

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第九卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社

法律方法

(第九卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法. 第 9 卷/陈金钊, 谢晖主编. — 济南: 山东人民出版社, 2009. 10

ISBN 978-7-209-04958-0

I. 法… II. ①陈…②谢… III. 法律—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 184324 号

责任编辑: 李怀德

封面设计: 武 斌

法律方法(第九卷)

陈金钊 谢 晖 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址: 济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编: 250001

网 址: <http://www.sd-book.com.cn>

发行部: (0531) 82098027 82098028

新华书店经销

青岛星球印刷有限公司印装

规 格 16 开 (180mm × 255mm)

印 张 24

字 数 480 千字 插 页 2

版 次 2009 年 10 月第 1 版

印 次 2009 年 10 月第 1 次

ISBN 978-7-209-04958-0

定 价 48.00 元

如有质量问题, 请与印刷厂调换。电话: (0532) 88194567

目 录

理论争鸣

法学理论与微观法治的实现方法	陈金钊(1)
也论判决的产生过程	
——与任强先生商榷	喻 中(11)
法治反对解释:一个不妥当的命题?	
——与陈金钊教授商榷	邓红梅(20)
对“法治反对解释”命题的整体性阅读	
——兼与陈金钊教授、范进学教授商榷	李见伟(27)
历史解释的“是”与“非”	
——以哲学诠释学为视角的一种实证分析	刘 国(38)
法律方法论在中国的幼稚程度及其根源	
——兼与医学、工程学的发达相比较	胡 桥(50)
论题学法学的逻辑解读	张静焕(60)
类比推理与家族相似:对类比推理关键点的分析	贾焕银(70)
霍姆斯经典命题的当代回应	
——对苏珊·哈克及其回应者的简单评价	张传新(78)

域外视窗

19 世纪和 20 世纪中对法律方法的争议	
..... [波兰] Jerzy Stelmach, Bartosz Brozek	(82)
裁判的合理性:语境主义还是普遍主义?	蔡 琳(92)
法律问题有唯一正确答案吗?	
——论德沃金的正确答案论题	邱昭继(105)
融贯性的概念分析:与一致性相比较	侯学勇(123)

凯尔森法律解释理论探究	李 鑫(136)
美国宪法解释理论与实践中的原意主义 ——基于美国宪政发展历程的考察	施 嵩(145)

部门法方法论

中国规范性刑法解释的实然与应然	张 文 牛克乾(158)
影响法官解释刑法的资料	王瑞君(172)
什么是合宪解释	上官丕亮(182)
宪法学方法论超脱于何者?	刘康磊(189)
环境诉讼时效新解	张景明(195)
国际法院的司法能动主义与克制主义政策之嬗变	姜世波(203)

裁判方法论

司法判决与医学鉴定	周安平(215)
三重角色下的法官决断 ——以“宋庄画家村案”为例对法官决断的解释学思考	蒋岩岩(223)
法官思维:独断还是商谈?	武 飞(232)
我国社会转型背景下法官司法的立场	杨圣坤(241)

博士生论坛

对法律方法论回应实践命题的反思	刘 军(250)
论法律方法研究的实践价值	王林敏(256)
寻求可接受的修辞论证 ——兼评《新修辞学》	孙光宁(265)
论司法过程中法律方法的心理学意义	陈 光(278)
法律解释分类新论 ——以警察的法律解释为切入点	唐 峰(286)

方法史论

清代刑案审献的法律发现	钱锦宇(295)
-------------------	----------

试论清代司法实践中比附适用的类比方法

——以《刑案汇览三编》为例 管 伟(305)

法律推理与政治选择

——东京审判再回顾 巢志雄(313)

研究综述

2008 年度国内部门法律方法论研究报告 焦宝乾(322)

衡量的法理

——各种利益衡量论述评 徐继强(331)

当代中国法律方法论研究发展及现状:一个简要述评 赵玉增(350)

法律检索初探 吕玉红(361)

CONTENT

Discussion

Legal theory and method for realization of micro - rule of law	Chen - jin zhao(1)
A debate on formation process of judicial decision	Yu zhong(11)
Rule of law anti - interpretation; a improper proposition	Deng - hong mei(20)
An integrate reading on the proposition of "Rule of law anti - interpretation"	Li - jian wei(27)
The "rights" and "wrongs" of Historical Interpretation	Liu guo(38)
Legal method as a young academic domain; its degree and sources	Hu qiao(50)
A logical reading on topical jurisprudence	Zhang - jing huan(60)
Analogical reasoning and family similar; analyzing on crux of analogy reasoning	Jia - huan yin(70)
A contemporary response of Holmes' thesis	Zhang - chuan xin(78)

