

# 《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2022年第4期(总第23期)

## 人的自治与互动\*

若昂·巴普蒂斯塔·马沙度(João Baptista Machado)著 范笑鼎译

译者简介 | 范笑鼎, 葡萄牙天主教大学法学院法学士、澳门大学法学硕士、博士研究生。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



### 一、对人的尊重

力的关系(relação de força)——法的关系(relação “de direito”)。两个或以上素未谋面之人,在遭遇海难后流落至一荒岛避难,并有可能在那里逗留很长的时间。此时,他们有两种建立相互关系的可能性:要么,强者使弱者屈服于其意志之下,对其发号施令,并利用他们满足自身之利益;要么,在权利平等的基础上,建立一种相互认可和尊重对方的关系。第一种情况属于一种力的关系(即一段强者把弱者当成工具加以利用的关系);而第二种情况则属于一种以法为基础的关系——以相互尊重这一基本伦理法律原则为基础的关系。在第二种情况中,人们将相互理解,为了解决共同问题而一致地行动。换言之,他们将开始进行合作性的互动。

(1)人作为“目的本身”[康德(Kant)](故此不应该被“工具化”),并且人的尊严作为至高无上的价值,是无价或者没有任何等价物能与之交换的。

(2)尊重人的尊严,不仅仅是一种道德义务,也是每一个法律关系的道德基础。

(3)尊重原则在其基督教教义的历史表述中承认,所有人类都是按着同一上帝的“形像与样式”造出来的,他们都具有作为上帝之子的尊严:尽管生命有限,但人作为“目的本身”,自身蕴含着无限的价值和永恒的使命[黑格尔(Hegel)]。

(4)从该基本伦理法律原则衍生出了所谓“人的权利”。

(5)从该原则可以迅速得出一个结论,即任何人都不能全然依赖于他人的主观独断(arbitrio)。正因如此,人们摒弃了奴隶制和强迫劳动、将过于限制一方当事人个人或经济自由的法律行为或其条款视为无效,并且废除了恶名昭著且具羞辱性的刑罚。

\*译者注:出于篇幅的考虑,译者将原文“*Iniciação ao mundo do Direito*(进入法的世界)”分为上下两部分,此文为上半部分。译者注:谨此真挚地感谢唐晓晴教授推荐译者阅读文章原文,并在译者完成译稿初稿后不吝提出了许多宝贵的修改意见。若无唐教授的分享和建议,便不会有翻译此文的契机及顺利完稿的可能。

(6) 从同一伦理法律原则, 衍生出了对所有人的“法律人格”的认可、衍生出了思想和信仰自由, 以及衍生出了其余的基本权利。

(7) 承认与保护这些基本权利, 是崇高人格尊严原则之体现(其彰显于宪法), 属国家之义务。

(8) 尊重人格尊严之原则是一个超实证法的原则: 要求他人尊重其人格尊严的权利, 并非实证法律秩序所赋予, 而是在任何实证秩序之前就存在的“自然”权利。

(9) 法律和平: 在法律和平下, 人与人之间的关系是由相互尊重之原则所协调, 而不是由“最强者的权利”来决定的。而且, 在这种情况下, 这种状态是能得到保证的[拉伦茨(Larenz)]。

(10) 与上述相符的正是法治国家的理念。根据此种理念, 对人的支配不应该交由他人行使, 而应该交由源自实践理性的法律来行使。

国家应优先确保对人格尊严原则的敬重, 并保护由该原则所衍生出来的人权。

与此同时, 应防止那些行使国家权力之人, 以法以外的意义——以有悖于正义与理性所要求的意义使用该权力。实际上, 任何一个国家, 即使是民主法治国家, 均无法摒弃支配性架构和权力关系, 因此, 必须避免权力滥用的危险。

这亦意味着, 并非所有的事情都能通过一般和抽象的法律来解决。治理者往往面临着具体现实, 他们必须就这些现实作出决定, 并作出对被治理者有约束力的抉择。这些决定遵从着政治性策略和集团利益的策略, 故不能总是以可普遍化的正义标准来支撑其正当性。政治力量是依法形成且受制于法的。鉴于权力之争与利益之争皆属于现实, 故此我们进入的是政治的领域, 而非法的领域。

## 二、合理性判断

(1) 人类的行为随着期待被链接在一起: 事实性期待(即我预感要下雨了, 我决定要带上雨伞)和规范性期待(即甲承诺将某笔记借给乙, 由于乙相信了该承诺, 因此他没有采取进一步的行动……), 两者对于法律来说都是重要的。

(2) 在人类关系中——在社会互动的领域里, 人们抱有一种基本的期待: 期待着所有参与者都表现得犹如理性人一般。即: ①具备“应有勤勉”, 以及表现得; ②忠诚、守信用(fidem servando)以

