

## 二、法知識論

### 8. 法論證理論的基本問題

## 8.1 論證的概念

---

- ▶ 「論證」(argumentation): 提出理由以支持或反對某個主張的活動。
- ▶ 論證的目標: 說服聽眾接受自己所欲支持主張的正確性。
- ▶ 法官、檢察官、律師、法律學者的工作都具有論證性，只是其所欲論證的主張有所不同。
- ▶ 幾個跟論證有關的關鍵概念:
  - 說服(convince, überzeugen)
  - 聽眾(audience, Auditorium)
  - 正確性(correctness, Richtigkeit)

# 「說服」的概念

■ 論證是一種用理由來「說服」聽眾(論證的參與者)的活動。→

- 論證活動具有「對話」的性質。
- 說服的目的: 使聽眾接受自己的主張。如何作到?

■ 「說服」(convince, überzeugen) vs. 「勸服」(persuade, überreden)

- 說服: 以「理」服人 (使聽眾因相信主張的正確性而接受)
- 勸服: 以「利」、「力」服人(利用聽眾的情緒或心理來迫使或誘使聽眾接受)

# 「聽眾」的概念

---

- 「聽眾」：論證者所要說服的對象
- 聽眾的範圍：
  - 論證者個人(獨白式的論證)
  - 制度性論證(如法院訴訟)的參與者(法官、律師、檢察官與各方當事人)
  - 所欲論證之主張(如某個規範)可能影響到的所有對象。
  - 所有社群成員
  - 所有人 = 普世聽眾(universal audience)

# 「正確性」的概念

- ▶ 論證的目標: 提出理由來說服論證的參與者接受其主張的正確性
  - 論證者必然會宣稱其主張是正確的(正確性宣稱, **the claim to correctness**)
  - 論證者必須能夠提出理由來支持其主張的正確性(可證成性的擔保, **the warranty of justifiability**)
  - 論證者必然期待其他參與者會接受其主張的正確性(接受的期待, **the expectation of acceptance**)
- ▶ 關於正確性的幾個問題:
  - 規範性主張的正確性，通常繫諸於證立該主張所提出的理由的品質(好的理由 **vs.** 壞的理由)。
  - 規範命題的正確性，往往是一種「基於共識的正確性」: 凡是論證的所有參與者都能夠合理接受的主張，就是正確的。→
  - 「合理接受」: 基於理由的說服力而接受。
- ▶ 理性論證程序的建構: 如何建構出一個公平的論證程序，讓論證者能夠自由、充分地說理，讓參與者能夠基於理性的判斷自願地接受某個主張，而達成共識。

## 8.2 程序性論證理論

---

- 程序性論證理論(a procedural theory of argumentation)的理念:
- 「一個規範命題N是正確的，當且僅當，N是一個理性論證程序的結果。」
  - 理性論證程序的目標: 在此一程序中透過說理達成共識。
  - 理性論證程序的內容: 建構出一套理性論證的程序性規則，遵守此一程序規則所達到的共識，即為正確的。

# 理性論證程序規則之概要

---

- (1) 關於理性溝通的規則
- (2) 關於論證程序公正性的規則
- (3) 關於論證責任負擔的規則
- (4) 關於規範命題證立的規範—最重要的為「可普遍化原則」

# 理性論證程序規則之概要(續)

## ▶ 理性溝通的規則:

- 論證參與者不能提出自我矛盾的主張
- 論證參與者的主張必須具有一貫性
- 論證參與者的主張必須具有真誠性(不能主張自己所不相信之事)

## ▶ 論證程序公正性的規則:

- 普遍性: 任何具討論能力者都能參加論證
- 平等性: 論證的參與者地位是平等的，他在論證中可以提出任何主張，唯一能分出其主張高下的是其所提出理由的優劣。
- 無強制性: 任何論證的參與者都不能因強制力而被剝奪參與論證的權利。

# 理性論證程序規則之概要(續)

## ■ 論證責任負擔的規則:

- 論證者於他人提出質疑時，必須提出理由來證立自己的主張。
- 已提出理由者，論證責任轉移至質疑的一方。
- 欲將兩個人**A**和**B**作不相同對待者，負有論證責任。(貫徹論證平等性的要求)
- 欲偏離制度的既存規定或實務見解者，負有論證責任(慣性原則, **the principle of inertia**)→
- 訴諸既存規定或實務見解者，不須再提出額外的理由(制度性解決方案的存在本身就是一種理由，允許權威性理由的存在)

# 理性論證程序規則之概要

## ► 規範命題的證立規則—可普遍化原則

- 對於相同的事物應該作出相同的評價: 如果**a**可以作為支持某個規範命題**N**的理由，那麼所有與**a**具有相同特徵的**b**，也必須是支持**N**的理由。(證立某個規範命題的理由必須具有普遍性)
- 規範命題**N**的要求或後果必須能夠為所有相關參與者所接受→
  - 「角色轉換原則」：論證者提出一個涉及他人的規範命題**N**時，當其置身於該他人之處境時，必須也能夠接受**N**的要求或其所帶來之效果。
- 所欲證立之規範命題**N**必須具有公開性與可教導性

