

Science and Value:
An Introduction to Legal Reasoning
as Practical Reason

罗仕国 著



科学与价值

作为实践理性的法律推理导论

中国社会科学出版社

Science and Value:
An Introduction to Legal Reasoning
as Practical Reason

罗仕国 著

科学与价值

作为实践理性的法律推理导论

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

科学与价值：作为实践理性的法律推理导论 / 罗仕国
著. —北京：中国社会科学出版社，2008. 11

ISBN 978-7-5004-7385-5

I. 科… II. 罗… III. 法律逻辑学 IV. D90-051

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 174481 号

责任编辑 储诚喜

责任校对 王兰馨

封面设计 王 华

版式设计 王炳图

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010—84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京新魏印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2008 年 11 月第 1 版

印 次 2008 年 11 月第 1 次印刷

开 本 880 × 1230 1/32

印 张 8.625

插 页 2

字 数 216 千字

定 价 20.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书，如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

引 言	(1)
第 1 章 法律推理思想的历史发展	(15)
1.1 西方法律推理的历史发展	(15)
1.1.1 法律产生初期神明裁判的法律逻辑思维	(15)
1.1.2 古代法律推理	(17)
1.1.3 近代法律推理	(24)
1.1.4 现代法律推理	(28)
1.1.5 当代法律推理	(32)
1.2 中国古代的法律推理	(42)
1.2.1 奴隶制时代的法律推理	(42)
1.2.2 封建制时代的法律推理	(43)
第 2 章 法律的科学理性与价值理性	(51)
2.1 什么是理性	(51)
2.2 法律的科学理性特征	(52)
2.2.1 什么是科学理性	(52)
2.2.2 法律的科学理性及其法律规则表现	(53)
2.3 法律的价值理性特征	(69)
2.3.1 什么是价值理性	(69)
2.3.2 法律的价值理性及其法律规则表现	(71)
2.4 法律推理的功能	(80)
第 3 章 形式法律推理	(85)

3.1 演绎法律推理	(87)
3.1.1 演绎法律推理的一般形式和特征	(87)
3.1.2 演绎法律推理的一般步骤	(90)
3.1.3 演绎法律推理的法律价值	(97)
3.1.4 法学家们对演绎法律推理的法律地位 和作用的评价	(103)
3.2 类比法律推理	(109)
3.2.1 类比法律推理的一般形式和特征	(109)
3.2.2 类比法律推理适用的法律语境和 推理的一般步骤	(111)
3.2.3 类比法律推理的法律价值及其局限性	(115)
第4章 实质法律推理	(120)
4.1 形式法律推理的局限性	(120)
4.2 什么是实质法律推理	(125)
4.3 实质法律推理适用的具体情形	(127)
4.4 实质法律推理的具体途径	(129)
4.5 实质法律推理的诉讼价值之评价	(132)
第5章 非形式逻辑与非单调推理的概念	(136)
5.1 非形式逻辑的概念	(137)
5.2 非单调推理的概念	(143)
5.2.1 非单调推理的一般特征和典型形式	(144)
5.2.2 博弈推理、基于封闭世界假设的 推理与约束推理	(150)
5.2.3 沃尔顿的似然性法律推理理论简介	(152)
第6章 法律推定的逻辑特征	(170)
6.1 法律推定的概念及分类	(170)
6.1.1 推定的概念	(170)
6.1.2 推定的分类	(176)

6.2	可反驳之推定的非单调性与合理性	(182)
6.2.1	缺省推理视角	(184)
6.2.2	模态非单调推理视角	(186)
6.3	不可反驳推定的逻辑推理形式的单调性	(191)
6.3.1	从博弈论看非法所得和举证妨碍 推定的推理形式的单调性	(192)
6.3.2	无罪推定的逻辑推理形式的单调性	(204)
6.4	不可反驳推定的逻辑认知基础的非单调性	(212)
6.4.1	从封闭世界假设和自认知推理看无罪推定 逻辑认知基础上的非单调性	(212)
6.4.2	从约束推理看精神正常推定的逻辑认知 基础的非单调性	(217)
6.5	从推定的逻辑性质看推定的适用问题	(219)
6.5.1	推定的意义	(219)
6.5.2	推定与证明责任	(223)
6.5.3	推定与证明标准	(228)
6.5.4	推定与自由心证	(231)
第7章 结论：非单调性是法律证明的		
	基本逻辑特征	(236)
7.1	普遍实践论证的逻辑特征的非单调性	(236)
7.1.1	两种逻辑观与两种论证的区分	(236)
7.1.2	实践论证的目标价值决定了非单调性 论证的合理性	(242)
7.1.3	非单调性论证是由人的认知能力的 非至上性规定的	(244)
7.2	法律证明的实践理性特征	(246)
7.2.1	法律证明的理性特征	(246)
7.2.2	法律证明的实践性特征	(247)

