

主持人 陈金钊 谢晖

第

2

卷

法律方法

山东人民出版社

山东人民出版社

第 2 卷

法律方法

主持人 陈金钊 谢晖

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第2卷/陈金钊, 谢晖主编. — 济南: 山东人民出版社, 2003. 1

ISBN 7-209-03161-8

I. 法... II. ①陈... ②谢... III. 法律-研究方法-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 001398 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

880×1230 毫米 32 开本 15.75 印张 2 插页 410 千字

2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 32.00 元

《法律方法》总序

自上世纪 80 年代以降,我国法学,因着恢复秩序、构造法治之需要,于学术闭关自守、百废待兴中仓促起步。俗云:“万事开头难”。当其于蹒跚学步之时,即面对曲折蜿蜒之途,跌跌撞撞,难得进步。故尝被人讥为“幼稚”之学,诚哉信哉,法界默然。

穷则思变。中国社会之急剧革新,迫令法界学人披肝沥胆、披荆斩棘,终拓出法学成长之路径。其间既存“法治”与“人治”、“主权”与“人权”、“权利”与“义务”、“阶级性”与“社会性”诸意识形态问题之辩证;亦有“法律价值”、“法律文化”、“法制现代化”、“法律信仰”诸“宏大叙事”问题之开拓。倘借西洋固有之三大法学流派而论,则吾国于近二十年中,先侧重于价值呼唤之“价值法学”,后延展至社会实证之“社会法学”。稍加留意,则知此种选择,无可厚非。当此国家大举立法之际,法律之价值取向,规范之成立资源,诚非小事,故法学家之大声疾呼、小心求证理在其中。即令国家立法大任告一段落,以外在于法律之价值理念、社会事实督促法律之更进、变革,亦殊为必要。

然则法学的此种景况,尚不足以言明何以“根据”法律,即可治国,更不足以说清法律自身有知识在焉。价值呼唤,乃以伦理学影响法律者;资源探求,是借社会学说明法律

者。其联手垄断法坛,虽可拓展学子视野,但不免遮蔽法律本身。更要者,其垂注于“宏大叙事”,既便于法科学子迈向政治家之途,也不利其通达法律家之路。法学训练之宗,法科培养之旨,端在造就法律家,即根据法律而织造秩序者。自此而言,侧重法律方法之规范法学尤为必要。长久以来,我国法界乃至其法制受规范法学之影响不可谓不深,不过此种影响,常执于一端,即太过关注法律本质的探求,其既受“宏大叙事”思维之引领,亦受意识形态需要之掣肘,故而规范法学应有之法律知识、规范构造、司法技巧……常被遗忘。是以理论愈彰而行为越乱,法律弥繁而秩序更乏!

吾人以为,规范法学之根本,不在阐明法律本质,乃在揭示法律知识,创造法律方法,构建司法技巧。一国有法律而无法律之知识与方法,无司法之专门技巧,法律惟有装点门面、铺陈摆设而已。而法律之无法落实,不仅陷法律于不信,更令国民、律师、法官无所适从。是以西洋各国,无论奉行判例法律还是尊法成文规定,皆以培养、发展出大气磅礴、严谨缜密之法律知识、法律方法和司法技巧为所任。因此,法学自成一格,卓然而立于学术之林。它并不因携哲学、社会学、经济学……的术语和方法而壮大其声,反之,其自身之学术方法、思维路径、裁判技巧既影响到其他学人,也潜移默化,而渐成公众思维。

这与我国反差何其巨也!虽然,法学教育在此渐呈显要,以至俨然无法(科)不能立校,学法最为时尚。但在此背后,无论法科教师,还是法苑学子,大都缺乏法学知识、方法和技巧之训练。故法学繁荣,实为虚假现象。如何克服此弊?这等问题,诚然会人言言殊,但在我看来,救此弊者,本

