



总第002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



商务印书馆
The Commercial Press

创于1897

法 理

——法哲学、法学方法论与人工智能
(总第 002 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2卷/舒国滢主编. —北京:商务印书馆,
2018

ISBN 978-7-100-16540-2

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191330号

权利保留,侵权必究。

法 理

——法哲学、法学方法论与人工智能

(总第002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 978-7-100-16540-2

2018年9月第1版

开本 787×1092 1/16

2018年9月北京第1次印刷

印张 15³/₈

定价:78.00元

主办单位：

中国政法大学法学院方法论研究中心

主 编：舒国滢（中国政法大学法学院）

编辑委员会：

王夏昊（中国政法大学法学院）

平宏民（中国政法大学法学院）

雷 磊（中国政法大学法学院）

杨 贝（对外经济贸易大学法学院）

冯 威（中国政法大学法学院）

学术秘书：付子醒

改版说明

从第4卷开始，我们的刊名由《法学方法论论丛》变为《法理》。我们希望通过刊名的变更扩大讨论的范围，同时邀请更多同仁加入对法律与法学的理论探问，从而增进我们对法律实践中出现的种种现象与问题的理解。我们同样也期待有一个稳定的作者和读者群体，能够在这个喧嚣和略显浮躁的时代抛去种种外在的羁绊，共同来滋养法理学人的心灵家园。我们将秉持“兼容并蓄、中西结合、古今并重”的理念，也将继续以“哲学与法学之共同领域的法哲学”作为刊物的基本定位。我们将以英语同名期刊 *Ratio Juris* 和德语同名期刊 *Rechtstheorie* 为典范，努力追求成为中国法理学界的专业性刊物。

萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）在为1815年问世的《历史法学杂志》（*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*）所撰写的刊首语中提到：之所以创立这本杂志，是希望“部分通过自身的工作，部分是同时提供给志同道合的朋友们一个合作的场所”；但同时，它也“乐于承认每一个陌生的价值、开放的意义，对每一个重要人物带着有开放意义的和友善的钦佩，但也具有一种特殊职业的确定的和沉静的感情”。因而我们欢迎共识，但也尊重差异乃至争议。

本刊第4卷改版之际，躬逢中国政法大学法学院40周年院庆，故此改版重印1—3卷，以致庆祝。

本刊编辑委员会谨识

2018年8月31日

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……………奥利斯·阿尔尼奥、罗伯特·阿列克西、
亚历山大·佩彻尼克（12）

I. 法律中的变形……………（16）

II. 法律变形在理性法律商谈中的证成……………（37）

III. 论法律教义学中解释断言的真理性与有效性……………（56）

法律论证理论……………乌尔弗里德·诺依曼（76）

论文

初探法感（Rechtsgefühl）

——从民事案例出发思考其在法官判决中之地位……………吴从周（99）

法学建构与十九世纪的人格权论述

——对耶林《对抗侵辱行为的法律保障》之解析……………李君韬（130）

法律的客观性与确定性

——法律现实主义批判 房文翠、黄伟文 (161)

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 (179)

道德论证的方法论问题

——图尔敏与黑尔之争 宋旭光 (193)

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)



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领域的三位著名学者——芬兰坦佩雷大学教授奥利斯·阿尔尼奥（Aulis Aarnio）、德国基尔大学教授罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）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。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、世界法哲学与社会哲学大会（IVR）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种可能，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）“对抗侵辱行为的法律保障”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 Emeren）、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。

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



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、法律解释规准，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准，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，以及一般诠释学。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，迻译成文，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，前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*（法律论证的基础）”载于阿列克西与克拉维茨主编的《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,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年的专著《法律论证学说》(*Juristische Argumentationslehre*)要晚于上述