

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编



法律体系、 法律方法与法治

LEGAL SYSTEM, LEGAL METHODS AND THE RULE OF LAW

雷磊
著



中国政法大学出版社

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编

法律体系、 法律方法与法治

LEGAL SYSTEM, LEGAL METHODS AND THE RULE OF LAW



雷磊
著



中国政法大学出版社

2016 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律体系、法律方法与法治/雷磊著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 3
ISBN 978-7-5620-6537-1

I. ①法… II. ①雷… III. ①社会主义法制—研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第041107号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 12.25
- 字 数 300 千字
- 版 次 2016 年 3 月第 1 版
- 印 次 2016 年 3 月第 1 次印刷
- 定 价 42.00 元

本成果受2013年北京高等学校青年英才计划项目
(Beijing Higher Education Young Elite Teacher Project) 资助



丛书总序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，我们也无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想象，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者也会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar Morin）所称的“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、

2 法律体系、法律方法与法治

非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”中寻找一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也唯有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于本套丛书的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系，它们大多只是尝试从某种方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力，它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心情对待学术，并在法学方法论领域始终保守这一谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月25日于北京

目 录

丛书总序	1
------------	---

引 言 法的理念与法治	1
-------------------	---

上 编 从法律体系到法治



第一章 法律体系的模式与法治	13
----------------------	----

一、视角限定 / 15

二、法律体系的阶层构造模式 / 17

三、法律体系的规则-原则模式 / 41

四、两种模式的比较：实践理性与法治模型 / 55

五、法律体系的双重构造模式 / 63

六、结语 / 74

第二章 法律体系的融贯性建构	76
----------------------	----

一、作为法律体系可欲性标准的融贯性 / 78

二、法律体系的融贯性要求 / 84

三、融贯法律体系的诠释性建构 / 92

四、当代中国法律体系的融贯化 / 100

2 法律体系、法律方法与法治

第三章 法律程序的价值与法治	109
一、价值类型理论 / 111	
二、法律程序与价值理论 / 117	
三、最低限度的法治概念 / 127	
四、现代社会中的程序与法治 / 138	
五、结语 / 155	
第四章 指导性案例的法源地位	157
一、法源双层构造论 / 159	
二、比较法考察：判例在美国与德国法院的 法源地位 / 171	
三、中国式指导性案例：中间道路？ / 182	
四、结语 / 207	

下 编 从法律方法到法治



第五章 法律论证中的权威与正确性	211
一、法律论证中的权威 / 213	
二、法律论证中的正确性 / 219	
三、权威与正确性如何协调？ / 224	
第六章 法律方法、法的安定性与法治	232
一、法的安定性与法治 / 233	
二、司法裁判的特征与法的安定性 / 238	
三、法律解释会破坏法的安定性吗？ / 243	
四、法律续造必须放弃法的安定性吗？ / 257	
五、法律方法：一种价值中立的工具？ / 267	
六、结语 / 269	

第七章 法律续造、权力分立与法治	271
一、从台湾地区的一则案例说起 / 274	
二、规范理论框架中的创制性修正 / 279	
三、规则（立法）的权威与法律续造的限度 / 296	
四、结语 / 305	
第八章 法的效力与法治（拉德布鲁赫公式）	309
一、拉德布鲁赫公式的三个研究层面 / 311	
二、新的讨论框架：三组区分 / 317	
三、“否认公式”分析 / 321	
四、“不能容忍公式”分析 / 331	
五、两个子公式的关系 / 341	
六、结语 / 350	
结 语 永无完结的追问：法治是什么？	351
参考文献	354
致 谢	379

引言 法的理念与法治

在现代社会的政治理想中，恐怕没有哪一个能像“法治”（rule of law）^{〔1〕} 这般吸引如此众多的目光，激起如此丰富的想象力，同时也引发如此激烈的争论。尽管“法治”这一表述通常与英国 19 世纪著名宪法学者戴雪（A. V. Dicey）的名字联系在一起，^{〔2〕} 但就像他的晚辈、被认为是二战后最伟大的英国法官的宾汉姆爵士（Lord Bingham）所评论的，“即便他首创了这个表述，但他也没能创造出它背后的理念”^{〔3〕}。

