法律推理基本形式的结构分析

雷　磊*

内容提要：法律推理理论的核心在于结构问题，而对推理基本形式的研究正是围绕这一点展开的。考夫曼的“四分法”模式与阿列克西的“三分法”模式为此提供了很好的出发点。相比之下，后者的分类更为可取，但仍然存在问题。在规范性论证视角下，法律推理的基本形式必然要体现出论辩理性的特点。为此需要划分不同的论证阶段与论证前提来分别对应涵摄、权衡与类比这三种基本形式。它们构成了法律推理之规范性模式的组成部分。

关键词：法律推理　涵摄　权衡　类比

一、问题与概念

一种成功的法哲学理论只有在一种融贯的法律推理理论的基础上才能被实现。而一种融贯的法律推理理论至少涉及三方面的问题，即结构、理性与正当性。法律推理的正当性取决于它的理性，而它的理性又在很大程度上（当然绝非全部）由它的结构决定。如果对法律推理的结构分析，揭示出法律推理不外乎是推理者的意志决断，那么法律适用的理性及其正当性就都是成问题的；相反，如果法律推理仅仅被化约为单一的形式（如三段论），而将理性的内涵与外延限定于演绎逻辑之上，那就有意忽略了法律推理或者说理性本身实现形式的多样性，这同样是不理性与不正当的。无论如何，法律推理的结构问题在某种程度上构成了法律推理理论的核心。

司法实践，尤其是一系列“疑难案件”的出现，同样提出了对法律推理的形式进行完整理解的要求。“四川泸州遗产继承案”迫使法官仔细考虑原则推理的结构与形式。〔1〕“南京同性卖淫案”则又一次将现实与理论的反差摆放在了法律人的面前：〔2〕难道实践中或明或暗不厌其烦地使用的类比推理真的只是“司法的灵机一动”？〔3〕如果不是，其理性基础又在哪里？本文并不试图对这些具体的个案做出回答，而是从规范性论证理论的视角出发，对法律推理的基本形式进行

* 中国政法大学法理学博士研究生。

〔1〕 案情详见《张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案二审判决书》，《判例与研究》2002年第2期。

〔2〕 案情与探讨参见王北京：《类推定罪不能借同性卖淫案“复活”》，《南方周末》2004年2月24日版。

〔3〕 S. Brewer, *Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy*, 109 Harv. L. Rev. 926.

结构性说明。我将首先选取两种相对成熟的理论模式，即阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）的四分法模式与罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）的三分法模式进行阐述与对比，然后在此基础上进行修正与具体建构，并最终提示一种法律推理的规范性模式的可能。当然，在此之前，对于论题所涉及的概念进行限定是必要的。

1. 法律推理

本文赞同一种从广义上进行界定的法律推理概念，即认为，法律推理就是在法律争辩中运用法律理由的过程。[4] 这一过程的目的在于证立主张者所提出之法律判断（结论）。就此而言，它与德陆理论传统中的法律论证概念是基本同义的。在这一理解下，法律推理最重要的特点在于它的理性。法律推理的理性至少包含两方面的内容：第一，合乎逻辑。逻辑构成了任何理性思维的最低标准，尽管其本身不足以证立理性。因为现代逻辑本身的形式性本身就保障了理性的可普遍化要求。第二，合乎实践理性。如果说理论理性关注“是”的问题，那么实践理性涉及的则是“应当”问题。它所要回答的是，“应当如何做才是正当的”，这又涉及对正当的行为理由即实践理由的追问。追问实践理由的过程就是实践推理。法律规范是一种最重要的规范性（实践）理由，而法律推理即围绕为推理结论寻找与证立规范性理由而展开。法律推理可以说是实践推理的特殊情形，因而它也要符合实践理性的基本要求。

2. 基本形式

法律推理的基本形式所论述的对象是法律推理的逻辑结构。当然，这里所谓的“逻辑”决不能简单化为演绎逻辑，而应当理解为法律推理基本思维模式的符号化与模式化阐释。它应当具备两个特点：

（1）形式性。基本形式只涉及法律推理的形式向度。哪些法律规范或经验性前提可以成为法律推理的起点，相关符号代表什么具体涵义，这些前提中的哪个或哪些对于当下案件更“正确”与“恰当”，这些问题是形式理论本身所无法解决的。克里勒（Kriele）提出发现和确认“规范假定”的模式，[5] 恩吉施（Engisch）主张“（法律推理）主要的困难在于寻找前提”，[6] 都说明了推理的形式只有和前提的发现过程相结合，才能构成完整的法律推理理论。但是，形式本身并不涉及这些“发现的过程”，[7] 虽然它对于后者也并非毫无意义。形式结构的每一步展开向推理参与者提出了清晰的要求：有哪些前提与要素是需要进行发现与进一步证立的。

（2）必要与特定性。在每一个特定的推理情形或推理阶段中，相应的基本形式必须被应用。而且，每一种基本形式都具有自身的特点，是其他形式所无法取代的。当然，后者并不意味着基本形式之间没有任何关联。事实上这种关联是必然的，但是这种关联并不会剥夺它的“基本性”。

---

〔4〕［美］史蒂文·伯顿：《法律和法律推理导论》，张志铭译，中国政法大学出版社 2000 年版，“导言”第 1 页。当然，这一界定主要是针对司法推理而言的，但是稍微进行修正也能够适用于立法推理、法学（教义学）推理、法律人之间进行学术与实务论辩时进行的推理等等。（有关法律推理或法律论证的种类，参见［德］罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社 2003 年版，第 262 页。）一般认为，司法推理反映了法律推理的典型特征。本文的主题即主要针对司法推理。

〔5〕 M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, Duncker & Humblot, Berlin 1967, S. 197ff.

〔6〕 K. Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., Heidelberg 1963, S. 13.

〔7〕 任何法律推理都可以区分为“发现的过程”与“证立的过程”两个维度。前者突出法律推理的参与者发现和确认其主张的实际过程，后者强调每种主张要得到充分辩护而必须符合的“规范性标准”。（See R. A. Wasserstrom, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification*, Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 25.）规范性法律推理只强调后者，并认为它是法律推理的重点所在。

二、两种模式及其比较

（一）考夫曼的四分法模式

考夫曼四分法的特点在于，将一般推理的四种形式，即演绎（Deduktion）、归纳（Induktion）、设证（Abduktion）与类比（Analogie），都引入了法律推理之中。[8] 其中，演绎属于法律适用，而归纳、设证与类比则属于被考夫曼称作为“法律发现”的过程。

1. 演绎。演绎是一种推导（Ableiten），是从规则到结论、从一般到个别的推理，其典型形式为三段论，是涵摄模式的逻辑形式。其形式可表述为：

(1)$(x)\ (Fx \rightarrow Gx)$

(2)Fa

(3)Ga

如，(x) 表示所有人，F 表示“持武器实施抢劫”，G 表示“抢劫的加重情形”，a 表示某人持盐酸（认定为武器的话）进行抢劫。

考夫曼从两个角度来看待演绎的作用。一方面，演绎确实无处不在，它发生于每一个法律推理的过程中。[9] 但另一方面，更为重要的是，它本身是“非常片面与不完整的”。首先，它是一种仅从规范方面入手的思考方式，而没有充分考虑到事实因素的影响；其次，在大多数时候它都只是法律推理程序的最后环节，“只是对已然成功的法律获取的确认”[10] 和“借助于典型例子的（分析性）测试”。[11]

2. 归纳。归纳是一种回溯（Hinführen），是从案件到规则或规范、从个别到一般的综合性推理。归纳扩展了推理者的知识，但同时它也是成问题的，因为它常常建立在不完全的基础上（不完全归纳）。通过归纳会获得涵摄的大前提（在同时考虑到小前提即事实的情况下）。其形式为：

(1)$Fx_1 \wedge \cdots Fx_n$

(2)$Gx_1 \wedge \cdots Gx_n$

(3)$\Diamond\ (x)\ (Fx \rightarrow Gx)$

如，$Fx_1 \wedge \cdots Fx_n$表示那些“从这个口袋里出来的豆子”，G 表示“白色”，(x) 表示“所有豆子”。再如，$Fx_1 \wedge \cdots Fx_n$表示已知的“危险手段”，G 表示“抢劫的加重情形”，(x) 表示“所有人”。$\Diamond$表示“相对可能性”，即（3）相对于（1）、（2）的可能性。

3. 设证。设证是一种引导（Abführen），是从结论借由规范（大前提）到事实（小前提）的推理。也可以说，设证是在已然假定好了某个结论的基础上，比照大前提设定小前提的过程。设证在本质上是“解释性假设的形成过程”。这个过程所带来的并不是明确的结果（小前提），而是

〔8〕 需要说明的是，考夫曼使用了更具有诠释学意味的“法律获取”（Rechtsgewinnung）来取代“法律推理”这一概念。前者包括直接运用涵摄的“法律适用”与需要进行大前提的发现与续造的“法律发现”两种类型。他认为，严格说来只有数字概念可以进行直接适用。A. Kaufmann, Das Verfahren der Rechtsgewinnung, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München 1999, S. 12－13.

