

实践理由与 法律推理

陈景辉 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

本书始终遵循如下论证原则：以清晰的语言界定相关概念，以逻辑的方式展现概念之间的关联，以融贯的立场串联涉及的所有问题，以反省的姿态审视既有的经典主张。

实践理由与 法律推理

陈景辉 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

实践理由与法律推理/陈景辉著. —北京:北京大学出版社, 2012. 1

ISBN 978 - 7 - 301 - 16672 - 7

I. ①实… II. ①陈… III. ①法律逻辑学 - 高等学校 - 教材

IV. ①D90 - 051

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 211609 号

书 名: 实践理由与法律推理

著作责任者: 陈景辉 著

责任编辑: 陈晓洁

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 16672 - 7/D · 2963

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 三河市博文印刷厂

经 销 者: 新华书店

965mm × 1300mm 16 开本 18.75 印张 257 千字

2012 年 1 月第 1 版 2012 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 39.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

本书始终遵循如下论证原则：以清晰的语言界定相关概念，以逻辑的方式展现概念之间的关联，以融贯的立场串联涉及的所有问题，以反省的姿态审视既有的经典主张。

——题记

目 录

导言	1
第一章 方法与问题	4
1 描述性与抽象化	5
1.1 描述性:理论与实践的分离	5
1.2 抽象化:理论与实践的混同	7
2 理论的规范性	9
2.1 常规情形与规范性	10
2.2 疑难情形与规范性	12
3 法律推理的重要性	14
3.1 分歧的类型	15
3.2 分歧与共识	18
3.3 分歧与公共判断	21
4 法律推理与中国语境	25
4.1 转型中国的法律难题	26
4.2 传统解释模式:法律移植	29
4.3 新的解释模式:法律推理	32
第二章 理由与法律推理	35
1 法律与理由	35

1.1	规范性与行动理由	36
1.2	哈特的规则(理由)理论	38
2	理由的基本性质	41
2.1	理由、规范性与理性化	41
2.2	实践理由的性质	45
3	说明性理由与正当化理由	49
3.1	实践理由的功能	49
3.2	正当化理由与说明性理由	51
3.3	理由的道德性与法律理论	57
4	一阶理由与二阶理由	59
4.1	道德冲突与一阶理由	60
4.2	二阶理由	65
5	裁量与辅助性理由	71
5.1	普遍性、具体化与裁量	72
5.2	辅助性理由	74
6	形式主义、现实主义与准形式主义	78
6.1	形式主义与现实主义	79
6.2	依照理由论的反省	83
6.3	准形式主义	89
第三章 规则的正当化		95
1	法律推理中的两种理由	97
1.1	规则与二阶理由	97
1.2	原则与一阶理由	103
2	规则正当化的悖论	108
2.1	规则的工具性指引	109
2.2	规则正当化的悖论	112

2.3 解决悖论的初步方案	116
3 规则的自主正当化	121
3.1 规则的自主正当化	122
3.2 拉兹的权威理论	126
3.3 实践差异、独立于内容与自我拘束	132
4 规则的价值	139
4.1 价值理论	140
4.2 规则与价值	146
4.3 内在价值与规则的理性化	150
第四章 解释理论	156
1 解释来自于语言的不确定性吗?	157
1.1 开放结构	158
1.2 开放结构的诸层次	163
1.3 建设性解释	166
2 解释与理由的性质	172
2.1 解释与规则	172
2.2 解释与一阶理由	178
2.3 什么是解释?	182
3 规则与解释的可能性	188
3.1 解释的机会	188
3.2 意义如何面对未来?	194
3.3 规则如何面对未来?	202
4 原意解释	206
4.1 解释与实践推理的结合	207
4.2 实践规则如何引发分歧?	211
4.3 原意解释	218

