

林来梵张卓明:论法律原则的司法适用 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9E_97_E6_9D_A5_E6_A2_B5_E5_c122_486025.htm 从规范性法学方法论

角度的一个分析 内容摘要：法律原则之把握，与其给以界说，毋宁探究其适用；而在司法实践中，法律原则的适用大凡有四种情形：第一，原则与规则一致情形下，原则作为规则的基础和指引；第二，规则缺位的情形下，适用原则以作漏洞补充；第三，原则与规则相冲突的情形下，适用原则创制规则的例外；第四，原则之间相互冲突情形下的特别复杂的适用。四种情形也可能在结构上交叉耦合，其中第一种情形已为人熟知，而其他情形，尤其是三、四两种则有待深究。

本文即力图从规范性法学方法论的纵深角度，探讨法律原则之司法适用的逻辑结构。关键词：（法律）原则（法律）规则 司法适用 法学方法论 法益衡量 公序良俗一、问题的提出 新中国以来的法秩序建构，成就最巨者乃在立法，目前已在一定程度上实现了起初所提出的“有法可依”的朴素理想，进而确认了至2010年可“形成中国特色社会主义法律体系”的总体目标。然而，当下法规范的总体概貌则可用“立法极简主义”[1]一言而得以蔽之，其中，大量的法律漏洞以及类似于哈特所言的“空缺结构”（open texture）尤为显见，而在一定程度上可有效弥补种种规范阙失的判例制度则尚未建立，庞大驳杂的实施细则、司法解释乃至“审判纪要”几乎在实务中处于法规范的主导地位，并可能与既有的法规范构成冲突。凡此种种法秩序的存在状况，均过当地徒增了在司法实践中适用法律原则的重要性和必要性。然而对于法律原

则，长期以来我国法学界关注较多的乃是立法政策上和法律文本中的法律原则，这些原则往往被认为仅具有道德上的象征性意义或政治上的宣示性意义，[2]同时，基于当前我国法官的职业素质和职业伦理尚待提高的现实，以及形式理性主义的司法也有待强化的考虑，人们未免罹于重视法律原则在司法实践中的作用和功能。其后果是，法学理论没有为法律原则的司法适用提供应有的指引和评价，法官的自由裁量权反而没有得到有效的规限，这在实践中表现为法律原则适用的茫然或肆意的倾向。2001年发生在四川省的所谓“泸州遗赠案”[3]似乎便是一个显例。在该案中，法院直接援引法律原则作出了判决，并引发了广泛的争议，赞否两论纷呈而至，使法律原则的司法适用问题得到了一次集中性的关注。但是争议中的双方对问题的认识也都有待于重新检讨，其中，赞成者认为原则是规则的基础，因此持原则高于规则的立场，本案的二审判决就采纳了该观点，明确指出，“公序良俗”原则“在法律适用上有高于法律具体规则适用之效力”；[4]而反对者则简单地认为，规则较之于模糊而不确定的原则，具有具体性和确定性，故须优先适用。[5]这两种单纯的观点之间的对立，正是“泸州遗赠案”的争议焦点之一，然而都不免有失偏颇。作为理论探讨的落脚点，这也是本文最后所要澄清的一个具体问题。

二、法律原则之把握如所周知

，法律规则与法律原则是两种最为典型、而且彼此对应的法规范形态，前者因哈特的“规则理论”[6]已普遍为人所接受，后者也由于德沃金“原则理论”[7]的提出而获得了广泛认同。[8]在我国法学界，规则与原则通常均被视为“法的要素”构成，[9]其中一种具有代表性的观点，乃明确地把法律原

则定义为“众多法律规则之基础或本源的综合性和稳定性的原理和准则”。[10]而在国际学术界，其实较之于法律规则，法律原则的概念迄今几乎还没有得到哪怕是大致统一的界定，这与各个论者视角的差异不无干系，不过，许多学说都力图从某个侧面，并在某种程度上揭示原则在法秩序中的样态或类型、功能与特征。德国学者比德林斯基（Bydlinski）曾把法律原则定位为法理念与实定法具体规定之间的媒介，认为原则对于获致超越法律的评价标准具有决定性的意义，因为通行的社会评价（特定社会中一般承认的，或主要的价值观念）必须“通过法范畴的筛选”，为此，“一则须‘向上’审查，其内容是否的确具体化某特定社会中的法理念，二则须‘向下’检视，其可否为实证的具体规定之指导思想”。[11]同样是德国的学者，拉伦兹则把法律原则区分为“开放式的”和“法条形式的”两种类型，前者“通常具有主导性法律思想的特质，其不能直接适用以裁判个案，毋宁只能藉助其于法律或者司法裁判的具体化才能获得裁判基准”；而后者“已经凝聚成可以直接适用的规则，其不仅是法律理由，毋宁已经是法律本身”，它几乎是处于开放式的原则（后者藉助前者得以向特定方向具体化）与具有不太严格的构成要件的法规范之间。但对此界说，拉伦兹还是认为二者之间与其说存在“生硬的区分”，毋宁说是流动的。[12]台湾学者黄茂荣立足于德国的学术传统，力图依据法律原则（法理）与实证法之间的关系，将其分为三种存在样态：一曰存于法律明文，即直接存于宪法和制定法；二为存于法律基础，即虽未存于法律明文，但却可从其中归纳出来，体现着一定的立法意旨；三是存于法律之上，即并未存于法律明文且

