

· 法学研究 ·

# 法律修辞与法律思维

聂长建

(中南民族大学 法学院,湖北 武汉 430074)

**摘 要:** 法律修辞的主要工作是说服人,而没有正确的法律思维就不能够说服人。法律思维在三个方面推动法律修辞的发展:法律思维中的本质分析法,有助于立法者制定出令人信服的法律和法官做出令人信服的判决;法律思维中的法律方法拓展修辞的功能,在法律存在漏洞的情况下,没有法律说话,却有法律方法说话,法律方法具有雄辩的说服力;法律思维中的类比思维能够揭示出未知事物的真相,推定出一种事实,而事实胜于雄辩,故产生强大的说服力,因而类比思维既是科学的思维,又是辩说的修辞。法律修辞与法律思维休戚相关,提高法律修辞水平首先要提高法律思维能力。

**关键词:** 法律修辞;法律思维;类比思维

**中图分类号:** D90-055

**文献标识码:** A

**文章编号:** 1000-5935(2014)01-0104-05

人作为高级动物是因为人具有思维能力,而语言是思维的载体,语言在思维的形成过程中发挥着巨大作用。思维和语言休戚相关,思维质量决定着语言表述的质量,反过来语言表述的质量也影响着思维的质量。而修辞在语言中具有重要作用,修辞指“修饰文字词句,运用各种表现方式,使语言表达准确、鲜明而生动有力。”<sup>[1] 1532</sup> 语言表达离不开修辞的助力,修辞的优劣使语言表达呈现出事半功倍和事倍功半的区别,好的修辞意味着言说者已先成功一半,差的修辞意味着言说者已先失败一半。修辞学在法学研究中的兴起,是由于法学自身的特点所决定的,“在社会科学中,法律是最强调‘说理’的艺术,它和文学的‘言情’艺术构成了对修辞要求的两极,法学和文学是对修辞要求最高的社会科学学科。”<sup>[2]</sup> 法律修辞主要工作是说服,因而也成了现代法律的说理方法。正如波斯纳所言“说服意味着,既不收买也不强迫,要让某人在某个问题上接受你的看法。”<sup>[3] 571</sup> 在一个专制的前法治社会,法律以其强制力保证实施,法律修辞的说服工作无用武之地;而现代法治社会,主权在民,根本出发点在于对公民权利的维护,因此法律强制性的弱化和正当性的强化是当代法律的发展趋势,法律的正当化过程也就是一个说理的过程,而法律修辞通过说服工作向公民展现法律的道理,使公民心服口服地遵守法律。正是现代法律的新特点激活和复兴了法律修辞学,担负起法律正当化的说服说理工作的神圣使命。

法律修辞与法律思维也是正相关的,法律修辞语言的优劣正反映着思维的深浅;法律思维的深浅也决定了法律修辞的优劣。因为法律修辞的主要工作是说服人,而没有正确的

法律思维就不能够说服人。学界对法律修辞学的研究领域不断拓展,但目前还很少研究法律修辞与法律思维的关系。本文认为,鉴于思维和语言的密切关系,法律修辞语言在某种程度上正是法律思维的外在表现,只有正确的法律思维,才能够产生高超的法律修辞,从研究法律思维着手,无疑开辟了法律修辞学研究的一条可行性路径。

## 一 法律本质分析和法律修辞

现象和本质是思维形式的一对基本范畴。本质是事物本身所固有的、决定事物性质、面貌和发展的根本属性,是一类事物之所以区别于他类事物的最根本的东西。现象是本质的具体表现,即该事物的各种个性、特殊性、具体性的总和。但是现象对本质的表现是复杂、曲折甚至是扭曲的,所以现象与本质并不具有直接同一性,现象既可以以真相同一性地表达本质,也可以以假象异质地表达本质。例如,笑的本质是高兴,苦笑就是难受,是笑的假象;笑的本质是善意,而笑里藏刀,皮笑肉不笑就是恶意,是笑的假象。我们分析“笑”的意义时,一定分析其本质意义,而不能被现象上的苦笑、藏刀之笑所迷惑和误导。如果现象成为假象成为本质的反面,我们却还是认识不到,还是按照所认识的现象做某一件事,那么我们实际上不是在做这件事,而是在做这件事的反面,南辕北辙就是不得不吞下的苦果。只有本质才与事物具有直接同一性,所以,具有一双慧眼,认识事物的本质是做好事的前提。

