

docsriver.com
商家本本店



法律原则适用的 方法模式研究

FALŪ YUANZE SHIYONG DE FANGFA MOSHI YANJIU

李 鑫◎著



中国政法大学出版社



法律原则适用的 方法模式研究

FALŪ YUANZE SHIYONG DE FANGFA MOSHI YANJIU

李 鑫◎著



中国政法大学出版社

2014·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

法律原则适用的方法模式研究/李鑫著. —北京:中国政法大学出版社, 2014. 9

ISBN 978-7-5620-5644-7

I. ①法… II. ①李… III. ①法律适用—研究 IV. ①D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第221068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 固安华明印业有限公司
开 本 880mm × 1230mm 1/32
印 张 7
字 数 165 千字
版 次 2014 年 9 月第 1 版
印 次 2014 年 9 月第 1 次印刷
定 价 26.00 元

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面


若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



本书得到了吉林省博士后科研项目启动经费（项目编号 RB201346）的资助。

内容摘要



本书试图构建一个适合法律原则适用的方法模式。为了达成这一理论目标，本书将通过五个部分来论述这一问题。第一，需要对法律原则的涵义有一个界定或者说是认识，因为这是法律原则适用的前提性条件；第二，对法律原则适用的场域和条件进行研究；第三，在确定了法律原则可以适用的场域，以及适用所要满足的条件之后，就进入了具体的法律原则适用方法，法律原则适用的方法之一就是类型化的方法；第四，需要关注的就是法律原则适用的方法之二则是衡量的方法；第五，提出了本书的结论，即法律原则适用的方法模式应该是类型—衡量模式。本书采用了比较的方法和个案分析的研究方法，从法教义学的视角对法律原则的适用问题进行研究。本书的创新点在于：一是从语义学的角度界定了法律规范的含义，使之能够容纳法律原则成为法律体系的构成要素，并且在此基础上分析了法律原则的结构。二是区别了法律原则起作用的场域和作为裁判规范的场域，并归纳了法律原则成为裁判规范所要满足的四个条件。三是系统梳理了作为法律原则适用方法的类型化方法和衡量方法，并分别指出两种方法在适用中所存在的问题。四

是提出了法律原则适用的方法模式应该是结合类型化方法与衡量方法的类型 - 衡量模式，这种模式不仅仅是一种方法模式，还是原则适用证立的一般形式。因此，类型 - 衡量模式就是一种包括适用方法和论证形式的法律原则的适用模式。

第一章主要界定了何谓法律原则，这是进一步讨论的基础。首先，从语义学的角度界定了法律规范的涵义，即法律规范的概念就是法律规范语句的意义。那么，此种意义上的法律原则就是一种最佳化的诫命（*optimization commands*），即一种要求某事在事实上和法律上可能的范围内尽最大可能被实现的规范。作为最佳化诫命的法律原则与法律规则是不同的，两者最重要的一个区别在于不同的初显性特征。此外，两者是不同的理由类型，原则是一种一阶行为理由，这种理由类型是依赖于其内容的；规则是二阶理由，是一种独立于内容的理由（*content-independent reason*）。因此，法律原则是一种区别于规则的独立的规范类型。

第二章主要讨论了法律原则适用的场域和条件。首先，区分了法律原则起作用的场域和作为裁判规范的法律原则适用的场域。法律原则起作用的场域可以覆盖整个司法过程，从“前理解”、法律发现直到个案裁判。作为裁判规范的法律原则一般适用于疑难案件之中，具体来说：一是没有规则存在的情形，即（1）没有规则，仅有原则可供适用，而且没有与之相冲突的原则存在，此时适用原则。（2）没有规则，有两个可供适用的原则，但两者之间有冲突，此时需要法官在两个原则之间进行衡量，然后决定适用哪种原则。二是有规则的情形，原则与规则相冲突，规则产生的结果严重妨碍个案正义的实现，适用原则。其次，讨论了原则适用需要满足的条件，主要从法律原则适用的可能性条件、前提性条件、限制性条件和实质性条件进行了分析。

第三章主要探讨了类型化方法作为法律原则的适用方法。首先，法律原则的适用过程是一个不断具体化的过程，而具体化的方法就是类型化。其次，对类型化方法的特征、类型的适用方式——类推、类型化方法在法律原则适用中的作用进行了讨论。再次，对法律原则如何类型化进行了讨论，法律原则的类型化主要有归纳与具体化两条途径，然而，在对法律原则进行类型化的过程中，这两种获得类型的途径并不是截然分开的，而是相互交叉、相互印证、交互澄清的一个过程。最后，以隐私权原则为例，具体分析了法律原则是如何类型化的，并且分析了类型化方法的缺陷。

第四章主要探讨了衡量方法这一法律原则的适用方法。首先，衡量方法是法律原则适用的必要方法，因为类型化方法具有滞后性以及无法解决原则之间的冲突的缺陷。其次，通过对衡量方法的德国模式和美国模式的比较，分析了两种模式的利弊，从而对于何为衡量方法有了一个较为清晰的认识。最后，以作为法律原则的基本权规范为例，系统论述了衡量方法是如何适用的。

第五章主要探讨了法律原则适用的方法模式：类型－衡量模式。首先，讨论了类型－衡量模式之所以能够出现的社会和理论背景。其次，在对类型化方法与衡量方法的缺陷进行分析的基础上，讨论了类型－衡量模式的在法律原则适用中的作用，其既可以弥补类型化方法的滞后性与难以解决原则之间冲突的问题，又可以解决衡量方法的确定性问题，并总结了这一模式所具有的特征。再次，讨论了这一模式是否可以在中国语境下得到适用，并以典型案件进行了验证。最后，谈论了这一方法模式在具体适用中的论证负担的一般形式。由此，构建了一个一般性的法律原则适用的方法模式。

