



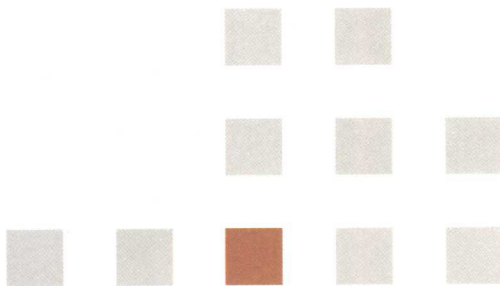
百家文库
BAIJIA WENKU

现代中国

民法的知识转型

XIANDAI ZHONGGUO
MINFA DE ZHISHI ZHUANXING

徐涤宇 等 著



湖南大学出版社

教育部人文社会科学一般规划项目（获批项目号：06JA820047）

现代中国民法的知识转型

徐涤宇 等 著

湖南大学出版社

内 容 简 介

本书选择民法领域中某些知识产品（如民法论文）、立法事件与文本、司法裁判以及具体的学术争议为考察对象，对其进行“深描”，或技术性的量化分析，以探知隐藏在这些事件背后的真相，了解法律人（如民法学者、民事法官）的民法知识谱系，并通过观察立法者、司法者、学者乃至政府和普通民众（如农地立法中的农民）在中国民法知识结构中的互动或博弈，促成对中国民事立法、司法和学术领域已经发生的、正在发生的以及将要发生的知识转型的认知。

图书在版编目（CIP）数据

现代中国民法的知识转型/徐涤宇等著. —长沙：湖南大学出版社，2012.8

ISBN 978 - 7 - 5667 - 0242 - 5

I. ①现… II. ①徐… III. ①民法—研究—中国
IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2012）第 184911 号

现代中国民法的知识转型

XIANDAIZHONGGUOMINFADZHZHISHIZHUANXING

作 者：徐涤宇 等 著

责任编辑：谌鹏飞 责任校对：全 健 责任印制：陈 燕

印 装：长沙国防科大印刷厂

开 本：710×1000 16 开 印张：14.5 字数：269 千

版 次：2012 年 8 月第 1 版 印次：2012 年 8 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5667 - 0242 - 5/D · 138

定 价：32.00 元

出 版 人：雷 鸣

出版发行：湖南大学出版社

社 址：湖南·长沙·岳麓山 邮 编：410082

电 话：0731 - 88822559（发行部），88821691（编辑室），88821006（出版部）

传 真：0731 - 88649312（发行部），88822264（总编室）

网 址：<http://www.hnupress.com> 电子邮箱：presschenpf@163.com

版权所有，盗版必究

湖南大学版图书凡有印装差错，请与发行部联系

目 次

第1章 绪 论

§ 1 问题的提出	2
§ 2 研究范围的界定和本书的主体内容	4
2.1 研究范围的界定	4
2.2 本书的主体内容	5
§ 3 研究方法	10

第2章 法律人的民法知识谱系

§ 1 判决书对民事司法解释的引证	12
1.1 民事司法解释的引证次数	13
1.2 民事司法解释的引证规范化	15
1.3 判决书与民事司法解释的衔接	18
1.4 最高人民法院公信力的提升方向	22
§ 2 域外文献的引证与中国民法学的知识来源	25
2.1 关于材料、对象和方法	25
2.2 域外文献引证偏好的形成：基于作品年代、学者年龄段的 考察	27
2.3 域外文献的引证偏好与我国民法学研究的路径依赖	33
2.4 结语	39
§ 3 民事法官与民法学者的知识系统：疏离与沟通	41
3.1 两相分离成为民法知识在两个领域的常态	41
3.2 民法知识之生硬疏离的成因探讨	46
3.3 借由法教义学而达成互动的可能	51
3.4 结语	56

第3章 民事立法、司法和学说的知识转型

§ 1 新世纪民事立法与司法的转向	58
-------------------------	----

1.1 新世纪的民事立法：十年高歌法典梦·····	58
1.2 法律文化视野下中国民法实证研究的展开·····	62
§ 2 合同的概念与我国债法总则的存废——兼论我国民法典的 体系·····	67
2.1 合同与债关系的历史演变分析·····	67
2.2 现有合同概念下债法总则的存废·····	72
2.3 债法总则的废弃与我国民法典的体系·····	76
§ 3 地方性共识与农地承包的法律实践·····	79
3.1 农地承包的政策、法律及其实践·····	79
3.2 地方性共识与地方性规范：土地调整的村庄原因·····	82
3.3 地方性规范的性质与基层政府的角色·····	87
3.4 农地承包实践的时代变迁：“放法”、“迎法”与法律下乡·····	92
§ 4 私法规范中劳动群众集体概念的符号分析·····	96
4.1 导言·····	96
4.2 概念分析的叙述符号方法·····	101
4.3 《民法通则》中有关劳动群众集体的叙述结构·····	114
4.4 《物权法》中有关劳动群众集体的叙述结构·····	133
4.5 其他私法规范中有关劳动群众集体的叙述结构·····	144
4.6 结语·····	148

