

法律程序为什么重要？

反思现代社会中程序与法治的关系

雷磊*

摘要 以往关于法律程序之价值的研究大体可分为基于外在价值的程序工具主义与基于固有内在价值的程序本位主义。但这两种理论都不足以说明“为什么法律程序对于法治而言是重要的”。为此，必须从构成性内在价值的角度来探讨程序与法治的关系。正确的公共行动标准是有效社会整合乃至社会存续的构成性要素，它由“正确性”与“合法性”两部分组成。在价值分歧成为常态的现代社会中，正确性要通过重构共识的机制（即商谈）来获得，而商谈的核心要素则在于程序。最低限度的法治概念就是通过程序化商谈树立正确的法律规则系统并加以实施的整全性实践，它是理由之治与规则之治的结合。因此，程序是法治乃至有效社会整合的构成性要素，离开程序，现代社会就难以存续。

关键词 程序 法治 商谈 构成性内在价值 正确的公共行动标准

引言

如果以季卫东教授的《法律程序的意义》一文算起，对法律程序的关注和研究在中国至今恰好走过了二十年的历程。^{〔1〕} 这二十年无疑是中国社会转型极为关键的历史时期，而在作

* 中国政法大学法学院副教授。本文系教育部 2010 年度哲学社会科学研究重大课题攻关项目“中华法系重构中的若干重大理论问题研究”（项目批准号 10JZD0028）的阶段性成果。与陈景辉副教授的讨论对于本文助益良多，本刊审稿人也提出了许多中肯的意见，谨此一并表示感谢！

〔1〕 该文简篇发表于《中国社会科学》1993 年第 1 期，详篇发表于《比较法研究》1993 年第 1 期，并被收入该作者的文集《法治秩序的建构》（中国政法大学出版社 1999 年版）。

为应对措施的诸多法制变革方案中,程序主义进路尤为引人注目。在制度建构的层面,程序改革被作为法律体系全面更新的牵引器。在理论论证的层面,学界对于法律程序、程序正义、正当法律程序等主题的研究掀起了前所未有的热潮。一批西方研究成果被翻译过来,不少国内学者的代表性论著也陆续出版。在论文发表方面,至少就数量而言也已相当可观。

上述著述中很大一部分涉及法律程序的一般理论研究。它大体可以被分为彼此联系但相对独立的三组问题:第一,法律程序是什么?第二,法律程序如何建构?第三,法律程序为什么重要?也就是关于法律程序的概念论、方法论与价值论问题。如果以“正义”这一统辖性概念来称呼价值论的话,那么程序价值论也可以被称为程序正义论。本文即是有关法律程序的价值问题或者说正义问题的研究。^{〔2〕}应当承认,目前国内有关这一方面的研究成果已然不少。学者们基本都赞同,法治是区分传统社会与现代社会之治理模式的核心特征,而程序之治又是法治区分于人治的最主要标志,但对于“为什么法律程序对于法治是重要的或必不可少的”这一问题却给出了不尽相同的答案。大体来说,回答的思路可以分为两种:第一种思路将遵循程序的法律运作与不遵循程序的法律运作进行对比,并认为法律程序的意义在于它能促进和提升某些实体性目标的实现,而这些目标是法治固有的内涵。^{〔3〕}另一种思路认为,法律程序之所以重要,不是因为它能提升某些实体性目标,而是因为它本身就显现着某些值得尊重的要素,而这些要素与法治则是一体两面的关系。^{〔4〕}但在本文看来,这两条思路都不足以充分回答上面那个问题。本文的要旨,即在于为其提供一种更为稳固的回答思路。

一、价值类型理论

“法律程序为什么重要”的问题也就是“法律程序之于法治的价值何在”的问题。为此,我们首先要解决的一个问题是:什么叫做“有价值的”?

第一种思路是这样的。当我们说某事物是有价值的或重要的时,指的是它能够满足或实现某个外在的目标。这类价值被称为“外在价值”。传统的价值概念认为,价值意味着客体对于主体需要之满足的属性,或者说客体属性与主体需求之间的契合。^{〔5〕}外在价值实际上是以某个事物所能导致的结果评价该事物,并且将被评价的事物视为获取那个结果的手段,因此又被称为“工具价值”或者“作为手段的善”。

用这种类型的价值理论来证明某事物的重要性,其缺陷是很明显的。因为我们马上会发现,外在价值具有以下两个弱点:^{〔6〕}一方面,外在价值的判断具有不确定性。具有外在价值

〔2〕 这个问题要与法律程序的正当性来源或者说道德基础问题相区分。例如哈贝马斯以人权与人民主权(民主)作为其程序性商谈支柱的观点涉及的就是程序的道德基础问题。但本文不涉及这一问题。

〔3〕 例如,参见孙笑侠、应永宏:“程序与法律形式化:兼论现代法律程序的特征与要素”,《现代法学》2002年第1期。

〔4〕 例如,参见王锡锌:“论法律程序的内在价值”,《政治与法律》2000年第3期。

〔5〕 此即经典的价值“关系说”。如参见李步云主编:《法理学》,经济科学出版社2000年版,页58。

〔6〕 部分参考了陈景辉:“法律的内在价值与法治”,《法制与社会发展》2012年第1期。

的事物的重要性会随着其所能实现的目标的重要性而有增减。例如,对于口渴的人而言,一杯水能够满足他的需求因而具有外在价值。而对于不口渴的人来说,一杯水就不具有这种外在价值。另一方面,外在价值的理论逻辑会导致被评价事物本身去重要化的后果。仅具有外在价值的事物的重要性取决于它实现目标的能力,因此,如果能证明别的事物能够以同样、甚至更好的方式实现那些可欲的目标,那么前一事物的重要性就会下降甚至被取消。因为对于目标而言,手段是可以替代的。因此,外在价值尽管在许多情形中确实可以用来证明事物的重要性,但并不足以来证明事物本身“必不可少”。

第二种思路认为,当我们说某个事物是有价值的,意味着它的存在本身就是一种价值,尽管没有任何其他相伴随的结果。^{〔7〕} 有些事物的价值并不依赖于某个外在目标,而是因其自身即具有不可被取代的重要性,即拥有某些独立的品质或善,我们将这类价值称为“内在价值”。人的生命、尊严、知识和艺术等就具有这样的内在价值。例如,人的生命存在本身就是重要的,它不会因为这个人对于社会贡献的大小而有所不同。在此意义上,内在价值又被称作“自有价值”或作为目的的善。因此,内在价值只需依据自身来判断重要性,而不依赖于它是否以及在多大程度上能够实现某个外在目标。它具有两个特点:第一,价值判断的确定性。因为它不依赖于外在目标,所以它不会随着这些外在目标的重要性而有所增减。第二,被评价事物本身的必要性。某一事物的内在价值使得该事物的存在具有足够的必要性,因为如果缺乏这种价值,那么该事物的性质将会发生改变或者说会取消该事物的存在本身。

但是,说事物存在本身就是一种价值,这又是什么意思呢?对此有两种回答思路。第一种思路认为,事物存在本身就是一种价值意味着它在我们的直觉上显得很重要。就好比对于一部分艺术的痴迷者而言,艺术本身就是有价值的,去追问“艺术有什么价值”本身就不合理。对于他们而言,艺术只要存在,就是有价值的。我们把如此理解的内在价值叫做“固有内在价值”。^{〔8〕} 第二种思路认为,事物存在本身就是一种价值意味着它是某个更大目标的必要组成部分。例如有一部分人会认为,艺术之所以重要,是因为艺术构成了“完整人生”的组成部分。艺术之所以重要,就是因为“完整人生”是值得向往的,而离开艺术就没有这种人生。我们把这样来理解的内在价值称为“构成性内在价值”。如果一个事物是另一个本身即有价值的更大事物的构成性部分,那么该事物就具有构成性内在价值。从表面看,构成性内在价值与外在价值的说明方式很接近,它们都借助于目标事物来说明待评事物的价值,但两者的根本区别在于:在外在价值中,后者对于前者而言是手段关系,因而如果有更好的手段来实现前者,后者就可以被放弃。但是在构成性内在价值上,前者尽管区别于后者,但却构成了后者的必要组成部分,放弃了前者,后者也将不复存在。^{〔9〕}

〔7〕 摩尔使用了“内在善”一词,但它基本上等义于“内在价值”。参见 G.E.Moore, *Ethics*, edited by William. H.Shaw, Clarendon Press, 2005, p.32; G.E.Moore, “Is Goodness a Quality?”, in his *Philosophical Papers*, Collier Press, 1962, pp.93—95.

