

论统一公法之基本原则:有利相对方^{〔*〕}

○ 王 鹏

(淮南师范学院 政法系,安徽 淮南 232038)

〔摘要〕法律原则对于统一公法学的建构具有十分重要的意义。统一公法的基本原则应当体现各部门公法之共性。各部门公法面临的共同问题是法的形式理性与实质理性的冲突。有利相对方原则体现了各部门公法的共同规律,具有弥补规则不能适用的功能。

〔关键词〕统一公法;基本原则;有利相对方

一、引言

法律原则对于学科体系的构建具有重要意义。统一公法学是一门研究整体公法规范、共性公法特征和一般公法规律的学科,^{〔1〕}其研究重心已从单纯的学科构建主张转移到探究蕴藏于现代公法制度体系中的统一性。^{〔2〕}但目前关于统一公法学基本原则的研究成果还稍显单薄。^{〔3〕}可以这么说,没有统一的原则,统一公法学尚不能成为一门成熟的学科。

构建统一公法学原则绝不是东施效颦、为了原则而原则,这些原则必须要符合原则的内在要求,即能够指导统一公法学的发展并能够切实解决各部门公法所面临的共同问题。众所周知,法律规则是具体的、历史的,相对于快速发展的社会现实往往具有滞后性,因此,在立法时,除了制定具体的规则以外,还需要建立相应的原则体系,以指导、平衡规则的适用,甚至在不规则可依时,原则还可起到直接依据作用。与规则相比,“法律原则一般是指可以作为规则的基础或本

作者简介:王鹏,淮南师范学院政法系讲师,法学硕士。

〔*〕本文系安徽省高等学校省级优秀青年人才基金重点项目(编号:2013SQRW051ZD)的阶段性成果。

源的综合性、稳定性原理和准则。”^[4]法律原则优于法律规则是其具有协调性和指导性。在运用法律规则不能解决新型问题或疑难问题时,为了平衡互相冲突的价值和利益,法律原则就显得非常重要。

诚然,构建法律原则是困难的。当前各部门公法也都有相应的原则体系,如刑法中的罪行法定原则、刑事诉讼法中的疑罪从无原则等,但过于分散、缺乏统一性。统一公法原则一方面要符合法律原则的内在要求,另一方面要体现各部门公法的共性。这种情况下构建各部门公法都普遍适用的法律原则无疑更为困难。

二、回归部门公法的共同课题:法的形式理性与实质理性之冲突

韦伯认为,“特殊的法的形式主义会使法的机构像一台技术上的机器那样运作,它为有关法的利益者提供了相对而言最大的活动自由的回旋空间,特别是合理预计他的目的的行为的法律后果和机会的最大回旋空间。它把法律过程看作是和平解决利益斗争的一种特殊形式,它让利益斗争受固定的、信赖不渝的游戏规则的约束”^[5]可见,形式理性强调法律运作的可靠性和可预测性,强调法律的权威性和普遍性,体现的就是法律的一种形式正义。而实质理性关注的却是个别正义和实质平等。^[6]亦即,法的形式理性要求严格依法办事,法的实质理性则要求法本身要具有正当性。

法治国家的法自然应当追求形式理性与实质理性的统一,这是最优情况,亦即亚里士多德所讲的法的普遍遵守和“良法之治”^[7]。但理想终归不是现实,法的形式理性与实质理性在法律运行过程中,经常会出现相互冲突的情形,这是每个法治国家以及正在法治化的国家都无法回避的一个法治难题。任何法治国家,在公权力运行的过程中,公权力部门经常会遇到以下难以处理的情况,即一方面公权力机关要严格依法办事,要做到“有法必依,违法必究”,不能有法不依,违法不究;另一方面,由于规则的缺失、滞后及其自身的不合理性导致若严格依法办事将会造成严重的个案不公正,其结果将会严重违背公众的一般认知和情感,得不到公众的认同。类似问题在宪法、行政法、刑法、诉讼法等各部门公法中都经常会遇到,如国旗能否穿在身上(宪法表现)、交警应不应该处罚闯红灯救助怀孕妇女的司机(行政法表现)、许霆案(刑法表现)、辛普森案(诉讼法表现)等等。可见,上述问题是各部门公法所共同面临的一个问题,具有普遍性。而统一公法学作为“研究整体公法规范、共性公法特征和一般公法规律的综合公法学科”^[8]应当要将这一共性问题作为自己的研究对象来予以研究。而这一问题的解决无疑对于构建统一公法学具有重大意义。

