

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

法哲学与 法社会学论丛

(六)

2003

郑永流 主编

Archives for Legal Philosophy
and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie
und Rechtssoziologie

中国政法大学出版社

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

(六)

《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法哲学与法社会学论丛. 6/《法哲学与法社会学论丛》编辑委员会编. —北京: 中国政法大学出版社, 2003. 7

ISBN 7 - 5620 - 2476 - 6

I. 法... II. 法... III. ①法哲学 - 文集②社会法学 - 文集
IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 073356 号

书 名 法哲学与法社会学论丛(六)
出 版 人 李传敢
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 850 × 1168 1/32
印 张 16.5
字 数 395 千字
版 本 2003 年 12 月第 1 版 2003 年 12 月第 1 次印刷
印 数 0 001 - 3 000
书 号 ISBN 7 - 5620 - 2476 - 6/D·2436
定 价 33.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题, 请与出版社联系调换。

本论丛由中国政法大学法学院资助出版

法哲学与法社会学论丛

Archives for Legal Philosophy and Sociology of Law
Archiv für Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie

编辑委员会

Editorial Board

主 编 Chief Editor

郑永流 Zheng Yongliu 中国政法大学 China University of
Political Science
and Law

副主编 Vice-Chief Editor

舒国滢 Shu Guoying 中国政法大学 China University of
Political Science
and Law

委 员 Editors

陈弘毅 Albert . H. Y. Chen 香港大学 The University of
Hong Kong

程春明 Cheng Chunming 中国政法大学 China University
of Political Science
and Law

杜钢建 Du Gangjian 国家行政学院 National School of
Administration

方流芳 Fang Liufang 中国政法大学 China University of
Political Science
and Law

龙卫球 Long Weiqiu 中国政法大学 China University of
Political Science
and Law

乌尔弗里德·诺伊曼 Ulfrid Neumann 德国法兰克福大学
Universitat Frank-
furt am Main,
Deutschland

戚渊 Qi Yuan 中央财经大学 University of Central Fi-
nance and Econo-
my

胜雅律 Harro von Senger 瑞士联邦比较法研究所
Schweizerisches in-
stitut fur Rechts-
vergleichung,
Schweiz

夏勇 Xia Yong 中国社会科学院 China Academy of Social
Science

郑成良 Zheng Chengliang 国家法官学院 the State College
of Judge Training

朱景文 Zhu Jingwen 中国人民大学 Renmin University of
China

朱苏力 Zhu Suli 北京大学 Peking University

学术秘书 Assistant

潘伟江 Pan Weijiang

目 录

主题研讨：法律思维与法律方法

- 法律思维… [瑞士] 菲利普·马斯托拉蒂著 高家伟译(1)
法学方法抑或法律方法? …………… 郑永流(20)
法学的方法…………… [英] 詹姆斯·布赖斯著 杨贝译(33)
Strukturen der juristischen Argumentation …… Ulfried Neumann (63)
私权客体的逻辑分析 …………… 刘岸(87)

法哲学研究

- 政治与法 …………… [德] 迪特·格林著 杨登杰译(120)
自由依赖于法律
——思想史考察：从苏格拉底到康德…………… 柯恒(135)

法社会学与法人人类学

- 话语与实践：当代中国司法“中心工作”的
变迁…………… 腾彪(172)
“活法”理论研究
——埃利希法律社会学思想评述…………… 冯岚(225)
以人类学为基础的选择性决定的
十字架 …………… [德] 温弗里德·布鲁格著 李辉译(276)

蓟门学园

- “蓟门学园”——多学科论坛 (309)
- 试论裁判事实的客观性 吴宏耀(311)
- “试论裁判事实的客观性”讨论会 陈景辉等(341)
- 谁应当遵行民法? 朱庆育(363)
- “谁应当遵行民法”讨论会 田士永等(381)

人权问题

- 大学生受教育权、隐私权的
案例分析 何兵 王敬波 马宏俊(405)
- 高等学校的自律与他律
——论学生受教育权、隐私权的法律保护 何兵(407)
- 论高等学校的法律地位及其管理 王敬波 马宏俊(428)

