

 | 谢晖法学论著系列

制度修辞论

谢晖 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

 | 谢晖法学论著系列

制度修辞论

谢晖
著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

制度修辞论 / 谢晖著. —北京:法律出版社,
2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1132 - 0

I. ①制… II. ①谢… III. ①司法制度—研究 IV.
①D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 182529 号

制度修辞论
ZHIDU XIUCILUN

谢 晖 著

策划编辑 周丽君
责任编辑 周丽君
装帧设计 贾丹丹

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 三河市兴达印务有限公司
责任校对 杜 进
责任印制 张建伟

编辑统筹 独立项目策划部
开本 720 毫米×960 毫米 1/16
印张 26.5
字数 470 千
版本 2017 年 9 月第 1 版
印次 2017 年 9 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)

网址/www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/info@lawpress. com. cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress. com. cn

销售热线/010 - 63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400 - 660 - 6393

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85330678

重庆分公司/023 - 67453036

上海分公司/021 - 62071639/1636

深圳分公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1132 - 0

定价:65.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导论：何为制度修辞 / 1

论法律制度的修辞之维 / 15

一、形式逻辑的起点是修辞 / 15

二、法律与制度修辞 / 22

三、法治的诗性与修辞——制度性修辞的宏观解读 / 28

四、无罪推定的浪漫与修辞——制度性修辞的微观解读 / 34

论法律的逻辑命题与修辞命题 / 40

一、法律的逻辑命题及特征 / 40

二、法律的修辞命题及特征 / 46

三、法律两种命题的比较 / 54

四、法律两种命题与法律之治 / 60

论法治预设与设问修辞 / 68

一、亚氏法治观的选择性预设与设问修辞 / 69

二、富勒法治观的前提性预设与设问修辞 / 76

三、从宪法出发分析法治预设与设问修辞 / 83

论诗性、修辞与法律价值预设 / 92

一、法律价值预设作为一个诗性话题 / 93

二、法律价值预设的修辞证明 / 101

三、法律价值预设作为制度性修辞 / 109

论法律价值与制度修辞 / 117

一、价值多元、法律预设与制度修辞 / 117

二、价值冲突、法律选择与制度修辞 / 129

三、价值变迁、法律态度与制度修辞 / 143

四、价值善的虚妄与憧憬——制度修辞的功用与魅力 / 158

论法律信仰、制度修辞与诗性思维 / 171

- 一、何以法律需要被信仰 / 171
- 二、作为精神修辞的法律信仰 / 192
- 三、作为制度修辞的法律信仰 / 205
- 四、制度修辞与法律信仰的联结方式 / 218
- 五、从诗性思维再审作为制度修辞的法律信仰 / 234

论法律拟制、法律虚拟与制度修辞 / 248

- 一、何为法律拟制和法律虚拟 / 249
- 二、作为制度修辞的法律拟制 / 258
- 三、作为制度修辞的法律虚拟 / 267
- 四、从制度修辞的观点看法律 / 276

论法律的模糊/局限性与制度修辞 / 287

- 一、法律的模糊/局限性探因 / 287
- 二、世界无限敞开中的制度修辞 / 297
- 三、模糊/局限情境中的法律修辞 / 307
- 四、制度修辞与法律认识的敞开 / 318

论社会契约、可接受性与制度修辞 / 331

- 一、社会契约、乌托邦与法律 / 332
- 二、法律,可接受的真理 / 345
- 三、弱契约的法律、强说服的可接受性与制度修辞 / 357
- 四、强契约的法律、商谈的接受与制度修辞 / 370

论立法与制度修辞 / 386

- 一、立法,复杂事物的简单化(类型化) / 387
- 二、立法,在逻辑与修辞(科学与艺术)之间 / 393
- 三、理性建构主义立法与制度修辞 / 399
- 四、经验进化主义立法与制度修辞 / 405
- 五、借修辞为法治设置逻辑前提并寻求可接受性结论 / 411

导论：何为制度修辞

—

自2012年以来,笔者陆续发表了有关制度修辞问题的多篇文字,与此同时,也断续接到不少读者对这些文章的询问或肯定。其中询问较多的问题之一是:你讲的制度修辞,究竟是个什么概念,如何给它做定义?它和国内法学界,特别是法律方法研究领域渐趋热闹的法律修辞或司法修辞之间有什么关联?^① 这些问题,不禁勾起了我对一些往事的回忆。

