

法律论证的效能:排除专断而非达成共识*

贾敬华

内容提要:有人期望通过法律论证使多元性的价值诉求在协商的基础上达成共识,从而使司法审判的大前提可以获得各方当事人的高度尊重。然而,法律论证并非理想言谈环境中的充分论证,而是法律主导下的有限论证,能否取得共识难以确定。事实上,法律论证的真正作用在于其所设置的公开、平等和自由的表达机制,可以有效地抵抗论证者的恣意和任性。

关键词:法律论证 普遍实践论证 共识 听众

贾敬华,南开大学法学院副教授,法学博士。

为了解决司法判决大前提的正当性问题,新修辞学、逻辑学以及商谈理论联合在一起共同打造了一个喜剧式的法律论证流程:从论证者的“前提性共识”出发,历经精巧设计的理性交涉过程,最终博弈出一个“结论性共识”,也就是可以直接适用的法律规则。这样的机制似乎使人们从文本的缺陷所导致的慌乱中得以解脱,毕竟,法律文本的不确定性可以被司法过程中所获共识的客观性克服。然而,“前提性共识”是否一定存在,对话是否一定顺利,在短暂的司法程序中论证者是否一定能够达成作为判案依据的“结论性共识”,是不得而知的。如果情况不是这样,那么法律论证的崇高目标就是一个为沉迷于正义而不能自拔的蔑视文本者所精心编织的乌托邦。或许,法律论证的真正效能在于打开裁判的“黑箱”,进而遏制司法的擅断。

一 法律论证中共识能否达成的两种态度

法律论证理论试图以具有超验性质的程序规则为媒介,来确立司法中心主义类型(区别于传统的立法中心主义类型)的“法律—共识”的两位一体结构。在这种构想中,哈贝马斯的普遍实践论证理论是一个重要基础,该理论的核心是主张“理想言谈环境”下的“真理共识论”。哈氏的“共识论”给阿列克西留下了深刻的印象,在他看来,普遍实践论证规则完全可以适用于法律论证,尽管法律论证有其特殊性(即受实在法的约束),这也只需补充一些额外的论证规则即可,判决中的真理问题的共识还是存在的。佩雷尔曼则创造了听众的概念,把谈话的各方互设为听众,他相信在讨论中法官、当事人、法律职业者以及公众最终可以相互说服而达成共识。阿尔尼奥也主张,对某一共同的生活形式或其中某一片段的参与将产生共同的要求,从而使共识的达成成为可能。

而另一派观点却认为,把判决和“共识”相联系,仅仅是解说了判决理由的修辞性质,并非事情的真相。例如哈贝马斯的“理想言谈环境”与罗尔斯的“无知之幕后”一样只是一种假设,“对话”可产生共识的乐观主义态度,往往忽视了“共识”有时仅仅是权力施加作用的结果。当卢曼暗示论证角色之间的自

* 本文为天津市哲学社会科学规划课题(项目号 TJFX07-048)的研究成果。

由沟通不得偏离中立的观察者或判断者的立场时,他就是在表明对论证者达成共识没有信心。事实上,不相信一个人可以有效地说服另一个人正是卢曼的理论特色。考夫曼认为,与其他论证角色相比,实践证明法官的个人特质对判决的形成有更大的、甚至是决定性的影响,法官行为并不受制于法律论证规则。所以说,阿列克西的“判决源自于程序规则所达成的共识”的信念,只是纯粹形而上学的虚构。魏因伯格也认为阿列克西的理论过于理想化,因为司法活动并不都是在遵循了程序规则的前提下进行的。至于佩雷尔曼,他所设想的听众是否有一个论证的共识起点都是有问题的,作为结论的共识就更不可靠。

如果法律论证可以获得共识,超越文本的司法过程的正当性将得到加强。而如果法律论证并不能获得共识,那么这项活动的结果天然地优越于法律文本的观点就值得怀疑。因此,深入辨析法律论证是否具有“共识效能”是有意义的。

