



Das Verfahren der Rechtsgewinnung

法律获取的程序

——
一种理性分析

[德]阿图尔·考夫曼◇著

Arthur Kaufman

雷 磊◇译



中国政法大学出版社



[德] 阿图尔·考夫曼◇著

Arthur Kaufmann

雷 磊◇译

Das Verfahren der RECHTSERWIRKUNG

法律获取的程序

—— 一种理性分析

 中国政法大学出版社

2015·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

法律获取的程序：一种理性分析/（德）考夫曼著；雷磊译. —北京：中国政法大学出版社，2015.1

ISBN 978-7-5620-4765-9

I. ①法… II. ①考… ②雷… III. ①法律逻辑学—研究 IV. ①D90-051

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第287860号



- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路25号
- 邮寄地址 北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 7.25
- 字 数 125千字
- 版 次 2015年1月第1版
- 印 次 2015年1月第1次印刷
- 定 价 26.00元

本成果受北京高等学校青年英才计划项目
(Beijing Higher Education Young Elite Teacher Project) 资助

法律获取的程序

——一种理性分析

DAS VERFAHREN DER RECHTSGEWINNUNG

by Arthur Kaufmann

Copyright © Verlag C. H. Beck oHG, München 1999

版权登记号：图字 01 - 2014 - 7678 号

译者序



阿图尔·考夫曼 (Arthur Kaufmann, 1923 ~ 2001) 的名字对于中国法学界, 尤其是对于法理学和刑法学学者而言当不陌生。作为德国 20 世纪最声名卓著的法学家古斯塔夫·拉德布鲁赫 (Gustav Radbruch, 1978 ~ 1949) 晚年的弟子和学术传承者, 考夫曼教授的理论学说在国内经由刘幸义、颜厥安、吴从周、米健、舒国滢、郑永流等诸位教授传播, 已聚积起相当之阅读群体。目前, 其已被翻译成中文的著作共计有五种。其中法哲学四种: ①《法律哲学》(专著, 刘幸义等译, 法律出版社 2004 年版, 2011 年法律出版社再次装帧后出版); ②《类推与“事物本质”——兼论类型理论》(专著, 吴从周译、颜厥安校, 台湾学林文化事业有限公司 1999 年版); ③《后现代法哲学: 告别演

讲》（专著，米健译，法律出版社 2000 年版，同一译本由台湾元照出版有限公司于 2002 年出版）；④《当代法哲学和法律理论导论》（阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编，郑永流译，法律出版社 2002 年版，2013 年再次印刷）。此外，尚有关于其先师的人物传记一种，即⑤《古斯塔夫·拉德布鲁赫传——法律思想家、哲学家和社会民主主义者》（专著，舒国滢译，法律出版社 2012 年版）。

本书是考夫曼教授晚年的代表作，原版正文只有短短 99 页，译成中文也不过 8.5 万余字，但它却是考夫曼教授关于法学方法论（法律获取理论）终其一生之思考的提炼和结晶。全书从批判传统涵摄模式入手，在阐释规范领域的认识论和科学理论的基础上，对法律获取的四种主要程序或者说方法（演绎、归纳、设证、类比）及其关系进行铺陈，并论及了法律获取过程中法官的认知与决断、理性与意志之间的关系。本书言简意赅，深入浅出，一气呵成，核心主张在于以类比或者说个案比较为中心的等置模式（Gleichsetzungsmodell）来取代以演绎或三段论为代表的涵摄模式。这无疑与考夫曼的整个法哲学思想是相通的。在考夫曼的理论中，类比（Analogie）占据着十分显眼的位置。值得注意的是，他并不仅仅在推理手段的意义上来理解类比，即“作为方法的类比”，而且在一种可以追溯到

“亚里士多德-托马斯主义”的哲学传统中去的本体论的意义上理解类比，即“作为存在的类比”。例如，在其早期的代表作《类推与“事物本质”——兼论类型理论》中，考夫曼就将德国的“事物本质”思维与类比相结合，提出类比是规范与事实的相互调适，而法就是一种实然与应然相对应的关系性范畴，所以法在本质上就是类比式的。这一观点贯穿了考夫曼的整个理论体系（法律推理与法本体论），并一脉相承地在其晚年的法哲学集大成之作《法律哲学》那里再次得到体现。而《法律获取的程序》一书也时时会回溯到这种本体论的理解上去，以作为方法论主张的哲学根基。另一方面，本书毕竟是以作为方法的类比为核心的，所以尽管与本体论的思考并非相隔，但还是有所不同。它更关注于类比或者说等置的非逻辑推论性质及其对于法官法律获取活动的影响，也更加关注个案比较的技术性因素（如比较中项的选择）。从这个角度而言，本书恐怕是考夫曼教授所撰的唯一一本单独以方法论为主题的专著。在国内法学方法论研究很热的情况下，本书可作为方法论研究者和爱好者必要的参考文献，同时对于关心法律适用和法律推理的实务工作者也有一定的助益。当然，令人微感遗憾的是，原本我们可以期待考夫曼教授对其方法论思想进行更为系统和深入的整理，但由于健康的原因，

