

185

当代浙江学术文库
DANGDAI ZHEJIANG XUESHU WENKU

浙學

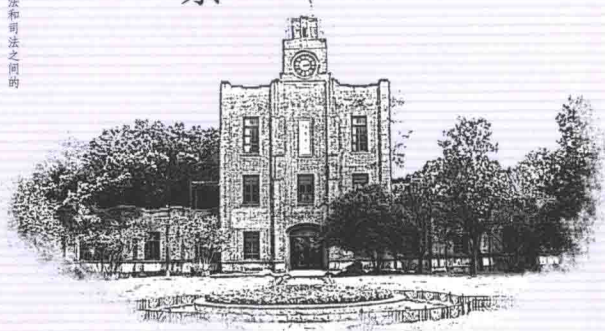
陈林林 著

FALU FANGFA BILIAO YANJIU

法律方法比较研究

——以法律解释为基点的考察

法律方法的选用问题是一个宪法问题，它关系到立法和司法之间的权力分配；以法律解释、法律推理为主体形式的法律方法在一国司法过程中的运作状况，关系到裁判说理的模式和个案判决的质量，从而与国家的法治状况息息相关。



学出版社

浙江省社科联省级社会科学学术著作出版资金资助出版(编号: 2013CBB03)

法律方法比较研究

——以法律解释为基点的考察

陈林林 著

FALU FANGFA BILIAO YANJIU

法律方法的适用问题是一个宪法问题，它关系到立法和司法之间的权力分配；以法律解释、法律推理为主体形式的法律方法在一国司法过程中的运作状况，关系到裁判说理的样式和个案判决的质量，从而与法国的法治状况息息相关。

法学



185

当代浙江学术文库
DANGDAI ZHEJIANG XUESHU WENKU



浙江大学出版社
ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律方法比较研究:以法律解释为基点的考察/陈林林著. —杭州:浙江大学出版社, 2014. 8

ISBN 978-7-308-13603-7

I. ①法… II. ①陈… III. ①比较法学 IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 170942 号



法律方法比较研究——以法律解释为基点的考察

陈林林 著

责任编辑 曾建林

出版发行 浙江大学出版社

(杭州市天目山路 148 号 邮政编码 310007)

(网址: <http://www.zjupress.com>)

排 版 杭州林智广告有限公司

印 刷 浙江云广印业有限公司

开 本 710mm×1000mm 1/16

印 张 16.5

字 数 287 千

版 印 次 2014 年 8 月第 1 版 2014 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-13603-7

定 价 38.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部联系方式: (0571) 88925591; <http://zjdxcbbs.tmall.com>

目录

CONTENTS

1 前 言	1
1.1 概念与术语	2
1.2 文献综述	11
1.3 研究思路与框架	22
2 英国法律方法：形式化	26
2.1 形式主义与英国司法	28
2.2 形式主义、先例与普通法司法	35
2.3 形式性与制定法解释	47
2.4 形式化的制度背景及原因	55
3 美国法律方法：实质化	66
3.1 美国法的实质性取向	67
3.2 判例法解释的实质化	76
3.3 制定法解释的实质化	87
3.4 实质化的制度背景及成因	97
4 法国法律方法：程式化	109
4.1 法国法官的裁判风格	110



4.2	法国的法律解释	115
4.4	判例在法律适用中的地位	130
4.4	程式化的制度背景及成因	139
5	德国法律方法：理性化	147
5.1	理性化的表现与特征	148
5.2	德国的法律解释	152
5.3	先例的司法适用	167
5.4	理性化的制度背景及成因	181
6	中国样式：在有序与无序之间	187
6.1	传统与现代司法中的法律方法	187
6.2	经与权：古典法律解释的两种样态	188
6.3	名与实：古典法律解释的合理性取向	198
6.4	中国当代的法律解释检讨	208
7	反思：法律方法与法治	218
7.1	“通往正义的道路”还是“背叛正义的伎俩”	218
7.2	极权国家的法律方法论：拉伦茨与施密特	221
7.3	法制变态时期的法律解释：纳粹司法	227
7.4	法律方法与法治的陷阱	231
	参考文献	234
	索引	252
	后记	260

1 前 言

法官如何依据现有法律体系针对具体案件给出一个“正确的”判决,是当代法律方法研究领域的核心议题,并自 20 世纪 60 年代以来持续位居国际法律理论研究的前沿位置。各国法律方法的构成和运作,不但实践中存在着差异,理论上也一直存有争论。尽管存在着差异和争论,但国际法律理论界持有一个基本共识,就是:法律方法的选用问题是一个宪法问题,它关系到立法和司法之间的权力分配;^①以法律解释、法律推理为主体形式的法律方法在一国司法过程中的运作状况,关系到裁判说理的样式和个案判决的质量,从而与该国的法治状况息息相关。