〔8〕 Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, 1986, pp.200—201.

〔9〕 构成性规则与相关例子的讨论参见 John Searle, *Speech Acts: An Essay on the Philosophy of Language*, Foreign Language Teaching and Research Press and Cambridge University Press, 2011, p.33ff.

综上所述,价值可以被分为外在价值和内在价值这两个基本类型,而内在价值又可以被分为固有内在价值与构成性内在价值。因此,说一个事物是有价值的,这意味着:①要么它是实现另一个所欲实现的目标的手段;②要么它的存在本身即足够重要;③要么它是一个值得追求之目标的构成性要素。

二、法律程序与价值理论

接下去,我们将对学说史上具有代表性的诸种程序理论进行类型化处理,并以上述三种标准对它们进行剖析和评价。

(一) 诸种法律程序理论

纵观有关法律程序的学说史,我们大致可以区分出三种对待法律程序的主张,即程序工具主义、程序本位主义以及程序综合主义。^[10] 这些主张虽然主要是围绕最为典型的一类法律程序,即司法审判程序来建构的,但基本立场可推衍至其他法律程序。

程序工具主义认为,法律程序只是用以实现某种外在目的的手段或工具,也只有能实现上述目的时它才有存在的意义和价值。^[11] 边沁(Bentham)以“功利原理”^[12]为基础的证明是其代表:国家制定法律的主要目标在于对破坏“最大多数人幸福”的人实施惩罚和进行威胁,即有效地进行社会控制。为此首先必须制定实体法,因为它通过对社会成员明确的令行禁止和惩罚来控制社会关系。但立法者无法亲自实施实体法,他必须在实体法之外颁布一种次级或依附于前一种法律的法律,即“附属法”。这种附属法就是程序法,它只能通过确保实体法的有效实施来间接完成社会控制的任务。实体法唯一正当目的是最大限度地增加大多数社会成员的幸福,而程序法唯一正当目的是最大限度地实现实体法。所以,评价一个程序法的唯一标准就是最大限度地实现实体法的目的。^[13] 可见,相对于实体法而言,法律程序只是工具性的,它除了作为实现实体法的手段而有价值外,本身并没有任何意义。

程序本位主义认为,评判法律程序的标准是程序本身是否具备一些内在品质,而不是作为实现某种外在目的的手段之有用性。^[14] 萨默斯(Summers)认为,法律程序可能具有两个方面的能力,即好结果效能和程序价值。相比而言,后者更重要,它是程序理论的核心和基石。

[10] 本部分只是梳理了西方学者的代表性著述。原因有二:第一,本文开端所提及的中国学者的那两种思路都可以追溯到西方的源流;第二,更重要的是,本文的问题虽来自对中国学界相关思路的反思,但其旨趣毋宁是更为一般性的。

[11] 陈瑞华:《程序正义理论》,中国法制出版社2010年版,页50。

[12] 参见(英)边沁:《道德与立法原理导论》,时殷弘译,商务印书馆2000年版,页59。

[13] 此段为笔者的概括,具体论述参见Jeremy Bentham, “The Principles of Judicial Procedure”, in John Bowring ed., *The Works of Jeremy Bentham* (Vol. 2), William Tait Press, 1843, p.5ff; Gerald I. Postema, “The Principle of Utility and the Law of Procedure: Bentham’s Theory of Adjudication”, 11 *Georgia Law Review*, 1393ff (1977).

[14] 陈瑞华,见前注[11],页60。

要构成程序价值必须满足三项条件,即能够通过法律程序得以实现、能够在法律程序的运作过程中而不是最终结果中得到实现、能够使法律程序更易为人们所接受而不论对程序结果是否产生影响。在萨默斯看来,满足这些条件的程序价值包括参与性统治、程序正当性、程序和平性、人道性及尊重个人的尊严、个人隐私、协同性(意见一致性)、程序公平性、程序合法性、程序理性、及时性和终结性。^[15] 萨默斯理论的要旨在于强调法律程序的意义不仅在于实现一个好的结果,更为重要的是通过程序的进行而展示和实现上述程序价值。

贝勒斯(Bayles)的程序综合主义理论结合了上述两种主张。在贝勒斯看来,法律程序拥有两个目标,即“发现事实真相”和“解决问题”。首先,“发现事实真相”就要避免裁判错误所导致的成本支出。那么,如何避免这种成本支出呢?一方面,司法过程要最大限度地减少错误成本(EC)与直接成本(DC)之和;另一方面,司法过程要最大限度地降低道德成本(MC)。^[16] 就这一层面而言,程序的目标可以表述为:最小化(EC+MC+DC)之和。其次,“解决问题”就要避免争议或使争议最小化。这往往不是实体正义的结果,反而是“固有程序价值”发挥的效果。因为公正的程序能既在心理层面也在实际层面上满意地解决问题,从而避免争议。与道德错误成本和经济错误成本产生于不正确的决定不同,程序所要实现的内在价值是独立于具体结果的,它包括参与、公平、易懂、及时、表面正义等程序利益。就这一层面而言,程序的目标可以表述为最大化程序利益(PB)。最后,结合以上两方面的考虑,程序产生的成本与获得的收益可以也应当相互折抵计算,从而得出这样一个程序评价公式:程序的目标在于最小化(EC+MC+DC-PB)之和。^[17]

(二)价值类型分析与批评

依照前文关于价值的分类,我们可知法律程序存在三种基本形态:基于外在价值的程序理论,基于固有内在价值的程序理论,以及基于构成性内在价值的程序理论。基于外在价值的程序理论,将法律程序仅仅视为达成某种目标的手段和工具。基于固有内在价值的程序理论,认为法律程序存在本身即有价值,这种价值并不依赖于具体的程序结果;程序与该种(数种)价值形成表里关系,即程序是这些价值的外在表现,这些价值则是程序的内容。基于构成性内在价值的程序理论,则将程序与某种拥有实质价值的事物联系起来,认为程序是该事物的构成性部分,一旦缺乏了程序,该事物本身也就不复存在。

现在,上面所说的三种程序理论的价值类型定位也就逐渐清楚起来:首先,程序工具主义是非常明显的基于外在价值的程序理论,因为它仅仅将法律程序等同于服务于实体法的手段。

[15] Cf. Robert Summers, “Evaluating and Improving Legal Process: A Plea for ‘Process Values’”, in his *The Jurisprudence of Law’s Form and Substance*, Ashgate Press, 2000, p.103ff.

[16] 贝勒斯关于经济成本与道德成本的考虑分别来自于波斯纳与德沃金。关于后面两位作者的论述可分别参见 Richard Posner, “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, 2 *The Journal of Legal Studies*, 399ff(1973); 以及(美)罗纳德·德沃金:《原则问题》,张国清译,江苏人民出版社2005年版,页88以下。

[17] 参见(美)迈克尔·贝勒斯:《程序正义:向个人的分配》,邓海平译,高等教育出版社2005年版,页140以下。

这种理论认为,政府对于社会福祉的追求主要是通过法律这个手段进行的,而法律程序是法律手段的组成部分。劳伦斯·索伦(Lawrence Solum)将这种程序模式称为“准确性模式”,它假定法律适用程序的目标在于准确适用(实体性)法律。^[18]程序工具主义的错误之处非常明显。因为如果我们可以通过其他方式更好地得出正确的结果(正确适用实体法),程序本身就将变得毫不重要。而这一点也经常为我们的经验所证明,因为建构良好的程序并非总是能得出“正确”的结果(假如的确存在判断结果之“正确性”的独立标准的话)。有时违反程序反而能获知事实真相(如基于非法但真实的证据定罪)。所以,按照其内在的思路,程序工具主义理论将完全取消程序本身的重要性。

