

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

法哲学与 法社会学论丛

(四)

郑永流 主编

Archives for Legal Philosophy
and Legal Sociology
Archiv für Rechtsphilosophie
und Rechtssoziologie

中国政法大学出版社

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Legal Sociology
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

(四)

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

本辑主编 陈金钊
谢 晖
郑永流

中国政法大学出版社
2001 年

图书在版编目 (CIP) 数据

法哲学与法社会学论丛 .4/郑永流主编. - 北京:中国政法大学出版社,2001.9

ISBN 7-5620-2152-X

I.法… II.郑… III.①法哲学-文集②社会法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 063188 号

书 名 法哲学与法社会学论丛(四)

出 版 人 李传敦

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开 本 850×1168mm 1/32

印 张 15.75

字 数 367 千字

版 本 2001 年 12 月第 1 版 2001 年 12 月第 1 次印刷

印 数 0 001-3 000

书 号 ISBN 7-5620-2152-X/D·2112

定 价 29.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码:100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现印装质量问题,请与出版社联系调换。

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Legal Sociology

Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

编辑委员会

Editorial Board

主 编 Chief Editor

郑永流 Zheng Yongliu 中国政法大学 China University of
Politics and Law

副主编 Vice – Chief Editor

舒国滢 Shu Guoying 中国政法大学 China University of Pol-
itics and Law

委 员 Editors

陈弘毅 Albert H. Y. Chen 香港大学 The University of
Hong Kong

方流芳 Fang Liufang 中国政法大学 China University of Pol-
itics and Law

刘金国 Liu Jinguo 中国政法大学 China University of Poli-
tics and Law

乌尔弗里德·诺伊曼 Ulfrid Neumann 德国法兰克福大学
Universität
Frankfurt am

Main, Deutsch-
land

戚 渊 Qi Yuan 中央财经大学 University of Central Finance and Economy

胜雅律 Harro von Senger 瑞士联邦比较法研究所 Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung, Schweiz

王启富 Wang Qifu 中国政法大学 China University of Politics and Law

夏 勇 Xia Yong 中国社会科学院 Chinese Academy of Social Sciences

郑成良 Zheng Chengliang 吉林大学 Jilin University

朱景文 Zhu Jingwen 中国人民大学 Renmin University of China

朱苏力 Zhu Suli 北京大学 Peking University

学术秘书 Assistant

程春明 Cheng Chunming

彭艳崇 Peng Yanchong

柯 恒 Ke Heng

目 录

主题研讨：法律解释与法律论证

走向微观论证的法理学

——全国法律解释与法律论证研讨会综述 …… 李 伟 (1)

诠释学是怎样成为本体论的？

——试述海德格尔的哲学诠释学思想 …… 章启群 (10)

哲学诠释学与法律诠释学 ……

…………… [德国] 乌尔里希·施罗特 著 郑永流 译 (52)

法律论证理论面临的问题和进路

——《法律论证理论》导论 ……

…………… [德国] 罗伯特·阿列克西 著 舒国滢 译 (78)

法律解释学的转向与实用法学的

第三条道路 …… 陈金钊 (116)

法律的作者 …… 谢 晖 (150)

论制定法推理 …… 王 洪 (172)

解释的“历史性” …… 李道刚 (193)

论司法解释权与立法权的

“冲突”及和谐 …… 纪建文 (205)

对证明责任分配的经济学分析 …… 桑本谦 (221)

其他论译文及发言提纲目录 …… (241)

法哲学研究

- 权利的结构 王 涌 (242)
- 程序正义：导论与纲要
 [德国] 克劳斯·F. 勒尔 著 陈林林 译 (299)
- On the Cornerstone Category for Law and
 Science of Law Qi Yuan (339)

法社会学研究

- 当代中国村法初探
 ——兼论法律现代化中的民间法 彭艳崇 (369)

法学名篇

- Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches
 Recht Gustav Radbruch (412)
- 法律的不法与超法律的法
 [德国] 古斯塔夫·拉德布鲁赫 著 舒国滢 译 (429)
- Les différentes Catégories des Droits de
 L'homme Karell Vasak (444)
- 人权的不同类型
 [法国] 卡雷尔·瓦萨克 著 张丽萍 程春明 译 (462)

CONTENTS

SUBJECT DISCUSSION:

LEGAL INTERPRETATION AND LEGAL ARGUMENT

Li Wei

Towards micro – argumentative jurisprudence

——Synthetical statements on the national colloquy

about legal interpretation and legal argument (1)

Zhang Qiqun

How hermeneutics became ontology

——statements on Heidegger' s thoughts of philosophic

hermeneutics (10)