及善意。

(3) 然而, 期待并不等于确凿。人们大部分的决定都是在不确定的情况下作出的——亦即是在权变领域中作出的。既然我们生活在一个充满风险的偶然性世界里, 那就必然要采取一个抗随机<sup>[1]</sup>的策略。在该策略下, 引导我们的是“审慎(Prudentia)”的态度, 它是“行为的正确准则(recta ratio agibilium)”, 并且作为实践理性之体现, 它在每一个个别偶然性中(circa singularia contingentia)都发挥着其作用[圣托马斯(S. Tomás)]。根据每个[个别(singular)]“案例”的情况、风险程度等, 可以对每人所要求的勤勉(即debita solocitudo)也不尽相同。对于一个缺乏能力预见、评估其行为后果, 以及根据对该行为后果之判断来决定自身行为的人, 我们不能提出这一要求。这些人是不可归责的。

(4) 适当性判断(juízos de adequação)和一般性判断(juízos de normalidade)。一个旨在避免损害风险得以实现的策略是以可能性判断为基础的。在法官推论可信度的具体形式中, 当某事实的证明并非直接, 而是通过其他事实(即间接证据)和通过证人去证明时, 此时法官是否确信事实的发生, 同样亦是基于可能性的判断。“保全措施”的批准亦是如此, 法官必须以权利存在的“极度可能性”(即fumus boni iuris)以及以合理惧怕侵害的简易证据为基础, 予以批准。

尤其在民事责任和刑事责任的领域中, 对可能性的判断必须以适当性判断(juízos de adequação)的形式进行。此种判断回答了一个问题, 即当事件如常发生时, 某事实或者某行为本身是否具有引发某种结果的能力。在将相同思路套入到应有行为之不作为时, 若该行为本来完全有可能可以避免该结果, 那么它的不作为便是该结果的适当原因。

另一方面, 在人际关系中, 人们则须就关系中每一方的正确性或“一般性”、合理性以及善意进行判断。

(5) 用于认定正确行为的参考标准乃是“理

[1] 在原文中, 作者随即拆解了抗随机(antialeatória)一词: “antialeatória (álea-risco-aleatório)”, 以助于读者理解。译者注: 但是, 鉴于中文“抗随机”一词并不涉及类似的“词根”问题, 本译文省略对上述拆解的翻译。

性人”、善良家父，或者好人（homem de bem），他同时亦是一个明察秋毫、具备经验以及小心慎重之人。在这种情况下，人们以应有勤勉（即 *debita sollicitudo*）且忠诚于公平竞争（*fairness*、*fair play*）的态度行事。这个被虚构为“公正旁观者”的“理性人”（他既不是英雄，亦不是圣人，而是体现了亚里士多德审慎美德之人），代表了一个普遍的参照标准，使单纯的主观判断和评价变成了“客观的”判断。换言之：该诉诸于公正旁观者或临驾于当事人（*supra partes*）的办法，是探明道德判断和实际判断之普遍标准的手段，也是在特定社会环境中，具备了主体之间〔或者，从这个意义上来说（*hoc sensu*），是客观的〕有效性标准的手段。透过这些标准，人们从纯粹的主观主义层面转移到了主体间性的层面。

### 三、法律、交往与信赖保护<sup>[1]</sup>

#### （一）法律、和平以及期待之安定性

确保期待和引导行为无疑是法律的首要功能。

一方面，就确保期待而言，法律首先要确保的是基于“可承担责任之人”的交往行为，并以这些行为本身所声称之可信度（*credibilidade*）作为基础的信赖。在那些“可承担责任之人”（或是“好人”，或是“智者”）当中，理应包括国家立法者本身在内，他们要对自己拟定的法律所引起的期待“负责”<sup>[2]</sup>。

另一方面，法律亦要负责动态地引导和协调社会互动，并创造出能够引导和协调该互动的工具，以改变某些行为在未来发生的概率。为此，一些旨在直接〔透过强行法（*ius cogens*）〕或间接地（透过嘉奖或设定负担）令某些人采取某种行为的规范得以制定；亦因此缔结了一些合同（*contratos*）。就后者而言，其核心目的是为了实现在某些效果，而法律亦凸显了其作为“建制”机制的功能。

正如卢曼（Luhmann）<sup>[3]</sup>所言，法律规范的作用正是为了将上述两种功能结合在一起。甚至可以说，法律的第一项功能仿佛将社会制度再一次制度化了，而在其第二项功能的作用下，法律则主要以“建制机制”的形式起着作用。

