

反证:法律论证程序伦理的灵魂助产术

苏格拉底“反证法”的意义

温晓莉*

摘 要 本文通过苏格拉底对智者学派“凡一正题必有一反题”的改造,论述了苏格拉底以“对话”论证中的“反证”为题,揭示了其在法律论辩中的意义。论文首先提出了“反证法”蕴含的程序伦理(求真)的意义和实体意义(求善);其次分析了反证法中的形式逻辑(正)、辩证法认识论(反)和存在论(合)三个层面的结构;运用古希腊逻辑学、黑格尔辩证法和康德图景论及海德格尔历史建构论的学术成果,以一则中国刑法疑难案件的分析,来说明和展现“反证法”在法律实践中的应用;犯罪构成中的“真”与犯罪三性中的“善”的对立统一。

关键词 反证 法律论证 程序伦理 灵魂助产术 苏格拉底

一、苏格拉底“反证法”的灵魂:程序伦理

反证在法律论证中是揭示事实真相,逼出真知的最重要一步。它源于古希腊智者学派提出的一个著名辩证法原理:凡一正题必有一反题。^{〔1〕} 若在论辩中反证缺失,论辩者再振振有词地自说自话,也只是诡辩,而不是辩证法。这自古希腊产生的“说话”传统,后来成为西方判断政治与法律是否具有合法性和有效性的重要方法,也是西方法治程序正义的重要原则:“自己不能成为自己问题的法官”的理念支撑之一。这也否定了中国传统政治惯于以“自查、自省、自纠”方式在现代公民社会实现公共治理的合法性,从而为一个社会政治与法律文明发展

* 西南民族大学法学院教授。本文为西南民族大学2010年科研项目,编号:10SZD008。

〔1〕 参见叶秀山:《苏格拉底及其哲学思想》,人民出版社1997年版,页168-169。

中,异议、异见对揭示真相、发现真知的必要性,提供了重要的伦理基础。

反证在阿列克西的“法律论证理论”中必须要满足法律判断证成的“外部证成”条件:即必须符合法律秩序的有效标准——程序正义。^{〔2〕}而这一理念的思路则可追溯到古希腊苏格拉底对智者对话论辩实践方式的改造。

苏格拉底在充分吸收智者对话论辩实践中的辩证法和修辞学的积极之处时,也看出了智者认识与论证方法的缺陷。他在与智者高尔吉亚讨论法庭的辩论艺术时,一针见血地指出智者的问题所在:修辞和论辩术本在于征服听众的“灵魂”,是为了促使“灵魂”的健康,但由于它缺乏最根本的对“人是什么”以及“认识自己”的真正思考,反而成了毒害灵魂的“药”。他说:正如“烹调术”不等于营养术,造型与美容术不等于体育一样,辩证法、论辩术、修辞学本身并不等于“善”和“真知”。^{〔3〕}他批评智者“像那些在法庭上从事论辩的人一样”,以为“只要提出许多有争议的证据来支持自己的论题,而对方只能一个论据,或一个也提不出,这样就能驳倒对方。但是这种证明的方法对于实现真理来说是没有价值的,因为面对多数人的驳斥,会有人成为多数人提出的虚假证据的牺牲品。”^{〔4〕}

这就提出了通过辩证法认识真知,使双方论争的“假定”命题得以解蔽,必须设置一个程序上共同遵守的伦理:排除一味“压倒”对方的“非法强制”,让双方处于平等地位,体现对话的公平性质。这是防止辩证法沦为达到个人或小集团利益的诡辩术的根本条件,也是苏格拉底把通过对话论证进行“归纳思辨”、发现真知的过程,与人如何在对待“他者”时体现自身价值的伦理性相结合,即“求真”与“求善”相结合的基本点。意识到自己与论敌、对话方的平等关系位置,是人特有的一种伦理自觉;把对方当作与自己一样有智慧、有尊严的人,虽不同意对方的观点,但尊重对方的独立人格、自由意志和话语权,这是苏格拉底赋予“对话论证程序”最核心的灵魂。

苏格拉底在与智者对话时,多次指出这一问题的重要性。他说:你们一味以逻辑和修辞的语言优势“压倒”对方,急于取胜,相互谩骂,只是在听众面前“显得像个好人”,而不反思这恰恰是灵魂“不节制”,不义和可耻的“恶”的表现,也不知道在相互交谈的对话中“互受启发”,互相尊重对方的自由。当他对智者高尔吉亚的学生波卢斯说:“你那冗长的发言必须受到约束”时,对方反问:“我就不能随意发言吗?”苏格拉底回答:“如果来到全希腊享有最大程度言论自由的雅典,只有你被禁止发言,那实在是太难为你了。”^{〔5〕}意为你们只知道自己享有话语权,考虑过你这权利怎么来的、同时也应给他人发言机会、尊重他人言论自由了吗?