如果不能分析事物的本质,就不能够制定出令人信服的法律。“常回家看看”自草案公布后,在一片质疑声中,摇摇

收稿日期:2013-11-22

基金项目:国家社会科学基金西部项目“法律行为理论的法哲学进路”(09XFX001)

作者简介:聂长建(1969-),男,河南光山人,法学博士,中南民族大学法学院副教授,主要从事法理学研究。

晃晃地步入新修订的《老年法》。《老年法》第18条规定: 家庭成员应当关心老年人的精神需求, 不得忽视、冷落老年人; 与老年人分开居住的家庭成员, 应当经常看望或者问候老年人; 用人单位应当按照国家有关规定保障赡养人探亲休假的权利。这条法规, 本质上是“关心老年人的精神需求”, 现象是“常回家看看”。问题在于, “常回家看看”就能够符合“关心老年人的精神需求”的本质吗? “常回家看看”既可以是“关心老年人的精神需求”的真相, 也可以是“关心老年人的精神需求”的假象。就前者来说, “常回家看看”表明后人心中有老人, 对老人不放心, 回家看望, 这对长辈无疑是精神安慰, 想必立法者正是看到这一点才使其入法的。遗憾的是, 立法者没有看到后者, 诸如“常回家看看”影响事业发展, 与老人对后人的高期望值背道而驰; 对于家境贫寒的家庭来说, 一次回家单坐车费和误工费至少也要几百元, 把回家的费用寄给老人比单纯地回家看望老人是更为明智的选择, 也是对生活无着老人的更好安慰; 现在通讯发达, 常常打电话比常回家不是更把对老人的关心瞬时传递过去了吗? 我们甚至发现有的“啃老族”倒是做到了“常回家看看”, 但不是为了尽孝道, 而是向父母要钱, 这样的“常回家看看”是违背入法提议者的初衷的。后人关心老人尽孝道, 这是人类文明的道德底线, 但对如何才算是尽孝道, 应该进行本质的分析, 而不是做诸如“常回家看看”这样的现象上的规定。有一篇很平实却很感人的小说, 讲的是一位美国老太太80岁的生日, 收到一位邻居小男孩和几位朋友的生日礼物, 她的一位小女儿已经死在手术台上, 她希望当了市长夫人的大女儿来看看她, 或者至少寄来诸如闹钟、蓝羊毛衫之类的心爱礼物, 但最后她收到的是一个信封, 里面装着一张贺卡与一张支票, 贺卡写着“生日快乐! 用此支票买好东西。”失望之极的老太太用颤抖的手把支票撕成了碎片。对这样家境殷实的老太太来说, 女儿回家看她是最尽孝道的, 其次是寄她所喜爱的礼物, 而寄支票, 不管是多少钱的支票, 都是最省事和最不用心的, 也即没有孝心的, 这就不难理解她的极度伤心的反应了。而中国的情况和这位老太太相反, “常回家看看”针对的是大多数在外地打工或工作的经济条件不怎么样的家庭, 这种情况下, 后人寄钱比寄不实用的礼物或“回家看看”更能代表孝心。只有对那些非常富裕的家庭, 钱确实不算什么, “常回家看看”才算是无可争议的尽孝道的形式, 至少中国的大部分家庭目前还没有达到这样的标准, 这样的规定对当下中国并不适合。因此, “常回家看看”入法看起来只是个立法的语言表述问题, 实质上反映了立法者的思维现象化, 并不能解决慰藉老年人精神的实质问题。

能够分析事物的本质, 法官才能够做出令人信服的判决。两德对峙期间, 柏林墙东面的东德士兵英格·亨里奇射杀了一名越墙偷渡者, 随着冷战的结束和柏林墙的倒塌, 这名东德士兵被推上法庭。柏林法庭最终的判决是: 判处开枪射杀克利斯的卫兵英格·亨里奇三年半徒刑, 不予假释。他的律师辩称, 他们仅仅是执行命令的人, 罪不在己。法官当庭指出: 不执行上级命令是有罪的, 但是打不准是无罪的; 作

