

疑案审理中的实质权衡 与最小损害原则

陈 坤*

目次

- 一、既有回答及其缺陷
 - (一) 结果论
 - (二) 原则论
 - (三) 共识论
 - (四) 程序论
 - (五) 小结及最小损害原则的引出
- 二、最小损害原则的实践基础与科学依据
 - (一) 最小损害原则的实践基础
 - (二) 最小损害原则的科学依据
- 三、最小损害原则的对象与标准
 - (一) 最小损害原则的对象：法律教义学体系
 - (二) 最小损害原则的标准
- 四、结论

关键词 疑难案件 实质权衡 最小损害原则

如果我们注意观察现实的司法实践,就会发现,对于那些案情并不复杂、但如何判决却充满争议的疑难案件来说,经常发生的情况是,法律之外的因素影响了司法判决的做出。笔者曾将这一现象称为实质权衡,并论证了它作为判决理由的必要性与合理性。^{〔1〕}概括说来,在疑难案件中,由于无法从现有的法律体系中推导出一个确定的答案,任何一个单纯从法律规则出发的论证都一定是不完整的;这意味着,对于特定的判决来说,法官必须承认,某些法外因素构成了推理过程的前

* 北京大学法学院 09 级博士研究生。

〔1〕 参见陈坤:《疑难案件、司法判决与实质权衡》,载《法律科学》2012 年第 1 期。

提或关键环节。^{〔2〕}

既然如此,一个随之而来的问题就是,这种对法外因素的参照,必须接受一种什么样的限制,才不至于被法官随意地用来为任何其所欲求的结论辩护,从而导致许多人所担心的那样一种局面,即“法治异化为法官之治”?^{〔3〕} 对此问题,本文试图在检讨一些既有回答的基础上,提出最小损害原则,作为答案。概括说来,在本文看来,所有的实质权衡(本文所说的实质权衡专指作为理由的实质权衡,即法外因素构成了判决的理由)都不可避免地涉及对现有的法律教义学体系的修正,而这一修正只有在遵循最小损害原则的前提下才是可辩护的。从这个意义上说,最小损害原则既是指导法官进行实质权衡的方法论准则,也是人们衡量法官的判决是否妥当的依据与标准。

全文安排如下:第一节是对一些既有回答的讨论,在指出它们各自缺陷的基础上揭示它们所共同存在的一个问题,即将目光过分地专注于一些外部的策略或素材,而忽视了内在的法律教义学体系(尽管它们中的一些在事实上具有与其尽可能保持一致的预设)。第二节试图论证最小损害原则的实践基础与科学依据。第三节是对最小损害原则的展开,阐述它的对象与标准。第四节则是一个简短的结论。

一、既有回答及其缺陷

我们知道,在简单案件中,由于事实清晰,规则也无歧义,对司法判决的证成也就相对容易,它只是一个在判断的基础上运用保真的演绎推理来在事实与规则之间建立理性关联的过程。但在疑难案件中,由于人们在事实的分类或规则的理解等问题上,存在这样或那样的分歧,从而对司法判决的证成也就无法只依靠演绎推理来进行。法官还必须要去论证,作为演绎推理之大前提的裁判规则是如何能够成立的,而这一论证则不可避免地要参照一些法律之外的因素。

既然如此,那么,在什么意义上,我们还能说疑难案件中的司法判决是“合法”的?我们又应当依据什么来衡量它的合理性?事实上,这是一个自从概念法学破产以来一直延续至今的问题。已有的回答大致可以分为四类:结果论、原则论、程序论与共识论。下面我们就分别来考察这些回答,并试图指出它们的问题所在。

(一) 结果论

所谓结果论,也就是以特定判决的后果是否优越来判断裁判是否妥当的思路。如,麦考密克提出,“如果法律被认为负载着那种合理的目标,那么我们可以肯定地说,在那些无法根据明确的强制性规则来得出判决结论的场合,或者规则本身语焉不详的场合,依靠对后果的考量做出判决乃是必要之举。”^{〔4〕}这一思路的“始作俑者”是发端于赫克的利益法学,而所用的方法即是人们所常说的“利益衡量”。在赫克看来,由于利益是立法的原因,而法律规范是对生活中之利益冲突的一种权衡,那么法官在进行法律适用时,应当看重的就不是规则本身,而是其背后所隐含的立法者的

〔2〕 事实上,对此,有一些法官在判决书或其他书面材料中明确承认,比如广西“驴友”案的一审法官、泸州“二奶”案的二审法官。参见南宁市青秀区人民法院民事判决书,(2006)青民一初字第1428号;泸州市中级人民法院民事判决书,(2001)泸民一终字第621号。

〔3〕 See e. g. Brain Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 125.

