

主持人 陈金钊 谢 晖

许多职业群体都可以不信仰法治,但有两个群体当属例外,这就是律师和法官。如果没有法治,律师职业将难以维持,法官职业也将成为国家机器的附件,将萎缩或者变异,独立的法律职业也不会存在。因而,信仰法治是法律人头等重要的事情。通过对法律信仰问题的研究,我们认识到,对法律信仰是法治实现的精神要素,没有这一要素法治便不可能实现。中国的法治之路之所以艰难,在很大程度上就是国人(包括法律人)缺乏对法治的信仰所致。中国的许多法律人自觉不自觉地各种场合表达对法律之外某人某物的忠诚,但却闭口不谈对法律的忠诚。虽然当代中国的思想家、政治家也大都谈论法治,但谈论法治的出发点却不能说不存在问题。如法治方略论,从政治学的角度或站在管理者的主场上看似乎没有什么问题;法治救国论,从民族主义的主场上看也没有什么问题;防止“文革”重演论,从总结历史经验的角度看也没有什么问题。但这几种观点没有一个是从发自内心崇信法治的,让人觉得实行法治似乎是不不得已而为之的事情,如有其他方法,法治即可挥手去之。从这种出发点构建起来的法治,必然会缺乏对法治的信仰,而缺乏对法治的信仰,在重大问题上就不可能把法治贯彻到底,因为法治本身就是一种信念、一种理想,绝对意义上的法治是不可能实现的。

法治理论是一种建立在一系列假定的基础上的,这些假定包括:法律是自足的规则体系,它是独立存在的,法律包含有解决各种纠纷的标准答案,法官可以依法判案,人们可以依法办罪等。但是,法律社会学已经正确地揭示,法律不是逻辑自足的体系,它也不是独立存在的,法律只是社会中的法律,法律中不可能包括解决问题的现成答案,依法办事也仅仅是原则,是国家获得秩序的手段。法律解释学也揭示,共性的法律如果没有法官等主体的沟通、理解,不可能自动在现实生活中发挥作用。因为共性的法律与个性的案件总是存在着较大的缝隙需要弥合。运用法律是一种创造性地应用法律的活动。对于法律社会学和法律解释学所揭示的,法治论者并非都视而不见。但他们为什么还要追求法治?难道是因为他们神智不清吗?我们以为,法治论者信仰法治,是因为他们已经有别法治是一种理想,是法律人的事业之所在,正是他们掌握着法律知识并与他人分享法律知识,才使其他职业的人称为法人,这种信仰不是一种歇斯底里,而是一种久经训练的、发自内心的、与职业利益息息相关的东西。法治论者知道,地球是圆的,但他们认为自己也像建筑师一样,并不能像地球上的测量员一样,在地球上划直线的努力,是一种理想,是从理念而形成的天上来指导的,现实中的法治与法治理想总是有段距离,理论的任务不仅在于解释世界,在某种程度上它还要超越现实。这一点我们可从柏拉图的比喻加深理解。他说:“苏门士要求工人画出图纸,这一任务时,建筑工人无论如何也不难理解直线的意义。只有书呆子才会用数学家的论证来对建筑工人的直线概念提出质疑。普通人的观念在建筑方面是足够的:能实现相等的,并令所有的人满意。”我们认为,法官对普通建筑工人理直气壮,并努力实现,人们也会满意。法治是一种理想,但法律人应努力,这样才使法律在社会中发挥到极致地发挥的作用。也正是由于法律人的这份信仰,法律才成为政治生活的主要部分,成为生活的主要部分,使得法治成为表达国家的政治、经济、文化生活的主旋律之一。所以,要研究法律在社会生活中的地位,法律人对法律的信仰是不可忽视的。而对法律的信仰本身亦是法律人表达法律忠诚的方式之一。