Translations and Comments

Controversy over legal method in the nineteen and twentieth century	Jerzy Stelmach, Bartosz Brożek(82)
The Rationality of Adjudication; Contextualism or Universalism?	Cai Lin(92)
Is there an only right answer for law problems?	Qiu - zhao ji(105)
Analyzing to the concept of coherence; compare with the concept of consistency	Hou - xue yong(123)
A study on Kelsen's theory of legal interpretation	Li xin(136)
American originalism methodology; theory and practice	Shi song(145)

Legal Method in Various Branches of Legal Theory

Is and ought of normative criminal interpretation in China

..... Zhang wen, Niu - ke qian(158)

Materials on influencing judge to interpret criminal law Wang - rui jun(172)

What is constitutional interpretation Shang guan - pi liang(182)

What should constitution legal methodology overcome? Liu - kang lei(189)

A new interpretation of environmental limitation of actions Zhang - jing ming(195)

On changes in international court's policy of judicial activism and restraint

..... Jiang - shi bo(203)

Judicial Methodology

Judicial decision and medical identification Zhou - an ping(215)

On judge's decision from three angles Jiang - yan yan(223)

Judge's thinking: arbitrary or dialectical? Wu fei(232)

On judge's judicial stance in context of Chinese changing society

..... Yang - sheng kun(241)

Forum for Youth

On legal methodology's reflection on practices Liu jun(250)

On practical values on legal methodology study Wang - lin min(256)

A seek for acceptable rhetorical argument Sun - guang ning(265)

On Psychological Significance of Legal Methods Played in the Judicial Process

..... Chen guang(278)

Reflection on classification of legal interpretation Tang feng(286)

Legal Method in History

On law - finding in criminal cases materials Qian - jin yu(295)

On nanlogy method used in reference application in Qing dynasty's judicial practices

..... Guan wei(305)

Legal reasoning and political choice Chao - zhi xiong(313)

Legal Study Report

2008 year report on domestic study on legal methodology in branch legal theory	
.....	Jiao - bao qian(322)
A brief survey on theories of interests measurement	 Xu - ji qiang(331)
A brief survey on contemporary Chinese study on legal methodology:	
its development and status	 Zhao - yu zeng(350)
On legal researching	 Liu - yu hong(361)

法学理论与微观法治的实现方法

陈金钊*

摘要:在英美法律界部分人中,一直存在着法理学无用的观点,目前这种观点在我国法学界与法律界也有蔓延的趋势。这是对主流意识形态所倡导的理论联系实际、理论指导实践的观念的反动。也许我们该对法学界理论联系实际观点进行一下反思了。确实,理论的作用没有理论家们说得那么大,但也绝不是没有任何作用。维护法治的理论 with 知识是法治实现的思维前见,指导着法律人追求正当的判决;而消解法治的理论则可能成为毁坏法治的挡箭牌。理论进入司法的路径是理解与消化,而不是盲目地拒绝理论。坚守法律解释的教义学属性是通向微观法治的路径之一。

关键词:法治实现 法学理论 法律解释 法律方法

法治首先是一种理论设想,尔后是制度与机构设置,最后才是以行动接近法治。虽然法治的实现要靠法律原则、规范以及法律体系的完善设计,以体现法治促成的秩序,然而当所有的关于法治的理念、原则、制度、机构等大的方面都具备的时候,法治并不一定能实现,法治不是完全靠制度化来完成的。过去我们认为有了制度可以促使坏人办好事,但这只是一种逻辑的推论,并不等于现实。这些年来我们从宪法、法律到地方性的法规,引进了西方大量的制度;在法学理论中也引进了许多的原则、理念和方法,对中国原有自生秩序产生了很大的冲击。但拿我国今天法治的现状和西方相比较,就会发现我们对法治空喊得很多,做的较少,表面文章做得多,大话说得多,具体落实少,一遇到法律规定与现实的冲突,总是舍法律而屈从于现状。关于法治的大道理可以讲得头头是道,但一遇到具体问题人们的思维总是混乱的。出现这种情况有很多的原因,但不重视在微观细节处审视法治也是一个重要的原因。现在建设社会主义法治国家已经成了治国方略,因此没有必要没完没了地呼喊法治,而应该积极寻找法治实现的具体方法,注意在微观领域思考法治。法治需要法学理论的支持,而法学理论支持法治有两种方式:一是宏观架构法律体系和法治理念理论的支持;二是微观思维领域获得法律方法论的支持。在一定程度上可以说,微观细腻的方法论对司法或法律解释的影响更能决定法治最终的成败。我们现在对法治实现的方法注重从体制架构、法治理念上做文章,遇到了重重阻力,得不到群众的支持,因为大的法律架构与