不能从中归纳得出，但作为实证法的规范基础，居于法律之上，其效力基础来自于正义或与“正法”相关的基本价值，常被以正义或法理念称之。[13]但英国的制度法论者麦考密克更为重视从功能特征方面把握法律原则。他指出：“如果更为一般的规范被看作是可靠、合理、正当且可欲的指引规范，那么可以恰当地把那种规范视为原则，这种原则可解释并证立有疑义的更为具体的规则”。所谓证立是指：“如果规范N本身被评价或者作为一种值得追求的目的之手段，那么显示一个具体规则可以被包含于其中就表明它是一个好的规则”；而解释则是指：“当我们对特定情境中规则的确切含义有疑义时，援引原则能帮助我们解释它应该如何被理解，较为次要的是，我们还可以解释规则为何值得遵守”。[14]美国的德沃金则通过着眼于原则在法律适用上不同于规则的特征，在逻辑上区分原则与规则，从而突破性地推进了人们对原则的认识。在他看来，原则在适用上区别于规则的逻辑特性主要有以下两点：首先，规则是以一种所谓“全有或全无”（all-or-nothing）的方式应用于个案，即一个规则对该案判决要么完全有效，产生其法律效果；要么完全无效，不发挥任何作用。而且一个完整的规则必须能包括所有的例外，例外也是其构成要件的一部分，为此在理论上而言，例外可以穷尽；与此不同，原则应用于个案时并不要求必须作出某一特定的决定，不会产生适用规则那样的确定性结果，而毋宁是支持某个判决的理由，在具体个案中可能有另一个原则比其优越而优先适用。但是该案对于此原则只是个“反例”（counter-instances），即两个原则之间的优先关系没有因此固定下来，而且无法像规则的例外那样被完整地罗列

出来。其次，原则还包含了规则所没有的一个维度，即所谓“分量的维度”（dimension of weight），而此种区别表现在两种规范冲突时的不同处理方式上，即两个规则冲突时，必有一个规则无效而被排除在法秩序之外，因此就涉及规则的效力问题，而两个原则冲突时则不涉及效力问题，只是在个案中分量较大的原则具有优先性，但这又并不会导致分量较小的另一原则无效，后者只是暂居幕后，而不会被排除于法秩序之外，而且这两个原则的优先顺位在另一个案中也可能反转过来。[15]在当今国际法学界声名日隆的德国法理性论者阿列克西，则对德沃金的原则理论作了批判性的继受，并构建了更为精致的原则理论。简略地说，阿列克西认为德沃金对于规则与原则的第一个区别过于简单，因为规则的例外可能是基于某个原则而创制的，而原则的“反例”又正如德沃金所承认的那样是无法穷尽的，这就使得规则的例外同样也无法穷尽，因此规则无法完全以“全有或全无”的方式得以适用。[16]有鉴于此，阿氏另辟蹊径，指出原则区别于规则的关键点在于，原则乃是基于法律和事实的可能性要求尽最大可能实现其内容的规范，为此他把原则定义为“极佳化诫命”（optimization requirements）和“理想应然”（ideal ought），其根据就在于，此种规范的内容只能以或多或少的方式、以不同的程度来实现，因为其之实现不但取决于事实上的可能性而且依赖于法律上的可能性；而法律上的可能性则是由与其相对立的原则和规则所决定的。与此不同，规则作为“实际应然”（real ought）只有履行或是不履行、实现或是不实现这两种情况。在此基础之上，阿列克西进而以“初显特征”（prima-facie character）的不同来区分原则与规则

，认为：由于原则要求尽最大可能实现在法律和事实上的可能性，为此，原则并不是确定性的(definite)要求，而只是“初显的”(prima-facie)要求；与原则的这一特征不同，规则具有确定性的特征(definite character)，也就是说规则包含了一个法律和事实可能性范围内的当为决定；尽管该决定可能与法律和事实上的不可能性相冲突，并将因此导致规则的无效，但是，只要它不与这种可能性相冲突，那么规则就能得到确定性地适用。这其实意味着规则的确定性特征也是初显的，而不是绝对的，在具体个案中，一个例外也有可能被纳入规则里，此时，该规则就该个案来说丧失了确定性特征。然而，即便如此，规则的初显特征也与原则的初显特征截然不同。因为在一般情况下，规则可以对案件做出确定的论断，即使在特殊个案中，规则也不会因为与其相冲突的原则P1比其背后支撑的原则P2更有份量而自动失效，事实上，P1除了需要与P2相衡量之外，还必须与一些诸如“通过正当权威所制定的规则必须遵守”、“不得无理地偏离一贯的法律实践”等“形式原则”(formal principles)相衡量；而与规则不同，原则在个案中则可能因与其相冲突的另一原则有更大的份量而直接退让。[17]上述诸家学说，尤其是其中的德沃金和阿列克西的理论，其实已经开始涉及原则的适用问题，但大多涉及的只是一种“正面情形”，即原则与规则相一致的情形。这种思考倾向在我国法理学界也十分明显。在这种情形下，原则往往被视为规则的补强理由，因为原则被认定为规则的基础，作为规则的指引。在内部体系愈是完备的法秩序下，这种原则的适用情形就愈为显见，也愈为普遍，这也是德沃金提出“唯一正解”观点的制度性场景。[18]然

而，返观我国当下法秩序的现况，法规范体系已然完备的制度性场景尚未形成，为此，原则与规则的一致情形就只具有片断性，而并非唯一的格局，甚至原则作为规则之“基础”和“指引”的情形也不是完全绝对的。这是因为，规则有可能空缺，需要由原则来填补漏洞；而规则也可能与原则相矛盾，甚至原则之间也同样存在冲突。那么，在这些情形下，究竟应该如何司法中适用法律原则，就成为一个值得探究的、同时也是具有挑战性的问题。笔者认为，要解答这个问题，还需以规则与原则的关系作为轴心，从规范性法学方法论的角度，对各种不同的情形进行分类考察，并作出具体的分析。这便是下文的重心。

