

# 立法背景资料在法律解释中的功能与地位<sup>\*</sup>

## ——英美的司法实践及其对中国的镜鉴

王云清

**摘要** 考察英美法的司法实践,可以发现立法背景资料经历了从不被接受到被接受再到限制适用等阶段。作为一种发生学论据,立法背景资料和文义解释、体系解释、意图解释和目的解释等具体解释方法存在着密切的关系。为了从立法背景资料中获致可靠、妥当的解释结论,法官应该综合考量效力位阶、证据属性、文义优先原则、制定法的存续期间等因素。囿于意图缺失和出释入造、司法误判、选择性偏差等问题,这些资料宜作为法院确定系争词语之含义的出发点而非终点。中国的司法实践已经形成了一些经验性做法,但依然存在解释功能单一且偏重语义直觉、综合模式未成形且存在选择性偏见、忽视价值选择且误判裁量空间等问题,有待予以改进。

**关键词** 立法背景资料 立法后背景资料 法律解释 立法原意 认知启发式

DOI:10.16094/j.cnki.1005-0221.2019.01.005

作者王云清,法学博士,厦门大学法学院副教授。

作为承载法律意义的文字,若经过用法者的解释,就无法与具体个案中的事实情节相结合生成裁判规范。法律解释学的一般原理认为,对于明显处在“概念核心区域”中的肯定选项或者明显不在其中的否定选项,可依文义解释方法排除用法者的解释权限,但对于处在“概念阴影区域”的中间选项,若一味只看法律文本,则会陷入“明斯豪森困境”。为准确把握立法原意,检讨立法当时或之后产生的、能够展现立法过程或立法者在制定法律时的价值判断的立法背景资料似属当然。<sup>①</sup>法国的注释法学派强调“在法律模糊不清的情况下,法官应该检查立法背景资料以发现立法机关的意图,并在立法机关明确的思维过程中发现模糊条文的意义。”<sup>②</sup>澳大利亚也承认,在法律经过多次修改的情况下,参考立法背景资料是“有用的”。<sup>③</sup>在瑞典,立法背景材料与先例占据着同等重要的地位。<sup>④</sup>尽管立法背景资料可以作为传统文义解释方法的重要补充,甚至是“除了文本之外最

<sup>\*</sup> 本文系国家社科基金重大项目“社会主义核心价值观的司法贯彻机制研究”(17VHJ008)的阶段性研究成果。感谢厦门大学法学院刘连泰教授、张新锋副教授、李晶博士以及匿名评审专家提出的建议。一如成例,文责自负。

<sup>①</sup> 本文所讨论的立法背景资料,在域外国家被称为“立法史”(legislative history)或“立法准备资料”(travaux préparatoires)。“北大法宝”收录了“立法背景资料”,主要包括立法草案、法规解读、白皮书、工作报告和没有实质关联的机构简介等五类。具体内容包括征求意见、草案及其说明、审议意见、答记者问、解读、理解与适用、专家建议稿、学术研讨会发言、调研情况等,形式较为多样。

<sup>②</sup> See Claire M. Germain, “Approaches to Statutory Interpretation and Legislative History in France”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 13, No. 3 (2003), p. 198.

<sup>③</sup> See Michelle Sanson, *Statutory Interpretation*, South Melbourne: Oxford University Press, 2012, p. 152.

<sup>④</sup> 参见[瑞典]亚历山大·佩策尼克《论法律与理性》,陈曦译,中国政法大学出版社2015年版,第331页。

重要的起草和解释工具”<sup>⑤</sup>，但是对于立法背景资料的质疑从未偃旗息鼓。例如德国学者福克斯 (Ernst Fuchs) 就尖锐地批评说，“有关立法背景资料的研究只不过是登记官 (register) 的艰辛工作，而不是科学”。<sup>⑥</sup>

立法背景资料作为立法环节与司法环节的沟通桥梁，可以弥补法价值学与法解释学之间的鸿沟，同时也是区分专业人员和普通民众的技术标准。<sup>⑦</sup> 因此，无论是在学者论说还是在司法实践中，立法背景资料都是一种重要的说理论证形式。但相比之下，我国学者似乎并不特别关心立法背景资料的法律解释功能，只有在零星可数的疑难案件中，才能看到少数不完全的讨论。<sup>⑧</sup> 最高人民法院发布的《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》(法发〔2018〕10号)肯定了法官可以援引此类资料作为“次级论据”，但并未详加论证此中的逻辑，措辞上亦有将之与一般法律解释相割裂之痕迹。<sup>⑨</sup> 一些更为普遍的技术问题并未引起充分、系统的关注例如，立法背景资料在法律解释中的功能与定位究竟如何？为了解答这一问题，本文希望首先对英美国家的司法经验进行总结和提炼，然后将目光转到我国的司法语境。

## 一、立法背景资料的司法适用历程

在早期的英美国家，受传统的字义解释理论之拘束，法官通常坚持所谓的“排除规则”(exclusionary rule)，奉法律文本为圭臬，排除立法背景资料等“外部渊源”。自1769年的“米勒诉特雷勒案”(Millar v. Traylor)以来，英国法院普遍禁止在解释法律时提及议会辩论。韦勒士法官 (Judge Willes) 指出“议会法案的意旨和意义必须从立法文本的表述中推理出来，而不能从它在议会的立法过程中所经历的变化推理出来。”<sup>⑩</sup> 此后在相当长的时间里，英国法官很少援引立法背景资料。

一直到20世纪晚期，“排除规则”才开始有所放松。英格兰法律委员会 (The Law Commission) 在1969年承认，立法背景资料在制定法解释中是重要的，但当时它并没有建议推翻“排除规则”。丹宁勋爵 (Alfred Thompson Denning) 于1976年批评了排除立法背景资料的做法，认为这相当于要

<sup>⑤</sup> See Abbe R. Gluck and Lisa Schultz Bressman, “Statutory Interpretation From the Inside—An Empirical Study of Congressional Drafting, Delegation and the Canons: Part I”, *Stanford Law Review*, Vol. 65, No. 5 (2013), p. 965.

<sup>⑥</sup> See Ernst Fuchs, *Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz* 53 (1908), Cf. Holger Fleischer, “Comparative Approaches to the Use of Legislative History in Statutory Interpretation”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 60, No. 2 (2012), p. 406.

<sup>⑦</sup> 参见郑泰安、郑文睿 “立法背景资料的二元性视角”，《法学论坛》2016年第6期，第85-91页。

<sup>⑧</sup> 参见强世功 “文本、结构与立法原意——‘人大释法’的法律技艺”，《中国社会科学》2007年第5期，第155-158页；秦前红、张筱侗 “基于‘菲佣居港权’案件判决的几点反思”，《理论月刊》2014年第8期，第182页。国内一些有关法学方法论的著作也提到了立法背景资料。例如，陈金钊对历史解释方法和立法背景资料的关系做了一些梳理，其中谈及国外学者的学理观点，参见陈金钊等 《法律方法论研究》，山东人民出版社2010年版，第343-357页；张志铭侧重从比较法律解释的角度，分析了各个国家对立法背景资料的不同态度，参见张志铭 《法律解释学》，中国人民大学出版社2015年版，第96-101页。一些硕博学位论文专门研究了此问题，例如张洁 “议会议事录在英国法律解释中的命运——对佩珀诉哈特案的历史分析”，华东政法大学2008届硕士学位论文；陈晨 “立法资料在法律解释中的运用”，山东大学2012届硕士学位论文；曹雅静 “美国行政法上的立法史解释”，山东大学2016届硕士学位论文；刘翀 “美国现代制定法的解释方法研究”，南京师范大学2014届博士学位论文，第38-42、49-50页。最新的中文文献，参见【德】霍格尔·弗莱舍 “成文法解释中立法史使用的对比研究”，穆冠群译，《财经法学》2017年第4期，第68-91页（该文即脚注⑥所引英文论文的中译本）；程能、邵新 “浅论立法资料在裁判文书说理中的运用”，《法律适用（司法案例）》2018年第6期，第27-35页。

<sup>⑨</sup> 《关于加强和规范裁判文书释法说理的指导意见》第13条规定 “除依据法律法规、司法解释的规定外，法官可以运用系列论据论证裁判理由，以提高裁判结论的正当性和可接受性：……立法说明等立法材料；采取历史、体系、比较等法律解释方法时使用的材料……”

<sup>⑩</sup> Millar v. Taylor, 4 Burr. 2303 (1769), at 2332.

