

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编

规范理论与法律论证

THEORY OF NORMS AND LEGAL ARGUMENTATION

雷
磊
著



中国政法大学出版社

METHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编

规范理论与法律论证

THEORY OF NORMS AND LEGAL ARGUMENTATION

雷
磊
著



中国政法大学出版社

2012 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

规范理论与法律论证 / 雷磊著. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 6

ISBN 978-7-5620-4343-0

I. ①规… II. ①雷… III. ①法律规范-文集②证据-文集 IV. ①D90-53②

D915. 130. 4-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第112678号

- 书 名 规范理论与法律论证 GUIFAN LILUN YU FALÜ LUNZHENG
出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325(发行部) 58908334(邮购部)
编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
承 印 固安华明印刷厂
规 格 880mm×1230mm 32开本 9.75印张 215千字
版 本 2012年8月第1版 2012年8月第1次印刷
书 号 ISBN 978-7-5620-4343-0/D·4303
定 价 29.00元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

丛书总序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，但我们无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想象，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者都会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar Morin）所称的“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、

非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”中寻找一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也惟有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于“丛书”的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系，它们大多只是尝试从某种方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力，它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心态对待学术，并在法学方法论领域始终保守这种谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月25日于北京

自序

这本论文集收录了我近年来陆续完成的8篇论文。虽然不同时期的阅读兴致与思考重心有所不同，但大体上围绕着两个主题展开，其一是“法律论证的基本问题”，其二为“规范理论的基本问题”。其中又有一条或明或暗的主线贯穿其中，那就是“法律规范如何以其特性影响着法律论证”。

至少从汉斯·凯尔森（Hans Kelsen）之后，规范理论在法理学中占据了越来越重要的位置，这或许与规范理论的独特性有关。一方面，规范理论可以通向法概念论。近代以来，自然科学的思维方式开始在整个知识领域获取支配性地位，作为知识的法学深受自然科学式“分析还原法”的影响。所谓欲知整体，必先知个别——诸如欲知物体、先知原子；欲知生物、先知细胞。相应地，欲知法（法律体系）这样一种复杂现象，研究其基本组成单位——法律规范——构成了新范式的起点。随之法概念的基本提问方式发生转换：不再是“法的本质（必要特征）是什么”，而开始成为“法律规范如何区别于其他规范”。现代法律实证主义与非实证主义在微观层面正是围绕着这些问题的特定版本——“法律规范与道德规范如何区分”、“法律规范与道德规范在影响行动的方式上是否不同”等——展开殊死斗争。另一方面，规范理论又

可以通往法学方法论。方法论既以司法裁判为其典型场域，则必然以规范适用为其核心。个案裁判的可预期性与正当性既构成方法论之双重目标，则规范对于案件之决定性与规范适用于特定案件之恰当性必为规范适用的双翼取向。若以法律论证为方法论的基本框架，那么规范理论无疑构成外部证成中围绕大前提展开之理论的基础。不仅不同的规范类型（及其结构）会影响论证的方式，而且法律解释理论（存在可适用之规范）、法律续造理论（不存在可适用之规范）、规范冲突理论（存在多个可适用且法律后果不相容的规范）都与规范理论有着紧密联系。可以说，对规范理论的研究构成了现代法学方法论研究的起点。如果我们将法概念论视为“向上”和“向外”的努力，而将法学方法论视为“向下”和“向内”的努力，那么规范理论就成为“勾连上下”、“媒介内外”的十字中点。

这8篇论文可以视为站在这个十字中点上向下和向内巡视的努力，尽管上下、内外之间的“往返流盼”时而发生。这或许与我一直以来秉持的法教义学的基本立场与方法论研究的兴趣导向相关。这八个单篇的思考可能是不成体系的，但都多少涉入了一些关键的问题。《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》以规范的基本类型区分（即规则与原则）为出发点，以权衡模式为基础，区分不同的冲突类型对同位阶规范冲突理论进行了体系性阐述。《形式原则与规则的推定排他性》同样以这一区分为基础，探讨了规则比之原则所独有的一类证立理由，即形式原则的性质，及其对于法律论证的影响。

