

文川docsriver.com入驻商家巨力袋鼠合作店

全国审判业务专家司法理论与实践丛书



# 司法技艺

## 法律解释与空缺填补

www.docsriver.com

入驻商家巨力法律书

余文唐 著

docsriver.com

商家袋鼠书库

人民法院出版社 People's Court Press

## 图书在版编目 (CIP) 数据

司法技艺：法律解释与空缺填补/余文唐著. --  
北京：人民法院出版社，2020.10  
(全国审判业务专家司法理论与实践丛书)  
ISBN 978-7-5109-2957-1

I. ①司… II. ①余… III. ①法律解释—研究—中国  
IV. ①D920.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2020) 第 189456 号

## 司法技艺 法律解释与空缺填补

余文唐 著

---

责任编辑 路建华  
出版发行 人民法院出版社  
地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

---

印 刷 河北鑫兆源印刷有限公司  
经 销 新华书店

---

开 本 787 毫米×1092 毫米 1/16  
字 数 250 千字  
印 张 14.5  
版 次 2020 年 10 月第 1 版 2020 年 10 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5109-2957-1  
定 价 59.00 元

---

# 让每一个司法案件都体现公平正义

（代自序）

docsriver.com

商家袋鼠书库

中共中央总书记习近平指出，要努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，所有司法机关都要紧紧围绕这个目标来改进工作，重点解决影响司法公正和制约司法能力的深层次问题。这一目标从政治和良心或者说职责要求上说是必需的，但从司法角度来看究竟能否实现？如果可能实现，那么司法机关尤其是法官究竟应当如何实现这一目标？还有，如何才能使人民群众感受到司法裁判中的公平正义？除了体制上的原因，法官就其力所能及的职责而言，需要解决哪些影响司法公正和制约司法能力的深层次问题？这些都是学习习总书记前述指示必须深入思考的关键之所在。下面谈谈本人对这些问题的几点思考心得。

其一，要从观念上解决每一个司法案件均须实现公平正义之认识问题。事情欲做成，观念要先行。转变旧的观念，是办好一切事情的第一步。有一种基于所谓严格执法的很流行的观点是：法律只关注具有普遍意义的案件，法律的普适性要求适用法律必须平等，对待同类案件必须一视同仁；当个案正义与普遍正义相冲突时，只能牺牲个案正义以维护法律的权威。这一观点貌似正确，其实具有很大的危害性，其要害在于忽视个案正义，如此也就不可能让人民群众在每一个司法案件中体会到公平正义。法律的功用在于给人们提供行为模式，这是法律的引导性功能；还在于对违法行为提供惩罚的标准，这是法律的制裁性功能；更多的是在于给司法机关提供民事纠纷解决的裁判规范。也就是说，法律具有行为规范和裁判规范的双重性质。而不论是哪一重性质，法律的意义均面向实践、在于适用。因此，法律适用必须注重法律效果与社会效果的高度统一，必须兼顾法律正义和个案正义。否则，不仅不能实现习近平总书记提出的前述目

标，而且有悖法官的职责和良心。

就法官而言，每年都要裁判几百乃至上千个案件，一年中偶尔出现个把不公正判决，只是百分之一甚至千分之一错判而已，似乎没什么大不了的事。而就被错判的案件当事人来说，一次错判可不是百分之一、千分之一的不公正问题。许多当事人可能一生只到法院诉讼一次，那么一次的错判对于该当事人就是百分之百的不公正了。人民群众感受司法的公平正义，往往是从一个个具体的司法裁判开始的，而且主要是从涉及自身的权益是否得到公正保护、自己遇到的问题是否得到公正解决来感受。因此，法官只有在当事人的角度上来看待和体会不公正裁判的后果，才不会掉以轻心，才不会自我感觉良好；只有树立每一个司法案件均须实现公平正义的理念，持有为每一个当事人负责之心，才能尽心尽力地办好每一个司法案件，才有可能让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义，才是不负法官的神圣职责。法官要像德国伟大的法哲学家拉德布鲁赫所说的正义女神，“手持衡器，当其闭上双眼时，一视同仁，普遍适用；当其张开双眼时，则关照个案，目的均在实现正义。”

其二，要从方法上化解法律的普遍适用性与个案的特殊性之实践冲突。法律是抽象的，具有普遍的适用性；而案件是具体的，每个案件都有其特殊性。如何让抽象的法律适用于具体的案件，这涉及法律方法论的问题，需要借助各种法律方法。曾经乃至现在的中国很流行一种观点，就是司法就像一台加工机器，只要向这台机器放进法律规定和案件事实，就自然会加工出来结合法律与事实的正确裁判。被这种形象比喻的就是简单的审判三段论。其实，法律适用绝非那么机械纯粹。除了少数与法律规定相互吻合的典型案件外，绝大多数案件是不以立法者的意志为转移，不会严格按照立法者提供的模式而发生的，这就是所谓的案件不典型性。除了案件的不典型外，法律也不像人们想象中的那么简单明了和包罗万象。绝大部分的法律规范需要通过解释后才能够适用，法律还存在着漏洞与冲突，甚至不合时宜、不够正义。因此，法律适用大多需要根据法律和案件的不同情形，借助法律解释、冲突选择、漏洞补充乃至司法衡平等法律方法，才能做到公平正义地处理案件。

从案件事实与法律规范的关系来看，可以将案件大体划分为这样五类：一是案件事实与法律规定绝对吻合的明了案件，这可以用简单的审判

三段论来解决。但此类案件在现实中应在极少数，起码进入诉讼的是极少数。二是案件事实被法律规范所涵盖，即存在形式逻辑学上的种属关系，这需要通过法律规范进行解释或推导后才可运用审判三段论，甚至需要眼光在事实与规范之间进行“来回穿梭”式的等置方法才能得以解决。此类案件应为多数，差不多等同于通常所说的普通案件。三是案件事实同时符合几个法律效果相异的法律规范，即存在法律冲突或所谓法律竞合的情形，这需要运用法律适用规则对法律进行选择，甚至需要结合案件事实进行辩证选择。四是案件事实超出法律规范，即存在法律空缺的情形，这需要对法律漏洞进行填充。五是案件事实虽与法律规范相吻合或者存在种属关系，但严格适用该法律规范可能产生极不正义的后果，这还需要对这种过于严苛的法律进行司法衡平，以限制或排除该“恶法”对本案的适用。质言之，唯有允许穷尽运用法律方法，才可能使每个司法案件都体现公平正义。

其三，要从品行上提升公正中立廉洁和亲民便民利民高效之法官形象。人民群众感受司法裁判的公平正义，不仅仅从实体上来看案件处理得怎么样，法官的品行对其感受司法裁判的公平正义有着举足轻重的影响。所谓司法公正，不仅指案件处理上的实体公正，还包括审判程序公正和法官形象公正。而形象公不公正，就在于法官的言行举止上，且与法官品德的关系极为密切。所以，法官在品行上必须十分注意严于律己，必须怀着公正之心，不偏不倚地依法就案裁判；对待双方当事人不可以有亲疏之别；更不可以心存贪念，在审案中从一方当事人或者双方当事人那里得到好处。