求法官“在黑暗中以不开灯的方式确定法令的含义”<sup>⑪</sup>并直言不讳地指出法官总是会“偷窥”议会的审议记录。在此之后,出现了一种新的观点,即认为议会中的发言虽然不能被用于确定立法意图,但可用于推断行政机关的政策目的;此立场在1980年得到了下议院的支持。<sup>⑫</sup>不久之后,英国法院承认了帮助判断制定法希望解决的弊端(mischief)或缺陷(defect),法官可以参考立法背景资料。1991年,英国法院明确宣布“在例外情况中,如果法院关心的是立法的目的而不是它的解释,那么参考《英国议会议事录》(Hansard)并无不可。”<sup>⑬</sup>

尽管英国法院在一些案件中已经放松“排除规则”,但总体上仍然认为参考外部渊源的解释实践必须受到严格的限制。在1993年的“佩普诉哈特案”(Pepper v. Hart)当中,法官们设定了三个条件:(1)“如果立法意图的表达真的是模糊的或者晦涩的,或者如果字面的、表面的解释会导致明显的荒谬结果,并且通过针对争议事项所做的明确陈述可以解决这个难题”;(2)“法院需要解决的解释问题已经被议会论辩所解决,这部立法的支持者已经对这个问题做了明确的陈述”;(3)“拟参考的议会审议记录是提出法案的一位或者多位或者其他议员的一次或者多次发言,或者为理解这些发言的含义及其效力有必要与这些发言一起参考的其他审议记录”。<sup>⑭</sup>

19世纪时的美国法院也认为,文本的显明含义是立法意图“当然且唯一的证据”,对外部渊源则奉行英国的“排除规则”。<sup>⑮</sup>美国法院在1859年首次援引了立法背景资料,但当时并非为了解释法律,而是为了判断委员会报告所陈述的事实是否准确。<sup>⑯</sup>1892年的“圣三一教堂诉合众国案”(Holy Trinity Church v. United States)第一次突破了“排除规则”,承认法院在解释法律中的模糊词语时可以参考立法背景资料。法院借助“避免荒谬结果规则”和略带目的论色彩的修辞方式指出“制定法所使用的词语经常是有概括的意义的,这些词的意思非常宽泛,足可涵盖有争议的行为,但若是考虑到整部立法、或立法前后的环境、或如此宽泛地解释这些词语可能产生的荒谬结果,则我们无法合理地相信,立法者有意包括该行为。”<sup>⑰</sup>作为本案直接证据的,就是委员会的一份报告。

20世纪20年代晚期的美国法院对立法背景资料开始逐渐表现出较为宽松的态度。20世纪40年代,美国法院开始走向“浓郁的目的主义”,对立法背景资料也采取了一种更加乐观的态度。正如一位该时代的学者所指出的:通过参考外在的帮助,一般有可能发现立法者所欲实现的目的。<sup>⑱</sup>在这个阶段,美国法院倾向于逐步扩大立法背景资料的范围,亦即除了委员会报告,还包括负责法案的委员会成员在论辩初始阶段经过精心准备的发言、他们在论辩过程中的即席发言,以及参会者为了解释会议达成的共识而对各自议会所做的报告,立法听证会证言记录,等等。<sup>⑲</sup>除此之外,“显明含义规则”也不再成为限制事由。在1940年的“合众国诉美国货运协会案”(United States v. American Trucking Associations)中,美国法院主张“在制定法场合下,如果有一些资料可以帮

⑪ [英] 迈克尔·赞德《英国法:议会立法、法条解释、先例原则及法律改革》(第六版),江辉译,中国法制出版社2014年版,第266页。

⑫ See Neil Duxbury, *The Elements of Legislation*, New York: Cambridge University Press, 2013, p. 221.

⑬ *Stoke-on-Trent C. C. v. B & Q Plc.* [1991] Ch. 48 (Ch. Div.), at 66, Cf. note ⑫, Neil Duxbury, p. 213.

⑭ 关于该案判词与解析,参见注⑪,迈克尔·赞德书,第269页。

⑮ See William N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p. 208.

⑯ See *Dubuque & P. R. Co. v. Litchfield*, 64 U. S. 66 (1859), at 87-88, Cf. Antonin Scalia & Bryan A. Garner, *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*, MN: Thomson/West, 2012, p. 372.

⑰ *Church of the Holy Trinity v. United States*, 143 U. S. 457 (1892), at 459.

⑱ See Harry W. Jones, “The Plain Meaning Rule and Extrinsic Aids in the Interpretation of Federal Statutes”, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 25, No. 1 (1939), pp. 756-757.

⑲ See Henry M. Hart and Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, New York: The Foundation Press, 1994, pp. 1235-1237.

助 (aid) 我们解释词语的含义, 无论‘表面检查’下词语多么清楚, ‘法律之治’绝不会禁止使用这些资料。”<sup>20</sup>

一直到 20 世纪 80 年代, 美国法院始终保持对此类资料的开放心态。经验研究表明, 就 1981 年时的庭审期而言, 美国联邦最高法院在遇到几乎所有制定法解释问题时, 都会参考立法背景资料。<sup>21</sup> 但进入 20 世纪 80 年代后, “新文本论”重新青睐制定法文本, 坚决反对援引立法背景资料。<sup>22</sup> 受此影响, 美国法院对这些资料的依赖程度开始降低。<sup>23</sup> 但同样应该指出的是, 美国法院并没有完全拒绝立法背景资料。哪怕是一些顽固的文本主义者, 在一些恰当的场所中也会使用它们。

从英美国家的经验来看, 尽管立法背景资料仍然受到许多质疑, 但它对于法律解释的功能不容小觑。如今, 英国法官普遍认为“参考《英国议会议事录》虽然经常无法帮助法院解决制定法解释问题, 但有时仍是有用的”,<sup>24</sup> 而美国学者的调查结果甚至显示, “几乎所有的受访者都一致认为立法史是除了文本之外最重要的起草和解释工具”。<sup>25</sup> 与此同时, 虽然英美在立法背景资料的司法适用方面存在许多细微的差别,<sup>26</sup> 但是近年来, 这两个国家不约而同地都限制了立法背景资料的运用。这表明, 尽管立法背景资料是一种有用的解释工具, 但如何更加谨慎、理性地对待立法背景资料, 并建立一套更加务实、更加完善的分析框架, 依旧是摆在司法面前的难题。

## 二、立法背景资料的法解释功能

英美法通常认为, 立法背景资料提供的是与立法过程有关的事实性信息而非法律本身, 事关辅助“解释立场的证立”, 但不是独立的法律解释方法。<sup>27</sup> 从主观解释论来说, 立法背景资料作为发生学论据 (genetic argument), 可揭示立法者的主观意图或主观目的; 从客观解释论来说, 则可揭示立法中的法伦理背景。基于主/客观解释标准的差异, 立法背景资料与各种具体解释方法之间存在千丝万缕的关系。<sup>28</sup>

### (一) 作为文义解释的辅助证据

“显明含义规则”认为, 制定法的语言是“最终立法意图的唯一证据”, 除非存在荒谬结果,<sup>29</sup> 参考立法背景资料, 只是为了解决模糊性和歧义。然而, 即便就显明含义而言, 立法背景资料仍可

<sup>20</sup> United States v. American Trucking Association, 310 U. S. 534 (1940), at 534-544.

<sup>21</sup> See Wald, “Some Observation on the Use of Legislative History in the 1981 Supreme Court Term”, *Iowa Law Review*, Vol. 68, No. 2 (1983), p. 195.

<sup>22</sup> See Amy Gutmann, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton: Princeton University Press, 1997, pp. 29-30.

<sup>23</sup> 相关的经验研究, 参见 Michael H. Koby, “The Supreme Court’s Declining Reliance on Legislative History: The Impact of Justice Scalia’s Critique”, *Harvard Journal on Legislation*, Vol. 36, No. 2 (1999), pp. 369-396; David S. Law & David Zaring, “Law Versus Ideology: The Supreme Court and the Use of Legislative History”, *William and Mary Law Review*, Vol. 51, No. 5 (2010), pp. 1653-1748.

<sup>24</sup> *Supra* note 12, Neil Duxbury, p. 220.

<sup>25</sup> *Supra* note 5, Abbe R. Gluck and Lisa Schultz Bressman, p. 965.

<sup>26</sup> 关于英美两国的态度差异及其成因, 参见注12, Neil Duxbury 书, 第 221-223 页。

<sup>27</sup> 阿尔尼奥对解释立场及其证立做了必要的区分, 相关介绍, 参见 [荷] 伊芙琳·T. 菲特丽丝 《法律论证原理——司法裁决之证立理论概览》, 张其山等译, 商务印书馆 2005 年版, 第 124-127 页。

<sup>28</sup> 下文的分类, 主要是出于讨论的便利。当然, 将解释标准和解释方法进行区分并非没有依据, 德国法学家英格博格·普铂早有此论。参见 [德] 英格博格·普铂 《法学思维小讲堂: 法律人的 6 堂思维训练课》, 蔡圣伟译, 北京大学出版社 2011 年版, 第 66-67 页。国内也有学者论及“法律解释的方法与其目标间存在不严格的对应关系”, 参见雷磊 “再论法律解释的目标——德国主/客观说之争的剖析和整合”, 《环球法律评论》2010 年第 6 期, 第 41-42 页。

<sup>29</sup> See *Caminetti v. United States*, 242 U. S. 470 (1917), at 490.

