

法律解释与法律续造的区分标准

陈 坤 *

内容提要：法学方法论通说区分法律解释与法律续造，并在很长一段时期内以“文义可能性”作为区分标准。随着意义理论的发展与法律解释研究的深入，越来越多的学者认识到这一标准的不足，并提出了一些新标准。然而，这些标准要么外延宽窄不当，适用时会遇到反例；要么缺乏一般性与明确性，无法真正有效地区分解释与续造。一个合理的区分标准应当中立于不同的解释立场，使得同法治相关的各种价值理想都有机会参与到解释活动的权衡程序中。由此，可以基于已有标准提出一个复合标准：一个探究法律文本意义的活动是解释，当且仅当它：（1）是探究法律文本的规约性意义、说话者意义或真实意义的活动；或者（2）当不存在规约性意义时，是探究法律文本的合理意义的活动。

关键词：法律解释 法律续造 文义可能性 立法意图 价值权衡

一、问题的提出

法学方法论通说区分法律解释与法律续造，^{〔1〕}并在很长一段时期内以“文义可能性”作为区分标准。^{〔2〕}但是，随着语言哲学，特别是意义理论的发展与法律解释研究的深入，越来越多的学者认识到这一标准的不足，并尝试提出新的标准。例如，罗尔夫·旺克认为：“这种观点（语义边界理论）建立在一种错误的观念之上。它假设，法学中的每一项专业用语都必须在日常语言中存在一种对应。”^{〔3〕}在他看来，解释者应当根据法律的意旨与目的来确定

* 南京大学法学院副教授。

〔1〕 在英美法界的法律推理研究中，同样存在这一区分。英美法界所称的“司法造法”，大致相当于德语法学中的“法律续造”。

〔2〕 拉伦茨对此有过经典论述：“狭义的解释之界限是可能的字义范围。超越此等界限，而仍在立法者原本的计划、目的范围内之法的续造，性质上乃是漏洞填补 = 法律内的法的续造，假使法的续造更逾越此等界限，惟仍在整体法秩序的基本原则范围内者，则属超越法律的法的续造。”〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2004年版，第246页。

〔3〕 〔德〕罗尔夫·旺克：《法律解释》，蒋毅等译，北京大学出版社2020年版，第74页。

解释的边界，“如果解释者偏离了法律的意旨与目的而借助法律追求新的目的，则不能通过解释，而只有通过法律续造才有可能”。〔4〕在英美学界，上述两种区分标准都有赞成者。例如，在阿哈龙·巴拉克看来，语言的界限就是解释的界限，“法官没有权限将语言无法承载的意义赋予法规”。〔5〕莱瑞·亚历山大则认为，解释的界限是立法者意指的意义，“我们固然可以偏离立法者意指的意义，如果我们不喜欢它们的话，但这时那些法律规范的作者就变成了我们，因为立法者的语言被我们用来承载我们喜欢的意义了”。〔6〕

不管是文义可能性，还是立法意旨，都可以在不同的意义层面理解。文义可能性中的“文义”可以指原初文义，也可以指当下文义；立法意旨可以指具体的适用意图，也可以指抽象的立法目的。这使得每一种观点内部同样存在争论。除了文义可能性与立法意旨外，迈克尔·摩尔还提出了“真实含义”标准。在他看来，解释旨在探究一般法律词项的真实意义，偏离真实意义的活动超了解释的界限。〔7〕由于人们在一般法律词项是否有真实含义、真实含义是否重要等问题上认识不一，该标准的提出非但没有平息争论，反而加剧了争论。公认标准的缺乏，使一些学者开始怀疑法律解释与法律续造能否真的区别开来。例如，有学者认为，不仅法律解释属于广义上的法的续造，“狭义上的法的续造同样也是解释”；〔8〕还有学者认为这一区分不过是为了迎合现代法治意识形态而编造出来的一个“美丽谎言”。〔9〕由于在法律实践中，特别是在私法领域中，法官经常需要突破法律规则的文义边界进行裁判，〔10〕不乏学者质疑这一区分的必要性。〔11〕此外，一些学者将区分标准与解释立场联系在一起，〔12〕导致这一区分有可能沦为不同解释立场的支持者相互指责的工具。正是看到了这一点，德沃金说，解释理论与非解释理论之间的区分带来了更多的困惑而非帮助。〔13〕

在此背景下，本文试图说明，对于法律制度与司法实践来说，法律解释与法律续造的区分为什么是重要的；并在反思已有区分标准（包括传统的文义可能性标准与一些新的标准）的基础上，提出一个中立足于不同解释立场的新标准，从而在理论上明确哪些探究法律文本意义的活动属于解释，哪些则是超出了法律解释的界限而应被认定为法律续造。

二、区分法律解释与法律续造的重要性

在具体讨论解释与续造的区分标准问题前，有必要首先阐明这一区分对于法律制度和司法实践来说为什么是重要的，并在此基础上回应已有的或可能引发的相关质疑。

〔4〕前引〔3〕，旺克书，第75页。

〔5〕Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 19.

〔6〕Larry Alexander, *Originalism, the Why and the What*, 82 *Fordham Law Review* 543 (2013).

〔7〕See Michael S. Moore, *A Natural Law Theory of Interpretation*, 58 *Southern California Law Review* 286 (1985).

〔8〕〔德〕罗伯特·阿列克西：《法·理性·商谈：法哲学研究》，朱光等译，中国法制出版社2011年版，第84页。

〔9〕参见吴丙新：《扩张解释与类推解释之界分》，《当代法学》2008年第6期，第48页。

〔10〕卡多佐甚至认为：“司法过程的最高境界并不是发现法律，而是创造法律。”〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆2000年版，第105页。

〔11〕参见〔奥〕恩斯特·A. 克莱默：《法律方法论》，周万里译，法律出版社2019年版，第23页。

〔12〕例如，某些意图主义者基于其所提出的标准，指责其他解释立场“不是错误的解释”，而“根本不是解释”。See Stanley Fish, *There is no Textualist Position*, 42 *San Diego Law Review* 650 (2005).

〔13〕See Ronald Dworkin, *The Forum of Principle*, in Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985, p. 35.

（一）法律续造须承担额外的论证责任

法律解释作为一种澄清文义的活动，不是在所有的案件中都是必需的，但当法律文本的表意不明确时，不进行法律解释，法官就无法适用法律。例如，在法律文本有句法歧义时，不解释就无法确定法律适用的规则大前提；在法律概念含混时，不解释就无从判断手头案件事实中的对象是否在该概念的外延之内，也就无法确定法律适用所必需的事实小前提。

然而，在任何案件中，法律续造都不是必需的。有学者认为，由于法官负有“不得拒绝裁判”的义务，^[14] 在一些存在法律漏洞的案件中，法律续造是必需的，“法官所受理的案件在法律上没有规定，法官不能以法律没有规定为由拒绝裁判，法官只有一个选择，就是创设一个规则裁判本案”。^[15] 但是，在法律实践中，法律没有规定，通常表现为某个特定的个案事实不满足诉讼一方提出的某个规则（以及可能相关的其他规则）的构成要件。既然如此，法官并非只有“拒绝裁判”和“创设规则”这两个选项，而是可以拒绝适用相关的规则，或通过“反向推理”得出与诉讼一方主张相反的裁判结论。在刑事案件中，如果法律对某个行为是否构成犯罪没有规定，法官总是可以据此认定该行为不构成犯罪。类似地，在民事与行政案件中，法官也可以以个案事实不符合某个规则的构成要件为由，作出不利于将该规则作为法律依据的诉讼一方的判决。

仔细考察人们在讨论法律漏洞时所谈到的那些案例，就会发现，它们都可以在不进行续造的情况下得以解决。只不过，这样可能带来不符合个案正义的裁判结论。例如，物权法（已废止）第34条规定：“无权占有不动产或动产的，权利人可以请求返还原物。”有学者认为，该条仅规定了“原物”的返还，而没有规定“原物”所生孳息的返还，因此形成了法律漏洞。^[16] 但是，在此类案件中，法官显然可以以相应的请求没有法律依据为由直接判决不返还孳息，只是这一结论可能并不符合个案正义。正因如此，一些学者将法律漏洞定义为“违反计划的不圆满性”，而不仅仅是“法律上的空白”。^[17] 不过，这一定义也清楚地显示了，在那些需要续造的场合，法官并非必须进行法律续造，而是基于个案正义的考虑认为“应当”进行法律续造。由于法律续造不是必须进行的，个案正义也不是法治唯一的价值理想，认为应当进行续造的法官有必要承担额外的论证责任。例如，法官需要说明，为什么在该案中，个案正义压倒了法的安定性、公民的合理预期等与形式正义相关的价值。如果将法律续造与法律解释相混同，法官就有可能逃避这一论证责任，增加法治异化为“法官之治”的风险。

