

法律思维研究

范春莹 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

山东省社会科学规划研究项目文丛·重点项目

法律思维研究

范春莹 著



山东财经大学法学精品文库

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律思维研究 / 范春莹著. —北京:法律出版社,
2012.1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2600 - 8

I. ①法… II. ①范… III. ①法律—思维科学—研究
IV. ①D90 - 059

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 207134 号

法律思维研究
范春莹 著

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 薛 晗
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 永恒印刷有限公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 10.75
字数 271千
版本 2012年2月第1版
印次 2012年2月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2600 - 8

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

原山东经济学院的法学学科从无到有,不断壮大,已十年有余。法学院的建设者们历经艰辛,凝神聚力,入主流,创特色,抢抓机遇,加快发展,追求卓越,不断探索并逐渐明晰了财经类大学法科建设的定位、方向与路径,为学校学科建设与发展、学校综合竞争力与影响力的提升做出了重要贡献,也为兄弟院校法学教育提供了可资借鉴的经验与做法。

回望十多年来的发展,我们可以看到,在 1983 年建立经济法教研室、1993 年设立经济法专业招收法学专科学生的基础上,2000 年正式成立法学系,开始了真正意义上的法学教育与学科建设。2005 年法学院正式建制,逐渐形成门类齐全的法学专业体系、布局适当的学术梯队和学缘结构比较合理、实力较强的师资队伍。2006 年民商法学二级学科硕士点申报成功,2010 年法学一级学科硕士点申报成功,2011 年民商法学成为山东省省级重点学科。

在学术科研方面,法学院从没有课题立项到国

家级课题的突破、省部级课题的增多和省级以上科研奖励的获得,从少有教师走出校门参加学术访问、会议交流到各类学术活动日益频繁,仅2010年学院教师外访和参加学术会议达51人次,学界影响力逐渐扩大。走出去还能请进来,学院每年邀请国内外知名学者来学院访问,仅2010年就邀请国内外知名学者12人,举办学术讲座18场,并成功举办了全省法学教育学术年会。在人才培养方面,已经形成了有特色的本科专业教育,与广大教师的教学科研活动紧密结合的实践教育力度不断加大;法学院的教学科研设施也日益完善;学生通过到境内外知名高校访学、暑期到国外大学游学等扩大了视野;学生的创新意识也日益浓增,多人次在全国挑战杯竞赛中获得金奖、铜奖。与公、检、法、司系统以及大型律师集团的合作越来越紧密,社会服务日益深化。

我们深知,在法学学科发展的过程中,有那么多激动人心的时刻和生动感人的故事:信守道义恪守职责极尽本分,专心管理强化服务加班加点;用足心情教书育人专注三尺讲台,潜心学术引领学科专注于学问精进;发展学术、建设学科、培养人才,获得了校内外广泛关心和赞誉。

在学校以经、管学科为主,文、法、理、工多学科协调发展的过程中,法学院明确定位、凝练特色,她的发展历程、发展成果和发展精神已经成为学校高水平财经大学建设历史的重要组成部分。在新的起点、新的征程中,法学学科的发展将为高水平财经大学建设发挥独特而重要的作用。

我们的法学教育既要培养具有深厚财经背景的法科人才,也要促进通法律、懂外语的高层次复合型、应用性财经类人才的培养。我们的法学学科要努力与经济学、管理学构建起学校的支柱性学科群,这既是法学学科发展的需要,也是经济、管理学科发展的需要,要努力在学科交叉中培育学术增长点。要达到这个目标,需要法学院的广大教师更加努力创造性、开放性地开展学术研究,及时把握学术前沿,逐渐占据学术高地,形成有特色的研究领域,同时要把学术研究成果反哺教学,促进人才

培养。法学院要努力成为全省乃至全国财经立法、司法和教育的思想库和学术平台,成为财经法律复合型高层次人才的重要培养基地。

在山东财经大学筹建之际,法学院决定编纂出版这套《山东财经大学法学精品文库》系列丛书,这是一件值得庆贺的事情,也是十分有意义的事情,这是一份献给新生的山东财经大学的厚重礼物,在一定意义上也能说明学校学术立校的办学思想。文库丛书的出版,既是法学院教师多年来辛勤耕耘与学术研究的总结,体现法学院教师的学术贡献与影响力,也是法学院从教学型向教学研究型转变的标志。