教授在本书出版二年之后就溘然长逝，而本书也只能停留于“纲领性色彩”的地步了。

按照罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）的观点，德国的方法论传统可以分为前后相依的四种进路，即传统进路、诠释学进路、分析性进路和解构性进路。按照这一分类，考夫曼教授无疑属于诠释学进路的代表之一。实际上，他与其前辈约瑟夫·埃塞尔（Josef Esser, 1910 ~ 1999），学生温弗里德·哈斯默尔（Winfried Hassemer）和乌尔弗里德·诺依曼（Ulfrid Neumann）等人一起，将哲学诠释学的基本思想——当然这里更多指的是汉斯-格奥尔格·伽达默尔（Hans-Georg Gadamer, 1900 ~ 2002）的本体论诠释学，而非保罗·利科（Paul Ricoeur, 1913 ~ 2005）的方法论诠释学——在法学领域进行了全面的应用和转化，对一些基本的方法论假定（如法律解释与法律续造的区分、对“罪刑法定”的理解等）提出挑战，在德国产生了相当大的影响，在中国学界也有不少拥趸。以此观之，诠释学对于传统的方法论思想的确具有一定的颠覆作用，因此在阅读本书时需要关注作者的这一整体理论背景。

译事起于机缘。译者在攻读法学理论研究生之初开始涉猎的正是法律诠释学，第一篇公开发表的学术论文恰为对考夫曼教授《类推与“事物本质”——兼论类型理论》

一书的书评。虽然此后转向了方法论的分析性进路，但一直对诠释学保持着必要的关注。数年之后，译者在撰写博士学位论文之际，《法律获取的程序》又成为重要的参考资料，尽管“参考”并不意味着无条件的赞同与接受。此后私下念兹在兹，即欲不日将其奉于中国读者面前。可惜诸事繁杂，又未得时机。恰巧年初中国政法大学出版社彭江编辑相询有无可译之“巨匠小书”，遂推荐此书并承担译事。在此对彭君之拳拳学术公心和殷殷相邀美意一并致谢！

最后，正如作者在书尾处援引于尔根·哈贝马斯（Jürgen Habermas）之语所指明的：科学知识无法通过单独行动，而只有通过合作性的努力才能获得。在法学方法论领域，“要做的工作还有很多”，这项工作是任何一个个体所无法独立完成的。从这个意义上说，本书无疑构成了这种合作性努力的出发点之一——我们可以赞成它，可以反对它，但决不能无视它。

雷 磊

2014年9月26日于京郊寓所

前 言

本书的主题最初是计划作为一本篇幅更大之著作的一部分的。出于健康的原因我不得不改变了计划。我曾在《法哲学》（1997年第2版）中用两章来论述逻辑和方法问题。这里，以早先所计划的那本书的草稿为基础，对这两章内容进行了继续发展。虽然我也可以利用现有的文献，但离开那些忠诚的同道者们的无私帮助（尤其是他们提供了新文献），本书就不可能面世。我对他们深表谢意。

关于本书的内容，我想提前向读者们传递一些信息。当代的法学方法论几乎都毫无例外地持有这样的（正确）观点：涵摄（Subsumtion）在法律获取程序（Rechtsgewinnungsverfahren）中远非扮演着核心的角色。这种角色只有在实证主义的时代才被归于涵摄。但没有人能准确地说出，

它现在实际上扮演着什么样的角色。尤其是没有人能精确地说出，用以“发现”法的核心行为是什么，既然不是涵摄的话。它涉及的是逻辑推论（logischer Schluss）么？如果是的话，是哪种逻辑推论呢——并且它是一种确定的推论还是不确定的推论？但如果不是推论的话，它又是什么呢？难道它涉及只是决断（Dezision）和权力（Macht）么？迄今为止我没有找到对于这些问题的可靠答案。