其次,程序本位主义是基于固有内在价值的程序理论。正是因为看到了工具主义的缺陷,萨默斯才提出了这种独立于程序结果的内在价值的主张。萨默斯的九项程序价值都“源自于程序本身的满足”。^[19]从程序到程序价值的因果链并不需要经过具体结果这一环节,它们可以独立于“正确”或“不正确”的结果。这种主张一定程度上回应了这样一个工具主义没法回答的问题:一个假定公平的程序如果导致一个不正义的结果,那么它还有何用?因为程序的存在本身就是有价值的,即使它并非总能导致正确的结果或提供给当事人所想要的正义。程序的展开本身就展现出了某些值得追求的人类价值,而这些价值至少不低于、有时甚至高于程序结果所体现的实质价值。

最后,程序综合主义融合了上述两种价值理论。贝勒斯的理论一方面考虑了成本问题,其中经济成本是工具主义导向的,而道德成本概念则是固有内在价值导向的;另一方面,源自固有程序价值的收益也同样体现了固有内在价值。但在笔者看来,这种将不同价值理论熔于一炉的做法是行不通的。首先,在价值理论的视野中,程序综合主义并不构成与基于外在价值的程序理论以及基于固有内在价值的程序理论相并立的一种理论立场。其次,即使这种立场可以成立,基于上文所指明的程序工具主义的错误(以及有待下文指明的程序本位主义的不足),程序综合主义也不足以来说明“程序为什么重要”这个问题。最后,这种立场的具体操作涉及一个重大困难,即如何比较不同类型的成本问题。即使经济成本是可以计算的,错误定罪所导致的道德权利的减损又如何进行量化计算?固有程序价值如何在利益上测算?进而,经济成本如何能够与道德权利和程序价值放在同一个公式中进行共量呢?

如此看来,既有学说中可行的思路似乎只剩下了一种,即基于固有内在价值的程序本位主义理论。据此,“程序为什么重要”这一问题的答案在于:程序的存在本身就足够重要,因为它显现出了某些值得追求的价值。但真的是如此吗?至少在我看来,固有内在价值的思路尽管重要,但依然不足以充分地回答我们的问题。这是因为基于固有内在价值的程序理论至少具有以下两个缺陷:

它没法确证程序的固有内在价值包括哪些价值,这些价值间的关系是什么。萨默斯提出的九项程序价值之间既有重合也有分歧。所谓程序固有内在价值的范围究竟有多大?应该取

[18] Lawrence Solum, "Procedural Justice", 78 *Southern California Law Review*, 191(2004).

[19] Marvin Frankel, *Partisan Justice*, Hill and Wang Press, 1980, p.6.

一个最小公约数还是最大公分母? 不回答清楚这个问题, 就会引致一个非常严重的后果: 我们没法在程序的固有内在价值与外在价值之间做出清楚的区分, 进而无法充分地说明哪些价值使得程序本身就足够重要。一旦通常情形下被认为是固有内在价值的要素被证明其实是外在价值, 那么程序本位主义理论就陷入了自我溃败的境地。另一方面, 作为其固有内在价值, 这些价值必然要以某种方式形成“价值的统合”。^[20] 程序是一个整体, 但程序本位主义本身并没有说明它们间的关系。马上可以排除的是这样一种主张, 即这些价值中有一个是终极价值, 其他的都是由其派生出来的价值。因为固有内在价值肯定是非派生性价值, 即使可以证明某种价值是固有内在价值, 由其派生出的其他价值也将失去固有内在价值的属性。如果价值统合不能按照派生关系来建构, 那么又该是怎样一幅图像?

更重要的是, 它没有说明程序与法治的关系。固有内在价值止步于“程序存在本身就足够重要, 因为它的内核是值得追求的价值”这种说明, 因而提供了一幅自我证成式的图景。在这幅图景里面没有法治的位置, 而我们要意图说明的却是现代社会中程序与法治的关系。当然, 也可能会有论者提出两个反对意见。第一个意见是, 那些固有内在价值本来与法治就是一体两面的关系, 指明程序拥有这些价值的同时就指明了程序与法治的关系。但这种意见明显错误, 因为这就相当于说程序穷尽了法治的一切内涵, 两者是完全一的关系, 即使是程序法治论者恐怕也不会持这种极端的观点。第二个意见是, 将程序与法治相联系的预设本身就是错误的。程序就是程序, 它无需与别的事物联系在一起才能证明自己的重要性。但是这样一种看法也明显错误, 因为, 程序并非是一种自我指涉和自我满足的活动, 它毋宁是一种目标指向的实践。其中的道理非常简单: 没有任何一种程序被设计出来是纯粹为了展现那些所谓的固有内在价值(这一点与艺术品不一样), 或者说是为了程序而程序的。程序的制作与运行本身是为了实现一定的实践目标, 而具体实践目标的不同也使得我们可以区分出不同的程序类型。例如, 如果程序的目标是为了最终创制一部法律, 那么它就是立法程序; 如果程序的目标是为了得出一个适用于个案的裁判, 那么它就是司法程序; 如果程序的目标是为了规范行政机关的行为, 那么它就是行政程序, 等等。

迄今为止, 我们得出了这样一个思路: 为了说明程序对于法治的重要性, 我们需要有一种与目标相关的整体叙事, 这个叙事与法治关联紧密。同时, 为了避免落入外在价值理论的窠臼, 程序必须被证明构成了这个整体叙事的一个必不可少的部分。这样一种说明方式, 恰恰要从迄今为止的法律学说几乎尚未涵盖的构成性内在价值理论出发。

三、最低限度的法治概念

程序的构成性内在价值理论必须要说明的是, 程序为什么是法治的构成性要素? 要回答这个问题, 就有必要先来弄清楚“法治”这个概念的含义。毫无疑问, 法治是一种值得追求的政

[20] Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, 2011, p.1.

治理念,同时本身又是一个“本质上有争议的”概念。^[21]显然,对于这样一个复杂概念的全面探讨将超出本文的目的之外。本文只满足于澄清一种“最低限度的法治概念”,即所有具备合理性而又相互竞争的法治版本所共享的观点。只要能说明,程序与这样一个法治的概念内涵之间具有必然联系,也就说明了它对于任何版本的法治观念而言都是必不可少的。那么,什么是最低限度的法治概念?

(一)公共行动标准

首先可以考虑的是最薄弱的法治版本,即依法而治(rule by law)。在这种观念下,法治被等同于一种特定的政府治理方式,即“政府无论做什么事情,它都应该凭借法律行事”。^[22]但以这种方式理解,法治本身没有真正的意义,因为它仅仅被认为是治理社会的一种手段,在任何存在法律的社会都可能存在这种意义上的法治。这就意味着,一旦国家有更好的手段可以用来实现其治理的目标(诸如国家富强、民族复兴等等),作为备选手段之一的法律将毫不犹豫地放弃。如此,法治看起来无异于空洞的同义反复。

我们接着可以考虑稍厚一点的法治版本,即将法治等同于“合法性”(legality)的观点,许多现代的法治理论家够赞同这种观点。“合法性”版本的法治在最薄弱的形式法治之外附加了一些更严格的条件。对于这些条件,公认比较完整的列举是朗·富勒(Lon Fuller)的法律的八项内在道德,即普遍性、公开性、禁止溯及既往、明晰性、不得自相矛盾、不得颁布超出人们能力之要求的规则、稳定性、官方行为与公布的规则之间的一致性。^[23]在富勒看来,这些内在道德是使得法治承担起其必须承担的任务的必要条件,或者说使得法治成为那个任务之构成性部分的前提。^[24]那么,法治应当承担什么任务?这就必须进入到我们在前文提及的那个整体叙事之中。

法律起源于冲突,它是为了解决纠纷与冲突而出现的一种制度化系统,这是一个常识。然而,冲突为什么会发生?又为什么必须要得以解决?很显然,首先,冲突是一种社会现象,而社会现象意味着它涉及的是人与人之间的关系,在一种人与人之间相互隔绝而不发生任何关系的状态下是不存在发生冲突的可能的。其次,这种人与人之间的关系被认为是“不符合常态”的,而之所以会出现这种异态现象,是因为资源的有限性。如果人们可以索取和利用的资源足够丰富,以至于每个人的需求都可以得到最大程度的满足,那么冲突依然不会发生。因此,冲突的根源在于人们之间围绕有限资源之不同需求间的紧张关系,这种紧张关系使得爆发社会战争的危险始终存在。^[25]为了避免战争,维系社会的存续(最终是为了每个个人的自我保护

[21] Jeremy Waldron, “Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?”, 21 *Law and Philosophy*, 137-164(2002).

