

司法活动与论证方法(代序)

司法、乃至整个法律活动，如何赢得民心、获取众孚？这在以往借道德而行治时代，人们每每寄托于圣哲贤人，所谓“圣人出，黄河清”，此之谓也。然而，此种圣人行治，乃以上智下愚作铺垫，以牺牲民智、凸显压制为代价。于是，所谓法律，常为具文：上不足以约权力，下不足以保权利。权力任由伸缩，权利戚戚零落。

逮至近世，因着商业经济之发展、自由贸易之伸张，民智大开，权利意识陡增，中民理念盛行，圣人光环不再。人际交往治理，已不再过分倚赖道德，转而寻求普遍规则。对此，美国庞德氏曾言及：19世纪以还，人间三大社会控制方式中，道德、宗教皆退居其次，法律控制则一枝独秀。

然则法律治理，绝非了无破绽：一法立而天下定、一例颁而四海安！亦非个人智虑无关紧要，如孟德斯鸠那般天真：法官不过法律之“喉舌（代言人）”。法律之为人的理性，永无摆脱人固有缺陷之可能。西谚云：“人类一思考，上帝就发笑”，诚可谓中的之论。正因如之，现实主义法学之弗兰克诸君，立

于另一端，极言法律之不确定性。此种情形，无疑多少会令倡言法律信仰、力促藉以法律治理的人们深感不安。

过度美化法律、抑或过度妖魔化法律，与我们业已面对之法律治理言，仅止于认识意义，无更多实质帮助，原因在：法律之首要企望，不在实现美的安排，也不在创造善的教化，而在于实现常人之真的追求——求利益之真、求交往行为之真、求社会秩序之真……既如此，则寻求救济法律破绽、不足之方法，庶几为立法过后最重要之使命。

吾人以为，源自对话理论的法律论证学说，乃在孟德斯鸠、弗兰克之间，选取了一种“中道的权衡”：既坚信法律之正义，又寻求补救法律不足之途径。从而法治根基仍在，人之能动亦彰。这样，法律及法治正义就非人云亦云之当然，而是人们智虑慎思明辨、公共选择之结果。自这一视角言之，法律论证学说之于法治的深意，自不待言。

最近数年，经由舒国滢君、郑永流君等的努力，西人有关法律论证之论著、观点，逐渐被国人所知悉。鄙人尝读阿列克西氏之《法律论证理论》、菲特丽丝氏之《法律论证原理》，虽觉其理论魅力，深孚人心，但其运用于司法实践，能否立竿见影，尚存疑虑。本来，哈贝马斯之对话理论，乃是企求解决当下民主所面临之问题，为健全民主制度找出一种证成方案。当其被改造为司法活动中之法律论证时，不免与司法固有之权威抵牾——虽然其也可在另种视角加固司法权威。要言之，如何令法律论证理论贯彻于司法行为，仍需学界、司法界不断努力者。宝乾此文尽管于法律论证理论用功甚勤、梳理甚详，辨析缜密、论证严谨，然前述问题，仍未解决。鄙人以为，一种法律方法，倘不能适之于司法活动，其存在理由，颇值怀疑！

故而如何寻求可适之于司法活动之法律论证，乃该选题研

究之最关键者。否则，法律论证或可运用于政治性之立法，而殊难适之于法律职业家之司法。窃以为：法律论证之运用于司法，其关键在寻得司法所需法律论证之场域。对此，或许言人人殊，难以共识。然即便如之，藉此序文奉献出鄙人之思考，并非多余。

