

法

理学专题研究书系

FA DE XINGSHIXING YU FALÜ TUILI

# 法的形式性与法律推理

危文高 著

法学



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

法

理学专题研究书系

FA DE XINGSHIXING YU FALÜ TUILI

# 法的形式性与法律推理

危文高 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法的形式性与法律推理/危文高著. —北京: 知识产权出版社, 2018. 11  
ISBN 978-7-5130-5831-5

I. ①法… II. ①危… III. ①法的理论—研究②法律—推理—研究 IV. ①D90  
中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 213437 号

### 内容提要

本书从法哲学的角度探讨了法学研究的中心问题: 法理推理和一般意义上的法律方法论, 而如何理解法的形式性及它与法理推理之间的关系成为其中的关键。特别是阐明了法律实证主义是如何看待法的形式性的, 以及它如何影响了法律推理的性质。

责任编辑: 可 为

责任校对: 谷 洋

封面设计: SUN 工作室

责任印制: 刘译文

## 法的形式性与法律推理

危文高 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院 邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8335 责编邮箱: [zhibian@ipph.com](mailto:zhibian@ipph.com)

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102 发行传真: 010-82000834/0105070/82000270

印 刷: 三河市国英印务有限公司 经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

版 次: 2018 年 11 月第 1 版

字 数: 212 千字

ISBN 978-7-5130-5831-5

印 张: 15

印 次: 2018 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 40.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

# 目 录

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| 第一章 导 论                           | 1   |
| 一、理论与方法上的困惑                       | 1   |
| 二、实践描述与反思                         | 10  |
| 三、问题与命题                           | 19  |
| (一) 法律规范被应用的前提                    | 25  |
| (二) 法律规范的意义决定规范的正确应用吗?            | 26  |
| (三) 法律规则、原则之关系及应用方式               | 26  |
| (四) 法律规范应用的逻辑                     | 27  |
| 四、研究缘起与目标                         | 27  |
| 第二章 法律推理或一般法律方法论的元问题              | 36  |
| 一、方法论争论                           | 36  |
| 二、法律理论与实践的关系再检讨                   | 41  |
| 三、什么以及为何是文化-哲学方法论立场?              | 49  |
| (一) 文化-哲学性研究的基本立场与方法              | 49  |
| (二) 文化-哲学性方法对法律推理研究的意义            | 58  |
| 第三章 法的形式性与法治                      | 67  |
| 一、法律自主性的难题                        | 67  |
| 二、权威与实践理由: 法律实证主义眼中的形式性           | 82  |
| (一) 形式与实质区分的两种传统                  | 82  |
| (二) 独立于内容的理由与游戏规则:<br>哈特规则理论的内在紧张 | 97  |
| (三) 法律规则的排他性与正当化论证的悖论             | 137 |
| 第四章 法律推理中的利益权衡                    | 169 |
| 一、不同路向的利益衡量论: 异中有同                | 169 |

|   |            |
|---|------------|
| 二、利益衡量能否成为一种法律方法或法学方法论? .....           | 175        |
| (一) 赫克的利益法学方法 .....                     | 176        |
| (二) 简化与精确化的利益衡量论 .....                  | 186        |
| 三、利益衡量方法的界限与反思 .....                    | 194        |
| (一) 对利益衡量方法的批评 .....                    | 194        |
| (二) 作为一种替代: 最小损害原则 .....                | 197        |
| (三) 利益衡量与法治: 兼论刑法解释中形式论与<br>实质论之争 ..... | 200        |
| <b>第五章 法律推理的权威模式: 追问推理的去神秘化 .....</b>   | <b>206</b> |
| 一、法律推理的民主性与专制性 .....                    | 207        |
| 二、法律推理的民主性 .....                        | 210        |
| (一) 内部视角: 演绎推理的不自足 .....                | 210        |
| (二) 外部视角1: 质疑法律推理过程的神秘性 .....           | 213        |
| (三) 外部视角2: 追问法律职业的精英主义 .....            | 215        |
| 三、法律推理的专制性 .....                        | 217        |
| 四、引申讨论 .....                            | 219        |
| (一) 法律推理中的修辞学论证 .....                   | 221        |
| (二) 法律推理中的沟通观 .....                     | 222        |
| (三) 麦考密克的法律实践推理 .....                   | 223        |
| 五、小 结 .....                             | 225        |
| <b>结 语 .....</b>                        | <b>229</b> |
| <b>参考文献 .....</b>                       | <b>232</b> |

