

# 可能生活的证成与接受

## ——司法判决可接受性的规范研究

张继成<sup>\*</sup>

---

**内容提要：**判决结论宣告了一种对双方当事人的未来将会产生重大影响的可能生活。其中，应得可能生活体现了公平、正义等法律价值，因而是具有可接受性的可能生活。合理法律论证的四个构成要件是法官为当事人建构应得可能生活的法律依据、事实依据、逻辑依据和制度保障。能否满足当事人需要以及当事人需要是否具有正当性，分别是当事人和法律职业共同体、社会公众判断司法判决是否具有可接受性的标准。批判性检验可以帮助人们发现和排除司法判决中存在的各种形式谬误或实质谬误，降低当事人获得正义对运气的依赖，从而最大限度地保证被强制执行的司法判决同样具有可接受性。

**关键词：**法律论证 可能生活 司法判决的可接受性

---

取得实际效用是法律生命力根本所在，否则法律将如同一张废纸。要使法律取得解决利益纠纷，保护公民正当权益，维护法律秩序，实现公平、平等、安全、自由、效益等正义价值，促进社会进步与发展的实际效用，司法判决必须为当事人接受和履行。要使法律发挥上述效用，司法判决自身就必须具有可接受性。那么，什么样的司法判决具有可接受性，如何提高司法判决的可接受水平？这些问题在任何法治国家都是一个具有重大理论意义和实践意义的永恒主题。

### 一、判决结论何以需要证成

从语言表达形式来看，判决结论不过就是用自然语言表达出来的一个规范命题，这种命题与日常生活中所说的其它规范命题并无太大差异。但是，为什么当事人总不愿意接受以规范命题形式表达出来的判决结论，而这种现象在人们对日常生活中所说的其他一般规范命题的接受和履行时不存在呢？为了使双方当事人能够心服口服地接受这个以判决结论形式表达的规范命题，当今所有法治国家都将对以规范命题形式表达出来的判决结论的论证，确立为一种具有强制力的制度性证明，赋予所有诉讼参与人以较强的证明义务，并规定诉讼主张获得决定性证明的一方当事人获得有利的判

---

<sup>\*</sup> 中南财经政法大学法学院教授。

作者在此对舒国滢教授、王全兴教授、吕忠梅教授、胡玉鸿教授、刘斌副教授提出的建设性或批判性意见以及武宏志教授、熊明辉教授、陈金木博士提供的相关资料表示衷心的感谢。

决结论，<sup>〔1〕</sup>这样做的内在根据和正当理由何在？为了保证那些当事人不愿意接受和履行的终审判决能够得到切实履行，司法机关总是动用暴力手段予以强制执行，怎样才能保证强制执行具有正当性而不使之沦为司法暴政的工具？笔者认为，上述诸多问题的答案都蕴含在“可能生活”概念之中。

（一）判决结论与一般规范命题的区别在于它宣告了一种可能生活

规定人们应该或不应该（必须或不必须）做什么的命题就是规范命题，但并非所有的规范命题都能被人接受。例如，在日常生活中人们常常碰到这样两个规范命题：

（I）“你必须把衣服洗一洗！”

（II）“张三必须一次性支付给李四住院费、医疗费和相关经济损失共计50万元人民币”。（判决结论）

对于规范命题（I），这句话有道理（衣服脏了，穿在身上不卫生、不雅观），我可以不接受（洗衣服实在麻烦，再穿一下也没有关系）；这句话没道理（我的衣服本来就是这种颜色，是今天才穿上的，其实并不脏），但为了避免与对方产生无谓的争执或冲突，我也会选择接受。我之所以可以选择接受或不接受，这是因为履行或不履行该规范命题都不会对我的生活质量产生任何实质性影响。

但是，对规范命题（II）则不能采取漫不经心的轻率态度。因为，不论这句话有无道理，接受或拒绝这个规范命题，可能将会对张三和李四的未来生活质量产生巨大影响：如果向李四支付了五十万元人民币，在未来的现实生活中，张三就可能成为一个一贫如洗的穷光蛋，从此，他就可能无力赡养老人、无法为孩子提供良好的生活环境和教育环境，他以及他的家人将会过着一种没有“面子”、“在别人面前抬不起头”的生活，等等。总之，如果接受这个判决结论将会对他的未来生活产生全方位的负面影响，大大降低他的生活质量。相反，如果李四得到了这笔钱，他就不会因无钱进行后期治疗而变成终身残疾，也就不会丧失劳动能力和生活能力，或者张三及其家人将要面临的可能生活也就不会降临在他或他的家人身上。因此，履行或不履行司法判决赋予张三的法律义务，“肯定性的可能生活和否定性的可能生活”将在张三与李四之间相互逆转。“趋利避害”是人的本性，所以，人们总是极力拒绝一切对自己不利的否定性可能生活，乐于接受那些有利于自己的肯定性可能生活，这就是败诉方当事人总是极力拒斥否定性判决结论的秘密所在。即使选择接受，当事人也不会、不敢、不能像接受其它对他的未来生活不会产生实质影响的一般规范命题那样漫不经心，而是小心翼翼、谨小慎微。

正因为规范命题（I）并不关涉人的可能生活，不会对自己或他人的未来生活、社会秩序产生实质影响，所以人们可以采取无所谓的态度，也不会为该命题的正当性、合理性去跟别人“较真儿”，因而没有人要求将对规范命题（I）的证明确立为一种具有强制性的制度性证明。但对规范命题（II）则必须对该命题的正当性、合理性作出严格证成。

（二）法律领域中可能生活的基本特征

“可能生活”概念是笔者从美国学者索尔·克里普克的“可能世界”理论演化而来的。在索尔·克里普克看来，“可能世界”就是“‘世界可能会采取的各种方式’，或是整个世界的状态或历史”。<sup>〔2〕</sup>依据这个定义，笔者认为可能生活就是人类实践能力能够实现的各种生活方式或生活状

〔1〕“决定性相对于与E保持一致性而言，p是否优越于它的否定的问题。”“如果E对于p是决定性的，那么E演绎地蕴含p，但相反的说法却不是真的。”[英]苏珊·哈克：《证据与探究》，陈波等译，中国人民大学出版社2004年版，第82页。

〔2〕[美]索尔·克里普克：《命名与必然性》，梅文译，上海译文出版社1988年版，第18页。

态。<sup>〔3〕</sup>在法律领域中，可能生活具有以下几个重要特征：

1. 可能生活是由立法者或法官创设、构建出来的。可能生活是“由我们赋予它的描述条件来给出的”，是“被规定的，而不是被高倍望远镜发现的”。<sup>〔4〕</sup>

一个完整的法律规范就是立法者为符合法律构成要件的当事人创设的一种可能生活模型。其中法律构成要件给出了当事人由现实生活状态进入未来可能生活状态的主客观条件，法律效果就是立法者为那些符合这些构成要件的所有当事人创设的可能生活（模型、样态）。刑事法律规范中的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑（五种主刑）和罚金、没收财产、剥夺政治权利和驱逐出境（四种附加刑），民事法律规范中的停止损害、损害赔偿、支付违约金、恢复原状、继续履行合同、恢复名誉、赔礼道歉等，行政法律规范中规定的拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚等，这些法律责任无一不是立法者为触犯法律规则的当事人创设的可能生活模型。

判决结论就是法官根据法律规则和案件事实为当事人建构的一种可能生活。如果某当事人的行为事实与法律构成要件相符合，那么法律效果中所设定的某种特定可能生活就会变成该当事人在今后某个特定时空段内的具体的现实生活。例如，一个人，只要他不具备刑事豁免权，一旦他触犯了刑法第 283 条，他将要么在监狱、劳改场所（有期徒刑）、要么在看守所（拘役）、要么在当地派出所监管下（管制）生活一段时间（有罪但免于刑罚的除外）。

为当事人创设、建构某种具有法律意义的可能生活是立法活动和司法活动的目的，是立法者和法官的历史使命之所在。其中，立法者是抽象可能生活（可能生活模型）的创设者；法官是具体可能生活的建构者（当法律出现空缺、漏洞时，由于法官具有不得拒绝裁判的义务，需要法官造法，此时法官不仅是具体可能生活的建构者，而且还是可能生活模型的创设者）；当事人的接受和履行使具体的可能生活转化成为一种具体的现实生活。

2. 否定性可能生活和肯定性可能生活。本文将那些不能满足、实现、达成当事人的需要、目的、欲望的可能生活称之为否定性的可能生活，将那些能够满足、实现、达成当事人的需要、目的、欲望的可能生活称之为肯定性的可能生活。否定性的可能生活一般会对当事人的未来产生重要的甚至全方位的负面影响，肯定性的可能生活将会对当事人的未来产生积极的正面影响。

〔3〕 传统法学认为，判决结论表达的是败诉方当事人由于违反了特定法律义务而承担的“法律责任”。本文之所以没有沿用传统表达方式，是因为在笔者看来：（1）改变人类生活状态的方式有两种，一种是自然事件，比如地震、洪涝灾害等，它们直接将人们有一种生活状态带入另一种生活状态，这种生活状态的改变具有非理性色彩，对此人们只能逆来顺受，没有选择余地；另一种是人为事件，如政治决策、经济决策、战争决策、司法判决等，这些事件对人们生活状态的改变可以采用理性形式，当然也可以采用非理性形式。司法判决应采用理性形式。（2）之所以用“可能生活”概念“替代”判决结论或法律责任，是因为这两个概念是平面的、静态的，不像“可能生活”这个概念具有立体性和动态性。“可能生活”概念不仅能够涵盖当事人应当承担的“法律责任”，而且能够反映当事人由于承担法律责任而对他/她产生的“负外部性”：承担法律责任通常不仅改变了当事人个人的生活方向、轨迹，而且往往还会使其整个家庭的生活质量下降，其影响是全方位的。可能生活是由法律责任引起的，但它还包容了比法律责任更为丰富的内涵，更能揭示败诉方当事人极不情愿接受司法判决的原因，将法律论证活动的重要性更加充分地展示出来。既然法律规范、判决结论宣告了一种对当事人未来具有重要影响的可能生活，这就要求立法者在制定法律的时候，法官在作出裁判的时候，在保证胜诉方当事人合法权益的同时，将败诉方当事人由于承担法律责任而造成的“负外部性”降到最低程度，使法律对社会发展的作用最大化，从而提高司法判决的可接受水平。总之，“可能生活”概念具有更为饱满的内涵和更强的解释力，这些都是用“判决结论”或“法律责任”所无法涵盖的，使人们更加深刻地认识法律论证的重要性。“判决结论”和“法律责任”只关注过去，强调惩罚；而“可能生活”不仅关注过去，更注重面向未来，重在建构一种新的生活秩序。（3）法律规范和案件事实是推出判决结论的制度性根据和客观基础，但从这两个前提并非只能推出一个唯一确定的结果，推理形式不同，就可以有不同的结果，判决结论只是法官从多种可能生活中选择出来的一种可能生活（见本文第三部分的论述）。笔者之所以将判决结论和法律责任称之为“可能生活”，因为它在没有被当事人接受和履行之前，它只能是一种可能性，是可废止的。这样，“可能生活”就在历史与未来之间架起了一个桥梁——一种逻辑的联系。

