

《像法律人那样思考》

图书基本信息

书名：《像法律人那样思考》

13位ISBN编号：9787509375517

出版时间：2016-7

作者：弗里德里克·肖尔

译者：雷磊

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介以及在线试读，请支持正版图书。

更多资源请访问：www.tushu000.com

《像法律人那样思考》

内容概要

【节选自序言】这是一本有关思维与推理的书。说得更确切点，本书讨论的是律师和法官的思维、推理和论证方法。这个群体的思维、推理和论证方法可能与普通人不同，也可能与普通人没什么差别。法律人的思维方式是否有别于普通人，这个问题至今尚无定论，尽管如此，人们还是认为某些推理技术是法律决策所独有的。本书就着眼于这些技术。它的目标既在于对法律推理的各个话题进行严肃的学术探讨，更在于向刚进入或即将进入法学院的学生们介绍法律思维的本质。

《像法律人那样思考》

作者简介

弗里德里克·肖尔：美国弗吉尼亚大学法学院大卫与玛丽·哈里森讲席杰出教授 曾执教于密歇根大学法学院，1990年至2008年执教于哈佛大学肯尼迪政府学院，任弗兰克·斯坦顿第一修正案讲席教授，同时在哈佛大学法学院教授证据法与言论自由的课程。著有《淫秽活动的法律规制》(1976)、《言论自由的哲学研究》(1982)、《依规则游戏：对法律与生活中规则裁判的哲学考察》(1991)、《扼要、概率与陈规》(2003)、《像法律人那样思考：法律推理新论》(2009)，编有《规则理论》(卡尔·卢埃林文集，2011)。

雷磊：中国政法大学法理学研究所副教授，德国基尔大学、海德堡大学访问学者，著作：《法律体系、法律方法与法治》(2016)、《规范理论与法律论证》(2012)、《类比法律论证：以德国学说为出发点》(2011)，编著：《拉德布鲁赫公式》(2015)，编译：《法：作为理性的制度化》(罗伯特·阿列克西)，译作：《法律逻辑》(乌尔里希·克卢格)、《法律获取的程序：一种理性分析》(阿图尔·考夫曼)、《指令与规范》(阿尔夫·罗斯)、《为法学而斗争：法的定义》(2011)、《法理性商谈——法哲学研究》(罗伯特·阿列克西)。

《像法律人那样思考》

书籍目录

- 第1章 引言：有法律推理这回事吗？ / 001
- 第2章 规则——法律及其他领域 / 013
- 第3章 先例的实践与问题 / 039
- 第4章 权威与诸权威 / 068
- 第5章 类比的运用与滥用 / 094
- 第6章 普通法的观念 / 113
- 第7章 法律现实主义的挑战 / 136
- 第8章 成文法解释 / 162
- 第9章 司法意见 / 187
- 第10章 运用规则与标准造法 / 206
- 第11章 法律与事实 / 222
- 第12章 举证责任及相关概念 / 239
- 译后记 / 256

《像法律人那样思考》

精彩短评

- 1、看看
- 2、无数次听过“像法律人一样思考”，而这本书具体地讲，法律人的思考是怎样的思考。深受启发。
- 3、作为英美法系法律推理的入门读物还是蛮不错的
- 4、还不错，但可能是读的第三本Schauer了，也可能是introduction的关系，没有特别眼前一亮
- 5、许多比方很是精彩。
- 6、1、谈论法律思维，肖尔认为要解决三个问题：有没有？如何描述？好不好？而本书着重处理前两个，预设其存在后，肖尔从几个不同的方面予以描述。2、第7章可以作为一个分界点，此前是对法律推理基本方法的探究，而以法律现实主义者为代表的怀疑论者质疑其在论证活动中的现实作用，在回应了这一怀疑后，此后章节集中于对具体问题的处理，诸如成文法解释、司法意见等，本书的中心论点也在这一部分产生：法律决定往往不是个案的最佳决定。3、本书是论文集的形式，单阅一章亦可，肖尔给出的参考文献十分丰富，可以继续深究。4、于我而言，最富有论证性的是第7章：肖尔尽可能深入地剖析现实主义的进路，理清法律现实主义者究竟在主张什么，它们是在什么问题层次上展开的，双方的争议焦点究竟又是什么。5、对英美法律方法的细致介绍和反思有助于刷新认识。

