

【文章编号】1002—6274(2013)01—063—14

# 法的不确定性与可推导性\*

王 洪

(中国政法大学逻辑学研究所,北京 102249)

【内容摘要】实在法是一个不完全的、非协调的、开放的体系。实在法是不确定的、可推导的和可修正的。立法者不可能为每个具体案件都准备好现成的法律答案,法官们不得不在法律不确定条件下探寻解决当前案件的裁决理由。解决法律不确定性的过程是一个法律推理的过程,可以将这些法律推理概括为:解释推导、还原推导、演绎与类比推导、辩证推导、衡平推导。法律的不确定性问题以及如何解决它的问题,是法律逻辑的中心问题与重大课题,应当而且能够从逻辑学角度出发进行研究。以往“经典逻辑加法律例证”的法律逻辑体系,不涉及也不可能解答法律的不确定性及其推导问题,没有充分涵盖法律领域中的推理与论证,不能作为法律逻辑的基本框架和主要内容。

【关键词】不确定性;可推导性;法律推理;法律逻辑

【中图分类号】DF0-051 【文献标识码】A

## 一、引言

亚里士多德在《政治学》中提出了良法之治的梦想“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”<sup>①</sup>18世纪法国思想家孟德斯鸠就有这样一个梦想,“有一天法律也会非常完美,法官只要看一眼就够了”。发端于19世纪欧洲大陆德、法等国的概念法学或法典主义确信,立法者充满理性而且理性也能够保证立法者能够依靠自己的理性能力创立一种普遍有效的原则并据此推导出—部完美无缺的法典。成文法体系或法典是“被写下来之理性”,是“完美无缺的”,具有“逻辑的自足性”与“论理的完结性”,从中能够直接地找到毫无疑义、无可争议的规则来解决具体案件。

20世纪50年代,人们普遍地认识到了良好的立法和司法都离不开逻辑,法律研究和法律适用要大量地依靠逻辑。<sup>②</sup>国外学界创立了法律逻辑学科,开始了法律逻辑研究。国外学界最初是在传统逻辑或—阶逻辑等经典逻辑框架下进行研究,主要探讨如何将经典逻辑应用于法律领域之中,先后建立了以传统逻辑

和一阶逻辑等经典逻辑为框架的法律逻辑体系。前者如美国法官亚狄瑟于1988年出版的《法律的逻辑》等,后者如德国克鲁格在1951年出版的《法律逻辑》、波兰齐姆宾斯基于1959年出版的《法律应用逻辑》、奥地利塔曼鲁在1966年出版的《现代法律逻辑概论》。20世纪70年代,国外学界开始寻求基于经典逻辑系统的扩充<sup>③</sup>,对法律规范及其推导进行新的逻辑研究。学者们借鉴 Von Wright(1951)和 Anderson(1956)的道义逻辑工作,在经典逻辑系统中引入规范算子,对经典逻辑系统进行扩充,建立法律规范逻辑系统。比如波兰学者 Ziembinski 的《法律应用逻辑》(1976)以及奥地利学者魏因伯格的《法律逻辑学》(1989)中的法律规范逻辑系统。20世纪80年代以来,我国学者受到国外学界的影响,也先后进行了上述两个方面的研究工作。前者如吴家麟的《法律逻辑学》(1983)<sup>④</sup>,后者如周祯祥的《规范逻辑》(1999)、陶景侃的《法律规范逻辑》(2000)等。目前我国法律逻辑研究体系虽然众多,但大多数可以归入这两大类:其一,是以传统逻辑为框架的体系;<sup>⑤</sup>其二,是以经典逻辑及其扩充为框架的体系。<sup>⑥</sup>

在经典逻辑及其扩充框架下的上述法律逻辑研

\* 基金项目:本文系作者主持的中国政法大学2009年人文社会科学研究项目“交叉学科视野下的法律逻辑研究”(09ZFG72001)的阶段性成果。

作者简介:王洪(1960—),男,湖南桑植人,中国政法大学逻辑学研究所教授、所长,中国逻辑学会常务理事,中国逻辑学会法律逻辑专业委员会主任,北京市逻辑学会副会长。主要研究方向为现代逻辑与法律逻辑。

究,它们预设了实在法是完美无缺、无可争议与不可改变的,预设了法律的确定性、协调性、完备性,蕴含着人们对立法和司法的确定性期待与追求。它们主要探讨法律概念与体系建构应当遵守的确定性与正当性准则,主要研究在法律确定性条件下适用法律的推理与论证模式和方法,并基于案例阐明如何将这些逻辑法则、模式与方法运用到立法和司法之中。如美国学者富勒的《法律的道德性》(1964)主要探讨实在法的道德尺度与理性准则问题<sup>②</sup>;德国克鲁格的《法律逻辑》(1951)、波兰学者齐姆宾斯基的《法律应用逻辑》(1959)以及奥地利学者魏因伯格的《法律逻辑学》(1989),主要研究在法律确定性条件下的判决推理或判决论证模式与方法。

## 二、法的不确定性

亚里士多德探讨了人类思维基本规律,研究了“必然地得出”的推理规则,建立了历史上第一个逻辑体系——三段论逻辑系统<sup>③</sup>。他还在《修辞学》、《尼各马科伦理学》、《前分析篇》等著作中对法律的缺陷及其推导方法进行了最早的逻辑研究<sup>④</sup>。

美国联邦最高法院大法官霍姆斯在19世纪末强调指出把法律规则视如毕达哥拉斯定理那样无可争议与不可改变的观念是荒谬的。他指出对案件进行裁决时需要遵守制定法与判例法的规则,但这些法律并不是不证自明的,不是从权威那儿理所当然地拿来的。法律不同于数学公理,它凝聚了时代的需要、流行的道德与政治、人们的直觉与偏见,因而是有争议的也是流动变化的。正是在这个意义上,霍姆斯在《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。”<sup>⑤</sup>美国联邦最高法院大法官卡多佐在《司法过程的性质》中,也指出了法典和制定法存在的不确定性问题——法典和制定法“会有需要填补的空白,也会有需要澄清的疑问和含混,还会有需要淡化——如果不是回避的话——的难点和错误。”<sup>⑥</sup>

20世纪50年代,英国学者图尔敏就对基于经典逻辑框架的法律逻辑研究提出了质疑与批评。他在

《论证的使用》(1958)中指出:包括经典逻辑及其扩充在内的形式逻辑框架是数学论证的模型,从本质上说它们不足以用来刻画法律论证及其推理。法律论证及其推理不是三段论逻辑所能完全表达的。法律论证等一切实际论证或实践论证在本质上不同于数学论证,有着和数学论证不一样的结构、框架与模式。他提出了法律论证等一切实际论证或实践论证的一般结构或模式——图尔敏的论证模型<sup>⑦</sup>。图尔敏的眼光是敏锐而深远的。他的论证模型理论其实揭示的就是实在法的不确定性、可争议性与可修正性。法律论证等一切实际论证或实践论证确实有不同于数学论证的地方。数学论证及其推理以数学公理或规则作为论证与推理的理由或依据,这些数学公理或规则是确定的、彼此相容的、不证自明与无可争议的;而法律论证及其推理以法律原则与规则作为论证与推理的前提或依据,但这些法律原则与规则不是不证自明的,是存在争议也是可争议的,一旦有争议或被质疑就需要对其加以证立<sup>⑧</sup>。图尔敏正是在这样的观念基础之上区分了法律论证与数学论证。他的看法在当时并没有引起学界太多的注意与思考,人们仍然循着经典逻辑及其扩充的道路,主要探讨在法律的确定性条件下法律适用的推理与论证问题。

在很长一段时间里,国内外学者大多没有认识到法律的不确定性问题以及如何解决法律的不确定性问题,没有意识到对“法律的开放性结构”与“规则中的不确定性”以及如何解决法律的不确定性问题——这些法律领域的中心问题与重大课题,应当而且能够从逻辑学角度出发进行研究。直到20世纪60年代,学者们才逐渐地认识到法律的不确定性问题——实在法是一个不自足的、不确定的、开放的体系。如德国学者拉伦茨在《法学方法论》中提出了“法律漏洞”理论(1960),英国学者哈特在《法律的概念》中提出了“法律的开放性结构”与“规则中的不确定性”理论(1961)<sup>⑨</sup>,英国法官丹宁勋爵在《法律的训诫》中提出了“法律皱褶”理论(1979)等。

### (一) 类型化概念、评价性范畴与开放性文本

法律规范要对社会行为或生活事实进行抽象与分类并对这些行为或事实规定或赋予相应的法律后果,这种规定蕴含着对社会行为与生活事实的法律评价。因此,大多数法律语词或概念都是抽象的、类型化的、评价性的,表达的是规范类型和评价标准,属于

类型化概念和评价性范畴。类型化概念与评价性范畴反映的是抽象的类而不是具体的个体。对于具体个体只有抽象的分类标准与评价标准,而没有具体的归类标准与评价尺度。因而,类型化概念与评价性范畴是不具体或不明确的,其边界与界限是不清晰的或不确定的。这并不是立法者之疏忽,而是抽象概念或类型概念的性质所致。