7.2.3 超越法律形式主义和法律怀疑主义	(255)
参考文献	(258)

引言

正确的法律推理是实现正义之路。随着人类文明的进步和法制民主化进程的加快,作为实现法制民主化的重要手段的法律推理也日益为人们所重视。近代以来,法律推理问题——法律推理的本质和在法律实践中的作用问题——得到了法律实际工作者和法学研究者的热烈讨论。芬兰法哲学家阿尔诺(Aulis Aarnio)教授甚至认为:“在法理学中大多数目前最激动人心、最直接的争论问题是有关(或直接处理)法律推理本质的问题。”^①在当代,法律推理不仅是法理学和法哲学中的一个核心论题,也逐渐成为一般论证理论的指引性论题。英国的哲学家图尔敏就说过,既然在数学之外论证的有效性并不取决于其语义形式,而是取决于它们辩护的争论过程,那么,那些想研究实践推理的逻辑学家们就应当从数学那里离开转而去研究法学。当代逻辑学正发生一场如我国逻辑学家鞠实儿教授所说的“认知转向”。^②认知转向实际上就是向人的实际认知过程的转向,向人的日常思维过程的转向。法律活动中的思维,是人类实践理性思维的一个很具有代表性的思维活动。因而,法律推理的研究对于人类认知逻辑的研

^① A. Aarnio et al., “The Foundation of Legal Reasoning”, A. Aarnio and N. MacCormick ed., *Legal Reasoning I*, Dartmouth Publishing Company, 1992, p. 233.

^② 鞠实儿:“论逻辑学发展的方向”,《中山大学学报》(社会科学版)2003年第1期。

究就具有典型的意义。在本书中，作者将对法律推理中比较有代表性的几种推理做简要的考察，试图准确描述法律推理如何处理确定性与不确定性、科学理性与价值理性的关系。法律推理中处理法律实践问题的方式对类似学科不无启发性作用。

什么是法律推理？在法律推理的性质和作用问题上有什么样的争论？本书关于法律推理的论述包括哪些内容？这是本导论部分所要解决的三个问题。

“推理”一词在英语中是“reasoning”，“reasoning”是一个多义词。它既有推理、推论的意思，又有论据、论证的意思。其词根“reason”有动词和名词用法。做动词用时，既表示“推理”，有时又用来表示更广义的“思考”的含义，还有人用它来表示多主体间的“讨论”和“辩论”。而作为名词，则表示“理由”。《牛津法律大辞典》对reason一词的解释是：能够鉴别、判断、评价、认识真理以及能使人的行为适合于特殊目的的能力。而《韦氏新大学词典》的解释是：（1）按逻辑的方法而思维，或者依论据或前提之理由而推考或按断；（2）指以理由解释以及辩论证明之，折服之，或感动之。至于“推理”一词，《牛津哲学词典》将其解释为：“任何从一组前提当中得出某一结论的过程都是推理的过程。如果这个结论涉及人们做什么，这个过程就被称作实践推理，否则即为纯粹推理或理论推理”。

在逻辑教科书中，推理是指从一个或多个命题推出一个或几个新命题的思维形式或思维的过程。通过推理得到的命题称为推理的结论，而作为得出结论的推理的命题叫作推理的前提，前提和结论之间有一种理由上的支持关系，这种推理关系表现为一些特定的思维的形式，从前提到结论的思维过程所依赖的思维形式也就被称为逻辑推理形式。

“法律推理”一词的英文表示是“legal reasoning”，“le-

gal reasoning”是从“law of reason”和“legal reason”演化而来的，而“law of reason”有“理性的法律”的意思，“legal reason”有“法律推理”和“法律辩论”的意思。从以上的几个词的含义中我们可以看到“legal reasoning”有通过论辩的方式或者推理的方式达到合乎理性的法律结论的含义。法律推理就是要通过理性的方式说出正当理由，说服人们接受某个法律结论。

法律推理问题是法哲学的基本问题之一，在这个问题上的争论比其他任何问题都针锋相对。仅就法律推理的概念来说，就是一个争论颇多的问题。法律学者们在不同的意义上使用法律推理一词。目前国际上对法律推理的理解基本上可概括为三种观点：