苏格拉底赋予对话论证的这一必要前提,第一次使对话论证具有了“人”才有的程序伦理性。现代社会据此将它发展为:一切真知只存在于“对话”之中;而一切“对话”必须首先保障

〔2〕 参见(德)罗伯特·阿列克西:《法律论证理论——作为法律证立理论的理性论辩理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年12月版。舒国滢:《走出“明希豪森困境”(代译序)》,页14-16。

〔3〕 《柏拉图全集·高尔吉亚篇》(第1卷),王晓朝译,人民出版社2003年版,页326、331、341。

〔4〕 同上注,页352。

〔5〕 同上注,页334、337。

思想自由和表达自由的交往实践原则。由此,就必须排除妨碍对话论证的两种“强制”:一是外部的非法强制,如对他人思想与表达自由的非法剥夺;二是内部强制,由对话结构中的种种不公平因素造成:如信息不透明造成的沟通不对等,有意无意把他人摆在不平等地位,逻各斯语言强势通过定义、原理、概念等等抽象符号君临于感性的人头上等等。为此,苏格拉底的对话论证非常注意防止这两种“强制”。他处处表示“自己无知”,不承认自己是个“教师”,自己没有资格教育别人,自己与他人的对话诘问并不是有意刁难、讽刺、专门启发、教育别人,而是“互相启发”,以求共同发现真理。他这种“教育者必先受教育”、尊重对方独立人格和自由的作法,并不是简单的谦逊、节制。黑格尔评价苏格拉底的对话:“不自以为是,不好为人师,不强人从己,充分保证并尊重他人的自由权利,避免一切粗暴无礼的态度。”他说这体现了苏格拉底的“美德”和很难再看到的文明的“阿提卡风度”。〔6〕

这里关键是“不好为人师,不强人从己,充分保证并尊重他人的自由权利”。它不只是一种“风度”,更是现代社会的对话程序伦理和真知显现的根本保障。黑格尔把这种赞扬也用在柏拉图身上,并作了更细致深入的分析。柏拉图对他的“哲学王”假定进行解构、寻求治国真知所进行的艰难探索中认识到,要使“假定”真正得以解构,揭示隐藏在它内里很深的真相,必须有正当、正确的方法。从某种意义上说,“方法”本身比得到的论证结果更具有生命力。而“方法”不是简单的过河之桥或工具、技艺,它内里有着支配性的“灵魂”。

黑格尔虽然在很多地方批评柏拉图(甚至苏格拉底)的“理念思辨”不“纯粹”、稚嫩,“感性”杂质太多等等,但他也很惊讶:他们论证一个复杂而具体的问题,使一个被逻各斯严实包裹起来的“假定”命题得以解蔽,让真相显现的方法十分独特。柏拉图很好地领会了苏格拉底通过对话“归纳论证”真知这种形式蕴含的伦理性,及真理从中得以显现的奇特效应。

黑格尔总结柏拉图的“对话”论证方式有三个特点:

第一,感性生动的情景性。他说:柏拉图每一个对话“都给予一个当地的现实环境,这本身已经是很可爱的、开朗的和畅快的。”“柏拉图把他的思想纯粹放在他人的口里说出来,他自己决不出台,因而充分避免了一切肯定、独断、说教的作风。”

第二,充分尊重对方的自由和权利。黑格尔说:柏拉图的“文雅风度容许与我们谈话的每一个人有充分自由和权利自述和表现他的性格和意见。并且于说出反对对方、与对方相矛盾的话时,必须表明,自己所说的话对于对方的话只是主观的意见;……而不是那客观的理智或理性自己和自己谈话。”“这一特点使得柏拉图对话优美可爱。”

第三,充满了对人性的理解和体贴。黑格尔说:柏拉图对话不仅“形式之美”,语言“可爱”,艺术“生动”,而且“又是那样文雅而近人情”。〔7〕

黑格尔所说的这三点(把读者带到现场、尊重他人自由、近人情)及他对苏格拉底的赞扬,对“言说者”具有双重意义:一是在论说中如何对待他人,实际仍是如何“认识自己”;二是这些条件恰恰构成了真相、真知在自然而然中显现的最真实的存在论前提。