二 “前提性共识”的存在并不真实

随着立法权威的削弱,在司法中求诸于实在法之上的价值原则甚或道德情感在一定范围内被接受,个案的公正性逐步走入法律帝国的中心舞台。司法权威的增加要求对这种权威的正统性做出说明:法庭如何在多元性的价值之间进行选择,以及每一种价值的客观性如何界定和保证。价值判断不能单纯通过经验的确认(自然主义),也不能通过任何一种自证(直觉主义)加以证立,相反需要进行理性论辩和证立。^[1] 论证过程遵循着程序性理论,在人们相互之间可以理解各自价值主张的基础上,经由理性商谈达到对多元命题的筛选和承认,最终使裁判中价值判断的客观性基于参与者的“主体间性”得以实现。而相互的理解要想成为可能,前提性共识就必不可少,否则我们就缺乏必要的通道走进彼此的心灵世界并产生共鸣。新修辞学对该问题给予了特殊的关注,其代表性人物佩雷尔曼曾经有非常清晰的表达:“假如有人要进行论证,那么他就必须既要保证(人们)对其前提的认同,也要保证(人们)对每一个证明步骤的认同。谈话者的明确认同在每一个步骤都不可或缺,为的是让论证(推理)得以进行。论证的前提必须得到听众的认同是不言而喻的。”^[2] 不过令人奇怪的是,佩氏的这一认识在他自己的理论里却得不到支撑,反而被消解得支离破碎。

修辞学把可接受性作为法律论证的标准,强调在特定语境中的接受或者认可是论证有效和正当的基础。佩雷尔曼认为,两个重要的概念构成修辞学论证的基础,其一是“听众”,也就是可接受性的主体;其二是“起点”或者“共识”,也就是使论证得以展开的参加法律论证的主体之间的最低共有知识。可是,不管是关于“听众”还是“共识”,佩氏的论述和他所强调的“论证的前提必须得到听众的认同”都相去甚远。

首先,多元化的“听众”难以拥有统一性的共识。所谓“听众”,就是“说话者在论证过程中所企图影响之人”。^[3] 佩雷尔曼的法律论证理论的正当性基础是确认“听众”在法律渊源的选取中处于裁判者地位,具体包括:(1)根据听众的期待来决定是否以及如何援引相关的判例;(2)寻找听众深思熟虑之后所坚持的稳定的看法,而不是尚未充分证明就被其所简单接受的观点;(3)论辩过程要适应听众的心理、情感,以利于其自然地思考和判断;(4)最终结论的正确性程度取决于听众的素质,因此论辩不能照顾所有的人,而是要参照普遍听众的标准。^[4] 可是,佩雷尔曼又把听众分为三个层次:第一层含义是指

[1] [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第195页。

[2] [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第199页。

[3] 佩雷尔曼认为,自然科学与人文学科在研究方法上有明显的不同:在自然科学中使用“证明”的方法,在人文学科中使用“论证”的方法;证明理论强调人工语言的使用和事理自证性的援引,论证理论则重视人与人之间通过日常语言的使用而对他人内心产生影响。廖义铭:《佩雷尔曼之新修辞学》,台北唐山出版社1997年版,第49页。

[4] Ray Dearin, *Justice and Justification in the New Rhetoric*, 参见 James L. Golden and Joseph Pilotta, *Practical Reasoning in Human Affairs: Studies in Honor of Chaim Perelman*, D. Reidel Publishing Co., 1986, pp. 172-174.

普遍听众,即所有理性的和有能力的人的集合;第二层含义是指特殊听众,即论证者试图要说服的对象的集合,为了合理地说服特殊听众的论证必须首先说服一般听众;第三层含义是指自己,即说服的对象是自己,想说服听众首先得说服自己,听众不会接受连说话者(或论证者)本人都不相信的陈述。佩雷尔曼把对论证质量的判断交给了听众,存在疑问的是,在价值多元化背景下的多元化的听众(混合听众)之间是否存在着进行相互说服的共识。答案很简单,多种类型听众的共存已经表明了共识的非现实性,否则根本就没有分类研究的必要。如果共识不存在,那么他所构想的法律论证就难以发生。

