

主编：龙卫球
国家转型与法学丛书



法学通说与法学方法

基于法条主义的立场

黄卉 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

主编：龙卫球
国家转型与法学丛书



教育部985三期重点学科建设项目支持

法学通说与法学方法

基于法条主义的立场

黄卉 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法学通说与法学方法：基于法条主义的立场 / 黄卉
著. —北京：中国法制出版社，2015.5

ISBN 978-7-5093-6356-0

I. ①法… II. ①黄… III. ①法学-研究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 099432 号

责任编辑 李 磊 (judicious@126.com)

封面设计 周黎明

法学通说与法学方法：基于法条主义的立场

FAXUETONGSHUO YU FAXUEFANGFA; JIYU FATIAOZHUYI DE LICHANG

著者 / 黄卉

经销 / 新华书店

印刷 / 人民日报印刷厂

开本 / 880 毫米×1230 毫米 32

版次 / 2015 年 10 月第 1 版

印张 / 7.5 字数 / 153 千

2015 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-6356-0

定价：28.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66033393

值班电话：66026508

传真：66031119

编辑部电话：66066627

邮购部电话：66033288

(如有印装质量问题，请与本社编务印务管理部联系调换。电话：010-66032926)

总 序

这套丛书缘起起于一种思考：如何进行一种可持续的国家转型。国家转型是个大课题，并且我国超级巨大的治理规模这个事实，使得我们的转型成为一个前无古人的大课题。以一种长程的历史眼光来看，近代以来将近两百年的中国历史，整个是一个转型历史；以一种较为切近的现实眼光来看，最近三十多年的改革开放史，也是一部性命攸关的转型历史。

国家或者文明继往开来之转型，牵涉到军事、科技、经济、文化、法律、政治，牵涉到整个国家生存发展的方方面面。近代史给出的教训是，在这许许多多的环节中，并不存在一个固定的、能够一转百转的环节；然而同样是这段历史，总是存在一种努力，试图找到一个类似的中心，因此军事救国、实业救国、教育救国、文化改造、社会改造等等主张、路线前后相继、不绝如缕，结果各个环节在同一个时空中累积、汇聚，导致批判的武器以武器的批判告终，改革的问题以革命的方式解决，文明的转型以政治的空间收尾。如此反复轮回，已一而再，可为镜鉴。因此之故，文明期待深厚的过程之积累。

另一方面，中国晚近的改革史日益明白地显示出，国家与社会之间的相互沟通，对于稳定的国家转型具有十分关键的意义。社会创造力的释过程，是、也应当是国家获得有力建构的过程。法律恰好是国家与社会沟通的中间环节，而且法律这个中间环节在某种

意义上具有全局的地位：一方面，民主立法过程实现社会领域内的问题、意见、意义向国家的转译，而各种社会问题产生的纠纷，又以司法作为最终的救济手段。因此，转型中的每一个难题与课题，最终也都可能或可以转化为法律的问题、法学的问题。

所以，本质上，我国的法学就是“转型中国的法学”，它在不同的时期总是遇上自己的新课题。但在应对这些新课题挑战的智识努力中，同仁们或许已经发现，要释放法学的新创造力，往往还需要深挖基础理论。因此，法学发展的一般趋势一直是新课题的不断开拓，以及基础理论的不断深挖。这两个方向并行不悖，互为支援。唯有如此，才能使法学在深度、广度上获得建设和积累，向立法和司法两个方向反馈，最终将自己构建为内在于国家转型的知识通道，这是一种内在的信念。

若能对此宏大的历史进程贡献一二，岂非我辈法学人之幸事？此即为本丛书编纂之初衷。是为序。

龙卫球

2011年8月

于北京航空航天大学法学院

(代序言)

“一切意外都源于各就各位”