〔6〕 (德)黑格尔:《哲学史讲演录》(第2卷),贺麟、王太庆译,商务印书馆1997年版,页52。

〔7〕 同上注,页164-166、284。

海德格尔说:“希腊哲人期待希腊人来理解的表述方式真是闻所未闻。”〔8〕由于伦理性赋予了“归纳论证”真正的灵魂,使得人类通过交往沟通达成的“共识”才具有“合法性”;双方在论辩中设置的“假定”,经互动协作的论证产生的最终结果才不是自说自话的一厢情愿和凭个人感觉定的好恶,而是具有公共“有效性”的可以理解的“合法合理”的真知。因此,苏格拉底把这种方法称为“灵魂的助产术”,它也是西方法律程序正义原则的核心精神。

“归纳论证”对话由于伦理性而被赋予了灵魂,使这种方法的形式的逻辑外壳成为一种有生命之物的骨骼筋架,并使它所形成的整个论证结构坚实地站立在事物发生的原初大地上,——人的存在方式本身成了它论证的基础。所以这种具有逻辑外形的方法并未脱离感性上手的事物本源之处,而使真知的显现,具有了存在论的生存论根基。

伦理性的灵魂、必不可少的逻辑化形式(如规则、原则、程式等)、感性上手的生存论根基这三者构成了一个“假定”论证过程的基本结构,也使对话程序每走一步都具有了“反思性”:论点的提出经过反方质疑、检验了吗?论据合法吗?理由的根据充分吗?……由此,程序正义的一系列规则、原则都在此基础上发展起来。

二、“反证”在法律论证中成为真知助产术的三个方面

在苏格拉底的“归纳论证”中大量地运用了“反证”的方法:即一个“假定”命题不仅根据证成、证实来证明,而且根据证伪来检验它是否合理,在证成与证伪相辅相成的论证结构中,把令人信服的论据生产出来,使游离不定的各种“意见”转化为各方公认的“真知”。

苏格拉底这种大量运用“反证”的方法,在逼出真相和真知上有三个方面的重要意义和作用:

(一)形式逻辑上的意义和作用。

要获得法律判断的真知与真相,首先须保证人的逻辑思维的连贯一致性,即合乎形式逻辑的起码要求进行推理论证,以保证思维形式的确定性,从而保证论证结论的理性正确性和有效性。

苏格拉底在他的多种形式的逻辑论证中大量地使用反证,来实现这种论证的“有效性”。〔9〕在他的归纳类比论证中,他先采用“类比推理”,推出某个事物的特性,再从特殊上升到一般知识的归纳。这与一般“类比推理”从两物相似或相异的单一比较出发,根据其中一个已知事物推出另一未知事物属性的推论不相同。苏格拉底在其中是把“反证”作为“可比性”之一,与“相似性”共同构成一个“归纳类比”的论证结构。

〔8〕(德)海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映译,(北京)三联书店2000年版,页45。

〔9〕苏格拉底各种形式的逻辑论证“几乎涉及形式逻辑所阐述的各种论证和推理形式,其复杂程度都是超过前人的”。例如:他较多使用归纳论证,包括含有类比推理的归纳类比论证和以使用科学归纳推理为主的归纳概括论证;有包含直接论证、间接论证或归谬论证的演绎论证;“所使用的推理形式既有直言三段论推理,也有联言推理、选言推理和假言推理。”(见汪子嵩等:《希腊哲学史》②,人民出版社1997年版,页522)。

例如:在《克里托篇》中,当克里托劝他逃跑,说“大多数人决不会相信,尽管我们尽力劝你离开此地,但你还是拒绝了”。提醒苏格拉底“众人的意见不得不顾”。苏格拉底却对“众人意见”提出了“反证”:认为“严肃的思想者”对“人之常情”的民众意见不应当所有的都尊重,只能尊重某些意见,“不尊重另一些意见”。^[10]这就把“民众意见”的对立面——“严肃的思想者”之意见提了出来,后者成了前者的有力反证:因为“民众”是不具体的人,其“意见”也是随心所欲随大流的,而“严肃的思想者”意见则是经认真反思后的见解。接下来他采用“相似性”的类比推理:如同运动员的训练只须听从教练和医生指教,无须请教“大多数民众”,灵魂的事务也没必要听取“多数民众”意见,只应向有改善灵魂知识的人请教。最后归纳为一个普通性结论:对“民众意见”要具体分析;在涉及专门知识领域要听取有相关知识的人和“严肃思想者”意见。^[11]

在演绎论证中,他采用了直言三段论推理的多种形式,并将选言推理、假言推理和归谬法综合运用,其论证形式和步骤相当复杂,将总论题分解成许多子题,步步推理证实,由浅入深,由偏及全,最后在证伪中证实总论题,逻辑程序严密周致。^[12]在这周致的论证中,反证——即“证伪”部分仍然是构成整个逻辑结构必不可少的部分,并且是他的复杂论证中最出彩之处。

