

法治与法律方法

陈金钊著

On Public Law

主编 谢 晖
陈金钊
肖金明

山东人民出版社

公法研究

D902

1

陈金钊著

法治与法律方法

山东人民出版社

北方工业大学图书馆



00529809

图书在版编目(CIP)数据

法治与法律方法/陈金钊著. — 济南: 山东人民出版社, 2003. 4

(公法研究/谢晖, 陈金钊, 肖金明主编)

ISBN 7-209-03215-0

I. 法... II. 陈... III. 法制-研究 IV. D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 017871 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 11 印张 4 插页 260 千字

2003 年 4 月第 1 版 2003 年 4 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 23.00 元

《公法研究》总序

自古迄今,人类生活即分公域、私域两途。古典中国以皇权国家为公域,以家族社会为私域;近代西方以政治国家为公域,以市民社会为私域。公、私域之间划界,造成人类行为规范——法律之分类。众所周知,公、私法之划分,源自古代罗马法学家。首倡此说之乌尔比安氏认为:公法系以保护国家公益为目的,与此相对,私法则以保护私人利益为目的。自此以后,尽管公、私法划界之标准多变,然公、私法之分类理论大体得以坚持并流传。特别近世以来,政治国家与市民社会之分野日显,故公、私法划分理论在法律和法制建设中之作用亦愈重。至于我国,虽曾因意识形态影响,反对公、私法划界,但改革实践之现实,总在证明“形势比人强”,“私法”不存之牢笼亦就不攻自破。

然则更进之问题在于,公法、私法两者,究意谁主谁从、孰本孰末?近年来,一种被谓之“民法帝国主义”倾向的观点风行我国法苑。于是,民(私)法学科,趋之若鹜,而公法学科,虽不可说门可罗雀,但亦是相形见绌。究其原因,或曰私法更易趋利,或言公法强化权力。无论无知者的趋利之举,抑或有知者的固权理解,本无可厚非。但不无遗憾者,两者皆以误读公法为能事,终

致公、私法关系之颠倒。

愚以为：公、私法两者，私法为基础，公法居优位。世有私法，而无以之为基础的公法，私法内容，难以推行，私法精神，亦难得扩展。所以然者何？曰：私法通行，有赖于权力受制。尽管私法亦有约权制官之效，但无相关公法之护佑，则面对权力，其惟余规则；更兼私法之制约权力，乃自结果意义所言者，而非私法之宗旨。相较而言，不论公法学说之“管理论”、“控制论”抑或“平衡论”在立论上如何相左，但近世公法之实践，无处不立意于控制公共权力。即使被人误为伸张国家权力之“管理论”，当其强调权力公开之时，同时即在树立控权旗帜。因权力之公开，既使权力之推定得以斩断，也令权力之滥用得以度量。可见，惟有立意于控权的公法，方能使属意于自治的私法在权力面前得保平安。否则，公法之不伸，公权之不约，即使私法完备无遗，想必只见开花而不见结果。

除此之外，作为保障私益之私法，难免与公共利益（即与公法）发生冲突抵牾者。当此之时，如何为之？在奉行“私权神圣”之经济放任主义时代，大体推行私益优于公益原则。但自《德国民法典》以来，此种情形，即使在私法上也有改观。此即所谓“私法之公法化”也。当代福利主义和弱者人权优先保障之深入人心，致使公法地位更加重要。尽管与此同时，以行政权为首之国家权力不断扩张，甚至权力制约原则因此而如履薄冰，但相继成长之公法，使扩张之政府权力尚不致滥用。权力一

如既往地受制于公法。特别如“阳光下的政府法”、“行政程序法”、“国家赔偿法”等公法,令国家权力只能在公法之下既彰公益,亦保私利。如上情形,大致为近代以来,西洋公、私法发展之逻辑。

与西洋相比,吾国法制发展,乃自“公法”主导而进至私法发展。故法学界一切革故鼎新之举,皆自检讨固有“公法”之缺陷始。于是,标举革新旗帜之私法学家,每每借市场经济之大纛,惟恐批公法之不足、不深、不透。于是,公法之类,似乎游离于(甚至解构着)市场经济体制。如此,则婴儿与洗澡水皆被此等学人泼出门外!岂不知市场体制乃是私法与公法共筑之结果。缺乏与市场相得益彰之公法及其规制之政府,而纯粹倚赖私法去规则、构造市场体制,除了幻想,还是幻想;其结果除了失败,还是失败。

