

法学讲坛

《法律解释学》的内容框架与写作场景

张志铭

(中国人民大学 法学院, 北京 100872)

摘要: 法律解释学是关于法律解释现象的系统理论认知和学科知识体系。法律解释学的内容架构涉及法律解释原理、法律解释技术和法律解释制度三个部分。对法律解释原理的探究, 需要基于法律解释的操作定义, 对“什么是法律解释”这一问题作全面深入的追问。法律解释技术是在操作意义上具体回答在法律实践尤其是个案裁判中如何解释适用法律的问题, 涉及法律解释方法的获得, 以及运用解释方法提出、择定和展示解释主张的操作。法律解释制度则要联系中国现状在体制上反思和回答谁有权解释法律及解释的权威性问题。对法律解释学的研究, 应该内嵌或关联于由认识论发展、法学学科演进、法治发展以及司法裁判证成等组合而成的一个完整的理论和实践场景之中。

关键词: 法律解释学 法律解释原理 法律解释技术 法律解释制度

中图分类号: D920.5 **文献标识码:** A **文章编号:** 1004-9428 (2016) 01-0145-10

2015年出版的《法律解释学》一书是在1998年我的博士论文的基础上修订而成的, 原书名为《法律解释操作分析》。由于我是做理论的, 因而特别青睐“操作分析”这样一个概念。我做理论这么久有个非常强烈的愿望, 即希望理论能落地生根。我在1993年前后当代中国的律师业研究中就已经有了这种愿望。浙江人特别强调“知行合一”、“学以致用”, 而在自己的学术生涯中沉湎于“形而上”的理论是比较少的。所以我当时也有很强的理论冲动, 从1998年开始做律师业和律师制度, 使自己之前形而上的思考逐渐归于具体制度和规范层面。随后由法律职业逐渐推进到司法改革, 最近由司法改革转向法治化治理问题以及人权和宪政方面的思考。当然, 法理学“形而上”的思考一直没有中断。我自身的分析进路是从概念切入。从概念切入是法理学应有的思考逻辑, 也正是基于这种思考, 自己逐步完成了如今的学术构图。我想学术正如同开荒种地, 而今回头一看, 曾经的一小块一小块现在已经变成了一片一片。最近, 应出版社要求, 在做转型中国的法治化治理研究, 自己一二十年的跟踪研究基本能支撑起这样一个主题。

作者简介: 张志铭, 中国人民大学法学院教授、博士生导师、教育部“长江学者奖励计划”特聘教授。

* 本文系安恒捷博士生根据张志铭教授于2015年10月28日在中国人民大学法学院首次“新书分享沙龙”的讲座录音整理而成。

虽说这本书成型于1998年，但它并不完全是旧的，可以说某些意义上它也是很新的。在人大这些年，围绕着法律解释学课程的开设，在学生与老师的交流中，在教学相长的过程中，法律解释学的概念框架逐渐明晰。当然，本书在方法论层面仍然有一定的完善空间。我从国家检察官学院到人民大学，这本书基本上一直处于售罄状态。

本书的修订和再版经历的过程很长。这本书叫做《法律解释学》，相较于曾经的《法律解释操作分析》，结构更成体系，也自然更加系统，更注重教学的目的性和知识结构的完整性，是关于法律解释的一种系统的知识，因而更像一部学术著作。本书的基本观点也仍然延续了《法律解释操作分析》的内容。现在回过头看，自身的很多学术思考，比如法律解释、表达自由、法律职业、裁判事实与证据、法律体系、法治等等，都是在那个时期之后才慢慢饱满起来。

一、法律解释原理

（一）概念解析

法律解释学的内容框架主要包括三个部分：法律解释原理、法律解释技术和法律解释制度。法律解释原理涉及法律解释的基本认识。总体而言就是一个问题，即什么是法律解释。具体而言，从五个方面切入探讨这一问题，即谁解释、解释什么、何时解释、为什么解释以及如何解释。这些都是法律解释最基本的问题。这些基本理论，本质上是法律解释概念的展开。我们要把握一个对象，概念是最重要的。从原理层面讲，概念最终内化为一个问题，就是“什么是”的问题。法理学最核心的问题也是“什么是法律”这一问题。对这一问题，既可以做最宏大和复杂的回答，也可以做最简单的定义式的回答。因此，从探讨和认知的角度上讲，对概念和理论的把握，应当从定义切入。这个定义，一定是操作（工作）性定义。具体到“什么是法律解释”的问题，我认为法律解释就是解释者对法律文本意思的理解和说明。理解是内心把握，说明是外在展示。基于此，展开五个方面的内容，这五个问题正对应着解释主体、解释对象、解释场合、解释目的和解释方法。概念本身隐含着很多法治实践中的基本问题，其中有很多国内理论界都没有清晰明确的认识。有趣的是，这些都是中国法治建设中需要认真对待的问题。比如解释主体，即谁有权解释的问题。最高法院三令五申强调除了它之外谁都不能作出司法解释，而我们的研究表明，法官裁断案件就必然解释法律，这就出现了实践与制度之间的背离。另外，关于解释对象的问题，即解释什么。这涉及我们法学院法学教育中一直忽视的法源论问题。到目前为止，我们关于法律载体的观念主要还停留在国家法和制定法层面上。法律解释的目的则涉及对法律适用的基本要求，比如安定性和妥当性。

