

中青年法学文库

制定法推理与判例法推理

Reasoning from Statutes and Case Law

(修订版)

王 洪 著



中国政法大学出版社

中青年法学文库

制定法推理与判例法推理

(修订版)

Reasoning from Statutes and Case Law



王 洪 著



中国政法大学出版社

2016·北京

- 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。

图书在版编目（C I P）数据

制定法推理与判例法推理/王洪著. —修订版. —北京：中国政法大学出版社，2016. 8
ISBN 978-7-5620-6969-0

I. ①制… II. ①王… III. ①制定法—研究②英美法系—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第195352号

- 书 名 制定法推理与判例法推理
ZHIDINGFA TUILI YU PANLIFA TUILI
- 出版者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 720mm × 960mm 1/16
- 印 张 27.25
- 字 数 460 千字
- 版 次 2016 年 8 月修订版
- 印 次 2016 年 8 月第 1 次印刷
- 定 价 60.00 元

总序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科确立其独立的地位。然而一个世纪以来，中国坎坷曲折的历史始终使法学难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。既先天不足，又后天失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

20世纪70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展为我国法学发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在注重建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的法制现代化建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性

II 制定法推理与判例法推理

回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望此文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外法学界的鼎力相助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝。”清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

修订版序言

我用自己在初版后记中的一句话作为开场白：“这本书给了我不可抑止的写作冲动，给了我许多个不眠之夜。”这句话也说明了我做出修订这本著作决定的缘由。本书涉及的这些问题时常涌上心头，历久弥新且令人欲罢不能。这些问题意义重大但纷繁复杂且极具挑战性，给人以无限探索的空间。这种写作冲动依旧，不眠之夜仍在。

制定法与判例法的论证与推理传统和技艺是司法理性的精髓，是后来法治得以铸就的基础，也是法治传统的一个重要部分。从这个意义上说，司法裁决呈现的法律论证与推理水平反映一个法官的法律思维水平，更反映一个国家的法治水平。正因为如此，人们对此起彼伏的错案、不当裁决与不当立法提出的批评与质疑之声不绝于耳。如果我们认为单凭痛苦经历和美好愿望本身就一定能担保建立起具有崇高声誉的立法与司法，那恐怕就失当了。这里还有一个更为重要的前提，那就是我们必须对法律实践从理论上给予深刻的反思，对法治的理性传统、理性精神与理性技艺进行深入的研究，并且能够把握它并融会贯通地运用到我们自己的决断中去。正如霍姆斯所言，曼斯菲尔德等大法官们最大的贡献不在于确立孤立的案例，而在于在判决中确立了后人得以援用的一般原则与方法。但这方面或多或少地被人们忽略了。今日提及这点，是对初版前言中想法的一点补充，也是对以往与当下情形的一点感叹。

本书是对初版的修正与增补。本书保留了初版的总体框架体系，也沿用了从案例与判例中发现已有研究存在的不足，在此基础上研究法律论证与推理机制与机理，并从中总结与概括出其推理模式与准则的写作方式。但变动了许多小节和细目的题目，使其更好地概括与表达研究内

IV 制定法推理与判例法推理

容和作者意图。更重要的是，本书改写和充实了许多小节中的内容，并且增加了若干小节和细目，比如拉德布鲁赫的标准、最低限度的立法道德、最佳假设原则、概然推理与似真推理、分析推理与辩证推理的叠加、混合逻辑模型、拉德布鲁赫公式等。此外增加了一些经典或典型判例与参考文献。以上这些变动是对以往问题的进一步研究，是对以往遗留问题和最近问题的探讨。希望这些工作带给我一个新的起点。对于本书再版，我要感谢中国政法大学出版社尹树东社长对法律逻辑学著作出版的大力支持，感谢柴云吉主任及程传省编辑为本书再版付出的辛勤而富有创造性的劳动！

王 洪

2016年夏季于北京

初版前言

早在两千多年前，古希腊思想家亚里士多德（Aristotle）就有了法治的梦想。在人类的历史长河中，这个法治梦想的火种，尽管有时微弱，但从未熄灭过。一代代的薪火相传，终于在今天汇聚成不可阻挡的燎原之火，它点燃了无数人的法治梦想。

