

Legal Method

主编 陈金钊 谢晖

执行主编 焦宝乾

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第15卷)

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

Legal Method

014040558

主编 陈金钊 谢晖

执行主编 焦宝乾

D90-53

18

V15

法律方法

(第15卷)



山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位



北航

C1727795

D90-53
18
V15

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第15卷/陈金钊, 谢晖主编. —济南:
山东人民出版社, 2014. 5

ISBN 978-7-209-08395-9

I. ①法... II. ①陈... ②谢... III. ①法律-
文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 086997 号

责任编辑:李怀德

法律方法(第15卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东出版传媒股份有限公司

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街39号 邮编:250001

网址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规格 16开 (180mm×255mm)

印张 28.75

字数 610千字

版次 2014年5月第1版

印次 2014年5月第1次

ISBN 978-7-209-08395-9

定价 68.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

目 录

法律思维与法律方法

法律思维的性质

…………… [墨西哥]路易斯·雷卡森斯-西切斯著 姚 远 王 蕾译(1)

法治及其局限 …………… [美]安德瑞·马默著 程朝阳译(21)

国家治理体系法治化及其意义

——兼论法律方法的功能 …………… 陈金钊(50)

对公平正义的司法心理分析

——以当事人对判决的接受为中心 …………… 王 霞 丰 霏(80)

法官能动性的涵义解读 …………… 姚显森(92)

司法技术与公正司法 …………… 王国龙(106)

法律方法理论

古希腊—罗马的辩证法对罗马法的体系化生成的影响

——以 Divisio 和 Partitio 为中心 …………… 李 飞(118)

“事物的本质”、类型思维与类推适用的关系之探析 …………… 周维明(132)

论裁判上类推性质之判定

——以分离论与一体论的论争为中心 …………… 张 超(148)

“法律解释规则”:概念解读与用语辨析 …………… 吕 芳(160)

利益衡量的结果及其证成

——以指导性案例 6 号为例 …………… 孙光宁(172)

利益衡量方法在我国的运用初探

——以江苏无锡生态侵权案为例 龚得君(182)

语言学转向后法治如何反对解释? 陈 馨 钱一栋(191)

论法律决定的合规性

——以哈特与德沃金之争为主要依托 宋旭光(203)

规范推理的基本形式及其逻辑表达 张传新(215)

裁判方法

限制警察讯问中的强权:米兰达诉亚利桑那案

——失效的诺言 [美]珍妮特·艾斯沃思著 田荔枝 张婷婷译(228)

中国法院指导性案例的“著成”

——基于法律方法论视域的分析 杨知文(243)

从事实拘束力到法律拘束力

——论指导性案例的效力 张 超(259)

司法过程的函数

——疑难案件裁判方法的效用运算 王凤涛(269)

我国司法裁量模型探析

——以医疗精神损害赔偿为范例的分析 张 妮(280)

探求行为者意图的法律思维

——基于三段论法和等置模式的分析 陈 骏 林恩伟(299)

部门法方法论

宪法化证据法 [美]亚历克斯·斯坦 郑 飞 樊传明译(312)

合宪性推定原则的混乱与厘清 胡慧馨(339)

瑕疵证据规定的法律解释分析

——以《刑事诉讼法》第54条为对象 陈 盛 纵 博(353)

罗森贝克难规范说的法律方法解读 张其山(364)

抽象结果加重构成的解释方法与路径

- 兼析两个司法解释的缺陷 彭辅顺(375)

抽象危险犯的理论基础与实践边界

- 以法教义学为分析视角 刘 军(390)

模糊修辞的刑法运用

- 兼论犯罪数额的认识错误 张 勇(405)

论保险合同合理期待解释原则..... 李秀芬(416)

论目的解释在惩罚性赔偿法律规范解释方法中的优先性 于冠魁(424)

综 述

法治反对解释

- 一种法治建设的权宜之计 杨铜铜(434)

争夺法律的话语权

- 第三届全国法律修辞学术研讨会综述 宋保振(445)

CONTENT

Rule of Law and Legal Methods

The Nature of Legal Thought	Luis Recasens – Siches(1)
The Rule of Law and Its Limits	AndreiMarmor(21)
On Legalization of National Governance System and Its Significance	Chen Jin Zhao(50)
On Justice; from Perspective of Judicial Psychology	Wang Xia, Feng Fei(80)
On Meaning of Judges' Initiative	Yao Xian Sen(92)
Judicial Technique and Judicial Justice	Wang Guo Long(106)

