

法律方法文库

陈金钊 主编

# 法治思维及其 法律修辞方法

陈金钊/著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“法律方法理论研究”阶段性成果  
项目编号10JJD820008

法律方法文库

陈金钊 主编

# 法治思维及其 法律修辞方法

陈金钊 / 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治思维及其法律修辞方法 / 陈金钊著. —北京:

法律出版社, 2013. 11

(法律方法文库 / 陈金钊主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5357 - 8

I. ①法… II. ①陈… III. ①法律—思维科学②法律语言学—修辞方法 IV. ①D90 - 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 213926 号



陈金钊 著

责任编辑 周丽君

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 12.25 字数 322 千

版本 2013 年 11 月第 1 版

印次 2013 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5357 - 8

定价:39.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

# 目 录

## 导论:研究法律修辞方法 提升法治思维水平 / 1

- 一、修辞学与法律修辞学 / 2
- 二、法律修辞学是研究法治思维方式的  
综合性学科 / 10
- 三、法治思维与法律修辞方法 / 14

## 第一章 对法治思维的解读 / 21

- 一、什么是法治思维? / 22
  - (一)法治思维的含义与特征 / 24
  - (二)法治方式的思想史解读及其现实意义 / 33
  - (三)法治思维与法治方式的关系 / 36
- 二、重塑法治之法,确定法治思维的前提 / 39
  - (一)法律不确定性命题使根据法律的  
思考无法展开 / 40
  - (二)简洁的司法三段论难以描述法治  
思维的过程 / 44
  - (三)实质法治虽然饱含着美好的理想,  
但却存在背离法治的思维倾向 / 45

(四)绝对依赖形式法治的思维,会导致道德判断力下降 / 47

### 三、在法治战略中构建法治思维 / 49

(一)法治思维包含用法律改造社会的战略 / 50

(二)法治思维需要用法律话语构造意识形态 / 54

(三)用法治方式管理社会,需要提升法律方法的地位 / 56

(四)确立法治思维需要消解政法思维的绝对性 / 57

## 第二章 对法治方式的诠释 / 60

### 一、法治方式的概念及特征 / 61

(一)法治方式是基于法治思维所衍生的行为方式 / 62

(二)法治方式是平和、理性地解决纠纷处理问题的方式 / 66

(三)法治方式的特征与风格 / 68

### 二、法治方式是治国理政的手段 / 74

(一)协调法治方式与改革思维的“对立” / 75

(二)社会转型中的法治方式既是改革的手段也是目标 / 78

(三)法治方式是一种治国理政、解决纠纷的修辞方式 / 81

### 三、法治方式的意义及其难题 / 85

(一)法治方式对社会长期稳定和谐有重大意义 / 86

(二)用法治方式可以带来公平的社会,从而减少矛盾与冲突 / 89

(三)法治方式可以保证经济的可持续发展 / 91

(四)法治方式在技术或方法上的难题 / 92

(五)高尚道德以及其他实质法治的风险 / 94

## 第三章 法治思维和法治方式的意蕴 / 98

### 一、法治思维和法治方式的政治意义 / 99

(一)用法治方式约束、规范政治行为 / 100

(二)法治思维代替政法思维,实现政治意识形态的转变 / 101

(三)提升法治思维水平转变决策方式 / 104

### 二、法治思维和法治方式的社会功能 / 105

- (一) 法治思维和法治方式意味着法律话语权的张扬 / 106
- (二) 法治思维应变为日常思维 / 109
- (三) 法治思维与法治方式的运用, 意味着文明管理的开始 / 111

### 三、法治思维和法治方式的方法论途径 / 113

- (一) 改变权势思维重视法律修辞方法 / 113
- (二) 需要尊重法律规则和程序, 掌握理解、解释和运用法律的方法 / 116
- (三) 在社会转型中, 价值衡量与法律论证方法将凸显出新的活力 / 117

## 第四章 用法治思维抑制权力的傲慢 / 120

### 一、法治思维的根本是限制权力的任意行使 / 121

- (一) 现代法治的核心意义是限制权力 / 123
- (二) 法治思维思想根基是法治理想主义 / 126
- (三) 法治思维的形式特征是根据法律的思考 / 130

### 二、法治思维是用权利话语替代权力修辞的绝对性 / 135

- (一) 无所不在、无孔不入的权力修辞 / 136
- (二) 以权利为导向建构法治思维的路径 / 139
- (三) 把法律作为修辞构建法治思维模式 / 142

