



郑永流 主编



法哲学与法社会学

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

论丛

二〇一〇年第一期（总第十五期）

〔奥〕京特·克罗伊斯鲍尔 法律论证理论研究史导论

〔德〕卡特娅·朗恩布赫 欧洲法中的类比推理

陈景辉 规则的扩张：类比推理的结构与正当化

柯华庆 实效主义法律经济学

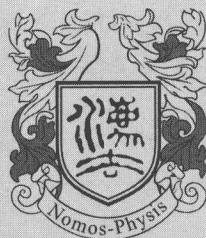
郑永流 经由民主商谈的合法性

——《哈贝马斯〈在事实与规范之间〉导读》的导言

戴一飞 约翰·菲尼斯访谈录



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

图书在版编目(CIP)数据

法哲学与法社会学论丛·第15期/郑永流主编. —北京:北京大学出版社,
2010.7

ISBN 978-7-301-17554-5

I. ①法… II. ①郑… III. ①法哲学-文集 ②社会法学-文集
IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第140526号

书 名: 法哲学与法社会学论丛·二〇一〇年第一期(总第十五期)

著作责任者: 郑永流 主编

责任编辑: 李志军

标准书号: ISBN 978-7-301-17554-5/D·2642

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 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 三河市北燕印装有限公司

经销者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 19.25印张 335千字

2010年7月第1版 2010年7月第1次印刷

定 价: 42.00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

编辑委员会

Editorial Committee

主编 Chief Editor
郑永流 Zheng Yongliu

中国政法大学 China University of Political Science and Law

副主编 Vice Chief Editor
舒国滢 Shu Guoying

中国政法大学 China University of Political Science and Law

学术委员 Academic Editors

陈弘毅 Albert.H.Y.Chen

香港大学 The University of HongKong

杜钢建 Du Gangjian

汕头大学 Shan Tou University

方流芳 Fang Liufang

中国政法大学 China University of Political Science and Law

龙卫球 Long Weiqiu

中国政法大学 China University of Political Science and Law

诺伊曼 Ulfrid Neumann

德国法兰克福大学 Universität Frankfurt am Main, Deutschland

戚 渊 Qi Yuan

中央财经大学 University of Central Finance and Economy

胜雅律 Harro von Senger

瑞士联邦比较法 Schweizerisches Institut für

研究所 Rechtsvergleichung, Schweiz

夏 勇 Xia Yong

中国社会科学院 China Academy of Social Science

应 星 Ying Xing

中国政法大学 China University of Political Science and Law

郑成良 Zheng Chengliang

上海交通大学 Shanghai Jiaotong University

朱景文 Zhu Jingwen

中国人民大学 Renmin University of China

朱苏力 Zhu Suli

北京大学 Peking University

颜厥安 Yan Jue'an

台湾大学 Taiwan University

编辑 Editors

范立波 Fan Libo

中国政法大学 China University of Political Science and Law

陈景辉 Chen Jinghui

中国政法大学 China University of Political Science and Law

李学尧 Li Xueyao

上海交通大学 Shanghai Jiaotong University

陈林林 Chen Linlin

浙江大学 Zhejiang University

学术秘书 Assistant

杨维民 Yang Weimin

目 录

专题研讨:类比与法律推理

- [奥]京特·克罗伊斯鲍尔 法律论证理论研究史导论 3
- [德]卡特娅·朗恩布赫 欧洲法中的类比推理 24
- [美]斯科特·布鲁尔 范例推理:语义学、语用学与类比法律推理的
理性力 61
- 陈景辉 规则的扩张:类比推理的结构与正当化 165

