

· 河海大学法学文库 ·

法律推理的方法

Methods of Legal Reasoning

[波兰] 耶日·司泰尔马赫 著
巴尔托什·布罗热克

孙海涛 孙江潮◎译

中国方正出版社

法律推理的方法

[波兰] 耶日·司泰尔马赫 著
巴尔托什·布罗热克

孙海涛 孙江潮 译

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律推理的方法/ (波) 司泰尔马赫 (Stelmach, J.), (波) 布罗热克 (Broezk, B.) 著; 孙海涛, 孙江潮译. —北京: 中国方正出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5174 - 0031 - 8

I. ①法… II. ①司… ②布… ③孙… ④孙… III. ①法律逻辑学—研究 IV. ①D90 - 051

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 206226 号



法律推理的方法

[波兰] 耶日·司泰尔马赫 巴尔托什·布罗热克 著
孙海涛 孙江潮 译

责任编辑: 陈 勇

责任印制: 李 华

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区广安门南街甲 2 号 邮编: 100053)

发行部: (010) 66560933 门市部: (010) 66562755

编辑部: (010) 59594624 出版部: (010) 59594625

网址: www.FZPress.com.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 北京盛兰兄弟印刷装订有限公司

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

印 张: 7.25

字 数: 190 千字

版 次: 2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 5174 - 0031 - 8

定价: 18.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

前 言

谈及法律推理方法论总会使人觉得困难重重。因为我们所要考虑的问题不仅仅是法理学以及相关著作中所涉的大量的方法论理论。而且自十九世纪以来，法律论证方法论中最关键的问题，或许也是法官、法律理论者和法律哲学家之间讨论最激烈的问题。

故，论证的正当性需要立著一本关于法律推理方法论的书来探讨。因此此书的目的在于为法律理论中提出的许多相关问题提供解答。我们相信本书就是对这种论证正当性的阐述。首先，该书中所采用的视角在一些方面上是独一无二的。尽管要考虑法律的“苦涩现实”，但我们还是尝试着“从外部”的视角即普通哲学观点来分析法律推理的方法论。这种视角能使我们当今法律论证方法之正当性问题提出疑问。

其次，我们并不想对法律推理作出一个典范性定义。相反，我们认为论证的方法是多元化的。而这种多元化并非会导致法律裁判制作的相对主义。

再次，我们反对任何关于法律推理的等级学说，而主张不同方法论都具有其独特的精确性和灵活性。

最后，我们想要说明的是法理学中的方法论观点可以作为人文科学方法论的合理组成部分。这里要强调的是法律论证的方法论比一般的人文科学方法论更为精确，更为先进，而且，这并不意味着法律推理不具备独特性，就此方面本书将有所强调。

本书是我们曾在波兰出版的《Metody Prawnicze》的修订版。其中对第三章和第一章作了较大修改，第六章为新增。

目 录

第一章 十九世纪和二十世纪中对法律方法的争议	(1)
一、三种观点	(1)
(一) 反对方法	(1)
(二) 方法论他律(治)性	(2)
(三) 方法论自主	(7)
二、法律推理方法	(10)
三、逻辑—分析—论辩—诠释	(13)
第二章 逻辑	(16)
一、概述	(16)
二、古典逻辑：命题逻辑以及一介谓词逻辑	(20)
(一) 微积分介绍	(20)
(二) 实质蕴含中的悖论	(23)
(三) 案例	(25)
三、道义逻辑	(30)
(一) 可能世界的语义学	(30)
(二) 道义逻辑	(32)
(三) 道义逻辑中的悖论	(34)
(四) 案例	(37)
四、行为逻辑和规范逻辑	(43)
(一) 义务的两种类型	(43)
(二) 行为逻辑	(45)
(三) 乔根生困境	(50)
五、可废止性逻辑	(54)

