

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第11卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社

法律方法

(第11卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律方法.第11卷/陈金钊,谢晖主编. — 济南:山东人民出版社,2011.5

ISBN 978-7-209-05733-2

I. ①法... II. ①陈...②谢... III. ①法律-文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 066728 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

法律方法(第11卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 16 开 (180mm×255mm)

印 张 25.75

字 数 560 千字 插页 2

版 次 2011 年 5 月第 1 版

印 次 2011 年 5 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05733-2

定 价 52.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

CSSCI 来源集刊

为适应我国信息化建设，扩大本刊及作者知识信息交流渠道，本刊已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时向本刊声明，本刊将做适当处理。

目 录

法律修辞

- 作为修辞之法律,作为法律之修辞:文化和社群生活之艺术
 [美]詹姆斯·博伊德·怀特 著 程朝阳 译(1)
- 判决中的修辞方法及其反思
 ——以“李庄案”为例 厉尽国(15)
- 法言法语的修辞功能
 ——基于司法立场的考察 孙光宁(24)
- 论修辞论证的适用场景 武 飞(31)
- 论题与体系之争:法律思维属性辨析 戴津伟(39)
- 论法官的修辞 张云秀(49)

司法能动与克制

- 司法积极主义的起源和当代含义 [美]肯恩·凯密克 著 范进学 译(58)
- 司法积极主义的意蕴探寻 冯 静(80)
- 司法能动主义和我国的能动司法 李 辉(89)
- 司法判决追求社会效果的忧思
 ——基于法律方法论的视角 李 亮(100)

法律方法论

- 法律科学方法论概要 [德]康特罗维茨 [美]帕特森 著 清 灵 译(108)
- 是“正确答案”,还是“唯一正解”? 张 帆(124)
- 法律的概念与法律的解释 马得华(134)
- 从法律本质到法律理解的本质:融贯真理观的必要性 侯学勇 郑宏雁(147)

传统法律解释的现代转化

- 从乾隆朝“驳案”切入 王志希(157)

几种司法方法的经济解释

- 一个信息费用的视角 张伟强(169)

裁判方法论

疑难案件中法官自由裁量权的限度及运用

- 以金融及商事审判实务为例 张文婷 史广龙(180)

论法益考量在刑法目的解释中的运用

- 围绕最高人民法院公报案例的叙说 伍玉联 晏楚兴(190)

法官的说理难题:如何确保判决具有正当性? 林园合(203)

法官依法判案的困惑及应对 刘成安(215)

对少数人自决权的宪法解释

- 评加拿大最高法院就魁北克分离事件的宪法裁决方法 耿 焰(228)

部门法方法论

罪刑该当:从原则到方法的嬗变 刘 军 刘丹枫(239)

论刑事判决说理的方法与准则 温登平(248)

商法强制性规范的法律解释方法 张 强(260)

WTO 协议解释制度重构的若干思考

- 以维护发展中国家成员的利益为视角 姜作利(268)

美国反托拉斯法合理规则的源起

- 以 19 世纪下半叶州判例法为中心的考察 陈 兵(279)

2010 年度部门法方法论研究报告 焦宝乾(293)

博(硕)士生论坛

结果导向的司法裁决思维之研究 张文臻(305)

法律方法进入我国司法实践的一种宏观反思

- 现状、局限及对策 李运杨 尹艳丹(315)

法律原则的适用方式:类型化之研究

- 以比例原则为例 李 鑫(327)

当代中国法律渊源理论研究重述 彭中礼(336)

刑罚权的边界与刑法解释	薛静丽(347)
法律发现:方法抑或过程	张志文(355)
裁判解释权初探	贾 丽(364)

书 评

法律实践的技能及其养成

——《法律方法与法律推理》评介	李桂林(372)
-----------------------	----------

法律论证的理性力量

——《法律论证:思维与方法》评介	武宏志(379)
------------------------	----------

基本权利、原则与原则权衡

——读阿列克西《基本权利论》	雷 磊(389)
----------------------	----------

宪法解释中的政治因素

——浅析芦部信喜《宪法》中的解释技艺	张金晓 王理万(397)
--------------------------	--------------

CONTENT

Rhetoric in Law

Law as Rhetoric, Rhetoric as Law	James Boyd White(1)
Reflection on rhetoric method used in judicial decision	Li jin guo(15)
On rhetorical function of law language from judicial perspective	Sun guang ning(24)
On situation used in rhetorical argument	Wu fei(31)
Debate on topical or systematic thinking	Dai jin wei(39)
On judge's rhetoric	Zhang yun xiu(49)

