

目 录

法理学·法律论证·法学方法	戚 渊(员)
法学方法抑或法律方法?	郑永流(员)
罗伯特·阿列克西法律论证理论述评	舒国滢(员)
出释入造	郑永流(员)
论法与法学的基石范畴	戚 渊(员)
从方法论看抽象法学理论的发展	舒国滢(员)
修辞学与法律思维	朱庆育(员)
法律原则适用的困境	舒国滢(员)
法律判决形成的模式	郑永流(员)
也论守法	戚 渊(员)
后记	(员)

法理学·法律论证·法学方法

戚 渊

稍具法理学常识的读者都知道,法理学、法律论证和法学方法这三个概念是不能相提并论的。之所以在这里合为一题,缘出于二:第一,三年前,我与几位同道者向官方申请并荣幸地获得了一个资助课题,名为《法论证理论研究》。三年了,由于客观环境的原因,却又未完全按照原研究计划完成。现在,为了结项,必须写些相类的文字。所以,面前的这篇文章必须在名称上与这个课题的名称扯上关系。这是形而下的缘由。第二,近些年,不才涉足法理学领域,所读所思,倍感在教学与研究中,概念之厘清,范畴之确定,命题之证立,问题之展开,对于一种理论之正确性的重要意义。在教学中,法科专业的学生们如果真的能够准确地把握法理学中的基本概念和基本命题,了解“问题域”的来龙去脉,则可以构成日后学习部门法学的坚实基础;而在研究中,研究者对概念、范畴、命题和问题作力求准确地深入研究,则是进入法理学堂奥的捷径。本文的目的就是想通过对上述三个概念的分析将近年来在教学与研究中形成的部分浅见串联在一起,希望读者赐教。这算是形而上的缘由。

一、法理学范围之确定

多年以来,法理学一直是各大学法学院系的必修课程,该课程名称虽均为法理学,但在讲授中,各讲授者均自行其是,讲授内容彼此之间相差甚远。在理论研究中,不少学者对什么是法理学、法理学的范围如何确定等基本问题作了很多有益的研究,可是尚无大致的统一意见,主要是,法理学与法学、法哲学、法理论等范畴纠缠不清。在此,对学者们的研究成果作一梳理并藉此发表一些个人浅见是很有必要的。

关于法理学与法学。一般认为,法理学作为一门学科,可以上溯到古罗马时期。现行法理学教科书和其他法学研究专著一直认为拉丁语 *ius philosophia* 是今日“法理学”这个词的词宗。以此为词源,派生出了法语、德语、意大利语、西班牙语中的“法学”一词,以及英语中的 *juris philosophy* 一词。今日的法理学一词被公认为是英语 *juris philosophy* 一词的汉译。这是不准确的。拉丁语 *ius philosophia* 一词是由 *ius* 与 *philosophia* 合成,前者的意思是“法律”、“正义”、“权利”,后者的意思是“先知”、“聪明”、“知识”。显然,该词的内涵要比“法理学”一词的内涵深入而丰富。更重要的是,由 *ius philosophia* 一词派生出来的 *juris philosophia* (法语)、*Jurisphilosophie* (德语)及 *juris philosophy* (英语)一词的含义均解释为“法学”和“法律学”,并无“法理学”之义。考察 *ius philosophia* 的演变过程,我们知道,它最终被用来指示一门学科(法学、法律学),后人想当然地将“法学”和“法律学”这门学科等同于今日的“法理学”这门学科,显然会引起歧见。台湾学者颜厥安教授对此也作了深入的研究,颜氏更是认为, *ius philosophia* 包含并列两义,法学