### 三、用法治思维抑制权力的傲慢, 让权力回归谦逊 / 145

- (一) 权力的傲慢是法治的“敌人” / 146
- (二) 抑制权力的傲慢就要强调形式法治的积极作用 / 150
- (三) 尊重法治的权威让权力回归谦逊 / 153

## 第五章 法治思维的形成: 权力修辞向法律话语的转变 / 159

### 一、权力修辞的特征与危害 / 160

- (一) 由于权力气场的作用, 权力修辞常常缺乏讲理氛围 / 161
- (二) 权力修辞随时都可以毁坏法治 / 163
- (三) 权力修辞主导的思维定式是对自由、民主的摧残 / 165

二、权力修辞向法律话语转变的必要性 / 167

(一) 法律话语的特质 / 167

(二) 法律话语的意义 / 170

(三) 权力修辞转向法律话语的必要性 / 172

三、如何实现权力修辞向法律话语的转变 / 176

(一) 把法律作为修辞,以法律话语主导场效应 / 177

(二) 充分利用权力行使中的那些接近法治的规则 / 179

(三) 借助权利话语,平衡权力的张扬 / 181

第六章 法治之法与法治思维的前提确定 / 186

一、由法律的不确定所引发的法治不可能性 / 187

(一) 对法治之法是什么的追问所导出的法治不可能性 / 188

(二) 法律客观性的失落导致法律决断论受挫 / 190

(三) 法律的不确定性导致法律权威的失落 / 194

二、重塑法治之法,探寻法律的确定意义 / 197

(一) 理性对待法治的不可能性理论 / 198

(二) 在尊重制定法权威的基础上开放法治之法 / 202

(三) 尊重一般法律的稳定性,塑造具体的法治之法 / 204

三、通过方法修复法治思维的前提之殇 / 207

(一) 法律方法论的划界对法治实现的意义 / 208

(二) 把逻辑规则视为法律的组成部分,在推理中实现法治 / 212

(三) 强化法律规范的权威,在解释中限权 / 216

(四) 把法律作为修辞,改造思维方式 / 219

第七章 把法律作为修辞及其法律修辞 / 223

一、“把法律作为修辞”的问题意识 / 224

(一) 把法律作为修辞打破思维中的法律沉默 / 225

(二) 把法律作为修辞,摆脱对逻辑的过度依赖 / 228

(三) 把法律作为修辞,为碎片化的法律寻找出路 / 231

二、法律修辞方法及其法学理论的解放 / 233

三、为什么要把法律作为修辞? / 238

四、把法律作为修辞的意义 / 243

(一)把法律作为修辞,争夺法律话语权 / 245

(二)把法律作为修辞,增强法律的说服力 / 251

(三)把法律作为修辞,提升裁判讲法的艺术 / 259

(四)把法律作为修辞,实现司法公正 / 268

## 第八章 法律修辞及其法律话语权 / 278

一、法律修辞的含义 / 279

(一)法律修辞的分类 / 280

(二)法律修辞不仅仅是语言装饰 / 283

(三)法律修辞需要根据法律选择 / 287

(四)强调法律修辞的运用是“法治反对解释”立场的继续 / 290

(五)法律修辞是从方法论的角度挖掘法律的功能 / 292

(六)法律修辞是人的主体性的发挥 / 293

二、法律修辞的场景及其意义 / 294

(一)法律修辞是对法律问题的论证和论辩 / 295

(二)法律修辞是综合运用法律方法 / 297

(三)用法律修辞完善现代法律文化 / 299

三、如何运用法律修辞? / 301

四、法律修辞的弊端及其克服 / 305

(一)如果不限制法律修辞的使用会危及法律的既判力原则 / 305

(二)法律修辞的提升可能导致道德言辞的式微 / 307

(三)法律修辞会导致权力重心的失落 / 309

(四)把法律作为修辞几乎是法学家难以企及的梦想 / 310

## 第九章 把法律作为修辞,我要给你讲法治 / 314

一、法治的错位 / 315



