

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，讲的是法官法语，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国法学，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。

才能论证出法律推理的大小前提。法律推理是一种关于法治的理念，因为事实上，法官在处理许多问题时，法律思维与日常思维有重合之处，但法官时刻应提醒自己，法律推理是判决获得合法性的形式要件。在以成文法为主的大陆法律体系中，最常用的法律推理形式就是演绎推理方法，^{〔13〕}即使在普通法系国家，多数学者也认为运用三段论的演绎推理方法进行推理是法律推理的主导形式。演绎方法符合用法律规范约束人们行为的共同企盼。如通过知晓红灯停，绿灯行的行为规范，人们能用这一规范约束支配自己的行为

第二种责难是：法律本身的不周延性、相互矛盾及缺漏，使得推理无法进行下去，因而需要实质推理加以补充。与这个命题相左的责难是法律与社会的关系极其复杂，如果把法律推理简化为三段论，就会扭曲法律推理的本来面目和特征。这种责难可以归结为，法律推理的大小前提——法律和事实都是存在问题的。法律和事实都是很复杂的，演绎式的法律推理解决不了法律推理的大小前提的正确性。吴玉章说：“事实上，任何一份司法判决书也不可能由纯粹的法律推理所构成。我想，那样一份判决书除了逻辑学家很可能感兴趣以外，很难有什么别人会感兴趣。”^{〔14〕}法律推理只是司法过程中纯方法论的理念。而解决法律不周延性等缺陷的方法是类比推理或实质推理。波斯纳说，“在大多数现代律师看来，法律推理的心脏是类比推理。”^{〔15〕}但实际上，人们对类比推理的批评从来就没有停止过。人们批评它根本就不是一种推理，批评它不是科学的思考方式，批评它不是鼓励法官自己思考，而是迫使他们以前辈法官的思考代替自己的思考等。^{〔16〕}“当代西方大多数法学家不承认归纳推理，认为归

〔13〕〔美〕伯顿：《法律和法律推理导论》 张志铭等译 中国政法大学出版社 1998年版 第 50 页。

〔14〕 吴玉章：《法治的层次》 清华大学出版社 2002 年版 第 128 ~ 129 页。

〔15〕〔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 111 页。

〔16〕 吴玉章：《法治的层次》 清华大学出版社 2002 年版 第 136 页。

纳仅在发现一般规则方面具有一定作用，但它无法满足司法判决之个体化的需求。它不能完整地描述法律推理或者得出结论的过程，它只是演绎推理的一个步骤。”〔17〕我们认为类比推理不属于法律推理，它只是为三段论推理作准备的活动。这一点也适用于对实质推理的理论批评。吴玉章研究员在评述实质法律推理时说：“任何严格意义上的法律推理都不能离开推理的大前提，这是整个推理的出发点。”在“法律推理过程中法官的伦理判断不是任何阶级都有所体现的”。“一般来说，它只能出现在整个法律推理的开端或起点，它只是下面将要进行的法律推理的前提。一旦法律推理已经展开，特别是在提出小前提阶段，伦理判断就不能再出场了。”〔18〕“法律推理要受现行法律的约束。法律推理的前提条件是必须从法律出发，尽管人们对法律的理解可能会有所不同。”〔19〕但有人说“演绎推理是从制定法出发的一种推理方法。”〔20〕“在演绎推理中只能适用成文规则。”〔21〕我们认为，这是一种存在问题的认识。作为大前提的法律是发现的或者论证出来的。在制定法中发现的法律前提，只是作为三段论推理前提的一个要素，并且这一部分也应该有法律论证，那就是在个案为什么应用这一条文而不适用其他的条文。一旦确定了可资判决的前提条件，司法活动仍然要以演绎的方法作出，从而显示出法律推理的形式性。〔22〕

第三种责难是包装说。针对英美法系国家的司法过程，美国法学家列维说：“法律推理的基本类型是例推法，就是从个案到个案的推理这一推理过程运用的就是所谓‘先例原则’也就是说将一项由先例提炼出的论断视同一项法则并将之适用于后一个类似情境之

