

5

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

第五辑

法律方法 与法律思维

葛洪义 主编


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

5

第五辑

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

法律方法 与法律思维

葛洪义 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律方法与法律思维. 第5辑 / 葛洪义主编. —北京:
法律出版社, 2008. 10
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8848 - 5

I. 法… II. 葛… III. 法律—研究—文集 IV. D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 151531 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/17.5 字数/290 千

版本/2008 年 11 月第 1 版

印次/2008 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908
上海公司/021 - 62071010/1636 北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 8848 - 5

定价:24.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

法律方法与法律思维

主 编

葛洪义

编辑委员会

(以姓氏拼音为序)

陈征楠 葛洪义 柯 岚 李 路
李旭东 刘治斌 伊卫风 朱志昊

学术委员会

(以姓氏拼音为序)

陈兴良 葛洪义 贺卫方 霍宪丹
梁治平 舒国滢 孙笑侠 王晨光
徐国栋 徐显明 许章润 於兴中
郑成良

本辑执行编辑

(以姓氏拼音为序)

柯 岚 李 路 李旭东 伊卫风 朱志昊



卷首语

葛洪义

我们生活在一个语言的世界里,一定意义上还可以说,语言的世界就是我们生活的世界。语言从两个方面规定了我们生活的意义:首先,我们对自身存在意义的理解和把握是在一种特定的语言环境中进行的,不仅精神生活如此,而且,即使是对物质享受的崇拜,也是发生于特定语境之中的。所以,实际上,我们正是通过语言建构的某种特定的宏大叙事支撑着我们内心深处对意义的渴望和追求。其次,我们同时还在通过先于我们而在语言不断繁殖自己生活的意义,所以,经验、先验、超验的东西才会交替出现在我们的生活中。总之,语言使我们能够交流与沟通,使我们能够认识自己的世界,还使我们能够建构一种有尊严的生活方式。

法律与语言也存在着密切的关系,法律是依靠语言表达的,法律的意义也是依靠语言建构的。法律本身就是一种非常典型的凭借话语权威建构的生活和活动准则。法律当然需要依靠强制。但是,法律的强制是以特定的话语为基础的。托洛茨基和韦伯先后表达了一个共同的观点:在任何一个社会中,统治权威都不能仅仅从被统治者角度考察,也即任何统治的权威形式都必须同时具有合法性的统治,合法性即指获得被统治者的同意。而被统治者之所以能够接受统治者的统治,根本上是因为他们接受了一种统治者与被统治者之间关系的权威话语和叙事语言。从这个意义上说,法治也是一种话语秩序,它并不是为了暴力而诉诸于强制,而是为了建立一个特殊的话语体系。

一切以语言为媒介的社会关系都需要一套语言意义的识别机制和制度,以达到交往的目的。例如,我们必须通过人们所说的,判断他是否真诚、诚实,他的话是否有道理,他的言行是否一致,等等。作为沟通与交流媒介的语言一般具有两类:一种是以纯粹的语言表达技巧达致交流乃至说服人的目的,包括所谓花言巧语,也包括那些诱惑、蛊惑、煽动的语言;另一种则是以关于真理的知识话语达到沟通目的。法律话语是两者的结合,尤其关注后者,其目的是保证人们能够平等、严肃、真诚地交流与交往,以形成稳定的具有一定价值共识的社会关系;它也不完全排斥前者,因为个别的法律活动和法律判断并不以追求绝对的善为目的,不存在判断法律活动,例如法官裁决正确与否的绝对的、永恒的标准。法律人的语言是为说服人而构想和设计的,而人之所以能够被说服,是因为他已有的背景知识和经验使他愿意或者不能不接受法律人此时此刻的判断以及判断中所包含的叙事话语的权威。所以,法律人具有自己的话语系统,这是他们安身立命的根本。

