



光华法学·法学博士文丛

A Study on the Methods of Legal
Reasoning in Application of Criminal Law

刑法推理方法研究

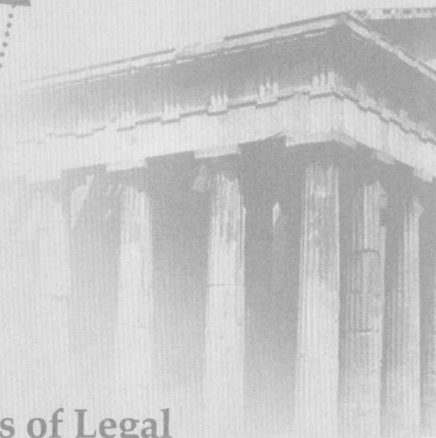
沈琪 / 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS
浙江大学出版社



光华法学·法学博士文丛



A Study on the Methods of Legal
Reasoning in Application of Criminal Law

刑法推理方法研究

沈琪 / 著



ZHEJIANG UNIVERSITY PRESS

浙江大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑法推理方法研究 / 沈琪著. —杭州: 浙江大学出版社,
2008.3

(光华法学·法学博士文丛 / 孙笑侠主编)

ISBN 978-7-308-05708-0

I. 刑... II. 沈... III. 刑法—推理—研究 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 196856 号

刑法推理方法研究

沈 琪 著

出 品 人 傅 强

策 划 人 曾建林 夏立安

责任编辑 田 华

出版发行 浙江大学出版社

(杭州天目山路 148 号 邮政编码 310028)

(E-mail: zupress@mail. hz. zj. cn)

(网址: <http://www.zjupress.com>

<http://www.press.zju.edu.cn>)

电话: 0571—88925595, 88273066 (传真)

排 版 浙江大学出版社电脑排版中心

印 刷 杭州长命印刷有限公司

开 本 787mm×1092mm 1/16

印 张 11.5

字 数 200 千字

版 印 次 2008 年 3 月第 1 版 2008 年 3 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-308-05708-0

定 价 26.00 元

版权所有 翻印必究 印装差错 负责调换

浙江大学出版社发行部邮购电话 (0571)88072522

总 序

中国正处于社会巨变和法制转型的关键期,对置身其中的法律人来说,其面临的机遇和挑战是前所未有的。一方面,转型中国以众多本土问题的形式,提供了学术和制度创新的各种契机;另一方面,现有法律秩序和法律理论作为西方的学习者和追随者,却无力解释和解决一些必须面对的中国式问题。就此观之,我们实处于一个“最好和最糟的时代”。

当下以法律移植为特征的大规模形式法制建设,需要理论研究在理念、制度和技术等诸方面及时跟进、适度超前。既要研究现代法律体系的构成和运作,也要研究诸多“之所以然”的问题,以求在固有传统与舶来品之间探询一种妥当的嫁接,获取一种合理的平衡,乃至实现适度的超越,避免落入“只有制度皮囊,而无价值骨血”的陷阱。这既是国家各级研究院、学术社团的任务,也是研究型大学要面对的课题;既是老一代法律理论工作者的学术使命,更是新一代法律学人的时代担当。

梁任公曾言,少年智则国智,少年富则国富,少年强则国强,少年独立则国独立,少年自由则国自由,少年进步则国进步,少年胜于欧洲则国胜于欧洲,少年雄于地球则国雄于地球。秉持“求是厚德,明法致公”的院训,追求“专业典范,社会公义”的教育理想,守候“返回法的形而下”的学术旨趣,浙江大学光华法学院特推出了一套由法学新锐创作的作品,冠名为“光华法学博士文丛”,以扶持学术,奖掖新人。历史表明法学的盛衰与政治的治乱息息相关:法学兴盛,政治才有可能兴

盛；法学衰败，则政治必然衰败。我们希望本丛书能持续成为高层次学术新著的展示窗口和成长园地，直至迎来法学的真正繁荣和法治的全面昌盛。

编 者

戊子年新春于钱江畔月轮山

目 录

引 言	(1)
第一章 刑法推理之一般理论	(8)
第一节 刑法推理的界定	(8)
第二节 刑法推理的特征	(17)
第三节 刑法推理的功能	(20)
第四节 刑法推理的原则	(25)
第五节 刑法推理的方法	(31)
第二章 刑法推理之演绎与归纳方法	(37)
第一节 刑法推理之演绎方法	(37)
第二节 刑法推理之归纳方法	(66)
第三节 小 结	(78)
第三章 刑法推理之类比方法	(80)
第一节 类比推理的运行规则与司法运用	(81)
第二节 类比推理之于刑法适用的作用	(88)
第三节 类比刑法推理的基本过程	(101)
第四节 类比刑法推理的局限性	(111)
第五节 小 结	(113)
第四章 刑法推理之辩证方法	(115)
第一节 辩证推理的含义及其在刑法适用中的必要性	(116)

