

法律是一门艺术

——评许霆案二审判决

聂长建¹, 张毅龙¹, 邓少华²

(1. 中南财经政法大学 法学院, 湖北武汉, 430060;
2. 中南财经政法大学 工商管理学院, 湖北武汉, 430060)

摘要:“依法判决”和“合理性判决”是内在的统一,是同一个问题的两个方面;而法官只有掌握较高的说理艺术,才能将这二者统一起来。要区别逻辑涵摄与法律涵摄,法律涵摄不是就上下位概念的外延宽窄而言的,而是就上下位概念的构成要件而言的。根据德沃金的“整体性的法律”理论,法律规范包括法律规则和法律原则。不明确的“法律原则”通过理想型法官对判决所作的“建构性解释”,就具有了唯一正确的答案——既是“依法判决”,又是“合理性判决”。

关键词:法律涵摄;逻辑涵摄;法律原则;法律规则

中图分类号: D90

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2009)04-0497-08

1612年11月10日,英国国王詹姆士一世以“法律以理性为本,朕和其他人与法官一样有理性”为由要亲自当一回法官,大法官柯克反驳道:“法律是一门艺术,它需要经过长期的学习和实践才能掌握,在未达到这一水平前,任何人都不能从事案件的审判工作。”^{[1](42)}柯克这句话在法治史上够有名的,这倒不在于柯克反驳国王的勇气,而在于它道出了法律的真谛:艺术。当然,这里的艺术不是指荷马的诗或达芬奇的画,它其实是指具有创造性的、能很好解决问题的方式或方法。法律当然是一门知识,我们可以通过书本学习来知道它,但知道它的知识只是法律的表面现象;法律更是一门艺术,我们只有在不断的探讨摸索中才能掌握运用它的方法,运用它的艺术才是法律的真实含义。因此我们说,法律在根本上具有实践理性的性质。“法律是一门艺术”其实对法律人提出了更高的要求,因为运用知识的艺术远远复杂于知道这一知识。比如,中国人和汉字打交道,你知道“之”这个汉字可能是一蹴而就的易事,但是如何写好这个“之”字,

把这个“之”字写得出神入化、令人叹为观止,掌握好这种写字艺术那是一个长期的创造性过程;知道许霆案判决依据的刑法第264条不难,运用好这一条却不易。法律是一门艺术,它强调了如何适用法律的重要性,不仅对法官的专业知识提出了要求,更对法官的经验、智慧、感悟力提出了要求。

强调“法律是一门艺术”,在于法律在本质上属于实践理性而非理论理性,法律的生命力在于其适用上,它当然有知道那个(knowing that)的明确知识,更有知道如何(knowing how)的默会知识,其“意会”的要多于“言传”的,“言传的”是知识性的,可以瞬间而学来;而“意会”的则更多是一种领悟和智慧性的,必须通过长期的实践并以很强的“悟性”和“洞察力”作保证才能达到。就如上面所提,知道“之”字怎么写的“那个”(that)是知识,知道“之”字写好的“如何”(how)是艺术,艺术存在于实践中,艺术是智慧的体现,艺术具有创造性、完美性和不可重复性。胡平仁教授认为,感性与理性,乃是艺术与科学划江而治的两大领地。“技术”往往强调其工艺操作的“程序性”,是可以由不同的人在不同的时间和地点再现或重复的;而“技巧”是指具有较高的熟练运用技术的能力,并带有一定的独创性,因而可视为一种“艺术”。

收稿日期:2009-04-08;修回日期:2009-05-01

基金项目:国家社会科学基金项目《法律推理研究——语用学与语用逻辑的视角》(07BZX046)

作者简介:聂长建(1969-),男,河南光山人,中南财经政法大学法学院博士研究生,主要研究方向:法理学。

法律艺术就是指在各种法律实践活动中,人们创造性地解决相关法律问题的方式、方法,它是人类法律智慧的结晶和表现形态。法律科学则是指作为行为规范的制度、创设和适用规范的技术以及对这些制度和技术的理论省思和前瞻性探索的学理,那种严格地按照法定权限和法定程序解决法律问题的情形,则是属于法律科学层面的法律技术,而不属于法律艺术的范围。那些可以学习但不能模仿或重复的、体现人类高超的法律智慧、出人意料而又合乎情理与法律精神地解决法律问题的方式、方法,则属于高层级的法律艺术。^①我们认为,司法判决的案件可分为一般案件和疑难案件,一般案件的判决只适用司法三段论的技术操作即可得出结论。但疑难案件则不同,仅有司法技术是不行的,必须还具有司法艺术才能够作出既合法又合理的具有可接受性的判决,疑难案件对法官的司法能力提出了很高的要求,疑难案件最能体现出“法律是一门艺术”的真谛。由于疑难案件的广泛影响力,本文的研究也就具有很强的理论和实践价值。

