

# 从法律原则到个案规范

——阿列克西原则理论的民法应用

彭诚信\*

**内容提要：**司法中针对某具体个案适用法律原则的通常情形是，没有既有规则可以适用（即“穷尽规则”），或者尽管有规则，但因其与原则相冲突而被排除适用。这两种情形的规范表现在实质上均可理解为原则之间的冲突。在相冲突的原则中确定何者最终适用于该具体个案，恰是阿列克西原则理论（尤其是其“竞争法则”）所要解决的问题。适用“竞争法则”的核心在于找寻与确立优先条件或变量，相较于阿列克西的比重公式，参照生活常情或“事物本质”能为其找寻与确立提供更为具体的实践操作路径，因为优先条件或变量的确立由此转变为找寻连接基本案件事实与优先原则的中点（此即“裁判案件要确定的核心要素”）。以“竞争法则”为理论根基，再辅之以确立优先条件或变量的具体路径，原则的规则化便水到渠成：即通过具体的优先条件或变量确立相冲突原则中优先适用的原则（即优先原则），适用优先原则的结果便是创设一个规则（即个案规范），优先条件或变量进而成为该个案规范的构成要件。个案规范才是裁判该具体个案的直接依据。

**关键词：**法律原则 优先条件 优先原则 原则具体化 个案规范

## 引言：问题的提出

在我国，适用法律原则〔1〕裁判的案件很多，其中最为棘手的核心难题之一，是法

\* 上海交通大学凯原法学院教授。

本文是国家社科基金项目“现代权利理论研究：以‘意志理论’与‘利益理论’评析为起点”（11BFX006）的阶段性研究成果。感谢王鹏翔、简资修、郑成良、崔建远等师友对本文提出的良多建议。

〔1〕 本文的主旨不是界定何为法律原则，而是原则的法律适用，因此仅宽泛地认为，在具体法律规则之外，凡作为具体个案论证依据或作为裁判最终制度性支持或其背后法理的基本理念，均可理解为原则。有关法律原则的宽泛存在样态，可参见黄茂荣：《法学方法与现代民法（增订六版）》，台湾植根法学丛书编辑室2011年版，第576页以下；舒国滢：《法律原则适用的困境——方法论视角的四个追问》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2005年第1期。本文采规则的狭义内涵，仅指包含构成要件及具体法律后果的法律规范。参见〔英〕尼尔·麦考密克：《法律推理与法律理论》，姜峰译，法律出版社2005年版，“前言”第2页；雷磊：《法律规则的逻辑结构》，《法学研究》2013年第1期。为行文简化，本文仅以民法基本原则（如诚实信用、公序良俗、禁止权利滥用等）的法律适用为例予以演示，但原则的内容与类型绝非仅限于此。

律原则应如何适用或者说具体化。<sup>〔2〕</sup>如考夫曼指出的，在德国，就是一个有关诚信原则的“条文释义”（亦即“法律原则在实证法上的具体化”），也“至少有几千页”。<sup>〔3〕</sup>可以想象，要泛泛讨论法律原则的具体适用，需要相当大的篇幅。本文无意讨论有关原则适用的所有理论问题，而是仅在我国法院适用原则作为裁判理由或裁判依据<sup>〔4〕</sup>的四类民事判决书的基础上，探讨原则的适用前提及其具体化途径。

下面四类民事判决书纯粹是为写本文而作的精心筛选与简要概括，它们不是学术性分类，而仅为描述性分类。第一到三类民事判决书主要是针对“有规则可以适用，但规则因与既有原则相冲突而被排除适用”的情形。第四类案例主要是为了说明原则适用的另一个前提，即无具体规则可资适用的情形。

第一类案例可简单概括为“赠与（含遗赠）情妇财产案”。

由于此类案件中作为赠与标的的财产归属比较复杂，为简化法律关系，本文仅讨论赠与人（含遗赠人）将其个人财产赠与（或遗赠）给其情妇的情形。

案例一，张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案。<sup>〔5〕</sup>原告张学英（二审上诉人）要求被告蒋伦芳（被上诉人）基于其情人黄永彬（蒋伦芳之夫）所立书面并经公证之遗嘱，返还其受遗赠财产。本案两审皆以遗嘱违反公序良俗而判决无效。该判决结果引起社会强烈反响，赞同者有之，批评者更是不绝于耳。<sup>〔6〕</sup>

案例二，张正青与张秀方合同纠纷案。<sup>〔7〕</sup>原告张正青与被告张秀方协议，原告为被告出资70万元人民币购买房屋两处并承担其中一处的按揭余款，但以被告做原告的情人作为不予返还的条件。原告以该“双方协议”违反社会公德为由，请求法院认定无效并令被告返还该款项。一审法院主要依据民法通则第7条有关公序良俗的规定支持了原告的诉请。<sup>〔8〕</sup>

此类民事判决书基本上都是以公序良俗原则作为论证理由或裁判依据。选择此类案例，除了试图说明公序良俗原则如何适用外，还意在揭示原则能否直接作为裁判依据。

〔2〕 原则的具体化即规则化，或权利、义务化。“规则（权利、义务）化”与“具体化”在本文是通用的。

〔3〕 [德]考夫曼：《法律哲学》，刘幸义等译，法律出版社2004年版，第150页。

〔4〕 严格说，原则不能直接作为裁判依据，但援引有关原则直接作为裁判依据却是我国审判实践的常态。下文提供的诸多案例亦可证明此点。如何避免或克服该现象也是本文的一个努力目的所在。

〔5〕 四川省泸州市中级人民法院（2001）泸民一终字第621号民事判决书。见北大法宝案例数据库。

〔6〕 赞同者的代表性论文，参见赵兴军、时小云：《违反公序良俗的民事行为无效》，《法律适用》2002年第3期（其中作者时小云是本案二审的审判长，该文在某种意义上代表了法官审判本案时的总体思路）；范愉：《泸州遗赠案评析——一个法社会学的分析》，《判解研究》2002年第2辑。反对者的代表性论著，参见许明月、曹明睿：《泸州遗赠案的另一种解读》，《判解研究》2002年第2辑；周辉斌：《法官自由裁量权的获得与运用》，《法律适用》2002年第3期；萧瀚：《被架空的继承法——张XX诉蒋伦芳继承案的程序与实体评述》，载易继明主编：《私法》总第3卷，北京大学出版社2002年版，第300页以下；金锦萍：《当赠与（遗赠）遭遇婚外同居的时候：公序良俗与制度协调》，载《北大法律评论》（2004）第6卷第1辑；林来梵、张卓明：《论法律原则的司法适用》，《中国法学》2006年第2期；于飞：《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》，北京大学出版社2006年版，第202页以下。还有兼顾双方当事人利益的折中观点，代表性论文有郑永流：《道德立场与法律技术——中德情妇遗嘱案的比较与评析》，《中国法学》2008年第4期；黄江东：《公序良俗原则的规范功能》，《法律适用》2002年第3期。

〔7〕 杭州市萧山区人民法院（2009）杭萧商初字第1170号民事判决书。见北大法宝案例数据库。

〔8〕 本案二审（浙江省杭州市中级人民法院（2009）浙杭商终字第1138号民事裁定书）基于双方当事人“无视我国的婚姻家庭制度，以协议的形式用金钱去维系双方不正当的情人关系，其行为违背了社会公德。因该协议引起的纠纷，不属于人民法院民事诉讼受理的范围”，裁定撤销一审判决，驳回张正青的起诉。本文主要针对该案一审法院的判决予以分析讨论。

第二类案例可简单概括为“买卖凶宅案”。

典型案例为李骞与刘少文房屋买卖纠纷案。<sup>[9]</sup>原告李骞因得知从被告刘少文处买受的房屋中曾发生过碎尸命案,而诉至法院主张撤销该买卖合同。法院最后基于诚实信用原则,以出卖人没有履行告知义务构成欺诈为由,支持了原告的诉请。通过此类案例,本文试图重点探讨诚实信用原则的具体适用。

第三类案例可简单概括为“产权式商铺纠纷案”。

案例一,吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案。<sup>[10]</sup>原告(二审上诉人)吴某因其产权式商铺所在的宁波某大厦一至三层部分商场被某物业公司整体出租给被告(二审被上诉人)宁波某电器公司,不顾其他92%的业主同意且已与某物业公司续租,而诉请法院要求被告停止侵害、排除妨害、恢复原状以及赔偿损失等。法院依据民法通则第4条(主要是诚信原则与公平原则)驳回了吴某的各项诉请。

案例二,顾锡炎与哈哈大酒店等房屋迁让纠纷案。<sup>[11]</sup>原告(上诉人)顾锡炎因第三人(被上诉人)珠宝城公司未经其同意把原告的产权式商铺(21.64平方米)出租给被告(被上诉人)哈哈大酒店使用,而诉请法院判令被告迁出其商铺并赔偿相应损失。二审法院最终依据民法通则第5条中的“民事权益受法律保护原则”,驳回其要求被告迁出的诉讼请求,但维持了其获得租金的请求。

法官尽管也多运用原则作为解决此类案件的论证理由甚至作为裁判依据,但适用的原则却很不确定(民法通则第4条或第5条等均有使用),有时甚至故意模糊使用(如把诚信原则与公平原则放在一起使用)。这或许与我国民法尚未明确规定禁止权利滥用原则有关。通过此类案例,本文意在揭示禁止权利滥用原则的适用问题,并试图通过概括其内在构成要件而为此类案件提供统一的适用方法,避免出现同类案件适用多种原则的现象。需补充的是,权利滥用其实还包含特定情形的权利冲突。<sup>[12]</sup>权利冲突作为民法理论与实务中的一个重要与疑难问题,用禁止权利滥用原则解决此类案件,<sup>[13]</sup>或许能拓展一个新的思路。

第四类案例可简单概括为“侵害‘祭奠权’纠纷案”。

案例一,严桂英与史传宝一般人格权纠纷案。<sup>[14]</sup>原告(二审被上诉人)严桂英(与被告是母子关系)、史传珍(与被告是妹兄关系)与史传芬(与被告是姐弟关系)因被告

[9] 四川省成都市金牛区人民法院(2008)金民一初字第315号民事判决书。本案由当地法官提供判决书。

[10] 浙江省宁波市中级人民法院(2012)浙甬民一终字第123号民事判决书。见北大法意案例数据库。

[11] 江苏省无锡市中级人民法院(2003)锡民终字第422号民事判决书。本案由当地法官提供判决书。

[12] 尽管权利冲突的存在前提是双方当事人的行为都有权利依据,而权利滥用的存在前提是仅行为者一方有权利基础,但可发现,若在权利冲突的双方中确定不出一个滥用权利者,此类案件便难以解决。在此意义上,权利冲突往往是权利滥用的一个具体形态。当然,如学者崔建远正确指出的,解决权利冲突问题未必仅依靠禁止权利滥用原则,如紧急避险等也是解决权利冲突的制度。权利冲突与权利滥用的关系远非简单,本文也无意在此专门研究,而只是指出,在法律没有明确的制度解决权利冲突时,适用禁止权利滥用原则应该是一个行之有效的解决途径。