〔4〕 前引〔2〕，克里普克书，第 45、46 页。

表面上看,立法者在法律规则中创设的和法官在判决结论中所建构的好像都是否定性可能生活,但事实并非如此。因为,否定性的可能生活与肯定性的可能生活是相互依存、不能分割的。立法者和法官在创设或建构一种否定性可能生活的同时也创设和建构了一种肯定性的可能生活。立法者和法官创设和建构否定性可能生活只是一种手段,其目的不仅仅是为了对违反法律规则的当事人进行惩罚,对受到伤害的当事人予以救济,更重要的是恢复被破坏的社会秩序,为一个国家或民族建构一种具有积极意义的肯定性可能生活,促进社会进步与发展,在否定性可能生活与肯定性可能生活的变奏中实现法律的公平、公正、自由、平等、秩序、安全等价值。因此,创设和构建一种肯定性可能生活才是立法者和法官创设和构建否定性可能生活的终极目的。如果肯定性可能生活不能促进更多人更好地生活,不能促进社会健康发展,那么立法者和法官创设和构建否定性可能生活也将显得毫无价值。总之,没有否定性可能生活,就没有肯定性的可能生活。否定性可能生活的现实化,是肯定性可能生活现实化的前提;否定性可能生活和肯定性可能生活的现实化是法律取得实际效用的完整标志。

3. 可能生活必须有直接承担者。只有当否定性可能生活都有直接承担者的时候,否定性可能生活和肯定性可能生活的现实化才能成为法律取得实效的完整标志,否则法律作为调整社会关系和维护社会正常秩序的工具就只能成为一个空话。

在可能生活的承担者中,否定性可能生活的承担者是且只能是特定的自然人或法人;肯定性可能生活的承担者大多数情况下也是特定的自然人或法人,有时则不针对某个特定自然人而是针对整个民族、国家甚至全人类,例如环境保护案件中,否定性的可能生活的承担者就是被告,而肯定性可能生活的承担者则是生活在这个地区、国家、地球上的每个人。

4. 可能生活必须同时具有逻辑可能性和实践可能性。可能生活首先必须具有逻辑可能性。没有逻辑可能性的生活就是自相矛盾的生活,自相矛盾的生活是无法现实化的。无矛盾性是法律体系的内在要求。例如,在刑事诉讼活动过程中,针对某一特定行为,如果既认定为有罪又认定为无罪,那么法官就得给该当事人创设出在性质上相互矛盾且不能并存的两种可能生活:有罪,当事人就应该过一种受人管制、失去部分或全部自由的可能生活;无罪,当事人就应当过一种不受任何拘束的、自由自在的可能生活。但是,相互矛盾的可能生活在逻辑上是不可能同时演化为现实生活的。

其次,可能生活还必须具有实践可能性。立法者和法官创设的否定性可能生活,必须以科学技术发展水平为当事人提供的认识能力、实践能力为界限,应当具有可操作性。脱离人的认识能力和实践能力的可能生活是无法现实化的,因而没有任何意义。例如,让加害人为受害人支付一定数额的医疗费用、安葬费、赔偿经济损失甚至偿命都是可能的;但要加害人使死去多日的被害人复活,则不具有实践可能性。

总之,只有同时具备逻辑可能性和实践可能性的可能生活才能最终转变为现实生活,这样的司法判决才具有可接受性,才能使法律成为调整社会关系的有效工具。否则,被废止或修改就是这种法律将要面临的唯一命运。例如,国家赔偿法自颁布以来,由于为正当权益受到不法侵害的当事人获得国家赔偿设置了过高的门槛,再加之存在着赔偿标准过低、范围过窄等诸多弊病,致使老百姓实际很难获得应有的国家赔偿,实施效果极差,被老百姓戏称为“国家不赔法”,因而该法被列为2008年要求必须修订的法律规范之一。

可能生活具有逻辑合理性和实践可能性,是我国刑法第313条(“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行,情节严重的,处三年以下有期徒刑、拘役或者罚金”,即拒不执行人民法院判决、裁定罪)具有正当性、合理性的理论基础。如果司法判决本身并不具有逻辑合理性和实践可能性,那么判决结论也就无法转换为具体的可能生活,这时即使法院动用国家暴力强迫当事人履行

司法判决，不仅不能实现立法的初始目的和终极目的，相反还会激起人民的对这种暴政的强烈反抗。因此，它理所当然地成为我国刑法乃至整个法律制度具有强制性、权威性的理论根源。

5. 维护秩序、定纷止争、促进社会发展是创设和建构可能生活的终极目的。当事人将要面临的可能生活究竟是肯定性的还是否定性的，取决于他在现实生活中的先前行为。其中，否定性可能生活是对当事人先前行为的一种惩罚性报应。他的先前行为使他人（受法律保护）的先前现实生活（如身体健康）由好变坏（甚至由生变死），使他人的财产由多变少或由有变无，或者他人的财产本来可以由少变多，但由于他的行为介入，致使这种可能性无法实现等等。总之，他的行为使常态的生活秩序遭到破坏：给他人和社会造成了某种程度的伤害，给他人带来了痛苦，降低了他人的幸福度。这种非正义行为如果不能得到及时、有效的制止，它将会像电脑病毒一样被不断复制、传播，使社会秩序遭到毁灭性破坏。无序的生活将会使人类付出更大的代价——民族分裂、国家解体、人类毁灭。为了防止此类恶果的发生，维护整个社会的正常生活秩序，就必须对所有作恶行为给予相应的惩罚，就必须建立一整套完备的报应系统——这就是立法者和法官创设可能生活的终极目的和意义。因为“除非天然存在着‘疏而不漏’的天网使得作恶必有报应，就像自然的因果关系那样必然，否则就必须由人类自己来建立一个人为的‘报应系统’。正因为不存在天然的报应系统，所以人为的报应系统就是必要的”。〔5〕与其他所有人为的报应系统相比，法律体系是一种最完整、最严密、最有力的报应系统。

6. 惩罚性公正和回报性公正是创设可能生活的价值蕴含。可能生活的创设和建构不仅能够防止上述恶性结果的发生，维护整个社会的正常生活秩序，给加害者应有的惩罚，使受害者得到相应的补偿，而且还能够使法律的正义价值得到肯定和弘扬。也就是说，创设和建构可能生活的目的就是为了实现正义。其中，否定性可能生活体现了惩罚性正义，肯定性可能生活体现了回报性正义。就像肯定性可能生活与否定性可能生活是相互依存、不能分割的一样，惩罚性公正和回报性公正也是相互依存不能分割的。创设否定性可能生活的目的就是为了实现矫正正义，没有惩罚性正义，就没有回报性正义。因为，“社会公正要得到维持，哪怕是某种程度上的维持，就至少需要惩罚性公正作为一种随时可以实施的威慑存在。于是，惩罚性公正在实质上 and 回报性公正同样是必要的，惩罚性公正是回报性公正所以有效的一个条件。放弃或忽视惩罚性公正，这种做法本身就是一种不公正，而且等于故意造成一种分配上的不公正，因为如果不以正义的暴力去对抗不正义的暴力，不去惩罚各种作恶，就意味着纵容不正义的暴力和帮助作恶，也就等于允许恶人谋取不成比例的利益和伤害好人。因此，回报性公正和惩罚性公正不能被看作是两种公正，并且认为一种是真正的好而另一种是本质上坏的不得已手段，而必须被理解为公正的两个互相支持着的、互相搭配着的方面，否则就没有足够的条件来确定或判断什么是公正。”〔6〕因此，惩罚性公正和回报性公正都是社会公正的应有之义，这就是法官为当事人构建可能生活的“应然之理”——价值蕴含。

### （三）证成可能生活的意义

上述论证表明，判决结论宣告了一种可能生活：其中，规范命题（判决结论）是可能生活的外在表达形式，可能生活是这个规范命题所表达的实质内容。法官证成以规范命题为表达形式的判决结论的实质就是证成一种可能生活，当事人接受或拒绝以规范命题为表达形式的判决结论，其实也就是在接受或拒绝一种对其未来现实生活具有重大影响的可能生活。

正因为判决结论所宣告的可能生活关涉当事人的生命、健康、财产、名誉、尊严，关涉着公平、公正、自由、平等、秩序、安全等法律价值，具有维护秩序、定纷止争，促进社会发展等重大

〔5〕 赵汀阳：《论可能生活》，中国人民大学出版社2004年版，第170页。

〔6〕 同上，第169页。

功能。因此,现代所有法治国家不仅要求对蕴含可能生活的规范命题必须进行证成,而且总是将这种证成活动确立为一种具有强制力的制度性证成:遵循有效的(实体或程序)法律规则,具有明确的举证责任分担,运用形式有效的法律推理,在确定的诉讼时效内解决利益纷争。