（二）法律续造有特殊的制度性限制

无论在理论上还是在具体的制度设计中，拥有完整裁判权的主体通常不需要获得额外授权就可以在裁判过程中进行澄清文义的解释活动。“审理案件的法官对法律法规进行解释，其根据是他对本案的裁判权。”^[18] 根据我国宪法第131条，人民法院拥有“独立行使审判权”的权力，即有权独立认定事实与独立适用法律。独立适用法律，意味着法院在个案裁判过程中可以根据自己认为正确的理解来适用法律。如果一个法院无权自己认定事实，只能依赖其他主体移交的事实进行裁判，那它显然不可能独立行使审判权；如果一个法院无权根据自己认为正确

[14] 参见 [德] H. 科殷：《法哲学》，林荣远译，华夏出版社 2002 年版，第 222 页。

[15] 梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社 2017 年版，第 237 页。

[16] 参见王利明：《法学方法论》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 516 页。

[17] 参见前引 [2]，拉伦茨书，第 250 页以下。

[18] 前引 [15]，梁慧星书，第 101 页以下。

的理解来适用法律，只能由其他机构告诉它对法律的正确理解是什么，那它也不可能独立行使审判权。^[19]

与法律解释不同，法律续造一般需要额外的权力来源。例如，1942年的意大利民法典规定：“如果一条明确的规定不足以解决争讼，可以适用解决同类案件或相似案件的规定；如果案件仍有疑问，则应根据国家秩序的一般原则进行裁判。”在缺乏明确的权力来源时，法律续造往往饱受争议，即便裁判结论在道德上是正确的。例如，在评价布朗案时，塔玛纳哈说：“布朗案判决虽然在道德上是正确的，但几乎不能在法律框架下证立。它明显是法官们的政治意识形态的产物，因此走向了法治的对立面。”^[20]在弗曼诉佐治亚州案中，布莱克曼说：“虽然对于我个人来说，最高法院的结论是令人满意的。但这个结论无法作为历史、法律或合宪事项而获得证立。最高法院越界了。”^[21]在这些案例中，人们质疑的并非法院试图通过法律续造所追求实现的价值本身，而是这些价值是否应当通过裁判的方式由法院来实现。这一质疑源于人们对法院的制度性角色的理解。

现在很少有人还认为法院的作用只是机械地适用法律，但法院毕竟不是民主审议机构。当下的共识仍然是：法院的主要职责是据法裁判，即根据立法机关制定的法律进行裁判，而不是发展法律。法律至上、裁判中立等与此有着密切联系的价值理想，也仍具有一般性的吸引力。“即便那些最极端的批评者，也不认为法官应当忽视正式颁布的法律。”^[22]在多数国家，仍然存在对法律续造的制度性限制。例如，在普通法系国家，只有当先例出现了“明显错误”时，推翻先例才被允许。在我国，法院通常并不具有法律续造的权力。但是，由于民法、刑法等重要法律中均有一些原则性的规定，在特定条件下，法院可以根据这些原则扩充或限缩具体规则的适用范围。这使法律续造成为可能的同时，也对其提出了特殊的限制，即对具体规则的续造必须能够获得基于一般原则的证立。如果将法律续造与法律解释相混同，势必模糊法院的角色定位，也会使这些制度性的限制失去意义。

（三）法律续造需要专门的方法论规范

法律解释与法律续造之间的区分标准尚无共识，但一般认为法律解释是一种澄清法律文本的意义的活动，而法律续造是对法律漏洞进行填补或对法律错误进行修正。修正法律缺陷是一种修改法律的活动，“法官在此起着‘违背法律’，‘矫正法律根据’的作用”。^[23]漏洞填补本质上讲也是一种修改法律的活动。法律漏洞是“违反计划的不圆满性”，其一般有两种情况，要么是应当规范而未加规范，要么是应当对特定情形作出例外规定但并未作出，即所谓“明显的法律漏洞”与“隐藏的法律漏洞”。^[24]存在明显的法律漏洞时，法官或者创设某个法律规则，或者进行类推适用。创设法律规则无疑是修改法律的活动。类推适用在表面上看是将已有的规则适用到条件并未得到满足的案例中，但仔细考察会发现，得以适用的并不是原有的规则，而是新引入的规则。当遇到隐藏的法律漏洞时，填补漏洞的方式是创设新的个案例外。例如，对于“禁止车辆进入公园”这一规则，假设执法者碰到的对象是救护车，并且认为此

[19] 本文探讨的解释是仅具有个案效力的裁判解释，而非立法法中规定的具有一般效力的正式解释。

[20] Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 80.

[21] *Furman v. Georgia*, 408 U. S. 238, 414 (1972).

[22] Scott J. Shapiro, *Judicial Can't*, 35 *Noûs* 532 (2001).

[23] [德] 卡尔·恩吉施：《法律思维导论》，郑永流译，法律出版社2004年版，第167页以下。

[24] 参见孔祥俊：《法律方法论》第3卷，人民法院出版社2006年版，第1423页。

时存在一个需要填补的隐藏漏洞，他就会为该规则创设一个个案例外，相当于将原规则修改为“禁止车辆进入公园，救护车除外”。从本质上看，这也是在修改法律。

由于法律续造实为对法律的修改，它不仅需要明确的授权，而且需要遵循专门的方法论规范，以保证续造的结果仍在现行法秩序的总框架内。“如果希望法的续造结果可被视为现行法秩序中的‘法’，法的续造就必须依循一定的方法。如若不然，则法院事实上在僭越不属于它的权力。”^[25] 在法律解释问题上，自萨维尼以来，以文义解释、体系解释、历史解释以及目的解释为核心的方法论体系，已经获得学界较为充分的认可，^[26] 能在一定程度上为法官的解释行为提供约束和指引。^[27] 但是，在法律续造问题上，尚无公认的方法论体系。这在一定程度上是因为，法律续造的性质没有得到清晰阐明。为了提供合理的续造方法论，规范续造活动，就需要对法律续造进行更加深入的研究，尤其是需要探讨法律续造的思维过程及其逻辑型式等。对于这些研究任务的开展，法律解释与法律续造的区分是一个首要前提。

（四）对反对意见的回应

有三种可能的或实际存在的反对区分的理由。第一个理由是，由于不存在公认的区分标准，法律解释与法律续造的区分没有意义。^[28] 本文认为，有无公认的区分标准，既不影响区分的必要性，也不影响它的可能性。区分是否必要，取决于它是否具有认识与实践意义，而不取决于区分是否容易进行；区分是否可能，只取决于人们在多数时候能否将不同的实例区别开来并正确地归类，而不取决于是否存在被一致赞同的区分标准。

第二个理由是，严格区分解释与续造将使法官陷于“两难”。在法律实践中，基于个案正义的考虑，法官经常需要以解释之名行续造之实，突破法律规则的文义边界进行裁判。“具备特定条件时，……私法裁判会超出法律可能的文义，甚至违背该文义，这毫无疑问地具有正当性。”^[29] 但是，现代法治理念又要求法官严格根据立法者制定的规则进行裁判。在这一处境下，用解释来掩盖续造实为无奈之举。“在需要维护某种法益时，只要侵犯这种法益的行为与法律规定的行为实质上相似，……人们就尽力把一切类推性适用都往扩张解释里塞。”^[30] 如果法律解释与法律续造严格区别开来，法官就只能要么牺牲个案正义，要么侵犯立法权。然而，此种看法犯了逻辑错误。如果法律续造一般地是侵犯立法权，将其掩盖为解释行为也无法使其正当化。同时，它也假想了法官的“两难处境”。现代法治理念并不要求法官无条件地依据法律规则进行裁判。例如，在普通法国家，当先例出现“明显错误”时，允许推翻；在我国，特定条件下，法官也可以根据一般原则扩充或限缩具体规则的适用范围。