例如在《普罗泰戈拉篇》中,苏格拉底主张善、正义、智慧、节制、勇敢诸美德是一个整体,而普罗泰戈拉则提出:勇敢与其他美德不同,“有些人极为不虔诚、不正义、荒淫无耻、无知识,然而却非常勇敢”。为了反驳这一观点,苏格拉底用反证构成了一个“假定”命题:“勇敢是对可怕和不可怕事情的知识”,并用了多种格式的直言三段论推理和假言推理,分九个子题证明。^[13]这里的第八、九两个子题构成了他反驳论证的有力反证:即“无知”之“勇”不是真勇敢,只是“鲁莽”;而对“怕”与“不怕”事情的无知则只能是无自信的怯懦。苏格拉底还运用归谬法进行反证,根据对方论题演绎出荒谬结论使对方陷入自相矛盾,从而驳倒对方。(如《理想国》第一卷的克法洛斯把“欠债还钱”认为“正义”,苏格拉底在反证中否定了这个定义。)

就在《普罗泰戈拉》这篇对话中,苏格拉底提出了一个著名观点:凡一样的事物只有一个对立面,“除此之外没有更多的对立面”。^[14]如同智慧的反面是愚蠢,不可能愚蠢的反面既是智慧又是节制。这个命题提出了思维形式必须要遵从同一律、不矛盾律和排中律。即“反证”的提出是为了保证思维在论证中的同一性、确定性的意义内涵和外延,那么每一证伪判断都必

[10] 《柏拉图全集·克里托篇》(第1卷),王晓朝译,人民出版社2003年版,页36-39。

[11] 苏格拉底这一形式逻辑中反证的运用方法,往往被我们简单称为“具体问题具体分析”,而忽略了其中“反证”在“论证结构”逻辑因子构成上的重要性。如我们在立法决策时往往采用“多数投票”的民主决定,并将这种方式推及到一切涉及专门知识的领域(如职称评定、科研项目申报、某个专门工程的上马等等),造成的结果往往与“公正”性相距很远。

[12] 参见汪子嵩等,见前注[9],页525。

[13] 这九个子题是:①恐惧是对恶的期待,②勇敢者追求可怕和不可怕的事情,③一切人皆追求他们敢于追求的事情,④勇于打仗是一种善的行为,⑤勇于打仗是快乐的事,⑥怯懦者不是追求光荣、善良、快乐的事,⑦勇敢者追求光荣、善良、快乐的事,⑧对可怕和不可怕事情的无知是怯懦,⑨与此相反,对可怕和不可怕事还必须具有的知识是勇敢。而其中每个子题都有严密的演绎推理。(汪子嵩等,见前注[9],页525。)

[14] 同上注,页455-456。《柏拉图全集·克里托篇》(第1卷),见前注[10],页485。

须与自身保持同一性,明确限定命题的内涵和外延,准确探求命题论证。即“在同一时间内同一事物不能既是又不是”,因为“节制”与“愚蠢”不是同一个事物的两面,只有“愚蠢”与“智慧”才能成为对立面,故准确设定“反证”,能防止思维自相矛盾。这对检验“假定”论证中证伪的真确性、既防止因“反证”缺失陷入片面,又防止偷换概念起了重要作用。

(二)辩证法认识论上的意义和作用。

黑格尔从辩证法的认识论角度对苏格拉底的“反证”方法作了三点总结:第一,“反证”是认识和论证法律“假定”的第一个必要环节。“假定”往往是从“人所共知”的东西出发,苏格拉底则通常从中引申出“完全相反的东西”,让人们看到这个似乎“无可非议”的命题中“包含着恰恰相反的东西”。他通常是“从一件具体的事例出发,推演出它的反面来”。这种“反证法”“能使抽象的观念具体化”,并在“具体化”过程中,“经过解释”,使“假定”的本质被人所认识。^[15]这里要注意的是:黑格尔专门指出苏格拉底“反证”的特点:是往往“从一件具体事例出发”,即他通过抽象观念“具体化”过程中出现的问题,反证抽象观念本身的不足,使一个带有普通性观念的“假定”最后得到了发展。这就类似亚里士多德所说:司法的正义往往补充了立法正义之不足。因为立法正义常常是抽象原则、规则,司法必须使之具体化。而在具体的过程中,大量看似与立法原则相左的、偶然的、特殊性的个案,构成了对立法的“否定性”反证环节。但这种“反证”的结果并不是否定了立法,反而是补充和促进了立法发展。