Judicial Activism and Restraint

The origin and current meaning of "judicial activism"	Keenan D. Kmiec(58)
Debate on the meaning of judicial activism	Feng jing(80)
Judicial activism and Chinese active judiciary	Li hui(89)
Rethinking on social effects pursuit by judicial decision	Li liang(100)

Theory of Legal Methods

Legal Science – A Summary of Its Methodology	Herman(108)
U. Kantorowicz and Edwin W. Patterson	
“The right answer” or “the only right answer”	Zhang fan(124)
The concept of law and its interpretation	Ma de hua(134)
From essence of law to essence of law understanding	
.....	Hou xue yong, Zheng hong yan(147)
On modern transformation of traditional legal interpretation	Wang zhi xi(157)
Economical analysis of some judicial methods	Zhang wei qiang(169)

Judicial Methods

Judicial discretion use in hard cases and its scope	Zhang wen ting, Shi guang long(180)
---	-------------------------------------

On legal interests consideration used in criminal purpose interpretation	Wu yu lian, Yan chu xing(190)
Judges' dilemma: how to ensure the legitimacy of judicial decisions?	Lin yuan he(203)
Judges' dilemma in decision according to law and its treatment	Liu cheng an(215)
On constitutional interpretation on minor power of determination	Geng yan(228)

Legal Methods in Branch law

Deservedness of crime and punishment: from principle to method	Liu jun, Liu dan feng(239)
Argument methods and rules used in criminal decisions	Wen deng ping(248)
On interpretive method used in compulsory norms of commercial law	Zhang qiang(260)
On system of interpretation of the WTO agreement	Jiang zuo li(268)
On origin of American rule of reason in trust law	Chen bing(279)
Academic report of legal methodology in branch law in 2010	Jiao bao qian(293)

Youth Forum

Study on results – oriented thinking in judicial decision	Zhang wen zhen(305)
Reflection on legal methods using in Chinese judicial practices	Li yun yang, Yin yan dan(315)
Type: a kind of application manner of legal principles	Li xin(327)
Restatement on Chinese theory of law sources	Peng zhong li(336)
Penal power's scope and criminal law interpretation	Xue jing li(347)
Law finding: a king of method or process	Zhang zhi wen(355)
On judicial interpretation power	Jia li(364)

Book Review

The skill of legal practices and its training	Li gui lin(372)
Rational forces of legal argument	Wu hong zhi(379)
Constitutional rights, principles and its balance	Lei lei(389)
Political consideration in constitution interpretation	Zhang jin xiao, Wang li wan(397)

作为修辞之法律,作为法律之修辞: 文化和社群生活之艺术*

[美]詹姆斯·博伊德·怀特**著 程朝阳***译

在本文中,我将提出这样一个观点:当法律被看作是修辞学的一个分支,而不是像大学教师和哲学家们那样通常视法律为一种规则体系时,法律才至为有用;当包含法律属类的这种修辞学被看作是社群和文化赖以建立、维持和转化的核心艺术,而不是像通常那样被视为一种衰亡的科学或是一种不光彩的说服艺术时,这种修辞学才至为有用。如此看来,修辞本与法律共存续,二者都视正义为其最终目的。

我的意思并非是说只有这些才是理解法律或修辞的方式。世界上总会有地方研究制度或政策,研究不同种类的说服策略,分析数据模型及分配效应。但是我想如果人们承认这样一些活动也属于修辞范畴的话,则所有这些活动自身的开展及所获得的批评都将变得更加易于理解。至于法律和修辞本身,我认为用如上建议的方式去看待它们,即用一种更加接近于完整的方式,尤其是从说话人个人、听话人个人和法官个人的视角出发去理解它们。

—

让我们先从视法律为修辞学的一个分支之观念开始。你可能会问,谁曾会以为法律是其他的什么东西呢?古代修辞学家高尔吉亚(见柏拉图的同名对话录)曾将修辞定义为:

* 原文标题为 Law as Rhetoric, Rhetoric as Law: The Arts of Cultural and Communal Life,载《芝加哥大学法律评论》1985年第52期。本文系译者参与2010年度国家社科基金项目“法律修辞学的理论与应用研究”(批准号:10BFX007)的阶段性成果。

** 詹姆斯·博伊德·怀特(James Boyd White),密歇根大学(University of Michigan)法学教授、英语语言与文学教授。我非常感谢 Alton Becker, Lee Bollinger, Stanley Fish, Bruce Gronbeck, L. H. LaRue, Richard Lempert, Sallyanne Payton, Terrance Sandalow, Frederick Schauer, Stephen Shiffrin, Philip Soper, Cass Sunstein, Joseph Vining 以及 Christina Whitman 等人所作的有益指点。这篇文章是我即将出版的《赫尔克里斯之弓:法律的修辞学和诗学文集》(Heracles' Bow: Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law)一书中的一章。

*** 程朝阳,湖北黄冈人,烟台大学法学院副教授,法学博士。主要研究方向:法律语言与逻辑。

在城邦的公共场所就正义和非正义问题说服人民之技艺,^[1]一个人几乎想象不出还有一个有关律师技艺的表述会比这一定义更加简明扼要。现代法学院在某种意义上就是传授那些关于正义的说服技艺之学院,这些说服技艺是我们法律文化中独特而又尤为有效的部分。修辞学者对委托人所托付事业的忠诚,在古代世界和现代世界都给她带来了严重的(和相似的)智识诚实和个人诚信问题。法律从未被视为一种修辞,这是什么原因呢?

我想,答案在于以下一老一新两大传统。我可以将它们归纳如下:较古老的(最早是犹太人的和基督教的)传统把法律看作是一套主权者的命令,其应该受到尊重之地位部分源自于它们的古老,部分源于其与自然法和神法相一致。从这一观点看,法律不是修辞,是权威;较新近的传统是制度社会学的传统,其目标是尽可能地从“价值无涉”的社会科学观出发,去描述和分析不同社会制度的结构和功能。这些制度当然可能具有某种其自身文化内部的政治权威,但是在正常情况下这些制度不像法律曾经的那样,被看作是真正的道德权威之渊源。随着第一个传统在多数西欧(而非伊斯兰)国家的明显消亡,我们仅剩下第二个传统了,并因此倾向于将法律看作是由制度性地予以建构和管理之规则构成的体系。事实上,正如这一观念在实际生活中所表现的那样,它导致了一种实质上的中立(或空洞),使得人们很自然地再次看到现代法律与古代修辞之间的某种联系,并面对——如柏拉图在《高尔吉亚》中所做的那样——这样一个大问题:在一个一如我们的世界和柏拉图的世界那样充满相对性、对抗性、竞争性和不确定性的世界里,谈论正义可能会意味着什么呢?

结果是,当前在人们(至少在大学教师那里)谈及法律时,法律仿佛就是一个由若干具有不同程度确定性之规则,或规则和原则组成的统一体,对受过训练的阅读者而言,这些规则和原则多多少少是完全可以理解的。在这一意义上,法律被对象化和结构化了。“法律是什么?”这一问题经由界定法律规则是什么,或经由分析各种具有法律性质的规则而得到回答。法律也因此被抽象化和概念化了:哈特的法理学重要著作在当时恰当地被命名为《法律的概念》。^[2]从这一观点出发对法律所作的复杂分析,区分了各种各样的法律规则,区分了不同的法律规则集合或子集合:认为实体规则不同于程序规则或救济规则,或者第一性规则不同于第二性规则,或者法律规则不同于更一般性的原则。

这种关于法律和法律科学的思想适合并可能源自于将我们的公共政治世界看作是由一整套官僚政治实体组成这一现代观念。这一套官僚政治实体,用韦伯的话来说就是一套依据目的一手段理性运作的理性化制度。这些制度有自己的目的或目标,当这些制度被体系化并得到不同程度的良好管理时,它们即在不同程度上完美地实现了这些目的或目标。