# 第一章 导 论

裁判的制度化过程不是要抛弃特殊性而是要维系特殊与普遍的紧张。

——约翰·贝尔<sup>①</sup>

## 一、理论与方法上的困惑

屈指算来，法律方法的引入和接续的研究在我国已有二十年有余，<sup>②</sup> 法律方法作为一个“问题”进入了人们的视野。而法律方法为法律学者和法律实务界所普遍关注则是 21 世纪初以来的事，<sup>③</sup>

<sup>①</sup> 约翰·贝尔 (John Bell) 是英国剑桥大学法学院教授，此语译自氏著 “The Institutional Constraints on Particularism”。See BANKOWSKI Z, MACLEAN J. The Universal and the Particular in Legal Reasoning [M]. Farn ham: Ashgate Publishing Limited, 2006.

<sup>②</sup> 这种判断有两个前提，第一，从时间上是指新中国成立以来，特别是改革开放以来我国的法律方法研究，因为法律方法作为法律教义学的题中之义，定然有相对稳定的法律环境，包括相对独立和完善的法律体系才能发挥其功能；第二，从惯习上看，大多法律学者和法律职业者都把梁慧星教授在最高人民法院所作的“民法方法论”演讲，以及 1995 年出版的《民法解释学》作为法律方法研究中较有代表性意义的事件，尽管在时间上可能有一些关于这方面的研究与引介，但这不重要。

<sup>③</sup> “普遍关注”的判断标准是基于下列事实：第一，全国性的法律方法研讨会举办，如从 2001 年由葛洪义教授在西安组织召开的首届全国“法律方法与法律思维”研讨会，以及由中国政法大学、山东大学、浙江大学、吉林大学和华南理工大学组织召开的定制化的“法学方法论”全国性学术研讨会，当然还有各种局部和地方性的法律方法研讨会；第二，专门性法律方法学术刊物的连续出版，如有葛洪义教授主编的《法律方法与法律思维》、陈金钊教授、谢晖教授主编的《法律方法》；第三，法律方法方面的译著、专著或以论文集形式编辑的著作大量出版，译著如有广为流传的德国拉伦茨《法学方法论》、阿列克西的《法律论证理论》，专著有杨仁寿的《法学方法论》、黄茂荣的《法学方法与现代民法》、陈金钊的《法治与法律方法》、刘治斌的《法律方法论》，论文集更是数量可观，兹举有戚渊、郑永流、舒国滢、朱庆育合著的《法律论证与法学方法》、陈兴良主编的《刑法方法论研究》等。另外，据中国期刊网全文数据库以“法律方法或法学方法”为篇名进行的精确输入总数已达 144 篇 (1990~2009 年)。值得注意的现象是：不仅法律理论家在抽象地讨论法律方法的微言大义，民法、刑法等各部门法学更是积极参与进来，努力促成各部门法律研究的方法论转向，特别是陈兴良教授、杨立新教授、梁慧星教授极力提倡，但法律理论家与更有“实务倾向”的部门法学者的交流可能存在很多“知识”和“思维”乃至“旨趣”上的障碍，使得这一本应深入的交流显得有隔靴搔痒之感。

这种学术兴趣之转向无疑有其发生的社会语境和制度性支持，即三十年来中国国家—社会结构的整体转型以及依法治国目标的确立，<sup>①</sup>反过来，法律方法的研究与实践都把实现法治作为不断逼近的功能目标，而以此来证明自己的正当性，换言之，法律方法与法治存在内在的关联性支持。这种相互证成性支持需要法学内在的反省，建立法律知识、技术与实践之间有效的链接与经验机制，需要破除立法主义和政策导向的法学思维和法学知识生产模式，走向更为开放和丰富经验的“司法定向”（adjudication-oriented jurisprudence）的规范法学或法律适用主义。<sup>②</sup>如此，才可能接近“具体法治”，实现依法裁判与同案同判的司法理念，协调和平衡法律的确定性与其妥当性之间的关系。

