

蓟门法学

刘大伟 陈维厚 主编

第三辑

司法裁判与可废止性

中国法律职业人社团论纲

从不同类型的个案裁判看可接受性的主要来源

法律发现中的探效逻辑

民意与个案审判关系辨析

法治视野下行政调查可诉性问题研究

论行政裁量的程序控制

我国低保义工制度的反思

行政诉讼中关联行政行为的审查进阶研究

论优势证明标准在我国行政诉讼中的适用

我国行政诉讼举证责任概念探析

沪渝房产税试点改革的比较及影响分析

中国政治发展中：群众：探微

试论1989年宪法的立宪目的

论冤案背后的政绩因素

亦论国防生协议的性质及国防生维权方式

女子监禁的起源

法治天下

江平

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

蓟门法学

第 三 辑

主 编

刘大伟（中国政法大学法学院分党委书记兼副院长，教授）

陈维厚（中国政法大学法学院研究生工作办公室主任，法学博士）

编委会

刘大伟 陈维厚 李 超 李晓娇 李柏杨 刘 毅

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

蓟门法学. 第3辑/刘大伟, 陈维厚主编. —北京: 中国法制出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5093 - 5643 - 2

I. ①蓟… II. ①刘…②陈… III. ①法学 - 文集 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 211573 号

策划编辑 李小草

封面设计 周黎明

蓟门法学. 第3辑

JIMEN FAXUE. DI 3 JI

主编/刘大伟、陈维厚

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

开本/720 × 980 毫米 16

版次/2014 年 8 月第 1 版

印张/27 字数/353 千

2014 年 8 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 5643 - 2

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 66033393

值班电话: 66026508

传真: 66031119

编辑部电话: 66072711

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

序

值法学院探索研究生培养体制改革、提高研究生培养质量和提升研究生创新能力之际，学院举办了“蓟门法学”研究生学术论文大赛。此论文大赛以“恢弘务实之风、践行求真之路”为宗旨，意在提高研究生学术创新能力，培养优秀法学创新人才，为我院学生提供一个高起点、多领域的学术交流平台。举办公学论文大赛、鼓励学生多思多写、勇于实践是研究生培养改革的形式之一。

纵览全部书稿，内容涉及公法学的方方面面，既有对已有理论的进一步探讨，也有对新现象的大胆探析。虽然文章算不上鸿篇巨著，甚至在某些程度上还略显稚嫩，但却展示出学子的学术智慧和胆识。他们在紧张纷繁的学习之余，笔耕不辍，将自己的研究与思考落笔成文。这种初生牛犊所特有的创新精神与高涨的学术热忱值得倡导。为鼓励更多学子积极深入地投入学术研究之中，我们特整理编撰了这本论丛，希望它能起到抛砖引玉的效果，不足之处，望广大专家学者不吝赐教、给予指正。

本次活动能圆满结束，离不开法学院及研究生工作办公室领导从整体流程到细小环节上的大力支持与帮助。也由衷感谢本次论文大赛评审的老师们，正是你们躬亲于论文的佳构之页，饱含着法治天下的情怀抱负和教诲情思。此外，对院研究生会特别是学术部所有参与活动的组织、宣传、策划、论文收录、编辑的工作人员表示感谢，是你们在幕后的默默付出促成了活动的成功举办，感谢中国法制出版社各位领导和编辑李小草的辛苦付出。

苔花虽小，也学牡丹开。期盼诸学子以此为契机，在未来法学学术的研习道路上风雨兼程，不惧困难，勇于攀登学术之巅！既已存在，不妨具形，为纪念，更为勉励诸生。这本《蓟门法学》论丛便应运而生。

中国政法大学法学院
二〇一四年六月

目 录

第一部分 法理学

司法裁判与可废止性	宋旭光/3
公民有违反法律的权利吗?	邹一娇/20
——以德沃金权利理论为进路	
“法律解释”的再解释	王志勇/34
——以阿列克西法律论证理论为视角的考察	
法律与道德：关联辨析	吕晓彤/50
——以哈特理论为核心	
中国法律职业人社团论纲	宋晨翔/67
从不同类型的个案裁判看可接受性的主要来源	庄 壮/87
法律发现中的探效逻辑	杨明宇/99
民意与个案审判关系辨析	庞 博/108

