

第
2
辑

法律方法 与 法律思维

葛洪义 主编

- 民间司法改革力量的兴起与法律人阶层的自我反思
- 改造权力
- 法律的形式与法律推理
- 司法过程中的法律方法问题
- 推定规则的认知与司法实践
- 论台湾刑事訴訟采用美国司法「交互诘问」制度之难题

中国政法大学出版社

法律方法 与 法律思维

第2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2辑/葛洪义主编. - 北京:中国政法大学出版社,2003.7

ISBN 7-5620-2459-6

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(2003)第 072073 号

书 名 法律方法与法律思维(第2辑)
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 14
字 数 385 千字
版 本 2003 年 9 月第 1 版 2003 年 9 月第 1 次印刷
印 数 0 001 - 3 000
书 号 ISBN 7-5620-2459-6/D·2419
定 价 30.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

- 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。

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、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，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。

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？这些就是我們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

I 卷首语

——主题研讨——

【法律与语言】

- 3 法律方法与法律思维中的语言问题/葛洪义
13 附：评论与回应（林端/梁治平/徐显明）
17 中国语言与法律语言的适应和差异/郝铁川
20 附：评论与回应（林端/许章润/陈景良）
25 在迷惑与清醒之间徘徊：
边沁的法律语言观及其对立法科学化的追求/谌洪果

——论 文——

- 49 民间司法改革力量的兴起与法律人阶层的自我反思：
法律社会学与知识社会学的考察/林 端

73	改造权力 ——法律职业阶层在中国的兴起/贺卫方 魏甫华
93	法律的形式与法律推理 / 於兴中
107	司法过程中的法律方法问题 / 刘治斌
128	推定规则的认知与司法实践 / 王乐群
135	论台湾刑事诉讼采用美国司法“交互诘问”制度之难题 ——一个欧陆与英美文化根源差异的反思/林 立
	——评 论——
179	噪音与人格 / 林来梵
189	刘京胜诉搜狐案的法理学思考/宋连斌
205	性或非性之民事契约 ——二人世界共同生活制度的另类演化 / 孙 涛
	——裁判文书——
221	编者按
222	莱州市农业科学院诉农八师一四三团侵犯植物 新品种权纠纷案 / 乌鲁木齐市中级人民法院推荐

- 228 刘志祥诉于晓洁、马军借款纠纷
 上诉案 / 兰州市中级人民法院推荐
- 232 青海宾馆诉人保城西支公司财产保险
 合同纠纷案 / 西宁市中级人民法院推荐
- 238 宁夏农林科学院园艺研究所、宁夏莎莲娜食品有限公司
 诉银川活性炭厂、银川建华活性炭有限公司损害赔偿
 偿案/银川市中级人民法院推荐
- 244 附：银川市中级人民法院裁判文书评比办法
- 246 中国建设银行西安市朱雀路支行诉陕西省信友进出口公司、
 陕西省苹果气调储藏技术研究中心信用证垫款及担保
 纠纷案 / 西安市中级人民法院推荐
- 256 附：陕西省人民法院裁判文书质量评比标准（试行）

——特色判词——

- 263 编者按
 ——法官后语 欲说还休
- 266 吴兰园、周忠善诉周菊芬债务纠纷案

——司法中的法律思维——

- 273 法哲学——最终的裁判者/卡多佐
- 274 从坏人的角度看法律/霍姆斯

4 目 录

275 法律中的类比/波斯纳

277 判决中的教化/梁治平

——随 笔——

281 作为法治建设契机的撒嘶/慕槐

285 走向极端的监督/贺卫方

289 刀具故事——规则的变迁与解释/姜朋

293 解释的历史与历史的解释

——从“幼子继承权”说开去/柯岚

——读书札记——

303 荒谬英雄的杀人逻辑

——对《局外人》的另一种解读/索尼亚

313 论证的资源/亚杰

317 在罪的名义下

——孕育在对话与狂欢中的复活/庞嘉颖

——调查实录——

329 法庭调查一周志/洪昭文

——会议交流——

【观察与评论】

- 343 两岸法理学之石，可以相互攻错
——参加第二届“法律方法与法律思维”研讨会
有感 / 林 端
- 351 为法律职业和法律实践搭建制度的平台
——第二届全国“法律方法与法律思维”专题学术
研讨会述评 / 红 果

——新锐视角——

【研究生学位论文】

- 363 法律的理性化及其困境
——以韦伯的法律社会学为个案 / 危文高

【“法律人”主题研讨】

- 401 编者按
- 402 第一部分：文学作品中的法律人
- 411 第二部分：法律实践中的法律人
- 420 第三部分：法律人的职业道德

【编后小记】

主/题/研/讨

法律与语言

法律方法与法律 思维中的语言问题^{〔1〕}

葛洪义*

我们的社会需要法律人，所以，公民用税金保障法律人的生活，甚至多数情况下我们还希望为法律人提供比一般公务人员更周到和更全面的生活保障；何况，公民有时还在用自己最宝贵的生命和鲜血来捍卫法律人的独立与尊严。那么，法律人拿什么奉献社会并回报公民呢？除了对法律的忠诚以及相应的法律方法，还有别的吗？我不相信！

