

# 法律原则在法律推理中的地位和作用

## ——一个比较的研究

葛洪义<sup>\*</sup>

---

**内容提要:**我国关于法律原则的讨论一般集中在立法过于笼统与立法所规定的法律基本原则这两个方面。这种意义上的法律原则与德沃金所说的法律原则存在重要区别。德沃金关于法律原则的讨论其目的是强调法律的确定性,而我们关于法律原则的讨论却在强化法律的模糊性。法律原则的讨论主要涉及法律推理过程中原则与规则之间的关系。基于法治的原因,法律推理必须坚持将法律规则作为法律推理的大前提;在法律规则含义不明确、模糊或者相互矛盾时,可以使用法律原则,但是,必须经过一定的法律原则的认定程序。

**关键词:**法律原则 法律推理 法律规则

---

我国法学界一般是在两种意义上讨论法律原则的问题:第一,决策层曾经希望法律尽可能原则一点,所谓“立法宜粗不宜细”就是这种观点的典型表现。在这种观点支配下,我们必然会被卷入法律过于原则、笼统所引起的各种问题之中,例如法律规定原则一点好,还是具体一些好?法律规定过于原则,在适用过程中会遇到哪些问题?应该怎么办?等等;第二,我国几乎所有法律在立法时通常都会对该法的相关基本原则做出规定,讨论这些原则的含义及其在所属法律中的地位与作用,这也是法学家们的重要任务。

上述两种意义上的关于法律原则的讨论不能说没有价值,但是,却可能没有抓住问题的关键。因为第一种意义上的关于法律原则问题的讨论可能并不是一个能够在学理层面上展开的问题,实际上,它更属于一个策略性选择,用通俗的话说,就是“没有方法的办法”。我相信,如果我们有能力将法律制定得更具体,我们决不会让它过于原则;第二种意义上的关于法律原则的讨论,则过于泛道德化,这种立法模式本身就是泛道德化的典型表现。因为,法律如果能够规定得很具体,相关原则就具有了规则的性质而不再属于原则;法律如果不能对问题做出具体规定,原则的规定同样是“没有方法的办法”。所以,我国法律中有关原则的规定,多半只具有道德上的象征意义,而没有法律意义的功能上的作用,其目的只是希望通过有关基本原则的规定,告之公众:我们的法律是有原则的!仅此而已!这时候的立法者更象神学家,而不是法律

---

<sup>\*</sup> 西北政法学院教授。

家。

法律原则问题的核心是:在一个法治的背景下,如何确定法律原则?法律原则在法律推理中又应该或实际上在扮演什么角色?发挥着什么作用?任何问题都是在特殊语境下提出的,法律原则在我国则是一个法治化的语境背景下的问题,离开了这个语境,问题就可能会流于空泛。

## 一、法律原则运用于法律推理引起的难题

在我国,一般认为法律推理就是演绎推理。所谓“依法治国,建设社会主义法治国家”的表述已经说明,我们对法治的理解与对法律推理活动中三段论规则的严格执行是一致的。<sup>[1]</sup>显然,这种法律思维是建立在对法律规则确定性的确信之上的,即作为法律推理大前提的法律规则本身的含义,如果不是已经非常明确,那么,至少也可以在经过一定的人为努力之后做到明确无误。所以,在许多人看来,法治国家中,一次严格的法律推理活动必须坚决遵循演绎推理的基本规则,做到“依法办事”。尽管在法律实践活动中,三段论推理经常受到质疑,例如,受哈特影响,人们注意到规定法律规则的语言本身包含着一定的开放性;受美国实用主义法律思潮影响,人们开始关注经验式的实践推理,包括类比推理,归纳推理,等等。特别是在理性经历了一连串打击之后,人们开始对演绎推理的逻辑有效性表示怀疑。但是,由于法律生活中的大多数案件并非属于疑难案件,主流的法律观点仍然倾向于认为,三段论推理在通常情况下还是普遍有效的。这一点恰恰构成了当代法治的逻辑和思想前提,是我们继承启蒙时期法治传统的思想基础。

演绎推理的有效性是以作为推理前提的规则的确定性为条件的。问题在于,如果三段论推理的大前提无法涵概我们生活中的疑难案件和那些比较边缘性的纠纷,那么人们应该采用什么样的方法,才既能够保证法律的确定性,维护法治的基本准则,又能够灵活地面对复杂情况?这也是三段论推理在实践中面临的最为常见的困难之一,即,法律规则的含义不够明确,甚至不存在相应的法律规定,或者,适用已有的规则将导致明显荒谬的判决结论。这样一来,演绎推理大前提的模糊也就必然造成整个演绎推理的困难。面对这种情况,如果我们不打算放弃普遍的理性原则以及启蒙时期以来形成的基本法治理念,那么,我们必须设法寻找一个能够克服规则的不确定性的替代物。这个替代物一方面必须能够填补规则留下的空白,为三段论推理提供前提性条件,另一方面,它又不能够代替法律,或者事实上代替法律,象自然法学者所倡导的自然法那样,导致事实上的法律怀疑主义结果。德沃金先生的整体性法律解释视角似乎就是从上述两个方面出发,是对演绎推理大前提的弥补和修正。法律原则的效力问题也是由此而产生的。