究竟是什么让法治拥有如此强盛的生命力？亚里士多德自己给出了答案，那就是在法治深处蕴藏着不受个人情感所支配的理性的力量。亚里士多德给人们讲述了一个寓言。在寓言中，安提西尼斯说道：“兔子在议会发言，要求大家都应平等。狮子答道：你的爪子和牙齿在哪里？”亚里士多德讲述这个寓言，并非要人们崇尚狮子的爪子和牙齿的力量，恰恰相反，他强调的是人的理性的力量，人不像其他任何动物，人有逻各斯（logos）即理性，能够区别善恶，自己治理自己。许多世纪过去了，人们逐渐地领会了法治的精髓，积累了法治的经验，确立了法治的理性传统。汉密尔顿（Hamilton）说道：“司法部门既无强制，又无意志，而只有判断。”^[1]而美国联邦最高法院那些身穿黑袍的大法官们，正是基于亚里士多德所说的探寻事物真相的“沉思”（contemplation）和决断事情是非的“审慎”（deliberation），凭借他们基于理性思考之上的决断而不是他们个人的恣意擅断，化解了社会危机与冲突，彰显了公平与正义，获得了社会公众的普遍信任和尊敬，为法治赢得了如此广泛而崇高的权威与力量。

[1] [美] 汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1980年版，第391页。

VI 制定法推理与判例法推理

法官们基于制定法或判例法裁判具体案件不是一件轻而易举的事情。正如美国联邦最高法院霍姆斯（Oliver W. Holmes）大法官所言，法律不是由公理和推论组成的数学书，不是从权威那儿理所当然地拿来的，不是不证自明的，而是有争议也是可争议的，还是流动变化的。法律不可能预见到所有具体案件，不可能为每个案件准备好确定无疑的现成答案。指望有一天法律会制定得尽善尽美，只能是一个“不可能的幻想”。但是，倘若借口由于法律不确定，法官们就可以按照自己的意愿随心所欲地对有关条款妄加解释，就可以在法律条款的空瓶子里任意地倒进任何东西，这对于法治而言是一个“可怕的噩梦”。法治不会容忍一个法官基于幻想与感觉、武断与偏见甚至抛一枚硬币来作裁决，而且也没有任何一个法官承认自己就是这样来判案的。既然那幻想是荒诞的，而那噩梦又是不能忍受的，那么法官们到底依靠什么去拨开这重重迷雾？答案是不言而喻的。那就是遵循法治的理性传统，恪守法治的理性精神，汲取法治的理性经验。这是法官能够选择的唯一正确的道路，也是一条能够充分展现法官智慧的道路。

在浩如烟海的判决中，也幸好有了法治确立的理性传统，使得我们能够看到大法官们留下的在今天依然熠熠生辉的裁决。变幻莫测的风云以及变化无常的人性都汇聚在他们的胸中，人类迄今为止所取得的法治原则以及从心灵深处汨汨流出的理性精神奔流于他们的笔端。每一次裁判都为我们送上心灵的震颤，每一个论证都让我们沐浴在理性的阳光之中。这些理性是有生命的，它目光深邃而远大，它悄无声息却是一股神秘而强大的力量，它抚慰直达心灵的沧桑，回应深沉而温暖的情意，人们无论身在何处都能感受到它的存在。马伯里诉麦迪逊案、米兰达诉亚里桑娜州案、纽约时报公司诉美国案、罗伊诉韦德案的判决就是最好的明证。每次掩卷沉思，柏拉图说的一句话都会袭上心头：“理性是灵魂中最高贵的因素”。在法律的世界里到处回响着理性的声音，领会法治的理性传统以及法治所追求的理性精神，领略法律推理与论证的复杂艺术以及大法官们的司法情怀与智慧，无疑是引人入胜且意义重大的。

