

Law

浙江大学法律评论

浙 江 大 学 法 学 院 组 编

Zhejiang University Law Review
Zhejiang University Law Review

2003 年卷 (总第 6 期)

3

中國社會科學出版社

浙江大学

法律评论

Zhejiang University Law Review

(原《法治研究》、《浙大法律评论》、《法学文稿》合并)

2003年卷

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

浙江大学法律评论/浙江大学法学院组编. —北京:
中国社会科学出版社, 2004.1

ISBN 7-5004-4363-3

I. 浙… II. 浙… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 002380 号

责任编辑 丛 慧

责任校对 李 林

封面设计 新空气

版式设计 王炳图

出版发行 中国社会科学出版社

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号

邮 编 100720

电 话 010-84029453

传 真 010-80417153

网 址 <http://www.casspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 鑫鑫装订厂

版 次 2004 年 1 月第 1 版

印 次 2004 年 1 月第 1 次印刷

开 本 787×1092 毫米 1/16

印 张 15.125

插 页 2

字 数 352 千字

定 价 30.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换

版权所有 侵权必究

《浙江大学法律评论》学术委员会

成 员

李 龙	胡建森	孙笑侠	林来梵
张国清	阮方民	金 敏	翁晓斌

执行主编

陈林林

编 辑

傅蔚冈	翁开心	胡瓷红	孙铁锋
-----	-----	-----	-----

目 录

主题研讨：法律与理论

法、理性与论证

- Robert Alexy 的法论证理论 颜厥安 (3)
- 哈贝马斯的交往合理性理论 Y.T. 费德蕾斯 (61)
- 新修辞学 佩雷尔曼 (69)
- 法律、逻辑和认识论 佩雷尔曼 (75)
- 权利、法律推理与理性言说 罗伯特·阿列克希 (83)
- 法律论证与法律解释方法
- 形式逻辑学批判 张钰光 (91)

学术专论

- 程序公正的本源及其影响 尼尔·维德马 (115)
- 权利面临的危险及其救济
- 从一个新的视角看行政法上的事实行为 张树义、蔡乐渭 (126)
- 行政诉讼被告制度研究 葛波委 (138)
- 普适的正义：现代刑事诉讼法原则重述 谢佑平、万毅 (161)
- 论侵害他人权益型不当得利
- 兼析侵权损害赔偿请求权与不当得利返还
- 请求权的竞合 洪学军 (182)
- 短线交易规制的法律分析
- 以美国法为中心 苏薪茗 (198)

域外采风

法科研究生院和法学本科

- 关于开设法科研究生院后对法学本科进行
- 改革的一点建议 宫泽节生 (235)

主 题 研 讨

法 律 与 理 论

法、理性与论证

——Robert Alexy 的法论证理论

颜厥安^①

壹、序 论

一、法论证理论的意义

法论证理论 (Theorie der juristischen argumentation) 是近 30 年来逐渐在欧美法理学界兴起并取得重要地位的研究领域^②。这个研究领域顾名思义是结合法律与论证^③ 而成,但是法律与论证有何关系,两者为什么会结合在一起呢?

法论证理论其实有一个非常长远的发展背景,就古典时期而言,可追溯至 Aristotle,近代则有 Vico 的理论为先声。就第二次世界大战后的发展,最主要有德国之 Viehweg 与比利时的 Perelman 为其做理论铺路。^④ 这其中最重要的理论关联,在于源自于 Aristotle 的一种看法,即法学的思考方式并非一种直线式的推演,而是一种对话式的讨论^⑤。这种思想认为,是在讨论当中透过论证,而不是以逻辑演绎的方式,产生了法律上之判断。因此虽然逻辑是所有思考都不能违背的法则,但是显然在逻辑法则之外,我们还需要研究论证的种种形式结构与运用的规则,才能比较清楚地澄清法学思维的基本性质。今天,所有的法律人都知道法学三段论法 (juristischer Syllogismus) 是法律适用的基本思考结构,但是我们也都已经了解法学三段论法并不能穷尽法学思考的所有层面^⑥,所以法学家也尝试以各种的后设理论来建构新的法学思考模式,法论证理论即为其中的一种^⑦。

二、法学论证与评价因素

在法论证理论中,“论证”(Argumentation) 当然就成为一个核心观念。但是何谓论证?

① 台湾大学法律系教授。

② Neumann, 1986, S.1. 就法理学的体系而言,法论证理论应属于法认识论的部分。不过对这个已发展达 30 年的研究领域,国内似乎还未见相当分量的研究,有待法理学界努力。有关于法理学的理论体系可参考 Kaufmann 1994, 3. Kap. - 13. Kap.; 亦请参考颜厥安, 1993 (1), p.168, 之不同体系架构。

③ 由于国内至目前为止仍少见相关之研究与讨论,因此许多基本的名词仍未有确定的中文翻译。在此列出几个基本概念在本文中的译名,但不特别说明其意义 (有些名词为行文需要而有一个以上之译名): Argument 论述; Argumentation 论证; Begründung 论证、证立、立论; Diskurs 言说; Rechtfertigen (= justification) 证立、证成。

④ 中文文献中对此一背景的简短介绍请参考: 颜厥安, 1995 (2)。

⑤ Aristotle, Topik I.1.4. Vgl. Viehweg 1974, S.21ff., S.111ff. 至于法论证理论与 Topik 的关联,请参考 Alexy 1983, S.39ff.