目 录



内容摘要	(1)
导 论	(1)
第一章 何谓法律原则	(21)
第一节 何谓法律规范	(21)
第二节 法律原则的含义	(29)
第三节 法律原则与法律规则的区别	(33)
第二章 法律原则适用的场域和条件	(38)
第一节 法律原则适用的场域	(39)
第二节 法律原则适用的条件	(45)
第三章 类型化方法	(60)
第一节 法律原则的适用过程	(60)
第二节 类型化方法的特征和适用方式	(68)
第三节 类型化方法的作用	(75)
第四节 法律原则如何类型化	(85)



第四章 衡量方法	(104)
第一节 衡量方法的必要性	(104)
第二节 衡量方法的德、美模式	(109)
第三节 原则如何衡量——以基本权原则为例	(127)
第四节 对衡量方法的批评及回应	(154)
第五章 类型 - 衡量模式	(162)
第一节 社会与理论背景	(164)
第二节 类型 - 衡量模式的作用及特征	(173)
第三节 类型 - 衡量模式在个案中的适用	(181)
第四节 法律原则适用证立的一般形式	(194)
结 语	(205)
参考文献	(209)

导 论



一、问题的提出

本书基于对理论与司法实践的研究，试图提出一个可供法律原则适用的一般性的方法模式。这一模式的提出必须有一个前提性的条件，即法律原则是否存在，以及法律原则是否是一种有效的法规范，或者说法律原则是否可以归于某个法律秩序或说法律体系之中。

对于这一前提性条件的回答，从法律原则是法律与原则的结合的角度，其实可以分为三个问题：首要的问题就是原则是否存在；其次是法律原则是否存在；最后一个问题则是法律原则是否是法律。如果能够清楚地回答这三个问题，法律原则适用的前提性条件就可以清晰明了了。但是对于这三个问题而言，每一个问题都存在争议，并没有一个一致的见解。

对于第一个问题，存在两种对立的观点，一种认为原则是存在的，这是主流观点；而另一种观点则否认原则的存在。这种观点以弗雷德里克·绍尔的“原则否定论”为代表。其认为，任何规定性命题（prescriptive proposition）都必须具有三种基

本的特征，无论其是法律规则、命令、标准还是原则，即明确性（specificity）、正规性（canonicity），以及重量性（weight）。一个规定性命题的明确性是与其适用的确定性密切相关的，如果适用的确定性越高，那么其明确性就越高；反之则越低。而适用的确定性则是与其内容的模糊性程度密切相关，如“限速60公里”与“限速慢行”这两条规则，前者比后者具有更强的适用确定性。正规性则是指规定性命题的效力来源是同一的，而且必须都以文本的形式表现出来。重量性则是指不同的规定性命题之间相互的重要性，即谁具有更强的重要性。如德国《基本法》中，“人格尊严”比其他规定性命题就具有更强的重要性。据此，绍尔批评德沃金混淆了明确性与重量性这两个特征。德沃金认为，规则的“全有全无”的特征来自于其内容的明确性，而原则之所以具有重量性的向度是与其内容的模糊性密切相关的，这就导致了原则具有较低的明确性。也就是说规则与原则相比具有更强的明确性，所以在适用上也具有更强的确定性。绍尔认为这一观点是有问题的，因为规定性命题的适用与其内容的模糊性程度虽然有着密切的联系，但并不具有完全的决定关系。例如，有的原则内容规定非常明确，但其适用方式并不是全有全无的；而有的原则，内容虽然比较模糊，但其适用却是全有全无的。例如，“国家不得以性别作为区分的标准”这条原则，其内容规定非常明确，但是在国家必须要通过以性别作为区分标准而制定的政策才能实现某一亟待实现的重大目的时，此项原则就不能得以适用。相反，“禁止酷刑”，这是美国宪法第八修正案的规定，其内容模糊，但其适用方式却是全有全无的。如果以这三个特征来分别检视规则与原则，我们可以发现，规则在一定程度上具有正规性以及分量性的特征，但明确性并非其构成特征，也就是说内容明确与否并不确定。

反观原则，则很难找出一组共同的特征来表现原则，因为原则可能以低明定性、低正规性，以及低重量性的面貌出现（如：无人可因自己不法行为而获利的原则），或者可能由高明定性、低正规性，以及略低重量性的规约命题组成（如：公园里不应制造噪音的原则），也有可能借由低明定性、低正规性，以及非常强的适用重要性面向来表现（如：金科玉律或康德的范畴命令）。〔1〕因此，绍尔认为原则没有存在的意义。但是，虽然原则在明确性（specificity）、正规性（canonicity），以及重量性（weight）这三个特征中没有一组明确的特征，但是并不代表原则没有其他的存在特征。因为在日常生活中，我们可以感知到原则的存在。原则的存在特征有三个：规定性（prescriptivity）、普遍性（universality），以及可证立性（justifiability），三者缺一不可，否则即失去了其作为原则的基本属性。绍尔的“原则否定论”忽略了原则的普遍性特征，普遍性是与一般性不同的，所谓原则的普遍性是指原则在某一领域中所有案例具有适用上的普遍性。与一般性不同的是，普遍性没有程度的区别。例如，“当土地干燥时不能种植果树”与“当土地干燥时不能种植苹果树”这两个原则，在各自的领域都具有适用上的普遍性，但是这两个原则却具有程度上的差别，即具有不同程度的一般性。也就是说，如果一个规定性的命题不具有普遍性，即只能在特定的个案中适用，其无论如何符合明确性、正规性，以及重量性这三个特征，也很难说是一个原则。相反，对于不具有上述三个特征的规范陈述，只要其具有适用上的普遍性就有可能成为原则。把“可能”变成“是”的条件就是“可证立性”这一特征，因为一个规定性命题无论其适用范围多么普遍，但如果

〔1〕 Frederick Schauer, "Prescriptions in Three Dimensions", 82 Iowa L. Rev., 1996, p. 914.

