

法律方法文库

陈金钊 主编

裁判客观性问题的研究

孙日华/著



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

014044073

D925.04
108

本书系2012年教育部人文社会科学研究青年基金项目
(项目批准号: 12YJC820092)

石家庄经济学院学术著作出版基金资助

法律方法文库

陈金钊 主编

裁判客观性问题的研究

孙日华/著



北航

C1731655

D925.04
108



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

裁判客观性问题研究 / 孙日华著. —北京:
法律出版社, 2014. 4

(法律方法文库 / 陈金钊主编)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6187 - 0

I. ①裁… II. ①孙… III. ①审判—研究—中国
IV. ①D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 052432 号

裁判客观性问题研究

孙日华 著

责任编辑 周丽君

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2014 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 7.75 字数 200 千

印次 2014 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6187 - 0

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 裁判客观性的命题及其法治意义 / 1

一、裁判客观性的概念 / 1

二、不同角度的裁判客观性 / 5

(一) 自然法学对客观性的认知 / 6

(二) 实证主义法学对客观性的维护 / 9

(三) 现实主义法学对客观性的质疑 / 14

(四) 批判法学对客观性的解构 / 16

三、裁判客观性的特征及其对法治的意义 / 19

(一) 裁判客观性的特征 / 20

(二) 裁判客观性对法治的意义 / 22

(三) 维护裁判客观性符合中国的

法治现状 / 27

四、裁判客观性面临的冲击 / 33

(一) 裁判客观性的理论挑战 / 33

(二) 裁判客观性的现实危机 / 47

第二章 追求裁判客观性的法律因素 / 61

一、法律来源的客观性 / 61

(一) 法律来源的理论与实践 / 62

(二) 法律来源客观性的标准 / 73

(三) 法律来源客观性的困境与出路 / 75

二、法律构造的精确与裁量基准的设置 / 84

(一) 法律精确性的缘起 / 85

(二) 法律精确性的设计与操作 / 87

(三) 法律精确性对客观性的贡献与反思 / 92

三、法律语言的确定与模糊的释明 / 94

(一) 法律和语言的关系 / 94

(二) 法律语言中的不确定性因素 / 98

(三) 法律语言不确定性的防治 / 102

(四) 对法律确定性理想的反思 / 112

第三章 达至裁判客观性的事实因素 / 114

一、事实的理论界定 / 115

(一) 事实的概念 / 115

(二) 事实的分类 / 118

(三) 事实与法律的关系 / 122

二、事实真实的标准 / 125

(一) 客观真实 / 126

(二) 法律真实 / 129

(三) 交流共识 / 134

(四) 事实真实标准的安置 / 136

三、裁判事实的形成 / 139

(一) 客观事实的发生 / 140

(二) 客观事实被陈述为案件事实 / 142

(三) 案件事实被建构成裁判事实 / 148

四、事实认定的趋势和制度保障 / 156

(一) 事实认定的科学化 / 157

(二) 事实认定模式的制度完善 / 161

(三)事实认定机制的改革 / 167

第四章 影响裁判客观性的社会因素 / 171

一、裁判的现实困境与社会因素的引入 / 171

(一)社会转型与司法目标的多元 / 172

(二)司法职业化与司法民主化的争论 / 174

(三)二元社会与规范的缝隙 / 178

(四)建立法官与社会的交流途径 / 183

二、吸纳习惯弥合法律规范的缝隙 / 185

(一)习惯在司法实践中的定位 / 186

(二)习惯适用的前提 / 189

(三)习惯适用的方法 / 191

三、引入社会知识补充法官司法知识的不足 / 195

(一)法官司法知识的划分 / 195

(二)法官的司法知识与纠纷解决的供需失衡 / 199