上述两种功能都与法律和平相关。与“正义”如出一辙，“法律和平”被视为了“法律理念”的表现形态之一。事实上，法律和平不可仅仅是“没

有战争”，而必须是一种能积极地（*positivamente*）协调社会互动，以期实现合作的一种共存秩序。

因此，法律可谓是保护并创建了一个聚集了期待与行为导向，且足够复杂的网络。它让能大概率有效实现的行为有了多种的可能性，并让人类社会经验在特定框架内构筑起来和让人们理解到主体之间的约束性话语。而法律通过使其能够框定冲突和控制决策，建立起了一个仅凭自身就能够劝阻人们选择诉诸武力的秩序。这样的秩序尤其能够维护政治权力所建立的和平，并与此同时省去它制定过多决策并为之承担责任的必要。这种秩序亦使人们能够获知新的行为策略与维护社会的和平。

为此，法律制度本身及其变体也必须遵从着某种“客观性”，并尊重某些限制（即那些基本法律原则所施加的限制）。法律制度本身亦必须自带学习（*aprendizagem*）和传递的可能性，“以传统的方式”去传递人类经验和文化意识已经证实为演变成功的事物。也即是说，给予成文法灵感的原则必须根植于人类交往的固有本质，并且允许应用性话语“传统化”以及能够进行连贯地变化或分化。

当日常互动引起的法律案件足够多元，乃至促进决策机构（尤其是法院，但亦可是立法者）寻求解决问题的一致方案时，让我们来看看会发生些什么：这些机构将渐渐意识到“前提”的存在，即那些藏于体系规范背后的原则的存在。这些原则会在不预先决定决策的情况下，以演变机制的形式发挥着作用，“引导”着如何选择“决策”。也就是说，在自身法律体系结构与法律实践当中，隐含着一种“学习”的潜在可能性，它在法律生活中显现出了某种“背景客观性”。这种背景客观性同时为“具有意义的决策选择性”设下了限制，并让可能实现

[1] 此章节重新呈现了“*Obra Dispersa*”，第II卷，第346至354页之内容。

[2] 关于按照“好法人（*pessoa colectiva de bem*）”的概念对国家适用善意原则的问题，参见RLJ，177年，第3页，ANTUNES VARELA的相关说明。关于法不溯及既往与“信赖原则”之间的联系，参见Karl Larenz, *Richtiges Recht*, München 1979, 第147页。

[3] 参见Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main 1961, 第75页。

批判性(criticas)经验和反思的概念框架建构了起来。随着司法实践中所出现的诉讼,该经验和反思得到了增强。

但特别需要强调的是,有一些人类共存的原始必要条件,它们隐含在所有旨在理解和合作的交往行为当中,是法律所不可视若无睹的。因此,法律除了要创建一个聚集期待且促进交往与合作的新型网络之外,首要保护的便是由个人交往关系所引起的信赖(即正当期待)。作为共存秩序运作的前提条件,法律不可对信赖保护(servare fides)原则置之不理。

## (二)“信赖(fides)”及该词的初始功能

以上所述亦与整体人类交往有关——与所有交往行为有关,无论它是否以口头的形式作出。此外,若不遵从真实性或忠诚性等基本的伦理规则,这种在其核心方面被视为理解和协调行动之手段的交往[并且因此被视为建立人际关系(relações)的一种手段]就不能发挥作用了(故此便无法满足那基本、原始的交往需求,亦不能满足那种协调行动的基本需要了)。与真实性或忠诚性紧密呼应的是作为补充概念的可信度和责任。这一切印证了古典哲学中关于人类伦理本质的论述。

交往是一种行为:一种旨在达成共识和协调行动,以人与人之间的理解为固有功能的行为。它的这种原始作用必然取决于“对话者”的真诚性(veracidade),因为一旦该说话行为(或者任何一种非口头作出的交往行为)奉行某些以言取效(perlocutiva)<sup>[1]</sup>的策略时,便会马上成为一种欺诈行为(dolose agere)。这是因为,但凡交往行为遵从着任何除理解以外的策略时,就会沦为一种对语言的工具化(instrumentalização),与其原始作用背道而驰、变质且扭曲了。它同时亦把对话者之人当成了工具,破坏了交往和人类群体背后的基本关系。不“可信”就不可能被理解,不“真诚”便无法可信——也就不可能有真挚的交往。

因此,可以确定的是,所有“以言取效的行为”、遵从于狡猾策略的交往行为以及欺诈行为(dolose agere),都已沦为对原始语言作用的一种扭曲、一种“工具化”,并与此同时应当受到伦理的谴责。正如圣托马斯所言:“即便是为了善而狡猾,亦是罪过(astutia etiamsi ordinetur ad bonum, est

peccatum)。”然而,正如交往行为不应被“工具化”,人类亦不应被如此对待,因为用康德的话来说,他们是目的本身。实际上,交往行为的工具性或其“以言取效”的用法总是涉及到将对话者本身当成工具。若人是目的本身,那么人类语言就具有其固有的目的,亦即是说,它是有其“原始”、天然(natural)的作用的<sup>[2]</sup>。