正是由于方法适用不当,只有“技术”而没有“艺术”的机械性司法,使许霆在一审被判处无期徒刑,导致许霆案产生广泛的社会影响,其二审判决结果与一审相比较,无疑更具有可接受性,但方法实在不敢恭维。特别是法庭对判决结果合理性的辩护极其幼稚:“法庭认为,许霆盗窃金融机构数额特别巨大,依法本应适用无期徒刑或者死刑,但鉴于许霆恶意取款是在发现银行自动柜员机出现异常后的行为,采用持卡非法窃取金融机构经营资金的手段,其行为与有预谋,或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同。从犯罪具有一定的偶然性看,许霆犯罪主观恶性不是很大。根据本案具体的犯罪事实、犯罪情节和对社会造成的危害程度,对许霆可在法定刑以下判处有期徒刑。”笔者认为,法庭的这个解释简直像许霆辩护自己“疯狂取款是为了保护银行财产安全”一样荒唐:既然“依法本应适用无期徒刑或者死刑”,那是否意味着,法庭判许霆 5 年徒刑就不是依法判决?难道法庭说自己是违法判决吗?当然,相比一审判决,二审判决在局部方法上有改进,如认定许霆实际盗窃金额共计 173 826 元,避免了事实不清,根据最高人民法院的相关司法解释规定来认定许霆的行为属于盗窃金融机构,改进了司法三段论小前提的推理和论证。但是,由于缺乏正确运用法律的“艺术”,二审判决无论从推理还是论证、解释来看,都是粗糙的、站不住脚的,法庭的这种解释只能是不懂司法说理艺术的蹩脚解释。尤其是适用法定刑下减刑,开了一个极其危险的先例。因为

法官的自由裁量权尽管在理论上有其合理之处,但在中国当下的司法语境下并没有获得人们的信任,人们大多是从消极面而不是积极面来理解它,至少它是本已严重的司法腐败的一条通道。

二

依法判决是司法判决最起码的要求,法庭解释不能在这个问题上打任何折扣。但由于缺乏司法艺术,方法论上的南辕北辙,法庭误把非法判决当作依法判决,又把依法判决当作屈服于判决结果合理性的非法判决,就像本来直的筷子放在一杯水里看起来就弯了。法庭的二审解释似乎是说一审判许霆无期徒刑是依法判决的。因为其大前提是:盗窃公私财物,数额较大或者多次盗窃的,处三年以下有期徒刑、拘役或者管制,并处或者单处罚金;数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;有下列情形之一的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产:(一)盗窃金融机构,数额特别巨大的;(二)盗窃珍贵文物,情节严重的。小前提是:许霆盗窃金融机构数额特别巨大;判决结论:判处许霆无期徒刑。用逻辑公式表示就是: $T \rightarrow R$ (当具备 T 的要件时,即适用 R 的法的效果)

$S = T$ (特定的案件事实符合 T 的要件)

$S \rightarrow R$ (特定案件事实 S 适用 T 得到法的效果 R)

这个推理似乎是无懈可击的,其实不然。因为制定 1997 年刑法时,取款机才开始用,还没进入立法者的视线,刑法对盗窃金融罪的严厉处罚是针对原始的盗窃情况,比如监守自盗、钻墙打洞这样预谋在先、性质恶劣的盗窃方式,而许霆是在取款机出错后被引诱盗窃的,二者在主观恶性上不能够等量齐观,自然不能适用 1997 年刑法的量刑标准。也就是说,1997 年刑法所指的盗窃金融机构的外延并没有囊括许霆这样的盗窃方式,“许霆盗窃金融机构数额特别巨大”这个案件事实不是 1997 年刑罚第 264 条所涵摄的对象,那么, $S = T$ (特定的案件事实符合 T 的要件)这个推理要件是不成立的,因此,据此条款判处许霆无期徒刑,恰恰是不合法的。