第 3 卷

法律方法

山东人民出版社

山东人民出版社

第 3 卷

法律方法

主持人

陈金钊

2011

图书在版编目(CIP)数据

法律方法.第3卷/陈金钊,谢晖主编.—济南:山东人民出版社,2004.3

ISBN 7-209-03413-7

I.法... II.①陈...②谢... III.法律—研究方法—文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 009917 号

山东人民出版社出版发行

(社址:济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码:250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

880×1230 毫米 32 开本 17.25 印张 2 插页 455 千字

2004 年 3 月第 1 版 2004 年 3 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价:35.00 元

《法律方法》总序

自上世纪 80 年代以降,我国法学,因着恢复秩序、构造法治之需要,于学术闭关自守、百废待兴中仓促起步。俗云:“万事开头难”。当其于蹒跚学步之时,即面对曲折蜿蜒之途,跌跌撞撞,难得进步。故尝被人讥为“幼稚”之学,诚哉信哉,法界默然。

穷则思变。中国社会之急剧革新,迫令法界学人披肝沥胆、披荆斩棘,终拓出法学成长之路径。其间既存“法治”与“人治”、“主权”与“人权”、“权利”与“义务”、“阶级性”与“社会性”诸意识形态问题之辩证;亦有“法律价值”、“法律文化”、“法制现代化”、“法律信仰”诸“宏大叙事”问题之开拓。倘借西洋固有之三大法学流派而论,则吾国于近二十年中,先侧重于价值呼唤之“价值法学”,后延展至社会实证之“社会法学”。稍加留意,则知此种选择,无可厚非。当此国家大举立法之际,法律之价值取向,规范之成立资源,诚非小事,故法学家之大声疾呼、小心求证理在其中。即令国家立法大任告一段落,以外在于法律之价值理念、社会事实督促法律之更进、变革,亦殊为必要。

然则法学的此种景况,尚不足以言明何以“根据”法律,即可治国,更不足以说清法律自身有知识在焉。价值呼唤,乃以伦理学影响法律者;资源探求,是借社会学说明法律

者。其联手垄断法坛,虽可拓展学子视野,但不免遮蔽法律本身。更要者,其垂注于“宏大叙事”,即便利于法科学子迈向政治家之途,也不利其通达法律家之路。法学训练之宗,法科培养之旨,端在造就法律家,即根据法律而织造秩序者。自此而言,侧重法律方法之规范法学尤为必要。长久以来,我国法界乃至其法制受规范法学之影响不可谓不深,不过此种影响,常执于一端,即太过关注法律本质的探求,其既受“宏大叙事”思维之引领,亦受意识形态需要之掣肘,故而规范法学应有之法律知识、规范构造、司法技巧……常被遗忘。是以理论愈彰而行为越乱,法律弥繁而秩序更乏!

吾人以为,规范法学之根本,不在阐明法律本质,乃在揭示法律知识,创造法律方法,构建司法技巧。一国有法律而无法律之知识与方法,无司法之专门技巧,法律惟有装点门面、铺陈摆设而已。而法律之无法落实,不仅陷法律于不信,更令国民、律师、法官无所适从。是以西洋各国,无论奉行判例法律还是尊法成文规定,皆以培养、发展出大气磅礴、严谨缜密之法律知识、法律方法和司法技巧为所任。因此,法学自成一格,卓然而立于学术之林。它并不因携哲学、社会学、经济学……的术语和方法而壮大其声,反之,其自身之学术方法、思维路径、裁判技巧既影响到其他学人,也潜移默化,而渐成公众思维。

这与我国反差何其巨也!虽然,法学教育在此渐呈显要,以至俨然无法(科)不能立校,学法最为时尚。但在此背后,无论法科教师,还是法苑学子,大都缺乏法学知识、方法和技巧之训练。故法学繁荣,实为虚假现象。如何克服此弊?这等问题,诚然会人言言殊,但在我看来,救此弊者,本