就这样,政府(法律是其中的一部分),事实上包括整个官僚制度在内,无论是私人的还是公共的,常常被看成是作用于外部世界的一部机器,尤其是在律师、管理者和其他政策

[1] 柏拉图:《高尔吉亚》,第452e,452b。进一步的讨论,可参见我的文章《论辩论伦理学:柏拉图的〈高尔吉亚〉和现代律师》(The Ethics of Argument: Plato's Gorgias and the Modern Lawyer),载《芝加哥大学法律评论》1983年,第50期,第849页。

[2] 哈特:《法律的概念》(1961年)。

制定者眼中更是如此。这种看法自然将外部世界变成这一机器作用的对象。政界之外的人类行动者在一系列的刺激或压抑之下被迫成为被操纵的对象。位于法律—官僚政治机构内部的行动者不是变成了“意志的服务器”(will-servers)(其义务是服从上级官员的意志),就是变成了“选择的作出者”(choice-makers)(其处在上级官员的位置上,负责作出选择,通常是那些影响他人生活的、所谓的“政策选择”)。那些选择本身也同样被对象化了:那些选择对象脱离了经验之流变和生活之情境,以致它们可以用官僚政治—法律的模式予以谈论,也使得该制度被看成是一种可用短期目标予以衡量的东西(特别是被看成是某种可用物质手段予以衡量的东西)和一种可以计算的思维过程。因此,一如我们通常所想象的那样,成本—收益分析的前提跟官僚政治融为一体,凡是不能用这些官僚政治的方式谈论的东西都不被谈及。当然,所有的话语体系都有自己的领地和边界,以及排除和包括之原则。但是,这种官僚政治性谈话对它所排除的、没有论及的东西大多是不自觉的,它所看到的的就是它的全部世界。

法律因此可被化约为两大特征:政策选择和实现政策选择之技术。我们的问题是:“我们需要什么?”和“我们怎样得到它?”藉此,视法律为一套规则之观念与视法律为一套制度和过程之观念相互结合在一起。此时,最重要的隐喻是机器隐喻,最重要的价值是效能价值,即所谓尽可能用最小的成本去达到特定的目的。

至此,我对人们通常怎样看待法律进行了一番简单的描述,难免粗糙。在下文中,我将提出一种不同的看待法律的方式。我认为它可能更加贴近于法律在实践中所表现出来的实际性质,可能对作为批评者的我们更有价值。

二

但是首先我得探讨一下“修辞”一词的意义。修辞一词正处在巨大的流变中。我对修辞的讨论肯定有些不及我就“法律”的讨论那样具教条主义色彩。我的印象是,目前人们通常以两种方式论及修辞。一种是通过跟科学相比较。科学的基本主张是,它通过告知我们那些可以通过证明的方式获知的东西而对知识作出贡献。演绎科学和归纳科学都是如此:演绎科学通过证明命题涵摄于一定的前提之下去确立命题;归纳科学也确立命题,但相比之下,却对命题不那么肯定,那些命题可被视为对可供我们使用的证据的一种最完整、最经济的说明,因此可被推定为真。从这一观点出发,修辞被认为是一种在科学不起作用时我们所做的工作。修辞不关心“已知”的事情,而关心那些“可能是这样”的事情。因此在亚里士多德那里,省略三段论被定义为一种建立在自身不必然为真而只是可能的命题之上的三段论。^[3] 如此看待修辞,修辞即是一种通过从我们对可能事物的认识出发发展开论证而确立可能命题之艺术。它始终保持开放的姿态,当现在仅为可能的事物之真假最终被确定下来时,它总会被科学所取代。

另外一种常常论及修辞的方式则明显带有贬义:修辞被定义为一种不光彩的说服技

[3] 亚里士多德:《修辞学》,第1357a、23~33页。

艺。正如我在上文所言,这种传统的历史至少可以追溯到柏拉图的对话录。在柏拉图的对话录中,修辞被当作一种错误的技艺遭到抨击。即使是在当代,它也被当作是对政府宣传的一种标准的现代式谴责和麦迪逊大街的巫师们所作的一种广告。