裁判说理是现代法治国的标志之一,而法律方法是裁判说理的必备工具。达维德曾从比较历史的角度概括道:“判决必须说明理由这一原则今天是极为牢固地确立了……对于我们这个时代的人来说,这个原则是反对专断的判决的保证,也许还是深思熟虑的判决的保证。”^②1973 年德国宪法法院的一项决议明确规定,法官裁判必须“建立在理性论证的基础之上”^③。荷兰宪法在其第 121 条中亦规定,判决必须详细陈列依据和理由。但如何“说明理由”并实现“理性论证”,显然取决于法

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 315 页。

② [法]达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版,第 132 页。

③ Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal justification*, trans. by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford: Clarendon Press, 1989, preface, vii. 以下所引此书英文版的内容,在译法上皆参考了舒国滢先生根据德文版所译的中译本。



官适用法律的技术或方法。有鉴于此,美国联邦司法中心在《司法写作指南》(*Judicial Writing Manual*)中进一步申明:司法判决的任务是向整个社会解释、说明该判决是根据原则做出的好的判决,以说服整个社会,使人们感到公正满意。法院所“说的”和它又是“怎么说的”,同法院的判决结果一样重要。^①

因此,从比较法角度对西方法治发达国家的法律方法进行系统研究,在理论和实践两方面都具有重要意义。就理论效应而言,国内从比较法的角度对各国法律方法进行比较考察和系统分析的研究,迄今尚处于起步阶段。本书的研究内容,客观上能起到拓宽研究视野、填补理论空白的作用。就实践意义而言,法官能否合理运用各种法律方法得出正确的个案判决,既关系到当事人的权益保障、社会冲突的解决,也关系到司法公正、依法治国与和谐社会建设等大政方针。近年来中国法院所作的若干焦点判决,却招致了各界的批评,并引发了大范围的争议。如何分析、评判这些案件中法律方法和裁判说理的失当和缺陷,并为将来的类似案子提供指引,客观上需要一个法律方法体系作依据和指导。这一法律方法体系的建立和完善,既要立足于中国实际,更要汲取西方国家的理论成果、先进技术和实践经验,而这正是本书的选题旨趣和研究价值所在。

1.1 概念与术语

1.1.1 法律方法

在哲学语境中,方法是为实现特定目的而使用的手段、工具或方式。古希腊文中的“方法”,由“遵循”和“道路”两项词义构成,意谓给人们指出前进的路。方法论是关于方法的方法,是依据某种立场或观念,对各种方法进行界分、选择和排序而形成的关于方法的理论体系。这一区分也被法学家所移用,不过在法学语境中,存在“法律方法(论)”、“法学方法(论)”、“法律学方法(论)”三个词汇。在中文世界,

^① United States Judicial Center, *Judicial Writing Manual*, vi, 1999. 参见[美]杰克·万斯廷:《美国法官的工作》,载宋冰编选:《程序正义与现代化》,中国政法大学出版社1998年版,第307页。

这三个词汇经常被交替使用,进而引发了关于“法律/法学方法”的概念争论。^①

本书探讨的“法律方法”是指法律适用的方法——司法上的法律发现、法律续造和判决论证,具体包括法律解释、法律推理、法律修辞和法律论证等司法技术或方法。这一意义上的“法律方法”,相当于英语中的 legal method、德语中的 juristische methoden,不同于法学研究中所使用的方法,后者即“法学方法”。国内不少学者经常交替使用“法学方法”和“法律方法”,尽管这会引起误解、混淆并导致“思想上的不经济”。混用的缘由,主要在于法学原本包括了将一般性的法律规范适用到个案之中的实践智慧、技艺或学问。主张用“法学方法”来指称法律适用之技术和方法的学者认为,“法律方法”一词体现不出内在于法律适用中的那些技艺、学问和智慧,反而会给人一种简单地、机械地或技术化对待法律的印象。并且,在德语法学文献中,研究法律适用技术的著述多数以“法学方法论”的名义展开,例如拉伦茨的名著 *Methodenlehre Der Rechtswissenschaft*,中译本即译为《法学方法论》^②;齐佩利乌斯的相关著作冠名 *Juristische Methodenlehre*,中译本也译为《法学方法论》。^③ 特别要指出的是,该书在 2006 年推出德文第 10 版的同时,也出了一个题名为 *Introduction to German Legal Methods* 的英译本,^④书名中译就变成了《德国法律方法简介》。由此可见,德国学者所谓的法学方法,大致等同于英美语境中的法律方法。中国学者对法律方法和法学方法的交替使用,是有“出处”的。

