

# 为涵摄模式辩护

雷磊\*

**摘要** 法律论证的涵摄模式在晚近的法律理论中遭到了猛烈批评。涵摄模式的怀疑论反对将涵摄模式视为法律适用的基本模式,认为它无法准确地概括法律适用的真实过程,在法律适用中也不占核心地位,至多只是一种起到“演示”功能的正确性控制机制。在区分法的发现与法的证立以及内部证成与外部证成的基础上可知,涵摄模式是法律论证的一种基本模式。确切地说,它是内部证成的逻辑形式。一方面,涵摄模式是一种理性的论证模式,具有合乎逻辑的结构,即简单情形中的司法三段论与复杂情形中的演绎模式。另一方面,涵摄模式通常显现为法律拘束的要求,同时构成了平等对待以及法的安定性的必要条件。因此,涵摄是一种承载着法治价值之不可替代的方法论模式。

**关键词** 涵摄模式 内部证成 司法三段论 演绎 法律拘束

## 引言

法律论证的涵摄模式(Subsumtionsmodell)一直是法学方法论探讨的焦点之一。依照十九世纪晚期、尤其是制定法实证主义关于法律适用的观念,人们将涵摄理解为一种通过制定法和事实来决定的结论确凿的过程,它隐含着三个前提:相关法律规范的既定性、案件事实的既定性、将裁判作为必然结果归于规范与事实的推导关系。这种观点可称为“涵摄决定论”(Subsumtionsdeterminismus),它主张涵摄模式决定并穷尽了法律适用的过程。与此相关的是将法官想象成“涵摄机器”的观念,即认为法官只需在“输出口”将隐含于被输入之法律规范与事实中的判决丢出来就可以了。<sup>[1]</sup>涵摄决定论在晚近的法律理论中受到了激烈的批评。

\* 中国政法大学法学院副教授。

[1] 相关的观念史分析参见 Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie des 19. Jahrhunderts, 1986.这一观念甚至在最近依然存活于“法信息学”这样的交叉科学之中,并被冠之以“机器之法”(Recht ex machina, law from machine)。Vgl. Raab/Wacker/Oberle/Baumann/Funk, Recht ex machina: Formalisierung des Rechtsim Internet der Dienste, 2012.

批评者指出这一观念所隐含的三个前提均无法成立,无论是法律规范抑或是案件事实都具备“被建构”的色彩,而从这两个前提到结论的过程也绝非必然的推导过程。所以,他们将某个案件涵摄于某个法律规范之下的观念贬斥为一种司法修辞,并以“涵摄意识形态”来统称之。<sup>〔2〕</sup>这种贬斥或怀疑在多大程度上是合理的,首先取决于我们如何来理解“涵摄”与“涵摄模式”。

学界对于涵摄这一术语的使用在概念上并未统一,我们大体上可以从宽到窄归纳出三种观点。最广义上的涵摄指的是“确定生活事实与法律规范之间关系的思维过程”,它与“许多、通常也很复杂的思维步骤相关联”。<sup>〔3〕</sup>广义上的涵摄等同于“法律涵摄推理”(juristischer Subsumtionsschluss),即作为法律适用过程中所运用之法律论证的一种。<sup>〔4〕</sup>依照这一观点,涵摄就是将特定案件事实归属于法律规范的构成要件之下,以得出特定法律后果的推论过程。<sup>〔5〕</sup>另有学者区分了作为整体的涵摄推理与作为小前提之组成部分的涵摄,后者即狭义上的涵摄,指的是“具体待决案件与为制定法构成要件所确凿涵盖之案件之间的等置”。<sup>〔6〕</sup>狭义上的涵摄构成了广义上涵摄的一部分。最广义上的涵摄无疑过于宽泛,因为它其实是将涵摄与法律适用全面等同,或者说将法律适用的其他模式(如权衡、类比等)都统摄于涵摄之下,这一等同会使得相关的批评与辩护都无所适从。在余下的两种观点中,本文将采用广义上的涵摄作为出发点。在这种理解中,涵摄被视为一种法律适用的模式,因而也可称为“涵摄模式”。至于为什么不对涵摄采取狭义上的理解,即主张涵摄是仅与小前提(案件事实)相关的那部分推理,将在下文第四部分再作交代。涵摄决定论无疑是站不住脚的,因为涵摄模式仅仅是法律论证之一种,无法穷尽法律适用的方方面面。今日,无论是涵摄模式的支持者还是反对者在这一点上都有共识。真正有争议的问题在于:对于理解法律适用而言,涵摄是否是一种理性的和有价值的模式?涵摄是否是法律论证的一种必不可少和不可替代的基本模式?本文将从涵摄模式的怀疑论入手,在法律论证之前提性理论的基础上对怀疑论进行回应,接着以现代逻辑为工具重构涵摄的逻辑模式,进而探讨涵摄对于法治的价值。

## 一、涵摄模式的怀疑论

涵摄模式的怀疑论并不主张将涵摄完全排除于法律适用过程之外或者从根本上取消涵摄这一推理模式。它所反对的是将涵摄模式视为法律适用的基本模式,因而具有不可取代之重要性的观点。依照对涵摄模式之地位的认可度不同,我们可以将怀疑论分为两种,即替代论与弱化论。

替代论的代表是考夫曼(Arthur Kaufmann)。考夫曼对于涵摄的态度可以被总结为三点:第一,涵摄不是法律适用的全部。涵摄是纯分析性的推论,它并不能为扩展我们的知识带

〔2〕 Vgl. Vogel, Juristische Methodik, 1998, S.175.

〔3〕 Vgl. Rüther/Fischer, Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl., 2010, Rn.677.

〔4〕 Vgl. Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 2008, S.132.

〔5〕 参见王泽鉴:《法律思维与民法实例》,中国政法大学出版社2001年版,页200—201。

〔6〕 Vgl. Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., 1963, S.19, 26.

来新的东西。<sup>〔7〕</sup>第二,并不能由此推出说,涵摄模式就是完全无用的。相反,涵摄发生于每一个法律获取的程序中。<sup>〔8〕</sup>这两点都是常识。其中第一点所反对的正是涵摄决定论,而今日即使是涵摄模式最有力的拥护者也不会否认法律适用过程中存在大量的“决定的余地”和“选择的可能”,<sup>〔9〕</sup>因而无法为涵摄所穷尽。关键是第三点,即涵摄理论“尽管并不是完全错的”,但却是“十分片面和不完整的”。因为在某种意义上涵摄只是确定了已经获得的法律结果。它只是一种事后的正确性控制机制[在卡尔·波普尔(Karl Popper)的意义上只能进行证伪、无法提供证立的机制],而法律获取的所有决定性行为都发生于涵摄之前。<sup>〔10〕</sup>进而,考夫曼甚至将涵摄与论证视为是两个对立的观念:“具有根本性的不是涵摄,而是论证”。<sup>〔11〕</sup>可见,在从“全有”到“全无”的标尺中,考夫曼对于涵摄的定位是偏近于后者的。在此认识的基础上,法律方法的核心被认为不在于一种逻辑推论,而在于比较或者说等置,即将不对称的规范与事实带入一致的过程。而经由比较产生的等置就是类比。所以法律获取程序的核心就是类比。类比不是单独出现的,而毋宁是将逻辑推论即设证、归纳和演绎整合进了自身之中。<sup>〔12〕</sup>涵摄只是最后的一步。如果说在法律适用的过程中,类比是国王的话,那么演绎就好比是女仆。<sup>〔13〕</sup>所以,要恰当地理解法律适用的性质,就要用“等置模式”来取代“涵摄模式”。

弱化论的代表是诺依曼(Ulfrid Neumann)。诺依曼接续了法律诠释学一脉的基本观点,即规范与案件是方法过程的“原材料”,未经加工,它们根本不可能相互归类,前者属于抽象性—普遍性上定义之应然,后者则属于无定型的实然。<sup>〔14〕</sup>因此,规范与事实都有被“制造”的必要性。规范对于法律适用者而言并不是既定的,法律规范之解释结论的多样性使得法官有必要自己来确定适用于具体个案的规范究竟是什么,在此过程中他参与了规范的形成与续造。涵摄于规范之下的事实同样不是既定的。尽管在司法裁判之前的确存在某个实际现象,但它作为生活事实并不具备涵摄能力,因为它并没有为语言所把握。所以法官同样有必要来“制造”案件事实,而这一过程绝非仅仅是对实际情形的语言复现,而是创造性的。法官需要根据规范确信来区分相关与不相关的案件情形,也需要对事实进行解释。所以,用逻辑推论(如三段论)的模式来重构涵摄并不合适,因为这就将失掉法律适用中动态进展的要素,而正是这些要素代表了裁判过程以及裁判证立的典型特征。从而,这种重构尽管不是错的,但却对于澄清法律论证的结构而言几乎没什么用处。因为从前提中演绎式地推导出逻辑结论并不是证立,而只是主张或演示。坚持演绎式证立结构的人陷入了“论证循环”,从“相应的逻辑全称语句和

〔7〕 参见(德)阿图尔·考夫曼:《法律获取的程序——一种理性分析》,雷磊译,中国政法大学出版社2015年版,页2。

〔8〕 同上注,页5。

〔9〕 Vgl. Koch/Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 1982, S.346.

〔10〕 考夫曼,见前注〔7〕,页5、27。

〔11〕 考夫曼,见前注〔7〕,页38。

〔12〕 考夫曼,见前注〔7〕,页154、164。

〔13〕 Vgl. Alexy, Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung, in: Neumann/Hassemer/Schroth (Hrsg.), Verantwortetes Recht (ARSP—Beiheft 100), 2005, S.47.

〔14〕 参见(德)阿图尔·考夫曼、(德)温弗里德·哈斯默尔主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,页184。

单称前提(所进行的推导)是循环的”,因而它根本就不属于论证。<sup>[15]</sup>但诺依曼并不认为涵摄就是毫无用处的。事实上,他为一种最低限度的法律涵摄之概念辩护,他认为,涵摄模式不可放弃的核心在于其为法律适用者(法律实践者、法学者)之规则导向的裁判原则。司法裁判必须在一种符合法治思想的司法体系中被证立,而证立的功能在于展示,判决并非来自于法官的任意专断,而是正确的。为了证明这一点,就必须将判决的证立导向某个规则。规则导向是实现平等和普遍化等法治要求的必然途径。<sup>[16]</sup>换言之,涵摄模式尽管不是对法律论证的最佳说明,但却拥有最低限度的价值,因而还是可以接受。这可以被视为一种弱化(但不放弃)涵摄模式在法律适用中之地位的主张。

综上,涵摄模式怀疑论的主要论据可以归纳为如下三点:第一,涵摄模式无法准确地概括法律适用的真实过程,即规范与事实的调适过程;第二,涵摄模式在法律适用中并不占据核心地位,它只是一种事后的正确性控制机制,仅起到“演示”的功能,而非真正的论证;第三,涵摄模式至多只体现了规则导向的裁判原则或者裁判的非任意性这一价值要求。

## 二、涵摄模式的前提性理论及其运用

要正确理解涵摄模式在法律适用中的作用,就必须首先明确隐含在其背后的前提性理论。从宽泛的意义上讲,这一前提性理论甚至构成了我们来理解“法律论证”本身的基础。这一前提性理论包括两个区分,即法的发现(Rechtsfindung)与法的证立(Rechtsbegründung)之间的区分,以及内部证成(interne Rechtfertigung)与外部证成(externe Rechtfertigung)之间的区分。

### (一)法的发现与法的证立

法的发现与法的证立之区分的根源可以追溯到认识论中关于发现的脉络(context of discovery)与证立的脉络(context of justification)之间的区分。这一区分最早来自于科学哲学中心理与逻辑的区分,即实际的思想过程与思想的逻辑关联之间的巨大差异,或者说思想者发现定理的方式与他在公众面前阐述它的方式之间的差异。<sup>[17]</sup>实际如何发现某个定理是一回事,而如何对这个定理加以有效的证明和辩护是另一回事。这一区分被引入法学领域后,即造成法的发现与法的证立的区分。<sup>[18]</sup>前者是法律人思考得出某个法律结论的实际过程或者说“真实”过程,后者则是他对这个结论提供论据进行论证说理的过程。无须否认,直觉、偏见和

[15] Vgl. Neumann, Juristische Argumentationslehre, 1986, S.19-20, 26.亦可参见 Gröschner, Dialogik und Jurisprudenz: Die Philosophie des Dialogs als Philosophie der Rechtspraxis, 1982, S.201.

