

LAWYER DIGEST

5

律师 文摘



2006·第五辑·总第二十三辑

主编
孙国栋

要目：

张明楷 律师的定位

乌尔弗里德·诺伊曼 法律论证理论大要

李曙光 VS 余力 新破产法诞生：国有企业的特殊地位不复存在

王亚新 陈杭平 证人出庭作证的一个分析框架

方流芳 透视2004年美国总统候选人辩论的规则

江平 田文昌 VS 陈宝成 中国律师业：十年回望，负重致远

王筠 王昕然 合伙制律师事务所的运行机制和分配问题初探

刘练军 冤案与话语权——围绕女性立场而对杨乃武案的一个分析

崔卫平 通过思考追求道德生活

朱伟一 律师CEO（外一篇）

中国法制出版社

5

LAWYER DIGEST

律师文摘

2006·第五辑·总第二十三辑

主编 孙国栋

责任编辑
周文娟

四季·三
國圖書出版

ISBN 7-80226-056-6



9 787802 260566 >

ISBN 7-80226-056-6

定价：16.00元

律师文摘

2006·第五辑·总第二十三辑

5

学术顾问 江 平 梁定邦 张思之
邓正来 贺卫方

编辑委员会 王才亮 田文昌 池英花
刘 宇 刘桂明 杜佐东
杨泽延 周荣炽 薛济民

执行编委 谭 磻 刘海蛟 董志军
李海周 孙国栋

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 广东华法律师事务所
北京才良律师事务所
北京京都律师事务所
北京易和律师事务所
江苏圣典律师事务所
重庆百君律师事务所
信捷投资担保有限公司
浙江海通联合律师事务所
美国纽约州刘宇律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘.2006年.第5辑/孙国栋主编.—北京:
中国法制出版社,2006.10
ISBN 7-80226-056-6

I.律… II.孙… III.律师—丛刊
IV.D916.5-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 009314 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京市清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2006 年 10 月第 1 版

印张/11.5 字数/210 千

2006 年 10 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-056-6 定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66026587

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

《律师文摘》支持单位 (一)

百树成林 百君成业

百君律师事务所 (重庆)

主任: 孙渝

地址: 重庆市渝中区中山三路162号中安国际大厦16楼

电话: (023)63868245 63602518

E-mail: exceedon@exceedon.net

邮编: 400015

传真: (023)63878194

网址: //www.exceedon.net

生生不息谓之易, 天时地利贵人和

易和律师事务所 (北京)

主任: 池英花

地址: 北京市朝阳区和平街十三区35号煤炭大厦8号

电话: (010)84263705 84261808

E-mail: chiyinghua@easyhal.com

邮编: 100013

传真: (010)84263512

网址: //www.easyhal.com

才行法道 良举公正

才良律师事务所 (北京)

主任: 王才亮

地址: 北京市宣武区虎坊路19号院17号楼1单元301室

电话: (010) 81935336 51251741 51251742 传真: (010) 63527327

E-mail: jdzaw@sohu.com

邮编: 100054

信捷担保 诚信快捷

信捷投资担保有限公司

财产保全担保事业部

地址: 北京市朝阳区北四环中路6号华亭嘉园D座9A

电话: (010) 82841273 82845862

E-mail: cvcbj@126.com

邮编: 100029

传真: (010) 82842484

网址: //www.cvcbj.cn

《律师文摘》支持单位 (二)

海通联合律师事务所 (浙江)

主任: 贺宝健

地址: 杭州市南山路171号海通楼 邮编: 310002

电话: (0571) 87069499 87034168 87017538 87020223

传真: (0571) 87919360 E-mail: htlaw@mail.hz.zj.cn

以法律的智慧帮助人, 以专业的知识服务人

华法律师事务所 (北京、广州、佛山、江门、三水、高明)

