

法律判断大小前提的建构及其方法

郑永流*

内容提要:法律方法效命于法律判断的形成,法律判断的形成是一个将大小前提进行等置的过程。在这个过程中,视事实与规范之间的不同关系,要运用各种方法去建构大小前提,即使事实一般化、使规范具体化。这些方法包括:客观目的探究,法律修正、正当违背法律,法律补充、反向推论等建构大前提的特有方法;观察、实验、技术鉴定、法医鉴定等建构小前提的特有方法;以及演绎、归纳、设证、类比、解释、论证、诠释等建构大小前提共同运用的方法。它们共同构成法律方法的体系。

关键词:法律判断 三段论推理 法律方法体系

一、小前提建构:三种事实及法律事实的形成

在进行法律判断中,人们首先面对的是事实。事实是判断的对象,在作出法律判断中,最困难的任务之一在于弄清什么是事实。事实首先是一种客观存在状态,但真正有意义的是进入人的认识活动中的事实。事实借助物质性证据和人的陈述显现出来,弄清什么是事实,实则又是主要围绕陈述的真假展开。“我说的是事实”指“我对客观存在状态的陈述是真的”。陈述之真假的标准是看其是否接近事前客观存在状态。在静态上,这里把事实区别为:

(一)生活事实或原始事实。它是既存的已发生的事实,如张三驾车在街道上以50公里/小时行驶。生活事实总要有证据如测速仪的记录(以及实验、技术鉴定、法医鉴定)来说明,否则生活事实无以复现。生活事实不总是可以证明的,即便可以证明也是主体的认识,而主体的认识能力又是有限的。所以,事实的客观性是不可全得的。不过,事实的客观性不可全得,并不意味着生活事实就不存在,否则一切科学的探索便因失去对象而丧失意义。肯定生活事实的存在,并非求自然的客观,而是求认识符合客观,而且由于时间的未来向度,事后认识通常不能尽合而只能接近事前客观状态。

(二)证明事实。通过证据、自认和推定所证明的生活事实是证明事实。对事实的追求围绕证据展开。由于证据决定着生活事实,为避免任意采证,证据法便具有核心意义,而如何决定证据又与裁判程序相关,程序法的功用遂显现出来。所谓“法律真实论”所反映的事实,实际说的是依证据法、程序法合法律地用证据加以证明的生活事实,它强调的是在还原生活事实过程中的合法律性,即合证据

* 中国政法大学教授。

“蓟门学园”2006年4月21日讨论了本文初稿,与会者细致的评论对本文的修改起到了重要作用,谨在此对他们致以衷心的感谢。

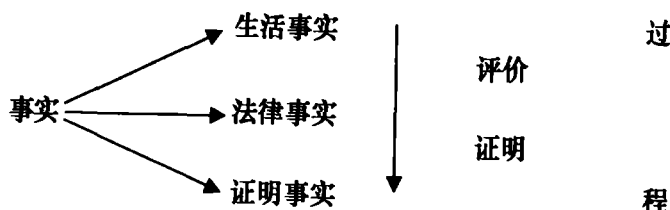
法和程序法性,藉此与“客观真实论”的合客观性相区别。其思路是,既然生活事实不可全得,只好退而求合法律性的事实,于是,“法律真实论”成了替代“客观真实论”的方案。主张“法律真实论”者未明确建立自己的哲学观,在我看来,这是“真理合法论”,因为对生活事实的认定只要满足了证据法、程序法设置的证明标准即可。

证据等只能证明生活事实是否及如何发生,不能解决生活事实是否具有法律(实体法)意义的问题,如50公里/小时的行驶速度,只有在交通法规定了限定行驶速度如20公里/小时并得到证明时,才引起张三驾车超速的法律结果,否则,此行为属于与法律无关之领域。因而,证明事实并不必然引发法律问题。“法律真实论”说的事实并非一定是引起实体法上法律结果的法律事实,而只是合证据法和程序法的事实(证明事实),它们可能引起法律结果,也可能不引起,证明事实不等同于法律事实。

(三)法律事实。从制定法上看,只有为法律的事实构成(通说为行为构成)所规定的证明事实才是法律事实,无规定的则不是。法律事实与事实构成同义,只不过事实构成是抽象的个案集合的“法律事实”。在广义的规范上,法律事实是适法事实,即可以进行法律评价的事实,是案件事实,即对此作出法律判断的事实。但在法律判断的形成中,人们面临的总是个别事实,所以,这三种事实都是个别事实。

由于法律判断要解决的问题首先是,生活事实是否为可以进行法律评价的事实,是否为法律事实,在从前理解上大体肯定地回答这个问题后,才再去证明生活事实是否存在,因而,在动态上,建构小前提的过程不是生活事实—证明事实—法律事实,而是生活事实—法律事实—证明事实。

图一:事实分类及发生过程



建构小前提所运用的方法发生于由生活事实到法律事实、由法律事实到证明事实这两个层面。由生活事实到法律事实是“评价”或“归属”(imputation, Zurechnung)的问题,即生活事实是否符合法律的事实构成。“归属”是凯尔森纯粹法学的基石性概念,它表明法律现象中事实与规范之间是一种归属关系,即“如果—那么”的关系,不同于自然现象中事实与事实间的一种因果关系。后有人把凯尔森提出的归属关系概括成与“因果律”相对的“归属律”。^[1]在这一意义上,法律事实不是真正的事实,而依赖于人们的法律评价。由法律事实到证明事实是求“真”的证明问题,即生活事实是否存在,被证明存在的事实是证明事实。法律事实处于中介地位,向前联系着生活事实,向后联系着证明事实。

法律事实是否出现,或能否和为何把某生活事实置于某法律规范之下,首先取决于判断者把生活事实与法律规范如何关联起来理解,使事实一般化是小前提建构的核心含义。很明显,人们如果不了解法律规范便不能理解生活事实的意义。理解生活事实的意义基于对法律的前理解,前理解告诉人们,何种生活事实的特点对于法律判断可能是关键的,它起着指引判断者往何方向去查明生活事实和寻找法律规范的作用。如乙带一瓶1000毫升硫酸参加被批准的室外集会,他的行为是否构成我国刑法第297条规定的非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会、游行、示威罪(为分析方便,以下简称非

[1] Hans Kelsen, Was ist reine Rechtslehre? (1953), in: Gerd Roellecke (Hrsg.), Rechtsphilosophie oder Rechtstheorie, 1988, S. 233. 另见[奥]凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社,1996年,第49页以下。

法携带武器参加集会罪)。^[2]只有把乙的行为“前理解”为可能是非法携带武器、管制刀具、爆炸物参加集会,才会产生硫酸是否为武器等的问题。如果将之“前理解”为企图伤害他人,或“前理解”为去做试验,那么,硫酸是否为武器等在此案中就没有意义。由此便可发现,缺少有意义的前理解,不可能获得有关法律事实。