现代法律人是凭借现代法治话语分化为独立的职业群体的。现代法治作为现代性的一个重要方面和内容,是以形式合理性的价值取向为思想基础的。它不仅是区别于简单暴力的话语权威的产物,而且还是以特定的说理形式为内容的特殊的话语体系。在这个体系中,说理方式具有自己的特殊性,由此而产生了一个被称为法律职业共同体的法律人专业集团。因此,形式合理性的现代法治不仅要求规则的治理,而且尤其关注法律职业共同体在规则治理中的核心地位。在它的话语体系中,称职的法律人必须恪守忠于法律的职责,因此,他们是自由的捍卫者,也是民主社会的保证。托克维尔把美国的法律职业者比喻为作为英国自由体制根本保障的贵族,韦伯则把法律职业者作为形式合理性社会的重要标志,原因在于:法律人必须忠于法律,而法律一般具有自己恒定的形式。正因如此,法律人通常被认为是一支社会稳定的重要力量,其忠于法律的能力影响甚至能够决定一个社会的理性化程度。

法律人是否确实忠于法律?是否能够忠于法律?如果他们能够忠于法律,那么,他们是如何通过话语的形式以及对语言氛围的营造表达自己对法律的忠诚的?如果他们实际上不能不折不扣地忠于法律,甚至法治本身就是一个神话,那么,他们又是凭借什么样的方式和技术建立了这样一个神秘的法律帝国?这些就是我们希望创办这份连续出版物加以解决的问题。我们坚信,一个法治的社会,一定是一个说理的社会;道理是在一定的语言环境中成为道理的。语境不仅包括不同文化背景的人思想方式的不同,而且还包括不同职业的人思维形式的差异。所谓法言法语法庭环境,构成了法律人解决各种社会问题,包括

把复杂的政治经济问题转化为法律问题的基础。我们追求法治,就是希望能够建立一个根据法律解决社会问题的话语机制。因此,我们真诚地希望通过我们的努力,为我们的生活世界真正建立一个讲道理的话语系统之上做出一份贡献。在我们看来,法律人的思想方法和思维方式恰恰是现代文明社会的有机组成部分。

目 录

主题研讨 ——法律适用与论证

卷首语

葛洪义

- | | | |
|-----|---|---------|
| 3 | 由规范缝隙到规范存有
——初探法律论证中的实践描述 | 颜厥安 |
| 21 | 法律技术的正当性基础 | 胡玉鸿 |
| 30 | 论法哲学视野中的证明对象 | 王 晓 |
| 41 | 个案裁判规范之构建是司法裁决证立的关键 | 胡志坚 |
| 51 | “方法”之争与法学的学科品质 | 张德森 刘 琦 |
| 59 | 论宪法学研究的“科学性”
——兼对“规范宪法学理论”和“法律解释学”
的反思和继承 | 夏正林 |
| 76 | 试求解法律科学的悖论 | 周 赞 |
| 86 | 法律话语的概念及其意义 | 李旭东 |
| 97 | 语用学和法学
——合作原则在立法交际中的应用 | 廖美珍 |
| 108 | 论法律解释理论的形式语用学转向 | 朱志昊 |

论文

	127	法律修辞学的旨趣和意义	刘 兵
	135	佩雷尔曼新修辞学与法律论辩思想	王国龙
	158	多向度的法律文书学方法论研究	赵朝琴
译文			
	179	论法律解释理论 [奥]汉斯·凯尔森 / 张书友译	
	188	解释与兴趣 [美]保罗·布莱斯特 / 杨德译 王凌皞校	
	196	文本中的法与行动中的法 [美]罗斯科·庞德 / 御 风译	
书评与随笔			
	213	规范正当与实践理性 ——《实践理性批判》读后	陈征楠
	225	申冤在我,我必报应 ——评电影《不可饶恕》	柯 岚
	229	法律的确定性 ——《法律、语言与法律的确定性》译后	邱昭继
	247	此花开后 ——“后物权立法时代”之中国法学的应然路向	刘显刚
会议综述			
	257	转型社会与“法治”进程中的法律方法 ——第四届全国“法律方法与法律思维”学术 研讨会成果综述	李 路
	267	编后记	葛洪义 徐清飞
	269	《法律方法与法律思维》稿约	

