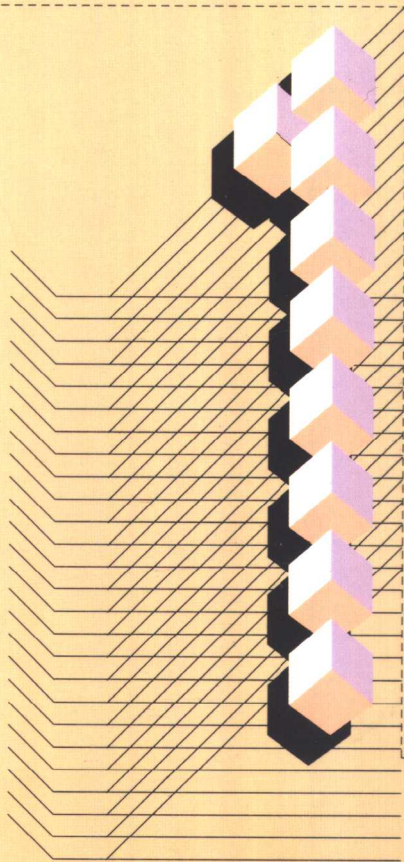


LAWYER DIGEST

律师文摘

2002 · 第三辑 · 总第三辑



时事出版社

{ 律师文摘 }

编辑委员会 / 江平 / 梁定邦
张思之 / 贺卫方

执行编委 / 谭瑾 / 刘海蛟
李海周 / 孙国栋
董志军

主编 / 孙国栋
编者 / 王景智
梁小玲

2002 · 第3辑
总第3辑

时事出版社

LAWYER / **DIGEST**

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘. 第3辑 / 孙国栋主编. —北京:时事出版社, 2002
ISBN 7-80009-735-8

I. 律… II. 孙… III. 律师业务—案例 IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 070596 号

出版发行:时事出版社

地 址:北京市海淀区万寿寺甲 2 号

邮 编:100081

发行热线:(010)88547590 88547595

传 真:(010)68418647

电子邮箱:shishichubanshe@sina.com

经 销:全国新华书店

印 刷:北京时事印刷厂

开本:787×1092 1/16 印张:17.5 字数:280 千字

2002 年 9 月第 1 版 2002 年 9 月第 1 次印刷

定价:25.00 元

走在职业化的道路上

春天里,在《中国律师》杂志总编辑刘桂明先生的安排下,我到广东佛山和广州两地为当地的律师们作了两场题为“法律职业化的阴云与曙光”的演讲。出席演讲会的律师数量之多、他们表现出的强烈的学术热情和家国关怀都给我留下了深刻印象。广东是伍廷芳的故乡,也是当代律师业最为发达的地区。在那里,我仿佛听得到中国律师迈向职业化的坚定的脚步声。

律师的职业化包含着多方面的意义。让我不避“小人喻于利”之嫌,首先说职业化的经济意义。律师本来就是运用法律知识与技能获取报酬的职业,获利的行为本身并没有多少可以指责的。但是,对利益的追求本身要求以职业化的方式进行——例如要有良好的行业规范,要向客户提供优质的法律“产品”,要逐渐地提高行业的社会公信力,等等。在这方面,准入资格的讲求以及行业自治将会起到重要的作用。

职业化要体现于律师在知识上的独立性。作为法律职业共同体的成员,律师与法官、检察官一道分享着法学这样一门独立的知识。这是一种源远流长且内容丰富的知识体系,它包含着不同于其他行业的独立的秩序理念、技能手段和话语模式。律师的思维方式不同于经济师,不同于政客,也不同于大众。没有这种知识上的独立性,律师就不可能成为塑造社会秩序的独特力量。

律师能够展现出独特的职业伦理并且这种伦理得到广泛的社会认同是律师职业化的第三个标志。律师需要以对客户利益的忠诚获得社会信赖,同时又对各种复杂的利益冲突保持着职业的敏感。他们是客户的代言人,同时又不忘记维护法律职业共同体的团结,不忘记正义的实现乃是根本的目标所在。

律师们走在职业化的道路上,法官、检察官也在同样的道路上跋涉。山高路远,颠顿风尘,法律人们,一路走好!

