

舒国滢◎主编

第二卷

法学方法论论丛

### 稿约

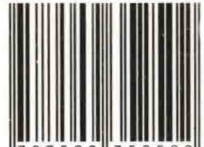
中国政法大学法学院法学方法论研究中心以追踪国际法理学研究前沿、完善中国政法大学法学院的法学学科体系、彰显法学方法论研究在中国法学教育和研究领域的意义为目的。研究中心目前的主要活动有：收集并研究国外法学方法论资料；收集并分析中国经典案例；每年组织有关法学方法论的专题研讨会；每年派人参加全国的法学方法论论坛的学术会议；编写法学方法论的教材及其案例汇编；拓展各种合作研究与交流的途径。中心以舒国滢教授为顾问，王夏昊教授任主任。

“水常无华，相荡乃成涟漪；石本无火，相击乃发灵光。”中心主办《法学方法论论丛》，旨在为中国当下日益趋热的方法论研究提供高端平台，为方法论传统的拥护者与反对者提供交流与互辩的阵地。论丛设“专题”、“论文”、“评论”、“案例指导与指导案例”等常规栏目，并视每期情形设其他栏目。论丛竭诚向各位学界同仁征稿，稿件篇幅、体例不限，以质取胜、择优刊用。有意投稿者请将稿件发至论丛专用邮箱legalmethodology@126.com，感谢赐稿！

上架建议

法学理论

ISBN 978-7-5093-5250-2



9 787509 352502 >

定价：40.00元

Archiv für juristische Methodenlehre

# 法学方法论论丛

第二卷

舒国滢◎主编

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

**图书在版编目 (CIP) 数据**

法学方法论论丛·第2卷 / 舒国滢主编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5250 - 2

I. ①法… II. ①舒… III. ①法学 - 方法论 - 文集  
IV. ①D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 045687 号

策划编辑 陈 兴

封面设计 李 宁

---

**法学方法论论丛·第2卷**

FAXUE FANGFALUN LUNCONG. DIERJUAN

主编/舒国滢

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787×1092 毫米 16

版次/2014 年 5 第 1 版

印张/16 字数/276 千

2014 年 5 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5250 - 2

定价: 40.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66071862

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 66032926)



卷首语



## 法律论证理论的歧路徘徊

### ——在理论与实践之间

新一卷的论丛终于面世了。本卷所刊的论文有的是从实践的问题出发，有的是从理论的视角切入，但多多少少都围绕着法律论证领域的相关问题展开。

在这一卷里，我们能读到欧陆法律论证理论的知名学者中的集大成者的扛鼎之作。《法律论证的基础》一文是由法律论证理论的三剑客——芬兰坦普雷大学教授奥利斯·阿尔尼奥（Aulus Aarnio）、德国基尔大学教授罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）（已退休）和瑞典隆德大学教授亚历山大·佩彻尼克（Aleksander Peczenik）（已故）——于上个世纪八十年代初合作写就的。有意思的是，三位“波罗的海之子”的姓或/和名都以字母 A 开头，因而有时他们也被简称为“3A”。“3A”同时喻示着这一领域的三座高峰。这篇实则由三篇论文组成的长文成功地将法律论证理论推向了一个新的高度，也成了一个时代的经典文本。另一文《法律论证理论》的作者对于圈内的中国读者而言同样不陌生，他是德国法兰克福大学教授、国际法哲学与法社会学协会（IVR）德国分会的现任主席乌尔弗里德·诺依曼（Ulfrid Neumann）。作为法律诠释学之集大成者阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）的高足，诺依曼教授在这篇文章中开启了建构法律论证理论的另一可能，可谓相映成趣。

在这一卷里，我们同样能读到国内同仁对于相关理论的论述。我国台湾地区学者吴从周基于民法案例，对法感在法官裁判中的地位进行了考察。柏林自由大学李君韬博士对耶林（Rudolf von Jhering）“对抗侮辱行为的法律保障”进行解析，着重于其对十九世纪末期的人格权保障问题所作出的回应。房文翠教授、黄伟文博士、王志勇博士都对法律领域的客观性问题进行了分析，只是前两者的合作论文更多是从对法律现实主义的批判着手，涉入了本体论问题；而后者则在法官释法的语境中进行讨论，更多在方法论的维度上展开。宋旭光博士借由对图尔敏（Stephen Toulmin）与黑尔（R. M. Hare）之争的考察，讨论道德论证的方法