要使人民群众对司法裁判有好的感受，还必须坚持司法为民。具体地说，就是要切实做到亲民、便民、利民和高效。亲民是从对民众包括当事人的态度上来说的，要做到热情诚恳、谦逊礼貌，切不可粗暴傲慢。便民是就程序和工作上的简易便捷化而言的，除了法定的硬性程序外，非硬性法定程序则应能简则简，更不得自设诉讼门槛；能一次办完的事绝不让当事人来两次，以尽量方便当事人的诉讼、减少当事人的诉累。利民就是在裁判结果和当事人经济负担上将其损失尽可能降到最低。裁判结果需要考虑比例原则，尽量减少当事人物质上的损失；诉讼过程中的费用，能节省的尽量节省，不可随意增加当事人的诉讼费用支出。而高效是就审案效率

而言的，要在尽可能短的时间里办好案件。西方有句法律谚语：“迟来的正义即非正义。”公正与效率是法院的工作主题，而这两者又是相辅相成的。有效率没有公正不行，有公正没有效率也不行。当事人诉诸法律，就是希望案件能够得到及时公正的裁判。如果一个案件办得时间很长，即使最后的裁判再合法、再公正，对于当事人也可能失去了意义。

除了以上三个方面，还有两个方面的问题对于人民群众感受司法裁判公平正义也极有意义。一是要从写作上强化裁判文书理由部分的针对性、具体化之裁判说理。裁判要说理，这是现代司法的一个重要的要求。而说理应有针对性、应当具体化，以让当事人赢得放心、输得明白。许多缠诉、上访，不一定是因裁判不公正，而往往是说理不到位引起的。二是要从执行上攻克生效裁判确定的权义内容难以兑现之司法痼疾。当事人到法院诉讼，不仅需要得到一份公正的判决书，更重要的是要实现其合法权益。如果公正的判决书得不到及时有效的执行，成为一张无用的法律白条，这自然也难以让人民群众感受到司法裁判的公平正义了。总而言之，只有从观念上、方法上、品行上以及说理上、执行上等诸方面入手，才能真正让人民群众在每一个司法案件中感受到公平正义。

李俊  
2009年7月

## 前 言

司法既是一种技术也是一门艺术，是融合技术与艺术的专业技艺。从技术上来说，司法必须严格遵循法律程序认定事实、适用法律；而从艺术角度而言，法官在司法过程中需要运用富有创造性的方式、方法。有论者指出：“司法艺术就是指司法过程中法官依据法律的规则和原则处理纠纷时所运用的具有创造性的司法方法。广义的司法艺术，不仅指创造性的司法方法，还包括法官独具匠心地运用司法方法使案件的处理显现出的独特而美观的状态或效益。”<sup>①</sup>也有论者给司法技艺下定义：“法官在司法过程中为解决纠纷和维护法律而使用的各种技艺、策略、方法，甚至还包括立场和态度。”<sup>②</sup>还有论者通过对《棠阴比事》中的司法技艺的研究，从外延上指出古代良吏的司法技艺有三种，即“求供之技艺、求证之技艺、裁判之技艺”。<sup>③</sup>这应该是关于司法技艺外延上的最为完整的概括。

本书最为突出的特点在于详述法律方法运用的具体操作规则，这对审判一线尤其是中层与基层法官而言具有较强的实用性；另一个重要特点是，由于相近乃至相异的法律方法存在诸多相互交叉、界限模糊之处，所以本书也在揭示相关界限方面下了诸多苦功，这样做的目的同样是为提升法律方法运用的操作性。本书对具体法律方法的基本原理和为何是如此操作等与法律方法运用相关的法理依据悉心阐释，以便读者不仅知其然更知其所以然，进而更加自觉地运用司法技艺。需要特别提及的是，对于语法解释、和谐解释、限扩解释、配合限缩、类推适用、司法衡平等具体法律

---

① 孙斌荣：《论司法的艺术——法官司法能力建设的最高境界追求》，载万鄂湘主编：《司法能力建设与司法体制改革问题研究——司法能力建设与诉讼制度改革》（上），人民法院出版社2006年版，第80页。

② 李红海：《普通法的司法技艺及其在我国的尝试性运用》，载《法商研究》2007年第5期。

③ 丁鑫：《〈棠阴比事〉中司法技艺研究》，安徽大学2015年硕士学位论文。

方法的概念界定、适用规则、法理依据等方面，本书作了较为深刻的检讨并提出独特主张乃至进行模式重构。这是本书的理论创新尝试。

撰写本书的着眼点和立足点在于审判实践，内容属于司法实务层面的法律方法运用论，因此，笔者期望本书得到广大法官同仁的青睐，同时希望本书对司法案件裁判的公正与效率以及提升司法公信力有所助益。当然，对于需要“像法官那样思考”或者“预测法官审案思路”的律师以及其他法律实务界的朋友，还有有志从事审判等法律工作的莘莘学子，本书的内容同样是有参考价值的。

由于本人水平所限，本书错误与疏漏在所难免，恳请广大读者批评指正。



李文虎  
2010年7月

## 目 录

## 上 篇 法律模糊：如何明晰

导 言 .....	3
第一章 根据文面的解释 .....	7
第一节 字面规则 .....	7
第二节 语法解释 .....	14
第三节 和谐解释 .....	33
第二章 借助源流的解释 .....	60
第一节 立法资料 .....	60
第二节 先前版本 .....	63
第三节 国外立法 .....	66
第三章 加以评价的解释 .....	72
第一节 法律目的 .....	72
第二节 社会效果 .....	78
第三节 价值补充 .....	84
第四章 限扩解释：概念重述与操作规则 .....	97
第一节 语义分域 .....	97
第二节 扩张解释 .....	100
第三节 限制解释 .....	109

## 下 篇 法律皱褶：如何熨平

导 言 .....	121
<b>第五章 目的性扩张：操作规则与相关界限 .....</b>	<b>125</b>
第一节 概念例说 .....	125
第二节 操作规则 .....	126
第三节 相关界限 .....	130
<b>第六章 目的性限缩：操作规则与配合限缩 .....</b>	<b>134</b>
第一节 概念例说 .....	134
第二节 操作规则 .....	139
第三节 配合限缩 .....	141
<b>第七章 类推适用：个别类推与整体类推 .....</b>	<b>146</b>
第一节 类推概说 .....	146
第二节 个别类推：适用条件与相关界限 .....	151
第三节 整体类推：操作规则与相关界限 .....	164
<b>第八章 判例、习惯与衡平 .....</b>	<b>170</b>
第一节 判例的效力与借鉴 .....	170
第二节 习惯的认可规则与司法适用 .....	188
第三节 司法衡平：基本法理与操作规则 .....	199
<b>参考文献 .....</b>	<b>217</b>
<b>后 记 .....</b>	<b>222</b>

# **上 篇 法律模糊：如何明晰**

---

---



## 导 言

作为本书的首篇，本篇所要谈的是法律解释的规则问题。在进入对具体解释规则或称方法的阐述之前，有必要先来简单介绍法律解释的一些基础知识和本篇内容的概要，具体包括何为法律解释、法律为何需要解释、法律解释的目标是什么、法律解释有哪些类型、各类解释方法存在什么样的适用关系以及本书对于此等问题的观点几个部分。以此作为本篇的导言，对理解和把握各具体解释规则具有提纲挈领、纲举目张的作用。

