

山东大学 法律评论

第二辑

齐延平 主编



山东大学出版社
Shandong University Press



山东大学法律评论

(第二辑)

齐延平 主编

主
编
齐
延
平

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

山东大学法律评论. 第2辑/齐延平主编. —济南:

山东大学出版社, 2004. 12

ISBN 7-5607-2949-5

I. 山...

II. 齐...

III. 法学-文集

IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 022346 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码: 250100)

日照报业印刷有限公司印刷

787×980 毫米 1/16 17.75 印张 336 千字

2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷

印数: 1—1000 册

定价: 25.00 元

版权所有, 盗印必究

凡购本书, 如有缺页、倒页、脱页, 由本社营销部负责调换

《山东大学法律评论》

(第二辑)

编 委 会

主 编 齐延平

副主编 张海燕

编 辑 李 川 陈一远 孙 婧

育德学去个卷

科日会社的育德学去

(171) 李道军 刘银良 文和基路·第[美].....

(181) 赵西巨[美].....向融强发的育德学去国美合 第[美]学去大型由本出从

文 献

卷[美]第[美] 2000 年第[美] 2000 年第[美] 2000 年第[美]

(108) 李道军 刘银良 文和基路·第[美].....

目 录

卷[美]第[美] 2000 年第[美] 2000 年第[美] 2000 年第[美]

会社本日升野由制尔主义主生员已山自野制制第 2000 年第[美].....

各科专论

文 献

论法律原则的地位..... 刘银良(1)

我国票据付款制度完善探析 董翠香(10)

有组织犯罪的概念研究

——以方法论的探讨为中心 周长军(21)

“家乐福”超市收费之分析 李 剑(33)

论法条竞合 刘 远 张新玲(52)

我国调解制度的法律困境与出路选择

——以美国 ADR 制度的发展为研究视角 蔡永彤(65)

法对人类价值的承载功能 李道军(74)

修宪,抑或护宪?

——以人权为话语中心 刘奇耀(85)

海洋生态安全立法研究 张式军(99)

浅谈原因自由行为理论中的几个问题..... 李传学(110)

行政法权利定位..... 李卫华(119)

论知识产权权利穷竭原则中的“同意”规则

——以欧盟法和英美法为主导 赵西巨(134)

董事解任法律制度研究..... 李国才(159)

域外法学教育

法律教育中的社会目标

..... [美]列昂·凯瑟琳文 傅蔚冈 赵元成译(171)

从巴尔的摩大学法学院看美国法学教育的发展趋向..... [美]刘朱胜(194)

译文

比较司法程序:问题、进路与方法

..... [意]莫诺·卡佩莱蒂文 徐昕 王奕译(207)

与“时代气氛”共鸣的改宪论?

——公共空间 BBS 蕴藏颠覆自由与民主主义之危险的现代日本社会

之一断面 [日]立山紘毅文 牟宪魁译(220)

学位论文

期待可能性理论研究..... 曲振涛(230)

书评

比较合同法的价值

——海因·克茨《欧洲合同法》读后..... 刘成伟 吕冰心(257)

法律空白与法官造法

——读《司法过程的性质》..... 马得华 王毅(261)

随笔

中国百年法制现代化之旅反思..... 马建红(270)

Contents

Review on Laws

On the Status of Legal Principles	Liu Yinliang(9)
Investigation on the Improvement of Domestic Bill	
Paid System	Dong Cuixiang(20)
Study on the Concept of Organized Crime	Zhou Changjun(32)
An Analysis of the Fare of "Carrefour" Supermarket	Li Jian(51)
On the Coincidence of Articles	Liu Yuan Zhang Xinling(64)
The Legal Difficult Condition and Out-way Selection	
of Mediation System of China	Cai Yongtong(73)
The Loading Function of Law to the Human Values	Li Daojun(83)
Constitutional Amendment, or Protection?	Liu Qiyao(98)
On the Legislation of Ocean Ecosystem Safety	Zhang Shijun(109)
About Some Problems on actio in causa	Li Chuanxue(118)
On Rights of the Administrative Law	Li Weihua(133)
On the "Consent" in the Principle of Exhaustion of	
Intellectual Property Rights	Zhao Xiju(157)
Study on the System of Director's Quitting	Li Guocai(170)