第二部分 行政法

大学自治视野下高校学生基本权利保护	窦 磊/121
——基于70个行政诉讼案件判决的分析	
浅析公务员对违法决定、命令的不服从	法 东/138
——兼论《公务员法》第54条	
法治视野下行政调查可诉性问题研究	昌永岗/150
我国教育行政诉讼发展现状研究	吴荣荣/169
——以教育行政诉讼裁决分析为视角	
事业单位的法律性质辨析	张雪城/180
——以事业单位制度承担的职能为重点	

后劳教时代的制度抉择	田 洁 / 196
——一种社会化模式的可能构想	
主观诉讼与客观诉讼的理论辨析	伍 昉 / 210
——基于法德日行政诉讼构造的思考	
论行政裁量的程序控制	李 帅 / 222
我国转型时期行政法治路径探析	路 昕 / 233
——以外部化视角替代规范中心主义模式	
不同行政诉讼类型下审前程序功能分析	邓维瀚 / 246
——兼论我国行政诉讼审前程序之完善	
我国低保义工制度的反思	姚腾越 / 260
行政诉讼中关联行政行为的审查进路研究	王文娟 / 273
论优势证明标准在我国行政诉讼中的适用	李柏杨 / 289
“裁量收缩理论”在司法实践中的应用空间	王 晶 / 299
——以行政不作为国家赔偿案件为视角	
我国行政诉讼举证责任概念探析	殷玉凡 / 310

第三部分 法律与经济

国有企业高管薪酬管理与职务犯罪	韩卓然 / 327
——基于国有上市公司数据	
沪渝房产税试点改革的比较及影响分析	王 振 / 342

第四部分 宪法与人权

中国政治发展中“群众”探微	都 督 / 361
试论 1982 年宪法的立宪目的	周敬敏 / 375
论冤案背后的政绩因素	杨美梅 / 386

第五部分 军事法

亦论国防生协议的性质及国防生维权方式	刘 毅 / 407
--------------------------	-----------

第六部分 法制史

女子监狱的起源	刘芳芳 / 419
---------------	-----------

第一部分

法理学

入门
法学



司法裁判与可废止性^{*}

【摘要】可废止性可从两个角度理解：法律规范及其例外；法律推论及其决定的伸缩性和时间性。之于司法裁判，可废止性涉及到三个关联问题：司法推论及其结论、法律规范及其体系以及司法过程。虽然可废止性未必是法律规范的本质，但在裁判语境中，可废止性对于描述司法过程不仅是必要的，而且是可欲的。在转型中国的背景下，将可废止性明晰化、合法化，不仅能够彰显法律的正义本质，更有利于维护社会正义和司法公信力。

【关键词】可废止性 法律规范 法律推论 司法过程 正义

一、导论

处于转型时期的中国，司法裁判面对的一个重要难题就在于：法治本身所要求的守法义务可能与藉由司法实现公平正义的本来期待相冲突。自改革开放之初，甚至可以追溯到清末变法，在法治理念的影响下，人们已经逐渐习惯了将“依法裁判”当做司法的基本常识，至少也是应然的追求。但直至今日，“依法裁判”作为法律或者司法被普遍信任的理想，却似乎依然没有成为一种现实。

^{*} 作者宋旭光，中国政法大学法学院2013级法学理论专业博士生。

虽然司法人员的综合素质在提高，裁判技术在上升，但是偶尔地，司法机关的裁判结果会和公众的期待发生冲突。无论是许霆案、李昌奎案、彭宇案还是吴英案、夏俊峰案，这些热炒的案件都反映出这样的问题。人们对于“法治”，至少，有些失望，更甚，则已然怀疑，特别是在法官不断强调自己是在“依法裁判”时，这就更为明显。

可以说，依法裁判与实现正义是法官的双重义务，虽然二者总是可能存在着一些冲突。波斯特玛（G. Postema）曾这样诠释过边沁（Jeremy Bentham）所描绘的普通法裁判中的一个“无弹性悖论”（paradox of inflexibility）：从刚开始没有遵循先例规则时的绝对任意性，到绝对遵循先例的形式主义，再到后来个案中实质不正义带来的巨大公共压力，使得法官有了摆脱法律形式的正当性理由，并因此赋予他们一种完美的自由——既有理由遵循先例，也有理由以实质正义推翻先例。^① 法的安定性与个案的适当性之间无法解脱的矛盾，就会造成裁判事业在形式主义与实质主义之间的左右摇摆。