第五章 类比推理的理性化 225

1 类比推理的公式 226

 1.1 类比推理的通常观念 227

 1.2 类比推理、相关性与归纳 232

 1.3 类比推理的完整公式 237

2 类比推理的理性化条件 239

 2.1 同等情况同样对待 240

 2.2 类比推理与实践理由 244

3 规则之下的类比推理 249

 3.1 文义与目的的交错 250

 3.2 基于目的的文义扩张 255

 3.3 目的确定性的难题 262

4 一阶理由之下的类比推理 268

 4.1 道德权衡与类比推理 268

 4.2 类比推理的必要性 271

文献 277

索引 287

谢辞 289

导 言

对于身处现代社会之中的人们而言,“法律下的生活”不但早已成为日常生活的基本样态,甚至这种生活的出现本身就具有某种命中注定的必然性,以至于人们已经开始遗忘“没有法律的生活”究竟是何种滋味。这样的感受,同样也为身处迅速转换时期的中国民众日渐熟悉。他们一开始是从“依法治国”或者“法治国家”这种颇具政治意味的名词中,体会到法律对于政治结构可能拥有的巨大影响力。不过,由于种种原因,政治结构的问题并未真正成为人们政治生活中的重要组成部分,如果将政治生活视为某种公共生活的话。只有当法律以各种方式频繁与人们的日常生活纠缠的时候,它对公共生活而言,才真正算得上是至关重要的。其中,案件的诉讼与裁判,必然是法律与日常生活相互纠缠的通常形式。尤为重要的,即使民众一开始可能只是因为“猎奇”或者“看热闹”之类的原因,产生了关注案件诉讼的最初冲动,但是他们很快就会发现旁观者和参与者的身份是可以轻易倒转的,“观察者”的中立姿态无法始终保持,他们随之也就有了发表意见和看法的基本理由。一旦这些部分逐渐丰富起来的时候,它们就会成为公共生活中的主要话题。

然而,这些意见的发布本身之所以具备话题性,不仅仅是因为每个民众都是潜在参与者这个公共性或者政治性的部分,而是因为民众在看法上已经有所分歧、甚至在某些情形中存在着严重的姿态对立。即便是通过联系某些基本价值或者原则的方式来对这些讨论做抽象化的处理,这

样的做法还是无法保证每次均能获取共识性的看法与姿态。这种情况表明:民众在立场上已经有所差异,甚至已经有所分裂。在我看来,这一点正是“法律下的生活”成为现代社会之宿命的根本原因,因为现代社会原本就是一个立场或者价值分裂的社会。而之所以中国社会逐渐走向了“法治社会”,其背后的根本原因,也是由于我们这个社会价值共识正在减少、观念分裂日趋增加的现实。我们对法治或者法律之下的生活要求有多么迫切,就意味着我们这个社会观念分裂的程度有多大。或许我不应当使用“分裂”这个近乎危言耸听的语词,而是应当选择“(价值)多元”这个更为中性的表达,不过这样的做法并未减低问题本身的严重程度。如果不能对此给予有效回应,巨大的灾难性后果必将随之而来。通常,“重寻或者重建(价值)共识”被视为最为重要的因应手段,然而这样的做法不但是一个无视现实的过分理想化的方案,而且还会遗失“(价值)多元”可能带来的“自由”之类的好处。

正因为如此,法律理论家就不能如同社会的普通民众一样,过于关注具体案件裁判中所涉及的一城一地的得失,而是应当就其背后的“(价值)多元”问题做整体式的思考。只有这样,才有可能以恰当的方式将观念分歧限制在一定程度之内,也才有机会避免由此引发社会离散的恶果;否则,我们这个社会就不过是一群人的简单集合,而不再能够被合理地称作一个社会。问题是,将观念分歧限定在何种程度才能真正避免社会的分裂呢?答案很简单,只要观念上的分歧不至于引发行动上的对立,我们就会在获得价值多元所带来的那些好处的同时,有条件维系着一个社会的基本存在。这一点,正是本书被冠以“实践理由与法律推理”的根本原因,因为“实践理由”这个概念以及由此带来的理性化的效果,正是避免因观念分歧引发社会分裂的基本条件。由此一来,实践理由必然成为我们思考法律推理问题的基本出发点和最终归宿,同时这也迫使我们必须提高法律推理问题的论证强度,而与具体的案件争议保持一个合理的观察距离。除此之外,提高论证强度的原因还在于,实践理由同法律基本属性的问题也有紧密的关联,所以法律推理的问题必定还会牵涉到法律理论

