



法哲学与法学方法论丛书

张斌峰◎主编

余继田◎著

实质法律推理之

··· 理性基础

··· 逻辑基础

··· 方法

··· 依据

··· 路径

·····

实质法律推理研究

SHIZHI FALÜ TUILI YANJIU



中国政法大学出版社



法哲学与法学方法论丛书

实质法律推理研究

SHIZHI FALÜ TUILI YANJIU



余继田◎著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

实质法律推理研究/余继田著. -- 北京: 中国政法大学出版社, 2013. 4

ISBN 978-7-5620-4680-6

I. ①实… II. ①余… III. ①法律—推理—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第064392号

- 书 名 实质法律推理研究
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32开本 10.875印张 250千字
- 版 本 2013年4月第1版 2013年4月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4680-6/D·4640
- 定 价 36.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

总 序

法哲学，也叫法律哲学，在学科上当归属于哲学。哲学是对世界的本质、意义、功能或效应的终极探寻，哲学具有反思性、超越性、批判性和建构性，法哲学和法学方法论亦然。只不过，法哲学和法学方法论更定向于对法律交往行为活动的反思、超越、批判和构建。科殷在《法哲学》中认为，法哲学把法的文化现象所提供的一些特殊的难题与哲学的普遍性的和原则性的问题结合起来。按照科殷的观点，法哲学研究法哲学的基本特征、正义的原则、实在法的本质和法学思维的特点。德国法学家考夫曼在《法律哲学》一书中也认为，法哲学是探讨正义的学说，是有关（正义的）应然法律、“正当法”或“公正法”的学说。因此，法哲学家的真正任务是维护社会正义和公共利益。

尽管并不需要每一位法律人都要成为专业的法律哲学家，但每位法律人至少应当有一定法律哲学的基础，借以释放自己的深切关怀和扩大自己的“难题意识”。法律哲学与法律理论的共同点在于，它们都不拘泥于现行的法，它们在原则上都站在超越体制的立场上，而把目光投向“正确的法”。法哲学显示出法学研究之超越性的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设的同时，它需要有一种批判的性格。虽然推进中国法学发展的使命与任务极其繁重，而且需要解决

的问题甚多，但最为艰难且最为基础的工作却是建构起我们这个时代的法哲学和法学方法论，以最终使法学在与其它场域发生互动关系的过程中摆脱“不思的”依附状况，维护其自身的自主性、批判性和建设性。

哲学为认识、反思和把握世界本体之学，哲学是本体论与方法论的统一，哲学是世界观，而世界观内在地包含着方法论。因为，世界观的获得本是观世界的结果。观什么？怎样观？观的对象就是我们所面临的世界，观离不开方法。观的对象即体，观的方法即用，体用不二，一体两面。哲学为体，方法是“用”，“用”即如何“观”世界——用什么方法、什么视角、什么工具、什么范式，去认识世界把握世界，逻辑学、符号学、语言哲学、语用学是方法之学。法哲学乃研究法的根本问题、法的观念的学科，它的任务是要从终极意义上对法作出回答，因而法哲学是法律的世界观，是本体论；法学方法论是研究法律和法律怎样适用的学科，法律是（参与法律交往行为活动中的——即以语言为媒介的交往行为活动中的）事实性与规范性的互动，而狭义的法学方法论就是法律方法论，是研究怎样透过法律言语行为去实现事实性与规范性的互动之学。详而言之，法学方法论是研究法律适用之价值导向和类型化思维之学，是研究法律解释、法律思维、法律推理和法律论证之学。也因此，法哲学透过法学方法而推进，又通过法学方法论而迈进法律真理的殿堂；在开放的世界中，在方法论学科的日新月异之中，推进法学方法论的创新和发展；法学方法论既是法律认识、法律思维和法学研究的结果，又是建构新法哲学得以发展的前提条件，现代法学方法论也因此而成为现代法学的“显学”，是现代法学知识的增长点！