别说三种层次之间的共识让人不可捉摸,就算是同一层次之内是否存在一致性也是未知的。根据哲学阐释学的认识,理解是在“前见”支配下的理解,“前见”是一种复合结构,包含“集体前见”和“个体前见”两个组成部分。集体前见在于描述理解者所在区域共同的知识信念传统,也就是长期的社会连带所形成的稳定性共识,个体前见在于描述个体之间做出区分的个性化知识体系。集体前见是社会成员相互理解的基础,而个体前见则会成为建立共识的障碍,只要去理解便会有不同理解的原因即在于此。在司法领域,个体前见的存在为“只有不同的裁判,而没有正确的裁判”悲观主义态度作了以真理的多元化为方向的注解。乐观主义者却认为,哲学阐释学所发现的个体前见虽然造成了宏观上的法律解释的不统一,但是在具体的个案中法律解释的客观性仍然是可以实现的,裁判的正当性也是可以得到承认的。那就是通过法律论证,形成一种可称之为“对话的客观性”的注重说服过程的、以“合意”为内涵的结果。然而,集体前见的影响力是否总是大到足以整合个体前见的程度是不确知的,甚或是,在急剧转型的社会里根本就会长期缺乏相对稳定的集体前见。就是说,同一层次的听众不是在任何时期、任何地方都有一个可以相互预期的共识。

其次,“共识”本身就有一个不太稳定的边界。佩雷尔曼认为,“共识”是指“事实性或价值判断性的信念,其广泛地与社群或论证所指向的听众所共有”。^[5] 这种作为论证起点的共识可分为两类,一类是实在性共识,包括事实、真理和推定三种。一般而言,对于被普遍认可的事实和真理,较高的接受度已经表明其具有了客观的性质,不再需要通过论证来强化对它们的认同。^[6] 但是实在性共识还是具有流变性的特征,以事实为例,听众构成的变化会引起事实的变化,法官的变化也会引起事实的变化。随着听众的怀疑,随着听众和法官的变化而加入新的判断力量,原来的“事实”将失去“事实状态”,对他们进行论证仍然是必需的。推定是运用逻辑推理的技术对事实和真理所作的知识延伸,是否需要推定进行论证依赖于导出推定的事实和真理是否需要论证。当然,如果推定出的命题成为疑问的焦点,对此加以论证可以强化它的说服力量。^[7] 另一类是涉及好恶的共识,包括价值、层级和与喜好有关的论点的位置。佩雷尔曼把价值分为抽象价值和具体价值两类:抽象价值由不特定的社会成员所拥有,具体价值仅由特定的社会成员所共享。具体价值常常需要论证,因为不同的社会主体认同着不同的具体价值,需要交流使之相互沟通。至于具有相对稳定性的抽象价值,其内涵和外延也往往有不同程度的模糊性,对于那些模糊性程度比较高的价值内容而言,在案件中将其特定化时也会由于面临争议而需要论证。层级是以价值为基础的体系化概念,人们有时可能对各种价值的内容没有争议,但是可能对它们地位高低的排序有不同态度。可以看出,佩雷尔曼所说的共识具有主观性的特征,听众所共同主张的事实、真理是否客观存在并不重要,价值、层级和喜好是否符合永恒的善也不重要,它们仅仅是使论证得以发生的基本条件而已。既然“共识”是如此的不确定以至于需要论证后才能作为基本材料加以采用,那么“共识”这个概念本身就名不副实。

由于听众有多重层次,每一层次又有各自独特的个体前见,所以他们对和待解决问题相关的事实、真理、推定、价值以及层级必然存在着分歧,那么是否需要逐一加以论证呢?佩雷尔曼认为:“谁要怀疑或

[5] 廖义铭:《佩雷尔曼之新修辞学》,台北唐山出版社1997年版,第76页。

[6] Chaim Perelman, *The New Rhetoric: a Theory of Practical Reasoning*, *The New Rhetoric and the Humanities: Essays on Rhetoric and its Applications*, D. Reidel Publishing Company, 1979, p. 15.

[7] Chaim Perelman, *The New Rhetoric: a Theory of Practical Reasoning*, *The New Rhetoric and the Humanities: Essays on Rhetoric and its Applications*, D. Reidel Publishing Company, 1979, p. 15.

