



像法律人那样思考

法律推理新论

Thinking Like a Lawyer
A New Introduction to
Legal Reasoning



[美] 弗里德里克·肖尔◎著
雷磊◎译

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



Thinking Like a Lawyer
A New Introduction to
Legal Reasoning

像法律人那样思考

法律推理新论

[美] 弗里德里克·肖尔◎著
雷磊◎译



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

像法律人那样思考: 法律推理新论 / (美) 弗里德里克·肖尔著;
雷磊译. —北京: 中国法制出版社, 2016.5
书名原文: Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning
ISBN 978-7-5093-7551-8

I. ①像… II. ①弗… ②雷… III. ①法律—推理—研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 111277 号

北京市版权局著作权合同登记图字: 01-2014-4786

THINKING LIKE A LAWYER: A New Introduction to Legal Reasoning by Frederick Schauer.
Copyright © 2009 by the President and Fellows of Harvard College. Published by arrangement with
Harvard University Press through Bardou-Chinese Media Agency. Simplified Chinese translation
copyright © 2016 by China Legal Publishing House. ALL RIGHTS RESERVED.

策划编辑: 赵 宏 (health-happy@163.com)

责任编辑: 马金凤 (editormjf@163.com)

封面设计: 李 宁

像法律人那样思考: 法律推理新论

XIANG FALŪ REN NAYANG SIKAO: FALŪ TUILI XINLUN

著者 / (美) 弗里德里克·肖尔

译者 / 雷磊

经销 / 新华书店

印刷 / 河北省三河汇鑫印务有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16

版次 / 2016 年 6 月第 1 版

印张 / 17 字数 / 220 千

2016 年 6 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7551-8

定价: 45.00 元

值班电话: 010-66026508

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfs.com>

编辑部电话: 010-66070046

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

译序

P
R
E
F
A
C
E

美国学者弗里德里克·肖尔 (Frederick Schauer) 的《像法律人那样思考——法律推理新论》(*Thinking like a lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*) 的中文版已完成翻译即将付梓。我的同行好友雷磊是该书的译者，他把这个好消息告诉了我，并邀我作序。雷磊是我最关注、最喜欢也可以说是最欣赏的法理学—法哲学青年学者之一。他在规范理论和法律方法论方面的学术旨趣一直是相当单一而纯正的，这对于年轻学者来讲是非常难能可贵的。我认为由他来翻译这本书，应该是最合适不过了。

法律人是否具有一种独特的思维方式？说来也巧，苏力和我曾就“法律人思维”问题有过一次讨论。苏力在《北大法律评论》[第14卷第2辑(2013)]发表了《法律人思维？》，认为法律人不存在独特的思维。拙文《法律人思维的二元论》(2013年第6期的《中外法学》)和苏力进行了商榷，引起了学界广泛关注，也有不少学者撰文参与讨论。其实，我们的讨论所涉及的表面上是一个法律人耳熟能详的问题，但其深层次上是法教义学和现实主义法学之间、规范法学理论和社会法学理论之间的差异比较问题，也正是当下大家所关注的关于“规范

法学”和“社科法学”的比较和讨论。我们如何把握两者各自的运行机理？如何恰如其分地理解“像法律人一样思考”这句俗语？美国学者肖尔的这本著作，能帮助我们更真实、更全面地了解英美国家中法律方法和法律思维的特点。

肖尔在《像法律人那样思考》中的主要观点是：

第一，法律人思维（法律推理）的独特性。法律人思维的独特性不来自于独特的法律职业，不是因为优秀法律人通常所具备的那些优点（沟通技术、设身处地地着想、思维更加严谨、细致等），也不是因为法律领域存在着独特的推理形式，而在于它是一种基于权威的推理。这体现在，法律推理所得出的决定，往往可能并非通盘考量之后对于当下案件来说最佳的决定。基于权威的推理在日常生活中也存在，但肖尔认为由于它在法律领域大量存在（比其他领域加起来还要多），所以可以合理地主张有法律推理这回事。