——从立法主义到法律适用主义

黄卉

曾经在和学友交谈中说我们可以预言一下，三到五年，法学研究和法学教育会全面转向规范法学，从而高度重视法律适用。若干个月以及一年前，我们也说过这样的话，但不是说三五年，而是类似“五年之后规范法学问题就会明朗了”。学友认为我天真得可以。近些日子，看到贺卫方教授的一篇讲话，反复论说的一点就是“保证法律正确实施的问题是当前最迫切的问题”，其实是说，法律适用比不停立法重要得多。也许这是一个不大不小的契机，敦促法律工作者思考一下，法学从立法主义（立法论）转向法律适用主义（解释论）的时刻，是否已经到来。

美国圣路易斯安娜大学法学院的一位名叫南希的教授曾经访问华东政法学院。她擅长国际税法，到处讲学，对我国的税法很有一套看法。有一次一起喝茶，我吃力地说着英语，毫无知觉地时而妄自菲薄，时而纵容自己的民族主义情绪。南希说话也常激动，我们隔着茶几坐着，倒也相安无事。不知怎么她问我如何看待我们的税法，我一窍不通，但沉着应对，说我们的法制建设还刚起步，税法过于简陋，基础框架还没有搭建成型，诸如此类。正惦记着自己的英语语法，只觉得体态丰腴的南希猛地越过茶几向我倾过身来，凑到我跟前，慢慢地但重重地说：你们的法已经够多了，重要的是要

认真对待（我还记得“enough”和“take seriously”）。她长篇大论，但总结起来，好像就是说“保证法律正确实施的问题是当前最迫切的问题”。

那是1993年或1994年，肯定是夏天，因为南希穿了一条深蓝色的连衣裙，当时惊讶她能找到如此合体的衣服，衬托得她胖而威严，很羡慕所以印象深刻。20年的时间过去了。我想，至少有百千个外国专家在我国各地的众多法律场所，重复表达过这层意思。我们好像听不进去，或者听不懂。所以，贺教授在盛大的告别演说中提出要重视和正确适用法律，听起来还这么新鲜。

规范法学或者法律适用主义不能统领法学研究和法学教育，有着若干理由。第一项可以归结为立法惯性抑或立法迷信。三十年前重建中国法制时没有可依之法，也许因为路径依赖吧，或者直觉告诉我们此地没有生长英美判例法系统的土壤，所以老师一辈的法律工作者毫不犹豫地踏上了清末开辟的大陆成文法系的征途，大举立法。反正条条大路通罗马，何况考察我们帝国时期的法律传统，还是更接近这一法典编纂体系。只是，立宪法却无法着急考虑如何使用（法律适用），或者适用，一遇到问题就呼吁重新立法，这有些费思量。

成文法律是凡人生产的文字艺术品，人生和社会有多复杂，它就有多复杂。向它乞讨是非曲折的标准，只在少数情况下才像使用傻瓜相机那样摁下按钮就行了。多数时候，它是一架有年头的、新旧装备齐全但配置不一定合理的手动相机，只有傻瓜机经验的使用者不一定能照出清晰的照片，但职业人员用它挣口饭钱是不成问题的，而且一旦遇上高明的摄影师就可以拍出高端的作品。无论怎样的式样和品质，任何一部法律相机都价值不菲，所以使用出了问题，第一个反应怎么着都不该是弃之另购。这关乎成本。

成文法的基本特征和最值得称道的地方，是它对千姿百态的人、事、物关系进行了高度概括，意在覆盖尽可能大的适用范

围，此谓成文法的高度抽象性。但是，那些被生硬削剪掉的事件细节——它们是生活的褶皱，是空气——往往对法律裁判更为重要，狠下心弃之不顾，实在是成文法的先天不足。于是，法律适用需要一册详细的、活页形式的使用说明书，帮助读者还原被抽象法条隐去的具体，同时不断添加使用者的新发现以节省后来者的使用成本。我们现在的法律说明书太简陋了，必须承认，很大一部分是因为我们直接搬来了别人的抽象，但没能搬来将抽象还原具体的机关。立法永远解决不了这个困惑，此处的他山之石是大陆法系的判例制度（注：判例不是判例法系国家的专属工具），用一个个活生生的个案裁判来揭开成文法的抽象盖头。我国“二五”司法改革纲要确定下的、正在建设中的“案例指导制度”，当是它的一种变形，虽然从观念到方案到局部技术尚未明朗，但无须怀疑，法律能否被正确适用，法制（治）能否最终大功告成，关键就在它了。