〔17〕 葛洪义主编：《法学理论专题研究》中国政法大学出版社 2002 年版 第 533 页。

〔18〕 吴玉章：《法治的层次》清华大学出版社 2002 年版 第 144 ~ 145 页。

〔19〕 葛洪义主编：《法学理论专题研究》中国政法大学出版社 2002 年版 第 529 页。

〔20〕 葛洪义主编：《法学理论专题研究》中国政法大学出版社 2002 年版 第 531 页。

〔21〕 葛洪义主编：《法学理论专题研究》中国政法大学出版社 2002 年版 第 532 页。

〔22〕 葛洪义主编：《法学理论专题研究》，中国政法大学出版社 2002 年版 第 539 页。

中。”“这对法学来说，算是必需的推理方法。”〔23〕他认为，我们不能把法律推理简单地理解为演绎推理，即将一般法律规则适用于不同案件的过程。因为作为法律推理大前提的规则，实际上是“可以因案而异，因案而定的，而法则的这种变化又恰恰是法律不可或缺的动态品质。这种变化之所以发生，原因在于一项法则的适用范围及其含义，在确定何种事实系与该项法则所由诞生的事实具备相似性之前是我们所无由加以判断的。因此，发现事实的异同便成了法律推理的关键一步”。〔24〕因为事实很清楚，推理本身解决不了大小前提正确与否的问题。“我们便不能断然地说，法律推理无非就是将已知法则运用于多变事实这样一个简单的过程。”〔25〕实际上，一个先于推理的确定规则并不存在，因为不存在完全相同的行为，我们只能根据行为和事物的相似性来判断。“法律推理似乎是分类在做出的那一刹那就会发生变异的这样一个过程，而规则也是除非不应用，否则就是一用就变。”〔26〕从这个意义上可以说，真正的推理实际上从来也没发生过。作为法律推理大前提的规则的产生，“是在比较事实的同时创造规则然后再适用规则。”〔27〕这样就出现了这样的问题即作为三段论推理前提的法律规则“究竟是确定不变、体现于规则之中，还是变动之后，仅为解决具体个案的一种技巧”，或者二者同时具备？传统的法律推理理论，肯定了规则及规则意义的固定性，认为法律规则包含有各种问题的答案，从而忽略了法律规则与个案中的创造性因素。所以，很多美国学者认为，所谓三段论式推理的依法判案，不过是一种包装，但这种包装却产生了相当大的误导。美国现实主义力学的代表人物卢埃林甚至说：“那个根据规则审判案件的理论，看

〔23〕〔美〕列维：《法律推理引论》庄重译 中国政法大学出版社 2002 年版 第 2~3 页。

〔24〕〔美〕列维：《法律推理引论》庄重译 中国政法大学出版社 2002 年版 第 8 页。

〔25〕〔美〕列维：《法律推理引论》庄重译 中国政法大学出版社 2002 年版 第 4 页。

〔26〕〔美〕列维：《法律推理引论》庄重译 中国政法大学出版社 2002 年版 第 6 页。

〔27〕〔美〕列维：《法律推理引论》庄重译 中国政法大学出版社 2002 年版 第 7 页。

来在整整一个世纪中，不但把学究们愚弄了，而且也把法官给愚弄了。”〔28〕我们知道，通过立法活动所制定的法律，在立法者看来都是很重要的具体的问题。但立法者所使用的语言与个案相比较则是很宏观的。在运用这些规则处理具体问题时，需要对这些规则进行解释。这种解释不只是对规则含义的解释，还包括对个案情景的阐明。有人认为这是一般决定个别的时刻，但也有人认为是具体决定一般。但更有可能是二者兼具，即六经注我，我注六经。法治论者更希望是一般规则注释具体事件。但由于不可能完全做到这点，因而就出现了关于法律推理的装饰说。