通过前理解大体将生活事实归入法律事实,在法律实务中,法官、律师首先做的便是查明生活事实是否属于法律处理的事务,如果属于,再看由何种部门法、何种制度来处理。但当事人提出的生活事实是否存在,尚待证明。对生活事实进行证明,会引起对法律事实的不同判断。如果后经查明,乙携带硫酸不是去参加集会,而是企图伤害他人或去做试验,非法携带武器参加集会的前理解必须修正,乙也不是此罪的犯罪嫌疑人或不是犯罪嫌疑人,携带硫酸的生活事实虽存在,但此种非法携带武器参加集会的法律事实不存在。相反,如果查明乙携带硫酸是去参加集会,非法携带武器参加集会的前理解得到证实,生活事实存在,法律事实也最终形成。

除了上述将生活事实归入法律事实的解释/诠释方法外,在证明生活事实是否存在的过程中,视所求真实的类型不同而所用方法不同:求事实的物质性之真要运用观察、实验、技术鉴定、法医鉴定等方法(限于知识背景本文不讨论),求事实的言词描述性之真要运用归纳、演绎,尤其是设证等方法。还须指明的是,由于民法的法律行为既是事实又是规范,在解释中,民法的法律行为解释的性质,既是事实解释也属于法律解释。在解释方法上,除了事实解释和法律解释用到的文义、体系等一般解释外,还有特别的不利解释方法,即如果对合同条款有两种以上理解,应作出不利于格式合同提供方、合同起草方和合同关系优势方的解释。

二、大前提建构:寻找和建构法律规范

无论从生活事实到法律事实,还是从法律事实到证明事实,都要依据这些生活事实的特点在法律制度上寻找有关规范文本。寻找规范看起来是寻找某个规范,实则涉及整个法律体系。^[3]这就首先涉及法源的问题,通常包括制定法、判例法、习惯法、学理、道德。制定法又有许多形式。绝大多数国家对法源的顺序问题无明确规则可循,只有瑞士民法典第1条作了民法典—习惯法—法官法—学理和惯例的顺序规定,奥地利民法典第7条也有类似表述。其次,寻找不同类别的规范,如公法与私法规范,还可进一步细分为部门法——子部门法——法律制度。再次,存在规范竞争,如在个人代理诉讼收费、医疗事故处理等问题上,多有冲突。

除法源、规范类别和规范竞争外,能否找到或是否应去建构规范,主要取决于生活事实与规范适应与否及适应程度,这大体包括5种情形:^[4]

A. 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),它们不存在扩张或缩小的例外;宽泛上还包括有关明确列出的权限、程序、生效范围、效力等级、主体身份、结果犯的规定。

B. 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、幅度规定、程度规定、明文示例事项,这为大多数情况。

C. 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

[2] 参见郑永流:《出释人造——法律诠释学何为,与法律解释学的关系》,《法学研究》2002年第3期。

[3] 施塔姆勒曾引证过一句话:“一旦有人适用一部法典的一个条文,他就是在适用整个法典。”转引自[德]恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第73页。

[4] 参见郑永流:《法律判断形成的模式》,《法学研究》2004年第1期。

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、明知、危险方法等其他规定。

D.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,但法官不能因此而拒绝受理。用来评价的法律为法官所创造或选择。

E.事实与规范关系形式相适应实质不适应。即如适用形式合理的法律会达到不能忍受的实质不公的程度,典型情况为适用恶法,程度轻一些的如将商品房通过概念演绎推为商品,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,除在情形A中可找到明确的法律规范,可直接通过演绎应用法律外,从B到E都存在事实与规范关系不同程度的不对称情形,这便是要进行大前提建构即法律发现的依据,大前提建构的核心是使规范具体化。这四种不对称情形又可分为两类,解决不对称的具体方法和过程也各有不同。

(一)有法律规定的情形

这又分为两种情况:在多数情况(B、C)中,虽有法律规定,但不明确,不能直接获得具体规范,具体规范的获得要借助法律解释方法;在少数情况(E)中,虽有法律规定,但或违背客观目的,或不合理,应对这类情况的方法分别为客观目的探究、法律修正和正当违背法律。

1. 法律规定不明确——法律解释

在存在大体适合事实的法律规范,但对具体规范能否适用于某一事实因语词含义有怀疑(B、C情形)时,先通过解释来确定法律规范的语词含义,学界广泛存在着“泛法律解释”倾向,即把改变法律内容、填补法律漏洞等造法活动均视为法律解释,致使法律解释遂几乎成了法律方法的代名词,且法律解释的分类也有些不当,甚至混乱,当予以规整。

法律解释的目的是结合事实确定法律规范的语词含义。什么是法律规范的语词含义,当首问立法者的原意。立法者的原意可通过字义解释、体系解释和历史解释三种方法来获得,因此,法律解释的范围仅限于这三种。这三种方法首先是解释学说,尔后成为法律解释的应用惯例,鲜有制定法对它们予以规定。^[5]它们在法律应用中惯常的运用次序按字义、体系和历史排列,但并非像财产继承顺序一样,不可逾越。优先运用哪一种,也决非任意的,取决于各种解释在实体领域的重要性,并要对优先性作出论证。^[6]

法律解释一般以字义为始,因为立法者力图将其原意反映在字义上。字义解释发生于字义不能恰当地应用于事实,在此,是事实决定着字义清不清楚,脱离了事实便不存在此问题。字义解释包括对字义的扩大、限制和字面含义(平义)三种,扩大与否是看字义是小于还是大于立法者的原意。例如,立法法第42条中的“法律解释”,在字义上可包括对行政法规的解释,而按立法者的原意,则应限制在解释全国人大制定的法律上。在确定字义时判断者常困顿于下列选择:日常的还是法律的字义;实际的还是可能的字义;一般的还是专门的法律字义;地方的和个人的还是全国的和普通人固定的理解;立法时的还是今天的字义。

在字义解释不能释疑时,便寻求体系解释,也即在其他规范或其他法律中找答案。体系解释存在

[5] 少有的例子如《中华人民共和国合同法》第125条:当事人对合同条款的理解有争议的,应当按照合同所使用的词句、合同的有关条款、合同的目的、交易习惯以及诚实信用原则,确定该条款的真实意思。合同文本采用两种以上文字订立并约定具有同等效力的,对各文本使用的词句推定具有相同含义。各文本使用的词句不一致时,应当根据合同的目的予以解释。此条虽不是针对法律规范,但按合同即法思想,也可推定到对法律规范的解释上。

[6] [德]拉伦茨:《德国民法通论》上,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第105页。

的根据在于,法律应是一个内在统一的体系,具体规范是体系的组成部分,具有意义上的相互关联。在进行体系解释时,必须考虑法律体系内部的效力等级。它分为两重关系,在水平关系上,即在同位阶法律上,解释准则是:时间上看,后法优于前法或新法优于旧法;内容确定性上看,特别法优于一般法。在垂直关系上,即在异位阶法律上,解释准则是上位法优于下位法,一切法要合乎宪法。其中,合宪解释是为了保证法律体系的精神一致性,因此为体系解释之主要内容,不可与体系解释并立。但在上位法与下位法内容一致且同时适用同一事实行为时,下位法居优。在此,特别法优于一般法同样适用,因为下位法一般是特别法。采用上位法的情况为,下位法的内容与上位法抵触。另外,如对下位法存有多种解释之可能,选择的方法是看哪个更接近上位法,上位法在此起着标准的作用。