第4章 民法知识转型的个案透视

§ 1 法律行为为变更权的期间限制——兼论解释论对法院行动策略 的矫正·····	152
1.1 问题的产生及其说明·····	153
1.2 诉讼时效还是除斥期间：在历史文本中寻找端绪·····	155
1.3 我国民法中变更诉权的性质：法教义学上的先决问题·····	159
1.4 变更诉权是否适用除斥期间的规定：解释论上的终局结论·····	164
1.5 结语·····	166
§ 2 论间接代理制度对仲裁条款的适用——法律论证之个案展开·····	168
2.1 问题的提出·····	168
2.2 《合同法》第402条对仲裁条款的适用余地：法解释学的 视角·····	170
2.3 仲裁条款与《合同法》第403条：法律适用中的司法拟制·····	176
2.4 问题之延伸：中国民法知识转型的向度·····	183
§ 3 弹性的法学移植——以侵权行为法学中“法益”学说之发展	

为个案的考察	186
3.1 问题之提出	186
3.2 “法益”概念之学说继受	188
3.3 从法学移植到法律移植——司法解释对“法益说”的继受 ..	197
3.4 法学移植的弹性与形式理性	199
3.5 结语	202
§ 4 农民地权诉求的表达结构	204
4.1 扩大地权：城郊农民 VS 大田农民	204
4.2 稳定地权：上访农民 VS 普通农民	207
4.3 变现地权：强势群体 VS 弱势群体	210
4.4 农民地权：诉求表达与实践	213
§ 5 农村宅基地限制交易的正当性	217
5.1 “宅基地使用权”问题的争论焦点	217
5.2 宅基地自由交易的宏观社会后果	219
5.3 宅基地自由交易的微观社会后果	221
5.4 结语	224
后 记	225

第 1 章

绪 论

§ 1 问题的提出

清末法制变革开启了中国法律近代化的序幕。在这一时期，西方法律制度因立宪运动被移植到中国，民法亦于此一时期被全面系统地输入。对于这段历史，中国法律史学界已有相当的研究，例如张生的《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》、《中国近代民法法典化研究：1901—1949》，朱勇的《中国民法近代化研究》等著述。

但遗憾的是，相对而言，1949年之后至今的现代中国民法发展历程，曾经在相对长的时间内没有引起众多研究者的足够重视，尽管这种情形正在发生改变。晚近以来，中国一些民法学者已经有所意识，并撰写了一些就现代中国民法学说发展做回顾性总结的文章，诸如江平的《民法的回顾与展望》，梁慧星的《中国民法：从何处来，向何处去》、《从近代民法到现代民法——二十世纪民法回顾》、《20世纪民法学思潮回顾》，王轶的《对中国民法学学术路向的初步思考——过分侧重制度性研究的缺陷及其克服》，陈志武、沈凯的《中国民法学的萌芽与发展——20世纪以来中国民法学发展历史》（上、下），薛虹的《二十世纪中国民法学回顾》，房绍坤的《中国民法的历史、现状与未来》，韩世远的《论中国民法的现代化》，等等。此外，何勤华和殷啸虎主编的《中华人民共和国民法史》一书，对1949年至1999年中国民事法制发展历程进行了较为系统的梳理，而赵晓耕主编的《新中国民法典起草历程回顾》一书，则专门围绕1949年之后中国历次民法典起草的历史背景、理论争鸣以及结构体系进行了梳理。

这些研究和梳理，为现代中国民法学说的演变勾勒了大致的框架，有着重要的学术价值。但另一方面，也许是由于论文篇幅的限制（大部分的相关作品均为论文），常常也是失之简略，而少数的几本专著，由于著者的知识背景等原因（上述作者不少为法律史研究者而非专门的民法研究者），基本上也是偏重于制度梳理或史实介绍。事实上，在这长达60多年的时间里，尤其是20世纪90年代以来，中国民法学经历了影响深远的知识转型过程，而这种知识转型对今天的民法学说研究与民事法制实践均有微妙的影响。对这个漫长的知识转型过程，需要我们立足于民法学科内部和外部进行细致的分析。在我们以此

