

ETHODOLOGY OF LAW

法学方法论丛书

舒国滢 主编



法律规则与法律原则的 抵触之解决

——以阿列克西的理论为线索

ON THE SOLUTION OF COLLISION BETWEEN LEGAL RULE AND LEGAL PRINCIPLE

王
夏
昊
著



中国政法大学出版社

THEODOLOGY OF LAW

THEOLOGY OF LAW

1992

法律规则与法律原则的 抵触之解决

——法律规则与法律原则的冲突之解决

THEOLOGY OF LAW



DOLOGY OF LAW

D9/86

法学方法论丛书

舒国滢 主编

2009

法律规则与法律原则的 抵触之解决

——以阿列克西的理论为线索

ON THE SOLUTION OF COLLISION BETWEEN LEGAL RULE AND LEGAL PRINCIPLE

王
夏
昊
著



中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律规则与法律原则的抵触之解决:以阿列克西的理论为线索 /
王夏昊著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2009.1

ISBN 978-7-5620-3322-6

I. 法... II. 王... III. 法律 - 研究 IV. D9

中国版本图书馆CIP数据核字 (2009) 第004802号

书 名	法律规则与法律原则的抵触之解决:以阿列克西的理论为线索		
出 版 人	李传敢		
出版发行	中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号) 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088 zf5620@263.net http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社) (010) 58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)		
承 印	固安华明印刷厂		
规 格	880 × 1230	32 开本	10.375 印张 255 千字
版 本	2009 年 2 月第 1 版		2009 年 2 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5620-3322-6/D · 3282		
定 价	29.00 元		

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

总 序

无论我们怎样“重新发现了人的心灵”，但我们无疑早已进入了“分析的时代”。这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。

这样一种精神气质亦渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰恰是法学这样一门学问自始不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想像，变得愈来愈抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当下的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者都会在这个利维坦面前显得局促和惶惑。我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

II 法律规则与法律原则的抵触之解决

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar Morin）所称的“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”中寻找一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也惟有依靠方法才能使自己的信念逐渐通过证成转化为知识。

我们收录于“丛书”的作品并非是一眼即寻求到“法的目的地”的理论体系，它们大多只是尝试从某种方法、视域或立场出发探寻某个特殊法律问题的理论努力，它们所提供的或许只是一个可能的出发点、一种认识的可能性或者一个在众多理解中的一种理解。但我们希望有一份真诚的心情对待学术，并在法学方法论领域始终保守这种谨慎的态度。

舒国滢

2006年9月25日于北京

目 录

I	总 序
1	导 论
29	第一章 法律规范
29	第一节 规范的概念
50	第二节 法律规范的有效性
69	第三节 法律规则与法律原则
86	第四节 法律规范的抵触
101	第二章 法律规则与法律原则之抵触的解决方案
101	第一节 法律规则与法律原则之抵触的性质分析
120	第二节 法律规则与法律原则之抵触的实质分析
140	第三节 法律规则与法律原则之抵触的解决方案
159	第四节 法律原则的方案

2 法律规则与法律原则的抵触之解决

180 第三章 法律原则的适用方式

181 第一节 从涵摄方式迈向衡量方式

208 第二节 法律原则的适用方式

235 第四章 法律原则适用的外部限制

235 第一节 融贯性理论与法律原则的适用

252 第二节 法律解释与法律原则的适用

271 第三节 法的渊源与法律原则的适用

285 第四节 判例与法律原则的适用

298 第五节 法教义学与法律原则的适用

311 结束语 结论与问题

318 主要参考书目

322 后 记

导 论

一、问题的提出

苏格拉底曾说,智慧源自困惑。^{〔1〕}如果说法学是一种实践智慧,那么,这种智慧就体现在法学对源自实务法律人在法律实务中所遭遇到的困惑的思考与解答。实务法律人所遭遇到的困惑之一就是所谓的“疑难案件”(hard case)所导致的困惑。疑难案件是相对于“简单案件”(easy case)而言的。后者是指那些可以通过某个机构提前制定的一个清楚的法律规则加以解决的案件,前者是指那些不存在这样可适用的法律规则的案件。^{〔2〕}根据上述的定义,我们认为所谓的“疑难案件”有三种意义:①根本不存在任何可以适用于特定案件事实的法律规则;②有两个以上的法律规则都可以适用于特定案件事实;③可以适用于特定案件事实的一个法律规则由于语言的模糊性或歧义性可以有几种不同的解释。这三种意义相对应于三种类型的疑难案件。它们的共同特点是关于特定案件的法律决定的大前提是不确定的。如果大前提是不确定的,那么,法官或其他法律适用人在作法律决定或法律判断的过程中就具有一定程度上的自由裁量权。在这个意义上,Aarnio 将关于疑难案件的判决称为“自由裁量的判决”(deci-