大约于2002年10月底,在泰山脚下,最高人民法院之《人民法院报》、山东省高级人民法院和泰安市中级人民法院,联袂邀请国内一些法学专家以及知名法官在该市探讨司法改革的问题。众所周知,近二十年来,这是一个受到国内法学界持续关注的话题。彼时司法改革在最高决策层面似乎并无“顶层设计”,反而是上头不急下头急。各地方法院紧锣密鼓,持续地创造各式各样的“司改经验”,而学术界似乎也愿意配合这类不同的经验,与之互动。

在该次会议上,国内某位对司法及司法改革问题研究颇早、颇深、也颇有影响的学者,以其对古典中国

^① 针对读者们提出的这些问题,笔者在2016年10月22~23日于苏州大学召开的“第十一届全国法律方法论坛”的基层报告中专门做了发言,也在2016年11月30日中南大学法学院“砺锋工作坊”(第11期)上,专门以《何谓“制度修辞”》为题,做了讲演和说明。但迄今为止,仍没有就该问题专门行文予以阐述。本书就权且作为对该问题的初步解答和简要说明。

司法风格的研究为例,强调吾国传统司法和“法官”的基本思维方式是诗化的,而不是理性的,所以,司法裁判的判词每每彰显的是文人风格和文人智慧。其结果是教化有余而说理含混,从而不是以理服人,而是以情感人,情感的力量绑架了理性的力量。但现代司法强调的是裁判智慧,它天然地排斥“葫芦僧判葫芦案”那种尽管情节复杂、结局美妙,但缺乏基本预期的诗性浪漫,而要求以明确肯定、符合逻辑的语言对个案下判。

诚然,如果我们的观察视野就局限于法律内部,局限于“法律之下的司法”的话,则这种见解是无可厚非的。不但如此,其也深刻地揭示了我国传统司法的真正问题所在。对此,笔者也曾有《判断是非与平息矛盾》^①这样的文章发表,以比较中西司法传统和法律文化之间的差异。但是只要我们进一步打开人类行为的视窗,剥去种种人为的遮蔽,当敞开的世界面对有限的人类认知时,一个人类活动的基本事实就活生生地摆在我们面前:我们的一切活动,其实在本质上都是诗性的——“人类一思考,上帝就发笑”的格言,已然对人类思维和行为的局限予以诗性揭示。所以,隐约记得我是这样回应这位学者的看法的:

情感的、诗性的、修辞的活动,是我们生活的常态,而科学的、理性的、逻辑的活动,不过是在人类情感和诗性夹缝中生成的暂时现象。把暂时的现象,描述并推定为永恒的存在,把例外的情形,训化并推广为一般的事实,这既表现着人类的卓越抱负,也反映着人类的浪漫自负。用定于一律、意义明确、功能普遍的法律来结构天底下所有社会交往关系的举措,正是人类这种卓越抱负和浪漫自负的双重反应。但即便如此,这一选择的前提仍是修辞性的,而非纯粹逻辑性的。之所以是修辞性的,因为一方面,这一选择并没有穷尽其他选择,也不是说它就一定是最佳选择,而只能说它是一种不坏的选择。另一方面,经由这一选择,也遮蔽了其他可欲,并能欲的选择,因此,人们已经选择了的,实质上只是获得了一种修辞性的领先优势。我们所谓的逻辑,就奠定在这一领有了优势的修辞基础上。

也因此,笔者当时曾下决心要写一部书,拟在这部书中努力寻找看似理性的法律、冷静的法官与浪漫的诗性、开放的诗性思维之间能够共存的条件,甚至进一步说明法官或法律家所从事的,在实质上就是诗性活动,也是修辞活动——无论古典中国的“判官”,还是近代以来西方的

^① 该文原载《法学家茶座》2002年第2期。

法官,皆是如此。这之后,相关问题及其写作计划,就一直萦绕在笔者的脑际,而且笔者还给这部未来的书拟订了一个看似不错的命名:《符号、法律家与诗化(性)思维》。这期间,虽然诸多工作杂乱无章,但在繁杂的工作之余,我还是为这部书的写作草拟过一个明显有些芜杂、凌乱,但又不乏与今天的思考成果一以贯之的提纲。这里不妨通过注释方式照录之(方才翻阅当年的文档,查知该文档的保存时间是2004年12月23日)。^①