〔9〕 参见上引书，第68页。

〔10〕 同上书，第3页。

〔11〕 同上书，第55页。

“一种帮助法律寻找者从方法上论证性地获取明确的结果的假设”。[12] 故此，设证属于“诠释学上的前理解”，[13] 处于任何法律推理的实际开端。其形式为：

(1)Ga

(2)$(x)\ (Fx \rightarrow Gx)$

(3)$\Diamond\ Fa$

如，Ga 表示“这些豆子是白的”，(x) 表示“所有豆子”，F 表示“来自于这个袋子”，G 表示“白色”，Fa 表示“这些豆子来自于这个袋子”。再如，Ga 表示“使用盐酸这种抢劫加重情形”，(x) 表示“所有人”，F 表示“持武器实施抢劫”，G 表示“抢劫的加重情形”，Fa 表示“盐酸是武器”。

4. 类比。类比与前三种推理形式有着根本性的不同，它不是一种逻辑推理，而是“比较”(Vergleich) 或“等置”(Gleichsetzung)，[14] 是通过比较而将待决案件与法律规范毫无疑问地包含的案例（“典型案例”）进行等置的过程。由于在这种推理中，不存在确定的起点与终点，也就是说，它是在规则、事实（典型案例）与结论（待决案件）之间同时进行的一种“循环推理”(Zirkelschluβ)。当然，这种诠释学上的循环不是简单的周而复始，而是一种螺旋演进。[15] 因此，类比无法像前述三种推理那样进行逻辑型构。虽然如此，它却仍具有推理有效性。这是通过两点得到确保的：一是通过引证最多的相似案件来扩展比较的基础，二是恰当选择比较点（tertium comparationis）和确定有待比较的特征。[16] 其中最重要的莫过于比较点的选择。在法律中，这个比较点即是一种与相关规则相关联的具有法律意义的价值评判。

在考夫曼看来，以上四种形式在法律推理中的地位并不等同，[17] 因为他意图用一种等置模式来取代传统的涵摄模式，作为法律推理的基础。其程序为：首先，通过设证寻找到与可能的推理结论相关的假设（小前提）；其次，通过归纳寻找到与尽可能多的相关案例相适的、比之法律规则更为具体的规范（大前提）；再次，将待决案件与典型案例进行等置（比较）；最后，借用演绎（三段论）说出答案（结论）。[18] 可见，这种模式的核心是类比，其他三种推理形式都是围绕类比而展开的（但也是必不可分的组成部分）。除了这种方法论证立外，考夫曼更是进一步从诠释学本体论的高度来为类比的中心地位辩护。在他看来，法是规范（应然）与事实（实然）相对应的关系性范畴，这种对应并非一种单义的一一对应，而是一种类似性的结合。“法原本即带有类推的性质。”[19] 在每一个法的发现过程中，都是规范与事实相互推导与调适，最后在一个意义点上实现等置的过程。[20] 这个过程就是类比。因而，存有论意义上法的实现与方法论意义上法律判决的产生过程被混合在了一起。法本身的类比属性证明了法律推理本质上带有类比的性格，

〔12〕 K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6 Aufl., Springer 1991, S. 206f.

〔13〕 参见前引〔8〕，Kaufmann 书，第 57 页。

〔14〕 同上书，第 53 页。

〔15〕 参见上引书，第 54 页。

〔16〕 同上书，第 59、62 页。

〔17〕 阿列克西风趣地打比方认为，在考夫曼的法律获取理论中，演绎是女仆，类比是国王，归纳是勤劳的大臣，设证是前驱的骑士。Vgl. R. Alexy, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in: Ulfrid Neumann/ Winfid Hassemer/ Ulrich Schrith(Hg.), Verantwortetes Recht, Franz Steiner Verlag Stuttgart 2005, S. 47.

〔18〕 考夫曼以盐酸案（Salzsäurefall）为例说明了这个程序。参见前引〔8〕，Kaufmann 书，脚注 8，第 87 页，图表 6。

〔19〕 [德] 阿图尔·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，学林文化事业有限公司 1999 年版，第 45 页。

〔20〕 拉德布鲁赫形象地将这个过程比喻为“从二个方向着手进行的隧道式构造”。参见 [德] 考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社 2004 年版，第 124 页。

后者又进而说明了类比在法律推理中具有统治地位。

（二）阿列克西的三分法模式

阿列克西的三分法区分了涵摄（Subsumtion）、权衡（Abwägung）与类比（Analogie）。它们适用于不同的对象，也具有不同的结构：涵摄适用于规则推理，其形式为演绎；权衡适用于原则推理，其形式为重力公式；类比则适用于案例间的比较。[21]

1. 涵摄。三段论尽管被认为是涵摄的基础模式，但它并不充分。这是因为，法律规范的构成与概念通常并不总是单义和清晰的，在这些情形中，如果从既定的法律规则出发，并采用三段论的形式，那么只能省略中间的解释步骤，这显然存在着论证的“跳跃”，是违反论证理性的。比如，在“盐酸案”的演绎推理中，从（1）（x）（Fx→Gx）［“持武器实施抢劫是抢劫的加重情形”］和（2）Fa［“某人持盐酸进行抢劫”］，不能直接推出（3）Ga［“此人实施了抢劫的加重情形”］，因为中间缺省了“盐酸”与“武器”这两个概念的关联。相反，如果将推理的大前提重构为已然经过解释的规范，如将（1）视为“使用盐酸实施抢劫是抢劫的加重情形”，这就将作为法律推理之起点的既有法律文本偷换为一条个案规范，同样是不被允许的。因此，完整的涵摄模式应当是：[22]

$$
\begin{aligned}
&(1)\forall x(Tx \rightarrow ORx)\\
&(2)\forall x(M^1x \rightarrow Tx)\\
&(3)\forall x(M^2x \rightarrow M^1x)\\
&\qquad\vdots\\
&(n+2)\forall x(Sx \rightarrow M^nx)\\
&(n+3)Sa\\
&(n+4)ORa \qquad (1)-(n+3)
\end{aligned}
$$

其中$\forall x$表示所有的x，Tx表示既定规则的事实构成，ORx表示法律后果。（2）—（n+2）被称为“语词使用规则”（Wortgebrauchsregeln），是在对Tx之内涵的解释（证立）步骤进行过程中所使用表述的用法规则，M^1x、$M^2x\cdots M^nx$、Sx是对Tx依次进行的语义等值转换。Sa与ORa则是待决案件的事实与法律后果。这个公式的优点在于：涵摄的出发点是既有的法律规则；所有的中间环节和论证前提都得以澄清，以便于对推理的正确性进行控制；同时保证了推理形式的普遍性。[23]

2. 权衡。作为法律推理的基本形式之一，权衡的规范理论基础在于规则与原则的区分。[24]不同于规则，原则作为一种最佳化命令（Optimierungsgebote），要求在相对于事实上与法律上可能的范围内最大可能被实现。原则能以不同的程度被实现，其实现程度又与比例原则（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）有着内在联系。比例原则包括适切性（Geeignetheit）、必要性

〔21〕 See R. Alexy, *On Balancing and Subsumtion. A Structural Comparison*, 16 Ratio Jaris 443 (2003); R. Alexy, *Two or Three?*, manuscript.

〔22〕 同上引，Alexy手稿；前引〔4〕，阿列克西书，第281页。两篇文献中的公式所使用的符号稍有不同。

〔23〕 参见前引〔17〕，Alexy文，第52页以下。

〔24〕 R. Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M. 1996, 3. Aufl., S. 71ff; Alexy, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a. M. 1995, S. 182ff.

(Erforderlichkeit) 与狭义上的比例原则三项子原则。[25] 其中适切性与必要性原则使得原则可在事实上可能的范围内被实现；而狭义比例原则则对应于法律上的可能。所谓“法律上的可能”，指的是在适用某一原则时，必须考虑到与之相碰撞的其它原则。原则适用不同于规则适用的特点，就在于前者总是在具体情形中通过与其它原则相竞争、确立优先关系来进行的。换句话说，我们需要通过不同原则间的权衡来适用原则。为此，阿列克西提出了重力公式 (Gewichtsformel)：[26]

$$G_{i,j}=\frac{I_i\cdot G_i\cdot S_i}{I_j\cdot G_j\cdot S_j}$$

其中，$G_{i,j}$表示在个案情形中原则 Pi 相对于原则 Pj 的分量，I_i、I_j分别表示所采取的措施对于 Pj、Pj 的“不满足程度或受损害程度”，G_i、G_j表示与个案情形无关的 Pi、Pj 的“抽象重力”，S_i表示采取不实现 Pi 而实现 Pj 的措施所需之经验性前提的确定程度，Sj 则恰好相反。

3. 类比。阿列克西对类比的理解建立在对考夫曼之批判的基础上。首先，他认为，法律获取的程序在本质上是类比性，并不就意味着类比支配着其他推理形式。事实上，存在着两种运用类比的情形。一是“内在于事实构成的类比”，[27] 它作为对规范概念的外延进行澄清的手段，在语义空间内运用。可以说，这种类比是在涵摄的框架内发生的，本质上是一种特殊的体系论据，属于围绕规范概念展开的解释方法。[28] 所以它也要受到其他语义解释方法的制约。二是作为扩张的类比。这种类比与语义解释相对，在规范概念的字义范围之外做出决定，其结果是对字义范围进行扩展（当类推这一规范时）或限缩（当类推与此一规范相对立的规范时）。虽然阿列克西并未言明，但可以推断出，作为法律推理基本形式的类比指的是后者。[29] 至于作为语义解释（论证）方法的类比，只能在涵摄这一基本形式框架内发挥作用。

其次，考夫曼的类比程序实际上并不取决于类比本身，他不只一次强调比较点的选择对于类比具有决定作用。但在他看来，比较点的确定是“权力决断”（主要作用）与“认知”（次要作用）的结合。[30] 阿列克西认同区分类比的形式与类比的质料，它们分属于内部证成与外部证成。但作为外部证成的比较点选择建立在以反思、论证与商谈为手段的对相互反对的理由进行测试的基础上，受到理性论证规则的制约，并非纯粹的权力决断或认知。在这一点上类比与前两种推理形式没有差别。类比的独特性在于其内部证成，即论证的形式。[31] 这一形式可表述为 [32]：

A1：在每个案件c_i中，都可以援引每个案件c_j来主张，c_i与c_j共享特征$F_1^j,\dots F_n^j$，因为这一点，以及因为存在理由支持规则$F_1^j,\dots F_n^j\rightarrow Q$，所以$c_i$应当与$c_j$一样得出效果 Q。

---

[25] See R. Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, 13 Ratio Jaris 297 (2000).

[26] R. Alexy, Die Gewichtsformel, in: Joachim Jickli/ Peter Kreutz/ Dieter Reuter(Hg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin 2003, S. 790.

