

基于法律原则的裁判

陈 林 林*

内容提要:基于法律原则的裁判需依次解决以下三个问题:如何识别与个案相关的法律原则;如何处理原则与规则的适用关系,或者说在何种情况下,允许裁判者依据法律原则得出判决;如何解决原则之间的冲突问题,亦即能否藉由原则权衡获取法律上的“唯一正解”。现有的裁判理论对这三个问题作了不同回应,但欠缺可靠的操作程式。究其根源,是因为原则裁判的实质,是裁判者在规则穷尽之际,选择并依据法律体系内的价值判断为个案判决提供合理化论证;然而一旦涉及到价值判断,裁判就有主观、恣意和片面的可能。

关键词:法律原则 法律论证 司法裁判

一、原则裁判的问题

法律原则是用来证立、整合及说明众多具体规则与法律适用活动的普遍性规范,是更高层次法律推论的权威性出发点。^{〔1〕}此处,“普遍性规范”意味着原则本身不预设任何具体、确定的事实状态,也未指定任何具体、确定的法律效果。^{〔2〕}也就是说,原则并不具备规则所具有的事实要件和效果要件上的对称性,它所拥有的只是一些对不特定事实所作的评价或指示,或者说,法律原则就是一些法律体系内以资裁判者参照的“主导性评价标准”。^{〔3〕}

由于原则通常仅由一些评价标准——例如公平、合理和诚实信用——构成,因而,如果说原则存在什么逻辑构造的话,那么在此“构造”中,与法律效果相联系的经常是某些标准,而非纯粹的事实。一如斯通(J. Stone)所示,原则所包含的一些特有标准,并不指明需验证的具体事实,而是指向对事实的评价,指向一种“事实/价值的综合体”,^{〔4〕}例如“人人皆不得从自己的‘错误行为’中获利”这一原则。然而单凭经验观察,裁判者显然无法查证或厘清原则指示的标准内涵,因此,在裁判之际,他不仅要考量个案事实和不特定的规范事实,更紧要的是,他还须依据原则所宣示的评价标准对个案作出评判。

* 浙江财经学院法律系副教授。

〔1〕 See David M. Walker, *The Oxford Companion to Law*, Oxford: Clarendon Press, 1980, p. 739.

〔2〕 See Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, New Haven: Yale University, 1997, p. 46.

〔3〕 譬如俄克霍夫(Eckhoff)就认为,法律原则实质上是一些体系内的主导性标准(guiding standards),它们是当事人对席论辩、法官进行判决论证/推理的参照标准。规则也是一些标准,只不过它们是人们应当如何行为的标准,see Torstein Eckhoff, *Guiding Standards in Legal Reasoning*, 29 Current Legal Problems, 1976, p. 207.

〔4〕 See Julius Stone, *From Principles to Principles*, 97 The Law Quarterly Review, 1981, pp. 228-232.

原则的不确定性与评价取向,也决定了原则和规则在适用方式上的不同:其一,规则是以非此即彼的方式予以适用的。对于特定个案来说,一旦构成要件存在,规则就要么适用(规则生效),要么就不适用(规则无效)。原则却与此不同,由于原则并未清楚界定事实要件,因此对特定个案来说,并不存在一条确定的、排他适用的原则。一条原则只是支持这般判决的一个理由,而同时却可能存在另一个更优越、更适切的原则,要求裁判者作出不同的判决。其二,原则在适用中含有一条规则所没有的属性,即“份量”或曰“重要性”。当原则间发生冲突时,裁判者必须权衡每一条原则的相对份量并“择优录用”,但这并不会导致落选的原则失效。而规则的冲突直接涉及到效力问题,不予适用的规则会事后失效,并被排除在法秩序之外。^[5]法律逻辑论者所谓的规范(法律)命题与规范(法律)论证的可反驳性,在原则裁判的领域是一目了然的。

据此不难判断,基于法律原则的裁判,必然是利弊互现的,因为原则同样蕴含着一种“确定性悖反”。一方面,原则指向高度不特定的行为与事实,因而具有极宽的涵摄面和极高的包容性,能够有效地填充隐藏于规则体系中的漏洞和缝隙;原则“明白地包含了评价”,因而可使法律体系更具包容性。所以,原则可以作为法律解释、变更法律、法律中特殊例外、制定新法以及特定个案中行动的基础。^[6]申言之,法律的确性,不是光靠一个事先制定的、包罗万象的、完整的规则体系就能获得的,而是籍由一个完整的原则体系,并通过对那些原则进行逻辑阐释和逻辑适用来实现的。^[7]但在另一方面,原则在法律漏洞处的“规范指引力”,却是以规范构造上的不确定内容——不特定的规范事实和开放的评价标准——为条件的,原则自身的不确定性以及相互间的冲突和竞争,还表明在个案裁判中,准用原则本身也是需要被发现的对象。这就意味着,原则所能提供的个案指引是有限的,基于原则的裁判,无法免除不确定性和可争议性,^[8]而裁判者亦须面临系数更高的裁判风险,承担难度更高的论证义务。

因此,基于法律原则的裁判在展开之际,至少需依次解决如下三个现实问题:(1)在裁判之际,如何识别这种与个案相关的不确定原则;(2)如何处理原则与规则的适用关系,换言之,在何种情况下,允许裁判者依据法律原则得出判决;(3)如何解决原则之间的冲突问题,亦即能否籍由权衡获取法律上的“唯一正解”。

二、原则裁判的前奏:法律原则的识别

法律体系中包含了林林总总的原则,例如宪法上的“法治原则”、“人民主权原则”、“权力分立原则”或“议行合一原则”,刑事法上的“罪刑法定原则”、“无罪推定原则”、“不告不理原则”,民事法上的“诚实信用原则”、“意思自治原则”、“过错责任原则”等等。这些原则皆有可能与司法产生关联,但并不全是裁判意义上的法律原则,因为其中有的原则仅指法律秩序的中心原理和基本结构,在裁判之

[5] 这里参考了德沃金的研究成果, Cf. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 1977, p. 24. 不过,德国法学家阿列克希认为上述观点尚存瑕疵:(1)规则非此即彼的适用方式是有前提的,即德沃金预设的“原则的例外不能穷尽,而规则的例外能够被穷尽”。但由于原则本身是规则的一种例外,因此规则的例外必然是无法穷尽的,也就无法以非此即彼的方式进行适用了;(2)存在一些绝对原则,它们具有绝对效力,因而无需与其它原则相权衡,例如德国基本法上的“人性尊严”。cf. Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 49.

[6] Cf. Joseph Raz, *Legal Principles and The Limits of Law*, 81 Yale Law Journal, 1972, pp. 839-842.