对于一个法律人来说，拥有智慧与怀有良知是同等重要的。倘若一

个法律人缺乏足够的智慧，他也极容易成为一个社会公敌。很自然地，一个法律人要对法治的理性传统、理性技艺与理性精神有相当深入的了解，并且能够融会贯通地运用到自己的决断中去。这或许还不是我们的现实，但一定会是我们的未来。我对此深信不疑。

王 洪

2013 年夏天于北京

目 录

I	总 序
III	修订版序言
V	初版前言
1	绪论 法律的生命在于经验也在于逻辑
1	一、霍姆斯的名言与布鲁尔的批评
3	二、康德的三种法则
8	三、良善与公平之艺术
13	第一章 规则之治与良法之治
13	第一节 法治的理想——规则之治与良法之治
14	第二节 实在法的正当性与适当性
14	一、实在法的优劣问题
16	二、拉德布鲁赫的标准：超越法律的法—— 自然法或理性法
17	三、富勒的标准：法律的内在道德性
18	四、韦伯与伯尔曼的标准：形式理性与实质理性
19	五、三重理性标准：逻辑理性、实践理性、价值理性
60	六、最低限度的立法道德：义务的道德与 愿望的道德
62	第二章 事实推理与事实发现
62	第一节 事实推理

62	一、探寻案情真相：证据推理与事实推理
65	二、事实推测与推断、事实推证和推定
65	第二节 事实推断与推测
65	一、假设形成模式：合情推理
88	二、非对称性假设检验模式：假设演绎与合情确证
94	三、最佳假设原则：“最佳解释”“判决性检验” “独立证实”
98	四、真相难寻：悬案、疑案与错案
101	第三节 事实推证与推定
102	一、证明责任与证明标准：“排除合理怀疑”与 “盖然性占优势”
113	二、事实推证与推定准则：正当法律程序、经验理性、 逻辑理性
126	三、事实推证模式：概然推理与似真推理
127	四、事实推定模式：默认推理与界限推理
131	五、最佳推证与推定原则：法律真实与客观真实
132	第四节 法庭上的对抗
132	一、证明与盘诘的艺术
138	二、最好的辩护：主动进攻与积极抗辩
144	三、理性的抗辩
154	四、智慧的对决
158	第三章 法律推理与法律获取
158	第一节 法律的不确定性与可推导性
158	一、孟德斯鸠的梦想与概念法学的神话
162	二、法律疑难问题：“法律疑义”“法律反差” “法律漏洞”“法律冲突”“恶法”

173	三、法律的不确定性：开放性文本、非协调性结构、 不完全性协议
187	四、法律的可推导性：“相对的开放性”与 “有限的确定性”
189	第二节 法律推理规则与方法
189	一、法官释法与造法：澄清法律疑义、平衡法律冲突、 填补法律漏洞
193	二、探寻法律真谛：文义规则、弊端规则、黄金规则
197	三、最佳理解原则：局部推导与整体推导
203	四、法律推理方法：形式推导、目的推导、价值推导
226	五、法官释法与造法：“概念计算”与“交换计算”
229	第三节 法律推理模式
229	一、法官释法与造法模式：分析推理与辩证推理的叠加
233	二、解释推导：“情境思维”与“具体化思维”
240	三、还原推导：“整体思维”
244	四、演绎与类比推导：“关联性思维”“连贯性思维” 与“融贯性思维”
259	五、辩证推导：“权衡思维”“平衡思维” 与“制衡思维”
276	六、衡平推导：“一般正义”与“个别公平”
284	第四章 判决推理与裁决证成
284	第一节 判决推理与法律论证模式
284	一、司法裁决：事实与法律的结合
286	二、制定法裁决推理：涵摄与演绎模式
293	三、判例法判决推理：例推模式、区别模式与否决模式
301	四、图尔敏论证模型：分层论证与递归论证

