

您的位置: 首页 >> 阅读文章

阅读文章

Selected Articles

使用大字体系看本文  
阅读次数: 133

## 法的发现与证立

焦宝乾

受到科学哲学上相关研究的启示,法的发现与证立之二分逐渐被法学家引入到法学领域,并且成为法律论证理论的一个重要理论基础。法的发现与证立之二分对于法律论证理论具有十分重要的理论意义,从某种意义上说,它规定了法律论证所要研究和考察的范围。同时,也正是因为这种哲学的影响,法律论证理论被认为是源于分析哲学或者从知识属性上被定性为分析学。

### 一、哲学上的发现与证立之二分

关于发现与证立之二分,最早的思想萌芽可以追溯到古希腊的亚里士多德。亚里士多德很早就注意到直觉在发现科学知识中的重要意义。在《后分析篇》中,亚里士多德提出,"科学知识和直觉总是真实的;进一步说,除了直觉外,没有任何其他种类的思想比科学知识更加确切";"可以推知,不可能有关于原始前提的科学知识,又因除了直觉外没有任何东西比科学知识更为知识,了解原始前提的将是直觉---这个结论也是从下述事实推知的:证明不可能是证明的创源性根源,因而也不可能是科学知识的科学知识。因此,如果它是科学知识以外真实思想的唯一种类,直觉就是科学知识的创源性根源"。(1) 尽管如此,亚里士多德还是将科学知识的产生看作是逻辑证明的过程,而实际上没有看到"科学发现"。"科学发现"真正受到重视,并成为科学哲学的注意焦点,是随着科学革命而发生的。

20世纪对科学革命作哲学反思的逻辑实证主义者,基于极端的经验主义立场提出了"发现的过程"(context of discovery)和"证明的过程"(context of justification),意图将科学发现排除在科学哲学的研究视野以外。(2) 这一区分对逻辑经验主义的科学认识论的方法具有重要意义。它主张,将各种理论和各种假设的产生和出现进行模拟的因素归于发现的过程,这种因素可能包括创造性才能、宗教信仰、研究经验所养成的性情、想象等等;将下列因素归于证立的过程:这种因素确定着各种理论和假设的真值性和可接受性,包括经验检测、一致性、丰富性、简单性、范围等等。(3) 通过区分证立与发现,逻辑经验主义者希望避免将因果性问题跟规范性问题相混淆。然而夸大这一区分的性质使我们对那种在人类实践中起作用的理性概念的重要特征产生误解。(4) 由此可见,哲学上发现与证立的区分体现了人们对科学性的追求。

具体说来,这一区分首次由德国哲学家赖欣巴哈在20世纪上半期将其引入到科学哲学领域,后来又被维也纳学派进一步阐发。赖欣巴哈指出:"我们强调说,认识论不可能关心前者,而仅仅关心后者;我们表明,科学分析不是针对实际思维过程,而是针对知识的理性重建"。(5) 发现与证立之区分,是赖欣巴哈在分析理性重建这个概念时提出来的。在为经由猜测引导科学发现的方法进行辩护时,他批判了某些哲学家对此的误解:他们误解了这种关于发现的心理描写,误以为它证明了从事实引导到理论不存在逻辑关系;由此认为假设-演绎方法是不可能得到逻辑解释的。在赖欣巴哈看来:"这些哲学家没有看到通过猜测而发现他的理论的科学家要到他看见他的猜测为事实所证明之后才把他的发现显示给别人"。(6)

人们长期认为,发现是心理学研究的对象,只有证明(justification)才是科学哲学-方法论应该关注的。甚至直到1950年代,西方还有不少科学哲学家仍然认为,科学哲学或科学方法论的任务应当是分析和证明业已形成的科学知识;至于这种知识的起源和科学发现的过程,则应当是心理学家、社会学家所要研究的问题,因为科学发现是跟科学家个人的心理特征与其相应的社会环境因素相联系的。赖欣巴哈以为:"把

更多▲

特聘导师

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

法律与非典论坛

假设-演绎方法神秘地解释为一种非理性的猜测,这是由于把发现的前后系(context of discovery)和证明的前后关系(context of justification)混为一谈而产生的。对于发现的行为是无法进行逻辑分析的;可以据以建造一架'发现机器',并能使这架机器取天才的创造功能而代之以逻辑规则是没有的。但是,解释科学发现也并非逻辑学家的任务;他所能做的只是分析所与事实与显示给他的理论(据说这理论可以解决这些事实)之间的关系。换言之,逻辑所涉及的只是证明的前后关系。而通过观察事实证明一个理论的正确则是归纳理论的主题。"(7)在批判上述观念的基础上,赖欣巴哈提出了哲学上这一著名的区分。

其实,类似的区分在其他哲学家的理论中也有体现。比如,发现的逻辑和证明的逻辑,在某种意义上就是罗素所说的熟而知之者和述而知之者。证明的逻辑能够运用语言表述。发现的逻辑虽然不能用语言充分表达出来,但发现的过程作为一种意会过程,常常迸发出极大的创造性。因此,方法论研究应当把发现纳入自己的视野。英国哲学家波兰尼认为,人类的知识分为两类。通常被说成知识的东西,即用书面语言、图表或数学公式所表达的东西,只是其中的一种;而非系统阐述的知识,例如我们对正在做的某事所具有知识,是另一种形式的知识。前者叫作言传知识,后者叫作意会知识。英国哲学家赖尔在《心的概念》一书中,提出了区别两类知识范畴的一种有用方法:知道如何(Knowing how)和知道是何(Knowing that),很好地说明了发现和辩护的关系。(8)知道是何,是一种可以明确表述的知识,证明的逻辑就属于这种知识,常以劝告、程序和常识规则的形式出现,目的是对科学活动过程作出明白无误的解释。知道为何,则是一种无法明确表述的知识,认知者心里明白,但讲不出来。发现的逻辑属于这种知识。

不过,最近的科学哲学家对这一区分的可行性进行质疑,尤其是科学史研究领域(如库恩、费耶阿本德、拉卡托斯、霍金、布朗等)。(9)批判主要来自两个方面:

其一,不可能存在"发现的逻辑"。如科学哲学家波普即否定科学发现的逻辑。在现代科学革命时期,科学发现展现出极为丰富的图景,因此那种纯粹的逻辑描述实在显得苍白无力,而与科学发现的实际相去甚远。波普在其成名作《科学发现的逻辑》一开始即断然否定书名所指的东西。没有任何逻辑可用于对知识进行研究或发现新知识。

其二,在重要的情形下,是接受还是拒斥某一理论的决定并不完全是作用于所谓客观的标准,它也部分地取决于心理学、社会学与文化学的因素。(10)如库恩本人即曾谈到:"我甚至似乎也可能已经违反了'发现的范围'(context of discovery)和辩护的'范围'(context of justification)这个当代非常有影响的区分。"(11)库恩所拒绝的是这一区分本身。就像反对逻辑实证主义,库恩反对存在有对接受或者拒绝科学理论的标准所进行的这么一种研究,这种研究完全独立于导致上述接受或者拒绝的心理学、文化学和社会学的因素。因此,抛弃一种理论而接受另外一种理论无法通过证明(by proof)来解决。库恩由此主张发现与证立二分甚至无法构成一个有说服力或有用的科学方法的理想模型,理论选择无法通过证明来解决,科学共同体的理论接受机制取决于说服和修辞,很可能就不受逻辑分析的影响。(12)

还有学者认为,发现和证立之区分实际上是相对的或不那么分明的。如刘大椿认为,知道是何并非在任何情况下都必不可少。人们并非不学语法、句法就不能说话、写文章。从事科学活动,不能把主要精力集中在规则和明确的步骤上。没有一个伟大的科学发现是按照现成的方法或程序作出的。

因此,轻视辩护和拘泥于辩护都是不恰当的。承认发现的逻辑,还有一个充足的理由:随着研究的深入,人们懂得,发现和辩护间的区别是含糊不清的,并不像乍一看那么分明。在实际研究中,发现不仅仅是心理事件,至少部分还是辩护和信仰,因为只有已经被辩护了的东西才是发现,所以发现应当包含在辩护中。发现和辩护之间没有一道鸿沟,它们正在逐渐接近。当前科学哲学发展的一个重要趋势是,既探讨证明的逻辑,也探讨发现的逻辑。发现和辩护之间即使有差别,也只是程度上的差别。(13)

## 二、法学上的发现与证立之二分

美国现实主义法学和欧洲自由法运动大体上均在20世纪上半期出现,这两种理论均表现出跟法律论证理论旨趣截然相反的研究倾向。在德国,随着利益法学转向后来的评价法学,出于顾虑到司法者将其个人的价值判断取代法律的价值判断,出现了后来的法律论证理论。(14)从发现与证立二分这一主题的角度看,需结合德国以施米特为代表的决断论来研讨法律论证理论。因为,在大陆法系法学谱系中,传统的科学方法论由于涵摄模式对法律解释学的支配,从而视论证理论"没必要";而决断论则强调法律决定的非理性主义,从而视论证理论为"不可能"。(15)

### (一) 现实主义法学

法律形式主义者轻视法律解释的重要性。现实主义法学则认为,那种传统的演绎式的理论模型必然无法正确描述具体案件中法院实际上的判决过程。这是因为这种演绎理论没能:(1)考虑到没有任何两个案

件事实可能是相同的; (2) 认识到人的特性之运作是一种重要的, 虽然并非是一个演绎过程; (3) 意识到不存在事前的法律规则来拘束法官。(16) 作为对法律形式主义的反动, 法律现实主义倾向于忽略法律证立的问题, 甚至有时将法律判决的制作简化为人们所谓的司法“美食学”--判决就是法官早上吃了什么的问题。

现实主义法学家以为, 在判决过程中, 直觉和预感是在该特定个案中正确解决办法的关键因素。那种将法律之个案适用描述为该案件已经被预先决定, 是一种常见的误导人的观点。这是因为真正的判决过程是直觉性的而非演绎性的。哈奇森说: “法官是根据感觉而非判断力, 直觉而非推理来做出裁断。” (17) 卢埃林认识到事实因素在司法判决中的重要性, 非常注重司法中的情境意识(Situationsense), 主张“问题- 情境之思考”(Problem situation thinking) 和依“情境法则”(Law of situation) 构筑法律, 将法律适用于事实其实是司法机关一项极其重要并且具有创造性的职能。(18) 卢埃林的方法论对美国统一商法典产生了直接的影响。如其中第1 - 102 条规定: 本法应被灵活解释适用, 以促进其基本目的和政策的实现。卡多佐法官亦曾谈到: “我已经讨论了一些因素的力量, 法官公开宣称这些力量有助于形成他们判决的形式和内容。尽管这些力量很少为人们完全意识到??但是, 仅仅承认它们的力量并没有穷尽这一题目。在意识的深层还有其他一些力量, 喜爱和厌恶、偏好和偏见、本能、情感、习惯和信念的复合体, 这一切构成了一个具体的人, 而无论这个人是否诉讼者还是法官。” (19)

弗兰克也认为司法判决的过程并非是逻辑分明的。不过, 弗兰克并没有单独将预感或直觉当作司法判决中的决定性因素。他主张司法判决过程中的法官的个性是理解案件判决的方式的关键。依弗兰克的现实主义法学, 法律是不确定的、不明确的并且受制于无法估算的变化。从心理学上, 法官裁判的过程很少从某个前提出发由此得出结论。司法判决往往是以后推的方式从试探性表述的结论作出的。正是这些直觉或刺激而不是规则或原则使法官来正当化其判决。这些偶然性的因素取决于法官的特定人格特性。说到底, 正是法官的这种个性、偏好和习惯决定了法律是什么。弗兰克以为对法律确定性的期盼是一种“恋父情结”, 因而主张人们要从这种情结中走出来。弗兰克心目中“完全成熟的法律家”形象乃是无需某种外在权威, 具备批评性的头脑并依据社会进步来发展法律。

