

导论 法律推理的法治意义

判决理由是司法权合理化的最重要的指标，也是法官思维水平的最典型的表现。在学识性、合理性较强的法律体系下，判决书不阐述和论证把法律适用于具体事实的理由的事情是绝对不可想象的。

——季卫东

人类祈求和平与正义，却每每陷入冲突与纷争。社会的存在以化解这些冲突与纷争为前提，因而人类创造了多种纠纷解决机制，比如神明裁判，决斗，贤人裁断，等等。这些机制和方法都无可讳言的存在着极大的偶然性缺陷。依法裁判则以法律推理而区别于以往的各种擅断：它强调司法判决的理由说明和正当证明。这使得解决纠纷机制摆脱主观任意和偶然随意的弊端，趋向于文明和科学。特别是当现代法治社会强调对人的价值的尊重，强调要说明强制决定的理由（即时下社会所说的“给个说法”）时，法律推理就更具有极大的法治意义。

现在我国的司法判决书一般先简述案件事实，然后根据某（儿）个法律条文便宣布判决结论。这样的判决书一般都写得过

于简单，鲜见把法律条文和案件事实加以结合分析，缺乏法律理由的说明和列举，判决结论缺乏充分的论证。正是基于这样的情况，不少法律研究者指出，“我国法院作出的判决书等法律文件，大多内容过于简单，尤其是推理部分往往下笔太少，对判决中引证的法律条文也未作阐释，有时令人不知其所以然”。〔1〕还有的学者则直接指出，“我国的司法判决甚至缺少最基本的法律推理内容”。〔2〕这一现实带来了两个方面的负面效应，即实践上的缺陷和理论上的缺陷。

首先是实践上的缺陷。由于法官没有承担强制性的推理和论证义务，因而他们的判决书一般写得比较简易和随便，经常会出现所援法条与事实和判决结论相互脱节与抵牾的现象，也就是说法条、事实、结论是三张皮，各不相关。这就根本无法形成具有说服力的法律理由，甚至缺乏起码的逻辑强制力。现代社会的合法性要求使法官负有此项推理论证的义务。我国现行司法体制忽略了对这项重要法律行为的调整，这更便利了法官在司法活动中上下其手，以法律的形式掩盖其非法行为的本质。时下在地方保护主义下形成的各种非正义判决与他们的法律推理义务落空有很大关系，也给司法腐败埋下了祸根。有的学者指出：“在所有法律现象中最可能恣意泛滥而又无以限制的法律行为，当非推论莫属了”。〔3〕

其次是理论上的缺陷。美国法学家 F. Shauer 在谈到法律推理研究在法学中的地位时说：“哲学的很大一部分，有的哲学家

〔1〕王利明、姚辉：“人民法院机构设置及审判方式改革问题研究（下）”，《中国法学》1998年第3期。

〔2〕朱苏力等：“关于司法改革的对话”，刘军宁等编：《市场社会与公共秩序》生活·读书·新知三联书店1996年版，第166页。

〔3〕孙笑侠著：《法的现象与观念》群众出版社1995年版，第251页。

则说是最重要的一部分，是对推理的研究。那么，毫不奇怪，法哲学的很大一部分就是对法律推理的研究。”〔1〕由于我国司法实践中法律推理的缺乏，我国法哲学和法理学对此的研究近乎空白。法律推理理论研究法律命题的效力与推导，研究法律的渊源及其作用方式，研究司法中的法律评价，等等。这些都是法哲学的重大问题，对这些问题的研究必将促动法哲学、法理学的深入发展，尤其是带动司法中的法理学思考。这可以摆脱我国传统法理学科学性格不强，而仅仅停留在法律政治学的表层无法深入的弊端。贺卫方教授在评价这一现象时说：“法律推理问题的凸现，可以说是中国的法律家群体的专业自觉或职业自觉的一个标志，他们不再满足于此前的政治话语或日常话语，正在寻求证明他们的职业以及行为合法性的更坚强的基础。”而且，从另一方面来说，法律推理是司法借助社会正义的重要手段。通过法律推理之方法论研究，我们可以提高法官运用法律推理的能力；同时又反过来促进法学的开拓与提高。因为法学家们可以通过对法官之推理的检证与批判，促进法律科学的成熟与发展。批判之可能性是知识增长的可靠途径。