〔4〕 [英]尼尔·麦考密克:《法律推理与法律理论》,姜峰译,法律出版社2005年版,第147页。

利益判断,并尽量使自己所做的利益判断与其一致。^[5]

在当下的法学方法论研究中,利益衡量已逐渐成为一个重要主题。^[6]但对利益衡量究竟能够发挥什么作用,人们的看法仍不一致。在一些人看来,利益衡量主要是发现裁判的方法,而非非证立它的方法。如,杨仁寿认为,“利益衡量系法官处理具体案件之一种价值判断,一种裁判的结论,而非导出此项结论之方法”。^[7]拉伦茨也对利益衡量能否成为一种法学方法表示怀疑:“利益衡量究竟还算不算一种方法,或者它只是下述自白的简称:于此,法官根本没有任何方法原则为后盾,而只是依其自定的标准而做成裁判的?”^[8]

对利益衡量作为一种合格的法学方法的怀疑,有两个重要原因。一是它难以具备一种公认的操作步骤,如沈岍所言,“利益衡量的丰富内容只能在具体的情形与个案中得以充分地展开,任何企图设定‘放之四海皆准’的利益衡量方法的统一规范模式,或者企图周全地列出关于利益衡量方法的详尽清单,都将成为一种建造空中楼阁式的徒劳。”^[9]二是没有公认的用以在各种利益之间进行比较的标准。在疑难案件中,期望以立法者的利益判断作为指导是靠不住的,因为当规则不清晰或出现漏洞时,立法者对如何衡量利益也往往是态度含混的或干脆缺乏评价的。赫克在很久之前就意识到这一点,正因为此,他才主张法官作为“立法者的助手”,“扮演立法者的角色”。^[10]

一些学者提出了一些标准,试图以之作为法官在审理疑难案件时对各种不同的利益进行衡量的依据。如,波斯纳认为,法官应该依据最大化社会总体财富的原则来审理案件。^[11]但这些标准往往得不到普遍的承认。其根本原因是,利益是多样化的,人们对于不同利益之重要性的认识也经常并不一致。从而这些学者无法说明:为什么某一种利益是特别重要的,它具有如此特殊的优越性,以至于应当作为任一个疑案审理的参照标准。

(二) 原则论

与结果论不同,原则论的思路是,在疑难案件的审理中,法官应当参照的是内在于法律的道德原则。如,在德沃金看来,法律不仅包含规则,它还包含原则;而在疑难案件的审理中,法官应当通过建构性解释去“发现”这些原则,并以之作为判决的依据。^[12]这些原则应当满足的条件是,它既可以被人们用来以证成过往的立法与司法实践,又应当具有道德上的优越性。^[13]

这一思路所存在的问题笔者已在别处讨论过,^[14]这里不再详细展开。概括说来,能够用以证

[5] See e. g. Magdalena Schoch, *The Jurisprudence of Interests*, (Cambridge: Harvard University Press, 1948), p. 42.

[6] 它在一些讨论法学方法论的著作中以独立章节的形式出现。如,杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版;梁慧星:《裁判的方法》,法律出版社2003年版;陈金钊等:《法学方法论研究》,山东人民出版社2010年版。此外,一些专门讨论利益衡量的论文也在陆续发表,如,胡玉鸿:《关于利益衡量的几个法理问题》,载《现代法学》2001年第4期;李军:《利益衡量论》,载《山东大学学报》(哲学社会科学版)2003年第4期;焦宝乾:《利益衡量艺术及其规制》,载《法治研究》2010年第11期。

[7] 杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版,第235页。

[8] [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。

[9] 沈岍:《平衡论:一种行政法认知模式》,北京大学出版社1999年版,第245页。

[10] 转引自[德]魏德士:《法理学》,丁晓春等译,法律出版社2005年版,第236~237页。

[11] See Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, (Cambridge: Harvard University Press, 1990), p. 356.

[12] 参见[美]德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,时英出版社2002年版,第340~346页。

[13] See Ronald Dworkin, *Taking Rights seriously*, (Cambridge: Harvard University Press, 1978), p. 110.

[14] 参见前注[1]。

成过往法律实践的原则往往并非单一的,人们也无法中立地判断哪一个更具有道德上的优越性。正如麦考密克所说,“我们决不能认为,关于‘公共利益’、‘正义’或者‘常识’的司法观念是由某个唯一的标准来衡量的,也不能认为这些为不同裁判者所运用的价值尺度,是同一的和具有客观确定性因而像堡垒一样坚固的东西”,换句话说,它们“至少在部分上是主观性的,无法再追根究底”。^[15] 拉伦茨也持类似的观点,在他看来,对于法官的价值判断来说,“对之无从依客观标准做事后审查”。^[16] 在这个意义上讲,摩尔的道德实在论^[17]也存在类似的问题。^[18]

