

第
3
辑

法律方法

与法律思维

中国政法大学出版社

法律方法 与 法律思维

第3辑

主 编
葛洪义

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律方法与法律思维. 第3辑/葛洪义主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2005.9

ISBN 7-5620-2817-6

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(2005)第 111598 号

书 名 法律方法与法律思维(第3辑)
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 9.875
字 数 275 千字
版 本 2005 年 10 月第 1 版 2005 年 10 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2817-6/D·2777
定 价 24.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

学术委员会 (按姓氏笔画为序)

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

编辑委员会 (按姓氏笔画为序)

刘治斌 柯 岚 湛洪果 葛洪义 韩 松

主编

葛洪义

执行编辑

刘治斌 湛洪果 柯 岚

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的生活世界。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。

法律与语言也存在着密切的关系，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

II 卷首语

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权威为基础的。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统治者一方来看，而必须同时从被统治者角度考察，也即任何权威的统治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致交流、乃至说服人的目的，包括所谓花言巧语，也包括那些诱惑、蛊惑、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，例如法官裁决

正确与否的绝对的、永恒的、惟一的标准。法律人的语言是为说服人而构想和设计的，而人之所以能够被说服，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，语言表达的技巧以及场景也都具有自己的特殊性，由此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。

IV 卷首语

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法和技术建立了这样一个神秘的法律帝国？这些就是我们希望通过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思想方式的不同，而且还包括不同职业的人思维形式的差异。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。

目 录

1	卷首语
1	——主题研讨——
3	【法律论证】
3	司法中的法律论证资源辨析
	——在“充分”上追问/刘 星
52	评议人评议
52	葛洪义
55	徐忠明
59	於兴中
60	孙笑侠
61	赵 利
65	——论 文——
67	中国司法的思维方式及其文化特征/季卫东

2 目 录

- 89 规范缝隙初探/颜厥安
- 115 人工智能、话语理论与可辩驳推理/於兴中
- 130 法律论证的有效性条件/梁庆寅 张南宁
- 145 法律方法的性质与作用
——兼论法律的结构及其客观性/葛洪义
- 165 对司法过程中经验方法的检讨/刘治斌
- 183 法律推理的逻辑基础/熊明辉
- 193 改革中的法院与法院的改革
——美国 1937 年宪政革命与最高法院/毕竞悦
- 209 ——调查实录——
- 211 正式制度之外的力量对纠纷解决模式的可能影响
——渭城区法院特邀协调员制度调查纪实/刘治斌
- 225 ——随 笔——
- 227 民主的滥觞
——读《雅典政治》/伊卫风
- 234 将批判进行到底
——《政法笔记》读后/高 扬

244	霍姆斯法官的命运/柯 岚
259	——书 评——
261	汉斯·凯尔森的生平、著述与思想/张书友
281	我是谁? ——《法学方法论》第2章读后/谌洪果
303	【编后小记】

主/题/研/讨

法律论证

司法中的法律论证资源辨析 ——在“充分”上追问

刘 星*

言多必有数短之处。

——《鬼谷子·本经符》

1990年以来,随着中国司法改革全方位的推进,中国司法实践中的法律论证尤其是以裁判文书理由陈述作为标志的法律论证越来越受到人们的重视,而且,这些法律论证迅速成为司法改革的一个组成部分。人们时常评论司法中的法律论证,指出这些论证的理由是否充分,进而期待从法律实践以及法律学术两个层面提升“法律论证”的意义。所有这些,都预设了一个基本前提:不仅需要提出法律论证,而且需要使之充分。

从中国现有的学术话语和实践话语来看,规范思路和实证思路是相关的两个主要思路。规范思路积极主张从技术上研究法律论证以及积极推进法律论证的一般意义,积极主张司法实践应该朝向“充分陈述法律理由”的目标不断改革。^[1]实证思路从现实上认为法律理由是在实际制度环境中体现意义的,指出法律理由对在不同制度环境

* 刘星:中山大学法学院教授,博士研究生导师。

[1] 这一思路的文本例子非常丰富,其中作者既有法学学术者也有法律实践者,而且已为人们熟悉,这里恕不例举。

4 主题研讨

中的法律论证而言自然会有不同的现实谱系，人为的改革努力，并不能够解决不同环境中的实际法律论证问题。^{〔1〕} 实证思路虽然强调实际的制度现状以及制度制约，但是并未因此否认“法律论证理由应当充分”这一理想。^{〔2〕} 换言之，就最终追求而言两种思路是一致的，它们都在希望中国司法中的法律论证有朝一日可以实现标准的、理想的“充分”乃至“令人信服”。

在我看来，这两种思路虽然都有涉及但是都未深入探讨一个问题：“法律论证理由充分”从法律论证机制本身来看将会遭遇什么问题？这个问题十分重要。如果对其不能加以必要的深入澄清，那么，对法律论证真正意义的理解就会有所折扣。我将结合新近出现的一份刑事终审裁定书，^{〔3〕} 并且以其作为基本的材料来源和叙事平台，分析相关的问题，从而论证一个也许看似消极实则有益的观点：在司法中应该作出法律论证，但是这种法律论证不应追求“充分”。我将分析表明，即使在当下中国司法可以作出所谓的充分法律论证的条件下，^{〔4〕} 要求“使之充分”，依然可能不是一个令人期待的目标。

首先需要附带说明几个问题。

第一，通常认为，从司法角度来说，诉讼案件就其法律解决而言可以分为两类，其一是没有争议的案件，比如一方起诉而另一方承认或者没有任何抗辩，而且法官之间对案件没有争议；其二是有争议的案件，比如双方各执一词，彼此提出针锋相对的观点和理由。在第二类案件中，一般认为，通过相互争论或者法律论证这个通道将会出现两种结果。第一种结果是争议得到解决，于是，争议案件转变成了没有争议的案件，比如一方通过庭审、辩论或者阅读裁判理由发现自己是不对的，或者认为对方更有道理，从而承认、接受对方主张以及裁