主任: 周荣炽

地址: 广东省佛山市华远西路平远直街 邮编: 528000

电话: (0757) 83102222 传真: (0757) 83820145

网址: //www.gdhuafa.cn E-mail: gdhuafa@21cn.com

强化责任观念 树立精品意识 修炼气质风度 提高自身素质

京都律师事务所 (北京)

主任: 田文昌

地址: 北京市朝阳区朝阳门外大街16号中国人寿大厦8层802-805

邮编: 100020 电话: (010) 85253399 传真: (010) 85251268

E-mail: king@king-capital.com 网址: //www.king-capital.com

打造诚信品牌 展示良好形象

圣典律师事务所 (江苏)

主任: 薛济民

地址: 南京市秣陵路108号宁检大厦18层 邮编: 210004

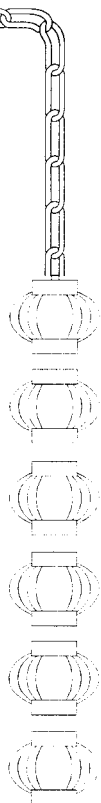
电话: (025) 84227811 84227833 传真: (025) 84227822

E-mail: sunwaylf@pubcil.ptt.js.cn 网址: //www.sundylaw.com

《律师文摘》理事会成员

(以姓氏笔划为序)

- 于绪刚 北京市大成律师事务所高级合伙人(北京)
王志学 辽宁省四洋律师事务所高级合伙人(沈阳)
孙伏龙 河北省太平洋世纪律师事务所主任(石家庄)
朱元涛 北京市正见永申律师事务所合伙人(北京)
刘文君 广东省经天律师事务所合伙人(深圳)
刘彤海 河南省尊严律师事务所主任(濮阳)
刘建锋 北京市丹宁律师事务所执行合伙人(北京)
许兰亭 北京市炜衡律师事务所律师(北京)
李俊华 上海市建纬律师事务所昆明分所主任(昆明)
张勇 南开大学法学院副教授(天津)
张星水 北京市京鼎律师事务所主任(北京)
杨斌 北京市五环律师事务所律师(北京)
肖树伟 北京市天驰律师事务所合伙人(北京)
陈惠忠 广东省星辰律师事务所主任(深圳)
周强 北京市正见永申律师事务所律师(北京)
欧永良 广东省合盛律师事务所主任(广州)
赵红亮 北京市兰台律师事务所律师(北京)
贺宝健 浙江省海通联合律师事务所主任(杭州)
胡祥甫 浙江省金道律师事务所主任(杭州)
秦兵 北京市汉卓律师事务所合伙人(北京)
徐彬 北京市首信律师事务所主任(北京)
浦志强 北京市华一律师事务所合伙人(北京)
贾承霖 北京市世纪律师事务所合伙人(北京)
梁晨 北京市中瑞律师事务所合伙人(北京)
韩良 南开大学法学院副教授(天津)
彭航 北京市天平律师事务所合伙人(北京)
董箫 河北省世纪方舟律师事务所副主任(石家庄)
谢重基 北京市雍合律师事务所律师(北京)
曾祥一 重庆市索通律师事务所合伙人(重庆)
霍健 中国海洋石油总公司集团公司副总经理(北京)
戴勇坚 湖南省万和联合律师事务所董事会主席(长沙)



律师的定位

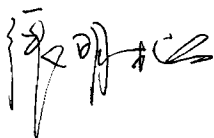
《律师法》第2条规定：“本法所称的律师，是指依法取得律师执业证书，为社会提供法律服务的执业人员。”相应地，律师的业务限于接受公民、法人和其他组织的聘请，担任法律顾问，就各类案件担任代理人、辩护人，参加诉讼、调解、仲裁活动，解答有关法律的询问、代写法律文书，以及提供其他法律服务。这样的定位，导致许多律师在办案中，只是将精力集中在两个方面：一是收集对当事人有利的证据（由于众所周知的原因，律师在刑事诉讼中还不肯轻易收集对被告人有利的证据）；二是寻找对当事人有利的司法解释、行政解释、政府文件与判例等等。如果不能做到上述两点，律师就只能做一些几乎无用的工作。但是，这样的定位，并不利于律师在建设社会主义法治国家中发挥更大的作用。