为项目申报教育部课题成功的2006年,民法学界还未见明确以现代中国民法知识转型为研究对象的专著作品,直到2010年,才开始有柳经纬的《当代中国民法学的理论转型》一书专门研究类似的问题。

本书试图对现代中国民法的知识转型进行专门分析,力争唤醒学界对此的研究。对现代中国民法的知识转型过程进行知识社会学的分析,有着非常重要的实际意义和理论意义。

首先,现代中国民法学说发展到今天,已经到了可以对其进行系统的知识社会学分析的时候。运用实证的研究方法,就现代中国民法的知识转型过程进行考察,可以发现60多年来究竟是哪些知识性因素在支配当时中国的民法学说?这种知识性因素后来又是如何丧失支配性的地位而为另一种知识传统所替代?造成这种知识转型的力量又来自何方?乃至今天在中国民法学界占支配性地位的又是哪种知识传统?是欧洲大陆的传统还是有其他因素潜藏其中?厘清这些问题,可以让我们更为清晰地认识到我们置身其中的民法学说的真实面相。

其次,作为法学门类中最重要的学科之一,民法学对当代中国的法制实践有着明显且极为重要的影响。与此相关的则是,民法学说的知识转型,也将通过法律人的作用而直接影响到实际生活中的民事法制。这种影响不仅可以在法律人参与其中的民事立法中发现踪迹,而且也可以在层出不穷的民事司法活动中得到反映。从这个意义上讲,厘清现代中国民法的知识转型问题,洞见隐藏其中的支配性结构,可以让我们更为清晰地认识到影响现代中国民事法制实践的民法学说的真实面貌,以及其中可能存在的问题,从而更为有力地发挥民法学说对民法实践的指导作用。

最后,通过对民法学知识传统的实证分析,和对与此相关的民事立法、司法影响的具体实证分析,洞见这种知识传统对于建立公正、公平而又契合中国国情的中国民事立法和司法体系的积极意义及消极影响,从而促使我们反省中国民法应当建立一个怎样的知识传统,以及在战略和技术上如何建立这个传统。

§ 2 研究范围的界定和本书的主体内容

2.1 研究范围的界定

与以往的多数研究不同的是，本书旨在主要通过实证的方法对现代中国民法的知识转型过程进行考察。这个目标将被分解为一些技术性的量化研究，而研究范围具体界定在以下几个方面：

2.1.1 以民法学论文为代表的民法知识产品

我们将利用论文数据库统计分析中国民法论文中的引证文献，分析具体文献及其代表的民法传统对中国民法研究者的影响力，并希望通过这种专门化的考察，可以较为清晰地展现出民法知识生产和传播的支配性因素，从而揭示现代中国民法学说支配性传统的生成和转型。

2.1.2 法律人，主要包括民法教职承担者和法律实践者

通过访谈方式考察从事民法实践的法学毕业生（民庭审判人员、律师等）对其所受的大学民法教育的印象，了解各时期的大学民法教学对于个人工作的影响，大学教授民法知识与这些毕业生后来参与民法实践之间的关联度，考察他们对当时学校教授的民法知识的看法，这些将作为印证现代民法知识转型过程的重要背景材料。

2.1.3 民事立法和司法

主要包括重大的或争议较大的具体民法制度立法，如间接代理等，通过考察这些源自特定法系的民法制度在中国民法学说中的发生、受争议状况及其在民事实践中的境遇，发现当代中国民法学说如何看待这些制度，并如何将之移植到学说甚至是立法实践之中。这背后折射的，其实是处于特定的知识传统之中的民法学说如何消解来自不同法系的具体制度的问题。

2.2 本书的主体内容

本书的总体框架，主要由现代中国民法知识转型之宏观考察维度和微观考察维度两大部分组成。在宏观考察维度，本书选取了法律人的知识谱系、民法方法论、民事立法司法三个维度，试图从各个维度入手对现代中国民法知识转型一一进行考察。在微观考察维度，选取了民法实践的几个微观个案，详细探讨在当代中国民法理论应当如何进行知识转型，以更好地应对民事立法和司法过程之中凸显的众多时代性问题。两大部分均以知识社会学的考察为主要轴线，点面结合，力图清晰展示现代中国民法学正在呈现的知识转型之趋势，并指出未来的发展方向以及需要注意的问题，尤其强调从立法论向解释论转型的迫切性。具体包括如下内容。

