

原则、自由裁量与依法裁判

陈景辉*

内容提要:由于原则与强自由裁量的天然关联,基于原则的裁判具有非常强的任意性。如果不对这种自由裁量进行有效的限制,那么原则裁判很容易导向恣意裁判,尤其在同规则矛盾时适用原则的举动将会引发更大的问题。目前限制原则裁判的两个主要条件即穷尽规则和个案裁量,均存在严重的理论困难,这就要求必须寻找全新的限制条件。这些新的条件主要包括:普遍性条件、比例原则以及不得违反法律体系性要求。

关键词:原则 规则 自由裁量 依法裁判

原则的存在不但关乎法律规范内在的基本类别与结构,也将直接影响到法概念争论中的基本立场。^{〔1〕}或许正由此,有关原则的争论逐渐成为法学界的热点。目前有关研究尚存讨论余地:(1)国外的理论主要关注规则与原则之区别,而我国实践提出的问题则是,当规则和原则发生冲突时,如何在二者之中做出恰当地选择;(2)如果在规则原则冲突时选择原则作为判决的基础,那么由于原则与法官自由裁量之间无法摆脱的关联,如何在这种情形之下有效地限制法官自由选择的范围,才不至于使得基于原则的裁判演化成恣意裁判?若将以上两个问题可以合并成一个问题便是:如何在不动摇“依法裁判”的基本立场上,当原则与规则冲突时,说明原则作为裁判基础的恰当理由?

本文针对以上问题,首先考察原则在法律中得以确立的理论基础,然后在区分自由裁量类型的基础上说明法律原则所属的自由裁量类型,解释原则之自由裁量同依法裁判准则之间必然存在紧张关系的原因。在此基础上,本文将检讨原有克服原则自由裁量属性的理论努力,逐一证明这些学说的理论缺陷和实践困难,最后提出一个基本的解决办法。

一、原则在法律中之地位的确立

(一)德沃金论规则与原则的区分

作为当代法律实证主义的主要理论敌手,德沃金的原则理论是从破解实证主义之“法律是一个由

* 中国政法大学法理学研究所讲师。

本文思路的最终确定,部分来源于同朱庆育的讨论。文章初稿于2006年5月27日提交“蓟门学园”讨论,郑永流、黄金荣、聂鑫、陈新宇、李洪雷、吴宏耀、易延友、罗晓军的批评,对本文的进一步完善多有贡献。

〔1〕 原则的法概念面向主要涉及的问题是:(1)有没有原则?(2)如果有原则,那么它是否具有法律约束力,即是否存在法律原则?由于本文主要关注原则之应用这个实践问题,因此只假定原则的存在;至于它是否属于法律原则,在所不论。有关原则法概念面向的讨论参见庄世同:《论法律原则的地位:为消极的法律原则理论而辩》,《辅仁法学》第19期(2000)。

系谱规则保障效力之规则体系”的基本信条入手。他通过描述原则、政策和其他标准这些有别于规则的行为准则在解决疑难案件时所承担的功能,确立这些行为准则、尤其是原则的法律属性。而由于原则之所以具有法律效力,并非因为其存在形式而是基于其内容,承认规则(形式化的系谱规则)无法解释原则之法律效力的来源,实证主义理论框架因而必须舍弃。显然,德沃金采用原则论证的目的,是否证实证主义法概念主张的成立,因此其原则理论的主要效力场所在于法概念论,尽管原则的特征是在疑难案件中得以展示的。

德沃金在两个著名的疑难案件(Riggs v. Palmer 和 Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.)中发现了与法律规则全然不同的法律原则。尤其是由前一案件引出的“任何人不得因非法行为获利”的原则,更是成为德沃金反复引用并借以表明法律原则存在的证据。德沃金认为法律原则与法律规则存在着逻辑上的区别,^[2]这就是说两种法律规范之间的区分并非是程度上的或者是偶然的。这种绝对的区别来源于规则与原则具有属性上的重要差异:

其一,应用方式上的差异:法律规则是以“全有或全无”的方式被应用于特定案件的,而法律原则的应用方式并不相同。换句话说,规则和原则在与个案发生关联时,其效力特征存在差异:就某一规则而言,或者完全适用于该案件(有效)、或者完全不适用于该案件(无效),除此之外,别无他种情形的可能。就某一原则而言,即使该原则并未决定该案的判决结果,但是此原则仍然对于案件产生某种影响,而非处于无效的状态。

其二,规则与原则同其例外的关系存在差别:理论上规则必须将全部例外列举出来,以便进行补充说明;补充越多,特定规则的表述就越准确。^[3]简言之,由于规则的所有例外都可列明,所以规则与相反的事例无法共存。然而,原则却是可以同与其相反的事例共存,因为原则的内容如此宽泛,以至于即使将例外列举出来也不会使得原则的表述更为准确或更为完整。其实,这个区别表明的是规则与原则的确定性上的差异:由于所有的例外都能够列明,因此规则具有绝对的确定性;而原则无法穷尽例外的特征,使得原则的确定程度大为降低。同时,这也可以进一步解释二者应用方式上的差异:由于规则具有绝对的确定性,因此规则要么适用于个案,要么相反;而原则的确定性是一个程度的问题,所以原则与个案之间的关系可能是多样的。

其三,法律原则具备分量或重要性的向度,而法律规则并不具有这个特点。当原则之间相互交叉并共同影响某一个案时,纠纷解决者必须考虑每一原则的相对分量。当然,并不存在一个确定的判断标准;而且,对于某一原则或政策相对于其他原则或政策更为重要的判断经常是有争议的。^[4]虽然法律规则也存在着重要程度上的差异,但是这个差异仅仅是功能上的或者由其引起之效果上的,因而规则本身并不具有分量的特性。具体而言:(1)虽然规则与原则都具有重要性的向度,但是规则的重要性是其结果或者功能上的重要性,而非规则本身的重要性;与此相反,原则的重要性是其本身的重要性。例如,相对于其他规则而言,宪法规则必然具有更高的重要性。然而,这个重要性仅仅是功能上的,而不是因为宪法规则本身的重要性更强。就中国实践而言,由于存在司法化的障碍,宪法规则的重要性反而更低。(2)无法否认会出现规则之间和原则之间的矛盾,然而由于确定程度的差异,规则之间的冲突会展现为逻辑悖论,此时必然是一个有效、另一个无效。当原则之间矛盾时,并不会产生逻辑悖论,也并不会产生某一原则无效的结果,只是由于其分量或重要程度次于其他原则,因此对于案件结果并不产生关键作用。^[5]所以,如果两个相互冲突的规则对于同一案件均予以支持时,规则或者被改变、或者被废止;而原则之间的冲突,并不需要付出“某一原则无效”之类的代价。或者说,

[2] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 24.

[3] 同上书,第24页以下。

[4] 同上书,第26页以下。

[5] 同上书,第27页。

规则之间并不存在合乎逻辑法则的交叉情形,而原则之间的交叉却是符合逻辑法则要求的。

德沃金做出上述区分的目的,不仅仅在于证明法律原则与法律规则分别属于不同的行为标准范畴,更为重要的在于否认了任何将原则归属于规则之特例的可能性。如果原则不是特殊类型的规则或者无法借助规则解释原则,那么坚持“法律是一个规则体系”的实证主义理论就必须被抛弃。即使实证主义者通过修正其理论,以便包容法律原则,但是由于法律原则与政治道德之间的沟通关系,将会使得道德被引入法律领域,因而违反了实证主义严格区分法律与道德的基本信条,所以这种做法同样将会归于无效。^[6]总之,正是通过德沃金的努力,原则问题在法律理论中的地位基本确立。

(二)阿列克西的原则理论

虽然德沃金确立了原则的法律地位,但是其理论还存在许多仍可商讨的余地,甚至这些余地可能会引发诸多的困难。阿列克西正是同时看到德沃金的贡献,以及其理论的某些缺陷,进而提出一套相对成熟的原则理论。

在阿列克西看来,德沃金的原则理论存在两个缺陷:^[7]第一,对规则“全有或全无”的定性存在问题。“全有或全无”的属性来源于规则之例外可以穷尽的主张,然而由于原则可能成为规则的例外,并且原则的反例无法穷尽,这就使得规则的例外难以穷尽,因此规则就无法以全有或全无的方式被适用;^[8]第二,原则的分量属性也存在问题,所以解决原则冲突的方法有缺陷,最为典型的的就是某些原则属于所谓的“绝对原则”,即其他原则无论何时同这些原则发生冲突都必须退让。例如德国宪法中的“人性尊严”就是此类绝对原则。阿列克西认为,原则的性质可能展现为以下方面:

首先,规则是确定性命令,而原则是最佳化命令。^[9]在阿列克西看来,原则是一种要求事物在相对于法律上与事实上的可能范围之内,以尽可能高的程度被实现的规范。如果详述之,则原则作为最佳化命令的特征,就在于其能够以不同的程度被实现,其所要求的实现程度不仅系于事实上的可能性,尚取决于法律上的可能性。后者意味着,适用一原则时必须考量到在个案中相冲突的其他原则,才能决定该原则的法效果是否成立,因此原则的典型适用方式乃是衡量。相反,规则是一种只能被实现或者不被实现的规范,若一条规则有效,即应该不多也不少地做到该规则所要求的内容,而没有不同的实现程度的问题,因此规则的典型适用方式乃是涵摄。^[10]显然,原则是最佳化命令,意味着其实现程度存在不同的层次,最为恰当的适用是以最佳的程度实现的,因此仅仅在个案中适用原则是不适宜的。而规则的确定性只要求适用(全部实现)或不适用(全部不实现),因为规则的适用不存在程度上的问题。这种区别显然属于逻辑上的差异。这也表明,阿列克西虽然认同了德沃金规则与原则在应用方式的差别,但是其理由却不是“是否能够穷尽反例”,而是基于两种规范是否存在实现程度上的差别,这便克服了德沃金理论的第一个缺陷。

其次,当两个规范同时作用于同一个案且结果冲突时,就存在规范矛盾。阿列克西认为可以依据规范矛盾解决方式的不同,区分出规则与原则。阿列克西认为规则冲突有两种解决办法,如果不将相冲突的规则之一作为例外条款嵌入另一规则,就是至少有一条规则要被宣布为无效。^[11]例如“下课铃响前,不得离开教室”与“火警铃响后,必须离开房间”这两个规则之间的冲突,就是依据将后一规则视为前一规则的例外的方式得以解决。之所以采取这种方式对待规则的冲突,原因在于此类冲突涉

[6] Ronald Dworkin, *Thirty Years On*, (2002) 115 *Harvard Law Review*, pp. 1655 - 1687.

[7] 参见张嘉尹:《法律原则、法律体系与法概念论——Robert Alexy 法律原则理论初探》,《辅仁法学》第 24 期(2003)。

[8] 拉兹同样注意到德沃金的这个缺陷。由于法律体系内部存在体系性连接(systematic interrelations),因此法律体系内部各个部分之间是相互关联的,这就使得法律规则并不必然需要将所有的例外都列举出来,这既是不可能的,又是不必要的。Joseph Raz, *Legal Principle and the Limited of Law*, (1972) 81 *Yale Law Journal*, p. 832.

[9] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, pp. 47 - 48.

[10] 王鹏翔:《论基本权的规范结构》,《台大法学论丛》34 卷第 2 期(2005);亦见前引[9],张嘉尹文。

[11] 前引[9],Robert Alexy 书,第 49 页;亦见上注,王鹏翔文。

及效力问题,法律效力的概念不同于社会效力或者规范强度,因此法律效力不存在程度问题,无法将其阶段化处理。^[12]然而当两个原则相互竞争时,则其中必有一个原则退让,该退让的原则在法律上实现的可能性因而受到另一个原则的限制。但与规则的冲突不同,由于存在实现程度上的阶段化,退让的原则并不因此无效,它仍有可能在其他案件中获得优先地位。^[13]之所以与规则冲突的处理方式不同,是因为原则的冲突不发生在效力层面,而是发生在分量或重要性的向度。^[14]换句话说,冲突的规则之间是对立的,而冲突的原则之间是交叉的,因此解决规则冲突可能需要付出某一规则丧失效力的代价,而原则冲突的解决并不需要付出这个代价。

最后,规则与原则的初步性特征不同。规范的初步性特征是相对于规范的确定性特征而言的:如果某一规范的内容的适用,不能被例外推翻,那么此规范就具备确定性特征;相反,如果某一规范开始具有可行性,但这种可行性能因某种原因而被推翻,那么此规范就具备初步性特征。^[15]一般认为规则只具有确定性特征,^[16]而不具备初步性特征,而原则正好相反。然而,阿列克西认为规则同样具备初步性特征。由于在规则背后终将存在赋予其正当性的原则,根据原则设立新例外的可能性将始终存在,^[17]规则的适用也就同样可能被推翻。因此,能够依据原则创设新例外的规则就具有初步性特征,无此特点的规则将只具有确定性特征。问题是,如果规则与原则可能同样具有初步性,那么区分上述两种规范的标准何在。阿列克西认为规则和原则的初步性特征存在差异,最典型的表现是在原则冲突的领域。仔细分析的话,原则的冲突可以细致化分为两个基本类型:(1)纯粹的原则冲突,即这种冲突只发生在两个原则之间,并不涉及规则;(2)涉及规则的原则冲突,即某一原则P同某一规则R背后赋予其正当性的原则Pr之间发生冲突。^[18]由于以上两种情形中之某一原则,可能基于重要性上的更强分量,获得适用中的优先地位,因此它们都具有初步性特征。然而初步性特征在上述两个类型之中是不同的。在第一种纯粹原则冲突的类型中,裁判者只需要权衡各个原则的重要性向度,就可以决定哪一个原则应当优先适用。而在涉及规则的原则冲突中,要想通过前一个原则相对于后一原则的优先地位,进而为后一原则所支持的规则设立例外的做法,光凭权衡是不够的。因为欲根据原则P对规则R创设新例外者,需要负担论证责任。他除了必须证成,为何在系争条件下P所要求者在内容上优于规则的规定,还必须证成,为何在此条件下,实现P的重要性是如此之高,以至于可以偏离权威机关透过规则所做出的决定。^[19]换句话说,即使原则P有足够的理由优先于R背后的正当性原则Pr,也不能无条件的推出P优先于R的结论,因为原则P除了与Pr相权衡之外,还需要同R背后的形式原则Pf相权衡(例如“由合法权威制定的规则必须遵守”、“无特别理由不得偏离历来的实务见解”等),并以论证责任的实现作为获取优先地位的说理条件。^[20]总之,原则的初步性特征在于,如果P1的重要性超过P2,那么P2在个案中的适用应当受到限制。与之不同,规则的初步性特征在于,只有当P既优先于Pr又优先于Pf时,R的适用才能受到限制。^[21]这表明,规则的初步性特征强过原则的初步性特征。^[22]

[12] 前引[7],张嘉尹文。

[13] 前引[9],Robert Alexy书,第50页;前引[10],王鹏翔文。

[14] 前引[7],张嘉尹文。

[15] 前引[9],Robert Alexy书,第57页以下。

[16] 规则的确定性特征与规则属于确定性命令是不同的,前者关注规则能否被推翻的问题,而后者关注规则的实现是否存在程度的问题,因此不能因为规则是确定性命令就得出规则具有确定性的特征。

[17] 前引[10],王鹏翔文。

[18] 佩里也认同规则背后存在赋予其正当化的原则。Stephen R. Perry, *Two Models of Legal Principles*, (1997) 82 Iowa Law Review, pp. 788 - 789.

[19] 前引[9],Robert Alexy书,第58页;前引[10],王鹏翔文。

[20] 前引[7],张嘉尹文;前引[10],王鹏翔文。

[21] 颜厥安:《法与实践理性》,中国政法大学出版社2003年版,第61页。

[22] 陈显武:《论法学上规则与原则之区分——由非单调逻辑的观点出发》,《台大法学论丛》第34卷第1期(2005)。

比较德沃金和阿列克西的原则理论,不难发现,阿列克西的理论不过是对德沃金理论的进一步精致化处理,其基本立场并未偏离德沃金对于原则的基本定位。同时,阿列克西通过宪法权利的分析,更加关注法律实践中的推理问题,而非概念论领域。与本文主题关联最密的是,阿列克西通过初步性特征,在一定程度上关注了规则与原则之间冲突的可能性,以及解决这种冲突的办法与解决纯粹的原则冲突的办法存在的差别。

二、原则的自由裁量属性与依法裁判

原则赋予适用者以相当程度的选择空间,但能否因此就直接在原则的适用与自由裁量之间划等号呢?如果能够证明原则具有自由裁量的属性,那么它具体属于哪种自由裁量?如果裁判者拥有该种自由裁量,那么又会出现什么样的理论困难?考虑到法律推理中必须遵守依法裁判的准则,原则引发的这种自由裁量会与依法裁判矛盾吗?如果矛盾,又需要对原则的适用做出何种限制?凡此种种,都集中于“原则的自由裁量性质与依法裁判之间存在何种关系”这个焦点问题之上。

