

Legal Method

主编 陈金钊 谢晖

执行主编 焦宝乾

CSSCI 来源集刊

法律方法

(第17卷)

山东人民出版社

全国百佳图书出版单位 国家一级出版社

Legal

主编 陈金钊 谢晖

执行主编 焦宝乾

Method

法律方法

(第17卷)

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

法律方法. 第17卷/陈金钊,谢晖主编. —济南:
山东人民出版社,2015.3

ISBN 978-7-209-08899-2

I. ①法... II. ①陈... ②谢... III. ①法律 -
文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第057089号

责任编辑:李怀德

法律方法(第17卷)

陈金钊 谢晖 主编

山东出版传媒股份有限公司

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街39号 邮编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规格 16开 (180mm×255mm)

印 张 26.75

字 数 560千字

版 次 2015年3月第1版

印 次 2015年3月第1次

ISBN 978-7-209-08899-2

定 价 62.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

CSSCI 来源集刊

为适应我国信息化建设，扩大大刊及作者知识信息交流渠道，本刊已被《中国学术期刊网络出版总库》及CNKI系列数据库收录，其作者文章著作权使用费与本刊稿酬一次性给付。免费提供作者文章引用统计分析资料。如作者不同意文章被收录，请在来稿时向本刊声明，本刊将做适当处理。

《法律方法》稿约

本刊是由山东省人文社会科学重点研究基地——山东大学法律方法论研究中心主办,山东大学(威海)法学院、华东政法大学科学研究院编辑出版,陈金钊、谢晖教授主持的定期连续出版物。自2002年创办以来,已推出多卷。2007年,本刊入选CSSCI集刊,并继续入选近年来CSSCI集刊。作为我国法律方法论研究的一方重要阵地,本刊诚挚欢迎海内外理论与实务界人士惠赐稿件。

一、栏目设置

本刊近几卷逐渐形成一些相对固定的栏目,如法律方法理论、部门法方法论、裁判方法论、方法史论、青年论坛、书评、综述等。当然,也会根据当期稿件情况,相应设置一定的主题研讨栏目。

二、来稿要求

1. 本刊属于专业研究集刊,只刊登法律方法方面的稿件,故请将这方面的作品投稿本刊。

2. 来稿须是未曾在任何别的专著、文集、网络上出版、发表或挂出,否则本刊无法采用。

3. 来稿如是译作,需要提供原版外文(书面或电子版均可),已获得版权的证明。

4. 来稿请将电子版发到本刊编辑部邮箱 falvfangfa@163.com 即可,不需邮寄纸质稿件。

本刊对来稿以学术价值与质量为采稿标准。请把联系方式(地址、邮编、电话、电子信箱)注明在来稿首页上,不要放在论文末尾,以便联系。发电子邮件投稿时,主题一栏请注明作者、文章全名;附件WORD名称也应包括作者、文章全名,请用WORD2003版本。

5. 本刊属于集刊,出版周期相对较长,作者投稿时对此要有心理准备。来稿一经采用即通知作者,出版后寄样刊。

6. 为方便作者,来稿的注释体例采用页下注释,注释符用“1、2、3……”即可,每页重新记序数。正文中注释符的位置,应统一放在引用语句标点之后。

每个注释即便是与前面一样,也要书写完整,不可出现“同前注……”、“同上”。

7. 来稿需要加上中文摘要、关键词(无需英文)。作者简介包括:工作(学习)单位、职称、学历和研究方向等。欢迎来稿注明基金项目。

附:注释的书写格式

(1) 期刊论文

武树臣:《论判例在我国法制建设中的地位》,载《法学》1986年第6期。

匡爱民、严杨:《论我国案例指导制度的构建》,载《中央民族大学学报》(哲社版)2009年第6期。

(2) 文集论文

郑成良:《法律思维是一种职业的思考方式》,载葛洪义主编:《法律思维与法律方法》(第1辑),中国政法大学出版社2002年版。

郑永流:《法学方法抑或法律方法?》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(6),中国政法大学出版社2003年版。

(3) 专著

王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第71-72页。

(4) 译著

[美]博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第414~415页。

(5) 教材

张文显主编:《法理学》(第3版),法律出版社2007年版,第75页。

(6) 网络论文

张青波:《〈论题学与法学〉要义》,载 <http://www.law-thinker.com/show.asp?id=3560>(最后访问日期:2007-3-1)。

(7) 报纸

葛洪义:《法律论证的“度”:一个制度问题》,载《人民法院报》2005年7月4日,第5版。

(8) 学位论文

任青松:《法律传播效果若干问题探析》,广西师范大学2012年硕士论文。

(9) 外文作品的引用

Paul Van Den Hoven, *The Dilemma of Normativity: How to Interpret a Rational Reconstruction?* *Argumentation* 11: 411 - 417, 1997.

