

司法先例与法律推理

金 承 光

(西南政法大学 行政法学院, 重庆 400031)

摘要：法律推理就是为法律适用结论提供正当理由的一种逻辑思维活动，它是逻辑演绎论证与辩护性推理的有机结合，其基本模式是“实际上的肯定前件式”。但是当法律没有规定，或者虽有规定而规定过于概括或含义不明时，法官就有可能遵循或借鉴司法先例进行法律推理，其逻辑基础就是类比推理。在我国的法律适用中，根据司法先例进行的法律推理不能是遵循先例式法律推理而只能是借鉴先例式法律推理，它主要起一种说服性和示范性的作用。

关键词：法律适用；法律推理；司法先例；类比推理；遵循先例；借鉴先例

中图分类号：DF0-051 **文献标识码：**A

一、问题的提出

“相同之案件应为相同之处理”是现代法治国家一项基本的司法原则，也是维护法制统一、实现司法公平和司法公正的重要保障。然而，由于我国的法律传统、法律体制、立法进路、法官素质以及法官在适用法律中不注重适用方法与技术——关于法律推理的问题，不注意运用法律推理来论证裁定、判决结论的合法性、正当性和合理性——等等各种因素的制约，在我国的法律适用过程中，同案不同判的现象迄今为止仍然较为突出。

例如，臭名昭著的“还本销售”早在 1994 年 10 月就被国内贸易部明令禁止，但其遗留的历史问题在一些地方至今仍难了断。在深圳和宝鸡，消费者购买的同样是“还本销售”的空调，而两地法院的判决却大相径庭。深圳的法院所做出的一审、二审判决都要求实施“还本销售”的公司必须如约给消费者还本，并且，如果其无力偿还，则为其提供担保的公司必须承担赔偿责任。而宝鸡的法院却做出了与此相反的判决。^[1]

而河南郑州的葛锐打假案，则是同一地方的不同法院对同一类型案件的判决结果迥异：号称市场打假“三剑客”之一的葛锐，先后在郑州市三个区的三家药店购买了同一种治疗性病的假药，然后又分别在这三个区的法院起诉三家药店，要求索赔，结果，判决各异。管城区法院判决认为：原告不是以生活为目的购买商品，故驳回诉讼请求；中原区法院认为：原告不能提供证据证明其购药行为是为了治病，因此原告与被告之间的民事行为无效。判决被告返还原告货款，原告返还被告的商品。鉴于商品是假货，法院予以没收；邙山区法院的判决书则认为：原告提供的证据不足以证明被告销售的商品是假药，故驳回原告的诉讼请求。^[2]这三个案件的案情一样，原告提供的证据一样，三家法院也同样是依法审案，然而三家法院却是三种不同的判决结果。

我们甚至不难发现，同一法院对案情相似的同一类型案件也做出结论完全相反的判决：上海市某区法院就曾于 1998 年和 1999 年先后对两起逾期交房引起的终止合同退房纠纷，而且案情几乎相同的案件做出了截然相反的判决结果。在前案（1998 年判决的陈某退房案）的判决中，法院以断然的口气认为，异常天气（应包括雨天）不是延期交房的免责条件。所

收稿日期：2004-09-15；

作者简介：金承光（1962-），男，湖南省洞口县人，法学硕士，副教授。西南政法大学行政法学院法律逻辑学教研室主任。中国逻辑学会理事，中国逻辑学会法律逻辑专业委员会秘书长。主要从事逻辑学、法学方法与法律推理、网络传播研究。

有证明的事实尽管客观存在,但均非不可抗力和不可预见的因素,不能据此免除被告延期交房的违约责任,故原告的诉讼请求予以支持。在后案(1999年判决的徐某退房案)的判决中,法院则认为,被告在施工进入外围墙面时因遇百年未遇的长时间雨天,影响了工程进度而延期,经市级有关单位证明,本院予以采信,对被告逾期交房的行为,属双方约定的特殊原因,依法应予免责,原告以被告符合交付条件却不交付超过60天为由,要求终止合同,本院难以支持。^[3]