不能被证立为正当或者合理，其就不能成为原则。也就是说原则应当是一种值得人们去力行的当为，即使其有可能被违反，这就是规定性特征的涵义。因此，原则的规定性、普遍性，以及可证立性这三个特征是缺一不可的，只要具有这三个特征的规定性命题就是原则，也就是说原则是存在的。

在回答完原则是否存在这个问题之后，接下来要讨论的就是法律原则是否存在的问题。在这一问题上同样存在两种立场，一种否认法律原则的存在，这以亚历山大与克雷斯为代表。另一种立场则积极肯定法律原则的存在，这以德沃金的整全法（integrity）以及我国台湾地区学者庄世同所主张的柔性法律原则理论为代表。亚历山大与克雷斯之所以否定法律原则的存在，是因为与道德原则相比，法律原则没有道德原则那样的道德上的正确性，即法律原则在道德上是次优的；与法律规则相比，没有法律指引上的明确性，因此法律原则没有存在的意义，要么我们按照法律规则来行事，要么直接诉诸道德原则，依赖道德上的正确性来行事。正如亚历山大与克雷斯所认为的那样：“道德原则具有道德正确性的价值；法律规则则有立法权威产物以及给予明确（行为）指引的价值。然而，法律原则并没有这些价值，它们既不是道德上正确的，也不是适用上无争议的，更不是依据规则，由有权创造规范之权威机关所制定公布的实证规范。法律原则是全世界最糟糕的东西。”〔1〕庄世同认为对于法律原则的这两种批评意见并不是完全正确的。对于第一个批评意见，其缺陷在于，要想证明法律原则具有道德上的不正确性，首先必须要建立一个具有实质内涵的道德理论体系也即建立一个客观的道德评价标准，但是亚历山大与克雷斯并没有

〔1〕 Alexander et al., “Against Legal Principles”, in Andrei Marmor (ed.), *Law and Interpretation*, Oxford: Clarendon Press, p. 279.

提出这样一个评价标准。不仅如此，亚历山大与克雷斯还犯了一个逻辑错误，即直接从应然命题推导出实然命题的逻辑错误。因为即使法律原则在道德上具有不正确性，但我们并不能必然推出现实中不存在法律原则的结论。例如，种族歧视在道德上具有不正确性，但我们并不能因此就可以否定种族歧视的存在。对于第二个批评意见，即认为法律原则没有明确的行为指引功能，如果因此就否认法律原则缺乏规范吸引力，那么这也是有问题的。因为很多法律原则具有明确的行为指引功能，例如禁止类推。所以这一批评也是站不住脚的。^{〔1〕}因此，既然不能论证法律原则不存在，那就必须假设其存在。而且法律原则事实上确实是存在的，其作为原则的一种类型，具有规定性、普遍性，以及可证立性这三个原则的基本特征。

既然法律原则是存在的，那么法律原则到底是不是法律，也就是说法律原则是不是具有规范效力，能否作为个案规范。对于这一问题，同样有两种不同的立场。一种肯认法律原则是有效力的规范，这可以被称为积极的法律原则理论，以柔性法实证主义与德沃金的整全法理论为代表，但这两者对于法律原则的识别标准是不同的。而另一种立场则认为法律原则并不当然具有规范效力，而只是一种法律上可以适用的证立理由，这以我国台湾地区学者庄世同所主张的柔性法律原则理论为代表。柔性实证主义最重要的主张，也即其与刚性实证主义的不同，就在于柔性实证主义认为，鉴别法律体系成员资格的承认规则不仅仅是一个形式规则，而且还包含着实质性的道德判准。经由实质性的道德判准，道德性的因素便可以安置于法律体系之中。于是，通过形式性的承认规则可以鉴别法律规则，通过实

〔1〕 参见庄世同：“论法律原则的地位：为消极的法律原则理论而辩”，载《辅仁法学》2000年第19期。

质性的道德判准可以鉴别法律原则。也就是说，法律体系是由法律规则与法律原则所组成的，法律原则是有效的法规范。德沃金的整全法理论则认为，法律原则才是整全法的主体，而不是实证法规，整全法的基础是其背后的实现平等自由等原则的政治道德信念。因此，法律原则具有当然的法律效力。但是庄世同认为以上两种观点都犯了一个严重的错误，即以上两种理论所认同的具有法律效力的法律原则，都丧失了法律原则的一个基本特征，即普遍性特征。也就是说无论是柔性实证主义还是整全法理论所认同的法律原则，都是一定时空之下的法律原则，不再具有作为原则的一个类型所具有的那种超越时空的普遍性。所以其主张，法律原则只能是一种法律上可以适用的规范证立理由，其最主要的规范目的就是证立法治的价值。

以上是关于法律原则的基本理论问题的探讨，也是我们进入法律原则的适用之前所必须要了解的，是法律原则适用的前提性条件。通过上面的讨论，我们可以明确的是：首先，法律原则是存在的，这是我们进行下一步讨论的前提条件。其次，规定于明文的法律原则应该具有规范效力，这是基于对立法权威的尊重。但是，有很多对于整个法律体系来说是基础性的法律原则，并没有规定于明文，然而，在很多个案中，尤其是疑难案件中，为了实现个案正义，我们又不得不诉诸这些基本性的法律原则。那么，我们就需要借鉴庄世同对于法律原则的认识。也就是说，此时的法律原则是一种可供适用的规范上的证立理由，那么此种性质的规范要成为有效力的规范，就必须经过更为严格的程序控制，才能被适用。下面我们就进入法律原则适用问题的探讨。