* 陈金钊(1963—),山东莘县人,山东大学威海分校法学院教授,法学博士,法理学专业博士生导师,山东省人文社会科学重点研究基地山东大学法律方法论研究中心主任。研究方向为法律解释学。

理念与群众的接受力以及现实生活相差较远,但微观领域的方法和群众的接受力和生活联系较为密切,如果在草根中接受法治思维方法,宏观体制性的问题的解决就可能成为必然。注意到这一点,我们就会认真对待微观领域实现法治的具体方法,其中最重要的是解释法律的理论。如果想在司法领域实现法治就必须注意用法治理论影响法律解释,重视在微观领域维护法治的理论对解释走向的约束作用。我国近三十年的法治实践已经证明,试图在体制架构、原则理念上进行大的改变,并不能把国家带到法治社会,必须在宏观改革的同时从细小处着眼,在法治理念之下,抓住每一个细节促使法治的进步。法治原本就不是轰轰烈烈的革命而是点滴对社会的改良。

一、对理论法学作用的疑问

法学原理与法学理论在司法中有没有作用?有什么样的作用?这在大陆法系与英美法系的法律人中有不同的观点。我们注意到英国人说的:“大陆法系在法律方法上比英国法更为理论化。他们喜欢注入法典那样稀奇古怪的东西,它们的很大一部分灵感来自大学的氛围和在大学里工作的理论家和法学教授,而不是来自于法官。”^{〔1〕}法学家在大陆法系中备受重视,但在英美法系中,法律人似乎对理论并没有那么多的热情。今天的比较法学家似乎更怀疑抽象概括方法的有效性。英国的法律人倾向于实用主义方法进路,厌恶理论化的方法进路。据说英国的法律人向来对法理学一词是不屑一顾的。正如沃克尔教授所说的:“对英美法官来说,‘理论’这个词不过是个挡箭牌而已,相反,欧洲大陆的法官们却对理论有着更多的思考。”^{〔2〕}英美法系的法律人之所以有这样的态度,是因为他们是从实践的角度对待法律的,相信法学是一门实用性学科。很多法律人庆幸英国法没有成为法律科学。阿蒂亚认为,在理性和经验对比中,如果理性缺失,有着丰富经验的人可以找到有效的解决办法渡过难关,而纯粹的理性在解决一些复杂问题时一筹莫展。霍姆斯的名言是:法律的生命不在于逻辑,而在于经验。这成了英美法系的法律人不信任理论的绝好象征。阿蒂亚认为,英国法不是不讲抽象概括,也不是说英国的律师不尊重法律结构的整体一致性,“我始终怀疑是否真的存在这样一个法律制度:它既讲原理或抽象概括,又尊重法律结构的一致性,而且还要符合我们对法律制度的通常理解”^{〔3〕}。我们每天都要处理具体的案件,面对有血有肉的人,这就使得法律制度不得不去处理特定的个案。虚构的法律遇到的都是抽象的人,但现实只能对具体的人和事进行裁判。这使得英国的律师更多地去向判例发现法律规则,而不是向理论和原理寻求资源。要不然我们无法理解霍姆斯的著名判断:“一般命题不能解决具体案件”。当学术和实践发生冲突时,英国人更倾向于在经验中寻

〔1〕 [英]P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义与理论》,刘承魁、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第2页。

〔2〕 [英]P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义与理论》,刘承魁、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第4页。

〔3〕 [英]P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义与理论》,刘承魁、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第23页。

找解决问题的方法,而不是像我们又重新回到理论的探索中,寻求新的理论对实践的指导。直到今天英国法律专业一年级的学生在阅读案例方面的时间远远多于花费在制定法上的时间。^{〔4〕}