然而上述期待要成为现实，必须得理解法律规范的应用本身，特别是法律规范的司法应用。<sup>③</sup>我们需要一种什么样的司法

<sup>①</sup> 葛洪义教授指出了法律方法在我国发生的几个逻辑前提，分别为社会政治经济文化问题的法律化、法律问题的专业化与知识化、专业法律问题解决方式的制度化，参见葛洪义. 法律方法讲义 [M]. 北京：中国人民大学出版社，2009。苏力教授也明确地指出法学知识的生产与国家兴衰之关联，参见苏力. 知识的分类与法治 [J]. 读书，1998（3）。

<sup>②</sup> 关于“司法定向”的法学论述，参见舒国滢. 并非有一种值得期待的宣言——我们时代的法学为什么要重视方法 [J]. 现代法学，2006（05）；关于立法主义与法律适用主义的对比分析，参见黄卉. “一切意外都源于各就各位”——从立法主义到法律适用主义 [J]. 读书，2008（11）。黄卉博士倡导以大陆法系的判例制度来解决成文法之抽象与具体个案丰富之适用问题，具体可见氏著：2009年4月2日他在北京大学法学院的演讲《法律适用时代是否已经到来？——法律适用主义与大陆法系判例制度》，同时参见其个人博客网站。

<sup>③</sup> 在此我只关注法律规范的司法应用，对于其他的法律应用如执法或法律监督等不作考察，之所以如此，有两个重要理由，其一，司法（主要是法官的裁判行为）具有法律实践的中心意义，是法官、检察官、律师和公民争夺法律解释话语权的场域；其二，也正是在这种话语争夺中，可以看到不同的法律实践者所运用的法律方法与法律技术，去修补法律规范与事实之间存在的逻辑缝隙。正因为如此，大部分言说法律方法者都把焦点对准了司法行为本身，尽管有不同的角度与立场。但这一个视角不等于持有与立法中心主义对立的、所谓的“司法中心主义”或法律适用主义立场，因为“司法定向”之所以重要并不完全在于其价值，而在于分析上的优先性。否则很容易滑向以法庭为中心（court-centred）的法理论，拉兹对此有所警告，法律是为了法官面前的公民而设，法官是为了公民而不是公民为了法官。See RAZ J. The Problem about the Nature of Law [M]. London: Univeksity of Western Ontario Law Rrview, 1983.

应用理论？我们能拥有一种什么样的司法应用理论？长期以来，无论是在英美法系国家还是大陆法系国家，都盛行一种立法与司法的严格区分，认为司法机构的职责仅仅在于解释法律并适用法律，<sup>①</sup> 去发现立法者原初或固有的含义，法律解释与法律推理遵循一种严格的文义主义方法（strict literalism）。<sup>②</sup> 虽然这种方法仍为部分学者所主张，<sup>③</sup> 但是由于认识到法律语言本身的不确定性（由此产生规范性缝隙或漏洞），那种司法解释的发现模式（the discovery model of judicial interpretation）基本上被抛弃，如今学者大多承认法官在司法行为中具有自由裁量权，有时也必须造法。但是，一旦放开自由裁量权和承认造法，就会引来很多的担忧：司法裁决的过程是不是因此流于恣意，损害法律的理性与正当性，进而威胁到法治所要求的稳定性与可预测性。虽然这样的说法与忧虑有点古老，但却一次次地出现在现实的判决过程中，比如对类比推理的应用范围所作的限制甚至否定。批判法学、法律过程学派、后现代的解构主义、德国法律结构学派及法律诠释学过于激烈地强调了法律解释中的主观和情感性因素，更

① 我刻意区分了法律的适用与应用，前者更多的是指法官仅按法律的文义去解释法律和适用法律，后者包含了法官对法律的解释和发展，换言之，其解释性决定中有创造性因素。

② 普通法系国家的英格兰，1830~1950年是严格文义主义的时代。See KLATT M, *Making the Law Explicit: The Normativity of Legal Argumentation* [M]. Oxford: Hart Publishing, 2008.

