

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

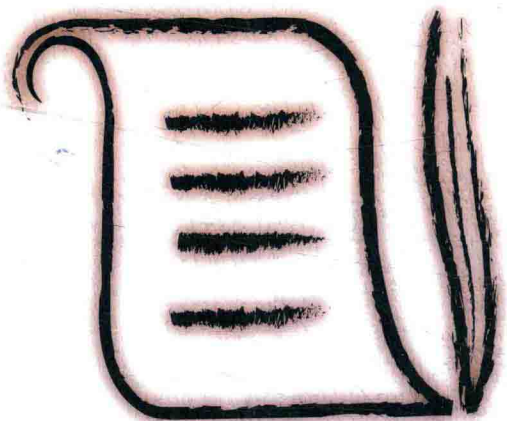
舒国滢 主编




规范、逻辑 与法律论证

NORMS, LOGIC AND LEGAL ARGUMENTATION

雷磊
著



 中国政法大学出版社

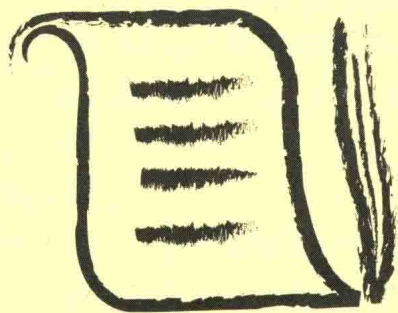
METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编

规范、逻辑 与法律论证

NORMS, LOGIC AND LEGAL ARGUMENTATION



雷磊
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

规范、逻辑与法律论证/雷磊著. —北京：中国政法大学出版社，2016. 8
ISBN 978-7-5620-6983-6

I. ①规… II. ①雷… III. ①法律逻辑学—研究 IV. ①D90-051

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第210178号

- 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 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 13
字 数 315千字
版 次 2016年8月第1版
印 次 2016年8月第1次印刷
定 价 48.00元



论证就好比一个生物。它既有总体的解剖学结构，又有精致的、难以察觉的生理学结构。

——斯蒂芬·图尔敏



本成果受2011年度教育部哲学社会科学研究青年课题项目
“规范、逻辑与法律论证”项目批准号：11YJC820050) 资助



丛书总序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，我们也无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想象，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者也会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar Morin）所称的“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要

2 规范、逻辑与法律论证

求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”中寻找一种确定无疑的知识主泉、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也唯有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于本套丛书的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系，它们大多只是尝试从某种方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力，它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心情对待学术，并在法学方法论领域始终保守这一谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月25日于北京

目 录

丛书总序	1
引 言 从霍姆斯之谕到凯尔森难题	1
第一章 从一般规范推断出个别规范?	7
一、约根森困境的缘起与内涵 / 7	
二、规范逻辑怀疑论 / 11	
三、真值主义立场 / 17	
四、非真值主义立场 / 27	
五、规范的三种观念 / 35	
六、可能的解决方案 / 45	
七、结语 / 61	
第二章 规范之间的冲突是逻辑矛盾吗?	63
一、出发点: 凯尔森观点的演变 / 63	
二、否定说的否定: 效力论据批判 / 69	
三、肯定说的证立: 理论准备 / 81	
四、肯定说的证立: 规范冲突的逻辑结构 / 83	
五、余论 / 102	

2 规范、逻辑与法律论证

第三章	法律规则与法律原则	105
一、引言	/ 105	
二、规则与原则的区分	/ 106	
三、反对意见及其反驳	/ 118	
四、结语	/ 131	
第四章	法律规则的逻辑结构	132
一、论题之限定	/ 132	
二、既有学说的发展脉络	/ 135	
三、新三要素说批判	/ 142	
四、新二要素说的确立	/ 157	
五、结语	/ 175	
第五章	法律原则的逻辑结构	177
一、引言	/ 177	
二、作为规范论据的原则	/ 179	
三、道义逻辑的可能世界语义学	/ 191	
四、理想应然与现实应然	/ 200	
五、结语	/ 209	
第六章	法律论证的基本模式 I: 涵摄	211
一、引言: 关于涵摄的争议	/ 211	
二、涵摄的逻辑结构	/ 213	
三、涵摄的怀疑论及其反驳	/ 235	
四、涵摄在法律论证中的价值	/ 252	
五、结语	/ 259	

第七章 法律论证的基本模式 II：权衡	261
一、引言：权衡及其争议 / 261	
二、法律原则的具体化 / 265	
三、权衡的形式结构 / 276	
四、权衡作为理性的论证形式 / 298	
五、权衡的认知界限 / 317	
六、结语 / 331	
第八章 法律论证的特殊形式：复杂权衡	333
一、引言：规范冲突与形式原则 / 333	
二、形式原则的性质 / 335	
三、形式原则参与权衡的诸模式 / 347	
四、复杂权衡模式 / 359	
五、形式原则的理性 / 369	
六、结语 / 374	
参考文献	376
后 记	402