正是基于上述两个方面的缺陷，我不同意一些学者的如下观点，即认为“中国现在还没有探讨法律推理问题的必要，大概也不会产生像西方那样的法律推理理论”。〔2〕相反，我认为研究法律推理问题是法理学不可或缺的课题。其理由在于：其一，任何裁判的形成都要经过法律推理，这是现代司法的根本要求；其

〔1〕 F. Schauer and W. Sinnoff - Armstrong, *The Philosophy of Law*, Harcourt Brau College Publishers, 1996, p.117.

〔2〕 参见朱景文主编：《对西方法律传统的挑战》，中国检察出版社 1996 年版，第 363 页

二，任何司法都有必要采用各种法律技术（如法律解释、法律推理等）来实现社会正义，以弥补制定法之不足或缺陷；其三，我国法学界以及司法实践部门都已提出法律推理的问题，大家普遍感到现行司法太缺乏法律推理，应当予以加强；其四，对司法过程（尤其是推理活动）的描述是任何时代的法理学不可逃避的责任。所以，我国法理学应在吸收国外对此问题研究成果的基础上，加紧对这一课题的深入探索。

当今众多法学家都力陈研究法律推理的重大意义。芬兰当今成绩卓绝的法哲学家阿尔诺（Aulis Aarnio）教授说：“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〕}而美国法学教授帕托（B. L. Porto）则坦言：“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，一个人如果想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〕}具体而言，这种研究的意义表现在以下几个方面。

首先，法律推理的研究有助于法律工作者之法律思维的合理化、科学化，而法律思维的科学化和现代化又是一国实现法制现代化的内在条件。法律推理是人们的一种思维活动，但这种思维活动又有着自己的独特内涵。在这种思维活动中，哪些因素是应该发挥其作用的，而哪些又是应该加以抑制的呢？比如说人的直觉意识、洞见在法律推理中的地位和作用怎样呢？哪些是法律特

〔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〕 Bran L. Porto, “Legal Reasoning and Review”, David A. Schultz ed., *Law and Politics: Unanswered Questions*, 1996, p.11.

有的规律和原则？通过对这些问题的研究和回答便可以广泛吸收科学理论和科学哲学的研究成果，促进法律推理理论的完善和发展，促进法律思维和法制的现代化〔1〕

其次，通过法律推理的关注和研究，我们对法律的分析从制度层面转到了对主体行为的分析，从而实现法学研究的重大转变。即从法律条文本身转向法律的实现，从对抽象的法律概念的探讨转向对现实制度设计和具体操作技术的研究。长期以来我国法学界的关注重点一直放在对法律概念和法律条文的说明和注解之上，原因很简单：因为我们是制定法国家，司法裁判就是严格的依法裁判，理解了条文就能裁判案件。这种简单的推理最终把法学中最具有实践价值的部分——法学方法论——完全抹杀，也同时造成了法学研究无法深入和具体的学术顽疾。17世纪英国大法官柯克爵士说：“法律是一门艺术，在一个人能够获得对它的认识之前，需要长期的学习和实践”。〔2〕其言下之意在于强调法律实践中有许多只可意会而不可言传的精妙之处，它们像一门

〔1〕 瑞典 Lund 大学法哲学教授 Aleksander Peczenik 等人认为，二战以来西方对法律推理问题的研究热潮出现的原因有以下几个方面：（1）本世纪上半叶以来各种法律学派之间界线分明、相互独立，但一系列的社会和司法实践问题迫使它们开始相互借鉴，力图建构一个整体的或综合的法律理论；（2）科学理论（尤其是科学哲学）入侵法哲学的话语领域，尤其是波普尔和库恩之后，科学理论极大地适用于法律推理之研究；以及（3）从理论上说，法律推理理论为圆满地实现上述整体性法律理论的假设提供了一个框架；而从实践上说，通过对法学方法论和法律渊源论的探讨，法律推理增强了司法判决的致性和合法性。〔1〕为法律问题提供健全经充分论证的答案，从而满足了时代的要求。See A. Peczenik et al. (eds.), *Theory of Legal Science*, p. Reidel Publishing Company, 1984, Preface; Also See A. Aarnio and N. MacCormick ed., *Legal Reasoning I*, Dartmouth Publishing Company, 1992, pp.233 - 236.