⑥ Kriele, 1976, S.50ff.; Larenz, 1991, S.155f.

⑦ 另外较重要的一支发展即为价值法学领军的方法论。关于价值法学请参考 Bydlinski, 1991, S.123ff.; Larenz, 1991, S.119ff.

论证简单地说,就是举出理由(begründen,以下译为证立或论证)以支持某种主张(Behauptung)或判断(Urteil)。因此论证可以说广泛地出现在各种理性思维活动中,并不限于法学。对于经验事物或对于理论,也可以提出论证。与法学论证不同的是,前面两种是对于经验事实(Tatsache,或译真相)或真理(Warheit)的论证,而后者则是一种规范论证(Normbegründung)。随着论证对象的不同,也必须使用不同的论证方式。例如对于经验事实的论证,可以以举出证据、提供证词或引用理论说明的方式进行,而对于理论的论证,则可以使用演绎或分析的方法^①。在这个领域中,论证往往是对真相或真理的“证明”(beweisen)。

在法学的领域,由于法律是一种规范,因此法学中的证立为一种规范论证。而规范是一种应然命题,其内容为对人类行为的要求、禁止与允许。所以规范论证不是对真相或真理的证明,而是对规范或人类个别之行为是否正确(richtig)或妥当(angemessen)^②提出合理的依据。这种对规范的论证通常也称之为正当化(rechtfertigen=justify,以下译为证立或证成)。在法学中,我们必须对于何事应作为或不作为做出决定。在这种决定中,我们必须判断某种行为是否应优先于其他行为,这种判断必然要涉及评价(Wertung)^③。因此法学中不可能没有评价的作用,此点也已经成为法学界的共识^④。问题只是在于:评价难道不是一种主观的判断吗?这一点牵涉到法学的科学性问题。因为如果法学中一定包含有评价的因素(且为一种重要的因素),而评价竟然是各人主观好恶的判断,那法学本身岂不是也就成了一种主观好恶的陈述,既无客观性,自然也就失去了科学的地位。对于这个问题可以有几种不同的看法。

三、对法学中评价因素的几个主要见解

第一种见解认为,价值判断确实是一种主观的判断,对于价值的高低优劣,并没有一种客观的方式或标准可加以决定,价值的正确性与否是理性所无法认识,而只能透过意志的作用来加以决定。这是一种典型的价值(伦理学)不可知论(ethischer Nonkognitivismus)。Hans Kelsen 是其在法学界的重要代表。因此对 Kelsen 而言,法律中需要评价的部分仍然只能由法官自己决定,法律本身不能提供标准。法学也不过问这些问题,而只是在描述现有的法律规范并分析其概念架构。^⑤

第二种看法则主张,对于法学中各种需要评价的问题,可以透过探求社会政策之目标或社会中既有的伦理评价来加以决定。在此种观点之下,是将法律规范与社会政策目标或

^① Vgl. Seiffert/Radnitzky 1992, Artikel "Begründung", S. 14ff.

^② 此处正确与妥当的用法主要来自于 Habermas。Vgl. Habermas 1973, S. 140ff.; Habermas 1990, S. 241. 正确的(richtig)与真实的(wahr)是其用以分别描述规范语句与叙述语句之正面性质的用语。当然不论是中文之正确或德文之 richtig,在日常使用中有时其意义为真实,而与规范语句无关。但是理论探讨之用语不能完全拘泥于日常用语之意义。至于“正确”是否为 richtig 最理想的翻译则可以再加以讨论。

^③ 评价是指,依据某种价值标准(Kriterien)做出优劣之判断。而价值标准与规范仅有一线之隔。前者为价值学表述(axiologischer Ausdruck),如指出孝敬父母为好的行为;后者则为应然表述(deontischer Ausdruck),如要求应孝敬父母。很显然的,法学中的评价最终仍要导向某种应然表述(即规范)。Vgl. Alexy 1986, S. 126ff.

^④ Vgl. Bydlinski 1991, S. 325ff.; Esser 1972, S. 162ff.; Kriele 1976, S. 96; Larenz 1991, S. 214ff.

^⑤ Kelsen 1960, S. 65ff., S. 72ff.