[27] Theodor Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, Berlin 1961, S. 87.

[28] Vgl. R. Alexy, Juristische Interpretation, in: ders., Recht, Vernuft, Diskurs, Frankfurt a. M. 1995, S. 85－86.

[29] 参见上引书，第 91 页。

[30] 参见前引〔8〕，Kaufmann 书，第 59、77 页。

[31] 参见前引〔17〕，Alexy 文，第 65 页。

[32] 这是阿列克西所提出的第二个版本的类比图式。第一个版本的表述参见上引文，第 65 页。对第一个版本的批判参见 B. Brozek, *Analogy in Legal Discourse*, 94 Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy 199 (2008); C. Bäcker, Begründen und Entscheiden, Baden－Baden: Nomos 2008, p. 298.

A2：在每个举出具有形式A1之论据的案件中，可以提出两个对立的主张：

A2.1：可以主张特征$F_1^i, \cdots F_n^i$使得c_i有别于c_j，因为这一点，以及因为存在理由支持规则$F_1^i, \cdots F_n^i \rightarrow \neg Q$，所以与$c_j$截然不同，$c_i$不应当得出效果Q。

A2.2：可以主张c_i与c_k共享特征$F_1^k, \ldots F_n^k$，因为这一点，以及因为存在理由支持规则$F_1^k, \ldots F_n^k \rightarrow \neg Q$，所以$c_i$应当与$c_k$一样得出效果Q。

以上三种推理形式是相互关联的。涵摄与权衡的联系在于，涵摄既处于权衡的开端，也处于权衡的结尾。原则间的冲突法则说明了这一点。[33]类比与涵摄、权衡的联系则体现在：A1、A2（2.1、2.2）中的特征$F_1^j, \ldots F_n^j$、$F_1^i, \ldots F_n^i$、$F_1^k, \ldots F_n^k$（它们在不同案件中体现出来）要想获得它们对于Q或¬Q的相关性，就必须与构成规则之基础的理由发生关联，而这些理由通常具有原则的性质。因此，案件、规则与原则以这种方式固有地联结在了一起。[34]这说明了类比与涵摄、权衡的固有关联。

（三）两种模式的比较

作为法律推理的基本形式必然要具备基本形式的特点。因此，对上述两种模式进行对比的一个基本思路是，用本文第一部分所论述的基本形式的特点依次进行检测，虽然结论只是暂时的。[35]

1. 涵摄（演绎）。首先，涵摄具有形式性和特定性，它所运用的是经典演绎逻辑，不涉及个案特征。其次，涵摄是必要的，它适用于所有以法律规则为大前提的法律推理过程（而非只是数字概念）。所有其他的推理形式最终也都以涵摄做结，这是基本思维规律的要求。但是，与考夫曼的认识不同，作为一种论证形式的涵摄绝非只是类比的附加程序。只要大多数法律推理的起点是明确的法律规范，它就必然是一种根本性的推理形式。最后要再次指出的是，涵摄不仅包括三段论，也包括从法律规则的抽象表述经由逐次的论证步骤直至具体结论的整个过程这样一种充分模式。

2. 归纳与设证。首先，归纳与设证不具有形式性。归纳虽然可表述为（1）$Fx_1 \wedge \cdots Fx_n$；（2）$Gx_1 \wedge \cdots Gx_n$；（3）$\Diamond(x)(Fx \rightarrow Gx)$这三个步骤，但是很容易发现，在（1）、（2）与（3）之间并不存在逻辑上的必然关联，我们无法从任何逻辑学定理中直接或间接推衍出这一形式，因此它只是假借了逻辑符号的经验总结。对于设证而言同样如此。作为“诠释学上的前理解”，它属于“发现的过程”，而与推理的形式无关。其次，它们也不具有必要性。考夫曼将一般推理中的归纳引入法律推理时没有考虑到它们之间的一个重大差别：在法律推理中，Fx_1与Gx_1，…，Fx_n与Gx_n之间存在着必须存在理由关系时才能进行全称式的归纳，也就是说Fx_1必须是Gx_1的法律理由，而不能是别的关系（动机、解释）与联系（规律性联系、偶然性联系）。[36]

---

〔33〕 前引〔21〕，Alexy手稿。阿列克西认为，两个原则相互权衡的结果是形成了一个以个案情形为前提，以优先原则的效果为后果的个案规则（“原则冲突法则”）。因此这个案件可以涵摄于这条规则之下。

〔34〕 同上引Alexy手稿。

〔35〕 读者当可看出，本部分并不意图对两位学者的思想进行全面评述。由于评价立场的多样化与二者所处之哲学传统的差异，整体性优劣评价是困难的。在此只涉及在法律推理之基本形式这一点上，谁者更合乎规范性法律模式的合目的性判断。

〔36〕 奥蒂（Audi）划分了三种理由：解释性理由是对某行动为何会发生的客观解释，如穿衣是因为天冷。动机性理由涉及行动的主观动机，其表现为，某人做出特定行动是为了实现被欲求的状态，如穿衣是为了保暖。规范性理由则是应当如何行动的客观理由，一般而言它对于任何人（或某特定的一般性条件下的所有人）是同等适用的。如在西餐厅穿正装是因为存在一条规则要求这么做。See Robert Audi, *Reasons, Pratical Reason, and Pratical Reasoning*, 17 Ratio Jaris 120(2004).

“豆子来自于这个袋子”与“豆子是白的”是一种偶然联系，前者并不是后者的理由。“危险手段”却是在法律上认定为“加重情节情形”的理由。试想，如果我们因为观察到某些人实施加重抢劫是出于经济原因，而通过归纳得出“所有出于经济原因实施的抢劫都是抢劫的加重情形”这一结论，无疑是荒谬的。因为在这一情景中，在“出于经济原因实施的抢劫”（Fx）与“抢劫的加重情形”（Gx）之间只存在动机而非理由关系。[37] 同样，对于设证而言也存在同样的问题。在一般设证推理中，转换假设的对象丝毫不会影响设证的逻辑形式，如将“豆子”换成“珠子”。但在法律推理中，假设的对象与规范的对象（如盐酸与武器）之间必须存在“相对于此论证的本质性关联”，[38] 否则便无法进行，设想将“盐酸”换成“矿泉水”便无法进行法律推理。此外，在一般设证推理的步骤：（1）Ga；（2）（x）（Fx→Gx）；（3）◇ Fa 中，只有（3）才具有假设性，如“这些豆子来自于这个袋子”；但是在法律推理中，不仅（3），如“盐酸是武器”，而且（1），如“使用盐酸这种抢劫加重情形”，也可能具有假设性。[39] 因为（1）本身并没有为法律规范所阐明，而只是推理者的推测。以上说明，将归纳与设证一般性地引入法律推理是不恰当的，也是不必要的。

3. 类比。考夫曼与阿列克西对于类比的认识有着很大不同，前者将其视为法律推理的核心程序，是不具有逻辑形式的诠释学循环的过程，与解释同义；[40] 而后者则主张类比是外在于规范文义，运用案例比较的方法来解决缺乏推理大前提之案件的推理形式。从规范性论证的视角来看，无疑阿列克西的认识更有意义，因为只有在这种认识的基础上才能将类比视为法律推理的基本形式之一。首先，它的形式性反映在，A1、A2 并没有说明特征 $F_1^j, \dots F_n^j$、$F_1^i, \dots F_n^i$、$F_1^k, \dots F_n^k$ 要具有何种内容才会成为相关规则的前提，即没有说明哪些特征是“相关的”；它们也没有说明到底是 A1 还是 A2 会优先，即没有说明哪些特征是“决定性的”。[41] 其次，离开 A1、A2，就无法理性地说明案例之间的比较是如何进行的，这说明了类比图式的必要性。它的特定性也很明显，即类比推理并非从明确的法律规范出发，而是与不同的案件进行比较推出结果。

4. 权衡。权衡首先是形式的，重力公式只是给出了适用原则时需要衡量的因素（I、G、S），而没有说明这些因素在个案中的分量是多少，也没有说明究竟哪个原则（Pi 或是 Pj）会最终得到适用。其次它也是必要的，原则作为最佳化命令这一点决定了原则的适用必然受到其它原则的限制，而限制的方式即是权衡。同时它是特定的，因为它运用了独特的算数图式（arithmetic scheme）。[42]

通过以上分析可知，从规范性论证的视角来看，法律推理存在着三种基本形式：涵摄、权衡与类比。但这个结论并不意味着阿列克西对于它们的理解是完全恰当的。在我看来，阿列克西的理解至少存在着如下几个问题：第一，“涵摄－规则”、“权衡－原则”这种一一对应的关系是很成问题的。虽然这种对应关系具有典型性，但规则可能与原则或别的规则发生冲突，此时就不可能仅运用涵摄。原则要适用于个案，也必须具体化为以相关个案事实为前提，并具有相应确定法律后果的（个别化）规则，否则便无法发挥作用，这似乎也说明了有涵摄运用的余地。第二，很

〔37〕 事实上，如果存在理由关系，那么它就存在于每个大小前提对子（$Fx_1 - Gx_1$）的背后，因而在理论上只需要一个对子就可以得到证立了，添加其他的对子（$Fx_2 - Gx_2$、$Fx_3 - Gx_3$……）只是为了增加证实几率。

〔38〕 前引〔17〕，Alexy 文，第 59 页。

〔39〕 所以相对于一般推理中设证的简单假设性（einfache Hypothetizität），法律推理中的设证往往具有双重假设性（doppelte Hypothetizität）。参见上引文，第 60 页。

