

# 法律判断形成的模式

郑永流\*

**内容提要:**法律判断是应用法律的结果。法律应用包括法律适用和法律发现,且主要是法律发现。在法律适用中,事实与规范相适应,判断可直接通过推论得出,这可称为推论模式;而在法律发现中,由于事实与规范不对称,在通过推论得出判断之前,先要对事实与规范进行等置,使事实一般化,将个案向规范提升,将规范具体化,使规范向个案下延,并在两者之间来回审视,螺旋式向上发展,这就是等置模式。相应地,法律判断形成模式包括推论模式和等置模式两种。

**关键词:**法律判断 法律发现 推论模式 等置模式

事实与规范或实然与应然的分合,自人类思想成体系以来,一直就是困扰人们的基本问题之一。<sup>[1]</sup>就法学而言,它也主要是围绕事实与规范展开自己的历史,生成无数论题:本土法与外来法、传统法与现代法、民间法与国家法、法律与道德、规则与原则等等。本文涉及的首先是一般法律观中的事实与规范,在此,事实是实然的生活关系,规范是应然的价值评价;对它们进行研究,旨在确定人们的一般行为准则。本文集中处理的是法律应用中的事实与规范,在此,事实指实际发生的个案,规范指以制定法为主的法律;对它们进行处理,旨在作出一个具体的法律判断,即确定人们的个别行为准则。无论在哪一种意义上,人们都面临如何可能沟通事实与规范的问题。在这两个层面的关系上,从一元应用法律观出发,它们既相对独立,又形成递进,法律在抽象观念上是实然的生活关系与应然的价值评价的对应,但这一对应的意义的获得,却主要发生于法律应用之中,因而,法律实际是对个案与制定法等规范进行等置的结果。法律不仅是一种预设,还是一种行动。如何行动,即如何在对个案的处理中实现预设的规范,本文将通过探讨法律判断形成的模式对此予以回答。

法律应用活动的主要特点之一是判断性,这已大体成为人们的共识。伴随着这个共识的形成,国内学界对法律判断形成的方法兴趣日隆,而选择什么样的法律方法,各种法律方法的关系,以及如何运用这些法律方法,在很大程度上依赖于法律判断形成的模式。何谓模式?德国学者波塞尔(H. Pos-

\* 中国政法大学教授。

[1] 德国法哲学家阿图尔·考夫曼曾对实然与应然各自的内容作了如下对比归纳:感觉世界—理智世界,现象之人—规范之人,后天的—先天的,直观—概念,现象—本质,经验的—超验的,体验—思考,固有的—超越的,敞开的体系—封闭的体系,词序学—公理学,事件—规范,具体的、实在的—抽象的、一般的,事实上的强制力—精神上的权力,实效性—有效性,他律—自主,强制—自由,因果性—目的性,事情—本质,基础—上层建筑,利益法学—概念法学,法社会学—规范法学……考夫曼还总结了历史上关于实然与应然关系的三种基本观点:实然与应然是一致的(一元方法论),实然与应然是不一致的(二元方法论),实然与应然是等值的、相互关联的(对极方法)。参见考夫曼、哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第135页。另参见罗素:《西方哲学史》(下),商务印书馆1981年版,第395页;孙伟平:《事实与价值》,中国社会科学出版社2000年版,第一、二章。

er)曾对库恩(T. Kuhn)在科学哲学中引起革命的“范式”的意义作了这样的阐释:“范式决定了我们的着眼点,决定着哪些问题是允许提出的,同时决定着如何回答所提出的具体问题以及解决这类问题的方法与手段”。“没有范式,便没有科学,因为范式是理论化了的坐标或罗盘。以此坐标为底基,才有可能将某一研究范围归类与规范化”。<sup>[2]</sup>当然,库恩是在某种科学的特质上言说“范式”的,这里不是讨论法学的特质,但可借助波塞尔关于“范式”的解说来理解法律判断模式的意义,即在法律判断的形成中,模式起着决定进行判断的着眼点、提出何种问题以及如何回答问题的作用。

## 一、法律发现还是法律适用

法律判断是应用法律所产生的具有约束力的结论性判断,它最终表现为法院判决和裁定、公安机关和检察院的法律决定、行政决定、行政处罚决定、行政复议决定、仲裁裁决,在应用法律的不同阶段,也不停地发生着判断问题,如对事实的判断,选择何种规范的判断。法律判断的形成,首先是与如何看待法律应用相关,即法律应用是法律发现还是法律适用,抑或包括两者。因对法律发现的不同理解,决定着所提问题的答案,遂从法律发现入手。

在以往的理解中,法律发现有不同的含义:一是法律产生的方式。人们在法律是人为创制还是在生活中发现的问题上存在分歧。如历史法学派的代表萨维尼认为,立法者要做的不是去创制法律,而仅仅是将既存的法律(体现了民族精神的习惯法)予以表达和整理。这是广义的立法视野中的、体现了“预设法律观”的法律发现。如果从这种“应用法律观”出发,关于法律发现的不同理解主要存在于下述法律应用的过程中。