第二，换用我们的话说，也就是法官并不以个案正义为唯一目标，基于权威的推理恰恰意味着即使当法官不赞成权威所作的指令，他也有义务去服从。权威的存在恰恰意味着，假如没有权威的指令，法官可能会去做不一样的事。所以，法官很多时候有义务去做他并不赞成的事（得出在他看来是错误的结论）。肖尔这里所说的权威，在英美法的语境中，主要是指成文法规则和先例。因为裁判涉及的问题不仅是要决定什么是正确的，而且更重要的是涉及谁有权作出那个决定。尊重权威——适用规则、遵循先例，即使法官认为在个案中它们会产生错误的结论——其实就意味着尊重立法和上级法院、先前法院的决定。所以裁判不仅是关注个案正义的活动，它还要关照“更大的范畴”，即广义上的权力分立的问题。当然，肖尔并不认为在一切时候都一定要服从错误的决定，当出现“异乎寻常”“极端的错误”时，美国法院也有偏离规则和先例去追求实质正义的做法，但

此时需要“特别证立”(special justification)。但肖尔对这个问题没有展开仔细论述,没有处理诸如何时可以偏离规则和先例,特别证立需要达到什么样的论证程度等问题。他的整体想法类似于我说的,遵从规则是常态,超越法律是例外。

第三,法律思维和法律推理的独特性最终反映的是法律本身的独特性。法律最大的特点在于其“形式性”(formality)和“一般性”(generality)。法律的文义,即法律的字面意思,本身就很重,其不是到达正当价值所必须通过的透明玻璃窗,而就是法律本身。法律在一般化的过程中往往会省略掉个别的细节,这就造成有时它的适用会产生与目的不符的情况。但法律的文义(文本)并不仅仅是实现其背后目的的手段,即使有时它与目的不符,其仍要优先。肖尔并不主张法律的这个特点是它的优点,他也没有对此作出评价,但他认为这就是法律的独特之处。

以上是肖尔的主要观点,贯穿全书的始终。本书共有12章,除去第1章导论,其余11章中,除了第11、12章之外都曾发表过单篇论文。文章的重心在于第2、3、4章,前两章论述了规则和先例起作用的方式,第4章是前两章的总结,因为规则和先例是权威的两种形式。第5章区分了遵从先例和类比,这与一般人的想法不同,一般认为先例推理的方法就是类比,但肖尔区分了两者,认为先例推理反映的是尊重权威,上级法院、先前法院的先例是下级法院、嗣后法院必须要遵从的,而类比是法官面对一系列可选择但没有义务去遵从的案例时运用相似性判断的推理方式。第6章论述普通法的观念,个案积累方式发展起来的法律,尤其是案件发生后才形成规则,那么没有事前颁布的一般性规则,从而要应对这样的挑战:不具有可预测性的普通法是法吗?第7章是现实主义对规则和先例决定案件这一观点的挑战以及肖尔的回。第8章是关于成文法解释,主要处理了有文本、没文本、有文本但规定不合理等三种情况,中心思想还是上述

的第二点。第9章论及司法意见，是美国法院的特色，肖尔处理了说理的重要性问题以及一些技术问题。第10章讲述了规则 and 标准这两类规范的特点和关系。第11章阐释了法律事实（证据法）的特点，维持了法律与事实二分，但反对传统认为事实问题归陪审团和一审，法律问题归法官和二审的区分。第12章解释了证明负担、推定和尊重这三个概念，阐述了它们的相通性及其背后的法律价值，并与本书的核心观点——最佳的法律决定并不一定是最佳的决定，挂起钩来。

就像作者在序言里说的，本书是面向法学院新生写作的。尽管肖尔的想法比较深刻，但他运用的是比较平实的语言，举了大量的案例来佐证，而且也没有完全沿着他的基本想法一路深挖，有的时候是点到为止（比如法律为什么是形式性的，为什么会呈现出他说的那些特征，没有分析）。全书也照顾到了法律推理领域的方方面面（当然带有美国的视角），并不是像一般艰深的专著那样完全围绕核心想法在单线推进。因此，本书非常好读。

