

裁判合理性理论研究

蔡琳 著



中国法学院校学术大系
LIBRARY OF CHINA'S LAW SCHOOL

南京大学法学文丛

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

裁判合理性理论研究

蔡琳 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

裁判合理性理论研究 / 蔡琳著. —北京:法律出版社,
2009.6
(南京大学法学文丛)
ISBN 978-7-5036-9679-4

I. 裁… II. 蔡… III. 审判—研究 IV. D915.182.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2009)第100256号

中国法学院校学术大系·
南京大学法学文丛

裁判合理性理论研究

蔡琳著

责任编辑 高山
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 / A5

版本 2009年7月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 9 字数 215千

印次 2009年7月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-9679-4

定价:27.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

刘作翔

蔡琳博士是我担任博士生导师后招收的第一位博士生。按照时下流行的话语,谓之“开门弟子”,但我更喜欢师生说。弟子说大概源于孔夫子或更早。那时的先生和学生间由于受时代之限制,一旦入了师门,犹如学武入了武门,生存在一个非常封闭的环境里,成长受到限制和禁锢,学识和技艺也只能部分传承而不能博取。弟子说有其丰富的和特有的内涵,其中包含着非常传统的可言说的和不可言说的门徒、门宗甚至门阀之意,这是我非常不喜欢的东西。这些我们传统文化中的非常不好的应该去之的东西,现实中有些人对此仍依依不舍。现代人应该确立一种新型的教学相长并博取众长的师生关系,这样后来者才能发展,才能超越。

蔡琳博士的这本书是在她博士论文的基础上修改而成的。从目前书的结构看,已同博士论文答辩当初的文本面貌大不相同,可见她在修改时是花了很大的气力。读博士期间,她很努力,很勤奋,英语基础也

好,思想也很敏锐甚至有时很反叛,阅读了不少的中文和英文著作,这些阅读在她的博士论文和现在修改后呈现的书中都有很好的体现。

蔡琳博士在本书中讨论的一个核心问题是:何以让法官的裁判具有合理性?也即裁判合理性的依据。这是一个历史久远的问题,也是不少西学大师们一直在谈论的问题,各有各的理论,各有各的依据,各有各的招数。蔡琳博士的这本书对各种各样的西学理论、学说、依据、招数进行了介绍、分析、批判,提出了自己的一些分析思路。

我有时在想,这是一个有答案的问题吗?“何以让法官的裁判具有合理性?”,这既像是在给法官们支招,告诉法官们怎么样做裁判才是合理的,又像是在做评价,即对法官们作出的裁判是不是合理的进行判断。这是一个有很大难度的问题。具体到中国,当我们面对着两个相同案件但又不同的终审裁判时,我们都无法判断哪个裁判是对的(也即作者所说的合理性),哪个裁判是不对的(也即作者所说的不合理性),除了经过审判监督程序之外,所有的分析判断都不具有法律上的意义,这是我们在司法判决面前所处的一个非常尴尬的境地。

也许正是由于以上尴尬处境的存在,作者对这一问题所进行的研究更显其价值,更显其理论勇气。对一些终极性问题的追问是这几年一些还抱有理想主义信念的学子们的选题和研究志趣。知难而进,明知山有虎,偏向虎山行。正是有了这样一些怀抱理想主义信念的学子们,才使我们这样一些过来人有时也不得不去回味和思考一下我们当年“愤青”时代也热衷过的话题和问题。使我们重新找回那被岁月钝挫了的感觉和缺失了的“历史感”。

这也正是我所赞成的现代师生说中学生们对先生们的教益。

写于2009年5月4日 青年节

目 录

导 论 001

- 一、问题设定 001
- 二、合理性概念及其多种面向 005
 - (一)认识的合理性 005
 - (二)实践的合理性 007
 - (三)“rational”和“reasonable” 010
- 三、本书结构与说明 014