可以说，从赫玛格拉斯对于特定问题与不特定问题的区分开始，到亚里士多德对于实践智慧和理论智慧的界定，爱智慧的古希腊先哲已经在知识论和方法论上为日后的论争奠定了基础。他们虽然并没有忽视对于实践的关注，但是他们更为关注的还是一般性的理论问题。而明智的古罗马法学家更倾向于处理特定问题。其中的精妙之处，就在于他们能够运用那种可被不严格地称为法律决疑术的方法，为具体的个案找到一个更加有说服力的解决方案。接着，在中世纪法学家那里，我们看到了和古罗马同行们所不一样的精神气质。注释法学家们所运用的工序完全是经院主义的技术，也因此更为抽象化。紧随其后的评注法学家们一方面需要完成对法学的科学化改造，另一方面还要将这些规范应用于实践的具体难题之中去，这种内在张力决定了它必然遭遇理论上的危机。亚里士多德作品的重新发现，伽利略、牛顿等科学巨子的作品出版，都给法学的科学化与体系化提供了更好的理由。自从17世纪以来，以自然科学和几何学为范式的“法律公理体系之梦”就成为了诸多学者的选择。这样的努力从莱布尼茨（Leibniz）开始，经由萨维尼（Savigny）、普赫塔（Puchta），在潘德克顿学派那里达到了顶峰。但他们试图用公理推演代替实践论题的做法，却无疑有将获得理论纯知与解决实践问题的方法混同之虞，因而能否获得成功殊值质疑。虽然探寻的旅程远未结束，但问题的答案已经日渐清晰。从历史的演进来看，对于前述问题的讨论，不同的时代有着不同的方式和方法。而在我看来，法律论证理论的发展也一直处于在实践与理论之间相互徘徊的过程之中。

坠入西方法学的历史长河里，时时穿梭竟不知疲惫；置身浩渺卷册中遗落的思维线索，爬梳剔抉却自乐于此；面对经典文献太多次的眷念回眸，醉梦斯途也痴迷不返。历史划下的思想印记和思想巨擘留下的古老药方，于今日的问题来讲，也许并不能药到病除、效如桴鼓，但却是我们赖此而解疑答惑的思想根基。过去固然是历史的一部分，当下也未必不是正在行进的历史。就此而言，本卷中的这些篇什，无分其是作于数十年前抑或现今，无分其是从西方传统出发抑或受到中国语境触发，也无分其作者是学界先贤抑或后进，都构成了这历史的一部分，都有其不容忽视的价值。

探索之路漫漫无期，求真旅程注定孤寂。但幸赖有各位同仁相与为伴，虽百舍重茧，亦有自在！

舒国滢，于风瀛斋  
2014年1月14日

论问题，并强调了方法论的选择对于理论建构的重要性。在论证实践的层面，胡昌明法官分析了我国法院系统中长期存在的“终审不终”现象，孙光宁副教授以布朗案为例分析了道德说教策略和社会学分析策略在基本权利的论证中的运用，黄泽敏博士则简述了我国指导性案例中裁判要点的判决理由地位。

法律论证理论在国内的引介和研究已有一段历史。而今，不仅罗伯特·阿列克西、奥利斯·阿尼尔奥、亚历山大·佩彻尼克、尼尔·麦考密克 (Neil MacCormick)、伊芙琳·菲特丽丝 (Eveline T. Feteris)、特奥多尔·菲韦格 (Theodor Viehweg) 等法学家的论证理论已经得到了更为充分的研究，而且包括斯蒂芬·图尔敏、沙伊姆·佩雷尔曼 (Chaim Perelman)、冯·爱默伦 (Frans H. van Eemeren)、道格拉斯·沃尔顿 (Douglas Walton) 等哲学家的论证理论也更多地为人所知。忆及十余年前，笔者不惜愚力译介阿列克西教授的《法律论证理论》的情形，也只能谓之“筚路蓝缕、甘苦自知”了。阿列克西这部充满了艰深理论和闪光智慧的煌煌大作，对于诸多并不熟悉这一传统的学者，诸如那时的我们而言，不仅难懂，甚至难读。今天一切都已不同。尤其令人欣慰的是，有了更多的年轻学者选择以法律论证理论作为研究方向，深耕于这块之于国际法学界而言也是方兴未艾的沃土，他们不仅仅满足于移译国外著作，也开始着力于实践问题的妥当解决和自身理论的自觉建构。