愚以为，在司法中，论证之为寻求合理解决案件方案的活动，其使用场域，撮其要者有五：一为多人参与。一人独白殊难展开论证。司法中，如法庭上两造及其代理人、合议庭中多人组成之法官，即可造成对话场域。以之衡量，则独任制审判中，法官所为之判决，当有推理，而无论证。二为公平表达。凡参与论证、对话之人，无论原被告，抑或诸法官，皆有在法庭上、在合议庭中公平表意之机会，赖此，对话、论证才得以进行。以之衡量，则纠问式诉讼，不便推进法律论证者。三为自由辩驳。诉讼中两造及其代理人也罢，合议庭中法官也罢，针对对方观点，均可藉事实、法律予以辩驳，此辩驳不为追加责任之理由。以之衡量，则“坦白从宽、抗拒从严”之诉讼追求，无需、亦无助于法律论证。四为妥协可能。法律论证，须以获取效果为己任，针尖对麦芒，“不是西风压倒东风，就是东风压倒西风”，终难达成此效果。故借妥协而求得可接受，乃论证之重要目的。舍此，论证仅为清谈。以之衡量，则以“专政工具”审视司法，便无以达致妥协效果，亦无需借助法律论证。五为疑难案件。疑难案件，证据冲突复杂、法律理据难辨，唯此，须集思广益，以取“众人拾柴火焰高”之效。以之衡量，则简单案件，证据事实清楚、法律理据豁然，适用法律论证，反倒耗时费工，收效甚微！

法官之于疑难案件，其解决方案，每有冲突。其判决结果，亦未必当然合理。故论证拟解决者，仅寻求某种“选择理

性”，而非“符合”视角之真理。故此，论证所寻求者，为疑难案件之实质合理；然其所寻求到者，仅为可接受之合理。因之，共识之底线变为可接受。可接受庶几为疑难案件实质合理之借代，亦为法律论证所求证实质合理之借代。

以上匆匆数言，于博大之法律论证理论，不过沧海一粟、九牛一毛。尽管如此，笔者愿以此为基础，与诸弟子共同研讨下去。

焦君宝乾，沉浸、研磨法律论证理论有年，自其入永坤教授门下研读硕士期间，所孜孜以求者，即为法律方法问题。入吾门后，其依然坚执信念，研习法律论证、法律方法理论不辍。为此曾无数次北上京华，拜会同好，查阅国家图书馆典籍。其家中藏书，对半所复印之相关英文作品。宝乾之为人为学，皆值得称道！其学术作品，为张文显君所欣赏，曾主动向我提出，欲将其纳入门下，继续博士后学业。征得宝乾同意，且在不影响其在威海分校教学、科研任务前提下，我同意其继续博士后研修。其为人风格，诚可谓“君子讷于言而敏于行”！我坚信，以他的坚定信念、踏实作风，博学通览、重点攻关，终将有硕果可期待者！

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 二〇一〇年 五月 廿日

目 录

司法活动与论证方法（代序）	谢 晖（员）
导 论	（员）
第一章 概 论	（愿）
一、法律论证理论的兴起及其思想背景	（愿）
（一）法律论证理论的兴起与发展概况	（愿）
（二）法律论证理论兴起的思想与社会背景	（愿）
二、论证、法律论证及相关名词辨析	（源）
（一）名目繁多不一的译名	（源）
（二）论证及相关名词考	（源）
第二章 从司法三段论到法律论证理论： 法律方法论之转型	（苑）
引言：法律决定的各种理论模式	（苑）
一、司法三段论的当代命运	（苑）
（一）司法三段论概述	（苑）
（二）批判三段论之立场	（愿）
（三）坚守三段论之立场	（愿）
二、事实与规范的二分和法律论证	（愿）

(一) 对事实与规范二分观念的批判	(129)
(二) 事实与规范的相互对应 (来回穿梭) 及其对法律论证的意义	(130)
(三) 在开放体系中论证	(131)
三、迈向法律论证：从独白到对话	(132)
(一) 法律决定主体范围的扩展	(132)
(二) 以两种不同理论为个案的探讨	(133)
(三) “听众”和“解释的共同体”	(134)
四、法律论证与实践推理	(135)
(一) 实践推理之概念	(135)
(二) 作为实践推理的法律论证	(136)
(三) 法律决定的结果之可论辩性—证成性、 可推翻性	(137)
(四) 三段论对于法律论证的意义	(138)
五、当代法律方法论：迈向对话性的法律论证	(139)
 第三章 法的发现与证立之二分：	
法律论证范围之确定	(140)
一、哲学上的发现与证立之二分	(140)
二、法学上的发现与证立之二分	(141)
(一) 理论背景	(141)
(二) 迈向法的发现与证立之二分	(142)
(三) 法律中发现与证立二分的根据	(143)
(四) 二分之意义	(143)
三、一个相关的课题：判决理由的公开	(144)