的问题)而无特定实质对象。^①显然,法学与法理学的研究对象不是如此。哈特将法哲学的主要问题区分为三组:定义与分析的问题(从实然面和应然面厘清法律义务、法律行为和意图等重要概念,探讨法律是什么);法律思维或法律推论或法律论证的问题(区分描述性和指令性的理论);法律批判的问题(区分法律基本概念的分析和对法律的批评)。^②可见,考夫曼那不是法学一分支的法哲学与我们今日所谓的“法哲学”相近,而哈特的法哲学则与我们今日所谓的“法理学”相近,两位大师对法哲学研究对象的不同区分,根源在于考夫曼以存在主义哲学为背景,而哈特则以分析哲学为基础。台湾学者颜厥安对法哲学之范围的界定远广于前两位,虽然他未用“范围”一词,而是用“基本问题”作为法哲学的研究对象,但一门学科的“问题域”就是该学科的研究范围。他认为法哲学的基本问题可分为四组:法概念及法效问题;法认识论;正义论与法伦理学;体制论。^③这种认识范围几乎涵盖了整个法学研究领域,很难说它们都是法学的根本问题。如果我们还希望“法学”、“法理学”这些概念继续存在的话(颜氏也认为应该保留这些概念),那么将法哲学的范围界定得如此宽广是难以有说服力的。进一步看,颜氏认为,法理学有二义,即法学与法哲学。因此,这三个概念只是名称不同,内容是可以相同的。如此说来,再作区分已无意义。

猿法理学与法理论。在欧美法学界,还有一门学科,被称为

^① 转引自颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版,第 154-155 页。

^② 转引自颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版,第 152-153 页。

^③ 颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社 2003 年 5 月第 1 版,第 101 页。

“法理论”(Rechtstheorie)其理论背景为分析哲学和实证社会科学,其研究对象是实证法,但与法实证主义并无必然关联。^①在此际,法理论虽然不同于考夫曼意义上的法哲学,也有别于哈特立场上的法哲学,但却与奥斯丁的法哲学(Legal Philosophy)之含义几近相同,进而,也可以认为,与奥斯丁的法学(Legal Science)几近相同。当然,法学(Legal Science)一词还包含“法学”、“法律学”之义,那么,法理论之含义显然不同于法学之含义,前者只是后的一个分支学科。而法理论也不同于法律学。法律学,依据法学(Legal Science)一词的演进过程可知,它侧重于法释义学,法理论虽然也包含法释义学,但它的理论范围要比法释义学宽得多。由于法理论这一法学之分支学科的研究对象局限于实证法,而排除了自然法理论,所以,它也不可能与今日中文之“法理学”的含义等同起来。后者的理论范围比前者大。综上所述可知,法学(Legal Science)一词的含义还不曾与中文之“法理学”有词义关系,虽然在法界已公认中文“法理学”一词是英文 Legal Science 的汉译,但却是有疑义的。今日,作为一门学科的“法理学”之名称,既不来源于法学、法律学,也不是来源于法哲学(Legal Philosophy)和法理论(Legal Theory)。

据台湾学者洪逊欣先生的研究表明,“法理学”之名称最初产生于东京帝国大学,由该大学教授穗积陈重所创造,用以表示讲授法之根本问题之课程(明治十四年)。而此前,在日本的大学的课程设置上,采用过“性法”、“自然法”(文久年间)、“法科理论”(明治三年)和“法论”(明治八年)之名称。穗积教授之所以未承继“法论”之名称,是因为“法”有“佛法”和法学上所谓的

^① 颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社 2004 年 1 月第 1 版,第 10 页。

“法”等义，应加以区分；同时，他认为也不应以“论”来指学问。而穗积教授也未采用“法律哲学”之名称，是因为当时哲学研究者限定哲学为“主观性”之形上学，从而引起教学上的不便。因而，穗积教授在“客观性之法形上学”（即实证法哲学——本文理解）未发达之时，受当时经验主义、实证主义之法思想的影响，放弃主观哲学之影响，采用了“法理学”之名称。^① 洪氏的这一发现，至少可以给我们提供以下知识信息：第一，“法理学”一词最初来源于大学课程之名称；第二，作为课程之名称的“法理学”与先前的“法律哲学”一词没有直接关系；第三，作为一门课程的“法理学”既包含主观性之法形上学，也包含客观性之法形上学；第四，穗积氏是为了教学讲授方便起见，排除了“法形上学”（即法律哲学）之名称，而并未排除法律哲学之内容；第五，穗积教授的“法理学”在内容范围上要比我们今天所谓的“法理学”广，它几乎等同于我们今日所谓的“法学”。

今天，我们考察和界定“法理学”之范围的境况，无论在事实上还是在理论上，都已发生了很大变化。法律实践已不仅仅局限于对法典的解释，法学的学科分类名目繁多，已相当精细，尽管在理论上的证立还很成问题。而在法学理论研究中，各个分支学科彼此系连，要想比较清晰地找出界限，几乎是不可能的，以至于有人认为，我们去对法理学和法哲学之类的名称及内涵作区分是毫无意义的。但另一方面，各大学法学院系又必须开