作为一个近二十年才开始重视法治建设问题的国家,我们在 80 年代初着手法治建设时就本着“立法宜粗不宜细”的原则推进立法工作,加之法治建设的经验的确不足,法律规则的缺陷和漏洞显而易见,在所难免。司法过程中,法院、法官拥有相当大的自由裁量权。过去,我们通

[1] 1999 年底,我为来自法律实务部门的攻读法律硕士专业学位的研究生出了一道论述题,题目是:“试举一例,说明自己在工作是如何法律推理的”。121 位具有 5 年以上丰富法律实务工作经验的法律职业者全部都是围绕三段论推理介绍自己的推理方法的。

常是使用比较模糊的术语,凭借无须详细阐述判决理由的话语优势,以“依法判决如下”的字样,将判决与法律联系起来。近年来,随着司法工作的不断正规化,判决书必须“讲理”,必须陈述所依据的法律规则,已经成为相当普遍的共识。在这个背景下,或许是受德沃金先生的影响,最近我国的司法判决也开始公开直接地引用法律原则处理纠纷。2001年10月11日,四川省泸州市纳溪区法院公开依据民法通则第7条有关民事活动不得违反社会公德的规定,对张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案进行判决,宣告遗嘱无效。这是我国司法史上一个重要判决,是一起人民法院在法律与道德相冲突的情况下公开依据道德原则处理案件的典型事件。

案件的原委是:黄永彬和蒋伦芳夫妇是四川省泸州天化集团公司404分厂的职工,1963年结婚。1994年黄永彬与比他小22岁的张学英相识,并产生感情。1996年底两人公开以夫妻名义租房同居。2001年2月,黄永彬发现自己已经患有肝癌,属于肝癌晚期。在黄永彬患病、即将离开人世之前,张学英不顾别人的嘲笑,面对蒋伦芳的讽刺和挖苦,俨然以黄永彬“妻子”的身份陪伴在黄的身旁,守护在病床前。2001年4月17日,黄永彬通过一位朋友找到律师,表示死后将把自己的财产遗赠给张学英。在律师的配合下,黄永彬于4月20日在泸州市纳溪区公证处对下述遗嘱进行了公证:“我决定,将依法所得的住房补贴金、公积金、抚恤金和卖泸州市江阳区一套住房售价的一半(即4万元),以及手机一部遗留给我的朋友张学英一人所有。我去世后骨灰盒由张学英负责安葬。”<sup>[4]</sup>天之后的2001年4月22日,黄永彬去世。4月25日黄永彬的朋友公开宣读了这份遗嘱。之后,由于作为黄永彬合法妻子的蒋伦芳拒绝执行这个遗嘱,几天后,张学英将蒋伦芳告上法庭,要求法院依法判决蒋伦芳执行遗嘱。

本案争议的焦点是:遗嘱是否有效?原告方认为,这份公证遗嘱符合继承法第三章第16条“公民可以立遗嘱将个人财产赠与国家、集体、或法定继承人以外的人”的规定,合法有效,法院应该支持原告的诉讼请求。被告方则认为,黄永彬所立遗嘱虽然是合法的,也是黄永彬真实的意思表示,但是,黄永彬在立遗嘱时违反了民法通则第7条的规定:“民事活动应当尊重社会公德”,而且,他还违反了婚姻法的规定,破坏了一夫一妻制原则,所以,黄永彬的立遗嘱行为应该属于无效民事行为。该案在审判委员会讨论时也有两种不同意见:一种意见认为,既然遗嘱合法有效,就应该依据继承法的有关规定,支持原告的诉讼请求;另一种意见则认为,原告的行为的确违反了民法通则第7条的规定,应该认定为无效民事行为。最终法院认定黄永彬的遗赠行为违反了法律的原则和精神,损害了社会公德,破坏了公共秩序,属于无效民事行为。据此,驳回了原告的诉讼请求。一个耐人寻味的插曲是,当2001年10月11日上午法院宣读判决后,在场旁听的1500多位群众对判决报以热烈的掌声。从第二天开始,许多媒体都以“第三者”或“二奶”败诉为题,报道了这一颇具新闻价值的判决。<sup>[2]</sup>特别值得一提的是,纳溪区法院副院长刘波在接受记者采访时指出:执法、司法机关不能机械地执行法律,而应该领会立法的意图,在领会立法的前提下执行法律;在这个案件中,法院没有按照继承法处理,而是适用了民法通则的基本原则;如果按继承法处理本案,就会助长“第三者”、“包二奶”等不良社会风气。<sup>[3]</sup>

显然,泸州市纳溪区法院的这个判决不仅提出了法律原则是否具有法律效力,是否能够被直接运用于处理案件,而且还提出了法律原则与规则之间的关系问题,即当规则不符合公众甚

[2] 任小峰编:《“第三者”继承遗产案一石击浪》,《南方周末》2001年11月15日。

[3] 同上文,“案情梗概”。

至法官的价值取向时,法院是否可以直接适用原则甚至公众情绪处理案件?规则和原则在效力等级上是什么关系?适用法律原则处理案件最终意味着什么?这些问题从根本上看则涉及到法治的逻辑和思想前提问题。