第二,黑格尔说:苏格拉底的“反证”是他“灵魂助产术”的重要内容,即有它的伦理意义。苏格拉底往往“从具体的非反思的意识中揭发出具体事物的普遍性,或从普遍认定的东西中揭发出其中所包含的对立物”。“使人们知道我们以为是真的东西并不是真的,相反地却是动摇的。”“他要想用这个方法唤醒人们的见识、羞耻、意识……,由此便发生了认真努力求知的要求。”^[16]这里道出了苏格拉底“反证法”最本质的东西:让人在“反证”中看到自己思维上存在的矛盾、困惑和无知,并在“自知无知”中“认识自己”;但认识到自己“无知”并不是让人自卑自弃,而是让人知道“无知”并不是一种值得过的正当的道德生活,使人在更清晰地感知世界的伦理维度中,反思自己,促进人去热爱智慧,追求真知,理解“美德即知识”。

(三)存在论上的意义和作用。

“反证”的意义和作用如果仅停留于上述两点,难免只是“思维与思维自身的同一”,或为中国儒家所倡的个人化的“正心诚意,格物致知”的人生态度。实践证明,思维仅在自身的思辨“否定”中达到确定的论证可靠点,几乎不可能。因此,“反证”在存在论上对“假定”解蔽所起的作用和意义,就是上述两个方面无法替代的;相反,上述两个方面(形式逻辑和辩证法认识论)上的意义和作用,却恰恰只能在存在论层面上,才能得到真正实现。

反证的确是对法律的“假定”命题进行认识和解构的第一个必要环节,但是仅仅如黑格尔所说:从“人所共知”理念中引出“相反东西”,推演出理念内在包含的“人所不共知”一面,还只是停留在思维、意识自身的孤立运动中。设若把这种推演、解构放入“存在者是何以存在”

[15] 黑格尔,见前注[6],页54-55。

[16] 同上注,页57、60。

的这一更原始层面,它的真面目才会显露出来。这是因为:

第一,对法律命题进行“反证”、使真相显现的根本点,在于对构成的“前见”(又称“前理论”、“先验”之见)进行“历史性重构”。因为“反证”既然不是自己思维对自身的否定,它往往来自交往沟通的“他者”、对话者提出的诘问,或来自实际生活的具体事例对似乎是“普遍真理”的“假定”建立之“前见”进行质疑,即必须把这个“前见”重新置入原始的历史中去。这并不是我们通常所说的法律解释中的“历史解释”方法。这种“历史解释”仅仅是解释法条、规则制定的历史背景,它已抽掉了法律制定时社会各种力量、个体生动博弈的感性直觉能触摸的内容,而成了干巴巴的年代、地点和符号化的人物。“历史性重构”则必须借助各种想像力,并带着今天的观念站在一定的高度,重新审视历史,让已“不在场”的恢复“在场”,并将未来的“不在场者”也包括进去。——它是在一个更大范围、更高视角下重构“法条”的“前理论”。

第二,重构法条的“前理论”,既是理性的,又是感性的。但它的感性不是要恢复到具象世界一个个源初事件的琐细图像,而是要像康德说的带着“感性的统一性”的“图型”,即“具体的”“普遍性”中去。这怎么理解呢?

康德在这一问题上,用了一个生动的比喻:“图型”与“图像”之关系。“一方面是理智的,另一方面是感性的。”^{〔17〕}一方面是对影像和意见的知性总结,一方面还连着现实的真实政治生活图像;中国现行《刑法》第176条,一方面是知性的规则化规定;另一方面是中国自改革开放以来,尤其1997年现行刑法制定时的市场经济须金融管理的现状,以及到今天为止出现的感性世界中的问题和对未来走势的预示。

即你要适用一个法律规则的“假定”于某个案件,你首先要解释这个“图型”,并通过这个“图型”去解释规范本身,再去联系个案。

什么是“图型”呢?康德解释得很清楚:“图型则是纯粹先天想像力的一个产物,仿佛是它的一个符号,种种图像是通过它并且根据它才成为可能的,但种种图像永远必须凭借它们所标示的图型才与概念相结合,就其自身而言并不与概念完全相应。”^{〔18〕}用我们的通俗语言说:图像如同现实司法中发生的一个个千奇百怪的个案,这些个案适不适用于该法条规则,不在于与规则所定的概念是否相符,而在于与规则虚拟符号内含的“图型”是否相符。因为“图像”——个案,只是“生产的想像力的经验性能力的一个产物”,而“图型法是人类灵魂深处的一种隐秘的技艺,我们很难在某个时候从自然中猜测出它的真正操作技巧,并将它毫无遮蔽地展现在我们眼前”^{〔19〕}

