

实现个案正义的 法律修辞学进路研究

SHIXIAN GEAN ZHENGYI DE
FALÜ XIUCIXUE JINLU YANJIU



沈 寨 著



中国政法大学出版社

作者简介

沈寨，女，汉族，江苏师范大学法学院副教授，法学博士，硕士生导师，主要研究方向为法理学、法律方法；在《法学论坛》《法律方法》《民间法》等期刊上发表论文 20 多篇，主持国家社科基金与教育部人文社科基金等多个项目。

实现个案正义的法律 修辞学进路研究

沈 寨 著

中国政法大学出版社

2020·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

实现个案正义的法律修辞学进路研究/沈寨著. —北京:中国政法大学出版社, 2020. 4

ISBN 978-7-5620-9557-6

I. ①实… II. ①沈… 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(2020)第062946号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路25号
邮寄地址 北京100088信箱8034分箱 邮编100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908586(编辑部) 58908334(邮购部)
编辑邮箱 zhengfadch@126.com
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 880mm×1230mm 1/32
印 张 8.75
字 数 220千字
版 次 2020年4月第1版
印 次 2020年4月第1次印刷
定 价 49.00元

本书受教育部人文社会科学研究项目“实现个案正义的
法律修辞学进路研究”（15YJC820046）资助

如何实现个案正义是当代司法裁判领域关注的一个中心议题。由于人们对个案正义的需求产生于“法律文字不能照顾具体个案的特别情况”〔1〕之下，这就决定了司法裁判不再仅是将法律规范与案件事实进行对应的逻辑涵摄过程，而是包含了对个案具体情况和社会情境等因素进行综合考虑的价值判断过程。而当司法裁判必须面对价值判断这一关涉主体主观情感问题时，如何排除裁判主体的恣意以使价值判断理性化就成为我们不得不思考的问题。对于此问题，以往理论多从法官入手，将价值判断的理性化交由法官的“内心确信”来完成。然而，法官的“内心确信”过程对于外界来说是一个“黑箱”，尽管存有很多外部制度条件可以用来限制法官的武断和任意，但心理“黑箱”的存在仍然为法官恣意留下了空间。相比于以往理论，修辞学因强调主体之间的论辩性说服而能够促使法官打开心理的“暗箱”，因而在个案正义寻求上具有不同于以往理论的独特优势。

在我国，修辞作为一种法律方法进入法学研究视野是近十余年的事情。由于文化传统的影响，人们一直认为修辞就是指文辞修饰，这无疑是对修辞的误解。文辞修饰只不过是修辞

〔1〕 范文清：“试论个案正义原则”，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则（二）》，三民书局1997年版，第401页。



的狭义理解，除此之外，修辞还指理性劝说的艺术。作为一种理性劝说的艺术，修辞不仅强调主体之间的言语沟通和交流，最关键的在于它还强调言说必须以理性的方式展开，即对或然性领域这一非科学研究的对象，它也试图采用相对理性的方式来处理。实现个案正义的关键在于价值判断，而价值判断关涉人的主观性。由于理性精神的缺失，对于人的主观性问题的处理，我们总是不能理性化地处理，而是比较擅长争吵和压服。司法裁判只有阐释裁判结论的形成过程和正当性理由，才可能提高裁判的可接受性。修辞说服所具有的理性特征正好为裁判可接受性证成提供了理性力量。因此，作为与逻辑相对的修辞，并非是对裁判理性化的消解，而只是“用拓展理性主义的方式来维护理性主义”〔1〕，用相对弱化的理性来寻求裁判的合理性。非常遗憾的是，因对修辞内涵的误解，我国还未充分意识到法律修辞的理性力量，从而使得法律修辞对于实现个案正义的意义也未得到应有的重视。沈寨博士的论著《实现个案正义的法律修辞学进路研究》正是通过对各种修辞理论的详细分析来展示修辞对于个案正义寻求的功能和局限，希望通过此篇论著能够让人们对法律修辞的理性力量有一定程度的认识，以减少人们对法律修辞的误解。