这个判决的荒谬之处是显而易见的。如果我们的法官能够以某个行为不符合社会公德为由,就可以否定法律规则的效力,那么,整个法律制度都将崩溃,例如证据制度、辩论制度、时效制度、物权债权制度、继承制度、犯罪构成等。法律制度的基础是确定性与客观性,而道德,无论是公德或私德,许多内容都是不确定的。正因如此,才需要通过明确的规则建立确定的社会关系。因此,如果以维护法律权威为职责的法院,公然宣布依据道德处理案件,那么,谁又能够维护法律的权威呢?退一步讲,即使法院有权采用比法律更合理的规则处理本案,那么,谁又有权力确定社会公德的内容和标准?难道旁听群众的掌声和公共舆论就意味着当代中国的社会道德水平?法律并没有赋予人民法院审查道德的权力,法院、法官只是法律的嘴,而不是布道者。

如果我们承认这个判决确有值得推敲之处,那么,对于我们来说,如何理解法律原则在法律推理中的地位和作用,或许不是一个简单的法律技术问题,而是一个与我们法治信念相关的重大理论和实践问题。

## 二、如何确定法律原则——比较与鉴别

究竟什么是法律原则?应该如何确定法律原则?提出法律原则究竟是为了解决什么问题?显然,在一个法治的环境下,我们不可能为了宣告原则而规定原则。法律是为了解决问题而制定的,而不是供人观赏的。要解决问题,就必须尽可能地有针对性,尽可能具体化。如果一些问题一时无法具体化,那么,规定笼统一些当然不是不可以,问题在于,这种情况只是一种权宜之计。许多人把各个法律中的基本原则理解为该法律的基本精神的宣告,这不是一种误解,就是一种残留下来的人治观念。因为,但凡是人类可以用文字形式规定下来的规矩,都是可以具体化的;而不能具体化的,就是我们尚未认识到的。而把连自己都没有认识到的东西规定下来要求别人认识到,这悖论仅不合法治的原则,而且也不合理。毕竟,法治是建立在每个人只能对自己意志范围内的事件负责的基础上的。把没有认识到的东西作为预防性规定,无疑为滥用权力,包括司法权力留下很大的空间和余地。从这个意义上说,我们通常称为“法律原则”、“法律的基本原则”的规定,多数情况下,实际上,要么是规则,要么是宣言,而不是真正的原则。

在判断什么是原则,如何确定原则的内容方面,德沃金先生提供了一些有益的启示。埃尔默案是一个与张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案比较类似的案件,德沃金先生曾经通过对包括埃尔默案在内的一些案件的讨论,来说明法律不仅包括规则,而且包括原则。我们可以通过对这两个案件判决理由的比较,进一步把握法律原则的相关问题。

埃尔默案的大体情况是:1882年,埃尔默在纽约用毒药杀害了自己的祖父。原因是他的祖父新近再婚,他担心祖父会修改给他留下一大笔遗产的现有遗嘱,使他一无所获。案发后,埃尔默被定罪。现在的问题是,埃尔默还是否能够根据祖父的遗嘱获得相应遗产。这个案件的法律问题是:遗嘱问题是由遗嘱法规定的,而遗嘱法通常大多规定遗嘱有效的形式条件,而并没有对遗嘱指定的遗产继承人谋害立遗嘱人之后是否享有遗嘱所赋予的遗产继承权作出

规定。祖父的女儿们认为,既然埃尔默杀害了立遗嘱人,法律就不应该赋予埃尔默以任何继承遗产之权。埃尔默的律师则提出,既然祖父的遗嘱没有违反遗嘱法,那么,埃尔默就是在一份有效的遗嘱中获得遗产继承权的,那他就应该继承遗产。律师认为,如果法官支持祖父的女儿们,那么法院就是在更改遗嘱,用自己的道德信仰来代替法律。而在这个问题上,纽约最高法院的法官态度是一致的,都认为,判决必须符合法律,如果遗嘱法“确实”赋予了埃尔默继承权,他们必须命令遗产管理人将遗产交付埃尔默。

问题在于,法官们在如何正确理解遗嘱法的问题上意见分歧。以格雷法官为代表的少数意见认为:法律必须根据它的字面含义加以解释。他认为,立遗嘱人在立遗嘱时应该知道,自己去世后,在不可能再提供新的情况时,他们的遗嘱将会被怎样处置。如果祖父事先知道埃尔默会杀害他,他或许会把遗产给女儿,或许认为即使埃尔默杀害了他,还是一个比女儿们更合适的遗产继承人。立遗嘱人究竟如何想,现在已经无从了解。所以,按照遗嘱的字面含义理解遗嘱,对法官来说,就是一个明智的选择。立遗嘱人用文字形式对自己意愿的安排,无论多么可笑,都必须受到尊重。而且,如果因为埃尔默是个杀人犯就丧失了继承权,那么就是对埃尔默的罪行又加上了新的处罚。这是违反法治原则的。而以厄尔为代表的多数法官的意见是:对遗嘱法的理解必须结合立法者的意图,法律文字上的规定与法律背后的立法意图是一致的。厄尔法官认为,假设纽约遗嘱法的制定者意图让杀人犯继承遗产,这是荒唐的。德沃金先生认为,就埃尔默案而言,纽约州的立法者当时很可能根本没有预料到杀人犯可能继承遗产的问题,他们既不要想让杀人犯继承遗产,也想不到不让杀人犯继承遗产。他们在这两个方面都没有积极的意图。厄尔法官奉行的是“中间性原则”,即在理解法律的含义时,不能依赖孤立的法律文本,而必须坚持法律的普遍原则。这个普遍原则一方面是建立在立法者广泛尊重传统正义原则的基础上,另一方面,是与整个法律体系相一致的。根据这个观点,多数法官的意见是:在任何地方,法律都尊重下述原则:任何人不得从自己的错误行为中获得利益。所以,遗嘱法应该被理解为否认以杀人来获得遗产者的继承权。〔4〕