任何用来对人类生活和周围世界各种特征进行抽象、分类或划界的术语或概念,几乎都会存在引起争议的边缘情况。正如威利姆斯在《语言与法律》中指出,任何语词或语句的中心部分或核心部分,其含义或意义可能是清楚的与明确的,但离开了中心而走向边缘,它就逐渐变得模糊不清了。就如同一张照片一样,其轮廓边界是模糊的,而且愈到边缘就愈加模糊。语词或语句的边缘之处的“边缘意义”,一片模糊或朦胧,是极易引起争议的。美国法学家博登海默感叹道:“正如美国联邦最高法院所作的一个判决所表明的,甚至像‘糖果’这类术语,虽说第一眼看上去似乎相当具体、明确,但它在其中中心含义和含义模糊不清之处也会产生解释上的困难。”<sup>15</sup>正是在这个意义上,英国法学家哈特在《法律的概念》中指出:开放性文本是法律的普遍特征。每个法律概念有一个确定的、没有争议的意思中心或含义核心,也有一个不确定的边界地带——“阴影地带”即“开放结构”。<sup>16</sup>丹宁法官对年轻的律师们感叹道:“这些成文法一堆又一堆,这对你们来说比对我更糟。在1923年我被聘为律师的时候,成文法是一卷,有五百页。1978年的今天,它已是三卷了,页数超过三千。没有一页不会引起争论,没有一页当事人不会翻开来问你‘这是什么意思?’”<sup>17</sup>

这些概念或规则作为分类或划界标准与评价尺度,在立法上是不可避免与不可或缺的,在法律中会经常出现。个案事实有时能符合上述中心意思即规范类型,有时则会落入法律的“开放空间”。<sup>18</sup>并不是每一个具体案件法律都能给出确定无疑和无可争辩的答案。

在美国 *Nix v. Hedden* 一案中<sup>19</sup>,成文法规定了进口蔬菜要征税而进口植物果实不用征税,这就发生了番茄是否是蔬菜即是否适用关税的问题。对植物学家来说,番茄是一种植物果实,豌豆和大豆也是植物果实,但对普通大众来说这些都是蔬菜,因为这些

不是作为水果点心吃的。在这里蔬菜是一个类型化概念,其边界是不清晰或不确定的。

我国刑法第13条第2款规定“情节显著轻微危害不大的,不认为是犯罪。”在这个规定中,“情节显著轻微危害不大的”是一个类型化概念与评价性范畴,没有具体的归类标准与评价尺度,其内涵与边界或界限都是不清晰、不确定与开放的。

在彭某诉厦门肯德基有限公司案中<sup>20</sup>,我国消费者权益保护法第7条规定“消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务符合保障人身、财产安全的要求。”第11条规定“消费者因购买、使用商品或接受服务受到人身、财产损害的,享有依法获得赔偿的权利。”但上述法律对经营者承担的安全担保义务的具体内容及范围没有明确的规定,不是具体的而是开放的。

## (二) 价值多元化与非协调性结构

正如博登海默所言“如果一个社会给发挥个人积极性和自我主张留有余地,那么在相互矛盾的个人利益之间肯定会有冲突和碰撞。”<sup>21</sup>不仅个人利益之间有冲突,社会利益之间也存在冲突。“法律的主要作用之一,乃是调整和调和上述种种相互冲突的利益,无论是个人利益还是社会利益。”<sup>22</sup>这就需要在立法上评估与权衡各种利益的重要性并划定各种利益的界限,就需要有调整和调和各种利益冲突的价值标准、尺度与原则。应当指出的是,立法者的利益需求与价值取向以及所要保护的利益与社会利益是多元化的和存在冲突的,由于立法上不可能有足够的价值标准、抵触规则与争议机制来解决这些冲突,因此,法律存在冲突或法律不协调就是不可避免的。比如:我国宪法规定了公有制是我国经济制度的基础,国有经济占有主导地位,公有财产神圣不可侵犯,对不同主体的财产赋予了不同的宪法地位。依照这个方面的宪法条文和精神,对不同主体的财产自然应当实行区别保护,即对国有财产要实行特殊保护。另一方面,我国宪法又肯定了我国实行市场经济,市场经济当然会有一些基本的法则要遵循,其中一个重要的法则就是平等。按这个方面的宪法条文和有关规律的要求,对不同主体的财产应当实行平等保护而不是区别保护。<sup>23</sup>

在美国联邦最高法院审理的 *Roe v. Wade* 一案

中<sup>24</sup>，原告罗伊诉称：她遭强奸而怀孕，而得克萨斯州法律禁止堕胎，她付不起钱到那些可以合法堕胎的州进行手术，故不得不继续妊娠，分娩之后她将孩子交给了不知身份的人收养。罗伊认为，根据宪法第14条修正案<sup>25</sup>，她有隐私权以及自由处理自己身体事务的权利。得州刑法剥夺了她的选择权<sup>26</sup>，因而违反了美国联邦宪法。被告得州政府辩称，生命始于受孕而存在于整个妊娠期间，因此在妇女妊娠的全过程，都存在保护生命这一不可抗拒的国家利益。宪法所称之的“人”包括胎儿，非经正当法律程序而剥夺胎儿生命为第14条修正案所禁止之行为。得克萨斯州法院判决罗伊败诉，案件上诉到美国联邦最高法院。联邦最高法院法官就面临着两种权利保护的法律冲突：在美国宪法第14条修正案中，未经正当程序而不可剥夺的“个人自由”与未经正当程序不可剥夺的“个人生命”之间的法律冲突。

### (三) 概称句与非完全性协议

正如亚里士多德在《尼各马科伦理学》中所言：“法律始终是一种一般性的陈述，但也存在着为一般性的陈述所不能包括的情形，……法律所考虑的是多数案件，亦即典型的和一般的情形，但法律对特殊的情况却无法加以说明。”<sup>27</sup>法律的普遍性或一般性的获得，是以忽略个别性或特殊性为前提和代价的。法律作为具有普遍约束力的社会规范，它通常要考虑和概括的是每一类行为或现象中的那些一般性与普遍性的情况，而忽略那些个别性或特殊性的情形。法律规则或规范因其内在的一般性或概括性，而无法涵盖行为或现象的个别性或特殊性，无法涵盖生活事实的具体性或复杂性，不能完全决定具体的案件，是非完全文本或协议。法律规则由于没有完全涵盖或解答当前所有的具体案件，对具体案件而言是有漏洞或空白的。从逻辑上说，法律规范由于具有概括性或一般性，因而是概称句而不是全称句<sup>28</sup>。比如：

中华人民共和国刑法修正案(八)第二十二项规定：“在道路上驾驶机动车追逐竞驶，情节恶劣的，或者在道路上醉酒驾驶机动车的，处拘役，并处罚金。”最高人民法院副院长张军在全国法院刑事审判工作座谈会上指出：要正确把握危险驾驶罪构成条件，不应仅从文意理解刑法修正案(八)的规定，认为只要达到醉酒标准驾驶机动车的，就一律构成刑事犯罪，要与修改后的道路交通安全法相衔接。虽然刑法修

正案(八)规定追究醉酒驾驶机动车的刑事责任，没有明确规定情节严重或情节恶劣的前提条件，但根据刑法总则第13条规定的原则，危害社会行为情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。对在道路上醉酒驾驶机动车的行为需要追究刑事责任的，要注意与行政处罚的衔接，防止可依据道路交通安全法处罚的行为，直接诉至法院追究刑事责任。<sup>29</sup>应当指出，虽然张军关于醉酒驾驶机动车不一定构成刑事犯罪的看法是值得商榷的，但这个规定确实是一个概称句，是有除外情形的。比如有未到达刑事责任年龄除外、不具有刑事责任能力除外、正当防卫除外、紧急避险除外等特殊情形。

德国法学家赫克说得好：“即使是最好的法律，也存在漏洞。这是因为，立法者的观察能力有限，不可能预见将来的一切问题，其二，立法者的表现手段有限，即使预见将来的一切问题，也不可能完全表现出来。”<sup>30</sup>此外立法上的思虑不周也会产生法律的不完全性问题。博登海默对此感叹道：“一个通达道理的立法者会意识到，在他所立的法律中肯定会有不足之处。他也会知道，成文规则几乎永远不可能被表述得如此之完美无缺，以致所有应隶属于该立法政策的情形都被囊括在该法规的文字阐述之中，而所有不应隶属于该法规范围的情形都被排斥在该法规语词含义范围之外。”<sup>31</sup>比如：

香港特别行政区《基本法》第158条是关于该法解释权的规定<sup>32</sup>。根据《基本法》第158条的规定，对“关于香港特别行政区自治范围内的条款”，香港特别行政区法院有权自行解释；对“关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款”，则在作出不可上诉的终局判决之前，香港终审法院要提请全国人民代表大会常务委员会解释。但是，《基本法》对相关前置性或先决性问题以及后续性问题却没有相应的规定：(1)《基本法》的哪些条款属于“关于香港特别行政区自治范围内的条款”？哪些条款属于“关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款”(即“范围之外的条款”)？(2)谁有权决定哪些条款属于“关于香港特别行政区自治范围内的条款”或“自行解释的条款”？谁有权决定哪些条款属于“关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款”(即“范围之外的条款”)或“需要提请解释的条款”？(3)一旦全

人大常委会和香港特别行政区法院各自对《基本法》的条文理解不同而发生争议,该如何解决?倘若全国人大常委会认为香港特别行政区法院“错误解释”或“越权解释”《基本法》的条文时,全国人大常委会又应当以什么程序来补正?由于《基本法》第158条对上述问题并未作出规定,香港法院自然会自行完成《基本法》有关条款的解释工作,香港终审法院在“居留权”案件<sup>33</sup>中正是这样做的。香港终审法院在判决关于解释《基本法》的方法部分中指出“根据《基本法》第一百五十八条,香港法院有权在审理案件时解释《基本法》。如果某一条款同时符合‘类别条件’(涉及中央管理的事务或与中央和地方的关系有关)和‘有需要条件’(终审法院认为对上述条款的理解会影响案件的判决)时,应由终审法院在作出不可上诉的终审判决之前请全国人大常委会对有关条款作出解释,且惟独终审法院才可决定某条款是否符合上述两个条件。终审法院认为《基本法》第24条是本案必须解释的主要条款,属特区自治范围之内。”<sup>34</sup>