③ 马默（Andrei Marmor）认为，法官解释法律虽经常要考量法律确立了哪一种意义，然而在一定范围内，可以说他们仍然是在遵循法律而非创制法律。See MARMOR A, *Interpretation and Legal Theory* [M]. 2nd ed. Oxford Hart Publishing, 2005: 122. 韦缪勒（Adrian Vermeule）从制度理论角度提出法律形式主义解释理论，即文义解释优先性的论证。See VERMEULE A, *Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation* [M]. Cambridge: Harvard University Press, 2006. 近来我国学者陈金钊教授也极力主张文义解释优先性，参见陈金钊，法治反对解释[J]，法律科学，2007（3）；以及提供的论证，陈金钊，法治为什么反对解释[J]，河南政法管理干部学院学报，2007（1）；陈金钊，规则、解释与法治实现[J]，杭州师范大学学报，2009（5）。



从理论上加剧了这种不确定性，导向一种法律（法律方法）的怀疑论。出于法教义学和法治立场的维护，大多数学者会对此理论倾向保持一种警惕，但这种理论之所以盛行并得到法学学者相当程度地维护，有很大部分原因在于法学本身没有发展出一种令人可信的法律方法来区分法律应用与造法之间的可能界限。克拉特指出：

什么时候判断属于“分子运动”，什么时候又属于“摩尔运动”？什么时候一个判断应填补法律织物的缝隙，什么时候它又改变织物本身？英美法理学对这些问题从未给出过满意的答案。<sup>①</sup>

没有法教义学传统和未经法律方法洗礼的中国法律学人，以另一种方式陷入非此即彼的对立之中，有学者对此作了概括：

目前中国的法学在宏大叙述与实务琐碎两极附近游荡，主要原因是法学理论受制于其他学科（哲学、经济学、社会学、政治学甚至行政学、行政管理学等）的言语控制，研究者感受到其中的精彩与高明，但缺乏将其转化为法律思维的能力。这是一极。另一极是还没有找到途径建立规范、尤其竞合规范的适用规则。于是，观点对峙者在一大堆与个案判决有直接或间接关联的法规群中找出自己需要的规范，互不认账。本来对法律方法将信将疑、性格自由的学者，就有可能得出规范法学、法律方法无用的结论，转而经营“纯粹”的——多少有点横空出世的、染有人治气息的——价值判断。严重者，以为法制（治）的价值判断与人治的价值判断没有什么区别，法律方法最多是用来粉饰判断的非法

---

<sup>①</sup> KLATT M, Making the Law Explicit: The normativity of legal argumentation [M]. Oxford: Hart Publishing, 2008.

律性。<sup>①</sup>

以上论断虽然言语有些尖刻，但对问题的把握却入木三分。法律方法无法回避价值判断问题，但法律方法中的价值判断与哲学、政治学、经济学提供的价值判断有重大的区别。区别何在？如何区别？如果找不到令人信服的区别方法与技术，就无法真正回应非法学学科的挑战。同时，其他学科提供的知识和价值判断如何可能转化为法律思维上可接受的判断标准？这些都是法律方法所必须面临的难题，毕竟法律方法的核心功能或问题在于对法律裁决的理性控制。<sup>②</sup>

在法律方法的实践运用中，法律人（主要为法官）主要面临的是规范与事实可能存在的紧张，法律裁判的过程确实如恩吉施所言是“目光往返于规范与事实之间”的等置过程或模式。<sup>③</sup>但是，这种说法是比较抽象的，它需要回答为什么在具体个案中具体法律规范（规则或原则）能与实际的案件事实发生等置。等置不完全是类推。考夫曼的类推理论把法存有论与方法论统合起来，尽管有很大的创新和启发性，但同时也包含了一种危险：即忽视了规范（以理由为基础的事实）与事实之间存在的紧张，以及这种紧张所可能产生的意义。以“事物本质”为基础的类推理论一旦扩展为所有的推理模式，其结果可能是客观的价值秩序取代法律秩序本身。重要的是首先得区分法律规范与事实存在什么样的紧张关系。对此，郑永流教授从逻辑关系的角度提出规

<sup>①</sup> 黄卉。“一切意外都源于各就各位”——从立法主义到法律适用主义 [J]. 读书, 2008 (11): 40-41.