纵观当代全球哲学、法哲学和法学方法论，展现出从一元

主义到多元互动，从“形而上学”到“后形而上学”；从事实世界到生活世界（“语言游戏”、规范世界和文化传统）；从群体主义到个体主义；从主客观二分到主客合一；从主体主义到主体间性；从个体主义到交互主义；从义务本位到权利本位；从主观权利（主观法）到客观权利（客观法）；从“交往自由”到“交往权力”；从抽象权利到具体权利；从“天赋人权”到“商谈权利”（“权利起自于商谈”）；从“纸上之法”到“行动之法”；从法制到法治，从德治到法治；从政治至上到法律至上；从“以法统治”到“以法治国”；从“无限理性”到“有限理性”；从全知全能到“无知论”（或“理性不及”）；从分析哲学到“后分析哲学”；从形式逻辑到非形式逻辑；从理论理性（逻辑理性、工具理性）到实践理性，再从实践理性到“交往理性”（或“沟通理性”）；从全权话语到自我独白；从自默独白到对话商谈；从说者中心到听者中心；从论证逻辑到修辞论辩；从逻辑实证分析到（超越形式法、理性法的）商谈语用范式；从逻辑语义分析到语用整合综观；从演绎推理到实质推理（归纳类推、实践推理、辩证推理等疑难案件中的推理）；从实质推理到语用推理……

然而，中国情境下出现的“政法传统”、“政治挂帅”和“以德治国”，把“政治”和“道德”凌驾于法律之上，遂致中国法治进程中的法律与政治以及道德关系的诡异与倒置，并且在法律价值观上还时常陷入一元主义（拒绝普世价值和价值多元化）、权力本位和政治至上；在法律思维上仍然难以杜绝全权话语、解释专断、推理倒置和论证无效；“前现代性”的制度瓶颈，乃至中国法制和法学“现代性”的不足，不仅使得“现代性”任务未尽，而且也使得我们同时遭遇“后现代性”。例如，道德与法律关系的“中国情境”在于，道德乃常常被当作法律

的基础，道德与法律并举，“以德治国”与“以法治国”并举，现代性使命之未尽——法律与道德尚未完成分离，更未完成法律的“形式法”（理性法时代）以及“福利法”的转型，法治尚未成为我们社会的制度根基，人治甚至时常主导着我们的社会……

当代中国法哲学和法学方法论，虽然经历过从无到有，从隐到显，从术入道，但作为法学理论的探寻者之使命依然。我们唯有一如既往、继往开来，直面中国情境，把握时代脉动，回返法律现象，道法自然，入乎其内，出乎其外，内外兼治，彰显自由、正义、民主与法治。透过批判性反思和理性重构，推进中国法制现代化，探索中国法治国理想，探寻步入“民主法治国”的（程序主义）“法范式”及其实现路径：从宏大叙事到微观论证，从个案实践到演进式扩展；不要过多的繁杂征引，避免繁复的头绪或晦涩桀骜的文字，又能透过重要的思潮和观念以及立论的证成，予以清晰易懂的阐述；既能高屋建瓴，又能深入浅出，以问题意识为中心，推动中国法治的语境化、情境化和实践性！

《法哲学与法学方法论丛书》主编 张斌峰

2013年3月于武汉南湖之滨

内容摘要

随着我国社会主义法律体系的基本建成，法治事业的发展和完善与司法实践的关系日渐密切。法律推理作为法律方法论的重要内容，是法律适用的核心。法律推理研究同样具有重要的理论与实践价值。“西方法哲学中，法学与逻辑学关注的焦点是法律推理问题。”（张文显语）法律推理在 20 世纪 60 年代开始成为西方法哲学（或法理学）研究的热点，而在 1984 年，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。其后，西方法学家对法律推理的研究向更高层次发展，并经久不衰。