法哲学

- [德]莱因霍尔德·齐佩利乌斯 [德]托马斯·维腾贝格尔
德意志联邦共和国宪法秩序的历史基础以及当代挑战 199

蓟门学园

- 柯华庆 实效主义法律经济学 219
- 蓟门学园讨论纪要 239

图书评论

- 郑永流 经由民主商谈的合法性
——《哈贝马斯〈在事实与规范之间〉导读》的导言 255
- [美]卡尔·威尔曼 国际法哲学与社会哲学协会百年历程 272

访谈

戴一飞 约翰·菲尼斯访谈录	289
---------------------	-----

本辑作者名录	299
--------------	-----

引证体例	301
------------	-----

CONTENTS

Symposium on Analogy and Legal Reasoning

Guenther Kreuzbauer	Introduction of the History of Study on Theory of Legal Argumentation	3
Katja Langenbucher	Argument by Analogy in European Law	24
Scott Brewer	Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy	61
Jinghui Chen	Extension of Rule: Structure and Justification of Analogical Reasoning	165

Philosophy of Law

Reinhold Zippelius, Thomas Würtenberger	Historical Foundations and Current Challenges of German Constitutional Order	199
--	---	-----

Jimen Academy

Qinghua Ke	Pragmaticism of Law and Economics	219
	Comments and Review about <i>Pragmaticism of Law and Economics</i>	239

Review

- Yongliu Zheng** Legitimacy in Democratic Negotiation: The Introduction
of “the Habermas’ Faktizität und Geltung” 255
- Carl Wellman** One Hundred Years of the IVR 272

Interview

- Yifei Dai** Talk to Prof. John Finnis: Transcript of the Interview in the
University of Minnesota 289

- List of the Authors** 299

- Citation Rules** 301



Section

1

专题研讨：类比与法律推理

法律论证理论研究史导论

[奥]京特·克罗伊斯鲍尔* 著 张青波** 译

一、引 论

乌尔弗里德·诺伊曼在其《法律论证理论》的引论中写道,法律论证理论“在最近二十年间,在法律理论研究中获得了一个支配性地位。”^[1]这一现在很快就有二十岁的论断所提出的问题是,今日法律论证理论的情形如何。乍一看,可能认为,相对于20世纪80年代,它的地位实际上变糟了。^[2]对此也可以提到两个相关联的原因。首先,没有实现法律论证和修辞学即使不取代也至少强烈地影响到法律教义学这一希望。另外,其最重要的理论仍由20世纪70和80年代的理论构成。那么,自诺伊曼的论断以来,没有产生什么新的东西吗?最终应该把法律论证理论和修辞学封入历史档案吗?

从本文的存在就可以感觉到,作者打算对这些问题作否定回答。但为了能

* 本文原载于 ARSP Beiheft Nr. 99 (2004), S.9—25.

** 德国美因河畔法兰克福大学法学院博士生。

[1] Neumann 1986, 1.

[2] 也参见 Hilgendorf 1996.

在细节上回答它,必须处理这一学科的研究史。除了几篇较小的论文^[3],已有很多重要的作品出版,特别是上面提到的诺伊曼的《法律论证理论》^[4]和伊芙林·T.菲特丽斯的《法律论证原理:司法裁判证成理论概览》。^[5]但明显的是,长期以来在德语中不再有这类概述,故此(从2004年看来)最新的潮流尚未得到适当评估。对法律论证理论研究史的发展,本文提供了这样的一个从其开端到今天的简短概览。

对法哲学的专业文献审视表明,正如已经提到的,最重要的作品^[6]在20世纪70和80年代已写就。类似阿列克西的《理性法律商谈理论》^[7]和佩策尼克的《法律论证的转换理论》的经典作品自20世纪90年代以来就不再有了。然而,对法律论证的研究比以前更迫切了,因为即使能记录到一个特定法哲学研究的衰落,其他专业学者^[8]的这种兴趣却同时增长了。也就是说,不是停滞,而是转移到非法哲学的专业了,其中主要提到两个:第一个是(普遍)论证理论——一个新的、富有成效的科学专业,其从80年代早期以来就形成。它的主要代表是汉斯·弗朗斯·冯·爱默伦和鲁比·格鲁特德斯特的阿姆斯特丹学派的“语用—辩证进路”,以及“非形式逻辑”^[9]和“批评性思考”^[10]学术流派。今天,特别是阿姆斯特丹学派的作品被看做是法律论证理论内部最重要的流派。^[11]另一个可以看到的是一个自大约相同时间发展出的新形式取向的支派,可称为“人工智能与法律共同体”^[12],并把信息理论的、逻辑的和数学的技术与对法律论证的新兴趣联系在一起。但是,对法哲学的研究当然也不是完全消失了。在这里,今天那些学者的作品最为重要,他们研究了两个特别领域,也就是研究德国最高法院判决中的修辞学(哈根项目, Hagener Projekt)^[13]和法律证立理论。^[14]

[3] Haft und Hilgendorf 1993; Pavčnik 1993, 130 ff.; Feteris 1997.