法学理论是一种学术。学术一词包含着截然不同的两种含义:“一方面学术一词是指法律或法律问题的方法,它讲究理论但不讲究实践的重要性;而另一方面,学术当然可以是指学者或者教师。”^{〔5〕}英国的法律人一般是在第二种意义上使用学术的。尽管在英国也存在法学教育,但他们的教育体制与大陆法系不同,除了知识的学习在学校外,要想成为职业法律人,跟实务部门的师傅学是非常重要的。所以在英国有一种强烈的观念,认为法律无论如何不是教出来的,而是学出来的。与获取实践经验的学习与对书本的学习相比较,书本上的知识常常受到某种轻视。在辩护中如果你的见解全部来自书本,法官就会多少持一种不信任的态度。法官们似乎已经忘记在书本中获取知识是通常的最基本方法。尽管在英国、美国学者们的观点也会在法庭上被采用,但人们不要忘记,最终还是法官从实践的角度来决定学者的意见是对还是错。“尽管现代社会的某些法官对学术职业大加褒扬,但仅仅是几年之前,上议院还非常强有力地提醒我们:‘法官对权威教科书的任何信赖都是非常危险的,即使教科书仅仅是分析司法判决时也是如此。’”^{〔6〕}这种情况近些年正在不断地改变,但是对学者及其观点的重视仍然是大陆法系与英国法的重要区别。人们发现,离开法学家的著述,大陆法系的法律解释是不可想象的。在德国,法学教授的威望与最杰出法官是相当的。在英国法律实务界由于轻视对法学理论的研究,也带来了一些负面影响,起码,到目前为止,英国法看起来还没有一个完整的形式、结构和理性的安排。在很多大陆法系的学者看来,英国法根本就不是一个法律体系。

我国的法律学术在法律解释中的地位比较尴尬。原因在于,我们的法学到目前为止没有独立的学术。关于法律解释的理论多源自于西方,最多是源自于与西方制度的比较。过去是言必称罗马,现在言必称美国。所以我们需要一种中国化的学术满足中国法律解释的需要。“法理(哲)学的抽象性并不意味着它就是空洞的、主观的说教,法理(哲)学的抽象来自于实践和经验,进而又对实践和经验进行理性提升。这种抽象的过程是更为丰富的‘抽象’,是从抽象到具体的上升。比如,法理(哲)学对权利的界定,是对债权、物权、诉权等具体权利的抽象和概括,但抽象和概括后的权利又成为那些具体权利的理论基础。”^{〔7〕}尽管我国的法官的业务素质远不如英国,但对理论的轻视与英国相比较是有过之而无不及。有位博友谈到了学者与法官出席的一个研讨会,内容是如何在当前的制度框架之下限制某类案件的死刑适用。讨论过程中,法官们对学者提出的建议发出了猛烈的攻击,认为学者完全不了解司法实践,提出的建议没有太大的意义。言语之中饱含如下意思:当前的

〔4〕 参见[英]P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义与理论》,刘承魁、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第23~25页。

〔5〕 [英]P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义与理论》,刘承魁、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第30页。

〔6〕 [英]P. S. 阿蒂亚:《英国法中的实用主义与理论》,刘承魁、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第33页。

〔7〕 李其瑞:《抽象法学理论的品性及意义》,载 <http://www.xbjuris.com/news/33/2008311220329.htm>。

司法实践并没有多大问题,学界也没有必要对司法活动指手画脚,对建议的批判直接采纳了如下模式:“你们的建议不符合我们的审判实践。”不少法官根本没有考虑过改变自己的思维模式,甚至没有意识到改变的必要。难道当前的司法实践真的已经到了不需要进一步反思的完美境界?面对当前的司法状况,或许法官们自己也不会对此做出肯定的回答。^[8]实务界安于现状的思维是法治难以进步的原因。这也使我们想到,理论与实践的隔阂是一个永恒的问题。一般的理论就是强调理论与实践的结合,但这个问题现在已经是被政治化了,成了对知识分子研究问题的一种特殊指向,即理论必须和实践结合,而不是实践也应该和理论融合或者在理论指导下进行。人们忘记了理论批评现实也在一定程度上具有改造世界的功能。当然,谈理论指导实践这可能是一个太泛化的问题,确实没有哪一种社会科学理论能作为行动方案指导实践。理论在实践中的作用仅仅是一种启发决策的知识前见。但如果仅仅满足于对现实的把握就拒绝理论的批评其实也是一种固步自封。这样的实践只能在原地打转,而不可能带来社会的进步。当然这只是问题的一个方面,其实还有另外一个方面,现有的司法实践本身也不是纯粹的实践,中间也夹杂着理论以不同方式的渗透。理论原本就是来自实践,这两者并非像有些人想象的那样泾渭分明。