[7] 这是庞德考察19世纪欧洲大陆所有法典(1896年的德国民法典除外)后所作的“总结性陈词”。同时,他还主张“最佳的事先举措,就是规定一个一般性命题或者指导性原则,将适用上的细节问题交由司法经验和司法实践来完成”。Roscoe Pound, *The Spirit of the Common Law*, New Brunswick: Transaction Publishers, 1999, pp. 179-180.

[8] 哈特在《法律的概念》“附录”中,以法律原则的不确定性对德沃金的“唯一正解”美梦作了最后的批评。See H. L. A. Hart, “Postscript” to *The Concept of Law*, 2nd edition, Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 275.

际,它们并不能说明“就当下案件而言,裁判者应当如何裁断”,亦不能指示“某条规范应当适用于何种情况”。

虽然“上述原则并不全是法律原则”这一判断可以获得成立,但这并不意味着就“何为法律原则”而言,存在一致的理论见解或客观的识别判准。举凡当代西方法理学界的见解,原则论旗手德沃金揭示:法律原则会以“标准”的形式存在,但就其实质而言,是一些为制定法和既往判例所接受的道德原则;〔9〕斯坦和仙德(Peter Stein, John Shand)指出,德沃金所谓的法律原则,实质是一些古代法律格言的现代应用;〔10〕肯尼迪(Duncan Kennedy)和桑斯坦(Cass R. Sunstein)认为,法律原则有别于法律秩序内的一些实质性标准;〔11〕阿蒂亚(P. S. Atiyah)暗示,原则裁判论不过是一种改头换脸的实用主义;〔12〕斯通追根溯源,发现德沃金的原则不过是庞德理论的变种,即与标准平行的不确定规范;〔13〕阿列克希(Robert Alexy)则认为原则是一种理想应然,是一种基于既有法律与事实状况而要求尽可能实现某一目标的规范,即所谓的“最佳化诫命”(optimization requirements)。〔14〕

虽然上述学说未能提供识别法律原则的一般性判准,但仍指出了若干思考路标,即原则的存在不以现存法律的明示为限——因此原则的数目是不确定的。并且,原则不仅具有规范的向度(因此与法律上的某些标准相勾连),同时也兼具一种社会历史和伦理道德的存有论背景。

(一)法律原则的识别方法

法律原则的存在不以现存法律的明示为限,这不仅意味着原则的数目是不确定的,也指示我们可以籍由原则的存在形态,将其划分为“实定的法律原则”和“非实定的法律原则”。〔15〕“实定的法律原则”是立法者与裁判者业已在制定法和判例中予以明示的原则,例如在著名的 *Riggs v. Palmer* 一案中,虽然 Palmer 是合法的遗嘱继承人,但他为了早日让遗嘱生效以继承财产,投毒杀害了被继承人。法院经过内部论辩后,适用“任何人皆不能从自己的错误行为中获利”这一原则,否定了 Palmer 的财产继承权。鉴于法院指明并援引了一条法律原则,继而针对既有遗嘱继承规则创设了一条例外,并据此判决被告丧失了继承遗产的权利,因此该案中的原则也就籍由判例获得了一种“现实的法规范”形态,即成为一条“实定的法律原则”。

不过,有些原则虽然具有实定法的形态,例如某些制定法所宣示的“三权分立原则”和“法治国原则”,却并不是裁判意义上的法律原则,因为它们并不具有裁判意义上的规范向度。评判原则是否具有规范向度,可依据规范所固有的三项功能——指导功能、评价功能和裁判功能——予以识别。因此,就“实定的法律原则”的存有问题而言,识别作业相对简易。

令裁判者感到棘手并能吸引学术注意力的,是那些尚未为成文法或判例所明示的“非实定的法律

〔9〕 德沃金曾言,“我将这样的一个准则称为‘原则’,它应当得到遵守,并不是因为它将促进或保证被认为是合乎目的的经济、政治或社会形势,而是因为它是公平、正义的要求,或者是其他道德层面的要求”。前引〔5〕, Ronald Dworkin 书, p. 22, p. 28.

〔10〕 Peter Stein and John Shand, *Legal Values in Western Society*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1974, pp. 101 - 102.

〔11〕 See Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review*, 1976, p. 1688; Cass R. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York: Oxford University, 1996, p. 31.

〔12〕 See P. S. Atiyah, *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial process and Law*, 65 *Iowa Law Review*, 1980, p. 1256.

〔13〕 See Julius Stone, *From Principles to Principles*, 97 *The Law Quarterly Review*, 1981, p. 229.

〔14〕 阿列克希的“诫命(requirement)”是一个含义宽泛的概念,可以涵括“命令(command)”、“允许(permission)”和“禁止(prohibition)”,见前引〔5〕Robert Alexy 书, pp. 47 - 8. 是故,阿列克希有时又称原则为“最佳化规范”(optimisation precepts), see Robert Alexy, *My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason*, in Luc J. Wintgens ed. *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 39.

〔15〕 “实定的法律原则”和“非实定的法律原则”(相当于诤塞尔所指的“前实定的原则”, vorpositive Prinzipien)之划分,源自德国法学理论上的认识,其划分标准是是否得到了实证法的明文规定,因此与本文的用法——是否已明确地成为裁判上之依据,亦即不再处于一种“自我存在状态”——稍有差异。对两类法律原则的讨论,参见舒国滢:《法律原则的适用困境——方法论视角的四个追问》, <http://www.law-thinker.com/show.asp?id=2609>.

原则”之识别。鉴于法律原则除具备规范向度外,还具有一种社会历史和伦理道德的存有论背景,因此识别“非实定的法律原则”,也惟有从社会历史和伦理道德背景入手进行考察。籍此进路,德沃金就原则的识别提出了一条“基于政治道德并能融通既有法制”的准则,即裁判者据以判决的法律原则,必须立论于一种客观的政治道德(德氏谓之“自由主义政治道德”),而非裁判者个人的道德观,并能与既有法制保持一致,亦即能够与法律体系融会贯通,并解释得通以往有关此类案子的一切判例(整个法制实践的传统)。^[16]