可不无遗憾的是,虽然有了这个粗浅的写作计划,但因为其他教学上、研究上、管理上以及家庭上的原因,这一研究计划一直没有按计划展开。不过尽管如此,笔者在这前后的一些研究,无论是《法律的意义追问》《中国古典法律解释的哲学向度》,还是《法律哲学——法律方法的体系》;无论是《大、小传统的沟通理性》,还是《民间法的视野》;无论是论著体的学术作品,还是讲演体、教材体的学术作品,^②都对相关问题保持了高度的关注。而近年来以制度修辞为名所发表的几篇文字,事实上是笔者对相关研究计划的初步落实。

但是,这样一份回忆文字,无疑仍不能解决读者们所提出的问题,即什么是制度修辞的话题。对该问题的探讨,需要反思一直以来我们根深蒂固地对法律所秉持的一个观念:法律是或者应当是科学的、理性的,从而也应当是逻辑的。

二

近代以来,随着科学主义的普遍流行,人类无论对对象,还是对自身

① 符号、法律家与诗化思维:一、问题的提起:符号与法律符号;二、符号的基本概念解释;三、符号的分类和特征解释——行动、言语、文字、图画;四、另一种分类——逻辑符号(明理)、修辞符号(知情——通过象喻)和语法符号;五、符号的语义、语形和语用向度;六、符号的规范性;七、法律符号及其特征;八、法律符号与事实世界——法律家;九、法律家的一般问题;符号、法律家与诗性思维;十、法律家、法律之治与诗化思维;十一、法律家、法律信仰与诗化思维;十二、法律家、价值衡量与诗化思维;十三、法律家、法律推理(特别是“大前提”的诗化特征)与诗化思维——逻辑行动的起点是修辞,逻辑行动的尽头也是修辞;十四、法律家、法律解释与诗化思维;十五、法律家、证据采信(自由心证、内心确信)与诗化思维;十六、法律家、正当程序与诗化思维;法律家诗性思维的语用学批判:遮蔽——遮蔽于情(执手相看泪眼),遮蔽于身(吾身也有涯);于偏(心底无私天地宽);于物(物质异化);于心、于私、于多、于变。在很大程度上讲,诗性思维问题其实是一个形而上学问题。

② 笔者这期间出版的讲演体的学术作品主要有《法治讲演录》(广西师范大学出版社2005年版);《法哲学讲演录》(广西师范大学出版社2007年版);《沟通理性与法治》(厦门大学出版社2012年版)。教材体的学术作品则有《法理学》(其中第1版由笔者和陈金钊合著,由高等教育出版社2005年出版;第二版由笔者一人独著,由北京师范大学出版社2011年出版)。

的浪漫自负愈益明显。在对象方面,其能够通过精准的设计、科学的规划而上九天揽月、下五洋捉鳖。人类的行程越来越远,不断地打破极限、创造奇迹、实现梦想——既翱翔于浩渺无垠的太空世界,也深入在微末无垠的粒子世界。因此,几乎在人类生活的每一个方面,都留有科学的深深印迹。所以,“近代世界与先前各世纪的区别,几乎每一点都能归源于科学,科学在17世纪收到了奇伟壮丽的成功”;“科学带来的新概念对近代哲学发生了深刻的影响”。^①

因为这种影响,导致人类想方设法、竭尽全力把科学上的成功意欲安排到社会政治领域,安排到对人类自身交往行为的调整和认知方面,安排到人们的经济生活和社会生活中,使人类的社会、经济和政治生活科学化、计量化。其中通过所谓科学的、理性的、逻辑的法律之安排,即通过把法律视为无可怀疑的“公理”来调整社会关系,就是人们借科学(的法律)以安顿其身心、组织其交往、调整其关系的基本举措。这正是人们笃信法治的缘由所在。这种情形,被有些学者称为“法律公理体系之梦”:

“建构概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系,对于所有的法学家都有难以抵御的魅力。道理很简单:假如法学家能够将法律体系的各个原则、规则和概念厘定清晰,像‘门捷列夫化学元素表’一样精确、直观,那么他就从根本上解决了千百年来一直困扰专业法律家的诸多法律难题。有了这张‘化学元素表’,法官按图索骥,就能够确定每个法律原则、规则、概念的位序、构成元素、分量以及它们计量的方法,只要运用形式逻辑的三段论推理来操作适用规则、概念,就可以得出解决一切法律问题的答案。法律的适用变得和数学计算一样精确和简单。”^②

与此同时,人们纷纷对作为“公理”的法律理性寄予厚望,对法律与必然性的关系饶有兴趣,对法律作为逻辑自足的体系充满期待。下面仅以斯宾诺莎和孟德斯鸠的论述为例:

“律这个词,概括地来说,是指个体或一切事物,或属于某类的诸多事物,遵一固定的方式而行。这种方式或是由于物理

^① [英]罗素:《西方哲学史》(下卷),商务印书馆1963年版,第43页、44页。

^② 舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学法学”的思考方式》,载《法学研究》2005年第3期。

之必然,或是由于人事的命令而成的。由于物理之必然而成的律,是物的性质或物的定义的必然结果。由人的命令而成的律,说得更正确一点,应该叫做法令。这种法律是人们为自己或别人立的,为的是生活更安全、更方便,或与此类似的理由。”^①

“从最广泛的意义来说,法是由事物的性质产生出来的必然关系。在这个意义上,一切存在物都有它们的法。上帝有他的法;物质世界有它的法;高于人类的‘智灵们’有他们的法;兽类有它们的法;人类有他们的法。”

“一般地说,法律,在它支配着地球上所有人民的场合,就是人类的理性;每个国家的政治法规和民事法规应该只是把这种人类理性适用于个别的情况。”^②

这种对法律与理性的迷恋,不仅是“自然法学”的代言人们,即便分析实证法学的代表们,在这方面照例如此。例如,作为分析实证主义法学之肇始者,边沁基于其法典理性的理想,强调制定法典,或者要使法律体系具有权威性,就必须符合如下条件:

“第一,它必须是完整的,也就是说,它必须提出十分充分的整套法律,以致无需用注释或判例的形式加以补充。第二,在叙述其包含的法则时,必须使每一句话都达到最大可能的普遍性。换句话说,它必须用最少的法则说明全部的法律。第三,这些法则必须以严格的逻辑顺序叙述出来。最后,第四点是,在叙述这些法则时,必须使用严格一致的术语,给这个作品中可能提到的每件事物以唯一的具有一个准确界定的名词。”^③

这种理论在当代的发展,甚至给法学提出了这样的重要使命,即“法必然提出正确性宣称”——尽管我们知道,归根结底,这种“正确性”只能是一种“修辞正确性”或“可接受的正确性”(而不是、也不可能是科学的、公理的、无所疑义的正确性):

“我的理论的命运与这样一个命题休戚相关:法必然提出正确性宣称。这个命题的表述非常抽象。如果想要将其特定

① [荷兰]斯宾诺莎:《神学政治论》,温锡增译,商务印书馆1963年版,第65页。

② [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第1页、6页。

③ [英]边沁:《政府片论》(编者导言),沈叔平译,商务印书馆1995年版,第51页。引文中笔者对有明显逻辑矛盾的词汇搭配(“必须可以”)根据上下文做了修改,删除其中“可以”二字。

化,那么就需要回答三个问题:(1)法提出宣称意味着什么?(2)如何来理解这一宣称的必然性?(3)这一宣称的内容是什么,什么是正确性?”^①

无论是上述边沁对立法理性的要求,还是阿列克西对其理论追求的阐述,都说明,分析实证主义的法学研究路径,更倾向于法律本身对人的理性的依赖,对人类逻辑理想的服膺。严格来说,这种对理性、逻辑以及格物致知的科学精神的追求,在另一个意义上,必然意味着对情感、诗性和修辞在一定意义上的排斥。此种情形,在中国古典的法律智慧中并不突出,甚至如前所述,诗性精神和情感智慧,还是吾国古代司法中常见的情形。^②但在西方学术传统中,特别是以柏拉图为正统的理念世界,对修辞理论则怀有深深戒心:

“柏拉图……从道德和认识论等角度对哲辩师所讲授的言说艺术进行了尖锐的批判。他认为后者事实上主张言说者应通过操纵语言文字蛊惑受众,产生虚假的说服力,他们所提倡的因而是一种极不道德的诡辩术。这一诡辩术否认是非、真假的绝对标准,放弃了所有言说者应该遵守的基本道德底线,即不得使用似是而非的观点或者自己并不确切了解的情况糊弄和误导受众。如果听任这种‘艺术’泛滥,势必对公共生活和社会运行造成极大危害……”

① [德]罗伯特·阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊译,中国法制出版社2012年版,第2页。笔者特别感兴趣作者在这里提出的“什么是正确性”的这一设问,因为在这—设问中,已经意味着正确性概念本身的“正确段位”、“正确基点”甚至“正确立场”被提起,从而正确性是一个可质疑、可推演的话题,而不是只能相信、不许怀疑,只能认可、不许保留的命题。

② 参见谢晖:《中国古典法律解释的哲学向度》,中国政法大学出版社2005年版,第135~170页。但这并不表明在古代中国就放任修辞的“泛滥”。孔子强调言说活动必须讲究对象和语境:“可与言而不可与言,失人;不可与言而与之言,失言。知者不失人亦不失言。”[《论语·卫灵公》,载宋元人注:《四书五经》(上)之(宋)朱熹:《论语章句集注》,中国书店1985年版,第66页]。这种情形,更可从邓析的遭遇中明显看出。众所周知,对于“不法先王,不是礼义;而好治怪说,玩绮辞。甚察而不惠,辩而无用,多事而寡功,不可以为治纲纪。然而其持之有故,其言之成理,足以欺惑愚众……”[(战国)荀况:《荀子·非十二子》,载(清)王先谦撰:《荀子集解》(上),中华书局1988年版;第93~94页。]的邓析,那位似乎笃信法律,推行法制的子产,为了其理想的法律之推行,所能给出的最好处理方式,就是将其“杀……而戮之”。在这一掌故中,不难发现,虽然子产和邓析二位都是法律和法制的推崇者,都或者铸刑鼎,公开颁布成文法,或者刻竹刑,主张制定成文法,但后者更偏好在司法中坚持修辞辩论的立场,而前者则更强调人们在实践中法律,只能定于一尊、逻辑一统,不能经由言辞蛊惑,而影响法律的肯定、明确与普遍。否则,法律的根基就会受到挑战。显然,这一故事所表现的是先哲们在法制建设中对逻辑工具和修辞手法的不同态度。可惜后世的思想家们,并没有借此而开发出对我国古代多样化法学理论的研究成果。

……他们‘通过言辞的力量使渺小的事物显得伟大,伟大的事物变得渺小,使新事物看上去陈旧,旧事物显得新颖’……”^①

正是柏拉图对修辞的这种负面评价,以及其本身在西方哲学史上的“正统”地位和巨大影响,使得在西方学术史上,追求分析、理性和逻辑的力量始终十分强大。即便是绘画,也要特别讲究事物的比例关系,讲究人体解剖的根据等,从而寻求绘画的客观根据;即便是音乐,也要寻求节拍、声调、把握音域的合理范围,从而把艺术活动科学化。西方的这种分析传统,到了近代科学知识兴隆以来,更被发扬光大,极大地促进了人们认识的深化以及对世界的态度,也激发了人的卓越抱负与浪漫自负。因此,寻求明晰、肯定、科学和逻辑的人类交往,就理所当然,势所必然。并且这种追求,不但无可厚非,而且理应倡导——尽管完全按照科学、理性和逻辑的原则安排人类生活、人类交往和规范秩序,往往近乎一种法律乌托邦,但乌托邦并非虚无缥缈。在一定意义上,人类文明的进化行程,正是不断地在乌托邦理想中向前推进的:既开发出其目的指向,也开发出其现实的路径。因此,没有乌托邦理想,现实就是静止的、停顿的,生活就是一潭死水,缺乏活力,人类只能安于现状,止步不前。

三

或许在这里,人们已经不难看出,科学、理性和逻辑本身与情感、诗性及修辞的内在关联。逻辑从来不是自然天成的,而是人类智虑的结果。无论何种逻辑,无不烙着人类思维的印迹。我们知道,任何伟大的神灵,都不曾教导人们如何运用逻辑思维。教导人们像法官那样思考、像律师那样思考的老师,仍然是肉眼凡胎的人类。所以,所有人造的对象,总留有人类思维的缺陷。有时,甚至人类越是强调的东西,就越是人类造作的产物。例如,被法学家们所刻意强调的、作为法律权威重要来源的国家,在另一些法学家的笔下,不过是人的一种虚拟,是人类虚拟活动的产物,是“作为虚拟主体的国家”,是一种“虚假的实体”:

“在宗教神学中,主要的虚拟主体(artificial person)或许就是教会;而在法理学中,主要的虚拟主体便是国家(state)。创

^① 刘亚猛:《西方修辞学史》,外语教学与研究出版社2008年版,第21~22页,并参见该书第45~49页。

造国家这一虚拟主体的目的在于,将国家设定为一实体,其机构(organ)由多人组成,旨在保护人类大众免受来自外部或内部的欺诈与暴力,并由这些机构统一管理国家。”^①

如果顺着这一思维而推论,既然国家是虚拟主体,自然,经由国家所制定的法律,即便它是一个逻辑自足的体系,也是虚拟的逻辑自足。因之,法律照例是一种虚拟的规范体系,它只是人们按照总体上有利于人类,甚至有利于人类的某一部分(多数或少数)、某一利益集团而创设的一个逻辑体系。面对这一逻辑体系,人们完全可以提出不同的见解、不同的主张,并对其见解和主张作出自圆其说的论证,因此,它不是唯一的逻辑体系,而只是一种被选择,并被人们承认了的逻辑体系。即使这种被选择了的逻辑体系,也必须面对证明的拷问。故在法理学上,一个法律命题的意义及其决定它的真值条件的特点各是什么,就争论不休:

“德沃金和实证主义共享的前提是:关于真理特性的争论就是关于‘法律真实根据的正确理解’的争论。这也是一个我试图否定的前提。我认为,法律命题的真理性完全不依赖于条件、事实或其他东西的存在,法律命题的真理问题不是命题和使得命题真的某物(如某一社会事实)之间关系的问题。相反,法律命题的真理是通过法律论证形式的运用而体现出来的,正是通过这些论证形式的运用,即法律论证的语法的使用,才使得法律命题的真或假被显示出来。”^②

论者的如上观点,已然揭示了法律命题的真假,实际上取决于人们的论证。但众所周知,对于参与论证的人而言,其言说能力、论证水平、社会历练以及执业经验等总是大相径庭的,但即便如此,在法律的制定以及运行过程中,论证充分、说理透彻、表达精彩、逻辑周延更容易获得人们的赞同和支持,而论证马马虎虎、粗枝大叶,说理不充分,逻辑不周延,总容易遭受人们的否定和反对。这样一来,法律的真理性及其实践效应,每每取决于人们的论证能力、论证水平甚至论证态度,从而法律的制度修辞特征更是不言自明。

然而,问题在于即便我们明知国家及其法律是虚拟的逻辑体系,是

① [美]约翰·奇普曼·格雷:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第55页。

② [美]丹尼斯·M.帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第27页。

经由修辞论证而形成的一套逻辑体系,但是我们仍然要相信并服从这一逻辑体系,从而在日常交往行为中尊重法律权威和国家机构出面的纠纷决断,在司法活动中必须尊重法官或遵循先例裁判,或依成文法裁判。即便我们已经明白了国家及其法律的如下事实,还是要如此尊重国家、法律及法官:

“……运用人格化的抽象体而使得统治者的努力得以连贯和持续,即便不是完全,也几乎是人类之必然;然而如同其他必然之物一样,它亦毁誉参半。一方面,它在爱国精神的旗帜下极大地巩固了利他主义。如果说人们为了最多数人的最大利益而牺牲自己的生命这种说法于身于心都是蹩脚的,但在很多人看来,为人格化的国家(*patria*)而死则是甜蜜的。然而另一方面,国家的观念无非是某些人的工具——国王、州长、选举人、法官、税务官、刽子手——依靠这一观念,他们为了人们的利益而统一行动;如若有观点认为,国家具备一种价值,该价值独立于组成或将要组成国家的男男女女,这种说法完全是痴人说梦。”^①

