

2008年秋季卷 总第17卷

◆ 主编 / 周永坤 ◆ 副主编 / 张成敏

東吳法學

倪徵暎題



作为法律现象的「许霆案」——陈金钊

关于活法与调解的对话——「日」今井弘道 「中」周永坤

偏袒——「美」唐纳德·布莱克著 田璐译

为「良性违宪」解咒——韩秀义

《法学季刊》之沿革及其历史地位——孙伟

學大吳東

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

2008年秋季卷 总第17卷

東吳法學

倪徵曉題



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

东吴法学. 2008 年秋季卷: 总第 17 卷/周永坤主编.
—北京: 中国法制出版社, 2009. 1

ISBN 978 - 7 - 5093 - 0939 - 1

I. 东… II. 周… III. 法学—文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 190645 号

《东吴法学》2008 年秋季卷 (总第 17 卷)

DONGWUFAXUE 2008NIAN QIUJIJUAN (ZONG DI 17 JUAN)

主编/周永坤

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷有限公司

开本/787 × 1092 毫米 16

版次/2009 年 2 月第 1 版

印张/ 20.75 字数/ 345 千

2009 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 0939 - 1

定价: 52.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfs.com>

市场营销部电话: 66033393

传真: 66031119

编辑部电话: 66010405

邮购部电话: 66033288

东吴法学
Soochow Law Review
2008 年秋季卷
总第 17 卷



主编 周永坤

副主编 张成敏

学科编辑

法理学:庞 凌

法律史学:方 潇

宪法学:上官丕亮

行政法学:章志远

民法学:方新军

刑法学:李立众

诉讼法学:胡亚球

经济法学:朱谦

国际法学:董炳和

编务编辑:戚薇丹

曹保山

英文编辑:孙国平

英文校阅:邱晓磊

编辑部地址

215006

苏州市十梓街 1 号

苏州大学王健法学院

Kenneth Wang Law

School, Soochow University

《东吴法学》编辑部

联系电话

0512 - 65227483

编辑部电子信箱

dwx1922@163.net

苏州大学王健法学院主办

Charles B. Wang

Foundation 资助

东吴前沿——法理研究

作为法律现象的“许霆案”

——法律方法论为什么没有发挥作用? 陈金钊(1)

关于活法与调解的对话 [日]今井弘道(30)
[中]周永坤

实用主义哲学视野下的法律和逻辑 周祯祥(41)

偏袒 [美]唐纳德·布莱克 田璐译(62)

论社群主义的权利观 彭中礼(78)

自然状态中的“人” 许小亮(89)

我们需要什么样的“利益衡量论”

——评加藤一郎的利益衡量论 杨圣坤(106)

宪政之路

社会弱势群体权利法律保护及其法律

体系构建 周青 王俊(117)

为“良性违宪”解咒 韩秀义(138)

论宪法监督价值生成的基础 资金星(155)

立法研究

地方立法后评估制度研究 刘平 王松林(165)
程彬 史莉莉

立法不作为及其控制

——以全国人大及其常委会为中心的

初步考察 杨福忠(184)

行政法研究

行政解释权与行政行为不可争辩力关系之

解析 张弘(206)

从一起作弊案透视我国教育行政纠纷的救

济困境 陈仪(216)

各科专论

医患关系的刑法解读

——保证人理论下的责任划分 姚诗(224)

商标的本质还原 赵 嫻(239)

试论辽代的北南面官制度 盛波(254)

论汽车消费贷款保证保险的保险利益 倪佳丽(262)

学海辨正

法学社科类学报标题英译之患(2007 年之

实体篇) 陈忠诚(270)

东吴钩沉

- 《法学季刊》之沿革及其历史地位 孙 伟(275)
- 东吴大学《法学季刊》(1922 - 1931)分科
文献目录 张成敏(284)

东吴名家

- 董康(1867——1947 年) 高积顺(323)

SOOCHOW LAW REVIEW

Volume 17

Autumn 2008

No. 2

CONTENTS

Why does Legal Method doesn't Work in Analyzing "Xu Ting" Case?	
.....	Chen Jinzhao(1)
A Dialogue on "Living Law "and "Mediation"	
.....	Imai Hiromichi; Zhou Yongkun(30)
Law and Logic from the Perspective of Pragmatism Philosophy	
.....	Zhou Zhenxiang(41)
Taking Sides	
.....	Donald Black; Translator: Tian Lu(62)
On the Right Outlook of Communitarianism	
.....	Peng Zhongli(78)
The "Human Being" in the State of Nature	
.....	Xu Xiaoliang(89)
What Kind of Interest – Measurement – Theory Should We Have?	
——On Ichiro Kato's "Interest – Measurement – Theory"	
.....	Yang Shenkun(106)
Protecting the Rights of the Vulnerable Group and Establishing the Legal System Thereof	
.....	Zhou Qing(117)
How to Resolve the Paradox of "Benign Unconstitutionality"?	
.....	Han Xiuyi(138)
The Foundations of the Making of the Values of Constitution Supervision	
.....	Zi Jinxing(155)