结果论与原则论的共同特征是,以一种实质性标准来衡量司法判决的妥当性;而共同的缺陷则是,它们无法证明其所提出之标准的优越性,并使其成为公认的标准。在一些学者看来,这根源在于它们所具有的独断论特性,从而对妥当判决的寻求最好走向一种非独断的商谈理论。^[19] 这种商谈理论可以在两个面向上展开,分别为共识论与程序论。

(三) 共识论

由佩雷尔曼所阐发的共识论所强调的是判决的可接受性。在他看来,法律论证应当关注如何说服听众的修辞学,而不是关注得出确定结论的形式逻辑。从而,“听众”这个概念在其理论中就具有非常重要的地位。佩雷尔曼将听众分为三种,第一种是所有具有正常认识能力的人,即普遍听众;第二种是说话者在对话中的单一听众,即特殊听众;第三种是说话者本人将自己作为听众。论证首先要说服自己,其次要说服对方,最后也是最理想的状况是,说服智识大众。对于法官来说,这就意味着既要说服当事人,也要说服法律职业共同体和一般意义的民众。^[20] 共识论强调共识的重要性,认为对于法律中的价值来说,除了达成共识之外很难具有更强的客观性。为了达成共识,固然要求采纳一些特定的论证方法,也要求从一些共同性的前提出发。这意味着,当面临不同的听众时,要选择不同的共识性前提。对于法官来说,这意味着,说服法律职业共同体,与说服普通大众,要从不同的前提出发,并运用不同的论证方法。

尽管从理论上说,共识论对听众与共识的强调,对法官参照法外因素进行实质权衡构成了一定程度的限制;但在真实的司法实践中,这一限制往往是无力的。首先,它并没有指出,在具体案件中,法官应当从什么样的前提出发,采取什么样的说服方式;而从不同的前提出发或采取不同的说服方式,常会得出不同的结论。这意味着,在规范层面上,它的方法论意义是极其有限的。此外,更为重要的是,与一些学者所设想的(共识往往可以在共享语言惯例、经验信念与价值观念的人们之间达成^[21])不同,共识的达成往往是可望而不可及的。一个明显的例子是,对于朱建勇案,

[15] 参见前注[4],麦考密克书,第107页。

[16] 参见前注[8],拉伦茨书,第2页。

[17] See Michael S. Moore, “A Natural Law Theory of Interpretation”, 58 *Southern California Review*, (1985), pp. 238-338; Michael S. Moore, “Moral Reality Revisited”, 90 *Michigan Law Review*, (1992), pp. 2424-2533.

[18] A particular discussion about Moore’s Moral Realism, See Brian Bix, “Michael Moore’s Realist Approach to Law”, 140 *University of Pennsylvania Law Review*, (1992), pp. 1293-1331.

[19] [德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第17~21页。

[20] See Chaim Perelman, “Law, Philosophy and Argument”, in his *Justice, Law and Argument: Essays on Moral and Legal Reasoning*, (D. Reidel Publishing Company, 1980), pp. 148-162.

[21] See e. g. Aulis Aarnio, Robert Alexy and Aleksander Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning: on the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics”, in Aulis Aarnio & D. Neil MacCormick (ed.), *Legal Reasoning (volume 1)*, (New York: New York University Press, 1992), pp. 15-36.

陈兴良教授认为不构成故意毁坏财物罪,而张明楷教授则认为构成。^[22] 这两位学者的教育背景、知识结构甚至所处的社会阶层均如此相近,却谁也说服不了谁;共识之达成,谈何容易?

(四) 程序论

在程序论的思路看来,判决具有可接受性并不意味着它已经或可能被相关主体所发自内心地接受,而是说它是依据合法的程序而产生的。如,阿列克西即提出了一系列人们在论辩过程中应该遵循的规则,试图以之来保证司法裁判的合理性。^[23] 程序论在国内法学界备受推崇。如,杨艳霞认为,“只有使用相同的方法和程序,建立理想的对话情景,才能获得最公正的结论”。^[24]

在阿列克西看来,那些通过他的论辩规则所产生的结论即是正确的。这或许是对的,^[25]但问题在于,通过他的论辩规则,并不能保证产生一个结论。阿列克西假设,如果论辩是无限制的,就会产生一个一致性的结论。这一假设并不总是成立。无限制的论辩既有可能达成一个一致结论,也有可能递归到一个基本分歧,在此处,人们没有额外的理由可以提供,只能是申明自己不同的趣味性选择,并没有充分的证据表明前者比后者更可能发生。退一步说,即便无限制论辩总是可以达成一个一致结论,在法庭上也不可能采取一个无限制论辩下去的程序。诚如考夫曼所言,“(阿列克西的)这些规则虽然适合于理性的商谈,但不适合于法院的程序,……法院的程序不是无控制的,程序也不可能被推至无限延续。”^[26]