案例说明:12岁的情情是上海市某学校五年级的学生,2007年11月的一天,她急匆匆地穿过校园草坪,抄近路去食堂吃饭。突然一根铁丝挂住了她的头部,摔倒在地,学校马上把她送到了医院,经鉴定右腓骨骨折,十级伤残。肇事的铁丝是食堂工人晾衣服用的。情情的父母认为学校有义务保护女儿在校期间的人身安全,对情情的伤害学校应该承担全部责任。而学校认为,情情受伤是因为它抄近路,违规穿越草坪,自己不小心被挂伤的,学校已经尽了相关的教育义务,因而不应该负责。法院经审理认为,学校对学生依法负有教育、管理、保护义务,未尽职责范围内的相关义务致使学生遭受人身伤害,应当承担与其过错相对应的赔偿责任。在本案中,原告如果以正常的速度穿过草坪,那么在到达铁丝前应该能够发现并及时停止前进。以原告的智力情况来看,对自己的行为和周围的环境已具备一定的识别、判断能力,完全能够避免伤害的发生。因此她未尽到相应的注意义务,应当对损害结果承担主要的责任。但事实上,由于该道路人流量较大,常有一些学生穿越草坪,而学校明知可能造成伤害,未采取进一步的教育措施进行制止,因而承担次要责任。故,上海市松江人民法院判决被告承担30%的责任,赔偿医疗费、残疾赔偿金以及精神抚慰金等1.95万元。^[9]

现在学校经常成为被告,几乎所有学校的管理者对赔偿的事都觉得不可理解。这除了法官的法律理念来自西方,使人们难以接受以外,从法学的角度分析,更多的是学生的权利来自什么地方?是什么样的法律规定了学校必须进行赔偿。现有的教育法规属于管理性质的行政法,对学生与教师的权利都没有系统的规定。因而现实的判案过程中,只能依据统一的司法解释,而司法解释的制作者的思想是来自相关法律的规定和民法学。相关的法律肯定是模糊的或原则性的规定,因而需要进行法律解释。我们发现,在状告学校的案件

[8] 参见“有个说法”博客信息《司法需要观念更新与自我反省》,载 <http://mr702.fydz.cn/blog/mr702/index.aspx?blogid=468962>。

[9] 案例来源:《法制文萃报》2009年1月24日,第14版。

中,对学生救济的权利以及学校的相应义务,多是来自根据法律和法学原理的推断,并不是法律的直接规定。我国义务教育法规定,学校应当建立健全安全制度和应急机制,对学生进行安全教育、加强管理,及时消除隐患,预防事故的发生。为了解决学生实际发生的人身损害责任分配问题,最高人民法院颁发了人身损害的法律解释,规定学校依法负有对未成年人的教育、管理、保护义务,未尽职责范围内的相关义务致使未成年人遭受人身伤害的,应承担与其过错相适应的赔偿责任。这些规定大多是原则性的模糊的,所以在解释这类案件的时候,法学原理起着重要的作用,规范着法律人的思维,影响着法律人的判断。就像疏义红说的:“法官的论点要符合法理,而法理的实质就是事理。司法问题的解决过程往往是一个问题答案的选优过程,在这个过程中,裁决者按照科学的思路和方法寻找论据、进行证明和反驳,就会发现案件所包含社会事务最妥帖的处理方案。”^[10]我们该怎样认识法学理论对法律解释的意义呢?