[16] Vgl. Neumann, Subsumtionsregelorientierte Fallentscheidung, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, 2012, S.315-318.

[17] Cf. Hans Reichenbach, *Experience and Prediction*, The University of Chicago Press, 1938, pp.6-7. 莱辛巴赫与其追随者卡尔·波普进行这一区分的主要目的在于将认识论限于逻辑学的领域。而后来的学者,如苏珊·哈克(Susan Haack)则认为认识论同时包括心理学与逻辑学;波兰尼则主张逻辑也可适用于心理的领域。

[18] 详细论证参见焦宝乾:“法的发现与证立”,《法学研究》2005年第5期,页149-160。

价值偏好这些因素很可能影响到法律人就法律问题作出的判断,但它们属于法的发现的过程,在法的证立的层面上,法律人还须对实际上作出的判断进行合理化以证明其是“正确的”。更准确地说,法的发现与法的证立并非两个先后发生的过程,而是同一个过程的不同层面。证立可被视为一种对发现脉络中所呈现之解释性假定的强化,其任务在于创设这样一种方式,它能确保在思维过程的出发点与结论之间引入一种无矛盾之体系或创设一系列正确的步骤,也即对其进行理性重构。<sup>[19]</sup> 对于法学方法论而言,重要的是认识到这样两点:

其一,在法律适用过程中,法的发现与法的证立这两个层面可以相对分离。判决实际上是如何作出的和判决如何进行论证说理是两个完全不同的问题。直觉、偏见和价值偏好这些因素很可能影响到法官就法律问题作出判决的过程,但所有这些均属于发现的过程,它们至多只是使裁判程序开始的因素,但却不是最终使得裁判成立的依据。法官可以基于个人的价值做出裁判,但这样做的前提是这种价值也能够为理性的他人所接受,为此就必须进行充分的法律说理和论证。因此,司法决定的客观性置于司法证立的过程,即法官支持自己的结论时所给出的“合理化”。关键的问题在于所给出的理由对于确立结论是否合适,而不在它们是不是预感、偏见或个人价值前提的产物。<sup>[20]</sup> 对此,德国学者科赫(Koch)和吕斯曼(Rüßmann)曾一针见血地指出:“可疑的动机不会使得好的理由变坏,而高尚的动机也不会使得坏的理由变好。”<sup>[21]</sup>

其二,相比于法的发现层面,法学方法论更应关注的是法的证立层面。在方法论学说史中,有的学派更加关注法的发现即裁判的真实过程,如美国的法律现实主义和德国的自由法运动;有的则更加关注法的证立即裁判说理的层面,如美国的新法律形式主义与德国的评价法学。研究本身并无高下之别。但法学(法学方法论是其组成部分)作为规范性学科的特质决定了法学研究的独特之处并不在于探究某项活动的现实成因和动机要素(社会学研究与心理学研究无疑更能胜任这项任务),而在于为这项活动提供辩护或者说正当化。所以,法学方法论关注的重点在于是否充分而完整地进行对法学判断之证立,而不在于这个裁判事实上是透过何种过程发现的。在经验中也显示,往往一个法学上之判断,先有结论,再找理由,这些结论也常常是透过直觉产生。但是只要这个结论可以经由逻辑严谨的步骤加以证立,当初这个结论是如何产生的并不重要。<sup>[22]</sup> 也就是说,一个判决实际上是如何产生的并不那么重要,这是因为:一方面,发生学上的说明(因果关系)往往有多种可能,我们常常无法来判定究竟是哪一个因素实际上促发了裁判;另一方面,这些因素往往与法官的真实思维活动联系在一起,而对于这种裁判的“内在层面”是无法进行有效的规范控制、检验和评价的。因此,司法裁判如想合理化,只能在“外在层面”进行评判和检讨。法官之所以在认可多元化的裁判要素的同时依然可

[19] *Holcher*, *Kontext der Erfindung und Kontext der Begründung in der Wissenschaftsund Rechtsphilosophie*, ARSP 96(2010), 469, 472.

[20] Martin P. Golding, “Discovery and Justification in Science and Law”, in: Aleksander Peczenik et al., eds., *Theory of Legal Science*, Springer, 1984, p.113.

[21] *Koch/Rüßmann* (Fn.9), S.1.

[22] 参见颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,页152以下。

以受到法律的约束,就是因为能够得到控制的不是法官的思维过程,而是他对判决的外在证立。这意味着,受约束的不是法官是如何想的,而是他在判决书中是如何说的。<sup>[23]</sup> 因此,如何组织论证说理、如何产生为裁判活动的参与者与受众所能接受的结论,才是法学方法论所应关注的重心。<sup>[24]</sup>

## (二) 内部证成与外部证成

从法的证立层面看待法律适用,就可以将其称为法律论证。所谓法律论证,简单地说就是提出理由(前提)以证立某个法律命题(结论)的活动。<sup>[25]</sup> 法律论证可以分为内部证成与外部证成两个层面。内部证成处理的问题是,所欲证立的法律命题是否从为了证立而引述的前提中逻辑地推导出来,外部证成的对象则是这些前提本身的正确性或可靠性问题。<sup>[26]</sup> 这一区分来自于两种证立概念的差异:狭义上的证立(*justification sensu stricto*)与广义上的证立(*justification sensu largo*)。<sup>[27]</sup> 狭义上的证立涉及的是形式逻辑。显然,对于司法裁判而言,这一证立概念过于狭隘了。广义上的证立要求对法律裁决给予合适的理由,这些理由构成了推论的前提,因为法律论证不可被缩减为以形式逻辑为手段的推论。因此,广义上的证立不仅包括形式逻辑领域,也包括涉及规范和评价(它们属于论证逻辑的领域)的实践推理。司法裁判的证立反映了法律论证的理性,因而相应地,论证领域中也存在两种理性形式:内部理性(in-

[23] Vgl. Hwang, Vom Wesen der richterlichen Rechtsanwendung. Eine Überlegung zur Freirechtsbewegung, *Rechtstheorie* 37 (2006), 219, 221.

[24] 当然,反对者(如现实主义者)可能会指出,所谓论证或证立不外乎是对已经获得之结论的“事后包装”而已,所以根本就不是重要的问题。这里的一个假设在于,法官要为基于直觉、偏见和价值偏好而得出的结论寻找法律上的正当化依据总是可以找得到的(See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Harvard University Press, 2009, p.138.)。但这个假设最终是个经验上的假设。一方面,能否在每一个案件中都能为任意结论找到法律依据,这是存疑的。如果说在某些疑难案件中,支持或反对某个结论的双方都可以援引例如一般法律原则(如宪法规定)来作为论据的话,那么在大量的简单案件中,法律规则为这些案件规定了明确的法律后果,结论就不是任意的,而几乎是唯一的。在这些案件中,法律只能为其中某种结论提供支持,而不能为基于直觉、偏见和价值偏好而得出的相反结论提供支持。另一方面,即使能为结论寻找到法律上的正当化依据,依然要说明,为什么是这个法律规范而不是那个法律规范才是合适的正当化依据、一般法律规范到具体的个案事实之间是如何联接起来的、(在没有直接可适用之法律规范的情形中)一条新的法律规范是如何被构造出来的等问题。这些离开了法的证立是不可能的。

[25] 这一定义参照了颜厥安:“法、理性、论证——Robert Alexy 的法论证理论”,《政大法学评论》1995年第25期,页35。

[26] 这一区分最早参见 Jezy Wróblewski, “Legal Decision and Its Justification”, in H. Hubien (ed.), *Le Raisonnement Juridique, Akten des Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie*, Bruylant, 1971, p. 412; 亦可参见 Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., 1991, S.273; 此外,相近意义上的区分还可参见“一阶证立”(first-order justification)与“二阶证立”(second-order justification), See Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p. 19ff.; “主图式”(Hauptschema)与“辅图式”(Nebenschema), 参见 Koch/Rüßmann (Fn.9), S.48ff.

[27] See Jezy Wróblewski, “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, 5 *Rechtstheorie*, 38-39 (1974). 需要说明的是,弗罗布列夫斯基在此使用了“逻辑论证”(logical justification)一词,以便与作为心理学现象的裁决作出过程相区别,这实际上就是证立的脉络与发现的脉络之间的区分。

ternal rationality)与外部理性(external rationality)。<sup>[28]</sup> 内部理性具有相对性,即相对于推理的前提和推论规则而言的,它涉及的是前提与结论间的推论关系(形式理性)。外部理性则涉及前提的适当性,即实质性规范与评价性主张的可接受性(实质理性)。内部证成与外部证成的区分使得我们能够更清晰法律论证的内部构造,以及所需解决问题的不同层次。需要说明的是,这样一种划分仅仅是从论证层次或结构角度对法律论证的划分。它涉及的是对整个固定化了的论证、尤其是体现在法官判决书中的论证结构的解析,而不是从动态的角度对法律论证活动之阶段和步骤的划分。因而它是基于论证理性的一种重构,而不是对真实论证活动的复制或描述。

在这种重构中,内部证成涉及的是从既定法律论证前提中推导出作为结论的法律命题的逻辑有效性问题。一个论证,当前提皆为真或正确时,则其推出的结论也必为真或正确。因此,前提的真实性或正确性与推论的有效性共同确保了所证立之结论的真实性或正确性。涵摄模式,就是确保推论有效性这一方面的理性形式,也即内部证成的逻辑形式。这似乎会给人造成一种印象:内部证成就是一种单纯的逻辑推演,而法律论证的重点只在于前提的获得与证立,至于涵摄则只有技术上的意义。因为只要能获得正确或真实的前提,结论的获得就不成问题。但这种看法并不正确,内部证成虽然关心的是论证的逻辑结构,但并不只是单纯的逻辑推演而已。从逻辑的观点看,任何一个命题都可以从自身推导出来,一个前提与结论为同一命题的推论在逻辑上是有效的,但从论证理论的角度看却很难称之为“证立”或“证成”(说理)。任何法律论证,都至少要包括三个不同的语句或命题,即规范命题、事实命题与结论。这说明,内部证成除了逻辑推论外尚有别的要求,这些要求主要包括:<sup>[29]</sup>

### 1. 连贯性要求

法律论证的前提必须连贯即无矛盾,这是因为:一方面,如果作为前提的命题之间彼此不连贯,则其不可能皆为真或正确,其中必有一个为假或错误。但一个能成立的论证其前提必然都为真或正确,否则无法确保从它们中推导出的结论为真或正确。另一方面,从不连贯的前提集合中我们可以推导出任意结论,这在逻辑上被称为“爆炸原理”(ex falso quodlibet——从错误中可以推导出一切)。我们不仅可以推导出所欲证立的命题 p,也可以推导出它的否定命题  $\neg p$ ,但对于司法裁判而言两者显然不能同时是真的或正确的。这意味着,以不连贯的命题为前提的论证无法区分正确与错误的结论,即可证立的与不可证立的结论,这也就使得论证丧失了它的基本功能。

[28] 后来,弗罗布列夫斯基又将外部理性区分为两个层次:外部理性 1(external 1 rationality)涉及推理大、小前提的可接受性,而外部理性 2(external, 2 rationality)涉及证立性推理规则(rules of justificatory reasoning)是否恰当及如何恰当地被适用。See Jezy Wróblewski, “Principles, Values, and Rules in Legal Decision-Making and the Dimensions of Legal Rationality”, 3 *Ratio Juris*, 103 (1990).这意味着,前提本身亦须符合逻辑的要求。但这已经涉及另一个问题了,本文不作进一步探究。

[29] Vgl. Ratschow, *Rechtswissenschaft und Formale Logik*, Nomos, 1998, S.130f.; 王鹏翔:“论涵摄的逻辑结构——兼评 Larenz 的类型理论”,《成大法学》2005 年第 9 期,页 22-25。