在强化法律方法也。

广义上讲,含法学在内的一切学问,皆可谓方法之学。何以有此结论?盖在终极言之,人类认知,只可进于方法之途,而难达致本体之境。本体之澄明,需赖方法之进化。方法之缺席,必致本体之混沌;方法之在场,也未必本体即澄明。故本体之境,最终所需者为体验、为信仰。尽管如此,但相对言之,人类认知尚有本体性认知与方法性认知之别,这种情形,法学自不例外。法律方法,为法律认知之根本,因法律为一套严谨程式的逻辑体系,如何将机械之原则、规则演化为活动的秩序?法律自身,无力为之。这诚如孟子所言:“徒法不能以自行。”故而,在法律与秩序间,需勾连之具体方法。法律家之使命,即在于连接两者——借法律而构秩序。

“工欲善其事,必先利其器。”法律家借法律而构秩序,仅一脑双手,并不足以成就其业。在此之外,还需充实大脑、延长双手之法律方法。可见,法治之实现,法律秩序之构建,需仰赖法学学人和法律家于法学研究与法律实践中关注法律方法。近三五年来,缘于司法改革及法治秩序构建之吸引,吾国法学正在悄然生变,余称其为“从‘宏大叙事’到‘微观论证’”之变。其中要者,为法律方法研究之展开。故法律解释、法律推理、法律论证、法律发现、漏洞补充、法律续造、先例识别、利益衡量、理由说明等关涉法律方法之词汇,在法学论著、法律家言行中日渐流行、走俏。

鉴乎此,山东大学理论法学研究所、山东省理论法学研究会在联袂创办《民间法》、《人权研究》之同时,创办《法律方法》,以为我国多元法学之整体推进、法律教育之逐步完

善尽绵薄之力。倘海内外同道能关注鄙刊,并进而关注中国法律方法研究之进展,则为鄙刊之幸,编者之福!

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

公元 2002 年 11 月 8 日

目 录

《法律方法》总序·····	谢 晖(1)
论法律推理的有效性·····	张传新(1)
合宪性研究 … [美]H.杰斐逊·鲍威尔 张其山译 戚 渊校	(10)
民事证据排除的现状分析及构建方法 ·····	张世全(33)
从法律解释内涵析我国法律解释体制 ·····	赵玉增(46)
影响法律解释的因素研究 ·····	郑金虎(66)
法律推理 ····· [比利时]Ch.佩雷尔曼 朱庆育译 戚 渊校	(134)
法律与修辞学	
····· [比利时]Ch.佩雷尔曼 朱庆育译 戚渊校	(146)
法律方法引论·····	陈金钊(152)
民法典的形式理性·····	关 涛(180)
法官的法解释·····	管金伦(213)
论法律解释的目标·····	胡敏敏(289)
司法过程中的利益衡量·····	李秀群(310)
法律思维与民法适用·····	马莉萍(327)
世界贸易组织法律体系:法律之渊源	
····· [美]戴卫·派米特[瑞士]皮特斯·马罗狄斯 孙希尧译	(344)
重构还是超越:法律解释的客观性探询	
——以德沃金和波斯纳的法律解释论为主 ·····	田成有(368)
“法在事中”	
——从疑难案件的法律解释想起的 ·····	严存生(384)
事实与规范之间	
——对法官解释的研究·····	王 锋 张 纬(394)

罪刑法定原则下的法官角色及刑法解释	王瑞君(427)
“概念法学 VS 自由法学”的法解释学命题考察	
——写在“民法典”之前	夏贞鹏(439)
德沃金法律解释观探微	薛 媛(459)
德沃金“惟一正确答案”	
——一种实用的策略	柴玉丽 李怀德(481)