这是一个为我国法律人所熟悉的典型的依据法律原则处理案件的案例。与张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案相比,我们可以发现两者之间在对法律原则的理解上,既有类似之处,又有很大区别。

从类似方面看,两个案件都强调,在法律规定不明确的情况下,可以并且应该依据法律原则处理纠纷;法官不应该囿于法律规则的规定,而应该把法律原则也作为法律看待,从整个法律体系和法律传统角度认识法律的含义。但是,这些都是一些表面上的类似之处。从深层次看,两者之间却存在根本的不同。

首先,张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案所引用的民法通则第7条,是用文字形式书写出来的冠之以“原则”文字符号的原则,而埃尔默案的原则则是在英美国家法律传统和法律体系上没有相反例证的原则,是对立法者在立法当时未能预料到的情况的补充。这两种“原则”在形式上存在根本差别。

其次,在法律原则的内容上,张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案所适用的原则无所不包,因为“公德”的范围是极其广泛的;而埃尔默案所适用的原则是含义清晰且明确的,即任何人不得从自己的错误中获得利益。由这一点可以看出,德沃金先生所说的原则,其与规则的区别,可能并

〔4〕 参见〔美〕德沃金:《法律帝国》,李常青译,中国大百科全书出版社1996年版,第14页以下。

不在于内容抽象或者具体,而在于法律是否有明确的规定,是否更具有普遍性。

再次,在法律原则的阐释和发现方式上,两者也有很大的不同。张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案中,法官发现法律原则的方式比较简单,就是直接依据民法通则第 7 条。而埃尔默案中,厄尔法官对法律原则的阐释是奉行一种所谓的“中间性原则”,是在立法者既没有明确肯定、又没有明确否定的情况下,依据长期形成的普遍原则处理案件。如果按照这种方式衡量张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案,那么结论又会是如何呢?我国继承法第 16 条第 3 款规定:“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”那么,张学英是否属于这个“法定继承人以外的人”呢?答案是显而易见的。如果我们进一步追问,立法者是否可能预见到类似情况呢?因为法律并没有做出明确说明,所以,任何对立法者意图的说明,都仅仅属于猜测。立法者可能预见到类似情况,也可能预见不到。我们倾向于立法者能够预见到这种情况。因为这个“以外的人”,可能是邻居,可能是朋友,可能是帮助过自己的人,也可能是曾经伤害过自己的人,法律并没有做出限制性规定。尤其是,立法者应该可以预见到受赠与者可能犯过错误,受过处分,甚至做过牢;也应该可以预见到受赠与者与立遗嘱人的法定继承人之间可能存在各种矛盾、过节、甚至可能伤害过后者。这类情况在我国司法实践中并非鲜见。张学英的身份可能是一个令许多人不快和尴尬的问题,我国民法通则第 7 条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”<sup>[5]</sup>法院最后也是依据这条规定认定遗嘱无效的。但是,这种认定存在一个明显的问题:既然一个违法、甚至受过刑事处罚的人都可以成为受遗赠人,那么,为什么一个为立遗嘱人生了孩子,帮助、照料他安度余生的女子就不能成为立遗嘱人个人财产的受遗赠人?<sup>[6]</sup>当然,如果我们更进一步说,假定立法者根本没有预见到这种情况,那么,他们就既不可能赞成、也不可能反对此类遗赠行为。这时我们可能需要一个类似中间性原则的东西,这个中间性原则同样必须具有普遍性。按照这个标准,泸州市纳溪区法院的判决依然是一个非常荒谬的判决。因为我们没有办法证明禁止第三者获得遗赠财产是普遍的司法准则,也不能推论任何情况下第三者都无权获得遗赠财产。

最后,在适用法律原则处理案件的目的上,两者也存在根本的不同。法官在张学英诉蒋伦芳遗赠纠纷案的判决意见中说得非常明确,就是要维护社会公德,社会风气。事实上,在这起案件中,法官的整个推理活动也就是建立在维护道德的基础上。而在埃尔默案中,厄尔法官所代表的多数意见则是在强调遵守法律的基础上形成的。如德沃金先生所言,“没有一位法官说过在那个案件中为了正义而必须修改法律。”<sup>[7]</sup>法官必须明确地坚持自己职责,维护和忠于法律。尽管有的时候、甚至许多情况下,法律与自己的道德观念不一致,但是作为法官,遵守法律是起码的职业道德所在。如果一个法官可以公开声称自己是卫道士,那么我们还能指望他维护法律吗?德沃金先生在讨论关于法律的整体性阐释问题时,基本立场就是维护启蒙以来的法治理念,他要从法律实用主义者那里拯救法律的确定性、客观性。或许,对张学英诉蒋伦芳案的判决与我国重道德,轻法律的历史传统是一致的。试想,法院可以接受受遗赠者是罪犯的事实,却不能接受她是与立遗嘱人有特殊关系的女人的事实,这不恰好说明在法官的心目中

[5] 在应该如何理解第 7 条的问题上我也有点不同看法。第 7 条是完整的,所谓应当尊重社会公德,是以不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序为内容的,不应做出扩大解释。

[6] 因未见该案判决书全文,故我们不知黄永彬是否处分的是个人财产。但本案判决的焦点似乎并不在于遗嘱处分的财产是否为黄永彬个人所有,而在于这个财产能否被“第三者”所获得。

[7] 前引[4],德沃金书,第 14 页脚注。

道德问题远比法律问题更严重吗?一位已故者处分的仅仅是他自己的财产(并不是夫妻共同财产),而我们的法官则为了彰显自己的道德立场而公然剥夺了他的财产处分权,可见,道德的力量在我国影响何等之大!

