

拱 著

法理文库

法律推理与法律制度

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律推理与法律制度/张骥著. — 济南: 山东人民出版社, 2003. 3

(法理文库/徐显明, 谢晖主编)

ISBN 7-209-03202-9

I. 法… II. 张… III. 法律逻辑学—研究
IV. D90-051

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 011255 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850 × 1168 毫米 32 开本 12.25 印张 4 插页 300 千字

2003 年 3 月第 1 版 2003 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 24.00 元

序

本书是对法学基本理论(通称法理学)一些重要概念与原理的论述。作者多年从事法理学教学与科研工作。该书可以说是他辛勤从事这些工作的卓越成果之一。

本书一开始就提出法学研究中应重视发扬良好的学术风气,并对法学研究中一些具体方法论进行了探讨,其中包括经验、规范、形式主义、理念主义和现实主义等方法。本书指出我国开展法律推理必须解决的一个制度性前提是改进判决书制作风格、在判决书中提供判决理由等;形式规则(逻辑规则与法律规则)与价值判断是形成法律推理方法的基本要素;法律推理是一种说理的艺术;法官的法律价值判断行为在法律推理中非常重要;建议国内司法判决中必要时可引用判例、宪法条款和作为价值的人权。

本书指出,当代中国走上依法治国,建设社会主义法治国家之路是人民的选择、历史的必然,当代中国所要建设的是实质意义、而不是形式意义上的法治;既要继承优秀文化遗产又要警惕基于传统文化而对法治的误解。法的制定与发展过程实际上是不断形成法的价值共识的过程;公共交往程序是实现法的价值共识的程

序框架；宪政是这一程序框架的制度基础；公正、平等、自由则是宪政得以形成、运作的基础，是宪政的价值基础。

本书运用语言哲学和分析哲学的方法探讨了法律责任概念，结合当代中国社会实践研究了当代中国法律责任的目的、功能与归责的若干基本原则。

本书最后对 20 世纪前半叶我国法理学研究的方法与成果作了相应的评价并探讨了一种新的法学研究方法论，即根据法律本身的一个特征——循环地自己生产自己——而提出的一种研究方法。

沈宗灵

2002 年 12 月 9 日

法理文库

- | | |
|---------------|-----------|
| 1. 法治论 | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济 | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础 | 谢 晖 著 |
| 4. 价值重建与规范选择 | |
| ——中国法制现代化沉思 | 谢 晖 著 |
| 5. 权利的法哲学 | |
| ——黑格尔法权哲学研究 | 林 喆 著 |
| 6. 法律对行政的控制 | |
| ——现代行政法的法理解释 | 孙笑侠 著 |
| 7. 迈向民主与法治的国度 | 刘作翔 著 |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思 | 谢 晖 著 |
| 9. 法律解释的哲理 | 陈金钊 著 |
| 10. 义务先定论 | 张恒山 著 |
| 11. 基本法律价值 | 谢鹏程 著 |
| 12. 中国法理念 | 江 山 著 |

- | | |
|---------------------|-------|
| 13. 探索与对话:法理学导论 | 葛洪义 著 |
| 14. 法律思维学导论 | 林 喆 著 |
| 15. 中国法律传统的基本精神 | 范忠信 著 |
| 16. 德国公法学基础理论(上下) | 陈新民 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版) | 孙笑侠 著 |
| 18. 法权与宪政 | 童之伟 著 |
| 19. 法的应然与实然 | 李道军 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革 | 周汉华 著 |
| 21. 权利现象的逻辑 | 公丕祥 著 |
| 22. 法学方法论导论 | 胡玉鸿 著 |
| 23. 宪政的中国之道 | 王人博 著 |
| 24. 法治的生态环境 | 姚建宗 著 |
| 25. 人权与法治 | 齐延平 著 |
| 26. 法律推理与法律制度 | 张 骐 著 |
| 27. 权利政治论 | 范进学 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落 | 肖厚国 著 |
| 29. 道与中国法律传统 | 龙大轩 著 |
| 30. 法律人的法理阐释 | 胡玉鸿 著 |