基于此种认识,鄙人在主持《法理文库》经验基础上,尝试再辟一套专门研讨公法问题之丛书。此计划已商议三年,原欲以“公法论丛”为此套丛书名,然最近于书肆发现:该丛书名,已有学人捷足先登,故只好另辟门径,以“公法研究”命名之。

令人欣喜者,近几年间,专务于公法之著译者日渐增多。择其要者即有:梁治平等主持之“宪政译丛”;罗豪才主持之“公法名著译丛”、“行政法论丛”;罗豪才等主持之“法国公法与公共行政名著译丛”、“现代行政法论著丛书”;贺卫方等主持之“司法文丛”;陈兴良主持之“刑事法评论”;杨春洗主持之“北京大学刑法学博士文

库”；夏勇主持之《公法》；周旺生主持之“立法研究”；张树义主持之“公法论丛”等等。在如此情势下，再编辑出版一套“公法研究”，是否多此一举？古人云：“知出乎争”。已有之研究，未必包罗无遗。倘以上著译各有侧重，则再增加一种也就无妨。更何况以上著译皆为京华学人所操持。编辑此丛书，于变革此一事实之学术“垄断”格局，或许不无裨益。

窃以为，偌大华夏，京华学人之外，仍应有大智慧存焉。想当年华夏，学术灿烂遍于九州，学者士子，不避陋巷；看如今大家者流，争聚京华皇城脚下，商埠省城，皆乡下也。此种积习，只利于支持、助长某种文化专制，而与我学子四海为家之情怀、兼济天下之志趣、崇尚民主之追求，相去甚远。言及此者，非他意，止在说明，重辟华夏多元学术文化格局，实乃吾人使命也。惟愿“公法研究”于此使命之推进，有所助益；于我国公法之建设，有所贡献。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元 2002 年 11 月 10 日

序 追问法律方法论的意义

通过给研究生和本科生开设法律方法论课程,有很多的体会或收获。我意识到法律方法论可以解决(或回答)许多教学过程中的一些源自学生的疑问。自1990年开始我教授法理学课程,许多爱思考的学生就向我提出学习法理学有何用处,当时一直在借用刘作翔教授给我的提示,说法理学是关于法律基本理论,解决的是法律人对法律终极问题的关怀。许多同学听了以后似乎没有多大的反应,但从他们不知道如何反应的眼神中,觉得这一问题似乎并没有解决。确实,法理学的许多问题是法律人对法律问题的终极关怀。但是这些不谙法律的学生如何能理解关于法律的终极关怀,这也许是我们没有思考过的。于是,在我的教学活动中,一直想着把每一种法律理论的用处讲清楚。这种努力的继续就是想把法律方法论作为一门单独的课程开设,以便使我们的学生在关注法律的终极问题以前就能了解到各种法律理论如何与法律的操作结合起来。德国学者柏伊梅说过,理论和方法相互依存,一种理论如果不能从方法论层面上检验,则是一种没有用处的理论,离开方法的理论,则永远可能是一种不结果实的理论。又听有学者说,在德国法科学生所必修的一门课程就是法律方法论。这就更加坚定了在中国这块土地开设法律方法论课程的信心。说实在的,多年来关注法律的本质问题也没有解释清楚它的用处,这确实会在很大程度上打击理论研究者的自信心(当然,也有许多学者知难而上,甘为法律知识的增长而努力奋斗)。当下,面对后现代法学对法律方法论

的冲击和诘难,更能彰显出法律方法论研究的意义。后现代法学认为,法律方法论并不能保障运用法律方法的人有正确判断,法官即使运用正确的方法也不能保障判决的正确。在他们看来,法官判案更多的是依靠直觉。方法仅仅是他们的矫饰,目的在于掩盖其裁判的任意性。这种观念确实对法律方法论的研究带来许多阴影,人们不能不考虑法律方法论的前景。