“基于政治道德并能融通既有法制”的识别判准,不但照应到了法律原则的社会历史和伦理道德上的存有论背景,也对裁判者的识别行为设定了一系列客观性限制和高度的论证义务。不过仍须注意到,这一类似于“统一司法”的判准,亦存在理想化的一面,它并不足以让裁判者在实践中应对自如。首先,“融通既往”要求裁判者事先回顾并梳理以往所有的相关判例,继而去确定原则是否与之吻合,这一工作无疑过于浩大;其次,以往的判例法制,可能并不符合现行的法律体制和政治道德(例如美国历史上的《奴隶逃亡法》与“隔离但平等”的种族歧视性司法判决),而在相互抵触的法制和判例之间,是不存在融通一贯意义上之法律原则的;再次,作为原则之立论基础的客观政治道德,实质上预设了“社会中存有一个强大的、理智的、有关价值认识的共识,以致对于社会上一切显著的冲突,皆可将其置于此单一、一贯的理智上之相同价值认识体系中而得到解决。但是,除了在极高度抽象的价值观点上,我们实无理由相信社会上存有这样一种价值共识”。^[17]

原则识别的判准——“规范向度”、“客观道德基础”和“融通既往法制”,分别向裁判者指示了法律原则的存有场所,即:(1)规范体系;(2)承载道德诉求的法律价值观、法律理念,亦即法律内部所持的价值评价,与外部社会道德观念之接壤地带;(3)作为规范—事实结合体的既有判例,历史承传的法律格言,以及沿袭已久的社会道德习惯。在识别法律原则之际,理念上要求裁判者必须贯彻这三项判准,但在操作之际,应允许其稍作伸缩。即就“客观道德基础”而言,允许裁判者在在不违背绝对道德原则的前提下,藉由低层次的“未完全理论化的共识”^[18]——有关具体案件或低层次具体规范的一致性共识——自下而上地来推导具体案件的法律原则。而就“融通既往法制”而言,允许裁判者直接比附具有可适用性的法律格言,^[19]并将“融通”的对象,限缩为现行法律体系之相关规定以及当下的司

[16] “海格力斯(Hercules——古希腊的大力神,在此是德沃金所虚拟的一位具有哲学头脑的法官,他具有超人的技巧、学识、耐心和智慧)必须发现一些具有如下特点的原则,它们不仅符合当事人特别关注的特定先例,而且也符合其管辖范围内的一切其他司法判决和法规……海格力斯必须建立一个抽象原则和具体原则相结合的体系,这个体系可以为所有普通法先例提供一种前后一致的论证,从而使它们可以得到原则的、宪法的和法规条款的支持。”前引[5], Ronald Dworkin 书, pp. 105 - 117.

[17] Stanford Levison, *Taking Rights Seriously: Reflection on "Thinking Like a Lawyer"*, 30 *Stanford Law Review*, 1978, p. 1083. 转引自林立:《法学方法论与德沃金》,台湾学林文化事业有限公司2002年版,第54页。

[18] See Cass R. Sunstein, "Incompletely Theorized Agreements", 108 *Harvard University Law Review*, 1995, p. 1733.

[19] “非实定的法律原则”大量地以法律格言的形式盘旋在体系之外,法官在 *Riggs v. Palmer* 一案中所援引的法律原则——“任何人皆不能从自己的错误行为中获利”,即为罗马法和普通法上的法律格言——“Nullus commodum capere potest de injuria sua propria(任何人都不得从自己的错误行为中获利)”、“Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores.”(依照自然法,任何人都不得损人利己)。

许多法律格言符合原则识别的三条判准。事实上,法律格言之初始目的,就是为了解决纷争、辅助裁判。在罗马法后期,如果一方当事人在论争中引用了有利于自己的法律格言,就可将答辩的义务转嫁给对方。除了实务,学理对法律格言亦很重视,《学说汇纂》就汇集了很多格言。至16世纪,《学说汇纂》50卷17章所汇编的“指南(regulae)”,被法律人视为是可以从中推导具体规则的基本法律原则。

在普通法上,爱德华·科克爵士(Edward Coke)将格言形容为“无需证明、争辩或灌输,所有人都承认、接受的命题”。培根(Francis Bacon)则亲自动手编撰了一本《法律格言》,并在“绪言”中细陈了法律格言的三项功用:“在遇到新情况且无权威可以直接援引时,可以通过深层理由来发掘法律的真实意思;在权威明确但各不相同、可以用来证实法律并使法律得到一致的理解;当法律已被权威澄清,仍可用来进一步探究前述判断以及依此裁判的理由,并由此使它们对复杂案子的裁判提供更多的帮助。”See Francis Bacon, *Maxims of the Law*, Preface, 1630. 转引自前引[10], Peter Stein and John Shand 书, p. 101.

法实践。

(二)原则和标准的区别

原则与标准的界分问题,一直是裁判理论上的难解之结。^[20]法律条款往往包含了许多不确定的法律概念,例如“合理的(注意义务)”、“谨慎的(驾驶)”、“重大过失”、“显失公平”、“诚实信用”等,这些条款有时就构成了一条与原则相类似的标准,在裁判之际,裁判者同样须经由一系列评价才能予以适用。

标准的这种不确定性和评价取向,可举例予以说明。就“车辆通过无人看管的铁路道口”而言,规范设定存在两种选择,一是霍姆斯的规则论,制定一条明确的规则:“司机在经过无人看管的铁路道口时,必须停车并张望”;二是卡多佐的标准论,设定一条标准:“司机在经过无人看管的铁道路口时,必须尽合理的注意义务谨慎驾驶”。^[21]在霍姆斯眼中,无人看管的铁路道口就是一盏“红灯”,司机必须停车,因此在具体个案中裁断司机是否违反法律,只需认定其是否实施了规则构成中的事实要件——停车(并张望)——即可探明;而卡多佐则视之为“黄灯”,司机只须谨慎驾驶。至于司机是否尽到了注意义务,则必须考虑一系列事实因素,诸如当时的车速、能见度、路况,并结合评价进行判断。

籍此也可发现标准和规则之间的联系,那就是:(1)都设定了一定的事实前提,换言之,标准是适用于某类事实情况的、不特定的规范性要求;(2)当裁判者针对一系列个案解释并适用标准之后,标准本身所蕴含的规范性要求就会愈趋明显和稳定,这些规范性要求一旦明朗、固定之后,标准就进化为了规则。^[22]

因此,反观法律原则的构成要素和适用特点,就可以获得原则与标准之间的基本区别:(1)原则不预设任何具体的、确定的事实状态,而标准是存在于一定事实状态中的规范性要求;(2)原则不能径行导出判决,它只是证立、说明具体规则之准用性、合理性的依据,而标准是供裁判者直接适用的法律规定。

三、原则裁判的依据:事实性依据与论理性依据

法律原则的适用包括两层含义:一是何种情况下,裁判者可以考虑将系争问题诉诸于法律原则,籍以得出一个依既有规则无法获取的结论;二是在什么条件下,法律原则可以成为判决理由中的裁判规范。前一层含义指陈原则适用的事实性依据,它包括法律规则穷尽意义下的规则空缺、规则冲突和规则悖反三种情况;后一层含义提出了原则适用的论理性依据,意指裁判者必须经由一个说理性的“更强理由”论证过程,来解释为何某条法律原则可以作为当下个案的裁判依据。