(三)法官司法知识的补给与融入 / 201

四、运用民意消除裁判与社会的背离 / 204

(一)裁判中民意的微观划分与作用 / 204

(二)民意的识别 / 207

(三)民意的回应 / 211

结语:本书的能与不能 / 215

参考文献 / 218

一、国内著作 / 218

二、国内译著 / 223

三、中文论文 / 228

四、英文文献 / 237

第一章 裁判客观性的命题及其 法治意义

司法裁判是一项活动、一个制度、一种权力抑或是一种理念。司法裁判可以追溯到人类文明开始之初,在初民社会,我们似乎也可以找到司法裁判的影子。历经沧桑巨变,司法裁判发生了诸多变化,从野蛮走向了文明,从非理性裁判逐渐迈向了理性裁判。不管历经多少风云变幻,司法裁判的基本功能——解决纠纷——没有改变;人们对司法裁判的理想——客观性的追求也没有泯灭。虽然司法裁判的客观性面临来自各方势力的质疑与挑战,但是,拯救裁判客观性的努力却从未停歇。司法裁判客观性的发展演化历史,在一定意义上,展示了法律发展史的基本图景。因此,要研究司法裁判客观性的问题,就必须先对司法裁判客观性的概念和演变进行梳理,并努力挖掘西方裁判客观性的历史以及裁判客观性在中国的境遇。

一、裁判客观性的概念

应该说“客观性”是一个极其复杂和富有争议的词汇。在学术发展史中,客观性被赋予了不

同的意义,如果对客观性进行一定的学术史梳理,那么在各个学科领域都将是一个庞大的工程。限于个人能力以及文章写作的需要,笔者仅对法律视野的客观性问题进行简单的介绍。

“客观”一词通常是作为形容词使用的,如“客观规律、客观事实”等偏正结构的组合,都表现出了其形容词的词性。“客观性”就是名词性质了,比如“法律具有客观性,物质具有客观性”等组合,展示出了“客观性”的名词词性。在《现代汉语大辞典》中,“客观”一词的意思包括以下三种:一是在意识之外,不依赖于精神而存在,不以人的意志为转移;二是按事物的本来面目去考察,与一切个人感情、偏见或意见都无关;三是包含在对象中的,构成对象的,具有对象性的。在英语世界里,“客观”对应的是“objective”,“客观性”对应的词是“objectivity”。在《牛津高阶词典》中对客观有两个解释:一是不被私人的感受或意见所影响;只考虑事实(facts)且事实就是真实的对象尤其是被证明为真的对象。二是外在于人的精神和心智而存在;以事实为基础,而事实是被证明为真的对象。在《布莱克法律词典》中“客观”也是有两个解释:一是关于或指涉外在可证实的现象,或以外在可证实的现象为基础,作为个人感觉、知觉的对立面。二是没有偏见或成见,不被私人感觉和自身意图所影响。^[1]当然,理论上对于客观性的论述远远超越了各种词典中的定义,因为不同学科根据自身的学科特点,对客观性规定了特定的内涵和外延,客观性问题明显地呈现了学科特色,并没有一个确定的答案。但是,在法律领域客观性主要是不任意、非私人性、尽量(不是绝对地)排除不当的主观情感、立场、态度、经验、价值等因素。这样的论调还是得到了基本的共识,但并非绝对的认同。在下一节中就可以发现法律人从不同的角度论述了裁判的客观性,场面可谓壮观。

对于裁判客观性问题的论述将涉及司法过程中的诸多因素。从

[1] 转引自蔡宏伟:“确定性的寻求——波斯纳法律理论研究”,吉林大学法学院2008年博士学位论文,第5页。

静态而言,将关系到法律规范、事实等要素。^{〔1〕}从动态而言,关涉法律推理以及法律解释等。那么,裁判客观性与这些因素是什么关系呢?秦策先生将法律客观性与裁判客观性的关系分为两种:第一种是把法律的客观性当做裁判客观性的前提条件和上位概念来理解。法律的客观性成为裁判客观性的必要基础,裁判客观性很自然地成了法律客观性的题中应有之义。第二种就是将法律客观和裁判客观性大体上作为同义词来使用。他认为波斯纳在论述法律客观性的时候就是从司法过程中揭示出来的,法律客观性与裁判客观性的意蕴是基本相同的。^{〔2〕}对于事实问题和法律方法问题,秦策先生没有直接涉及。但是,笔者认为在司法过程中,事实问题和法律方法问题是绝对不能回避的因素,笔者在本书中论述的裁判客观性将会涵盖这些要素。

我们可以这样定义司法过程,即综合考量或者兼顾各种要素在法律规范与事实的互动中获得一个客观的裁判结果。所以,本书是将法律的客观性和事实的客观性作为裁判客观性的下位概念使用的。法律的客观性、事实的客观性将是裁判客观性的基础和前提。法律方法的运用是裁判客观性实现的路径之一。^{〔3〕}所以本书所谓的裁判的客观性就是建立在法律、事实和社会各要素基础之上的。在探讨裁判客观性时将司法过程放在整个社会的场域下,而不像传统裁判客观性的研究那样将其局限在规范法学之内。如果我们仔细观察也可以发现,裁判客观性的捍卫者主要是从规范法学的视野出发(或者说仅仅就