表一:效力等级与解释准则

同位阶法律

时间	后法优于前法、新法优于旧法
内容确定性	特别法优于一般法
时间 vs. 内容确定性	新的一般规定优于旧的特别规定

异位阶法律

内容不一致	上位法优于下位法、一切法要合乎宪法
内容一致	下位法优于上位法、特别法优于一般法
时间 vs. 异位	新的上位法优于旧的下位法

在体系解释也不能给出具体规范时,历史解释便出场,它力图从历史资料中获得立法者的原意。但人们对历史解释追寻的目标存在着分歧:一是立法者的主观意志,小到立法者如何理解某个概念,大到立法者如何设定法律的目的,这是所谓主观解释的目标;一是法律本身的意志,法律一旦诞生,便可独立于立法者的主观意志,这是所谓客观解释的目标。二者有重合,也有分离,尤其是存在久远的法律,立法者当时不可能完全顾及百年之后的局面。在当代,客观解释占上风,当然也有中间立场。^{〔7〕}

关于法律解释的体系构成,如果将解释的含义限定在以追寻立法者原意上,流行的客观目的解释则不属解释,比较法解释也并不构成单独一类且并非解释,人们在运用其他方法中均可采用比较方式,如中西“司法解释”的字面含义比较,中美产品责任法的客观目的比较,比较的目的是增强说服力或寻找根据。同理,社会学解释不是解释,而是从社会事实角度论证结论的合理性,属法律论证,如在一些地方,前店后舍两用的房屋、船民用作打鱼并生活的渔船,习惯上被理解成住宅,这种理解与立法者原意无关。

2. 法律规定违背客观目的——客观目的探究

在法律规定的字义明确包括事实但违背法律的客观目的时,不仅字义解释而且体系解释和历史解释都不适用,便发生客观目的探究。流行说法是客观目的解释,又称意义解释,它探求的是法律的客观目的和意义。客观目的探究本是对历史解释的第二种理解:法律本身的意志,后独立为解释标准之一。由于什么是法律的客观目的和意义,许多法律虽有目的之规定,而因时过境迁,更多为适用者根据现在的情势所作的评判和理解,所以,客观目的探究也是适用者的“主观解释”,同时带有法官造法的性质,已越过了传统的以追寻立法者原意为内容的解释的边界,^{〔8〕}本文用“探究”一词代替“解释”用语。一部法律的客观目的又可从具体的和抽象的两方面来考察,如消费者权益保护法的具体目的是维护消费者的权益,而在抽象层面,它与其他法一道共同指向维护社会经济秩序,甚至更抽象的公正、效率等。

〔7〕 参见前引〔3〕,恩吉施书,第五章;〔德〕魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第346页。

〔8〕 同上引,魏德士书,第354页以下。

客观目的探究的结果是限缩或扩张法律规范的适用范围,它们适用于情形E。目的论限缩或扩张是在法律的客观目的与立法者的意图不一致,且法律的客观目的得以清楚解释之后发生的,但目的论限缩还源于对不同情况实行不同对待之理由。字义的扩大解释与目的论扩张的区别在于,前者依据立法者的意图扩大法律规范的涵盖范围,后者依据法律的客观目的扩大法律规范的适用范围。反之,依据立法者的意图限制法律规范的涵盖范围便是字义的限制解释,依据法律的客观目的限缩法律规范的适用范围便是目的论限缩。目的论限缩或扩张中的“目的”指法律的客观目的,字义的扩大或限制解释则基于立法者的意图。这两者有时不一致,例如消费者权益保护法立法者的意图原是保护消费者在“生活消费”中的权益(第1、2条),而此法律的客观目的应解释成:使消费者在所有“消费”行为中的权益受到保护,如工厂为生产而购买原料,商家为销售而购买产品,患病者在医院接受治疗,甚至个人为索赔而购买假冒伪劣商品。依据目的论扩张的方法,为索赔而购买假冒伪劣商品的人是消费者,其购买行为是消费。

3. 法律规定不合理——法律修正,正当违背法律

它们也适用于情形E。发生法律修正的条件有二:法律中存在明显的内容错误及编排疏忽,不可能进行目的论限缩或扩张,如立法法规定:地方性法规的效力高于地方政府规章,部门规章与地方政府规章具有同等效力,据此,在效力等级上,地方性法规应高于部门规章。但依该法另条,地方性法规与部门规章不一致时,由国务院处理,似乎二者效力同等。

最后,当法律的不公达到了不能忍受的程度时,法官可正当地违背法律,如撞了白撞的政府交通规章。有争议之处在于何谓“不能忍受的程度”,判定的标准为何。尽管如此,赋予法官正当地违背法律的权力有助于遏制立法者的恣意妄为。

法律解释是释法,而客观目的探究、法律修正和正当违背法律则属于续造法。释法与续造法的性质不能混同,因而法律解释不同于后三种方法。

(二)无法律规定的情形

在字义不包括事实时,即存在法律应规定却未规定的情况,就存在法律漏洞。这里的法律指制定法。填补法律漏洞的方式有:类比、法律补充和反向推论,这些方法具有造法性质,它们适用于事实缺乏规范标准情形(D)。法律不应规定的情况属于有关生活事实与法律无关之领域,不产生如何寻找规范的问题。当然,何为法律应规定,何为不应规定,是一个判断问题。

1. 有类似的规范参照——类比

类比秉承相同情况相同对待的旨意,其具体的形式有四种:制定法的类比指从某一条文出发,从这个规范中抽取出一个可适用到相似案件上的基本思想;法的类比是从一系列具体法律规定出发,通过归纳推理建立一般原则,并将之适用到制定法未规定的案件上,因而又称整体类比;^[9]在寻找相似性的意义上,举重明轻和举轻明重也属类比,而不是所谓“当然解释”。它们的共同含义为,某一条文的内在依据,较条文明确涵盖的事实,更可适用于条文未明确涵盖的事实,不过,二者的发生相向而行,如依有的国家法律,故意帮助自杀不为犯罪,那么未规定的过失帮助自杀更不为犯罪,为举重明轻;不许在公共汽车站抽烟,在公共汽车上抽烟更不允许,为举轻明重。

类比被广泛运用于民法、行政法,如我国合同法第124条明确指出,该法分则或其他法未规定的合同,可参照该法分则或其他法最相类似的规定来对待。刑法中禁止类推原则的界限是,不能创立事实构成中不包括的新犯罪类型,也就是说,刑法中进行类比的边界是事实构成中而不是事实构成外的犯罪类型,禁止类推就是禁止比照类似犯罪类型推出一个未规定的犯罪类型,但在一个已规定的犯罪类型中,并不应禁止从一个已知的具体犯罪种类推出另一个未知的具体犯罪种类,因为立法者无法预知具体犯罪种类的全部形式和数量。

[9] 参见前引[3],恩吉施书,第183页以下;[德]拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2005年版,第260页。