但这些都还不是我所关注的重点。正如笔者曾经指出的那样，关于法学方法的古今两问，也就是所谓的“拉伦茨问题”和“菲韦格问题”，一直指引着我最近几年的研究方向。法学到底是一门什么样的学问？它更多地是一种理论取向的一般研究，还是更为关注实践旨趣的具体问题？或者更明确地说，作为法学家或者法律人，我们到底应当以一种什么样的方式或方法来更有说服力地研究那些法学难题？在我看来，这是每一个研究法律论证理论的学者所不能忽略的“元问题”。

为了回答这一关键问题，我曾从“修辞学” (Rhetorica)、“开题术” (ars inveniendi)、“论题学” (Topica)、辩证法 (technē dialektikē 或者 Dialectic)、“争点论” (die Statuslehre, Stasis-theory) 和“决疑术” (Casuistry) 等古老方法论的渊源历史开始追溯，梳理清楚了此诸多种方法在赫玛格拉斯 (Hermagoras)、亚里士多德 (Aristotle)、西塞罗 (Cicero)、昆提利安 (Quintilianus) 等古希腊、罗马的先哲们以及中世纪诸多学者那里的界定和论述。接着，我又从古罗马时期的 *Jurisprudentia* 开始追问，寻找罗马法学成长中的方法论因素，探究波伦亚注释法学派的方法与风格以及评注法学派的兴盛与危机，近来又尝试厘清欧洲人文主义法学派的方法论与知识谱系。

# 目 录

## 卷 首 语

法律论证理论的歧路徘徊

——在理论与实践之间 ..... 舒国滢 / 3

## 专题：法律论证的元理论

法律论证的基础 ..... [芬兰] 奥利斯·阿尔尼奥、

[德] 罗伯特·阿列克西、

[瑞典] 亚历山大·佩彻尼克 著

(冯威 译) / 5

I. 法律中的变形 ..... / 10

II. 法律变形在理性法律商谈中的证成 ..... / 31

III. 论法律教义学中解释断言的真理性与有效性 ..... / 50

法律论证理论 ..... [德] 乌尔弗里德·诺依曼 (赵静 译) / 72

## 论 文

初探法感 (Rechtsgefühl)

——以民事案例出发思考其在法官判决中之地位 ..... 吴从周 / 95



## 法学方法论论丛

### 法学建构与十九世纪的人格权论述

——对耶林《对抗侮辱行为的法律保障》之解析…………… 李君韬 / 127

### 法律的客观性与确定性

——法律现实主义批判…………… 房文翠 黄伟文 / 159

### 法官释法中自由裁量的客观性

——以法学方法论为视角的探讨…………… 王志勇 / 177

### 道德论证的方法论问题

——图尔敏与黑尔之争…………… 宋旭光 / 192

## 评 论

### “终审不终”现象的成因与消解

——确立司法终局性的法律和社会双重路径…………… 胡昌明 / 211

### 基本权利的论证策略及其运用

——以布朗案为例…………… 孙光宁 / 225

## 案例指导与指导案例

指导性案例裁判要点的判决理由地位…………… 黄泽敏 / 241

## 专题：法律论证的元理论

### 编译者按：

按照维尔纳·克拉维茨教授（Werner Krawietz）的说法，“法律论证（推理）理论”不过是对传统法律论证学说与法律方法论的一种更为时髦的称谓。当然，称谓的变更在一定程度上意味着重心的迁移：当代法律论证理论的首要任务在于，为法律判断与裁判的理性证立确认或者设立规则。实际上，从事法律实践以及实践法学（或曰法律教义学）的人们——即法律人或法律专家——对于法律论证规则向来并不陌生。譬如传统法学方法论上的法律渊源清单、法律解释规范，对他们来说都是理所当然、不证自明的。又由于法律人的日常实践必然是在某个现行有效的法律体系内展开的，具有体系依赖性 or 体系相关性，因而法律理论与法哲学上聚讼纷纭的众多难题——诸如“法律是什么”与“法律应当是什么”的问题，规范体系及其效力问题等——对于法律人而言或多或少也是理所当然、不证自明的。