作为语境证据发挥“确证”功能,<sup>⑩</sup>因为所谓的“显明含义”是认识论意义上的,它只有在特定的语境中才存在。

在“哈里斯诉加纳”(Frederick Lamar Harris v. Wayne Garner)中,美国联邦上诉法院第七巡回法庭(United States Court of Appeals, Eleventh Circuit)的法官需要解释《监狱诉讼改革法》中的如下规定“关押在拘留所、监狱或其他矫正设施中的犯人,除非先证明身体上的损害,否则不能对在押期间所遭受的精神损害或情感损害提出联邦民事诉讼。”法院认为此条文的意思是很清楚的,就是说一个人提出民事诉讼时,他必须是受到监禁的犯人。法院考察了国会会议记录和议员们的发言情况,发现国会之所以明确提及“在押期间”是为了降低犯人们提出的案件数量。在一节专门针对立法背景资料的分析中,法院明确地指出“尽管(指‘法律文本若存在显明含义,则不得诉诸立法背景资料’——引者注)是众所承认且相当重要的原则,但有时法官会发现立法背景资料支持并且补充了制定法语言的显明含义,因此法官难以抵制摆弄立法背景资料的诱惑。”<sup>⑪</sup>

### (二) 作为体系解释的辅助证据

体系解释方法要求解释者在相关法律条文及其规范意旨内,维护整个法律体系内部融贯和概念用语的一致性,具体要求包括无矛盾、不赘言、完整性和体系性。英美法上关于排除矛盾的论述,除了形式意义上的矛盾之外,还包括实质意义上的结果矛盾,后者又被称为“避免荒谬结果规则”。正如法官所言,“若完全依赖文本会传达出不融贯的信息,而其他可靠的证据可以澄清制定法并且避免明显的不融贯”,<sup>⑫</sup>那么立法背景资料是有用的。

按照美国《联邦证据规则》(Federal Rules of Evidence)第609(a)款规定,若证人之前曾经被指控重罪,则可作为质疑证人可靠性的证据,但前提是“法院认定该证据的证明力比它对‘被告’产生的偏见更加重要”。在“格林诉博克洗衣机公司”(Green v. Bock Laundry Machine Co.)一案中,原告以产品责任为由起诉被告,而被告则以原告曾因重罪被判刑来质疑原告的动机。这个条文所使用的措辞“defend”,其原义是指刑事案件的被告人,而不包括民事案件的原告,但这样解释却会产生荒谬的结果。斯卡利亚法官(恰恰是新文本论者)指出,如果文义解释会产生不合理的结果,诉诸制定法背后的“公共材料”来“验证”立法机关希望表达的意义的做法,是“完全恰当的”。<sup>⑬</sup>

### (三) 作为主观立法意图的辅助证据

立法意图是一个非常灵活多变的概念,依据概括水平的差别,在不同语境下可以指涉不同的含义。“意图”至少包含“意向意义”(intended meaning)和“意向目的”(intended purpose)。<sup>⑭</sup>

关于意向意义的一种常见解释方法是,法官通过比较立法草案到正式文本、通过后法律修改增删的情况,来推断立法者希望表达的意思。正如詹姆斯·兰迪斯(James M. Landis)指出的“一份草案之所以能够取代另一部草案,必定涉及选择问题。”<sup>⑮</sup>在一起案件中,英国法院需要解释1933年的《司法管理法》以判断诉状是否一定要求由法官签名。法院发现,这部法律主要是为了弥补废除大陪审团制后遗留下来的问题,即“起诉状本身并不是一份具有法律效力的文件,那么在什么条件下,被告人才可以因为该诉状而受到法官或陪审团的审判?”该法案虽然提到了“呈递诉状”(an indictment presented),但并没有提到签名。按照原来的规定,诉状只需要交给法官或者院

<sup>⑩</sup> See James J. Brudney, “Confirmatory Legislative History”, *Brooklyn Law Review*, Vol. 76, No. 3 (2010), p. 901.

<sup>⑪</sup> Frederick Lamar Harris v. Wayne Garner 216 F. 3d 970, 977 (2000).

<sup>⑫</sup> Barnhart v. Sigmon Coal Co., 534 U. S. 438 (2002), at 472 (Stevens, J., dissenting).

<sup>⑬</sup> Green v. Bock Laundry Machine Company, 490 U. S. 504 (1989), at 527.

<sup>⑭</sup> See James M. Landis, “A Note on ‘Statutory Interpretation’”, *Harvard Law Review*, Vol. 43, No. 6 (1930), p. 886.

<sup>⑮</sup> *Ibid*, p. 889.

长，然后由书记员或法院的其他官员下发调卷令，就可被视为法院已经受理了这个案件。后来为了建立新的审查机制，修法过程中才明确要求诉状必须要由法官签名。故而法院最终认定，诉状成为有效法律文书的必要条件就是签名，此即立法机关在《司法管理法》中的原意。<sup>⑩</sup>

#### （四）作为目的解释的辅助证据

与具体的语义意图不同的是，立法背景资料还可帮助法官获知与立法过程有关的语境信息，特别是主观立法目的，此解释方法来源于英美法上著名的“除弊规则”。1868年，英国法院在论证法律未能解决的弊端时，就援引了一份委员会的报告和下议院成员的发言。<sup>⑪</sup>在美国的一起刑事案件中，被告跨州贩卖盗版碟，被控违反了《美国法典注释》(United States Code Annotated)第18条第2314项之规定。此法律调整的犯罪行为是“跨越州境、国境买卖任何商品、器具、货物、证券、货币，且明知上述物品属于偷盗、转移或欺诈所得”。法院在考察了相关立法背景资料后，认为当时立法者的目的是“填补由于州政府对于跨州运送被盗财物的有限管辖权所导致的联邦执法漏洞”，但在打击盗版行为方面并不存在此等考量，故而被告的上述行为不在该条文所指范围内。<sup>⑫</sup>

通过收集、整理和阅读法律讨论过程的记录，司法者可以准确地理解“立法之所以必要的社会背景或环境”。此时的目的解释宜归为客观目的解释，因为解释者关注的是法律制定过程中发挥重要影响的法律原则或者法伦理背景。通过考察社会环境和法律环境的发展变化，法官可以得知法律精神的发展趋势，进而填补法律规范中的“评价欠缺型漏洞”。<sup>⑬</sup>1952年美国的《移民和国籍法》(Immigration and Nationality Act)禁止患病态人格、癫痫或心理缺陷的外国人入境。由于当时主流的医学知识和社会公众都将同性恋和双性恋视为精神疾病，负责制定和执行该法的移民局和卫生局曾向国会建议上述条款包括同性恋和性偏差者。1965年美国国会修改此法律时，接受了这一建议。20世纪60年代以后，医学经验研究没能找到病理学和同性恋之间的相关关系，公民权利运动后，同性恋群体越来越受到社会公众的同情，卫生局明确表示不再为同性恋提供医学证明。后来，布什政府通过修法，改变了对同性恋的歧视。在此问题上，相关资料可以展现出丰富的法伦理背景，并为法院提供必要的论据。<sup>⑭</sup>

综上所述，立法背景资料并非对法律解释全无帮助，它可以向法官提供与立法过程的历史语境、政治语境相关的事实性信息，进而帮助法官对“哪一种法律解释最有可能反映立法的政治性偏好作出最有可能的估计”。<sup>⑮</sup>

### 三、援引立法背景资料的考量因素

尽管立法背景资料可以为解释者提供语境化的因素，但是和其他解释方法一样，承认立法背景资料的功用，并不代表它在一切案件中都可以为法官提供确定的指引。为了避免立法背景资料的司法使用落入司法恣意的窠臼，一些初步的原则应该引起法官的重视。

<sup>⑩</sup> See R v Clarke, [2008] UKHL 8.

<sup>⑪</sup> See In re Mew and Thorne, 31 L. J. Bank. 87-89 (1862).

<sup>⑫</sup> See Dowling v. U. S., 473 U. S. 207 (1985).

<sup>⑬</sup> 关于评价欠缺型漏洞，参见[德]齐佩利乌斯《法学方法论》，金振豹译，法律出版社2009年版，第93页。

<sup>⑭</sup> *Supra* note ⑩, William N. Eskridge, pp. 48-80.

<sup>⑮</sup> See Einer Elhauge, *Statutory Default Rules: How to Interpret Unclear Legislation*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008, p. 115.