必须指出,尽管法律方法和法学方法存在多方面的关联性,但若不加以区别地使用法律方法与法学方法,那么原本作为法学研究方法、探究普遍意义上的“法律是什么”的马克思主义方法、历史学方法、社会分析、经济分析和政治分析等方法,在某些语境中就会混同于界定特定个案相关的“法律是什么”的法律适用方法,并导致一些概念上的混淆和交流障碍。就此,也有学者建议用法律技术的概念,因为“技术”更为清晰地体现了司法上法律适用的性质与特色。技术意味着法律适用是

① 参见王夏昊:《法学方法论的概念及其地位》,《清华法学》2008 年第 1 期。姜福东:《为什么不是“法学方法”——与王夏昊先生商榷》,《浙江社会科学》2008 年第 10 期。王国龙:《“方法”称谓之争抑或法律观之争》,《求是学刊》2008 年第 5 期。戚渊:《裁判方法与法学方法》,《政法论坛》2009 年第 2 期。

② [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2003 年版。

③ [德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社 2009 年版。

④ Reinhold Zippelius, *Introduction to German Legal Methods*, trans. by Kirk W. Junker & P. Matthew Roy, Carolina Academic Press, 2006.



一项非常人所能胜任的事业,它需要一定素质、学说和经验。而方法多在认识论上使用,多指对事物的认识必须采取的基本立场与态度。比较而言,方法一词过于宽泛,无法揭示法律适用所特有的专业性质。在司法过程中,方法与技术代表了不同的内容:方法指称法官对法律的认识与理解,是法官为何会作出该种判断的认识前提;技术指法官采用的解决个案纷争的具体手段与技艺;就司法决定来说,技术代表了一种固化、稳定的准则,是约束法官的有效工具。方法虽然也有一定的客观性,但主要是用来认知法律本身的;法律技术在学界早已使用,代表着法律适用的实践技艺,是法律工作所必需的基本手段。^①

法律适用是一门实践智慧,如果说以“法学方法”命名之有形而上的色彩,那么“法律技术”就给人有过于形而下的印象。事实上,英语“法律技术”(techniques of law)就专指实践技能,例如具拟诉状、取证、解释法律等,以达到自己想要的结果。^② 不过,虽然法律方法的运用,在某种意义上诚然是一种“技术性”活动,但实践智慧并不等同于技术,因为后者的本质仅是制作或生产出东西,只是工具或生产手段。实践智慧的目的就是践行本身,它涉及社会行为的价值与意义。^③ 司法过程既不是科学也不是技术,采用法律技术一词,是有违司法过程本质的。为界定法律方法与法学方法之相互关系,另有学者另辟蹊径,提出“法律学方法”一词,作为法律方法和法学方法的上位概念。^④ 还有学者建议用“法律方法”、“司法方法”等词,以指称法律适用方法。但依“奥卡姆的剃刀”原理,没有出现新的实体,就不得——实际也是没有必要——创设新的概念。因此,本文以为用“法律方法”或“狭义的法学方法”,来指称获取“与个案相关的特定法律”的法律适用方法,而广义的“法学方法”既包括法律方法又包括法学研究、认识法律——普遍或曰一般的法——的方法,是可以避免无谓的概念之争,并实现理论上的无障碍交流。

在界定法律方法的内涵之后,还需进一步厘清其外延。英美文献中的法律方法研究偏向于实务,例如汉森就认为,法律方法的技能包括如下内容:处理、应用和解释判例汇编、立法和委托立法、一般性条约;论证的建构和分解;解答法律问

^① 参见胡玉鸿:《方法、技术与法学方法论》,《法学论坛》2005年第1期;陈金钊:《裁判方法的概念及其意义》,《求是学刊》2008年第5期。

^② [英]沃克:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织翻译,光明日报出版社1989年版,第875页。