引言 从霍姆斯之谕到凯尔森难题

“法律的生命从来也不在于逻辑，而在于经验。”一个多世纪之前，已故美国联邦最高法院大法官奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）灵光一现，在其代表作《普通法》一书中写下了这句名言。^[1]恐怕连霍姆斯本人也想象不到，一个多世纪之后，这句话会漂洋过海，对大洋彼岸的中国法学界产生了何等广泛的影响。它在学者的著作、教师的课堂和学生的习作中被反复引用，几乎被捧上法律帝国的王座，犹如向臣民们下达的一道不容辩驳的谕令。

事实上，上述“霍姆斯之谕”（Holmes' edict）首先出现之处并非《普通法》，而是作者于一年前发表的对哈佛大学法学院院长克里斯多夫·哥伦布·兰代尔（Christopher Columbus Langdell）所撰《合同法案例选》（第2版）的书评。^[2]众所周知，兰代尔

[1] Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (1881), Reprinted in *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, ed. by S. M. Novick, Chicago 1995, p. 115.

[2] Oliver Wendell Holmes, Book Notice of William Anson, *Principles of the English Law of Contracts*, and Christopher Columbus Langdell, *Selection of Cases on the Law of Contracts*, 2nd ed., *American Law Review* 14 (1880), p. 234.

2 规范、逻辑与法律论证

是影响近代美国大学法学教育至深的人物。兰代尔将法律构想为“一门科学，由数量特定的原则或原理组成”。〔1〕“那门科学所能利用的材料都包括在印刷的书本之中。如果法律不是一门科学，大学就不会屈尊纡贵地去教授它。”〔2〕当然，这并不代表兰代尔不重视案例在法学教育中的作用。恰恰相反，作为案例教学法（苏格拉底教学法）的首创者，兰代尔认为法律的科学研究首先要研究的就是其初始来源，即案例。只是科学研究不能停留于描述散乱的案例本身，而要从一系列案例中提炼出数量相对较少的基本原则或原理，并加以归类和证立，剩下的工作就只是将这些原则或学说适用于新的案件而已。正因为如此，兰代尔被认为是形式主义（“机械法学”）的主要代表，而形式主义又主要与逻辑方法关联在一起。在上述书评中，霍姆斯就批评兰代尔“将兴趣完全集中于事物间的形式关联性，即逻辑”，而忽视了“这样一些力量，它们外在于法律但却使得法律成其所是，不掌握它们就无法对法律进行哲学上的把握”。〔3〕在他看来，更为重要的毋宁说是“被意识到的时代需求、占主导地位的道德或政治理论，甚至法官和他的同行所持有的偏见”。〔4〕由此，霍姆斯也被戴上了“现实主义鼻祖”的桂冠，被认为其高举起了反逻辑方法（主义）的大旗。

〔1〕 Christopher C. Langdell, *A Selection of Cases on the Law of Contracts, with a Summary of the Topics Covered by the Cases*, Boston 1871, p. viii.

〔2〕 Christopher C. Langdell, Harvard Celebration Speech, *Law Quarterly Review* 3 (1887), p. 124.

〔3〕 Oliver Wendell Holmes, Book Notice of William Anson, *Principles of the English Law of Contracts*, and Christopher Columbus Langdell, *Selection of Cases on the Law of Contracts*, 2nd ed, *American Law Review* 14 (1880), p. 234.

〔4〕 Oliver Wendell Holmes, *The Common Law* (1881), Reprinted in *The Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, ed. by S. M. Novick, Chicago 1995, p. 115.

当然，反形式主义与反逻辑（主义）并不意味着反对科学和法律科学本身。当代学者凯利（Patrick Kelley）通过研究表明，事实上兰代尔与霍姆斯都是科学主义（支持人类认知和知识进步的科学主义模式）的拥趸，都认为法官应当通过运用先例所建立的规则来裁决案件。两者的区别只在于对法律科学的理解不同：兰代尔受到了粗糙的通行科学观念的影响，因为他力图去辨清法律原理的真正含义；而霍姆斯受到了精致实证主义的影响，这使得他试图将法律规则和原理还原为“前提 - 后果”式的科学定理，只用社会后果来证立它们。^[1] 霍姆斯并不反对法律科学的观念，而是认为兰代尔的那种纯逻辑方法论并不科学（讥讽它为“逻辑神学”），而只有实证社会科学才是法律科学的理想形式。由此，兰代尔阵营 - 霍姆斯阵营之间的对立就被刻画为逻辑主义（方法）与反逻辑主义（方法）这条楚河汉界。