### 一、概念厘定

什么是法律的解释？首先需要明确所谓法律解释，是对法律的解释而非用法律来解释。在这里法律是被解释的对象，而不是解释的工具或依据。至于法律解释的定义，各法学名家都有自己的表述方式，但大体意思不会相差太大，只是在法律解释的指涉范围和表述详简上有所差异。为节省笔墨，这里只讲本书对法律解释的定义。本书对法律解释的定义表述是：法律解释是指对法律文本中抽象、含糊或歧义的规定予以具体化、清晰化、确定化，即通过对法律文本进行解读、追源、评价，在法律文本的文义射程之内揭示法律用语的确切含义、确定法律规定的适用范围。

法律解释具有四个方面的特征。一是思维上的特征。法律解释的思维方向是由一般到个别、抽象到具体，用形式逻辑的讲法就是对法律概念从属概念向种概念的限制过程而非从种概念向属概念的概括。二是作用上的特征。法律解释的作用是揭示法律用语的确切含义、确定法律规范的适用范围，使法律的抽象具体化、含糊清晰化、歧义确定化。三是顺位上的特征。法律解释原则上由文本含义、立法原意、法律评价逐级推进，而推进一般以前者歧义为前提。四是限度上的特征。法律解释只能在法律文本的文义射程之内确

定法律用语的含义，超出文义射程的解读不是法律解释而是属于法律漏洞的填补。

## 二、解释缘由

法律为什么需要解释？这可以从法律本身的缺憾与法律适用的需要两大方面来讲。

一方面，法律本身存在固有的缺憾。一是法律是由人来制定的，而人不仅对事物的认知能力有限而且文字表达也难以精准无误，因此由人所制定的法律也就可能存在词不达意之处。二是法律须用文字来表述，而由文字组成的法律概念和规范具有抽象性，其所表达的意思往往存在模糊性、歧义性。三是立法均有目的，而立法目的在许多情形下是不明确或多重的。四是法律需要相对稳定性绝不能朝令夕改，而社会是不断发展变化着的，因此法律必然存在落后于社会的滞后性。

另一方面，法律适用需要对法律进行解释。其一，法律需要通过裁判规范来适用于具体案件，而对法律规定加以解释是裁判规范建构最为重要的途径。其二，词不达意的法律规定，需要通过解释来限制或扩大其文本含义，这是法律适用必须符合法律真意的必然要求。其三，法律语言的抽象性、含糊性、歧义性，需要通过解释予以具体化、清晰化、确定化。其四，法律适用必须实现法律目的，而立法目的的不明确性和多重性，需要通过解释来揭示而使其明朗化且具有针对性。何况所有解释结果均不得背离法律目的，须以法律目的来检验解释的结果，因而通过解释揭示立法目的就显得特别重要。其五，法律具有滞后性，但法律又必须适应社会发展变化、解决现实问题，使法律的适用达到法律效果与社会效果的有机统一，由此社会学的解释也就成为必要。

## 三、解释目标

法律解释的目标是什么？对于这个问题的回答，存在三种理论主张。第一种是主观解释论。主观解释论认为法律解释的目的在于揭示立法原意，因此法律解释的目标是必须符合立法原意。该主张的问题是原意往往难以探寻得到，即使探寻到了也可能落后时代、不合时宜。第二种是客观解释论。客

观解释论主张法律解释应当与时俱进，以今日的需要去解释昨日的法律，使其符合时代的要求。这种主张的问题是一味强调法随时变，将难以保证法律的安定性与司法的一致性，可能为司法随意性大开方便之门。第三种主张为折中解释论。折中解释论认为主观说过于僵化，客观说灵活过度，应当兼顾法的安定性与法的共时性，将两种解释观有机统一起来。这是一种理想的解释观，若能实现这种统一固然好，问题是说来容易做起来难。不过总的说来此论毕竟比前两论更为可取，关键在于法律适用者的灵活把握。本书认为，法律解释的目标原则上应该是：对于较早立法的法律在解释时多点“客观”论，让法律能够与时俱进，适应社会的发展变化；而对于比较新近的法律在解释时则须多点“主观”论，让法律尽量保持其稳定性与权威性。

#### 四、解释方法

法律解释有哪些方法或规则？法学名家对此的分类不太一致。本书将法律解释划分为四类。第一类是根据文本的解释即文本性解释，是指根据法律文本所用的语词、语法、法条所处文本中的位置以及文本体系和谐的要求，来阐述法条的含义或适用范围。其特点是：法条的含义或适用范围，以法律文本本身而不借助文本以外的因素来确定，主要包括词语解释、结构解释、和谐解释三种。第二类是借助源流的解释即源流性解释，是指对现行法律规定的沿革即出处及其变化的考证所进行的探求法律意蕴的解释活动或方法，包括借助立法资料、先前版本以及外国立法等来解释法律文本的确切含义和适用范围。第三类是加以评价的解释即评价性解释，是指通过法律目的考量、社会效果预测以及利益衡量或价值评断来确定法律文本含义的一类法律解释，包括基于法律目的的目的论解释与注重社会效果的社会学解释以及对不确定概念和概括条款的价值补充这三种。第四类是限扩性解释，包括扩大解释和限制解释。限制解释与扩大解释是一些立法用语若以通常含义理解将与其立法原意相去甚远，需要根据立法原意或其他的解释方法对立法用语的通常含义进行限缩或扩张，将该立法用语的含义限于其核心含义或者采用其边缘含义（比通常含义广但不超出该用语的文义射程）。质言之，限缩解释是采用比通常含义窄的含义，扩张解释则是采用比通常含义宽的含义。

## 五、解释位阶

法律解释应当按什么顺序进行？对此目前存在两大类观点。一是法律解释综合说。该说否认解释存在一定的顺序，主张法律解释应该综合多种解释方法来获得最为恰当的解释结果。二是法律解释位阶说。该说认为法律解释须按照一定的顺序进行，只有前一顺序的解释结果存在歧义或不正义时，才可以进入下一个顺序。综合说是较早出现的传统解释论的主张，位阶说则是一种新兴的解释论主张。不过直至目前，位阶说在解释的具体顺位上仍未形成共识。根据《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）第3条和《维也纳条约法公约》第31条规定，WTO法律的解释顺序依次为：文面解释、和谐（系统）解释、目的解释、比较解释、源流（历史）解释。<sup>①</sup>

本书比较倾向于位阶说，但又认为解释顺序不应当过于僵化，解释顺位还需结合具体案情留有一定的微调余地。对于需要解释的文本，首先应当进行文本性解释，正所谓解释基于文本且始于文本。在文本性解释出现多个结果或结果明显不正义时，才进入源流性解释以探明其原意，即确定法律文本的最初含义。若不能通过源流性解释或者虽经源流性解释但所确定的含义仍明显不合理或不合时宜，以其建构裁判规范将推出令社会主流观念不可接受的裁判结果，则需进一步作评判性解释，以使得裁判结果达致法律效果与社会效果的统一。限扩性解释则是在酌量其他诸如立法原意解释、目的解释等多种解释而得的综合结果性的解释，这里面似乎带有以综合解释论微调位阶解释论的意味。