论法律推理的有效性

张传新

我们生活在一个充满冲突与纷争的世界,但我们祈求秩序与正义。为化解这些冲突与纷争,人类创造了多种纠纷解决机制,包括神明裁判、决斗、抽签等,但人类的理性之光使浸染于不同文化背景的人们都最终把法律作为社会调节、控制的主要手段。之所以有这种殊途同归的选择,并不是因为法律代表着暴力和权威,在这一点上它和神明裁判等方式没有本质的区别;也不是因为像自然法学家所讲的它代表着平等、自由与正义,这只不过是我们通过法律这条道路所希望达至的希望的目的,而是因为这种纠纷解决机制摆脱了主观任意和偶然随意的弊端,强调裁判的理由说明和正当性证明,使法律成为捍卫和平与公正的最佳选择。而这一切都需要依赖科学的法律推理才能实现。“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。”〔1〕可以说司法判决中的法律推理是司法权合理化的最重要的指标,是人们之所以选择法律的最根本的原因之一。

法律推理的目的是依据一定的法律前提得出一个有效的判决结果,但“有效性”却是一个充满歧义的概念,在不同的领域有不同的含义和要求。研究推理一般规律的逻辑学和更多关注推理结果能被普遍接受的法学对于法律推理的不同理解的一个重要方面就在于对法

〔1〕 张保生:《法律推理的理论与方法》,张文显序,中国政法大学出版社 2000 年版,第 1 页。

律推理的有效性有不同的要求。逻辑学家认为法律推理是普通逻辑研究的推理形式和规律在法律领域的运用,普通逻辑关于推理的一般有效性就是法律推理的有效性。而法律学家则更关注于推理的实质方面,他们认为推理的形式有效性要求是不言而喻的,判定一个法律推理是否有效的关键是看该推理是否具有实质有效性,它采用一种宽泛的合理性标准,合理性注重的是推理结果的可信服性、可接受性。它强调解决纠纷、实现法律价值的现实的普遍接受性。作为思维一般规律的逻辑性要求,是一切思维保证其正确的基本要求,违背形式有效性要求的推理必然是错误的推理,法律推理也不例外。但是,在现实的法律实践中,如果严格遵守推理的形式要求,作出的判决很可能背离法律的一般价值要求。怎样兼顾法律推理的形式有效性和实质有效性成为法律实践和理论的重要的难题之一。

一、两种典型的法律推理理论

在19世纪,英国法学家J.奥斯丁开创分析法学,标志着第一个制度形态的法律推理理论——形式主义法律推理占据了法律推理理论的主导地位。这一理论的主要特点是:第一,以法治为基础,第一次确立了作为制度形态的法律推理的自主性。第二,在法律推理标准上,法律推理要求适用内容明确、固定的规则,并将其法典化,裁判者根据纠纷中各方实质上的是非曲直作出决定,追求形式正义和正当性。把一致地适用普遍的规则看做是正义的基石,并认为只有独立于相互冲突的价值观而选择的标准或原则,其推理结论才具有真正的有效性。第三,在推理方法上以逻辑推理为主导形式。这种观点认为,一切法律问题都可以通过应用明确的、不变的规则而作出决定,因此,一切法律问题的答案都在人们的意料之中,惟一可用的法律推理方法就是逻辑的演绎三段论。在这种模式中,法律规则是大前提,案件事实是小前提,法官只需通过逻辑的演绎推理便能得出明

确、惟一的法律判决结果。^{〔2〕} 这些观点建立在以下理论设计之上。第一, 每一项具体的法律决定都是某一抽象的法律命题对某一具体“事实情景”的适用; 第二, 在每一具体案件中, 都必定有可能通过逻辑的方法从抽象的法律命题中导出判决; 第三, 法律必须实际上是一个由法律命题构成的“无空隙”(gapless)的体系, 至少也要如此被看待; 第四, 所有不能用法律术语合理分析的东西都是与法律无关的; 第五, 人类的所有社会行为都必须构成或者是对法律命题的“适用”或“执行”, 或者是对它的“违反”, 因为法律体系的“无空隙性”必然导致对所有社会行为的无空隙的“法律排序”(legal ordering)。但是, 事实证明, 这种认定制定法律完整无缺、法律和事实严格对应、法官如同“自动售货机”的法治观念, 不过是一种幻想, 一种“法律神话”(legal myth)。