(一)自由裁量的类型

德沃金认为,法律中存在三种含义的自由裁量:其一,因为某些原因,官员们不能机械地应用其必须采用的标准,而是被要求运用自身的判断;其二,某些官员拥有做出某种决定的最终权力,并且其他任何官员对此无权监督或者撤销;其三,官员完全不受由权威机关设定的标准的约束。其中,前两种被统称为弱自由裁量,其共同点在于此时官员们的行为仍需遵循某种标准;最后一种是所谓强自由裁量,此时官员们的行为已经不再受到现存标准的制约。^[23]或者说,弱自由裁量是指虽然法律对于案件提供了答案,但是答案本身并不明确,而强自由裁量是指裁判者自由的决定。^[24]例如,我国刑法第232条规定,“故意杀人的,应当判处十年以上有期徒刑、无期徒刑以至死刑”,所产生的就是第一种自由裁量,因为法官无法机械式地运用这个准则得出行为人应获的判决结果,而是必须在个案中做出自身的恰当判断。民族区域自治法第30规定,“民族自治地方的自治机关自主地管理隶属于本地方的企业、事业”,所产生的就是第二种自由裁量。此时自治机关已经拥有了自主地管理本地方的企事业的权力,因此无论它们采取何种措施,都是恰当的。显然,这两种自由裁量都是以某种行为准则的存在为条件,如果缺乏这种行为准则,那么相应行为的合法性就会丧失。与此不同,当我们运用民法的基本原则(诚实信用原则、善良风俗原则等)来解决疑难案件时,由于民法基本原则本身就属于“空白立法”,^[25]因此法官的行为并未受到相关原则的约束,这显然属于强自由裁量。

拉兹认为自由裁量存在三种主要的来源:其一,语言模糊的本性引发的法律的模糊性;其二,由法律本身具有的分量的特点引起的法官的权衡;其三,许多法律体系内部存在着由原则指导的、允许法庭自由裁量的规定,这些规定不但适用于有法律效力的标准,而且对于不具有此类性质的标准同样适用。^[26]其中,模糊性与自由裁量之法律规定两项支持下的自由裁量明显与德沃金所持的弱自由裁量一致,因为法律的模糊性阻碍了法官机械运用法律的渠道,法律之下的判断变得必不可少,法律对于自由裁量的肯定又使得法官掌握了决定某种情势之最终结果的权力。而法律原则具有分量的特点所要求的正是强自由裁量,因为如果当两个原则之间发生矛盾时,至于哪个原则更为重要的判断并不总能依赖原则本身获得解决。此时法官们所做出的哪个原则更具分量的判断,已经不再受到系争原则本身的限制;至于规则,就更缺乏决定哪个原则更有分量的能力了。所以,法律的分量性质使得此

[23] 前引[2], Ronald Dworkin 书,第31页以下。

[24] Marisa Iglesias Vila, *Facing Judicial Discretion: Legal Knowledge and Right Answers Revisited*, Kluwer Academic Publishers, 1999, pp. 5-10.

[25] 徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1992年版,第23页。

[26] 前引[8], Joseph Raz 文。

时法官必然能够摆脱所有约束迳行做出何者更为重要的判断。^[27]

(二)原则的自由裁量属性

拉兹对于自由裁量产生原因的研究,暗示了法律原则应当与强自由裁量存在密切地关联。德沃金并不赞同此种说法,反认为原则不但与强自由裁量无关,而且也无法运用弱自由裁量解释法官运用原则处理个案的行动。德沃金之所以坚持这个主张,原因有二:(1)实证主义的重要观点之一是,当规则不存在时,法官可以摆脱约束自由决定案件的结果。作为实证主义最有力的抨击者,德沃金必须反对这个主张,因此他需要解脱法律原则与自由裁量之间的关联。(2)德沃金坚持伦理客观主义,认为在道德原则(表现为法律原则)之下,法官的行为并非全然任意的,同样需受到某种行为准则的约束。

1. 德沃金的立场:原则不具备自由裁量的特征

实证主义者必然坚持强自由裁量的观点,因为当面对缺乏具体法律规定的个案时,法官已经是在摆脱法律约束的基础上,自由选择某种行为准则作为判决的基础。此时,法官必然处于无约束的强自由裁量的状态。德沃金否认这种观点的说服力,因为在其自然法立场的支持之下,^[28]“法官有道德义务在疑难案件中运用原则”与“法官有法律义务在疑难案件中运用原则”的表述具有同样意义,因此道德原则其实就是所谓的法律原则。这表明,当实证主义认为法官依据道德准则处理个案的行动,属于强自由裁量时,德沃金却认为由于道德原则就是法律原则,因此法官的行动不属于此种自由裁量,强自由裁量理论显然难以立足。

随着德沃金理论的进一步发展,他认为法官运用法律原则的行动根本无法运用自由裁量的语词加以描述。这就是德沃金的著名主张——法律问题有“唯一正确答案”。^[29]“唯一正确答案”命题与两个基本概念相关:“政治道德”(political morality)与“伦理客观主义”(ethical objectivity)。政治道德是德沃金早期理论中的重要概念,它是指由群体的社会与机制预先规定的道德观念。^[30]政治道德包括两个部分:(1)社会的成员可能依据各自的道德判断而非受制于一元化的统治,得出具有共同性的道德判断;(2)这种道德判断获得制度上的支持。^[31]由于法律原则其实就是政治道德的具体表现,因此法官运用原则做出裁判的行为,实际展现为发掘并运用法律历史中所蕴涵的公共道德标准的过程。政治道德的公共性,使得其内容的确定性大为提高,法律问题当然会具有确定性的答案,于是“唯一正确答案”的理论就顺利导出。“伦理客观主义”,意指与法律相关的政治道德问题存在确定性的答案。^[32]“政治道德”、“唯一正确的答案”与“伦理客观主义”的结合,使得法律原则具有无可质疑的确定性,无论哪种自由裁量都无法准确描述法官运用原则的行动。

2. 法律原则、道德与自由裁量

针对德沃金的上述观点,可以提出两个方面的反对理由:(1)强反对理由:批驳伦理客观主义的价值相对主义或者伦理主观主义的道德立场;(2)弱反对理由:由于道德体系的非自明性,因此需要选定判断者和判断标准,而这后两个方面都容易引发不确定性。

坚持强反对理由的价值相对主义认为,法律问题在道德上并不存在确定性的答案:其一,如果某一法律秩序被判断为道德的或不道德的、公正的或不公的,那么这些评价都表达了法律秩序与道德体系的关系;但是由于所有社会的道德体系都不是唯一的,因此无法获得一个法律体系与整个道德体系

[27] 前引[8], Joseph Raz 文。

[28] 全面肯定法律原则的学者,一般都会接着认可法律与原则背后道德观念的沟通关系,因此他们基本上都会赞同自然法理论。阿列克西也具备此项特点,他同样支持法律与道德存在必然关系的“道德命题”。Robert Alexy, *The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism*, Clarendon Press, 2002.

[29] Ronald Dworkin, *No Right Answer?* in *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart* (P. M. S. Hacker & Joseph Raz ed., Clarendon Press, 1977), pp. 58-84.

[30] 前引[2], Ronald Dworkin 书,第126页。

[31] 前引[2], Ronald Dworkin 书,第84页。

[32] Ronald Dworkin, *Objectivity and Truth: You'd Better Believe It*, (1996) 25 *Philosophy and Public Affairs*, p. 89.

之间关系的判断。所以,任何法律的道德判断都是相对的。其二,既存的法律秩序之效力并非因为其与某一道德体系的一致而获得。^[33]这意味着,在价值相对主义者看来,道德问题本来属于“公说公有理、婆说婆有理”的聚讼纷纭的状态,据此否认了道德问题存在唯一性答案。而伦理主观主义者认为道德并非必然为真,而是由于相关群体中的大多数人相信这些道德原则是有效的,因此道德原则才有效。例如美国社会的大多数人认为直呼父亲的名字是道德的,但是这个行为标准并不必然为真,因为中国社会的大多数人对此持相反的看法,所以某一准则的道德有效性本身就是一个偶然的事件。伦理主观主义破坏了道德原则的静态属性,因此基于道德原则的静态属性肯定道德问题的确定性将会不再可能。^[34]虽然这两种主张都打击了伦理客观主义的立场,并给予自由裁量一定的空间,但是由于上述伦理立场之间的争论至今尚无定论,因此强反对理由并未获得压倒性的论证优势。

弱反对理由并未直接质疑伦理客观主义的基本立场,而是强调这种主张的实践困难。弱反对理由认为:即使伦理客观主义正确,但是由于道德体系的非自明性,必须存在判断者和判断标准的选定。然而,一旦需要有判断者和判断标准,道德的确定性就会降低,因为如果所有普通人或者所有法律人都有资格担任判断者,那么判断结果就可能出现分歧。同理,判断标准也会引发相似的问题。德沃金早已意识到判断者和判断标准可能导致理论困难,因此他提出所谓的超人法官——Hercules来弥补这个漏洞。Hercules是德沃金虚构的、具有超级能力的法官,他可以发现法律的最佳道德证明,即使普通的法官经常因为何谓最佳的道德判断而争论不休。这个带有神话色彩的超级法官是德沃金理论的守护神,它的存在不但可以保障政治道德的确定性,而且与伦理客观主义相协调,并以此为基础解释法官的义务以及“唯一正确答案”理论。^[35]然而,超人法官的表述更多具有修辞功能,其论证效果相当之弱,以至于反向强调了判断者和判断标准所引发的问题,因为如果不借助超过常人的能力,以上目的均将无法顺利达成。