### 三、法的可推导性

面对实在法的不确定性,法官们不是沉默无语的也不是无能为力的,他们有资格而且应该是有所建树的。他们是“活着的法律宣示者”<sup>35</sup>,他们在发现法律和塑造法律,也在创造法律。《法国民法典》第四条规定:审判员借口没有法律或法律不明确、不完备而拒绝受理者,得依拒绝审判罪追诉之。大陆法系的法官们由此踏上了释法与造法的道路。卡多佐大法官在《司法过程的性质》中也指出,普通法系的法官们承担着这样的职责:在司法过程中解决法律的不确定性——澄清法律疑义、平衡法律冲突、填补法律漏洞。<sup>36</sup>法律的开放性、非协调性、非完全性以及随之而来的不确定性,是法律的本性之使然,非立法之所愿亦非立法之过错,也不是立法本身所能解决的。立法者不可能给法官们制定一个完美无缺的实在法体系,不可能为每个具体案件都准备好现成的法律答案,法官们不得不在法的不确定条件下探寻解决当前案件的裁决理由。

20世纪70年代开始,如何解决法律的不确定性问题——法律推理、法律解释、漏洞填补、法律续造等问题,就开始成为法学研究的一个国际性中心课

题。<sup>37</sup>人们逐渐地认识到基于“经典逻辑加法律例证”以及“经典逻辑扩充”的法律逻辑体系,不涉及也不可能解答法律的不确定性及其推导问题,<sup>38</sup>没有充分涵盖法律领域中的推理与论证<sup>39</sup>,因而是全面、不完整、不系统的,不能作为法律逻辑的基本框架和主要内容。学者们开始对法律的不确定性问题以及在司法过程中如何解决法律的不确定性——法律推理、法律解释、漏洞填补、法律续造问题——法律发现或法律获取问题进行逻辑研究。比如新分析法学代表人物英国学者拉兹对以下两类推理进行的区分与研究:一类是“有关法律的推理”,即确定什么是可以适用的法律规范的推理,另一类是“根据法律的推理”,即根据既定的法律规范如何解决问题或纠纷的推理;<sup>40</sup>德国学者拉伦茨在《法学方法论》中对法律解释、漏洞补充、与法律续造方法的研究<sup>41</sup>;波兰学者齐姆宾斯基在《法律应用逻辑》(1974)对制定法推理方法的研究<sup>42</sup>;美国学者艾森伯格在《普通法的本质》中对普通法推理模式的研究(1988);美国学者伯顿在《法律和法律推理导论》(1999)中对疑难案件的裁决方法研究等。<sup>43</sup>上述研究是法律逻辑的一个重大转折。这些研究为法律逻辑开辟了一个全新的领域,开启了法学与逻辑学在这些领域里的广泛交流与融合,<sup>44</sup>促进了法的不确定性及其推导问题研究的发展<sup>45</sup>。这些研究表明:法律具有不确定性也具有可推导性,法的不确定性可以在具体案件中加以解决。

#### (一) 逻辑推导与语用推导

语用逻辑研究表明:任何言语的使用都有相应的语境<sup>46</sup>。语境是语言或言语的具体情境,包括言语的语法结构与逻辑关联,言语的意图与目的,言语的情感与价值取向,言语的习惯及惯例等等。语境或情境具有消解言语含义含混性的能力。虽然某些言语的含义含混不清,但是通过分析这些言语的使用及其语境,并以言语使用及其语境作为线索或根据,可以确定或推断这些言语的意思或含义。内涵逻辑<sup>47</sup>与语用逻辑有许多重要的成果<sup>48</sup>,这些理论对于人们认识以及如何有效地把握语言或言语的涵义<sup>49</sup>具有重要的指导意义。

对于具体案件而言,实在法条文只具有“相对的开放性”或“有限的不确定性”,实在法的条文及其规则是可以推导的。实在法的词句没有解决某个问题并不意味着整个实在法体系也不能解决这一问题。

正如德国学者达姆指出“法律绝不仅是徒具语言形式的东西,它有所志,有所意味;它追求着务实的目的,它的眼中有它在生活中要贯彻的价值。”<sup>⑤0</sup>德国法学家德恩伯格说得好“生活关系本身就含有它们自身的标准和它们自身的内在秩序。寓于这种关系中的内在秩序被称之为‘事物之性质’( *natura rerum* )。善于思考的法学家在没有实在规范或在规范不完善抑或模糊不清时,必须诉诸这一概念。”<sup>⑤1</sup>法律的逻辑结构与关联、法律的意图与目的、法律的社会效用及其价值取向,蕴含了法律的自身标准与内在秩序,是法律的“事物之性质”( *natura rerum* ),是解决法的不确定性的的重要依据与尺度。在具体案件中,可以探寻法律的逻辑结构与关联、法律的意图与目的、法律的社会效用与价值取向并以此为根据或前提进行推导,解决法律的不确定性或开放性问题。

波兰学者齐姆宾斯基的制定法推理的工具推导与价值推导理论(1974)<sup>⑤2</sup>、美国学者艾森伯格的普通法推理理论(1988)<sup>⑤3</sup>,以及最近的形式推导、目的推导与价值推导理论<sup>⑤4</sup>就是对法的可推导性问题以及基于内涵分析、语境分析与语用分析的法律推理方法的讨论与研究。<sup>⑤5</sup>

### (二) 情境推导或情境思维

一旦面临“法律疑义”或“法无明确之文”,就可以运用“情境思维”即“个别化的方法”,在当前案件的具体情境中,探寻或推断法律的具体含义或确切含义,使法律条文内容得以明确化、确定化或具体化。这个过程是文本释义与澄清疑义的过程,称为解释推导。

彭某诉厦门肯德基有限公司案<sup>⑤6</sup>——“安全担保义务”的界定:厦门市开元区人民法院判决认为:被告未尽最谨慎的注意义务,维护其经营服务场所的治安秩序,为消费者提供良好的就餐环境。在原告与他人因就餐座位发生争执时被告未能及时予以化解和制止,其行为构成违约,应承担违约赔偿责任。厦门肯德基有限公司不服一审判决提起上诉。厦门市中级人民法院二审判决认为:上诉人作为从事饮食经营活动的企业,负有提供保障消费者财产、人身安全的合同附随义务,但根据公平合理的民法原则,该合同附随义务应限于经营者向消费者提供与餐饮内容有关的安全保障条件,该保障条件包括用餐设备物品如餐具、桌椅、天花板的安全性能及一定的治安安全防

范措施等。本案中,上诉人作为经营者,在被上诉人与他人发生争执时已及时向公安部门报警,并进行劝阻,上诉人的上述行为已履行其作为经营者所应尽的保障消费者人身财产安全的合同附随义务。

### (三) 还原推导与整体推导

一旦发现法律文字与法律真实意思、法律意图与目的以及法律原则与精神相悖或有反差时,就可以重构法律文本即对法律条文增加限制或除外,还原法律真实意思与立法本意,遵循法律原则与精神,避免出现与法律真实意思、立法本意或法律意图、法律原则与精神不相符合的结果。这个过程是文本重构或本意还原的过程,是消除法律反差的过程,称为还原推导。在解释法律的过程中,遵循的是以下还原推导与整体推导规则:按法律条文的字面意义或通常含义解释即语义规则;在解释法律条文时,超越法律条文的文字,探寻立法意图或法律目的,使具体条文的解释与立法原意或法律目的相符合即弊端规则;在解释法律条文时,探寻法律原则、立法精神与价值取向,使法律解释结果与法律原则、法律精神与价值取向和社会公平正义观念相融合即黄金规则,这一规则是作为上述规则的补充而存在的。

*Rector, Holy Trinity Church v. U. S.*<sup>⑤7</sup>——文本重构或本意还原:美国国会1885年通过《禁止通过契约输入外国移民法》,这项法律规定以下行为为非法:任何自然人……或任何形式的团体……按照合同……以预付交通费或其他任何方式帮助或怂恿任何一个或多个外来人、任何一个或多个外国人进入或移民美国……以使在美国从事任何种类的劳动或服务……。但是职业艺术家、演讲学者、歌唱家、家庭仆人不在该规定的适用范围之内。

美国联邦最高法院认为“从字面上解释,‘任何种类的劳动或服务’显然可以包括传教。但是,这应该从立法意图、立法本意,而不是从字面意义得到解释。显示在法律文本字里行间的,未必包含在法律之内,因其没有进入立法意图。立法意图是什么呢?立法意图是法律创制时的意愿。”美国联邦最高法院根据上述法律的立法史和立法背景资料指出“参议院试图禁止输入体力劳动者而非其他人的意图是清楚的。《禁止通过契约输入外国移民法》的目的是防止美国商人大量输入廉价外国体力劳动者,从而减少美国劳动者的就业机会,造成种种社会弊病,这项法律

规定的立法意图并不包括脑力劳动和专业服务。教会与沃伦的合同在法律上不同于那些输入体力劳动者的合同,沃伦来纽约担任教区长和牧师的服务,不属于上述法律中关于“在美国从事任何种类的劳动或服务”的含义范围。故输入牧师的行为并不为法律所禁止,应当将其排除在该项法律的处罚之外。”