二是法律获取,即法官在哪里去寻找适合个案的法源及法律规范的活动。法源包括:制定法,判例法,习惯法,学理,道德。大陆法系首先是在制定法中,英美法系传统上首先是在判例法中寻找。此一含义不涉及在法律应用中是否创造法律的问题,因而,它虽介入到法律应用中,却没有反映一些人所主张的法律发现具有造法成份的实质。

三是与法律适用有本质区别的一种法律应用活动。传统主流看法认为,法律发现与法律适用有本质区别。法律适用指将既有法律推论到案件中,这是标准情况。正如孟德斯鸠所说,法官的判决不外乎“法律的精确复写”,法官只需眼睛,他不过为“宣告及说出法律的嘴巴”。1813年巴伐利亚刑法的起草人大费尔巴哈说,应禁止对刑法进行解释。在这些人看来,多数案件有相应的法律规定,虽然也需对规定作“字面解释、逻辑解释、体系解释、历史解释”,但用三段论的演绎推理方式,可将规定适用到案件中。法律者不仅在诉讼关系中处在形式的中立地位,也应尽量排除个人的价值判断,以求实质的中立。同时,将法律适用视为标准情况也与人们长期秉承着法律应完备无缺的信念紧密相关,欧陆对法典的推崇是这一信念的体现。贝格博姆(K. Bergbohm)主张法律应该无漏洞,对于找不到对应的法律规定的少数案件,他称为处在“法律无涉之空间”(rechtsfreier Raum)。虽然这一信念早就被打破,但多数人仍将法律的不完备性看作立法的重大缺陷。只是在1907年,齐特尔曼(E. Zitelmann)提出在法律中存在漏洞,后来,人们把填补法律中的漏洞这种创造性活动视为“法律发现”,但认为法律发现只是法律应用中的特殊情况。人们仍重点关照法律适用。<sup>[3]</sup>

四是与法律适用无本质区别的一种法律应用活动。与传统主流看法相对,少数派主张二者无本质不同,如阿图尔·考夫曼(Arthur Kaufmann),它们只是在法律扩张(指法律含义及外延的改变)的程度上不同。法律适用的扩张程度小一些,法律发现要大一些。惟有清楚的数字规定(责任年龄,注册资本)不存在扩张,可直接用演绎推理方式,其余概念、规定都存在着扩张(如凶器,危险方法)。因此,法

[2] 汉斯·波塞尔:《科学:什么是科学》,李文潮译,上海三联书店2002年版,第118页以下。

[3] 参见 Kaufmann, Rechtsphilosophie, 1997, S. 55. S. 70. S. 93—15.

律适用是法律发现的一种,法律发现与法律适用存在着上下位的包容关系。考夫曼常互换使用法律发现与法律适用两概念,并将它们合称为法律获取。<sup>[4]</sup>

显然,考夫曼改变了传统法律适用的含义,认为法律适用也是不可直接应用法律的情况之一。不能象自动售货机一样直接应用法律,已成为今人的共识,在多数情况中要进行法律发现也不失为真知灼见。然而,如何概称少数可直接应用法律(数字及其他明确规定)的情况,在考夫曼那里找不到一个明确的概念。为了区分可直接应用法律与不可直接应用法律这两种情况,我以为,依法律扩张的程度不同分出法律发现与法律适用,对实现这一区分没有意义,不如将法律发现定为不可直接应用法律的情况,不论法律扩张的程度如何,而将可直接应用法律的情况仍称作传统意义上的法律适用。这样一来,法律应用的过程既不仅是法律发现,也不仅是法律适用,而是包括两者,法律发现与法律适用也不是上下位而是平行关系。

那么,为何要进行法律发现?

法律发现的作用场域在不可直接应用法律的情况中。所谓不可直接应用法律是指事实(小前提)与规范(大前提)不相适应。法律判断形成的关键在于要解决二者之间相适应的问题。二者关系相适应与否,从应用法律的特点看,取决于规范,只有不确定的规范,没有不确定的事实。尽管事实永远只是相对的确定,因为人们不可完全再现自然事实(原始事实),但至今为止所查明的事实却是确定的。对为何要进行法律发现,学界已讲出了许多后人的道理,<sup>[5]</sup>这里拟从实证角度,看一看事实与规范适应与否及适应程度的各种情形(以中国法律及纠纷为例):

(1)事实与规范关系相适应。它指对至今查明的事实有明确的规范标准可应用。明确的规范标准,严格上指有清楚确切的数字规定(如年龄,时间,注册资本,盗窃数额,法律通过所需的人数等),它们不存在扩张或缩小的例外。宽泛上还包括有明确列出的权限、程序、生效范围、效力等级、主体身份、结果犯的规定,这是极少数可直接通过演绎推理方式应用法律的情况。

(2)事实与规范关系相对适应。它意谓规范总体明确,但存在一定扩张或缩小及自由裁量的例外,如在规范中有较为清楚定义的概念(武器、法人)、幅度规定(从重从轻减轻)、程度规定(如重伤的法定标准)、明文示例事项(如合同实质性变更),这为大多数情况。