### （一）相对位阶关系

由于立法体制、司法文化和时代背景的差异，各个国家对于立法背景资料的内容和表现形式往往有不同的看法。前文提及的“圣三一教堂诉合众国案”裁判过后不久，美国学者萨瑟兰（Jabez Gridley Sutherland）关于制定法解释的第二版著作只提及委员会的报告、被驳回的修正案和立法记录，并不包括立法定论。<sup>④②</sup>今天美国法院所使用的立法背景资料，远比萨瑟兰生活的时代要宽泛得多，原则上只要是与法律的起草或通过有关材料都可以援引。由此引发的问题是，在如此多样的资料中，法院应该优先参考哪些资料？

一种比较通行的观点是，这种位阶关系应建立在可靠性基础之上：这些材料在多大程度上可以反映立法机关的观点或假设？不同的立法背景资料受到个体立法者或带有偏见的利益集团操纵的可能性有多大？基于这两个标准，从最权威的到最不权威的，依次是委员会报告、提案人的陈述、立法定论和听证会记录、被驳回的提案或沉默、非立法者的支持者或起草者的陈述。<sup>④③</sup>其中，委员会报告经常被视为“第一可靠的”资料，这是因为委员会多数成员必须在报告送交两院讨论前在上面背书，委员会报告的起草者最熟悉草案试图解决的问题，所以委员会报告最能反映立法机关的本意。美国联邦最高法院也一再重申，“寻找立法机关的意图的权威渊源，在于该法案的委员会报告”。<sup>④④</sup>相比之下，立法辩论和听证会期间的讨论就不那么可靠，因为此阶段的讨论并不是最终结果。

另外的一个问题，是关于内在立法背景资料与“立法后背景资料”（post-enactment legislative history）的优先关系。从原则上来讲，立法背景资料仅仅是在法律文本正式通过之前所形成的历史记录，因此，法律通过后形成的资料并不算是立法背景资料。那些没有在立法机关面前正式提出的立法背景资料，原则上与判断制定法的含义无关，只有在判断某种含义是否在语义学上可能时方可予以考量。<sup>④⑤</sup>由于立法者在立法过程之外所做的陈述可能会因为个人动机而受到“污染”，也可能由于记忆偏差而对立法意图作出错误的表述，所以立法后背景资料的援用受到更加严格的限制。一般来说，它的权威性“排在一般立法背景资料之后”，<sup>④⑥</sup>只有在法官穷尽了一切手段，或者为了论证制定法可能包含某种被大家忽视了的含义，才可作为补充手段使用。<sup>④⑦</sup>

上述位阶关系虽非严格规则，但美国法院基本上仍会尊重如下共识。亦即一般情况下，根据与立法的相关程度以及相关资料获取的难易程度，法院最常参考的首先是提出相关立法的委员会所作的报告；其次是在相关立法之前，为了解决该项立法所要解决的问题所做的尝试；再次是在立法过程中，两院发生的争辩和相关的陈述；立法后其他委员会所作的报告等材料，比如试图描述或者规定先前国会通过的法律应该如何解释的材料，由于对法院来说太过宽泛，所以不常被引用。<sup>④⑧</sup>

### （二）满足基本证据属性

立法背景资料可以作为证据，也可以作为非证据意义上的认知启发式（heuristic）。当法官通过

<sup>④②</sup> *Supra* note ①⑤, William N. Eskridge, pp. 208-209.

<sup>④③</sup> See William N. Eskridge, Philip P. Frickey, and Elizabeth Garrett, *Legislation and Statutory Interpretation*, Second Edition, New York: Foundation Press, 2006, p. 317.

<sup>④④</sup> *Garcia v. United States*, 469 U. S. 70 (1984), at 76.

<sup>④⑤</sup> *Supra* note ①⑨, Henry M. Hart and Albert M. Sacks, p. 1251.

<sup>④⑥</sup> *Sullivan v. Finkelstein*, 496 U. S. 617 (1990), at 631-632.

<sup>④⑦</sup> See Christian E. Mammen, *Using Legislative History in American Statutory Interpretation*, New York: Kluwer Law International, 2002, p. 74.

<sup>④⑧</sup> *Supra* note ④⑦, Christian E. Mammen, pp. 61-62.

立法背景资料印证显明含义时，这些资料就发挥着启发式的效果，可在判决书中隐匿不谈。但若文本存在歧义或模糊，而需推断立法者的意图时，援引立法背景资料则应符合如下证据法规则。

首先，立法背景资料必须和待解释问题存在直接关联，尽可能指向相关法律条文或者特定术语的含义。若立法背景资料自身就是模糊不清、自相矛盾的，就会出现“无限递退难题”，亦即解释工具本身也需要解释。为此，法官和当事人应该尽可能地援引那些能够确定无疑地指出解释问题的答案的资料，而不宜援引那些模棱两可的资料，更不能根据这些资料做胡乱猜测。

其次，立法背景资料应该反映真实的立法意图。法官应该尽可能地援引立法过程后半段产生的资料和权威人士的陈述，不引用一家之言或“败者的历史”，等等。例如，在“合众国钢铁工人诉韦伯案”（*United Steelworkers v. Weber*）中，异议意见使用了反对配额制的言论，但这些言论产生于法案被参议会重新修订之前，而当时参议会增加了一条妥协条款，隐晦地允许私人自愿的而不是法定的纠偏行动。因此，这些言论并没有真正反映参议会的意图。<sup>④</sup>

最后，必须注意立法机关是否希望法院参考这些资料。由于司法机关的解释可能会引起立法机关的回应，为了避免解释被推翻，法院应事先预估立法态度。在“公民诉美国司法部案”（*Public Citizen v. U. S. Department of Justice*）中，美国联邦最高法院需要解释“建立或使用”（*established or utilized*）的意涵。当时参议院提及“建立或组织”（*established or organized*），而众议院只提“建立”。“使用”一词首次出现在委员会报告中，似可参考。然而，国会议事规则明确规定，委员会报告不能够改变参众两院都同意的措辞方式，故法官不宜援引委员会的报告。<sup>⑤</sup>

### （三）文本优先原则

任何一种合理的解释都必须从文本出发，不能逾越文本的意义射程。英美国家的法官一再强调，如果制定法的语言不存在模糊性，那么参考立法背景资料就是没有必要的。<sup>⑥</sup>之所以要坚持文本优先原则，主要是因为随意越出文本将会导致司法机关用自己的政策判断取代立法判断，并损害公民的信赖利益。为此，英美国家的法院一再重申“法院应该推定立法机关是言行一致的。若制定法语言并不模糊，则第一个准则（指文义解释——引者注）通常也是最后的准则‘司法的探究到此就结束了’”。<sup>⑦</sup>

那么，法官是否只能在模糊性条件下，才可以援引立法背景资料呢？在著名的“雪佛龙案”中，美国法院提出了一个两阶段的司法分析模型：第一阶段，法院必须“使用传统制定法解释工具”，判断“国会是否直接提到了争讼事项”，如果是，那么制定法就是“没有歧义的”；第二阶段，如果制定法有歧义，那么只要行政机关的解释是“基于对制定法的可允许的解释”，就应该遵从行政机关所做的解释。<sup>⑧</sup> 尽管“雪佛龙规则”看上去条理清晰，但实际上，这两个阶段都是在处理同一个问题，即制定法文本的“模糊性区域”有多大。<sup>⑨</sup> 从理论和实践上来说，不管是在确认显明含义还是在解决模糊性方面，立法背景资料都有机会进入其中。就第一个阶段而言，何为“传统的制定法解释工具”历来就不是很清楚，在“雪佛龙案”当中，立法背景资料就被当作这种工具之

<sup>④</sup> *Supra* note ③, William N. Eskridge, Philip P. Frickey, and Elizabeth Garrett, pp. 307-308.

<sup>⑤</sup> See Victoria F. Nourse, “A Decision Theory of Statutory Interpretation: Legislative History by Rules”, *Yale Law Journal*, Vol. 122, No. 1 (2012), pp. 93-94.

<sup>⑥</sup> 参见 *Cave v. Robinson Jarvis & Rolf*, [2002] UKHL 18 (“如果制定法的语言不存在模糊性，那么诉诸立法背景资料就是没有必要甚至不能被允许的”）； *Carl S. Dellmuth v. Russell A. Muth*, 491 U. S. 223 (1989), at 230. (“如果国会的意图‘没有任何疑义地表现在制定法的语言之中’，那么诉诸立法背景资料将是没有必要的。”)

<sup>⑦</sup> *Conn. Natl Bank v Germain*, 503 U. S. 249 (1992), at 253-54 (1992) (quoting *Rubin v. United States*, 449 U. S. 424 (1981), at 430.

<sup>⑧</sup> See *Chevron U. S. A. v. Natural Resources Defense Council*, 467 U. S. 837 (1984), at 842-843.

<sup>⑨</sup> See Matthew C. Stephenson and Adrian Vermeule, “Chevron Has Only One Step”, *Virginia Law Review*, Vol. 95, No. 3 (2009), p. 601.



