



法律方法文丛
Legal Method Library

法律论证：思维与方法

Legal Argumentation: Legal Thinking and Method

焦宝乾 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法律方法文丛
Legal Method Library

法律论证： 思维与方法

Legal Argumentation:
Legal Thinking and Method

内容简介

本书对作为一种法律方法与思维方式的法律论证进行了细致探讨。内部证成和外部证成构成了法律论证的基本结构，表现了法学家们试图将法律论证过程精制化的理论努力。本书尤其侧重研究了内部证成中的三段论推理问题。在法律领域，论证图式的选择与适用，无论对于法律解释还是法律事实的确立，都有重要的意义。通过法律论证的理性重构，人们对论证过程的各个阶段、论证的结构、明确的论据和隐含的论据，获得一个清晰的认识。本书认为，随着法律论证思维与方法的出现，法教义学的实践性将日益彰显出来。

ISBN 978-7-301-16703-8



9 787301 167038 >

定价：28.00元

中华



法律方法文丛
Legal Method Library

D910
374

法律论证：思维与方法

Legal Argumentation: Legal Thinking and Method

焦宝乾 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律论证:思维与方法/焦宝乾著. —北京:北京大学出版社,2010.4
(法律方法文丛)

ISBN 978 - 7 - 301 - 16703 - 8

I. 法… II. 焦… III. 法哲学 - 研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 065468 号

书 名: 法律论证:思维与方法

著作责任者: 焦宝乾 著

责任编辑: 白丽丽

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16703 - 8/D · 2574

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn> 电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

印 刷 者: 世界知识印刷厂

经 销 者: 新华书店

650 毫米 × 980 毫米 16 开本 17.25 印张 310 千字

2010 年 4 月第 1 版 2010 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 28.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

国家法治与法学理论研究项目

目 录

导言/001

第1章 国内法律论证研究综述/007

- 一、现状描述 /009
- 二、研究现状的总体评价 /029
- 三、国内法律论证研究的背景、条件之分析 /031
- 四、中国语境中的法律论证研究展望 /035

第2章 法律方法的概念与特征/037

- 一、法律方法的概念 /039
- 二、存在自足的法律方法吗? /052
- 三、法律方法的一般特征 /057
- 四、结语 /061

第3章 法律论证:作为一种法律方法/063

- 一、法律论证的概念 /065
- 二、法律论证作为一种法律方法的“论证” /070
- 三、法律论证在法律方法体系中的地位 /074

第4章 法律论证的思维特征/083

- 一、主体际思维 /085
- 二、对话思维 /088
- 三、论证思维 /091
- 四、在开放体系中论证 /093

五、论题学思维 /107

六、结语:法律论证思维对当今法学与法观念的影响 /118

第5章 法律论证的结构

——内部证成与外部证成的区分 /121

一、区分的缘起 /123

二、关于内部证成和外部证成区分的各种学说 /126

三、内部证成中的三段论推理 /133

四、外部证成的若干问题探讨 /135

五、结语 /137

第6章 三段论推理在法律论证中的作用探讨/139

一、司法三段论对于法律论证的意义:对一些误见的检讨 /141

二、法律论证之逻辑有效性标准 /148

三、三段论在法律论证中发挥作用的场域:事实
与规范的互动 /151

四、结语 /155

第7章 三段论推理在法律论证中的运用/157

一、经典的三段论法律推理模式及其批判 /159

二、三段论推理在法律论证中的理性重构 /166

三、各种具体的三段论论证形式 /170

四、结语:法律论证中三段论推理的局限性 /173

第8章 修辞论证方法研究/175

一、修辞的概念与特征 /177

二、法律中的修辞论证方法 /181

三、修辞论证方法:功能上的批判与反思 /190

四、法律修辞学 /194

第9章 法律论证图式研究/199

一、论证图式的用语及其研究传统 /201

- 二、论证图式的概念 /203
- 三、论证图式的区分 /207
- 四、论证图式的评估、选择、适用 /215
- 五、各种法律论证图式在重构中的运用 /217

第 10 章 法律论证的理性重构/221

- 一、缘何需要“理性重构” /223
- 二、“理性重构”的概念 /224
- 三、法律论证重构的方法 /228
- 四、法律论证的理性重构：一个个案 /230

