

中青年法学文库

制定法推理与判例法推理

Reasoning from Statutes and Case Law

王洪著



中国政法大学出版社

中青年法学文库

制定法推理与判例法推理

Reasoning from Statutes and Case Law



王 洪 著



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

制定法推理与判例法推理 / 王洪著. -- 北京 : 中国政法大学出版社, 2013. 8
ISBN 978-7-5620-4986-9

I. ①制… II. ①王… III. ①制定法—法律逻辑学 ②英美法系—法律逻辑学
IV. ①D90-051
中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第203414号

书 名 制定法推理与判例法推理
ZHIDINGFA TUILI YU PANLIFA TUILI

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 720mm×960mm 16 开本 26 印张 439 千字

版 本 2013 年 8 月第 1 版 2013 年 8 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4986-9/D·4946

定 价 59.00 元

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

.....
中国政法大学校级人文社会科学研究项目资助
中国政法大学校级交叉学科建设项目资助
.....

总序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科确立其独立的地位。然而一个世纪以来，中国坎坷曲折的历史始终使法学难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年“文革”期间更索性彻底停滞。既先天不足，又后天失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

20世纪70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展为我国法学发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高，法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在注重建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的法制现代化建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性

II 制定法推理与判例法推理

回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望此文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外法学界的鼎力相助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

前 言

早在两千多年前，古希腊思想家亚里士多德（Aristotle）就有了法治的梦想。在人类的历史长河中，这个法治梦想的火种，尽管有时微弱，但从未熄灭，一代代的薪火相传，终于在今天汇聚成不可阻挡的燎原之火，它点燃了无数人的法治梦想。究竟是什么让法治拥有如此强盛的生命力？亚里士多德自己给出了答案，那就是在法治深处蕴藏着不受个人情感所支配的理性力量。

亚里士多德给人们讲述了一个寓言。在寓言中，安提西尼斯说道：“兔子在议会发言，要求大家都应平等，狮子答道，你的爪子和牙齿在哪里？”亚里士多德讲述这个寓言，并非要人们崇尚狮子的爪子和牙齿的力量，恰恰相反，他强调的是人的理性的力量，人不像其他任何动物，人有逻各斯（Logos），即理性，能够区别善恶，自己治理自己。许多世纪过去了，人们逐渐地领会了法治的精髓，积累了法治的经验，确立了法治的理性传统。汉密尔顿（Hamilton）说道：“司法部门既无强制，又无意志，而只有判断。”^{〔1〕}而美国联邦最高法院的那些身穿黑袍的大法官们，正是基于亚里士多德所说的探寻事物真相的“沉思”（contemplation）和决断事情是非的“审慎”（deliberation），凭借他们理性思考之上的决断而不是他们个人的擅断，化解了危机与冲突，彰显了社会公平与正义，获得了社会公众的普遍信任和尊敬，为法治赢得了如此广泛而崇高的权威与力量。

〔1〕〔美〕汉密尔顿、杰伊、麦迪逊：《联邦党人文集》，程逢如、在汉、舒逊译，商务印书馆1980年版，第391页。

IV 制定法推理与判例法推理

法官们基于制定法或判例法审理具体案件不是一件轻而易举的事情。正如美国联邦最高法院霍姆斯（Oliver W. Holmes）大法官所言，法律规则不是由公理和推论组成的数学书，不是从权威那儿理所当然地拿来的，不是不证自明的，而是有争议也是可争议的，还是流动变化的。法律不可能预见到所有具体案件，不可能为每个案件准备好确定无疑的具体答案。指望有一天法律会制定得尽善尽美，只能是一个“不可能的幻想”。但是，倘若借口法律不确定，法官们就可以按照自己的意愿随心所欲地对有关条款妄加解释，就可以在法律条款的空瓶子里任意地倒进任何东西，这对于法治而言是一个“可怕的噩梦”。法治不会容忍一个法官基于幻想与感觉、武断与偏见，甚至抛一枚硬币来作裁决，而且也没有任何一个法官承认自己就是这样来判案的。既然那幻想是荒诞的，而那噩梦又是不可忍受的，那么法官们到底应当依靠什么去拨开这重重迷雾？答案是不言而喻的，那就是遵循法治的理性传统，恪守法治的理性精神，汲取法治的理性经验。这是法官能够选择的唯一正确的道路，也是一条能够充分显现法官智慧的道路。