---

<sup>①</sup> 《关于争端解决规则与程序的谅解》（DSU）第3条规定：“澄清 WTO 法律的规定，应当依照解释国际公法的习惯规则。据专家小组和上诉机构的理解，解释国际公法的习惯规则即《维也纳条约法公约》所规定的解释规则。”《维也纳条约法公约》第31条规定：“条约的解释首先应当从条约的用语开始。用语则按照其上下文解释，并参照条约的目的和宗旨，还应考虑嗣后协定和惯例。只有在第32条规定的条件下，才可使用解释的补充资料，包括条约的准备工作及缔约的情况。”

## 第一章 根据文面的解释

### 第一节 字面规则<sup>①</sup>

字面解释是指法律条文的意义以法律规定的文字（语词）为根据而作理解和说明。谢晖教授认为：“在实质上，字面解释是关于法律词汇的内涵作出解释。……字面解释，并不针对法律词汇的外延。对外延的解释，那是其他法律解释方法的任务。”<sup>②</sup>文字是人们交往的重要工具，也是法律（制定法）意思表达的最为直接最为直观的形式。所以，解释法律的含义首先须从其所用的文字开始。我国台湾地区学者王泽鉴指出：“尊重文字，为解释法律正当性的基础，旨在维持法律尊严及其适用之安定性。”<sup>③</sup>字面解释是使用机会最多和使用范围最为广泛的一种解释，其要求也特别严格，需要遵守诸多规则。现任中南大学教授、博士生导师的魏治勋先生从哈特对法律概念的语义分析的理论阐述中，引申出字面解释的六个操作性规则：一是“通常含义”规则；二是“次要含义”规则；三是“专门含义”规则；四是“技术含义”规则；五是“三步舞”程序规则；六是避免“自然主义谬误”。<sup>④</sup>本节参考多方面的材料，着重谈谈字面解释的以下五个规则。

---

① 参见余文唐：《法律解释之字面规则》，载《法律博客》（微信号：falvboke）2015年5月12日推送。

② 谢晖：《法律哲学：司法方法的体系》，法律出版社2017年版，第39～40页。

③ 王泽鉴：《民法思维：请求权基础理论体系》，北京大学出版社2009年版，第173页。

④ 详见魏治勋：《法律解释的原理与方法体系》，北京大学出版社2017年版，第164～170页。

## 一、一字不漏规则

一字不漏说的是在对法律文本进行字面解释时，不放过其中的每一个字，而应当按照文本所用的字词理解和揭示法律规定的含义或适用范围。法律规定是由文字、语词所组成，而每一个文字、语词又都包含着一定的含义，对法条含义的揭示都有其各自的作用。所以，不漏过其中的任何一个字，对于精确地理解法律规定的意思有着重要的意义。贝卡利亚在其著名的《论犯罪与刑罚》一书中写道：“当一部法典业已厘定，就应逐字遵守。”<sup>①</sup> 1940年，美国最高法院首席法官罗杰·泰勒在谈到宪法解释时也说：“在解释中必须赋予美国宪法每一个字以应有效力和恰当含义……每一个细心斟酌的字都颇有分量，其效力和要旨都经周详考虑。因此，宪法文字无一多余或无用……”<sup>②</sup> 美国学者安修也指出：“宪法要尽可能全面解释，每一个字、词、短句和句子均为有效，不应被忽略、遗漏、舍弃或闲置。”<sup>③</sup>

有这么一个例子：被告甲因生意而欠乙30多万元货款，案件经法院判决进入执行阶段。被告称因其生意亏损严重，无力履行生效判决。但法院查获被告隐瞒案件判决之前在银行存款4万元的事实，于是法院提请检察机关以涉嫌“拒不执行判决、裁定罪”提起公诉，其法律依据是全国人大常委会对刑法第313条的解释第2款第1项。该项规定“被执行人隐藏、转移、故意毁损财产、以明显不合理的低价转让财产，致使判决、裁定无法执行的”，属于刑法第313条规定的“有能力执行而拒不执行，情节严重”的情形之一。本案中的“隐瞒”是被告“瞒”着存款的事实不告知法院，是一种消极的行为（不作为）；而规定中的“隐藏”，为以积极的行为（作为）将可供执行的财产“藏”起来。“隐瞒”与“隐藏”尽管从其本质上说或具同质性，但是后者的主观恶性和危害程度比前者大。即使两者的危害性相当，也只是在适用类推的旧刑法时代，可以对“隐瞒”类推适用“隐藏”的规定。而在现行刑法实行罪刑法定原则的时代，刑法应当作严格解释且适用“有利被告”或刑

① [意] 贝卡利亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社2005年版，第13页。

② 转引自 [美] 詹姆斯·安修：《美国宪法解释与判例》，黎建飞译，中国政法大学出版社1999年版，第18页。

③ [美] 詹姆斯·安修：《美国宪法解释与判例》，黎建飞译，中国政法大学出版社1999年版，第18页。

法谦抑原则。<sup>①</sup>在此，我们可以体会到“一字不漏”的重要性，体会到“失之毫厘，谬以千里”的蕴意。

不过，凡事都须有个度，都要适可而止。一字不漏规则的运用同样不应过于刻板。物极必反，真理再向前迈进一步将成谬误。“不漏”应是要求在解释文本时须将各个文字结合而思考，即注意“全文”的意义联系地进行解释，而不是拆骈为单字或字字界定。有的词语如将其拆开会改变其意思，甚至弄出笑话来。早年在一次强奸案的庭审辩论时，笔者亲眼见过一位律师一字一顿、有板有眼地辩道：“起诉书中‘被告人在被害人的指责之下，仍然对其进行强奸’的指控没有事实根据。‘指’，是用手指着；‘责’，是用口骂着。我的当事人虽然犯了强奸罪行，但当时被害妇女只有骂我的当事人，并没有用手指着骂。”这一“拆词释字”的辩法，弄得年轻的公诉人无言以对，也使法官们忍俊不禁。

中国香港的论辩高手李天命把凡是论辩必须“对其中每一个字词都有界定”称为“字字界定主义”，喻其为“仿佛狗打架时用警犬去维持秩序，但警犬又加入打架，于是再用其他警犬去维持秩序，但其他警犬又加入战圈中……”李氏指出：“哲学家詹姆斯说‘智慧的艺术，就是知道什么东西可以省略的艺术’。恰如其分是最考功夫的。略言之，在思考或讨论时，若有概念或用语暧昧不明或带误导而令思考或讨论无法有效地进行下去，那就必须厘清那概念或用语；反之就无需如此。否则便是节外生枝，无事生非。总括一句：有病要医治，无事不开刀。”<sup>②</sup>这种精辟的见解，确实是在对法律规定进行字面解释时，所应切切记住的。

www.docsriver.com  
人驻商家巨力法律书

<sup>①</sup> 刑法第313条第1款规定：“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重的，处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”本案被告人隐瞒4万元存款应当属于“有能力执行”之列，但是否可以认定为“拒不执行”和“情节严重”则不无疑问。即这里的“拒不执行”究竟是“拒绝执行”还是“抗拒执行”？若采用行为程度较为缓和的“拒绝执行”的含义，本案貌似可以认定为构成拒不执行判决、裁定罪。此即所谓的消极型拒不执行。但问题是：是否已达到拒不执行判决、裁定罪“情节严重”的要件？全国人大常委会通过的关于刑法第313条的解释第2款第5项虽有“其他有能力执行而拒不执行，情节严重的情形”的兜底条款，然而可否按照同类解释（相当解释）将“隐瞒”纳入该兜底条款，仍然是存疑的。

