



法哲学与法学方法论丛书

张斌峰◎主编

杨晓娜◎著

类推的一般理论考察

法律类推适用反思

法律类推适用的结构分析

法律类推适用的有效性研究

法律类推的功能研究

法律类推适用新探

FALÜ LEITUI SHIYONG XINTAN



中国政法大学出版社



法哲学与法学方法论丛书

01400707
01400756

D9
51

法律类推适用新探

FALÜ LEITUI SHIYONG XINTAN

杨晓娜◎著



中国政法大学出版社



北航

C1695161

D9
51

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

法律类推适用新探/杨晓娜著. —北京:中国政法大学出版社, 2013. 11
ISBN 978-7-5620-5094-0

I. ①法… II. ①杨… III. ①法律—研究 IV. ①D9

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第258780号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 8.75
字 数 200千字
版 次 2013年11月第1版
印 次 2013年11月第1次印刷
定 价 28.00元

总 序

法哲学，也叫法律哲学，在学科上当归属于哲学。哲学是对世界的本质、意义、功能或效应的终极探寻，哲学具有反思性、超越性、批判性和建构性，法哲学和法学方法论亦然。只不过，法哲学和法学方法论更定向于对法律交往行为活动的反思、超越、批判和构建。科殷在《法哲学》中认为，法哲学把法的文化现象所提供的一些特殊的难题与哲学的普遍性的和原则性的问题结合起来。按照科殷的观点，法哲学研究法哲学的基本特征、正义的原则、实在法的本质和法学思维的特点。德国法学家考夫曼在《法律哲学》一书中也认为，法哲学是探讨正义的学说，是有关（正义的）应然法律、“正当法”或“公正法”的学说。因此，法哲学家的真正任务是维护社会正义和公共利益。

尽管并不需要每一位法律人都要成为专业的法律哲学家，但每位法律人至少应当有一定法律哲学的基础，借以释放自己的深切关怀和扩大自己的“难题意识”。法律哲学与法律理论的共同点在于，它们都不拘泥于现行的法，它们在原则上都站在超越体制的立场上，而把目光投向“正确的法”。法哲学显示出法学研究之超越性的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设的同时，它需要有一种批判的性格。虽然推进中国法学发展的使命与任务极其繁重，而且需要解决

的问题甚多，但最为艰难且最为基础的工作却是建构起我们这个时代的法哲学和法学方法论，以最终使法学在与其它场域发生互动关系的过程中摆脱“不思的”依附状况，维护其自身的自主性、批判性和建设性。

哲学为认识、反思和把握世界本体之学，哲学是本体论与方法论的统一，哲学是世界观，而世界观内在地包含着方法论。因为，世界观的获得本是观世界的结果。观什么？怎样观？观的对象就是我们所面临的世界，观离不开方法。观的对象即体，观的方法即用，体用不二，一体两面。哲学为体，方法是“用”，“用”即如何“观”世界——用什么方法、什么视角、什么工具、什么范式，去认识世界把握世界，逻辑学、符号学、语言哲学、语用学是方法之学。法哲学乃研究法的根本问题、法的观念的学科，它的任务是要从终极意义上对法作出回答，因而法哲学是法律的世界观，是本体论；法学方法论是研究法律和法律怎样适用的学科，法律是（参与法律交往行为活动中的——即以语言为媒介的交往行为活动中的）事实性与规范性的互动，而狭义的法哲学方法论就是法律方法论，是研究怎样透过法律言语行为去实现事实性与规范性的互动之学。详而言之，法学方法论是研究法律适用之价值导向和类型化思维之学，是研究法律解释、法律思维、法律推理和法律论证之学。也因此，法哲学透过法学方法而推进，又通过法学方法论而迈进法律真理的殿堂；在开放的世界中，在方法论学科的日新月异之中，推进法学方法论的创新和发展；法学方法论既是法律认识、法律思维和法学研究的结果，又是建构新法哲学得以发展的前提条件，现代法学方法论也因此而成为现代法学的“显学”，是现代法学知识的增长点！