^③ 参见舒国滢主编:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2007年版,第25页。

^④ 林来梵、郑磊:《关于“法律学方法论”——为了一个概念的辩说》,《法学》2004年第4期。

题,包括难题型问题和论文型问题;法律阅读与法律写作技能;口头论辩技能。^①德国学者所讨论的法律方法,则相对全面、理论化和体系化,包括法概念和法规范的理论、法律解释的一般理论、案件事实的建构、法律推理、法律续造的方法等。^②此外,作为判决说理和证立个案裁判规则的手段,利益衡量、法律论证、法律修辞等技术和方法,以及法律思维、法律渊源,也被视为是法律方法的题中之义。^③上述外延存在一些重合或交集,并且在重要性方面不一致。不过,通过对相关著述的比较、归纳,并关照中外各国的法律实践,不难发现法律解释是最受关注的一种法律方法。甚至可以说,法律解释的研究历史和法律方法的发展史一样长,关于法律解释的研究,是法律方法研究领域中最重要、最繁荣的一部分。鉴于法律方法在种类上的多样性,以及法律解释的重要性和代表性,本文将以“法律解释”为关键词或基点,对各国法律方法的风格及成因展开比较研究。

1.1.2 法律解释

任何类型的文本若要为人们所理解,首先要进行解释。这对法律适用意味着,任何法律、具体的法律规定、先例以及受合同约束的协议,在恰当地予以适用或执行之前,都需要进行解释。^④对于“何谓法律解释(学)”,似乎无须展开讨论,但从比较法的实践观之,不同法律体系中的学者和实务工作者的理解其实并不相同。而本书所指的法律解释,不限于通常所谓的个案解释,而是概括地指称法官或法院对广义的法律之含义所做的解释和说明。

法律解释旨在阐明法律明文规定的内容,以及发掘隐含在字面背后的规范评价。一般认为,法律解释有以下几个特征:1) 解释的任务,是解决“法律的一般性”与“案件的个别性之间”的落差。一般性的法律与个别性的案件,总是存在着“词与物”式的不对称,并且,个别总是大于一般。这被认为是法律解释发生的根本原因。尽管在法律与案件、规则与事实之间,也存在着过去与当下的时间落差。但在法律解释中,这一落差的意义小于一般与个别之落差的意义。2) 在解释实践中,法律

① [英]沙龙·汉森:《裁判方法与法律推理》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第7页。

② [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版。[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版。

③ 陈金钊主编:《裁判方法论》,中国政法大学出版社2007年版。焦宝乾:《法律论证:思维与方法》,北京大学出版社2010年版。

④ [德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第323页。



解释的对象首先是有拘束力的文本,包括成文法典、判例和其他权威性资料。从解释学的视角分析,既然法律由文本表现,这就面临着要理解文本,就要会做出解释的问题。3) 法律解释是规范性的独断性解释。规范性是指解释的结果具有调整、规制或指导一般行为或个案裁判的作用,在效用与效力上类似于法律规范。4) 法律解释是关联个案所做的解释。从法律解释的发生、展开过程而言,严格意义的法律解释,与其说是法律条文不清楚引起的,倒不如说是适用者不能直接地将法律条文适用于个案时才存在。^① 因为法律条文是否“清楚”这个问题,只有关联个案才有意义。因此拉伦茨指出:解释乃是一种媒介行为。^② 借此,解释者将他认为有疑义文字的意义,变得可以理解。对于法律适用者而言,唯有在讨论特定法律条文对个案事实是否适用时,规范文字才会遇到“是否变得有疑义”这样的问题。因此在英美和大陆法国家,法官都是在审理个案的过程中从事法律解释的。

中文语境中的法律解释,其外延实际非常广泛。学界一般认为,法律解释通常指:1) 司法主体“在适用法律的过程中”,对个案相关的法律所作的理解和说明,包括裁判说理、批复、电话答复等;2) 最高人民法院和地方高级人民法院针对如何理解、适用法律,所发布的司法解释或指导性意见。在英美国家,法律解释特指法官在个案判决中对制定法所做的解释,即“制定法解释”,以及针对先例所做的“判例法(普通法)解释”。至于最高人民法院事先发布的一般性的、抽象的“法律解释”,在英美国家看来根本不是“解释”,而是“司法立法”。不过,“存在的总是有理由的”,在进行比较研究时,本书还是将所有不同类型的“解释”,进行分析讨论。

在学术界,学者还对“法律解释”和“解释法律”进行了区分,认为这二者是两个完全不同的概念。法律解释所针对的是法律的具体规定或与法律相关的具体事实,因而是一个法学命题。解释法律是要探求法律这一社会现象的根本性问题,是需要用哲学方法来说明法律适用的过程,因而是一个哲学命题。^③ 此种意义的“法律解释”对应的,是应用层次的法律解释学;“解释法律”对应的,则是理论层次的法律解释学,即法律诠释学。^④ 法律诠释学认为法律解释必然是一种带有先见的理解,而理解是法律文本与理解者两个世界的沟通。法律适用者在沟通发现或创设