第一种可称为形式逻辑法律推理观。形式法律逻辑观认为法律推理无非就是一般形式逻辑推理在法律中的运用。《牛津法律指南》的解释是：“法律推理大体上是对法律命题运用一般逻辑推理的过程。”^① 法律逻辑即应用逻辑法律。这种逻辑观在19世纪初期的形式主义法学和概念法学那里达到极致。法律推理过程“就是一个从以查证属实的事实和已确定适用的法律规定出发推论出判决或裁定的过程”^②。

第二种可称为非形式逻辑法律推理观。非形式法律逻辑观认为法律推理是一种得出法律结论的独特的智力方法，而不是形式逻辑的简单应用。比利时学者佩雷尔曼认为：“法律逻辑并不像我们通常所设想的，将逻辑应用于法律。我们所指的是供法学家，特别是供法官完成其任务之用的一些工具，方法论工具或智

① 沃克编：《牛津法律指南》，英文1980年版，第1039页。

② 沈宗灵：“法律推理与法律适用”，《法学》（上海），1998年第5期。

力手段。”^①

第三种可称为综合法律推理观。综合的法律逻辑观认为法律推理不仅包括形式逻辑的应用,也包括其他的方法。其代表有伯曼和博登默海等。比如,博登默海指出,除了形式推理外,辩证推理和法律修辞也应包括在内。伯曼认为,英美等国家的法律推理常常相当于法官在断案中用以得出结论的智能过程,德法等具有法典的国家,法律推理则常常用以维护和论证法律原则的合理与一致。^②

就国内而言,有的学者在非常广泛含义上使用法律推理概念,它包括立法推理、司法推理、执法推理、法律实施的推理和公民日常法律推理,甚至包括学术界讨论时进行的法律推理等。有学者将法律推理分为广义和狭义。广义的法律推理包括有法律效力的推理和没有法律效力的推理,而狭义的法律推理指具有法律效力的法律推理,它又包括立法推理、司法推理和执法推理。根据国内学者赵玉增在“法律推理研究述评”^③一文中的总结,国内对法律推理的含义的理解分为泛化的理解和窄化的理解,在泛化的理解中,又有方法的泛化、内容的泛化、多视角的泛化,有的还认为法律推理包括形式法律推理和辩证法律推理。在窄化的理解中,又有审判三段论的法律推理观、司法推理的法律推理观、规范法律推理观以及法律论证的法律推理观等。

正因为对法律推理含义理解大相径庭,所以,在具体分析法

① Chain Perelman, *Justice, Law and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, D. Reidel Publishing Company, 1980, p. 140.

② Harold J. Berman, “legal reasoning”, David L. Sills ed., *International Encyclopedia of the Social Science*, Vol. 9 - 10, The Macmillan Company & the Free Press, 1975, p. 196.

③ 赵玉增:“法律推理研究述评”,《泰山学院学报》2005年第5期。

律推理之内容之前,我们就有必要对本书中使用的“法律推理”一词的含义稍作规定或者说约定。本书中所说的法律推理是指立法推理和司法推理,在实际用法中又主要是指司法推理。是指法官审判案件,获取法律判决的手段和方法;又是指法官审判的一种实践理性的思维过程。笔者以为,在上述的各种法律推理中只有法律适用的司法推理最集中反映法律推理特征的推理形式,因此我们在本书中所分析的法律推理主要是指司法推理,即审判推理或叫做法律适用的推理,包括司法行政工作人员适用法律过程中运用证据认定案件事实,援引适用于该案件的法律规范的活动以及将案件事实与法律规范相结合以得出判决结论等过程中所运用的法律推理。简单地说,就是为某一判决结论提供法律理由的一种思维活动。就法律推理的具体形式而言,本书持一种综合的法律推理观,即在法律推理中既有形式的法律推理又有非形式的法律推理。在法理理论中,法律推理也经常是在司法推理意义上使用的。比如有人认为:“法律推理的首要作用在于为结论提供正当理由。”^① 又有人指出:“法律推理是法院审判案件获得法律判决的方法,同时它也是证明法律判决的合理性最重要的方法。”^② 我国学者德全英、解兴权在“法律推理论纲”一文^③中认为:法律推理是指法律人(尤指法官和律师)利用法律理由推导和论证案件判决结果的过程。本书中所使用的法律推理的概念,在绝大多数情况下,与德全英等学者的上述定义基本一致。