解释即论证（反之不然），而规范最为典型的适用方式是解释。《再论法律解释的目标——德国学说中主/客观说之

争的剖析与整合》以解释的目标为研究对象，在分析审视既有两大学说的基础上提出了一种折衷理论，即主观意思初步优先说，因而兼顾了规范适用的双翼取向，使得解释方法获得了论证次序上的价值。《法律论证何以可能？》针对社科法学对于论证理论的理解，围绕司法裁判的目标、理性证立与价值共识的可能以及司法论证的限度展开辩驳，在法学研究中捍卫一种以规范为基础的规范法学进路。法律论证理论的发展在西方已逾半个多世纪，菲特丽丝（Feteris）博士《法律论证原理》（*Fundamentals of Legal Argumentation*）一书精到地对不同的理论脉络进行了类型化处理。《法律论证的功能、进路与立场——以〈法律论证原理〉一书为视角》即凭此书为据，以法律论证的问题意识与功能为出发点，阐述了逻辑、修辞与对话三种进路，并对其共同预设的基本立场进行了分析与批评。推理即论证（反之亦然），法律推理的基本形式即法律论证的基本形式。《法律推理的基本形式——规范性论证视角下的结构分析》一方面再次以规则与原则的区分为出发点，另一方面则划分不同的论证阶段，分别阐述了涵摄、权衡与类比这三种基本法律论证形式的结构，及其在不同论证出发点与论证阶段中的角色。

《文化与法律论证》或许在这些篇什中显得是个异数，它处理的是作为论证背景的文化与作为（解释学上）论据的文化在法律论证中的作用，但一旦明白法律论证（司法论证）终究是围绕规范适用展开的，那么文化背景与文化论据无非是规范适用之外在因素与内在理由而已。无论是文化背景还是文化论据，最终要透过规范的解释与适用才能发挥其规范性效果。类比论证乃法律续造之一种，其意图通过扩张法律规则之意义来决定规则词义之外的情形。《判例的结构

与类比论证》试图另辟蹊径，借助于分析判例（或规则的典型情形）的结构来透析类比论证的特性。正是判例的双重构造决定了类比论证的不同层次。

古斯塔夫·拉德布鲁赫（Gustav Radbruch）曾言，每一种法律思想都不可避免地带有它得以型塑的“历史气候”的标记。我的这几篇习文难谓法律思想，但依然带有这个时代的历史气候。这个时代，即为“分析的时代”；而这种历史气候的标记，即以小问题切入，以精微的分析技术来展现法学日常作业“精致的风格”（本丛书主编语）。或有论者会认为这样的研究路径缺乏宏观理论视野与终极人文关怀，但我却恰恰以为，以技艺吸纳视野、以逻辑包裹激情、以论证代替想象、以理由击碎直观，恰恰是在现代社会系统这个利维坦面前为法学赢得力量的根本途径。而要改变中国法学幼稚之症的痼疾，需要的或许不仅是“对塔说相轮”（程明道语），而更是进入塔中辛勤攀登。如果这几篇文章果真向这个方向迈出了一小步，这将是我最大的幸事。

雷 磊

2012年4月于京郊寓所

目 录

丛书总序 \ 1

自 序 \ 3

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 \ 1

形式原则与规则的推定排他性 \ 68

再论法律解释的目标

——德国学说中主/客观说之争的剖析与整合 \ 120

法律论证何以可能? \ 154

法律论证的功能、进路与立场

——以《法律论证原理》一书为视角 \ 184

法律推理的基本形式

——规范性论证视角下的结构分析 \ 210

文化与法律论证 \ 263

判例的结构与类比论证 \ 283

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

目 录

- 一、绪论 / 2
- 二、法律规范同位阶冲突的理论基础 / 4
 - (一) 规则与原则的区分与联系 / 4
 - (二) 同位阶规范冲突的基本解决模式 / 15
 - (三) 小结 / 22
- 三、法律规范同位阶冲突的解决方式及类型化结果 / 27
 - (一) 原则与原则的冲突 / 28
 - (二) 原则与规则的冲突 / 41
 - (三) 规则与规则的冲突 / 53
 - (四) 小结 / 57
- 四、法律规范同位阶冲突之难题及可能的解决方向 / 59
 - (一) 难题的粗略梳理 / 59
 - (二) 可能的解决方向 / 65

* 原载《台大法学论丛》2009年第38卷第4期。

一、绪论

所谓法律规范冲突 (conflicts of legal norms), 是指不同法律规范的法效果不能兼容的情形。这一现象作为必然性的规范价值冲突和或然性的立法技术缺陷的表现, 是当代法哲学与法学方法论关注的中心之一。其情形错综复杂, 解决途径不一而足。以往学界的关注点往往是在空间、时间、逻辑上处于不同位阶的法律规范间的冲突, 即“异位阶冲突”。^[1] 各国立法或司法实践对于解决这三类冲突的基本准则大体一致, 即“上位法优于下位法” (*lex superior derogate legi inferiori*)、“新法优于旧法” (*lex posterior derogate legi priori*)、“特别法优于普通法” (*lex specialis derogat legi generali*)。如果相冲突的法律规范之间并不能被识别出这些不同的位阶, 按传统的冲突理论就只剩一种可能: 相冲突的规范相互抵销, 不能适用任何一个, 即产生所谓的“冲突漏洞”。^[2] 此时法官乃得行使其自由裁量权。