(一)事实性依据

法治首先是一种规则之治,即要求裁判活动遵循预先设定的一般性规则,并且以内在于规则体系的标准来审理案件。与此相应,法律原则在裁判过程中的主要功能,是弥补外部体系意义上的法律漏洞,同时约束裁判者的裁量权限。因此原则的适用前提是:由规则构成的形式化外部体系存在明显的或隐藏的漏洞。

[20] 庞德曾列举了法律标准的三个特点:(1)涉及对人的行为的道德评价;(2)不要求严格使用精确的法律知识,而只要求对于一般事物要有一般的认识;(3)无论立法还是司法,都不能使这些标准绝对定型化或使其具有一成不变的内容。它们随时间、地点、条件而不同。适用时,应当参考具体案件中的事实。See Roscoe Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, revised edition, 1954, p. 58. 但这三个特点对法律原则而言也是成立的,因此并不能将原则和标准区别开来。

[21] Cf. Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 University of California Law Review, 1985, p. 379. 类似的“规则-红灯”和“标准-黄灯”讨论, See Wilson Huhn, *The Stages of Legal Reasoning: Formalism, Analogy and Realism*, 48 Villanova Law Review, 2003, p. 372.

[22] 关于标准进化为规则的过程分析, see James W. Colliton, *Standards, Rules, and the Decline of the Courts in the Law of Tension*, 99 Dick. Law Review, 1995, p. 377.

“明显的漏洞”是指相关规则的缺位:依法律的立法计划或其整体脉络,对于系争个案,法律应当予以规范却没有规范,或者说有若干指示,但欠缺期待中的具体规则。“隐藏的漏洞”包含规则悖反和规则冲突两种情况。“悖反”是指规则对某一事实问题虽已设有规定,但依法律的内在体系及规范目的,应将其视为一种特殊情形(即适用规则的裁判结果让人难以接受)而设置限制性的特别规定,但这一限制性规则并不存在,所以构成了一个隐藏的漏洞。“冲突”意指两条以上规则,对某一事实问题都作了不同规定和指示,并且相互间不存在适用上的位阶顺序,因此就实质而言,法律对此问题并未提供任何具体规则,因此也存在一个隐藏的漏洞。

需指出的是,规则体系存在漏洞,并不意味着裁判者就可径行适用法律原则。因为在规则缺位的场合,裁判者尚可基于“类似案件类似处理”的裁判准则,以类推适用的方式将个案归摄于一条最接近的规则之下。但是,倘若相关的规则处于空白状态,那么裁判者只能诉诸于相关的法律原则。因此在遇有“明显的漏洞”场合,原则与规则的适用关系是——惟有在规则穷尽的情况下,才能适用原则。这也是所谓的“禁止向一般条款逃逸”的裁判准则:在有规则可得适用或类推适用之际,不能径行适用法律原则。^[23]

规则冲突同样属于“没有规则可得适用”的情况,并且裁判者也“无法藉由类推适用”进行裁判,因此可将其视为是规则穷尽的事例。鉴于规则都存在支持它的一条或几条法律原则,是故在此之际,如果裁判者可以藉由权衡规则背后的法律原则之份量,来确定冲突规则间的优先性,那么没有理由去阻止裁判者将这一问题诉诸于原则。

规则悖反的情况则相对复杂。将规则悖反划入“规则穷尽”的范围,这一点在理论上殊无困难。但是如何认定适用既有规则,将导致事实上的悖反效果(因此需要诉诸于原则,以针对规则设置一项限制性的例外),却是一个见仁见智的问题。一旦无法确定何为悖反以及规则有否悖反,那么裁判者是否可以适用法律原则创设一项限制性的例外,也就被打上了问号。

笔者以为,倘若基于法的安定性和权威性考虑,那么悖反只能是指适用法律规则将导致个案结果极不公正的情况。悖反之认定,必须结合个案,并得参考德国法哲学家拉德布鲁赫(Gustav Radbruch)针对“实定法与正义冲突之际”的解决公式(Radbruch Formula)进行。这一解决公式即为闻名遐尔的“法律的不法与超法律的法”:“依据国家权力并正确制定的实证法规则具有优先的地位,即使该规则可能是不公正的,并且违背大众福利。但当规则违背正义达不可容忍的程度以至事实上成为‘非法的法律’时,它必须向正义作出让步。”^[24]在本文的语境中,所谓要求“实定法向正义作出让步”,就是要求裁判者着眼于具体正义,根据法律原则创设既有规则的限制性例外。不过拉德布鲁赫公式的指示力也是有限的,诚如舒国滢先生所言,判断规则在何种情况下极端违背正义,事实上难度很大。^[25]反之,若从个案正义和最佳结果考虑,则操作相对容易。因为,如果裁判者能够论证原则比规则存在“更强的适用理由”,那么他就可以逆推既有的规则“不合理想”或“相对悖反”。

[23] 原则与规则在适用关系上的“规则穷尽方得适用”和“禁止向一般条款逃逸”准则,同时也是一条基于法的安定性和可预测性要求的法治原则。国内相关的探讨,参见前引[15],舒国滢文;庞凌:《法律原则的识别和适用》,《法学》2004年第10期;刘治斌:《论法律原则的可诉性》,《法商研究》2003年第4期。

“规则穷尽方得适用”的准则,亦可从原则和规则的特性上获得支持:(1)原则并不像规则那样,提供了具体事态之解决方案的依据,它只提供了一种第一印象的可能性依据;(2)原则有重要性之分量的维度,而规则则要求应适用或者不适用;(3)原则是一种最佳化要求,因此仅指出了发现个案判决的方向。Cf. Aulis Aarnio, *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Ashgate Publishing Ltd., 1997, p. 175.