三、规则的问题与原则的适用在不完备的法律体系中，很可能存在适用于某个个案的规则暂时缺位的情形，而即使再完备的法律体系，也往往存有漏洞，此即所谓的法律漏洞，我国台湾学者王泽鉴先生将其理解为“关于某一个法律问题，法律依其内在目的及规范计划，应有所规定，而未设规定。”[19]哈特所说的“空缺结构”也包含了这种场合。[20]众所周知，在这种情形下，依哈特的规则理论，法官就只能或必须行使自由裁量权，也就是承认了“法官造法”。但德沃金认为，哈特是在强式意义上使用了自由裁量的理论，也就是说，依哈特之见，法官在没有规则可引用时有自由裁量权，其意指法官“不受任何法律权威制定的标准所约束”，或者是“法官所引用的规则之外的法律标准对他们没有约束力”。[21]这就面临如下质疑：法官是否超越了宪法所赋予他（她）的权力范围？是否会导致分权原则和权力制约的失效。[22]有鉴于此，德沃金主张通过适用规则之外的原则来寻求法律上的“唯一正解”，因为

法律体系本身就是一种既包含了规则也包含了原则，故而已经为案件（包括疑难案件）预备了“唯一正解”的“完满的体系”。如所周知，德沃金的这些见解引起了激烈的争议，但其提出的适用原则以解决法律漏洞的思想则不失为一种真知灼见，而且，我们不妨把适用原则求得“唯一正解”理解为，虽然原则的适用会更多地涉及价值判断，但其中的价值判断并非注定属于全然主观的，在某种程度上，它也可得到正当化。问题就在于如何正当化。就此，笔者认为，在规则缺位或存有空缺结构的情形下，适用原则来判案必须符合能将其中的价值判断加以正当化（或哪怕是客观化）的规范性要求。这又涉及超越法律（如客观化的规则）的评价标准问题。对此，德沃金要求所适用的原则既能符合(fit)或证立(justify)既存的实定法，又可在道德上是最佳的。[23]而如前所述，比德林斯基把法律原则定位为法理念与实定法具体规定之间的媒介，要求法律外的评价标准必须经过“法规范的筛选”。拉伦兹也是同意这种观点的，诚如他所言：“这种法的续造当然不能抵触法秩序的一般原则及宪法的‘价值秩序’，事实上，惟其与之一致，其始能被正当化。因此，此种法的续造虽然在‘法律之外’（超越法律的规整），但仍在‘法秩序之内’（其仍须坚守由整体法秩序及其根本的法律原则所划定的界限）”。[24]应该说，这种情形下的原则适用，在我国的司法实践中也不乏其例。如《最高人民法院公报》1990年第3期公布的“莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争案”中，由于当时尚未制定《反不正当竞争法》，山东省高级人民法院就判决到：“上诉人的行为不仅违反了民法通则第四条规定的公民、法人在民事活动中，应当遵循诚实

信用的原则，而且违反了第五条的规定，侵害了被上诉人合法的民事权益，依照民法通则第七条的规定，上诉人的这种行为，还损害了社会公共利益，扰乱了社会经济秩序，是不正当的竞争行为，必须予以制止。被上诉人由此遭受的经济损失必须由上诉人赔偿。”然而，在法律原则的司法适用中，更为复杂的情形是：针对有待解决的个案，法律体系中虽存在相应可适用的规则，但该规则却与原则相冲突，此时究竟应该适用规则还是原则呢？如果适用原则，那么应该如何适用？显然，本文引言所提及的“泸州遗赠案”就涉及该种情形下的这些问题。对此，从前文的概括中可以看出，在该案所引发的争论中，赞否两论的双方其实都存在预先确定原则优先或是规则优先、并以此作为推论前提的简单倾向，其中，原则优先论者以原则乃为规则的基础与指引为由，认为原则的效力高于规则；而规则优先论者则以规则的具体性和可操作性为由，认为一旦有规则就须优先适用规则。然而，双方其实均有所偏颇。原则优先论的问题在于，在规则与原则不一致的情形，原则很难再被认定为规则的基础，故优先适用原则的理由也难以成立。当然，这是从事实论而言的，至于从规范（应然）的意义来说，我们也很难一概而论地认定原则的效力高于规则，因为原则在相位上虽可能高于规则，但其效力则未必在任何情形下均高于规则。[25]而规则优先论的弱点则在于，它把规则的具体性、可操作性（其实就是实用性）等同于规则的正当性和效力上的优先性。而从规范性法学方法论的角度来看，在特殊案件中，在一定条件下，规则也可能需要让位于原则，以实现法的正义性。德沃金所曾举过的1889年美国的“里格斯诉帕尔默案”（Riggs v.

