

戚渊 郑永流 舒国滢 朱庆育 著

法理文库

# 法律论证与法学方法

山东人民出版社

# 法律论争与法学方法

陈金海 著

本课题为教育部人文社会科学研究“十五”规划项目

戚渊 郑永流 舒国滢 朱庆育 著

# 法律论证与法学方法

## 图书在版编目(CIP)数据

法律论证与法学方法/戚渊等著. — 济南: 山东人民出版社, 2005. 5

(法理文库/徐显明, 谢晖, 王人博主编)

ISBN 7-209-03694-6

I. 法... II. 戚... III. 法哲学-文集  
IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 041940 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

\*

850×1168 毫米 32 开本 7.75 印张 4 插页 175 千字

2005 年 5 月第 1 版 2005 年 5 月第 1 次印刷

定价: 15.00 元

# 弘扬法治精神 真诚支持学术

## 法理文库

- |                             |           |
|-----------------------------|-----------|
| 1. 法治论                      | 王人博 程燎原 著 |
| 2. 权利及其救济                   | 程燎原 王人博 著 |
| 3. 法律信仰的理念与基础               | 谢晖 著      |
| 4. 价值重建与规范选择<br>——中国法制现代化沉思 | 谢晖 著      |
| 5. 权利的法哲学<br>——黑格尔法权哲学研究    | 林喆 著      |
| 6. 法律对行政的控制<br>——现代行政法的法理解释 | 孙笑侠 著     |
| 7. 迈向民主与法治的国度               | 刘作翔 著     |
| 8. 法学范畴的矛盾辨思                | 谢晖 著      |
| 9. 法律解释的哲理                  | 陈金钊 著     |
| 10. 义务先定论                   | 张恒山 著     |
| 11. 基本法律价值                  | 谢鹏程 著     |
| 12. 中国法理念(增订版)              | 江山 著      |
| 13. 探索与对话:法理学导论             | 葛洪义 著     |
| 14. 法律思维学导论                 | 林喆 著      |
| 15. 中国法律传统的基本精神             | 范忠信 著     |

- |                            |     |   |
|----------------------------|-----|---|
| 16. 德国公法学基础理论(上下)          | 陈新民 | 著 |
| 17. 法的现象与观念(增订版)           | 孙笑侠 | 著 |
| 18. 法权与宪政                  | 童之伟 | 著 |
| 19. 法的应然与实然                | 李道军 | 著 |
| 20. 现实主义法律运动与中国法制改革        | 周汉华 | 著 |
| 21. 权利现象的逻辑                | 公丕祥 | 著 |
| 22. 法学方法论导论                | 胡玉鸿 | 著 |
| 23. 宪政的中国之道                | 王人博 | 著 |
| 24. 法治的生态环境                | 姚建宗 | 著 |
| 25. 人权与法治                  | 齐延平 | 著 |
| 26. 法律推理与法律制度              | 张 骐 | 著 |
| 27. 权利政治论<br>——一种宪政民主理论的阐释 | 范进学 | 著 |
| 28. 所有权的兴起与衰落              | 肖厚国 | 著 |
| 29. 近代中国的自然权利观             | 赵 明 | 著 |
| 30. 发展中国家的政治与法治            | 夏立安 | 著 |
| 31. 法律的社会学分析               | 魏 宏 | 著 |
| 32. 司法权威论                  | 季金华 | 著 |
| 33. 程序正义论                  | 徐亚文 | 著 |
| 34. 法律文化视野中的权力             | 喻 中 | 著 |
| 35. 宪法解释的理论建构              | 范进学 | 著 |
| 36. 法的合理性研究                | 周世中 | 著 |
| 37. 道与中国法律传统               | 龙大轩 | 著 |
| 38. 语境与工具<br>——解读实用主义法学的进路 | 苗金春 | 著 |

- |                  |    |      |   |
|------------------|----|------|---|
| 39. 良宪论          |    | 汪进元  | 著 |
| 40. 法学研究与方法论     |    | 李其瑞  | 著 |
| 41. 凯尔森法律效力论研究   |    | 梁晓俭  | 著 |
| 42. 民权与民治的试验     |    |      |   |
| ——晚清地方自治制度的生成与演变 |    | 汪太贤  | 著 |
| 43. 宪政的理念与机制     |    | 季金华  | 著 |
| 44. 法律论证与法学方法    | 戚渊 | 郑永流等 | 著 |
| 45. 私人之间的监控与惩罚   |    |      |   |
| ——一个经济学的进路       |    | 桑本谦  | 著 |
| 46. 法律人的法理阐释     |    | 胡玉鸿  | 著 |
| 47. 宪政主义与制度转型    |    | 王怡   | 著 |