〔40〕 关于最后一点的具体论证参见前引〔19〕，考夫曼书，第 70 页以下。

〔41〕 参见前引〔21〕，Alexy 手稿。

〔42〕 前引〔21〕，Alexy 文，第 448 页。

容易发现，阿列克西关于类比形式的处理与涵摄和权衡是不相称的，后两者都具备形式结构，而前者却没有。假如类比要具备法律推理之“形式”的地位，那么这种处理就是不够的。事实上，现有图式的缺陷是明显的。其一，虽然类比图式并不需要说明在同时运用A1与A2时，哪一者可能优先，但至少应当指明解决这种冲突的方式；其二，案例与规则和原则通过“特征－理由－规则”这一方式的联结虽然一定程度上说明了类比与其他两种形式的关系，但不够直接和清晰，因为这一联结没有通过类比自身的推理结构反映出来。最后，也是最重要的一点，阿列克西并没有将这三种形式放在法律论证的动态程序中加以理解。

三、三种基本形式的结构分析

（一）分析的前提

正如本文开端所说的，结构问题是法律推理理论的核心。阿列克西的努力在很大程度上正在于阐明三种基本推理形式的内在结构。我将接续这一努力方向，并试图进行补充和完善。首先要说明的是本部分的分析所预设的几个前提。

1．前提I：规则与原则的区分

阿列克西的理论已然预设了这一区分。本文所强调的是在规范性论证的角度下，将规则和原则都视为“裁判结论的证立理由”，但是这两种理由的结构是不同的。〔43〕它们之间的差异构成了以规则为起点的法律推理与以原则为起点的法律推理之结构差异的前提。前述阿列克西的理论事实上已经涉及这种差异。对于本文而言，规则与原则的两个结构性差别是至关重要的：

第一，原则是实质理由，而规则是复合理由。原则（P）是一种实质理由，也就是说，原则的证成力取决于本身内容的分量；而规则（R）的证成力不仅取决于内容（其背后之实质原则［$P.r$］的分量），还得到形式原则（$P.f$），如“由合法权威制定的规则必须遵守”、“无特别理由不得偏离历来的实务见解”的支持。R是$P.r$与$P.f$的复合。这种差别体现在不同的冲突解决方式上。在原则间冲突（即原则适用）的场合，只需对这些原则进行权衡即可；而在规则与原则冲突的场合，原则要想被优先适用，不能只证立P对于$P.r$的优先性，而且必须证立P的分量大于$P.r$与$P.f$的总和。这也反映了规则与原则具有不同的初显性（prima facie）。〔44〕

第二，原则是简单理由，而许多规则属于复杂理由。之所以说原则是一种“简单”理由，是因为原则作为一种证立依据，其本身只反映了一个单一的价值取向；而许多时候，规则不仅表达出了单个价值的内含，同时更是许多价值的一种妥协。〔45〕换句话说，规则力图考虑到其前提（事实构成）所涉及到的所有价值，并在此基础上作出决定（法律后果）。〔46〕如果我们暂且将价值与原则等同视之，那么也可以说，在许多时候规则背后作为其证立基础的实质性原则不止一

〔43〕规则和原则的区分是当代法律理论的热点问题。最早进行相关探讨的应当是德国法学家埃塞尔，他早在20世纪50年代就已经进行了详尽的研究，尽管所使用的术语略有差异（J. Esser，Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts，3Aufl.，Tübingen 1974）。但这个问题引起广泛注意则要归功于德沃金（R. Dworkin，*The Model of Rules*，35 U. Chi. L. Rev. 14）。在这场讨论中可以区分出三种基本立场：(1)一致性命题，认为规则与原则之间不存在任何逻辑差别（A. Aarnio，*Taking Rules Seriously*，in Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy，Beiheft 42，S. 180－192）；(2) 弱分离命题，认为规则与原则可以在逻辑的视角下被区分开来，但最终只是程度性的（Joseph Raz，*Legal Principles and The Limits of Law*，81 Yale L. J. 833）；(3) 强分离命题，认为规则与原则是具有完全不同的逻辑结构的规范性标准（Dworkin，Alexy）。

〔44〕关于“初显性”的概念及规则、原则具有不同初显性特征的具体论述，请参见前引〔24〕，Alexy书，第87页以下。

〔45〕See Aleksander Peczenik，*On Law and Reason*，Kluwer Academic Publishers 1989，p. 81.

〔46〕哈格借用物理学图式说明了这一点，具体参见Jaap Hage，*Reasoning with Rules：An Essay on Legal Reasoning and its Underlying Logic*，Kluwer Academic Publishers 1991，p. 79.

个，规则本身是其背后各种原则相互作用的结果（立法的过程就体现了这一点）。这种相互作用又可以分为两种情形。其一，这些原则都是“同向”的，也就是说，它们支持同一种法律后果，此时它们的效力是相互补强的。如“信赖保护”与“交易安全”这两个原则共同支持“善意第三人有权取得他人无权处分之财产”这条规则。其二，这些原则可能是“异向”，也就是说它们支持不同的法律后果，此时它们的效力是相互削弱的。但无论如何，必须有一方强过另一方，以至于规则的法律后果最终与优先原则的法律后果相一致。如，在“第三人善意受让他人无权处分之财产”的情形中，除了上述两个原则外，还存在一条方向相反的原则，即“保护所有权”原则，它支持“所有人有权追回被无权处分的财产”这一法律效果。但立法者经过权衡最终认为，前两个原则的重要性超过了后者，故而规定了这条规则。无论如何，这两种复杂结构都将在法律推理的过程中被打开。

2. 前提 II：规则漏洞

法律推理的大前提必须来自于现行有效的法律渊源。但是对于待决案件而言，并非任何时候都存在可直接适用的明确法律规范。此时就存在所谓的“法律漏洞”，而法官可能需要比照援用与待决案件性质相似之案件的法律规范来进行裁决，即运用类比。一般而言，被比照的案件是毫无疑问地属于被援引的法律规范的典型案例。对于本文而言，需要明确的有两点：一是案件与规范的关系，二是如何认定漏洞的存在。

第一个问题相对简单。类比是案例比较，但案例比较未必就等于类比。案例比较仅仅是这样一种方法，“当针对系争案件是否应归于某一法律概念产生疑问时，将属于概念外延的有待判断的该案件，与某一规范可以毫无疑义加以掌握、属于概念核心的案例加以比较，然后在一定的观点下判断有待处理的案件与这些‘典型案件’的偏离是否重大，是否应作同等评价，以决定是否适用该规范。”〔47〕这种方法既可以在规范的语义之内进行（作为解释性手段的类比），也可以在语义之外进行（作为漏洞填补方法的类比）。作为法律推理基本形式的类比针对的只是后者。这说明（典型）案例本身并不足以成为区分类比与涵摄、权衡这两种形式的保障，真正的区分标准在于适用情形的不同：类比适用于无明确法律规范的情形，而涵摄与权衡适用于有明确法律规范的情形。这也说明，案例与规则、原则的地位并不等同，它本身不是法律推理的出发点，而只是寻找这个出发点的手段。

第二个问题是，“无明确之法律规范”这一概念仅包括“规则”，还是同时包括“规则”与“原则”。如果指的是前者，那么只要不存在可直接适用的规则，就可以认为存在法律漏洞；如果指的是后者，那么只有当既不存在可直接适用的规则，也不存在可适用的原则时，才能认为存在漏洞。核心的问题在于不存在可直接适用之规则但存在可适用之原则这种情形。我认为，这种情形仍然属于漏洞的情形之一，因为作为“违反计划的不完满性”（planwirdrige Unvollständigkeit），〔48〕类比所违反的是通过明确的规则原本应实现的立法计划，而不是适用范围与内涵都比较模糊的原则。原则的模糊性决定了它只有适用与不适用的问题，而没有类比适用的问题。在此基础上我们可以区分出三种与漏洞填补相关的情形：其一，只存在可类比适用的法律规则；其二，同时存在可类比适用的法律规则与可适用的法律原则；第三，只存在可适用的法律原则（通常是复数的）。其中前两种情形涉及类比，而最后一种情形涉及原则的适用（权衡）。这也说明，漏洞的确定与填补是两个不同的问题：前者必然涉及规则，而后者则不必然如此。

3. 前提 III：三个论证阶段的划分

〔47〕 Reinhold Zippelius, Der Typenvergleich als Instrument der Gesetzesaualegung, in Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Band 2, S. 548ff.

〔48〕 C. W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2Aufl., Berlin: Duncker & Humblot 1983, S. 17.

如前所述，阿列克西推理形式理论的一大缺陷在于，没有使法律推理的论辩性或商谈性得到应有的体现。推理或论证是举出理由（证立或证成）来支持某种主张或判断，[49]而实践推理则是对规范性主张或判断的证立过程。作为实践推理特殊情形的法律推理就是有关法律决定的证立过程。这一过程是一个由众多的参与者所构成的对话而非由单个法律人（如法官）进行的独白的过程。任何推理者的任何主张都必然要通过说明理由来得以证立，结论的有效性（理性）最终有赖于相对于其他论辩伙伴的可接受性。阿里克西的法律论证理论虽然整体上以此为出发点，但在他那里，推理的形式与论证过程是彼此分离的两个方面。而事实上，形式不仅与推理的前提更与程序有着密切的关联。粗略地说，法律论证的过程包括提出支持某个法律判断（决定）的论述与决定哪一个论述优先这两个步骤。因此，我们可以首先区分出两个法律论证的阶段：第一，建构特定的论述；第二，比较不同的论述。

在第一个阶段，法律论证的参与者各自提出主张来支持某个法律判断（决定）。这一主张必须符合某些规则与形式，才能成为“理性的论述”，也就是可以为其他参与者所承认的、能够作为第二个阶段之比较对象的论述。我认为，在这一阶段中最重要的两条规则是“欲证立法律判断，必须至少引入一个普遍性的规范”与“法律判断必须至少从一个普遍性的规范连同其他命题逻辑地推导出来”。[50]这说明，首先，这一阶段提出的论述必须具有两个前提，即普遍性规范与经验性命题；其次，法律判断（决定）从这两个前提中推导出来的过程必须符合逻辑规则。这其实就是一个涵摄的过程，它最简单的形式是三段论。必须说明的是，这里所说的“普遍性规范”不仅包括规则，也包括原则。也就是说，论述者如果要使用原则来证立自己的主张，也必然要把基于原则的论述建构为一种具有涵摄形式的演绎有效的论述，否则它就不能与当下的案件和特定法律判断相关联。当然，原则的抽象性使得其本身并不包含“应当如何做”的判断，这就需要进行表述转换。[51]但这说明，无论是规则还是原则，在第一个论证阶段，都要采用涵摄的形式，尽管稍有差别。同时也可看到，第一个阶段并不足以与独白式论述相区分，因为其所采用的论述形式与规则也同样适用于后者。法律推理的论辩性真正体现在第二个阶段。