但是,存在论意义上的“反证”就是要使这难以解蔽的法律论证命题的图型“毫无遮蔽地展现”出来。因为只有这样,才能使交往实践中的潜在与非潜在对话者能通过“反证”的揭示,进行法律规则在适用于个案中的本能直觉的合理重构,使司法判断具有真正的客观性,并通过人感性直观的认同和理性认知的双重作用,让人从内心信服(因为法律“言说之真”与“事实之

〔17〕 参见(德)康德:《纯粹理性批判》,李秋零译,中国人民大学出版社2004年版,页164-165。

〔18〕 同上注。

〔19〕 同上注,页166。

真”、“受众认为之真”三者不是一回事),从而使法律的正义性显现出来。

三、中国案例与苏格拉底反证法的“非存在存在”

为了更好地理解反证在法律论证中的意义,特以中国现行刑法适用中的案例说明之:即中国刑法典第176条与孙大午“非法吸储案”的罪与非罪认定问题。

2003年10月23日,河北省徐水县法院对该县著名的大午集团董事长“非法吸储”一案进行了审理,引起了各方关注。其案情是:该集团董事长孙大午领导的民营企业曾是全国500家最大私营企业之一,资产过2亿元。但自1985年成立以来,该集团由于不愿按市场“潜规则”行事,以儒家“己所不欲、勿施于人”为厂规,从不向银行及政府有关部门行贿或拉关系以谋取贷款,故成立19年只贷到两笔共430万元款项。即使如此,该集团仍在建学校、办医院、修公路等公益事业上进行了大量无偿投资,解决了许多农民就业问题,是当地口碑很好的一个民企,也是民企中特立独行的“另类”。1995年,大午集团的“另类”运作方式终于导致企业入不敷出,流动资金枯竭。无可奈何下,大午集团向本企业职工和村民非法集资“吸储”1.8亿元。截至孙大午被逮捕时,仍吸收了4742户储户存款3526万元,其中被法院认定的1308万元属向村民非法集资,其余属借款。(到2004年,这些“非法集资款”已全部兑付归还。)

徐水县法院在庭审时认真听取了当地检察院的指控和律师的辩护,于2003年10月30日对孙大午作出“有罪判决”:根据《中华人民共和国刑法典》第176条“非法吸收公众存款罪”及规定,认定孙大午行为上存在刑法规定的“非法吸收公众存款或变相吸收公众存款”的客观要件,且数额巨大;主观上具有“明知故犯”的直接故意,主体上符合刑法规定的负刑事责任的要求,客体上“扰乱”了国家“金融秩序”。故根据刑法规定,已构成犯罪;判决孙大午有期徒刑3年(缓刑4年),罚款10万元。(此前孙已被关监5个月)。此外,2003年5月27日,与孙大午同时被捕的还有其二弟、三弟,孙的妻子因外出他省,成为网上通缉犯。10月份宣判后,3人均办理“取保候审”,与孙大午同时“戴罪在身”。至此,大午集团遭到沉重打击,经营不振。

这一案件庭审时在证据和事实上一清二楚,没有争议;争议的焦点和困惑都集中在法律规范与事实相联系的法律论证上:即如何认识和适用刑法176条规范的“法律假定”?围绕这一焦点,产生了几个问题:

(1)在孙大午案件上,在《刑法》第176条规定的犯罪构成四个要件与刑法的立法精神发生矛盾的情况下,如何处理?

因为按照《刑法》的立法精神,不仅应当“罪刑法定”、“罪刑相适应”,而且应当体现法律的“谦抑性”:严格按照刑法的“社会危害性、刑事违法性、应受刑罚惩罚性”的“三性”原则来衡量一个行为是否构成犯罪。而“罪与非罪”的认定恰恰是刑事审判要解决的最根本问题。但按照这“三性”严格衡量,孙大午的“非法吸储”不仅构不成刑法所要求的“社会危害性”,反而他的集团所作所为都表明:其“吸储”与地下钱庄牟利性的“吸储”不一样,他们不仅未破坏经济秩序,而且还促进了当地经济和社会生产力发展。至少,这一行为只够行政违法,即违反了国务院有关规定,而非犯罪。

本来,《刑法》总则规定的这“三性”应与具体规范的“假定”相一致。但一个“假定”的法律规范在具体案件的适用中,就暴露出这种“假定”的逻辑符号与隐藏于其中的“图型”之间不完全对应,与案件的具体图像之间更不能直接连线推论。必须对这一“假定”的前提进行细致“解构”,才能看清如何适用的问题。

拉伦兹在《法学方法论》中也看到了这一问题的困难。他将法条适用的逻辑符号模式称为“确定法效果的三段论法”,其中一个完整的法规范构成“大前提”,将具体案件划属于法条之下称为“小前提”,结论便是案件事实应赋予法条所规定的法效果。但是他认为:困难就出在推论程序中“如何正确地形成前提”,若是直接“媒介”大小前提,“并非易事”。〔20〕

因此,在“法律假定”的大前提与案件事实的“小前提”之间不能直接连线,二者是“曲行”关系,在这“大小”前提之间必须插入一个第三者:即康德所说的“图型”。——这也是苏格拉底“反证法”中使抽象理念“具体化”的方法;同时也是前面所论海德格尔存在论的“历史性建构”的方法。

那么,《刑法》第176条的“图型”是什么呢?