Legal Methodology

On The Influence of Dialectics in Ancient Greece and Rome for the Formation of Systematization of Roman law	Li Fei(118)
Analysis of the Relations between “the Nature of Things”, the Thinking of Type and the Application of Analogy	Zhou Wei Ming(132)
On Deciding of the Nature of Analogy in Judicial Process	Zhang Chao(148)
Conons of Legal Interpretation: Analysing Its Concept and Usage	Lv Fang(160)
The Result Of Interest Balancing And Its Justification	Sun Guang – Ning(172)
On Interests Measurement used in China	Gong De Jun(182)
Rule of Law Anti – interpretation after Linguistical return	Chen xin, Qian Yi Dong(191)
On Legality of Legal Decision	Song Xu Guang(203)
The Basic forms and Logical Expression of Mormative Reasoning	Zhang Chuan Xin(215)

Judicial Methods

- Miranda rights—Curtailling coercion in police interrogation: the failed promise of
 Miranda v. Arizona Janet Ainsworth(228)
 The Formation of Guiding Cases of Chinese Courts Yang Zhi Wen(243)
 From Factual Validity to Legal Validity Zhang Chao(259)
 A Function of the Judicial Process Wang Feng Tao(269)
 Study on Building Discretion Model in China Zhang Ni(280)
 Exploring Legal Thinking in Behavior intention Chen Jun, Lin En Wei(299)

Legal Methods in Branch of Law

- Constitutional Evidence Law Alex Stein(312)
 Clarifying Confusion in Doctrine of Presumption of Constitutionality ... Hu Hui Xin(339)
 Some Problems in Defective Evidence: From Perspective of Legal
 Hermeneutics Chen Sheng, Zong Bo(353)
 Rosinbeck's theory of norm: Perspective from Legal Methods Zhang Qi Shan(364)
 On Explaining Method and Path of the Aggravated Constitution Based on
 Abstract Consequence Peng fu shun(375)
 On Theoretical Basis and Practical Border of Abstract dangerous criminal
 Liu Jun(390)
 Vague Rhetoric Used in Criminal Law Zhang Yong(405)
 On Doctrine of Reasonable Expectation in Insurance Contract
 Explanation Li Xiu Fen(416)
 On the priority of teleological interpretation of the punitive damages norms
 over other interpretation methods Yu Guan Kui(424)

Overview

- A Survey on Rule of Law Anti - interpretation Yang Tong Tong(434)
 For the Law's Discourse Right Song Bao Zhen(445)

法律思维的性质*

[墨西哥]路易斯·雷卡森斯-西切斯著 姚远** 王蕾***译

本文意在分析法律的实质逻辑,即关乎法律规则、法院判决和行政决议之内容的逻辑。换言之,这项研究不关注法律的形式逻辑主题,尽管后者的正当性及有效性获得了充分认可。对各种法律形式之本质的研究涉及如下形式:普遍的法律观、法律关系、法律假定与法律结果、法律义务与法律权利、法律主体或法律上的人,等等。所有这些观念都指涉纯粹的法律形式,它们因而是形式性观念,亦即纯形式本质的观念。因此,运用形式性的逻辑方法与本体论来从事此类研究的做法是正确的。我本人已经在若干作品里,从法律的形式本体论层面分析和阐述这些纯形式存在物。我也承认,研究法律形式的逻辑,是件价值非凡且视野开阔的事,这种研究因凯尔森、^[1]施赖埃耳、^[2]费利克斯·考夫曼^[3]和孔斯^[4]的工作而告一段落。

我也承认,研究公理性的法学,以及研究法律的精确形式逻辑和法律本体论,不仅重要而且正当,加西亚·迈内兹、^[5]冯·赖特、博比奥、^[6]米罗·奎萨达^[7]和其他人已在这两方面进行了精湛的研究。这些对纯粹形式逻辑的研究意在阐明法律的某些

* 基金项目:2012年度国家哲学社会科学基金一般项目(12BFX015);2013年度教育部人文社科研究青年基金项目(13YJC820001)。译自 Luis Recaséns - Siches, *The Nature of Legal Thought*, *University of Toledo Law Review* 3: 257-289, 1971.