伍廷芳

2002年9月10日



目 录

第一编 学术论坛

一、法理沉思

- 001 修辞、法律辩护以及法律推理 / (美)理查德·A·波斯纳 著 苏力 译
029 五分钟法哲学 / (德)古斯塔夫·拉德布鲁赫 著 舒国滢 译
032 法辨 / 梁治平

二、判例研究

- 052 微软案分析与判例法之评价 / 沈敏荣

三、律师说法

- 062 破产之变 / 石东
073 行政行为介入市场博弈的法律之辨
——评国务院决定停止减持国有股 / 恒方

四、经典回放

- 078 法治优于一人之治 / (古希腊)亚里士多德 著 吴寿彭 译

第二编 业务进阶

一、办案规程

- 084 企业改制中的律师业务及工作程序 / 范永进 李志强

二、证据适用

- 098 测谎结论与证据的“有限采用规则” / 何家弘

三、论辩艺术

- 114 法庭盘问的顺序 / (美)法兰西斯·威尔曼 著 周华 陈意文 译

四、精彩辩词

- 125 激辩“幼儿丢失案”
——首届全国律师电视辩论大赛团体总决赛
上海律师代表队 VS 北京律师代表队

第三编 业界瞭望

一、执业前沿

- 134 中国开放法律服务市场有关问题之探讨 / 周忠海 谢海霞

二、法学教育

- 145 学术自由 教授治校 职业忠诚
——德国法学教育述要 / 郑永流



第四编 管理之窗

一、职业素养

- 158 刑事诉讼中的保密原则 / (美)肯尼斯·基普尼斯 著 徐文俊 译

二、经营思路

- 173 客户对律师的二十个期望

(美)苏珊·奥尼尔 凯瑟琳·斯巴克曼 著 黄亦川 译 朱德芳 助译

第五编 史海钩沉

一、百代风流

- 206 刘崇佑:抗辩政府的大律师 / 夏晓虹

二、历史名案

- 213 “杀死律师的”:代理之罪 / (美)斯坦利·I. 柯特勒 著 刘末 译

第六编 法苑撷英

一、随 笔

- 243 法庭上怎样排座次 / 龙宗智

- 247 陪审制度在中国的兴衰 / 吴玉章

- 254 中国式口号文化的法理解构 / 刘武俊

- 260 大法官的思路 / 丁林

- 264 法官的文学批评 / 缪哲

二、书 评

- 266 《践履正义》:一种律师伦理的理论 / (美)T. M. Hilbink 著 赵雪纲 译

Contents

Part 1. Academic Forum

1. Ponderation of Legal Principle

Rhetoric, Legal Defense and Legal Reasoning / by Posner (U. S. A.)

Translated by Su Li (001)

Five - Minute Philosophical Jurisprudence / by Gustav Radbruch (Germany)

Translated by Shu Guoying (029)

Discrimination of Law / by Liang Zhiping (032)

2. Case Study

Analysis of Microsoft Case and Evaluation of Case Law

by Shen Minrong (052)

3. Lawyer's Comment on Law

Change of Bankruptcy / by Shi Dong (062)

Legal Discrimination on Administrative Act Intervening in the Market Game

——Comment on the State Council's Decision to Stop Cutting

down the State - Owned Share / by Heng Fang (073)

4. Retrospect of Classics

Rule of Law is Better than Reign of One Person

by Aristotel (Ancient Greece)

Translated by Wu Shoupeng(078)

Part 2. Business Step

1. Regulation of Handling Case

Lawyer's Business and Working Procedure in the Reorganization of Enterprises

by Fan Yongjin, Li Zhiqiang (084)

2. Application of Evidence

Conclusion of Lie Detection and Limited Admissibility Principle of Evidence

by He Jiahong(098)

3. Debate Art

the Sequence of Cross - Examination / by Francis Wellman

Translated by Zhou Hua, Chen Yiwen (114)

4. Splendid Statement of Defense

Heated Argument about a Child - Lost Case

——Team Finals of the First National Lawyer TV Debate Competition (125)

Prat 3. Lawyer's Outlook

1. Practice Front

Probe into the Relevant Issues Concerning China's Opening Legal Service Market

by Zhou Zhonghai, Xie Haixia (134)



2. Education of Law

Academic Freedom, Professors Administering Universities and Professional Loyalty
—Brief Review of Legal Education in Germany / by Zheng Yongliu (145)

Part 4. Window of Management

1. Professional Attainment

Confidentiality Principle in Criminal Procedure

by Kenneth Kipnis (U. S. A.)

