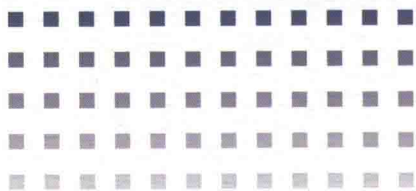


北方工业大学  
法学优势建设学科精品文库

YUANZE  
XIAOLI YU FALÜ  
DE GAINIAN

# 原则、效力与法律的概念

刘叶深◎著



中国政法大学出版社

非  
外  
借

北方工业大学  
法学优势建设学科精品文库

YUANZE  
XIAOLI YU FALÜ  
DE GAINIAN

原则、效力与法律的概念

刘叶深◎著



中国政法大学出版社

2018·北京

- 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。

### 图书在版编目（C I P）数据

原则、效力与法律的概念/刘叶深著. —北京:中国政法大学出版社, 2018. 2  
ISBN 978-7-5620-8075-6

I. ①原… II. ①刘… III. ①法理学—研究 IV. ①D903

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第022733号

---

- 出 版 者 中国政法大学出版社  
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号  
邮 寄 地 址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088  
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)  
电 话 010-58908586 (编辑部) 58908334 (邮购部)  
编 辑 邮 箱 zhengfadch@126.com  
承 印 保定市中画美凯印刷有限公司  
开 本 720mm × 960mm 1/16  
印 张 14  
字 数 250 千字  
版 次 2018 年 2 月第 1 版  
印 次 2018 年 2 月第 1 次印刷  
定 价 49.00 元

## 序 言

PREFACE

本书收入的论文涉及多个主题——法律原则、法律效力、法律的概念、法律的规范性、法律实证主义、价值理论、法律权利等，但这些看似散漫的篇章假如以英美法理学中关于法律概念的讨论来统辖就能够获得更为清晰的理路。

关于法律原则有很多专深的研究，但本书第一篇和第二篇文章的切入角度是较为特殊的。它们关注的并非法律原则作为相对于法律规则的抽象规范，在司法中如何适用的问题。不可否认的是，法律原则的司法适用问题当然重要，理应得到更多的关怀与研讨。本书是从应该如何正确看待罗纳德·德沃金的法律原则理论切入的，尤其想追问的是如何正确理解、援引他的这一理论。从这一角度出发，我发现了很多未解的难题，其中既包括德沃金法律原则理论被有选择地引用的问题，也包括德沃金法律原则理论的疑难未经阐释就放到中国语境中来的问题。正本清源地理解德沃金写下的这些文字，我发现他有着自己特殊的理论关怀——挑战法律实证主义的代表人物哈特提出的法律概念理论。所以本书前两篇文章对理论纯正性的关注要大于对当下中国法律原则问题讨论的关注，其任务在理论的正本清源，而不奢求对当下中国法律方法的讨论有直接的贡献。也许我对德沃金法律原则理论的解读是可争议的，但希望相关的争论能够遵循问题脉络而有序展开。

法律概念这一中枢性概念与关于法律效力的两篇文章有着更为显明和直接的联系。汉斯·凯尔森的法律效力理论有着最为严谨的理论形式，他从规范与事实二分的基本前提出发，运用“效力链条”把法律规范的效力追溯到“基本规范”，以后者作为整个法律体系的效力基础。一方面，该理论逻辑严谨，看似无可置疑；另一方面，“基本规范”作为看不见、摸不着的“预设”