<sup>②</sup> 戎子由、梁沛霖编：《李天命的思考艺术》，生活·读书·新知三联书店1996年版，第175～176页。

## 二、普通含义规则

普通含义即所谓平义。字面解释的核心规则是普通含义（平义）规则。其基本内容为：除法律文本已作特别解释（立法解释）或所用语词为专门用语，或者有其他充分理由须作特别的解释外，对文本语词的解释应当以其通常的含义即普通说话者的理解为标准。<sup>①</sup> 如果供选择的普通含义不止一个，那么在解释中应当优先考虑和采用相对比较明显的普通含义。例如，刑法第 263 条第 7 项规定，持枪抢劫的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。现在有这么一个案例：某日夜 11 时许，在某市一偏僻之处，王某见李某（女）独自行走，遂生歹意。其用一硬物抵住李某的头部，索取李某的手机等物（价值约一万元）并威胁李某，不许喊叫，否则开枪打死。案发后，查明王某的作案工具为一玩具枪，并非真枪。那么，本案可否以持枪抢劫罪定罪量刑？这就涉及该法条中的“枪”应当如何解释的问题，即这里的“枪”应作真枪解释还是包括假枪。对此刑法理论界和实践界存在两种意见。一为应包括假枪。其理由是持假枪抢劫与真枪一样能够达到对被害人的精神强制作用，起到真枪抢劫的效果。二是只应作真枪解释。<sup>②</sup> 应该说，后者的观点是合适的，这可以从主客观相一致原则等多角度予以论证。就字面解释方面看，也应如此。法律语词是以生活中的普通用语为基础抽象而来，除非立法已作特别解释，对于非专门术语的法律语词一般应按其普通含义解释。因此，本案只能以一般抢劫定罪量刑而不适用持枪抢劫的规定。

<sup>①</sup> 魏治勋教授的字面解释的第二个操作性规则是“次要语义”规则：“在按照通常含义理解出现不合理结果的特殊情况下，可以采用其‘次要含义’，但次要含义也应当符合普通人的语言使用习惯，而不能凭借法官的价值观念主观地语义决定。”参见魏治勋：《法律解释的原理与方法体系》，北京大学出版社 2017 年版，第 164 页。

<sup>②</sup> 关于“枪支”的争议，较为典型的案件是“天津老太”赵春华在街头摆气球射击摊，因 6 支枪形物被鉴定为枪支，于 2016 年 12 月 27 日被天津市河北区法院以非法持有枪支罪判处有期徒刑 3 年 6 个月。与赵春华一同被带走的，还有其他 12 位摊主。该案引起刑法界对枪支标准的检讨。2018 年 3 月 8 日，“两高”作出《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》（法释〔2018〕8 号）。该批复是北京奥运前夕公安部将枪支认定标准修改为枪口比动能 1.8 焦耳/平方厘米实施 10 年来最高司法机关的首次回应与检讨。该批复只强调“对于非法制造、买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私气枪铅弹的行为，在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时，应当综合考虑气枪铅弹的数量、用途以及行为人的动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节，综合评估社会危害性，确保罪责刑相适应”，而对于什么是刑法枪支这个最为核心的问题仍然没有回答。

需要进一步探讨的是，我们应当如何确定普通含义呢？是以大众的共识为普通还是以法律人的认识为普通呢？这有法律语言大众化与法律解释的精英垄断（霸权）之观念冲突。<sup>①</sup> 本书倾向于前者，即普通含义原则上应为公众所普遍接受认可而不仅仅是法律人所理解的语词含义。这是因为，法律首先是人们的行为规范，而这种行为规范是为社会全体成员设立的，以民众公认的普通含义解释法律，才与法律对人民的指引和规范等功能相一致。但是这种公众共识并非通过法官对民众的实证调查而获得，通常的做法就是运用字典（词典）。合时的字典对语词含义的注释先于个案，因而也就超脱于个案当事人利益和法官主观，是同一语系的人所共同使用的最为通常的含义。同时，词典注释比民间的理解更具一致性和科学性。当然，这只是就一般而言，在特殊情形下，“法官必须依自己对特定的法律环境及立法目的等进行综合分析判断”，<sup>②</sup> 也可能取习惯含义而不按词典注释。比如在美国的多数词典中，通常将番茄归类于水果，而按人们的习惯，番茄更多地被认为是一种蔬菜。依一般原则当取前者而不是后者之义，但在 *Nix V. Hedden*, 149 U.S. 304 (1893) 案中，法院的回答是番茄进口适用进口蔬菜要征税的规定而不以植物果实（进口不需征税）对待。<sup>③</sup> 这样判决大概是基于国家税收利益保护立场而作出的。

亨利·哈特和阿尔伯特·塞克思在他们具有创意性的研究成果《20世纪50年代的法制程序》中，把词（字）典解释法律称为“很好”的、确定人们可以接受含义的方法。安东尼·斯卡利亚法官将“词典解释法”称为“朴实含义”的解释方法，认为词典是对法律朴实理解的最有用工具。<sup>④</sup> 事实上，在美国，各级法院很早就使用了词（字）典作为一种辅助工具对法律进行字面解释。当然，词典中的语词含义常常存在多义性，并且按语言自身的规律，越是常用的词汇本身也就越具有较多的含义。因此，在存在可供选择的词典含义不止一个时，经常需要运用“上下文和谐”的解释论点（体系解释的一种），以指明和确定比较明显或最为适当的普通含义。

① 刘星的《法律解释中的大众话语与精英话语》一文对两种话语的冲突有深入的论述，认为“出路也许就在于有限地释放大众话语，在其与精英话语之间建构一个可以相互理解相互对话的有益渠道”。载刘星：《语境中的法学与法律·民主的一个叙事立场》，法律出版社2001年版，第61~93页。

② 陈金钊：《法律解释的哲理》，山东人民出版社1999年版，第281页。

③ 参见[美]理查德·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第332页。

④ 参见陈金钊：《法律解释的哲理》，山东人民出版社1999年版，第278页。

### 三、专门含义规则

专门含义论点的基本含义是：如果法律规定所用的是专门语词或词组，或者具有专门含义的普通语词或词组，那么就应该从专门含义的角度进行解释。例如，“‘善意取得’中的‘善意’，其意义不是善的或者良好的意图，而是‘不了解实情或不知情’的意思。”<sup>①</sup>人们在从事日常生活领域之外的专门活动中，往往使用各种专门语言，或者在所用语言的专门意义上进行交流。在这种情形下，就不能按照普通含义来解释专门语言。例如，“流氓”一词，在日常生活中的含义有这样两种：一是对人而言，原指无业游民，后指不务正业、为非作歹的人；二是对事时，则指施展下流手段放刁、撒赖等恶劣行为。我国旧刑法（1987年）流氓罪法条规定流氓是指聚众斗殴、侮辱妇女以及其他破坏公共秩序的行为。“流氓”一词作为法律术语，在解释时，只能按法律确定的含义而不能适用其日常生活中的全部含义。正如谢晖教授所指出的那样：“毕竟法律词汇、法言法语有其特指，所以，倘若按照日常生活中相关词汇的字面意义去理解，可能会离题十万八千里，甚至会南辕北辙，越解释越远离法律词汇之本意。”<sup>②</sup>