基于强与弱的两个反对理由,不但德沃金的伦理客观主义保障的道德确定性存在诸多的理论困难,而且由于道德不确定性的特点,使得以道德为内容的法律原则与自由裁量重新产生某种联系。

3. 法律原则与自由裁量

除了通过伦理学立场的争辩提出反对意见外,利昂斯的理论还展现了法律之内的反对理由。在利昂斯看来,德沃金之所以引入法律原则与法律规则之间区别的理论,其目的在于通过确认法律原则在法律中的有效地位,否认司法过程中自由裁量的意义,同时,由于德沃金认为自由裁量是实证主义理论框架中必不可少的要素,强调法律原则的地位自然可以得出包含自由裁量的实证主义理论应当归于无效的结论。^[36]然而,上述论断之成立必须同时具备如下条件:其一,法律原则要想绝对地排除自由裁量,就必须能够完成消除所有法律不确定性的任务,因为自由裁量是与不确定性相伴随的;其二,需要证明实证主义理论必然包括自由裁量并且它是保证实证主义理论成立的必要条件。这里主要介绍利昂斯对于第一个方面的反对理由,即法律原则可能会消除法律中的某些不确定性,但是试图通过它消除所有法律不确定性的任务很难完成:其一,这对法律原则提出了极高的要求。为了消除所有的不确定性,原则必须能够覆盖所有的将出现的案件,然而这个条件很难实现,因为我们无法准确预知未来;其二,消除所有不确定性的要求还会与法律原则的分量属性发生冲突,因为只有事先决定了原则的分量或者设计出能够避免出现具有同等分量的原则的平衡程序,才能够消除法官在原则间的衡量引起的法律不确定性。^[37]然而,一旦将原则按照分量的大小事先排好坐次,那么原则也就丧

[33] Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, University of California Press, 1967, pp. 66-67.

[34] Kenneth Einar Himma, *H. L. A. Hart and the Practical Difference Thesis*, (2000) 6 *Legal Theory*, pp. 15-16.

[35] 参见前引[2], Ronald Dworkin书,第105页以下。其后的进一步阐述,见 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Hart Publishing, 2000, pp. 239-240.

[36] David Lyons, *Principles, Positivism, and Legal Theory*, (1977) 87 *Yale Law Journal*, p. 420.

[37] 上引书,第421页。

失了分量的特点,它也就不再是原则了。这是因为,法官的自由裁量必然意味着法律中存在着不确定性,“强”与“弱”自由裁量的划分,不过表明法律不确定性的程度而已。因此,对于自由裁量的批判就等于否认法律中的不确定性。然而,法律原则的分量属性其实也展现了法律的不确定性,这与规则具有的确性属性大为不同,德沃金正是以此为理由区别了规则与原则。由于自由裁量和原则的分量均代表法律的不确定性,因此只能同时肯定或者同时否定这两个方面,否则就会产生逻辑悖论。德沃金一方面肯定了原则的分量属性,另一方面又否认了自由裁量的功用,其理论必然会陷入自相矛盾的窘境。

那么法律原则引发的是何种类型的自由裁量?本文认为,原则的自由裁量是“强”意义上的自由裁量,原因在于法律原则整体的模糊性如此之大,以至于“裁判者受到原则的约束”与“裁判者任意决定原则的内容”两个表述,实际上并无二致。很多否认法律原则存在的学者,都是通过明确法律规范确定性的特征,得出原则不属于法律规范的结论。^[38]例如,绍尔认为确定性是法律规范的核心特征,原则并不具备确定性,只具有模糊性;^[39]亚历山大和克瑞斯同样认为原则只能带来不明确的指引。^[40]但是不明确不等于强自由裁量,如前所述,拉兹就在不明确与弱自由裁量之间划上等号。不过,拉兹的不明确是指规则意义上的不明确,即构成要件或者法律效果的不明确,或者两者均不明确。由于规则的不明确仍然保证裁判者受到规则的约束,所以这只能是弱自由裁量。而原则的不明确与此不同,它授予了法官以权衡的空间,因此难以区分“受到原则约束”与“基于原则任意决定”,这显然是强自由裁量。更为重要的是,原则不同于规则的“构成要件+法律效果”^[41]的基本结构。对于规则的适用者而言,“构成要件的成就”既是适用条件又是适用上的限制,因此裁判者不能任意地做出裁判。相反,由于原则缺乏此种结构特征,法官在应用此种规范时,并未受到如上限制。

(三)自由裁量与依法裁判

德沃金之“原则适用并不涉及自由裁量”的立场,表明他对于法官任意决定之危险后果的警醒,不过,他试图依据道德的确定性限制法官自由决定,但正是由于道德本身的问题,这个使命最终难以实现。^[42]如果原则引发的是强自由裁量,那么,依法裁判在原则适用的场合还是可欲的吗?

1. 权力分立:依法裁判的政治理由

孟德斯鸠的分权理论强调了司法权必须受到严格的约束。在孟德斯鸠看来,“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量……同一个机关,既是法律执行者,又享有立法者的全部权力。它可以用它的‘一般意志’去蹂躏全国;因为它还有司法权,它又可以用它的‘个别意志’去毁灭每一个公民。”^[43]“如果裁判只是法官的私人意见的话,则人民生活在社会中将不能确切地指导他所承担的义务。”^[44]孟德斯鸠的描述向我们展示了法官作为制定法奴隶的情形,甚至更加极端的说法是:法官的判决只具有“权力中立”的意义。^[45]因此,由于分权理论在政治中的确立,使得立法者独占立法权,而法官只能在尊重立法者的基础上,将立法者制定的法律适用于待决的纠纷之中。^[46]

[38] 前引[1],庄世同文。

[39] Frederick Schauer, *Prescriptions in Three Dimensions*, (1997) 82 Iowa Law Review, p. 913.

[40] Larry Alexander & Ken Kress, *Against Legal Principles*, (1997) 82 Iowa Law Review, p. 753.

[41] [德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第32页。

[42] 林立:《法学方法论与德沃金》,中国政法大学出版社2002年版,第37页以下。

[43] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1997年版,第156页。

[44] 同上书,第157页以下。

[45] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第73页。

[46] Chaim Perelman, *Justice, Law, and Agreement: Essays on Moral and Legal Reasoning*, D. Reidel Publishing Company, 1980, pp. 136-137.

2. 法适用与法制订的区分

法律领域内法适用与法制订的区分,同样使得法官只能进行弱自由裁量。在德国法传统下,法官活动之进行必须以一个足以提供法官活动依据的存在为前提,而该前提更恰恰表现出法适用与法制订区分的基础上,法官活动一直是从法适用的角度被理解与规范,因为所谓法适用相对于法制订而言,其特色毋宁在于预设一套可供适用之依据、基础与标准的存在;从法适用与法制订的区分看来,该依据或标准首先毋宁正是透过法制订过程产生的抽象法规范。在这个基础上,必须着眼探讨法官如何依据该抽象法规范进行裁判,亦即如何将该抽象法规范适用到具体个案上。德国法学方法论的发展历程,就此意义而言已可被视为一连串对法适用活动本质的归纳与分析。而“法官受法拘束”这项在欧陆法传统下耳熟能详的基本诫命,更始终在法学方法论上,占有最基本的中心地位。^[47]虽然概念法学的沉沦使得法不再局限于制定法,而且司法三段论作为法律推理基本类型的学说因之受到动摇,但是基于法适用与法制订的区分,“法官受法约束”的基本立场并未改变。司法活动必须以一个可供法官依循的客观法上的标准之存在为前提,透过依据该客观法标准而持续受到约束。^[48]

在英美法传统中,法官依然受到某种限制:其一,凡有规则存在之处,违反规则的行为不但成为预测敌对反应和法院使用制裁的基础,而且也是这种反应或制裁的理由与正当化。当法院运用制裁来解决相应纠纷的时候,并不是因为行为人预测到法院将会采取这样的行动;或者说,法院并不是因为行为人的预测,而采取了相应的行动。相反,法院的行动和行为人的预测都是以相应行为准则的存在为条件,如果不存在相应的标准,法院的行动和预测都会失去基础。^[49]其二,即使承认法官具有某种“造法权限”,但是这不同于立法者的立法权限:不仅因为法官的造法权限比立法机关的自由的立法权限受到很多限制,因而缩小了其选择范围;而且因为法官的权力是用来处理特定的个案,因此他无法使用该权力造成大规模的法律改造与引进新的法律规定。^[50]

