

适于法治的法律体系模式

雷 磊*

内容提要：法律体系在很大程度上是法学的产物。在规范论的语境中，以规则为基础的阶层构造论和规则—原则论提供了法律体系的两种不同模式。由于规则—原则双重构造模式能实现实践理性的最大化和法治理念的最佳化，因而对应着最优化的法治模型。在理想结构中，法律体系由规则与原则两部分构成：法律规则之间根据效力关系形成了特定的阶层构造，属于体系的刚性部分；而法律原则之间根据内容关系形成了客观价值秩序的统一体，属于法律体系的柔性部分。两部分之间既有静态的联结，更有动态的双向流动。在现实结构中，由于制度性和方法性联结的可能，规则与原则相互结合得更加紧密。

关键词：法律体系 阶层构造模式 双重构造模式 法治模型

至少从近代以来，体系化在法学研究中一直占据着重要的位置。而在国家法治化的背景下，法律体系的建构无疑也具有首要的意义。但长期以来，我们对于法律体系与法治之间关系的理解十分简单，即建构法律体系是法治的基础性一环。论者至多强调，在法治国家中，法律体系从内容看应为“良法”，而良法之外尚需“善治”，所以前者构成了法治之必要却非充分的前提。事实上，法律体系与法治的关系要复杂得多，这一点尤其体现在对法律体系不同模式的认知所带来的结果上。本文试图在对既有学说进行阐释和比较的基础上，证立一种更符合最优化法治模型的法律体系模式。

一、视角与进路

（一）视角：法学而非立法

卡纳里斯（Canaris）曾区分出体系的两种类型或者说层面：一种是认知的体系，也被称为“科学的”体系；另一种是认知的对象的体系，也被称为“客观的”或“现实的”体系。^{〔1〕}

* 中国政法大学法学院副教授。

本文为中国政法大学2012年度校级人文社会科学研究规划项目“法律体系的融贯性论证与建构：理论问题及其中国样态”、国家社科基金项目“法律规范的元理论研究”（13CFX007）的阶段性成果。

〔1〕 Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot, 1982, S. 13.

所谓客观的体系即是从实在法本身出发对法律体系的界定，于此，法律体系被认为是由立法者创设的一套客观存在、具有一致性和统一性的法律现象之整体。这恐怕也是大多数人所理解的“法律体系”。但是对法律体系还可以从另一个视角即法学（法律科学）的视角来界定，于此，法律体系被认为是对法律现象进行学术上的建构性诠释或者说描述的产物。我们可以相应称之为“立法视角的法律体系”与“法学视角的法律体系”。进而，以是否同时认可这两种视角为标准，可以区分出激进的认知体系观与温和的认知体系观。激进的认知体系观只承认法律体系是科学认知的产物，而不承认存在什么固有意义上的法律体系。如新康德主义法学家就认为，法律现象只是一堆有待处理的经验材料，只有借助于特定的认识论工具才能使得这堆经验材料具有“法律”的意义。法律现象的复杂性又决定了它们必须以一定的方式相联系，这就形成了体系。^{〔2〕}所以，法律体系其实是一种认识论的概念，是用以帮助法律人来认识原本无序的法律现象的工具。与此不同，温和的认知体系观认为，这两种视角之间存在着紧密的关联，认知的体系必须尽可能地忠实于对象的体系。只有当法学的体系构造能一般性地展示出其客体即对象体系时，它才是有意义的。^{〔3〕}

无论作为认知的对象对于认知本身有无制约作用，将法律体系的模式视为主要是法学建构的产物大体能够成立。因为可以肯定的是，正是借助于法学的理论认知，才在很大程度上使得复杂的法律经验现象以一定的方式被组织为有序而统一的整体。也正因为如此，对于法律体系的研究并不限于具体的实在法，而具有了在法理论层面上进行抽象化的可能。本文的研究主要从法学的视角出发。

（二）进路：规范论模式

在最一般的意义上，法律体系不外乎是法律要素以一定的结构联结而成的整体。因而，对于法律体系模式的讨论集中于两个方面：一是法律体系的基本构成单位，即要素问题；二是这些要素以何种方式相互联结为一个整体，即结构问题。当然，这两个问题很大程度上是彼此关联的，要素的划分构成了讨论其联结方式（结构）的前提，而特定的体系结构又往往决定了这一结构下的要素如何划分。不同要素与结构的组合构成了法律体系的不同模式。

尽管不同学者对于法律体系的具体认识大相径庭，但我们还是可以将近代以来的观点大体上归纳为三种模式，即公理模式、价值论模式和规范论模式。^{〔4〕}公理模式以特定的公理为法律体系的要素，而以演绎为其基本结构。从近代自然法学到概念法学和制定法实证主义，基本上都可归为公理模式的代表。自然法学关于法律体系之设想的基本要点有两个：其一，体系的出发点在于某些不证自明的自然法原则（公理）；其二，体系是这些自然法原则演绎发展的结果。概念法学与制定法实证主义都保留了演绎结构，只是拒绝了作为出发点的自然法原则并代之以特定的概念或立法者制定的产物（制定法）而已。^{〔5〕}价值论模式则以“价值”或“目的”作为体系的基本构成要素，并要求法秩序在评价上的一致性

〔2〕 在康德看来，体系就是“同一种理念之下多样化认知的统一性”（Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 2. Aufl., Riga: Hartknoch Verlag, 1787, S. 860）。

〔3〕 除了卡纳里斯外，还可参见 Rudolf Eisler, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe* (Band. III), 4. Aufl., Stichwort "System", Berlin: Mittler Verlag, 1930, S. 228.

〔4〕 这一划分参考了冯威：《法律体系如何可能？——从公理学、价值秩序到原则模式》，《苏州大学学报（法学版）》2014年第1期，第34页。

〔5〕 See Carlos E. Alchourrón and Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Wien/New York: Springer Verlag, 1971, p. 51.

和内在的统一性。这种体系观以黑克（Heck）所作的外部体系与内部体系的划分为基础，将体系的重心转向了内部体系，〔6〕同时在结构上也竭力将评价导向的过程与形式演绎区分开来。利益法学与评价法学可归为此类型。

在当今学界占主流的讨论则是围绕规范论模式来展开的。这一模式以法律规范为法律体系的基本要素，并基于规范的类型和特性来构筑体系的结构。在这一模式内部，影响最为深远是维也纳学派（纯粹法学）的阶层构造论。但一些学者敏锐地看到，这一理论并没有给予法律原则以足够的重视。规则与原则的二元论最终在晚近的基尔学派（原则理论学派）那里得到了集大成的阐释。遗憾的是，规则—原则论只是修正了前一种体系模式的要素，却没有清晰地提出相应的结构。后文的线索是，在阐述和澄清法律体系之阶层构造模式与规则—原则模式的基本内容的基础上，从法治模型的角度来比较这两种模式的优劣，最后在阶层构造论的基石上为规则—原则模式提供一种相对完整的结构理论。

二、法律体系的阶层构造模式

法律体系或法律秩序〔7〕的阶层构造论虽然因为维也纳学派的领袖汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）而声名大噪，但实际的创始人却是阿道夫·默克尔（Adolf Merkl）。有学者甚至认为，阶层构造论构成了纯粹法学最根本的组成部分，是维也纳学派最重要的理论贡献。〔8〕

（一）法律体系的要素：法律规则

在阶层构造论看来，法律规则（Rechtsregeln）〔9〕构成了阶层构造的出发点。法律体系由其所包含的法律规则之集合构成，单个法律规则应被视为法律整体的最小组成单位。〔10〕进而，法律体系是调整人类行为之一般规则与个别规则的全体。〔11〕简言之，法律体系就是法律规则的体系。〔12〕尽管如此，这个概念并不像打眼看上去那么简单。为此，有必要澄清

〔6〕 Vgl. Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen: Verlag Mohr, 1932, S. 139ff.

〔7〕 这两个概念在纯粹法学的文献中不加区分地使用，但其更多使用“法律秩序”。后文出于表述的方便，统一使用“法律体系”一词。

〔8〕 Vgl. Bettina Stoitner, *Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung*, in: Stanley L. Paulson und Robert Walte (Hrsg.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1986, S. 51.

〔9〕 应予说明的是，凯尔森原本使用的词是“法律规范”（Rechtsnorm），而默克尔更多使用“法条”（Rechtsatz）。但无论是法律规范还是法条（默克尔不加区分地同时使用这两个称呼），都相当于后文中规则—原则模式中的法律规则。所以，为了使得两种模式的对比更加明显，而不会困惑于语词的使用，本文在纯粹法学的脉络中统一使用“法律规则”。

〔10〕 Vgl. Adolf Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, Leipzig/ Wien: Franz Deuticke, 1923, S. 202.

〔11〕 Vgl. Hans Kelsen, *Der Begriff der Rechtsordnung*, 3 *Logique Et Analyse* 150 (1958).

〔12〕 严格说来，这一界定并不准确。在法律体系中，除了居于各个阶层的法律规则外，尚包括居于底层的实施行为，它只是对上一阶层之法律规则的纯粹适用，而不再能导出个别的法律规则了。由于将“强制”视为法的必要要素，默克尔认为符合这一要素的实施行为同样是法律体系的组成部分（Vgl. Adolf Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in: Alfred Verdross (Hrsg.), *Gesellschaft, Staat und Recht-Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Wien: Springer, 1931, S. 261 - 262）。但是问题在于，具有体系关联性的事物并非必须要归属于同一个概念。即使承认强制构成了法（法律体系）的必要特征，也不等于说所有具有强制性且相互关联的事物都属于法律体系。从逻辑的角度看，从强制推导出法律体系之外延的做法是错将必要条件当成了充分条件。将实施行为排除于法律体系之外能在概念的层面上更加严格地贯彻作为纯粹法学之哲学基础的“应当”与“是”的区分。同时，为了在后文中能与法律体系的规则—原则模式在同一层面上相比较，这种排除也是合乎目的的。

一些基本的概念区分。

1. 一般规则与个别规则

在纯粹法学看来,法律规则不仅包括一般规则,也包括个别规则。例如像司法裁判、(民事)法律行为、行政活动等,都可能因将一般规则适用于个别对象而创设个别规则。这些个别规则与一般规则在规则的属性上并无区别,两者同属于规范性链条即法律体系中的环节。这种观点与传统的主流学说有很大的不同。如果说依据传统学说,法律体系仅仅由或多或少同质性的、为国家机构所颁布或采纳的一般性制定法条款组成的话,那么阶层构造论则将法律体系展示为一种以功能性区分为基础、各种类型之法律规则和法律行为协力作用的恒常运动。^[13]这种理解不仅使法律体系的内容得到了大大的扩充,而且具有法政治学上的意义。按照以前对于议会法治国家权力的理解,立法与司法、行政之间的功能划分主要是领域性的,立法司职法的创设,而司法和行政则负责法的执行与适用。但阶层构造论使这种区分得以相对化,无论是立法还是司法、行政,都被认为在创设(和适用)规则,它们之间形成的是一种“国家功能的阶层构造”。^[14]

2. 动态规则与静态规则

纯粹法学在使用“法律规则”一词时并不连贯,有时在动态意义上使用,有时在静态意义上使用。^[15]纯粹法学将法律规则理解为一种规定强制的规则。^[16]这里涉及的一个重要问题在于,强制应当在何种条件下被施加。如果将强制的所有条件都包含进来,就可以获得一种动态意义的法律规则,因为这些条件已将法律具体化的所有阶段都包括进来。例如,刑法典中针对特定犯罪行为施加特定刑罚的规定并不构成这一意义上的规则。必须要考虑到,刑罚这种强制措施的实施条件不仅包括犯罪行为,也包括起诉和审判;而起诉和审判的前提在于指派起诉人和法官,并且要遵守为此引入的程序。因而,在刑事实体法条款之外,还要加上刑事程序法和组织法条款。因此,一个动态意义的刑法规则看起来是这样的:如果某人盗窃财物,依据特定条款指派的特定国家机关以特定的方式提起诉讼,依照特定条款指派的国家机关在特定程序中宣判了具体刑期的有期徒刑,那么这个窃贼就应以特定的方式被剥夺规定期限的自由。^[17]但这还不完整,宪法也必须被作为所有法律规则的组成部分包含进来,因为它是所有依照其创设之条款、也包括强制行为的前提。^[18]可见,动态意义的法律规则最终要将强制行为的所有可能条件都包含进来作为构成要件。相反,静态意义的法律规则,是“在法律程序的连续进展过程中暂时的停留,它凸显出某部分行为,并将之前所有的程序要件转换为与这一部分行为阶层相同的必要条件”。^[19]如果说动态规则反映了法的整个创设过程,那么静态规则就是将创设其他规则的规则与被创设的规则区

[13] Vgl. Peter Koller, Zur Theorie der rechtlichen Stufenbaues, in: Stanley L. Paulson und Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen-Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, S. 106.