第 11 章 法教义学知识及其观念演变/233

- 一、西方法教义学传统回顾 /235
- 二、法教义学观念的当代转变 /240
- 三、作为一种实践知识的法教义学 /244

参考文献/247

后记/266

导 言



法律方法论正成为我国学界日渐关注的一个重要领域,近年来,从研究的范围、层次和深度等方面,国内法律方法论均有所推进。^①然而,虽说此种研究已经有了一定进展,但在中国法律实践语境下,我们还没有形成自己的研究体系、特色和问题域。因而,基础性的扎实研究还有其必要性。国内近年来兴起的所谓“法律方法论”,实际上也是当今国外学界重点关注研究的一个领域。2009年9月15日至19日,第24届世界法哲学和社会哲学大会在北京举行。^②跟往届大会一样,与会各国学者就法律方法论方面(如法律推理、法律论证、法律与语言等)的问题做了一些专题探讨。可见,法律方法论的深入研究,将有助于国内学界真正融入国际法哲学界,进而有助于提升我国法学研究水平,构建真正意义上的法律自身的(of law)知识体系。

构建法律自身的知识体系,也就是要秉持一种法教义学立场。近年来,不少学者在回应“中国法学何处去”的难题时,一种不约而同的理论趋向即是,将法教义学的立场与方法引入中国法学研究中。^③从法教义学的立场,即基于法学内部视角去回应“中国法学向何处去”这样宏大的追问,可谓正击中其“软肋”。“我们的法学过去未曾受到过严格的方法论的‘规训’,以至于我们的学者难以保持理性、严谨和科学的问学态度,难以保持思想谦抑的心情,难以抵御形形色色的思想的诱惑和恣意表达的思想的冲动。”^④为了在我国推进法律方法论的研究,我们需要从方法论的高度,认真对待一度并且一直被国内法学研究所忽略了的“法教义学”,以及被曲解的“法条主义”。因此,基础性的扎实研究对当下的中国法学依然非常重要。

不过,通过基础性研究,构建法律自身的知识体系,并不是说要构建某种意义上的“纯粹法学”。因为在现今法学研究背景下,学科交叉不可避免。^⑤法律方法论研究亦需要跟别的学科相互沟通。虽然从欧洲大陆法系不少国家法学发展经验来看,法律方法论研究还需要具有扎实的规范法学基础,并且法律方法论研究很大程度上是在法教义学的框架下进行,但在后来,特别是当代法律

① 具体可参见陈金钊教授与笔者自2005年来,发表在《山东大学学报》上的一系列“国内法律方法论年度报告”。

② 国际法哲学和社会哲学协会已经走过百年历程,对此介绍,参见郑永流:《文章载道,哲人风骚——一个协会及会刊的百年回望》,载《政法论坛》2009年第5期。

③ 刘星:《怎样看待中国法学的“法条主义”》,载《现代法学》2007年第2期;林来梵等:《基于法教义学概念的质疑——评〈中国法学向何处去〉》,载《河北法学》2007年第10期。

④ 舒国滢:《思如浮萍》,中国政法大学出版社2007年版,第186页。

⑤ 这一点,当然是基于西方法学研究的经验作出的判断。而在我国,这个问题却不那么简单。因为如所周知,真正意义上的“中国法学”迄今并未建立,何以谈得上法学跟别的学科交叉?正是在此意义上,这里才要一直强调努力构建真正意义上的中国法学自身的知识体系。

方法论研究中,广泛吸取了如哲学解释学、修辞学、论题学、非形式逻辑、符号学、语言哲学和沟通理论等诸多知识领域的理论资源。在当代法律方法论研究中,上述知识领域的理论与方法有很大影响。就此而言,中国法律方法论研究在努力构建自身知识体系的过程中,其他学科的有益因素亦应吸取,某种交叉研究也不可避免。

