



2018年卷·总第004卷

法理

法哲学、法学方法论与人工智能

Journal of Legal Philosophy, Legal Methodology, and Artificial Intelligence

舒国滢 主编



创于1897

商务印书馆
The Commercial Press

法 理

法哲学、法学方法论与人工智能

(2018年卷·总第004卷)

舒国滢 主编



商务印书馆
The Commercial Press

2018年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法理. 第4卷/舒国滢主编. —北京:商务印书馆,
2018.6(2018.8重印)

ISBN 978-7-100-16042-1

I. ①法… II. ①舒… III. ①法理学—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第080234号

权利保留,侵权必究。

法 理

法哲学、法学方法论与人工智能

(2018年卷·总第004卷)

舒国滢 主编

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京虎彩文化传播有限公司印刷

ISBN 978-7-100-16042-1

2018年6月第1版

开本 787×1092 1/16

2018年8月北京第2次印刷

印张 16½

定价:78.00元

主办单位：

中国政法大学法学院法学方法论研究中心
北京市天同律师事务所

主 编：舒国滢（中国政法大学法学院）

副主编：王夏昊（中国政法大学法学院）

辛正郁（北京市天同律师事务所）

编辑委员会（以姓氏笔画为序）

冯 威（中国政法大学法学院）

孙海波（中国政法大学比较法学研究院）

李红勃（外交学院国际法系）

朱明哲（中国政法大学比较法学研究院）

刘 毅（北京理工大学法学院）

杨 贝（对外经济贸易大学法学院）

宋旭光（深圳大学法学院）

汪 雄（首都师范大学法学院）

郑玉双（中央财经大学法学院）

梁迎修（北京师范大学法学院）

雷 磊（中国政法大学法学院）

本卷执行主编：朱明哲

学术秘书：陈皓翔

目录

改版说明

卷首语

变革时代的法学知识印记 舒国滢 (3)

专题：法律渊源理论

论全球以及欧洲范围内的规制竞争 伯努瓦·弗里德曼 (11)

国际法渊源中的“规则”观念 让·达斯普勒蒙 (29)

接纳与冲突

——欧盟法的自主性及国际法作为欧盟法之渊源 杨国栋 (54)

法国学说的主体

——关于法国法学家群体的一些思考

..... 菲利普·热斯塔茨、克里斯托夫·雅曼 (72)

地方分权与法律多元主义 让-贝尔纳·奥比 (95)

法兰西第三共和与勒内·卡皮唐的宪法习惯法理论 肖 彤 (107)

民间法介入纠纷解决机制的路径

——从法律渊源理论出发 胡宗亮 (132)

论文

- 法教义学的道路 乌韦·迪特里希森 (167)
- 祈使句与逻辑 尤尔根·约根森 (181)
- 个案情形下的法律规避如何判定?
——基于阿列克西法律原则理论的研究 吕润生 (192)

评论

- 我们应该如何看待法律?
——杰里米·沃尔德伦《法律》评介 吴 然 (211)
- 法治、融贯性与道德模式
——对《法律体系、法律方法与法治》的批判性检读 沈宏彬 (230)
- 布瓦索纳德与日本革新中的法国法 尼古拉·梅当 (245)
- 成都天价信用卡滞纳金案件判决评析
——法律推理、论证策略与时代司法 翟 晗 (254)



卷首语

变革时代的法学知识印记

目前国内外普遍感受到的一个趋势是科技、经济等物质领域的进步正在改变法律实践和法律职业样态。实务界或许已经在面对各种纷繁复杂的新法律现象时找出了一些因时制宜、因地制宜的解决方案，但是如果不对这些现象背后的理论问题进行更整体性、更深入的反思，我们势必无从理解法学到底面临着何种挑战与危机。