批评什么,则必须告之其怀疑或批评的理由。进而言之,它对禁止漫无边际的怀疑提出了正当化的论证。据此需要证成的领域,在相当程度上是加以限制的。它并不要求对一切东西进行证成,所要证成的只是那些有理由加以怀疑的东西。这不仅意味着在相当程度上减轻论证的负担,而且它也使论证活动在根本上能够得以进行。假如不能以此作为前提,就根本不可能开始进行论证(论辩)。”〔8〕也就是说,法律论证的范围必须被限定在一定的范围之内,无限的论证可能性应当受到司法时效性的约束。但是,佩雷尔曼并没有说清(事实上他也说不清)什么时间、什么环境、什么事项可以受到怀疑,因为听众的共同信念到底是什么实在难以预料。对论证范围的争议也间接说明了“共识”只是一种理论上的虚构。

三 法律论证并不拥有一个“理想的言谈环境”

对于疑难案件和一些涉及伦理问题的案件,逻辑推理往往会显得力不从心,用实践理性的推理方法对逻辑推理加以补充就成了一种思路,实践理性采用多种推理方法(包括直觉、权威、比喻、深思、解释、默悟、将命题交时间来检验以及其他许多方法)。^{〔9〕}不过哈贝马斯认为,实践理性带有强烈的主、客体二分法的现代意义,是一个以主体哲学为基础的概念。法官心目中的个性因素总是伺机而动,直接影响着对多元而冲突的目的、价值、原则的选择和修正,可能会使为克服法律的不确定性而引入的这些方法给法律的实施带来更加复杂的不确定性。在具有个案特征的法律发现中让法官证明自己造法行为的正当性显然是不明智的,所以说实践理性对于这种“疑难案件—新的规则”模式难以做出有说服力的说明。

于是,哈贝马斯建议通过“沟通理性”(或称“交往理性”)来寻求突破,沟通理性概念的内涵最终可以还原为论证话语在不受强制的前提下达成共识这样一种核心经验,其中,不同的参与者克服了他们最初的那些纯粹主观的观念,为了共同的合理性概念而确立起客观世界的同一性及其生活语境的主体间性。^{〔10〕}哈贝马斯所主张的“真理共识论”相信“事实就是(人们)说出来的、通过论辩能够证立的命题”,^{〔11〕}通过理性论证达成的共识即是“正当”的结果和“客观”的真理。哈贝马斯首先强调参加对话的主体必须具有一定的品格,是有沟通理性的人,他们自律、和平、真诚愿意接受他人更为合理的观点。其次,论辩只有在理想的言谈情景中展开,共识的真理才有保障。理想的对话情境具有这样的特征:(1)具有语言能力和行为能力的一切主体都可以参加议论;(2)每个人可以怀疑一切主张,每个人可以把一切主张提上议论的日程,每个人可以表明自己的立场、愿望和欲求;(3)一切发言者在行使上述规则所赋予的权利时,都不得受到支配议论场所内部和外部的强制力的妨碍,即论证要排除理解过程内外之任何强制,合作地寻求真理。^{〔12〕}命题的正当性和可接受性决定于程序的正当性,所以必须保证论辩者具有参与的同等机会;提出主张、说明和证成其问题的同等机会;表达情感、态度、意图等的同等机会;以及反驳、做出辩论和说明理由的同等机会。^{〔13〕}正是由于对交流和沟通的偏爱,哈贝马斯一直主张用注重程序的商谈机制来说明判决结果的正当性,因此他对德沃金的法官独白式的判案思路提出批评:“缺了对话,赫拉克勒斯……是一个孤独者。他的英雄气太盛。他的叙述性建构是独白式的。他同谁也不交谈,除了通过书本。他没有照面者。他遇不上任何别人。没有任何东西能把他摇醒。没有任何对话者可以妨碍他的经验和看法的不可避免的褊狭性。毕竟,赫拉克勒斯只是一个人。没有一个男人或女人能那样。德沃金创造了一个听讼判决活动的完美典型,却没有注意到受理上诉的法官席的那个

〔8〕 [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第216页。

〔9〕 [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第40页。

〔10〕 [德]尤尔根·哈贝马斯:《交往行为理论:行为合理性与社会合理性》,曹卫东译,上海人民出版社2004年版,第10页。

〔11〕 [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第135页。

〔12〕 [德]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》,童世骏译,北京三联书店2003年版,第282页。