Palmer) , 就是一个典型案例。 [26] 案中的被告帕尔默 (Palmer) 因担心再婚的祖父更改已经立下的把遗产留给自己的遗嘱而把祖父毒死 , 而当时的法律却没有关于遗嘱指定的遗产继承人谋杀立遗嘱人则丧失继承权的规定 , 而且该案中的遗嘱在遗嘱法上也无任何瑕疵。但是 , 法院最终还是根据普通法中所谓的任何人都不得利用自己的错误或不义行为主张任何权利的这一原则 , 判决帕尔默败诉。应该说 , 在帕尔默案中 , 规则与原则的冲突十分显在 , 从法的正义观念来看优先适用原则的正当性也比较显然。而像我国的 “ 泸州遗赠案 ” 那样 , 冲突中的规则与原则何者具有优先性则难以在法感中把握 , 而且容易被情感或先见所左右。那么 , 从理论上说 , 究竟应该如何在这种情形下优先适用何者呢 ? 对此 , 笔者认为 , 首先应该承认 , 基于法的安定性要求 , 在一般情况下应适用规则 , 而原则的优先适用则需要具备较为严格的条件。阿列克西的观点也能证明这一点。据其所言 , 在具体个案中 , 若涉及原则P1与规则的冲突 , 那么 , 原则P1就不仅需要与支持该规则的原则P2进行衡量 , 还须与一些 “ 形式原则 ” (formal principles) 相衡量 , 这些形式原则中就包括 “ 通过正当权威所制定的规则必须遵守 ” 以及 “ 不得无理由的偏离一贯的法律实践 ” 等原则 , 为此 , 不能只是因为原则P1的分量比原则P2大 , 就无条件地推论出原则P1应优先适用。 [27] 其次 , 在规则与原则相冲突的情形下 , 如果要优先适用原则 , 则其主要的方式就应该通过原则为规则创制一种例外。这也是上述的帕尔默案判决中所采用的方式。这里值得指出的是 , 德沃金曾经引用该案例来说明原则是法律规范的一种形态以及其与规则不同的逻辑特征 , 但如前所述 , 他

认为规则具有“全有或全无”的性质，这必然要求规则的例外是可以穷尽的。那么规则是否可以有例外？尤其是通过原则是否可以作为规则创制例外呢？对此，笔者认同肯定的观点。如前文所述，阿列克西就曾通过批驳德沃金的上述观点，指出在特殊案件中规则也可能有例外，而且该例外可以基于原则，也就是说，原则可以形成规则的例外，而基于原则的反例也正如德沃金所承认的那样是无法穷尽的，为此规则的例外也无法穷尽。[28] 在这一点上，诚如亨克尔（Henkel）所言：概括性条款是留给司法者造法的空间，在某种意义上，可以说是“预先设计的法律对特殊案件个别性的让步”。[29] 而人权专家米儿恩也从宽泛的意义上指出，“原则所起的一种作用应该是证明违反规则为正当”。[30] 当然，在规则与原则冲突的情形下，判断主体也并不能随意地通过原则为规则创制例外，质言之，通过原则为规则创制例外必须满足特殊的要求。简单地说，在具体个案中，若规则与原则相冲突，在例外情形下也可适用原则，但须承担例外情形下的论证义务。阿列克西就曾指出，在一般情况下，规则可以对案件做出确定的论断，从这个意义上说，规则是一个历史性的存在，但规则也可通过原则而制造一个例外，这时就要求对这种例外负担论证义务，这就如要偏离判决先例一般。[31] 值得指出的是，阿列克西此处对论证负担义务的设定和“形式原则”的强调，是建立在佩雷尔曼所谓的“惯性原则”之上的。所谓“惯性原则”是指，“过去一度被承认的观点，若没有足够的理由不可以加以抛弃”，为此，它具有论证负担规则的特性：诉诸既存之实务者无须证成，而“只有改变者才需要证成”。这个原则构成了“人类智识生活与

社会生活稳定性的基础”，它可以证立“同样的东西必须经常同样对待”这一形式正义规则。[32]前述的帕尔默案之所以成为美国司法裁判史上的一个成功案例，就是因为法官满足了承担例外情形下的论证义务这一严格要求。查阅当时的这份由厄尔(Earl)法官所撰写的判决意见书，就会发现：它不仅从任何人都不得依靠自己的诈骗行为获利，不得根据自己的不义行为主张任何权利，亦不得通过犯罪获得财产等普通法原则展开了论证，而且还从合目的性解释和衡平解释的理论进行论证，甚至还从比较法角度加以了论证，其间更大量引用了培根、亚里士多德等著名学者以及一些著名法官的观点，并引证了类似的案件，[33]全篇洋洋洒洒，宛如法学论文，其说理之充分，论证之精细，不失为一个典范。

四、原则的冲突与适用在具体案件中，原则适用所可能遇到的另一种复杂情形，是若干原则之间发生了冲突，而且更为棘手的是，原则之间的冲突还可能与前述的其他情形在结构上交叉耦合在一起，或者说，前述几种原则适用的情形中可能就隐含着这种原则的冲突适用情形。在这一意义上可以说，原则的冲突适用可谓是最为典型的原则适用之情形。在某个原则（P1）与规则冲突的情形下，往往也就存在原则的冲突适用，因为如前所述，支持该规则的某个原则（P2）可能已然存在，于是，P1需要与P2进行衡量，此外，还须与一些“形式原则”相衡量。比如，在“里格斯诉帕尔默案”中，诚如卡多佐所言，就有一些相互冲突的原则在争夺对此案结果的支配力，即，“立遗嘱人依据普通法处置其财产所立遗嘱具有约束力”的原则、“民事法院不得对罪行增添施加痛苦和惩罚”的原则与“无人应当从他自己的不公中获利或从他自己