上的基本立场,虽然我并未在此书中明确表达法律实证主义的基本主张,但是细心的读者依然会发现这个部分的内容隐含其间。

当我将“实践理由”与“法律推理”这两个问题结合起来的时候,法律推理的理性化问题就成为贯穿本书的基本线索。如果将这个中心任务做进一步的分解,以下五个部分就会依次展现在我们面前:首先,为了实现“有效解决行为上的分歧、容忍看法上的分歧”这个中心任务,法律推理必然同时负担了双重任务:法律推理不但表现为依据实践理由进行的公共判断,而且还是落实特定实践理由的具体化过程。其次,公共判断的理性化,不能脱离实践理由而单独存在,因此一个“准形式主义”的基本立场就会呈现出来;同时,实践理由的具体化,更是要求我们集中关注实践理由的具体类型。再次,很容易就会发现,实践理由有两个基本类型:一阶理由与规则。其中,一阶理由是因其本身就是道德理由,所以其理性化能力毋需别寻他途,关键的问题是规则的理性化如何获得。假如规则不能在一阶理由之外寻找理性化的基础,那么一阶理由与规则的划分就会归于消灭。针对这个问题,我依据“内在价值”的基本概念,讨论了规则是如何以有别于一阶理由的方式获取理性化的。第四,“解释”通常被认为是由实践理由的模糊性引起的现象,并且终结于道德上的最佳化判断。通过深入检讨这种看法背后的理论资源,依据一阶理由与规则在文义上存在的重要差别,我认为解释不但是一个仅与规则有关的现象,而且也是只发生在规则文义范围之内的现象。最后,当规则的文义无法解决待决纠纷时,类比推理必然会牵涉进来,而类比推理的理性化是个备受质疑的问题。我通过将类比推理区分为两个基本类型:规则之下的类比推理与一阶理由之下的类比推理,然后分别指出它们各自的理性化条件。通过以上的阐述,我相信:不但法律推理的理性化任务足以完成,社会分裂亦有机会因此而避免。

第一章 方法与问题

任何一部学术著作的起始部分,恐怕都需要来处理两个根本性的问题:第一,这本书所讨论的主题为什么是重要的,以至于需要用一本书的篇幅来进行说明?第二,对于这个将要得到说明的主题而言,哪种方法最能契合该主题的要求?

通常,在这两个问题之间会形成逐层递进的逻辑关系,因为一旦脱离主题来谈论哪种方法是最为适当的,这种讨论就会变得相当空洞。所以,学术著作的起点就由先确定主题、后讨论方法这两个部分依次组成。依照常理,在这本以“法律推理”为主题的著作中,也应当遵照同样的讨论顺序:先说明法律推理这个问题为什么是重要的,然后再说明为什么本书所选取的研究方法是最佳的。不过,本章的名称已经显示出,我并不打算依照同样的讨论顺序来展开论证。之所以要打破常规,并不是因为标新立异的需要,而是基于法律推理这个问题存在的某些特殊性,以至于我们必须首先来解决方法上的问题,然后再来说明法律推理这个问题的重要性。具体而言,当我们想要讨论任何一个问题时,问题的重要性与相应理论主张的重要性,基本上是同等程度的,甚至后一部分可能更为重要。这就像“由于法律是重要的、所以我们才需要一套关于法律的理论”的例子一样。只要我们说明了法律是人类生活的重要方面,那么就需要一套适

当理论来对此进行阐明。^{〔1〕} 所以,问题的重要性通常直接说明了理论的重要性。

然而,在法律推理这个极具实践性的问题上,很多学者却通常将这两个部分做分割式的处理:他们一般只关心法律推理的重要性,但并未以同样的程度关注法律推理的理论的重要性、甚至根本就未曾给予任何关注。如果不能在说明法律推理是重要的之后、紧接着证明法律推理的理论是同样重要的,那么不用说“问题和方法”这个理论说明所应当遵照的讨论顺序,就连理论本身都将是不适当的。因此,本书的讨论起点就不是“为什么法律推理这个问题是重要的”,而是“法律推理的理论为什么是重要的”;或者说,我们需要以理论化的方式讨论法律推理这个问题吗?

1 描述性与抽象化

1.1 描述性:理论与实践的分离

之所以会出现区别对待法律推理与法律推理的理论这两个部分的状况,一个重要的原因是,很多研究者通常会认为:法律推理不过是将法律运用于实践的具体做法而已,所以只有针对特定法律实践的具体推理方法,并不存在一个相关的系统性理论。因此,一个有关法律推理的理论解说,要么不过是脱离实践的纯粹想象,以至于最终蜕化为理论研究者的喃喃自语;要么不过是对法律实践的简单总结而变得毫无必要,因为这只是对于身处于法律实践中的参与者依靠经验得出的总括式看法的重复而已,除此之外毫无新意。所以,任何提出一套法律推理理论的努力,最好的结果,不过是说了一套恰当的废话,如果它只是准确重复了实践经验的话;最坏的结果,是用一套异想天开的理论主张,混淆了有关法律推理的确切认识。总之一句话,法律推理的理论至多是不创造坏处,至于好处则是丝毫未见的。如果硬要说法律推理的理论有多么重要,它也仅仅停留

〔1〕 Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 69.