[22] Noel Reynolds, “Grounding the Rule of Law”, 2 *Ratio Juris*, 3(1989).

[23] 参见(美)富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,页55-107。

[24] 也有学者认为,对上述八项条件的满足将会有助于提高一整套值得追求的“善”。比较 Andrei Marmor, “The Rule of Law and Its Limits”, 23 *Law and Philosophy*, 10(2004), 但这是另一个问题。

[25] 对此可参见霍布斯对于自然状态的描述:(英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,页94以下。

和存续),必须及时解决冲突。当然,出于成本与效率的考虑,一种可行的方式并不是等到纠纷发生之后再以决疑论的方式——对它们加以解决,而是事先就颁布一套公共行动标准来指引人们的行为,通过人们行为趋向的一致性来最大限度地防止冲突的发生。而一旦当冲突实际发生之后,这套标准也同时成为冲突解决的依据。最终,借助于这套公共行动标准,人们的行动得以协调,从而社会整合得以实现。只有社会得到整合,社会的存续才是可能的。所以,树立一套公共行动标准并加以实施成为人们的“共享合作事业”。可以说离开了这套公共行动标准,甚至谈论“社会”也是不可能的。

显然,法律作为“规定外部行为并被认为具有可诉性的规则之整体”,^[26]恰好满足了公共行动标准的要求。一方面,它必须是公共的,也就是说,该标准必须对于所有的社会成员一体适用、一律开放,而不能仅适用特定的人群。如果仔细考虑“合法性”所提出的那些条件(富勒的八项法律的内在道德要求),就会发现,它们实际上正是围绕“公共性”这一点展开的,缺乏了这些形式合法性条件,规则也就不成其为规则,^[27]社会整合这一目标就岌岌可危。另一方面,它必须是行动标准。它必须告诉人们在特定场合,什么样的行动被认为是恰当的。同时,它还隐含着某种制裁机制,一旦有人未采取被认为是恰当的行动(因而产生冲突),这种标准中的制裁措施就会适用以纠正偏离性行为,使之恢复到标准或常态。法律必然是这样的行动标准,它不仅告诉人们该怎么做,也迫使人们实际上去这么做。所以,“合法性”的法治观尽管没有言明,但必然蕴含着这样的基本观念:法律应当有能力提供有效的行动指引。^[28]因此,在“合法性”法治观看来,确保社会成员对于法律这套公共行动标准的遵守就是法治的根本任务所在。行文至此,似乎答案已经呼之欲出了:为了社会存续,必须要进行社会整合;树立和遵循公共行动标准是社会整合的构成性部分;而法律是最重要的公共行动标准。所以,树立和遵循法律是社会整合的构成性部分。显然,这是建立在构成性内在价值基础上的法治理论。同时,最为恰当的法治观念似乎也就一并明了:法治就意味着“合法性”。果真如此么?

(二)正确的公共行动标准

上文的叙事尽管没有问题,但却是不完整的。公共行动标准要能够有效发挥社会整合的效果,其本身还必须被证明为“正确的”(correct)。只有正确的公共行动标准才能真正发挥社会整合的功能。进而,在任何存在法律的社会,要确保社会成员对于法律的长期遵守,仅仅依靠支撑“公共行动标准”的那些形式合法性条件及制裁机制是不够的。还必须要有一般性的方式来证明,社会中既存的特定法律是正确的或者说,社会成员必须拥有对于特定法律之正确性的一般确信。这是因为:

针对任何行动标准的行为,都包括对“认可”和“实施”两个部分。诚然,这两个阶段可以相

[26] (德)赫尔曼·康特洛维茨:《为法学而奋斗 法的定义》,雷磊译,中国法制出版社 2011 年版,页 156。

[27] 在富勒看来,法律是使得人们的行动服从于规则之治的事业(富勒,见前注[23],页 88)。换言之,缺失了形式合法性条件,法律就不能被视为“规则”。这些形式合法性要件是规则的构成性要素。

[28] Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue”, in *The Authority of Law*, Clarendon Press, 1979, p.218.

对独立,它们之间并不存在逻辑上的必然联系。因为出于种种原因,人们会认可某种行动标准,但在某些场合中却不去实施它(例如我们都可能会赞成“见义勇为”,但当自己面对抢劫他人的歹徒时却畏葸不前)。反之,在某些场合中人们会实施某种行为,但却未必见得认可相关标准(与抢劫他人的歹徒奋勇搏斗的人未必认可“见义勇为”,也有可能是为了成名)。但是,如果认知与事实长期处于隔绝状态,不仅会在许多情况下使得该行动标准丧失实效,也会在很大程度上影响该标准的效力。对于法律这种公共行动标准而言同样如此。法律本身并不调整人们的内在思想,而只要求外在行为的一致性(合法性),也就是说只要求对法律的遵守(实施),而不要求对法律内容的认可。但是,如果法律的内容得不到社会公众的普遍认同,那么以制裁机制为后盾的外在行为一致性必然无法长期维持。对法律的认可自然不必与法律的实施时刻保持同步。但从长远看,对法律的消极态度可能导致公民不服从现象,影响法律的实效。一旦丧失实效,法律显然再也无法完成社会整合的任务。因此,尽管“合法性”本身并不要求对法律的认可,即认为“法律是正确的”,但缺乏对法律的认可却会导致社会分裂的后果。在此意义上,我们才能恰当地体会伯尔曼(Berman)的那句名言的深意——“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”〔29〕

因此,任何有效的法律的背后都必然存在一个社会价值系统或一种形成共同价值观念的机制。这种价值系统或机制赋予法律以正当性,单纯合法性本身并不等同于正当性。法律的形式属性,只有在一种道德实践的意义上是“合理的”而言,才能够在特定社会条件下使得合法性具备正当性成为可能。〔30〕这说明,法律的正当性只能另寻他途。另一方面,这种价值系统或机制也赋予法律以权威。法律总是伴随着一定的权力,权力总是试图阻断法律的形式与法律的内容之间的联系,从而让社会成员只服从法律本身而不去追问法律内容的正当性。但是权力如果想要达成这种效果——当人们面对行动问题时,搁置自己的判断而听从权力的判断——它就必须上升为权威。权威是一种被正当承认的权力。〔31〕民众对一种权力在认同、信任和忠诚等方面缺失或出现赤字,就会产生所谓正当化危机。〔32〕而这种认同、信任和忠诚无疑也是建立在权力本身是否与社会价值系统或机制相容这一点之上的。可以说,这种社会价值系统或机制就是使得权力变为权威的条件。在这里,正当性与权威合在一起,构成了正确性的两个面向。同时也可以看到,社会价值系统为特定法律之正确性提供确信的方式是“一般性的”,也就是“概括认可”。它并不要求每一个具体的法律规范都符合特定的价值要求,而只是要求法律体系大体吻合社会价值系统。也正是这一点,使得法律的权威可以阻隔对于具体法律规范内容正确性的追问。

总之,有效的社会整合所要求的不仅仅是社会成员在外在行动上的一致性,也要求信念与

〔29〕 (美)伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,页3。

〔30〕 参见(美)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,三联书店2003年版,页566。

〔31〕 (德)韦伯:《经济与社会(上)》,林荣远译,商务印书馆1997年版,页263。

〔32〕 (德)哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版。与所引用的译著不同,本文将legality译作“合法性”,相应将legitimacy一概译作“正当性”。

行动、认可与实施的统一。因而它必须建立在“正确的公共行动标准”基础上,即将“正确性”(实质要素)与“合法性”(形式要素)共同作为构成性要素。^[33]那么,法治是否就意味着这两个要素的统一?显然并非如此。因为传统社会同样是有效整合的社会,但传统社会并非法治社会。这说明,虽然法治是对正确的规则系统的认知与实施,但并非所有认知与实施规则系统的实践都属于法治。那么,法治的独特性何在?