第二节 辩证刑法推理的基本过程	(123)
第三节 辩证刑法推理之客观性基础	(134)
第四节 小 结	(141)
第五章 刑法推理之程序制约	(143)
第一节 合理刑事审判程序的有效制约	(143)
第二节 刑事判决说理制度的有效制约	(159)
第三节 小 结	(168)
结 语	(169)
参考文献	(172)

引 言

建设法治国家是我们的伟大目标。为了这一目标的实现,我国从改革开放以来尤其是最近十年间进行了大规模的立法工作,时至今日已形成了较为完备的法律体系。刑法,作为最重要的部门法之一,在法治建设中所处的位置相当于“木桶理论”中的最短木条,其立法工作自然也受到高度重视,尤其是1997年刑法修订时确立了罪刑法定原则,对刑法规范作了进一步的明确化和细致化,标志着我国在法治道路上迈出了具有历史性意义的一步。然而,在我们满怀激情地奔向“法治”之时,现实却给我们提出了一系列看似矛盾的问题:为什么在我国刑事立法已经相对完备的今天,刑事司法的公信力却屡遭民众质疑?为什么在我们制造了大批量的法律制度之后,离法治的目标依然那么遥远?严峻的现实迫使我们不得不审慎反思以立法为主导的法治建设路径。事实上,对于法治的实现而言,立法固然重要,立法是司法的前提,但司法的作用并不亚于立法,甚至比立法具有更加重要的意义。因为,任何法律最终都要通过适用才能对社会生活发生作用,法律只有在实际适用中才能获得生命。法律本身制定得再完善,如果没有优秀的司法者和合理的司法过程,法律所蕴涵的正义价值就不可能得到实现。法治的实现是立法与司法良性互动的结果。

司法是法律最终获得生命、实现正义的场所,是法治目标最终得以实现的关键环节。司法过程的复杂性及其对法治的重大意义使我们的理论研究没有理由不对它加以足够的关注。只有充分关注司法,才能使理论研究真正地起到对司法的指导作用,缓解理论与司法实践之间的紧张关系,从而为法治理想的实现贡献应有的力量。反观我国的刑法学理论研究,虽然到目前为止,研究成果在量上可以说已经达到了相当规模,但是,理论研究不联系司法实践、不关注现实刑法适用问题,是我国刑法学理论研究的总体

性特征。学者们热衷于使用纯粹的规范分析方法,在刑法规范体系之内进行抽象的概念注释和命题推导,力图通过抽象分析来阐明规范含义、理顺规范体系,并为完善立法提出指导性建议。不可否认,这种传统的规范研究对刑事司法也具有重要的作用,对刑法规范的注释和演绎能够帮助司法者准确地掌握法条含义和立法精神,从而为正确适用刑法奠定知识基础。但是,仅有对刑法规范的抽象理解并不能保证良好司法的实现,毕竟,司法过程不同于抽象的规范分析过程。在司法中,法官不仅要面对抽象的规范,更要面对具体的案件,而且其最终目的并不是明确刑法规范的含义,而是要对现实案件作出合法的处断。现实中的案件事实与刑法规范之间往往不是一一对应的关系,从事实和规范中得出裁判结论的过程,不仅要涉及对刑法规范的理解,还要涉及对案件事实的认定,更要涉及对事实与规范之对应关系的判断。在此过程中,法官往往会面临不同的选择和必要的判断,要进行法律解释、法律推理等思维活动,甚至要进行必要的利益衡量和价值判断。总而言之,现实司法是一个远比静态规范体系复杂得多的领域,单纯的规范分析代替不了对刑法适用过程的研究,司法过程的复杂性要求我们必须对其进行专门性的研究。这是笔者写作本书的基本出发点。