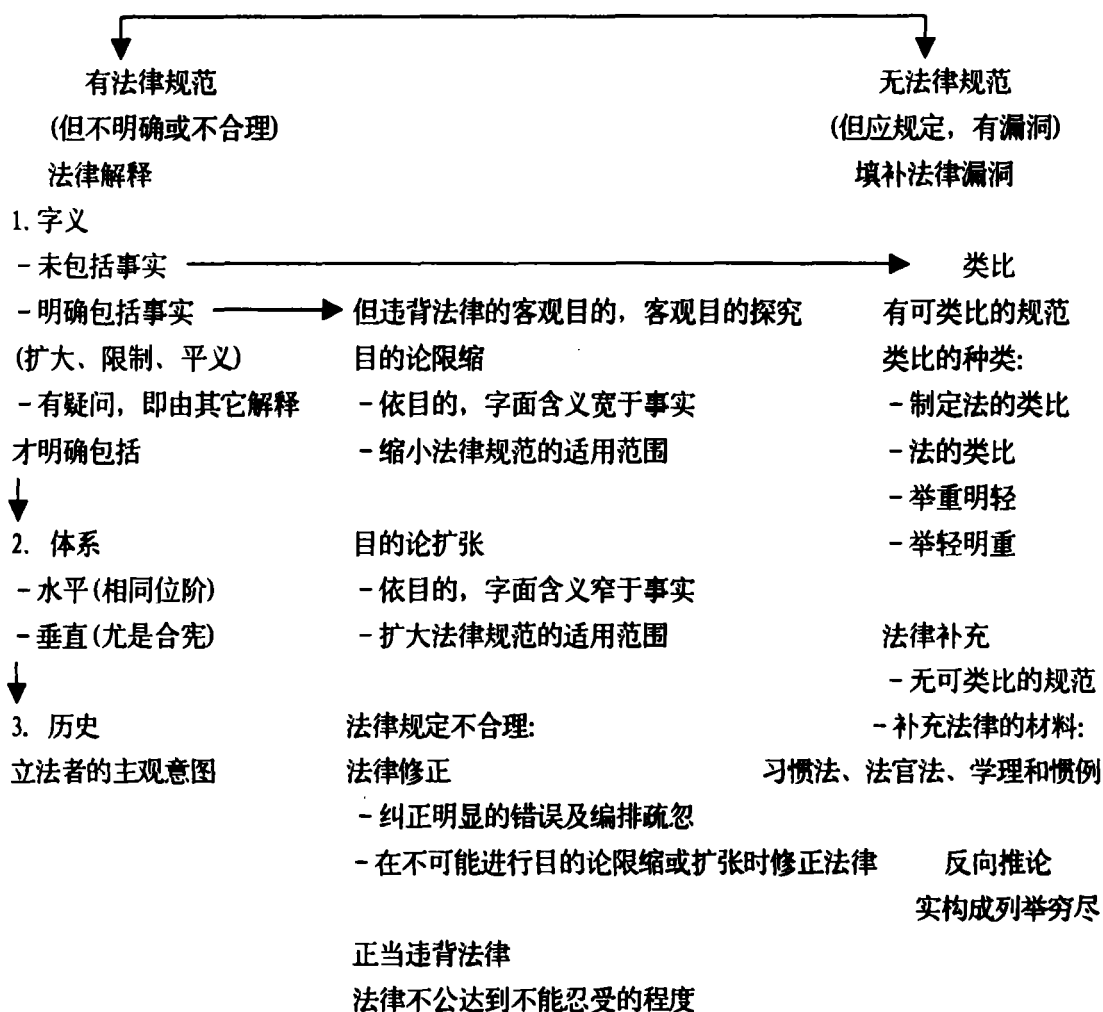
2. 无类似的规范参照——法律补充

与类比一样,法律补充也具填补法律漏洞、续造法律的功能,同时也是由于不能在法律上沉默而为的。但类比有类似的规范参照,法律补充则无类似的规范可比照。可资补充法律的有习惯法、法官法、学理和惯例,其中学理主指法律原则等。依法治原则,在适用顺序上,类比先于法律补充。

3. 事项列举穷尽——反向推论

反向推论也称反对解释。通常,推论是从规则具有的内容中推出结果。如中国民法只规定侵害姓名权、肖像权、名誉权和荣誉权可要求精神损害赔偿,今张某损伤李某手指,李某疼痛并生气致休克,除请求人身损害赔偿外,还要求赔偿精神损失。依反向推论,从精神损害赔偿的规则中,可推出张某不赔偿李某精神损失的结果。不赔偿的结果与要求赔偿的规则正好相反,是故名为反向推论。可作反向推论的条件是,规则中事实构成的事项是列举穷尽的,不可能包括未列举的事项。反向推论以若非 M 则非 P 方式填补了法律未列举的漏洞。

图二:寻找和建构规范的具体方法和过程〔10〕



〔10〕 根据 D. Schmalz 在其著作 Methodenlehre für das juristische Studium(4. Aufl. 1998. S. 144)中有关图表,结合本文的新分类改制而成。

三、建构大小前提的方法之一:演绎、归纳和设证

作为思维工具,演绎、归纳、设证在建构大前提和小前提中起着不同的作用。从大逻辑观出发,学界习惯将它们统称为推论或推理,即用某些公认的形式从某些特定的前提中引出结论的思维活动,包括得出必然性结论的演绎推论和导出或然性结论的非演绎推论,它们均为逻辑的研究对象。本文则持小逻辑观,认为推论是从某些特定的前提中引出必然性结论的思维活动,其形式仅有演绎,表现为三段论。^[11]只能导出或然性结论的“非演绎推论”,如归纳和设证,不是推论,因为推论的两条路径,即从规则到案件、从案件到结论均为确定的,而归纳和设证各只有一条路径是确定的。归纳从案件到结论为确定的,从结论到规则为不确定的,设证从结论到规则为不确定的,从规则到案件为确定的,因此归纳、设证只能被称为“亚推论”。“实质推理”或“辩证推理”、“非形式推理”均非推论,而是合理性权衡,其功用可由论证理论、修辞学和诠释学等担负。

表二:演绎、归纳与设证之范例

举例	皮尔士之例 ^[12]	制定法之例
演绎:	规则:所有从这个口袋里拿出的豆子都是白色的 案件:这些豆子是从这个口袋里拿出的 结论:这些豆子是白色的	所有形式合理的规范都是制定法 刑法是形式合理的规范 刑法是制定法
归纳:	案件:这些豆子是从这个口袋里拿出的 结论:这些豆子是白色的 规则:所有从这个口袋里拿出的豆子都是白色的	刑法、民法等法是形式合理的规范 刑法、民法等法是制定法 所有形式合理的规范都是制定法
设证:	结论:这些豆子是白色的 规则:所有从这个口袋里拿出的豆子都是白色的 案件:这些豆子应当是从这个口袋里拿出的	刑法是制定法 所有形式合理的规范都是制定法 刑法应当是形式合理的规范

(一)确定性结论的获取——演绎

演绎是从规则出发的推论,它从规则到案件,从一般到特殊,其过程为:大前提-小前提-结论。演绎推论具有确定性,只要大小前提确定,结论必然确定、唯一,因为结论已包括在前提之中。因此,它只是分析的推论,未给出新的认识。在法律应用中,它适合规则和案件均为先行确定且规则正确的情况,如前述的事实与规范关系相适应,和经由其他方法,使规则和案件事后得以确定并使规则具有正确性的情况。无论如何,结论最终得出必须经由演绎。

然而,规则和案件先行已确定且规则正确的情况,即便在制定法中也属极少数,绝大多数规则和案件是事后得以确定,绝大多数规则的正确性也是如此。也就是说,大前提可能是错误的,如形式合理的规范并不都是制定法,有些习惯法,如族人大会通过的族规也有形式合理性,但不是制定法。这就使在应用法律时一开始就直接进行演绎推论的机会极为有限,相反,必须先确定规则和案件,考查规则的正确性,再行演绎推论。归纳、设证和类比,如果也被视为“推论”,均是为此目的发生的,它们处在演绎之前。

演绎在建构大小前提中也发挥作用。为区别起见,可将得出判决的结论称为判决性结论,得出前提的结论称为前提性结论。相应地实际上存在两个层面的演绎,如在前述硫酸案中,确立硫酸是法律大前提中的武器是前提性结论之演绎(演绎I),认定乙构成非法携带武器参加集会罪是判决性结论

[11] 参见王路:《逻辑的观念》,商务印书馆2000年版,第72、111、114、151、155页。

[12] 转引自Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung. Eine rationale Analyse, 1999, S. 51.