在受限制的法律程序中,法官往往最终要自己做出决断。在朱建勇案中,无论是构成犯罪的判决,还是不构成犯罪的判决,在泸州“二奶”案中,无论是认定遗嘱有效,还是认定遗嘱无效,都可以通过同样的程序而产生,从而最终的结果不过是法官基于个人信念体系的选择。在此时,再去谈论依据程序得出的结论即是正确的,就显得有些荒谬了;因为它意味着,无论法官做出什么样的判决,都是“正确”的。从而“正确”也就沦为一种“确证主义”的说法,但它无论对于试图依据其来对判决进行实质审查的人们来说,还是对于试图依据其来指引自己如何判决的法官来说,都没有任何意义。

(五) 小结及最小损害原则的引出

自从概念法学破产以来,一直存在的一个问题就是,如果司法判决无法从先在的法律体系中逻辑地推导出来,那么法官还能依据什么去获得一个妥当的判决?上面所讨论的结果论、原则论、共识论与程序论都在尝试回答这一问题。但这些回答都存在这样或那样的缺陷,而不能给法官提供有效的指引。之所以如此,一个根本的原因是,它们都过早地将目光转移到某种外部的素材或策略上了,从而对法律教义学体系缺乏足够的重视。

人们之所以在法律教义学体系出现问题时就转而寻求某种外部的素材或策略,在很大程度上

[22] 陈兴良教授与张明楷教授对此案定性的意见,分别参见,陈兴良:《故意毁坏财物行为之定性研究》,载《国家检察官学院学报》,2009年第1期;张明楷:《刑法学》(第3版),法律出版社2007年版,第749~750页。

[23] 参见前注[19],阿列克西书,第366~373页。

[24] 杨艳霞:《刑法解释的理论与方法》,法律出版社2007年版,第62页。

[25] 一些学者反对这一看法,认为这歪曲了人们对于“正确”一词的常规理解。这一问题由于涉及不同的真理观,这里不便展开。但概括说来,如果我们是在(阿列克西所承继的哈贝马斯的)真理共识论的意义上谈论“正确”一词的话,这一说法则是可接受的。See J. E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, (University Pennsylvania Press, 1996), p. 58.

[26] [德]阿图尔·考夫曼、温弗里德·哈斯默尔:《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187页。

是由于它在传统上总是被视为封闭的,而不是开放的。但事实上,正如下文将要谈到的那样,法律教义学体系是对外部经验保持开放的,也是能够在碰到困境时进行自我修正的,而疑难案件正是提供了这样一个自我修正的契机。从而正确的思路不是放弃法律教义学体系而去寻求某种外部资源,而是去思考如何修正既有的法律教义学体系才是妥当的。在笔者看来,这一问题的答案就是,遵循最小损害原则。本文第二节即试图说明这一原则的实践基础与科学依据,第三节则是对这一原则之运用的具体展开。

二、最小损害原则的实践基础与科学依据

(一) 最小损害原则的实践基础

作为一种方法论准则,最小损害原则并不是一种纯粹的构想。事实上,在现实的司法实践中,我们经常可以发现法官追求最小程度损害的努力。

仍以泸州“二奶”案为例。我们知道,在泸州“二奶”案中,一、二审法院均排除了《继承法》的适用。二审法院提供的理由是:“依《立法法》第5章之规定,《民法通则》作为基本法律(上位法),其效力高于作为一般法律(下位法)的《继承法》。”^[27]

表面看来,二审法院的判决是法条主义的。它先依据《立法法》得出《民法通则》之效力高于《继承法》的结论,排除了《继承法》的适用,再依据《民法通则》得出遗嘱无效的结论。但详细地考察^[28]却发现,促使法官进行了相关抉择的是其道德观。事实上,正是由于在法官看来,支持原告诉讼主张所造成的对其道德观的损害,要大于不支持原告诉讼主张所造成的对具体条文的损害,才选择不支持原告的诉讼主张。

同样的例子再如广西“驴友”案,一审法官依据三点理由判决被告承担赔偿责任,其中第一点理由是:“目前,我国尚未建立起户外探险活动相关的制度和法律规定,如发生人身损害事故,没有一个责任认定机制。而事后责任追究的缺失,就会造成户外探险活动事前的轻率化、盲目化。”在这里,法官通过“责任认定机制”确立了“没有户外探险活动相关的制度和法律规定”与“户外探险活动的轻率化、盲目化”之间的因果联系,并暗示了后者是应该努力予以避免的。^[29]在这一案例中,也正是由于法官试图避免判决被告不承担责任所造成的对相关后果与公平观念的损害,才促成了一审判决的做出。