我们认为,在世界范围内看法律方法论确实面临着许多困难。因而西方的许多法学家如伯尔曼、德沃金等都在积极寻找拯救法律方法论的途径。在西方法学中,法律方法论研究的危机并不能说明在中国研究法律方法论没有意义。我们观察研究问题应注意中国法学所面临的情景以及所要解决的问题。严格起来说,中国的法学(和西方较为接近的法学)已有百年历史,而律学已有几千年的历史。古代的律学也曾积淀了许多的方法论内容。但现代法学家却一直疏于对该问题的研究,我们一直忙于对西方法学的引进。另外,在近百年的中国历史上,法学被重视的历史阶段确实太少。1949年前的历史自不待言。“枪炮响,法学衰”虽不是规律,但确实是常态。建国后的各种群众运动,又使法治跌入低谷,法律方法论在现代中国的主体文化中几乎很难找到其踪迹。这虽然并不能说近百年来,法律方法论没人研究,但与西方稳定的法律社会对法律方法的成熟研究确实有一定距离。至到今天,法律方法论还没有成为中国法科学生的课程,可以说是一个明证。也许有人会说,法科学生不开设法律方法论课程是因为法学界对此问题研究不够所造成的。这确实是现实情况。对法律方法论的忽视是我国目前法学研究的一个特色。这种现象值得我们认真反思。但这一点并不能成为我们不重视法律方法论的理由。

法律方法论作为一门课程(或学科)可以解决的问题有三:一是立场,二是信念,三是方法。作为立场学者们强调,所谓法

律方法主要包括法律思维、法律技能和一般的法律方法(如法律解释与法律论证等)。法律思维主要是指根据法律进行思维,用法律作为衡量事物的标准,探索事物的法律意义。所谓技能从其正面来看应是站在维护法治的角度,在法律范围内解决纠纷,调整各种冲突的社会关系。法律的一般方法是在此基础上的一种延伸,如法律推理主要是指根据法律进行推理,法律解释主要是根据法律进行解释等。在这里,根据法律进行思考实际上是在解决法律人思考问题的立场。作为信念,法律方法试图从方法论的角度解决法治的可能性问题。目前一些法学家从对法律的确定性怀疑开始,最后竟达到了对法治理论的否定。这无疑是对法治论者的一个致命打击。如何对其回答,或者说作出法治论者的姿态,就十分严肃地摆在了法学家面前。我们认为,法律方法论完全可以回应后现代法学的诘难。因为后现代法学所思考的法律,主要是指由立法者所制定的文本法律,这样的法律确实难以包含各种案件的惟一正确答案。但在法律方法论者的眼中,作为法律推理大前提的法律并不是现成的成文法律,而是由法官等运用各种法律方法论证出来的法律。这样的法律从理论上并不存在缺陷,所谓法律的漏洞仅仅是指制定法的漏洞。当然,也有学者可能像奥斯丁一样认为,法官等论证出来的法律,实际上是法官在造法,而这样的法律不是溯及既往的法律吗?我们认为,法官论证出来的法律已经排除了法官任意裁判的可能性。并且,关于法律渊源的理论已经注意到了对立法权威的充分尊重。法律的个别化的合法途径不能说是完全的创造,如果说有创造的话,也仅仅是哲学解释学意义的创造。而这种创造是任何思维都具备的特点。维护法治应是法律人的基本立场。方法是法治理论的最主要内容。我们认为作为大学法科学生课程的方法,主要是向学生传授一般的法律方法。其目的仅在于向法科学生传授一般的方法,提高学生理解法律的能力,

而不在于学生毕业后在司法实践中机械地照搬。法科学学生在大学里所学的法律方法,主要作用于其理解法律的过程。作为实践的法官不能苛求大学教师为每一个案件提供现成的答案。大学法学教师并不能代替法官对个别案件的思考。大学教师不可能为每一个案件找出现成的解决方案。如果大学的法学老师能为每一个案件找出现成的解决方案,那么,法官和律师的设置就是多余的。法律方法论作为课程主要包括以下内容:法律发现、法律解释、法律论证、漏洞补充、价值衡量、法律推定、法源识别等这些方法。这些方法间虽有部分的交叉关系,但实际上每种方法又都各具特色,共同担负着维护法治的责任。这就是我们对法律方法论意义的最基本的看法,欢迎各位学者批评指正。

