

◎ 彭中礼 著

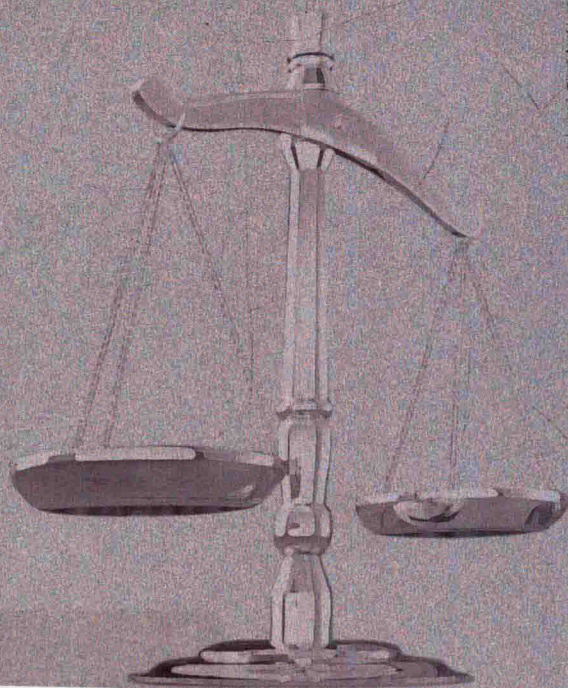
法律修辞论证研究

——以司法为视野

我国法院的司法文书写作历来颇受诟病，这种被批评的司法文书以简短、单调、任性而无论证、话语单一等为表现方式，无法充分应对法治化时代人民群众的民主和参与需求，而修辞论证方法，为解决这个问题提供了新思路。本书将论证如何通过修辞论证方法实现司法说服，提升司法文书的权威性和说服力。

总主编 谢晖

【法意文丛】



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

【法意文丛】

总主编
谢晖

法律修辞论证研究

——以司法为视野

◎ 彭中礼 著



厦门大学出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS

国家一级出版社
全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法律修辞论证研究——以司法为视野/彭中礼著. —厦门:厦门大学出版社, 2017. 9

(法意文丛)

ISBN 978-7-5615-6135-5

I. ①法… II. ①彭… III. ①法律语言学—修辞学—研究 IV. ①D90—055

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 243954 号

出 版 人 蒋东明

责任编辑 甘世恒

封面设计 蒋卓群

技术编辑 许克华

出版发行 厦门大学出版社

社 址 厦门市软件园二期望海路 39 号

邮政编码 361008

总 编 办 0592-2182177 0592-2181406(传真)

营销中心 0592-2184458 0592-2181365

网 址 <http://www.xmupress.com>

邮 箱 xmup@xmupress.com

印 刷 虎彩印艺股份有限公司

开本 720mm×1000mm 1/16

印张 18

插页 2

字数 250 千字

版次 2017 年 9 月第 1 版

印次 2017 年 9 月第 1 次印刷

定价 59.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换



厦门大学出版社
微信二维码



厦门大学出版社
微博二维码

在人世生活中寻求法意

——“法意文丛”总序

去岁中,周赞君来信告诉我,厦门大学出版社拟出版一套以法学理论和法律史学术论著为收录对象的学术文丛,问我有没有意向组织书稿、担任主编。我回信说容我思考数日再说。若干天后,他又来信询及此事,我回信说最好见过出版社相关人员后再作决定。去岁中秋期间,我亲赴厦门,和该社负责这套丛书的编辑甘世恒君详细磋商了有关细节,决定组织并编辑这套丛书,并把丛书命名为“法意文丛”。

之所以选择这一丛书名,一为遵循法理、法史探索之宗旨,二为倡导在生活意义中探寻法理意义。众所周知,自从严译《法意》以来,这个多少带有浪漫色彩、但又不乏中性温情的词汇,就在中国法律学人心中,有了其独特的地位——它一反法律就是专政工具、就是刑杀镇压一类“词的暴政”,而道出了法律以勾连交往行为中人们的日常生活为使命这一真谛。法律不是日常生活的外在之物,而是日常生活方式的规范提纯、精神萃取,从而成为日常生活的内在构成性因素。然而,验之以学术史,这种对法意的理解框架并非一以贯之。一方面,所谓神意论、自然精神论、理性论等等,都给法律涂抹了一层神圣的光环,从而使法律为什么有权威这样的现实考虑有了预设和保障。另一方面,所谓法律虚无论、阶级意志论、主权者命令说等等,又把法律从天庭拉到凡世,不仅如此,而且法律不过是实