社会道德规范做一关联,指出法律中的许多价值问题是与社会之伦理价值相关。但是对其如何相关,以及如何借此决定法律中的评价问题,并未有清楚的回答。如果仅因社会中接受某种价值就要求法律也要接受此种价值标准,则不免有以实然论证应然的问题^①。

第三种主张认为,在实证法之外有一些永恒不变的价值原则,或存在一种客观的价值秩序,而法律也是建立在这种客观价值秩序之上,法律中的评价问题,当然也必须以此种一般被称作自然法的规范为依据。这种自然法论的观点的最大缺点,就是难以证立自然法规范体系的客观性,因此总免不了直观主义的色彩。尤其在变动快速、价值多元化的现代社会,显然不可能成为解决法律问题的良好指引^②。

第四种看法认为,法学中的评价因素应以法律秩序之内在价值关联或内在价值体系为依归。法规范体系之不足或漏洞,可以透过对价值体系的探求加以补足。这是价值法学的典型看法。这是对法学界极有建设性贡献的看法,确实也导出一些解决问题的方案。不过仍有其缺点。首先,不同的法律或法规范常常是不同的价值观点的成文化,因此整个法秩序是否形成和谐的价值体系颇值怀疑。其次,某个规范到底表现了何种的价值,经常不是非常清楚的,有待于进一步的讨论解释。第三,法律体系中明文保障的各个价值在具体适用时必定会发生一些冲突,因此势必要发展出一些其他的方法来解决这个问题^③。

四、以言说理论为背景的法论证理论

正是在这样一个思考背景下,德国法理学家 Robert Alexy 尝试发展建构一套理论以处理相关的问题。Alexy 认为,在所有的法学论证(不论是法律学术或司法程序)中都在进行一种语言活动(sprachliche Tätigkeit),这种语言活动可以称之为一种言说(Diskurs)。而由于法学言说是在追求规范性问题的正确性,因此也可以称作是一种实践言说(praktischer Diskurs)^④。法学言说与普遍性实践言说的区别在于,法学言说必须受现行有效法律之拘束,而普遍性实践言说则无此限制。因此前者是后者的一种特殊个案(详后)。但是毕竟两者都在研究规范陈述的正确性,因此 Alexy 尝试以对普遍性实践言说的研究为基础,^⑤进而建立一套以理性言说理论为背景的法论证理论。

此一法论证理论的研究,是以建构言说的规则与分析各种论述言说之逻辑结构为主要目标。由于是以言说理论作基础,而言说理论的核心概念是理性判断(rationaler Urteil)。这是因为言说理论是一种程序理论,因此言说理论中的理性概念也是一种程序性之概念。所以在言说理论中所谓的理性判断,就是理性之立论(Begründung)或理性之论证(Argumentation)。在此种观点下,当一个规范得为某一种特定程序的结果时,此一规范即为正

① Hart 1958, pp.64—72.

② 有关自然法论的文献,中文请参考李日章,1984;马汉实,1977, pp.109—194;颜厥安,1994(2), pp.5—9;德文之古典文献请参考,Radbruch 1973, S.102ff.; Welzel 1990。关于德国战后之自然法复与运动, Vgl. Kaufmann 1991, S.105ff.

③ Alexy 1983, S.28ff. Vgl. Larenz 1991, S.437ff.; 中文请参考黄茂荣 1993, p.433。

④ Alexy 1983, S.32. 其他的言说种类有经验言说(empirischer Diskurs)及理论言说(theoretischer Diskurs)。

⑤ 影响 Alexy 的伦理学理论主要有伦理语言之后设分析、Habermas 的言说伦理学、Erlangen 学派的建构伦理学及 Chaim Perelman 的修辞理论。

确 (richtig)^①。换一个角度看, 当一个实践言说 (Praktischer Diskurs) 能满足实践论证的条件时, 我们即可认为此一实践言说是理性的。而这些条件可以组成一个言说规则之体系。遵守此一规则体系之言说所产生的规范共识, 即为正确的规范^②。而透过逻辑分析, 澄清规范论证的形式结构, 亦成为理性判断规范命题是否正确的重要部分。另一方面, 由于法学论证是普遍性实践论证的特殊个案, 所以在法学中也另有一批特殊之论证规则及形式。因此 Alexy 的理论重点, 就在于分别建立普遍性实践论证与法学论证中应予遵守的规则, 并分析其论述的逻辑形式。这也正是本文所要介绍的重点。^③

贰、普遍性伦理命题之论证规则

如前所述, 在法学之论述之中无法避免引用普遍性之伦理命题, 而法学论述也必定与普遍性伦理命题之讨论 (即伦理学) 有某种关联, 因此 Alexy 在提出法论证之理论之先, 自然也必须提出对于普遍性实践言说 (allgemeiner praktischer Diskurs) 之理论。

一、基本的问题结构

普遍性之实践言说即讨论规范性陈述 (normative Aussagen 或亦可译为规范语句) 之言说, 规范性陈述则为包含了价值判断或义务判断 (Wert- und Verpflichtungsurteilen) 之陈述, 例如某甲应该协助路上因下雨路滑而摔倒的机车骑士, 或某甲的这种协助行为是一种“好”的行为^④。对规范性陈述可以有几种不同的处理态度, 这几种不同的处理态度即分别显示了几种不同的伦理学立场。不同立场间的主要差异, 则在于对于规范语句中之关键用语, 例如“善”或“应该”, 采取了不同的解释方式。直觉主义 (Intuitionismus) 者将这些概念与某些超越经验世界之对象联结, 例如将善认为是不可再进一步定义之最终概念^⑤。自然主义则将善化约为其他经验之对象, 例如将其化约为“可欲的”, 但是自然主义之谬误则在于我们一方面可以说“善的就是可欲的”, 另一方面却又可以追问“可欲的是否为善”?^⑥至于情感主义或主观主义, 则将善理解为人主观之情感, 因此缺乏客观性之认知基础, 形成了伦理学之不可知论 (ethischer Nonkognitivismus)^⑦。

