

主编 陈金钊 谢晖

执行主编 吕玉赞

法律方法

(第22卷)

LEGAL METHOD

CSSCI来源集刊

主编推荐

- ◎作为法律思维形式的事物本质 [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫 雷磊译
- ◎也论法律人思维的独特性 焦宝乾
- ◎内部公示：案例指导制度的程序完善 孙光宁

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

本书由华东政法大学2017年度高峰学科学科建设项目“法律
方法与法治中国实现路径研究”资助

主编 陈金钊 谢晖
执行主编 吕玉赞

法律方法

(第22卷)

LEGAL METHOD

CSSCI来源集刊

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法. 第22卷 / 陈金钊, 谢晖主编. —北京: 中国法制出版社, 2017. 12

ISBN 978 - 7 - 5093 - 6820 - 6

I. ①法… II. ①陈… ②谢… III. ①法哲学 - 研究 IV. ①D903

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 316631 号

策划/责任编辑 陈 兴 (cx_legal@163.com)

封面设计 杨泽江

法律方法. 第22卷

FALÜ FANGFA. DI 22 JUAN

主编/陈金钊 谢晖

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/787毫米×1092毫米 16开

版次/2017年12月第1版

印张/26 字数/512千

2017年12月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 6820 - 6

定价: 69.00 元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 010 - 66010405

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

CSSCI来源集刊

为适应我国信息化建设，扩大《法律方法》及作者知识信息交流渠道，《法律方法》已被“中国学术期刊网络出版总库”及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时声明，我们将做适当处理。

《法律方法》稿约

《法律方法》是由华东政法大学法律方法研究院编辑出版,陈金钊、谢晖教授共同主编的定期连续出版物。自2002年创办以来,已推出多卷。2007年,该出版物入选CSSCL集刊,并继续入选近年来CSSCL集刊。从2014年起,《法律方法》每年出版2卷,作为我国法律方法论研究的一方重要阵地,诚挚欢迎海内外理论与实务界人士惠赐稿件。

一、栏目设置

《法律方法》近几卷逐渐形成一些相对固定的栏目,如法律方法理论、部门法方法论、裁判方法论、法律修辞、方法史论、青年论坛、书评等。当然,也会根据当期稿件情况,相应设置一定的主题研讨栏目。

二、版权问题

为适应我国信息化建设,扩大本刊及作者知识信息交流渠道,《法律方法》已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录,其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录,请在来稿时向本刊声明,我们将做适当处理。

三、来稿要求

1. 《法律方法》属于专业研究集刊,只刊登法律方法方面的稿件,故请将这方面的作品投稿。

2. 来稿须是未曾在任何别的专著、文集、网络上出版、发表或挂出,否则无法采用。

3. 来稿如是译注,需要提供原版外文(书面或电子版均可),已获得版权的证明。

4. 来稿请将电子版发到编辑部邮箱 falvfangfa@163.com 即可,不需寄邮纸质稿件。

《法律方法》对来稿以学术价值与质量为采稿标准。请把联系方式(地址、邮编、电话、电子信箱)注明在来稿首页上,不要放在论文末尾,以便联系。发电子邮件投稿时,主题一栏请注明作者、文章全名;附件WORD名称也应包括作者、文章全名,请用WORD2003版本。

5. 我们将在每年的8、12月集中审稿,请作者在此之前投稿。来稿一经采用即通知作者,出版后寄样刊。

6. 为方便作者,来稿的注释体例采用页下注释,注释符用“1、2、3…”即可,每页重新记序数。正文中注释符的位置,应统一放在引用语句标点之后。

每个注释即便是与前面一样,也要书写完整,不可出现“同前注…”、“同上”。

7. 来稿需要加上中文摘要、关键词(无需英文)。作者简介包括:工作(学习)单位、职称、学历和研究方向等。欢迎来稿注明基金项目。

四、注释的书写格式

(1) 期刊论文

匡爱民、严杨：《论我国案例指导制度的构建》，载《中央民族大学学报》（哲社版）2009年第6期。

(2) 文集论文

叶俊荣：《法律学学科成就评估报告》，载许章润主编：《清华法学》（第4辑），清华大学出版社2004年版，第 页。

郑永流：《法学方法抑或法律方法？》，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》（6），中国政法大学出版社2003年版，第 页。

(3) 专著

王泽鉴：《民法总则》，中国政法大学出版社2001年版，第 页。

(4) 译著

[美] 博登海默：《法理学——法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第414-415页。

(5) 教材

张文显主编：《法理学》（第3版），法律出版社2007年版，第75页。

(6) 网络论文

张青波：《〈论题学与法学〉要义》，载 <http://www.law-thinker.com/show.asp?id=3560>（最后访问日期：2007-3-1）。

(7) 报纸

葛洪义：《法律论证的“度”：一个制度问题》，载《人民法院报》2005年7月4日，第5版。

(8) 学位论文

任青松：《法律传播效果若干效果探析》，广西师范大学2012年硕士论文。

(9) 外文作品的引用

Paul Van Den Hoven, The Dilemma of Normativity: How to Interpret a Rational Reconstruction? *Argumentation* 11: 411 - 417, 1997.