〔13〕 [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第150-151页。

可能是最普遍最引人注目的制度特征:它的多数性。”^[14]德沃金相信,只有法官,最终是联邦最高法院的大法官,才拥有道德原则的解释权威。哈贝马斯对此不以为然:“我们要把对法律理论的理想要求扎根于一个‘宪法诠释者所组成的开放社会’的政治理想之中,而不是扎根在一个因为其德性和专业知识而与众不同的法官的理想人格之中。”^[15]他认为,缺乏对话层面的考虑,整体性落入具有特权地位的法官手中之后可能成为相应的借口,直至失控。哈贝马斯所提出的减弱法官的威权主义色彩的方案是以对话为基础的论辩程序:“对德沃金的唯我论法律理论的批判必须在同一个层次上开始,并且按照一种法律论辩理论的形式为那些程序原则、那些现在承担着先前由赫拉克勒斯承担的那种理想要求负担的程序原则提供论证。”^[16]通过沟通理性,法律解释的责任由解释者个人转向了对话的共同体,法律解释的客观性也由对话机制做出保证,其结果就是以合意面目出现的共识被最终确立。

哈贝马斯的“程序—共识”模型试图为价值领域的“诸神之争”寻找一条和平的出路,从而给司法判决的大前提建立一个牢靠的立足点。然而他疏忽了,即便是唯一的理想程序是可知的,也仅仅是体现在程序的核心理念上。一旦将该理念现实化时,所得出的程序制度设计未必只有一个方案,每一种方案所讨论出的共识也未必是雷同的。所以说,哈贝马斯虽然想通过程序向实体进行回归,却难以取得成功,多元化的共识必定会让他困惑不已。关于“共识”,哈贝马斯所遭受的批评还有很多,例如有人认为,哈贝马斯所津津乐道的“共识”完全可以被视为一种政治上的恐怖,因为“共识”的达成往往取决于力量的角逐,在此过程中强势群体把他们的意见强加给弱势群体的状况就难以避免,“共识”是以牺牲“歧见”的价值为代价的。哈贝马斯的回应是,“共识”是建立在“差异”基础之上的,“共识”与“歧见”之争是在“同一性”与“多元性”的关系之中得以解决的。很显然,他的这种辩解是苍白的,因为他探讨共识的初衷就是源于对由歧见所致的困扰的克服。

“理想的程序—正确的共识”可谓是哈氏认知图式的经典表达,不过他却坚决否认该公式在法律领域中的有效性。哈贝马斯认为普遍实践论辩和法律论证之间不是简单的普遍和特殊的关系,它们的运作机理有本质的不同。首先,谈论环境不同。哈贝马斯认为,在普遍实践论辩中,既存在着普遍主义道德的议论,也存在着个体自我理解的存在主义道德的议论,这些处于竞争状态的普遍道德和个别道德之间以及多元化的个别道德之间,广泛展开个体对生命意义的体验、对群体经验常识的提炼、对利益的考量等等多层次、多角度的论辩,最终在公众舆论的空间中完成交涉和妥协。与普遍实践论辩不同,法律论证是发生在法律制度背景中的实践论辩形式,是一种法律约束而非道德约束下的规范行为,受到时间、空间、论辩主体以及辩论内容的限制,而且论辩结果还可以强制实施,因此并不符合理想的言谈情景。其次,言谈环境的不同决定了谈论结果的确信程度不同。在普遍实践论辩中,所获得的知识是什么并不重要,因为知识的真理性可以由理想的言谈环境所保证,那么重要的就是获得知识的方式,即“理论的目的仅仅是要保证理性探讨的前提,而不是要预知这一探讨的结果”。^[17]但是法律论证却不是如此,哈贝马斯很清楚个性化的经验、地方化的知识必然对普遍化的规则造成冲击,对此他选择了一个维护法律确定性的立场。他曾这样描述一个法律系统需要完成的两项基本职能:其一是判决的方向是确定的,可预测性必不可少;其二是判决已经得到了制度空间内的充分论证。关于确定性,哈贝马斯认为,在判决的起点应当关注的是程序的确定性,而不是结果的确定性。但是在判决的终点,却一定要收获一个确定性的结果,只有这样,法律的“稳定行动期待”功能才算是得到了维护。这就要求论证的结果不能背离法律的规定,也不能随意地挑战法律共同体普遍接受的法律精神和价值原则。论证主体必须要围绕法律达成一致意见是第一位的,就算是为此而冲撞了在没有法律约束下可能形成的普遍性共识也在所不惜。这就是说,在法律论证中首要考虑的是法律的尊严,为此宁愿放弃获取共识的机会。