[13] 典型案例为“金某某与上海输变电公司财产损害赔偿纠纷案”,上海市第一中级人民法院(2009)沪一中民一(民)终字第330号民事判决书(见北大法意案例数据库)。原告金某某(二审上诉人)因被告(二审被上诉人)输变电公司修剪了其超过高压线安全距离(4.5米)的香樟树而诉至法院,要求被告赔偿经济损失及信息查询费,并对所损树木进行养护。本案双方当事人一年前曾因相同纠纷进行过诉讼并达成了和解协议。法院最终依据民法通则第6条、第7条、电力法第4条、第53条第3款的规定,驳回金某某的各项诉请。

[14] 上海市第二中级人民法院(2010)沪二中民一(民)终字第971号民事判决书,载 <http://www.fabang.com/a/20130313/597477.html>。

(二审上诉人)史传宝未经原告许可擅自将其父史有田的骨灰从殡仪馆取走,致使该骨灰无从下葬并妨碍了原告对亲人的悼念,而请求判令被告返还骨灰下葬于指定墓穴,并赔偿一定的精神损失费。法院最终依据民法通则第5条之规定并依据公序良俗原则支持了原告的诉请。

案例二,元某甲与元某乙其他人格权纠纷案。<sup>[15]</sup>原告元某甲(与被告是姐弟关系)因被告元某乙未经原告同意擅自将其父的骨灰从殡仪馆取走,并在未通知原告的情况下,被告与第三人邱某某(原、被告母亲)办理并参加了骨灰海葬仪式,致使其祭奠权益受到侵害并带来不可逆转的精神痛苦,而诉请法院判令被告赔礼道歉并赔偿一定的精神抚慰金。法院认为海葬行为“并不违法”,亦“不违反现代社会的公序良俗”,尽管海葬时“未通知原告参加存在不妥”,但因“海葬者均有立碑刻字,亦未侵害原告……祭奠的权益”,最终依据民法通则第5条、第7条之规定,驳回了原告的诉请。

案例三,史广清与史广文财产损害赔偿案。<sup>[16]</sup>原告史广清因被告史广文(原告之兄)未告知父亲死讯而“侵犯了自己对父亲进行悼念的权利”为由,诉请被告赔偿特定精神损失、赔礼道歉等。法院按照“我国传统的道德伦理和习惯”肯定了原告作为子女有对其父“进行悼念和哀思”的权利,但“鉴于我国目前的法律对于该项权利的相对义务人未作规定,因此被告的不作为不具有违法性”以及原告“长期不关心且不与父亲联系”,而驳回其要求被告赔礼道歉并赔偿其精神抚慰金的诉讼请求。

基于这些实践素材,本文以适用法律原则的逻辑前提及其规范表现为基础,运用阿列克西的原则理论来讨论并演示从法律原则到个案规范的创设过程,以便为具体个案的裁判找寻论证理由或裁判依据。

## 一、适用原则的规范表现:原则冲突

从上述四类案件的裁判可以看出,适用原则的逻辑前提主要有两种情形:一是有规则,但既有规则因与原则相冲突而被排除适用,二是没有具体的规则可以直接适用。

### (一)既有规则因与原则相冲突而被排除适用

#### 1. 规则与原则发生冲突的可能

这看似一个错误的理论预设,因为依照规则优先适用的规范适用原理,具体个案若有规则依据,则不能适用原则;即便适用原则,也只是对规则说理的进一步补充与证成。在此意义上,规则与原则没有冲突的可能。当然,这仅是理想情境。在现实的法律实践中,适用规则有时确实有违法律的客观目的。正如美国学者史密斯指出的,“每个新案件都是一个试验。如果某个看上去可以适用的、已被接受的规则产生了令人感到不公正的结果,就需要重新考虑该规则。但并不是立刻修改它,因为试图使每个案件都实现绝对公正便不可能发展和保持一般规则;但是,如果一个规则持续产生不公正,那它终会被重新改造。”<sup>[17]</sup>

[15] 上海市徐汇区人民法院(2013)徐民一(民)初字第2549号民事判决书。见北大法意案例数据库。

[16] 北京市宣武区人民法院(2001)宣民初字第3520号民事判决书。见北大法意案例数据库。

[17] Munroe Smith, *Jurisprudence*, Columbia University Press, 1909, p. 21.

这种有违法律客观目的而产生实质不公正后果的规则在实践中经常表现为与原则的冲突。<sup>[18]</sup>

## 2. 规则与原则发生冲突的常态实践表现

规则与原则发生冲突,在实践中经常表现为:某具体个案确有规则依据,只不过严格适用规则可能导致不公正的结果而与原则相冲突,法官最终选择了原则作为论证理由。在“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”中,吴某的诉讼请求有规则依据,毕竟其拥有该商铺的所有权。只不过其自身物权的行使,可能会损害其他人的利益,从而有违禁止权利滥用原则。在“金某某与上海输变电公司财产损害赔偿纠纷案”中,原告金某某提起诉讼的规则依据是其对香樟树的所有权,被告输变电公司修剪香樟树枝的行为也有电力法第53条第3款中的规则支持,但因双方的规则依据相矛盾而无从适用。此类案件尽管形式上符合规则冲突,但却不能适用规则冲突定律来处理。<sup>[19]</sup>两个规则的冲突最终体现为作为规则依据的原则(即支持保护物权规则的“物权的自由支配原则或私权绝对原则”与支持为保护电力设施而致他人财产受损的“公共利益原则”)之间的冲突。在“李骞与刘少文房屋买卖案”中,法官应首先想到买卖合同规则;在“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”中,首先想到的应是遗赠规则。当法官认为仅依据规则裁判会产生有违客观公正的后果时,便会考虑某个或某些原则的适用。在应然意义上,法官需基于严密的论证程序才能得出那个最终优先适用的原则,即“优先原则”。一旦优先原则得以确立,与其相冲突的规则即被排除适用。如“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”,如果法官认定该遗赠行为有违公序良俗,那么遗赠规则便失去效力。

## 3. 规则与原则发生冲突的本质

实践表明,针对某具体个案,当某规则R与某原则P发生冲突时,其实质是原则与原则的冲突,<sup>[20]</sup>即支持规则R的实质(正当性)原则Ps及形式(合法性)原则Pf与实质原则P之间的冲突。此处的实质原则“是裁决的理由,该理由反映原则的实质内容”;<sup>[21]</sup>而形式原则“没有内容,毋宁说它是如何形成内容的,因此亦可称之为程序原则”。<sup>[22]</sup>波洛斯基

[18] 除了本文列举的发生在我国的相关案例外,此处以近乎周知的百年前发生于美国的 Riggs v. Palmer (115 N. Y. 506, 22 N. E. 188 (1889)) 案为例,说明规则与原则发生的冲突。针对遗嘱继承人 Palmer 在杀害其祖父(立遗嘱人)之后还有无继承权的问题,有多种完全相左的意见。其中一种意见是,依照当时纽约州遗嘱法的规定,即使继承人杀害了遗嘱人,除令其承担相关刑事责任外,似乎并不应当剥夺其继承权。但法官指出,在法律规则的背后有着更为重要的法律原则:“在‘必须遵守合同约定’的条文的背后,可以发现‘诚实信用’的原则,在‘不得伤害他人’的条文的背后,可以发现‘保护个人权利’的原则。同样,继承遗产的条文也依赖‘不得有过错’的原则。试想,遗嘱法怎能容忍继承人谋杀被继承人而获得遗产!因此,法律包括了原则,违反了原则当然是违反了法律。”参见刘星:《西方法学初步》,广东人民出版社1998年版,第77页。此案最终判决 Palmer 败诉,并因此提炼出一个重要的法律原则:“任何人不得……从其过错中获利”。

[19] 因为无论根据德沃金还是阿列克西的原则理论,其结果都是要么其中一个规则无效,要么其中一个规则是另一规则的例外(Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977, pp. 24-28; Robert Alexy, *On the Structure of Legal Principles*, in *Ratio Juris*, Vol. 13, No. 3, 2000, p. 295-296; [德] 罗伯特·阿列克西:《法律体系与实践理性》,载[德] 罗伯特·阿列克西:《法理性商谈:法哲学研究》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第211页)。首先,让本案两个相冲突规则中的任何一个无效都不符合法律目的,其结果或是对私人物权的无视,或是对公共权力的违背。其次,本案中任何一个规则都不能作为另一规则的例外。物权的行使是独立的、普适的个人自由,不能作为例外;保证超高压电线的安全运行,不仅是为了保护电力设施,更是为了保护公共利益,也不能作为例外。

[20] 麦考密克曾指出,“体现原则正是规则应当具有的特征所在”(前引[1],麦考密克书,“前言”第3页),由此亦可表明规则与原则的冲突在终极意义上为原则与原则的冲突。

[21] Martin Borowski, *The Structure of Formal Principles-Robert Alexy's 'Law of Combination'*, in Martin Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, ARSP Beiheft 119, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2010, p. 24.

[22] Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. by Julian Rivers, Oxford University Press, 2002, pp. 416-417.

(Borowski) 进而指出, 形式原则“首要地在于描述特定法律裁决的权威向度”。<sup>[23]</sup> 其典型的例子为, “由正当权威制定的规则必须被遵守”、“没有正当理由不得偏离一贯的实践”等,<sup>[24]</sup> 因此亦可将该原则概括为“权威机关所创设之法律规则的安定性原则”。<sup>[25]</sup> 可见, “形式原则注重的是制定规则的来源, 而实质原则关切的是规则内容所欲实现的价值或目的”, 此即两者的主要区别。<sup>[26]</sup> 依照阿历克西的观点, 法官必须要在原则 P 与规则所依据的实质原则 P<sub>s</sub> 和形式原则 P<sub>f</sub> 之间进行权衡, 经过严密的权衡程序后方能确定最终适用的优先原则。<sup>[27]</sup> 只有当法官选择了原则 P 时, 米尔恩所说的“原则所起的一种作用应该是证明违反规则为正当”,<sup>[28]</sup> 才有其合理性。

## (二) 没有既有规则可直接适用

对于没有既有规则可直接适用而适用原则的情形, 可简要概括为“穷尽规则”。<sup>[29]</sup>

### 1. “穷尽规则”的理解

此处的“穷尽规则”要扩大理解, 即包含穷尽对规则的解释与类推适用等法律适用方法。换句话说, 只有在穷尽了对规则的解释、无习惯法予以补充、没有类推适用等方法时, 才能适用原则。<sup>[30]</sup> 其目的就是防止法官恣意司法、僭越立法权。此处的解释, 应包括依据原则进行的解释, 但不包括依据原则进行的漏洞填补。<sup>[31]</sup> 此处的类推适用是指, 针对具体个案, 当没有规则 R 存在或者规则 R 被推翻, 法官选择了某项原则作为裁判依据时, 还应进一步审查是否存在受此原则支持的某些近似规则 R' 可供类推适用。若有, 法官应当首先适用类推; 若无, 才可适用原则并依据原则具体化后生成的规则来解决本案。<sup>[32]</sup> 清楚了“穷尽规则”的广义内涵, 便可知本文仅是在狭义的漏洞填补或法律续造的意义上讨论原则的适用。<sup>[33]</sup>