可以说，法律论证理论首先针对的是上述第一种“不证自明”，即论证规则。在阅读以下四篇译文的过程中，读者将会发现：法律实践中很少存在现成的三段论演绎，有的却是各式各样的逻辑“跳跃”；许多既定的法律渊源清单与解释规范，不过是一种非演绎性的“变形规则”。而这些“跳跃”及其相应的变形规则并不是不证自明的。换言之，法律论证的规则本身需要得到证立！法律论证理论的重要功绩之一，就在于揭示了法律论证的这一深层结构。这也意味着，我们有待对“实践理性”、“真理”、“融贯性”、“共识”、“有效性”乃至“生活方式”（间接地也包括“合法性”）等至今依然模糊的理念加以澄清和具体化，并在此基础上对法律实践与法律教义学活动的本性进行反思。毋庸置疑，这种法律论证

理论层面的澄清与反思，也将波及到普遍的论证理论、真理理论、商谈程序理论、诠释学。更为重要的是，它还将不可避免地卷入法律理论与法哲学上的恒久难题，譬如：法律应然与事实和非法律应然之间的界限与关联、法律规则与原则的区分、法律现实主义与非现实主义，甚至凯尔森的“基本规范”难题。这些问题如果仅仅停留在法律理论与法哲学层面，往往会被法律人的日常实践所忽略，正如许多传统法学方法论中发生的那样。这倒不是说，一般哲学与法哲学的问题必须得到超越哲学之上的证立——这种证立终究还是哲学的；而是说，法哲学领域的诸多讨论，如果要对法律实践和法律教义学产生影响，就应当经受住法律论证与法律论证理论的检验。如果说法律理论与法律实践长久以来存在某种隔阂甚至断裂的话，那么当代的法律论证理论就为在理论与实践之间架设桥梁提供了契机。

正是基于上述考量，我们选编了四篇文章，迺译成文，以飨读者。它们均出自当代法律论证理论界公认的最具影响力的作者之手。其共同特点在于，并非直接涉及法律论证理论的内部元素与结构，而是针对法律论证理论本身，换言之，法律论证理论的元理论。要说明的是，这三篇文章为合作作品，是由当代法律论证理论的三位领军人物，即佩彻尼克、阿列克西与阿尔尼奥基于各自成熟的理论体系，并经过密集的交流与探讨，最终在保留必要差异的情况下合署出版的。该文的英文版，以题为“*The Foundation of Legal Reasoning (法律推理的基础)*”分三部分连续刊载于《法律理论》(Rechtstheorie) 1981年第12期；该文的德文版，以题为“*Grundlagen der juristischen Argumentation (法律论证理论)*”载于阿列克西与克拉维茨主编：《法律论证的元理论》(1983年)，其中还汇集了包括布洛克曼(Jan M. Broekman)、帕塔罗(Enrico Pattaro)、萨默斯(Robert S. Summers)、魏因贝格尔(Ota Weinberger)、罗博列夫斯基(Jerzy Wróblewski)等法律论证理论领域著名学者——也就是所谓的“比勒菲尔德小组”(Bielefelder Kreis)成员——的详细评论。鉴于该文在法律论证领域的广泛受众与持续影响力，英文版于1992年被重刊于《法律推理(上卷)》(The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Schools 5.1: Legal Reasoning, Volume I, hg. v. A. Aarnio/N. MacCormick, Aldershot/Hongkong/Singapur/Sidney 1992, S. 15-40, 233-281.)。在这个合作作品中，三位作者先后分别从“法律中的变形”、“商谈程序理论”与“法律教义学解释”角度，探讨了法律论证的表层结构、深层结构以及有效性问题(注意区别法律规范解释的有效性与法律规范的有效性)，从而为建构“一种能将最大程度的多样化维度统一起来的法律论证理论”提供了经典

