国萨维尼所概括的文义解释、系统解释、历史解释和目的解释的范畴。这种局限于对法律文本进行注释的狭隘立场，已经不能适应注重法律在实际运作中突出价值的现代司法。围绕在事实的参与下法律向判决转化过程的探讨成为理论和实践的一大热点。法律解释作为一种重要的法律方法，其理论和实践的双重意义及多元价值，更受到平等的关注与重视。在这种语境下，结合我国的司法传统和现实需要，研究法官在审判案件时对法律的解释

，非但必要，而且紧迫。(一)法官释法的必要性 1.法官诠释法律是实现法的目的价值的必要途径。法律作为特殊行为规范区别于其他规则的特征在于它具有以国家权力作后盾的强制效力。但这种效力是通过法律的实施和适用来实现的，人们畏惧和服从法律，不是因为对法律规则的熟悉和规范本身的存在及完备与否，而是对规则适用所生效力的畏惧与服从。法官的裁判，使法律的效力通过个案显示出来，没有这一过程，法律的效力就只是潜在的。因此不是立法和法律本身具有自足的实效，而是法官对法的适用使其效力外在和表现出来，判决就是将规则与事实结合起来的纽带。在这一过程中，法官的首要任务是发现需要予以适用的法律和正确诠释规则可能的含义。没有法官的作用，法律的作用不能得到正确表达，价值也就无法实现。 2.作为规则体系的制定法的不完全性和不确定性。法治的发展需要完备的法律体系，需要数量庞大而精细的规则。这就产生了一个无法克服的矛盾，一方面，法律体系的完备是以大量的制定法为基础的；另一方面，制定法条文的细化，使规则之间发生冲突的可能性增加，法律的灵活性降低，法律的确定制性和自主性受到怀疑和批判，法律解构理论的产生即源于此。对法律自主性和确定性的解构，使得传统的三段论式的法律适用模式失去真理性，推理逻辑上的形式合理性，不能说明或代表结论的确定制性和准确性。在个案中，法官不再凭借现成的规则简单推导结论，而必须结合事实去寻和发现规则，判断规则和正确诠释规则，这使得法官对所有可能涉及的规则的判断、理解、选择和衡量至关重要，法官总是试图克服制定法的不足，使法律在鲜活的社会生活面前不至于木讷和无奈。美国大法官霍

姆斯讲：“法律的生命从来就不在于逻辑，而在于经验。”而经验来自于法律的实践，来自于法官的审判工作。

3.作为法的价值目的之所系的社会秩序、社会生活本身的流变性。法律的价值在于维护现行社会秩序，实现社会正义。然而社会生活是在不断流变中自在存在的，生活先于法律而不是相反。法律规范作为描述社会生活的语言，主要针对制定时的现实和需要，是对过去生活的描述和总结，具有向后看的特性。虽然不能否认法律在某种程度上具有塑造未来社会的价值目的，即法具有创建新制度的作用，但法律规范的内容最主要地来自过去的社会生活，而法律的价值则主要体现在面对它制定以后未来生活的实践中。所以，从法哲学上讲，法律从它产生的那一天起，就必然呈现出对社会生活的不完全包容性，就走上了与不断发展的丰富多彩的社会生活的要求背道而驰的不归路。所以，只有永恒的生活，没有永恒的法律。

4.严格条文主义在实践中的绝对优势和局限。实务中条文主义是法官法学理论欠缺的必然结果，与我国法官非精英化和职业化程度不高的现状相适应，是集权的弱化法官个人作用的传统司法体制的产物。严格按照制定法条文进行判决并没有原则错误，问题在于：当制定法规则在适用于具体个案时出现矛盾或规则缺失时，法官应该怎么办。法官不能因为没有可依据的法律就拒绝裁判案件，严格按照条文主义训练出来的法官将难以正确地发现法律和把握正义，“执着”于制定法条文可能得出荒谬的裁判结果，从而违背法律精神。因此，在法律漏洞普遍和成文法条文抽象为特点的不成熟的立法时期，由对法律原则、法律精神、国家政策以及社会现实熟识的法官去寻找、发现甚至创设制定法之外的规则，

不仅可能而且必要。遵守制定法的审判规则与法官造法不应排斥而应互为补充。条文主义在法律解释体制中的表现是制定法严重依赖解释和最高法院垄断法律解释权，两者都以制定法越精细越“法治”和对法官的不信任为前提和基础，这从侧面反映了我国法治进程中理论准备不足和急于求成的特点。司法解释本身作为具有普遍约束力的规则有着成文法不完全周延个案的特性，甚至使制定法的这一缺陷更加显露，因为从逻辑上讲，越具体的规则外延和统摄的事实越少，其漏洞越大，越排斥法官根据个案事实灵活确定适用规则的权限。