### 2. “穷尽规则”的实践表现

此点可通过侵害“祭奠权”案件类型(如“严桂英与史传宝一般人格权纠纷案”)予

[23] 前引 [21], Borowski 编书, 第 26 页。

[24] 参见前引 [22], Alexy 书, 第 58 页。

[25] 颜厥安:《规则、理性与法治》,《台大法学论丛》第 31 卷第 2 期(2002 年)。

[26] 王鹏翔:《规则是法律推理的排它性理由吗?》,载王鹏翔主编:《2008 法律思想与社会变迁》,台湾中央研究院法学研究所,2008 年,第 358 页。

[27] 参见前引 [22], Alexy 书, 第 57 页以下。优先原则意味着, 针对某具体个案, 当没有具体规则可适用或既有规则因与原则相突而被排除时, 法官便通过该原则的具体化作为裁判依据或者作为联结裁判本案之既有规则的媒介。优先原则的选择与具体化皆需严格的论证程序, 这亦为本文的研究重点。我国的审判实践往往会对优先原则的适用进行简单化处理, 比如审理“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”的法官就简单地认为, 公序良俗原则“在法律适用上有高于法律具体规则适用之效力”。法官不但不对选择该原则的理由等予以论证, 而且对原则与规则的效力比较也过于简单。有学者对此已提出了批评, 参见前引 [6], 林来梵等文。

[28] [英] A. J. M. 米尔恩:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 29 页。

[29] 参见舒国滢:《法律原则适用中的难题何在》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2004 年第 6 期。

[30] 参见梁慧星:《民法解释学》,法律出版社 2009 年版,第 314 页;王泽鉴:《民法学说与判例研究》第 5 册,北京大学出版社 2009 年版,第 172 页。

[31] 在此意义上,对于需要依据原则补充不完全法条的情形(即规则欠缺部分或全部的构成要件,或者欠缺法律效果,而需依据原则予以补充),或者需要依据原则限缩或扩张既存规则适用范围的情形,在终极意义上仍是在适用规则。

[32] 参见梁迎修:《法律原则的适用——基于方法论视角的分析》,《华中师范大学学报(人文社会科学版)》,2007 年第 6 期。

[33] 应该承认,当穷尽规则包括基于原则对规则的解释时,在填补漏洞意义上适用原则的空间已经很小。尤其是,若采用德沃金教授的观点,所有的法律适用问题最终都是依据原则的解释而非漏洞填补时,即便对于疑难案件,也难以存在适用原则填补漏洞的空间。

以说明：原告诉请被告返还骨灰安葬于特定墓穴并赔偿精神损害（其中涉及骨灰之法律属性、“悼念”之权利性质、损害之存在根源等），确实难以找到直接适用的、明确的规则依据，法院不得已才适用原则。实践中，针对个案找寻及穷尽可以适用的具体规则，尤其是法律解释与类推，不仅需要全面的法律知识，还需要深厚的学理基础与丰富的实践技巧，是件具有高深难度的技艺。<sup>[34]</sup>

### 3. “无既有规则可直接适用而适用原则”的本质

无规则依据案件的规范适用依然表现为两个实质原则之间的冲突。如裁判侵害“祭奠权”纠纷案所适用的规范，就首先表现为支持原告诉讼请求的实质原则（如公序良俗）与支持被告主张或抗辩的实质原则（如法不禁止即自由<sup>[35]</sup>）之间的冲突。

无论是既有规则因与原则相冲突而被排除适用，还是没有具体的规则可以直接适用，针对具体个案的原则适用最终都表现为原则之间的冲突。在相冲突、相竞争的原则中要确定何者最终适用于本案，则需要解决原则冲突的理论，阿列克西的原则理论便成为重要选择。

## 二、解决原则冲突的理论参照：阿列克西的原则理论

### （一）阿列克西的原则理论

依据阿列克西的原则理论，解决既有规则与原则发生冲突的法律途径是，把支持规则 R 适用的实质原则 Ps 及形式原则 Pf 加总后与反对规则 R 适用的实质原则 P 进行衡量，即  $(Ps + Pf) vs. P$ 。如果  $(Ps + Pf) \geq P$ ，则支持规则 R 适用的实质原则 Ps 优先适用；如果  $(Ps +$

[34] 在笔者将本文提交“民法九人行”沙龙讨论时，戴孟勇认为，法官对于侵害“祭奠权”纠纷案很多时候其实并未“穷尽规则”，因为依据现有法律，对原告“祭奠利益”的保护可能仍有诸多途径：1. 该利益能否为《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条中的“人格尊严权”所涵盖。2. 或可通过物权请求权的方式解决（基于近亲属对死者骨灰、骨灰盒等的所有权或使用权等），法律依据为物权法第34条（返还原物）、第35条（排除妨害或者消除危险）、第36条（修理、重作、更换或者恢复原状）。3. 如因侵害死者遗体、遗骨等祭奠物产生精神损害赔偿，可适用侵权责任的救济方式，要求赔偿精神损失。法律依据是《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第3条或第4条。4. 如不能通过上述方式解决，还可按照《最高人民法院关于确定民事侵权精神损害赔偿若干问题的解释》第1条第2款关于“违反社会公共利益、社会公德侵害他人隐私或者其他人格利益，受害人以侵权为由向人民法院起诉请求赔偿精神损害的，人民法院应当依法予以受理”的规定解决。综上，侵害祭奠权的责任方式，包括停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、赔偿损失、赔礼道歉等。

可以说，戴孟勇为解决此类案件提供了极为全面而精致的规范依据与解释路径。如果法官循此路径，此类案例确可以得以有效解决。但需要指出的是：其一，对于“祭奠利益”是否为权利（如人格尊严权），“骨灰”是否为一般物权法意义上的物，其实都还需要法律解释（主要依据原则如公序良俗等），而非有明确的法律依据。其二，即便是依据原则解释解决此类案件，也比利用原则进行漏洞填补更符合法律适用的原理要求。在此意义上，笔者同意上述解决思路。其三，中国的法律实践（至少从笔者收集的近二十余份与此类案件相关的民事判决书来看）并没有采用其解决思路。根源可能在于，法官并没有真正做到“穷尽规则”，便简单地适用原则予以裁判。若依戴孟勇的理解，对于侵权责任法施行后判决的“元某甲与元某乙其他人格权纠纷案”（2013年），其规则依据更为明显，即该法第6条第1款以及第22条中的“权益”之规定，但法院仍丝毫未体现出采纳其解决思路的倾向。可见，问题未必如此简单。对于诸如“法益”、“合法利益”等规范的司法适用，依然需要“进一步的具体化”，这就仍离不开原则具体化的理论指引。相关论述还可参见孙维飞：《祭奠纠纷的类案研究》，《交大法学》2012年第1期。

[35] 在没有既定规则而仅有支持原告诉请的原则可供选择的具体个案中，被告往往以“法不禁止即自由”予以抗辩，而此抗辩有时还能得到法院的支持。如在“史广清与史广文财产损害赔偿案”中，法院就以“我国目前的法律对于该项权利的相对义务人未作规定，因此被告的不作为不具有违法性”为由，驳回了原告的诉请。

Pf) < P, 则反对规则 R 适用的实质原则 P 优先适用。〔36〕详言之:

1. 阿列克西原则理论“首先是一种权衡理论”, (Ps + Pf) 与 P 之间的权衡为其公式化体现, 因为“权衡不外乎是相对于相对立之原则的最佳化”。阿列克西用“原则间权衡的定律”(Law of Balancing Principles, 下称“权衡法则”)与“原则间竞争的定律”(Law of Competing Principles, 下称“竞争法则”)〔37〕来把握权衡的结构。权衡法则是“某个原则的受干预度越强烈, 相对应原则的实现就越重要”。他并通过“比重公式(the Weight Formula)”〔38〕揭示权衡法则的核心结构。其目的就是要确立(Ps + Pf)与P的具体重要性分别为何, 进而为确定何者优先打下基础或创造前提。竞争法则是“一个原则优先于另一个原则的条件, 构成了赋予该优先原则法律后果——规则的实施要件”。此处的条件即优先条件(condition (s) of precedence), 是决定某一原则优先于另一原则的条件。〔39〕

由于权衡法则中判断原则具体重要性的条件与竞争法则中确立优先关系的条件是一致的, 这两个法则也因此内在地统一起来。确切地说, 权衡法则是刻画(Ps + Pf)与P之间予以衡量的论证结构, 并进而论证原则之间的条件式优先关系(a conditional relation of precedence)。竞争法则是由权衡法则之论证结果(即条件式优先关系)而得出的具体规则。竞争法则在于说明原则衡量结果与规则之间的关系; 权衡法则的功能则是说明衡量的论证方式, 在终极意义上当然也是对作为衡量结果的规则予以证立。〔40〕

2. 把支持规则 R 适用的实质原则 Ps 及形式原则 Pf 加总后, 即把(Ps + Pf)一起与反对规则 R 适用的实质原则 P 进行衡量, 意味着形式原则自身并不能与其他实质原则相权衡, 它只有跟其他实质原则一起, 才能与相对立的实质原则相权衡。阿列克西称此为形式原则的“联合法则(Law of Combination)”。〔41〕这种“采用一并权衡所有相关形式原则与实质原

〔36〕 参见前引〔22〕, Alexy 书, 第 48 页注 24, 第 58 页, 第 82 页。

〔37〕 “The Law of Competing Principles” (参见前引〔22〕, Alexy 书, 第 50 页以下) 或 “The collision law” (前引〔19〕, Alexy 文, 第 295 页以下) 对应的德文是 “das Kollisionsgesetz”, 中文有译为“碰撞法则”者 (如陈显武: 《论法上规则与原则之区分——由非单调逻辑之观点出发》, 《台大法学论丛》2004 年第 34 卷第 1 期; 我国学者翻译的阿列克西两本论文集均采此译法, 如前引〔19〕, 阿列克西书, 第 219 页; [德] 罗伯特·阿列克西: 《法: 作为理性的制度化》, 雷磊编译, 中国法制出版社 2012 年版, 第 133 页), 有译为“冲突法则”者 (如张嘉尹: 《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》2002 年第 24 期; 前引〔26〕, 王鹏翔文)。“The Law of Competing Principles” 或 “The collision law” 本身并不难翻译, 难题出在阿列克西在著作中经常把 “Collisions of Principles” 与 “Conflicts of Rules” 并列使用。如果后者通常译为“规则冲突”, 那么再把前者译为“原则冲突”, 就难以表现出阿列克西有意对两者作出的区分, 此亦陈显武、朱光、雷磊等学者采用“原则碰撞”之翻译的原因。但在笔者拿本文参加的数次学术讨论中, 几乎没有学者知道“碰撞”为何义, 多名学者专门提出“碰撞”的翻译较为生硬、偏僻且疏离学术术语的通常译法。为实现阿列克西的初衷, 如果一定要与“规则冲突”相区分, 那么采用“原则竞争”的译法或许既能实现区分两个术语之目的, 又能做到较为通俗易懂。相对应地, “The Law of Competing Principles” 或 “The collision law” 也就译为“竞争法则”。而且, “竞争”也较符合阿列克西借该法则所意图表达的含义, 即在相竞争的原则中确立某个优先适用的原则。