践人间既得利益者需要的工具，是当权者随其所需任意打扮的婢女，因之法律进入令文人不齿的境地，这不禁令人想起苏轼“读书不读律”的遗训。此种情形，为有人借机打破人间一切法律秩序，作好了前提性准备。

介于两者之间的，乃是把法律作为一种社会—政治契约。法律就是选民和选民、选民和政府间达成的社会—政治交往的契约，是社会—政治交往的规范构成要素，人类只要不能舍弃社会—政治交往，也就无法舍弃法律。所以，法律是社会构造的必要性和构成性因素，而非选择性和权宜性因素；法律是主体交往行为的规范根据，而非镂刻在精美石头上的装饰物；人因为法律所布置的交往路线和逻辑构图而显示其存在，显示其主体身份，取消了这一交往路线和逻辑构图，势必就模糊了人存在的意义，消隐了人的主体身份。这样，法律就摆脱了被置诸神界的虚无缥缈，也摆脱了被置诸魔界的面目狰狞。法律回到了它应有的生活场景——法律是人们日常生活不可或缺的构成性因素。所以，法律既是世俗的，它强调以清晰的概念表达“群己权界”；也是值得“信仰”的，因为人类离开法律，其交往就会事倍功半。

当下我国对法意的处理，一面是想方设法将其意识形态化，“依法治国，建设社会主义法治国家”的响亮口号，成功地从法学家的意识形态走向官方意识形态。不时自我表扬一番“我们是法治国家”，既是表扬者的时髦，也可以隐约看出其对法治的某种崇拜，或者至少在其看来，法律和法治不会是什么坏东西。于是乎，法治、法律之类，俨然再度显示出其神圣面貌。另一面却自觉不自觉地将其工具化，譬如广受学界质疑的所谓法治“五句话”，对世所公认的法治原则视而不见，转而以“权治”精神，解构法治理念，从而法律及法治又轻飘飘自天庭落入凡世。遗憾的是，此番落入凡世的法律，并非世人必须之交往规范，而只是强化一元化领导的一种可替代的手段。一旦公民利用这种手段从事“合法斗争”，便立马会遭到“依法办事，

不是说几毛钱的纠纷也要诉诸法院”一类的无理指责！这样，法治这个标签就如同当年的人权一般，只剩下在国际社会对敌斗争的场合，偶露峥嵘。由此必然导致的结局是当年西北政法学院图书馆前的一幅雕塑所引发的、流传法学界已多年的那个隐语：“宪法顶个球”——法律虚无论又隐隐死灰复燃，教化意识形态和权术治理又想方设法，粉墨登场。

这一切，自然表达的也是一种“法意”，但和近代以来法学家心目中的法意以及法治实践中的法意大相径庭，也表明，按照日常生活之规范需要，对法意的继续探寻和深入钻研，依然是法学家任重道远的使命。如何按照世俗生活的要求，撷取法意，又以法意之内容，安排世俗生活，使世俗生活和法律精神相得益彰——以世俗生活彰显法律精神，以法律精神光照世俗生活，让人们生活在自治、自由、文明、有序的法律交往体系中，既是法学家的使命所在，也是全体公民之福祉所系。

本丛书即着眼于此种追求。书稿标准，唯学术是尚，不论大腕名流，抑或无名小卒，尚可提供自生活之活水源头，求索法意之学术作品，概可纳入计划。选题范围，可着眼宏大，可着手细微，宏则法治路线、法律传统，微则法条诠释，疑案精解，只要源于生活，富含法意，皆入选题范围。研究方法，可崇尚思辨，可奉行实证，无论逻辑辩驳，还是事实白描，但能反映生活，突出法意，尽在欢迎之列。期待相关有志者，能贡献一家之言；也期待作者、编者和出版者锲而不舍，能助窥天人之际。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