（二）操作原理

如何解释法律，主要上升到认识论的层面来展开。因为法律解释是一种认知活动。这就涉及到近现代以来哲学层面上人类认知模式的发展和变化。法学理论界到目前为止的认识论是比较陈旧的，是一种“反映论”、“决定论”、“可知论”。这种传统认知模式已经遭遇了非

常严峻的挑战。比如传统认识论中主客体是截然两分的，但近现代的认识论可能就并不这么简单。我们已经接受了现代哲学的很多观点，但根源还是传统的认识论。比如证据法方面关于证据是否是事实的问题，国内法学界尽管已经引入了近现代哲学关于证据的理论，但仍然没有跳出最原初的“证据是否是事实”这一问题。

就本书而言，法律解释之中存在三个要素，即立法者、法律文本和解释者。考虑到中国的特殊性，有些学者将民众也列为其中的一个要素，但个人认为这在制度上并不合适，因为民众其实是解释者在司法过程中要考量的因素，民众舆情会对解释者的解释产生影响，民众并不是独立因素。基于这三个要素，就形成了三种关于“什么是法律解释”的言说：原意说、文本说、主体说。原意说是当下官方主流的观点，但原意的载体到底是什么？如果以此种方式提问，会发现原意说本身是不清晰的。对此问题的不同回答，产生了“语义原意”说、“历史原意”说和“理性原意”说。现在的立法机关奉行的是一种历史原意说，即立法者制定法律的那一刻赋予法律的意义。而我们主张法律文本的意思是立法者在立法时的认识，但我们却缺乏相应的立法史材料，就导致了现实的困境。而当下各个学科都有相应的解释，虽然可能表述略微不同，但基本跳不出这种构图。

以上各种学说的出现和展示，它们的认识论基础到底是什么？基于这样一个认知模式上的追问，我将其归纳为“统一模式”、“选择模式”和“融合模式”，基本上能完整地概括当下的法律解释认知模式。传统的认识论是一种统一模式，即立法者与文本的含义以及法律适用者的理解是统一的，在“反映论”、“决定论”、“可知论”的前提下进行理解和分析，是一种“一而三”、“三而一”的模式。而“选择模式”认为立法者、文本和解释者这三者并不统一，分裂为“原意说”、“文本说”和“主体说”。法律解释正确与否的决定性因素到底是什么？或者诉诸立法者，或者诉诸法律文本，或者诉诸法律适用主体。这些在法学理论中都有对应。比如主体说，很容易让人联想到英美的“法官造法”。正如美国联邦法院大法官布莱克斯·法兰克福特（Flex Frankfurter）所言，“国会制定的法律仅仅是法律渊源而不是法律本身”。这是整个英美世界司法的核心观念。香港也是基于这样一种传统，立法之后司法说了算，存在一种与大陆法律无法调和的法律文化传统矛盾。在我看来，香港基本法基于特别授权，是不可以与全国人大其他基本法律放在同一位阶上的，否则就没有“两制”，只有“一国”了。跟传统的概念法学不同，“文本说”相较于“原意说”，是基于这样一种立场，即语言不是充分的表意工具，认为语言存在一种“空缺结构”（open texture）。基于此，可以提出追问，即制定法是否可靠？尤其是针对法律疑难问题，之所以疑难就是因为制定法本身没有提供一种确定性。基于这样一种质疑，就形成了选择模式下的各种学说，即原意说、文本说和主体说。更进一步讲，我们谈主体说，正如现象学、语义哲学和哲学解释学的阐述，现实中往往主客观相融合，互为主客体，你中有我，我中有你，因而法律解释不仅仅是立法者的，不仅仅是法律文本本身的，同时也不仅仅是法律解释适用者（法官）的。在这个过程中，这三种因素共同发挥作用。从知识论和认识论的角度看，可以说这种学说是非常充分的。但我们的法学理论和制度实践本身，由于知识论的陈旧，可以说还没有做好准备，或者说还没有这种理论和制度自信去对接这种前卫、先锋的认知观念。正如整个法律秩序建立在人伦秩序