法律原则的适用问题实际上源于司法过程中的个案裁决。在德沃金发现法律原则在个案裁判中的重要作用之前，理论学

家并没有充分重视法律原则在个案裁判中的作用。如概念法学认为,法律体系是一个封闭的而且逻辑自足的体系,只需要借助现有的法律规定就可以实现个案裁判,法官只需要做一个“自动售货机”就足以。但是,法律并不是一个逻辑自足的体系,而是存在着模糊、冲突、漏洞的人类理性的产物。这一方面是因为人类理性相对于不断变迁的社会生活始终处于落后的状态,这就导致了法律规则不能完全涵盖所有的案件。另外,由于法律规则的载体是语言,语言本身就存在模糊、冲突之处,所以以之为表现形式的法律规则也存在着模糊、冲突。作为新分析实证主义法学代表的哈特敏锐地发现了这一点,并提出了自己的解决方法。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,规则是确定地适用;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,语言的这个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个双重性质。这个开放结构必然造成法律具有不确定性,法官在这种情形中行使自由裁量权。”〔1〕也就是说,哈特对于疑难案件所指出的解决方案,就

〔1〕 参见王夏昊:“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”,中国政法大学2007年博士学位论文,第5~6页。



是法官的自由裁量权。但是法官在行使自由裁量权的依据并不是现有的法律，而是法律之外的东西。这个法律之外的东西，在哈特看来当然不是道德，因为作为法律实证主义的代表，其支持法律与道德相分离的主张，而是社会效果或者说是社会目标。而且在哈特看来，自由裁量权的性质并不是纯粹的司法权，而是更接近于立法权。这样就产生了一个在法律实证主义者所不愿意看到的矛盾，即法律实证主义理论强调法律的确定性、可预测性，这都需要法律规则来实现，但是法律规则正如哈特所说的那样，存在空缺结构，并不能完全实现这个目标。于是，为了实现个案正义，不得不求助于法官的自由裁量权，也就是法律之外的东西，即价值判断，而这正是法律实证主义所不愿意看到的。

针对法律实证主义对于疑难案件的解决要依赖法律之外的因素，从而对于法律的确定性、可预测性破坏的缺陷，德沃金的原则理论在一定程度上解决了这一问题。其认为，法律是由法律原则和法律规则构成的，法律规则的制定是由立法者对相关的法律原则的平衡和衡量而得出的，那么在面对疑难案件之时，如果法律规则力有未逮，同样可以借由法律原则的衡量与平衡来解决。那么法律原则是如何适用的呢？

二、国内外研究现状综述

本书的研究主题是法律原则的适用方式，即法律原则在个案中是如何适用的。由于法律原则的适用问题最先是在西方的法律理论中提出来的，而且西方的法律理论对于法律原则适用的研究也比较系统，所以，我们可以先对西方关于法律原则适用的相关研究进行梳理。

西方法律理论中对于法律原则如何适用的问题，可以分为

两种基本的模式。一个可以称之为衡量模式，以拉伦茨、阿列克西为代表；另一个可以称之为类型化模式，以考夫曼为代表。

首先，让我们看一下衡量模式。其实衡量方法，或者说利益衡量方法，自从赫克提出利益法学以来就已经产生了。利益法学认为，在法律背后其实存在一种利益，法律的根本目标就是要追求和保障利益，法律经验就是对利益冲突的解决。并且赫克提出，在面对法律漏洞时，可以适用利益衡量的方法来解决。拉伦茨是德国评价法学的代表，而评价法学又是继利益法学之后德国的主流法学流派，其提出了“个案中法益衡量”的方法。其认为原则之所以需要衡量是因为，“权利也好、原则也罢，假使其界限不能一次确定，而毋宁多少是开放的、有流动性的，其彼此之间特别容易发生冲突，因其效力范围无法自始确定。”“一旦发生冲突，为重建法律和平状态，或者一种权利必须向另一种权利（或有关利益）让步，或者两者在某一种程度上必须各自让步。于此，司法裁判根据它在具体情况下赋予各该法益的‘重要性’，来从事权利或法益的衡量。”^{〔1〕}对此，拉伦茨提出了衡量的标准，一是根据抽象的价值位阶，也就是相互衡量的价值的重要性来衡量。因为法律原则在本质上就是追求某种价值的规范，所以原则之间的衡量，在根本上来说就是价值的衡量。这个标准在德国来说，就是德国基本法所确定的价值秩序，其中人性尊严具有最高的价值位阶。二是根据比例原则进行衡量。因为大多数价值冲突发生在相同价值位阶之间，所以很难做出谁更重要的判断。因此其“一方面取决于因受保护法益被影响的程度；另一方面取决于假使某种利益须让步时，其受害程度如何。最后尚须适用比例原则、最轻微侵害