在我们的日常生活中，存在着多种多样的解决纠纷和矛盾的方式方法。例如领导、长辈、居委会、可信赖的朋友等，都可能主持或者参与解决我们与他人之间的纠纷，而且由于他们在可资利用的解决纠纷的资源方面各不相同，以至于运用的方法也不一样，典型表现既是劝解与说话的方式可能根本不同。那么，法律人解决纠纷的方式方法显然与法律有关。一个实践着的而非我们想象和虚构的法律人，总是

〔1〕 本文的基本内容为笔者在西北政法学院主办、西北政法学院法学研究所与甘肃政法学院法学院联合承办的第二届全国“法律方法与法律思维”专题学术研讨会上所做的“法律思维中的语言问题”主题报告之内容；部分主要内容也曾以“法律方法、法律思维、法律语言”为题在《人民法院报》2002年10月21日“法治时代”专栏发表。

* 西北政法学院法学研究所所长，教授，法学博士。

拥有一种独立的运用法律解决纠纷和问题的方法。反过来说,法律人是否能够成为真正意义上的法律人而非简单地冠以“法律人”的符号,也需要依靠法律方法加以检验,即我们可以通过法律工作者工作方法的成熟程度,来判断法律人阶层的发展水平和成熟程度。而什么是成熟的法律方法呢?我以为这个问题与法律思维、法律语言大有关系,或者说,我们可以通过法律方法、法律思维、法律语言之间的关系,从一个侧面展示和探讨法律人的特点。

一、法律方法的核心是法律思维,而法律思维的核心则是法律语言

狭义地说,法律方法就是获得解决法律问题的正确结论的方法;广义地说,法律人解决法律问题的独特方法就是法律方法。法律方法包括法律思维、法律技术、法庭设置、法律程序设计,等等。其中,法律思维是法律方法的核心内容,因为只有依靠正确的思维活动,包括严格合法的法律推理、法律解释和法律论证,才可能形成、推导出解决法律问题的正确结论,真正做到“依法办事”。〔2〕法律技术、法律程序、法律设施等则都是围绕着法律思维并为了配合法律思维的特殊性而生成的。例如,我们希望尽可能使法庭更为富丽堂皇,使法官在法庭上更为威严,使审判活动更为严肃以至于多少有些做秀的感觉,使法官的权力神圣化,其目的无非是希望法官们能够确实依据法律正确处理案件,使案件的处理结果与法律所预期的结论一致。所以,尽管法律方法并不仅仅是指法律思维,但是法律方法的核心却是法律思维。

法律思维需要依靠一系列的法律语词。由语词所表达的概念是所有逻辑思维活动都不可缺少的环节。实际上,大凡人世间的事情,总是与语言存在密切关系。语言不仅表达某种特定的含义和意思,而且

〔2〕 国内外法学理论界在有关司法裁决是否存在惟一正确的结论的问题,有着截然不同的看法。参见德沃金著:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版。这个问题作者曾经进行了讨论,有兴趣的读者可参阅葛洪义、陈年冰:“法的普遍性、确定性、合理性辨析”,载《法学研究》1997年第5期;葛洪义:“法律原则在法律推理中的地位和作用”,载《法学研究》2002年第6期。

也在建构特殊的社会关系，决定和制约着我们的生活方式。说话不仅是传达说话人的想法，也反映了说者与听者之间的关系。人与人之间的关系，是依靠语言而建立的，比如你、我、兄弟、姐妹、上下级、师生以及法官、原告、被告、公诉人、辩护人等词汇，使我们很容易地就可以辨认出我们在相应场景中的位置和角色，知道自己该说该干什么；同样，人与世界的关系，也是以语言为媒介的。思维是通过语言并以语言为媒介进行的，离开了语言，不仅没有思维活动，而且没有认识活动。例如，如果我们没有“山”、“水”、“树”这些个词，我们就没有办法识别我们用这些词汇所指称的对象。我们是通过建构各种语词来认识我们的世界的，比如商品、货币、山水、树木、房屋等。离开了这些概念，试想我们还能够做什么？我们既无法与别人交流，也不能认识世界。尤其耐人寻味的是，我们生存在这个社会中所必须的语言，它是先于我们这些生命个体而存在的。所以，当我们说人是具有社会性的时候，人的社会性多多少少是由先于我们存在的语言所决定的。共同的语言决定了共同的思维，共同的语言促使我们具有了共同的历史联系和历史性，共同的语言也使我们成为社会的人而非纯粹自然的人。

语言给予我们的东西很多，我们能够思考什么，实际上取决于我们熟悉的先于我们存在的语言能够帮助我们思考什么。不同的职业拥有不同的语言系统和语词，不同的语词则产生不同的思维。我们学会了什么语言，我们就学会了如何按照我们特定的角色思考问题。对小鸡为什么要过马路这样的问题，不同的人会给出不同的答案，幼稚园的教师回答：要到达路的另一边；柏拉图回答：为了追求最大的善；亚里士多德说：这是鸡的自然本性决定的；马克思则可能说：这是历史必然性！一切的关键都在于我们自己的话语系统及其中的词汇库储藏了些什么。同样的道理，当我们学会用法律语言思考问题，我们就能够忠于法律；当我们的法律教育模式所传授给我们的只是道德语词和概念的时候，埋藏在我们内心深处的必然是道德思维。所以，我们就不难理解，为什么一个人有时候坐在法庭上，穿着法袍，执掌着法