[14] Vgl. Theo Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1975, S. 28, 30.

[15] Vgl. Robert Walte, Der Aufbau der Rechtsordnung, Graz: Leykam Verlag, 1964, S. 17 - 19.

[16] Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien: Franz Deuticke, 1960, S. 34f, 55ff, 114.

[17] 同上书,第237页。

[18] 同上书,第55页。

[19] 参见前引[12], Adolf Merkl文,第274页。

分开来，对后者作孤立的观察。从这个角度看，静态规则其实是动态规则的一部分，前者相对于后者来说是“不完整的法律规则”。^[20]

事实上，动态规则意图将法的创设过程表现在一条规则之中，并将整个法律体系化约为数量有限的法律规则。这些规则结构相同且彼此孤立，能单独发挥调整行为的功能。相反，静态规则使得每个规则都保持一定的“不完整性”，它并不将规则间的关系表现在一个更完整的法律规则中，而是将其作为外部关系留存。这使得不同规则既各有特征又分工合作，且让它们之间的创设关系一目了然。前者将规则视为定型了的产品，反映了一种事后的法律观；而后者立足于规则的过程，反映了一种事前的法律观。^[21]从这个意义上说，动态规则反而更加静态，静态规则反而更加动态。对于区分要素与结构的法律体系理论而言，将这种动态的过程归入体系的结构而非要素无疑更加合适。因为如果将它归入法律规则即法律体系的要素之中，那么法律体系的结构问题就将几乎消失，而阶层构造论也将在很大程度上失去意义。因此，静态的规则更加适合法律体系。凡后文指称“法律规则”之处，皆在此意义上使用。

3. 规则的内容与形式

规则的内容与形式的区分是阶层构造论的另一个重要前提。在默克尔看来，法不仅是纯粹的内容，也是形式上有所区分的法律规则的集合。^[22]法的内容不可穷尽，而法的形式在数量上要少得多。^[23]从法概念的角度而言，规则的形式与其内容没有任何关系，具体规则的形式可用于任何内容。^[24]要注意的是，这里关于规则之内容与形式的区分并非后来通说所指的法律规则本身（规范命题）与法条（规范语句）的区分。^[25]事实上，纯粹法学所谓规则的形式指的是法的来源即法源，^[26]如来自立法者的法律规则具有制定法的形式，来自行政机关的法律规则具有法规的形式，等等。一个国家法源范围的大小受该国历史传统的影响。由此，默克尔认为法律规则的形式区分不是一种法律上本质性的现象，而属于历史偶然性的现象，是各国的实在法律体系决定了各自拥有何种类型和数量的不同规则形式。阶层构造论的任务在于确定具体区分之法律规则间的逻辑关系，^[27]鉴于法的内容不可穷尽，而法的形式数量有限，阶层构造论只意在于获得对不同规则形式之法律结构的认识，它的问题意识来自于法律现实中存在的形式多元主义。^[28]因此，纯粹法学完全是从形式的角度来观察法的，当它描绘法律规则的阶层构造时，指的是具有不同来源形式之法律规则

[20] 这个概念还被纯粹法学单独用来指比静态法律规则更小的单位，例如只规定了构成要件之一部分或强制行为（法律后果）的法律材料，其实相当于法律规则的构成部分。为了避免使人产生凡规则必内在一致的印象，瓦尔特使用了“法律条款”（Rechtsvorschriften）的称呼。参见前引 [15]，Robert Walte 书，第 46 页以下。

[21] 这一区分参见 Stanley L. Paulson, *How Merkl's Stufenbaulehre Informs Kelsen's Concept of Law*, 21 *Revus* 30 (2013).

[22] 参见前引 [10]，Adolf Merkl 书，第 207 页。

[23] 参见前引 [12]，Adolf Merkl 文，第 252 页。

[24] 同上文，第 254 页。

[25] See Georg Henrik von Wright, *Norm And Action: A Logical Enquiry*, London: Routledge & Kegan Paul 1963, p. 93.

[26] 也有学者反对将阶层构造论与法源理论混为一谈，认为前者是一种哲学上的选择原则，后者则是法律人的论据。See Stanley L. Paulson, *Book Review: Untersuchungen zur Adolf Merkl's und Hans Kelsens*. By Jürgen Behrend, 27 *The American Journal of Jurisprudence* 163 (1982).

[27] 参见前引 [10]，Adolf Merkl 书，第 214 页。

[28] 参见前引 [12]，Adolf Merkl 文，第 255 页；前引 [15]，Robert Walte 书，第 53 页；前引 [14]，Theo Öhlinger 书，第 11 页。

间的阶层构造。^[29]本部分中使用“法律规则”一词时，均是在形式意义上使用的。

故而，法律体系可以被描述为具有不同形式之法律规则间的阶层构造，这些规则要在静态意义上被理解，既包括一般规则也包括个别规则。但这只是明确了法律体系的要素，却没有呈现出它的具体结构。

（二）法律体系的理想结构

1. 理想结构与现实结构

阶层构造可以指向不同的对象。我们可以追问，所有法律体系是否以及多大程度上必然显现出不同规则的阶层，特定类型之法律体系是否以及多大程度上包含着必要的规则阶层，某个具体法律体系的阶层构造是什么。^[30]第一个问题可称为法律体系的理想结构，第二和第三个问题可称为法律体系的现实结构。具体法律体系的阶层构造并非一般法理论研究的范围，所以阶层构造论的注意力主要放在前两个问题上。其中，默克尔将特定类型的法律体系定位为现代社会中很典型的“议会法治国”的法律体系，后文称这一类型为法律体系的现实结构，以与研究第一个问题的法律体系的理想结构相对。这两种结构并非截然对立，它们在概念上处于两个同心圆的关系之中。^[31]现实结构只是更加复杂一些的理想结构。

2. 法的必要分层及其理想结构

默克尔在早期的学说中明确区分了法的必要分层与可能分层，^[32]他的理论出发点在于必要的分层。虽然他认为法律体系的形式区分仅是受各国实在法形式影响的偶然之事，但他同样认为，任何法律体系都必须具有最低限度的法的形式，“缺乏最低限度之根本性的法的形式……法律体系就是不可想象的”。^[33]也就是说，尽管没有最大限度的分层，却有最低限度的分层，默克尔称其为法律体系的理想结构。至于每个法律体系都必然包含的分层或基本结构，“即使是最简单的、回溯到不可避免之组成部分的法的形式体系也是二分的，同时也是二阶层的”。^[34]

也就是说，法律体系的“原始类型”由两个阶层构成。起源规则——相当于凯尔森理论中“基础规范”——构成了第一个阶层，也是高阶层。它也被称为“法律逻辑意义上的宪法”，^[35]承担着赋予特定机关创设法律之权能的功能。混乱无章的法律现象要归属一个整体即法律体系，就必须被认为是某个共同之起源规则的结果。^[36]理想结构的第二个阶层，是作为低阶层的规则的实施行为。实施行为本身并不能再创设法律规则，但仍具有法律意义。这两个必要阶层之间的关系在于，“在不同历史时期呈现的法律规则形式必然起源

[29] 凯尔森甚至认为，在实在法的意义上法源的概念是多余的，因为它就是法。参见前引[16]，Hans Kelsen书，第239页。

[30] Vgl. Martin Borowski, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Stanley L. Paulson und Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen-Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, S. 123.

[31] Jürgen Behrend, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, S. 19 - 20.

[32] Vgl. Adolf Merkl, Gesetzesrecht und Richterrecht, 2 Prager Juristische Zeitschrift 339 (1922).

[33] 同上文，第208页。

[34] 参见前引[10]，Adolf Merkl书，第210页。

[35] 同上书，第209页，脚注1。

[36] 同上书，第210页。

于一种共同的规则形式，以及在决定不同法律规则形式的行为之间必然存在一种限定和被限定的关系”。^[37]。一个法律规则构成另一个法律规则的条件（前者限定后者，后者被前者限定），就意味着前者构成了后者“形成和效力的前提，即起源”。^[38]它既是一种“创设规则”，也是一种“权能规则”。^[39]因而，在法的理想结构中，一方面存在一个纯粹限定性的规则即起源规则，另一方面有多个纯粹被限定的实施行为，前者是后者产生的条件（反之则不然），它们构成了“法律世界的两极”。^[40]从性质上看，一个是纯粹的法律创设，一个是纯粹的法律适用。

这幅看上去清晰的图景其实是有缺陷的。^[41]一方面，默克尔关于规则形式的论述并不连贯。虽然指出理想结构仅由两个阶层组成，有时他却认为理想结构中存在两种规则形式，一种是起源规则，另一种是“从起源规则推导出的、具备相同形式的规则”。^[42]很明显，后一种规则形式指的并不是实施行为。实施行为虽具有法律意义，但本身属于事实领域而不是规范领域。即便这些推导出的规则可能是充分具体化了的个别规则，从而无限接近于实施行为，两者也并不等同。所以，默克尔没有足够连贯地去区分出个别规则与适用这些个别规则的实施行为。由此，在起源规则和实施行为之外将存在另一种法的必要形式。另一方面，将起源规则理解为直接构成实施行为之条件的规则也不可取。默克尔明确区分了权能规则（授权规则）与行为规则（命令规则/禁止规则）。起源规则作为权能规则，无法直接命令和禁止任何人类行为，而只能授权某些机关去创设规则。被创设的规则本身可能也是权能规则，但多数情况下则是直接调整人类行为的行为规则。简单地说，权能规则只能构成其他规则的条件，而非实施行为的条件，实施行为是适用行为规则的结果。所以，一个中间性的法律阶层不可或缺，它位于起源规则与实施行为之间，是受起源规则限定且限定实施行为的行为规则（也可能包括权能规则）。^[43]综上，依照默克尔的理论脉络，法律体系的理想结构在概念上至少由三个阶层组成，从上到下依次为起源规则、具体规则（行为规则与权能规则）和实施行为。

（三）法律体系的现实结构

如果说在法律体系之理想结构中规则阶层之间限于条件关系的话，那么在法律体系之现实结构中规则阶层的形式标准则，既包括条件关系也包括毁损关系，但默克尔论述的重点还在于前者。

1. 条件关系

法律体系的现实结构与理想结构的区别，在于它的规则阶层更多，即在法的必要阶层之外尚有其他可能的阶层。形象地说，处于不同阶层且具有创设与被创设关系的规则具有

[37] Vgl. Adolf Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Hans Klecatsky, René Marcić und Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Wien[u. a.]: Europa Verlag, 1968, S. 1336.