随着这种法学理论局限性越来越多的暴露, 形式逻辑的推理方式在法律推理中的作用越来越受到人们的质疑。以美国的弗兰克以及霍姆斯大法官为代表的现实主义法学以经验为武器对形式主义推理理论进行了全面的批判。霍姆斯大法官的格言“法律的生命不在于逻辑, 而在于经验”成为这一理论最鲜明的旗帜和引用频率极高的一句话。这里的经验指的是: “可感知的时代必要性、盛行的道德和政治理论、公共政策的直觉知识, 甚至法官及其同胞所共有的偏见。”^{〔3〕} 该理论认为, 所谓的法律就是法官的行为和对法官行为的预测。“官员们关于争端所作的……即是法律本身”, 从根本上否定了分析法学所坚持的“法官必须依照现存的法律规则作出法律决定”的观点。这一理论认为形式主义的推理理论所赖以成立的大前提法律规则和小前提法律事实都是不确定的, 因此, “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

〔2〕 这方面的成就之一是1804年《法国民法典》, 按照拿破仑的观点: “将法律化成简单的几何公式是完全可能的, 因此, 任何一个能识字的并能将两个思想连接在一起的人, 就能做法律上的裁决。”转引自沈宗灵: 《现代西方法理学》, 北京大学出版社1992年版, 第329页。

〔3〕 〔美〕奥利弗·W·霍姆斯: 《普通法》, 转引自注〔1〕引张保生书, 第43页。

分的逻辑作出的。”在案件审理中,法官的个性起着关键的作用。法律推理的过程是法官在接收事件与情况的刺激以后,根据个人的主观评判先得出结论,然后再去寻找有关法律规则,这个推理过程的公式是:刺激+法官个性=判决。在审理疑难案件时,靠法官“拍脑门”定案并非什么新奇的事情。现实主义法学在对形式主义法律推理理论进行批判时走向了另一个极端,从而导致了法律怀疑主义的法律推理观,它主张“应该把法律视为一种政治,那么,法官将依据他们自己的社会正义观来裁判案件……这种怀疑态度把司法权扩大到了前所未有的范围,并且把法官设想为没有有效法律约束而治理的哲学王。它放弃了法治,寄希望于法官将发现具有广泛基础的可令人接受的社会正义”。“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。”〔4〕怀疑主义的法律推理理论虽然强调法律推理的灵活性,从而摆脱了形式主义法律推理观的僵化性、机械性,但是它所强调的法律只存在于具体的判决之中,根本不存在法律推理所必须遵循的标准的思想,最终将导致人们法律信仰的危机,这一点成为怀疑主义者难以圆满回答的难题。

二、法律推理的有效性依赖于推理 形式和内容的对立统一

长期以来,我国以“以事实为依据,以法律为准绳”的基本原则为审判取向,坚信“法网恢恢,疏而不漏”,但对于法律推理中的“事实”、“法律”以及怎样从法律推理的前提中得出审判结果缺乏深层次的思考。近年来,随着我国法制建设力度的加大,法律推理理论逐渐被纳入人们关注的视野,但总的来说并没有出现一种较成熟的法律推理理论,其主要表现就是很难将法律推理的形式有效性和实质有效性

〔4〕〔美〕史蒂文·J. 伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭、解兴权译,中国政法大学出版社1998年版,第4页。

统一起来。作者认为法律推理的过程既表现为推理形式上的形式逻辑性,又表现为实质内容上的辩证性,是形式和内容的对立统一。形式上的要求保证法律推理的明确性、一致性、必然性,而内容的要求则保证推理的合理性、正当性。不顾法律推理过程中众多因素的对立统一,只强调法律推理的逻辑要求,虽然可以得到明确、惟一的法律判决,但这一判决却可能是不公正、不合理的,从而背离法律的原有目标,使法律成为奴役人类的暴君。相反,如果从对形式主义的批判走向另一个极端,认为法律推理完全是非理性的结果,违背思维的形式规律、原则要求,那么,人们对法律判决的明确性、一致性、必然性要求就要落空,它所追求的公正、合理的价值目标也不可能实现,反而却有极大可能陷入法律虚无主义的泥淖,使法律成为某些人翻手为云、覆手为雨的工具。我们认为法律推理的形式要求和实质要求虽然存在一定的对立,但这种对立是有一定统一基础和目的的对立。要实现法律推理实质正义的目的,就必须遵守一定的形式要求,遵守一定的形式要求有助于实现实质正义、合理的目的。而实质正义的实现也有助于使法律形式的明确、一致,达到更高层次的统一,这依赖于法律推理的形式有效性和实质有效性。