认为三段论推理是包装的理由还在于：“和解释判例法相比，法院在解释制定法的过程中将享有更多的自由裁量权，因为法院可以先例漠视了立法意图为理由来规避先例的适用。”〔29〕但是传统的法治理论一直强调，法律推理应在制定法词汇的固定意义上进行，应在词汇意义保持不变的基础上予以判决，认为法官不能对法条词汇的意义进行加工或续造。这是一个很难实现，并且让法官经常反叛的主张。美国法学家列维举例说：“在宪法是成文的情况下 此一时、彼一时地改变观点是不可避免的，要获得一个终极权威的解释是不可能的。宪法是以宽泛的措辞来容纳社会上彼此冲突的理念。谁有权说这些理念究竟都确切地意味着什么呢？当然不是宪法的起草者，因为他们的工作是措辞，而措辞是含混的。同样也不能是法院，因为法院不能以这种确切的方式来把自己束缚起来，法院总是可以回到宪法中来寻找答案。”〔30〕虽然，成文宪法常被认为给予一个法律体制以刚性，但如果这个体制允许法院的至上地位，那么这个成文宪法就必须提供柔性。

〔28〕〔美〕博登海默：《法理学—法哲学及其方法》 邓正来等译 华夏出版社 1987年版 第149页。

〔29〕〔美〕列维：《法律推理引论》 庄重译 中国政法大学出版社 2002年版 第62页。

〔30〕〔美〕列维：《法律推理引论》 庄重译 中国政法大学出版社 2002年版 第110页。

制定法规不能直接作为三段论推理的大前提，这一前提被新的理论说成是由法官等论证出的针对个案的那种法律。在建构法律推理的大前提时，制定法是要被充分考虑的最重要因素。因而制定法在司法过程中不能有太大的柔性，需要多一些的刚性，需要运用各种法律方法来保障法律推理的实施。那么在这里就可能会出现另一个方面的问题，即司法过程中需不停地对制定法进行解释与论证，但这就会把一般性法律降低为针对个案的法律，从而使一般法律发挥不了调整一般行为的作用，就会使法律与一张火车票为伍，只适用于当日次火车。笔者认为这种讲法虽有些抱怨的心态，但却道出了法律实现的途径。一般性的法律就是要通过个别化的途径来加以实现。虽然新的三段论“贬低”了成文法规则的地位，没有把其直接当成法律推理的前提，但我们相信，只要制定法在法源中居首要地位，其权威地位就不会被随意破坏，因而就不能说制定法地位的下降，或者说其存在必要性的失落。法律运行的实际情况也是：如果没有司法过程对案件作为权威性判断，无论是简明的法律规则还是模糊的法律规则，对人们生活来说都不具有重要意义。

第四种责难是：三段论推理模式使法律出现了机械性和僵化模式。这主要是早期的形式主义法学过度地相信了立法者理性能力，把成文法律绝对化所带来的恶果。对此，现实主义法学和法律社会学都对这种推理模式进行无情的批判。确实，三段论式的法律推理模式有其机械成分。但是，我们想反驳一句说：法治是就为克服人性的弱点以及行为的任意而来到世间的，如果没有法律的程序性、规范性或者说得彻底一些就是执行法律过程的机械性，用什么来约束人的意志和行为的任意性。当然，我们也应该看到如果我们把三段论式的法律推理推向极端，其僵化性肯定会出现。关于三段论推理方式僵化性克服办法只能靠其他法律方法加以解决。

（二）三段论意义的再生

形式主义的推理是在自由资本主义社会的土壤中生长起来的第一种制度形态的法律推理形式，到现在已经受到了严厉的批判。

霍姆斯法官说：“法律的生命并不在于逻辑而在于经验 可感知的时代必要性、盛行的道德和政治理论、公开政策的直觉知识 无论是公开宣称的还是无意识的)甚至法官及其同行所共有的偏见等等。所有这一切在确定支配人们所应依据的规训时，比演绎推理具有更大的作用。法律所体现的乃是一个民族经历的诸多世纪的发展历史，因此，不能认为它只包括数学教科书中的规训和定理。”〔31〕霍姆斯对司法活动的结论无疑是一种事实描述。我们并不否认它的正确性，但问题在于法官对法治的态度是什么？是现实主义法学的跟着感觉走，还是后现代法学的怎么办都行？这牵涉到我们研究法律推理问题的目的所在。如果法官判案都在法律外因素中寻找依据，或者不需要任何依据 那么 就没有研究法律推理的必要。我们要清醒的是：目前中国是处在前法治状态还是后法治状态？很明显我们的法治才刚刚起步 正式法律的权威性还没有完全树立起来 形式主义法学还没有根基 我们现在超越形式主义法学还为时尚早。所以 我们应认真地对待法律推理中的形式推理。在现阶段我们赞成“形式推理为主 实质推理为辅”的提法。〔32〕但我们认为 实质推理不是推理 它的含义与司法过程中的其他法律方法 如法律论证、价值衡量等同。