** 吉林大学理论法学研究中心 2011 级博士生。

*** 吉林大学理论法学研究中心行政秘书。

[1] H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945; *Reine Rechtslehre*, 1960.

[2] F. Schreier, *Grundbegriffe und Grundnormen des Rechtes*, 1927.

[3] Felix Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft*, 1922; *Die Kriterien des Rechtes*, 1924.

[4] J. Kunz, *La Teoría Pura del Derecho*, 1948; Was ist die reine rechtslehre, *Ö. Z. ö. R.* I:3, 1948; Die definitive Formulierung der reine Rechtslehre, *Ö. Z. ö. R.* XI: 3-4, 1961.

[5] E. García Máynez, *Introducción a la Lógica Jurídica*, 1951; *Los Principios de la Ontología Formal del Derecho y su Expresión Simbólica*, 1953; *Lógica del Juicio Jurídico*, 1955; *Lógica del Concepto Jurídico*, 1960.

[6] N. Bobbio, *Teoria della Scienza Giuridica*, 1950; *Studi sulla Teoria Generale del Diritto*, 1956; *Teoria del Ordinamento Giuridico*, 1960.

[7] F. Miró - Quesada, *Problemas Fundamentales de Lógica Jurídica*, 1956.

方面,但对于立法者或法官的推理则缄口不言,因为这些官员的思想过程涉及法律规则的内容而非形式。

我这里的研究则涉及立法者和法官所用推理的性质。因此我研究的是法律的实质逻辑,亦即法律规则和司法判决内容的逻辑。

我想表明,这项研究试图推进对司法判决和立法中传统三段论逻辑使用情况的一系列司空见惯的抨击,这些抨击已经变得越来越犀利,越来越具有破坏性。所有这些针对法律领域内所用的那种数学—物理型传统逻辑的批评,业已表明在法律事务中使用此种逻辑就算没有酿成灾难性的不义与愚昧,也至少是百无一用和无关紧要的。

拒绝在法律领域里运用传统的三段论演绎逻辑,这决不意味着认为法律中不存在逻辑。其中肯定有逻辑,但不是传统的三段论逻辑,也不是数学—物理思维的形式逻辑,而是与之不同的逻辑:是人类事务的实质逻辑,不是数学理据的逻辑,而是人类难题所涉之情理的逻辑。^{〔1〕}

请注意,情理逻辑,即人类事务的逻辑,虽然是逻辑,但它有别于形式演绎逻辑,有别于传统的三段论逻辑,也有别于唯理的形式逻辑。这种逻辑由人类事务所呈现的理性所激发;它浸润着价值论的观点,浸润着价值与目标之间的种种联系,浸润着手段与目的之间的种种关系;它利用了人类实践经验的教诲,利用了历史经验的教诲,这些教诲源出于生活,并由要求得到正当有效处理的那些实践难题的考量所激发。

本文第一部分综述法律实质逻辑的历史,第二部分讨论情理逻辑本身。

一、思想先驱

古代、中世纪与早期现代时期

我们纵然可以拒绝智者的不少作品,但必须承认,他们在阐发特定的论证和推理形式方面付出了心血,这种论证和推理提供了据以应对人类生活的实际问题并找出最妥当解决方案的方法。他们也热衷于琢磨各种政治、社会和法律难题。^{〔2〕}

苏格拉底对辩证讨论或对话的学说做出了可观贡献,在他的对话中,用以化解事关具体社会难题的人类争议的各种观念彼此交锋。亚里士多德对这种辩证方法观点做了更加精当的阐述。在他看来,辩证法或对话或审议构成了应对实际事务(主要是

〔1〕 作者区分了 reasonable 与 rational,学界通常将前者译为“合乎理性的/合理的”,将后者译为“理性的”,抑或相反,将前者译为“理性的”,将后者译为“合乎理性的/合理的”,可单就汉语表述而言如此仍有含混之嫌,因此译者结合原文的特定取向,尝试着把前者译为“情理的”,后者译为“唯理的”——译者注。

〔2〕 H. Gomperz, *Sophistik und Rhetorik*, 1912; McKeon, *Dialectical and Political Thought and Action*, *Ethics* 65: 1, 1954; E. Wolf, *Griechisches Political and Legal Philosophy*, 1954; E. Wolf, *Griechisches Rechtsdenken*, 1956; J. Llambias de Azevedo, *El Pensamiento del Derecho y el Estado en la Antigüedad: desde Homero a Platon*, 1956.