第一章 裁判合理性理论的思想结构 018

- 一、裁判合理性及其相关概念 018
- 二、裁判合理性理论的思想结构 032
 - (一)个体主义路径 032
 - (二)交互主义路径 036
- 三、裁判合理性理论研究的关键词 043
 - (一)个体主义路径 043
 - (二)交互主义路径 048
- 四、逻辑学方法及有效性 050

第二章 规则、原则与其他规范 060

- 一、规则与原则 062
- 二、规则能成为排他性理由吗 067
- 三、作为最大化律令的原则 071
 - (一)最大化律令与权衡 072
 - (二)原则的具体化与类型化 079

四、价值规范的合理性 090

第三章 融贯性:可能与限度 095

一、融贯论概述 095

二、三种融贯论 101

(一)法律论证中的融贯论 101

(二)法律体系内的融贯论 110

(三)法律融贯主义 114

(四)法律论证情境 117

三、融贯论运用的前提——叙述性融贯和规范性融贯的划分 121

四、叙述性融贯 125

五、规范性融贯 131

(一)关于法律的规范性命题、其他规范性命题与事实命题 131

(二)融贯论与实用主义的分野 134

(三)外在主义 136

六、融贯论的可能性与限度——作为追求法官论证合理性的
适当态度和方法 138

第四章 修辞:说服与合理性 142

一、修辞学与新修辞学 142

二、修辞论证的论证方法 148

三、修辞论证的合理性 155

(一)“说服”不能保证论证的合理性 155

(二)普泛听众难以完全实现论证合理性检验 170

第五章 论 辩 178

一、描述性论辩结构 178

(一)从属论辩、并列论辩、多元论辩 179

(二)单一论证 181

(三)图尔敏的模式 183

二、阿列克西程序主义论证理论	190
(一)阿列克西论证理论概述	190
(二)法律论证理论	194
(三)阿列克西论证理论的评价	202
三、哲学反思:普遍语用学与先验语用学	207
四、其他一些主张	220

第六章 合理性:普遍性与场域论 227

一、裁判功能的特殊性	227
二、价值的客观性争论	245
三、裁判合理性的法律制度基础	257

参考文献 261

后 记 278

导 论

一、问题设定

在当下法律理论中,已经不再有将法官审判仅仅视为机械适用法律的看法了。自哈特始,规则的空缺结构、语义的模糊性、法律规则的漏洞与冲突等现象已经成为人们思考司法问题不证自明的前提,这样的情况下法官如何裁判?哈特在他的《法律的概念》中提出法官的自由裁量作为解决这个问题的途径,这个观点受到了德沃金的批评,他更希望有“唯一正确的答案”。不管如何,这已经提出了一个对于裁判理论的关注点,即何以让法官的裁判具有合理性?也就是需要回答裁判合理性的评价依据。

这里的合理性并非排除合法性,也并非传统意义上与合法相对的合理,与合法相对之合理往往仅是指自由裁量的问题,而此之合理性范围更为宽泛。而且更为重要的是它并不是建立在严格意义的实证主义立场之上,而是将法视为一种诠释的观点作为讨论的前提。法律概念之不确定性是法学的主要困难,如果面对不确定性只能诉诸法官裁量,那么这种法学也

不大需要研究与学习,因此评价法学的观点是必要的。^①

在寻求法官裁判合理性的过程中,形成了多种学说。就认识的基础而言,对于法官适用法律的过程转向一种普遍意义上的本体论释义学。在这个基础上,实践哲学得以复兴。亚里士多德提出三种知识的分类:第一种知识是实践智慧(Phronesis),以伦理知识为代表;第二种知识是认识论(Episteme),以数学知识为代表;第三种知识是技术知识,是匠人的知识,人可以学习技术,但是人永远无法通过学习知道实践生活中何者为宜。裁判关涉的是一种实践的知识,这种实践的知识不是匠人的技能,而是人类行为的安排。原先受到科学主义的影响,法官适用法律是一种认识法律和事实的问题,关注的是“真”,适用法律的过程也仅仅被认为是一种三段论的涵摄,但是,在释义学和实践哲学的影响下,我们认识的司法过程不再如此简单,而是关于“可实行什么的感觉,此时此地,什么是可能的,什么是正确的”问题。^②