[38] 参见前引 [10], Adolf Merkl 书, 第 216 页。

[39] 参见前引 [12], Adolf Merkl 文, 第 280 页, 第 281 页。

[40] 参见前引 [10], Adolf Merkl 书, 第 215 页。

[41] 参见前引 [30], Martin Borowski 文, 第 137 页; 前引 [31], Jürgen Behrend 书, 第 26 页以下。

[42] Adolf Merkl, Das doppelte Rechtsantlitz, Juristischer Blätter 1918, S. 427.

[43] 更具体的论证参见 Martin Borowski, *Concretized Norm and Sanction qua Fact in the Vienna School's Stufenbaulehre*, 27 Ratio Juris 87ff (2014).

上位阶与下位阶的空间关系，由此形成法律体系的阶层构造。更形象地说，它呈现出一幅“阶梯式人工瀑布”的图景。^[44] 在现实法律体系中，除了上述三个必要的阶层外有多少可能的阶层，或者说具体规则分布在多少个阶层中并不一定，因为这取决于法律创设过程中的分工。^[45] 默克尔自己选取了“议会法治国”之法律体系的阶层构造进行分析。这类国家的特点，一是立法与司法、执法的功能区分，以及议会立法相对于后二者的相对优势；二是有一部由议会制定且拥有最高地位的宪法（在此不考虑英国）。由于这种国体在现代社会的普遍性，也可以说它构成了一种典型的现实结构。在默克尔看来，除了起源规则与实施行为外，作为议会法治国法律体系之具体规则形式的有宪法、制定法、法规这些一般规则形式，以及（民事）法律行为、行政行为和司法裁判这些个别规则形式。^[46] 由于在现实中拥有同一种形式（如制定法）的规则不可能只有一个，所以法律体系不仅在垂直的方向上展现为从属关系，而且在水平的方向上表现为同一形式之规则间的协调关系。换言之，法律体系不仅由多阶层的上位阶与下位阶的规则序列构成，也由多个同位阶并列的规则序列构成。^[47] 我们可以从法的两面性、法的自我创设和以及创设过程中的主客观因素三方面，来对这一序列加以描绘。

（1）法的两面性

宪法、制定法、法规及个别法律规则这些中间阶层的规则形式与起源规则和实施行为的不同之处在于，它们既是限定性的也是受限定的。也就是说，这些中间层级中的任何一个规则，都既是另一种形式之法律规则或实施行为的限定条件，又受到另一种不同形式之法律规则的限定，因而同时呈现出法律创设与法律适用的面向，这就是默克尔所谓的“法的两面性”。^[48] 例如，制定法既是对宪法的适用，又是对法规或司法裁判的创设。司法裁判既是对制定法的适用，又是对实施司法裁判之行为的创设，等等。在这种法律创设和适用合二为一的过程中，立法与适法之间功能区分就被相对化了，它们成为对同一现象进行观察的不同视角。^[49]

法律创设和适用的阶层式递进过程，也就是法的个别化和具体化的过程。个别化是针对对象而言的，而具体化是针对不同阶层之规则的抽象或具体程度而言的。一方面，较高阶层的规则针对更加一般的对象，而较低阶层的规则针对更加个别的对象。层层递进的过程也就是从适用一般规则创设不那么一般的规则，最终达致不可再个别化之阶层的阶段，这一过程可被称为法的个别化。另一方面，这一过程也是从抽象规则到具体规则的逐步过渡，所以同样可以被称为具体化过程。^[50] 但个别化和具体化的过程并不是一一对应的。一般规则可以是抽象的也可以是具体的，个别规则也可以是抽象的或具体的。阶层越低，规

[44] 前引 [14]，Theo Öhlinger 书，第 10 页。

[45] 前引 [42]，Adolf Merkl 文，第 427 页。

[46] 参见前引 [12]，Adolf Merkl 文，第 259 页，第 262 页。尽管纯粹法学并不否认习惯法可以作为法律体系的一部分，但出于化约论述复杂性的考虑，本文并不涉及习惯法，在论述规则—原则模式时同样如此。

[47] 参见前引 [10]，Adolf Merkl 书，第 210 页。

[48] 前引 [42]，Adolf Merkl 文，第 427 页。默克尔有时也说“像雅努斯之脸那般的双重性”（januskopfige Doppelnatur）（前引 [10]，Adolf Merkl 书，第 216 页）。

[49] Vgl. Adolf Merkl, Das Recht im Lichte seiner Anwendung, in: Hans Klecatsky, René Marcić und Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Wien [u. a.]: Europa Verlag, 1968, S. 1185.

[50] 参见前引 [10]，Adolf Merkl 书，第 221 页。

则就越具体，每一个下位规则都比上位规则更加具体，至于它是否比上位规则更加个别则并不一定。^[51]例如，一个法规中的规则必然比制定法规则更加具体，但它调整的对象却可能与后者是一致的。当然，在阶层构造中从上到下趋于个别化这一整体趋势并不会改变。

(2) 法的自我创设

将法律规则间的条件关系刻画为在一个个别化与具体化进程中进行连续不断的法律创设和适用的阶层式构造，不仅描绘出了单个法律阶层之间的静态关系，更展现出了等级式法律创设的动态过程。这种动态性尤其体现在，限定性规则相对于被限定规则不只拥有时间上的优先性，更拥有逻辑上的优先性。被限定的行为不仅只有依照限定性行为才能作出，而且也只能来自于限定性行为。^[52]只有存在后者，才会出现前者。如此，同样可以认为它们之间存在一种“发生学上的关系”。^[53]在默克尔看来，法律体系不仅包括调整人类行为的规则，也包括那些决定创设这些行为规则之类型和方式的规则。一个实在法规则既可能包括行为规则的要素，也可能包括创设下位规则之授权规则的要素。所有法律体系都要求，既存法律体系只能按照自身固有的规则来进行续造和发展，缺乏这种法律创设的要素，法律体系就将是绝对静止的。当然，这并不否认法律创设同样需要存在创设法律的机关，但什么机关在什么条件下有权进行法律创设本身也是由法律体系自身来确定的。^[54]所以，规则的形成与效力的基础，在于同属一个体系中的其他规则，而不在于法外要素。这便是所谓法的自我创设现象。

(3) 主观因素与客观因素

但是，法的自我创设现象不能被理解为，法律创设是一个纯粹逻辑推演意义上的机械自动化过程。^[55]纯粹的逻辑推演意味着，更为具体的下位规则是对更加一般的上位规则之内容进行演绎的结果，前者可以被涵摄于后者之下。这种类型的体系是一个内容固定的静态体系，道德体系（也包括自然法体系）是其典型代表。相反，动态体系包含的主要是创设规则的构成要件，它给予某个权威创设规则的授权，确定基于同一个基础规范（起源规则）体系中的一般规则和个别规则应当如何产生。^[56]在纯粹法学看来，法律创设就是这么一个动态的过程，其中既有客观因素，也有主观因素。一旦上位规则确定了某些内容（主要是对适用者的授权，也可能包括部分行为内容），就对适用者具有拘束力。这些内容可以被适用者所认识到，它的存在与个人的主观因素无关，因而在此意义上是客观的。但规则也包括尚未确定的部分，在这个范围内，适用者不可能进行客观的认知，而只能运用他的自由裁量。自由裁量是一种主观意志活动。如果说法律创设和适用活动中先前形成的具有拘束力的上位法是适用者的他治性决定因素，那么自由裁量就属于他的自治性决定因素了。^[57]

[51] András Jakab, *Problems of the Stufenbaulehre: Kelsen's Failure to Drive the Validity of a Norm from Another Norm*, 35 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 46 (2007).

[52] 参见前引 [12], Adolf Merkl 文, 第 273 页, 第 275 页。

[53] 前引 [10], Adolf Merkl 书, 第 217 页; Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2. Aufl., Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1923, S. XV.

[54] 参见前引 [30], Martin Borowski 文, 第 149 页。

[55] 参见前引 [37], Adolf Merkl 文, 第 1347 页。

[56] 这便是凯尔森所说的静态原则与动态原则 (参见前引 [16], Hans Kelsen 书, 第 198 页)。

[57] Vgl. Adolf Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien: Verlag Österreich, 1927, S. 142.

在裁量范围内不存在法的拘束力，而取决于裁量者对法外因素的选择。^[58]

归根到底，纯粹法学将法律规则视为一种框架，这个框架预留的余地可宽可窄。^[59] 如果上位规则只包含创设下位规则的授权而不预先规定任何行为内容，那么它就是最宽泛的；如果它同时包含两者，就相对比较窄；预先规定的内容越多，预留的余地就越窄，适用者的自由裁量权就越小。在议会法治国的阶层构造中，层级越往下自由裁量权也就越小，预留的余地就越窄。例如，宪法层级的自由裁量权较大，制定法和法规层级次之，个别规则的层级最小。在每一阶层上，适用者的主观因素都将附加到上一阶层之规则的客观因素之上，两者合起来会作为下一阶层的客观因素出现。宪法适用者（即制定法的创设者）在适用宪法时会在宪法框架内填入自身的主观因素，创设出制定法，两类因素此时都将成为制定法框架的组成部分。制定法预留的余地就要比宪法预留的余地来得窄。当制定法适用者（如裁判者）适用制定法时就只能在制定法预留的余地中再填入自身的主观要素。如此，越往下客观因素越多，主观因素的作用余地越小，自由裁量的空间也就越小。^[60] 但重要的是，在从上到下的整个过程中，自由裁量的空间始终存在。

综上所述，议会法治国的法律体系呈现为一种条件关系的阶层构造。在这一构造中，除了最上层的起源规则与最下层的实施行为之外，中间尚包括宪法、制定法、法规、个别法律规则等。其中，不同阶层的规则都可以回溯到同一个起源规则。每一阶层之规则的形成与效力仅由同属一个体系的上位规则决定。法律创设的过程同时也是法律适用的过程，其中既有起拘束作用的规则框架，也有适用者发挥自由裁量的余地。

2. 毁损关系

与条件关系相对的是毁损关系。毁损，指的是变更或废止。默克尔将既有实在法在原则上不可变更视作一项一般性的逻辑原则。在他看来，只有当具体的实在法体系明确含有变更既有法律规则的内容时，变更才是可能的。^[61] 所以，基于毁损关系的阶层构造不属于具有法律本质意义的结构，是否毁损及如何毁损完全取决于具体的实在法本身。^[62] 如果某个实在法规定，法律规则 A 可以变更或废止法律规则 B，而 B 不能变更或废止 A，那么 A 就是上位阶的毁损性规则，而 B 就是下位阶的可毁损规则。相反，如果两个规则彼此都具有毁损力，那么它们就位于同一阶层。^[63]

在默克尔看来，毁损关系与条件关系并不相同。限定性规则 A 在条件关系中可能是被限定规则 B 的上位规则，但同时在毁损关系中却可能构成 B 的下位规则，只要 B 相对于 A 具有毁损力，而 A 相对于 B 不具有毁损力即可。^[64] 故而，在同一个国家的法秩序内可以建立多个具有不同阶层构造方式的法律体系。^[65] 例如，德国基本法第 79 条第 1 款规定了如何

[58] “裁量就像法律大厦的入口，通过它法外因素就能挤进来”，前引 [57]，Adolf Merkl 书，第 152 页。

[59] 参见前引 [16]，Hans Kelsen 书，第 250 页。

[60] 由于法外因素的多少与法律规则的客观因素成反比，所以如果将法律体系想象为一个金字塔，通过裁量进入法律过程的法外因素就会形成一个倒立的金字塔。Vgl. Norbert Achterberg, Hans Kelsens Bedeutung in der gegenwärtigen deutschen Staatslehre, Die Öffentliche Verwaltung 1974, S. 454.