政治法律事务)中不同意见并找出相对来说更审慎解决方案的恰当方法。亚里士多德坚信,《工具篇》的逻辑仅对于处理(数学和物理)科学问题才是妥当有效的,而在处理人类行为的实际难题、尤其是政治—社会—法律问题则全然失灵、毫无用处。就这些人类问题、特别是政治—法律问题而言,作为对苏格拉底对话的补充,亚里士多德撰写了《论题学》和《修辞学》,并详细阐述了使得人类做出明智决定的审慎德性。我们正是经由审慎才对人类行动的逻各斯有所洞察或把握。

西塞罗从针对法律问题的观点,阐述了一套商谈理论或论证理论,以及一套事关证据审查的理论。在西塞罗的这部分思想里,我们能够见到罗马法学某些最富特色、最特殊的品质,罗马法学并不运用演绎或体系方法,而运用论证型推理。^[1]

顺带提一下,这素来是令人敬仰的盎格鲁—撒克逊法学传统的首要特征。盎格鲁—撒克逊的法官与罗马的裁判官确有相似之处。二者都被视为给法学家的任务提供了理想的原型典范:仔细地考量事实——试图领会它们的意义;意识到每天都有此前未曾预料的新事实出现;越来越把那些公认值得保护的新利益纳入法律评价的轨道;从那些远离生活因而纵使不成祸害也毫无用处的伪体系性建构,转向人的存在。

辩证法研究,或曰对审议、修辞和论辩技艺的研究,左右着中世纪的法学,并透过中世纪一直流传到维柯的时代。后者努力捍卫实践法律思维,使之免受那种数理化—几何化的笛卡尔精神的侵扰。

耶林:发起对演绎逻辑的口诛笔伐

耶林在其犀利论著《法学中的戏谑与庄重》中,^[2]精准而辛辣地批评了潘德克顿派的“概念法学”,他们在逻辑或形式性的伪逻辑游戏中忙里忙外、自得其乐。他们把玩各种观念,致力于阐明没完没了的演绎链,这导致了显而易见的荒唐、愚昧和可怕的不义。他们完全不过问社会现实、人类难题以及要求审慎衡平解决的冲突。

奥利弗·温德尔·霍姆斯

霍姆斯证明,历史上最出色的法律发展不是出于唯理主义演绎,而是出于人类经验的教诲,出于新价值的发现,出于将这些价值论标准的要求同新社会事实关联起来的努力。^[3]

弗朗索瓦·惹尼:理论革命

1898年,惹尼的首部伟大著作问世了。它确实是枚重磅炸弹,对法律的理论领域

[1] Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1966. 中译本参见[德]非韦格:《论题学与法学》,舒国滢译,法律出版社2012年版。

[2] R. Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 1884. (这里主要涉及其中的一篇著名论文,参见[德]耶林:《法学的概念天国》,柯伟才、于庆生译,中国法制出版社2009年版)

[3] O. W. Holmes, *Collected Legal Papers*, 1920(中译本参见《霍姆斯读本》,刘思达译,上海三联书店2009年版)。

与实际适用皆产生了轰动影响。命途多舛的法国注释法学派自19世纪中期以来缔造的诸多习常做法与传统拟制都被摧毁。惹尼推翻了演绎主义、三段论狂热以及机械的法律功能观。他还表明,法律与其说是某种逻辑原则的表达,不如说是意志的表现,因此,在法律的个别化过程中,审判务必澄清法律规则的目的。^[1]

康特洛维茨

在1907年,康特洛维茨激烈抨击了19世纪盛行于德国法律理论家和法官之中的那种观念。判决的做出和立法规则的阐释中对形式逻辑的使用,遭到他严厉而有效的批评。^[2]

埃利希:推翻传统法律逻辑

针对纯粹传统逻辑在法律领域酿成的恶果,埃利希与康特洛维茨联手展开了犀利而透彻的批评。这番批评由埃利希1918年的《法学逻辑》推向高潮,该书对人际关系领域、特别是法律领域中以逻辑演绎的名义犯下的种种错误,予以最具颠覆性的抨击。^[3]