在这样的背景下,法理学的发展开始从描述性的法理学转向了论证的规范意义上的法理学。^③就理论研究而言,法律论证在20世纪70年代兴起。荷兰法学家费特利斯(Eveline T. Feteris)指出:“法律论证已经成为一门重要的研究课题。近几十年来,法律论证之研究不仅在一般论证理论、法律理论、法理学与法哲学,而且在各大学以及法学院的法律推理课程中,已经开始扮演重要角色。”^④从理论上,法律论证提供了一个完整的综合的法律理论的框架,学者的倾向并不再是选择其中一个立场,而是追寻一个完整的(integral)、综合的(comprehensive)

① 颜厥安:“规范建构与论证——对法学科学性之检讨”,载颜厥安:《规范、论证与行动——法认识论论文集》,元照出版公司2004年版,第13页。

② 张汝伦:《二十世纪德国哲学》,人民出版社2008年版,第549页。

③ Pierluigi Chiassoni, “on the Wrong Track: Andrei Marmor on Legal Positivism, Interpretation, and Easy Cases”, *Ratio Juris*. Vol. 21 No. 2 2008, pp. 248 – 267.

④ Eveline T. Feteris, *Fundamentals of legal argumentation*, Kluwer academic publishers, 1999, preface.

的法律理论。在法律论证理论中,必须回答这样一些问题:什么是有效的法律?在什么条件下是有效的?那些关于诸如“真”、“合理”、“公正”的命题能够在什么条件下被使用?什么是法律证立的逻辑结构等。与理论观点相伴随的是实践的观点,法律论证理论必须要和现实实践相结合,能够解释具体的法律实践等。^① 总体来说,作为论证理论研究者的任务是确定何为合理的标准,这个标准能够满足一个合理的论证。

这些理论问题同样也开始引起中国学界的重视。就现实而言,随着社会与经济的发展,裁判在调控社会生活中的作用越来越强,越来越受到人们的重视。但尽管如此,我国的法官目前却面临着两个重大的困境:一是司法公信力的下降,司法权威不足;二是司法判决的法律效果和社会效果不统一。司法权威的不足有多种方面的原因,但至少有一个重要的原因,即在当下中国发生如此之多司法权威与社会舆论直接对抗的不正常局面,极有可能源于法官对其判决的正当性的论证不足,因此法官如何证成其判决是非常重要的。批判主义的怀疑论者往往认为由于语言的真实性、价值的客观性均难以保障,而且考虑到意识形态的影响,裁判合理性无法证立。但此说对于审判实践的改良并无助益,因此多数研究者更为关注如何保证裁判合理性的研究。只要不是将法官的裁判仅仅视为国家威权宣示,裁判说理就是必需的。^② 至于第二个困境,我国法官被要求实现判决的社会效果,其本质上是和传统的“和为贵”、“息讼”思想是密切相关的,当事人进行诉讼,自然是有不可调和的权利或利益之争,要想做到胜败皆服本身是个过高的要求,它要求同时满足三个条件:每个诉讼的参与者都是理性的公民,没有个人

^① Aulis Aarnio, Robert Alexy, Alexander Peczenik, "The Foundation of Legal Reasoning", in Aulis Aarnio, Neil MacCormick (ed.), *Legal Reasoning*, Vol. 1, Dartmouth Publishing Company Limited, 1992, pp. 233-236.