Ulrich Schroth

Philosophic hermeneutics and legal hermeneutics (52)

Robert Alexy

Problematic and developmental orientation of the theories

of legal argumentation (78)

Chen Jinzhao

New orientation of legal interpretation and the third way

of pragmatic jurisprudence (116)

Xie Hui

The authors of law (150)

Wang Hong

On the reasoning of statute law (172)

Li Daogang

The “historicity” of interpretation (193)

Ji Jianwen

On the “conflict” and the harmony between the judiciary
power in interpretation and the legislative power (205)

Sang Benqian

An Economics analysis to determining the liability for
evidences (221)

Contents of other articles, translated articles, and listing

of papers (241)

STUDIES OF PHILOSOPHY OF LAW

Wang Yong

The structure of rights (242)

Klaus F. Röhl

Procedural Justice: Introduction and Overview (299)

Qi Yuan

On the cornerstone category for law and science
of law (339)

STUDIES OF SOCIOLOGY OF LAW

Peng Yanchong

Preliminary investigation into “rules of rural collectivities” in contemporary China ——on the “folkloric law” in the legal modernization	(369)
--	-------

CHIEF D’ OEUVRE IN THE LEGAL LITERATURES

Gustav Radbruch

Injustice by law and justice by “supra – law”	(412)
---	-------

Karel Vasak

The different categories of human rights	(444)
--	-------

主题研讨：法律解释与法律论证

走向微观论证的法理学^{〔1〕} ——全国法律解释与法律论证研讨会综述

李 伟

2001年5月1日至2日，由山东大学法学院与中国政法大学法律系主办、山东大学威海分校法律系承办、威海市环翠区人民法院协办的“全国法律解释与法律论证理论研讨会”在山东威海举行。来自全国各地法理学者、民法学者、宪法学者及报刊、杂志、出版社的近30位代表出席了会议。与会学者向大会提交了18篇论文或译文，由于与会的学者大多具有国外访学的经历，所以，从一定意义上讲，很多学者使用了比较的方法，通过介绍

〔1〕参加会议的有来自北京大学的章启群，清华大学的许章润，复旦大学的段匡，教育部社政司的张保生，中央财经大学的戚渊，中国政法大学的郑永流、舒国滢、焦宏昌、王涌，《中国法学》的李小明，《人民法院报》的安克明，商务印书馆的王兰萍，山东大学的刘士国、谢晖、陈金钊、李道军、李道刚、齐延平，山东财政学院的李良品，山东大学威海分校的王晓、焦宝乾，以及山东大学法学院在校研究生管金伦、桑本谦、纪建文、夏贞鹏、李伟等。

国外学者的著述进行了研讨。与会学者围绕会议的主题，同时又针对探讨“法律解释与法律论证”等理论所不可避免的其他问题，展开了观点纷呈、气氛热烈而又不失理性的讨论。综述本次会议学术讨论中所涉及的问题如下：

一、关于法律发现问题

学者们认为，对于法律发现，人们经历了一个从排斥到接受的过程。目前只是在接受的程度上还存在分歧。传统的法学家将法律的完备无漏视为信条，如孟德斯鸠说法官的判决不外是“法律的精确复写”，法官只需眼睛，他不过是“宣告及说出法律的嘴巴”，拒绝法律发现。在少数案件找不到对应的法律规定时，卡尔·贝格博姆于 1892 年称为出现“法外空间”，1907 年，恩斯特·齐特尔曼将之称为“补漏”，后来人们视这种创造性的活动为法律发现。但主流的观点认为法律发现相对法律适用而言是特殊情况。郑永流教授则认为，法律适用是指可以直接应用法律的情况，如承担责任的年龄、注册资本的规定等；法律发现是指存在法律扩张的情况。在法官审判案件过程中，法律发现为多数情况，法律适用为少数情况。

陈金钊教授认为，司法过程中的法律发现是法学方法论的重要组成部分，成文法律中没有解决纠纷的现成答案，即使是最简单的典型案件，法官也需要在众多的法律条款中经过审慎思考寻找出解决具体案件的法律依据。“每一次的法律适用就已经是一种解释，一种法规范的发现”。没有法律解释就不可能有法律适用。

郑永流教授认为，法律解释、法律推理、法律论证、法律诠释都是法律发现的方式。在法律文本有解释需要时，提出解释标准；对解释标准进行论证，或赞成或反对；在论证中运用各种推理方法。陈金钊教授认为，在法治条件下，法官对案件如果能进

行法律推理，就不能运用法律解释，而只有当法律推理难以直接进行，解释也难以叙说清楚的情况下，才能适用漏洞的价值补充方法。他同时又认为，法律运用是一种相互交叉、不断循环的过程，在法官思维时，这几个方面可能同时存在。