反之, 在空间、时间与逻辑上同时处于相同位阶的法律规范之间的冲突可称为“同位阶冲突”。具体说来, 假如 A 与 B 两条法律规范概不存在如下三种情形, 则可认为它们处于同位阶关系: ①A 与 B 属于不同等级但性质相同之机构制定或设立之规范^[3], 或者 A 与 B 属于存于法律明文规定的

[1] 传统意义上的“位阶”仅指涉空间向度, 但本文采用了广义上的“位阶”概念, 包含空间、时间和逻辑三个面向。因为就其本意而言, “位阶”指的是“等级、等次”。传统的冲突准则正是依据两个法律规范在空间、时间或逻辑上所处的等级、等次不同这一形式依据来做出判断, 故都可以被视为异位阶冲突。

[2] 参见 [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 202 页。

[3] 关于此一标准的详解参见胡玉鸿: “试论法律位阶划分的标准——兼及行政法规与地方性法规之间的位阶问题”, 载《中国法学》2004 年第 3 期。

同等级效力规范性文件中规范。②A与B分属于同一立法主体制定或创设但先后颁布之规范。^[1]③A与B分属于效力范围不同之“普通法”与“特别法”规范。^[2]惟要注意的是,假如A与B的位阶拥有上述要素中之二者或更多,如A为旧上位法,B为新下位法,则仍属于异位阶冲突。此三条标准构成了法律规范同位阶冲突之“消极判准”。需要注意的是,以上所述之“法律规范”仅包括法律规则(Rechtsregel),而不包括法律原则(Rechtsprinzip)。^[3]假如我们认为,与规则一样,原则同样借助于应为(Gebot)、可为(Erlaubnis)、勿为(Verbot)这类义务性表述而为具体的应当判断(Sollensurteil)提供了理由的话^[4],那么我们就不能否认它也是法律规范的类型之一。但是,如下文所述,原则是与规则完全不同的规范类型。此种差别对于本文而言的关键在于,原则之间、原则与规则之间无法在空间、时间与逻辑上形成规则之间那般的位阶关系。故而可以说,但凡涉及原则的规范冲突(原则间的冲突、原则与规则的冲突)均可认定为同位阶冲突。这是法律规范同位阶冲突之“积极判准”。综言之,凡原则之间、原则与规则之间的冲突以及规则之间不属于“消极判准”描述之三种情形的冲突均属于规范的同位阶冲突。

[1] 具体参见孔祥俊:《法律规范冲突的选择适用与漏洞填补》,人民法院出版社2004年版,第271页。

[2] 关于“效力范围”划分的亚标准参见秦季芳:“法律规范竞合关系的再思考”,载《玄奘法律学报》2005年第3期。

[3] 如无特别说明,以后本文将用规则和原则来简称法律规则和法律原则。

[4] Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994, S. 72.

概言之，同位阶冲突与异位阶冲突的区别在于：①异位阶冲突发生在不同位阶的法律规范之间，而同位阶冲突发生在同位阶的法律规范之间。②异位阶冲突的解决方式（也是传统的冲突解决模式）主要以法律规则为处理对象，而同位阶冲突的解决模式则兼顾了法律规则和法律原则。③一般而言，异位阶冲突依预设的第三方准则来解决，这一准则是一种形式准则；而同位阶冲突只能在冲突发生后，在相冲突的法律规范间互相进行内容的比较，无法求助于第三方形式准则。④一般而言，异位阶冲突需要一种体系化的解决方式，而同位阶冲突则更适合一种个案式的解决方式。虽然归根到底，任何冲突解决模式都可以还原为在个案中权衡适用哪一个规范更“合适”的问题，但我们可以认为异位阶冲突的形式准则已经将这种权衡绝对化和固定化了，因而一般情况下不需要回溯到前者。⑤异位阶冲突的解决仅在规范层面就可以进行，它以毁损（derogation）的方式否定了其中一条规范的效力，因而具有普遍的效果。而同位阶冲突的解决结果则需要结合规范和个案事实才能得出，它并未否认任何规范的普遍效力，因而仅具有个案（类型化）效果。

上面论述已经揭明，同位阶冲突理论得以区别于异位阶冲突理论的一个重要出发点在于法律规则与法律原则的划分。而正是近年来法哲学在原则理论上发展出的丰硕成果孕育了规范冲突理论突破创新的可能。尽管在方法论中引入原则即意味着一种“实质化的思考方式”，然而本文试图说明，这种实质价值判断的带入并不意味着将规范冲突的解决完全放任于法官的自由裁量。

二、法律规范同位阶冲突的理论基础

（一）规则与原则的区分与联系

原则与规则的划分是近年来国际法哲学界探讨的重点之

一。德国战后虽有约瑟夫·埃塞尔（Joseph Esser）、卡尔·拉伦茨（Karl Larenz）等学者进行了深入探讨，但此一问题获得突破性进展并引发热论则无疑始于美国法学家罗纳德·德沃金（Ronald Dworkin）。随后，德国法哲学与公法学家罗伯特·阿列克西（Robert Alexy）做出了更大的贡献，发展出了一套完整的原则理论。而荷兰法律逻辑学者亚普·哈格（Jaap Hage）则将讨论进一步精确化。这些理论都构成了法律规范同位阶冲突的理论基础。