司法是一个涉及诸多领域的论题,但法律适用是司法过程的核心。对法律适用过程的研究在学科分类上属于法律方法论的范畴。法律方法论在西方法学研究中,早已是一个热门的课题,相应的研究成果可谓汗牛充栋。英美法系学者一向注重从法律推理的角度来研究法律适用问题。博登海默的《法理学——法律哲学与法律方法》是较早翻译过来的论及法律方法的作品,该书专辟章节探讨了法律推理方法和司法过程中的技术问题。伯顿的《法律与法律推理论》、列维的《法律推理引论》、孙斯坦的《法律推理与政治冲突》等都是近年翻译过来的专门探讨法律推理问题的著作。还有大量尚未被翻译过来的关于法律推理的著作,也都对法律适用方法进行了深入、细致的探讨。

在大陆法系学者中,拉伦茨的《法学方法论》堪称专门研究法律方法的经典之作。拉伦茨在评介现代法学方法上的论辩的基础上,从法学的一般特征、法条的理论、案件事实的形成及其法律判断、法律的解释、法官从事法的续造之方法以及法系中概念及体系的形成等多方面详细论述了法律适用方法。另外,恩吉施的《法律思维导论》也是近年翻译过来的专门探讨法律方法的经典作品;考夫曼的《法律哲学》也对法律推论、法律逻辑和法律论证等问题进行了精到的分析。此外,还有大量的关于法律方法的著作没有被翻译过来。

受到国外法律方法研究思潮的影响,我国台湾地区的学者也展开了相关的研究,比较有影响力的著作有:王泽鉴的《法律思维与民法实例》、黄茂荣的《法学方法与现代民法》和杨仁寿的《法学方法论》。这些学者都是台湾著名的民法学者,他们对法律方法的研究主要针对民法适用方法问题,带有明显的民法思维特征。刑法学方面的相关研究,可见的只有苏俊雄的《刑法推理方法及案例研究》,该书虽然对刑法推理方法进行了初步研究,但总体上缺乏系统性,对推理方法的探讨尚欠深入、细致。

面对我国法治的现代性问题,大陆法理学界和一些民法学者在西方国家法学方法论研究的影响下,也开始注意到传统法律制度与司法实践的隔阂而踏上了法律方法论研究的征程,并已取得了一定的成果。我国学者对法律方法论的研究,体现了后发研究的一个重要特点,即在法律解释和法律推理两条路径同时展开。法律解释方面的代表性著作有:梁慧星的《民法解释学》、张志铭的《法律解释操作分析》、梁治平的《法律解释问题》、董皞的《司法解释论》等;法律推理方面的代表性著作有:解兴权的《通向正义之路——法律推理的方法论研究》、张保生的《法律推理的理论与方法》、王洪的《司法判决与法律推理》、陈锐的《法律推理论》等。除了专著之外,还有大量的有关法律解释和法律推理方面的论文、期刊等。这些著述都从不同角度对法律适用方面进行了不同程度的研究。

在大陆刑法学界,近几年来,或许是出于对刑事司法实践的关切,或许是为了谋求新的理论路径,不少刑法学者也开始关注法律方法论问题。北京大学法学院于2004年11月在深圳举办了全国首届中青年刑法学者专题研讨会,主题就是刑法方法论。在此次研讨会上,学者们提交了不少有关刑法适用和刑法学研究方面的论文。其中,陈兴良教授提交的《刑法教义学方法论》后发表在《法学研究》2005年第2期上。该文从刑法教义学方法、刑法解释方法、犯罪构成方法、案件事实认定方法、刑法论证方法等多方面论述了刑法适用和刑法学研究方法问题。此外,王世洲发表在《法学研究》2005年第5期上的《刑法方法理论的若干基本问题》和曾粤兴的专著《刑法学方法的一般理论》等,都是我国刑法学者在刑法方法论领域所取得的重要研究成果。陈兴良主编的《刑法方法论研究》收录了多篇由年轻学子撰写的刑法方法论方面的论文,对刑法解释方法、事实认定方法、推理方法以及其他一些相关性问题的进行了前沿性研究。不过,大陆刑法学者对刑法适用的研究主要还是集中在刑法解释方面。2003年刑法学年会把刑法解释作为会议的议

