

4

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

第四辑

法律方法与法律思维

葛洪义 主编

4

第四辑

LEGAL METHODOLOGY AND LEGAL CONGITATION

法律方法 与法律思维

葛洪义 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律方法与法律思维. 第4辑 / 葛洪义主编. —北京:
法律出版社, 2007. 5

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7267 - 5

I. 法… II. 葛… III. 法律—研究—文集 IV. D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 039737 号

©法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/张宇东

开本/787×960 毫米 1/16

印张/25.75 字数/395 千

版本/2007 年 4 月第 1 版

印次/2007 年 4 月第 1 次印刷

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 苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7267 - 5

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

法律方法与法律思维

主 编

葛洪义

编辑委员会

(以姓氏拼音为序)

葛洪义 柯 岚 李旭东 刘治斌
罗 寰 伊卫风 赵 娜

学术委员会

(以姓氏拼音为序)

陈兴良 葛洪义 贺卫方 霍宪丹
梁治平 舒国滢 孙笑侠 王晨光
徐国栋 徐显明 许章润 於兴中
郑成良

本辑执行编辑

(以姓氏拼音为序)

柯 岚 李旭东 伊卫风



卷首语

葛洪义

我们生活在一个语言的世界里，一定意义上还可以说，语言的世界就是我们生活的世界。语言从两个方面规定了我们生活的意义：首先，我们对自身存在意义的理解和把握是在一种特定的语言环境中进行的，不仅精神生活如此，而且，即使是对物质享受的崇拜，也是发生于特定语境之中的。所以，实际上，我们正是通过语言建构的某种特定的宏大叙事支撑着我们内心深处对意义的渴望和追求；其次，我们同时还在通过先于我们而在的语言不断繁殖自己生活的意义，所以，经验、先验、超验的东西才会交替出现在我们的生活中。总之，语言使我们能够交流与沟通，使我们能够认识自己的世界，还使我们能够建构一种有尊严的生活方式。

法律与语言也存在密切的关系，法律是依靠语言表达的，法律的意义也是依靠语言建构的。法律本身就是一种非常典型的凭借话语权威建构的生活和活动准则。法律当然需要依靠强制。但是，法律的强制是以特定的话语为基础的。托洛茨基和韦伯先后表达了一个共同的观点：在任何一个社会中，统治权威都不能仅仅从被统治者角度考察，也即任何统治的权威形式都必须同时是具有合法性的统治，合法性即指获得被统治者的同意。而被统治者之所以能够接受统治者的统治，根本上是因为他们接受了一种统治者与被统治者之间关系的权威话语

和叙事语言。从这个意义上说,法治也是一种话语秩序,它并不是为了暴力而诉诸于强制,而是为了建立一个特殊的话语体系。

一切以语言为媒介的社会关系都需要一套语言意义的识别机制和制度,以达到交往的目的。例如,我们必须通过人们所说的,判断他是否真诚、诚实,他的话是否有道理,他的言行是否一致,等等。作为沟通与交流媒介的语言一般具有两类:一种是以纯粹的语言表达技巧达到交流乃至说服人的目的,包括所谓花言巧语,也包括那些诱惑、鼓惑、煽动的语言;一种则是以关于真理的知识话语达到沟通目的。法律话语是两者的结合,尤其关注后者,其目的是保证人们能够平等、严肃、真诚地交流与交往,以形成稳定的具有一定价值共识的社会关系;它也不完全排斥前者,因为个别的法律活动和法律判断并不以追求绝对的善为目的,不存在判断法律活动,如法官裁决正确与否的绝对的、永恒的、唯一的标准。法律人的语言是为说服人而构想和设计的,而人所以能够被说服,是因为他的已有的背景知识和经验使他愿意或者不能不接受法律人的此时此刻的判断以及判断中所包含的叙事话语的权威。所以,法律人具有自己的话语系统,这是他们安身立命的根本。