〔2〕 转引自张志铭著：《法律解释操作分析》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 3 - 4 页

艺术，需要我们作艰苦的学习和长期的体验才能习得。这些东西才是真正的法律。法律推理是法律适用和法律实现的重要环节，但对这一问题的研究现在几近空白。因而通过对法律推理的研究，归纳和总结我国长期司法实践经验，实现理论性和现实性的有机统一，就极具学术价值。这种研究方向的转变可以极大地丰富和发展我国法学理论研究的内容。同时，通过考虑法律判决之后法官的行为和活动动机，我们可以更为清醒地认识到法制实现的途径和障碍，从而有针对性地提出解决的方案。

再次，通过法律推理，加强对司法决策合法性的追问，这有助于加强社会合意的形成。法律推理往往要求对法律决策详列理由，使决策者负证明之义务。这就使他们与社会大众保持内在的一致性，而不至于远离社会，形成合法的不公，导致法律的专制主义。这样就可以避免为法所害。这一个方面是因为裁判案件不说明理由，不仅不能保证司法的公正，而且会掩盖执法不公甚至贪赃枉法的各种违法行为。另一个方面是因为判决说理透彻，也会大大增强对司法审判工作的监督。这样法官的判决必然会接受社会公众舆论的评判，进而会形成普遍的社会合意。

本书认为，法律推理是特定法律工作者利用法律理由权威性地进行推导和论证司法判决的证成过程或证成手段。它既是一种法律思维活动，又是一种应受法律规制或调整的法律行为，是特定法律工作者的一项法律义务。本书从本体论、认识论和方法论的角度考察法官与规则的关系问题，对法律推理进行法哲学的反思，以建立和谐的法律推理模式，从而避免在形式推理与辩证推理之间作出简单的选择。

第一章是对法律推理的本体论考察。由于我国逻辑学欠发达，对“推理”一词作过狭理解，造成我国学者普遍把法律推理界定为“对法律命题运用一般逻辑理解的思维活动”。笔者提出

要全面认识法律推理的内涵要素：（1）法律推理是运用法律理由的手段；（2）它由逻辑推导和经验论证两个方面所构成；（3）它还是一种权威性的法律行为，这赋予法官判决以最终性；以及（4）法律推理也是一种法定的证成义务，负责特定法律行为的合法性说明故法律推理既是一种思维活动，还是一种应受法律调整的重要法律行为，是法律适用者所负有的特定法律义务。如果仅理解为前者，就无法把法律推理这一活动纳入法律调整的范围，因为法律所能规制或调整的只是人的思维活动的外化——外在行为。法律推理除具备客观性、合理性等特点之外，还有实践性、循环性、保守性以及不确定性等特点，因而它具有内在的矛盾性：法律推理既是分析性的，又是非分析性的，二者各有基础，发挥各自的作用或影响。法律推理除具备预测、劝说以及证成等功能外，还有批判功能和协调功能。

第二章是对法律推理观的发生学考察，结构上是对前一章的拓展研究。本书认为，一个社会的哲学、科学、政治、文化等因素都影响和决定人们对法律和法律推理的认识，因而，尽管法律推理问题表面上是一个技术问题，但实际上它首先是作为一个政治哲学问题提出来的：法律判决制作与论证的基础在于对法律推理前提的认识与假定。近代的法律推理观深受启蒙思想的认识论与政治思想的影响，极力地强调三权分立的古典法治理想，从而把法院的任务确定为客观地依法断案。然而法院发现法律的认识论任务使法律形式主义和概念法学面临方法论与政治现实的双重批判。现代的法律推理观则更强调利益权衡、政策判断以及目的考量等因素的必要性和重要性，因而主观的不确定性问题便对古典法治理想提出了挑战。当代的法律推理观力图为司法判决找到一个客观的基础。主流的法律推理观是一种修正的、缓和的法律形式主义，它认为多数纠纷可通过法律作演绎推理解决，而少数