之演绎(演绎 II):

演绎 I 前提性结论:

在集会中具有危险性的都是武器

硫酸在集会中具有危险性

硫酸是武器

演绎 II 判决性结论:

非法携带武器参加集会的构成非法携带武器参加集会罪

乙非法携带武器参加集会

乙构成非法携带武器参加集会罪

通过演绎直接或最后形成的法律判决,对于真正的生活事实而言,只是法律程序上的一种最终意见,并不意味着是实质上的最后知识,它还要接受当事人、同行、学界、社会和历史的反复检验。

(二)一般规则的获取——归纳

与演绎不同,归纳是获取规则的亚推论,它从案件到规则,从特殊到一般,其过程为:小前提—结论—大前提。它集中体现在广义的立法中,就制定法而言,立法者从大量法律应用的经验中归纳出一般规则。当然,一般规则并不全是生活经验归纳的产物,常有非经验的人为预设成分。就判例法而言,在无先例或改变先例时,一般规则是司法者归纳的结果;在有先例可援引时,司法者不是通过归纳而是经由类比得出结论,类比就是将现案与前案进行类似性比较。因此,不能笼统说在实行判例法制度时,司法者是仅采取归纳还是仅运用类比。归纳是综合的,它从若干案件中总结出新的一般规则,藉此拓展了人们的认识。

由于人们一般不可能发现全部的事实,形成完全归纳,只能作程度不同的不完全归纳,因而它总结出的一般规则总是不完全的。从推论路径上看,只有从小前提到结论是确定的,而从结论到大前提是不确定的、或然的、有风险的,进而是可错的。归纳的局限性便在于此,因而人们转过去追求概率,概率的大小就具有决定性作用。但在法律应用中大前提常常是不确定的或不正确的,需要去发现,准确而言,需要去造法,归纳是造法的工具之一,无论归纳有多大的风险,其功能是确定大前提。只有在确定了大前提之后,演绎方为可能,所以,归纳发生在演绎之前。

(三)原因或小前提的获取——设证

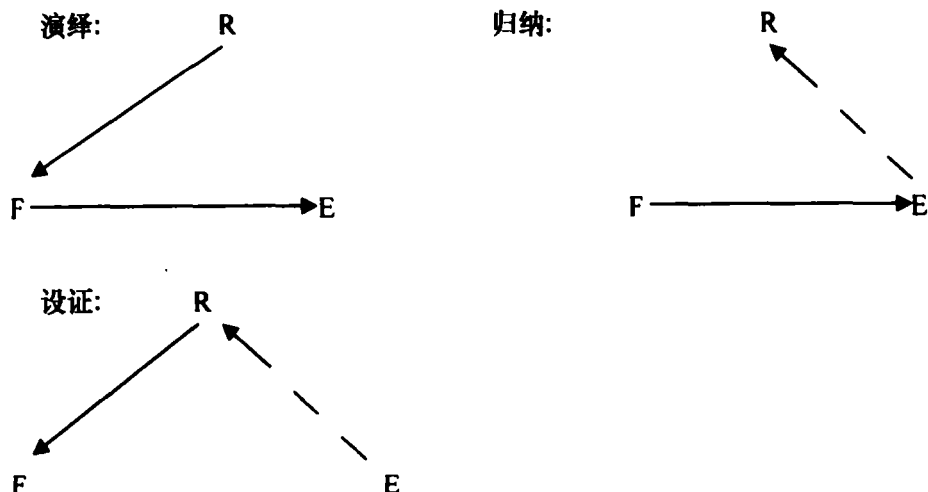
从法律应用的实际经验看,应用者往往是先有初步结论,然后经由大前提去寻找小前提,以获得引起结论的条件,这就是由皮尔士创立的设证。设证是超越规则的亚推论,它是从结论经由规则亚推论到案件事实,从特殊经由一般到特殊,其过程为结论—大前提—小前提。这一推论的目标指向小前提,小前提就表现为这一亚推论要得出的“结论”,为区别先有的结论,可将之称为小前提结论,而将先有的结论称为判决性结论。由于这种亚推论路径是从判决性结论经由大前提到引起判决性结论的原因(小前提),因此也称回溯、溯因。但某种判决性结论常是多个原因造成的,而大前提中可能不包括引起判决性结论的原因,如刑法是制定法这一判决性结论,可能不为所有形式合理的规范都是制定法这一大前提涵盖,因为刑法可能正好不是形式合理的,从判决性结论到大前提是不确定的,这就需要假设刑法应当是形式合理的规范,或形式合理以外的其他的一个或几个具体的原因,如内容正确或实际有效,以确立大体的思考方向。

设证就是假设原因,假设小前提结论。由于一个或几个具体的原因是假设的,所以,假设的小前提结论也是不确定的。而且,其不确定性比归纳更大,因为在归纳中尚有部分小前提结论是确定的,如刑法、民法等法是形式合理的规范。在假设原因中,前理解发挥着作用,前理解既可对也可错,这就使假设应当是开放的、可修正的。当假设的原因即小前提得到充分的证据证明后,也就同时意味着满足了大前提,或建立了新的大前提,然后才能依据新的大前提进行演绎,因而,设证同样处在演绎之前,同时处在归纳之前,归纳要用到设证。

总之,只有演绎为必然性推论,归纳和设证是以演绎为模型的亚推论,其结论不具必然性,但却是必要的、不可避免的或然。三种“推论”的结论可靠性依次减低,运用的风险增强。

图三:演绎、归纳和设证的思维路径及风险度

思维路径:^[13]



R(Regel) = 规则(大前提) F(Fall) = 案件(小前提) E(Ergebnis) = 结论

虚线 = 亚推论 实线 = 推论

风险度:

风 险 ↓ 大	小	演绎: 规则—案件—结论	确定	未给新的认识	但前提可能错
		归纳: 案件—结论—规则	有疑问	拓展了认识	但不是白色的豆子可能在里面 不是制定法的可能也有形式合理性
	大	设证: 结论—规则—案件	疑问大	为假设 未验证	可能豆子不从这个口袋里拿出的 刑法可能不是形式合理的