作为一种说服的艺术，修辞的理性力量来自于其论辩因素。从哲学角度来看，任何事物都存在正反两方面都说得通的观点，这意味着对于任何事物都可能存在着对立的双方和对立的两个观点。当对立的双方围绕着同一事物分别从两个对立的观点来展开争辩时，一方面，双方之间的对抗地位决定了他们之间必然处于相互监督博弈的状态，而相互间的监督和博弈必然促使

〔1〕 童世骏：《批判与实践：论哈贝马斯的批判理论》，生活·读书·新知三联书店2007年版，序言，第2页。

两者在言辞活动中尽力建立平等理性的言说关系；另一方面，对立的双方要想在相互对立的观点碰撞中达到说服对方的目的，他们为了不给对方造成可以攻击自己的漏洞，必须尽力完善自己的观点，这样也就能消除修辞活动中的非理性言说。由此可见，正是有了论辩的加盟，修辞才走上了理性发展的道路。另外，修辞的理性力量还来自于其对确定性事物的尊重。修辞适用于“意见”这一或然性领域，而“意见”具有流动性。只有为流动性的“意见”找到确定性的根基，修辞活动才会以理性的方式展开，而不至于沦为主观性意见的随机碰撞。那如何才能为流动性的“意见”找到确定性的根基呢？首先，确定事实作为修辞论辩的前提和基础。事实是确定性的载体，从确定性的事实为出发点才能为修辞活动提供可靠的论辩基础。其次，将共识作为论辩的出发点。事实的基础和前提性地位来源于其客观性，虽然除事实以外的共识其客观性不及事实，但作为言说者和听者共同认同和接受的观点，其仍具有相对的确性，能够为论辩提供相对可靠的基础和前提。最后，把逻辑作为评价修辞好坏的标准和工具。修辞的情境性容易导致价值判断过度的相对主义，追求普遍有效性的逻辑此时可以成为检验修辞好坏的标准和工具，以避免修辞对相对主义的过度关注。总之，修辞是从论辩和对确定性事物的尊重中获得理性力量的，沈寨博士的论著《实现个案正义的法律修辞学进路研究》正是通过对修辞这两方面因素的深度思考和挖掘来阐释修辞对于实现个案正义的功能和局限的。

当然，作为一种法律方法，法律修辞研究不仅仅在于对诸如争议点理论、论题学、图尔敏论辩模式和佩雷尔曼新修辞学的检讨和反思。它在司法裁判中的运用首先必须明确要把法律当作修辞，即我们在运用具有实践面向的修辞时，不能仅仅着



眼于“现实世界”问题的权宜性解决，还得注重用“法的世界”（法律）来改造“现实世界”，只有这样，我们才会摆脱法律的工具性命运，最终走向法治。其次，注重法律修辞方法和修辞规则的提炼和总结，而不仅仅是对修辞理论的探索。法律修辞的方法性决定了法律修辞学研究必须走向技术性和方法性研究，否则难于承担其作为法律方法的使命。或许沈寨博士已经意识到了此篇论著在这方面的不足，而将该论著命名为《修辞学进路而非修辞学方法》，希望她此后的研究能够从进路研究进入到对方法的细致研究中。最后，修辞适用于不确定性领域，而量子力学的出现颠覆了自19世纪以来牛顿力学对物理世界的确定性预设，将自然界重新认定为是不确定性的〔1〕。对自然界不确定性的重新认定，为人工智能发展提供了广阔的空间。修辞的或然性与自然世界的不确定性特征的重合决定了修辞研究与面向不确定性人工智能研究的结合。随着人工智能的发展，探索司法人工智能领域里的修辞推理模式应该是法律修辞学研究非常重要一个的内容。

陈金钊于上海

2019年12月27日

〔1〕 统计力学指出，对于一个群体事物来说，能够用牛顿定律进行确定性描述的，只有总体上的规律，而群体中的任何个体，是不可能进行确定描述的，只能给出个体行为的可能性，给出这种行为的“概率”。参见李德毅等：《不确定性人工智能》（第2版），国防工业出版社2014年版，第3页。