[4] Neumann 1986.

[5] Feteris 1999.

[6] 见下文:三(一)。

[7] Alexy 1991; 这个名称的给出基于 Neumann 1986, 78 ff.

[8] 在本文中并没有提到阴性语法形式(在德文中学者有阳性(男)和阴性(女)形式,作者在正文中仅仅用了阳性。——译者注),但这绝非因为惯常的评价,而只是为较好的可读性所做的退让。

[9] 参见 Freeman 2000, Johnson und Blair 2000, Levi 2002.

[10] 参见 Facione 1998, Epstein 2002, Kahane und Cavender 2002, Halpern 2003.

[11] 见下文:四。

[12] 对这一称谓,参见 Prakken 2002, 113.

[13] 见下文:五。

[14] 见下文:三(二)。

自古希腊以来,论证是科学的一个重要主题。^[15] 然而,作为科学学科,论证理论是20世纪的产儿。为了进一步说明论证理论,首先需要界定“论证”和“法律论证”的概念。对前者,应该采纳刚才提到的“语用—辩证进路”的概念:“论证是言辞的、社会的和理性的活动,旨在通过提出证成和反驳(表达在观点中的)命题的一些陈述,使理性批判者信服这个观点的可接受性。”^[16] 以此为基础,“法律论证”^[17] 的概念被界定为发生在法律商谈中,这种论证在此可以区分为立法的、行政的、法庭的、法学的、私人的法律商谈。^[18] 对研究活动有意义的主要是法庭商谈,它涉及当事人、代理人的诉状和法官判决证立中的论证。尽管法律论证可以从理论的和经验的视角来审视^[19],大多数文献向来持理论的视角。^[20] 这里也应遵循这一方向。

二、法律论证理论的先驱学科

根据现有的共识,1971年举行的布鲁塞尔法哲学和社会哲学世界大会标志着法律论证理论领域研究的开始。^[21] 然而,在法律逻辑学、论题学、普遍修辞学和论证理论这三个领域中有其重要的先驱学科。在这里,只在法律论证理论的发展有意义的范围内讨论,而对其缘起则弃置不论。

法律逻辑学^[22] 也是20世纪的产儿。在其产生时,开始很大程度上未受重视^[23],格奥尔格·亨利克·冯·怀特1951年发表论文“道义逻辑”,在文中以

[15] 参见 Eggs 1992, 915 ff., van Eemeren, Grootendorst et al. 1996, 29 ff.

[16] van Eemeren und Grootendorst 2003, 1; 人们注意到,非理性的视角,诸如感情化的技巧,以此被排除了。(参见 Sobota 1996, 115—136)。

[17] Kreuzbauer 2003, 9 ff., insb. 17 ff.

[18] 另一种分类见 Alexy 1991, 261.

[19] Schneider und Schroth 1994, 480; 也参见 Neumann 1986, 10 ff., Feteris 1999, 21 und 24.

[20] 对于例外,参见 Sobota 1992a, Sobota 1992b, Wagner-Döbler und Philipps 1992, Sobota 1996, Röttgen 2001.

[21] 至少没有一位作者提到这个日子之前产生的重要科学成果(参见 Aarnio, Alexy et al. 1983, 9 ff., Neumann 1986, 1 ff., Feteris 1997, 356 ff., Feteris 1999, 13 ff.)。就会议进程,参见“Die juristische Argumentation”(1972), Hubien 1971.