Translated by Xu Wenjun (158)

2. Thinking of Management

Clients' 20 Expectations on Lawyers

by Susan, Katharine

Translated by Huang Yichuan, Zhu Defang (173)

Part 5. Uncovering Historical Anecdote

1. Historic Celebrity

Liu Chongyou: a Grand Lawyer Remonstrating against Government

by Xia Xiaohong (206)

2. Historic Case

Killing Lawyers: a Crime of Procurement / by Kutler (U. S. A.)

Translated by Liu Mo (213)

part 6. Cream in Law Garden

1. Essay

How to Arrange Seats in Court / by Long Zongzhi (243)

Rise and Decline of Jury System in China /by Wu Yuzhang (247)

Jurisprudential Interpretation of Chinese - Type Slogan Culture

by Liu Wujun (254)

Thinking of Grand Justice / by Ding Lin (260)

Judge's Literary Criticism / by Miao Zhe (264)

2. Book Review

The Practice of Justice: A Theory of Lawyer's Ethics

by T. M. Hilbink

Translated by Zhao Xuegang (266)

目录翻译 屈新

修辞、法律辩护以及法律推理

(美)理查德·A·波斯纳* 著 苏力** 译

律师的主要工作之一就是辩护，人们常常嘲弄他们硬是把无理说成有理。法律辩护因此例证了说服意义上的“修辞”实践；而且，自打毕达格拉斯以来，人们都认为，修辞的作用之一事实上就是要使比较弱的论点似乎更为强有力。^①普罗泰戈拉斯和高吉亚斯都是最著名的诡辩派学者，这一派繁荣于公元前5世纪至公元前4世纪，常常被视为修辞理论的发明者；当然，也有人论辩说，真正的发明者是柏拉图和亚里士多德；因为在他们之前，没有谁理解，人们不喜欢的观点或讯息与为强化说服力以不同语言或其他表现形式把这些观点和讯息编码，这两者之间究竟有什么区别。^②

“诡辩者”与“诡辩的”这些词的现代含义就点出了，在我们的文化中，修辞艺术具有令人又爱又恨的名声。对于我们大多数人来说，“修辞”这个词有说话瞒人或过分推敲的否定含义，与说话中肯相对立。柏拉图与亚里士多德著名的分歧之一就是，修辞主要是坏的（柏拉图）还主要是好的（亚里士多德）。我将论辩，关注说服性言词的经济性，我们可以推进这一争议的解决。然而，修辞并不仅仅是表达；对亚里士多德以及许多亚里士多德的现代追随者来说，修辞还是一种推理的方法。如果这样看，修辞就与道德推理中的决疑术以及法律推理中的案例法是一丘之貉。我将考察对修辞的认知性理解以及说服性理解，此外还会考察修辞与实用主义之间的——在有些人看来是亲密的——关系。

我当然不是从零开始。但是，尽管有关修辞的文献非常多，但与其多年老对手——哲学——的文献相比，种类有限，平均质量也很低。有关修辞的杰作仍然是亚里士多德的《修辞学》，此后2000多年里，后续的有价值文献没有推进什么。^③

* 理查德·A·波斯纳：美国当代著名法学家，“法律经济学”在法律界的代表人物，美国联邦上诉法院法官，芝加哥大学法学院前教授。

** 苏力：北京大学法学院院长，教授，博士生导师。



关于说服性话语的经济学

说服意味着,既不收买也不强迫,要让某人在某个问题上接受你的看法。说服的一种方法就是传送信息,但说服与传送信息不同。也许没有传送信息(并且也不总是把信息界定为[太多限制的]“真实的”),说服就会发生。此外,真实的信息也许并不能说服人,或者是因为信息接受者不相信这个信息,或者是因为,尽管相信,但他没有动力按照说服者的愿望采取行动。说服既可以通过交流令人相信的和欲求的、或真或假的信息为行动提供理由,或者也可以完全绕开理性而基本诉诸情感,这就是凯瑟琳·麦金农对色情出版物如何起作用的理解。但我们会看到,如果假定理性和情感总是冲突,那也是一个错误。