在各种经济社会变迁中，范围最大、持续时间也最长的是经济全球化。经济领域的整合催生了更多的国际合作，可是国际合作却没有像两次世界大战之间的欧洲法学家预言的那样进一步催生普世法，更没有形成一个具有普遍管辖权的全球政府。相反，各个行业内部的通行规则在不需要国家力量介入的情况下自我构建着秩序。区域性超国家司法机构（如欧盟法院）的建立与运作进一步导致国家立法权不得受制于无关代议制民主的规范创造程序。同时，各国法院在裁判时援引和借鉴外国法的情况屡见不鲜。各个主权国家为了在全球化中获得红利，反而积极修改立法以适应各种经济活动者对法律的需要。地方政府也通过次级立法进一步加剧了一国之内规则的复杂程度。不同宗教、文化群体的流动也让各种不同的法律文明不得不开展对话与交流。如今的法律实践已经不再限制在特定地理边界之内、以主权国家为中心，国家在新时代逐渐成了初级法律资料的提供者和规则制定竞争中的参与者。

科技的进步改变了我们观察世界的方式，也改变了我们对世界的观察。人工智

能领域的突破预示着人工智能可能在未来替代许多人类的劳动形式，把人类从重复性的工作中解脱出来。然而随之而来的问题是伴随着新一轮的自动化进程，至少在短期内会产生大量将岗位让于人工智能的劳动者。如何在制度上保障他们的生存与尊严，不但需要我们思考社会保障法体系构建，更需要我们从更一般的层面上反思劳动的性质、人的价值等基础性问题。与此同时，认知科学的一些理论主张人类的智力与认识活动并不依赖于心灵，另一些理论则主张动物拥有可以与人类比拟的道德认知能力，两种趋势都导致人类的独特性受到了挑战。其结果是我们一直以来建立在主体/客体、人/物之二分法基础上的法律体系和法律思想本身也需要反思与重构。两种发展趋势共同预示着我们可能将要面对一个人与非人分享、而非由人支配非人的社会，对这一人类新命运的理解程度将决定法学在未来的地位。

或许有不少同仁认为面对新情况、新进展，过去的法学知识和关于过去的法学的知识显得日益冗余。我的观点则相反，恰恰是在变革的时代，关于法学发展历程的知识才显得尤为重要。人类历史上已经出现过深度和广度都不容小觑的变革，法律和法学已经对历次变化做出过回应，如19世纪末工业发展带来了侵权行为法和保险法的重大发展，20世纪初的大萧条又推动了各国社会保障立法。我们有必要了解法学发展至今的来龙去脉，厘清每次历史变迁对法学留下的印记，并澄清法学知识体系每一内容之来源，如是方能反思现有知识体系提供坚实的基础。在此基础上，我们才有可能仔细分辨出现在所谓变革到底是对何时、基于何种社会条件形成的知识的挑战，并思考如何应对此种挑战。因此了解如今法律知识的形成过程是我们探寻未来法律知识的必要前提。

本卷的专题是“法律渊源”。该主题的重要性一方面在于它勾连了规范性和实证性这两种法学研究的进路，另一方面则在于法学的创新时常体现为法律渊源理论的创新。当人们认为现行法秩序不克应对新的社会情势时，探问“何为法律”比“法为何物”的概念研究更为便捷。本卷选取了8篇相关论文，力图从不同的国别、区域等范围呈现此主题的诸种可能性。比利时布鲁塞尔自由大学教授、佩雷尔曼法律哲学研究中心主席伯努瓦·弗里德曼是目前“全球法”研究的代表人物，他的《论全球以及欧洲范围内的规制竞争》为我们展现了各国如何在全球化进程中变法以自利，并在实际上形成了法律的自由市场。巴黎政治大学和曼彻斯特大学的国际公法教授让·达斯普勒蒙的论文则用国际公法学界较少使用的理论化进路处理国际法中的“规则”，并借以反驳初级规则与次级规则之间的区分。西南政法大学行政法学院讲师杨国栋博士关于欧盟法之渊源的论文用欧洲法院的代表性案例阐明欧盟法与国际法之间的关系，可以为我们提供一个比较的视角。此外，本卷特地选用了