著名学者

- 伯恩哈德·温德沙伊德 (1817-1892)
——一位伟大的德国法学家的生平
与作品 [德] 米夏埃尔·马廷内克著 田士永译(443)
- A Witness to the Jurisprudential Change during the Second
Half of the 20th Century in China
——Reviewing on the legal thoughts of
Shen Zongling/ Jin Haijun (491)

CONTENTS

SUBJECT DISCUSSION: LEGAL THINKING AND LEGAL METHOD

Philippe Mastronardi

Legal Thinking (1)

Zheng Yongliu

Legal Method or Juridical Method (20)

James Bryce

The Methods of Legal Science (33)

Ulfrid Neumann

The structure of legal argument (63)

Liu An

A Logical Analysis on the Object of Private Right (87)

STUDIES OF LEGAL PHILOSOPHY

Dieter Grimm

Politics and Law (120)

Ke Heng

Liberty Relys on Law

— a Review on the Position of Thought History:

from Socrate to Kant (135)

SOCIOLOGY OF LAW AND ANTHROPOLOGY OF LAW

Teng Biao

Discourse and Practice: Change of “Central Work” in

Contemporary China’s Judicial System (172)

Feng Lan

Research on Living Law : Remark on Eugen Ehrlich’s

Sociology of Law (225)

Winfried Brugger

Four Anthropological Perspectives in Deciding

Hard Cases (276)

JIMEN ACADEMY

Jimen Academy: Multidisciplinary Forum (309)

Wu Hongyao

On the Objectivity of Adjudicative Fact (311)

Forum on “On the Objectivity of Adjudicative Fact” (341)

Zhu Qingyu

- Who Should Obey the Civil Law? (363)
 Forum on "Who Should Obey the Civil Law" (381)

FORUM ON HUMAN RIGHT

He Bing Wang Jingbo Ma Hongjun

- The Analysis of Case on the Rights of Education the Rights
 of Private Life of Students (405)

He Bing

- Self-control of The University and Ruled by Others;
 The Legal Protection of The Right of Education and Right
 of Hidding one's Secrets (407)

Wang Jingbo Ma Hongjun

- The Legal Nature and Administration of The
 University (428)

RENEWED SCHOLAR

Michael Martinek

- Bernhard Windscheid (1817 - 1892) - The Lifes and
 Works of a Great German Jurist (443)

Jin Haijun

- A Witness to the Jurisprudential Change during the
 Second Half of the 20th Century in China
 — Reviewing on the legal thoughts of
 Shen Zhongling (491)

主题研讨：法律思维与法律方法

法律思维

[瑞士] 菲利普·马斯托拉蒂著 高家伟*译

一、案例分析

(一) 案情

依据：瑞士宪法规定：“婚姻和家庭的权利受保护。”^{〔1〕} 汝拉（Jura）州宪法第 8 条第 1 款规定：“住宅权受保障”。

问题：根据上述宪法规定，在出租人以延迟交纳租金为由解除四居室租赁关系时，作为承租人的丈夫 A、妻子 B 及其 3 个子女享有哪些权利？

1. 他们是否可以继续在该房屋中居住？

2. 在 A 和 B 证明他们没有能力支付租金时，是否应当由国家交纳租金？

3. 国家应当为他们提供替代住房吗？

首先根据您的法律意识，然后根据如下情况回答上述问题：

* 译者为中国政法大学副教授

〔1〕 瑞士宪法第 14 条；德国基本法第 6 条；欧洲人权公约第 8 条。

第一，上述宪法规定属于基本权利。它的基本含义是不受国家侵害，而不构成针对国家的给付请求权。

第二，汝拉州的基本权利受联邦法律的约束，不得违反具有法律位阶的联邦法律规范。联邦的私法（这里指租赁法）规定准许解除租赁关系，该法律在位阶上优于汝拉州有关住宅权的法律规定。