为一个心智健全的人, 此时此刻, 你有把枪口抬高一厘米的主权, 这是你应主动承担的良心义务。在本案中, 法官给亨里奇定罪, 就要给一个充分的说服理由。就法律的形式现象而言, 鉴于当时东德的法律规定, 该士兵似乎是无罪的; 但就法律的本质而言, 法律不仅仅是某个权威机关制定的各项命令, 而是善良和公正的艺术, 那条规定射杀翻墙者的命令是邪恶的, 并不是真正的法律, 也不应该得到遵守, 因此士兵从守法的良心义务出发, 就应该主动抬高枪口一厘米, 而不能真的射杀翻墙者。唯有从法律的本质出发, 法官才能给出判决的充足理由。本案中, 法官的解释是一个修辞问题, 更是本质分析法的法律思维问题。法官言辞精彩、说服力强源自法官深邃的思维, 如果法官不能分析法律现象背后的正义本质, 势必陷入律师所言的执行命令开枪无罪的窠臼, 而不能将思维视角转向法律背后的正义和良知。因此, 该士兵的罪并不是他执行命令开枪, 而是他没有承担把枪口抬高一厘米的良知义务而打中了翻墙者, 这样在论辩中法官就反客为主, 雄辩地让对方哑口无言。

## 二 法律方法和法律修辞

由于立法者理性的有限性、社会的变动不居、语言表述的局限等各种因素, 过去制定的法律并不能涵摄当今的一切案件, 但法官不能以法律没有明确规定为由拒绝审判。在这种情况下, 没有法律说话, 却有法律方法说话, 法律方法具有辩说能力, 发挥了法律修辞的功能。

### (一) 经验归纳法的修辞功能

古以色列两个妇女为争一个婴儿而诉到所罗门那里, 当时并没有现代的亲子鉴定技术, 所罗门故意说: 把婴儿一分为二, 一人一半。一妇女赞成, 另一妇女反对说: 不能把孩子分为两半, 这孩子我就放弃给她算了。于是伟大的所罗门把孩子判给了持反对意见的妇女。这就是对人性的洞察, 真正的母亲基于母子之情, 宁可败诉也不能看到对孩子的伤害, 有了这样的经验归纳的智慧和认识, 所罗门就可以理直气壮地宣布: 赞成方案的妇女竟能忍心伤害孩子, 因此绝不是孩子的母亲。如果经验归纳有很充足的理由, 其盖然性就非常大, 很难找到相反例子。面对这种法律根本就没有涉及过的案子, 所罗门运用经验智慧说得不多却很有说服力。

当然, 如果经验归纳的理由很勉强, 盖然性并不大, 反例比比皆是, 那就不能适用, 彭宇案就是代表性例子。彭宇案中, 法官根据经验法则推理: 如果被告是做好事, 根据社会情理, 在原告的家人到达后, 其完全可以言明事实经过并让原告的家人将原告送往医院, 然后自行离开, 但被告未做此等选择, 其行为显然与情理相悖。被告的辩解是: 老太的儿子提出, 待会儿到医院, 他又要挂号又要扶着母亲, 怕忙不过来, 问我能不能帮忙帮到底, 一同去医院。我想了一下, 也就同意了。“被告的辩解合情合理, 这个解释不仅有力地消解了法官的这个论证, 而且也使人们看到法官所依据的‘社会情理’, 并非真正意义上的社会情理。难道根据‘社会情理’, 一个好人就不能把好事做到底吗?”<sup>[4]</sup> 法官的“社会情

理”也就是一种经验现象,法官认为,就社会经验而言,大部分人做好事也是很有局限的,一旦受害者家人赶到就表明情况后自行离开,哪还能继续做好事将伤者送到医院呢?但法官所说的社会情理并没有多大的盖然性,生活中的反例比比皆是,好事为什么不能做到底而非要是有限的和中途停止的呢?何况这种好事是伤者儿子提出来的而彭宇不便拒绝呢!对200元钱的性质,法官指出“原告认为是先行垫付的赔偿款,被告认为是借款。根据日常生活经验,原、被告素不相识,一般不会贸然借款。”但是这个生活经验也不能否认彭宇那200元钱的借款性质,“在没有特殊情况下,素不相识的人是不会贸然借款给别人的。但是,在别人遇到困难或危难(如遇到车祸)而他身边又没有亲人或同伴,或者即使身边有亲人或同伴,但他们都无力拯救受害者于危难的时候,素不相识的人施以援手的事例几乎每天都见之于新闻媒体,这些人不仅给受害人出钱看病,而且往往不留姓名就离开。”<sup>[4]</sup>因此彭宇案中,法官对经验归纳法运用不当,并没有产生令人信服的修辞功能。

