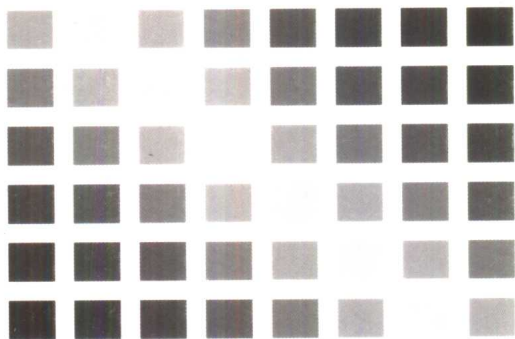


国家社科基金资助项目

法律推理的理论与方法

● 张保生 著

中国政法大学出版社



国家社科基金资助项目

法律推理的理论与方法

张保生 著

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律推理的理论与方法/张宝生著. —北京:中国政法大学出版社, 2000. 4

ISBN 7-5620-1976-2

I. 法… II. 张… III. 法律-推理 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 05876 号

责任编辑 赵瑞红

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 军事科学院印刷厂

开本: 850×1168 1/32 17.25 印张 442 千字

2000 年 4 月第 1 版 2000 年 4 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1976-2/D · 1936

印数: 0001—3000 册 定价: 29.80 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. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

献给今天与明天的律师、
法官和法学家

内容提要

本书是一部关于法律推理的法哲学论著。作者始终把法律推理视为法律思维学的核心范畴和实现法治的必要手段来加以论述，在广泛借鉴国内外有关研究成果的基础上，从历时和共时、主体和客体、理论和实践、中国和外国、法律和社会等多重角度对研究对象进行了系统分析，在法律推理理论体系的建构方面进行了一些尝试。本书采用了哲学和法学、逻辑学、社会心理学等多学科的研究方法，以及语义分析、系统分析和价值分析等方法，研究领域具有法理学和诉讼法学交叉的特点，不仅可供法理学专业人员参考，而且值得律师和法官一读。

序

法律推理是人们从一个或几个已知的前提（法律事实或法律规范、法律原则、法律概念、判例等法律资料）得出某种法律结论的思维过程。法律推理是一种创造性的法律实践活动，无论是立法，还是执法、司法，甚至守法，都离不开法律推理。特别是在法律适用阶段，法律推理几乎成为法官审判活动的全部内容。

在西方，从古希腊、古罗马开始，从事法律职业的专家和思想家们就非常重视法律推理问题，近代以来法律推理一直是法学研究和法学教学中的普遍论题，20世纪70年代以后更成为法哲学的热门论题。20世纪80年代中期到90年代中期的10年间，西方法学界多次召开大型国际会议专题讨论法律推理。在我国，历史上也不乏有关法律推理的思想和经验，进入改革开放新时期以后，随着我国法制建设步伐的加快，法律实践活动内容的丰富和复杂，法律推理闯入了法学家的视野，有关法律推理的论文和著作章节开始出现。但是，总体而言，我国法学界和法律界对法律推理问题关注不够，研究工作刚刚起步。对于如何理解法律推理、法律推理的作用、法律推理的标准，如何处理法律推理中真理与价值的矛盾、法律推理的类型、法律推理的方法，如何处理形式推理与实质推理的关系，如何正确运用演绎推理、归纳推理、类比推理、模糊推理、概率推理、统计推理等逻辑方法，如何正确运用辩证推理、因果关系推理、实践推理等等有关法律推理的基本问题，还没有成型的研究成果问世，至于有关法律推理

的深层次问题，更谈不上有什么深入研究。

在这样的实践背景和研究基础上，张保生同志选择法律推理作为其博士论文的选题和今后一个时期的研究方向，显示出作者具有巨大的理论勇气和自信。博士论文答辩之后他的论文被专家们一致认定为优秀博士论文，这表明其理论勇气和自信是建立在深厚的学术功底和对这一论题的深刻把握之上的。