(3)事实与规范关系不相适应。它指法律有规定,但存在较大扩张或缩小及自由裁量的例外,如诚实信用、情势变更、罪刑法定等法律原则规定;合理期限、合理注意、显失公平、恶意串通、公共利益、内容适当等价值评判规定;情节严重或轻微、重大损失、严重后果、数额巨大、必要限度、重大误解等程度规定;事实清楚、证据确凿、内容具体确定等确定性规定;保管不善、不可抗力(不能预见、不能避免并不能克服)、明知、危险方法等其他规定。

(4)事实缺乏规范标准。对这类情形要么不应进行法律评价,如同事关系、朋友关系、恋爱关系、同性恋、安乐死、吸毒;要么依据禁止法官在法律上沉默原则应进行法律评价,前提是法律应规定而未规定,如对依校规作出的处分不服提起的诉讼,是适用行政诉讼法还是民事诉讼法,法律未规定,但法官不能因此拒绝受理。<sup>[6]</sup>用来评价的法律为法官所创造或选择。

(5)事实与规范关系形式相适应实质不适应。即应用形式合理的法律的结果会达到不能忍受的

[4] 参见上引,Kaufmann, S. 70, . 93 —15; Kaufmann, Rechtsgewinnung, 1999, S. 13.

[5] 陈金钊把法律发现的目标看作是如何寻找正当的个案裁判,发现针对个案的解决方式,并认为成文法只是解释该方法的适当论据,但法律发现(实为个案裁判发现)本身不是方法,如何发现法律才发生方法问题。参见陈金钊主编,《法学》,北京大学出版社2002年版,第433页。

[6] 在中国,法院以无明确规定而拒绝受理案件的情况时有发生,如2002年西南某高校女学生因未婚怀孕被学校勒令与其男友一道退学,两学生以学校侵犯自己的受教育权和隐私权为由提起行政诉讼,但法院以学校勒令学生退学是内部管理行为,不属于行政诉讼和法院管辖为由驳回起诉。而今年在英国,一女大学生以相同的原因告倒开除自己的原中学,学校对她给予了赔偿,并表示道歉,还准备修改有关处理女生怀孕的校规。见《楚天都市报》2003年1月27日。

实质不公的程度,典型为应用恶法,程度轻一些的如将商品房通过概念演绎推认为商品,因而可适用消费者权益保护法,一旦商品房有质量问题,便可要求双倍赔偿。

从上可见,从(2)到(5)都存在事实与规范关系的不对称,都存在着不同程度的法律扩张,这便是要进行法律发现的依据。进一步的追问是,为何立法者不事先避免事实与规范关系不对称,而使二者之间相适应,不让司法者去进行法律发现?人的理性是有限的,社会生活变幻无常,法律的调整不可能毫无疏漏,所以要发现法律,这是一种客观不能说。还有人以为,法律的不完善不是什么缺陷,相反,它是先天的和必然的。法律可能和允许不被明确地表达,因为法律是为案件创立的,而案件的多样性是无限的。一个自身封闭的、完结的、无懈可击的、清楚明了的法律(如果可能的话),也许会导致法律停滞不前。<sup>[7]</sup>这种说法带有主观故意的色彩。

从一元应用法律观出发,自然法也好,制定法也罢,无论其“立法者”认为它们在逻辑上多么自治和在内容上多么正确,只是一个法律总谱,一个先行描画出的法律的理论蓝图。要根本解决法律何谓的理论问题,取决于如何认识和实现正确之法。从规范到事实有一个依时空而变的具体化应用过程,具体化不是按图索骥,需适用者对规范的创造性应用。法律发现肩负着实现这种应用法律观的使命。一如考夫曼从另一角度所概括的,无法律原则即无法律规则,无法律规则即无法律判断,同时,只从法律原则中得不出法律规则,只从法律规则中得不出法律判断。<sup>[8]</sup>这就需创造性地应用法律。正是由于没有清楚这个相向运动过程,自然法学说以为,实证的法律规范来自绝对的法伦理原则,从实证的法律规范中可推出具体的法律判断,规范论的法律实证主义以为,具体的法律判断同样可不考虑经验,纯演绎地出自立法者的法律,两者在本体论上并无一致,而同时走进从封闭的知识体系出发进行演绎的相同的方法论误区。

## 二、推论模式还是等置模式

法律判断如何形成,因对法律应用是法律发现还是法律适用的回答不同,可总结出不同的判断形成模式。历史上把法律应用看作是法律适用的人认为,法律判断通过推论便可必然地得出,演绎的三段论为推论工具,因为演绎是“关于‘必然地得出’的研究”,<sup>[9]</sup>是“前提与结论之间有必然性联系的推理”。<sup>[10]</sup>这就是所谓推论模式,准确地说,应称作演绎三段论的推论模式。如德国的施米特(E. Schmidt)认为,判断是在两个严格分立的、时间先后相继的行为中,即先客观中立地、不带任何先见地、纯认识地去探求事实,再不受外来干扰、不带政治立场地去寻找法律,以推论方式作出的。在上述过程中,每个法官都能与其他法官一样,得出相同的结论,他们都具有所谓“法官的可替代性”。<sup>[11]</sup>美国传统的自由主义法学也持相同态度,以为司法行为不同于具有政策性选择的立法行为,可以客观中立地进行判断,判断的工具是法律推理。推论模式把自己限定在对制定法的预设的纯复制上,限定在法律应用的大小前提之间推论的形式过程上,限定在法律者的认识活动上,必然对生活关系的内容不闻不问,且认为判断的大小前提是分别形成。为使演绎顺利进行,推论模式也运用到上述传统的解释方法,以明确大小前提。“解释+演绎”构成了推论模式的方法。