从法律在当今被视为一种修辞这一点上看,上述两大传统奠定了分析的条件。在法庭上,真实永远无从知晓,双方律师都试图说服陪审团,不是说服陪审团去相信真实,而是说服他们去相信他或她的观点比对方的观点更具可能性(或相信对方的观点没有达到某种必备的可能性程度)。为此,双方律师不得不运用并不可靠的说服技艺,以让自己哪怕原本较难胜诉的案件看上去好像更有胜诉的可能似的。总之,修辞要么被看作是一种处理不可能真正被正确认识之事实的二流方法,要么被看作是一种运用技巧或通过操纵与他人展开交往的方式,力图让他人做你希望他去做的事情。

认为修辞是一门业已消亡的科学之趋势在当今表现得尤为突出。在当今,各种坚定不移的努力几乎已经将每一学科提升抑或降低到真正科学的地位。视科学为完美知识之观念目前当然遭遇到了来自内部和外部的诸多批评。现在一般都认为,科学创造力只是一种想象,几乎如同诗歌一般;科学知识只是一种推测而已,不具确定性;科学是一种文化,一种通过那些本身并不科学的法则实现转化的文化。但是,将科学的语言 and 传统作为我们这个时代的统治模式、我们的民间宗教之努力还存活在许多人,尤其是那些实际上并非真正科学家的人的语言和企盼当中。譬如,许多经济学话语因为错误地断言该学科是一门完美的科学而被扭曲、变形,并最终导致一种尴尬的局面出现:代表不同政治倾向的经济学言说者用科学术语来表达他们的异议,每个人都宣称对方完全不是一个真正的经济学者。这不仅让旁观者感到疑惑不解,它还表明经济学领域比期望的更加不可理解,甚至对该学科的参与者而言亦是如此。它将重要的政治分歧——其可能是真正会话之主题——贬抑至原初假定的地位。

三

我将勾画一种与此前多少有所不同的看待法律,从总体上看实质上是一种看待政府运作过程的不同方式:不是把它看作是一种官僚政治的过程,而是把它看作是一种修辞的过程。与此同时,我还将提出一种思考修辞的方式,特别是思考那种我称之为“建构性修辞”(constitutive rhetoric)的方式,我认为法律可被看作是該修辞的一种。

我想从如下考虑开始:不是把法律看作是一个假想社会中的一种客观现实,不是把法律看作是一个被建构的宇宙论的一部分,而是从真正参与到法律过程中的那些人的观点出发,把它看作是我们所做的事情,我们所教授的东西。这是一种将法律看作是一种活动,尤其是一种修辞活动的方式。

我想提请大家留意一下律师工作的三个相互联系的方面。第一个方面是这样的事实,即律师,同所有修辞学者一样,必须总是用他或她的听众的语言来说话,不管它会是什。这正反映了一个普遍的真理:要说服任何人,你必须首先讲一种他或她认为正确的、可理解的语言。如果你是一名律师,这意味着你必须要么去讲那种法律的专业语言——规

则、案件、条例、准则等等,它们构成了你的职业话语世界——要么去讲那种当时当地的普通英语,如果你其时正在同陪审员或委托人或普通公众讲话的话。从这个意义上说,法律总是与特定文化相关。它总是从一套外在的、可通过经验予以观察的文化资源开始,并作为一种干预融入其中。

这表明对法律的一种(多少有些循环的)定义可能是:法律是一套特别的、经由某种文化可以为我们所认为的法律人在我们所认为的那些法律场合进行言说和论证时所使用的资源。这些资源包括规则、条例,当然还包括司法意见在内,除此之外还有更多:各种准则、一般性理解、传统智慧以及一名律师在界定其立场并说服他人接受其立场时可能使用的所有其他的专业性的和非技术性的资源。^{〔4〕} 这样去界定法律,即将法律定义为一套思维和论证的资源,是对亚里士多德传统修辞定义的一种应用,因为法律在这一意义上是指一套那样的“说服手段”。根据亚里士多德的说法,那些说服手段正是修辞艺术所要发现的。^{〔5〕}

在法律中(我相信还包括在别处),这些说服手段在某种程度上可以准确、完整地加以描述,因此多数律师会同意说某某案例或法条或原则与本案有关,而另一个则无关。但是意见一致总是难以企及:比如,一名律师可能会看到某种类似,而另一名律师则可能会否认这种类似。而且,当注意力转向材料的不同部分所应具有的价值或分量时,分歧即会变得普遍而深刻。故而,那些材料的同一性、意义和权威总是可争论的、不确定的。认为这些材料首先可被看作是一种外在于自身的客观存在有一定的道理,但是这些材料却又总是在论证中被重构。它们的发现在某种意义上是一个经验的过程,它们的重构和使用是一种创造或发明的过程。