可以赋予修辞一种经济学的色彩,这就是设立这样一个可以成立的假定,即一般说来,人都根据他们认为的收益和成本的平衡作出选择(这些收益和成本无须是金钱,并且也不需要通过明确的计算过程来比较),并且信念也是一个人收益成本估算中的输入。因此,说服者可能努力以两种方式之一让听者接受他的观点。他可以努力影响听者的信仰,或者,他也可以努力影响或绕开听者进行选择的(通常是不明示的)计算过程,从而导致听者作出一个如果其决策过程未受影响就不会认为成本合理的决定。

我将集中关注那些影响信仰的努力。言者可以用两种方式影响听众的信仰。一种是提供信息,广义理解,包括了虚假的和真实的信息,还包括演绎和推论以及其他逻辑性和归纳性操纵为理性大脑提供证据和证明的“事实”,提供做了手脚的基本数据。另一种就是影响听众信仰的方式,用这种或那种信号来强化言者论点的可信性,比方说,说话时非常自信,或是提供一些有关自己的细节让人看上去自己很可信。这种方式在时间上要优先一点,因为言者必须先让听众处于接受的情绪中,然后他才可以希望通过信息来改变听众的信仰。^④在古典修辞学中,这种接受情绪的创造被称为“伦理感染”(ethical appeal)。

有确定目标的说服者会选择对自己的成本最小化、实现目标之概率最大化的混合修辞方式,包括真实的信息、谎言、暗号以及情感感染。“有确定目标”这一限定非常重要。说服者常常有一系列目标,从最想要的到最不想要的,而且他也许并不追求最想要的,因为要说服听众接受这一目标的成本也许高不可攀。决定这一成本的变量我们也许可以称其为“距离”和“顽固



性”。如果其他因素相等时,如果 X 与 Y 之间的距离越短(Y 是在有关这一讨论问题上听众先前的信仰),说服一位听众接受 X 的成本就会越低。^⑤这个距离越短,听众因采纳信仰 X 而对自己现有信仰之网的触动就越小。人们都很理性,不愿从根本上改变自己的信仰体系,因此,如果采纳某个新信念不要求他放弃太多现有的信念,他就更可能采纳这个新信念。

提到“根本改变”就提出了第二个变量,顽固性。人们保持自己信念的力度是不同的。一个信念越是强烈,一个人就越不愿放弃,哪怕是在外人看来,要他做出的这一改变看起来很小。在宗教纷争史上这种例子很多。

听众信念的顽固程度有可能影响言者对修辞目的的选择,而距离有可能影响他对修辞手段的选择。老到的修辞家会在听众现有的信仰与自己希望诱使听众接受的信仰之间精心构建桥梁。因此,这就可以看出类比作为一种修辞方法的重要性了。

在言者对修辞方法的选择中,一个重要的因素是听众获取并处理(这两者一起可以称为“吸收”)信息的成本。通常,言者会希望听众理解自己,因此,对他来说,他说的语言与听众的语言不通就没有道理。但是吸收信息的费用还不止这些。亚里士多德就解说过,修辞的功能就是在必然性论证不可能的情况下诱发信仰。这一点的意义可以用(很自然地)一个类比来帮助展示,即“推销”某种观点与推销某种商品之间的类比。某种商品有某些失败的概率(p),消费者是否购买它,可以把这个选择建立在这样一个模型上

$$EU_j = (1 - p) B_j - p L_j,$$

在这里, EU_j 是商品 j 的预期效用, B 是商品有用时买家的收益,而 L 是商品没用时买家的损失。这个“商品”也许是一个观点,因此 p 就是这个观点很假或很糟的概率。假定这个观点是有上帝存在。这个例子就表明有些观点是不能为科学或逻辑的方法证明或反证的。帕斯卡尔对此有一个很著名的论证,因为如果这个观点为真接受这一具体思想的收益相对于如果其为假的损失而言太大了,因此,如果你是理性的,你就应相信有上帝,哪怕是存在上帝的概率非常小。这就是,哪怕 p 很大,但只要 B_j 要比 L_j 足够的大,那么 EU_j 就可能为正。(更准确地说,如果 B_j 与 L_j 之比大于 p 与 $1 - p$ 之比, EU_j 就会为正。)不论这个论证有什么漏洞(信仰不是完全自愿的,上帝也许对如此机会主义的崇拜者不感冒,以及如果选错了教派也许会同不可知论者一样致命),这个论证都隐含地承认了在说服问题中有经济学的结构。