<sup>②</sup> URBINA S. Legal method and the rule of law [M]. Hague: Kluwer Law International, 2002: 119.

<sup>③</sup> 等置模式为恩吉施和考夫曼等人所提倡，考夫曼把它上升到法律观的层次，认为实然与应然之间虽非同一但也不是绝对的对立，而是一种类似关系，法原本就有一种类似的性质，这成为考夫曼类推理论的理论基础。相关分析参见郑永流. 法律判决形成的模式 [J]. 法学研究, 2004 (1); 考夫曼. 类推与“事物本质” [M]. 吴从周, 译, 台北: 学林文化事业出版社, 1996.

范与事实不对称（或紧张）的五种类型：<sup>①</sup>

1. 事实与规范相适应。

这种情形主要指对至今查明的事实有明确的规范标准可应用。

2. 事实与规范相对适应。

这种情形是规范总体明确，但存在一定扩张或缩小及自由裁量的例外，如规范中有较为清楚定义的概念（如武器）、幅度规定（刑法中的从重或从轻）、程度规定（如重伤的法定标准）、明示事项（如合同实质变更）。

3. 事实与规范不能相适应。

这种情形指法律有规定，但存在较大扩张或缩小及自由裁量的例外，如一般性的法律原则（公序良俗、诚实信用）、评价性的不确定性概念（重大过失、显失公平）。

4. 事实缺乏规范标准

这主要指要么不应对事实进行法律评价，如同事关系、朋友关系、同性恋、安乐死等；要么应对事实进行法律评价而未评价，即法律应规定而未规定，如对依校规作出的处分不服提起诉讼是适用行政诉讼还是民事诉讼的问题。

5. 事实与规范形式上相适应但实质上不适应。

这种情形是指应用形式合理的法律结果会达到不能忍受的实质不公的程度。如乱收费或公职人员申请资格中的歧视性规定。

应该说，这种归纳看起来在逻辑上相对地周延，基本涵盖了可能存在的规范与事实之间的紧张。从中我们可以概括出三个区分性标准：第一，规范存在与否（区分出第4种情形与其他）；第二，规范清楚、明确的程度（区分出第1、2和3种情形）；第三，清楚规范的评价性质（区分出第5种情形与其他）。很明显，这种区分标准是以规范本身的性质（存在、明确或评价）为基

<sup>①</sup> 郑永流. 法律方法阶梯 [M]. 北京: 北京大学出版社, 2008.

础，倾向于一种“事实”适应（或不适应）规范的方式来展开的，换言之，是一种普遍（规范）容纳特殊（可能的个案事实）的方式，但是有时个案事实会以相反的方式作用于规范，使规范原本以为明确的规定看起来不再那么明确。郑永流教授显然意识到这个问题。在第1种情形中，他认为明确的规范只有在“清楚确切的数字规定”中才能达到，但同时也认为数字规定也有歧义之处，如有时在特定的地方，如贵州花江狗肉“一斤”可能指的是七两、宾馆一天行业内习惯缩为一夜。但如果是这样，是不是因此得出规范与事实只是相对地适应而不是“相适应”？肯定的判断基本成立。但有人会辩解说，诸如“一斤”还是“七两”、“一天”还是“一夜”按照“标准”或“通常说法”（常识）大家是没有什么疑问的，如果说“一斤”指的是“七两”只是极端个别情况，不能以此来否定数字本身的明确性。数字本身是明确的这点应该没有什么问题，但“数字规定”的应用能不能确定无疑则是另外一回事。因此，在这些情形中，需要法官根据具体情况和推断性规则来判断是应用“通常”或“标准”还是“地方性”或“行业性”的习惯标准。比如一外地人到贵州买“花江狗肉”，他或她事先不知道有这种习惯性说法，卖主也没有任何提示，买一斤狗肉只得到了七两（假设开始时他或她对缺少三两没有经验的判断能力，或出于其他原因没有判断），最后才发现“事实上”少了三两，他或她能否因此而得到另外三两狗肉呢？这与一个本地人去买一斤狗肉只得到七两，故意辩称不知道有此习惯说法而要求“补偿”另外三两的情形一样吗？一定是不一样的。“保护交易预期”法律原则可以作为推断性规则适合于第一种情形，但可能就不适合于第二种情形，哪怕可能本地人确实不知有此习惯说法（当然除非有确实的证据能证明不知情才可推翻这条规则）。