反对区分法律解释与法律续造的第三个理由是，法律解释与法律续造的区分可能被解释者用作相互指责的工具。当法律解释面临争议时，一些解释立场的支持者有可能指责另一些解释

[25] 前引〔2〕，拉伦茨书，第249页。

[26] 萨维尼在《当代罗马法体系》中较早地系统总结了法律解释的文义、逻辑、历史与体系四个要素。参见〔德〕萨维尼：《当代罗马法体系1》，朱虎译，中国法制出版社2010年版，第166页以下。

[27] 国内外均有一些学者对法律解释方法的作用提出过质疑。在本文看来，虽然不同的解释方法有时会得出不同的结论，一般性的顺位关系也难以确立，但文义解释的相对优先性通常被认可，个案中材料的确凿性与结果的确定性等因素可以作为选择特定解释方法的依据，获得更多解释方法支持的结论一般也被认为更可能是正确的，因而法律解释的方法论体系仍然能够为法官的解释行为提供约束和指引。

[28] 参加前引〔9〕，吴丙新文，第51页。

[29] 前引〔11〕，克莱默书，第23页。

[30] 〔意〕杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社1998年版，第32页。

活动“根本不是解释”。其实，产生这一现象的根源，并不在于解释与续造的区分，而在于混淆了“什么是解释”与“应当如何解释”。解释与续造的区分标准能够说明哪些活动属于解释，哪些活动超了解释的边界，却并不能说明，一般地或者在具体案例中，应当如何进行解释活动。一个活动是否可以算作法律解释是一回事，是否应当进行这一活动则是另一回事。例如，通过查阅普通词典来确定一般法律词项的含义显然是一种解释活动，但并不意味着在任何一个案件中解释都应当以词典意义为准。就此而论，一个妥当的区分标准应在不同的解释立场间保持中立，本文试图提出的正是一个这样的标准。

三、对已有区分标准的反思

在提出新的标准之前，需要检讨已有的标准。除长期作为通说的文义可能性标准外，已有的区分标准还包括学者在反思文义可能性标准后提出的一些新标准，即立法意图标准、真实意义标准以及合理意义标准。

（一）文义可能性：规约性意义与预测可能性

文义可能性是一个传统的区分标准，“解释不得超过文义范围”已为人们耳熟能详。用卡尔·恩吉施的话讲，“解释必须总是以某种方式坚持‘词语意义’的界限，也即万不得已时才‘冲撞’这一界限，但不许逾越它。在界限那一边，不再存在延伸解释，充其量只有‘类比’”。^[31]这里的“文义”是指一个语言表达式（词语、词组或句子）的规约性意义，即由公共的语言习惯所确定的意义。在有的学者看来，文义可能性标准的问题在于，文义范围很难确定。“日常语言规则如何可以认识到，如何能确定边界，仍不清楚。人们能用日常词语去正常理解这一事实，未说明人们也能明白什么在日常语言中是可能的，什么是不再可能的。……决定‘日常语言可能性’的边界是困难的。”^[32]公道地说，对文义可能性标准的这一批评并不十分得力。文义可能性标准并不要求人们能够清晰地知道文义的边界在哪里，只要求人们能够判断哪些对象明显地在或不在某个词语的范围之内。对于大多数的日常表达来说，人们能够做到这一点。例如，也许西红柿是不是水果很难判断，但苹果一定是水果，大白菜一定不是水果。

有两种不同的文义可能性标准。一种是以规约性意义为核心的文义可能性标准。这一问题在于，有些结论明显超出了规约性意义的范围，但仍然可以被合理地视为解释。借用“肯定、否定、中立三选项模式”，^[33]超出文义范围有两种情况：（1）某个对象明显在相关概念的“否定选项”中，而解释结论将其纳入其中；（2）某个对象明显在相关概念的“肯定选项”中，而解释结论将其排除在外。根据文义可能性标准，这两种情况都不再属于解释，只能视为续造。然而，在这两种情况下，也都有一些反例，即解释结论超出了规约性意义的范围，但又不宜径直视为续造。前者例如，将“在禁区内玩耍”纳入“在禁区附近玩耍”的范围内；后者例如，将“盗窃金融机构内的办公用品”排除在“盗窃金融机构”的范围外。

为了容纳这些反例，一些学者从以规约性意义为核心的文义可能性，转向以公共理解为核

[31] 前引〔23〕，恩吉施书，第126页以下。

[32] [德]阿图尔·考夫曼等：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第387页以下。

[33] 参见[德]英格博格·普珀：《法学思维小学堂》，蔡圣伟译，北京大学出版社2011年版，第54页。

心的文义可能性。一些文本主义者将规约性意义视为“熟悉相关社会和语言习惯的理性的语言使用者”所理解的意义。^[34]所谓“文义范围”，大致说来，也就是一般公众的预测可能性。例如，杨仁寿说：“扩张解释与目的性扩张区别所在，端视是否在文义之‘预测可能性’之内，如依照碧海纯一之‘射程’理论言，在文义射程之内者，为扩张解释。如所扩张之文义，非原有文义所能预测，已超出射程之外，则已不能为扩张解释，仅能为目的性扩张。”^[35]在张明楷看来，是否突破预测可能性，取决于解释结论能否被一般人接受，或者说是否会让一般人“大吃一惊”。^[36]将“在禁区内玩耍”算作“在禁区附近玩耍”，或认为“盗窃金融机构内的办公用品”不算作“盗窃金融机构”，并不会令一般人“大吃一惊”，按照张明楷提出的标准，它们都在解释的范围之内。

以公共理解为核心的文义可能性标准（或称预测可能性标准）的合理之处在于，它不像规约性意义那样完全受制于语言习惯，因为人们在理解某个表述的时候会不自觉地考虑个别化的语境因素。这些语境中不仅包含了上下文等语言语境，而且包含了说话者的信念与目标等非语言语境。在上面两个例子中，相关解释结论之所以超出了规约性意义，但又不会使人大吃一惊，正是因为人们在理解相关表述时，考虑到了有关说话者及其意图的一些语境因素。然而，由于个别化的语境因素无法完全规则化，而人们对某些因素的把握又严重依赖基于直觉的复杂识别能力，某种理解是否超出了预测可能性往往因人而异，这使得预测可能性无法成为具有主体间性的标准。

虽然文义可能性无法成为一个妥当的区分标准，其背后无疑还是隐含着一些合理的规范性考虑：一是通过文义给法官行为提供制度性约束，二是保护一般公众的合理预期。这些规范性考虑，不会因为文义可能性标准的失败而变得不重要，任何一个合理的区分标准都应对其予以重视。

（二）立法意图与说话者意义

在一些学者看来，以规约性意义和预测可能性作为区分标准的根本问题，并不在于规约性意义太窄而预测可能性又太宽，而是它们忽视了立法者的重要性。既然法律是由立法者制定的，解释者的任务就应是揭示立法者究竟制定了什么样的法律。“立法者选定并用语言符号表达的法律规范的意义就是立法者意图交流的意义”，^[37]或者简单地说，就是说话者意义。“如果你在探究作者意图之外的什么东西，例如原初公共含义或正义原则，那么你就不能融贯地、合理地认为你是在对文本进行解释。”^[38]解释与续造的区别标准就在于，特定理解是否超出了立法意图的范围。

立法意图标准的问题首先在于，它建立在语言沟通理论的基础之上，但立法并不是一种典型的沟通行为。在典型的沟通行为中，只有说话者与听话者两方主体。对于立法活动来说，听话者除了作为解释者的裁判者之外，还有一般公众。法律不仅是面向裁判者说出的，而且也是且更主要地是面向一般公众说出的——如果考虑到诉讼仅是“补救体系失灵的辅助性措施”

[34] See John F. Manning, *What Divides Textualists from Purposivists?*, 106 *Columbia Law Review* 110 (2006).

[35] 杨仁寿：《法学方法论》，中国政法大学出版社1999年版，第112页。

[36] 参见张明楷：《罪刑法定原则和法律解释方法》，载游伟主编：《华东刑事司法评论》2003年第1卷，法律出版社2003年版，第21页以下。

[37] 前引[6]，Alexander文，第540页。

[38] Walter B. Michaels, *A Defense of Old Originalism*, 31 *Western New England Law Review* 21 (2009).