经济学家区分了两种商品,一种是“检查品”,其质量在销售时就可以确



定(例如, 搥一搥甜瓜就知道它熟没熟), 另一种是“信赖品”, 人们购买它是基于相信(例如, 电冰箱是否经久耐用)。在后一种情况下, 消费者的信息费用要高得多。言者努力向听众“出售”的观点常常是信赖品, 伦理感染的意义就在于它增大了听众自愿给予言者的信任。

如今, 有些实用主义者, 例如理查德·罗蒂以及唐纳德·麦克劳斯基(Donald McCloskey), 忽略了信息成本对于修辞家之听众的意义。在这一方面, 他们是尼采的传人。尼采曾论辩说, 所有诱发信仰的努力都是修辞。这个论点并不总是意在恭维修辞,^⑥哪怕是修辞方法延伸开来, 包括了每一种可以想像的理性探讨或证明的方法, 比方说, 我们看到的“论证方式”(figures of argument)中就有“预辩法”(prolepsis)(预想可能的反驳并将之扣除)。^⑦我们应抵制这种延伸。因为, 如果所有的推理方法, 包括三段论以及统计推论, 都是“论证方式”, 那么“修辞”这个词就失去了其独特性和效用了:

在那些新修辞学——肯尼斯·伯克(Kenneth Burke)和切姆·佩雷尔曼(Chaim Perelman), 比方说——的著作中, [修辞]这个学科被夸张得让人认不出来了。这些新修辞学者想把它变成一种实践推理的艺术, 不仅关系到掌握——当需要时——从伦理学、政治学、心理学或其他什么东西中抽象出来的前提, 而且把它本身也作为这种智慧的全部宝藏的重要增添。按照这种方式走下去, 就像亚里士多德所言(*Rhet.*

1.4 1359b12), 就是主张修辞学拥有一些本属于另一种艺术的东西。^⑧

一般的科学论文要比一般的政治讲演或向陪审团作的最后论证更少些“修辞”(在这个词的完全可以理解的意义上)。理由是, 阅读科学论文的读者的信息费用要比——比方说——政客关于宏观经济或外交政策之讲演的外行听众的信息费用更低。听众吸收信息的成本越高, 言者就越依赖那些对听众吸收能力要求不很高的说服形式, 因此使成本最小化。对一个听众来说, 理解一位科学家有名要比了解其理论细节更为容易, 因此, 我们可以预期科学家在对外行听众说话时会费很大力气来确立自己的名声。为什么人们更喜欢代议民主, 而不是直接民主, 部分原因就在于看到了, 对于投票者来说, 判断一个政客是否称职和正直要比评价他们相互竞争的政策建议更为廉价。

信息成本高也许可以解释在法律和政治上为什么都看重对抗制。我们无需接受法律人的关于谎言竞争会产生真理的神秘信念(这种竞争更可能让人头昏脑胀而不是产生知识), 但我们可以接受: 想到他人可能反驳, 这就

会震慑不诚实的修辞,这就减少了听众受骗的可能性。由于不诚实的收益减少了,竞争的言者就更可能限定自己说一些有道理的或至少是似是而非的要点。我们可以预料,当听众是专家因此不大容易被操纵时,就会更少依赖对抗性程序;有人建议科学家按律师的程序来构建科学家的程序,这种建议太蠢了。^⑨

这种修辞的经济学进路隐含的是,言者会诉诸听众的自我利益,但这无须是笨拙的呼唤,或者是把自我利益界定的很狭仄。我将用荷马史诗中的一个例子来说明这一点。人们不应当感到惊奇,修辞会有这么古老。我们预料古代社会和初民社会的修辞技巧会更为发达,^⑩因为有没有这些技巧并不取决于有没有现代的科学或技术知识,也因为在信息成本很高的地方这些技巧特别宝贵。同样的道理,我们不应惊讶,在古希腊和罗马、在中世纪以及在文艺复兴时期修辞学曾蓬勃发展,而自那以后,修辞学在同其他学科的竞争中逐步失去了地盘。在专门化论说和探讨的领域之外,由于识字者增多、普及教育、更好的交流、知识的增加、信息专家的出现、科学以及其他理性研究方法的地位日益提高以及从学校和大学到产品保险、专营商店以及代议(不同于直接)民主这样一些使信息成本更为经济的制度发展,信息成本都已降低了。所有这些就是修辞的替代,并已压缩了修辞的领域。