^② [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1983年版,第432页。

利益影响是非曲直的判断,并且有对公共利益和正义的关注的理性偏好;法官必须是全能者,不仅能够对法律的理解和解释达致完满,具有相当的理性能力,能够对社会生活和公众偏好有充分的体认,并且有雄辩的技巧说服诉讼参与者;各个裁判所依赖的法律和社会生活也必须保持统一,不存在冲突的多元价值观、法律规范之间的矛盾、冲突和空白。这些条件非常苛刻。但真正成问题的还不是这个,而是在这样的观点里面所体现出来的一种无法普遍化的倾向与激进的语境主义,也就是将“自己偶然归属的语言共同体的内部团结的追求取代了对客观性的追求”,^①裁判合理性依赖于特定情境的偶然性,普遍性的法律知识和法律职业共同体处于缺席的状态。在这样的背景下,我国关于裁判合理性问题、法学方法论研究尽管已经确立了一定的学术圈和学术领域,但其贡献主要体现为引介国外相关理论,呈现出一种分散的研究状况。对于裁判的关注,目前国内比较重要的著作如陈林林的《裁判的进路与方法》一书中提出的合法性准则、合理性准则、客观性准则和融贯性准则还是建立在传统的裁判理论基础之上,且对于融贯性准则的界定尚有可质疑之处。如何理解裁判的合理性依据,不同理论主张的类别、差异与共同点都值得我们建立新的研究框架进行更深入地理论探讨。因此,笔者选择这个主题从规范意义上进行探讨,尽管规范意义上的合理性标准并不会构成法官裁判的操作手册。因社会现状总是复杂多变,我们不可以从事实上的状况去推论法官应秉持何种裁判合理性的标准,而规范的合理性标准研究却能够提供一个检验和批判的视角。

① [德]哈贝马斯:“理性在多元主张中的统一”,载[美]詹姆斯·施密特主编:《启蒙运动与现代性——18世纪与20世纪的对话》,徐向东、卢华萍译,上海人民出版社2005年版,第417页。

二、合理性概念及其多种面向

既然谈论裁判的合理性,那么合理性的概念应先叙明,但是合理性本身是极具复杂性的哲学概念,在这里只能借助于部分观点展开合理性讨论的多个面向。所谓合理性,一般认为可分为作为认识概念的合理性与作为行动的合理性。当代实用主义哲学家尼古拉斯·雷切尔(Nicholas Rescher)认为:“历史的来看,合理性被分成两个部分:关注我们在做什么的实践的合理性和关注我们在思考什么的理论上的(或认知)上的合理性。”^①但是,这两者并非有着截然的分野,雷切尔认为:“合理性,如同政治学,是一种可能性的艺术——是在考虑到行动者考虑到的所有有用的因素之后的行动——同时也考虑相应的认知因素。”^②

(一)认识的合理性

《牛津英语词典》(Oxford English Dictionary)中将“合理的”(reasonable)界定为:

- (1)赋予理性的能力,理性的;
- (2)符合理性;不是不理性的或者荒谬的;
- (3)恰当的;
- (4)有可靠的判断,准备听取理由,明智的;
- (5)在理性范围内;接近适当的;适中的;公平的、平均的或者深思熟虑的等;

^① Nicholas Rescher, *Epistemology: An introduction to the theory of Knowledge*, State University of New York, 2003, pp. 118 - 119.

^② Nicholas Rescher, *Epistemology: An Introduction to the theory of Knowledge*, State University of New York, 2003, pp. 118 - 119.