## 2. 可普遍化要求

论证的前提中必须至少包含一条普遍性的规范<sup>[30]</sup>和一个充分描述具体案件事实的命题。既然司法裁判是一种法律“适用”活动,即将法律规范适用于个案的活动,而法律规范通常又是以全称命题的形式来表达的,那么这第二个要求就似乎不证自明。但要注意的是,这里所谓的普遍性规范同样包括实在法规范以外的规范。法律体系有可能存在漏洞,有时它无法直接为司法裁判提供依据。此时法官必须通过法的续造(如类比推理)方式创设出一条新的规范作为论证的大前提,而这条新的规范也必须是普遍的、适用于不特定多数人的规范。这主要是为了符合形式正义或平等原则:凡是满足同一构成要件的个案,都应当适用相同的法律后果,换言之,当两个具体案件在重要性特征上完全相同时,应该对它们得出相同的判决结论。<sup>[31]</sup>

## 3. 完备性要求

如果具体案件事实的描述与法律规范的构成要件之间存在落差,则必须引入解释性命题(性质上是语义命题)来加以弥补,直至对于具体案件事实是否符合构成要件不存在疑义为止。<sup>[32]</sup>平等原则不仅要求必须至少引用一条普遍性的规范作为大前提,而且当对这条规范能否适用于具体案件存在疑义时,还必须加入额外的前提来弥补规范与事实之间的落差。因为在司法裁判中,当两个具体案件在重要性特征上完全相同时,不仅是针对这两个案件赋予相同的法律后果而已,而且要引用同一条普遍性的规范,也就是将这两个案件事实都涵摄于同一个构成要件之下,但有的时候这种涵摄能否进行并不那么明显。举例而言,1950年在德国曾发生过一个案件:一名男子(以“甲”命名之)将所携带的盐酸泼在了女收银员的脸上,并抢走了收银台里的财物。当时的《联邦德国刑法》第250条规定,行为人持武器实施抢劫的,构成抢劫罪的加重情形予以刑罚。<sup>[33]</sup>问题在于,假如我们以甲用盐酸泼收银员来实施抢劫的行为作为其应被加重处罚的理由,却又不能确定“甲持盐酸实施抢劫”的行为是否符合《联邦德国刑法》第250条“持武器实施抢劫”这个构成要件,那么我们就无法回答,对于同样用盐酸泼收银员来实施抢劫的乙,是不是能以同样的理由判处相同的法律后果。因此,当构成要件与案件事实之间存在落差时,就不能直接得出法律后果,否则就存在论证上的跳跃而不合乎逻辑。一个论证,即使其前提在内容上是正确的,如果它在形式上是个无效的推论时,依然没法保证结论的正确性。要避免跳跃论证,就必须加入额外的前提来弥补这一落差,而这正属于涵摄的主要任务。当然,由于这些前提是无法从法条中直接演绎得出的,它们正确与否就成为了外部证成的重点。所以,涵摄不仅可以避免推论谬误的发生,也可以在论证过程中缺失或隐藏某些前提,从而规避对它们进行外部证成的工作。我们可以称此为涵摄的“逻辑完备性”或“演算完备

[30] 其实更准确的说法是“一个全称规范命题”。因为作为法律论证之前提的并不是存在论意义上的规范(实体论规范),而是语义学意义上的规范命题(语义学规范)。但这里不作仔细区分。

[31] Vgl. Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidungen, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S.19.

[32] Alexy (Fn.26), S.280-281.

[33] BGHSt 1,1(1).关于本案的探讨可参见(德)阿图尔·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,页107-109。这里对于第250条的表述有所简化。

性”功能。<sup>〔34〕</sup>

总之,内部证成的上述要求其实是为司法裁判提出了一系列的论证标准,这些标准体现了形式正义,而对它们的满足则属于外部证成的任务。通过内部证成的分析,可以显明推论出法律后果所需的所有前提,从而确立了需要进行外部证成的对象。<sup>〔35〕</sup>换言之,外部证成要证立什么、证立要符合什么样的标准,恰恰是内部证成来决定的。在这一意义上,甚至可以说涵摄模式反而构成了围绕论证前提之正确性或真实性所进行之外部证成的“前提”。

### (三)对涵摄模式怀疑论的初步回应

涵摄模式是法律论证(而非法律发现)的一种基本模式,确切地说,它是内部证成的逻辑形式。运用这一前提性理论,我们就可以对涵摄模式的怀疑论进行初步回应。上文中归纳的第三点论据,即涵摄模式至多只体现了规则导向的裁判原则或者裁判的非任意性价值,其实就是“依法裁判”(或者说裁判受“法律拘束”)的原则,我们将在第五部分再进行详解。这里我们只针对前两个论据予以回应:

其一,关于涵摄模式无法准确地概括法律适用的真实过程的批评,回应的依据就在于法的发现与法的证立这两个层面的区分。涵摄模式的确不是对法的发现过程的准确描述,但能够为法学进行理性检验与控制的恰恰主要是法的证立而非法的发现,涵摄模式恰恰是法律论证所必不可少的基本模式。运用涵摄,并不意味着想让实际的法律适用场景按照亚里士多德的三段论模式或形式逻辑的运算法则来运转,这个场景可以按照适合于交流之目的的任何方式来运转。它所期待的只是,只要有人主张或意图进行正确的论证,他所实际运用的论述就应当具备可被转译为涵摄形式的可能,并可对其逻辑上的可靠性进行检测。司法裁判有可能是“灵光一闪”(hunch)的产物,甚至法律结论可能是判断者条件反射的结果。但只要主张这些结论正确地来自于特定前提,它们就必须满足逻辑论证的标准。<sup>〔36〕</sup>不可否认法的发现的存在及其意义,但它主要不是法的发现的工具,而是通过检验从(被假定为真之)前提到结论的论证有效性来确定结论是否正确的工具。

其二,关于涵摄模式在法律适用中不占据核心地位的批评,回应的依据则在于内部证成与外部证成的区分及其内部证成所包含的要求。正因为涵摄是内部证成的逻辑形式,内部证成又是法律论证的必要组成部分,所以涵摄是法律论证的必要组成部分。同时,由于外部证成的对象是由内部证成来提供的,所以涵摄在法律论证中占据核心地位。具体而言,涵摄是一种正确性控制机制,但绝不像考夫曼所认为的那样仅仅具有证伪功能。涵摄在消极角色之外同样扮演着积极角色。它本身虽然不产生新的内容,但却揭示出了司法裁判要得到充分证立时必

〔34〕 在此意义上,罗迪希称涵摄(演绎)为“法律认知的启发原则”(Rödig, Über die Notwendigkeit einer besonderen Logik der Normen, in: ders., Schriften zur juristischen Logik, 1980, S.200.)。许佩尔斯则进一步从个案规范与构成要件两个方面详解了涵摄(演绎)的启发性功能(Vgl. Hüpers, Logik im Recht: Über die versteckte Bedeutung der Deduktion für die Rechtsfindung, ARSP 101(2015), 386, 401)。这其实是主张,涵摄不仅对于法的证立具有意义,而且反过来对于法的发现同样有意义。对此本文不做探讨。

〔35〕 Alexy (Fn.26), S.281.

〔36〕 See Ilmar Tammelo, “Law, Logic and Human Communication”, 50 ARSP, 338 (1964).

须要被接受的前提。它的任务就在于澄清前提,这尤其在复杂命题的情形中具有论证理论与论证实践上的重要意义。<sup>[37]</sup>当然,应当承认,证立并不能单独产生自逻辑,而是产生于这一点:涵摄是一种逻辑上有效的推论形式,它拥有某些并非来自于逻辑而是来自于法律的属性。比如在刑法领域中的一个必不可缺的要求(首要前提),即依照“法律明文规定为犯罪行为的”来定罪量刑(这意味着将其作为法律适用的大前提),<sup>[38]</sup>比如普遍有效的要求,即澄清涵摄的所有步骤,再比如可普遍化这一普遍假设。故而纯粹的逻辑推演性在涵摄中所占的份量并不大,重要的是这种推演是以制定法与提出了可证立之宣称的其他命题为前提的,而这对于法律论证的理性而言发挥着不可低估的作用。所以,涵摄不仅仅起到“演示”的功能而已,它的确属于真正的论证。总之,涵摄并非是一个被任意方式所创设之法律论证体系中的女仆,而是一个多层体系中根本上起着协调作用的平等的合作伙伴。<sup>[39]</sup>

此外,等置模式(类比)与涵摄模式相比并不居于更为核心的地位。这体现在两个方面:一方面,类比无法支配其他论据,反而会受到其他论据的限制。对于上述盐酸案,考夫曼本人亦赞同刑法学界的主流观念,认为将盐酸与武器相等置属于“被禁止的类比”,因为“按照语词与可能的文义显然做不到”这一点。<sup>[40]</sup>这说明,类比的运用会遇到界限,在这里即是语义论据。当然,考夫曼认为即使是语义论据也显现出类比的要素——“‘可能的文义’并不是‘单纯的解释’,而完全是不可被误识的类比”。<sup>[41]</sup>但如果文义本身是某种类比性的东西,也要屈从于解释者的创造力(考夫曼将类比视为某种“创造性行为”)的话,它又如何对类比发挥拘束力呢?拘束力是具有规范性的。而只有当人们将概念作为规范来把握时,即可用之来区分可容许的论据与不可容许的论据时,文义才可能具备规范性。<sup>[42]</sup>依照科赫(Koch)与吕斯曼(Rüßmann)的观点,一个概念所指涉的对象可以被区分为必然属于该概念外延的“肯定选项”、必然不属于该概念外延的“否定选项”,以及可能属于也可能不属于该概念外延的“中立选项”。<sup>[43]</sup>在不同情形中类比发挥作用的方式并不相同。在依据有效的语义规则明确确定了该语词之肯定选项与否定选项的情形中,与语义论据相冲突之类比论据只能以一种反于文义之裁判(Entscheidung contra legum)的方式发挥作用,也就是对法律规范进行目的论扩张或限缩。例如,对于“武器”这个概念,“手枪”属于它的积极选项而“花环”属于它的消极选项。假如要将“武器”的法律后果适用于一个将“花环”套在收银员的脖子上命令对方交出钱的犯罪嫌疑人(当然,基于罪刑法定的要求这种扩张适用是不允许的),或者不将“武器”的法律后果适用

[37] Vgl. *Bung*, Subsumtion und Interpretation, 2004, S.147.

[38] 《德国宪法》第103条第2款的表述为“只有当犯罪行为的可罚性在其实实施前被制定法所规定时,才能施加刑罚”。

[39] *Alexy*(Fn.13), S.54.

[40] 考夫曼,见前注[7],页168—169。

[41] 考夫曼,见前注[7],页163。

[42] See Robert Brandom, *Articulating Reasons*, Harvard University Press, 2000, p.29.

[43] *Koch/Rüßmann*(Fn.9), S.195.

于一个持手枪实施抢劫的犯罪嫌疑人,就必须以反于“武器”之文义的方式来运用类比。此时的类比是超越文义的。但是,在有效的语义规则既没有肯定也没有否定将某种情形归入某个语词之中,即中立选项的情形中,类比依然可以发挥作用,此时它是以“案型比较”(Fallvergleich)的方式发挥作用的。例如,有效语义规则并没有确定“盐酸”是否属于“武器”,此时就可以将“盐酸”与属于“武器”之肯定选项的“手枪”进行比较以确定归属。此时的类比是在一个规范的语义裁量空间内进行的,属于“内在于构成要件的类推”<sup>[44]</sup>或者说体系解释方法之一种。<sup>[45]</sup> 这种类比并不违背罪刑法定原则,因而在刑法上是被允许的。所以,类比既可以是一种扩张式的规范适用形式,也可以是一种案型比较的论据形式。<sup>[46]</sup> 前者与涵摄相比在法律实践中是少数情形,而后者在涵摄之内发挥作用,而作为解释方法之一种,它也要受到其他解释性论据的限制。

另一方面,类比同样是一种论证形式,与涵摄相比并不具备更好地体现法律适用之全部性质的优势。众所周知(考夫曼亦承认),类比的关键在于确定比较点,而类比的结果取决于比较点的选择。但是,其一,作为等置依据的比较点实际上是一条规则。例如,“盐酸”与“手枪”的共同点在于它们都是“能给人身造成伤害的危险工具”。所以,要将适用于手枪的法律后果适用于盐酸,所进行类比的前提在于确立这样一条规则——“所有能给人身造成危害的危险工具都是武器”。这其实就相当于将“盐酸”涵摄于这条规则之下,接着再从“持武器实施抢劫的构成抢劫罪的加重情形”推导出持盐酸实施抢劫的要加重处罚。可见,类比同样导向了涵摄,或者至少与涵摄是相互联结的。其二,比较点作为一条规则可以有不同的抽象化程度,确定比较点时依然需要运用实质论据。抽象化程度的不同决定了能涵摄于其下之案件范围的不同,比如在盐酸案中,我们可以认为相关的语义规则是“所有能给人身造成伤害的危险工具都是武器”,也可以认为它是“所有能给人身造成机械性伤害的危险工具都是武器”。如果是前者,盐酸就与手枪一样能被包含进来,但如果是后者,就只有手枪能被包含进来,因为盐酸给人身造成的是化学性伤害(腐蚀)而不是机械性伤害。考夫曼认为,比较点的确定在很大程度上以决断即权力的运用为基础,但他也不否认亦有理性认知的因素在其中起作用,即权力的运用必须得到理性—论证意义上的保证。反思、论证、讨论是使得具体理由和反对理由具有可信性的方式。<sup>[47]</sup> 可见,类比必须与实质论据相结合。因为它本身属于“高度不饱和”的论证形式。就像在所有存在疑义的情形中,涵摄需要从外部输入实质论据一样,类比同样如此。在类比的情形中也可以区分内部证成与外部证成。内部证成是从案件特征比较到同等适用法律后果的论证形式,而外部证成主要围绕比较点的确定展开。只不过涵摄以有效的法律规范为出发点,而

[44] Heller, Logik und Axiologie der analogen Rechtsanwendung, 1961, S.87.