主题研讨

——法律适用与论证

“说理”是法律方法与法律思维中永恒的主题，法律适用中的论证问题则是法律说理的重要逻辑形式，颜厥安教授的论文从实践哲学的角度展示了作为说理基础的规范与规则自身的复杂形式以及论证中的难题；胡玉鸿教授的论文则探讨了说理技术自身的合法性、正当性论证问题；王晓副教授、胡志坚检察员分别从法哲学角度、个案事实与制度事实的关系讨论法律事实与法律认识的关系。尽管他们的角度各不相同，理论化程度也差别很大，但都属于法律适用与论证的内容，有助于我们进一步研究法律论证问题。

本辑的主题研讨延续了上辑的内容。在上辑中，我们集中刊发了有关检察说理的文章，本辑则是从一般法学理论与法律实务的角度进一步深化相关问题的讨论。



由规范缝隙到规范存有 ——初探法律论证中的实践描述

颜厥安*

一、序论

本文是我一系列思考与写作中的一环。在内容上固然是本人其他文章的发展延伸,^[1]不过我也将在这篇文章中,尝试提出新近思考的一些线索,一些新的想法,以就教于学界,并期望听到各界的批评指教。

在这个思考的发展脉络中,^[2]有一个主要的理论概念,就是我一直在探索思考中的规范缝隙(normative gap)概念,以及近来继之发展的规范存有(normative being)概念。^[3]本

* 颜厥安,台湾大学法律学院教授,慕尼黑大学法学博士。

[1] 本文的主要内容,曾在2007年10月“台湾中央研究院”的研讨会上宣读,请参考颜厥安2007(2)。其他之前的相关论述,请参考颜厥安,2005,2006(1),2006(2),2007(1)。

[2] 在这一发展中,不论是过去所研究的,黑格尔的绝对伦理性(die absolute Sittlichkeit; the absolute ethical life)概念,或者是近年来接触较多的,卡尔·史密特的范域(nomos)概念,都对我发展规范缝隙与规范存有概念有所影响。我可能是中文世界唯一一个将“nomos”翻译为“范域”的作者。范域是否为对Schmitt之nomos概念的最佳中文翻译,尚有待讨论。不过由于Schmitt特别强调其空间性,因此引入“域”的概念有其必要性。

[3] 此一发展的其他两个轴线之一是对概念的再思考,探讨何谓概念,尤其是使用在规范领域的概念,或者也可以反过来说,概念的规范性或实践性使用,特别引起我的兴趣。在这一轴线中,德沃金对概念的分类,对我固然有所影响。但是近来更重要的思考启发,则来自于当代哲学家Robert Brandom的著作。另外一个则是法兰克福学派思想影响下,对批判法理学的思考。这主要涉及对我们当前具体的存在状态,除了沟通理性所要预设的普遍性道德平等地位外,是否还要透过争取承认的抗争(Kampf um Anerkennung; struggle for the recognition),始足以构成。

文的论述方式如下:首先透过对规范陈述的几种不同层次之分析,说明规范性问题的意义,接着阐述规范缝隙概念,并论及其与法学研究对象的关系,指出法学研究的对象,是具备动态规范性的规范命题。其次将探讨什么是概念,说明概念使用的规范意义,并透过德沃金、考夫曼、Larenz、Bydlinski 等人对法概念与类型的探讨,来探讨实践概念的性质。接着将以实践概念的概念使用特色,以及对物品思维的检讨,探讨非物品对象的概念使用对社会条件的敏感度以及其与论述连结的关系,以阐述规范存有与实践描述的意义。并透过两个案例来说明,在法规范的个案适用中,实践描述也具备将特定事态建构为具备规范意义之事实的作用。最后则是结论。

二、规范性问题的提出

规范性(normativity)问题是历来法理学最关键的问题之一,虽然在不同的文献中,可能以不同的概念加以表达。以英文为例,prescription(指示),obligation(义务),validity(效力),binding force(拘束力),authority(权威)等等,都曾被使用来讨论规范性。哈伯玛斯1992年的法哲学著作《事实性与效力》(Habermas, FG),其“效力”之德文原文Geltung,在英文通常翻译为validity,其欲讨论的内容,其实就是规范性。