## 二、以应得可能生活为内容的司法判决具有可接受性

要使司法判决的可接受水平得到有效提高,首先必须知道什么样的司法判决具有可接受性,否则就无从为实现这一目标选择最为理想的手段和工具。

判决结论都是从至少包含一个具有普遍性的法律规范命题和与之具有相关性的事实命题中推导而来的,但从前提命题中推论出来的判决结论(可能生活)并非都具有可接受性。法律推理的大小前提有以下四种组合:(I)大前提正确(法律规则正当、合理),〔7〕小前提真实(证据所反映的就是案件的客观情况)且充分;(II)大前提正确,小前提虚假(证据所反映的与客观情况不相符合)或不充分;(III)大前提错误(法律规则或不具有正当性或不具有合理性),小前提真实充分;(IV)大前提错误,小前提虚假或不充分。前提命题的性质不同,推论出来的可能生活各不相同。可能生活的性质不同,判决结论的可接受性也就不同。

### (一)应得的可能生活与错位的可能生活

本文将那种应当获得的与事实上获得的在性质上相一致的可能生活称之为“应得的可能生活”;将那种应当获得的与事实上获得的在性质上相互背离的可能生活称之为“错位的可能生活”。判决结论所宣告的可能生活对于败诉方当事人而言,要么属于应得的可能生活,要么属于错位的可能生活,〔8〕二者必居其一。但应得可能生活只能是正确的司法判决所宣告的内容,错位的可能生活只能是错误的司法判决所宣告的内容。错误的判决又分为否定性错判(如把有罪者判为无罪,应当承担赔偿责任的判为不负赔偿责任等)和肯定性错判(如把无罪者判为有罪,不应承担赔偿责任的判为应负赔偿责任等)两种。

### (二)以应得的可能生活为内容的司法判决具有可接受性

在上述四种组合中,只有从组合(I)中推导出来的可能生活对当事人来说是应得的可能生活。这种可能生活之所以能被称之为应得的可能生活,是因为:在这种组合中,法律规则具有正当性、合理性,而案件事实正好为该规则所涵摄,根据因果报应原则以及罪刑相适应等法律原则,给他人或社会造成伤害的当事人就应该对自己的行为负责,就应该受到相应的惩罚或报复。因此,依据这种组合,为败诉方当事人赋予一种具有报复性、惩罚性(否定性)的可能生活,体现了惩罚性公正;同时,让受到伤害的一方当事人得到相应的回报、补偿,就可以使受到破坏的社会秩序得到有效修复,实现回报性公正。体现惩罚性公正和回报性公正的可能生活对双方当事人来说都是应得的

〔7〕一般而言,“正当”与“合理”很难有明确的区分,因而常常通用。任何正义都是质的规定性与量的规定性的有机统一。为了更好地表达正义概念的这两种属性,本文在讨论法律规则的正当性、合理性时,用“正当”特指正义概念的质的规定性。例如,对贪污犯是否判处有期徒刑、无期徒刑或死刑,而用“合理”特指正义概念的量的规定性。例如,对贪污犯到底多少年有期徒刑,是否应当判处无期徒刑或死刑。“正当”与“合理”是正义价值的两个不可或缺的组成部分和构成要素。

〔8〕在常人眼里,判决结论对败诉方当事人而言,似乎都是否定性的可能生活,是败诉方当事人不愿接受的。但这只是一般规律,不能排除这种例外情况:否定性的可能生活恰恰就是当事人所渴望的、所追求的,因而也就是他所乐于接受的。比如,一些刑满释放人员由于长期服刑,与社会隔绝,回归社会之后,反而失去生存能力,因此,有些人又重新犯罪,希望回到监狱。这从反面证明能否满足、实现、达成当事人需要、欲望、目的是当事人视角下判断判决结论是否具有可接受性的标准。据京华时报报道:英格兰和威尔士监狱及少年管教所内8.36万名在押犯共拥有1.2948万台游戏机,其中1715台为监狱管理局公费购置。由于坐牢待遇着实不错,过去5年间,甚至有42人故意犯罪入狱。

可能生活。

应得可能生活在刑事审判中就是那种定罪准确并且量刑恰当的可能生活，在民事或行政审判中那种定性准确并且裁量适当的可能生活。定罪（性）准确说明判决结论具有正当性，量刑（裁量）恰当说明判决结论具有合理性。

判决结论的正当性、合理性所展现出来的就是立法者企图通过法律规则和法律原则所要展现的——公平、正义、安全、秩序、效率、自由、平等、福利等——法律价值，这些价值就是法律在维护社会秩序、增进人类幸福过程中具有的永恒意义。由于这些价值只有在应得的可能生活中才得到充分展现，因此以应得的可能生活为内容的司法判决就是具有可接受性的司法判决。

（三）以错位的可能生活为内容的司法判决并非都不具有可接受性

1. 不具有可接受性的错位可能生活

（1）由组合（II）推导出来的可能生活对当事人来说是一种错位的可能生活。在这种组合中，虽然法律规范中设定的可能生活模型具有正当性，合理性，但由于证据虚假或不充分，依此认定的案件事实与客观情况不相符合，无法认定当事人干了违法乱纪的事，破坏了正常的社会秩序，缺乏为当事人创设否定性可能生活的事实依据。在这种情形下，即使将极其轻微否定性可能生活强加给当事人都是极端错误的。例如：给非法故意剥夺他人生命的犯罪分子创设一种“有期徒刑或死刑”的可能生活无疑是正当合理的，但无论法律规则多么正当合理，当事人（如余祥林、聂树斌、杜培武）根本没有杀害被害人，那么，让这些当事人承担否定性可能生活（判处余祥林十五年有期徒刑、聂树斌死刑、杜培武死缓）都是没有事实依据的，不符合因果报应和罪刑相适应的公正原则。因此，在刑事诉讼证明活动中，从这种组合中推论出来的可能生活都没有可接受性的。

（2）组合（III）推导出来的可能生活不具有实质意义上的可接受性：虽然当事人的行为事实与法律构成要件相符合，具备了承担否定性可能生活的法律依据和事实依据，但由于立法者为当事人创设的可能生活不具有正当性、合理性，是反人道的（二战期间德国纳粹针对犹太人的法律就是如此），因而是一种典型的“恶法”。以这样的法律依据做出的司法判决其实是在借用法的名义推行专制与暴政。而且这种专制或暴政比不用“法”的名义推行专制与暴政的后果更为残忍。因为法律具有普遍适用性，所以，这种法律将导致无辜者的利益受到侵害的范围更广泛，程度更严重，正如孟德斯鸠所指出的“没有比在法律的借口之下和装出公正的姿态所作的事情更加残酷的暴政了，因为在这样的情况下，可以说，不幸的人们正是在他们自己得救的跳板上被溺死的”。〔9〕法治应当是良法之治而不应该是恶法之治。

（3）组合（IV）推导出来的可能生活，既不具备形式意义上的可接受性，也不具备实质意义上的可接受性。因为得出判决结论的大前提不具有正当性、合理性，小前提描述的情况不合乎案件事实，法官为当事人“创设”的否定性可能生活既没有事实依据，也没有法律依据。纵观古今中外社会发展史可以发现，在没有法制的时代，一个人是应当“出罪”还是应当“入罪”，完全取决于统治阶级、国王、长官的主观意志。中国古谚“欲加之罪，何患无辞”和中国名联“说你是，你就是，不是也是；说你不是，就不是，是也不是”就是对专制时代司法专断的生动描绘。

在正确的法律论证中，判决结论的合理性和可接受性是从具有正当性、合理性和可接受性的前提中推论出来或为前提所蕴涵。上述三种可能生活之所以不具有可接受性，或者由于推出判决结论的大前提不具有正当性、合理性，或者由于推出判决结论的小前提不具有真实性，或者虽然大前提具有正当性并且小前提也具有真实性，但大小前提对于推出判决结论来说却不具有充分性，或者上述三种情形兼而有之，都属于前提不具有可接受性导致结论不具有可接受性。

〔9〕 [法] 孟德斯鸠：《罗马盛衰原因论》，婉玲译，商务印书馆1962年版，第75页。

(4) 法律论证存在形式谬误或实质谬误, 导致司法判决不具有可接受性。司法判决是否具有可接受性, 不仅取决于其大小前提是否具有正当性、合理性、真实性、充分性, 还取决于从前提推论出结论的论证图式是否有效, 能否将大小前提的可接受性完整地传递给判决结论, 能否为司法判决提供一些不可挑战的充分理由。在构建可能生活的法律论证活动中, 不论是进行内部证成还是进行外部证成,<sup>[10]</sup> 都必须遵循法律论证的逻辑规则(遵守逻辑规则的法律论证中, 前提能够为结论提供支持关系), 否则将导致形式谬误或实质谬误, 存在形式谬误或实质谬误的法律论证建构的可能生活是不具有可接受性的。

(5) 办案人员如果违反程序法律规则或理性论辩的程序规则, 将导致可能生活的错位, 因而这样的司法判决也不具有可接受性。

## 2. 具有可接受性的错位可能生活

### (1) 法律规则不具有正当性与错位的可能生活

从前提组合(III)推导出来的是错位的可能生活, 这种可能生活虽然没有实质意义上的可接受性但却具有形式意义上的可接受性。依法治国是法治社会的一个主要特征, 法律规则意味着秩序, 它至少能够告诉人们什么样的行为是合法的, 有利于防止因没有规则对普通民众的恣意侵害。如果某个法律规则虽然不具有正当性或合理性, 但只要这个法律规则没有被废止或者还没有创设出一个新的规则替代它, 这个规则仍然是构建可能生活的唯一有效规范, 接受这样一个仅有形式可接受性的司法判决总比接受一个既没有实质可接受性又没有形式可接受性的司法判决要好。接受这种判决结论虽然不是我们的最好选择, 但却是我们的次好的无奈选择。