[61] Vgl. Adolf Merkl, Die Unveränderlichkeit von Gesetzen, in: Hans Klecatsky, René Marcić und Herbert Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Wien [u. a.]: Europa Verlag, 1968, S. 1088.

[62] 参见前引 [12]，Adolf Merkl 文，第 284 页。

[63] 同上文，第 276 页。

[64] 参见前引 [37]，Adolf Merkl 文，第 1342 页。

[65] 同上文，第 1350 页。

通过制定法来变更基本法本身。这一基本法条款构成了（变更基本法之）制定法的条件，即在条件关系的意义上构成了后者的上位规则。但由于（变更基本法之）制定法可能会变更这个条款本身，所以在毁损关系的意义上反而是这个制定法构成了基本法条款的上位规则。又如，德国联邦宪法法院法包含规定宪法法院如何形成判决的条款，它在条件关系的意义上构成了宪法法院判决的上位规则；但宪法法院判决反过来可以通过宣布前者不合宪而废止前者，又在毁损关系的意义上构成了前者的上位规则。

（四）对条件关系和毁损关系的进一步考察

在规则的阶层构造模式中，法律体系在理想结构中呈现为三阶层的条件关系，在以议会治国为代表的现实结构中则既可呈现为多阶层的条件关系，也可以呈现为多阶层的毁损关系。但条件关系和毁损关系的称呼与界定都有商榷的余地。

条件关系的称呼太过宽泛，使用“授权关系”或“效力关系”的称呼或许更好。^[66]由于纯粹法学将授权视为规则效力的唯一来源，因此授权关系与效力关系就并无二致。^[67]授权或效力在某种意义上的确可以被视为规则的条件，但反过来，并非规则形成的所有条件都限于授权或效力。规则的创设原则上依赖于所有类型的条件，比如行使授权需要有人及其行为，还需要创设特定规则的意识与意志。^[68]这些都属于特定规则形成的事实条件而非规范条件。默克尔混淆了两者。他在对比条件关系与毁损关系时曾举程序法上的例子，认为事实审构成了法律审的条件，而法律审对事实审又有毁损力。^[69]但很明显，事实审虽然构成了法律审的事实条件，却不是它的规范条件，因为事实审并不构成法律审的效力条件，两者之间不存在规范性条件关系，不存在法律上的上下位关系。相反，事实审与法律审在阶层构造中处于同一阶层，它们都以另一法律阶层即程序法为条件。^[70]另外，即使是同阶层的法律规则之间，也多有相互限制、补充的情况，它们也彼此构成了对方的规范性条件，但很难说这里存在授权或效力关系。将条件关系等同于发生学上的关系也会令人误解。发生涉及时间，但时间上的先后关系与授权或效力并无关联。一部制定法可能早于新宪法生效，但一旦宪法生效，它就构成了这部制定法的效力条件。所以，与其笼统地说法律体系自我创设，不如说它只是规制着自身的创设，^[71]即自我授权和自我赋予效力，更为合适。

毁损关系则并不可取。这不仅因为毁损关系取决于具体实在法的内容，与纯粹法学以形式为取向的一般法理论旨趣不符，还因为存在如下三方面的理由：其一，毁损关系在一定意义上依赖于效力关系。即使是能变更或废止迄今为止法律状态的毁损性规则本身，也完全依赖于法律体系将其识别为一员的条件，这些条件对于毁损性规则的形成与效力起决定作用。^[72]其二，至少有部分毁损关系与授权或效力关系是重合的。议会法治国的国体要得以维系，从宪法到制定法、法规再到个别规则的等级关系就是必不可少的。^[73]这一等级

[66] 凯尔森就是这么做的，参见前引 [16]，Hans Kelsen 书，第 197 页。

[67] 但要注意，凯尔森晚期的规范理论对这一立场有所偏离，除了授权之外，还加上了经验因素。

[68] 参见前引 [30]，Martin Borowski 文，第 155 页。

[69] 参见前引 [37]，Adolf Merkl 文，第 1343 页。

[70] 参见前引 [31]，Jürgen Behrend 书，第 40 页。

[71] Vgl. Rainer Lippold, *Recht und Ordnung*, Wien: Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 2000, S. 421.

[72] 参见前引 [31]，Jürgen Behrend 书，第 37 页。

[73] 参见前引 [30]，Martin Borowski 文，第 153 页。

关系既反映了授权或效力关系，也显现为毁损关系：如果下位的规则没有满足上位规则的授权或效力条件，就要变更或废止。授权或效力关系构成了毁损关系的依据。如此，提出后者就是多余的。其三，即使毁损关系独立存在，它是否必须依附于阶层构造也值得商榷。有学者就曾尝试用一种“无等级的优先性”思路来重构毁损规则。^[74]假如成功，那么毁损关系就将与阶层构造没有必然的联系，阶层构造论完全可以不考虑它。

综上所述，法律体系之阶层构造的核心，是通过等级式的分层所显现出的法律规则之间的授权或效力关系。这也构成了与规则—原则模式相对接的基础。

三、法律体系的规则—原则模式

与阶层构造论将法律规则作为法律体系之唯一要素不同，规则—原则模式试图通过区分法律规则与法律原则，来证明阶层构造并不适合解释整个法律体系。区分这两类法律规范的想法，可以追溯到奥地利学者沃尔特·威尔伯格（Walter Wiburg）在20世纪40年代提出的灵活体系理论。^[75]随后，德国学者约瑟夫·埃塞尔（Josef Esser）对规则与原则的区分有过详细讨论，^[76]而美国学者罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin）使得它引起了学界广泛的关注。^[77]以德国当代学者罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）为代表的基尔学派（原则理论学派）则对规则—原则模式作了最深入和系统的论述。^[78]

（一）规则与原则的区分

要证立法律体系的规则—原则模式，就必须回应两方面的反对意见。一个反对意见是，规则与原则并无质的差别；另一个反对意见是，规则与原则虽然有质的差别，但原则并不属于法律体系。

最为常见的反对意见认为，规则与原则只是抽象性程度不同的规范而已。^[79]按照这种意见，原则不外乎是比较抽象的规范，规则不外乎是比较具体的规范，它们之间的差别是相对的、程度上的。如此，原则就同样可以被容纳进法律体系的阶层构造中，因为阶层构造原本就是一个从抽象规范向不断具体化的规范进展的过程。所以，规则—原则模式必须证明两者之间具有质的差别。要作出这一判断必须首先对“原则”的语词使用作一限定。在法学研究中，原则的概念至少有两种理解方式，它们经常被混淆在一起。^[80]第一种方式是

[74] Vgl. Heiko Sauer, Vorrang ohne Hierarchie, 44 *Rechtstheorie* 503–539 (2013).

[75] Vgl. Walter Wiburg, *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz: Kienreich, 1951, S. 17.

[76] Vgl. Josef Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr, 1974, S. 50ff. 埃塞尔使用的术语略有不同，他所谓的“规范”指的是这里所说的“规则”。为了论述方便，本文提及埃塞尔的理论时统一使用“规则”的称呼。

[77] 其发端见于 Ronald Dworkin, *The Model of Rules*, 35 *University of Chicago Law Review* 14–46 (1967).

[78] 必须指明，事实上阿列克西所设想的法律体系的完整图像并非规则—原则的二元模式，而是规则—原则—程序的三元模式。因为在他看来，原则与规则并不能规定自身的适用，如要适用就要添上一种受到理性确保的程序（Vgl. Robert Alexy, *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1995, S. 228）。但问题在于，法律适用依然是一种由规范来导控的活动，程序性规范依然是规范，在此意义上规则—原则的模式已然可以容纳程序。

[79] 例如参见 Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, 81 *Yale Law Journal* 832 (1972).

[80] 对于这两种原则概念的区分，参见 H.-J. Koch, *Rechtsprinzipien in Bauplanungsrecht*, in: Schlichter, Koller und Funk (Hrsg.), *Regel, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien: Verlag Österreich, 2000, S. 245.

以规范在法律体系中的根本地位及重要性来界定原则，相当于德语中的“Grundsatz”。这种理解方式强调法律原则表达了法律体系的内在价值，构成了法律秩序内在统一性与评价一贯性的基础。^[81] 作此理解的原则与规则的确只有程度上的差别，因为重要性原本就是程度上的判断。第二种方式是以规范的特征与适用方式来界定原则，可以称之为“规范理论的原则概念”，相当于德语中的“Prinzip”。基尔学派正是以后一种理解方式为前提为规则和原则具有质的差别进行辩护的。具体说来，这种辩护可以概括为三个方面，我们可以分别称之为语义学差别、性质论差别及结构论差别。

1. 语义学差别

阿列克西独创性地从语义学的角度对于规则和原则进行了区分，他将规则定义为一种确定性命令，而将原则定义为一种最佳化命令，认为法律体系是由两者共同组成的。^[82]

作为“确定性命令”，规则是以一种“全有或全无”的方式被适用的。对于某个规则而言，如果案件属于它的调整范围，它的法律后果就百分之百地发生；如果案件不属于它的调整范围，它的法律后果就百分之百不发生。也就是说，规则是一种要么被适用、要么不被适用的规范。一旦规则被适用到某个案件之上，那么它的法律后果就确定地发生，而没有斟酌的余地。因此，规则的典型适用方式是涵摄。当然，规则可能存在例外。例外一旦出现，就排除了规则的适用，从而无法推导出规则的法律效果。反过来说，规则的例外本身也是一个确定性的“规则”，同样也具有全有或全无的适用特性，因此规则带有例外并不会影响到规则适用的确定性。

与此不同，作为最佳化命令，原则要求某事（价值或目的）在法律上与事实上可能的范围内尽最大可能被实现，并能以不同的程度被实现。作为最佳化命令，原则的特征在于具有“分量”的向度，也就是说，它能够在不同的情形中以不同的程度被实现，其所要求的实现程度既系诸于事实上的可能性，也取决于法律上的可能性。如果某个原则完全不受任何限制，这当然是最理想的状态。但原则在法律体系中从来就不是孤立地被适用的，在决定考虑实现某个原则时，不可避免地要考虑到其他相对立之原则的存在和影响。相冲突的原则之间彼此相互牵制，如果要百分之百地实现其中一个，就必然要牺牲对另一个的保护；而如果要保护后者，就不免要对前者作出限制。换个角度来说，两者都不可能获得完全的实现，因此其中一个原则的实现程度越高，另一个原则的实现程度就会随之降低。

2. 性质论差别

与语义学差别相关的是性质论差别。从性质的角度看，规则可被称为“现实应然”，相反，原则可被称为“理想应然”。^[83] 现实应然意味着已经考虑到各种现实的可能性之后，要求直接依照它的要求去做，无论是否存在相对立的要求，因此它是一种确定的应然。而理想应然是一种抽象的、尚未涉及经验与规范世界之有限可能的应然；它只有考虑到经验可能条件以及所有其他相关的原则，才能转化为现实应然。^[84] 因而，理想应然也可以被称

[81] 参见前引 [1]，Claus-Wilhelm Canaris 书，第 301 页以下。

[82] Vgl. Robert Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1995, S. 203; ders., Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1985, S. 75 - 77.