[22] 在最广泛的意义上,逻辑是“研究用以区分正确和不正确推理的方法和原则”(Copi und Cohen 2002, 3)。这里,我们只在形式(或数理)逻辑和“法律逻辑”——非技术地作为所有逻辑,特别是规范逻辑为法律目的富有贡献的尝试的集合概念——的意义上使用“逻辑”一词。

[23] Mally 1926.

元伦理学(alethisch)模态逻辑为样本提出了一种规范逻辑。^[24]随后,法律逻辑学发展成为一门独立学科^[25],涉及以形式逻辑工具分析法律语言和法律思维。^[26]故此,它和法律论证理论处理相似的研究对象,然而却在根本上只关注推理步骤,借助这些步骤可以从给定前提推到结论,但它却不关心前提的来源和其中所用的论题。法律论证理论的许多代表认为这一进路太窄了,并在对前提种类和来源的研究中看到了真正重要的因素。由于这个原因,法律论证理论尝试摆脱法律逻辑学,这一点它最晚在20世纪70年代后期,随着经典理论的出现而做到了。但此外也一直有著名的学者,如奥托·魏因贝格尔,多次尝试联接这两门学科。^[27]从20世纪90年代早期出现“人工智能和法律共同体”^[28]以来,这一努力获得了新的动力,因为恰恰对这些学者来说,以形式工具塑造法律论证的努力是典型的。

作为法律论证理论的第二个先驱学科,应该提到法律论题学,它自然和“特奥多尔·菲韦格”的名字不可分地相连。^[29]至少在德语国家,这一开端在最近数十年获得了很大重视。然而,在结论上它不能成功地作为法律教义学的替代品。在其1954年第一次出版的经典文本《论题学与法学》^[30]中,菲韦格追溯了一份古代“被遗忘”的遗产,也就是由亚里士多德所建立的论题学。^[31]可以先简单地把作为这个学说之基础的论题概念理解成一般的命题,也就是“通常看法”,例如“戴眼镜的男子有文化”。然而除此之外,第二种概念用法也能成立,它视论题是对较复杂论证的简要总结。故此,它和以成语表达出来的“生活智慧”相似。这种成语通常也因其自身就令人信服。但同时,它们也有助于缩短一个较长的论证过程。对于法学来说,第二种意义是

[24] von Wright 1951;对不同规范逻辑演算及其各自称谓(命令逻辑、规范逻辑、道义逻辑、法律逻辑等等)之间的争论,这里不做进一步探讨;参见 Weinberger 1989, Kreuzbauer 2002;对道义逻辑总的参见 Hilpinen 2001.

[25] 参见 Klug 1951, Weinberger 1970, Tammelo und Schreiner 1974 und 1977.

[26] 参见 Gardies 1978, Gardies 1985.

[27] 对于法律逻辑学和法律论证理论之间的联系,参见 Weinberger 1971, Wróblewski 1979, Weinberger 1983, Gardies 1985, Schreiner 1985, Feteris 1999, 34 ff.

[28] 见下文:四。

[29] Viehweg 1974;对此也参见 Otte 1970, Weinberger 1971, Weinberger 1973, Neumann 1986, 54 ff.

[30] Viehweg 1974.

[31] Aristoteles 1992;“论题学”一般被理解为关于论题的学说。亚里士多德总结为,那些普遍语言或事物的规律性在辩证法和修辞学中使从论述到达给定论证目标的方法性构造成为可能。(Prima-
vesi 1998, 1263);对此也参见 Bloomer 2001, 779, Kreuzbauer 2003, 14 f.

决定性的。比如可以在经典的法律论题中找到它们,例如这些为任何法律人可能在大学的第一学期就知道的原则:“既判之事应视为真理”、“所有权人承担物的风险”、“后法优于先法”,等等。^[32] 恰恰是这一简化复杂性的功能使得法律论题对实务那么有益,而对科学却那么有问题。

对菲韦格来说,论题学可以在法的多数部分遇到,这被看做法学严格演绎的体系化方法的对立面。^[33] 他认为:体系方法所固有的逻辑对发现前提没有助益,而只有当前提已经确定才发挥作用。菲韦格所称的第一级论题学恰恰有助于寻找前提。^[34] 在第二级论题学中,寻找前提也受论题目录的支持。^[35] 这一论点走得那么远,在菲韦格看来,应该给论题学先于逻辑学的第一位置^[36],对此学界存在异议。^[37] 但法学越来越离开完全从制定法中推导裁判的机械形象,并越来越重视论述,这肯定也是菲韦格的一个功劳。