(二)增强法官释法能力的几条途径

- 1.法律方法论教育的价值。承认法律运行的特殊性，就意味着法律从业者具有独特的思维方式和方法论。鼓吹对法律方法论体系的构筑和对从业者的教育与训练，对我国司法现代化和法治进程至关重要。首先，有助于科学认识法律的独特价值和自我发展规律，克服和化解根深蒂固的法律虚无主义、工具主义和人治思想；其次，司法现代化的首要目的是职业思维和操作方法的现代化更新，司法讲求操作艺术，科学的法律方法论体系可以使得相同的司法资源产出最大化；第三，适应法律从业者职业化及同质化的要求，以期形成法律职业者共同体。法律思维的塑造和法律方法的掌握，纵然不能缺少必要的职业历练，但在受法律教育时必要的专门培训更为重要。传授和训练从业者作为“法律人”的思维方式和操作方法，比熟记万千条具体规则更为重要。因此，我们主张在大学里将法律方法论作为一门独立的法学学科而设立，在实践中作为法官职业培训的必备内容，以适应法律从业者职业化及同质化的最终要求。
- 2.尊重法官职权的法律解释体制。在我国的法律解

释体制中，具有立法权性质的司法解释在很大程度上剥夺了法官在个案中对法律的解释权，使法官在个案中对法律的解释权保留在很低的层次。法律解释至少包括了两个层次或两个阶段：一是发现法律，从对象上包括对制定法的诠释和对新规则的创设过程；二是将确定的法律与个案事实结合推导出裁判结论。这两个阶段从形式上可以划分为独立进行的两个部分，由两个以上不同的主体来进行，但实质上是不可分割的，应该统一于法官审判个案的活动中，它们之间存在逻辑上的一致性和实践上的交互性。在司法实践中，广泛存在的最高法院和高级法院甚至中级法院“关于审理某某案件若干问题的意见”，就是人为地割裂了两个阶段，力图将法官的活动限制在“给定”的“成文”的规则(无论这些衍生的规则与立法有多么遥远的距离)与个案事实(无论这些事实是多么的离奇拟或立法根本就未统摄)的纽带这一阶段和层面，这是与审判权的行使规律相违背的。现行司法解释体制受到理论界和实务界的质疑和批判是有其理由的：一是在大量增加制定法条文的时候造成更多的规则之间的矛盾，甚至以解释否定成文立法的现象也时有发生，导致立法权行使和规则使用的混乱；二是以具有普遍约束力的解释掩盖了对个案可能的不公正。成文法较为原则的规定，在逻辑上往往正是对其缺乏灵活性特点的弥补。

3.裁判理由的阐述及价值。

裁判理由是判决的灵魂，是将规则、事实与判决结果有机联系在一起的纽带。判决的权威，在高于法律价值的道德层次，不在于判决结果由国家强制力做后盾，而在于论理的透彻和逻辑的不可抗拒，使结论合乎自然道理、合乎正常期待和合乎对统一(唯一)性的要求。法官在个案中能动性的运用，包括对

法律解释、漏洞补充和利益衡量，其文字的记载就是法官的判决理由。充分阐述理由首先可以防止法官的任意性，而德国法哲学家赫费讲：“公正的一个起码条件就是，防止任意性。”接受公开监督的判决理由，既是判决合法性的证明，也使判决更具有说服力、更可信。按我国现行法律要求，裁判理由虽然是作为判决的构成要素，但往往只有以三段论为主的形式推理，而缺乏包含价值判断内容的实质推理，而后者恰恰是法律运用合理性的证明。达致目的的途径，笔者认为有二：一是司法独立特别是法官独立，是其制度背景；二是提高法官素质，促进法官对法律方法(法哲学理念、法律解释和法律推理方法为主)的运用能力。

4.法律职业共同体的融合与缔造。

一定程度上，我国的法学理论研究和法律实践陷入了前所未有的危机和困境。法学理论经过几十年的起步和模仿阶段，脱离我国本土实际和司法实践已经到了非常严重的地步，个别走出象牙塔的学者教授，依然难以克服矫情和自命清高的障碍，无视社会生活变迁和法律实践发展为其带来的广阔空间而在“言必外国”的枝条上缘木求鱼，但抄袭模仿的理论永远支撑不起宏伟的法治大厦。在实务部门，奉条文主义为圭臬的实践者大多怠于也弱于、冷漠于探究实践中急需解决的理论问题，疑虑重重但因循守旧、得过且过。连司法改革也是头痛医头脚痛医脚，修修补补而积重难返。应该具有积极性的律师，由于其法律意见不受重视，转而投机钻营，动机庸俗。症结在于没有形成一个法律从业者相互渗透、相互影响、相互促进并在共同的法治信仰基础上的法律职业共同体。从业者之间固步自封，缺乏哈贝马斯所描述的“理性的对话”。同一案件或问题，由于交流的不充分，

思维模式和方法运用的不同，在同一法制体系下得出的结论往往大相径庭，从业者缺乏“交谈合理性”。实践没有宏大的理论作指导，是积沙成塔，理论不构筑在本土司法实践和历史、传统及文化的热土上，只能是痴人说梦。在这里，对法律的共同信仰是构筑法制大厦的粘合剂和灵魂。而法官理论层次和法律方法运用水平的提高必然增强其正确理解和解释法律的能力。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com