(一) 可废止性的概念	(54)
(二) 可废止性逻辑	(56)
(三) 非单调逻辑的反对论	(59)
(四) 案例	(60)
(五) 两个注意点	(70)
(六) 总结	(70)
第三章 分析	(72)
一、概述	(72)
(一) 分析的定义	(72)
(二) 概念的历史	(74)
(三) 分析哲学	(76)
二、语言分析	(79)
(一) 语言分析方法的历史及其基础预设	(79)
(二) 法律概念框架	(83)
(三) 言语行为理论	(88)
(四) 方法及其限制	(96)
三、法律的经济分析	(99)
(一) 法律和经济	(99)
(二) 经济的观念	(102)
(三) 这种方法的限制	(105)
(四) 结论	(113)
四、总结	(114)
(一) 分析的特征	(114)
(二) 法律中的分析	(114)
第四章 论证	(116)
一、导论	(116)
(一) 论证的哲学	(117)
(二) 实践性商谈的标准	(129)
二、法律商谈的两种观点	(135)
(一) 法律商谈中的论题—修辞(语艺)的观点	(137)

(二) 法律商谈中的程序性观点	(144)
三、法律论证	(150)
(一) 普遍性要求	(151)
(二) 商谈的结构	(152)
(三) 应用	(167)
第五章 诠释学	(169)
一、导论	(169)
(一) 诠释学的渊源	(169)
(二) 对于诠释学我们不知道什么?	(175)
二、作为认识论的诠释学	(177)
(一) 哲学诠释学方法论近况	(177)
(二) 法律接受	(185)
三、本体论上的诠释学	(188)
(一) 理解的本体论	(189)
(二) 法律接受	(194)
四、法律的理解	(200)
(一) 普遍性要求	(200)
(二) 诠释认知的性质	(201)
(三) 应用	(206)
第六章 后现代视角中的法律推理方法	(209)
一、总结	(209)
(一) 武断性	(209)
(二) 元理论视角	(209)
(三) 各种方法之间的关系: 三个命题	(210)
二、当代法哲学的困境	(212)
(一) 当代实证主义	(212)
(二) 结论	(214)
三、认识论方法	(214)
(一) 法律认知的局限性	(215)
(二) 两种商谈	(216)

四、未完结的规划	(217)
(一) 古典主义	(218)
(二) 现代主义	(218)
(三) 后现代主义	(219)

第一章 十九世纪和二十世纪中 对法律方法的争议

一、三种观点

古罗马时期的法学家已经开始关注于这一根本性的问题，即“法律方法”是否存在。对这个问题的肯定回答，反过来使得如何对方法，或者法律推理中使用的法律方法如何予以定性产生争议。结果，十九世纪和二十世纪法律哲学形成了有关法律论证方法论的三种具有实质区别的立场。

（一）反对方法

这是第一个立场，这种立场非常罕见，虽然这对于讨论法律论证方法论的目的来讲非常重要，但它不但对法学的科学性提出质疑，而且质疑任何法律方法的存在。

1. 基尔希曼

这种观点尤其在基尔希曼 1847 年的演讲报告表达出来，报告题目为“作为科学的法学的无价值性”。为了攻击萨维尼和普赫塔创立的历史法学，基尔希曼不仅批评法学的条件，而且怀疑法律知识的有用性，他认为法律知识毫无价值以至类似于寄生虫。^①

与此类似但不太激进的立场随后被哈奇森和批判法学研究运动所调整。

^① J. H. von Kirchmann, *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin, 1847, p. 14 ff.