还有一种观点认为, 法官对案件事实的情感反应才真正决定了所得出的最终结论。同样地, 司法意见书中援引的法律规则并非决定该案件的标准, 它们不过是表现法官偏向于某特定判决的某种语言工具。

(20)

与上述各种观点相应的是, 有三种关于法律判决过程的替代性建议: 一是, 直觉是法官决定案件的一个过程; 二是, 个性也是决定性的; 三是, 法官依其情感或偏好进行判决。(21)

20 世纪上半期的欧洲“自由法运动”过程中也有不少类似的观点。自由法运动也强调审判过程中的直觉因素和情感因素, 并要求法官根据正义和衡平去发现法律。(22) 如彼德拉日茨基就提出一种“直觉法律”(intuitive law) 的理论。德国法学家伊赛认为, 法官的判决不是对法律的演绎, 而是一个意志活动, 一个决定。是非感总是在判决之前, 逻辑的证立只是随后发生, 在证立中存在着一个将来如何证明的思维。

(23)

## (二) 施米特的决断主义

德国思想家施米特的决断主义(Dezisionismus) 跟当今以论辩商谈为主要理论旨趣的法律论证理论截然相反。施米特的理论从思想渊源上可以追溯到尼采关于“解释先于意思”之真理虚无论见解。(24)

早期施米特的思想跟后来不同。在《法律与判断: 法律实践问题研究》(1912) 中, 施米特还带有新康德主义法学色彩, 把法律秩序描绘成动力性的静态系统, 随时整合实际政治冲突导致的偏离; 司法判断不是主权者意志的奴仆, 而是由法律规范训练出来, 按规范形式行事的自主的法官。(25) 但是到后来, 施米特转而对上述立场的批判: “施米特同时对新康德派的法理学及其规范思想进行了激烈的批判, 因为规范思想将整个的国家变成一个空虚的和形式的关系网, 而国家在这个关系网上只是一种‘加标点’(Zurechnungspunkt)。” (26) 这些批判主要体现在后来出版的《政治的神学: 主权学说四论》(1922) 一书中。(27) 依赖于韦伯的法律社会学, 施米特将凯尔森的法律实证主义竖为攻击的靶子。

《政治的神学》指责理性化的科学世界观把自然看作功能系统, 通过技术的力量操纵这个系统的规则, 必然会清除法律秩序中法官个人极为重要的人格作用, 使政治制度在宪制上成为短视的政治形式, 最终会耗尽现代国家的主权力量。(28)

施米特认为, 在施米特的理论中, 决断主义跟规范主义和具体秩序思想相对立。“而这一组分类, 主要是针对‘法秩序’(Recht s - Ordnung) 这一概念而来的。所谓的规范主义(Normativismus), 就是将法秩序



这个概念的重点,放在'法'的这一边,并且将'法'了解为抽象的实证法律规范的集合。因此法秩序,就是实证法规范秩序。而所谓的具体秩序思想(konkretes Ordnungsdenken)则是将重点放在秩序这一边,而且是法律所依附的既存具体宇宙、教会、文化、社群或国家秩序。"而第三种思想模式,即决断主义是:"任何法效力与价值的最终基础都可以在一个意志作用,也就是一个决断中发现,这个决断作为纯粹的决断,创造了'法',而且这个决断的'法拘束力'(Recht skraft)无法从决断规则(Entscheidungs-Regel)中推导得出。"(29)施米特宣称任何法律秩序均基于某种决断,该决断乃构成这种秩序的不可化约的和活跃的政治基础。该决断从下述意义上是基本性的:它不仅仅是某种司法决断或者议会多数制定某一法规之决断,而且也是关于法律秩序之性质的决断。(30)这一思想模式是以某种具有人格性的意志为后盾,来作为法效力的基础,作为法秩序拘束力的最终来源。施米特以为这一思想模式来源于霍布斯。对于施米特来说,这种决断者即主权者。正是通过主权者的意志决断,来避免混乱和无秩序,并形成法律和秩序。(31)

施米特的上述理论适应了纳粹德国当时的官方需要。实际上,早在大战的准备时期,施米特就已成了拥护希特勒德国的世界征服计划的重要法理学理论家。(32)基于此决断论,在司法中,帝国法官作为元首在法律领域的政治军队,致力于实现政府首脑和纳粹党的愿望。司法界鼓吹法官应以一种"健康的偏见"来处理案件",作出符合纳粹法律秩序与政治领导阶层的价值判断"。(33)这是因为",法官身份是从领袖身份产生出来的??谁要想??把二者割裂开来,谁就是企图利用司法的帮助来彻底改变国家。"(34)

### (三) 迈向法的发现与证立之二分

其实,20 世纪上半期以前,无论是各种形式的演绎论还是规则怀疑主义的观点均主要是描述性的。关于法律推理的规范性观点与法学作品在此时期非常少见。正如Wasserstrom 所论:"无论是基于对逻辑判决过程的批判,还是在建议替代那种关于判决案件的现实主义或社会学方法方面,都严重缺乏某种明晰性。"(35)法律现实主义运动的效果,只是摧毁了原有的概念主义的范式,而未提出任何取代其原有地位的任何主张。所以,后来的理论倾向于在批判现实主义法学的基础上,提出某种规范性的理论主张。因为,人们已经无法在现实主义法学描述性的理论框架内将裁判结果予以正当化。

阿列克西认为:"我们是否可以由此得出结论说:作出裁判者的评价(尽管其不可在主体间得到检验)起着决定性的作用,而这些评价也许可以在社会学或心理学上得到解释,但却不能(在逻辑上)加以证立?这个结论,就它牵涉到法官的法律发现活动的正当性和以讨论规范问题为己任的分析的科学品性而言,至少还不是我们所期望的。"(36)