## 二、为什么要讲法治? / 323

(一)讲法治就是讲长远的政治:法治建设需要法治意识形态 / 324

(二)法治是有限化解社会矛盾的方法 / 326

(三)建立在政治觉悟基础上的政治言辞效果不佳 / 330

## 三、如何讲法治? / 332

(一)塑造法治思维削弱革命情绪 / 333

(二)按照法治的内在特质讲法治 / 337

(三)讲法治的表达方式是把法律作为修辞 / 345

## 第十章 解决“疑难”案件的法律修辞方法 / 351

### 一、交通肇事连环案及其所引发的研究价值 / 353

### 二、法治观念的缺失及修辞技巧的匮乏 / 365

(一)交警的调解引导显现出法治观念的缺失 / 365

(二)在法律思维过程中,只注意法律推理,缺少法律修辞  
主导的谋篇布局 / 367

(三)对法律思维的复杂性认识不足 / 370

### 三、法律修辞方法在疑难案件中的功能 / 372

(一)法律修辞方法可以开阔法律人的视野,增强法律判断  
的可接受性 / 373

(二)用法律修辞方法可以解决部分疑难案件 / 376

(三)法律修辞方法可以协调其他方法的封闭性和过度开  
放性 / 379

## 导论：研究法律修辞方法 提升法治思维水平

对于修辞行为人们褒贬不一。有些人认为修辞是语言的滥用,并由此推断出对法律的修辞性运用,可能会强化法律语言的模糊性,增加论辩的诡辩性,减损法律操作的便利性。甚至有人认为,法律是一种关于行为规范朴实的表达,因而在追寻法律意义的思维活动中,过度使用修辞是对法律的戏弄。原本已经很概括、抽象,甚至在一定意义上模糊的法律规范,如果再加上修辞的运用,司法、执法的真相可能被掩盖,更多不公平的判断也会出现。由于对过度使用修辞所造成的误解,致使修辞成了贬义词。从更大的范围看,有些人之所以厌恶政治,就是因为政治家使用模糊的修辞进行欺骗。然而,这只是修辞作用的消极方面,其实修辞还具有更多的积极作用。研究法律修辞不仅要抑制它的消极作用,更主要的是要发挥它的积极作用。从广义修辞学的角度看,修辞是一种独特的思维方式,不仅仅是指遣词造句,主要是指语词使用过程中的谋篇布局。传统的修辞学是由亚里士多德定义的,他认为修辞可以被定义为在

任何主题中发现的、所有可能用于说服的手段和能力,是与说服手段相连接的思维方式。当代修辞学的含义被认为是研究语言的形式科学,尤其是研究文学和诗歌载体中基于语词的比喻和转喻的学科。<sup>[1]</sup>从法学的角度看,法律修辞是一种独特的法律思维方式。无论立法者多么强调法律语言的朴实性,也不管法学家采用什么样的方法试图摆脱修辞的使用,但司法者和执法者都不能抛开修辞来叙说案件。即使是像我国的检察官和法官那样,尽其所能惜墨如金地在起诉书和判决书中使用言辞,一些简练的法律修辞还是不可缺少的。这就意味着,我们必须研究修辞,以便恰当地表达和防止修辞的滥用。在法律思维过程中,法律修辞的运用在一定程度上还意味着摆脱对逻辑推理的过度依赖。

### 一、修辞学与法律修辞学

“修辞学诞生于社会实践,它主要的研究对象是与涉及的实质性问题 and 听众不可分割的,用于说服的法律论辩。所以在这种情况下,它的对象对它而言是外部的,它的方法(技巧)是功能性的,它的结果是对话实践的分析和整理,它被视为实践而不是真理(静止)。”<sup>[2]</sup>法律修辞学的主要功能在于说服。说服有多种方式,对于懂得逻辑的人来说,逻辑推理和论证有很强的说服力,但是,逻辑的功能不仅本身存在着局限,而且对那些不那么讲逻辑的人来说,其功能发挥的范围是有限的。并且,“相对于语法和形式逻辑来说,修辞是一种语言冒险,逻辑和语法是一种社会契约,修辞则是个人化的创造大于社会化的契约。”<sup>[3]</sup>在法律运用过程中,逻辑规则的运用一直是对思维的限制。但是,在法律解释过程中,创造性不可避免。法律思维中的创造是以修辞为突破口的。法律思维过程中的创造性,不是不讲法律与正义,