在博士论文的基础上，张保生同志撰写了这部学术专著。这是国内公开出版的第一本有关法律推理的法哲学论著。作者凭借自己多年来在哲学领域的深厚学术积累和造诣，以及近年来对法学的不懈钻研，对法律推理这个法哲学问题作了真正意义上的法哲学研究。近年来，学术界在法律推理的研究上存在着两种正好相反的偏差：一种偏差表现为简单地将逻辑学的理论推广延伸到法学中来，没有充分把握法律推理的特殊性和特色，显得哲学气息有余而法学色彩不足；另一种偏差表现为以就事论事的经验主义态度谈论法律推理问题，未能深入挖掘法律推理中的法哲学底蕴，显得经验气味十足而理论提升不够。前一种偏差在许多法理学和法律逻辑学的教材中表现得比较明显，后一种偏差在部门法学的研究中表现得比较明显。这部著作成功地克服了这两种偏差，显示出深厚的法哲学意蕴。

作为本书的第一读者，我认为本书有以下几个特点：

第一，把法律推理视为法律思维学的核心范畴来构筑理论框架、并展开深入研究，是本书之法哲学特色的一个突出体现。正如作者在书中所指出的那样，目前法理学教科书通常把法律推理放在法的实现或法律适用部分加以论述，研究对象局限于司法推理，研究内容局限于推理的逻辑方法。这种研究思路实际上没有正确把握法律推理在法律领域、从而在法学领域的重要地位和作用，因而不可能使法律推理的研究走向深入。作者对这种研究思路提出了质疑，并为我们展示了一种崭新的研究思路。作者把法

律推理视为立法、执法、司法、法律服务、法律教育与研究等各种法律实践和认识活动中的横断性思维活动,并将其置于法哲学认识论的核心地位,把法律推理当作法律思维学的核心范畴来加以研究。对法律推理的这种理论定位和研究思路,使得本书的研究得以在更高的普遍性层次上和更开阔的视野下进行。

研究法律推理可以有不同的角度和层次,以法律推理活动的外在形式如公理、公式或符号系统等为对象的研究,属于法律逻辑学的任务;研究法律推理的技术方面或具体操作则是诉讼法学的任务。本书对于法律推理的研究不仅在研究思路 and 具体观点上有许多创新,而且在研究框架上亦有所突破和创造。作者以法律推理主客体之间的认识和实践关系为主线,力图建构法律推理研究的新框架。按照历史与逻辑相统一的观点回答法律推理的概念和本质问题。运用结构分析方法分析法律推理的基本要素。运用矛盾分析方法分析了法律推理过程中规则和原则、逻辑和经验、确定性和非确定性、真理和价值的基本矛盾。每一部分的内容也都有各自严密的逻辑结构。譬如,在法律推理的方法一章,作者打破传统的形式推理与实质推理的二分法,按照逻辑方法、科学方法、哲学方法、实践理性方法的结构来展开法律推理方法的研究。

本书写作目的不是向读者提供一些推理技术,而是重在阐释法律推理的理念,要实现这种意图须将法律推理置于法律思维学的体系之中加以把握。法律思维学是关于法律认识和实践的主客体及其相互关系的学说,它不以法律为研究对象,而是以人如何认识法律为研究对象,是通过反思人们思考法律问题时的所作所为,对思维所担负的角色作深入的研究。法律思维学就是法哲学的认识论,它将法律推理置于其中加以研究,把法律概念和判断的形成、各种推理方法的运用都看作是法律思维的必要环节,但推理性思维则居于核心地位。

第二,坚持主体性原则。从法律思维学或法哲学认识论的角

度研究法律推理，着重研究的是法律推理的主体方面，即把法律推理视为主体认识和实践相统一的能动性活动，以推理主客体的认识和实践关系为主线，在其相互作用中把握主体思维的特点，特别是通过对法官和律师推理性思维的重点研究揭示它的本质和规律。这种“目中有人”的主体性研究有助于克服目前国内外法律推理研究中普遍存在的方法论问题上的抽象化、教条化的倾向。

第三，运用矛盾分析法。法律推理研究以主体的推理性思维活动为对象，这个对象没有可以感性地加以把握的具体形象，所以必须运用反思的方法。作为哲学认识论的根本方法，反思方法要求沿着对象由于自身矛盾运动而自己构成自己的道路，研究法律推理本身的建构和发挥认识和实践功能的过程，因此它本质上就是矛盾分析法。矛盾分析法作为辩证唯物主义认识论的根本方法，同黑格尔正反合的方法在逻辑形式上具有一致性，但后者是让历史符合逻辑，而前者则追求逻辑与历史的统一。因此，运用矛盾分析法，要求从法律推理最抽象的概念（正义理念）出发，在抽象向具体的历史演进中，揭示出它们由于内在矛盾的自身运动、自我否定而呈现出自己发展自己的逻辑过程。