在第二个阶段，必须比较相互对立或不兼容的法律决定，以决定相竞争的论述中何者优先。在这一阶段，论证参与者按照论辩规则展开相互攻击，并最终一方打败另一方。假如在同一论证中，论述A与B的结论在逻辑上是不连贯的，那么就存在相互的攻击。[52]此时，就必须有办法来决定两个论述中的哪一个优先，即哪一方打败了另一方。在此，仅仅论辩规则本身并不足以决定何者优先，或者说在参与者之间达成何者优先的共识。因为，如阿列克西自己所说的，论证规则本身“既不能保证在任何问题上都能达成合意，也不能确保任何所达成的合意是终局的与不可撤销的”，[53]它们所决定的只是什么是论辩上理性的或可能的。[54]这说明，除论辩规则外，还另外需要决定优先关系的方式。可以想象存在两种决定方式：其一，抽象的决定方式。如果两个论述（它们所引用的规范性前提）处于不同的位阶层级上，那么就可以断定，处于高位阶的论述必然打败处于低位阶的论述；其二，具体的决定方式。如果两个论述处于相同的位阶，那么必须

〔49〕 参见颜厥安：《法、理性与论证——Robert Alexy的法论证理论》，《政大法学评论》第25期，第35页。

〔50〕 前引〔4〕，阿列克西书，第370页。

〔51〕 这并不是说原则本身具有“可涵摄”的性质，而只是说，基于原则的论述也要具有涵摄的结构。

〔52〕 H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer Academic Publishers 1997, p. 157.

〔53〕 前引〔4〕，阿列克西书，第257页。

〔54〕 有关“论辩上可能的”（diskursiv möglich）及相关的两个概念，即“论辩上必然的”（diskursiv notwendig）与“论辩上不可能的”（diskursiv unmöglich），参见R. Alexy, Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a. M. 1995, S. 99.

按照具体情景（个案情形）来进行个别化的权衡，以决定优先关系。一般而言，规则冲突与原则碰撞（适用）恰好对应着这两种方式：规则冲突的解决方式一般与个案情形无关，只需按照预设的冲突规则来决定即可。这些冲突法则包括“上位法优于下位法”、“新法优于旧法”、“特别法优于普通法”等。冲突解决的后果是宣布一方规则无效，或将一方规则作为另一方的例外。原则的碰撞则需要依照个案情形，对二者进行权衡来决定优先关系，其形式是重力公式。权衡结果只是建立了两个原则在个案中的优先关系，退让的原则并不因此而无效。当然，这样的区分并不是绝对的，因为原则与规则的冲突，以及部分场合中规则与规则的冲突同样涉及权衡（当然其结构有所不同）。无论如何，对于法律论证而言更有意义的是第二种决定方式，权衡构成了第二个论证阶段的基本形式。

通过以上两个步骤产生的法律决定可以被认为是理性同时也是“正确”的。但是，一个完整的法律论证尚需加上第三个阶段，即逻辑重构阶段。在这个阶段中，根据第二阶段权衡的结果重构出一条个案规则，并最终导出裁判结论。这一阶段虽然也可归为涵摄模式，但其意义与第一阶段并不等同。因为此刻已然不存在与之相竞争的论述，因而这种涵摄是终结性的。综上所述，完整的法律论证由三个阶段构成，即论述建构－论述交辩－论述重构。

归纳一下以上三个前提的内容：是否存在规则漏洞是首要的区分前提，类比只适用于有规则漏洞的情形；在无规则漏洞时，规则与原则直接作为规范前提而适用，其推理要先后经过“论述建构”与“论述交辩”这两个论证阶段，并相应运用涵摄与权衡这两种形式，但它们的结构是不同的。下面我们就在此基础上，对三种基本推理形式的结构展开分析。

（二）涵摄

涵摄是论述建构阶段的基本形式，有学者甚至称其为法律推理的“主图式”（Hauptschema）。[55] 离开涵摄就无法建构有效的论述，也无法展开进一步的论辩。以规则为规范性前提与以原则为规范性前提的涵摄在结构上有所不同。前者又可分为简单图式与复杂图式。下面分述之。

1. 涵摄的简单图式

涵摄的简单图式是三段论，即：

$$\begin{array}{lll} (1)\forall x(Tx \rightarrow ORx) & & \\ (2)Ta & & [1] \\ (3)ORa & (1),(2) & \end{array}$$

此时（1）代表一条简单规则，T 与 OR 代表数字概念或其他定义清晰、无需解释即可适用的表述。

2. 涵摄的完整图式

阿列克西指明了使涵摄图式完整化的努力方向——“需尽可能多地展开逻辑推导步骤，以使某些表达达到无人再争论的地步”，[56] 并提供了一个比较完整的图式。但是这个图式并不是最完整的。因为不能否认，在有的时候，除了事实构成外，法律后果也不总是含义明确的。[57] 例如，

〔55〕 Koch，Rüßmann，Juristische Begründungslehre，München 1982，S. 4.

〔56〕 前引〔4〕，阿列克西书，第 370 页。

〔57〕 阿列克西同样意识到了这一问题，但他只是详尽展开了事实构成的结构作为完整涵摄图式的例证。（Vgl. Alexy，Die logische Analyse juristischer Entscheidung，in ders.，Recht，Vernuft，Diskurs，Suhrkamp1995，S. 23－24.）因此本文在此只是将完整图式更充分直观地体现出来。

假设有一条规则规定“机动车不得驶入公园”，[58] 那么对于“驶入公园”这一表述至少就存在两种理解：一种理解认为“驶入公园”只限于通过公园，而另一种理解认为也包括“停放在公园中”。而“停放在公园”中又可能存在例如“停放在公园的行人道上”与“停放在公园的废弃用地上”两种不同的情形。因此，完整的涵摄图式同样要展开事实构成的推导步骤。其图式为：

$$
\begin{array}{ll}
(1)\forall x(Tx \to ORx) & \\
(2)\forall x(M^1x \to Tx) & \\
(3)\forall x(M^2x \to M^1x) & \\
\quad\vdots & \\
(n+2)\forall x(Sx \to M^nx) & \\
(n+3)\forall x(OR^1x \to ORx) & [2] \\
(n+4)\forall x(OR^2x \to OR^1x) & \\
\quad\vdots & \\
(m+2)\forall x(Lx \to OR^mx) & \\
(m+2)'\forall x(Sx \to Lx) & \\
(m+3)Sa & \\
(m+4)La \qquad (1)-(m+3) &
\end{array}
$$

此时，(1) 代表一条复杂规则，T 与 OR 代表含义模糊、需要解释的表述，S 与 L 分别代表适合于当下案件的对 T 与 OR 的某种解释。

3. 基于原则之论述的涵摄结构

原则如果想要对具体的案件发生影响，也即告诉人们在当下情形中“如何做”，则必须转化为一条具有事实构成与法律后果的规则。比如，在“善意取得”的例子中，我们拥有一条“信赖保护”原则。如果它要发生具体的法律效果，就应当进行如下转换：

(1) 信赖保护；

(2) 任何人在任何情况下的信赖利益都应当得到法律的保护；

(3) 假如某人善意受让了他人无权处分的财产却无法取得所有权，那么他的信赖利益就得不到法律保护；

(4) 假如某人以合理价格受让他相信是有权处分人出让的财产，并符合法定所有权的取得方式，却得不到法律承认，那么就属于“善意受让他人无权处分的财产却无法取得所有权”的情形。

(5) 因此，如某人以合理价格受让他相信是有权处分人出让的财产，并符合法定所有权的取得方式，就应当取得他人无权处分的财产。

可以看出，从 (2) 到 (5) 事实上是一种手段——目的关系的演绎论述，而 (2) 是对 (1) 中所陈述之原则的简单变形。演绎的形式为：

(2”) Op

(3”) $\neg Q \to \neg P$

[58] 这一例子取自 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2d ed., Oxford: Clarendon Press 1994, p. 128.

（4”）$\neg R \rightarrow \neg Q$

（5”）OR

这种转换并不是没有问题的，它在每一步都可能受到挑战，因而也是可辩驳的。但是它也是可能而且必要的。当然，中间的转化步骤可能不止如上四步。为了简化论述，我们将基于原则之涵摄的结构表达为：

$$
\begin{array}{lll}
(1)OP & & \\
(1)'\forall x(Tx \rightarrow OPx) & (\text{对}OP\text{的表述转换}) & \\
(2)Ta & & \\
(2)'OPa & & [3] \\
(3)\neg Ra \rightarrow \neg Pa & (2'')-(4'') & \\
(4)ORa & (1)-(3) &
\end{array}
$$

仍以“信赖保护”为例，我们首先将它转化为一条具有规则形式的表述：T 代表“一种信赖利益”，OP 表示“受到法律保护”。a 表示待决案件中的具体事实。（3）所表示的推导关系在上面（2″）—（4″）中已经说明。ORa 则表示待决案件中的善意第三人有权取得他人无权处分之财产的所有权。

（三）权衡

权衡是“论述交辩”阶段的主要模式。言其“主要”，是因为毕竟还存在可依预设的冲突法则在抽象层面上解决的规则冲突，尽管后者可能在论辩一开始就相对轻易地被解决了。下面的阐述将不涉及这种情形。为了简化，我们假定在“论述建构”阶段之后，存在两个论辩上可能的与理性的论述，现在需要进行权衡以决定优先关系。我们区分出原则间的权衡（适用）、规则与原则间的权衡、规则间的权衡这三种情形。