的错误中占便宜”的原则摆在一起，相互争夺着优先权。[34]而如下所述，我国的“泸州遗赠案”中也同样存在着原则之间的冲突。在规则缺位需要由原则填补漏洞的情形下，也会出现相互冲突的原则争夺在该案中的支配地位的情形，比如在前述我国的“莒县酒厂诉文登酿酒厂不正当竞争案”中就可能存在着自由竞争、“法不禁止即自由”等原则与诚实信用、公平竞争等原则的冲突；甚至在原则与规则一致的情形下，也有可能发生几个原则竞争性地支持规则的不同解释。因为，在某种意义上，“规则是各种相互冲突的原则的妥协物”[35]，当某些规则有待解释时，规则背后的原则冲突情形就会再次显现。[36]当然，除了前述几种原则适用情形中隐藏了原则的冲突适用之外，也有纯粹的原则的冲突适用情形。如果我们像阿列克西那样把宪法上的许多权利规定看成原则，那么可以说，这种情形就有可能典型地表现在宪法领域，如下文将论涉的言论自由与人格权冲突的案件。由于我国的宪法诉讼制度尚付阙如，人们可能对宪法上原则的冲突适用比较陌生，然而，这并不表明这种适用不重要，相反，探讨这种适用不但是宪法上必要的理论准备，而且有助于推进其他情形下原则的冲突适用。由于阿列克西的原则理论与其宪法权利理论密不可分，并且，可以说处于国际学术界的前沿，为此，笔者将借用阿列克西的原则理论来说明这种原则的适用情形。[37]在原则的冲突适用情形下，如前所述，阿列克西认为，即使某一原则在某个案件中获胜，但在另一个案却不一定获胜，也就是说，原则之间的优先顺位会随着具体案件而改变；这是因为，原则在具体案件中会有不同的分量，原则所具有的分量并非是由其自身决定的，故

非绝对的分量，而是个案中的相对分量。可见，就原则所具有“分量的维度”特征来说，阿列克西的认识与德沃金颇为一致。同样，阿列克西也把原则与权利联系起来，他认为，在规则不须加上例外的情况下，依据规则享有的权利是“确定权利”（definitive rights）；而依据原则享有的权利只是“初显权利”（prima-facie rights）；判决是以确立一个“确定权利”为目标的，而从“初显权利”到“确定权利”，则须透过具体案件中原则之间的关系来确定，但该确定又取决于具体个案中相冲突原则之间的价值衡量或法益衡量。然而，阿列克西在这里最具独创性的地方，是提出了解决原则冲突的所谓“冲突法则”（the law of competing principles）：在具体案件中，相冲突的原则P1和原则P2会导出两个内容上相互矛盾的要求，从而相互限制对方实现的法律可能性。此冲突无法通过宣告一方无效来解决，也无法通过在一原则上加上例外条款来解决，而是有赖于透过法益衡量，在该具体案件中加上“优先条件”（C），为两个原则建立一个“有条件的优先关系”（P）；如果假定在C条件下原则P1优先，那么原则P2必须退让，而这两个原则的“有条件的优先关系”则可以表述为：（P1 P P2）C若原则P1在C条件下具有法律效果Q，则下列规则生效：C Q这也就是说，上述的C其实扮演了双重角色：在（P1 P P2）C中是“优先关系”的条件，而在C Q中是规范构成要件。这就是阿列克西的“冲突法则”，可用文字表述如下：此原则优先于彼原则的条件，构成了与该优先原则具有相同法效果的规则之要件。对此，阿列克西以1973年联邦德国的“刑满出狱报导案”（Lebach Case）[38]加以说明。案中的宪法诉愿人曾因涉及协助抢劫位

于Lebach的军火并致使数名战士死亡和重伤的重大案件而被判6年徒刑，在他即将假释出狱时，德国第二电视台（ZDF）把当时的犯罪经过制成电视节目加以播放。诉愿人认为，该节目将展示其姓名、照片等资料，这势必危及他的“再社会化”（resocialization），从而将侵犯他在《基本法》第1条第（1）项和第2条（1）项之下所拥有的宪法权利，[39]为此，请求宪法法院判令禁止电视台的播放行为。着眼于当时德国联邦宪法法院在该案判决中解决原则冲突的方法，可以把法院的推理过程概括为以下三个步骤。第一步：在《基本法》1（1）和2（1）下的人格保护与《基本法》5（1）（2）[40]下的媒体报道自由之间建立一种“紧张”（tension）关系。我们把前者称为原则P1，后者称为原则P2。P1可导出禁止报导，P2可导出允许报导，该冲突不可能通过宣布一方无效来解决，而只能通过“衡量”（balancing）来解决。其中，这两个原则（法院在判决中称之为“宪法价值”）任何一方均不能主张“原则性的优越”，相反，“必须就个案的性质和具体情形决定何者退让”；任何一方的原则既不是无效的，也不是具有绝对的优先，这里充分体现了原则在“分量的维度”上所显示的相对性特征和须依具体案件进行比较衡量来解决原则冲突的理念。第二步：法院认为，在“报导现行罪行”（C1）的情况下，媒体的报导自由一般可具有优先性，即：（P2 P P1）C1饶有趣味的是，这种优先关系只是一般性的或原则性的。这意味着并非所有的现行报导都被允许。该优先条件和因此产生的与“冲突法则”之下的优先陈述相应的法律规则，包含了允许例外的其他情形。第三步：法院认定，当“对一个严重犯罪行为的重复报导不再为会危及罪犯再

社会化的现行信息中的利益所涵盖”（C2）时，人格的保护则优先于媒体的报导自由，此即：（P1 P P2）C2宪法法院最终形成并采用了这一个“有条件的优先关系”陈述，为此，判令禁止该案中的报导行为。具体而言，在法院所适用的这个优先陈述中，其中C2是由四个条件（重复、没有现行利益、严重的刑事犯罪和危及再社会化）组成的。换言之，与该优先陈述相应的规则为：C2 Q而其由四个构成要件组成，其结构如下：F1 + F2 + F3 + F4 Q如用文字表述，即为：不再被会危及罪犯再社会化的（F4）涉及一项严重刑事犯罪的（F3）现行信息中的利益（F2）要求的重复媒体报导（F1）为宪法所禁止。上述分析充分显示了法院通过法益衡量寻找优先条件，建立原则之间的优先关系，透过“冲突法则”得到了一个可资涵摄的规则，以解决原则冲突的过程。而其中所表现出的审慎，无疑突显了原则之“最佳化之诫命”的特征，在此之下，衡量不再是追求此价值而轻率牺牲彼价值的程序，而是以相互冲突的原则双方尽可能实现其自身内容为目标。这也表明了，“实践的和谐”正是联邦宪法法院解决原则冲突时所坚持的最高原则。阿列克西为我们清晰地展示了原则适用中的规则及其逻辑结构，从而使我们得以遵循一定逻辑程序去适用原则，而原则的适用也因而获得某种正当化。在此还值得一提的是，为适用原则或解决原则的冲突所必需的法益衡量是否具有合理性？有关这一点，反对者就曾指出，衡量的理念并不是一种服从理性控制的方法，原则并不决定自身的适用，为此，衡量就存在于衡量者的自由裁量之中。面对这种质疑，阿列克西提出了衡量的“证成模型”，以区别于衡量的“决断模型”。他将法益衡量的合理性建

