

# 法律技术概念刍议

乔 丹

(厦门大学法学院 福建·厦门 361005)

**摘 要** 关于“法律技术”的概念,学界尚没有统一的界定,但“法律技术”一词很早就 在学界使用,很多学者将法律技术称为法律方法,但本文主张二者是有区别的。法律技术专门解决法的有效性 问题。法律把价值问题转化为技术问题,其本身就是价值的技术化。法律技术虽然随着法律价值的变化而变化,但是两者并非总是保持一致,法律技术具有有限性。关于法律技术的外延,包含两个方面:一是法律制定中的技术,即立法技术;二是法律适用中的技术,主要是司法技术,对法律技术的研究对法律学的科学发展具有举足轻重的意义,它需要法律人坚持不懈的探索和追求。

**关键词** 法律技术 法律方法 法律价值 立法技术 司法技术

中图分类号 D90

文献标识 A

文章编号 :1009-0592(2007)-073-02

## 引言

所谓“技术”《辞海》解释为根据生产实践经验和自然科学原理而发展成的各种工艺操作方法和技能(包括工艺过程,作业程序)。这显然是对技术的狭义理解,现代技术的最大特点与科学相交融。现代技术已经渗透到各项人类活动中,既包括体力劳动,也包括脑力劳动。现代社会是法制社会,如同人们选择道德来约束自己的思想一样,人们选择了法律来规范人类的行为,人从来没有像今天这样依赖法律,从一出生便开始与法律打交道,受法律关系的约束。因此,在这个技术已经广泛渗透到一切领域的现代社会,法律也不能不借助技术力量来实现其科学化和现代化。那么,究竟什么是法律技术?法律技术包括那些内容?这正是本文讨论的目的之所在。

### 一、什么是法律技术

关于“法律技术”的概念,台湾学者王泽鉴先生曾将“法律技术”解释为:“为达成一定政策目的而限制,或扩张侵权责任时而采纳的手段”。另外词典解释为:“法官和律师的实践技能,以及利用和应用他们的知识决定争议或得出其它希望结果的手段。每一法律实践的领域都有一套实践技能和方法。在决定争议中,有关的技术是:拟具诉状、取证、解释立法,以及掌握先例。”由此而言,法律技术代表着法律适用中的实践技能,也是从事法律工作所必需的基本手段。这些定义虽强调了法律技术的应用性特征,却将范围局限于法律适用领域,忽略了法律制定过程中的技术成份,是片面的。笔者认为,法律技术是包含于法律制定与法律适用过程中的,为实现特定的法律价值而产生的表达方式,操作方法,以及程序安排。

### 二、法律技术与法律方法的区别

很多学者将法律技术称为法律方法,认为两者是同一的,例如德国学者考夫曼即以“近代法律方法学说”的历史发展为题,阐述了以萨维尼为代表的法律方法的演进问题,而其内容主要却是“法律发现、推论、填补漏洞等技术规则的阐述。”本文主张二者是有区别的,原因在于:

第一,就词语本身的含义而言,“方法”的外延要广于“技术”。后者指实践操作,是具体作用于客观对象的行为,常与科学联系在一起。而前者的范围则广泛的多,不仅可以描述客观,也可以形容对事物认识时所必须采取的基本立场与态度。而且“方法”更加中性,并不常常

与“科学”相关联。由此可见,“方法”中包含“技术”,即一项“技术”必然是一种“方法”,但一种“方法”并不一定称得上是一项“技术”。

第二,就词语应用的场合而言,“法律技术”更能用来突出法律的专业属性,“技术”本身就意味着法律是一项非常人所能胜任的事业,更能揭示法律的专业性。人类早期的法律活动依附于政治活动,法律行为是专制者们政治行为中的一部分,法律活动的主体大多也是政治活动的主体,然而,人类步入近代社会,法律活动呈现出独立化,职业化的倾向,相应的,法律职业者出现。职业分工源于社会分工,法律活动之所以从政治活动中分离出来,这不仅源于权力分立的制度设计,更源于法律活动本身的特殊性与技术性,使其具备了区别于其他人类活动的专业化特征。也正是由于技术差异,使法律有了其独立存在和发展的可能。然而“法律方法”的应用则宽泛的多,还可以用来指称对法律的认识与理解,但是,与“职业”相连的是“技术”而非“方法”。