第四章 价值判断、理性程序与共识：	
法律论证之可能性.....	(100)
一、司法中价值判断的难题.....	(100)
(一) 概念、特征、功能	(100)
(二) 司法中运用价值判断之情形	(101)
(三) 对司法中价值判断的不同态度	(102)
二、从价值判断到法律论证.....	(102)
三、价值判断的性质及其与法律论证的关联.....	(103)
四、实践理性与论证	(103)
(一) 关于实践理性观念的考察	(104)
(二) 实践理性的概念与法律论证	(105)
五、理性程序与共识	(105)
(一) 通过程序走出“明希豪森困境”	(105)
(二) 理论背景	(106)
(三) 反省与批判	(106)
(四) 一个相关问题：审判程序模式	(106)
第五章 逻辑、修辞与对话：	
法律论证的方法（进路）.....	(106)
概 述.....	(106)
一、逻辑学方法.....	(107)
(一) 逻辑对于法律论证的作用和重要性 ...	(107)
(二) “逻辑”之界定.....	(107)
(三) 逻辑学方法在法律论证中的运用 及其局限性	(107)

二、修辞学方法	(猿园)
(一) 修辞学知识的历史回顾	(猿园)
(二) 修辞学方法在法律论证中的功能、 运用及评价	(猿园)
三、对话(论辩)的方法	(猿园)
(一) 对话方法的思想回顾	(猿园)
(二) 对话方法的功能及其运用	(猿园)
四、各种法律论证方法(进路)之关系	(猿园)
第六章 分析学还是解释学：	
法律论证之知识属性辨析	(猿园)
一、问题的提出	(猿园)
二、论证理论与解释学的复杂关系： 学界的争议	(猿园)
三、解释学和分析哲学：一般方法论上的 比较与融合	(猿园)
四、法律论证与法律解释：方法上的检视 与思考	(猿园)
五、解释学转向对法律论证理论的影响	(猿园)
六、结 论	(猿园)
中国语境中的法律论证理论研究——代结语	(猿园)
参考文献	(猿园)
后 记	(猿园)

导 论

近些年来，西方解释学在我国学界得到了广泛的研究与传播。^①这一思潮也影响到法律领域。众所周知，自上个世纪 80 年代以来，法律解释学之研究在法学界得以蓬勃兴起。学者以为，我国的法学正在经历从宏大叙事到微观论证的研究取向转换。^②以立法为中心的研究视角正在逐渐被以司法为中心的研究所超越。返回“法的形而下”，形成法理学的实践品格，正成为我国法学研究的一种重要进路。而法律方法论之研究取向跟法治秩序之建构甚相契合。学者们日愈意识到，应该超越对法治价值及其必要性的呼唤，对法治的研究已经进入到如何操作的阶段。而法治与法律方法，实有至为密切之关联。法治理想之实现，端赖于方法之完善。所以，法律（学）方法论成为近年来学界研究和关注的重要议题。

^① 对于西方解释学在中国的传播及其影响方面的研究，参见何卫平：《西方解释学在中国的传播及效应——从 1980 年到 1995 年》，载洪汉鼎主编：《中国诠释学》（第 1 辑），山东人民出版社 1995 年版。