---

[1] 参见[美]彼得·古德里奇:《法律话语》,赵洪芳、毛凤凡译,法律出版社2007年版,第84页。

[2] [美]彼得·古德里奇:《法律话语》,赵洪芳、毛凤凡译,法律出版社2007年版,第92页。

[3] 谭学纯、朱玲:《广义修辞学》,安徽教育出版社2009年版,第30~31页。

所谓的创造性的理解也必须是正当性的理解。这就需要恰当的修辞。虽然法律修辞学以外的其他学科也追求正当性的判断,然而,它们不是通过改善语言的使用来达到这个目标。虽然说服是一个情理交加的过程,动之以情晓之以理是其基本的方法,但是从根本上说,言说的正当性是说服的前提。修辞学作为研究说服的手段,必然依赖于交际的观念,同时将心比心式的心理转换是其必经的途径。说服过程既依赖于信息的呈现,也依赖于信息的接收。但这类语义传输的方法极其复杂。对修辞学家来说,这个问题的解决存在于具体的场景之中。<sup>[1]</sup>“特定修辞手段的说服功能以及他们与听众或谈话对象特征的相称性,形成了古典研究的对象。”<sup>[2]</sup>法律修辞学在一定意义上起源于法律论辩或法律论证。考夫曼把修辞学视为论证理论的特别形式。<sup>[3]</sup>在法律方法论体系中,与法律修辞学联结最为密切的是法律论辩和论证方法。建立在新修辞学理论基础之上的法律论辩和论证理论,打开了传统法律思维的封闭性。把一般性的法律规定和案件的语境因素以及一般正义和个别正义放到了同等重要的位置,而不是仅强调个别服从一般。法律论辩和论证方法,由于释放了个别正义和情境因素的能量,从而使法律人有了无可限量的能力发挥,在一定意义上促动了能动司法,因而引起了法学界的普遍关注以及形式法治论者的警惕。但就目前来说,我国法学界对修辞论辩的方法的吸收缺乏足够的警惕。这有两个方面的原因:一是我国的整体性文化传统能比较自然地接受就事论事的具体问题具体分析的情景论;二是人们对这种来自西方的最前卫方法研究不够成熟所致。我们还不是很清楚,当封闭的法律之门被打开以后,对法治可能产生的风险。西方法学张扬法律论辩

---

[1] 参见[美]彼得·古德里奇:《法律话语》,赵洪芳、毛凤凡译,法律出版社2007年版,第88页。

[2] [美]彼得·古德里奇:《法律话语》,赵洪芳、毛凤凡译,法律出版社2007年版,第86页。

[3] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,(台)五南图书出版公司2001年版,第47页。

与修辞,问题意识之一是在严格法治阶段他们过度地使用了形式逻辑规则,以至于丰富多彩的生活都被穿上了逻辑规则的“小鞋”,削足适履成了与形式法治相匹配的思维方式。我们没有注意到,中国文化缺乏对形式逻辑思维规则的起码尊重。

在欧洲思想史尤其是法律思想史上,修辞学经历了长时间的寂寞,直到20世纪60年代以后新修辞学在欧洲得以复兴。然而,这种复兴实际上是指在研究领域中的复兴。在实践场景中,即使面对逻辑规则的打压,西方人对修辞的技巧和运用始终没有停滞。在法律界对修辞的过度压抑也产生了一些负面影响。由于在法律思维中过度张扬了逻辑规则的作用,以至于产生了对法治思维形式的反思,不是逻辑学家的霍姆斯喊出了“法律不是逻辑”的惊人之语。在这种情况下,弘扬法律修辞方法,代表了对理性、逻辑绝对性的反思或冲击。尽管在严格法治时代,有些人常常表达对过度修辞的不满,但西方社会对修辞的技巧一直很重视,律师的论辩技巧中,修辞的运用非常普遍。这不仅在法律领域,即使在政治领域修辞的运用也十分发达。这与西方特有的法治和政治制度环境是相适应的,社会发展需要恰当的修辞。当然,这并不意味着修辞学在西方有很好的名声,过度修辞已经使修辞学声名狼藉。比如,杰里米·边沁在其早期著作《捏造理论》和《谬误》著作,“有力地抨击了潜伏于法律谎言和条文主义抽象中隐藏的意象,并且对潜伏于修辞手段之后的逻辑谬误表现出强烈的憎恶”。<sup>[1]</sup> 尽管从修辞学科发展的角度看,有些人认为这一学科被湮没了两千年。然而在公开选举制度的促动下,雄辩的力量使“辞而优则士”;对抗式的审判也使得欧美的法律人都必须掌握雄辩的技能。修辞实践在西方没有真正意义上的停滞。

