

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90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。

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1979年到2000年》载洪汉鼎主编：《中国诠释学》（第1辑）山东人民出版社2003年版。

^② 谢晖：《法理学从宏大叙事到微观论证》，载《文史哲》2003年第4期。

在此首先需要将“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 1995 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》2004年第2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

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2003年版，第20页。

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

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》2001年第3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》2000年第5期。

^① 胡玉鸿：《方法、技术与法学方法论》载《法学论坛》2003年第1期。

林来梵、郑磊：《法律学方法论辩说》，载《法学》2004年第2期。

梁慧星：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第190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：（1）法律知识……（2）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 1~2 页。

王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社 2001 年版，第 44 页。

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 1997 年版。

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 1 辑）中国政法大学出版社 2002 年版。

律。(3) 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

王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社 2002 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 2 辑),中国政法大学出版社 2003 年版,第 107 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 2003 年版。

^④ 陈金钊:《法律思维及其对法治的意义》载《法商研究》2003 年第 6 期。

史一政治的交错联系”（德国学者 Ruthers 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 90 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 1970 年，法律论证还主要是在法律理论（Rechtstheorie 或“法理论”和法哲学的语境下进行研究。^①“法律论证被当作

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 legal theory 德文 Rechtstheorie）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 2000 年版，第 13 页。依台湾学者颜厥安之见：“1. 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。2. 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’（spekulative）方法探讨自然法、理性法及正义问题的法哲学。3. 在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 1998 年版，第 12 页。

法律逻辑亦即法律方法论或法律判决制作理论的一部分，而非原本意义上的法律论证理论。^①以后随着律师和论证理论家们对法律论证的兴趣日趋高涨，法律论证不再仅仅被当作一种比较宽泛的研究领域，而是被作为一项原本意义上的研究课题。20世纪80年代以来，法律论证的研究涉及到更为广泛的论题、方法、原则和观念。触及的领域诸如立法程序、法律过程、法官裁判程序等。对法律判决进行理性证立的问题，已经成为处于不断演进中的法律论证理论的核心主题。当代德国法学家诺伊曼于1986年出版的《法律论证学》中指出：“在最近20年内，法律论证理论在法学研究领域已取得了统治地位。……目前，法律论证的各种问题继续居于国际法学理论讨论的前台。”^②荷兰法学家弗特瑞斯（Eveline T. Feteris）也指出：“法律论证已经成为一门重要的研究课题。近几十年来，法律论证之研究不仅在一般论证理论、法律理论、法理学与法哲学方面，而且在各大学以及法学院的法律推理课程中，已经开始扮演重要角色。”^③魏因贝格尔亦认为：“论证的问题已经居于

参见 Feteris, Eveline T, *Fundamentals of legal argumentation, a survey of theories on the justification of legal decisions*, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 13.

^② [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》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，舒国滢：走出“明希豪森困境”（代译序）“明希豪森困境”是20世纪批判理性主义者所提出的一个概念。以德国的汉斯·阿尔伯特为代表的批判理性主义认为以莱布尼兹的充足理由律为基础的证明将会导致“明希豪森三难困境”。由此阿尔伯特提出放弃充足理由律而崇尚一种批判的方法；而当代德国哲学家阿佩尔则认为批判主义原则不能代替证明的原则。相关论述参见李红：《当代西方分析哲学与诠释学的融合》，中国社会科学出版社2002年版，第146页以下。

^③ Feteris, Eveline T, *Fundamentals of legal argumentation, a survey of theories on the justification of legal decisions*, Kluwer Academic Publishers, 1999, preface.

当今法哲学的核心地位。’^① 自产生以来，法律论证理论获得了很大发展。法律论证理论研究的盛况，明显能够从许多会议、纪要、杂志和围绕这一主题的专题刊号中看出。自 20 世纪 70 年代以来，国际法哲学和社会哲学协会（IVR）已经组织了多次以法律论证为中心议题的会议。1971 年在布鲁塞尔召开的第 5 届法哲学与社会哲学协会（IVR）世界大会上，法律论证首次被作为一项重要议题。法律论证成了以后历次 IVR 上常见的话题。最近的 2003 年 8 月国际法哲学与社会哲学协会第 21 届大会上依然将“法律论证与法律推理”列为专门议题，研讨诸如“法律论证中的逻辑”等具体议题。^② 2001 年 5 月召开的第 8 届国际人工智能与法律大会研讨的议题之一是“用于电脑技术中的法律推理与法律论证之研究”。荷兰在 1993 年和 1996 年组织了两次法律论证会议。在国际论证协会（ISSA）和言语沟通学会（SCA）的各次会议上，法律论证一直在演讲计划之列。法律论证方面的文章还频频出现在诸如法律理论、法