Overseas Legal Education

Social Aim in Legal Education	[U. S. A]Leon H. Keyserling
..... translated by Fu Weigang, Zhao Yuancheng(193)	
Recent Major Trends in American Legal Education:	
A View On the School of Law, University of Baltimore	
.....	Liu Zhusheng(206)

Translations

Judicial Process in Comparative Perspective:

Question Approach and Method [Italy] Mauro Cappeuetti
..... translated by Xu Xin and Wang Yi(219)

Words about Constitution Revision and it's Resonance

with "Atmosphere of Times"? ... [Japan] Kohki Tachigama
..... translated by Mu Xiankui(229)

Thesis

On the Theory of Anticipation of Possibility Qu Zhentao(256)

Book Reviews

Value of Comparative Contract Law Liu Chengwei Lv Bingxin(257)

Legal Gap and Judicial Law-making Ma Dehua Wang Yi(261)

Essay

Reflection on the Modernization of Chinese Legal
System in the Last 100 Years Ma Jianhong(270)

各科专论

论法律原则的地位

刘银良*

内容摘要 “法律原则”在法学研究及司法实务中扮演什么角色、在法律体系中如何定位,是法理学及各部门法争论的焦点。本文以法理学界的争论为起点,通过逻辑推理论证了法律原则既不同于一般道德原则,也不是有效的法律规范,而应将其定位为:以法治价值为规范目的,在法律上可适用的规范证明理由。它具有两项独特属性:法律可适用性和法治价值目的性。

关键词 原则 规则 法律 法律原则 承认规则 法治价值

从公法到私法、从实体法到程序法的各个法学领域,存在着许多“原则”。大多数学者视其为“法律原则”或者“法律的原则”。然而这些所谓的“法律原则”在法学研究以及司法实务中扮演的角色、在法律体系中的定位,一直是法理学及各部门法争论的焦点。本文通过法理学界的有关争论,阐释了笔者关于“法律原则的地位”的观点。

* 刘银良,男,内蒙古大学法学院副教授,北京大学法学院博士生;研究方向:民商法学。

一、法理学界的理论与争议

从 20 世纪 70 年代开始,英、美、法理学界对于法律原则是否存在以及如何判断法律原则的地位展开了激烈论战。论战的焦点是法律规则与法律原则的关系及其在法律体系中的地位。英国实证法学家哈特(H. L. A. Hart)坚决支持法实证主义的三项命题:规则命题(the rules thesis)、系谱命题(the pedigree thesis)以及裁量命题(the discretion thesis)。而牛津大学法理学讲座教授、美国法理学家罗纳德·德沃金(Ronald Dworkin)在批判哈特支持的法实证主义三项命题的基础上,明确主张法律原则是法概念与司法裁判不可或缺的一部分。

(一)法律与社会规则

哈特是二战之后分析实证主义法学的旗帜,主张法律是一种社会规则。在《法律的概念》一书中,哈特通过对奥斯丁(John Austin)的“法律命令说”理论的分析、批判,提出了著名的“法律规则说”,并试图以“法律规则说”取代或者弥补奥斯丁的“法律命令说”。

1. 关于“法律命令说”

从法律概念讲,分析法学的核心观念是“实际存在的法律命令”。它包括三项基本内容:①法是命令;②法与道德并无必然联系,即应区分“实然法”与“应然法”;③对法概念的分析性研究是值得进行的,即法律可以作为科学的研究对象。边沁(Jeremy Bentham)与奥斯丁这两位英国分析法理学的奠基人完全赞同这一命题。