四、现代社会中的程序与法治

本文认为,法治的独特性不在于“合法性”,而在于“正确性”。进言之,不在于要不要正确性,而在于获得正确性的方式,而程序正与正确性的获得方式相关。因此,法治的独特性与程序的重要性问题要同步得到解决,而解决的背景则在于现代社会相对于传统社会的独特性。

(一)价值分歧与共识的制度化重构

现代社会的独特性何在?第一点在于“价值分歧”这个概念。正确性是一种价值共识。社会冲突尽管主要表现为社会成员之间行动上的分歧,但往往与观念上的分歧有着直接联系。价值分歧又包括两种类型。^[34]第一种是价值适用的分歧。某些情形中,社会成员不会对“我们应当认可何种价值”的问题发生分歧,但会对“如何落实这些价值的要求”出现严重分歧。第二种是价值之间的固有分歧。在另外一些情形中,人们在“我们应当认可何种价值”这一点上就已发生严重分歧。例如当代美国社会中关于堕胎问题,就存在支持堕胎的妇女自决权观念与反对堕胎的生命义务论观念间的固有价值分歧。与价值适用分歧相比,价值之间的固有分歧无疑更加深刻。随之而来的是,两种分歧所导致的效果也是不同的:价值之间的固有分歧往往隐含着社会分裂的危险,因为当社会成员之间缺乏基本共识时,也就意味着他们不愿意以“共同体”的方式进行共同生活了,“社会”于此难以存续。相反,价值适用的分歧只是在行动协调方面存在问题,却没有在社会价值系统或形成机制的内在凝聚点上发生争议,因而社会大体可以存续下去。我们把只存在价值适用分歧的社会称为价值一元的社会或同质社会,而把存在价值之间固有分歧的社会称为价值多元的社会或异质社会。

如果比照这个标准,那么我们大体可以认为,传统社会属于价值一元的同质社会,而现代社会则属于价值多元的异质社会。传统社会的一个重要特征在于,社会成员之间在大体上分享着同一社会价值系统,尽管对如何落实这套体系的具体做法上可能存在分歧。在古代,人们普遍相信:法律的内容具有道德正当性,是以共同体的善为导向的。^[35]正如韦伯(Weber)的研究所表明的,即使是在最古老的法发现(即相互争斗的氏族之间以神谕或为手段的赎罪程序

[33] 当然,这里首先要解决一个价值理论上的先决问题,即事物的构成性要素可以不只是一个。这一点已为学者所证明,本文不再赘述。关于对“构成性的多样性”的证明请参见 Andrei Marmor, “Constitutive Conventions”, in his *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, 2001, pp.16—17.

[34] 本部分参考了陈景辉,见前注[6]。

[35] (美)布雷恩·塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,页177。

和仲裁程序中,双方也都确信经由决定性的诉讼手段之非理性的、超自然的性格能获得实质公道的判决。^[36] 传统社会要么是传统型支配的社会,要么是卡理斯玛支配的社会。传统型支配的基础在于人们确信渊源悠久的传统之神圣性,及根据传统行使支配者(包括颁布各种形式的律令)的正当性;而卡理斯玛支配的基础在于对个人及他所启示或制定的规范或社会秩序之超凡、神圣性、英雄气概或非凡特质的献身和效忠。^[37] 在这两种社会形态中,要么是熟悉传统的长老、家父,要么是具备上述特征的超凡世俗或宗教领袖构成了法创制与法发现领域的权威。他们之所以能阻隔社会成员对于立法与裁判之具体内容之正确性的追问,根本原因还在于社会成员拥有这样一种一般性确信,即他们是共同体所分享的社会价值系统的集中代表。正因为这种一般性确信,所以社会成员大可依赖权威者所作的判断,而无需时时刻刻去自行考量该如何行动。长老、家父们固然由于其承担着传承“传统”这种价值系统的责任而可以构成权威,超凡领袖表面上看是由于其个人魅力而获得权威,但其背后依然以一套共享的价值系统为支撑——他之所以成为超凡领袖就是因为他是(或宣称是)这套价值系统最完美的代表者(例如“先知”)。^[38] 也因为如此,他所颁布的行动标准(“圣言”)才会成为权威性指令。可以说,在传统社会中,规范律令的正确性效力传递链条是这样的:一套社会成员共享的价值系统被凝聚到某个代表者(权威者)的身上,然后具体体现在由后者所颁布的规范律令之中。借由特定的个体作为中介,价值共识系统的存在,保证了传统社会中对于法律的认可与实施之间不存在太大的张力,从而有效的社会整合得以进行。进而,法律的“正确性”的问题在传统社会中显得并不“突出”,这并不是因为它在传统社会不重要,而是因为它的获得在当时几乎不成问题。

但这种“天然结合”在现代社会中不复存在。随着尼采(Nietzsche)以预言般的口吻宣判“上帝已死”,现代社会进入到了一个“诸神之争”的阶段。原本为社会成员所共享的社会价值系统已经溃,一元论的世界景象消失了,随之而来的是价值的多元化。社会成员之间在许多重大社会行动方面都存在着“信念上的缝隙”,而造成这种缝隙的原因则在于社会成员各自所带有的“社会图景”不同。^[39] 这样一种分歧造成了“一人一世界”的格局,价值判断在很大程度上被逼退到了个人的主观领域。这样,传统社会中从共享价值系统到代表者再到规范律令的正确性传递链条就被中断了。因为没有任何一个人、包括权威者,可以号称自己在价值判断上可以优先于他人,在价值谱系中任何人的地位都是平等的。为此,现代社会中的法律系统似乎是一个迫不得已的替代性方案:它只要求社会成员保持最低限度即在行动上的一致性,而同时在他们的价值观方面保持足够的开放。韦伯将这样的社会形态描述为法治支配的社会,在这种支配中,一个人之所以服从是由于他服膺依法制定的一

[36] 参见(德)马克斯·韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2004年版,页222。

[37] 参见(德)马克斯·韦伯:《支配的类型》,康乐等译,广西师范大学出版社2010年版,页297。

[38] 每个追求长期存在的政权,它们的领袖都需要被统治者的认可。对此参见 Weber, *Gesammelte Politische Schriften*, 5. Aufl., S.339.

[39] Robert Brandom, *Making it Explicit*, Harvard University Press, 1984, p.139.

些客观的、非个人性的秩序。^{〔40〕}它所崇尚的是这样一种法律形式主义,即让法律依一种技术合理性来运作,并且以此保证各个法利害关系者在行动自由上、尤其是对本身的目的行动的法律效果与机会加以理性计算这方面,拥有相对的最大限度的活动空间。^{〔41〕}也就是说,社会成员可以不认同法律,但他们必须遵守法律。法律尽管“不正确”,但必须要得到实施。这样,社会的存续也似乎是可能的。但前文已揭明,这种信念与行动、认知与实施之间的落差如果长期存在,即使社会从短期看是可能存在的,却无法长期存续(想想因宗教信仰引发的社会分裂就可窥一斑)。但现代社会却依然存续着。这说明,尽管从表面上看,在现代社会,法律系统的“合法性”与“正确性”之间发生了严重的紧张关系,但它必然有某种机制来消弭这种紧张关系,达到有效社会整合的目标。

这就涉及到了现代社会的第二点独特性。传统社会中,一套外部的“自然的”价值系统为法律系统奠定了有关正确性的实质标准。这种实质标准可以是理性的或非理性的。实质非理性的法创制和法发现全然以个案的具体评价作为决定的基准,而非一般的规范。而实质理性的法创制或法发现依据别具特质的非形式化规范来决定法律问题,诸如伦理的无上命令、功利的或其他目的去向的规则、政治准则等。^{〔42〕}它的代表是宗教法及相应的“卡迪裁判”。在现代社会中,既然这种向外寻求正确性的方式已不再有效,那么剩下唯一可行的方式就是向内去寻求获得正确性或者说价值共识的途径。这种趋势,就是韦伯所描述的从“实质”非理性或理性到“形式”理性化的法创造与法发现过程。这样一个过程是与法律活动的世俗化、经济的理性化以及政治上支配形态的变化等诸多因素密不可分的。^{〔43〕}在形式理性化的阶段,法律体系被认为由一些抽象规则依其首尾一贯的系统所构成。司法乃这些抽象规则之运用于具体的案例,为满足组织的成员理性地追求其利益而设的行政程序,由规范组织的基本原则详细规定。^{〔44〕}人类的共同体行动全部都必须被解释为法条的适用或实现,或者反之,解释成对法条的违反。^{〔45〕}也就是说,现代社会中形式化的法律是评价一切人类活动的依据,而其本身正确性却是“自我赋予”的。

显然,法律系统之纯粹的“合法性”面向是无法为其奠定正确性基础的。像普遍性、明晰性、公开性这样的合法性要求即使是恶法(不合乎正确性要求或有违共识的独裁法)也可能满足。但另一方面,法律系统又必然内置一套自我正当化的机制,这套机制能在缺乏外部实质价值系统的条件下人为地构造出法律的正确性评判标准。从这个角度讲,实施这套机制的过程也就是遵守和适用法律系统之一部分的过程,它同样呈现出“合法性”的面目。当然不言而喻的是,这里的“合法性”就必须包含比上文所讲的“合法性”更多的东西。它不仅包括“形式合法

〔40〕 韦伯,见前注〔37〕,页 297。

〔41〕 韦伯,见前注〔36〕,页 220—221。

〔42〕 韦伯,见前注〔36〕,页 28。

〔43〕 对于法律之形式化因素增强的原因及过程的具体描述,参见韦伯,见前注〔36〕,“客观法律的形式性格”及“法律思维的类型与法律名家”两章。

〔44〕 韦伯,见前注〔37〕,页 301。

〔45〕 韦伯,见前注〔36〕,页 29。

性”(公共性)和“有效指引”(行动标准),也包含特定的共识重构机制。^[46]那么,这套机制究竟是什么?

