

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书 舒国滢 主编

# 类比法律论证

——以德国学说为出发点

ANALOGY AS LEGAL ARGUMENTATION: TAKING GERMAN DOCTRINES AS A POINT OF DEPARTURE

雷  
磊  
著



中国政法大学出版社

# 类比法律论证

——以德国学说为出发点

ANALOGY AS LEGAL ARGUMENTATION TAKING GERMAN DOCTRINES AS A POINT OF DEPARTURE

雷  
磊  
著



中国政法大学出版社

2011·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

类比法律论证——以德国学说为出发点 / 雷磊著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2011. 4

ISBN 978-7-5620-3914-3

I. 类… II. 雷… III. 法学-方法论 IV. D90-03

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第058482号

---

- 书 名 类比法律论证——以德国学说为出发点  
LIEBI FALÜ LUNZHENG YI DE GUO XUESHUO WEI CHUFADIAN
- 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 cuplpr@163.com  
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
(010)58908441(译著室) 58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm×1230mm 32 开本 15 印张 355 千字
- 版 本 2011 年 6 月第 1 版 2011 年 6 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-3914-3/D·3874
- 定 价 38.00 元
- 声 明 1. 版权所有, 侵权必究。  
2. 如有缺页、倒装问题, 由印刷厂负责退换。

本专著受中国政法大学211项目  
“中国特色社会主义法治思想”资助

---



特此感谢!

## 前 言

本书尝试为一种类比法律运用的理性主义立场而辩。它集中探讨了两个问题，即在法律推理中：①类比何时被运用？以及②类比如何被运用？前者涉及类比运用的前提问题，而后者涉及类比运用的结构问题。只有当这两个问题同时可以得到理性的回答时，一种理性主义的立场才站得住脚。

任何理论学说都不是“无源之水”，本书亦不例外。德国法学方法论研究传统经年以来积淀的成果为我们提供了思考的起点。通过对具有代表性的研究进路与学者观点的阐述与分析，本书认为，分析性进路的学者们选定了更加恰当的理性化角度，但是他们的分析依然不够清晰与细致。为此，作者明确了从法律证立的角度进行类比研究的意义，并补充提出了两组区分作为进一步论述的框架。

针对第一个问题，即类比论证的前提是什么，本书将重心放在了对词义界限的探讨上。因为只有当词义界限是可能的，也即是说词义本身可用来界分处于其意义指涉范围内的对象与处于其外的对象，漏洞的判定才是可能的，进而“只有当出现漏洞时才需运用类比论证”这一判断才具有方法论上的意义。在对既有学说进行简要分析与批判的基础上，作者通过对词义之规范性与客观性的辩护证成了上述观点。

相比而言，第二个问题，即类比论证的结构问题更为重要，它直接影响到一种理性主义的类比观是否成立。为了驱散围绕

## II 类比法律论证——以德国学说为出发点

在类比推理周遭的种种“迷雾”，作者另辟蹊径，以程序性法律论证理论为视角重构了类比运用的逻辑层次，奠定了它作为一种法律论证基本模式的地位。其基本思路是：将类比论证划分为内部证成与外部证成两个层次，继而将外部证成分作相关相似性论证（相似性1论证）与决定性相似性论证（相似性2论证）两个子层次，并分别探讨与归纳了类比论证在这些不同论证层次上的形式与规则。正是这些形式与规则最大限度地保障了司法裁判活动通过类比论证所获得之结论的正当性。同样，在此、也仅在此意义上，类比论证才可能被视为是一种理性的活动。但同时这种程序理性化本身也暗示着作为价值评判之类比裁判活动的理性化限度所在。全书的核心主张最后被提炼为五大命题。

雷 磊

2011年1月

## 本书所使用的逻辑符号与缩略语一览表

### 逻辑符号

$\neg$  = 并非（否定词）

$\wedge$  = 并且（合取词）

$\&$  = 并且（合取词）

$\vee$  = 或者（析取词）

$\rightarrow$  = 如果，则（蕴涵词）

$\Rightarrow$  = 支持（可辩驳蕴涵词/内包蕴含关系）

$\times\Rightarrow$  = 不支持（可辩驳蕴涵词）

$\subset$  = 如果，则（蕴涵词）

$\leftrightarrow$  = 当且仅当（等值词）

$\forall$  = 对于一切对象均适用（全称量词）

$\exists$  = 至少对于一个对象适用（存在量词）

$O$  = 应当（道义逻辑算子）

$\in$  = 属于（表示个体与集合的关系）

$\notin$  = 不属于（表示个体与集合的关系）

$\subseteq$  = 属于（表示集合与集合的关系）

$\sim$  = 互补

$P$  = 优先于

#### IV 类比法律论证——以德国学说为出发点

##### 缩略语

ARSP = Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie (《法哲学与社会哲学论丛》)