## (二) 举重明轻和举轻明重的修辞功能

有时,法律对象众多又处在程度、分量不同的层次,用语言很难把它一一列举出来,这时可采用举重明轻或举轻明重的方法,在轻重之间划一条刚好进入法律领域的“中线”,法律只规定好这一条中线而无须顾及其他,大大提高了语言的经济性,用最少的语言表达最多的意思。

唐律规定“入罪举轻以明重,出罪举重以明轻”。入罪举轻以明重是法律只规定一个轻的行为是犯罪,法律本身并没有规定比这个入罪线重的行为是否为罪,但法律方法却宣布这个行为是犯罪;出罪举重以明轻是指法律只规定一个较重的行为不是犯罪,法律本身并没有规定比这个出罪线轻的行为是否为罪,但法律方法却宣布这个行为不是犯罪。

大千世界纷繁复杂,我们不能把一切行为都列举出来宣布其是否为罪。这时候,最经济的语言表述是只针对这众多行为中的那种恰好在程度上入罪或出罪的行为,其他行为我们不可能一一说出来也没有必要一一说出来,只需和这“中线”行为相比较就可以得出结论了。车站的告示牌禁止任何人携狗入内,一农夫对站员禁止他带熊入内大为不满,理由在于是熊不是狗,而告示牌禁止的是狗。在此案中,法官遇到的是法律所没有规定的情况,而法官无论如何也证明不出来熊是狗,按照机械司法的理念和形式推理的模式,农夫胜诉。但法官若抛弃机械司法的理念,树立司法正当性的理念,运用举轻明重的方法,了解熊和狗在告示牌的轻重意义,此案判农夫败诉是恰当的和确定的。因为车站是公共场所,狗的特性表明它可能会对公共场所带来不可忍受的安全和秩序的破坏。既然有了“禁止任何人携狗入内”这一“规定”,既然这一“规定”是为了公共场所的安全秩序,法官又知道熊对公共场所安全秩序的破坏相当于甚至更甚于狗,那么“禁止任何人携熊入内”这一“规定”也就浮出表面了。所以,此案中,法官判农夫败诉,无须也不可能证明出“熊是狗”,而是要论证出“熊对公共场所安全秩序的破坏相当于甚

至更甚于狗”就行了。车站为什么禁止任何人携带狗入内而不禁止携带猫或鸡入内呢?假如在此案中,农夫入内携带的不是“熊”而是“鸡”,那么问题就不是说:熊不是狗,鸡也不是狗,而是说,熊具有狗一样的对公共场所的安全秩序的破坏性,而鸡却不具备像狗一样的对公共场所的安全秩序的破坏性,那么,“禁止任何人携狗入内”这一“规定”能够得出“禁止任何人携熊入内”这一“规定”,却不能够得出“禁止任何人携鸡入内”的规定,那么在这种情况下,农夫胜诉也具有确定性,因为这也是经过恰当地论证得出来的。司法判决过程就是一个缜密分析、充分论证、严格推理的说理和解释的过程,应坚持“理由优先于结论,结论出自于理由”的准则,理由为判决提供辩护而不是判决为理由提供辩护。<sup>[5]</sup>在本案中,法官纵使千言万语也不能证明熊是狗,没有正确的方法说话再多都是废话;但法官只要掌握举轻明重的方法,熊的危害性更甚于狗的论断是掷地有声的,一句话就足矣。广告牌也不能把所要禁止的狮子、豹子、鳄鱼、眼镜蛇、猛兽等都写上,更何况和眼镜蛇并列的毒蛇就很难穷尽写完。事实上,也不必把这些动物都列举上,只需写上“不准携狗入内”就可以,其他动物是否可入内就看它对公共安全的危害性与狗相比较的“轻重”了。