〔1〕 笔者在这里所说的法律规范与事实都是广义上的。毕竟法律规范的外延是很广泛的,国家法和民间法都是可以作为大前提的,作为小前提的事实内容也很丰富。事实存在不同的层次,在司法过程中,事实与规范不同的对应关系将会适用不同的法律方法和裁判手段。

〔2〕 秦策:“裁判客观性的理论建构”,载《比较法研究》2001年第1期。

〔3〕 因为裁判的客观性还有其他的路径保障,如司法制度、法官的解释共同体、司法文化等。

法律问题谈论裁判的客观性)^{〔1〕}；而裁判客观性的挑战者们几乎都是从整个社会的视野出发，比如，现实主义法学派、批判法学派等代表人物，都将法官的司法行为放在了整个社会的大背景下来考察。他们不同于裁判客观性的捍卫者们那样只是就法律论司法，而是引入了更多的社会因素，比如法官的心理、经验、生活环境、人性、习惯以及社会背景、政治、伦理等诸多因素。在传统上被法律人所忽视的“成分”，都被裁判客观性的挑战者们注入了司法过程，从而瓦解裁判的客观性。这样的攻击立刻让裁判客观性的捍卫者们措手不及，出现了人们对裁判客观性一步步退让的倾向。因此，笔者认为裁判客观性的捍卫者应该“在哪里跌倒在哪里爬起来”。既然挑战者们从整个社会的视野出发解构裁判的客观性，那么，捍卫者就应该也从整个社会的背景出发去寻找维护裁判客观性的各种资源。笔者在本书中就有这样的学术努力，只是笔者在梳理西方裁判客观性问题之后，回溯到转型中国的理论问题和实践问题的研究，考量中国语境下的裁判客观性问题，毕竟我不想“吃中国饭操外国心”。

在中国语境捍卫裁判客观性，就需要找到可以攻击的对象，但是，中国学界对于裁判客观性的挑战者们都是“游击战术”，既没有形成主要的学术流派，也没有明确的学术观点。他们基本上是跟着西方法律人在走，西方开始质疑裁判的客观性了，国内也开始躁动。这样的话，笔者在本书中攻击的对象就来自于两个方面，即中外的“两股势力”。笔者已经将本书定调为中国司法问题的观察，那么，不免要对

〔1〕 比如，概念法学、分析法学等代表人物基本都是从法律本身去阐释法律的客观性，虽然他们选择的角度不同，有的从法律的结构出发，有的从法律的语言出发。德沃金似乎要作出一定的突破，将道德、政策引入了法律规范构成之中，建构了整体性法学和建构性解释，但是我们必须承认的是，他仍然没有超脱法律本身的视野，对社会关注不够。这就是为什么我们对德沃金属于哪个学派不好界定的原因吧。因为他的思想主要还是停留在实证主义法学的范畴，但是引入了道德后又具有了自然法学的倾向，而对于政策等因素的运用又感觉他好像是有点社会法学的味道。

当下中国司法实践中破坏裁判客观性和法治的行为“品头论足”。^{〔1〕}比如,过度(非理性)的能动司法对裁判客观性的冲击和对法治的破坏。

总之,无论人们对裁判客观性的执着追求,还是对裁判客观性的广泛质疑,都是逐渐理性化的产物,或者说是过于理性化的产物。人们在逐渐理性化的时代,也逐渐地走向了个人化,总认为自己掌握了绝对的真理。每一个法学流派在建设自身理论高塔的同时,一定程度上也在自掘坟墓。司法过程本来就是一个复杂的过程,并非某个理论就可以给出权威的答案。无论是捍卫还是抨击裁判的客观性,我们都应该沉思一个问题,司法的终极目的是什么?笔者相信司法的终极目的应该会有一个模糊的、近似的答案,那就是实现正义。虽然正义有很多种,但是诉讼的参加人都想给自己一个“显得”正义的交代,这也是法官的使命。不管哪个法学流派,本质上都得到一个正义的答案,只是采取的方式不同,看问题的角度有别而已。裁判的客观性,需要排除法官的主观任意。在一个价值多元的社会,裁判的客观性也不能“独孤求败”,它必将是与与时俱进的,是多层次的。这也就是为什么笔者将裁判客观性的基础定位为法律、事实和社会三个要素,这样的结构设计不但可以与传统的裁判客观性捍卫者为伍,而且根据裁判客观性挑战者的思路,以其人之道还治其人之身。从整个社会的层面考察裁判客观性,并运用广泛的资源捍卫裁判客观性。