304	五、缺省逻辑模型：一般论证与个别论证
308	六、混合逻辑模型：混合推理
310	七、裁决的可争议性
319	第二节 法律论证与裁决证成准则
320	一、自由裁量与秉公裁判原则
322	二、看得见的正义：公开判决理由
330	三、裁决证成义务与责任：“内部证成”与“外部证立”
336	四、理性的说服：逻辑证立与经验证实准则
349	五、法律的权威：实在法证成准则
357	六、正义的沉思：衡平与正义准则
364	七、最好的裁决：拉德布鲁赫公式
373	八、审慎司法
381	结语 法律的未来
381	一、“心与头脑的对话”
382	二、“部分是科学，部分是艺术”
384	三、法律的意志与法官的智慧
387	四、“司法的最高境界”
389	五、法律的未来
391	案例索引
394	关键词索引
410	主要参考文献
420	初版后记

绪论 法律的生命在于经验也在于逻辑

一、霍姆斯的名言与布鲁尔的批评

美国联邦最高法院大法官霍姆斯 (Oliver W. Holmes) 在《普通法》开篇说道：“法律的生命不在于逻辑而在于经验。不管你承认与否，对时代需要的感知，流行的道德和政治理论，对公共政策的直觉，甚至法官和他的同胞所共有的偏见，对人们决定是否遵守规则所起的作用都远远大于三段论。法律包含了一个民族许多世纪的发展历史，它不能被当作由公理和推论组成的数学书。”^[1]人们在强调法律是经验时津津乐道的就是这段话的第一句。

应当指出，霍姆斯并没有否定逻辑在法律领域里的作用，没有认为逻辑在法律领域里是可有可无的，更没有认为在法律领域里是可以违反逻辑的。他其实要强调的是，普通法推理的前提不是从权威那儿理所当然地拿来的，逻辑不是得出结果所使用的惟一工具，要进行普通法推理，政治或道德判断是必不可少的；法律之间的区别在于经验而不是逻辑，法律是由人们对社会需求的感知而决定的，是人们不断重新审视和思考的结果，法律是一个民族生活与历史的一部分；支配人们生活以及历史发展的不是数学公理，而是社会实际需要与社会公平正义观念，人们确立、制定与选择什么规则主要是由人们的需求、愿望和追求来决定的；即法律的内容、规范取向及其选择是由人们的生活、好恶、甚至是偏见来决定的，而不是由数学和逻辑来决定的；法律是人们生活与历史的产物，是可争议的和随着生活和历史的变化而流动变化的，法律不是一部由公理和推论组成的数学书，不是不证自明的或从权威那儿理所当然地拿来的，不是不可争议或永远不变的。因此，霍姆斯要强调的是，“危险不在于承认支配其他现象的

[1] O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, ed. M. Howe, Boston: Little Brown, (1881) 1963, p. 1.

2 制定法推理与判例法推理

原则也同样制约法律，危险在于这种观念，即比如像我们这样特定的制度，能够像数学那样从某些行为的一般公理中推导出来”。〔1〕但也正是由于法律是生活和经验的产物，不是由公理和推论组成的数学书，不是完美无缺、无可置疑和一成不变的，因而，它就更需要依靠逻辑概括与总结，更需要接受逻辑的指引与批评。正如博登海默指出，虽然逻辑并不能解决法律中最为棘手的问题，但这并不意味着逻辑与经验之间的相互关系是对立或相悖的。在行使司法职能过程中，逻辑和经验与其说是敌人毋宁说是盟友。〔2〕

法律的生命实际上是依赖理性维系的。正如英国法官柯克爵士所言，理性是法律的生命。没有理性的法律是没有生命力的。逻辑是理性要求的底线，没有逻辑就没有任何理性可言。而且逻辑是经验与价值的推理工具。美国联邦最高法院大法官卡多佐（Benjamin N. Cardozo）说得好：“霍姆斯并没有告诉我们当经验沉默无语时应当忽视逻辑。”〔3〕任何法律与法院裁决只有经得起逻辑的批判才能经得起社会公众的合理怀疑，意大利法学家贝卡利亚（Beccaria）所担心的“不幸者的生活和自由成了荒谬推理的牺牲品或者成了某个法官情绪冲动的牺牲品”的事情才不会成为现实。正因为如此，美国法学家布鲁尔（Brewer）曾痛心疾首地指出，由于人们不恰当地把经验放在逻辑的对立面，“使得好几代的律师、法官和法学教授（不管是否沿着霍姆斯的道路）事实上没有把严格的逻辑形式研究放在法律课程的恰当位置。结果，美国的法律文化——表现在法学院、律师简报、法官司法意见的撰写、法学教授的法理学思考——普遍地缺乏清晰的司法论证，法官和律师简报既没有也不可能达到更高的理性的、清晰的水平。事实上，法学教授甚至更加推崇理性的不清晰，把它当作法律论证的优点”。〔4〕