程之一。近年来有不少刑法解释方面的论文和著作相继问世。^①但总体来看,有关刑法适用方面的研究缺乏整体把握和深入分析,对刑法适用的具体思维过程和方法缺乏细致剖析。其中,以“刑法方法论”冠名的著述多是对刑法学研究方法的分析,而非对刑法适用方法的探讨。有关刑法解释方面的研究多重视司法解释而对法官解释研究不够,从体制层面研究刑法解释的多,而对刑法适用过程研究的少;对如何理解刑法规范含义研究的多,而对如何理解刑法规范与案件事实之间的对应关系研究的少。当然,有关刑法方法论的现有研究成果,为今后深入研究刑法适用方法提供了重要的参考价值。

本文将尝试从法律推理的路径对刑法适用进行初步研究。法律推理是法哲学的基本问题之一。它真正成为西方法理学研究的热点问题是始于20世纪六七十年代。国际法理学会刊《法律与哲学》曾将法律推理列为80年代法哲学论题之一。1984年底,西方法学家在意大利米兰举行了有史以来第一次“法律中的推理”(reasoning in law)国际学术研讨会,这成为法理学从研究客体问题向研究法律推理转变的标志。^②此后,法律推理的研究在西方法理学中一直经久不衰。西方国家对法律推理的研究对我国法理学研究产生了重大影响,从20世纪末开始,我国法理学界也开始关注法律推理问题,产生了不少有关法律推理问题的研究成果。虽然法理学界对法律推理问题的研究热情日益升温,但却没有引起中国大陆刑法学者的兴趣,到目前为止,还未见到专门研究法律推理问题的刑法学论著。虽然法理学关于法律推理问题的研究具有很大程度的涵摄性,它概括总结了各部门法法律推理的一般规律,能够对部门法的适用起到一定的指导作用,但法理学的研究毕竟具有很大程度的抽象性,往往很难兼顾不同部门法的特点,在指导部门法的适用中具有明显的局限性。所以,部门法学者有必要在借鉴法理学关于法律推理研究成果的基础上,结合本部门法的特性研究法律推理问题,以期对本部门法的适用发挥更加直接的指导作用。正因为认识到了这一点,民法学者已开始关注民法领域的法律推理问题,出现了一些有影响力的

① 以刑法解释为题的博士论文有:李国如博士的《罪刑法定原则视野中的刑法解释》,方文军博士的《法官解释初论——以刑法适用为视角》,杨艳霞博士的《正当性刑法解释路径研究》等;另外,宗建文所著的《刑法机制研究》,刘艳红所著的《开放的犯罪构成要件理论研究》,刘树德所著的《罪状解构——刑事法解释的展开》等,都有相关内容论及刑法解释问题;此外,发表在各类期刊上的刑法解释方面的论文也有很多。

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4页。

研究成果,对民法适用乃至整个民事司法都起到了很好的指导作用。^①

专门研究刑法适用中的法律推理有助于形成科学合理的法律思维。司法人员具备科学合理的法律思维是法治的内在要求。但我国目前司法队伍的总体素质不高,很多都没有接受过正轨的法学教育,即使是接受过法学教育的人也因为法学教育体制的原因没有受过专门的法律思维的训练,基本上是凭着感觉和经验办案。感觉和经验固然重要,但科学合理的法律思维对法治的实现更具有决定性的意义。法律推理课题是对法律思维的研究,法律思维作为人类的一种思维方式,具有不同于其他思维的特性。同时,刑法推理中的思维又具有不同于其他部门法的独特内涵。比如,罪刑法定原则会导致刑法推理如何不同于民法推理?罪刑法定在刑法推理发挥怎样的作用?在刑法推理中,允许使用哪些推理方法?等等。通过对刑法推理的专门研究,可以在吸收法理学关于法律推理问题研究成果的基础上,凸现刑法推理之独特品格和方法,促进刑法推理思维的科学化和合理化,从而为刑事司法者提供一些刑法适用的基本规则和路径。这是本文选题的意义之一。

其二,通过对刑法推理的研究和关注,有助于实现刑法学理论研究的重大转向。如前已述,我国的刑法学理论研究长期以来一直注重抽象的概念分析和制度设计,这种封闭式的研究无法很好地指导司法实践的弊端已相当明显。刑法推理的研究要求从对刑法文本的规范分析转到对司法主体的行为分析,从对抽象的概念和条文的分析转到对现实制度设计和具体操作技术的研究。这样的研究才能真正使刑法学的理论研究对司法实践发挥应有的指导作用,摆脱目前面临的理论与实践两张皮的困境。同时,这种研究还会极大地丰富和发展我国刑法学理论研究的内容。“法律是一门艺术”^②,法律的生命存在于适用过程中。司法是一个最有可能有所作为并产生实际影响的领域,其影响力可能远远超过立法;而且,由于司法是具体操作的,法官所面临的各種社会因素是安乐椅上的法学家难以想象的,因此,司法实践更可能是法学理论发展创新的基础,而不是相反。^③作为刑法学研究者,应该关注司法实践,这是理论研究的重要智识来源。