二、不同角度的裁判客观性

裁判客观性问题由来已久。在人类漫长的法制史上,人类始终在通过各种途径追求司法裁判的客观性。这种追寻的过程经历了野蛮与蒙昧,逐渐地走向了文明与理性。人类在不断改造自然的过程中,也在不断地探索人类社会纠纷的解决方式,其中一项最重要的目标就是如何获得一个客观的司法裁判。但是,人类探索裁判客观性的道路

〔1〕 笔者将裁判的客观性和法治放在一起讨论的原因就是裁判的客观性是维护法治的,如果破坏裁判的客观性,在一定程度上也在破坏法治。

并不平坦,对裁判客观性质疑的声音不绝于耳。裁判客观性问题面临来自于多方面的攻击。笔者在本节将对裁判客观性的发展脉络进行简单的梳理,为后文对裁判客观性的建构抑或重构奠定基础。当然,由于西方的法律思想史中裁判客观性是一个极其宏大的命题,如果将其详细地论证并不是一本著作可以驾驭的。因此,笔者仅按照主要的法学流派对这段历史进行概括性的整理。

(一) 自然法学对客观性的认知

当选择法律作为调整人们生活方式的制度逻辑之后,人们就没有放弃过对其客观性的追求,客观性一直是人们的美好理想。古代神判阶段,在司法裁判中,人们祈求全知全能的神灵或者上帝。古人相信,神灵有无限的本领,能够明察秋毫,公正无私,而且全知全能。人们通过祈祷、祭拜等仪式,获得神灵的启示,给予人间客观的裁判。神判时期,人类还处于蒙昧时代,司法裁判在很多时候不但没有获得神灵的指点,反而还成为统治者专制的工具,或者成为个别人在司法中投机取巧的伎俩。

在上帝和神灵没有给予其必要的正义和客观之后,人们形而下地寄希望于法官,希望清廉、智慧、高尚的法官能够带给司法裁判以客观和公正。在大众的清官意向里,清官被赋予了全知全能的神性品格,无论案件多么复杂,都能够保证司法裁判的正当性和客观性。^{〔1〕}但是,残酷的现实也没有给予人们确定的司法答案。人性固有的弱点,在一个人治的时代,完全依靠圣人之治,并没有给予司法裁判一个客观的结果。

人们对法律(裁判)客观性的追求并没有因为挫折而停歇,在人类逐渐走向理性化的时代,人们开始了更深入的探索。

柏拉图在幻想哲学王统治的道路上受挫之后,转向对法治国的追求,认为完善的法律可以完成国家的治理。柏拉图认为公正的裁判要

〔1〕 徐忠明:“中国传统法律文化视野中的清官司法”,载《中山大学学报》(社会科学版)1998年第3期。

“按照既定的标准判断什么是正义的,什么是不正义的……他不会因为贿赂和恐吓而放弃自己的原则,他完全超越个人的友谊或者敌意来考虑问题”。在此,客观性建基于裁判者的中立性、规范的自主性和解释方法的客观性之上。^{〔1〕}

柏拉图的学生——亚里士多德,更是主张法治,反对人治,并最早提出了法律的确定性问题。他倡导“法律应该被遵守,被遵守的法律应该是良好的法律”。展示了亚氏对法律客观性的追求。罗马帝国在继承了雅典法治理念的基础之上,出现了大批的法学家群体,他们著书立说,积极地参与到法律实践之中,发展了许多法律技术,并在一定程度上实现了法典化,对法律的确定性以及裁判客观性的追求达到了新的高峰。