现代法律人是凭借现代法治话语分化为独立的职业群体的。现代法治作为现代性的一个重要方面和内容,是以形式合理性的价值取向为思想基础的。它不仅是区别于简单暴力的话语权威的产物,而且还是以特定的说理形式为内容的特殊的话语体系。在这个体系中,说理方式具有自己的特殊性,由此而产生了一个被称为法律职业共同体的法律人专业集团。因此,形式合理性的现代法治不仅要求规则的治理,而且尤其关注法律职业共同体在规则治理中的核心地位。在它的话语体系中,称职的法律人必须恪守忠于法律的职责,因此,他们是自由的捍卫者,也是民主社会的保证。托克维尔把美国的法律职业者比喻为作为英国自由体制根本保障的贵族,韦伯则把法律职业者作为形式合理性社会的重要标志,原因在于:法律人必须忠于法律,而法律一般具有自己恒定的形式。正因如此,法律人通常被认为是一支社会稳定的重要力量,其忠于法律的能力影响甚至能够决定一个社会的理性化程度。

法律人是否确实忠于法律?是否能够忠于法律?如果他们能够忠于法律,那么,他们是如何通过话语的形式以及对语言氛围的营造表达自己对法律的忠诚的?如果他们实际上不能不折不扣地忠于法律,甚至法治本身就

是一个神话,那么,他们又是凭借什么样的方式和技术建立了这样一个神秘的法律帝国?这些就是我们希望创办这份连续出版物加以解决的问题。我们坚信,一个法治的社会,一定是一个说理的社会;道理是在一定的语言环境中成为道理的。语境不仅包括不同文化背景的人的思想方式的不同,而且还包括不同职业的人的思维形式的差异。所谓法言法语法庭环境,构成了法律人解决各种社会问题,包括把复杂的政治经济问题转化为法律问题的基础。我们追求法治,就是希望能够建立一个根据法律解决社会问题的话语机制。因此,我们真诚地希望通过我们的努力,为使我们的生活世界真正建立在一个讲道理的话语系统之上做出一份贡献。在我们看来,法律人的思想方法和思维方式恰恰是现代文明社会的有机组成部分。

葛洪义

2006年岁末于广州

目 录

卷首语

主题研讨 ——法律监督说理

- | | | |
|----|--|---------|
| 3 | 从“权力”到“权威”
——以检察机关法律监督说理中的“不捕说理”为视角 | 张利兆 王志胜 |
| 15 | 评论一:言以载道:话语商谈与权威重建 | 朱志昊 |
| 17 | 评论二:构建“说理”的法治 | 陈征楠 |
| 20 | 法律监督说理:提升检察机关公信力的有效举措 | 吕端胜 |
| 26 | 法律监督说理及其实践要素分析 | 张利兆 |
| 37 | 评论一:内部说理与外部说理 | 伊卫凤 |
| 39 | 法治理念视野下的检察法律文书制作
——浅析说理的形式及必要性 | 鲍同义 |

论文

- | | | |
|----|------------|-----|
| 45 | 语言学 and 法学 | 廖美珍 |
| 64 | 法律论证的修辞学传统 | 杨 贝 |

77	试论逻辑推理在法律适用中的分类	郭 哲 茆 巍
90	现代性场景中的伦理纠纷及其司法 解决迷津	张达君
107	法律确定性的司法探寻 ——一个法学方法论的视角	蒋传光 孙建伟
126	作为司法判断的依据	刘治斌
141	判例法的逻辑 ——兼论我国案例指导制度的构建	梁迎修
160	法官在法律适用中的地位 ——法律思维与司法权限	王源渊
188	法律续造:正当性及其限制	梁兴国
205	论我国案例指导制度的构建和适用方法 ——以《最高人民法院公报》为分析样本	秦 旺
222	中国法院调解将向何处去? ——论当事人本位的法院调解制度	赵琦娴
236	侦查讯问强制机理范式研究	盖世梅 李明和
250	天人交战的审判:哈特与富勒之争的 再解读	湛洪果
287	道论下的法律图景 ——金岳霖《论道》中的法律思维初探	李旭东
译文		
301	哲学有助于法律教义学吗? [瑞典]亚历山大·佩岑尼克 柳承旭译	

书评

- 313 纪念佩岑尼克 [德]罗伯特·阿列克西 柳承旭译
- 317 逻辑方法与法律 [美]约翰·杜威 李 娟译
- 328 法律科学中的价值判断
[奥]汉斯·凯尔森 张书友译
- 345 由论辩回归真知 柯 岚
——读舒国滢“寻访法学的问题立场”
- 355 说理的法律 伊卫风
——读葛洪义《法与实践理性》
- 364 法律论证的功能、进路与立场 雷 磊
——以菲特丽丝《法律论证原理》一书为视角
- 383 你贡献了什么? 刘曙光
——《法制与治理》之解读
- 390 挣脱“镣铐的舞者” 王家国 张红梅
——评《法治与文明秩序》
- 396 编后小记
- 398 《法律方法与法律思维》稿约