法律适用主义遭遇嫌弃的第二个原因，可能与部分学者的概念法学迫害妄想症有关。我们的立法模式尤其民法受到了以德国法为主的大陆法系的巨大影响，法律基本架构由若干核心概念、原则和机制（institutions）——后两者也都是概念——搭建而成，然后依次找寻下位概念，伸展斥之为“极抽象”委实不算冤枉。不少学者认为借助这样的法律体系是一种错误，搬弄法条以求司法公正仿佛缘木求鱼，最后少不了推演出法律适用主义实在是中欧洲概念法学流毒太深的结论。可是，概念法学和我们有什么关系啊？我们的问题真的是因为拘泥法律概念或者迷信所谓的法律体系的封闭性所造成的吗？还是正好相反？也许有必要挑明，概念法学和概念是两回事，概念法学在耶林时代就被反掉了。可是概念法学的失势不等于概念的取消，纠正关于法律封闭性的认识偏差不等于放弃追求法网的周密和平衡。没有经历概念法学洗涤的英美法律也充斥着概念，诸多法律领域最后还是投靠立法进行统筹，这就是有力的脚注。其实，纳入我们法律体系的那些基础概念，即使再复杂，经过

上百年的解析后也就复杂不到哪里去了，反之，再普通的词语一旦被锤炼成专业术语就再也不普通了。

那些在法律基础概念和规范面前束手无策，从而迁怒在本地从未真正践行过、在外地早已不存在的概念法学的法律人士，若不是缺乏必要的“技术理性”，便可能是陷入了法律逻辑判断和纯粹价值判断之间非此即彼的思维误区。法律适用不是就着明确的法律规范和法律事实进行简单的三段论推演，而是先要寻找合适的法律规范（大前提）以及裁剪出用以涵摄的法律事实（小前提），这是一个需要不断坚守法律又不断判断价值的、集专业和良心为一体的过程，既需要相关法域的法教义学知识（部门法理学）和法律解释技术（法学方法论）的支持，同时又需要听从发自内心的正义之声的召唤。此两则的平衡术，就是法律人安身立命的手艺活，想达到炉火纯青需要经验，但想充盈法治之精气神，便更需要逻辑，法律之逻辑。此间最为困难的是，要在两则价值冲突的法律规范间作出非此即彼的判断——司法两造之争，中国特色的法律秩序可以鼓励但不能强迫调解以制造和谐。价值多元、观念流变时代的规范选择，有“开先河”之用，它永远不可能让所有人满意，这是价值判断固有的瑕疵，怪不上法律概念的艰涩，好比医生治不好病不在于他用拉丁文开了处方。

概念、法律特有的组织结构，都只是修筑规范、编织法网的工具，它们消除不了我们法律取舍时的犹豫，但也不会阻碍我们破釜沉舟，鱼和熊掌不可兼得，该断时则断，这个道理在我们的血液里。现有大部分法律——如果不是全部——应当被视为记载了民主程序下的价值选择，这些用日常语言作出的价值选择（法律政策）经历了智慧和利益的交锋，经历了时间沉淀，不会仅仅因为经过一道法律概念的编码和结构工序，即所谓的法律范式转换，便骤然失效。法律人员需要做的是，掌握抽象的法律条文背后的价值选择以及它们是如何分散到各种概念和结构中去的，只有这样，才能分清