四川省南江县“婚内强奸”案<sup>53</sup>:南江县人民法院判决认为,吴某与王某发生性关系时一审判决尚未生效,应视为双方当事人夫妻关系还处于存续状态,故吴某的行为不构成犯罪。检察机关所指控的强奸罪名不能成立。该院对吴某作出了无罪判决。我国《刑法》第236条第1款规定“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的,处3年以上10年以下有期徒刑。”从法律的字面意义看,该规定并无其他条件限制或除外,任何“以暴力、胁迫或者其他手段强奸妇女的”都在规定之列。但是,南江县法院以被告人吴某与被害人王某“夫妻关系还处于存续状态”为由,认定被告人的行为不构成强奸罪。这就意味着南江县法院认为我国《刑法》第236条第1款规定的立法本意是将“有夫妻关系的”排除在外的。上述判决实际上重构了我国《刑法》第236条第1款的规定。<sup>54</sup>

#### (四) 混合逻辑与规则演推

一旦面临“法无明文规定”或“法律存在空白”,就可以从法律的“明示规则”出发,运用演绎与类推的方法<sup>55</sup>,推导出“隐含规则”或“类推规则”,即发掘制定法的“隐含意思”与“深层含义”,“提供制定法所省略的东西”<sup>56</sup>,填充制定法的框架,填补制定法的空白<sup>57</sup>。正如卡多佐所言“这个过程也可以视为立法,但不管怎么说,还没有哪个成文法体系能一直摆脱对这一过程的需求。”<sup>58</sup>这个过程称为规则的演推,包括规则的演绎与规则的类推。

此处的演推是混合逻辑框架下的演绎与类推推理。近年来人们发现,仅凭单一的经典逻辑及其扩充或变异系统,无法深入、充分地刻画法律推理与法律论证。法律领域中的推理与论证不仅涉及到规范的应然推导和事实的实然推导,还涉及到将规范与事实结合起来的混合推导,因此,需要依赖一种新的逻辑研究框架,将不同的逻辑语言整合在同一框架之中。新近发展起来的混合逻辑就是这样一种新的逻辑研究方式,在法律逻辑领域有着广泛而重要的运用。

米兰达诉亚里桑娜州<sup>59</sup>——“蕴涵义务”:美国联

邦宪法并未明文规定警察必须告知涉嫌有罪的人有权保持沉默并且可以获得律师的帮助。这是美国最高法院法官从宪法第五修正案规定的被告人享有对抗自罪的特权推导出来的警察必须履行的告知义务。以沃伦为首的美国最高法院判决指出:当一个人遭受羁押或以其他方式被当局剥夺自由并受到讯问时,第五修正案规定的在刑事检控中不得自证其罪的特权即面临危险,必须使用程序性保障措施以保护此项特权。尽管联邦宪法并未明确规定警察必须告知涉嫌有罪的人有权保持沉默并且可以获得辩护律师的帮助,但是,第五修正案规定在刑事检控中不得强迫被告人作出不利于自己的证明,被告人享有对抗自罪的特权,而强制警察告知涉嫌有罪的人有权保持沉默并且可以获得辩护律师的帮助,乃是不强迫被告人作出不利于自己的证明、保障被告人享有并充分行使对抗自罪特权、从而保证合法审讯的先决案件。这是因为,一个由警察主导的环境中,在没有充分告知其宪法权利的情况下,对与外界隔绝的个人进行了讯问,就会导致自我归罪的陈述。警察局在审讯时所笼罩的气氛固然是强迫性质的,这样有助于把微妙及间接的压力强加于被捕者,从而削弱他抗拒的意志并引导他泄露出其案件的秘密。而且警察所使用的各种诀窍、暗指手段以及使人露出马脚的断言,常常可以使被审问者陷入圈套而作出表明有罪的陈述,而按传统上的理解,这些陈述可以被称为是“自愿的”。因此,除非采取了其他充分、有效的方式告知该人享有沉默权并确保此权利的行使受到谨慎的尊重,否则必须要求有以下措施。在受到任何形式的讯问前,一个人必须被告知<sup>60</sup>:他有权保持沉默,其所说的任何话都有可能法庭上被用作不利于他的证据;并且他有权要求律师在场,如果他无力负担费用并愿意,可以为他指定律师。并且在整个讯问过程中,都必须提供行使这些权利的机会。在给予上述告知并提供行使这些权利的机会后,该人可以明白地、理智地放弃这些权利,同意回答问题或进行陈述。然而,除非并且直至此种告知或弃权为控方在审判中证明,任何通过讯问被告人所获取的证据都不能用来作为不利于被告的证据。

香港特别行政区马维琨案<sup>61</sup>——“隐含权力”:本案的关键问题在于判明香港特区临时立法会是否有法理依据?倘若香港基本法等有关文件明文规定了“临时立法会”,则“临时立法会”的法理依据自不待

言。但是,香港基本法等文件并没有明文规定“临时立法会”,香港特区临时立法会到底合不合法?上诉庭对此给出了肯定的答案。从筹备委员会的“明示权力”推出了必需行使的“隐含权力”。上诉庭认为:<sup>⑥</sup>虽然香港基本法等文件没有规定“临时立法会”,但是《全国人大关于香港特别行政区第一届政府和立法会产生办法的决定》授权筹备委员会负责筹备成立香港特别行政区的有关事宜。既然授权筹备委员会负责筹备成立香港特别行政区的有关事宜,也就授予筹委会为了贯彻立法意图所必需行使的一些权力,这些权力是一种“隐含权力”。因此,筹委会为了实现立法意图——成立特区政府,有权设立临时立法会。从而,临时立法会的设立有其法律依据,临时立法会的合法性不容质疑。既然香港特别行政区临时立法会是全国人大常委会授权香港特别行政区筹委会合法成立的组织,特区法官无权质疑全国人大常委会的决定。因此,三名在回归前涉嫌犯罪的被告,需要继续接受香港特别行政区法院聆讯。

#### (五) 辩证推导

一旦面临义务承担、权利保护或自由保障等法律冲突,就在当前案件的具体情境中,寻求一种方案解决法律的冲突平衡与价值选择问题。英国法官丹宁勋爵对此曾经说道:“一个法官绝不可以改变法律织物的编织材料,但是他可以也应该把皱褶熨平”。<sup>⑦</sup>解决冲突平衡与价值选择问题的过程可以称为辩证推导。亚里士多德在《前分析篇》中指出:“辩证推导乃是要寻求一种答案,以解答有关在两种相互矛盾的陈述中应当接受何者的问题。”当然这个过程是比较复杂的。正如亚里士多德在《修辞学》中指出:由于不存在使结论具有必然性和无可辩驳的基本原则,所以通常我们所能做的就只是通过提出似乎是有道理的、有说服力的、合理的论据去探索真理。……由于各种各样的观点有可能彼此冲突,我们的劝说工作有时便会变得更加复杂。

罗伊判例<sup>⑧</sup>——冲突的平衡:Blackmun大法官认为:<sup>⑨</sup>无论是权利法案提供的特定保障,第9修正案确认的“人民保留的权利”,还是第14修正案确认的,未经正当程序不可剥夺的“个人自由”,都隐含着隐私权的宪法保护。个人具有宪法保护的隐私权,个人隐私属于基本权利或者法定自由的范围。“隐私权的广泛性是以涵盖妇女自行决定是否终止妊娠的

权利”。关于“基本权利”保护的司法规则是:限制基本权利的法律违反宪法,除非限制是为了维护某种“不可抗拒的国家利益”,而限制措施又没有超出实现立法目的所必需的限度。法院审查限制“基本权利”的法律,不仅审查限制性规范与立法目的之关联性和必要性,而且审查立法目的本身的正当性。得州法律拒绝孕妇的选择权,不仅给孕妇造成显而易见的身心损害,也给“违愿降生子女”及其家庭成员带来沮丧和苦恼,故侵犯了妇女受到宪法保护的基本权利。针对被告主张生命始于受孕,胎儿生命权受宪法第14修正案保护的观点。Blackmun指出,生命始于何时,不是一个法院可以回答的问题。尽管联邦宪法没有关于“人”的解释性定义,但是,每一条款前后文都清楚显示“人”一词仅仅指已出生的人,而不包括胎儿。1973年1月22日,经过了一年多的法庭辩论之后,美国联邦最高法院作出裁决:得州刑法禁止堕胎的规定过于宽泛地限制了妇女选择权,侵犯了第14修正案的正当程序条款所保护的 personal freedom。在妇女怀孕的头三个月里,各州政府不得干预妇女堕胎的选择,不过必须规定堕胎手术要由医生来做。第二,为了保护妇女的健康,各州政府对怀孕三到六个月的妇女选择堕胎可以加以一定限制。第三,州立法机构可以立法禁止在怀孕最后三个月里堕胎,以保护胎儿的权利。不过如果母亲的生命因怀孕受到威胁又另当别论。

纽约时报公司诉美国<sup>⑩</sup>——冲突的选择:司法部的代表指出:依据美国宪法第二条,总统是最高行政首脑和三军总司令,总统拥有“行政特权”,尤其是在国家安全事务和外交事务上。总统出于保密的需要,有必要防止严重危害国家机密的行为,新闻媒体固然有出版自由,但不得侵犯这一特权,危害国家安全利益。美国从一诞生就有机密,保护这种机密是政府的责任。因此,报纸得到了失窃的对国家安全至关重要的高度机密文件以后,不可以随心所欲地自由发表它们,出于保护国家机密的目的,政府可以要求报纸不得发表这样的国家机密文件。哈兰大法官等站在政府一端的立场上发表了意见:政府决策需要决策者坦率、毫无顾忌的交换意见,公众必须对他们给予足够的信任。如果他们说的每一句话都在众人的监督下,他们如何能够坦率地交换意见,正确的决策又如何做出呢?国会是人民的代表,在国会制定的刑事法律



中,严厉禁止个人互相传阅国家机密的行为。既然连私下传阅人民都要求禁止,那么,公开发布的行为难道就不应该禁止吗?