退一步讲，即使在数字规定相当明确且没有理解上差别的地方，如有一规则“高速公路上车辆时速不能超过120公里”，但这条规定能否用于在高速公路上行走的、内有危急病人的出租车

呢？事实（如他驾驶时速达 140 公里）显然符合法律规则的事实构成条件，但却不能应用于此特定个案之中？换言之，事实与规范相适应，不能因此推导出法律规范“应该”应用于个案之中。这就从第 1 种情形转到第 5 种情形中，即形式适合但实质不适合，这两者尽管有差别但可能都需要作出价值判断。但何种“实质性不适合”可以构成推翻规则不加以应用的情形呢？我们把上述案件稍作调整，假设一卡车司机为了保证交货时间，而在高速公路上以每小时 140 公里速度驾驶，他是否因此而受到违反交通规则的处罚呢？“为了保证交货时间”（如果延误交货可能会因此给买卖双方带来经济损失）能否成为法律上的理由，并且在此个案中足以推翻上述那条规则的应用呢？

在第 2 种语义存在不明确和第 3 种一般条款或一般原则的应用中，语词构成一种限制吗？一般条款或原则又如何或以什么形式应用于具体案件中？“事实缺乏规范标准”的第 4 种情形中，什么是应当评价而法律未作评价的？此处“应当”是一种什么样的价值判断？当然，以上概括还忽视了另外一些重要的规范与事实之间的紧张：即规范之间（规则与规则、规则与原则、原则与原则）相冲突之情形；在事实方面，还有事实无法确定，但又产生一定法律后果的情形（它无法纳入前述概括的五种情形之中）。

在所有可能的规范与事实之关系中，都涉及法律方法与价值判断的关系，如果坚持法教义学的立场，法律上的价值判断与一般意义上的价值判断（如各种自然法观念、盛行的功利主义标准、社会和谐等价值）应有所区分，因此“法律，而不是抽象的价值，应当被认为是人们目前为止所能达成的最低共识，在面临一个案件时，裁判者应当首先遵守法律所确立的规则以及体现在其中的价值，从法教义学的角度进行裁判。超出法教义学范围的价值判断是允许的，但应受到限制”<sup>①</sup>。遵守普遍性规范特别

<sup>①</sup> 许德风，论法教义学与价值判断——以民法方法为重点 [J]，中外法学，2008，20（2）：174。

是规则应是法治首先考虑的价值；但是，这条规则及背后的价值原则不是密不透风的墙，规范不是先定、无法调整的形式，其真正的形式性是在法律实践（通过司法裁判）过程中确立起来的，也就是说，在什么时候应受法教义学限制、什么时候超出法教义学限制是允许的，并没有一个先在的标准从概念上能够加以界定。当然，这样的论断仍有待证明，本书的主要目的也是首先通过对法律实证主义理论中隐含的法律方法（如法律解释与法律推理）进行考察，批判性分析其理论主张中隐藏的形式主义理解法律规范的应用，指出法律方法和思维运用中形式性与实质性理由的内在关联，这种关联不仅表现在法律原则的应用中，同时也体现在法律规则的应用中，所以很多看起来有道理的结论（形式主义与反形式主义或实质主义二元对立）其实都是似是而非的。<sup>①</sup>