Matti Ilmari Niemi, Phronesis and Forensics, in *Ratio Juris*, Vol. 13 No. 4 september 2000 (392 - 404).

Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 23.



域外法律方法

作为法律思维形式的事物本质

..... [德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫著

雷 磊译 / 3

论题的价值

..... [美] 约瑟夫·佐佩蒂著

高伟伟译 / 20

法律及其教义学研究 (上)

..... [匈牙利] 乔鲍·沃尔高 (Csaba Varga) 著

吕玉赞译 / 32

普通法的三种语言

..... [英] J. H. 贝克著

屈文生、陆 佳译 / 53

对事实的司法证明是一种科学的解释形式吗?

——一种对“临床式的”法律方法的初步研究

..... [以色列] 多伦·梅纳什 (Doron Menashe) 著

杨 菁译 / 70

规范性论述兴起的实践背景与理论脉络

..... 杨 建 / 86

法律方法理论

也论法律人思维的独特性

..... 焦宝乾 / 107

当下司法中权变思维的滥用与规制

..... 张传新、贾建军 / 123

“要件审判九步法”的思维构造研究

..... 戴津伟 / 135

语用学转向视野下的法律推理研究

——以案例指导制度为视角切入

..... 邱成梁 / 147

法治、法律的确证性与法律解释

..... 于 浩 / 157

体系解释的思维依据

..... 杨铜铜 / 167

有利解释规则在保险合同中的适用

..... 史博学 / 186

法律解释规则本土化研究的趋向与路径

——法律解释规则研究的考察（2012~2017）

..... 吕 芳 / 198

专题研讨 I：指导性案例

内部公示：案例指导制度的程序完善

..... 孙光宁 / 213

指导性案例的编撰方法及其制度完善

..... 杨知文 / 220

指导性案例遴选标准的完善

..... 王 彬 / 232

专题研讨 II：法律修辞

论立法修辞功能的层次结构

..... 邹 鹏 / 243

争议点理论在当代司法裁判中的功能及其限度

..... 沈 寨 / 257

法律修辞与司法运作的功能衔接

——以基层司法为视域

..... 徐红军、孙冠豪 / 269

清代司法修辞的形态与结构

..... 杜军强 / 282

情理在法律裁判中的运用

——以家事裁判为例

..... 李 帅、黄 颖 / 304

部门法方法论

回应型行政审判的方法论指引

..... 周海源 / 321

网络犯罪司法解释的困境与出路

..... 王玉薇 / 332

论《香港特别行政区基本法》的解释提请主体

..... 王金龙 / 344

刑法解释的司法逻辑

..... 贾文超、王瑞君 / 360

论税收法定原则与法律漏洞填补

——类推适用及其他法律补充之禁止原则

..... 黄 卫 / 374

互联网平台监管模式的转变

——基于法经济分析方法的立法透视

..... 赵 轩 / 385

录音制作法律关系的建构方法

..... 李晓慧 / 402

域外法律方法



作为法律思维形式的事物本质

[德] 古斯塔夫·拉德布鲁赫* 著

雷 磊译**

“事物本质”(Natur der Sache)的概念属于一般精神史概念。如席勒(Schiller)曾考虑通过这一思维形式来对歌德的思维方式作最正确的概括:通过其“稳固的风格,总是从对象中获得法则,从事物本质中推导出它的规则”^[1]。事物本质是致力于弱化所有那些粗糙的二分法——实然与应然、现实与价值——的解决办法,它在事物中寻找理性;它是那两种思维方式相互抗争的关键词;这两种思维方式在精神史上一再重新爆发,在德意志天才辈出的古典时期展现在两个伟大的人物康德(Kant)和歌德(Goethe)的身上。