法律现实主义否认某一司法判决成为依据某种涵摄模式予以证立的判决的可能。从此来看,法官得出某一结论的过程无法被重构为一种演绎性论证。它并非从作为前提的一般规范出发,得出一个作为结论的个别规范。依法律现实主义,这证明了作为实践推理的演绎模型无法适用于司法判决的证立中。但人们不止一次地提到法律现实主义的这种结论乃是基于一种错误的解释。阿根廷法学家Bulygin 评价说,现实主义在此犯了如下的错误:将逻辑学跟心理学两个层次相混淆。一种是前提中提到的规范与判决中确定的最终法律结论之间的逻辑关系,另一种是法官的心理学上的因果动机。(37)求助于一种类似的模型,Atienza 指出现实主义的错误在于混淆了发现的过程跟证立的过程:"一件是前提或者结论得以确立的过程,另一件是前提或者结论被予以证立的过程。"(38)

较之美国现实主义法学家弗兰克(J. Frank)和哈奇森(J. Hutcheson)的司法直觉理论,利益法学方法在对法权感的实践助产和理论还原上,都显得更为具体和系统。即便如此,依陈林林之见",无论是个案剖析,还是整体校验,利益法学方法都无法满足方法论上的可操作性、可预测性和确定性的要求,它并不能成为一种独立的或自足的法学方法,因此,也就不能担保判决之合法性与正当性。勉力为之,就难免露出方法论上之盲目飞行的尴尬形迹。"为避免此尴尬,在根据利益衡量得出结论之后,他尚须开启并完成一个论证结论之合法性与正当性的阶段。(39)类似地,针对如上伊赛的观点,恩吉施亦不能赞同,他并不否认上述是非感等非理性因素在法官发现判决中一直可能起着某种作用,不过他认为伊赛的学说是纯文化中的心理学至上论,这一学说忽视了规范性逻辑的特殊问题。"在这一点上,决定的发现和决定的证立不是对立的,这个对法官提出的任务意指:发现通过制定法而证立的决定。"恩吉施这里实际上提出了法的发现与证立之二分的观点。(40)

芬兰法学家阿尔尼奥认为,任何法律判决都可以很不同于它被发现的方式事前以三段论的形式进行书写。正是从此意义上,内部证立独立于发现的过程。然而尤其是在疑难案件中,人们总是质疑该推论的前提。在此情形,该前提本身需要予以争辩。按照弗罗布斯基的术语,这是外部证立的任务。"内部证成的各种形式并不是要求复制做出裁判(决定)者之实际进行思考的过程。必须在发现的过程和证成的过程之间作出一个清晰的区分。"因为跟决定的证成相关的是,引入什么样的方式来支持决定者所作出的决定。

上述内部证立的形式有时会被批评为没有充分考虑到“事实与规范之间的交互作用”。对此颜厥安认为：“其实在各个层次解明构成要件之概念内涵时，当然也要充分考量事实关系的影响，不过这并不影响内部证立的逻辑结构。也就是说，重点在于是否充分而完整地进行对法学判断之证立，而不在于这个裁判事实上是透过何种过程发现的。在经验中也显示，往往一个法学上之判断‘先有结论，再找理由’，这些结论也常常是透过直觉产生。但是只要这个结论可以经由逻辑严谨的步骤加以证立，当初这个结论是如何产生的并不重要。因此阿列克西特别指出，‘发现的过程’（Prozeß der Entdeckung）与证立的过程（Prozeß der Rechtsfertigung）应当加以区别。虽然后者会影响到前者，但在法律论证理论中主要关心的当然是证立的过程，而非发现的过程。”（42）

佩策尼克则看到，法律推理的复杂性，乃是关于其正确性的评价的哲学争议的理由。这个正确的问题跟证立的问题一样。“证立”被界定为就某一结论给出充分理由。但何种理由应被视为充分？这是个规范性的问题。这些问题属于所谓的证立的过程。人们必须将其跟在所谓发现的过程所提出的描述性问题相区分。何种因素导致法律争议的某种给定结果？哪些理由实际上被视为有说服力？对于法律家来说是充分的理由，对于道德家、政治反对者或者哲学家等或许是不充分的。后三者可能要求对于法律家理所当然的前提予以证立。法律结论、司法判决等此类的因而也要予以证立。（43）基于此，佩策尼克区分出语境充分的法律证立和深度证立。这种对法律推理之目标、理由、方法、概念以及结论的评价构成裁判的核心。（44）

与上述规范性的研究进路相反，法律现实主义则贬低了法律判决制作的客观性。作为对法律现实主义这一观点的回应，法学家依循着科学哲学上的思想，就发现的过程和证立的过程做出了区分。如上主要考察了大陆法系法学家的相关观点。在英美法系国家，从理论谱系上，这一区分首先被美国法学家Wasserstrom提出。（45）在他看来，这一区分有助于说明，司法判决中强调演绎的法学家和像弗兰克这样的法学家之间的分歧。Wasserstrom将哈奇森和弗兰克的作品视为是对演绎理论的两种没有得到发展的理论替代”，将对演绎理论的批判立足于认为做出判决的关键因素是‘感觉、情感、主观经验或者无法分析的个人偏好’是错误的。”（46）Wasserstrom解决了关于法律现实主义回应形式主义的问题。在他看来，现实主义者是在攻击一种十分粗糙版本的形式主义。对于Wasserstrom来说，要紧的是，判决如何被予以证立。Wasserstrom介绍了这样一位科学家：他发现一种对癌症提供完全免疫力的疫苗，由此来阐发和支持他在法律领域关于发现和证立的区分。这位科学家“向科学界宣称他无意间发现了这种特殊的化学成分？？在一张张纸片上写下1000种可能的化学成分，把这些纸片做成很大一顶帽子，随意的从中取出一张。”这一活动是个发现的过程，但这种疫苗是否有效还不知道。下面的问题就是科学家的主张事实上能否得以成立。这种疫苗必须从经验上加以验证，确定其是否对人在抗癌方面具有免疫力。通过建构发现和证立这两种分析类型，Wasserstrom试图调和法律现实主义和形式主义之间的争论。（47）在当今法学家当中，麦考密克对法的发现与证立之区分的论述是最完整和最具说服力的。（48）麦考密克对于证立过程的阐述可被视为Wasserstrom对法律现实主义者方法论和结论回应的确认和发展，这代表了一种得到发展的形式主义和实证主义的研究视角。麦考密克肯定了Wasserstrom关于发现和证立的区分。“促使法官认为一方而非另一方胜诉跟另一个问题截然不同，即是否考虑了好的正当理由来支持一方而非另一方。”他将发现过程的研究跟法律现实主义者相系，在他看来，“后者研究了‘促使法官认为一方而非另一方胜诉’，而将证立的过程系于对‘好的正当理由来支持一方而非另一方’的研究。”（49）麦考密克由此具体考察了两种类型的法律证立，即初级证立与次级证立。Anderson以为，（50）麦考密克的理论可被视为对关于法律的功能和作用的自由民主所提出的挑战与问题的一种应对方式，即如何限定司法裁量权，维持司法与立法的权力分立。因为直觉被认为是任意的、非理性的、无法预期的和主观的，因此，法律现实主义者对直觉的讨论威胁到法治的模式。麦考密克的论述描述和规定了在发现法律的过程中如何保留或者应当如何保留任意的、非理性的因素，以及不系统的、无权的（unauthorised）司法判决如何或者应当如何予以限制。