〔1〕〔德〕卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第279页。

手段或尽可能微小限制原则。根据后者，为保护某种较为优越的法价值须侵及一种法益时，不得愈达此目的所必要的程度”。〔1〕

在拉伦茨个案衡量论的基础上，阿列克西提出了关于法律原则的系统的衡量模式。首先，阿列克西在批判德沃金关于法律原则与法律规则区别的基础上提出了自己对于两者的区别。德沃金认为法律原则与法律规则的区别主要表现在两个方面：“第一，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，而原则并非如此；第二，原则具有分量（weight）的特征，而规则则没有。此外，理论上规则可以将全部例外都列举出来，而原则不能，规则不能与例外共存，而原则却可以。”〔2〕阿列克西在德沃金的道路上走得更远，其通过对德沃金关于原则与规则区分批判的基础上建立起了自己的原则理论。阿列克西认为规则与原则的真正区别在于：首先，原则是最佳化命令（optimizing commands）。原则要求某事在相对于法律上与事实上可能的范围内尽最大可能被实现，并能以不同的程度被实现。法律上的可能性意味着，适用一条原则时必须考量在个案中相冲突的其他原则，才能决定该原则的法律效果是否成立，因此原则的典型适用方式是衡量（balancing）。与原则不同，规则没有各种不同的实现程度，若一条规则有效，它就要求不多不少地实现规则所规定的内容，因此规则典型的适用方式是涵摄（subsumtion）。其次，规则与原则具有不同的初显性特征（prima facie character）。所谓初显性特征，简单地

〔1〕 [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第286页。

〔2〕 参见陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，《法学研究》2006年第5期。

说就是起初具有可行性，但可因其他理由，后来再推翻其可行性。初显性特征是相对于确定性特征（definite character）而言的。若一条规则的构成要件被某案件所满足，法效果确定地适用到这一案件中且后来无法被其他理由推翻，则此时这条规则具有确定性特征。但是，有时某些规则却可因原则而被创设例外，这些规则同样具有初显性特征。阿列克西进一步指出，虽然规则和原则都可能具有初显性特征，但它们的初显性特征强度不同。但本质上，阿列克西认为规则与原则的区别是一种逻辑结构上的区别，二者具有质的不同。^{〔1〕}根据阿列克西的观点，其原则理论建立在三个相互联结的命题之上：一是最佳化命题；二是碰撞法则；三是衡量公式。最佳化命题涉及了原则在规范结构上的特征，碰撞法则则借由规范冲突的不同解决方式来说明规则与原则的区别，而衡量公式则是对于解决原则碰撞在方法上的精确化。其中，衡量公式是法律原则的具体适用方法。所谓的衡量法则就是指，（对于相互冲突的两个原则而言）对某一原则的侵害越强，另一个原则实现的重要性就应当越高。而衡量公式就是衡量法则的数值化。由此，阿列克西建立起了系统的法律原则的衡量模式。

下面，让我们来看一下类型化模式。这种模式认为：“从形式上看，由于纯粹的法律原则未明示人们的行为标准和法院的裁判标准（行为之法律后果），是很难直接适用于个案作为案件事实的涵摄规范的。”^{〔2〕}而从实质上来看，由于原则是一种“理想应然”，蕴含的是某种价值与理念，只能提供秩序观点，

〔1〕 关于规则与原则区别的详细讨论，可参见雷磊：“法律规范的冲突与适用”，中国政法大学2007年硕士学位论文，第25~26页。

〔2〕 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）》2004年第6期。

难以提供裁判规则。所以法律原则要想适用于个案就必须进行具体化，从而打通价值与事实之间的鸿沟。这个具体化的方法就是类型化。正如考夫曼所言，类型亦与个别出现的具体事物不同，它是普遍具体中间点，〔1〕也就是说类型是反复出现的事物，在法学上它就是法律理念与生活事实的中间点。“立法者的任务便是在立法过程中，去描述生活事实中反复出现的各种类型，并借助抽象概念作为制定法律建构之外形，将其制定成为法律规范，因此，规范类型乃成为制定法背后的存在基础；而司法者则必须在适用法律时，在法律规范所意含的类型中掌握生活事实，以便对其加以正确评价。”〔2〕以刑法为例，法律判决的作成，必须不断地探求作为制定法（法律构成要件）基础的“不法类型”，以求正确评价其所面临的生活事实。对考夫曼而言，这是“类型”理论的重要意义。那么，法律原则如何类型化呢？类型的取得要在一个整体性的分析框架之中，既要注重对原则的理论基础的挖掘，来涵摄所有的类型；又要注重对判例的研究，来充实类型，使得类型既有前瞻性，又有实在性。

上述两种适用模式就是当代西方对于法律原则适用的主要研究成果。虽然类型方法与衡量方法在法律原则的适用中都发挥了非常重要的作用，但是仍然不能完全实现法律原则的适用。类型化模式其实仍然是一种传统模式。其与以概念为核心的涵摄模式在本质上仍然是一致的，都是以追求法律的确定性为根本诉求，只不过为了应对涵摄模式及其所对应的法律体系的封

〔1〕〔德〕亚图·考夫曼：《类推与“事物本质”——兼论类型理论》，吴从周译，学林出版社1999年版，第47页。

〔2〕董玉庭：“ATM机上非正常取款行为的刑法学分析——兼论类型分析方法在刑法解释学中的运用”，载《人民检察》2008年第8期。

闭性面对不断变化的社会事实情况所作出的应变之策。这种模式存在两个缺陷，一个是滞后性，另一个是类型与类型之间的冲突无法完全类型化。对于衡量模式而言，其没有预设实质的衡量标准，这虽然使得其具有很强的灵活性，可以面对一切新的案件事实，但是也为衡量的任意性与法官的恣意埋下了伏笔。那么如何解决衡量的任意性与法官的恣意便是衡量方法必须要解决的问题。

下面，让我们来看看国内的研究情况。由于国内对于法律原则适用研究的滞后性，当然，最近一段时间以来稍有改观，导致我国仍然没有脱离国外对于法律原则适用研究的大框架。也就是说，国内对于法律原则适用方式的研究也是从衡量模式和类型化模式两个基本的立场来进行研究的。