法本来是稳定与进步的对立的妥协，是各种力量、各种价值观、各种立场、各种学说的妥协。根据加达默尔的观点，法律是一系列价值观的集合；威格莫尔坚持认为，法律绝非一种文明因素所造就的，而是无数种因素综合作用的结果，一切法律制度都是无数力量综合作用的结果；迪莫克(Demogue)说，司法工作的目的，不是逻辑综合，而是妥协；卡多佐也指出，司法过程是一种妥协，一种矛盾与矛盾之间、确定性与不确定性之间、崇尚书面文字的拘泥字义与破坏规律及有序的虚无主义之间的妥协。显然，不管采取何种诉讼制度与模式，律师都是形成妥协的一种力量、是达成合意的一方。

成文法的表述实际上只是为解释者提供了理解法律的基本线索，在社会生活中处于不同地位、具有不同经历的人，会从不同的角度理解法条表述。只要成文法为不同的解释留下了余地，就必然会有多个解决方案。“法律思维不是完全以系统为中心，它更多的是以问题为中心。占据绝对优势的不是一个来自于系统中的形式的、逻辑推导（演绎），而是辩论的方法。事实上，绝大多数新的解释法律思维的学说认为法律思维是一个辩论性的，在正方和反方之间衡量的裁决理由模式。”“辩论是指，在一个多人参与的对话（讨论）中发展和权衡正当理由和反理由，以获得一个决定。”“通过这些辩论交换，法官作为中立方可以作出一个理由充分的决定。”（[德]N·霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，法律出版社2005年版，第145~146页）。在有罪与无罪、重罪与轻重等问题上，立法机关与法官必然以妥协作为结局，尽管有人觉得不合理，也只能接受这种妥协。所以，哈贝马斯认为，“真理不是存在于

孤立的个人心中,而是存在于人与人之间的互动、交往和对话之中。”“立法和司法都是沟通理性的体现,在立法中,人们就规范的证成进行理论讨论,而在司法中,人们则就规范在具体案件中的适用进行理论讨论。”(陈弘毅:《从哈贝马斯的哲学看现代性与现代法治》,载高鸿钧主编:《清华法治论衡》(第三辑),清华大学出版社2002年版,第20页、第27页)。其实,成文法并不等同于法律规范,法院对成文法的适用,才使得法律规范获得明晰的形象。适用法律并不只是根据大小前提推导出结论,而是要构建使成文法变得更为精确的价值判断(参见[德]迪特尔·施瓦布:《民法导论》,郑冲译,法律出版社2006年版,第15页)。解释法律的人需要倾听各种不同的声音,适用法律的法官也必须斟酌各种不同的观点;律师必须就成文法作出使法官必须斟酌的价值判断。所以,律师们应当认识到,自己也是法律真实含义的发现者,是法律规范的构建者,是形成正确解释方案的一种重大力量。

由此想到了不久前通过的《中华人民共和国各级人民代表大会常务委员会监督法》。该法第32条第1款与第2款分别规定:“国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构送有关专门委员会进行审查、提出意见。”“前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人民代表大会常务委员会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关专门委员会进行审查、提出意见。”这一规定或许对改变律师的定位具有一定的意义。律师在办案过程中,如果遇到了对当事人不利的与法律相抵触的司法解释、行政解释、政府文件等,不能听任这种解释与文件的适用,而应提请全国人大常委会进行审查。这不仅有利于维护当事人的合法权益,而且有利于发现法律的真实含义,构建妥当的法律规范,建设理想的法治国家。