〔38〕 See Robert Alexy, *The Weight Formula*, in Brian Bix and Horacio Spector (eds.), *Rights: Concepts and Contexts*, Ashgate Publishing, 2012. 雷磊先生对此 (其使用的相应翻译为“重力公式”) 亦有较为详细的介绍和深入研究, 可参见《法律推理基本形式的结构分析》(《法学研究》2009 年第 4 期)、《法律规范的同位阶冲突及解决——以法律规则与法律原则的关系为出发点》(《台大法学论丛》2009 年第 38 卷第 4 期) 等。

〔39〕 参见前引〔22〕, Alexy 书, 第 53 页。

〔40〕 相关内容参见前引〔19〕, Alexy 文, 第 295 页以下; 前引〔22〕, Alexy 书, 第 44 页以下; 前引〔38〕, Alexy 文, 第 539 页以下; [德] 罗伯特·阿列克西: 《法的双重本质理论的主要要素》, 载前引〔37〕, 阿列克西书, 第 288 页以下。

〔41〕 参见前引〔22〕, Alexy 书, 第 423 页。



则的模式”，亦为波洛斯基赞赏并支持。<sup>[42]</sup>

3. 在 (Ps + Pf) 与 P 分量相等的情形下，(Ps + Pf) 优先适用完全是由形式原则 Pf 决定的，因为它实际上是既有规则 R 存在的合法性基础。形式原则要求，“如果没有坚强的反面论据，则应该推定权威所制定的规则代表了正确衡量的结果”。只有在 (Ps + Pf) 与 P 分量相等情形下推定 (Ps + Pf) 优先适用，才能给欲偏离既有规则的决定者以论证负担，“亦即他必须确定并且提出坚强的论据证成适用规则的结果的确与原则衡量的要求不符”。<sup>[43]</sup> 分量相等情形下 (Ps + Pf) 的优先适用，在终极意义上亦是追求法律稳定性的要求。

4. 阿列克西的原则理论也面临着到目前为止一些难以克服的矛盾。一是形式原则与实质原则不能通约 (incommensurability) 的问题；<sup>[44]</sup> 二是数个原则（尤其包含实质原则与形式原则）在衡量时其重要性是否可加总的问题。阿列克西在提出算术化的比重公式后，直觉上认为 Ps 与 Pf 的分量（重要性）可以加总。<sup>[45]</sup> 形式原则与实质原则不能通约的矛盾主要揭示出，对何为形式原则及其与实质原则的关系还有待深入研究，但该问题也决定了阿列克西原则理论中权衡的前提能否存在。数个形式原则与实质原则的重要性能否加总的矛盾既揭示出数量是否跟重要性有关的问题，也再次揭示出形式原则与实质原则能否通约的问题，但最终揭示出权衡法则的内容与结构究竟为何的问题。其实，这些质疑都关涉到阿列克西原则理论的一个核心点，即权衡法则如何实现。具体说就是，在权衡法则中如何论证原则之间的具体重要性：近者，它决定着如何确定原则之间的优先关系；远者，它决定着原则作为“最佳化命令”之目的的实现。解决这些问题，也一直是阿列克西的研究目标，其所有有关原则理论的研究成果其实都是围绕这个问题而努力，“比重公式”的提出就是其努力的最重要体现。也有其他学者为解决上述问题付出了艰辛，但亦未获得理想答案。<sup>[46]</sup> 权衡法则若不能很好地得到论证，毫无疑问会影响竞争法则的实现，因为竞争法则的适用前提便是优先条件的确立。

## （二）借鉴阿列克西竞争法则之理由

为避免其理论难题，本文仅借鉴阿列克西原则理论中的竞争法则。

### 1. 竞争法则的主要内容

竞争法则的实现前提是，要依据具体个案的具体情形在原则之间建立“条件式优先关系”。相冲突原则中某个原则的优先适用完全取决于特定场景中的个案条件。换句话说，如果给出的是其他条件，优先关系可被倒转过来。<sup>[47]</sup> 有关竞争法则的一个较为技术性的表述是：

[42] 参见前引 [21]，Borowski 编书，第 35 页。

[43] 参见前引 [26]，王鹏翔文，第 378 页。

[44] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, p. 328; T. A. Aleinikoff, *Constitutional Laws in the Age of Balancing*, 96 *Yale Law Journal* 972-976 (1987). 需指出，不可通约并不意味着不可比较。具体论证可参见 Virgilio Afonso da Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, 31 *Oxford Journal of Legal Studies* 273-301 (2011).

[45] 前引 [38]，Alexy 文，第 539 页以下，尤其是最后一部分“扩展公式”。

[46] 王鹏翔先生曾为此提出一个富有创见性的建议：即把形式原则当作影响实质原则强度的理由 (strength-affecting reason)。基此可把阿列克西的主张修正为：若要根据原则 P 来限制规则 R 在某个案件中的适用，则 P 的重要性必须胜过 Ps 被形式原则 Pf 增强后的重要性。参见前引 [26]，王鹏翔文，第 382 页。该修正理论的结果是把 (Ps + Pf) 与 P 之间的权衡变为两个实质原则 P 与 Ps 之间的衡量，只不过此时的 Ps 已经包含了 Pf 的增强。该修正可回避 Pf 与 Ps 不可通约的问题，但仍不能回避数个原则在衡量时其重要性是否可以加总的问题。在具体个案论证中，该修正也回避不了 Pf 会增强 Ps 多少的问题。

[47] 参见前引 [22]，Alexy 书，第 51 页。

如果原则 P1 依据条件 C 优先于原则 P2，即  $(P1 \succ P2) \text{ C}$ ，并且 P1 在条件 C 下引起法律后果 R，那么包含行为事实 C 和法律后果 R 的规则就是有效的，即  $C \rightarrow R$ 。<sup>[48]</sup>

此处的 C，即优先条件。它在竞争法则中具有双重特性：在  $(P1 \succ P2) \text{ C}$  中，是确定原则间“优先关系的条件”，其后果是确立了优先原则；在“ $C \rightarrow R$ ”中，则是“规范构成要件 (the protasis of a norm)”，其后果是创设了规则。无须说，适用优先原则的结果便是创设了一个规则，即“一个原则优先于另一个原则的条件，构成了与该优先原则具有相同法律效果之规则的要件”。此即阿列克西原则竞争法则之精髓。<sup>[49]</sup> 简言之，竞争法则的运作过程就是，通过优先条件确立原则之间的优先关系，再由该优先条件内含的行为事实作为规范构成要件进而创设一个具体规则。该规则实际上是与其实质原则相冲突之既有规则的例外规则。<sup>[50]</sup>

## 2. 借鉴阿列克西竞争法则的主要理由

其一，竞争法则不仅包含了阿列克西原则理论的所有精华，而且也反映了其原则理论的最终结果。优先条件的找寻与确立在阿列克西的整个原则理论中扮演着三种重要功能：即确立原则间具体重要性的功能、确立原则间优先关系的功能以及作为优先原则生成之规则的具体构成要件的功能。优先条件因此亦为竞争法则的核心，正是由它决定了原则之间的优先关系，并成为优先原则所创设新规则的具体构成要件，该规则最终成为具体个案的裁判依据。

其二，应就阿列克西的形式原则予以反思。形式原则旨在保障既有规则的推定优先适用，以实现法的确定与安全。其价值或许仅在于此，而无其他新意。其实践运行无非是，针对具体个案，如果要适用与 R 相冲突的实质原则 P 作为裁判理由，那就意味着制定该规则的权威机关（如国会、议会、我国的全国人民代表大会等）的权威性将受到消减。但“仅仅透过论证是没有办法消减这些机关的权威性，也不会有什么实效。因此这势必要以另一个权威机关来‘做’这件事”。<sup>[51]</sup> “另一个权威机关”具体是什么，不同国家或地区依据其政治体制可有不同设置，如最高法院、联邦法院、宪法法院、司法院等。此种会动摇既有规则适用基础的权力无论赋予哪个机关，都会与分权原则相矛盾。现实社会中，该矛盾又不可排除，这或是法治本身的固有缺陷与代价。形式原则绕了一圈又回到了问题老路，即民主、分权、法治等基本问题。表现在司法上，又回到了民主法治国家内应否赋予法官造法的权力、法官有无自由裁量权等问题。长期的司法实践已经表明，即便法官不考量形式原则，也并不意味着其裁判结果肯定会偏离保持法律确定性的形式要求。如有学者指出的，“尽管民主统治确实要求法官得出的结论要受到立法的约束，但并不能因此得出结论说，当立法机构提供的理由不能确定出唯一结论时，法官没有受到这样的约束。别忘了，在原则性下实行灵活性也是受到了约束的。”<sup>[52]</sup> 王鹏翔进而指出，“形式原则是 Alexy 原则理论中的问题儿童，引发的问题可能比解决的问题还多。一定程度要摆脱 Alexy 的窠臼才能推进研究。”<sup>[53]</sup> 笔者深以为然。

其三，对于阿列克西的原则理论，可以借鉴的主要是其论证思路，而非把它作为僵化的

[48] 前引 [19]，Alexy 文，第 297 页。括号中的 P 为“优先于”的意思，同情形中的 P 在本文皆是在此意义上使用。

[49] 参见前引 [22]，Alexy 书，第 53 页。

[50] 此处的例外规则应采广义理解。它并不意味着必然是新规则，也包括以原则具体化的规则为桥梁沟通既有规则的情形。下文会对此具体论证。

[51] 前引 [25]，颜厥安文。

[52] [美] 朱尔斯·科尔曼、布赖恩·赖特：《确定性、客观性与权威性》，载 [美] 安德雷·马默主编：《法律与解释》，张卓明、徐宗立等译，法律出版社 2006 年版，第 303 页。

[53] 摘自王鹏翔先生 2013 年 8 月 14 日给笔者 email 中的内容。

公式。其提供的以优先条件为纽带将相冲突的原则通过具体重要性的比较（权衡法则）、优先关系的确立并最终由优先原则创设出具体规则（竞争法则）的论证思路，大有借鉴价值。它解决了原则适用的最重要问题，即经由原则如何创设规则，因为只有规则而非原则才能作为直接裁判依据。尽管如此，对于如何找寻与确立优先条件亦不必拘泥于其思路，尽可另辟蹊径。

其四，即便完全遵循阿列克西的原则理论，在（Ps + Pf）与 P 之间衡量的最终结果也仍然是具体实质原则的适用，即在支持规则 R 适用的实质原则 Ps 与反对规则 R 适用的实质原则 P 之间的择一适用。至于实质原则 Ps 或 P 如何具体适用于个案，这恰是竞争法则的内容。阿列克西原则理论的终点在逻辑上恰好成为本文的研究起点。

### （三）阿列克西竞争法则的实践运行演示

清楚了规则与原则之冲突的本质以及阿列克西的原则理论（尤其是竞争法则），便会明晰解决相关个案的途径。即针对具体个案，先要找出实质原则 P 及与其发生冲突的具体规则 R 背后所依据的实质原则 Ps，然后再经由优先条件确立优先原则，并由它创设解决该案的具体规则。阿列克西通过 Lebach 案<sup>[54]</sup>演示了基于竞争法则从原则生成规则的论证过程，认为德国宪法法院<sup>[55]</sup>经由三个步骤的推理便可获得解决本案的理想答案。<sup>[56]</sup>

