



总第003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

法 理

法哲学、法学方法论与人工智能

(总第 003 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3卷/舒国滢主编. —北京:商务印书馆,
2018

ISBN 978-7-100-16552-5

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 191328 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 003 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 978-7-100-16552-5

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 15%

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：牛利冉

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

寻找方法论之争的边界

——一般理论与具体问题 舒国滢 (3)

专题：法律中的可废止性

法律与可废止性 亚普·哈赫 (13)

法律论证的可废止性需要特殊的法律逻辑吗？

..... 阿伦德·索特曼 (35)

规则、原则与可废止性 卡斯滕·贝克尔 (50)

论法律规则被假设的可废止性 弗里德里克·肖尔 (64)

论文

斯多葛辩证法及其对罗马法的影响 付子醒 (83)

不可接受结果之论证与法律的合理适用 伊芙琳·T. 菲特丽丝 (109)

什么是法律规范？

——一个本体论视角的追问 马 驰 (130)

霍菲尔德与授权性规则 张书友 (147)

宪法教义学的功能与界限 白 斌 (167)

评论

法律续造的程式建构

——以张甲诉李乙离婚纠纷案为中心 石东洋 (187)

官方话语体系修辞失效的法律原因探析

——以陈永洲事件为例 王春穗 (200)

“诠释学循环”

——概念、类型及运用 陈 雨 (212)

案例指导与指导案例

论指导性案例的使用与滥用

——一种经验主义视角的考察 孙海波 (227)



卷首语

寻找方法论之争的边界

——一般理论与具体问题

近年来法学方法的问题一直是国内学界关注的热点。这其实并不是一个新问题，在欧美学界，法学方法的问题自二十世纪六七十年代就已集中呈现，直到今天依然占据法学研究的重要一隅。而国内学者则在经历了不可避免的早期简单模仿和粗糙吞咽之后，开始了更为系统的自我反思与理论深化。去年的教义法学与社会科学之争未免不是这种由方法而至方法论之趋向的一个标志。

毫无疑问，方法论的觉醒是中国法学发展的必然一步。随着中国法治建设的重心从立法转移到司法，在宪法、刑法、民法等部门法领域，越来越多的学者开始意识到教义学研究的重要性，很大程度上也支援了规范法理论和法学方法论的研究。如果我们不想让方法论上的论争陷入大而无当的各说各话的话，那么就要一方面从一般理论上对于各自研究进路的方法和立场进行更为清晰的界定，这不仅包括哲学的思辨还有赖于思想史的考察；另一方面，更需要的则是从一般理论下沉到具体问题的研究，这一层面的研究更多的是建立在部门法疑难问题和法律实践具体个案的分析之上的。

作为近来国内学界较早引入法律论证理论并着重于方法论研究的学者，我从来没有反对过运用社会学、经济学等其他社会科学方法对法律进行研究的重要性，也没有主张过法社会学、法经济学等交叉学科在法学教育和法学研究中就必然处于边缘状态。我所要强调的是，这些都是有关法律（about law）的研究，是“法学外的法学”，而不是法律本身（of law）的研究，即“法学内的法学”。如果我们不想让

自己的判断和想象完全流于无效，那么我们就必须用所谓理性、冷静、刚性的“法言法语”包裹起这种判断和想象，按照“法律共同体”之专业技术的要求，来逻辑地表达为法律共同体甚或整个社会均予认可的意见和问题解决的办法（“从方法论看抽象法学理论的发展”，《浙江社会科学》2004年第5期）。如果我们不想让自己的思维浮离于法律实践之外，就必须将根基建立在现行法秩序之上。