从上面两个例证可以看出,在司法实践中,法官试图最小损害自己的信念体系。在这种信念体系中,既包括一些经验性知识,也包括对法律规则、原则以及一般社会道德的认识或看法。博西格诺曾这样谈论法官信念体系的形成以及对其做出司法判决的影响:“法官的教育、种族、阶层、经济、政治和社会的影响构成一个复杂的环境,法官虽未完全意识到,但他们通过影响法官有关公共政策、经济与社会以及公平游戏或善恶的观点,来最终影响法官的判决。”^[30]个人的信念体系是在其经历中形成的,也是在其经历中不断调整的。当面临困境或碰到相反经验时,先在的信念体系就会被修正。伯顿曾经提到,尽管从理论上说,每个人都可以选择自己愿意的方式来修正自己的

[27] 参见泸州市中级人民法院民事判决书,(2001)泸民一终字第621号。

[28] 参见前注[1]。

[29] 参见南宁市青秀区人民法院民事判决书,(2006)青民一初字第1428号。

[30] [美]博西格诺:《法律之门:法律过程导论》,邓子滨译,华夏出版社2002年版,第30页。

信念体系,但最有可能被选择的一定是那些需要最小调整的方式。^[31]

然而,由于信念体系的特殊性,一种修正对于某个人来说,可能是损害最小的,但对于另一个人来说却不是。比如,刑法第263条规定了“冒充军警人员抢劫”属于情节加重犯,但对真军警人员抢劫却没有规定。那么,在司法实践中,如果遇到后一种情形,应当如何处理?我们假定,在这一情形出现之前,人们有着一些共同的信念,如:(1)“冒充的意思就是假冒”;(2)“真军警抢劫的社会危害性比冒充军警抢劫更重”;(3)“社会危害性越大,惩罚力度应该越大”;(4)“刑法没有明文规定加重的,不应以加重犯论处”;等等。在该情形出现之前,这些信念之间并不存在现实的冲突。然而,该情形的出现却使这些信念之间不再融贯,从而必须修正其中的一个或一些。对于一些人来说,因为我们可以“在假冒与充当”的意义上理解“冒充”,从而修正(1)是损害最小的^[32];但对于另外一些人来说,这一修正严重地突破了刑法概念的文义射程,从而是不可接受的,此外,并没有什么证据能够证明真军警抢劫就一定比冒充军警抢劫具有更大的社会危害性,因此,修正(2)才是损害最小的^[33]。

如果谈论的是各自的信念体系,那么究竟修正(1)还是修正(2)才是损害最小的,就不存在一个具有客观性的答案。这意味着,我们必须寻找另外一种具有公共性的事物,以作为最小损害的对象,才有可能使最小损害成为一种具有普适性的适用模式与法学方法。

(二) 最小损害原则的科学依据

上文讨论了最小损害原则的实践基础,通过考察裁判实例指出,在疑难案件的审理中,法官总是试图最小损害自己的信念体系。事实上,这一行为倾向并不是法官所特有的,认知心理学告诉我们,这是当个体面临认识失调时的普遍性反应。

我们知道,每个理性的主体都有一系列包括各种经验知识与道德观念的信念,它们在一定程度上构成一个相互支撑的网络,而这个网络则来源于过往的经验总结。但在现实生活中,人们总是会面临新的情况,碰到相反的经验,当此情况发生时,就可能需要修正已有的信念体系。对此,奥斯古德与坦南鲍姆的实验证实,人们对各自信念体系的修正总是通过一种最小损害的方式进行,他们将这一原则称为“和谐原则”,由于最小损害也就意味着与原有参照框架的最大一致。^[34]个体的这一行为倾向可以通过经济学中的经济效应准则来获得解释。任何信念的形成都不会是无代价的,无论是过往的经验总结,还是对其修正,都是需要耗费资源的,于是无谓地扩大修正的幅度则是对信息资源的浪费。^[35]

在一些学者看来,最小损害不仅是对个体行为倾向的一种描述,它同时也是一种具有规范性的方法。如,蒯因认为,当信念冲突时,合理的做法是,“对相冲突的信念的证据进行评估,将最缺乏支持的信念予以清除”^[36];波洛克和克拉茨谈到,“如果我们必须放弃某些信念,理所当然应当放

[31] Steven J. Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, (London: Little, Brown, 1995), p 126.

[32] 如张明楷:《刑法分则的解释原理》,中国人民大学出版社2004年版,第238页。

[33] 如王树茂:《“冒充军警人员抢劫”相关问题辨析》,载《中国检察官》2010年第10期。

[34] See C. E. Osgood & P. Tannenbaum, “The Principle of Congruity and the Prediction of Attitude Change”, *62 Psychological Review*, (1955), p. 42-45.

[35] P. Gardenfors, *Knowledge in Flux: Modeling the Dynamics of Epistemic States*, (Cambridge: MIT Press, 1988), p 227.