陈金钊

2003年1月

目 录

《公法研究》总序·····	谢晖(1)
---------------	-------

序

追问法律方法论的意义·····	(1)
-----------------	-----

第一部分 法治精神及其评价

第一章

从革命法制到社会主义法治·····	(3)
-------------------	-----

- | | |
|-------------------------------------|------|
| 1.1 革命法制观 ····· | (3) |
| 1.2 “大民主”法制观 ····· | (7) |
| 1.3 制约法制观 ····· | (10) |
| 1.4 “依法治国,建立社会主义法治国家”的
法治观 ····· | (15) |

第二章

理想法治的基本原则 ·····	(20)
-----------------	------

- | | |
|---------------------|------|
| 2.1 理想法治的基本原则 ····· | (20) |
| 2.2 理想法治的价值原则 ····· | (23) |
| 2.3 理想法治的方法原则 ····· | (28) |
| 2.4 立法的法治原则 ····· | (32) |

第三章

法学流派与法治 ·····	(41)
---------------	------

- | | |
|----------------------|--|
| 3.1 法治的必要性及其价值——自然法学 | |
|----------------------|--|

与法治	(42)
3.2 实证与操作层面的法治—— 分析实证主义法学与法治	(45)
3.3 观察理想与现实之间的法治—— 法律社会学与法治	(49)
3.4 法治的弊端——现实主义法学与法治	(53)
3.5 理想与现实相统一的法治——解释学与法治	(57)

第四章

浪漫主义法治观评析	(62)
4.1 浪漫主义的理论特征	(62)
4.2 法治浪漫主义的主要表现	(66)
4.3 对法治浪漫主义的评价	(74)

第二部分 法治理念及其姿态

第五章

法律信仰——法治实现的精神要素	(81)
5.1 什么是法律信仰	(84)
5.2 法治的理想与法律信仰	(89)
5.3 法律权威与法律信仰	(92)
5.4 法律信仰的实质和意义	(96)

第六章

法律规则、法理学与法治	(99)
6.1 规则与法律	(100)
6.2 规则与法学	(108)
6.3 认真对待规则与法理学研究方向	(114)

第七章 拯救客观性——关于法治姿态的探索····· (123)

- 7.1 对法律诠释客观性的挑战····· (124)
- 7.2 拯救法律诠释客观性的努力····· (131)
- 7.3 法学方法论与法律诠释的客观性····· (140)

第八章 法官如何表达对法律的忠诚····· (149)

- 8.1 法官忠于法律的内涵····· (149)
- 8.2 法官忠于法律的条件····· (153)
- 8.3 法官忠于法律的基本方法····· (159)

第九章 律师职业的独立性及律师对法律的忠诚····· (171)

- 9.1 律师职业的独立性····· (172)
- 9.2 律师执业:独立于法官、当事人和公共利益·· (177)
- 9.3 律师职业和执业独立的条件····· (182)
- 9.4 律师独立应当具备的政治和业务素质····· (184)
- 9.5 对律师职业和执业独立性的评述····· (188)
- 9.6 律师忠诚于法律的方法····· (189)

第三部分 法律方法与法治

第十章 司法过程中的法律方法论····· (197)

- 10.1 什么是法律方法····· (198)
- 10.2 法律发现····· (206)
- 10.3 法律推理····· (210)
- 10.4 法律解释····· (215)
- 10.5 漏洞补充····· (219)

10.6	法律论证	(223)
10.7	价值衡量	(225)
第十一章	法律解释学的转向与实用法学的第三条道路	
		(228)
11.1	实用法学的第三条道路	(230)
11.2	中国法律解释学的转向	(240)
11.3	法律解释学的转向与实用法理学的研究	(251)
第十二章	法治理念下的法律发现	(261)
12.1	什么是法律发现	(261)
12.2	法官为什么需要发现法律	(267)
12.3	法官从哪里发现法律	(274)
第十三章	法律渊源的概念及其方法论意义	(283)
13.1	不同法学语境中法律渊源的含义	(283)
13.2	司法立场的法律渊源	(299)
13.3	法律渊源理论的意义	(314)
第十四章	法律解释与制度改革	(322)
后记		(335)

第一部分

法治精神及其评价