法治的理想是以裁判的客观性为基础的。在人类不断追求法治的道路上,裁判的客观性成为人们不懈追求的目标。

自然法学派主张在实在法的背后有一个永恒的、客观的自然法。自然法适用于一切人,而不是适用于某个人和某个社会。将自然法的作用空间设定为全世界和全人类,并且自然法是先于人类实在法而存在的。实在法的规范都是源自于自然法,如果实在法与自然相冲突,实在法将是无效的。自然法是客观的,其不以人们的意志为转移,人们在制定实在法的时候,需要参照自然法,并逐渐地去领会和接近自然法。自然是先验存在的,永恒不变的,所以人们依靠自身力量在努力地探知自然法的真谛。在实在法的制定过程中,人们就可以像自然科学那样,通过科学的手段去发现自然法,因此,依据自然法制定的法律就是客观的法律。因为自然法学派有一个基本的理论前提,那就是“恶法非法”,既然自然法是客观的,那么依据客观的自然法制定出来的被称作“法”的实在法也是客观的。

自然法学区分了实在法秩序和自然法秩序。认为自然法是更高级别的法,它知晓所有问题的答案,并将一面明镜置于实证法之前,它

〔1〕 陈林林:《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》,中国政法大学出版社2007年版,第55页。

是正确的法,因为我们的法律意识、对法与恶法的直接而明显的感觉来自于它。自然法是最高意义的法。它位于一切实证法之上。它是实证法的标准和良知,它是法律的国王,规范之规范。^{〔1〕}从自然法的内容和渊源来看,佩策尼克将自然法理论概括为三大类:第一类为宗教性的自然法理论(a religious natural-law),它是由一些宗教性的假设加以支持的,例如托马斯·阿奎那的自然法理论。第二类为理性化的自然法理论(a rationalistic natural-law)。第三类为经验性的自然法理论(a empirical natural-law)。^{〔2〕}但是,不管哪种自然法,都主张其具有客观和永恒正义的身份。它们或者以宗教信条或者以自然信条作为有效法体系建构的逻辑起点,并建构起一个封闭性的实体化道德体系。尤其是十七八世纪的自然法学说,对19世纪的大规模法典化运动起到了非常重要的推动作用。法典化进一步推动了司法裁判中严格规则主义的裁判理论。在司法过程中,按照实在法的规则裁判,不考虑法律之外的因素。严格地依据法律规范,认定事实,按照逻辑推理作出一个客观的司法裁判。在这个过程中,法官的主观任意和裁量权得到了抑制,裁判的客观性得到了维护。

在这种情况下,法官通过形而上的客观自然法和形而下的客观实在法作出的司法裁判,就想当然地成了客观的裁判。在这样的司法裁判中,法官需要做的就是将实在法、个别情况下的自然法,运用到当前的案件中,客观的裁判可以通过逻辑推演的方式获得。法官自身并不需要展示自身的主观能动性,需要的只是探知法律客观性的能力。但是,自然法的逻辑是,法律本体上就是客观的。从自然法的客观推导出实在法的客观,从实在法的客观推演出裁判结论的客观。在司法过程中,忽视了法官作为主角的作用,在一个不断地理性化的时代和人本主义思潮的影响之下,被忽略的——人的因素逐渐地获得了认

〔1〕 [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第190页。

〔2〕 Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, pp. 218-219.

同。另外,自然法的神秘与模糊,在一定程度上,让人们无法去探知,而且自然法到底是什么,人们也存在广泛的分歧。对于一个具有争议的自然法客观性,也将影响实在法中的客观性问题。所以,此时,法律实证主义在此时回应了这样的问题。

其实,在人们通过理性从自然法那里获得永恒的客观,并赋予实在法客观的有效性之时,我们就会发现这个理想中的悖论。既然人类能够运用自身理性获知自然法的理念,那么,何必还要再次将自然法转化为实在法呢?在现实的司法裁判中,法官可以直接地依据自然法进行判决啊?但是,如果这样的话,自然法本身的内在矛盾也就会在司法裁判中发生争执。什么是自然法?自然法是否只包含人类善的一面,还是人性恶的一面也在自然法之中?如果为了司法裁判,我们只承认自然法“善”的方面,那么,人类“恶”的习性又该如何解释呢?所以,期望从自然法中获得客观的裁判将会受到广泛的质疑,并最终落空。