[36] 涂纪亮、陈波:《蒯因著作集(第5卷)》,中国人民大学出版社2007年版,第346页。

弃那些我们认为最可疑的信念”^[37]。我们知道,当下的科学哲学界对于知识体系持一套整体论的观点,即不再认为命题具有独立的意义,知识体系作为一个整体接受实践的检验。如,蒯因即将知识体系比喻成一个“人工的织造物”,“整个科学是一个力场,它的边界条件就是经验”,而“在力场的周围同经验的冲突”会引起“内部的再调整”。^[38]而普特南则从另外一个角度来谈论这种整体性,即任何一个命题都只有在特定的概念框架中才有真值,而我们对于世界的认识不可避免地要参照该概念框架而进行。^[39]这意味着,当面临相反经验时,对哪一个命题重新分配真值在原则上是开放的。然而,从外围到内核依次调整并止步于必要的最小损害却是一个被普遍认为应当遵守的方法论准则。^[40]

当然,一些人可能会认为,作为一种科学方法论的最小损害原则,并不一定能够适用到法律领域中来。这一想法有些道理,但过度夸大科学知识体系与法律教义学体系之间的区别却是意义不大的。通过下文的讨论,我们将会发现,这两者之间的区别仅仅在于,科学知识体系所据以形成的素材更为广泛,它们的性质则是一致的:法律教义学体系同样是一个融贯的、并对外部经验保持开放的命题体系。

三、最小损害原则的对象与标准

(一) 最小损害原则的对象:法律教义学体系

上文在讨论最小损害原则的实践基础时指出,作为最小损害原则之对象的,不能是法官个人的信念体系,而必须是一种具有公共性的事物。当然,容易理解的是,它还必须能够提供充分的理由,以说明,为什么一个正确的裁判应当对之造成最小程度的损害。

法律规范显然是满足这两个要求的,一方面,它具有公共性;另一方面,依法审判也是现代民主政治的题中之义。然而,在疑难案件中,法律规范往往是模糊的,或者是相互冲突的,甚至可能是缺位的,这就给人们判断它是否以及在多大程度上遭到损害带来了不便。为克服这一困难,我们要做的是把目光从法律规范转移到以法律规范为素材的法律教义学体系。

有关法律教义学的讨论在国内外法学文献中卷帙浩繁。如,拉伦茨认为,法律教义学是“以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学,它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容,以及法院判决中包含的裁判准则。”^[41]在佩岑尼克看来,法律教义学占据了法学的中心地位:“它将私法、刑法、公法等法律实体系系统化,并做分析性的评价阐述。它的核心组成是对有效法律的解释和系统化。更准确地说,是对于法条、先例等的字面含义的描述,并混合有许多道德和其他的实质理由。”^[42]台湾学者王立达^[43],大陆学者舒国滢^[44]、许德凤^[45]等人都有过类似的表述,这里不再赘述。值得重视

[37] [美]约翰·波洛克、乔·克拉兹:《当代知识论》,陈真译,复旦大学出版社2008年版,第9页。

[38] 涂纪亮、陈波:《蒯因著作集(第4卷)》,中国人民大学出版社2007年版,第47页。

[39] [美]普特南:《实在论的多副面孔》,冯艳译,中国人民大学出版社2005年版,第15页。

[40] See e.g., Alchourron, Gardenfors and Makinson, “On the Logic of Theory Change: Partial Meet Contraction and Revision Functions”, *50 Journal of Symbolic Logic*, (1985), pp. 510-530.

[41] 参见前注[8],拉伦茨书,第39页。

[42] [瑞]佩岑尼克:《哲学有助于教义学吗?》,载葛洪义:《法律方法与法律思维(第4辑)》,法律出版社2007年版,第301~312页。

[43] 参见王立达:《法释义学研究取向初探:一个方法论的反省》,载《法令月刊》2000年第9期。

[44] 参见舒国滢:《走出概念的泥潭》,载《学术界》2001年第1期。

[45] 参见许德凤:《论法教义学与价值判断:以民法方法为重点》,载《中外法学》2008年第2期。

的是法律教义学体系所具有的如下几个特征,正是这些特征使其与科学知识体系一样,能够成为最小损害的对象。

首先,作为对法律素材的体系化,它具有融贯性。所谓体系化,用拉伦茨的话说,就是“发现个别法规,规则之间,及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并以得以概观的方式,质言之,以体系的方式表现出来”。^[46] 法律素材是纷杂繁复的,它产生于不同的时间,不同的主体,也具有各自不同的效力,法律教义学的一个主要任务就是将这些素材整合成前后一致的逻辑整体。在这个整合的过程中,必须解决两类冲突。一是不同的法律规范之间的冲突,对这种冲突的解决通常依据某种特定的方案,比如依据它们在位阶、时间以及其他性质上的不同来确定主从关系;二是法律规范与从其他法律规范中引申出来的准则之间的冲突,通常而言,法律教义学会通过否定那些“不合群”的法律规范的规范性来解决这种冲突,所以它体现了体系内的自我批判。