关于法官从哪里发现法律的问题。陈金钊教授认为，这个问题的实质是法官法源的理论问题。法官法源的核心是法官寻找发现法律的思维方法，在法学方法论中，它规定法官寻找、发现法律的思维定向，解决了法官发现法律的大致“场所”。大陆法系法律的最主要渊源是制定法，在英美法系则是判例法，产生区别的原因就在于两大法系有不同的关于发现法律的方法。学者们认为，在我国，正式法源包括制定法、经国家认可的习惯、国际条约。非正式法源包括公平正义观念、法理学说、善良风俗、习惯以及国家的政策等。法官发现法律首先应当在正式法源中寻找，只有在正式法源中找不到所要解决案件的法律，或虽然已经找到，但该法律与社会所奉行的道德严重背离时，才能到非正式法源中寻找。法官只有在穷尽作为依据的裁判之一切可能性之后，才能作此类决定。同时强调在非正式法源中发现法律，必须详细说明理由，进行充分的论证。只有这样，才能保证正式法源的权威。王涌博士提出，真正意义上的法律漏洞只有法律没有明文规定一种情况，在这种情况下，根据“法无禁止为自由，法不设为豁免”的原则就可以判决，无须法律发现。只有在法律没有明文规定而根据以上原则赋予当事人自由将造成极大的不公平，不符合人们对社会正义的预期时才能从非正式法源中寻找依据，而这种公平与否的判断取决于各方商谈之后法官的假设。

二、关于法律论证理论

学者们认为法律论证解决的是判决的正当性问题，法律论证被理解成是一种发生在不同场合（如诉讼和法学研讨）的言语活

动，这个言语活动关涉以语义的精确化来达到规范陈述的正确性。对于这项活动，舒国滢教授认为可以表述为“论辩”、许章润教授、谢晖教授、陈金钊教授认为可以表述为“对话”、“商谈”。尽管表述不一，但对其所表达的意义学者们却大致达成共识。法律论证发生于整个法律发现的过程。德国学者 J. 施奈德与 U. 施罗特认为法律论证理论包括三种，即以阿历克西为代表的规章的论证理论，这一理论以哈贝马斯的“实践论辩”理论为基础，强调惟理性对话，法院诉讼为惟理性对话的特例。分为内在法律论证与外在法律论证。内在法律论证解决的是，判决是否从判决理由中陈述的前提中合逻辑地产生；外在法律论证解决的是如何保证前提的正确性。法律论证不同于普遍实践论辩，因为它的自由空间限定在法律、先例、法律教义，以及诉讼中，还限定在程序法律的范围之内。以诺伊曼为代表的理解的论证理论，探讨法律论证的“意义”与“任务”。进行论证的目的，一是保障判决的可接受性；二是保障判决的正确性。二者的关系是，判决愈正确，接受的可能性愈大；但胡说八道的判决，也可能是合意的产物，可以被接受。经验的论证理论则通过探讨高级法官改判判决，从经验实然上来看论证理论，强调立法者的意志。考夫曼认为法院诉讼程序有策略性，非一般的沟通行为，针对利益而非真理性认识（为赢而非为真），要受法律甚至是有缺失法律的约束，不能无限的对话，即使无合意也要终结。

三、关于法律推理

“法律推理”译自 legal reasoning，张保生博士认为法律推理具有法律论证的含义。它贯穿于整个审判过程中，需要同时面对法律规则、案件事实等客体，并在完成认定事实和适用法律两项任务后才能得出判决结论。

关于法律推理与法律解释的关系，张保生博士认为对于法律

规定明确、案件事实清楚的案件（张保生博士称为“简单案件”，陈金钊教授称为“典型案件”）不需要法律解释，直接进行法律推理就可以进行审判。对于疑难案件就应该首先进行法律解释，然后才能将经解释变得比较明确的法律规定作为大前提进行法律推理，在疑难案件中，法律解释是法律推理的一个环节。郑永流教授认为，法律推理与法律解释同为法律发现的方式。法律推理是法律逻辑的核心内容，从一个假设到另一个假设，反映二者的关联。

关于法律推理的形式，郑永流教授认为，法律推理包括演绎、归纳、设证三种，三种推理方式虽然在逻辑上是并列的，但在推理的正确程度上则呈风险依次扩大之势。张保生博士则主张应当重演绎推理，应将演绎推理放在诸推理形式的上位。