在本文研究中，我们试图叙明：法律推理就是指以法律为大前提，以事实为小前提的演绎推理过程。至于对作为推理前提的论证、辩论过程则由其他的法律方法——法律论证、解释等来解决。这种法律推理学者们也称之为三段论式的法律推理。解兴权博士说：“演绎推理是最常见 最重要的推理形式之一 它是指由一般到特殊的推

〔31〕〔美〕博登海默：《法理学 法哲学及其法律方法》 邓正来译 中国政法大学出版社 1999年版 第 151 页。

〔32〕见梁庆寅、柯华庆：《论形式推理与实质推理在法治化过程中的定位》 载《中山大学学报》（社会科学版）2001年第 4期 第 99 页。

理。”〔33〕这种观点流传多年，实际上是存在问题的，三段论式的演绎推理之所以可能是因为大小前提之间存在着逻辑上的涵摄关系。而这种涵摄关系是因为大小前提之间可以进行某种同质的类型思维，是在大前提与小前提之间寻求具有涵摄关系的共性。只有找出了这种共性，推理才能进行下去。不然的话，法律作为一般规范不可能与事实的个性相溶。我们只有在事实中也发现与一般法律相一致的地方，才能在二者之间建立起逻辑推理关系。传统的对法律三段论的批评，恰恰是不讲逻辑的。批评者一般惯用的伎俩就是用特殊性否定一般。这种批评听起来也很有道理，但并没有在遵循逻辑规律的前提下进行。也正因为如此，有学者指出对分析实证法学的彻底颠覆并不是现实主义法学和法律社会学，而是分析实证法学自身的哲学基础——现代语言哲学。现实主义法学和后现代法学都指责法律解决不了事实的复杂性、多变性，但我们应清楚的是：作为规范性法律从演绎推理的角度讲确实不能直接调整事实，因为它们属于不同质的事物，因而，现实主义法学很容易找到法律与事实的不同。但是，关于法律推理的研究，恰恰不是寻找它们的不同，而是寻找法律与事实的共同点——即具有法律意义的事实。法律能直接调整的是人的思维，正是在思维中我们才能发现事实的一致性，然后通过法律推理调整社会关系。这正是法治在哲学上能站得住脚的根据。法律推理过程决不是从一般到特殊，而是从一般到一般，是通过思维来解决现实生活中的纠纷。

我们应该认识到，形式主义的推理虽然在理论上被批判，“并不意味着我们必须放弃对法律推理合法性的要求，也不意味着我们必须放弃对法律之外的道德、政策或者社会目的去论证法律判决的正当性。”〔34〕法律论证等法律方法，如果彻底背离法律规则、精