Matti Ilmari Niemi, *Phronesis and Forensics*, in *Ratio Juris*, Vol. 13 No. 4 september 2000 (392 - 404).

Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht; Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 23.

Zenon Bankowski et al(eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer Academic Publishers, 1995, pp. 12 - 15.

目 录

法律方法理论

可废止性是法律的本质属性吗?	[美]弗里德里克·绍尔著 宋旭光译(1)
论辩与证据理论	[加]道格拉斯·沃尔顿 王建芳 董海浩译(13)
法学通说序论之一:通说的用语·概念·作用域	张志坡(29)
论法律方法一般功能的强化	
——以司法改革为背景	陈 光(43)
法律现实主义的司法裁判观	唐丰鹤(51)
法治、法治思维与法律思维辨析	赵 岩(62)
溯因推理的概率解释及特设性假设的规避	杜文静(71)
利益衡量的主导取向与方法论特征	马平川 赵树坤(79)
利益衡量的依据与标准	
——基于实现个案公正的司法考量	房广亮(87)
大陆法系法律解释方法分类考察	杨铜铜(98)
论法律解释的语言学规则	李亚东(112)

法律方法教学

通过判例对刑法进行学理解释:方法及启示	
——从德国刑法教科书的写作风格谈起	王瑞君(123)
法官职业化视角下的法律方法教学	王 彬(131)
美国法学教育中的两种案例教学法法的比较研究	丁芝华(142)

裁判方法

- 我国司法批复制度的双重面向 侯学宾 李凯文(161)
- 论法官的裁判选择 丰 霏(175)
- 指导性案例对原则性规定的细化方式
- 以指导性案例 8 号为例 孙光宁(188)
- 德国判例的结构特征与制作技术研究
- 以《新法学周刊》为研究对象 高 尚(198)
- 刑事判决书中证据说理问题的实证分析 陈 盛(209)
- 裁判文书说理的公共性及其价值 孙海峰(223)
- 法律解释规则的规范适用及其思维型本质
- 以最高院 37 个指导性案例为分析对象 宋保振(232)

法律修辞

- 法律修辞规则的运用
- 以甘露案再审判决书为例 吕玉赞(247)
- 法庭调解话语结构探析
- 法律语用学视角 程朝阳(262)

部门法方法论

(一) 刑法方法论

- 刑法解释的向度与限度:形式解释论与实质解释论的反思性重构 赵学军(274)
- 刑法解释:由实体性考量迈向程序性议论 张 军(289)
- 罪刑之具体均衡:宣告刑的形成与影响因素 刘 军(301)
- “以刑制罪”思维模式批判 温登平(316)

网络空间何以为“公共场所”?

——关于刑法解释限度的思考 邓 婕(330)

携带凶器盗窃的刑法教义学分析 王 震(338)

(二) 其他

论日本行政法解释学的形成与发展 江利红(348)

再论民事诉讼标的理论

——兼对我国现行民诉法相关条文予以评析 达理纳嘉(376)

美国当代法律选择方法之流变与论争 许 凯(391)

书 评

认真对待怀疑论

——兼评于晓艺《最忠诚的反叛者——弗兰克法律现实主义研究》

..... 朱 振(402)

法律方法论理论创新的三个取向

——陈金钊教授等著《法律方法论研究》读后 龚得君(412)

可废止性是法律的本质属性吗？*

[美] 弗里德里克·绍尔**著 宋旭光***译

可废止性(defeasibility)在法律中无处不在。立法者并不是无所不知的,因此也不能可靠地预见未来将会怎样。于是,未能预见到的情形总会出现,即使最好的立法者也常常面临如此之窘境。这种未来未竟(imperfect)之观点是人类条件的一部分,因此,如果法律规则被按照字面意思或被忠诚地遵守,有时反而会产生荒谬的、愚蠢的、不公平的、不公正的、无效率的或者某种其他方式的次优(suboptimal)结果。作为规则之缺漏包含和过度包含(under-and over-inclusiveness)不可避免的结果,^[1]当这种不幸结论产生时,一个健全的法体系通常会提供一种机制,通过这种机制,法律判决的做出者可以改善必然粗糙的规则所带来的这些唐突结果。但是法体系如此规定是必然的吗?没有如此规定的法体系会因为这种缺失而不再是法体系,或者不太是法体系,或者是一个有缺陷的法体系吗?这一问题更直接的表达是,可废止性之于合法性(legality)是必然的吗?之前我曾经论证过,法律规则的可废止性并不必然来自于语言的可废止性,^[2]但是,即使我的论证是妥当的,可废止性也不是语言的性质或规则的性质的必然结果,但它依然可能作为法律的性质出现。但是它是这样吗?全局(global)可废止性(某一法体系所有规则的可废止性)是无缺陷法体系