四、建构大小前提的方法之二: 类比

类比发生于待决案件没有明确的大前提,要借用应然的或实然的他案的大前提,其功效作用于大前提问题。

通常人们也把类比看作是亚推论的一种,它是从案件经由规则亚推论到结论,从特殊经由一般到特殊,其过程为:小前提—大前提—结论。但实际上类比主要不是推论,也不是亚推论,因为推论和亚推论有一个确定的共同方向,演绎推论的两条路径均为确定的,归纳和设证各有一条是确定的,而类比的两条路径,如果有的话,均为不确定的;推论和亚推论的过程先后相继,而类比不是从此到彼,主要是彼此比较。它首先比较的是案件即小前提,例如,将 F2 中已知的要素与 F1 中已知的要素进行比较,然后推出 F2 有 F1 中其它已知的要素,这些要素对 F2 而言是未知的(图四中类比 2 用横虚线来表示 F1 与 F2 不完全一样),最后推出 F2 与 F1 有共同的属性,F2 可以适用 F1 的大前提。推论只是在比较之后才发生,因而,类比至多是一种弱推论。同时,比较不仅仅是案件比较,案件比较的目的

[13] 前引[12], Kaufmann 书,第 53 页;[德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,台湾五南图书出版公司 2000 年,第 82 页。

是要回答适用于 F1 的大前提能否适用于 F2, 否则, 比较失去意义。因此, 类比在根本上是案件与规范比较, 且循环往复进行。这样一来, 类比是一种双层比较, 始于 F2 与 F1 的比较, 终于适用于 F1 的大前提与 F2 的比较。下图中, 类比 2 以垂直虚线来表示, 线条垂直表示适用于 F1 的大前提与 F2 的循环往复比较的关系, 线条空虚是指适用于 F1 的大前提与 F2 是否相适应尚不肯定。

图四: 类比的路径 [14]



类比比归纳和设证更富创造性, 这体现在它是从一个特殊领域的知识过渡到另一个特殊领域的知识, 具有联想、启发、假设、解释和模拟等功能, 甚至灵感和直觉有时也依赖于类比。[15] 具体到法律应用中, 类比的造法性更强。原则上, 创造性与确定性、有效性不可兼得, 因而, 类比的风险更大, 考夫曼还提供了两个理由: 一是为了拓展比较的基础, 必须尽可能出示多的案件; 二是类比的有效性取决于对法律大前提包含的比较点的选择和被比较的特征的确定, 而决定比较点主要不在于唯理性的认识, 而在于决断, 因此在于权力的运用。视比较点的选择而定, 可能会得出对立的结论: 或适用类比或适用反面推论。[16]

类比不是归纳。为了拓展比较的基础, 类比必须尽可能出示多的案件, 而归纳的有效性也取决于案件数量的多寡, 它们的确共有一个数量基础。但类比重点要强调案件核心要素的相似性质的数量, “类”很好地体现出这一点, 至于案件的数量, 最少有两个即可, 当然多优于寡, 以增强有效性; 归纳一方面要强调案件性质的共同性, 即案件中除了推论出的性质外, 至少另还有一个性质是共同的, 一样的。[17] 另一方面它还强调案件的数量, 且远不止类比所要求的两个即可, 而是多多益善, 多多益善之于归纳有效性的意义甚于类比。类比与设证也不同, 设证是建立假设, 类比则运用假设。

类比虽被一些学者视作法律发现的核心环节或主要途径, [18] 却并非孤立发生, 而是结合归纳和设证最后通过演绎得出结论。这四者在法律发现中的关系, 正如考夫曼正确指出的, 是相互纠结在一起的。相对于演绎, 归纳、设证和类比三者均是通向演绎途中的驿站, 统归于等置的方式。它们得出的阶段性结论也均不具有必然性, 而是有风险的, 其风险呈依次递增倾向, 类比的风险最大。设证在先, 归纳和类比后继发生, 类比还是循环往复的, 演绎是在它们确立了大小前提之后才得以展开。

仍以前述硫酸案为例, 由于不能直接适用刑法第 297 条这个规则, 首先, 法官可以联系到这个规则通过前理解去假设硫酸应当是武器一类的东西(设证)。设证脱离不开这个规则, 如果不把硫酸“前理解”为非法携带武器参加集会, 而是企图伤害他人, 就不会产生非法携带硫酸是否为武器, 是否构成此罪的问题。但这是一个需要验证的假设, 因为硫酸可能在这次使用中正好不是作为武器一类的东西的。然后或可进行归纳, 以往非法携带土制手枪、土铳等参加集会构成了参加集会罪, 于是似可归

[14] 前引[12], Kaufmann 书, 第 54 页; 前引[13], 考夫曼书, 第 82 页以下。考夫曼在这两本书中对类比 2 的图式表述略有不同, 在后书中(1997 年)均用实线, 在前书中(1999 年)均用虚线, 且横虚线是单箭头的, 即从 F1 到 F2。

[15] 参见谷振谐:《论证与分析——逻辑的应用》, 人民出版社 2000 年版, 第 192 页。

[16] 前引[12], Kaufmann 书, 第 87 页。

[17] 参见[英]詹尼弗·特拉斯特德:《科学推理的逻辑》, 刘钢、任定成译, 河北科学技术出版社 2000 年版, 第 18 页以下。

[18] 前引[13], 考夫曼书, 第 93 页以下; 前引[9], 拉伦茨书, 第 300 页。

归纳规则:所有的参加集会罪的情形都是非法携带土制手枪、土铳等,这拓展了我们的认识,但这个归纳出的规则是否与第297条相适应,是有疑问的,因为不是所有非法携带土制手枪、土铳等的情形都是参加集会罪的情形,也可能会推出一个错误的结论。在归纳的数量基础上,还要运用类比,类比在这里首先运用到硫酸应当是武器的假设。具体为,将F2非法携带硫酸与F1非法携带土制手枪或非法携带土铳等进行比较,或认为可比较,或认为不可比。对此案人们看到,F2在一些法律大前提包含的已知的本质要素上,如参加集会、危险性,与F1是一致的,所谓武器是一个类型概念,武器这个第297条规定的行为构成具有类型性,F2能被处理为与F1相同:硫酸与土制手枪、土铳一样,是武器。因而,适用于F1的第297条也可适用于F2(结论E)。

五、建构大小前提的方法之三:论证和诠释

论证和诠释也发生在大小前提建构中,但它们致力于判断的实质合理性、个别正义,且避免其他方法的判断者冥思独白而力图展开各方的沟通商谈。

(一)结论的正确性和可接受性——论证

在逻辑学中,论证指由断定若干命题(论据)的真实性进而断定另一命题(结论)的真实性。^[19]一般论证理论包括论证什么(命题、结论),依据什么论证(论据)和如何论证(方法)三个内容。不同于为命题的真实性而论的一般论证,总体上看,法律论证不是为真而辩,其使命是要使人信服,在诉讼中,法律论证甚至是为赢而辩。法律论证的目的在于找到不同阶段的命题和结论的正确性和可接受性。法律论证的直接论证对象是结论,有些国家的法律甚至规定,论证其判决的合理性是法官的义务。由于社会的价值趋向多元,价值判断的唯一正确性不复存在,推论能推出结论,但不一定能得出合理性,说服的义务胜于压服的权力。