^② 谢晖：《法理学：从宏大叙事到微观论证》，载《文史哲》1995 年第 1 期。

在此首先需要对“法律方法论”一语进行解释。

随着学界关于法律解释和法律应用方法方面的研究的深入，一个明显的现象是：对于法律方法（论）、法学方法（论）这些基本用语在用法上混乱不一。一方面，这固然反映了学界在接受和吸纳国外相关法学知识与资源的过程中的一种正常现象。另一方面，在一个法治欠发达的国家谈论方法，在一个方法传统本就匮乏的国度建设法治，难免要面临诸多理论和实践上的若干困惑。其实，关于“法律方法”之类在用词上的混乱、误解与争议本身就是这种困惑的实际体现。在我国，有关法学方法论方面的研究成果，比较早的要推 1935 年梁慧星出版的《民法解释学》。然而法学方法论之研究也只是在近年来才获得较为直接、广泛的关注。尤其是随着台湾学者杨仁寿、德国法学家拉伦茨的以《法学方法论》命名的论著在国内出版和传播，法律解释、漏洞补充、利益衡量等法律适用方法似乎逐渐成了“法学方法论”的主要内涵。由此极大地冲击了我们传统上对该词的一般理解，进而也生成了一些理论上的误解乃至某些无谓的争论。如林来梵等所论：

“这种混乱，部分乃肇始于对这一概念的固有误解，即不少人想当然地将‘法学方法论’视同于传统教科书中所言的法学研究的方法言说……由此，‘法学方法论’就被想定为‘法学的方法论’，进而偷换成‘法学研究的方法’……”

就此而言，确如他所言：“如从国际学术界的有关论说来看，法学方法论与法学研究的方法虽非风马牛不相及，然在其整体的理论框架以及言说的脉络中，法学研究的方法并未成为‘法学方法论’主要关注的对象。”^①

^① 林来梵、郑磊：《法律学方法论辩说》，载《法学》2006年第4期。

由此可见，近年来，学界对上述有关概念用语及其用法已有一定的警觉和意识。另如郑永流所论：“国内多数人都因袭法学方法和法学方法论的提法，也有一些人用法律方法或法律思维。要紧之处还不在于用什么提法，而在于各提法指向的实质立场究竟是什么，以及体现出何种法律观。”^①基于此，学者们对法律方法及其相关概念的内涵、用法等从各种不同的角度进行了辨正和梳理。比较有代表性的如郑永流主要立足于德国法律文化背景的辨析。^②在对“法学方法论”之类的用语从语言上考证和疏义之后，郑永流尤其立足于拉伦茨的《法学方法论》对学界在相关概念上的混乱的根源进行了深刻的剖析。不过，郑氏的分析固然深刻，但造成这种概念上的混乱的原因并不仅限于此。

关于法律方法和法学方法，郑永流以为，法学方法是研究和预设法律的方法，指向的核心是何谓正确的法律，有关法学方法的学说是法学方法论。法律方法是应用法律的方法，不仅着力于实现既有正确的法律，还效命于正确地发现新法律，有关法律方法的学说是法律方法论。二者如果局限在领域上，则明晰可分，但由于后者还同时具有前者的主要功能，法律方法

^① 郑永流：《法学方法抑或法律方法》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》（六），中国政法大学出版社 2006 年版，第 151 页。

^② 实际上，“法学方法论”之类的用语在我国的引入，很大程度上即源于近年来学界有意识地转向于对欧陆法律知识和资源的引介和传播。就此而言，在此方面的理论努力是很有价值的。

也可指法学方法，遂造成用名困难。^① 为了凸显法律观当是一种应用法律观，郑永流主张中文以采用法律方法和法律方法论的表述为宜。也有学者主张与其用“法律方法”，不如采用“法律技术”的概括更为恰当。^② 而林来梵和郑磊立足于日本学者的相关研究，认为所谓“法学方法论”，其实可转换为“法律学方法论”这一概念，“倘若我们为了尊重学术话语传统而要继续采用‘法学方法论’这一提法，至少也应该在‘法律学方法论’的概念约定意义上沿用它。”^③ 不过，他们也意识到采用“法律学方法论”之概念在我国法学研究的语境中所要面临的系列难题。尤其是，在我们的法学概念体系中，迄今仍未完全确立法律学、法教义学这类的概念，因而他们主张移植这类概念就首先成为前提性的课业。