第一步，找出两个竞争性原则间的竞争（紧张）关系，即人格权保护（P1）（与德国基本法第 1 条第 1 款相关联的第 2 条第 1 款）和新闻报道自由（P2）（德国基本法第 5 条第 1、2 款）。无疑，这两个原则在本案中存在竞争的紧张关系：适用 P1 导致禁止播放，适用 P2 则允许播放。

第二步，基于一般的优先条件确立一般的优先关系。法院认为，在“时事报道罪行”（C1）的情形下（BVerfGE 35, 202 (231)），媒体报道自由具有一般的优先性，即（P2 P1）C1。但这种优先关系仅是初显性<sup>[57]</sup>（即一般性或原则性）的，因此可以允许有例外。

[54] BVerfGE 35, 202. 简要案情为：1972 年德国第二电视台（ZDF）播出了名为“Lebach 之士兵谋杀”的纪录片。本片的内容是有关发生于 1969 年的一起重大刑事犯罪，犯罪人杀害了位于 Lebach 的联邦部队军火库中四个熟睡的士兵，并抢夺了武器供其他犯罪之用。其中有一个被确认为次要罪犯而即将被释放出狱的人，看到该纪录片中有其照片并配有其名，便基于这会危及其“再社会化”的理由，主张侵害了其德国基本法第 1 条第 1 款和第 2 条第 1 款下的宪法权利，请求法院判令禁止电视台的播放行为。其诉请遭到两级地方法院的驳回，该人便诉请德国宪法法院废止地方法院判决。

[55] 阿列克西的原则理论主要是在基本法（宪法）的领域内予以讨论的，本文是把其理论运用到私法领域的一个尝试。

[56] 参见前引 [22]，Alexy 书，第 54 页以下。

[57] 有关“prima facie”的翻译，有的译作“初步的”或“表面的”（薛波主编：《元照英美法词典》，法律出版社 2003 年版，第 1088 页），有的译作“初步印象”（参见前引 [37]，陈显武文），有的译作“初显”（参见前引 [37]，张嘉尹文），在我国出版的阿列克西的两本论文集均采用了“初显”的翻译（参见前引 [19]，阿列克西书；前引 [37]，阿列克西书）。尽管“prima facie”并没有统一而确定的内涵（See Georg Nils Herlitz, *The Meaning of the Term "Prima Facie"*, 55 Louisiana Law Review 391-408 (1994)），但针对该术语在阿列克西著作中的含义（即某种原则仅在表面上具有优先性，该优先性可以被某种新的条件所推翻）来讲，把它翻译成“（法官）推定”可能最合适。之所以在“推定”前加上“法官”，是因为“推定”往往由法律直接规定，阿列克西使用的“prima facie”显然是由法官“推定”而非法律规定。“推定”是颜厥安先生的翻译，如“原则与规则具有不同（强度）的推定性质（Prima facie charakter）”（前引 [25]，颜厥安文）。“prima facie”在诉讼法中比较固定而统一的翻译是“表见”，主要体现在“prima facie Beweis”往往被译作“表见证明”，且其含义亦与阿列克西著作中的使用基本相同（参见 [德] 普维庭：《现代证明责任问题》，吴越译，法律出版社 2006 版，第 132 页以下）。不过，实体法中构成“表见”（如“表见代理”）便发生效力而不容被推翻。鉴于诉讼法中的“表见”与实体法中“表见”的涵义略有出入，且阿列克西的译著在我国已产生广泛影响，本文还是采用“初显”之译文。

第三步，基于“特定的优先条件”确立“有条件的优先关系”，并基此创设具体规则。法院认为，在“严重刑事犯罪的重复报道、不再包含时事信息之利益、危及犯人再社会化”的情形下（BVerfGE 35, 202 (237)），保护隐私优先于媒体报道。此处的重复 F1、无现实利益 F2、严重的刑事犯罪 F3、危及再社会化 F4 等便是“特定的优先条件 C2”，基此形成的“优先关系”为：保护隐私优先于媒体报道，即（P1 P P2）C2。具体规则 R 也随即在该“有条件的优先关系”中创设：媒体报道被禁止，此即 C2→R。该规则用公式可表示为：C2（F1 + F2 + F3 + F4）→R；用语句可表示为：一项关涉严重刑事犯罪（F3）的重复（F1）且不再拥有时事信息之利益（F2）的媒体报道，当危及犯人的再社会化（F4）时，应为宪法所禁止。

可见，在阿列克西原则理论中，无论是优先原则的确立，还是由优先原则进而具体化的规则，其前提与核心内容都在于优先条件（变量）的确立。

### 三、原则间有条件的优先关系的确立

正因为优先条件是阿列克西原则理论的前提与核心内容，他才持之不懈地致力于比重公式的研究，以寻求其确立途径与具体方法。鉴于比重公式遇到的种种难题甚至质疑，<sup>[58]</sup> 更换一种找寻优先条件的思路或视角，或许能有新的发现。

#### （一）确立优先条件（或变量）的新思路：生活常情或事物本质

法律原则是长期积淀并为人们所公认的合理价值的法律表达，诚实信用、公序良俗等原则莫不如此。要确定适用原则的优先条件或变量，便须找到合乎一般道义、契合于正当性社会生活的一般常识或常情，换句话说，就是要找寻原则在现实生活中所依据的生活原型并由它决定原则的适用。一句话，原则的司法适用取决于找寻到缘何适用该原则的生活事实。<sup>[59]</sup> 两大法系有关原则的司法实践莫不如此。

英美法系有关原则的司法实践便非常注重生活常情对法律含义（包括原则与规则）的引领，卡多佐大法官就是如此理解与运用法律原则的。甚至有学者认为，“卡多佐是英美法

[58] Vgl. Alexander Somek, *Rechtliches Wissen*, Frankfurt a. M. 2006, 135; Matthias Jestaedt, *Die Abwägungslehre-ihre Stärken und ihre Schwächen*, in: Otto Depenheuer/Markus Heintzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (Hg.), *Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg: Müller, 2007, S. 260 ff. 其实，当阿列克西试图通过对相冲突的原则分别予以轻（l）、中（m）、重（s）的分类并对相应类型予以相对应的赋值 1、2、3（适用于比重公式为“差公式（Differenzformel）”）或 2<sup>0</sup>、2<sup>1</sup>、2<sup>2</sup>（适用于比重公式为“商公式（Quotientformel）”），以利用比重公式计算每个原则的具体重要性时（参见前引 [38]，Alexy 文，第 539 页以下），便宣告了其努力的失败。道理很简单，每个法律原则的具体重要性不可能如数字般准确，用数学公式计算法律原则的具体重要性是不可能完成的任务，甚至是“不可用的手段”。Vgl. Thomas Riehm, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung. Argumentation-Beweis-Wertung*, München 2006, 66. 这些反对意见并不为阿列克西所认可，在他看来，数字并不取代判断或命题，而仅是一种指代。比重公式在终极意义上只不过是实践商谈的一种论证形式，是理性实践商谈的一个要素而非其敌手。Vgl. Robert Alexy, *Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts*, in: ARSP 95 (2009), S. 151 - 166.

[59] 生活事实指的是生活常态。但正如学者指出的，个案所体现的社会生活未必是正常的社会生活，例如犯罪行为等。即便如此，判断这种行为违反常规同样是以正常的社会生活为依据。参见胡玉鸿：《法律原则适用的时机、中介及方式》，《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2004 年第 6 期，第 29 页注释①。

第一个谈论原则与规则思想的人”。〔60〕在回答立法者确立法律规则之际“应该去哪里找寻法律规则的含义”时，卡多佐说，规则的含义“显然体现在它们的渊源中，更确切地说，体现在社会生活的迫切需要之中。这里有发现法律含义的最大可能性。同样，当问题是填补法律的漏洞时，我们需要的解决办法不是逻辑演绎，而是社会需求”。〔61〕针对具体个案，如果要在相互冲突的原则中确立哪个原则优先适用的条件，而该条件又能作为由原则生成规则之规范构成要件的，那就必须到现实生活中去寻找。其实，若从法律作为裁判规范的意义上讲，英美法系的遵循先例制度本身便已在客观上实现了此要求。因为，每个案件都是活生生之现实生活的体现，案件的解决不仅意味着找到了契合法律要求的生活事实与社会需求，而遵循先例还意味着这种生活事实与社会需求对法律所生影响的延续。另一方面，若从法律作为行为规范的意义上说，主体的行为亦受到现实生活的影响，具有法律意义的行为最终为法律所固定，从而又在现实生活中指引着人的行为。此即卡多佐所言，“生活塑造行为的模具，该模具将来某一天会如同法律那样固定。法律亦保护这些模具，因为其形体是从生活中来。”〔62〕

在大陆法系，尤其是德国学界提炼出的“事物本质”概念，〔63〕对原则的司法适用（尤其是优先条件或变量的寻找）亦能带来重要启示。在普赫塔看来，“事物本质”甚至是法律原则创设法律规则的基点。〔64〕

将“事物本质”视为“当为”（即原则或法律理念）与“存在”（即生活事实）之桥梁、中点或调和者的理解，恰好契合找寻优先条件或变量的前提（原则适用）与依据（生活事实）。考夫曼把“事物本质”理解为，能够把原则（即法律理念或法律规范，也就是“当为”）与生活事实（即“存在”）相联结、相对应的调和者。立法是使法律理念与将来可能的生活事实相调适，法律发现（即司法）是使法律规范与现实的生活事实相调适，“此种调适、此种同化、此种使当为与存在相对应”，必须以“有一个能使理念或者说规范与事实在当中取得一致的第三者，亦即，当为与存在之间的调和者”为前提。这个“第三者”或“调和者”就是“事物本质”。它意味着法律理念或法律规范与生活事实必须同一，它们相互之间能够彼此“相对应”、“相调适”，即意义关系上具有同一性。但这种同一性需要法律类推，即当存在与当为相互遭遇时，通过从事实推论至规范或者从规范推论至事实，来寻求现实与价值互相联系、互相对应的中间点，或说是事物正义与规范正义之中间点。在

〔60〕 参见吴从周：《概念法学、利益法学与价值法学：探索一部民法方法论的演变史》，中国法制出版社2011年版，第412页。另可参见亚历山大和克雷斯特对卡多佐在 *MacPherson v. Buick Motor Company* (217 N. Y. 382, 111 N. E. 1050 (1916)) 案中有关法律原则运用方式及理念的讨论。See Larry Alexander and Ken Kress, *Against Legal Principles*, 82 Iowa Law Review 749-750 (1997).

〔61〕 Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, Yale University Press, 1921, pp. 122-123.