Alexy 所采取之合理主义立场则认为, 对于价值或义务之判断不但可以讨论其正确性 (Richtigkeit), 且价值或义务之判断中也联结了“正确性宣称” (Anspruch auf Richtigkeit)。对于此等判断之正当性 (Berechtigung) 质疑者, 可以将其带入讨论中进行检验。在讨论中则可以

① Alexy 1991 (2), S.4.

② Alexy 1981, S.178. 在此种观点下, 实践理性就可以定义为依照这种规则体系而做出实践判断之能力。

③ 以下对 Alexy 法论证理论的介绍将以 Alexy 于 1978 年首度出版之《法论证理论——以理性言说理论作为法学立论之理论》(Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung) 的内容为主。引述则以 1983 年于 Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft (stw 436) 出版的页数为准。

④ 这一类看似生活化的语言使用其实也常常会出现于法学之中, 例如我们可以探讨在荒僻无人的道路上, 若某甲开车经过, 意外发现一位滑倒昏迷在地之机车骑士某乙, 某甲是否有积极协助某乙之作为义务。

⑤ 参考 Moore 1992, p.9.

⑥ Moore 1992, p.14; Alexy 1983, S.57.

⑦ Alexy 1991 (2), S.1.

针对支持或反对系争之规范语句(normative Aussagen, N)提出各种“理由”(Gründe, G)。因此对于规范语句之讨论即为一种说服或透过心理影响使他人接受该规范语句之活动。^①

问题在于为了证立(rechtfertigen, 即英文之 justify, 亦可译为证成) N, 除了提出某种 G 之外, 尚需要另一个规则 R 作为基础。举例来说, 如果 N 为: 某甲做了一件善良之行为。为了要证立 N, 则可以提出支持的理由 G 为: 某甲帮助遭到意外灾难者。但是 G 之所以可以构成一个理由, 则必须预设一个规则 R: 帮助遭到意外灾难者是一种善良的行为。我们可以说, 由 R 与 G 中, 可以逻辑地得出 N。如果有论者不同意 R, 此时就必须引进第二层次的理由 G': "帮助遭到意外灾难者可以减轻人们的痛苦", 来加以支持。而为了说明 G', 又必须引进第二层次的规则 R': "凡减轻人们痛苦的行为, 为善良的行为", 作为 G' 的根据。如此环环相扣, 每一个规范语句都必须以无限倒退的方式加以论证, 直到找到一个最终不需要证立的规范——但是很明显的, 这样一个规范本身一定只能是某个“决断”(Entschluss, 或译为决意)的结果, 而无法再找到妥当的证立依据。如此一来, 整个论证的过程或者陷入无止尽的倒退论证, 或者会因为最终规范本身的合理性无从证立而影响整个论证的合理性。此一两难困境在伦理学中就被称之为“Münchhausen 困境”^②。由于在对规范语句的论证中会发生 Münchhausen 困境, 因此有的学者认为这显示在伦理学的讨论中, 某种形式的直觉主义是不可避免的。但是以言说理论为背景的 Alexy 却不如此认为。Alexy 认为要不受限于此等困境, 可以以提出对于证立活动的一批规范要求(Anforderungen an die Begründungstätigkeiten)来加以突破。这批规范要求即可称之为理性讨论的规则(Regeln rationalen Diskutierens)^③。就此一面相又有两点应加以指明。

第一, 理性讨论的规则所涉及的, 并不只是语言陈述之逻辑关联而已, 更指向于言说者之态度。因此理性讨论之规则是一种语用学的规则(pragmatische Regeln)^④。更重要的是, 遵守这些规则并不能保证讨论结果的绝对正确性, 但是我们却可以认为这种讨论结果为“理性的”。因此此处之理性(Rationalität)并不等于终局绝对之精确性, 而是一种程序性之理性。此即为理性言说理论作为一种程序性理论之精义(当然这可能也是其弱点)。依据理性言说理论, 当 N 可以为某个程序 P 的结果时, 此一规范语句 N 即为正确^⑤。

① Alexy 1983, S.221.

② Alexy 1983, S.222f. 其实此一 Münchhausen 困境也不只发生在对规范陈述的论证, 对理论陈述的论证也有同样的困难。Hans Albert 即指出, 任何论证都会陷入三种可能的困境, 其一为无限倒退, 第二是循环论证, 第三则是在某一点上武断地中断论证。因此 Münchhausen 困境之原文为 Münchhausen 三重困境(Münchhausen Trilemma)。至于 Münchhausen 则为一位专门以难题欺骗人的男爵名称。请参考 Albert 1991, S.15ff.

③ Alexy 1983, S.223.