1．原则间的权衡：重力公式

假定经过第一阶段之后，我们拥有两条基于原则的论述：

$$
\begin{array}{lll}
(AGM1) & & (AGM2) \\
\quad (1)OP_i & & \quad (1)OP_j \\
\quad (1)'\forall x(T_i x \rightarrow OP_i x) & & \quad (1)'\forall x(T_j x \rightarrow OP_j x) \\
\quad (2)T_i a & \text{与} & \quad (2)T_j a \\
\quad (2)'OPa & & \quad (2)'OP_j a \\
\quad (3)\neg R_i'a \rightarrow \neg P_i a & & \quad (3)\neg R_j'a \rightarrow \neg P_j a \\
\quad (4)OR_i'a \quad (1)-(3) & & \quad (4)OR_j'a \quad (1)-(3)
\end{array}
$$

例如，案件事实 a 既符合 Ti 的表述（“某物为第三人善意取得”），也符合 Tj 的表述（“此物为他人无权处分”），因此“信赖保护”原则（Pi）与“所有权保护”原则（Pj）导致了相对立的结果 $OR_i'a$ 与 $OR_j'a$。这时就需要对 Pi 与 Pj 在当下情形 C 中的分量进行权衡。权衡的核心是“权衡法则”（Abwägungsgesetz），它可以表述为：一个原则的不满足程度或受损害程度越高，

另一个原则被满足的重要性就越大。[59] 由此出发，权衡可以分为三步：第一步，确定 Pi 之不满足程度或受侵害程度；第二步，确定与 Pi 相冲突的原则 Pj 之满足的重要性程度；第三步，将第一步确立的受侵害程度与第二步确立的重要性程度相互比较，确定与 Pj 的重要性程度是否足以证成对 Pi 之受侵害程度。

首先，由于 Pi 的受侵害程度总是与具体情形 C（$a \subseteq C$）相关联的，因此可以用“IP_iC”来表示受侵害程度。其次，相冲突之 P_j 的重要性程度同样与具体情形 C 相联系，我们标识为“WP_jC”。但 Pj 的“重要性程度”与“受侵害程度”之间事实上存在着可转换关系，因为权衡法则只涉及两个相冲突的原则，因此在具体情形 C 中，如果不实施侵害的 Pi 措施（即保护 Pi）就相当于侵害了 Pj，而 Pj 被侵害的程度也就相当于 Pj 的重要性程度。因此“WP_jC”可转化为“IP_jC”，这样度量就等同了。再次，为了对两者进行量化比较，可以用“三阶度量衡”来表示“IP_iC”与“IP_jC”，即“轻”（l）、“中”（m）、“重”（s）三种度量值，并进行赋值，如用 2^0 表示 l，2^1 表示 m，2^2 表示 s。同时，为了将 Pi 与 Pj 之间受侵害程度的变化率表达出来，凸现出二者之间“边际效益递减率”的关系，需要运用“比例公式”，即除法运算：IP_iC / IP_jC。[60]

以上所说的仅是 Pi 与 Pj 之间受侵害程度关系。要构成完整的重力公式，还需要添加两对权衡法则尚未体现的变量：一是“抽象重力”（abstrakte Gewichte）。所谓抽象重力，是指与具体情形 C 无关的原则 Pi 与 Pj 本身的重力，我们用 GP_iA 与 GP_jA 来表示（A 代表“在所有情形中”）。它们在不同的社会中可能有不同的度量值，而在同一个社会中，很多情况下许多原则的抽象重力是相同的，这也是原则间通常不存在位阶关系的反映。但是，在一些情况下，它们是不同的，如在“宪法原则”与“普通法原则”之间，因为实在法原则之间仍然会具有位阶。第二对变量是具体情形 C 中，所采取的措施实现了其中一个原则而未实现另一个原则之“经验前提的确定性程度”，我们分别以 SP_iC 与 SP_jC 来表示。这就导致了一条“认知性权衡法则”（epistemisches Abwägungsgesetz）：对一个原则的侵害程度越大，这种侵害所需（经验）前提的确定性程度就必须越高。[61] 如果我们认定在 C 中所采取的措施对 P_i 的侵害很高（如 2^2），而 SP_iC 的确定性程度却很低（如 2^{-2}），那么其在 C 中的分量就有可能还不如受侵害程度中等（如 2^1）而确定性程度却很高（如 2^0）的原则 Pj。这两对变量间的比较也需要运用比例公式。由此得出完整的重力公式：

$$GP_{i,j} = \frac{IP_iC \cdot GP_iC \cdot SP_iC}{IP_jC \cdot GP_jC \cdot SP_jC} \qquad [4]$$

为了简化表述，我们可以对消分子分母中的 C 与 A，并转化为：

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j} \qquad [4]'$$

有必要说明的是，存在着两种“特殊”的原则，重力公式对其是否适用会发生疑问。第一种

〔59〕 前引〔24〕，Alexy 书，第 136 页。

〔60〕 此外还存在一种可能，即运用“差距公式”，即减法运算：$IP_iC - IP_jC$。但阿列克西对两者进行比较之后认为，几何关系（比例公式）比算数关系（差距公式）更能反映二个原则间分量的差距。参见前引〔26〕，Alexy 文，第 784 页以下。

〔61〕 前引〔26〕，Alexy 文，第 789 页。在此表述略有改变，将“基本权利”变为“原则”。

是“绝对性原则”，它们被认为具有绝对的效力，当其它法律原则与之发生冲突时必须无条件退让。如宪法上的“人性尊严”原则。这种绝对原则看上去比规则更具有确定性，因为原则毕竟能为规则创设例外，而一般原则却无法为绝对原则创设例外。第二种是“无弹性原则”，它们的适用具有“全有或全无”的性质，即，要么完全不能实现，要么百分之百被实现。如“一夫一妻”原则。这两类原则似乎排除了权衡运用的余地。但是我认为，重力公式对这两类原则依然是适用的。“绝对性原则”（Pi）不外乎意味着其在某个社会中的绝对重力（Gi）无限大（∞），使得$I_i \cdot G_i \cdot S_i$也无限大，以至于所有其他原则（Pj）的分量$I_j \cdot G_j \cdot S_j$几乎不可能超过它。“无弹性原则”（Pi）说明其受侵害的度量值只有两个：要么是最大值（如 2^2），要么是最小值（如 2^0），而不存在其他可能。[62] 但这并不影响重力公式的整体运用。

2. 规则与原则间的权衡：扩充形式 I

假定经过第一阶段之后，我们拥有一条基于规则的论述（为了简化，我们仅以简单涵摄形式即三段论表示）、一条基于原则的论述：

$(AGM1)$		$(AGM2)$
$(1)\forall x(Tx \rightarrow ORx)$	与	$(1)OP$
$(2)Ta$		$(1)'\forall x(T'x \rightarrow OPx)$
$(3)ORa$ (1), (2)		$(2)T'a$
		$(2)'OPa$
		$(3)\neg R'a \rightarrow \neg Pa$
		$(4)OR'a$ (1)-(3)

我们假定 R 表示“机动车不得驶入公园”这一规则，P 代表“生命与健康受法律保护”这一原则。在追问一辆装着生命垂危的病人的救护车能否穿过公园的场合 a（它既符合 T 也符合 T'），两者的结果 ORa（不许通过）与 $OR'a$（准许通过）发生对立。现在我们需要对 R 与 P 在当下情形 C 中的分量进行权衡。

如前所述，规则不同于原则之处在于它是一种复杂理由与复合理由。首先，作为一种复杂理由，规则是其背后多个“同向”或“异向”的原则共同作用的结果。在此有意义的是后者。例如，在“机动车不得驶入公园”这一规则的背后，存在着“环境保护”（$P.r1$）与“行动自由”（$P.r2$）两个导致相对立结果的原则，R 本身是它们衡量的结果（$P.r1$ 优于 $P.r2$）。而在情形 C 中，加入了一条未被考虑的原则 P，此时就需要重新打开 R 背后的权衡结构。此外，由于 R 同时还拥有形式原则（$P.f$），所以需要在上述四个原则间进行组合权衡。假如现在我们认为原则 P 的后果与原则 $P.r2$ 的后果一致，根据“同向相加”的原理，我们得出权衡公式：[63]

〔62〕 另外一种出路是认为“无弹性原则”并不是原则，而是规则。因为我们前面所说的规则与原则的区分标准并不是一种“描述性标准”，而是“规定性标准”，即是以之来划分规范种类而不是适应既有种类的。阿列克西本人认为，规则与原则的区分最终是个论证问题，这也暗示了这种可能。

〔63〕 必须注意，这种叠加公式存在两个假定前提：第一，原则 P 必然与其中的一个所导致的后果保持一致。如果在复杂情形中导致了不同于前二者的第三种后果，那么就需要分开进行权衡。第二，被叠加的原则之间不应存在实质内涵上的相交，也就是说，它们最佳化的对象应当是不同的，否则就可能重复计算分量。参见前引〔26〕，Alexy 文，第 792 页。

$$G_{p,R}=\frac{(I_{pr2}\cdot G_{pr2}\cdot S_{pr2})+I_p\cdot G_p\cdot S_p}{(I_{pr1}\cdot G_{pr1}\cdot S_{pr1})} \quad [5]$$

圆括号内代表 R 固有的权衡结构（$Gpr2, pr1 < 1$），方括号内代表 R 的形式原则 $P.f$ 的分量，括号外则代表原则 P 的分量。假如权衡之后结果大于 1，说明添加之后改变了原来的法律效果，即 P 优于 R 适用；而假如权衡结果小于 1，则 R 优于 P 适用。尚需说明的一种常见情形是，对于待决案件 C 而言并不存在新的原则 P，但是 C 的特殊性使得 R 背后的权衡结果发生了逆转，即从 $Gpr1$，$pr2 > 1$ 变为 $Gpr1$，$pr2 < 1$，这说明 $P.r1$ 与 $P.r2$ 的优先关系发生了改变。[64] 例如，有关善意取得的规则背后原本存在“信赖保护”与“所有权保护”两个原则，并且前者优先于后者，但是在“无权处分物为失窃物”这一新情形中，后者的分量就可能反而超过前者。但是，此时仍需要将善意取得的规则背后的形式原则 $P.f$ 的分量考虑进来，只有“所有权保护”的分量超过“信赖保护”与 $P.f$ 的总和才能最终发生逆转的法律效果。