〔62〕 同上书，第64页。

〔63〕 就“事物本质”这个词，德埃爾（Dreier）曾说，不可将之视为法学上的“专门术语”。考夫曼甚至说它都称不上“一个概念或一个比喻”，“它只是一个相当不特定的语言习惯”。但无论如何，“事物本质”都标示出了“法学理论上一个真正的难题”。参见〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，台湾学林文化事业有限公司1999年版，第3页。就“事物本质”各种学说的介绍及其在我国台湾地区的实践应用，可参见林更盛：《对于以“事物本质”作为法学论证的反思——一个方法论上的尝试》，载《黄宗乐教授六秩祝贺——基础法学篇》，台湾学林文化事业有限公司2002年版，第235页以下。

〔64〕 其原话是：“如果法官不适用外在的法源，他就必须从现行法的法律原则中创造可以适用的法律规则……从事物的本质出发，通过法学推理与类推，他可以获得该法律规则。”Georg Friedrich Puchta, *Pandekten*, Leipzig, 1883, S. 22. 转引自谢鸿飞：《法律与历史：体系化法史学与法律历史社会学》，北京大学出版社2012年版，第132页。

此意义上，“事物本质”不仅是立法也是法律发现之类推过程的基础。<sup>[65]</sup>因此，找到沟通原则与生活事实之间的中间点，就是适用原则解决具体个案的关键。这个中间点，就是确立相竞争原则间优先关系以及由优先原则创设规则之构成要件的“优先条件或变量”，由此而实现了卡纳里斯所说的，“法律原则最后还可以在事物的本质中得其效力根据”。<sup>[66]</sup>

“事物本质”的法律功能也恰好契合适用原则的功能与目的（即填补漏洞、作为解释依据等）。传统观点认为，“事物本质”是一种法发现技术上的方法，具体说就是一种填补漏洞的方法。拉德布鲁赫就把“事物本质”定位在“只是法律解释与漏洞填补”的终极理据。<sup>[67]</sup>拉伦茨也曾明确指出，“填补开放的法律漏洞，通常是以类推适用，或回归法律所包含的原则之方式行之。取向于‘事物的本质’也是一种可能的方法”。<sup>[68]</sup>考夫曼对此评价说，“显然‘事物本质’与‘类推’被理解为法发现技术上不同的方法，而且这可以视为目前的通说。”<sup>[69]</sup>可见，基于“事物本质”来找寻原则适用的优先条件或变量，确符合其填补漏洞之功能。尽管考夫曼明确指出其与传统观点不同，<sup>[70]</sup>但本文讨论的适用原则填补法律漏洞的目的亦不与其观点相矛盾。原则本身不仅是作为漏洞填补方法或法律规范之法源，适用原则本身就是要连通立法与司法，在终极意义上就是要做到法律理念与生活事实的融贯。其实，无论原则适用还是“事物本质”，在终极意义上皆为实现法的本质。

## （二）找寻优先条件或变量的具体路径

找寻优先条件或变量，在本质上就是找寻到能够连接基本案件事实（存在）与所适用的优先原则（当为）的中点或调和者。具体说就是，以基本案件事实为基础，寻找到“裁判案件要确定的核心要素”，并使之连通于该案件事实与适用于本案的具体法律原则。此处以实例来演示找寻优先条件或变量的具体路径及步骤。

1. 针对具体个案，应首先明确基本的案件事实（存在）与拟适用的法律原则（当为）。例如，在“李骞与刘少文房屋买卖纠纷案”等“买卖凶宅案”中，基本的案件事实是在作为买卖标的的房屋内“发生过凶杀”，解决此类案件适用的法律原则通常为诚信原则。在“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”等“赠与（含遗赠）情妇财产案”中，“赠与情人特定财产”是基本案件事实，裁判此类案件适用的法律原则通常是公序良俗。在“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”等“产权式商铺纠纷案”中，基本的案件事实是原告（如本案吴某）拥有商铺的所有权，且其诉请直接影响到其他大多数业主（如本案受影响的至少有92%的业主）的财产利益（租金损失等），裁判此类案件通常适用的法律原则为禁止权利滥用。

2. 确立解决具体个案的努力目标以及法律要点。例如，在“李骞与刘少文房屋买卖纠

[65] 参见前引 [63]，考夫曼书，第103页。总结说来，考夫曼理解的“事物本质”是把法律理念或法律规范与生活事实调适为同一的“催化剂”（前引 [63]，考夫曼书，第133页以下；前引 [3]，考夫曼书，第48页注释 [55]）。

[66] 转引自 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第47页。

[67] Radbruch, Die Natur der Sache als juristische Denkform, in: Festschr. Zu Ehren von Rudolf Laun, 1948, S. 15. 转引自前引 [63]，考夫曼书，第133页。

[68] 前引 [66]，拉伦茨书，第258页。

[69] 前引 [63]，考夫曼书，第3页。

[70] “‘事物本质’不只是填补法律的方法，亦不是如法律规范般的法源，而是一种‘催化剂’，在每个立法与法律发现行为中必要的‘催化剂’，以便能够使法律理念或者法律规范与生活事实，当为与存在，产生一种关联（‘对应’）。”前引 [63]，考夫曼书，第133页以下。

纠纷”等“买卖凶宅案”中，解决此类案件的努力目标在于通过认定“被告有欺诈故意并构成欺诈”，赋予原告撤销该买卖合同的权利，法律要点就是如何通过诚信原则来证成“被告有披露房内发生过非正常死亡信息的义务”。在“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”等“赠与（含遗赠）情妇财产案”中，裁判此类案件的努力目标在于通过认定“该内容违反公序良俗”而使其无效，法律要点就是通过怎样的标准证成“是否违反公序良俗”。在“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”等“产权式商铺纠纷案”中，裁判此类案件的努力目标在于通过认定“权利人的诉求构成权利滥用”而否定其效力，法律要点就是如何确立“构成权利滥用的要件”。

3. 确立攻克法律要点的“核心要素”。这其实就是确定解决整个案件的核心要素，可简称为“裁判案件的核心要素”。例如，在“李骞与刘少文房屋买卖纠纷案”等“买卖凶宅案”中，证成“被告有披露房内发生过非正常死亡信息的义务”的“核心要素”，在于判断该凶杀信息是否会影响原告的意思表示。在此类买卖合同案中，房屋价格与使用目的等是最重要的意思表示内容，因此裁判案件的核心要素就是要判断该凶杀信息是否会对这两者产生影响。在“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”等“赠与（含遗赠）情妇财产案”中，对于是否违反公序良俗的判断，若立足于现实生活常情的考量，便可以做他人情人的目的是否为“以性换取财产或以财产换取性”作为判定“是否违反公序良俗”的要件。<sup>[71]</sup>通常，若做他人情人的目的纯粹是为了金钱，便可判定此行为违反了公序良俗。因此，是否为“以性换取财产”的判断，便是裁判案件的核心要素。就本案来讲，被告蒋某并没有证成原告张某是“以性换取财产”，至少在这一点上，还难以证成张某做黄某情人的行为构成公序良俗原则的违反。相反，“张正青与张秀方合同纠纷案”中的合同内容赤裸裸地表明“以性换取财产”，无疑违反了公序良俗原则。在“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”等“产权式商铺纠纷案”中，判断原告的诉请是否符合“构成权利滥用的要件”，立足于生活常情或“事物本质”的考量，不外乎通过权衡权利人诉请的“利害”来判断其诉请的正当性。如果该诉请对原告无利而对他人有害，或者尽管对原告有利，但获利远小于对他人的损害，就说明原告的诉请有违权利的客观目的而缺乏正当性。如果在此法律事实中能证明权利人有主观害意，那么其侵害他人权利的目的便更加明显。这些要素便足以判断其权利行使构成权利滥用。总结说来，权利行使是否“对自己无利，但对他人有害”，或者“对自己有利，但远小于对他人造成的损害”等，便是裁判案件的核心要素。

4. 明确裁判案件的核心要素即是连通基本案件事实（存在）与适用于本案的具体法律原则（当为）的中点或调和者，确切地说就是解决该具体个案的优先条件或变量。例如，在“李骞与刘少文房屋买卖纠纷案”等“买卖凶宅案”中，由于“裁判案件的核心要素”是要判断该凶杀信息是否会对房屋价格与使用目的等产生影响，因此房屋价格与使用目的等要素便是连通本案基本案件事实与诚信原则的中点或调和者，也即解决本案的优先条件或变量。在“张学英与蒋伦芳遗赠纠纷案”等“赠与（含遗赠）情妇财产案”中，由于裁判案件的核心要素是要判断赠与情人特定财产的行为是否为“以财产换取性”，因此该考量因素便是连通本案基本案件事实与公序良俗原则的中点或调和者，也即解决本案的优先条件或变量。在

[71] 如果一国（如荷兰、德国、新西兰等）相关法律承认卖淫合法，以性换取财产并不当然违反公序良俗。

“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”等“产权式商铺纠纷案”中，由于裁判案件的核心要素是要权衡权利人行使权利对自己与他人的利害关系，因此权利行使是否“对自己无利，但对他人有害”，或者“对自己有利，但远小于对他人造成的损害”等考量因素，便是连通本案基本案件事实与禁止权利滥用原则的中点或调和者，也即解决本案的优先条件或变量。

可见，具体个案中优先条件或变量的寻找并非依赖于法官的主观任意。它也不是一项完全抽象的智识性活动，而是一种须遵循法律适用程序与适用逻辑，并有规律可循的法律适用活动。有规律可循并不意味着优先条件或变量的确定性或唯一性。不同的疑难案件有不同的案件事实，优先原则的选择亦因此而有变化，由此决定了法官依据生活常情、生活经验或“事物本质”所获得的优先条件或变量也会不同。无疑，优先条件或变量的寻找标准包含着每个法官的主观价值取向，即便如此，也不必担心案件的裁判会出现任意或随意的结果。原因在于，任何国家通常都不会把疑难案件交由单个法官独立裁判。数名法官会针对每个法官提出的优先条件或变量予以斟酌、讨论并在尊重多数意见的基础上作出终局选择，即便有时存在法官的任意，此时往往也已被过滤掉了。清楚了此点，则更应鼓励法官寻找尽可能多的优先条件或变量，因为法官能够设想出的优先条件或变量越多，得出的结论越一致，形成的判决结果便会越符合、越接近客观。优先条件或变量的找寻因此更应开放而非封闭。

#### 四、基于原则的规则创设：从优先条件到个案规范

确立了优先条件或变量，也仅仅是完成了原则适用中的一个环节，尽管是最为重要的一环。由于能够作为案件裁判依据的只能是规则而非原则，<sup>[72]</sup>因此要适用原则解决案件，还须将该原则具体化，即规则化为具体权利、义务。但有了阿列克西的竞争法则作为理论依据，再辅之以确立优先条件或变量之具体路径的指引，原则规则化已是水到渠成。

##### （一）个案规范的产生

参照阿列克西竞争法则的实践运行，本文通过实际案例演示诚实信用、禁止权利滥用、公序良俗等原则的具体化。

##### 1. 诚实信用原则具体化之适例

“李骞与刘少文房屋买卖纠纷案”实际上涉及支持买卖合同规则的“合同自由原则 P1”（合同法第4条）与“诚实信用原则 P2”（合同法第6条）之间的冲突。确立了原则间的竞争（紧张）关系，只是完成了解决本案的第一步。