然而,本文涉及的只是作为法律思维形式的事物本质。^[2]对于这一思维形式在法学方法论中使用的历史在此只能作一概览式的透视^[3]——因为它并不是一种连续的发展过程,而是一种一再被遭际的相互没有关联的序列。这一想法的源头在于希腊思想(自然正义[physei dikaion]),它的拉丁语新创词“物性”(rerum natura)可以追溯到卢克莱修(Lucrez),他的教育诗用了这一标题。它的广泛传播可能要归功于所谓卢克莱修全集的身后编纂者西塞罗(Cicero)。事物本质的思想从他那儿传到了罗马法学家那里,进而影响到了《学说汇纂》。^[4]中世纪继受了这一思想,尤其是托马斯·冯·阿奎那(Thomas von Aquino)。^[5]在近代,事物本质的概念尤其为孟德斯鸠(Montesquieu)的《论法的精神》所继受,此书的第一章以这句话为开端:“从最广泛的意义来说,法是由

* 古斯塔夫·拉德布鲁赫(Gustav Radbruch, 1878~1949),德国20世纪最伟大、影响最深远的法哲学家和刑法学家之一,新康德主义西南德意志学派(海德堡学派)在法哲学方面的代表人物。

** 雷磊,男,浙江杭州人,中国政法大学法学院教授、硕士研究生导师,研究方法为法哲学和法律方法论。

[1] 席勒于1795年11月9日写给威廉·冯·洪堡的信。参见附录I。

[2] 参见我的论文La Natura della cosa in der Rivista Internazionale di Fil del Dir. anno XXI (1941),本文是这篇早前论文新的扩充版。

[3] 教义史概览参见Max Gutzwiller, Zur Lehre von der N. d. S. in der Festgabe der Jur. Fak. Freiburg f. d. Schweizer Juristenverein 1924, S. 294ff.,以及Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung 1929, S. 78f. 文献说明亦可参见Alberto Asquino, La natura dei fatti come fonte di Diritto, Archivio giuridico Serafini, vol 85 1921, pag 129 s.

[4] 关于rerum natura(物性)参见附录II。

[5] “自然法:吻合每个人之本质之律”(转引自Geyer, Gesch. und Syst. d. Rechtsph. 1863, S. 26)。“人类行动通过从造物中推导出来的理性规范获得其规制”(Mausbach, Naturrecht und Völkerrecht, 1918, S. 27.)。

事物本质产生出来的必然关系。”〔1〕从那开始，这一用语一再被强调，它出现在日耳曼法学家（伦德 [Runde]）和罗马法学家（福格特 [Voigt]、莱斯特 [Leist]），出现在历史法学派（萨维尼 [Savigny]、普赫塔 [Puchta]）和概念法学（耶林 [Jhering]）的框架内，以及自由法运动（阿迪克斯 [Adickes]、埃利希 [Ehrlich]），尤其也出现在天主教法理论（毛斯巴赫 [Mausbach]）之中。〔2〕并非偶然的是，它也出现在商法之中（维万特 [Vivante]），其中总是一再清晰地通过商业交易活动的发展来确定制定法。〔3〕即使在其他作者那里也可以清晰地找到事物本质，例如在“立法的现实”的学说（欧根·胡贝尔 [Eugen Huber]）、在现象学上的“本质直观”（赖纳赫 [Reinach]）、在“具体秩序思维”（卡尔·施密特 [Carl Schmitt]）之中。〔4〕

我们不应将事物本质误解为一种自然法的思维形式。不如说事物本质与自然法是对立面。自然法来自于人的本质，理性引导出并要求来证立一种同等适用于所有时代和民族的法，但从事物本质中产生的是历史的和民族的法律形成的多样性。因而它十分适合作历史的、民族的、保守主义的法律思维的基础。如此也许就可以理解，历史法学派尽管对自然法持反对立场，但却乐于利用事物本质。〔5〕贝克尔（E. I. Becker）证明，“萨维尼的体系完全是从事物本质中演绎出来的”，兰茨贝格（Landsberg）正确地将事物本质在精神史上的位置定位于18世纪抽象的理性法与19世纪的建构主义之间，即历史法学派之中。耶林也曾说过，没有哪个表述能像事物本质这一用语这般忠实地反映其方法论学说。〔6〕只是当历史法学派蜕变为实证主义，当下的支配性思想变为从根本上担心对法的安定性之威胁后，事物本质和自然法才遭受了同样的诅咒。如今温德沙伊德（Windscheid）认为可以将事物本质称为“一种并非不当地被诋毁的表述”，而对那种将自然法视为异端邪说的伟大判官贝格鲍姆（Bergbohm）也将其神迹延展至它之上：他讽刺道“人们想迫使事物本质给出一个尚未存在的法律规范”。〔7〕但在大约同一时期，登伯格（Dernburg）写下了对事物本质之概念和任务的经典之语：“生活关系（无论发达程度如何）承载着自身的标准及其秩序。人们将这种内在于事物的秩序称为‘事物本质’。当