[24] Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cited from James E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1996, p. 4. 译文依据通行的英译,有关该文的德文中译本,请见[德]古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法律智慧警句集》,舒国滢译,中国法制出版社2001年版,第161页以下。当然,拉德布鲁赫公式也是有局限的,例如“如何探求正义的具体标准”,“何为不可容忍的程度”等等,因而只能说它仅提供了一个大致的指示。

[25] 参见前引[15],舒国滢文。

（二）论理性依据

前述事实性依据只是表明,在上述情形下,裁判者客观上不得不诉诸于规则以外的某些法律原则,但就裁判者为何有理由适用某条具体原则并据以得出一个判决结论而言,其间尚须具备一些论理性的依据。

无疑,对于为何否定一条规则的效力而去适用某条原则,以及为何适用这条原则而非那条原则,裁判者皆须给出一个更强理由的说明。所谓“更强理由”,可举阿列克希就“规则悖反”的论证情况作一说明:“当裁判者可能基于原则 P 而欲对规则 R 创设一条例外规则 R' 时,对 R' 的论证就不仅仅是 P 与在内容上支持 R 的原则 R.p 之间的权衡。P 还必须在形式层面与支持 R 的原则 R.pf 作权衡。因为一个规则 R 具有一种内容上之确定性,相对的,一个原则 P 就不具有此种确定性。而所谓在形式层面上支持 R 之原则,最重要的就是‘由权威机关所设立之规则的确定性’。若要为 R 创设例外规则 R', 不仅 P 要有超过 R.p 的强度, P 还必须强过 R.pf。或者说,基于某一原则所提供的理由,其强度必须强到足以排除支持此规则的形式原则,尤其是确定性和权威性,而在此种情况下,必须由主张例外的一方,也就是主张原则 P 的一方,负论证责任。”〔26〕

法律原则在规范内容上不预设任何具体、确定的事实状态,也不指定具体的法律效果。因而当面对个案事实时,如果不经由特定的讨论程序,裁判者客观上是无法径行从中得出判决的。而给出“更强理由”之要求亦表明,在经由解释、论证其准用性之前,特定的原则不能径行成为判决理由中的裁判依据。换言之,原则之适用,必须经由说理性解释,籍由可以“将抽象具体化”、“将具体抽象化”的类型,由上而下地将相关的“一般法律原则”具体化为下位的、不同事例中的具体法律原则,以对接事实;同时,由下而上地将具体个案中的事实评价,向具体法律原则进行归纳,以等置规范。〔27〕在将事实评价与规范评价等置之后,方可以更强理由宣布一条新的规则,或者设定一条既有规则的例外,或者指明冲突规范中的优胜者。是故此际尚存在一条原则适用的技术性准则:“若无中介,不得在个案中直接适用法律原则”。〔28〕

四、原则裁判的关键:法律原则间的权衡

由于原则并未清楚界定事实要件,所以对特定个案来说,并不存在一条确定的、排他适用的原则。一条原则只是支持这般判决的一个理由,而同时却可能存在另一个更优越、更适切的原则,要求裁判者作出不同的判决。因此在适用原则之际,裁判者对原则所做的权衡——比较每条相关原则在当下个案中的份量或权重,并择优予以适用——既是裁判之际的操作关键,也是原则裁判的理论难点所在。因为一旦权衡不能获得“更强理由”,那么据此胜出的原则以及据此所做的裁判,就不免被批评为裁判者的个人见解和主观臆断,而判决结论也就遽论法律上的“唯一正解”了。但问题是,如何获得“更强理由”并籍以权衡?

原则裁判的怀疑论者哈特(H. L. A. Hart)认为:在任何一个疑难案件中,不同的原则会导致不同的类推适用方式,在法律能够提供一套特殊的高阶原则——这些原则能规范在疑难案件中彼此竞争的低阶原则之相对分量或优先顺序——以前,裁判者只能像一位尽责的立法者那样,按照他所认为什么是最好的,来就这些不同的方式作出选择,而非依照任何现存法律所规定的优先顺

〔26〕 Robert Alexy, *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien*, S. 20. 转引自颜厥安:《法与实践理性》,台湾允晨文化实业股份有限公司 1998 年版,第 68 页。

〔27〕 Leenen, *Typus und Rechtsfindung*, 1971, § 2, 6. 参见黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社 2001 年版,第 389 页以下。

〔28〕 关于“中介准则”,参见前引〔15〕,舒国滢文。

序来作出选择。所以,原则裁判无法清除、甚或限制法官的自由裁量和造法行为。^[29]

德沃金对哈特描绘的困境有过回应,不过其间他就原则裁判所做的个案分析,却差强人意。在《法律帝国》中,他分析了英美侵权法上的一个疑难案件,即对于未在事故现场的家庭成员的精神损害,法律是否要予以赔偿。下面是德沃金笔下的海格力斯法官所撰的司法意见,该司法意见权衡了两种相互对抗的原则,通过检测它们与先前判决的一致性,法官发现每一种原则都相当符合先前的判决,但并不完全一致。最后他宣称:“根据我的分析,当无限责任可能带来危害时,整体性要求解决这两种一般性规范对事故案件所造成的相互对抗的影响,我们的实践尚未就此作出选择(作为一种后来的诠释性判断),但这种选择必将涌现。整体性之所以这样要求,是因为它要求我们续写整个故事,在其中两种原则都有一个确定的地位,而所有的问题都以最好的方式得以考虑。在我看来,最好的做法是使第二个原则(根据过错,对所有可以合理预见的损害都要承担责任)优先于第一个原则(国家应该使人们免于因意外事故而蒙受经济上的损害,即使事故是人们自己的过错造成的),这种做法至少在机动车事故——以明智的条款规定了个人责任保险——中已经得到了实施。我之所以作出这种选择,是因为我相信:尽管每一条原则背后的推动力都值得关注,但在这些情形中,第二个原则更为有力。”^[30]

就如批评者所言,这一司法意见给人的第一印象是:对于解决我们先前遇到的困境来说,它不能提供任何帮助。德沃金在法官应该做什么这一问题上或许正确,而在法官应当如何阐述自己正在做什么这一问题上,却显然错了。^[31]单凭“我相信”这一信念作出原则权衡,只能让人怀疑法官轻率地把他的个人理想和信念,移花接木当作了一个社会的法律理念。是故在此之际,他所谈的不再是规范评价、更强理由和权衡,而是在宣扬个人主张。就此而言,佩岑尼克(Aleksander Peczenik)的下列说法仍须认真对待——“虽然许多法律人身体力行地从事着不同裁判依据间的‘称重’和‘衡量’工作,但他们并不拥有关于如何‘权衡’的精确理论”。^[32]

(一) 权衡的可能方法

鉴于原则裁判事实上预置了一个法律原则的识别和发现过程,因此权衡之际,裁判者必须通盘考虑与具体个案之评价直接关联的所有道德评价和规范评价。^[33]换言之,权衡是一种具体语境下的思维方法,裁判者对当下语境中的所有法律原则和价值观念,负有“周全考虑”(all-things-considered)之义务。

裁判者在具体案件中的权衡进路,可分为两阶段:第一阶段,设定并论证每一个具体个案,在价值评判上的取向皆是有分殊的,亦即当下案件至少要求一种特殊的价值取向和规范评价——一条具有优先性的法律原则,而这一价值取向在其他事件中不存在。进而言之,在具体个案S1中,价值判断V1要求在E1的程度上得到满足,价值判断V2则要求在E2的程度上得到满足,但前者比后者具有优先性。具体个案S2的情况则与之相反,即V2比V1具有优先性;第二阶段,将S1、S2……Sn归为不同的评价类型,设定并论证不同的个案情况,皆可划分并归入上述类型之中。而同一类型中所有个案的价值优先性顺序,皆可视各种类型中V1、V2……Vn的优先性情况,分别作出裁断。^[34]

[29] 前引[8], Hart书, p. 275.