合先叙明，在兰代尔和霍姆斯那个年代，他们在谈论“逻辑”时指的仅仅是三段论（演绎）。^[2] 所以，霍姆斯并不反对归纳、类比这些在今天的许多著作中被归为逻辑方法之列的推理方式，他更没有想到（兰代尔同样没有想到）以哥特罗布·弗雷格（Gottlob Frege）和查尔斯·皮尔士（Charles Sanders Peirce）为开端、当时正在兴起的“现代逻辑”。虽然通过指明霍姆斯对于“逻辑”的理解过于狭隘，可以部分地弱化“霍姆斯之谕”的针对性，但却并没有完全消解它的说服力。因为毕竟演绎（三段论、涵摄）是逻辑一词的最小公约数，也是建构公理体系的基础，无疑构成了逻辑的核心。故而美国哲学家苏珊·哈克（Susan

[1] Patrick Kelley, Holmes, Langdell and Formalism, *Ratio Juris* 15 (2002), pp. 26, 29, 35.

[2] Susan Haack, On Logic in the Law: "Something, but not All", *Ratio Juris* 20 (2007), pp. 2, 9.

4 规范、逻辑与法律论证

Haack) 认为, 尽管在霍姆斯之后新的逻辑工具层出不穷, 却没有取消掉霍姆斯主张中的基本真理, 即法律体系并非是“公理及其推论”的体系。所以, 逻辑在法律中“能起到某种作用, 但却不是全部”(something, but not all)。〔1〕对此, 阿根廷法哲学家欧根尼奥·布柳金 (Eugenio Bulygin) 针锋相对地指出, 在法律中逻辑“不是一切, 但能起到更多作用”(not everything, but more than something), 并从数个法哲学问题来加以例证。〔2〕

那么, 逻辑与法律/法学的关系究竟为何? 本书当然无法对这一问题给予全面应答, 它仅仅将关注点聚焦于“法律论证”(legal argumentation)〔3〕这一领域, 并试图从三个层面上推进对逻辑、(法律)规范与法律论证之关系的思考: ①规范(包括法律规范)是不是逻辑规训的对象? 如果对这一问题的回答是肯定的, 那么我们就将接着来考察②法律规范具有什么样的逻辑结构? 以及③法律规范将如何以其逻辑特性来影响和塑造法律论证的结构? 基于这些结构的基本模式是理性的或有价值的吗? 当然, 法律体系并非由单一的规范类型组成, 不同类型之法律规范有其不一样的逻辑结构, 从而对于运用这些规范之法律论证的结构也会产生影响。不言而喻的是, 从不同的角度出发, 法律规范可以作不同的分类。本书并不意图涉及法律规范所有可能的划分, 而只是基于目前学界最为流行的一种区分, 即法律规则 (legal rules) 与法律

〔1〕 Susan Haack, *On Logic in the Law: "Something, but not All"*, *Ratio Juris* 20 (2007), p. 1, 26.

〔2〕 Eugenio Bulygin, *What Can One Expect from Logic in the Law? (Not Everything, but More than Something: A Reply to Susan Haack)*, *Ratio Juris* 21 (2008), pp. 150 - 156.

〔3〕 或者说“法律推理”(legal reasoning)。在西方语境中, 法律论证与法律推理一般不作区分使用, 只不过在欧陆传统中更多使用前者, 而在英美传统中更偏向于使用后者而已。本书同样不作区分。

原则 (legal principles) 来进行逻辑考察。这不是一种任意选择的结果, 后文的论述将表明, 这一区分对于回答上述②和③这两个问题具有重要意义。它们所造成的论证基本形式的差异既是今日国际学界理论焦点所在, 也对于相关法律实践起着重要的说明与正当化作用。

在上述三个层面的问题中, 对问题①的回答无疑构成了回答后续问题的前提。事实上, 规范领域的逻辑哲学研究包含两个根本问题, 即逻辑 (或逻辑思维) 究竟是否适用于规范领域, 以及规范领域是否需要一种独特的逻辑, 即规范逻辑 (normative logic) 或道义逻辑 (deontic logic)、甚至是法律逻辑 (legal logic)。其中前一个问题构成了后一个问题的前提, 尽管两者不无关联。^[1] 在许多文献中, 这两个问题常常被混在一起谈。有论者会否认第一个问题本身, 因为在他们看来, 根本就不存在一种统一的“逻辑”或“逻辑思维”, 有的只是分散的命题逻辑、谓词逻辑、模态逻辑、规范逻辑等。如此, 就可以在抛开第一个问题的同时直接对第二个问题作出肯定回答。但笔者认为, 如果认为上述这些逻辑类型还是“逻辑”的类型的话, 那么就必须要肯认存在一种统一的逻辑基础。即便迄今为止对于逻辑的理解 (或许来源于对某种特定逻辑类型的理解) 造成了这种困境, 那也只是因为以前的理解过于狭隘而已, 并不能就此否认逻辑基础的同一性。“逻辑