在“为这个领域的初涉者提供一个操作手册式的指引”这个意义上,一旦他们成为行家里手,自可顺利摆脱这根拐杖的辅助。

这样一种将法律推理及其理论解说相互分离的通常做法,隐含着双重理论意义:一方面,即便存在一套法律推理的理论,该理论也不会具备规范性的效果,它不能对于裁判者提出诸如“应当在法律实践中照此行事”之类要求的能力,因为它最多只起到辅助说明的效果而已;另一方面,如果的确存在一套相应的理论,那么最有效的研究途径,应当采取对于法律实践的描述性方法,也就是说,通过对于法律推理的个案实践的总结得出与这个实践保持一致的那些规律性的内容。反过来,只要这种理论主张(无论是否基于对实践的描述而得出)与法律实践不一致,那么这都是错误的结论。显然,法律推理理论的这种双重属性(主张的非规范性与研究的描述性)具有鲜明的方法论意义,它们都直接或者间接指向某种法社会学或者社会科学法学的研究方法,这也就解释了为什么有关法律推理的理论往往会走向一种社会调查的方向,并且与对于特定社会结构的分析紧密联系起来。当然,这种主张的支持者还是可能提出某种(些)规范性问题,^[2]但是这一定是建立在这样的前提上:只要我们真正认识到法律推理得以产生的社会背景与社会结构,并且准确总结出潜藏其间的那些基本规律,那么我们就应当依照这些规律行事。

表面上看,这种法律推理“实践与理论之间分离”的看法,的确还是给理论研究留下了一定的空间,但只有描述性理论才能在这个空间中生存下来。不过,描述性理论的存在基础仍然是相当薄弱的:它必须对法律推理的实践保持亦步亦趋的跟随态势。所以,从根本上讲,这样的看法本身是“反理论的”:如果描述性理论与实践一致,那么它就是冗余的;如果不一致,那么它就是错误的。这说明,法律推理的描述性理论本身必然是

[2] 波斯纳在他的新作中称:“本书强调的是实证的分析、而不是规范性的分析,即法官做了什么、而不是法官应当做了什么。不过,我还是会讨论一些规范性的问题,并提出一些温和的改革措施。”Richard A. Posner, *How Judge Think*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2008, p. 6.

一套自我挫败 (self-defeated) 的主张。除此之外,还有一个研究方向同样认可实践与理论的分离,这就是以学术史的方式来讨论法律推理的问题。与描述性理论专注于“实践”方面不同,学术史的研究,注重的是“理论”的方面。但是这种研究方式同样也是不适当的。虽然学术史的研究会通过展现既有理论之间的相互辩驳,来说明法律推理理论的发展脉络,但是这毕竟是一套缺乏对象的“屠龙术”。即使操练的再过完美,也会因为对象上的虚无,变得毫无用武之地。所以,对于法律推理这个实践性极强的问题而言,最佳的做法恐怕是将理论和实践结合在一起。“理论结合实践”或者“实践结合理论”,是一个老生常谈的问题,甚至已经成为一套空洞的口号。但是在法律推理的问题中,这两个方面的结合,具备特殊的方法论意义。

1.2 抽象化:理论与实践的混同

描述性理论的支持者用以宣称自身主张之恰当性的基础,主要基于如下的考虑:真正能够发掘出法律推理这个实践性议题的方法,就只有“描述所在实践”这个唯一的道路可走,任何其他的选择都会导致枉顾实践性的恶果,无法真正反映实践的真实情形以及其中存在的根本问题。在他们看来,任何描述性理论的反对者,必定会将自己的主张建立在某种类型的“理想化”(idealization)的假定之上。以此为基础所展开的研究,通常都会将某些基本原理当作不证自明的前提接受下来,这样的做法从一开始就已经逐渐远离了活生生的法律实践,所以即使最终研究成果在理论上是自洽的,但是最终却必定会缺乏足够的现实解释力和针对性。必须承认,这样的批评是有道理的。毕竟,这些理想化的部分是未经仔细的理论审视就“事先”赋予它们以不可动摇的地位,而如果想要对这些部分进行证明,同样会走向某种先验性的形而上学,“事先”由此就具备了“先验”的属性。除了这个悖论之外,任何理想化的做法还会不适当地将某些实践中与理想化不符的部分排斥出去,由于理想化本身要么是未经证明的、要么是形而上学的,所以这种排除因为未提供充分的理由变得极为轻率。所有这一切都说明,法律推理不应当采取理想化的研究方式。