2.2.1 现代中国民法知识转型考察之宏观维度

第一，通过“法律人的知识谱系”所体现的民法知识转型之现状及其必要性。

首先，在“判决书对民事司法解释的引证”部分中，通过对各级法院的判决书对最高人民法院民事司法解释的引证情况的考察，洞见司法系统的民法知识体系的转型进路。衡量最高人民法院在整个法院体制中司法影响力的一个重要指标，是其制定的司法解释被法院判决书的引证程度。以民事司法解释为例，一方面，司法解释文件或单个司法解释条文被判决书引证次数的多少，在一定程度上能够反映出制定司法解释的实际效果；另一方面，司法解释被判决书引证的规范化程度会影响法院（包括最高人民法院）的公信力。

其次，采用引证分析的方法，对《法学研究》、《中国法学》等 CSSCI 法学类来源期刊所刊登的民法论文引证域外文献（包括来自除我国大陆地区以外的其他国家或地区的文献资料，涵盖学术著作、学术论文、司法案例、法律文本等多方面的内容）的情况进行详细分析，分别考察了不同年龄段的民法学者引证域外文献的偏好，以及这些被引证的域外文献之特征。结果发现：（1）以关于合同法的论文为例，自 20 世纪 80 年代以来，尤其是 90 年代中期以后，不仅引证域外文献的民法论文数量在显著增加，而且被引证的域外文献的语种来源也日益丰富，从原先几乎清一色的英语，扩展到今日包括英、德、日、法、意、西在内的多种语源，其中一个特别引人注意的变化是，自 21 世纪以后，来自于大陆法系的域外文献数量已经大大超过了英美法系。（2）以《法学研究》发表的民法论文为例，采用原文域外文献的老一代学者的比例很小，他

们基本上采用已经翻译过来的域外文献，而中、青年学者中能直接采用原始文献的比例明显上升。不过三代学者之间亦有某些共同点，如在采用域外文献时，都更多地引用大陆法系的文献，虽然这种现象也在发生变化。(3) 以关于合同法的论文为例，在原文域外文献的语种分布中，以英语最多，德语、日语次之，存在着对英美法系的文献资料的更大依赖，而且这种依赖现象还比较突出；采用来自我国台湾地区的文献数量很少。基于此，可以得出结论：民法学界的上述研究现状，看似繁荣，但也直接延缓了我国本土法教义学的养成，导致了我国当下法学研究问题意识的严重匮乏。长此以往，最终势必阻碍我国本土民法学的成长。

另外，本书以湖南省整个三级法院系统的采访样本为基础，扩展讨论了（学院派的）民法学说理论与（司法界的）民事法律实务之间相互分离的现状。从访谈的情况来看，绝大多数的受访法官虽然也认为理论知识很重要，但表示在审判实践中，民法研究的情况不是其所关心的范围，他们更多的是关注来自最高人民法院的司法解释和指导意见。这种民事法律共同体内部的相互疏离，既与中国独特的司法制度形成体制、司法的行政性倾向、司法人员素质参差不齐以及民法学界“繁而不荣”等因素有关，也为民法学说的知识转型提出了迫切要求。本书认为，克服这种困境的重要办法之一，便在于坚持法教义学的方法，来对民法研究和民事司法进行统合、梳理，并在规范实证的基础上进行结论合理性之验证。

第二，通过“民法方法论”所体现的民法知识转型之现状及其必要性。

在该部分，主要通过法律文化视野下中国民法实证研究的展开，来反思现代中国民法的方法论转型进路。由于传统中国民事诉讼的特殊样式规定了其以“调解”为主、情理作为重要法源的独特法律文化，这种法律文化和“阿贡（竞技）型诉讼”结构背景下的西方法律文化恰成对极，因此要探寻中国民法研究的进路，必须要将其置于法律文化的框架下思考。同时，我们需要以一种历史实证研究的态度，对中国法的样式作出历史的和现状的素描。因为中国民事法律制度的样式及其相互之间的关联，存在于历史文档以及当下的实在法和司法实务中，我们完全可以通过观察、分析等方法去检验其真实性，把法学从所有“形而上学的”特征中解放出来，使其论述在真实性和虚假性上具有可检验性。对于社会实证研究方法，要么应该是以立法论为目的的方案构建，要么应该是缕析法律实践中实在法的规范效力如何被策略地规避或抵消，进而揭示其反法治的危险性，甚至对其作出否定的评价，以真正落实法的规范效力。