## 法 学 论 丛

- |                 |     |     |    |
|-----------------|-----|-----|----|
| 人权研究(第一、二、三、四卷) |     | 徐显明 | 主编 |
| 民间法(第一、二、三、四卷)  | 谢晖  | 陈金钊 | 主编 |
| 法律方法(第一、二、三、四卷) | 陈金钊 | 谢晖  | 主编 |
| 中国诠释学(第一、二辑)    |     | 洪汉鼎 | 主编 |
| 法治社会之形成与发展(上下)  | 徐显明 | 刘瀚  | 主编 |
| 法解释的基本问题        |     | 刘士国 | 主编 |

## 公 法 研 究

- |                   |  |     |   |
|-------------------|--|-----|---|
| 1. 法治与法律方法        |  | 陈金钊 | 著 |
| 2. 欧洲:从民族国家到法的共同体 |  | 李道刚 | 著 |

- |                     |     |     |   |
|---------------------|-----|-----|---|
| 3. 行政法的私权文化与潜能      |     | 关保英 | 著 |
| 4. 现代行政法的基本理念       |     | 陈贵民 | 著 |
| 5. 从宪法到宪政           |     | 谢维雁 | 著 |
| 6. 西方宪政思想史略         |     | 黄基泉 | 著 |
| 7. 选举及其相关权利研究       |     |     |   |
| ——美国选举个案分析          |     | 王雅琴 | 著 |
| 8. 证券市场监管与司法介入      |     | 金泽刚 | 著 |
| 9. 中国近代自由主义宪政思潮研究   |     | 石毕凡 | 著 |
| 10. 探寻宪政之路          | 郭宝平 | 朱国斌 | 著 |
| 11. 西方立宪主义的历史基础     |     | 刘守刚 | 著 |
| 12. 各国立法机关委员会制度比较研究 |     | 周伟  | 著 |
| 13. 宪法概念在中国的起源      |     | 王德志 | 著 |
| 14. 制度设计与立法公正       |     | 汪全胜 | 著 |
| 15. 宪法运作的实证分析       |     | 张淑芳 | 著 |
| 16. 人民主权论           |     | 肖君拥 | 著 |
| 17. 和平·秩序·好人政府      |     |     |   |
| ——加拿大宪法的精神与实践       |     | 徐亚文 | 著 |
| 18. 宪政视野中的中国城市化研究   |     | 秦前红 | 著 |
| 19. 宪法的国家结构问题       |     | 童之伟 | 著 |
| 20. 财产权与宪法的演进       | 何真  | 唐清利 | 著 |



## 目 录

法理学·法律论证·法学方法 .....	戚 渊(1)
法学方法抑或法律方法? .....	郑永流(25)
罗伯特·阿列克西法律论证理论述评 .....	舒国滢(38)
出释入造 .....	郑永流(70)
论法与法学的基石范畴 .....	戚 渊(103)
从方法论看抽象法学理论的发展 .....	舒国滢(124)
修辞学与法律思维 .....	朱庆育(145)
法律原则适用的困境 .....	舒国滢(176)
法律判决形成的模式 .....	郑永流(198)
也论守法 .....	戚 渊(222)
后 记 .....	(241)

## 法理学·法律论证·法学方法

戚 渊

稍具法理学常识的读者都知道,法理学、法律论证和法学方法这三个概念是不能相提并论的。之所以在这里合为一题,缘出于二:第一,三年前,我与几位同道者向官方申请并荣幸地获得了一个资助课题,名为《法论证理论研究》。三年了,由于客观环境的原因,却又未完全按照原研究计划完成。现在,为了结项,必须写些相类的文字。所以,面前的这篇文章必须在名称上与这个课题的名称扯上关系。这是形而下的缘由。第二,近些年,不才涉足法理学领域,所读所思,倍感在教学与研究中,概念之厘清,范畴之确定,命题之证立,问题之展开,对于一种理论之正确性的重要意义。在教学中,法科专业的学生们如果真的能够准确地把握法理学中的基本概念和基本命题,了解“问题域”的来龙去脉,则可以构成日后学习部门法学的坚实基础;而在研究中,研究者对概念、范畴、命题和问题作力求准确地深入研究,则是进入法理学堂奥的捷径。本文的目的就是想通过对上述三个概念的分析将近年来在教学与研究中形成的部分浅见串联在一起,希望读者赐教。这算是形而上的缘由。