^① Ota Weinberger, Neo-institutionalism: my views on the philosophy of law, in *The law in philosophical perspectives: my philosophy of law*, edited by Wintgens, Luc J., Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 264 这一点，也可从代表当今国际法哲学发展水平的“法律和哲学系列丛书”（*Law and Philosophy Library*）看出。自 1985 年出版第一本书以来，该丛书迄今已经推出了近百本法哲学专著，其中涉及法律论证与法律推理这类法律方法论的论著就占其中一半以上，由此可见其在当今国际法理学和法哲学研究中的发展盛况。另可参见颜厥安、王照宇：《由国际学术趋势探讨台湾法理学之研究发展》，载《台大法学论丛》（第 32 卷第 4 期）。

参见於兴中、葛洪义：《寻求法律与政治的平衡——国际法哲学与社会哲学协会（IVR）第 21 届大会述评》载《中外法学》2003 年第 6 期。关于这次国际法哲学大会以及以往的各次会议的具体信息，可参见网站：<http://www.ivr2003.net/post-congress/>。第 22 届国际法哲学大会于 2005 年 5 月 24 - 29 日在西班牙的 Granada 召开。

哲学、言语沟通、论证理论和非形式逻辑领域的各类杂志上。^① 在这些杂志中，有的还开辟了法律论证的专号。学者研究的具体领域涉及如立法过程、法官作出判决的过程等。

当然，法律论证在各国出现的理论发展脉络有所不同。在德国法律论证理论兴起之初，曾有一些类似的理论在“法律和语言”名义下进行研究。但只是法律论证理论才首次把论证作为其研究的中心。^② 从法律理论上讲，战后德国经历了为时不久的自然法复兴以后，法学研究的重心移向了法律方法论。

“有关法律的基础的讨论，有意识地从公理问题转向了分析问题。”^③ 人们认识到，不必在传统的法哲学的规范性问题上多费口舌，而是更多地偏重于运用实证分析、形式分析和社会学分析的方法。因此，在法哲学传统浓厚的德国，出现了“法律理论”（*rechtstheorie*）这一新的研究领域。20世纪60年代，法学方法论成为欧洲法学思想的主流。到了70年代，法解释学的思考方式受到学者们的批判。颜厥安将其概括为三点：^④

法律论证方面常见的杂志有 *Argumentation*（论证），*Argumentation and Advocacy*（论证与辩护，the former *Journal of American Forensic Association*），*Informal logic*（非形式逻辑），*Quarterly Journal of Speech*（言语季刊），*Philosophy and Rhetoric*（哲学与修辞学）。另外如下杂志上也能经常见到法律论证方面的文章：*Rechtstheorie*，*Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*，*Ratio Juris*，*Artificial Intelligence and Law*，*International Journal for the Semiotics of law*，*Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie*

^② Hilgendorf, Eric, On some problems of the theory of legal argumentation, in Zenon Bankowski et al (eds), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 160.

^③ [德] 乌尔弗瑞德·诺伊曼：《1945年以来德国法哲学的发展》，郑永流译，载《中国社会科学季刊》1995年秋季卷。

颜厥安：《法与实践理性》，允晨文化实业股份有限公司1998年版，第53~55页。

第一，涉及到法诠释学所预设的自我指涉之体系存有论，“对于一个总体性法秩序的存在固然不必全面反对，但这样一个命题却不是很重要的。比较重要的是具体而精密地发展出一套论证的规则，利用这些规则来检查法学论述的合理性与可接受性。一个好的法学见解或裁判，它的标准不再是某种自然法的秩序或总体的法内在价值体系，关键在于它是不是一个合理论证过程的结果。”

第二，基于上述理论转向，学者重新肯定了逻辑分析的重要性。

第三，在逐步脱离了总体性法秩序的预设后，新的理论发展便逐渐转向于规范论的解析。

而这一理论转型促成了法律论证理论的出现。因为在德国的文化传统中，一直带有一种强烈的反形式、反逻辑（这也与反犹太主义相关，因为犹太人常被指责为破坏民族传统的形式主义者。在法律思想中主要表现为 Carl Schmitt 的反犹作品）20世纪 70 年代以后学界转向对规范论和规范逻辑的研究，这也代表了在认识论上由诠释学向分析哲学的转向。而论证理论即源于这种分析哲学传统。

而在日本，法律论证理论则是在战后法解释论战的基础上逐步兴起的。日本法学家曾经围绕价值判断是客观唯一的、抑或只不过是判断者的主观决断这一问题展开长期争论。最终价值判断的法理学难题也是通过法律论证（也被称为“法律议论”）的方式予以解决的。以平井宜雄为主要代表的法学家在理论中构建了开展讨论的制度框架，以解决伴随于法解释中的