〔1〕在霍姆斯看来，法律不是一个如同几何学或代数学的公理体系（axiomatics system），法律适用不能简单地视为概念、命题之数学演算，不应是“公理取向”的。——Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, in *Collected Legal Papers*, ed. Mark de Wolfe Howe, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1910.

〔2〕〔美〕E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第478~479页。

〔3〕〔美〕本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第17~18页。

〔4〕〔美〕斯科特·布鲁尔：“从霍姆斯的道路通往逻辑形式的法理学”，载〔美〕斯蒂文·J. 伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪纲译，北京大学出版社2005年版。

二、康德的三种法则

德国哲学家康德概括了三种法则：自然法则、道德法则与思维法则。他在《实践理性批判》中指出：“有两种东西，我对它们的思考越是深沉和持久，它们在我心灵中唤起的惊奇和敬畏就会越来越历久弥新，一是我们头上浩瀚的星空，另一个就是我们心中的道德律。”康德在这里谈到了两种法则，一是自然法则，二是道德法则。他在《道德形而上学基础》中谈到了思维法则。“所有的理性知识要么是实在的和涉及某些客体的，要么是形式的和仅仅涉及理解与理性本身的形式，即涉及思维的普遍规则而不考虑其思维对象的差别。形式的哲学称为逻辑学；实在的哲学，即必须决定各种客体及其隶属的法则之哲学又可分为两种，因为这里所说的法则要么是自然的，要么是自由的。有关自然的科学称为物理学，或自然科学；有关自由的科学称为伦理学，或伦理哲学。”〔1〕

正如德国法学家布赫瓦尔德（Delf Buchwald）指出：法律思维有三个关键领域，它们是法律概念和体系的建构、法律的获取、判决的证成。法律思维也可以概括为立法与司法两个主要领域：其一是立法领域，主要解决法律概念和体系的建构问题；其二是司法领域，主要是解决事实发现或事实确认、法律获取或法律发现、主张与判决的证成与说服问题。在司法过程中，法官不可避免地要解决三个不同的问题：其一，发现事实或认定事实，即对案件事实作出判断或推断，探寻案件事实真相；其二，寻找法律或获取法律，即对有关法律作出判断或推断，获取或确立案件的裁判理由或依据；其三，根据法律和事实作出裁决，即将法律适用于具体案件，将案件事实置于法律规范之下，对案件事实进行司法归类，即根据法律和事实作出并证成裁决。〔2〕

在北京市丰台区人民法院审理的奥拓车苯污染案〔3〕中，朱女士购买

〔1〕 Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Moral*, trans. by H. J. Paton, Harpar and Row Publishers, p. 55. 转引自张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社2002年版，第178页。

〔2〕 参见王洪：“论制定法推理”，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛（四）》，中国政法大学出版社2001年版。

〔3〕 奥拓苯中毒案车主败诉案：2002年8月，北京消费者朱某买了一辆新奥拓轿车，同年9月30日，朱发现自己身上有大量的出血点，到医院确诊其为重症再生障碍性贫血急性发作，2003年3月25日，朱因医治无效去世。此后，朱的丈夫李某把奥拓车送至中国室内装饰协会室内环境监测中心检测，证明车内空气苯含量超标。2003年11月18日，李某以妻子因“新车苯中毒致死”为由，将销售商与生产厂家告上北京丰台区人民法院。因证据不足，法院一审判决驳回了李的诉讼请求。二审法院裁定书中指出，上诉人不能证实朱某患重症再生障碍性贫血而导致死亡系因朱某购买和使用的奥拓车存在苯污染所致，故上诉人起诉缺乏事实和理由。载《中国消费者报》2006年4月19日。