

<<法学方法论论丛（第1卷）>>

图书基本信息

书名：<<法学方法论论丛（第1卷）>>

13位ISBN编号：9787509341940

10位ISBN编号：7509341949

出版时间：2012-12

出版时间：中国法制出版社

作者：舒国滢 编

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问：<http://www.tushu007.com>

<<法学方法论论丛（第1卷）>>

内容概要

《法学方法论论丛(第1卷)》内容介绍：法律人的技艺，就是论证。

而所谓论证，其实就是为结论提供理由的过程。

说理是所有法律领域之法律人进行作业时的根本特征。

法律人要为公众提供一个站得住脚的法律观点（无论这种观点具体表现为判决、裁定还是建议、意见），就必须提供两个方面的理由，即法律上的理由与事实上的理由。

进而他必须将规范与事实以合乎逻辑的方式对接起来，使得其结论“必然地”或至少“合理地”基于前述理由之上。

说理有好坏之分，而区分说理好坏的依据在于现实的说理过程是否合乎一定的方法与程序性标准（以及特定社会中的实体标准）。

研究这些方法与程序性标准并通过反思使其系统化的学问即为法学方法论。

法学方法论首先要致力于回答的是“正当的个案结论如何可能”这个微观问题。

<<法学方法论论丛（第1卷）>>

书籍目录

卷首语 法学方法的今古两问——从拉伦茨与菲韦格开始 专题：理论与历史之间的法学方法论 方法论、一般法律教义学与案件的解决 国家法与法哲学之间的方法论——有时作为一种对理论与实践之断裂的掩饰 世纪之交的德国方法大讨论——科学理论式的精确化努力抑或对法与司法功能变迁的回应？ 论文 古希腊的双生花：衡平与修辞学 法律适用模式的比较考察：以德国和美国为例 法学方法论中的体系思维 宪法中的权利、规范与条文——规范理论的视角 行政法规范论——行政法解释学研究的前提性作业 评论 法律原则如何适用？——《法律原则适用中的难题何在》的线索及其推展 法学的问题立场与修辞学转向——《走近论题学法学》读后 “同案异判”问题研究 案例指导与指导案例 案例指导意欲何为？——新法学读书沙龙第七期“案例指导制度”讨论纪要 “功夫在身外”：浅议案例指导制度的运行环境 行政处罚中的正当程序：6号指导案例解析 编者后记

章节摘录

版权页：有关修辞学的起源问题，学者们一般采用的是修辞史学家乔治·A.肯尼迪经过系列考证后得出的说法，即，修辞学产生于公元前5世纪下半叶的叙拉古。那里发生的政治变革推翻了僭主制，确立了雅典式的民主制度，于是许多曾在僭主统治时期被征用财产的所有权人这时要求返还财产，由此导致了大量的财产诉讼。出于应诉之需，Corax与Tisias师徒创制了以法庭演说技巧为主体的修辞学。[1]尽管这一起源说受到了一些学者的质疑，[2]但人们目前都不能否认，修辞学由古希腊的智者创立，是古希腊社会政治、法律制度以及特定哲学思想的产物。相形之下，有关衡平的起源的文献屈指可数。目前的资料虽然不足以证明衡平（Epieikeia）由智者首创，但智者的确是目前所知的最早提出衡平的人。

在一篇题为“Epitaphios”的纪念在伯罗奔尼撒战争中阵亡的雅典人的演说中，智者学派的另一代表人物高尔吉亚（Gorgias）认为，在雅典人的判决中，甚至在他们所有的行为中，当法律提出肆意、冷酷、专横的要求时，他们总会为温和（sanftmuertig）、谨慎的衡平留出空间。在高尔吉亚看来，法律过于僵硬、顽固，需要通过衡平来加以矫正。正是在这里，人们首次看到了衡平与法律相对应。因此，正如德国法学家沃尔夫（Erik Wolf）所强调的，“智者比亚里士多德更早提出这一思想：法律的分配的、规范的正义容许由调节的正义加以补充，否则的话，在一次性的、特殊的、不可预见的情形中就不会有正义”。

仅从高尔吉亚的著作里首次出现了“衡平”一词，以及其意涵与后来的衡平思想相近，并不足以说明高尔吉亚就是衡平理论的创造者，毕竟不论是高氏还是其他的智者都没有系统地阐释衡平思想。但通过与亚里士多德的衡平思想进行对比，我们至少可以确认，高尔吉亚的学说可以视为后来的衡平思想的发端。

（二）古希腊的司法实践如果说衡平与修辞学都有可能出自智者学派之手表明二者可能是一母同胞，那么衡平与修辞学都主要运用于古希腊的司法实践将表明二者生长在同一屋檐下，具有相同的生长环境。

曾有学者在论证衡平由智者学派创制时提出，衡平不过是智者为了赢得诉讼、规避法律，在运用修辞术时提出的一个故弄玄虚的概念。不论这一指责成立与否，不能否认的是，衡平与修辞学都由智者运用于诉讼。之所以如此，主要是由于古希腊的司法呈现出了高度的民主性与能动性。在长达千年的古希腊历史中，伴随着政治制度的更迭，司法制度也随之不断改变，但是古希腊独有的司法特质仍然在不同程度上得到坚持。一方面是民众对于司法的参与程度远远高于其他国家，另一方面则是司法过程中运用法律的灵活性。希腊民众参与司法的广泛性主要表现在参与裁判的人数上。早在古希腊的原始君主制时期，由民众广泛参与的司法制度就出现了雏形。在这一时期，全体成年男子的集会是在城邦的集会地——阿哥拉（agora）举行。正是在这一场合，人们就各种事件作出决定，其中就包括市民之间的纠纷，用今天的术语形容，包括刑事和民事纠纷。自德拉古开始立法后，希腊社会出现了许多倾向于民主制的革新，其中之一就是民众有权将行政官员的决定上诉到公民法庭（popular courts）。这一革新奠定了雅典法制的独特性，即成百上千的公民坐在审判法庭中就法律与事实作出判断。“遇有特殊的、政治意义特别重大的案件须召集由6001人组成的‘大审判团’即民众大法庭进行审判，一般刑事案件只召集由1501人、1001人或501人分别组成的审判团来审理。民事案件由201人组成的审判团处理。”值得注意的是，公民法庭的成员是从普通公民中抽签产生，他们并不具备异于常人的专业知识或思维。

这使得法官们在裁判案件时并没有体现出绝对的“法律至上”观念。

与之相反，古希腊人更多地是以法律为背景知识来进行法律判断。

在希腊人的社会生活实践中，诉讼和其他市民集会并无太大区别，因此，法庭辩论更倾向于过分强调演讲中的非法律成分并忽视法律成分。

在法庭辩论过程中，法官们更多关注论辩双方谁能更好地表达自己的权利，谁的表述更为雄辩有力。

有时候，只要演讲者的演讲足够精彩，即便其离题万里，也有可能赢得诉讼。

也正是在这样的制度之下，法律从来都不是至高的惟一的裁判依据。

由于陪审团们掌握着判决的最终决定权，他们可以宣布废止某一或全部立法，其中包括由立法委员会正式制定的法律。

这一情形被学者们描述为“司法至上主义”。

<<法学方法论论丛(第1卷)>>

编辑推荐

《法学方法论论丛(第1卷)》由中国法制出版社出版。

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:<http://www.tushu007.com>