确实挑战着每个读者的法律直觉与感知。本书第三篇文章系统地分析和批评了凯尔森的法律效力理论，其中借助了很多哈特关于法律效力的观点，同时也指出凯尔森和哈特对法律效力的规范性维度的处理都有着较为明显的缺陷，不借助客观主义道德理论，法律效力的说明还不能让人满意。第四篇文章处理的是法律效力理论中另一个方面的难题，即法律效力除了具有规范性维度需要得到理论说明外，法律效力还具有实效性维度，即政权必须能够大致有效地统治一块疆域，它颁布的一般性指令才能够成为法律。没有统治实力的道德领袖是无法在一块疆域中以法律的形式发号施令的。与对法律效力的规范性维度关注形成鲜明对比的是，对法律效力中“实效性原则”的理论解说明显不足，这也导致对法律的概念的理解失之片面。本书第四篇文章试图对“实效性原则”给出一个道德的说明，即为什么一块疆域之内需要一个唯一的权威来以法律形式进行统治，这种理论意味着，法律效力以法律实效作为必要条件是有着道德正当性的。这样对“实效性原则”的关注实质上是对法律规范性关注的一部分。我相信，这两个考察虽然不构成全面的法律效力理论，但对法律概念的深入探讨还是有所助益的。

在第五篇文章中，我开始直接面对法律概念理论的问题。法律的概念是任何一本法理学教科书开篇就要阐明的概念，作为法学中最为基础性的概念似无异议。但回首20世纪60年代以来英美法理学，我们发现法律的概念问题几乎成为讨论频繁、分歧最大的思想事件，几乎成为多种法理学争论的发源地和导火索。在这篇文章中，我并未着意于提出一种法律概念理论来，而是关注方法论的问题，即一个适格的法律概念理论应该关注哪些问题，应该是什么样的理论。我试图从六个方面来描述法律概念理论的任务，六个方面显然不可能是全面的，但试图指出法律概念理论最为重要的关键点，驱散最常见的误解。从否定方面看，法律概念理论与“法律”这一词语语义理论任务很不相同，法哲学家并不遵循语言学家的研究路径；“法律”一词的多义性、模糊性并不构成法律概念研究的障碍。从肯定方面看，法律概念理论关注的是法律这类事物的必然属性，并从哲学上对该属性给出阐释，而诸多必然属性中哪一个（些）必然属性会成为法哲学家的任务，又是与学术传统中哪些疑难问题被遗留下来相关的。有了这些对法律概念理论性质的说明，我们可以更精致地界定法律概念理论的基本构成，也能更为理性地鉴别、看待各种法律概念理论。有了这篇关于法律概念理论方法论的探讨作为先导，相

信能够为更多的概念讨论清理出深入研究的战场。

本书第六篇文章是一篇梳理之作，主要回顾哈特之前关于法律规范性的几种理论，尤其关注各种理论所使用的理论工具及其对最终结论的影响。如何阐释法律规范性正是法理学学术传统留给哈特这一代人的理论疑难，是法律概念分析的聚焦之处。霍姆斯、奥斯丁、阿尔夫·罗斯、哈特在不同哲学工具的帮助下，给法律规范性作出了越来越合理的哲学阐释，但哈特也给法理学传统留下了自己的疑难，即法律规范性是否可以被还原为某一种类型的“社会事实”，包括哈特自己建造的“社会事实”类型？这也成为哈特之后有志于研究法律概念者不可避开的问题。本书第七篇、第八篇、第九篇文章是对两位法理学家思想的梳理与重构，他们的这些思想都是建构各自法律概念理论的有机组成部分。第七篇主要关注哈特思想发展中容易被忽视或者被混淆的一个方面，即哈特早期思想到了《法律的概念》面世时，被继承了哪些，被扬弃了哪些？换句话说，哈特思想是不是有着一个重要的转折？我给出的答案是肯定的，而且试图证明这种转折是有序推进、顺理成章的。第八篇试图对另一位法理学的重量级人物——约瑟夫·拉兹的主要法理学思想做一个重构，并质疑一种常见的判断：拉兹是一个法律实证主义者。我在文中试图表明，必须细致区分拉兹理论的不同部分及其所针对的问题，法律权威理论和渊源论就是我着意想区分开的两个虽有联系、但使命不同的部分。而拉兹作为法律实证主义者的判断往往来自于其提出的渊源论，但是重构法律权威理论则使得这种判断大大被削弱。第九篇文章关注拉兹对伦理学的重要贡献——客观价值理论，此种理论精致、系统、雄辩，值得被梳理、总结与借鉴。更为重要的是，拉兹的伦理理论是其法律概念理论不可缺少的一部分，没有对道德概念准确说明，法律概念分析也会一筹莫展。这源于法律和道德在实践哲学中本来就是难分难解的，所以伦理理论对于每个关注法律概念理论的法理学研究者来说都是不可忽视的重要部分。