* 译自 Frederick Schauer, Is Defeasibility an Essential Property of Law? In Jordi Ferrer Beltran and Giovanni Battista Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, 2012, pp. 77-88。

** 弗里德里克·绍尔(Frederick Schauer),弗吉尼亚大学(University of Virginia)大卫与玛丽·哈里森(David and Mary Harrison)法律特聘教授。这篇文章是为法律可废止性会议(牛津大学·奥瑞尔学院,2008年3月8-9日)准备的,最终的定稿从其他与会学者的评议中受益颇多。

*** 宋旭光,1989年生,男,山东滕州人,中国政法大学法学理论2013级博士生,荷兰阿姆斯特丹自由大学(VU University Amsterdam)联合培养博士生(2014—2015),研究方向为法哲学与法律论证理论。译文受中国政法大学博士创新实践项目“规范、论证与可废止性:司法裁判的动态考察”(2013BSCX04)资助。

[1] 对于规则的过度包含和缺漏包含,参见 Larry Alexander and Emily Sherwin, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham, North Carolina: Duke University Press, 2001; Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford: Clarendon Press, 2001。

[2] Frederick Schauer, On the Supposed Defeasibility of Legal Rules, M. D. A. Freeman (eds.), *Current Legal Problems*, vol. 48, 1998, pp. 223-240。

译文参见[美]弗里德里克·绍尔:《论法律规则被假设的可废止性》,王志勇译,宋旭光校,载舒国滢主编:《法学方法论论丛》(第3卷),中国法制出版社2015年版。——译注

的本质元素吗?这是本文将要面对的问题。

—

可废止性有着许多不同的类型,我准备将更详尽分析和区分它们的任务留给其他人。^[1]然而,这里对可废止性核心观点进行快速概览,仍然可为下文有效地提供一个引子。

历史上,可废止性的原理可以追溯到柏拉图那里。在《政治家》中,他给出了苏格拉底和伊里亚的客人(Eleatic Stranger)之间的一段对话,在这个对话中,客人确认了一般(general)规则有着不可避免也不可欲的(之于他)不完美性:

“法律从来都不能发布一个有效拘束所有人且之于每个人都确为最佳的命令,它也不能精确地规定任一时刻对共同体的每一成员来说什么是好的、怎样做是正确的。人的个性的差异,人的行动的多样,人的经历所伴随的不可避免的不稳定,都决定了颁布一个在所有时刻有效处理所有问题的无条件之规则是不可能的。”^[2]

然而,尽管一般法则因而无法保证所有情境下的正确结果,但客人也承认统治需要采纳一般规则:

“立法者向整个社团发布命令……他以一般形式为多数人创制法律,只能粗略地符合个体案件……在日常情况下。”^[3]

但是,对于客人来说,通过运用一般法则来统治的必然性,并不能衍推出对法则一般性所产生之粗劣结果(有时候正是因为其一般性导致的)的接受。他论述到,当这种结果出现时,不为每个案件提供必要的矫正是“愚蠢的”、“邪恶的”、“可笑的”、“耻辱的”和“不正义的”,而且与不如此去做相比,“没有什么会更加不正义了”。^[4]

尽管柏拉图在《政治家》中为我们首次提供了这种讨论,即断言这种必要性:为一般规则无法避免并偶尔产生的有缺陷结果提供正义立基的矫正。但是,为规则产生的错误提供正义立基的矫正,如今却是一个常常与亚里士多德联系在一起的理念。在《尼各马科伦理学》中,亚里士多德识别了法则因其一般性而必然不能在每一种情况下达至最佳结果的方式,他因此也说明了为什么对他而言“一旦法律因其一般性而带有缺陷,就有对法律的纠

[1] 关于这一问题,一个颇有价值的导论是阿姆斯特朗的《道德困局》(Walter Sinnott-Armstrong, *Moral Dilemmas*, Oxford: Blackwell, 1986.), 其颇有成效地区分了凌驾的(overriding)、挫败的(defeating)、排他的(excluding)和其他形式的可废止性。

[2] Plato, *Statesman* 294 a-b, J. B. Skemp trans., Bristol, England: Bristol Classical Press, 1952.

《政治家》参考了王晓朝译本,根据本文所引译文有改动。参见[古希腊]柏拉图:《柏拉图全集》(第3卷),王晓朝译,人民出版社2003年版,第145~146页。——译注)

[3] Plato, *Statesman* 294 a-b, J. B. Skemp trans., Bristol, England: Bristol Classical Press, 1952.