2. 哈奇森

作为美国现实主义中的直觉主义版本的代表，声称要为具体案件做出判决的法官必须诉诸自己的直觉和想象力，因为每一案件仅仅是促使法官为做出好（正当）的判决的一个激励。法官的这种反应是非理性的、直观的，一种情感直觉、一种尝试性的心灵能力，经验丰富的法律人所持有的一种想象或直觉。^① 因此，根本不存在客观地重构法律推理的方法。

3. 批判法学研究

批判法学研究的代表认为，传统的法学研究与教学方法毫无用处。对于他们来说，“法律就是政治”，因此就不存在法律方法这种东西。批判法学研究的可能空间的创设，只有当对法律采取一种反实证主义，反法条主义和反形式态度才有可能。随之发生的批判导致了传统方法论的“解构”。这种思维方式的一些要素可以追溯到当代后现代哲学。从一般哲学角度看，必须说后现代主义“窃取论题”（begs the question），同时也显示了任何方法的破产，因为它使用了一些如“解构”这样的方法。对批判法学研究学派较为赞同的论调表明，后现代主义并不主张方法论的破产，而仅仅明确表明了其局限性，相对性和多元性。

（二）方法论他律（治）性

依据第二个比较温和的立场，法学具有“真正科学”所具有的一些特征，但只有在如下假设下，即它使用其他科学学科如数学、逻辑学、物理学、生物学或者在——一些案例中——使用语言学、社会学或经济学的方法。因此法学享有科学的地位，但是其必须以失去其方法论自身和自主性为代价。这一立场不能在内德罗伊森和狄尔泰的自然主义与反自然主义科学范式的著名区分中得到完全分析。法学不仅可以利用社会科学和人文科学的方法，而且可以利用逻辑学和自然科学的方法。事实上，自然主义的与反自然主义

^① J. C. Hutcheson, *Judgment Intuitive*, Chicago, 1938, p. 21.

的区分是毫无意义的，并就法律理论而言是虚假的。在法学中，“外部”的方法很少直截了当地适用。相反，却总有一种对方法的调整以适应法律人的具体需要。

1. 分析法哲学

分析法哲学家进行了最严格的尝试，欲将数学、逻辑学和语言学的方法引入法学。分析法学理论（正如分析哲学）中，可以区分两种“方法论类型”：逻辑学（马蹄分析）和语言学（软鞋分析），这通常限于日常语言分析。

强硬派的倡议者认为法学中的逻辑数学方法论产生了道义逻辑学，即像“禁止”、“必须”和“允许”等概念的逻辑学。我们也应该承认他们处理具体的法律理论问题，如法律制度的概念、法律规则和原则理论的正式尝试。在对法学做出较大贡献的强硬派分析哲学家中，应提及赖特、贝克尔、卡利诺夫斯基、罗斯、沃伦斯基、阿尔钦和布柳金。

“否柔性”分析方法适用于那些遵循牛津日常语言学派和维特根斯坦“后期”哲学研究方法的法律哲学家。这些思想家普遍认为，日常语言优先于人工形式体系。他们并不试图改革既有的概念框架。相反，他们的目的是尽可能准确地描述，如何对在日常语言中起作用的概念进行分析。在“柔性”分析法哲学家中，哈特的名字最值得关注。

2. 法律现实主义

法律现实主义则是法律自然主义方法论的一个范例。根据现实主义者的观点，只有在使用自然科学方法，或至少运用了经验导向的学科（如社会学或心理学）的方法时，法学才可标示为“一种科学”。而且，法学理论应该是描述性的。这种方法论被自由法学派、美国现实主义、社会法学、斯堪的纳维亚现实主义和彼得拉茨基所采用。

3. 自由法学派

自然主义法学观念旨在批判法律实证主义，这种批判尤其来自于自由法学派的代表。在出版于1899年的著作《实证私法的解释

方法及渊源》中，惹尼说，大陆实证主义错误地将成文法作为唯一的法律渊源。他接着说，在法律解释过程中，也应该考虑其他三种有效的法律渊源：习惯、判例以及法官的自由探索。独立的法院判决最终是法官意志、基于社会的需要与个人利益平衡的结果。该学派的主要代表人是：坎托诺维茨、及发展了的类似理论。^①

4. 彼得拉茨基

彼得拉茨基旨在发展一套充分的法律理论。他认为，这种理论建构在他本人提出的情感心理学基础上。这种心理学分析使得彼得拉茨基识别出一种兼具道德情感和法律情感的现象。^②