在现代公民社会的背景下,正确性无疑不能通过某个个体或群体将自己的价值观念强加于他人来获得。在创造共识的机制中,平等的公民们必须能自由地来支持或反对某个主张,最后通过某种方式形成一个普遍被接受的决定(或许是暂时的)。这种机制的核心在于“说理”、“论证”,或者叫做“商谈”(discourse)。这种机制解决多元价值社会所带来的困难的方法是,通过公民之间在理性、反思以及公共判断之中,共商公共议题的解决方案。简言之,正确的法律必须源自于公民的商谈。^[47]内置于法律系统的商谈是一种建制化的商谈(法律商谈),例如创设正确规范的立法商谈、正确适用规范的司法商谈等。法律及其意义通过建制化商谈不断自我创生、改善与正当化,而法治国家的内容不外乎是逐步改善集体决策程序的制度化作业。价值多元的现代社会也正是通过商谈这种试错过程中暂时性共识的积累来求得共识、得以整合的。因此,法律商谈是现代社会应对价值分歧、人为重构共识的制度化措施,商谈的过程也是落实广义合法性的过程。这就使得现代法律显现出一种哈贝马斯(Habermas)所说的“通过合法性的正当性(正确性)”,^[48]成为一个“自创生系统”。^[49]而法律程序恰恰与制度化的商谈有着密不可分的共生关系。在此基础上,我们才能恰当理解为什么富勒将他的合法性理论称为“程序版的自然法”,为什么说程序“保持着作为规则所应有的品质”。^[50]也正因为如此,富勒将确认社会秩序的程序视为法律制度的基本构成要素,其产生的结果具有法律性质。^[51]因此,关键在于,程序为何是商谈的必要前提?

(二)商谈与程序

完整的商谈机制由三个相互关联的要素构成,即共识、理由与程序。首先,商谈的目的是希望通过公民(及其代表)之间的理性论辩,就“什么是正确的公共行动标准”达成共识。当然,这里所谓的“共识”并不是说每一个公民对于每一个具体的法律规范的内容都表示同意。如果每次遇到行动问题都需要所有公民来达成共识,树立公共行动标准就将变得毫无意义,而它的权威性(让公民搁置自己的判断而听从于它)也无法产生。因此“共识”指的不是事实上的赞同,而是一种规范性标准。同意不是指公民在被咨询的情况下将实际地赞成,而是指他们如果

[46] 这是一种广义的合法性。如无特别指明,本文其他部分言及“合法性”时指的一般都是狭义的合法性。

[47] Cf. James Bohman and William Rehg eds., *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, The MIT Press, 1997, p. IX.

[48] 哈贝马斯,见前注[30],页105。

[49] (德)贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社2004年版。

[50] 参见富勒,见前注[23],页114。

[51] 富勒曾详细研究了七种基本的秩序性程序及其相应的法律形式,并将这种研究良好社会秩序的学问称为“尤诺米克”(eunomics)。See Lon Fuller, “Eunomics: The Theory of Good Order and Workable Social Arrangement”, in his *The Principles of Social Order*, ed. by Kenneth Winston, Hart Publishing 2001, p. 61ff.

依据理性行事就会赞成。^[52] 它是一种调整性观念,要求将制定出所有受其影响的人们一致同意的法律作为目标,而不是期待这一目标在实际中得到实现。实践当中,只能通过按照理性的和合法的原则组织起来的程序做出能够为社会成员所认同的决定。^[53] 也就是说,共识并不要求每个特定的个体都对商谈的结果表示赞同,而只是要求这种结果是经由理性程序而获得的。事实上,商谈未必能在每个具体行动标准上都获得全体认同,但只要后者是在保证了公民平等参与的理性商谈程序的基础上作出的,它就应被视为是共识的结果。在这里,经由程序的正当化和经由共识的正当化是相辅相成、相互作用的。这种相互作用总体上追求这样一个目的,即通过理性和中立的程序,产生对于大多数民众来讲是合理可接受且有约束力的法律规范和决定。^[54] 正是为了保证共识的纯度才需要程序的正当过程原则,在这个意义上满足程序要件就是正当化的前提和基本标尺。^[55] 这里我们看到了一个从共识到程序的明显的论证负担转移。

为了达成共识,需要商谈参与者就各自的主张提供理由。民主社会要求商谈的参与者向其他参与者出示既好又充分的理由,^[56] 这种理由必须经得起主体间的检验。因此,从性质上讲,这样的理由必须是公共理由。提供公共理由的活动是公共推理,它蕴含着这样一种互惠性标准,它在承认社会成员之间的差别无法消除的同时认为:只有当我们真诚地相信为自己的行动所提供的理由可能被其他成员合理的接受下来,作为他们行动的正当依据时,我们的行动才是恰当的。^[57] 公共理由的出示抑制了公民出于私利将独断的价值观强加于他人的可能。^[58] 公共理由与程序同样是扭结在一起的。一方面,程序不强加任何有关法的内容的要求,也不指定一个社会必须拥有的法律的类型,但却要求,无论社会选择制定什么样的法律,它都必须由理由证成。换言之,它要求政府官员和公民受由理由证成的规则的约束并依据这些规则行为。^[59] 另一方面,什么样的理由可算作“公共理由”,不同的公共理由如何被组织起来并对最终的结果发生影响,这又是由程序和程序规则来决定的。

因此,商谈的核心要素是程序。商谈关注的是,如何才能更有助于产生得以被合理证成并合乎公共利益的规范或决定。其提供的答案是,通过公开陈述理由的商谈程序。

[52] Cf. Immanuel Kant, *Political Writings*, Cambridge University Press, 1991, pp.78—80.

[53] (德)莱茵荷德·齐佩利乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社2013年版,页42。

[54] 参见同上注,页91、174。由于合意也代表了一种契约思想,因此,程序正义是契约的非契约性基础,而契约是程序的非程序性基础;程序以同意为自身的正当性依据,而契约原理构成了程序本身的道德论证(参见季卫东:《法律程序的意义(增订版)》,中国法制出版社2012年版,页157、160、175)。

[55] 季卫东,同上注,页160—161。

[56] Lawrence Solum, *supra* note 18, at 230.

[57] John Rawls, “The Idea of Public Reason revisited”, 64 *The University of Chicago Law Review*, 767(1997).

[58] 个人动机是无法变成支持主张的理由的。故而科赫和吕斯曼说,有疑问的动机不会使好的理由变坏,值得褒扬的动机也不会使坏的理由变好。一切都取决于理由的性质。Vgl. Koch/ Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, 1982, S.1.