实际上，成文法国家也存在着这种“裁判循环”。^② 这就是法条主义与个案正义不可化约的矛盾。具体到中国来说：第一个阶段，在法治初创时期，法律疏漏颇多，很多案件都是依据粗线条的原则和个人良心来裁断，法官实际上被赋予了较大的自由裁量权，虽然这并不影响人们依然期待和要求其按照正义的原则、社会的道德和惯例裁判案件；第二个阶段，在法律体系完备时期，鉴于对立法的自信，法官又会被要求严格依照法律裁判案件，尽可能的缩小自由裁量权；第三个阶段，严格的法条主义不仅在理论上难以维系，在实践中更会造成大量的个案不正义，当要求实质的个案正义的公共压力足够大时，法官可能又会被要求在法律规定无法逃脱不正义的个案决定时废止法律。而最后法官同样被赋予了更大的自由和更小的证成义务——可以“依法裁判”的名义选择遵守法律而漠视个案的不正义，也可按照司法的正义使命选择在个案中废止相关的法律规范，而追求一个更加正义和可接受的结果。两个选择都有极强的正当性理由，这就是所谓完美的裁量权。实际上，中国可能就处于从第二个阶段到第三个阶段过渡的时期，许多法官选择默不作声地悄然“背离法律”，却给法治造成更大的伤害。

^① G. Postema, *Bentham and The Common Law Tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 280.

^② Fernando Atria, "Legislation and Adjudication," in Jordi Ferrer Beltran and Giovanni Battista Ratti ed., *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012, pp. 329 - 323.

二、“可废止性”的界定

“可废止性”(Defeasibility)概念在西方的兴起,在某种程度上就是为了面对法律的权威与正义的诉求,守法的义务与道德的良心,遵循规则与个案正义,演绎推理的有效性与实践论证的“可接受性”之间的两难境地。虽然“对当代法律秩序的某些重要方面的描述,‘法律可废止性’的概念处于中心位置”这一事实学界已有共识,^①但是对这一概念的具体内涵争议仍然颇多。因此,在进入具体讨论之前,需要对这一概念进行界定。

(一) 可废止性: 何种概念?

可废止性作为一个概念的提出,最早是在哈特(H. L. A. Hart)于上世纪50年代发表的“责任与权利的归属”一文。“可废的”(Defeasible)本意是指土地上的房产或利益之拘束力可被废止或者使其无效。哈特将其扩展为一切概念的性质——一个概念存在着一系列的适用条件,但是在例外的情况下,此概念的初始性适用可被终结。^②

从目前学界的争论来看,可废止性概念至少要从两个方面来界定:

一个方面主要是从概念论入手,研究法律概念或者法律标准的可废止性问题。许多学者沿袭哈特的路径从“例外”着眼,认为法律概念或者法律标准可能有着一些隐藏的例外,而且这些例外不可能在法律适用之前就被完全列出,因此它们是可废的,并不能提供决定性、全盘考量的义务,而只能是初显性(prima facie)的义务。这一思路的代表人物有拉兹(Joseph Raz)、肖尔(Fredrick Schauer),麦考密克(Neil MacCormick),图尔(Richard H. S. Tur)等人。这一研究路径可能会涉及到法律与道德(或正义、衡平等诸多价值)的关系,法律规则、法律原则、法律体系的特征,以及法律规则与法律原则的结构性区别等问题。

另一方面则在法律与逻辑领域。许多学者认为法律领域内的推论在本质上

^① Jordi Ferrer Beltrán and Giovanni Battista Ratti, “Defeasibility and Legality: A Survey,” in Jordi Ferrer Beltrán and Giovanni Battista Ratti ed. *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, p. 11.

^② H. L. A. Hart, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of Aristotelian Society*, Vol. 49, 1948 - 1949, pp. 171 - 194.

并不是演绎的，而是可伸缩和扩展的，因此一些之前有效的推论可能由于新资料或者更强的反对理由的提出，而变得无法维持。面对传统的单调逻辑无法描述实践推理的这一特征，有些逻辑学家提出了一种新的逻辑类型——非单调逻辑（nonmonotonic logic）。因此，可废止性的一个重要讨论就在于非单调性逻辑是否能够充分地描述法律推理的特征。^① 1958年，英国哲学家图尔敏（Stephen Toulmin）将这一概念改造为其论证模型中的一个关键要素——反驳（Rebuttal），获得了论证与交流学界的认可。^② 最早在法学内专门探讨这一问题的似乎是阿尔楚罗（Carlos E. Alchourrón），在他的影响下，许多法学家开始从法律逻辑、法律推理或者法律论证的角度来看待这一问题。^③ 而人工智能与法律领域的学者则更多是从以信念修正和条件句逻辑入手，主要关注通过建构论证或者对话模型，形式化法律标准的逻辑形式这一问题，主要研究者是普拉肯（Henry Prakken）、哈格（Jaap Hage）、萨尔托尔（Giovanni Sartor）等。