《纽约时报》认为:依据美国宪法第一修正案,“国会不得制定任何法律禁止言论和出版自由。”报纸在第一修正案之下的特权“高于国会,高于行政当局,也不受司法的剥夺”,政府不得干预言论和出版自由。司法部的检察官没有权力做国会拒绝的事情,因为司法部只是执行机构,只有国会有立法权。纽约时报的行为属于言论和出版行为,受美国宪法第一修正案的保护,其行为的正当性不容置疑,不应当受到任何限制或禁止。一个自由、开放的社会必然选择承担风险来保证表达不受禁止。布莱克和道格拉斯大法官等支持《纽约时报》的观点。他们认为:宪法第一修正案说,“国会不得制定任何法律禁止言论和出版自由。”宪法规定得如此明确,如此清晰,看不出有任何例外情况,可以限制报社的出版行为。我们的先辈们之所以制定这样的法律,最重要的目的之一就在于监督政府,以限制他们为所欲为,从而保证政府决策行为的公开,让人民知道真相。《纽约时报》的行为不仅不应受到指责和限制,相反地由于他们做了国父们希望他们做的事情而应当受到表彰。纽约时报揭露政府怎样把国家引入越南战争,恰恰是出色地履行新闻媒体的神圣职责,其它媒体也应该效仿《纽约时报》的行为。对《纽约时报》和《华盛顿邮报》的禁令,是对宪法第一修正案的冒犯。

布伦南和怀特大法官没有在这两个冲突的价值立场之间进行评价与选择,而是选择从宪法的“分权体制”的立法意图与价值取向出发,以政府“举证不足”为由判其败诉,解决了本案的法律保护的冲突问题,并且使最高法院达成了“多数一致意见”。他们认为:美国总统在国防和外交这两个重要权力领域中拥有巨大的宪法独立性,由于缺乏宪法在其它领域中的制衡机制,对国防和外交领域的政策和权力的唯一有效的限制只能来自开明的公民团体,只有具备必要信息和批评精神的公众舆论才能保护民主政府的价值。因此,尽管政府行政部门关于秘密文件的观点在某些方面也许是正确的,但它没有证明文件的透露会对国家和人民造成直接的、立刻的和不可挽回的损失。在本案中政府没有充分的证据说明文件的发布必定会导致公共利益受损。如果政府不经举证就可

以以“行政特权”为由让法官发布禁令,岂不是越过了宪法给他限定的权限。要是这样发展下去。国父们辛苦确立的“三权分立”体制岂不成了空话?文件的发布会不会损害国家利益?在未被充分证明之前,谁也不知道。因为保密的需要,即使是法官也无法看到所有相关的文件。那么,难道因为政府认为发布文件会损害公共利益,最高法院就要认为它会损害公共利益?政府等于是赋予了自己决定发布文件是否损害公共利益的权力,这是一项制定法律的权力。而立法权归属于国会,而非政府。如果法院支持了政府的这项权力,政府岂非可以自断是非,为所欲为?在类似的案件中,政府必须证明,发表这样的新闻将“不可避免地、直接地、立即地”造成这样的灾难后果,如同使已经在海上的船只遭遇灭顶之灾。否则,就没有理由发出禁令,即使是临时的禁令。因此,对《纽约时报》和《华盛顿邮报》发出的临时禁令是错误的。下级法庭和上诉法庭的法官,在处理这个案子的过程中,几乎都判断失准。在本案中发出的所有禁令,不管是什么形式的,都违反了宪法第一修正案。

北京“开瓶费案”<sup>②</sup>——冲突的权衡:北京市海淀区法院审理后认为:按照《消法》规定,经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定。湘水之珠酒楼菜谱中载明自带酒水需另收取服务费的内容是单方意思表示,系格式条款,应属无效。其向王先生加收开瓶服务费的做法侵害了王先生的公平交易权,属于不当得利,应予返还该100元开瓶服务费。湘水之珠酒楼不服裁决提起上诉。北京市一中院终审判决认为:湘水之珠酒楼没有证据证明“事前已明示消费者要收取开瓶服务费”,应承担相应的责任。据此,北京市一中院终审驳回湘水之珠酒楼的上诉,并维持了责令酒楼返还王先生100元开瓶服务费的原审判决。<sup>③</sup>北京市一中院也是以“举证不足”为由判湘水之珠酒楼败诉。这个裁决的背后是法官对冲突权利的权衡。

#### (六) 衡平推导

一旦发现直接适用法律规则将会造成有悖情理或显失公正的结果,即博登海默所说的“对于所受理的案件尽管存在着规则或先例,但是法院在行使其所被授予的权力时考虑到该规则或先例在此争讼事实背景下总的来说或多或少是不完美的而拒绝适用它的情形”<sup>④</sup>,就在当前具体案件的特殊情形下,在法律

规定或规则之中附加或制定一个衡平法意义上的例外<sup>⑤</sup>,或者说为背离或拒绝适用该规定或规则找一个正当理由,对法律规则进行变通或补救,个别对待异常事实情形,即对个别案件平衡公正。这种规则变通或个案衡平的过程称为衡平推导。

希腊文 *Epieikeia* 的意思是衡平与公平,亚里士多德首先使用衡平(*epieikeia*)这个概念来概括与讨论法的可变通性或可补救性。他在《尼各马科伦理学》中指出,衡平法原则是“由于法律的一般性而有缺陷时对法律的补救。”衡平推导既不是基于一条现行法规,亦非旨在创设一条规则或新的先例,也不对法规构成实质性破坏。只是在法律规定或规则之中附加衡平法意义上的例外,以该规定或规则的适用会导致不公平或不公正为由而在个别案件或特殊情形下正当背离该法规。

北京某医学博士、眼科医生涉嫌盗窃、侮辱尸体案——规则例外或个案衡平:我国刑法第302条规定:盗窃、侮辱尸体的,处3年以下有期徒刑、拘役或者管制。北京市某医院医学博士、眼科医生未征得死者生前同意,也未征得死者家属许可,私自将死者眼睛取下装上假眼睛,将眼睛的角膜取下并分别移植给在本院就诊的一位普通女工患者和一位普通农村妇女患者。死者家属发现后控告该医生涉嫌盗窃、侮辱尸体罪。检察机关以该医生行为虽有不当但情节显著轻微危害不大不认为是犯罪为由,决定不起诉。

瓦朗蒂尼诉加纳里<sup>⑥</sup>:英国一个未成年人起诉要求索回他按照一项租房和购置家具的合同所付的钱款。根据有关成文法规定,未成年人为贷资供应所签订的合同是完全无效的。但原告此前已住此房屋和使用此家具有好几个月了。英国后座法院拒绝了原告的诉讼请求,法院认为:当一个未成年人已就某样物品支付了款项并已消费或使用了它时,他要求重新收回他所付的钱款,是与自然正义相违背的。

#### 四、结语

法律推理是在实在法的开放性、非完全性、非协调性条件下进行的,属于不确定性推理,是可争议的与可修正的。法律推理的前提并不是确定无疑、不证自明和无可争议的,因此,从实在法规则出发进行推理得到的结果也是不确定和可争议的。在经典逻辑及其扩充框架中是无法刻画这些特征及其推导模式的,需要在缺省逻辑与混合逻辑框架下加以研究。比

如基于默认推理<sup>⑦</sup>和界限推理理论<sup>⑧</sup>等进行法律推理模式及其规则研究。

法的不确定性及其推导问题研究,也唤起人们重新关注英国学者图尔敏的论证模型理论。图尔敏在《论证的使用》中揭示了法律论证或判决论证在内的一切实际论证的一般结构,即不但结论需要证立而且前提受到质疑时也要予以证立。法律论证在内的一切实际论证的前提都是具有可争议性或开放性的,因而都是需要加以证立的。人们由此有理由认为,法律解释、漏洞填补、法律续造也是应当予以证立的。这就进一步激发了法律论证与判决证成问题<sup>⑨</sup>的研究,尤其是判决的前提证立问题<sup>⑩</sup>的研究,推动了法律逻辑研究在这个重要领域的发展。<sup>⑪</sup>如佩雷尔曼的新修辞学理论(1976)<sup>⑫</sup>,芬兰学者阿尔诺在《法律推理》(1977)与《适当的理性》(1987)中提出的法律确证——法律解释证立理论,德国学者阿列克西在《法律论证理论》(1978)中提出的法律证立的理性论辩理论<sup>⑬</sup>,英国学者麦考密克在《法律推理与法律理论》(1978)中提出的演绎证立与次级证立理论,<sup>⑭</sup>瑞典学者佩策尼克提出了“深度证立”以及“审慎的平衡”理论(1983)等。