[59] (美)玛蒂尔德·柯恩:“作为理由之治的法治”,杨贝译,《中外法学》2010年第3期。

在这样的商谈程序中,参与商谈的公民都可针对议题提出自己的看法,通过不断的商谈和辩论,让可能造成负面结果的私利观点被排除,达成共识,得到一个“正确的”结果。所以,程序是商谈最重要的构成性要素,离开了程序,理由的出示就是“无效的”,共识的达成也是“无根据的”。正是程序为商谈提供了“正确性”的标准。简言之,这种理论认为,当一个规范可能是理性商谈程序的结果时,它就是正确的。^[60] 这样一种观念接近于罗尔斯所说的“纯粹的程序正义”。在纯粹的程序正义中,不存在判定正确结果的独立标准,而是存在一种正确的或公平的程序,这种程序若被人们恰当地遵守,其结果也会是正确的或公平的。所以它的一个明确特征是,决定正确结果的程序必须实际地被执行。^[61] 因为在异质社会中已经丧失了独立的实质价值判断来宣称某个结果是唯一正当的。只有经过公共理由辩驳并致力于达成共识的程序本身才能做到这一点。一旦公正的程序得以实施,其结果就将被视为是正当的。如果某个社会成员此时主张这个结果“不正当”,那么也只是从他的个人价值观出发所作的评判,因而不足以对抗乃至否定程序结果的正当性。它反映了这样一种政治道德原则:每个公民,假如要受到解决分歧之制度化程序的约束,都应当能够将程序视为权威的正当来源,后者为争议双方创设了独立于内容的政治道德义务。^[62] 同时,将正确性考量从商谈结果向程序公正转移,正确性问题在一定程度就被转换为制度设计问题进行处理,可以尽量在技术化、理性化的条件下化解进行适当的价值判断的困难。故而,只要法律程序接近于充分的程序合理性的要求,因为它们与建制化的、因而是独立的标准相联系,根据这些标准就可以从一个非参与者的眼光出发来确定法律规范是否是正确的。^[63] 这样,我们对于“正确性”的关注重心就从商谈结果转移到了程序本身上来。

程序公正有赖于独立的程序标准,而这些标准中最重要的是程序规则。通过受理性规则调整的程序来证明规则系统的正确性,这种方式可以被称为“普洛克鲁斯特之床式的”证立(‘Procrustean bed’ justification)。^[64] 因为它要求以程序规则来评判商谈中提出的理由:符合程序规则的理由是有效的,而不符合规则的理由是无效的。因而,程序是否公正就与程序规则是否理性联系在了一起。

[60] 参见罗伯特·阿列克西:“程序性法律论证理论的理念”,载(德)罗伯特·阿列克西:《法·理性·商谈》,朱光、雷磊译,中国政法大学出版社2011年版,页88。必须注意的是,程序本身并不提供特定的实质性主张,它只是在各个参与者既有的价值主张中通过理性方式来确定其一作为商谈结果。所以考夫曼认为,商谈不是一种虚构之思维模式,而是发生于事实上存在的论证共同体之中,在其中实际经验和关于“实在”的确信不断呈现。Vgl. Kaufmann, *Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit*, 1989, S.30.

[61] (美)约翰·罗尔斯:《正义论》(修订版),何怀宏等译,中国社会科学出版社2009年版,页67。

[62] Lawrence Solum, *supra* note 18, at 278.

[63] 对这些标准的一个经验性研究参见 John Thibaut, Laurens Walker, Stephen LaTour, and Pauline Houlden, “Procedural Justice as Fairness”, 26 *Stanford Law Review*, 1271-1289(1974).

[64] Colin Kaufmann, “The Nature of Justice: John Rawls and Pure Procedural Justice”, 19 *Washburn Law Review*, 199 (1980).

理性的程序规则包括商谈参与规则与商谈结果的决定规则两大类。商谈参与规则涉及社会成员(及其代表)参与相关商谈程序的保障、责任与效果等。^[65]这类规则最重要的目标在于确保社会成员(及其代表)有效地参与商谈。参与可以是直接的,也可以是间接的(代表)。但无论是直接的还是间接的,都必然符合这样一个“参与正当性命题”:必须授予那些受程序约束者以参与权,以便使这些程序被视作权威的正当性来源。参与的价值不能被化约为对商谈结果之发挥效果这一功能,也不能被化约为一种主观的偏好或满足感。^[66]以参与为核心的结构要求程序发挥促进和制约两方面的重要作用。^[67]促进在于调动参与者的积极性来“为权利(价值)而斗争”;制约则起到“安全阀门”的作用,即约束并引导参与者有序地提出、论证自己的主张,并排除掉不合理的要求。故而,参与正当性命题是一种关于程序之规范正当性的宣称,而并非首先是关于这类程序在心理上的可接受性的宣称。^[68]我们可以认为自己受到一个“错误”决定的约束是正确的,假如它是这样一种程序的结果,后者为我们提供了一种充分的参与机会。

商谈结果的决定规则涉及当商谈程序无法得出共识时,该如何决定商谈结果的问题。合乎理性程序的商谈实施之后,会产生三种可能:某个规范或决定相对于商谈参与规则、对其满足的程度以及参与者而言是商谈上必然的;某个规范或决定相对于它们是商谈上不可能的;某个规范或决定相对于它们既非必然也非不可能,而是商谈上可能的。^[69]商谈上必然与商谈上不可能的都意味着参与者达成了共识,一种是积极共识(正确的行动标准被树立),一种是消极共识(没有特定树立行动标准)。但商谈上可能则意味着共识未达成。有时参与者之间的价值分歧是如此之大,以至于经过理性程序规则下的充分商谈之后依然无法得出一个唯一正确的答案。此时,必须要借由某种结果决定规则来获得一个结论。它可以是一种决断规则,比如授权某个人在商谈的基础上作出决断(例如司法程序中的法官),或者通过投票的方式来决定(如立法中的多数决)。^[70]它也可以是一种推定规则,例如刑事审判程序中无法证明被告人有罪(但也不是完全没有有罪证据)时推定其无罪(无罪推定)。在一个价值多元的社会,容忍价值分歧的存在是合理的,穷尽了商谈之后留待决断或推定来获得结果的做法也是合理的,它们是“共识”达成的特殊形式。

总之,在现代社会,规则系统的正确性需要通过商谈来获得,而商谈的核心要素在于程序。

[65] 例如,阿列克西将普遍商谈规则划分为五组,即基本规则、理性规则、论证负担规则、证立规则与过渡规则(参见(德)罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国政法大学2002年版,页366—369)。它们都属于我说的商谈参与规则,当然它们并非是穷尽性的。

[66] Lawrence Solum, *supra* note 18, at 191, 275.

[67] (日)谷口平安:《程序的正义与诉讼(增订本)》,王亚新、刘荣军译,中国政法大学出版社2002年版,页20。

[68] Lawrence Solum, *supra* note 18, at 286.

[69] 参见罗伯特·阿列克西:“商谈理论问题”,见前注[60],页117。

[70] 关于程序规则、合意原意以及多数决原则之间关系的细致研究,参见 Zimmermann, *Multideontische Logik, Prozedurale Rechtstheorie, Diskurs, Rechtstheorie* 30(1999), 311, 311f.

程序不仅为共识提供了可能与限制,也对公共理由的有效运用和组织化施加了外部规制。理性商谈程序及其规则最终为公共行动标准提供了“正确性”标准。如果说法律是一种“齐步权威”的话,那么能够发挥这种调整社会成员行动之功能的权威性恰恰来自于具备理由论证功能的程序。^{〔71〕}

(三)作为整全性法律实践的法治

行文至此,我们已经大体证立了这样一种最低限度的法治概念:法治是通过商谈树立与实施规则系统的整全性实践。同时,程序在其中的构成性地位也得到了说明:商谈的核心要素在于程序,离开程序就无法进行理性的商谈。因此,程序是获得正确性的构成性要素,进而也是法治的构成性要素。

但我们仍可能面临两种反对意见。一种意见认为,法治虽然由“程序性商谈”与“合法性”两个构成性要素组成,但除商谈外“合法性”同样是区分法治与非法治的标准,因为传统社会尽管存在法律,却缺乏“规则化”的观念与实践。如下所述,这一判断是否成立是存疑的。即使这一点成立,也不能抹杀现代社会在正确性获得方式上的特殊性,因此并不影响我们关于程序与法治之关系的结论。真正构成挑战的是第二种意见,这种意见认为,尽管正确性与合法性都是有效社会整合的构成性要素,但是法治依然可以只与合法性相关。在现代社会中,商谈与法治不是一回事,它们分别与“正确性”与“规则系统”这两个虽有联系但逻辑上依然可分的不同部分相关。因而它们虽然都具有构成性的地位,但却依然是两个没有必然联系的事物。^{〔72〕}