〔1〕 转引自〔德〕汉密尔顿:《希腊思想》,吉林大学出版社2004年版,第139页。

〔2〕 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, pp. 5, 81.

2 法律规则与法律原则的抵触之解决

sion of discretion)。〔1〕如果法官在作法律决定的过程中具有一定的自由裁量权，那么他的决定就具有一定程度的不确定性，从而就具有一定程度的不可预测性。疑难案件具有的这个特征给法治社会的法律人带来的困惑是什么？我们如何思考与解答它所引发的困惑？我们要想回答这里提出的问题，首先需要明白“法治意味着什么”。这是因为西方法学家们在提出和解决疑难案件问题时都是在法治的框架下进行的，也许在不存在法治的前提下就根本不会产生他们所谓的疑难案件问题。对于志在走向法治社会的中国来说，这个问题的思考与研究不仅具有理论意义也具有现实意义。

我们可以从不同的方面理解“法治意味着什么”，例如，在政治方面，法治意味着什么；在经济方面，法治意味着什么；在文化方面，法治意味着什么等。本文无意也无能力全部回答这些问题，而只从法律适用或作法律决定或司法裁判〔2〕的角度，理解法治意味着什么；或者说，法治对于法律适用或作法律决定或司法裁判意味着什么。在这方面，法治首先意味着当任何公民要求法律保护时，法院或其他裁判机构有义务作出一个法律决定。因为每个公民都有权利得到法律的保障，这是法治社会的公民的一项基本权利。〔3〕其次，法治意味着法律决定（legal decisions）是可预测的和可接受的。法律决定的可预测性是形式法治（the

〔1〕 Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 2.

〔2〕 根据 Peczenik 的观点，大陆法系的法学家通常使用“法律适用”（application of law）一词，法教义学家也是在适用法律，但是他们不作决定，而只是建议怎样决定案件。因此，应该用“作法律决定”（legal decision-making）代替“法律适用”。参见 Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 29.

〔3〕 Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable*, D. Reidel Publishing Company, 1986, p. 3.

formal rule of law) 的要求, 它的可接受性是实质法治 (the substantial rule of law) 的要求。^[1] 法律决定的可预测性和可接受性在大陆法系被统称为“法的确定性” (legal certainty)。这个词是对德语中的“Rechtssicherheit”的翻译。狭义的法的确定性仅指可预测性, 广义的法的确定性包括了可接受性。在英语中没有与该词相对应的法律术语, 但是, “法的确定性”无论是在大陆法系还是在其他地方都是一个非常重要的现象; 在英语中, 与该词最相近的词就是“the rule of law” (法治)。^[2] Peczenik 的这个观点实际上例证了我们的上述主张, 即法治意味着法律决定是可预测的和可接受的。

可预测性意味着作法律决定的人在作决定的过程中应该尽可能地避免武断和恣意。因为武断性和恣意性越少, 法律决定就越具有可预测性。避免作法律决定的人的武断和恣意就是要求他们必须将法律决定建立在既存的一般性的法律规范的基础上, 这是法治的基本要求。法治的原本含义就是法律至上或法律具有最高的权威 (the supremacy of law)。而这意味着在法治的社会没有人凌驾于法律之上, 每个人不论他的地位或条件如何, 都受法律的统治; 尤其是任何公共权力都要按照被正当授权的人依照正当方式制定并公布的法律来行使。这也是正义——相同问题相同处理——的要求。作决定的人依据既存的一般规范作决定是实现正义最起码的条件。可接受性是指按照实质价值或某些道德考量, 法律决定是正当的或正确的。这一点是最受人们质疑的。因为人们一般会认为法治既然是按照法律的统治, 怎么又和道德联系在一起呢? 我们认为这个观点是不应该受到质疑的。因为下列事实是不容否认的: 任何法治国家或宪政国家的宪法都会规定一些该

[1] Aulis Aarnio, *Reason and Authority*, Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 23.