Studies on Post Evaluation System for Local Legislation	 Liu Ping Wang Songlin etc. (165)
Legislative Omission and its Control	
——A Preliminary Examination Focusing on the NPC and its Standing Committee	 Yang Fuzhong(184)
The Relation Between Justification Right of Administration and Res –	
Judicata – Force Of Administrative Action	 Zhang Hong(206)
The Remedial Predicament of Educational Administrative Litigation	
——From a Cheat – in – the – Examination – Case Perspective	 Chen Yi(216)
A Criminal Analysis on Doctor – Patient Relationship	
——The Division of Responsibilities in a Criminal – Guarantor’s Perspective	 Yao Shi(224)
Returning the Essence of Trademarks	
.....	Zhao Xian(239)
The North and South Official Systems in the Liao Dynasty	
.....	Sheng Bo(254)
The Insurable Interest of Auto Loan Guarantee Insurance	
.....	Ni Jiali(262)
Commenting on Substantial Errors in English Translation of Titles in Journals	
of Social Sciences and Legal Science	 Chen Zhongcheng(270)
The Evolution of China Law Review and its Historical Status	
.....	Sun Wei(275)
The Catalogue of Soochow University’s China Law Review (1922 – 1931)	
.....	Zhang Chengmin(284)
Dong Kang, a Great Master of Soochow University Law School	
.....	Gao Jishun(323)

作为法律现象的“许霆案”

——法律方法论为什么没有发挥作用？

陈金钊*

内容提要：轰动一时的“许霆案”，引发了各界的关注。我们发现，悲情的叙述代替了理性的分析。虽然法官、律师、法学家、新闻人士等都给予了各个角度的论证，但由于缺乏法治环境下明确的司法立场与有效的法律逻辑分析，这场讨论给人们留下了极为混乱的印象。众多的文字材料，使“许霆案”已经成为法律现象，值得我们各个角度反思。在法治社会中，法学家对案件的分析不需要太多的悲情，而是需要更多的理性。在对热点问题的讨论中，中国的法律人应该有明确的司法克制主义立场，对拿不准的问题不能像一般公众一样任意评说。法律人应该维护法律意义的安全性，对司法采取克制主义的姿态。在对“许霆案”的分析中，法律方法论的失语暴露了我们的法学研究与法学教育的结构性缺陷。

关键词：法治 法律方法 法律解释 司法克制主义 法律现象

“许霆案”备受社会关注，2007年11月，许霆因恶意取款被广州市中级人民法院判处无期徒刑，2008年初被广东省高级人民法院，以事实不清、证据不足为由裁定发回重审。2008年3月31日，广州市中级人民法院以盗窃金融机构罪，判处有期徒刑5年，处罚金2万元，并追缴17万元非法所得。^{〔1〕}许霆在第一次审判中被判处无期徒刑后，因很多人认为判刑过重，引起了很大的争论。在重审后，由无期徒刑改为5年有期徒刑。2008年4月9日，许霆正式向广东省高级人民法院提出上诉，坚持认为自己的行为只是民事关系上的过失，而不是刑事犯罪，要求二审作出无罪判决。街头巷尾的很多人，不管懂不懂法律，都在凭着自己的“法律感”争论着“许霆案”。各种观点的较量在网上甚是激烈，有人单就“许霆案”进行评说；有人是在拿“许霆案”说事；有人在拿“许霆案”泄愤；各种争辩甚至在酒桌上蔓延。这其中的许多观点值

* 山东大学教授，法学博士，法理学专业博士生导师。

〔1〕 见《许霆向广东高院正式提出上诉》，《北京晨报》2008年4月10日第10版。

得研究与反思。2008 年 5 月 22 日,广东省高级人民法院重新开庭审理了“许霆案”,在庭上,许霆一遍一遍地说我错了,最后该院维持了原审判决。尽管许霆的父亲许彩亮早有所准备,表示许霆满意他就满意,但依然认为儿子是无罪的,还将继续申诉下去,就算孤身一人也要继续下去,并认为这是为法治作的点滴贡献。从法学研究的角度看,“许霆案”已经不是一个简单的案件,已演变成一个不折不扣的“法律现象”。

一、“悲情”理解与理性分析的较量^[1]