楚法律适用遇到障碍时，困难在于自己缺乏技术理性，还是在于法律判断难以八面玲珑、取悦各方。尽可能依法行政、依法裁判，这是法律实践者的底线原则。法用来设防鲁莽的正义和弱智的善心，提示安定和规律是一种惬意，一种退而求其次的、不高级但并非不高明的不得已。这种适可而止的谨慎，学名就是法制（治），是国人百余年来的革命性选择，背弃它需要一场同等规模的革命，或者反革命。

当然，如果利用法律概念的抽象性在进行范式转化过程中移花接木，不当地置换了价值选择，法律概念的编码和结构技术当然负有责任。这种情况可能存在，至少若干年前的《物权法》草案宪法危机，就是因为晦涩专业术语下可能暗藏国有资产流失机关而闹得人心惶惶。幸好结果是，《物权法》经修改后照旧出笼，质疑者的意见，无论采纳与不采纳的部分，证明均与复杂的概念无关。如果我们相信法律传统和法律文化的力量，法律技术这些雕虫小技怎么可能抵挡历史选择和历史潮流。再说，对于艺高胆大者，破、立均在一瞬间，只要时机合适，既有法律规范（包括死板的法律概念）就会背过身悄然隐去。短时间的不恰当的得逞，我们不妨用“存在即合理”的逻辑，聊以自慰。

法律适用主义推广不了的第三个原因，在于我们缺乏积攒法律适用经验的机制。这是一个浩大的工程，连接着成熟经验的传授（法学教育）、试验性经验的公示（个案裁判的公开）、新经验的评析和总结（规范法学研究）和经验法源化（立法修法）等诸多环节。这些都是基础环节，都是问题。可以明确的是，用抽象界定抽象是到不了正确适用法律之彼岸的，法规范只有在法律适用中才能被真正掌握。年轻的法科生如果没有经过系统的（不仅仅使用简单的教学案例，或者对媒体案件有一搭没一搭地评述、最后不了了之）案例分析训练，怎么可能还原生活的丰富，又怎么能全面掌握规范允许的、可能超出立法者预设的内容呢？

文字的不确定性时时刻刻挑战着法律适用者，法官、律师以及介入具体案件分析的法律专家们，在规范和案件情节，在直觉（法律先见）和专业尺度之间流转往返，每一次裁判都是逐渐接近隐身于抽象背后的规范之具体的过程。然而，由于我们的裁判文书推崇极少主义风格，不习惯记录法律判断过程中法官们如何寻找和选择合适规范，如何（尤其在疑难案件中）进行价值和利益衡量，如何拒绝或者采纳当事人证据，以及所有这些的依据和理由，所以个案裁判（甚至包括那些轰动性的媒体案件）所取得的艰难的进步和遗留的问题，都随着书记员卷宗归档封存起来。下一次法律判断重头再来。要知道，某一法律规范的内涵、外延，通常不是通过一两个个案判决就能完成的，它需要持续的、或叠加或补充或纠正的一系列司法裁判，才能逐渐清晰。如果没有系统出版个案裁判文书并藉此修筑判例制度的平台，法律职业共同体除了在法规范砌成的抽象围墙内困兽般打转，或者越墙遁入邻界学科后回身踢上几脚，可建树处实在不多。

解析个案裁判得失的功课，非法学界莫属。其一，狭义或者主干法学（Jurisprudence）原本就是关于规范使用的科学，立法（规范）是必要步骤但不是目的，更何况，补充和更新立法须得立足于充分把握既有规范之得失——这只能通过具体适用才能发现——否则法越立越多，也越来越乱。其二，让被计时计件工作制压得喘不过气的司法裁判机关反思自己的裁判，在时间和精力上都难以保证，遑论对整个司法系统的裁判作横向纵向的分析和总结，甚至比照外国相关咨询。数量可观、由国家财政支持的法学界，与其忙于制造“丰富的法律理论脱离丰富的法律实践”的学术景观，倒不如踏实一些从具体个案裁判入手，探寻既有规范所承载的内容是否被恰当地践行，若不恰当则询问理由如何，属于恰当的内容被不恰当地理解，还是不恰当的内容被恰当理解或者根本无法恰当理解后得出了不恰当的结果，如若后者则需要反馈立法机关。如此一来，既