但是,作为小前提的事实或案件,绝大部分不可能是精确依法律地发生,尤其是违法者不可能按照法律从事违法行为。作为大前提的法律也并不都是清楚确定的;它们还不可避免地存在许多漏洞;

[7] 参见前引[8], Kaufmann, S. 90—16.

[8] 同上, S. 148.

[9] 王路:《逻辑的观念》,商务印书馆2000年版,第119页。该书中,王路把逻辑仅视为演绎,演绎就是推理。本文亦持这一逻辑观。

[10] 金岳霖主编:《形式逻辑》,人民出版社1979年版,第144页。

[11] 参见 Kaufmann, Rechtsgewinnung, 1999, S. 72.

即便有明确的法律可应用,有时与法律的客观目的相悖;另有一些法律明显地达到了难以忍受的不公正程度。面对这些情况,推论模式要么无能为力,因为演绎的三段论不能带来什么新的认识,也就不能解决既有大前提未明确指向的或未涵盖的新问题,同时,大小前提的区别并不象上位概念与下位概念在外延上的区别,它们分属事实与规范两个不同领域,有许多有意义的内涵差别;要么强行推出不公正的结论,因为有时大前提本身就不公正。大小前提不是分别形成的,而是在相互适应中产生的。法律判断形成的核心不在于从大前提到小前提的推论,而在于如何处理事实与规范以获得大小前提,这是法律应用的最困难之处。如此看来,推论模式难以独立承担法律应用的重任。如何获得大小前提是建构新的模式的思考对象。

对推论模式的批判,早见于霍姆斯的著名论断“法律的生命不是逻辑,而一直是经验”。这一反逻辑立场在英美为法律现实主义、批判法学、图尔明、波斯纳等所承袭与发展。在曾盛行推论模式的德语区,批判和修正始于 20 世纪初(利益法学,自由法运动),至中叶更加深入,如恩吉施(K. Engisch)认为,推论模式所依重的演绎“在司法领域没有如在数学领域依公理方法的主导思想能保证的说服力”。<sup>[12]</sup>拉伦茨明确指出:“实际上,法律适用的重心不在于最终的推论,而在于发生在推论之前的对事实行为各具体要素的判断,即判断这些具体要素是否符合在行为构成中所称的诸特征”;<sup>[13]</sup>“严格逻辑意义上的推论在法律适用中的份额,远少于人们先前曾设想的和法律者认为的”。<sup>[14]</sup>比德林斯基(F. Bydlinski)也清楚地看到,法律适用的难点不在于推论,“而在于准备大小前提,这种准备一直延至最终能作出(或不能作出)结论”。<sup>[15]</sup>

国内学者对推论模式的批判已有时日。有学者认为,私法自治要求法律效果直接根据法律行为发生,而不是由作为大前提的法律规范给出,这就否定了司法三段论为私法推理的模式。<sup>[16]</sup>更多的人出于要“突破”逻辑的形式局限性,发展出既研究形式也关注内容的逻辑,如实质推理或辩证推理,连解释也被看作是推理,似乎推理成了法律应用的代名词,甚至把推理的适用范围扩及立法、守法。<sup>[17]</sup>姑且不论它们离反映了前提与结论之间有必然性联系的严格意义上的推理相去多远,又是如何消解概念之间的界限,仅从法律应用的全过程看,均难以用无论多么宽泛的推理来概括。当然,这并非否认在确认事实和寻找规范的过程中要运用推理。但实质推理等均不能回答必然性的问题,而只能提供或然性答案。出路当在逻辑之外。国内学者大多未跳出“泛逻辑”的思路对替代推论模式的新的模式进行探讨。在德国法学界,今天也还有少数人在为推论模式辩护,最重要的有科赫(H. J. Koch)和吕斯曼(H. R üsmann),他们把法律获取仅归于演绎,认为演绎推论是有教益的,虽然它不是处处可信。<sup>[18]</sup>

推论模式的不能,有许多人认为源于以事实与规范两分为基础的二元方法论。这一判断只是部分正确。二元方法论的要义之一是,事实是事实,规范是规范,二者分属不同领域。前者为外在的、客观的实在,可感觉,可测度,人们在此领域要回答的是“真”或“假”的问题,对此问题的回答形成知识。

[12] K. Engisch, Wahrheit und Richtigkeit im juristischen Denken, 1963, S. 18. 转引自前引 [2], Kaufmann, S. 90—10.

[13] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1995, S. 104.

[14] Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1991, S. 453.

[15] F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 396.