<sup>①</sup> 郑永流教授把法律思维的要义归纳为十点：分别是：（1）合法律性优于合道德性；（2）普遍性优于特殊性；（3）复杂性优于简约；（4）形式优于实质；（5）程序优于实质；（6）严谨胜于标新；（7）谨慎超于自信；（8）论证优于结论；（9）逻辑优于修辞；（10）推理优于描述。参见郑永流．法律方法阶梯[M]．北京：北京大学出版社，2008：32-34。郑成良教授把法律思维规则归纳为6条：（1）法律思维必须以权利义务的分析作为思考问题的基本逻辑线索；（2）形式合理性优先于实质合理性；（3）程序公正优先于实体公正；（4）普遍正义优先于个案正义；（5）理由优先于结论；（6）合法性优于客观性。参见郑成良．论法治理念与法律思维[J]．吉林大学社会科学学报，2000（4）：3-10。孙笑侠教授也把程序中的思维概括为“向过去看”的习惯、注重逻辑，认真对待情理因素、判断结论总是非此即彼，不同于政治思维中的“权衡”等特点。参见孙笑侠．程序的法理[M]．北京：商务印书馆，2005。孙笑侠文中特别强调了法的形式性对于当下中国法治建设的意义，“我国之所以没有走上法治之路，虽然答案可以解释很多，但是我国法律形式化要素的匮乏，缺少对严格形式的热衷，不能不说是其中一大原因……我们现代生活更需要‘能像机器那样被依赖的法律’——一种形式理性的法律。这种法律的首要特点是法律与道德的分离、法律与权力的隔离。当前述两项法律形式化要素具备了，法律功能才有可‘可计量性’。中国社会的制度化其实就是法律走向形式理性的过程。”这明显受到韦伯学说影响，但有必要指出法律形式理性与法律所谓的“计量”功能没有直接关系，韦伯自己也意识到了这个问题。社会制度化过程也不是“像机器一样”的法律形式理性的确立，这些与上面的规则一样都用单极化思维理解现实的结果。很多学说一旦成为教义，就像深山里的老虎被关进了动物园。

## 二、实践描述与反思

法律方法的生命在于实践。法律方法的规则（如文义、逻辑、体系、目的解释）不是如科学方法一般可以客观加以运用，相反在不同的制度语境中会有不同的理解、使用与限制。比如林东茂教授举了台湾发生的一个案例：“中央大学”何春蕤教授在网络上放置了大量的图片与文字，教导人与动物如何交配。有人向司法机关告发何春蕤散布猥亵文字图画。<sup>①</sup>那么如何来理解猥亵这个概念？散布人与动物交配的图画肯定是一种有伤风化的不当行为，但如果何教授发布这些图画的目的是进行一种科学研究，教导精神病人、智障者等弱势群体自行解决他们的性需求，法律可以散布猥亵图片罪课以刑罚吗？如果答案是肯定的，是不是会威胁到他享有的言论自由权？这个案件不是通过简单地使用一种解释方法就能解决的，因为在各种解释方法之间会存在竞争关系，如何平衡与协调，需要解释性决定来提供一个理性答案，总之，是一个不好办的疑难案件。

近年来，由于媒体、公众对我国司法关注程度的提高，一些有影响的重大疑难案件被一次次“晾晒”，引起前所未有的讨论热潮，著名的如王斌余案、邓玉娇案、肖志军案、彭宇案、许霆案、第三者遗产继承案等，尽管这些案件在某种程度上都是“疑难案件”，但是，疑难之处却有很大差别，还有一些案件如王斌余案按标准的刑法教科书逻辑根本称不上是疑难案件。我在此主要关注的是法律上疑难案件，对于事实上疑难案件（如彭宇案）涉及的经验性规则的推理问题，因为本书论题所限不在讨论之列。在其中，许霆案是具有特别的典型意义的疑难案件，以至于