其次,法律教义学体系是不断保持自我批判的,具有开放性。在形成体系的阶段,需要描述、解释与比较不同的法律素材,需要衡量不同的安置它们的方案,也需要从中抽取出一些共同的准则。在这个被拉伦茨称为“准则构想”的过程中,可能会遇到一些与所构想之准则相互冲突、或无法采取合理方式纳入整体的规范,这时就需要否定它们的规范性。在体系形成之后,自我批判仍然是必需的。任何僵化的体系都必然会因为逐渐不适应现实而被淘汰,不管其在形成时多么精致。它必须能够在社会变迁、立法更迭或面临疑难案件时,进行自我调整,以便使自己对于法律素材的整合,以及在具体个案中将提出的解决方案,仍然是融贯的、明确的与可接受的。

再次,法律教义学体系是由不同来源的规范性命题所构成的,具有层级性。值得注意的是,这里所说的层级性,既不是指不同抽象程度的法律概念,也不是指不同效力等级的法律规范。而是指,构成法律教义学体系的不同规范性命题,由于其来源不同,所具有的在体系调整时的次序性。大体而言,在法律教义学体系中,存在这样几类规范性命题:(1)通过直接陈述法律规范之内容而产生的命题;(2)通过对一条或几条法律规范进行重构而产生的命题;(3)通过对法律规范的澄清或解释而形成的命题;(4)通过总结不同法律规范之共同准则而形成的命题;(5)参照一般生活经验所设想的命题;以及(6)通过参照一般性社会道德而设想的命题。在这几类命题中,排列较为靠前的,也是较为核心的;反之,排列较为靠后的,也是较为外围的。当体系需要调整时,最小损害原则要求这种调整按照从外围到核心的次序进行。

(二) 最小损害原则的标准

现在我们确定了法律教义学体系为最小损害的对象,那么接下来的问题就是,如何判断法律教义学体系所受到的损害是最小的?或者说,如何比较不同的裁判对该体系所造成损害的大小?

首先,依据上面所提到的法律教义学体系的层级性,对较为核心层级的命题的损害要大于对较为外围层级的。如,对依据规则而来的命题的损害要大于依据原则或一般社会道德而来的命题,这也是为什么在舒国滢看来,对法律原则的适用必须在穷尽法律规则的前提下才是妥当的。^[47] 以泸州“二奶”案为例,如果不支持原告的诉讼主张,则会损害由陈述《继承法》第16条第3款之内容而产生的命题,即“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”。如果支持原告的诉讼主张,则可能损害由参照一般性社会道德而设想的命题,即“将财产遗赠于‘二奶’违背了公序良俗的原则”。如果不考虑其他因素,不支持原告诉讼主张从而给前一命题所造成

[46] 参见前注[8],拉伦茨书,第316页。

[47] 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478页。

的损害要大于支持原告诉讼主张从而给后一命题所造成的损害。此时,最小损害原则要求法官支持原告的诉讼主张。

其次,当对一些命题的损害是明确的,而对另外一些命题的损害并不明确或可以避免时,前者的损害大于后者。仍以泸州“二奶”继承案为例,上文已述,如果不支持原告的诉讼主张,则会损害由陈述相关法条之内容而产生的命题,这一损害是明确的;而支持原告的诉讼主张,是否会损害由参照一般性社会道德而设想的命题则是不明确的。这是由于,对一般性社会道德的参照,并不必然可以得出“将财产遗赠于‘二奶’违背了公序良俗的原则”这一命题。首先,考虑到此案的特殊情况,黄永彬将财产遗赠于张学英的行为并不一定就有违伦理道德。^[48]其次,即便该行为有违伦理道德,也并不必然意味着其违背了公序良俗原则,正如上文所提到的判决书所承认的那样,“并非一切违反伦理道德的行为都是违反社会公德或社会公共利益的行为”;正基于此,在一些学者看来,在此案中,保护“二奶”是否有损社会公共利益是“结论未显”或“需经论辩”的^[49]。在这个意义上讲,最小损害原则也要求避免明确的损害,从而支持原告的诉讼主张。许霆案的情况也是如此,一审判决严重冲击了人们的常识性观念,尽管由这些常识性观念而来的是较为外围的命题,但由于二审判决通过援引刑法第 63 条第 2 款,做到了既没有损害该命题,又避免了损害那些由刑法条文而来的命题,从而也就是更为妥当的。