[16] 参见朱庆育:《私法推理的典型思维:从司法三段论到意思表示解释理论》,载郑永流主编,《法哲学与法社会学论丛》(五),中国政法大学出版社 2002 年版,第 44 页以下,第 82 页以下,第 162 页。

[17] 如:张保生:《法律推理的理论与方法》,中国政法大学出版社 2000 年版;雍琦主编:《法律适用中的逻辑》,中国政法大学出版社 2002 年版。本文认为推论(推理)只是指演绎,甚至逻辑也只有演绎一种。王洪在其《司法判决与法律推理》(时事出版社 2002 年版)一书中将推理分成事实推理、法律推理和审判推理或司法判决推理三种,开启了一种新思路,有合理性。但他把建立大前提即寻找规范的过程称为法律推理,也有“泛推理”之嫌。他本人也承认:“确认事实的推论过程不完全是逻辑推论的过程,同样地,寻找法律规范的推论过程也不纯粹是逻辑推论的过程”(第 11 页)。

[18] Koch/R üsmann, Juristische Begr ündungslehre, 1982, S. 63.

后者为内在的、主观的评价,可体验,可领悟,人们在此领域要回答的是“对”或“错”、“公正”或“不公”的问题,对此问题的回答是意见。因此,事实与规范不可相互推导,如从损害中推导不出赔偿,两者无必然联系,要不要赔偿是人为的设定,这是二元方法论的要义之二。后人将休谟提出的这一思想冠以“休谟法则”,能不能和如何从事实中推导出规范,几乎成为休谟以后的诸哲学和法学流派倾力解决的难题之一。<sup>[19]</sup>回到推论模式与二元方法论的关系上,推论模式主要是将事实与规范两分,这没有疑问。但由于事实与规范不可相互推导,推论模式不仅与二元方法论有别,而且没能回答:如果应然中没有实然的成份,应然不对实然开放,实然中不包括应然的成份,实然不对应然开放,如果在应然和实然之上不存在一个共同的上位概念,何以使应然适应实然,使实然适应应然,何以能根据规范对事实作出推论?质言之,推论模式推论的根据不清。

然而,法律判断总是在事实与规范之间形成的,那么,作出判断的根据又是什么呢?损害要赔偿,有权利就有救济,契约当遵守,这些规范命题几成法律公理,为人普遍接受,但为什么要这样做,理由却并不容易说得清楚。在诸多努力中,考夫曼的主张值得注意,他把事实与规范置于一种对应关系之中,认为它们能够相互归类的根据是,应然与实然在结构上纠缠在一起,实然中包括应然的成份,应然中有实然的成份,藉此来打通两者的隔阂。<sup>[20]</sup>后来他又补充道,事实与规范共有一个上位概念:根本之实然(Sein überhaupt),意指一切为“是”的东西,既“是”事实上、也“是”规范上的东西。应然不是“无”,作为事实,只不过它具有另外的实然方式:它“是应然的”。<sup>[21]</sup>他的这种对立统一的一元方法论,既否定了二元方法论,也解决了推论模式没能回答的事实与规范不可相互推导的难题,但他意在替推论模式回答这一难题,而是要寻找一个替代推论模式的模式,这便是所谓等置模式。

等置模式集中表现为在事实与规范之间进行等置。等置思想有一个演变过程。恩吉施是在案件比较意义上言说等置的:把具体拟判案件与由法律的行为构成认为是无疑的一类案件进行等置,他把等置称为“原本的推论”。<sup>[22]</sup>这种作为等置的推论,在他看来,存在于逻辑推论的小前提之中,也即对小前提——事实,进行比较,这就是案件比较。考夫曼秉承了恩吉施这一思想,并上升到法律观层面。他从其上述一元法律观出发,认为应然与实然既非同一也非对立,而是类似地关联在一起,法是应然与实然的对应,法原本就具有类似的性质。<sup>[23]</sup>这一判断构成其等置模式的基础。在方法论上,它是一种类似论。<sup>[24]</sup>既然法是应然与实然的对应,从应用上看,法是对事实与规范进行处理的结果——判决。而事实与规范处在不同的层面,它们是具体的法——判断形成过程的“原材料”,未经加工,它们根本不可以相互归类,规范属于抽象性——普遍性上定义之应然,事实则属于杂乱无章的无定形之实然。“只有在用经验来丰富规范,用规范性来丰富案件之后,其方式为它们相互‘适应’,并应对这种适应通过论证加以说明,归类方为可能”,等置遂得以发生。可能进行等置的前提为,案件与规范虽不相同,然而却相似,即在法之意旨或事情的本性这个具体点上是相似的,规范与事实,必须存在意义关系的同一性。<sup>[25]</sup>由于规范抽象地概括出典型的事实,类事实,对规范与事实进行等置,实际是对待决案件与由法律认为是无疑的一类案件进行等置,去发现是否存在意义的同一性。这就赋予了等置的性质,不仅是决定和推论,也不仅是解释,而且也是积极的建构性行为。法律发现或法律获取就是类比事实与规范,类比便成为法律发现或法律获取的主要途径。

显然,考夫曼的等置模式将类比作为等置的核心。不仅如此,类比思想在考夫曼的法哲学中也处

[19] 详见前引 [1],孙伟平书。

[20] 参见前引 [8],Kaufmann, S. 93—7.