作为一个学科的发展,修辞学只是近些年“巧遇”复兴才成为“显学”,其契机是佩雷尔曼所倡导的所谓的新修辞学。新修辞学的核心

---

[1] [美]彼得·古德里奇:《法律话语》,赵洪芳、毛凤凡译,法律出版社2007年版,第82页。

观点是,在任何地方都不可能中立地言说,人的价值倾向总是要通过情绪的词语表达出来,以达到被人接受的结局。近些年来,法律修辞学在西方世界发展得很快,它主要在于揭示修辞在法律语言、法律生活中的特点与功能,以有效地、方便地方式促成人们的法律交往活动。法律与修辞学的联姻是因为法学要借助修辞这种特殊的论辩、论证方法,把法律和道理讲得更清楚,使已有的法律道理更加令人信服,而不是在于鼓励狡辩。法律修辞学所倡导的论辩、论证方法,突出了情景思维的修辞特征和论题学观念,体现了表达法律问题的策略性安排,因而成了各种具体的法律方法中发展最快的理论学说。法律论辩、论证理论与修辞学的复兴有直接的关系。

除此之外,我们还可以看到,在法律方法论体系中法律修辞学具有比较真实地展现了法律实践的特征,有利于破除法律理论与实践脱节的问题。法律修辞是具有启示和实战意义的一种法律操作方法。它可以从动态的视角了解法律解释的使用并用于解决疑难问题。法律修辞虽然存在这样或那样的缺陷,但是如果运用得当就会是一种很好的证明方式、说服的艺术,同时也是一种区别于纯粹科学的态度。“不严格地讲,语言的修辞用法被视为通过象征或比喻的手段,使本性倾向于对抗和冲突的社会力量和制度力量相互合作和协调。也就是说,法律修辞是一个精巧复杂的、杰出人物语言代码或语言变体。法律语言常常不可理解的事实在理论上应该使理论家们注意同时具有交际和非交际功能、精确性和不可理解性的代码的社会语言特征。”〔1〕通过修辞学进行法律论辩,实际上是论辩双方的相互说服的过程。每一方不仅是言说者而且也是听众,修辞是在言者与听众之间架起的桥梁。听众的存在使相互竞争的言者,难以超越合乎理性和情理的辩论边界。

理想的论辩情境,是具有共同知识背景者之间进行的论辩,听众的专业知识可以防止言者滥用修辞学方法发表谬论,同时也可以保证

---

〔1〕 [美]彼得·古德里奇:《法律话语》,赵洪芳、毛凤凡译,法律出版社2007年版,第83页。

论辩的理性化。法律修辞学就是法律人运用法律专业知识和语言进行说理和论证的方法。它一方面为法律人进行适当的价值判断提供了一条通道;另一方面又通过对听众观点的关注和相互说服的方式限制了价值判断的恣意性。法律人运用法律修辞学方法进行说理和论证,获得法律决定的合法性与正当性,从而得出有说服力的、可接受的结论,最终实现法律问题的圆满解决。所以如何将法律实践领域中的价值判断引入理性规制范围的问题,在法律修辞学这里被一定程度地解决了。<sup>[1]</sup>实际上,法律修辞的运用在任何情况下都不能是中立的言说,都带有个人的价值偏好。修辞是工具,谁都可以用,但我们追求的是一种让真理听起来更像真理的效果。图尔敏说过,在法律中,任何案件的修辞(有说服力的表达)都不能代替相关论证和逻辑的理性力量。在司法过程中,判断形成既是理性的也是修辞的。<sup>[2]</sup>只不过法律规则缩小了修辞的领域,而这正是法律规则的优点之一,显示了法律对思维的约束力。面对明晰的法律以及刚性规则,那些有雄辩天才的辩护律师有时候也必须保持沉默。这是法律修辞与其他言语方式不同的地方。

法律修辞具有维护法治和毁灭法治的两面性功能。修辞对法治的危害很多人已经进行了描述,但修辞对法治的正面作用我们却论述很少。实际上,恰当地运用修辞表述也是获得判断合理性的方法。修辞学原本和法理学没有太大的关系,但由于法学本身的实用性特征迫使法理学也不能光谈论高雅的法律哲学问题,它必须关注法学理论的运用,这使法理学也在一定意义上具有了讲法说理的工具属性。而讲理说法就必须和案件结合,必须结合当事人接受能力来谈论法律与法理。在法律运用过程中,人们自觉与不自觉地吧法理学与修辞学结合起来。尤其是研究法律论证方法的法理学更是躲不开修辞学的渗透。

---

[1] 刘兵:“法律修辞学的旨趣和意义”,载 <http://www.legaltheory.com.cn/asp/info.asp?id=12095>,2013年7月3日访问。

[2] 参见[美]理查德·A.波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社2001年版,第586页。