第三，通过“民事立法司法的知识转型”洞见现代中国民法的知识转型。

首先，通过对 21 世纪伊始至今的民法典编撰进程的梳理，反思我国的民

事法制的立法之路。在1999年合同法成就的激励下，中国民事法制在立法之路上继续高歌猛进，官方的立法目标与学者的参与愿望共同指向民法典的出台。学者们也在各自物权法草案建议稿的基础上推出民法典建议稿，成三足鼎立之竞争格局；2002年12月23日，全国人大常委会法工委起草包含总则、物权法、合同法、人格权法、婚姻法、收养法、继承法、侵权责任法、涉外民事关系的法律适用法九编的民法草案，也首次被提请九届全国人大常委会审议。然众声喧哗之际，民法草案却在审议时因许多常委对诸多法律概念的陌生这一“技术原因”而搁浅，新的法典计划是拆分草案而逐编审议通过，这意味着分步走的计划再次实施。时至今日，回首十余年的民事立法成就，分步走的法典计划为“碎步走”的现实所取代。通过对十年民事法制进程的审视，可以发现，我们从事的法典化之伟业，不过是在政治化和去政治化、精英化和平民化的双重夹缝中，对现有规则的体系化重述，那些刚盖好的单行法大厦，在法典体系化的再规划下又要被推倒重建！在反思立法者和学者以及司法者之间的关系的基础上，总体立场上强调从立法论向以法教义学为中心的解释论的转型，以及对民法学术未来发展的重要意义。本书认为：我们缺少的并非一部规则精密、体系严谨、政治意义更为凸显的民法典，而是学理和判例如何围绕现有私法规范，依照解释论的进路，丰富我们的法教义学，在立法、司法和学理之间形成良性互动。对实证的解释论的强调，当可杜绝法官以法无规定为由拒绝裁判或自以为是造法的行为，在学说上也能避免研究者动辄走向立法论。中国民法学应该更注重实在法的文本，在法教义学分析的框架之内形成最终的目的，通过法教义学的方式来形成一些通说，不断通过法律判例对法律进行补充，从而推进中国民法学的发展。

其次，通过对合同与债关系的历史演变分析入手我们发现，由于事实契约的存在以及现代信赖理论的发展，极大地扩张了契约的范围，从而现有合同概念使得合同属于债的传统观点动摇。在这种背景下，试图用统一的债的内容来调整既有的侵权行为、不当得利、无因管理的行为无疑是存在一定理论漏洞的。因此，债法总则的存在并不具有体系的融洽性。基于此，我们建议取消债法总则的设置，而在我国未来的民法典总则中，应该设置民事责任的一般规定，同时规定无因管理与不当得利的内容。

再次，通过对私法规范中的劳动群众集体概念进行符号分析，来探寻中国民法的立法转型进路。1958年以前，中国法中的集体所有权制度是按照苏联法之合作社所有权来构造的，劳动群众集体与合作社概念可以互训。此后，劳动群众集体的所指发生变迁，不复为合作社。《民法通则》中，劳动群众集体可以分别作为所有权人、使用权人以及不动产承包合同债权人、无因管理之债

中的债务人与侵权行为之债中的债权人等“行动者角色”，参与到法律规定，保护，禁止买卖、出租、抵押或其他非法转让，人民法院责令给予补偿等“函数关系”中。在上述函数关系里，要么劳动群众集体与“客体”之间的联系得以维持，要么“传授者”法律以“规定函数关系”使客体——劳动群众集体组织的财产，直接转变为劳动群众集体所有的客体。法律将单位、企业、企业法人作为客体——财产，使得劳动群众集体与企业法人之间的投资关系遭受否定性评价。《合同法》、《农村土地承包法》、《乡镇企业法》等有关劳动群众集体的陈述，延续了《民法通则》、《民通意见》中关于劳动群众集体的“叙述句法”关系。该当叙述句法在《物权法》中并没有完全得到继续运用。劳动群众集体的所指既不可能是共有人共同体，也不继续为合作社，而与“总有团体”十分接近。然而，由“叙述结构”观之，劳动群众集体参与的所有关系实际上完全受国家控制，中国法中的劳动群众集体又与总有团体有所区别。本书认为，立法论上，应当坚持私法规范中强烈表现出的，以总有规则构造集体所有权的总体趋势，并进一步依据基尔克的“结合原理”来构想劳动群众集体。