范例。从这个意义上讲，读者完全可以将它们作为一篇整全的文章来阅读和批评。

当然，尽管存在上述精诚合作，许多无法消除的差异最终被保留下来。其中最明显的分歧在于对维特根斯坦“生活形式”概念的理解。阿尔尼奥将生活形式解读为“信仰与劝说事宜”，并且认为没有分享共同（即便是广义的）生活形式的言说者之间不可能进行理性商谈，也达不到理性的可接受性；阿列克西虽然在一定程度上承认生活形式会影响到言说者的规范性确信的形 成，但依然要受到证立规则的批判性审查，因而不同生活方式的言说者之间也具有商谈的可能性。另一处较为隐蔽的分歧在于，三位作者对“融贯性”理念的理解。在佩彻尼克的建议下，阿列克西在证立商谈规则时引入了“原则模式”，其中就包括了“融贯性原则”。但阿列克西并没有将融贯性原则与经典的一致性原则完全对立起来，并且认为融贯性必须建立在商谈程序的基础上。类似的，阿尔尼奥虽然认为法律规范主张的有效性应当建立在真理融贯论——而非真理符合论——之上，但是他在最后一章又认为“理性的可接受性”是一个更重要的标准，因而最终走向了真理共识论。因而可以说，在融贯性问题上，三位作者并没有达成统一结论。法律论证理论在其元理论层面尚未消除的分歧，并不完全是一种缺陷。难能可贵的是，他们并没有为了消除上述分歧，而转向法律理论与法哲学层面的证立。

作为本专题的第四篇文章，我们选择了诺依曼（Ulfrid Neumann）教授的“法律论证理论”一文。该文发表于2008年的论文集《二十一世纪的法哲学》中（*Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, hg. v. Winfried Brugger, Ulfrid Neumann, Stephan Kirste, Suhrkamp, Frankfurt/M. 2008, S. 233 - 260），在这本云集了包括哈贝马斯、赫费、托依布纳、德莱尔、阿列克西等当代德国哲学与法哲学大家的论文集里，专论“法律论证理论”的唯有诺依曼教授的这一篇。作为后起之秀，虽然他出版于1986年的博士论文《法律论证学说》（*Juristische Argumentationslehre*）要晚于上述三位作者的论文，但是此后迅速成为法律论证理论界无法绕开的作品。选择这篇论文的另一项重要考量是，该文大体上与前三篇文章针对的是同一个问题层面，即法律论证理论的元理论层面。读者既可以把它作为一篇独立的论文，从而领略到建构法律论证理论的其他可能性，也可以对四篇文章加以前后比较，从而返观早期的问题是否得到了解决，以及出现了哪些新的提问方式与新问题。

本辑四篇文章得以顺利翻译和刊行，端赖德国基尔大学的罗伯特·阿列克西教授、芬兰坦佩雷大学的奥利斯·阿尔尼奥教授与德国法兰克福大学的乌尔弗里

德·诺依曼教授的慷慨授权，以及对疑难问题的悉心解答。前三篇文章由冯威（基尔大学联合培养博士生）译出，第四篇文章由赵静（法兰克福博士生）译出，最后由冯威对全部译稿进行了校对和润色，并对相关术语进行了统一。本辑题为“法律论证的元理论”。如果说法律论证理论具有强烈的理论抱负的话，这种理论抱负不过是将法律实践与实践法学中理所当然、不证自明的问题予以反思、批评与重建，因而其在秉性上同样是实践的。

# 法律论证的基础\*

[芬兰] 奥利斯·阿尔尼奥\*\*, [德] 罗伯特·阿列克西\*\*\*,

[瑞典] 亚历山大·佩彻尼克\*\*\*\*

冯威\*\*\*\* 译

## 导 论

法律论证理论（法律推理理论，Theorie der juristischen Argumentation; theory of legal reasoning）近些年来已经成为国际法律理论与法哲学讨论的核心论题

---

\* 该文的英文版参见：Aulis Aarnio, Robert Alexy, Aleksander Peczenik, *The Foundation of Legal Reasoning*, in: RECHTSTHEORIE 12 [1981], S. 133 - 158 (Teil I), S. 257 - 279 (Teil II), S. 423 - 428 (Teil III); 重刊于：The International Library of Essays in Law and Legal Theory, Schools 5.1: Legal Reasoning, Volume I, hg. v. A. Aarnio/N. McCormick, Aldershot/Hongkong/Singapur/Sidney 1992, S. 15 - 40, 233 - 281. 该文的德文版参见：Grundlagen der juristischen Argumentation, in: W. Krawietz/R. Alexy (Hg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlin 1983, S. 9 - 87. 中译本的初稿系按德文版译出，其后根据英文版进行了详细校对，尽量保留了值得比较、甚至有明显出入之处。