主题研讨

——法律监督说理

“说理”是法律方法与法律思维中的一个核心话题。关注与推进司法机关的说理活动,则是这项研究工作的主要目的之一。《法律方法与法律思维》(第三辑)的主题研讨,选取的是有关法院裁判文书说理问题的一组文章,本辑则以国家检察机关相关工作的说理性问题为中心展开讨论。其意旨在于引起更多的朋友关注与讨论这个话题,特别是法律实务界人士的参与;当然,也希望就此话题在审判机关与检察机关之间形成一个对比。

2006年9月底在宁波余姚市,《检察日报》、《人民检察》、宁波市人民检察院等单位,联合召开了一个有关检察机关监督说理问题的专题学术研讨会,对宁波市人民检察院多年探索的检察监督说理工作,也即检察机关在行使实体性决定权过程中是否应该、又如何进行说理的问题,进行了一次深入讨论。本辑主题研讨的话题,因此而产生。



从“权力”到“权威”

——以检察机关法律监督说理中的 “不捕说理”为视角

张利兆* 王志胜**

检察机关是我国的法律监督机关,其地位和职能由宪法规定,具有不容置疑的规范渊源上的正当性。然而一个无法回避的问题是,当前检察机关的法律监督职能实际上面临着一定的尴尬局面。从环境上看,随着经济发展和利益格局的变迁,我国进入社会转型关键期,物质财富的高歌猛进带动了民众法律意识的觉醒和对正义需求的与日俱增,而客观存在的法律规范本身的混乱与冲突、行政执法活动的滥权与逐利、社会纠纷解决体系的救济效能不足等,又相当程度地阻滞了我国的法治进程。从这一意义上讲,在当代中国,对法律实施活动的有效监督比任何时候都更加重要,检察机关通过法律监督来维护法律权威,推动“政治文明”与“和谐社会”进程的职责不仅不能淡化或放弃,而且应当进一步探索和加强。只是问题在于,奢望短期内显著改变法律监督的外部环境(如监督机关和监督对象之间的制度力量格局或者权能对比关系等)是不现实的,关键还在于如何通过职业素质

* 张利兆,法学博士,浙江省宁波市人民检察院副检察长,主要研究方向:刑法、刑事司法。

** 王志胜,法学硕士,浙江省余姚市人民检察院研究室负责人,主要研究方向:诉讼法、刑事司法。

的提高和工作模式的革新,寻求对现有法律资源和监督手段的用足,探索有实质影响力和控制力的“内涵型”监督模式。

一、“权威型”法律监督模式分析

(一)“权威”现象及其启示

“权威”现象是人类社会特有的一种现象。权威不同于权力。从社会学视角来理解,权力作为政治的核心和基础,指的是一种对他人和资源“强迫性控制”的支配能力,“甚至是不顾其他参与这种行动的人进行抵抗的情况下实现自己意志的能力”,其作用主要是通过奖惩来使他人的行为符合“掌权者的目的”。^{〔1〕}而权威则是“一个人在相信他或她施加影响的权利的合法性基础上要求别人服从的可能性”,^{〔2〕}常常体现为一种以自愿服从为基础的精神性力量,具有一定的认同属性,其作用主要是借助特定主体的威信在公众情感、信仰等方面的影响来发生。德国社会学家马克斯·韦伯区分了三种不同类型的权威并指出了它们的来源:一是传统型权威,依靠“人们对古老传统的神圣性以及实施权威者的合法地位的牢固信念”^{〔3〕}而确立,宗教领袖是其典型;二是魅力型权威,以领袖人物的非凡才能以及追随者的认同和自觉服从为基础而确立;三是法理型权威,它是秉承“权威运用者的制度体系、任职者的权威角色、命令的内容和颁布方式都符合某一或某些恒常准则”^{〔4〕}的理念,建立在遵守正式制定的非个人专断的法律基础上的权威。韦伯关于权威的阐述清晰地勾勒出了权威不同于权力的特征,即后者强调客观意义上的强制和服从,而前者则强调精神层面上的感召和尊崇。韦伯之

