



司法文丛

法律和法律推理导论

〔美〕史蒂文·J·伯顿 著 张志铭 解兴权 译



中国政法大学出版社



清华大学出版社

法律和法律推理导论

（第三版） 清华大学出版社 法律出版社 清华大学出版社



中国政法大学出版社



法律和法律推理导论

〔美〕史蒂文·J·伯顿 著 张志铭 解兴权 译

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律和法律推理导论/(美)史蒂文·J·伯顿著;张志铭、解兴权译.-北京:中国政法大学出版社,1998

(司法文丛)

ISBN 7-5620-1716-6

I. 法… II. ①史 ②张… III. ①法律 ②法律-推理
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(98)第 26596 号

丛书编辑 丁小宣

责任编辑 宋 军

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 国家统计局印刷厂

开本 850×1168 1/32 7 印张 字数 140 千字

1998 年 9 月第 1 版 1998 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1716-6/D·1675

印 数: 0,001-5,000 册 定价: 12.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 电话: 62229803 或 62228801

声明: 1. 本书的翻译和出版已获许可,

2. 未经本社书面同意, 不得翻印。

编辑说明与志谢

北京大学法律学系司法研究中心成立于1996年6月，是一个以司法制度为主要研究领域的学术机构。中心倡导对于司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身既推进司法研究领域的学术进展，又对于中国司法制度的改进有所贡献。

中心的基本活动模式是通过各种课题组开展对司法制度某个特定方面的专题研究，不定期地举办讨论会和报告会，推进相关领域的国际国内学术交流。这套“司法文丛”则是展现中心研究成果以及国内外司法制度研究成果的主要窗口。

“司法文丛”是一个开放的和持续性的园地，举凡国内法律界的研究专著和文集、外国著作的汉译、有关司法改革的调查报告和原始资料等等，只要符合中心的学术旨趣和成果标准，均在采编收入之列，入选作者并不以参与中心项目者为限。因此，我们欢迎来自海内外学术界与司法界的关注与参

HAA88/06

与。

我们研究中心的活动与“司法文丛”的出版均得到了福特基金会（Ford Foundation）的宝贵资助，得到了北京大学法律学系的热情支持，我们谨向上述两机构以及所有给予我们支持与关心的人士致以衷心的感谢。同时，我们也向中国政法大学出版社表示感谢，为着该社在学术著作的出版方面表现出的热心与恒心。

编辑者

1998年9月

第二版序言

人们都说，一个初学法律的学生的首要目的，就是学习如何“像一个律师那样去思考”。然而，法律教师大抵都未明确而系统地论述法律推理问题。美国法学院一年级的课程，主要是由那些以选定的基本法律领域为内容的课目所组成，如合同法、侵权法、财产法、刑法和民事程序等。学生阅读所学课目范围内的法律推理案例（大多表述在判决书中），法律教师则向学生提问，要他们解说和评论这些案例，以揭示法律，因此，在很大程度上要由学生自己想办法从案件和讨论中抽出有价值的关于法律推理的内容。本书试图帮助学生，让他们学习美国社会中惯常使用的法律推理。

第二版整个改写了最初的版本，并加以简化。承蒙许多人的帮助，本书才有现在的成熟样子。我要重申第一版中的致谢，尤其要感谢欧文·菲斯，塞雷纳·施蒂尔，克里斯托佛·D·斯通，以及我的父亲。我还要特别感谢我的同事肯·克雷斯，在过去十年间与他的许多交谈，帮助我提炼了对法律推理的思考。我要感谢科琳·霍利曼，戴微·琼格，琳达·迈耶，塞雷纳·施蒂尔，以及吉尔·范·沃默，他们对第二版手稿作了有益的评论。安妮·布拉福德广泛的编辑评论和建议，极有价值，真诚可敬。我要始终感谢 N·威廉·海因斯院长慷慨持续的支持，感谢依阿华大学法学院基金会。最后，我要感谢 2500 多名依阿

华大学的学生，他们在过去十二年间，听了我讲授的法律推理导论课，其中有许多学生促进了我对第一版内容的改进。这些学生是我在这一领域从事教学和写作的最好理由。

目 录

第二版序言	(1)
导言	(1)
A. 法治	(2)
B. 一种实际的方法	(5)
C. 范围	(10)
第一章 案件与规则	(13)
A. 案件	(13)
B. 规则	(16)
C. 法律推理和法律问题	(18)
D. 规则的使用与案件	(23)
1. 问题案件中的规则	(23)
2. 问题案件中的既决案件	(25)
第二章 类比法律推理	(30)
A. 类比的形式	(30)
B. 类比法律推理	(33)
1. 判例	(34)