基础之上,而科学发展如克隆技术就应当是有限度的,原因在于人的独一无二、不可替代性,人伦秩序是不能被动摇和破坏的。可以说,到目前为止整个法学界基本是闭着眼睛的,一方面是无力应对(这可能是能力的问题),另一方面则可能是没有勇气面对。正如我1992年做法律关系研究时对这一问题的思考,认为自然相对于人的独特地位已经凸显出来,人与自然的关系绝对不能被人与人的关系所取代。这涉及生态伦理学的问题,法律调整的是社会生活关系而不是社会关系,基于这样一种表述引入了“自然主体”的概念。令人高兴的是,现在环境法学界已经逐渐接受这种观念。古希腊至今讲的诸如“认识你自己”、“人是万物的尺度”实际上都是伦理学意义上的问题。

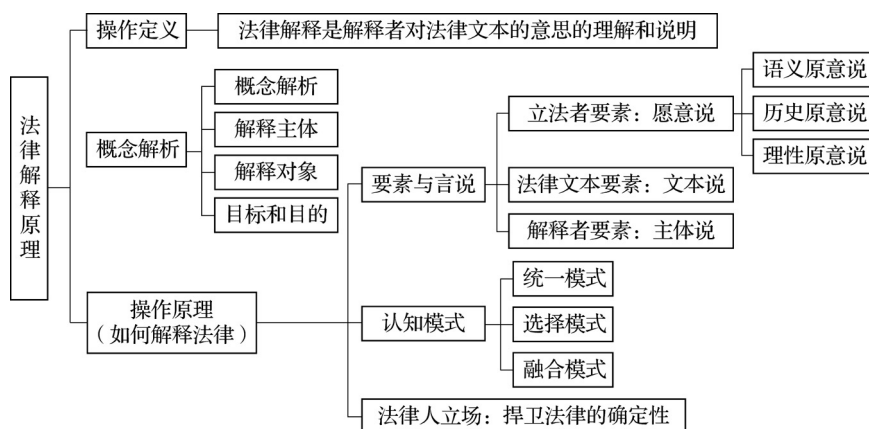
法律认知模式是非常重要的一个问题。这里涉及的其实是法律人的立场——捍卫法律的确定性。在法学界,包括搞法律解释学研究的学者,很多人都在置疑法律的确定性,但是他们不知道这种置疑所带来的结果是什么。现在研究法律解释的某些学者,其实也是在玩弄哲学解释学或者诠释学等概念工具,他们不知道法律解释其实是一种具有强烈规范性指向的活动。从本质上看,法律解释不是比谁解释得更好,而是比谁解释得更加有效。这就源于法律解释的规范指向。而哲学解释学往往玩弄法律语言的不确定这种命题,谈论互为主客体、互为主客观。这些讨论的都是关于解释文本的不确定性问题。

在我看来,近现代法治是建立在法律确定性基础之上的。正是由于法律是确定的、是可靠的,所以它才能为生活提供合理的预期。法律的基本作用归根结底在于为生活提供合理的预期,只有在承认此一前提的基础上才可以进一步谈论生活品质的问题。法治从实质内涵来看首先意味着规则之治。规则之治的最基本价值可以从历时性角度去理解和认知,它最终注重和追求的就是一种有关秩序的价值。在此基础上,后来不仅需要有序而且还需要有其他层次的价值,但是有关何为有品质的秩序一直以来都是有争议的。总而言之,置疑法律的确定性、客观性就是在挖掘法治的根基。如果动摇、摧毁了法治,法律人就是一群荒诞的人。

然而,从事实上来看,法律不确定问题可能更多的是由于取样偏见造成的。比如说很多纠纷并不会进入法院,进入法院的案件被真正界定为疑难案件的却很少。一百件里面只有百分之零点几才可能成为疑难案件,而这类疑难案件从终局意义上而言并非没有办法得到解决。在这种采样偏见之下,从研究的角度切入,我们发现,其实很多学者特别喜欢标新立异。他们看到的往往是法律的不确定性对生活的影响。尽管后来有人发现并提出法律文本、立法原意、主体意愿并不那么确定,甚至法学研究的发展不断将其放大,造成一种好像法律实质上就是不确定的局面,然而就整体而言,生活注定是常态的、规则的、有秩序可循的。

在法学家里面,哈特(H. L. A. Hart)作为一个认真的法学家,他的分析实证进路是值得认真对待的。我个人觉得,法学的本色理应是规范分析。如果不持此种立场,那法学终将是没有根的。在此基础上,我认为我们法律人必须坚持法治,而坚持法治就必须捍卫法律的确定性。但在这个前提下,对传统的法律确定性认识我们又要有有所反省。按照波斯纳(Richard Allen Posner)的观点,传统的法律确定性主要是指涉一种本体论意义上的确定性。这种意义上的“确定性”含义是一种科学意义上的确定性,具有可复现性特征。所谓本体论就是有关存在的命题,比如有人会说“你若不信,我便指给你看”。所谓可复现性指在约定