20世纪80年代以来,人们普遍地认识到法律逻辑是逻辑学与法学的交叉学科,它以逻辑学的方式解答法的基本问题。“法律逻辑并不是像我们通常所设想的,将形式逻辑应用于法律。我们所指的法律逻辑是指供法学家,特别是供法官完成其任务之用的一些工具,方法论工具或智力手段。”<sup>⑮</sup>正如德国学者考夫曼所言“法哲学是哲学的一个分支。……它以哲学的方式去反映、讨论法的原理、法的基本问题,并尽可能给出答案。”<sup>⑯</sup>法律逻辑这门学科的性质大抵也是如此。人们开始从法律领域出发,系统地梳理与概括法律思维基本问题,探寻法律逻辑的新框架与新体系。人们认识到法律思维有两个关键领域:其一,立法的领域——主要解决法律概念和体系建构问题;其二,司法的领域——主要解决事实发现、法律获取、判决证成问题。<sup>⑰</sup>在事实发现、法律获取、判决证成的过程中,要进行不同意义上的推导与论证,可以将法律领域里的全部推导与论证概括为:事实推理、法律推理、判决推理。<sup>⑱</sup>人们开始对法律领域中这些不同的推理及其论证加以区分并从学理上和判例上进行深入分析与研究。全面地考察、梳理与概括事实推理、

法律推理、判决推理与法律论证的模式、方法与准则, 事实发现、法律获取以及诉讼主张与司法裁决的证立  
建立以事实推理、法律推理、判决推理与法律论证理 与说服之中。<sup>⑧</sup>这些领域里的研究工作正处在迅速发展  
论为主要内容的, 完全不同于经典逻辑及其扩充框架 展之中。<sup>⑨</sup>  
的法律逻辑体系, 并将这种分析与概括的结果应用于

注释:

① [古希腊]亚里士多德《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

② 《牛津法律指南》指出“法律研究和适用法律要大量地依靠逻辑。在法律研究的各个方面,逻辑被用来对法律制度、原理、每个独立法律体系和每个法律部门的原则进行分析和分类;分析法律术语、概念,以及其内涵和结论,它们之间的逻辑关系;……在实际适用法律中,逻辑是与确定某项法律是否可适用于某个问题、试图通过辩论说服他人,或者决定某项争执等相关联的。”

③ 经典逻辑的扩充——规范逻辑框架:法律领域里的允许、应当、禁止等表达权利与义务的规范词是内涵性的,具有相应的内涵语境——经典逻辑的组理性原则、等值置换规则、同一性替换规则等在其中不适用的语境,需要在规范逻辑的框架下进行相应的内涵分析或内涵推导。在经典逻辑的框架中,不能解决与规范内涵语境有关的语句推导与论证问题。

④ 今天人们把这些工作称之为“传统逻辑加法律例证”或“经典逻辑加法律例证”。

⑤ 如以概念、判断、推理、论证为主要内容的体系。

⑥ 如以命题逻辑、词项逻辑、谓词逻辑、模态与规范逻辑等为主要内容的体系。

⑦ 富勒提出了法律应当“清楚了、内部逻辑一致、并且没有要求臣民为不可能之事”等八大原则——[美]富勒《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第44—48页。

⑧ 亚里士多德在《工具论》的《前分析篇》中建立了三段论逻辑系统。亚里士多德的三段论逻辑建立在概念的“包含关系”基础之上,是一种概念逻辑或类逻辑。古希腊麦加拉学派学者裴洛提出了实质蕴涵概念,斯多噶学派在实质蕴涵概念的基础之上,建立了一种命题逻辑,扩展了亚里士多德的逻辑。亚里士多德三段论逻辑与斯多噶学派的命题逻辑统称为传统逻辑。1879年,德国逻辑学家弗雷格重新发现实质蕴涵,并将实质蕴涵扩展为形式蕴涵,以此为基础建立了现代逻辑意义上的经典逻辑——一阶逻辑系统。

⑨ 比如亚里士多德在《修辞学》中对法律缺陷的讨论,在《尼各马科伦理学》中对平衡平法原则——法律缺陷补救方法的讨论,在《前分析篇》中对辩证推导的讨论,但他没有建立起法律逻辑系统。

⑩ O. W. Holmes, Jr., *The Common Law*, ed. M. Howe (Boston: Little Brown, [1881] 1963).

⑪ [美]卡多佐《司法过程的性质》,商务印书馆1998年版,第4页。

⑫ Toulmin 认为论证的基本结构包括:(一)主张(claim, C)。(二)资料:如果对主张的内容有反论的话,我们就必须提示其根据。此种作为根据的事实资料,称为资料(data, D)。(三)保证:确定能赋予该资料(D)事实具有导出主张(C)结论的资格之推论规则,是资料(D)事实和主张(C)的联结性陈述,这个推论规则就称为保证(warrants, W)。(四)佐证:在对「保证(W)」有质疑时浮现出,是关于事实的范畴性(categorical)陈述。(五)限定:保证(W)和资料(D)的组合,大部分的情形就能使「主张(C)」为对方所接受而具有保证的作用,但有些情形则必须再附加一定的条件、例外或限制等保留。此种对保证(W)所为的限定之陈述,称为限定(qualifier, Q)。(六)抗辩:前述此种具有保留机能的陈述,就称为抗辩(rebuttal, R)。抗辩(R)用来表示遮断保证(W)的普遍正当化之特殊事由。图尔敏在《论证的使用》中举例说道:Harry 是英国人(主张C),因为 Harry 出生在百慕达群岛(资料D),且在百慕达群岛出生的人就是英国人(保证W)。为什么在百慕达群岛出生的人就是英国人呢?因为就殖民地出生者的国籍在英国的制定法中有明文规定(佐证B)。在百慕达群岛出生的人都是英国人吗?不在百慕达群岛出生的人是在一般条件之下大概就是英国人(限定Q),因为就殖民地出生者的国籍在英国的制定法中有明文规定双亲均为外国人的除外(抗辩R)。

⑬ 图尔敏指出“在所有这些领域当中,作出主张的同时提出应予确认的要求。假如这个主张受到怀疑,那它就必须要进行证立。”——[德]阿列克西《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第106页。

⑭ 英国法学家哈特指出:每个法律概念的含义或意义有一个确定的、没有争议的核心,但也有一个“阴影地带”或“开放的结构”。

⑮ [美]博登海默《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版1987年版,第466页。

⑯ 哈特的有关论述以及分析力学的有关观念直接来自于维特根斯坦的语言分析的研究成果。——哈特《法律的概念》,许家馨等译,法律出版社2006年版,第123页。

⑰ [英]丹宁勋爵《法律的训诫》,杨百揆等译,法律出版社,1999年版,第9页。

⑱ 出现这些情形的案件就被称为复杂案件或疑难案件。

⑲ *Nix v. Hedden*, 149 U. S. 304 (1893) 在法律领域中,番茄是属于水果还是蔬菜,硫酸可否成为武器等都成为可争议的问题了。

⑳ 原告诉称:原告携妻女等人于2001年1月27日到厦门肯德基有限公司厦大餐厅就餐时,因就餐高峰座位紧张,与其他就餐顾客发生争执,遭受殴打,其鼻子等处被打伤,眼镜被摔坏,厦门肯德基有限公司违反服务合同约定,未履行保护消费者人身安全的义务。要求其承担违约责任,赔偿其医药费、财产损失费、精神损失费等共计人民币2973.60元。被告辩称:厦门肯德基有限公司的员工在发现餐厅内发生斗殴事件后,立即向110报警,同时3名男性员工上前劝阻和制止斗殴人员,另一女性员工将彭某的孩子带离现场,前往安全区域,在110赶到前,打人者已趁乱离开餐厅。——《中国律师》2002年第4期。

㉑ [美]博登海默《法理学——法哲学及其方法》,华夏版社,1987年版,第382页。

㉒ 同上,第383页。

㉓ 这就是在《物权法(草案)》争议中暴露出来的一个需要研究和解决的重大宪法问题——如何理解和解决我国宪法规定的社会主义基本经济制度与市场经济原则的内在协调性或一致性问题。正因为如此,2005年10月27日,在全国人大常委会第18次会议上,吴邦国委员长在说到要体现对国家、集体和私有财产平等保护的原则的同时,提出了还要深入研究的三大问题,其中包括物权法如何准确地反映基本经济制度,体现宪法关于国家对不同经济成分的政策性规定,以及如何切实保护国有资产。——吴邦国“物权法草案有三个问题仍要深入研究”,参见 hi-

tp://www.chinanews.com.cn/news/2005/2005-10-27.

②④ Roe v. Wade 410 U. S. 113 (1973). 得克萨斯州一位名叫迈康维的21岁单身怀孕妇女(为了保护她的隐私在法庭文件中化名为 Jane Roe)向法院指控得克萨斯州禁止堕胎的法律违反了她的入权。

②⑤ 美国宪法第14条修正案:未经正当法律程序不得剥夺任何人的生命、自由或财产。

②⑥ 得州刑法规定:除依医嘱,为挽救母亲生命而进行堕胎外,其他一切堕胎均为刑事犯罪。

②⑦ 转引自[美]博登海默《法理学—法哲学及其方法》,华夏出版社,1987年版,第11页。

②⑧ 全称句是对一类事物中的每个事物的陈述,比如“鸟是动物”。概称句是对一类事物中一般事物的陈述,比如“鸟会飞”是鸟的一般情形的陈述,因为企鹅是鸟但不会飞。在日常生活中,许多情况下用的都是概称句。

②⑨ 中国新闻网——中新网重庆2011年5月10日电(记者张蔚然)。

③⑩ [德]赫克《利益法学》,津田利治译,庆应大学法学研究会1985年版,第13页。波兰逻辑学家塔尔斯基指出,由于日常语言被用作它自己的元语言,因而日常语言在语义上是封闭的和自足的。但是,任何一个有限的语言系统,都是不自足和不完整的。——参见A. Tarski, *Logic Semantics, Matamathematics*, Oxford: Clarendon Press, 1956.