5. 美国现实主义

美国法律现实主义和社会学法学一样，采用了实证社会学、心理学和经济学的方法。在质疑实证主义者的形式主义时，美国现实主义者主张面向实践，去研究“真实的法”，尤其是法官的行为。这一运动的发起者是霍姆斯。在他的“宣言性”论文《法律之路》中，霍姆斯主张，为了解释法律是什么，有必要采取假定的“坏人”的视角。这个“坏人”对法律决定或法律的合理性予以正当化问题不感兴趣，相反，他关心的是预测法官在给定情况下将如何行为。^③ 美国现实主义最重要的代表人应当提及卢埃林、弗兰克和摩尔。^④

6. 社会法学

从美国社会法学的诸多渊源中，应当提及孔德的社会学、边沁的功利主义哲学、德国法的利益法学和美国的法律现实主义。这个学派最重要的代表是庞德。根据他的看法，法律应该认识和保护六

① J. Stelmach and R. Sarkowicz, *Filozofia prawa XIX i XX wieku* [Philosophy of Law in 19th and 20th Centuries], 1st ed., Kraków 1998, p. 89 ff.

② L. Petraz. ycki, *Teoria pa'nstwa i prawa* [Theory of State and Law], v. I, Warszawa, 1959 - 1960, pp. 72 - 73, 123.

③ O. W. Holmes, "Path of the Law", in *idem*, *Jurisprudence*, New York/London, 1994.

④ K. Llewellyn, *Brumble Bush*, New York, 1969, p. 12 ff.

种社会利益：共同的安全、社会机构（如家庭、宗教和政治权利）、道德感、社会福利、经济、文化和政治的进步和保护个人生命。庞德认为最重要的是这些社会利益中的最后一种。^① 为了实现这些目标，庞德认为必须发展一种新社会法学。^②

7. 斯堪的纳维亚现实主义

斯堪的纳维亚法律现实主义与美国现实主义一样，将法律看作一种经验事实。然而，美国现实主义者将法律看作是某一特定社会团体的一种行为，这个社会团体由善于解决冲突的专业人士组成；另一方面，斯堪的纳维亚现实主义者一直在探求个人心理反应中法律现象的“实质”。因此，“法律”或“义务”这样的概念被斯堪的纳维亚现实主义者视为心理事实。本学派的创始人哈格斯特姆认为，在现实语境下产生的任何思想和概念都是毫无价值的。因此，由自然法或法律实证主义所提出的规范和规则世界是不可接受的。像“法律”，“义务”和“有效性”这样的概念是纯粹的形而上学，而没有涉及经验事实。只有我们将它们与使用这些概念时所产生的具体情感或心理反应联系起来，它们才具有意义。伦德斯特和罗斯是斯堪的纳维亚现实主义学派另外的代表人物。^③

除了分析哲学和法律现实主义，也存在其他一些传统运用到在非法律学科中发展的方法。有人也曾经尝试过对系统论、经济学、论辩学和诠释学的方法进行调整，以适应法律目的。因此，一些法律理论概念有了新的发展，其中包括法律系统论、经济分析法学、法律论辩理论和法律诠释学。

8. 系统论

系统分析法已经在十九世纪适用于社会学，例如孔德（法国哲学家）的作品。实证主义的创始人在描述社会学的方法时，出具了生物学中的一些例子来证明活生物体与社会之间的类似。这一

① R. Pound, *Outlines of Lectures on Jurisprudence*, Cambridge, 1943, p. 104 ff.

② H. Lloyd, *Introduction to Jurisprudence*, New York/Washington, 1972, p. 366.

③ A. Ross, *On Law and Justice*, London, 1958, p. 45 ff.