第三,要探究损害的原因,通常来说,由于素材改变而导致的损害要小于其他损害。我们知道,法律教义学体系中的任一命题均有其素材来源,素材的改变会导致我们修正相应的命题。比如,由陈述特定规范之内容而产生的命题,如果规范改变了,那么命题就要修正。同样,那些参照一般生活经验而来的命题,如果一般生活经验改变了,命题也要修正。朱建勇一案的情况即是如此,对于毁坏,由于长期以来,财物都是有形的,那么参照一般生活经验所形成的命题也就可以是,“毁坏是对财物之物理性的破坏”。然而,在新的社会条件下,尤其是,无形财产的出现,改变了相关的生活经验,从而将这一命题修正为“毁坏是财物价值的降低”也就是顺理成章的,至少是可以被辩护的。

最后,判断最小损害,还要看特定的损害所带来的潜在影响,即损害的波及度。比如,对于真军警抢劫是否成立冒充军警抢劫的问题,如果判决成立,将损害基于普通生活经验所形成的对冒充的理解;如果判决不成立,则可能会损害同样基于生活经验所形成的命题,比如,“真军警抢劫的社会危害性比冒充军警抢劫更为严重”。对这两种损害来说,前一种损害将波及刑法体系中其他各处对于冒充的理解,比如刑法第 279 条第 1 款的“冒充国家机关工作人员”、第 2 款的“冒充人民警察”,第 372 条的“冒充军人”;后一种损害是极为具体的,并不会影响人们对其他行为社会危害性大小的判断,从而波及度也是有限的。

四、结论

在概念法学破产之后,对于法律教义学体系与疑难案件之间的关系,大体有两种错误的认识。

[48] 黄永彬在与张学英同居的五年里,与蒋伦芳基本断绝关系。在黄永彬病逝之前,一直是张学英承担其医疗费用,照顾其起居。参见王甘霖:《“第三者”为何不能继承遗产》,载《南方周末》2001 年 11 月 1 日第 10 版;《多事的遗嘱》,中央电视台 2002 年 3 月 7 日《社会经纬》栏目。

[49] 如,陈林林:《方法论上之盲目飞行:利益法学之评析》,载《浙江社会科学》2004 年第 5 期。

第一种固守法律教义学体系的“完备性”，坚持认为，所有法律问题的答案都在法律之内。^[50] 第二种则认为，人们必须借助一种外在的策略或素材来评价裁判的妥当性，而这一观点的极端化便走向了规则的怀疑论，认为裁判完全是个人性的与政策性的，所谓的法学方法不过是一种修辞性的话语策略。^[51] 尽管在观点与态度上存在重大差异，但这两种错误认识的根源却是一致的。

它们都预设了这样一个假言命题，即，如果一个司法判决无法从既有的法律教义学体系中逻辑地推导出来，那么它也就不再可能受到这一体系的约束。在前一种观点看来，这也就意味着司法判决之客观性的丧失，为避免这一后果，它才强调法律教义学体系的完备性，即便它可能要通过一种（法官最终会基于个人道德观的）建构性解释来实现^[52]。而在后一种观点看来，强调答案仍在“法律之内”不过是自欺欺人的，对于疑难案件中的司法判决，只能依据一些外在的标准去评价，或者干脆没有任何标准以评价。

而在本文看来，这一假言命题本身是不能成立的。换句话说，即便一个司法判决无法从现有的法律教义学体系中逻辑地推导出来，这一体系仍然能够约束它。这一约束通过这样的方式进行，即任何对该体系的修正，都必须遵循最小损害的原则。如果我们将法律教义学体系视为一个动态发展的过程，就会知道，简单地说疑难案件中的司法判决是在“法律之内”或在“法律之外”，都是不准确的；妥当的说法是，它在未修正的法律教义学体系之外，而在修正后的法律教义学体系之内。从这个意义上讲，正是疑难案件，提供了法律教义学体系进行自我修正的契机。

对于最小损害原则，上文已经通过考察它的实践基础与科学依据论证了它的合理性，也通过考察法律教义学体系的特征论证了它的可能性，并提出了一些具体的标准（被损害之命题所处的层级、损害之明确性程度、损害是否因其素材的改变以及损害的波及度）。如果说还有什么需要补充说明的，那就是，这里所提出的标准并不是完备的，而是可以也需要进一步予以丰富和深化的。但就目前来看，乐观地说，这些标准至少在大部分疑难案件中都是有武之地的。尽管从理论上说，总是存在这样的可能性，即“两种裁判结果所损害的命题为同一层级、损害均是明确的并基于素材改变的、又都具有差不多的波及度”，但在现实生活中，这一情形毕竟是相对稀少的。

（责任编辑：李迎捷）

[50] 参见前注[3]，Tamanaha书，第82页。

[51] 如，桑本谦：《法律解释的困境》，载《法学研究》2004年第5期。

[52] 参见前注[13]，Dworkin书，第110~123页。