首先，让我们来看看有关衡量模式的代表性论述。王夏昊借助阿列克西的原则衡量理论对于法律原则与法律规则相冲突，提出了相应的解决方案。提出法律原则的适用方式是衡量，这其实仍然是在阿列克西划定的范围内对原则与规则的冲突问题进行的进一步的研究。^{〔1〕}徐继强的博士学士论文虽然探讨的是关于宪法权利的衡量，但宪法权利规范在本质上仍然是一种原则规范，其提出了宪法权利衡量是一种规范衡量，并对宪法权利衡量所要考虑的因素、理性环节以及法律论证提出了有益的见解。^{〔2〕}陈林林也认为法律原则的适用是一个衡量的过程，并提出德国法上的一个案例来进行了展示。^{〔3〕}陈景辉也提到了阿

〔1〕 参见王夏昊：“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”，中国政法大学2007年博士学位论文。

〔2〕 参见徐继强：“宪法权利衡量研究”，苏州大学2009年博士学位论文。

〔3〕 陈林林：“基于法律原则的裁判”，载《法学研究》2006年第3期。

列克西的原则衡量论，并论述了自由裁量与依法裁判的关系。^{〔1〕}此外，还有很多文章都论述了原则的适用方法是衡量，在此不一一赘述。

其次，让我们来看看有关类型化模式的论述。于飞在其博士学位论文中以公序良俗原则为例，展示了通过类型化方法如何对法律原则进行具体化的详细过程。^{〔2〕}陈一娟在其硕士学位论文中提到，以法律原则为主导的体系使内部体系具有开放性和流动性，裁判者应当进行充分的说理与论证，使原则规则化后可适用于个案；此外，类型方法亦可运用于原则的适用过程以提高统一性。^{〔3〕}周向胜也在其硕士学位论文中论述法律原则的类型化，并对类型化的内容、途径以及局限性做了论述。^{〔4〕}当然，还有很多文章也表达了相似的观点，在此亦不赘述。

最后，除了对法律原则的司法适用问题的直接研究外，相关的研究也有不少，主要涉及法律原则的识别、法律原则的适用条件，以及法律原则适用的情形等。有学者对此进行了较为详尽的研究。第一，不同的学者就从不同的角度就如何识别法律原则进行了分析：陈林林认为，规范向度、客观道德基础以及通融既往法制是识别法律原则，尤其是司法适用中法律原则的三个向度；梁迎修则从法律原则与现行法律制度的关系角度进行了分析，认为法律原则必须与现行的法律制度有一致性，

〔1〕 陈景辉：“原则、自由裁量与依法裁判”，载《法学研究》2006年第5期。

〔2〕 于飞：《公序良俗原则研究——以基本原则的具体化为中心》，北京大学出版社2006年版，第119～131页。

〔3〕 参见陈一娟：“法律原则与内部体系的形成”，西南政法大学2009年硕士学位论文。

〔4〕 参见周向胜：“法中的精灵——试论法律原则及其司法适用”，苏州大学2005年硕士学位论文。

并能被现行的法律制度所证立。第二，对于司法适用中法律原则则应满足何种条件有了进一步的研究。例如，从舒国滢“三条件说”到苏治对于这一问题的更完善的回答，都对这一问题有了更深入的推进，即从必须穷尽所有的法律规则、法律规则的适用严重导致非正义的结果以及法律原则必须要比法律规则有更强的理由到法律原则必须与社会的一般价值相适应，而且必须要做判决书中对原则的适用进行充分的说理。第三，法律原则应当在何种情形之下适用。对这一问题学者们主要是从两个角度来研究的：一是从规则的角度来观察，即原则可以适用于在法律规则存在模糊、相关的规则没有规定以及相关的两条规则相冲突这三种情形之下；二是从原则与规则的关系角度来观察，即原则与规则相冲突的情况与原则与原则相冲突的情况。^{〔1〕}

虽然对于法律原则适用的国内研究取得了一些成果，但也还存在不少问题。“例如有学者认为，我国当前的法律原则的研究重复性比较严重；对于问题的研究过于从宏观的层面来看待问题而缺少针对问题的具体的司法操作性；对于中国的司法语境没有充分的重视，导致了‘言必称西方’的局面。”^{〔2〕}在我国关于法律问题的研究中，确实存在这些问题，但是有的问题却是走向深入研究的必经的过程。例如，对于西方理论的研究，因为西方关于法律原则适用的理论已经形成了系统的，而且深入到了具体司法操作的层面，又具有理论上的深度，这些都是我们必须学习的。当然，中国语境也是必须要重视的，因为只有中国语境中的问题才是我们真正需要解决的问题。当前，

〔1〕 参见娄海冬：“论作为裁判规范的法律原则——三十年的评述与展开”，载《研究生法学》2009年第4期。更详细的论述则可参见相关作者的文章。

〔2〕 参见娄海冬：“论作为裁判规范的法律原则——三十年的评述与展开”，载《研究生法学》2009年第4期。



国内对于法律原则适用研究的主要问题在于没有形成自己关于法律原则适用的理论模式，从而导致对于此问题的研究要么流于大而空的理论思辨，要么流于具体的操作规程，没有理论的指导。本书正是基于此，试图提出一个法律原则适用的方法模式，并进而以中国的语境来检验之，使之形成一种适合中国语境适用的方法模式。

三、本书的研究方法及思路

正如上文已经提到的，本书试图建构一个适合中国语境的法律原则适用的方法模式。要实现这一理论目标，首先必须要对西方关于法律原则适用的理论有一个梳理，这就需要运用比较的方法。因此，本书的研究方法之一就是比较的方法。不同的学者、不同的国家之间关于法律原则适用的理论都是不相同的。如德沃金与阿列克西对于法律原则的适用的认识就是不相同的，阿列克西与考夫曼的认识也是不相同的。而德国与美国关于法律原则适用的认识也是各不相同的，因此，比较的方法是本书非常重要的研究方法。