想法在 1970 年代得到了进一步的发展，两个生物学家马图拉纳和瓦雷拉表述了所谓的自创生系统论。一个自创生系统控制着其创立的整个过程（关于这种系统，一个不错的例子就是细胞）。与此相反的是异质系统，它无法自我规制，也就是说他们必须受“外界”的控制。1980 年代人们曾试图在社会科学，包括法律理论中形成一种自创生系统论。这主要归功于卢曼和托依布纳，他们认为，自创生，即自我规制的能力，是发达社会中一些社会制度的某种特点。被视为一套交往行为的法律制度，即可被认为是这样一种制度。它的功能不是通常所谓的规范社会生活和解决社会冲突，而是为了获得和促进社会的规范化预期。^①

虽然卢曼和布纳的思想很大程度上受到生物学和社会学理论的启发，但是应该指出的是，提出“纯粹法学”概念和主张法律方法论自足的凯尔森，也以一种较为类似的精神进行写作。

9. 法律经济学

这一学派产生于 1970 年代美国。作为一个保守的运动，该学派反对较“左”的批判法学研究。其代表人物运用了英国功利主义思想，特别是边沁和密尔的作品，以及在美国现实主义和社会学法学的论文。法律经济学的主要代表人物是波斯纳，他试图表明，在制定和解释法律的过程遵守一些经济学规则。法律是，或者至少应该是在经济上有效，也就是说，其目的是使社会成本最小化和促进社会福利的增长。一个理性的决定应该在经济上得到正当化，并因此导致特定社会福利的最大化。^②

法律的论辩理论和诠释学理论比上文讨论的理论更难解释和分析。我们将在第四章和第五章对此予以详细分析，在这里我们只做些一般性论述。

10. 论辩理论

当代论辩理论立足于不同的哲学传统，从古代的逻辑学、修辞

① G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt am Main, 1989, p. 49 ff.

② R. Posner, *Problems of Jurisprudence*, Cambridge/London, 1990, p. 360 ff.

学、辩证法、诠释学，一直到当代的分析道德观念（史蒂文森、图尔敏或拜尔），实践建议的建构主义理论（洛伦岑和施韦默尔），以及哈贝马斯在实践和理论商谈论。那么，可以说论辩理论以其他学科（哲学、逻辑学、语言学）中产生的方法论观念为基础。^①

11. 法律诠释学

类似的情况可适用于法律诠释学。19 世纪和 20 世纪法律诠释学概念，是吸收各种一般诠释学的产物：由莱尔马赫和狄尔泰创立的“方法论的”，以及由海德格尔和伽达默尔所提出的“现象学的”。法哲学也见证了以维特根斯坦后期哲学为基础发展分析诠释学的一些尝试。但是人们应该记得，古罗马时期的法学家已经试图说明构成特定法律诠释学那些至为重要的法律方法原则。在 17 和 18 世纪产生了专门研究法律诠释学的几部作品。在此语境下，应当提及的是埃克哈德（Eckhardi）的 *Hermeneutica iuris*, recensuit perpetiusque notis illustravit、维德（Wittich）的 *Principia et subsidia hermeneuticae iuris* 或萨米特（Sammet）的 *Hermeneutik des Rechts*。旧的法律诠释学与采用了一般哲学诠释学理念的现代版本的法律诠释学之间过渡的标志，是 *Juristische Methodenlehre* 一书中勾勒的萨维尼的解释理论。^②

（三）方法论自主

这里的第三种立场认为，法学至少在一定程度上享有方法论自主性，并对其自身构成一门科学的“内在”标准予以发展。在这种情况下，我们必须审视规范性反自然主义，亦即，它最终宣称法律科学应当得出既不同于逻辑学、数学和自然科学，也不同于其他社会和人文科学的自己的方法论。这个命题涉及法学的方法论自

^① Cf. J. Stelmach, *Kodeks argumentacyjny dla prawników* [Argumentation Code for Lawyers], 1st ed., Kraków, 2003, p. 31.

^② Cf. J. Stelmach, *Die hermeneutische Auffassung der Rechtsphilosophie*, Ebelsbach, 1991, p. 19 ff.