〔33〕 解兴权：《通向正义之路——法律推理方法论研究》，中国政法大学出版社 2000 年版，第 99 页。

〔34〕 李桂林：《论法律推理的合法性》载《现代法学》1999 年第 6 期，第 57 页。

神，就不能称为法律推理。因为，现实主义法学和社会法学拿出一些例子说明法律与价值、目的的冲突，就得出结论似乎法律都不是正义的或不公平的，这似乎有些以偏概全。实际上，成文法律中包括有法律价值、原则、目的。价值衡量方法中的正义、公平、自由等有许多也是制度化的，并非成文法规范都与法律价值冲突。我们认为，形式主义法学和现实主义法学都存在对法律特质的夸张认识。过去形式主义法学过度相信了法律规则的完美性，把成文法律规则直接当成法律推理的前提，因而出现了僵化、矛盾，以至于脱离社会实践等问题。但现实主义法学又完全不相信规则作为法律推理前提的魅力，完全抛开规则，就会使司法倒退到前法治时代，任意或绝对的自由裁量之风就会上升。为了克服这两种极端的倾向，演绎式的法律推理在司法过程中仍不应据核心地位，^[35]通过司法所实现的公正，必须有法律推理的形式理念要求。但这里的法律推理不完全等同于形式主义的演绎推理。在这里作为法律推理的大前提是审判规范，即法官等根据法律规则、价值、目的、精神以及非正式法源等和事实的互动关系所建构的针对个案的规范，^[36]而不是现成的成文法规范。建构裁判规范须运用法律发现解释、论证、衡量等多种法律方法，最后才运用法律推理进行裁判。

法律推理（按照一个意大利法学家的分类标准）可分为两种：一是强式推理，二是弱式推理，将它们混合则可以产生四种不同类型的模式：(1)强式模式，即前提是真实的，由此得出的结论也不容质疑；(2)强弱模式，即前提和结论只具有可能性；(3)弱弱模式，即前提和结论只具有可能性；(4)弱强模式，即前提的真实性是可以怀疑的，而其推导出的结论则不容质疑。^[37]但我们认为，对法律推理这样分

[35] 参见李桂林：《论法律推理的合法性》载《现代法学》1999年第6期第58页。

[36] 关于审判规范参见陈金钊：《论审判规范》载《比较法研究》1999年第3~4期。

[37] 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25页。

类，会影响法律推理的权威性。作为法律推理的前提在没有被论证以前可以是弱的，但经论证、解释和衡量以后就不应是些可能的东西，而应是明确的规范。所以法律推理是一种强式推理，即大小前提都是确定的，而大小前提之间也应是一种涵摄关系，法官等能从大前提与小前提的关系中得出确定的不容置疑结论。只有这样才能增大判决的说服力，排斥法官等的任意判断。法律推理应遵循演绎推理的基本原则。这些原则包括以下几个方面：(1) 每一个三段论必须只能有三个概念，每一个概念则只能在整个推理过程中采用同一个意思；(2) 三段论里的中概念不在结论中出现，但它至少有一次是周延的（即能够包括所有反映同一本质的一切事物的概括性）；(3) 有两个否定前提的三段论不能推出正确的结论；(4) 如果一个前提是否定的，结论必须是否定的；(5) 如果两个前提都是全称的，而结论是特称的，该结论就是错误的，或两个前提都是特称的，其结论也是错误的。〔38〕

（三）法律推理与判决理由

在关于什么是法律推理的论证时，我们还应澄清法律推理与判决理由的关系。“在英美法系国家历来有要求公开判决并说明判决理由的传统。”在大陆法系国家，16世纪以后也逐步确立了公开判决，并要说明判决理由的原则。〔39〕在判决书中说明理由有许多积极意义，如限制法官任意武断，说服当事人服从，便于判决自觉履行等。因此，我国法院也要求法官不仅要公开判断，还要公开其判决理由。“这是监督与制约司法权力，抵御司法专制、遏制司法腐败、实现司法公正的基本前提，也是国家权力行使公开化、合法化和正当化的必然要求。”〔40〕因而张骥教授断言：“法律推理是一种说理的艺术。是在不可能讲理的情况下讲理，是与不‘讲理的人’讲理。”法律推理

〔38〕 李世繁：《形式逻辑新编》北京大学出版社 1983 年版 第 52 页。

〔39〕 王洪：《司法判决与法律推理》时事出版社 2002 年版 第 1 页。

〔40〕 王洪：《司法判决与法律推理》时事出版社 2002 年版 第 10 页。

的目的是寻求以法律为根据的正当理由。”〔41〕美国法学家伯顿也认为，法律推理是在法律论辩中运用法律理由的过程。〔42〕我们认为，司法判决应该说理由在法治社会是毋庸置疑的问题。但判决书中需要说明哪些理由？或者进一步说，在法律推理的哪些环节中需要说明的理由？则是应进一步探究的问题。