魏治勋教授将“专门含义”限定在专门的法律术语之内，而将非法律的专门术语称为“技术含义”。相应地，也就有专业含义规则和技术含义规则之分。<sup>③</sup>本书将两者合二为一，即赞同这样的观点：“专门语词或词组即通常所说的专门术语，它既可能是专门的法律术语，如无罪推定、法定代理、遗嘱继承、诉讼当事人等，也可能是非法律的专门术语。语词或词组是不是具有专门性，是不是在专门含义上被使用，通常可以根据它所在的上下文，它在法律中使用的历史来确定。专门法律术语的标准含义，通常可以由经过法律训练者来识别，但是这种术语的相关历史也可以是决定性的。非法律的专门术语的标准含义，可能是明显的，也可能是不明显的，如果是后者，就需要诉诸某种事实证明。”<sup>④</sup>民事诉讼法第79条规定：“当事人可以申请人民法院通知有专门知识的人出庭，就鉴定人作出的鉴定意见或者专业问题提出意

① 魏治勋：《法律解释的原理与方法体系》，北京大学出版社2017年版，第166页。

② 谢晖：《法律哲学：司法方法的体系》，法律出版社2017年版，第41页。

③ 魏治勋：《法律解释的原理与方法体系》，北京大学出版社2017年版，第164~165页。

④ 参见张志铭：《法律解释学》，中国人民大学出版社2015年版，第71页。

见。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》（以下简称《民事诉讼法司法解释》）第122条第1款规定：“当事人可以依照民事诉讼法第七十九条的规定，在举证期限届满前申请一至二名具有专门知识的人出庭，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。”这一关于专家辅助人的规定，为准确解释非法律的专门术语提供了法律依据和法律保障

#### 四、含义择定规则

www.docsrivier.com

入驻商家巨力法律书

在解释语词含义时，出现专门含义与普通含义两种理解的，就是所谓“普通含义论点与专门含义论点的冲突”。与此情形之下，专门含义与普通含义哪个处于优先地位？这是一个很有争议的问题。美国学者安修指出：对既有专业又有常用含义的法律文字，法院一般按通常含义解释，除非所规定的事项的性质或上下文表明它用于专业含义。<sup>①</sup>这意味着普通含义优先于专门含义。波兰学者齐姆宾斯基也主张：“待解释的表达式，若无充分理由就不能被视为有法律上的特定含义；但是，如果已经确认它们具有这种意义，那么它就应该如此使用，而不论日常用语中相同形式的表达式的意义是什么。”<sup>②</sup>

法律语词一方面当然具有法律性质，另一方面则是要让民众知晓并遵行的。用谢晖教授的说法就是：“法律本身自来不仅是制定给内行运用的，同时更是指定给外行运用的。”<sup>③</sup>因此取舍其含义首先要看法律文本能否提供其所用语词作专门含义使用的根据：或明文规定，或上下文表明，或规定事项可供判断，等等。否则，应以普通含义解释，专门含义不得无条件地消解或取代普通含义。在对一个法律语词究竟应当采其普通含义、专门含义还是其他含义的具体判断上，对三个规则应当予以足够的注意。

##### （一）判断标准

英国法官伊谢尔勋爵以法律所调整的事物为其标准：“如果法规调整的是普遍影响到每一个人的事物，那么，它所使用的文字具有其在语言的普通的和通常的用法中的含义；如果法规调整的是有关特定的行业、交易或事物，

① 转引自刘国：《宪法文义解释的困境与出路探析》，载《政治与法律》2014年第5期。

② [波]齐姆宾斯基：《法律应用逻辑》，刘圣恩等译，群众出版社1988年版，第311页。

③ 谢晖：《法律哲学：司法方法的体系》，法律出版社2017年版，第42页。

而其文字的使用采用了每个熟悉该行业、交易或事务者所知道并理解的这些文字的特定含义，那么，这些文字必须解释成这种特定含义，尽管它可能还用于文字的普遍的通常含义。”<sup>①</sup>

## （二）黄金规则

黄金规则是指，如果运用字义解释规则出现荒谬的结果时，法官应当寻求字词的其他含义以避免荒谬结论的出现。布莱克本勋爵在 1878 年的一份判决中指出，黄金规则就是将整个成文法看作一体，赋予那些字词通常的含义，除非仅仅考虑文字本身会产生很大的矛盾、荒谬或者麻烦并足以使法官意识到不能在通常含义下使用该字词。这时，法官应赋予该字词其他含义。这一含义可能不是对该字义严格解释的结果，但法官相信该字词应当包含这样的含义。<sup>②</sup>

## （三）程序规则

魏治勋教授阐述了语义解释的“三步舞”程序规则：“任何审慎的语义解释都应当依次遵循三个解释的步骤：（1）解释者必须仔细系统地阅读相关法律文本；（2）解释者必须按照解释对象的通常含义决定其意义选项；（3）解释者应当牢固确立反思性的解释思维，对其解释结论采取反思批判的立场，按照‘反思平衡’或者‘理性商谈’的路径对其解释结论作出合理性评估。”<sup>③</sup>

## 第二节 语法解释

语法解释或称结构解释，是指通过法条语法结构等方面对法条含义所作的解释，包括对语句结构、文字排列、标点符号乃至段落（款、项、目、段）的结构解析及功能阐释。它是一种只对微观的具体条文内部结构进行分析，

① [英] 鲁珀特·克罗斯：《法律解释》，孔小红等译，西南政法学院法学理论教研室 1986 年印行，第 72 页。

② 魏玮：《英国法律解释三大规则之应用》，载《法律适用（国家法官学院学报）》2002 年第 2 期。

③ 魏治勋：《法律解释的原理与方法体系》，北京大学出版社 2017 年版，第 168 页。

挖掘字词之间、语句之间蕴涵的指涉。魏治勋教授将文义解释的语法规则划分为三种类型：文义解释的语法规则、文义解释的句法规则和文义分析的语句逻辑。<sup>①</sup> 王政勋博士对刑法条文的语法分析，包括代词的语义所指、否定副词的意义、语法结构层次分析和标点符号分析。<sup>②</sup> 本书在这里所要谈的语法解释规则，包括标点规则、但书规则、列举规则和结构词规则。