1919年,澳大利亚通过了《地方政府法案》,规定市政府可以在泳者“着装不当、衣服修补不当、衣料透明等不文明”的情况下,制定法规禁止其行为,并可以提起诉讼要求定罪。在20世纪80年代,澳大利亚新南威尔士州的曼利市政府,曾以“着装不当”为罪名,起诉70名裸体运动爱好者,称其违反了不准在公共海滩裸泳的禁令。法院以《地方政府法案》并没有提到“裸体”,法无明文规定不为罪为由,判决地方政府败诉。法院的判决是严重违背法律和逻辑的,因为衣料透明还穿着衣服,而裸体则是一丝不挂,对于损害风化而言,裸体“重”于透明衣料,后者有罪而前者无罪就像3小于2一样荒唐。在本案中,法官并没有体现出坚持“法无明文规定不为罪”的可贵,而是体现出不懂逻辑方法而误解“法无明文规定不为罪”的可悲。法律明文禁止衣料透明就等于无文字也无需文字却又明白无误地规定禁止裸体,因此就损害风化而比较“衣料透明”为“轻”,“裸体”为“重”,按照入罪举轻明重的原则,只需规定“衣料透明”为罪,“裸体”在思维推导和语言引申意义上当然为罪,根本无须规定裸体为罪,专门的如此规定反而是思维和语言的双重累赘。假如图书馆的门牌上写着“禁止穿着背心入内”,没有一位正常人会将此理解为可以光着上身甚至裸体入内,虽然光着上身或裸体也都是“没有穿着背心”,也符合门牌的字面要求。

《刑法》第十七条“刑事责任年龄”规定“已满十六周岁的人犯罪,应当负刑事责任。已满十四周岁不满十六周岁的人,犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的,应当负刑事责任。已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪,应当从轻或者减轻处罚。因不满十六周岁不予刑事处罚的,责令他的家长或者监护人加以管教;在必要的时候,也可以由政府收容教养。已满七十五

周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚;过失犯罪的,应当从轻或者减轻处罚。”这段话有很强的语言修辞技巧,首先它规定了“入罪”和“出罪”的年龄“中线”,就“入罪”而言,十六周岁是所有罪名的年龄“中线”,年满十六周岁对所有行为负刑事责任,年满十四周岁不满十六周岁的人,只对“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒”八种行为负刑事责任,按照“入罪”举轻明重的原则,十六周岁的人犯罪应当负刑事责任,那么大于十六周岁的人犯罪都要负刑事责任(而没有必要将十七周岁、十八周岁、十九周岁等等一一列举出来,这些年龄可以通过十六周岁的中线和举轻明重的思维解决,而不是语言的累赘列举);按照“出罪”举重明轻的原则,已满十四周岁不满十六周岁的人,只对故意杀人等八种重罪负刑事责任,意味着对比这八种重罪轻的罪行,如盗窃、诈骗等不负刑事责任,法律并没有将轻于这八种重罪的其他所有相对的轻罪一一列举出来,还意味着不满十四周岁的人不负刑事责任,也没有必要把十四周岁以下的年龄段一一列举出来,因为用“举重明轻”的思维可以解决。可见举重明轻和举轻明重思维大大提高了语言的经济性和说服力,只需划定语言“中线”,“中线”上下都成了不言自明的区域。在这种思维里,一定要找出非常恰当的语言“中线”,如本条的“已满十六周岁的人”、“已满十四周岁不满十六周岁的人”、“已满七十五周岁的人”等就是各种罪行责任的“中线”;还要对比“中线”的“轻重”做出准确判断。“已满十六周岁的人犯罪,应当负刑事责任”这句中,从年龄分别轻重,大于十六周岁的为“重”都负刑事责任,小于十六周岁的为“轻”不一定负刑事责任(超过十四周岁且又犯故意杀人等八种重罪的负刑事责任,其他轻罪或低于十四周岁的不负刑事责任)。而“已满七十五周岁的人故意犯罪的,可以从轻或者减轻处罚”这句话中,也是从年龄分轻重,但方向正好相反,大于“七十五周岁”的为“轻”更可以从轻或减轻处罚,小于“七十五周岁”的为“重”未必可以从轻或减轻处罚,因为从轻或减轻处罚是“举重明轻”,这种优惠只有“轻”者即七十五周岁以上的人才享受,而不是“重者”七十五周岁以下的人享受。可见“轻重”要具体分析,有时可以是大于年龄“中线”为“重”,有时又可以是小于年龄“中线”为“重”,这都可以根据我们的知识和常识进行具体的判断,而没有形式的标准,虽没有也无法用语言写进法条,但我们可以就此达成共识,因而也无须写进法条。