[4] Plato, *Statesman* 295 d-e, J. B. Skemp trans., Bristol, England: Bristol Classical Press, 1952.

正”。^[1]这种纠正是亚里士多德所言的衡平(equity),而且亚里士多德并不是简单地主张对法律错误的衡平矫正都是有用的或可欲的——而是坚持衡平矫正是为正义之理念所要求的:

“其原因在于所有法律必然都是普遍的,然而某些与此相关的情况却不能使用一般语词正确地断言;因此对于那些必须作出一般断言却不可能正确地如此去做的情况,法律考虑的是大多数情况,虽然也并非没有意识到这种方式可能造成的错误。不过法律并没有变得不正确,因为错误并不在法律,也不在立法者,而在事物的本性之中,人类行为的质料就是错误的直接根源。因此,当法律表述了一个一般规则而且这一规则出现了例外情况的时候,如果立法者是因为其语言的一般性而错误地忽视了这一情况,那么矫正这些漏洞就是正确的。这些漏洞是如果立法者在场他也会这样矫正且如果他能够预料到这些情况他本身就已经写进立法了……

这就是为什么衡平尽管公正且优于某一种正义,却不比绝对正义更好的原因——除非后者因其一般性而出现错误。”^[2]

亚里士多德在《尼各马科伦理学》有关衡平的论述其后并没有什么变化或转变,因为他在《修辞学》(Rhetoric)中也表达了很多相同的东西:

“因为衡平之事看起来是公正的,衡平是超越成文法的正义。这些疏漏的产生有时候是立法者的无意,有时候是立法者的本意;无意是指疏忽;本意是指因为无法界定所有的案件,他们被迫作出一个普遍陈述,这一陈述只可为大部分案件而非所有案件所适用;而且实在很难对不可计数的案件给出一个定义……因为人生是无法细数一切可能的。如果不可能给出一个准确的定义,但又必须对其立法,那么我们必须诉诸于一般术语。”^[3]

这里无法详述衡平矫正的后续历史,这包括西塞罗在《论法律》中的论述,罗马法中衡平(aequitas)的发展和罗马裁判官(Praetors)的权力,以及英格兰衡平法院的发展与独立的衡平法的出现。^[4]这里不再费力详述历史的主要原因还在于,这些后续发展都仍然是源于柏拉图和亚里士多德的这一基本主题的变体:因其内在的一般性,法律规则有时候会产生错误的答案,而一个法体系可能会引进纠正这些错误答案的机制和机构。当这样的机制已经到位,而且因此某些个人和机构拥有了纠正这些棘手情况(作为一般规则不可避免的结果)的权力之时,我们就可以说这一体系中的规则是可废止的。在特定情境中当对规则

[1] Aristotle, *Nicomachean Ethics* 1137a-b, J. A. K. Thomson trans., Harmondsworth, England: Penguin, 1977.

《尼各马科伦理学》参考了苗力田译本,根据原文所引译文有较大改动。参见[古希腊]亚里士多德:《亚里士多德全集》(第8卷),苗力田编,中国人民大学出版社1999年版,第117页。——译注

[2] Aristotle, *Nicomachean Ethics* 1137a-b, J. A. K. Thomson trans., Harmondsworth, England: Penguin, 1977.

[3] Aristotle, *The 'Art' of Rhetoric* 1374a, John Henry Freese trans., Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1947.

《修辞学》参考了罗念生译本和颜一、崔彦强译本,根据本文所引译文有改动。参见[古希腊]亚里士多德:《修辞学》,罗念生译,上海人民出版社2006年版,第63页;[古希腊]亚里士多德:《亚里士多德全集》(第9卷),苗力田编,中国人民大学出版社1999年版,第397页。——译注

[4] 对这一历史的部分重述,参见 Frederick Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2005, chapter 2.