纵观当代全球哲学、法哲学和法学方法论，展现出从一元

主义到多元互动，从“形而上学”到“后形而上学”；从事实世界到生活世界（“语言游戏”、规范世界和文化传统）；从群体主义到个体主义；从主客观二分到主客合一；从主体主义到主体间性；从个体主义到交互主义；从义务本位到权利本位；从主观权利（主观法）到客观权利（客观法）；从“交往自由”到“交往权力”；从抽象权利到具体权利；从“天赋人权”到“商谈权利”（“权利起自于商谈”）；从“纸上之法”到“行动之法”；从法制到法治，从德治到法治；从政治至上到法律至上；从“以法统治”到“以法治国”；从“无限理性”到“有限理性”；从全知全能到“无知论”（或“理性不及”）；从分析哲学到“后分析哲学”；从形式逻辑到非形式逻辑；从理论理性（逻辑理性、工具理性）到实践理性，再从实践理性到“交往理性”（或“沟通理性”）；从全权话语到个体独白；从自默独白到对话商谈；从说者中心到听者中心；从论证逻辑到修辞论辩；从逻辑实证分析到（超越形式法、理性法的）商谈语用范式；从逻辑语义分析到语用整合综观；从演绎推理到实质推理（归纳类推、实践推理、辩证推理等疑难案件中的推理）；从实质推理到语用推理……

然而，中国情境下出现的“政法传统”、“政治挂帅”和“以德治国”，把“政治”和“道德”凌驾于法律之上，遂致中国法治进程中的法律与政治以及道德关系的诡异与倒置，并且在法律价值观上还时常陷入一元主义（拒绝普世价值和价值多元化）、权力本位和政治至上；在法律思维上仍然难以杜绝全权话语、解释专断、推理倒置和论证无效；“前现代性”的制度瓶颈，乃至中国法制和法学“现代性”的不足，不仅使得“现代性”任务未尽，而且也使得我们同时遭遇“后现代性”。例如，道德与法律关系的“中国情境”在于，道德乃常常被当作法律

的基础，道德与法律并举，“以德治国”与“以法治国”并举，现代性使命之未尽——法律与道德尚未完成分离，更未完成法律的“形式法”（理性法时代）以及“福利法”的转型，法治尚未成为我们社会的制度根基，人治甚至时常主导着我们的社会……

当代中国法哲学和法学方法论，虽然经历过从无到有，从隐到显，从术入道，但作为法学理论的探寻者之使命依然。我们唯有一如既往、继往开来，直面中国情境，把握时代脉动，回返法律现象，道法自然，入乎其内，出乎其外，内外兼治，彰显自由、正义、民主与法治。透过批判性反思和理性重构，推进中国法制现代化，探索中国法治理想，探寻步入“民主法治”的（程序主义）“法范式”及其实现路径：从宏大叙事到微观论证，从个案实践到演进式扩展；不要过多的繁杂征引，避免繁复的头绪或晦涩笨拙的文字，又能透过重要的思潮和观念以及立论的证成，予以清晰易懂的阐述；既能高屋建瓴，又能深入浅出，以问题意识为中心，推动中国法治的语境化、情境化和实践性！

《法哲学与法学方法论丛书》主编 张斌峰

2013年3月于武汉南湖之滨

内容摘要

法律类推或称法律类比推理作为一种法律适用方法，目前法学界对其所进行的研究，主要是将其视作一种法律漏洞的填补方法。在法律适用过程中，通过涵摄、解释等方法无法获得具体的判决时，即认为法律存在漏洞，需要借助其他方法达到适用法律的目的，法律类推就是其中的一种。在这个意义上讲，除了填补漏洞，一般不需要法律类推的思维方法。而且在公法领域，尤其是刑法领域中是禁止法律类推的。刑事罪刑法定主义的基本立场是强调法律表现形式的确定性，即将刑法理解为有权制定法律的机关制定的成文的法，把犯罪的本质归结为对法律规定的违反。如果允许类推适用，就会导致公民对自己的行为无法进行后果预测，进而会使公民的权利失去保障。但是，随着语用学和诠释学对法律推理研究的渗入，对法律类推的研究如果只局限于私法领域法律漏洞的填补方法上，是对法律类推极大的误解和弱化。

本文试图从语用学和诠释学的视角对法律类推的结构进行重构性分析，通过对法律类推在判例法体制下和成文法体制下的适用反思，分析其基本的适用原理。进而提出法律类推并不是简单的有别于演绎和归纳的一种推理方式，而是一个有着复杂结构的综合性推理方法。通过对法律类推的有效性的分析，从哲学事物本质的视角来定位类推有效性的标准。在此基础上，