[45] 参见(德)罗伯特·阿列克西:“法律解释”,载(德)罗伯特·阿列克西:《法理性商谈——法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,页79。

[46] Alexy (Fn.13), S.64.

[47] 考夫曼,见前注[7],页129、162—163、165。

类比以既有的案件或案件类型(对此存在法律上正确的解决办法)为出发点。涵摄的法律理性会随着规则(语义规则)数量的增加而增加,类比也会随着比较所包含的案型数量的增加而增加。但同样,类比只能对这种理性标准提出要求,自身却没法确保。<sup>[48]</sup> 所以,类比至多与涵摄一样是法律论证的一种形式。

综上,涵摄模式作为法律论证的基本模式,是无法被等置模式(类比)所取代的。但上述回应只是基于前提性理论对于怀疑论的主要论据进行了反驳,却未从正面为涵摄模式进行辩护。要为涵摄模式进行正面的辩护,就需要来证明:一方面,涵摄模式是可能的,也就是说,它的确实是一种理性的论证模式,而不仅仅是宣称的或假想出来的。这里的要点在于证明它具有合乎逻辑的结构。另一方面,涵摄模式也同样是可欲的,也就是说,它具有某些不可替代的、值得追求的价值。前者可称为“结构论辩护”,后者可相应称为“价值论辩护”。

### 三、涵摄模式的结构论辩护

要证明涵摄是一种理性的论证模式,就要对其结构进行合乎逻辑的重构。根据具体情形的不同,这种重构可以两种形式来展现:简单情形中的司法三段论与复杂情形中的演绎。需要首先指明的是,很多文献中并不对于涵摄、司法三段论与演绎作明确的区分。在某种意义上,演绎只是指明了涵摄或司法三段论的逻辑特性。但在本文中,我们在技术的意义上使用“演绎”一词,用它来指从两个以上的前提中推导出结论的推论形式,以与“司法三段论”相对,而用“涵摄”来统摄这两者。所以现在我们要考察的是,涵摄的司法三段论模式与演绎模式是否能得到逻辑证立。

#### (一)涵摄的简单模式:司法三段论

司法三段论(Justizsyllogismus),有时也被称作“法学三段论”,一般认为可以追溯到亚里士多德(Aristotles)的古典逻辑推论,即芭芭拉模式(Modus Barbara)的推论。<sup>[49]</sup> 但我们无须

[48] Alexy(Fn.13), S.65.

[49] 例如夏普就认为,芭芭拉模式“在法学方法论中是涵摄模式的逻辑模板”(Schapp, Der Fall in der juristischen Methodenlehre, in: Gabriel/Gröschner (Hrsg.), Subsumtion: Schlüsselbegriff der Juristischen Methodenlehre, 2012, S.232.)。莱格将“芭芭拉模式的演绎三段论”视为“证立法律裁判的经典形式”(Lege, Pragmatismus und Jurisprudenz, 1999, S.442.)。但近来也有学者提出了挑战,例如许佩尔斯就认为,芭芭拉模式并不是司法三段论的模板。因为芭芭拉模式中的三个命题都是全称命题,而司法三段论中只有大前提是全称命题,其余两个为单称命题;芭芭拉模式的大前提为直言命题,而司法三段论的大前提为假言命题。此外,许佩尔斯还考察了达里模式(Modus Darii),认为司法三段论更接近于它。但达里模式的小前提和结论为特称命题,而司法三段论的小前提和结论为单称命题,除非将特称命题等同于单称命题,才能将两个模式等同。但他认为这依然是有问题的。(Vgl. Hüpers (Fn.34), S.387-391.)。克卢格的做法是区分了芭芭拉模式 I(以全称判断为小前提)和芭芭拉模式 II(以单称判断为小前提),司法三段论指的是后者(Klug, Juristische Logik, 4. Aufl., 1982, S.49)。这依然没有解决直言命题与假言命题的区别问题,况且芭芭拉模式 II 是否是亚里士多德原初意义上的芭芭拉模式还是存疑的。但无论芭芭拉模式是否构成司法三段论的模板,都不影响对司法三段论之结构本身的证立。

回溯到古典逻辑学说中去寻找重构的依据。对当代法学方法论影响比较大的是德国法学家拉伦茨(Larenz)提出的模式。他认为司法三段论具有如下样态:

大前提:假使任何一个案件事实实现 T,则应赋予其法律后果 R。

小前提:特定案件事实 S 实现 T,质言之,其系 T 的一个“事例”。

结论:对 S 应赋予法律后果 R。

拉伦茨将上述三段论称为“确定法律后果的三段论法”,并用符号将其形式化如下:

$T \rightarrow R$ (对 T 的每个事例均赋予法律后果 R)

$S = T$ (S 为 T 的一个事例)

$S \rightarrow R$ (对于 S 应赋予法律后果 R)<sup>[50]</sup>

但拉伦茨并没有对他所使用之符号的含义进行精确界定,而只是以相当直观的方式进行了说明,至于为什么这是一个逻辑上有效的论证,他也没有加以证明。<sup>[51]</sup> 这样的一种形式化具有两个缺陷:最大的缺陷在于小前提的表现形式,即用等号(“=”)来表示小前提。<sup>[52]</sup> 等号通常用来表示等同关系,而等同关系具有对称性,也就是说,如果  $S = T$ ,那么  $T = S$ 。但司法三段论中的 S 表示的是具体的案件事实,而 T 表示的是普遍规范的抽象构成要件,具体的案件事实如何能等同于抽象的构成要件呢? 仍旧以前述“盐酸案”为例,该案所适用之大前提中的构成要件 T 是“行为人持武器实施抢劫”,而案件事实 S 是“甲持盐酸实施抢劫”。如果按照拉伦茨的表述,小前提就应该是“持盐酸实施抢劫 = 持武器实施抢劫”。但根据对称关系,就应该推导出“持武器实施抢劫 = 用盐酸泼收银员来实施抢劫”,这显然是不可接受的。当然,按照拉伦茨的说明,“ $S = T$ ”应被理解为“S 为 T 的一个事例”,如上例中小前提应被理解为“甲持盐酸实施抢劫是持武器实施抢劫的一个事例”。但“是……的一个事例”既非等同关系,也不具有对称性,因为“持武器实施抢劫”显然不是“甲持盐酸实施抢劫”的一个事例。所以等号无法清楚地表达出拉伦茨想要表达的意思:除了其他特殊要素外,所有作为 T 的特征值要素,在 S 也都存在。<sup>[53]</sup> 拉伦茨三段论的另一个缺陷则在于,从他所给定的两个前提出发在形式上是推导不出结论的。暂且不论小前提的表述形式问题,假定拉伦茨三段论是有效的,他用以表述大前提和结论的是逻辑学中的条件句“如果……那么……”,这鲜明地体现在他所采用的蕴含符“ $\rightarrow$ ”上。这样一来,从大前提“如果行为人持武器实施抢劫,那么应当以抢劫罪的加重情形予以刑罚”和小前提“甲持盐酸实施抢劫是持武器实施抢劫的一个事例”就只能推出一个条件句“如果甲持盐酸实施抢劫,那么应当以抢劫罪的加重情形予以刑罚”,但却无法得出

[50] 参见(德)卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆 2004 年版,页 150。出于吻合大陆译习的缘故,笔者将该译本中的“法效果”替换成了“法律后果”。

[51] 对拉伦茨三段论之逻辑有效性的讨论参见陈显武:“法律推理与逻辑程式化”,《政大法学评论》1996 年第 56 期,页 308—309。

[52] Vgl. Rödiger, Theorie der gerichtlichen Erkenntnisverfahrens, 1973, S.165.

[53] 拉伦茨其实也承认这一点,但他认为自己“实在想不出适当的符号来表达这个想法”(参见拉伦茨,见前注[50],页 159,脚注 34)。

个别的法律后果“甲应当以抢劫罪的加重情形予以刑罚”。<sup>[54]</sup> 拉伦茨三段论的缺陷主要是来自于他所使用的逻辑符号没法恰当地分析法律论证在形式结构上的重要特征。要克服这些缺陷,就必须运用更为精确的逻辑工具来分析法律适用的结构。<sup>[55]</sup>

我们可以用下面这个例子来作为重构司法三段论的出发点:

(1) 饮酒后驾驶机动车的,处暂扣六个月机动车驾驶证,并处一千元以上二千元以下罚款(《道路交通安全法》第 91 条)。

(2) 甲饮酒后驾驶机动车。

(3) 甲应处暂扣六个月机动车驾驶证,并处一千元以上二千元以下罚款。

这个例子说明,一般所谓的司法三段论与拉伦茨所展示的有所不同,它的大前提是一条普遍的、适用于不特定多数人的法律规范,小前提是对具体案件事实的描述,而结论则是适用于此一具体案件的法律后果。<sup>[56]</sup> 我们用  $x$  来表示不特定的个体,用  $a$  表示具体特定的个体(如“甲”),而用  $T$  表示大前提的构成要件“饮酒后驾驶机动车”, $R$  表示法律后果“处暂扣六个月机动车驾驶证,并处一千元以上二千元以下罚款”,那么司法三段论的基本形式可以表述如下:

(1) 对于所有的  $x$  而言,如果  $x$  满足构成要件  $T$ ,那么法律后果  $R$  就应当适用于  $x$ 。

(2)  $a$  满足构成要件  $T$ 。

(3) 法律后果  $R$  应当适用于  $a$ 。

为了进一步分析司法三段论的逻辑结构,我们用“( $x$ )”来表示“对于所有  $x$  而言……”,用“ $\rightarrow$ ”表示“如果……,那么……”,“ $O$ ”表示道义逻辑算子(deontic operator)“应当”,那么司法三段论的逻辑结构就可以被形式化为:

(D) • (1) ( $x$ ) ( $T_x \rightarrow OR_x$ )

• (2)  $T_a$

(3)  $OR_a$  (1), (2)

(D)就是运用包含道义逻辑算子的一阶谓词逻辑(first-order predicate logic)对司法三段论的形式化。用一阶谓词的术语来说,“ $T$ ”与“ $R$ ”都是表示某种性质的谓词,“ $x$ ”是所谓的个体变量,“ $a$ ”则个体常量,“( $x$ )”是全称量词,“ $\rightarrow$ ”是条件句的联结符。<sup>[57]</sup> 其中,大前提(1) ( $x$ ) ( $T_x \rightarrow OR_x$ )是一个量化的条件式语句,代表“对于所有的  $x$  而言,如果  $x$  满足  $T$ ,那么  $OR$  就

[54] 要得出这个个别的法律后果,就必须将具体案件事实  $S$ “甲持盐酸实施抢劫”作为额外前提加入原本的三段论中,使得新的推论具有如下形式:

(1)  $T \rightarrow R$

(2)  $S = T$

(3)  $S \rightarrow R$

(3')  $S$

(4)  $R$

[55] 王鹏翔,见前注[29],页 7—8。

[56] *Engisch* (Fn.6), S.10ff.