最后,作为法律论证理论的第三位先驱学科要提到的是,自20世纪中叶以来发展出的一般修辞学和论证理论。^[38] 两部最重要的作品——沙尔姆·佩雷尔曼和露西·奥尔布里希茨-泰特卡的《新修辞学》^[39] 以及斯蒂芬·图尔敏的《论述的使用》^[40],都出版在1958年。图尔敏对论证理论的归属性是显而易见的。但在佩雷尔曼和奥尔布里希茨-泰特卡那里,根据今天的理解,也较少涉及修辞学,而更多的是全面探讨论证理论。^[41] 这两部作品还同时研究了论证的特定法律方面,并多次使用法律商谈作为普遍论证的典范模式。^[42] 对法律论证研究的进一步发展,这两个开端是非常重要的。“新修辞学”由佩雷尔曼自己引入法哲学^[43],然而也由其他人所接受。^[44] 图尔敏的模式除了在其他人之外,在诺伊曼那里也得到了赞同的接纳,然而也在后

[32] 参见 Struck 1971, 20 ff.

[33] Viehweg 1974, 14 sowie 87 ff.

[34] Viehweg 1974, 35.

[35] Viehweg 1974, 35.

[36] Viehweg 1974, 91.

[37] 参见 Weinberger 1973, 22 ff. und 32 ff.

[38] 对修辞学总的参见 Lausberg 1990, Ueding und Steinbrink 1994, Kolmer und Rob-Santer 2002. 修辞学也处理论述。但这里的前提并非用来让任何形式的结论更可能,而只是提高受众的赞同意愿,无论论证有没有引向真理。

[39] 较新的英文版 Perelman und Olbrechts-Tyteca 2000; 对此也参见 Maneli 1994.

[40] 较新的德文版 Toulmin 1996.

[41] 对此也参见作者自己的见解 (Perelman und Olbrechts-Tyteca 2000, 5 ff.).

[42] 参见,如: Toulmin 1996, 14, Perelman und Olbrechts-Tyteca 2000, 10.

[43] 参见 Perelman 1972, Perelman 1979.

[44] 参见 Maneli 1994, 83 ff., Christie 2000.

来招致了如希尔根多夫的明确批评。^[45]

三、七、八十年代法律论证理论的全盛期

(一) 经典开端

在20世纪70年代后期至80年代早期,法律论证理论经历了它的全盛期,这可以从学术出版物的规模和质量上看出。此时,若干理论发展成了真正的经典,有尼尔·麦克密克的《司法裁判的证成理论》、亚历山大·佩策尼克的《法中的转化理论》、罗伯特·阿列克西的《理性法律商谈理论》和奥利斯·阿尔尼奥的《法律解释的证成理论》。

除此之外,20世纪80年代早期,阿尔尼奥、阿列克西和佩策尼克还努力将他们的理论统合为“法律论证的元理论”,这一理论在赫尔辛基和萨尔茨堡两次会议的影响之下^[46]以英语和德语发表。^[47]

在其《司法裁判的证成理论》中,尼尔·麦考密克^[48]专注于实践理性(practical reason)在法律理论和法律论证理论中的作用。他在这里区别了两个层面的证成,也就是演绎证成和第二层面的证成(second order justification)。他称运用已知的演绎论证形式(如 modus ponens 等等)为演绎证成。^[49]相反,第二层面的证成意指证成这种逻辑推导需要的前提。麦考密克采纳了H. L. A. 哈特^[50]对“简单案件”和“疑难案件”的划分,并认为,演绎证成只对第一种案件是充分的。在“疑难案件”中需要第二层面的证成^[51],也就是另外的前提,例如新的规则或既存规则的新解释。这里麦考密克区分了后果性论述、融贯性论述和一致性论述。^[52]后果性论述是,人们大体上试图根据能够期待的后果证成法律陈述或裁判,大致和罗纳德·德沃金相反。德沃金称后果性论述为“政策”并

[45] 对佩雷尔曼/奥尔布里希茨-泰特卡,参见 Perelman 1972, Perelman 1979, Perelman 1980 sowie Alexy 1991 对“新修辞学”的讨论, 197 ff. 对图尔敏的模式,参见 Koch und Rüßmann 1982, 59 ff., Neumann 1986, 21 ff., Hilgendorf 1991, 74 ff., insb. 83 f.