这表明律师的工作还存在第二个基本要素,即我刚刚间接提到的那种创造的过程。因为在讲法律语言时,律师总得时刻准备去改变它:去添加或消除一种区分,去接纳一种新的声音,去主张一种新的权力来源等等。从这一意义上讲,一个人的行为表现总是论证性的,不仅对一个人所追求获得的结果进行论证,而且也对一个人在说话和写作中所使用的——一个人所创造的——法律话语样式进行论证。也就是说,律师不仅总是说,“本案应该像这样判决”,而且还总是说,“本案和类似案件应该像这样——用这样的语言——进行讨论。我所讲的语言是我们文化中恰当的司法语言。”法律言说者总是依照他或她所使用的语言行动,并对其作出重构或修正。从这个意义上讲,法律修辞总是论证性地对它所使用的语言进行建构。

法律修辞的第三个方面是,可被称之为它的民族或社会特征,或者是被称作它的社会建构性的方面。每当一个人以律师的身份讲话时,他或她就在那一时刻建构起一种品格——一种民族身份,或者如希腊人所谓的一种“民族气质”(ethos)——为自己,为其听

〔4〕 关于当前将法律看作是一套规则的观点值得强调的是,当诸多法律争论自然地以解释规则或重新定义规则的形式进行时,当一些规则显然比另外一些规则更具权威性时,法律作为一个整体并未按照一种等级或其他顺序被结构化为一套规则,它也不可被化约为一套规则。规则常常在其形式、内容以及在与其它规则的关系方面被当作论辩的对象和论辩的起源。也许,理解一项规则是什么的最佳方式,一如它在法律世界所实践的那样,是把它看作是思考和论辩的主题——把它看作是在律师和他人用以去定义一个问题,以及去确定一个思考该问题的途径时所利用的诸多资源之一,而不是把它看作是一种被遵守或被违反的命令。

〔5〕 亚里士多德:《修辞学》,第1355b,26~27页。

众,为其所谈及的那些东西。此外,他还提议在他所定义的各种品格之间建立一种关系。人们通过谈论别人及同别人交谈而创造或提议去创造一个人类的共同体。因此,律师的言论不仅总是暗中对结果进行论证——该案应该怎样裁决?——以及对语言进行论证——应该用什么样的语词去谈论和定义该案?——而且总是对人们此时作为其中一员的修辞群体进行论证。律师在行动中总是对如下问题作出回答:“正在讲法律语言的我们应该在相互之间,在我们和我们的委托人之间,在我们和这个世界的其余部分之间建立起一种怎样的共同体?如果法律要去建构一种会话,那么法律应该建构一种怎样的会话?”

律师的修辞生活的以上三个方面均可予以分析和批评:一个人的言语文化提供给他/她的话语;对该话语的论证性重构;一个人的言语或写作对一种修辞共同体的论证性建构。对建构性修辞的这一过程进行研究,即研究只要开口说话,我们就是将自己作为不同个体、不同社群以及不同文化加以建构的各种方式。换言之,法律可被理解作为一种结构严谨且易于理解的论证方法或我所谓的一种修辞事实,其意思是说,它一开始就是一种社会活动——一种和他人一起行动的方式——和一种文化活动——一种跟在文化中发现的某组质料一起行动的方式。它总是社群性的,既在于它总是发生于一定的社会情境之中,也在于它总是对其赖以作用的社群具有建构作用。不管是律师还是律师的听众,他们都生活在这样一个世界之中:他们的语言和社会群体并非固定不变和确定无疑,而是流变的,在它们的可能性和限度得到检验的同时自身也不断被重构。法律是一门说服的艺术,它创设其所要说服的对象,因为它既建构社会群体,同时也建构它所认同的文化。