另外，还有其他英美法系国家的学者也认可此种发现与证立之区分。如波斯纳以为，法律寻求的是合理性证明的逻辑而不仅仅是或主要不是发现的逻辑。（51）孙斯坦也主张：“不管怎样，判断心理（即导致做出决定的内在过程）和法律中的公开求证过程之间存在一定差异。对法律推理进行描述并不是想揭示司法心理--这一任务应当由传记作者来完成--而是想了解律师和法官如何进行公开求证的（这不可避免地带有评价特征）。”（52）

不过，也有人认为，上述区分亦非绝对，而是具有相对性。一如在科学哲学上，发现与证立之区分实际上亦并非截然分明。在法律实践中，法官通常会预期其判决过程的证立问题。因此，实际上并非总是可能明确区分法律裁判过程中的这两个阶段。但是，这并不意味着在法律理论上不能做这种区分。当对某一法律判决的法律证立的性质进行分析和评价时，即得予以区分。“评论者联结这两种过程对司法活动进行综合分析，将会弱化这一区分的重要性，尽管这一区分从分析上说来依然有效。”（53）

另外，甚至还有人否定法律中发现与证立之区分，如英国法学家Anderson以为，作为对法律形式主义和法律现实主义的回应，当今法学家在发现和证立之间做出了“严格”的界分。但他对这种发现与证立之二分的观点提出质疑：“我将首先考察当今关于法律推理的论述当中，是怎样被法律证立的过程的研究所充斥，从

而误解和忽略了'真实的'对判决制作过程。??通过法律现实主义的直觉在判决制作过程中的阐述和法律实证主义关于发现与证立二分的对比,我认为,在主张发现与证立是独立的过程,以及公开的法律证立构成法律推理的重要方面之前,应该对司法判决制作的'实际'过程予以认真研究。"(54) Anderson 以为,在法律理论家当中,法律现实主义者谈论导致"直觉"、"预感"的"困惑"与"沉思"时,他们最近似地描述了发现的过程或者"真实"判决制作过程。而现代法律理论家在进行发现与证立的区分时,实际上忽略了"真实的"判决制作过程,因而主张对判决的公开证立构成法律推理的关键一环。学者 Hal t tunen 也认为,在法律语境中,实际上是无法在发现和证立之间予以区分。令人满意的证立即等同于发现的过程。自然地,该问题的核心在于,在此语境下的"发现的过程"的准确意思是什么。(55) Zenon Bankowski 批判了那种将发现和证立截然两分的观点。他首先从术语上对"发现"一词的合理用法进行了分析,简言之,"发现"就是通过相关检验的事情。进而他认为,发现与证立并非截然两分的两个过程。用他的话说:"发现无法独立于证立:人们无法将二者分开,发现包括了证立的活动。"发现与证立有着内在的关联是因为,被视为发现的东西部分上决定于发现的程序,而后者反过来有取决于在此特定情景下所采取的证立的程序。(56)

总之,尽管存在一定的不同看法,科学哲学上关于发现与证立之二分的观点在法律中毕竟还是获得了不少法学家的承认并且成为法律论证理论的一个基本观点。

### 三、法律中发现与证立之二分的根据和意义

法律领域中发现与证立之二分存在一定的解释学上的依据。随着近年来本体论转向后的解释学理论和语言哲学大规模的进入传统的法律解释理论,法学研究的基本范式和话语被深刻地改变了。

如果说原本被掩盖的那种司法中的主观因素在20世纪上半期的现实主义法学和自由法运动过程中被人从心理学和社会学层面上被揭示出来,那么当今的解释学从哲学的高度上深刻的揭示了这一主观因素存在的正当化与合法性。问题已经不再是对司法活动中所存在的主观活动一味地予以揭示和抱怨,而是对此现实存在的价值判断进行正当化。假使有人怀疑其主张的正确性,则其必须就其主张说明理由,仅诉诸法感是不够的。如拉伦茨所论:"因为这是他个人的感觉,别人可能有相同的感受,也可能没有。没有人可以主张他的感觉比别人的确实可靠。仅以法感为基础的判断,只有对感觉者而言是显然可靠的,对与之并无同感之人,则否。因此,法感并非法的认识根源,它至多只是使认识程序开始的因素,它促使我们去探究,起初'凭感觉'发现的结论,其所以看来'正当'的原因何在。"(57)

在此背景下,学者主张"在敞开的体系中论证"。法律适用的整个过程开始普遍被区分为法律发现的过程与法律证立的过程。前者关涉到发现并作出判决的过程,后者涉及对判决及其评价标准的确证。一如科学哲学上区分所谓科学发现和科学证明。

更重要的是,法律领域中发现与证立之二分乃是以哲学上相关区分为依据。直觉、偏见和价值这些因素很可能影响到法官就法律问题做出判决的过程,但所有这些均属于发现的过程,而决不损于司法裁判的客观性。因为跟现实主义法学家相反的是,司法过程的客观性存在于证立的过程中。(58)换言之,存在于法官支持其结论所给出的"合理化"当中。关键之处在于,所给出的理由是否足以确立这种结论,而非这种结论是否是直觉、偏见或者价值立场的产物。