我相信,通过我们的共同努力,山东财经大学的法学学科将会迎来更加美好的未来,为我国法治建设和经济社会发展、为我校高水平财经大学建设做出新的更大的贡献。

是为序。

山东财经大学(筹)党委书记

2011年9月12日

目 录

导论 和谐社会建设需要法律思维/1

一、问题的缘起——究竟有没有法律思维/1

二、法律思维的研究现状/7

三、法律思维研究的意义/13

四、本文研究的视角、进路和方法/18

第一章 什么是法律思维/25

一、法律思维概念辨析/25

(一) 国内外法律思维认识的梳理/25

(二) 关于法律思维的界定/31

二、法律思维的构成要素/37

(一) 法律思维的表层知识结构内容——系统的法律专业知识/38

(二) 法律思维的深层知识结构内容——特殊的职业操作方法及其理念/41

(三) 法律思维的感知模式——法律技巧/47

2 法律思维研究

(四) 法律思维的理论模式/51

三、法律思维的特征/51

(一) 法律性/52

(二) 工具性/56

(三) 保守性/56

(四) 缜密性/58

(五) 确定性/60

四、法学与法律思维/62

(一) 对法学作为科学化构造的批判/64

(二) 法学对法律思维的影响/69

第二章 法律思维的理论进路/76

一、形式主义法律思维的理论进路/80

(一) 理论基础/80

(二) 具体表现/90

(三) 贡献和局限/99

二、实质主义法律思维的理论进路/104

(一) 理论基础/105

(二) 具体表现/117

(三) 贡献和局限/128

三、例析两种法律思维/133

(一) 里格斯诉埃尔默案/133

(二) 泸州继承案/136

四、小结/138

第三章 法律思维的模式/141

一、涵摄思维模式/142

(一) 涵摄思维模式的具体体现/142

(二) 涵摄思维模式的形式性/148

(三)涵摄思维模式的局限/154

(四)涵摄思维模式的重构与辩护/159

二、类型思维模式/163

(一)事实与价值的二分问题/163

(二)类型的含义/165

(三)日常生活和法律中的类推/169

(四)类型思维的实质性/174

三、小结/183

第四章 法律思维的解释方法/188

一、形式主义法律思维的解释方法/189

(一)限制性法律思维方法——文义解释/190

(二)逻辑性法律思维方法——体系解释/200

(三)历史性法律思维方法——历史解释/206

二、实质主义法律思维的解释方法/212

(一)情境性法律思维方法——目的解释/213

(二)衡量性法律思维方法——社会学解释/224

(三)法律思维的释无——法律续造/231

三、小结/247

第五章 法律思维的论证方法/251

一、法律论证在法律思维中的必要性/252

(一)法律思维中的价值判断难题/252

(二)法律思维的理性向度/255

(三)法律思维的民主向度/256

(四)通过法律论证融合两种法律思维是实现法治
与和谐社会的要求/258

二、法律论证的主要理论/260

(一)类观点——修辞学的法律论证/262

4 法律思维研究

(二) 理性言说的论证理论/265

三、论证中的法律思维/271

四、法律论证的限度/274

第六章 法律思维的立场选择/278

一、法律思维的能动立场/279

(一) 法律思维中的司法能动主义/279

(二) 司法能动主义的理论困境/283

二、法律思维的克制立场/286

(一) 法律思维中的司法克制主义/286

(二) 司法克制主义恪守的基本原则/291

三、现阶段我国法律思维的立场选择/293

(一) 我国法律文化传统/293

(二) 我国当代司法状况/296

(三) 我国法律思维的立场选择/301

结语/304

参考文献/310

后记/325

导论 和谐社会建设需要 法律思维

一、问题的缘起——究竟有没有法律思维

在现代社会,没有什么比法律对我们生活的影响和渗透更大的了。就像尤伊克在描述美国社会时所说的:“法律文化现象在美国生活处处可见,每一包食物、每一款衣服、每一件电器都有某种标志,警示潜在的危险性,指导人们如何使用,告诉我们如果遇到问题应该找谁去投诉。我们每一次停车、干洗衣物或是将伞放在衣帽间时,我们都会被告知如果东西丢失,他们所负的法律责任是有限的。报纸、电视、小说、戏剧、杂志以及电影等都渗透着法律的形象,同时这些文化产品上都表明了版权声明。”^{〔1〕}可以说,我们的生活已经越来越