雷磊过去的研究和翻译工作基本上是以德国或者大陆法系的规范理论和法律方法为主，比如他的两部专著《类比法律论证》和《规范理论与法律论证》，还有四部译著也是以德国法学家的著作为主。现在他跨法系地翻译美国法律方法理论，对他自己来讲也应当会是一次大胆的挑战，更是一次长足的跨越。

孙笑侠

序言

I
N
T
R
O
D
U
C
T
I
O
N

这是一本有关思维与推理的书。说得更确切点，本书讨论的是律师和法官的思维、推理和论证方法。这个群体的思维、推理和论证方法可能与普通人不同，也可能与普通人没什么差别。法律人的思维方式是否有别于普通人，这个问题至今尚无定论，尽管如此，人们还是认为某些推理技术是法律决策所独有的。本书就着眼于这些技术。它的目标既在于对法律推理的各个话题进行严肃的学术探讨，更在于向刚进入或即将进入法学院的学生们介绍法律思维的本质。在典型的法学院，尤其是美国的法学院，教师们认为，他们在诸如侵权法、合同法、刑法、财产法、民事诉讼法和宪法等核心科目的教学过程中，就已经潜移默化或见缝插针地传授了法律思维和推理。其实，这种传授远不如他们认为的那般到位。即使存在这方面的传授，也仍然有必要从具体的学科中抽身出来，以专著的方式对学生在典型的间接教学中获得的东西进行描述和分析。同样，尽管大多数法学教师认为，学生知道法律推理领域的一些主要学者、话题和案例很重要，但在当下的法学院中，这些资料比较零散，所以也有必要将它们集中呈现出来。本书试图回应这些需求，同时，针对上述话题也提出一些观点，以供法律实务人士和法

学学者们思考和指正。

令人惊讶的是，一些重量级的法学文献一开始是面向法学院新生的。奥利弗·温德尔·霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）的不朽名篇《法律的道路》（*The Path of the Law*）最初是波士顿大学法学院大楼落成典礼上的演讲，参加者大概多数是法学院学生。卡尔·卢埃林（Karl Llewellyn）的《荆棘丛》（*The Bramble Bush*）一开始是一年级新生学习法律的指南。爱德华·列维（Edward Levi）的《法律推理导论》（*An Introduction to Legal Reasoning*）定位大体相同，而哈特（H.L.A.Hart）则明确将《法律的概念》作为面向英国法律本科生的入门读物。尽管目标读者主要是初学者，这些著作以及许多其他类似的著作都为法学研究打下了深深的烙印，以至于学者仍旧在饶有兴趣地围绕其阅读、撰文和争论，正如初学者们持续地从中汲取知识一样。

将本书与上面这些著作相比很冒昧，但我的目标是一样的。在讨论各个话题时，我不仅描述现有的各种问题，而且要解释和分析它们，进而提出新观点或至少要提出有效的质疑。总的来说，我赞同法律思维形式层面的理解，从而会对二十世纪与二十一世纪的许多美国法律思想提一点不同的看法。我采用的视角也许会忽略法律思维中的创造性因素，而是强调形式性的、反对在个案中追求绝对正义、重视法律成文性（written-down character）的法律推理。本书旨在描绘一幅图景来反映律师行业与裁判活动中现实的法律思维，同时也要说明法律对于社会决策（social decision-making）的独特贡献。

多年以来，我一直在研究本书的一些话题，例如规则、先例、权威、解释以及说理，也就此写了一系列相关的文章。但本书并不是我以前发表的论文的合集，它是一本新著，是一个融贯的整体。书中的案例和话题有时重复，因为我猜想读者们通常只会去读他们感兴趣的那部分，而不是捧着书从头到尾地通读。但书里所有的文字都是在本书特定目标的指引下

专门撰写的。其他的话题，例如判决依据与附带意见、法律与事实、类比、推定以及法律现实主义，在我以前的著述中被捎带提过，正好借本书之机对它们进行展开论述，从而阐明它们为什么是法律推理理论的必要组成部分。