奥斯丁认为,每一种法律或规则就是一个命令。具体地讲,首先,命令包括了一种希望和一种恶;其次,命令包含了责任、制裁和义务。命令有两种类型:一类是法律或规则;另一类是偶然或特殊的命令。命令“一般”地强制某种“类”的作为或不作为,这个命令就是一个法律或规则。但是,命令强制一个“特定”的作为或不作为,或者它“特殊地”或“个别地”决定作为或不作为,这个命令就是偶然的或特殊的命令。

由此可知,奥斯丁的法律定义,有两点是明确的:第一,“命令”是奥斯丁法律定义的核心,奥斯丁的法律学说因此也被称之为“法律命令说”。第二,奥斯丁法律定义的基本因素包括:命令;主权,即政治优势者与劣势者的关系;主权命令而生的责任和对不服从者以刑罚方式出现的法律责任之法律制裁。

2. 关于“法律规则说”

哈特的理论源于两个方面的理论基础:一个基础是奥斯丁所倡导的分析法学传统,另一个基础是语言哲学。

哈特主张法律是一种社会规则,是指导人们行为的普遍准则。而观察、总结社会规则的主要特征是多数社会成员从内在的、批判反思的观点“接受”某些社会上行之有效的惯行,因此,一旦这种内在规范态度缺失,任何外在的行为习惯事实都不足以构成具有规范约束力的社会规则。哈特进一步指出,一个成熟的法律体系必然包括两种不同层次的法律规则:第一性规则和第二性规则。第一性规则要求人们做一定行为或者禁止人们做一定行为;第二性规则是附属性的,它引入新的规则以废除、修改旧的规则,并决定范围和运作方式。第一类规则设定义务,第二类规则授予权力。哈特说:“‘法理学科学的关键’就在于这两类规则的结合中。”^①

哈特认为,第二性规则的出现是人类社会由前法律世界迈入法律世界所跨出的最重要的一步。因为,若只存在第一性规则的社会,即使人们衷心地接受并恪守该社会的义务规则,最后仍然不免会产生三个威胁社会存续的重大弊病:第一个弊病是不确定性;第二个弊病是静态性;第三个弊病是无效性。为此,哈特提出了自己的主张:“对这种最简单的社会结构形式的上述三个主要缺陷的每一个缺陷,其补救的办法就在于以不同种类的第二性规则来补充第一性的义务规则。这三种补救足以使第一性规则体制转换为无可争议的法律制度。”^②

为了挽救上述三项弊病所造成的社会存在危机,哈特认为必须在第一性规则的基础上建立三种主要的第二性规则。首先,必须有一套权威的识别规则作为判断有效法律规则的终极依据,以解决不确定性的问题,哈特称其为“承认规则”;其次,建立所谓“变更规则”,授权特定个人或团体在面对社会形势改变时,可以适时修正或废止不合时宜的规定,创造符合当前社会需求的法律规范,如此方能避免法律停滞不前的现象;再次,为了有效判断并制止反社会的偏差行为,一个健全的法体系必须制定权威的“审判规则”,以弥补无效性的缺陷。哈特声称,三种第二性规则结合产生的结构,不仅是法律制度的中心,而且是分析其他法律理论的一种有力工具,因为这是从法律的内在观点得出的结论。在这三种规则中,承认规则不仅提供了用以评价法律制度其他规则的效力标准,同时更是创造改变规则以及审判规则的

① [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第83页。

② [英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第95页。

最终法律依据。因此,在一个更重要的意义上讲,承认规则既是一个最终的规则,又是一个最高的规则。

综上所述,哈特的法概念论的确是依循“规则—系谱—裁量”的思维模式逐步建构起的一套严密的法理论体系。

(二) 法律与原则

法律的本质是一种社会规则,其规范拘束力主要来自社会成员的内在接受态度。然而,法律毕竟不等同于社会规则,因此需要一套权威的鉴别标准来判断有效的法律规则。这套标准是一套独一无二的系谱测试准则,即承认规则。只有通过其检测所承认的规则才是有效的法律。然而,法律体系并非毫无漏洞的封闭体系,法官面对法律文义模糊不清或者法无明文规定的疑难案件,必须扮演准立法者的角色,运用司法裁量探寻法律以外的价值判断来创造新的法律。