立在说理证成之上，主张当衡量导出的优先陈述可以被理性证立时，原则的衡量就是合理的。为此，衡量原则的合理性问题，就转化成为确立相互冲突的原则之间有条件的优先陈述之合理性问题；而要证立优先陈述，则可以运用解释的标准、教义学论证、判例、普遍实践论辩和经验论证，以及法律论证的特殊类型。[41]

五、代结语：“泸州遗赠案”的再检讨自“泸州遗赠案”判决以来，我国法学界对该案有很大的争论，对原则的适用问题也有若干反思。上文业已对争论中的某些误区做了澄清，现在，笔者将结合上文对原则适用的理论分析，在方法论上，对该案再做一个检讨。该案已为人所熟知，如果略去与本议题无关的情节，可概括如下：H在去世前立下一遗嘱，将其财产遗赠给与其同居并曾在其生病时得到其照料的Z，并已得到公证。H去世后，Z要求H的妻子J交付遗赠财产，遭到拒绝，为此诉至法院。一审法院认定：遗赠虽是H本人的真实意思表示且形式合法，但是H的遗赠行为“违反公共秩序和社会道德，违反婚姻法关于夫妻应当互相忠实，互相尊重，禁止有配偶者与他人同居的规定，是一种违法行为，应属无效民事行为”。为此驳回原告的诉讼请求。Z不服上诉。二审法院援引《民法通则》第七条“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益”，即民法上的所谓“公序良俗”原则，同样认定本案的遗赠行为无效，为此维持原判。[42]

该案初审与终审两次判决均以“公序良俗”原则认定符合继承法规定的遗赠行为无效，其实质是透过该原则为继承法规则创制了一个例外。对此，首先值得检讨的是这种判决未尽充分的说理和论证义务。如前所述，作为一个历史性存在的规则，如欲透过原则而创制一个例

外，必须对这种例外负担论证义务，就如要偏离判决先例一般。然而，该本判决只是笼统地称H的遗赠行为违背《民法通则》第七条和《婚姻法》的相关规定，并没有对其中的价值判断做具体充分的论证。判决本应论证为何民法上的原则可以突破继承法上的具体规则，然而，二审判决却只是把“原则在效力上高于规则”的界说，作为无需证明的推理前提。而且，如前所述，判决尤其应该考量“通过正当权威所制定的规则必须遵守”这些形式原则的分量，经审慎的衡量和充分论证后方可作出决定。从这个意义上说，该案批评者的如下认识不无道理：在形式法治尚未足够发展的中国，法律的确定性价值尤为重要，该案判决从“个案正义”中获得的正面效应也许并不比其负面效应大，因为它有可能损害法律的威严，减损人们对法律的信仰，增加人们对法律的不信任。[43]其次，依据原则为规则创制例外时，不但要顾及一些形式原则，而且要考量规则背后起支撑作用的原则，即案中所涉及的“个人的遗嘱自由”（P1），而其与“公序良俗”原则背后的“保护婚姻家庭的利益”（P2）又形成了原则之间的竞争关系。[44]而从我们的理论来看，本案的关键就不在于该遗赠行为是否违背“公序良俗”，而在于更深的层面，即：“公序良俗”原则能否将该遗嘱自由的限制加以正当化，也就是说，该案中的保护合法家庭的利益能否将该遗嘱自由的限制加以正当化。但本案判决虽把该遗嘱行为涵摄为违背“公序良俗”的行为，却没有将该遗嘱自由的限制加以正当化。而这种正当化的问题其实正是一个如何解决原则冲突的问题。如前所述，原则冲突的解决，须就个案具体情形进行衡量，而其中最为关键的是寻找优先条件，

建立优先关系。然而，本案判决中当然丝毫未展示这种规范论上的分析和论证，事实上，判决忽略了“个人遗嘱自由”这一原则，似乎认为保护婚姻家庭的原则是对“第三者”的否定，而遗赠给“第三者”的行为违反了这一原则，从而简单地认定该案的遗嘱自由必须退让。由于判决并没有经过审慎的法益衡量在二者之间建立起某种优先条件，结果，就似乎承认了任何遗赠给“第三者”的行为都无效这样一个规则。无庸多言，这就自然会引起激烈的争议了。[45] 引发这些争议的原因是多样的，但其中一个重要的原因则是，像我国民法中的“公序良俗”这样的原则，并没有在判例中得到具体化，因此必然与其他规则、原则形成规范性法学意义上的冲突。这就是本文引言中所提到的“立法极简主义”倾向的弊害。而环观外国法律制度，就“公序良俗”原则而言，当今许多大陆法国家均已经通过判例的积累，将其内容加以具体化和确定化，德国和日本甚至就这一原则在类似于我国“泸州遗赠案”那样的案件中应当如何适用的问题，也早已经确立了主导性判例。如根据西德联邦最高法院的判例，如果被继承人立其情妇为继承人“旨在酬谢其满足自己的性欲或旨在决定或加强这种两性关系的继续”，那么这种行为通常被认为是违反善良风俗的；相反，如果被继承人具有其他动机，即如旨在给其情妇提供生活保障，则这种行为通常就是有效的。[46] 日本最高法院在1986年的一个案件中也判令类似的遗赠行为有效，理由是该案中的遗嘱并不以继续维持婚外情关系为目的，而是为了保证在生活上完全依赖于立遗嘱人的那位女性“第三者”之生计，而且其内容亦不达到威胁其他继承人之生活的程度。[47] 由于判例制度在目前我