二、法学理论对司法实践的意义

“理论的主要作用在于要不断地去检视、反思和批评现实,这也是法学研究和法律科学的生命力所在。法律是保守的,但法学是自由的。”^[11]所以,在法学研究中既存在支持法治的理论,也存在消解法治的理论。一般来说,法律解释学(法律教义学)、规范法学都在方法论上支持法治;而法律社会学从严格法治的角度对法治都程度不同地对法治要进行变通。自然法学从总体上是支持法治的,但它更偏重于对实质正义的追求,因而在一些细节问题上与法治理论有些出入。但总体上人们对自然法学是能够接受的,只是在具体的做法上做了一些方法论的限制,比如用正义改变法律,需要经过法律论证。但后现代法学以及批判法学对法治基本上持的是否定态度。不同的法学立场对法治有不同的态度,这在案件分析及法律评价中都能清楚地看到。法学是自由的,但在法律解释过程中我们应选择维护法治的理论应对实践。理论对法治的维护主要是在表现在解释法律人的姿态上,法学理论只有渗透到解释法律的人身上,才能为维护法治出上一些力气。但前提是必须有理论支持法治,而不是像我们现在一些理论只是一味地解构法治。虽然我们承认各种各样的法学理论都是需要的,但法治建设更需要那些维护法治的理论。需要说明的是,维护法治并不是要迎合政治,而是要维护法律的基本教义。法律解释学实际上就是法律教义学。

一般都会认为司法实践最需要法学理论。因为在法律发挥作用的过程中,法律中原本存在着很多的未完全理论化规定,在法律解释过程中各种不同理论会重新泛起。“法律就像一个装着很多工具的工具箱。法学家通常把规定(每小时不许超过 60 英里)与标准(驾驶速度不能过快)进行比较,人为的规定显得严格,而标准则较为宽松。规定与标准之间确实存在差异。”^[12]我们在确定标准或规定的具体意义时,需要理论的支持。法学家研究的理论可以在司法中被运用,这是法学家的幸事。但也有不同的看法,在徐昕看来,“实践当

[10] 疏义红:《法律解释学实验教程》,北京大学出版社 2008 年版,第 77 页。

[11] 李其瑞:《抽象法学理论的品行及意义》,载 <http://www.xbjuris.com/news/33/2008311220329.htm>。

[12] [美]凯斯·R. 孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武等译,法律出版社 2004 年版,第 20 页。

然需要理论,但理论的最大需求者是理论家本身。实践家、法官没有理论,照样可以坐堂审案,判定是非;而理论家没有理论,就没有饭吃,就会失业,会失去光环,就没有吸引力。所以学者们的确希望有很多很多的理论来支持我们成为所谓的知识专家。”^[13]但我们应注意到,理论家与实践者所需要的理论是不相同的。也许法官并不需要前卫的法学理论,但如果他不掌握任何理论的话,对案件的分析与解释都会显得力不从心。理论家似乎更需要是一种描述性的理论,而实践者需要的是一种规范性的理论。科尔曼说:“一些理论是规范性的。他们不是说明我们实践所蕴涵的理论与观念,而是规定一些能证成特定实践和制度的条件。”^[14]尽管分析性理论与规范性理论二者之间目的各异,但它们之间并不是井水不犯河水。一些分析性理论也有某些规范性的维度,语词限制带有规范性,因此对意义的分析也就部分地具有了规范性。法理学不是政治的或者法律的实践,而是一种关于法律实践的分析性理论。“分析法理学还有着特殊与一般之分。特殊法理学主要分析说明某个特定的社群的法律实践;而一般法理学则分析说明法律的概念和所有法律实践都蕴含的某种真理(如果这种真理存在的话)。分析法理学总是有着重要的规范性方面:它致力于确定一些成为法律所必需的满足的条件。相对于这个概念的运用条件来说,它是规范性的;而其只是列举了法律实践的证成要件的意义上,它又不是规范性的。”^[15]哈特认为,法官对承认规则的接受给他们提供了一种特殊理由,他称之为权威性的法律理由。“该理由在下述意义上是制度化了的,即‘遵从(法律)标准的义务系于法官职位,并为占据该职位的法官个体所认同’,他们‘作为法官忠实地’维护制度,并以‘一种技术上被限制的方式’言说公民的法律义务。只有在这个意义上才可以说法官忠实地遵循了这些规则:哈特说,法官对道德价值的看法,是不相干的。”^[16]

在德沃金看来,无论法官什么时候做出判决,总有一些理论在起作用。“但我们只是看到了在疑难案件中有理论在起作用,而容易案件中,理论的作用却消失在人们的视线之外。实际上,除了需要对法律理由的约定论说明持不赞成的立场以外,根本不需要引进一种‘理论’(无论是已经认识到的,还是没有认识到的)来解释法律命题的真理。我们不需要一个理论来理解法律规则,就像我们不需要一个专门的理论来解释棒球规则、弹钢琴的规则一样。判断正确或者不正确的标准并不是‘隐藏在观点之后’,我们也不需要一个理论来判断速度限制是否是每小时 55 公里。”^[17]在德沃金所描绘的解释过程中,法律规范成了虚设的东西,理论证明成了决定法律是什么的基础。法律作为的标准作用下降了。“法官的大部分活动都不包括‘解释’或‘理论’这种东西。”^[18]在很多简单案件中,不需要任何解释理