在中国法学界存在着法律语言使用混乱的现象。这主要是因为,我们的现代法律体系是从欧美日本引进的。在现代法律与固有文化之间存在不同的话语系统,因而对国外引进的法律在我国存在着被集体误读的现象。法学家们根据现代法律解释案件,而公众则更多的是从现存的文化传统、良心道德理解案件。法学家大多从规范的意义上来谈论案件,是带有形式逻辑为主的理性思维;但公众却把案件的情理与法律纠缠在一起,情理是他们思考问题最难以割舍的东西。这样只要对案件进行大众层面地讨论,就难免在悲情与理性之间进行较量。从案件的过程来看,我们发现许霆从一开始以为是犯罪而潜逃,到后来坚定地认为自己无罪,这很值得研究。尽管许霆的母亲不愿意其高调谈论案件,但许霆的父亲声称为了中国的法治建设,既使许霆做出一些牺牲也是值得的。我不清楚许霆的父亲所讲的为法治“牺牲”指的是什么?但肯定不是从“实施法治,社会和个人都需要付出成本”的角度来谈论的。案件审判进入后期时,许霆父子二人像“久病成医的专家”一样,使用的都是很专业的法学术语,在为自己鸣冤叫屈。而在被抓以前,许霆到处躲藏,中间有一段时间还想着是否把钱还给银行。我们不知道,在那时候,究竟是法律还是道德支配着许霆的思维?如果许霆取款后没有潜逃,我们该作何种评价?如果是受道德支配的话,后来的转变是不是能使我们得出:法律与道德的分离话语使他们更加信任法律了?偷拿别人的钱财是不对的,即使是别人存在着过错或者提供了“引诱”的机会。这是我们从小就接受的道德教育。我们看到的是,当“许霆案”进入司法程序以后,尤其是各种媒体对其广泛讨论之后,父子二人不断地强化着无罪的意识。这莫不是法理学中的法律与道德分离的命题,折射到现实中了?近百年来,在法理学中受“上帝的事情上帝管,凯撒的事情归恺撒”思想的影响,出现了道德就是道德,法律就是法律的命题,法律与道德的分离似乎

[1] 悲情是指那种可悲、可叹、可怜,又不能向人诉说的一种复杂感情。对“许霆案”的各种评论,说是同情有点降低了评论者的道德水准,说是赞赏更是有问题。因而就借用一下文学语言中的悲情来叙说。一般地说悲情都伴随着激进主义哲学和道德上的崇高主义和绝对主义。我们能够想到,可怜之人很有可能有可能有可恨之处。

已经被法律人认可。看来，这种理论不仅引导着自然法学和规范法学朝着不同的方向发展，而且也对法律人的思想与行为产生了影响。由于法律人的不断传播，这种思想又进入了许霆父子的意识？从解释学的角度，我们是否可以得出这样的结论：人们对许霆的悲情，实际上也是在自我理解，在宣泄着自己的思想，也是对自己的悲悯？

许霆无罪的依据，来源于规范的民法学原理——即许霆的取款行为属于正当的民事权利行为——最多属于不当得利，只要返还多取的款项就行了。这种想法和道德与法律的分离命题有关联。在分离命题下，法律没有负起对道德所应该承担的拯救责任（当然，这种拯救是双向的）。“许霆案”的辩护律师和一部分法学研究者和践行者，都从单纯规范法学的角度，对许霆进行了无罪辩护。其中更有甚者，还要求银行向许霆道歉。当然，这也并无不可，银行的行为毕竟是有瑕疵的。但要求银行对许霆多次恶意取款道歉，无疑是混淆了“大义”与“小义”的关系。

即使我们不管法律与道德之间的关系，就是沿着规范法学所指向的理路思考（即权利和义务关系的分析），人们对“许霆案”的认识也是存在着许多问题的。比如，我们试图搞清楚这个问题：许霆后来关于自己“恶意取款”行为无罪的想法，究竟是法律知识增长后一种本能的维权现象？还是对权利的理解存在着问题？还有，即使对法学的运用者和研究者也存在这样的问题——我们分析权利的时候，是不是只注意权利的形式要件，而忽视了权利和义务之间的关系？这是值得法学研究者深入探讨的问题。尤其是对很多法学研究者和法律工作者，我们要追问：权利观念得到张扬以后，与权利相对应的义务是不是也得跟着上去了？我们在强调权利的时候必须附随义务的观念。没有这样的想法只一味地强调权利的绝对性，权利是没有办法全面实现的。法律支持因为过失而丧失权利，但不鼓励一个人利用别人的无知与幼稚而侵犯他人的权利。我们看到了很多与刘宏宇律师的观点相近的观点。他们认为，处理“许霆案”这样的案件，我国的法律是完备的，在审判方面也是没有难度的。但为什么“许霆案”会引起这么大的争议呢？这种争议是不是超越了法律与道德，而成为同情或悲情式的争论？许多人认为这是一个经典案例，但其“经典”之处表现在哪些方面呢？也许这一案件的典型性在于不同阶层的人对“许霆案”的表态，使这一案件成了一种典型的、值得分析的法律现象。