有鉴于此,近年来,法学理论界和司法实务界的不少有识之士呼吁在我国的法律适用中尽快引入判例法制度。^[4]而一些激进的法院和法官甚至早已在自己的法律适用中尝试采用判例法的方法处理当前的系争个案。^[5]然而,在我国引入或者全盘照搬普通法的判例法制度,将很可能会因其与我国固有的法律传统、法律制度不合而最终导致南橘北枳的尴尬。而所谓的“先例判决制”,则直接挑战了我国当前的宪政体制,是对我国立法权的篡夺。^[6]其实,在我国目前的法律制度下,只需法官在法律适用过程中注重法律推理方法和技术的运用,就可以很好地化解这样的二难窘境,而善于运用司法先例进行法律推理,则是达到这一目的的一个有效途径。

二、法律推理及其基本模式

法律推理,亦称法律适用的推理,是法律适用者在法律适用过程中运用证据确认案件事实,寻找、选择、分析法律规范,从而将确认的案件事实归属于相应的法律规范并援用相关的法律条款而导出系争个案的裁决、判处结论,并论证其结论可靠、正当和合理的理性思维活动。它是由确认的具体案件事实和援用的一般法律条款这两个已知前提,运用科学的方法和规则为法律适用结论提供正当理由(justification)的一种逻辑思维活动,它是逻辑演绎论证与辩护性推理的有机结合,是法律适用者在法律适用过程中普遍运用的一种逻辑思维方法。^[7]简言之,法律推理就是在法律争辩中运用法律理由的过程,“法律推理确定和权衡不同的法律理由,以支持或反对每一个预期的行为。通过法律推理,我们就可以获得案件的结果。”^[8]法律推理可刻画为如下的“演绎论证模式”:^[9]

【大前提】R——法律规范

【小前提】F——确认的案件事实

【结论】D——裁决、判处结论

法律推理的大前提——法律命题,是以语句的形式表现出来的法律规范,它是由把一定的行为构成要件和一定的法律效果联系起来的假设命题构成的。而最主要、最典型的法律命题形式,就是“如果p,那么q”这样的假言命题,当然,实际情况远非如此简单。这种假言命题的前件“p”,就是法律规范中所假定、预见的行为构成要件,后件“q”则是一定的法律效果。这种典型的法律命题表明:一旦某种假定、预见的行为发生,或某一现实的行为具备这一构成要件,某种相应的法律效果便随之而来。只要某一特定的案件事实符合法律规范所假定的、预见的法律构成要件,换言之,只要确认了前件“p”,通过逻辑演绎就可以合乎逻辑地得出相应的裁判结论“q”。因此,法律推理的基本形式(并非唯一形式)也是最简单的形式,就是演绎推理中的假言推理。而作为法律推理的假言推理,事实上也只能是“实际上的肯定前件式”(Practical modus ponens),^[10]而不可能有“肯定后件式”和“否定后件式”这两种推理形式。尽管美国现实主义法学家弗兰克认为“司法判断,如同其他判断,在大多数情况下是逆向推理的。”法官的判决过程就是这样一种“从结论到前提的”逆向(backward)推理过程。^[11]但这是不符合审判实际的,至少是不符合成文法国家的审判实际的。当然,并不排除个别法官的“倒行逆施”。有学者就此指出:法官的裁决过程“在一些中国法官那里,它却变成了一个‘自下而上’的复杂错综的工程。他们首先确定判决结果,然后在法律条文和案情论据的丛林中殚精竭虑地寻找论证的路径,这就是所谓的‘被倒置的法律推理’。在这个过程中,判决结果不是法律推理的产儿,而是法律推理的指南。至于这个判决又是如何被首先确

定的，却是一个黑箱。”^[12]

因此，法律推理的基本形式只可能是肯定前件式和否定前件式。

(1) 肯定式法律推理的模式：

【R—法 律 规 定】	如果 p，那么 q
【F—确认的案件事实】	p
【D—裁决、判处结论】	所以， q

(2) 否定式法律推理的模式：

【R—法 律 规 定】	如果 p，那么 q
【F—确认的案件事实】	非 p
【D—裁决、判处结论】	所以，非 q

肯定式法律推理属于充分条件假言推理的有效式，只要其小前提真实并且大前提妥当，其结论的真实性和妥当性就是毋庸置疑的。而且，这种形式的法律推理也是法律适用过程中最常用、最典型的推理形式。