由于结论的正确性依赖前提的正确性,论证对象又被拓展到前提,对小前提的论证是事实论证,但法律论证主要是大前提论证,因为立法者预设的规则不能完全适应事实,法官在应用预设的规则过程中,不可避免地要去选择、续造或新造法律,但法官同时负有义务去证立他们这样做的合理性。质言之,在法律应用过程中需论证的包括规则、事实和结论三方面,相应地便有规则论证、事实论证和结论论证。因此,从范围上看,目前的法律论证理论研究的是法律应用中的论证问题,结论论证为核心,不关法学研究、立法、媒体等中的论证,称之为司法论证理论更为准确。也由于其应用性,法律论证属于法律方法之列,法律论证理论研究大体存在以下两大类进路:^[20]

1. 形式论证

(1)逻辑—分析立场(结论论证)。这因对逻辑的广狭义理解而两分。狭义理解逻辑的立场之要义是严守矛盾律等逻辑法则进行三段论演绎。只要结论在逻辑上有效便为正确。逻辑分析对于任何理性论证都是有用的,论证要借助逻辑。但逻辑不能解决大前提的正确性问题,因为对规则的证立是一种交织着不同论证和对立论证的论证结构,是观点的权衡而不是逻辑演绎在其中起着决定性作用。广义理解逻辑的立场将论证分为演绎论证、归纳论证和似真论证(似真指本文中的设证)。^[21]

(2)程序—商谈的论证立场(规则论证和结论论证)。这一理论的核心是,论证在于商谈,商谈要有规则,对它们的遵守保障着结论的正确性。据此,它建立了一套论证的程序规则,包括内在论证规则,它们要解决的是,判断是否从在判断理由中陈述的大前提中合乎逻辑地产生,而不考虑大前提的

[19] 前引[15],谷振诣书,第298页。

[20] 这里参考了以下学者的总结:[德]诺伊曼:《法律论证理论大要》,郑永流、念春译,载《法哲学与法社会学论丛》(8),北京大学出版社2005年版,第11页以下;[荷]菲特丽丝:《法律论证原理》,张其三等译,商务印书馆2005年版,第11页以下。他们均采用形式的三分法:逻辑、对话和修辞。

[21] 参见熊明辉:《法律论证及其评价》,载梁庆寅主编:《法律逻辑研究》,法律出版社2005年版,第174页以下。

正确性;外在论证规则,它们要回答的是,如何保证大前提的正确性。但该进路主要适合唯理性对话,不尽适于法院诉讼程序,法院诉讼程序有策略性,非一般沟通行为,且主要针对利益而非真理性认识;论证受法律甚至有缺失之法约束,非无限地对话,无合意也要终结。

(3)论题-修辞学立场(结论论证)。它突出法律论证的修辞特征和策略安排,很少考虑规则的约束力,注重结论为听众的可接受性,论证过程生动开放,在很大程度上是一种胜诉论证。结论的可接受性主要取决于待论证的事项性质,如离婚案中女方的诉求更容易得到支持;论证运用的观点,即论题,如公平、人权;论证的听众;类比、反证等论证策略。

这三种立场要么强调论证的逻辑性,要么重视论证的程序规则,要么讲求论证的修辞手法,以实现论证的目的:结论的正确性和可接受性。一般而言,结论愈正确,接受的可能性愈大;但胡说八道的结论,也可能具有逻辑性,是合乎程序的,为听众所接受。因此,形式论证显出不足,人们必须考虑实质论证。

2. 实质论证(结论论证)

与上述规范性形式论证不同,这一进路有立场而无严格的理论体系,更多是展示出一系列实质性的论点,如法的安定性、法的统一性、历史-文化论、是非感、社会效果、价值及利益。例如,历史-文化论强调的是论证标准的历史-文化相对性,结论的正确性不依赖论证的形式规则,而在于实质上符合人们的历史-文化共识,民情民意是这种共识的重要反映,如杀人偿命的刑罚观,如为富不仁的评价定式,它是一种以生活经验为支撑的实质论证,尽管实质不等于公正;社会效果的含义在中国如最高人民法院所阐述的,指国家利益、公共利益、社会稳定。

为检验它们是否被贯彻于实际中,或在实际中另有其他作法,便产生经验的论证。

3. 经验的论证(规则论证和结论论证):

此进路试图从经验实然上来研究法官实际如何论证其判决。例如,据20世纪80年代的一项慕尼黑研究项目,^[22]德国联邦法院在改判中论证非常细致,绝大多数改判都有一个特殊的理由,如在112个改判中,有7个强调立法者的意志,而14%的主要考虑今天法律的意志;相比在民法和劳动法中,在刑法中更经常求助于立法者的意志;在刑法中主观解释比客观解释更能保证法的安定性;结果考虑的论证在劳动法中占40%,在民法中占30%,在刑法中只占14%;在112个改判中,只有13个运用“正义”论证。

(二)论证与其地方法

1. 论证与推论。论证首先关联着推论、亚推论。论证与推论、亚推论的关系为:它们都由前提和结论两部分构成;论证的主要目标是寻找结论的正确性,实现此目标的过程是,由断定前提的正确性进而断定结论的正确性;由于推论、亚推论解决的是前提与结论之间的关联度问题,因此,正确性的获得要借助推论、亚推论,也即推论、亚推论是论证得以展开的手段,并在论证中反复被运用。也正是论证须运用推论和亚推论,才有了演绎论证、归纳论证和似真论证,上述逻辑分析立场便将论证与如何论证的手段等而视之。在其它论证立场中,对演绎、归纳和设证,或择而用之,或一并用之。当然,论证运用推论和亚推论,但并不止于它们。

2. 论证与解释等。在法律解释、目的论限缩、目的论扩张、法律修正、正当违背法律、类比和法律补充中,都需回答依据什么而为的问题,这属规则论证。例如,“站内厕所不收费”规定中的“站内”是指火车站内还是仅指站台内,为什么用目的论限缩的方法将商品房排除在《消费者权益保护法》中商品概念之外,为何违背“撞了白撞”的政府交通规章是正当的,为何对死者的姓名可比照有关死者的名

[22] 此项目由慕尼黑大学考夫曼,诺伊曼和施罗特三教授主持,于1986年完成。参见前引[12], Kaufmann书,第95页。其他国家的经验,见前引[20],菲特丽丝书,第21页以下。

誉的司法解释进行保护,^[23]这些均不是不证自明的,需加以充分论证。

(三)在对话中造法——诠释

诠释在本性上不能被当作方法来处理,它是本体论的。为了表述方便,这里将诠释一并归入方法之中。诠释指明判断是一个在事实与规范之间循环往复、相互照应不断向上的过程:判断者不可能从虚无而是从前理解开始评价事实,前理解是解释者对事实的先见,他的先见表面上是个人的,但实际还受着个人所属的社会团体如政党、宗教组织,以及在社会中占主导的文化的的影响。先见使解释者或多或少地意识到寻找问题答案的方向,意识到何种事实的特点对于法律判断可能是关键的,但先见是前科学甚至很多是非理性的,必须加以检验和修正。沿着先见指出的方向去寻找规范,在判断者与立法者的对话中理解规范,在对话中内在地创造判断的依据,使事实与规范相适应,得出最终的结论。

1. 诠释与解释

解释归于认识论范畴,为了实现解释目标,需要寻找方法,因而它又属于方法。诠释为本体论的,根本不存在外在于理解者的理解对象,在规范层面上,假如存在理解对象的话,那便是经由制定法规范的理解者与立法者的关系,它们二者是在不同的层面上论说法律。