一的;而在第二个阶段,亦即判断行政机关的解释是否“合理”时,法官重点要审查的是行政机关对相关立法背景资料的解读是否恰当。从这个角度来说,无论是否存在歧义或模糊,立法背景资料都可以在这两个阶段中进入司法分析框架中。

基于对“雪佛龙规则”的准确理解,制定法文本的优先性原则或许只是表明,如果立法背景资料得出了制定法文本无法承载的意义,那么法官在援引时就必须承担更加繁重的论证压力。不能与文本发生矛盾,才是“美国联邦最高法院现代立法背景资料案例法的一个核心前提”。<sup>⑤⑥</sup>

#### (四) 制定法的存续期间

法律解释的功能之一就是解释进行空隙立法,从而回避立法的深度僵化。尽管立法原意导向是一种“政治正确”的解释方法,但是在特定情况下,只有忽略立法语言、立法意图和先前的解释,才能够确保制定法跟上时代的发展。<sup>⑤⑦</sup>为回应法律解释中的“死手难题”,不少学者已经承认,“历史也许可以反映出立法者或起草者的解释预设,但是它无法反映出现代解释者应该给予这些预设多大的分量”。<sup>⑤⑧</sup>一种常识性的观点认为,法律越新,解释者就越受历史原意拘束,因而越要遵从立法背景资料,反之则否。<sup>⑤⑨</sup>

当然,制定法的存续期间与立法背景资料的权重并非总是负相关。在这个方面,戴维·罗(David S. Law)和戴维·扎凌(David Zaring)两人的经验研究特别值得注意。他们的研究指出:在特定的年限之内,随着制定法存续期间的增加,立法背景资料的司法使用率总体上呈下降趋势,可是一旦超出这个年限,则呈现相反的趋势。他们认为,这种看似反常的现象,其实是由司法经验以及运用立法背景资料的成本—收益分析所决定的:在法令新出之际,由于法官没有多少经验,所以希望借助时新的立法背景资料来辅助解释,而随着司法经验(特别是先例)的积累,立法背景资料的功效会下降;当法律存续期间渐增,法律可能会出现与社会生活脱节的情况,如果“先例的指引和经验的利益不再能补偿越来越古老的制定法所引起的解释不确定性”,那么法官就会反过来重新倚重立法背景资料。<sup>⑤⑩</sup>

## 四、立法背景资料适用的局限

在一些情形中,立法背景资料是一种相当有用的解释工具。不过应引起注意的是,立法背景资料同样也是有局限的。若法官未认识到立法背景资料的局限,则就可能会误用或滥用这些资料。

### (一) 意图缺失与“出释入造”

正如前文所述,立法背景资料的主要功能在于帮助解释者发现立法者的意图或者规范目的,因此是一种“释有”而非“释无”的工具。但是,立法者在制定法律时可能没有办法预见到将来的所有事态,即存在“漏洞”。法官有时会刻意假装解释结论得到了相关历史材料的支撑,但其实他

<sup>⑤⑥</sup> John F. Manning, “Chevron and Legislative History”, *George Washington Law Review*, Vol. 82, No. 5 (2013), p. 1552.

<sup>⑤⑦</sup> 参见 [美] 盖多·卡拉布雷西《制定法时代的普通法》,周林刚、翟志勇、张世泰译,北京大学出版社2006年版,尤其是第四章的讨论。

<sup>⑤⑧</sup> Richard A. Posner, “Past-Dependency, Pragmatism, and Critique of History in Adjudication and Legal Scholarship”, *University of Chicago Law Review*, Vol. 67, No. 3 (2000), p. 594.

<sup>⑤⑨</sup> 埃斯克里奇在谈及“谨慎的动态法律解释”时,讨论了文本因素、历史因素、演变性因素之间的辩证关系。See William N. Eskridge, “Dynamic Statutory Interpretation”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 135, No. 6 (1987), pp. 1483-1485.

<sup>⑤⑩</sup> See David S. Law & David Zaring, “Law Versus Ideology: The Supreme Court and the Use of Legislative History”, *William and Mary Law Review*, Vol. 51, No. 5 (2010), pp. 1723-1725.

们的解释更像是法律续造。

试以“美国钢铁工人诉韦伯案”这个著名的疑难案件为例。在该案中，法院需要判断的问题是，雇主给黑人少数群体预留份额的自愿纠偏行为，是否构成了1964年美国《公民权法案》所禁止的“歧视”。然而，在该案所涉及的争论焦点上，现有的立法背景资料并没有揭露出立法者的实际意图。美国南方人虽然认为这个法案如果获得批准那么将会在所有雇佣中实现种族平衡，但他们的真正目的，是借由夸大法案的实际效果来恫吓法案的支持者；一些共和党人和民主党人可能真诚地支持纠偏行动而同意南方人的立场，还有一些人则可能会投票反对纠偏行动这种过分激进的做法，以换取其他人对这部法案的支持。尽管伦奎斯特（William Rehnquist）大法官的异议意见援引了11位参议员的证言，认为第七款要求种族配额，但另外11位参议员的证言则主张禁止种族配额。最关键的一点是，伦奎斯特大法官所援引的这些陈述并没有明确指出，这些参议员对自愿性的纠偏行动而非法定配额持有何种观点。尽管参议员休伯特·汉弗莱（Hubert Humphrey）等几位党派领袖曾经指出，《公民权法案》第七款并没有要求雇主为了满足种族平衡而进行区分对待，且任何一种维持平衡的做法都涉嫌违反第七款，但没有证据表明国会所有立法者有意以“关键人物”的意图作为最终判断标准。总体而言，相关立法背景资料，尚不足以帮助法官判断立法者是否有意将第七款适用于自愿纠偏行动计划。<sup>⑩</sup>

### （二）业余历史学家与误判成本

在理想的政治参与模式下，复数立法者基于社会公共利益的考量，通过参与一回应机制，运用恰如其分的言辞将共同意思固定下来。在此模式下，法官可以将立法背景资料作为立法过程的折射，并通过认真阅读这些资料寻找到立法者的语义意图或者适用意图。然而，以实证政治理论为代表的政治科学早已表明，立法过程充满了院外游说、互投赞成票、故意悬置等多种策略行为。这些问题容易导致作为“业余历史学家”的法官误判立法者的真实意思，因为“立法背景资料的扭曲性特征会与裁判过程的结构限制以某种方式互相作用，进而导致降低而不是提高司法判断立法意图的准确性”。<sup>⑪</sup>

前述“圣三一教堂诉合众国案”就是一个典型的误判案件。为了论证“任何种类的劳动力（labour）或服务（service）”并不包括牧师这类脑力劳动者，布鲁尔（David Josiah Brewer）大法官援引了两份立法背景资料。其中一份关键性的立法背景资料来自参议院教育与劳工委员会（Senate Committee on Education and Labor）。这份报告中有一段话提到，教育与劳工委员会原本建议“劳动或者服务”等同于“体力劳动”。同时，教育与劳工委员会原本希望能够提出修订案来明确这一解释，但最终却放弃了，因为它希望法案尽快通过，且认为这个不是解释问题。然而，事与愿违的是，这部法案一直拖延到国会的第二次会期，而参议员们并没有提出任何修正案将这部法案局限于体力劳动者。恰恰相反，无论是这部法案的提案人，还是参议院、众议院，实际上都对这部法案采取了更为宽泛的理解。因此，法院所援引的立法前半段的资料，可能是不准确的。<sup>⑫</sup>

### （三）选择性偏差与解释分歧

立法背景资料的司法适用经常被塑造成一种简单的三段论推理的结构，但其实从材料到结论可能会涉及三个“跳跃”：从法律准备工作到立法者的心理是一个跳跃；到立法理由是另一个跳跃；

<sup>⑩</sup> 关于此案的详细检讨，参见注⑮，William N. Eskridge, pp. 16-22。

<sup>⑪</sup> [美] 阿德里安·沃缪勒《不确定状态下的裁判》，梁迎修、孟庆友译，北京大学出版社2011年版，第119页。对沃缪勒的批判，参见陈林林“制度效益取向的法律解释理论”，《清华法学》2013年第5期，第160-162页。

<sup>⑫</sup> 关于美国法院是如何在“圣三一教堂诉合众国案”中误读立法背景资料，参见Adrian Vermeule, “Legislative History and the Limits of Judicial Competence: The Untold Story of Holy Trinity Church”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, No. 6 (1998), pp. 1846-1877.