[83] 参见前引 [82]，Robert Alexy 文，第 204 页以下。

[84] Robert Alexy, Ideales Sollen, in: Laura Clérico/Jan-Reinard Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, Baden-Baden: Nomos, 2009, S. 23.

为“仅此应然”或“初显应然”。^[85]在最佳化命令与理想应然之间，存在着一种相互蕴含关系，理想应然蕴含着最佳化命令，反之亦然。^[86]这体现在，理想应然在与现实世界接触的过程中，会导向不可接受的矛盾，因而它必须要被中断。因此，不仅原则有碰撞能力，也有被权衡的需要，这要求进行权衡即最佳化。

换个说法，原则是目标规范，而不是行为规范。^[87]目标规范要想转变为行为规范，既要考虑实现目标之经验手段的问题，也要考虑与之可能冲突的其他目标问题。所以，一方面，在现实的经验世界中，为了能够实现理想应然，就必须选择恰当的手段，这需要符合适切性原则和必要性原则。它们来自于原则要求在事实上可能的范围内尽最大可能被实现的义务，表达了帕累托最优的理念。另一方面，在现实的规范世界中，为了能最终决定该如何行动（形成行为规范），还必须要尽量考虑与原则（目标）相对立的所有其他原则（目标），在顾及其他原则的情形下尽可能地实现本原则。这就涉及狭义上的比例原则，它来源于原则要求在法律上可能的范围内尽最大可能被实现的义务。适切性原则、必要性原则和狭义上的比例原则合起来构成了广义上的比例原则。所以，原则理论与比例原则相互蕴含，^[88]后者指明了最佳化是如何以理性的方式来进行的。

3. 结构论差别

原则作为一种最佳化命令或理想应然具有初显性。前已述及，规则通常是一种确定性命令，并不意味着它在所有情形中无条件地得以适用，它也可能因原则而被创设例外。但规则与原则的冲突和原则之间冲突的解决方式并不相同。在原则之间冲突的场合，只要权衡数个原则间的相对分量并决定哪一个具有优先性就可以了；而在规则与原则冲突的场合，原则若想在个案中被优先适用，不仅要确立此原则相对于规则背后赋予其正当性之彼原则的优先性，而且必须证明：为何此原则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。^[89]这就导向了一种结构论上的差别：原则的证立只需凭借自身分量（内容正确性）即可，它具有单一结构；而规则的证立不仅来自于内容正确性，也来自于来源上的权威性（如来自于民主立法者），因而它具有复合结构。换言之，一个规则的背后同时得到两类原则的支持，实质原则和形式原则，它们合起来构成了规则的证立理由，也就是为什么它“应被适用”的理由。实质原则与规则的内容相关，因规则内容的不同而不同，是规则目的的体现。相反，形式原则指向的是法的安定性，它没有实体内容，所表达的是诸如“立法者的意志应当得以遵守”、“如无重大理由不得偏离历来的实务见解”这类形式上的要求。^[90]因此，形式原则并不因规则内容的变化而变化，它对于所有的法律规则而言都是一样的。

综上，语义学差别是区分规则与原则的基础，性质论差别与结构论差别则是语义学差别的不同侧面，它们合起来说明了规则与原则具有质的差别。

[85] Vgl. Susan L. Hurley, *Natural Reasons*, New York: Oxford University Press, 1989, pp. 130, 261.

[86] Robert Alexy, *Zur Struktur der Rechtsprinzipien*, in: Bernd Schilcher/Peter Koller/Bernd-Christian Funk (Hrsg.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Wien: Verlag Österreich 2000, S. 39.

[87] 两者的区分参见 Christiane Weinberger/Ota Weinberger, *Logik, Semantik, Hermeneutik*, München: C. H. Beck'sche Verlagsuchhandlung, 1979, S. 112, 119f.

[88] 参见前引 [82], Robert Alexy 书, 第 100 页以下。

[89] 同上书, 第 89 页。

[90] 同上书, 第 120 页, 第 267 页。

（二）原则与法律体系

质的差别似乎说明，由于阶层构造论只将规则作为法律体系的要素，而忽视了另一类根本不同的规范即原则，所以“阶层构造”式的体系图景至少是以偏概全的。但得出这样的结论为时尚早。事实上，凯尔森曾对埃塞尔区分规则与原则的做法作出过回应。^[91]他并不否认规则与原则之间具有差别、甚至是质的差别，却直接否认原则是法律体系的组成部分。

在埃塞尔看来，原则与规则之间的对立是内容与形式的对立。具体地说，规则是一种指令，而原则本身不是指令，它是指令的理由、标准和证成。^[92]原则很多时候适用于疑难案件，它体现了问题思维。在这些案件中，无法作教义学上的清晰推导，而只能回溯到评价。^[93]他并不反对体系和形式的重要性，相反认为实在体系的稳定性和对形式的尊重具有自身价值。法官的工作在于持续不断地重建“伦理性实质价值”与“法律形式和制度价值”之间的沟通。原则需要被实证化，但它不是通过单个行为（如立法）来完成的，而往往需要持续性的塑造行为（如司法）。假如在对原则进行塑造时，存在具有法律拘束力的规则，那么就能够以可检验的方式来型塑迄今为止尚未被实证化的原则。这种将原则拉入法律体系的方式被凯尔森称作“转化理论”。^[94]其基本思路为：由于在法律适用的过程中必然要运用到原则，所以原则就将成为法律体系的组成部分。阿列克西同样采取这种思路，只不过他的论证过程更为详细。简单地说，他认为所有的法律体系都必然提出正确性宣称，这意味着法官在疑难案件中负有正确裁判的法律义务，正确裁判往往意味着正确权衡，而权衡意味着必须运用原则，所以原则必然被安置进法律体系之中。^[95]

对此，凯尔森进行了猛烈批评。他并不否认在法律适用和创设的过程中，被创设的法会受到道德、伦理和政治原则的影响。司法裁判自然可以考虑从未运用过的原则，而裁判也可能基于这个原则作出。但是在这种情形中，裁判具有法律效力的依据并不在于这个原则，而在于具有法律效力的实在法律制度。原则会影响到法律适用，并不意味着原则被实证化了。^[96]用阶层构造论关于规则的框架理论来说，这意味着，运用原则属于规则框架内必然存在的法官自由裁量权的范围。尽管通过裁判创设出个别规则后，被运用的原则的内容与上位规则的内容一起构成了个别规则的组成部分，但个别规则的效力基础并不在于原则，而仅在于上位规则。尽管这一个别规则具有法律效力，但并不意味着影响它的原则也具有法律效力。进而，由于属于自由裁量的空间，所以是否运用原则本身也完全取决于法官。即使不运用特定原则，只要符合上位阶的授权规则，司法裁判同样具有法律效力。自由裁量权运用的是法外因素，原则就属于法外因素，在司法裁判中运用原则并不会使得它成为法律体系的组成部分。

这一批评十分有力，它说明转化理论在整体思路上是成问题的。要想证明原则是法律

[91] 对这场争议的剖析参见 Ewald Wiederin, Regel-Prinzip – Norm: Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser, in: Stanley L. Paulson und Robert Walte (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 1986, S. 137 – 156.

[92] 参见前引 [76], Josef Esser 书, 第 50 页。

[93] 同上书, 第 99 页。

[94] Vgl. Hans Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, S. 92.

[95] Vgl. Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 4. Aufl., Freiburg/München: Alber Verlag, 2005, S. 121ff. 对此的详细批评参见雷磊:《原则理论与法概念争议》,《法制与社会发展》2012年第2期,第107页以下。

[96] 参见前引 [94], Hans Kelsen 书, 第 93 页。

体系的必然组成部分，或许需要进行更为直接的论证，而不是借道司法裁判。但这就可能涉及法概念论上的复杂争论了。这里只想扼要地指出：凯尔森将法律体系仅仅理解为一个形式的或框架的体系未免失之过窄。当代社会对于法律的基本态度在于，法律不仅仅是概念、文义和语词的体系，更是价值、目的和意义的体系。不仅概念、文义和语词属于“实在法”的范畴，而且价值、目的和意义也可属于“实在法”的范畴。法律规则完全位于前一个层面，它们是否属于某个实在法体系只需看其来源或者效力基础即可；而法律原则涉及后一个层面，判断它们是否属于某个实在法体系更为复杂。一方面，内容正确性（价值判断）的确是所有原则有效（存在）的必要条件，法律原则亦不例外。尽管区分规则与原则的出发点在于语义学，但原则的意义并非语义学理论所能囊括。因为与语义封闭的规则不同，原则的拘束力并不能仅作字面意义的理解。即使原则存在一个字面上的意义范围并且对此进行了明确的表达，但由于这个意义范围具有如此明显的开放性，这种明确的表达不但无助于其意义范围的确定，同样也不会对其实践功能的发挥产生重要影响。^[97] 它的意义只能依凭个案，借助于一次次的具体化过程来获得，这个过程必然涉及价值判断。所以，识别原则时必然要将价值判断包含为标准的一部分。但另一方面，原则想要成为法律体系的组成部分，成为法律原则，同样需要有制度性的来源。这种制度性来源可以是直接的，如制定法的明文规定；也可以是间接的，如通过法律论证，从诸多具有关联性的法律规则中提炼或从判例中归纳出来。这也是法律原则区别于纯粹的道德原则的地方。前者既要具备内容正确性，也要具备制度化的来源，而后者只需具备内容正确性即可。这种双重标准导向了一种“中度的法律体系观”：法律体系并不将所有的原则都作为法律原则包含进来，而只是将具备制度化来源的那部分原则包含进来。^[98]

有别于将单一的法律规则作为要素的阶层构造模式，法律体系的规则—原则模式认为规则与原则具有质的差别，且至少有部分原则属于法律体系的组成部分。

四、两种模式的法治模型比较

既然法律体系很大程度上是法学认知的产物，那么法律体系的模式就无所谓真假。但关键在于，规则的阶层构造模式（简称为“规则模式”）和规则—原则模式，哪个更好？任何理论建构都服务于一定的目标。在国家法治化的背景下，不同的法律体系模式背后是对不同法治模型的追求。因此，两种法律体系模式比较的标准在于哪种法治模型更好。具体来说，它又可以被细化为两个方面：一是哪种模式能够使得实践理性最大化。法既然是一种实践理性，那么在法律活动中尽可能摒除任意的因素，追求实践理性的最大化就是法治的固有内涵。二是哪种模式体现的法治理念能够对法治实践作最佳化诠释。最佳化诠释意味着某种法治理念既最符合既有的法治实践，又可以最好地推动法治实践的发展。^[99] 同时

[97] 参见陈景辉：《实践理由与法律推理》，北京大学出版社2012年版，第180页，第187页。

[98] 要强调的是，道德原则不属于法律体系，并不意味着它们不能在法律适用的过程中被运用，甚至也不意味着法官没有（道德）义务去适用它们，只是这么做就不再是法官的法律义务了。

[99] 此处参考了德沃金“建构性解释”的想法，参见 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge (Mass.): Belknap Press, 1986, pp. 45 - 78.