在司法三段论中,法律涵摄借用了逻辑涵摄的形式,实质是不同的。逻辑学将涵摄推论理解为“将外延较窄的概念划归外延较宽的概念之下,易言之,将

前者涵摄于后者之下”的一种推演。从事这种推论必须首先定义这两个概念, 然后确定上位概念的全部要素在下位概念中全部呈现, 下位概念的外延较窄, 除上位概念具有的因素外, 它至少还有另外一个因素, 如“马”的概念涵摄于“哺乳动物”概念下。作为法律适用基础的涵摄推论, 并不是将外延较窄的概念涵摄于较宽的概念之下, 而是将案件事实涵摄于法律规范的构成要件之下。司法三段论中作为小前提的案件事实与作为生活事件的案件事实不同, 后者是前者指涉的对象, “涵摄推论的小前提乃是如下陈述: 法条构成要件所指陈的要素, 其于陈述所指涉的生活事件中完全重现”, 其推演模式如下: T 籍要素 m^1 、 m^2 、 m^3 而被穷尽描述; S 具有 m^1 、 m^2 、 m^3 等要素; 因此 S 是 T 的一个事例。”^{[2](152)}所以说, 司法三段论的大前提对小前提的涵摄, 与逻辑学的大前提对小前提的涵摄是不同的。前者是从构成要件而言, 后者是从外延的宽窄而言。在司法三段论中, 外延较宽的大前提并不必然涵摄外延较窄的小前提, 关键在于构成要件能否涵摄。如刑法第 232 条规定: “故意杀人的, 处死刑、无期徒刑或者十年以上有期徒刑; 情节较轻的, 处三年以上十年以下有期徒刑。”如果用逻辑学上的外延较宽的大前提涵摄外延较窄的小前提来适用案件事实, 那是非常不合逻辑的, 因为“杀人”这个概念的外延非常宽, 完全能够涵摄诸如刽子手执行枪决、警察击毙歹徒等外延较窄的法律行为。但在此种情况下能对刽子手或警察判刑吗? 不可以! 为什么? 因为司法三段论的“涵摄”是就构成要件而言的, 而不是就外延而言的。单就逻辑学上外延宽窄的涵摄而言, “故意杀人”是指一切故意杀人行为, 包括刽子手执行枪决、警察击毙歹徒等; 但就司法三段论构成要件的涵摄而言, 并非如此。因为法律与逻辑的不同在于法律不仅是事实判断, 而且是价值判断; 价值判断是司法裁判和法律推理的灵魂, 就如同汽车的方向盘并不指向所有的方向而是指向一定的方向; 经过法律上价值判断的梳理、过滤, 一个法律概念基于价值判断所指的构成要件, 在外延上不同于逻辑学上一个概念所指的外延, 因为价值判断已经限定了法律概念的外延。仍然以刑法第 232 条为例, 刑法上的故意杀人罪是指故意非法剥夺他人生命的行为。“故意杀人”这个概念的构成要件包括杀人行为必须具有非法性这一价值判断, 而逻辑学上的“杀人”作为事实命题不受此限, 而是指一切杀人行为。法律上的概念由于价值判断所赋予的构成要件的限制, 其外延不同于逻辑学上的概念的外延。逻辑学上通过外延宽窄的涵摄关系并不能机械

地应用于司法三段论的涵摄关系中, 但我们的司法实务界乃至理论界总是在这个问题上模糊不清, 误把它乡当故乡。在许霆案中, 刑法第 264 条指的是监守自盗、钻墙打洞、破门而入等情形(T 籍要素 m^1 、 m^2 、 m^3), 许霆的盗窃方式不具备这些情形(S 不具有 m^1 、 m^2 、 m^3), 因此, 许霆案的案件事实不能涵摄于 1997 年刑法第 264 条的法律规范之下(因此 S 不是 T 的一个事例)。如果许霆是以监守自盗等有事先预谋、性质恶劣的方式盗窃这 173 826 元, 那判处无期徒刑才是依法判决。恰恰相反, 二审判处许霆五年有期徒刑, 正是依法判决, 可悲的是二审法庭对此浑然不知。对许霆盗窃金融机构的定性是准确的, 但正如法庭指出: “许霆恶意取款是在发现银行自动柜员机出现异常后的行为, 采用持卡非法窃取金融机构经营资金的手段, 其行为与有预谋, 或者采取破坏手段盗窃金融机构的犯罪有所不同。从犯罪具有一定的偶然性看, 许霆犯罪主观恶性不是很大。”这不正表明许霆通过取款机作案是一种新的、性质较轻的金融盗窃方式吗? 1997 年刑法对盗窃金融机构处罚得那么重, 显然没有包括许霆这种新的、恶性较小的金融盗窃方式。因为性质不同的案件事实, 量刑标准也是不一样的。法官认定许霆案的盗窃情形和 1997 年刑法的金融盗窃情形是同一量刑标准, 这是武断的, 有很大的主观随意性, “依法判决”的表象掩盖着“违法判决”的实质。

其实, 如果我们仔细研究刑法第 264 条, 也能够证实逻辑涵摄和法律涵摄的区别, 该条前半部规定: “盗窃公私财物, 数额较大或者多次盗窃的, 处三年以下有期徒刑、拘役或者管制, 并处或者单处罚金; 数额巨大或者有其他严重情节的, 处三年以上十年以下有期徒刑, 并处罚金; 数额特别巨大或者有其他特别严重情节的, 处十年以上有期徒刑或者无期徒刑, 并处罚金或者没收财产”; 如果从逻辑涵摄考虑, 盗窃金融机构的外延并没有超出盗窃公私财物的外延, 盗窃金融机构罪是盗窃罪的一种, 数额特别巨大或者有其他特别严重情节的, 处十年以上有期徒刑或者无期徒刑; 但法律为什么又规定: “有下列情形之一的, 处无期徒刑或者死刑, 并处没收财产: (一) 盗窃金融机构, 数额特别巨大的; (二) 盗窃珍贵文物, 情节严重的”? 这是因为尽管盗窃金融机构和盗窃文物在外延上可以涵摄于盗窃罪, 但就构成要件而言, 却不存在于这种涵摄关系。因为法律涵摄不同于逻辑涵摄, 它不以外延的宽窄为限, 而是以构成要件为据。就外延宽窄的逻辑涵摄而言, 下位概念的外延必然不能超过上位概念的外延, 如这个三段论: “人的寿命不超过 200