第二步，基于一般的优先条件确立一般的优先关系。依据规则优先适用的一般理论

[72] 此点可谓法学共识，在此仅择几位法学家的相关表述作为例证。如卡纳里斯指出，“原则，最后为其实现，需要透过利用独立的法律事实所得之下位原则及个案判断予以具体化。亦即，原则并非法律规定，因此不能直接适用，尚必须先以构成要件确定之，使之‘规范化’。”Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 1969, S. 57. 杰曼也认为，“无论法律原则是否已经成为实证法的一部分，通常都不能被直接作为个案的裁判依据，作为个案的裁判依据只能是具体规则。”O. A. Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2. Aufl. 1967, S. 156. 麦考密克亦曾说，“实定法体系，尤其是一个现代国家的法律体系，都内含着一个冲动，即将宽泛的行动原则具体化为相对稳定、明确、细致和可以客观地加以理解的规则形式，并提供一个应用于人际间的可信赖的和可接受的程序，以使得这些规则付诸实施。”前引〔1〕，麦考密克书，法律出版社2005年版，“前言”第2页。拉伦茨还进而指出，该具体化“首先多由立法者来承担。而最终的具体化则多由司法裁判针对该当个案为之”。前引〔66〕，拉伦茨书，第349页。



(本案双方当事人已经基于买卖合同形成了具体的权利义务,即条件C1),“合同自由原则P1”具有一般的优先性,即(P1 P P2) C1。当然这种优先关系仅具初显性(即一般性或原则性),可以允许有例外。

第三步,基于“特定的优先条件”确立“有条件的优先关系”,并据此创设具体规则。本案的法律要点是要通过诚信原则来推论出“被告有披露房内发生过非正常死亡信息的义务”,因此需要法官提供并证成该具体告知义务的依据来源,确立“特定的优先条件”必不可少,此即该信息对于房屋价格或使用目的的影响等。结合本案,具体说来:

(1)在原、被告生活的区域内,该信息会影响房屋价格(C2)。价格是买卖合同的必备条款,决定着意思表示的具体效果,体现着意思表示中的效果意思。如果房屋内发生碎尸案在原、被告所生活的区域内会影响房屋的价格,一个“诚信”的当事人就有告知相对人的义务。尽管本案当事人没有提及房屋价格是否会受该凶杀信息的影响,但判决书还是认定了此点,“虽然发生过凶杀碎尸肢解事件的住宅在实物形态上没有受损,但是房屋会因购买者避讳而贬值。因此,这已经构成了合同标的物的重大瑕疵”。本案被告因而有义务披露该信息,否则便有违诚信原则。此种情形下,优先原则应为诚信原则,即(P2 P P1) C2。

(2)在原、被告生活的区域内,该信息会影响买受人的使用目的(居住及居住效果)(C3)。使用目的是当事人表示意思的内容,在一定程度上也决定着意思表示的构成及其效力。无需说,原告认为该信息影响了其使用目的,这是其提起诉讼的最重要理由。判决书也确认了此点,“根据现实生活中人们的观念和风俗习惯,对在住宅内发生的凶杀碎尸肢解事件感到恐惧和忌讳,是一种客观存在的普遍现象”。被告因而也应该披露该信息,否则便有违诚信原则。此种情形下,优先原则仍应为诚信原则,即(P2 P P1) C3。

从这两个优先条件考量,被告都应披露该特定信息,结论都是诚信原则的优先适用。

(3)确立了优先原则,最后便是它如何进一步具体(权利、义务)化的问题。那就是,基于特定的优先条件(C2或C3)形成有条件的优先关系:诚信原则优先于合同自由原则。具体规则R也随即在该有条件的优先关系中创设:出卖人有信息披露义务,此即C2或C3→R。用规则语句可表示为:在作为买卖合同标的之房屋内发生过凶杀等非正常死亡事件影响到买受人的使用、居住等目的或房屋价格的,出卖人对此应予以披露。

此处优先原则所创设的规则并不是解决本案的最终依据,而只是沟通最终裁判依据(即基于欺诈事由撤销合同之规则)的中介与桥梁。具体说来,当出卖人没有履行该告知义务时,在法律上便可进一步认定为欺诈,原告从而可撤销该买卖合同。如果能够证明出卖人“故意隐瞒与订立合同有关的重要事实”成立,被告甚至还需依据合同法第42条承担缔约过失责任。从另一个视角说,这种通过原则推论出的权利、义务往往就是相对于既有规则的例外规则,即通过原则创造了既有规则的例外。针对本案,还可把该例外规则表述为:当事人基于自由意志签订的买卖合同应为有效,但如果房屋内存在非正常死亡的情形,出卖人违背诚信原则而不予告知的,买受人可基于欺诈予以撤销。

## 2. 禁止权利滥用原则具体化之适例

在“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”中,并存着以下几个原则:原告诉请被告“停止侵害、排除妨害、恢复原状”所依据的物权法(第34条、第35条)与侵权法(第15条)等具体规则上的实质原则(“物权的自由支配原则P1”),被告所主张的“保护大

多数人（业主）利益”上的“禁止权利滥用原则 P2”（民法通则第 4 条）等。

第一步，这些原则之间存在着竞争（紧张）关系。如果坚持“物权的自由支配原则 P1”，那么“禁止权利滥用原则 P2”就应让步；反之，如果坚持“禁止权利滥用原则 P2”，那么“物权的自由支配原则 P1”便应让步。

第二步，基于一般的优先条件确立一般的优先关系。依据规则优先适用的一般理论（原告作为所有权人有支配权，即条件 C1），“物权的自由支配原则 P1”具有一般优先性，即（P1 P2）C1。这种优先关系仅具初显性，可以允许有例外。

第三步，基于“特定的优先条件”确立“有条件的优先关系”，并据此创设具体规则。依据“事物本质”或生活常情，对所有权人行使物权的目的与效果等“核心要素”的权衡结果，便是解决本案的“特定的优先条件 C2”。具体步骤是：

（1）本案所有权人有行使权利的基础，正如判决书中提到的，吴某是“讼争商铺的所有权人，依法享有相应的权利”。

（2）所有权人行使物权对自己无益，或获益远小于对他人的损害。本案所有权人行使权利属于“自己的获益远小于对他人的损害”之情形，如判决书提供的理由，“考虑到商铺整体上具有不可分性，少部分业主的分隔使用会对整个宁波某大厦的规划及经营产生影响，从而损害其他业主的利益”。法院认定其损害的是 92% 业主的利益，即“大多数业主利益”。

（3）原告行使物权不具有正当目的。本案判决指出，“商铺之间无永久分割围护结构，商铺之间具有不可分性，本身不具有独立使用的价值”，刻意使用“不具有独立使用的价值”的标的物本身便意味着不当，何况原告也没有说明并证明使用该标的物的其他正当意图。

（4）对物权的限制不能让所有权人利益受损。判决书亦指出，若原告“通过参与整体出租形式取得租金收益，也不损害其自身的合法权益”。

法院正是在条件 C2 的基础上，得出所有权的行使应该受到一定限制的结论，即（P2 P1）C2。C2 即特定的优先条件，具体包括四项内容（有权利依据 F1、获益远小于对他人的损害 F2、不具有正当目的 F3、不让所有权人利益受损 F4）。基于该优先条件形成了原则间有条件的优先关系：“禁止权利滥用原则 P2”优先于“物权的自由支配原则 P1”。具体规则 R 也随即在有条件的优先关系中创设：物权的行使应该被限制，此即 C2→R。用规则公式可表示为：C2（F1 + F2 + F3 + F4）→R；用语句可表示为：一项物权的行使尽管有权利依据 F1，当权利人获益远小于对他人的损害 F2 且不具有正当目的 F3 时，该权利行使应为法律所禁止，但权利人的利益不应因此而受损 F4。

权利冲突案件作为权利滥用的一个具体形态，其解决途径完全可参照禁止权利滥用原则的规则化方式。在“金某某与上海输变电公司财产损害赔偿纠纷案”中，原、被告均有具体的规则依据支持其权利主张（原告金某某可依据物权法第 37 条等维护其香樟树所有权，被告输变电公司可基于双方之前的和解协议及电力法第 53 条第 3 款等主张其有修剪树枝的权利）。尽管本案形式上符合规则冲突，但实质上却是规则背后原则（即支持物权保护规则的“物权的自由支配原则或私权绝对原则 P1”与支持保护电力设施的“公共利益原则 P2”）之间的冲突，由此仍可用竞争法则解决此类案件。具体步骤为：

第一步，“物权的自由支配原则或私权绝对原则 P1”与“公共利益原则 P2”之间显然存在竞争（紧张）关系。

第二步,基于一般的优先条件确立一般的优先关系。在涉及对他人财产的损害或妨害C1情形时,私权绝对原则往往具有一般的优先性,即(P1 P P2) C1。这种优先关系亦仅具初显性,可以允许有例外。

第三步,基于特定的优先条件确立有条件的优先关系,并基此创设具体规则。依据“事物本质”或生活常情,对双方当事人行使权利的目的与效果等“核心要素”的权衡结果,便是解决本案的“特定的优先条件C2”。

(1)原告金某某尽管拥有香樟树的所有权,但其权利行使不符合“公共利益”(一审判决书),从而也潜在地影响他人利益。

(2)被告输变电公司修剪树木的行为不但有规则依据,即电力法的规定与双方协议的约定(二审判决书),且也符合公共利益,即为“保护电力设施和公共利益”(一审)。

(3)该修剪行为“并未损害金某某的合法权益”(一审),亦未对其造成“相应的经济损失”(二审)。金某某因其树木被修剪造成的损失已经基于双方先前的协议获得赔付,当下权利行使已对其无益。

这些便是解决本案的“特定的优先条件C2”,此即(P2 P P1) C2,由此形成的优先关系为:保护公共利益原则优先于私权绝对原则。具体规则R也随之创设:私权的行使被禁止,此即C2→R。用规则公式可表示为:C2 (F1 + F2 + F3 + F4) →R;用语句可表示为:一项物权的行使尽管有权利依据F1,但该权利行使对己无益F2且有违公共利益F3或潜在地危害他人利益F4时,应为法律所禁止。

### 3. 公序良俗原则具体化之适例

若承认“严桂英与史传宝一般人格权纠纷案”没有明确的规则依据,如同司法实践所显示的,法院对大多数此类案件往往以公序良俗原则作为说理或论证依据,那么裁决此类案件的规范选择便经常表现为“公序良俗原则P1”与“法不禁止即自由P2”之间的冲突。确立了这两个原则间的竞争(紧张)关系,便完成了解决本案的第一步。

第二步,基于一般的优先条件确立一般的优先关系。当原告的诉请没有规则依据(条件C1)时,被告所依据的“法不禁止即自由P2”是私法的一般原理,具有一般优先性,即(P2 P P1) C1。这种优先关系仅具初显性,可以允许有例外。

第三步,基于特定的优先条件确立有条件的优先关系,并基此创设具体规则。依据“事物本质”或生活常情,能够作为连通案件基本事实(亲人的骨灰被擅自取走)与法律原则(公序良俗)之中点的“核心要素”为,“原告利益有无受损”以及“若有受损,该利益有无保护的正当性”。此两要素便是解决本案的优先条件或变量C2,具体说来:

(1)在原、被告生活的区域,从人的生活常情(即通常的道德价值或基本情感)来说,考虑亲人的骨灰对原告有无积极利益或者消极利益。所谓积极利益,就是该标的本身便有物质或精神价值;所谓消极利益,就是该标的物丧失或受损等会给原告带来物质上的受损或精神上的受害。就本案来说,骨灰至少对原告具有消极利益,因为基于通常的道德情感与生活常情,亲人骨灰的丧失、毁损等已给其带来精神上的不悦、不快甚至痛苦。如判决书指出的,“现上诉人史传宝诉称已将史有田的骨灰撒入江中,该行为未征得被上诉人的同意,影响了被上诉人对史有田的祭奠活动,确对被上诉人造成了一定的精神痛苦”。