〔1〕 [美]汉斯·格斯·赖特·米尔斯:《马克斯·韦伯论文集》,牛津大学出版社1964年版,第180页。

〔2〕 [美]D. P. 约翰逊:《社会学理论》,南开大学社会学系译,国际文化出版公司1988年版,第279页。

〔3〕 [美]D. P. 约翰逊:《社会学理论》,南开大学社会学系译,国际文化出版公司1988年版,第282页。

〔4〕 [美]邓肯·米切尔主编:《新社会学辞典》,蔡振扬等译,上海译文出版社1987年版,第22页、第23页。

后的其他社会学家,基本上也是从上述不同的角度来理解权威和权力的内涵。^[5]

从权威一词的社会学渊藪和内涵来看,“权威”本身是一个中性词,它实质上就是某一社会成员或某种事物由于其本身所具有的“支配性”力量,而产生的被其他社会成员所尊崇、信仰或服从的状态。就像韦伯所区分的那样,支配性力量的来源及其表现有很多,或者是某种具有强制性的权力或制度力量,或者是某种足以深刻影响社会生活的精神信仰或思想体系(如宗教教义、理论学说等),也可能是某种卓越的人文素质或道德人格,不论何种表现,“支配性”都是其本质特征。另外,从某种意义上说,“权威”也是和人类社会历史中的“精英”现象联系在一起的。“精英”(elite)一词是西方社会学中的专门用语,指社会上具有卓越才能或身居显著地位并有影响作用的杰出人物或其群体。^[6]精英理论可以追溯到柏拉图的《理想国》和马基雅维利的《君主论》,它最早是作为权力分配理论的一种形式即“权力精英论”出现的。但“精英”的内涵也并非一成不变,从西方精英理论的演变过程看,所谓精英实质上指的就是因其突出地位而在社会的“权力”资源即“占有和支配力”的分配中占有优势的群体。这一“权力”最初多指政治性权力,而在民主政治和市场社会中,“权力”的概念已经扩大到社会、经济、文化等更广阔的领域。在当代,人们完全凭借良好出身或优越背景而成为“领袖”、“贵族”,进而获得“占有和支配力”的可能性越来越小,多数则是因为在本领域具有卓越才能并对社会产生了有利的重要影响,才获得社会的高度评价和合法的优越地位的。

韦伯关于权威的阐述和社会学中“精英”理论的演变,启发了我们如何理解当代社会中的“权威”现象。当代社会中,“权威”一词已经不限于对某一社会成员或某种思想体系的评价,它也常用在某种社会组织(如司法机关)及其运行效果的评价上。就譬如权威型的司法模式,它所表征的就是一

[5] 如美国学者彼得·布劳认为,社会学中的权力指的是个体(或群体)在特定的角色和地位上所表现出来的迫使他人产生遵从性的能力或影响力,而权威就是这种能力或影响力的合法化,它更多地体现出受权力控制的人对权力拥有者的赞成和承认。参见[美]彼得·布劳:《社会生活中的交换与权力》,孙非、张黎勤译,华夏出版社1988年版,第233页。

[6] [美]伊恩·罗伯逊:《社会学》(上册),黄育馥译,商务印书馆1990年版,第320~328页。许嘉牖:《社会阶层化与社会流动》,台湾三民书局股份有限公司1986年版,第99页。

种以宪法授权为基础,以素质卓越的司法职业、严谨公正的司法过程和功能显著的司法效果为要素的司法权存在状态。这一状态直接带来了近现代法治国家司法权的扩张,使得司法活动对社会运行的广泛介入诸如对公共权力的约束、对公民人权的保护以及对社会价值的引领等,获得了坚实的正当性基础,从而推动了人类社会治理模式在经历专制时代的“行政至上”、宪政初创时期的“议会至上”之后,走上“司法至上”或称“社会治理司法化”的道路,促进了人类政治文明朝向更高形态的发展。从现代法治国家的权力博弈规律上看,宪法的安排只是一个起点性的静态格局,而各个权力主体包括司法权对全体社会成员的影响力和控制力能最终达到什么程度,仍然有赖于该权力范畴内的人的素质和能力,有赖于该权力实践过程本身所表现出来的重要性与合理性。在这一问题上,英美司法体系特别是美国的最高法院,可谓是典型代表。美国建国之初,最高法院是联邦三权中最弱的一极,但却凭借马歇尔大法官的经典之作“马伯利诉麦迪逊”案,确立了世界上最具影响力和支配力的司法审查模式宪法监督权。大凡了解该案经过和判决内容的人都知道,实质上美国的司法审查权就是最高法院大法官按照严密的逻辑论证“说理说出来的”,因为美国宪法只规定了宪法是最高法律,最高法院是联邦司法权的行使者,却从未规定也不可能规定最高法院具体应当如何去发现和说明某一立法行为或司法判决的违宪性,这一切只能靠马歇尔等大法官的智慧与解释能力。马歇尔之后的最高法院延续了这一习惯,“米兰达诉亚利桑那州案”、“布朗诉教育委员会案”等一系列精深的理论阐释和法哲学分析,成就了美国最高法院难以撼动的地位与尊严。^{〔7〕}