序于公元2011年4月10日

目 录

导 论	1
第一章 修辞论证方法的源流与旨趣	7
一、修辞论证方法的源与流	8
二、作为方法的修辞论证	16
三、修辞论证的价值追求	26
四、修辞论证方法的限度	33
第二章 古代西方司法中的修辞论证方法	36
一、苏格拉底审判中的修辞论证	40
二、苏格拉底审判中的生命修辞	48
三、苏格拉底审判中的行为修辞	54
四、并非遮蔽真理的修辞	59
第三章 古代中国司法中的修辞论证方法	66
一、作为修辞技术的“文学化”	68
二、古代判词的修辞论证进路	72
三、判官的司法技术与修辞论证	77
四、判词运用修辞论证的实践影响	81

第四章 现代司法裁判中的话语修辞	86
一、话语修辞及其司法意义	89
二、当代司法裁判中的权力话语修辞	93
三、权力话语修辞判决的现实特色	98
四、司法裁判中话语修辞的应有向度	104
第五章 修辞论证中的听众理论	110
一、听众影响案件的法律内外	112
二、修辞学视野当中的听众理论	116
三、听众在司法中的法律地位	119
四、司法判决说服听众之可能	126
第六章 法律事实的修辞论证	136
一、事实殊异还是立场位移	139
二、通过修辞的法律事实论证	144
三、围绕事实还原的修辞论证	152
四、事实修辞的正义之路	160
第七章 法律适用中的修辞论证	167
一、法教义学的适法困境	167
二、修辞论证适法的空间	171
三、修辞论证适法的方式	183
四、影响修辞论证适法的因素	194
第八章 法庭辩论中的修辞论证	200
一、法庭辩论的修辞论证指向	200
二、法庭辩论中修辞论证运用的价值	205

三、法庭辩论中修辞论证运用的具体方法	214
四、法庭辩论中修辞论证运行需要注意的问题	229
 第九章 司法过程中的争议点理论	231
一、争议点理论的历史流变	232
二、争议点理论的司法价值	238
三、争议点理论的实践操作	246
四、争议点理论的可能限度	259
 参考文献	262
后记	275

导 论

对于法治国家的建设而言,能否建立严密的法律体系是法治建设的前提。从理论上说,只有在各个行业、各个领域存在能够规范人类行为的法律,法治秩序才可能真正实现。因此,在一个以法治为己任的国度,大量的立法是这个国度在发展过程当中的常态。但是,法律一经制定,除了要求人们严格守法外,还必须依靠法官对破坏规则的行为进行再度宣示,否则法律不可能自觉施行于社会。司法机关对法律的宣示和施行,是法律获得活力的力量源泉。缺乏了法官对法律的宣示,法律也就变成了真正的“死法”。耶林说:“法不仅是思想,而且是活的力量。因此,正义女神一手持有衡量权利的天平,另一手握有为主张权利而准备的宝剑。无天平的宝剑是赤裸裸的暴力,无宝剑的天平则意味着法的软弱可欺。天平与宝剑相互依存,正义女神挥舞宝剑的力量与操作天平的技巧得以均衡之处,恰恰是健全的法律状态之所在。”^①司法就是正义之剑,用法律规则规范行为,维护秩序,保障权利,实现公平。因此,司法权威是国家权威的集中体现。一项司法行为之所以具有巨大的社会影响力,是因为它通过对法律的实施来保

^① 鲁道夫·冯·耶林. 为权利而斗争[M]//民商法论丛(2). 北京:法律出版社, 1997:13.