至于否定式法律推理，从纯逻辑方面看却是颇有疑问的。充分条件假言推理否定前件并不能必然地否定其后件，因而充分条件假言推理的否定前件式并不具有逻辑上的必然性，是无效的推理形式。换言之，由“如果 p，那么 q”和“非 p”这两个前提推导出结论“非 q”，并不能保证结论“非 q”一定是必然可靠的，在这种情形下，稳妥的结论就只能是“q 或者非 q”。据此，传统的观点甚至认为，在法律适用过程中，如果认定的系争个案事实并不存在或者无法断定该事实是否存在时，则不能运用三段论法（deduction，实则演绎法）适用法律。^[13]英国法学家、制度法学创始人尼尔·麦考密克（Neil MacCormick）则认为，以“如果 p，那么 q”和“非 p”作前提，从逻辑上无法确立“q”或“非 q”，这时该怎么办呢？法律应有规定，即通过法律拟制的方式，对举证责任及其相应后果做出明文规定。如果原告未能达到法律规定的举证要求，那么赦免被告或者宣告被告无罪，就是合法的、合乎逻辑的，同时也是有理由和根据的。^[14]由于司法是一种实践性很强的经验性科学，具有高度的可操作性。司法过程必须遵循逻辑规律，但又不能在某些逻辑禁律面前束手待毙。事实上，在诉讼、审判过程中，即使无法断定某一案件事实是否存在，亦即作为法律推理小前提的“p”真伪不明或者不存在时，也不能以此为由而拒绝审判，更不允许以此为借口而做出“q 或者非 q”这种尽管在逻辑上永远为真而实际中却无法付诸执行的司法判决，而仍然必须做出某种明确的裁判结论。因此，尽管法律适用过程中运用否定式法律推理所导出的结论缺乏逻辑上的必然性，但司法过程中基于公平、正义、效率原则，基于立法目的以及其他司法技术上的考虑，仍然可能而且也可以运用否定式法律推理。在这种情况下，刑事审判中运用法律推理进行定罪时，是以“无罪推定”和“疑罪从无”的法治原则予以补救的。这时，在否定式法律推理中就隐含着另一个潜在的前提——即“无罪推定”和“疑罪从无”的法治原则。而民事审判中运用否定式法律推理进行民事责任划归时，则是以“举证责任”原则（谁主张谁举证）加以弥补的，当事人不能举证证明其有利主张的，则承担不利（败诉）之法律效果。这样，尽管运用否定式法律推理导出的结论不具有逻辑上的必然性，但它仍然可以具有法律上的妥当性和合理性，即具有法律上的可接受性。当然，法律适用过程中，运用得最多的仍然是肯定式法律推理，即“实际上的肯定前件式”。

三、根据司法先例进行的法律推理及其逻辑基础

法律推理的最简单、最基本的形式就是“实际上的肯定前件式”，但是，当法律没有规定，或者虽有规定但规定过于概括或者含义不明时，法官仍然有可能遵循或者参照先前的判例进行法律推理，以便对待处理的当前案件做出妥当、正确的裁判，这就是根据司法先例进行的

法律推理。

司法先例，亦即判例，英语中对应的语词是 Case 和 Precedent。前者既指判例，也指案件。作判例时是指“对一项诉讼的报告，包括做出判决的法官或法官们的意见，在这里判例被看作是对某一问题的法律解释，并有可能作为以后案件的先前判例”。^[15]后者作判例解释时主要指先例，即先前的判例或司法判例，是指“高等法院的先前判决，这些判决被认为包含了一个原则，即在后来的案件中作为法律渊源的先前的司法判决”。^[16]在英美法系中，判例通常是指一项已经判决的案件或者法院的裁决，它被认为是为一个后来发生的相同或类似的案件，或者相似的法律问题，提供了一个范例或权威性的依据。法院试图按照在先前的案件中确立的原则进行审判。这些在事实或者法律原则方面与正在审理的案件相近似的案件称为先例。法院首次为一个特殊类型的案件所确立的，并且后来在处理相似的案件时供参考的一条法律规则。