的话。^[39] 裁判者在解释法律时不能仅考虑立法者是如何想的，还要考虑一般公众会如何理解，甚至在一些裁判者看来，后者更为重要。^[40] 也许在某些案件中，甚至一般地，立法意图比一般公众的理解更重要。即便如此，这也是一个需要通过援引实质性的价值理想来加以证立的规范性主张，而非通过概念考察就能得出的分析性主张。

其次，适用立法意图标准同样会得出一些反直觉的结果。例如，在前文“盗窃金融机构”的例子中，如果立法者所指的是盗窃金融机构中的资金，而不包括金融机构中的桌椅等办公用品，采取字面理解将盗窃金融机构的办公用品算作盗窃金融机构就违背了立法意图。如果解释应当以立法意图为准，这一理解是不正确的。但是，作为一种字面理解，其最多只能算是不正确的，无论如何不能说它不是解释而是续造。

最后，立法意图标准的问题还在于，这一术语本身是含混的。在诸多不同的立法意图中，有可能作为区分标准的意图只有两种：作为意旨意义的适用意图与相关规则的立法目的。^[41] 深究起来，这两者都无法作为标准，或至少无法独自作为标准。除了会产生反直觉的结果外，适用意图无法独自作为标准的原因还在于，至少在一部分案件中并不存在适用意图。在缺乏适用意图时，有的学者或许会主张以“如果立法者想到这种情况将会怎么做”这样的“反事实意图”作为替代。然而，由于缺乏可靠证据的支持，对这一反事实问题的回答最终不过是猜测。^[42]

相对于适用意图来说，立法目的更容易为人们所共享。^[43] 有学者主张以是否偏离立法目的作为区分标准。例如，魏德士指出：“如果法律适用者背离了最初的规范目的，他就不再是解释法律，而是通过自己的评价替代立法的评价。”^[44] 然而，如果认为适用意图过于狭窄，立法目的就显然过于宽泛了。假设“禁止汽车进入公园”的规范目的是保障公园内游客的安全，现在公园内唯一的游客突发心脏病。该游客的亲属知道情况后，试图驾驶私家轿车进入公园将该游客带走急救。此时，似乎将该规范“解释”为“不包含该私家轿车”，并不违背规范目的，反而有助于该规范目的的实现。但是，同上面所举的“在禁区附近玩耍”“盗窃金融机构”等例子不同，在本例中，很难假设立法者所说的“汽车”是指“不包括私家车在内的汽车”。将立法目的作为标准之所以过于宽泛，是因为规则旨在实现的特定目的并非立法者在决定如何表达规则时考虑的唯一因素。立法者至少还会考虑该目的如何与其他值得追求的目的相协调，或当它们相互竞争时应如何权衡，以及用什么样的方式表达更容易被遵守、执行和适用等问题。所以，实践中处理该案的路径不是解释“禁止汽车进入公园”这一规范，而是另用紧急避险规范确定责任。既然立法目的不是决定法律文本的唯一因素，也就不能将对立法目的的探究与对文本意义的探究混为一谈。

立法意图标准的背后同样存在一个重要的规范性考虑，它是在提出任何新的标准时必须注

[39] [英] H. L. A. 哈特：《法律的概念》，许家馨等译，法律出版社2006年版，第39页。

[40] 例如，斯卡利亚强调，重要的不是立法者想要表达什么，而是立法者实际表达了什么，因为“人们可能意指他们想意指的，但只有他们制定的法律才约束我们”。See Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton: Princeton University Press, 1998, p. 17.

[41] 关于适用意图与立法目的的区别，参见[美]安德瑞·马默：《解释与法律理论》，程朝阳译，中国政法大学出版社2012年版，第191页以下。也有学者将其分别称为“具体意图”与“抽象意图”。See Richard H. Fallon Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, 100 *Harvard Law Review* 1198 (1987).

[42] See Aileen Kavanagh, *Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation*, 47 *American Journal of Jurisprudence* 266 (2002).

[43] 参见陈坤：《所指确定与法律解释》，《法学研究》2016年第5期，第126页。

[44] [德]伯恩·魏德士：《法理学》，丁晓春等译，法律出版社2013年版，第341页。

意的，即对立法者与现代民主制度的尊重。正如罗伯特·博克所言：“如果法官逾越其角色，完全通过新的价值来解读宪法，那么立法者与批准者就没有任何价值了，法官也由此剥夺了人民的自由。”〔45〕

（三）意义实在论与真实意义

文义可能性与立法意图之外的另一种区分标准，建立在意义实在论的基础上。在大卫·布林科、迈克尔·摩尔等人看来，传统的语义学理论是一种意义惯习论，该理论认为词语的意义取决于人们在习惯上赋予该词的描述性特征，混淆了“某个词语的意义”和“人们关于某个词语意义的信念”，导致像哈特这样的学者误以为在所谓“开放结构”中，相关的法律问题缺乏正确答案。〔46〕在布林科等人所支持的意义实在论看来，即便在语言的开放结构中，或者说即便在缺乏稳定的语言习惯来判断某个一般法律词项是否适用于某个对象的情况下，相关的法律问题仍然可以存在正确答案，因为意义与所指是由相应事物的本质属性决定的，语言习惯决定的仅仅是人们关于意义与所指的信念。例如，“有毒物质”一词是否适用于某种特定的物质，取决于这种物质是否真的有毒，而不取决于人们——不管是立法者，还是一般公众——是否认为它有毒。意义实在论不仅支持探究真实意义的解释立场，而且支持一种特定的解释概念，即解释是揭示意义的活动，而不是揭示人们关于意义的信念的活动。既然存在真实意义，那么不以揭示真实意义为目标的活动，就不能被合理地称为解释，即便它们看起来像在解释。

如果某个一般词项的确存在真实意义，那么揭示它的真实意义的确可以算作一种解释活动。例如，对于某个规范中的“有毒物质”，人们从当前最权威的从而最有可能是正确的科学理论出发来考察它是否包含某种物质。但是，这并不意味着，在存在真实意义时，只有揭示真实意义的活动才是解释。例如，在以“西红柿是不是水果”为争议焦点的尼克斯诉赫登案中，尽管“水果”指称自然种类，存在真实意义，但美国联邦最高法院的大法官一致认为，不应当采纳“水果”的植物学含义，而应当采纳通常含义。〔47〕类似的例子还有日本的“狸貉异同案”。在该案中，尽管被捕获之“貉”在动物学上属于日本狩猎法相关条文所称之“狸”，但法院仍以当地语言习俗为准，将它们予以区别。〔48〕也许有人会认为这些案例中的解释结论是不妥当的，但很难认为它们根本不是解释。这是因为，相较于规约性意义或说话者意义，词语的真实意义并不具有天然的重要性。真实意义是否重要，取决于实践需要。具有真实意义的词语，通常是那些指称自然种类或道德种类的词语。〔49〕自然种类词语的真实意义，对于那些旨在揭示事物本质属性的自然科学活动来说是重要的，但司法裁判的目标并不是认识世界，而是使世界符合立法者的规划。道德种类词语的真实意义，对于那些旨在揭示正确道德原则的活动来说是重要的，但在法律实践中，道德正确性并不是唯一重要的事情。既然词语在存在真实意义的同时，还可以存在规约性意义与说话者意义，真实意义又并不具有天然的重要性，也就没有理由将其作为区分标准。

当然，这并不意味着真实意义总是不重要。真实意义由事物的本质属性决定，而事物的本

〔45〕 Robert H. Bork, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, New York: Simon & Schuster, 1990, p. 311.

〔46〕 See David O. Brink, *Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review*, 17 *Philosophy & Public Affairs* 112 (1988); 前引〔7〕, Moore文, 第291页。

〔47〕 See *Nix v. Hedden*, 149 U.S. 304 (1893).