# 可普遍化原則的例子

- 如果**A**「甲砍斷他人左手拇指、食指與中指」可以作為「處甲以重傷罪之刑罰」的理由
- 試問: **B**「乙砍斷他人右手拇指、食指與中指」是否亦可作為「處乙以重傷罪之刑罰」的理由?
- **A**具有哪些特徵使它可以成為「處重傷罪之刑罰」的理由? (參考最高法院**29**年上字**135**號判例)
  - **M1**: 「凡毀敗一肢之機能者，即係重傷」
  - **M2**: 「喪失手之作用，係毀敗一肢之機能」
- 承上，若**C**「丙砍斷他人之無名指與小指」是否可作為「處丙重傷罪之刑罰」的理由?
- 若你認為丙不處以重傷罪之刑罰，你要如何論證?

# 理由無法可普遍化的例子

---

- 死刑犯某甲膝下無子，在臨刑前希望透過生前取精方式，以人工生殖技術使其妻受孕，以完成其傳宗接代之心願，甲的要求在法律上是否應被准許？
- 一個常見的不准許死刑犯取精進行人工生殖的理由：
- 「考量到未來子女可能一開始就生長在單親家庭，這對於他們來說是很大的不幸或不利益，為了未來可能子女的利益著想，應該不要讓他們出生，因此必須禁止上述情況的人工生殖。」
- 這個理由可被普遍化嗎？

# 試看下列兩個論證

- 一出生就沒有父親的子女蒙受很大的不利益，所以不應該讓其出生。
  - 死刑犯取精所生之子一出生就沒有父親。
  - 所以，不應該讓死刑犯取精生子。
- 一出生就沒有父親的子女蒙受很大的不利益，所以不應該讓其出生。
  - 遺腹子一出生就沒有父親
  - 所以，懷有遺腹子的母親都應該去墮胎。
  - 你能夠接受這個結論嗎？

# 再看下列兩個論證

- 一出生就沒有父親的子女蒙受很大的不利益，所以不應孕育一個一出生就沒有父親的子女。
- 死刑犯取精會孕育一個一出生就沒有父親的子女
- 所以，不應該准許死刑犯取精生子
- 一出生就沒有父親的子女蒙受很大的不利益，所以不應孕育一個一出生就沒有父親的子女。
- 甲男經醫生診斷罹患絕症，被告知只能存活六個月。即便和其妻生育子女，也可以預見其子女一出生就沒有父親
- 所以，不應准許罹患絕症的甲生育子女。
- 這個結論似乎也是不能接受的。
- 假使我們認為絕症爸爸仍有生育子女的權利，基於可普化原則那麼我們似乎也應該認為死刑犯也有生前取精以生育子女的權利。

# 角色轉換原則

- 「設身處地，亦能接受」
- 問題: 如果你主張「欠債應該還錢」，當你是債務人時，你就一定能夠接受「欠債還錢」這個規範命題嗎？
- 大部分人都只想接受對自己有利的規範，而不想接受對於自己不利的規範。
- 角色轉換原則的預設：
  - 當我們在考慮，判斷是否會合理接受某個規範之前，我們是處在「無知之幕」的背後作判斷。
  - 我們必須假設，我們不知道未來我們會處在哪個地位或哪種利益狀態。當無知之幕揭開之後，你有可能是欠債的人，也有可能是享有債權的人。
  - 背後的想法: 論證的無私性(impartiality)與公平性(fairness)

# 理性論證程序的界限

- ▶ (1)理性論證程序的有些要求(如普遍性、平等性、可普遍化原則等)與條件(充分的時間、資訊)只能夠以「趨近」的方式實現。
- ▶ (2)理性論證程序不保證能獲得唯一正確的結果(共識的非絕對性與非單一性)→
- ▶ 理性論證程序轉化為法律制度的必要性:
  - 某些理性論證條件(如普遍、平等、無強制性等)的實現，必須透過制度性的設計(例如賦予當事人一定基本權利，例如平等權與言論自由)才能加以確保。
  - 當理性論證程序產生多個不相容的結果，需要有制度性的解決之道。(例如引進民主多數決的立法制度)
  - 透過法律權威作出一個裁斷，有時反而符合某種理性(解決衝突的需要、避免浪費資源)，至少是比較有效率的作法

## 8.3 法律論證的特性

- 法律論證和一般規範論證(一般實踐論證)的相同之處：
  - 法學論證也是一種規範論證: 關心的都是規範命題(命令、禁止、允許某個行為的主張)的正確性如何證成的問題。
- 法學論證和一般規範論證的不同：
  - 特殊的法學論證形式: 各種解釋方法、類推適用、目的性限縮、反面推論等等
  - 權威性的理由占有相當分量: 訴諸立法權威(制定法的拘束力)、遵循判決先例、訴諸權威學說。
  - Q. 訴諸權威如何能夠算是「理性」論證?