^① 参见郑永流:《出释入造:法律诠释学及其与法律解释学的关系》,《法学研究》2002年第3期。

^② [德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第191页。

^③ 谢晖:《解释法律和法律解释》,《法学研究》2000年第5期。

^④ 陈弘毅:《当代西方法律解释学初探》,《中国法学》1997年第3期。

判决依据的立场,因此,“解释”绝不限于借助各种解释方法,去寻求判决与法律的一致性。如学者所言,法律诠释学看重理解者的主观态度,它弱化了法律文本解释的标准,也淡化了法律文本的作者意图。因此,法律实践中的正当性或地位,也是有争议的。“法律解释”与“解释法律”之区别,清楚地呈现在(表 1-1)对法律解释学和法律诠释学的界分之中。^①

表 1-1 法律解释法和法律诠释学比较

	法律解释学立场	法律诠释学立场
学科基础	科学实证分析	历史精神人文
主客体关系	主客体分立	主人本性或主体间性
解释对象	制定法规范	理解者与立法者的关系
法官角色	尽量中立	价值有涉前理解是非感
解释目标	规范的客观确定含义	判决的合理性可接受性
解释过程	使个案适应规范	规范与个案相互调适
解释方法(式)	字义,逻辑-系统,历史	理解者与立法者对话
优先价值	平等确定性法治分权	个别正义实体公正民主
解释结果	非此即彼	不仅……而且……也是

1.1.3 形式主义与实质主义

形式与实质是法律中的一对基本范畴,也是认识、讨论不同法律方法和司法风格的一对工具性概念。马克思·韦伯曾从合理性的类型出发,将法律区分为四种类型:形式合理性的法、形式非理性的法、实质合理性的法、实质非理性的法。^② 法律适用过程中的形式正义与实质正义、普遍正义与个别正义、形式合理性与实质合理性,也历来是法律方法研究的题中之义。形式合理性要求法官以“一般涵摄特殊”的规范适用方式,将既定的、抽象的实在法规则适用于个案裁判中,它关注的是判决的形式依据或曰合法性问题。实质合理性则要求法律适用和判决结果应当符合法律之外的某种一般性原则和标准,例如宗教或道德规范、贸易习俗、政治和经济后果等等。合理性按其不同的实体取向,可再分为目的合理性和价值合理性,并

^① 表 1-1 引自郑永流:《出释入造:法律诠释学及其与法律解释学的关系》,《法学研究》2002 年第 3 期。

^② cf. *Max Weber on Law in Economy and Society*, trans. by Edward Shils & Max Rheinstein, New York: Simon and Schuster, 1967, p. 61.



在实质合理性内部形成一种张力。^①

在现代法治国语境中,当法官作出判决或采取其他法律行动时,其主要依据必定是制定法或判例这样的形式性依据,从而其法律适用方法总体呈现为一种形式化或形式主义趋势。形式性依据是一种权威的法律依据,法官据此被授权或要求以其为基础作出判决或采取行动。这类依据具有某种程度的强制性,在法律适用的过程中优先于其他任何相反的实质性依据。举例说,倘若一条规则的存在,被看作是一个用来按照规则所规定的方式进行审判的形式依据。那么在法律适用过程中,规则的存在是拒绝考虑相反的实质性依据的一个形式依据。当然,这并不是说,在任何案子中都不得考虑那些实质性依据;而是说,一个形式性依据的角色通常就像一道屏障,或明或暗地将尚未整合入规则的实质性依据从决定过程中隔离出去。^②恪守或尊重形式性依据的法律方法或司法,一般被冠之以“形式主义”法律方法或司法,例如英国的司法风格。因此,此处的形式主义是一个中性词,并无贬损之意。

实质依据是指道德的、经济的、政治的、习俗的或者其他社会因素。例如,如果法律尚未规定:在给定情形中,存在一条“有效规则”,即A应当赔偿给B造成的损害。那么,A故意伤害B这一事实,是判决A应当依法赔偿对B所造成的损害的一个实质依据。中国法上的“二奶遗赠案”,以及日本的四大公害诉讼,就是实质主义司法的范例。20世纪60年代末期,日本社会在高速发展的过程中发生了严重的环境污染危机。在四大公害案件的审判过程中,日本法院系统在面对惨不忍睹、求助无门的公害受害者时,果敢地站在愤慨的社会公众一边。法官以“透过裁判的法形成”方式改造了侵权法上的因果关系和举证责任规则,并据此判决原本逍遥法外的大企业——包括一些遵守了排污标准的污染企业——向受害人承担赔偿责任,进而促成了日本的公害健康被害补偿立法。^③实质性依据在司法过程中的运

^① Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Köln, 1964, p. 18. 转引自[德]哈贝马斯:《交往行为理论I·行为合理性与社会合理性》,曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第163页。麦考密克(MacCormick)将这两种合理性简括为“倾向于达到某种值得期待之目的或结果的行动”,以及“本身是对的或好的行动”,see Neil MacCormick, “The Limits of Rationality in Legal Reasoning”, ed. in *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 190.

^② Cf. P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1987, pp. 1-2.

^③ 参见[日]山本佑司:《最高裁判所:日本司法50年》,孙占坤、祁玫译,北京大学出版社2005年版,第252-273页。

作通道,是司法官的强的自由裁量权限。因此对实质性依据的动用方式和运作幅度,经常取决于法官的裁量权限、在一国法律体系中的权威性地位。另外,如果立法者或法官将个案中的实质性因素或依据,整合入现有法律体系而成为一条法律规则(或者法律的其他形式),那么判例和新法规就会形成一条“有效规则”,进而形成一种新的形式性依据,成为形式的法律推理的一个新渊源。

形式主义或实质主义的法律适用风格,在成因方面较为复杂。从法律方法论的角度分析,这两种风格皆可追溯至法律论证理论上之两种“元方法”或曰“基本进路”：“公理取向”的证明性论证,以及“论题取向”的论辩性论证。证明性论证强调“必然地得出”,它预设法律是或者应当被看作是一个完备的体系;实在法可以构成一个几何学般的公理体系(Axiomatic System),运用逻辑演绎的方法可以从“必然地”得出系争案件的法律结论,因而在法律适用呈一种“权威—形式—命令式”的样态。论辩性论证旨在寻求“有条件地成立”,它认为局限于实在法之内的单纯逻辑涵摄或形式推理,是一种误入歧途的做法。相反,法律适用中规范和事实之间的不匹配问题,只能经由“论题学(Topic)”方式得到结论,即经由一种“特殊的问题讨论程序”,为结论找出一些“足以”使其正当化的观点与依据,因而该种论证活动较富“论辩—实质—对话式”的色彩。^①

自马克思·韦伯用“卡迪审判”描述传统中国法的运作样式后,“形式非理性”、“常识性的正义平衡”、“法治的对极”和“反逻辑”就逐渐成为了解读中国传统司法的若干关键词。^② 不过,这种判断忽略了两个基本事实:第一,司法的本质是遵循预先设定的一般性规范,并以内在于规范体系的标准来判断、审理案件,而非根据

① 对法学上之“公理体系”的描述与批判,与对论题学观点的概要介绍, see Julius Stone, *Legal System and Lawyer's Reasoning*, Stanford: Stanford University, 1968, p. 330. 关于法律论题学理论之开宗人物菲韦格(Theodor Viehweg)的学说,参见[德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第277-279页;拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第25-27页。与一般译法相左,陈爱娥女士在此书中将“论题学”译为“类观点学”。另外,也有学者将其译为“论点(学)”,例如郑永流译《法律思维导论》([德]恩吉施著,法律出版社2004年版)。

② 相关论断分别见之于:[德]马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第233、263页;《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1997年版,第120页以下。[日]滋贺秀三:《中国法文化考察》,王亚新译,载王亚新、梁治平编:《明清时期德民事审判与民间契约》,法律出版社1998年版,第13页以下。[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第99页。贺卫方:《中国古代司法的三大传统及其对当代的影响》,《河南政法管理学院学报》2005年第3期。



个别案件的具体情况“就事论事”。这是司法的常规性作业,在中国传统司法话语中,被称为“经”或“守经”。因此,只要承认中国古代存在“司法”,那么所谓“形式非理性的司法”,就是一些“不发光的火”、“没有声音的乐曲”这样的病句。第二,中国传统司法历来有严格适用法律、追求形式理性的一面。早在公元3世纪,《晋律》就规定“律法断罪,皆当以法律令正文”。《唐律》进一步规定“诸断狱皆须具引律令格式正文,违者答三十”。因此,即便是董仲舒式“必本其事而原其志”的春秋决狱,也要求断案首先以律法为根据,其次才能考虑系争案件的情节和情状。