1、编辑对译者的访谈——M（猫儿）：雷老师，您好！《像法律人那样思考》原著的序言中，作者提到：“一些重量级的法学文献一开始是面向法学院新生的。奥利弗·温德尔·霍姆斯的不朽名篇《法律的道路》最初是波士顿大学法学院大楼落成典礼上的演讲；卡尔·卢埃林的《荆棘丛》一开始是一年级新生学习法律的指南；哈特则明确将《法律的概念》作为面向英国法律本科生的入门读物……将本书与上面这些著作相比很冒昧，但我的目标是一样的。”作为译者，您如何评价原作者的这种定位？L（雷磊）：我想对于作者的这一定位可以从表面与深层两个层面来加以理解。从表面而言，作者的这段话想表明，《像法律人那样思考》这本书的一个基本目标是为了向法学院的新生提供一本有关法律思维的基本读物，告诉尚未经受过法律专门训练的青年人“像法律人那样思考”究竟是怎么一回事。这从本书的章节安排也可以看出端倪：它并非是一本完全按照作者的学术思考层层推进的艰深专著，而是一本照顾到读者之兴趣点和背景知识的“入门”读物。这个定位在我看来是准确的。因为它并没有像作者的另一本专著《依规则游戏》（也是作者的成名作，中译本已于去年由中国政法大学出版社出版社）那样去过多地讨论哲学化的问题，例如规则的哲学根基。从深层来理解，尽管作者有“将本书与上面这些著作相比很冒昧”这样的自谦之语，但自我意识恐怕依然有将之与作者所列举的那些名著隐隐相较之意。我们都知道，哈特的《法律的概念》可以说是二十世纪英美法理学最重要的著作，挽救了自奥斯丁以来经验式的法律实证主义的颓势，并开创了法律实证主义的新路径。此后法律实证主义的发展，无论是排他性的还是包容性的实证主义，当今活跃于英美法理学界的许多这一阵营的学者都与之有或多或少的联系，可以说都是哈特的余脉。霍姆斯的《法律的道路》更不必提，它开创了至今为止依然影响重大的美国法律现实主义的先声（尽管肖尔在书中并不承认霍姆斯本人属于这一阵营）。肖尔的立场在某种意义上是对现实主义的反动，因为他和康奈尔大学的罗伯特·萨默斯教授一起被认为是当今新法律形式主义的代名词，本书也颇有一点“拨乱反正”的意味。如果照此来说，将本书视为“新法律形式主义”的代表作也不为过。只是，正如作者自己所承认的，单纯就学说史上的地位而言，肯定是比不上《法律的概念》和《法律的道路》的。它比这两本书更像是入门读物。M：您当时选择翻译这本书的初衷是什么？L：就像我在“译后记”里说的，翻译本书的初衷是为了课程的需要。2014年春季学期，我在中国政法大学第一次为本科生开设“法理学研讨课”。法大法理学的课程分作两类，一类是讲授课，包括“法理学导论”、“法理学原理”这两门专业必修课和其他的相关选修课，另一类就是研讨课，就是通常说的Seminar。这个课程的上课方式需要由老师来组织大家就相关问题进行讨论，在课堂上由学生占主导地位。这门课程的自由度比较大，可以由任课老师自己来决定上什么内容。当时我们所里老师上这门课的方式有三种：一种是专题研讨，也就是选择几个重要的法理学专题，分发材料，组织学生讨论；二是案例式的研讨，即选择一些疑难案件进行法理学层次的反思；三是选择一本读物为主，辅之以辅读文献，按章节顺序，将学生分组，每次课安排报告人和评议人，并组织大家进行讨论。2013年下半年，我开始为上这门课做准备。思虑再三，打算采取第三种方式。因为专题研讨往往涉及一些法理学的重要概念、范畴和问题，对本科生往往缺乏直觉上的吸引力，比较适合于研究生。而案例式的研讨很容易偏离方向，因为本科生没有经过法理学的系统训练，往往会自觉不自觉地滑到部门法的讨论中去，而且这种讨论缺乏主线，容易变成发表意见和漫谈。在选择读物的时候，我考虑到了两点。第一点是读物的主题。我长期从来从事的有关法学方法论的研究，所以很自然地倾向于从法律思维、法律推理等方面去选择。第二点是适合于本科生群体。方法论领域有很多的可选读物，比如德国学者写的，但那些大多是艰深的专著，并不适合本科生。所以最好选一本通俗易懂且能引发本科生兴趣的书。这样，肖尔的《像法律人那样思考》就进入了我的视野。而且“Thinking like a lawyer”这句口号式的标语大部分本科生都听过，但也都还没有反思过它究竟是什么意思，这个本身就对他们有吸引力。并且，据说它也是美国法学院新生的读物，所以也存了个与“西半球”同步的念头。一开始并没有打算翻译，而是让学生们直接读英文原文。前后带了三个班的学生之后，发现外语水平参差不齐。后来就想，何不把它翻译出来，让更多的本科生能够阅读呢。M：我们知道3年前，苏力老师和孙笑侠老师关于“法律思维”有一场著名的交锋，其中，苏力老师有援引本书原著，而您恰好又邀请孙笑侠老师为译著作序，您认为关注“法律思维”与“像法律人那样思考”的意义何在？L：我们知道，孙笑侠老师是最早在国内倡导法律职业化和法律思维的学者之一，写过一系列的文章。在孙老师的心目中，法律思维的独特性是保障法律职业化或者说法律职业群体的独立性的条件之一。而苏力老师基于一贯的经验主义风格对于法律思维之独特性的否定，其目