3. 规则间的权衡：扩充形式 II

经过第一阶段之后，我们拥有两条基于规则的论述：

$(AGM1)$		$(AGM2)$
$(1)\forall x(T_i x \rightarrow OR_i x)$	与	$(1)\forall x(T_j x \rightarrow OR_j x)$
$(2)T_i a$		$(2)T_j a$
$(3)OR_i a$ （1），（2）		$(3)OR_j a$ （1），（2）

如我国台湾民法典第 186 条规定，土地所有人建造房屋时故意或过失地越界侵犯邻人土地，邻人可以请求恢复原状。而第 796 条规定，土地所有人建造房屋越界时，邻人明知而不提出异议的不得请求恢复原状。如果在情形 C 中，土地所有人建造房屋时故意使得屋檐越界以至屋檐水滴在邻人土地上，而邻人明知却不提出异议（a），则同时存在邻人“可以请求恢复原状”（$OR_i a$）与“不可以请求恢复原状”（$OR_j a$）这两个相对立的法律效果。又 R_i 与 R_j 之间不存在位阶、时间与逻辑（两个规则各有不同于对方的特别规定）的差别，所以无法依据预设的形式准则解决冲突，须得进行权衡。因为 R_i 背后存在两条原则“所有权保护”（$Pi1$）与“相邻权保护”（$Pi2$），且 $Pi1$ 优于 $Pi2$；而 Rj 背后也存在两条原则“不积极行使权利者不受法律保护”（$Pj1$）与“所有权保护”（$Pj2$）。由于 $Pi1$ 与 $Pj2$ 是同一条原则，所以我们在情形 C 中存在三个原则 $Pi1$、$Pi2$、$Pj1$。根据“同向相加”的原理，其权衡公式为：

$$G_{Ri,Rj}=\frac{I_{pi1}\cdot G_{pi1}\cdot S_{pi1}}{I_{pi2}\cdot G_{pi2}\cdot S_{pi2}+I_{pj1}\cdot G_{pj1}\cdot S_{pj1}} \quad [6]$$

当然假如在别的情形中 $Pi1$ 与 $Pj2$ 不是同一条原则，那么它们还需相加。此外，大多数情况下，R_i 与 R_j 背后的形式原则有同等的强度，即 $Pf_i = Pfj$，因而它们的分量相抵，无需考虑。但假如分量不同，则仍需在上述公式的分子、分母中分别叠加。

〔64〕 这是规则可辩驳性的一种体现。Vgl. Peng－Hsiang Wang, Defeasibility in der juristischen Begründung, Nomos 2004, S. 106.

（四）类比

类比是在存在规则漏洞时进行漏洞填补的主要手段，其主要方式为案例比较。因此，寻找“相似”案例是类比的中心工作，尽管其目的在于适用案例背后的规范。在此首先要说明两点。第一，通常情况下，对于待决案件而言，存在着一个以上的“相似案例”，这是由于实践的复杂性决定的。第二，在类比推理中存在着两个层面的相似性：第一个层面可被称为“相关相似性”，即所寻找的案例是旨在解决相似问题的。第二个层面可被称为“决定性相似性”，既然存在一个以上的“相似案例”，那么我们需要通过某种方式来决定哪一个“更相似”，即具有决定性。这两个层面的区分说明类比相应存在两个推理阶段。

1. 类比的推理阶段Ⅰ

类比推理的第一个阶段是寻找具有相关相似性的案例。依照传统见解，当且仅当两个案件具有共同点时，它们是相似的。然而我们很难说清究竟什么才是两个案件的特点乃至共同点。因为案件是一种事态陈述，是可以用语句来描述的。那么在极端意义上说，只要当描述案件的语句的交集不是空的时候，两个案件就是相似的。而描述一个案件的语句又可能是无穷尽的，因而不存在完全不同的案件。[65] 依照类型学的观点，“相似”应被理解为两个比较之物有相同之处，也有不同之处，但其在法律所关切的要点上有相同之处，而其不同之处就法律的主旨看来无足轻重。这个“要点”与“主旨”即是规则背后的目的，它使得两个案件在法律评价上具有完全相同的意义。[66] 这种观点甚至认为没有任何语义方面的相同，只具有“意义同一性”的两个事物也可能属于同一类型，可以进行类比推理。但是，这种观点同样是成问题的，它无限扩大了目的的作用而忽视了文义的功能。依照这种思路推下去，规则存在的必要性也变得可疑，因为只要有目的或者说原则（假如我们认为目的一般以原则的形式出现的话）就可以进行类型化处理了。但事实并非如此。仅举一例：“保护环境”这一目的（原则）既可以表现为“汽车不得驶入公园”这一规则，也可以表现为“不得随地吐痰”这一规则，但对于“摩托车能否驶入游乐园”这一情形而言，我们只会考虑类推前者。这说明是同时与规则目的及文义相关的。我认为，这种关联性应当体现在两个案件所要解决之实践问题的相似性，在上例中即“（某种机动车）能否驶入公共休闲场所”的问题。这种选择一方面使得规则的目的必然被涉及（目的总是对应实践问题的特定解决办法），另一方面也关照了文义（问题总是与文义相关联的）。因此一般说来，只要是解决同一个问题或相似问题的案例（规则）都可以成为第一阶段的论述对象，从而通过论证“筛选出”可以进入第二阶段的初显性类推案例规则。但是这也可以看出，我们无法用逻辑术语来定义相关相似性，它毋宁是内容性的。

在寻找到具有相关相似性的（复数）案件之后，我们同样需要将它们所涉及的规则建构为有效的论述。首先，基于“从法律上看类似的事体应当具有类似的法律结果”[67] 这一可普遍化原则的变形规则，将规则 $\forall x(Tx \rightarrow ORx)$ 变形为 $\forall x(Tx \vee Tsim1x) \rightarrow ORx$。“$Tsim1x$”表示“$x$ 相关相似于某个 T”。其次，用 Hx 表示属于 $Tsim1x$ 的某种情形。因此第一阶段类比的论述形式为[68]：

〔65〕 考夫曼则从形而上学的角度指出，现实中从来没有完全不同的事物，至少在“它存在”这点上是相同的。参见前引〔21〕，考夫曼书，第 119 页。

〔66〕 参见林立：《法学方法论与德沃金》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 91 页。

〔67〕 前引〔4〕，阿列克西书，第 346 页。

〔68〕 同上书，第 345 页。引用时表述与符号有所变化。

$$
\begin{array}{ll}
(1)\forall x(Tx \rightarrow ORx) & \\
(1)'\forall x(Tx \vee Tsim1x \rightarrow ORx) & (\text{等值转换}) \\
(2)\forall x(Hx \rightarrow Tsim1x) & \\
(2)'\forall x(Hx \rightarrow ORx) & [7] \\
(3)Ha & \\
(4)ORa \qquad (1)-(3) &
\end{array}
$$

当然，这个论述形式的缺陷在于（1）’通常不是能够从制定法规则合乎逻辑地引申出来的大前提，因为它是无法形式化的相关相似性的结果。但是这绝非意味着类比论述的形式不是以既定的规则为起点的，只不过这个起点经过了等值转换。

2. 类比的推理阶段 II

在类比推理的第二阶段，我们需要决定在多个具有相关相似性的案例（为了论述方便，假定存在两个这样的案例）中，哪一个才“更相似”，即具有“决定性相似性”。这个“更加”的问题也正是难题所在。有学者选择诉诸于模糊的法律共同体的法律知识（legal knowledge）。[69] 有学者则主张在区分两个案件的相关性（即相关相似性）、消极差异性与积极差异性特征的基础上，借助于规则的目的与文义来共同决定类比得当与否。[70] 我认为，这个问题事实上可以转化为对案例背后之原则进行相互权衡的问题。一方面，所谓何者“更相似”并非一个不同案件之相关相似性程度的比较问题，而是一个涉及评价的问题，它不外乎是追问：哪一个（案例与/或规则背后的）原则在当下情形中更具有正当性，即哪一个原则分量更重，更有迫切的需要被实现。另一方面，经过权衡之后，对于优先原则而言，就意味着它支持的典型案例与待决案件的相关性压倒了积极差异性；而对于退让的原则而言则恰好相反。因此，我们对类比推理规范性模式的理解导致了一个部分缩减命题（Partial Reducibility Thesis）：类比可以部分地依据权衡的观念得到解释。[71] 也就是说，在类比推理的第二阶段，需要运用重力公式。

如前所述，由于类比存在“有可类比适用的两条法律规则”与“同时有可类比适用的法律规则与可适用的法律原则”两种情形，它们的类比结构也有所不同。在前一种情形中，存在两条基于相关相似性之规则 Ri（$sim1$）与 Rj（$sim1$）的论述（形式参见公式［7］），它们所导致的结果 $ORia$ 与 $ORja$ 相矛盾，我们可以运用公式［6］来进行权衡。在后一种情形中，存在一条基于规则 R（$sim1$）的论述（形式参见公式［7］）与一条基于原则 P 的论述（形式参见公式［3］），它们所导致的结果 ORa 与 $OR'a$ 相矛盾，我们可以运用公式［5］来进行权衡。需要说明的是，由于此时 R 是适用于漏洞情形，其背后的形式原则 $P.f$ 的效力并不延及漏洞，因而无需考虑其分量。

（五）涵摄 II：论述重构阶段

以上论述说明，直接运用规则、原则的推理以及类比推理都需经过“论述建构”与“论述交辩”两个阶段。但为了维系法律推理之规范“适用”的特性，完整的论证过程还需要一个涵摄形式的“论述重构”阶段作为结尾。但与第一个阶段不同的是，一方面，这种逻辑演绎过程对于当下案件是终结性的，即不再存在与之相竞争的论述；另一方面，这一阶段涵摄所运用的大前提是

〔69〕 See L. Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument*, Cambridge University Press, 2005, pp. 136—138.