实际上，与戴雪同时代的德国公法学者鲁道夫·格耐斯特（Rudolf Gneist）在其名著《法治国》中早就指出：“在历史和哲学的意义上，法治国在一个漫长而艰辛的形成过程中、在与社会主流倾向的不断争论中成长，即使在当代它也只能在这种争论中存续和重生。”^{〔4〕} 有争论的不仅是法治的历史和哲学意义，还有政治和社会意义。古典自由理论的拥护者，从洛克

〔1〕 或者德语中的“法治国”（Rechtsstaat）。总的来说，“法治国”要比“法治”更加偏重形式的层面。但前者同样在经历了不同历史时期的发展后呈现出越来越丰富的含义，所以不应太过强调两者的差别。

〔2〕 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), London 1959.

〔3〕 Tom Bingham, *The Rule of Law*, London 2011, p. 1.

〔4〕 Rudolf Gneist, *Der Rechtsstaat*, Berlin 1872, S. 6.

2 法律体系、法律方法与法治

(Locke) 到韦伯 (Weber), 都认为资本主义与法治之间有着“选择性的亲和关系” (elective affinity), 因为两者都代表着自由主义的核心要素。^[1] 这无疑是在一种形式主义法治的意义上而言的。后来哈耶克 (Hayek) 用形式主义法治模型为自由市场资本主义辩护的做法也大体没有超脱这一进路。^[2] 当然, 这也仅仅是一种观点而已。在法治的光谱带上, 从哈耶克式的自由主义到罗尔斯 (Rawls) 的社会福利自由主义, 直至李光耀的威权主义以及当代中国由国家主导的社会主义法治, 几乎涵盖现代社会的大部分治理类型, 显现出“多样化的法治” (varieties of rule of law)。^[3] 与理论多样化相应的是实践的多样化。“世界正义工程法治指数” (WJP Rule of Law Index) 在 2011 年曾采用一个包含九要素的广泛框架来对世界上 66 个国家和地区的法治状况进行估分: 有限的政府权力、消除腐败、秩序和安全、基本权利、统治的开放性、有效的规制措施、民事司法的可及性、有效的刑事司法以及形式正义。尽管如此, 它也坦承, 这一框架的基本观念在于, “法律对政府及私人利益集团之权力的行使施加限制”^[4]。而对于法治的基本观念是什么, 也并不是没有异议的。

本书无意涉入上述这些复杂而又充满风险的方面, 尽管这样做的理论诱惑力是巨大的。它仅仅是一种法哲学 (Rechtsphilosophie, legal philosophy) 层面的研究, 其核心主旨在于这样一

[1] Willam E. Scheuerman, Globalization and the Fate of Law, in: David Dyzenhaus (ed.), *Recrafting the Rule of Law*, Oxford 1999, p. 243.

[2] Friedrich A. Hayek, *The Road to Serfdom*, Chicago 1944.

[3] See Randall Peerenboom, Varieties of Rule of Law: An Introduction and Provisional Conclusion, in: Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law*, London and New York 2004, p. 1.

[4] See Juan C. Botero and Alejandro Ponce, *Measuring the Rule of Law*, Washington, D. C.: The World Justice Project 2011, p. 1.