第四，主张广义法律推理说。在理论体系的建构方面，作者立意把法律推理视为一种渗透于立法、执法、司法以及各种法律实践和认识活动中的横断性法律思维活动，这同国内现行法理学教科书把法律推理仅仅理解为司法推理因而将其置于法的实现或法律适用的位置有明显区别。实际上，立法、执法、司法、法律服务、法律教育与法学研究中的思维活动，都包含着法律推理。只要人们置身于法律问题的思考，就不能逃避作一些法律推理，即使普通百姓日常生活中的法律思考也不例外。正因为法律推理渗透在人们的各种法律思维活动之中，才为各种具体法律思维活动赋予了理性特征。

第五，强调法律推理实现法治的手段作用。法律推理旨在为立法、执法和司法提供正当理由，因此，它在法的创制活动中已成为民主政治的重要体现。在司法活动中，法律推理增强了判决的一致性和正当性，可以为法律问题提供了健全的、经过充分论证的答案，因而成为法治区别于人治的根本标志之一。法律推理是程序正义的体现和实现法治的手段，从这个意义上说，法治要依靠法律推理来实现。我国法律实践长期存在重实体法轻程序法、重判决结论轻判决理由的倾向，许多法官和律师对法律推理的理论和方法基本上不熟悉，这不能不说是建设法治国家的一个操作性障碍。因此，从实践意义上说，对法律推理进行深入研究，可以为各个法律部门的认识和实践活动提供理性基础和思维方法，也是尽快提高立法者、政府官员、警察、法官和律师法律思维素质的一个重要途径。

第六，逻辑分析与价值分析结合。关于法律推理，国内外法学界比较重视的是其形式方面，即注重对法律术语、规则、裁决等进行逻辑分析；而本书作者的研究则属于法律思维学、认识论或价值论的范畴。如同许多法律问题不能只从逻辑上寻求答案一样，对法律推理只作逻辑分析是远远不够的。法律推理必然受到社会、政治和文化等各种价值观念的影响。特定的法律观念和原则通过立法和司法活动、法律学术观点以及法典和法规文献等形式表现出来，它们都体现了一定的价值观。价值分析的方法主要是通过考察不同历史时期、不同法律制度、不同审判结构下，法律推理按何种目的标准建构社会成员之间的权利和义务关系，对不同法律推理活动所蕴含的价值进行认知和评价。

第七，跨学科研究方法。研究方法的多样性是本书的鲜明特色。作者在对法律推理的研究中综合运用了多层次、多学科、多学派的研究方法。研究方法的多层次性表现为，作者既运用了哲学的方法，如系统分析方法、结构分析方法、矛盾分析方法，又

运用了一般科学的研究方法。研究方法的多学科性表现为，作者综合运用了法学、经济学、社会学、逻辑学、历史学等学科的研究方法。研究方法的多学派性表现为，作者在马克思主义的指导下融汇了分析法学的逻辑分析方法和语义分析方法、自然法学的价值分析方法以及其他学派的一些合理的研究方法。研究方法的科学性、多样性，为本书的研究及其结论的科学性、可靠性奠定了坚实的基础。目前国内外学者主要运用法律实证分析、逻辑分析和语义分析的方法来研究法律推理问题。这些方法虽可使研究工作更加微观，但却容易陷入“只见树木、不见森林”的局面。特别要强调的是，法理学和诉讼法学虽然有密切的关系，但这两个学科之间过去很少在研究方法上互相借鉴，本书则在这种结合上作了一些尝试。