第十篇文章的主题是集体权利是否存在，以及在什么条件下才能够存在。权利这一主题与法律概念问题也有着间接性的联系。假如法律的规范性只能借助客观主义的道德概念来阐明的话，道德就成为分析法律概念不可缺少的要素。这一要素也会对法律提出道德要求，而保障权利就是这些道德要求之一。权利意味着什么？它相对于其他价值要素是不是具有优先性？围绕权利概念有着多样且复杂的争论。第十篇文章处理的是一个派生性问题，一个合

理的权利概念能够适用于常常被人提起的集体权利，或者说，集体权利会不会让权利丧失其主要规定性。权利问题是笔者未来努力的方向，也是法律概念研究成果运用于法律中具体概念的途径之一。

将这十篇论文汇编起来的过程也是一个唤醒美好回忆的历程，除了写作当时每次都从思路受阻到豁然开朗这一有些折磨人的记忆外，最让我感念的就是对我的法理学思考给予过诸多巨大帮助的人，我相信，他们对这些文章的宝贵建议一定消除了诸多让人尴尬的错误。虽然列举总是不免遗漏，但我还是要对下述良师益友表示的感谢与敬意，他们是陈辉、陈林林、陈景辉、范立波、甘世恒、葛洪义、黄金荣、黄伟文、雷磊、李璐、李仕春、鲁强、陆幸福、马驰、马得华、马志选、泮伟江、邱昭继、冉杰、沈宏彬、田夫、王凌皞、汪雄、王旭、赵仁洋、张青波、张志铭、郑永流、郑玉双、朱振。还要感谢国家社会基金青年项目（13CFX003）的慷慨资助和北方工业大学文法学院法律系的大力支持。本书中第一篇到第五篇、第十篇曾经在《法学家》《法律科学》《浙江社会科学》《北方法学》《学习与探索》《厦门大学法律评论》上发表，感谢这些杂志惠允本人将这些论文收入本书。本书第六篇、第七篇、第八篇、第九篇文章改写了本人博士论文《论法律的概念分析：当代英美法理学方法论研究》中的部分内容，特此声明。

刘叶深

2018年春于北京

# 目 录

## CONTENTS

序 言 .....	001
法律规则与法律原则：质的差别？ .....	001
法律原则研究的几种类型 .....	027
评凯尔森的法律效力理论 .....	038
法律效力理论中的实效性原则 .....	065
法律概念分析的性质 .....	088
阐释法律的规范性：法哲学中的一条线索 .....	112
哈特是如何走向法律概念分析的？ .....	126
拉兹是什么意义上的法律实证主义者？ .....	142
论拉兹的价值客观论 .....	162
论集体权利的存在条件 .....	190



## 法律规则与法律原则：质的差别？



在当代法理学家中，德沃金对中国法学的影响有目共睹：他的作品被大量翻译出版，他的观点得到广泛讨论。他的法律原则理论、法律解释理论得到了最多的关注，法律原则适用方式和建构性解释已经成为相关研究不可回避的经典命题。但同时，德沃金的理论又是异乎寻常的复杂：他在40年间抛出了很多的概念和命题，但少有承前启后的衔接性说明；他的很多表述和命题充满了真知灼见，但又模棱两可，甚至有些让人捉摸不透。因此，对德沃金的任何研究都是尝试性的，德沃金本人也在不断地抱怨别人误解了他的本意。