服务了执行“有法可依”任务的立法机关，也关照了履行“有法必依”任务的裁判机关。论文照写，成果照出，没有冲撞既有的学术游戏规则。因为着眼于真实案件的法律适用关系到了具体的人、事利益，学术议论的水平容易分得清高下，也许顺带着还能改变目前的“只会数数、不会看人”的学术评价体系。

研究规范晋级不了规范法学、法律适用晋级不了适用主义的第四个缘由，在于关乎法律解释、补漏和续造的法学或法律方法研究还没有成气候。法律实践者其实无时无刻运用着各种法律方法，比如法解释学中的诸如文义、系统、历史等各种解释方法运用非常频繁，但法学迄今没有整顿出名称统一、适用相对稳定的规则。这是一个复杂的技术问题，不容易用三言两语打发。这也是第二位问题。第一位的是观念和出发点问题：法学到底有没有自己独特的、主攻法律解释的学科方法（独义法学方法）？对于没有能力或者（暂时）不愿意突围形式主义思维的规范法学者，回答只能是肯定的，不仅因为这是法学成为独立科学的前提条件，更重要的是，它有着不可推卸的、而其他学科又不可能承担的任务，即确保法律的稳定性和可预见性，最大可能地接近同案同判的司法正义。

目前的法学在宏大叙述和实务琐碎两极附近游荡，主要原因是法学理论受制于其他学科（哲学、经济学、社会学、政治学甚至行政学、行政管理学，等等）的言语控制，研究者感受到其中的精彩和高明，但缺乏将其转化为法律思维的能力。这是一极。另一极的情况是，还没有找到途径建立规范、尤其竞合规范的适用规则，于是，观点对峙者在一大堆与个案裁判有直接或间接关联的法规范群中分头找出自己需要的规范，互不认账。本来对法学方法将信将疑、性格自由的学者，就可能得出规范法学、法学方法论无用的结论，转而经营“纯粹的”——多少有点横空出世、染有人治气息的——价值判断。严重者，以为法制（治）的价值判断和人治的价值判断没什么区别，法方法最多用来粉饰判断的非法律性。这算黑

色幽默吗？让人转不过弯来，让人绝望、窒息，苦中作不成乐。这当中有高明的洞察力和华丽的词藻，刺激和诱惑着法律人士尤其年轻学子的雄心和想象力，不甘平庸、不服任何约束的个性及时而恰如其分地给出警示：我们不能邯郸学步，不能莫名其妙，不能固步自封，更不能在需要大原则的时代过早地堕落为技术的俘虏。

但还是要说，法学尤其法学教育的核心和尺度在于培养法律工作者的法律实践技能，法学方法就是敲门砖，就是法制（治）得以区别于人治的机关，它左右我们从“rule by men”转向“rule by law”，再转向“rule of law”。既然法律归入实践科学，它的方法当来自实践服务于实践，别无其他。也许——如果能者多劳的要求不算太冒犯学术自由的话——应该央求那些信赖和专营法律解释学的学者，不妨暂时稍稍克制一下研究所谓的法律方法本体论的兴趣，张望一下思“法律方法”若渴的、嗷嗷待哺的司法实践。