到提出法律阐释是第三个跳跃。<sup>③</sup>此时,法官可能要进行向上的推理和向下的推理。其中,前者追问立法意图或立法目的,而后者追问何种解释最能实施该意图或目的;前者可能会遭遇理论性分歧,而后者则可能遭遇经验性分歧。

布伦南(William Brennan)法官和伦奎斯特法官在“美国钢铁工人诉韦伯案”中的分歧,就是一个很好的例证。在此案件中,布伦南法官首先援引了“圣三一教堂诉合众国案”中推崇立法精神的一段话,紧接着援引相关立法史认为,1964年《公民权法案》第7款的立法目的是保证黑人的就业平等机会,并主张禁止自愿纠偏行动计划会阻碍该目的的实现。布伦南法官援引了参议员汉弗莱在众议院里发表的多段论述,其中有一段论述提到增加黑人阶层的经济收入,其“问题的关键是向黑人开放过去他们一直无缘的雇佣机会”。有意思的是,伦奎斯特法官的异议意见引用了参议员汉弗莱在参议院中的同一篇讲话,而且就在布伦南引用的那段话之后的几页。在伦奎斯特所引用的一段话中,汉弗莱的说法截然不同“和这一款的一些反对者的主张相反,这一款并没有授权委员会或任何法院规定雇员的雇佣、解雇或升迁必须满足种族‘份额’或实现某种种族平衡。”<sup>④</sup>在这个案件中,上述两位法官的选择性援用,导致立法意图的解读和整体判决思路出现了严重的偏差。

从本质上来说,立法背景资料并没有“确认制定法语言的意义”,而是“帮助法院得出它自己的判断”。<sup>⑤</sup>和其他法律解释工具一样,因裁量性判断所带来的误判风险同样是立法背景资料无法避免的。立法背景资料是法律解释的出发点,但绝对不是终点。

## 五、中国司法实践对立法背景资料的运用及其问题

受到裁判文书写作规范的要求,中国法官并未将立法背景资料作为裁判依据写入判决主文。但在涉及不确定法律概念的解释场合中,中国法官业已承认这类资料是相当便利的辅助性说理论据。一些初步的司法准则虽已形成,但实践中依旧存在解释功能单一且偏重语义直觉、综合模式未成形且存在选择性偏见、忽视价值选择且误判裁量空间等问题。

### (一) 解释功能单一且偏重语义直觉

在一些案件中,中国法官和英美国家的同行一样,都意识到立法背景资料可以作为“语境一致性论据”来强化文本分析或较为明确的立法意图,将其用于论证体系解释和目的解释的案件相对稀少。<sup>⑥</sup>

在“王芳与章红侵权赔偿纠纷上诉案”中,王芳与章红的配偶发生婚外性行为并导致后二人离婚,于是章红起诉王芳侵犯了自己的配偶权。我国现行《婚姻法》第46条的损害赔偿主体是有过错的配偶,而不是婚姻关系外的第三人。尽管《婚姻家庭法》专家建议稿曾拟设配偶权,但是其《征求意见稿》和历次提交审议的婚姻法修正案(草案),直至正式通过的《婚姻法》,均未规定配偶权。由此可见,“配偶权”并非法定权利,上诉人的诉讼主张缺少法律依据。结合该条文的显明含义和立法背景资料,法院最后驳回了章红的诉讼请求。<sup>⑦</sup>

和英美国家的同行一样,中国法官也注意到,如果立法背景资料可以澄清制定法并且避免明显

<sup>③</sup> 参见注④,亚历山大·佩策尼克书,第324页。

<sup>④</sup> United Steelworkers of America v. Weber, 99 S. Ct. 2721 (1991), at 203, 238.

<sup>⑤</sup> Pepper v. Hart, [1993] AC 593, at 640.

<sup>⑥</sup> 稀少并不等于没有。一个与目的解释有关的案件,参见“某移动运营商与赵春钢等排除妨害纠纷上诉案”,(2013)鄂荆门民一终字第00212号判决书。

<sup>⑦</sup> 参见“王芳与章红侵权赔偿纠纷上诉案”,(2008)赣中民三终字第314号判决书。

的不融贯，那么法官可以参考立法背景资料。我国《专利法》规定“授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突”，但并没有明确确定在先权利的标准是“授权公告日”还是“专利申请日”。从“避免荒谬结果规则”的角度来看，判断申请人是否尊重在先权利、是否诚信的时间点同样应是申请日，因为提交专利申请是申请日发生的行为，申请人不可能预知申请日之后产生的合法权利。另查立法背景资料，修改前的《专利法》第42条规定“发明专利权的期限为二十年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为十年，均自申请日起计算。”2008年修改后的《专利法》已将“在先取得”明确为“在申请日以前已经取得”。从立法背景资料文献看，相关法律草案的起草机关对“在先取得”的时间起算点也均持“专利申请日”的观点。<sup>⑧</sup>

除了明确陈述适用意图之外，法官通过比较历次法律草案的修改情况，也可以推断立法者希望表达的意思。在“金牛区欣祥龙汽车修理厂与刘丹劳动争议纠纷上诉案”中，法院需要解释我国《劳动合同法》第82条第1款中的“二倍的工资”。在立法过程中，关于“二倍工资”的表述存在变化过程。《劳动合同法（草案）》第二次审议稿中的表述为“应当支付劳动者应得报酬二倍的工资”，草案第四次审议稿中所说的标准为“应当向劳动者每月支付二倍的工资”，并最终形成《劳动合同法》的正式表述。这种变更表明，二倍工资中的“另一倍工资”的基数，并非完全等同于劳动者应得的报酬，而应当以劳动者在正常劳动时间提供正常劳动的工资报酬确定。<sup>⑨</sup>

从笔者阅读判决书的体验来看，中国法官在适用立法背景资料方面，和常人一样很难回避语义直觉的影响。若立法背景资料和法官的语义直觉耦合，则将之视为能够节约时间和精力“的认知启发式”；若不耦合，则武断地选择性忽视。上述两种思路都忽视了佩策尼克所说的“三段跳跃过程”，容易让法官看上去像是佛家寓言“三兽渡水”中不至底的兔子，而非香象。<sup>⑩</sup>比较合理的做法应该是，透过立法背景资料辩证地分析立法意图或立法目的，在判决文书写作上努力追求精细化作业，防止被语义直觉“俘虏”。例如，在一起盗窃案件中，被告人趁他人熟睡之际偷走其财物，法院在“窃取”与“扒窃”的措辞上非常较真，因为不同行为的定性涉及刑法法益的判断。《现代汉语词典》的定义可以代表判断公众的一般认知，即“扒窃”是指“从别人身上偷窃财物”，法院在此基础上查阅了全国人大常委会法制工作委员会刑法室编写的《中华人民共和国刑法修正案（八）条文说明、立法理由及相关规定》，发现其中写道“扒窃行为往往采取掏兜、割包等手法，严重侵犯公民财产和人身安全，扰乱公共场所秩序。”由此，法院从行为特征和刑法目的论出发，认为此案被告的行为宜定为普通盗窃。<sup>⑪</sup>

## （二）综合模式未成形且存在选择性偏见

在立法背景资料的适用准则方面，中国法官也强调要以综合性的思维来处理立法背景资料。这主要表现在如下两个方面：（1）若与正式的法律文本相冲突，则法官不宜参考立法背景资料。在“王金元与常州市武进区人民政府不履行法定职责案”中，法院认为立法过程中的审议意见并非正式的法律规范，不具有强制适用的效力，且农业部、监察部联合制定的《农村集体经济组织财务公开规定》第2条已就法律适用问题作了明确规定，故而上诉人的主张不能成立。<sup>⑫</sup>（2）陈旧的立法背景资料通常不能约束当下的法官。我国1950年制定的《婚姻法》规定“现役革命军人与家庭有

<sup>⑧</sup> 参见“河南省正龙食品有限公司与国家知识产权局专利复审委员会、第三人陈朝晖外观设计专利权无效行政纠纷上诉案”，（2011）高行终字第1733号判决书。

<sup>⑨</sup> 参见“金牛区欣祥龙汽车修理厂与刘丹劳动争议纠纷上诉案”，（2014）成民终字第4614号判决书。

<sup>⑩</sup> 《优婆塞戒经》卷一记载了一则寓言故事“善男子，如恒河水，三兽俱渡，兔、马、香象。兔不至底，浮水而过；马或至底，或不至底；象则尽底。”这个故事常被用来比喻对事物和道路理解精深的不同层次。

<sup>⑪</sup> 参见“刘某盗窃案”，（2016）吉0381刑初981号判决书。

<sup>⑫</sup> 参见“王金元与常州市武进区人民政府不履行法定职责二审行政判决书”，（2015）苏行终字第00702号判决书。

通讯关系的,其配偶提出离婚,须得革命军人的同意”。1980年制定的《婚姻法》曾经规定“现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意”。2001年《婚姻法》修改期间,一些代表和群众指出,原条文规定完全抹煞了现役军人配偶的离婚自由权,与《婚姻法》强调的婚姻自由权相矛盾,因此建议增加“但军人有过错的除外”或“但如果离婚原因是由军人引发的,应同意军人配偶的要求”等表述。<sup>⑦</sup>在离婚类官司中,中国法官基本不再查阅旧《婚姻法》的立法背景资料了。