第八，体现真理集合论原则。本书始终贯彻真理是一个过程、绝对真理是由相对真理组成的辩证法思想。法律思想史上的每一个学派、每一位学者的学说都有自己的学术地位，都发展了真理的一个方面。尽管这些学说单独抽出来可能有一定的偏颇，但正是这些思想的争论和在交错中自觉不自觉地融合对方的观点，以及对前人观点的综合开辟了真理发展的道路。学术研究是对各种学说所蕴含的思想价值作出选择的过程，对不同法律推理学说的评判、吸收和摒弃，为本书的写作提供了丰富的思想营养，也使它呈现出在已有思想文化成果基础上重新构筑新理论体系的特征。

时际张保生博士的这本著作出版发行，谨以上述评论为序，以示祝贺和祝愿。

张文显

2000年2月6日

目 录

引言 法律实践和法律思维中的推理·····	(1)
第一章 法律推理活动与学说的历史考察·····	(16)
一、前法律推理阶段·····	(16)
二、法律推理方法的形成阶段·····	(19)
三、近代以来法律推理及其学说的发展·····	(31)
四、现代法律推理学说·····	(40)
第二章 法律推理的本质和功能·····	(62)
一、法律推理的一般特征·····	(62)
二、法律推理的定义·····	(79)
三、法律推理的功能·····	(91)
第三章 法律推理的标准·····	(97)
一、法律推理的目的标准·····	(97)
二、法律推理的操作标准·····	(128)
三、法律推理的评价标准·····	(147)
第四章 法律推理的主体和客体·····	(169)
一、法律推理主体的一般特征·····	(169)
二、典型法律推理主体·····	(188)
三、法律推理客体·····	(219)
四、法律推理主客体的相互作用·····	(228)
第五章 法律推理的一般方法·····	(235)
一、法律推理方法的特征·····	(235)

二、法律推理的逻辑方法	(245)
三、法律推理的科学方法	(260)
四、法律推理的哲学方法	(274)
五、法律推理的经验方法	(281)
第六章 解释推理的方法	(302)
一、法律解释的特征	(302)
二、解释推理的性质	(307)
三、解释推理的过程	(317)
第七章 法律推理方法的比较	(320)
一、立法推理和司法推理方法的比较	(320)
二、刑事司法与民事司法之推理方法比较	(329)
三、普通法与制定法推理的比较	(334)
四、职权和当事人主义审判结构中 法律推理的比较	(347)
第八章 法律推理的过程	(356)
一、法律推理的一般过程	(356)
二、法律分析	(362)
三、审判实践中的法律推理	(365)
第九章 法律推理与人工智能	(383)
一、机器法律推理畅想	(383)
二、人工智能和法律专家系统	(385)
三、法律推理与人工智能的相互作用	(402)
第十章 法律推理中的规则和原则	(425)
一、法律规则	(425)
二、法律原则	(434)
三、法律推理中规则和原则的相互作用	(441)
第十一章 法律推理中的真理和价值	(457)
一、法律真理	(457)

二、法律推理的价值内容·····	(475)
三、法律推理中真理与价值的对立统一·····	(492)
第十二章 法律推理的生态学方面 ·····	(500)
一、法律推理的物理环境·····	(500)
二、法律推理的社会环境·····	(502)
三、法律推理与法律文化·····	(510)
四、法律推理与法律教育·····	(515)

“不可调和的调和，矛盾的结合，对立的综合——
这些就是法律的问题。”〔1〕

——卡蜜佐

引言 法律实践和法律思维中的推理

谈到法律推理，人们头脑中最初的表象也许是公式化的：“法律规则 + 案件事实 = 判决结论”。的确，法官受理公诉人或原告方的控诉，听取被告方律师的辩护，检验各种证据材料，寻找一般法律规定并思考它们与特殊案件事实之间的一致性和差别，通过法律规则的解释权衡有关罪名能否像“帽子”一样戴在被告“头上”，最后作出适合该案件的判决。这个认定事实和适用法律的过程，反映了法官在诉讼活动中用得最多的可能是演绎推理。然而，法律推理实践中和理论上的问题远比上述表象要复杂得多。

首先遇到的问题是，有关的法律规定也许是模糊不清的，疑难案件的事实也可能是稀奇古怪的。在这种情况下，尽管法律授予了法官解释法律的权力，他们常常会感到即使作了必要的“剪裁”，也很难将一个法律规定穿衣戴帽般地套在一个具体的案件事实上。