的忠实适用反而会产生错误答案时,法律规则可能会被废止,并以好的结果代替规则产生的拙劣结果。^[1]

可废止性可以通过多种方式予以制度化。其中,最为我们熟悉的是源于亚里士多德、西塞罗和英格兰人的方式,即这种机制,它赋予某些人或机构(例如大法官)在法律错误可能会造成不正义时去矫正法律的权威。这在传统上被称为“衡平”,但是问题却很复杂。最初的问题是谁去承担衡平的工作。例如,当衡平法在英格兰出现时,作出衡平矫正的权力与执行、适用和解释法律的权力是相互分开的。衡平矫正的权力最早被赋予大法官,后来是被赋予管辖上独立的衡平法院。通过将衡平矫正的权力与法律相区分,前者与法律规则的不可废止性就不是不一致的了。法律规则可能导致不正义,但是从法律(严格意义上的,不包括衡平法院)的角度讲,我们对此无可奈何。从这一意义上讲,法律规则并不是可废止的,即使废止(衡平凌驾)的权力被赋予某一机构,而从更广泛的意义讲这一机构也是法体系的一部分。

但是,作为一个独立法院、有着独立程序的分立体系,这样的衡平机构已经在大多数普通法国家衰微了。衡平大抵依然存在,可衡平法院以及专注衡平的机构与程序正在消失,尽管尚未完全如此。但是,即使独立的衡平管辖及程序衰落了,可是也许正因为这一衰落,普通法法院依然常规性地践行着衡平凌驾的权力,而这正是可废止性的核心形式。当法律(制定法或者有着被广泛分享之表述形式的普通法规则)的适用会导致不正义结果之时,普通法法院常常维护或声称这一根据正义排除规则或制定法的权力。^[2]有时候,这一排除规则的过程就被概念化为:为既有规则创设一个例外。^[3]所以,理查德·波斯纳曾断言总是(这个词很关键)能够为既有的无例外之规则创设“个案式例外”。^[4]实际上,波斯纳

[1] 我将可废止性与两种不同形式的可修正性相互区分。某些时候,当原本创制规则的个人或机构意识到这一规则会产生不好的结果之时,规则创制者就会运用新的知识去改写、界定、重写、废除或修正这一规则。另外,在规则创制者同时拥有创制规则并适用它的权力的时候,这经常是普通法判决作出的情形,潜在的拙劣结果这一情况会使得规则的适用者在适用的过程中重新书写或重新创制规则。这两种形式的可修正性,特别是后者,也可以被理解为某种可废止性,但是为了论述清楚,我将可废止性的讨论限定为这样的情境:一般来讲,规则适用者并非在适用情境中修正这一规则,而是仅仅为此一案件创设一个例外。在这一纯粹的可废止性情况下,最初的规则多以未修正的形式继续有效,但也为这一案件保留了特殊的例外。应当非常清楚,这种形式的可废止性多半是有着严格经典(canonical)表述的规则的特征。如果没有这样的经典形式存在(要么因为规则是模糊的,要么因为普通法规则的可修正性已经为人接受),有关可废止性的有趣问题就不会出现。可废止性的所有经典范例的出现都不是偶然的,某些范例出现在制定法或者类似制定法之规定的语境中,这些范例将在下文予以考量。可废止性的问题是,这样的制定法是否应当像法院创造的普通法规则那样被对待(see Guido Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1982),而且很显然对于普通法规则本身,这样的问题并不存在。

[2] See Richard H. S. Tur, *Defeasibilism*, *Oxford Journal of Legal Studies* 21: 355-68, 2001. 有着更多限定但是也有着相同的一般效果的是, Neil MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, in Zenon Bankowski, Ian White, and Ulrike Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Netherlands: Kluwer, 1995, pp. 99-157.

[3] See Alfred C. Aman, Jr., *Administrative Equity: An Analysis of Exceptions to Administrative Rules*, *Duke Law Journal* 2: 277-331, 1982.

[4] Richard A. Posner, *The Jurisprudence of Skepticism*, *Michigan Law Review* 86: 834-835, 1988.

的断言类同于哈特的主张:不仅一个有着“例外”条款的规则依然是规则,而且“例外”的清单并不能被完全提前确定。^[1] 理查德·图尔(Richard Tur)的立场与哈特和波斯纳的立场相似,因为他坚定地认为,把规则当做是可废止的,不仅仅是可欲的或有用的,也不仅仅是常见的,而且是一个良好运作之法体系的本质元素。

这里需要指明两个限定条件。第一,如果衡平凌驾的标准并不高于产生不正当结果的既有规则这一简单事实的话,衡平凌驾(衡平引发的可废止性)的权力将会导致一个规则无拘束力的衡平体系。如果任何的不正义都是衡平凌驾的充分条件,那么服从于衡平凌驾的规则统治在外延上就等于一个根本没有规则的统治(在这一统治下,决定作出者被授权只须达至通盘考量之后最正义的结果)。^[2] 可以说,如果将不正义换成了效率、效用最大化、公平或者其他准则也是同样如此。为了让规则能够发挥其所被期待发挥的作用(提供可预测性、稳定性以及对决定作出者予以限制),对规则产生之错误进行衡平凌驾的标准必须是极端的不正义,或者严重的无效率,或者其他各种这样的准则。如果可废止性内在包含了这种必然性,即废止的标准高于在没有规则时相同考量下足以指示某一结果的标准,那么规则就依然会发挥作用。但是,规则指示的结果将是预设的而非绝对的,当规则指示的不正义或无效率或者其他附随情况足够极端时,这一预设可以被凌驾。