## 一、标点规则<sup>③</sup>

法律解释的标点规则，是指根据法律规定中所使用的标点符号种类及其所处的位置等，来阐明法律规定的含义。标点符号是书面语的组成部分，包括标号和点号两大类。标号有引号、括号、破折号、省略号、专名号、书名号、着重号和音界号，用来表示书面语里词语的性质或者作用；点号有句号、问号、感叹号、冒号、分号、逗号和顿号，用来表示书面语的感情色彩或先后表述之间的关系。而法律条文中使用的标点符号不外乎逗号、句号、分号、顿号、引号、冒号、括号、书名号等八种，而没有诸如叹号、问号、破折号、着重号等具有强烈感情色彩的标点符号。正确使用标点符号，是书面语尤其是法律规定的基本要求。误用误置标点符号，不仅不能正确表达作者所要表达的意思，甚至可能导致文句意思的完全相反。而在断文释句尤其是对法律规定进行标点解释时，解释者首先应当重视将标点符号作为解释词语文句或法律规定含义的重要参考因素，同时也要防止将错就错地以本被误用误置的标点符号作为解释词语文句或法律规定含义的依据。

### （一）应当重视标点符号

在法律的解释过程中，应当重视法律规定中的标点符号，运用其精准地阐明法律规定的含义。先来看看民法通则第137条规定：“诉讼时效期间从知道或者应当知道权利被侵害时起计算。但是，从权利被侵害之日起超过二十年的，人民法院不予保护。有特殊情况的，人民法院可以延长诉讼时效期间。”民法通则自1986年4月颁布后的相当一段时间内，法学理论界和司法实践中对于时效延长究竟应当适用于哪些种类的时效期间，存在困惑和争议。

<sup>①</sup> 详见魏治勋：《法律解释的原理与方法体系》，北京大学出版社2017年版，第156~162页。

<sup>②</sup> 详见王政勋：《刑法解释的语言论研究》，商务印书馆2016年版，第258~285页。

<sup>③</sup> 余文唐：《法律文本的标点、但书及同类规则》，载《法律适用》2017年17期。

最高人民法院 1990 年 12 月出台的《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉若干问题的意见（试行）》（以下简称《民法通则贯彻意见》），规定时效延长既适用于最长时效也适用于普通时效和一年时效。其第 175 条的原文为：“民法通则第一百三十五条、第一百三十六条规定的诉讼时效期间，可以适用民法通则有关中止、中断和延长的规定。民法通则第一百三十七条规定的‘二十年’诉讼时效期间，可以适用民法通则有关延长的规定，不适用中止、中断的规定。”该规定在当时也起到了“定分止争”的作用，将法学理论界和司法实践中的不同观点都统一到最高司法机关的这一规定上来。

那么最高人民法院根据什么作出这样解释的？答案是根据民法通则第 137 条规定中所使用的标点符号。该规定中间标点符号的使用情况为：中间使用两个句号，分别置于普通时效起算与最长时效起算之间、最长时效起算与时效延长之间。这就将民法通则的该规定划分为三段：第一段规定普通时效起算，第二段规定最长时效起算，第三段规定时效延长。如此，规定时效延长的第三段就既管着规定最长时效的第二段也管着规定普通时效的第一段。因此得出时效延长既适用于最长时效也适用于普通时效。显然，这是按照民法通则第 137 条使用的标点对其进行解释的。该解释将民法通则第 136 条规定的一年时效也纳入延长，并不是对民法通则第 137 条关于时效延长规定解释的结果，而是一年时效除了期间与普通时效不一样外，其他的诸如时效起算、中止、中断以及延长都随普通时效。这是因为所谓“普通”，就是除了有特别的明示外，没有特别明示的均应以普通的标准为标准。可以扩展地说，不仅一年时效而且长期时效以及比一年时效更短的超短期时效，只要其时效起算与普通时效的起算标准一样，时效中止、中断以及延长等就要适用普通时效的规定。

再来看看民法总则第 188 条第 2 款规定：“诉讼时效期间自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。”在这一规定的中间只使用一个句号，置于普通时效起算与最长时效起算之间，而最长时效起算与时效延长之间使用的是分号。这就将民法总则的该规定划分为两段，第一段规定普通时效起算，第二段规定最长时效起算与时效延长。可见，民法总则第 188 条第 2 款与民法通则第 137 条的最大的区别在于：最长时效起算与时

效延长之间，前者用分号，后者用句号。而分号是句内标点符号，其前后两个分句属于同一个复句之内；句号是句末标点符号，表示一句话的结束。形象地说，民法总则第 188 条第 2 款中的时效延长规定与最长时效规定可喻为属于“同一家庭的成员”，而该法条前段关于普通时效的规定则不是该家庭成员。可见，民法总则第 188 条第 2 款中时效延长规定，只能及于最长时效而不能及于普通时效。而且《民法通则贯彻意见》第 175 条的规定，在民法总则施行之后不可以再予以适用。

## (二) 切不可“因点害意”

标点符号对于解释法律规定固然重要，但在运用标点解释时不可以将其绝对化。这并不是说在准确使用标点符号的情形下也要将其相对化，而是因为法律规定中错用误置标点符号的现象绝非鲜见。依本书之见，前面所举的民法通则第 137 条在时效延长的规定上，实际上有误用标点（句号）之虞。因为时效延长本应该只是对实在没有条件知道权利被侵害的权利人之“额外开恩”，也就是在此情形下对被侵害权利超过最长时效期间的特别法律救济，这实际上是以公平正义衡量当事人双方利益的结果。而将时效延长适用于已经知道或应当知道权利被侵害的权利人，适用于超过普通时效、长期时效乃至短期、超短期时效的权利救济，则与促使权利人及时行使权利的时效制度立法目的是相背离的。<sup>①</sup> 因此，在运用标点解释时应当特别留心，必须分析是否存在误用误置标点的可能，切不可“因点害意”。正如论者指出的那样：“如果法条的真正含义是清楚的，但与该条的标点符号不符，那么符号应服从于真实含义；如果条款的含义是清楚的，标点符号不能主导条款的含义。误置的逗号不允许破坏从整条规定的语言中推导出来的结论。”<sup>②</sup>

再举个例子来说。最高人民法院印发的《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》（以下简称《民事诉讼法适用意见》）第 8 条的表述是：“双方当事人都被监禁或被劳动教养的，由被告原住所地人民法院管辖。被告被监禁或被劳动教养一年以上的，由被告被监禁地或被劳动教养地

<sup>①</sup> 本书认为，《民法通则贯彻意见》第 175 条关于时效延长既适用于最长时效也适用于普通时效和一年时效的司法解释，是很值得商榷的：一是与促使权利人及时行使权利的时效制度立法目的相背离；二是违反“但书条款仅作用于紧接的先行条文”的但书解释规则。

<sup>②</sup> 管金伦：《法官的法解释》，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第二卷），山东人民出版社 2003 年版，第 253 页。