因此，研究德沃金的法律理论既具有重要性，又具有疑难性。这一描述同样适用于对他法律原则理论的研究。一方面，德沃金的法律原则理论引起了我国学者的极大关注，几乎达到了“人人皆引德沃金”的程度，而且在一些观点上很多学者都达成了共识，形成了法律原则研究的一般模式。当前法律原则研究的一般模式是在司法裁判的框架下思考法律原则在法律推理中发挥的独特作用，即作为法律规范，法律原则与其他规范在适用方式上有什么不同。应该说，这种“一般模式”把焦点放在司法实践的难题之上，具有一定的实践价值，而且也能够从德沃金的文本中找到观点上的呼应与支持，确实可以作为一种对德沃金观点的解读。另一方面，我们要看到，由于德沃金理论的复杂性，这种解读似乎还不能令人十分满意。这种“一般模式”是以忽略（或者一带而过）德沃金的“法律规则与法律原则具有质的差别”这一观点为代价的。在一定程度上，这种忽略也是回避德沃金理论的疑难之处。

本文将从德沃金这一普遍被忽略的观点入手，说明该观点的难解之处，

其充分体现出德沃金观点的疑难性。在“一般模式”之外，还存在着几种试图对“质的差别”予以说明的方案。经过分析我们将看到，这几种方案在说明“质的差别”时都不能令人十分满意。笔者认为，试图理解“质的差别”的关键是正确理解德沃金意图处理的问题是什么。因此必须重新设定（或者还原）德沃金的理论目标——挑战法律实证主义的法律概念理论，在新的框架下对“质的差别”进行建构性解释，从而揭示出德沃金理论对法理学的革命性贡献。

本文的第一部分概括当前法律原则研究的“一般模式”，着重关注在引用的过程中被有意忽略了德沃金的观点；第二部分将简要地展现德沃金法律原则理论的一些要点，我们将看到，被“一般模式”忽略的部分（“质的差别”）也是德沃金理论的疑难之处，同时，假如给予合理解读，也将是最具启发性的地方；第三部分将回顾国内外对“质的差别”的不同解读，并说明这些解读虽然很有启发性，但也都存在着不尽合理之处；第四部分将向大家推荐笔者自己对“质的差别”的解读——当然因为德沃金理论的复杂性，这种解读也仅仅是一种尝试，其说服力还需留待检验。最后是一个简短的总结。

## 一、当前法律原则研究忽视了什么？

### （一）当前法律原则研究的一般模式

当前法律原则研究的一般模式认为，法律规则和法律原则都共享一个上位的概念，即法律规范。因此，对法律规则与法律原则差异的研究是一种规范分类学研究。我们称其要处理的问题为“分类学问题”〔1〕。

在“分类学问题”下，主要探讨的是分类标准。各家的表述虽然各有不同，但几乎一致把确定性/模糊性作为法律规则与法律原则的区分标准。他们认为，法律规则是具有确定性的规范，一旦规则中规定的条件得到满足，法律规则就会指向一个确定的结果；而法律原则相反，并不能确定地决定出一

---

〔1〕 表达过这样观点的论著包括颜厥安：《法与实践理性》，中国政法大学出版社2003年版，第57页；庞凌：“法律原则的识别与适用”，载《法学》2004年第10期，第35页；舒国滢：“法律原则适用的困境：方法论视角的四个追问”，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2005年第1期，第27页；陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，载《法学研究》2006年第5期，第121页；王夏昊：“法律原则的适用方式”，载《学习与探索》2007年第2期，第107~108页。其他没有明确表达这一观点的论著，大多也隐含地将该观点作为进一步讨论的前提。

个法律答案，它可能指向多个均具有合理性的答案。

对于这一区分标准，各家从不同角度给予了说明和解读。例如，法律原则具有模糊性的原因之一是法律原则大多用语抽象，当这些抽象的原则运用到个案时，只能排除一部分答案，但是剩下的答案依靠法律原则是无法区分的。又如，某些学者更强调法律原则具有价值维度，而价值往往是充满争议的，例如，什么是“善”，可能会存在很多的答案，这是法律原则适用时具有不确定性的根源<sup>[1]</sup>。