疑难案件的主观式解决无妨整体制度的合法性。批评法学运动则宣告司法判决客观性基础的终结，认为法律推理的客观性、中立性、确定性只不过是美丽的神话。实用主义法学则试图消解主客观之间的二元对立，把法律推理的客观性立基于法律解释共同体所特有的共识和传统。

第三章和第四章考察法律推理的具体模式与具体方法，可谓之为法律推理的方法论研究。法律推理基本可区分为形式的法律推理和辩证的法律推理两种方模式。前者一般多适用于前提确定无疑的简易案件，后者多适用于前提无法明确确定的疑难案件。但笔者认为二者无法绝然二分，而应相互结合使用以克服各种模式本身所具有的局限性，实现法律推理的贯通、和谐。

形式合理性的法治要求决定法律推理必然严格遵循逻辑的形式和规则。这有助于法律推理的合理化，以增强法律推理的确定性与可预见性。这种逻辑形式在大陆制定法国家中多表现为演绎方法，而在英美普通法国家则多表现为类比方法，而现代法制的发展使二者相互结合使用成为必然。本书并不认为形式的法律推理就完全可以等同于形式逻辑之操作，相反它在事实认定、陈述，法条选择、解释、以及二者的归摄等环节都存在着主体的价值判断活动，因而留下不确定性根源。演绎方法的不确定性问题的可以通过诉诸具体化、解释规则、政策判断以及类比推理方法予以克服。类比方法的不确定性问题的可以通过语言的具体化和政策判断的客观化来解决。

由于人类认识的非至上性和社会生活的纷繁复杂，法律的逻辑体系必然具有模糊的不可消除性、内在的不和谐性和体系的不完备性等缺陷；加之法律推理的独特性和疑难案件的出现，便决定了辩证的法律推理的必要性和重要性。辩证方法可以使用以下诸法源范畴来进行推理：即法的精神、衡平、政策、原则、习

惯、法理、法律意识、以及事物性质，等等。在具体运用时我们可以先根据事物性质找出辩证推理之大前提，然后以法源诸范畴予以检验和确定，最后依价值判断作出最后的选择。辩证推理由于法律的信念之网、理想结果的不断检证和修正，以及价值判断的类型化、体系化而获得客观性基础，也使之区别于推理者之个人主观恣意。

第五章从认识论的角度探讨法律推理的内在冲突及其缓和和协调问题。在法律推理的运行过程中始终存在着这样一种冲突：一方面是要严格按照法律的规定进行逻辑的推演活动，以求维护法律的安定性，追求法律推理的确定性；而另一方面是要严格按照人之理性理解来为法律疑难案件建构合理的大前提，用辩证推理的形式追求案件的公平与正义，以求维护法律的妥当性，追求法律推理的可接受性。着重于前者的法律家们则力陈法律推理之不确定性，认为司法判决无非是法官的主观价值癖好的产物。法律推理的内在冲突是指在法律推理者利用法律理由过程中必然会碰到的一系列价值选择的冲突。这一冲突表现为法律推理的合法性要求与合理性要求之间、稳定性要求与灵活性要求之间，以及表现出的确定性与非确定性之间的矛盾。法律推理既是确定的，又是不确定的，两种属性同样存在，同时发挥各自的正面作用与负面影响，法律推理的张力因而形成。它根源于法律思维的以下三对矛盾：法律要求与道德要求之间的冲突，事实与规范之间的冲突，以及法律思维结构性要求与自主性要求之间的冲突。本书主张通过对各种法律理由的权衡和综合，依照程序理性进行法律论证，以实现法律推理的贯通、和谐，从而调和和缓解法律推理的内在张力。

本书最后提出完善我国法律推理在观念和制度方面需要解决的几个问题的建议，即加强司法判决的理由说明，发挥判例的参

考作用，树立程序公正的观念，以及强化法官个人的推理功能。我国司法水平的提高还有赖于法律推理理论的提出和完善，还有赖于我国司法法理学的兴起、兴盛。这正是法学研究深入的契机。