要理解人际关系中善意[或fidem servare]原则的深层意义,我们必须理解上述的内容。交往行为之原始(或天然)功能(função originária)非任何人类策略所能理解的(即它无法在不变质的情况下为人类策略所“用”),它摆脱了所有的理性理论,并以“先验性原始”的方式强加于人们。而如果谁不认同以上看法,便无法理解某些伦理法律原则所具有的超实证法之特征。

实际上,所有这些都意味着,在由可承担责任(或可归责)之人所构成的群体当中,每一个行为(即有意义的、交往性的行为)都内含了一种“责任”——即人们要对该行为所传递的信息中所包含的真实性、正确性或真诚性主张负责。作为明智、有信用的人,这可谓是必须付出的代价。从我们交往行为所固有的这种“自我约束”中同时衍生出了基本的行为规则,它们同样是由共存和互动秩序的基本要求所预设的,法律不可以放弃保护,因为倘若不遵守这些规则,共存秩序和法律均不可能存在。

[1] 译者注:对于J L Austin的Perlocutionary Act的中文翻译多达数十种,并无统一的译法。“取效行为”无法在没有上下文的情况下让读者明白该行为是通过语言完成,而“语效行为”则忽略了语言在此的工具性,故译者采用“以言取效行为”,以求最完整之意思。注

[2] 正因如此,每一次为了以言取效之效果而使用人类语言的行为,都体现了语言的一种派生功能,甚至是一种寄生(parasitária)于语言本身的功能。所谓的“以言取效”效果,只有在交谈者(即交往的相对人)意图相信且相信该语言的原始功能(即令说话者的言词可信)时才有可能实现。也就是说,只有当交往行为中所固有的真实性(verdade)、正确性(rectitude)或真诚性(veracidade)[即真挚性(genuinidade)]主张被视为有效(válidas)之时,该效果才有可能实现。因此,将语言当成工具,亦是将人当成工具,而且是对交往和人类群体背后基础关系的破坏。

由此可见，“知悉的表示 (declaração de ciência)”或纯粹的言词 (dictum) 本身 [ 尽管它未达至承诺 (promissum) 之程度 ] 亦是具有约束力的，无论是因为它们涉及到真实性主张所固有的责任，抑或是考虑到相信该表示而对他人行为所造成的后果。而这些关于知悉之表示的评价亦可在经必要变通后 (mutatis mutandis) 适用于某人用于自我表述 (auto-apresenta) [ 如广告信息、机构代表人的言词、诱导人们相信行为一致性或个人身份的行为等 ] 的交往行为 ( 无论它是口头上的行为，抑或是等同的非言语外部表现亦然 )。这是因为，真实性主张是这些行为所固有的，所以该主张与其所展现出来的表象是一致的。

综上所述，我们亦可得出一个结论，即信赖原则是一项极其基本的伦理法律原则，且法律秩序不可不保护此种建立在他人行为基础之上的正当信赖。而事实亦必须如此，因为正如我们所见，能够信任 (poder confiar) 是人类之间一切和平共处与合作的基本条件。此外，该信任的能力 (poder confiar) 亦是旨在理解、达成共识以及合作的交往可能性所固有的基本条件 ( 亦因此是实现法律和平的基本条件 )。应该指出的是，无论被视为一般行为规则的道德戒律如何，若它无法与所产生的信赖系统性地对应，那么人类互动便会变得不再安全，甚至乎瘫痪。

当交往行为含有承诺的意思时，便会引发期待，但这并不仅限于此一些自我表述型的表达性交往行为亦会形成期待。譬如，那些就某事务显露当事人地位的行为，以及那些由于自我表述了某种个人身份，所以期望在其身上见到的一致性同样会引起他人期待的行为。

据此，我们可以认为，每一种行为，每一个动作或交往性互动，除了具有真实性或真诚性 ( 即忠于自己个人身份的 ) 主张之外，还引起了他人对行为未来行为的期待<sup>[1]</sup>。

根据哈贝马斯 (Habermas)<sup>[2]</sup>，具有真实性主张的交往行为、具有规范有效性主张的交往行为，和具有真诚性主张的交往行为这三者之间是有区别的。

在具有真实性主张的交往行为当中，我们可以区分资讯、建议以及提议，证明和证书，以及科学表示；在具有规范有效性主张的交往行为当中，似

乎最应该包括法律行为意思之表示；而在具有真诚性主张的交往行为当中，我们既可包括某些形式的广告和信息传单，亦可以包括就某问题显露出倾向性，并引起与该倾向性一致或相符期待的行为。