凯尔森与哈特,是20世纪两位对于规范性理论的推进提出重要贡献的法理学家。奠基在实然与应然的绝对区隔之上,凯尔森认为规范性不能来自于任何的事实,而必须奠立在基本规范(Grundnorm)的基础上。基本规范并非实证规范,但却是我们得以认识任何实证规范所必须默认的逻辑——先验条件。

哈特也提出了一个与基本规范可相比拟的承认规则(rule of recognition)理论,但是承认规则却是法律社群中法律工作者共同接受的事实问题。在哈特的规范性理论当中,真正重要的是其认为规范性是一种行动理据(reason for action)。Raz则在此一基础上指出,所有规范性的问题,都与理据相关(Raz, 1999: 67)。

如果我们更仔细地分析可以看出,通常所谓的规范,可以包括三个不同的层次。第一层次是单纯的语言表述(linguistic expression),例如以文字表达“故意或过失损害他人权利者,应负损害赔偿赔偿责任”。这一层次亦可称为规范陈述(normative statement)或义务语句(deontic sentence)。第二个层次则是我们认知到,例如我国台湾地区的“民法”第184条第1项当中存在有一个法规范,其内容是“故意或过失损害他人权利者,应负损害赔偿赔偿责任”。一般而言,这一层次就是一个“规范”,而Georg Henrik von Wright会将此一层次,认为是对一个规范

的“描述”(description)。换言之,这是对一个经验事实的描述。至于第三层次,则是进而宣称(claim),这个规范,对于我们或某个法体系下的行动者,具备“规范性”(或拘束力、义务性等)。对 von Wright 来说,这是由“描述”转变为“指示”。哈特认为这是由外在观点的观察,转变为内在观点的理解与接受。凯尔森则认为这是奠立在基本规范基础上的效力(validity; Geltung)。

这样的三层次区分,固然有某种清晰性,但是也有相当高的争议性。尤其第二层次与第三层次的区分,真的如此简单是经验事实与规范性,或描述性与指示性的区分吗?在哈特的理论里,外在观点的观察,也一定要参酌内在观点,否则无从理解其为规范还是习惯。凯尔森也认为,法规范的实效(efficacy; Wirksamkeit)概念一定要预设其效力概念。因此第二层次似乎是依附第三层次而来。但是对事实的描述,如何依附于不是事实的宣称之上呢?

更棘手的部分在于,在第三层次之规范性,似乎又可更进一步区分为两个不同的层次。其一是对行为的指引(guidance for action),另一则是真正的义务或规范性。流行时尚杂志指引我们,今年应该穿着单排扣的西装,这是一种对行为的指引,但是不具备有义务性。不过当国家的法律要求我们纳税时,此一宣称却同时包含了对某种义务性的宣称或主张(虽然并不必然是一个成功的主张)。也许正因为如此,学者 Delacroix 写道, The key to explaining law's normative dimension lies in articulating the gap between the two 'levels' at which one may pitch one's definition of normativity: guidance or obligation. (Delacroix, 2006: xiii)〔4〕

指引与义务的区分,对于讨论规范性问题而言,当然仍是一个相当初级的阶段,但是此一区分却也指出了重要的一步,也就是即使由内在观点来考察,一个对当事人有效的法规范,虽然通常能够成功地造成当事人行为考虑的差异,〔5〕却并不一定能成功地主张对当事人具备义务性。

此一规范性问题,如果从思想史发展的角度考察,又具有下面的这一层转变意义:由这个世界中存在的事物具有某种价值,转变为世界中的事物没有任何的价值,价值是人们意志的决定;以及规范或法规范的规范性,乃是由自然或神圣秩序当中所推导得出,转变为法规范乃起源于特定时空下人们刻意的创设或立法行为。