英美法系学者研究法律适用与法律思维的中心范畴是法律推理，而且他们还将法律论证置于法律推理这个大范畴之中，大陆法系学者关于法律论证方面的研究，意图构建系统与宏大的理论体系（名为法律论证理论），也是将法律判断、法律解释、法律推理、法律论证、漏洞补充等内容包容其中，因此，大陆法系对法律论证、英美法系对法律推理的研究都有“综合性”特征，因而两者关于法律推理和法律论证之研究就有了异曲同工之妙，而双方亦有相互交流、借鉴的可能。“在西方法学上，推理与论证这两个术语甚至被用作同义词。实践中，推理与论证这两种活动往往是交织在一起，同时出现。法律推理既

用于法律论证，也用于法律证立（justification of law）当中。”（焦宝乾语）

本书试图对法律推理中更具挑战性的部分即实质法律推理作出新的、系统性的探讨。实质法律推理是指，法律实践中特定主体在没有可以适用的法律规范（或先例）或现行法律规范（或先例）无法适用的情况下，依据法律原则、政策、习惯、法律与学说、公正合理观念等实质性因素（或曰价值理由），与已知案件事实相结合而为一定的法律结论的思维过程。在现代法治国家，形式性依据（如法律规则）具有优先效力，这是形式正义和形式合理性所决定的，但这种形式正义与形式合理性是以实质正义和实质合理性为基础的。在法治常态中，形式正义与形式合理性和实质正义与实质合理性是一致的，但如果两者出现不一致的情况，如果形式正义与形式合理性的适用或无法适用将导致严重违背立法或法治目标等实质正义和实质合理性的时候，就需要进行实质法律推理，以实质正义和实质合理性为根据，对形式正义和形式合理性进行补充或修正，从而实现两者在新的基础上的统一。

法律推理研究本身就涉及法律领域中的诸多问题，如逻辑与经验、形式正义与实质正义、形式合理性与实质合理性、司法能动与司法克制、法律适用与法律发展等关系问题，而实质法律推理又是这些问题的最集中体现，各家各派都需要在此表明自己的观点、立场与相应的法律方法，特别是实质法律推理所针对的疑难案件，一直是法哲学界所关注的中心，是法律与法律理论发展完善的重要催化剂。实质法律推理体现了法律职业共同体的智识特征，体现了法律职业共同体的技能，是法律职业共同体形成的重要基础。实质法律推理是一种实践理性，不经过长期的法律实践之熏陶及法律方法之培养，要成功完成

实质法律推理是难以想象的。本书就是要对实质法律推理相关问题进行较为系统的梳理,期望为疑难案件的司法实践提供理论基础、方法依托和智力支持。具体来说,本书将重点围绕实质法律推理的理性基础与逻辑基础、实质法律推理的方法和依据以及提高实质法律推理能力等方面进行探讨,期望抛砖引玉。

在整体结构安排上,本书将主要由以下几个部分组成:

第一章,实质法律推理概述。该部分首先对与实质法律推理相关的概念如逻辑、推理、论证、法律推理、法律论证、论辩与辩证、形式与实质、形式法律推理与实质法律推理等概念进行辨析,为实质法律推理概念的界定扫清障碍,通过全面分析中外学界关于实质法律推理的最新成果,结合作者在法学、逻辑学和司法实践等方面长期的理论研究与实践经验,进一步厘清与实质法律推理相关的关键概念,也对为理论与实务界所关注的疑难案件问题进行了深入分析,实质法律推理就是以解决疑难案件为己任。

第二章,实质法律推理的理性基础探析。在探究法律理性渊源的过程中,正义具有跨时代、跨国界与跨种族之特性,正义与法律密不可分,恶法非法。形式正义指法律和制度的公正和一贯的执行,而不管它们的实质原则是什么,而实质正义是指制度本身的正义,是人们关于事实平等和结果平等的一种价值追求。实质法律推理就是在不能或难以使用形式法律推理以达到法律目的之时,转而追求实质正义的法律推理。而在现代法治社会中,形式合理性与实质合理性都是法律理性的重要组成部分,它们是法律理性的更直接的基础。形式合理性之于法律具有极其重要的价值,但是,形式合理性的法治又要求符合正义,在特殊情况下(即疑难案件之情况)必须考虑实质正义与实质合理性的要求。形式合理性的实现不能严重损害实质