的条件下某种结果总会出现。例如，只要是在同一个海拔上，水烧到 100 摄氏度（在高原可能 80 度）就会沸腾。概括来看，本体意义上、科学意义上的“确定性”都是结果意义上的确定性。但是最新的研究表明，在有无法律的确定性问题上并不存在“唯一正解”，这尤其体现在法律疑难问题上。主体价值立场的差异，解释主体在解释、适用法律过程中运用方法的多样化以及法律表达本身的不确定性等等都可能导致在一系列法律疑难问题上没有所谓的“唯一正解”。放大来看，就这种立场而言，人类生活中很多活动“确定意义上”的结果并不重要。例如谈及罗尔斯（John Bordley Rawls）讲的“赌博”游戏，谁输谁赢根本无所谓。但是，“盗亦有道”，我们必须承认这其中不正当结果的产生过程依然可以是正当的。讲到这里，英美法传统中强调的程序优位的问题就凸显出来了。按照正当程序的原则，这种程序优位理念就可以有效对接诸如哈贝马斯讲的“交流理性”、政治学里所讲的“协商民主”等概念。它所指的便是这种过程上的正当性。从英国传统的自然正义原则看，自然正义本身便意味着如何对待敌人，如何对待自己。一方面，从对待自己层面来说，自然正义意味着人不能在与自己有利害关系的事项上成为自己的法官；另一方面，从如何对待他人层面而言，自然正义意味着处分他人的生命、财产、自由之前，你要听取他人意见，听取他人评判。顺着这样一种历史脉络，自然正义原则就逐渐演化为一种程序正义理念，并最终实现了程序正义的复活。然而，程序正义理念在中国表现得比较稀薄。其中特别值得关注的是有关法律工具论的论断对程序正义在中国践行所造成的障碍。这种过程正义，最终的落脚点就是要坚持捍卫法律的确定性。面对法律的不确定性问题，我们可以诉诸某种过程的确定性来加以应对，这应当成为法律人的基本关怀。



图一 法律解释原理

二、法律解释技术

法律解释技术就是法律解释方法。在原理层面上，我们从认识论谈到如何解释法律。在操作层面上，就是一个法律解释操作方法的问题。很长一段时间内，法律解释技术被认为就是关于法律解释的方法。

（一）法律解释方法的含义

首先，我们需要追问法律解释方法的确切含义。由于我自身受语言哲学影响比较大，通过搜罗汉语、英语世界里有关“法律解释方法”的定义，我概括出关于法律解释方法的四种含义——法律解释方法就是法律解释的可行路径，是法律解释必须遵守的准则，是提出解释主张的理论形态以及说明解释正当性的研究进路。首先，法律解释的意义取决于它的含义，意义是含义的自然生发。这是从语义学角度出发对语词属性的厘定。但后来的研究表明，语用学对语义的理解完全是不一样的，语用学强调语义是语境的产物。正是在此基础上，我对法律解释方法含义进行了这样一种基于语义的凝练概括。

（二）法律解释方法的获得

针对法律解释方法的概括，我们必须思考法律解释方法的获得问题。我们的教科书总是罗列式地展示诸种法律解释方法，但这些法律解释方法从哪里来却不得而知。为什么解释法律要运用这些方法？这些方法如何获得？这是一个理论上必须要回答的问题。我这里借鉴了《制定法比较研究》（*Interpreting Statutes: A Comparative Study*）这项比较法的成果。该项成果是关于当今世界大概九个国家法律解释的比较法研究，在选点上达到了全面覆盖：英美普通法系国家、拉美国家、中欧国家、北欧国家等等。在九个国家最高法院、上诉法院的解释法律的文件基础上，这些研究首先是递交国别报告，然后在国别报告基础上，研究当今世界解释法律的实践和运用方法。这是高度可信的或者说这是一种文明。我们不能拒绝人类此种司法文明而一味强化意识形态色彩。至于为什么选择上诉法院、最高法院这个问题，原因在于它们在法律统一适用方面有着一种特殊的使命。这项比较法的成果都是由当今世界最有名的比较法学家做出的，比如德国的阿列克西（Robert Alexy），瑞典的法律修辞学专家佩克策尼克（Aleksander Peczenik），美国的萨默斯（Robert S. Summers），英国的麦考密克（D. Neil MacCormick）等等。我借用了他们的研究成果，但在方法上有所提升——提出了“大范围经验”这一概念。近现代以来在方法论上有经验主义和理性主义之分，如英国以培根为代表的经验主义和欧陆以笛卡尔为代表的理性主义。但在我看来，近现代人类的认识论都是理性主义的。在此基础上，我更愿意称之为经验理性主义和逻辑理性主义（欧陆的理性主义实际上是一种逻辑理性主义）。近现代以来，人们总是认为逻辑和经验，事实和价值之间存在一道无法跨越的鸿沟。通过自身多年的法律方法论研究，我认为经验和逻辑之间的鸿沟是可以跨越的。因此，我提出了“大范围经验”这一概念。逻辑最重要的就在于它非经验性的起点。我们可能会追问逻辑的起点从何而来，有人会说是基于信念，但如果这个信念没有经验基础便只是一种幻想。因此，何为逻辑？在我看来，逻辑就是基于一个扎实起点的经验推进。从人类的认知来看，这个扎实的起点来自于经验。大范围的经验加上我们对于经验结果的确信（信念）就是逻辑的起点。可见，逻辑相较于经验的特点在于其对信念的确认。比如，太阳从东方升起是一种经验，人类没有灭亡，不断会有明天，不知道明天太阳还会不会从东方升起。但是直到现在为止，太阳依旧从东方升起，我们不用那么杞人忧天。正是基于到目前为止的这样一种经验感受加上对此种经验坚定不移的确信，我们就可以找到一个逻辑起点。在我看来，真正的逻辑起点应该这样表述——足够大范围的经验，其范围越大，它的可信程度就越