(一)法律推理的形式有效性

推理的有效性是逻辑学研究最重要的课题之一,根据前提是否蕴含结论,可以将推理分为必然性推理和非必然性推理。凡前提蕴含结论者叫必然性推理,凡前提不蕴含结论的就叫非必然性推理。对于形式主义的法律家来说,法律推理必然是必然性推理。例如,如果法律中确实有杀人者偿命的规定,张三又确实杀了人,那么,在判决结果中就应该判定张三应该偿命。如果在法律中没有规定杀人者应该偿命,或者张三没有杀人,那么,在判决中就应该判定张三不应该偿命。决不允许作出“张三或者偿命,或者不偿命”这样的判决,并且,不管是谁杀了人,出于什么目的、采用了何种手段杀了人,杀人者都应该偿命。按照逻辑学对有效推理形式的要求,“一个必然性推理是否为有效的推理,并不决定于前提的真假,而是决定于它是否具有

有效的推理形式。什么叫有效的推理形式(简称为有效式)?就是如果赋予这种推理形式一真前提,按照这种形式进行推理,它的结论就必然为真的;反之,如果赋予某种推理形式一真前提,按照这种推理形式进行推理,结论并不必然是真的(既可能真,也可能假),这种推理形式就是非有效的(简称非有效式)。普通逻辑研究必然性推理就在于研究必然性推理的有效性问题。”〔5〕美国法学家波斯纳对法律推理中常用的三段论形式的有效性进行了形象的分析:“我开始于恰当和著名的(尽管如同我们有时会注意到的一样,这并不是标准化的)三段论:‘所有的人都会死;苏格拉底是人;因此苏格拉底会死。’这一论证的有效性——而不是该结论的真理性,有效性取决于其大小前提的真理性——看起来是完全令人信服的。但这只是因为这结论,即苏格拉底会死,是包含在第一个前提中‘人’的定义中了。这个前提实际说的只是,这里有一个贴了标签‘人’的箱子,里面有一些东西,其中每一个都会死。这第二个前提告诉我们这个箱子里的东西都有个名字牌,其中有一个牌子上写的是‘苏格拉底’。当我们把苏格拉底拿出箱子时我们就知道他会的,因为在箱子里的所有的东西都是会死的。我们只不过是拿出了我们先放进去的东西。”〔6〕然而问题的关键是,法律的箱子是什么?应该把具体案件归之于哪一个箱子或者贴上什么样的标签并不明确。这就造成司法归类的困难。法院判决时所面对的实际情况不是在真空中,而是在一套现行的法规的运作中出现的,这一点十分重要。在这种运作中,根据实际情况而作出的各种考虑,都可以看做是支持判决的理由。这些考虑范围是广泛的,既包括制定法,也包括各种各样的个人和社会的利益,社会的和政治的目的,以及道德和正义标准。他们一般可以用原则、政策和准则这样的术语表达出来。在某些案件中,也许只有某个考虑是相关的,它可以像一条法律规则一样明确地作为判决的根据。