作为法律方法论中的一个新领域,法律论证具有重要的研究价值。近年来,国内学界围绕法律论证理论,已经有了一些初步的探索与研究。但是其中还有不少理论与实践问题需要予以深入研究。从理论上,法律论证理论很大程度上是一种带有西方式思维与方法特征的研究成果,国内研究者(包括法学界、逻辑学界)在接触此理论时,往往能感受到其中存在的明显的理论文化与思维方式上的差异性。但是,在国外法律论证理论中,毕竟也包含着不少值得借鉴的内容。就此而言,这方面的研究在我国依然还很有价值。从实践层面看,我国现今转型社会中出现的某些司法不公、同案不同判等现象,导致司法说服力缺失,公众认同度降低,司法公信力缺乏。在和谐社会构建中,通过司法裁判论证,在裁判中尽可能地将结论正当化,充分顾及民意表达及其可接受性,这有利于促进司法公正,缓解或消除矛盾,调整社会关系,构建和谐社会,维护司法权威,因此,司法中的法律论证对我国法治实践具有很强的现实意义。可以说,法治进程中的中国需要法律论证这种法律方法。

这些一般性的大道理当然都没有问题,问题在于,如何围绕法律论证理论,开展基础性的研究。在本书中,笔者在对以往法律论证理论探索的基础上,围绕法律论证“思维与方法”进行了研究。法律论证思维与方法作为法律方法的一种重要形式,旨在对法律活动的合法性、正当性、合理性进行证成,属于职业法律家的一种思维活动与技术。这个问题既有一定的理论性,也有很强的实际意义,值得去做深入研究。

本书不准备构建宏大的知识体系或相对完备的理论,而只是打算围绕法律论证思维与方法此一主题,就其中一些问题展开深入研究。本书在我国大陆及台湾学者研究的基础上,较多发掘了国外相关理论资源,希望将所涉及的每个问题梳理、分析清楚。本书的大体思路与结构阐述如下:

鉴于国内学界对法律论证的研究只是在近几年刚起步,本书第1章首先对国内学界对法律论证的研究状况予以综合考察。在对现状描述的基础上,深入发掘既有研究中存在的问题,并对法律论证研究的条件与前景进行分析与展望。

法律论证一般被定位为一种法律方法,其背后相应的学理问题本书将予以“论证”。国内学界关于“法律方法”一语的使用并不一致,而且对法律方法概

念的理解也有一定出入,甚至还存在否认法律方法存在之说。因此,本书第2章对与法律方法相关的基本理论和观念问题,做了深入剖析与辩解。第3章在探讨法律论证的概念基础上,对法律论证在法律方法体系中的地位及意义问题进行了分析。

作为一种法律方法,法律论证的出现,深刻地改变了传统的法律思维模式,对当今的法律思维研究产生了重要影响。伴随着法律论证方法而出现的诸如主体际思维、对话思维、论证思维、开放体系思维、论题学思维等,成为第4章研究的主题。

对法律论证思维与方法的研究,不能不谈到内部证成与外部证成的区分。这个区分关系到法律论证的基本结构。它对于分析、重构和评价法律论证具有重要的意义,可以说,这个区分构成了当今法律论证的一个理论基础。2008年我国司法考试大纲已经将此区分作为新增考点,可见国内对此问题也开始重视。不过,严格说来,学界对此的研究并不成熟,其中的一些基本理论还没有搞清楚。^①基于此,第5章结合国内外学术背景,对内部证成与外部证成的区分予以了细致探讨,并揭示了这一区分在法律论证中的重要意义。

内部证成中,国内学界在三段论推理问题上存在不少误解或模糊之见。对于司法三段论,人们对它往往持一种非常复杂的心态。理论上,人们曾经一度将其作为法律适用的最普遍的基石,但又曾把它批判得一文不值。论证理论主要源于分析哲学传统,逻辑学方法构成法律论证的重要方法之一。相应地,三段论逻辑在法律论证当中当然会起到一定的作用。在第6章深入探讨三段论推理在法律论证中的作用的基础上,第7章分析了其在法律论证中的具体运用。

如果说三段论推理是从逻辑学的方法与角度对法律论证的一种研究的话,那么第8章将从修辞学角度对法律论证中的另外一种,即修辞论证方法进行了研究。修辞论证是一种重要的法律论证方法。在司法实践中,这种方法具有广泛的应用价值。裁判中无论是事实问题还是法律问题,均涉及修辞论证方法的运用。法律修辞在当代政治与法律话语中具有举足轻重的地位。本书第8章对修辞论证方法的研究还属于初步的探索,还有不少问题需要进一步研究。