多年以来，许多朋友对法律推理各种话题的讨论，以及对我先前手稿的评论对我帮助极大，然而，不可能一一致谢，在此我对他们一并表示感谢。书里的某些想法应当归功于他人，但我现在没法将这些想法摘出来；其他一些不错的想法也得益于那些慷慨的朋友与批评者长年以来的评论。当然，对他人就本书的直接帮助表示感激更多是一种愉悦，而不是一种负担。拉里·亚历山大（Larry Alexander），我的朋友与合作者，对全书的手稿给予了非常有价值的书面评论。哈佛大学出版社的一位匿名审稿人也给过书面评论。第1章原来是弗吉尼亚大学“裁判心理学”会议上的发言稿，后来经修改成为我在牛津大学乌希罗实践伦理学中心（Uehiro Centre for Practical Ethics）的一次讲座的底稿。第2章是提交给牛津大学的约尔迪·费勒（Jordi Ferrer）和理查德·图尔（Richard Tur）组织的“法律中的可辩驳性”会议的论文。第3章从布莱恩·比克斯（Brian Bix）、乔迪·克劳斯（Jody Kraus）和比尔·斯瓦德林（Bill Swadling）富有挑战的评论中获益匪浅，斯瓦德林对第5章的评论对我的帮助也很大。第4章在伦敦大学学院法律系、哈佛法学院公法学研讨会、剑桥大学法律与政治哲学论坛以及声名赫赫的牛津法理学研讨组（the Oxford Jurisprudence Discussion Group）——与会者参与度很高、提问也很尖锐——上分别被报告和讨论过。安迪恩·费尔莫勒（Andian Vermeule）对本章作出了极有价值的评论。牛津大学法理学研讨组的两位成员，乔治·奥利维拉（Jorge Oliveira）和诺姆·古尔（Noam Gur）也为本章提供了有帮助的书面评论。本章的某些部分曾以不同的形式发表在《弗吉尼亚法律评论》上。上面提到的布莱恩·比

克斯 (Brian Bix), 他的法理学知识可谓博大精深, 他和牛津大学法律研究会讲座上的一位听众都对第7章作出了富有价值的评论。最后, 博比·斯佩尔曼 (Bobbie Spellman) 对第1章到第7章都提出了极具挑战的评论, 她对本书涉及的几乎所有话题都进行过有益的探讨。不仅书里表达的某些观点应当归功于她, 更重要的是, 还有许多表达未尽的主张也应该归功于她。

本书的大部分内容是我在牛津大学做乔治·伊斯特曼访问教授 (George Eastman Visiting Professor) 期间完成的, 我在那里有幸成为巴里奥尔学院 (Balliol College) 的一员。牛津大学和巴里奥尔学院为我提供了大量有形和无形的帮助, 那里有互助互惠的跨学科学术氛围, 有一个由法律学者组成的独特团队, 他们对于法律理论与法律推理的共同兴趣是世界上其他地方无法比拟的。因为他们的支持和关注, 本书得以更加完善。

目录

C
O
N
T
E
N
T
S

第 1 章 引言：有法律推理这回事吗？ / 001

第 2 章 规则——法律及其他领域 / 013

2.1 规则概论 / 013

2.2 核心地带与边缘地带 / 019

2.3 规则的一般性 / 025

2.4 法律的形式性 / 031

第 3 章 先例的实践与问题 / 039

3.1 两种先例 / 039

3.2 先例的基本观念 / 040

3.3 一种古怪的想法 / 045

3.4 先例的认定 / 048

3.5 判决依据与附带意见 / 060

3.6 先例的效力：推翻、区分及其他规避方式 / 063

第 4 章 权威与诸权威 / 068

4.1 权威的观念 / 068

4.2 拘束型权威与所谓的说服型权威 / 075

4.3 为什么真正的权威无需具有“拘束力” / 083

- 4.4 有禁用型权威吗? / 085
- 4.5 权威是如何成为权威的? / 089

第5章 类比的运用与滥用 / 094

- 5.1 先例与类比的区分 / 094
- 5.2 相似性的确定 / 102
- 5.3 怀疑论的挑战 / 106
- 5.4 类比与法律变迁的速度 / 111