罗纳德·德沃金认为,哈特虽然提出了法律具有内在性质的观点,修正了奥斯丁以外在观点主张法律为主权者命令的说法,但是其法学理论依然无法超越法实证主义的束缚,即无法超越“法律为一规则体系”的论断。按照德沃金的观察,这一论断将迫使人们忽略包括原则、政策以及其他标准在内的许多非规则性的法律标准,在就法律权利或义务进行推理或辩论过程中所扮演的重要角色。从英美普通法的判例中,德沃金找到了反驳“法律即规则”这项命题的有力依据。他以里格斯诉帕尔玛案(Riggs v. Palmer)佐证法律体系里不仅有明显的法律规则,实际上还包括许多隐含的法律原则。

该案的事实大致如下:帕尔玛为其祖父遗嘱的指定继承人,由于担心祖父在过世前变更遗嘱使之丧失遗产继承权,便以毒药谋杀其祖父。

当时,纽约州遗嘱法规定了遗嘱的形式要件、遗嘱人的主体资格、遗嘱人的精神条件、遗嘱证明人的资格、遗嘱修改或撤销的有效条件等方面的问题,却无继承人谋害被继承人即丧失继承权的例外规定。因此,审理本案的法官面临一个棘手的法律问题:是否应该让为了继承遗产而蓄意谋杀被继承人的凶手继承遗产? 审判理由书里表现出两派不同的意见:第一种意见主张帕尔玛具有合法继承权;法官认为,依照遗嘱法的字面解释,既然找不出任何明文的例外规定可以剥夺被告的遗产继承权,帕尔玛依法可继承祖父的遗产;第二种意见则认为,解释法律不能拘泥于文字表面,应当探求立法者立法当时的真意。法官认为,立法者在制定遗嘱法时,不可能同意谋杀被继承人的凶手有权继承遗产。所以,在解释与本案有关的遗嘱法规时,不仅应当考察立法当时立法者的原意,更应当斟酌普通法上“无人可因自己之

不法行为而获利”的重要原则。由于多数法官采取第二种意见,最后判决帕尔玛败诉,不能继承遗产。^①

德沃金指出,上述两种司法解释意见分别代表不同的法概念论,双方的真正争点是,对于法律的真正立法意图有不同看法。主张“文义解释”者,倾向支持哈特的规则模式理论;主张“原则解释”者,则倾向支持德沃金心目中最健全的法理论。

按照德沃金的观点,法官将不仅仅依照“明确的法律规则”进行审判,而更应以“法律背后的原理原则”、“法律的精神”等评价标准作为判决的主要依据。这样,法律体系确如一张疏而不漏的恢恢天网,任何符合法律基本精神的原则或合理理由,都可作为法院审判的主要法律理由。

二、法律规则与法律原则

法律的重要性不容置否。但法律规则与法律原则的表现形式是一个仍待探讨的问题。

人类社会的进步表现为规律的客观的“自在性”,呈现一种螺旋式上升的趋势。而法律,无论是实证法学,还是自然法学,都是对“规律”的诠释,所以无疑受限于时空及语境环境,同时受限于公众的理解。

(一)规则与原则的关系

规则和原则同属于规范,是规范的下位概念。二者的区别表现在如下三个方面:

1. 类似命题:由于区别规则 and 原则的标准多种多样,相互交错,所以将规则和原则置于规范之下,直接区别二者的相同与相异、类似与非似。
2. 程度区别命题:认为规则和原则的相异只是程度问题。
3. 质的区别:认为规则和原则的相异不是程度问题,而是质的区别。