“修辞学和法理学的结合创造了许多分析的可能性，这一观点并无多大原创性但近来才开始普及。”〔1〕形式主义的法理学“在很久以前就放弃了对法律解释的实质性研究，在它仍记得法律解释的语言形式范围内，就法律意义的确定的逻辑而言，通常用系统功能而不是交际功能来描述它。也就是说，法理学范围内占主导地位的倾向是形式主义者将逻辑哲学范畴应用于法律的语言学产生中，目的是将新诞生法律裁决规范插入系统规范的辩护框架的无效和安全中。”〔2〕然而任何纯粹的法理学也不能光讲空洞的逻辑或理论，它必须和现实结合起来，把经验的成分和语言学的、修辞学的手段用于叙述各种各样的法律故事。所以，现在我们仍然能够看到在具体案件中的法律修辞所隐含的政治和道德诉求。但对法律修辞学来说，人们更多的是对合理性表达的诉求。

修辞学的研究本来离形式化、抽象化最远，其内容更多的是研究具体场景中语言运用和说服的技巧，但现在人们也开始做一些形式化的努力了。各种被称为实质推理的规则也开始在复兴修辞学的旗帜下，出现了一些带有规范性的原则。古典修辞学重在修辞术进行研究，重在选择使用什么样的语词进行说服，而现代修辞学则重在论证基础上的说服，强调语词使用与逻辑的关系。修辞有三个层面的功能：一是清理整饰作为话语建构方式；二是美丽文章作为文本建构方式；三是美好形象参与人的精神建构。〔3〕在新修辞学的基础上出现了法律修辞学。“法律修辞学是一个实践学科，它关心的是从法律适用时对创造性自由空间的理解中抽出结论。”〔4〕在填补法律空间与

〔1〕 [美]彼得·古德里奇：《法律话语》，赵洪芳、毛凤凡译，法律出版社2007年版，第82页。

〔2〕 [美]彼得·古德里奇：《法律话语》，赵洪芳、毛凤凡译，法律出版社2007年版，第84页。

〔3〕 参见谭学纯、朱玲：《广义修辞学》，安徽教育出版社2009年版，第20页。

〔4〕 [德]考夫曼、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，第309页。



自由创造的问题上,法律解释学作出了很多的贡献,然而法律解释仍然是由法律作为限制的思维过程,修辞在法律解释中是被审慎使用的。法律人的创造空间不能超越法律文本的射程范围。我们看到,尽管法律修辞在用于解释法律的时候表现出了很大的灵活性,使人感觉到法律修辞似乎是“没理搅三分”的艺术。然而,法律解释是带很多框框的规范性思维,根据法律的解释是其最根本的特征。这些规范性多少会使修辞的运用者需要反复推敲他们的用词,需要在论证的基础上整饬自己的表达,以便增大解释的合法性以及合理性。不可否认的是,在法律修辞中法律与情感结合的机遇也部分地出现了。

借助法律修辞学,法律解释获得了更大的表达空间。“最近,集合论点的,亦即修辞学的法理学,试图恢复古老传统,发展出一‘怀疑’程序,而提出‘立法论’,而使人们在‘开放的体系下’找到定位。”〔1〕法律因素和法律外因素在法律论辩、论证中被放到了同等重要的位置,法律涵摄理论的至高无上性受到了质疑。人们发现,根据法律思维的逻辑推理只能解决对错的问题,即思维的合法性问题,但解决不了正当性或恰当性的问题。为解决判断的正当性、恰当性问题,一些非形式逻辑的方法被安放在法律方法论系统中。“非形式逻辑并不是由哲学家能够独自发展的一个领域。从其他学科比如认知心理学吸取养料不仅是有用的,而且是必要的。修辞学和语言交际领域是最有用的‘其他学科’。”〔2〕修辞原本是一个狭窄的语言表达技巧,但新修辞学把它和逻辑结合起来,从而拥有了更多的说理成分。遣词造句反而被放到了一边,论证的吸引力在于它能使讲法说理更加清楚,因而司法过程成了充分展示其功能的地方。法律与修辞学走到一起,完全是因为新修辞学重视论辩中的论证,而法治要求司法决断必须进行有理有节的论证,以达到讲理说法、胜败皆服的结果。尽管

---

〔1〕 [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,(台)五南图书出版公司2001年版,第37页。

〔2〕 武宏志、张海燕:“论非形式逻辑的特性”,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第8卷),山东人民出版社2009年版,第18页。