3. 弱自由裁量下的法官

如果联系自由裁量的基本类型,显然只有两种弱自由裁量能够与由分权理论与法适用支持的依法裁判准则保持一致,而不受约束的强自由裁量难以与之和谐共处。简言之,在依法裁判准则的约束下,法官只能进行弱自由裁量。因此,法官基于原则的裁判就必须附加某些限制条件,以便将其由强自由裁量转化为弱自由裁量,只有做上述转换,强自由裁量理论才能与依法裁判保持一致。承认法官的裁判过程涉及到自由裁量问题,其实就是认可法官不能机械式地适用法律,其自身的价值判断必然在法律适用中扮演重要的角色。但是,不加约束的价值判断将会摧毁依法裁判的原则,最终将法律适用过程转变为裁判者自由地做出独立判断的过程。^[51]需要注意的是,导致法官恣意裁量的仅仅是“不加约束”的价值判断,而无法直接在价值判断与恣意裁判之间划上等号。如果能够找出运用价值判断的理由,那么这个理由将会对法官的行为提供某种约束,这仍然保持了对依法裁判原则相当程度的尊重。因此,对待自由裁量和价值判断的态度,应当是“允许但限制”,即此时法官的行动是在框架内的自由决定。这种主张显然在大的方向上与法学方法论的基本立场类似,因为后者试图解决的正是在承认价值判断的基础上获致正当的判决。^[52]

[47] 黄舒帆:《宪法解释的“法适用”性格:从德国公法上法学方法论传统对传统“法适用”与“法制订”的区分探讨联邦宪法法院解释活动的本质》,《政大法学评论》第81期(2004)。

[48] 同上。

[49] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1994, pp. 82-85.

[50] 同上,第273页。

[51] 前引[21], 顾敏安书,第88页以下。

[52] [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第2页以下。

三、原则在与规则冲突时的适用:学说检讨

从理论上讲,原则的适用会以两种方式展现:或者在与其他原则相关时作用于个案,或者在与规则相关时作用于个案。后一方面的问题是本文讨论的重点,这不仅因为在我国的法律实践中,原则引发的难题往往是在同规则冲突时显现出来的,而且此种情形对依法裁判原则的挑战最为严重。无论德沃金与阿列克西如何划分规则与原则,裁判者在规则情形下的自由选择空间,远远小于原则情形。更为重要的是,在与规则冲突时适用原则的做法,往往会引发法律秩序整体危机:一方面,在冲突中选择原则会摧毁由规则而来的确定性,进而动摇法律秩序整体的确定性;另一方面,还会破坏由规则的确定性引致的裁判的可预测性与可评价性,使之成为武断和神秘笼罩的领地。^[53]为此,在与规则冲突时慎重地对待法律原则,已经成为我国法理学界的共识。^[54]

为了避免裁判者借法律原则之名,行抛弃规则约束而恣意决定之实,原则在与规则冲突时的适用,必须附加一系列条件。现有研究对原则的限制条件有两类:1.形式条件,即重构司法程序制度,使当事人、社会能以恰当的方式参与到具体的裁判过程以制约法官的裁量权,增强法官所“造”之法及其裁判结论的说服力和正当性基础;^[55]2.实质条件:(1)穷尽规则,即“穷尽法律规则,方得适用法律原则”;(2)实现个案正义,即“法律原则不得迳行适用,除非旨在实现个案正义”;(3)更强理由,即“若无更强理由,不得适用法律原则”。^[56]形式限制条件并无可取之处:其一,自由裁量的存在,使得即使在受约束时,法官依然能够拥有某种形式的自由选择空间,除非完全排除自由裁量,以程序消灭自由选择;否则,无法实现依据程序限制自由裁量的目的。然而,这又将回到概念法学的尴尬境地;其二,法官所处的权威地位将会使得他在特定情况下掌握案件结果的最终决定权,于是形式条件的约束力可能降低至忽略不计的地步。^[57]对于实质限制条件,这里先针对“穷尽规则”与“个案裁量”两个条件进行学理上的检讨。

(一)穷尽规则与自由裁量

“穷尽规则”的条件存在两个主要问题:其一,这个条件不能适用所有的规则与原则相关的领域;其二,不加限制地要求法官适用原则时必须遵守这个条件,无法有效约束强自由裁量引发的任意性问题。

1. 穷尽规则适用的领域

拉兹认为,法律原则担任的角色包括:(1)法律解释的基础;(2)变更法律的基础;(3)法律中特殊例外规定的基础;(4)制定新法的基础;(5)特例案件中行动的基础。其中,前四项虽然同样可以指向其他法律原则,但是这些功能的实现更主要依赖于规则的中介作用;最后一项功能只有在仅受原则约

[53] 规则对于法律秩序的重要性,参阅顾原安:《规则、理性与法治》,《台大法学论丛》第33卷第2期(2002)。

[54] 最近几年有关法律原则适用的文献主要有:葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位与作用——一个比较的研究》,《法学研究》2002年第6期;庞凌:《法律原则的识别与适用》,《法学》2004年第10期;舒国滢:《法律原则适用中的难题何在?》,《苏州大学学报》2004年第6期;谢晖:《法律原则的效力和适用条件》,《苏州大学学报》2004年第6期;陈金钊:《作为方法的法律原则》,《苏州大学学报》2004年第6期;庞凌:《法律原则适用的方法及其限制》,《苏州大学学报》2004年第6期;胡玉鸿:《法律原则适用的时机、中介和方式》,《苏州大学学报》2004年第6期;舒国滢:《法律原则适用的困境》,《苏州大学学报》2005年第1期;刘克毅:《法律原则适用与程序制度保障》,《现代法学》2006年第1期。

[55] 上引,刘克毅文。

[56] 对此最为全面的论述,参阅前引[54],舒国滢:《法律原则适用中的难题何在?》。胡玉鸿、庞凌也支持这个观点,只不过后者将“穷尽规则”称为“禁止向一般条款逃逸”,参阅前引[54],庞凌:《法律原则的识别与适用》,《法律原则适用的方法及其限制》,胡玉鸿文。谢晖以“补漏效力”和“续造效力”的语词,将更多的注意力集中于“穷尽规则”的标准,参见前引[54],谢晖文。陈金钊以法律论证强调了“更强理由”的重要性,参阅前引[54],陈金钊文。

[57] Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, 1979, p. 3; 陈景辉:《另一种法律推理的可能性》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》2005年卷,北京大学出版社2005年版,第306页以下。

束的领域内才会产生。^[58] 如果将注意力集中于原则同规则发生关联的领域,那么只有前四个方面具有意义。原则与规则存在三种关联方式:(1)规则和原则共同作用某一对象,并且产生的法效果相同或相似;(2)规则和原则共同作用某一对象,并且当规则出现漏洞时,原则提供填补的功能,即原则是以规则之例外形态存在的;(3)规则和原则共同作用某一对象,但是产生的法效果相互矛盾。由于第一种情形不具备引发规则与原则矛盾的可能性,因此“穷尽规则”条件对于法官的约束力,只能在后两种情形中得以展现。

然而,“穷尽规则”条件明显难以适用于第三种情形。如果此时还坚持要求法官的裁判需穷尽规则,那么这相当于变相否认了原则在此种情形下发挥作用的可能性。这个观点进一步引申的结果,必然出现“规则与原则冲突时,原则不具备意义”的结论,重新回到概念法学“完美法律体系”的极端立场。^[59] 所以,即使“穷尽规则”条件是成立的,它也必须由一个普遍性的限制条件转变为特殊性的限制条件,即原则是以规则之例外形态存在的。此种情形下,当法官穷尽了规则的构成要件,也无法对待决案件提供恰当的解决办法时,可以援引作为例外规定的原则并以之为判决的基础。然而,作为规则例外的原则,并未与相应规则产生判决结果上的矛盾。

2. 穷尽规则与漏洞的判定

“穷尽规则”其实就是将原则的功能限于所谓的漏洞填补或者法律续造领域。所谓的法律漏洞,其实就是制定法或者法律规则体系并未给予待决案件以确定的解决方案,因之引发的法律缺陷。^[60] 由于禁止拒绝裁判原则在私法中的确立,^[61] 法官依然存有解决此类纠纷的义务,这就为依原则裁判的举动提供了正当性基础。依据规则与原则的区分,这相当于说当规则该规定而未规定时,原则遂获得充任判决依据的资格。

然而,穷尽规则与法律漏洞并非自然呈现在裁判者的面前。已经穷尽规则和出现法律漏洞的结果,需要法官的判断,这就会产生在上述语词掩盖下的规则与原则的冲突情形。例如,规则 R 未规定情形 A,而原则 P 对 A 给予某种约束。如果在情形 A 中,当事人 B 与 C 发生争讼。依据原则 P,则 B 之权利应受保护。如果“规则 R 未规定”属于法律漏洞,那么依据“穷尽规则”条件,原则 P 将对此给予约束,则 B 胜诉。问题是,“规则 R 未规定”并不必然属于法律漏洞,它同样可能蕴涵“对 B 之权利不予保护”的法律姿态,如此则 B 将败诉。“规则 R 未规定”到底属于上述哪种情形,并不是自明的,这也表明了法律漏洞的不确定性。^[62] 如果将“规则 R 未规定”一概等同于法律漏洞,那么原则 P 的适用虽然符合“穷尽规则”的限制条件,但是仍然会引发规则与原则在裁判结果上的对立,而且法官未受规则约束的强自由裁量将大行其道。更为关键的是,“穷尽规则”条件关注于“有没有规则”,而在后种情形的焦点则在于“用不用规则”,如果等同视之,将会产生理由上的错位。