〔70〕 参见陈景辉：《类比推理的结构与正当化》，《第三届全国法学方法论论文集》2008 年，第 183 页。

〔71〕 B. Brozek, *Rationality and Discourse. Towards a Normative Model of Applying Law*, Warszawa 2007, p. 137.

借由第二阶段的权衡结果所确定的个案规则。例如，对于原则间的权衡而言，假如原则 Pi 在条件 C 中优先于原则 Pj ：即（$Pi\ P\ Pj$）C，并且 Pi 在条件 C 中可导出法效果 $ORi'a$，就会产生一条有效的规则，这条规则由有效事实 C 和法效果 R 构成：即 $C \rightarrow ORi'a$。[72] 相应地，对于规则与原则间的权衡而言，这条规则是 $C \rightarrow ORa$（或 $C \rightarrow OR'a$）；而对于规则间的权衡而言，这条规则是 $C \rightarrow ORia$（或 $C \rightarrow ORja$）。因此具有三种涵摄形式：

$(1)C \rightarrow OR_i'a(OR_j'a)$	$(1)C \rightarrow ORa(OR'a)$	$(1)C \rightarrow OR_ia(OR_ja)$
$(2)C$	$(2)C$	$(2)C$
$(3)OR_i'a(OR_j'a)$	$(3)ORa(OR'a)$	$(3)OR_ia(OR_ja)$
[8]	[9]	[10]

［8］［9］［10］适用于直接运用规则与原则的推理，而类比推理则适用［9］与［10］。至此，法律推理三种基本形式的结构已然完整地展现出来。

我们可以用如下图表来总结以上所说的内容：

阶段形式	第一阶段（论述建构）	第二阶段（论述交辩）	第三阶段（论述重构）	备注
涵摄	Pi/ Pj		$C(P_iPP_j)^{oa}$	存在规则漏洞
	R/P		$C(R\ PP)^{oa}$	
	Ri / Rj		$C(R_iPR_j)^{oa}$	
权 衡		Gpi,pj		存在规则漏洞
		GP,R		
		GRi,Rj		
类 比	Ri(sim1)/ Rj(sim1)	GRi,Rj		存在规则漏洞
	R(sim1)/P	GR,P		

注：P 表示“优先于”；oa 表示“或者相反”。

这个图表清楚地反映出了法律推理三种基本形式的适用前提及相关关系。涵摄适用于法律推理的第一阶段（“论述建构”）与第三阶段（“论述重构”），当然二个阶段的结构是不同的；权衡适用于推理的第二阶段（“论述交辩”）；类比则是存在规则漏洞时进行漏洞填补的主要方法，其本身包括了论述建构与论述交辩二个阶段。涵摄位于权衡的开端与结尾，也位于类比的结尾；类比在第一阶段寻找到具有“相关相似性”的大前提后可变形进行涵摄，在第二阶段则可化约为权衡。

这使得三种基本形式的特征也有了新内涵：其一，它们都是形式的。涵摄采用了演绎推理的形式，权衡采用了重力公式，类比则结合了涵摄的变形与权衡。其二，它们也都是必要与特定的。论述建构必然运用涵摄，论述交辩则需运用权衡，而进行规则漏洞的填补（除适用原则外）必须进行类比。可见，法律推理的基本形式同时与推理的前提及推理的阶段相关。此外，涵摄的特定性在于运用了逻辑规则，权衡的特定性在于运用了算数规则，而类比的特定性来自于“相关

〔72〕 前引〔24〕，Alexy 书，第 83 页。

相似性”与“决定性相似性”的结合。其三，它们还是规范的。在特定前提下、相关阶段中进行推理时必须符合它们，否则就会丧失法律推理之理性与论辩性的特点。

四、结语：法律推理的规范性模式

法律推理的问题远未终结。正如开篇所说的，本文所进行的努力无非是借助于对推理形式的剖析来澄清推理的结构问题。可以断定，这样一种分析对于法律推理的规范性模式而言是远远不够的。在前文的分析过程中已经暴露出形式维度自身的不足。例如，完整涵摄形式的中间步骤（解释）应当如何进行，权衡公式中各个要素的数值如何确定，类比中的“相关相似性”究竟为何，这些问题是通过形式理论无法得到回答的，因为它们都涉及实质价值评判这一法学方法论的“痼疾”。就目前对这一领域的研究而言，晚近同时也是野心最强的理论莫过于欧陆的法律论证理论。事实上一如阐明的，本文的立论正是基于论证理论的基本立场，但它并未具体论及这种理论的核心对象，即确定法律适用的一种受理性确保的程序。〔73〕法律论证理论有两个任务。第一个任务在于，确认通过既有的实践活动而发展出的方法论规则与教义学准则，来确保对司法活动的约束，同时保留在疑难案件中对之进行批判性检验的可能。第二个任务产生于目前已成为法学方法论共识的认知，即一个在每一个案件中都确定出一个精确结果的方法规则体系是不可能的。几乎在所有存有疑问的案件中，评价都是必要的。法律推理的理性本质上取决于，这些附加性的评价是否以及在多大程度上可以得到理性的控制。程序性论证理论的回答是建构出一套具有普遍理性的论证规则来尽可能地规范法律适用活动。“论述建构”与“论述交辩”这两个阶段的划分事实上已经将这套论证规则划分为了两个部分：论述的建构规则与涉及论辩程序的规则。〔74〕法律推理的过程要先后受到这两部分规则的约束。以上仅是从内部而言。从外部来看，司法活动中的法律推理首先必须以立法活动的结果即法律规范为前提。此外，作为实践推理的特殊情形，它也需要遵循普遍实践论辩的规则。这些规则是与法律论证的规则一起施加于法律推理之参与者的身上的。

由此可见，一种法律推理的规范性模式至少由三部分组成：(1) 推理的起点。法律推理的起点必然是法律规范，包括法律规则与法律原则。无论是直接适用还是间接适用，法律规范都构成了法律推理的规范性前提。因为法律推理决不是一种“决疑术”，法律判断必须要从由合法民主程序制定的普遍性规范中推导出来。从这个意义上说，法律推理具有“适用”的特点。(2) 推理的形式。也就是说，法律推理必然要具有某种规范性形式。在本文看来，它要么是涵摄，要么是权衡，要么是类比。离开了这些基本形式，就难以认为法律推理是一种规范性活动。(3) 推理的程序。在以上两者的基础上，法律推理还必须符合理性的推理方法与论证规则。这些方法与规则部分地来自于教义学与司法实践，部分来自于普遍实践论辩，还有一些则是法律论证理论本身的要求。至此，在有效法律规范的框架内，顾及先例及教义学的情况下，能被证立为正确或理性的法律裁判才被认为是正当的。〔75〕从这个意义上看，法律推理又具有“证立”的性格。起点、形式与程序（规则）是相互联结的，同时它们也都显示出了自身的不足。虽然这种联结并没有使不足彻底消失，但导致了一种较高程度的相互弥补，它们的总体目标在于确保司法活动中价值专断的最小化与实践理性的最大化。

---

〔73〕 Vgl. U. Neumann, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986, S. 1.

〔74〕 阿里克西本人也论及了这种区分。See R. Alexy, *A Discourse－Theoretical Conception of Practical Reason*, 5 Ratio Juris 233.

〔75〕 参见前引〔54〕，Alexy 文，第106页。

最后必须说明的是，法律推理的这种规范性模式并不能确保每个案件都得出“唯一正确答案”，因为无论是如论辩上可能之论述的多样性，还是基本形式本身的不足，都喻示着许多情形中司法决断的必要性。但是，在经过以（作为立法结果之）法律规范为起点，符合法律推理的基本形式，并经受住依照普遍实践论辩与法律论证规则检验的推理过程之后，这种决断已然处于理性的范围之内。

Abstract：The core of theoretical problem about legal reasoning lies in its structure, on which the present studies on basic forms of legal reasoning concentrate. Legal Reasoning describes a process, during which men apply legal reasons discursively und inter－subjectively aiming at a rational conclusion. Taken those presuppositions, the basic forms of legal reasoning should have three characteristics, viz. formality, necessity, and specificity. The “Four－divided Model” by Arthur Kaufmann and “Three－divided Model” by Robert Alexy provide both good starts for this research. Comparatively, the latter model is sounder, but there remain some demerits with it. On the one hand, only subsumption (deduction), balance and analogy share above three fundamental characteristics of legal reasoning. Thus understood, on the other hand, they have hitherto not yet been inserted into a dynamic procedure of legal argumentation.

As normative argumentation, basic forms of legal reasoning are bound to reflect the nature of discursive rationality. Thus we have to establish some new analytical prerequisites, that is, the structure distinction between legal rules and legal principles, the judgment of the existence of rule holes and its relation with rules, and the different corresponding relations between the stages and premises of legal reasoning and the basic forms of it.

Subsumption is apt to the first (“construction of arguments”) and third (“reconstruction of arguments”) stages, in the meanwhile men should remember well that the structures of these two stages are different. Balance applies to the second stage (“cross attacks of arguments”), and analogy, when thought as the chief mean and method to fulfill rule hole, just strides across two stages, viz. construction of arguments and reconstruction of arguments. Subsumption stands at the beginning and the end of balance process, while it is yet connected to the upshot of analogy course. Analogy, when major premises with “relevant similarity” have been found, can be transformed into subsumption. Through partial reducibility thesis, analogy can also be transformed into balance. Subsupmtion, balance and analogy constitute an integral part of a normative legal reasoning model.

Key Words：subsumption, balance, analogy, stage of argumentation, discursive