岁；张三是人；张三寿命不超过 200 岁。”这个推论是没有问题的。但是法律涵摄要是如此推论就错了，还以刑法第 264 条为例：“盗窃公私财物，数额较大或者多次盗窃的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处或者单处罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产；盗窃金融机构或盗窃文物是盗窃公私财物；盗窃金融机构或盗窃文物数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”这个推理有效吗？从逻辑涵摄来看有效，从法律涵摄来看无效，因为该条紧接此又规定“有下列情形之一的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产：(一)盗窃金融机构，数额特别巨大的；(二)盗窃珍贵文物，情节严重的”。也就是说明，前面的盗窃公私财物里并没有盗窃金融机构和盗窃文物这两个构成要件。由此可以看出，在逻辑涵摄里，下位概念的外延不可能超出上位概念的外延。而在法律涵摄里，下位概念的外延却因构成要件的不同而可以超出上位概念的外延。所以在法律中，对一个上位概念作了一般性规定之后，常常可以对下位概念作出超出上位概念外延的特殊的规定，这在形式逻辑上是不允许的。在逻辑涵摄里，只要说人的寿命不超过 200 岁，而张三是人，那么张三的寿命也就不可能超过 200 岁。但在法律涵摄里却不是这样，下位概念通过自身的特殊构成要件而超出上位概念的外延，这是因为逻辑只反映概念之间的单纯形式关系，是一种静态关系；而法律是对复杂的变动不居的法律生活关系的反映，是一种动态的关系，法律概念在法律生活的推动下，不断地突破自身的界限，形成新的在外延上已经不同的下位概念和规定。刑法第 264 条中，盗窃金融机构和文物作为盗窃罪的下位概念，其外延也突破了上位概念，这种突破是在法律生活的推动下完成的。同理，在许霆案中，因取款机出错盗窃金融机构是盗窃金融机构的下位概念，其外延也可以突破盗窃金融机构这个上位概念的量刑标准，并不以这个标准为限，可低于或高于这个标准，结合案情而定。那种认为有了盗窃金融机构数额巨大的判处无期徒刑或死刑这一大前提，有了许霆盗窃金融机构数额巨大这一小前提，就必然得出对许霆无期徒刑(或死刑)的判决的观点，是一种逻辑涵摄而非法律涵摄的推理模式，而对司法判决而言，逻辑涵摄只具有形式有效性，法律涵摄才具有终极的有效性，才能体现出价值判断是法律推理的灵魂这一司法判决的

真谛。

法律涵摄之不同于逻辑涵摄还在于，逻辑涵摄是抽象的，是概念之间的关系，而法律涵摄是具体的，是概念和具体的案件事实之间的关系。因此，逻辑涵摄是不考虑语境的，只考虑上下位概念之间的外延宽窄关系，而法律涵摄必须要考虑语境，在特定语境中确定案件事实是否为法律概念所涵摄的对象。真理是具体的，是许多规定的综合和多样性的统一，司法判决的要义就是对案件的语境进行具体的分析，使案件的各种要素及其相互关系透明化和全面显现，这样才能准确地把握法律规范和案件事实的关联性，只有对案件事实的定性是准确的，对法律规范的适用是正确的，判决才具有合理可接受性。一种法律规范对一个案件事实是否为真理，也不是先天地、抽象地赋予的，而是必须结合本案的具体情况，通透地作出语境分析后才能加以判断。这种认识，可以说法律界走在经济界后面，在经济界里，无论“宽松的货币政策”还是“紧缩的货币政策”都是抽象的命题而非真理，“宽松的货币政策”或“紧缩的货币政策”是否为真理取决于具体的经济情况。当经济高涨、物价飞涨时，实行“紧缩的货币政策”是真理，这样的政策具有合理可接受性；当经济低迷、物价下滑时，实行“宽松的货币政策”是真理，这样的政策具有合理可接受性。这就可以明白，为什么在 2008 年夏季前的经济高涨期，国家多次提高银行的存贷款利率和准备金率，实行“紧缩的货币政策”，而在 2008 年秋季后的经济下行期，国家多次降低银行的存贷款利率和准备金率，实行“宽松的货币政策”。“刻舟求剑”之所以是愚蠢的、不合理的，就在于“剑”是不动的，而“船”是移动的，“剑”和“船”之间的关系因而发生了变化，开始时，剑确实在船的某个方向和大致的距离，但随着船的漂移，这个方向和大致距离都发生了变化，也就不可能按照开始时在船上刻的记号找到剑了。许霆案犯了类似刻舟求剑式的、不作具体语境分析的、凝固式思维的错误，许霆案中的利用取款机出错盗窃金融机构根本不是 1997 年刑法第 264 条所针对的情形，利用取款机出错盗窃金融机构这种方式在 1997 年刑法制定时还没有“出世”。