[1] 事实上, “规范领域是否需要一种独特的逻辑”的问题构成了独立于问题①且位于问题①与②、③之间的另一个层面。但基于两点原因, 本书并没有对这一层面的问题进行探讨: 其一, 基于目前的知识储备与能力, 笔者无法对这一问题作出回答并给出充分的论证, 留待日后作进一步的研究。其二, 这本身并不是一个能够完全从逻辑的角度加以界定的概念。正如存在不同的逻辑系统, 它们本身并没有优劣之分, 所以不同的法律逻辑学者对于法律逻辑也存在不同的理解, 并没有什么“原本的”法律逻辑, 对此的选择是个合目的性和适当性的问题。而对于本书而言, 只需要运用普通逻辑就足以回答问题②和③了。

基础的同一性假定”构成了回答问题①的基本前提。逻辑是否适用于法律这一规范性的领域？要回答这一问题，我们就必须将视线转向规范理论。而在规范理论领域，迄今为止在法学界影响最大的无疑是奥地利法学家汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）的学说。众所周知，凯尔森的规范理论在晚年就有一个明显的“逻辑转向”，一般认为这一转变来源于他和法律逻辑学家乌尔里希·克卢格（Ulrich Klug）之间的通信。^{〔1〕}在其晚期著作中，凯尔森又将“逻辑是否适用于（法律）规范领域”这一问题切割为两个难题：一是规范之间的冲突是不是逻辑矛盾；二是从一般规范到个别规范的推导过程是不是逻辑推断（logical inference）的过程。^{〔2〕}自此之后，如何破解这两个“凯尔森难题”（Kelsen's Conundrum）成为法学者、伦理学者、逻辑学者们共同关心的主题，也引发了大量的争议。本书就将首先来对这两个问题给出自己的思考与论证（第一、二章），接着在将法律规范区分为法律规则和法律原则（第三章）的基础上，分析两者的逻辑结构（第四、五章），进而阐明它们对于法律论证之结构的影响，以及这些法律论证之基本模式的理性与价值（第六至八章）。出于论述的方便，我们将首先来论述凯尔森所表述的第二个难题，即“从一般规范到个别规范的推导过程是不是逻辑推断的过程”，或者说能否“从一般规范推断出个别规范”，这一难题也被称为“约根森困境”（Jørgensen's Dilemma）。

〔1〕 两人间的通信后来被编成一本书出版：Hans Kelsen und Ulrich Klug, *Rechtsnormen und logische Analyse: Ein Briefwechsel 1959 bis 1965*, Wien 1981.

〔2〕 Vgl. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, hrsg. v. Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien 1979, S. 99, 179.

第一章 从一般规范推断出个别规范？

一、约根森困境的缘起与内涵

从一般规范到个别规范的推导过程是不是逻辑推断的过程？事实上，这一难题最初的表述者并不是凯尔森，而是丹麦逻辑学家约根·约根森（Jørgen Jørgensen）。在一篇于1937年发表的著名论文《命令句与逻辑》中，约根森指出了一个人们往往习以为常但却未加慎思的“谜”（puzzle）：“依照通常被接受的关于逻辑推断的定义，只有具有真假的语句才能在一个推断中作为前提或结论；然而，似乎很明显的是，一个具有命令模态的结论可以从两个或其中之一具有命令模态的前提中推出来。”^[1]换言之，一方面，由于命令句没有真假——例如，我们无法去追问“安静！”或“履行你的义务！”这类命令句是真还是假，这种提问本身是没有意义的，也是无法回答的——所以命令句不仅不能作为以陈述语句为前提之推断过程的结论，也无法成为推断过程的前提，因而似乎压根就无法作为任何逻辑论证的组成部分。^[2]这一想法可被称为“不可推断命题”（Non - Inference Thesis），^[3]对这一命题的

[1] Jørgen Jørgensen, Imperatives and Logic, *Erkenntnis* 7 (1937/1938), p. 290.

[2] Jørgen Jørgensen, Imperatives and Logic, *Erkenntnis* 7 (1937/1938), p. 289.

[3] 雷磊：“逻辑推断抑或意志行为？——对凯尔森晚期规范理论中一个命题的批判”，载《政大法学评论》第130期（2012年12月），第160页。