# Alexy的特案命題(the Special Case Thesis)

- 法律論證是一般實踐論證的特殊案例(special case)
- 法律論證是一種在現行有效法的限制之下所進行的論證。
  - 法律論證中所提出的正確性宣稱：宣稱其主張按照有效法秩序的規定是正確的
    - → 法律命題的正確性不完全等於道德規範的正確性。
  - 法律論證中所要求的理性論證，只要求在有效法秩序的框架內是合理可證成的(rational justifiable within the framework of a valid legal order)
    - → 法律論證中允許訴諸權威性的理由
- 法律理性是一種「有限制的理性」(Legal rationality is a kind of limited rationality)

# 法律論證的開放性

- ▶ 法律論證仍可能引入一般實踐論證(引進證成道德規範的理由，通常是非權威性的實質理由)，特別是在下面幾種情況：
  - 系爭的案件欠缺有效法律的規定(法律漏洞、類推適用)
  - 實證法規定的文義模糊，允許有多種解釋可能
  - 在特殊的情況下，法官可以或甚至必須作出違反實證法規定的判決(**contra-legem-decision**，如目的性限縮)
  - 法律規範互相衝突時，沒有實證法規定其彼此的優先順序(如基本權的衝突)
- ▶ 現行有效法秩序的拘束並非絕對的，有時為了追求一個實質合理正確的判決，仍然可能突破其框架。
- ▶ 論證責任的負擔: 主張逾越或違反實證法規定者，須負論證責任(慣性原則的具體化)。

# 從法論證理論看解釋方法的順序問題

- 權威性的論據(文義解釋、歷史與主觀目的解釋、體系解釋)相較於實質性的論據(內在體系解釋、客觀目的解釋)而言，具有推定的優先性。
- 「推定優先性」：
  - 權威性論據所支持的主張，具有推定的正確性(特案命題、慣性原則)。
  - 欲推翻此一優先性或正確性者，負論證責任：
    - 訴諸權威性論據者，不須負論證責任(=提出實質理由)，欲推翻權威性論據者，則必須提出堅強的實質性理由證成其主張才是正確的。

# 解釋方法的順序作為論證負擔的規定

- ▶ 權威性論據: 文義解釋、歷史解釋、主觀目的解釋
- ▶ 為什麼它們屬於「權威性」論據?
  - 立法者的權威應予尊重、法官應受制定法的拘束
  - 背後的價值: 民主原則、權力分立與法安定性原則
  - 法律拘束的要求:
    - 法官應受法律文義的拘束，不得任偏離法律文義
    - 法官解釋法律時，應尊重立法者的意旨。
- ▶ 文義解釋相較於其它解釋方法具有初步的優先性
  - ▶ 成文法律本身比起背後的立法理由具有更高的公開性與安定性。
    - 文義解釋的初步優先性:
    - 如果根據概念的文義可以確定應當採取某個解釋，那麼除非有特別重大的理由，否則法官不能作出偏離文義的判決(法律續造)。
    - 如果概念文義無法確定採取何種解釋時，才引進其它解釋方法

# 解釋方法的順序作為論證負擔的規定(續)

- 歷史解釋／主觀目的解釋相對於客觀目的解釋具有初步的優先性
  - 主觀目的解釋與客觀目的解釋的不同:
    - 歷史解釋的效力奠基在「立法者的意思應予尊重」的權威性理由，而與立法目的本身的正確性無關。
    - 客觀目的解釋的效力奠基在目的本身的實質合理性與正確性之上。
  - 體系解釋：介於權威性與實質性論據之間
    - 體系解釋的理念：立法者的作品是一致且無矛盾的(權威性論據)
    - 體系解釋的現實：面對現實存在的法律規範衝突，往往必須訴諸價值判斷(實質性論據)去解決。

# 解釋方法的順序與論證負擔

文義解釋

>pf

歷史解釋/主觀目的解釋/體系解釋

>pf

客觀目的解釋

■ 解釋方法的順序只是個論證負擔的規定：

- 使得法律解釋有一個初步且穩定的起點，避免一開始就陷入眾說紛紜的不確定性(效率理性的考量)。
- 賦予偏離文義或立法者義務的主張較高的論證義務，是基於法安性、平等原則的考量。

# 閱讀文獻

---

- 顏厥安：「法、理性與論證—Robert Alexy的法論證理論」，法與實踐理性，頁95-212
- Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation, Oxford: Oxford University Press, 1989
- Aarnio/Alexy/Peczenik, The Foundation of Legal Reasoning, Rechtstheorie 12 (1981), 133-158, 257-279, 423-448