一般而言，根据孔根 (Köndgen)<sup>[3]</sup> 的看法，我们可以认为所有的交往行为都必然包含着一种“自我约束” ( 即一种忠实于其固有主张的要求 )，因为它引致了他人对未来行为的某些期待。然而，该自我约束并不是在所有情况下都必定有着相同的强度：在交往行为中，自我约束力的强度从 ( 近乎 ) 无意的自我表述性开始；渐渐地增强至故意的自我表述以及“角色”或职能的展示性担当，该角色或职能的地位意味着一系列的期待；最终，该强度在承诺或终局性约定中达至了顶峰，它们以具有法律约束力的形式决定了承诺人将要采取的未来行为。

#### 四、冲突和谈判：消极期待、冲突和积极主体间性的排除

(1) 另一种法律被赋予的功能便是：解决冲突。互相矛盾的期待和利益的冲突。法律会预设可能的冲突，并按照一般情况制定相应的解决方案，而法律规范正是解决冲突的一般化体现。通过预测冲突的解决方案并将其一般化，法律令人们只有在例外的情况下才会产生交往层面的实际冲突。

(2) 将冲突和战争与法律联系起来。实际冲突，作为互动，是一种倒退且具寄生性 (Regressivo E Parasitário) 的社会互动模式。

倒退，是因为具有了决斗性 ( 即两极化 ) 的结构，它排除了交往的主体间性，亦因此排除了理性。而具寄生性，则是因为首先出现了资源和社会关系的垄断 ( 因而形成了两个阵营 )，随后他们过度归责、过度反应，令冲突升级，最后出现侵略性的恶性循环。消极预期趋于稳定 [ 即若不为我之所想，则我亦不为你之所想 ( 对称性立场 ) ]；所有损害他人 (Alter) 的都被认为是利己 (Ego) 的，因为我

[ 1 ] 关于这方面，请参见 Johannes Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981, 第280页。

[ 2 ] Jürgen Habermas, *Theorie des Kommunikativen Handelns*, vol. I, Frankfurt am Main 1981, 第414页及续后页，第435页及续后页，第447页及续后页。

[ 3 ] 前揭著作及其位置。

假设他人亦同样认为所有损害我的会对他自己有利(即消极预期的恶性循环)。这是一种完全不信任、纯粹的独断,以及对他人的工具化。

(3) 冲突的毁灭性力量不仅局限于竞争者互相之间的伤害,还令其它社会关系瘫痪,甚至遭到毁坏,因为冲突往往会吸引所有的注意力和所有可用的资源。在竞争者之间,他们不会放过任何一个妨碍、强迫和伤害对方的机会。

(4) 如果我们把纯粹冲突的关系比喻成一个电流的回路,它将排除主体间性这一理性维度,并且倾向稳定于其侵略性的回路当中,那么,挽救该冲突的办法便是让一个第三人(Terceiro)、调解人(Mediator),即那用于调解的主体间性,以冲突本质上往往排除的“客观”标准介入,打破这个地狱般的回路。所以,解决冲突的合适手段便是调解、仲裁和谈判。

(5) 相较之下,以理解为目的的交往行为则始终以参与主体间性领域作为前提条件。组成这一领域的是实践理性的规范、对他人(身为“目的本身”)的认可和考虑,以及一种对旨在协调行动(即交往性互动)和解决利益冲突(即谈判)的交往最起码之信赖。

(6) 法律、战争与和平。和平状态并不排除所有的冲突,它仅仅避免了以有组织且持续的暴力活动(即武装冲突)为表现形式的冲突。

霍布斯(Hobbes)之假说:所谓自然状态,是全面无休止的战争状态[即所有人对所有人的战争(bellum omnium contra omnes)]。人类必须走出这种状态[即寻求和平(pax est quaerenda)],创建出文明的社会。事实上,霍布斯将战争状态放在了和平状态,或者说,文明社会的对立面。在这种和平的状态下,拥有绝对权力的君王按照他自己的意愿颁布着法律[其意志便是理由(stat pro ratione voluntas)]。

这种和平——仅仅是没有战争的和平,只是任何法律体制中最起码的目标。法律所追求的是享有自由、正义和福祉的和平。真正的和平是“宁静中的秩序”[圣奥古斯丁(St.º Agostinho)],是合作性(及竞争性)的共存秩序,在这种秩序下,它有着源源不绝的社会交流。但在此之前,“公义的果效必是平安(opus iustitiae, pax)”(Gaudium et Spes 宪章)。即便是纯粹没有战争的和平,它亦是

实现所有其他目标的必要前提。

(7) (从交往到谈判,再到辩论)