新一卷的《论丛》依旧推出了一个重要的译文专题：法律中的可废止性。这—问题是近来法理论研究的一个重要课题，不仅关涉法律逻辑和法律论证的非单调性问题，也涉及法律规范的结构以及法体系的性质等法哲学问题，一时吸引了许多法学家的目光。本卷推出了由宋旭光和王志勇两位博士分别翻译的四篇代表性论文，力图清晰地呈现这一课题当前的讨论状态。亚普·哈赫系荷兰中青年法学家的代表，早前专注于法律逻辑研究，近来更加倾向于法哲学分析，得益于其深厚的逻辑分析功底，他的《法律与可废止性》系统性地分析了可废止性的基本类型及其与法律论证的关系，成为我们认识这一问题最为重要的理论地图。阿伦德·索特曼是另一位专注于法律逻辑和规范逻辑的荷兰法学家，他的文章专门论述了法律论证的可废止性是否需要一种专门的法律逻辑来处理的问题，并且给出了一个与哈赫不一样的答案。作为德国年轻法学家的代表，卡斯滕·贝克尔的《规则、原则与可废止性》在阿列克西原则理论的基础之上，提出了可废止性作为区分原则与规则之标准的观点，成为从规范结构研究可废止性问题的代表作品。美国法学家弗里德里克·肖尔则从哲学的角度论证了将法律规则假设为可废止的是如何部分令人困惑、部分冗余和部分错误的，其背后当然暗含了他一贯的形式主义立场。

其他一些文章同样值得期待。付子醒的文章从罗马法律技术的革新以及罗马法学家对法学学科性质的认识两个面向分析了斯多葛辩证法对罗马法的影响，可能是中文世界首次对于这一问题进行系统阐述；由刘巧巧和王彬合作翻译的菲特丽丝的《不可接受结果之论证与法律的合理适用》从阿姆斯特丹论辩学派所主张的语用——辩证的视角分析和重构了诉诸合理性的不可接受结果之论证，让我们对于这一论证类型有了更为清晰的认识；马驰的论文面对的是一个经久不衰的问题：“什么是法律规范”，他以约翰·塞尔理论为基础，从哲学的角度，将法律规范的本体论基础定位于某种特殊的制度性事实；霍菲尔德对于权利等基本法律概念的分析深刻地影响了西方法哲学的发展，张书友将霍氏的理论与当代分析哲学的发展相结合，系统论述了“授权性规则”的问题，赋予了其新的意义；所谓“有所为，有所不为”，白斌的文章坦诚面对了宪法教义学的有限性，正是以这种界限的存在为基础，宪法教义学的功能才能得到更有力的捍卫；石东洋法官的论文是一篇难得的理

论结合实践的论文，他以张甲诉李乙离婚纠纷案的分析为基础，将法律续造的程式建构问题以一种更接地气的方式呈现出来；王春穗的研究同样是立足于个案分析，他将莱考夫和约翰逊提出的概念隐喻理论用于官方话语体系的分析，试图找出其修辞失效的法律原因；孙海波则以经验主义为视角，着重关注了指导性案例被滥用的种种可能情形，并以此提出了指导性案例的规范性使用的问题。

岁月如白驹过隙，未曾弹指，《法学方法论论丛》就已经三岁了。三年里，虽难言暴风骤雨，却也依旧筚路蓝缕；三载间，虽不说停辛贮苦，却也有过手足无措。也有憧憬，也曾彷徨。事非经过不知难，在此仍应感谢各位编辑的“不辞劳苦”和诸多作者的“不吝赐稿”。当然，力有不逮，错漏之处难免，更应该感谢的是读者的“多多包涵”。你们是大时代中这本小刊物能够继续存留下来的理由，更是赋予它生命力的源泉。

舒国滢

2015年6月18日



专题：法律中的可废止性

编者按：

近年来，可废止性（Defeasibility）逐渐成为国际法理论学界的热点话题。一方面，已有多次会议聚焦这一问题。例如，2008年3月，英国牛津大学奥里尔学院“法律可废止性”会议（论文集：*The Logic of Legal Requirements*, Oxford 2012）；2010年9月，德国法兰克福大学“伦理学、认识论、法律与逻辑的可废止性”研讨会（论文集：*Defeasibility in Philosophy*, Rodopi 2013）；2015年3月，法兰克福大学又召开了“法律中的可废止性”研讨会，与会学者包括克劳斯·京特（Klaus Günther）、乔纳森·丹西（Jonathan Dancy）、安德列亚斯·米勒（Andreas Müller）、迈克尔·德·阿劳约·库尔特（Michel de Araujo Kurth）、张美露（Ruth Chang）、何塞普·胡安·莫雷索（Josep Juan Moreso）、苏珊·曼特尔（Susanne Mantel）、马蒂亚斯·克拉特（Matthias Klatt）、卡斯滕·贝克尔（Carsten Bäcker）、安德瑞·马默（Andrei Marmor）等诸多大家。三次会议中，两大法系的法学家们汇聚一堂就一个主题进行讨论，可谓一时佳话。