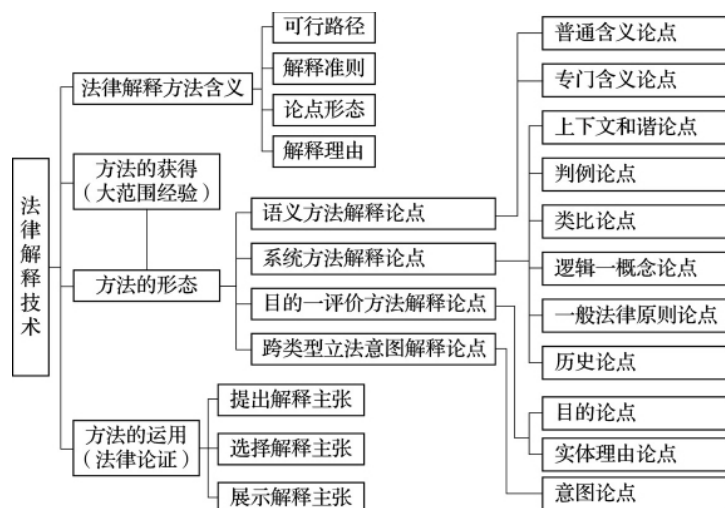
高以至于无须怀疑，这样便可以达到形成一种逻辑确信的地步。实际上在某种意义上，我试图在这里寻求一种认知上整合逻辑与经验的逻辑起点。因此，基于对各个国家最高法院解释适用法律的实践及运用的方法所做的理论概括和总结，这样一项成果是高度可信的。在这方面，我们无须再谈创新，因循传承即可。这就是关于法律解释方法的获得。

（三）法律解释方法的形态

接着法律解释方法获得问题展开讲的就是法律解释方法的形态问题。通过概括，我们发现法律解释方法大致可以分为语义解释、系统解释、目的解释、跨类型立法意图解释四类十一种方法。这是对各个国家解释适用法律实践的总结概括。分析而言，这四类方法呈现为一种由近而远的展开。我们解释法律，首先看法律文本中的语词表达。如果这还不足以解决问题，那我们可以看语词的上下左右。如果这仍然解决不了问题，那我们就考虑语词之外的目的。另外，跨类型意图解释首先必须明确意图的载体是什么，它是一种交错而非独立的行为，而进一步论证法律解释的正当性需要这样一种修辞。

（四）法律解释方法的运用

法律解释方法的运用，就是运用解释方法提出解释主张，运用解释方法择定/选择解释主张，运用解释方法展示解释主张。这与司法裁判说理、司法裁判正当性证明密切相关。这里通过引入法律论证的视角，就形成了一个关于法律解释方法理论的构图。这与传统上对法律解释方法的认识相比范围更广，体系化更强。它主要解决的是司法过程中法律的裁判适用问题。正如我在《法律解释学》一书中提到的，整个关于法律解释操作技术的认识，实际上选取的是司法裁判中的正当性证明这样一个视角，从而构建一种关于法律解释操作方法的体系化理论。其实，从写作的时序看，本书第一章、第二章的内容是写完之后再加上去的。当时写完之后感到意犹未尽，觉得有些问题仍然需要从哲学层面、认识论层面做进一步开掘。总之，法律解释技术是非常体系化的，在很多问题上它与法律解释原理相对应，二者关联性很强。如果没有前面的铺陈，在法律解释技术上的相关处理就会显得非常突兀。当然，这也一定程度上造成了读者阅读的“艰难”。