价值判断、评价的正当化问题。^①

在不同学者的理论中，法律论证亦有不同的理论表现。荷兰法学家弗特瑞斯（Eveline T. Feteris）的《法律论证原理——司法判决之证立理论概览》提供了一种对迄今法律论证方面重要研究成果的通览式介绍，主要涉及图尔敏（英国）的论证理论、佩雷尔曼（比利时）的新修辞学和哈贝马斯（德国）的交往理性论。他们从论证理论、逻辑学和哲学的角度发展了关于理性法律论证的观点。他们视法律论证为一般论证的特定形式。另外一些学者从法律理论的角度研究法律论证理论，即麦考密克（英国）的裁判确证论、阿列克西（德国）的法律论证理论、阿尔尼奥（芬兰）的法律解释确证论以及佩策尼克（瑞典）的法律转化理论（Theory of transformation in the law）。从本书来看，法律论证理论之研究主要分布在欧洲国家。其中尤其是当今欧洲的分析法学（analytical jurisprudence）对法律论证理论的贡献甚巨。^② 这个学术群体包括了上述阿尔尼奥、阿列克西、佩策尼克、麦考密克，另外还有芬兰哲学家冯·赖特和奥地利法学家魏因贝格尔等。这个群体承传了分析哲学（尤其是维特根斯坦）、分析诠释学、斯堪的那维亚维实论、科学哲学等理论资源。另外，虽然弗特瑞斯的论著中提及的主要代表人物没有美国人，但是在美国，其实也有不少学者从修辞学的角度研究了法律论证。如修辞学方法的广泛运用能够在批

参见 [日] 山本敬三：《民法中的动态系统论——有关法律评价及方法的绪论性考察》，解巨译，载《民商法论丛》（总第 23 卷），金桥文化出版（香港）有限公司 2002 年版。

^② 参见颜厥安、王照宇：《由国际学术趋势探讨台湾法理学之研究发展》，载《台大法学论丛》第 32 卷第 4 期；另外参见颜厥安：《论证、客观性与融贯性——由几篇文献检讨法律论证的基本问题》，载“法律思想网”。

判法学研究运动、法律与文学运动的代表人物（如波斯纳）的作品中找到。这些学者将法律文本当作一种社会的、文化的和政治的现象去研究。尤其是，在英语世界，对于一般论证理论的研究往往是在非形式逻辑学科当中进行。^①自20世纪60年代以来，美国法庭协会（American Forensic Association）对论证理论的研究也起到了重要的推动作用。^②

德国法学家 Neumann 认为，当今日本、德国法学界使用“法律论证”这个用语时，其含义尚未确定，但可以归为三大类：逻辑证明的理论、理性言说的理论和类观点—修辞学的构想。^③另外，Neumann 所指的德国“一般论证理论”一语相当于英国和美国的“非形式逻辑”（informal logic）或者“实践推理”（practical reasoning），以及法国和比利时的“新修辞学”（nouvelle rhétorique）。^④从这种名称上的差异，可以看出法律论证理论乃至一般论证理论在各国学者的研究中所展现出的多样性与复杂性。而这种多样性与复杂性又根源于法律论证理论的复杂多元的思想背景。

哈贝马斯认为：“在关于法律论辩（argumentation，实即论证——引注）的有关文献中，显然有两种互补的思路。一种思

^① 非形式逻辑出现于20世纪60~70年代。对此可参见朱京：《非形式逻辑的兴起与发展》载《哲学动态》2003年第10期。

^② 关于美国法庭协会近几十年来对推动论证之研究的综述，参见 Zarefsky, David and Sillars, Malcolm O, AFA support for research journals and conferences, in *Argumentation and Advocacy* 37 (Summer 2000) 48 - 59.

张钰光：《“法律论证”构造与程序之研究》，辅仁大学法律学研究所2001年博士论文。

^④ Hilgendorf, Eric, On some problems of the theory of legal argumentation, in Zenon Bankowski et al (eds), *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 159.