在强化法律方法也。

广义上讲,含法学在内的一切学问,皆可谓方法之学。何以有此结论?盖在终极言之,人类认知,只可进于方法之途,而难达致本体之境。本体之澄明,需赖方法之进化。方法之缺席,必致本体之混沌;方法之在场,也未必本体即澄明。故本体之境,最终所需者为体验、为信仰。尽管如此,但相对言之,人类认知尚有本体性认知与方法性认知之别,这种情形,法学自不例外。法律方法,为法律认知之根本,因法律为一套严谨程式的逻辑体系,如何将机械之原则、规则演化为活动的秩序?法律自身,无力为之。这诚如孟子所言:“徒法不能以自行。”故而,在法律与秩序间,需勾连之具体方法。法律家之使命,即在于连接两者——借法律而构秩序。

“工欲善其事,必先利其器。”法律家借法律而构秩序,仅一脑双手,并不足以成就其业。在此之外,还需充实大脑、延长双手之法律方法。可见,法治之实现,法律秩序之构建,需仰赖法学学人和法律家于法学研究与法律实践中关注法律方法。近三五年来,缘于司法改革及法治秩序构建之吸引,吾国法学正在悄然生变,余称其为“从‘宏大叙事’到‘微观论证’”之变。其中要者,为法律方法研究之展开。故法律解释、法律推理、法律论证、法律发现、漏洞补充、法律续造、先例识别、利益衡量、理由说明等关涉法律方法之词汇,在法学论著、法律家言行中日渐流行、走俏。

鉴乎此,山东大学理论法学研究所、山东省理论法学研究会在联袂创办《民间法》、《人权研究》之同时,创办《法律方法》,以为我国多元法学之整体推进、法律教育之逐步完

善尽绵薄之力。倘海内外同道能关注鄙刊,并进而关注中国法律方法研究之进展,则为鄙刊之幸,编者之福!

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

公元 2002 年 11 月 8 日

目 录

《法律方法》总序	谢 晖(1)
----------------	--------

法律推理

法律推理及其对法治的影响	陈金钊(1)
论司法过程中的类比推理	苏 治(25)
推理规则	[美]李·爱波斯坦 盖瑞·金著 徐金海译(98)
自然法与法律推理	
..... [英]约翰·菲尼斯著 薛颖 刘传海译 罗文波校	(247)

法律论证

法律论证引论	夏贞鹏(270)
法律论证及其实践意义	任莹瑛 李秀群(347)
可接受的法律论证理论	
——读阿列克西的《法律论证理论》	赵玉增(371)
排除任意解释的法律论证	侯学勇(396)

法律解释

论刑法适用中法律解释的确定性	
——由一起刑事案件引发的对法律解释的思考	
.....	王 钧(414)

论法律解释的合法性	魏治勋(430)
成文法解释的客观性:标准及其途径	李宏勃(467)
宪法解释和原意	[美]大卫·劳恩斯著 纪建文译(513)

CONTENTS

Part one: Legal Reasoning

- Legal Reasoning and its Influence on Rule of Law
 Chen – Jin Zhao(1)
- On Analogy Reasoning in Judicial Process Su Zhi(25)
- The Rules of Inference
 by Lee Epstein and Gary King, trans by Xu – Jin Hai(98)
- Natural Law and Legal Reasoning, by John Finnis, trans by
 Xue Ying and Liu – Chuan Hai, rev by Luo – Wen Bo(247)

Part two: Legal Argumentation

- Introduction to Legal Argumentation Xia – Zhen Peng(270)
- Legal Argumentation and its Practical Significance
 Ren – Ying Ying and Li – Xiu Qun(347)
- Acceptable Theory of Legal Argumentation: a Reading of
 Alexy's 'a Theory of Legal Argumentation'
 Zhao – Yu Zeng(371)
- Legal Argumentation that Excludes Arbitrary Interpretation
 Hou – Xue Yong(396)

Part three: Legal Interpretation

On Determinacy of Legal Interpretation in Criminal Law's Application:

 Reflect on a Criminal Case Wang Jun(414)