另一方面，以此为题的论文数量显著增加。仅专著就已有数部，例如，亨利·帕肯（Henry Prakken）的《建模法律论证的逻辑工具：法律可废止推理研究》（Kluwer 1997），王鹏翔（Peng-Hsiang Wang）的《法律证立中的可废止性》（Nomos 2003），巴尔托什·布罗热克（Bartosz Brożek）的《法律推理的可废止性》（Zakamycze 2004），路易斯·杜阿尔特·德·阿尔梅达（Luis Duarte d'Almeida）的《容许例外：法律辩护与可废止性理论》（Oxford 2015）。其他论文更是汗牛充栋，H. L. A. 哈特（H. L. A. Hart）、尼尔·麦考密克（Neil MacCormick）、亚历山大·佩彻尼克（Aleksander Peczenik）、卡洛斯·阿尔乔龙（Carlos E. Alchourrón）、欧亨尼奥·布雷金（Eugenio Bulygin）、阿伦德·索特曼（Arend Soeteman）、弗里德里克·肖尔（Frederick Schauer）、理查德·图尔（Richard H. S. Tur）等如雷贯耳的法哲学前辈，亚普·哈赫（Jaap Hage）、乔瓦尼·萨尔托尔（Giovanni Sartor）、扬-R. 希克曼（Jan-R. Sieckmann）、胡安·卡洛斯·巴扬（Juan Carlos

Bayón)、威尔弗里德·瓦卢乔 (Wilfrid J. Waluchow)、布莱恩·比克斯 (Brian H. Bix) 等青年才俊, 都从各自不同的角度论述过这一问题。法兰克福大学迈克尔·德·阿劳约·库尔特 (Michel de Araujo Kurth) 为我们提供了一个全面的文献目录 (*Defeasibility in Philosophy*, 2013)。

一般认为, 可废止性最早是由哈特在其 20 世纪 40 年代末发表的《责任与权利的归结》(*Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948-1949) 一文中率先引入的。“可废止的” (Defeasible) 本意是指土地上的房产或利益之拘束力可被废止或者使其无效。哈特将其扩展为一切概念的性质, 即在例外情况下, 一个概念的初显性适用可被终结。他认为, 不仅有“例外”的规则依然是规则, 而且“例外”的清单不可能完全提前确定。但是, 这一理念却并没有在法律领域引起过多关注, 甚至哈特本人其后都在怀疑这一主张的正确性。如今法律学者对于可废止性的关注是“出口转内销”的典型。受哈特启发, 现代论证理论的创始人之一, 斯蒂芬·图尔敏 (Stephen Toulmin) 将这一观念改造成其论证模型中的一个关键要素: 反驳 (rebuttal), 并为修辞、论证以及非形式逻辑学界接受。20 世纪 70 年代, 在约翰·波洛克 (John Pollock) 等人带动之下, 可废止性观念逐渐成为认识论的主流。其后, 又扩展到实践推理领域, 约翰·塞尔 (John Searle)、罗伯特·诺齐克 (Robert Nozick)、约瑟夫·拉兹 (Joseph Raz)、罗伯特·奥迪 (Robert Audi) 等人都对这一问题进行了相应的探讨。具体到法律领域, 我们不能不提的另一位人物则是阿根廷法学家阿尔乔龙, 正是在他的影响下, 许多法学家开始从道义逻辑、规范结构或者法律论证的角度来看待这一问题。而非单调逻辑 (nonmonotonic logic) 的发展又为这一研究进一步推波助澜。当代可废止性的一个重要讨论就在于非单调性逻辑是否能够充分地建模法律推理的特征。