2. 事实上的相同点和不同点	(35)
3. 判断重要程度	(38)
第三章 演绎法律推理	(50)
A. 演绎的形式	(52)
B. 演绎法律推理	(54)
1. 规则	(55)
2. 事实	(59)
3. 判断重要程度	(62)
第四章 类比推理和演绎推理的结合	(70)
A. 普通法规则	(71)
1. 简易案件	(71)
2. 编排判例	(74)
B. 案件和制定法规则	(78)
C. 题外话——关于司法的角色	(89)
第五章 法律理由和惯例	(96)
A. 法律推理是科学的吗?	(97)
B. 法律的规范性功能	(99)
C. 案件的家族式关系	(103)
D. 形式主义、怀疑主义和惯例主义	(108)
第六章 目的	(116)
A. 判断重要程度	(117)
B. 法律的一般目的	(123)

C. 法律经验中的目的	(126)
1. 普通法的目的	(127)
2. 制定法的目的	(132)
第七章 法官的视角	(139)
A. 简易案件	(140)
B. 疑难案件	(145)
C. 裁决疑难案件	(147)
1. 信念之网	(148)
2. 法律的信念之网	(151)
第八章 律师的视角	(161)
A. 法官如何开始	(161)
B. 律师如何开始	(166)
C. 疑难案件中的辩护	(172)
第九章 合法性	(183)
A. 法律言谈	(184)
B. 合法性和法律推理	(187)
C. 惯例的合法性	(195)
1. 制度合法性	(196)
2. 法律共同体的合法性	(200)
索引	(207)

导 言

1

律师承担着若干主要任务，其中之一就是帮助客户达到其意欲的目的，为此，他们作出预测并进行争辩。他们企图预测法官（或其他裁判者）将做什么，以便他们的客户可以避免与法律发生冲突。他们试图在涉及其客户利益的案件中说服法官按照他们的意愿适用法律。当然，法官在法院审理的案件中决定法律允许和要求人们做什么。^{〔1〕}

什么是法律？哲学家为此争了几个世纪。就本书的目的而言，我们认为法律是法官在证明其判决正当性时所运用的那些判例、规则、原则和政策的集合。人们都说，法官负有确认法律的职责。他们应当把法律运用于案件事实以形成法律理由，这些理由是守法者的行为的理由。例如，红灯加上一项要求驾车者遇到红灯停车的规则，构成了驾车者米奇遇红灯停车的一个法律理由。它也是律师预测法官在米奇没有停车时将对他处以罚款的一个法律理由，是起诉人试图说服法官或陪审团判其有罪的一个法律理由，以及法官或陪审团最终作出有罪裁决的一个法律理由。法律推理就是在法律争辩中运用法律理由的过程。

法律和法律推理上的认识混乱，导致了几乎在法律研

〔1〕 关于法院对法庭外律师活动的影响，见第一章C节。

究的其他所有问题上的混乱。显然，很少有哪本书像本书这样明确而系统地介绍法律和法律推理问题。更显而易见的是，也很少有这方面的书以初学法律的学生为对象，而他们却常常在学习如何“像一个律师那样去思考”时感到受挫。惯常的教训是，你要通过实践去学习法律推理。结果是，法学院第一年的学生在很大程度上只能通过反复摸索进行法律推理的学习。

我在近二十年的教学中认识到，掌握法律和法律推理
2 需要耐心、持之以恒和一段漫长时间的实践。然而，一种简短而直接的解说可以有助于加快掌握的进程并提供一个广阔的视角，也许因此会减少伴随于这一过程的焦虑。像这样的一本书，可以使你注意法律和法律推理的一些重要特征，揭示那些要不然你就有可能忽视的联系，并把法律和法律推理置于一种你们可能更好地加以理解的场合。当然，如同任何有意义的活动一样，通过长时间的艰苦努力形成你们自己的方法，仍然是你们的责任。

A. 法治

法律和法律推理的理想和实践之间的反差，常常困扰着初学法律的学生。理想由律师和法官应该采取的那些思考方式和传达自己思想的方式所构成，实践则由律师和法官实际采取的那些思考方式和传达自己思想的方式所构成。很少有观察者声称实践符合其理想。这种反差之所以困扰人们，是因为有充分的理由去坚持理想。

在美国社会，理想反映了一套被称之为“法治”的价

值。美国人相信，政府的强制权力应该为法律所限制是一个原则问题。例如，美国宪法规定：“未经法律的正当程序，任何人都不得……被剥夺生命、自由或财产。”〔2〕当然，政府实际上做的许多事剥夺了人们的生命、自由或财产。一项法院判决可能会要求一个人向其他某人支付金钱或转移财产；可能会以监禁或以其他方式限制一个人的自由，也可能动用死刑。一个法院可能会认可或不认可由警察或其他官员对人们采取的具有类似后果的行为。就获得最普遍接受的观点而言，法治的要求是，官员只有在法律授权时并且按照法律授权才能使用强制。

因此，人们想要知道，某个坐在裁判席上或带有徽章的人凭借什么权利去行使剥夺他人生命、自由或财产的国家权力。法律应该就此疑问提供答案。在施行法治时，法律推理应该揭示法律和特定行为之间的联系。错误的法律推理意味着一种错误的联系，引发的问题是，政府权力是否正在以缺乏适当的正当性证明的方式被使用。