③⑪ [美]博登海默《法理学——法哲学及其方法》,华夏出版社,1987年版,第520页。

③⑫ 《香港基本法》第158条:(1)本法的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。(2)全国人民代表大会常务委员会授权香港特别行政区法院在审理案件时对本法关于香港特别行政区自治范围内的条款自行解释。(3)香港特别行政区法院在审理案件时对本法其他条款也可解释。但如香港特别行政区法院在审理案件时需要对本法关于中央人民政府管理的事务或中央和香港特别行政区关系的条款进行解释,而该条款的解释又影响到案件的判决,在对案件作出不可上诉的终局判决之前,应由香港特别行政区终审法院请全国人民代表大会常务委员会对有关条款作出解释。如全国人民代表大会常务委员会作出解释,香港特别行政区法院在引用该条款时,应以全国人民代表大会常务委员会的解释为准。但在此之前作出的判决不受影响。(4)全国人民代表大会常务委员会在对本法进行解释前,征询其所属的香港特别行政区基本法委员会的意见。

③⑬ 香港“居留权”案:吴嘉玲等诉入境事务处处长案(Ng Ka Ling & Ors v. Director of Immigration)。

③⑭ 香港特别行政区终审法院:终审民事上诉1998年第14~16号 FACV000014Y/1998。

③⑮ 布莱克斯东语。转引自[美]卡多佐《司法过程的性质》,商务印书馆,1998年版,第7页。

③⑯ 卡多佐指出“法典和制定法的存在并不使法官显得多余,法官的工作也并非草率和机械。会有需要填补的空白,也会有需要澄清的疑问和含混,还会有需要淡化——如果不是回避的话——的难点和错误。”[美]卡多佐《司法过程的性质》,商务印书馆1998年版,第105页。

③⑰ 参见M. J. Detmold, “Law as Practical Reason” from Aulis Aarnio, Neil MacCormick, Dartmouth ed., *Legal Reasoning*, Vol. I, 1992. 大陆法系主要使用法律解释、法律续造等概念而不使用法律推理概念,如德国学者拉伦茨的《法学方法论》;普通法系主要使用法律推理概念而把法律解释理解为法律推理的过程,如美国学者列维的《法律推理引论》。

③⑱ 在法律领域里存在法律规范推导问题,但以往在经典逻辑扩充的基础之上,基于冯·莱特和安德森的道义逻辑系统对道义算子进行的逻辑刻画,并不适用于法律规范推导。二元道义逻辑系统以及其后更为复杂的相对道义逻辑系统如CMOdyT、CMOdyS4、CMOdyS5等,都力图把道义概念条件化、相对化和境况化,但是,这些系统仍有冯·莱特和安德森系统最根本的缺陷。此外,仅仅基于经典逻辑系统的扩充,无法刻画与解答法律的不确定性及其推导问题。

③⑲ 在法律领域里,有些时候是在法律不确定、开放的、可修正条件下进行推导与论证的。

④⑰ 参见Joseph Raz, “On the Autonomy of legal Reasoning”, *Rotio Juris*, vol. 6 No. 1 March 1993, pp. 1-15.

④⑱ 我国台湾学者在这个方面也有深入的研究,如杨仁寿的《法学方法论》等。

④⑲ 齐姆宾斯基提出了以规范逻辑推导为基础的推理、以规范的工具推导为基础的推理、以立法者评价一贯性的假定为基础的推理的理论。我国学者也开始了相关的讨论与研究,如黄厚仁的《规范逻辑在法律工作中的应用》(1984)、王洪的《论法律推理与法律逻辑》(1994)、《论制定法推理》(2001)与《司法判决与法律推理》(2002版)、夏建武的《法律推理:大前提的空缺与补救》(1995)等。

④⑳ 我国学者王晨光的博士论文《法律推理》(1999)、张保生的《法律推理的理论与方法》(2000)等对法律推理问题的研究。

④㉑ 参见Aulis Aarnio & Neil MacCormick, Dartmouth ed., *Legal Reasoning*, Vol. I & II 1992.

④㉒ 王洪《法律逻辑学》(“十一五”国家重点图书出版规划项目),中国政法大学出版社2008年版。

④㉓ 1950年,英国语言学家弗斯在他的《社会中的个性和语言》中,对语境做了比较详细的阐述。弗斯把“context”(上下文)的含义加以引申,认为不仅一句话的上句或下句、一段话的上段或下段是“context”,而且语言与社会环境之间的关系也叫“context”。周礼全先生指出“一个(或一组)语句常常不是孤立出现的,总是有它的上下文,我们叫它做这个(或这组)语句的语言环境。一个(或一组)语句除了有它的语言环境以外,还有它的语言以外的客观环境。一个(或一组)语句总是由一定的人说的,这些就构成了一个(或一组)语句的客观环境。”波兰人类语言学家马林诺夫斯基提出并阐述了情景语境(context of situation)的问题。他认为,语言是“行为的方式”不是“思想信号”,“话语和环境相互紧密地纠缠在一起,语言环境对于理解语言来说是必不可少的”。

④㉔ 经典逻辑,不能解决与内涵语境有关的语句推导与论证问题,只对命题联结词、个体词、谓词、量词和等词进行外延性研究。

④㉕ 如弗雷格《论意义与意谓》——从意义推进到意谓;弗雷格的语境原则(《算术基础》)——外延语境(透明语境)与内涵语境(晦暗语境);维特根斯坦使用论——“意义即使用”;奥斯汀、塞尔言语行为理论;格赖斯的语用涵义或会话涵义学说——“隐涵理论”与“合作原则”等。

④㉖ 美国语言学家格赖斯把语言表达式在一定的交际语境中产生的一种不同于字面意义的特殊涵义叫做“语用涵义”、“会话涵义”或“隐涵涵义”,并提出了一组“交际合作原则”。一个语句p的语用涵义,就是听话人在具体语境中根据语用规则由p得到的那个或那些语句。

④㉗ 转引自黄茂荣《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第257页注20。

④㉘ 转引自[美]博登海默《法理学—法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第442页。

④㉙ [波兰]齐姆宾斯基《法律应用逻辑》,刘圣恩等译,群众出版社1988年版。

④㉚ [美]艾森伯格《普通法的本质》,张曙光等译,法律出版社2004年版。

④㉛ “形式或结构论”方法、“意图或目的论”方法、“结果或价值论”方法。参见王洪《法律逻辑学》(“十一五”国家重点图书出版规划项

目),中国政法大学出版社2008年版。

⑤⑤ 这些法律推理方法实质上属于“情境思维”即“个别化的方法”,就是考察法律条文或词句的法律语境与情境,并以这些法律语境与情境为线索和依据,推断或推论出法律条文的意思或含义,在具体的法律语境与情境中解决法律条文的“开放性”或“不确定性”问题。

⑤⑥ 参见《中国律师》2002年第4期,第55页。

⑤⑦ Rector, Holy Trinity Church v. U. S. (1892) 圣三一教会是纽约的一个社团,它于1887年与当时居住在英格兰的沃伦签订一份合同,要沃伦动身去纽约并担任该教会的教区长和牧师。该教会因此违反有关法律规定而被起诉。下级法院认为,该教会已经预付给沃伦交通费,让他来美国提供服务,担任教区长和牧师,因而违反了移民法规定,应受罚款处罚。教会不服下级法院的判决,向最高法院提起诉讼。

⑤⑧ 1993年底,被告人吴某与王某经人介绍登记结婚,婚内生有一男孩。因吴某脾气暴躁,王某以“性格不合”为由,于1998年7月提起离婚诉讼,后经人劝解撤诉。1999年7月,王某再次起诉请求法院判决准予离婚。同年10月9日,法院判决王、吴离婚。在法定时间内,吴的父亲替吴向四川省巴中市中级人民法院递交了上诉状。2000年5月,吴从西安赶回父母家中。6月11日晚,吴某来到王某住处,要求与其发生性关系。遭到拒绝后,吴某将王某按在床上,撕烂其内裤,强行发生了性关系。南江县人民检察院以涉嫌强奸罪对吴某提起公诉。——参见《北京晚报》2001年4月4日的报道。

⑤⑨ 由于人们在法律条款的文字上看不到相应的限制或除外,而法官又没有进一步说明这种释法或造法的根据或理由,法官的这种释法或造法不可避免地就会引起人们的异议与争议。

⑥⑩ 演绎推导是指从前提出发推出一个具有某种必然性的结论,即前提与结论之间具有某种必然性,结论在某种意义上为前提所包含或蕴涵。“是从某些陈述出发,这些已经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。”——《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。类推推导是指根据两个对象在某些方面相同或相似推断它们在别的方面也相同或相似的结论,前提与结论之间没有包含或蕴涵关系。

⑥① [美]卡多佐《司法过程的性质》苏力译,商务印书馆1998年版,第42页。

⑥② [美]波斯纳《法理学问题》苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第59页。

⑥③ [美]卡多佐《司法过程的性质》苏力译,商务印书馆1998年版,第5页。

⑥④ 384 U. S. 436 (1966)。

⑥⑤ Miranda Warnings: You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you. You have the right to have an attorney present during questioning. If you cannot afford one, one will be appointed for you. Do you understand each and every one of these rights as they have been presented to you? 在2000年的迪克森诉合众国一案中,美国联邦最高法院首席大法官伦奎斯特在宣布判决前,高声引用了这一举世闻名的警告的内容。随后,这位首席大法官强调,30多年前由沃伦首席大法官领导的最高法院在米兰达诉亚利桑那州一案中所确立的规则,植根于宪法之中,因此不能为国会立法所替换或废弃。他指出:“米兰达规则已作为我们国家文化的一部分而深深铭记在警察的日常工作中。”

⑥⑥ 香港高等法院于1997年7月初受审一起香港回归前发生的刑事案件,案件尚未开庭,涉嫌犯罪的三名被告的律师向法庭提出:香港特区临时立法会缺乏法理依据,因而它所通过的法律没有效力;香港原有法律在特区成立时未经正式程序采用,故香港原有法律在特区也是无效的。因此,三名被告无须答辩,应无罪释放。原讼法官认为此案关系重大,遂转交上诉庭审理。

⑥⑦ In The High Court of the Hong Kong Special Administrative Region Court of Appeal Reservation of Question of Law No. 1 of 1997.