[46] 对于成果,参见 Aarnio, Niiniluoto et al. 1981, Tammelo und Aarnio 1981.

[47] 参见 Aarnio, Alexy et al. 1981, Aarnio, Alexy et al. 1983.

[48] MacCormick 1978; 另外参见 Neumann 1986, 96 ff., Feteris 1999, 73 ff. (这个称谓遵照了菲特丽斯的建议)。

[49] MacCormick 1978, 19 ff., 特别是 21 f.

[50] 参见, Hart 1961.

[51] MacCormick 1978, 100 ff.

[52] MacCormick 1978, 106.

对此在法律论证中大体上加以拒斥^[53],这种论述已由麦克密克所接受。^[54]相反,融贯性和一致性论述^[55]基于法律陈述或裁判不得和有效的法规则相矛盾,并且前提受一条普遍承认的法原则或与一条被承认的法规则的相似性所支持。

亚历山大·佩策尼克的《法中的转化理论》^[56]基础的理念是,法律论证通常依据的不是逻辑演绎,而是所谓的转化。这是一个主张向另一个主张良好证立的、而非演绎的过渡。^[57]在法的语境中,这一转换被用来产生充分的证成。^[58]佩策尼克区分了向法中的转化和在法中的转化。^[59]向法中的转换意指从社会事实或一个非法律的应然过渡到一个法律的应然。^[60]在佩策尼克看来,这里有两种可能性,即范畴转化和标准转化。^[61]范畴转换是一个(非演绎)推论:根据一定的社会事实(和一定现存要求),对一个规范体系应予尊重。^[62]标准转化涉及辨别法源。^[63]根据佩策尼克的观点,在法中的转化发生在“当进行一个转化,以推出一个关于(有效的)法的推论时,在此是从一些前提出发,其中至少有一个表达或提到了(有效的)法”^[64]。佩策尼克提到了三种可能性,也就是“渊源转化”、“普遍规范转化”和“个别规范转化”。^[65]故此,已提到的充分证成只能在与法学所接受的法律论证规则的联带来理解。为了研究这些规则自身又如何证成,佩策尼克引入了他深度证成的纲领。^[66]在他看来,对此应由法律论证的理性规则、法律知识意识形态基础的规则和法学的科学性规则来处理。^[67]

罗伯特·阿列克西的理性法律商谈理论不仅仅在德语世界恰如其分地享有巨大声望,阿列克西也提出了法律主张和裁判之理性证成的中心问题。对他来说,一条规范“恰恰这时是正确的——它可能是由商谈规则所界定的程序的

[53] Dworkin 1977, 81 ff., 特别是 84.

[54] MacCormick 1978, 129 ff.; 对此也参见 Kreuzbauer 2003.

[55] MacCormick 1978, 152 ff. und 195 ff.

[56] Peczenik 1983; Peczenik 1989.

[57] Peczenik 1983, 5 ff.

[58] 这一概念未被佩策尼克自己使用,而是源于诺伊曼 Neumann (1986, 100).

[59] Peczenik 1983, 21 f.

[60] Peczenik 1983, 22.

[61] Peczenik 1983, 23 f.

[62] Peczenik 1983, 23.

[63] Peczenik 1983, 23 f.

[64] Peczenik 1983, 55; 另外参见 Neumann 1986, 100.

[65] Peczenik 1983, 55 f.

[66] Peczenik 1983, 134 ff.; Neumann 1986, 103.

[67] Peczenik 1983, 134 ff.; 参见, Neumann 1986, 102 f., Feteris 1999, 154 ff.