当然,我无意赞成更谈不上宣扬对家庭的背叛,而是试图说明,法律原则就是法律原则,不能用道德原则取而代之。在存在法律的情况下,必须依据法律办事,只有这样,才能建设法治国家。<sup>〔8〕</sup>法律原则在法律推理中的地位问题,其复杂性正在于此。在这个问题上,任何不够谨慎的决定都可能损害法律的权威。法律与道德的关系问题直接涉及到法律的权威性,以往的自然法学者正是出于对国家法律的不信任,因而才推崇自然法,从而在实际上使道德凌驾于法律之上。例如1954年2月17日,联邦德国最高法院将订婚者的性行为定为淫乱,其根据就是“道德律法的规范”。他们的逻辑是:道德律法是一种普遍的实体性规范和价值,它是永恒的超实证的东西,是自然法,从这个法中,可以推导出事实行为合法与否。<sup>〔9〕</sup>今天看来,这个判决显然也是荒谬的。因此,认真地对待法律,必然要求我们认真地对待道德与法律的关系,认真地对待法律原则在法律实施中的地位和作用。在这个问题上,简单化的做法必然带来灾难性的严重后果。

### 三、法律原则的地位和作用——与规则的比较

法律原则的地位和作用是在法治化的语境中的问题,离开了法治,这个问题根本就不是问题。法治的基本原则就是依法办事。如果法律不仅包括规则,而且包括原则,那么,如何才能做到依法办事呢?这里必然存在一个规则和原则的关系问题,即什么情况下必须适用规则,什么情况下才必须适用原则?原则何以能够获得法律效力?

这个问题在我国也是个重大的法律理论与实践问题。讨论这个问题,首先必须解决我们究竟应该在何种意义上把握原则。我个人倾向于认为,多数法律原则并不是全部法律或者某个作为整体的法律的基本精神的体现,而是规范某类具体社会关系和解决某类具体社会矛盾的基本准则。按照这个标准,我国法学界通常所讨论的原则问题,基本上还是在规则层面发生的问题。例如,就立法过于原则而言,当时情况下,决策者显然希望通过比较原则的规定为法律实施留下一个较大的活动空间。这种做法自始就具有明显的过渡性。它的好处是,在没有法律且立法经验不足的情况下,可以加快法律制定的步伐,减少阻力,尽快达到“有法可依”的目的;它的缺陷则在于,强化了法律的工具色彩,为严格规则主义的法治取向埋下了重重隐患。直到今天,我国法律规定过于原则仍然是一个制约司法工作的重大问题。这类规定,基本上还是法律规则的“粗细”问题,而不属于规则和原则之间的关系问题;再如,就我国法律中有关基本原则的规定来看,这类原则相当一部分都是宣言性的东西,没有确定相应的权利义务,并不具有法律上的约束力。有一部分虽然明确了权利义务,具有法律效力,但也是属于法律规则范围,只是更为原则、更为灵活、更为富有弹性的规则。而规则之间发生冲突的时候,低位阶法律中

---

〔8〕中国几千年的封建统治已经说明,仅仅依靠道德管理国家是靠不住的。道德是个非常复杂的问题,即便是“第三者”,也不能简单地看待。应该承认,在我国,离婚对许多人而言是个非常麻烦的话题,在这种情况下,把所有第三者都作为谴责对象,婚姻法所要维护的婚姻自由势必成为空话。更何况,第三者有时本身就是受害者。

〔9〕参见〔德〕阿图尔·考夫曼:《法理学的问题史》,〔德〕阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔主编:《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120页以下。

的规则应该服从高位阶法律中的规则;同一法律部门中,则应该依据内容更为明确的规则办事。

其次,在法律推理的过程中,在有法律规则的情况下,必须适用法律规则,一般不能适用法律原则,除非能够证明规则的适用其结果是明显荒谬的,违反了法治的基本精神。原因在于,原则问题根本上还是个道德问题,随意使用原则,实际上必然导致用道德代替法律。这是与法治的根本宗旨相对立的。

法律原则本质上是对法律未能明确规定的情况提出一个大概的意见,其特点就在于不明确、模糊,与法律规则构成了鲜明的对比。在某种意义上说,法律原则还是各个法律规则的基础性规范,是法律规则正当与否的根据。但是,它不是法律的明确规定,所以,必然具有模糊性。由于法律的正当性根据存在于道德判断之中,<sup>[10]</sup>越过法律规则,直接诉诸于法律原则,也就是直接求助于道德观念。但是正如我们已经知道的,法律与道德不同,法律的正当性固然需要依靠道德进行判断,法律推理也离不开道德,但是,将法律与道德等同,或者在法律推理过程中将道德置于法律之上,是非常危险的,其结果不仅损害法律,而且损害道德。因此,不能无条件地将道德作为法律推理的前提。为了进一步说明问题,我们有必要对这个问题作更深入地分析。