种主张：在法的理念（*Rechtsideen*）与法治之间存在着密切联系。一方面，法治作为“法的统治”意味着尽可能地去实现法的理念；而另一方面，法治在实践中也能够以不同的程度去实现这些理念。问题在于，法的理念是什么呢？瑞典法学家弗兰登贝格（Frändberg）在新近出版的专著中将与法治相关的法的理念归纳为：合法性和守法、法律上的平等、法的安定性（确定性）、法的可及性和法的安全性。^{〔1〕}但这些表述的提炼度并不够。相较于此，作者采取的是一种化繁为简的办法，即将法的理念还原为最为根本性的两个：法的安定性（*Rechtssicherheit*）和正确性（*Richtigkeit*）。这样做的好处，一是在于这两个高度凝练的表述（尤其是正确性）含义极为丰富，可以推导出一系列我们所熟知的其他理念；二是出于一种实用主义的考虑，因为本书的这些章节并不打算去深入阐释这两个表述的具体内涵，它要做的只是想去探讨，这种二维度的法的理念如何展现在法律体系和法律方法的不同层面，它们之间又是如何平衡的。

这种二维度的法的理念可以追溯到德国法哲学家拉德布鲁赫（Radbruch）。在1937年发表的论文《法的目的》中，拉氏将法的理念或者说法的目的（他在同一意义上使用这两个称呼）概括为三个，即法的安定性、正义（*Gerechtigkeit*）与公共福祉（*Gemeinwohl*）。^{〔2〕}对于最后一个理念，他偶尔也使用另一种称呼，即“合目的性”（*Zweckmäßigkeit*）。^{〔3〕}二维度的法的理念

〔1〕 See Åke Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law – State*, Heidelberg [u. a.] 2014.

〔2〕 Vgl. Gustav Radbruch, *Der Zweck des Rechts* (1937), in: ders., *Rechtsphilosophie* III, bearbeitet v. Winfried Hassemer, Heidelberg 1990, S. 39ff.

〔3〕 Vgl. Gustav Radbruch, *Der Zweck des Rechts*, S. 49. 在后来的文献中，拉氏更频繁地使用了合目的性这一称呼，而不是公共福祉 [例如参见 Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), in: ders., *Rechtsphilosophie* III, bearbeitet v. Winfried Hassemer, Heidelberg 1990, S. 88]。

保留了法的安定性，但将正义与公共福祉共同纳入正确性的表述之中。这里的考虑在于：首先，拉氏所谓的正义有其特定所指，并不完全吻合对于正义的一般理解。从“法是基于一般规范来解决冲突的办法”这一定义，他推导出了正义的两个相互联系的内涵，即平等（Gleichheit）与一般性（Allgemeinheit）。〔1〕这无疑对正义作了一种形式化的理解。正因为如此，他才认为正义具有相对性，它需要与公共福祉结合在一起才能提出实际的解决办法。〔2〕这种将正义原有的实质内涵完全交付于公共福祉的理解未免以偏概全。即使在战后发表的名篇《五分钟法哲学》中，他将人权（Menschenrechte）明确放入了正义的范畴，〔3〕这样的扩充依然不够充分。其实拉氏自己的一段话就已揭示了这一点：“我们所考虑的并不是那种人们将法的整体要求均囊括进去的正义概念，也就是与一般意义上的法的正确性相重合，而是正义的特殊概念，它与其他（概念）并列为法的要求。”〔4〕但为了与其他表述并列，并不一定要对正义作如此严格的限定。其次，拉氏将正义视为具有个人主义色彩的表述，与具有超个人主义色彩的公共福祉相对。〔5〕但既然正义涉及社会制度的安排，就没有必要从概念上将它限定于某个特定的政治伦理学立场，古典自由主义/个人主义与社会福利主义/社群主义都可以站在正义的竞技场上，而不是事先被取消掉参赛的资格。对于正义内涵的多样性，桑德尔（Sandel）在其著名的哈佛大学公开课及同名著作中已经充分向我们展现了这一点。〔6〕最后，即便

〔1〕 Vgl. Gustav Radbruch, Der Zweck des Rechts, S. 44.

〔2〕 Vgl. Gustav Radbruch, Der Zweck des Rechts, S. 42.

〔3〕 Vgl. Gustav Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: ders., Rechtsphilosophie III, bearbeitet v. Winfried Hassemer, Heidelberg 1990, S. 79.

〔4〕 Gustav Radbruch, Der Zweck des Rechts, S. 40.