又如,在车站广告牌的案例中,在千万种动物中选择狗正符合举轻明重中的“中线”要求,狗是刚好达到危害安全标准的动物。“狗”就是最好的中线,在狗之上的具有公共安全危害性,在狗之下的没有公共安全危害性。所以不能写“不准携虎入内”,因为虎为百兽之王,对公共安全的威胁是“上限”,包括熊在内的其他动物没有老虎厉害,“不准携虎入内”推不出“不准携熊入内”,因为对安全的危害性是“虎重熊轻”,违背入罪举轻明重的原则,意味着除虎之外其他动物都可以入内,除非是比虎更为厉害;也不能写“不准携鸡入内”,因为鸡是孱弱的,对公共安全的威胁是“下限”,不

准鸡入内没有道理,何况其他动物都比鸡厉害,不准携鸡入内意味着不准其他动物入内,没有任何比对、选择的意义,还不如写上“不准携动物入内”。

### 三 法律类比思维和法律修辞

类比思维就是根据两个对象在某些属性上相同或相似,从而推出它们在其他属性上也相同或相似的思维。类比是一种重要的思维方法,在科学上有很大的影响。莱布尼茨说过“只要你想到了相似性,你就想到了某些不止于此的东西,而普遍性无非就在于此。”<sup>[532]</sup>在波斯纳看来,修辞不仅是一种激发想象力或使论辩生动的说服方法,“还是一种思考。”<sup>[592]</sup>这种思考主要体现在类比思维上。波斯纳认为,通过类比可以获取理性的法律后果,同类案同样判,公正、公平、合理,对诉讼两造都具有说服力和可接受性,“如果禁止雇主因雇员拒绝为雇主做伪证而解雇雇员,那么法院就可以以此作为理由之一——通过类比推理——应当禁止因雇员提出工伤赔偿主张而解雇雇员。”<sup>[592]</sup>波斯纳对波斯纳的这种论辩表示赞同“看起来类比推理似乎可以使推理者从一个具体情况(比方说,一个案件)推进到另一个具体情况,而不必有一个统帅这两个个案的理论或一般法律。”<sup>[593]</sup>类比思维能够揭示出未知事物的真相,推定出一种事实,而事实胜于雄辩,故产生强大的说服力,因而类比思维既是科学的思维,又是辩说的修辞。

在现代海事事故中,受害人若想从造成伤害的船主处获得赔偿常遇到困难,因为船主可能住得很远,在另外的法律管辖下。面对这样的法律难题,很多法律人绞尽脑汁却拿不出令人满意的方案,直至霍姆斯的出现。像其他法律人一样,霍姆斯知道,在古代法律中,“迪奥丹”乃致人死亡的动物或物体,可依法对其提起诉讼并进行审判,问题在于,其他人并没有发现“迪奥丹”和海事船只的类比关系,霍姆斯却有足够的法学天分发现了二者的关系,他通过类比“迪奥丹”,将船舶视为加害人并容许受害人对其提起诉讼,这样受害人不必要去船主的地界,就能获得并实现一个判决,霍姆斯的这一推论在海商法领域广受认可并适用至今。<sup>[124]</sup>霍姆斯的这种修辞说服工作也是一种思考——类比思维。

一位被处罚的闯红灯者愤愤不平地对警察说:这么多人闯红灯,为什么单单处罚我?每一个警察对此会做出不同的回答,但那个成为经典的警察则问而不答、以问代答,给出了没有回答的最佳答案“你钓过鱼吗?钓过!你一次能把所有的鱼钓上来吗?不能!这不就对了吗!”是啊,你一次不能把所有的鱼钓上来,你一次只钓一条鱼,我一次也不能把所有的闯红灯者抓住,我一次只抓住你一人也没有什么不公平的。在这个事例中,鱼吃鱼饵和行人闯红灯、鱼上钩和闯红灯者被抓住、钓鱼者在众多的鱼中一次只钓上一条鱼和警察在众多闯红灯者中一次只抓一个人,都具有类比性。警察的反问“明”在语言修辞,“暗”在类比推理,他把已知的前提(闯红灯)和推知的结论都省略了,选择具有类比性的前提(钓鱼)的特点,批驳了被处罚者的抱怨。这最恰当的语言选

择就是最有说服力的修辞,闯红灯者没有什么倒霉的委屈!