导 论 / 001

- 一、研究缘起与研究意义 / 001
- 二、研究现状 / 009
- 三、本书的研究思路与结构安排 / 018

第一章 个案正义及其实现进路选择 / 023

- 第一节 个案正义的内涵与基本要求 / 023
- 第二节 寻求个案正义的内在理路 / 034
- 第三节 寻求个案正义的既有进路 / 043
- 第四节 修辞学对于实现个案正义的建构功能 / 059
- 第五节 修辞学对当代裁判理论的影响 / 066

第二章 司法裁判中的修辞学 / 071

- 第一节 修辞学在司法裁判领域里的历史嬗变 / 072



第二节 面向司法裁判的修辞学 / 079

第三节 司法裁判中的主要修辞学理论 / 089

第三章 争议点理论：争论焦点和个案正义 / 097

第一节 争议点理论概述 / 098

第二节 争议点理论在个案正义寻求上的功能 / 105

第三节 争议点理论在个案正义寻求上的局限性 / 122

第四节 以“于欢”案为例对争议点理论的审视 / 127

第四章 论题学：问题思维与个案正义 / 133

第一节 论题学及其思维 / 134

第二节 论题学与个案判决结果的公正 / 142

第三节 论题学思维与体系性思维融合的可能与限度 / 151

第五章 图尔敏论辩模式：“程序性”论辩与个案正义 / 168

第一节 图尔敏论辩模式及其构成要素 / 168

第二节 从评价性推论视角看图尔敏论辩模式 / 172

第三节 从裁判适用角度看图尔敏论辩模式 / 184

第六章 佩雷尔曼新修辞学：论辩说服与个案正义 / 192

第一节 新修辞学：作为说服的正义 / 192

第二节 新修辞学的主要论辩理论 / 195

第三节 新修辞学与个案正义 / 205

第七章 作为个案正义寻求进路的修辞学 / 218

第一节 修辞学对个案正义寻求的贡献与制约 / 218

第二节 逻辑方法之于修辞学方法运用的必要性 / 239

第三节 修辞学方法运用于寻求个案正义的外部条件 / 246

第四节 修辞学在我国司法裁判中的运用及未来发展 / 250

参考文献 / 255

致 谢 / 269

一、研究缘起与研究意义

自有法以来，无论东方还是西方，司法的目的皆是实现个案正义。这首先是由司法活动的性质决定的。司法活动面对的都是一个个具体的案件，法官裁判虽然要遵从法律的普遍正义，但在司法活动中，法律规范所内设的普遍正义只是法官裁判活动的“前见”，法官的主要任务是在遵从法律普遍正义的前提下，确保其所经手的每一个案件得到公正的处理，以保证司法公正。其次，个案判决的社会影响力也决定司法必须以个案正义为目标。“公正是个体权利的理性感受，是正当权利顺利实现的理念评价”，〔1〕公民个体权利的理性感受一般情况下并不是来自于对法律制度和规范的抽象评价，而是来自一个个具体的案件裁决。近些年来，公民正是通过“张扣扣案”“彭宇案”“许霆案”“于欢案”“呼格案”和“天津老太涉枪案”等诸多个案形成了对我国法律和司法品性的认知和评价。因此，要树立法律的公正形象必须从保证个案正义做起。最后，“法律的尊严来自个案被切实的实践”。〔2〕立法公正为社会正义提供了制度条

〔1〕 徐显明：“何谓司法公正”，载《文史哲》1996年第6期，第90页。

〔2〕 转引自范文清：“试论个案正义原则”，载城仲模主编：《行政法之一般法律原则（二）》，三民书局1997年版，第386页。



件，但立法无论如何公正也只是字面意义上的公正，要使字面意义上的公正转换为现实意义上的公正，这有赖于法官在司法实践中对每一个案件都进行妥善地探索和处理，即通过个案正义来捍卫法律的尊严。