确定性/模糊性这一差别导致法律规则与法律原则二者的适用十分的不同。一般认为，法律规则的适用似乎是直截了当、不加思考的，由于其具有确定性，适用与否，很容易判断；而法律原则的适用则不这么简单，由于其结果的不确定性，需要在多个答案间进行衡量，最终决定出一个相对合理的答案。法律原则的这种适用方式被称为“衡量”或者“权衡”<sup>[2]</sup>。由此，得出的一个结论是法律原则更多地与自由裁量权联系在一起，法律原则赋予法官更多的判断权，而法律规则一般对法官有着更为严格的约束。<sup>[3]</sup>

基于这一结论，很多学者还有很多有价值的发挥。例如，过多依赖于原则可能会对依法裁判造成危害，进而导致对法律体系稳定性的冲击<sup>[4]</sup>；在如何限制法律原则的适用、约束法官的自由裁量权的问题上，要求适用法律原则前要先“穷尽规则”，将法律原则的作用仅限于弥补漏洞<sup>[5]</sup>；也有人详细规定了法律原则适用应遵循的规则，以约束自由裁量权<sup>[6]</sup>。

我们可以将这种“一般模式”概括如下：

[1] 参见舒国滢：“法律原则适用的困境：方法论视角的四个追问”，载《苏州大学学报》2005年第1期，第27页；陈林林：“基于法律原则的裁判”，载《法学研究》2006年第3期，第3~4页；陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，载《法学研究》2006年第5期，第122页。

[2] 例如，参见王夏昊：“法律原则的适用方式”，载《学习与探索》2007年第2期，第108页；陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，载《法学研究》2006年第5期，第122页。

[3] 参见陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，载《法学研究》2006年第5期，第125页以下。

[4] 参见陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，载《法学研究》2006年第5期，第128~129页；葛洪义：“法律原则在法律推理中的地位和作用：一个比较的研究”，载《法学研究》2002年第6期，第6页。

[5] 参见舒国滢：“法律原则适用中的难题何在”，载《苏州大学学报（哲学社会科学版）》2005年第1期，第19页；陈林林：“基于法律原则的裁判”，载《法学研究》2006年第3期，第7~9页。

[6] 参见王夏昊：“法律原则的适用方式”，载《学习与探索》2007年第2期，第109~110页；梁迎修：“法律原则的适用：基于方法论视角的分析”，载《华中师范大学学报（人文社会科学版）》2007年第6期，第25~27页。

表1 国内法律原则研究的一般模式

	法律规则	法律原则
区分标准	确定性	模糊性
差异的原因	具体	抽象
	不具有价值维度	具有价值维度
适用的方式	直接适用	权衡或者衡量
效果	严格约束自由裁量权	赋予法官很大的自由裁量权

## (二) 德沃金被忽视的观点

在法律原则研究的一般模式中有一个鲜明的特点：非常倚重德沃金在《认真对待权利》中对法律原则的论述。这并不奇怪。德沃金对法律原则的论述发前人所未发，极大地改变了这一领域中的论辩方向，甚至可以说，在德沃金之后我们已经无法摆脱他的论述而直奔主题了。但令人奇怪的是这些对德沃金的引用并不十分妥当。

首先，法律规则与法律原则本来是法理学中一对普通的概念，法律原则更为抽象，适用起来结果更不确定，这是一般的常识，本不需要德沃金赞同即可成立。而且这一常识在德沃金写作相关文章之前已经流传甚广，但是，人们更愿意引用德沃金对常识的重复，而对此前的文献毫无兴趣。

其次，德沃金关于法律原则的观点在“一般模式”中被肢解、曲解，有些部分被有意忽略了。例如，(1) 德沃金从没有说过，法律规则与法律原则之间的区别是确定性/模糊性。德沃金并没有重复这一简单、现成的区分标准，这不能不让我们深思。(2) 德沃金认为法律规则具有“要么适用，要么不适用”(all-or-nothing)的特点，很多对德沃金的引用直接将其等同于“确定性”，认为这是德沃金式的晦涩表达。(3) 德沃金确实把自由裁量权与法律原则问题联系在一起分析，但是，与“一般模式”相反，德沃金认为法律原则的存在恰好否定了自由裁量权的存在，而不是法律原则为自由裁量权留下了更大的空间。(4) 德沃金认为，法律规则与法律原则之间存在着逻辑的差别，而不是程度上的差别。在一般模式中，这一重要论断或者被忽略不谈，或者被一带而过，根本没有认识到确定性/模糊性之别不是逻辑的区别。