标也旨在于打破法律人群体职业垄断的“黑箱”，想要证明法律人的思维与其他人没有区别，法律人职业群体的利益也与其他垄断行业的利益没有区别，所以不用往自己的脸上贴金。所以，两位争议的最终所指涉及到对法律职业之独立性和利益的理解。我本人倒没有作这种关联，而只是在纯分析性的层面上看待这个问题：也就是说，“法律思维”在概念上是否成立？或者说“法律思维”到底有没有区别于其他思维的必要特征（essential features）？这个问题在我看来涉及到的是法律人对自己职业的自我理解（这里指的仅仅是法律人面对法律或规则时的姿态，不必然涉及群体利益的那个层面），以及对于法治的理解（法律人在法治过程中扮演何种角色，致力于追求何种法治）？如果能证明法律思维的独特性，那么至少在一定意义上也能证明法律职业活动之性质和法治这种政治理想的独特性。M：能否简单地总结一下“像法律人那样思考”是怎样一种思考？换做我们熟悉的哲学话语来说，是“两点论”和“重点论”相结合的思考。“两点论”说的是，法律人的推理总是在两种追求之间来回摆荡，意图取得平衡。一方面要追求依法裁判，这是法律人（不包括立法者，那更多的是政治人）的地位决定的，法律人的日常活动就是戴着镣铐跳舞，这幅镣铐就是现行法律规则。无论喜不喜欢，这是摆脱不了的。法律人总是要依据现行法律规则去解决实际问题。法官就是典型。另一方面要追求个案正义。以具体的方式去推进社会正义，这也是法律人的使命所在，所以法律人的工作又在一定意义上是超越现行法的文本之外的。如果说依法裁判是“向后看”，而个案正义是“向前看”的话，那么法律推理就是前后看和向前看的统一。“重点论”说的是，在这两方面中，法律人的重心在于依法裁判，也就是依据现行的法律规则处理案件。如果当依法裁判和个案正义发生冲突时，通常情况下优先满足依法裁判。这也就是为什么作者说，法律推理的直接目的通常是为个案寻求一个法律决定，而并非总是最佳的法律决定的原因。当然，在例外的情形中（比如作者在书中提到的里格斯诉帕尔玛案），法官可以为了个案正义推翻法律规则的适用，但必须要进行“特别证立”。换言之，依法裁判是无需承担额外的论证负担的，而为追求个案正义破坏依法裁判却需要承担额外的论证负担。这些观点会让很多本科生感到惊讶，因为他们的潜意识里追求个案正义是裁判活动的当然目标。但事实上，法律推理的考量往往是超越个案的。作出一个并非在个案中最佳的决定（即使在法官看来也不是最佳的）却可能是更高层次上的最佳判断。这也是新形式主义有别于后果主义的关键。M：作为编辑，也是中文版的第一读者，我觉得读这本书对司法实务和案例检索也很有启发，比如“同案同判”如何认定等，您认为如何？