法律推理理论研究内容非常广泛,它要研究法律的渊源,研究法律命题

① 代表性的论著有:朱庆育博士的《意思表示解释理论——精神科学视域中的私法推理理论》(中国政法大学出版社2004年版),冯文生博士的《推理与诠释——民事司法技术范式研究》(法律出版社2005年版),黄明耀的“民法适用中的法律推理”(载《现代法学》2003年第2期)。

② 转引自张志铭:《法律解释操作分析》,中国政法大学出版社1999年版,第3页。

③ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,自序第X页。

的合法性和合理性,研究法律命题相互之间的推导关系,等等。本文的研究重点是刑法适用中的法律推理方法。“法律推理就是特定法律工作者利用法律理由,权威性地推导和论证司法判决的证成过程(或方法)。”^①法律推理作为法律适用的基本过程,以一定的推理方法作为载体,推理者正是通过推理方法的运用而将规范与事实连接起来推导出结论,方法论的研究是法律推理理论最基础也是最具有实用性的研究。本文将对刑法适用中的各种推理方法进行描述性分析,揭示刑法适用者处理规范与事实之对应关系的思维路径,并预期为刑法适用设定一些规范层面的要求和准则。它属于刑法实践及其知识形态的一项基础性研究,是刑法方法论中的一个基本问题。

在结构安排上,本文主要由五个部分组成。

第一章论述了刑法推理之一般理论,把刑法推理界定为法官在刑法适用过程中,根据刑法规范和案件事实,推导和论证刑事判决的思维过程。指出,与私法推理相比,刑法推理具有法定依据的唯一性、推理理由的局限性之特性。刑法推理是刑法适用的基本方法,它对刑事判决主要具有推导和证成两项功能。本章还设定了刑法推理的三项原则,即合法性原则、合理性原则和客观性原则,并对刑法推理可能采取的具体方法进行了初步认定。

第二章分析了刑法推理之演绎和归纳方法,指出,在罪刑法定原则之下,演绎推理是刑法推理的基本模式,它有助于实现刑法适用之形式正义和客观性。但是,演绎推理的顺利进行要以表现为确定命题的大小前提的存在为前提,而在现实的刑法适用中,无论是刑法规范还是案件事实,都不可能表现为确定的命题形式,它们难以被直接纳入演绎的推理结构之中充当大小前提,演绎推理常常会由于大、小前提的非既定性而面临推演受阻的困境。要使演绎推理顺利进行,必须先通过其他司法方法把刑法规范和案件事实加工改造为合格的大小前提。说到底,演绎推理的难题根源于刑法规范所具有的不可避免的模糊性和抽象性,而归纳则是用来明确规范含义的有效方法之一。在实践中,很多刑法规范在具体案件中内涵的确定,经常要经由经验的世界,通过归纳才可以最终确定。本章分析了归纳刑法推理的具体内容、存在的局限和难题,还指出在刑法适用中,应当结合使用演绎和归纳这两种推理方法,不能忽视或排斥归纳推理的应用。

第三章分析了刑法推理之类比方法,指出类比推理并不像传统观点所认为的那样,只在填补成文法漏洞的时候才会被使用,实际上,由于刑法规

^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25页。

范所能提供的仅是具有模糊性、抽象性特征的犯罪类型和相对确定的法定刑,类比推理在刑法适用中发挥着相当重要的作用。在定罪中,类比推理能够帮助法官通过案件事实与典型例证之间的类比来判断事实要件与构成要件之间的符合性;在量刑中,类比推理能够帮助法官通过与相似案件的比较来获得待决案件的裁量基准。类比推理是在演绎模式之下刑法适用的基础性思维方法,是具有方法论意义的刑法解释方法,它比演绎推理更加微观精细地揭示了刑法适用的内在机理。本章还分析类比刑法推理的基本过程,指出,在进行类比刑法推理时,要遵循获取类比原型案件、识别待决案件与原型案件之间的相同点和不同点、判断类似性的重要程度三个步骤,要坚持罪刑法定原则的最高标准、刑法目的的实质标准和刑法规范可能文义的限制标准,禁止进行犯罪类型之外的类推。本章最后还指出,类比推理并不是单纯受形式逻辑支配的机械推演过程,而是始终充斥着推理者个人的自由判断,甚至可以说,类比推理主要是包含着实践理性特征的价值推理。