〔1〕 [美]尤伊克、希尔贝:《法律的公共空间》,陆益龙译,商务印书馆2005年版,第6页。

法律化了。^[1]这是因为这种以法律为主轴的社会秩序较之于以道德、习俗或者宗教为主轴的社会秩序能够提供给人们更多的安定性和稳定性。因此在这个法律不断型构我们生活的时代,如果能够洞悉法律的脉络和思维进路,对于我们更好地安排个人生活将有很大帮助。在法律秩序中,法律改变着人们的日常思维,使思维中有越来越多的法律因素。与此同时,日益成熟的法律思维也在不断强化着我们的法治理想。然而在社会越来越法制化、法律思维越来越专业化的时候,有两种现象迫使我们还需要进一步研究法律思维:一是西方法学理论界跟随着后现代法学或本体论解释学对法治与法律思维的解构式研究;二是我国法律实践中经常出现的违背法律思维的裁判。

传统法律理论认为法律制度应当具有相对普遍性和自治性。这种自治性具体表现为实体内容、机构、方法和职业四个方面。实体内容的自治是指法律作为一种世俗规则体系,其与经济、政治或宗教的标准相对分离;机构的自治是指有独立的机构处理法律纠纷,其与立法机构和行政机构分离;作为专门的机构在论证自己行为的合理性时,需要不同于其他机构的方法,由此获得了方法上的自治。这些经过特殊训练、使用相同方法的人构成法律职业集团,操纵法律规则、充实法律机构以及参加法律争诉的实践。^[2]法律思维就是建立于法律自治基础上的法律人的独特思维方式。这种法律制度以及思维方式维护和保障了资本主义社会秩序并促进了资本主义的发展。然而在进入 20 世纪之后,西

[1] 胡玉鸿曾撰文“‘法律人’建构论纲”,在该文中,其建构了一个不同于我们通常理解的“以法律为业”的法律人概念。所谓法律人,即参与法律生活的普通民众,他们依存于法律、参与法律和受制于法律。在这种意义上,我们每个人都是已经被法律化了的人。参见胡玉鸿:“‘法律人’建构论纲”,载《中国法学》2006 年第 5 期。

[2] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,译林出版社 2001 年版,第 50 页。

方社会出现的种种危机^{〔1〕}引发了人们对一直颂扬的“现代性”进行反思和批判。这种思潮以否定理性主义和科学主义为特征,强调视角多元、知识的碎片化和解构,否认、怀疑并试图颠覆现代性的各种主张和命题。由于这种思潮主要体现为对现代主义的反思、解构和超越,因此被称作后现代主义。后现代主义首先在文学、艺术和哲学领域展开,进而延伸至法学领域。在法学领域内,后现代主义对法治采取釜底抽薪式的批判与解构。

首先,后现代法学对法律的自治性进行了挑战,其主张法律根本没有独立性,无法与政治、经济和社会分离。例如,邓肯·肯尼迪认为法律就是政治,“就一个法律问题而言,从来没有哪种‘正确的法律解决办法’不是正确的伦理和政治的解决办法。换一种说法,法学院教授的一切东西,除了正式规则自身和玩弄规则的辩论技巧外,都是政策,仅此而已”。^{〔2〕}而且经济对法律领域的渗透、影响和控制也日趋强大,以致有法学家认为:“一个没学过经济的法律家……很可能成为公众的敌人。”^{〔3〕}如果法律与政治、经济没有区别,那么其也就没有独立的思维方式和分析方法。

其次,后现代法学批判和否定法律的确定性、中立性和普遍性,从而对现代法治理念下法律思维所依凭的基础构成了冲击。后现代法学认为任何文本都不存在确定的、明确的意义,一切文本都是境遇性的,其不仅是作者在特定的时空下的意义表达,也是读者在特定时空下的意义解

〔1〕 这种危机主要表现为三个方面,即(1)在人与自然的关系上,现代性的市场经济极大地诱发了人的贪欲,从而导致人对自然的无尽掠夺危机;(2)在人与人之间的关系上,现代性导致了社会的道德沦丧、贫富的两极分化以及冷战和后冷战时代的军事冲突;(3)在人与自我的关系上,现代性的危机表现为“自性”的迷失。参见何中华:《社会发展与现代性批判》,社会科学文献出版社2007年版,第306~308页。

〔2〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,朱苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第198页。

〔3〕 Louis. D. Brandeises, *The Living Law*, 10 U. ILL. L. Rew., p. 416.