### (2) 科学技术发展水平的局限性与错位的可能生活

应得的可能生活是从法律与事实中推论出来的, 认定事实要靠证据, 但证据并不一定等同于事实: 事实是一个本体论概念, 证据是一个认识论概念, 认识论意义上的真并不等同于本体论意义上的真。只有当认识论意义上的真与本体论意义上的真“合一”的时候,<sup>[11]</sup> 证据所反映的就是事实。在这种情况下, 根据证据(=事实)与具有正当性和合理性的法律规则推论出来的可能生活才是应得的可能生活, 这种可能生活具有实质意义上的可接受性。但是任何时代人们的认识能力总是有局限性的, 都要受这个时代科学技术发展水平的制约。一个时代科学技术发展水平既是人类认识能力的积极界限, 也是人类认识能力的消极界限, 人们可以扩展自己的认识能力, 但无法超越科学技术发展水平为人类认识能力提供的界限。如果由于科学技术发展水平的局限性, 致使人们无法获取探知案件真实情况的时候, 法官根据认识论意义上的真证据(但不是事实, 这时的证据与事实是背离的而不是合一的)和法律规则推论出当事人应承担否定性可能生活, 这种可能生活虽然不是当事人应得的可能生活, 但却是当事人不得不接受的可能生活。

### (3) 当事人举证不力与错位的可能生活

在构建可能生活的法律论证活动过程中, 获得肯定性可能生活总是那些为自己的诉讼主张提供了决定性证明的一方当事人。

应得可能生活是第一种组合的结果, 这种结果具有应然性、理想性。我们假定法律规则都具有正当性、合理性的情况下, 能否推出应得可能生活的关键就取决于案件事实是否清楚充分、证据是

[10] “内部证成处理的问题是: 判断是否从为了证立而引述的前提中逻辑地推导出来”。J·佛罗布列夫斯基认为: “内部证成处理的对象是从既定的前提推论出作为其结论的法律判断之有效性。”“法律判断的外部证成不仅检验推导的有效性, 而且检验前提的可靠性。”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》, 舒国莹译, 中国法制出版社2002年版, 第285页、第274页之注[25]、[26]。

[11] 笔者在《诉讼证明标准的科学重构》(《中国社会科学》2005年第5期)一文中对事实与证据、本体论意义上的真与认识论意义上的真的关系有比较详细的论述。

否真实可靠。由于法官不是也不能是案件的亲历者，当事人要想获得有利于自己的肯定性可能生活，就必须为自己的诉讼主张提供充足的证据支持。如果一方当事人本该获得肯定性可能生活，但由于他/她没有为自己的诉讼主张提供决定性的证据支持，致使他/她事实上获得的却是否定性可能生活，或者如果另一方当事人本该获得否定性可能生活但由于为自己的诉讼主张提供了比对方更为有利的证明并因此而获得了肯定性可能生活，那么，这两种可能生活对该当事人而言是“各得其所”的可能生活，是当事人不得不接受的一种可能生活。

“各得其所”的可能生活对当事人而言可能是应得的可能生活（事实与法律对当事人有利，当事人也为自己的诉讼主张提供了决定性的证据支持），也可能是错位的可能生活（事实与法律对当事人有利，但当事人没有为自己的诉讼主张提供决定性的证据支持；或事实与法律对当事人不利，但当事人为自己的诉讼主张提供了比对方更加有力的证据支持）。因此，要实现“各得其所”可能生活与“应得”可能生活的有机统一，就必须要求在大小前提正确、推理形式有效、论证活动符合程序法规则和理性讨论规则的同时，还要求当事人为自己的诉讼主张提供决定性证明，科学技术发展水平为人们认知事实真相提供了现实可能性。

虽然与应得的可能生活一样，各得其所的可能生活也具有可接受性，但各得其所的可能生活实现的只是形式正义，而只有应得的可能生活不仅可以实现形式正义，而且可以实现实质正义，才能真正实现法律作为社会规范（保护当事人的正当权益、调整社会关系、促进社会发展进步）的整体功能，因此，证成以应得的可能生活为内容的判决结论才是法律论证活动的根本目的和最高目标。<sup>〔12〕</sup>

### 三、合理的法律论证是建构应得可能生活的唯一有效工具

根据社会行动理论，行动者如果确实想要通过一个行动来实现某个目标，那么他至少必须对如何达到那个目的的手段、工具具有充分的知识或信念。因为，欲求一个目的而不去欲求实现它的手段、工具是无法想象的；没有恰当的目的、手段信念作为指导，主体就不知道如何行动；即使盲目行动，其结果往往以失败而告终。<sup>〔13〕</sup>既然证成以应得的可能生活为内容的司法判决才是法律论证活动的根本目的和终极目标，寻求能够实现这一目标的有效手段和工具就成为本节的中心任务。

不论是应得的可能生活还是错位的可能生活都会对当事人和整个社会带来实质性影响。而只有应得的可能生活才能促进社会发展，因此，以应得的可能生活为内容的司法判决不仅在至少一方当事人看来具有可接受性，而且在社会公众和法律职业共同体看来也具有可接受性。为了让这种能促进社会进步与发展而不是让阻碍社会进步与发展的可能生活变成现实生活，我们需要进行法律论证。但由法律论证推论而来的可能生活就一定是应得的可能生活吗？答案并非如此，比如从错误的法律论证中就无法推出应得的可能生活。笔者认为，合理的法律论证是构建具有可接受性司法判决的最为有效的论证工具。

作为制度性的、合理的法律论证应当具备以下四个构成要件：作为大前提的法律规则必须具有正当性和合理性；作为小前提的案件事实必须清楚充分，证据必须真实可靠；法律论证必须符合逻辑规则；诉讼证明活动必须符合诉讼程序法规则和理性论辩规则。

#### （一）规则的正当性和合理性是构建应得的可能生活的法律依据和制度根源

〔12〕 为双方当事人赋予应得的可能生活是司法审判的根本目的和最高目标。这种说法与“纠纷解决说”和“维护法律秩序说”等传统观点不仅没有矛盾，而且比传统观点具有更强的概括力和解释力，因为如果当事人获得了应得的可能生活，那么他们之间的诉讼纠纷不仅可以得到圆满解决，而且也能达到维护正常的生活秩序的诉讼目的。

〔13〕 徐向东：《道德哲学与实践理性》，商务印书馆 2006 年版，第 165 页。

应得的可能生活是从法律规则和案件事实中推论出来的。法律规则的性质决定可能生活的性质，因此，判决结论是否具有可接受性取决于法律规则是否具有正当性和合理性，法律规则的正当性、合理性是法官为当事人建构的可能生活具有正当性的价值论（规范）依据，是判决结论具有可接受性的制度根源：如果作为建构具体可能生活的模型——法律规则——本身都不具有合规律性和合目的性，那么以此为依据创设的可能生活也就不会具有合理性和正当性，这种判决结论理所当然不能为当事人接受。

例如：1882年，帕尔默知道祖父在遗嘱中给他留下了一大笔遗产，为了防止祖父更改遗嘱，将遗产遗赠给他的姑姑，帕尔默用毒药杀死了祖父。对于案件事实的真实性，参审法官以及双方律师均无异议。由于纽约州的法律并未明确规定如果继承人杀死被继承人将当然丧失继承权，而且该遗嘱完全符合法律规则的有效条件。因此帕尔默的律师争辩说，既然这份遗嘱在法律上是有效的，既然帕尔默被一份有效遗嘱指定为继承人，那么他就应当享有继承遗产的合法权利。如果法院剥夺了帕尔默的继承权，那么法院就是在篡改法律，就是用自己的道德信仰来取代法律。这种主张得到格雷法官的支持。格雷法官认为：如果帕尔默的祖父早知道帕尔默要杀害他，他或许愿意将遗产给别的什么人，但法院也不能排除相反的可能：即祖父认为即使帕尔默杀害了自己，他也仍然认为帕尔默是自己最好的遗产继承人（正如中国古语所说的“肥水不流外人田”）。法律的含义是由法律文本自身所使用的文字来界定的，而纽约州遗嘱法清楚明确且无任何歧义，因而没有理由弃之不用。此外，如果帕尔默因杀死被继承人而丧失继承权，那就是对帕尔默在判处监禁之外又加上一种额外的惩罚。这有违于“罪刑法定”原则，法官不能在判决之后对该罪行另加处罚。但格雷法官对法律的理解或诠释遭到另一位参审法官厄尔法官的反对。厄尔法官认为，法律规则的真实含义不仅取决于文本本身，而且还取决于文本之外的立法者意图，立法者的真实意图显然不会让杀人犯去继承遗产。另外厄尔法官还认为，理解法律的真实含义不能仅以处于孤立状态中的法律文本为依据，法官应当创造性地构思出一种与普遍渗透于法律之中的正义原则最为接近的法律，从而维护整个法律体系的统一性。厄尔法官论证说，在任何地方，法律都应当尊重下述原则：即任何人不得从其错误行为中获得利益。因此遗嘱法应被理解为否认以杀死继承人的方式来获取继承权。最后，厄尔法官的意见占了优势，有四位法官支持他；而格雷法官只有一位支持者。因此，纽约州最高法院剥夺了帕尔默的继承权。<sup>[14]</sup>

在这个案例中，对于同一案件事实，由于格雷法官和厄尔法官对纽约州遗嘱法的理解和解释不同，他们分别为帕尔默创设了两种截然不同的可能生活：一种是“帕尔默承担杀害其祖父的刑事责任但他同时能够继承其祖父留给他的遗产”的可能生活；另一种是“帕尔默不仅要承担杀害其祖父的刑事责任，而且必须剥夺他的继承权”的可能生活。后一种可能生活对帕尔默来说之所以是应得的可能生活而前一种不是，是因为厄尔法官理解的法律规则具有正当性品格而格雷法官所理解的则没有。

总之，不论是否需要解释，法律规则的性质将决定可能生活的性质。只有法律规则的正当性和合理性才是创设一个具有可接受性的应得可能生活的价值论依据和制度根源。<sup>[15]</sup>

## （二）事实清楚充分、证据确凿可靠是构建应得可能生活的本体论依据和认识论依据

法律规则只为当事人承担特定法律责任设定了必要的主客观要件，但它仅仅只是一种模型，不是一个具体的可能生活。要想为当事人构建出一个具体的应得可能生活，还要求事实清楚充分。因为“事实真相是实质正义的基本要素”，事实清楚充分，说明“那些遭受惩罚的人事实上就是犯

[14] [美] 罗纳德·德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年版，第14页以下。

[15] 如何判定决定可能生活性质的法律规则是否具有正当性合理性，请参阅张继成：《从案件事实之“是”到当事人之“应当”——法律推理机制及其正当理由的逻辑研究》，《法学研究》2003年第1期。