在《奥德赛》第五卷中,离家20年之后,奥德修斯在回伊萨卡的途中发生了海难,他被海水冲上了谢芮尔(Scheria)岛国靠河口的海岸,全身一丝不挂,脏兮兮的,精疲力竭,而且还是单身一人。他遇到了与仆从一起到河边洗衣服的岛国公主瑙西佳(Nausicaa)。见到这个令人厌恶的怪人,仆从都跑了,只有瑙西佳站在那里。奥德修斯向瑙西佳搭话。^⑪他想要衣服,还想最后得到她的帮助返回家园。他没有任何方法证明自己是什么人。他如何劝说瑙西佳帮助自己的呢?

他一上来就是一大通奉承,他问瑙西佳是一位女神呢,还是一个凡人?如果是后者,那么,她就太漂亮了,“愿你父亲和你圣洁的母亲都三倍的幸福,也愿你兄弟三倍的幸福”,并且“那位以自己的求婚礼物成功把你带回家的男子将是世界上最幸福的人了。因为我的眼睛从没有见过一个像你这样的凡人,无论是男是女。”在大约有二十行这样的恭维之词之后,奥德修斯最后提到了自己的处境:“沉重的痛苦压到了我的头上。”他简单解释了自己的船失事了,接着说,“我想我的麻烦还没有结束”。只是到这时——总共37行说话的第26行——奥德修斯才要求瑙西佳可怜可怜他,并指出自己在这个



岛上谁也不认识。而他所要求的只是瑙西佳给他一块包布——他认为她和随从从拿到河边洗涤的衣服是用什么东西包裹来的——来掩盖自己的赤身裸体，此外要求她为自己指点一下城市在什么地方。这一请求很简短，随后奥德修斯改换了话题，从自己说到了对方。“至于你，愿诸神给予你一切你心之所求”，特别是包括了一个丈夫和一个家庭。他以这种口吻又说了几句，然后就结束了。

奥德修斯这时不能报答瑙西佳对自己的帮助，因此他必须将对方置于一种施舍者的情绪之中，利他主义经济学理论告诉我们，施舍者与被施舍者之间在财富上的差别越大，利他主义的转让越是可能。人们通常对自己的福利要比对陌生人的福利看得重得多。但由于金钱的边际效用会递减，因此，哪怕是很弱的利他主义也许都会带来这样一种情况，即转移财富会增加被施舍者的效用，也会增加施舍者的净效用。假定施舍者从自己的第一个美元中获得 100 个效用（对主观效用的一种任意测度），但由于他非常富有，因此他从自己的最后一美元中只获得 1 个效用。受施者非常贫穷，接受一个美元会获得 100 个效用。进一步假定，施舍者是一个适度的利他主义者，受施者每获得 100 个效用，施舍者就会获得 2 个效用的满足。那么，施舍者转移一美元给受施者，就会给自己增加 1 个效用（ $2 - 1$ ），从而使这一转移成为一个对于施舍者来说也是效用最大化的行动。要引发这样的转移，受施者就会希望提醒对方施舍者何等富有，而自己受施者何等贫穷。

奥德修斯的所作所为就是这样。他的第一部分话主要是要确立在奥德修斯看来瑙西佳是何等富有，因为她的可爱会使她获得一个富有的丈夫（这个人送给她的彩礼会超过其他求婚者）。奥德修斯并不必须花很多时间来说服瑙西佳自己目前有多么贫困；这一点看他的样子就很明显了。一旦确立了他们在财富上的这种悬殊之后，奥德修斯就强调自己要求的（一块布和一点信息）对于瑙西佳来说其成本是何等的微不足道，因为这一成本越小，这一礼物就越是可能增加施舍者的效用。尽管如此，奥德修斯还是对自己要求的一点点礼赠给予了报答，在结束自己的话之前，他祝愿瑙西佳幸福。祝福并不值钱，但是一点点收益也还是足以抵消一点点成本呀。

奥德修斯的第一部分话还有额外的功能，这就是对瑙西佳所关心的言者之品性作出保证。奥德修斯假装不敢肯定瑙西佳是凡人还是女神，这就是在寻求减轻这个脏兮兮且赤身裸体的男子可能给瑙西佳带来的任何恐惧，别让她也像随从一样，从他面前逃走了；因为像他这样一个凡人是不会可能