从理论上说,道德之所以可以作为道德,是基于个人内在的自由意志。所以,个人性和内在性是道德的基本特征。如果将法律与道德混同,或者将道德置于法律之上,一方面必然导致对法律的不信任,破坏现实法律的权威性,最终破坏法治,象自然法理论那样;另一方面,也将导致道德的形式化和实体化,破坏道德的权威性。道德的权威基于人们的内心信念,如果要将道德置于法律之上,以实体化的道德直接作为法律推理的可操作的大前提,势必要至少将道德用文字形式书写出来,象法律一样具有明确的具体的规范性,从而将道德的内在强制转化为外在强制,等于取消了道德。所以,这种做法是建立在既不信任法律又不信任道德的基础上的。当然,这样一来,道德也就根本无法作为道德担当法律推理的大前提的职责。我认为,能否坚持法治原则,不仅是个法律问题,而且也是个道德问题。这个问题的逻辑困难在于,自然法从来就不可能是自明的,人的认识也是多样化和相对的,因此,在建立一个有效的道德识别机制之前,我们很难根据自然法的自明性推导事实行为。可见,在这个问题上,我们如何避免个别的主观性借用客观性的名义的蛊惑、煽动和谎言,如何识别它们,这是个没有解决的难题。把一个没有解决的问题作为实际生活中的法律推理的大前提,当然是不可靠的。

凯尔逊对自然法的有力批判在这个问题上具有重要参考价值。凯尔逊认为,自然法与实在法是完全对立的,根本不可能存在一种自然法与实在法并存的情况。“自然法学说,不论是作为伦理学或神学的一部分,或者是作为一门自主的学科,其特征是往往依靠‘自然秩序’的假设而运行的。”<sup>[11]</sup>由此,自然法理论就具有不同于实在法的地方:第一,自然法不是来自于一个特定的人类权威,而是来自于上帝、自然或理性并且因而也就是善的、正确的、正义的规则。所以,自然法的有效性不是来源于人为的活动,而是来源于正义。实在法则是人为制定的;第二,既然自然法是直接来自上帝、自然或理性,也就不需要依靠武力来加以实现。而实在法来

[10] 参见[德]康德:《实践理性批判》,韩水法译,商务印书馆1999年版,第14页以下;前引[9],阿图尔·考夫曼文,第120页以下;[德]哈贝马斯:《后形而上学》,曹卫东、付德根译,译林出版社2001年版,第33页以下。

[11] [奥]凯尔逊:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第427页。



自人类权威的专断意志,强制是实在法的不可缺少的部分;第三,进一步说,自然法是一种非强制的、无政府状态的秩序。任何一种自然法学说,只要坚持纯粹的自然法观念,就一定是理想的无政府主义。而实在法的发展则必然导致产生一个在分工基础上实施强制行为的专门机构和执法者。所以,国家是实在法的完善形式。

如果上述说法成立,自然法和实在法就是完全不同的,因为两者的效力根据不同。依照自然法的观点,实在法的效力来自于自然法中的绝对的善,只有符合正义的实在法才是“好”的,“应当”的;而依照实证主义的观点,实在法评价行为是否“应当”是根据行为的合法与否。所以,自然法论者的“应当”概念具有绝对的意义,是普遍的;而实在法的“应当”是相对的,假设性的。实证主义法律理论中的实在法的效力的相对性,来源于法律的基本规范的假设。“实证主义的主要特征,和自然法学说相对比的话,可能正在于艰苦地摈弃一种绝对的、实质的根据,在于这种自我否认和自我承担限制,即限于基础规范中的一个仅仅假设的、形式的根基。实证主义和(认识论上的)相对论同属一起,正如自然法学说和(形而上学的)绝对论同属一起。凡企图将实在法推出其相对的、假设的根基以外,即从一个证明实在法效力的假设有效力的基本规范移向一个绝对有效力的基本规范(由于明显的政治理由而经常出现的一种企图),就意味着放弃实在法和自然法之间的区分。它就意味着自然法理论对实在法的科学处理的侵犯,如果允许与自然科学来类比的话,那就是形而上学对科学领域的侵入。”<sup>[12]</sup>