虽然区别规则 and 原则的标准呈现多样性,但是作为最基本的区别标准——规范内容的普遍性标准,是公认的通说。原则是普遍性程度相对高的规范;规则是普遍性程度相对低的规范。所以,作为规范,规则和原则至少必须具备两项特征:普遍性(因规则和原则决定程度不同)和规范性。在同一语境下,规则和原则是规范的两个方面,规则是原则的具体化,原则是规则的抽象化。

^① [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 41 页。

上述论证,意在证明笔者的一个观点:规则 and 原则并行不悖,共同构成规范的两个方面。“一个规则和一个原则的差别在于,一个规则对于一个预定的事件作出一个固定的反应;而一个原则则指导我们在决定如何对一个特定的事件作出反应时,指导我们对特定因素的思考。”^①

(二)原则的特征

原则至少必备上述两项特征:普遍性和规范性。这是英国伦理学家理查德·麦尔文·黑尔(Richard Mervyn Hare)对原则所做的解释与分析。他认为,一项规范命题如果不同时具备这两种特征,就不可能被称之为原则。^②

但是,如果规范命题的普遍性无法被合理化或正当化,即使具备适用性,也无法被认定为原则。“人不为己,天诛地灭”的规范陈述,虽然在纯粹描述意义上,其内容具有普遍适用性,但在实质规范意义上却欠缺正当性。那么,如何检验原则的正当性呢?德沃金提出了著名的原则与政策区别的主张。“我把这样的准则称为‘政策’,他们规定一个必须实现的目标,一般是关于社会的某些经济、政治或者社会问题的改善(虽然某些目标是消极的,在这样的目标中,它规定当前社会的某些特点需要保护,以防止相反的改变)。我把这样的准则称为一个‘原则’,它应该得到遵守,并不是因为它将促进或者保证被认为合乎需要的经济、政治或者社会形势,而是因为它公平、正义的要求,或者是其他道德层面的要求。”^③德沃金认为原则的正当性建立在道德权利的基础上,目的是在尊重或者确保个人及团体的权利得以伸张。如果不是以保障个人权利为目的的规范,就无法成为普遍有效的原则。

这里,德沃金仅仅解释了道德性原则的正当性。那么,非道德性原则的正当性如何理解呢?因为法律原则既包括道德性原则,也包括非道德性原则。道德性原则追求实质正义;非道德性原则追求程序正义,所以笔者认为,原则是一种价值取向。

① [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版,第18页。

② R. M. Hare, *Freedom and Reason*, Oxford: Clarendon Press, 1963, pp. 30-50; *Essays in Ethical Theory*, Oxford: Clarendon Press, 1989, pp. 49-65.

③ [美]罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社1998年版,第41页。

可以肯定,原则存在于人类规范世界之中。其存在包括三个重要特征:规范性、普遍性和正当性,三者缺一就失去了作为原则的基本属性。

(三)法律原则的属性

首先,规范性是以“当为”语句为表述形式的命题,主张人们应该或必须“行为”的规范判断,而非“如何行为”事实陈述。法律原则具备这一特征,而且它的规范性格是双重的。作为一般原则,可约束一般社会大众的行为,作为法律原则,可支持法官的裁量适用。

其次,普遍性是指规范应适用其涵盖的所有相同或相似的案件。作为同一位阶的原则,其普遍性的外延是相等的。但是,作为原则下位概念的法律原则和道德原则的外延是不相等的。法律原则衍生的法律义务,适用于特定法域;而道德原则衍生的道德义务却具有普遍性的适用效力。法律原则是在形成具体法律判断之前,法官应该考虑的规范性理由:“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。”^①它本身不是最后的法律判断。也就是说,法律原则不是法律。法律原则在形成之前,首先必须是大多数人所认同的一般原则,由于其规范内容与特定法律事实以及法律关系的变动有关,而被赋予法律原则的地位。

再次,正当性即“正义”、“妥当”。法律原则的正当性是区别于原则的正当性和道德原则的正当性的。它以法治价值为主要目的,而法治价值则是法律作为必要的社会公共选择规范不可或缺的基础。