（二）可废止性：诸多争议

可废止性这一概念的引入，虽然有利于澄清许多法律理论上的难题，但是也带了诸多争论。

首先，可废止的对象是什么？或者说被废止的是什么？究竟是法律条文，法律概念还是法律规范，抑或是法律规范的解释、法律规范的效力，或者是法律适用过程中证据的证明力、证明负担、事实的认定、证成的过程、判决的结果，甚至是法律理论？

其次，为何而废止？或者说可废止性的来源或者原因是什么？正在进行的论争给出了许多答案，例如语言的模糊性、规则之间的碰撞、法律原则的存在、规范背后的理由、道德考量、正义、衡平、法律的意图（先前纳入）、功利主义（后果考量），还有制度上的原因（自主性制度与规制性制度）、释法者的现实性选择，抑或是新证据的提出，证明负担的转移以及其它更强理由等。

再次，如何而废？也就是可废止性由可能性变成现实的途径和方法。例如，

^① Jan - R. Sieckmann, "Why Non - Monotonic Logic is Inadequate to Represent Balancing Arguments", *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 11, Issue 2 - 3, pp. 211 - 219.

^② Stephen Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge University Press, updated edition, 2003.

^③ Carlos E. Alchourrón, "On Law and Logic," *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 4, 1996, pp. 331 - 348.

我们可以区分规范的识别与规范的评价，前者可能是一个如同哈特所言的承认规则的问题，后者则有着道德和正义的考量，规范的可废止性就在于规范的评价可能会废止规范的识别。

最后，被废的后果是什么？可废止性的结果是不是可普遍化的？是不是溯及既往的？是为规则创设例外，还是直接使规则无效？如果为规则创设例外，此一例外是作为外在于法律的例外，还是内在于法律的例外？还是仅仅只在个案适用中，既不溯及既往，也是不可普遍化的？

可能还有一些更为基本性的问题。例如可废止性是法律的本质或普遍特征吗？整体的可废止性是否任何无缺陷法律制度的本质要素？可废止性在法律推理中是必然存在的吗？可废止性足以描述司法过程的性质吗？可废止性和法官的守法义务、正义的道德义务之间有着什么样的关系？理论的可废止性与法学范式的变迁有着什么样的关系？

所有这些问题都还没有在学界达成共识，而仍在激烈的论争之中。

（三）本文的界定

为了进一步的讨论，这里需要对可废止性概念进行一定的界定。

首先，本文无意卷入法律实证主义与自然法那场旷日已久的论战之中，也并不主张可废止性是在法律规范的效力这一层面上的问题，而是将法律规范的可废止性界定为“可适用性”（applicability）方面的问题。这是指法律规范本可以适用于案件（案件被规则的意义所覆盖，或者说法律规范的事实构成涵盖了个案事实），但是实际上却因为或者可能因为例外而不被适用。虽然这种为规则创设例外的因素可能是法律之内的也可能是法律之外的，但是因为无涉法律规范本身的效力问题，故可以超然于实证主义与自然法理论的争论之外。按照这种思路，法律的可废止性发生在法律规范的适用过程之中，没有法律规范的适用就没有法律的废止。

其次，本文打算从两个方面界定与裁判相关的可废止性的概念：其一是指法律规范的“可适用性”问题，只有在它是可适用却没有被适用时，一个规则才是被废止了；其二是指司法过程中各种法律主张和命题的初显性特征，也就是说在裁判过程中，不同的裁判参与者通过引入新论据或新资料，证成（或证明）己方观点与反驳（或反证）对方观点的相互博弈对话。

最后，还要区分反驳性废止者（rebutting defeaters）和推翻性废止者（undercutting defeaters）。假设我们之前根据特定基础 Q 得出了结论 P，前者提供了一个让我们相信 -P 的理由；后者提供了一个让我们相信已存环境中 Q 不是 P 的基础的理由。^① 相对于法律规范的可适用性，前者主要表现在对个案中适用某一法律规范给出一个否定性的答案，无论是基于正义考量，还是其他规范性或者现实性因素；后者主要是指对个案中适用某一规范投以质疑，例如程序上的瑕疵，法官的不正当行为，法律规范的表述问题等。