[57] 关于这些符号的含义与其在法学中的运用,Vgl. *Herberger/Simon*, *Wissenschaftstheorie für Juristen*, 1980.

适用于x”。<sup>[58]</sup>小前提(2)  $Ta$  表示“a是T”，在语义上意味着“概念T可以适用于个体a”，或更准确地说，“个体a属于概念T的外延”，这样就可以避免拉伦茨的  $S = T$  所带来的困扰。当然，这里最重要的还是(I)的有效性，因为如果无法证明(I)在逻辑上是个有效的推论，那么就无法证明司法三段论是一种理性的论证模式。上面(1),(2)两行左边的点表示(1),(2)是推论的前提，而最后一行右边的“(1),(2)”表示(3)是从(1),(2)推论得出的，那么我们是根据什么样的规则从前提中推演出结论的呢？首先，作为全称规范语句，大前提(1)表述了一条普遍性的法律规范。这意味着，对于其适用范围内的所有个体  $a, b, c, \dots$ ，只要其满足(1)的构成要件  $T$ ，就将适用法律后果  $R$ ，这就是说，从(1)可以推导出  $Ta \rightarrow ORa, Tb \rightarrow ORb, Tc \rightarrow ORc, \dots$  或者说  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$  就等于  $Ta \rightarrow ORa, Tb \rightarrow ORb, Tc \rightarrow ORc, \dots$  的综合。这是一个分析性的步骤，可以被称为“全称例示”或“全称个别化”(universal instantiation)。由于它是通过消除(1)中的全称量词以及代入个体常量而产生的，故而可以将称之为全消规则(Allbeseitigungsregel)或替代规则(Substitutionsregel)。这样一条规则说的不外乎是：对一切都有效的，对于每个个体同样有效。<sup>[59]</sup> 据此我们可以从(1)推导出：

(1')  $Ta \rightarrow ORa$

(1')是一个以  $Ta$  为前件而以  $ORa$  为后件的条件句。根据命题逻辑中的“肯定前件律”(modus ponendo ponens)以及分离规则(Abtrennungsregel)，我们可以从一个条件句以及该条件句的前件推导出它的后件： $(p \rightarrow q) \wedge p \rightarrow q$ 。故而，从  $Ta \rightarrow ORa$  和  $Ta$  可以推导出  $ORa$ 。所以，司法三段论的完整推论过程就变成了：

(I') • (1)  $(x) (Tx \rightarrow ORx)$

• (1')  $Ta \rightarrow ORa$  [全消规则]

• (2)  $Ta$

(3)  $ORa$  (1'), (2) [分离规则]

但这只是一种涵摄的简单模式，或者说法律论证的简单模式。在比较复杂的情形中，这一模式即不足以应对。这些复杂的情形包括：①一个法律规范包含着多个构成要件要素，如《刑法》第382条第1款就包含了“利用职务便利”“侵吞”“窃取”“骗取”“其他手段”“非法占有公共财物”等概念。②适用一个法律规范时必须运用说明性、限制性或指示性条款来加以补充。③有多个法律后果可供选择，如上例中的法律后果“处暂扣六个月机动车驾驶证，并处一千元以上二千元以下罚款”。在甲饮酒后驾驶机动车的情形中，除了处暂扣六个月机动车驾驶证的处罚外，究竟在“一千元以上二千元以下罚款”内处以具体多大数额的罚款，尚有待进一步确定。④为表述法律规范所使用的表达允许作多种解释。这主要发生在规范构成要件所使用的概念

[58] 这一表现形式对于法律论证有其实用意义(Vgl. Koch, Deduktive Entscheidungsbegründung, in: Alexy/Koch/Kuhlen/Rübmann (Hrsg.), Elemente einer juristischen Begründungslehre, 2004, S.45ff.)，但条件式规范的语义特征及其形式还是有争议的(参见陈显武：“论条件式规范之逻辑特性”，《台大法学论丛》2004年第33卷，页1—43)。对此本文不作进一步的探讨。

[59] 参见(德)罗伯特·阿列克西：“法律判决的逻辑分析”，载(德)罗伯特·阿列克西：《法理性商谈——法哲学研究》，朱光、雷磊译，中国法制出版社2011年版，页12。

与具体案件的描述之间并不完全一致的情形。此时我们无法确定 a 究竟是不是 T,从而也就不清楚法律后果 R 是不是应当适用于 a。<sup>[60]</sup> 其中前三种情形主要涉及对大前提之重构:第一种情形涉及结合具体案件对法律规范之构成要件要素进行选择 and 组合,第二种情形涉及在法律规范的基础上结合说明性、限制性或指示性条款来构造新的大前提,第三种情形涉及结合个案来使得大前提的法律后果特定化。它们都属于外部证成的任务,不涉及涵摄模式。<sup>[61]</sup> 而最后一种情形与涵摄问题直接相关,故下文将对对此作进一步的探讨。

## (二)涵摄的复杂模式:演绎

(D)所展示的司法三段论之所以被称为涵摄的简单模式,是因为它仅包含法律规范(大前提)与案件事实(小前提)两个前提,而且描述案件事实所使用的概念“饮酒后驾驶机动车”完全符合构成要件所运用的概念,所以不需要加入额外的前提即可以直接推导出法律后果。但这样的情形在实践中非常罕见,只有当构成要件所使用的概念是所谓的“基本概念”(Grundbegriffe),也就是无需通过其他概念来定义或说明的概念时,<sup>[62]</sup>才可能如此。但大部分的法律概念都不属于基本概念,例如《刑法》第 234 条第 2 款规定的“重伤”就需要加以进一步的界定才能适用。而在实际的案件中,对具体的案件事实的描述也往往不完全等同于构成要件,例如在一个案件中,张三砍断了他人的左手拇指、食指与中指。法官通过自己的经验与前理解,会认为《刑法》第 234 条第 2 款所表述的意义可能会是适用于本案的法律规范,因而以“①致人重伤的,应处以三年以上十年以下有期徒刑”作为大前提,而以“②张三砍断他人的左手拇指、食指与中指”作为小前提。显而易见,从①和②并不能直接推导出法律后果——“张三应处以三年以上十年以下有期徒刑”。因为大前提与小前提之间存在落差:大前提用的概念是“重伤”,而小前提中的事实描述是“砍断他人的左手拇指、食指与中指”,两者并不吻合,这里的关键在于无法即刻确定张三的行为是不是“致人重伤”,因此无法仅靠三段论来弥补。我们用“T”来表示“致人重伤”,“R”表示“处以三年以上十年以下有期徒刑”,“S”表示“砍断他人的左手拇指、食指与中指”,“a”代表“张三”,那么上述大前提与小前提就可以形式化为:

• (\* 1) (x) (Tx→ORx)

• (\* 2) Sa

非常清晰地可以看出大前提的构成要件“Tx”与小前提“Sa”并不吻合,所以也就不能通过全消规则与分离规则来获得法律后果“ORa”。要填补上述落差,就要确立一个额外的规则:

(\* 1') 砍断他人的左手拇指、食指与中指就是伤害他人身体致人重伤。

加入这个额外的前提后自然可以推导出法律后果“张三应处以三年以上十年以下有

[60] 对这四种情形的列举参见 Alexy (Fn.26), S.276. 例子为笔者所加。

[61] 当然,不能否认存在这样的情形:一方面法律规范存在前三种情形之一或多种,另一方面又涉及解释。例如《刑法》第 382 条第一段中的“利用职务便利”可能就存在多种解释,所以仅就构成要件的这一要素而言尚存在演绎的余地。所以,上面四种情形只是一种理想型的分类,并不排除实在法规范有同时包含数种情形的可能。

[62] 关于“基本概念”参见 Klug (Fn.49), S.15. 与此相对的是“推导式概念”。

期徒刑”。但问题在于,我们通过(1')所做的工作是一种什么性质的工作?我们仅仅是在确认一个我们的语言中已经存在的用法,抑或是自己在对某个语言的用法作出规定(确证)?也就是说,( \* 1' )只是表达出了我们语言习惯中的将“砍断他人的左手拇指、食指与中指”约定俗成地视为“重伤”的做法,抑或我们其实是通过(1')来对“重伤”这个概念作出了自己的判断?这里就涉及到对语言用法之确认(Feststellung)与确证(Festsetzung)的差别。除去这一点不论,我们还可以进一步追问,特定案件事实必须具备什么样的特征,才能被归到“重伤”这个概念之下?也就是说,“砍断他人的左手拇指、食指与中指”的行为具备了什么性质,才被视为是“重伤”?可见,正是因为法律论证的大前提与小前提之间存在落差,才出现了涵摄的必要:我们必须提出理由来论证“张三砍断他人的左手拇指、食指与中指”的行为符合《刑法》第234条第2款“致人重伤”这个构成要件,才能弥补案件事实与构成要件之间的落差。这个论证的过程属于涵摄的核心任务。与此相比,司法三段论中大、小前提由于完全吻合,所以可以直接推导出法律后果,这甚至谈不上严格意义上的涵摄。只是鉴于本文一开始时所提出的广义上的涵摄概念,依然将其视为涵摄的(简单)模式。回到刚才的问题上来,( \* 1' )只能算是(另一个)涵摄的结果,这意味着,除了法律规范与案件事实的描述外,尚需加入其他的前提才可能要推论出( \* 1' )以弥补落差。那么,在本例中,哪些额外的前提是推论出法律后果所必须的呢?首先,我们找到《刑法》总则部分第95条对于重伤的定义,“本法所称重伤,是指有下列情形之一的伤害:(一)使人肢体残废或者毁人容貌的……”。从该条文可以得出下面这个语法规则:

( \* 3 )使人肢体残废的,属于致人重伤。

再根据日常语言对于“肢体残废”的理解,还可以得出另一条语义规则:

( \* 4 )丧失手的机能,就属于肢体残废。<sup>[63]</sup>

但是,在加入前提( \* 3 )和( \* 4 )后,依然没法推导出具体法律后果,因为我们尚需来确定“砍断他人的左手拇指、食指与中指”是否导致了手的机能的丧失。同样根据日常语言,“机能”指的是“细胞组织或器官等的作用和活动能力”。<sup>[64]</sup>而根据日常经验,手的作用全在于手指,拇指、食指与中指被砍断,剩余的无名指与小拇指就丧失了作用。因为手的作用就在于抓取东西,而仅剩无名指与小拇指是无法抓取东西的。所以拇指、食指与中指被砍断也就相当于整只手的机能就丧失了。由此我们可以得出两个进一步对“重伤”予以精确化的前提:

( \* 5 )如果手指失去作用,就会丧失手的机能。

( \* 6 )砍断他人的左手拇指、食指与中指,手指就失去了作用。

通过( \* 3 )至( \* 6 )对“重伤”这个概念层层递进的解释,即可以推论出( \* 1' )砍断他人的

[63] 根据《现代汉语词典》,“残废”指的是“四肢或双目等丧失一部分或者全部的机能”。见中国社会科学院语言研究所词典编纂室:《现代汉语词典(修订版)》,商务印书馆2000年版,页119。

[64] 同上注,页582。

左手拇指、食指与中指就是伤害他人身体致人重伤。<sup>〔65〕</sup>换言之,加入上述四个新的前提后,就弥补了原本存在于法律规范与案件事实之间的落差,从而可以毫无跳跃地推导出法律后果“张三应处以三年以上十年以下有期徒刑”。我们将这一论证的前提与结论重新排列如下:

- (1)致人重伤的,应处以三年以上十年以下有期徒刑。
- (2)使人肢体残废的,属于致人重伤。
- (3)丧失手的机能,就属于肢体残废。
- (4)如果手指失去作用,就会丧失手的机能。
- (5)砍断他人的左手拇指、食指与中指,手指就失去了作用。
- (6)张三砍断他人的左手拇指、食指与中指。
- (7)张三应处以三年以上十年以下有期徒刑。

可以看到,前提(1)–(6)的性质各不相同:(1)是法律规范,(6)是具体案件事实的描述,(2)与(3)是为了说明“重伤”这个概念之含义的语义规则,(4)和(5)属于经验陈述,它的真实性是得到医学研究和日常经验的确保的。要推论出(7),从(2)–(5)都是必不可少的条件。为了更清晰地呈现出上述推论的逻辑结构,我们用“ $M_1$ ”来表示“使人肢体残废”,“ $M_2$ ”表示“丧失手的机能”,“ $M_3$ ”表示“手指失去作用”,如此,整个论证就可以被形式化为:

- (1)  $(x) (T_x \rightarrow OR_x)$
- (2)  $(x) (M_1 x \rightarrow T_x)$
- (3)  $(x) (M_2 x \rightarrow M_1 x)$
- (4)  $(x) (M_3 x \rightarrow M_2 x)$
- (5)  $(x) (S_x \rightarrow M_3 x)$
- (6)  $S_a$
- (7)  $OR_a$                       (1)–(6)

一方面,根据谓词逻辑的推导规则,我们可以从(2)–(5)推导出:<sup>〔66〕</sup>

- (8)  $(x) (S_x \rightarrow T_x)$

这其实可以被看作是对拉伦茨三段论的精确化,因为(8)其实就相当于拉伦茨三段论中的小前提。再根据前述全消规则与分离规则,从(8)和(6)即可以推导出:

- (9)  $T_a$

(9)正是前文所提出的司法三段论的小前提,接着从(1)和(9)就可以推导出具体案件中的法律后果(7) $OR_a$ 。由于(9)是以(2)–(6)作为前提所推论出来的,所以这一推论可以被视为形成司法三段论之小前提的过程。另一方面,从(1)–(5)也可以推导出下面这个普遍性的规范:

〔65〕 根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《人体损伤程度鉴定标准》(2014年1月1日起实施),双手离断、缺失或者功能完全丧失是为重伤一级。这样就可以省却(3)和(4)这两个步骤。但无论如何,这不影响本例的说明效果。

〔66〕 这里其实依然是芭芭拉模式的套用,即从“所有的G都是H”和“所有的F都是G”推导出“所有的F都是H”。

(10) (x) (S<sub>x</sub>→OR<sub>x</sub>)

以(10)为大前提,以(6)为小前提,同样可以推导出(7)OR<sub>a</sub>。(10)也是一个全称规范语句,即“砍断他人的左手拇指、食指与中指者,应处以三年以上十年以下有期徒刑”。但它并不是由制定法直接提供的普遍性规范,而是仅以描述案件事实之概念作为构成要件,其规范的对象相较于(1)更为具体或者说外延更为特定,类似于菲肯切尔(Fikentscher)所谓的“个案规范”(Fallnorm)。<sup>[67]</sup> 个案规范与具体案件事实描述之间是没有落差的,就相当于司法三段论中的大、小前提。关键的是,(10)仍需从(1)–(5)推论得出,这个推论过程可以被视为大前提的形成过程。由此可见,我们对于上述论证之有效性可以采取两种证明方式:要么从(2)–(6)推导出司法三段论的小前提,然后结合大前提(1)推导出结论,要么从(1)–(5)推导出司法三段论的大前提,然后结合小前提(6)推导出结论。在此,两者中最重要的部分(2)–(5)是重合的,我们既可以将其视为形成大前提的过程,也可以将其视为形成小前提的过程。回到本文开头所提的问题上来:为什么不对涵摄采取狭义上的理解,即主张涵摄是仅与小前提相关的那部分推理,道理即在于此,因为将这部分推理单独视为与小前提相关是错的。进而,追问涵摄推理的重点究竟在于形成大前提还是小前提,这一提问本身也是错的。

但不管怎样,这里的重点在于,当法律论证中具体案件事实与法律规范的构成要件之间具有落差时,法学三段论不敷使用,此时必须通过演绎来弥补这一落差,即通过层层递进的解释(语义规则、经验规则等)来精确化法律概念的含义,直至能将具体案件事实与构成要件严丝合缝地连接起来为止。如果对这一演绎过程中每一步所运用的解释性规则发生质疑,就需停下来对其正确性进行论证,直至无人发生质疑为止。这就落入了外部证成的框架,也是法教义学(Rechtsdogmatik)的领域了。因为法教义学的根本任务就在于对所运用的制定法前提进行澄清。<sup>[68]</sup> 它以教义性规范来补充制定法规范,使得法律个别化与法律具体化过程成为可能,在此意义上,法教义学可被称为“制定法的延伸之臂”(verlängerter Arm Gesetzes)。<sup>[69]</sup> 可见,涵摄的过程往往不是三段论,而是需要教义学提供规则来进行连接的多段论。从形式上,这是一个演绎的过程,我们称之为涵摄的演绎模式,它的精确结构可以被这样形式化:

(II) • (1) (x) (T<sub>x</sub>→OR<sub>x</sub>)

• (2) (x) (M<sub>1x</sub> →T<sub>x</sub>)

• (3) (x) ( M<sub>2x</sub> →M<sub>1x</sub> )

[67] Vgl. Fikentscher, Methode des Rechts in vergleichender Darstellung, Band. 4, 1977, S.129ff. 许佩尔斯也认为个案规范才是演绎真正的大前提,并将其定义为“某人主张为真的一种关涉个案之制定法的具体化”。Vgl. Hüpers (Fn.34), S.400.

[68] Vgl. Bäcker, Der Syllogismus als Grundstruktur des juristischen Begründens?, Rechtstheorie 40 (2009), 404, 411. 所以,前述公式中,前提(1)–(6)前面的点不仅意味着它们是前提,也意味着对于它们可能需要在外部证成中进行教义学论证。

[69] Vgl. Kotsoglou, Subsumtionsautomat 2.0: Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, Juristenzeitung 9 (2014), 451, 455.

∴  
∴

- (n-1) (x) (M<sub>n</sub>x → M<sub>n-1</sub>x)
- (n) (x) (Sx → M<sub>n</sub>x)
- (n+1) Sa
- (n+2) ORa            (1)-(n+1)

在上述图式中,(1)表示法律规范,(n+1)表示对具体案件事实的描述,(2)-(n)则通过M<sub>i</sub>(1≤i≤n)对T进行的语义解释,其中(n)通常是一个经验命题(如上例中的(\*6)砍断他人的左手拇指、食指与中指,手指就失去了作用)。(II)代表了法律论证的基本形式,它虽然没有考虑到含有多个构成要件或者法律后果的复杂情形,但已将涵摄的逻辑结构清晰地表达出来了。其他复杂情形的逻辑结构只需在此基础上作调整即可。试举一例,《刑法》第385条规定,国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。第386条和第383条则规定了受贿罪的法律后果,由于比较复杂,我们不进行赘述。这些法条合起来表达出了关于受贿罪的完整法律规范。我们用T表示“受贿罪”,OR表示受贿罪的法律后果,则(1)(x)(T<sub>x</sub>→OR<sub>x</sub>)可用来表示受贿罪的法律规范。《刑法》第385条规定了受贿罪的四个构成要件要素,即“国家工作人员”“利用职务上的便利”“索取他人财物”“非法收受他人财物”“为他人谋取利益”,可以分别以M<sub>1</sub>、M<sub>2</sub>、M<sub>3</sub>、M<sub>4</sub>、M<sub>5</sub>来表示。这五个要素对于受贿罪的意义并不相同:其中“国家工作人员”和“利用职务上的便利”是构成受贿罪的必要特征,而“索取他人财物”或“非法收受他人财物”且“为他人谋取利益”是选择性特征。如果用“∧”代表“且”,“∨”代表“或”,那么该条法律规范的结构就可以用(1\*)(x)(M<sub>1</sub>x∧M<sub>2</sub>x∧(M<sub>3</sub>x∨M<sub>4</sub>x∧M<sub>5</sub>x)↔T<sub>x</sub>)来表示。从(1\*)与(1)就可以推导出含有多个构成要件要素的规范:

$$(1 * *) (x) (M_1 x \wedge M_2 x \wedge (M_3 x \vee M_4 x \wedge M_5 x) \rightarrow ORx)$$

这条规范等同于(x)(M<sub>1</sub>x∧M<sub>2</sub>x∧M<sub>3</sub>x→ORx)∨(M<sub>1</sub>x∧M<sub>2</sub>x∧M<sub>4</sub>x∧M<sub>5</sub>x→ORx)。但具体案件中,法官可能只会运用到“或”前面的这部分或者后面的这部分。假定我们现在运用到“或”后面的这部分(1')(M<sub>1</sub>x∧M<sub>2</sub>x∧M<sub>4</sub>x∧M<sub>5</sub>x→ORx)。但这部分构成要件要素中的一个或数个与具体案件事实描述之间依旧存在落差,仍需要进行解释才能弥补这一落差。例如在我国三号指导性案例中,被告人利用各自职务便利,为请托人低价取得创业园区的土地等提供了帮助,并与请托人共同注册成立一家公司以“开发”上述土地。被告人既未实际出资,也未参与该公司经营管理。其后,请托人以公司名义将该公司及其土地转让给另一家公司,被告人以参与利润分配名义收受陈某给予的480万元。该指导性案例的裁判要点和裁判理由部分指出,该利润并非所谓的公司利润,而是利用职务便利使陈某低价获取土地并转卖后获利的一部分,体现了受贿罪权钱交易的本质,属于以合办公司为名的变相受贿。所以国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人以“合办”公司的名义获取“利润”,没有实际出资和参与经营管理的,以受贿论处。这里涉及到的主要是对“非法收受他人财物”(M<sub>4</sub>)的解释。该指导性案例实际上是确证了一条新的语义规则,即“以合办公司的名义获取利润,没有实际出

资和参与经营管理的,即为非法收受他人财物”。如果用  $M_4'$  来表示“以合办公公司的名义获取利润,没有实际出资和参与经营管理的”,那么这条语义规则就可以被形式化为

$$(2') (x) (M_4'x \rightarrow M_4x)$$

那么,对具体案件事实的描述就将是(3')  $M_1a \wedge M_2a \wedge M_4'a \wedge M_5a$ 。<sup>[70]</sup> 如此,整个推论过程就将被形式化为:

$$\bullet (1') (x) (M_1x \wedge M_2x \wedge M_4x \wedge M_5x \rightarrow ORx)$$

$$\bullet (2') (x) (M_4'x \rightarrow M_4x)$$

$$\bullet (3') M_1a \wedge M_2a \wedge M_4'a \wedge M_5a$$

$$(4') ORa \quad (1') - (3')$$

当然,实际案件中,除了  $M_4'$  之外,  $M_1$ ,  $M_2$  和  $M_5$  都有可能存在需要进一步解释的空间,因而尚需在上述公式中加入类似于(2')这样的语义规则来弥补落差。而  $M_4'$  可能仍需进一步具体化才能与对具体案件事实的描述相连接。所以,上述公式中的中间性步骤可能更多,而结构也更为复杂。但无论如何,(II)都已经展示出了涵摄之复杂模式即演绎的基本结构。

### (三)涵摄模式的特殊问题

涵摄模式可能会面临两个特殊问题。一个问题是规范冲突的情形。规范冲突是指两个法律规范同时适用于一个案件产生彼此不相容的结果。从涵摄的角度而言,这里产生的是当同一个具体案件事实被涵摄于两个不同的法律规范之下,得出彼此矛盾的法律后果的情形。出现这种情形,就产生了何者优先适用的问题,而这往往需要运用元规则(meta-rules)来解决,如上位法优于下位法(*lex superior legi inferiori*)、新法优于旧法(*lex posterior derogat legi priori*)、特别法优于普通法(*lex specialis derogat legi generali*)。想要运用这些元规则来解决规范冲突,就需要适用另一层次的涵摄,即确定相互冲突之规范间的关系是否满足元规则所设定的条件,这种第二层次的涵摄可称为“元涵摄”(meta-subsumption)。<sup>[71]</sup> 例如,我们将相互冲突的规范称为 A 与 B,假定 A 与 B 之间具有上位法与下位法的关系,那么元涵摄涉及到的就是这样一个三段论:

• (1) 上位法优于下位法。

• (2) 规范 A 是上位法,规范 B 是下位法。

(3) 规范 A 优于规范 B 适用。

这意味着,在个案中就应当适用这一具有优先性的规范 A,并得出其法律后果,而不具有优先性的规范 B,其法律后果就应当收回。<sup>[72]</sup> 当然,假如(1)和(2)受到挑战,则仍需对这两个前提本身进行证立。通常来说,证立(1)的方式就是指明它为某个实在法条文(如立法法中的

[70] 由于本案中同样存在着数个与构成要件要素相对应的案件事实要素,故而为了结构的清晰性和推论的有效性,我们不便以 Sa 来表示对具体案件事实的描述。

[71] See Robert Alexy, "On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison", 16 *Ratio Juris*, 434 (2003).