⑥⑧ [英]丹宁勋爵《法律的训诫》杨百揆等译,法律出版社1999年版,第13页。

⑥⑨ 410 U. S. 113 (1973)。

⑥⑩ 参见方流芳“罗伊判例:关于司法和政治分界的争辩”载《比较法研究》1998年第1期。

⑦① 403 U. S. 713 (1971)。20世纪60年代末,国防部长麦克纳马拉成立一个“越战历史专题组”,全面收集美国对越南和印度支那政策的资料。总共7000页的文件,汇编成47卷,包括越南战争决策过程备忘录、战争形势文件以及战地报告等,均被列为“机密”、“最高机密”或“绝密”,被称为越战历史的“五角大楼文件”。前国防部官员埃尔斯伯格曾参与这项工作的一部分。他确信公开这些文件将会有助于加快结束这场战争,就秘密地将这些“绝密”材料进行摄录,并将这些材料有选择地提供给美国的一些报纸。1971年6月12、13和14日,《纽约时报》成为全美国首家发表“五角大楼文件”这些材料概要和节选的报纸。尼克松立即指示司法部长要求该报主动停止刊载,但被该报拒绝。于是政府律师要求纽约南区联邦地区法院颁发暂时禁令,禁止《纽约时报》发表该报告,法院于6月15日发出暂时禁令,以便政府为法院的听证会作准备。在听取政府陈述的立场后,法官于6月19日作出裁决,认为政府未提出证明实行此种限制是正当的说明,拒绝颁发永久性禁令。政府向第二巡回区联邦上诉法院提出上诉,上诉法院于6月23日作出裁决,驳回原判,并指示地区法院确定发表“五角大楼文件”的某些内容是否会对美国的安全构成“即刻的严重危险”。《纽约时报》向美国联邦最高法院请求“临时审理令”,要求联邦最高法院直接审理此案。《华盛顿邮报》于6月18日开始刊登这份报告摘录。司法部请求哥伦比亚特区联邦地区法院向《华盛顿邮报》颁发永久性禁令,遭到拒绝,该法院认为政府不能对主要是历史性资料的发表施加事先限制。哥伦比亚特区联邦上诉法院也维持原判。于是,司法部也向联邦最高法院上诉。两个上诉于6月25日抵达联邦最高法院。这就是著名的“纽约时报公司诉美国案”和“美国诉华盛顿邮报公司案”。

⑦② 王先生2006年9月13日和朋友到湘水之珠酒楼用餐,并自带白酒一瓶。用餐后湘水之珠酒楼向其收取餐费和服务费(即开瓶服务费)为100元。王先生认为此开瓶费收取不合理,遂告上法庭。湘水之珠酒楼认为,其菜谱上已经标明“客人自带酒水按本酒楼售价的50%另收取服务费。本酒楼没有的酒水按100元/瓶收取服务费”,认为其已经尽了告知义务,拒绝返还。——《北京晚报》2007年2月2日。

⑦③ 《京华时报》2007年6月27日。

⑦④ 这种情形亦称为“恶法”。参见[美]博登海默《法理学—法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社,1987年版,第480页。

⑦⑤ 衡平法是英国法律的一个组成部分,它的基本原则是公平合理,衡平法的名称由此而来。19世纪70年代英国司法改革后,衡平法作为独立的法律原则不复存在,但其本身的公平合理的原则仍对英国及英美法系国家和地区的法律产生着较大的影响。

⑦⑥ [美]博登海默《法理学—法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社,1987年版,第428页。

⑦⑦ Reiter, R., On reasoning by default, Proc. Second Symp. On theoretical Issues in Natural Language Processing, Urbana, Illinois, July, 1978.

⑦⑧ McDermott, D., Doyle, J., Non-monotonic logic I, MIT AI Memo 486 (Aug. 1978).

⑲ 张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案:四川省泸州市纳溪区人民法院判决指出,遗赠属一种民事法律行为,民事行为是当事人实现自己权利,处分自己的权益的意思自治行为。当事人的意思表示一旦作出就成立,但遗赠人行使遗赠权不得违背法律的规定。且根据《中华人民共和国民事诉讼法》第七十条的规定,民事法律行为不得违反公共秩序和社会公德,违反者其法律行为无效。本案中遗赠人黄永彬与被告蒋伦芳系结婚多年的夫妻,无论从社会道德角度,还是从《婚姻法》的规定来讲,均应相互扶助、互相忠实、互相尊重。但在本案中遗赠人自1996年认识原告张学英以后,长期与其非法同居,其行为违反了《婚姻法》第二条规定的一夫一妻的婚姻制度和第三条禁止有配偶者与他人同居以及第四条夫妻应当互相忠实、互相尊重的法律规定,是一种违法行为。如何评估这个裁决的正当性或合理性,就涉及到判决证成或法律论证问题研究。

⑳ 前提证立问题亦称外部证立问题。

㉑ 以往的学者虽然开始超越形式逻辑的视野,在非形式逻辑的框架下展开了法律论证研究。但是,对法律论证结构与模式的逻辑刻画,目前未获得实质性的进展。无论是图尔敏的论证模型还是阿列克西的论证分层框架等,都未能充分地刻画法律论证结构及其特征;对法律论证或判决证成的准则、规则与评价尺度问题的探讨也有待于进一步发展。

㉒ 他认为法律论证主要是解决如何说服听众的问题,解决判决的可接受性问题。他强调修辞与说服在法律论说或论证中的重要作用。他试图建立非形式逻辑框架并以此超越形式逻辑的视野展开判决推理与法律论证问题研究。佩雷尔曼的理论主要解决如何说服听众的问题,强调的是论说或论证的可接受性问题。在佩雷尔曼看来,一个好的说服应当是一个可接受或被接受的说服。人们正在寻求亚里士多德论题学或论辩学与修辞学的复兴,在劝说与说服的可接受性理论以及对话与商谈的交往理性理论框架下,探讨判决证成或法律论证的准则与尺度。

㉓ 阿列克西认为法官的判决证成必须要有两个方面的证成:内部证成和外部证成。

㉔ 麦考密克将判决的证立分为两个层次:演绎证立与次级证立。演绎证立是指对结论的证立,次级证立或二次证立是指对前提的证立。

㉕ [比]佩雷尔曼《正义、法律和辩论》转引自沈宗灵《佩雷尔曼的“新修辞学”法律思想》载《法学研究》1983年第5期。

㉖ [德]考夫曼等《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3页。

㉗ 德国法学家布赫瓦尔德指出:法律思维有三个关键的领域,法律概念和体系的建构、法律的获取、判决的证成。比如北京丰台区法院审理的奥拓车苯污染案中,朱女士购买和使用的奥拓车是否存在苯污染?奥拓车的苯污染是否在事实上导致她患重症再生障碍性贫血而死亡?这就涉及事实发现问题。美国联邦最高法院审理的Roe v. Wade一案中,按照美国宪法第14条修正案,未经正当程序而不可剥夺的“个人自由”是否包括“妇女堕胎的自由”以及未经正当程序不可剥夺的“个人生命”是否包含“胎儿生命”?这就涉及法律发现与获取问题。许霆恶意取款案中,广州中院及广东高院裁定一审判决“事实不清,证据不足”,发回广州中院重审。这两个裁决是否成立?这就涉及判决证成问题。

㉘ 事实推理是指确认证据以及基于证据探寻事实真相的推论;法律推理是指探寻法律的真谛,澄清法律疑义、平衡法律冲突、填补法律漏洞,为个案裁决确立法律规则或理由的推论;判决推理是指根据事实和法律作出裁决的推论。参见王洪“论制定法推理”,载《法哲学与法社会学论丛》第四期,2001年。《牛津法律大辞典》有类似观点:“法律推理是对法律命题的一般逻辑推理,包括演绎推理、归纳推理和类比推理。”

㉙ 参见王洪《法律逻辑学》(“十一五”国家重点图书出版规划项目),中国政法大学出版社2008年版。

㉚ 参见王洪“法律逻辑研究的主要趋向”,载《哲学动态》2009年第3期。

## The Indeterminacy and Calculability of Law

Wang Hong

(Logic Institute of China University of Political Science and Law)

**【Abstract】**Positive law is an incomplete, non-coordinated, open system. Law is uncertain and can be derived and amended. It is impossible for the legislators to provide ready-made legal answers for each specific case, so the judges have to explore verdict reasons for solving the current case under uncertainty conditions of law. The process of solving uncertainty of law is a process of legal reasoning. All legal reasoning can be summarized as follows: Interpretative Reasoning, Reductive Reasoning, Deductive and Analogical Reasoning, Dialectical Reasoning, Equity Reasoning. Uncertainty of law and how to solve it which is the center problem and major issue of legal logic, should and can be studied from the view of logic. Previous legal logic system of classical logic with legal illustration didn't involve and solve the problem of uncertainty of law and its derivation. It didn't cover the reasoning and argumentation in the legal field adequately and cannot serve as the basic framework and main content of legal logic.

**【Key words】**indeterminacy; calculability; legal Reasoning; legal Logic

(责任编辑:孙培福)