而此前梁慧星认为：“德国学者将法解释学归结为一种方法论，认为法学方法论是对法律解释适用的方法论，与法解释学为同义语。但在日本，法解释学的内容比较广泛。”^④ 可以说，“在德国及我国台湾地区，称为法学方法论。但在日本，同样内容仍在民法解释学名下进行讨论，仍称为民法解释学或

^① 其实不仅法律方法和法学方法如此，即便是法学方法论亦存在用名上的困难，如刘水林之见：“提到法学方法论，必须涉及到两种范式的方法论，即一般科学方法论在法学研究中应用而产生的理论法学方法论及法解释学方法论。”参见刘水林：《法学方法论研究》，载《法学研究》2009年第7期。在这篇文章中，刘水林所研讨的主要是理论法学的方法论问题，如规范分析和实证分析、个人主义方法论和整体主义方法论等。对“法学方法论”采用类似用法进行研究的另如季涛：《法学方法论的更新与中国法学的发展》，载《浙江社会科学》2009年第3期。

^② 胡玉鸿：《方法、技术与法学方法论》，载《法学论坛》2009年第3期。

^③ 林来梵、郑磊：《法律学方法论辩说》，载《法学》2009年第4期。

^④ 梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社2003年版，第4页。

者民法解释方法论。”^①相应地，台湾学者亦常用“法学方法”这一表述。王泽鉴以为：“台湾地区法学的进步有赖于法学方法的反省与创新。”^②还有黄茂荣的大作《法学方法与现代民法》亦用到“法学方法”。不过，也有台湾学者在不同意义上使用“法学方法论”一语，如杨奕华在对比了其跟拉伦茨与杨仁寿的“法学方法论”概念上的不同后认为：“法学方法论系以一套先设的假定为准据，确定基本的研究立场，从事法学理论之建构，进而以之探讨、诠释、批判法之存在与衍化现象，法之科学技术及法之实践功能等之研究态度之学科也。”^③这一看法其实是将法学方法论当作法学研究的方法。

另外，法律思维与法律方法的用法颇为密切、近似。如葛洪义主编的刊物即取名《法律方法与法律思维》。一般而言，法律思维是指在长期的法律实践中形成的，通过专门的法律语言来进行分析、推理、解释、判断和论证等活动的一种主观过程。具有理性的思维，这是法官权威的内在要素之一。它是指法官思维判断力的理智与成熟。^④当然，法律思维应当被包括法官在内的所有法律人所具有。王泽鉴认为，经由学习法律，通常可以获得以下能力：（员）法律知识……（圆）法律思维：依循法律逻辑，以价值取向的思考、合理的论证，解释适用法

① 梁慧星：《裁判的方法》，法律出版社 2003 年版，第 员- 圆页。

② 王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2003 年版，第 源页。

③ 杨奕华：《法学方法论研究范畴之商榷》，载《法制现代化之回顾与前瞻》，月旦出版文化有限公司 2002 年版。

④ 孙笑侠：《法律人思维的规律》，载葛洪义主编：《法律方法与法律思维》（第 员辑），中国政法大学出版社 2003 年版。

律。(獠 解决争议……^① 而法律方法一般是指站在维护法治的立场上,根据法律分析事实,解决纠纷的方法。刘治斌对“法律方法”的界定是:联结法律实务与法律理论的桥梁和纽带,是法律职业者在特定法律制度内适用及发现有关法律规则和原则,并据此解决具体纠纷或争议问题的方法之总和。^② 可见,法律思维与法律方法还是有一定的区别的。不过,有时人们将这两个概念合在一起称为“法律思维方式(方法)”。后者是指运用法律思维,观察、分析和解决问题的一种思维定式与思维习惯。“法律思维方法通常借助法律适用的模型来说明。”^③ 就具体内容而言,法律方法其实可以包括法律思维方式,另外它还包括法律运用的各种技巧和一般的法律方法。^④ 总之,“法律思维”与“法律方法”的用法上的联系很密切。当然,这两个用词也有不同的意思所指,在使用中不应混淆。