[2] Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 31.

4 法律规则与法律原则的抵触之解决

国家的公民都承认的、法律和公共权力应该保障与促进的实质价值，例如我国宪法规定了人权、自由和平等，任何法院的判决都不应该是违背这些实质价值的法律决定。另一方面，实质法治本身就是强调法治国家或宪政国家有一些典型的被承认的价值。因此，这里所谓的实质价值或道德是有一定范围的或受到限制的。我们之所以要强调法律决定是可接受的，是因为有的法律决定不是作决定的人武断地和恣意地作出的，即实现了可预测性，然而该决定与特定国家的法秩序所承认的实质价值或道德相背离。同时，我们也应该看到，有些法律决定是正当的，却是作法律决定的人武断地和恣意地作出的。这样，法律决定的可预测性与可接受性之间就存在着一定的紧张关系。实质上，这种紧张关系是形式法治与实质法治之间的紧张关系的一种体现。但是，从作为整体的法治来说，它要求作法律决定的人应该努力在可预测性和可接受性之间寻找最佳的协调。在现代的法治社会里，人们总是要求法律决定具有高度的可预测性，同时具有高度的可接受性。法律决定的可预测性程度越高，人们有效地计划和安排自己生活的可能性越大。法律决定的可接受性程度越高，人们计划和安排自己满意的生活的可能性越大。任何正常的人都希望能够计划和安排满意的生活。^{〔1〕} 如果法律决定不具有可预测性或可预测性程度非常低，生活在社会中的人就不可能在理性的基础上计划和安排自己的生活，社会生活也就不可能令人满意。如果法律决定不具有可接受性或可接受性程度非常低，一个社会就不可能是一个和谐的长治久安的社会，也就是说，该社会的秩序最终可能消解。但是，对在特定的一个时间段内的特定国家的法律人来说，法律决定的可预测性具有初显的^{〔2〕} 优先性。因为对于特定国家的法

〔1〕 Peczenik, *On Law and Reason*, Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 32.

〔2〕 关于初显的概念，请参见本文第一章第三节。

律人来说,首先理当崇尚的是法的确定性(狭义的)。^[1]

综上所述,法治对法律适用或作法律决定或司法裁判的要求如下:其一,禁止法院或其他裁判机关以法律没有规定、法律规定不清楚和不充分为理由拒绝作法律决定;其二,法院或其他裁判机关有义务适用法律规范证成或支持自己的法律决定,如果没有可适用的制定法,他们必须适用其他的法律渊源证成或支持自己的法律决定;其三,法院或其他裁判机关必须运用特殊的法学方法如立法者意图解释或客观目的解释,使法律规范和实质价值或道德要求相协调。

现代西方的各个法学流派都提供了各自关于疑难案件问题的答案。这里所谓的“现代”并不是指近代,即“modern”,因为英语中的这个词既指近代也指现代;而是指19世纪中后期以来的时间段。具体对法学来说,所谓的“现代西方法学”是指利益法学和现实主义法学及其后来的那些法学。利益法学和现实主义法学以前的近代西方的那些法学流派如概念法学、机械法理学,不承认法律是有漏洞的,而且法律适用是逻辑演绎;因此,在他们的理论中就不可能产生我们上述所谓的“疑难案件”问题。利益法学和现实主义法学发现了法律并不是一个无缝隙的网,而且法律适用也不是纯粹的逻辑演绎。如利益法学的代表人物黑克认为,法律面对着日常生活所产生的事实问题的多样性和丰富性时,总是不适当的、不完全的,有时甚至是冲突的。^[2]那么,如何解决它?黑克提出了利益衡量的方法。^[3]利益衡量的逻辑前提

[1] [意]登特列夫:《自然法——法律哲学导论》,李日章译,台湾联经出版事业公司1984年版,第119页。

[2] Heck, “The Jurisprudence of Interests—An Outline”, in *The Jurisprudence of Interests*, translated and edited by M. Magdalena Schoch, Harvard University Press, 1948, p. 40.