攻击一个女神的。并且奥德修斯还通过大量赞美瑙西佳,显示了自己是礼貌的、可敬的和会说话的。他用了很文明的语词来抵消自己不文明的身体外表。这样做,更重要的是,他还暗示了自己也许并非如外观所表现的那样,他也许——事实上,他就是——一个强有力的人,只是暂时不顺而已,因此,他也许某一天会回到某个位置并就瑙西佳对自己的仁慈给予报答。因此,这里还暗示了互惠性利他主义的可能性。

奥德修斯的话因此是高度理性的,尽管这话几乎没有传达什么常规类型的信息。这一陈述中表面上的悖论(高度理性,但几乎没有信息)是出自一种我们熟悉但错误的关于理性与情感之间的对立。^⑫情感指导、聚集并集中人的注意力(就像萨缪尔·约翰逊的俏皮话所说的,知道自己要被吊死,思想就会高度集中起来),强化承诺,提供动机并培养移情的知识(否则的话会激发想像力),而理性转而又为情感提供起动装置并规训、指导和制约情感。慷慨是一种情感,但对利他主义的这一经济学分析告诉我们,这是一种由财富悬殊之感受以及预期转移之大小而启动的情感,因此它依赖于知识。

柏拉图与亚里士多德的争论



如果上面的分析是正确的,那么我们就不应鄙视修辞,认为它不理性,哪怕是它运用了一些远不是科学的说服手段。这应当使我们对法律辩护更为放心一点,无须把它等同于颠倒黑白,哪怕是(事实上就是)它非常注意修辞。但是在接受这样一个令法律职业很舒服的结论之前,我们应当考察一下柏拉图在《高吉亚斯》中对修辞学的著名抨击。这是一篇有很重反讽意味的对话。对话中,苏格拉底说,如果有一天自己在雅典受审,他完全可能被处死,因为他不愿用修辞艺术来赢得无罪开释。在这样说的时侯,苏格拉底是预见了自己的死亡,因为这一对话是在苏格拉底受审并定罪之后撰写的。

当时,像高吉亚斯这样的修辞家经常受人雇用撰写讼词。在一个没有法律职业的社会中,他们占据的角色与我们社会中的初审和上诉审律师的角色相近。苏格拉底追问高吉亚斯,修辞的社会价值是什么,并诱使他接受了苏格拉底的表述,“修辞产生的是说服。它的全部工作就是说服人”。^⑬高吉亚斯进一步承认,法庭上使用的修辞是这样一种说服,它不灌输关于正义和非正义的知识而产生对正义和非正义的信念,而不是产生有知识的信念,因为修辞家“永远也不能在短期内对如此重大的问题指教如此大量聚集的人们”

(页 14, 455)。这就导致高吉亚斯在修辞家与外科医生之间的一场关于谁应当选为公共医生的辩论中夸口说,修辞家应当赢,并应当选。苏格拉底描述这是“一个无知者要比与无知者相伴的专家更有说服力的案例”。

苏格拉底诱使高吉亚斯同意,就如同医生要从医就一定要学医一样,修辞家要谈论正义就一定要学习正义。因此,高吉亚斯还进一步愿意承认——在这里他还接受了苏格拉底伦理理论的一个既很基本但有时很令人怀疑的方面——好修辞家一定是个公道的人,因为按照这种理论,人仅仅是出于无知才做了坏事。一个公道的人不会说话不公道。然而,高吉亚斯早就承认了修辞家有时会滥用他们的才华,在案件中为不公正一方辩护。因此,修辞家一定不知道正义为何物,并且高吉亚斯看起来甚至根本不知道修辞为何物。在高吉亚斯的敦促下,苏格拉底给出了他自己对修辞的定义,苏格拉底称之为那些很善于同他人打交道的人的一种诀窍(诀窍的意思是,诀窍拥有者也无法解说它如何起作用以及为什么起作用)。诀窍接近于烹饪法,并主要由奉承话组成,修辞对于正义来说就像是体操中的化妆,就像医药中的烹饪。厨子“装作自己知道什么食物对身体最好;因此,如果厨子和外科医生不得不在一群孩子面前就其主张争论……这个外科医生就会饿死”(页 25, 464)。而他苏格拉底,如果哪一天受到审判,就会“像是外科医生在孩子组成的陪审团面前受厨子的指控”(页 100, 521)。