(二) 实证主义法学对客观性的维护

由于自然法学主张法律与道德的必然联系,但是,道德的客观性是模糊的,经常会出现抵触的情形,道德客观性无法证明,自然法所倡导的是抽象的信条,而法律需要具体的指引,所以导致自然法也是不可靠的。如果纠纷的解决依靠富有争议的道德信条,司法裁判难以避免主观性、不确定性的宿命。

自然法的客观、普遍和永恒等一切特点受到了实证主义法学的质疑。实证主义法学认为法律的客观性存在于现实的实在法之中,而不在抽象的让人无法捉摸的自然法里。实在法是由确定的规范构成,为人们的行为提供了确定的指引;认为实在法与道德和政治无涉,排除了价值进入司法。韦伯曾经形象地描述了实证主义法学对法官的设想:“现代的法官是自动售货机,投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由。”〔1〕

〔1〕 [美]刘易斯·A.科瑟:《社会学思想名家》,石人译,中国社会科学出版社1990年版,第253页。

然而,在实证主义法学内部,对法律客观性问题的认识也并不相同。

凯尔森在基本规范之下通过授权和层层委托的方式建立了一个逻辑自足的规范体系。这样,就可以得出“在来自法律秩序不同级的两个规范之间,不可能发生任何矛盾”〔1〕凯尔森认为法律规范体系之间具有了一致性,也就可以形成法律的客观性。在纯粹法学的视野之中,法学可以被建构成为科学,甚至认为可以通过科学的手段实现客观性。

哈特从语义分析的视角,认为法律存在意义中心(core of meaning)和开放结构(open texture)并认为在意义中心法律是确定的,在法律的空缺结构中,法律是模糊的。哈特认为确定的法律是法律的主导,而空缺只是法律的个别情况。就司法裁判的角度而言,核心部分的规则是可以直接适用的,而且法官有义务去适用。“他只需要去确认清楚词汇所包含的事例,将特定的事实‘涵摄’在一般性的分类项目之下,进而导出简单的三段论的结论。他不必再自冒风险或进一步寻求权威指示两者当中进行非此即彼的抉择。”〔2〕然而,在边缘地带,也就是在疑难案件中,法律是不确定的,法官只有行使司法裁量权才能应对这个裁判的难题,即行使某种准立法权能(a quasi-legislative capacity)“……的确,即使在理论当中,‘判决理由’、‘案件事实’、‘法律解释’这些关键词,也含有不确定的阴影地带……我们将止于简单扼要地标识出其中开放结构之领域,和创造性司法活动的特征。”〔3〕所以,在哈特的理论中,依法裁判,即依据法律的核心意义就可以获得司法裁判的客观性。

〔1〕〔奥〕凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第182页。

〔2〕〔英〕H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第121页。

〔3〕〔英〕H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第129页。

然而,哈特的规则开放性的特点,也决定了哈特承认法律存在漏洞以及法官司法自由裁量权。也就是说,在疑难案件中,法律不存在唯一正确答案,法律的客观性将在法律的开放结构中式微。德沃金扛起了维护客观性的大旗,在德沃金看来,法律不仅是由规则组成,还包括原则等。原则是指“法律规则之外的其他准则的总体”,^{〔1〕}“当我们说某一条原则是我们法律制度的原则时,它的全部含义是: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”。^{〔2〕}法律规则和法律原则的适用是有区别的,规则是以全有或全无的方式适用,表现为如果一条规则所规定的事实是既定的,那么这条规则就是有效的,在这种情况下,必须接受该规则所提供的解决办法,或者该规则是无效的,在这种情况下,该规则对裁决不起任何作用。^{〔3〕}当规则失灵的时候,原则就可以派上用场。规则不起作用的地方,还有原则,原则的适用不同于规则,具有分量和重要性的差别,当各个原则之间相互交叉的时候就会产生原则之间的相互冲突。此时我们需要考虑原则的分量和重要性的强弱,对原则重要性的判断经常是有争议的,因此探寻原则适用的分量和重要性具有非常重要的意义。^{〔4〕}所以,德沃金通过在法律的构成中加入原则,就避免了哈特所谓的“空缺结构”,维护了法律的客观性。但是,和法律规则一样,法律原则也是用语言来表达,而语言本身的开放特点就决定了法律原则有时候也难以避免出现“漏洞”,这样的假设必定是滑稽可笑的:只要某法律规则的意义是不明朗的,就一定存在某项意义明朗

〔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40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45页。

〔3〕〔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。

〔4〕〔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45~46页。