[3] 关于利益法学的衡量方法,请参见本文第三章第一节的有关部分。

是必须要探究和确认利益，而利益本身显然属于事实范畴。因此，利益法学最终解决疑难案件的方法不是一种法学自身的方法，而是其他科学的方法。正如黑克所说，法学研究必须建立在对现实和实践生活的需要的研究的基础之上，今天必须强调这种研究，这种研究可以命名为利益研究、法社会学研究或法律中的事实研究。^{〔1〕} 现实主义法学解决疑难案件的方法与利益法学基本是相同的，它的代表人物霍姆斯说，司法裁决过程是法官权衡社会利益的过程，法官不可避免地要承担这个利益权衡的责任。作为朝向理想的一个步骤，对我来说，每一个法律人应该努力去理解经济学。在这里，我们被要求考虑和衡量立法的目标，获得它们的手段和成本。我们必须懂得，为了每一件事情，我们必须放弃其他别的事情；我们获得的好处必须要失去其他的好处，而且必须知道在我们选择时，我们在做什么。因此，未来的法律人是懂得和掌握统计学和经济学的人。^{〔2〕} 现实主义法学对于事实的强调在美国发展为庞德的社会学法理学，社会学法理学的最终发展将法学导入了与自然科学更相近的社会学。^{〔3〕}

无论是利益法学、现实主义法学，还是其后的法社会学，都强调通过探究和确认事实来解决疑难案件，在实质上都试图将法律视为“自然事物”，将法学转变为像自然科学一样的科学。当然，他们的目的都在于要保障法律适用的最大程度的可预测性，因为如果法学真成为了像自然科学一样的科学，人们就像通过认识和掌握自然规律之后就可很精确地预测自然现象一样，来预测

〔1〕 Heck, "The Jurisprudence of Interests—An Outline", in *The Jurisprudence of Interests*, translated and edited by M. Magdalena Schoch, Harvard University Press, 1948, p. 47.

〔2〕 O. W. Holmes: "The Path of the Law", in *Readings in the Philosophy of Law*, edited by Jules L. Coleman, Garland Publishing, 1999, pp. 10, 13.

〔3〕 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 4.

法律决定了。但是，法律毕竟是一种“人造物”，它不可避免地内含着作为理智的存在者的人对于善和恶的判断。因此，法律是规范而不是纯粹的事实，以法律规范为研究对象的法学属于实践智慧而不属于自然科学意义上的科学。因此，以自然科学的方法像研究纯粹事实一样研究法律问题的法学流派将会扭曲法律，背离作为实践智慧的法学。正如德沃金所说，对于事实和策略（是指法社会学将法律作为控制社会的装置——引者注）的强调（的法学）将以扭曲法理学问题而告终，这种扭曲与英国的原理方法扭曲法理学问题一样，也就是将形成了法理学问题的核心的道德原则问题剔除出去。^{〔1〕} 我们认为，这些法学流派与他们同时期的西方哲学和道德哲学一样，认为价值判断或道德判断具有主观性，因此，为了最大程度地实现法律的可预测性，就将价值判断或道德判断从法律和法律适用中完全剔除。当然，这是一种根本的解决之道。但是问题在于，这是不可能的。原因在于，人是一种理性的存在者，他不仅活着而且要活得好一点。人的生存目标并不仅仅是享受存在（existence）的好处，而且存在需要明确的意义。仅仅活下去对我们的生命来说是不够的，人类通过他们对意义的要求和对生存品质概念的标准的追寻而超越动物的生活。^{〔2〕} 这就是说，人之为人的本质或关键在于他或她有价值和有尊严地活着，因为一个人过有价值和有尊严的生活是可以超越成为健康的欲望的。在这种意义上说，只有人才追问和追求价值。价值的原意是堤坝，是掩护。这个堤坝、这个掩护，要挡住什么、要遮掩住什么？它就是要挡住人不能成为动物，遮掩住人的

〔1〕 Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 5.

〔2〕 Morrison, *Jurisprudence: from the Greeks to post-modernism*, Cavendish Publishing Limited, 1997, p. 16.