[21] 参见前引 [11],Kaufmann, S. 73.

[22] Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl. 1963, S. 19, 26.

[23] 参见考夫曼:《类比与“事情的本性”》,吴从周译,台湾学林文化事业有限公司 1999 年版,第 44 页以下。

[24] 参见前引 [1],考夫曼等书,第 135 页;前引 [8],Kaufmann, S. 126.

[25] 参见前引 [1],考夫曼等书,第 184 页。

于核心地位。<sup>[26]</sup>在等置的问题上,有些学者与考夫曼相佐。如菲肯齐尔(W. Fikentscher)就拒绝等置理论,他说这一理论有在逻辑上不可描述、不可能进行三段论推论、只提供或然性判断等缺陷。<sup>[27]</sup>对此批评,考夫曼辩护道,他并未否定三段论推论,只是在进行推论之前,案件与规范必须变得有推论力,为实现这一点,需要等置。<sup>[28]</sup>考夫曼的等置模式是建立在他把法律应用分为主要是法律发现(法律适用),其次才是直接应用的法律应用二分理论之上。但如果按本文前述对法律发现的界定,类比则只是法律发现的主要途径,因而,他以类比为核心的等置模式只适于法律发现,不能涵盖全部法律应用,等置模式不等于判断形成模式。

当然,等置模式也好,其他主张也罢,它们对推论模式发难,只是要否定把推论抬得过高,以为推论就是法律应用的一切,并未否认推论本身,相反还包含着推论,因为推论是判断形成的最后必经阶段,它要告诉人们判断与前提之间具有必然联系,以致判断具有不可推翻的正确性和逻辑力量。正如一些学者如帕夫洛夫斯基(H. M. Pawlowski)正确看到的,在事实与规范关系明确相适应的“简单案件”中,可直接从规范中演绎地推出结论。<sup>[29]</sup>这也就为推论模式的存在留下理由,它不应被完全抛开。只不过不能仅凭推论作出判决,在推论之前还有一个长长的等置过程或称作别的什么的过程,这一过程围绕着建构大小前提展开,在其中有许多活动和方法。

基于此理解,我在前人理论基础之上,将法律应用中判断形成模式概括成二种:一是推论模式,应用范围极窄,二是先等置后推论的等置模式,绝大部分法律应用采取此模式。我是在比考夫曼以类比为核心的等置更宽泛意义上理解等置的,它包括除类比外的设证、归纳、解释、论证等内容和方法。

另外,在人们对推论模式群起攻之时,中国法律实务界则对推论的作用认识又十分不足,执法人员优先考虑的多是社会效益、道德感、某种特殊需要。2001年四川泸州张学英诉蒋伦芳遗产纠纷案的法院判决,以同居的不道德性否认遗嘱行为的合法律性,可为代表。<sup>[30]</sup>从中国的法律实践而非法律理论上,推论倒确实值得高抬。

### 三、如何等置?一般路径及方法概观

法律应用主要是法律发现,在法律发现中的法律判断形成先有一个等置过程,等置要解决法律判断的大前提与小前提之间相适应的问题。与法律适用一样,它也关涉确定事实行为,寻找规范标准(行为构成)。如何等置,视上述事实与规范之间的不同关系而定。

德国学者施奈德(J. Schneider)和施罗特(U. Schroth)曾对德国学界的有关讨论作出总结,其中之一是规范性判断理论。<sup>[31]</sup>这种理论以为,法律判断呈形式性线性发展阶段,由此创立了步骤多寡不一的各种图式,以降低判断过程的复杂性来达到获取正确判断的目的。纯粹的阶段图式有以下步骤:

问题的验明——寻找信息——寻找选择方案——选择方案的评价(答案可能性的评价)——实施策略的选择——执行。这一图式为各个作者作了不同的更改和修正。例如克里安(Kilian)把判决过程拆分为以下阶段:问题的提出——目标——收集选择方案——收集信息——选择方案的挑选——选择方案的详细解释——学习过程。

[26] 他在其学术自述性文章《四十五年的法哲学历程》中,将集中阐述了类比思想的《类比与“事情的本性”》一书看作是其法哲学思想发展的一个里程碑。该文载 R. Alexy, R. Dreier u. U. Neumann(Hrsg.), Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 44, 1991, S. 144—162.

[27] W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. IV, 1977, S. 202.

[28] 参见前引[5], Kaufmann, S. 93—10.

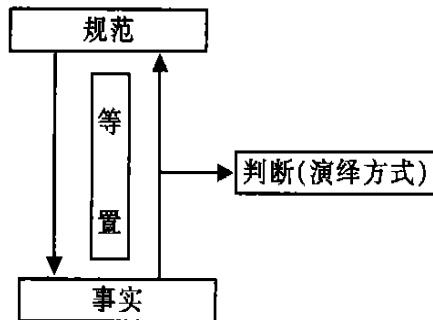
[29] 参见 Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 2. Aufl. 1981, S. 205.

[30] 见 <http://lawsky.org> 法学空间每日新闻:社会公德首成判例, 2001—11—08.