〔5〕 Vgl. Gustav Radbruch, Der Zweck des Rechts, S. 44, 50.

〔6〕 [美] 迈克尔·桑德尔：《公正》，朱慧玲译，中信出版社2012年版。

将拉德布鲁赫所理解的正义与公共福祉都纳入正确性这一表述之中，依然无法穷尽正确性的内涵。作者之所以选用正确性这一表述，也是为了表达出这样一种意思：法律中的正确性除了指涉传统的道德伦理意义外，同样还可以指涉实用主义的考量（工具理性意义上的“有用性”）。于此，不仅道义论（规则主义）可能为正确性提供标准，而且功利主义（结果主义）亦然。

简言之，作者在法的理念问题上采取了一种更为简洁直观的二分法：法的安定性涉及实证性（Positivität），实在法的存在本身在某种意义上就意味着法的安定性；^{〔1〕}而在实证性和实在法之外，都属于正确性的范畴。这同时也说明了法的安定性的独特之处：它不仅是一种法的理念（属于理想的维度），也是一种法的现实（属于现实的维度）。只要存在实在法，就具备了实现这种理念的最低限度可能。

主张法的理念与法治之间的联系，并不意味着必然持一种非实证主义的法概念立场。因为法概念与法理念是可分离的，换言之，“法是什么”与“什么样的法是善的”在逻辑上是两个不同的问题。围绕这两个不同的问题，也形成了法哲学的两个不同领域：法理论（Rechtstheorie）与法伦理学（Rechtsethik）。法理论的任务在于分析和描述法的基本结构，而法伦理学考量的是法与目标和价值之间的关系，对法进行辩护和批评。在德国传统中，后者即是对正确法（richtiges Recht）问题的追问。^{〔2〕}类似地，美国学者里昂斯（Lyons）分别称之为“分析性的法理学”（analytical jurisprudence）与“规范性的法理学”

〔1〕 这也是拉德布鲁赫的观点，参见 Gustav Radbruch, Der Zweck des Rechts, S. 49 – 50.

〔2〕 Vgl. Dietmar von der Pfordten, Rechtsphilosophie: Eine Einführung, München 2013, S. 14.

(normative jurisprudence)。^[1] 所以，在回答“法律是什么”时并不一定要考虑“善”的问题。当然，如果站在一种非实证主义的立场上，情景就完全不同了：对于非实证主义者而言，法的定义中内在地包含着“正确性”这一要素，“法是什么”与“正确法是什么”彼此交织在一起，法理论与法伦理学也无法一清二楚地区分开来。持这种立场的，除了拉德布鲁赫外，在当代德国学界最著名的当属公法与法哲学家罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）了。阿氏旗帜鲜明地主张法具有双重本质，即现实维度上的法的安定性与理想维度上的正确性。在他看来，法要实现的是平衡这两者的二阶正确性。^[2] 由于任何定义都要反映本质，所以这两个要素同时也是法概念的组成部分。这里显然不是深入到法概念之争中的合适之处。但正如刚才说及的，法概念与法理念的重合并不是逻辑上的必然，它只是特定的法概念论立场的结果。所以，作者虽然赞同二阶正确性的基本想法，但却认为它只是一种法理念和法治层面的追求，而不必然要放置到法概念的层面上。当然，这并不否认法概念与法的理念，进而与法治也具有一定程度的勾连，特别是考虑到法的安定性兼具理想和现实的维度。

法的安定性与正确性之间的关系或明或暗地构成了本书的内在线索，它在两个层面上得以展开：一个是宏观的法律体系的层面；另一个是微观的法律适用或者说法律方法的层面。在法律体系的层面上，它体现为刚性制度（法的安定性）与柔性价值（正确性）的结合。而在法律方法的层面上，它体现为依法裁判（法的安定性）与正当裁判（正确性）的二元诉求。当然，宏观层面与微观层面的区分是相对的，法律体系与法律方

[1] See David Lyons, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge 1984, p. 1.