### 三、法律技术与法律价值的关系

当我们思考人类是如何通过法律达到目的的时候,实际上关注的是法律的工具意义,也就是关乎法律技术的问题。所有技术都是为了追求有效性,法律技术也不例外,它是专门解决法的有效性问题的,实现法律价值。法律可以划分为两个系统:价值系统和技术系统。价值系统是人类制定法律所追寻的目标,价值系统是抽象的,技术系统是具体的,法律把价值问题转化为技术问题,其本身就是价值的技术化。但是,法律并非唯一把价值技术化的现象,还有其它,例如竞赛。另外,技术是法律区别道德、宗教的重要原因。法律、道德、宗教都承载着人类普遍的价值观念。在社会早期,道德、法律是合为一体的,到了近代,法律成为主要手段,到了当代,法律已无孔不入。法律之所以取得独立的地位就在于法律技术的存在,它使法律成为现实世界的价值实现工具以帮助人类有效解决社会生活中的现实问题,而宗教和道德只是把纯粹的价值问题转化为价值问题,而无法像法律一样通过技术来实现价值,这也正是法律较之道德和宗教最具有解决问题的有效性的根本原因所在。

然而,在思考法律技术与法律价值的关系时,有两点值得注意:第一,法律技术虽然随着法律价值的变化而变化,但是两者并非总是保持一致的。法律也是存在地域性的,因此造成了法律之间的不可通约

性,法律的地方性差异集中体现在法律技术的差别上,但不能否认其在价值上存在共性。第二,法律技术的有限性。人们在运用法律手段解决现实问题的时候,常常有力不从心之感,发现既有的法律技术不能满足人们实现法律价值的需要,即法律的不合目的性,即法律不可能实现人们所有的价值目标。这同时也表明并非所有的价值都是法律价值,只有可技术化的价值才是法律价值。这一有限性根源于人的理性有限,理性有限根源于人自身的不完美——我们不是天使,也不是天使在统治我们。所以,我们也创造不出天国的法律。我们制定的法律只能是有限理性的,但也正因为人的自然理性有限,我们才需要制定法律,以人的有限理性来补救自然理性的有限性。这是事实判断,具有普适性,一方面因为理性有限所以需要法律,这说明法律是必要的;另一方面,因为理性有限包含对人类理性的承认,也就是对法律技术有效性的肯定,这说明法律是可能的。

#### 四、法律技术的外延

关于法律技术的外延,日本著名的法律学专家川岛武宜教授认为“作为技术的法律有立法和审判两种形式”。笔者赞同这一观点,即认为法律技术的外延包含两个方面内容:一是法律制定中的技术,即立法技术;二是法律适用中的技术,主要是司法技术,下面将分别予以阐述:

##### (一)立法技术

在法律的制定过程中,立法者能否把握住社会经济规律的规律,能否就一社会问题做出正确的价值判断,能否将客观规律和价值判断有效的、准确的抽象为主观意志和观念中的法律关系,并通过特定的法律语词和命题表达出来,均需要科学的设计,严密的构思,分析、推理和论证等一系列的技术性操作。针对立法技术,国内有学者将立法技术分为两种:立法的表现技术和立法的表述技术。

所谓立法的表现技术,“是指立法者在法律创作过程中,在自己的观念和思维范畴内设计构思出来的法律关系技术。”这一技术针对的是对客观存在现象的抽象,对客观规律的概括和归纳,对法律价值的判断。在这个过程中,人们并不是将客观存在机械的复制于精神观念之中,而是需要立法者通过严密的科学分析、推理、求证等专门性的智识活动,去除与法律调整无关或无需调整的社会关系,概括出可以以及必须由法律调整的社会关系,并进一步对其进行法律价值的分析、判断。由此可见,“制定法的理想是构筑一个在某种程度上仅依逻辑推理就可引出结论的、正确、严密、且富有概括性的技术体系。”尽管这是不可能完全实现的,但是,它反映出立法技术活动中所蕴含的人类能动的创造性及活力。