仔细分析的话,法律漏洞的问题可能以相当复杂的形态存在。无论拉兹和阿列克西在法概念论上存在何种立场上的对立,他们都肯定了原则可以作为规则之例外的形态存在。^[63] 如果规则 R 和作为其例外的原则 P 给予待决案件以同样的判决结果,那么就无所谓例外与不例外了,所以作为例外的原则肯定与规则存在评价结果上的显著差异。确立了 this 立场,我们可以认为法律漏洞之下隐含三种可能性:其一,由于规则 R 还有一个作为正当性基础的原则 Pr,^[64] 如果规则 R 没有规定,那

[58] 前引[8], Joseph Raz 文。

[59] 对于“完美法律体系”主张的批判,参见舒国滢:《寻访法学的问题立场——兼谈“论题学”法学的思考方式》,《法学研究》2005年第3期。

[60] [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第358页。

[61] 吴从周:《论民法第一条之“法理”》,《东吴法律学报》第15卷第2期(2004)。

[62] 前引[60],魏德士书,第362页以下。

[63] 前引[8], Joseph Raz 文;前引[7],张嘉尹文。

[64] 前引[10],王鹏翔文。

法官将依照原则 Pr 进行裁判,这个判决仍然能够保持与规则 R 的一致。“穷尽规则”的限制条件对于此种情形有效,这也就是禁止在有法律规则时向一般条款逃逸;^[65]其二,存在规则 R 及其正当性基础的原则 Pr,但是在某种情形下,R 限制了 Pr 的运用,即规则 R 的未规定意味着原则 Pr 不适用此种情形。此时,“穷尽规则”的限制条件将会引发不恰当的后果:法官将会肆意推翻规则的约束;其三,除了存在规则 R 与原则 Pr 之外,还存在与 Pr 矛盾的原则 P,且规则 R 对于某种情形未加规定。此时,规则 R 与原则 P 的冲突,实际上是 Pr 与 P 矛盾的外显。“穷尽规则”的限制条件仍然难以适用此种情形,因为穷尽规则的结果是出现两个相互矛盾的原则,这并未有效限制法官的任意行动。

总之,一方面,由于原则适用的复杂性,使得穷尽规则的制约效能相当有限,甚至只能在一个狭小的角落中发挥作用;另一方面,表面上看,“穷尽规则”条件似乎限制了法官的自由裁量,然而实际上它很难顺利实现这个任务。因此,这个限制条件虽然能够发挥一定的作用,但是却无法成为限制法官强自由裁量的恰当基础。

(二)个案衡量与自由裁量

如果说“穷尽规则”的限制条件存在缺陷,那么“个案衡量”的限制条件则是错误的,因为它几乎无法给予裁判者的强自由裁量以充足的限制。其缺陷不在于“衡量”,因为原则的存在本来就会附随裁判者的权衡。问题在于个案的判断标准存在困难,以至于每个具体案件都存在衡量的空间。如此一来,基于原则的衡量将成为裁判过程的首要特点,所有约束裁判者恣意的理论与制度设计都将归于无效。论者之所以将个案衡量作为约束裁判者适用原则的条件,其目的正是为了限制原则之衡量的运用范围,不致使之成为引发法秩序整体性危机的缘由。这种将衡量个别化处理的努力,必须以个案就是个别化案件而非普遍化案件的认知为前提。因此讨论的关键点,就在于确定“什么是个案”。

“个案”可能具有两个含义:(1)具体的个别案件;(2)特指疑难案件。如果个案是指具体的个别案件,那么“个案衡量”条件限制的就是原则的普遍约束效力,这显然不同于具有普遍化特征的规则适用,因此才能实现制约法官恣意的功能。换句话说,原则只能在法官衡量的基础上,对个别案件产生影响,而不致引发规则为主体的法秩序的崩溃。然而,由于个案难以与每个具体案件区别开来,这就使得所有的案件裁判都有转变为个案裁判的可能。如果可以允许在个案中适用原则,那么所有案件都可能适用原则的理由,而不论这些案件是否存在明确的规则。然而由于原则背后的强自由裁量,所有案件的裁判都存在依据原则推翻规则约束的可能性。

除此之外,还可以将个别化案件与普遍化案件等同于另外一组对立的概念:疑难案件与简单案件。德沃金的原则理论正是在与疑难案件相关联的意义上展开的。在他看来,所谓的疑难案件是指没有明确规则用以解决的案件。^[66]由于原则和政治道德的沟通关系,即使在疑难案件中,某一方当事人依然具有某些足以保障其获胜的权利,因此发现当事人双方的权利而非溯及既往地创造新权利仍然是法官的义务。承载这些先在权利的规范形态就是法律原则,也只有原则才能决定疑难案件的判决结果。^[67]同时,由于原则是以人的先在权利为内容的,涉及到有规则但限制或者取消了先在权利的案件,也应当属于疑难案件,例如二战后的“纽伦堡审判”。因此,“个案衡量”要求裁判者只有在面对疑难案件时,才能求助于法律原则。^[68]这种处理方式比前一种认识更能符合限制恣意裁判的要

[65] 之所以“禁止向一般条款逃逸”,原因在于法律推理必须遵守“特别法优于一般法”的适用顺序。相对于原则 Pr 这个正当性基础而言,规则 R 显然属于特别规定,因此在既有 R 又有 Pr 时,裁判者必须首先适用规则 R,而不能逕行适用原则 Pr。

[66] 前引[2], Ronald Dworkin 书。

[67] 同上。

[68] 德沃金的“疑难案件”理论在其后来的著作中仍然保留,但是却与其“哲学解释学”的理论背景矛盾,因为哲学解释学认为,由于理解问题的普遍性,于是所有的案件都涉及解释问题,因此所有案件都具有同样的性质,简单案件与疑难案件的区分也就不存在的。前引[35], *Law's Empire*, 第 265 页以下; [德] 汉斯-格奥尔格·加达默尔:《真理与方法——哲学解释学的基本特征》,洪汉鼎译,上海译文出版社 1999 年版,第 5 页以下。

求,因为只有在这个条件下法官才能运用自由裁量。然而,当法官将原则应用至疑难案件领域时,如何避免由强自由裁量引发的恣意裁判?限制原则适用的领域,固然是对于法官的约束,但如果不能解决法官于个案中运用原则应当如何约束的问题,法官的强自由裁量仍将是不可避免的结果。

四、原则适用的条件

(一)原则适用的基本类型

以上两个限制条件之所以未能实现其目的,一个可能的原因在于,它们没有仔细审查规则与原则冲突的基本类型。

在规则和原则具有冲突可能性的情形中,存在三个基本要素:规则 R、(赋予 R 正当性的)原则 Pr 与原则 P。如果将上述三个要素进行组合,就会出现如下六种情形:

- a:既有规则 R,又有原则 Pr,适用规则 R 或 Pr;
- b:既有规则 R,又有原则 P,且二者矛盾,基于某种理由适用规则 R;
- c:既有规则 R,又有原则 P,且二者矛盾,基于某种理由适用原则 P;
- d:有相关规则 R 但未规定某种情形,适用规则正当性基础的原则 Pr;
- e:有相关规则 R 但未规定某种情形,存在两个原则 Pr 与 P,适用 Pr;
- f:有相关规则 R 但未规定某种情形,存在两个原则 Pr 与 P,适用 P。

在情形 a 中,规则 R 与原则 Pr 是被授予正当性的关系,二者并不存在矛盾的可能,基于禁止“向一般条款逃逸”的标准,此时只能适用规则 R。在情形 d 中,有相关规则 R 但未规定某种情形,适用规则 R 之正当性基础——原则 Pr,此时符合“穷尽规则”的限制条件。

由于赋予正当性关系的存在,有规则 R 必有原则 Pr,因此 e 是 b 的修正形式, f 是 c 的修正形式。它们都可以总结为以下类型:就某种形式而言,存在相关的规则 R 与原则 Pr,并存在对立的原则 P 时,如何适用的问题。有的论者会认为,规则与原则的冲突,其实不过是原则 Pr 与原则 P 之间的冲突,所以所有的冲突其实都源自于原则之间的矛盾。但是,由于原则和规则的初步性特征上的差异,使得 Pr 与 P 的冲突明显不同于 P1 与 P2 的冲突,因为后两者并非赋予其他规则以正当性的基础。阿列克西的研究表明,即使在某种情形之下,原则 P 有足够的理由优先于原则 Pr,也不能无条件地推出 P 优先于 R 的结论,因为原则 P 除了与 Pr 相权衡之外,还需要同 R 背后的形式原则(Pf)相权衡,并需要实现相应的论证责任。^[69] 因为,法律适用者离法律(规则)越远,就越有义务对他的背离说明理由。^[70]