在浩如烟海的判决中，也幸好是有了法治确立的理性传统，使得我们能够看到大法官们留下的在今天依然熠熠生辉的裁决。变幻莫测的风云以及变化无常的人性都汇聚在他们的胸中，人类迄今为止所取得的法治原则以及从心灵深处汨汨流出的理性精神奔流于他们的笔端。每一次裁判都为我们送上心灵的震颤，每一个论证都让我们沐浴在理性的阳光之中。这些理性是有生命的，它目光深邃而远大，它悄无声息却是一股神秘而强大的力量，它抚慰直达心灵的沧桑，回应深沉而温暖的情意，人们无论身在何处都能感受到它的存在。马伯里诉麦迪逊案、米兰达诉亚利桑那州案、纽约时报公司诉美国案、罗伊诉韦德案的判决就是最好的明证。每次掩卷沉思，柏拉图说的一句话都会袭上心头：“理性是灵魂中最高贵的因素。”在法治的世界里到处回响着理性的声音，领会法治的理性传统以及法治所追求的理性精神，领略法律中的推理与论证艺术以及大法官们的智慧，无疑是引人入胜且意义重大的。

对于一个法律人来说，拥有智慧与怀有良知是同等重要的。倘若一

个法律人缺乏足够的智慧，他也极容易成为一个社会公敌。很自然地，一个法律人对法治的理性传统、理性技艺与理性精神要有相当深入的了解，并且能够融会贯通地运用到自己的决断中去。这或许还不是我们的现实，但一定会是我们的未来。我对此深信不疑。

王 洪
2013 年夏天于北京

目 录

I	总 序
III	前 言
1	绪论 法律的生命在于经验也在于逻辑
1	一、霍姆斯的名言与布鲁尔的愤怒
2	二、康德的三种法则
8	三、公平正义之艺术
12	第一章 规则之治与良法之治
12	第一节 法治的理想——规则之治与良法之治
13	第二节 实在法的妥当性与适当性
13	一、实在法的优劣问题
14	二、富勒的标准：法律的内在道德性
16	三、韦伯与伯尔曼的合理性要求：“形式合理”与“实质合理”
17	四、三重理性标准与要求：逻辑理性、实践理性、价值理性
62	第二章 事实推理与事实发现
62	第一节 事实推理
62	一、事实发现：探寻事情真相
63	二、证据推理与案情推理

2 制定法推理与判例法推理

64	三、事实推测与推断、事实推证和推定
65	第二节 事实推断与推测
65	一、确定性推理工具：自然推理系统 P^N
70	二、不确定性推理方法：合情推理模式与方法
91	三、非对称性推导原则：“最佳解释”、“判决性检验”、“独立证实”
96	四、真相难寻：悬案、疑案与错案
99	第三节 事实推证与推定
100	一、推证与推定的原则：证明责任与证明标准 规则
110	二、推证与推定的准则：程序理性、经验理性、逻辑 理性
121	三、推证与推定的模式：默认推理与界限推理
123	四、法律真实与客观真实
123	五、论证与盘诘的艺术
134	第四节 合理的怀疑
134	一、主动进攻与积极抗辩
135	二、最好的辩护
145	三、理性的抗辩
160	四、智慧的对决
164	第三章 法律推理与法律获取
164	第一节 法律的不确定性与可推导性
164	一、孟德斯鸠的梦想与概念法学的神话
168	二、法律的疑难案件：“法律疑义”、“法律反差”、“法律漏洞”、“法律冲突”、“恶法”