目 录

序	沈宗灵(1)
---------	--------

第一章 法学方法论初步	(1)
-------------------	-----

一、文质彬彬,然后君子

——法学院的学术风气	(1)
------------------	-----

二、追求经验与规范相统一,形式、理念、现实相一致

——法学研究中的几类法学方法论	(8)
-----------------------	-----

第二章 法律推理	(16)
----------------	------

一、通过法律推理实现司法公正

——法律推理的含义、意义及其司法应用	(16)
--------------------------	------

二、形式规则与价值判断的双重变奏

——法律推理方法初步研究	(32)
--------------------	------

三、说理的艺术

——法律推理方法再研究	(59)
-------------------	------

四、判例法的比较研究——

法律推理与法律渊源	(83)
-----------------	------

第三章 法治与法的价值	(113)
-------------------	-------

一、法治——从理念到现实的动态发展	(113)
-------------------------	-------

二、法的价值共识	
——对当代中国法治进程中一个悖论的 解决尝试	(153)
三、法律实施	
——概念、评价标准及影响因素分析	(188)
四、法律监督	(199)
第四章 法律责任	(226)
一、论当代中国法律责任的目的、功能与归责 的基本原则	(226)
二、产品责任法的理论基础	(244)
三、中美产品责任的归责原则比较	(265)
四、产品责任的损害与损害赔偿	(281)
第五章 站在历史、文化与学科间的交汇处	
——法理学史与新法学方法论	(298)
一、继承与超越	
——20 世纪前半叶中国法理学回顾论纲	(298)
二、直面生活,打破禁忌:一个反身法的思路	
——法律自创生理论述评	(341)
后记	(381)

第一章

法学方法论初步

一、文质彬彬，然后君子——法学院的学术风气

子曰：“质胜文则野，文胜质则史。
文质彬彬，然后君子。”

——《论语·雍也篇第六》

(一) 法律教育的任务与法学院学术风气

法学院是否需要学术风气以及需要什么样的学术风气与法律教育的任务和法学院培养学生的目标紧密联系。笔者孤陋寡闻，尚未看到有关当代中国法律教育的集中规定或表述。1999年2月1日，在北京大学光华楼，本书作者曾经参加了由时任北京大学法学院院长的吴志攀教授主持、由美国联邦最高法院肯尼迪大法官、原中国政法大学校长江平教授以及十几位中国法学院院长、系主任和法学教授参加的“法律教育圆桌会议”。在那次会议上，肯尼迪大法官带去了一份《法律教育的八大使命》，其内容是：“维护

自由的制度;以学习来维护和促进法律;使他人能够承担教育人们理解法律,并鼓励关于法律问题的辩论;使学生将来有能力执业;教育律师遵守职业道德,使其具有较高的礼仪和公众服务水平;协助对律师和法官的继续教育;代为保管政府文件及其他法律材料。(并非所有法学院皆需完成这些任务;不同的法学院可将不同的目标作为它们的主要使命)”^① 上述内容大概是美国法律教育工作者对法律教育的一般理解。由于社会制度、历史传统和意识形态的原因,我们不必完全同意。但其中不少内容具有法律教育的共同性,或者至少可以供我们借鉴。

在我国,关于法学院的培养目标目前仍在讨论中,尚无定论。目前逐渐占多数的意见是把目标确定为培养律师。^② 北京大学法学院在《2000年研究生培养方案》中把自己定位于“研究型法学院”。本书作者赞同上述意见,认为培养律师与“研究型法学院”是相辅相成的。同时,本人以为是否可以对法律教育的任务作如下的概括,即:培养具有社会正义感和批判精神的、多样化的法律专业人才,包括律师、法官、检察官、公务员、立法机关的工作人员等。法学院应当在避免陷入两个极端的过程中求平衡、求中庸。这两个极端是:要么是“有学问的‘呆子’”,要么是“惟利是图”、自私自利的所谓“精英”。作者所谓的法律专业人才的标准由人文素养和基本专业素质两个层面所组成。首先是人文素养,包括人本主义精神、社会正义感、批判性思维。大学担当着人文教育的任务,法律教育作为大学教育的一部分,不应当忽视人文素养的教育。其次是基本专业素质。这一层面又包括两个方面,即,第一,法律专

① 此为作者根据英文稿并参考中文译稿译录而成。

② 然而对律师的外延也有不同的理解。狭义的律师仅指执业律师 Attorney at law;广义的律师既包括执业律师,也包括其他所有从事法律工作的人士,或者称为法律人。