事实上,以“形式非理性”概括成果传统司法是偏颇的。中国古代的一些清明书判(例如《名公书判清明集》、《徐公臧词》),都能够既具引法条、照例行事又不拘泥于条文字句,做到体察法意并调和人情。即便是在一些“律无正条”的疑难案件中,司法官的伦理道德智慧、常识性正义和个体价值判断的运用也是有节制的:他必须参照相关的律令条例、通过对律法的合理化解释,才能将涉案的各种实质性因素和价值判断考虑进来。宋神宗年间的“阿云之狱”,就是一个典型个案。^①

可以说,在“常和变”、“形式和实质”之间保持平衡,也是中国哲学的一个基本思想,也是中国传统司法的一个基本取向。对中国传统法官而言,恪守律法、追求形式正义就是“守经”。当出现了立法者未曾预见的变故,遇到了律法难以解决的非典型案子时,司法者就必须变通规则,进行“权变”。权论的代表人物、北宋律学博士傅霖在《刑统赋》中指出,“情有万殊,事有万变,法岂能尽情、人之事哉?”对此司法官须应于事变,做出新的选择,借以完善法律。中国传统司法的守经和行权观,道出了和西方法律理论相通的理念:法律适用必须在形式和实质之间寻求一种平衡。法律以永恒不变的原则为基础,同时又必须具有足够的应付特殊情形的灵活性;法律必须在永恒不变的规则与变化无穷的人类生活之间保持平衡。^②

当罗斯科·庞德站在现代世界的门槛上宣布“法律必须稳定,又不能一成不

① 丘浚:《大学衍义补》卷108。沈家本:《寄簪文存》卷四“阿云之狱”。史学界和法学界对阿云之狱的研究,大抵不出“古代自首制度”、“律敕之争”或者“变法和保守之争”的大议题,而本文可视为是一次微观分析的尝试。前述代表著述参见,赵晓耕:《自首原则在宋代的适用——阿云之狱》,载《中国审判》2007年第5期;郭成伟:《从阿云狱的审理看宋神宗年间的“敕律之争”》,载《政法论坛》1985年第4期;郭东旭:《论阿云狱之争》,载《河北学刊》1989年第6期。

② 这种观点系统地见之于傅霖《刑统赋》,参见[美]蓝德彰:《宋元法学中的“活法”》,李明德等译,《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版,第305页以下。

变”这条法律思想的金科玉律时,^①他在某种意义上不过是重申了 900 年前北宋《刑统赋》中坚持原则又灵活运用的权(变)理论。当然庞德亦不必气馁,若通览中国传统司法的权论,他会发现这其实是一种有思想而无方法、有洞见而无技术的法律适用理论。尽管历代贤人的那些清明书判,能够既具引法条、照例行事,又不拘泥于条文字句,做到体察法意、调和人情,但中国古代法官始终未能提供一种系统的方法论指引。相反,大约在傅霖创作《刑统赋》的前后(11 世纪末和 12 世纪),西方的法律方法论,包括法律逻辑、论题、推理类型、抽象概括度以及使具体与普遍、个案与概念彼此发生关联的各种技术,开始兴起并自觉地将法律予以系统化,并为法学成为一门自主科学创造了关键性条件。^②因此不得不承认,在对形式和实质的处理中,通过对比西方法学和司法在近代以来所取得的成就,使人们看到法律方法和技术上的缺失,是中国传统司法和法律理论的一个明显缺憾。本文也将通过对中国代典型事例及法律适用方法的讨论分析,来检讨古人在处理形式和实质这一对范畴方面的遗产。

1.2 文献综述

1.2.1 国内研究

法律方法目前是国内法学理论的一个研究热点,并吸引了大量法律实务工作者的参与。20 世纪 90 年代以来,法学界对法律解释学的关注和研究,^③开启了法律方法研究的序幕。随着相关研究的深入,国内学者自觉地围绕法治建设,开始构建与论证适合中国法治需要的、回应法律实践问题的法律方法体系。研究主题逐

① 参见[美]罗斯科·庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 2 页以下。原译者将此句译成了“法律必须稳定,但又不能静止不变”。

② H. J. Berman, *Law and Revolution*, pp. 163-164. 转自梁治平:《寻求自然秩序的和諧——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 318 页。

③ 这一时期的代表性著作如下:徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社 1992 年出版;郭华城:《法律解释比较研究》,中国人民大学出版社 1993 年出版;梁治平编:《法律解释问题》,法律出版社 1998 年版;董皞:《司法解释论》,中国政法大学 1999 年版;陈金钊:《法律解释的哲理》,山东人民出版社 1999 年出版;张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社 1999 年版。