行文所限，下面只就两个方面的问题进行讨论：其一关涉法律概念或者法律体系；其二关涉司法过程的性质。

三、法律规范及其体系的可废止性

关于法律规范或者法律体系的可废止性，或者说可废止性是否是法律规范或者法律体系的本质特征，至少有四种不同的答案：可废止性是法律规范的本质特征，也就是说，所有的法律规范都具有可废止性；可废止性不是法律规范的本质特征，而且所有的法律规范都不具有可废止性；基于描述性的现实因素，认为至少某些法律体系中某些规范是可废的；基于对法律规范的不同类型及其结构差异的区分，认为至少法律体系中的某类规范是可废的。

（一）四种观点的不同理由

第一种观点的理由是多种多样的，而且不同的理由之间的理论基础和立场并不一定相同。首先，作为一种日常语言，法律在本质上具有不完美的性质，这体现在：法律概念、规则与原则的模糊性或多义性或者“开放结构”；法律规范之间可能发生冲突；规范缝隙的存在；法律具有时间和空间的有限性。^② 其次，人类的理性和能力是有限的，即使理论上有可能，在实际生活中，立法者也无法制定出一种完美的、可以容纳所有例外的法律体系。第三，制定法本身

^① 陈真将其译为“反驳性的否定者”和“釜底抽薪的否定者”。参见〔美〕约翰·波洛克、乔·克拉兹：《当代认识论》，陈真译，复旦大学出版社2008年版，第242-244页。

^② 参见〔德〕罗伯特·阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年版，第2页以下；颜厥安：“规范缝隙初探”，载《法律的分析与解释》，杨日然教授纪念论文集编辑委员会2006年版，第61-89页。

可能不正义，或者本身正义却导致了（极端的）不正义的后果，这时候法官的神圣职责就在于勇敢地向不正义的法律挑战，通过在个案中“废止”相关的法律规则，恢复实质的正义。

当然，也有许多学者反对上述观点，认为法律规则及其体系根本不具有可废止性的特点：第一，法律规范本身就是一个体系，适用一个法律规则就是要适用整个法律体系，而且重新书写一种作为完美的条件性规范的法律体系至少在理论上是可能的；其次，法律规则之间的冲突可以通过一种位阶原则（特别法优于一般法，后法优于前法等）来予以克服，规则与规则之间互相创设例外的情况并不是“可废止性”的表现；第三，完全列举出法律规则的例外是可能的，至少在理论上是可能的；第四，也是最为重要的，可废止性概念完全可以通过现有的理论和模型来予以描述和解决，按照奥卡姆剃刀原则，不应该多此一举再加入这样的一个新概念和新理论。

第三种观点以法律规则和法律原则具有逻辑性或者结构性的区别为基础，认为可废止性是区分不同规范标准的主要工具。这又可以分为两种主张：第一种主张认为，法律规则不具有可废止性，法律原则具有可废止性，代表人物是德沃金（Ronald Dworkin），其理由在于二者的可适用性不同，前者以“全有全无”的方式适用，它的例外至少在理论上是穷尽的，因此它的可适用性是“是”或“否”的问题，而后者具有“分量”的向度，在竞争的层面上解决问题，每一次适用都是一个“考量”的过程，因此依其本性是可废的；第二种主张认为，法律规则具有可废止性，法律原则不具有可废止性，主要的主张者是贝克尔（Carsten Bäcker），他立基于阿列克西的原则理论，认为作为明确化命令的法律规则之所以是可废的，是因为未来的环境无法预知，而作为最佳化命令的法律原则之所以是不可废的，在于最佳化意味着所有的情况都被考量了，所有支持例外的可能理由都已经是最佳化程序的一部分了。^①

第四种观点并不反对可废止性本身，但是认为可废止性并不是法律规范或者法律体系的性质。较为典型的是肖尔（Frederick Schauer），一方面，他承认法律规则是敏感于其背后的证成理由的，可能存在于个案中不去适用某一法律规

^① Carsten Bäcker, “Rules, Principles, and Defeasibility”, in Martin Borowskion ed., *The Nature Of Legal Principles*, Franz Steiner Verlag, Nomos, 2010, p. 91.