业技能。这是首要的,是解决问题的意识的能力。第二,法律专业理论知识。上述培养目标和教育任务的实现,有赖于学生们扎实、宽厚的理论功底与解决实际问题能力的协调一致,而这又需要以法学院良好的学术风气为基础。良好的学术活动是培养优秀律师所应当具有的强烈的社会责任感、敏捷的思维、雄辩的口才的必要条件。可以说,法学院的学术风气是法学院安身立命并蓬勃发展的关键。美国法学院都以培养律师为目标,但一流法学院绝对以一流的学术研究为基础。像哈佛法学院,大多数学生毕业后都要去做律师,可他们在学期间无不积极投身于各种各样的学术活动之中。《哈佛法律评论》就是这众多学术活动中的一个杰出代表和体现。

(二)法学院需要什么样的学术风气

法学院需要什么样的学术风气与我们如何理解法律有着密切的联系。中国法学家吴经熊在 20 世纪 40 年代有关建设新法学的两点建议对我们思考这一问题当很有帮助。首先,他认为:“法律是一种估量和权衡利害的学术”。所谓“估量和权衡利害”,就是解决正当性的问题——解决社会问题、维护社会秩序的规则的正当性和某种特定行为的正当性,解决“应当不应当”的问题,而不仅仅是“是不是”的问题。所以,法律的方法——评判的方法——就十分重要。其次,要解决是否正当的问题,就要假定一种标准,因此,就要有一个法律的目的论;同时,由于法律是促进人们可能的美好生活的一种工具,所以这种目的论又与下述两个问题相关联,第一,人生的价值和意义在哪里?第二,法律怎样才能尽量地促进和充实人生的价值并随时随地提高人生的意义。吴经熊教授的上述观点是极有见地的,它们涉及到了法学院的学术风气的核心与基础。循着吴经熊教授的思路,我以为法学院的学术风气包括三个层面:发现真实的精神和能力;人本主义精神与社会正义感;自由

的精神与开放的胸怀。

法学院学术风气的第一层面就是问题意识和发现社会真实的精神和能力。问题意识就是解决实际问题的意识。马克思说：哲学家们用不同的方式解释世界，但问题是在于改变世界。法学家是理论律师(theoretical lawyer)，律师的职业特点就是解决问题，当然不一定是改造世界；真想改造世界的律师可能很少。但是他们都是要解决问题的。美国法学院要培养学生“像律师一样思考”，德国法学院要培养学生“像法官一样思考”。法学院的任務就是培养、训练学生以法律方法解决问题的意识、思路、方法。法学家的工作就是：研究法律何以产生、法律何以为法、法律怎样发挥作用以及如何改进法律以促进人生。发现社会真实就是要了解、认识社会生活和法律制度的真实情形。因为法律总是社会生活的一种反映并最终要对人们生活于其中的社会发生作用。只有懂得社会生活的真实情形，才有可能理解法律何以产生、法律何以为法、法律怎样发挥作用以及如何改进法律以促进人生。“闭门造车”或堂·吉珂德与风车作战的“壮举”不应发生在法学院学生的身上。

法学院学术风气的第二层面是人本主义精神与社会正义感。人本主义即以人本，像康德所说的“人是目的”，永远把人作为目的而不是手段，尊重人类、关爱生命。鲁迅怒斥的“以别人的血染红自己的顶子”以及制造、销售假冒、伪劣产品害人赚钱就是把人当做手段的两种典型。正义或公正是法的固有价值；追求公正是法律工作者的天职。“侧隐之心，羞恶之心，辞让之心，是非之心”，是两千多年前那个倔强的“妄图”教训君王的孟子所讲的人所固有之本性。假如我们跳出老先生人性论的局限，这十六个字恰恰是社会正义感的一种生动表述。我们固然不会要求我们的学生相信人性一定是善的，但我们应当在法学院弘扬一种北京大学的老学长、中国共产党的创始人和早期领导人之一李大钊先生所说的“铁

肩担道义”的精神。人本主义精神与社会正义感是一种价值理性,即它们本身就是善的、对的、值得追求的,但同时又有某种超验性(transcendent),硬要在经验世界证明它们如何“值”、“值”多少,是不容易的。人本主义精神与社会正义感还是一种规范性命题,即主要解决“应当不应当”的问题。这既不是说现实生活中根本不存在人本主义精神与社会正义,也不是说它们在现实生活中已经无时不有,无处不在,而是说它们应当是法学院学术风气中的重要组成部分。它们是我们法律人安身立命、法律界赢得社会各界尊重的关键之所在。尤其是在当前,社会上比较广泛地存在着对某些执业律师的某种无奈的厌恶情绪的时候。尽管那种现象具有多重性,尽管造成那种现象的原因具有多方面性。