人类交往(以语言为主要“工具”)的最初作用似乎是为了人与人之间能互相理解,以便协调行动与合作。因此,交往行为从一开始(in nuce)就已经包含了谈判。为了协调行动[譬如联营合同、joint venture 协议等]、为了就如何协调相反利益达成共识(即合同),或者为了解决分歧与冲突(让“竞争者坐在谈判桌前”一直被视为解决冲突的合适办法),谈判是最能够明确主题并清楚表达,或者最能够以讨论形式进行的一个交往性互动过程。

但凡人与人之间的交往透过其所引致的信赖、具说服力的论据等,对人们的行为和决定产生了影响,我们就可以并且应该称之为交往性互动。而在这种旨在协调行动的交往性互动框架下,我们必须考虑到该互动所产生的期待,并考虑到,对于有益的人类行为秩序和社会效用来说,尊重这种期待是十分重要的。

(8) 需要强调的是,在谈判的互动中,处理的不仅是信息(即关于问题的情况、谈判双方的身份等信息),而且还产生了调整谈判行为本身的一种“规范性”。亦就是说:谈判程序其自身将生成一种平衡(aequitas)和忠诚所要求的约束力(即义务与负担)。据此,人们有义务与先前的对话态度保持一致;有义务解释其所提出的理由,以及有就对方主张的合理理由或者提出的建议进行论证或反驳的负担;有为偏离先前已形成的谈判惯例作出正当性解释的负担;最后,有义务表现得真实(即诚实)、忠诚和礼貌[即 ad aequitatem et ad fidem——公平且忠诚地行事]。

(9) 当他们以谈判为籍口,却陷入了纯粹的言语冲突时,这种伪谈判便只会增加谈判双方相互的敌意。有的只会是一场论战(polémica),而非谈判。在纯粹的攻防互动的游戏中,双方都寻求着压制对方。

这不并代表在一场正常谈判中不会出现一些为了表明立场,为了交换合理且恰当的论点而引发论战的时刻。但是,必需避免因体现出过多或纯粹的攻击性而令谈判性互动沦为纯粹的力量证明。

(10) 然而,最重要的是,谈判性互动作为行为的一种,亦要遵守承认他人以及忠诚的伦理原则。这是因为,若谈判一方采取了纯粹策略性(de pura

estratégia) 的态度, 一心想以牺牲他人作为代价获得收益, 那么便会令谈判变质。

那采取了纯粹策略性态度的狡猾谈判者把自己代入了单纯的“旁观者”, 而非“当局者”的角色。他用不断收集而来的信息以及根据纯粹的效率法则或方法引导着自己的行为。这样一来, 对方的善意便成为了他玩弄的一颗棋子, 以求为他所用。至于他本人的善意, 则只是用于迷惑对方的假象。我们正处于一个纯粹把他人作为工具 (instrumentalização) 的领域, 正如我们所将见到, 这是与正义枢德 (virtude cardeal) 相悖的罪过。

(11) 这种策略、计谋令谈判变了质, 亦常常破坏人际关系。为何如此? 因为他将别人 (outro) 当成了工具, 而不是像正义所要求那般, 承认并且尊重他人的差异性 (即独立人格)。由于谈判是关系他人的人类行为, 所以它遵从的是正义的理性 (ratio iustitiae)。而战略性旁观者态度, 它就像使用对象般地利用他人, 这是与正义的态度所截然相反的。

采取如此态度并建立一种被认为是谈判的关系, 从一开始就是一种欺诈行为: 该行为所传达的信息与操纵者所企图的并不一致。正如一个古老法谚所言, *fraus omnia corrumpit* (欺诈毁灭一切)。而关于狡猾 (astúcia) 圣托马斯亦曾说道: “*etiam astutia, si ordinetur ad bonum finem, est peccatum*”——即便是为了善而狡猾, 亦是罪过。

谈判一方的狡猾、欺诈或恶意迟早都会被对方发现。而其中一方的不仁亦为另一方的不义提供了借口 (即便没有使其正当化)。渐渐地, 谈判沦为冲突, 谈判亦就破裂了。

作为某种不忠诚的受害者, 一般认为他被豁免了自己忠诚的义务: *frangenti fidem, non est fides servare*。正如挑起攻击之人不能援引正当防卫, 或者任何供认自己卑鄙行为之人都不能作为证人 (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*) 一样, 操纵他人者亦不可抱怨什么。

由此可见, 对于一场秩序井然, 并且能够达成合理一致的谈判来说, 衡平 (*aequitas*) 是必不可少的, 尽管它难以取得平衡。在遇到困难时, 抱有真诚的谈判意愿可以令人们在解决某些待决事项上采取一系列公正的标准, 或者令他们愿意将这些问题的解决交由公正的第三方或仲裁员审慎地去决定。