(2)在原、被告生活的区域,从人的生活常情(即通常的道德价值或基本情感)来说,考虑此类精神损害(不悦、不快甚至痛苦)是否应受保护。答案是肯定的。两审判决

书亦都肯定了此点，即如果上诉人史传宝不配合被上诉人将骨灰落葬，他“将赔偿被上诉人精神损害抚慰金”。

第一个优先条件或变量试图说明原告对其亲属的骨灰具有特定的“利益”属性，第二个优先条件或变量试图说明保护此类利益具有一定的社会“正当”基础。如果某项利益具备这两个特性，说它是法律上的权利应该没有争议，至于赋予其何种具体权利名称（甚至是否赋予）已不重要。法官选择的往往是“祭奠权”、“悼念权”等称谓。相对应地，当判决保护该正当利益（权利）时，也就给相对人施加了尊重该正当利益的义务。违反该义务，便是对权利的侵害而要承担一定的侵权后果。法院正是在这些条件 C2 的基础上，得出被告擅自取走骨灰的行为不但不是自由，而且是构成违反公序良俗的侵权行为，即（P1 P P2）C2。该条件即“特定的优先条件 C2”，具体包括两项内容（有精神利益 F1、基于生活常情该利益受损应受保护 F2）。基于该优先条件形成了原则间的优先关系：“公序良俗原则 P1”优先于“法不禁止即自由 P2”。具体规则 R 也随即在该优先关系中创设：被告擅自取走骨灰的行为应被禁止，此即 C2→R。用规则公式可表示为：C2（F1 + F2）→R。这一论证结果转化成规则语言便是：当毁损、隐匿他人或本人之亲人骨灰而造成他人精神受损且该损害基于人的通常道德价值应受保护时，该行为应为法律所禁止。

原则的规则化，实质就是实现原则之具体权利化或义务化的过程。上述民法基本原则的具体化演示揭示出，基于优先原则具体化或规则化而形成的具体权利或义务便是适用于具体个案的规范，即“个案规范”。个案规范由于是原则间权衡的结果与表现，优先原则便也因此成为该具体规则的基础与理由。只不过其表征出来的无论是权利还是义务，都仅是解决具体个案的权宜之策，而非普适性的法律规范。<sup>[73]</sup> 原则具体化并没有统一公式，但却需遵循基本的法律理论（阿列克西的竞争法则）或法律适用逻辑（优先条件或变量的确立）。

## （二）个案规范的主要功能

1. 沟通优先原则与作为裁判依据之既有规则。针对具体个案，原则具体化的个案规范有时并非本案的直接裁判依据，而是沟通优先原则与作为裁判依据之既有规则的中介。此点在“李骞与刘少文房屋买卖纠纷案”中得以鲜明体现。诚实信用原则针对本案具体化的个案规范是，“在作为买卖合同标的之房屋内发生过凶杀等非正常死亡事件影响到买受人的使用、居住等目的或房屋价格的，出卖人对此应予以披露”。但被告的告知义务并非解决本案的最终依据，合同法第 54 条基于欺诈赋予受欺诈人的撤销权才是解决本案的最终规则。告知义务仅是判断被告构成欺诈的一个核心要件，是沟通诚实信用原则与合同撤销规则的中介。此中介（被告的告知义务）的实质，首先依然是原则对既存法律漏洞（即无从认定本案被告存在欺诈故意）的填补或者架构，其次才是诚信原则与作为裁判依据之既有规则（撤销权）的联结。

2. 直接作为裁判依据。在“严桂英与史传宝一般人格权纠纷案”中，法院基于公序良俗原则对“祭奠权利”的论证，创设了原告享有“祭奠权利”以及被告负有尊重该正当精神利益或不得给他人造成该类精神痛苦的义务。裁判本案的直接规则依据可具体表述为，

[73] 若个案规范对其后相同或相似的案例具有法律拘束力，它就成为法源。个案规范在实质上便成为“法官法”，作为法官法的个案规范便是判例。Fikentscher, Methoden des Rechts IV, Fn. 58, S. 222., 1977. 参见吴从周：《试论判例作为民法第 1 条之习惯法》，《台大法学论丛》第 39 卷第 2 期（2010 年）。

“毁损、隐匿他人或本人之亲人骨灰而造成他人精神损害的不当行为应该为法律所禁止”。

需指出,即便法律明确规定了诸如“违反公序良俗的合同无效”,<sup>[74]</sup>也仍然需要把原则规则化后才能作为裁判依据。如“张正青与张秀方合同纠纷案”,即便将“以性换取金钱”作为判断适用公序良俗原则的优先条件或变量成立,也并不意味着该原则就是裁判本案的直接依据。公序良俗原则仍需进一步具体化为规则,即“当一方当事人设立赠与合同的目的是为满足自身的性欲时,其与相对人成立的合同应为法律所禁止”,才能作为本案的裁判依据,基此该赠与合同才无效。当然,即便赠与合同因违反公序良俗而无效,该无效后果在具体实施上亦存在特殊规定,即“对接受他人违反公序良俗而为之履行可不予返还”。<sup>[75]</sup>再如“吴某与宁波某电器公司物权保护纠纷案”,即便将“有权利依据”、“获益远小于对他人的损害”、“不具有正当目的”、“不让所有权人利益受损”等作为判断适用禁止权利滥用原则的优先条件或变量成立,也并不意味着该原则就是裁判本案的直接依据。禁止权利滥用原则仍需进一步具体化为规则,即“一项物权的行使尽管有权利依据,当权利人获益远小于对他人的损害且不具有正当目的时,该权利行使应为法律所禁止,但对该权利的限制不应让权利人利益受损”,才能作为本案的裁判依据,基此方能驳回原告“停止侵害、排除妨害、恢复原状”的诉讼请求。

当然,由于优先条件或变量既是作为优先原则的适用条件,同时也是原则所创设规则的规范构成要件,判决即便不用规范语句描述出个案规范,在形式上直接把原则作为裁判依据,也不会有实际差别。但若严格遵循规范适用原理,则只有规则才可直接作为裁判依据。

## 结 语

在判例法体系中,若把原则理解为法律规范的组成,它便可作为法律解释的依据,法律自身就成为一个内在圆满的体系。即便如此,当法官面对具体个案(尤其是疑难案件)需要运用原则作为裁判理由时,依然需要复杂的论证程序,尤其是其中优先条件或变量的选择,无不包含法官个人的价值判断。法律制度本身终究具有不确定性与不圆满性,“封闭完美的法律体系”或许只是所有法学家(德沃金便是其中最典型的一位)的“高贵梦想”。<sup>[76]</sup>

[74] 如德国民法典第138条第1款、瑞士债法典第20条第1款、荷兰民法典第3:40条、日本民法典第90条、我国台湾民法第72条等。

[75] “张正青与张秀方合同纠纷案”的一审判决在认定合同违反公序良俗及其法律后果无效等重大问题上并无不当,其不当之处在于无效后果的具体实施上,即判决“张秀方在本判决生效后三十日内返还张正青人民币70万元”。其实,“对接受他人违反公序良俗而为之履行可不予返还”,在国外及我国台湾的立法与实务中已基本形成共识,如德国民法典第817条、瑞士债法典第66条、日本民法典第708条、我国台湾民法第180条之四之规定。甚至早在古罗马法就已有相似规定,“如果你由于不道德的原因对蒂丘斯作出了允诺,尽管如果他提起诉讼,你可以以恶意诈欺的抗辩或基于事实的抗辩挫败他,但如果你作出了清偿,你不能索回,因为要式口约最近的原因已经失效,它因行使抗辩权而变得无用。过去的原因,即不道德行为——保留下来。进而言之,如果给付人和收受人都有不道德的原因,占有人处在更好的地位,因此,尽管已根据要式口约作了偿付,不得索回[已作之偿付]。”D.12,5,8. 保罗:《问题集》第3卷,参见[意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《民法大全选译:法律行为》,徐国栋译,中国政法大学出版社1998年版,第70页。不予返还的理论基础或许就在于当今英美法中所谓的“洁手原则”(参见林诚二:《民法总则》下册,法律出版社2008年版,第599页)或德国法中“禁止主张自己之不法”的原则(MünchKommBGB/Lieb, 2004, § 817 Rn. 9, Fn. 20)。

[76] See H. L. A. Hart, *American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, 11 *Georgia Law Review* 978 (1977).

在成文法体系中，基本原则或一般条款在一定程度上弥补了法律必然存在的漏洞，法律此时亦表现为一个内在圆满或封闭完美的体系。即便如此，当法官面对具体个案（尤其是疑难案件）需用原则作为裁判理由时，无论是把它作为法律解释抑或填补漏洞的依据，依然包含法官个人的价值判断。运用原则填补漏洞常会产生新的漏洞，法律终究难成“封闭完美的体系”。完美而确定的判决尽管难得，但正是法律原则，尤其是通过原则适用之论证程序的完善，裁判结果便会无限接近确定与客观，现实法律亦会无限接近理想中的完美。

原则的正确适用决定着规则的终极实现程度，原则本质上是具体规则的补充。其补充具体权利、义务性质的不同，所产生的具体法律效果也就不同。原则理论其实就是权利（义务）理论，在终极意义上也是法的理论。原则是一个抽象概念，也是一种抽象规范，却不能被抽象适用。其适用需以规则化为核心，即具体化为实在的权利、义务。在此意义上，原则与规则才皆为真正的法律规范。原则是实在的法律规范，但却需要实在的法律人来适用。唯此，原则才有可能从“世上最糟糕的东西”〔77〕变成“世上最美好的事物”。

---

**Abstract:** A court normally applies legal principles to a concrete hard case under the following two circumstances: one is that there is no applicable rule and the other is that, although there is an applicable rule, the rule cannot be applied due to its conflict with legal principles. Normatively speaking, the above two circumstances can be understood as collisions of legal principles. The question of how to determine which one among the competing principles applies to a concrete case is exactly what Robert Alexy's principle theory, especially the law of competing principles, tries to solve. The core to the application of the law of competing principles is to identify and establish conditions of precedence or variables. Compared with Alexy's weight formula, common understanding of social life or the nature of things ("Natur der Sache") can offer more concrete practical methods of identification and establishment of conditions of precedence or variables, which becomes the identification and establishment of the midpoint between the facts of a case and the outweighed principle applicable to the case. Thus, concretization of principle is the natural result of the application of the law of competing principles and methods of identifying and establishing conditions of precedence or variables. The concrete process is to establish one outweighed principle among the competing principles on the basis of conditions of precedence or variables, and to create a rule through the application of the outweighed principle, namely, *Regelung von Fall zu Fall*. The conditions of precedence or variables thus become one of the constitutive requirements of the rule or *Regelung von Fall zu Fall*, which constitutes the direct basis of the judgment on a concrete hard case.

**Key Words:** legal principles, conditions of precedence, outweighed principle, concretization of principle, *Regelung von Fall zu Fall*

---

---

〔77〕 前引〔60〕，Larry Alexander 等文，第 754 页。