[14] [德]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》,童世骏译,北京三联书店 2003 年版,第 275 页。

[15] [德]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》,童世骏译,北京三联书店 2003 年版,第 274 页。

[16] [德]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》,童世骏译,北京三联书店 2003 年版,第 276 - 277 页。

[17] [美]波斯纳:《道德和法律理论的疑问》,苏力译,中国政法大学出版社 2002 年版,第 116 页。

根据哈贝马斯的看法,普遍的实践论证对应着一个理想的言谈环境,共识的产生是可期待的;而法律论证对应的是一个法律占主导地位的言谈环境,最终的结论和无强制情景下所达成的共识完全相互重合并不是必然的。

尽管哈贝马斯否定了法律论证的共识效能,但他还是给法律论证的正面形象作了更为真实的注解,那就是它所拥有的“公共性”。公共性的判断标准是“举凡对所有公众开放的场合,我们都称之为‘公共的’”,^[18]法律论证正是在正当程序中被赋予了公共性并因而拥有了辩护的力量。法律论证在个案中追求超越合法律性的正当性,企图用法律内的道德、原则、价值这些实践智能要素来补充、修正所谓“不完备的法律”。如果法律论证不想把自己定位于为机会主义式的纠纷解决方案服务,它就需要回答:如何保证价值的客观性,以及如何按重要性程度排列出一个值得接受的价值顺序。哈贝马斯的思路是:让裁判过程的公开性为裁判结果的客观性、正当性提供担保,客观性就蕴含在“理性重构”的公开化之中,这种公开化也使相关的批评有了依托。事实上,就是公开性以及由于公开性的严厉制约所衍生出的辩论角色的行为,才真正凝聚了法律论证的积极意蕴。

四 法律论证无法达成共识

哈贝马斯秉承了大陆法系式的对于法律文本的强烈感情,所以他尽管对真理共识论进行了深刻的揭示和剖析,但还是将普遍实践论证和法律论证作了泾渭分明的切割,因为他清醒地看到了视法律论证为普遍论证一个子系统的设想给法律的独立性所带来的巨大风险。不过,哈贝马斯的这种认识并没有解开法律论证中的死结,那就是如果法律文本本身成了论证主体自由对话的阻碍应当如何处理。有的学者认为,在法律论证中为了维护法律的威信而只能取得荒谬的意见时,普遍实践论证应当成为法律论证的必要补充,给司法判决提供一个正当性尽可能充分的高质量大前提,阿列克西就是这样认为的。阿列克西思考和借鉴了哈贝马斯的理想言谈情景条件和普遍实践论辩的基本规则以及佩雷尔曼的源于普遍听众的普遍性思想取向、论证中有义务去追求开放性和宽容等理论,形成了自己的法律论证风格。大体来说,阿列克西对法律体系的自足性深表怀疑,所以他不相信法律论证可以在不借助法外资源的条件下得以完成,也不相信法律论证和普遍实践论证分属于两个性质完全不同的对话模型。

阿列克西虽然也承认法律论证中的法律因素,主张对作为判决理由的规范命题所进行的论证要围绕法律展开,即“法律论证的特性在于其受现行有效的法约束”,却又不是特别肯定,因为他相信“这种约束照旧有待确定”。^[19]对法律文本效力的游移不定在一定程度上展现了新修辞学法学给阿列克西所留下的思维烙印,该学说十分注重论证的内容:“试图触及活生生的生活,这种法学在老传统(亚里士多德、西塞罗)复苏的情况下,建立了一个‘诘难案’的程序,以使人们能在‘敞开的体系’中找到方向。”^[20]正因为此,阿列克西主张:“司法裁判的任务有时就可能特别要求那些宪法性秩序所固有的,但尚未在成文法律文本上得到表达或只有不完整表述的价值立场,应当通过某种评价行为加以澄清,并在实际的判决中得以实现。”^[21]我们都知道,宪法性秩序根本就没有一个固定的形状和一个确定的范围,这种主张其实就是让论证过程向各种类型的知识进行开放,而不是仅仅局限于法律这个单纯的区域。阿列克西之所以主张在论证中突破法律文本的束缚,是因为他给法律论证设定了一个过大的目标,那就是让一个待决法律命题经由理性对话从而获得最普遍接受,正当性就蕴含在普遍性之中,而这正是具有普遍性取向的佩雷尔曼所详细论述过的信念,他的“普遍的听众”概念就是明证。