主，并通常得到本体论和实用论论证的支持。结果，法学以认可此命题作为确定自身的最低——无论是实质还是程序——条件。自然，这一立场与前面讨论的两个立场之间的“分界”并不是非常明显，以至于一眼就能看出来。自主并不意味着方法孤立。法律人总是不仅采用他们“自己的”方法，同时也采用其他学科中的方法。因此，矛盾与分歧产生于法学是否是方法论自主，而不是对于一个人能否使用除“法律”方法之外的来自于其他学科的工具这一问题。对于后一问题的回答通常是肯定的。但是，根据这种方法论自主理论，只有当它们支持由明确的“法律”论证所实现的东西，人们才可以运用这些“修正”的方法。

1. 罗马法学

法律方法论自主的命题由罗马法学家所倡导。虽然罗马法学并没有提出任何一般法哲学（因为罗马法律人关注于具体法律问题），但它处理具有抽象性质的关乎法的本体论、价值论和方法论一些问题。^①

关于方法论的几种作品已经问世。在这些作品中应当提及问题取向的著作（如 *Quaestiones*, *Disputationes*, *Epistulae* 和 *Digesta*）、评注、教科书（主要是《法学阶梯》），作品涉及重要法律概念和规则的作品（规则、定义、判决、见解、区别）、民事官员指令、程式汇编和法庭裁决。作为其主要“实践”活动的副产品，罗马法学家构造了一般法律学科的基本原则：解释的方法和理论，尤其是阐明和确定了定义、准则、解释或者判决理由等概念。此外形成了若干法律解释的重要指令。^② 即使在今天，在法律实践中和出于理论目的（特别是关乎论辩理论），仍然使用数百种罗马法论题（*topoi*）。

① Cf. W. Litewski, *Podstawowe wartości prawa rzymskiego* [The Basic Values of Roman Law], Kraków, 2001, pp. 22, 51 - 52.

② Cf. W. Litewski, *Jurisprudencja rzymska* [Roman Jurisprudence], Kraków 2000, pp. 23, 119 - 133.

2. 历史学派

法律科学的“完整”的方法论自主理念在 19 世纪的两个思想流派（德国历史学派和法律实证主义）中被明确表达出来。预设此方法论自主的第一步是，将法哲学从一般哲学中“脱离出来”。康德在《法的形而上学原理》和黑格尔在《法哲学原理》中采取了此步骤。但是，有关法律方法的激烈辩论起始于萨维尼《法学方法论》。

萨维尼既反对自然法理论家提出的先验演绎方法论，也反对此时已被用于法律科学中的形式教义学方法。相反，他提出了经验研究方法，将法作为一种社会历史事实。法律是民族精神的产物，源自于这种精神自然的内在力量。因此，它不是立法者意志的一种简单表达。

但是我们必须记住，虽然萨维尼的观念对法律科学中方法论自主的确立做出了贡献，但它是以“外在于法律的”（特别是黑格尔的哲学和施莱尔马赫的诠释学）理念为基础。

3. 法律实证主义

从这个角度看，法律实证主义似乎是方法论的“纯粹派”。然而，不管表面如何，“实证主义”一词已被用于指涉不同的概念和学派。人们可以认为，为了使某一理论成为实证，它至少必须包括以下七个命题的某些：（1）作为自然法的反对者，法律规范是被创制的而不是“发现的”；（2）创制法律是对主权者意志的表达；（3）法律完全由规范或者规则来构成；（4）法律人应当无一例外的遵守法律，也就是说，所有法律决定都应当根据法律规范（规则）来做出；（5）法律和道德，或者“是这样的法”跟“应当是这样的法”之间不存在必然的联系；（6）法律概念的研究必须与历史学、社会学心理学的研究区分开；（7）法律制度应被视为“封闭的逻辑系统”，由此，任何决定可以通过使用逻辑工具从预定的规范或规则中推断出来。

根据这些标准，奥斯丁的法理学、大陆概念法学、凯尔森的规范法学和哈特的分析法学皆可算作实证。相反，德沃金的法律观念