第一,必须联系1997年现行刑法典制订时的历史背景作出解释。1997年正是亚洲金融风暴席卷之时,中国国内刚刚兴起的市场经济也开始在金融秩序上出现各种“异象”:地下钱庄猖獗,非法集资在许多地方出现,一些群众由此被骗倾家荡产;为此,必须加强金融管理,防患于未然。但另一方面,中国社会主义市场经济处于初级阶段,对于运作和管理都相当复杂细致的国际通行的金融规则还较生疏,国有银行长期的市场垄断地位及旧体制影响,银行内弊端丛生。新生的民营企业缺乏大企业的融资优势,贷款极为困难。一些地下钱庄和民间借贷应运而生。这种违法现象中也不乏有走正道的民企在无可奈何之下,像孙大午这样“非法吸储”。于是,各种错综复杂的金融经济现象构成了第176条产生的背景。同时,第176条在“历史性建构”中与一般法律解释的“历史解释”不同,它在时间上还应涵摄当下和未来:在第176条出台后,中国加入了WTO,在金融体制改革上对世界作出了承诺;2006年以后,外资银行陆续进入中国,中国国有银行也正在进行各种改革;国家对民办银行和民间融资行为有所松动。未来的金融秩序应当更加符合市场经济的规律。由此,应对该案作更宽视野的历史性透视,若深文周纳则很可能流于苛严,而有失法之谦抑。

第二,国家制定法在制订时的考虑既有维护现实经济正常、安全运行的价值,同时也必然应考虑把法律的其他价值(如社会正义、优良道德、人的尊严和自由权利等等)涵摄在内。故在第176条的“图型”中,理应区别“应受刑罚惩罚”的“度”在哪里。同样是“非法吸储”,“吸储”后的用途、归还兑付的情况、民众的反映等客观情节,都可用作行为人主观上是否有“牟取暴利”或“牟取私利”的动机判定,以此来衡量“恶”的大小值,及是否达到了刑法的犯罪构成要求。即刑法理论通常所说的把“社会危害性”的“客观性”认定与行为人的“主观要件”相结合,做到主客观统一。这个“图型”必须加上人的理念构想和想像力,让它如同康德说的:既有知性的逻辑骨架,又有感性的统一性(即把人的体验、价值情感、自由意志等都统一在内)。

〔20〕 (德)卡尔·拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2004年版,代译序,页10。

以上两个“图型”在第176条的逻辑语言表述中是完全省掉了的,或说是被这种言辞符号深深遮蔽着的,需要法律人在法院审理中细致地把它解构出来。

(2)从第176条表达“法律假定”的文字上看,它的确是一个有缺陷的法条:即如该案律师所分析的,由于主观要件上缺少对是否“牟取暴利”的限制性规定,容易造成在具体适用上,往往“是非对错”不分,甚至南辕北辙,把那些走正道的民企与真正扰乱市场经济的人一锅煮。法律规范的“不健全”成了善良人的陷阱。于是,律师辩护中提出了必须“修改第176条”的建议,甚至有人认为这是一条“恶法”,而“恶法非法”,应当“不予适用”。如何看待这一问题呢?这仍然是令法官和律师困惑的问题。因为如前所述,司法要受“短时间”限制,即使立法修改这一条文,也远水解不了近渴。

这里,就凸现了在法庭的实践论证中“反证”的重要性。前已论述,苏格拉底的“反证”在三个方面都作出了重要贡献,它对“形式逻辑”同一律的意义今天仍应引起我们重视。柏拉图在《法律篇》中讲到“正义与善”在“死刑”问题上发生冲突时,应当选择“善”。这一思想既是辩证的,又是对苏格拉底逻辑思维的发展。“正义与善”之间本是不应发生冲突的,正义说到底也是一种善。但现实生活中人的生存的复杂性完全不是“应然”理念能百分之百蕴涵的。同时,这二者内涵上的差异性,也只有通过具体生动的反例,才看得更清楚。正义是对行为人危害行为的一种矫正,它必然含有惩罚性;而“善”则是要在“矫正”和“惩罚”中让人“知罪从善”,即它的出发点是“爱”,不是“报应式”的惩罚。因此,正义应服从善。