[30] Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard: Harvard University Press, 1986, pp. 270-271.

[31] See Charles Yablon, *Are Judges Liars? A Wittgensteinian Critique of Law's Empire*, in Dennis M. Patterson (ed.), *Wittgenstein and Legal Theory*, San Francisco: Westview Press, p. 261.

[32] Aleksander Peczenik, *The Passion for Reason*, in Luc J. Wintgens ed., *The Law in Philosophical Perspectives: My Philosophy of Law*, Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 179.

[33] See Aleksander Peczenik, *On Law and Reason*, Dordrecht/ Boston/ London: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 76; 前引[32], Aleksander Peczenik文。

[34] 同上书, pp. 77-78.

上述进路的实质,是借助于类型理论,构筑一个柔性的法价值体系。此种方法固然能在一定程度上顾及价值判断在不同语境中的权重性,以避免某条法律原则在一切事例上压倒其他原则,并最终导致出现卡尔·施密特(C. Schmitt)所言的“价值专制(tyranny of values)”的局面。^[35]但是就总体而言,仍只是一种简单化的描述,而非规范意义上的指示。因为在原则领域建构不同价值取向的类型(姑且不论类型化工作的难度),并籍以找出一条相关的优先性原则,本身尚需要裁判者另行展开分析和权衡。

在裁判理论上,“借助于具体个案中的法益衡量”,被公认为一种可能的权衡方法。这一方法的机巧,是在尊重现行法律体系(尤其是宪法性法律)之价值秩序的前提下,将抽象的原则/价值冲突,处理为具体案件中现实的法益冲突。在此基础上,裁判者通过考量不同法益受到保护及遭受损害的可能情况,决定相关原则的优先性。于此,权衡的要领就是作一系列考量:(1)考量应受保护的法益的实现程度;(2)假使某条原则或某种利益必须作出让步,那么考量其受损害的程度如何;(3)考量损害如何最小化,以贯彻权衡之际的比例原则——为保护某种较为优越的法价值须侵及一种法益时,不得逾越达此目的所必要的程度。^[36]

法益衡量旨在通过一种更强理由,在具体案件中的冲突原则之间,建立起一种有条件的优先关系。德国宪法法院所做的“受审能力案”判决,即为籍由法益衡量进行原则权衡的一则范例。^[37]此案的问题是,对于一个业已受到起诉的刑事被告人来说,如果受审的压力可能导致其中风及心脏病发作,那么他是否有权要求停止受审程序。法院认为,本案的争点源于两条相关法律原则之间的紧张关系:基本法所要求的“保护被告人之生命和身心健全”的原则(P1),以及“维护刑事审判体系正常运作”的原则(P2)。

P1和P2分别指向了相互抵触的判决结果。P1要求禁止当下的审判行为,P2则要求审判继续进行,所以双方都限制了对方在裁判上的准用性。这一冲突无法通过宣告一方无效来化解,也无法籍由设定某一原则的例外条款来解决,但可以通过确定一种绝对的或者有条件的优先关系来得以解决。因此,P1和P2在不同“优先性条件”(C)下的“优先性状况”(>,指“优先于”),在具体案件中存在如下四种情况,这同时也指示了解决原则冲突的四条路径:

- ① $P1 > P2$
- ② $P2 > P1$
- ③ $(P1 > P2) C$
- ④ $(P2 > P1) C$

情况①、②代表了一种无条件的绝对优先关系(即所谓的“价值专制”),法院对此不予肯认,因为在本案中,并不存在一条原则绝对优先于另一条的理由。因此可能的选择,只存在于情况③、④之中。情况③、④代表了两种实质性的、相对的优先性关系,至于选择何者,关键在于如何确定优先性条件C。用法院的话来讲,就是取决于“在具体案件中,被告人的利益是否明显并实质性地胜过继续国家追诉行为的要求”。

为了辨明其中的优先性情况,法院认为,“如果继续审判,将导致被告人面临失去生命或健康严重受损的即刻而具体的危险,那么继续法律程序,就侵害了被告人受基本法第二条第二项所保护的宪法性权利。”这一句话实际上决定了本案中两条法律原则的优先性关系,即“(被告人的)宪法性权利是否已受到了侵犯”。某一事实侵害了宪法性权利,则意味着在法律上是受禁止的,因此阿

[35] C. Schmitt, *Die Tyrannei der Werte*, in *Säkularisation und Utopie, Festschrift für E. Forsthoff*, 1976, 60. 转引自前引[5], Robert Alexy 书, p. 98.

[36] 参见[德]拉伦兹:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第279、285、286页。

[37] BverfGE 51, 324. 前引[5], Robert Alexy 书, p. 50. 相关介绍也可参见张嘉尹:《法律原则、法律体系与法概念论——Robert Alexy 法律原则理论初探》,《辅仁法学》2002年第24期。

列克希指出, 法院的立场亦可表述为规则⑤: “倘若某种行为 H 满足条件 C, 那么它是被基本法所禁止的 (法律效果 Q)。”^[38]

因此在情况③、④以及规则⑤中, C 扮演了双重角色, 于前者, 它是一种优先性条件; 于后者, 它是规则之构成要件。在有规则⑤可以参照的情况下, 裁判者只需辨明个案事实是否具备规则之事实要件, 即可确定冲突原则之优先性, 并赋予相应的法效果。就本案来讲, 鉴于中风、心脏病之引发, 皆可能危害、重损被告人的生命和身心健康, 因此籍由优先性条件 C, 裁判者可以推断原则 P1 在本案中具有优先性, 即情况③: $(P1 > P2) C$ 。综合情况③和规则⑤, 亦可得出一条“原则间的竞争法则” (Law of Competing Principles): 当 P1 在 C 的条件下优于 P2, 并且, 如果 P1 在 C 的条件下具有法效果 Q, 那么一条新规则 R 生效, 该规则以 C 为构成要件, 以 Q 为法律效果: $C \rightarrow Q$ 。^[39]