动物性一面,从而保证人之为人。^[1]既然追问意义和价值是人的存在的本质,那么,作为“人造物”的法律就不可能没有人追问的意义和价值。因此,问题的关键不在于剔除价值判断或道德判断,而在于我们怎样将价值判断或道德判断的主观性限制在最小的程度上,从而最大可能地保障法律决定的可预测性。这就意味着我们主张,人的理性对价值可以作出认识,道德不是纯粹主观的或情感的东西。但是,这并不意味着我们主张,通过人的理性就可以建立一个完全客观有效的道德或法律秩序。^[2]

除了这些法学流派,对疑难案件提出解决方案的最典型的法学流派就是以哈特为代表的新分析主义法学。正如德沃金所说,法实证主义提供了一个关于疑难案件的理论。^[3]哈特认为,所谓疑难案件是指法律是否可以适用是不清楚的或是有争议的情形。在疑难案件的情形下,法律的这种不确定性是一种合法的不确定性。在这种情形下,法官不可能通过适用法律裁决案件而是通过行使司法自由裁量权(judicial discretion)裁判案件。他认为这种情形是由于语言的一种人工性质的开放结构所造成的。所有规则都涉及承认特定案件是一般术语的例子,或者将一个特定案件归入到一般术语的情形下,任何一个规则所指涉的情形,我们都可以将其区分为清楚的中心区和有疑问的阴影区。在前者的情形下,规则是确定的适用;在后者的情形下,规则适用或不适用都是有理由支持的。当我们在将特定情形归入到一般规则的操作中,语言的这种特性使得所有的规则都有一个模糊的边缘或开放结构,而且没有任何东西可以剔除语言的这种双重性质。这个开

[1] 张志伟:《西方哲学十五讲》,北京大学出版社2004年版,第9~12页。

[2] 关于理性在人类实践事务领域中的作用与局限性的论述,具体请参见舒国滢等:《法学方法论问题研究》,中国政法大学出版社2007年版,第65~66页。

[3] Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1978, p. 81.

放结构必然导致法律具有不确定性，法官在这种情形中行使自由裁量权。^{〔1〕}所谓的自由裁量权并不是指法官自己意志的随意体现，而是要对他的判决进行论证和说明，只不过在这里法官依据的不是所谓的法律，而是依据法律之外的东西来判断。但是，哈特又特别强调法律以外的东西不是指道德，而主要是指社会目标或社会效果来判断。^{〔2〕}那么，社会目标或社会效果是什么？我们如何得到它们？我们是否还要求助于统计学和社会学？哈特在《法律概念》的前言中指出：“虽然本书所关心的是分析，但是它亦可被视为是一篇描述社会学的论文……”^{〔3〕}而且哈特还认为，阴影问题的发生就向我们表明，法律规则在根本上是不完整的，而且当它们不能决定判决时，法官必须立法，并且在各种选择（标准）之间行使一种创造性的选择，指导法官选择的是社会政策。^{〔4〕}总之，哈特解决疑难案件的方案是依赖于法律之外或超法律的标准，这些标准不是道德而是社会目标或社会效果，而且法官行使的不是纯粹的司法权，而是具有立法性质的权力。这样，这种解决方案不仅与我们上述的法治对作法律决定的要求相背离，而且与现代国家权力分立的原理相背离。虽然以哈特为代表的法实证主义通过强调法律是由法律规则组成的而强调法律的可预测性；但是，在疑难案件的领域即法律规则不能决定案件的裁判的情形中，法实证主义理论导致了更大程度的法律的不确定性

〔1〕 Brian Leiter, *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge University Press, 2001, p. 18.

〔2〕 Hart, "Positivism and the Separation of Law and Moral", in Jules L. Coleman ed., *Reading in the Philosophy of Law*, Garland Publishing, 1999, pp. 37, 41.

〔3〕 [英] 哈特：《法律的概念》，许家馨、李冠宜等译，台湾商周出版社 2000 年版，前言第 XXXVI 页。

〔4〕 Hart, "Positivism and the Separation of Law and Moral", in Jules L. Coleman ed., *Reading in the Philosophy of Law*, Garland Publishing, 1999, p. 42.