## 一、法理学范围之确定

多年以来,法理学一直是各大学法学院系的必修课程,该课程名称虽均为法理学,但在讲授中,各讲授者均自行其是,讲授内容彼此之间相差甚远。在理论研究中,不少学者对什么是法理学、法理学的范围如何确定等基本问题作了很多有益的研究,可是尚无大致的统一意见,主要是,法理学与法学、法哲学、法理论等范畴纠缠不清。在此,对学者们的研究成果作一梳理并藉此发表一些个人浅见是很有必要的。

1. 法理学与法学。一般认为,法理学作为一门学科,可以上溯到古罗马时期。现行法理学教科书和其他法学研究专著一直认为拉丁语 *Jurisprudentia* 是今日“法理学”这个词的词宗。以此为词源,派生出了法语、德语、意大利语、西班牙语中的“法学”一词,以及英语中的 *Jurisprudence* 一词。今日的法理学一词被公认为是英语 *Jurisprudence* 一词的汉译。这是不准确的。拉丁语 *Jurisprudentia* 一词是由 *jus* 与 *providere* 合成,前者的意思是“法律”、“正义”、“权利”,后者的意思是“先知”、“聪明”、“知识”。显然,该词的内涵要比“法理学”一词的内涵深入而丰富。更重要的是,由 *Jurisprudentia* 一词派生出来的 *Jurisprudence*(法语)、*Jurisprudenz*(德语)及 *Jurisprudence*(英语)一词的含义均解释为“法学”和“法律学”,并无“法理学”之义。考察 *Jurisprudentia* 的演变过程,我们知道,它最终被用来指示一门学科(法学、法律学),后人想当然地将“法学”和“法律学”这门学科等同于今日的“法理学”这门学科,显然会引起歧见。台湾学者颜厥安教授对此也作了深入的研究,颜氏更是认为, *Jurisprudence* 包含并列两义:法学

(science of law) = Jurisprudenz 及 Rechtswissenschaft(德语);法哲学(legal philosophy) = Rechtsphilosophie 或 philosophiedesRechts(德语)。<sup>①</sup>自古罗马职业法律家对法典的解释与宣传始,法学或法律学作为一门学科发展至今,几乎包罗了整个法学领域,“法理学”显然难以与之对应。换言之,法理学所包罗的内容显然要小于法学或法律学。法理学只是法学或法律学的一部分。

2. 法理学与法哲学。从语源上考察, Jurisprudence 与 legal-philosophy 扯上关系应该是奥斯丁所著“Province of Jurisprudence Determined, 1832”一书。奥斯丁故世后, Robert Campbell 在编辑氏著时,将书名改为“Lectures on Jurisprudence or the philosophy of Positive Law, 5th, 1885”。可见,在奥斯丁的著作中, Jurisprudence 之义就等同于 the philosophy of positive law(实证法之哲学,即法哲学)。而在汉语中,将氏著中的 Jurisprudence 译为“法学”<sup>②</sup>和“法理学”<sup>③</sup>均是不准确的。正确的书名应是《法哲学的范围之确定》。这也说明,英文 Jurisprudence 一词还有“法哲学”之义,至少这位法律实证主义大师这样使用过。而从内容上考察,考夫曼认为,法哲学是将法学中的基本问题以哲学的方式加以探讨和回答,所以,它是哲学的一部分,而不是哲学的分支,更不是法学的分支;法哲学总是追问知识与体系的后设问题(即超体系

① 参见颜厥安:《论法哲学的范围及其主要问题》,载氏著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年5月第1版,第4页。

② 参见台湾学者洪逊欣先生之《法理学》,1982年12月初版。依据洪氏的汉译,庞德的 Jurisprudence 有如下含义:“法学”、“先进法律体系之比较解剖学”(the comparative anatomy of developed system of law)、“分析法学”(analytical jurisprudence),可与立法与学理相对比的“法院判例学”,“法”的同义语等五种意义。参见氏著第6页。