这如同刑法犯罪构成四要件与刑法“三性”发生冲突时要服从后者一样,后者“善”的价值高于前者。当一种行为已被更高的价值否定时,我们应当考虑“矛盾的同一律”问题,罪与非罪二者不可能同时存在。苏格拉底在与智者探求思维的同一性时,有句名言:“在同一时间内同一事物不能既是又不是。”^[21]即同一论证过程中两个互相反对或矛盾的判断不能同时都真,其中至少有一个是假的,“A不是非A”,论证结论不能自相矛盾。刑法“三性”和犯罪构成四要件之间关系应当遵守“不矛盾律”,即只要用前者否定了后者,刑事审判的目的就已达到。至于孙大午的行为性质在被否定为“犯罪”之后,究竟属什么?那已不是刑事审判要解决的问题。

但在这一案件中,我们看到律师提出修改“第176条”之不现实,以及法官在最后判决时的犹疑不定:不定孙大午的罪,似乎有违第176条之规定;定罪,又似乎有违刑法关于“社会危害性”之内在精神。于是出现了最后在犹疑不决中的判决结果:定罪,但基本不执行刑罚惩罚。^[22]

柏拉图后来在《智者篇》中很好地发挥了苏格拉底通过反证来排除矛盾的论证方法,提出

[21] 汪子嵩等,见前注[9],页515。

[22] 2004年1月河北省政法委制订了《关于政法机关为完善社会主义市场经济体制创造良好环境的决定》,以红头文件方式规定“不追究”或从轻发落民营企业“善良管理人”的“原罪”。该文件即有孙大午案对当地民企负面冲击的背景。有论者评这一文件“直接与《刑法》和《立法法》相抵触,侵犯了立法部门的立法权和最高人民法院的司法解释权,也干扰了地方法院的司法独立性。”(《新闻周刊》2004年第5期,页26-27,秋风:《民企“原罪”:法律问题还是政治问题》。)

了一个著名的命题:“非存在存在。”^{〔23〕}这对我们理解法律假定的“虚拟”图型若在现实中被事实否定之后,“它究竟是什么?”有很好的启示。

凡假定的图型在现实与个案相关的论证中都存在一个“无”和“有”的转化。若这个“假定”之中的“图型”能与现实联系,适用于个案,它便是“有”,即完全显现出来。若不能适用于个案,它便是“无”。但这个“无”,并不是我们传统的实体性思维中的“绝对的无”,即“X is not”,或“X to be true”。另一种“无”——即“不存在”,是主宾结构的语法符号:“X is Y”或“X is not Y”,^{〔24〕}不是说X不存在,而是说X不是Y;即只是相对于Y而言,X不存在。也就是这个案件体现的:即使否定了孙大午的罪,也不等于就否定了《刑法》第176条的有效性。二者完全是两回事。

任何法条都不可能是完善的,法条必须在个案的适用中才能获得续造而保持其生命力。^{〔25〕}孙大午的“罪”被否定,不仅《刑法》第176条的有效性仍存在,而且第176条所内蕴的对中国社会主义市场经济初级阶段所起的保护作用,反而更加彰显出来。这就如同辛普森案件的审理一样,辛普森被指控犯罪,却由于警察证据收集的不合法性的反证被提出,而遭到否定。但是,“非存在存在”,辛普森的“罪”被否定了,但美国宪法的基本价值理念却更加得到显现。^{〔26〕}一个虚拟符号的意义往往内蕴在被符号遮蔽的现象之中。就像“狗”是个看得见的东西,“狗性”却看不见,需要我们去主动认识;看见“狗”不一定识得了“狗性”,要认识“狗性”需要透过“狗”的种种表现。我们认识法律的正义性和法律之善,就是通过一个个具体案件的审理而感触、体验到的。这里,绝不存在为了法律的“普遍正义”去牺牲“个案的正义性”;凡“共相”一定内在于“殊相”之中,殊相、个案对共相、普遍性法律规范提出的反证和否定,只能使法律的普遍正义在更高层次、更大范围上显现出来,并在这种显现中,帮助和催生出人们对事实真相的了解与法律真知的产生。

(责任编辑:徐爱国)

〔23〕 汪子嵩等,见前注〔9〕,页963-964。

〔24〕 同上注,页964。

〔25〕 参见张骐:“建立中国先例制度的意义与路径——一个比较法的视角”,载成都市中级人民法院主办《当代法官》2006年第6期,页50-51。

〔26〕 参见林达:《历史深处的忧虑——近距离看美国》,(北京)三联书店1997年版,页217以降。