雷蒙·萨莱耶与爱德华·朗贝尔

在法国,雷蒙·萨莱耶(Raymond Saleilles)^[4]和爱德华·朗贝尔^[5]在一系列针对注释学派的致命批评中强调:法律过程总在发挥创造性的作用,尤其当它遇到那些未曾预见的新事实时,这些事实需要得到灵机一动的处理。

莫里斯·奥里乌(Maurice Hauriou)也表达了相似的看法,他宣称法律过程应该超越法条的僵死文字,参照社会现实做出决定。

让·克吕埃:批判法国的裁判法

1908年,一位叫做让·克吕埃^[6]的巴黎著名法律人,铿锵有力地宣布了一则大家心照不宣的事实:尽管各种惯常做法在法国占据支配地位,这些惯常做法认为裁判过程正在并且应该继续遵循狭隘的逻辑演绎之路,然而法国最高法院却以截然不同的方式运作,做出了种种富于创造力的恰当解释,尽管它隐瞒了自己的推理,用伪逻辑的演绎装点门面。

[1] François Gény, *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, 1899; *Science et Technique en Droit Privé Positif: Nouvelle Contribution à la Critique de la Méthode Juridique*, 1922; *Ultima Verba*, 1951.

[2] F. Gnaeus (Hermann Kantorowicz), *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1908(中译本参见[德]康特洛维茨:《为法学而斗争法的定义》,雷磊译,中国法制出版社2011年版); *Recht und Wahrheit in unseren heutigen Justiz*, 1908.

[3] E. Ehrlich, *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, 1903; *Soziologie und Jurisprudenz*, 1903; *Die juristische Logik*, 1918.

[4] Gaudeme, *L'oeuvre de Saleilles et l'oeuvre de Gény en méthodologie juridique et philosophie du Droit*, in *Recueil d'études en l'honneur de F. Gény*, II, 1934.

[5] Edouard Lambert, *La Fonction du Droit Civil Comparé*, 1903.

[6] Jean Cruet, *La Vie du Droit de l'Impuissance des Lois*, 1908.

多年以后,另一位法国法律思想家加斯东·莫兰,重操上述批判路数。他讨论了事实对《法国民法典》的反叛,以及法律规则与契约之至上性的没落。^{〔1〕}

北美社会学法学

美国“社会学法学”那广泛而又丰硕的发展成果,在把传统演绎主义和形式主义逻辑驱逐出法律领域方面的意义不可小觑:其中,罗斯科·庞德^{〔2〕}、本杰明·卡多佐^{〔3〕}、路易斯·布兰代斯^{〔4〕}和朱利叶·斯通^{〔5〕}等人杰出而丰硕的著述有着首要地位,最后那位虽是澳大利亚人,却在哈佛大学访学多年。社会学法学基本上是一种适用于具体案件的法律价值论上的新方法;它强调有必要同时权衡每个法律难题(包括立法难题和司法难题)中所涉及的各种价值论准绳与社会现实。

德国利益法学

所谓的德国利益法学,在本世纪20至30年代产生了举足轻重的影响。这一派学者阵容强大,最著名的有吕梅林(Rümelin)、厄尔特曼(Oertmann)和黑克(Heck)。^{〔6〕}他们正确领悟到,拘束法官的不是立法性规则的语词,而是立法者在阐述法律规则时实际进行的价值判断。法官若是这样操作,他就会比拘泥于字面解释时更加忠实和服从于立法性规则,因为字面解释其实压根算不上解释;他遵守的便不再是靠不住的表面用词,而是法律规则的真意。并且这一派显然也和前面提及的各派一样,拒斥判决中各种冒失的三段论演绎法。

对“三段论裁决”的第一层次抨击

把裁决视为三段论的那种理论,到19世纪末即已受到前述所有论者与流派(耶林、霍姆斯、惹尼、康特洛维茨、克吕埃、莫兰、庞德、卡多佐、斯通、黑克)的抨击,也受到其他许多人的抨击,其中包括凯尔森,只不过他依照自己的形式主义视角来考虑问题。所有这些法哲学家都对三段论裁决这种愚蠢教义给予愈加痛快淋漓的批判,我们称之为第一层次的抨击。这一层次的抨击贯穿了前述论者与流派,其要点可被概括为对19世纪法学家的如下追问与陈述:你想要什么呢?你想要继续执迷不悟地宣称裁判是三段论吗?假如你乐意的话,你继续这样也无妨;但你无论如何必须承认司法职能的本质和法官的责任——这些东西不在于经由假设的三段论从大小前提得出结论这样简

〔1〕 Gaston Morin, *La Révolte du Droit contre le Code*, 1915; *La Révolte des Faits contre le Code*, 1920.