然而,什么样的理由可能保障原则 P 在既优先于原则 Pr、又优先于原则 Pf 时,能够取代规则 R 成为判决的基础? 本文认为,要使原则获得替代规则成为裁判基础的地位,必须同时满足以下三个条件:(1)普遍性条件:在情形 C 中,原则 P 必须普遍性地优先于原则 Pr;(2)必须符合比例原则的三项子原则之要求:适切性原则、必要性原则和狭义上的比例原则;^[71](3)在情形 C 中,原则 P 的优先不得对抗法律之体系性的要求。其中,前两个条件是用来保障原则 P 能够优先于原则 Pr,第三个条件是为了实现原则 P 优先于形式原则 Pf。

(二)限制条件 I:普遍性条件

此处的普遍性是一定范围内的普遍性,而非不加限制的一般性,^[72]即只要在情况 C 中,原则 P

[69] 前引[7],张嘉尹文;前引[10],王鹏翔文。

[70] 前引[60],魏德士书,第 361 页。

[71] Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, (2000) 13 Ratio Juris, p. 297.

[72] 普遍性与一般性的差别,参阅前引[1],庄世同文。

都是优先于原则 P_r 的,而非任何情形中 P 都优先于 P_r 。在其他情形中,由于原则的初步性特征, P_r 存在优先于 P 的可能性。换言之,要想获得“规则 R 让位于原则 P ”的应用效果,必须在某种类型化的情境中,始终能够证明“ P 普遍性地优先于原则 P_r ”。只有在这样的条件下,原则取代规则成为判决基础的理由才充分。例如,有关警察执法行为的法律规则(R)基本上都是建立在“依法行政”原则(P_r)基础上,同时其行为又必须符合“对于生命、财产安全提供保护”的原则(P),然而在某些时候这两个原则可能发生矛盾:某人在家中煤气中毒以至生命垂危,警察能否违反法定程序及时破门而入?如果在“警察因未违反程序要求以至于此人中毒身亡”的案件中,法官应当判决警察承担法律责任,因为此时原则 P 相对于原则 P_r 的优先地位已经昭然若揭。由于原则之间的优先关系并非固定不变的,而是相对的,即原则之间是同等位阶的,并无稳固的先后顺序,^[73] 两个原则之间的矛盾并非有如规则之间矛盾时的解决方式那样:一个被确定为另一个的例外,而是条件式的优先关系,^[74] 即相对于对立原则而言,某一原则在特定情形中的优先。并且,这种优先关系必须是普遍性的、而非个案化的,也就是说,后一原则对于情形中的每种具体情况一律保持优先。

之所以强调特定情形下的普遍优先,是基于以下考虑:只有这种优先关系是普遍的,才能对于法官的行为进行必要的限制,因为普遍性的优先关系将会使得法官不仅仅考虑个别案件的特点,而是针对个案所在的特定情形进行类型化处理,以便使之对于个案所作的裁判,能够以符合这个类型为正当性条件。也就是说,法官在个案中认为某一原则优于其他原则支持的规则时,必须同时提供如下理由:在同类案件中前一原则始终保持优先地位,否则原则就不得适用。这就要求法官基于原则推翻规则的约束时,必须首先证明在此种类型的情境中,前一原则的重要性始终超越于另一原则,进而抑止了后一原则支持的规则。其实,普遍性要求不过是“同等情况同样对待”之平等原则的某种展现。

不难发现,普遍性条件显然是一个非常强的条件,以至于很多的原则可能因为难以获得普遍性的优势地位,最终无法成为决定案件裁判结果的基础。之所以提出如此强的限制条件,原因在于这是加重裁判者论证负担的需要。具体而言:(1)这个条件可以有效地约束原则之强自由裁量属性。只有这样做,才能避免法官以个案的特殊性为借口,借助偶尔的优先关系掩盖恣意决定的行为实质。寻求某一原则在个案中的优先性是相对容易的,因为个案中的任何特殊因素都可以放大到肯定该原则优先地位的程度。例如,在警察的例子中,如果被害人被犯罪嫌疑人绑架并生命垂危时,警察对犯罪嫌疑人采取刑讯逼供的手段。当面对如上案件时,由于“对于生命、财产安全提供保护”原则(P)相对于“依法行政”原则(P_r)的优先地位将很容易被证明,那么法官就可能肯定警察的做法,对于犯罪嫌疑人的权利保护置之不理。(2)这个要求可以斩断原则的应用与裁判者个人价值判断之间的关联,并将涉及优先关系的讨论放置在公共领域进行,使得法官以外的主体有能力认识到这种关系。普遍性条件适用的不是原则 P_1 与原则 P_2 对立的情形,而是针对原则 P 与赋予规则 R 正当性的原则 P_r 的对立,它是用来证明在这种情形下取消规则 R 之约束力的理由。一旦涉及规则 R ,问题立刻就会立刻变得不同,因为规则的确定性可以更好地实现对于纠纷的公共处理。庄世同认为,法律本来就是一套公共选择的机制,即法律不是从个人的观点,寻求与私人道德信念相契合的正确选择,而是从社会的观点,找到多数人在理智上可接受的共同解决方案。^[75] 最能体现这个特点的莫过于法律规则。因此,原则 P 要想借助先对原则于 P_r 的优势地位,进而否定规则 R 在特定领域的适用,同样必须以“共同解决方案”的方式出现,普遍性条件正是这个方案的化身。这其实从另外的方面展现了罗尔斯的

[73] 前引[22],陈显武文。

[74] 前引[71],Robert Alexy 文。

[75] 前引[1],庄世同文。

“公共理性”在司法中的具体运用。^[76]

(三)限制条件 II:比例原则

与普遍性原则不同,比例原则及其三项子原则:适切性原则、必要性原则与狭义的比例原则,是阿列克西用以解决纯粹的原则冲突(而非规则与原则冲突)的标准。由于 P 与 Pr 之间的冲突同样是原则碰撞的特殊类型,因此上述原则应当也适用于规则与原则之间冲突的领域。在阿列克西看来,比例原则极为重要,不但因为它是解决原则冲突时的重要准则,而且比例原则与原则理论本来就是相互蕴涵的关系。^[77]

所谓适切性原则,是指在原则 P1 与 P2 冲突时,假设某一举措 M 试图以干预原则 P1 的方式,达到实现原则 P2 的目的,但实际上 M 无法达到所欲实现的目的。如此一来,如果不采取 M 也不会造成对 P2 的损害,但若采取 M 不但无法实现对 P2 的保护,而且还会侵犯 P1,因此就不应当采取 M 举措。^[78]例如,“撞了负全责”的举措试图以干预“责任自负”原则(P1)的方式,实现对于行人“人身安全”(P2)的保护。然而,这个举措并未促成行人安全有所好转的任务,因为交通事故逃逸普遍发生以及由于对死者的赔偿远少于对伤者的赔偿,因此对于肇事者而言,撞死受害者反而可能是最为有利的选择。与此同时,M 举措还极大地干预了原则 P1。因此基于适切性原则,M 举措应当放弃。显然,适切性原则关注的是“举措与目的之间的关联程度”,^[79]如果某一举措的选择并非直接与选择目的维持必然关联,那么这个举措的必要性将会受到质疑。

所谓必要性原则,是指在原则 P1 与 P2 冲突时,假设有两个举措 M1 与 M2 可以以同样高的程度实现原则 P2,但对于原则 P1 而言,M2 比起 M1 是比较轻微的干涉,即 M2 能够更好的实现 P1,那么就不应当采取 M1 这个举措。^[80]因此,必要性原则要求如果实现相同目的,应当选择侵害最少的举措,其判断标准在于考察可供选择之举措的侵害范围。^[81]例如,“撞了白撞”(M1)与“增加警力和交通协管员数量”(M2)的举措都有利于“交通秩序”(P1),但“增加人员数量”的举措相较于“撞了白撞”的举措而言,基本上未对行人的“人身安全”(P2)带来损害,因此应当采取举措 M2。

所谓狭义的比例原则,是指在原则 P1 与 P2 冲突时,由于一个原则的完全实现必然导致另一个原则的不完全实现,因此该原则的现实化是以另一个原则的消耗为基础的。为此,阿列克西提出如下的比例公式:对某一原则干涉的越严重,另一原则实现的重要性就应当越大。^[82]换言之,必须比较 P1 受侵害程度的高低与 P2 重要性程度的高低,若 P1 受侵害程度的越高,则 P2 的重要性程度就应当越高。^[83]如果 P1 受侵害程度已经提高,但是 P2 的重要性并未因此得到提高,那么对 P1 的限制就是缺乏理由的。例如,在警察的例子中,“依法行政”原则受侵害程度越大,就意味着“对于生命、财产安全提供保护”原则实现的重要性就越大,以至于能够在某人生命面临死亡威胁的时候,超过“依法行政”这个原则。然而,如果对于“依法行政”原则的严重侵害,并未增强“对于生命、财产安全提供保护”之原则的重要性,例如刑讯逼供、违法程序调查取证等,那么“依法行政”原则就缺乏受进一步限制的理由。