③ 见[英]奥斯丁著:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年1月版。

的问题),而无特定实质对象。<sup>①</sup>显然,法学与法理学的研究对象不是如此。哈特将法哲学的主要问题区分为三组:定义与分析的问题(从实然面和应然面厘清法律义务、法律行为和意图等重要概念,探讨法律是什么);法律思维或法律推论或法律论证的问题(区分描述性和指令性的理论);法律批判的问题(区分法律基本概念的分析和对法律的批评)。<sup>②</sup>可见,考夫曼那不是法学一分支的法哲学与我们今日所谓的“法哲学”相近,而哈特的法哲学则与我们今日所谓的“法理学”相近,两位大师对法哲学研究对象的不同区分,根源在于考夫曼以存在主义哲学为背景,而哈特则以分析哲学为基础。台湾学者颜厥安对法哲学之范围的界定远广于前两位,虽然他未用“范围”一词,而是用“基本问题”作为法哲学的研究对象,但一门学科的“问题域”就是该学科的研究范围。他认为法哲学的基本问题可分为四组:法概念及法效问题;法认识论;正义论与法伦理学;体制论。<sup>③</sup>这种认识范围几乎涵盖了整个法学研究领域,很难说它们都是法学的根本问题。如果我们还希望“法学”、“法理学”这些概念继续存在的话(颜氏也认为应该保留这些概念),那么将法哲学的范围界定得如此宽广是难以有说服力的。进一步看,颜氏认为,法理学有二义,即法学与法哲学。因此,这三个概念只是名称不同,内容是可以相同的。如此说来,再作区分已无意义。

3. 法理学与法理论。在欧美法学界,还有一门学科,被称为

---

<sup>①</sup> 转引自颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年5月第1版,第13~14页。

<sup>②</sup> 转引自颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年5月第1版,第16~18页。

<sup>③</sup> 颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年5月第1版,第20页。

“法理论”(Rechtstheorie, Legal Theory),其理论背景为分析哲学和实证社会科学,其研究对象是实证法,但与法实证主义并无必然关联。<sup>①</sup>在此际,法理论虽然不同于考夫曼意义上的法哲学,也有别于哈特立场上的法哲学,但却与奥斯丁的法哲学(the philosophy of positive law)之含义几近相同,进而,也可以认为,与奥斯丁的 Jurisprudence 几近相同。当然, Jurisprudence 一词还包含“法学”、“法律学”之义,那么,法理论之含义显然不同于法学之含义,前者只是后的一个分支学科。而法理论也不同于法律学。法律学,依据 Jurisprudentia 一词的演进过程可知,它侧重于法释义学,法理论虽然也包含法释义学,但它的理论范围要比法释义学宽得多。由于法理论这一法学之分支学科的研究对象局限于实证法,而排除了自然法理论,所以,它也不可能与今日中文之“法理学”的含义等同起来。后者的理论范围比前者大。综上所述可知, Jurisprudence 一词的含义还不曾与中文之“法理学”有词义关系,虽然在法界已公认中文“法理学”一词是英文 Jurisprudence 的汉译,但却是有疑义的。今日,作为一门学科的“法理学”之名称,既不来源于 Jurisprudence(法学、法律学),也不是来源于 the philosophy of law(法哲学)和 Legal Theory(法理论)。

据台湾学者洪逊欣先生的研究表明,“法理学”之名称最初产生于东京帝国大学,由该大学教授穗积陈重所创造,用以表示讲授法之根本问题之课程(明治十四年)。而此前,在日本的大学本科课程设置上,采用过“性法”、“自然法”(文久年间)、“法科理论”(明治三年)和“法论”(明治八年)之名称。穗积教授之所以未承继“法论”之名称,是因为“法”有“佛法”和法学上所谓的

<sup>①</sup> 颜厥安著:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年5月第1版,第9~12页。

“法”等义,应加以区分;同时,他认为也不应以“论”来指学问。而穗积教授也未采用“法律哲学”之名称,是因为当时哲学研究者限定哲学为“主观性”之法形上学,从而引起教学上的不便。因而,穗积教授在“客观性之法形上学”(即实证法哲学——本文理解)未发达之时,受当时经验主义、实证主义之法思想的影响,放弃主观哲学之影响,采用了“法理学”之名称。<sup>①</sup>洪氏的这一发现,至少可以给我们提供以下知识信息:第一,“法理学”一词最初来源于大学课程之名称;第二,作为课程之名称的“法理学”与 Jurisprudence 一词没有直接关系;第三,作为一门课程的“法理学”既包含主观性之法形上学,也包含客观性之法形上学;第四,穗积氏是为了教学讲授方便起见,排除了“法形上学”(即法律哲学)之名称,而并未排除法律哲学之内容;第五,穗积教授的“法理学”在内容范围上要比我们今天所谓的“法理学”广,它几乎等同于我们今日所谓的“法学”。