(二)权威司法:法律监督的理想目标

以宪法授权为基础的“权威型”的司法模式,是人类社会发展至今的必

〔7〕 如在刑事司法界因沉默权问题而广为人知的“米兰达诉亚利桑那州案”的判决中,最高法院便通过仔细且详尽的推理过程,表明了“警察局在审讯时所笼罩的气氛历来是强制性的,这一气氛把微妙和间接的压力施加于被审讯者,减弱了他抗拒的意志并引导他供出其案件的秘密”。同时为了给这一判断提供经验上的根据,判决书还“从警察使用的颇具影响力的指南手册中旁征博引,证明警察通过各种小计谋、暗示手段以及误导性言论,常常可以使被审讯者陷入圈套而作出表明自己有罪的陈述,即便按照传统理解这些陈述是‘自愿的’”。另外考虑到公众是否会理解并接受判决结论的问题,判决书“还对其裁定可能受到的相反的批评观点进行了讨论,特别对出于有效防止犯罪的社会需要而反对宽泛解释对抗自证其罪的特权这一观点,进行了讨论”。这一判决书被人称为是“运用了典型的辩证推论”的法律解释和推理论证方法。参见[美]博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第501~502页。

然产物。当代社会以市场经济、人本文化和民主政治为基本结构,人们享有广泛的表达自由和异议权,在这种历史环境中,不管是权力之间的约束与平衡,还是公权力对私权利的任何限制与剥夺,纯粹依靠权力所附带的强制力量,已难以让舆论与公众产生真正的信服。就像在今天人们已无法再完全凭借良好的出身或优越的背景,而获得并持续保有对社会资源的“占有和支配”一样,当代社会中任何一项公共权力,也无法仅仅依靠法律赋予的合法“暴力”手段而自封其地位和尊严。在人本主义的市民社会中,通过“表达”与“对话”形成并执行公共政策和法律制度,是社会治理的基本方式,通过民众对公共事务的知情、参与和异议而引出公共权力行使者的审慎、勤勉精神以及充分、合理解释问题的习惯,才使公共权力的运作过程与结果的公众认同度得以渐次形成,其公信力与正当基础也得以巩固。于是在这样的历史条件下,对公共组织及其运作功效的评价原则和标准,事实上也已经发生了质的变化,公共权力特别是司法权的“权威”,已经排除了笔者前面所说的三种“支配性”力量来源中第一种的可能性,而只能和后两者即努力表达了某种足以影响社会生活的精神信仰、思想价值或用以解决社会问题的策略原则,或者体现出了某种卓越的人文素质或道德内涵等更有关系。这就是现代社会“权威型”司法模式的内涵和本质,也是作为广义司法权之一的检察权在履行法律监督职能时的理想模式目标。

二、检察机关法律监督效能提升的路径选择

(一)一般路径及其局限

中国有古话“名不正,言不顺”、“徒法不足自行”,任何公共权力的存在和运作,都必须有国家制度层面的法律授权,以及相应的组织设置、人力配备等有形的资源投入,检察机关的法律监督职能也不例外。正因为如此,人们在提起当前加强法律监督能效的问题时,往往自觉不自觉地首先将法律监督面临的诸多困难归咎为法律授权的不足,归咎为有关法律监督问题的保障性、制裁性手段等的缺位,进而呼吁国家法律的改革和完善,呼吁为检察机关履行法律监督职能提供更强有力的权能支撑。特别是在当前我国社会加剧转型的过程中,伴随着社会流动、利益分化、道德约束机制乏力等而来的又一波犯罪浪潮席卷而至,于是很长一段时期以来,检察机关相当多的精力也被卷入日益繁重的刑事检察业务和职务犯罪侦查中。法律授权的