证并保障稳定的社会秩序,这也是其他任何行为都无法比拟的。^① 司法对于人类社会的意义在于:首先,从社会秩序的角度来看,这是促进社会合作的规则基础。社会之所以存在,乃是因为有规则之故。无规则,则无社交,更无社会。比如,在霍布斯建构的自然社会当中,虽然人类天生平等,但是又是天生自私的。特别是人性当中存在着竞争、猜疑但又追求荣誉的因素,竞争使人们为了求利,使用暴力奴役他人;猜疑促使人们追求安全,因为追求自保使用暴力;荣誉使人们为了特定的目标而使用暴力。因而,人与人之间经常处于互相敌对的战争状态,社会缺乏公正,处于无序状态。在这样的暴力横行、公正缺乏、人人自危的社会当中,人类向往有序安定的社会生活,所以签订契约建立国家,制定法律规则。通过国家制定的法律规则,成为规范人们行为的重要手段,从而保证社会秩序的存在。所以哈耶克说:“所谓社会秩序,在本质上便意味着个人的行动是由成功的预见所指导的,这亦即是说,人们不仅可以有效地运用他们的知识,而且能够极有信心地预见到他们能从其他人那里获得的合作。”^②虽然规则由立法者制定,但是如何适用规则则由法官决定。通过中立的第三方来实现规则的稳定,是人类法治理想当中的关键环节。在洛克的社会契约论当中,可以窥见其基本的理论精髓。洛克认为,人类最初处于和平、友善、互助互保的状态,人与人之间不存在从属和受制的关系。在自然状态,人类都受到理性规则的指引,且存在不可剥夺、不可转让的生命、健康、自由和财产权利,这是一种人类应当追求的自由平等状态。对于这样的自然权利,人类不应该由他人妄取,自己亦不可出卖。只是,这种自然状态存在着没有法律、没有公正裁判争执的裁判者的缺陷,也缺乏保护裁判执行的强制力,需要建立国家来更好地保护人类的自由和平等。在洛克看来,公正地裁处纠纷和解

① 狄骥.公法的变迁[M].郑戈,等译.沈阳:辽宁出版社,1999:194.

② 哈耶克.自由秩序原理[M].邓正来,译.上海:生活·读书·新知三联书店,1997:200.

决争端,是人类自由平等的司法基础,也是社会秩序存在的制度保证。法治的理论导师们看到了司法对于社会秩序的意义,当然也构建了法治的制度理念,为未来法治的发展成功奠定了理论基础。其次,从个人的角度来看,通过司法活动,可以确立起有对自己权利的信心,从而能够更为积极地投身于各种规范的社会活动,促进社会成员之间的交流、沟通和对话。“尽管司法程序的公正应用于个人直接与法律打交道的场合,但是社会成员对法律实施的平等和公正的普遍认识是一个更为全面的过程产品,它有助于促进人们的安全感和可预见感,使其非常有信心地行使自由和权利。”^①通过司法活动,人们可以预见未来行为的后果,并能从中获得行为启示,保证社会交际的存在,巩固社会合作。

司法活动的核心体现就是司法裁判。司法裁判“借助于司法语言强化司法判决的中立化效果和普适化效果,并被赋予了判断地位。这种理性化的进程为司法判决提供了任何被认为是合法的行为所拥有的符号的效力。司法判决以最为理想性的方式促成了法律的符号效力。”^②实际上,作出司法裁决是法官解决纠纷的一种最主要也是最重要的途径,更是法官的职责所在。作为司法运作最终结果的载体,司法裁判承载了国家权力机关对诉讼两造权利义务分配。从这个层面来说,司法裁判直接影响着当事人的利益,并决定了未来此类社会关系的潜在当事人的生活方式。博登海默说:“毋庸置疑,人们在生活安排方面对连续性的诉求与他们要求在相互关系中遵守规则的倾向之间是存在着联系的。无论何时只要人的行为受到法律规范的控制,重复规则性这一要素就会被引入社会关系之中。一种源于过去的权威性渊源,会以一种重复的方式被用来指导私人的或官方的行

① 阿尔蒙德.比较政治学[M].曹沛霖,等译.上海:上海译文出版社,1987:468.

② 布迪厄.法律的力量:迈向司法场域的社会学[C].北大法律评论,1999(2):514.

为。遵循规则化的行为方式,为社会生活提供了很高的有序性和稳定性。”^①由于遵循规则为人类事务赋予了一定程度的可预见性,所以,人们通常都能够知道对他们的要求以及他们应当避免采取何种行为,以防出现相反的且不利于他们的后果。^②从司法权和行政权分开的角度也可以看出司法裁判对于人民的重要性。孟德斯鸠曾说:“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由就不存在了。如果司法权同立法权合二为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合二为一,法官便将握有压迫者的力量。”^③这是因为,行政权具有专断性,而司法权则具有中立性。行使司法权的法官通过司法裁判,根据事实和法律,作出司法决定。从这个层面来说,司法并不是单向度的指示和命令,而必须是将讲法和说理结合起来的行为。这是因为,裁判过程不仅是国家权力的强制性表达,也是整个审判程序制度的客观反映。作为制度的产物,司法裁判的成果集中体现在裁判文书当中。在裁判文书当中释法说理,是司法获得制度生命力的重要体现,也是法官的基本职责。法官通过司法裁判,不仅代表国家表明对某种行为的立场,而且也代表国家阐述该种行为应当/不应当受到支持的理由。法官的这种说理行为,既是与诉讼两造当事人的对话和交流,也是向社会公众作出的一种间接交代。