\*\* [芬兰] 奥利斯·阿尔尼奥 (Aulis Aarnio), 1937 年生于芬兰赫尔辛基。1970—1996 年任芬兰赫尔辛基大学民法学教授，1996—2002 年任芬兰坦佩雷大学教授、社会科学研究所主任，2003 年曾任世界法哲学与社会哲学大会荣誉主席，现为芬兰坦佩雷大学荣休教授。

\*\*\* [德] 罗伯特·阿列克西 (Robert Alexy), 1945 年生于德国奥尔登堡。1986—2013 年任德国基尔大学公法与法哲学教授，1994—1998 年曾任世界法哲学与社会哲学大会德国分会主席，现为德国基尔大学荣休教授。

\*\*\*\* [瑞典] 亚历山大·佩彻尼克 (Aleksander Peczenik), 1937 年生于波兰克拉科夫，2005 年卒于瑞典隆德。1978—2004 年任瑞典大学一般法学与法律信息学、塞缪尔·普芬道夫研究教授，2004—2005 年任波兰什切青大学法律论证与修辞学教授，2003—2005 年曾任世界法哲学与社会哲学大会主席。

\*\*\*\* 冯威 (1986—)，男，湖北汉川人，中国政法大学 2011 级法理学博士生，德国基尔大学 2012—2013 年联合培养博士生。

之一〔1〕〔2〕。其理由不止一端，在此仅需提及三项结合起来发挥作用的理由。第一项理由涉及法律理论在当代的境况。那些曾经标志着本世纪法律理论进程的旧有边界，正在日渐消解之中〔3〕。分析学派、法律现实主义以及以一般诠释学与某种版本的自然法（自然法与理性法）为导向的理论——至少就其原初的、纯粹的形式而言——不再能长久地被视为相互隔离的立场，以至于人们要想选择其一，就必须排除其余。上述各种流派的缺陷变得愈发明显。并不是要在历经十几年批评之后日显弱化的立场之间加以抉择，毋宁是将它们尚还保存完好的部分予以总结，方才是法律理论在本世纪最后岁月里的任务。其目标在于一项整全的或者全面的法律理论（eine integrale oder umfassende Rechtstheorie）〔4〕。

达到上述目标的愿景是良好的。这是基于第二项理由，该理由与第一项和第三项理由一道，对于法律论证理论方面日益增长的兴趣与有责焉，即一般科学理论（一般科学哲学，allgemeine Wissenschaftstheorie；general philosophy of science）、哲学以及社会学的境况。在此仅需提及四项关键词：实践哲学的复归〔5〕；分析立场与诠释学立场区分的柔化，由此导向一种分析诠释学的概念（Konzept einer analytischen

---

〔1〕 下述会议就明确表达了这一旨趣：世界法哲学与社会哲学大会，布鲁塞尔，1971年（Die juristische Argumentation, Vorträge des Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie, Brüssel 28. 8. - 3. 9. 1971, ARSP Beiheft N. F. 7 [1972]；H. Hubien [Hg.], Le raisonnement juridique. Actes du congrès mondial de philosophie du droit et de philosophie sociale, Bruxelles 1971, Brüssel 1971）；世界法哲学与社会哲学大会德国分会会议（联邦德国），慕尼黑，1978年（W. Hassemer, A. Kaufmann, U. Neumann [Hg.], Argumentation und Recht. Vorträge auf der Tagung der Deutschen Sektion der IVR in der Bundesrepublik Deutschland, München 3. - 6. 9. 1978, ARSP Beiheft N. F. 14 [1980]）；世界法哲学与社会哲学大会奥地利分会与格拉茨大学法哲学研究所国际研讨会，赫茨霍夫（Retzhof），1979年（W. Krawietz, K. Opalek, A. Peczenik, A. Schramm [Hg.], Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, RECHTSTHEORIE Beiheft 1 [1979]；F. Rotter, O. Weinberger, F. Wieacker [Hg.], Wissenschaft und Philosophie als Basis der Jurisprudenz, ARSP Beiheft N. F. 13 [1978]）；世界法哲学与社会哲学大会芬兰分会国际研讨会，赫尔辛基，1979年（A. Aarnio, I. Niiniluoto, J. Uusitalo [Hg.], Methodologie und Erkenntnistheorie der juristischen Argumentation, RECHTSTHEORIE Beiheft 2 [1981]）。