在“许霆案”中，银行也存在着过错，法院第一次判决许霆无期徒刑又显得很重，人们很难从心里上接受，因而引起了人们的同情或者悲情。对“许霆案”的争论，已经超出国界。原美国华裔市长黄锦波力挺广州市中级人民法院的一审判决（第

二次审判)。针对清华大学许章润教授的观点,^[1] 黄锦波在《“许霆案”再驳清华教授》一文中认为,许霆第一次取款,拿到那笔意外之财,银行要从他那里讨回这笔钱,这是民事纠纷。第一次自动取款机就吐出了这么多钱,99%的人都会拿走。我也会呀。但是,第一次取得款,可以没罪,只是不道德或者贪心。但此时,一个好人或守法的人会通知银行。第2次、3次,而至171次取不是自己的钱,是故意利用ATM的故障,继续以恶意的方式取不是自己的款属于盗窃!之后即辞工远走,躲逃一年之久,一直用不属于自己的钱,证明是明知故犯。黄锦波博士认为,不能因为银行不值得同情,就将同情心完全放到了许霆身上。这会使外界认为中国的民众都有贪心。记者和许章润教授进行了联络。但许教授表示不再对“许霆案”发表意见。提到黄锦波的反驳,许教授憨憨一笑,“我看到了黄先生的评论,但我现在对这些评论也没有意见。”^[2] 我们如果抓住一方的错误,就拒绝思考另一方的错误或拒绝反思自己的错误,就思维的辩证法来说,那肯定是有问题的。在“许霆案”中,无论是许霆还是其他的法律人,都是在寻求解决问题的法律方法,以实现法治的和谐。

我们不能仅仅以一种悲情或者换取同情的方式来理解问题,情绪化之辩使问题变得越来越复杂,并无助于问题的解决。中国文化不乏情绪的底蕴,缺乏的恰恰是以法治为理念的理性思考。世界上的诸多事物,确实存在着普遍的联系,我们可以进行横向的比较,有时候这些比较正是我们看清问题的必由之路,尤其是,全面地看问题更需要进行多角度观察。在一个社会中,恻隐之心可能是这个社会秩序所不可缺少的。所以,不是说人们不能对事件进行悲情式的思考,悲情思考是必须的。社会学的研究就需要这样的思考,没有这种悲情叙事,很多社会问题就难以看出。因而,我们不是指责网友对“许霆案”的悲情呐喊,借许霆说事甚至借许霆泄愤,但我在这里所说的是,作为法律人我们的思考该遵循什么样的逻辑与理性。我们可以分析一下皮艺军对“许霆案”讲的三点启示。这是站在为许霆辩护的立场上来说的一种典型的“煽情”的分析。第一,人的出轨动机和欲望是不可消灭的。不是贪心起盗意,便是饱暖思淫欲,反正不论你是贫与富,是穷是达,反正要做出点出格的事。法律的前提是人性恶,提防人的恶行是时时刻刻要做的事。在法律和社会控制出现任何漏洞的时候,人的出轨便成了必然。虽然出轨不是所有的人,但必然有人。第二,出轨是需要机会的。在很多情况下,人不是不想贪,而是苦于没有机会。如果我们没有办法消除人的贪欲,要做的只是尽量减少有可能出轨的机会。许霆是那种扔到人堆里很难找到的

[1] 许章润认为:首先是银行没有提供合适的服务,导致许霆恶的方面被勾起,所以银行应负起引诱的过错,从而应向许霆道歉;银行和顾客之间是民事法律关系,银行应首先用民事手段来向许霆追讨,而不是直接动用公共权力。

[2] 《原华裔美国市长力挺一审判决》,《北京晨报》2008年4月10日,第10版。

主，要不是提款机出了毛病，他也不会做出这种行为。正是提款机出了问题才勾起许霆那颗贪欲的心。“当我们的体制的缺陷，提供了出轨的机会，诱发或激发人的贪欲，然后去严惩出轨者，这种做法让人怎么看着都像是猎人在给猴子下套。”〔1〕第三，如果我们的制度在执行过程中出现漏洞，因而引发越轨行为，其责任必然是双方的，而主要则在于制度的执行者。由于皮艺军采取的社会公正的论述立场，但客观地说是在为许霆开脱罪责。这涉及到，犯罪原因的传统分析的争论，即究竟犯罪是社会造成的还是个人的品质问题。现在一般都坚持综合说，认为犯罪既有社会的原因，也有个人的原因。但从皮艺军的论说中明显地得出是社会制度的问题的结论。这里面，提款机究竟是不是制度看来也是值得澄清的。