〔1〕 苏力：“判决书的背后”，载《法学研究》2001年第3期。

〔2〕 苏力：“判决书的背后”，载《法学研究》2001年第3期，第3页、第17页。

〔3〕 终审裁定书编号：（2004）粤高法刑二终字第24号。

〔4〕 实证思路时常认为这种条件是谈论法律论证是否应当充分的条件。例子参见苏力：“判决书的背后”，载《法学研究》2001年第3期。

判结果。第二种结果是争议无法得到解决,换言之,通过互相争论或者法律论证这个通道双方之中没有一方接受他方的主张,或者达成妥协。

可以看出,“法律论证理由应当充分”的制度建设期待,主要是以第二类案件情形作为现实基础的,并以其作为目标。因为,这种情况似乎可以展示法律论证的话语权威,展示其所表达的逻辑知识力量或者说服力量,直至表明充分的法律论证如何可以摧毁不应存在的争议结构,或者,直至展示法律裁判的中立的正当性,如果争议对立是无法解决的。针对第一类案件也即没有争议的案件,法律论证应该是没有实际意义的,而且可能是多此一举的。^[1]

因此,我将集中考察基于第二类案件情形而呈现的法律论证问题。本文所讨论的终审裁定书,也属于基于第二类案件而产生的裁判文书,更准确地来说是第二类案件中的第二种情况。^[2]

第二,本文涉及的“充分”,应该是指除运用细节的明确法律规定(包括法律原则)以及运用一般形式逻辑推理加以论证这两种方式之外的、对其他辅助论证资源的大量使用直至不断使用。^[3]而辅

[1] 首先,诉讼双方并不关心法律论证,因为其中一方没有提出理由对抗对方的主张,而是简单承认或者接受。在已经承认而且接受的情况下,难以想像其中一方还会要求另外的推论陈述。常识可以表明这里缺乏对另外法律论证需求的动机。其次,正是因为第一点,目前中国一些基层法院开始改变没有争议案件的裁判文书的理由陈述写作方式,它们认为应该转换不问具体情况一律加以“法律论证”的僵化模式。典型例子之一可以注意北京法院网站发表的一篇文章“北京法院 15 类简易民事裁判文书减肥”。其中提到,由于不加区别地强调论理,民事判决书出现了越来越复杂的趋势,需要改变。文章提出对某些简易没有争议的案件,取消法律论证的建议。载 <http://bjgy.chinacourt.org/public/detail.php?id=74>, 2002 年 11 月 1 日。

[2] 这一案件的一审和终审引起了社会广泛关注,引起了很大争议。这在各种媒体的报道讨论中都能发现。

[3] 这里涉及一个问题:案件中事实认定和法律适用的区分问题。其实,无论认定事实还是法律适用,通常都和这里提到的各种论证资源相互关联,是在各种论证资源的使用中展开的。因此,本文在讨论“充分”问题的时候,不再区分通常意义上的事实认定和法律适用。

助论证资源主要包括：①说理方法；^{〔1〕} ②经验常识；③法律原理。^{〔2〕} 如果仅仅适用明确的法律规定和法律原则，以及一般形式逻辑推理，以论证自己的法律观点，应当认为，与“充分与否”是没有关系的。当仅仅阅读“明确法律规定与法律原则”和仅仅阅读“形式逻辑推理”的时候，阅读者在绝大多数情况下只会发觉这是“这么规定的”，这是“本来如此的”，不会发觉这是“很有道理的”。而“很有道理”才是“充分”概念的另外语汇表达方式。不难理解，如果期待促使一个法律论证“很有道理”，也就必须竭尽思考所能而去不断地使用说理方法、经验常识和法律原理。其实，这也是人们主张法律论证充分的主要内容。^{〔3〕} 至于“法律论证”的含义，在本文中是指仅仅运用细节的法律规定（包括法律原则）以及运用一般形式逻辑对法律枝节观点进行论证，从而支持法律基本观点论证的推演活动。对单纯的法律论证，是可以使用“严密”一词加以描述的。

因此，我将围绕说理方法、经验常识、法律原理，来论证“应该提出法律论证，但是不应使之充分”这一观点。

第三，众所周知，司法中的法律论证，包括隐蔽的和公开的。法官个人的某些思考、合议庭的某些讨论，又如中国法院审判委员会的

〔1〕 这里的“说理方法”，与一般逻辑推理有很大不同，意指广义的“讲道理和说服”。其具体含义与意义，见下文。

〔2〕 这里涉及法律论证资源和法律推理所依赖的渊源或说大前提彼此区分的问题。一般来说，法律论证与这里提到的论证资源联系更为紧密，与法律推理的其他大前提，比如道德、政策、习俗、惯例等，联系并不那么紧密。如果结合道德、政策、习俗、惯例等进行推理，我们似乎将其称为“辩证”法律推理较为合适，将其称为法律论证可能是不合适的。

〔3〕 《最高人民法院公报》编者曾经对一个自己认为值得赞扬的裁判文书提到，“前后呼应、分析透彻、情理法浑然一体”。参见《最高人民法院公报》1999年第2期，第59页。比如主张运用法理的学术例子，参见杨立久：“民事再审判决书的论证内容及方法”，载《法学》1999年第6期，第30页；陈金钊：“司法过程中的法律方法论”，载《法制与社会发展》2002年第4期，第35页。