〔2〕 Roscoe Pound, *Jurisprudence*, 1959.

〔3〕 Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921(中译本参见[美]卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆2000年版; *The Growth of the Law*, 1924; *The Paradoxes of Legal Science*, 1928(中译本参见[美]卡多佐:《法律的成长 法律科学的悖论》,董炯、彭冰译,中国法制出版社2002年版)。

〔4〕 Goldman (ed.), *The Words of Justice Brandeis*, 1953.

〔5〕 Julius Stone, *Legal System and Lawyers' Reasoning*, 1964.

〔6〕 *The Jurisprudence of Interests*, 1948. 这本书选录了马克斯·吕梅林、菲利普·黑克、保罗·厄尔特曼及其他人的作品。

单的操作。在每个案件中我们都得明白,司法过程的真正责任不在于从大小前提中演绎出结论,而在于选定正确的大小前提,这项任务通常极其困难。

北美法律现实主义

在针对传统唯理主义演绎逻辑用法的当代批判史上,“北美法律现实主义”运动的参与者自1930年以来就一直声势浩大,其中最出类拔萃的倡导者是卡尔·卢埃林^[1]和杰罗姆·弗兰克。^[2]

北美法律现实主义者的关键贡献,便是完全驳倒了三段论裁决的天真幻想,他们在抨击该谬误时要比之前的批评者更加入木三分。

以往的批评者坚信,司法职能的本质不在于从大小前提中导出结论,而在于知晓如何查明正确的前提,这项艰巨的任务令当局者煞费苦心、如履薄冰;北美现实主义者则宣布裁决与三段论丝毫不沾边。相反,司法判决是一体性的且错综复杂的心理活动,这种智识直觉以相互整合的方式完全囊括了判决、相关法律事实和有关规则。判决不是以演绎的方式做出,而是经由那种总体直觉,该直觉同时具有高度的复杂性、一体性和不可分性。

我本人也曾通过形式与结构的心理学(即格式塔心理学)来支持该理论。裁决是错综复杂而又一体性的心理活动,它以一种总体直觉从价值上澄清某种复杂的情境。

再者,我认为(撇开心理学不谈)从客观上讲,裁决包含着复杂观念的结构;但它同时也是一体性的和有机的,其组成部分可以说不是协调并处的,而是必然相互紧扣的,它们形成了一个总体(即狄尔泰的意义关联或者胡塞尔的复杂理想)。

北美现实主义者的另一伟大贡献,在于深刻分析了事实证明和法律确认中涉及的所有问题。

北美现实主义者还有一项丰功伟绩,那便是表明法官的推理往往不是他在其司法意见中提出的体面陈述,而是一种被他隐匿起来的推理,尽管该推理可能有十足的正当理由和正确性并引导他做出判决。

华金·杜尔德

西班牙的杜尔德教授承认直觉具有支配地位。各种形式的逻辑演绎总是次要的,并常常成为错误与不义的根源。^[3]

卡洛斯·科西奥

阿根廷哲学家科西奥分析了他所谓“司法法”(judicial law)中的法律,并强调和澄清了一件事,即法律规则的适用意味着对所审查的行为赋予意义,同时也从该行为中

[1] K. Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*, 1962.

[2] J. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930; *Courts on Trial*, 1949. 中译本参见[美]弗兰克:《初审法院》,赵承寿译,中国政法大学出版社2007年版。

[3] Joaquín Dualde, *Una Revolución en la Lógica del Derecho: Concepto de la Interpretación del Derecho Privado*, 1933.