---

<sup>①</sup> 林东茂。法学方法，即非方法，是名方法 [G] // 战斗的法律人：林山田教授退休祝贺论文集。台北：元照出版公司，2004：56。

它可能所具有的意义还未被学者充分表达出来。所以旧案重提可能另有一番新意，如果我分析得对的话。但不管怎样，我们还是可以在其中看到中国法官的法律方法与法律思维面相，发现他们论证与推理能力的强与弱，更重要的是可以看到法律规范是如何被应用于具体案件的解决之中，由此可以发现法律规范被如何重新定义、限制、延伸甚至或被推翻的。

#### 经典案例的分析与展开：许霆案

案情简要：2006年4月21日晚9时许，被告人许霆到广州市天河区黄埔大道西平云路163号的广州市商业银行自动柜员机(ATM)取款，同行的郭安山(已判刑)在附近等候。许霆持自己不具备透支功能、余额为176.97元的银行卡准备取款100元。当天21时56分，许霆在自动柜员机上无意中输入取款1000元的指令，柜员机随即出钞1000元。许霆经查询，发现其银行卡中仍有170余元，意识到银行自动柜员机出现异常，能够超出账户余额取款且不能如实扣账。许霆于是在21时57分至22时19分、23时13分至19分、次日零时26分至1时06分三个时间段内，持银行卡在该自动柜员机指令取款170次，共计取款174000元。许霆告知郭安山该台自动柜员机出现异常后，郭安山亦采用同样手段取款19000元。同月24日下午，许霆携款逃匿。2007年5月22日，许霆在陕西省宝鸡市被抓获归案。

#### 判决要旨一（广州市中级人民法院一审）：

本院认为，被告人许霆以非法占有为目的，伙同同案人采用秘密手段，盗窃金融机构，数额特别巨大，其行为已构成盗窃罪。公诉机关指控被告人的犯罪事实清楚，证据确实、充分，予以支持。对于辩护人关于被告人的行为不构成盗窃罪的辩护意见，经查，现有证据足以证实被告人主观上有非法占有的故意，被告人的银行卡内只有170多元，但当其发现银行系统出现错误时即产生恶意占有银行存款的故意，并分171次恶意提款17万多元而非法占有，得手后潜逃并将赃款全部挥霍，其



行为符合盗窃罪的法定构成要件，当以盗窃罪追究其刑事责任。辩护人提出的辩护意见，与本案的事实和法律规定不相符，本院不予采纳。

判决要旨二（广州市中级人民法院重审）：

本院认为，被告人许霆以非法占有为目的，采用秘密手段窃取银行经营资金的行为，已构成盗窃罪。许霆案发当晚 21 时 56 分第一次取款 1000 元，是在正常取款时，因自动柜员机出现异常，无意中提取的，不应视为盗窃，其余 170 次取款，其银行账户被扣账的 174 元，不应视为盗窃，许霆盗窃金额共计 173826 元。公诉机关指控许霆犯罪的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名成立。许霆盗窃金融机构，数额特别巨大，依法本应适用“无期徒刑或者死刑，并处没收财产”的刑罚。鉴于许霆是在发现银行自动柜员机出现异常后产生犯意，采用持卡窃取金融机构经营资金的手段，其行为与有预谋或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同；从案发具有一定偶然性看，许霆犯罪的主观恶性尚不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对于社会的危害程度，对许霆可在法定刑以下判处刑罚。

人们质疑最多的是为什么两个审判基于同样的法律事实认定，会得出如此不同的结论。先看看一审和重审判决中法官的方法。

一审判决无疑是最为典型的法教义学方法：在认定法律事实的基础（相关证据证实）上，寻找相应刑法规范（刑法第二百六十四条），目光往返穿梭于规范的事实构成要件（大前提之核心）与法律事实（小前提）之间，之后得出如下判断：盗窃罪的事实构成要件有：（1）以非法占有为目的（主观）；（2）秘密窃取公私财产达一定数额（客观）；（3）加重情节：盗窃金融机构。许霆的行为：（1）在第一次无意提取取款机中 1000 元后，“明知”取款机中款项不是自己所有仍反复操作 170 余次，明显具有“非法占有”这些钱款之目的；（2）自己以为取款的行为