使得实践理性最大化和法治理念最佳化的法治模式，可称为最优化法治模型。

（一）实践理性的最大化

法作为一种实践理性，为人们提供行动的理由。实践理性的最大化意味着要尽可能地法律体系中获得理由来支持和证立人们的行动。从三个方面看，规则—原则模式都比纯粹的规则模式更具备实现这一目标的可能性。

首先，规则模式只能实现法律体系的连贯性，而规则—原则模式还能实现法律体系的融贯性。连贯性就是无逻辑矛盾，^[100]而融贯性则包含两方面的含义：在消极面上，融贯性就意味着连贯性；在积极面上，它则意味着更多的东西。故而，连贯性是融贯性之必要但非充分的条件。^[101]连贯性只是一种逻辑要求，而融贯性涉及评价性要求。一个逻辑上无法自洽的体系无法满足形式正义的要求，因为它会使得这个体系中的个体行动者无所适从，陷入为或者不为某个行动指令的逻辑上永误的境地。从这个角度讲，规则模式有其意义：阶层化的构造和不同阶层的规则之间从上到下一以贯之的效力链条确保了下位阶规则与上位阶规则的一致性，也避免了规则之间冲突的可能。但尽管规则模式能保障这种形式正义的要求，却无法要求得更多。相反，规则—原则模式一方面在规则的层面上能因等级和形式准则的存在而保证法律体系的连贯性，另一方面在原则的层面上则要求体系内部诸价值和意义之间形成相互支持、彼此证立的脉络。这种融贯性体现在两个方面：一方面，同一体系的法律原则之间形成价值的统一体，即德国联邦宪法法院经常提及的“客观价值秩序”；另一方面，同一体系的法律原则也能对法律规则形成支持与证立，达致表述与价值、文义与目的统一。如此，规则—原则体系不仅追求形式正义，也追求实质正义。

其次，规则模式只提供形式化的实践理由，而规则—原则模式还能提供实质化的实践理由。纯粹形式化的实践理由是有缺陷的。在存在形式理由的地方，它在让行动者服从权威的同时却也在一定程度上放弃了对理由之内涵的考量与对实践情形之特殊性的关怀，丧失了反思均衡的能力，造成规则的抽象性与个案之具体性之间相抵牾的困境。司法裁判中大量疑难案件都产生于此。而在没有形式理由的地方，它却完全放任行动者凭借自己的主观性去予取予夺（即所谓自由裁量），从根本上放弃了实践理性的要求。相反，规则—原则模式既让行动者保持对于权威的足够尊重，也在很多情形中让行动者自身涉入对实质价值的考量。在存在形式理由的地方，除非存在重大理由，通常它并不质疑形式理由的拘束力。在不存在形式理由之处，它通过实质理由和价值的权衡来决定行动的依据。这并不意味着放弃理性，相反，只要可能遵从一种受理性确保的决定程序，它就确保了法律中实践理性的最大化。^[102]在这一过程中，行动者的道德自治得到了发挥，理性程序的标准和规则又对于这种道德自治施加了约束。^[103]

再次，规则模式只能实现法的安定性，而规则—原则模式还能实现正确性。法的安定性

[100] Robert Alexy, *Juristische Begründung, System und Kohärenz*, in: Okko Behrends/Malte Dießelhorst/Ralf Dreier (Hrsg.): *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker*, Cöttingen, 1990, S. 96.

[101] Robert Alexy/Aleksander Peczenik, *The Concept of Coherence and Its Significance for Diskursive Rationality*, 3 *Ratio Juris* 130 (1990).

[102] 这就涉及到了作为理性商谈的法律论证理论，对此参见 Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1991.

[103] 关于规范领域中道德自治与理性证立的关系，参见 Jan Sieckmann, *Autonomy and the Rational Justification of Norms*, 16 *Ratio Juris* 105 – 122 (2003).

与正确性同属法的理念,^[104]也都是实践理性的要素。规则模式无疑能实现法的安定性这一理性假设。以司法裁判为例。在纯粹法学看来,规则具有框架性,因而必然呈现出“开放结构”。^[105]由此,一个规则可以被分为两部分,一部分是含义确定的框架本身,另一部分是含义不清的开放领域。在框架部分,规则完全决定案件的判决,法律体系也显示出最大限度的拘束力;在开放领域,适用者可以合法地运用保留给他的自由裁量去援引任何法外因素,来形成对于规则的解释。依照规则模式,要么适用者从事的仅仅是认知性的活动,此时就实现了法的安定性,也满足了实践理性;要么适用者纯粹在进行意志性的活动,此时不存在法的安定性,也就谈不上实践理性。法律安定性毫无疑问是实践理性对法律体系的一个核心要求,却不是唯一的要求,正确性也是它的要求之一。在规则—原则模式看来,认知与意志的二分无法反映司法裁判活动的性质。在规则的开放领域,虽然无法进行纯粹认知性的活动,也不存在唯一正确的答案,但并不意味着必须要将它完全交由非理性的决断来处理。作为法律体系的组成部分,法律原则虽然并不能像法律规则那样具有绝对的拘束力,但它也能够成为论证活动中的“规范性论据”,^[106]起到相对的法律拘束作用。由于原则与价值的密切联系,原则论证并不仅是形式性的权威论证,而更是实质性的正确性论证,因此,规则—原则模式的法律体系所能实现的,是一种平衡法的安定性与正确性的二阶正确性。^[107]与规则体系所能实现的有限实践理性相比,它更能够实现实践理性的最大化。

(二) 法治理念的最佳化

与实践理性相关的是法治理念,不同体系模式对应着不同的法治理念。概言之,规则体系所意图现实的是一种刚性法治的理念,而规则—原则体系对应的则是一种柔性法治的理念。^[108]同样从三个方面看,柔性法治比刚性法治更符合、也更能证立既有法治实践。

首先,纯粹规则导向的刚性法治将法治化约为一种“规则之治”,而兼容规则与原则的柔性法治则同时容纳了“理由之治”。在最宽泛的意义上,规则当然也是一种理由,遵从规则同样是理性的。但如前所述,规则只是一种权威性理由,而权威性理由的特征在于:它一旦出现,就将取代其他理由而成为唯一的行动依据,取消掉其他实质理由的效果。一旦在法律活动中只容许使用权威性理由,而权威又是连贯的话,那么得到权威支持的一方无需进一步说理就可以单方决定结果,而没有得到权威支持的一方则将永无可能挑战成功。故而仅仅运用规则(权威)的说理最终会导致它的反面,即消灭说理本身,这无疑是一个悖论。严格依据规则而治的政府未必就不是专制的政府。^[109]相反,柔性法治并不否认规则的权威性与规则之治的意义,但它将给出理由(实质理由)视为法治的一个重要部分。允许提供实质理由的本质在于容许争论。它依据的理念是一种“抗辩式民主”,也就是说,正确的制度设计应该为公民提供进行有效争论的机会。不论官方决定的理由是什么,只要公

[104] Vgl. Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., Stuttgart: Koehler Verlag, 1973, S.9. 拉德布鲁赫用的词是“正义”。

[105] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2d ed., Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 128.

[106] Jan Sieckmann, *The Theory of Principles-A Framework for Autonomous Reasoning*, in M. Borowski (ed.), *On the Nature of Legal Principles*, 119 ARSP-Beiheft 49ff (2010).

[107] Vgl. Robert Alexy, *The Dual Nature of Law*, 23 Ratio Juris 174 (2010).

[108] 阿列克西曾分别称之为法制主义与温和宪政主义(参见前引[78], Robert Alexy文,第213页,第214页)。

[109] 正是在这一意义上,拉兹说,“法律完全可以设立奴隶制而不违背法治”(Joseph Raz, *The Rule of Law and Its Virtue*, in his *The Authority of Law*, 2d ed., Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 211)。

民愿意，他们必须能够就每一个正当性理由进行争论并提出相反论据。一个不给理由的法律体系不提供这样的机会，也与法治不一致。^[110] 因此，给出理由的价值就在于阻止了公共机构的专断。现代社会中协商民主的倡导，立法、行政活动中各种听证制度的设计，司法活动中对诉讼程序的重视，都体现了这一点。更重要的是，它能够确保个体的某些权利，因为说理和论证从来都内在地预设着自治、平等等人权。^[111]

其次，刚性法治坚持立法对于司法的优先性，而柔性法治则认为立法与司法之间处于动态平衡关系，且立法具有相对优势。在议会法治国的模式中，阶层构造论将立法权与司法权的关系改造为一种阶层式的功能关系。由于从宪法到制定法再到个别规则是一个无法逆转的等级序列，那么创制这些法源的机关之间也就具有了位阶不同的等级序列。只有在立法者所创设之规则框架的范围内，司法者才享有形成空间，他不能改变这个框架。当然，这并不是反对法院有废止制定法的可能。凯尔森本人就是奥地利宪法法院之父。宪法与其他法律一样也被认为是一种框架秩序。作为一种政治法，宪法的功能一方面在于划定政治决定权力的界限，另一方面通过对立法和行政之行动目标形成原则的规定，提供政治行为与决定权力的方针规定。^[112] 在这种情况下，立法者的形成空间非常大，司法审查的任务只在于审查其有无逾越政治决定权力的界限即宪法的框架。只要在此框架内，无论立法者作出多么不合理的决定，都是合宪的。

相反，原则理论将宪法规定、尤其是基本权利的规定视为原则，将宪法视为客观价值秩序，认为立法者不仅受到宪法文义的拘束，而且也要受到原则和客观价值秩序的拘束。宪法的任务不仅在于划定立法权的界限，也在于让立法承担起使得宪法价值具体化的任务，即让这些客观价值实现于整个法律体系之中。这么做并不会使得宪法法院以自己的决定去取代立法者的方案，使得“议会式的立法国”转变为“宪法法院式的司法国”；^[113] 也不会使得立法成为一种对宪法纯粹的认知活动，进而使得整个法律体系沦为对宪法的具体化。宪法并不是“法律上的价值暴君，从中可以产生一切，从刑法典到关于如何生产体温计的法律”。^[114] 因为，一方面，宪法原则无非是对立法者施加了比规则框架多一些的拘束，但它不会、也无法彻底消除立法者的形成空间；另一方面，由于形式原则的存在，尤其是经民主授权的立法者拥有决定权能这一形式原则^[115] 的存在，普通制定法相对于宪法原则拥有相对优先性。在此，合宪性推定本就是一项政治原则，违宪论证的负担、无法证成的风险都需由宪法法院来承担。况且，即使判定制定法违背宪法原则，宪法法院也不能代替立法者直接作出决定，而仍需敦促立法者重新制定新规则。这样的理解符合当代司法审查制度的实践，它将立法与司法置于动态平衡关系之中，并让立法具有相对优势。

[110] 参见 [美] 玛蒂尔德·柯恩：《作为理由之治的法治》，杨贝译，《中外法学》2010年第3期，第359页以下。

[111] Vgl. Robert Alexy, Diskurstheorie und Menschenrechte, in: ders., Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1995, S. 148ff.