司法是人类纠纷解决史上最具有国家权威意义的活动,司法判决一直被认为是司法权威的载体。传统的司法理论认为,司法一经作出,便具有权威性,人们应当无条件地加以接受。传统的实证主义法学理论认为,司法判决一经作出,就具有当然的法律执行意义。这种理论不考虑民众对司法判决的接受性,也不考虑法官是否需要对所作出的司法判决的社会反应

① 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:227-228.

② 博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 邓正来,译. 北京:中国政法大学出版社,1999:228.

③ 孟德斯鸠. 论法的精神:上册[M]. 张雁深,译. 北京:商务印书馆,1982:156.

作出充分的估计,“依法判决”成为这种司法判决中的法条主义表达的直接目的和终极价值。然而,这种观点越来越受到来自实践家和理论家的挑战。如法律论证理论就对司法判决的可接受性做了分析^①,逻辑学也对此问题有一定程度的探讨^②,法律社会学则充分利用实证研究的数据等多种方式来反映法律和司法判决在社会中的运作和实际影响^③。这些理论充分表明,司法判决不是简单独断的,特别是在价值多元和利益分化的社会,司法判决在一定程度上可以通过说服的方式实现某种利益整合,实现纠纷和谐化解。现代法律方法理论也指出,司法公信力的获得必须是建立在司法裁判具有可接受性和说服力的基础之上。也就是说,传统的注重法官单向度输出式的司法裁判尽管是司法的基本特征,但是在民主意识不断强化、商谈观念和对话观念日益深化的语境下,法官不能再像过去那样简单直白地表述司法裁判结果了。相应地,法官应当将自己和诉讼两造以及可能的听众都设想成为应当进行沟通和交流的对象,通过司法说理说服他们,从而实现司法的可接受性,提高司法的公信力。这无疑是对法官能力的挑战,却是法治发展的一大进步,更是人类法治文明的重大进展。所以,有人说:“如果大多数公民都确信权威的合法性,法律就能比较容易地和有效地实施,而且为实施法律所需的人力和物力耗费也将减少。……一般说来,如果合法性下降,即使可以用强制手段来迫使许多人服从,政府的作为也会受到妨碍。如果人们就哪一个政权具有合法性的问题发生争论,其结果常常是导致内战或革命。”^④

法治发展到今天,在祛除了对法治的盲目崇拜情结之后,司法自身也慢

① 阿列克西,法律论证理论[M],舒国滢,译,北京:中国法制出版社,2002.

② 熊明辉,法律推理的逻辑基础[C]//葛洪义,法律方法与法律思维(3),北京:中国政法大学出版社,2005.

③ 布莱克,法律的运作行为[M],唐越,苏力,译,北京:中国政法大学出版社,2004.

④ 加布里埃·A.阿尔蒙德,宾厄姆·鲍威尔,等,比较政治学:体系、过程和政策[M],曹沛霖,等译,上海:上海译文出版社,1987:36-37.