2006.10.8 张明

目 录

卷首语

律师的定位 / 张明楷

学术论坛

法理沉思

001 法律论证理论大要

[德] 乌尔弗里德·诺伊曼 著 郑永流 念春 译

010 法律职业主义 / 李学尧

专家说法

029 新破产法诞生: 国有企业的特殊地位不复存在

李曙光 vs 余 力

事件剖析

035 检察长杀妻案悬疑 / 孙春龙

业务进阶

证据适用

042 证人出庭作证的一个分析框架

——基于对若干法院民事诉讼程序的实证调查

王亚新 陈杭平

判例研究

053 “步升诉百度案”: 走向“帮助侵权”规则 / 王 迁

论辩艺术

058 透视 2004 年美国总统候选人辩论的规则 / 方流芳

业界瞭望

执业前沿

067 中国律师业: 十年回望, 负重致远

江 平 田文昌 vs 陈宝成

他山之石

075 美国: 小麻烦也有法律管辖 / 谢 芳

法学教育

079 如何进一步完善我国律师继续教育体系

洪家鸣 李 鲲鹏

管理之窗

体制创新

085 合伙制律师事务所的运行机制和分配问题初探

王 隽 王昕然

企业文化

100 华尔街人力资源的游戏规则(外一篇) / 高锦声

附: 什么样的面试是最优秀的面试?

史海钩沉

- 百代风流 112 罗家伦与清华大学(外一篇) / 张晓唯
历史名案 124 冤案与话语权
——围绕女性立场而对杨乃武案的一个分析 / 刘练军

法苑撷英

- 随 笔 131 通过思考追求道德生活 / 崔卫平
143 律师 CEO(外一篇) / 朱伟一
148 律师业:身在其中的两点感悟 / 孙 渝
152 法庭的故事 / 黄鸣鹤
书 评 158 像律师一样思考
——读《律师的思维与技能》 / 于绪刚
观点汇粹 161 司法考试离法律职业有多远?(共5篇) / 李克杰等
人物集锦 164 郑成思等6人

编读往来

- 166 正义的立场、智慧的文字和灵动的才情 / 王人博
167 律师界迫切需要惩恶 / 浦志强

编 后 记

报刊索引

Contents

Preface

Orientation of a Lawyer / by Zhang Mingkai

Academic Forum

Ponderation of Legal Principle

Outline of Legal Demonstration Theory

by Ulfrid Neumann[Germany], translated by Zheng Yongliu, NianChun(001)

Legal Professionalism / by Li Xueyao (010)

Expert's Comment on Law

Birth of Bankruptcy Law; the Special Status of a State-Owned Enterprise does not

Exist any Longer / by Li Shuguang, Yu Li(029)

Event Analysis

Unsettled Doubts in the Chief Prosecutor's Killing-Wife Case / by Sun Chunlong (035)

Business Step

Application of Proof

An Analytic Framework of Appearance in Court as a Witness

by Wang Yaxin, Chen Hangping (042)

Case Study

Busheng v. Baidu; on the Way to the Rule of "Aiding Tort" / by Wang Qian(053)

Debate Art

A Perspective of the Debating Rule for American Presidential Candidates in 2004

by Fang Liufang (058)

Lawyer's Outlook

Practice Front

Chinese Lawyering: Looking back Upon the Past Ten Years, Bearing Burden to Go

a Long Way / by Jiang Ping, Tian Wenchang, Chen Baocheng(067)

Stones from Other Hills

America: a Trifle is also under the Jurisdiction of Law / by Xie Fang (075)

Education of Law

How to further Perfect the Continuing-Education System for Chinese Lawyers

by Hong Jiaming, Li Kun(079)

Window of Management

Systematical Renewal

A Research into the Operating System and Distribution of Partnership Law Firm
by Wang Juan, Wang Xinran(085)

Culture of Enterprises

The Game Rule of the Wall Street's Human Resources / by Yi Jinsheng(100)