自法律推理产生以来,该推理就作为法律实践中的一种基本思维方法得到运用,但作为一种研究对象得以注意和重视,却是

① 沈宗灵:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1994年版,第439页。

② 李桂林:“论法律推理的合理性要求”,《现代法学》1999年第6期。

③ 《新疆大学学报》(哲学社会科学版)1998年第3期。

近代以来的事情。在法学界，直到 18 世纪末 19 世纪初分析法学派的诞生，法律推理才真正引起注意和研究。20 世纪 60 年代后，法律推理真正成为法哲学和法理学研究的热点和中心，在 20 世纪 80 年代，国际法理学和法哲学会刊《法律与哲学》将法律推理列为法哲学讨论的论题之一。1984 年 12 月西方法学家在意大利的米兰举行了有史以来的第一次“法律推理”国际学术讨论会。在我国，对法律推理的关注更晚，这有其特殊的历史原因，在那个史无前例的年代，法制遭到破坏，而形式逻辑被等于形而上学，“法律”与“逻辑”的地位岌岌可危，“法律逻辑”的地位也就可想而知了。法官在判决时考虑得更多的是政策的需要，判决书上常常见到“民愤极大”等字眼，而不注重对过程和判决理由的说明。在新时期，中国法律制度日益健全，人们逐渐关注法律的公正性问题和法律的确定性等问题，开始关注法律的逻辑性的问题，法律逻辑开始得到重视，也开始研究国外学界的法律逻辑思想。

法律推理——为司法判决寻找正当理由，是现代法制社会法律的基本特征。

在司法实践中是否重视法律推理的作用是区别法治与人治的一个标志。法律推理就是为判决提供正当理由，说明它具有说理的作用，是与长官意志相对的概念。它的产生是法律本身的要求。^①前苏联一位颇有影响的法学教授库德里亚夫采夫在《定罪通论》一书中说：“逻辑学对法学，特别是对于定罪的意义是不容置疑的。大概社会生活的任何领域都不会像在法的领域那样，由于违背逻辑规律，造成不正确的推理，导致虚假的结论而引起如此重大的危害。推理的逻辑性，在侦查和审理

^① 张保生：《法律推理的理论与方法》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 118 页。

案件时严格遵守正确的思维规律——对于每一个法律工作者是基本的不可缺少的要求。”^① 有法学家认为，法律就是一个完全的、无缺陷和漏洞的规范体系，法官的任务就是简单地运用法律，法律体系的规范能为法官所遇到的所有案件提供法律依据，无须法官造法。而许多国际著名法学家对法律推理的司法意义都有清楚的认识。美国法学教授帕托（B. L. porto）认为：“正如一个想用意大利语交谈或者准确地做生物学试验的人必须学习和能够掌握一套独特的规则、原则和结构一样，一个人如果了解律师和法官如何解决案件就必须熟悉独特的法律推理的方法论。”^②

但是，并不是每位从事法律实践和研究的学者都同意以上看法。在法律结论有无正确答案、法律推理在司法实践中的作用问题上，存在着三种主要观点：

第一种是强调法律推理有唯一正确答案的形式主义。比如以德沃金为代表的极端的形式主义者认为，任何案件包括疑难案件都是有唯一正确答案的，法律推理能指引司法实践达到这一确定的结论。德沃金说：“多年来我一直在批驳实证主义者的主张，即对有争论的法律问题不可能有‘正确’的答案而只有‘不同’的答案，我一直坚持认为，在大多数案件中可以通过推理和想象的方法去求得正确答案。”^③

第二种是否定法律有正确答案的怀疑主义。如以霍姆斯、卢埃林为代表的怀疑主义者认为，法律结论是依据不确定的法律事

① [苏] B. H. 库德里亚夫采夫：《定罪通论》，李益前译，中国展望出版社 1989 年版，第 59 页。

② Bran L. Porto, “Legal Reasoning and Review”, David A. Schultz ed., Law and Politics: Unanswered Question, 1996, p. 11.

③ [美] 德沃金：《法律帝国》，常青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 II 页。

实和模糊的法律规则作出的，而法官个人的因素在法律判决中又起主要的作用。无所谓正不正确的法律判决。霍姆斯对形式主义法律推理观进行了尖锐的批判，他指出：“逻辑的方法和形式迎合了那种对明确性、对静止不变的渴望，这种渴望存在于所有人的心目中。但是，确定性一般说来是幻想，静止不变也不是人类的命运。在逻辑形式的背后，存在着一种判断，涉及的是相互冲突的立法根据的相对价值和重要性；的确，这种判断常常是不清楚的和无意识的，但它却是整个进程的根基和核心所在。你们可以给任何结论披上逻辑的外衣……但是，你们为什么要这样做呢？”^① 卢埃林等则从法律规则和法律事实的不确定性来批评形式主义的推理观。