同样在法学方法论中少有争议的是，法律获取程序不完全是理性的。对法律现实了解的人也难以假定会存在别的情形。但假如如此，那么对法律获取程序的理性分析就只是意味着，法学方法的非理性要素也坦率地进行理性分析。“理性的”方法分析如果不熟悉所有的非理性要素，就只是表面上理性的。这种“放弃”一切的分析的缺点是，它绕过了现实，因此对于实践并没有太大的帮助。假如它是对的，它就必然可以毫无问题地通过计算机来运作。但它没法这样做，相反，计算机专家毋宁尝试借助“模糊逻辑”（Fuzzy Logic）来掌握非理性和不确定的因素。

众所周知，人们会丧生于未知的风险。本书尝试尽可能准确地确定法律获取时的风险来源。我将澄清，法律获取的哪些步骤是确定的，哪些是不确定的，哪里存在决断、权力与任意的侵入口。谁欺骗法官（谁总是试图来获得方

方法论说，法律获取的全过程都具有必然的三段论形式的理性，他就是在让法官对他实际上所做之事视而不见。我也将揭露出法学方法的非理性因素，为的不是扩散迷雾，而是设法获得清晰的视野。

继而：百余年前，查尔斯·桑德斯·皮尔士（Charles Sanders Peirce）首先发现了作为逻辑推论之一种的设证（Abduktion）。在有关法学方法的德语文献中，这种方法仍然无迹可寻（只有很少一些并非专业的方法论学者论及了它）。我们同样找不到只言片语（我过去无疑也忽视了它的重要性）来说明，设证在法律获取程序中扮演着什么样的角色（它肯定扮演着一种并非无足轻重的角色）。对此保持沉默的法学方法论就不再能宣称站在时代的高度上。但设证只是四个要素之一，它们合在一起才是（完整的）法律获取程序。（法律获取的）核心行为是个案比较（Fallvergleich）：将待决案件与那些肯定受相关规范调整的案件进行等置（Gleichsetzung），也就是类比。但这种行为并不是孤立的，它与设证、归纳与演绎（涵摄）相伴出现。方法论决不排斥涵摄，而只是让它来发挥它事实上所能发挥的功能。文章将阐明这四种要素如何合力发挥作用。

就此而言，法律适用方法展现出与立法方法（Methode der Gesetzgebung）广泛的一致性，这是对立法程序进行分

析的结果。最后，在本书中我也力图来确立法学方法论与法律论证理论（juristische Argumentationstheorie）或商谈理论（Diskurstheorie）之间的关系。现在的情形仍然是，这两门学科基本上互不熟悉，对此有义务偶尔来引用一些文献，这应该不会误人子弟。

本书的结论将根据认识论与逻辑的基本立场来得出。对于理解我的理论而言必不可少的是熟悉本书相关的章节。

本书具有纲领性色彩（programmatischer Charakter）。它并不刨根问底地去追踪一切东西。我确信，法学方法论正处于分岔路口。应该从多个方面来改变想法。我在这本小书中给出了在我看来代表正确方向的路标。我想号召尽可能多的人一起走上这条道路。

阿图尔·考夫曼
1999年1月于慕尼黑

目 录



译者序	001
前 言	006
第 1 章 涵摄模式批判	001
I 讨论现状	001
II 类比与设证	012
III 法律获取程序中的理性要素与 非理性要素	015
IV 方法论综合主义	016
V 例 证	023
VI 术语界定：法律适用、法律发现、 法律获取	025

VII 小 结	027
第 2 章 认识论的基本问题	029
I 规范命题的真值（正确性）问题	029
II 认识的对象	035
III 理性价值认识的三大基本原则：真理理论 ...	039
IV 个案比较与可普遍化原则	050
第 3 章 法律科学理论的实践审思	058
I 司法判决：对制定法的精确复制？	058
II 联邦最高法院与涵摄的信条	062
III 法律实践的方法论难题	075
IV 法律科学：只是一种技艺吗？	079
第 4 章 法律逻辑基础	087
I 引 言	087
II 逻辑简论	088
第 5 章 续篇：演绎、归纳、设证、类比	109
I 四种方法程序的图式化展示	109
II 对两种图式的阐释	118
III 诠释学循环（螺旋形上升）	134

第6章 基于等置理论之法学方法论的原理	140
I 引 言	140
II 法秩序的阶层构造	141
III 诠释学观点	145
IV 从涵摄模式到等置模式	146
第7章 续篇：解释、法官的法律发现、立法	170
I 法律解释理论	170
II 法官的法律发现与立法	176
第8章 对法律获取之要素的评价、方法选择、法律 商谈的优先性规则以及罗尔斯的差别原则 ...	188
I 引 言	188
II 对设证、归纳、类比与演绎的运用与评价 ...	189
III 方法选择理论	193
IV 慕尼黑项目	195
V 法律商谈的优先规则与罗尔斯的差别原则 ...	197
索 引	206