发现的过程与证立的过程之区分这一几乎是科学哲学上的正统学说,究竟是否适用于司法判决制作的"客观性"的问题?美国法学家戈尔丁认为,发现的过程与证立的过程之区分,在法律领域应当如在科学领域一样进行区分。这样就预设了法律领域和科学领域的决策具有可比性。科学的客观性隐含于证立的过程当中,因为真理或可接受性的标准独立于科学家本人的个人偏好和价值。同样地,法学家回应弗兰克的观点乃是将司法判决的客观性置于司法证立的过程当中,亦即,法官支持其判决结论的合理化当中。在弗兰克看来,司法价值评断,不管明示与否,均为个人价值的表现。然而,这种观点是自相矛盾的,某种价值是个人的并不意味着它也不被其他人广泛接受。主张价值评断构成司法意见的组成部分,这一点很重要,因为司法证立也是社会证立的一种形式。(59) 戈尔丁认为:"科学的客观性存在于证立的过程,因为真理或可接受性的标准(实践检验、一致性、丰富性、简单性以及范围等)是不依赖于科学家的个人偏好和价值的。类似地,对弗兰克祛神秘化(demythologization)所作的回应将司法决定的客观性置于司法证立的过程,即法官支持自己的结论时所给出的'合理化'。关键的问题在于所给出的理由对于确立结论是否合适,而不在它们是不是预感、偏见或个人价值前提的产物。"(60)可见,即使某种价值判断介入到司法决定当中,那么它也并非作为法官的个人偏好而介入的。

重要的是,支持这一结论的理由使得并且能够成为该法官所处的法律共同体当作合法的前提予以接受,或者说,这种价值判断对于其所适用的共同体具有某种意义。"一项司法判决的检验标准甚至不在于它达到的效果,而在于为证明其正当性而提出的论据的质量。"(61) 戈尔丁也指出:"科学的发现和法律的说理两者结构上的差异,来指出法律说理不能适用科学发现之逻辑;法律说理不是在抽象中作说理,它是一种法官



尝试使其判决正当化,并对败诉的一造和受其判决影响的社会大众说理的过程,因此法律说理应是社会说理的一种形式,其强度与社会上所能接受的法律论点和法律命题所决定。”(62)

当今不少法学家如Wasserstrom、Bankowski 均在科学与法律之间进行过类比,由此来阐明和支持其在法律领域发现和证立二分的观点。比较而言,麦考密克提出了一个更具说服力和明晰的关于科学与法律的类比,并用在分析发现和证立的区分。麦考密克运用科学上对发现与证立的理解,来阐明与支持法律领域中发现的过程与证立的过程之间的区分。在法律中,律师向法官提出的各种主张类似于科学家的“洞见闪念”(flashes of insight)。然而,这些洞见闪念必须予以证立。因为它们可能正确,也可能错误。或许因为当时波普的理论很走红,麦考密克采用了波普对科学发展的说明,来更深入地发展这种类比。麦考密克在波普式的科学与法律之间的对比涉及到两个方面的类比:一是发现与证立之一般区分可在科学与法律上找到;二是科学检验是用于法律证立的一种模式。(63) 麦考密克在波普式的“科学证立”和“次级法律证立”之间进行类比,以说明和支持其对“次级证立”中的“检验”的分析。“正如科学证立涉及检验某一假设针对另一假设,并且排除检验无效的,法律中的次级证立则涉及到检验几个彼此竞争的可能的裁判,并且排除那些不符合相关检验的部分。”(64) 通过科学与法律的这种类比,科学在学术共同体中的声望有助于增进和提高麦考密克对发现与证立论述的说服力,并且将证立确定为法律推理过程中的重要一环。(65)

其实,在西方法学史上,关于“法律发现”之观念和用语也是由来已久。西方法理学上法的“发现说”认为认为法官的职责乃是宣告和解释法律,而不是制定法律。其代表人如科克、霍尔、培根及布莱克斯东等。

(66) 哈耶克的“未阐明的法律”,即隐含在整个规则系统以及该系统与事实性行动秩序的关系之中,而并没有得到明确的规定。(67) 这种规则即得由法官去“发现”而非“创造”的。科学哲学上所讲的“发现”跟法学上的“法律发现”之概念当然有性质上的根本不同。显然,法学知识的性质不具有像基于科学发现的知识那般的确定性。波斯纳认为:“认识论基础更不稳固的领域诸如法律所产生的一般知识在可靠性上可以与科学知识相比,那就是一个错误。在很大程度上,法律得不到,至少还没有得到科学的方法,科学知识是通过这些科学方法创造出来的?”(68) 从此意义上,川岛武宣所提倡的科学的法律学,尤其是他终生所探究的法律解释的科学性,力图把法律的正当性建立在关于客观法则的科学真理上,也许仅仅是一种理想化的追求。

“法律发现”乃是法律方法论上的一个常见概念。不过,人们对这个概念理解上不尽一致:(69) 一是法律产生的方式;二是法律获取,即法官在哪里去寻找适合个案的法源及法律规范的活动;三是与法律适用有本质区别的一种法律应用活动;四是与法律适用无本质区别的一种法律应用活动。传统的并且迄今依然可能处于支配地位的观点是将“法律适用”与“法律发现”视为具有本质上的不同。所谓“法律适用,是当拟判断的案件已经被规定在可适用于绝大多数案件的法律时;这时所进行的只是一种‘单纯的包摄’。而发现则是少数的例外”,当对拟判断的案件找不到法律规定,而这个法律规定是依照‘法律秩序的计划’必须被期待时”,所进行的才是法律发现。考夫曼以为,通说所称的“法律适用”只是法律发现的一种情形;后者是上位概念。(70) 郑永流将此二概念作为一种平行关系,并将其分别对应于法律判断形成的推论模式和等置模式。