[31] 参见前引[1], 考夫曼、哈斯默尔书,第511页以下。

规范性判断理论在原则上是从“如果—那么”图式出发,也即从有条件的判断纲要出发。卢曼认为这个纲要对于法律系统是功能性的和决定性的,因为只有这种纲要类型提供了必需的减化的功能,以使判断的复合性特征符合法律系统较低的复合性程度,这可以看作这一倾向的优长。但人们又不得不承认,存在着创新的、也即离经叛道的判断。因而,任何线性阶段图式都解决不了判断的目的性问题。从实际操作经验上看,法律者形成一种法律判断大体上沿循着一个一般思维过程,因为思维总是有始有终的,但未必是机械化的流水作业、线性直向发展,而是视事实与规范之间的不同关系,在这二者间往返。其中要考虑到实际影响判断的诸种因素,要联系到判断结果、判断的目的去运用前理解、理解、沟通等方式。法律判断是特类的判断,判决过程的运行比理论假设复杂得多。但框架性的法律判断过程图式的存在是必要的,它一方面起着降低判断过程的复杂性的作用,另一方面为经验的和诠释学的等等思考的光临构筑了安身之处。

下图所展示的只是大体的、简化了的等置的一般路径,但每一步都不是孤立发生的,确定事实与寻找规范标准通过等置才成为可能,它起着把事实与规范联系起来的作用。等置是事实与规范相互关照,在事实与规范之间来回审视。<sup>[32]</sup>具体说,要将事实一般化,将规范具体化。因为事实总是表现为个案,将事实一般化就是把个案向规范提升,看其是否存在规范中行为构成规定的要素,判断者在对事实的描述中总是联系到规范来选择事实,排除与规范无关的事实。而规范总是表现为一般,将规范具体化就是把规范向个案下延,看其是否能满足个案的要求,甚至在既有规范不能或不能完全适应事实时,去创立新规范。或者,通过考虑到对案件的解释,从规范中形成具体的案件规范,通过考虑到对规范的建构,从案件中形成事实。事实与规范之间来回审视也不是平面进行的,而是螺旋式向上发展的:行为构成与事实,并非一次并在同一诠释层次上相互决定,而是多次并分别在其他“更高”层次上相互决定。<sup>[33]</sup>等置模式 A 描述了这一相互关照过程(见下图)。



等置过程同时是将事实与规范不断拉近、靠拢的过程。德国学者齐佩利乌斯(R. Zeppelius)对此作了细致的描述,他说,在事实与规范之间来回审视中,要不断地排斥不相干的事实、解释的可能性和规范:在开始常常存在一个大致的归并,它考虑的是值得检验的规范、解释的选择和事实情况的一个大范围。然后,不断缩小法官作出判断所凭借的可能的大前提:首先,处在斟酌中的一些规范被视为“在此无关”,在那些处在紧密选择中的规范的内部,考虑到事实的解释被拟订、确切化,并在诠释考量中被挑选。同时,从大量事实情况中挑出“相关的东西”(即根据被解释的规范可推论的东西)。在全部的这些步骤中仍存在着相关性。所以,一方面,具体的事实情况也同时决定着对规范的解释朝何方向继续前行,另一方面,被解释的规范,对于哪些事实情况最终被确定为是相关的,起着标准的作用。<sup>[34]</sup>最后形成判断。

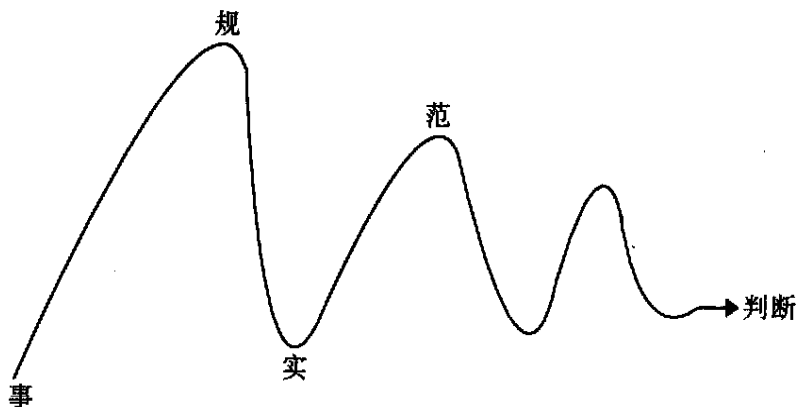
[32] 参见 Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1943, 3. Aufl. 1963, S. 15.

[33] Hassemer, Tatbestand und Typus; Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968. S. 136.

[34] Zeppelius, Juristische Methodenlehre, 8. Aufl. 2003, S. 90—91.