L：这本书里的确提到了很多案例，也提到了在英美判例法语境用判断“同案”的一些依据和方法，例如第5章“类比的运用与滥用”和第9章“司法意见”中。这些对于我们去讨论同案同判的方法基础，尤其是在当下最高法院推行案例指导制度的背景下，都有借鉴意义。对于司法实务界人士而言，本书也有阅读的价值。当然，本书的核心还在于前四章。M：我特别了解，翻译是一件低调的苦差事，在翻译过程中，有什么有趣的故事与大家分享？做过翻译的人都知道，翻译可以说经常是一件吃力不讨好的事情。一方面，译作在很多学校和科研单位都不算作是“硬成果”，所以做这件事主要是出于兴趣和使命感；另一方面，媒介中西是非常难的，“跨文化的语际交流”经常遇到的问题是“不可译”，很多的概念、表达可能在另一种语言体系中没法找到十分准确的对应物。所以，对于译者而言，既要有语言方面的要求，也要有专业知识方面的要求。翻译这本书的一稿大概用了十个月左右的时间，当然中间是因为有教学任务和其他科研任务。迄今为止我大概翻译出版过七八本著作，其中大部分是德语的，只有两本是英语的。说来有趣的是，反而是两本英语的花费了更多的精力。德语和英语不同，虽然入门比英语难，但它的规律性和“格式化”程度更强，所以只要掌握了语法和词汇并且专业知识没问题，翻译就有一定的套路可循。而英语更加灵活，翻译时的“裁量空间”更大。尤其是《像法律人那样思考》，既要考虑翻译的准确性，也要考虑到读者的定位是法学入门者，也要用更通俗的语言来翻译一些表达同时又不丧失原意。这里要特别感谢本书的策划编辑赵宏女士，是她耐心细致地对中文版的初稿进行校对，并作了很多通俗化的修改建议。例如将学术用语“过度包含”和“潜在包含”改成了“包含过多”和“包含过少”，更易于为新生所接受。此外，其实中译本的出版也经历过一番曲折。最初当我决定翻译此书时，联系了一家出版社，在对方联系版权的同时，我就开始翻译了。但后来被告知版权已被另一家出版社竞价获得。后来一次偶然的通过一位朋友获知，本书的中译本版权是被中国法制出版社购得。而当时我已经完成了5万余字。我当即联系了法制出版社和当时出版社拟定的译者何远律师。何远律师曾参与过“美国联邦最高法院传记系列”的翻译，是一位功底深厚的译者。当时我抱的希望是能够与何律师合作来翻译此书，以便前期的工作不会浪费。谁知当他得知我着手的情形后，表示手头尚有其他翻译工作，主动退出了本书的翻译。所以，译著的完成同样要感谢何律师的宽厚和谦让。我更乐意将这本书的翻译过程看作是一段学术交流和朋友

《像法律人那样思考》

间温情互助的心路历程。来源于公众号“有法有书”。

《像法律人那样思考》

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：www.tushu000.com