如果说上述概念在法学中长期以来即已存在,人们早已耳熟能详的话,那么“发现的过程”和“证立的过程”之二分观点在法学中的出现无论如何只是后来的事情。尽管这种二分观念的确立也经历了一个发展过程,甚至至今还存在一些不同的看法。但是哲学上发现与证立二分的观点的确在法学领域中得到了认可和运用。

这一区分对于理解司法裁判过程中法律论证的作用十分关键。因为它提出了评价法律论证规格的标准。判决作出的过程固然是一个心理过程,但也正因如此,在现代社会它也成为另一种研究的对象。无论判决是如何作出的,为使其判决能被人接受,法官必得对其法律解释予以充分阐明,由此确证其裁判的正当性。而法律论证即关系到这种确证的标准。在法律论证理论中,法的发现和证立之二分也正是把握法律论证含义的核心,没有这种二分,法律论证的概念就难以成立。这被认为是法律论证理论从分析哲学那里拿来的法宝。有些学者称此区分为创造--评价(invention--appraisal)。

这一划分的意义就在于:首先一个假设(hypothesis) 被给出,然后有一个从这个假设(H) 推出的观察报告(observation) 被判断为真,那么这个假设(H) 将成立,从而可以说,这个H 就可以解释支持它成立的观察报告(O),这是科学理论上的划分,与波普的试错过程有些相像。司法过程中,也大致有这样的划分,只是在支持H(在法学中它是结论R) 的观察报告中,问题可能比较复杂,它不仅仅是一个法律L 和事实F 的问题,在他里面还有一个价值V 的问题,这被Golding 称为R-L 模式。(71)

上述两个阶段的区分,对于确立那种评判法律论证性质的各种标准,十分重要。出于对那些基本因素的考量,法官有义务使其判决正当化。这并不意味着,他们有义务去对发现正确判决结果的过程及其在此过程中起一定作用的(个人) 灵感予以洞察。因此,研究法律论证的合理性涉及那些跟证立的过程中提出的各种观点相关的要求,而非那些跟(发现的过程中) 作出判决的过程相关的要求。(72)

判决的过程是一个心理的过程,而这是另一门学科研究的主题。(73)无论这些判决是如何作出的,法律论证只研究涉及法官使其判决正当化所虑及的各种标准。总之,通过上述法的发现与证立之二分,法律论证的范围和目标等基本理论要素大体上就确定下来。一如当年奥斯丁的“法理学范围之界定”,法律论证理论亦经由此二分确立了自身的研究范围。

注释:

(1) 亚里士多德:《后分析篇》100b7 - 9、100b12 - 14。

(2) 根据学者的总结,与这对词类似的还有:动机(motivation)与证立(justification)、发现的过程或脉络(process or context of discovery)与效力的过程或脉络(process or context of validity)、心理的过程(psychological process)与逻辑的过程(logical process)(See Bengoetxea, Joxerramon, *The legal reasoning of the European Court of Justice: towards a European jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1993, p. 112);发现(discovery)和证立(justification)、发现的脉络(context of discovery)和证立的脉络(context of justification)、心理学说明的过程或脉络(psychological process/context of explanation)和证立的过程(context of justification)、决定的过程(process of decision)和证立的逻辑(logic of justification)、目的(motive)和理由(reason)、司法判决制作的心理学(psychological of judicial decision-making)和对法律判决的证立(justification of a decision)、对判决的探索过程(heuresis of decision)和对判决的证立过程(process of justification)(See Bruce Anderson, "Discovery" in *legal decision-making*, Kluwer academic publishers, 1996, p. 32)。在此,过程(process)和脉络(context)的意义和用法实际上是一样的。不过,不同的学者通常各自有不同的用词习惯,如美国法学家Wasserstrom一般用的是process而非context。process或context可以译为“过程”、“脉络”、“前后关系”、“语境”、“范围”等,而justification有被译作“证明”、“正当化”、“辩护”、“证立”、“证成”。除引用已发表的译文著作外,本文将context of discovery和context of justification译为“发现的过程”和“证立的过程”。

(3) Martin P. Golding, "Discovery and justification in science and law", in Aleksander Peczenik et al (eds), *Theory of legal science*, D. reidel publishing company, 1984, p. 297.

(4) Larry Wright, "Justification, discovery, reason and argument", in *Argumentation* 15: 97 - 104, 2001.

(5) 沈铭贤、王淼洋:《科学哲学导论》上海教育出版社2000年版,第105页。

(6) [德]赖欣巴哈:《科学哲学的兴起》,伯尼译,商务印书馆1983年版,第178页。

(7) 前引(6),赖欣巴哈书,第178页以下。

(8) 刘大椿:《科学活动论、互补方法论》,广西师范大学出版社2002年版,第364页以下;关于科学发现和科学证明的区别,另参见前引(5),沈铭贤、王淼洋书,第106页以下。

(9) 前引(2),Bengoetxea书, p. 112.

(10) 前引(3),Martin P. Golding文, p. 297. 值得注意的是,科学哲学中社会和历史因素的纳入也是法律论证理论兴起的重要思想背景。

(11) [美]托马斯·库恩:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第7页。

(12) Martin P. Golding, "A note on discovery and justification in science and law", in Aulis Aarnio and D. Neil MacCormick (eds), *Legal Reasoning*, vol I, Dartmouth, 1992, p. 120.

(13) 前引(8),刘大椿书,第366页以下。



(14) [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第2页以下。

(15) 张钰光:《“法律论证”构造与程序之研究》,http://datas.ncl.edu.tw.

(16) [美]约翰·戈蒂德:《〈统一商法典〉的方法论:现实主义地看待〈商法典〉》,徐涤宇等译,载吴汉东主编:《私法研究》(第2卷),中国政法大学出版社2002年版。

(17) Richard A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford, Calif.: Stanford University Press, 1961, p. 21 - 2.

(18) 前引(3),Martin P. Golding 文, p. 295.

(19) [美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年,第105页。

(20) 前引(16),Richard A. Wasserstrom 书,p. 21.

(21) 同上书,p. 22.