第一章 法律推理的本体论认识

法律推理是建设性阐释的一种运用，我们的法律存在于对我们的整个法律实践的最佳论证之中，存在于对这些法律实践做出尽可能最妥善的叙述之中。

——〔美〕罗纳德·德沃金

我国传统哲学一般重体悟、轻逻辑，重综合、轻分析。这导致我国逻辑学很不发达。它表现在对“推理”一词的理解上，我国仅把它界定为一般的逻辑推导，而忽视了其他广泛的推理形式，忽视了推理的内容与目的的探讨。我国法理学者在从西方法哲学界引入“法律推理”这一概念时深受这一局限的限制，因而把它界定为“一般逻辑推导在法律中的运用。”应当说这是对“法律推理”这一个概念所作的狭隘而片面的理解，如此界定将导致我们轻视——甚或忽视——法律推理问题的深入研究。从“推理”这一概念的涵义出发，探讨法律推理的内涵，揭示其一般特征，认识其所具有的特有功能，这些便是本文所面临的首要任务。

第一节 法律推理的涵义

一、推理

要了解法律推理的涵义及其性质，我们就必须先分析“推理”一词的具体涵义。首先，我们还是考察它在中外文化中的语源学含义。我国《现代汉语词典》对“推理”条的解说是：“逻辑学上指思维的基本形式之一，是由一个或几个已知的判断（前提）推出新判断（结论）的过程，有直接推理、间接推理等。”可见，在现代汉语的习惯中，我们往往是把“推理”及其研究归属于逻辑学范畴，强调命题与判断之间的推导、传承。比如我国法理学教授沈宗灵先生认为：“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判断（前提）得出另一个未知的判断（结论）。”〔1〕这里的界说显然都把“推理”的分析视为形式逻辑的主要问题，重视的是命题之间的逻辑推导（logical entailment）关系。

西方通用的《韦氏新大学词典》对“推理”（reason）一词的注释则较为详细。它把“推理”之内容归为以下几个方面：（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）支以理由；解释以及辩论（argument）证明之，折服之，或感动之。因而“推理”（reasoning）便指（1）讨论者之行为或方法（process）；（2）所列或所表之理由，或辩论之程序。〔2〕如果把

〔1〕沈宗灵主编：《法理学》高等教育出版社1994年版，第436页。

〔2〕Webster's New Collegiate Dictionary, G. & C. Merriam Company, 1973, p. 962

这个界定与上述我国对推理的理解相比较，我们便可得知，西语此词涵义远较我国广延。它不仅包括了逻辑的推导关系，而更强调了理由的列举与说明，突出了论证与论据的过程，着力于折服与感动的效果。当然这是与西方逻辑学研究的发达分不开的。^{〔1〕}

古希腊哲学中亚里士多德早就对“推理”进行过专门的研究。他认为：“推理”是一种论证，其中有些被设定为前提，另外的判断则必然由它们发生。同时他把推理分为证明的推理、论辩的推理以及争执的推理三种形式。当推理由以出发的前提是真实和原初的，或者当我们对于它们的最初知识是来自于某些原初的和真实的前提时，这种推理就是证明的。从普遍接受的意见出发进行的推理是辩证的推理。……从似乎是被普遍接受但实际上并非如此的意见出发，以及似乎是从普遍接受的意见或者好像是被普遍接受的意见出发所进行的推理就是争执的，因为并非一切似乎被普遍接受的意见就真的是被普遍接受了。^{〔2〕}在亚里士多德的推理观中，我们可以看到，当代西方哲学中广泛探讨的形式推理、实践辩证推理以及对话（商谈）在这里都可以找到一些影子。