这意味着法律的过程从一开始就是创造性的、教育性的。那些使用这种语言的人,他们在试图——或失败或成功——完成对自身位置重构的同时,终身都在学习什么是能够 and 不能够用这种语言予以完成的。这也意味着说话者的身份和他们的需要终身都处于转变之中。如果这一观点是正确的,法律就不可能如官僚政治模式所假定的那样,是“我们”借以得到我们“想要”(want)的东西的一种技巧,因为“我们”和我们“想要的东西”(wants)在修辞过程中不断地被修正和重构。那种认为法律的行动者要么自己作出政策选择,要么服从他人作出的选择的观点并不充分,因为法律的行动者终身都参与对决定他是谁和我们是谁的文化和语言进行的重构活动。法律不仅是一种官僚政治或一套规则,而且是由某一类型的言说者组成的社会群体:它是一种论证文化,永远都受到其参与者的重构。

律师工作的所有这三个方面都源于这样一个事实:法律是一种我所谓的与特定文化相关联的东西,也就是说,它总是在某一文化情境中发生并总是作为一种干预融入其中。但是,它也同样与特定的社会相关联:它总是在某一特定的社会情境中发生,并同样作为一种干预融入其中。我这样说并非想要表达什么宏大思想,我只是想说明,律师是基于自己所感受到的、那些就某个实际困难或难题向他或她寻求帮助的人的需要作出反应的。(那些被感受到的需要部分上当然可能是法律自身的产物,正是法律的“干预”才能够为意义、动机和渴望创造新的可能。)从这一观点出发,法律可被视为——如它被感受到的那样——不是一套完全独立的意义体系,而是谈论世界上真实的事件和人的一种方式。它是一种就世界上所发生的事情讲述故事,并通过给该故事写下一个结局而赋予它以某种意义的方式。律师一直在反复地说,或想象自己在说,“这就是‘所发生的一切’,这就是‘它的

意思’,这就是‘为什么它的意思即是我所主张的那个意思。’”这一过程从本质上看是一种叙事过程,因为如果没有一个关于真实生活于一定时空和文化中的真实的人的真实故事,就不可能有法律案件存在。现实生活中的某个人必定是带着一种对他或她想要法律与之发生作用的经历所作之说明来向律师求助的,而且这种说明将总是一种叙事性的。委托人之叙事不仅为律师所接受,而且还会遭受质疑并要求描述细节,因为律师先看到一套法律关联,随后又看到另一套法律关联。在正式的法律程序中,那个故事随后被该律师、该当事人以及其他人一遍又一遍地反复讲述。在这一过程中,该故事被发展为各种不同的竞争性版本,直到通过判决或协议最终决定出一个权威性版本为止。这个故事一开始将由该故事的主角用自己的语言讲述出来。这正是法律开始的地方,在某种意义上也是法律终止的地方,因为法律的目标就是给那个故事提供一个将在这个世界上发生效力的结局。既然该故事既始于普通语言和经验,又终于普通语言和经验,则法律的核心即是一种语言转换过程,从普通语言转换为法律语言,又从法律语言转换为普通语言。藉此转换过程,法律必定发挥作用。

律师使用和重构的语言是一种完全意义上的意义语言。它是一种用以建构和联结我们对自然世界之理解的语言,是一种用以界定我们的价值和动机的语言,是一种用以详述和执行我们推理方法的语言。通过定义角色和行动者,通过确立对得体的言语和行为举止之期待,这种语言给我们提供了用以建构一种社会世界的概念术语。法律总是通过位于特定时空的说话者向实际听众讲述真人真事的方式展开运作。法律语言同普通语言相依相伴。法律语言总是经由陈述展开运作。法律语言从其结构上看不是概念性的,它总是在一种社会过程中不断地得到确认或遭到否弃。它包含一个内部转换系统,借助该系统,它能够被不同听众所理解。所有这些都表明法律是一种修辞体系。

四

我想,上文所说的意思多少与我们在使用“修辞”一词时所能表达的意思,以及我们在使用“法律”一词所表达的意思有关。我已描述的一切不仅是一种对可能性进行估量的技艺或是一种说服的技艺,而且是一种建构文化和社会共同体之技艺。正是在这种意义上,我认为法律是修辞学的一个分支。