这表明,所谓人类对逻辑的依赖,归根结底是种对修辞选择的依赖。无论人们虚拟了国家,还是虚拟了法律,都是为逻辑地、有秩序地展开它而奠定修辞前提,当然,也可以说是逻辑前提。因此,无论法律,还是国家,都是制度修辞,或者都是依赖修辞而展开的逻辑行动。对此,不妨从如下两方面略微展开:

就修辞而言,无论法律的权威运用、国家的权威力量,也无论相关的逻辑论证遵循的是演绎的、归纳的还是类比的方式,在实质上,都无法逃离修辞的约定。

第一,就法律中的演绎推理而言,所有据以演绎的逻辑前提是修辞的——因为法律是虚拟的产物,保障法律的权威主体——国家也是虚拟的产物。法律本身的合法性、正当性还需要接受论证的检验,并且在一定意义上,这一论证检验活动是无解的。笔者认为,神学自然法的聪明之处,就在于确定了一个终极的无须证明的前提:法律是神的意志和要求。分析实证主义法学的可取之处也在于他们设计了一种不能再往前逾越的界限:主权者的命令,因此,无论这种命令是善是恶。如果人们一

^① [美]约翰·奇普曼·格雷:《法律的性质与渊源》,马驰译,中国政法大学出版社2012年版,第58~59页。

定要打破砂锅问到底,那么,所有的人类秩序都将岌岌可危,有坍塌之虞。因为所有的前提都可被证伪。判例制度下的先例是如此,法典制度下的成文法也是如此。所以:

“司法审查‘难题’的关键在于合法性和正当性(justification)之间的关系……所有那些试图从法律论证传统之外发现一个规范性基础的努力都误解了法律中的合法性特征。宪法、传统的法律论证理论以及司法审查等都没有要求合法性。当法律论证的传统被坚持的时候,法律的合法性就得到了。一个支持宪法命题真理的宪法论证是合法的,仅当它使用了某种模式,如果它不是这样的话,则它就是不合法的。”^①

当人们把法律的合法性不是交付给社会—物质事实,交付给交往行为中的主体,而是交付给以既有的规范为前提的形式化的论证方式时,不正说明作为大前提的法律规范及其论证方式的人为假定特征吗?不正说明法律演绎推理的大前提只能是一种修辞预设和假定吗?

第二,就法律中的归纳推理而言,所有被人们所归纳的事实,其完备性都是修辞的,因此,其结论必然是大概的、修辞的,因为人们不可能把一切事实搜罗无遗后制定法律,而只是在人类有限的认知基础之上,根据事实的大概率、大方向而制定法律;人们也不可能复原案件发生后的所有事实,而只能根据所收集到的更有证明力的证据事实而认定案件。无论在立法上还是司法中,针对规范的制定及其制定根据,或者针对案件事实的认定及其认定根据,归纳推理都是不可避免的。不但如此,归纳推理的结论或者作用于立法并被制定为法律,成为法律中演绎推理的大前提,或者作用于司法并被作为司法中逻辑三段论的小前提。但无论如何,它都无法逃脱修辞性。因为它一旦被证伪,结论便不攻自破。如下事实很有说服力:

湖南某地某公安人员曾有小偷小摸行为,被所在公安部门开除。后以蹬三轮车往返于该地和长沙间送货谋生。后来,其和一暗娼有染,此后两人间维持半嫖、半怜,半营生、半情侣的暧昧关系。某次两人苟且后,女方因另有营生,急忙催该男快离开其住处。是夜,该男再打女方电话,一直不接。遂亲往女方住处。一到所在,发现房门半掩,心想她真胆大!及至进入

① [美]丹尼斯·M.帕特森:《法律与真理》,陈锐译,中国法制出版社2007年版,第175页。

屋内，才发现女方已被弑身亡。该男干过公安，反侦查经验丰富。想女方体内还有自己遗留物，故从容用清水清洗干净，并毁灭了其他所有证据，方离开。后侦查人员经由女方手机，查知该男当天从长沙给该女打过多次电话；此外，该女手机还显示当天有一次座机来电。该男很快被抓。公安要求该男承认电话是其在长沙所打，该男虽承认给被害人打过电话，但坚决否认是在长沙打的电话。殊不知公安从电信部门早已查知，该男就是从长沙打的电话。其拒绝承认，这让公安坚信该男就是凶手。于是办案人员发扬不怕疲劳、连续作战的精神，轮流不间断地审理该男达整整七天七夜。到第七天时，该男已然神情恍惚，跪爬于地，形瘫意痪，叫他说什么，他就顺从地说什么；叫他写什么，他就顺从地写什么。这样，这例案子已然被办成是铁板钉钉的“铁案”了，公安也该圆满、顺利地交差了。可过了不久，广东韶关发生一起凶杀案。审讯中，嫌疑人交代了其还在长沙有一起凶杀案。韶关方面电话问及长沙公安，长沙公安接信大惊：这不正是他们前不久“办结”的案件吗！办案警察们一听，开始简直不敢相信！继而镇宅一想，不禁后背发凉！幸亏这小子命大，还没被起诉到法院……^①