在王洪教授所著的《司法判决与法律推理》一书中，他把司法判决的过程分为确定事实、寻找法律、作出判决三个不同的阶段，据此把司法过程中的推理也分为事实推理、法律推理和审判推理三种形式。“所谓事实推理是指确认事实的推论过程，所谓法律推理是指寻找所适用法律的推理过程，所谓审判推理或司法推理是指基于事实推理和法律推理的结果作出判决的推论过程。”〔43〕司法过程中推理的这三种形式主义看来都需要说明理由，即，法官为什么要这样认定的事实，而不是别的事实？法官所发现的针对个案的法律为什么是这些法律，而不是其他的法律？作为司法推理的大小前提与判决之间是一种合法、合理的关系，还是其他的关系？这样分析起来，王洪教授所讲的法律推理与判决理由并不是一回事，似乎判决理由所涉及的问题比法律推理更宽泛些。因为在王洪看来，法律推理仅仅是法官针对个案发现寻找法律的过程。王洪说，“确认事实的推论过程不完全是逻辑推论的过程，同样，寻找法律的推论过程也不纯粹是逻辑推论的过程，然而，法官基于事实理由和法律理由得出司法判决结论的过程，却是一个逻辑推论的过程，这个过程完全由逻辑规则支配，完全可以根据逻辑规则建构。一旦通过事实推理和法律推理建立了裁判小前提和裁判大前提，那么，只要诉诸演绎推理的逻辑规则

〔41〕张骞：《司法判决与其他案件中的法律推理方法研究》载《中国法学》，2001年第5期第42页。

〔42〕〔美〕伯顿：《法律和法律推理导论》张志铭等译 中国政法大学出版社1999年版第1页。

〔43〕王洪：《司法判决与法律推理》，时事出版社2002年版，第10页。

就能进行审判推理，必然得出司法判决结论”〔44〕

对王洪的上述观点有必要作些评论。第一，他把德国学者所称的法律发现称为法律推理，在逻辑上存在着与自己观点的悖论。他一方面说，寻找法律的过程不纯粹是逻辑推论的过程，另一方面又说这一过程就是指法律推理，这是相互矛盾的。法律发现肯定不是一个纯逻辑的过程，这其中包括发现者的前见、发现者对法律的理解以及事实本身对发现者的影响都可能使得发现法律的过程呈现出许多不确定的因素。但是法律推理起码从理论上应该是“纯逻辑”的过程。所以，我们必须承认法律推理只是司法过程中的一种法律方法，并且这种方法与法律发现方法有明显的不同。〔45〕第二 我们不能用法律推理代替法律发现与法律论证，尽管二者存在着这样那样的关系。笔者认为王洪所讲的司法推理或审判推理更像是法律推理。如果王洪所讲的司法推理或审判推理就是法律推理，笔者倒很赞成他对这一过程的描述 即：“与事实推理和法律推理相比，审判推理是比较简单的，只要运用或遵循逻辑规则即可。”〔46〕其实 法律推理一般来说是比较简单的，案件事实一旦确定，针对案件的法律经发现或论证，法律推理的大小前提就已建立起来，三段论式的逻辑关系一明确 判决就会“自然”涌出。司法过程中的困难在于 事实并不是很好确定，事实的法律意义就更难以论证。在疑难案件中法律发现也不是很容易的事情，即使我们确定了某项事实，发现了针对个案的法律，但它为什么做出这样的认定以及如何证明所发现的法律对个案来说是准确、正当、合法的就更为困难。在判决书中要说明的判决理由主要是指大小前提背后的“为什么”。这一点也正是笔者认为法律推理只是法治的理念因素，而法律解释、法律发现、法律论证才是真正的法律方法的原因。我国司法活动目前缺少的不是形式上的推理

〔44〕〔46〕 王洪：《司法判决与法律推理》 时事出版社 2002 年版 第 11 页。

〔45〕 关于法律发现可参见陈金钊：《司法过程中的法律发现》 载《中国法学》2002 年第 1 期。