第6章 普通法的观念 / 113

- 6.1 历史与比较 / 113
- 6.2 普通法的本质 / 119
- 6.3 普通法如何变迁? / 123
- 6.4 普通法是法吗? / 128
- 6.5 衡平法概览 / 130

第7章 法律现实主义的挑战 / 136

- 7.1 规则和先例决定案件? / 136
- 7.2 教义即使没法指引,也能施加约束? / 147
- 7.3 一种经验性主张 / 151
- 7.4 现实主义与律师的角色 / 156
- 7.5 批判法学与现实主义的新装 / 158

第8章 成文法解释 / 162

- 8.1 规制国家中的成文法解释 / 162
- 8.2 文本的角色 / 166
- 8.3 文本没有提供答案时怎么办 / 173
- 8.4 文本提供糟糕的答案时怎么办 / 179
- 8.5 成文法阐释的规准 / 183

第 9 章 司法意见 / 187

- 9.1 司法意见的缘由与影响 / 187
- 9.2 提供理由 (说理) / 192
- 9.3 再论判决依据与附带意见 / 198
- 9.4 司法意见的衰落趋势 / 202

第 10 章 运用规则与标准造法 / 206

- 10.1 基本区分 / 206
- 10.2 规则、标准和裁量权问题 / 208
- 10.3 稳定性与灵活性 / 213
- 10.4 司法意见中的规则 and 标准 / 214
- 10.5 宽度与模糊的关系 / 218

第 11 章 法律与事实 / 222

- 11.1 事实的观念 / 222
- 11.2 初审事实的确定: 证据法及其批评者 / 225
- 11.3 事实与上诉审程序 / 232

第 12 章 举证责任及相关概念 / 239

- 12.1 举证责任 / 239
- 12.2 推定 / 245
- 12.3 尊重与决策责任的分配 / 250

译后记 / 256

第1章

引言：有法律推理这回事吗？

全世界的法学院都号称教学生如何“像法律人那样思考”。法学院认为，学习法律的主要目的并不在于掌握堆积如山的法律规则，因为法律规则远非三年法学教育所能教完的。更何况，学生在法学院中学到的许多法律规则在他们从事法律实务时都会发生改变。法学教育也不在于告诉学生在法庭上该站在哪里或者怎么写一份遗嘱，因为对于这类技巧，相比于大学，学生在实务中会学得更好。了解一些法律规则、掌握一些法律职业技巧对于胜任法律实务来说当然很重要，在法学院学习期间当然也能有效地积累起一部分知识，但真正能将法律人和其他人区分开来的标准，在于能否掌握一些论证和决策的能力，它们笼统地被称作法律推理（*legal reasoning*）。所以，法学院坚决认为，即便确实传授法律规则和实践职业技巧，但最重要的使命是通过训练让学生掌握法律论证、法律决策和法律推理的技艺——像法律人那样思考。^①

但真的有一种特殊的推理形式叫法律推理吗？真的有像法律人那样思

^① 在1973年的电影《力争上游》（又名《平步青云》，*The Paper Chase*）中，恶名昭彰的金斯菲尔德教授为这个传统主张提供了一个戏剧性的说明，他在合同法的课上说“你们自己去教自己法律，我负责来训练你们的思维。你们来的时候满脑子浆糊，但如果能挺过来，你们走的时候就会像法律人那样去思考。”

考这回事吗？当然，有一些法律人的确比其他人更善于思考和推理，但同样也存在这样的医生、会计师、政治家、士兵和社会工作者。有许多法律人比起普通人更擅长分析思维、精确思维或更严谨的思维，但许多经济学家、科学家和投资银行家也同样如此。所以当法学院号称在传授法律推理时，肯定不只是在教学生怎么进行更有效、更理性或更严谨的思考。确实如此。法学院希望教会学生的是怎么进行有所不同的思考——不同于普通人，也不同于其他职业的人。