著名的“焚猪验尸”案例是运用类比思维的经典,让精心编织谎言的杀人犯低头认罪。张举任县令时,有一妇人毒杀死丈夫后纵火,以“火烧夫死”掩盖真相。夫家怀疑妇人谋杀而到县衙告状,而该妇人自以为做得天衣无缝拒不承认。张举要来两头猪,一头当场杀死,另一头用绳索捆绑起来,而后将两头猪同时放在干柴里点火燃烧,最后发现,先已死的猪嘴里无灰,而原先活着被烧死的猪嘴里有灰,然后再检查死者口里无灰,妇人随即放弃抵赖了。在本案中,怎样辨别死者是否被烧死的呢?任凭法官巧舌如簧也不能让蓄谋已久的妇人招认,法官不过是徒费口舌而已。于是,张举把死、活两猪投进火里,看它们嘴里最后是否有灰,活猪挣扎喊叫必然嘴里有灰,而死猪不可能喊叫必然嘴里无灰,这是已知的事实。从已知的事实推出未知的事实:死者嘴里无灰说明起火时他没有挣扎喊叫,因为他已经死了不可能挣扎喊叫,这就说明死者在妇人纵火前已经死于妇人的谋杀了。这种类比思维,就是找出可比对象进行检验,一旦检验出明确的结果,那么事实的真相也即时浮出水面,其效率远远胜过千言万语的讯问。可以说,法律类比思维也是效率和精确度都很高的具有强大说服力的法律修辞。在这个案子中,通过类比思维,解决了一个问题“我们的法律言辞是否能够打动听众?”<sup>[8]</sup>使法律语言有味道、有重量、有穿透力因而产生强大的说服力解决问题,而不是仅仅依赖法律的强制力解决问题,从而提供法律的正当性源泉。“修辞不仅是法律人追求法律上的善和真理的有力工具,而且应当是作为正义化身的法官向世俗社会推销合法、正当、正确的裁判结论的必要方

式。”<sup>[8]</sup>法官运用好法律修辞艺术,对保证司法判决的正当性、提高司法判决的接受性具有重要意义。

想不好必然说不好,思维混乱必然言语拙劣,所以提高法律修辞水平首先要提高法律思维能力;说不好也必然想不好,言语拙劣必然思维混乱,提高法律思维能力首先要提高法律修辞水平。

#### 参考文献:

- [1] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室. 现代汉语词典[M]. 北京: 商务印书馆, 2007.
- [2] 聂长建. 孔子的法律修辞学研究[J]. 西北师大学报: 社会科学版, 2012(6): 37-41.
- [3] 波斯纳. 超越法律[M]. 苏力, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [4] 张继成. 小案件 大影响——对南京“彭宇案”一审的法逻辑分析[J]. 中国政法大学学报, 2008(2): 103-116.
- [5] 聂长建, 李国强. 司法判决有效性的平衡艺术和说理艺术[J]. 理论与现代化, 2011(2): 91-99.
- [6] 莱布尼茨. 人类理智新论[M]. 陈修斋, 译. 北京: 商务印书馆, 1982.
- [7] 陈林林. 裁判的进路与方法——司法论证理论导论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2007.
- [8] 陈金钊. 把法律作为修辞——认真对待法律话语[J]. 山东大学学报: 哲学社会科学版, 2012(1): 69-78.
- [9] 侯学勇, 杨颖. 法律修辞在中国兴起的背景及其在司法审判中的作用[J]. 政法论丛, 2012(4): 72-79.

## Legal Rhetoric and Legal Thinking

NIE Chang-jian

(School of Law, South-Central University for Nationalities, Wuhan 430074, China)

**Abstract:** The main work of legal rhetoric is to persuade, and without right legal thinking we can not persuade others. Legal thinking pushes forward the development of legal rhetoric in three aspects: its nature analysis, contributing to the convincing law enacted by legislators and the convincing decision made by judges; its legal methods, which are of eloquent persuasion, expanding rhetoric function; legal methods speak when law says nothing in the case of there being a legal loophole; its analogical thinking, revealing the truth and inferring a sort of fact, which speaks louder than words, hence with the strong persuasion. Therefore, analogical thinking is both scientific thinking and argumentary rhetoric. Legal thinking and legal rhetoric are of closely related to each other, and to upgrade legal rhetoric one should first upgrade legal thinking ability.

**Key words:** legal rhetoric; legal thinking; analogical thinking

(责任编辑 郭庆华)