[2] Vgl. Robert Alexy, *The Dual Nature of Law*, *Ratio Juris* 23 (2010), p. 174.

法之间的关联性远比我们打眼看上去来得要大，这一点在阅读本书各章后自可明了。在这一线索的基础上，法治就可以被认为是规则之治与理由之治的结合。但由于它并没有对何谓“正确性”加以特别限定，所以它并不会导向突出某种或某些特定价值的实质法治观，但它也没有停留于纯粹的形式法治观，而应当属于一种中间状态。

本书分为上下两编。上编“从法律体系到法治”包括四章。第一章“法律体系的模式与法治”试图从规范理论的传统出发，提供一种符合实践理性最大化和法治模型最优化的法律体系模式。在比较了法律体系的两种不同模式，即以规则为基础的阶层构造模式和规则—原则模式之后，作者认为后者更具有说服力，并且在后者的基础上补充了双重构造的结构模式。融贯性既是对法律体系的道德要求，也是法治的目标之一。第二章“法律体系的融贯性建构”在分析这一概念的含义与层次的基础上，认为融贯的法律体系主要是裁判者的诠释活动和解释方法建构出的产物。而当代中国法律体系的融贯化需要从制度体系、背景体系与方法体系三个方面进行努力。法律程序与实体法一样构成了法律体系的组成部分。第三章“法律程序的价值与法治”从“法律程序为什么是重要的或必不可少的”这一提问出发，从构成性内在价值的角度出发来探讨程序与法治的关系。由于能为有效的社会整合提供正确的公共行动标准，程序构成了法治乃至有效社会整合的构成性要素。从这个角度而言，在法律体系中程序相比于实体可能更加重要。在第二章中曾指出，在当代中国，案例指导制度应当成为法律体系融贯化的制度之一。第四章“指导性案例的法源地位”就讨论了这一制度。正如标题所表明的，它的重点在于将指导性案例放在当代中国法律体系中进行定位。在构筑法源双层构造论和对美德两国判例之地位进行比较法观察的基础上，它指出指导性案例已具备

“准法源”的地位。这里的探讨似乎对主线有所偏离，但是考虑到司法裁判可以基于实质理由（正确性论证）偏离指导性案例，法的安定性（权威）与正确性的主线依然隐藏在这一章节之中，尽管不是那么明确。

下编“从法律方法到法治”同样包括四章。第五章“法律论证中的权威与正确性”接续上编最后关于法源问题的讨论。法律论证要同时运用权威理由与实质理由，虽然法律渊源是最重要的权威理由，但很多时候也需要对法律命题的正确性进行证立。法律论证旨在于平衡权威与正确性，其中权威论证具有初步的优先性但并非不可推翻。这一观点也构成了余下几章的基调。对法律方法的主要挑战之一在于它会破坏作为法治核心的法的安定性。第六章“法律方法、法的安定性与法治”回应了这一观点，通过区分法律解释与法律续造这两种不同情形，我认为论者在很大程度上虚构和夸大了“不确定性的幻想”，通过恰当运用法律方法有满足“法的最大化安定性”的可能，法治也有实现的可能。对法律续造的挑战不仅在于认为它会破坏法的安定性，也在于认为它会破坏权力分立，侵害立法的权威。第七章“法律续造、权力分立与法治”从规范论和理由论出发，在分析法律规则和法律原则的区别之后探讨了原则为规则创制例外的条件及其限度。由此主张，立法与司法的关系处于一种动态平衡之中，立法在这种关系中更具相对优势，因而法律续造并未对立法的尊严造成过度侵害。“制定法的不法”现象是挑战法治的极端情形，它涉及对法的效力的追问，往往出现于国家转型时期对过往不法行为的裁判之中。第八章“法的效力与法治”通过著名的拉德布鲁赫公式来例证这一问题。通过规范—分析的层面上的区分和分析该公式的两个部分，作者阐明了司法适用中法概念与法效力（法律论证）的关系，关键还在于法理念之间的辩证关系。