〔2〕 通过英德两个版本的比较可知，在英语学界被冠以“法律推理”（legal reasoning）——乃至一般“推理”问题——的研究，与德语学界的“法律论证”（juristische Argumentation）——乃至一般“论证”问题——的研究属于同一领域。当然这并不排除英语学界直接使用“论证”（argumentation）或者“论据”（argument）的相关研究。——译者注。

〔3〕 可资参考者有：世界法哲学与社会哲学大会，第九届，巴塞尔，1979年，第一分题：分析的法律概念观：A. Edel, Legal Positivism: A Pragmatic Reanalysis, Papier Nr. 117；D. N. MacCormick, On Analytical Jurisprudence, Papier Nr. 090；A. Peczenik, Formalism, Rule-Scepticism and Juristic Operationism, Papier Nr. 054；O. Weinberger, Jenseits von Positivismus und Naturrecht；wird von der IVR veröffentlicht。

〔4〕 对此参见 R. Dreier, Recht-Moral-Ideologie, Frankfurt/M. 1981, Einleitung und Kap. 1, 3, 8。

〔5〕 譬如参见 M. Riedel, (Hg.), Rehabilitierung der praktischen Philosophie, Bd. 1, Freiburg 1972, Bd. 2, Freiburg 1974；J. Rawls, A Theory of Justice, Cambridge Mass. 1971。

Hermeneutik)<sup>[6]</sup>；社会学与历史学视角融入到科学理论的提问方式之中<sup>[7]</sup>；以及分析哲学与批判理论的沟通<sup>[8]</sup>。上述所有境况，将法律论证理论从过去的法律理论所频繁陷入的片面性（Einseitigkeit）的危险中解救了出来。法律理论往往被建立在某种哲学理论之上，而这种哲学理论是从一系列相互竞合的哲学理论之中、缺乏充分理由地挑选出来的。哲学的最新境况则使得，法律理论能够针对具有不同哲学来源的理念加以相对独立的运用。这就有利于产生一种新的法律理论，它将不再限于对某些哲学成果的被动转述，而是能够为数量众多的难题——尤其是为法律理论与科学理论以及道德哲学所共享的难题——做出贡献<sup>[9]</sup>。

上述两项理由还不足以阐明，为何恰恰是法律论证理论成为了法律理论核心论题之一。要使这一问题得到圆满的答复，还应当提及第三项理由。这第三项理由又可以区分出两个方面。从理论视角来看，法律论证理论提供了一个框架，使得一项整全的法律理论这一假定（Postulate einer integralen Rechtstheorie）能够得到最大程度的实现。因而一项完全成熟的法律论证理论（eine voll ausgebildete Theorie der juristischen Argumentation），应当回答如下问题（在此仅举几例）：什么——以及在何种条件下——应当被视为有效的法律（geltendes Recht）？“真实”、“正确”（richtig; sound）与“公正”等词汇是否可以适用于法律命题（juristische Aussagen; legal proposition），如果回答是可以，那么究竟何时可以适用？

[6] 譬如参见 G. H. v. Wright, *Explanation and Understanding*, Ithaca/New York 1971; P. M. S. Hacker, *Hart's Philosophy of Law*, in: P. M. S. Hacker, J. Raz (Hg.), *Law, Morality, and Society. Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford 1977, S. 8 ff.; N. MacCormick, *H. L. A. Hart*, London 1981, Kap. 3.

[7] 参见 T. S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2. Aufl., Chicago 1970; I. Lakatos, A. Musgrave (Hg.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, Cambridge 1970; B. Hansson, (Hg.), *Metod eller anarki*, Lund 1979.