178	三、法律的不确定性：开放性文本、非协调性结构、不完全性协议
191	四、法律的可推导性：“相对的开放性”与“有限的不确定性”
194	第二节 法律推理规则与方法
194	一、法律推理：法官释法与造法
197	二、法律推理规则：文义规则、弊端规则、黄金规则
206	三、法律推理方法：形式推导、目的推导、价值推导
229	四、法律推理：形式推理与实质推理
232	第三节 法律推理模式
235	一、解释推导：“情境思维”或“具体化思维”
242	二、还原推导：“整体思维”
247	三、演绎与类比推导：“关联性思维”与“融贯性思维”
262	四、辩证推导：“权衡思维”、“均衡思维”与“制衡思维”
279	五、衡平推导：“一般正义”与“个别公平”
288	第四章 判决推理与裁决证成
288	第一节 判决推理与法律论证模式
288	一、司法裁决：事实与法律的结合
289	二、制定法判决推理：涵摄与演绎法
297	三、判例法判决推理：区别与例推法
300	四、图尔敏论证模型：递归论证
304	五、缺省逻辑模型：一般论证与个别论证
308	六、裁决的可争议性
312	第二节 法律论证与裁决证成准则
313	一、自由裁量与秉公裁判义务

4 制定法推理与判例法推理

315	二、法官论证与说服义务：“公开判决理由”
322	三、裁决证成的标准与要求：“内部证成”与“外部证立”
330	四、裁决证成的逻辑理性与经验理性准则：“逻辑证立” 与“经验证实”
343	五、裁决证成的价值理性准则：“实在法证成”和“衡 平与正义”
357	六、司法的审慎
366	结语 法律的未来
366	一、“心与头脑的对话”
367	二、“部分是科学，部分是艺术”
368	三、法律的意志与法官的智慧
371	四、“司法的最高境界”
373	五、法律的未来
375	案例索引
378	关键词索引
392	主要参考文献
401	后 记

绪论 法律的生命在于经验也在于逻辑

一、霍姆斯的名言与布鲁尔的愤怒

美国联邦最高法院大法官霍姆斯（Oliver W. Holmes）在《普通法》开篇说道：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。对时代需要的感知，流行的道德和政治理论，对公共政策的直觉，不管你承认与否，甚至法官和他的同胞所共有的偏见对人们决定是否遵守规则所起的作用都远远大于三段论。法律包含了一个民族许多世纪的发展历史。它不能被当作由公理和推论组成的数学书。”〔1〕人们在强调法律是经验时津津乐道的就是这段话的第一句。

霍姆斯其实要强调的是，法律是我们生活与历史的一部分，支配我们生活以及历史发展的不是数学公理，而是社会实际需求与社会公平正义观念。人们应该确立、制定与选择什么规则主要是由人们的需求、愿望和追求来决定的，即法律的内容、规范取向及其选择是由人们的生活、好恶、甚至是偏见来决定的，从来不是由数学和逻辑来决定的。法律不是一部由公理和推论组成的数学书，不是不证自明的或从权威那儿理所当然地拿来的，不是不可争议或永远不变的。它是人们生活与历史的产物，是可争议的和随着生活和历史的变化而流动变化的东西。他要强调的是，“危险不在于承认支配其他现象的原则也同样制约法律，危险在于这种观念，即比如像我们这样特定的制度能够像数学那样从某些行为的一般公理中推导出来。”〔2〕霍姆斯并没有否认逻辑在法律领域里的作用，没有认为逻辑在法律领域里是可有可无的，更没有认为在法律领域里是可以违反逻辑的。恰恰相反，正是由于法律是经验和生活的产物，不是由公理和推论组成的数

〔1〕 O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, ed. M. Howe, Boston; Little Brown, 1963, p. 1.

〔2〕 在霍姆斯看来，法律不是一个如同几何学或代数的公理体系（axiomatics system），法律适用不能简单地视为概念、命题之数学演算，不应是“公理取向”的。——Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”, in *Collected Legal Papers*, ed. Mark de Wolfe Howe, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1910.