再如，1882 年埃尔默案件发生时，纽约的遗嘱法并没有明确规定：如果某个被指定的遗产继承人杀害了立遗嘱人，他是否还能够根据遗嘱中的条件继承遗产。但审理此案的代表大多数法官表达意见的厄尔法官认为：立法者的意图对实际法规有重大影响，“法规

制定者意图内的事物包含在法规之内, 它似乎全都包含在法规的文字之中; 而法规文字内的某种情况却未必尽在法规之中, 除非这种情况已包含在立法者的意图之中, 这是一条为人们所熟悉的阐释原则。”厄尔法官认为, 假定制定纽约遗嘱法的立法者意在让杀害被继承人的继承人接受遗产, 那是荒唐的, 因此, 他们所制定的实际法规不能预见那种后果。^{[3](17-18)}法官从普通法的前例中推出一个原则: 任何人不能从欺诈或犯罪行为中获得利益, 判决该案中作为继承人却又杀害被继承人的孙子不能继承祖父遗产。“按照遗嘱办理”也不是抽象的真理, 它必须结合具体的案件情况而定。一般情况下继承人和被继承人有着亲密的关系, 尊重遗嘱的原则也是建立在继承人不会杀害被继承人等情形之上; 如果真的发生了继承人杀害被继承人这样罕见的情况, 那么, 具体情况下的案件语境的改变必然导致作为大前提的法律规范的变化。如我国继承法第5条规定: “继承开始后, 按照法定继承办理; 有遗嘱的, 按照遗嘱继承或者遗赠办理; 有遗赠扶养协议的, 按照协议办理。”那么, “有遗嘱的, 按照遗嘱继承或者遗赠办理”这个大前提是否具有普遍必然性呢? 否也, 《中华人民共和国继承法》第7条规定: “继承人有下列行为之一的, 丧失继承权: (一)故意杀害被继承人的; (二)为争夺遗产而杀害其他继承人的; (三)遗弃被继承人的, 或者虐待被继承人情节严重的; (四)伪造、篡改或者销毁遗嘱, 情节严重的。”按“遗嘱办理”反映的是一般情况下的“事实的关系”, 如果出现了特殊的“事实的关系”, 即继承人具有继承法第一章第七条所列的事实行为, 那么它就处在“有遗嘱的, 按照遗嘱继承或者遗赠办理”这个大前提的“箱子”^②之外了, 所以法律又列举了不按遗嘱办理的、继承人丧失继承权的几种情况。法律涵摄总是有针对具体案情的语境分析的例外情况, 而逻辑涵摄就不涉及语境, 当然也就没有例外的情况。司法判决就是一个“语用”的过程, 一般认为, “语用”就是“语义”加上“语境”, 语境包括语言使用者的身份、地位、职业、性别、年龄、心理、时间、空间、阅历、信仰、爱好以及使用言语的场合、前言后语、上下文、背景等, 而较为抽象、封闭的逻辑涵摄与语境的联系不甚紧密。刑法第264条规定盗窃金融机构数额巨大的判处无期徒刑或死刑, 许霆盗窃金融机构数额巨大, 因此判处许霆无期徒刑, 这是逻辑涵摄的思维方式, 没有考虑到该案的语境和刑法第264条所针对的语境是不一样的, 而法律涵摄并不如此。

三

许霆案暴露了司法判决中, 司法判决有效性的两个层面——形式合理性和实质合理性出现了严重的断裂, 而法官由于缺乏论证的司法艺术, 没有能够弥补这种裂缝, 不能够满足人们对理想法治的期盼。一审判决忽视了法治的实质合理性要求, 人们会感觉到: 这不是“好”法治; 二审判决忽视了法治的形式合理性要求, 人们会感觉到: 这不“是”法治。人们或许责备立法, 立法者没有对许霆案的量刑标准作出符合人们正义感的规定。但这种责备毫无道理, 法律规范来源于社会生活, 主要针对制定时的现实和需要, 是对过去生活的描述和总结, 具有向后回顾而非向前拓展的特性。法律规范的内容主要来自过去的社会生活, 但其价值却体现在面对它制定以后未来生活的实践中; 一言以蔽之, 法产生于过去却要面对未来。由于立法者不是神, 他不可能对未来发生的新情况有着确定性考虑, 他只能对已经发生的情况作出符合人们正义感的规定, 刑法第264条对已经发生的以原始方式盗窃金融机构的量刑标准是适当的, 至于许霆这种盗窃金融机构的方式, 由于1997年刑法修订时, 取款机刚使用, 并没有进入立法者的视线, 也就不可能对这种盗窃金融机构方式的量刑标准进行规定, 根本不存在量刑规定是否适当的问题。这种责任重担只能由司法者担当, 但法官只有具备司法能力(艺术)才能担当得起。对于许霆案, 只有掌握司法艺术, 才能真正依法判决; 只有真正依法判决, 才能对判决结果以合理性的解释; 否则, 二审判决结果虽然具有合理可接受性, 但它排除“本应依法判决”这一司法底线, 其解释于人不服。本案最终只得依据刑法第63条适用法定刑下减刑, 自由裁量权在这里出现了, 法律的权威在这里消失了。但如果不这样判, 而是像一审判决那样固守形式合理性, 法律又失去人们的尊敬, 法官陷入二难境地, 陷入了对法律的形式合理性(确定性)和实质合理性(正确性)非此即彼的取舍悖论中。