(22) [美]E·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143、145页。

(23) [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2000年版,第169页。不过,考氏又从解释学的角度对此予以反思。提出“解释学的先见”只是一个非理性的是非感的东西吗?随发生的证立是表面的吗?考氏以为,是非感是一门具有正确先见的技艺。其实,考氏是从哲学解释学上恢复了是非感作为先见在司法中的正当性。

(24) 裴程研究表明,所有奉行“意思先于解释”的传统解释学皆为自然科学符合论真理观的产物,因为其解释的最终目的在于“正本求源”,力图使解释结论符合独立自足的原意。直至尼采提出“解释先于意思”的真理虚无论,局面才得以改观。参见裴程《:从保尔·利科的本文解释理论看解释学的发展》,《中国社会科学》1990年第3期;转引自朱庆育《:意思表示解释:通过游戏而实现》,载《清华法学》第一卷,清华大学出版社2003年版,第111页。

(25) 刘小枫编选:《施米特与政治法学》,上海三联书店2002年版,第9页。

(26) [匈]卢卡奇:《理性的毁灭》,王玖兴等译,山东人民出版社1997年版,第591页。

(27) 《政治的神学:主权学说四论》实际上并非神学论著,而是法理学论著,带有很强的论战性(矛头主要指向实证法学代表人物凯尔森的规范法制论和无政府主义者巴枯宁的国家消亡论),在论战中阐发了著名的“主权决断论”。参见前引(25),刘小枫编选书,第11页。

(28) 前引(25),刘小枫编选书,第43页。

(29) 颜厥安:《规则、理性与法治》,《台大法学论丛》第31卷第2期。

(30) David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy*, Clarendon Press, 1997, p. 41.

(31) 前引(29),颜厥安文。

(32) 前引(26),卢卡奇书,第599页。

(33) 陈林林《:“正义科学”之道德祭品---极权统治阴影下的法实证主义》,《中外法学》2003年第4期。

(34) 前引(26),卢卡奇书,第598页。

(35) P. Wahlgren, *Automation of Legal Reasoning: a Study on Artificial Intelligence and Law*, Kluwer law and taxation publishers, 1992, p. 54.

(36) [德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论---作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第17页。

(37) Cristina Redondo, *Reasons for Action and The Law*, Kluwer Academic Publisher, 1999, p. 152.

(38) 前引(37),Cristina Redondo 书, p. 153.

(39) 陈林林:《方法论上之盲目飞行--利益法学通盘置评》,载<http://www.Chinalegaltheory.com/homepage/ArticleShow.asp?ArticleID=10512004>.

(40) [德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第52页。

(41) Aulis Aarnio, *Reason and authority: a treatise on the dynamic paradigm of legal dogmatics*, Aldershot, Hants; Brookfield, Vt.: Ashgate/ Dartmouth, 1997, p. 197.

(42) 颜厥安:《法与实践理性》,允晨文化实业股份有限公司1998年版,第152页以下。阿列克西以为,“作出裁判者的思考必定导致某种证成,其与上述形式相吻合。当然,这并不是说证成过程的要求对发现过程不产生反作用。”参见前引(36),阿列克西书,第284页。

(43) Aleksander Peczenik, *Coherence, truth and rightness in the law, in Law, Interpretation, and Reality: Essays in Epistemology, Hermeneutics, and Jurisprudence*/ edited by Patrick Nerhot, Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1990, p.291.

(44) Aleksander Peczenik, *On law and reason*, Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 44.

(45) 前引(3),Martin P. Golding 文, p. 297. 前引(16),Richard A. Wasserstrom 书。

(46) 前引(2),Bruce Anderson 书, p. 11. 不过,Anderson 以为,Wasserstrom 对弗兰克的描述过分简化了弗兰克的观点,理由是,Wasserstrom 主张个性特点引起了直觉,并且是影响法官所做判决的唯一因素。相反,弗兰克主张规则和原则同样影响到直觉的产生。

(47) 前引(2),Bruce Anderson 书, p. 13 - 4.

(48) 同上书, p. 34.

(49) (50) 同上书, p. 16.

(51) [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第572页。

(52) [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112页。

(53) 前引(2),Bengoetxea 书, p. 121.

(54) 前引(2),Bruce Anderson 书, p. 2.

(55) Rauno Halttunen, "Justification as a process of discovery", in *Ratio Juris*. Vol. 13 No. 4 December 2000 (379 - 91).

(56) 前引(2),Bruce Anderson 书, p. 21.

(57) 前引(14),拉伦茨书,第5页。

(58) 前引(3),Martin P. Golding 文, p. 297.

(59) 同上文, p. 113, 122.

(60) 同上文, p. 113.

(61) [美]简·维特尔《: 战后关于制作司法判决的美国法学》《, 法学译丛》1984 年第5 期。

(62) 廖义铭:《佩雷尔曼之新修辞学》,唐山出版社1997 年版,第315 页。

(63) 前引(2), Bruce Anderson 书, p. 37. 然而, Anderson 认为, 麦考密克主要关注于第二种类比, 即在科学检验和法律证立之间的。他并没有详细检验发现的过程。

(64) 前引(2), Bruce Anderson 书, p. 17.

(65) 同上书, p. 103.

(66) 前引(22), 博登海默书, 第554 页。

(67) [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第二、三卷), 邓正来等译, 中国大百科全书出版社2000 年版, 第77 页。

(68) 前引(51), 波斯纳书, 第86 页。

(69) 郑永流:《法律判断形成的模式》,《法学研究》2004 年第1 期。

(70) [德]亚图·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,五南图书出版公司2000 年版,第70 页。

(71) 夏贞鹏:《法律论证引论》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第三卷), 山东人民出版社2004 年版, 第303 页以下。

(72) Eveline T. Feteris, Fundamentals of legal argumentation, a survey of theories on the justification of judicial decisions, Kluwer academic publishers, 1999, p. 10.

(73) 如台湾学者蔡墩铭著:《审判心理学》,水牛图书出版事业有限公司1971 年版。

来源: 法律方法与法律思维网(原载于《法学研究》 2005年第5期)

---

### 相关文章:

---

[道德新实用主义——波斯纳的法律和道德理论](#)

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