罪人或侵权人”，<sup>[16]</sup>说明当事人侵害了他人的正当权益、破坏了正常的社会秩序，具备了承担否定性可能生活的全部构成要件，因此这种否定性的可能生活无可争议地成为犯罪人或侵权人应得的可能生活。

历史经验证明，古今中外绝大多数冤假错案都是由于事实错误而导致的。这从反面进一步证明只有事实清楚充分是建构具有实质可接受性的应得可能生活的本体论依据。

任何案件一经发生，必然成为不可重演的历史，因此，在任何情况下证据都是查明案件真实情况的唯一依据。如果证据不真实可靠，那么认定的案件事实就可能是不清楚或根本就是错误的；如果认定的案件事实是不清楚或根本就是错误的，这时法律规则无论有多么地正当、合理，判决结论都不会具有任何正当性和合理性。因此，证据确实可靠是建构具有形式可接受性的应得可能生活的认识论依据。

法律规则的性质决定可能生活的性质，应得的可能生活是法律规则的正当性和合理性的体现，但是，不与特定案件事实发生联系，法律规则是否具有正当性、合理性也就无从判定。证据确实可靠并且事实清楚充分是法律规则的正当性和合理性得以显现的客观依据。

总之，证据确实可靠并且事实清楚充分、法律规则的正当性和合理性是建构具有可接受性的应得可能生活的本体论依据、认识论依据和价值论（规范）依据。

### （三）逻辑有效性是构建应得的可能生活的逻辑依据

不可否认的是，在法律推理的四种组合中，形式有效性仅仅只是得出应得的可能生活的形式构成要件而不是实质构成要件。例如，在后三种组合中，即使大小前提之间具有相关性，推理形式符合逻辑规则，也无法得出应得的可能生活，因为“将垃圾输入系统，出来的结果也是垃圾”。因此决定判决结论是否具有可接受性不是法律推理的形式而是它的内容。

但这并不表明逻辑有效性对建构应得的可能生活不重要。因为，任何推理都是由前提、结论和推理形式（演绎的、归纳的或类比的）构成的有机统一体，没有推理形式的法律推理是不存在的。如果连接大小前提与结论的推理形式无效，大小前提与结论之间就不会具有相关性，那么，即使给定的大前提正当合理，小前提真实可靠，大小前提的正当性合理性也无法传递给判决结论，以应得可能生活为内容的司法判决也就不可能构建出来。因此，亚狄瑟法官告诫人们：“‘法庭是否深思且公正地权衡案件里的利益冲突；利益冲突的调停是否能公平且持久’。倘若不运用逻辑的形式规则，我们不可能主张自己的立场‘公正且持久’。我们不可能单凭法令便作出判断。在普通法体系中，法院判决也不可能像超级特惠机票一样，只在特定日期内有效。”“谨守逻辑形式并避免谬误只是追求正义的工具，但它们的确是论证的关键。谨守逻辑形式并避免谬误可以说服别人，并给予司法判决正当性，将迷惑与含混不清的事物一扫而空。”<sup>[17]</sup>总之，遵守逻辑规则是实现法律的形式正义和实质正义的最低要求。

司法实践中，许多司法判决之所以不具有可接受性，就是因为法官在进行法律论证的过程中没有遵守逻辑规则而造成的。例如，南京市鼓楼区人民法院“（2007）鼓民一初字第212号”民事判决书之所以不能为被告人彭宇接受，并遭到社会公众和法律职业共同体的广泛批评，其中一个主要原因就在于该判决书在认定案件事实时所用的绝大多数推理都存在着许多形式谬误或实质谬误，混淆是非、颠覆黑白，最终导致给被告彭宇赋予了一个不仅在彭宇而且在绝大多数社会公众看来都不具有可接受性的判决结论。正因为如此，在笔者看来，彭宇案件一审判决毫无争议地成为因不符合逻辑合理性和论辩程序合理性致使司法判决不具有可接受性的经典案例。

### （四）论辩程序的合法性与合理性是构建应得可能生活的制度保障

[16] [英] 苏珊·哈克：《逻辑与法律》，刘静坤译，《政法论丛》2008年第1期。

[17] [美] 鲁格罗·亚狄瑟：《法律的逻辑》，唐欣伟译，台湾商周出版社2005年版，第92、6、22页。

应得的可能生活是从前提中推论而来的,但推出应得可能生活的前提没有一个是现成的,摆在桌面上供法官随取随用的,它们都是在诉讼证明的活动过程中获得的。如果获取这些前提命题的诉讼证明活动本身违反了程序法律规则(如刑讯逼供、无理剥夺当事人的主张权、举证权、质疑权等等),这些前提命题本身也不可能具有可接受性,而根据本身不具有可接受性的前提命题不可能推论具有可接受性的判决结论来。因此,严重违反程序法律规则的行为以及由这些行为获得的前提不具有可接受性。

违反程序法律规则的司法判决一定不具有可接受性,但符合程序法律规则却未必一定具有可接受性。因为,诉讼行为的合法性与法律论证的合理性、司法判决的可接受性虽然具有很强的相关性,但它们在构建可能生活的证明活动中具有不同的功能和作用:程序法律规则只能规范诉讼参与人的诉讼行为,只能告诉我们什么样的诉讼行为是合法的,但它不具备判断法律规范是否具有正当性、合理性,证据是否具有真实性、关联性和充分性的功能,即不能保证法律论证具有信念合理性和表达合理性。所以,仅仅遵循诉讼程序的法律规则对于法律论证来说远远不够,我们还必须进一步研究保证获取具有可接受性司法判决的理性论辩的讨论规则。

法律论证活动符合理性论辩的行为规则也是构建应得可能生活的制度性保障:由于只有能够为自己的诉讼主张提供了充足理由的当事人才能使自己的诉讼主张获得决定性证明,进而才能获得与自己的需要、欲望和目的相一致的肯定性可能生活。为了保证当事人能够获得应得的可能生活,法律论证活动必须遵守理性论辩的讨论规则。

依据爱默伦、荷罗顿道斯特的批评性论辩理论,法律论证活动应遵循以下理性论辩的讨论规则:(1)当事人论辩权利保证规则(自由规则)。<sup>[18]</sup>与日常论辩的不同,法律论证活动不只是一种知识之辩、真理之辩,更重要的是要为当事人构建一种各自应得的可能生活。要实现这个目的,任何人都不得以任何不正当理由剥夺双方当事人充分行使自己的主张权、举证权、挑战权(质疑、消解对方主张及其证据的真实性、合法性、关联性、充分性)和防守权(捍卫、证成自己的主张及其证据的真实性、合法性、关联性、充分性)的无限定权利。如果上述权利得不到最大限度的有效保证,用来构建应得可能生活的前提命题的正当性、合法性、真实性、关联性、充分性就无法得到保证(当下中国刑讯逼供、超期羁押、行政干预等不良现象就是对当事人论辩权利的最大侵犯,因此冤假错案不时发生)。(2)举证责任分配规则。要想获得肯定性可能生活,就必须充分证立自己的诉讼主张,要使自己的诉讼主张得到充分证立,就必须拿出有力的证据来说明自己获得肯定性可能生活具有充分的法律依据和事实依据;否则,即使该当事人本应获得肯定性可能生活,但由于自己举证不力,该当事人获得的也只能否定性可能生活。(3)相关性规则。在诉讼证明过程中,只有提出对其诉讼主张具有证明作用的证据,其诉讼主张才能得到有效辩护。一方对对方诉讼主张的质疑、抨击必须与另一方确实已提出的主张有关时,才能驳倒对方的诉讼主张、驳倒对方的诉讼主张才有实质意义。(4)出发点规则。论辩双方以及法官都不能把错误的命题(如援引已经失效的法律规则或引用虚假的证据作为认定案件事实的理由)当作建构可能生活的前提,也不能将正确的前提排除在建构可能生活的出发点之外;并且,不得错误地把另一方未表达的东西当作前提来提出,或

[18] 遵循论辩权利保证规则可以为论辩参与者提供了一种理想的言谈情景:(1)任何可言说者均可参加论辩。(2)(a)任何人都可质疑任何主张。(b)任何人都可在论辩中提出任何主张。(c)任何人都可表达其态度、欲望和需求。(3)任何言说者均不因受到论辩内或论辩外的某种强制的阻碍而无法行使其在(1)和(2)中所确定的权利(前引[10]第240页)。这种理想的言谈情景对于意见分歧的消除是至关重要的:所有诉讼纠纷都表现为一种意见分歧(利益冲突是意见分歧的实质),因此,要使诉讼纠纷得到有效解决,首先必须使这种意见分歧得到有效消除,意见分歧的消除是利益冲突得到有效解决的必要前提;但意见分歧的有效消除是诉讼主体之间达成理性共识的结果,这种理性的共识只有在理想言谈情景下才能获得。当然,法律论证中的理想言谈情景是有限制性条件的:例如具有严格的时间限制;刑事诉讼活动中的被控者加入论辩活动往往是非自愿的等等。

者否定对方留有余地的前提。(5) 识别(判定)规则。用来支持其诉讼主张的前提必须有判别其是否合法性、真实性、关联性、充分性的证明标准。这些标准可以是科学的规律、定理,也可以是得到证实的观察报告(如现场勘验笔录、鉴定结论、侦查实验等)。(6) 一致性规则。法律论证过程中的所有命题不得相互矛盾。如果包含相互矛盾的命题,要么存在认定事实方面的错误,要么存在适用法律不当的错误。其判决结论都不具有可接受性。(7) 有效性规则。建构可能生活的推理形式必须是逻辑有效的。(8) 结束规则。诉讼主张获得决定性证明的一方获得肯定性的可能生活,否则获得否定性的可能生活。决定性证明就是既成功地防守了对方所质疑的论辩的命题内容又防守了对方所质疑的论证形式的证明。<sup>[19]</sup>