^① 参见洪逊欣著：《法理学》，自印，民国四年五月初版，第源缘页。

设此一课程,如将这门课程称为“法哲学”,^①可能会使一大批教员望而却步,称为“法学基础”,尽管可以使一大批教员喜出望外,但有失法理学的品质,无疑是降低了这门课程的知识标准。那么就只好称为“法理学”了。本文认为,一门课程叫什么名称并不重要,名称向来有约定俗成的性质。关键是内容,确定什么样的内容才能符合作为一门大学法学专业之课程的“法理学”,这就要求考虑内容的科学性问题。常识告诉我们,作为一名法科的学生,首先应该了解法(法律)是什么,而对此问题的回答,不同学派有不同的答案,而虽有各种学派,但最终可归于两大理论领域:法律实证主义和自然法论。因此,法理学的知识内容必须包括此两大理论领域的基本知识。由于此两大流派对“法(法律)是什么”存有本质上的分歧,而要证立各自的观点立场,必须要使用到论证理论。因此,法律论证理论也是不可或缺的基本知识内容。以下是本人自制的“法理学课程大纲”(原版),仅供参考。

法理学课程大纲

编写人:臧渊(中央财经大学法律系教员);适合年级:大学本科一年级;学分:2学分;学期:缘学分,缘学期;教学周数:愿周,共愿周

^① 本文认为,法哲学仅仅研究法(法律)的本体问题,关注法(法律)的整体存在。比如,法概念论给“法(法律)”下了一个定义,法哲学就要追问为什么是这个定义而不是那个定义,并从本体上回答这个定义是否正确。正如哲学也是研究和回答其他学科的本体问题一样。从这个角度观察,考夫曼的以下见解是正确的:法哲学是哲学的一部分,而不是哲学的一个分支学科,更不是法学的一个分支学科。本文认为,法哲学之研究必须是哲学科班出身的研究者,法哲学之讲授必须是哲学科班出身的教员,法哲学之听授必须先有良好的哲学知识基础。舍此,就是修谈法哲学。

学时。

目的 :使学生能初步了解法理学的核心问题及基本概念与内容 ;能掌握法理学之理论模式与分析方法 ;能运用所学习之概念、理论与方法分析相关理论与现实问题。

绪论 :一、法理学之定义问题 :~~员~~定义的约定性质 :公认与科学 ;~~圆~~法理学定义之性质与方法。

二、~~猿~~法理学的来龙去脉 :~~员~~渊源 ;~~圆~~演变 ;~~猿~~意义。

三、法理学与法哲学、法理论。

四、法理学之任务 :理论与实践。

第一部分 :法概念论 :

一、序论 :法概念论的基本问题 :~~员~~法是什么 ?~~圆~~法律是什么 ?~~猿~~法典争议。

二、法律实证主义 :

~~员~~实证哲学思想 :实证主义——实证主义之道德观——法律实证主义。

~~圆~~法律实证主义 :~~员~~普遍种类概念 ;经验方法论 ;附论 :新康德学派 ;~~圆~~主权者之命令 ;实证法四要素 ;附论 :波斯德的人种学法学之四反原则。 ;~~猿~~规范 :法律规范体系的结构——法律阶层说——基本规范 ;~~源~~规则 :~~员~~规则的三个提问——三种观点——四个规则——五个命题 ;附论 :基本规范与承认规则的区别与联系。

~~猿~~刚性法律实证主义与柔性法律实证主义 :

(~~员~~法律原则 :德沃金的挑战简述 ;附论 :富勒对德沃金的启示。

(~~圆~~刚性法律实证主义 :

~~员~~规范理论 :~~圆~~规则的三性 :不透明性、内容独立性、非传递性 ;附论 :维特根斯坦传统 ;

法律的客观性 : 配理论三个提问——三种不同的客观概念——三个不同的怀疑主义论据。

(猜柔性法律实证主义 :

粤柔性法律实证主义之滥觞 : 富勒 : 规范意思——内在道德性——愿项合法性主张 ;

月积极和消极的法律实证主义 ;

悦柔性法律实证主义削弱社会命题。

源柔性法律实证主义与刚性法律实证主义的论争。

三、法概念论之两大基本立场 : 自然法论与法律实证主义 :

员自然法简史 : 自然主义自然法(附论 : 希伯来宗教思想)——神学主义自然法——古典自然法——复兴自然法——自然法之当代意义。

圆规范性理论的论战 : 规范性社会规则理论 ; 规范性三个主张——社会规则与规范规则——强与弱的社会规则理论——协同道德与习惯道德——承认规则存在与否 ?