当司法的基本目标是个案正义，那么“如何在司法过程中实现个案正义”就成为现代司法裁判理论研究中的一个中心议题。对于这一问题，学者们从不同角度提出了各自不同的理论主张或研究进路。在西方，法律现实主义主张应充分发挥法官的主观能动性来获取个案裁判的公正；哈特提出在保留法律普遍规范性前提下应让法官行使自由裁量权来保证个案正义的实现；法律诠释学认为个案裁判的公正应依赖于法官的“前理解”或“理解的先前结构”；德沃金则指出法官在进行司法推理时应遵循“司法整体性原则”，以此来获得对案件裁判的“唯一正解”等。在我国，近些年，为了实现个案正义这一司法基本目标，司法界和学术界也进行了不懈的探索和研究。1999年，最高人民法院提出了“司法要实现法律效果与社会效果统一”的司法政策，^{〔1〕}2009年又提出了“能动司法”的司法理念，^{〔2〕}试图以政策方式来促成个案正义的实现。2010年，最高人民法院建立案例指导制度，^{〔3〕}尝试对法官个案公正裁判形成具体指导

〔1〕 1999年12月，最高人民法院时任副院长的李国光大法官在《党建研究》上发表了《坚持办案的法律效果与社会效果相统一》一文，自此以后“法律效果与社会效果统一”的提法便在司法系统出现。

〔2〕 2009年，最高人民法院时任院长的王胜俊大法官在宁夏、河北、江苏等地调研时先后明确提出了“司法能动”的号召，由此司法能动概念便进入我国司法主流话语，成为我国司法的基本理念。

〔3〕 2010年11月26日，最高人民法院根据《人民法院组织法》等法律规定，就开展案例指导工作制定了《最高人民法院关于案例指导工作的规定》（法发〔2010〕51号令）。自2011年至2019年2月25日，最高人民法院已发布了21批共112个指导性案例。

等。学术界除了对司法界提出的方法和进路进行深化研究外，也阐述了实现个案正义的其他方法和进路。有学者指出，个案正义的实现离不开法官自由裁量权的行使，并对自由裁量权的基准、限制条件和限度等进行了分析；〔1〕有学者分析了法律原则对于个案正义实现的功能、意义和适用方法等；〔2〕还有一些学者从法律制度和法律解释、利益衡量等法律方法的角度探索了个案正义实现的进路〔3〕等。

上述各种方法和进路对实现个案正义无疑具有非常重要的作用和意义，然而都存在着一定的缺陷。法律现实主义者认为法官不是根据法律而是以在具体案件事实上形成的“公正”感觉为基础来进行个案判决的，这种将个案裁判过分寄托于法官对个案特殊因素的考量必将导致法官权力的随意运作，这不仅

〔1〕 如江必新的“论司法自由裁量权”（载《法律适用》2006年第11期）、陈景辉的“原则、自由裁量与依法裁判”（载《法学研究》2006年第5期）、陈瑞华的“脱缰的野马——从许霆案看法院的自由裁量权”（载《中外法学》2009年第1期）、周佑勇的“裁量基准的正当性问题研究”（载《中国法学》2007年第6期）和“裁量基准个别情况考量的司法审查”（载《安徽大学学报（哲学社会科学版）》2019年第5期）及张军的“法官的自由裁量权与司法正义”（载《法律科学（西北政法大学学报）》2015年第4期）等探讨了法官自由裁量权对个案正义的功能及其运用问题等。

〔2〕 如舒国滢的“法律原则适用中的难题何在”（载《苏州大学学报》2004年第6期）、胡玉鸿的“法律原则适用的时机、中介及方式”（载《苏州大学学报》2004年第6期）、林来梵、张卓明的“论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析”（载《中国法学》2006年第2期）、陈林林的“基于法律原则的裁判”（载《法学研究》2006年第3期）、葛洪义的“法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究”（载《法学研究》2002年第6期）、彭诚信的“从法律原则到个案规范——阿列克西原则理论的民法应用”（载《法学研究》2014年第4期）等论述了法律原则对个案正义的意义、功能和适用方法等。