对法律类推的功能进行研究，释放法律类推的适用空间，认为法律类推不单单具有私法价值，在公法领域一样有适用的价值。在立法环节，法律类推是一种重要的思维方法，为追求公平正义的目的，立法有必要诉诸类型化的思维方式，将不同形态的事物，基于相同的本质而给予相同的对待。在司法领域，法律类推也是一种重要的法律适用方法。在刑事司法过程中，类推方式是适用刑法的基本方法，（王晓语）不管是填补法律漏洞还是具体案件的法律适用都和类推具有密切的联系；在案例指导过程中，法律类推也贯穿于始终，并且通过案例指导的创制与推广，促进形式正义与实质正义的实现；在法律人参与司法活动中，法律类推可以极大地提升法律人的实践理性能力与交往理性能力。

本书由导论、主体部分五章和结束语构成。在导论部分，通过质疑现有理论对法律类推的研究，提出本文所要研究的问题：法律类推在法律适用中不仅仅是填补法律漏洞的方法，在法律适用中应该有更大的适用空间；而且类推除了私法价值，在公法领域，比如刑法，也有其价值意义。然后概括介绍了在诠释学和语用学维度上对法律类推的主要的研究成果，并提出本文的研究方法、基本架构和主要观点。

第一章对类推的一般理论进行了考察。通过对古代类推思想、当代逻辑学意义的类推理论和心理认知学之类推的研究，概括认为类推主要有三个基本特点：其一，类推的归纳概括性，其结果和演绎推理的结果相比具有一定的创新性；其二，类推结论得出的演绎性，在获得相同性的基础上得出结论的推理方式依然是演绎的；其三，类推是一种综合的推理方法，其推理过程包含有归纳、演绎的成分，而且不管是在自然科学领域还是社会科学领域，都是一种重要的思维方法。

第二章对法律类推的适用进行反思。通过对法律类推在大陆成文法体系下和在普通法判例法体系下适用的反思,指出法律类推适用本身具有一种本质的相同性。法律类推在判例法体系下是法律适用的主要方法,处于一种“正典”的地位,法律类推的适用表现出几个特点:一是比较,依据判例对待决案件进行类推,就是将待决案件和判例的案件事实进行比较,比较二者是否存在着“关系上的相似性”;二是法律类推适用中推理前提是通过概括归纳获得的;三是判决结果的演绎性获得。在成文法体系下,基本上认为法律类推是填补法律漏洞的主要方法,其基本结构是以法律规范为出发点,要求其所规范的案件与待决案件具有相似性,援引该规范进行类推,最后判定待决案件与法律规范所能规范到的案件具有相似性,通过上位概念使待决案件被法律规范所涵摄。在此,法律类推也表现出几个特点:一是待决案件和法律规范所规范到的案件之间的比较;二是上位概念的归纳;三是法律规范的演绎适用。结合德沃金和考夫曼的类推理论,经过对二者的比较,本书得出另外一种结论,即认为法律类推适用,不管是在判例法体制下还是在成文法体制下,具有相同的适用特点,主要表现在:其一,适用基础基本是相同的;其二,适用原理是相同的;其三,类推适用的本质是相同的。

第三章分析法律类推的结构特点。法律类推的过程并不是简单地从“特殊到特殊”、“部分到部分”的推理过程,其中包含设证、归纳、演绎等推理成分,其是一种结构复杂的综合推理过程。一是设证;在法律适用的过程中都存在有一个设证的推论环节,是确定类推依据的主要方法,因为,确定类推的依据需要对待决案件的事实进行分析,然后根据已有的背景知识引导,寻找相类似的法律规则或判例,其过程就是一个设证推

理的过程。二是归纳；在法律类推中，在经过设证，假定所要适用的法律规则或判例之后，要将待决案件和欲适用的法律规则进行比较，通过归纳以确定可以进行类推的基础，其中要经过待决案件和设证结论的比较，要通过上位概念确定相似性的存在，从两个特殊命题求得一个上位概念，以证明二者具有相似性，而具有法律评价的相同性。三是演绎；对于法律类推适用来讲，在求得可能适用的法律规则或判例之后，由法律规则或判例和待决案件为前提得出结论，其过程就是一个演绎推理的过程，由此可见，类推适用的过程包含演绎的成分，其中演绎是获得最后结论必经的一个程序。