On Legitimacy of Legal Interpretation Wei - Zhi Xun(430)

Objectivity in Statutory Interpretation: Standards and Approaches

..... Li - Hong Bo(467)

Constitutional Interpretation and Original Meaning

..... by David Lyons, trans by Ji - Jian Wen(513)

法律推理及其对法治的影响

陈金钊

推理是一种思维活动,用以说明这一活动的词汇还有推论、推断等。在现代汉语中,推理是指:(1)由一个或几个已知判断(前提)推出新判断(结论)的过程;(2)指论证即运用论据来证明推理真实性的过程。现代汉语中的推理一词含义有相互矛盾的地方,这就是推理和论证在方法论意义上并不是一致的。论证是确定作为推理的大小能否成立的活动,推理离不开论证,但论证很难说就是推理。因而,本文中的推理,特指由已知判断推出结论的活动。但我们也清楚,事物本身就是一种矛盾的存在,因而需要人们辩证地看待。所以有学者把推理分成相互矛盾的演绎推理和归纳推理、形式推理和实质推理等并不奇怪。由于在逻辑学界关于推理的定义存在争论,因而其歧义也弥散到关于法律推理的研究。人们一般认为,法律推理是推理的具体应用,但法律推理的具体含义是什么以及怎样应用法律推理方法,学界却争议很大。这种争议反映了法学从形式主义向现实主义的转变,反映了演绎科学的认识论向经验主义的认识论转变。〔1〕

一、对法律推理概念的分析

在我国法学界,关于法律推理的研究(从不太严格的意义上讲)

〔1〕解兴权:《通向正义之路——法律推理的方法论研究》,中国政法大学出版社2000年版,第63页。

有两支基本的队伍,同时也代表着不同的研究思路。一支队伍主要来自法学界,对法律推理进行法学理路的“内行式”研究,讲的是法言法语,运用的是法律思维方式。他们关于法律推理的观点多源自欧美法学,传述着欧美许多法学家关于法律推理的思想。另一支队伍主要来自哲学界或者逻辑学界,他们对法律推理进行的是逻辑学理路的“外行式”研究,讲的是数学式的符号,运用的是逻辑学(夹杂着法学术语和案例)的思维方式。他们关于法律推理的观点多是逻辑学原理的应用。这一点首先从法律推理的定义中得到部分印证。

(一)法学视野中的法律推理

受推理本身含义的影响,法学家们一般是在两种意义上使用法律推理:一种是利用演绎推理中的涵摄特点把法律作为大前提,事实作为小前提,法官等根据大前提与小前提之间的逻辑涵摄关系进行推理,这种推理在严格法治时代是维护、论证法治的核心理论。另一种是利用推理含义中的论证、争辩过程,把确定针对个案法律前提的论证、衡量过程视为实质法律推理。第一种观点认为法律是明确的行为规范,因而可以作为判决案件的标准。所以,所谓法律推理就是法官等根据法律进行裁判的三段论推理。第二种观点包含着成文法律并不一定是明确的行为标准,即使是明确的标准,也可能和其他标准存在冲突,如法律与正义的冲突,法律之间的冲突等,因而,当代许多学者认为,法律推理还包括应贯穿整个司法活动的争辩、论证和衡量等过程。在西方法学界,这两种观点争论不休,难以定论。我国法学界虽没有对法律推理进行深入系统的研究,但西方法学中的这两种冲突却程度不同地反映在法学研究中。由于我国在法治观念上具有更多的灵活性,所以,多数学者都是在第二种意义上使用法律推理。现择其典型举例如下:

1. 张保生博士认为:“法律推理是一个反映个案法律推理活动(立法推理、司法推理、执法推理、职业法律推理、大众法律推理等)总和的概念”,“是特定主体在法律实践中,从已知的法律和事实材料合