其次，法律推理不光是法官的事情，正像第七章的论述所表明

〔1〕〔美〕卡蜜佐著：《法律科学的矛盾》，1928年版，第4页。转引自沈宗灵著：《现代西方法律学》，北京大学出版社1992年版，第450页。

的，在当事人主义审判结构中甚至主要不是法官的事情，而是律师在唱主角。即使在职权主义审判结构中，律师和起诉检察官一般也比法官更先接触案件，并在案件事实的认定及如何适用法律的问题上先于法官形成一套可能与其不同的看法。在庭审过程中，控辩双方的推理路线、推理方法和结论完全不同，更是意料之中的事情。因此，美国一些法学家认为，司法审判中是一个法庭工作组（courtgroup）同时在进行法律推理。在这个过程中，各方律师和法官的推理形成了一种互动关系，使各自在努力影响他方的同时又自觉不自觉地受到他方推理的影响，判决结果可能产生于一种相互作用的合力。

第三，法律推理究竟在多大程度上受主体个性偏好的影响？这是西方法学家长期争论不休的一个问题。其实正如本书第四章所述，在主观因素的影响方面，个性偏好对法律推理主体的影响其程度远远不及思维结构。就是说，主观因素或者所谓主体性与司法审判客观性的关系，并不仅仅是一个心理学的问题，而主要是哲学认识论或法律思维学的问题。

第四，成文法和判例法制度中的法律推理在方法论上所存在的差别也不容忽视。如本书第二章所述，普通法系的学者们甚至普遍认为，法律推理只是判例法特有的传统。与此相关的问题是，法律推理在当事人主义和以法官为中心的职权主义审判制度中，其运行规则与方法也有大相径庭之处。

第五，上面谈到的还只是司法推理问题，然而，法律推理等于司法推理吗？如果二者相等，为什么 legal reasoning 和 judicial reasoning 是两个概念？如果不等于，它们之间又有哪些区别和联系呢？把法律推理等同于司法推理，起码的弊端是为研究工作设置了人为的障碍，使我们不易在比较中发现司法推理与立法推理、执法推理的区别，不利于更全面地概括出法律推理的一般本质。

第六，法律推理是一种不断发展的实践活动。它的发展不仅受

到社会法律制度变迁的影响，而且还有其内在的动力。作为一种认识和实践高度统一的活动，法律推理内部存在着诸如规则与原则、逻辑与经验、真理与价值等错综复杂的矛盾。揭示这些矛盾如何形成，又如何作用于具体的立法、司法过程以及如何在相互作用中规定了法律推理的发展方向，是理解法律推理的关键所在。

第七，法律与政治、文化传统之间既有统一性又存在着冲突。因此，不同政治制度、不同文化背景、不同国度乃至同一国度不同历史时期的法律推理实践也会有差异。为了更加全面地揭示法律推理发展的一般规律，我们需要进一步研究政治、文化等社会因素对法律推理的影响。

第八，法学理论的不同学派，如分析法学、法律实证主义、新实用主义法学、经济分析法学、批判法学等等，对法律推理的看法都受到其一般法律观的影响。这虽然增加了问题的研究难度，但同时也为观察研究对象提供了多种视角。例如，分析法学把规则看作是法律推理的根据，而德沃金和休斯则把原则和政策看作法律推理的根据，这种争论实际上深化了我们对规则和原则的性质及相互作用的认识。因此，如何在唯物辩证法的指导下，深入分析西方不同学派的法律推理思想，是研究工作拓展所面临的一个问题。

第九，法律推理是程序正义的体现和实现法治的手段。在建设社会主义法治国家的过程中，法律推理的理念和方法对于完善我国的立法和司法制度、提高法律家的思维素质、指导法律实践都具有十分重要的意义。我国法律人才培养模式要实现以知识传授型向素质型的根本转变，在法学院正规教育和法律培训中如何加强有关法律推理理论与方法的内容也是一个十分迫切的问题。

以上列举的当然不是法律推理的全部问题，但它们确实从不同的角度说明法律问题确如卡宴佐所说充满了矛盾。因此，就法律推理研究而言，线性的思维可能是完全无效的。只有从历时和共时、主体和客体、理论和实践、中国和外国、法律和社会等多向度结合