正如凯尔逊所认为的,如果自然法与实在法的区分存在,自然法最终就必然要转化为实在法。如果不转化为实在法,就必须或者假定人们都能够自觉依照自然法行事,而这是一个明显的乌托邦的推论;或者假定人们可能不依据自然法办事,这将阻止自然法的实现。所以,自然法必然要转化为实在法。但是,这时,自然法还是否能够保持对实在法的独立性?自然法理论还是否允许存在一个不同于实在法并且独立于实在法之外的规范体系的存在?基于这一点,他认为自然法与实在法的二元论是不可接受的。首先,从逻辑上说,这最终必然导致这两种体系根据上的统属关系的混乱,也就是导致认定实在法为自然法或认定自然法为实在法。实在法与自然法之间有一个必然的矛盾,实在法是一种强制的秩序,而自然法不仅不是强制的,而且还是反对任何强制的。如果自然秩序是有效的,如果人们能够从一个“自然”的秩序中发现“善”和正义,并且与人们的愿望一致,那么,实在法还有什么用?为什么还会存在实在法?自然法为什么还要实在法去实现?其次,自然法与实在法之间也不存在委托关系。所谓委托关系是指,实在法是根据自然法的委托产生的。凯尔逊认为,这不符合自然法理论的逻辑。实在法由自然法委托只能指这样一种情况,即自然法体系中包含了一个规范,这个规范授予某个最高权威制造实在法的权力。而这样一来,实在法的效力也就不再源于正义,而是源于权威了。这不符合自然法的观念;同时,这样来的另一个结果是,导致自然法中只有这个委托规范才有效力,其他规范在实在法生效之后都不再有效,这同样不符合自然法的观念。因此,凯尔逊断言,坚持实在法与自然法二元论,必然导致一种保守的结论。他提出,自然法理论的革命性是假想的,它的功能主要是为实在法辩护。因为,如果象一般的自然法学说那样,将实在法和自然法认定为同时具有效力的秩序,就必然预设了一个包括两者的规范体系的统一性。理论上,实在法不过是自然法的产物,从自然法中取得全部效力。实际上,实在法取得效力后必然处于对自然法的优势地位,而自然法则必须适应这种实在法,以便继续在理论上保持规范体系的统一

[12] 前引[11],凯尔逊书,第432页。

性。这个基本立场导致自然法观念在不同的作者手中经历了不同的修改和版本,实际上也在消灭自然法。自然法学说并不是革命的,而是保守的。他们总是研究自己时代的实在法,其目的在于根据自然秩序证明这些实在法律制度的正当性,例如私有财产、奴隶制、婚姻等。结果几乎完全是实在法法律秩序通过更高的自然秩序的合法化。“一般自然法学说的性质及其主流,是严格地保守的。这种理论所断言的自然法实质上是一种意识形态,它被用来支持、辩护实在法,或者也就是国家的权威,使他们成为一个绝对物。”<sup>[13]</sup>他认为,自然法理论的困境就在于实在法秩序与自然法秩序的二元论。因此,不能够击破这种二元论,法律科学就不可能解放出来。“正是在这种争取脱离形而上学的科学的努力中,自然科学才使自己从神学中解放出来,法律和政治科学则使自己从自然法学说中解放出来。”<sup>[14]</sup>

再次,在法律推理过程中,当法律规则不明确或者相互冲突的时候,法律原则不失为一种法律推理大前提的替代物。问题在于,我们如何能够合理地确定相应的法律原则?我们能够以什么样的原则作为法律推理的大前提?我们怎样能够保证法律原则的适用不会导致违反法治的结果?

我们对规则的强调并不意味着规则本身是完美无缺的,更不认为法律与法律规则之间可以划等号。法律推理必须与法律规则体系相联系,但是法律又不能与一个自给自足的出自官方决定的规范体系相同。如果说,自然法学是以自然秩序的假设为前提的,那么,凯尔逊等法律实证主义者就是以实在法秩序的假定为前提的。法律实证主义是建立在作为实在法秩序基础的规则体系的完美无缺的前提之上的,然而,这个规则体系在法律经验主义的视角下却暴露出了自己的缺陷。原因在于,被奥斯丁、凯尔逊等人视为构成法律的事实的东西基本上都是各种各样的出自官方的决定,而且,他们还认为,对这种意义上的法律的研究,只能借助于逻辑分析的方法。这个观点忽视了对人的实践行为具有指导意义的各种社会因素和道德因素。只要人们指出官方决定并不代表整个法律事实,法律实证主义的逻辑基础就立即会被瓦解。

20 世纪产生的法律经验主义恰恰证明了这一点。<sup>[15]</sup>他们提出,存在于法律条文、判例中的法律规则只是构成法律的“次级事实”(罗伊德语),“在这些次级事实的背后,还有许多初级事实或是所谓的原始事实,由司法人员、法官和其他与这些复杂法令相关的人士(包括一般的平民)的实际行为所构成。”正是这些复杂的原始事实,才使覆盖着它们的规则架构和原则架构具有意义及目的。“探讨这两种层次事实间微妙而复杂的交互作用可说是了解社会中法律的重要关键。”<sup>[16]</sup>因此,法律经验主义者将自己的关注点从法律的规则和概念分析转向于影响、制约法律规则的各种社会因素。在他们看来,这才是法律的真实的事实因素。

在法律经验主义的理论观照下,依据规则处理案件的法律信念暴露出了自身的最大困难:法律规则的含义是不确定的,法官实际上具有一定的司法自由裁量权。法律实证主义的逻辑前提是法律规则的确定性,这也是法官能够忠实于法律的必要前提。而法律实践已经证明,法律规则和法律事实都是不确定的,特别是在疑难案件中,所以,法官实际上并不总是按照书写出来的法律规则在处理案件。正是由于实践中存在的法律的不确定性,所以法官才能够并且

[13][14] 前引[11],凯尔逊书,第454页以下。

[15] 法律经验主义是我在本文中用来指称包括法律社会学、社会学法学、现实主义法学以及实用主义法学在内的所有以经验分析为基础研究法律问题的学术观点。与我们以往熟悉的经验实证主义法学含义接近。这里,使用这个概念的目的主要是为了便于与法律实证主义或规范分析实证主义法学比较。

[16] [英]罗伊德:《法律的理念》,张茂柏译,台湾联经出版事业公司1997年版,第99页以下。

必须在法律活动中通过自己的行为和主观努力实现法律的目的。而法官处理案件的活动基本上都是与个人经验相关的,所以,把法律推理活动的确定性建立在法律规则的确定性基础上是不够的。

法律经验主义一方面指出了法律实证主义理论的先天不足,另一方面,也动摇了依法办事的逻辑前提。作为上述两种思潮的逻辑结果,进一步的问题必然是:我们用什么来保证法律的确定性,进而维护法律的统一性和公正性。法律原则正是在这个背景下作为不确定的法律规则的替代物被提出的。但是,富于道德内容的法律原则在法律推理过程中如何才能作为法律推理的大前提。既然道德和规则都是不确定、不可靠的,那么,我们如何能够在法律规则含义不明确的前提下凭借道德为法律推理提供确定性?