而判例在我国的法学理论和实务中则通称为案例。但二者是有差异和区别的。“从字面上讲，判例比案例较为确切。判例一词表示以某一判决作为审理同类案件的前例，而案例一词则表示以某个案例作为处理同类案件的前例。作为法学研究对象来说，人们注意的不仅仅是案件事实，而且，是法院的具有典型性的判决，包括做出判决者对案件事实如何陈述和评价，如何在这种事实的基础上适用法律，进行推理，提出论据，最终做出判决，等等。只有这样的判例才能对同类案件的处理具有参考价值甚至作为前例。”^[17]案例是指对某一案件的事实（通常称为案情）和证据材料的总称，它偏重于对案情的陈述。而判例则指法官概括案情和证据，对某一案件做出的判决，它偏重于对案情的法律评价。^[18]因此，判例不仅是案件事实的扼要说明，而且是，甚至更重要的是健全的法律推理和有说服力的正当性论证。^[19]判例在不同法系、不同国家和地区具有不同的地位和作用。英美法系国家和地区以判例法作为主要法律渊源，以法院先前的判决作为以后法院审理同类案件的法律依据。但在大陆法系国家和地区，判例在审理同类案件中只起到了一定的借鉴和参考作用，我国也是如此。^[20]

根据司法先例进行的法律推理，其逻辑基础就是类比推理，只不过不是“非归纳的类比推理”，^[21]而是“归纳的类比推理”。^[22]当人们进行类比时，如果所依赖的是一系列过去经验过的同类例子（有时候也可能只是一个例子），这时所进行的类比就是“归纳的类比推理”。这种类比推理同简单枚举归纳推理很相似，所不同的是，这时的结论是一个特殊性的单称判断而不是普遍性的归纳概括。“当我们根据以下事实 a_1 是 p ， a_2 是 p ，……， a_n 是 p ；并且，根据以下的知识 a_1 是 s ， a_2 是 s ，……， a_n 是 s ，并且 a_{n+1} 是 s ；推出 a_{n+1} 是 p ，我们便是进行类比推理。”^[23]譬如，一个人第一次乘车时有晕车反应，第二次，第三次乘车时也都是如此，他于是推出他下一次乘车时还会有晕车反应，运用就是归纳的类比推理。在这里，他的推理就是建立在类比之上的，而且，他的推理又是归纳性质的，因为他的结论表明了一种经验性的推测。

归纳的类比推理的逻辑结构可概括为：^[24]

S_1 是 p
S_2 是 p
S_3 是 p
……
S_n 是 p
所以， S_{n+1} 是 p

这种归纳的类比推理在法律适用活动中的具体运用，就是根据司法先例进行的法律推理。

四、根据司法先例进行的法律推理之类型及作用

根据司法先例对以后审理案件的拘束力不同,可以把根据司法先例进行的法律推理分为两种形式:遵循先例式法律推理和借鉴先例式法律推理。

所谓遵循先例式法律推理,就是以司法先例中所蕴涵的法律原则作为后来法院处理相同或相似案件时应当遵循的法律依据,为获取系争个案裁判结论所进行的法律推理,其典型形式就是判例法国家适用法律时最主要、最基本的法律推理形式。其总体的模式如下:

R 法律规则适用于 F_n 案件;

F_{n+1} 案件在实质上与 F_n 案件类似;

所以, R 法律规则也应当适用于 F_{n+1} 案件。

实际上,在运用遵循先例式法律推理之前,还必须经过所谓的“识别技术”,从先前一系列判例中归纳概括出一个可适用于当前个案的一般法律原则。因此,遵循先例式法律推理,大体上是一个“归纳——演绎”式的推理模式。^[25]首先,根据具有拘束力的先前判例 F_1 、 F_2 、 F_3 、……、 F_n 案件都具有 a、b、c……n 属性,并且适用 R 法律规则,以此运用归纳推理概括出一个普遍适用的法律规则:“凡具有或类似有 a、b、c……n 属性的案件都适用 R 法律规则”;其次,再以此与当前系争个案事实进行对照、比较,运用演绎推理得出系争个案的裁判结论:“凡具有或类似有 a、b、c……n 属性的案件都适用 R 法律规则,当前系争个案 F_{n+1} 案具有或类似有 a、b、c……n 属性;所以,当前系争个案 F_{n+1} 案也应当适用 R 法律规则。”