提取意义。^[1]

胡安·戴维·加西亚·巴卡的义理

委内瑞拉哲学家兼逻辑学专家巴卡^[2]已经明确宣布,无论何种层次的、以何种方式表述的纯粹逻辑,都无法适用于法律领域。对各类法律规则(立法规则、习惯规则和司法规则)的分析表明,法律领域中绝无真正的形式逻辑;相反,其中只有“义理”(logoid)的要素和结构,它们与逻辑有联系,但不是与纯粹逻辑而是与实践的或人文的逻辑有联系。为了描述“义理”,巴卡接受了我的术语,即“情理”。在一系列精当、敏锐且无从驳斥的分析之后,他得出结论说,没有原则要求法律去符合纯粹逻辑。在法律中有着纯粹逻辑领域感到陌生的律令维度(即命令)。而且也存在着并且应当存在灵活的、为人所接受的正当例外,这也不合乎传统逻辑或符号逻辑的框架。法律中不存在自动为真的界定,存在的是从法律规则制定者那里得出的创造性决定。

菲韦格:困局思维之复兴

德国的菲韦格教授回归亚里士多德、西塞罗和罗马法学家的辩证模式,表明法律思维不可能是体系性或演绎性的,而必须是围绕难题的思维。这种思维根据恰如其分的尺度来考量难题与价值的方方面面;法律思维必定是尼古拉·哈特曼(Nicolai Hartmann)所谓的困局思维。^[3]

佩雷尔曼:论证理论

异曲同工的是,比利时的佩雷尔曼教授^[4]也从古代修辞学获得灵感,对法律领域中的数学化和三段论思维明确发难。他倡导一种精益求精的推理形式,称之为对法律案件中的论证所进行的审议;他还发展出一整套关于论证和审议的理论。这些概念不是绝对的东西,而是在面对实践法律难题时,导向更为正当和恰切的决断方法。佩雷尔曼详细阐述了一种有关审议和论辩交锋的新修辞学、一套新的对话理论。

我本人的贡献

从1956年起,我撰写了一系列作品,^[5]内容涉及法律规则的解释与个别化,其中除了批评三段论演绎主义和司法活动的机械进路,我还勾勒了情理逻辑。我将在随后

[1] Carlos Cossio, *El Derecho en el Derecho Judicial*, 1945.

[2] Juan David García Bacca, *Planes de Lógica Jurídica; Curso en la Universidad Central de Venezuela*, 1958.

[3] Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1966.

[4] C. Perelman, *Traité de l'Argumentation*, 1958; *The Idea of Justice and the Problem of Argument*, 1963.

[5] L. Recaséns - Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, 1956; *Unicidad de el Método de Interpretación del Derecho; Estudios Jurídico - Sociales; Homenaje al Profesor Luis Legaz y Lacambra*, 1960; *Interpretación del Derecho Enciclopedia Jurídica Omeba*, 1961; *Rivoluzione Teorica e Pratica nella Interpretazione del Diritto, Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto* 39: 409, 1962; *The Logic of the 'Reasonable' as Differentiated From the Logic of the 'Rational' in the Making and the Interpretation of the Law*, in *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, 1962; *The Material Logic of the Law: A New Philosophy of Juridical Interpretation, Archiv für Rechts - und Sozialphilosophie*, 1965; *Tratado General de Filosofía del Derecho*, 3rd ed., 1965; *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica Razonable*, 1970.

讨论自己的看法。

米歇尔·维莱:反演绎主义的和反三段论主义的批判

法国的维莱教授^[1]与其母国传统针锋相对,他对司法判决和立法工作所用的形式逻辑发起了摧枯拉朽的批判;他举例嘲讽了逻辑狂热。就建设性方面而言,维莱推崇古典的、亚里士多德的、罗马的和托马斯主义观念,但总有着崭新的创见,这很大程度上得益于20世纪的原创哲学。

比利时学派

在佩雷尔曼的影响下,一大批比利时法哲学家致力于研究法律规则的实体逻辑,并拒斥传统法学的形式逻辑。他们批评完全分离事实问题与法律问题的做法,坚信二者根本上不可分离。该学派包括保罗·福里耶斯、^[2]亨利·比什(Henri Buch)和A.巴亚尔(A. Bayart)。