Uncovering Historical Anecdote

Historic Celebrity

Luo Jialun and Qinghua University / by Zhang Xiaowei(112)

Historic Case

Unjust Case and Speech Right / by Liu Lianjun(124)

Cream in Law Garden

Essay

Pursuing Ethical Life through Thinking / by Cui Weiping(131)
Lawyer CEO / by Zhu Weiyi (143)
Lawyering:Two Points of Feelings in Lawyering / by Sun Yu(148)
Story of a Court / by Huang Minghe(152)

Book Review

Thinking like a Lawyer / by Yu Xugang(158)

Viewpoint Collection

How Far is Judicial Examination away from Legal Profession(5 Articles)(161)

Collection of Personage

Six Persons Including Zheng Chengsi(164)

Between Editors and Readers

Just Stand, Intelligent Characters and Nimble Talent / by Wang Renbo(166)
There is a Urgent Need to Punish Evil / by Pu Zhiqiang(167)

Editorial Postscript

The Press Index

法律论证理论大要^{*}

[德] 乌尔弗里德·诺伊曼 著 郑永流 念春** 译

一、法律论证的目标和功能

法律者们当论证。作为法官,根据各程序法的明确规定,他们负有义务论证他们的裁判(例如《刑事诉讼法》第 267 条、《民事诉讼法》第 313 条)。只有当裁判依据合理的论证(《联邦宪法法院裁判》34,269,287),他们才满足了这项证立义务。为了在法院为其委托人活动获得有利的判决,作为刑事辩护人或民事诉讼当事方代理人的法律者必须进行论证。而在与委托人的没有能力付款的合同对方的律师谈判时,他们必须设法向对方证明其所主张的要求的合理性。

进行论证的人,必须使人信服。只要涉及获得什么东西,也就是从合同对方获得某种有争议的给付,或者从法院获得某种确定的判决,可以考虑的还有其他的也许甚至是有效的手段——威胁、承诺、贿赂。这些手段也间或被法律者使用,但它们不是法律手段。法律者的武器是论证,作为法律者,他必须设法使其他人信服。

与这种信念直接相关的问题是:法律者想要使他的论证对手信服什么。很明显,这不(仅)是出于自身的利益所请求的“给付”(宣判被告无罪、判决对方当事人败诉、清偿债务)。法律论证并不是指向、无论如何不是直接指向当事人的利益,而是指向权利和义务。这就使答案清楚了:法律者想要使他的对话方确信,某种法律评价或者某一案件的裁判是正确的。以法院裁判为

* 本文选自考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,第 7 版,2004 年,第 9 章。该文原本——“Struktur der juristischen Argumentation”首发于《法哲学与法社会学论丛》第 6 期(2003 年),在作为新的一章编入此书第 7 版时,诺伊曼教授又对此略作修改。经与作者商定,特将此章译为中文发表,译者另对标题作了从书中章节到独立论文的处理,以补充《当代法哲学和法律理论导论》(第 6 版,1994 年)之中译本(郑永流译,法律出版社,2002 年)。

** 乌尔弗里德·诺伊曼:德国美茵河畔法兰克福大学法学院刑法、刑诉法、法哲学和法社会学教授,博士。

郑永流:中国政法大学法学院法理学研究所教授,博士生导师。

念春:德国美茵河畔法兰克福大学法学院博士生。

例:法院应该被说服请求它作出的判决是正确的判决。

这个答案是合适的,但并不充分。因为立刻就产生了新的疑问,人们当如何理解某种法律评价或某一案件的裁判的“正确性”呢?当一个裁判,如同在布莱希特的“因果白垩圈”剧中阿斯达克法官对抚养权所作的判决一样,对当事人和/或社会有最好的结果,它就是正确的吗?当它与超实证的正义一致时,它是正确的吗?或者当它符合此时此地有效的实证法,它就是正确的吗?