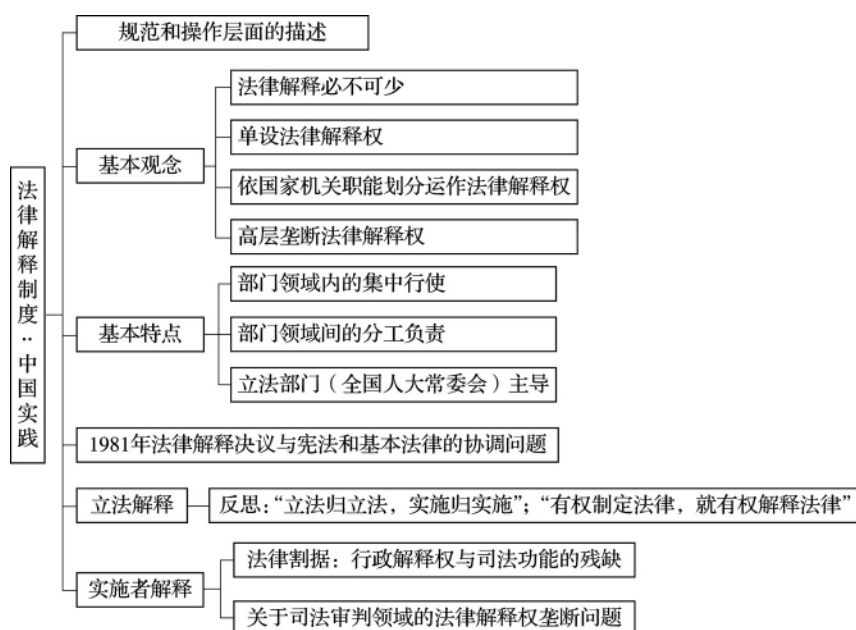


图二 法律解释技术

三、当今中国的法律解释体制

第三部分我要谈的是中国语境下法律解释的制度层面问题。在法律解释原理层面，我们谈到解释权、解释主体的问题。从历史上来看，涉及法律解释主体问题时，法国这一脉认为法院是无权解释法律的。法院解释法律就是一种越权行为。很多法典制定者都会对法学家解释法律抱有厌恶甚至恶意的态度。《拿破仑民法典》颁布后，法学家一解释法典，拿破仑就说“我的民法典完了！”而在当前的语境下谈论法律解释问题，法学家参与立法、解释法律却成为了某种“时尚”。在中国，某部法律一颁布，立刻就会出现各种不同的法律释义版本。此种观念认为法律的过度解释、无序解释将破坏法律的适用。一个专制的社会就会禁止法学家过度解释法律。

法律解释体制在中国是一个很独特的问题。因为在世界范围内，法律解释是与法官个案裁判相伴随的一种活动。从制度上看，立法是议会/国会的事，而法律的解释适用是法官的事。法官解释适用法律一定是在个案裁判的场景中。因而司法权的行使一定不能脱离具体个案。如果脱离个案行使司法权，那便不是司法权。在我看来，这是一个纯技术性问题，权力的分工问题，而非体制或意识形态问题。司法权一定是由法院在具体个案裁判中行使的。法律解释一定是在具体个案中与法律适用相伴随的一种活动。这是一种国际通行的认识。但在中国，法律解释被视为一项独立的权力，存在一个解释权的问题。中国的体制将法律解释独立出来，在不同机关之间进行解释权分配。这种解释机制目前遭遇了很多负面评价。在我看来，如果脱离具体个案解释法律，那就是立法。当然这其中问题特别多，都是中国法治实践中的大问题，不再一一赘述。



图三 中国的法律解释体制

四、《法律解释学》一书的写作场景、特点及其他

首先，我认为法学是具有教义学传统的。更进一步讲，法学是有解释学传统的。我们可以思考一下，法学是从什么时候成为一个独立学科的？追溯起来大概是十九世纪。以美国为例，实际上美国原来是没有法学教育的，开始实行的是一种“学徒制”。随着历史的发展，后来才逐渐出现那种相当于中专水平或者是职高水平的法律学校，然后才产生了大学的法科教育。因此，从法学教育的发展过程来看，法学教育原来不属于高等教育范畴，是较为低级的。十九世纪以前，法学依附于政治学、哲学等学科。现代意义上的作为一门学科的法学是后来才逐渐形成的。十九世纪的奥斯丁之所以认为“法律是主权者的命令”，原因就在于他认为要找到法学研究的清晰对象必须聚焦于法律规范。奥斯丁并不认为法律不存在价值问题，而意在强调法学作为一门独立的学科，可以把价值问题从一种学术分工的角度交由其他学科比如伦理学、政治学去解决。法学要成为一门相对确定的学科就应该聚焦于规范，聚焦于规范的解释适用。因此，教义学才是法学作为一门学科的传统。因此，我始终主张的就是“法学—法律学—法解释学”这样一组概念。如果你能在这三个概念之间实现像跳舞一样平行的滑步，说明你对法学的理解是到位的。比如，人大法学院博士生法学方法论课程的设计包括宪法解释方法、刑法解释方法、行政法解释方法、国际法解释方法等等，实际上就是立足于“法学就是法解释学”这一基本命题。它重点关注的是法律的解释适用问题，以法律的解释作为自己的基本关切。这背后实际上对应了某种法治实践的发展历程。正是因为西方在十七、十八世纪启蒙已经完成，价值共识已经充分达成，因而对十九世纪而言最关键的就是制度实践。对中国而言，我们经历了大规模的立法运动，现在回到了如何将法律付诸实施的问题。在技术上，这种特征和转变是存在的。当然由于处于转型期，中国的问题比较复杂。在我看来，转型期的典型特征就在于一些基本的问题并没有尘埃落定。因此，在这个意义上，法学依然要有价值关切。同时我们不能忘记法学的教义学传统。因此，我这里特别想指出的是，我们应当回顾和刷新法学的教义学传统。回顾不等于回归，也不是简单地回到法学教义学传统，而是一种刷新。法学院的法学教育必须立足于法律的解释适用。当然，我们要有价值关切，但它是辅助性的。人大法学要形成自己的人大学派必须立足于法解释学来定位我们的法学教育。我们的法学教育就应当以法律学、法律解释学作为自己的基本关切。因此，从这个意义上看，法解释学才是主流法学学科。如果以此作为法学教育的鲜明特色和主体结构，可能在全国就是先人一步的。其实现代法学理论发展的脉络是比较清晰的，即呈现为“法条主义—法条怀疑主义—整合主义”这样一条线索。因此，本书的第一个写作背景就是基于这样一种法学和法学理论的发展历程。