从目前学界的争论来看, 可废止性的研究主要从两方面入手: 其一, 沿袭哈特的路径从“例外”着眼, 认为法律概念或者法律标准可能有着一些隐藏的例外, 而且这些例外不可能在法律适用之前就被完全列出, 因此它们是可废止的, 这可能会涉及法律与道德 (或正义、衡平等诸多价值) 的关系, 法律规则、法律原则、法律体系的特征, 以及法律规则与法律原则的结构区别等问题; 其二在法律与逻辑领域, 认为法律领域内的推论在本质上并不是演绎的, 而是可伸缩和扩展的, 因此一些之前有效的推论可能由于新资料或者更强的反对理由的提出, 而变得无法维持。

虽然可废止性已经成为法理论的一个核心概念, 但是正如诸多学者所指出的, 这个概念所指究竟为何, 我们应当如何理解这一概念, 它又与法律或者法律推理有

着什么样的关系，对于这三个基本问题，学界却并没有一致意见。根据布罗热克的总结（*Revus* 24, 2014），可以被当作是可废止的现象至少有十四种：（1）事实，（2）信念，（3）法律概念，（4）规范表述（formulations），（5）法律解释或意义，（6）规范，规则或原则，（7）法律推理，（8）法律地位（positions），（9）法律安排（arrangements），（10）法律主张，（11）法律结论，（12）属性，（13）论证，（14）论证形式。如果不同学者使用“可废止性”这一概念所指称的现象并不一样，那么许多争议可能就是没有意义的“鸡同鸭讲”。

编者精选的第一篇文章，荷兰马斯特里赫特大学教授亚普·哈赫的《法律与可废止性》面对的主要就是这样的问题。哈文提供了迄今为止对法律可废止性的基本问题最清晰的勾勒，鉴于此，IVR 百科全书的“法律与可废止性”词条即委托哈赫撰写。他的论文主要处理了三个问题：（1）可废止性所指为何？他区分了五种可废止性，即本体可废止性、概念可废止性、认知可废止性、证成可废止性以及逻辑可废止性，并一一给出界定。（2）可废止性与法律或者法律推理有关系吗？他认为，与法律推理有直接关系的是证成可废止性，并且给出了三个理由：程序法上的证明负担是一个主张和反驳的过程；法律证成中发现的脉络是可废止性发挥作用的场域；法律规则可能在特定情境下有例外产生。（3）法律推理的可废止性是否需要非单调逻辑？面对这个问题，哈赫批判了两个著名的法学家即阿尔乔龙和索特曼的论述，从而提出了自己的主张：法律推理的可废止性当然可以通过演绎推理加信念修正的方法来予以建模，但是使用非单调逻辑来建模这种特征却是一种更好的方法。

阿姆斯特丹自由大学荣休教授阿伦德·索特曼给出了针锋相对的回应。他的文章从逻辑的角度讨论了，我们是否需要一种特殊的法律逻辑来处理法律论证中的可废止性？他的主要论点有三：其一，法律判断关涉重大，需要的是完全证成，而这种完全证成只能借由形式（单调）逻辑来完成；其二，非单调逻辑或非形式逻辑都不是形式逻辑的替代选项，它们位于发现的脉络，而不能用于法律判断的证成；其三，单调逻辑和非单调逻辑都可以用来处理可废止性问题，但是使用前者的优势在于它不仅将可废止性置入前提之中从而刻画了法律的可废止性，也保障了法律结论的完全证成。更为重要的是，通过本文的分析，我们能够更清晰地看到，形式逻辑的捍卫者与图尔敏、佩雷尔曼（Chaïm Perelman）所代表的论证（修辞）传统之间，虽有无法被忽视的重要歧见，但却并非一种绝对对立的或者替代与被替代的关系。一个看似有些简单却颇受启发的可能思路就在于：将内部证成划归于形式逻辑，而将外部证成当成实质论证的战场。至少，麦考密克等人就已经在做这种尝试。