但是由于人们的选择或立法,都是在非常特定的、偶然的时空条件或社会

〔4〕 翻译略为“说明法律规范层面的关键在于以论述连界定规范性之两个层次,亦即指引与义务之间的缝隙”。

〔5〕 此即实践差异命题(practical difference thesis)的意义。

环境下的产物,当中更往往夹杂了许多的私欲、权衡、利益、策略,甚至无知与愚昧,因此规范的规范性,如何可成功地追溯奠立于这些偶缘(contingent)的事件或行为呢?也正是在此等神圣或自然秩序观念已告失落,而人们事务却又总带有无穷的混乱状态下,德希达援引蒙田(Montaigne)的说法,将法规范性之来源称为法律之“神秘权威基础”(Derrida, 1992: 11)。

由此亦可看到,为何凯尔森要把事实层面的因素(包括历史事实)严格排除于法律之规范性基础之外,因为在拒斥了自然法论几乎必然内蕴的自然秩序论之后,实证法的基础也同样不能依赖历史上的偶缘事实。而哈特的承认规则虽然是一个事实问题,但是在哈特的思考里,这又是各当下(present)的接受事实状态,而不需要回溯其历史起源。

如果进一步从历史(而非思想史)的角度来分析,又有两个相关的关键概念,一则是革命,另一则是制宪权(pouvoir constituant)。以一个比较简明的方式来表达,革命就是把自然/神圣秩序空无化推到极致的政治实践,推翻了旧秩序之后,试图通过一全新主体:国族(nation),所拥有的制宪权,来创造一个全新的规范秩序。

三、规范缝隙的概念与法学研究的对象

(一)规范缝隙的意义

综合以上所述,如果我们更精简地说,如果实然与应然的不可相互推导性,是规范性问题的逻辑面向,那么指引与义务的区隔,就是其语言或语言行动层面的表述;而价值秩序的空无化与人为立法的偶缘性,就是此一问题的历史向度。也正是在这个基础上,我们可以来探讨发展规范缝隙的概念。

规范缝隙(normative gap)原本是 Raz 在说明规范与其所欲达成的目的或实现的价值之间存在有推论上的断裂性时所使用的一种说法。^[6]他并没有认真地要使其成为一个理论概念。笔者则尝试将此一概念理论化,并曾经在另一篇文章中,对规范缝隙提出了一个初步的定义:^[7]规范缝隙是对规范领域完美性之不可能性的诸展现形式。另外也提出一个更强的命题:规范性是个缝隙的问题(normativity is a matter of gaps),此意味着,一个语言表述之所以创造了规范性,是因为它以某种特有的方式将不同的缝隙结合在一起。^[8]所谓的特有方

[6] 请参考 Raz, 2001 当中的讨论。

[7] 请参考颜厥安, 2004(12)。

[8] 此处的缝隙可包括逻辑缝隙、目的缝隙、实践缝隙、领域缝隙等多种种类,详参考颜厥安 2006(1)。

式,就是透过语言之规范功能词(linguistic normative operators,亦可称规范语词),例如应该、禁止、允许、授权、权利、义务等,将经验内容表述为义务语句。

应然或规范与真实的世界(the actual world)一直有一种奇特的关连。哲学家 Korsgaard 曾指出,所有与规范性有关的观念或命题,都“超出了我们所经验的世界,质疑这个世界,对它提出评判,说它没有符合标准,说它不是所应该的样子”(Korsgaard, 1996: 1)。^[9] 规范陈述的这种“非现实世界性”(non-actuality of world),这种与现实世界的消极性关连或指涉方式,可说是规范缝隙概念的起始点。

这种非现实世界性,表现在逻辑领域,就是实然与应然的相互不可推导性,以及应然彼此之间的不可推导性。这种逻辑之非推导性,是规范缝隙概念得以取得运作特殊性的重要基础。逻辑的作用,在于真值的保存或传递。由真的命题 A 逻辑地推导得出的命题,都是真的,都保存了 A 的真值,或者说透过逻辑演绎,真值都传递给其他演绎得出的命题。