[13] 王亚新等:《法学进阶之路》,中国人民大学出版社 2008 年版,第 31 页。

[14] [美]朱尔斯·科尔曼、布赖恩·莱特:《确定性、客观性与权威性》,载[美]安德雷·马默主编《法律与解释》,张卓明、徐宗立译,法律出版社 2006 年版,第 260 页。

[15] [美]朱尔斯·科尔曼、布赖恩·莱特:《确定性、客观性与权威性》,载[美]安德雷·马默主编《法律与解释》,张卓明、徐宗立译,法律出版社 2006 年版,第 263 页。

[16] [美]斯提芬·佩里:《法律理论中的解释与方法》,载[美]安德雷·马默主编:《法律与解释》,张卓明等译,法律出版社 2007 年版,第 148~149 页。

[17] [美]丹尼斯·M. 帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社 2007 年版,第 126 页。

[18] [美]丹尼斯·M. 帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社 2007 年版,第 127 页。

论,只需要合适的法律概念的知识。知道法律概念的含义就是知道了法律是什么。法律人具有的法律知识对法律人来说是不需要解释的。在法律人都知道法律的含义的情况下,或者在简单案件的情况下,解释的需求没有出现。因而也就没有解释理论发挥作用的机会。解释不能单独产生规则,这是法治的要求。“一旦语言上的一致性发生了,从发现意义的这一目的看,诉诸个人的意图、解释、个人参与者的理论等等都是多余的。”^[19]

“法学不能只满足于当前的法律政策和法律实践的需求;法律课程也不能只遵循现有的司法实践。对司法实践进行批判和修正是法学研究的必要组成部分。”^[20]对法学研究来说,魏德士说的是有道理的。但纯正的理论与那种以实务为服务目标的研究还是应该有所区别。纯粹的理论研究是一种抽象的研究,这种研究对理论的进步是有重要意义的。但是,“抽象法学理论——主要指那些具有形而上学意味的法哲学或法理学,常常被视为是非科学的空谈,成为与科学性、客观性相对立的一种说教或政治意识形态。随着事实与价值之间的相互磨合,抽象的法学理论需要不断消解事实与价值之间的紧张关系和敌对态度,使其成为一种既具有科学性、客观性的经验认知,又具有批判性、反思性的价值体验。因此,对抽象法学理论品性的认识就必须把握这两个基本的维度,否则,抽象法学理论便会永远站在遥不可及的彼岸而无法回归。”^[21]我们认为,实用性法学理论既是一种知识的表达方式,也是一种解释、分析法律案件的方法。法律思维方式在很大程度上是由法学原理所决定的。法学原理进入司法主要是通过分析案件、形成法律判断来实现的。当然这其中还包括其他法律解释方法的运用。法律方法“是法律人重要依凭的内在技艺。尚无技艺,自由的价值、诚信的原则总是养在深闺,纵有千种风情,与何人说?当下道德缺失严重,于是不少人主张法律人应该张开人文情怀,尽说义理大道,但要紧之处在于人怎样说,方便展现法律事业的独特魅力。”^[22]从解释学的角度来看,法学原理是解释中所要遵循的思维前见。因为法学本身就是一门实用性的学科。它的基本原理就是为实践服务的。良好的法律推理一般来说离不开一般法学理论。如果法律人掌握法学原理,他的自由裁量权并不是很大。但是法律判断不是建立在精深的理论基础之上,而是综合场景与规则、原则、价值的产物,理论只是其引导思维的作用,所以我们没有必要把法律理论的作用吹得神乎其神。但是在理论界,对法学原理的作用看得比较重。孙斯坦说:“人们通常根据某些一般理论来讨论伦理、政治、乃至法律问题。的确,这种方法在美国的各个法学院中越来越流行了,尽管在法院中并非如此。所谓一般理论,指的是指定一种简单的、(通常)单一的、高度抽象的价值标准,在处理案件时,照搬一般理论的法律方式。功利主义和法律的经济分析是这种推理模式常见的模式。”^[23]其实,刑法中的犯罪构成、民法中的法律关系也都是这种常用的法学原理。法律领域中的许多推理之所以涉及一般性原理,是因为这些推理都跟特定的案例的判断以及介于所有可能的原理和判断之间的判断有关。