第三，汝拉州的社会法没有直接的适用效力，只是对立法机关的单纯委托。只有具体的实施立法才能确立个人的给付请求权。

答案：

1. 一旦法律规定国家保障公民权利，从该权利中就一定能够推导出相应的请求权。

与公民相对的义务主体是国家，但是，私人是否是义务主体则有待探讨。

(1) 出租人没有义务允许 A 和 B 无偿地在其房屋中居住。

(2) 如果国家垫付了租金，出租人则没有解除租赁关系的理由，但是 (3) 国家并非必须为 A 和 B 提供该住房，而是可以选择其他更为有利的、可预期的解决办法。

2. 婚姻家庭权属于一种自由权，不产生住房请求权。汝拉州有关住宅权的规定没有直接的适用效力。住宅权请求权来自该州的其他立法。

(1) 汝拉州的法律不得侵犯受联邦法律保护的出租人解除租赁关系的权利。A 和 B 无权继续居住。(2) 只有在法律明确规定的情况下，汝拉州才负有支付租金的义务。在这种情况下，出租人是否应当容忍承租人继续居住，取决于有关承租人保护的联邦法律规定。(3) 只有在汝拉州社会法作了明确规定的情况下，A 和 B 才享有替代住房安置的请求权。

提示：仅仅靠没有受过专业训练的法律意识只能偶尔发现有
关法律问题的部分解决办法，只有法理和方法论思维才能使表面
的判断精确化和条理化。

（二）判决意见

前理解 (Vorverständnis) 只是解决问题的初步意见，只有借
助法律方法才能做出理由充分的判决，因此，法律工作通常是处
理前理解与判决之间紧张关系的思维过程。前理解被诠释学的循
环论证取代，审查的方法论标准由此形成，直至形成判决。

我们需要各种有关正确性的意见，否则，我们就会失去方
向。法律制度的设计应当尽可能明确，只有遵循健全的（法律职
业群体的）人的理智，才能得出正确的解决办法。

有关案件初步意见的前理解不可避免地存在缺陷。它们可
以分为不同的层面：^{〔2〕}个人层面，即植根于判断者心理的先见；
社会层面，来自所属的不同社会阶层、政治党派或者宗教信仰形
成的先见；文化层面，根据主流的社会观念（所谓的“时代精
神”）形成的先见。从这些渊源中我们发现了引导解决法律问题的
的或多或少有意识的方向，但是，它们往往是前科学性质的、非
理性的反应，必须予以批判性审查。

法律者的艺术正是通过理由充分的判决来宣示那些未经反思
的法律意见。除了上述层面的前理解之外，法律者需要借助另一
种层面的前理解：职业经验。与门外汉不同，受过专门训练的法
律者在解决案件时，其起点是以前解决类似案件的法律直觉和
“第一判断” (prima facie Urteil)，即其根据已经得到充分证明的
第一印象。

〔2〕 克拉墨尔 (KRAMER)，第 222 页。

法律者的判断力（受过法学专业训练的判断力）通常为其指明合适结论存在何处的正确直觉，例如什么是合理的利益权衡。^{〔3〕}尽管如此，法律者也不能过于依靠其法律情感（Rechtsgefühl）。法律者有关案件处理的直觉只是一种先见，需要接受批判性的审查。

对于法律者，法律方法发挥着在做出判断过程中系统引导的作用，它帮助法律者支持或者反驳其初步的判断。

方法论工作的起点是具体的或者典型的案件事实，针对法律者遇到的问题或者冲突。其中，许多案件事实在法律上无关紧要，只有那些在法律上重要的事实要素才需要质疑和证明，这正是形成判决主要内容的基础所在。^{〔4〕}

处理“案件”通常是从前理解开始而后按照法律规范模式发现真相的过程。这决不是单纯的事实问题，而是一个有关事实的解释过程。因此，航空器坠落事件的认定，可能因技师、飞行员、经济师和法律者对过程的认识不同而截然不同。