人民法院管辖。”本规定的后段是否应当以“双方当事人都被监禁或被劳动教养”来限定？对此，审判实践中存在不同的看法，原因就在于该规定的前后段以句号“。”相隔。如果仅就此句号来看，确实可以认为该后段是对当时施行的民事诉讼法第23条第2、4项规定的监禁和劳动教养的时间限定，<sup>①</sup>即被告被监禁或被劳教的时间在一年之内的，适用民事诉讼法该条关于“被告就原告”的规定；而被告一方被监禁或被劳教的时间在一年以上的，就要“原告就被告”。然而该第23条第3、4项并未对被告被监禁或被劳教的时间进行限定，依此被告一方被监禁或被劳教的时间不论是在一年以内还是一年以上，都要适用“被告就原告”原则。如果认为《民事诉讼法适用意见》第8条后段不受其前段“双方当事人都被监禁或被劳动教养”的限制，被告一方被监禁或被劳教的时间在一年以上的，就要“原告就被告”，那么该司法解释显然是与民事诉讼法的规定相抵触的。

法律解释的基本要求是解释结果不得与法律真意相背离，理解司法解释中的规定也因如此。因此，应当从最高人民法院的该规定的前后段整体而不应仅从其中的句号来理解，也就是该规定的后段也应受“双方当事人被监禁或被劳动教养”之限定。只有这样理解，才不至于让该规定陷于有悖于法律规定的越权乃至无效境地。这其实也是标点解释不可“因点害意”的规则要求。由此反过来看，最高人民法院的该规定前后段之间严格地说正确的用法应当是分号而不是句号。最高人民法院2010年12月9日对山东高院请示的答复明确指出：“对被监禁或被劳动教养的人提起的诉讼，原告没有被监禁或被劳动教养的，由原告住所地人民法院管辖。原告也被监禁或被劳动教养的，由被告住所地人民法院管辖；被告被监禁或被劳动教养一年以上的，由被告被监禁地或被劳动教养地人民法院管辖。”<sup>②</sup>然而，2015年1月30日公布的《民事诉讼法司法解释》并未像2010年12月9日对山东高院请示的答复那样加以明确，却是重复《民事诉讼法适用意见》第8条标点符号用法。其第8条规定：“双方当事人都被监禁或者被采取强制性教育措施的，由被告原住所

<sup>①</sup> 民事诉讼法（1991）第23条规定：“下列民事诉讼，由原告住所地人民法院管辖；原告住所地与经常居住地不一致的，由原告经常居住地人民法院管辖：（一）对不在中华人民共和国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼；（二）对下落不明或者宣告失踪的人提起的有关身份关系的诉讼；（三）对被劳动教养的人提起的诉讼；（四）对被监禁的人提起的诉讼。”

<sup>②</sup> 《最高人民法院关于对被监禁或被劳动教养的人提起的民事诉讼如何确定案件管辖问题的批复》（法释〔2010〕16号）。

地人民法院管辖。被告被监禁或者被采取强制性教育措施一年以上的，由被告被监禁地或者被采取强制性教育措施地人民法院管辖。”

由上述的例子和分析可以得出适用法律解释标点规则的基本步骤。首先，根据文面初步解释。即严格按照法律文本中标点符号的种类、位置等使用情况，初步揭示法律规定的文面含义。这是标点规则的第一要求：重视标点符号，也是司法尊重立法的重要体现。在奉行立法中心主义、要求必须严格司法的我国，这一步尤其重要，不可省略。其次，分析初步解释结果。严格按照法律文本标点符号解释的结论若是唯一无争议的，采纳该解释结果。而如果初步解释结果为复数即有多个或存在争议，就需进入下一步的解释作业。再次，误用误置标点检讨。严格按照法律文本标点符号的使用情况进行解释竟然得出复数有争议的结果，说明法律规定中标点符号的使用存在问题。这就需要从要不要使用标点符号、应当使用何种标点符号以及标点符号应当置于何处等方面，检讨法律规定中误用误置标点符号的具体类型。最后，转道寻找法律真意。在法律规定中误用误置标点符号的情形下，不得将错就错地以误用误置标点符号为依据，而应当另辟蹊径以其他解释方法寻找法律真意。这是标点解释不可“因点害意”规则的本质要求。

## 二、但书规则

所谓但书，顾名思义就是转折的文句。法律但书是在一个法律条文作出一般规定之后，加上一个限制该一般规定适用的特别规定。其中的一般规定是法条主文（简称主文），特别规定就是但书条款（简称但书）。法条中的但书就是在法条的主体性的一般规定之后所作的例外性的特别规定，其表达方式通常是：“……（主体性规定），但是……（例外性规定）”，在例外性规定中还常见“除外”“不在此列”之类的语词。著名立法学专家周旺生教授对但书下了这样的定义：“现代中国法律但书，是对法律条文中主文的一般规定作出特别规定，用以规定例外、限制、附加等内容，与主文相反相成，以‘但’或‘但是’所引导的一种特殊法律规范。”<sup>①</sup>姚小林博士认为但书大致表现为六种基本类型：排除型但书、授权型但书、要求型但书、命令型但书、禁止

<sup>①</sup> 周旺生：《论法律但书》，载《中国法学》1991年第4期。

型但书和否定型但书。<sup>①</sup> 但书的主要作用在于将本被涵括于一般规定中的情形，通过但书的特别规定排除出一般规定的适用范围。在法律规定中正确使用但书，是对立法者的要求；正确理解和适用但书，则是司法者的任务。下面先讲但书的表达方式和功能作用，再来谈但书的解释规则。

### （一）但书的功能作用

法律条文中但书的功能作用，是指但书对其前段的主体性规定所起的排除、限制或补充等作用。关于但书的功能作用，不同的学者有不同的说法。我国台湾地区法学家郑玉波认为：“但书之内容主要有二：1. 指出例外，法条规定之效果，需要有例外时，则用但书；2. 附加限制，法条规定之要件，须加以限制（例如附加条件）时，应以但书表明之。此外但书之用途尚有其他种种，然以指出例外或附加限制两者最为主要。”<sup>②</sup> 学者纪永胜、朱洪鹏则以但书与其前段的四种关系来表述但书功能作用：①与前段表示相反的关系；②与前段表示例外的关系；③对前段表示限制关系；④对前段表示补充关系。<sup>③</sup> 本书以后者为主线结合（参考）前者的相关内容，对但书的功能作用作如下阐述。

其一，与前段主文表示相反的关系。这是但书的救偏求全功能，是通过作出近似与主文相反的规定来保证立法的全面。立法中常有这种情况：就某一事项作出一般规定还不够，还必须从相反的角度再作出一定的规定，使有关这一事项的一般规定不致陷入片面而导致偏激、引出误解。刑法第13条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全……的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。”该条文中但书之后的部分所规定的与前部分相反。又如宪法第41条在規定公民对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为有向国家机关提出申诉、控告或检举的权利后，接着规定：“但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”这一但书即为救偏求全的但书，通过它的规定，该条的整个规范就显得全面。

其二，与前段主文表示例外的关系。这是但书的立异存同功能，通过但书把主文无法规定的特殊情形或别有规定的问题排除在外而使主文中的一般

<sup>①</sup> 详见姚小林：《法律的逻辑与方法研究》，中国政法大学出版社2015年版，第36页。

<sup>②</sup> 郑玉波：《法条十二型（以民法法条及法谚为例）》，原载郑玉波：《法谚（一）》，法律出版社2007年版。

<sup>③</sup> 参见纪永胜、朱洪鹏：《刑法中“但书”如何理解》，载《江苏法制报》2012年12月20日。