(6)清楚的;

(7)要求使用理性。

从这个定义来看,合理性与理性是密切相关的,而且我们也经常将合理性理解为“合乎理性”,这是一种认识论的观点。江怡先生指出:在西方哲学中,理性本身是一个认识概念,是关于人们的认识如何能够正确地反映实在的规范要求。中国哲学中经常存在一种误解,即将理性概念当成一种价值判断,说某个人的行为是合理的(合乎理性),就是说,这个人的行为是好的,是值得肯定的。这样,理性的标准就变成了一个价值的标准,一个人的行为是否“有理”就变成了看它是否符合这个人所处的社会或文化共同承认的价值规范。所以,团体或局部的价值标准自然成了判断一个人的行为是否合理的最终尺度。^①

土耳其哲学教授约安娜·库苏拉迪认为:通过仔细考察从柏拉图一直到萨特的各种哲学家赋予理性的这些功能,我们可以看到,理性似乎主要是一种与下列活动有关的能力,或者说主要是一种与下列活动有关的形式性的活动:根据各种所谓的理性原理或者理性法则,把各种既定的前提联系起来;或者,从各种既定的前提出发,以各种各样的方式进行推论并且得出某种结论,以及从有关不同的认识特征、不同的知识价值的各种前提出发,以各种各样的方式进行推论,并得出某种结论,但是其实只不过是把使这种主张得以从其中被推导出来的各种前提陈述出来而已;或者说是把这种主张的各种“原因”或理论陈述出来或找出来而已。因此看来,这种关于合理性和多种合理性的争论所围绕的,并不是有关理性或者推理过程的各种问题,而是推导过程的各种前提,或者说是各种既定的“理由”在认识方面所具有的特殊性。^② 因

^① 江怡:“实践推理中的非理性:从中国哲学的观点看”,载《世界哲学》2004年第5期。

^② [土耳其]约安娜·库苏拉迪:“处于现代主义——后现代主义争论框架之中的‘合理性’和‘多种合理性’”,艾彦译,载《第欧根尼》2004年总第202期。

此,首要的工作是获得前提的“合理的可接受性”,这方面就意味着推论的前提具有一种“融贯的”、“简单的”、“已经被证明为正当的”这类认识论的价值词。普特南认为,如果不存在一个人客观上应当具有的合理性观念,没有融贯性、简单性和工具效能这些认知价值,我们就没有世界,也没有“已证明为正当”的“事实”,甚至没有某物相对于某物如此这般的事实。^① 所以,我们在考察某个主张的“理性的”或“合理性”之时必须考虑那些理由是否能被接受,是否能被大多数认为是正当的,或者更进一步地认为这些理由具有先验自明性。

(二)实践的合理性

德国著名社会学家马克斯·韦伯认为近代西方社会所经历的两个层次的变化:一是人们对世界的解释或理解;二是实际影响到生活世界即人的行动、社会结构或制度等方面的普遍法则化。因此从中世纪到近代的转化的这种历史性变化其实是两个层次的合理化,前者是所谓世界图像(world images)的合理化和文化合理化,后者是所谓官僚化(即社会关系的客观化和物化)的社会合理化。这两个层次的合理化反映在行动、价值领域和社会结构等方面,在行动方面可以分为四类,即目的合理行动、价值合理行动、情感行动以及传统行动。^② 其中,韦伯比较强调的是目的合理行动,认为它是最具有支配力的行动类型。此后,所谓理性人的内在思考能力就通过合理性概念拓展到了行动领域或外部世界。美国哲学家普特南(Hilary Putnam)也认为,合理性是关于行动的一种说法,“因为真是陈述的性质,而合理则是人的行为的性质”。^③ 这样的观点非常容易被理解,因为作为行动(action)必须与事件相区

① [美]普特南:《理性、真理与历史》,童世骏、李光程译,上海译文出版社2005年版,第153~154页。

② M. Weber, *Economy and Society*, Vol. I, Bedminst Press, 1968, pp. 24~26, 26, 20.