与此同时,中国法官尚未构建成熟的综合权衡模式,对个别立法背景资料存在严重的选择性偏见。在我国的司法实践中,较少看到当事人或法院提出两种或两种以上的立法背景资料,这或许是因为法院或当事人只是以“购物”的心态选择最能够支撑自己论点的材料。但从案件的绝对数量上来看,还是可以看到当事人和法院的基本偏好:在北大法宝数据库中(检索日期截至2017年4月,具体时间可能略有出入),以“全国人大\*新闻发布会”为关键词,只检索到3个案件提及立法者对相关问题的看法;<sup>⑧</sup>以“(草案)的说明”为关键词,则检索到30个案件;以“全国人民代表大会法律委员会关于”为关键词,检索到6个案件;一些关键立法者很少出现。上述不完全统计表明,全国人民代表大会及其常务委员会、专门委员会所产生的相关立法背景资料最易引起关注,这与我国《立法法》对相关机构的功能界定是相符合的。<sup>⑨</sup>由此可以得出一个合理的猜测:我国法官主要是出于政治因素的考量,选择性地关注特定类型的立法背景资料,未对各类立法背景资料的权威性有系统认知。

选择性偏见在立法后背景资料方面表现得尤其明显。我国法官似乎没有意识到这类资料在使用方面应受的限制。以全国人大常委会法制工作委员会研究室编写的释义性著作为例。这类著作号称“坚持以准确地反映立法宗旨和法律条款内容为基本要求,在每部法律释义中努力做到观点的权威性和内容解释的准确性”,因此记载了不少重要的立法理由。在全国人大常委会法律解释实践欠缺的情况下,全国人大常委会法制工作委员会凭借其接近立法原意的优势,无疑充当着“隐性立法”的功能。<sup>⑩</sup>正是因为全国人大常委会法制工作委员会在我国法律解释体制中的特殊地位,法官才会在直觉上认为它的理解代表了立法原意,而不进行内容审查或实质推理。在一起涉及如何理解《合同法》第192条中所写的“抚养”是否包括“赡养”的案件中,法院就直接援引了全国人大常委会法制工作委员会编著的《中华人民共和国合同法释义》。<sup>⑪</sup>

然而,从形式上来说,这些解释并非有权解释,更非经过法定程序颁布的正式解释,只能作为非正式的法律渊源进入司法,只有结合其他相关的语境证据才具有足够强的说理能力。<sup>⑫</sup>在“莱州市安全生产监督管理局诉孙书松处罚再审案”中,终审法院就对原一审、二审法院直接援引《安全生产法释义》作为裁判依据的做法提出了批评,但正面承认这类著作准确反映了“立法背景、立法

<sup>⑦</sup> 参见全国人大常委会法制工作委员会民法室编《〈中华人民共和国婚姻法〉修改立法资料选》,法律出版社2001年版,第62、78页。

<sup>⑧</sup> 这3个案件分别是“西充县农村信用合作联社诉何敬劳动争议纠纷案”,(2013)西充民初字第2362号判决书“王志平与广州天金健康药业有限公司产品生产者责任纠纷2016民终5171案”,(2016)粤01民终5171号判决书“广发证券股份有限公司长春民康路证券营业部与王新艺证券交易代理合同纠纷上诉案”,(2017)吉01民终494号判决书。特别值得一提的是,这些信息并非法院判决的主要理由,甚至并未得到法院的关注。

<sup>⑨</sup> 根据我国《立法法》第51条之规定,全国人民代表大会及其常务委员会在立法工作中发挥主导作用,专门委员会、常务委员会工作机构主要负责起草“综合性、全局性、基础性的重要法律草案”,专业性较强的法律草案可以吸收专家力量参与起草工作。

<sup>⑩</sup> 关于全国人大常委会法制工作委员会之隐性立法功能的讨论,参见刘怡达“隐性立法解释‘法律释义’的功能及其正当性难题”,《政治与法律》2017年第8期,第65-76页。

<sup>⑪</sup> 参见“曾志诚、陈玉书诉曾莉撤销赠与合同纠纷案”,(2005)成民终字第1272号判决书。

<sup>⑫</sup> 在此值得一提的是,北大法宝数据库经常将立法背景资料的“效力级别”定为法律、部门规章、有关法律问题的决定、地方性法规等。这显然是不准确的。

宗旨和法律条款的内容”，并认为此类著作“对于生产经营单位的解读与《山东省安全生产条例》的规定、《辞海》中对单位的定义能够相互印证、内容一致，能够真实反映立法者的立法本意”。<sup>79</sup> 尽管两审法院结论一致，但其推理模式的高下立判。

### （三）忽视价值选择且误判裁量空间

由于未能对立法背景资料能（或不能）提供的信息、解释性选择及其偏差、司法误判的可能性有所认知，中国法官常会误判立法背景资料的功效。此方面的表现有：第一，以机械法学的态度处理立法背景资料，忽视价值选择；第二，对司法机关的制度能力盲目自信，误判裁量空间。

有关“职业打假者是否属于消费者”的争议就是此方面的明显例子。《消费者权益保护法》第2条规定，本法所称的“消费者”，是指“为了生活消费而需要购买、使用商品或者接受服务”者。《牛津法律辞典》和《元照英美法词典》对行为目的性和事后处置行为是否为区分消费者的条件作出了不同的解释。在《消费者权益保护法》修改过程中，全国人大常委会法制工作委员会在湖北调研期间，一些部门和代表们也表露过观点上的分歧。一些部门和代表提出，职业打假人并非为“生活消费需要”，而是将之作为一种谋生、发财的手段，严重扰乱了正常的市场秩序。但也有代表提出，“知假买假”行为适用本法，可以遏制商家的制假售假行为，净化市场。<sup>80</sup> 由于立法者对职业打假人是否属于“消费者”并无明确意图，司法实践中同类案件在甲地法院胜诉而在乙地法院败诉的情况屡见不鲜。由于立法者具体意图并不清晰，法官必须“依社会现有观念，对立法背景资料予以评估、进行价值判断，以发现法律客观的规范意旨”。<sup>81</sup> 但是，作为消费者自力监管行为的职业打假，在整体效果上是否阻碍“保护消费者权益、维护社会经济秩序、促进社会主义市场经济健康发展”这一立法目的的实现，却可得出两种截然相反的判断。对此类法律问题的判断，往往暴露出法律界和公众认知之间的严重分歧，当解释者试图从立法背景资料中想象性地重构立法者的可能意图时，他的价值判断就充当着“无声的开场白”。

与盲目相信立法背景资料相对，进一步加剧问题的，是法官对自身司法能力的过分高估。立法背景资料并不是教条，法官对立法背景资料的解读及援用，需要考虑司法裁量空间的大小。尽管立法文本可能存在“有意义的漏洞”，但如果立法者明确保留解释权或将解释权委托给行政机关，那么法官就应该束手。<sup>82</sup> 以近年来沸沸扬扬的土地使用权“自动续期”的理解为例。我国《物权法》第149条规定“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。”该法的立法审议稿经过多轮修改，最终稿载明“自动续期，付费留待将来慎重研究”。法律委员会在汇报五次审议修改情况时提到“常委会组成人员对自动续期的规定，普遍表示赞成”，但对于“续期后是否支付土地使用费问题”则建议“根据实际情况再作慎重研究”。当时所说的“慎重研究”的主体，仅仅指全国人大常委会。<sup>83</sup> 似此，法院无权对这一问题作出解释。

<sup>79</sup> “莱州市安全生产监督管理局诉孙书松处罚再审案”，（2016）鲁行再26号判决书。

<sup>80</sup> 参见“消费者权益保护法修改湖北调研报告”，载全国人大常委会法制工作委员会民法室编《消费者权益保护法立法背景与观点全集》，法律出版社2013年版，第151页。

<sup>81</sup> 梁慧星《民法解释学》，中国政法大学出版社2000年版，第215-216页。

<sup>82</sup> 反过来说，如果立法背景资料明确将解释权分配给法院，那么这就构成了法官“寻找法律”的约束。例如，我国《侵权责任法》没有明确规定用人单位向工作人员的追偿权。第十一届全国人大常委会第十二次会议审议的《关于〈中华人民共和国侵权责任法（草案）审议结果的报告〉》明确指出，这个问题“宜由人民法院在审判实践中根据具体情况处理”。《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第9条第1款后半段据此规定“雇主承担连带赔偿责任的，可以向雇员追偿”，此解释应受法官尊重。参见“黄建雄诉广东省韶关市汽运集团有限公司出租小汽车公司债权纠纷案”，（2015）粤高法审监民提字第33号判决书。

<sup>83</sup> 关于《物权法》制定过程中的相关争议和处置过程，参见“物权法起草者详解土地使用权如何‘自动续期’”，载搜狐网 <http://business.sohu.com/20160422/n445488691.shtml>，2016年9月23日访问；梁慧星“住宅用地‘自动续期’规定的立法者意思”，载共识网 [http://www.21ccom.net/html/2016/ggzl\\_0505/3917\\_all.html](http://www.21ccom.net/html/2016/ggzl_0505/3917_all.html)，2016年9月23日访问。