由于从若干先例中归纳概括出的法律规则或原则并不具有逻辑上的必然性,而且,运用“识别技术”时还必须细致考虑当前系争个案与先例之间的相同点和不同点,判断是相同点更重要还是不同点更重要,并从中寻找当前系争个案的适用依据和判决理由。这种“识别技术”的运用,不仅要涉及法官在一定范围内行使的自由裁量权,而且还必然要涉及法官的价值判断。判例法制度下的法官运用遵循先例式法律推理时必须遵循先例原则,但由于当前案件不可能在所有的基本事实方面都与先例一致,在这种情况下,法官也可以根据事实进行识别,通过对当前案件与先例的“区别”而置先例于不顾,甚至改变先例原则。如美国联邦最高法院在 1968 年至 1972 年的四年间曾有两个关于言论自由的案件的案情类似,但结论却截然不同的判例。^[26]可见,运用遵循先例式法律推理的结论并不具有逻辑上的必然性,只有某种程度的妥当性和合理性,即只具有“合理的可接受性”。因此,这种法律推理属于实质法律推理的范畴。

我国是一个以制定法为主要乃至唯一法律渊源的成文法国家,虽存在有判例,但还称不上是判例法,至少目前在中国还不是。^[27]而且,我国既没有判例法的传统,同时也从来没有过真正的判例法。因此,我国的法院和法官在法律适用过程中不能仅仅以司法先例作为裁判的法律依据。当然,这并不等于说司法先例在我国的法律适用过程中一点作用也没有。^[28]众所周知,法律是普遍性的行为规范,不可能规范得十分详尽和具体,而且,一旦制定出来又具有相对稳定性,也不可能频繁地加以修改。实际生活是千姿百态、复杂多变的。新情况、新问题层出不穷。如何把比较原则、笼统的法律条文恰当地应用于形形色色的案件中去,往往有一定的难度。为了准确而统一地执行法律,除了加强司法解释工作,不断提高司法人员的政治素质和业务素质外,通过发布案例指导司法实践也是一项重要措施。自 1982 年以来,最高人民法院开始在其《公报》上定期公开刊发典型“案例”来解释、说明有关法律条款的含义,以便全国各级人民法院掌握适用法律的幅度。这些案例的功能主要有:(1)具体说明某一法律行为的构成要件,解释某一法律条款的适用范围;(2)确认新的法律规则,为法律的修订和编纂提供素材;(3)为指导司法实践,保证我国法制的统一性,避免不同地区、不同时间就相同或相似案件做出相差悬殊的判决。^[29]最高人民法院 1999 年 10 月 20 日公布的《人民法院五年改革纲要》第 14 条也明确提出:“2000 年起,经最高人民法院审判委员会讨论、决定的适用法律问题的典型案例予以公布,供下级法院审判类似案件时参

考。”因此，在我国的法律适用中，运用根据司法先例进行的法律推理，不可能是遵循先例式法律推理，而只能是借鉴先例式法律推理。这种借鉴先例式法律推理“虽不是法律上的，却是事实上的判例法。”^[30]天津市法院系统自 2002 年开始在民商事审判领域实施的“判例指导制度”就是这样的借鉴先例式法律推理。^[31]

关于成文法国家运用借鉴先例式法律推理，我国台湾学者蔡墩铭先生曾有精辟论述：“在法律所表现之文字较少明确性之情况，欲求法律之正确适用，必须参考已有之案例而为推理。易言之，最初发生事件之内容，一旦有某一法律条文之适用，则此一法律条文所适用之案例对以后类似之事件构成一种典型，即可准予以前法律之适用而对后来所发生之案件亦予以同一之适用。依案例而为之推理，最重要者在于发现前例与后例间之类似情况，亦即一旦发现前例与后例之间具有类似之情况，则无妨就前例所适用之法律适用于后例。”^[32]因此，借鉴先例式法律推理，就是指法院或法官在法律适用过程中，联结确认的案件事实和援用的法律条款构成法律推理时，参考、借鉴与当前系争个案事实相同或类似的、并且经本院或上级法院先前做出的、正确的生效判例，从而做出当前系争个案裁决、判处结论的推理，其逻辑基础就是归纳的类比推理。借鉴先例式法律推理，通常在法律已有规定但规定过于抽象而不明确时运用；当然，也可能在法律已有明确规定或者法律没有规定的情形下运用。因为，法院或法官在裁判活动中不仅要受法律、司法解释的约束，同时还应当受自己制作的判决和裁定的约束。法院和法官制作的判决和裁定，是将法律适用于具体案件的结果。它不仅对当事人具有约束力，而且对其制作者——法院和法官也同样具有约束性，即法院和法官在遇到同等案件时也应如此判决和裁定。^[33]但是，我国的法律适用中所运用的借鉴先例式法律推理，并不是单纯的类比推理，而是包含、渗透在演绎推理模式中的类比推理。