第四章是法律类推的有效性研究。首先分析了法律类推有效性的概念，指出法律类推的有效性具有两个方面的内容：形式的有效性和内容的有效性。在此基础上，着重分析了法律类推有效性的标准，通过对诠释学维度上事物本质理论的研究，认为事物本质是法律类推有效性的标准。最后提出对法律类推有效性的论证可以从三个维度上来进行：一是诠释学语境下的实质论证。法律类推适用是否有效，对其实质内容的论证具有诠释学的品性，主要表现在法官对法律规则和案件事实应具有正确的前理解。二是程序性的外部证成式论证。法律类推的前提包括实在法规则、经验性命题，也包括既非经验命题亦非实在法规则的命题。而对于案件事实来说，后者更为常见。对此，应当区分不同的前提形式，采取不同的论证方法，分析其不同的作用，以保证法律类推的有效性。三是语用学视角下的有效性论证。法律推理大小前提的建构是言语行为的表现形式，因此，语用学方法是进行法律类推有效性论证的崭新视角。法律类推的推理形式要求遵守会话合作原则，推导出说话者的言外之意便是寻求个案之间相似度的有效途径，相似度或不同度的

程度如何，便是类比推理的基础。但合作原则自身的弊端使得类比推理在此模式下容易陷入机械化，并且因为语境信息的模糊而使推理陷入不可靠的境地。此时，关联理论下的认知语境弥补了这方面的不足，关联模式下的推理是在认知语境下寻求案件的最大关联性和最佳关联性，而关联度是否最大或最佳，这就取决于认知语境的强度。

第五章研究法律类推的功能价值，主要从立法和司法两个层面对类推的功能与意义进行了考察。在立法层面，认为立法是法的发现的过程，事物的本质是立法的基础。为追求公平正义的目的，立法有必要诉诸类型的思维方式，将不同形态不同外在特征的事物，基于相同的本质而给予相同的对待。正由于这种类型的思维方式，使立法具有了一种类推性，因为类推就是一种运用类型寻求事物本质的思维方式。在司法层面，认为法律适用的过程具有一种类推性，在类推过程中，法律规范（应然）与案件的具体事实（实然）相互对应；从而使抽象的法律规范经过解释，使其构成要件在个案上具体化。

接下来分别从三个具体的司法领域来考察法律类推适用的功能。首先，对备受关注的刑事司法中类推的问题进行了专门论述，指出类推与罪刑法定原则并不冲突，刑事司法过程中，不管是填补法律漏洞还是具体案件的法律适用都和类推具有密切的联系，可以说类推方式是适用刑法的基本方法。其次，重点探讨了法律类推在我国案例指导制度中的应用和意义。案例指导的适用是一个反复说理、充分对比的过程，类推是在两类对象之间具有一定相似性关系的基础上进行的从个案到个案的推理方式，因此，类推的模式与案例指导的过程最为契合，并且它始终贯穿于案例指导制度的适用过程之中。运用法律类推建构的案例指导制度，不仅可以促成一般正义（形式正义）的

实现,也可以促进个别正义(实质正义)的实现。从案例指导制度的外在价值目标来看,实现“平等对待”或“同案同判”是其存在合理性的主要表现,而平等对待正是形式正义的核心因素。在通过类推建立案例指导制度的过程中,一个重要的前提环节是寻找基点案例,这个过程就是论证并实现实质正义的过程,而将指导性案例进行推广及适用则是将个别情形演变成一般情形,也即是实质正义普遍化为形式正义的过程。最后,本文考察了法律类推如何提升我国法律人的法律思维能力。法律类推不仅建基于法律人实践理性之上,而且也建基于法律人交往理性之上。其一,法律类推是一种实践理性能力。法律类推可以提高法律人必备的关于法律类推的知识与技巧,可增进法律人(尤其是法官)的审判经验,并将个体司法经验统合为群体的司法经验,从而成为一种规范性经验。其二,法律类推不仅是一种实践理性能力,更是一种交往理性能力。在交往理性基础之上进行的法律类推是一种商议式的司法,它以主体间性和有效性要求为构成要素,克服了实践理性的独断性与单一主体性,谋求通过合作、沟通与协商达至推理结论的一致性,形成认同与共识,解决矛盾纠纷,最终维持社会的团结和持续合作。而所有参与法律类推的法律人都可以从这一过程中提升其沟通与交往能力,实现其合法性权利,并成为理性和负责任的公民。

结束语部分,从认识论的角度再一次肯定类推思维对法律适用的重要意义,应当进一步拓展法律类推的适用空间,建立案例指导制度,培养法官等司法工作者类型思维的能力,增强其实践理性能力与交往理性能力,正确适用法律,维护法律公平正义的基本价值要求。