面对这一难题,有两种截然不同的观点。一种是实证法学派的观点,其核心理念是坚持“恶法亦法”的形式法治观,认为法治国家要坚持法的至上权威,要严格依法办事,即使法不具有基本的正当性;一种是自然法学派的观点,其核心理念是体现“恶法非法”的实质法治观,认为法本身要符合人的理性和自然正义的要求,具有基本的正当性,否则人民完全可以拒绝遵守。目前我国法学界关于

这个问题也主要呈现上述两种意见,如在宪法学研究中,有部分学者鼓吹规范宪法学,提出必须要尊重宪法,坚持法的形式理性优先,但也有学者坚持实质理性优先,提出政府基于改革需要可以良性违宪。^[9]另外,司法实践中的一些案例也充分体现了这种理论上的分歧,如许霆案,其一审判决体现的无疑是形式理性优先的形式法治观,但其二审判决包括最高人民法院的核准裁定则又体现了实质理性优先的实质法治观。

尽管实证法学派的形式法治理论曾经一统天下,深刻影响了现代西方国家的法治实践,但历史已经证明这种恶法亦法的理论在纳粹德国成了支持纳粹暴行的重要工具,也正因为此,二战后那些曾长期坚持实证法学派观点、重视形式理性的大陆法系国家逐渐抛却了那种纯粹坚持形式理性优先的形式法治,而重视构建实质法治。^[10]更重要的是,实证法学派的理论无法解释作为公民的许霆为什么要承受这个远不应由自己承担的形式法治代价。而具体到我国,由于长期以来规则意识和程序观念的严重缺失,民众普遍更加重视案件的结果公正。而由此产生的重实体轻程序、原则性和灵活性相统一的司法与执法观念将使得绝对的形式法治观在我国可能一开始就会由于完全背离民众意志而无法得到公众的认可。这在诸多案件中得到真实的体现。^[11]可见,不管从历史实证的角度、还是从主要法治国家的法治发展历程的角度、抑或从我国国情的角度来看,实证法学派的形式法治理论都不是解决上述问题的最佳路径。

追求实质理性和实体公正无疑是人类法治追求的最高目标,但在具体案件中,如何使处理结果符合抽象的正义标准?有无确定的正义标准?执法人员有权解释法律吗?等等这些自然法学派难以解决的问题使得若在此类问题上采纳这个观点,将会直接导致法律虚无主义,损害法制的统一。尤其在我国结构性腐败的今天,若授以公权力机关如此巨大的自由裁量权,可能会出现难以估计的恶劣后果。^[12]所以,自然法学派的观点也决不能作为解决这一问题的灵丹妙药。

在处理这一问题上,还有一种观点认为,“法治实际上是这样一种制度模式:在法律创制问题上强调法的目标,或曰实质合理性——体现自然法观念;在法律执行问题上强调法的自身品质,或曰形式合理性——反映实证法观念。”^[13]这种模式看似符合最优模式,既强调法要是良法,又强调要严格依法办事,但这种观点并未回答在已经创制出来的法律不符合实质理性的情况下,公权力机关还要不要严格执行该法律的问题。事实上,该观点回避了恶法是否是法的这个根本性问题。

上述争论有个共同之处即在规则层面探讨问题的答案。规则适用于个案的方式是“全有或全无”,面临复杂的社会现实,规则不可能给出完美的答案。因此,解决部门公法的共同课题,自然需要引入法律原则。