对这个问题不能笼统地作答。因为决定裁判正确性的尺度,由当时的法观念所确定。如果从取向天主教神学的自然法体系出发,法的正确性要求之关键基点在上帝的意志。在世俗的自然法体系中,引导裁判的规则的正当性或合理性标准承担着这一功能,而在判例法中,决定性的是裁判与由判决所建立的规则相一致。毕竟在下面将作为讨论基础的法典化体系中——正如它今天在欧陆法秩序中占主导地位而且也在英—美地区法秩序中逐渐起着决定作用——“正确的”法律裁判的标准是与制定的(实证的)法律规则相一致。

二、法律论证的结构

(一)法律适用与事实确定

通常,制定法有一个条件性结构:当事实构成得以满足时,则一个确定的法律结果应被确认或认定。因此,某一具体案件法律裁判的正确性,不仅以有关规范的具体应用为前提,而且首先以合适地查明和确定相关事实为前提。与此相应,裁判的论证也包括去阐明法官如何获得确信,去阐明关键的事实恰恰是这样而不是那样发生的。尽管法律规则也特别适用于判决证立这一部分(所以法院对事实确定的确信不能依据证据评价所禁止的情况),但它并不算法律论证理论的核心领域。处在中心地位的是证明对案件所进行的法律评价。

(二)规则取向

这一证立的基本结构首先生发于合理证立的诸条件,它们作为一定(自然法或实证法,先例或制定法取向的)法系统中裁判的前提。只有当一个裁判能够回溯到一条规则,据此,所有这类案件都应以同样的方式被裁断,一个裁判才被合理论证了。一般化的重要条件来自理性证立概念本身。因为规范领域的理由,正如经验领域的原因,不能局限于个案。只有当一个确定的活性物在其他情况下也能导致相应的疾病,它才是一种疾病的原因。同样,只有当所有其他的凶手在杀害熟睡的被害人的情况下因为谋杀而被判刑时,杀害某个熟睡的被害人才是因为恶意实施谋杀而对某个被告判刑的理由。反过来说:在自然科学领域里有那么少的个别事件逃避了自然法则(奇迹),在法的领域内就有那么少规范奇迹,也就是那些正确的解决办法与一

般规则和正确性标准相抵触的情况少之又少。仅仅在一般形式中,也就是塑造了例外规则中,才存在着例外。

对理由(证明)进行一般化这个重要特点,并不局限于法律领域。它以相同的方式适合于合理的道德论证,并且如同在其他模式,例如图尔敏-图式中,同样能在法律三段论的论证模式中找到。

(三)制定法和教义学的规则

与此相反,追问规则的起源构成了一个问题,它不仅在总体上对法(与道德相比),而且以特别的方式对每一单个的法律体系提出。在法典化法秩序中,以制定法形式确定的法律规范有优先的意义。然而,为正确地证立法律裁判而必需的法律规则,并不等同于制定法规范。因为一方面制定法不仅规定了法律规则,而且还有法律原则,后者才必须被浓缩为可适用的规则。另一方面,以规则形式颁布的制定法,以便仅仅靠它们使具体裁判的实质证立成为可能,在大多数情况中,非常不确定。例如当《刑法典》第 211 条将“恶意的”杀人作为谋杀来制裁时,那么,在制定法中没有回答的例如杀害熟睡或无意识的人——总是或在一定条件下——是否应该评价为恶意杀害。因此必须建构另外的不同规则,提供这些规则是(由法学和法律实践所追求的)法律教义学的任务。另外,确定这个规则必须理所当然地被论证。所以,人们可以将判决的证立(证成)区分为两层结构:一方面是通过(制定法和教义学)规则的裁判论证(内部证成),另一方面是规则证立(外部证成)。