[72] 从规范理论中关于规则与原则的区分出发,这里的规范 A 和规范 B 指的其实都是法律规则。元涵摄只能解决规则冲突,但却无法解决原则冲突(Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., 1996, S.79ff.)。

条文)所规定,而证立(2)的方式在于证明,因制定主体不同,规范 A 所处的规范性文件(如法律)和规范 B 所处的规范性文件(如行政法规)具有效力上的位阶关系。此亦属于外部证成的领域了,不再赘述。但有时候,相冲突之法律规范之间可能并不具备上下、新旧及特别和普通的关系,此时无法适用元规则来解决冲突,而可能要诉诸于权衡(balancing)。这在关于法律非单调推理(non-monotonic reasoning)的讨论中关注甚多。<sup>[73]</sup>推理的单调性指的是论证的结论不会随着前提的增加而改变,而非单调性指的是在论证中在加入新的前提(例如与原本可适用之规范相冲突的其他规范或者例外条款)之后反而可能会撤回原先的结论。如果案件事实可被涵摄于某一规则的构成要件之下,那么原本就应当得出其法律后果,但假如该案件同时满足这一规则的例外条款,此时就应当撤回规则的法律后果,而适用例外的法律后果。有论者认为,法律规则总是拥有例外,而例外是永远没法针对未来的情形穷尽性地予以预先规定的。在现代法理论的文献中,这被称为法律规则的可废止性(defeasibility)。规则的可废止性在逻辑上如何来把握,在今天一直是争议的焦点。<sup>[74]</sup>事实上,诺依曼反对涵摄模式的一个重要理由即在于,规则具有可废止性使得我们无法用全称语句( $x$ ) ( $Tx \rightarrow ORx$ )来表述规则,因为没人能够担保能掌握所有的例外规则。例如,即使“所有杀人者都应被处以刑罚”这一规则被补充上消极特征,这一全称语句也没法把握杀人者不被处以刑罚的所有情形。那么,在规则中引入一条像“假如不存在例外理由”这类的一般性条款是否可行?例如将上述规则的表述改造成“所有杀人者,假如不存在例外理由,都应被处以刑罚”。诺依曼认为这依然是不可行的,因为这样一来就将一个元语言层面的表述引入了形式化之中。<sup>[75]</sup>换言之,“所有杀人者都应被处以刑罚”是对象层面的规则,而“假如不存在例外理由”针对这一规则的元层面的规定,两者不处于同一层面,不能被规定在一个语句之中。尽管如此,但可以肯定的是,至少存在以一种逻辑上连贯的方式来把握可废止性的可能。在承认权衡余地的前提下,或许我们的确无法一般性地列举出规则的所有例外,但我们可以来证立某个全称语句或一般规则至少对于当下案件来说是真实的、正确的或可接受的,这样才能来证立结论。这是在既定情境中来证立全称语句的一般性问题,无论对法律论证过程进行什么样的重构都无法避免。涵摄模式要展现的只是:法律判决(结论)无法比全称语句或推理规则本身拥有更高的证立程度。<sup>[76]</sup>所以,一旦当大前提(针对当下案件)被确定,涵摄也就随之不可避免。总之,无论是通过元涵摄还是通过权衡来解决规范冲突(均属于第二层面),都在第一层面上预设了涵摄,它必须要以这样或那样的方式被展现为演绎结构。<sup>[77]</sup>

另一个问题是法律原则的适用情形。涵摄模式往往被认为只适用于规则,而不适用于原

[73] 例如参见 Giovanni Sartor, “A Formal Model of Legal Argumentation”, 7 *Ratio Juris*, 191–194 (1994).

[74] 对此可参见 Carsten Bäcker, “Rules, Principles, and Defeasibility”, in Martin Borowski, *On the Nature of Legal Principles (ARSP Beiheft 119)*, Franz Steiner, 2010, pp.79–92.

[75] Vgl. Neumann (Fn.15), S.26.

[76] Vgl. Bäcker (Fn.68), S.423.

[77] See Alexy, *supra* note 71, at 435.

则。作为最佳化命题(Optimierungsgebote),原则要求某事(通常是某种要追求的价值或目的)在相对于法律上与事实上可能的范围内尽最大可能被实现,并能以不同的程度被实现。〔78〕原则在法律体系中从来就不是孤立地被适用的,在决定考虑实现某个原则时,不可避免地要考虑到其他相对立之原则的存在和影响。相冲突的原则之间彼此相互牵制,如果要百分之百地实现其中一个,就必然要牺牲对另一个保护,而如果要保护后者,就不免要对前者作出限制。这说明两个原则都无法获得百分之百的实现。此时只能作一取舍,来决定哪一个原则在当前案件中应该优先获得实现,或者说应该获得比较高的实现程度,这种取舍就是权衡。此即原则所谓“法律上可能的范围内尽最大可能被实现”的意谓。那么,原则权衡是否会取消涵摄作为法律论证之基本模式的地位?答案是否定的。一方面,上文的论述已然表明,涵摄发生于第一层面(内部证成),而权衡发生于第二层面(外部证成)。内部证成无法为外部证成所取代,它反而向外部证成指明了需要被证立的前提。一旦在外部证成的层面上通过权衡决定了优先适用某个原则,则从这一原则和具体案件事实推导出结论的过程仍需被重构为涵摄的过程。另一方面,原则在适用时,仍需结合个案事实,通过实践三段论(praktische Syllogismus)或演绎来具体化,否则的话不足以产生个案中的法律后果。此即原则所谓“事实上可能的范围内尽最大可能被实现”的意谓。例如,在“街道上是否允许随地吐痰”的情形中,存在一个“(应当)保护环境”的原则,但这个原则本身没有被具体化,也即与当下情形发生关联。只有当证明“禁止随地吐痰”属于此一原则的内涵(即街道上不禁止随地吐痰就无法保护环境)时,才能得出结论说“街道上禁止随地吐痰”。〔79〕而“街道上禁止随地吐痰”恰恰是一条规则!当我们说将“(应当)保护环境”这条原则适用于“街道上是否允许随地吐痰”的个案时,实际上是以经转化后的规则“街道上禁止随地吐痰”为大前提进行的涵摄论证。甚至可以说,不经过原则转化为规则的过程以及涵摄,甚至没法清晰地知道两条原则在个案中究竟是否发生了冲突。因为原则本身作为抽象的价值构造物是不会在一般层面发生“冲突”的,而只有当在特定事实条件下,它们经转化后的规则所导致的法律后果相互矛盾时,我们才能回过头来说这两个原则发生了冲突。可见,法律适用过程中原则权衡的存在不仅不会取消涵摄的地位,反而进一步说明了涵摄的重要性:它位于权衡的开始与结束之处。开始之处即为判断两个原则相冲突之时需要就它们各自进行具体化,而结束之处指的是当通过权衡决定了优先适用某个原则时仍需

〔78〕 Vgl. Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, S. 203; Alexy (Fn.72), S. 75-77.

〔79〕 这一实践三段论可以被表示为:(1)(应当)保护环境(2)街道上不禁止随地吐痰就无法保护环境 ∴ (3)街道上禁止随地吐痰如果用 O 表示“应当”, $\rightarrow$  表示否定符,p 表示“保护环境”,F 表示“街道上禁止随地吐痰”,那么我们就可以把上述三段论形式化为:

(1)OP

(2) $\rightarrow$ F $\rightarrow$  $\rightarrow$ P

∴ (3)OF

这并不是一个逻辑上有效的推论。此间的关键在于证明(2),即证明“街道上禁止随地吐痰”与“保护环境”之间存在手段与目的的关系,且前者构成后者的必要条件。这是一种实践上的合目的性关系,故而称这个推论形式为实践三段论。

通过涵摄来推导出案件结论。

#### 四、涵摄模式的价值论辩护

涵摄的三段论模式与演绎模式说明,涵摄是一种合乎逻辑的理性论证模式。不仅如此,涵摄也具有不可替代的、值得追求的价值。在这些价值中最重要的是法律拘束(Gesetzesbindung),也包括平等对待(Gleichbehandlung)和法的安定性(Rechtssicherheit)等其他价值。

##### (一)法律拘束

涵摄模式、尤其是涵摄的演绎模式,有助于澄清法律拘束的问题。<sup>[80]</sup>法官应受立法者所制定之法律的拘束,是权力分立原则所推导出的要求。我国《宪法》第126条“人民法院依照法律规定独立行使审判权……”就是这一要求在宪法层面的体现。在演绎模式中,法律拘束的要求主要是通过两个要求来实现的:第一,演绎模式的出发点必须尽量是一条实在法规范。一旦如此,演绎模式就可以确保当法律规范的构成要件被满足时,法律后果就会发生。但正如前面所述,在大多数案件中,具体案件事实的描述往往都不同于构成要件,此时除了法律规范与具体案件事实的描述外,还需要加入语义解释规则作为额外的前提,才能进行涵摄推导出结论。这些语义解释规则既非制定法的规定,也不能从实在法规范中直接演绎得出,那么如何确保在加入这些前提之后仍满足法律拘束的要求呢?这就涉及到第二个要求:对语义解释规则进行外部证成时,必须以法律概念的语言意义以及立法者所追求的立法目的作为优先考虑的论据,此即方法论上的文义解释与主观目的解释。<sup>[81]</sup>这意味着,法律拘束指的是司法裁判要受到法律文义及立法者意思的拘束。<sup>[82]</sup>所以,综合上述两方面的要求,所谓的法律拘束,即意味着司法裁判应当从实在法规范、案件事实的描述以及根据法律文义与立法者意思所形成之语义解释规则共同组成的前提中合乎逻辑地推导出来。

但是应当看到,涵摄的演绎模式只是实现法律拘束这一要求的必要而非充分条件。这是因为:其一,演绎模式的论证规则并不等同于法律拘束的要求。演绎模式的论证规则只要求从一条普遍性的规范和一个充分描述具体案件事实的命题,再加上弥补两者落差的语义解释规则演绎得出,但并非对于这条普遍规范的性质以及语义解释规则的外部证成方式作出规定。相比而言,法律拘束则对于内部证成提出了更高的要求,即要求这条普遍规范必须是实在法规范,并且必须用法律文义以及立法者意思来证立语义解释规则。可见法律拘束是比演绎模式更高的要求。其二,立法者所制定的法律对于司法裁判的拘束也有其界限。这体现在,一是对于当下案件缺乏可适用的法律规范,或者虽然存在可适用的法律规范但欠缺例外规定的场合,

[80] 关于法律拘束的要求参见 Koch, Über juristisch-dogmatisches Argumentierens im Staatsrecht, in: ders. (Hrsg.), Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S.56ff.

[81] 阿列克西将它表述为这样一个命题:“在法律解释过程中,除语义学解释外,那些表达出受历史上立法者意志约束的解释方法,要优先于其他方法,除非能提出充分而理性的理由说明其他方法应被赋予优先地位。”Alexy (Fn.26), S.305.

[82] Vgl. Koch (Fn.58), S.37.