〔48〕 在该案中，某猎户在狸的猎期外捕获两只当地向来称为“貉”但在动物学意义上属于“狸”的动物，引发了它们是否为日本狩猎法相关条文中所称之“狸”的争论。参见前引〔35〕, 杨仁寿书, 第102页以下。

〔49〕 除了自然种类、道德种类外，摩尔还提出过功能种类。但是，将“功能”作为事物的本质属性会产生严重的不确定性。对此问题的进一步讨论，参见前引〔43〕, 陈坤文, 第115页。

质属性要由最新的科学与道德理论来加以揭示。这使得法律可以克服立法者因时代局限而产生的信念错误，对不断取得的经验知识与道德知识保持开放。

（四）实质性理由与合理意义

在法律解释的过程中，人们经常会提出一些并不指向规约性意义、说话者意义或真实意义的实质性理由，包括基于平等、自由等实质性道德价值的论点，以及基于社会后果的论点。^[50] 在一些学者看来，此种做法仍然在解释的范畴之内。例如，拉伦茨提到，解释应当考虑“包含在法秩序中的法律原则”、“正义的命令（受相同评价的事物应受相同处理）要求”等；^[51] 我国学者杨仁寿、梁慧星、王利明等均将从社会后果出发进行的论证称为“社会学解释”。^[52] 建立在这些实质性理由上的解释结论，一般可称为法律文本的“合理意义”。

波斯纳的实用主义解释观与德沃金的建构性解释理论，是探究合理意义的典型代表。在波斯纳看来，概念应服务于人的需要，应当在必要时调整法律范畴，以适用“法律以外的社会实践”；在面临“有关制定法解释出现的争议时，实用主义者会问，哪种可能的解决办法后果最佳”。^[53] 德沃金强烈反对波斯纳的后果主义解释进路，但他同样将解释的正确性建立在实质性理由的基础上。在德沃金看来，首先，应当考虑的实质性理由是道德原则，而不是波斯纳所说的社会后果；其次，解释应当满足基本的“符合”要求。为形象阐明自己的进路，德沃金将法官的解释活动类比为续写由立法者开篇的连环小说，他认为续写者既要保证角色、剧情、主题的一致性，也要尽力使正在进行中的作品成为最佳。^[54]

如果解释者在面临解释分歧时，仅仅试图达成“自己相信最佳的实质性后果”，与其说他是在解释，不如说他是在立法，并溯及既往地将其适用到手头案件中。当波斯纳说概念应当符合需要，法律应当根据实践需要调整范畴时，他是对的。但是，通常而言，这些目标不应当由裁判者通过解释和裁判来实现，而应当由立法者通过民主审议的立法程序来实现。正是看到了这一点，德沃金强调：“赫克勒斯并非在试着达成自己相信是最佳的实质性后果，而是在试着找到自己所能找到的对过去立法事件之最佳证立。”^[55] 换句话说，如果赫克勒斯完全不考虑过往的立法史，他就不是在解释法律，而是在修改法律；或者用德沃金的类比说，他不是续写小说，而是重开新篇。

不过，德沃金所说的“符合”，同样不能够合理地将解释与续造区分开来。首先，德沃金所说的“符合”并不是指具体的解释结论符合立法史材料，而是指推导出解释结论的原则应当符合立法史材料，即这些原则能够用来阐明过去的人们为什么会做出这样或那样的规定或判决。由于任何原则都不能阐明所有的立法者材料，总有一些规定或判决会被视为错误而受排除。但是，在通常的方法论理论中，为了维持体系一致性而排除某些规定或判决就已经是在续造了。其次，德沃金所说的“符合”无法真正有效地约束法官。无论在构造原则时，还是在

[50] 在麦考密克和萨默斯梳理的11种基本解释论点中，有一些指向（或可以合理地理解为指向）规约性意义、说话者意义或真实意义，也有一些很难被合理地理解为指向其中任何一种意义，如其中的“一般法律原则论点”、“实体理由论点”。See Neil MacCormick & R. S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Aldershot: Dartmouth, 1991, pp. 464-474.

[51] 前引〔2〕，拉伦茨书，第221页。

[52] 参见前引〔35〕，杨仁寿书，第130页；前引〔15〕，梁慧星书，第230页；前引〔16〕，王利明书，第440页。

[53] [美]理查德·波斯纳：《超越法律》，苏力译，北京大学出版社2016年版，第350页。

[54] 参见[美]德沃金：《法律帝国》，李冠宜译，时英出版社2002年版，第237页以下。

[55] 同上书，第344页。

排除“错误”的立法史材料时，或是在决定“符合”需要达到何种程度时，法官都有充分的自由，而区分解释与续造的一个重要动因，就是对法官行为进行制度性的约束。

波斯纳与德沃金遇到的问题并不专属于他们，所有从实质性理由出发的论证都会遇到这些问题。其一，存在不同的实质性理由，每个理由对于合理意义的贡献应占多大的比重很难确定。正是在这个意义上，在德沃金的“符合”与“证立”要求之间很难进行理性权衡；^[56]其二，即便只考虑某个特定的实质性理由，如波斯纳所说的“最佳后果”，也很难确定哪种理解方案更能促进它的实现。就此而论，不宜一般地将从实质性理由出发的论证，或者说对合理意义的探究，纳入解释的范畴。反过来，也不宜将所有探究合理意义的活动一概视为续造。在合理意义的背后，是法律的合目的性价值。正如哈特所说：“我们所关心的，是那些为了持续存在而设的社会措置，而不是那些自杀俱乐部。”^[57]也许不同的学者对法律的目的有不同的认识。例如，在德沃金看来，法律旨在证立强制力的实施；^[58]在拉兹看来，法律旨在明确道德的内容。^[59]但是，宽泛地说，法律总是为了一个更加正义、更有效率或更加繁荣的社会而存在的。在此意义上，如果法律文本的意义在某些条件下可以容纳合目的性考虑，将合理意义排除在解释的范畴外就是不合理的。至于法律文本的意义在什么条件下，以及在该条件下为什么能够容纳合目的性考虑，下文将作专门讨论。

四、一个新的复合标准及其证立

在反思已有标准的过程中可以发现，这些标准的背后都隐含着某种有关法治的价值理想，如防止司法专断、保护合理预期、尊重立法者与民主制度、对正确知识的开放性以及法律的合目的性等。已有的区分标准虽然存在种种问题，其背后隐含的价值理想却仍应受到重视。这些标准之所以各有不足，恰是因为单一的标准仅关注了某个特定的价值理想，而忽视了其他价值理想。这就意味着，一个合理的区分标准，应尽可能兼顾上述价值理想。这并非是说合理的区分标准应当最大程度地实现这些价值理想，而是说其应当使得这些价值理想均有机会参与解释活动的权衡程序。

（一）价值理想平衡与新标准的提出

自以赛亚·伯林以来，在道德理论和实践中，有一个问题始终困扰着人们：在不同的价值之间是否可以进行比较和选择，如果可以，应当如何进行理性的比较和选择。^[60]在一些学者看来，不同的价值是不相容、不可通约、不可比较的；^[61]也有一些学者否认价值的不相容性或不可通约性，^[62]或认为不可通约性并不意味着不可比较性。^[63]不管怎样，至少到目

[56] See John Finnis, *On Reason and Authority in Law's Empire*, 6 *Law and Philosophy* 372 (1987).

[57] 前引 [39]，哈特书，第 179 页。

[58] 参见前引 [54]，德沃金书，第 101 页。

[59] See Joseph Raz, *Authority, Law and Morality*, 68 *The Monist* 304 (1985).

[60] 以赛亚·伯林在“两种自由概念”中较早地陈述了价值相互冲突且不可通约的想法。See Isaiah Berlin, *Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 216.

[61] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 321.

[62] 例如，在德沃金看来，价值多元论是误导性的。参见 [美] 德沃金：《至上的美德》，冯克利译，江苏人民出版社 2007 年版，第 186 页。

[63] See Ruth Chang, *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1997, p. 2.