〔5〕本书编写组编:《普通逻辑学》,中国国际广播出版社1993年版,第140页。

〔6〕〔美〕波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第49页。

但是在许多的案件中并非如此,法官也许会将这些考虑结合起来加以思索,安排其先后,并以为这样就足以支持他作出的判决,尽管每项单独的考虑做不到这一点。根据实际情况作出的考虑经常是相互冲突的,法院不得不权衡它们以确定何者为优先。^{〔7〕}这使得我们很难看清各个箱子大小、形状和上面贴的标签上的文字,有时候我们也不知道该把我们的东西应该放到哪一个箱子里去。从这些表述中我们看出,第一,法律推理作为一种复杂的理性思维活动,必须遵循一般的逻辑思维规律才能保证其结果的有效性。有逻辑错误的法律推理是不正确的,因而也是无效的。第二,在普通逻辑学研究中,对于推理形式是否有效的判定仅仅局限于它的形式,即真的前提必然导致真的结论,但对于前提是否为真并不予以判定。但在法律推理的实际过程中,法律法规也许是模糊不清的,而案件事实更可能是错综复杂的,在推理的前提都模糊不清的情况下,即使推理形式是完全有效的,也难保推理结论的正确性。第三,什么样的命题是真的,什么样的命题是假的,普通逻辑本身并不进行研究,也就是说保证法律推理的实质的有效性不是普通逻辑学研究的范围。

(二) 法律推理的实质有效性

形式推理只能保证推理的形式有效性,但不能保证法律推理的实质有效性,从而也就不能保证整个推理结论的有效性。如前面对法律推理过程的分析,法律推理的大前提法律规则、法律原则、判例等,法律推理的小前提法律事实都具有多样性,大、小前提间也存在着不同的推导关系,因此,从理论上来说,法律判决也会是多样的。但是,在司法实践中,法律判决又必须是明确的、惟一的,这里就存在一个选择问题:法院不可能通过普通逻辑的方法解决问题。而必须借助于运用正义观念、利益原则、人际标准、社会政策等价值尺度,对其选择之合理性进行价值评价和论证,以保证作出的判决的合理、正当。因此,法律推理比其他推理活动更需要通过辩论、证明或论证,

〔7〕〔英〕哈特:《法律推理问题》,刘星译,载《法学译丛》1991年第5期。

以达到弄清事实真相、作出公正判决的目的并发挥以理服人的教育作用。丹尼斯·劳埃德曾论证说,法官所作的选择,“并不符合从特定前提中用归纳方法推知结论的逻辑,但它却有一种自身的逻辑。这种逻辑是建立在理性考虑基础之上的,而这就使它同无端的判断完全区别开来。”〔8〕尽管我们必须承认,人类能够达致的这种推理论证的客观性还存在诸多限度,但是,这比认为法律推理只是普通逻辑的推理形式和规律在法律领域的运用或者认为法律推理是非理性的选择的观点更为可取。第一,因为这种观点是同日常语言用法相一致的,它拒绝把理性判断的范围局限于那些只能借助于传统逻辑的帮助才能得到的东西,具有更广泛的运用领域和价值。第二,那种认为法律推理只能是普通逻辑的演绎推理的观点,必然留下大量的演绎推理不能解决的问题,这些问题的判断和结论必然要依赖感觉、情感和专断等形式,不能解决法律推理的必然性和有效性问题,从而动摇整个法律大厦的稳定,而严格说来,这些判断和推理实属理性范围。第三,这种推理的特征在于它的实质性,而不是它的形式性,它对于普通逻辑关于推理有效性的要求是有益的补充。它能使我们对疑难情形进行透彻的探究,以揭示某个具体问题的所有方面并将它们置于关注的中心,进而发现解决问题的合理的方法。一个法律推理的实质有效性包括:第一,推理所依据的前提和推出的结果必须同该法律制度保持一贯性和一致性。是指推理意味着赋予法官不同的自由裁量权,这种裁量权有可能被滥用,必须加以约束,约束的方法除了法官的自律和制度的监督外,还必须对法律推理本身提出严格的要求。法律体系是一种具有一贯性和一致性的规范体系,对它的遵守能够确保我们实现某些值得珍视的目标,这就要求无论是对大前提的确定,还是对不同法律理由、裁判结果的选择都必须“依法作出”,即不论法官本人认为自己所持的价值观如何的正确合理,也不

〔8〕 转引自〔美〕E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第500页。