渐从法律解释,扩散、深入到法律逻辑^①、法律推理^②、法律论证^③、法律修辞^④、法律语言学^⑤、一般法律方法论^⑥、部门法律方法论^⑦、指导性案例制度^⑧和古代司法方法^⑨等各领域,出现了大量有关法律方法的论文、译著和专著。由中国政法大学、

① 代表性专题著作有,刘春杰:《论证逻辑研究》,青海人民出版社2000年版;雍奇:《法律适用中的逻辑》,中国政法大学出版社2002年版;梁庆寅:《法律逻辑研究》,法律出版社2005年版。

② 代表性专题著作有,解兴权:《通向正义之路——法律推理的方法论研究》,中国政法大学出版社2000年版;张保生:《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社2000年版;王洪:《司法判决与法律推理》,时事出版社2002年版;张骥:《法律推理与法律制度》,山东人民出版社2003年版;陈锐:《法律推理论》,山东人民出版社2006年版;沈琪:《刑法推理方法研究》,浙江大学出版社2008年版;郑成良:《司法推理与法官思维》,法律出版社2010年版。

③ 代表性专题著作有,焦宝乾:《法律论证导论》,山东人民出版社2006年版;陈林林:《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》,中国政法大学出版社2007年版;焦宝乾:《法律论证:思维与方法》,北京大学出版社2010年版;侯学勇:《法律论证的融贯论》,山东人民出版社2009年版。

④ 赵静:《修辞学视阈下的古代判词研究》,巴蜀书社2008年版。

⑤ 专题性著作有,廖美珍:《法庭问答及其互动研究》,法律出版社2003年版;廖美珍:《法庭语言技巧》,法律出版社2005年版;李立:《法律语言实证研究》,群众出版社2009年版;杜金榜:《法律语言研究新进展》,对外经贸大学出版社2010年版。

⑥ 代表性专题著作包括,胡玉鸿:《法学方法论导论》,山东人民出版社2002年版;李可、罗洪祥:《法学方法论》,贵州人民出版社2003年版;陈金钊:《法治与裁判方法》,山东人民出版社2004年版;孔祥俊:《裁判方法论》,人民法院出版社2006年版;陈金钊:《裁判方法论》,中国政法大学出版社2007年版;刘治斌:《裁判方法论》,山东人民出版社2007年版;胡玉鸿:《法律原理与技术》,中国政法大学出版社2007年版;舒国滢:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2007年版;郑永流:《裁判方法阶梯》,北京大学出版社2008年版;孔祥俊:《司法哲学与裁判方法》,人民法院出版社2010年版;赵玉增:《裁判方法:基础理论研究》,山东人民出版社2010年版。

⑦ 代表性专题著作有,曾兴粤:《刑法学方法的一般理论》,人民法院出版社2005年版;任成印:《民法方法论》,中国检察出版社2005年版;梁根林:《刑法方法论》,北京大学出版社2006年版;陈兴良:《刑法方法论研究》,清华大学出版社2006年版;李希慧:《刑法解释论》,中国人民公安大学出版社1995年版;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版;孙健波:《税法解释研究》,法律出版社2007年版;郑贤君:《宪法方法论》,中国民主法制出版社2009年版;林来梵:《宪法审查的原理与技术》,法律出版社2009年版。

⑧ 代表性专题著作如下,徐景和:《中国判例制度研究》,中国检察出版社2006年版;汪世荣:《判例与法律发展》,法律出版社2006年版;韩大元:《中国宪法事例研究》,法律出版社2009年版;刘风景:《判例的法理》,法律出版社2009年版;沈德咏:《中国特色案例指导制度研究》,人民法院出版社2009年版。

⑨ 代表性专题著作包括,谢晖:《古典法律解释的哲学向度》,中国政法大学出版社2005年版;顾元:《衡平司法与中国传统法律秩序》,中国政法大学出版社2006年版;徐忠明:《案例、故事与明清时期的司法文化》,法律出版社2006年版;陈新宇:《从比较援引到罪行法定》,北京大学出版社2007年版;刘素贞:《判词语体论》,巴蜀书社2009年版;管伟:《中国古代法律解释的学理诠释》,山东大学出版社2009年版;陈金全、汪世荣:《中国司法传统和传统司法》,陕西师范大学出版社2009年版;胡兴东:《中国古代判例法运作机制研究》,北京大学出版社2010年版。