有一种关于法治的见解常常被称之为“法律形式主义”，它坚持认为，法律推理应该仅仅依据客观事实、明确的规则以及逻辑去决定一切为法律所要求的具体行为。假如法律能如此运作，那么无论谁做裁决，法律推理都会导向同样的裁决。审判就不会因为人的个性的怪异而变化。法律和法律推理将足以使律师有信心地去预测政府官员的行为。法官就可以无需判断力而裁决案件。评论者也可以有信心地说，司法判决是依法作出的。

〔2〕 美国宪法第 5、第 14 修正案。

法律研究开始怀疑法律实践是不是如同形式主义法治观所说的样子，这一点鲜为人知。对许多法律判决的细致分析表明，它们是基于不确定的事实、模糊的法律规则或者不充分的逻辑作出的。因此，“真正的”判决根据并不清楚。对不同官员在类似情况下所作出的判决的比较可以表明，官员的个性、政治因素或各种偏见对判决的影响比法律要大。这种对法律形式主义的反动被称之为“法律怀疑主义”。

法律怀疑主义在两个方面令人困扰。其一，如果不能依靠法律推理把法律与官员行为联系起来，那么一个真正的怀疑主义者怎么能够充当一名有效的律师呢？那样一来，法律游戏的进行就可能像是没有规则的，或者规则是裁判可以任意地加以改变或忽视的。其二，这样一种游戏为什么应该进行？在现实世界中，法律使一些人富裕一些人贫穷，一些人自由一些人被束缚，一些人生一些人死。一场游戏这样做而没有理由或出于错误的理由，就不是一种我们应该在一个信奉自由平等的民主社会中进行的游戏。

因此，我们可能带着两种矛盾的本能直觉面对一个法律问题。我们可能试图像形式主义法治观所要求的那样解决它，同时，我们也可能依靠我们关于法律判决的非法律理由的任何直觉。这两种方法的意蕴经常是不同的。我们可能会感到迷惑，因为我们很难放弃其中那一种直觉，于是我们就可能不知道应该做什么。

B. 一种实际的方法

4

然而，我们要看到，形式主义和怀疑主义两者都有赖于一种形式主义的法律观点，即把法律视为支配所有案件结果的规则和逻辑。形式主义认为法律和法律推理必须符合其标准，并且声称在实践中可以符合这种标准。怀疑主义也赞同法律和法律推理必须符合形式主义的标准，但它声称，现实地看，在实践中并没有也不可能符合这种标准。我认为，成功的法律研究要求对法律问题采取更为实际的第三种方法，即一种完全放弃了形式主义标准的方法。

要为这种方法奠定基础，让我们看看法律和各种经验科学之间的重大差异。在物理学和社会科学中，定律是对人们行为、各种事件和事物中的规律性的一般描述。大体上说来，一项描述性定律由一个与之矛盾的反例所证伪。例如，重力定律预测，（在常态下）如果我松开我的笔，它就会落到地上。然而，如果有一次我松开我的笔而它漂到了天花板上，这一定律就有了问题。形式主义标准以类似的方式对待法律定律。它要求规则、事实和逻辑在任何案件中都能确定合法行为；否则，怀疑主义者就会说法律是不确定的和毫无作用的。

然而，法律定律并不描述任何行为中的规律性。相反，这些定律规定人的行为：它们说的是人们应当怎么做。在驾车者米奇闯了红灯甚至反复闯红灯时，不管他是否被抓住，相关的交通法规都未失去效力。如果他被抓

到，他就会被传讯和罚款，这是正当的，因为他没有做法律规定的行为而违反了法律。假如违法现象持续不断地普遍存在，就如同东欧共产主义政权的法律在 1989 年遭到普遍蔑视那样，那么法律就会失去效力。但是，偶尔的违法只是官员适用法律的理由。

有关人的行为的那些实际选择，必须从行为者的观点而非观察者的角度来作出和理解。当米奇遇到红灯时，观察者可能位于路旁记录红灯和停车之间的相互关系，观测一种显属偶然的联系。该观测者如同一个经验科学家，她感兴趣的是描述驾车者行为的规律性并对将来的情况作出预测。在她看来，这些观测产生了各种信念的理由。

然而，米奇处在驾车者的位子。他对描述驾车人行为的规律性或者红灯和停车之间的偶然联系不感兴趣。对米奇来说，红灯并非他要停车的一个信号。红灯与法律一道，才是他停车的一个理由。^{〔3〕}与观测者不同，他有基于法律的行为理由。来自经验观察的各种信念，诸如警察发现违法的比率，可能为他提供了相关的信息：假如米奇性格急躁，他就可能把低发现率作为他闯红灯的理由的一部分。然而，在他没有做法律规定的行为时，法官和陪审团可以因为他违法而予以罚款。

无论是行为本身，给行为者提建议，还是判断行为者的行为，重要的是指明行为者应该做什么的那些理由。请注意，即使我们不是处在驾车者的位子或者不认同行为者

〔3〕 H.L.A.Hart, The Concept of Law 87-88 (1961) .