笔者认为, 当法律规定适用于个案而出现明显的正义和价值冲突时, 原有的法律规定是不能适用的, 法官应该找到适用该案的法律, 法律原则可担此任。解决许霆案一审判决太重的问题, 并非要推理出许霆的行为不是盗窃金融机构, 无论一审还是二审, 对许霆“盗窃金融机构”的定性都是准确的, 试图通过推翻这个定性而减轻对许霆的处罚简直是缘木求鱼。许

霆是构成盗窃金融机构的罪名,但1997年刑法对盗窃金融机构的严厉处罚是针对原始的盗窃金融机构情况,而不是许霆案这种盗窃方式;许霆的犯意是临时诱发的而不是事先预谋的,许霆是在银行出错的情况下才能实施盗窃,其行为也没有可期待性,如果还像原始盗窃方式那样量刑,无异于犯了“零点一加零点一等于二”的错误。如果许霆是以原始的方式盗窃这笔钱,那么这个案子的一审判决像“一加一等于二”一样正确,也没有什么可争议的。所以,我们不是通过证明许霆“不是盗窃金融机构”来减轻对许霆的处罚,而是论证出许霆盗窃金融机构的性质要比1997年刑法所指的原始的盗窃金融机构的性质轻微,因而量刑也要轻微,如此才能让人信服,兼备法律的形式合理性和实质合理性。

这门艺术可以从德沃金那里寻找。德沃金提出法律原则是一种不同于法律规则的法律规范。法律规范是国家制定或认可的关于人们的行为或活动的命令、允许和禁止的一种规范;法律规则是指以一定的逻辑结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务及其相应的法律后果的一种法律规范;法理原则是为法律规则提供某种基础或本源的综合性、指导性的原理或价值准则的一种价值规范。^{[4](101-110)}我们通常将法律规范等同于法律规则,而将法律原则排除在法律规范之外,这是错误的。法律规则和法律原则二者的区别在逻辑上,都是针对特定情况下有关法律责任的决定,不同之处在于它们所作的指示的特点:“规则在适用时,是以完全有效或者完全无效的方式。如果一条规则所规定的事实是既定的,那么,或者这条规则是有效的,在这种情况下,必须接受该规则所提供的解决办法。或者该规则是无效的,在这样的情况中,该规则对裁决不起任何作用。”^{[5](43)}规则之间的冲突是在有效性的层面上,当两条规则冲突时,其中之一不可能是有效规则;而原则之间的竞争关系是在分量层面上,“当各个原则互相交叉的时候(如保护汽车消费者的政策同合同自由的原则互相交叉),要解决这一冲突,就必须考虑有关原则分量的强弱。”^{[5](46)}当规则所规定的事实不是既定的,法律规则作为法律规范不能够涵摄案件事实时,法律原则也可以当作法律规范使用,这样就避免把法律规范仅仅当作法律规则因而出现事实与规范的紧张。规则是具体的规范,其内容之明确足以使它运用到典型的案例,而原则则代表有待诠释的普遍的法律标准。德沃金将法律定义为“整体性的法律”,由法律规则和法律原则构成,这二者都以整体性的法

律中所蕴含的原则、惯例、道德、学说、理念等为背景,生活在这相同背景的人就可以在经年累月的法律生活中推论出具体的法律权利和义务。因此,“法律规则”自不待言,纵使“法律原则”是不明确的,但不明确不意味着不确定,不明确的“法律原则”通过赫拉克勒斯这样具有“超人技巧、学识、权力和耐心”的理想型法官对判决所作的“建构性解释”,就具有唯一正确的答案,也就具有确定性。法律规则是就特定情境下的案件事实设定明确的具体的假定条件、行为模式和法律后果,但它刚性太强不能完全适用像许霆案这样变换着情境的新的案件事实;法律原则没有设定明确、具体的假设条件和固定的法律后果,因而有很强的弹性,可以在不同的程度上满足案件事实,“原则具有规则所没有的深度——分量和重要性的深度。”^{[5](45-46)}即使新的疑难案件事实也能涵摄之。在德沃金看来,“法律的规则”(legal rules)是指意义指涉清晰、具体、精确、确定、僵化的法律,因此也是缺乏适用性深度和弹性的法律,出现它无法有效适用的案件正是理论的内在逻辑使然,没有什么值得大惊小怪的,疑难案件(hard cases)并不是说不被法律涵盖到,而只是不被“法律的规则”涵盖到,却被抽象的、概括性的、有弹性的、灵活性的“法律的原则”(legal principles)涵盖到,法律漏洞因此是子虚乌有的理论误读,法官行使自由裁量权也是庸人自扰的愚蠢行为。那么,依照法律原则判决也只是“用法”和“依法判决”,而非法官“造法”。这一主张建立在法律完备一切尽规定于其中的基础之上,唯有如此,法官才可以只须“用法”而不必“造法”便可解决一切案件。法律表述越明确细致,它适应形势变化的能力越差,法律规则比法律原则表达得明确具体,也就没有像法律原则那样的应对疑难案件的能力。德沃金精辟地指出:“只有承认法律既包括法律规则也包括法律原则,才能解释我们对于法律的特别尊敬。一个规则和一个原则的差别在于,一个规则对于一个预定的事件作出一个固定的反应;而一个原则则指导我们在决定如何对一个特定事件作出反应时,指导我们对特定因素的思考。”^{[5](18)}在许霆案中,判处许霆5年徒刑不符合刑法第264条这个法律规定的规定,好像法律没有确定性;但许霆通过取款机盗窃金融机构这种新方式显然不是刑法所针对的“预定的事件”,刑法第264条确实不能够涵摄许霆案的案件事实,所以这个规则在本案中只能作为参考,再结合和依据刑法第5条“罪责刑相适应”的法律原则,即刑罚的轻重,应当与犯罪分子所犯罪行和承担