考利克勒斯,是这一对话的另一个参与者,他反驳苏格拉底,他认为苏格拉底不理解正义的惟一原则就是“强者将实行统治并对其下属拥有优势”(页 52, 483)。如果这是正确的,那么苏格拉底担心修辞不利于人们理解正义就太傻了。但是苏格拉底拒绝这一强权即真理的原则。他论辩说“一定要比忍受不公更为小心翼翼地避免行为不公”(页 106, 527),因为人们死后这笔账都会算的。死者的灵魂将“赤裸裸地受到裁判,因为裁判必须等到他们死后。裁判者也一定是赤裸的病死了,这样这一裁判才是公正的,裁判者的灵魂将注视着每一个已死者的赤裸的灵魂”(页 103, 523)。那些被裁判为公正的人将来到有福之岛,那些不公正的人将去塔塔鲁斯(Tartarus),“那间报应和裁判的监牢”(页 102, 523)。

就柏拉图(通过苏格拉底之口)对修辞的抨击而言,这里有几个明显的难点。总的说来,看来似乎是,柏拉图对自己的信念缺乏勇气。柏拉图对话集,包括这篇《高吉亚斯》都是一种非常修辞性的对话。我已经提到他运用了反讽。柏拉图还大量依赖类比,比方说,他把修辞类比为化妆乃至烹饪法。此

外,在这里,他还用了神秘或幻想(关于死后判决的故事),还有这种对话方式,对话中他让真实历史人物说的话大部分都可能是虚构的。

就柏拉图对修辞之批评而言,这并不是一个很大的难题;你可以以毒攻毒,但仍然认为就总体看来这个毒很糟,尽管《费德鲁斯》表明柏拉图区分了好的修辞方法——因其目的好——和诡辩者的坏方法。真正的大难题在于柏拉图反复强调死后的完美正义,这分散了人们对实际问题的注意,即如何防止把公正者定罪,比方说,苏格拉底本人。在苏格拉底审判中,如果运用了修辞艺术或雇一位老到的修辞家撰写对陪审团的讲演,苏格拉底就完全可以逃脱这一定罪,因为尽管他没有辩护,陪审团中还是有相当多的人——尽管是少数派——投票赞同无罪释放他;他的案子并非是哭天天不应,哭地地不灵。完全不理睬当下,这从来不是一个可行的社会秩序原则,尽管这使苏格拉底成了一个尘世的圣人。

就总体来说,亚里士多德对修辞的看法更为友善。他的论著^⑧从一开始就把柏拉图的批评暗暗甩在一边,他解说先前有关修辞的作者处理的“主要都是一些无关紧要的东西”,也就是“调动人的偏见、可怜、愤怒以及诸如此类的情感因素”(页 2152, 1354a)。情感感染应当——在治理良好的国度,他说,事实上也确实——予以禁止,使那些只有诉诸情感这一把刷子的修辞家无言可说。由于排除了这些修辞的滥用,就可以认为修辞是“有用的,因为那些真的东西,正义的东西,有战胜对手的自然倾向,因此,如果法官的决定不是言者应当得到的,那么这个失败就一定是由于言者本人有问题,他们必须因此受到谴责”(页 2154, 1355a)。

亚里士多德区分了三类说服的方法。首先是伦理感染。与前一种紧密相联,第二种方法是要让听众进入一种愿意接受的思想状态中。第三种就是话语论辩。在这里,亚里士多德强调了缺省三段论,缺省三段论在现代逻辑中是这样一种演绎,即有一个前提因为众所周知而不予表述。因此你也许会说,苏格拉底是人因此一定会死,而不是说烦琐的三段论,所有的人都会死,苏格拉底是人,因此苏格拉底一定会死。值得怀疑的是,亚里士多德是在一种非常有限的意义上使用缺省三段论这个词的;他指的也许仅仅是,提出一个主张,背后一定要有理由支持,就像当一个结论可能来自但并非确定地来自前提一样,不像在演绎推理中^⑨或者是当前提可能真实但并非肯定真实时那样确定。^⑩不管怎么说,把缺省三段论(而不是把言者的声音和姿态)放在修辞的中心阶段,亚里士多德肯定修辞是理性的。这转而显示出,如同亚里