④ 语用学(Pragmatik)是研究语言的使用者与语言之关系的学问, 因此是涉及使用主体的研究。与语言学相关的尚有两个主要的研究领域, 一为语义学(Semantik)之研究。语义学研究构成语言意义内容之规则, 每一种语言之文法即为一套语义学之规则, 而一本字典, 亦可视为最基本的语义规则书。因此语义学是涉及语言所描述对象的研究。另一领域则为符号学(Semiotik)。符号学研究语言作为一种符号系统(System der Zeichen), 以理论探讨这些符号彼此之间的关系, 因此是研究语言符号本身的学问。当然如果接受哲学家 L. Wittgenstein 的看法, 认为所有语言的意义都显示在使用中(义在用中显, Vgl. Wittgenstein, 1968, Nr.30 und passim), 那么语义学就会成为语用学的分支。有趣的是, 中文文献中一本开风气之先的语义学作品, 正是由一位法学界的前辈所著, 请参考徐道邻著, 语义学概要, 友联出版社, 民国六十九年一月三版, 序言: “……我这个小册子似乎是头一部用中国语言讨论这一类问题的书籍”。

⑤ Alexy 1981, S.178.

其次,言说理论可以分为经验的、分析的与规范的三种形态。经验的 (empirische) 言说理论尝试研究经验中实际存在之个人或团体所使用之言说形态与结构,并试图说明 (erklären) 此一现象^①。分析的言说理论则研究各种可能的论证之逻辑结构问题。而规范的言说理论则试图提出并证成各种言说的理性标准。显然,如果以理性言说为理论研究的对象,我们关切的当然是各个理性言说之规则,及其得以证成的根据,因此这必然是一种规范性的言说理论。这种规范性的言说理论自然也成为 Alexy 的研究重点^②。

二、实践言说规则之证立问题

既然 Alexy 的言说理论重点在于证成并提出实践言说的规则 (规范性言说理论),亦即实践言说之理性标准,此一言说理论的第一个重要问题就在于我们如何证成 (Begründung) 这些规则。这确实是一个棘手的问题,因为如果不能妥当的回答此一问题,即使看起来最应该被接受的规则,例如人人都应享有公平提出意见的机会,也不免带有直观的色彩,而难逃其证立基础不够的质疑。

Alexy 认为这一问题可以有几种不同的证立方式。第一种他称之为技术性的证立 (technische Begründung)^③。在此种证立观点之下,言说规则被视为达成某种特定目的的工具,但是此种方式下有几个缺点,首先,规则与目的的关联亦有待证立,其次,所谓达成某种特定目的,这些特定目的的选择本身就是一种价值判断,正需要言说规则的运用始能完成。第三,所追求实现的目的,例如和平,有时太过空泛,以至于可能有一些内容上相互冲突的规范都可能达到同样的目的。另外还可能有一种状况,就是欲追求的目的的界定,必须透过证立的规则来完成。例如作为一种目的的正义,并不是透过某些规则来达到,而是遵循这些规则所产生或发现的状态方得称之为正义^④。

第二种证立的观点 Alexy 将其称之为经验的证立 (Empirische Begründung)^⑤。这种方式是透过经验研究的方式,来确定某一特定社会中已存在的论证实务规则为何,即以这些既存的规则来作为言说理论的言说规则。这种做法当然有其根据。因为一般说来,在一个社会中既有的论证实务规则,由于其行之有年,如果对之并无重大争议,则我们可以推测这些规则的存在必然带有某种的合理性^⑥。但是由此也可以发现,如果要以既存之论证规则

① 例如我们可以研究最高法院最常使用的论述种类,并尝试说明为何最高法院倾向于经常使用此种论述。

② Alexy 1983, S. 225.

③ Alexy 1983, S. 225.

④ Alexy 1983, S. 226.

⑤ Alexy 1983, S. 227.

⑥ 此处最容易令人想起 Hegel 饱受批评的名言:“凡 (合于) 理性的, 必为真实的; 凡真实的, 必为 (合于) 理性的。” (Was Vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig), 参见 Hegel 1986, S. 24. 此段话在中文世界中常被误为“凡存在必合理”, 而判定 Hegel 有为 status quo 辩护的罪名, 此处当然无法对 Hegel 这句话作深入探讨, 只想指出几点: 第一, Hegel 的 ist, 带有 wird 之意义, 请参考 Hegel 1983, S. 51.; 第二, Hegel 哲学中的 Wirklichkeit 应严格与 Zufälligkeit, Möglichkeit, Dasein, Existenz 等概念区分, 将 wirklich 翻译成存在 (existenz) 是错误的。至于 Hegel 的 Wirklichkeit 概念意义为何, 为免无谓争执, 此处直接引一句 Hegel 之原句做参考: Die Wirklichkeit ist die unmittelbar gewordene Einheit des Wesens und der Existenz, oder des Innern und des Äußern. Die Äußerung des Wesens und der Existenz, oder des Innern und des Äußern. Die Äußerung des Wirklichen ist das Wirkliche selbst, so daß es in ihr ebenso Wesentliches bleibt und nur insofern Wesentliches, als es in unmittelbarer äußerlicher Existenz ist. (Hegel 1975, S. 140)