猜柔性法律实证主义对德沃金的回应 :

粤规范性理论的安置命题——可分离命题 ;

月强韧的和温和的柔性法律实证主义 ;

悦规范性理论的惯习主义转向与“最低限度的自然性”——规范性理论的协调性惯习——规范性理论的构建性惯习。

源有待解决的问题 : 粤如何证立承认规则的存在特征 ? 月如何证立法律的权威性格 ? 悦如何定位法律原则 ?

第二部分 法认识论 :

一、序论 : 员知识、真理与方法 ; 圆法学方法与人文价值 ; 猜传统法学方法论的内容与特点。

二、法律论证理论与法论证理论 :

员问题的提出 : 何谓“法律论证” ?

源几个基本概念概说 : 逻辑经验论——否认论——线性理论——典范理论——科学实在论——建构实在论。

源法律论证理论 : 规范逻辑——语言分析哲学——一般言说理论 ; 附论 : 佩雷尔曼的新修辞学。

源法律论证的基本结构 : 法律规范的地位与效力——法律规范之正确性的证明形式 : 内部证立 ; (附论 : 普遍性实践言说理论)——内部证立的形式 : 法学三段论的逻辑结构——形式正义。

源法论证理论 : (员)法律论证理论之存在问题 : 实然证明实然 ; ——阿列克西的“外部证立”之商榷 ; (圆)法论证理论的基本形式 : 对经验命题的论证 ; 附论 : 证据与事实的论证落差 ; ——对规范命题的论证 : 外部证立 ; ——法律规范的实质正义 ; 附论 : 融贯性之论证方法 : 佩雷尔曼与佩策尼克 ; ——对应然命题的论证 : 价值的证明 ; 附论 : 诠释学循环与认识的前结构。

三、法论证理论与意义问题 : 员意义的规定与法论证的范围 ; 圆意义的符号化与法论证的论述形式 ; 猿意义的传达与法论证的本质 ; 源意义世界与法论证的意义。(圆园园年 圆月)

本文认为 , 大纲中的内容 , 是作为一门课程的法理学的核心内容 , 也是法理学的规范内容 , 舍去任何一项都是不完整的。我将这些内容称为“规范法理学” , 以区别于中国法理学界包罗万象之“法理学”名称。吾以为 , 作为一名大学法科学生 , 必须具备大纲中的知识基础 , 才能具备专业素养 ; 进而 , 作为一名法学研究者 , 如没有这些知识基础 , 就不可能深入、准确地研究任何法学领域内的理论问题和实践问题。翻翻今日中国法理学教科书

和法理学专著,从整体上看,法学家们几乎还没有真正进入法理学的理论核心。

二、法律论证理论之引进

虽然加藤弘之的博士学位论文《论证的应用》(“裁量裁量考明言集”)①于上世纪 70 年代即已发表,但直到上世纪 90 年代初,法律论证理论仍然被看作是法律逻辑,亦即法律方法论或法律裁决理论的一部分,而影响法律论证的各种问题也被视为诸如法律裁决和成文法解释这样的一般法学问题中的一部分。②此后不久,法学家们对法律论证理论的兴趣日益高涨,他们普遍认为,法律论证理论必须成为法律理论的基础,③法律论证遂成为一项独立的研究课题,但此时,法律论证理论的主题只是法律裁决之证立的合理性问题。自上世纪 90 年代后期,国际法哲学和社会哲学协会(IAFL)、国际论证协会(IALA)和语言交流协会(IALC)召开了多次以法律论证为中心论题的学术会议。此后,法律论证理论展现出了多种多样的论题(比如哲学论题、理论论题、重构论题、经验论题、实践论题等)、方法(比如逻辑方法、修辞方法、对话方法等)、模式(比如裁量型论证模式、