总之,基于不同的法学研究传统和文化背景,人们对“法学方法论”及其相关学名采取了不同的称谓。不同的学者在此不免存在仁智之见。但从整体而言,在我国,以法律方法(论)来指称法律应用的方法,似乎更易于被人所接受;而德语传统中的“法学方法论”一语则往往使人不易将其跟“法学研究的方法”相区分,故而具有一定的局限性。更何况即便在德语语境中,这一提法“隐瞒了这一学科的实践意义和其与历

① 王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 1 页。

② 刘治斌:《司法过程中的法律方法问题》,载葛洪义主编:《法律方法与法律思维》(第 1 辑),中国政法大学出版社 2004 年版,第 15 页。

③ [瑞士]菲利普·马斯托拉蒂:《法律思维》,高家伟译,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(六),中国政法大学出版社 2004 年版。

④ 陈金钊:《法律思维及其对法治的意义》,载《法商研究》2004 年第 1 期。

史—政治的交错联系”（德国学者 硕德森语），所以，郑永流认为，假如可寻找得到一个百分之百恰当的关于法律应用的方法的提法，那便需加括号，即法律（学）方法、法律（学）方法论。就此而言，“法律学方法论”这一概念最为准确。

在对上文概念梳理的基础上，这里需要对本文研究的范围予以限定。

法律论证是近几十年来在欧美学界兴起并且获得重要发展、取得重要地位的研究领域。法律论证研究所涉及的方面十分广泛。本文将仅仅研究作为法律方法论意义上的法律论证，亦即从司法为中心的视角，研究法官裁判中的法律论证问题。理由是：首先，本文的篇幅无法容纳对各个领域的法律论证理论之研究。其次，法律方法论意义上的法律论证乃是对法律论证的一种基本理论定位。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。学者们一般将法律论证定位于法律方法论予以研究，这一做法较为普遍。最后，也是更为值得强调的是，自 20 世纪 70 年代后期以来，国内学界日益转向对法律方法论的研究，而法律论证这个国际法理学界取得重要进展的法律方法论研究新领域，国内的相关研究依然十分薄弱。本选题希望以此为推进我国的法律论证理论研究尽一份力量。基于此，本文将立足于法律方法论的角度，对法律论证尤其是其中的基本理论问题进行研究。

第一章

概 论

一、法律论证理论的兴起及其思想背景

(一) 法律论证理论的兴起与发展概况

法律论证是近四十年来在欧美学界兴起并且获得很大发展、取得重要地位的研究领域。当然，法律论证理论并不仅仅涉及司法裁判问题，而且也涉及其他方面的问题。一般认为，直到 1969 年，法律论证还主要是在法律理论（~~法学理论~~或“法理论”）和法哲学的语境下进行研究。^①“法律论证被当作

^① 法律理论和法哲学的区分，在欧陆国家比较常见。法律理论或者法理论（英文 ~~jurisprudence~~ 或德文 ~~Rechtswissenschaft~~）是近四十年来，在欧美学界逐渐兴起的一门新的学科。其实，“法律理论”这一名称由来已久，但将它用于表示法学的一个特别学科应不超过四十年。”参见[德]亚图·考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，五南图书出版公司 1995 年版，第 1 页。依台湾学者颜厥安之见：“~~法理论~~的两大思想背景为分析哲学及实证社会科学，因此其理论进路上就有别于经常探讨法形上学与法存有论之法哲学。法理论主要集中心力于有关于‘实证法’的理论，在此点上有别于‘哲思’（~~思辨哲学~~）方法探讨自然法、理性法及正义问题的法哲学。~~上述方法与对象两面向的条件下~~，法理论却不一定接受‘实证主义’的立场。”参见颜厥安：《法与实践理性》，允晨文化实业股份有限公司 1995 年版，第 1 页。