乎逻辑地推想和论证新法律理由的思维活动。”〔2〕这种定义强调了法律推理的实践品格、理性思维属性以及主体的广泛性等。当然,这种大而化之的法律推理定义最大的缺陷是令读者费解,即使是专业人士也很难从这种定义中看出法律推理的确切含义。

2. 解兴权博士认为,“法律推理是指特定法律工作者利用相关材料构成法律理由,以推导和论证司法判决的证成过程或证成方法。”〔3〕其中的推导方法多指形式推理,而证成方法多指实质推理。这种定义虽然没有张保生博士的定义涉及面宽,只是把法律推理界定在司法判决的狭小范围内,但我们也能明显地感到,推理与论证在其定义中仍合二为一。我们不能否认在法律思维过程中,法律推理与法律论证是同一个过程,都是主体的思维活动,但是,关于法律推理的研究完全可以把二者分开进行叙述。起码在理论上,法律推理与法律论证是两种不同的法律方法。

3. 王晨光教授认为,“法律推理是人们在解决具体法律问题和纠纷的过程中,适用法律规范、查证事实情况和为作出具有说明力的法律结论所进行的合乎逻辑和情理的思维活动。”〔4〕在王晨光教授的后来论述中,他明确指出:法律推理与法律论述、法律论证、司法论证是指同一个概念,〔5〕法律推理是推理在法律领域中应用。针对这种定义,我们想说的是:是不是在法律领域中所应用的推理都可以称为法律推理?法律推理与一般的推理有没有区别?王教授关于法律推理的定义是不是把法律推理泛化了?

〔2〕 张保生:《法律推理的理论和方法》,中国政法大学出版社1999年版,第79、84页。

〔3〕 解兴权:《通向正义的路——法律推理的方法论研究》,中国政法大学出版社2000年版,第19页。

〔4〕 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会研究所编,第5页。

〔5〕 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会研究所编,第13页。

我们从这几种定义中也可以看到当代法学家关于法律推理主流观点的影子,即他们都试图坚持传统的形式主义法学的观点,但这种观点已是非常缓和的形式主义或已经修正的形式主义。因为,只要我们在研究法律推理,判决的合法性就不会被彻底放弃。

(二)法律逻辑学视野中的法律推理

在法律逻辑学研究者的视野中,学者们也认为法律推理是其研究的核心问题。^{〔6〕}法律推理就是形式逻辑推理在法律中的应用,具体也可以理解为,“形式逻辑的各种推理在审判和侦察实践中的简单应用。”^{〔7〕}缪四平教授认为,对法律推理的研究不属于法学,应属于应用逻辑的分支。因而他认为法律推理虽然属于法律逻辑学的研究对象,但对“法律推理的研究不可能像形式逻辑那样完全撇开推理的内容来抽象地分析推理形式”,“既要分析推理结果,又要考察推理过程。因为法律推理绝不是任何一种形式逻辑推理或辩证逻辑所能概括了的,它实际上是各种逻辑推理的综合应用。推理的应用是个逻辑思维的过程,考察法律推理就是对整个逻辑推理过程进行全面分析和具体分析,只有这样的分析,人们才能对法律推理的结果是否合理作出正确评价。”^{〔8〕}印大双认为,“法律推理是逻辑思维方法在法律领域中的运用,它是对法律命题运用一般逻辑推理的过程。”^{〔9〕}一般地说,法律推理存在于法律的整个实施过程。它要求法官在审判的过程中能够比较理性地、逻辑地而不是机械地适用法律。这实际上说,整个司法过程都需要逻辑或推理,而不是法律推理。确实,司法过程要讲道理、理性或者说逻辑对法官等思维的支配是当然的,