一般而言,我们认为规范并不具有这种古典的真值,规范陈述也无法保存或传递真值。因此规范逻辑家 von Wright 将规范逻辑界定为理性立法者意志或行动的一致性与否问题。哈伯玛斯则用正确性来表达规范的合理性。为了建立这一类型的合理性,规范必须与目的、价值,以及世界的其他真实事物,建立起一种特殊的关连性。Von Wright 曾经有过一种相当有趣的说法,Generally speaking: a legal order and, similarly, a coherent code or system of norms may be said to envisage what I propose to call an ideal state of things when no obligation is ever neglected and everything permitted is sometimes the case... In an important sense we could say that the purpose of norms is to “bridge the gap” between Is and Ought, although not in the sense of establishing a deductive bond of entailment between the two. (Von Wright, 1998: 374 - 375)

Von Wright 认为任何规范体系都要去面对一种“理想的”事物存在状态,也就是所有的义务都没有遭到违反,所有允许可做的行为,有时候就会有人实行。此一分析非常关键地指出了,虽然应然与实然之间有逻辑不可跨越的断裂鸿沟,但是应然(规范)命题不但不是与现实世界无关的陈述,它更需要去面对一个理想的世界。而如果规范的“目的”就是要跨越实然与应然的断裂,既然无法透过逻辑推导得出描述实然的命题,此一跨越断裂或缝隙(bridge the gap),就只

[9] 原文为“that outstrip the world we experience and seem to call it into question, to render judgment on it, to say that it does not measure up, that it is not what it ought to be.”

能透过其他型态的论证以及属于实然层面的行动或其他力量,来加以达成。

如果非现实世界性,是规范缝隙的静态层面(静态规范性),此等跨越缝隙的功能,就是规范缝隙的动态(dynamic)层面(动态规范性)。精简地说,透过规范功能语词所创造的义务语句或规范表述,表达了静态规范性之非现实世界性。但是如果追求真正实质的规范性,就必须以论证、行动或其他力量,来实践(practice)或展演(perform)缝隙的跨越功能。换言之,真正的规范性是动态规范性,是一种动态的实践过程或展演的结构化(structuration of performance)。因为唯有如此,规范陈述才不会落入黑格尔所谓“应然之无力”(Ohnmacht des Sollens),规范才能真正达到连结应然与实然的目的。

其中非常关键的一点是,由初始的非现实世界性,干预进入现实世界,并对之加以塑造与赋予意义。而且一定要注意的,不论从哪一个单独的规范出发,所要干预进入的现实世界里,都已经充满了其他无数的规范。因此 Von Wright 的“理想的”事物存在状态,如果就其“非现实性”而言,是正确的,但是就其完美的、无人违反规范的想象而言,却正好是不可能的。因为动态规范性将相互碰撞,而所谓的社会世界,正就是在动态规范性的碰撞之下形成的。这一方面意味着法的规范性不可能脱离其他种类的规范性独立来确立。另一方面,也表示此等碰撞不可能结束,如果结束,意味着社会世界(历史)的终结。

(二) 法学研究的对象问题

当然,法律规范性的非独立性,涉及如何拒斥法实证主义等复杂理论问题,此处无法深论。本文在此想要结合法学方法所提出的一个中介的主张是:法学所要探究的(或说法学所研究的对象),是具备动态规范性的法规范命题。

这一主张包括一些重要的层面:

1. 法学不可能仅限于对实证法的转述报导,而必须加以“诠释”。这意味着法学思考就是要去填补跨越各种型态的规范缝隙。例如阐述说明一个侵权行为为责任规范的“目的”、“价值”、“可行性条件”、“构成要件意义”等。这就是一种将与现实脱离之静态规范性,带往衔接现实性的动态规范性。

2. 法学探究提出的陈述,即便是以规范陈述来表达,也是具备了“真理适合性”(truth-aptness)的命题。换言之,法学陈述,是具有真假值,或正确性,或客观性可言的命题。

3. 法学命题的客观性,既不需要道德实在论(moral realism),也不需要建立于某种对外存在事物的“描述主义”(descriptivism)立场之上。

4. 法学命题之正确性,是透过类似于道德论证之法律论证来获致证立,而非透过一般的逻辑分析导出或经验证据的方式证明。