前为止,还没有一个获得广泛认可的理性权衡方案。于是就会产生这样的担忧:将区分标准与不同的价值理想联系在一起,会使得相关问题更加难以讨论。应当承认的是,不同的价值理想之间的确可能发生冲突,且当它们发生冲突时,也很难确定哪一价值应当优先实现。但是,这一难题对于区分标准的讨论并不构成障碍。虽然不同的价值理想很难权衡,但没有哪一个价值理想是应被彻底忽视的。例如,在处理自由与平等的价值冲突时,难以确定的是,对于特定社会来说,究竟应当自由更多一点还是平等更多一点,但可以确定的是,只关注自由从而系统性地忽视平等,或是相反,都不可能符合正义制度的要求。

正因为每一种价值理想都不应被系统性地忽视,一个合理的区分标准应当使得这些价值理想都有机会参与到解释活动的权衡程序中。这也意味着,不应将上述任意一种类型的意义一般性地排除在解释的范畴外。对于特定类型的意义来说,只有探究它的活动可以算作解释,支持该种意义的价值理想才有可能进入权衡程序。

在文义可能性标准的背后,是防止司法专断与保护合理预期的理想。严格来说,防止司法专断并不需要以文义可能性作为区分标准,只需要在解释与续造之间划定一条较为明确的界限。人们之所以长期将文义可能性标准作为区分标准,不过是因为文义可能性能够提供一个适当的界限。然而,正如前文指出的,文义可能性有两种不同的理解:以规约性意义为核心的文义可能性与以公共理解为核心的文义可能性。如果以规约性意义为核心的文义可能性作为标准,将使得除防止司法专断与保护合理预期之外的价值理想被系统性地忽视。以公共理解为核心的文义可能性(预测可能性)又由于弹性过大、个别化因素过多,无法成为具有充分主体间性的标准。

为了使其他价值理想均有机会在解释活动中获得权衡,在确保所作解释不会严重冲击合理预期价值的前提下,一个妥当的标准应当允许解释超出规约性意义。对于尊重立法者与民主制度、对正确知识保持开放性价值而言,这意味着应当将探究说话者意义与真实意义的活动视为解释。对说话者意义的考虑不会严重冲击合理预期价值,这是因为相应的理解仍在合理的预测范围内。某些理解虽然超出规约性意义,但仍未超出预测可能性,正因为它反映了说话者意义。例如,将“盗窃金融机构内的办公用品”排除在“盗窃金融机构”之外,虽然超出了规约性意义的范围,但有理由认为这正是立法者所要表达的意思,因而不会令人“大吃一惊”。对真实意义的考虑之所以不会严重冲击合理预期价值,是因为存在不同于规约性意义的真实意义,意味着此时规约性意义是建立在错误的经验或道德知识的基础之上的,而这一事实削弱了相应的公众预期的合理性。对于合目的性价值来说,情况特殊一些。如果一概将对合理意义的探究视为解释,将严重冲击合理预期价值,下文将对此进行详述。

综合上述讨论,可以提出一个复合标准来划定解释的边界。一个探究法律文本意义的活动是解释,当且仅当它:(1)是探究法律文本的规约性意义、说话者意义或真实意义的活动;或(2)当不存在规约性意义时,是探究法律文本的合理意义的活动。

基于这一标准,当存在规约性意义时,探究法律文本的合理意义属于续造而非解释,但探究法律文本的说话者意义或真实意义仍属解释,即便由此得出的结论超出以规约性意义为核心的文义可能性的范围。为了明确并证立该标准,下文具体讨论其中涉及的规约性意义、说话者意义、真实意义与合理意义。前三种意义属于实然意义,对这三种意义的讨论,将在澄清其各自内涵的基础上,重点回答什么样的活动可以算作探究这些意义的活动。合理意义属于应然意义,相关讨论将在明确它的四种具体类型的基础上,重点回答探究这种意义的活动何以可能成

为解释。

（二）规约性意义、说话者意义与真实意义

规约性意义是指，一个语言共同体中的人们，在交流中普遍遵循的一些语言的或非语言的规则所决定的意义。规约性意义有时也被称为“字面意义”或“通常意义”，但严格说来，又并不等同于字面意义或通常意义。字面意义是去语境的，是“仅仅依据词典定义、句法规则以及其它关于句子的意义是如何从其要素中组合而成”而得出的意义，^[64]而规约性意义并不是完全去语境的。规约性意义可以考虑某些语境因素，只要这些语境因素已经被规约化了，或者说已经成为语言共同体中的人们的共享假定了。例如，虽然“法律”一词的外延有时并不明确，但在同“宪法”等词一起出现时，一般指狭义的法律。规约性意义也不同于通常意义。通常意义是对一般公众显明的，而规约性意义既包括对一般公众显明的一般规约性意义，也包括不对一般公众显明的特殊规约性意义，如为特定行业或领域的人们所熟知的意义。

基于对规约性意义的上述理解，能被合理地认为是在探究法律文本的规约性意义的活动主要有：（1）查阅普通词典、专门词典或其他权威出版物中对特定词语的界定。例如，在一件有关邮票的诉讼中，法官通过查阅邮票类专业词典来解决就“首日实寄封”这一专业概念产生的分歧。^[65]（2）通过考察口头或书面交流实践来总结人们使用某个词语的语言习惯。这里的语言习惯既包括一般公众的语言习惯，也包括特定行业或领域中的语言习惯；既包括人们关于某个词语是否适用于特定情况的习惯，也包括词语的搭配习惯，如上面所说的“法律”和“宪法”等词语并用的习惯。（3）通过查阅相关法律材料或权威性的法学文献，获取关于法律术语专门意义的通说或共识。（4）其他探究规约性意义的活动，如内省性的直觉反思、社会学调查等。

说话者意义是指基于适用意图的意义。适用意图是指立法者关于特定规则或一般词项的适用范围意图，以及更具体的关于某类对象是否在特定规则或一般词项的适用范围之内的意图。适用意图不包括作为规范目的的立法目的。基于立法目的的意义是一种合理意义，而非说话者意义。说话者意义是在综合考虑各种因素之后“实际上说了什么”，而非从某个特定的目的出发“应当说什么”或“想说什么”。

探究说话者意义实际上也就是考察适用意图的过程。这一考察同样可以采取多种方式进行，主要有：（1）通过考察上下文语境来判断适用意图。例如，我国刑法第328条规定：“……有下列情形之一的，处十年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金或者没收财产：……盗掘确定为全国重点文物保护单位和省级文物保护单位的古文化遗址、古墓葬的。”结合刑法第324条第1款的规定，即“故意损毁国家保护的珍贵文物或者被确定为全国重点文物保护单位、省级文物保护单位的文物的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金”，第328条中的连词“和”应当理解为“或”。这一考察往往预设了交流活动的一般性语用规则，如格赖斯所说的合作四准则，^[66]以及立法作为一种沟通行为的特殊语用规则，如“法不赘

[64] Richard H. Fallon Jr., *The Meaning of Legal “Meaning” and Its Implications for Theories of Legal Interpretation*, 82 *The University of Chicago Law Review* 1245 (2015).

[65] 参见王建国与北京国脉商贸中心等买卖纠纷上诉案，北京市第一中级人民法院（1998）一中民终字第590号民事判决书。

[66] 格赖斯合作四准则分别为量的准则、质的准则、相关准则与方式准则。参见[美]H. P. 格赖斯：《逻辑与会话》，载[美]A. P. 马蒂尼奇主编：《语言哲学》，牟博等译，商务印书馆1998年版，第300页以下。

言”，“法律不做无意义的次序编排”等。(2) 通过历史考察来判断适用意图，包括考察立法讨论记录等正式立法材料、法律起草者的文章等非正式立法材料、法律草案变迁史以及立法沿革史等。例如，梁慧星通过考察合同法（已废止）第 286 条“从设计、起草、讨论、修改、审议直至正式通过”的全过程，指出建设工程价款“优先受偿”的权利应解释为法定抵押权。^[67] 此外，适用意图还可以通过立法时一般公众共享的信念及语言习惯推定。(3) 基于常理的推定。有些时候，从常理出发可以推定立法者具有某种适用意图。例如，基于禁止“在禁区附近玩耍”，可以推定它包括禁止“在禁区内玩耍”。这一推定需要满足两个条件：首先，如果不作这一推定，将导致得出明显荒谬的结果；其次，从一般性的语言交流习惯以及特定的立法事实出发，可以解释为什么相关条文没有使用更好的表达方式。

关于真实意义，首先需要明确的是，不是所有的一般词项都具有真实意义。只有那些指称自然种类与道德种类的一般词项才有真实意义，指称纯粹的名义种类或功能种类的一般词项并无真实意义。真实意义是由相应事物的本质属性所决定的意义，具有真实意义的一般词项是否适用于某类对象，也应根据本质属性来判断。例如，在最高人民法院发布的 13 号指导性案例中，法院根据氰化钠“易致人中毒或者死亡，对人体、环境具有极大的毒害性和极度危险性，极易对环境和人的生命健康造成重大威胁和危害”，判断它属于刑法第 125 条第 2 款所规定的“毒害性”物质。^[68]