〔1〕关于孟德斯鸠参见附录 III。

〔2〕Justus Friedr. Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatr., 8. Aufl., 1829, § 80, S. 72; Moritz Voigt, Die Lehre vom jus naturale, Bd. I, 1856（参见索引，尤其是第547页及以下）；Burk. Wilh. Leist, Civilist. Studien, Bd. I, 1854, Bd. 4, 1877以及Naturalis ratio und Natur d. Sache, 1860; Franz Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872; Eugen Ehrlich in den (Wiener) jurist. Bl., Bd. 14, 1888, S. 510ff., 581ff., Soziologie des Rechts, 1913, S. 285ff., Juristische Logik, 1918, S. 230f.; Mausbach, Naturrecht und Völkerrecht, 1918, S. 26ff. 一篇对于本文而言深具指导意义的专论参见Max Gutzwiller（参见脚注3）。关于莱斯特参见附录 IV。

〔3〕关于维万特参见Asquino（参见脚注3）以及Di Carlo, Il diritto naturale nel pensiero italiano 1932, p. 66ff.

〔4〕Eugen Huber, Zeitschr. f. Rechtsphilos., Bd. 1, 1914, S. 39ff.; Adolf Reinach, Die aprior. Grundlagen d. bürgerl. Rechts, 1913; Carl Schmitt, Über d. drei Arten des rechtl. Denkens, 1934. 亦可参见惹尼（Gény）的“事实条件”（données）说。

〔5〕E. I. Bekker, Streit zw. D. Histor. u. d. Philosoph. Rechtsschule, Heidelberg, akad. Rede 1886, Anm. 10. Erich Jung, Das Probl. d. natürl. Rechts, 1912, S. 39ff.; Landsberg, Gesch. d. dt. Rechtsw., 3. Abt. 1898, S. 452.

〔6〕Jhering, Geist II, 2 u. 3. Aufl., 1875, S. 388.

〔7〕Bergbohm, Jurisprudenz u. Rechtsph., Bd. 1, 1892, S. 353.

实在规范缺失或不完整、不清晰时，有思考的法学家就必须回溯到它（指事物本质——译注）。不能将事物本质与自然法相混淆。自然法以来自于人的本质的推论为基础。它并不适合直接用于法律适用。”〔1〕

就像法学精神史的诸阶段一样，以事物本质为标志的法律思维方式之不同文化领域也彼此分离。继受罗马法之诸邦的法律秩序和嗣后的法典化运动受到规范主义法律观的支配，很不情愿、也极少运用事物本质的思维形式来解释制定法和填补制定法漏洞。相反，罗马法的活法则是一种从根本上来自事物本质创造的法。特奥多尔·蒙森（Theodor Mommsen）说过，“对于罗马民族而言，没有任何东西比得上朴素坚定地去实施为本质本身所预先规定的法律关系”，而在相同的意义上，这在一种罗马法的新辩护中意味着：“罗马法学家的追求是找到这样的规则，它来自于事物本质，来自于生活关系的本质。”〔2〕英美判例法同样意味着——在成文法和有拘束力之先例的规范性框架内——根据事物本质的法律发现，尤其是衡平意味着一种对抗普通法的僵化组成部分而去合乎事物本质的努力，一种最终汇入判例法中有拘束力之先例的努力。这种英国法律思维方式深深根植于英国的精神特质之中：“就其法律体系和政治而言，英格兰人的全部立场都基于经验方法之上，只是当出现问题时才去研究它们；主流观点对于过度的定义和预先的制定法调整感到厌恶。”〔3〕

事物本质的用语逐渐变为一般语言用法，即作为一种不言而喻性的表述形式，它显得无需证立，并可以简单地切断进一步的讨论。有时它在法律实践中看起来也没什么两样：无需其他理由，提出明证的宣称。但法理论尚未充分澄清事物本质的逻辑本质，即实然论断与价值判断之间值得注意的联系。对此，这里要对如下三个问题加以初步探讨：“事物”是什么？“本质”是什么？“事物本质”的拘束力来自于哪里？

1. 这里所考虑的“事物”指的是法必须去塑造的根基、物质和质料。就此而言，作为法律判断之质料者，究竟是法官面对的个案，抑或是立法者和法学者面对的诸相互关联个案的整体，并无二致：探寻事物本质的方法在两种情形中是一样的。法的质料是人们的生活，是内在于社会的生活关系和生活秩序的整体，以及作为这些关系和秩序之组成部分的生活事实。如果我们尝试去概览和整理这些现象的话，〔4〕我们就必须从自然事实（*Naturtatsachen*）出发——从苹果落到篱笆之外（这对于相邻权具有重要意义）到地球的转动（据此来最终确定法律期限和日期）。人类对于自然的不断支配和技术的进步创设出了新的质料和新的法律问题；例如，通过电话机进行缔约是不在场者之间的缔约还是在场者之间的缔约？事物与人之间的清晰关系构成了民法和刑法中不断积累的充满精神意味的概念，如拘留、监禁、占有、财产及其法律评价的基础。我们意义上的自然造物，存在者，同样包括具有身体和精神属性的人，在其作为法律调整之对象的范

〔1〕 Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 3. Aufl., 1892, S. 87.