在法治论者看来，同情心并不能代替根据法律的思考，法理学者应该在法律、道德与同情心之间树立一个能够从专业的角度进一步思考的命题。从法律解释学不仅要解释法律，而且还要解释社会问题的角度看，这是必须的。这个命题就是：权利的范围或界限在哪里？（一个人能否因为别人的过错而没有节制地使用权利，或者换句话说，别人的错误是不是另一个人犯错误的理由？）进一步说，银行的错误能否作为许霆不构成犯罪的抗辩理由。如果我们在这方面思考一下，就会觉得这个案件里面隐含着许多法理学问题。从现有的法律规定来看，对“许霆案”进行法律分析并不困难，所使用的方法与得出的结论都很清晰。从规范法学的角度看虽然有争论，但不存在很大的争辩。这就是说，现有的法律规范或法学能够很好地解决这个案件。已经产生的争论，原因并不在于规范法学本身，而是规范法学以外的因素缠绕着我们的思维。在对“许霆案”的分析中，我们注意到，有些评论常拿许霆的17万元和贪官的百万千万进行比较，这种在法律逻辑上叫做转移论题的做法，虽然有煽动性，但对解决案件来说是否会增加判决的说服力？或者说能否抗辩许霆构成犯罪的理由？答案很明显。在对案件讨论的过程中，我们不仅要具备同情心，更重要的是要有一个理性的态度。

从“许霆案”看一部分职业法律人的讨论，我们可以发现另一个可喜的方面，即今天的中国法律人似乎更加中立，不断地探讨法律的解释技艺，以及围绕着权利而展开的更有对抗性的理解方式。我们还看到，在很大程度上，学术框架以及教授气质都浸蕴着权利的浪漫气息。对“许霆案”的评价应理性地进行，比如说我们是否需要考虑：一个人是不是可以因他人有错误，就获得了犯错误的权利。法官的判决是否鼓励：因别人的错误就获得了可以进一步伤害他的权利。但网上的评论是：九成以上的网友认为银行有错在先，法院不该重判许霆。众多网友的一致观点对判决发生了影响，“许霆案”已经不是第一例，还有沈阳的刘涌案等。我认为，很多网友的观点是

〔1〕 皮艺军：《社会公正至上引发的评判——“许霆案”的三点启示》，《法学家茶座》，2008年第2期，第29页。

可以分析的,不管是有人借许霆说事还是借许霆泄愤,我觉得都是可以理解的。不然就不会有那么多共鸣。但作为一个法律人,思考问题的时候是否主要从维护法治的立场来言说?我个人认为,想为许霆减轻罪责的人并不是跟许霆有什么特殊的关系,而是一个人的同情心和中庸式的中国文化的立场。我相信,至今中国历史上没有哪一个案件像“许霆案”这样被各个层面的人士公开地论述与表达。也没有哪一个案件像“许霆案”这样被人们免费地辩护。这说明,“许霆案”本身已远远超出一个案件的范围,实际上已经成为一个法律现象。在这种情况下,法律人应该有一个维护法治的立场。这正是法治论者弘扬法治的好机会。依法办事的法治原则不是不要社会效果,关键是需要什么样的社会效果。如果把网友的观点尽情吸收,迎合了网友的想法是一种社会效果;而严格依法办事,把刑法上极其简单的案件在审判中认真贯彻下去,这也是一种社会效果。我想这种社会效果对法治来说会更好。“许霆案”的改判,好像是许霆的“冤情”得到了缓解,但受伤害的是什么?是法律的严肃性和严格性。刑法学界和法律实务界较为普遍的观点是:判许霆无期徒刑并无不妥,这是依法办事的表现,按我国现行刑法的规定就得这么判。但由于舆论借助“许霆案”说事,拿“许霆案”和其他案进行比较,得出了许霆“冤枉委屈”的结论。一个案件和另外一个案件横向比较,不能仅进行数字化的简单排比,而应该认真研究才能有较为成熟的结论。法学家以及其他法律人首先应根据法律说话。此时不拿“许霆案”教育同类行为,我们的诚信与道德就不能得到张扬,法律的严肃性就不会显现。法官应奉行克制主义,应克己守法,做法律的守护神,不让法律受“委屈”。我国现在已经开始走向法治,必须为法治建设准备做出一些牺牲。这就是法治的成本。法治必然会使一部分人付出代价的,不然就不会有法治。政府和公民都要接受法律的约束。