立法背景资料在司法适用上的混乱或许表明,中国法官对立法背景资料在法律解释中的功能与地位尚未有足够清晰的判断,对于如何通过立法背景资料获取可靠的司法判断尚未形成统一的共识。造成这种混乱的成因是多种多样的,既包括管理制度上的因素、司法成本方面的因素,也包括司法认知规律方面的因素。具体而言,第一,尽管近年来我国法律的起草和审议程序已经逐渐开始走向科学化、实质化、理性化,但是立法论辩过程还没有建立详细、公开的档案,因此法官或者当事人无从获取详细的立法背景资料;第二,中国法官面临“案多人少”的现状,也没有像美国法院那样专门配置法律助理来帮忙从事实方面分析立法背景资料,因此,若引入立法背景资料,则恐怕会给法官增加沉重的司法成本;第三,法官将制定法的文本当作是最重要的启发式,出于认知优先性和显著性偏见而认为立法背景资料是不重要的。然而,这些现实困境并不代表中国法官可以像早期英美国家的法官那样以“排除规则”来应对立法背景资料。建立立法背景资料的中国司法模式依旧任重而道远,除了建立规范的立法背景资料储存、开放、检索制度之外,我们还需要通过积累实务经验和完善理论思考建立起更加科学、合理的分析框架。在这个过程中,检讨和借鉴英美国国家相对成熟的理念、制度和经验,不失为一种可以节约成本的路径。

## 结 语

法官在适用法律的过程中,不可避免要对法律进行解释。除了法官创设的法律之外,立法已经成为现代国家的主要法源,如何正确解释立法亦已成为法律解释的重要研究内容。法律人和法学教育不应该只关心课堂或法庭上的法律,将眼光投向活生生的立法过程,也是理解法律的一种有效途径。以历史主义的眼光从立法背景资料中推知立法者之意图,进而在特定法律词语的意义射程之内选择立法者最有可能赋予该词语的含义,可以成为一种实用且合理的解释方法。

但是,立法背景资料并不是放之四海而皆准的解释工具,解释者在运用这些外部资料的过程中,必须结合具体语境展开实用的判断,方可得到妥当的结论。立法背景资料仅仅是法律推理的环节之一,而非终点。我国2015年修改后的《立法法》第104条已经明确规定立法原意是法律解释的基本标准之一,随着立法质量的提高和立法过程的公开化,法官可能不会满足于在私底下查阅立法背景资料,相应的理论问题和实践问题将会接踵而来。从事法律解释学研究工作的学者应该结合域外经验,对此问题展开更加深入的思考。

### 【主要参考文献】

1. [德] 齐佩利乌斯 《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版。
2. 郑泰安、郑文睿 “立法背景资料的二元性视角”,《法学论坛》2016年第6期。
3. William N. Eskridge, *Dynamic Statutory Interpretation*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1994.
4. Michelle Sanson, *Statutory Interpretation*, South Melbourne: Oxford University Press, 2012.
5. Neil Duxbury, *The Elements of Legislation*, New York: Cambridge University Press, 2013.

(责任编辑: 尤陈俊)

that facilitates the efficient use of funds. The legal act which has the purpose of guaranteeing creditor's rights and can directly dominate the value of the security subject, regardless of the structure of its rights and its name, should be a guarantee. The security subject varies from land to buildings, real estate to movable assets, tangible assets to intangible assets, existing assets to assets acquired in the future, single items to collections, fixed assets to current assets. Secured claims develop from specific ones to unspecified ones, and the dependent character of security interest and the principle of specific secured claim has loosened. The character of the freedom of contract in the content of security rights is particularly prominent, and the principle of freedom of contract continues to infiltrate the numerus clausus principle. The value of income stands out from the value of use and becomes an independent type of value. Filing system and control as publicity method emerge. The private implementation process has risen up, and value of income has been used for enforcement. The legislative trends show that the specificity of the subject of real rights has eased, the dependent character of security interest has presented a phenomenon of minimization, the numerus clausus principle has softened, registered content has become flexible, the management function of security rights is becoming increasingly important, legislative emphasis on protecting the interests of consumers, implementation methods of security rights become diversified, security rights in movable assets become unitary and its legislative become uniform.

**Key Words** Numerus Clausus; The Principle of Specific Secured Claim; Value of Income; Private Implementation Process; Filing System

Xie Zaiquan, President Twanmoh Chair Professor of Law School of Soochow University.

***Consideration of the Ability-to-pay of Taxation among Making Real Estate Tax Law*** YE Shan • 57 •

The real estate tax law belongs to the category of distribution law in nature, and its system should always follow the principle of quantity and taxation. The property tax belongs to the category of assets noumenon tax in nature: it is set in the real estate sector, and the income of real estate should be tax based, and its economic tax and legal tax are negotiable. The legitimacy of the establishment of the real estate tax is rooted in the social obligation of the property right in the constitution. Its economic source may be the income of the taxable real estate or the income of the property, or the property and other income of the taxpayer. The tax burden of real estate tax is determined by the assessable value, tax rate, exemption tax and tax preferences. If the price of the income is beyond the reasonable range, and the taxpayer is not willing to deal with the taxable real estate in order to pay the real estate tax, the tax authorities have the right to set the right of tax protection on the real estate. When the taxpayer fails to pay the real estate tax in full and in time and is not paid after the time limit is paid, the tax authorities can set the tax guarantee right in the taxable real estate according to law. If a taxpayer deals with taxable real estate, the tax authorities shall have the right to give priority to compensation from their disposal proceeds.

**Key Words** Ability-to-Pay Principle of Taxation; Asset Ontology Tax; Earning Capacity; Social Obligation of Property Right; Right of Compensation for Securing Taxation

Ye Shan, Ph. D. in Law, Professor of Peiking University Law School.

***The Role and Function of Legislative History in Statutory Interpretation***

— *The Experience of Common Law and Its Implication for China* WANG Yunqing • 72 •

In Anglo-American law, the use of legislative history has undergone Pattern of Never to Patterns of Limited Usage. As a kind of genetic argument, there are complex relations between legislative history and literal



interpretation ,systematic interpretation ,intentional interpretation and purposive interpretation. In practice , the judicial application of legislative history should base on the priority of semantic meaning principle ,standards of evidence ,order of authority ,and the duration of statute. As a kind of non-official legal source ,and due to the problems such as non-existence of legislative intent ,selective application bias ,and judicial error ,legislative history should be the starting point ,not the end point ,for ascertaining the meaning of word ( s) at issue. Although Chinese judges have some reflection on the function and status of legislative history ,there are still some problems ,such as single interpretation function and overemphasis on semantic intuition ,unformed form of comprehensive model and selective bias ,ignorance of evaluative choice and discretion abuse.

**Key Words** Original Legislative Intent; Ppost-enactment Legislative History; Statutory Interpretation; Legislative History; Heuristic

Wang Yunqing ,Ph. D. in Law ,Associate Professor of Xiamen University Law School.

### ***Guarding against Over-Instrumentalism of Criminal Law***

XIE Wangyuan • 87 •

This paper argues although legal instrumentalism is rational ,absolute instrumentalism is not. Similarly ,criminal law instrumentalism likewise is legitimate ,but over-instrumentalism of criminal law is bound to cause a cancerous growth of the penal power of the state and the severe shrink of civil right and liberty. In legislation ,over-instrumentalism of Criminal Law which is represented as overcriminalization ,and in criminal justice ,is symbolized by judicial discretion and power of over-extensive interpretation. The basic strategy of being vigilant against it is: stand the “criminal law as last resort” ground in legislation ,while criminal justice system thoroughly implements the legality principle and strict interpretation.

**Key Words** Legal Instrumentalism and Non-Instrumentalism; Over-Instrumentalism of Criminal Law; Overcriminalization; Criminal Judicial Discretion; Legality

Xie Wangyuan ,Ph. D. in Law ,Professor of Renmin University Law School and Researcher at the Criminal Law Science Study Center of Renmin University.

### ***A Perspective Study of the Phenomenon of “Mediation with Judgment Factors”***

—Also A Study of the Pluralistic Positioning of “Clear Facts and Clarified Responsibilities” in Lawsuit Mediation

LU Xiaoyan • 101 •

In recent years ,the “Mediation with Judgment Factors” mainly characterized by “Clear Facts and Clarified Responsibilities” comes into the judicial field. On the one hand ,as a standard of mediation , “Clear Facts and Clarified Responsibilities” returns under the influence of “Mediation with Judgment Factors” after experiencing “negation” in the “mediation fever” period and “negation of negation” in the reflection of “improper mediation”; on the other hand ,in the practical form of “Mediation with Judgment Factors” ,the “Clear Facts and Clarified Responsibilities” as the mediation standard is different from that as the judgment standard in content ,procedure and carrier. It's because that ,under the background of a newly built society with rule of law ,the increased rationality of the dispute subjects ,the intensified aggregation of dispute mode ,and the pluralistic development of dispute categories have determined the effectiveness of rule guidance ,the demonstration of rule-based governance ,and the necessity of rule innovation ,so that the return of “Clear Facts and Clarified Responsibilities” as the mediation standard becomes an inevitable requirement for the parties to deal with disputes under the statutory rules; however ,the effect degrees of statutory rules in the mediation of different cases ,their participation degrees in different mediation procedures and their publica-