三、有利相对方原则之提出

确立统一公法基本原则旨在解决各部门公法的共性问题,因此,该原则在各

部门公法均应可以适用。如在许霆案中,若坚持实证法学的形式理性优先的观念,那么就应定为盗窃金融机构罪,最低判决为无期徒刑,但从该案的事实和情节看,判决无期徒刑无疑与其社会危害性不相适应,对于许霆来说显失公正,并且背离了公众情感,是不合理的,而不合理的原因就在于我国刑法关于盗窃罪的量刑规定本身不合理。这就出现了法的形式理性与实质理性的冲突问题了。一审判决为无期徒刑正是坚持形式理性优先的结果,尽管从法律上来看法官并未判错,但此判决由于违反实质理性而受到民众极大的质疑。而法定刑以下核准为5年有期徒刑的终审判决则是坚持实质理性优先的结果,事实上等于默认了我国刑法关于盗窃罪的规定不合理。尽管这一判决顺应了民意,最终皆大欢喜,但其所表现出来的非法治主义倾向更加值得人们反思和警惕,因此此判决缺乏理论正当性,不具有普遍适用性。而若根据有利相对方原则,我们应当从对许霆有利的角度出发寻找解决问题的方法,那么就应当坚持实质理性优先,因为只有实质理性优先的情况下,许霆才能在两者的冲突中获利。尽管这种处理结果与本案的终审结果一致,但若在制度上确立了有利相对方原则的话就能够很好地解决上文所述的非法治主义倾向问题,从而获得理论上的正当性。

诉讼法中关于实体公正与程序公正的关系学界长期争论不休,最高人民法院和最高人民检察院最终采纳了所谓的“并重论”^[14]。但事实上这种并重论在解决具体问题时毫无意义,因为在具体案件中,我们只能做唯一选择,要么坚持实体公正,要么坚持程序公正,无法两全。如在辛普森案件中,就出现了这种价值冲突的情形,若坚持程序公正则实现不了实体公正,若坚持实体公正则损害了程序公正,没有第三种方案存在的可能。而若将此案上升到统一公法层面,从有利相对方原则出发,则很容易得出令人信服的答案,即坚持程序公正优先,因为在该案中严格适用非法证据排除规则、坚持程序公正优先对辛普森有利。

上述处理模式明显不同于自然法学的实质理性优先和实证法学的形式理性优先的单一选择模式。尽管根据本原则所得出的结果看似有时是形式理性优先,有时是实质理性优先,但它所选择的是与自然法学和实证法学完全不同的理论进路。实证法学所选择的是法的安定性优先的进路,自然法学所选择的是法的价值至上的进路,而有利相对方原则选择的是个人权利优先的宪政理念。这种宪政理念由于符合人民主权、基本人权等宪政原则而具有天然的正当性。

尽管根据有利相对方原则仍然没有实现法的形式理性和实质理性的统一,但本原则的目标并不在于解决两者如何从冲突走向统一的问题。在两者必然存在冲突、而我们又只能做唯一选择、且在不管如何选择都存在明显缺陷的情况下,本原则的价值在于,我们从个案公正的角度出发,通过提出一种新的理论解释方法,使得问题的解决结果获得了最大限度的理论正当性,从而最终超越了自然法学与实证法学的理论桎梏。

经过对各部门公法案例的梳理和分析,笔者认为统一公法基本原则可以概括为“有利相对方”。有利相对方原则是指在公权力运行的过程中,由于行使公

权力所依据的法的形式理性与实质理性发生冲突,导致适用该法律将会带来严重的个案不公正时,公权力机关应当作出对相对方有利的处理决定。亦即若适用该法律对相对方有利,则适用该法,即“恶法亦法”;若适用该法律对相对方不利,则不适用该法,即“恶法非法”。这里的“相对方”是泛指,指的是公权力运行所直接指向的对象,具体在各部门法中体现为宪法中的公民,行政法中的行政相对人,刑事法中的犯罪嫌疑人、被告人和罪犯等等。