二、司法意识形态(司法哲学)上的分析

从“许霆案”的各种讨论中,我们也能看出一些问题,即人们在进行法律分析的时候,应该坚守什么样的司法立场,不知道该坚持司法克制主义,还是坚持司法能动主义?我们该怎样衡平法律效果与社会效果?假如我们考虑社会效果,那么这种社会效果该如何评判?公众的满意是衡量社会效果的指标之一,但是如果我们只考虑公众的评判,这有点像法律论证理论里面所讲的“听众”决定论,法官要说服的对象就不是参加诉讼的人,而是一般的公众,公众满意就是好的判决。但在此时,我们还要考虑:如果我们在此案中不坚守法治原则所带来的社会影响。不是按照法律办案或超越法律办案,法律的权威就要受到影响。有效的法律得不到遵守和执行,对法治建设来说也会产生非常严重的负面影响。请注意镇江某法院法官打着“和谐”的旗帜对社会

效果的理解。一位有房产证的老汉，自己的房子被别人占据而不得入住，经法院判决进一步确定了他的产权，但被告就是不搬出去，致使该判决一年多得不到执行。当“今日说法”栏目的记者问法官：为什么该案拖了这么久还不执行时，他说被告威胁说：“他要与此房屋共存亡”，因而不好执行，法官必须要考虑社会的和谐。其实，如果不执行，被告所需要的“和谐”倒是有了，难道房屋的所有者不能使用自己的房屋，社会就和谐了吗？没有法治，实际上不可能有和谐。毕竟法治是达致和谐的主要途径。所以，我们不能抛开法治片面地谈论和谐，而应该全面认识和谐的理念。现在很多法官所认定的社会效果、社会和谐实际上是存在问题的。社会效果和和谐的概念给他们留下太大的自由认定空间。所以我个人认为，法官判案是要考虑社会效果，但对社会效果的界定必须进行论证。尤其是要注意那些与法律效果有冲突的情形，我们必须慎重，保持一定克制。社会效果不能成为法官自由决策的挡箭牌。法律解释学是避免误解的学问，其实误解的不仅可能是法律条款，还可能是影响我们决策的许多“大词”。

晨报广州讯，2008年4月9日，许霆的父亲许彩亮请来了北京万商天勤律师事务所的郭向东律师，代替原来两名律师中的一名。对于更换律师一事，许彩亮说：“原来的律师已经尽责了，压力也很大，所以我请了北京的律师帮忙。”所谓的“律师帮忙”是指律师为当事人提供法律服务。其实再高级的律师，从理论上讲也只能就法律谈案件。律师应该根据法律思考，这是社会和法治原则对他的一种职业期待。律师的形象绝不是有些人想象的那样，能把有罪说成是无罪。在作无罪辩护以前，律师肯定得根据法律和事实进行思量。“许霆案”的律师杨振平表示，前几天许彩亮曾与他商量过，能否请北京的著名律师郭向东为“许霆案”进行辩护。杨振平表示欢迎，但同时表示：根据法律规定，二审一般采取书面审，“许霆案”如果没有新的情况，很可能不开庭审理，换律师意义不大。许彩亮则高调宣称，不怕公诉机关抗诉，只要判有罪，他就会坚持到底，已经作好了心理准备“打持久战”。^{〔1〕}这里面有个疑问：是不是又是新闻舆论界的朋友们把许彩亮的情绪又给煽动起来了？还是法律界的一些“偏执之徒”固执己见，使许彩亮强化了许霆无罪的信心？这是件好事情，说明法治条件下，人们对法律寄托了更多的希望。但我们必须指出法律为人们提供预期的时候，这个预期究竟有多大？法律是不是真的像有些人所讲的没有了任何确定性和可预测性？是不是许彩亮一直不服，法律也会奉陪到底？我们该怎样恰当地看待这个案件？

虽然我国的法律人没有明确的司法哲学，但在“许霆案”中，实际上也存在克制主义与能动主义的倾向问题。“最初的判决显然在这一问题上严格遵守了法律的规定，

〔1〕《许霆父亲请来北京律师辩护》，《北京晨报》，2008年4月11日，A10版。

在‘守法’问题上得了分，但却在民意即情理面前失了阵脚。那么，一个富有智慧的法官，究竟该怎样权衡其中的利弊，作出一个既符合法律又合情理的判决？这是一个有挑战性的问题，对此笔者的回答是，法官应该在法律所允许的范围内尽可能兼顾情理，作出一个合理合法的判决，从而‘经得起历史的考验’。问题的关键在于：法律是否赋予了法官一定的施展空间，法官是否能抓住这样的机会。”〔1〕