目 录

总 序	(I)
内容摘要	(V)
导 论	(1)
一、研究的缘起及论题的限定	(1)
二、研究的新进展：语用认知学和诠释学的 新视角	(8)
三、研究的意义：司法上实现公平正义的 时代需要	(11)
四、研究的思路与方法	(14)
五、研究的基本架构与主要观点	(16)
第一章 类推的一般理论考察	(21)
一、古代类推思想	(22)
(一) 中国古代的类推思想	(22)
(二) 西方传统类推理论	(35)
(三) 因明三支论式的推理	(38)
二、当代逻辑学意义之类推	(39)
(一) 逻辑类推的概念	(40)
(二) 逻辑类推的特征	(43)

三、心理认知学之类推	(46)
(一) 心理认知类推的概念	(46)
(二) 心理认知类推的特征	(49)
(三) 心理认知类推的应用	(53)
四、类推的基本特点	(54)
(一) 类推过程的归纳概括性	(54)
(二) 类推结论的演绎性获得	(56)
(三) 类推是一种普遍性的思维方法	(56)
第二章 法律类推适用反思	(58)
一、判例法体制下的法律类推	(59)
(一) 关于法律类推适用的不同观点	(59)
(二) 法律类推在判例法体制中的特点	(64)
(三) 德沃金的原则立法论：一种泛类推理论 ...	(67)
二、成文法体制下的法律类推	(69)
(一) 适用原理分析	(69)
(二) 法律类推在成文法体制中的特点	(74)
(三) 考夫曼的类推思想：类推是一种 复杂性的比较	(76)
三、判例法与成文法的类推适用之比较	(83)
(一) 法律类推适用基础具有相同性	(83)
(二) 法律类推适用原理具有相同性	(86)
(三) 法律类推适用本质具有相同性	(91)
第三章 法律类推适用的结构分析	(97)
一、设证——寻求类推的依据	(97)
(一) 设证是科学研究的主要方法	(97)

(二) 设证对法学的价值意义·····	(104)
(三) 设证是求得类推依据的方法·····	(112)
二、归纳——确定相似性·····	(117)
(一) 归纳的一般理论·····	(117)
(二) 归纳推理在法律适用中的应用·····	(119)
(三) 通过归纳求得类推的基础·····	(121)
三、演绎——得出结论·····	(125)
(一) 演绎的一般理论·····	(125)
(二) 演绎推理在法律适用中的应用—— “司法三段论”·····	(129)
(三) 演绎是获得类推结论的必经程序·····	(132)
 第四章 法律类推适用的有效性研究·····	(135)
一、法律类推有效性的概念分析·····	(135)
(一) 有效性的含义·····	(135)
(二) 凯尔森、哈贝马斯关于有效性的研究·····	(137)
(三) 法律类推的有效性：形式有效性与 实质有效性·····	(142)
二、法律类推有效性的标准——“事物本质”·····	(144)
(一) 对“事物本质”的一般认识·····	(145)
(二) 法学中的“事物本质”·····	(147)
(三) “事物本质”是法律类推有效性的 标准·····	(150)
三、法律类推有效性的论证规则·····	(153)
(一) 法律论证概述·····	(153)
(二) 法律类推有效性的论证—— 传统的困境·····	(155)

(三) 法律类推有效性的论证——以诠释学、 程序性外部证成及语用学为视角·····	(157)
第五章 法律类推的功能研究 ·····	(182)
一、法律类推与立法 ·····	(182)
(一) 立法的基本理论及其局限性·····	(182)
(二) 立法是法的发现的过程 ·····	(185)
(三) 立法的类推性·····	(188)
二、法律类推与司法 ·····	(193)
(一) 司法三段论的困境·····	(193)
(二) 法律发现与法律适用·····	(195)
(三) 法律适用的类推性·····	(197)
三、刑事司法并不禁止类推 ·····	(201)
(一) 扩张解释就是一种类推解释·····	(201)
(二) 罪刑法定原则不否定类推·····	(204)
(三) 刑事司法中可以进行类推·····	(208)
四、从法律类推适用看我国案例指导制度的确立 ···	(216)
(一) 法律类推在案例指导制度中的运用·····	(217)
(二) 通过类推下的案例指导实现司法正义·····	(225)
五、从法律类推适用看我国法律人法律思维能力的 提升 ·····	(232)
(一) 基于实践理性之上的法律类推适用·····	(232)
(二) 从实践理性到交往理性·····	(236)
结束语：拓展法律类推的适用空间 ·····	(244)
主要参考文献 ·····	(252)