模糊性可能是由法律原则用语的抽象性带来的，但是，抽象与具体仅仅

是相对的概念，原则被具体化可以成为规则，规则背后的抽象理念可以形成原则。有些规范可能属于中间层次，不是极端地抽象，也不是十分地具体。更可能的情况是从规则到原则形成了一个连续统，我们很难说从哪个点开始规则停止、原则启程。这恰好是程度之别，而不是逻辑差别。另外，即使确定性不是由用语的抽象性带来的，而是由个案的具体情形带来的。但是，在某些个案中，即使抽象的规范也能够产生确定的后果，有时针对具体的规范，照样可以争论不休。这种以个案为转移的确定性/模糊性的结果只能是某个规范可能是原则，也可能是规则，全由其适用的对象而定。因此，规范种类并没有质的规定性，也没有逻辑上的差别。

在“一般模式”中，“逻辑的差别”这一观点被有选择地忽略了，因为它确实令人困惑，与既有的理解很难衔接；德沃金的其他观点被有想象力地与传统的观点相结合，成为支持既有常识的论据。这种重整的后果使我们失去了德沃金试图带给我们的东西。

## 二、德沃金法律原则理论中的疑点

### （一）德沃金法律原则理论一览

德沃金关于法律原则的基本论述都记录在《规则模式 I》这篇论文之中。其中很多观点对于研习法律原则的人来说，都是耳熟能详。所以，在这里我仅仅勾勒德沃金法律原则理论的一些要点和值得关注之处，不做详细的复述。在此之前，需要说明的是，在《规则模式 I》之后，德沃金又对自己早期的理论给出了进一步的说明，澄清了不少可能的误解，这些后来的观点极为重要。但本节仅限于勾勒其早期的基本观点。

在《规则模式 I》中，德沃金明确指出，自己所要处理的问题是法律的概念问题，即“什么是法律”的问题<sup>〔1〕</sup>。继而，他勾勒出法律实证主义对这个问题的回答，包括“规则论”“自由裁量权论”“规则之外无义务论”<sup>〔2〕</sup>。然后，德沃金才展开他关于法律规则/法律原则差异的阐述。最后，他又回到对法律实证主义的讨论，分别论证了法律原则对法律实证主义形成的挑战，以及

〔1〕 See R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp. 14~16.

〔2〕 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 17.

法律实证主义的两种回应方式（“把法律原则看作法律外的规范”“改造承认规则以包含法律原则”）的缺陷<sup>〔1〕</sup>。我们可以看出，德沃金的法律原则理论主要针对的是法律实证主义，假如他的理论不能击败法律实证主义，或者不能与实证主义有所不同，他的理论从根本上说就是失败的。

德沃金认为，法律规则与法律原则的差异是一种逻辑的区别<sup>〔2〕</sup>。逻辑的差别在这里的意思是质的差别<sup>〔3〕</sup>，与它们相对的是程度的差别<sup>〔4〕</sup>。换句话说，法律规则与法律原则具有不同的质的规定性，一种性质在量上的增加或者减少并不会导致另一种质的规定性；也不会因为外在环境的变化，一种质的规定性变成了另外一种质的规定性。例如，水和油之间就存在着质的差别，不通过特殊手段水是无法变成油的；但“甜”与“微甜”之间只具有程度的差别，增加程度，后者可以转化为前者，或者与“苦”的东西相比（比较环境发生了变化），“微甜”也可以被称为甜。

那么，法律规则与法律原则具有什么不同质的规定性呢？德沃金认为有三方面差异：适用方式、例外可否被完全列举、是否具有重要性维度。德沃金认为这三方面可以相互地推论出来<sup>〔5〕</sup>，因此三者表达的是同一事情的不同方面。我们通过下表可以一览德沃金法律原则理论的要点：

---

〔1〕 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 29, 39.