总之,同时具备上述四个构成要件的法律论证可以使司法判决获得一下七种品格:(1) 概念的合理性:使概念模糊(含混和不准确)最小化;(2) 逻辑的合理性:力求连贯一致;(3) 方法论的合理性:质疑(怀疑与批判)和证明(要求证据或事实,无论这些证据或事实是有利的还是不利的);(4) 认识论的合理性:关心经验的支持,避免与科学技术知识不一致的臆断;(5) 本体论的合理性:采取与同时代科学技术知识一致的世界观;(6) 价值观的合理性:力求达到的目标是值得达到的目标,是可欲的;(7) 实践的合理性:采取有助于达到预期目标的手段。<sup>[20]</sup>这七种合理性品格是司法判决是具有可接受性的正当根据。

#### 四、判定司法判决是否具有可接受性的目的性构成要件

合理的法律论证是建构应得可能生活的最为有效的论证工具,可以为当事人接受司法判决提供最为决定性的正当性支持。但这仅仅只是当事人接受司法判决的必要条件而不是充分条件。也就是说,手段、工具虽然对于所要实现的目的来说是至关重要的,但毕竟手段、工具并不等同于目的,手段、工具的合理性也不等同于目的的合理性。因此,一个司法判决是否具有可接受性,不仅要看法律论证是否具有合理性,还要看司法判决能否满足、实现、达成判决受众的需要、欲望、目的或愿望以及当事人的需要、欲望、目的是否具有合理性。

(一) 能否满足当事人的需要是当事人判断司法判决是否具有可接受性的操作性标准

“现代心理学表明,主体活动最终引发于主体需要:主体需要产生满足这些需要的主体欲望;主体欲望产生实现这些欲望的主体目的;主体目的则产生达到这些目的的主体的全部活动过程。客体是主体的活动对象。可是,主体的活动为何指向客体?显然是因为,客体具有某种属性,这种属性有利或有害于达成主体目的、实现主体欲望、满足主体需要,因而引起主体指向它的活动,以便趋其利、避其害。”<sup>[21]</sup>既然任何主体活动最终都引发于主体的需要,那么,当事人对司法判决的接受活动当然不能例外——当事人接受能够满足主体需要的司法判决,拒绝违背主体需要的司法判决。

在诉讼证明活动中,当事人的需要表现为诉讼请求或预期,它指向的目标是某种特定的物质利益或精神利益——如赔偿损失、支付违约金、分割财产、获得对子女的抚养权、恢复名誉、赔礼道歉等“权利”。主体需要蕴含着主体的法律权利。笔者之所以这样认为是基于卡尔·拉伦茨的如下论述:“权利通常的定义是,权利是法律为了满足某人的需要而赋予他的一种‘意思的力’或‘法

[19] 参阅 [荷兰] 弗朗斯·凡·爱默伦、罗布·荷罗顿道斯特:《批评性论辩——论辩的语用辩证法》,张树学译,北京大学出版社2002年版,第127页以下。

[20] M. Bunge, *Seven Desiderata for Rationality in Rationality: The Critical View*, in J. Agassi & C. Jarvie (eds.), *Martius Nijhoff Publishers*, Dordrecht, 1987, pp. 5-6.

[21] 王海明:《新伦理学》,商务印书馆2001年版,第29页。

律的力’，是一个‘确定的、对这个人来说合适的权力关系。’”〔22〕

需要之所以能够成为当事人接受或拒绝司法判决的理由或根据，这是因为需要就是当事人所希望的可能生活，它关乎当事人的生存或发展是否成为可能：“需要可以抽象地理解为人们在某一社会中为了使自己的生存和发展成为可能而要予以满足的要求”，需要“如果得不到满足，它造成人的解体”，而且“需要……是客观的、普遍的”。〔23〕纵观古今法律发展史，法律无一不是为了满足主体需要而设定的，法律所保护的各种权利也无一不能必然地归属于需要，不能归属于需要的法律权利是不存在的。

既然需要的满足与否关乎当事人的未来可能生活及其生活质量，是当事人接受司法判决的全部意义，因此，能否满足当事人的某种需要成为当事人接受或拒绝司法判决的理由或标准。例如“最牛钉子户”杨武、吴莘夫妇拒绝执行重庆市九龙坡区人民法院的非诉讼行政执行裁定书，拒不拆迁，就是因为杨武、吴莘夫妇认为开发商没有满足其在拆迁范围内按被拆迁房屋相同位置、相同楼层、相同朝向、相同面积安置的正当要求。2007年4月2日在九龙坡区人民法院的主持下，杨武、吴莘夫妇与开发商达成了和解协议：被拆迁人在沙坪坝区得到了与其在九龙坡区原房屋相同楼层、相同朝向、相同面积的异地安置。这个案件最终的圆满解决充分说明，司法裁判能否满足当事人的需要、实现当事人的愿望、达成当事人的目的是当事人判断司法裁判是否具有可接受性以及是否实际接受司法裁判的最重要标准。

但是，我们不能因此就将能否满足诉讼请求或诉讼预期当作当事人接受或拒绝司法判决的唯一标准。司法实践中确实存在着即使裁判结论对当事人有利但由于法律论证不充分而导致当事人上诉的情况。例如，湖北省高级人民法院副院长吕忠梅教授告诉笔者：在一起行政案件中，法官判令当事人承担比法律规定还要轻的处罚，但当事人还是提起了上诉。上诉人认为：如果我没有违法，那么我就不应当受到处罚；如果我违法了，法律规定应当如何处罚就怎么处罚。我花钱提起上诉要的就是一个明明白白的道理，以便今后依法办事。那种不知其所以然的从轻处罚，非我所愿。因此，如果一方当事人认为司法判决不符合他的诉讼请求或预期，是因为该司法判决存在这种或那样的形式谬误或实质谬误而造成的，则更加成为该当事人拒绝该司法判决的直接理由。当然刑讯逼供、随意剥夺当事人的质疑权、辩护权、知情权，办案人员徇私舞弊、枉法裁判等违法现象无疑也构成了判决受众拒绝司法判决的正当根据和充分理由。

基上所述，当事人视角下司法判决的可接受性是法律论证合理性与当事人的需要两者之间的关系属性，是当事人对两者关系评价的必然结果。满足当事人的需要（诉讼请求或预期）是司法判决可接受性的目的性构成要件，法律论证的合理性是司法判决可接受性的工具性构成要件。

（二）当事人需要是否具有正当性、合理性是法律职业共同体和社会公众判断司法判决是否具有可接受性的操作性标准

但是，当事人视角下的司法判决可接受性不能完全等同于法律职业共同体以及社会公众视角下的司法判决可接受性。法律职业共同体和社会公众在判断一个司法判决是否具有可接受性时，不仅要看法律论证是否具有合理性，司法判决是否能够满足当事人的需要、目的或欲望，而且还要对当事人的需要、目的或欲望是否具有正当性、合理性进行分析和评价。当事人需要、目的或欲望是否具有正当性是法律职业共同体以及社会公众判断司法判决是否具有可接受性的依据和标准。

当事人的需要是否具有正当性、合理性之所以能够成为法律职业共同体以及社会公众判断司法判决是否具有可接受性的依据和标准，这是由需要（利益）的对抗性所决定的：英国生物学家里查德·道金斯通过长期研究发现，“基因”是最自私的，所有生命的繁衍、演化，都是“基因”为了

〔22〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《德国民法通论》上册，王晓华等译，法律出版社2003年版，第276页。

〔23〕 [德] 凯特琳·勒德雷尔主编：《人的需要》，邵晓光等译，辽宁大学出版社1988年版，第3、4、253页。

谋求自身的生存和繁衍而产生的结果；更严酷地说，我们只不过是“基因”这架机器人格化的化身，是“基因”在主宰我们。<sup>〔24〕</sup>作为基因的复合体，人总是自私的，趋利避害，追求利益最大化是一种无可非议的固有天性，这就决定了在利益冲突不能两全的情况下，需要具有对抗性。需要的对抗性决定了没有一个司法判决能够同时满足它：司法判决满足了一方当事人的诉讼请求或主张，势必会侵犯对方当事人的利益，必然遭到对方当事人的拒绝和反对；反之亦然。

同时能够满足具有矛盾关系、不能兼容的需要（诉讼请求或预期）的司法判决在逻辑上是不可能的，但也绝对不能都不满足。如果对相互矛盾不能并存的需要（诉讼请求）都不满足，那么法律就会因不能起到调整社会关系、维护正当利益、促进社会发展的作用。

任何诉讼活动的启动都是因为当事人之间的利益相互冲突、不能并存而引起的。法律应当维护哪方当事人的需要（利益）呢？笔者认为，在相互矛盾、不能并存的需要中，具有正当性的、普遍性的需要就是正当的需要，正当的需要就是法律所要保护的需

那么，如何判断一个行为、需要是否具有正当性呢？从伦理学的角度来看，判断一个行为是否具有正当性的道德终极总标准只有一个，那就是“增加全社会和每个人利益总量”；而判断一个行为是否具有正当性的道德终极分标准有两个：帕累托标准和最大利益净余额标准。帕累托标准是当事人之间利益互不冲突可以两全情况下的道德标准同时也是它的法律标准。它的内容是，不损害一人地增加利益总量。在人们利益不发生冲突而可以两全的情况下，为了多数人的较大利益而牺牲少数人的较小利益以及为了社会和其他人较大利益而牺牲自己的较小利益，都是不应该、不道德的；而只有不损害任何一方地增加双方或一方利益的行为，才是应该的、道德的。因为在这种情况下，只有后者才符合道德终极标准。于是，在人们利益不发生冲突可以两全情况下，道德终极总标准便具体化为‘不损害一人地增加利益总量’原则。最大利益净余额标准是当事人之间利益冲突不可两全情况下的道德标准：虽然“‘增减全社会和每个人利益总量’是衡量一切行为是否道德和一切道德是否优良的道德终极标准。然而，在人们的利益发生冲突不能两全的情况下，要增加一些人的利益，必然减少另一些人的利益。于是‘增进每个人的利益总量’是不可能的；而只能‘增减每个人的利益总量’，亦即‘增减整个社会的利益净余额’。因此，在这种情况下，道德终极总标准便具体化为‘增减整个社会的利益净余额’原则，亦即‘最大利益净余额’原则”。<sup>〔25〕</sup>按照这一原则，便可以为了多数人的较大利益而牺牲少数人的较小利益。只有这样，才最接近、符合道德终极标准——增加多数人利益比增加少数人利益更接近增加全社会和每个人利益；减少多数人利益比减少少数人利益更接近减少全社会和每个人利益；增加多数人利益而减少少数人利益，其净余额是增加了利益总量；减少多数人利益而增加少数人利益，其净余额是减少了利益总量。