其次，第二个写作场景就是近现代法治的演进过程。如前所述，我们原来对法治深信不疑，后来质疑法律的确定性进而动摇对法治的信念，到现在又重建法治的确定性概念。另外，在我看来，法律解释实际上是具有漏洞补充功能的。法律人应慎言存在法律漏洞。“法网恢恢，疏而不漏”，法律实际上具有一种自我弥散机制。这种机制不仅体现在法律渊源本身，而

且也体现在法律的适用方面。司法的适用过程使得法律的这种效力得以弥散，所以一般情况下我们不能草率地认为法律存在漏洞。原因在于，法律解释本身具有填补法律漏洞的功能。何况法律漏洞补充方法也没有超出法律解释方法之外。因此，本书的写作背景是基于法治的演进过程而非一个纯粹技术问题，其目的在于拯救我们的法治信仰。

第三个写作场景就是近现代哲学的发展。本书在知识论上体现了近现代哲学发展的成果。可能也正是由于这样一种借鉴，使得我们的法科生读起来很费劲。正如我刚才提到的，我们的法学教育从你进门的时候给你灌输的就是一种传统的认识论。所以我们可能很难接受现代哲学在知识论或认识论上的发展成果，比如现象学、解释学、语义哲学的一些知识。如果你没有这方面的基础，对人类认知过程没有一种新的理解，就会给本书的阅读造成困难。

第四个写作场景是司法和裁判的正当性证明。与我们传统上对法律解释方法孤立、静态的理解不同，这种司法和裁判正当性证明指向把法律解释作为一个过程来定位。法律解释方法实际上是一种体系化的理论。比如说运用法律解释方法展示解释主张，这可能在传统法律解释方法理论中是不可想像的。这也就是为什么本书有一章专门探讨司法判决的结构与风格的原因，其目的就在于把法律解释放到整个司法判决过程中去看。法律解释所指向的一定是司法适用过程，一定是司法裁判的正当性证明过程。

从基本特点看，本书具有体系化、严整性、背景宏大的特点。本书的理论抱负在于探求一种关于法律解释操作方法的系统理论。不论在法律解释原理层面，还是在法律解释技术层面都体现了体系化的特征。第二个特点就是严整性。这与我自身学术研究的特点也有关。我非常注重学术研究上的逻辑推演。本书的鲜明特点也在于从操作性定义出发，逐渐概念化、体系化。所以我经常对报考人大法学院研究生的学生说，掌握基本概念很重要。名词解释就是定义，简答题就是对定义的展开，而论述题则是要点基础上的丰富化。这也是一种学习上的境界。所以对法学训练而言，定义很重要，法科生应十分注重法言法语。还有一个特点就是背景宏大，因而可能会对读者的阅读造成一定的障碍。

最后做一点自省。任何作品在某种意义上都是一个半成品。法律解释研究不会到我这里就停止。希望今天在座的研究者能够在我研究的基础上进一步往前推进。何况法学就是一个教义学传统。这本书在很多技术细节上仍然是需要完善的。但是我在这里同时也要说一句稍显自负的话。其实这本书从问世以来，还没有真正遭遇智识上的挑战。所以从某种意义上讲，这对于一个学者来说是很寂寞的。因此，我特别欢迎大家对这本书提出质疑。比如，本书在原理层面是从认识论角度切入的，而技术层面则是以司法正当性证明为指向。有心人可能会问，“你不是说法律解释不是比谁解释得更好而是比谁解释得更有效”吗？那么这两种立场应该如何协调，二者之间是否存在某种断裂？当然，我在书中对此是有关照的。我也会提醒自己，任何在体系化上努力的人都要告诫自己，不能犯哈耶克讲的“致命的自负”。法律解释学里面还存在很多值得研究的问题，有志于此的研究者定会青出于蓝而胜于蓝。

(责任编辑: 郭欣阳)

mediate family member is few. As to the effectiveness, all the aiding lawyers can fulfill their basic responsibility of a defending lawyer, although there is somewhat short of initiative in investigating and searching for evidence.