阿列克希认为, 籍由法益衡量展开的竞争法则, 展示了原则作为“最佳化诫命”的性格: 原则之间不存在绝对的优先关系, 并且原则所涉之行为与事态亦无法被量化。同时也为克服价值理论、包括原则理论的各种缺陷, 建构了一个操作性平台。不过, 上述说法也不免过于乐观: 一方面, 在法学方法论上, 法益衡量本身是一种颇有疑问的裁判方法;^[40] 另一方面, 原则适用的优先性条件, 虽然能初步化解不同原则之间能否通约、权衡的问题, 但仍面临一个发生学上的追问。以前述受审能力案判决为例, 宪法法院实际上是借助于这一判断——“如果继续审判, 将导致被告人面临失去生命或健康严重受损的即刻而具体的危险, 那么继续法律程序, 就侵害了被告人受基本法第二条第二项所保护的宪法性权利”——来确定优先性条件的, 而这一判断是否成立, 亦须补充另外一个论证或权衡。

是故在原则裁判的领域, 当德沃金自信满满地论断“每一个法律问题皆有一个正确的答案”^[41]之际, 佩岑尼克却悲观评价性权衡“留有一堆尚未解决的重要问题”。^[42] 因此, 笔者拟对德沃金“唯一正解”之论断再行一番简要的检测, 以呈示原则裁判论的其他问题, 并进一步展示原则裁判之限度或曰有效性。

(二) 原则与“唯一正解”

当德沃金声言依据法律原则, 法律是无漏洞的, 并总能籍此在疑难案件中找到一个唯一正确的答案时, 他立即成为裁判理论的众矢之的。批评者危言“法律领域来了个野蛮人, 一个疯子, 他根本不懂法律漏洞和自由裁量。他认为疑难案件存在正确答案”。^[43] 虽然德沃金也明白, 他的“唯一正解”是不为大多数法学家所接受的, 并承认“就整体而言, 英美法律人对于在真正的疑难案件中是否可能存有唯一正解, 是感到怀疑的……一般看法是, 对于法律问题只存有不同的答案, 而并不存在唯一正确的或最好的答案”。^[44] 但他仍然主张基于“原则立论”, 裁判者仍能得出“唯一正解”。

从裁判方法观之, “唯一正解”却存在一种“可谬性困境”: (1) 倘若裁判者能得出个案的唯一正解, 那么意味他该知道如何去获得这一答案; (2) 倘若他知道唯一正解的获取方法, 那么意味着他能确定司法三段论中的大、小前提。如果这两个假设无从证实, 那么所谓的“唯一正解”, 就是

[38] 前引 [5], Robert Alexy 书, p. 53.

[39] 同上书, p. 54.

[40] 参见陈林林: 《方法论上之盲目飞行——利益法学方法通盘置评》, 《浙江社会科学》2004年第5期。

[41] Cf. Ronald Workin, *No Right Answer?*, in P. Hacker and J. Raz ed., *Law, Morality and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Oxford: Clarendon Press, 1997, pp. 58-59.

[42] 前引 [32], Aleksander Peczenik 文。

[43] Cited from Ronald Workin, *On Gaps in the Law*, in Paul Amselek and Neil MacCormick ed., *Controversies about Law's Ontology*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p. 84.

[44] See Ronald Workin, *A Matter of Principle*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 3.

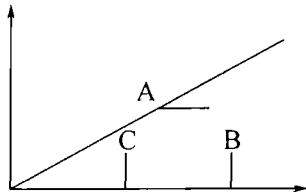
没有根据且毫无意义的。^[45]然而,法学家们检讨德沃金所指示的裁判方法后,认为不管依据“基于政治道德并能融通既有法制”的准则,还是经由“慎思的判断”及“反思的平衡”所进行的“建构性阐释”,都无法获得唯一意义上的“正解”,以及消除萦绕于“正解”之上的主观性。^[46]尽管德沃金不得不在某种程度上承认,“每一个法官的解释理论皆是本于其自身的信念”、“不同的法官对每个问题的看法将会不一致,同样地,对这个体制的法律,在以最正确的方式加以理解之下应是指什么看法,也是有分歧的”。^[47]但迫于维护自身理论体系的有效性,他仍不断努力从共识真理观、法的安定性、司法的合法性角度为“唯一正解”寻找正当理由。^[48]

不过从评价法学的立场看来,德沃金的“唯一正解”论显然忽视了价值领域的一个重要问题,即“不可通约性命题”(the incommensurability thesis)——就价值之比较和权衡而言,不同的价值判断之间是否存在着“可通约性”?^[49]按德沃金的原则理论,唯一正解是裁判者藉由原则的权衡,在法律选项之间进行比较选择的结果,但如果相关的原则和选择不具有可比性和通约性,那么由此得来的答案之正确性,也就难逃质疑了。

价值具有多样性、不可相容性和不可通约性。以赛亚·柏林(Isaiah Berlin)曾以价值多元难题的形式,指出人类无法逃避在善与善之间作出选择,但善与善之间却并不存在可相容性和可通约性,因而如何选择,是一个无解的难题。^[50]对此,拉兹曾举了一个著名的例子:假设对于如何消磨一个下午的时间有三种选择,一是到公园散步,二是去喝一杯苏格兰威士忌,三是去喝一杯波尔多红葡萄酒,那么,就可能面临无法比较选项予以选择的困境。因为,即使能够确定喝一杯苏格兰威士忌要比喝一杯波尔多红葡萄酒要好,也难以判断无论是来一杯苏格兰威士忌还是波尔多红葡萄酒,都没有比去公园散步更好或者更坏。^[51]

拉兹所举的这个事例,也可以图表的形式予以呈现:^[52]

【图例】异值选项之间的比较



A: 去公园散步 B: 喝一杯苏格兰威士忌 C: 喝一杯波尔多红葡萄酒

如图所示,由于B和C处于同一坐标上,因此相对容易对其作出比较或选择,而A则不同,其所体现的价值和意义,和B、C显然不在同一坐标向度上,因此无法找出一个共通的标准,对A

[45] Aulis Aarnio, *Reason and Authority: A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, Aldershot: Ashgate Publishing Ltd., 1997, p. 218.

[46] 对德沃金的唯一正解论,波斯纳即从三个角度——事实问题的不确定性、正确答案的夺值性以及唯一正解之不可获取性——进行了批驳,德沃金则以“信心刻度表”和“共识真理观”的角度对后面两个问题作了回应。Cf. Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 197. 相关的介绍和评析,参见林来梵、王晖:《法律上的“唯一正解”——从德沃金的学说谈起》,《学术月刊》2004年第10期。

[47] 前引[30], Ronald Dworkin 书, p. 87、256.