〔6〕 雍琦主编:《法律逻辑学》,成都科技大学出版社1998年版,第11页。

〔7〕 缪四平:《关于法律逻辑对象和性质的思考》,载《法学论坛》2001年第4期,第43页。

〔8〕 缪四平:《关于法律逻辑对象和性质的思考》,载《法学论坛》2001年第4期,第44页。

〔9〕 印大双:《论法律推理中的必然性推理或然性推理和辩证推理》,载《探索》2001年第5期,第75页。

但逻辑和法律推理有很大区别,不属于同一层次的概念。通过阅读许多逻辑学者研究法律推理的材料,我们看到,以逻辑学的视角研究法律推理的文章多囿于形式逻辑的框架,很少涉及法律推理的实际内容。很多学者指出,这样的法律推理仅仅是用推理形式解说法律案例,难免流于肤浅。因而,有一部分学者认为应该跳出逻辑学的圈子从法律本身的运行中研究法律推理。

二、重构三段论式的法律推理

(一)对三段论推理的种种责难

西方的许多法学家认为:推理是得出结论的活动。推理本身并不能保证结论的正确性,正确性是由其他法律理论来解决的问题,或者说应由法律社会学以及自然法学来解决的问题。王晨光教授曾评论说,采用形式逻辑的法律推理把罗马法推向了一个更高层次,使其从自然法的套路发展到罗马法的全书科学和德国的概念法理学的高度,这标志着理性主义和法律逻辑方法发展到了顶峰。^{〔10〕}但发展到顶峰仅仅意味着再往前发展已经十分困难,并不意味着形式主义推理的观点是错误的。我们认为,即使是关于法律推理的形式主义观点在西方已经没有它的意义空间,也不意味着对中国没有积极意义。

下面我们就通过对三段论法律推理责难的概括及评析,来说明三段论可能产生的意义。

第一种责难是:这种推理只能解决简单案件,而不能解决疑难案件。这样界定法律推理似乎太简单了,无法描绘推理过程。推理本身确实无法描绘司法过程,但我们应清楚的是法律推理过程并不等于司法过程。我们认为,推理的简单性正好证明法治的可能性,简单并不意味着法律推理维护法治的功能弱化。对司法过程的描述,也

〔10〕 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会研究所编,第27页。

不宜仅用法律推理一种方法,法律解释、法律发现、法律论证、价值衡量等都应拿来叙明司法过程。试图在推理中加进论证也不能代替其他法律方法。我们得承认,法律论证外还有其他法律方法。我们认为,法律推理应是相对独立的法律方法——是一种揭示抽象规范与特定案件涵盖关系的方法。法律推理作为法治的环节,具有自身相对独特性,有其独特的运用方法。确实,从表面上看三段论本身难以解决复杂的问题。但我们不能忘记,法律由个别调整发展到一般调整,就是想用简单方法解决复杂的问题。问题再复杂,法官律师等人也得解决,其途径就是把复杂的问题转换成简单的问题。另外,“复杂”问题之复杂,并不是推理的复杂,而在确认作为推理的大小前提的问题的复杂。问题本身的复杂性并不是排斥三段论法律推理的理由。

英国法学家拉兹把法律推理分为两类:一类是有关法律的推理,即确定什么是可适用的法律规范的推理;另一类是根据法律的推理。^{〔11〕}在笔者看来,有关法律的论证等属于为法律推理进行准备的活动不属于法律推理,只有根据法律进行推理才是法律推理,才是以法律为中心的推理活动。而只有以法律为前提所进行的推理形式才能满足合法性形式的要求。作为一种方法,“法律推理与一般推理的主要区别就在于法律推理的内容离不开法律规范标准、权利和义务,因而构成一种特殊的规范推理。”^{〔12〕}但我们应认识到,法官等不能把法律规范作为当然的推理前提,即使把现成的法律规范当作法律推理的前提,也必须进行是否具有涵盖关系的论证。司法过程中的归纳推理和类比推理方法属于法律论证或法律解释的方法。归纳推理得出的结论所描绘的只是一种可能的准确性。它与其他方法并用

〔11〕 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会研究所编,第37页。

〔12〕 王晨光:《法律推理》,清华大学当代中国研究中心、中国人民大学法律社会研究所编,第49页。