另外，个案研究的方法也是本书非常重要的方法。个案研究的方法，或者是个案式的思维反映了法学研究的本质。因为法学是一门实践学科，其根本目的就是要解决生活中的纠纷，而纠纷则是以个案的形式表现出来的。对待特定的案件，法学只能采取个别化的方法。从方法论的角度而言，这种个别化的方法就是“情境思维”的方法。“所谓情境思维，简单地说，就是依据具体言谈情境进行的思考和推理的方法，它是相对于非情境思维，如公理化体系式的抽象思维而言的。”^{〔1〕}具体到本

〔1〕 舒国滢：“寻访法学的问题立场——兼谈‘论题学法学’的思考方式”，载《法学研究》2005年第3期。

书而言，这种方法具有非常重要的作用，因为原则在抽象层面上并不会发生冲突，只有在个案中才能发生矛盾，即只有在具体事实中才会有原则的冲突，而对于原则冲突的解决只能采取个别化的方法，也就是“情境思维”的方法。

此外，本书的研究视角可以被称为是一种法教义学的研究视角。我们可以从与法社会学相比较的角度来把握“法教义学”（legal dogmatics）的视角。这两种研究视角的区别主要在于其研究对象和研究方法的不同。首先，法社会学的研究对象是一种关系，这个关系就是人的行为与规制这一行为的法律规范之间的关系，以及这一关系在法律社会中所呈现出来的规律性，但是它对法律规范的实际内容往往是忽略的。与之相对的，法教义学的研究对象则是如何根据现有的法律规范来解决当下发生的个案，其判案的前提是本国现行有效的实在法。正如考夫曼所说：“法教义学是教义学者从某些未加检验就被当作真实的、先予的前提出发。”〔1〕其次，与法社会学的研究对象相适应，其研究方法就是一种经验的、实证的社会科学的典型方法，如统计方法。但法教义学却是一种诠释学，是非经验的，具有规范性的意义。所以“它的研究方法是法律人或法律家独有的‘法学方法’即体系的、分析评价的方法，这种特殊的方法不仅构成了法教义学的核心也刻画了做法律决定的性格”。〔2〕而且，这种方法并不是纯粹的哲学上的抽象思辨，而是具有现实意义的，是一种司法实务的视角。

在法教义学的视角之下，通过比较的方法和个案研究的方法

〔1〕 [德] 考夫曼等主编：《当代法哲学和法律理论导论》，郑永流译，法律出版社2002年版，第4页。

〔2〕 参见王夏昊：“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”，中国政法大学2007年博士学位论文，第8~11页。

法，本书试图建构一个法律原则的适用模式，为了达成这一理论目标，笔者将通过五个部分来论述这一问题。第一，要对法律原则的涵义有一个界定或者说是认识，因为这是法律原则适用的前提性条件；第二，是对法律原则适用的场所和条件进行研究；第三，在确定了法律原则可以适用的场所，以及适用所要满足的条件之后，就进入了具体的法律原则适用方法，法律原则适用的方法之一就是类型化的方法；第四，要关注的是法律原则适用的方法之二，即衡量的方法；第五，提出了本书的结论，即法律原则适用的模式应该是类型－衡量模式。

第一章主要界定了何谓法律原则，这是进一步讨论的基础。首先，从语义学的角度界定了法律规范的涵义，即法律规范的概念就是法律规范语句的意义。那么，此种意义上的法律原则就是一种最佳化的诫命（optimization commands），即一种要求某事在事实上和法律上可能的范围内尽最大可能被实现的规范。作为最佳化诫命的法律原则与法律规则是不同的，两者最重要的一个区别在于不同的初显性特征。此外，两者是不同的理由类型，原则是一种一阶行为理由，这种理由类型是依赖于其内容的；规则是二阶理由，是一种独立于内容的理由（content-independent reason）。因此，法律原则是一种区别于规则的独立的规范类型。

第二章主要讨论了法律原则适用的场域和条件。首先，区分了法律原则起作用的场域和作为裁判规范的法律原则适用的场域。法律原则起作用的场所可以覆盖整个司法过程，从“前理解”、法律发现直到个案裁判。作为裁判规范的法律原则一般适用于疑难案件之中，具体来说：一是没有规则存在的情形，即（1）没有规则，仅有原则可供适用，而且没有与之相冲突的原则存在，此时适用原则。（2）没有规则，有两个可供适用，但

两者之间有冲突，此时需要法官在两个原则之间进行衡量，然后决定适用哪种原则。二是有规则的情形，原则与规则相冲突，规则产生的结果严重妨碍个案正义的实现，适用原则。其次，讨论了原则适用需要满足的条件，主要从法律原则适用的可能性条件、前提性条件、限制性条件和实质性条件进行了分析。

第三章主要探讨了类型化方法作为法律原则的适用方法。首先，法律原则的适用过程是一个不断具体化的过程，而具体化的方法就是类型化。其次，对类型化方法的特征、类型的适用方式——类推、类型化方法在法律原则适用中的作用进行了讨论。再次，对法律原则如何类型化进行了讨论，法律原则的类型化主要有归纳与具体化两条途径，然而，在对法律原则进行类型化的过程中，这两种获得类型的途径并不是截然分开的，而是相互交叉、相互印证、交互澄清的一个过程。最后，以隐私权原则为例，具体分析了法律原则是如何类型化的，并且分析了类型化方法的缺陷。