读,因此,任何文本的意义都不可能是对文本内在性质的客观揭示,法律文本也是如此。而且哲学解释学认为任何理解都是理解者的自我理解,文本读者所处的历史、文化和语言情境决定着文本的意义,因此,所谓中立、客观的理解是不存在的。“任何根据规则的意义所作成的法律决定,都不能说是由法律所指引和决定的,而是受到整个超越法律之外的综合性因素所指引的”。^[1]此外,后现代法学认为建立于价值统一性基础上的法律的普遍性也是脆弱和不堪一击的。利奥塔指出,后现代社会是告别整体性和统一性的社会,所以类似于法律普遍性这样的宏观历史叙述已经完成了使命。在后现代社会的多元化面前,法律的普遍性不仅掩盖了法律代表权力的本质,而且构成对社会边缘群体的进一步压迫。^[2]

最后,从以上的分析可以看出,后现代法学不仅打击了理性主义和科学主义,而且打击了立基于理性主义和科学主义之上的法治和法学理论,否定了法律的自主性和独立性,进而否认法律的至上性,认为不存在客观的法律,也不存在确定的法律答案。任何法律的制定都是政治权力角力后的结果,而所谓的法律决定也不过就是规则包装下的政治决定而已。就此,后现代法学似乎颠覆了法治的大厦,同时也颠覆了法律思维的可能性。然而,情况真的是如此吗?笔者以为,后现代法学是用将问题推至极端的方式来唤起人们对被法治所遮蔽的那些问题的注意,虽然他们的见解和主张揭露了法治的弊端、打破了主流法律话语的霸权并在一定程度上打击了人们对法治的信心,但是其并不能真正地摧毁法治和现代法学理论,也不能否认法律思维的存在。当然,法学理论和法律思维的研究应当充分重视和认真对待后现代法学的主张,并将其纳入研究的视野,运用其提出的观点充实和整合法学理论和法律思维的研究。

[1] Trembaly, L. B., *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, McGill-Queen's University Press, Montreal and Kingston, p. 43.

[2] 信春鹰:“后现代法学——为法治探索未来”,载《中国社会科学》2000年第5期。

自从改革开放以来,中国社会面临着整体转型。“建设社会主义法治国家”目标的确立则更是体现了我们向法律现代化迈进的决心。就此,法治理论和法律思维方式被引入法律领域。经验表明,法治与法律思维具有一种正相关关系,即如果要想实现法治的目标,就必须遵循法律的逻辑,运用法律思维解决诸多的社会问题。然而当我们聚焦中国的司法实践时,却发现这一本应主要由法律思维主宰的领域没有用法律思维来解决问题。例如,南京彭宇案:^[1]

2006年11月20日上午,原告徐老太在本市水西门公交车站等候83路车,9时30分左右有两辆83路公交车同时进站。原告准备乘坐后面的83路公交车,在行至前一辆公交车后门时,被告彭宇第一个从公交车后门下车,此时原告摔倒致伤,被告发现后将原告扶至旁边,在原告的亲属到来后,被告便与原告亲属等人将原告送往医院治疗,原告后被诊断为左股骨颈骨折并住院治疗,施行髌关节置换术,产生了医疗费、护理费、营养费等损失。

原告认为是被告将其撞伤,因此要求法院判决被告赔偿其损失。但被告认为原告并不是他撞倒的,他是在看到原告倒地后做好事才上前搀扶原告的,他对原告的受伤并无责任。

最后,一审法院以公平责任判决彭宇承担原告损失的40%,赔偿徐老太四万余元。

该案判决结果一出,舆论哗然。本案争论的焦点集中在原告的倒地是否是被告导致的。然而法院在认定这一事实时,全凭常人的生活经验、常理等依据。兹摘录其部分判决如下:^[2]