合理性（如违背法律之目的），此时需要以实质合理性对形式合理性进行修改和补充。实质正义与实质合理性共同构成实质法律推理的理性基础。

第三章，实质法律推理的逻辑基础研究。这是本书拟作的一次重要尝试，力图解决或缓解法哲学界关于逻辑与经验之紧张关系，逻辑（指形式逻辑）与经验之间的鸿沟严重影响了实质法律推理的理性特征及社会对实质法律推理的合理性与合法性的认同。由于形式逻辑主要提供形式合理性之基础，因而如何为法律推理提供实质合理性则是亟待解决的问题。本书认为，非形式逻辑是实质法律推理的逻辑基础（不排斥形式逻辑）。非形式逻辑是一种用于分析、解释和评价自然语言中的推理和论证的逻辑。实质法律推理不仅涉及推理之形式，它也要关注推理的实质性依据，需要关注推理的语境和推理的主体等语用因素。非形式逻辑对具有非单调性、可废止性特征的假设性推理（或名为可废止推理或似真推理）形式所做的探讨，能够对实质法律推理中具体的推理形式，如类比推理、经验与常识推理、权威推理、后果推理、直觉推理等做出恰当的分析 and 评价，这为实质法律推理提供了适当的工具。非形式逻辑为解决或缓解长期以来（形式）逻辑与经验之间的紧张关系，也为实质法律推理的理性提供了新的辩护，至少实质法律推理并不与传统的（形式）逻辑理性相冲突，它有自己的逻辑基础，那就是非形式逻辑。实质法律推理的方法主要就是这种假设性推理在法律领域中的应用。这是下一章研究的主要内容。

第四章，实质法律推理的方法研究。该部分结合司法实践，着力分析常见的实质法律推理方法，如类比推理、利益衡量或价值论推理、后果论推理、经验与常识推理、实践推理等。这些推理形式为非形式逻辑所关注，非形式逻辑对这些推理形式

的研究，为司法实践中的实质法律推理提供了方法论基础。

第五章，实质法律推理的依据研究。该部分通过深入的分析、丰富的案例，对实质法律推理之依据进行研究。这些依据主要包括法律原则、执政党或公共政策、习惯、法理或学说、公平正义与合理性等。依据这些前提所进行的推理，同样能够为实质法律推理提供正当性支持。需要注意的是，使用实质性依据需要在各个理由之间进行权衡或曰价值判断，而且各个理由之间并非互斥关系，在权衡的过程中，就要使用非形式逻辑所提供的各种推理方法，如类比、利益衡量、实践推理等。

第六章，完善和加强实质法律推理之路径研究。由于实质法律推理涉及实质正义和实质合理性，涉及实质性依据，需要对各种实质法律推理根据进行权衡，因而其对使用主体、相关制度等方面的要求更高。这就需要从相关方面进行完善和加强。该部分主要从建立有中国特色的判例制度、完善现行的法律解释制度、加强判决书的说理性、提高法官素质和完善司法制度等方面，对提高法律人的实质法律推理能力进行探讨，这是发展、完善、推进与落实实质法律推理的重要方面。针对中国司法实践，提出相应的合理建议，期望对司法实践有所助益。

目 录

总 序	(I)
内容摘要	(V)
导 言	(1)
一、选题的理论与实际意义	(1)
二、国内外研究概况	(2)
三、国内关于实质法律推理之研究	(8)
四、本书框架和主要内容	(17)
第一章 实质法律推理概述	(20)
第一节 法律推理及其特征	(21)
一、法律推理解说	(21)
二、法律推理的特征	(35)
三、法律论证、法律论证理论与法律推理	(36)
第二节 实质法律推理的概念与特征	(41)
一、实质法律推理的概念	(41)
二、实质法律推理的特征	(54)
第三节 实质法律推理的适用范围——疑难案件	(57)
一、疑难案件的含义、成因与特征分析	(58)