[112] Vgl. E.-W. Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation-Bestandsaufnahme und Kritik, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1991, S. 86f.

[113] Vgl. E.-W. Böckenförde, Grundrechte als Grundatznorm, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Verlag, 1991, S. 196f.

[114] Ernst Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl., München: Beck Verlag, 1971, S. 144.

[115] 参见前引 [78], Robert Alexy 文, 第 224 页。

最后,刚性法治将民主视为法治最重要的内核,而柔性法治兼顾基本权利与自由。刚性法治认为,在法治国家中,共同体的重要决定应尽可能地由民主机制来作出。我们之所以要服从法律规则,是因为它们是经由民主程序产生的,因此代表了多数人的意志。个人对于法律规则的服从,也就意味着他对于多数人意志的服从。宪法法院要对制定法作出合宪性裁判,不可避免会涉及价值判断,这就可能会用个人的判断去取代多数人的判断,从而造成“反多数难题”。^[116]相反,柔性法治认为,法治除了要尊重民主之外,也要保障自由。而法律体系对于自由的保障最明显的莫过于宪法层面的基本权利。这些基本权利构成了一国法治的基本价值底线,无论如何都不能以任何方式去剥夺个人的这些权利,即使以民主的名义,否则就会造成“多数人的暴政”。宪法法院于此承担的是基本权利与自由之守护者的角色。另外,司法审查制度与民主也并非不能相容。在代议制的议会法治国中,民主的要义在于代表,而代表的类型可以是多样化的。除了议会中人头式的代表之外,尚有宪法法院中论证式的代表。^[117]只要宪法是人民意志的根本体现和“人民自由的圣经”,运用宪法原则进行合宪性论证就同样代表人民的意志,甚至是更高层面的人民意志。这就是现代法治国家所践行的“商谈宪政主义”。

综上,规则模式(刚性法治)追求纯粹的规则之治,坚持立法对司法的优先性,强调民主的重要性,是一种单向度的法治理念;相反,规则—原则模式(柔性法治)追求规则之治与理由之治的统一,倡导立法与司法的动态平衡及立法的相对优势,强调民主与自由的均衡,是一种最佳化的法治理念。最大化的实践理性与最佳化的法治理念使得规则—原则模式所对应的法治模型成为最优化的法治模型。这种最优化模型背后的考虑在于:如果不想让“法治”的概念过于单薄,而是容许它对各个领域、以及每个领域的各个方面发挥影响的话,那么让“法治”成为现代社会的一种“苍穹式概念”,来统合诸多值得追求的价值与制度就是合适的。而我们的经验实际上也在支持这一点,它典型地反映在“法治社会”、“法治国家”这样的标识之中。

五、法律体系的双重构造模式

尽管规则—原则模式相比规则模式更具备优势,但它只说明了法律体系的要素,却未提供一个可与阶层构造相比较的结构模式。事实上,这样一种结构模式已经部分地蕴含在原则理论之中。

(一) 法律体系的理想结构

法律规则之间的授权/效力链条是规则的重要特征,也是规则构成一个有序引导人类行为之体系的依据。就此而言,它构成了一个形式的体系,不同的规则因其授权与被授权的关系形成一个上下有别、层层递进的阶层构造。这个构造是刚性的,它在规则之间确立了一种绝对的优先关系,而优先的依据就在于等级。相反,法律原则之间并无等级。原则的典型适用方式为权衡,这就说明了原则在效力方面的同位阶性。如果原则的效力有高低之

[116] Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Minnesota: Bobbs-Merrill, 1962, pp. 16 - 17.

[117] Vgl. Robert Alexy, *Abwägung, Verfassungsgerichtbarkeit und Repräsentation*, in: M. Becker und R. Zimmerling (Hrsg.), *Politik und Recht-Politische Vierteljahresschrift*, 36 Sonderheft 256 (2006).

分，那么当两个原则冲突时，高位阶的原则就一定优先于低位阶的原则适用，并无权衡的余地，由此原则也就丧失了“最佳化命令”的特征。这并不说明原则之间就必然处于杂乱无章的松散状态。具有一贯性和统一性是一切体系的必要特征。^[118]法律原则之间同样可以是有序和统一的，只是与规则体系不同，原则构成了一种价值一目的的柔性体系。

1. 原则作为柔性价值体系

柔性体系首先意味着一种客观价值秩序。在体系中，原则与原则之间必须是融贯的，首先这意味着它们不能在抽象的层面上发生明显抵触。也就是说，一旦某个原则要成为客观价值秩序的组成部分，它的所有评价性结果都应该推展到极致，即可以将它们适用于所有可比较的情形，消除它们与已设定之价值之间可能的冲突，并在创设新原则时防止出现矛盾。^[119]但这只是静态的一贯性，而作为客观价值秩序的原则也指向动态的一贯性。由于语义的开放性和适用范围的不确定，抽象层面并不冲突的原则却可能在具体适用的情形中发生碰撞，指向互不相容的解决方案。此时，虽然无法对相冲突的原则进行抽象排序，却可以在依具体情形建立相对优先关系，维系动态的一贯性。

具体说来，这一相对优先关系由三个要素构成。^[120]第一个是优先条件的要素。原则具有分量，这意味着在不同的条件下原则的具体分量是不同的。如果原则的分量是固定的，那么当分量大的原则与分量小的原则发生碰撞时，前者就将永远优于后者，也就没有权衡的余地了。相对优先性是一种条件式的优先性，确立优先条件的体系也就意味着要区分和总结不同的事实条件，因为确立原则间的优先关系的前提就在于这些不同的条件。例如，美国司法史上著名的“纽约时报诉沙利文案”^[121]就表述出了新闻自由优先于名誉保护的事实条件。如果这一条件发生改变，那么这种优先关系就有可能逆转。法学上经常进行的类型化作业就是建立这类优先条件体系的努力。这项工作往往由司法实例引发，而由法学进行加工和提炼。由此也从一个侧面证明，法律体系绝不仅仅是立法的产物。第二个是权衡结构的要素。原则理论与比例原则相互蕴含，意味着原则之间的权衡要符合这样一个权衡法则：一个原则的不满足程度或损害程度越高，满足另一个原则的重要性就必须越大。^[122]这一权衡法则所表述的其实就是狭义上的比例原则。这虽然没有为确立原则间的优先关系提供一个能得出唯一结论的方法，但它阐明了一种理性的论证结构。第三个是初步优先性的要素。不同原则间的相对优先性取决于它们在特定情形中的分量，即具体分量，但这并不意味着它们在具体化之前不可以拥有一种不依赖于情境的分量，即抽象分量。虽然很多时候，许多原则的抽象分量是相等的，但有时并非如此。在一个法律体系中，共同体可能会“天然地”更加重视某些原则（价值）。这样的评价偏好可能来源于普遍的价值认知，也可能来源于特定的意识形态。前一种情况，比如许多群体会认为，生命权通常比其他基本权利更重要。后一种情况，比如有的国家会认为集体利益原则通常情形下高于个人利益原

[118] 参见前引 [1]，Claus-Wilhelm Canaris 书，第 11 页。

[119] 同上书，第 46 页。

[120] 参见前引 [78]，Robert Alexy 文，第 225 页以下。

[121] 376 U. S. 254 (1964)。

[122] 参见前引 [82]，Robert Alexy 文，第 146 页。在权衡法则的基础上，可以发展出对原则权衡进行演算化的重力公式（Vgl. Robert Alexy, Die Gewichtsformel, in: Joachim Jickeli/Peter Kreutz/Dieter Reizer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlin: de Gruyter Recht, 2003, S. 790）。

则,而有的国家则相反。这类偏好固然无法包含确定性的评价,但是它毕竟能确立一种初步的优先关系。因为同一事实条件下,想要偏离抽象分量较大的原则而去支持抽象分量较小的原则,与相反的做法相比更加困难,也要承担更大的论证负担。所以,设定论证负担的方式同样在原则领域促成了一种特定的柔性秩序。

柔性体系也意味着价值的统一性。统一性意味着在一个法律体系的内部存在着少数的基本价值或者说一般法律原则,其他原则都可以回溯到这些一般原则,它们构成了法律体系的基础。一方面,其他原则与一般原则之间并不存在像规则那般的效力链条,它们之间的关系不如说是内容上的推导关系。也就是说,其他原则可以被视为对一般原则之内涵的个别化。例如契约自由原则、婚姻自由原则、政府最小干预原则等等,可以被看做是对作为一般原则之自由原则在契约、婚姻、市场等领域的个别化。一般原则与其他原则之间不存在效力意义上的等级关系,而是母原则和子原则的关系。另一方面,如果其他原则可以从某个一般原则中推导出来,那么它们之间就具有相同的抽象分量。在进行权衡时,它们支持同一个解决办法,可以被视为同一个原则。这就涉及到原则间的“串联现象”。串联并非一一对应,由于原则的内容并不彼此孤立,往往有重合之处,所以有时原则之间可能存在复杂的一对多和多对一式串联的情形。从自由原则推导出上述那些子原则就是一对多的串联,而不同基本权原则通过民法中的公序良俗原则发挥作用则构成了多对一串联的例子。^[123]这说明,柔性体系并不是由孤立的几个一般法律原则及其衍生的、同样彼此孤立的其他原则合成的体系,而是由不同原则在不同层面彼此交叉诠释、互相支持而形成的“网状式”价值脉络体系。

由此,我们获得了规则—原则模式的全貌:法律规则之间根据效力关系形成了特定的阶层构造,属于法律体系的刚性部分;而法律原则之间根据内容关系形成了客观价值秩序的统一体,属于法律体系的柔性部分。这种新的模式改变了阶层构造模式作为平面金字塔的二维形象,而发展成为立体金字塔的三维形象。阶层构造论只是勾勒出了法律体系的高度(不同阶层)和宽度(同一阶层的诸规则),却没有刻画出它的深度。新的模式则在其背后加上了一个由原则体系组成的深度。规则体系部分与原则体系部分并不在同一个平面上,前者可以视为法律体系的“外部体系”,而后者可以视为法律体系的“内部体系”。^[124]因而新的模式就是这样一种内外叠加的双重构造模式。

2. 原则与规则的联结

在双重构造中,规则部分与原则部分并不是彼此孤立的,否则就难说它们构成了同一个法律体系。一方面,任何规则的背后都存在赋予它正当性的原则。原则与规则的关系在某种意义上就是目的和手段的关系,原则提出了法律体系要追求的价值目的,而规则提供