第四章分析了刑法推理之辩证方法,指出,由于规范语言的概括性导致刑法规范和案件事实之间缺乏明确的、单一的逻辑对应关系,辩证推理在刑法适用中不可避免,它也是潜藏在演绎模式之下的重要推理方法。刑法目的是辩证刑法推理的根据,价值判断是辩证刑法推理的本质,合理平衡自由与秩序、公正与功利这些刑法基本价值是辩证刑法推理的核心。本章还指出,辩证推理中的价值判断虽然是法官的主观思维过程,但“主观的”并不等于就是任意的。法官的价值判断始终要受到法律共同体、法官法律信念之网、价值判断共识化的制约,从而为实现交谈意义上的客观性奠定智识基础。

第五章分析了刑法推理之程序制约,指出保证刑法推理的客观性,除了需要智识性制约之外,还需要外在的制度性制约。本章在借鉴以哈贝马斯为代表的法律议论理论的基础上,提出应当完善现有的刑事审判程序,充分保障被告人的辩护权,实现控辩平等,保证控辩双方充分“议论”,这样有利于法官准确把握法律规范的内涵和案件事实的真相,全面认识社会公众的价值理念,从而进行正确裁判,而且可以使法官的刑法推理过程和结论受到控辩双方意见的有力制约,防止法官恣意裁判,保障刑法适用的客观性。本文还认为,完善刑事判决说理制度,要求法官在判决书中充分展示刑法推理的理由和过程,对控辩双方的意见做出积极回应,可以使法官推理接受社会大众监督,限制恣意。

第一章 刑法推理之一般理论

刑法推理是刑法方法论的核心概念之一,它是法官在适用刑法过程中所进行的各种理性思维活动的表现形式,是法官从刑法规范和犯罪事实中推导出刑事裁判的过程和方法。刑法推理是刑法适用的基本方法,刑法适用本质上是一个法官推理的过程,没有刑法推理就没有刑法适用。任何一项刑事判决的作出,都是法官进行推理活动的结果。然而,在我国刑法学研究中,由于方法论研究的滞后,至今还很少有人使用“刑法推理”这个概念。因此,在研究具体的刑法推理方法之前,有必要首先对刑法推理这个概念进行必要的阐释。本章将通过对法律推理概念的探讨,对刑法推理进行符合本文主旨的界定,揭示刑法推理的特性,分析刑法推理的功能,设定刑法推理的原则,并初步探讨刑法推理可能采取的方法。

第一节 刑法推理的界定

一、法律推理的界说

刑法推理是法律推理的一种,是在刑法这个特殊部门法领域所进行的法律推理活动。因此,对刑法推理的界定离不开对“法律推理”这个上位概念的理解,在“法律推理”理解方面存在的各种分歧和争议在界定“刑法推理”时也都将会遭遇到。由于中西方文化的差异和不同学者研究着眼点的不同,对法律推理的涵义形成了不同的观点,其争议点主要表现在以下四个方面。

第一个争议的问题是法律推理的功能,即法律推理是仅包括从已知前

提推导出裁判结论的过程,还是还包括论证前提和结论之正确性的过程。持第一种观点的学者认为,法律推理就是指从已知前提得出某种法律结论的推导过程。我国大多数学者持这种观点。例如沈宗灵先生认为:“推理通常是指人们逻辑思维的一种活动,即从一个或几个已知的判断得出另一个未知的判断。这种思维活动在法律领域中的运用就泛称法律推理。”^①张文显教授也指出:“法律推理是法律工作者从一个或几个已知的前提(法律事实或法律规范、法律原则、判例等法律资料)得出某种法律结论的思维过程。”^②持第二种观点的学者则认为,法律推理不仅包括从已知前提推导出裁判结论的过程,而且还包括推理者对其推理前提和裁判结论进行论证、说理的过程。例如美国学者伯顿指出:“法律推理就是在法律争辩中运用法律理由的过程。”“法律推理可视为在法律论证中运用法律理由的过程。”^③还有国外学者同样认为:“法律推理作为过程本身,它是论证(或论辩)过程。一般而言,论证(辩论)所描述的是形成理由、得出结论以及将它们用于一种正在思考的情况的活动或过程。”^④佩雷尔曼也认为:“法律推理是实践推理的一个非常精致的个案,它不是形式上证明,而是一种论证,该论证旨在通过表明这种选择、决定或取向较之同时存在的其他各种选择、决定与取向皆更为可取来说服对方,令对方信服。”^⑤我国学者解兴权博士也认为:“法律推理就是特定法律工作者利用法律理由,权威性地推导和论证司法判决的证成过程(或方法)。”^⑥这种观点在承认法律推理对法律结论的推导作用的同时,更加强调法律推理的论辩性,强调通过论辩给出理由来论证法律命题和结论的正确性。