[1] 除该案外,我国司法实践中还有诸多违背法律思维的裁判,对此后文中还会述及。

[2] 参见南京市鼓楼区人民法院(2007)鼓民一初字第212号民事判决书。

根据日常生活经验分析,原告倒地的原因除了被他人的外力因素撞倒之外,还有绊倒或滑倒等自身原因情形,但双方在庭审中均未陈述存在原告绊倒或滑倒等事实,被告也未对此提供反证证明,故根据本案现有证据,应着重分析原告被撞倒之外力情形。人被外力撞倒后,一般首先会确定外力来源、辨认相撞之人,如果相撞之人逃逸,作为被撞倒之人的第一反应是呼救并请人帮忙阻止。本案事发地点在人员较多的公交车站,是公共场所,事发时间在视线较好的上午,事故发生的过程非常短促,故撞倒原告的人不可能轻易逃逸。根据被告自认,其是第一个下车之人,从常理分析,其与原告相撞的可能性较大。如果被告是见义勇为做好事,更符合实际的做法应是抓住撞倒原告的人,而不仅仅是好心相扶;如果被告是做好事,根据社会情理,在原告的家人到达后,其完全可以在言明事实经过并让原告的家人将原告送往医院,然后自行离开,但被告未作此等选择,其行为显然与情理相悖。

从该案判决书来看,法院对于原、被告在有关原告是否由被告撞倒所提供的证据均未采信,而完全是凭借常理、生活经验进行判决。对于这样的一份判决,人们当然有理由质疑:这是一个法律判决吗?我们知道,法官在处理纠纷时应当“以事实为依据,以法律为准绳”,这里的事实并不是指客观发生的事实,因为客观事实的复制往往是人的理性所不能及的,即使是当事人也很难完全再现当时的客观场景。于是,这里的事实指的是能够用证据证明了的事实。在诉讼法中,一个最基本的原则就是“谁主张、谁举证”,原告主张被告撞倒了她,她应当提供证明该事实的证据,如果不能证明的话,就应当承担举证不能的后果。仅仅依据常理或生活经验就推断原告是由被告撞倒的实在是难以认为符合法律思维。在该案中,主宰法官思维的是对年事已高的徐老太摔倒并导致的左股骨颈骨折的后果的同情,以及该后果如果无人承担将导致正义缺失的担

心,而不是法律的内在逻辑。然而什么是法律思维?

基于对后现代法学否定法治和法律思维的回应以及对我国司法实践缺乏法律思维的考虑,我们认为,法律思维的深入研究确有必要。恩吉施曾说:“谁打算使初学者或外行了解法学和法律思维,谁就会感到,相比其他科学,自己遭受到各式各样的阻力和疑惑。”^{〔1〕}虽然法律像网一样笼罩在我们的日常生活之上使得我们无法逃避也无法摆脱,然而当我们正面遭遇法律时,法律却会变得陌生和冷漠。究其原因,是法律思维不同于日常思维,它独特的理解和安排事务的方式会让门外汉觉得困惑和不解。了解法律思维是什么以及在中国目前的社会状况下应当如何进行法律思维,不仅对于法律人,而且对于普通公众理解法律都有重大价值。对于法律人来讲,法律思维是确立法律共同体的一个标志,法律人应当具有同质化的思维方式。只有如此才能更加促进中国的法治进程,才能促使中国法律的现代化;对于普通公众来讲,恰恰是由于法律思维对法律生活和日常生活的区隔,我们才能够在足够的预期下合理有序地安排个人生活和行动。

二、法律思维的研究现状

关于法律思维的研究,大体是从两个方面展开的。一方面是从思维的发生机制来探讨法律思维,这方面的研究成果是林喆的《法律思维学导论》。其将法律思维学与法律现象学、法律本质学和法律价值学并列,共同作为法哲学的组成部分。其中,法律思维学的研究主要是运用生理学、生物学、思维学、逻辑学、心理学、文化学和社会学等科学理论的研究成果,从人与法的关系的角度研究与法律活动相关的限定思维、异态思维和“我向思维”等诸种思维类型,剖析立法、执法、司法和守法过程中人

〔1〕 [德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第1页。