所谓立法的表述技术,“是指立法者为既定的法律思想和设计配置最佳的文字载体的技术。”这个层面的立法技术针对的是法律表达的规范化、准确化、简洁化以及社会接受和适用程度。川岛武宜教授称之为“词语技术”,解决的是制定法的概念和逻辑构成问题。首先法律技术的明显标志就在于法律概念,法律概念区别于日常用语,它们简单、抽象,但具有普遍意义和特定含义,是按照法律技术的要求特别构成的。其次,法律的逻辑构成同样是法律词语技术的重要组成部分,它也区别日常生活中的逻辑思维,同样也是依法律技术的要求构成的。逻辑构成明确了各种法律价值判断及其相互关系,常由若干前

提和结论组成。当逻辑构成应用于法律概念时,便构成了法律的基本语句形式——法律命题。法律命题的现实基础是社会关系中现存的“活法”,所谓“活法”,指“在现实中通行的规则”。“活法”的背后实质是现实中的利益关系,因此,法律命题是利益关系的技术化表述。

##### (二)司法技术

法律技术的另一个外延集中体现在法律的适用过程中,也就是司法技术。司法过程中的法律技术同样包括法律价值的判断和词语技术。但是,司法技术的内涵大大不同于立法技术的内涵。

首先,司法过程中的价值判断区别于立法中的价值判断,立法中是帮助立法者实现从客观存在上升为精神存在的过程,而司法则恰恰相反,是将已存的精神存在具体适用于客观存在的过程。司法技术的操作是以立法技术的成果——成文法为前提之一的,另一可能前提是先例判决,当然这一前提的成立仅限于实行判例法的国家。司法中的价值判断技术针对的是普遍到具体的适用问题,针对性与操作性更强,更能体现司法技术的应用价值,因为它解决的是具体的实际问题。而且就司法判决的作出而言,司法技术代表着一种相对固化、稳定的行为准则,还是约束其他法官恣意行为的有效工具。例如“判例识别技术”,一方面要求法官必须遵循先例,另一方面则要求法官必须先例与本案在事实、法律上进行比较,在此为法官所承认的规则就可以成为为法官所遵奉、同时又为社会所检验的行为准则。

其次,司法过程中的词语技术同样区别于立法中的词语技术,立法中的词语技术是表现于制定法中的,应用对象是法律规范,因而要求具有普遍适用性;而司法中的词语技术则表现于各种司法判决之中,是针对个案作出的,因而其要求不在于普遍性,而在于为将来可能发生的具体事件提供价值判断的依据。司法中的词语技术具体承载于判决理由部分,法官必须运用该技术用来说明案件与制定法或判例法之间的关系,在这一过程中,要具体阐述法律概念的含义,并将制定法与判例法中抽象的逻辑构成与本案中的具体的逻辑构成相对照解释,依次来明确本案的审判逻辑。

综上所述,立法和司法中的价值判断过程与制定法中的法律命题和判决中的概念、逻辑构成都具有高度的技术性,正是这一点赋予了立法和司法“密授不外传”的鲜明特征。

##### 结语

通过以上说明,我们已经明确了法律作为作用于社会的技术是有关法律制定与法律适用的技术,它具体实践于立法与司法过程中,为实现特定的法律价值而服务的。同时,我们还应该明确,“对法律进行科学研究是法律这种技术性的内在要求。”技术先于科学而发展并促使科学的诞生,这一规律同样适用于法律学。<sup>⑥</sup>因此,对法律技术的研究对法律学的科学发展具有举足轻重的意义,它需要法律人坚持不懈的探索 and 追求。

注释:

①⑥⑦⑨孙潮,立法技术学,浙江人民出版社,1-8。

王泽鉴,侵权行为法(第1册),北京:中国政法大学出版社,2001,56。

[英]戴维·沃克,牛津法律大辞典,北京:中国社会与科技发展研究所,光明日报出版社,1988,875。

[德]阿图尔·考夫曼,温弗里德·哈斯默尔,当代法哲学和法律推理导论,郑永流译,北京:中国政法大学出版社,2002,156。

⑧⑩⑪[日]川岛武宜,现代化与法,王志安,渠涛,申政武,李旺译,中国政法大学出版社,1994,265-270。