(12) 应该指出的是, 那些在误导性广告信息中所看到的狡猾说服手段, 现在已成为了立法者们所关注的问题, 他们对这些信息进行着监管, 以期能保护消费者。

从诡辩的思维方式来看, 重要的并非是否如此 (*ser*), 而是看上去似乎如此 (*parecer*): 要赢得好人的名声, 而不是成为一个 (纯朴的) 好人。道德、正义和真相遭到反讽, 因为诡辩主义者坚信唯一重要的是话语的有效性、说服力和强制性交流框架的建立。在政治和谈判的生涯当中, 那些具有诡辩思维方式的社会角色有着营销和形象方面的策略可供其使用。这些策略是由广告和公共关系领域专家所巧妙地策划出来的。诡辩技巧因此亦在科学领域中赢得了一席之地, 但与此同时, 这亦令一种变了质的交往方式 (即一种“词义和语言应用的讹误”)、一种“伪交往”变得普遍。

这为社会来了巨大的伤害。所有对他人的操纵都是违背正义的, 并且形成一种极度不健康的主体间性或社会性的氛围, 在这当中酝酿着不信任以及对诚信的质疑。这样一来, 社会结构和处于其中的人们就会变得互相讨好, 被腐败渗透。

人们常常可以看到“民主世界变成了一个嘈杂的聊天室 (*le monde démocratique devient une bruyante parlerie*)” [勒伦格 (*Relenger*)]。最要紧的事便是为了新闻、演讲和辩论的“消费者们”创造出偶像 [即培根 (*Bacon*) 曾说过的种族偶像 (*idola tribus*) 和市场偶像 (*idola fori*)]。而与这些“偶像 (*idola*)”所相对应的便是强制性的语言框架 (即陈词滥调), 该语言框架同时形成了一种免疫性的防御反应, 阻碍了基础性问题被当作专题并对其公开地进行讨论。

我们不能无视“政治审慎”所具有的特殊问题, 但我们亦不能忽视违背正义美德之罪过所带来的“扭曲”的社会后果 (如下所述)。

## 五、正义

(1) 正确地定义何谓正义: 正义是使人人各得其所的永恒而坚定的意志。 (*Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*)

永恒的意志 (*Constans voluntas*): 要有意志 (*habitus voluntatis*)、永恒的 (人生) 态度——必须始终遵循正义, 而不是偶尔为之;

正义(ius):属于他的,便是其理所应得(quod alteri ut suum debitum et proprium est);

正义调整的是人与人之间的关系(Justitia hominem ordinet in comparatione ad alium);

正义是为他人服务的(Justitia est ad alterum);他异性[ALTERIDADE(Alteritas)];

衡平地返还他人其理所应得(Aliis debitum ad aequalitatem reddere);平等性(IGUALDADE)。

Ratio justitiae(即正义之关系)在不同的人之间调和着。这些人作为他人,具有他异性。两个基本的概念:永远尊重他人(即尊重人、尊重他异性)的态度;以及根据平等原则给予对方其理所应得——尊重、他异性以及平等。

(2)正义(与法)之基本关系(所谓基本,是因为它是所有其他法律关系的基础)乃是承认和尊重他人的一个关系。正如康德所言:“每个人都有权利博得他人的关注和敬重,并有义务对他人给予同样的关注和敬重。”出于敬重与考虑,康德承认了他人的尊严,承认了一种价值,这种价值是没有价格或等价物可与之交换的(=人的尊严是不容商量的)。籍此回顾一下康德的“绝对命令”:伦理意义上的人享有一种尊严,使他凌驾于一切可被用作于目的之物——他是“目的本身”。所以,任何把人当成工具使用的做法都是违背正义和法律理念的。

这并不单纯是一个道德观点:它是每一个法律关系(即法的关系)的伦理基础。法的关系与力的关系(或“工具化”的关系或态度)是相对立的。正因为是人,所以只有人才有能力承认以下事实,即他人亦可像自己那般要求受到尊重(或者被考虑)。因此,亦只有人才能够将彼此的关系建立在法的基础上,而不是建立在力的基础上。

人享有权利和义务,即参与了涉及他人的法律关系。这是因为,他是一个人,是一个能够自我决定行为的生物,而且在人的意识中他体验到了应然。因此,他是负有责任的。亦只有这般的生物才有能力在互相尊重或者法律的基础上建立与他人的关系。

由此我们应该得出一个结论:“法律和平”并非那种由“最强者的权利”决定人际关系的状态,它是由相互尊重之原则所决定,并且该原则的遵守可以得到保证的一个状态。(见拉伦茨,Richtiges Recht,第46页及续后页)

我们可以看到,相互尊重原则体现在了黑格尔

的这句话中:“所以法的箴言是:成为一个人,并尊重他人为人。”该原则的历史和精神根源来自于基督教。正是基督教表达了所有人都是上帝之子,并且每人都是按“上帝的形象”被造出来的这一想法。