法学院学术风气的第三层面是自由的精神与开放的胸怀。自由的含义是多方面的。笔者这里所谈的主要是指学术自由,即自由地思考、自由地从事学术研究。开放的胸怀(open heart)是指对他人学术研究的尊重,一种由北京大学老校长蔡元培先生首倡并坚持的兼容并包的胸怀。它既是自由精神的必要补充,也是后者的题中应有之义。孔子所说的“己欲立而立人,己欲达而达人,己所不欲,勿施于人”,可以是对自由精神与开放胸怀的一种诠释。但笔者心目中的自由精神与开放胸怀的最高境界,则是体现在庄子哲学中的、建立在对绝对主义、终极真理彻底否定基础之上的、“乘云气、骑日月”的那种自由与开放。自由是学术的生命,当然也是法学院学术风气的生命。从这个意义上讲,法学院的学生不必然是社会中的保守力量。马克思、列宁、圣雄甘地就是这种见解的有力明证。

(三)怎样发扬法学院的学术风气

笔者原来为此节拟定的标题是“怎样树立法学院的学术风气”。细细一想,北大法学院原本就有良好的学术传统。江平教授

在“沈宗灵学术思想暨当代中国法理学的改革与发展研讨会”上指出:沈宗灵教授的可贵之处在于,在混乱的年代中没有对错误的东西歌功颂德,没有做出违背良知的事情,在于他本着科学和进步的精神把法理学变成一门科学。^① 沈先生既是他那一代知识分子的杰出代表,也是我们北京大学法学院的骄傲。年轻学者的任务主要在于继承与发扬这种传统。所以,下面侧重谈论如何发扬法学院的学术风气。

首先,法学院的为人师者要坚持“对知识的真诚(intellectual honesty)和道德的勇气(moral courage)”。^② 法学院的教师是法学研究与教育的骨干,是法学院学术活动承上启下的中坚。我们的身体力行,对在法学院发扬良好的学术风气有着至关重要的意义。当然,学校和政府 in 保护法学院的学术风气方面是大有可为的。

其次,恪守学术规范、讲求法学研究方法。学术规范与法学研究方法是两个问题,但两者之间又有紧密的联系,所以放在一起谈。学术规范是学者治学的职业道德和“行规”,不少学者对其含义和内容都有论及,笔者不再重复。固然,学术规范也许并不总是学术发展的积极因素,它有时也许被个别在学术群体中占据一定位置的学者用作限制新思想或后学的一种方法;^③ 学术规范的具体内容也许需要进一步界定。不过,一般而论,目前我们应当强调的重点是大家共同遵守学术规范,严谨治学。这也是提升法学研究的水平,使法学研究与教育成为有尊严的一种职业,使法学家赢得其他学科学者的尊重、中国法学家赢得国外同行尊重的一个重

① 《法理学与比较法论集——沈宗灵学术思想暨当代中国法理学的改革与发展》(下册),北京大学出版社、广东高等教育出版社 2000 年版,第 1601 页。

② 北京大学法学院客座教授张伟仁先生在“北京大学法学院 2000 年五四学术讨论会”上的发言

③ 参见:[美]华勒斯坦等著,刘健芝等编译:《学科、知识、权力》,三联书店、牛津大学出版社 1999 年版,第 27 页。

要前提。学术规范是法学研究方法的重要组成部分,同时也是法学研究方法的研究对象。除此之外,法学研究方法还包括:发现法律问题之法,收集研究资料之法,解决法律问题之法和写作法学文章之法。常言道,“工欲善其事,必先利其器。”这些方法一方面保证我们的学术研究成果正确、妥当或者令人信服,另一方面有助于我们的学术活动事半功倍、富有效率。

再次,提倡钻研学问、鼓励丰富多彩的学术活动。当我们读到贤哲的金玉良言之时,或者当我们有了一点心得以后、成就感油然而生之时,从事学术活动当然是件愉快的事情。但在更多情况下,从事学术活动其实是件既辛苦又枯燥的事情。然而,没有“众里寻他千百度”之苦,那有“灯火阑珊处”之美?学问做成之后,我们体会到的是一种结果美,学问过程中,我们体会到的则是一种向困难挑战、向自我挑战、向未知挑战的过程美,苦中的乐,可能是一种真乐。浅尝辄止、浮躁成章,是学术活动中的“豆腐渣工程”,害人更害己。律师职业是一个人人称羡的高收入职业。但律师工作其实是一项既辛苦又枯燥的工作,如果律师真是在“打官司”而不是“打关系”的话。法学院学生刻苦钻研学问,其实是为将来从事律师职业打下一个坚实的基础。一般而言,在学期间钻研学问的深度与日后从业的能力是成正比的。笔者在哈佛法学院、耶鲁法学院、哥伦比亚法学院、海德堡大学法学院、列日大学法学院和萨尔茨堡大学法学院等著名法学院访问时,无不对学生们刻苦治学的情形留下了深刻的印象。