作为言说理论的论证规则,就必须引进一个规范命题,即:现存的论证规则是理性的。如果缺少此一规范命题,整个经验证立都无法成立,但是这个命题显然并非毫不保留可以接受的主张。往往现实的实务运作规则就正好不太理性,而必须透过实践言说来加以讨论、批评和改进,因此经验证立虽然并非毫无价值,但是显然其作为一种对普遍性实践言说规则或法学言说规则的证立方式仍属不足。

Alexy 所提出的第三种可能的证立方式是定义式的证立 (definitiorische Begründung)。在这种证立进路下,言说规则是透过提出 (Presentation) 或建构 (Konstruktion) 一整套的言说游戏规则 (Regeln des Sprachspiels) 来加以确定的^①。这种方式如果换一种说法,可以说是一种盘古开天辟地的方式。我们不知道世界的规则是什么,干脆就自行创造一个世界,这个世界的规则当然也就由创世者自行决定。定义式的证立即带有此种特色,因此它具有强烈的意志色彩。严格言之,这种进路可能还谈不上是一种证立,而只是铺陈 (Darstellung) 了一个体系。

最后一种也最重要的一种证立方式, Alexy 沿用 Habermas 的用语, 将其称之为普遍语用学 (Universalpragmatisch) 的证立^②, 这种证立方式主要是说明, 某些言说规则为任何语言沟通的必要条件。Habermas 指出, 此为一种“对可能之了解过程之普遍及不可或缺之前提的重构”^③。如果以语言哲学家 Searle 的说法, 则此种进路在于指出: (1) 某些规则的有效性具有对特定言说行动 (Sprechakte) 得以成立的构成作用 (konstitutiv)^④; (2) 如果我们完全不进行这类言说行动, 则同时意味着我们将放弃人类特有的行为形式^⑤, 在这种证立方式下最主要的问题, 除了确定那些规则符合上述 Habermas 或 Searle 所提出的条件外, 普遍语用学所带有的超验 (transzendental) 性质本身是否为一种学术上可成立的方法, 更是哲学上的重大争议问题。Alexy 在其著作中当然无法处理这个问题, 而只是指出, 只要我们能证明, 某些规则在所有语言沟通中普遍而必然的被预设, 或对于特定之人类行动方式具有构成之作用, 则可认为是对这些规则的证立^⑥。当然, 透过这种方式所证立的规则并不多。

Alexy 认为以上四种方式各有优缺点, 在缺点方面, 技术性之证立需要预设一个尚未被证立的目的; 经验的证立则以现存的实务为理性的标准; 定义式的证立带有恣意性; 普遍语用学方式则只能证立少数的规则。在优点方面, 透过普遍语用学的证立所证立的规则是最有价值、最稳固的一批规则; 事实上存在的规则 (经验证立) 则是所有言说得以开始

① Alexy 1983, S.229f.

② Apel 1982, S.11 则将其称之为超验语用学 (Transzendentalpragmatik)。Habermas 之所以不以超验称之, 主要有两个理由: 第一, 此处所涉及者为言说规则的建构, 而非如康德哲学为经验构成的条件; 第二, 在建构这些言说规则的过程中, 并无法精确区分逻辑的与经验的分析。Vgl. Habermas 1982, S.198ff.

③ Vgl. Habermas 1982, S.174: Die Universalpragmatik hat die Aufgabe, universale Bedingungen moralischer Verständigung zu identifizieren und nachzukonstruieren.

④ Searle 将其称之为语言的构成规则 (constitutive rules), Vgl. Searle 1977, p.34. Searle 的这本著作 “Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language”, 为语言哲学与社会哲学衔接的重要著作, 其中提出之 institutional facts, Deriving “ought” from “is”, 都对法哲学界有重要影响。

⑤ 此原本为 Searle 在一个脚注中针对普鲁东所称: “财产为窃盗” 所提到的想法, Searl 质疑: But could one throw all institutions over board? (Searle 1977, p.186, Fn.1) Alexy 后来将其应用在其实践理性的证立上, 提出 “最广泛之生活形式” 的概念。Vgl. Alexy, 1991 (1), S.418; Alexy 1991 (2), S.10. 中文请参考, 颜厥安 1995 (2), 第 56 页。

⑥ Alexy 1983, S.232.