〔2〕 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, vol. 81, 1972, p. 24.

〔3〕 德沃金把“质”与“逻辑”等同使用是有理由的。因为，逻辑与本体论有着紧密的联系，逻辑在运用的同时预设了本体论上的判断，虽然这些判断不是唯一的。而在本体论层面上不同的事物之所以不同，恰恰对应着它们质的不同。See “Logic and Ontology”, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. 感谢熊明辉教授提醒我关注这一联系。

〔4〕 与德沃金针锋相对，拉兹提出法律原则与法律规则之间的差异是程度之别。See J. Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, p. 838, 842; see also H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (2<sup>nd</sup> edition), Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 260~262.

〔5〕 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, vol. 81, 1972, p. 26.

表 2 德沃金法律原则理论一览表

	法律规则	法律原则	备注
适用方式	要么适用，要么不适用	权衡	质的差别
例外	其例外可完全列举	其例外不可完全列举	
重要性维度	无重要性维度	具有重要性维度	
理论目标	反对法律实证主义的法律概念理论		

## （二）疑点重重

这些观点虽然经常被人引用，但是存在着很多令人不解的地方。可以说，德沃金区分法律规则与法律原则提出的三个方面都是有问题的。

第一，什么是“要么适用，要么不适用”（all-or-nothing）？为什么它与权衡有着质的区别？德沃金认为，当规则规定的事实出现时，规则提供的答案就必须被接受或者被拒绝，没有其他的选择，这就是“要么适用，要么不适用”<sup>〔1〕</sup>。仿佛这种适用方式是与规则的语言形式（“事实+结果”）联系在一起的<sup>〔2〕</sup>。但是，德沃金列举的原则也可以被表现为规则这种“事实+结果”的语言结构，例如，“当某个错误的行为被实施后，通过该行为得到的利益应该被剥夺”（这是德沃金的“任何人不能从自己的错误行为中获益”原则的翻版）。法官面对这一“规范”（我们姑且不论称其为规则还是原则）时，通过与其他规范的权衡，或者在该案中适用该规范，或者否定该规范在个案中的适用，没有其他的选择。这说明权衡根本不是与“要么适用，要么不适用”对立的；确切地说，权衡是过程，“要么适用，要么不适用”是结果。

第二，规则的例外为什么可以完全列举出来？一个原则在个案中可能受到另一个原则的限制，进而导致该原则不能适用，后一个原则可以作为前一个原则在该案件中的例外。而且这一例外很难被事先预测到，因为该例外可能是由法官根据多变的案情确定的，我们很难以例外的形式事先做出无遗漏的安排。按照“一般模式”的理解，规则更为具体，通常比原则更详细地规定了自己的例外情况，但是，这并不意味着规则在适用的过程中不会出现冲

〔1〕 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 24.

〔2〕 陈林林：“基于法律原则的裁判”，载《法学研究》2006年第3期，第7~9页。

突，导致其中一个规则被作为另一个规则的例外。与原则相比，规则的例外更不容易出现，但“不容易”仅仅是程度之别，而不是德沃金所说的质的差别。

第三，法律规则真的没有重要性维度吗？德沃金认为，法律原则具有重要性维度，在个案的适用中，某一法律原则通过与另一法律原则较量重要性，胜出或者败北；相反，法律规则不具有重要性维度。但是，真的是这样吗？两个法律规则在个案中也会存在冲突，这样的冲突怎么解决？当然，在法律体系内存在着制度化的方法，包括效力等级、新法优先于旧法、分则优先于总则等。但是，这些方法并不能解决所有的问题，例如，效力等级等方面完全相同的两个规则在个案中还是会产生冲突。这些“剩余”冲突不也是依靠规则各自的重要性来决定的吗？除此之外还有别的办法吗？所以，我们只能说，法律规则重要性维度在法律适用中起作用的机会没有法律原则多，但这并不构成质的差别。