[19] [美]丹尼斯·M. 帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第129页。

[20] [德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003版,第147页。

[21] 李其瑞:《抽象法学理论的品行及意义》,载 <http://www.xbjuris.com/news/33/2008311220329.htm>。

[22] 郑永流:《法律方法阶梯》,北京大学出版社2008年版,第4页。

[23] [美]凯斯·R. 孙斯坦:《法律推理与政治冲突》,金朝武等译,法律出版社2004年版,第14页。

三、通过解释使理论进入实践

法理学无用论是实践者(一般是在掌握一定的法律知识和法学原理以后)的普遍看法。他们没有看到,“抽象法学理论的生命力来自于它要不断地与法律实践相接触、相吻合,接受人们在实践中发现的理论缺陷和对它的批评。抽象法学理论只有在开放的状态下才能包容其他理论成果并在其中反思自己,使自己能不断地向实践和真理靠近”^[24]。我们可以把实践者的看法称为数典忘祖,也可以称为在对法学理论的误解。我们在调研的时候发现,说法学理论无用的情形多是说宏观抽象的理论无用,而不是说较为具体的法学原理。法学理论主要的功能在于开启智力,而不是制定具体的行动方案,所以,在何种意义上理解“用”的含义至关重要,理论之“用”不是把理论当成现成的行动方案。在司法实践中,法学理论对开启法律人的智慧,有积极的作用。各种具体的法理学原理作为一种分析工具,起码对解释法律思维过程有重要的作用。

案例说明:某旅行社组织的旅游,在导游的讲解下,部分游客参加了民族舞蹈“竹竿舞”的表演,50多岁的王女士在表演中不幸被竹竿击中受伤,王女士要求旅行社赔偿未果,遂将旅行社告上法庭。王女士称竹竿舞的活动场所灯光灰暗,现场秩序混乱且地面坑洼不平,组织者没有告知注意事项,导致左脚被竹竿击中后倒地,脚掌受伤。旅行社未尽到组织者的义务,应有旅行社承担全部责任2万余元。旅行社称在竹竿舞会开始以前,导游已经告知篝火晚会不在旅游的项目之内,王女士自愿报名参加活动,完全是个人自己的决定,受伤是自身原因造成的,与旅行社无关。法官经审理认为,旅行社应该按照旅游合同的约定,保障游客的人身安全。从双方的陈述及旅行社提供的证据来看,王女士参加的篝火晚会确实不是旅行社组织安排的项目。旅行社对王女士是否参加竹竿舞无法预见,对该场地的安全性更是无法提前考证,对王女士受伤不存在过错,遂判王女士败诉。律师吴兵认为,在本案中,这场纠纷的关键是王女士参加竹竿舞所受伤害由谁来承担责任?根据《民法通则》和人身损害赔偿的司法解释的规定,结合法理作了如下分析:旅行社有没有责任,关键在于在执行合同中有无过错。旅行社组织游客参加旅游,有责任保护游客的人身安全,但这种责任是有范围的,仅限于法律的规定和合同的约定范围。就旅游合同来说,责任的范围也不一定规定得那么细致。在实践中,法官对侵权人主观过错的认定主要依据侵权法中的过错理论。在本案中,王女士参加“竹竿舞”不是旅行社安排的活动,纯粹是自主参加的活动,所以旅行社在王受伤的问题上不存在过错,因而不承担责任。但该由谁来承担责任呢?王女士自己应该承担一部分责任,旅游景点的竹竿舞组织者应该承担部分责任。对王女士的受伤,王女士与竹竿舞的组织者都存在一定的过错或过失。^[25]

其实如果没有过错理论的存在,我们很难解释清楚为什么旅行社不承担责任或者承担责任,也说不清楚,为什么旅游景点的组织者为什么要承担责任。当然即使解释清楚了,旅

[24] 李其瑞:《抽象法学理论的品行及意义》,载 <http://www.xbjuris.com/news/33/2008311220329.htm>。

[25] 《即兴参加篝火晚会,跳“竹竿舞”击伤脚蹠》,载《法制文萃报》2009年2月4日第14版。