[48] 关于德氏的这种努力以及学界对其的批驳,参见前引[17],林立书,第133页以下。

[49] 前引[33], Aleksander Peczenik 书, p. 307. incommensurability 的原意是:“相互间不可用同一标准进行比较或衡量的”,林来梵先生将其译为“不可公度性”,这种译法自有其传神之处。不过鉴于“可通约性”也是一个常见的译法,并且也能够表达对象之间的沟通和化约关系,因而此处姑且用之。

[50] [英]以赛亚·柏林:《自由论》,胡传胜译,译林出版社2003年版;参见张国清:《在善与善之间:以赛亚·柏林的价值多元难题及其批判》,《哲学研究》2004年第7期。

[51] See Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 328.

[52] 转引自前引[46],林来梵等文。

与B或C进行比较、选择。

不过图例所示,仍是一种极简约的情况。在裁判之际,相关的价值判断及选择问题,无疑会更加繁复。倘若裁判者拟在冲突的价值判断或可能的选择之间进行取舍,那么他必须事先找出一个能够通约于不同对象之间的取舍标准,或者建立一套绝对的价值等级序列,而这在理论上是不可行或不可能的。因此从方法论角度观之,德沃金所谓的“唯一正解”,的确存在盲目乐观的一面。

当然,不可获取并不意味着不值追求。事实上,德沃金的“唯一正解”,被公认为具有一种道德上的吸引力。布里美尔(R. L. Brilmayer)即言,“正如德沃金所主张的,如果现有法律素材对每一个问题都含藏有一个独一无二的正确解答,那么,法院在判案时,将其思虑限定在既有法律素材中的这种做法,便是一件可欲求的事;因为基于既有法律素材之外的因素来做司法考量,将会危害先然既有的法定权利。”^[53]在依据法律原则从事超法律的法律续造之际,“唯一正解”之信念,无疑能够提醒裁判者以批评家的眼光反思并约束自己的价值评价,并以艺术家的手艺编织判决的论点以及“论证之链”。^[54]

结 语

原则裁判的实质,是裁判者在规则穷尽之际,选择并依据法律体系内的某个价值判断为个案判决提供合理化论证。它要求裁判者在司法之际,既不能以法无明文规定拒绝裁判,也不应拘泥于形式正义和逻辑推论,更不能就事论事行主观擅断。裁判者应该考察个案所涉法律的规范评价与立法目的,并结合具体事实得出一个合理的或曰体现具体正义的司法判决。其立论依据基本有二:(1)评价和目的,构成了一个与外部规则体系相对应的内部法律体系,这一体系是开放的,因此是无漏洞的;(2)裁判者从个案事实和社会评价入手,藉由原则的识别和权衡,能够得出一个符合内部法律体系之评价或目的的个案判决。在此立论的背后,是裁判事业对实质法治的诉求。

然而一旦涉及到评价,裁判就有主观、恣意和片面的可能。为了防微杜渐,裁判者不能光找出一条或几条支持判决的理由或依据就完事,他应当在考虑所有相关理由之后,再从中选择一条最优的法律原则,或者说,为个案拟定一个最合理的解决方案。这一要求落到实践中,即要求裁判者在判决书的说理部分论证:诉诸于某条法律原则,存在更强或更优的理由。因此,有必要重申原则裁判的基本立场:诉诸于法律原则,并非是为裁判提供方便之门,而是为了限制裁判者的裁量权限。

从现有的裁判理论考察,基于价值合理性的原则裁判(尤其在权衡相互冲突的法律原则之际),是无法根除主观性和可争议性的。鉴于法律原则在份量和优先性上的相对性,以及价值判断之不可通约性,可以说依据原则的裁判,并不能保证判决依据的排他性与正确性。此外,原则裁判的前提或依据——“规则穷尽”和“更强理由”——也意味着如此得来的判决结论,是一种有条件成立的论辩、考量结果,而非逻辑意义上的证明。判决依据和判决结论在论证模式中的关系,也只是一种佐证,而非保证。因此,原则裁判的判决理由,往往会呈现修辞的一面。

当然,原则裁判在理论上的局限,仍不足以否定其在裁判之际的功用和地位。可以抛开价值评判的法律体系和裁判过程,在实践中是不可行、也是不存在的。只不过理论往往持一种哲学化的立场,它要求删繁就简、首尾贯通,而针对具体案件的原则裁判,却更倾向于一种具体案件具体分析

[53] R. L. Brilmayer, *The Institutional and empirical Basis of the Rights Thesis*, 11 Georgia Law Review, 1977, pp. 1173. 转引自前引[17], 林立书, 第135页。

[54] A Judge is both Critic and artist; he must observe, but he must also perform. see W. Brennan, *The Constitution of the United States: Contemporary Ratification*, in Levinson and Mailoux ed., *Interpreting Law and Literature*, Evanston: Northwestern University Press, p. 14. cited from Paul Gaffney, *Ronald Dworkin on Law as Integrity: Rights as Principles of Adjudication*, Lewiston: Mellen University Press, 1996, p. 161.

的决疑思维，一种本质直观上的发现思维。因此原则裁判的实践操作，客观上存在着“不可理论化”的向度，其间的司法智慧和裁判技艺，有的或许只能默会而不能言传，所以也就很难获得一种完满的理论形态。

就外部规则体系意义上的法律而言，基于法律原则的裁判，实质上是一种超法律的法律续造。所以在裁判之际，裁判者已经在极限意义上行使司法权，他须注意不得侵占立法者在形成规则意义上的自由和权限。形式上，藉由适用法律原则得来的判决，是通过内部法律体系的探询和考察获得的。但就实质而言，法律原则皆未设定规范评价生效的具体事实要件。依据原则性评价对疑难案件设定一定的法律效果，本身就昭示了一条新规则的诞生，因此基于法律原则的裁判，包含了创设规则的过程，因而还具有溯及既往的倾向

Abstract: The adjudication according to legal principles needs to resolve three problems one by one: how to identify the involved legal principles; how to decide the priority of the application between rules and principles, i. e. in what a case can the judge ignore the rules and make the decision according to principles; how to resolve the conflicts between legal principles, in other words, whether the judge can get the "exclusively right answer" by balancing the related principles. To solve these problems, contemporary theories of judicial decision-making have offered respective answers, but none of them contains reliable operational approaches and instructions. Their failures originate in the essence of adjudication according to principles that when the rules are exhausted, judges will make use of some inherent value judgments of the legal system to offer rationalized reasons for their decisions. Yet once the value judgments enter into the adjudication, the decision will probably become subjective, arbitrary and incomprehensive.

Key words: legal principles, judicial argumentation, value judgments