(四)裁判的规则取向之界限

借助制定法或教义学的规则进行裁判证立(内部论证)很多情况下是不难的。如果人们接受“恶意”是指杀死熟睡的被害人的规则,那么对砸死熟睡妻子的被告 A 判以谋杀是理所当然的。除了合理重构这种推论关系的任务外,产生困难的疑问是,是否可在所有的案件中建构一个规则,从中合乎逻辑地得出对事实的裁决。这个疑问有着显著的实践意义,因为它决定着统一裁判可能性的界限。立法者试图通过使上诉法院——当它想要偏离另一个上诉法院作为裁判基础的教义学规则时,负有查阅联邦最高法院及其大审判庭的裁判的义务,以确保裁判的一致性(《德国法院组织法》第 121 条第 2 款、第 132 条第 2 款)。只要裁判能够回溯到普遍的规则上,它所追求的裁判统一性的目标才能得到保障。但这也不是一直能实现的。所以,格罗兹的画“带防毒面具的十字架上的耶稣”,是否为《刑法典》第 166 条事实构成意义上的宗教表白式的侮辱,这个问题不能通过回溯到一个普遍的判决规则来作出回答。这种情况下,即用上诉法院的说明,它涉及到“个案问题”,而“个案问题”不能根据一般规则来审查。但这是例外情况。在一般情况中,判决能够借助一个规则而作出,这一规则当然不能常常单从制定法中推出,而是由

法院考虑到教义学规则而建构出来,教义学规则由法律实践与法学所拟定。

三、法律论证的标准

(一)权威论证和实质论证

外部论证,对作为基础的法律规则的证立,明显地遇到了较大的问题。为了证成教义学规则,人们诉诸什么样的论证的问题,与法律渊源理论有紧密的关联。如果人们只把制定法视为法律渊源,那么,所有的法律裁判规则(也包括教义学规则)必须能够追溯到制定法上。法律裁判规则只能经由对制定法的“解释”之路获得。相反,如果人们接受法官可能续造法,并因此承认法官法至少为次要法律渊源,那么这就为论证开辟了相当大的自由空间。在这种情况下,一个规则能够仅仅以其实质正确性的论证而被证成;并不是立法者的权限,而是法官的权限提供了它的制度合法性。

这一考虑使人们注意到了法律论证理论中的核心区别:一边是权威论证,一边是实质论证。一个法律规则由有关权威机构制定,或者它是公正、合理的(或在其应用中形成有利的结果),可能支持对一个法律规则和其支撑的裁判承认。典型的权威论证是诉诸立法者的意志、参考主流观点、还有制定法字面含义的论证;典型的实质论证是规则的公正性、合理性,适用它的积极效果。

尽管只有权威取向的论证在理论上才符合法典化法律体系,这一体系具有理想型的创制规范的立法和应用规范的司法之间的分工,但在对法律实践的分析中,实质取向的论证显示出重要的作用。然而,这一对立有时在论证实践中含糊不清,因为实质论证关联着权威论证。所以,经常要论证的是,某个制定法解释可能因为其结果不公正或不合理而不符合立法者意志。但是对法律论证实践而言,权威论证和实质论证的二元论,原则上标志着二择一的选择,但选择的运作空间在细节上没有得到澄清。特别有争议的是,法官在多大程度上可以以实际效果为取向进行裁判。

(二)法律论证与一般—实践论证的关系

法律论证的功能在于,证立被作出或应被作出的法律裁判的正确性。在“正确性”方面,它不能区别于其他的服务于行为证成的论证。特别是对于行为与行为规范的道德证立,在此存在着明显的类似。这就提出了那个疑问:如何界定法律论证与一般—实践论证的关系。法律论证仅仅是一般—实践论证的特例,还是与后者相比,它是一个论证和论证结构的独立系统?

很难对此疑问作出一个清楚的回答,因为它与其说涉及到对不同论证系统中关于区别和相同之处的分析,不如说与对它们的权衡有关。不存在争议的是,二者既有重叠(例如在考虑裁判的公正性和合理性的标准上),又有不同(在法律思维中依规制而产生的规则的约束力)。