前两天和几位朋友又谈到规范法学和法律适用问题，谈到法学和其他学科的分界。我拿自由举例子：法学的自由问题，就是我们有没有深更半夜在这里喝酒的自由？孤男寡女有没有坐在这里喝酒的自由？父母有没有扔下幼儿独自在家跑来喝酒的自由？酒吧区十点之后有没有继续高谈阔论、觥筹叮当、大声喧哗的自由？规范法学面对任何高屋建瓴、天马行空的高论，最后都要回归这些简单而具体的问题。单件人事问题，裁量空间很大，经验、常识、悟性（“自然理性”吧）和国人的一团和气，便能安抚人心解决问题，然而一旦涉及三方、四方、五六七八方当事人，以及他们背后的意志顽强但立场南辕北辙的利益团体，外加司法起了依法裁判、同案同判的司法正义念头，可此可彼的限度便骤然缩小，无限扩大的是太多的不妥、太多的不平衡。纵然如此，法律裁判者依然须在限期内果断决定——可能倒置的——是非，这是法律的宿命，法学奈不得它何。唯有法学方法，可以妥帖其中的正当性，抑或不正当性。然后才好顾及其他。最后，有自由留下的继续喝酒，没有自由

的，该罚款的罚款，该拘留的拘留，该回家的就护送回家。

不能企望一蹴而就。我们能做的，无非把不得不的概念和抽象把握住，把不得不的法律方法条理清楚，把不得不的判例制度（“案例指导制度”）建设好。这谦虚的志向，至少也得几代法律人员的努力才能见到成效。不能不着急，也不能太着急。我们的工作不是在一张白纸上作画，也不是给一张上乘国画装裱，而是在一张已经被涂鸦的画纸上再创作，那些不堪的笔触遇到妙手就能回春。万事俱备，才能借机东风。这偶然和必然，好像正符合一行介于流行和不流行间的诗句：“一切意外都源于各就各位”。

二〇〇八年八月二十五日 北京·方庄

二〇一五年五月十四日 北京·北航如心楼

目 录

代序言：“一切意外都源于各就各位”

——从立法主义到法律适用主义 1

上篇	法学通说与法律评注	1
	论法学通说（又名：法条主义者宣言）	2
	法律评注：法律技术抑或法律文化？	
	——关于中德合作编纂中国法律评注的可能性的	
	讨论记录	80

下篇	法学方法与宪法解释	109
	宪法经济制度条款的法律适用	
	——从德国经济宪法之争谈起	110
	合宪性解释及其理论检讨	
	——兼议合宪性解释作为“宪法司法化运动”之续篇 ...	
		135
	“黑户”民工子弟学校“合宪不合法”吗？	
	——试析《民办教育促进法》之立法失误及其	
	补救	164
	规范宪法学的方向：改八二宪法之被动为主动	189

附录：法律适用时代是否已经到来？

——2009年4月2日北京大学法学社“私法纵横”

第四讲报告

后记	220
----------	-----

上篇

法学通说与法律评注

论法学通说

（又名：法条主义者宣言）

讨论法学通说的旨意在于，倡导法律职业共同体尤其法学界（学者）和司法界（法官）联合起来共建法科学、进而法治建设必不可少的“法学通说”制度（以下简称“通说”），以缓解目前由于法律适用不确定（即学者“甲说乙说随便说”、法官“甲判乙判随便判”）所造成的损害法律和司法权威的现象。

我国法律适用者无法可依的司法困境，以及德国通说机制带来的启发和局限，构成了讨论的出发点和发展线索。讨论分以下五个部分：第一部分介绍德国法中的通说概念及其功能，并指出我国建设通说制度的必要性。鉴于已有学者对德国通说制度的主要方面，即通说必须形成于法教义学商讨、通说在法教义讨论过程中如何形成以及通说的判断和载体做了概括性介绍^{〔1〕}，第二部分介绍德国通说制度时，将走向深入和细节，即利用德国民法“表见代理制度”的发展史，一方面道出通说形成之具体情况，同时呈现可能遭遇的曲折和瑕疵。第三部分的写作尤为艰难，原计划是想通过观察和分析近些年法学和司法在疑难案件裁判问题上的互动关系，得出类似“我国已具有通说机制雏形并亟待完善”的结论，为第四部

〔1〕 参见庄加园：“教义学视角下私法领域的德国通说”，载《北大法律评论》第12卷第2辑，北京大学出版社2011年版。