（一）对司法能动主义立场的分析

有评论说，许霆在用信用卡取钱时肯定没有想到会给中国法学界带来怎样的难题。贺卫方觉得，用 17 万元换来许霆一辈子的代价，难以接受。同时认为这也无法归罪于司法人员。这是一种富有同情心的表态。贺卫方认为一审判决缺乏说理，没有经过复杂的说理与论证过程。但许多刑法学研究者觉得，像“许霆案”这样的案件也许不用太复杂的解释与论证，传统的三段论在本案中似乎是一目了然。最多使用体系解释方法把与本案相关的前后条文对照理解就能得出结论。如果像这样的案件都经过复杂的论证，司法活动可能更没有效率，也需要更多成本。实际上“许霆案”的第一次判决和后来的第二次判决，也是经过论证的，只不过是传统的三段论论证，而不是在新修辞学意义上的那种非形式逻辑的论证。或者换句话说，这种论证太简单了，没有打动“听众”，显得缺乏足够的说服力。

我们注意到，无论是主张许霆有罪，还是主张许霆无罪的建议，均没有提出明确的司法意识形态。甚至可以看到，无罪与有罪似乎都是根据法律来展开说明的。主张无罪的一方根据的是民法上的不当得利，主张有罪的一方是根据刑法条文的规定。其他的一些评论，要么是进行悲情地鼓动，要么是空泛的进行理论说明。我认为，法律人说案必须根据规范性法律，这就是法律解释学中讲的根据法律进行解释的法律思维方式。离开具体的法律规定谈案件，不是法律人的职业思维。那为什么会在中国出现这么多根据理论感觉谈案件的情况呢？这可能与我们的法学教育现状有很大关系。在整个法学教育体系中，知识的传授被当成了主流，而关于规范性法律的运用的训练或者说法律方法训练长期被忽视。大家心仪的法学家不是那种谨慎、严密的“死脑筋”，而是那种灵活有余，“死板”不足、富有创新、不断提出新的理论观点为己任的学者。法学研究的主流不是在条文基础上如何使用法律解决案件，而是不断地提出各种各样的“学说”。虽说我国法学家并没有作出对世界来说算得上有所创新的理论，但我们一直没有放弃这种努力。对那些以诠释条文为业的学术，大家不以为然，视之为“雕虫小技”。而从法学的实用性来说，这恰恰是我国法学教育的败笔之处。法学教育是一种职业教育，职业教育的特点就是要把法学的实用性展现出来，而我们没有作好这

〔1〕 付立庆：《“利用 ATM 恶意取款案”法律性质辨析》，《法学》2008 年第 2 期，第 12 页。

一项工作。其深刻的文化原因可能在于文化的无意识阶层喜欢对宏大理论的研究而不屑于研究较为具体的方法与技术。运用这种思想对具体案件进行讨论的时候,就会表现为一种超越法律的能动主义。我国法学理论界没有认真讨论过司法哲学,所以这种能动主义只能算作一种能动主义的冲动。研习法律解释学,首先应明白分析案件时的立场是什么,然后还得明确针对案件的规定是什么,不然根本就没有办法展开法律分析。而没有根据法律规范的分析,所得出的结论只能是一种任意解释,最多是学理解释。