由于相互冲突不能两全的需要同时得到法律的保护在逻辑上不可能，而法律恰好是以利益相互冲突不能两全的行为类型作为调整对象，因此法律只能保护那种具有正当性的需要，而能否体现“最大利益净余额原则”是判断当事人诉讼请求或预期是否具有正当性的标准。这就是我们选择最能体现“最大利益净余额原则”的需要作为判断当事人需要是否具有正当性的标准的理由。那么，如何才能判断当事人的需要（利益、权利）是否具有合理性呢？

合理的需要就是具有可普遍化性的需要。可普遍化的需要表现为当事人的个人利益与公共利益、社会利益相互一致。法律在保护了当事人的个人利益的同时也保护了公共利益或社会利益，“……这样做有利于公共安全——治安和秩序、公共安全和健康、取得安全、交易安全；有利于社会制度安全；有利于维护公共道德；有利于保护社会资源；有利于公共发展，也有利于个人公共道

〔24〕 见 [英] 理查德·道金斯：《自私的基因》，卢允中等译，吉林人民出版社 1998 年版，作者简介插图下面的说明文字。

〔25〕 参阅王海明：《新伦理学》，商务印书馆 2001 年版，第 154 页以下。

德和社会生活。”〔26〕由于合理的需要能够与公共利益、社会利益相互协调，使法律在保护一方当事人利益的同时，兼顾公共利益和社会利益，能够获得更大更好的社会效用。

具有可普遍化性的需要是能够经受起“换位检验”的需要。需要的“换位检验”是指，判决受众（包括社会公众和法律职业共同体）站在被赋予否定性可能生活一方当事人的立场上来看，这种司法判决也能为自己所愿意接受（“设身处地，亦能接受”），那么，双方当事人的需要（诉讼请求）都将是合理的，这种司法判决赋予给双方当事人的也都将是应得的可能生活，应得的可能生活最大限度地体现了“最大利益净余额原则”，所以，以应得可能生活为诉讼请求、法律主张的时候，当事人的需要才具有正当性和合理性。反之，不能经受“换位检验”的需要就不具有可普遍性，不具有可普遍性的需要就是不合理的需要，因而不具有可接受性。

基上论述，社会公众和法律职业共同体视角下司法判决的可接受性是法律论证是否正确与当事人的需要、目的是否合理两者之间的关系属性，是当事人、社会公众和法律职业共同体对两者关系评价的必然结果。当事人的需要具有合理性，司法判决又能满足当事人的需要，是司法判决可接受性的目的性构成要件，法律论证的合理性是司法判决可接受性的工具性构成要件。工具合理性与目的合理性的有机统一是社会公众和法律职业共同体接受司法判决的决定性理由，并使司法判决具备了实践合理性的品格。

## 五、判定司法判决是否具有合理性和可接受性的操作性标准

正确的法律论证是推出以应得可能生活为内容的司法判决的有效工具，但在实际裁判中并非每个法官都能做到上述要求，因而并非所有的司法判决都具有可接受性。要判断司法判决是否具有可接受性，首先必须知道法律论证和当事人的需要是否具有合理性。那么，面对已经宣判的司法判决，判决受众（当事人、社会公众和法律职业共同体）如何判定司法判决是否具有合理性和可接受性呢？笔者认为，批判性检验是判定法律论证是否具有合理性和司法判决是否具有可接受性的试金石和操作性标准，因此，批判性检验理所当然地成为合理法律论证的有机组成部分。

### （一）对司法判决进行批判性检验的必要性

法律论证的目的是为当事人建构一个具有可接受性的应得的可能生活，但当判决受众所面对的司法判决中存在违反合理法律论证四个构成要件的时候，法律论证的目的就无法实现。司法实践的经验教训告诉我们：错误的司法判决就是存在着形式谬误或实质谬误的司法判决，存在着形式谬误或实质谬误的司法判决一定是错误的；两者如影相随，相随共现。因而不能经受批判性检验的司法判决就是存在错误的司法判决，错误的司法判决将会使“司法尊严如失贞的皇后，望之俨然却人人鄙夷”。〔27〕杜培武案件、佘祥林案件、聂树斌案件等重大错案就是最好的证明。因此，为了最大限度地避免这种结果的发生，判决受众必须以司法判决能否经受得起批判性检验作为接收或拒绝司法判决的标准。

批判性检验的理论预设是，如同任何观点或思想都可以、并且应当受到质疑和批判一样，任何司法判决都应该通过理性的论证来为自身辩护；在理性和逻辑面前，任何司法判决都没有对于质疑、批判的豁免权。〔28〕

### （二）对司法判决进行批判性检验可以帮助判决受众找到接受或拒绝司法判决的决定性理由

在哈贝马斯看来，批判性检验的理论基础“在于我们的知识以及我们对于目的理性行为的实际

〔26〕 [美] 罗斯科·庞德：《法理学》第3卷，廖德宇译，法律出版社2007年版，第250页。

〔27〕 前引〔17〕，亚狄瑟书，第5页。

〔28〕 参阅陈波：《逻辑学是什么》，北京大学出版社2002年版，第216页。

过程与理想过程的比较”。〔29〕据此笔者认为，所谓批判性检验就是判决受众（当事人、社会公众和法律职业共同体）在对司法判决进行重建分析的基础上，〔30〕运用各种实体规则、程序规则、逻辑规则和理性论辩规则判断法律论证是否具有合理性的思维过程，其目的在于帮助判决受众发现接受或拒绝司法判决（可能生活）的决定性理由。

在笔者看来，同时符合本文第三部分所述四个构成要件的法律论证就是合理的，合理的法律论证就是司法判决具有可接受性的决定性理由：（1）构成法律论证大前提的是有效的法律规则，它得自于公认的法律渊源（诸如制定法、法律裁决、法律学说和立法准备资料这样的法律渊源被认为是那些可用于评价法律论证的具体渊源类型）；如果援引的法律规则虽然不能从某种法律渊源中得出，但它的可接受性可以从所运用的语义解释、历史解释、系统解释、目的解释、类推解释、反对解释、当然解释、扩充解释、限制解释等方法中得到有效证成。（2）构成法律论证小前提的案件事实是真实、关联、充分、合法的，关于案件事实的每个命题都得到了相关证据的证实、证明，且没有被证伪。即认定的案件事实之所以具有真实性、关联性、充分性、合法性是因为它们与有关证明标准相符合。（3）整个法律论证活动符合理性讨论规则和程序法律规则。（4）构成法律论证的推理形式符合逻辑规则，判决结论为大小前提蕴含，具有必然的逻辑关联。不论在法律论证的内部证成还是外部证成过程中，既不存在形式谬误也不存在实质谬误。反之，只要有一个与上述四个构成要件不相符合，存在着形式谬误或实质谬误，该法律论证就不具有合理性，这种情形都将构成判决受众拒绝接受司法判决的决定性理由。比如，援引的法律规则已被废止或不能从公认的法律渊源中有效得出，认定案件事实的证据虚假，论证形式违反逻辑规则，论证活动违反了理性讨论规则和程序法律规则等等。

应当注意的是，能否找到接受或拒绝司法判决的决定性理由，关键要看判决受众是否具备批判性检验的完备知识和基本技能：是否能对司法判决作出完整的重建分析，是否掌握法律论证的实体规则（主要功能在于检验大小前提是否具有合法性、正当性、真实性等等）、逻辑规则（主要功能在于检验大小前提与判决结论之间是否具有相关性、充分性，判决结论与法律规则或法律原则之间是否协调一致等等）、理性讨论规则（主要功能在于检验法官是否充分保证了当事人充分行使主张权、举证权、挑战权和防守权的无限定权利、具有举证责任的当事人是否为自己的主张提供了充分的论证以及对对方的质疑、挑战提供了有效慧英、防守等等），是否具备识别和发现形式谬误和实质谬误的能力（因为存在实质谬误或形式谬误的司法判决是十分可怕的。〔31〕它的可怕之处在于，它“无所不在，虚伪诡诈，而流于无形——无形到一个没有受过训练的人很容易被误导，而将谬误当真”〔32〕）。

### （三）批判性检验可以削弱获得正义对运气的依赖

在相同的法律制度、社会环境下，当事人能否得到应得的可能生活，往往与办案人员的探求事实真相的能力、法律论证水平、职业伦理的高低好坏直接有关。办案人员的综合素质高，双方当事人获得应得可能生活的机会越大，反之，则获得错位的可能生活的机会就越大。因此，能否获得正义往往与当事人的运气息息相关。为了不让当事人获得正义主要依靠运气这种现象成为司法常态，

〔29〕 [德] 尤尔根·哈贝马斯：《交往行为理论》第1卷，曹卫东译，上海人民出版社2004年版，第117页。

〔30〕 重建分析是批判性检验的基础，它包括删除、补充、替换和排列组合四个转换环节，具体操作方法及其意义请参阅前引〔19〕，爱默伦、荷罗顿道斯特书，第87页以下。

〔31〕 形式谬误就是仅通过审视法律论证的形式或结构就能识别出来的一种谬误。实质谬误就是只有通过分析论证的内容和语境才能发现的一种谬误。在法律论证的外部证成中如果存在形式谬误或实质谬误，往往导致认定事实的错误，最终导致判决结论不具有可接受的，这一点，鲁格罗·亚狄瑟法官在《法律的逻辑》一书中的第九章——第十三章中，比较全面地介绍了排除形式谬误或实质谬误对法律论证的重要意义。

〔32〕 前引〔17〕，亚狄瑟书，第186页。

削弱获得正义对运气的依赖,那么就必须对司法判决进行批判性检验。如果办案人员尤其是法官不具备对司法判决进行反省性思考或批判性检验的能力,或者即使具备这种能力但疏于对司法判决进行批判性检验,那么,做出正确的判决对他而言永远都是偶然的。如果当事人不具备对司法判决进行反省性思考或批判性检验的能力,那么,获得正义(应得可能生活)对他而言也只能是一种奢望。