在这个问题领域中,我们注意到一个问题,即德沃金先生的观点可能仅仅只适用于美国。毕竟,美国具有一定的民主法治建设的传统和经验,因此,人们可以信赖法官,相信法官们是能够依法办事的。但是,从张学英诉蒋伦芳案件中我们已经看出,中国进行法治建设还面临着相当大的困难。用德沃金先生先生的观点判断法律原则,很可能会助长、激发出我国根深蒂固的泛道德主义情愫。从这样的角度看,德沃金先生关于法律原则的讨论和观点就可能有一定的局限性。德沃金先生在反对美国、甚至西方的实用主义和经验主义法学理论方面提供了许多重要的见解,但是,他的观点在中国的运用可能与他立论的初衷刚好相反。

同时,正如德沃金先生所注意到的:法律经验主义并不一般地反对逻辑推理,而是反对法律实证主义所建构的根据法律进行逻辑推理的形式主义的法律方法。波斯纳在他的《法理学问题》中,对自己的实用主义法理学立场做了一个概括。我认为这个概括在基本上吸收了相当一部分法律经验主义者的原则立场。他提出,伴随着法律制度的理性化,出现了两种法律成见,一种是自主性,即法律推理是一种职业思维或者英国大法官柯克所说的人为理性;一种是客观性,即法官在任何情况下都能够形成唯一正确的判决意见。围绕着这一点,出现了法条论和怀疑论之间的分歧。<sup>[17]</sup>我并不同意波斯纳先生的观点,我认为,法律与经验确实难以分开,但是过于看重经验的话,法律就只是实践的,而非理性的,最多是实践着的工具理性。实践理性与实践经验是有所不同的。实际上,法律是被实践理性组织和发展起来的经验,在人的自由意志照亮这些经验之前,经验只是纯粹的个人体验,经验只有在有助于人的社会存在的时候才会成为法律实践的经验,从这个意义上说,法律是实践与理性的统一,是实践理性的产物。但是,我们不能否认法律与经验存在密切关系。由于经验总是局部的,因此,从我国法治建设的特定语境看,我们只有坚持和维护普遍的理性原则,才能通过理性之光,照亮和指引我们的法律实践。

根据上述情况,现在法学界的重要任务之一,就是努力建构出一种真正具有普遍性的理性的法律原则,从而切实维护法律推理过程的逻辑一致性,保证三段论推理的有效性。这个法律原则离不开人的经验,但是,又不能为经验所限制,只有这样,法律原则才可能普遍有效。而实践理性恰恰为解决这个问题提供了一个思路。依据通常的观点,在实体性的道德原则和法律原则上,人类始终未能提供一个有效的说明。但是,如果我们能够立足于实践着的人的主体之间的关系,并把这种关系理解为建立在人的反思能力的基础上,那么,我们或许可以通过建立一个理性的对话程序制度,保证法律原则的相对客观性。换句话说,在法律规则不明确的前提

---

[17] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社2002年版,第568页。

下,我们可以用经过充分公开地理性讨论之后确立起来的法律原则作为法律推理的大前提,以维护我们的法治。关于这个问题,我们以后将继续讨论。

综上所述,本文的基本观点是:1. 法律原则的基本特征是它的普遍有效性,并非任何用文字书写出来的“原则”都能够被称为法律原则。如果把文字规定出来的原则作为法律推理的大前提,势必导致用道德代替法律的严重后果;2. 考察法律原则在法律推理中的地位和作用,必须与法治这个大背景结合起来,把它作为推进法治,维护法治的基本措施;3. 法律规则是法律推理的基本前提,只有在规则的适用必然明显地导致严重违反法治的后果时,才能够考虑使用法律原则进行推理。而若要适用法律原则,则必须经过一定的特别的理性对话程序,对法律原则的内容进行认真识别。因为,这是避免用道德代替法律所必须的。所以,在这个识别机制未能建立之前,应该尽量避免直接适用法律原则。

---

**Abstract:** The discussion on legal principles in China is generally centered around two aspects, i. e. the over-generalization of legislation and the basic legal principles provided for in legislation. There are substantial differences between legal principles in this sense and those discussed by Dworkin. Whereas Dworkin's discussion is aimed at emphasizing the certainty of law, the discussion in China emphasizes the fuzziness of law. The discussion on legal principles mainly involves the relationship between principles and rules in the process of legal reasoning. For the purpose of the rule of law, legal reasoning must take legal rules as its major premise. Legal principles can be used in legal reasoning when there is uncertainty, ambiguity and self-contradiction in legal rules. However, such principles must go through a process of determination before they can be used in legal reasoning.

---