第二个争议的问题是法律推理的方法,即法律推理是仅包括形式逻辑规则的运用,还是还包括非形式逻辑方法。持第一种观点的学者认为,法律推理其实就是形式逻辑推理在法律领域中的运用。例如《牛津法律指南》

① 沈宗灵主编:《法理学研究》,上海人民出版社1990年版,第337页。

② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第16页。

③ [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1、110页。

④ Kent Sinclair, Legal Reasoning, In Search of an Adequate Theory of Argument, California Law Review, 1971, Vol. 59, p. 58.

⑤ [比]Ch. 佩雷尔曼:《法律推理》,朱庆育译,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第2卷),山东人民出版社2003年版,第139页。

⑥ 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25页。

说：“法律推理(legal reasoning)大体上是对法律命题运用一般逻辑推理的过程。”^①我国也有不少学者持这种观点，它甚至曾一度成为法理学界的主流观点。比如，有学者指出：“推理问题主要涉及形式逻辑。”^②有学者坚决反对把实质推理方法纳入法律推理范畴，认为：“法律推理只能是三段论式的演绎推理”，法律推理是和法律解释、法律论证、价值衡量以及漏洞补充互不相同的司法方法。^③这种法律推理观深受概念法学的影响，概念法学一直想把法官训练成简单地把法律和事实相结合的“自动售货机”，在适用法律过程中，法官完全被动地受形式逻辑的制约，法律推理过程完全是分析性的。持第二种观点的学者则认为，法律推理不仅包括形式逻辑规则在法律适用中的运用，而且应该包括法律适用中用以证明结论正确性的所有方法，包括论辩、修辞、价值衡量等方法的运用。这种观点在英美法系的学者中非常流行。如哈罗德·伯曼指出：“在像美国 and 英国等国家中，法律推理就一般相当于法官在断案中用以得出结论的智力方法(intellectual processes)。”^④英国法哲学家麦考密克也认为：“法律推理可视为实践理性的一个分支，后者是人们在需要做出选择的情况下运用自己的理性决定怎样合理地行为。……演绎的推理形式是法律推理的核心所在，但这并不意味着法律推理就完全是演绎地进行的，或者完全排他性地使用一种演绎方法。”^⑤这种观点在承认形式逻辑规则在法律推理中的作用的同时，更加强调法律推理中的非形式因素。近年来，我国的法学者也开始接受这种观点。如有学者明确指出：“法律推理不等于形式推理。……法律推理的逻辑是一个系统。在这个系统中，各种法律推理方法都可视为广义的逻辑方法，包括演绎逻辑、归纳逻辑、类比逻辑、概率逻辑、模糊逻辑、辩证逻辑乃至实践理性的经验逻辑等等。”并且指出：“只有把法律推理的逻辑理解为广义的‘法律逻辑系统’，认真探索各种非形式逻辑方法在法律推理中的作用，才能全面揭示法律推理的思维过程。”^⑥

第三个争议的问题是法律推理的场合，即法律推理是仅指发生在司法

① 转引自解兴权：《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14页。

② 葛洪义：《论法律论证的概念、意义与方法》，《浙江社会科学》2004年第2期。

③ 陈金钊：《司法过程中的法律方法论》，《法制与社会发展》2002年第4期。

④ Harold J. Berman, Legal Reasoning, in David L. Sills ed., International Encyclopedia of the Social Sciences, Vol. 9-10, The Macmillan Company & the Free Press, 1975, p. 197.

⑤ Neil MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Clarendon Press, 1978, Foreword.

⑥ 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86—87页。