其总体上的模式大致如下：

【大前提——法律规定】 如果 p ，那么 q ；

【隐含前提——司法先例】 p_n 案属于 p ，且具有 $a、b、c……n$ 属性，处 q 法律效果；

【小前提——案件事实】 p_{n+1} 案与 p_n 案实质上相同或类似，也具有 $a、b、c……n$ 属性；

【裁 决、判 处 结 论】 所以， p_{n+1} 案也可处以 q 法律效果。

审判实务中，进行具体操作时，上述模式中的第二个前提——对司法先例的参考、借鉴——总是隐含的和潜在的，它作为法官的“审判经验”通常存在于法官的思维过程中。这一潜在的隐含前提，在正式的判决书中是不会出现的，判决书仍然是引用相关法律条文，但判决的具体内容很可能是参考了以前的判例——无论是合议庭的讨论还是审判委员会的讨论，都是讨论对法理、法律的理解，讨论本案的法律适用，讨论以前相关判例的判决情况。在我国审判实务中，法官对这种借鉴先例式法律推理的运用其实也是相当普遍的。^[34]

单纯的借鉴先例式法律推理，是一种从“例子”到“例子”的推理，因而属于实质法律推理的范畴。在我国的法律适用过程中，这种借鉴先例式法律推理是掺杂、渗透在形式法律推理模式中的实质法律推理，其“说服力”（persuasive）和“示范性”（exemplificative）的作用是不容忽视的，它可以引导法官建构正确的思维方式，从而有助于法律思考的合理性。美国心理学家约翰·安德逊认为，一个领域的专家和新手在智力上并无多大差别，但专家之所以是专家，就在于专家在遇到一个新问题时，能通过类比推理将过去成功的经验最大限度地转移为解决新问题的知识，也就是迅速地将它与一个过去熟悉的“相似块”联系起来，做出判断和推理。^[35]在审判实务中也同样如此。作为一个初出茅庐的法官来说，当他审理其平生第一宗案件时，更多的是直接求助于法律条文；而对一个经验丰富的资深法官来说，在审理当前某一起与他过去审理过的案件相同或者类似的案件时，他最先就会自觉或不自觉地求助于他过去的审理经验——即运用借鉴先例式法律推理，参考、借鉴司法先例以推测出一个初步的结论，然后再寻求（有时甚至照搬先例中）相应的法律条文来检验和论证其推测结论的正当性和合法性。而如果他眼下所遇到的是一个他从未曾碰到过的新型案件或者疑难案件时，他

很可能就会和一个新手一样,试图直接求助于法律条文。因此,运用借鉴先例式法律推理可以大大地提高司法人员的办案效率。

其次,运用借鉴先例式法律推理也有助于准确、统一地执行法律,保证使相同之案件为相同之处理,从而贯彻“法律面前人人平等”的公平、平等原则,维护国家法律的统一性,最终达致司法公平和司法公正。因为“类似情况类似处理的准则有效地限制了法官及其他当权者的权限。这个准则迫使他们对他们参照有关法律规则和原则在人与人之间所做出的区分给出证明。”^[36]