第二,重要的是要指出,一个因为棘手情况而被改变的规则与一个即使通过以某种形式避免规则产生的错误结果从而处理了棘手情况却保持不变的规则之间的区别。例如,某一规则要求驾驶员驾驶速度不能超过每小时60公里,当它被某一驾驶员要将受伤人员急速送往医院的紧急避险情况所凌驾时,这一规则依然保持不变。但是,正如普通法中经常发生的那样,当一个意外事件促成了对某一规则的修正时,^[3] 则被修正的规则和修正之前的规则就不一样了。规则在适用过程中被修正,这可能是普通法所独有的——或者至少是普通法方法的应有之义,它何时以及如何发生在这里都不是我的主要关注点。但是,需要指出的是,为了避免错误的结果改变规则和为了避免错误的结果凌驾规则是不一样的,尽管二者都可以被理解为某种形式的可废止性。

二

因此,可废止性理念的关键就在于,为了避免次佳的、无效率的、不公平的、不正当的或者其他不可接受的规则产生的结果,规则的适用者、解释者或执行者可以作出事后或即时

[1] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2d ed., Penelope A. Bulloch and Joseph Raz eds., Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 136. See also Neil MacCormick, Law as Institutional Fact, *Law Quarterly Review* 90: 102-126, 1974.

哈特的这句话(A rule that ends with the word 'unless...' is still a rule)应该是在第139页。——译注

[2] See Frederick Schauer, Exceptions, *University of Chicago Law Review* 58: 871-904, 1991; Frederick Schauer, Is the Common Law Law, *California Law Review* 77: 455-71, 1989.

[3] See Richard H. S. Tur, Defeasibilism, *Oxford Journal of Legal Studies* 21: 355-68, 2001; MacCormick, Defeasibility in Law and Logic, in Zenon Bankowski, Ian White, and Ulrike Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Netherlands: Kluwer, 1995, pp. 99-157.

的修改。修改的方式,有时可能是同一或其他机构所作的衡平凌驾,有时是为了防止拙劣结果而为规则附加一个例外的权力,有时是适用过程中对规则进行修正。^[1] 最可能直接适用的法律规则也许会指示一个拙劣结果,对于这一结果的避免,有时候(特别是为罗德·德沃金所捍卫)将以这种语言包装:“真正”的规则位于只是表面上可适用的规则的背后。^[2] 但是无论以何种方式,无论使用何种语言对其进行描述,结果就是显然的:规则被忠实地遵守所导致的拙劣结果,能够通过将规则看做是可废止的(它服务于可接受性、正义、效率、共识、公正或其他一系列可以对特定结果之优劣进行评价的标准)而予以避免。^[3]

毫无疑问,可废止的规则在法律中是无处不在的。理查德·图尔提供了英国法的众多例子,^[4] 而美国法体系可能远甚于此。^[5] 也许近来最出名的例子还是“里格斯诉帕尔默案”(Riggs v. Palmer),^[6] 这一案件的名气实际上要归功于德沃金的努力,尽管在亨利·M. 哈特(Henry M. Hart)和阿尔伯特·M. 萨克斯(Albert M. Sacks)有关法律过程的经典文本中也可以找到对此案件的进一步讨论。^[7] 里格斯案的事实已经广为人知:为了防止他的祖父更改遗嘱,也为了他自己能够更快地根据这一遗嘱继承遗产,埃尔默·帕尔默(Elmer Palmer)毒杀了他的祖父。但是,需要注意的一个重要事实是,根据相关的制定法,里格斯案并不是疑难案件。厄尔法官(Judge Earl)的多数意见和格雷法官(Judge Gray)的反对意见都认为纽约州的遗嘱法是清楚的:根据遗嘱,埃尔默·帕尔默有权继承遗产,即使他杀害了被继承人。因此,是制定法的简明文义与正义的可能要求之间的张力使得“里格斯案”成为疑难案件。但是,对“里格斯案”这样的案件(最可能适用的法律规则给出了答案却是

[1] 我排除了一种柔性的可废止性:规则被有效适用,但是对其违犯的惩罚实质上或总体上被改善了。这一进路为富勒的传奇文章《洞穴奇案》中(Lon Fuller, The Case of the Speluncan Explorers, *Harvard Law Review* 62: 616-615, 1949)所假想的特鲁派尼大法官(Justice Truepenny)所捍卫。将其与富勒之前改写的福斯特大法官(Justice Foster)的意见相比较是非常有意义的,后者更为接近真正可废止性的观念,他只是坚持规则不能适用于这一案件。