让我用一个原始的例子来进一步阐述一下我对修辞意义的理解,即,我所谓的“建构性修辞”事实上是一套最彻底地将人类和其他动物区别开来的实践。设想有一头熊正在大西北一条河边钓大马哈鱼。它在干什么?我们答道:“在钓鱼。”现在再设想一下有个人在同一条河边钓同样的鱼。他在干什么?我们答道:“在钓鱼。”但是这一次,我们的回答具有一种不同的意义和新的维度,因为它此时询问的是一个关于钓鱼的行为对行为者自身意味着什么的问题,而上一次则不是。如果由某个人去实施这种行为,它就具有一种他不这样行为就不会具有的意义。在今天,这种行为的意义很可能是指一个身着比恩(L. L. Bean)运动装的人从情感上逃向荒野,显示他在一定社会阶级中所处的位置。但是,它可能曾一度——比如对一个美国土著居民而言——具有某种宗教意义。

无论何时,当两个人一起垂钓(或打猎,或做其他任何事情),他们必然会面对同一个问题:他们这样做的意义是什么?他们对此看法可能不同,而且他们对其关系之意义以及对其共同活动之意义亦可能有不同的理解。例如,他们之间的关系是一种控制与被控制的关系还是一种平等的关系?是一方听从另一方还是他们是真正在一起呢?他们对自己所进行的活动之意义看法是否一致?如果是,他们又怎么知道的呢?又或者他们之间是否存在某种紧张或不和谐?若存在,该怎样处理?他们赖以继续开展活动的条件会保持多久不变?相互之间各种可理解关系和共同意义的确立,一种能够让人就他们所做事情说“我们”并对其赋予一致意义的社群之建构——所有这一切在最深层意义上都关涉说服和教育,都属于我所谓的建构性修辞的领域。

让我把例子稍稍扩大一点。想想《伊利亚特》(Iliad)一开始写到的那种敌对关系,那种两个男人为了一个女人而发生争吵所导致的敌对关系。从某种观点看,这跟另外两个哺乳动物(例如两只雄熊或两只雄狗)所做的事情是一样的。但从另外一种观点看,该争端则具有一种全新的维度:从每个人的观点出发,包括从那个女人的观点出发,这一争端意味着什么?正是因为这一争论,正是因为对所涉事件竞相提出的不同意义主张,才导致了特洛伊战争(至少在希腊神话中)以及——更重要的是——在我们看来,《伊利亚特》本身。阿伽门农和阿喀琉斯相互之间展开了一场争斗。从某种意义层面上看,这场争斗是一次野兽之间的较量,意志与意志之间的对抗。它也是一场人类的争斗,一场围绕应该干什么和为什么该这样干而展开的争斗。它也是一场为意义而展开的争斗:对阿伽门农而言,奖品被夺走或这个女人被抢走意味着什么;抑或对阿喀琉斯而言,奖品被夺或这个女人被抢走又意味着什么(在这首诗中,读者的视线有时会被吸引到此类争斗对女人们——如海伦和安多马彻——意味着什么的问题上)。^[6]

一旦该争端开始,一旦阿喀琉斯把自己与其他阿喀人分开,这一问题便转向那意味着什么的问题上。随着时间的流逝,它又转向该争端可能会如何平息的问题上。“平息”争端是一个由双方当事人逐渐地、常常带着巨大困难开始使用共同语言去描述他们共同的过去、现在和未来的过程,包括就哪些事情应该在沉默中被忽略不计所达成的一致意见。在这一过程中,双方当事人都重新将自己建构成一个有着各自文化的社会共同体。在《伊利亚特》中,阿伽门农曾试图平息争端,却以失败告终。在两个敌人之间从未重建起一种社会共同体,即使在阿喀琉斯重返战场的时候(因为他重返战场另有原因,是因为珀特洛克罗斯之死。)

或者让我们想想另外一部伟大的文学作品中的一个片断——《失乐园》(Paradise Lost)的开头部分。在此书开头,撒旦和其他叛逆天使试图在地狱建立一个属于他们自己的社会共同体,使用一种全新的价值和意义语言。他们令人难以置信的、试图实现自我创造和自我主张的努力赢得了白雪莱以降诸多读者的仰慕;有些读者甚至将撒旦奉为该诗作中的无名英雄。(“心灵有自己的归属。/一个人的心灵可以将天堂变成地狱,也可以将地狱化作

[6] 荷马:《伊利亚特》,第3卷,第11章,第121~244页;第四卷,第11章,第342~58、404~39页。