则的良好理由，而且这些理由是不可能完全被提前特定化的，因此法律规则是可能具有可废止性的；^①但是，另一方面，肖尔认为，规则作为理由的完全通透性会使得规则体系毫无意义，因此必须有所限定，例如极端的不正义或者显著的无实效等理由才能废止一个法律规则的可适用性。而这些特定要求是由法律体系规定的或者依赖于法官本身的实践行为。因此，可废止性完全不是规则的属性，而是某些裁判体系如何选择对待它的规则的特征。

（二）可废止性作为一种语境性概念的可能性

理论争论还将继续，但实践中的问题还必须在实践的具体语境中回答。从以上四种观点的争论中，我们可以看出：即使在理论上来讲可废止性并非所有法律体系的本质特征，但是它至少是或者可能是某些特殊的法律体系的特征；即使在概念上，无法证成法律规范的可废止性，但在司法实践中，总是或多或少的存在着废止法律规范的现象或可能性。也就是说，可废止性是在裁判个案的语境中发生的，而不是在抽象层面上的主张；它即使不是法律规则本身的性质，也是在具体的司法过程中可能发生的现实。因此，一种实践语境中的可废止性，至少在司法裁判中是可能的。

另一方面，从人类实践的本质出发，我们的任何决定包括法律决定都是可废的。立基于眼前的和历史的资料，我们可能做出一种在这一语境中正确或者确定的结论，但是这个结论又可能会因为进一步资料的补充而被废止。具体到个案中的法律适用，法律规范的可废止性又可能在下列语境中出现：第一，裁判机关以一种被授权的或者未被授权的决定，实际上废止相关的法规或者判例（虽然未必是明示的方式）；第二，随着事实的进一步补充和查明，原来在个案中使用的法律规范可能被排除；第三，具体适用中出现了不可欲的结果，例如规制后果不符合立法原意，在个案中原则的考量排除了规则的适用，正义、衡平等价值因素废止了规范等。

进一步地，如果我们承认任何法律规范的具体适用都需要或者至少大部分需要一个解释的过程，那么这种解释之后的规范命题才是适用于个案的裁判

^① Frederick Schauer, "On the Supposed Defeasibility of Legal Rules", M. D. A. Freeman eds., *Legal Theory at the End of the Millennium, Current Legal Problems*, Vol. 51, Oxford University Press, 1998, pp. 232 - 238.

规范。^① 因此，真正适用于个案裁决的规范类型多数都是解释的产物，这种解释中存在着巨大的不确定性。法官可能基于文义，也可能基于立法意图或者客观目的，甚至也可能引入道德、政治等法外因素来解释相关法律规定。在不同解释结果之间的选择依赖于法官的决定，而其后所附加的法条或者推理过程就成了一种偶然的产物。法官也就可能依据这种具体语境的解释，排除了人们认为理所当然的法律规范的“可适用性”。

进一步来讲，目前已经很少有人主张那种极端重视规则而完全排斥其它考量的法条主义，也很少有人再主张那种只强调法外因素而完全排斥规则的怀疑论，主流的学者几乎都选择一条中间道路——把可适用的规则作为法律决定作出的起点，但是按照原则或者其他考量，偏离规则的结论是可选的时候，对这种偏离的可能保持开放。当然，这种对可适用性的排除不仅仅依赖于道德、正义等相关因素的衡量，也要考虑到这种偏离规则将会削弱法律的确信性与立法者的权威的事实。^② 最终的一个结论必然是一个语境性考量的结果。

因此，之于法律规范或者法律体系而言，本文所要尝试辩护的可废止性是一种具体的、语境的、实践的、多元的概念，它发生在法律适用的具体语境之中，体现在从一个具体的法律规范到一个更为具体的法律决定之中，这种“可废止性”未必是永恒的、抽象的，而更多是依赖于具体个案和实践语境的可废止性。

四、裁判过程的可废止性

可废止性是司法过程的性质吗？无论给出的答案是什么，如果想在抽象理论层面来证成，无疑是困难的。正如之前所述，可废止性是一个语境性的考量，只有限定在具体的语境之下，才能更加清晰地看到可废止性的本质。在裁判领域，关于可废止性可能有三种不同意义的讨论：其一关涉推论本身及其结论，这是指某个法律结论虽然可能被现有的资料所支持，但是依然可能因为新资料的出现而变得无法维持，这是一种静态意义的可废止性；其二关涉法律规范的

^① 宋旭光：“裁判规范的概念及用语辨析”，载陈金钊、谢晖主编：《法律方法》（第13卷），山东人民出版社2013年版，第340-347页。

^② See Jaap Hage, “Law and Defeasibility”, *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 11, 2003, p. 232.