(四)对司法判决进行批判性检验就是对诉讼证明活动进行最为有效的司法监督

不具备批判性检验能力的人是无法对办案人员进行有效的司法监督。所以,在我国,陪审制度往往只是一种摆设,因为这些人于聋子、瞎子无异,对法律论证活动中存在的形式谬误或实质谬误往往缺乏基本的鉴别能力,只能是“视而不见,充耳不闻”,他们的“在场”犹如“不在场”,因此,他们事实上并没有履行监督行为。但如果将能否经受得起批判性检验作为判断司法判决是否具有可接受性的标准与试金石,那么即使监督人员不在场,裁判人员的自由心证或自由裁量权也将得到极大限制,监督职能也会得到有效实施。

## 六、司法判决的接受与强制执行

(一)接受的类型及其基本特点

以应得可能生活为内容的司法判决是从合理的法律论证中推论出来的,能够满足双方当事人正当需要,并且能够经受得起批判性检验。能够经受批判性检验的司法判决就是具有合理性的司法判决,具有合理性的司法判决具有可接受性。因而批判性检验成为判断当事人接受或拒绝司法判决是否具有合理性的操作性标准。

合理的接受与不合理的拒绝:对能够经受得起批判性检验的司法判决予以接受就是合理的接受;对能够经受得起批判性检验的司法判决予以拒绝就是不合理的拒绝。

合理的拒绝与不合理的接受:对不能经受批判性检验的司法判决予以拒绝就是合理的拒绝,对不能经受批判性检验的司法判决予以接受就是不合理的接受。

对非终审判决,当事人可以接受,也可以拒绝,接受或拒绝都是当事人神圣不可侵犯的权利;但对终审判决,不管当事人是否认为该司法判决具有可接受性,他只能接受,不能拒绝,这时当事人接受司法判决是他无法拒绝的法律义务。

主动接受与被动接受:虽然在终极意义上,接受是当事人的唯一选择,但当事人在接受司法判决时的主观心理态度却可以完全不同。笔者将不包含任何强制性因素的乐于接受(包括履行)称之为主动接受;而将包含强制性因素——如当事人迫于人力、财力或时间的压力,或屈服于对方当事人的权势以及对人民法院的强制执行——的接受(包括履行)称之为被动的接受。一般而言,当司法判决与当事人的需要、目的或欲望相符合时,当事人会采取主动地接受;反之,就是被动的接受。

合理的主动接受:不论哪个审级的司法判决,如果司法人员秉公执法,严格按照程序法规定办案,司法判决中所援引的法律规则正确合理,证据真实可靠,认定的案件事实符合实际情况,那么,判决结论就是在得到大小前提合理支持的基础上,合乎逻辑地推导出来的必然结果。它能够通过判令加害方对因自己的行为引起的不良后果承担合理的责任和义务,实现对受害方的合法权利的有效保护,能够使争议纠纷得到有效解决,维护正常的法律秩序,促进了社会进步和发展。这样的判决结论由于能够符合双方当事人的诉讼预期,因而能够得到当事人的心服口服地接受并自觉履行,这种接受不仅是主动的而且是合理的(不仅接受司法判决的所有内容,而且接受法律论辩的论证图式以及司法人员的论证行为,这种接受才是完整的、合理的主动接受)。合理的主动接受是法律论证活动追求的理想结果,也是本文所要达到的主要目的。

弱合理的主动接受：合理的主动接受必须以当事人能够识别什么是合理的法律论证为前提，但在现实生活中，绝大多数当事人由于没有受过系统、严格的训练，不知道合理的法律论证应有的实质性规则、逻辑有效性规则以及论辩程序规则，缺乏对司法判决进行批判性检验的基本技能，因而在实际生活中合理的主动接受是比较少见的。如果我们用前述司法判决可接受性的工具性构成要件与目的性构成要件以及批判性检验的各种规则来严格衡量的话，当下中国的绝大多数司法判决总是有着或多或少、或大或小的形式谬误或实质谬误。按照前面关于主动接受和合理接受的界定，当事人主动接受了一个存在某些形式谬误或实质谬误的司法判决，这种接受虽然是主动的但却不是合理的接受。由于法律是为了解决争议纠纷而设置的，只要法官或当事人没有发现，或者当事人即使发现了但认为这些谬误没有超出自己的容忍范围（比如办案人员的取证方式存在违法因素，但由于证据本身是真实可靠的，当事人没有因为取证方式存在违法因素而拒绝司法判决就属于这类情况；再比如，司法判决中的某个论证方式是无效的，但这种论证方式是可以补救的，只要选择另外一个有效论证方式，就可以得出相同的判决结论；或者将被省略的命题补充完整，就可以解除人们对判决结论的怀疑，那么这些错误论证也是可以容忍的）。我们把主动接受一个存在论证瑕疵但没有超出判决受众容忍范围的接受叫做弱合理的主动接受。弱合理的主动接受也能使争议纠纷得到解决（即使是表面的解决），这种接受虽然未必能够真正实现的法律的价值，但至少不会引起当事人的反感，不会降低法律的权威，因而法律一般不会对这种接受进行主动干预——比如，不提起抗诉或适用审判监督程序等。

合理的被动接受：合理的被动接受由两种情形。第一种情形是，在司法实践中，有些当事人偏执于自身利益，置他人利益、公共利益或社会利益于不顾，即使法律论证是合理的，能够经受得起批判性检验，司法判决实际上已经保障了他应有的正当权利。第二种情形是，虽然司法判决没有保障他应有的正当权利，但导致这种结果的原因是由于负有证明责任的当事人没有为自己的诉讼主张提供决定性证明。对于具有合理性的司法判决，只要法官认定司法判决所保护的利益（与败诉方的利益相比更加）具有正当性、合法性，或者只要法官认定当事人确是没有为自己的诉讼主张提供决定性证明，而整个法律论证又能够经受得起批判性检验，则必须以强制执行的方式判令当事人接受和履行司法判决赋予他的各项义务。因为“正当之为正当，在于它构成了使用强制手段的依据”。〔33〕“强制力乃是法律制度的‘一个必要的不可分割的部分’”，“一个法律制度，如果没有可强制实施的惩罚手段，就会被证明为无力限制非合作的、反社会的和犯罪的因素，从而也就不能实现其在社会中维护秩序与正义的职能”。〔34〕因此，法律的强制性是司法判决得到终极接受的制度性保证。笔者将这种经受了批判性检验并以强制力作为后盾的接受称之为合理的被动接受。其中批判性检验是保证这种接受具有合理性的根据。

不合理的被动接受：如果违反实质性规则、逻辑规则、程序法规则以及理性讨论规则，导致司法判决存在形式谬误或实质谬误，这样的司法判决就经受不起批判性检验，因而也不具有可接受性。如果以强制力为后盾迫使当事人接受履行这样的司法判决，就是不合理的被动接受。这种结果是我们应当极力避免的。

虽然司法判决可以通过法律的强制手段得以实施，但是，强制力也是一把双刃剑：如果司法判决本身具有可接受性但当事人却不合理地拒绝，在这种情形下使用强制力就具有正价值，具有正价值的强制执行可以强化、树立法律的权威。相反，如果司法判决本身存在着不能容忍的形式谬误或实质谬误，在这种情形下使用强制力就只有负价值，只有负价值的强制执行只能削弱法律的公信力。

〔33〕 转引自慈继伟：《正义的两面》，三联书店2001年版，第34页。

〔34〕 [美] 博登海默：《法理学、法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第344页。

司法判决可以凭借法律的强制力迫使当事人接受和履行，但是被动的接受不应成为判决受众接受司法判决的常态，而只能成为主动接受的补充。如果被动的接受成为判决受众接受司法判决的常态，那就说明作为司法判决依据的法律制度本身就不是为最大多数人的利益服务的，这样的法律不仅不会得到广大人民群众的重与拥护，相反会在人们的心目中激起敌视和仇恨的情感，<sup>〔35〕</sup>这样的法律只能是一种“恶法”，“恶法”不仅不能促进社会发展需要，反而终将导致社会有机体的巨大动荡乃至解体。

## （二）法官法律论证能力的高低决定着司法判决可接受水平的高低

因此，法律的强制力虽然是司法判决最终得到接受并切实履行的制度性保证，但它只能作为具有可接受性司法判决的制度性保证。并且，这种强制力的掌握者必须是理性法律人——具备科学的法律论证能力的人——的手里，因为“……强制力，如果被不适当的人所掌握，那么必将使法律制度所规定的一切预防措施都受到损害”。<sup>〔36〕</sup>

不论是主动的接受还是被动的接受，法律论证的合理性都是司法判决是否具有可接受性的关键，而法律论证的合理性、司法判决的可接受性都是法官通过法律论证活动赋予的，所以，作为诉讼证明活动的组织者，司法判决的作者，法官法律论证能力的高低成为决定司法判决是否具有可接受性的关键。只有当法官知道什么样的司法判决是合理的、科学的，具有较高的可接受性的时候，他或她才可能成为法律论证活动的理性组织者（进而才会以此为根据有效地组织诉讼证明活动）和司法判决的优秀作者（作出具有让判决受众乐于接受的司法判决），并且才有可能对司法判决进行有效的批判性检验，将那些可能影响司法判决合理性和可接受性的各种形式谬误或实质谬误排除出去，给判决结论以不可辩驳的逻辑力量。只有当法官知道什么样的需要、目的具有正当性的时候，他才能对诉讼当事人的诉讼请求作出正确的评价。当他认定当事人的诉讼目的不具有正当性，而自己的法律论证具有合理性，并且能够经受得起批判性检验的时候，如果当事人不接受和履行司法判决赋予他/她的法律责任——可能生活，动用国家的暴力强迫当事人被动接受司法判决就不再是一种司法暴政和主观擅断。这时，当事人获得正义（应得可能生活）就不再主要依靠运气，而是一种制度性获得。

〔35〕 前引〔33〕，慈继伟书，第344页以下。

〔36〕 [英] 彼得·斯坦、约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国法制出版2004年版，第69页。