在这起案子中，侦查人员们看似做的有理有据、“天衣无缝”、对证据事实的收集及认定都很扎实，但其却百密一疏、“挂万漏一”！明显忽略了看起来无关紧要、也较难追究的座机来电，因此差点酿成无法收拾的冤案。这也足以说明归纳推理的结论只要被证伪，它和演绎推理的前提被证伪一样，都会变成无效的。这不正说明法律中归纳推理的修辞特征吗？

第三，就法律中的类比推理而言，其类比的根据、情境或场域，来自不同事物之间的相似（同）或不相似（同）性，而不是其同一性或不相关性，因此，尽管在形式上它是一种逻辑化的推理类型，但其实它的根据、情境和场域都是修辞性的。只要我们不能全然肯定两种事物之间在性质上是完全相同的或者完全不同的，就不得不面对人们对类比事物之间相同或不相同之程度的反思与疑问。但即便如此，类比推理在法律中，

^① 如上内容，是根据笔者和两位长沙市某公安局的工作人员在2016年12月14日于列车上的随意交谈所得。事后，笔者整理并经由微信发出。有位律师看到后留言说：当年该案已有长沙本地的一位律师介入。这也从侧面证明两位公安工作人员所叙述的是真实案件。

特别在判例法中不但是必要的,而且是不可或缺的。“判例法学说下的推理主要是通过类比进行的,其基本要求是同样案件同样判决”;但与此同时,“类比推理高度依赖场合”。^①因此,比较异同,进而在不同事物之间类推,是类比推理的基本特点。没有异同比较,类比推理就没有必要。这正如一位学者所言,

“……任何两个人、两个行为和两个事物都不会在所有的方面相同。宣称两个人、两个行为或两个事物相同,并非宣称它们同一,假如同一,它们就不成其为二,就根本无法进行比较和对比。也永远不会有任何两个人、两个行为和两个事物在所有事实方面都不相同,假如在所有事实方面都不相同,它们就不会两个都是人、行为和事物;对它们进行比较或对比,就毫无意义。因此,类比推理对于两种情况的相同点和不同点都需要仔细地考虑。关键之处在于判断是相同点还是不同点更为重要”。^②

可见,受制于类比推理的根据、情境和场域,类比推理和演绎推理、归纳推理相比,更具有修辞的属性。在实质上,它就是比较或对比修辞,因此,对类比推理,可径直称为类比修辞。类比推理技术也就是类比修辞手法。不了解比较、对比的修辞手法,不尊重类比的修辞根据、情境和场域,那么,对类比推理的理解也是肤浅的。企图通过类比推理而全然达到逻辑上的无缝与圆满,本身与类比的性质是背道而驰的。类比本身意味着逻辑缝隙的存在。这种逻辑缝隙恰恰需要修辞手段来救济。此种情形,在法律上的类比推理中,照例适用。可见,类比推理(修辞)更彰显了修辞在逻辑作业中的不可或缺。

综上所述,之所以法律制度是一个修辞体系,乃是因为法律所依赖的逻辑推理方式皆需修辞来支持,法律的演绎推理在大前提,甚至小前提上是修辞性的;法律的归纳推理在归纳内容以及归纳的结论上是修辞性的;法律的类比推理在类比的根据、情境、场域以及结论上,也是修辞性的。因此,没有修辞支撑和修辞约定,一切逻辑推理都无从谈起,也不会准确。

① [美]史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭等译,中国政法大学出版社1998年版,第31页、32页。

② [美]史蒂文·J.伯顿:《法律和法律推理导论》,张志铭等译,中国政法大学出版社1998年版,第32页。