表三:诠释学和解释学立场的比较^[24]

	法律解释学立场	法律诠释学立场
学科基础	科学 实证 分析	历史 精神 人文
主客体关系	主客体分立	主体性或主体间性
解释对象	制定法规范	理解者与立法者的关系
法官角色	尽量中立	价值有涉 前理解 是非感
解释目标	规范的客观确定含义	判决的合理性 可接受性
解释过程	使个案适应规范	规范与个案相互调适
解释方法(式)	字义,体系,历史	理解者与立法者对话
优先价值	平等 确定性 法治 分权	个别正义 实体公正 民主
解释结果	非此即彼	不仅…而且…也是

二者的差异,以最后一项举例说明,解释是在说“谦虚是美德”,非此即彼,而诠释似乎在说“谦虚过头就是骄傲”,“不仅…而且…也是”,颇有辩证的吊诡。从法律观上言之,解释受制定法约束,要寻找的是立法者的原意,解释终是释法,诠释不刻意追逐立法者的意图而偏爱理解者的判断,遁入造法之中,所谓法律只存在于事实与预设的规范互动和互造之间。

2. 诠释与论证、推论

(1)诠释与论证:它们的关系视不同论证立场而各有各有别。诠释与形式论证格格不入,形式论证是主客体分立和客观主义的,诠释却相反主张主客体关系统一;形式论证视诠释为非理性的形而上学,诠释把形式论证归于无内容的分析理论。^[25]诠释通过理解者与立法者的对话达到实体公正,归属实质论证之列,诠释是实质论证的方法。

(2)诠释与推论:它们的关系表现在法律判断形成的模式上,推论具有模式的意义,与等置模式相对,推论模式的内容为解释+演绎。诠释属等置模式,等置模式的内容为等置+演绎。等置要用到除解释之外的许多方法,在使事实与规范等置的过程中,诠释以上述造法特点发挥着作用。

[23] 案情及分析详见梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版,第93页以下,第122页以下,第159页以下。

[24] 参见前引[2],郑永流文。

[25] 详见[德]考夫曼/哈斯默尔:《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149页以下。

表四:法律方法的分类、适用领域和条件

方法分类 适用领域 适用条件	小前提 (事实)	大前提 (规范)
观察 实验 技术鉴定 法医鉴定等	事实的物质性方面待确认	
客观目的探究 目的论限缩 目的论扩张		语词意义违背法律的客观目的 依目的,字面含义宽于事实 依目的,字面含义窄于事实
类比 法律补充 反向推论	事实之间有类似处可比较	有法律漏洞,但有类似的规范参照 有法律漏洞,但无类似的规范参照 有法律漏洞,但事实构成事项列举穷尽
法律修正 正当违背法律		法律中有明显的内容错误及编排疏忽 法律的不公达到了不能忍受的程度
解释 文义 体系 历史(立法 沿革 法意)	描述事实的语词意义不清	语词意义不清,规范适用于事实有怀疑 字面含义小/大于立法者的原意 在法律体系中更能知立法者的原意 从立法史料中可知立法者的原意
诠释 前理解 诠释螺旋 视域融合	缺乏恰与其份 个别正义 不知答案的方向 需反复沟通 需克服一方独断	缺乏恰与其份 个别正义 不知答案的方向 需反复沟通 需克服一方独断
论证 形式论证 逻辑-分析 程序-商谈 论题-修辞 实质论证 历史-文化 社会效果 价值及利益等	推论不能满足建构小前提中 各种结论的正确性和可接受性	推论不能满足建构大前提中各种结论的 正确性和可接受性
演绎	事实的言词性方面待确认 获取小前提性结论	欲获取大前提性结论
归纳	事实的言词性方面待确认 获取规则或大前提	欲获取规则或大前提
设证	事实的言词性方面待确认 获取原因或小前提	
其他……	……	……

六、结语：法律方法体系

形成法律判断的核心是建构法律判断的前提,如何建构起法律判断的前提是法律者的生存技艺,这一技艺体现为法律方法。法律方法历经传统的法律解释和法律推论,在当代扩展到:客观目的探究、法律修正与正当违背;类比、法律补充、反向推论;法律论证、法律诠释等方法。从法律应用过程上看,法律方法包括建构小前提、建构大前提和得出结论三方面的方法,其中法律解释、法律诠释、法律论证和法律推论适用于事实、规范或结论,如法律解释包括规范解释和事实解释,法律推论有规范推论、事实推论和结论推论。这种对法律方法含义及体系的界定,目的在于纠正以往法律方法研究重规范轻事实的倾向,同时在于减少许多方法用语含义不清带来的交流困难。在建构大小前提中要运用到的方法包括:建构大小前提共同运用的方法,如演绎、归纳、设证、类比,解释、论证、诠释;建构大前提的特有方法,如客观目的探究(目的论限缩或扩张),法律修正、正当违背法律,法律补充、反向推论等;建构小前提的特有方法,即事实的物质性确认方法,如观察、实验、技术鉴定、法医鉴定等。

上述众多方法,济济一堂,单从方法大类上看,似乎冰炭不能置于一炉,例如法律解释与法律诠释意旨相佐,法律论证恰在以结论的正确性矫正只求结论的形式有效性的法律推论,岂能不同室操戈?好在事实与规范的适应程度不一,各方法便可各司其职,并处共存。假使各方法水火不容,那是人们不适当地扩张某一方法的适用范围、误设适用条件所致,如将法律判断的形成仅系于司法三段论,不顾立法年代久远一味追求立法者原意,违背法律却不十分正当,过份相信个人的前理解和理解,夸大理解者的理解与立法者的原意之时距,忽视个别事实与一般规范之间距的决定性意义。应用法律既要合形式逻辑,又要说实质道理,这就是各法律方法能共居一体之根据。

国内近几年趋热的法律方法论,解决的是个案事实与规范的内部不对称性,属于内部解决,它能削弱但不能消除中国的社会事实(司法制度安排、解纷手段的传统等)与规范的外部紧张对立,要化解它,有赖于中国司法体制的转型和大众法治意识的形成。中国的事实与规范的对立关系,一旦从主要为社会事实与规范的外部不对称性,转化为主要为个案事实与规范的内部不对称性,便是中国法治形成的表征之一。中国的法律方法论需要创造性地应对社会事实与规范这一外部不对称性。因此,法律方法,不仅是工于用法,也将功在造法。在用法造法中,法律方法显现出这样一个不断逼近目标的功能链:方法改变前提,前提改变结论,结论改变行为。

Abstract: The legal method is determined by the formation of legal judgment, which is a process of equating the major premises and the minor premises. During this process, according to the different relations between the facts and the norms, different kinds of methods need to be used to construct the major and minor premises, generalizing the facts and specifying the norms. These methods include the peculiar methods of constructing major premises, such as inquiry into the objective purpose, legal amendment, violence of law in justifiable manners, legal supplement, reversal inference, etc.; the peculiar methods of constructing minor premises, such as observation, practice, technical verification, legal medical expert evaluation, etc.; and the common methods of constructing the major and minor premises, such as deduction, induction, analogy, explanation, demonstration, annotation, etc. These together constitute the system of legal methods.

Keywords: legal judgment, syllogism reasoning, the system of legal methods