第三种是折中主义。波斯纳等许多法学家走第三条路线，即折中和调和的路线。他们认为，大多数案件是可以根据三段论的推理来求得正确答案的，但有少数疑难案件是不能单纯依靠三段论推理的形式得出结论的。比如综合法学派的博登海默在《法律推理与法律理论》一书中认为，简易案件可以用形式逻辑的三段论就可以得出法律结论，而在复杂的疑难案件中通过实质法律推理，通过价值判断也可以得出结论。伯顿也认为，法律（及伦理）推理不应受到这种指责——法律规则无法宣告正确的结果或者描述因果法则。正如我们不能指责数学这种东西缺乏经验论证一样，我们也不能指责法律这种东西缺乏结果的整体确定性。果真如此，对法律及法律推理的怀疑论就不会轻易地从法律中逻辑的和因果的非确定性里产生出来。法律推理确定和权衡不同法律的理由，以支持和反对每一个预期的行为。通过法律推

^① Oliver Wendell Holmes, *The Path of the Law*, 10Harv. L. Rev. p. 457. 见伯顿著《法律和法律推理导论》，张志铭、解兴权译，中国政法大学出版社2000年版，第95页。

理,我们就可以获得案件的结果。法官的判决和命令并非由诸如决定彗星轨迹的那一些科学规律来决定。^① 法律推理关注的焦点在于找到实际情况中各种可能方案中最优的一种,而不像在科学中那样,在于可验证的普遍规律。科学家可以作出结论说,人们会几十年或几个世纪都不知道某问题的答案,而法官却应该依法判决案件,不能不当拖延。因为法律推理是法官在必须作出判决时用来解决问题的,所以科学标准对于它的成功运作是不恰当的,正如经验发现对数学家不恰当一样。^② 尽管法律不能像自然规律确定实验的结果那样来确定法律结果,但人们无须为此烦恼。这一不同恰恰能使我们更好地利用法律去创造更美好的世界。^③

笔者以为,文明时代法律的特征就是确定性。一方面,诉讼法律的许多规定目的就在于保证法律的确定性和法律结论的唯一性。从最基本的法律规则来看,一是审判制度中实行两审终审制度,同一审级不能作出模棱两可的决定,都是为了保证结论的唯一性,也只有结论是唯一的才有执行的可能。科学问题可以存疑,但是法律案件却不能不作出判决,当遇到疑难的案件时要考虑法律的整体公正性。二是证明责任原则,在刑事诉讼法中就是实行无罪推定。这些法律原则保证了实践上法律推理结果的唯一性和确定性。

但是,另一方面,判决的结果的唯一性并不等于结果的唯一正确性。法律判决是一种实践活动,法律证明和法律推理都是一种实践理性,而不是一种纯粹理性或理论理性。美国著名法学家

① [美] 史蒂文·J. 伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社2000年版,第102页。

② 同上书,第103页。

③ 同上。

波斯纳认为,法律推理是实践理性,是法官思维过程和行为正当化过程的统一。法律实践中法律推理的运用不能不考虑到其实践性的特点。关于什么是实践理性的问题,许多学者都有很深刻的认识。欧洲中世纪哲学家阿奎那最先对理论理性和实践理性作了区分。他认为,理论理性是关于情况是什么的推理,而实践理性是关于应当做什么的推理。德国哲学家康德从道德意义上来理解实践理性的问题。德沃金讨论了法律实践理性的问题,讨论了疑难案件中法官应当如何根据具体的案件对法律规则进行选择和使用的问题。美国学者波斯纳强调,实践理性的内涵包括三个方面:1. 深思熟虑处于中心地位,被理解成一种要求高品位的性情与智慧的研究判断模式;2. 具有亚里士多德式的实践智慧的审慎、远见卓识和循序渐进的特点;3. 传统经验作为矫正逻辑思考的措施的重要性。^① 张保生教授对此做了解释,认为法律是一种实践理性,并认为波斯纳在《法理学问题》一书中,对实践理性的理解有如下几种意思:1. 决定做什么的方法、选择和达到目标的便利手段;2. 依据所研究或努力的特殊领域内的传统,通过思考而获得结论;3. 作为前两者的结合,既是一种活动,又是理性的思考。^② 纯粹理性或科学理性、理论理性,其目标是求真;而实践理性的目标则是建立某种信念以选择某种行动。

“实践理性”的特征和目标也规定了法律推理结论的真理性的不确定性这一面。阿列克西认为,由于受人的认识能力和时间的限制,不允许人们完全通过无限回归的方式来寻找到“唯一

① [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547页。

② 张保生:《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社2000年版,第72页。