其实,比例原则的三个子原则是由原则之“最佳化命令”这个特点引起的,即原则可以得到不同程

[76] John Rawls, *The Idea of Public Reason Revisited*, (1997) 64 *The University of Chicago Law Review*, pp. 773 - 780; 顾敏安:《公共理性与法律论理》,载顾敏安:《幕垂鹤翔——法理学与政治思想论文集》,元照出版有限公司 2005 年版,第 290 页以下。

[77] 前引[71], Robert Alexy 文。

[78] 同上引文;亦见前引[10],王鹏翔文。

[79] 李惠宗:《职业自由主观要件限制之违宪审查》,《宪政思潮》第 32 卷第 3 期(2005)。

[80] 前引[71], Robert Alexy 文;前引[10],王鹏翔文。

[81] 前引[79],李惠宗文。

[82] 前引[71], Robert Alexy 文。

[83] 前引[22],陈显武文。

度的满足,并且其满足程度受到事实上的可能性与法律上的可能性的双重限制。所谓事实可能性,其实就是强调如何选择最佳手段,因为满足特定原则需求的举措绝非单一的,而是具有选择的可能性。适切性原则与必要性原则关注的,就是原则应用事实上的可能性问题或者手段选择上的限制:适切性关注的是,所选择的手段不能在未增加原则 P1 实现程度的条件下,引发对原则 P2 的限制;必要性关注的是,在多个手段中如何做出较佳的选择,即最佳的举措是在实现一个原则时,对另一原则限制最少的选择。而狭义的比例原则不同于以上两个原则,它不再关心手段的问题或事实上的可能性,而是关注法律上的可能性,即关注与某一原则对立的另一原则。由于原则之间被限制与实现重要性之间的比例关系,因此对于一个限制程度的提高,应当以另一原则实现的重要性程度的增强为正当化理由;如果相反,那么对于前一原则的限制就是不适当的。

(四)限制条件 III:不得违反法律的体系性要求

即使在与规则 R 冲突时法官运用原则 P 的举动符合普遍性条件与比例原则,这仍然不能为原则的适用提供充分的正当性说明。在阿列克西看来,裁判者还必须出示如下理由:为何在此条件下,实现 P 的重要性是如此之高,以至于可以偏离权威机关透过规则所做出的决定。^[84]这就要求,如果原则 P 的适用阻却了规则 R 的适用,那么原则 P 的适用必须同时优先于规则 R 背后的形式原则 Pf。对于什么是形式原则 Pf,阿列克西并未做出清晰的交代,只是列举了“由合法权威制定的规则必须遵守”与“无特别理由不得偏离历来的实务见解”这两个形式原则。如果不能明确原则 Pf 的内容,那么裁判者对于原则 P 优先地位的认定同样容易滑入恣意的领域,因为论证在特定情形中“原则 P 优先于以上两个形式原则”的结果并不困难。这要求,必须进一步明确形式原则 Pf 的内容。以上两个形式原则不过是“法律之体系性要求”的具体展现而已,因此只有当 P 相对于 Pf 的优先关系符合“未违反法律的体系性要求”这个条件,并同时符合普遍性条件和比例原则的要求时,才能获得推翻规则约束力的结果。

所谓法律的体系性要求,其实就是在承认任何单个的法律规范都具有体系性的特点。^[85]也就是说,虽然单个法律规范显现为法律的个体化结构(individuation of laws),但是并不意味着相关的法律陈述都描述了某一完整的法律,因此有些法律陈述其实还包括许多并未明确表示出来的内容。^[86]换言之,只有借助体系性特征,才能完全明了个别法律规范的要求。因此只有将其置于所在体系中,才能最终理解单个法律规范。无论这个法律规范是规则还是原则,以上特点都是不可动摇的。所以,如果依据原则禁止某一规则的适用并未违反体系性特点,那么这种禁止就会具有当然的正当性。必须注意,说“依据原则禁止某一规则”并不意味着该规则必然违反体系性要求。除此之外,还可能存在如下的类型:该规则符合特定法域的体系性要求,但是在特定情形中,对于限制该规则的原则却可能符合整个法域的体系性要求。例如,“闯红灯罚款 200 元”的规则,当然符合交通法规的体系性要求:对于违反交通规则行为的禁止。然而,在“为抢救他人生命闯红灯”的情形中,即使某人闯红灯也不会引发制裁,因为“保障生命安全”的原则已经赋予其充足的正当性。而且,该原则符合整个法域的体系性要求。这表明,法律的体系性要求可能是分层的,因此(1)在多数情形中,特定法域的体系性要求与整个法律的体系性要求是一致的;(2)但是在特定情形中,可能存在体系性要求上的错位,即对于特定法律体系性要求的符合表现为对于整个法域的体系性要求的违反。显然,只有在后一种情形中,适用原则 P 但抑止规则 R 的做法是符合法律的体系性要求的。对特定法域体系性的违反,应当以获得对整个法律之体系性要求的符合为条件。否则,裁判者适用原则的选择就是有问题。此外,在前一种

[84] 前引[9], Robert Alexy 书。

[85] Joseph Raz, *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*, Clarendon Press, 1980, pp. 70-92.

[86] 同上书,第 74 页。

情形中,可能存在法律体系性要求的多重性,并且这些要求之间处于相互竞争的状态

之所以提出“未违反法律的体系性要求”的限制条件,原因在于法律推理相较于普遍推理而言,其特殊性在于前者的性质始终受制于先定的有效的法律的约束。^[87]受到有效法的约束,不但是指受到有效法律规范的约束,而且也是强调必须符合法律的体系性要求。同时,将法官在同规则矛盾时运用原则的行动置于体系性要求之下,也是对于“强”自由裁量的约束,因为体系性要求同样会限制法官的选择空间,不致倒向任意裁判。这意味着,法官在推翻规则约束时,必须提供“推翻规则的举动符合法律体系性要求”这个理由。最后,需要说明的是,这个限制条件不过是对阿列克西“原则 P 的适用必须同时优先于规则 R 背后的形式原则 Pf”的反向说明;证明“原则 P 优先于形式原则 Pf”其实就是证明“原则 P 在特定情形中符合体系性要求”,只有这样,原则 P 才能获得优先于形式原则 Pf 的地位。^[88]

本文所欲回答的核心问题在于:如果原则的适用会引发法官的强自由裁量,并且当其与规则冲突时,限制了规则的适用,那么将会对以规则为主的法律体系以及相关实践带来极大的困难。这将不但使得法律的运用过程最终演变为法官的任意决定,而且规则为主之法律体系的可违反性将会引发整个法律秩序的危机。如何面对这样的情形?为恰当回答这个问题,本文通过分析原则的特性以及所属的自由裁量的类型,并在坚持依法裁判基本准则的基础上,试图提出普遍性条件、比例原则与体系性要求的形式条件,实现约束法官强自由裁量的目的。然而,对于法官的限制,并非是回到概念法学仅靠规则机械司法时代,反而是在认可弱自由裁量的基础上,肯定法官掌控受约束之下的选择空间。当然,原则的适用还有另外的类型:即在不涉及规则的原则冲突时,如何适用某一原则。由于这种情形不存在取消规则既定效力的问题,此时原则的适用引发的法秩序危机显然较小,因此其约束条件应当更为宽松。阿列克西的“比例原则”就是试图解决这个问题。这表明,普遍性与法律之体系性要求两个条件,仅仅适用于规则与原则之间发生冲突的情形。

Abstract: One of the most important contributions of modern jurisprudence is the theory of principle, which affirms another legal norm besides rule. However, because principle is necessary connection with discretion, reasoning by principle will be very arbitrary; especially when principles contradict with rules. So, we must find how to restrict that character of principle in order to keep the determinacy of legal reasoning. But, the present two restrict conditions, the end of rules and the judgment of individual case, have some defaults. In this article, we think only the three new conditions are efficient, the general condition, principle of proportionality and fit the legal system.

Keyword: principle, rule, discretion, legal reasoning

[87] Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation: The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Oxford University Press, 1989, p. 212.

[88] 此外,体系性条件还是判断“规则 R 未规定某种情形”到底是法律漏洞还是法律无涉的基准。如果在未有规则规定时适用原则 Pr 符合体系性要求,那么这就是法律漏洞,可以运用 Pr 进行漏洞填补;相反,这种情况就是法律不加规制的领地。