〔3〕 如龙宗智在其“影响司法公正及司法公信力的现实因素及其对策”（载《当代法学》2015年第3期）一文中论述了法律制度对实现个案正义的重要性；朱福勇在其《个案公正实现的路径依赖：以〈最高人民法院公报〉民事案例为样本》（法律出版社2016年版）一书中论述了法律解释和利益衡量等法律方法对实现个案正义的功能及运用情形。



无法保证个案判决的公正，也破坏了法律体系的稳定性。法律诠释学试图通过情境主义的方式把理性置入历史的传统关联之中来解决个案正义问题，这是一种不同以往的研究进路，但它对情境的关注仅仅依托于法官一人的“前理解”，这必然会在一定程度上导致法官的任意和武断，而“在实现理解的视域融合中每个人都会持有不同的立场，法官据其前理解而形成的判断对他人来说可能就是意识形态甚至是偏见”，^{〔1〕}也无法保证法的确定性。哈特将规则空缺结构所导致的疑难案件交由法官自由裁量，以期寻求对个案的公正裁判。对于哈特的这一主张，德沃金进行了严厉的批评，他说如果允许法官在缺少规则的情况下不受任何限制地进行自由裁量，必将陷入司法恣意。德沃金将个案裁判的正义寄希望于“具有超人智识力量与耐性”的赫拉克勒斯式法官，希冀他们能够依据整全性原则对当前案件作出“唯一正确的判决”。德沃金的这种设想无疑具有相当理想的色彩，因为在现实的司法实践中根本不可能出现这种“超人”式法官。法律效果与社会效果统一论虽然表达了司法的良好愿望，但因对作为评价尺度的社会效果如何获得客观性这一关键问题缺乏具体的操作方法，使得在司法实践中容易出现“以‘社会效果’的名义塞入个人的或者政治上的某种要求”，^{〔2〕}从而对个案正义的实现并无大的裨益。司法能动观要求法官超越司法权来“能动”，这一方面因法官“能动”范围过大，从而为法官恣意和任性创造了契机；另一方面也因违背了司法权自身的性质而为法官裁判受制于立法和行政提供了机会。案例指

〔1〕 刘兵：“作为修辞的法律——法律的修辞性质与方法研究”，中国政法大学2011年博士学位论文，第23~24页。

〔2〕 陈金钊：“被社会效果所异化的法律效果及其克服——对两个效果统一论的反思”，载《东方法学》2012年第6期，第46页。

导制度虽然为法官裁判提供了相对具体的个案指导，但裁判要点形成于审判程序之外，其创制过程也具有强烈的行政性特征，再加上对基本案情和裁判理由的简化，这些在相当程度上限制了指导性案例的指导意义，弱化了对法官自由裁量权的规范作用。

法律现实主义者、法律诠释学者、哈特、德沃金及我国法律界虽然都意识到了个案正义的实现离不开人的主体性作用，但他们却犯了一个共同的错误：都将个案正义的实现完全寄托在法官一人的内心独白上，而无视裁判过程的实际情形。正如德沃金所言，“法官是法律帝国的王侯”，〔1〕法官在司法裁判中的主导性地位是毋庸置疑的，但这只是实现个案正义的必要条件而非充分条件。从裁判的实际情形来看，一方面，判决首先必须能够被各方当事人所认可和接受，这决定了司法裁判并不纯粹是法官的个人思辨或自由心证，还存在法官与当事人之间的说服论辩；另一方面，尽管案件最终判决是由法官凭借其专业化的知识和方法作出的，但判决理由绝非法官单方提出就可以构成判决前提的，判决理由还必须是社会大众认为是合理可接受的，这就决定了法官只有在与他人的对话和商谈中去寻找和发现判决理由，〔2〕而说服论辩和对话商谈则为修辞的运用提供了空间。质言之，裁判实践实际上就是一种修辞论辩实践，相应地，裁判过程实际上也就是一种修辞论辩过程。由此，学者们便纷纷转向了修辞学，开始探讨从修辞学进路来寻求个案裁判的正义。

〔1〕 [美] 德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第361页。

〔2〕 刘兵：“作为修辞的法律——法律的修辞性质与方法研究”，中国政法大学2011年博士学位论文，第33页。