的刑事责任相适应,判处许霆3~5年的徒刑是合理的。这样的判决是在整体性法律框架内的依法判决,而不是什么从宽处理。

四

在司法判决中,“依法判决”和“合理性判决”是内在的统一,是同一个问题的两个方面,基于法律人的“内在视角”来看,就是依法判决;基于民众的“外在视角”来看,就是合理性判决。法官只有掌握法律艺术,将“依法判决”的理由和根据充分地展示出来,说理明晰、透彻、通达,让人折服,那么,这样的“依法判决”在民众看来就是“合理性判决”,民众所要求的“合理性判决”也必然和只能是“依法判决”。许霆案的一审判决既非“依法判决”又非“合理性判决”,判处无期徒刑的不合理性也正在于其本质上是非法的。它将法律仅仅理解为非历史性的法律规则,然后将这种非历史性的法律规则涵摄变动不居的历史性的案件事实,全然不顾后者并不在前者的涵摄范围之内,它是不能够强行扭在一块的。马克思认为:“如果现行法律和社会发展刚刚达到的阶段发生显著的矛盾,那么,诸位陪审员先生,你们的职责恰恰就是要在过时的律令和社会的迫切要求的斗争中讲出自己分量的话。那你们的任务就是要超过法律,直到它认识到必须满足社会的要求为止……你们只是应当根据我们的时代、我们的政治权利、我们的社会要求来解释它。”^{[6](274)}其实,纵使大陆法系中的德国联邦宪法法院在1973年2月14日的决议中也指出:“法律并不等于全部成文法的总和。在有些情况下,在国家权力机关颁布的法律之外,还可能存在着一种附加的法律成分,它来源于立宪的法律秩序的意义总体,并可以作为成文法的纠正物起作用,司法的任务是发现这种成分并将其实现于它的判决中。”^{[7](302)}二审判决的吊诡之处在于,这种“合理性判决”本应该是“依法判决”的结果,但是法庭自己“不识庐山真面目,只缘身在此山中”。因为拙于说理,有理说不清,非但说不出所以然,反而自我否认是“依法判决”,这实际上放弃了司法的底线,放弃了司法审判的独立性,于是乎,二审改判居然被当作媒体或民意的胜利而非司法机关自我纠错能力的体现。这是一个非常危险的信号。我们认为,司法判决不应该无视或忽视民意,司法判决应当是法官和当事人、公民的主体间交流、沟通、对话、说理、互动的过程,但司法机关对民意的吸收应该具有主动性、自主性、独立性,并对案件判决有最终的

决定性,法院对民意的有效回应应该是提高自身的司法水平,作出有理有据、集“依法”和“合理”于一身的判决,而不是受民意的干扰甚至屈从于民意而放弃自身的东西。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。“判决理由是使具体的法律决定正当化、具有说服力的基本条件。在司法程序的进行上,判决理由是上诉或不服申诉的根据;律师和上级法院一般都要从判决的理由中去寻找线索,用以发现原审法官判断的不足、失误和逻辑问题。”^{[8](84)}由于法律原则的引入,德沃金的整体性法律,是一个完美的无漏洞体系,这就排除法官的个人武断和造法空间,也给司法判决提供充足的理由。纵使在疑难案件中,法官也决不会出现没有法律可用的地步,充其量是缺乏赫拉克勒斯的智慧而没有找到法律(原则)而也,那就是法官的司法艺术欠缺的素质问题,而不是法律本身的问题。司法判决不应以处于历史孤立状态中的文字为依据,它是一个更大的智力体系即整个法律的组成部分,应与那种更大的体系在原则上相符,原则的适用过程也是法官智慧的适用过程。只要是一名赫拉克勒斯式的优秀法官,那他就能为疑难案件找到适当的法律而得出“唯一正解”的判决,就无需为新的案件自造新法。法官是具有司法艺术水平的智慧高超者,同时也是个安分守己者,必须忠实于法律,更不能僭越于自己的职权之外,造法只是立法者的事,法官不是立法者而不得染指之。而且,法官造法是对人权和法律融贯性的双重破坏。德沃金指出:“如果一个法官造新法,然后以回溯的方式用到先前发生的案件上,那么败诉的一方之所以受罚,就不是因为他的行为违背了某些他原本应守的法定义务,而毋宁是违背了一个他行为后才被(法官)创造出来的义务。”^[9]法官基于事发后才造的新法下判决,是对败诉的一方的不公平,因为事发时他不知道这个新法并作相应的调整,这就违背了法的明确性和预期性;法官造法也意味着司法判决拥有回溯的权力,这违背了法不溯及既往的原则,破坏了法律的融贯性。许霆案二审判决中,适用法定刑下减刑就是适用自由裁量权的法官造法,没有充分的法理依据。