3 篇与法国法有关的稿件。巴黎第十二大学的热斯塔茨教授与巴黎政治大学法学院院长雅曼教授合著的《法国学说的主体》从社会理论角度为我们展现了法国学说如何成为民法领域一种事实上的渊源。让-贝尔纳·奥比的论文则从法律多元的角度审视 20 世纪 80 年代法国地方分权政策之效果，是一篇不可多得的行政法与行政学相结合的论文。法国巴黎第二大学公法学博士生肖彤则以对法兰西第五共和国宪法与宪法学有决定性影响的卡皮唐为焦点，呈现法国学界对宪法文本与政治实践之间张力的处理方式，对我国目前的许多争论具有较大的借鉴意义。最后，胡宗亮基于实证调查所完成的论文为我们展现了当前我国民间法实践的一个片段。

除了专题论文以外，本卷还收录了其他值得我们期待的作品。在“论文”部分，更详细地阐明法教义学概念和界限的《法教义学的道路》（乌韦·迪特里希森著）一文由雷磊译出。提出法律逻辑和法律论证中著名“约根森困境”的《祈使句与逻辑》（尤尔根·约根森著）一文由吴国邦译出。吕润生在《个案情形下的法律规避如何判定？——基于阿列克西法律原则理论的研究》一文中，尝试将德国基尔学派的法律原则理论来界定法律规避，提供了另一种可能的思路。在“评论”部分，吴然对杰里米·沃尔德伦《法律：七堂法治通识课》这本英国法学院比较流行的法理学入门读物进行了基本思路的整理，为法理学的初学者提供了一种“切入”的姿态。沈宏彬将雷磊在《法律体系、法律方法与法治》一书中所阐释的法治模型归纳为“法治的道德模式”，并对此进行了解读和批判。法国波尔多大学博士生梅当则围绕一个具体人物展现了西法东渐过程中的一个个案（《布瓦索纳德与日本革新中的法国法》）。翟晗对 2015 年成都信用卡滞纳金案进行了评论。对于著作、个案与现象的评论是本刊所一直鼓励、并在以后也会一直重视的。

舒国滢

2017 年 11 月 30 日



专题：法律渊源理论

编者按：

法律渊源是法学界一个持久的话题。甚至可以说，一时一地的法律实践之所以区别于其他的法律实践，最核心的特点就在于其独特的法律渊源与解释方法，所以我们可以看到，历史上几次大的法学变迁都伴随着关于法律渊源理论的革新。公元426年的《引证法》可能是最著名、也是最重要的一个例子。通过这部敕令，盖尤斯、保罗、乌尔比安、帕比尼安和莫德斯丁的共同观点开始具有正式的法律地位，而帕比尼安的观点则在其中具有最重要的分量。中世纪的法律多元不但表现为同时有不同的司法机构存在、管辖权交叠，也表现为罗马法、教会法、地方和行业的习惯法、国王敕令等不同的法律渊源交叠，而没有一个统一的规则一劳永逸地解决不同规范之间的选择与适用。路易十四治下的专制君主政体整合了整个王国的政治生活，并揭开了国内法统一的序幕。这一运动在法国大革命后表现为法典化——5部以拿破仑命名的法典奠定了19世纪法律史的基调。拿破仑的军队在数年之内征服了大半个欧洲，然后迅速溃败，但法典化的理想却成了整个欧洲法学共同的理想。一个民族真正要屹立于世界，仅有政治上的统一还不够，还必须用一部体系化的现代法典整合一个领域所有的规则，并同时排除其他法律渊源。“同一个民族、同一个国家、同一部法典”成了新时代的教条。实际上，19世纪初的法学家确实以成文法为圭臬，拒绝承认判例、学说、习惯，所以虽然实际上他们在评注法典的时候旁征博引，仍为后人讥为“解经学派”。至19世纪末，生业、社会、政治均有极大变迁，在民事领域引起的反响尤其剧烈。此时，旧的法典（如《法国民法典》）似已无法应对新的形势，新的法典（如《德国民法典》）尚未问世，法学家们不得不承认在法典意义模糊或有漏洞的时候（至少是在法律的适用者认为意义模糊或者有漏洞的时候），可以从其他法律渊源中寻找规则。在此基础上诞生了《瑞士民法典》“著名的”第1条和《国际法院规约》的第38条。然而法典的垄断地位虽然不再，法典化之梦却仍延续至今。