参考文献

- [1] 杜卫东.还本销售的两种判决——部门规章可以成为商家撕毁合同的依据[N].广州:南方周末,2001-3-15(9).
- [2] 涂晓、张旗.“先例判决”挑战“合法的不公”——郑州市中原区法院实行“先例判决”制度述评[N].北京:人民日报,2002-9-11(13).
- [3] 卢劲松.案件类型相似,判决结果不同——两个判决孰对孰错[N].上海:民主与法制画报,1999-11-12(15).
- [4] 武树臣.对十年间大陆法学界关于借鉴判例制度之研讨的回顾与评说[J].珠海:判例与研究,1997(2).
- [5] 如河南省郑州市中原区人民法院于2001年开始尝试在其审判实务中引入“先例判决制”,并据此裁判了好几起案件。(参见胡奎.先例判决制:浮出郑州[J].新闻周刊,2002-9-6)此举在国内法学界和司法界引起了不小的震动,毁誉参半。(参见龙卫球.法院,你可知司法为何物——对于所谓先例判决制的评论[DB/OL].<http://www.chinalegaltheory.com/detail.asp?id=2300>.)
- [6] 根据尝试“先例判决制”的郑州市中原区人民法院李广湖院长的解释,“所谓‘先例判决’,就是法院在审案时,必须将已确定为‘先例判决’的法院判例作为审理和裁决的法律依据。如果遇到与其相同或相似的案件,没有新情况,就不得做出与过去的判决相反或不一致的判决。我院确定的‘先例判决’对我院法官有约束力,让法官在定罪量刑时更准确。”(涂晓、张旗.“先例判决”挑战“合法的不公”——郑州市中原区法院实行“先例判决”制度述评[N].北京:人民日报,2002-9-11(13).).
- [7] 雍琦、金承光、陈锐.审判逻辑导论[M].成都:成都科技大学出版社,1998.118-121.
- [8] [美]史蒂文·J·伯顿.法律与法律推理导论[M].张志铭、解兴权译.北京:中国政法大学出版社,1999.102.
- [9] 雍琦、金承光、陈锐.审判逻辑导论[M].成都:成都科技大学出版社,1998.12.
- [10] 奥地利法哲学家伊尔玛·塔麦洛(Ilmar Tammelo)将这样的推理形式称之为“Practical modus Ponens”(实际上的肯定前件式)。(参见[奥]伊尔玛·塔麦洛.形式法律推理的潜力和前景(A).蔡希杰、陆升、张兆梅译.逻辑学会资料(一)[Z].北京市逻辑学会,1982.).
- [11] 张乃根.西方法哲学史纲[M].北京:中国政法大学出版社,1993.302.
- [12] 王涌.被倒置的和被省略的法律推理[N].北京:法制日报,2000-2-27(3).
- [13] 如曾在德国和日本占通说地位的罗森贝格(Rosenberg)理论就持此种观点。(参见[日]谷口安平.程序的正义与诉讼[M].王亚新、刘荣军译.北京:中国政法大学出版社,1996.234以下.)
- [14] MACCORMICK.N. Legal Reasoning and Legal Theory [M]. London: Clarendon press. Oxford .1978,

38-40.

[15] [英]戴维·M·沃克.牛津法律大辞典[Z], 邓正来等译.北京:光明日报出版社,1988.139-140.

[16] [英]戴维·M·沃克.牛津法律大辞典[Z], 邓正来等译.北京:光明日报出版社,1988.708.

[17] 沈宗灵.比较法总论[M].北京:北京大学出版社,1987.465-466.

[18] 陈兴良.刑法的人性基础[M].北京:中国方正出版社,1996.495.

[19] 董茂云.法典化、判例法与中国法典化道路[J].北京:比较法研究.1997(4).

[20] 潘荣伟.大陆法系的司法判例及其启示[J].珠海:判例与研究.1998(3).

[21] 所谓“非归纳的类比推理”,就是通过对两个对象的比较找出它们在某一抽象层次上的相似性(相似点或相似块),然后以此为依据,把前一对象的有关知识(某种性质或关系等)迁移到另一对象中去,以达到对后者的某种未知属性或关系的推测性理解和启发。它实则传统逻辑学所讲的那种类比推理,美国逻辑学家巴克尔(S·F·Barker)将其称之为“非归纳的类比推理”。(参见[美]S·F·巴克尔.逻辑原理[M].田龙九、李道译.武汉:湖北教育出版社,1988.238 以下。)

[22] 巴克尔将这样的类比推理称为“归纳的类比法”。(参见[美]S·F·巴克尔.逻辑原理[M].田龙九、李道译.武汉:湖北教育出版社,1988.199 以下。)

[23] 江天骥.归纳逻辑导论[M].长沙:湖南人民出版社,1987.63.