① 加藤弘之《裁量考明言集》,“裁量考明言集”,《加藤弘之著作集》,岩波书店,1970年,第100页。

② 加藤弘之《裁量考明言集》,“裁量考明言集”,岩波书店,1970年,第100页。另见加藤弘之《裁量考明言集》,岩波书店,1970年,第100页。另见加藤弘之《裁量考明言集》,岩波书店,1970年,第100页。另见加藤弘之《裁量考明言集》,岩波书店,1970年,第100页。

③ 加藤弘之《裁量考明言集》,“裁量考明言集”,岩波书店,1970年,第100页。

第一组是基本规则,用以处理涉及规范性陈述的真实性或正确性的语言交往理性所需要的基本条件。它包括:任何一个言说者均不得自相矛盾;任何一个言说者只许主张其本人所相信的东西;任何一个言说者,当他将谓词应用于对象时,也必须能够将该谓词应用于所有相关点上与该对象相同的其他任一对象上;任何言说者只许对这样的价值判断和义务判断作出主张,即当他处在所有相关点均与其作出主张时的情形完全相同的所有其他情形时,他也同样会作出相同的主张;不同言说者不许用不同的意义来作相同的表达。

第二组规则是理性规则,提出了言说合理性的最高要求。它包括:任何一个能够言说者,均允许参加言说;任何人均允许对任何主张提出质疑;任何人均允许在言说中提出任何主张;任何人均允许表达其态度、愿望和需求;任何言说者均不因受到言说内或言说外的任何强制阻碍而无法行使其在上述规则中所确定的权利。

第三组规则是证明责任规则,根据可普遍化的原则,提出将一个人 粤与一个人 月作不同对待的言说者负有证明责任。它包括:任何提出将某人 粤与某人 月作区别对待者,必须对这样做的理由进行证立;任何抨击不属于论辩论题的命题或规范的人必须说明这么做的理由;已经提出论述者,只有当出现反证时才有义务作进一步的论述;任何想在论辩中就其态度、愿望或需求提出与其先前的论述无关的主张或言说的人,必须应他人的要求证立自己的插话。

第四组规则是证立规则,它增强了理性共识之达成的可能性。它包括:任何提出规范性陈述的人,必须当假设其置身于当事人之处境时,也能接受此命题所预设之规则所造成之利益变动的结果;任何规则造成对任何人利益变动的结果必须为所有

人接受 ;任何规则必须公开 ,且具有普遍教导性 ;言说者的道德信念所依据的道德规则 ,必须经得起批判的、历史创生的检验。

第五组规则是过渡规则 ,它使得在言说中随时转向其他言说形式成为可能 ,以担保系争的事实问题(尤其是后果的预测)、语言问题(特别是沟通问题) ,以及实践言说自身所涉及的问题得以解决。它包括 :任何言说者在任何时候都可转入理论(经验的)言说 ;任何言说者在任何时候都可转入语言分析的言说 ;任何言说者在任何时候都可提出言说—理论的言说。所谓论述形式就是指论证推论过程的逻辑关联。粤肇增将论述形式定义为某一言说者所主张之命题与支持此一命题之其他陈述的结构。所谓结构 ,则不仅指这些陈述的逻辑形式 ,更包括对其性质的说明。^①

法学言说——法学言说是普遍性实践言说的一种特殊形式 ,是指所有涉及法律的语言活动。有的法学言说目的在于产生有拘束力的决定(如法律决议案) ,而有的法学言说则只是产生一些建议或批评的意见(如法学研究)。其共同点就是都涉及法律 ,而且都是以法学论述的方式来论证法律问题。而所有的法学知识都是以法学论证的方式展现 ,法学论述必然包含有评价性之规范论述在内 ,因此 ,法学论证也必然是一种实践论证之言说。^②

法律论证的规则与形式 :在法律裁决的证立上 ,粤肇增区分了两个层次 :内部证立与外部证立。内部证立旨在通过给出一

^① 参见颜厥安 :《法、理性与论证——论裁判与言说的论证理论》,载氏著 :《法与实践理性》,中国政法大学出版社 2002 年 5 月第 1 版 ,第 50 页。

^② 参见颜厥安著 :《法与实践理性》,中国政法大学出版社 2002 年 5 月第 1 版 ,第 50 页。