在法律实践中，法律渊源要解决的实际上是“依法裁判”之“法”从何处寻找

的问题。在昙花一现的一元论时代，以法典为代表的成文法是法律唯一的存在形式。现在理论界较为关注四种法律渊源：立法、习惯、判例、学说。四种规范性语句的存在形式来源不同，创造它们的职业群体也不同，从这些渊源中找到规范语句并用一套形式化的技术确定其意义的能力区别了法律人和门外汉。律师通过合同条款的日益格式化、职业政客通过代议权、法官通过判决、学者通过学术作品，都在发展着法律，不同职业的法律人通过运用自己所掌握的资源争夺创造法律、垄断性地解释法律的权利，学说与判例之间的角力便是近在眼前的例子。最高审级法院的法官，不再仅仅就个案进行判断，而是试图统一法律解释和创造新的规范，法官一方面替代了立法者，另一方面与学说竞争。所以，关注法律渊源有助于我们描述性地研究人们如何用法律生活，法律又是如何在人们的使用中生成的。每一种法律渊源理论不但需要解决有哪些法律渊源，还要解决各个渊源之间的关系问题，而背后的社会现实则是不同群体在一个特定的历史时刻和空间范围内形成规范的能力此消彼长的关系。

至少在大陆法国家，我们现在的法学知识以法典为中心、关注国家制定的成文法的解释。但是当前的法律实践中一个重要现象是国家制定的成文法非但不能自称唯一的法律渊源，甚至在应用中逐渐让位于其他群体创设的规范。所以本期选取的论文主要是研究国家法之外的法律渊源的成果。从这些研究中，我们可以看出包括国家在内的规则生产者都在竞争着解释与制定规则的权力。于是，我们意识到法律渊源实际上同时具备规范和实证两个面向。我们从中不但可以看出新时期的法律实践如何运用不同性质和来源的规范解决法律问题，还可以透视不同法律职业群体采取何种策略要求人们接受他们所创制的规范。

论全球以及欧洲范围内的规制竞争^{*}

伯努瓦·弗里德曼^{**} 著 冯凤阁^{***} 译

一、论题的意义

当今世界，尤其在欧洲，各个国家相互展开了一场立法之间的竞争，竞争内容涉及社会法、财税法以及其他众多领域。然而，这一竞争对各国国内法律秩序带来的多是负面效应，这一切都使得规制竞争备受关注。该问题所激发的兴趣已经远远超越了法律界，并延伸到了政治行政的层面，甚至涉及了全体国民。全球范围不断爆发的各类事件^①使人们震惊，尤其是欧洲人为自己所处国家的政治和社会模式的是否能够持久感到担忧。

从法律的层面来讲，无论是由世界性组织设定的规则所构成的某个全球性法律秩序，还是由各国国内法聚合而成的全球法律市场，全球化浪潮都极大地加大了它

^{*} 2015年11月19日到20日，在里昂举办的“Concurrence réglementaire, social et fiscal dans l'Union Européenne. Théorie et pratiques(s)”国际研讨会上，本文作者做了开幕致辞，该致辞成为本文的初版。文章作者真诚地感谢朱明哲博士。他率先拟定了拙文的出版计划，并负责论文的编辑以及对译文的审核。我也同时感谢冯凤阁女士充满热情地完成了本文的翻译工作。如果没有这两位的心心合作，这篇论文就永远不会有被介绍给中国读者的可能，论文作者也无法将研究成果和学术思考和大家分享。

^{**} 伯努瓦·弗里德曼，比利时布鲁塞尔自由大学（Université Libre de Bruxelles）的教授，佩雷尔曼法律哲学研究中心（Centre Perelman）的主席。

^{***} 冯凤阁，比利时布鲁塞尔自由大学佩雷尔曼法律哲学研究中心博士生。

^① 读者自然会联想到自Luxleaks事件以来，新闻媒体揭露的各类逃税行为，或者是2016年4月爆发的“巴拿马文件”（Panama Papers）丑闻。