学书，不是完美无缺、无可置疑和一成不变的，因而，它就更需要依靠逻辑概括与总结，更需要接受逻辑指引与批评。正如博登海默指出，虽然逻辑并不能解决法律中最为棘手的问题，但这并不意味着逻辑与经验之间的相互关系是对立或相背的。在行使司法职能过程中，逻辑和经验与其说是敌人毋宁说是盟友。^{〔1〕}

法律的生命实际上也是依赖理性维系的，没有理性的法律是没有生命力的。逻辑是理性要求的底线，没有逻辑就没有任何理性可言。美国联邦最高法院大法官卡多佐（Benjamin N. Cardozo）说得好：“霍姆斯并没有告诉我们当经验沉默无语时应当忽视逻辑。”^{〔2〕}任何法律与法院裁决只有经得起逻辑的批判才能经得起社会公众的合理怀疑，意大利法学家贝卡里亚（Beccaria）所担心的“不幸者的生活和自由成了荒谬推理的牺牲品或者成了某个法官情绪冲动的牺牲品”的事情才不会成为现实。正因为如此，美国法学家布鲁尔（Brewer）曾痛心疾首地指出，由于人们不恰当地把经验放在逻辑的对立面，“使得好几代的律师、法官和法学教授（不管是否沿着霍姆斯的道路）事实上没有把严格的逻辑形式研究放在法律课程的恰当位置。结果，美国的法律文化——表现在法学院、律师简报、法官司法意见的撰写、法学教授的法理学思考——普遍地缺乏清晰的司法论证，法官和律师简报既没有也不可能达到更高的理性的、清晰的水平。事实上，法学教授甚至更加推崇理性的不清晰，把它当作法律论证的优点。”^{〔3〕}

二、康德的三种法则

德国哲学家康德指出：“有两种东西，我对它们的思考越是深沉和持久，它们在我心灵中唤起的惊奇和敬畏就会越来越历久弥新，一是我们头上浩瀚的星空，另一个就是我们心中的道德律。”康德在这里谈到了两种法则，一是自然法则，二是道德法则。他在《道德形而上学基础》中谈到了第三种法则即思维法则。“所有的理性知识要么是实在的和涉及某些客体的，要么是形式的和仅仅涉及理解与理性本身的形式，即涉及思维的普遍规则而不考虑其思维对象的差别。形式的哲学称为逻辑学；实在的哲

〔1〕 [美] E. 博登海默：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第478～479页。

〔2〕 [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第17～18页。

〔3〕 [美] 斯科特·布鲁尔：“从霍姆斯的道路通往逻辑形式的法理学”，载 [美] 斯蒂文·J. 伯顿主编：《法律的道路及其影响——小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》，张芝梅、陈绪刚译，北京大学出版社2005年版。

学，即必须决定各种客体及其隶属的法则之哲学又可分为两种，因为这里所说的法则要么是自然的，要么是自由的。有关自然的科学称为物理学，或自然科学；有关自由的科学称为伦理学，或伦理哲学。”〔1〕

正如德国法学家布赫瓦尔德（Delf Buchwald）指出：法律思维有三个关键领域。它们是法律概念和体系的建构、法律的获取、判决的证成。法律思维也可以概括为立法与司法两个主要领域：其一，立法领域主要解决法律概念和体系的建构问题；其二，司法领域主要是解决事实发现或事实确认、法律获取或法律发现、主张与判决的证成与说服问题。在司法过程中，法官不可避免地要解决三个不同的问题：其一，发现事实或认定事实，即对案件事实作出判断或推断，探寻案件事实真相；其二，寻找法律或获取法律，即对有关法律作出判断或推断，获取或确立案件的裁判理由或依据；其三，根据法律和事实作出裁决，即将法律适用于具体案件，将案件事实置于法律规范之下，对案件事实进行司法归类，即根据法律和事实作出并证成裁决。〔2〕

在北京市丰台区人民法院审理的奥拓车苯污染案中〔3〕，朱女士购买和使用的奥拓车是否存在苯污染？朱女士购买和使用的奥拓车的苯污染与她患重症再生障碍性贫血而死亡是否存在因果关系？这是本案要解决的事实确认问题，是需要收集证据并基于证据加以解决的。苯污染超标的奥拓车是否构成不合格产品？生产商和销售商是否应当承担法律责任？这是本案要解决的法律获取与法律适用问题。这涉及对法律中的不合格产品概念以及相关法律责任内容的解释或理解问题，以及在此基础上对案件事实的评价与归类问题。

在美国联邦最高法院受理的关于堕胎案、平权法案（affirmative action）、安乐死案、言论自由案中，法官需要解决的是案件涉及的一系列法律问题：

〔1〕 Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Moral*, trans. by H. J. Paton, Harpar and Row Publishers, p. 55. 转引自张乃根：《西方法哲学史纲》，中国政法大学出版社2002年版，第178页。