的起点,我们并可以检查其合目的性,用以作为确定言说规则所欲追求目的参考;定义式的证立则可提高我们检讨言说规则的能力,并协助我们寻求新的研究途径^①。这几种方式都是可采用的方式,至于在个别情况下应采取何种方法,则交由言说参与者决定。更重要的是,我们显然也必须要进行有关于言说规则的言说,此种言说可称之为“言说理论之言说”(diskurstheoretischer Diskurs)。而在讨论证立方法时,我们其实已在遵守一些规则。这些规则或者是言说团体中原本即有效的言说规则,或者是暂时加以证立的规则。这是因为在尚未有任何规则被充分理性地证立之前,为了使言说得以开始进行,援用原本存在的规则反而是一种理性的选择^②。

三、普遍实践言说之规则与形式

Alexy 法论证理论的一个重要部分,在于整理指出法学论证的主要规则与形式,而由于法学言说即为实践言说的一种,因此法学论证的规则与形式,也不能脱离普遍实践言说的规则与形式。例如对于法释义学(Rechtsdogmatik)之陈述发生质疑时,就必须至少援用一个普遍性实践论述加以证立^③。因此以下将先尝试将 Alexy 所整理提出的普遍性实践言说规则与形式做一介绍。当然,由于 Alexy 所整理提出的普遍性实践言说规则,乃莫基于许多伦理学家的理论基础之上,因此每一个个别的规则与论证形式背后皆可以引出大量的理论证立与分析,而这是在本文中所无法一一深入处理的^④,笔者将尝试以较为简化,因此无可避免也较为直观的方式,将 Alexy 所提出的五组规则与一组论证形式做一说明。

另外亦应先加以说明的有两点。第一是论证之规则(Regeln)与形式(Formen)的区别。Alexy 常常将两个概念并称,但这两者是密切相关却分属不同层次的事物。论证规则是一种应然命题,是欲参与言说者应该要加以遵守的规范,而论证形式则是参与言说者所使用的论证逻辑形式,因此是一种后设性的言说结构分析,其本身不带有规范的性质。因此就一个规范性的言说理论而言,论述的形式分析固然不可少,但是其重点毕竟还是放在对规范性之论证规则的提出。就一个普遍语用学的观点,正是企图由所有言说必不可少的规则出发,进而证立其他的各种规范^⑤。第二点则涉及理性言说理论的背景理解,

① Alexy 1983, S.232f.

② Alexy 1983, S.233.

③ 此为法学言说之论证规则之一,编号(J.10)。

④ 在整个理论之基本构想方面(即普遍语用学 Universalpragmatik)影响 Alexy 最大的当然是 Habermas,但是就个别实践论证规则的提出方面,则英美的后设伦理学研究成果、德国的 Erlangen 学派及比利时学者 Perelman 的论证理论对 Alexy 都有相当大的影响。Alexy 在其法论证理论的书中即用了一半以上的篇幅来检讨这些伦理学理论的优缺点(Alexy 1983, Teil A)。就基本的哲学训练而言, Alexy 应该是偏向于分析哲学的背景。此点不但可从 Alexy 的理论进路与引用文献看出,事实上 Alexy 也自承其哲学导师为德国当代分析哲学的重要学者 Prof. Dr. Günter Patzig (Vgl. Alexy 1983, S.16)。国内学界谈到德国哲学时,大多以德国观念论、马克思主义、尼采、现象学、诠释学与存在哲学与分析哲学在理论进路上有着相当差异的哲学思潮为主,欲忽略了分析哲学于 19 世纪的一大理论源头却是德国的数理逻辑学家 Gottlieb Frege。而当代德国则透过如 Wolfgang Stegmüller 及 Patzig 的努力,分析哲学仍占有相当重要的地位。其实哲学如果作为一种研究必然性(Notwendigkeit)而非偶然性(Kontingenz)的学问,必然要以分析为工具,主要争点恐怕还在于超越(transzendental)或经验(empirisch)之争。关于分析哲学在过去两个世纪之源流发展,请参考 von Wright 1992, S.3ff。德国当代之发展可参考 Bubner 1981, pp.69—153。

⑤ 关于论证规则与论证形式的区别请参考 Alexy 1983, S.234, Anm.29。

亦即预设参与言说者是尝试以严肃的态度，透过理性言说，来寻求对规范（伦理）问题的合理解决。因此言说的提出被视为带有基本的严肃性（*Ernsthaftigkeit*）。这一点除了在规则的提出方面非常重要，更重要的是在 Alexy 整个理性言说理论的证立基础方面具有关键性。^①

（一）基本规则

第一组规则是使得任何语言沟通得以成立的基本条件，因此称之为基本规则（*Grundregeln*）。共包括下列四个规则：

1.1 任何人皆不得自我矛盾。

1.2 任何言说者只能主张他自己相信的内容。

1.3 任何言说者，当他将述词 F 运用于对象 a 时，也必须将 F 运用于在所有相关点上与 a 相同的其他对象上。

1.4 不同的言说者就相同的词汇不能使用不同的意义。^②

由于这一组规则所陈述的是任何有意义的语言沟通都必须遵守的规范，因此这些规则的适用范围并不限于实践言说，理论言说中也应该遵守这些规则。在这些规则中首先要遵守的当然是思考的法则—逻辑。在逻辑中当然首先应消除矛盾（矛盾律），因此就言说者的态度而言，任何言说者都不能提出自相矛盾的主张。一个重要的问题是，一般而言适用于处理“真”或“假”陈述的逻辑，是否也可以适用于表达应该与否的规范陈述？有些学者认为，由于规范陈述并不带有真假值，因此逻辑法则并不适用于规范。但是此一困境现在已经不存在。我们或者可以将原先的真假值改以“有效 vs. 无效”或“正当 vs. 不正当”；或者也可以特别发展一套逻辑学，在其中也可决定规范语句的逻辑关系。这正是近年来蓬勃发展的规范逻辑（*deontische Logik*）所研究的课题^③。在规范逻辑中也有不自相矛盾的法则。