对于指称自然种类的一般词项来说，真实意义相对容易获知。人们不仅可以通过查证相关学科或领域的经验知识来获知，也可以通过归纳那些该一般词项可以适用的事物共同具有的描述性特征来获知。例如，对于宪法第 9 条和民法典第 250 条规定的“自然资源”，可以通过考察已经列举的矿藏、森林、山岭、草原、荒地等，总结出它们具有“自然生成”“有限”“可用”等共同特征。因为法律领域内的自然种类的本质属性，并不严格依赖于自然规律，对于哪些词项可以算作指称自然种类的一般词项，可以适当放宽把握。例如，像“新药”“债券”“计算机信息系统”这样的范畴，只要能够总结出共同特征，都可以视为自然种类，相应的一般词项也都可以视为具有真实意义，通过考察这些事物的共同特征来探究相应一般词项意义的活动，都可以算作解释。

对于那些指称道德种类的一般词项来说，其真实意义往往存在更多争议。对道德种类一般词项的真实意义的探究，不可避免地要进行道德论证。例如，在谈到美国宪法关于禁止残酷刑罚的规定时，格林伯格等指出，宪法所禁止的是那些“的确”残酷的刑罚，而不是那些 1791 年人们认为残酷的那些刑罚。^[69] 但是，对于哪些刑罚是“残酷的”，人们往往有不同的认识。这一问题并不像哪些物质具有“毒害性”、哪种疾病具有“传染性”那样，可以取决于相关学科的最新知识。道德种类也不像自然种类那样存在共同的描述性特征，即便有，也不能直接将它们作为本质。对于道德种类来说，最重要的不是描述性特征，而是人们的评价性态度。例如，对于鞭刑等残酷刑罚来说，重要的不是这些刑罚是什么样子的，而是它们为什么在道德上是错误的，并因此应被禁止。道德概念来源于人们对事物的评价性归类，以及通过相应的词语来表达他们对于某些事物的喜爱或厌恶的情感、赞同或拒绝的态度，或对某些行为模式的建议

[67] 参见前引 [15]，梁慧星书，第 204 页。

[68] 参见王召成等非法买卖、储存危险物质案，最高人民法院指导性案例 13 号（2013 年 1 月 31 日发布）。

[69] See Mark Greenberg & Harry Litman, *The Meaning of Original Meaning*, 86 *Georgetown Law Journal* 607 (1998).

或反对。探究道德种类一般词项的真实意义，需要反思人们为什么要做出相应的评价性分类，以及怎样才能更好地实现这一分类的旨趣。

（三）作为一种应然意义的合理意义

合理意义不是法律文本实际具有的某种意义，而是人们基于特定的实质性理由认为法律文本应当具有的意义。通常认为，法律解释旨在回答“法律文本的意义是什么”，而非“法律文本的意义应当是什么”，探究合理意义的活动何以能够称为解释，就成为一个有待回答的问题。为了回答这一问题，需要对合理意义进行更为细致的考察。根据所立基的实质性理由，合理意义可以区分为四种不同类型：基于立法目的的意义、基于内在道德的意义、基于外在道德的意义，以及基于社会后果的意义。

基于立法目的的意义中的“立法目的”，既包括“客观目的”，也包括“主观目的”。所谓客观目的，是指从当下的视角看，证成相关法律规定的理由；所谓主观目的，是指立法者在制定相关法律规定时希望达成的目的。前者一般通过考察相关法律规定的制度背景以及它所能解决的社会问题来揭示，后者则一般通过考察相关的立法材料来揭示。基于客观目的的意义很明显是一种应然的合理意义，而非实然的说话者意义，它说到底理性的立法者应当希望实现的目的，而非现实的立法者实际上希望实现的目的。基于主观目的的意义同样是一种应然的合理意义。要想从立法材料中推断立法者的主观目的，必须假定立法者是理性的。但是，任何理性的立法者都不可能只考虑某一特定目的，而完全置之竞争的其他目的于不顾，也不会有任何理性的立法者完全不考虑法律的一致性、易接近性、安定性、完备性等“内在道德”。也许立法材料能够说明，立法者在某个具体的规定中，究竟旨在实现何种目的，但无法说明立法者将这些目的放在多么重要的位置上，以及在多大程度上会为了法律的一致性等内在道德而折中这一目的的实现程度。对后面这些问题的回答，本质上离不开关于不同目的之间应当如何权衡等问题的实质判断。这使得基于这些回答的解释与其说是历史上真实立法者的说话者意义，倒不如说是解释者重构的有着特定道德立场的理性立法者的说话者意义。正因为此，像亨瑞·哈特、阿尔伯特·萨克斯这样的法律解释问题上的目的主义者，将制定法理解为“理性的立法者试图通过理性的手段追求理性目的的产物”。^[70] 如果不回答这些问题，直接将某个规定的特定理解建立在立法者旨在实现的目的的基础上，该理解显然不是真正的说话者意义，而是基于该目的的应然意义。

基于一致性等法律的内在道德的意义，不能同基于体系性预设的说话者意义相混淆。人们可以并经常通过考察上下文语境来探究适用意图，在这种考察中，经常需要采纳某些体系性预设，如前后一致的预设。虽然都涉及前后一致，对于说话者意义来说，前后一致仅是一个缺省的假定，随时可以通过其他证据推翻。对于合理意义来说，前后一致是一个本身值得追求的目标。它可能被其他目标所压倒，但不会被任何经验性的证据所推翻。

如果说基于内在道德的意义容易与基于体系性预设的说话者意义相混淆，基于外在道德的意义则容易与道德种类一般词项的真实意义相混淆。在这两种意义的探究中，都需要进行道德论证。它们的不同主要在于，基于外在道德的意义不局限于道德词项。例如，在许霆案中，可以从刑法谦抑性或其背后的宽容价值出发，论证许霆的行为不应当属于盗窃，但“盗窃”并不是一个道德词项。更重要的是，道德词项的真实意义受制于人们习惯上用该词项所指称的事

[70] See Henry M. Hart Jr. & Albert M. Sacks, *The Legal Process*, Minnesota: Foundation, 1994, p. 1378.

物,相应的道德论证也围绕着特定的评价性分类的要旨进行。例如,在探究“残酷”的真实意义时,首先要考察哪些行为在习惯上被视为残酷的,然后反思它们为什么会被视为残酷的,人们通过谈论残酷能够实现什么样的价值等问题。基于外在道德的意义则不受制于语言实践,相应的道德论证也不是围绕特定评价性分类的要旨进行,而是从其他价值出发思考应当如何调整这一分类,就像在上例中人们对“盗窃”一词的认识那样。

基于社会后果的意义,是指在考量不同的理解可能带来的一般性社会后果的基础上所采纳的解释。^[71]例如,在知假买假类案例中,有学者主张,为了防止假冒伪劣商品继续投入市场,应当将知假买假的行为纳入消费者权益保护法第2条所说的“为生活消费需要购买商品”。^[72]再如,针对民法通则(已废止)第93条规定的“没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损失进行管理或者服务的,有权要求受益人偿付由此而支付的必要费用”,有学者认为,为鼓励大家帮助他人、管理他人事务,应当将因管理活动受到的损失纳入“必要费用”的范围。^[73]