ARSP Beiheft = Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie (Beiheft)  
(《法哲学与社会哲学论丛 (特刊)》)

BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (德国《联邦宪法法院判例集》)

BGHSt = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen  
(德国《联邦最高法院刑事判例集》)

BGHZ = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen  
(德国《联邦最高法院民事判例集》)



# 简 目

I	前 言
III	本书所使用的逻辑符号与缩略语一览表
1	导论 类比运用作为理性的过程?
11	第一章 类比的运用: 学说梳理
12	第一节 传统路径
12	一、制定法的决定性评价与类比运用 (卡尔·拉伦茨)
20	二、本质性一致与类比运用 (卡尔·恩吉施)
27	三、作为超越法律之法发现的类比 (克劳斯·威廉·卡纳里斯)
33	四、本节小结: 传统路径的基本观点
33	第二节 诠释学路径
33	一、类比作为规范与事实的调适 (阿图尔·考夫曼)
42	二、类比作为事实构成之展开 (温弗里德·哈斯默尔)

## 2 类比法律论证——以德国学说为出发点

49	三、本节小结：诠释学路径的基本观点
50	第三节 分析性路径
50	一、逻辑与相似性之圈（乌尔里希·克鲁格）
56	二、逻辑与制定法的基本思想（特奥多尔·黑勒）
63	三、类比作为论证的基本模式（罗伯特·阿列克西）
69	四、本节小结：分析性路径的基本观点
70	第四节 总结与出发点
70	一、对以往学说的批判性总结
92	二、新的出发点
95	三、后文的阐述框架
98	<b>第二章 词义界限：解释与类比论证的区分</b>
100	第一节 词义界限的争议
100	一、主要进路
107	二、小结与问题
114	第二节 词义界限的存在与确定
114	一、词义界限的存在
143	二、词义界限的确定
171	第三节 制定法漏洞的确定与类比论证
171	一、词义论证与目的论证
174	二、规则、原则与漏洞
176	本章小结

179	<b>第三章 类比论证与内部证成</b>
181	<b>第一节 内部证成与涵摄</b>
181	一、内部证成与外部证成的区分
184	二、内部证成与涵摄的结构
191	<b>第二节 类比论证的层次及其内部证成的结构</b>
191	一、类比论证的层次
192	二、类比内部证成的结构
196	<b>第三节 类比内部证成的要求</b>
197	一、规范性前提的普遍性
211	二、论证的融贯性
239	本章小结
241	<b>第四章 类比论证与外部证成 I</b>
243	<b>第一节 类比外部证成的层次</b>
243	一、类比外部证成的两个层次
247	二、相似性 1 的确立
272	三、相似性 1 的排除
273	<b>第二节 类比论证与反向推理</b>
273	一、反向推理的定义
276	二、反向推理的结构与论证规则
287	三、反向推理与类比论述的关系
293	<b>第三节 类比论证与类推禁止</b>
293	一、类推禁止的功能
299	二、类推禁止的论证规则与结构
309	三、类推禁止与类比论述的关系

#### 4 类比法律论证——以德国学说为出发点

310	四、类推禁止与反向推理的关系
312	本章小结
315	<b>第五章 类比论证与外部证成 II</b>
317	第一节 类比冲突
317	一、类比冲突的三种类型
321	二、类比冲突的解决思路
327	第二节 规则、原则与权衡
327	一、规则与原则的区分
372	二、权衡的结构
394	第三节 类比论证与权衡
395	一、不同法律规则间的类比冲突
399	二、规则类比与原则适用间的冲突
402	三、规则类比与规则适用间的冲突
408	本章小结
411	结 语
416	附录：类比论证涉及之论证规则和形式一览表
425	参考文献
454	后 记