[2] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986, pp. 16-17. 但是,德沃金的进路埋下了混淆的种子,在某种程度上,他试图将其整个法律解释理论全部纳入到一个规则或制定法的特别定义之中。将规则说了(say)什么与规则被理解成要去做(do)什么相区分,可能会更好,通过避免德沃金对于这一区别的混淆,我们能够更清楚地阐明问题。

[3] “忠诚地(Faithfully)”在这里可能是负载过度的术语,“按照文义地(literally)”可能更为合适,只要我们假设法律规则的文义适用可以包括附随的解释原则的无争议之技术意义和无争议之适用。

[4] See Richard H. S. Tur, *Defeasibility*, *Oxford Journal of Legal Studies* 21: 355-68, 2001; MacCormick, *Defeasibility in Law and Logic*, in Zenon Bankowski, Ian White, and Ulrike Hahn (eds), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Netherlands: Kluwer, 1995, pp. 99-157.

[5] 我说“远甚”是因为比起大不列颠来说,在美国法律及其实践之下,法律规则是更为可废止的,这一点已经广为人所相信。See P. S. Atiyah and Robert S. Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Oxford: Clarendon Press, 1987. See also D. Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, London: Ashgate, 1991.

[6] 22 N. E. 188 (N. Y. 1889)。

[7] Henry M. Hart, Jr. and Albert M. Sacks, *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, William N. Eskridge, Jr. and Philip P. Frickey eds., 1991, pp. 60-102.

一个不好的答案)与规则根本没有给出答案的案件进行区分,也是非常关键的。

当纽约上诉法院在里格斯案中根据“任何人都不应当从其自身的错误中获取利益”这一格言做出埃尔默·帕尔默无权继承遗产的结论时,最好将这理解为它已经把最可能适用的法律规则当做是根据正义而可废止的了。“任何人都不应当从其自身的错误中获取利益”这一原则确实比正义的整个范围要小,因为有许多正义的维度(也可能没有正义的维度)不为某些普通法原则所体现。尽管纽约上诉法院运用的具体法律原则绝对比正义范围小一些,但是最好的理解是,通过得出法律规则一般来说是可因正义而被废止的结论,它就是为了避免潜在的不正义结果。当法律规则所产生的结果看起来是不合理的或荒谬的,甚至这样拙劣结果的本质都不能用非正义来描述的时候,都是如此。例如,在美利坚合众国诉柯比案(*United States v. Kirby*)中,^[1]被告是肯塔基州的一名法律执行官员,根据联邦法律他被告为干扰邮件传递罪,而且柯比也确实这样做了。他的确干扰了邮件的传递,但他是在驾驶汽艇追捕一名叫法瑞斯(Farris)的邮递员时这样做的,而后者已经被肯塔基法院定为谋杀罪。官司打到了最高法院,最高法院将这一制定法当成是可废止的,认为当它文义上所指示的结果与制定法的意图不一致、与共识不一致、与正义不一致的时候,它就不应当被适用。

如果离开真实世界,转向虚拟领域,我们也可以在朗·富勒对哈特那一例子(禁止车辆进入公园这一规则)的著名回应中找到相同的现象。^[2]众所周知,哈特认为,自行车、溜冰鞋和玩具机动车可能代表了处于这一规则边缘部分的疑难案件,因此对他来讲,在案件中(法律的)裁量权的行使是不可避免的。^[3]哈特坚持认为,这些边缘部分的案件与那些直接核心部分的案件是相互对照的,在后者中规则的语言指示了结果,这正如涉及普通机动车的案件。但是,富勒以其虚拟的一个案件(即一群爱国者将一辆功能完好的军用卡车放入公园作为战争的纪念物)作出回应。富勒论证说,^[4]这显然是车辆,但是如果基于“禁止车辆进入公园”这一规则的权威而将其排除出公园,这又显然是荒谬的。

正如类似“里格斯案”和“柯匹案”等一大批案件所例证的,富勒可以找到最佳的经验论据。如果这样理解:哈特是主张规则术语的字面意义实际上为一个真实法体系的多数或全部案件提供了决定性答案;富勒的回应是主张在大多数运转良好的法体系中这些字面意义提供的答案多是可废止的而非决定性的,那么,富勒的主张更接近美国的,也可能更接近

[1] 74 U.S. (7 Wall.) 482 (1868)。

[2] Lon L. Fuller, Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart, *Harvard Law Review* 71: 630-672, 1958; H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, *Harvard Law Review* 71: 608-615, 1958. See also Frederick Schauer, A Critical Guide to Vehicles in the Park, *New York University Law Review* 83: 1109-1134, 2008。