国尚付阙如，在此现状之下，如何通过法益衡量，在相互冲突的原则之间寻找优先条件，建立起优先关系，就殊为重要。而针对“泸州遗赠案”，最后我们也不妨参酌国外的判例，来尝试透过法益衡量，在“个人的遗嘱自由”（P1）和“合法婚姻家庭的保护”（P2）之间建立优先关系。首先，在“为酬谢其满足自己的性欲或旨在决定和加强两性关系而遗赠给其情人或‘第三者’”（C1）的情况下，保护合法婚姻家庭的利益优先，若以公式表示，即：（P2 P P1）C1而在“出于给其情人或‘第三者’提供生活保障，或者为答谢其情人或‘第三者’在其生前的帮助、照料生活及扶养等值得尊重的动机而遗赠给其情人或‘第三者’，且不会因此致使其法定继承人的生活陷入困顿”（C2）的情况下，个人的遗嘱自由优先，若以公式表示，即：（P1 P P2）C2

On the judicial application of legal principles
An analysis from the perspective of normative jurisprudential methodology
Abstract: As far as legal principles are concerned, it is more vital to explore their applications in judicial trials than to define them. In general, there exist four situations in which legal principles are applied in judicial practices. Firstly, the principle will act as the basis and guidance of the rule when a legal principle is in accord with a legal rule. Secondly, a legal principle will be applied for dealing with the legal loophole when a legal rule is missed. Thirdly, a legal principle will be used for making an exception of a legal rule when the principle conflicts with the rule. Finally, the situation in which legal principles are conflicted is especially complicated. These four situations may be structurally intercrossed and overlapping. And the first situation of application of

principles has been well known, but the other situations, especially the third and fourth situations are in need of more research. From the deep perspective of normative jurisprudential methodology, this article attempts to investigate the logical structure of the judicial application of legal principles.-----

-----#8226.桑思坦：《司法极简主义：一次一案的精神与民主政治》，商千仪、高忠义译，台湾商周出版2001年版。此处的“立法极简主义”与judicial minimalism的原意无关，主要指的是我国立法中存在着单纯以制定法作为正式法(regular law)的单一形态，以及制定法条文的极度简约等相关倾向。[2] 参见葛洪义：《法律原则在法律推理中的地位和作用》，载《法学研究》2002年第6期。[3] 即“张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案”，又被宣称为“第三者”、“二奶”继承遗产案。参见任小峰编：《“第三者”继承遗产案一石击浪》，载《南方周末》2001年11月15日；另见《张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案二审判决书》，载《判例与研究》2002年第2期。在学理上对该案较为集中的讨论参见：“泸州遗赠纠纷案研讨”，载王利明主编：《判解研究》2002年第2辑，人民法院出版社2002年版，第46页以下。[4] 参见《张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案二审判决书》，载《判例与研究》2002年第2期。[5] 参见许明月、曹明睿：《泸州遗赠案的另一种解读》，载前引（3），王利明主编，第74页。[6] 众所周知，哈特认为法律由“第一性规则”和“第二性规则”结合而成，后者又由“承认规则”、“修改规则”和“审判规则”构成，其中承认规则是核心，据此作为法律的检验标准。参见[

英]哈特：《法律的概念》，张文显、郑成良等译，中国大百科全书出版社1995年12月版，特别是第五、六章。哈特在后来对德沃金的回应中承认对原则没有足够的注意和探讨是其理论的缺陷，并认为德沃金对原则的说明是法学理论上的重大贡献，不过他不认为其理论与法律原则完全不相容，而需要被全盘抛弃。See Hart's "Postscript", in *The Concept of Law*, 2nd ed. Clarendon Press, 1994, especially the third and fourth sections.[7] 德沃金针对哈特的规则理论指出，法律不仅包括规则，也包括原则和政策，原则与政策又被视为广义的原则。参见[美]德沃金：《认真对待权利》，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年5月版，特别是第二、三章。德沃金对原则与政策的区分主要是针对功利主义，为此，把原则与个人权利相联，而把政策与集体目标和利益相联。阿列克西却认为没有如此区分的必要，因为原则既可能与个人权利相关联，也可能与集体利益相关联。See Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. by Julian Rivers, Oxford university press, 2002, p.65, 80. 而根据我国学者的重要观点，原则可区分为公理性原则与政策性原则两大类。参见张文显：《法哲学范畴研究》，中国政法大学出版社2001年7月版，第54页。[8] 当然，法律原则是否存在，是不是法律等问题的争论在国际学术界迄今仍尘埃未定，如美国学者Alexander、Kress和Schauer都持否定态度。See Larry Alexander Ken Kress, *supra*, n.8, p.745.[24] 前引（11），拉伦兹书，第321页。[25] 有学者就曾针对“德沃金‘原则’必然凌驾‘规则’之上”的主张提出了质疑。参见林立：《论“法律原则”的可争议性及为“柔性的法价值秩序”辩护》，载许章润主编：《清