[24] [波兰]齐姆宾斯基.法律应用逻辑[M].刘圣恩等译.北京:群众出版社,1988.252.

[25] [英]H·L·A·哈特.法律推理问题[J].刘星译.北京:法学译丛.1991(5).

[26] [美]戴维·凯尔瑞斯.法律推论[J].王晨光译.北京:中外法学.1990(2).

[27] 沈宗灵.当代中国的判例——一个比较法研究[J].北京:中国法学.1992(1).

[28] 沈宗灵.再论当代中国的判例[J].珠海:判例与研究.1995(3).

[29] 郭华成.法律解释的比较研究[M].北京:中国人民大学出版社,1993.213.

[30] [美]汉斯·霍曼.普通法的性质和法律推理的比较研究.何兰译.北京:比较法研究.1991(4).

[31] 据新华社 2002 年 8 月 30 日报道:“判例指导制度”是指有指导性地选择典型案例作为判例,今后有类似事实的案件,在适用法律以及裁量幅度上,都可参照判例进行判决。天津市高级人民法院常务副院长杨润时指出,实施判例指导制度,不是以判例作为法律依据,更不同于英美法系的“判例制”,不会动摇各级法院依法独立审判的原则。(参见朱达志.“判例指导制度”与“先例判决”的区别[DB/OL].<http://www.people.com.cn/GB/guandian/30/20020905/816430.html>。)

[32] 蔡墩铭.审判心理学[M].台北:水牛出版社,1980.701.

[33] 武树臣.法律涵量、法官裁量与裁判自律[J].北京:中外法学.1998(1).

[34] 如四川省新津县人民法院 1995 年先后处理的两起案件就是运用借鉴先例式法律推理的一个适例:前案“啤酒瓶爆炸案”——(1995)新民初字第 294 号“舒易平诉蓝剑集团公司产品责任损害赔偿案”——1995 年 6 月 16 日,原告在饮用被告蓝剑集团公司生产的蓝剑啤酒,一瓶啤酒突然爆炸,击伤原告左眼,致其左眼失明。原告请求法院判令被告赔偿其医疗费、误工费、生活补助费等费用以及残疾赔偿金。法院依据《民法通则》和《消费者权益保护法》的相关规定,判令被告赔偿原告的各种损失(含残疾赔偿金)共 19 万多元。后案“魔术弹爆炸案”——(1995)新民初字第 156 号“饶勇诉新津县太平鞭炮厂产品责任损害赔偿

案”——原告在燃放被告生产的魔术弹时，因魔术弹爆炸，击伤其左眼，致使其左眼视力严重下降，并有失明的可能。后案的案件事实与先例中的案件事实——啤酒瓶爆炸击伤原告左眼并使其失明——极为类似，先例的处理方式足以作为后案的一个具体感性的例子——类比样板，即“相似块”，以资仿效。因此，在法院主持下，原、被告双方很快就达成了调解协议，被告赔偿原告各种损失（其中包括残疾赔偿金）共 13 万元。（参见喻敏.论法官造法[J].重庆:现代法学.1996(6).）

[35] 罗荻.关于类比推理[J].太原:思维科学.1986(4).

[36] [美]约翰·罗尔斯.正义论[M].何怀宏译.北京:中国社会科学出版社,1988.227.

The Judicial Precedent and Legal Reasoning

JIN Cheng-guang

(College of Administrative Law in Southwest University of Political Science and Law, Chongqing, 400031)

Abstract: The legal reasoning is a kind of activity thought on logic in order to provide justification for the application of law, it is an organic combination for logical deductive argument and justificatory reasoning, its' basic mode is 'practical modus ponens'. But when the law has no regulations, despite it has but the regulations are to abstract or the meanings are not clear, the judge may abide by or to draw lessons from previous precedents for the legal reasoning, its' logical base is analogism. In the application of law in China, the Legal Reasoning according to precedents is not the mode of the doctrine of precedent but is the mode of drawing lessons from previous reasoning, its' function is mainly about persuasion and exemplification.

Key words: Application of Law ; Legal Reasoning ; Judicial precedents ; Argument by analogy ; the doctrine of precedent ; to draw lessons from precedents