学问靠钻研,也靠想像。丰富多彩的学术活动是我们触类旁通、冲破思维定式、产生新知的源头活水。由学生们发起、组织的学术社团、学术刊物、学术讲座是这丰富多彩的学术活动的重要形式。在哈佛法学院,由学生编辑、正式出版的学术刊物多达七八种;学生社团多达二十几个,绝大部分学生都参与了各种各样的学术社团;美国著名中国问题专家傅高义、著名的“辛普森案”的律师

团主辩律师以及前任联合国大会主席都曾是哈佛法学院学术讲座的主讲人。^①

二、追求经验与规范相统一,形式、理念、现实相一致——法学研究中的几类法学方法论

“方法”一词在西文中起源于古希腊语的两个词,μετα 和 οδοζ,合起来就是沿着正确的道路运动的意思。^② 我们在此主要指正确进行法学研究的理论、原则、方法和手段。它可以包括:发现法律问题的方法,收集研究资料的方法,解决法律问题的方法和写作法学文章的方法。方法论,就是把一个领域中各种分散的具体方法组织起来并给予理论上的说明。它通常有两方面的含义:一指关于方法的理论;二指方法的体系。我们在此兼指这两方面的含义。本书作者以为,下面将要讨论的经验的研究方法、规范的研究方法以及形式主义、理念主义和现实主义的研究方法,都是在法学研究中比较有特色并且重要的方法论。

(一)经验的研究方法与规范的研究方法

1. 不同经验的(empirical)研究方法

经验的研究方法,也常被称为实证的(positive)研究方法,即对研究对象进行描述性(descriptive)的研究,或者说是从实然的角度研究问题,实然,即“是不是”的问题。实证研究的特点,在于关注

① 本小节原应北京大学法学院法学社 2000 年法律文化节“第三只眼睛看法学院”活动所作,后第二、第三两部分曾发表于《法学》2000 年第 11 期。写作本书时在文字和内容上作了部分修改、补充。

② 参见吴元樑著:《科学方法论基础》,中国社会科学出版社 1984 年版,第 1 页。

对实际情形的正确描述。这种研究方法提出问题的方式是：中国农民是如何解决纠纷的？中国法院和法官在审理刑事案件时、在没有制定法可作依据的情况下实际上根据什么审理案件？

2. 规范的(normative)研究方法

规范的研究方法，即对研究对象进行正当性方面的研究，或者说是从应然的角度研究问题的方法，应然，即“应当不应当”的问题，是规定性(prescriptive)的问题。例如古罗马法学家乌尔比安在《学说汇纂》中的论述就属于规范研究的命题：法，“它来自于‘正义’(iustitia)。实际上(正如杰尔苏所巧妙定义的那样)法是善良和公正的艺术。”关于什么是正义，乌尔比安说：“正义就是给每个人以应有权利的稳定而永恒的意志。”“法的准则是：诚实生活，不害他人，各得其所。”^①

3. 经验的研究方法与规范的研究方法的存在根据

这是由于法律规范所具有的两面性。一方面，法律是一种思维结构的理念上的存在，就是说它首先作为一种理念存在于人们的思想中；另一方面，它又是一种实际存在的社会现象，法律规范不仅存在于条文之中，而且有法院、政府、议会等支撑并且实际影响人们的日常生活。或者说，法律是一种制度事实。^②

4. 经验的研究方法与规范的研究方法的意义

首先，将两种研究方法得出的结论区分开，避免混淆。

由于经验的研究方法与规范的研究方法所使用的方法不同，因此所得出的结论不同。我们可以以法国启蒙思想家卢梭在《社会契约论》中的有关论述为例。他指出：法律的对象永远是普遍

① [意]桑德罗·斯奇巴尼选编、黄风译：《民法大全选译 I.1 正义和法》，中国政法大学出版社 1992 年版，第 33、39 页。

② 参见麦考密克、魏因贝格尔著，周叶谦译：《制度法论》，中国政法大学出版社 1994 年版，第 41、60 页。