有人可能会对我上面的分析提出质疑：规则例外不能被完全列举的原因在于，列举该例外时要借助法律原则，因此，其实是法律原则的例外不能被完全列举，而不是法律规则；法律规则因其重要性在个案中发生的冲突其实是它们背后的法律原则在冲突，而不是法律规则本身的冲突。但是，这种质疑只能说明，在法律规则冲突的解决过程中，法律原则间的冲突会被牵涉进来，但不能否认作为“开端”的法律规则之间根本没有关于重要性的冲突存在。为什么法律原则的冲突的出现就“取替”了法律规则的冲突？在个案中，两种冲突为什么不能都存在呢？所以，这种质疑不尽合理。

质的差别不能确立对德沃金法律原则理论的目标（挑战法律实证主义的法律概念理论）具有很大的影响。因为，德沃金的论证似乎是：用来说明法律规则，哈特的理论是没有问题的；但是，对另外一种规范类型——法律原则的说明却是不成功的。但是，我们看到，这种“新型”规范与哈特能够成功说明的法律规则并没有质的差别，所以，哈特的理论并不排除一部分法律原则属于法律，例如，立法确立的原则（如我国《民法通则》中的“公序良俗”原则）、司法先例曾经引用过的原则等等。至于其他的原则，哈特认为其属于法律外规范，否定其具有法律资格。假如德沃金试图挑战哈特的理论，区分法律原则和法律规则是没有用处的，更重要的是提出标准区分不同的原则，以对抗哈特对法律内原则/法律外原则的区分。我们可以将此归为“原则



再分类问题”〔1〕。但德沃金对此没有答案。

### 三、“质的差别”：几种补救方案

通过前面两节的讨论，我们可以看到，法律原则研究的“一般模式”忽视德沃金理论中的一些重要结论，其中具有代表性的就是法律规则与法律原则之间具有逻辑的/质的差异。在德沃金的理论中，这一观点颇为难解。这可能是其被忽略的重要原因。但“质的差别”这一点并不是无人关心，国内外很多学者提出了各种方案，试图对其进行解释，驱散覆盖在上面的重重疑云。我将讨论四种观点。这四种方案在问题意识、精致程度、合理程度等方面各不相同，有的被特定学者明确表达，有的是从相关的论述中总结出来的。我将逐一对它们做出评价，评价遵循两个标准：（1）该标准是不是能够符合德沃金的大多数表述，或者主要表述（不然，就说不上是对德沃金观点的阐释与补救）；（2）该标准是不是能够有力地挑战法律实证主义的法律概念理论（不然，则不能实现德沃金的理论目标）。

#### （一）抽象程度之别

所谓抽象程度之别，即法律原则比法律规则具有更高的抽象程度，这种程度主要体现在词语的使用上。法律原则一般使用更为抽象的词语，该词语具有更广泛的适用范围，即它并不指向具体的时间、地点、人和事件；而法律规则用语更为具体，指向很具体的情境。可以用德沃金的一个例子来说明〔2〕：中士应该挑选五名合适的士兵去巡逻。这里使用了“合适”这样一个较为抽象的标准；该标准完全可以更为具体，例如，“五名训练成绩最好”的士兵去巡逻。法律规则与法律原则差别就是建立在这样的基础上。

这里应当注意的是，虽然抽象程度之别与一般模式所主张的确定性之别有着紧密的联系，但是还是有着根本的不同。哈佛大学的弗里德里克·绍尔

〔1〕 我们后面将看到，德沃金对抗法律实证主义的策略不是“原则再分类”，或者说这根本不是他所关心的问题。而拉兹和哈特在各自的论文中将这种思路“强加”给德沃金，参见 Raz, “Legal Principles and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 848~851; Hart, *The Concept of Law*, (2<sup>nd</sup> edition), Oxford: Oxford University Press, 1961, p. 264. 对这种思路的不成功之处的具体讨论，请参见 3.2 部分。

〔2〕 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, pp. 31~32.