第四章主要探讨了衡量方法这一法律原则的适用方法。首先，衡量方法是法律原则适用的必要方法，因为类型化方法具有滞后性以及无法解决原则之间的冲突的缺陷。其次，通过对衡量方法的德国模式和美国模式的比较，分析了两种模式的利弊，从而对于何为衡量方法有了一个较为清晰的认识。最后，以作为法律原则的基本权规范为例，系统论述了衡量方法是如何适用的。

第五章主要探讨了法律原则适用模式的类型－衡量模式。首先，讨论了类型－衡量模式之所以能够出现的社会和理论背景。其次，在对类型化方法与衡量方法的缺陷进行分析的基础上，讨论了类型－衡量模式的在法律原则适用中的作用，其既可以弥补类型化方法的滞后性与难以解决原则之间冲突的问题，又可以解决衡量方法的不确定性问题，并总结了这一模式所具有

的特征。再次，讨论了这一模式是否可以在中国语境下得到适用，并以典型案件进行了验证。最后，谈论了这一方法模式在具体适用中的论证负担的一般形式。由此，构建了一个一般性的法律原则适用的方法模式。

CHAPTER 01 ... 第一章

何谓法律原则

在探讨何谓法律原则之前，我们首先要对何谓规范有一个大致的了解，因为无论是否赞同法律原则是法律规范之构成要素，法律原则都无法绕开与法律规范的关系。因此，本书将先对法律规范的流变做一个法律史的考察。

第一节 何谓法律规范

一、一个历史考察

“法律规范的含义是所有法理学最基础的问题之一，同时其也是一个歧义丛出的概念。以不同的学科背景看来，规范有不同的含义，也执行了不同的功能。例如，在奥斯丁看来，法律规范仅仅是一种命令；在凯尔森的纯粹法学看来，法律规范是行为的客观意义，行为包括命令（command）、禁止（permit）、授权（authority）；哈特则认为是一种社会规则（social rule）。”〔1〕关

〔1〕 Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Julian Rivers (trans.), Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 19.

于法律规范是什么的问题，实质上就是从本体论的角度来回答法律是什么的问题。

法律实证主义对于规范含义的发展做出了非常大的贡献，促成了规范的含义由外在视角向内在视角的转换，但仍然是把法律规范界定为某种事实，无论是习惯性的服从，还是“内在观点”，即“一种评价性的态度经过反思后接受的规则”〔1〕。

首先，让我们来看看法律规范这个名称是如何进入法律理论之中的。我们说的这个“进入法律理论”之中，指的是现代西方法理学，因为只有在这个理论背景中，法律规范才具有其现代的意义。现代意义上的法律规范的发展主要经历了三个阶段，第一个阶段是奥斯丁的“法律命令说”。在奥斯丁的理论中，法律就是一种命令，而且这个命令是以惩罚为后盾的。此外，这种以惩罚为后盾的命令，也是命令区别于其他种类的要求的关键之点。正如奥斯丁所说：“一个命令区别于其他种类的要求的特征，不在于表达要求的方式，而在命令一方在自己的要求没有被服从的情形下，可以对另外一方施加不利的后果，或者痛苦，并且具有施加的力量，以及目的。”〔2〕这个区别于其他种类的要求的命令具有三个方面的特征：“（1）一个理性存在对另一个理性存在提出的要求或意愿（wish or desire）；（2）在后者不服从的情形下，前者设定的不利后果（evil）会施加于后者；（3）前者要求或意愿的表达，是以文字或其他符号（signs）表现出来的。”〔3〕虽然，奥斯丁关于法律就是命令的观点，已

〔1〕 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford Press, 1992, p. 56.

〔2〕 John Austin, *The province of jurisprudence determined*, London: Cambridge university press, 1995, p. 21.

〔3〕 甘德怀：“作为命令的法律——兼评约翰·奥斯丁《法理学的范围》”，载《河北法学》2007年第2期。

经初步触及了现代意义上的法律规范本质，但是并没有以法律规范命名，这一任务是由凯尔森来完成。凯尔森认为法律规范是法律体系的基本范畴，并且是在批判奥斯丁的“法律命令说”基础上建立起来的。首先，奥斯丁的理论观点只是洞见到了法律规范的“实然”的一面，而没有注意到法律规范的“应然”的一面，因为法律规范相对于案件事实是应然的。其次，之所以用法律规范代替法律规则，是因为“规则”一般是用来表示（物理学意义上的）自然法则（laws of nature）的，此种意义上的“规则”是一种“实然”，而法律规则则是一种“应然”，为了不混淆，所以才以“法律规范”来代替“法律规则”。^{〔1〕}最后，凯尔森认为，奥斯丁虽然认识到制裁在法律中的重要作用，但是把制裁作为命令的后盾，法律仍然是一种命令，也就是说制裁只是法律体系中的一个次要因素。但在凯尔森看来，制裁是法律中最重要的因素之一，另一个重要的因素则是规范性。所以，法律规范就是以制裁为后果的规范，制裁保证了规范性的实现。于是，以此为基础，建立起来一种强制秩序。虽然，凯尔森批判了奥斯丁的“法律命令”理论，为法律规范加了规范性的要素，为法律规范涵义的进一步完善做出了很大的贡献。但是，无论是以制裁为后盾的命令，还是以制裁为条件而达致规范的实现，都是一种强制性的视角。不仅如此，奥斯丁与凯尔森都没有从被规制者的角度来观察法律规范，即从法律规范的内部来研究规范遵守的原因，所以这是一种外部视角的研究，即只是一种事实性的研究。

为了进一步完善法律规范的含义和范围，以使得法律规范与社会实践事实相适应。关于上文中所讨论的奥斯丁与凯尔森

〔1〕 陈厉辛：“法律规范逻辑结构问题新探——以现代西方法理学中‘法律规范’与‘法律规则’的不同内涵为背景”，载《社会科学》2010年第3期。