今天,我们考察和界定“法理学”之范围的境况,无论在事实上还是在理论上,都已发生了很大变化。法律实践已不仅仅局限于对法典的解释,法学的学科分类名目繁多,已相当精细,尽管在理论上的证立还很成问题。而在法学理论研究中,各个分支学科彼此系连,要想比较清晰地找出界限,几乎是不可能的,以至于有人认为,我们去对法理学和法哲学之类的名称及内涵作区分是毫无意义的。但另一方面,各大学法学院系又必须开

<sup>①</sup> 参见洪逊欣著:《法理学》,自印,1982年12月初版,第4~5页。

设此一课程,如将这门课程称为“法哲学”,<sup>①</sup>可能会使一大批教员望而却步,称为“法学基础”,尽管可以使一大批教员喜出望外,但有失法理学的品质,无疑是降低了这门课程的知识标准。那么就只好称为“法理学”了。本文认为,一门课程叫什么名称并不重要,名称向来有约定俗成的性质。关键是内容,确定什么样的内容才能符合作为一门大学法学专业之课程的“法理学”,这就要求考虑内容的科学性问题。常识告诉我们,作为一名法科的学生,首先应该了解法(法律)是什么,而对此问题的回答,不同学派有不同的答案;而虽有各种学派,但最终可归于两大理论领域:法律实证主义和自然法论。因此,法理学的知识内容必须包括此两大理论领域的基本知识。由于此两大流派对“法(法律)是什么”存有本质上的分歧,而要证立各自的观点立场,必须要使用到论证理论。因此,法律论证理论也是不可或缺的基本知识内容。以下是本人自制的“法理学课程大纲”(原版),仅供参考。

## 法理学课程大纲

编写人:戚渊(中央财经大学法律系教员);适合年级:大学本科一年级;学分/学期:5学分/1学期;教学周数:18周,共80

<sup>①</sup> 本文认为,法哲学仅仅研究法(法律)的本体问题,关注法(法律)的整体存在。比如,法概念论给“法(法律)”下了一个定义,法哲学就要追问为什么是这个定义而不是那个定义,并从本体上回答这个定义是否正确。正如哲学也是研究和回答其他学科的本体问题一样。从这个角度观察,考夫曼的以下见解是正确的:法哲学是哲学的一部分,而不是哲学的一个分支学科,更不是法学的一个分支学科。本文认为,法哲学之研究必须是哲学科班出身的研究者;法哲学之讲授必须是哲学科班出身的教员;法哲学之听授必须先有良好的哲学知识基础。舍此,就是侈谈法哲学。



学时。

目的:使学生能初步了解法理学的核心问题及基本概念与内容;能掌握法理学之理论模式与分析方法;能运用所学习之概念、理论与方法分析相关理论与现实问题。

绪论:一、法理学之定义问题:1.定义的约定性质:公认与科学;2.法理学定义之性质与方法。

二、Jurisprudence 的来龙去脉:1.词源;2.演变;3.意义。

三、法理学与法哲学、法理论。

四、法理学之任务:理论与实践。

第一部分:法概念论:

一、序论:法概念论的基本问题:1.法是什么?2.法律是什么?3.古典争议。

二、法律实证主义:

1.实证哲学思想:实证主义——实证主义之道德观——法律实证主义。

2.法律实证主义:(1)普遍种类概念:经验方法论;附论:新康德学派;(2)主权者之命令:实证法四要素;附论:波斯德的人种学法学之四反原则。(3)规范:法律规范体系的结构——法律阶层说——基本规范;(4)规则:Hart 的三个提问——三种观点——四个规则——五个命题;附论:基本规范与承认规则的区别与联系。

3.刚性法律实证主义与柔性法律实证主义:

(1)法律原则:德沃金的挑战简述;附论:富勒对德沃金的启示。

(2)刚性法律实证主义:

A.规范理论:Raz 的三性:不透明性、内容独立性、非传递性;附论:维特根斯坦传统;