[8] 譬如参见 J. Habermas, *Wahrheitstheorien*, in: H. Fahrenbach (Hg.), *Wirklichkeit und Reflexion. Festschrift für W. Schulz*, Pfullingen 1973, S. 211 ff.; H. Rottleuthner, *Marxistische und analytische Rechtstheorie*, in: H. Rottleuthner (Hg.), *Probleme der marxistischen Rechtstheorie*, Frankfurt/M. 1975, S. 159 ff. 关于马克思主义理论及其与分析法律理论之关系的透彻分析，其范例可见于 Lars D. Eriksson, *L. D.: Marxistisk teori och rättsvetenskap*, Helsinki 1980. 埃里克森提出了独具一格的所谓替代性法律教义学（uso alternativo del diritto）。

[9] I. Niiniluoto, *On Truth and Argumentation in Legal Dogmatics*, in: *RECHTSTHEORIE Beiheft 2* (1981), S. 53 - 76.



法律证立 (juristische Begründungen; justification in the law)<sup>[10]</sup> 具有哪些逻辑结构? 法律论证理论的一项实质优势在于, 它能够将上述问题作为一项更为全面理论的分支问题 (Teilfragen einer umfassenderen Theorie) 来处理。伴随着这种理论优势, 法律论证理论还具有一种实践优势。法律理论的众多经典问题在法律人的日常工作中很少显得至关重要。它们的重要意义有被忽视的危险。法律论证理论可以通过将这些 [法律理论中经典的——译者注] 问题作为致力于为法律理论与法律实践搭建桥梁的研究之当然成员, 从而解决上述难题, 这也就是法律方法论 (juristische Methodenlehre; legal methodology) 与法律渊源学说 (Rechtsquellenlehre; doctrine of the sources of the law) 的研究。这一研究之所以激起大家的兴趣, 其正当理由不仅在于对完善法律裁判的普遍愿望, 而且在于以下目标, 即: 对于依据法律标准、通过司法判决解决社会纠纷之合法性所提出的任何诘难, 都能给予得到证立的驳斥 (begründet entgegentreten)。合法性问题 (Legitimationsfrage), 在一个以法律难题的数量以及解决难题的紧迫性都在日益攀升为标志的时代里, 具有尤其重要的意义。与静态社会相比, 在所有工业化国家中, 其复杂的社会结构、激增的社会动力不仅改变了法律难题的数量, 更改变了法律难题的质量。与这一客观维度相对应的, 是以下主观维度。越来越多的公民期待给予法律问题良好的、充分证立的答案——这些答案能够, 至少原则上, 不仅仅被法律人 (Juristen; legal specialists) 所控制。法律论证理论正是致力于为法律人配备一项利器, 使他能够满足当代所提出的要求。

上述三项理由共同使得法律论证理论在潜在的意义上不仅是可能的, 也是值

---

[10] 在英语学界中, 通常用“justification”对译德语的“Rechtfertigung”(证成), 当无疑议。但是用哪个英语词汇对译“Begründung”(证立), 则无定论。理由大致有二: (1) 一方面, 在德语学界的法律论证理论——乃至一般的论证问题——研究中, “Rechtfertigung”与“Begründung”通常是被作为同义词使用的, 通行的中文译法分别为“证成”与“证立”, 亦为同义词。从词根上讲, “Grund”有“理由(reason)”的意思, 因而将“Begründung”直接理解为“推理(reasoning)”亦无不妥; 不过, 由于“Grund”兼有“基础(ground, basic, foundation)”的意思, 仅仅理解为“推理”就会丢失掉“建立”(Begründung)的意蕴, 因此之故, 本文按通说译为“证立”。实际上, “Begründung”与“Argumentation”(论证)和“Argument”(论据)的涵义也很接近。譬如: 阿列克西的专著名为《法律论证理论(Theorie der juristischen Argumentation)》, 其副标题则为“作为法律证立理论(Theorie der juristischen Begründung)的法律商谈理论”; 又如科赫与吕斯曼(Hans-Joachim Koch & Helmut Rübmann)的合著名为《法律证立学说(Juristische Begründungslehre)》。对于这些词汇在用法上的细致区分, 应结合具体语境进行判断, 不同作者的使用习惯亦有差异。(2) 另一方面, 在英语中缺乏与“justification”意义相近, 同时又能与德文“Begründung”意义相同或相近的词汇; 目前折中的做法是, 统一用“justification”同时对译德文的“Rechtfertigung”与“Begründung”, 即中文的“证立”。这样一来, 从英文版中不再能察觉到这两个德文词汇的细微差异。本译文的初稿选择从德文译出, 保留了“证成”与“证立”两种用法, 以供读者品鉴。——译者注