Key Words: Criminal Legal Aid; Defence; Reading Files; Investigate Evidence; Lawyers Meeting
Liu Fangquan, Professor at Law School of Fujian Normal University.

The Distinguishing of Trial Evidence Investigation Mode of Electronic Data

BI Yuqian • 123 •

The development of information technology has profound influence on judicial investigation while changes people's daily life. As a special new kind of evidence, how to define the attributes of electronic data is a subject causing intense debate in jurisprudence. The attributes of electronic data impacts not only on the parties how to gather, preserve and submit evidence before trial but also the court how to determine the way to investigate evidence in trial to find facts.

Key Words: Electronic Data; Basic Attributes; Evidence Investigation in Trial; Procedural Models

Bi Yuqian, Expert at National 2011 Program Judicial Civilization Collaborative Innovation Center, Professor and Ph. D. Supervisor at China University of Political Science and Law.

Discussion on the Right to Refuse Unsafe Work in Labor Law

ZHAO Yixuan • 133 •

Working in a health and safe environment is one of the basic rights of workers. And the right to refuse unsafe work which function is to protect the right to health is also the most important and basic right of workers, which has a decisive influence on worker's existence and development. Although it has been recognized under law and studied in theory, workers still cannot exercise the right to refuse unsafe work. The theory of three forms of the human rights provides a new unique perspective to study the right, from which we will find that it means compromising when the right to refuse unsafe work turns from the natural right to the statutory right and then to the practical right, and the most important thing is how to avoid the compromising when study the right and put it into the practice.

Key Words: the Right to Refuse Unsafe Work; the Natural Right; the Statutory Right; the Practical Right

Zhao Yixuan, Ph. D. Candidate at Law School of Renmin University of China.

Law Forum

Content Framework of Legal Hermeneutics and Scene of Its Writing

ZHANG Zhiming • 145 •

Legal hermeneutics is both a system theory about legal interpretation of phenomena and a complete disciplinary knowledge system. Legal hermeneutics involves three aspects, namely, the principles of legal interpretation, the techniques of legal interpretation and the institution of legal interpretation. The exploration on the principles of legal interpretation is to make an overall and profound inquiry into what is legal interpretation based on its practical definition. The techniques of legal inter-

• 175 •

pretation , in a practical sense , illustrate how to explain the applicable law in the process of legal practice , especially judicial judgments , which involves how to establish interpretation methods and to construct and present the practice of interpreting arguments by using such techniques. The institution of legal interpretation explores who has the right to interpret the law and the matter of the interpretation authority basing on the current situation of China. Legal hermeneutics should be studied in complete theory and practice resulted from the developments of epistemology , the evolvement of jurisprudence , the progress of rule of law and justification of judicial judgments.

Key Words: Legal Hermeneutics; The Principles of Legal Interpretation; The Techniques of Legal Interpretation; The Institution of Legal Interpretation

Zhang Zhiming , Professor at Law School of Renmin University of China , Ph. D. Supervisor , Yangtze River Scholar.

Law Abroad

Empirical Analysis on Shadow Jury Deliberations in Korea

[korea] Jae – Hyup Lee , etc translated by HE Ting • 155 •

By direct observation and content analysis of the videotape about shadow jury deliberations in 18 actual cases between November 2010 and July 2011 in Korea , we examined four key areas in jury deliberation: (1) the binding effect of the jury verdict , (2) the number of jurors , (3) the jurors' deliberations regarding both conviction and sentencing , and (4) the judge's intervention in jury deliberation. The results demonstrate that the shadow jurors in general actively participated in the deliberation process by speaking in turn , and were respectful toward other jurors in debate. Misunderstanding of law and the intermingling of facts relevant to conviction or sentencing were not as frequent as many people expected. Also there was no definitive relationship between the size of the jury and the quality of deliberation. Although encouraging aspects as well as areas for improvement coexist , the overall quality of jury deliberation in Korea , as evidenced by this study , is positive. Over time , the Korean jury system is expected to be firmly established as a robust institution to increase democratic participation of the lay people and to enhance the credibility of the judiciary.

Key Words: Korean Jury Trial; Shadow Jury; Deliberation; Judge; Jury Size

Jae – Hyup Lee , Professor at Seoul National University School of Law; Jisuk Woo , Professor at Graduate School of Public Administration , Seoul National University; June Woong Rhee , Professor at Department of Communication , Seoul National University; Jeong Min Choi , Lecturer at Graduate School of Public Policy of Sogang University; Hyunki Shin , Guest Lecturer at Korea Institute of Public Administration.

He Ting , Associate Professor at College for Criminal Law Science of Beijing Normal University , Doctor of Laws.