三、法律原则的地位

在民主宪政制度和成文法体系的框架内,成为有效法规范的基本前提要件是获得立法机关的认可。虽然经由立法机关制定通过的法律,也有可能因为违反承认规则的实质审查标准(通常是特定道德原则)而被司法机关宣告无效。可是,符合实质裁判标准的多数社会规范,包括宗教、道德、风俗习惯以及所谓的法律原则(包括明文的、隐含的)在内,在未通过立法机关的认可前,绝对不可能成为有效的法律。即使在重视先例拘束原则的英美法系国家,法律原则虽然在司法推理过程中经常扮演举足轻重的角色,但其功能通常被定位为判决结果的重要解释理由,但并不因此具备有效法律规范

^① [美] 罗纳德·德沃金:《认真对待权利》,信春鹰等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 45 页。

的地位。比如,里格斯诉帕尔玛一案中适用的“无人可因自己不法行为而获利”的法律原则,无疑是支持原告胜诉的重要理由。然而这项英美法上的重要法律原则,并未取代纽约州遗嘱法的地位而独立成为有效的法律规范,它只不过是纽约州遗嘱法目的解释所凭借的最有说服力的理由。

可见,法律原则既不同于一般道德原则,也不是有效的法律规范,笔者认为应该将其定位为:以法治价值为规范目的,法律上可适用的规范证明理由。它具有两项独特属性:法律可适用性和法治价值目的性。法律上可适用的规范,并不当然等同于法律上有效的规范,以界定法律与法律原则;法治价值目的性以界定法律原则与道德原则。二者共同构成法律原则的独特规范地位。

如果在法律、法规可操作层面上引入“形而上”和“形而下”的概念,那么,“规则”因其是具体的,并且有明确操作依据和操作指向,故具有“形而下”的特点,属“形而下”的范畴;而法律原则由于是一种理念、一种精神,是无形和抽象的,很难具体化,故具有“形而上”的特点,属“形而上”的范畴,它应是一种更高层次的价值取向。但是,正因法律原则的这种“形而上”的特点,本应在司法实践中不可或缺的且应发挥“准星”作用的法律原则,却常常被束之高阁,失去其“准星”的价值作用。

法律原则由于其内涵的高度概括性、抽象性,其外延就比法律规则的外延更广泛,它应囊括法律规则的所有内容。因此,从理论上讲,法律原则比法律规则在司法实践中应具有更广泛的适用性。但是,在司法实践的现实层面上,不可置否的一点是,法律原则的“出场率”极低且适用范围往往仅限于个案;相反,法律规则的“出场率”大大超出法律原则且更具有普遍的适用性。

作为更高准则的法律原则,本应是裁定的最高标准,它应具有“尚方宝剑”式的权威性,但在司法实践的最终裁定中,法律原则往往只起补救之功用,有时仅起参考之功用,此类案例,不胜枚举。

综上所述,从认识论的角度分析,基于法律原则的这种历史性缺席及其在司法实践中有其名而无其实的尴尬处境,笔者认为,法律原则和法律规则的适用范围也是可以界定的,作为“形而上”的法律原则在具体司法实践中不具有作为“形而下”的法律规则的等同作用。

On the Status of Legal Principles

Liu Yinliang

Abstract The function of the “legal principles” in the jurisprudential study and the judicial practice and the position of the “legal principles” in the legal system have been the focus of argument in the jurisprudence and other bodies of law. The article takes the argument in the field of jurisprudence as the beginning and demonstrates that the legal principles are different from the common moral principles and they are the effective legal norms by means of logical reasoning. The legal principles should be defined as follows. The legal principles take the value of the rule of law as their normative purposes and they are just the applicable normative proof in the law. They have two particular natures: the applicable nature of law and their purpose of the value in the rule of law.

Key Words principles; rules; law; legal principles; rule of recognition; value of the rule of law