葛洪义说“许霆案”是一个经典案件,也是一个不能随便改判的案件:“一是法官要有能解释法律的技术,二是这个法官要特别有勇气来打破条文。法官解释法律条文时,只反映出“盗窃银行”最典型的、最中心的含义,但边缘的含义没有反映出来。”需要指出的是:法律的含义是用文字直接表述出来的,但法律文字的边缘意义则是法律人在情境中的解释结果。这一结果在法律的整体与精神约束下才能反映出来。中国政法大学刑法学教师、法学博士罗翔在一篇《法官其实可以灵活纠偏》的网上文章中说:“无论大陆法系还是英美法系,对于类似许霆的案件,法官都可能根据法律精神提供相应救济,以弱化成文刑法可能出现的暴戾与残苛。在大陆法系,有期待可能性理论,如果没有期待当事人实施合法行为的可能性,即使行为形式上违背法律,也可减轻或免除处罚,因为这种处罚没有太大的意义。比如,某人两天没有进食,偷吃了邻居家用来喂狗的野蓼汤(设若数额特别巨大),从形式上看,他完全符合盗窃罪的构成要件,但由于缺乏期待实施合法行为的可能性,故不以犯罪论处。在英美法系,有可宽恕的辩护理由,对于一种形式上的不法行为,如果他是多数人都可能犯下的错误,即使行为违法,也是法律可以宽恕或免除的。这其中最典型的是警察设套,诱人犯罪,所谓官诱民犯。”他还指出了法官可以适用《刑法》第13条的但书条款,即“依照法律应当受到刑法处罚的,都是犯罪,但是情节显著轻微危害不大的,不是犯罪。”许霆非法占有ATM机中的钱款,形式上符合盗窃罪,但由于欠缺实施合法行为的可能性,可以解释为“情节显著轻微危害不大”,不构成犯罪。还可以对自动柜员机作限缩解释,将其解释成不是金融机构。法官不应在僵化的文字之内机械地理解法律,僵化的文字不应该是法官的挡箭牌。显然这是一种司法能动主义的看法,从其看法中我们可以窥见他在想法为许霆“开脱罪责”。这种看法在英美国家有一定的市场,在大陆法系也有很多的赞成者,但问题在于:欧美国家的法学家都有一定的司法哲学理念的支撑,而我国法学界,在对“许霆案”的分析过程中却很少有明确的司法立场,关于法律方法的运用与争论也不明显。这表明我们关于法律解释的学术只是停留在理论层面,还没有深入到具体的案件中,关于论证与解释的学派我们已经介绍很多,但理论与具体案件的结合分析还很欠缺。我们不知道理论只有具体才能

深刻。从现有的资料分析我们看到，多数人对“许霆案”构成犯罪并没有太大的分歧，只不过是量刑过重有些意见，并且这些看法从法律逻辑上看都有转移论题的倾向。我们认为，不指出这点就不足以显示法律逻辑的力量。很多人不是就“许霆案”本身谈论法律如何适用，而是进行不同类别案件的横向比较。这不符合法律思维的形式逻辑要求，即法律思维多指一种形式逻辑的思维，它不仅是根据法律思考，而且主要是就事论事。我们在“许霆案”的许多辩护意见中，可以看到思维中的许多形式谬误。

在美国大法官鲁格罗·亚狄瑟所写的《法律的逻辑》一书中，他把人们在思考法律问题的时候容易犯的错误区分为两类：一类是形式谬误和非形式谬误。其中有一些非形式谬误与对许霆的评价有关联。一是不相关与分散注意力的论证；二是诉诸怜悯的论证；三是找人陪错方法。“在法律推理里，谬误是一种论证，表面上看似正确，却经不起验证。”^{〔1〕}不相关谬误，是说在论证里原本要建立某个结论，却变成在证明另一个结论，把和争论无关的东西当成论证的依据。这种论证“可能诉诸情绪为方法，但不是每个不相关的谬误都是诉诸情绪。你可以用冷静的、不带感情的、中性的语言去陈述，但仍然犯了错误。当想要的结论和所主张的结论只有细微差别的时，这种论证的心理说服力就很明显。换句话说，这样的论证只是在鱼目混珠。”^{〔2〕}虽然我们很难说“许霆案”和贪官的行为不能比较，但在这里比较，在形式逻辑上就是不相关的比较。其结果是分散了“听众”的注意力。把对“许霆案”的关注转移到了对贪官的仇恨。不相关和分散注意力的谬误有很多关联。分散注意力的谬误是指“将合理的论证转移到其他不相关、非理性且经常情绪化的事物上。”^{〔3〕}这是每天都会得到的手法，在广告和竞争里都排得上用场，或者是评论作家、专栏作家、社论执笔者和电视评论家。这些职业要求他们具有普遍联系的观点，与法律思维有很大的不同。但用这种方法分析法律案件就会出现一些问题。我们看到，把“许霆案”和贪官的行为进行比较就会使对案件的分析被情绪化。分散注意力的常用手法还包括：诉诸嫉妒、诉诸稀有、诉诸仇恨和诉诸迷信等。另外，我们看到，在对“许霆案”的评论中似乎也存在着“找人陪错”式的谬误。亚狄瑟说：“某个人在被批评的时候，指控批评他的人也做了同样的事，萨哈金把它列为非形式谬误。他们称之为找人陪错的谬

〔1〕 [美] 鲁格罗·亚狄瑟：《法律的逻辑——由法官写给法律人的逻辑导引》，唐欣伟译，商周出版社 2005 年版，第 222 页。

〔2〕 [美] 鲁格罗·亚狄瑟：《法律的逻辑——由法官写给法律人的逻辑导引》，唐欣伟译，商周出版社 2005 年版，第 222 页。

〔3〕 [美] 鲁格罗·亚狄瑟：《法律的逻辑——由法官写给法律人的逻辑导引》，唐欣伟译，商周出版社 2005 年版，第 229 页。