[3] 哈特并没有坚持所有的答案都是同样好的,因为他正确地承认了,即使在法律裁量权的领域内,某些答案也要比其他的答案更好,后者是作为一个原则、道德、政治或其他一些法律上正当的但却不是法律上要求的非法律指引之渊源的问题。

[4] 实际上他没有,但是他本该这样做。有时候在语言和意义的极端语境论者的眼里,富勒暗示了卡车/纪念物根本不是车辆。这不仅仅表明了一种错误的语言观念,而且也削弱了他自身的观点,因为根据富勒的目的,这一例子的力量实际上在于这一事实:卡车/纪念物根据此一规则排除出公园是荒谬的,但是它是车辆,在文义上被此一规则所包含。

许多其他现代法体系的现实。到此为止,富勒隐含地主张了,在规则意图所指示的结果与规则语言所指示的结果相冲突时,美国法律允许甚至可能要求法律解释者选择前者,虽然他并不是绝对正确的。^[1]

但是,富勒也提出了一个更为广泛的主张。对他来说,不仅在普通法体系中,法律规则总是或者至少大多数(且优选地)都是可废止的,这是一个偶然的经验问题,而且法律规则的可废止性是合法性本身的本质属性,是任何无缺陷法体系的必然组成部分,是与可以界定法律本身的合法性的其他必然要求(*desiderata*)一样的。^[2]对富勒来说,不把像“禁止任何车辆进入公园”这样的规则看作是可废止性的,简直是摒弃了理性,因为对于富勒来说,法律是合理的,这是法律的本质。一个不允许对某一法律规则的文义指示进行目的立基或理性立基或衡平式凌驾的法体系(当这对于取得一个合理结果是必要的时候),正因如此就不那么像法体系,也许根本就不是法体系。实际上,我们完全可以更好地理解富勒的主张,他只是主张不可废止的法律作为法律是必然有缺陷的,但是这个有缺陷的法律依然是法律,而非主张不可废止的法律根本不是法律。^[3]正如任何漏水的船舶作为船舶是有缺陷的但依然是船舶一样,富勒的主张最好被理解为:任何法体系如果它将其规则当做是不可废止的,作为一个法体系也作为法律就必然是有缺陷的。

三

在评价可废止性是合法性的根本属性这一观点时,我们应该首先弄清楚不可废止的规则是什么样子的,它又将如何运作。在“里格斯诉帕尔默案”中,正如反对意见的存在所清楚表明的,埃尔默·帕尔默应当败诉这一结论并不是必然或显然的。纽约上诉法院本可以(*could*)判决帕尔默应当继承遗产,即使他犯了过错。同样,美国最高法院也可以得出柯匹违反了联邦法律的结论,即使他如此行为是基于好的理由且惩罚像柯匹这样的人与他字面违反的法律的目的并不一致。某个假想的法官也可以得出这样的结论:一个由功能完好的军用卡车改造的战争纪念物依然是车辆,因此根据“禁止车辆进入公园”的字面意思将其挡在公园之外。这一结果可能会被贬低为荒谬的、荒唐的或者(用近来可能得到更为恶劣评价的概念表示)形式主义的,但是在概念上或语言上来讲这一结果并不是不可能的。只

[1] 哈特后来承认,以这一意图引导的方式,法体系也可以深切理解规则的核心。H. L. A. Hart, *Preface*, in *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford: Clarendon Press, 1983, p. 8. 但是这一看似让步并不是什么让步,因为它只是把论辩回缩了一个层面,这是因为我们能够想象甚至服务于特定规则背后之目的也可能产生与这一目的背后的目的或者通盘考量之正义观念不一致的结果。而且在这一层面上,并没有理由去假设哈特和富勒之间的基本分歧将不再存在。See Frederick Schauer, *Formalism*, *Yale Law Journal* 97: 509-548, 1988.

[2] Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, revised edition, New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1969.

[3] 很难将富勒列为“恶法非法”的传统之中,这一传统的典范是布莱克斯通(Blackstone)和西塞罗(Cicero),而非阿奎那(Aquinas)。See generally Philip Soper, *In Defense of Classical Natural Law Theory: Why Unjust Law is No Law at All*, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 20: 201-223, 2007. 富勒只是对于这一观点表示同情,即没有遵循程序合法性维度创制的体系不能被适当地称为法体系,但是出于尊重合法性个别元素(例如可废止性)的考虑,他更倾向于将缺乏此类要素的法体系描述为有缺陷的法体系,而非根本不是法体系。