规则 1.2 则指出了一种基本的诚信与严肃。如果一个言说者可以主张一个他自己都不相信的命题，在这种言说中就根本没有“说谎”可言，这当然会使得任何有意义的言说沟通无法成立。同样的，如果言说沟通要进行下去，参与言说者必须在语言意义的使用上采取一种“一致性”（*konsistent*）的方式。这不但要求个别言说者必须对同一语汇使用相同意义（规则 1.3），也要求不同言说者对同一语汇应使用相同意义（规则 1.4）。当然这个要求并不反对透过言说本身来确定某个词汇的意义，亦即以确定一个词汇的意义为言说论述的对象（这正是法学中常有的工作）。更重要的是，Alexy 将此一要求改写，引申出在规范陈述方面的应用：

1.3' 任何言说者只能主张如此的价值或义务判断，即当他处于在所有相关点上与原先提出主张时之处境皆相同的另一处境时，他也会主张同样的价值或义务判断。

此一在规范问题方面的引申规则就涉及了远超过一般语义使用范围的“可普遍化”

^① Vgl. Alexy 1983, S. 418ff.; Alexy 1991 (2), S. 1.

^② Alexy 1983, S. 234f.

^③ Alexy 1983, S. 236. 晚年的 Hans Kelsen 也曾特别研究过规范的逻辑问题，请参考 Kelsen 1979, S. 150ff., S. 166ff., S. 179ff., S. 216ff.

(Universalisierbarkeit) 问题。一般经验陈述的可普遍化特性在于,当我们做某一个个别判断时,必然预设了一个普遍性规则。例如当我们说“a 是红色”时,必然同时指出,“所有与 a 在相关点上相同的对象也是红色的”。同样的,在规范问题的领域里,当我们说“a 行为是善良的”时,也必然预设了:“所有与 a 行为在相关点上相同的行为是善良的”。这意味着, a 行为拥有一些描述性质的属性(例如减轻了人们的痛苦),而且又存在着一个规则规定,凡拥有这些属性的行为为善良的行为(例如凡减轻人们痛苦的行为为善良的行为)。因此 a 行为拥有减轻人们痛苦的属性,是使得 a 成为善良行为的“理由”(Grund; reason)。但是之所以“减轻人们痛苦的行为”能够成为判断“善良的行为”的理由,是因为“凡减轻人们痛苦的行为为善良的行为”这个规则的存在。因此一言说者既然主张了某种义务或价值判断,他必然也接受了做出此等判断背后所指设的规则。既然如此,当他处在所有相关点上都相同的另一处境时,当然也应做出相同的义务或价值判断^①。

(二) 理性规则

第二组的规则规范了提出规范性主张的正当性问题。任何的理论或实践言说由于一定要涉及真实与否、应该与否或正当与否的问题,因此参与言说者必然要提出主张,而且在提出主张时,亦同时表明这些理论或规范的主张是可以加以证立的。如果对于提出的主张竟然无法提出理由加以证立,那这些主张就只是个人信仰或情绪的表达,而缺乏了合理性的基础。这也是第二组的规则被称之为理性规则的原因。当然在履行论证义务时可以引用他人所已经提出的论述为根据,实际上有许多重要的实践问题在历史当中都已经被提出讨论过。也可以以消极的方式进行,即不直接对所主张的命题提出论述,而是举出理由说明自己为何不提出论证^②。因此第一个理性规则为:

2.0 任何言说者必须于他人请求时,对自己所主张的内容加以论证,但能举出理由证立自己为何不加以论证者不在此限。

这种对理性的界定方式,很巧妙地回避了“何为理性”这一类带有本质论色彩的思考,而改以对任何提出主张者赋予一种论述其根据的义务,要求每个人自行说明其为何提出如此的主张,此种主张是基于何种前提,透过如何的逻辑推演过程所得出。这个要求可以澄清任何主张背后所隐含的各种观点、预设与论证结构,因此是一种显明化、揭露化的要求。这正与西方哲学传统自启蒙运动以来,对理性的批判性解明作用相符合。更进一步言,启蒙运动所揭橥的人人生而自由平等,且每个人都具有理性思考能力,也在这个层面中形成了三个基本诉求:平等的权利(平权)、普遍性与无强制性,以及相应的三个理性规则^③:

2.1 任何能言说者,皆可以参加言说。

2.2 (a) 任何人皆可质疑任何主张。

(b) 任何人于言说中皆可提出任何主张。

(c) 任何人皆可表达他的立场、期望与需求。

① 关于可普遍化的问题,在伦理学的作品中有颇多讨论,请参考 Hare 1963, p.21; Singer 1975, S.38ff.; Vgl. Alexy 1983, S.92ff.

② Alexy 1983, S.238f.

③ Alexy 1983, S.239f.