③ [美]普特南:《理性、真理与历史》,童世骏、李光程译,上海译文出版社2005年版,译文序第8页。

分,行动必须有它们自己的内在原因,但不是一切内在产生的运动都是行动。行动的概念必须与理由(reason)的概念相联系,^①这即为目的合理行动,因此,关于行动的合理性判断也在所难免。

按照布朗(Harold I. Brown)1988年的说法,传统的合理性的经典模式(classical model of rationality)^②是指:所谓合理性是指一个行动或者一个决定当其仅当符合相关的规则或原则的时候才是合理的。合理性可以分解为三个合理性的必要条件:

(1)若X(信念、行动、决定等)是合理的,则其必须是具有普遍性的(universal),也就是说,对于任何个体来说,在相同的证据证明之下可以证明同一个结论的合理性;

(2)X必然由相关的理由或证据推出;

(3)必须存在这样的规则,这些规则是X必须基于或者遵守的适当的规则。^③

这个模式将会面临两大困难:什么是合适的规则可作为前提?而且选择何种规则作为其合理性的依据?要回答这样的问题要么会形成无穷递归,要么就是一个恶性循环或终止于一个判断,而这个判断的合理性又无法得以保障。^④至于布朗自己的回答则是一种认识论上基础论的观点,^⑤他认为,“为了避免无穷递归,除非我们可以知道那些自明的原则或规则作为始点”。^⑥

布朗和乔维尔(Trudy Govier)在1999年又提出了一个新的从判断

① 徐向东:“合理性、进化和行动的说明”,载《哲学研究》1995年第2期。

② See Harold I. Brown, *Rationality, the Problems of Philosophy: Their Past and Present*, Routledge, 1988.

③ Harvey Siegel, "Rationality and Judgment", in Frans H. van Eemeren, Anthony Blair et. al. (ed.), *Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 28.

④ Frans H. van Eemeren, Anthony Blair et. al. (ed.), *Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 29.

⑤ Harold I. Brown, *Rationality, the Problems of Philosophy: Their Past and Present*, Routledge, 1988, p. 58.

⑥ Harold I. Brown, *Rationality, the Problems of Philosophy: Their Past and Present*, Routledge, 1988, p. 57.

去构建合理性的角度的模型。^① 这个新的合理性“判断模式”(judgement model of rationality)最为重要的概念就是“判断”。布朗认为所谓判断是指评价一个状态,评估证据并且不通过依据规则而获得一个合理的结论。^② 易言之,这个“判断”有三个特性:

- (1)是我们践行的一种能力;
- (2)并非是通过依据规则而行的能力;
- (3)能够获致合理的结论。^③

但是这样的观点也会面临一个挑战:这样的判断如何能保证其合理。布朗认为,仅仅是判断并不能保证其合理性,必须再另加上其他的条件,也就是判断者必须有一定的技能(skill),并能了解足够的信息。而乔维尔则认为如果将判断作为批判性思维的对象则可以解决这个问题,并且判断发挥作用是在论证中缺乏普遍性规则可作为行为依据的时候,而且,所谓判断也必须考虑论证中的相关因素,关涉解释、重构和整个论证评价过程。^④

西格尔(Harvey Siegel)认为判断还面临一个最大的难题,因为判断亦是追求合理性,所以必然涉及何为好的判断与客观的判断?这个标准应该是逻辑一致的,在不同的环境之下也应该是相同的,那么这就成为了一种规则。如下图所示:

判断→规范性评价(normative evaluation)→标准→逻辑一致性→规则^⑤

① Trudy Govier, "Rosebuds, Judgment and Critical Thinking", in T. Govier, *The Philosophy of Argument*, Vale Press, 1999, pp. 123 - 136.

② Trudy Govier, *The Philosophy of Argument*, Vale Press, 1999, p. 137.

③ Harvey Siegel, "Rationality and Fudgment", in Frans H. van Eemeren, Anthony Blair et. al. (ed.), *Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, p. 30.

④ Trudy Govier, *The Philosophy of Argument*, Vale Press, 1999, p. 123.

⑤ Harvey Siegel, "Rationality and Fudgment", in Frans H. van Eemeren, Anthony Blair et. al. (ed.), *Anyone Who Has a View: Theoretical Contributions to the Study of Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, 2003, p. 37.