不过,这并不意味着我们只有描述性的唯一道路可供选择,因为在理想化与描述性之外还有第三条道路,这就是以概念分析为中心的抽象化(abstraction)方式。抽象化之所以与理想化不同,其中的关键就在于:抽象化虽然如同理想化一样不考虑与主题无关的那些因素,但是抽象化的做法并不武断地将其排斥出去,而是将其作为进一步检验理论说服力的标准。^[3] 就像当我们集中关注“人的本质”这个问题时,通常都会将“理性”视为人的最基本属性(或之一)。以这个概念作为核心的理想化方式,将会把理性的反面——非理性,视为应当被排除于“人”这个概念之外的因素,因此一个生物意义上的人一旦被非理性的属性所统治,那么他就被排除在严格意义的“人”的范围之外,随之而来的结果就是:这样一种属性的人不但是不值得尊重的、甚至成为应当被放逐的群体。抽象化的方法与此对照鲜明,虽然它也会给予理性同样的地位,但是这种做法时刻提醒我们注意:虽然非理性与人的本质是对立的,但是我们仍然要对他们保持同情和尊重,甚至在某种特定的条件成就时,我们有可能转变看法——将原本被当作非理性的那些内容视为理性的新成分。

严格来说,描述性的研究同样具备抽象化的某些特点,因为这种研究同样追求“总结一般规律”这个抽象化的作业。然而,二者仍然存在明显的区别:描述性研究以对法律实践的考察作为先导,而抽象化研究则以基本概念的构造作为理论起点。所以,描述性研究一定是受制于法律实践的,从这个意义上讲,它在视野上是面向过去的,即使这样的做法有可能对未来有所提及,这也不过是将未来系于对现在和过去法律实践的总结。相反,抽象性研究不但描述而且构造了法律实践,它认为无论过去、现在还是未来的法律实践,都是一个大的理论框架的具体显现,这个理论框架的意义不但取决于对于过去和现在法律实践的总结,还在于它能够大致合理地说明未来可能发生的情形。这种前瞻性效果的出现,使得某一主

[3] 有关理想化与抽象化的详细论述参见,Onora O'Neill, *Towards Justice and Virtue: A Constructive Account of Practical Reasoning*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996, pp. 39-44.

张即使有效地完成前一项任务,但在说服力上依然存在缺陷。正是在这个意义上,理论对于实践就具备了构成性(constitutive)效果,^[4]即理论已经成为实践当中一个重要的组成部分。简言之,理论由此已经参与实践之中。^[5]就像下棋规则与下象棋之间的关系一样,没有下棋规则就谈不上下棋的实践。因此,法律实践当中的任何做法就不仅仅是一个具体的实践操作,同时还具有重要的理论意义;用更为极端的语言来表述,法律实践当中的任何特定举措都具有理论意义,理论与实践早已混同在了一起,以至于无法区分何者是实践的、何者是理论的。即使是法律实践的践行者,他们的举措如果要想被证明是对的,同样需要证明他们所依赖的理论是恰当的。虽然他们可能并未意识到这一点,但是如果就其所采取的具体举措做进一步追问,那套理论主张就会以相对清晰的方式展现出来。从这个意义上讲,法律推理的理论不但构成了法律推理的实践,而且还会成为那个实践的后设条件(meta-condition)^[6]。因此,虽然具体法律推理过程看起来是特定法律实践最重要的表现形式,但是在其中起到关键作用的却是相关的理论主张,因此对于法律推理的讨论不能仅仅局限在对于具体做法的考察和总结,而是要仔细分析在这背后所运用到的理论主张。由此一来,描述性的总结固然可以验证理论主张的解释力,但是光有这一点是不够的,最关键的始终是关于理论主张本身的讨论。

2 理论的规范性

针对任何问题,通常都会存在多种对立的主张,如果其中之一想要证明自身具有优势地位,它就必须同时满足以下两个基本条件:第一,它必须证明自己同样能够合理地解释所涉及问题的通常情形,当然这些情形

[4] 有关“构成性”概念的解释参见, John R. Searle, *Speech Acts; An Essays in the Philosophy of Language*, Cambridge: Cambridge University Press, 1969, p. 34.

[5] 德沃金将该种情形称为“理论的内置”(theory-embedded)。 Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, Cambridge, Mass.: Belknap Press, 2006, pp. 39-44.

[6] meta 在我国大陆一般被翻译成“元”,如 meta-theory 被叫做“元理论”。但是,在台湾地区一般翻译为“后设”。显然,此处翻译成“后设”会更容易显现理论与实践的关系。