但在笔者看来,这样的理解尽管在逻辑上没有问题,但在价值上却是不可取的。法治是一个诠释型概念,诠释的关键在于目的与实践的关系。诠释者一方面要从实践中抽象出一个一般性的目的,另一方面也要比照这个目的来调整实践以便使之以最佳的方式实现目的。当我们诠释法治实践时,“我们会对它进行批评,这也是诠释的一部分,在进行批评和提出意见的同时,我们就已经将自己的立场所希望的目的加诸进去,这就是诠释者对诠释对象所赋予的目的。”^{〔73〕}传统社会与现代社会当然存在着诸多方面的差别,但在这些差别中最重要的无疑包括了“人治”与“法治”这两种治理方式之间的差别。在对“法治”进行诠释时必须突出这种差别,但是,仅仅依据“合法性”显然无法做到一点。因为“合法性”取向于“规则之治”,但从理论逻辑上讲,一个人治的社会可以同样是实行规则化治理的社会。因为由个人或少数人以独断的价值判断方式来树立公共行动的标准并加以实施,这种治理模式完全是可以想象的。人治可以是卡理斯玛式的(非规则化的)统治,也可以是理性的(规则化)的统治。但无论是何种方式,规则系统都只是人治的手段而已。因此,如果只将“合法性”这种形式条件作为法治的独特标志,就会模糊法治与人治的区分(或认为法治与人治是相容的),从而大大降低法治作为一种政治道德的理想色彩。法治有必要包含“法律如何获得正确性”问题,正是凭借商谈这种正确性的获得方式,以法治为特征的现代社会才得以与传统社会区分开来。因此,法治与人治最主

〔71〕 参见季卫东:“法制的权威”,《中国法学》2013年第1期。

〔72〕 参见陈景辉,见前注〔6〕。

〔73〕 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, 1986, p.52.

要的区别不在于“合法性”，而恰恰在于“商谈”与“程序”。

能把合法性与商谈联系在一起的，是一种我称之为“作为整全性法律实践的法治”(rule of law as an integrative legal practice)观念。它表达了这样一种政治理想：法治应当被视为一种关于法律实践的整体性追求，它不仅要求法律合乎特定形式要件并能有效指引人们的行动，而且要求法律的产生本身也符合特定的要求，以确保对法律之正确性的一般确信。这样的理想可以追溯到法治最古老和最经典的版本，即亚里士多德(Aristotle)所界定的法治的双重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律，〔74〕即所谓“普遍服从”与“良法之治”。前者涉及法律的遵守与实施，而后者则涉及法律的树立与认可。只是，在价值多元的现代社会中所谓的“良法(正确法)”是通过商谈程序来确立的。〔75〕因此，法律是一种实践理性或者说公共行动标准，法律实践的完整领域包括法律的认可与实施两部分，法治就是将这两部分紧密结合在一起的整全性法律实践。

在这幅图景中，商谈程序与合法性构成了法治的两个相互支持的构成性部分。一方面，在现代社会中法律相对于社会生活构成了一个功能封闭的自治系统，但它不是独自获得其自主性的。它自主的程度取决于，为立法和司法的目的而建制化的那些程序，在多大程度上保证了公平的意见形成和意志形成过程，并且以这种方式使道德的程序合理性有可能同时进入法律和政治之中。〔76〕另一方面，即使是道德上得到充分论证的法律规范，它们也只有在这种情形下才是可期待具有效力的：用这些规范来指导其实践的那些人，也可以期待所有其他人也合乎规范地行动。〔77〕因为规范得到充分证立是一回事，而人们愿意实施或遵守它是另一回事。〔78〕通过商谈程序获得的、认定一个规范正确因而有效的一致性判断不必然导致为所有人所遵守的后果，这导致了以强制性为后盾的法律及其实施的必要性。〔79〕因此哈贝马斯认为，法律具有双重有效性根据：一方面涉及证立原则，另一方面涉及颁行原则。〔80〕法治要实现的，是道德基础上的合法强制。同时如前所述，在现代法治社会中，程序本身又要受到法律制度的调整。以合法性(广义)为中介的正当性(正确性)之所以可能，是因为产生法律规范的程序在道德实践之程序合理性的意义上也是合理的，是因为法律程序与服从其自身程序合理性的道德论证之间的相互交叉。〔81〕因此商谈程序(正确性)与合法性的互动关系又呈现为一

〔74〕 (古希腊)亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1983年版，页199。

〔75〕 这也导致了“法律”与“法治”在概念上的分离：法律可以是不正确的，而法治必然要求正确法。这种要不是法律要求而是政治道德的要求。

〔76〕 哈贝马斯，见前注〔30〕，页615—616。

〔77〕 哈贝马斯，见前注〔30〕，页583。

〔78〕 这一想法可以追溯到康德关于判断原则(principium diiudicationis)与执行原则(principium executionis)的区分，参见Kant, Vorlesung zur Moralphilosophie, 2004, S. 55f.

〔79〕 参见罗伯特·阿列克西：“商谈理论与人权”，见前注〔60〕，页139。

〔80〕 哈贝马斯，见前注〔30〕，页615。有学者概括为“事实力”(可接受性)与“社会效力”(主体间接接受的社会事实)。Vgl. Karaácsony, Prozedurale Rationalität und die Möglichkeit der Gesellschaftskritik, ARSP 87(2001), 97, 99.

〔81〕 哈贝马斯，见前注〔30〕，页569。

种法律制度内部的动态关系。正是这种生生不息的内部动态调适,推动着法治实践。

可见,作为整全性法律实践的法治是以程序为中心的,不妨称之为“程序法治”。程序法治力图实现的是一种复合型的程序正义。一方面,程序正义的核心组织原则与整合原则是商谈,^[82]商谈的核心是给出理由以达成共识,因此程序法治展现出“理由之治”的色彩。另一方面,程序正义最终要为作为商谈产物的法律规则系统提供判断标准,并由后者来进行社会治理,同时其本身也受到先前法律规则的调整,因此又呈现出“规则之治”的色彩。法治就是“规则之治”与“理由之治”的统一。

五、结 语

为什么法律程序对于法治而言是重要的或必不可少的?这是法律理论和政治理论上争论不休的问题。它的困难之处在于,存在着太多可以回答的角度,而每个角度都各有合理之处。本文尝试从价值类型理论出发,对这一问题给出不同于以往的回答,并认为这个回答更稳固地奠定了法律程序之重要性的理论基石。如果作个小结的话,这个回答的思路大体是:①只有从构成性内在价值出发,才能恰当地来说明程序之于法治的重要性;②社会冲突是任何社会的常态,为了避免社会分裂必须进行有效的社会整合,而正确的公共行动标准(法律)是有效社会整合的必要条件;③现代社会中价值分歧的常态化,使得援引外部价值系统的做法无效,只能通过内置于法律系统本身的人为共识的机制来获得正确性,这就是法律商谈,而商谈的核心要素在于程序;④最低限度的法治概念就是通过程序化的商谈树立正确的法律规则系统并加以实施的整全性实践。⑤因此,程序是法治的构成性要素:没有程序,就没有商谈;没有商谈,就没有法治;没有法治,就无法进行有效的社会整合;缺乏有效的社会整合,因价值分歧和社会冲突所导致的现代社会的分裂将无法弥合,社会也将难以存续。

程序之所以对于法治而言是重要的或必不可少的,就是因为它是法治的构成性要素,最终也是社会整合的构成性要素。在现代社会中,规则系统之“正确性”的实体标准需要通过说理获得,程序虽然无法创造实体,却为说理提供了标准。而在传统的人治社会中,“正确性”是无需通过说理来获得的。只有清楚这一点,才能理解美国大法官道格拉斯(Douglas)那句广为流传、并被季卫东教授《法律程序的意义》一文铭于卷首的话:“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的基本区别。”^[83]

(责任编辑:徐爱国)

[82] Hoffmann, *Verfahrensgerechtigkeit*, 1992, S.14.

[83] Justice William O. Douglas's Comment in *Joint Anti-Fascist Refugee Comm. V. Mcgrath*, See *United States Supreme Court Reports* (95 Law. Ed. Oct. 1950 Tem), The Lawyers Cooperative Publishing Company, 1951, p.858. 转引自季卫东:“法律程序的意义”,《中国社会科学》1993年第1期。