这是典型的诠释学上的一个循环论（hermeneutischer Zirkel）：^{〔5〕}要明确案件事实，必须知道哪些案件事实对判决来说是重要的，而这又以知道应当做出什么样的判决为前提。案件事实要素的选择实际上是判决的初稿，对可适用法律规范的选择同样如此：为了理解法律规范，我必须知道它可以适用于什么样的事实，但这只有等到适用该规范时才会明确。在个案中，我对有关规范判断往往来自对案件事实的法律前理解。^{〔6〕}

〔3〕 阿尔布莱西特（ALBRECHT），第141页。

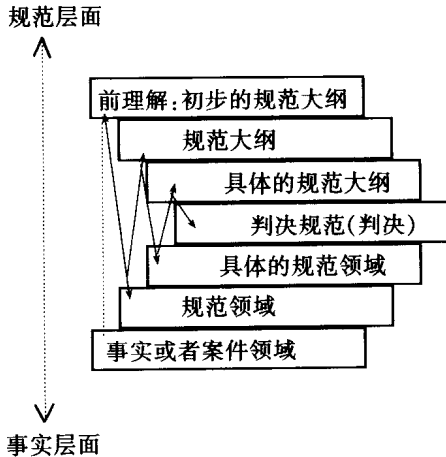
〔4〕 拉伦茨（LARENZ）、卡纳里斯（CANARIS），第99页以下。

〔5〕 同上，第101页以下。

〔6〕 同上，第102页以下。

在（像前述案例那样）我被通知解除租赁关系时，从法律的角度来看，我没有支付租金的事实对解除来说最重要，因为该案件事实要素被租赁法规定为解除理由。^{〔7〕}一方面，我根据对案件事实的判断来选择“相应的”规范，另一方面从该案件事实中总结出该规范确立的所有重要特征。

但是，我出于正当理由没有支付租金，因为我没有能力筹集资金。该项案件事实在私人租赁法上无关紧要，但在有关社会救济的公法上却至关重要。对于我而言，只有我的认识达到这一步时，才会考虑宪法有关住房权的规定，才需要审查该宪法规定是否确立了针对国家的救济请求权。法律者做出判决的方法论过程如下图^{〔8〕}中所示：



〔7〕《租赁法》(OR)第266g条。

〔8〕有关该图示的介绍(经删节),参见弗里德里希·米勒(FRIEDRICH MUELLER):《法律方法论》,特别是第176页以下。

说明：

(1) 法律者从案件事实出发，并且根据其前理解对案件事实进行评价。(2) 前理解告诉法律者，什么样的案件事实特征对做出判决可能是重要的。(3) 针对案件事实特征在现有的法律制度中寻找有关规范文本（法律规范、判例）。(4) 接下来是规范解释。解释必须正确处理规范与事实之间的关系。(5) 为此，法律者首先必须明确案件事实是否属于规范的调整领域，如果是，条文中的哪些规定切合有关的专业领域和个案事实；有关案件解决办法的规范范围或者事实性质由此确定。(6) 根据规范纲要选择规范调整范围内的有意义的案件事实要素。条文中的有关规定必须与案件切合，事实必须限于规范规定的方面。(7) 判决（即判决规范）说明上述比较之间的关系：从规范的角度（即客观上有关的规范内容），对（与规范有关方面的）案件事实做出认定。

如果由我来判断我国社会法是否保障我要求支付住房租金的请求权，我会首先查明我的生活条件的有关方面，然后寻找可以适用于该事实的法律规范进行对比，查明该规范的目的是否是赋予处于我这种状态下的人以资助请求权。

法律者正是以这种方式针对特定事实发现特定规范，并且将特定规范适用于特定事实：一方面总结个案事实的一般特征，一方面将规范的特征具体化，直到两个方面能在共同的层面上比较。例如，从我失业两个月的事实中，可以总结出有关（无过错）失业的规范范围要素；从有关所有失业者“都可以要求可预期的就业帮助”的一般性规定中，可以推导出如下具体规则：承担家庭照顾义务的父亲不能在如此远离住址的地方工作，以至于不可能每天回家。据此可以得出如下判决规范：“作为无过错的失业者，在不可能预期得到相应价值的工作时，我享有资助请求权”。