佩雷尔曼的普遍听众概念与哈贝马斯的理想言谈情景概念有密切的亲缘关系,事实上,阿列克西的

[18] [德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社2002年版,第3页。

[19] [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第263页。

[20] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第127-128页。

[21] [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第31页。

程序性合理理论的具体运作原理就是以哈贝马斯的对话理论为背景来设计的,通过论证规则和论证形式这些程序性技术,为法律命题的个案正确性提供一个被普遍接受的社会基础,帮助法律论证走出“明希豪森困境”。受到哈贝马斯“纷争的诉求→理想言谈情景→共识→可普遍化→正当性”的完美模式的影响,阿列克西希望法律论证不仅仅在法律领域,还要在整个社会领域都享有正当性的品质,所以在法律论证与普遍实践论证的关系上主张“特殊情形命题”,要求法律论证的合理性要建立在普遍合理性的基础上。所谓“特殊情形命题”分为三类,分别是:派生性命题,是指论证都要遵循普遍论证的标准,法律论证也不例外,其特殊性在于法律要对论证结果所派生出的合法化问题进行加强;补充性命题,是指当法律论证不能取得结果时,由普遍的实践论辩介入,并完成论证的任务;整合性命题,是指在论证的各个阶段,法律论辩遭遇困难,就由普遍的实践论辩跟进。^[22]阿列克西最倾向于整合性命题所描述的情形。其实,无论是哪一种命题所显示的法律论证和普遍实践论证之间的关系,都可以显示出他更多的是看到了二者在功能上、发生背景上的同一性。在阿列克西的这种无视法律论证的有限论证特点的理论中,潜藏着深刻的危机。为了表明法律论证中所构建的法律命题的普遍正当性,就需要说服当事人、法律职业共同体直至整个社会共同体。我们知道,当事人所关注的主要是可以直接实现的权利,法律职业共同体所关注的主要是法律治理的一般事业,而社会民众感受最深的是基本的道义,可是这三者之间并不是天然耦合的。在某些情形下,法官和当事人接受了某种结果,可是法律共同体不一定接受、普通民众不一定接受,如果这些不同层次的听众无法达成一致,势必要做出取舍,而恰恰就是这种取舍破坏了相关命题的正当性。当然,阿列克西对此有清醒的认识,所以他承认在法官判决后仍没有结束对案件的论证,论证要从法庭之内一直延伸到法庭之外,直到三类对象达成最后的共识。但是就法庭之内的论证而言,却有太多难以解决的问题。如果坚持要以普遍性共识为目标,那么把法律论证的重心置于当事人,就是否定了法律职业共同体对法治理念的集体维护,这将使原来类似判决的参考力归于无效,而且也没有顾忌未来的法官可能因此而遭遇的尴尬局面,法庭判决完全成了个性化的、随机性的处理方案,类似案件类似判决的规范约束力流于终止。同时,这种做法等于是宣布了社会监督的无效。如果把法律论证的重心置于法律职业共同体,也许有助于巩固法律的地位,但能否说服当事人就成了疑问,这将使法律论证的目标陷入落空的风险。当然,这种做法也等于是宣布了社会监督的无效。如果把法律论证的重心置于社会民众,等于是让整个社会在案件的审理过程中进行了一项新的立法,且不说此时的立法论证是否充分,就基于法律不得溯及既往的基本原则而言,当事人也会对此加以反对。

事实上,哈贝马斯本人就提出了批评,他认为阿列克西的理论将法律论证与普遍实践论证从结构到性质都看作同质物是不正确的。法律论证本身不是交往行为过程,交往行为最重要的是建立在理解的基础上经过商谈达成共识,但法律论证所追求的不是理解,而是纠纷的解决,是扭曲的交往行为。或者说,法律论证中有太多当事人的特定利益纠缠,其属于建立在利益博弈基础上的策略行为,不能适用普遍实践论辩的规则。此外,普遍的实践论辩主要是在道德体系中完成的,而法律论证是在自足的法律体系内完成的。法律论证具有强烈的规范意蕴,法律判决的合法性注定不等同于道德判断的有效性,法律商谈不能被设想成道德商谈的一个特例,在法律商谈中只有从法律规范的角度出发才能把道德问题包含在内。考夫曼也认为阿列克西的理论是纯粹形而上学的理论,他曾指出:“罗伯特·阿列克西创造了令人印象深刻的论证规则和优先规则。但这些规则虽然适合于理性商谈,却不适合法院的程序。法院的程序不是无控制的,参与人受法律,也受有缺陷的法律约束,程序不可能被推至无限延续。法院的判决,包括不公正的判决,也产生法律约束力,这在合乎理性的商谈中完全不可能。”^[23]