路从论证法律判决的具体问题攀升到一个法律商谈的理论；……另外一个思路是自上而下的思路。”^①前者如阿尔尼奥的理论；就后者而言，最典型的是阿列克西的理性法律论辩理论。他提供了一个高度详尽的法律论证的规范模型。他采用了道义逻辑的效力标准以及哈贝马斯和埃尔朗根学派的论辩原则。其作品的核心目标是确定，规范性判断，如法官的裁判，何以能够理性地予以证立。阿列克西表述了一组关于规范和价值的实践讨论的一般规则，后来将其用于法律论证中。其他对法律论证采取规范性的逻辑方法的还有魏因贝格尔。颜厥安在评论凯尔森的后期理论时说：

“Kelson 的这种规范反逻辑主义并非其独创，也并非毫无问题。但是晚年 Kelson 规范论的作品则为法理学研究开创另一个重要的研究领域——规范存有论及规范逻辑，其与法学方法论及法论证论的结合更成为当前法理论界最为重要的课题。”^②

颜厥安在相关注释中就提到魏因贝格尔。其实，魏因贝格尔的法律论证理论只是诸多法律论证理论当中的一种，即这里提到的偏重于上述规范理论（theory of norm）跟论证理论相结合的那种研究倾向。

由此可见，当今法律论证理论还不是统一的理论，还没有实现内部统合划一的整合性。Hilgendorf 在研讨了法律论证理论的思想渊源之后指出：“因此，我们赞同诺伊曼的看法，即我们必须赋予法律论证理论以部分上高度异质的各种不同研究

^① [德] 哈贝马斯：《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》 童世骏译 三联书店 2003 年版，第 281 页。

颜厥安：《法与实践理性》，允晨文化实业股份有限公司 1998 年版，第 281 页。当然，凯尔森本人并未提出什么法律论证理论。其后期的作品所开创的是规范理论（theory of norm）的研究。

进路，法律论证理论因而并不意味着法哲学当中的某种研究取向，而是法哲学中的某种问题域。^①德国法学家施奈德认为目前的论证理论可以看出有三种认识旨趣：

第一，把论证理论理解成对法律适用者的规范性行为指令（规章的论证理论）；

第二，论证理论被构想成理解上的（理解上的论证理论）；

最后是论证理论可在经验上被理解（经验的论证理论）。^②

考夫曼甚至认为：“……但能否将‘词序学’（*Topik*）和‘修辞学’视作论证理论的特殊类型，还有疑问。就连对那个还能将之与论证理论相连的‘敞开的体系’的观念本身，论证理论家们也未达成一致。”^③不过，考夫曼在此似乎过分夸大了论证理论内部的不一致。实际上，修辞学和论题学知识已然构成法律论证理论的重要组成部分。张钰光以为：

“与其尝试去汇集罗列各种法律论证理论的特有思想倾向，不如去划定出其共有的问题视域。而论者关于法律论证理论进路所表现出的各种理论关心及其间的差异，不但不影响法律论证理论的有效性，反而反映出‘法律论证’此种法律人理性实践言说活动所具有的多样性格和开放性格。”^④

从另一方面说，上述各种法律论证学说其实还是具有某种

① Hilgendorf, Eric, On some problems of the theory of legal argumentation, in Zenon Bankowski et al (eds) *Informatics and the foundations of legal reasoning*, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 160 - 161.

② [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第504页。

③ [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第148页。

张钰光：《法律论证与法律解释方法——形式逻辑学批判》，载“法律思想网”。

共性的。按照季卫东的归纳，这种共性主要表现在：

(1) 法律可以左右司法判断但不能完全决定之（非决定论）；(2) 法律议论不仅仅是演绎性的推论，还要根据命题进行合情合理的讨论（超三段论）；(3) 法律议论除了符合法律之外还要符合正义（非实证主义）；(4) 在法律议论中正当程序和理由论证具有重要的意义（过程指向）；(5) 承认制度与实践之间存在着互动关系（相互主观的思维模式），等等。^①

关于法律论证理论的一般特征，依舒国滢的概括即为：^②

(1) 法律论证理论将抽象法学理论的视角从法律形而上学的玄思转向对实在法问题，尤其是司法判决问题的研究。(2) 法律论证理论属于司法定向的法学理论。(3) 法律论证理论强调法律论证并不是一种“独白式的证明”，而是通过对话、商谈或论辩来相互说服，最终达成对法律共识的过程。(4) 法律论证理论是论题取向的学问。

由此可见，法律论证理论还是有着一些共同的理论特征的，并以此成为当今法律方法论研究的重要方面。

依弗特瑞斯之见，^③ 作为法律论证研究对象（范围）的各种论题包括哲学的、理论的、重构的、经验的和实践的这几个方面。哲学的论题专注于法律论证理论的规范基础。在这里，提出的问题涉及法律论证合理性的标准，涉及法律规范合理性与其他（道德）规范合理性之间的差异；在理论的论题中，人们拓展出各种理论模型。用于表达法律论证的结构和论证之可

季卫东：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版，第105页。

② 舒国滢：《法律论证中的若干问题》，载“中国法理网” <http://www.jus.cn/include/shownews.asp?newsid=478>

③ Feteris, Eveline T, *Fundamentals of legal argumentation, a survey of theories on the justification of legal decisions*, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 21 - 25.