华法学》（第1卷），清华大学出版社2002年版，第83、84页；另见前引（22），林立书，第15页，注18。[26] 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188(1889). (1899年纽约法院案例报告，115卷，506页，东北案例报告，22卷，188页。)有关该案的评论甚多，可参见前引（7），德沃金书，第41页；[美]德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社1996年1月版，第14页以下。[27] See Robert Alexy, *supra*, n.7, p58.有国内学者将之概括为“若无更强理由，不适用法律原则”，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）2004年第6期。[28] See Robert Alexy, *supra*, n.7, pp57-58.哈特也指出：德沃金引用的Riggs v. Palmer这个案例是一个原则战胜规则的例子，但这个例子的存在恰恰证明了规则不具有全有或全无的特征，因为它们也可能与原则发生冲突并且可能被原则超越。See Hart's "Postscript", *supra*, n.6, p262.[29] Henkel, *Recht und Individualität*, 1958, S. 37. 转引自前引（19），王泽鉴书，第245页。[30] [英]米尔恩：《人的权利与人的多样性》，夏勇、张志铭译，中国大百科全书出版社1995年3月版，第29页。[31] See R. Alexy, *Zum Begriff des Rechtsprinzips*, S. 201. 参见前引（17），张嘉尹文，第13页。[32] 参见[德]阿列克西：《法律论证理论》，舒国滢译，中国法制出版社2002年12月版，第215、216页。[33] 115 N. Y. 506, 22 N. E. 188(1889). 该判决在其中援引了1886年的“纽约互济人寿保险公司诉阿姆斯壮案”（New York Mutual Life Insurance Company v. Armstrong），117U.S.591,6 S. Ct. 877(1886)。该案中保险人为获得保险金谋杀了被保险人，为此，法院认定他因其犯罪行为丧失了该保险下的任何权利

。[34] 参见[美]本杰明·霍恩：《法律科学与法哲学导论》，罗莉译，法律出版社2005年3月版，第281页。[36] 主要是指遇到“模糊规则”和“漏洞规则”的情形，前者具有“语义不清楚”和“内容不清楚”的缺陷，而后者具有“内容不完整”的缺陷。这两个术语借用于我国学者季涛博士，他把具有局限性的规则区分为五种类型，另外三种分别是“冲突规则”，其具有“复数规则”和“内容互相冲突”的缺陷，“不良规则”，其具有“内容不良”的缺陷，以及“空白规则”，其具有“无规则”、“无语义”和“无内容”的缺陷。具体参见季涛：《论疑难案件的界定标准》，载《浙江社会科学》2004年第5期，第55页。如果与本文区分的原则适用情形相比较，“空白规则”等同于本文的规则缺位情形，笔者有时也以法律漏洞称之；“不良规则”类似于本文的规则与原则的冲突情形；而“模糊规则”与“漏洞规则”对应于原则与规则的一致情形；在这些情形下都可能包含原则的冲突适用。比较特殊的是“冲突规则”，在理论上一般来说，如果是异位阶的冲突，那么以“上位规范优先下位规范”的“原则”解决；如果是同位阶的冲突，那么以“新法优于旧法”或“特别法优于普通法”的“原则”解决。然而，有时依此仍然不足以妥当解决问题，而会涉及原则的冲突适用。

。[37] 以下详见Robert Alexy, *supra*, n.7, pp47-60. 另见前引（17），张嘉尹文。[38] BVerfGE 35, 202, Urteil v. 5. 6. 1973. (德国联邦宪法法院第一法庭1973年6月5日判决，联邦宪法法院判例集第35第202页以下。) See Robert Alexy, *supra*, n.7, pp54-56. 另见林来梵：《从宪法规范到规范宪法》，法律出版社2001年4月版，第154页。[39] 联邦德国《基本法》（Grundgesetz

1949) 第1条第(1)项规定：“人的尊严不可侵犯。一切国家权力均有责任，去尊重和保护之。”第2条第(1)项规定：“在不妨碍他人权利、而且不违反宪法秩序或道德律的限度内，每个人都拥有以其人格自由发展为目的的权利。

”[40] 联邦德国《基本法》(Grundgesetz 1949) 第5条规定了“自由言论”，其中第(1)项规定：每个人都有权在言论、文字和图像中自由表达和传播其见解，并从通常可获得的来源中获取信息。通过广播和摄像的出版自由和报导自由必须受到保障，并禁止审查。第(2)项规定：根据普遍法律条款、为保护青年的法律条款及尊重个人荣誉之权利，上述权利可受到限制。[41] See Robert Alexy, *supra*, n.7, pp.100 - 101.[42] 参见《张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案二审判决书》，载前引(4)。[43] 参见许明月、曹明睿：《泸州遗赠案的另一种解读》，载前引(3)，王利明主编，第72页以下。[44] 这一点也为该案判决的部分重要的、具有代表性的支持者所承认。参见范愉：《泸州遗赠案评析》，载前引(3)，王利明主编，第62页。[45] 从我国法律的精神和规定来看，保护婚姻家庭的利益不是绝对的，遗赠给“第三者”的行为也并非一概无效。尤其是，立遗嘱处分个人财产的自由不但是意思自治原则在继承法上的体现，也是私人财产权的重要内容，它就如合同自由，对于私法自治的确立具有极为重要的意义。霍恩就曾指出：通过对遗愿的处分(遗嘱、遗产合同)自己决定其遗产的权利，也是私法自治的一部分；作为私法主体的(有行为能力的)市民的自由决定权和由此推出的私法自治被萨维尼认为在民法体系中居于核心地位。前引(35)

，N#8226.梅迪库斯：《德国民法总论》，邵建东译，法律出

版社2000年11月版，第516页。[47] 日本最高院昭和61年（1986年）11月20日判决，民集40卷7号第1167页。另可参见[日]内田贵：《民法I》（第2版增订版），东京大学出版社2000年版，第275页。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com