受哈贝马斯的真理共识论的影响,阿列克西不懈地追求在审判中所形成的结论能被各种类型的听众所共同接受。为此,他不惜将道德体系作为法律体系的后备力量加以运用。当面对不应把法律论证和普遍实践论证相混淆的批评时,他又声称司法审判中尚未完成的论证还要在社会领域中继续进行,法

[22] [德]阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第23-24页。

[23] [德]考夫曼等编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第187页。

律论证和普遍实践论证不是相互独立而是相互融合的。这表明阿列克西对法律命题的论证结论是否是共识并不在意,因为法律论证只是整体论证的一部分,法律论证能直接取得共识当然更好,否则,还要在社会领域继续讨论。鉴于对道德的开放性以及在法庭之外的延续性,阿列克西的法律论证很难在案件中达成一个他所期望的普遍性共识。

五 结语

论证的结果依赖于论证中的程序机制的质量水平,就理想的言谈环境而言,在言论自由得以保障的环境里,精心安排的程序价值能够充分释放其整合实体价值的力量,这种个案中将道德融入法律的“偶然性承认机制”会有一个正确的方向。问题是法律论证并不是在理想的言谈语境中展开,论证各方所占有的不对称信息、所占据的不同专业技术高度、所运用的娴熟程度相异的攻防策略都深深地影响着论证的结果。如果论证者和听众之间在价值取向、信息占有量、预期目标等方面有较远的距离,从而无法达成相互的理解或者妥协,所谓的“结论性共识”就不会产生。这表明,法律论证并没有能够消除分歧,而仅仅是搁置了分歧。它只不过是法官审时度势,根据论证的场景确立一个以共识的面目出现的结论而已,这个结论却被认为是正当的,对话者即使有不同的理解和期待也只能接受一个由论证结构所导出的法律命题。所以说,法律论证虽然渴望获得共识但无法做到,其功能主要在于“排除专断”。考夫曼在谈论法律论证的正确性的独特含义时,对此作了明确的说明,“如果正确性不应理解成是对预设东西的认识,那么,正确性也不可能与预设的东西一致。因而,必须寻找其他的标准来确定是否正确。但是,由什么标准来证明这些标准的正确性呢?这可能是无可穷尽的循环论证。法律论证是一种实践论证,不能陷入无穷的追问之中。我们始终不能忘记法律论证的目标是排斥专断、增大判决的说服力”。^[24] 法律论证的核心任务就是要依靠公开性、民主性等程序性价值,将重心置于排除拥有“克里斯玛”魅力的英雄人物的决断。

不过,多元论证主体并不是彻底终结法律论证可以取得相对共识的必然理由,事实上,价值多元化背景中的法律论证仍有可能实现高水平的对话和交流。如果多元主体之间的价值共识多于价值分歧,以至于对法律论证的过程和结果的不同理解被控制在可以忍受的范围内,那么照样可以认为是取得了比较一致的认同。因此,以民主为基础对价值体系进行整合,使得某些核心价值观念成为人们普遍接受的事实而存在于社会之中,从而具有客观的性质,是完善法律论证的重要方向。

[Abstract] Some people expect to reach common understanding among pluralistic claims of value through legal argumentation, thereby winning higher respect of every litigant for the major premise of judicial judgments. Legal argumentation, however, is not a sufficient argumentation in an ideal situation of speech, but a limited argumentation in which law plays a leading role. As a result, it is uncertain whether common understanding can be reached in such argumentation. In fact, the true role of legal argumentation is to effectively resist recklessness and willfulness of demonstrators through the mechanism of open, equal and free expression.

(责任编辑:冉井富)

[24] [德]考夫曼等编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第519页。