从以上的释义学分析中，我们可以得出有关“推理”的定义

〔1〕 不少哲学家都指出中国哲学欠缺西方较为发达的逻辑分析方法。例如成中英先生说：“如果说，西方思维方式倾向于形式的、机械的、冲突的，那么，中国传统思维方式则倾向于整体的、辩证的、和谐的”。中国的这种思维方式更注重体验与感情，而忽略逻辑与分析。参见〔美〕成中英著：《论中西哲学精神》东方出版中心 1991 年版，第 173 页。雍琦教授亦坦言：“我国传统上逻辑学（尤其是法学方面的应用逻辑）很不发达”，参见雍琦：“关于法律逻辑性质及走向的思考”，《现代法学》，1997 年第 5 期。

〔2〕 以上转引自郑文辉著：《欧美逻辑学说史》，中山大学出版社 1994 年版，第 29 - 30 页。有关亚里士多德的逻辑思想可以参见〔英〕威廉·涅尔、玛莎·涅尔著：《逻辑学的发展》商务印书馆 1985 年版，第 31 - 33 页。

和解释的几个方面的结论：其一，推理是从已知到未知、从前提到结论的逻辑（理论的）思维过程；其二，推理是利用各种理由加以辩论的过程；其三，推理的目的在于论证、劝服以及影响他人。因而可以说推理是利用各种理由论证、劝服及影响他人的论证过程或论证方法。^{〔1〕}

二、法律推理的界说

西方的法学家们在研究法律推理时，他们对法律推理的理解和界定是不一样的；这可能根源于目前较为全面的法律推理理论还没有形成和接受。综合起来说，中外学者对法律推理的理解有以下几种不同的观点。

第一种观点认为，法律推理就是一般逻辑推理在法律领域中的运用，此观点可以称之为“逻辑推导观”。例如《牛津法律指南》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。”^{〔2〕}这种观点认为法律推理是逻辑学中的推理理论在法学中的应用，它属于法律应用逻辑的范畴。^{〔3〕}因此，法律推理是分析性的，法官在此过程中的作用是被动的。^{〔4〕}这种法律推理的观点在19世纪初期曾被形式主义法学推到了巅峰；由于其所带来的不正义，后人称之为“概念法学”，以示贬抑之情。^{〔5〕}就法律适用过程而言，法律推理“就是一个从已查

〔1〕 显而易见，这样的理解远远比目前逻辑学教材所列的“推理”涵义要宽泛，但这是全面理解“推理”和正确理解“法律推理”所必须的。参见吴家麟主编：《法律逻辑学》，群众出版社1983年版，第114-117页。

〔2〕 D·沃克编：《牛津法律指南》，1980年英文本，第1039页。

〔3〕 王鸿貌：“论当代西方法学中的法律推理”，《法律科学》1995年第5期。

〔4〕 信春鹰：“20世纪西方法哲学基本问题”，《法学研究》1993年第4期。

〔5〕 参见梁慧星著：《民法解释学》，中国政法大学出版社1995年版，第65页。

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”；〔1〕就法学研究而言，法律推理就是法律逻辑，就是法律命题的推导规则和推导结构，力图通过法律推理研究来建立系统而纯粹的法律科学。〔2〕因而，此观点把法律推理的研究不仅放在纠纷解决（裁判）上，而且更为关注作为法律科学基础的思维方法。

第二种观点则反对前一种观点，把法律推理视为裁判的工具或手段，此观点可以称之为“司法工具观”。英国法哲学家麦考密克认为，法律推理是关于作为判决及向法院提出的主张、辩护的正当理由中所提出的法律辩论的因素。〔3〕比利时哲学家 Ch. 佩雷尔曼则说：“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，方法论工具或智力手段。”〔4〕按照他们的看法，法律推理不再属于法律应用逻辑的范畴，它本身就是法律哲学中的一个重要问题，因而它是与法律理论紧密相关、不可分割的。此种推理观在英美等国表现更为突出。哈罗德·伯曼在论及法律推理时曾指出：“在像美国和英国等国家中，它们的法律推理就常常相当于法官在断案中用以得出结论的智力方法（intellectual processes）”〔5〕而罗斯科·庞德则更为明确地指出：“法律推理是

〔1〕沈宗灵：“法律推理与法律适用”，《法学》（上海）1988年第5页。

〔2〕雍琦：“关于法律逻辑性质及走向的思考”，《现代法学》1997年第5期。

〔3〕Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, 1978, preface.