四、探求立法旨意，一个解释学的观点

法律解释是探求法律规范的内容和范围，克服规范的一般性与案件的个别性之间的差异的活动。那么，立法旨意是否存在？是否始终绵延，确定不变？是否始终忠实的反映立法者的旨意？反映的是指原始的立法旨，还是指当下人的立法旨？谢晖教授认为“作品一问世，作者就死了”，要在法律解释中寻求立法者的原义，就形同缘木求鱼一般。只有文本内容的解释，才能使立法旨意的追求实现确定性。许章润教授认为，立法以文字形式确定法律规则体系，规则体系一旦产生，即有自为自在的生命，与创作者脱离，会反客为主。它不但会将作者与法律从业者踩在脚下，而且还会使作者及法律从业者成为工具。

关于最佳解释者的问题。立法旨意包括述状的立法旨、隐藏的立法旨、显现的立法旨。对立法旨意的探求，以美国宪法为例，实质是以今人之心会古人之意，因此，这种探求就不可避免地受到解释者前见的约束，这也就是为何同一法条在当事人、法

官等诉、辩、审各方之间产生不同的解释的原因。那么，谁是最佳的阐释者呢？许章润教授认为，如果把诉讼（包括各类诉讼、仲裁、调解）看做商谈过程的话，可以把各方参与者的商谈达成的最后的结果看做是对立法旨的最佳阐释。谢晖教授认为，通过议论理论可以实现解释者的“视域交融”，达到人们对法律的共识性理解，它未必意味着法律真理的实现，只意味着法律共识的达成。陈金钊教授认为，上述主张取消了依法裁判的可能性。在个案中，如果参与商谈的各方最终达不成一致的结果，法官必须在商谈的基础上进行整合，法官享有对法律意义的最终发言权。段匡教授认为，法官应以普通市民的身份参与诉讼商谈，最后以司法者的身份选择一个最佳方案进行裁判。纪建文同学认为，法律解释权不应当归属法官或当事人，而应当归立法者，认为这个主张可以获得信息控制理论的支持。认为司法解释权与立法权的冲突是人为的，法律的客观性导致了统一的法律帝国的存在，因此，应排斥立法者之外的主体对法律进行解释。

五、法律解释的客观主义

陈金钊教授认为，法律解释存在客观主义（法律决定论）、主观主义（法官主观论），以及试图消解主、客观之争的“第三条道路”，郑永流教授认为，法律解释存在主观解释与客观解释之争，客观解释占主流的地位。到底应从何种视角来看法律解释的客观性与客观解释的问题，谢晖教授认为，应当站在解释者的立场来界定主观与客观。

法律决定论认为，法官判案的惟一正确依据就是法律，法官通过对法律概念、法律原则、法律规范以及法律构成理论的逻辑推演，就可以解决一切纠纷，法官不能有造法功能。法律决定论的思维模式在严格法时代占统治地位。这种观点假定了法律不仅是独立存在的，而且法律中隐含解决问题的“客观”规范。郑永

流教授认为法律决定论强调立法者的主观意志，而非解释者的主观意志，主观解释不是任意解释，恰恰是一种客观解释。它的优点是维护法律的确定性，它的缺点是法律一旦产生，就是僵死不变的，所以，难以判断立法者的旨意。陈金钊教授认为，法律解释的客观主义虽然存在许多难以实现的地方，但直到今天仍有其现实意义。没有法律的客观性，依法治国的原则就可能沦为空话。另外，法学教育所传授的多数法学知识体系、法律规范体系仍负载着法律的客观性，离开这些，法学就没有了它的脊梁。法官等职业法律群体在法律实施过程中必须表现出对法律的忠诚，接受法律对其行为的约束。

六、法律解释的主观主义

法律解释的主观主义不承认法官判决具有真正的客观性，而认为法律的意义取决于法官的决断。当然这种容许法官决断并不是允许法官恣意，而仅仅意味着法官不仅适用法律条文，根据明确的法律进行推理，而且可以根据社会上各种利益要求和国家的秩序要求从现实中归纳和创造出法律规范来。也就是说，法官在进行判断时，要进行利益衡量，这源于欧洲的利益法学，更源于美国的自由法学。主观主义强调承认法律渊源的多元性，特别是在法律没有明确规定的情况下非正式法源在构建判决理由时的作用。郑永流教授认为主观主义恰恰是客观解释，它强调法律在当下情势下的实际意义。

陈金钊教授认为，对于法律解释的主观主义观点，应当保持一定的警惕，因为这完全可能为法官任意裁判打开理论上的缺口；在防止法官任意的前提下，主观主义的解释观也并非没有任何理由的胡说，应当承认主观主义的合理之处。

七、“实用法学的第三条道路”

法律解释的主观主义与客观主义两种观点不断地争鸣，此消