二是法律文义本身不确定、立法者意思含混乃至相互冲突的场合。

法律拘束的第一个界限在传统法学方法论中即是通过法的续造来填补法律漏洞的问题。<sup>〔83〕</sup> 换个角度看,法的续造的主要工作在于形成并证立一条新的普遍规范以作为演绎模式的出发点。最常见的两种法的续造方法是类推适用与目的性限缩。所谓类推适用,指的是法律对案件类型 T1 规定有法律后果 R,对案件类型 T2 则没有规定,但基于 T1 与 T2 的相似性,将法律后果 R 也适用于 T2。类推的出发点是一条普遍规范  $N_1: (x)(T_1x \rightarrow ORx)$ ,它的结果却是要得出一条新的规范  $N_2: (x)(T_2x \rightarrow ORx)$ 。<sup>〔84〕</sup> 这个新的规范可以作为演绎模式的出发点,而将案件事实涵摄于其下就可以得出具体的法律后果。当然,要判断具体的案件事实是否可以涵摄于新规范的构成要件之下,仍可能需要对构成要件所包含的概念进行语义解释。与此不同,目的性限缩是对于某特定案件类型 T,法律已规定法律效果 R,亦即规定了规范  $N: (x)(Tx \rightarrow ORx)$ ,但在特殊情形 M 时,为避免适用 N 违背或失去其规范目的,而对其附加限制性的条件,将案型 M 排除于 N 的适用范围之外。目的性限缩的结果依然是形成了一条新的规范  $N': (x)(Tx \wedge \neg Mx \rightarrow ORx)$ ,其中  $M \subseteq T$ 。这条新的规范 N' 同样可以作为演绎模式的出发点,对于一个具体的案件事实能否涵摄于新规范的构成要件之下,仍可能需要进行语义解释。<sup>〔85〕</sup> 所以,法的续造与涵摄模式并不相互排斥。尽管法的续造的重点在于通过法官创设出一条并非由实在法所提供的新的普遍规范,但所创设出的规范是否能够适用于特定案件以得出具体的法律后果,依然需要由涵摄来决定。<sup>〔86〕</sup>

法律拘束的第二个界限在于法律概念语义上的不确定性。所谓语义不确定,指的是法律规范的构成要件可以作多种语义解释的情形,主要包括歧义、模糊与评价开放三种情形。<sup>〔87〕</sup> 歧义指的是一个概念与多种不同的意义发生关联的情形。也就是说,这多种意义本身是明晰的,只是在当下情形中应该选择何种意义不确定。如,“本人”一般语境中指的是“我自己”,而在代理法律关系中则指“被代理人”。再如,“Gesetz”在《德国基本法》第 20 条第 3 款中指的是“立法通过的制定法”,而在其他地方既包括形式的制定法(议会通过),也包括实质的制定法(客观上的普遍规则)。模糊指的是一个概念的语义规则无法清晰地界定其外延,以至于无法断定某个特定的个体 a 是否落入了这个概念的外延之内。如果构成要件 T 含有模糊的概念(如“武器”),那么对于某些案件事实 S 是否可被涵摄于 T 之下(“盐酸”是否属于“武器”的外延)就会产生“S 既可能是 T 也可能不是 T”的疑问。而评价开放指的是概念的语义内涵必须通过价值判断才能得以具体化或填补,如“公序良俗”“重大过错”等。这里无法对语义不确定

〔83〕 对此参见拉伦茨,见前注〔50〕,页 249 以下。

〔84〕 也可以说是得出了一条新的规范  $N_3: (x)(T_1x \vee T_2x \rightarrow ORx)$ 。 $N_3$  是由  $N_1$  和  $N_2$  合成的。可见,类推适用其实就是通过将新的构成要件要素以析取的方式添加到原有的构成要件之中,从而将原有规范的法律后果扩张适用至规范的文义所未能涵盖的案件类型上去。

〔85〕 对于目的性限缩之逻辑形式的精确分析及其例证,参见王鹏翔:“目的性限缩之论证结构”,《月旦民商法杂志》2004 年第 4 期,页 17—29。

〔86〕 王鹏翔,见前注〔29〕,页 29。

〔87〕 Vgl. Alexy (Fn.31), S.24f.

问题进行详细探讨,只是要指明的是:对于同一个概念,当法官面临复数以上语义解释的选择时,就存在所谓“语义的裁量余地”(semantischer Spielraum)。语义裁量余地的前提是概念的文义只是提供了多种解释的可能,却无法帮助我们作出选择,故而此时法官已无法仅凭借确认概念意义内涵来排除这种不确定性,而必须依据其他论据来对该概念应具有何种意义作出确证。根据法律拘束的第二个要求,法官应当优先选择能够体现立法者意思或立法目的的语义解释。只是当立法者意思不明或相互冲突时,这种解释方法才面临局限性。此时就会涉及不同目的论与价值观的较量与衡量,必须援引政治哲学与伦理学上的普遍实践论据来作为决定的理由。<sup>[88]</sup>但法律拘束的界限并不等同于涵摄模式的界限。即使法官无法或者不依据法律概念的文义或立法者的意思来决定采取何种语义解释,他依然需要遵循涵摄之演绎模式的论证规则来证立具体的法律后果。无法满足法律拘束的第二个要求只是意味着不能根据法律的文义或立法目的来排除语义的不确定性,但却并不意味这涵摄模式没有用武之地。存在多个可能的解释时,根据什么样的理由来作出选择,这属于外部证成而非内部证成的任务。内部证成关心的只是,当选定某一个语义解释之后,可以且必须通过涵摄模式来推导出具体的法律后果。<sup>[89]</sup>

综上所述,涵摄模式在通常情况下显现着法律拘束的要求(当出发点为实在法规范时),但法律拘束的界限不等同于涵摄模式的界限。<sup>[90]</sup>即便存在法律拘束的两种界限情形,依然可以且必须通过涵摄推导出案件的法律后果。因为涵摄模式并未对论证所使用之前提具有何种性质,乃至外部证成应当采纳何种理由作出规定,而只要求论证必须合乎逻辑、论证必须完备且不得自相矛盾,也即是符合形式正义的要求。就此而言,涵摄模式的论证规则所表达的只是法律论证最低限度的理性要求。但正因为它并不预设任何特定的外部证成理论,反而可以与不同法律论证理论相容。任何忽略或违反涵摄模式的论证都很难被说成是好的或成功的法律论证。<sup>[91]</sup>

## (二)平等对待与法的安定性

除了法律拘束外,涵摄的演绎模式还确保着平等对待与法的安定性。平等对待并不能只呈现为法官心目中的法感,它必须可以被检验和论证,此即所谓“可验证的平等对待”(überprüfbare Gleichbehandlung)。前文关于内部证成之可普遍化要求与完备性要求的叙述已经揭明,涵摄蕴含着可验证之平等对待的要求,在此只对其理由作概括性归纳:<sup>[92]</sup>其一,涵

[88] 在这一意义上,法律论证构成了普遍实践论证的特殊情形。Robert Alexy, “The Special Case Thesis”, 12 *Ratio Juris* 374f, (1999).

[89] 关于含有不确定概念之法律规范的涵摄方式的深入研究,参见 Koch, *Unbestimmte Begriffe und Ermessensermächtigung im Verwaltungsrecht*, 1979.

[90] 两者的差别参见 Koch, *Das Frankfurt Projekt zur juristischen Argumentation: Zur Rehabilitation deduktiven Begründens juristischer Entscheidungen*, in: Hassemer/Kaufmann/Neumann (Hrsg.), *Argumentation und Recht* (ARSP Beiheft 14), 1980, S.59.

[91] 参见王鹏翔,见前注[29],页 32。

[92] 以下参见 Koch/Rüßmann (Fn.9), S.113—114.

摄的演绎模式要求陈述出一条普遍的条件式规范,以划定进一步之论证活动的框架,即使当它明确需要进行补充时。因为即使在这后一种情形中,在原则上无论如何都还是能够确定,进一步论证的方向何在。这一前提确定了得出某个具体法律后果的充分条件,因而也有利于平等对待。其二,涵摄的演绎模式要求表述出连接普遍规范和具体事实描述之落差的额外前提或者说语义解释规则。如果这类前提没有得到表述,那么通常情形下(除了“基本概念”的情形外)人们就不知道,为什么特定的制定法规定可以适用于案件事实,或者不可以适用于案件事实。相应地,一种可验证之平等对待也就得不到保障。因而我们可以明白,为什么我们会费尽心力地来说明,裁量规范、计划性法律(Plangesetz)和基本权利可以作为法律论证的出发点起作用。因为我们借此捍卫了这样的要求,即为了连接这些规范与具体案件事实描述之间的落差,要澄清某些额外的前提,这些前提是可控之平等对待的必要条件。最后,涵摄的演绎模式中前提与结论之间的逻辑推论关系确保了从这些前提中不得推出大相径庭的“推论”。可容许的结论只能是这样的法律后果,当其前提有效(针对普遍规范而言)和为真(针对案件事实而言)时,它就是有效的。换言之,法律论证的前提合起来构成结论的充分条件。而平等对待的要求不外乎说的是:“在特定案件中构成特定裁判之充分条件者,当也在所有其他情形中对同一裁判构成充分条件。”<sup>[93]</sup>因此,陈述出某个法律结果之充分条件的要求允许公民提出平等对待的要求,如果在其情形中同样满足了这些充分条件的话。所以,陈述出某个具体法律后果之充分条件的演绎模式构成了确保平等对待的必要条件。<sup>[94]</sup>

弄明白满足了哪些条件将构成得出具体法律后果的充分条件,这同样是确保法的安定性的前提。法的安定性同样只有借助于涵摄的演绎结构才能获得。<sup>[95]</sup>当然,这并不意味着法的安定性可以在一种绝对的意义上得到确保。一方面,司法裁判总是有可能发生改变,而在特定界限内这种改变总是允许的。另一方面,法官在论证中所运用的往往是只对满足构成要件之充分条件仅作出模糊提示的前提。而要在未来对于这些充分条件要如何进行补充则是保持开放的。但无论如何,演绎模式同样是确保法的安定性的必要条件。

## 五、结 语

法律论证是一种受制于特定的规则与论证形式的说理活动,涵摄就是这些规则与论证形式中的一种。它对于法律论证是具有如此的根本性,以至于它被视为法律人日常作业中操作手艺活的工具(juristisch Handwerkszeug),但却很少被法律实务工作者进行追问和反思。虽然应该承认,追问法律论证的结构属于法理论的任务(这在方法论领域无疑具有基础问题的色

[93] Savigny, Die Rolle der Dogmatik — wissenschaftstheoretisch gesehen, in: Neumann/Rahlf/Savigny (Hrsg.), Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, S.104.

[94] 演绎模式并不构成平等对待的充分条件,因为只有当对被平等对待之案件作实质考量时才能明确它们在什么意义上应当被平等对待,而这一点是形式化的演绎模式本身无法提供的。

[95] Vgl. Rödiger, Logik und Rechtswissenschaft, in: Grimm (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften, 2.Band, 1976, S.56f.

彩),但涵摄模式作为法律论证之基本框架的方法结构,却构成了“法律实践与实践(教义)法学的核心”。〔96〕所以,证明涵摄模式是一种理性且值得追求的论证模式,不仅具有法律理论的意义,同时也兼具法律实践的意义。涵摄模式的怀疑论混淆了法律适用不同视角,也误识这一模式发挥作用的论证层次,因而要么完全否认、要么贬低了涵摄在法律适用中的作用。涵摄模式的决定论固然是错的,但它的价值内核在于点明了司法裁判的一个重要价值追求,即受到权力分立原则确保的法律拘束。涵摄模式通常显现、但有时也会溢出法律拘束的要求之外,它同时也构成了可检验之平等对待原则以及法的安定性原则的必要条件。所以,涵摄绝不仅仅是法律适用的一种技艺,也即在实践中习得、通过经验来改进并借助于机巧性的运用来培养的能力,〔97〕它更是一种承载着法治价值的方法论模式。涵摄不仅因合乎逻辑而符合理性,它同时也是不可替代和值得追求的。

**Abstract:** The subsumption model in legal argumentation has been attacked fiercely in late legal theory. Skepticism on subsumption model argues against this model as a basic model in legal application, since it is said that this model can not summarize the real process of legal application exactly, thus plays no key role in this process, which manifests itself only as a correctness – controlling mechanism with function of “performance” at best. Under the premise of distinction between legal discovery and legal justification on one hand, internal justification and external justification on the other hand, it can be inferred that the subsumption model is a basic model in legal argumentation. Furthermore, it reveals the logical form of internal justification to be precisely. For one thing, the subsumption model represents a rational model of argumentation with a logical structure, i. e., judicial syllogism in simple cases and deductive model in complicated cases. For another thing, this model assumes the requirement of legal constraint on most occasions, and constitutes a necessary condition of equal treatment and legal certainty at the meanwhile. Therefore, subsumption is an irreplaceable methodological model bearing the values of rule of law.

**Key Words:** The Subsumption Model; Internal Justification; Judicial Syllogism; Deduction; Legal Restraint

(责任编辑:许德风)

〔96〕 *Krawietz*, *Juristische Argumentation und Argumentationstheorien auf dem Prüfstand*, in: *Krawietz/Alexy* (Hrsg.), *Metatheorie juristischer Argumentation*, 1983, S.3.

〔97〕 Vgl. *Gröschner*, *Subsumtion – Technik oder Theorie?*, 2014, S.7.