1. 德沃金论规则与原则的区分

19世纪以降法律实证主义成为法学界占统治地位的学说。实证主义在法律本体论构成方面的基本信条认为“法律是一个规则体系”，法官的司法活动只有依照承载着立法者明确意图的规则进行，裁判才具有合法性。哈特（Hart）虽然在其《法律的概念》（*The Concept of Law*）一书中提出了法律概念的“开放结构”问题，承认法官拥有很大的裁量权，但仍然没有意识到规则之外存在别的法律构成单位。^{〔1〕}作为实证主义的主要对手，德沃金敏锐地指出了哈特的理论盲点，提出除规则之外，原则（principles）、政策（policies）和其他标准（standards）在解决疑难案件时也承担着裁判依据的功能。

德沃金通过对两个著名的疑难案件（里格斯诉帕尔默、亨宁森诉布洛姆菲尔德）的考察，发现了与法律规则全然不同的法律原则。他认为，二者存在逻辑上的区别^{〔2〕}，这是一

〔1〕 关于“初级规则”、“次级规则”以及“法律的开放结构”的论述，参见〔英〕哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜译，（台北）商周出版社2000年版，第73~91、116~127页。

〔2〕 〔美〕罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第43页。

种“质”的区别而非程度或量的区别。这种区别主要来源于属性上的差异：

第一，规则是以一种“全有或全无”（all-or-nothing）的方式被适用的，而原则并非如此。如果一条规则所规定的事实是既定的，那么这条规则或者是有效的（必须接受该规则所提供的解决办法），或者是无效的（该规则对裁判不起任何作用）。而原则仅仅可能为某种解决办法提供了理由，并不一定决定案件的判决结果，即使如此仍不能说它是无效的。因为它的全部含义在于：在相关的情况下，官员们在考虑决定一种方向或另一种方向时，必须考虑这一原则。^{〔1〕}

第二，原则具有分量或重要性（weight）的向度，而规则没有。当各个原则相互交叉影响同一案件时，解决纠纷必须考虑每一原则分量的强弱。当然，这一考虑不可能是完全精确的权衡，对哪一特定原则更加重要的判断经常是有争议的。规则虽然在功能方面也存在程度上的差别，但在适用时其本身并不具有分量的特性。^{〔2〕}规则之间的冲突是一种逻辑矛盾，因此二条规则相抵触时，必然其中之一有效而另一条无效。而原则之间的冲突并不产生逻辑悖论，二条原则相矛盾并不会导致其中一条无效，只是由于它在个案中的分量不及其他原则而对案件结果不起决定性作用。

此外，理论上规则可以将全部例外都列举出来，而原则不能，或者说原则根本不存在所谓的“常态—例外”的展现方式。因为原则的内容如此宽泛，以至于即使将例外列举出

〔1〕 [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第43~45页。

〔2〕 [美] 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第46页。

来也不能使得对原则内容的表述更为准确。这个区别实际上表明了二者在确定性上的差别：由于能穷尽例外，规则具有绝对的确定性；由于不能穷尽例外，相对而言原则具有不确定性。这也进一步解释了二者在应用方式上的差别：由于具有绝对的确定性，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问题，所以原则与个案间的关系可能是多样的。

2. 阿列克西的原则理论

阿列克西虽然是德沃金理论在德国的继受者，但他对德沃金所作的区分并未全盘接受，而是通过对该区分的批判来建构自己的原则理论。首先，针对规则所具有的全有或全无的性质，阿列克西认为它来源于规则的例外可以穷尽的主张。然而因为原则可以成为规则的例外，而且原则的反例无法穷尽，这就使得规则的例外也无法穷尽，因此规则就无法以全有或全无的方式被适用。其次，德沃金关于原则与规则的区分并不适用于“绝对原则”。“绝对原则”根据其定义享有绝对的效力，无需与其他法律原则进行权衡，当其他法律原则与之发生冲突时必须无条件退让。例如德国基本法中的“人性尊严”原则。^{〔1〕}正因为如此，阿列克西认为规则与原则的真正区别在于：

第一，原则是最佳化命令(Optimierungsgebote)^{〔2〕}。原则要求某事在相对于法律上与事实上可能的范围内尽最大可能

〔1〕 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”，载《辅仁法学》2003年总第24期。

〔2〕 参见 Vgl. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp Taschenbuch Verlag, 1994, S. 75 ~ 76. 当然，此处所谓之“命令”当从广义上理解，即包括当为、可为与勿为三种模式。