理由说清楚了,司法判决才能得到人们的理解、尊重和诚服;而理由是否说得清楚、透彻、明白,取决于法官的司法艺术、司法理念和敬业精神,这与民众和媒体的舆论没有直接联系,更不能为之所左右。因此,只要掌握好法律这门艺术,许霆五年的有期徒刑,基于案情并依据整体性法律,可以和应该是依法

判决的,这也符合人们的确定性预期而不是法官抛开整体性法律的恣意为或法外开恩,而不应该出现“依法本应适用无期徒刑或者死刑”这样的违背法治精神的判决辩护,更没有必要“在法定刑以下判处刑罚”的僭越了。

注释:

- ① 参见胡平仁:《诉讼艺术研究评述》,《社会科学》2007年第4期。笔者认为,胡平仁先生的观点是犀利的,他对法律艺术的定义及“技术”与“技巧”的区别是完全正确的。当然,本文认为,“技术”与“技巧”尽管有明显不同特征,但也有很强的关联性,“技巧”比“技术”高级,但“技术”是“技巧”的基础,通常情况下,无“技术”就无“技巧”,这正如一个书法艺术家总是先“合”(技术规则)而后“离”(技术规则而至艺术),如果他首先不按技术规则来训练,那就达不到离开技术规则限制的具有创造性的艺术。司法判决的艺术(技巧)不仅不排除法律科学(技术),反而要以之为根基,法律逻辑作为司法判决的“技术”是首先必须遵循的。本文将法律涵摄与逻辑涵摄区别开来,是一种“技术”处理,但却为司法艺术奠定基础。当然,在疑难案件中,仅靠“技术”就不行了,疑难案件的恰当处理是离不开法官娴熟的司法艺术的,在德沃金的理论中,赫拉克勒斯就是一个智慧的、有高超艺术的理想型法官。
- ② 波斯纳以箱子作隐喻评论三段式时说:“我们拿出来的是我们预先放进去的东西。”(波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第49页。)三段论是逻辑涵摄,

而司法三段论则是法律涵摄,三段论只反映概念之间的关系,是“非语境的”,具有普遍性,而司法三段论不仅要反映概念之间的关系,还要反映概念与事实之间的关系,是“语境的”,不具有普遍性,因此说司法三段论并不具备三段论的所有特性,司法三段论这个概念本身也是有问题的,本文不在此做探讨——笔者注。

参考文献:

- [1] 庞德.普通法的精神[M].唐前宏,等译.北京:法律出版社,2001.
- [2] 拉伦茨.法学方法论[M].陈爱娥译.北京:商务印书馆,2005.
- [3] 德沃金.法律帝国[M].李常青译.北京:中国大百科全书出版社,1996.
- [4] 舒国滢.法理学导论[M].北京:北京大学出版社,2006.
- [5] 德沃金.认真对待权利[M].信春鹰,吴玉章译.北京:中国大百科全书出版社,1998.
- [6] 马克思恩格斯全集(第6卷)[M].北京:人民出版社,1961.
- [7] 哈贝马斯.在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论[M].董世骏译.北京:三联书店,2003.
- [8] 季卫东.法律职业的定位[J].中国社会科学,1994,(2):63-86.
- [9] 林立.法学方法论与德沃金[M].北京:中国政法大学出版社,2002:2-3.

Law is an art ——On the second judgement of Xuting Case

NIE Changjian¹, ZHANG Yilong¹, DENG Shaohua²

(1. Law School of Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430060, China;

2. Business Administration School of Zhongnan University of Economics and Law, Wuhan 430060, China)

Abstract: “Judging according to law” and “rational judgement” are united in internality, which are the two aspects of the same question, and the judge can unify the two aspects but to grip the higher arguing art. So it is necessary to discriminate between logic subsumtion and legal subsumtion. legal subsumtion is not about the extension width of the hypogyny conception, but about the constitutive importantdocument. According to Dworkin’s “full law theory”, standards of law include both legal regulation and legal principle, the undefined legal principle has the only correct solution by the ideal judge to make the constructive explaining about the judgement, that is to say, it is both “Judging according to law” and “rational judgement”.

Key words: legal subsumtion; logic subsumtion; legal principle; legal regulation

[编辑: 苏慧]