慢意识到司法判决的说服功能必须得到加强,否则就有成为“独白”而难以获致接受成为共识的危险。可见司法判决还必须考虑去“说服”。说服的方式是多种多样的,波斯纳说:“除了常用的逻辑说服和感情说服以外,它还包括诉诸常识、习惯、先例和其他权威、传统、经验、直觉、制度的考虑、历史、后果、社会科学、我们公正的感情等。”^①然而,在传统的论证理论当中,尽管说服一直是研究的重心,却从没有一种理论像法律修辞学那样,将要说服的听众当作一种事业来追求。不管是古代的修辞学理论,还是近代的理性修辞学,特别是新修辞学,都意在通过与听众的沟通和交流,运用恰当的语言和表达方式,对司法判决进行充分的论证,从而达成共识,使得司法判决能够最大限度地被听众所接受。这种方式克服了形式逻辑的霸权主义心态,将司法裁判回归到民众的现实生活需求。这样,通过修辞论证的司法裁判,实际上就是以听众为中心,基于个案的合理修辞论证,实现基于共识的正义。我国正在积极推行司法改革,并以追求司法公正为终极价值追求。人们越来越多地发现,要进行司法改革,首先要改革的就是司法文书写作方式。这看似一个小问题,但是从深层次来看却是关涉司法改革能否深入开展的大问题。长期以来,我国法院的司法文书写作历来颇受诟病,这种被批评的司法文书以简短、单调、任性而无论证、话语单一等为表现方式,无法充分应对法治化时代人民群众的民主和参与需求。因此,我国司法裁判应当如何面对民众,如何与民众进行充分的交流和沟通,就变成一个时代问题。而修辞论证方法,为解决这个问题提供了新思路。在这样的背景下,如何通过修辞论证方法实现司法说服,就变成了本书的研究重心。

^① 波斯纳. 法律与文学[M]. 李国庆,译. 北京:中国政法大学出版社,2002:361.

第一章

修辞论证方法的源流与旨趣

修辞论证作为司法中的主要论证方法,是法律修辞学的核心。法律修辞学的出现,既源于人们对交叉学科的深刻认识,也源于人们对修辞学在法律活动当中的作用的深刻认识。在理性的真理性判断领域,人们关于事物的认识已经达到了严格的公式化程度,此时的修辞活动伸展之空间显然较小。但是,人们的认识活动更多的不是公式化,而是主观认识性质,包括法官的裁判活动,都无法有公式化的严格逻辑推理。因而,修辞学在法律活动当中就有了广泛的应用空间。佩雷尔曼通过对正义的研究,以逻辑推演的方法得出形式正义原则,结果发现,“形式正义法则在实践领域,仍无法排除人的价值取舍及判断之因素,因此似乎可以说所有规范体系的基本原则都是恣意”^①。进而,规范的适用也带有恣意性。对于司法裁判活动而言,法律修辞学理论所能提供的最有意义的价值显然是方法上的,即人们通过法律修辞学当中的修辞论证方法,达致司法裁判之结果的可接受性。

^① 廖义铭,佩雷尔曼之新修辞学[M].台北:唐山出版社,1997:27.

一、修辞论证方法的源与流

诸多学者争相引用的关于修辞学起源的故事是：公元前 471—463 年间，西西里岛的锡拉库斯发生的一次法庭诉讼活动成为历史上记载的首次大规模的修辞实践。当时，平民推翻暴政建立民主政体，纷纷涌上法庭强烈要求收回被剥夺的财产，在这一次大规模的财产诉讼活动中，平民凭借能言善辩之士的法庭活动为其正当权益进行辩护。在法庭诉讼的需求下，古希腊产生了像柯拉斯、梯西亚斯等早期的修辞学家。^① 该故事说明：第一，在古希腊，修辞学的诞生与法律审判有着密不可分的联系。第二，修辞学是一门实践性很强的学问，甚至可以说，修辞学是一门实践早于理论的学问。以实践为基础的学问的重心在于将事实问题说清楚，以理论为基础的学问的重心在于总结社会现象。第三，早期的修辞学是作为一种方法而存在的，其根本目的是在庭审中维护自己的权益。

随着伯利克里推进古希腊的民主制改革和智者运动的勃兴，修辞学逐渐成为智者传授诸种知识科目之一，修辞学日趋发展为专门的学问。但是，修辞学在其产生之初，其作为知识的合法性就遭到了质疑。古希腊先哲柏拉图面对修辞学的活跃势头进行了苛刻的审视与抵制。柏拉图在《高尔吉亚篇》中，以苏格拉底的口吻批判了修辞学，否定了修辞学的真理价值。柏拉图并没有将修辞视为说服的艺术，而是将其视为通过华丽辞藻而哗众取宠的伎俩，将诡辩学派所宣扬的修辞术视为卑劣的、欺骗性的诡辩术。鉴于当时流行的修辞学缺乏对规范性的技能和科学性方法的关注，柏拉图试图发展并践行一种理想的或准理想意义的修辞学。因此，柏拉图在

^① 温科学，20 世纪西方修辞学理论研究[M]。北京：中国社会科学出版社，2006：2-3。