从该尊重他人的箴言或基本假设中直接衍生出了现行实证法的某些解决方案,即:

①承认所有人的法律人格和法律能力;

②承认崇高的人格尊严,以及国家负有承认并保护人们基本权利的义务;

③人格权;

④废除了刑法中恶名昭著的刑罚;

⑤意识、信仰以及宗教的自由;

⑥将过于限制一方当事人自由或违背善良风俗的法律行为视为无效。

(3)平等。正义是为他人服务的(Iustitia est ad alterum):他异性。对于这一想法,我们可以将其与尊重他人的基本原则联系起来。

行使正义在于“aliis debitum ad aequalitatem reddere”:平等地给予他人其理所应得。这便是正义概念的另一元素:平等。正义即平等。其实,相互尊重或相互考虑的箴言中所包含的互惠理念亦导向了平等理念。

平等原则有着双重的表述:“等者等之”与“不等(或不同)者不等之”。

平等理念意味着对独断(arbitrio)的摒弃。独断,既在相同事件上有着不同的处理(即歧视),亦是在不同的事件上(在关键方面有所不同的事件上)没有给予不同的处理。立法者本身不能任意地对相同事件差别对待,亦不能任意地对不同事件给予相同处理。

其实,关键是要明确,从以正义理念为指导的角度和考虑方式来看,在法规制定背景下的事实性不平等是否具有如此重要的意义(或相关性),以至于立法机构在制定该法规时必须将其考虑在内。然而究其本质,这是在为不平等待遇寻找一个充分的理由(即一个合法依据)。这是缺乏正当性理由的。

其难度在于如何对不平等待遇所依据的差异进行评价。甚至可以说,为了辨别这些相关元素,人们不得不诉诸于最终源自于社会普遍存在的价值表象或者正义观念所衍生出来的看法。

由此可见,法律一般性(和法律面前人人平等)

这一形式原则并不能保障平等性。更何况，我们亦知道民法对未成年人有着特别的规定、刑法对公务人员有着特别的规定、在税法中则有累进税制。

然而，要注意的是，法律的一般性（即通用的监管技术）是重要且不可或缺的：一个没有一般规定的法律秩序在我们的社会发展阶段里是不可想象的；不然的话，就不可能对法律有全面的理解，而法律在具体案例中的适用亦永远不可能被预见（即对法律确切性和安定性的需求）。此外，法律的一般性还确保了其与个别案例之间保持着必要的距离，使监管更加合理公正。从某种程度来说，法律其自身就内含了一种一般性的趋势。

因此，比例原则可谓在某程度上与法律一般性是对立的。但法律一般性有其自己的功能（即上述的法律确切性等等）。问题可以被归结为：究竟是衡平法（要求考虑到每个案件的个别性）还是一般性法律（lei geral）最能够体现正义？法律在多大程度上可以或应该考虑到事实上的不平等——或者说，法律秩序在多大程度上可以或应该将不平等现象排除在其关注之外？在我们这个时代，这是一个尤其紧张的问题。科技和工业发展效率要求大量的一般性规定，如果没有这些规定，社会生活就不可能继续。而从另一方面看，在我们的社会中，对个人人格的重视和强调导致形成了一种尽可能由个人决定的权利，而人们亦越来越强烈地感受到不考虑个别情况的一般性规定是有多么的生硬。

综上所述：

①就其本身而言，一般平等原则是没有内容的，

因为它并没有告诉我们什么要被同等对待，什么要被区别对待。

②法律的一般性（generalidade）起着不可或缺的作用，因为在社会当前的状态下，甚至无法想象一个完全没有事先制定一般规定的法律秩序。

③然而，纯粹的一般性监管技术并无法保障平等性。

④一般来说，适用平等原则所需要的价值判断源自于社会上普遍存在的价值观和正义观（concepções axiológicas e de justiça）。

⑤这些观念如今基本上已明确地被写入或隐含在宪法当中。宪法中包含了许多的规定，其中某些区分是宪法所规定的，而其它的则是被其所禁止或被废除的（例如：禁止以种族、性别、宗教和政治观点为基础的歧视）。

⑥就人的权利（即基本权利）和公民的政治权利而言，近乎允许任何的区分。

⑦就国家所干预的民事领域而言，立法机构被允许进行的区分很大程度上与宪法规范所规定的区分相关。

⑧就国家所提供的社会福利而言，对其所作的区别或区分主要交由普通法律的立法者决定，并且仅以宪法秩序中的理由为限。

我们可以注意到，西方的价值观有着某种共同的模式，它表达了一种共同的文化，并体现了在欧洲数国的宪法之中。