早在1628年，柯克爵士（Lord Coke）就认为法律中存在某种“人为的”理性（“artificial” reason）^①，这种理性将单纯的理性与法律的特殊方法，尤其是法官的特殊方法区分开来。当然，柯克爵士的观点有可能是错的。也许法律推理并不像他所想的那样独特，法律推理无非就是一般的推理而已。它时好时坏，大多数时候介于两者之间，但终归是一般的推理。但柯克爵士的观点也有可能是对的。毕竟，法律推理与日常推理，甚至是非常棒的日常推理不同，这种观点是大多数律师、法官和法学院长久以来的传统信念。所以，虽然认为法律推理很特殊的传统信念有可能是错的，但我们有很充分的理由来主张，不应该从一开始就否认有法律推理这回事。

法律推理可能有它特殊的地方，但这肯定不是因为法律是一种独立的职业，因为特定职业者的思维推理并不一定与外行人相异。电工知道木匠不知道的知识，而木匠知道水暖工不知道的知识。但如果我们说“像木匠或水暖工那样思考”，这无疑很奇怪。实际上，“像法律人那样思考”这样的说法也许同样很奇怪。但法学院并不认为它奇怪，大多数律师和法官也

^① Sir Edward Coke, *Commentaries upon Littleton* 97b (Charles Butler ed., 1985) (1628). 当代更为详细的阐述参见 Charles Fried, “The Artificial Reason of the Law or: What Lawyers Know”, 60 *Tex. L. Rev.* 35 (1981)。

不认为它奇怪。法学院以及法学院训练出来的律师和法官都认为，判断不是法律人的标准，并不只是在于他们是否知道一些外行人不知道的知识。法律知识是很重要，辩护技巧与起草文书的技巧也很重要，但传统观点认为，法律人的独特性在于他们还拥有一些与此不同的东西。

我们并不容易确定，除了专业技巧和法律知识外，法律人还拥有什么。多年以来，对法律独特性的主张（law's claim to distinctiveness）一直存在众多的怀疑和挑战。所以要说明它是什么非常困难。相对来说，说明“像法律人那样思考”指的不是什么更简单一些。法律现实主义者（第7章将详细论述），比如杰罗姆·弗兰克（Jerome Frank）和卡尔·卢埃林（Karl Llewellyn，他不那么极端），认为律师和法官看待问题的方式与其他政策制定者、公共决策者没什么太大差别。很多研究最高法院决策过程的政治学者都提出过类似的主张，他们认为比起所有传统法律推理的方法，法官的意识形态、态度、政见和政策偏好在法院裁判的过程中起着更大的作用。^① 研究律师和法官推理过程的心理学家也不太关注法律推理所谓的典型模式，他们更加关注理性的缺陷，因为它困扰着所有决策者，无论是不是法律人。^② 如果我们往前追溯到十九世纪早期，注意到杰里米·边沁

① 例如参见 Lawrence Baum, *The Puzzle of Judicial Behavior* (1997); Saul Brenner & Harold J. Spaeth, *Stare Indecisus: The Alteration of Precedent on the U.S. Supreme Court, 1946-1992* (1995); Lee Epstein & Jack Knight, *The Choices Justice Make* (1998); Jeffrey A. Segal & Harold J. Spaeth, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited* (2002); Harold J. Spaeth & Jeffrey A. Segal, *Majority Rule or Minority Will* (1999); Lawrence Baum, "Measuring Policy Change in the U.S. Supreme Court", 82 *Am. Pol. Rev.* 905 (1988)。

② 例如参见 Chris Gunthrie, Jeffrey J. Rachlinski & Andrew J. Wistrich, "Inside the Judicial Mind", 86 *Cornell L. Rev.* 777 (2001); Dan Simon, "A Third View of the Black Box: Cognitive Coherence in Legal Decision Making", 71 *U. Chi. L. Rev.* 511 (2004); Barbara A. Spellman, "On the Supposed Expertise of Judges in Evaluating Evidence", 155 *U. Penn L. Rev.* PEN Numbra No.1 (2007), <http://www.pennumbra.com/issues/articles/155-1/Spellman.pdf>。