# 详 目

I	前 言
III	本书所使用的逻辑符号与缩略语一览表
1	导论 类比运用作为理性的过程?
1	一、类比运用的理性化难题
6	二、类比运用的方法论争议
6	(一) 存在论与方法论
9	(二) 方法论中的问题
11	第一章 类比的运用：学说梳理
12	第一节 传统路径
12	一、制定法的决定性评价与类比运用（卡尔·拉伦茨）
12	(一) 类比运用的定位
15	(二) 漏洞及其确定
15	1. 漏洞的概念与种类
17	2. 漏洞的确定
18	(三) 类比运用的结构

## 2 类比法律论证——以德国学说为出发点

- 18                                   1. 概念与步骤
- 19                                   2. 个别类比与整体类比
- 20                                   (四) 小结
- 20                                   二、本质性一致与类比运用 (卡尔·恩吉施)
- 21                                   (一) 漏洞的界定
- 23                                   (二) 类比运用的价值三段论
- 25                                   (三) 内在于涵摄的类比
- 27                                   (四) 小结
- 27                                   三、作为超越法律之法发现的类比 (克劳斯·威廉·卡纳里斯)
- 27                                   (一) 漏洞及其确定
- 27   1. 漏洞的概念
- 29   2. 漏洞确定的标准与手段
- 31                                   (二) 漏洞的类型
- 31                                   (三) 类比运用的类型
- 32                                   (四) 小结
- 33                                   四、本节小结: 传统路径的基本观点
- 33                                   第二节 诠释学路径
- 33                                   一、类比作为规范与事实的调适 (阿图尔·考夫曼)
- 33                                   (一) 法的类比本质
- 33   1. 法的实现过程
- 35   2. 法作为实然与应然的对应
- 37                                   (二) 事物本质及其型式化
- 37   1. 事物本质作为比较的中点

38	2. 法律发现中的类型思维
40	(三) 等置模式
42	(四) 小结
42	二、类比作为事实构成之展开 (温弗里德·哈斯默尔)
43	(一) 事实构成的现实关联性
45	(二) 作为类型的事实构成
45	1. 事实构成的诠释学品质
46	2. 事实构成的类型性
49	(三) 小结
49	三、本节小结: 诠释学路径的基本观点
50	第三节 分析性路径
50	一、逻辑与相似性之圈 (乌尔里希·克鲁格)
50	(一) 漏洞的逻辑认定
51	(二) 类比运用的逻辑形式
54	(三) 相似性之圈的界定
56	(四) 小结
56	二、逻辑与制定法的基本思想 (特奥多尔·黑勒)
57	(一) 类推的逻辑
57	1. 类似性的逻辑构造
59	2. 法律类推的类别
60	(二) 类推运用的价值论
61	(三) 逻辑与价值论的关系
63	(四) 小结

63 三、类比作为论证的基本模式（罗伯特·阿列克西）

63 （一）法律类比的类别

64 （二）类比论证的层次及图式

64 1. 类比论证的层次

66 2. 类比论证的图式

67 （三）案件、规则与原则

69 （四）小结

69 四、本节小结：分析性路径的基本观点

70 第四节 总结与出发点

70 一、对以往学说的批判性总结

71 （一）类比运用的前提

71 1. 漏洞作为类比运用的前提？

74 2. 漏洞的性质

79 （二）类比运用的方式

79 1. 法的发现与证立

82 2. 类比证立中的逻辑与价值论

88 3. 法律类比的类别

92 二、新的出发点

92 （一）规则、原则与案件

94 （二）词义、目的与理念

95 三、后文的阐述框架

98 第二章 词义界限：解释与类比论证的区分

100 第一节 词义界限的争议



100	一、主要进路
100	(一) 研究状况
102	(二) 诠释学理论
104	(三) 分析方法论
105	(四) 结构化法律理论
106	(五) 制定法文本理论
107	二、小结与问题
108	(一) 反对词义界限的论据
110	(二) 对反对性论据的一些回应
113	(三) 问题
114	第二节 词义界限的存在与确定
114	一、词义界限的存在
115	(一) 词义的规范性
115	1. 规范性的概念
118	2. 词义推论规则
126	3. 语言分析商谈
136	(二) 词义的客观性
136	1. 客观性的概念
137	2. 作为对象关联性的客观性
140	3. 作为主体间性的客观性
142	(三) 小结：词义的三向度
143	二、词义界限的确定
143	(一) 语义清晰的案件与语义不清晰的案件
143	1. 概念区分及存在的可能
147	2. 语义清晰与不清晰的判别标准