[123] 公序良俗原则一般被认为是基本权原则在私法中发挥作用的桥梁。一方面,基本权原则借助公序良俗原则下延到私法领域,从而使宪法基本价值成为民事行为的评价依据;另一方面,公序良俗原则又内在地连至基本权原则,使自身的内涵得以充实化,即在民事活动中侵犯他人基本权利的,视为违反公共秩序而无效。故公序良俗又被称作“引致条款”(参见于飞:《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131页,第135页以下)。重要的是,借助公序良俗原则发挥作用的基本权原则并不限于特定的一个。

[124] 要注意它们与黑克以及拉伦茨的相关学说的区分,尽管两者都使用了这对概念。黑克将“外部体系”定义为命令和秩序概念,而将“内部体系”定义为利益概念(Vgl. Philipp Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen: Verlag Mohr, 1932, S. 139ff.);拉伦茨则将“外部体系”定义为抽象—概念的体系,将“内部体系”定位为法律原则的集合(Vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin [u. a.]: Springer Verlag, 1991, S. 437, 473ff, 481ff)。

了实现它们的手段。但目的和手段并不是一一对应的，一个目的可以对应多个手段，而一个手段也可以对应多个目的。所以，规则与原则并不是处于简单的对应关系之中，很可能一个规则会得到几个原则的支持，也可能一个原则同时支持着几个规则，由此显现出双重构造在具体细节上的复杂性。但这只是指明了两个部分之间静态的联结。

另一方面，也更重要的是，原则的内容可以转变为规则的组成部分。如果能通过权衡确定原则 P1 在条件 C 下优先于原则 P2，并且假如 P1 在条件 C 下可导出法律后果 R，就会产生一条规则，这条规则由事实 C 和法律后果 R 构成：即 $C \rightarrow R$ 。^[125] 原则权衡的结果是一条规则，这意味着，如果再次遇见情形 C 时，就无需再作同样的权衡，而直接适用规则 $C \rightarrow R$ 即可。由此也说明了原则部分向规则部分的动态流变。如果这种流动只是单向的，那么法律体系就会变得越来越僵化和坚硬。事情的另一个面向是，已经形成的规则也可能不断地出现漏洞和例外。假如情形 C 中出现了一个新的事实特征 C'（优先条件发生改变），使得原本的法律后果不再合适，原则间的优先关系就会逆转。此时规则会被创设例外，而法律体系也发生了反向的流动，这使得它重新变得灵活、柔和。上述两个面向合在一起，构成了规则部分与原则部分双向流动的动态图景。这也说明，双重构造模式下的法律体系是一种动态和开放的体系。

（二）法律体系的现实结构

在现实的法律体系中，规则部分与原则部分之间的联结要比理想结构更加复杂。在以制定法为主的议会法治中，这体现在两者的制度性联结和方法性联结两个层面。

1. 规则与原则的制度性联结

规则与原则的制度性联结表现在三个方面：其一，宪法基本条款。成文宪法国家经常会以宪法条款的方式，明确肯认和规定对于本国具有根本性意义的基本原则。从内容看又可以分为两个部分，一部分是关于公民基本权利的条款，另一部分是关于国家基本性质的条款。这些原则被明文载于宪法表明，相较于其他原则，它们具有更大的抽象分量，在适用上也拥有初步优先性。其二，制定法总则部分的条款。法典或一些单行法总则部分的条款，虽非全部、但至少有一部分具备原则的属性，如我国民法通则第 7 条规定的“公序良俗”条款，物权法第 3 条第 3 款规定的“一切市场主体法律地位平等”原则等。这些条款可能是独立于宪法基本原则之外的原则，也可能来自于宪法基本原则的个别化。其三，从宪法、制定法条款或判例中归纳提炼出原则。有时，法律条款虽未直接表述原则，但可以从它们体现的整体意旨中提炼出某个原则。此外，判例、尤其是一国最高司法机关的判例，也往往成为形成原则的途径。这里所谓的“判例”，指的并不是案件事实与裁判结论本身，而是经时间积淀后通过类型化归纳出的、体现于判决理由之中的法律原则。第三种联结方式与前两种有明显的不同：在前两种情形中，规则与原则均具有法条的形式，被规定在同一部宪法或制定法之中，这是一种直接的制度性联结；而第三种情形需要通过司法和教义学的渠道，借助于对制定法的解释和适用来进行，这是一种间接的制度性联结。

2. 规则与原则的方法性联结

规则与原则相联结的另一个层面在于法律方法，它至少也体现在三个方面：其一，原则通过法律解释填充规则框架。制定法规则既然具有框架性，那么框架内存在语义模糊、歧义乃至评价开放等问题就难以避免，以一定方法来解释规则、解决这些问题也势在必行。

[125] 这就是所谓的“碰撞法则”，参见前引 [82]，Robert Alexy 书，第 83 页。

而在解释方法中，体系解释、目的解释和合宪性解释都与原则存在密切关联。体系解释一方面要求解释某个规则的结果与其他规则不矛盾（连贯性），另一方面更要求解释某个规则的结果与体系性评价不冲突（融贯性）。制定法总则部分的原则条款往往就是这种体系性评价的载体，所以体系解释时常表现为用总则部分的原则去解释分则部分的规则。目的解释诉诸于规则背后的理性目的，换个角度看即是运用规则背后的原则来解释规则的文义。合宪性解释其实是体系解释和目的解释的混合体，^[126] 所不同之处，在于它运用的是宪法基本条款中的原则。此外，在适用一般性条款时，原则作为解释依据的角色体现得最为明显。由于一般性条款的构成要件包含需填补价值的不确定法律概念，与法治的确定性要求之间存在潜在的紧张关系。^[127] 而原则为价值填补提供了依据和方向，在一定程度上能消弭这种紧张关系。其二，原则通过法律续造填补规则漏洞。漏洞可以分为两种情形，一种是规范性漏洞，一种是价值论漏洞。^[128] 它们都属于由于规则的一般性带来的文义与目的不符的情形，即包含不足（词不达意）与过度包含（言过其意）。^[129] 在前一种情形中，某个应当由法律调整的情形不存在任何可适用的规则，此时可以去寻找这一情形所属之法律领域的原则，经由具体化后填补这一明显的漏洞。在后一种情形中，虽然规则据其文义已经涵盖了某种情形，但依据规则的目的（原则）却应当区分对待并施加不同之法律后果，此时可以依据此一目的（原则）对规则的文义进行目的性限缩。其三，基于原则对规则进行法律修正。这种情形与目的性限缩的区别在于，它依据的并非被修正之规则背后的原则，而是法律体系中的其他原则。这些其他原则，可以来自于宪法条款，可以来自于制定法总则部分的条款，也可以是从宪法、制定法条款或判例中提炼归纳出的原则。与体系解释和合宪性解释相比，它的依据并无两样，但不限于规则的框架之内，而是已经修改了框架本身。当然，由于形式原则的存在，基于原则的法律修正要比基于原则的法律解释难度大得多。因为它毕竟违反了规则的文义，既可能危及法的安定性，也可能危及民主。所以，必须赋予规则以初步的或推定的优先性，凡不存在充分理由时，均不得对规则进行修正。^[130]

制度性联结与方法性联结并不是两种不同的联结方式，而是对法律体系中规则部分与原则部分如何联结这一问题的不同角度的表述。比起法律体系的理想结构，在现实结构中，内部体系与外部体系的结合程度更高，密度也更大。凡是规则体系存在“缝隙”之处，即有原则以不同方式“溢入”的余地。而当规则与原则发生冲突时，通常规则优先于原则。也即是说，在法律体系的双重构造中，规则部分更具贯彻自身的优势。

法律体系在很大程度上是法学的产物。一国现行有效的实在法至多只是为法学提供了尚待加工的原料，需经由法学的加工才能成为成品。更准确地说，与其认为存在一个法律体系，还不如认为存在多种法律体系观。不同的法律体系观之间没有真假之别，但却存在比较优势。在规范论的语境中，相较于纯粹以规则为基础的阶层构造模式，规则—原则的双重构造模式更具说服力。在这一模式的理想结构中，法律体系由规则（外部体系）与原则

[126] 类似观点参见张翔：《宪法释义学》，法律出版社2013年版，第90页。

[127] Vgl. Andreas Walkkamm, Generalklauseln-Normen im Spannungsfeld von Flexibilität und Rechtsstaatswidrigkeit, 39 Rechtstheorie 508 (2008).

[128] 这一区分参见前引〔5〕，Alchourrón等书，第107页。

[129] See Frederick Schauer, *Thinking Like a Lawyer*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009, pp. 26–27.

[130] 具体论述及例证参见雷磊：《论依据一般法律原则的法律修正》，《华东政法大学学报》2014年第6期。

(内部体系)两部分构成:法律规则之间根据效力关系形成了特定的阶层构造,属于法律体系的刚性部分;而法律原则之间根据内容关系形成了客观价值秩序的统一体,属于法律体系的柔性部分。两部分之间既有静态的联结,更有动态的双向流动,呈现出开放性。在现实结构中,由于制度性和方法性联结的可能,规则与原则相互结合得更加紧密,但也增加了两者冲突的几率,此时通常法律规则优先于法律原则。

法律体系并不能与法治划上等号。法治不是一架能“自我运行的机器”,^[131]良法也未必能导致善治。法治需要有人及其法律实践才能实现。但是,一架设计得更好的机器能更便于人去操作以实现特定的目标,更好的法律体系模式也更有通往善治的可能。在此意义上,双重构造模式由于能实现实践理性的最大化和法治理念的最佳化,因而对应着最优化的法治模型。

Abstract: Legal systems are, to a large extent, products of legal science. In the tradition of normative theory, there are mainly two different models of legal system, i. e., *Stufenbaulehre* purely based on rules, and the rules-principles model. The model of *Stufenbau* is based on single legal rules from the perspective of forms of law, which imagines law as a hierarchy. The rules-principles model departs from a different basis, i. e., the qualitative differences between rules and principles. Compared to the model of *Stufenbau* which can also be called the pure rules model, the rules-principles model is more convincing. On the one hand, it may realize the maximum of practical reason. While the pure rules model can only provide consistent, formal reasons in systems realizing legal certainty, the rules-principles model can approximate the coherence in systems in arguments both of formal and substantive reasons, realizing the correctness at the same time. On the other hand, the optimization of idea about the rule of law can be achieved by the latter. The rules-principles model, as a kind of soft rule of law, leads to “rule of reasons” in addition to “rule of rules”, and to dynamic balance between legislature and judicature, and gives due consideration both to fundamental human rights and democracy. Because of the maximum of practical reason and the optimization of idea about the rule of law, the rules-principles model corresponds to an optimal pattern of the rule of law, which should be chosen for modern society. But the rules-principles model provides only the elements of a legal system without constructing its model. It should be further developed into a two-level model. In its ideal structure, a legal system is comprised of two parts: while different legal rules constitute a hierarchy according to their validity relation, which belongs to the solid part of the system, different legal principles form an objective value-order as a unity, which belongs to the soft part. In its real structure, because of the institutional tie and methodological tie, rules and principles are coupled more intimately.

Key Words: legal system, model of *Stufenbau*, two-level model, pattern of rule of law

[131] Gordon Silverstein, *Globalization and the Rule of Law: “A Machine that Runs of Itself?”*, 1 International Journal of Constitutional Law 427 - 428 (2003).