二、疑案思维之出现	(63)
第二章 实质法律推理的理性基础探析	(81)
第一节 实质正义	(83)
一、正义概况	(83)
二、实质正义与实质法律推理	(84)
第二节 实质合理性	(89)
一、形式化、形式合理性与西方法治实践	(90)
二、实质合理性与实质法律推理	(98)
第三节 形式法治观与实质法治观	(111)
第三章 实质法律推理的逻辑基础研究	(114)
第一节 逻辑含义辨析：形式逻辑与非形式逻辑	(118)
一、逻辑是什么	(118)
二、非形式逻辑是什么	(121)
第二节 非形式逻辑的主要理论创新	(124)
一、论证分析和重建的新方法——论证图解	(125)
二、论证评价的新标准——RSA 标准	(130)
三、论证分析与评价的新框架——论辩术和新修辞学	(134)
四、推理和论证分析评价的新病理学——新谬误理论	(139)
五、推理与论证的新形式	(141)
第三节 实质法律推理研究的新基础——非形式逻辑	(145)
一、概述	(146)
二、假设性推理在法律推理（或论证）中的作用	(157)

第四章 实质法律推理的方法研究	(174)
第一节 类比（法律）推理	(176)
一、类比推理	(176)
二、类比法律推理	(177)
三、类比法律推理之法律实践	(182)
第二节 论理解释方法	(185)
一、法律解释的含义	(185)
二、实质法律推理方法之一：论理解释方法	(186)
三、论理解释方法	(189)
第三节 利益衡量推理	(195)
第四节 实践推理方法	(199)
一、概念辨析	(203)
二、实践推理方法举例	(206)
 第五章 实质法律推理的依据研究	(225)
第一节 法律原则	(227)
一、含义简析	(227)
二、法律原则在实质推理中的作用	(229)
三、案例简析	(231)
第二节 执政党及公共政策	(235)
一、政策的含义	(236)
二、法律与政策关系简析	(236)
三、（执政党与公共）政策对法律推理、特别是 实质法律推理的影响和作用	(238)
四、案例分析	(239)
第三节 习 惯	(241)
一、习惯之含义	(241)

二、习惯在法律推理中的作用	(242)
三、案例分析	(246)
第四节 法理或学说	(248)
一、含义与作用	(248)
二、案例分析	(252)
第五节 公平、正义、合理性	(257)
一、情况分析	(257)
二、案例分析	(258)
第六章 完善和加强实质法律推理之路径研究	(263)
第一节 有步骤地建立具有中国特色的判例制度	(264)
一、判例法简析	(265)
二、判(案)例在中国之历史简析	(267)
三、我国台湾地区判例制度简析	(269)
四、判(案)例之渐进推行	(270)
五、具体举措	(274)
第二节 改革判决书书写方式, 强调判决理由	(276)
一、判决需要说理	(277)
二、我国之现状	(279)
三、具体举措	(281)
第三节 改革与完善现行司法解释制度	(288)
一、法律需要解释	(289)
二、我国现行司法解释机制	(290)
三、现行司法解释机制所存在的问题与出路	(292)
第四节 提高法官素质	(297)
一、实质法律推理呼唤高素质的法官	(298)
二、法官需要具备法律专业知识	(300)

三、法官需要丰富的司法实践经验与一般生活 经验	(305)
四、法官需要具备较为宽厚的人文社科和常规的 科技知识	(307)
五、法官需要政治敏感性	(309)
六、法官需要具有法律信仰和追求公正的终极 目标	(310)
第五节 完善司法制度	(311)
一、西方法治国之经验	(312)
二、中国司法制度之现状	(315)
主要参考文献	(320)
后 记	(329)