〔2〕 Mommsen, Röm. Geschichte, Buch 1, Kap. 5; Fritz Schulz, Prinzipien des Röm. Rechts, 1933, S. 24.

〔3〕 Sir Henry Slessor, The Law 1936, p. 16.

〔4〕 类似的观点参见 E. Huber und Gutzwiller, a. a. O.

国内：对于法的精神在很大程度上具有决定意义的是，立法者是依据十分聪明和自利的经济人的形象（像民法那样），还是充满共同责任感的形象（像公法〔如选举权的授予〕那样）来构想“法律上的人”。〔1〕大量的原始事实和原始关系，“人类生活的自然形式”（维克多·黑恩 [Viktor Hehn]）构成了整个法、尤其是亲属法和继承法的支柱性基础：出生与死亡，童年、青年与老年，性关系与生育，父母与子女都是动物性事实。在此基础上，乌尔比安（Ulpian）建立起了如下意义上的自然法：大自然教导一切动物的法：男性和女性的结合、生育和教育子女。但法的质料并非是所有那些作为纯粹自然原始材料的关系和事实，法并不直接涉及自然的性关系和生育关系，毋宁涉及的是社会构造物（前述关系构成了其自然内核）：一夫一妻制或多配偶制、母权制或父权制，对于法律上时间的确定而言地球的转动并不起直接的决定作用，毋宁要通过日历的习惯性调整才行。法的质料是一种用概念进行各式各样之预制的现实。〔2〕歌德在《威廉·迈斯特的漫游年代》（第3卷，第1章）中说，“哪里有人，哪里就有歌声（ubi homines sunt, modi sunt）”，并在这种情形中来说明这句话——当人们在社会中聚集时，他们聚集和相处的方式方法会立刻相伴产生。

故而我们所概览的第一种类型已然提示了第二种类型：法律关系的雏形，它们已然通过习惯、传统、风俗、商业惯例、社会风气调整的生活关系，即“原始习惯法”（unentwickelte Gewohnheitsrecht）〔3〕来形成，如成为债法之基础的交易类型，要求自己被提升为法人的城镇和教会，已经为民众的良知所唾弃并要求施加禁令和刑罚的反社会行为，也包括法如果不考虑将其确定为错误的风俗就无法与之抗争的“恶习”（决斗、赌博）。

这种法律调整的雏形与习惯法之间不存在严格的界限，因而通向了“事实”的第三种类型——因为受法律调整的生活关系也可以成为法的质料，因而成为事物本质的材料。跨民族与跨时代的法、国际法、国教法、诉讼法属于第二层次的法，即上一楼层的法，在它们下面的一楼住着其他法。即便当人们谈论经济事实及其对于法的影响时，人们也（就像斯塔姆勒 [Stammler] 在其对唯物史观进行批判时所做的那样〔4〕）不可避免地会一并想到对它们的法律调整——它们属于法律生活的片段。即便是过去的法也会在新法中具有后续效应，这并非只以过渡性条款和“既得法”的形式出现：它作出了一个区分，即一个新的法律规整是取代了之前与之相对立的法律，还是建立在迄今为止一片荒芜的新大陆之上；或者相反，一个制度（如死刑）是被取消了还是它没有被引入。自然法很多时候根本没有注意到这一区分。但例如就议会主义而言，（就像英国那样）直接从早前的等级会议中发展起来的议会主义，与作为一种新的构造物被镶嵌到专制国家（如法国和德国）中去的议会主义，难道还能是一回事吗？在此意义上，歌德在《威

〔1〕 参见 Radbruch, Der Mensch im Recht, 1927; Hugo Sinzheimer, Das Problem des Menschen im Recht, Groningen 1932.

〔2〕 参见 Radbruch, Rechtsstoff und Rechtsidee, Kantfestschrift d. Intern. Vereinigung f. Rechts- u. Wirtschaftsp., 1924, S. 183ff.

〔3〕 Walter Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, S. 155.

〔4〕 Stammler, Wirtschaft und Recht, 3. Aufl., 1914.