〔4〕Chaim Perelman, *Justice, Law and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, D. Reidel Publishing Company, 1980, p.140.

〔5〕Harold J. Berman, “Legal Reasoning”, David L. Sills ed., *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Vol. 9 - 10, The Macmillan Company & the Free Press, 1975, p.197.

一种非常重要的工具，运用这工具，人们可以在日常的执法实践中调和法律的稳定需要和法律的变化需要。也就是说，通过运用这一工具，人们可以使旧的法律规则和法律制度满足新的需要，可以在将外部破坏和对既存法律的歪曲限制到最低限度的情形下，使之适应日益变化的情况。”〔1〕“司法工具观”把法律推理视为法律适用的工具或方法，这一方法不仅为法官或律师使用，而且为广大的公民所使用。N·麦考密克极力地主张，研究法律推理的现象不应限于法官的推理，而且应研究公民的推理。因为“法律在法院外的作用就像在法院内的作用同样繁多和重要”：“法律是供普通的男男女女之用的，它被认为是他们对怎样生活而进行的某种结构。”〔2〕同样，我国法理学家沈宗灵先生以为：“法律推理在法律领域中是广泛运用的，从立法、执法、司法、对法律实施的监督以致一般公民的法律意识中，都有法律推理的活动。”〔3〕显见这种观点否认了法律推理的权威性。

第三种观点认为，法律推理是为特定的法律行为举出理由，以论证其合法性和权威性（证成）的法定手段，此可以称之为“权威论证观”。美国学者弗里德曼认为法律推论是为特定法律行为作“正式”的理由阐述，并且必须具备“权威性”。他强调法律推理的权威性，从而认为公民与学者之推理因缺乏这一特征而不能称之为“法律推论”。〔4〕而美国爱渥华大学的斯蒂文·

〔1〕〔美〕庞德著：《法律史解释》转引自徐国栋著：《民法基本原则解释》中国政法大学出版社1992年版，第218页。

〔2〕N·麦考密克：“公民的推理及其对法理学的重要性”，转引自沈宗灵主编：《法理学》高等教育出版社1994年版，第437页。

〔3〕沈宗灵：“法律推理与法律适用”，《法学》（上海）1988年第5期。

〔4〕L. M. Friedman 著：《法律与社会》吴锡堂、杨满郁合译，〔台〕巨流图书公司1991年版，第118页。

伯顿教授简单地把法律推理定义为：“在法律论证中利用法律理由的过程（或方法）”。〔1〕他们认为，在现代法治社会中，有些法律工作者必须负担“法律推理”的义务，从而使其决定和行为取得合法性，也就是说，必须把他们的决定与较高合法性和权力当局相结合。从这个意义上说：“法律推理也是为特定合法性所设计的标识，它表现出法官判决与规则本体或更高合法性权力之间的结合。”〔2〕

第四种观点则认为，我们不应该把法律推理仅仅局限于上述某一个方面，由于上述各方面紧密联系，所以应该用法律推理不仅包括形式逻辑规则的适用，而且也要用它来包括其他一些解释方法。此种观点我们称之为“综合论”，其典型代表是哈罗德·伯曼和E·博登海默等人。伯曼说，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，而在法德等法典化国家中，法律推理则常常相当于维护和论证法律原理（doctrines）的合理性和一致性。他认为这两种类型的推理紧密关联，我们就可以从广义上来界定法律推理，以便包括这两者；同时他主张更进一步地扩展此定义，让它包括那些用于诸如制定法律、执行法律、审理案件（不仅仅是判决）、起草法律文件以及进行法律交易的谈判等其他法律活动中的推理类型。他认为这是根源于“推理”所具有的含义：推理意即为其陈述给出依据（理由），劝说性地论证，或者进行对话（discourse）。因而法律推理不仅有它自己的逻辑形式，而且有它自己的修辞形式和它自己的对话形式。

〔1〕 Steven J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, Little, Brown and Company, 1995, p. 1.

〔2〕 L. M. Friedman著：《法律与社会》 吴锡堂、杨满郁合译，〔台〕巨流图书公司1991年版，第120页。