〔2〕 参见王洪：“论制定法推理”，载《法哲学与法社会学论丛》2001年第4期。

〔3〕 奥拓苯中毒案：2002年8月，北京消费者朱某买了一辆新奥拓轿车，同年9月30日，朱发现自己身上有大量的出血点，到医院确诊其为重症再生障碍性贫血急性发作，2003年3月25日，朱因医治无效去世。此后，朱的丈夫李某把奥拓车送至中国室内装饰协会室内环境监测中心检测，证明车内空气苯含量超标。2003年11月18日，李某以妻子因“新车苯中毒致死”为由，将销售商与生产厂家告上北京丰台区人民法院。因证据不足，法院一审判决驳回了李的诉讼请求。二审法院裁定书中指出，上诉人不能证实朱某患重症再生障碍性贫血而导致死亡系朱某购买和使用的奥托车存在苯污染所致，故上诉人起诉缺乏事实和理由。载《中国消费者报》2006年4月19日。

“胎儿是一个拥有自己的权利和利益的人吗？如果是，这些权利中包括免于被杀害的权利吗？当继续怀孕会造成母体的严重不利或者是伤害的时候还享有这项权利吗？如果不是，国家对堕胎的禁止或管制还有其他根据吗？”“允许各州计算本州各大学和学院的申请人的种族比例来决定录取人数，是不是违反合众国对其公民的平等保护条款？这与根据申请人的能力倾向测验成绩或者是篮球水平来决定取舍有差别吗？”“拒绝承认一个生命垂危的人选择自己如何去死以及何时去死的权利，是否违反有关一个优秀政府所应追求的基本信念？公民是否拥有对于个人问题在精神上的独立决定权，这种权利意味着他们可以选择自己的死亡方式吗？这个权利是不是最高法院所陈述过的通过正当程序条款所保护的有序自由理念的一部分？在堕胎和安乐死之间存在什么样的联系？如果说宪法授权怀孕妇女拥有堕胎的权利——正如最高法院的判决表明的那般，这是不是允许生命垂危的病人有选择怎样死和何时死的权利？经常被引用的‘谋杀’（killing）和‘被动安乐死’（letting die）之间的区别在安乐死的争议中扮演了何种角色？在停止治疗的消极行为和开出致死处方的积极行为之间是不是存在道德上的中肯的（pertinent）区别？”“为什么政府需要给言论自由提供特别的保护？顽固分子以污辱性和挑衅性的语词攻击少数种族是不是也在这个自由之内？这是不是说政府机关的候选人有权将尽可能多的财力花费在他们的竞选上？或者说捐赠人有权将尽可能多的钱财捐献给这些竞选活动？”〔1〕

在事实发现、法律获取、裁决证成的过程中，人们不可避免地要作出判断并要进行相应的推论与论证。〔2〕在大陆法系国家，正式的法律渊源只有制定法，这些推论和论证是在制定法框架下完成的；在英美法系国家，制定法和判例法被认为都是正式的法律渊源，这些推论和论证是在制定法框架和判例法框架下完成的。基于制定法的推论与论证统称为制定法推理（Reasoning from Statute Law）；基于判例法的推论与论证统称为判例法推理

〔1〕 [美] 罗纳德·德沃金：“我们的法官必须成为哲学家吗？他们能成为哲学家吗？”，傅蔚冈、周卓华译，载法律思想网。

〔2〕 广义的推论或推理包括论证。论证是指运用推论或推理确立论题成立的过程。狭义的推论或推理不包括论证。“推理通常是指人们思维的一种活动，是从某些陈述出发，这些已作出的陈述必然要引起对陈述之外的另一些事物加以论断，而且是作为这些陈述的一个结果。”参见苗力田主编：《亚里士多德全集》（第1卷），中国人民大学出版社1990年版，第551页。“逻辑思维的特点在于运用概念，并进行判断和推理，因而通常又称之为概念思维或理论思维。”参见彭涟漪：《概念论——辩证逻辑的概念理论》，学林出版社1991年版，第2页。