奥特曼·巴尔韦格

此外,德国的巴尔韦格教授^[3]也做出了重要贡献:他扫清了一种徒劳无益的幻象,即古典形式逻辑能够在法律领域中发挥相关作用。他理清了科学和科学方法与审慎之间的区别,前两者并不适用于法律。正是审慎在解决立法和司法层面各种涉及内容的法律难题。社会现实所提出的难题,要求得到迅速决断。我们不能用科学方法予以处理,而必须依靠审慎来界定和解决。审慎包括比较不具可比性之事物的技艺、解决实际冲突的技艺以及设计有效的冲突解决程序的技艺。司法过程通过判决、判决的执行与判决中确立的制裁来化解冲突;正如司法过程考虑到论辩的效力,它也诉诸广为接受的显著已知事实。审慎论证的说服力来自诸多因素,其中包括历史因素;它还考虑到判决的实践性。审慎方法蕴含着经验、可靠的原则以及既成价值。

卡尔·恩吉施

是否可能恰当讨论涉及实在法(即现行法)内容的法律上的真,德国的恩吉施教授对此提出质疑。^[4]我本人在1956年考察过这个问题,并得出和证成了一项否定的结论。法律规则既不可能为真,亦不可能为假。恩吉施的命题与我相似,他还说从实践观点来看,法律规则可能是正确的,也可能是不正确的。法学家埋首于纷纭众说中疑

[1] Michel Villey, Questions de Logique Juridique dans l'Histoire de la Philosophie du Droit, in *études de Logique Juridique*, II, 1967.

[2] Paul Friers, L'état des Recherches de Logique Juridique en Belgique, in *études de Logique Juridique*, II, 1967.

[3] Ottman Ballweg, Science, Prudence et Philosophie du Droit, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1965.

[4] Karl Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 1964(中译本参见[德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版; *Wahrheit und Richtigkeit im Juristischen Denken*, 1963); *Die Idee der Konkretisierung, in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1968.

虑重重,缓慢推进,他想要考察一切值得关注的意见,但在最终得出似乎最正确、最站得住脚、最有说服力的判决之前,他还会从价值论的观点考察每种意见的基础与效果。

我30年前提出,在人类生活中因而在(立法和司法)法律发展中,有可能接近本体论实现(ontological actualization)。后来恩吉施也提出了相似的看法。这种接近之所以出现在法律现实中,是因为生活是灵动的,它在各种明确的可能性领域中摇摆。法律科学同样如此,因为它指向生活。由此,人们在明确的可能边际内表述法律命题和判断。它们只可能是概然的、大致恰当的,绝不可能是精确的。

法律的实质逻辑尽管与数理形式逻辑不是一回事,仍是哲学逻辑而不仅仅是经验技术。正是逻辑导致法律过程必然得出(就所讨论的难题而言)正确且可接受的解决方案。

法律规则既非绝对的尺度,亦非某种神律;相反,它只是法律观念的沉淀与表达,倘若我们想要理解、限制和证成规则,就必须直面那些法律观念。显然,法律人必须运用来自哲学的超经验价值论尺度。

法律人与具体而确定的特殊事实打交道;因此他务必利用特定的实践技术,以便尽可能贴近冲突或纠纷的各种具体维度。

他必须进行目的解释,以便顾及法律规则的各种目的。他不仅必须考察纠纷的主要前因,也必须凭借法律规则的目的来考察判决效果。

约阿希姆·赫鲁施卡

慕尼黑大学的赫鲁施卡教授,^[1]近来对将判决视为三段论的陈词滥调发起了新的摧毁性打击。规则的个别化过程,始于法官必须给自己提出的问题。这基本问题涉及具体案件。法官假设了他在调查事实时着手确证的暂时结论。该心理过程始于对要被确立的事件及其意义形成预期的所谓历史问题。法官凭借法律先例和价值论尺度来建立、评价和确认证据,以便解答那个根本问题。

这第一个问题又带来另一个问题,它涉及可适用的规则。由于该问题事关特定案件,它总是隐含着对所寻规则的偏见。法官总得明白他想要找的是什麼,他实际上在寻求什麼。假如他找到了一般规则,他总是在与所审特定案件的联系中看待该规则。换言之,对规则的解释总是包含着具体因素。

当法官重新考察和分析第一个问题时,对第二个问题的解答反过来又会影响第一个问题。

所有法律难题都围绕着对特定具体情境的描述。于是,法律的个别化总是引发法律不确定性。

[1] Joachim Hruschka, Rechtsanwendung als methodologisches Problem, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1964.