厘清四种具体的合理意义后,下一个问题是,为什么在缺乏规约性意义时,探究合理意义的活动属于法律解释。首先看“在缺乏规约性意义时”这一限制条件。之所以要加上这一限制条件,是因为只有如此才不至于对合理预期的价值造成太大冲击。实际上,四种合理意义中的每一种,都容易招致客观性疑虑以及由此产生的赋予法官过大自由的隐忧。例如,对于基于立法目的的意义,萨维尼担忧其会使法官的评价空间太大,因此要“谨慎从事”;^[74]对于基于内在道德或外在道德的意义,不少学者从价值的不可通约性出发,否定人们在不同的道德理由之间可以理性权衡;对于基于社会后果的意义,有学者指出社会后果具有无法预测性。^[75]虽然不能一般地认为合理意义缺乏客观性,但人们在相关问题上的确存在广泛的分歧。^[76]在此情况下,如果一般地允许对合理意义的探究,那么法官随时可以根据这四种合理性意义中的一种来排除规约性意义,从而使合理预期的价值丧失殆尽。此外,合理意义是一种应然意义,而非实然意义,只有将探究合理意义的活动限制在规约性意义的范围内,才不至于模糊作为法律发现者的法官与作为法律创造者的立法者的角色分工。既然如此,为什么不彻底将合理意义排除在外呢?毕竟,从概念上说,法律解释是在明确法律文本的意义是什么,而非法律文本的意义应当是什么。这一问题可以分为两个层面:第一个层面是为什么应当将这一活动算作法律解释,对它的回答涉及将该活动算作法律解释的“好处”;第二个层面是为什么能够将这一活动算作法律解释,对它的回答涉及法律概念的特殊性。

在没有规约性意义时,对合理意义的探究应当算作解释,大致说来,出于三个重要的理由。首先,在没有规约性意义时,对合理意义的考察,不会对合理预期的价值造成太大的危害。正如哈特所说:“在法律未完整规范的案件中,并没有清楚的既存的法律来正当化行为人的期望。”^[77]其次,有些法律概念,除了没有规约性意义外,也没有说话者意义与真实意义。

[71] 对于不同后果的区分,参见雷磊:《反思司法裁判中的后果考量》,《法学家》2019年第4期,第18页以下。

[72] 参见王利明:《法律解释学导论》,法律出版社2017年版,第448页。

[73] 参见前引[15],梁慧星书,第163页。

[74] 参见前引[26],萨维尼书,第171页。

[75] See David Nelken, *The Limits of the Legal Process*, London & New York: Academic Press, 1983, pp. 36-37.

[76] 参见[英]尼尔·麦考密克:《修辞与法治》,程朝阳等译,北京大学出版社2014年版,第158页。

[77] 前引[39],哈特书,第257页。

例如，上文提到的无因管理中的“必要费用”，对于“必要”一词，立法者并没有明确的适用意图，否则就没有必要采用这样一种抽象的表达了。在这一问题的回答上，同样没有聚合性的语言实践或客观的事物本质可以依赖。同样的例子还有，民法典第303条中两次出现的“重大理由”。实际上，几乎所有抽象的非道德种类词项，都既缺乏说话者意义，也缺乏规约性意义与真实意义。对于采用这些词项的法律规定来说，法官只有在探究合理意义的情况下才能得出妥当的理解。最后，如果完全不考虑合理意义，法律的合目的性价值就会被彻底排除在法律解释的权衡程序之外，从而削弱法律的正当性与合理性。正是在这个意义上，麦考密克与萨默斯强调，解释程序中必须容纳对各种基本价值的反思，作为解释者的法官也应自觉培养恰当平衡这些基本价值的意识。^[78]

在缺乏规约性意义时，探究合理意义的活动之所以能够算作解释，根本原因在于法律概念具有特殊性。这一特殊性使得表达法律概念的一般词项的意义是什么，在一定程度上取决于它的意义应当是什么。法律概念是为了达成某些社会目标而引入或新创的。为了实现某个社会目标，立法者通过某个法律概念将某些事实状态与特定的法律后果联系起来。例如，为了保障社会利益和其他合法权益免受不法侵害，鼓励公民与不法侵害作斗争，立法者通过“正当防卫”的概念，将制止正在进行的不法侵害这种行为模式与不负刑事责任这一法律后果联系起来。这使得法律词项具有了刻画世界的面向，即人们可以根据某些识别标准将特定的对象归属到相应的法律概念下。例如，根据某个伤害行为发生的时间（不法侵害正在进行时）、对象（针对不法侵害者本人）、动机（为了防卫）等特征，认为它属于“正当防卫”；这也使法律词项具有了指引行为的面向，即某个对象可以被归属到某个法律概念之下，是赋予它特定法律后果的理由。^[79]例如，某个伤害行为属于“正当防卫”，是行为人不负刑事责任的理由。

这两个面向不是相互独立的。对于那些新创的法律概念来说，它的识别标准从一开始就是在考虑法律后果的情况下确立起来的。例如，“正当防卫”的识别标准，是在思考什么样的行为不应受到刑罚制裁这一问题的基础上确立下来的。对于那些引入的概念来说，虽然已有较为稳定的识别标准，但它们之所以被选择，正是因为依据已有的识别标准，被归属到这些概念下的那些对象应被赋予特定的法律后果。此外，已有的识别标准也经常会随着关于哪些对象更应被赋予特定法律后果的思考，而被调整或精确化。就此而论，事实状态与法律后果之间的联系从来不是单行道。人们不仅根据某些事实状态可以归属到某个法律概念之下，决定赋予它相应的法律后果，而且根据它是否应当被赋予某种法律后果，思考它是否应当被归属到某个法律概念之下。当然，不能仅根据一个对象应被赋予特定的法律后果，就将它归属到某个概念之下，这会严重冲击法律概念的公共性与稳定性，而公共性与稳定性是人们能够通过概念将某些事实状态与法律后果联系起来的基本前提。但是，任何概念都不是绝对清晰的。与某个概念相关的规约性语言习惯，不可能精细到可以用来判断每一个对象的归属。这就给人们通过思考某个对象是否应被赋予特定法律后果来判断它的归属留下了空间。是否应当赋予某个对象特定的法律后果，不仅需要考虑相关规定旨在实现的那一特定社会目标，还要考虑包括道德理想在内的其他社会目标，以及法律的一致性 etc 内在价值。正因如此，立法目的、内在道德、外在道德与社会后果，通过法律后果与法律概念的内涵关联在一起，使得基于这些因素的相关思考在一定条

[78] 参见前引 [50]，MacCormick 等书，第 537 页以下。

[79] 当然，这一理由未必是终局性的，因为可能存在反对赋予该对象以特定法律后果的理由。

件下可以成为一种意义探究活动。

结 语

本文提出了一个区分法律解释与法律续造的新标准：一个探究法律文本意义的活动是法律解释，当且仅当它：（1）是探究规约性意义、说话者意义或真实意义的活动；或者（2）当不存在规约性意义时，是探究合理意义的活动。基于这一标准，当存在规约性意义时，探究合理意义的活动属于续造而非解释，但探究说话者意义或真实意义的活动仍属解释，即便由此得出的理解超出了以规约性意义为核心的文义可能性的范围。这一标准在不同的解释立场之间保持中立。它并不关心一般地说或者在具体的个案中，法律文本的何种意义具有优先性。说到底，什么是解释和应当如何进行解释，是两个不同的问题。当然，它们并非两个完全独立的问题。要回答应当如何进行解释，首先需要知道解释包括哪些活动，不包括哪些活动。明确解释与续造的区分标准的动因之一，正是为了能够在此基础上深入思考解释与续造各自的性质与过程，以及它们分别应当如何进行。此外，只有明确地将解释与续造区分开来，才有可能对续造进行更为严格的制度性控制，也才能有效地防止法官以解释之名行续造之实。即便在有些时候，出于个案正义的考虑，法律续造有其必要性或正当性，但在任何时候，都不应当将它与解释混为一谈。

Abstract: The prevailing doctrine of legal methodology distinguishes between legal interpretation and legal renewal, and has taken “the possible semantic meaning” as the distinguishing criterion for a long time. With the development of meaning theory and the deepening of the study of legal interpretation, more and more scholars have realized the shortcomings of this criterion and proposed some new ones. But these new criteria are not satisfactory, for they either have an inappropriate extension, and thus encounter counterexamples, or lack of generality and/or clarity, and thus can't effectively distinguish between renewal and interpretation. A proper criterion should be neutral to different positions of legal interpretation, so that various values related to the rule of law may have the opportunity to participate in the weighing process of legal interpretation. Based on reflections on criteria that have been proposed, a composite criterion can be advanced: an activity that explores the meaning of a legal text is interpretation, if and only if: (1) it is an activity that explores the conventional meaning, the speakers' meaning, or the true meaning of the legal text; or (2) when conventional meaning does not exist in particular cases, it is an activity to explore the reasonable meaning of the legal text.

Key Words: legal interpretation, legal renewal, the possible semantic meaning, legislative intent, value weighing