2.2.2 现代中国民法知识转型考察之微观维度

第一，以合同之变更权行使是否受除斥期间之限制，以及《合同法》第402条、第403条所规定的间接代理制度对于仲裁条款的适用余地等两个来自实践的问题为例，批判了现实中存在的一些实际上有害于法治的做法，例如借口现行法律有瑕疵而取法鸵鸟或干脆否定现行法，或者法院将自己司法者的立场转化为立法者的立场，试图通过策略性地解读法律来达到暗渡陈仓修改立法的目的，并指出法教义学对于克服这些现实难题的重要意义，强调中国民法的知识形态应转向以解释论为主导的路径，即以现行法、判例和教义学语句为对象展开法律论证，在法律的解释和适用以及法教义学的形成中促成法的成长。

第二，以《物权法》中关于禁止农村宅基地在城乡之间自由交易的规定为切入点，分析这一规定背后的当代中国社会结构性问题，认为这一规定的合理性基础在于如下现实，即宅基地对于农民而言是一种社会保障福利，如果允许其自由交易，将会造成破坏村庄伦理和加剧村庄内部不平等的恶果，农民必定是最终的受损者，而各种社会强势群体才会成为真正的受益者。最终提醒人们注意法律命题的正当性和合理性永远都根源于社会的现实生活，农村宅基地该不该自由交易，在法律逻辑体系和经济学的逻辑体系中永远都找不到答案，在西方国家的物权立法中也找不到现成的答案，必须深入而全面地观察和研究中国社会。亦即物权立法乃至所有民法立法，固然需要相关民法学说的支持，但这种支持必须建立在对本国实践的深入了解基础之上，而非从西方文本到中国

文本的简单转化。

第三，从侵权行为法学中的“法益”作为考察基点，通过对权利和权益相区分之分析框架如何被借鉴和改造的阐述，分析了法学移植中的弹性以及发生这种弹性的原因，并在此基础上认为法学移植主要体现为对分析框架的吸收且具有兼收并蓄的特征时，将为法律移植打下良好的基础。认为法学移植为立法者主要提供的是其分析框架，分析框架所具有的包容性为法学移植的弹性改造创造了条件。最终得出结论：我们应该从分析框架的角度看待法学移植，从法学移植的角度看待法律移植，这样的法律移植模式既不应该是被迫的殖民输入，也不应该是不顾经济、政治等因素的纯粹的无机移植，而应该是在法学家将民众生活的价值准则借用域外的形式加以表达的基础上，多元吸收并整合的过程。

§ 3 研究方法

晚近以来,社会科学对法学的渗透逐渐加强,也开始出现一些交叉学科的研究成果。这些尝试为通过运用包括知识社会学在内的社会科学方法研究这段民法知识转型的历史提供了借鉴。而迄今为止,虽然甚少见到中国民法学者在这方面的系统研究问世,且实证方法在中国法学研究中的引入为时不长,但也已经积累了一些初步的经验。这也为运用实证研究的方法就现代中国民法的知识转型问题进行知识社会学的考察奠定了基础。

之所以采用实证研究方法,是因为要寻找基于理性主义与经验主义的形而上研究的知识生成之根无比困难,这样将不可避免导致我们的研究遭遇“明希豪森困境”^①,而要走出这种困境,采用实证研究方法无疑是一条可以依赖的道路。

除了实证研究方法以外,本书的主要研究方法还包括:

第一,知识社会学的方法,例如分析不同的民法知识传统与代表它们的民法学者群体及社会进程之间的关联。

第二,诠释学的方法,如通过分析学者的知识结构和知识背景,发现其理解民法问题的前见,以及他们是如何在前见的支配下形成问题并解决问题。

^① 此即阿列克西批判理性主义和经验主义,而借助于《明希豪森男爵的奇遇》中一则故事(该男爵有一次旅行不慎掉进一个泥潭,四周旁无所依,于是用力抓住自己的头发把自己从泥潭中拉了出来)提出的理性主义和经验主义之三重困境:第一,无穷地递归(无限掉退),以至无法确立任何论证的根基;第二,在相互支持的论点(论据)之间进行循环论证;第三,在某个主观选择的点上断然终止论证过程,例如通过宗教信条、政治意识形态或其他方式的“教义”来结束论证的链条。引自罗伯特·阿列克西《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》之代译序《走出“明希豪森困境”》。

第 2 章

法律人的民法知识谱系