近年来,国外的语用—论辩理论和“人工智能和法律”研究都试图利用论证图式(scheme)来对法律解释和法律事实证明中的复杂论辩形式予以重构,用来

^① 据笔者考证,国内权威的司法考试用书对此考点知识的介绍,还限于对国外法学家相关理论的翻译介绍。如参见法律考试中心组编:《2008年国家司法考试大纲新旧对照及教材增补辅导》,法律出版社2008年版,第12—14页。

补充那些应用于法律推理的逻辑。论证图式及其重构也成为第9章所要考察的一个重要问题。

第10章研究了法律论证的理性重构问题。法律论证是一种将法律判断或结论进行正当化的方式,因此法律论证理论跟其他任何一种论证理论一样,需要对理性重构予以理论建构。通过这种理性重构,人们可以对论证过程的各个阶段、明确的论据和隐含的论据以及论证的结构,获得一个清晰的印象。因而,论证的重构不仅具有一定的学理意义,还有很强的实用价值。

在以前的研究中,笔者曾经从分析哲学与解释学的视角,对法律论证的知识属性问题做过一定研究。^①本书最后一章从另外一种角度,即从法教义学角度,对法律论证的知识属性问题做了研究。西方法教义学有着独特的内涵与意义,并为法学知识论奠定了重要基础。在当今思想背景下,特别是随着法律论证思维与方法的出现,人们对法教义学的理解已经发生了一些深刻的变化,而不断趋近于现实社会生活。法教义学的实践性日益彰显出来。

^① 焦宝乾:《分析学还是解释学——法律论证之知识属性辨析》,载《法制与社会发展》2005年第3期。

第 1 章



国内法律论证研究综述

法律论证理论是在承接古希腊先哲的修辞学、辩证法和实践哲学思想之基础上,充分吸收和借鉴20世纪中后期语言哲学、解释学、逻辑学、修辞学、语用学、非形式逻辑、对话理论、实践哲学、道德哲学和科学哲学等研究成果,处理传统法律方法论当中的难题所取得的重大突破和成果。基于复杂多元的思想背景,法律论证理论乃至一般论证理论在各国学者的研究中展现出多样性与复杂性。

法律论证适用于多种场合,如立法、司法适用与司法决定、法学教育和法学研究等。“有完全不同种类的法律论辩。譬如,我们可以区分为法学的(教义学的)争论,法官的商谈(die richterliche Beratung),法庭的争议,立法机关(委员会和常委会)对法律问题的讨论,学生之间、律师之间、政府或企业的法律顾问之间的辩论,以及媒体有关法律问题所进行的带有法律论辩性质的争辩。”^①所以从广义上说,法律论证包括了立法论证、司法论证等类型。而狭义上的法律论证一般是指司法裁判过程中法官、律师或当事人等就案件事实与法律进行论辩,追求合理裁判结论的思维过程。本书主要将研究的视阈限定于司法决定的场合,从法律方法论的视角来研究法律论证。

学科研究综述的意义在于,立足于国内外理论发展的最前沿,系统梳理相关专题领域在一定时空的发展脉络,在纵向与横向对比分析的基础上,体现该学科发展的轨迹。本综述意图对国内近年来法律论证研究方面的理论成果从宏观上进行把握,择取其中重要的、有代表性的信息,以此凸显法律论证在国内近一个时期内的知识积累和理论发展。具体而言,时间上,本综述所涉猎的资料信息以改革开放以来的近几十年为考察范围;空间上,主要涉及我国大陆和台湾地区学界的相关研究。

一、现状描述

(一) 研究文献与信息

1. 译著、专著

可以说,法律论证理论体现了当代法律方法论所取得的最重要的研究成果。不过,在国内的法律方法论中,法律论证的研究只是在最近几年才逐渐起步,有了一些研究成果。在译作方面,近年来推出的主要作品有:罗伯特·阿列

^① [德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国澄译,中国法制出版社2002年版,第262页。