取自瑞士学者马斯托拉蒂 (P. Mastronardi) 的等置模式 B 较好地表现了这一拉近靠拢过程 (见下图)。<sup>[65]</sup>



这两个等置模式图式,前一个反映了法律判断形成中事实与规范的相互关照关系,后一个反映了法律判断形成中事实与规范不断靠近的过程,互有补充,合为完整的等置模式。马斯托拉蒂较好地揭示了整个完整的等置模式,他把它拆分为以下八个阶段:<sup>[66]</sup>

1. 法律者从事实出发,并在其前理解基础上评价事实;
2. 他的前理解告诉他,何种事实的特点对于法律判断可能是关键的;
3. 他为这些事实的特点在法律制度上寻找有关规范文本(制定法、法律判断);
4. 随后产生了对规范文本的解释。解释应把文本与事实放在一个正确的关系中;
5. 为此目的,法律者首先决定个案是否落入规范文本的事情领域,当落入时,他试图理解,何种文本的规范陈述对于事情领域和个案是合适的:决定规范大纲或个案答案的应然方面;
6. 从规范大纲出发,他最终从事实中选择那些适合规范应用的要素:决定规范领域中个案答案的事实方面;
7. 现在应来处理个案的规范方面和事实方面,它们能被比较。规范陈述为个案所设置,关于事实的观点被还原到关于规范的看法上;
8. 法律判断是这一比较的结果:从规范的视角评价事实行为。

概括这八个阶段各自的作用,其中,1、2 是为建构小前提所作的准备,3、4 是为建构大前提所作的准备,5、6、7 是在来回比较事实与规范的基础上最终形成大小前提,8 是作出结论。

在等置中,法律判断的形成经历了诸多阶段,视不同的事实与规范之间的关系,要单一或交叉地运用到各种方法,所以,最后要对上述模式与方法、各种方法的关系作一概括:

法律判断模式在法律判断的形成中,起着决定进行判断的着眼点、提出何种问题、如何回答问题、回答问题的方法的作用。推论模式从二元法律观及方法论出发,认为判断的大小前提是分别形成且是既定的,关注的问题是法律应用的大小前提之间的形式推论过程,对内容不闻不问,“解释+演绎”便构成了推论模式回答问题的方法。等置模式则立足于一元法律观及方法论,着眼于建构判断的大小前提,认为建构是一个在事实与规范之间循环往复、相互照应的过程。其中,设证、归纳、类比、演绎作为工具服务于建构大小前提;解释和诠释发生在设证、归纳、类比、演绎过程之中,它们涵盖事实和法律两方面;在解释和诠释时,除了传统的四要素外,还要考虑到其他许多因素:结果考量、法的稳定性、法的统一性、是非感、公道、实践能力等等,它们常常是循环进行;目的论限缩、目的论扩张、法律修正、正当违背法律、法律补充等方法,则意在获得相关法律规范。整个法律发现和法律适用还是一个法律论证过程,其目的在

[65] P. Mastronardi, Juristisches Denken, 2001, 封面图。

[66] 参见前引 [64], P. Mastronardi, S. 171—172.

于找到不同阶段的结论的可接受性和正确性,论证可能产生的结果为:证实、未证实、证伪。当通过等置的不同活动形成确定的大小前提后,最后才经由演绎得出具有必然性的判断结论。

假如从法律判断形成的经验上考察,实际影响到判断的还有许多因素,如在司法社会学视野中,法官的出身、法官的个性、法官的年龄、法官的社会态度、法官受社会环境的影响(同僚、社会)、当事人如雇员的特点(主动性、见识、与法院打交道的经验)、审判方式(职权性的与自由的、口头的)、判决过程中的组织形式,对判决形成起着作用。还有信息、权力、民情与舆论等等因素与判断结果关联在一起。<sup>[87]</sup>面对它们人们当回答的是,判断者如何分别对待不同的问题情势,如何认识每个问题的复合性,如何用适当的方式去描摹这个复合性,这些都是尚未解决和值得专门研究的问题。

不存在什么精确的、唯理性的对象,法律者所处理的事务也是,但这不排除人们当精确地、唯理性地思考它们,这就是德国联邦宪法法院法官哈斯默尔教授所说的:“唯理性地考虑非唯理性之事”。<sup>[88]</sup>如果要再重申一下关于法律判断形成模式的讨论意义和理论倾向,可以说就在于此。的确,任何模式都有僵硬矜持之弊。然而“怎么都行”的反模式、反方法态度,常常不免导致任意的决定,甚至走向“怎么都不行”。所以,我们的模式应当留出在事实与规范之间回旋的空间,等置模式则能让判断者在徘徊、顾盼之中整合着事实与规范,沟通着实然与应然。

---

**Abstract :** The legal decision is the result of the use of the law. The use of the law includes the application of the law and the finding of the law , but mainly the latter. In the application of the law , the facts match the provisions , thus the legal decisions could be obtained directly through the conclusion. In the finding of the law , the facts do not match the provisions , thus before making conclusion for the decisions , the two should be equalized , on one side generalizing the facts to upgrade them to the provisions , on the other side making concretion of the provisions to extend them downwards to the special case. This is the so - called equalization model . Accordingly , the model of the shaping of legal decisions is made up of conclusion model and equalization model .

**Key words :** legal decisions , finding of the law , conclusion model , equalization model

---

---

[87] 参见前引 [1],考夫曼、哈斯默尔书,第495页以下。

[88] W. Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, 1973, S. 244. 转引自前引 [8], Kaufmann, S. 63.