值得注意的是,各部门公法尽管并没有明文规定有利相对方原则,但这些原则中都或多或少地体现了有利相对方的精神。如刑法中的罪刑法定原则、罪责刑相适应原则和刑罚人道主义原则以及从旧兼从轻原则都充分体现了有利被告的精神;刑事诉讼法中的无罪推定、疑罪从无原则则充分体现了有利于犯罪嫌疑人、被告人的精神;行政法中的信赖保护原则和比例原则体现的则是有利于行政相对人的精神;而宪法中的人民主权原则、保障人权原则以及法治政府、有限政府理念则更是充分体现了公民权利优先的宪政价值理念。由此可见,有利相对方原则正是从各部门公法中抽象总结出来的共性原则,符合统一公法学的要求,因而是一项统一公法原则。

四、有利相对方原则的理论论证

(一)自由主义思想的指引

英国公法学者马丁·洛克林在其大著《公法与政治理论》提出,“公法并不是一个具备自身独特法律研究方法的自治和客观的领域,相反,我们最好是把它看做一种相当特殊的政治话语形态。”^[15]公法基本原则的形成自然与政治理论密切相关。自由是人类的最高理想,自由理念可一直追溯到古希腊、罗马时期,但系统成熟的自由主义理论体系则是近代的产物。经过几百年的思想论战和实践沉浮,自由主义思想历经古典自由主义、功利主义自由主义和新自由主义三个阶段,仍然保持着旺盛的生命力,深刻地影响着众多国家的政治、经济和文化决断。尽管自由主义思想仍然有值得商榷之处,尚在接受社群主义思想的强烈冲击,但其限制国家权力、保障个人自由与权利的核心理念无疑是当今普世价值。

根据古典自由主义理论,国家是由自由、理性的人们为了生活得更加美好通过订立社会契约而成立的,因此国家的一切权力属于人民,而人们组建国家的目的是通过国家提供公共产品和服务,以保障自身的生命、自由和财产。尽管这种缺乏实证的、建立在想象基础上的自然法观点未必都是真理,但其所论证的人权保障和有限政府理念已为当代世界绝大多数国家的宪法所认可。因此,国家的首要责任在于保障和实现人权。尽管西方主要资本主义国家均经历了从“最小政府,最好政府”的警察国到“从摇篮到坟墓”式关切的福利国的过程,从几乎不干涉到几乎全面干涉,政府的权力确实越来越大,但权力的目的始终未变,都是在符合时代要求的基础上最大程度地实现公民的利益。另外,在国家权力与个人自由发生冲突时,“自由主义者认为正义的原则是绝对的和普遍的,因而个人

权利也是绝对的和普遍的,一个公正的社会必须遵循下列这一基本原则,即‘不能为了普遍利益而牺牲个人权利’。”^[16]而本文所尝试构建的有利相对方原则在解决公法的形式理性与实质理性的冲突问题时,选择的正是这种个人权利优先的自由主义路径。在适用公法出现这一问题时,我们既不坚持单纯的形式理性优先也不坚持单纯的实质理性优先,而是坚持个人权利和自由的优先,从而做出对公权力主体的相对方有利的选择。

另外,从问题的根源上来说,在公法运行过程之中之所以会出现法的形式理性与实质理性的冲突,是因为公法规则的缺失和滞后,而这又是立法不完善的结果。而立法的不完善,当然导源于立法者的疏漏或过失。因此,在适用公法过程中遇到上述问题时,理应由国家来承担责任,而不得由相对方来担当立法不完善的后果。^[17]

(二) 实质法治理论的需求

实质法治是与形式法治相对应的一个概念。“所谓形式法治,就是以追求法的安定和‘法律统治’为目标的法治,它是法律实证主义思想的反映。所谓实质法治,就是超越实定法的法治,即法律并非拘束国家权力的唯一法源,人的尊严和正义乃是超法律的法,对包括立法权在内的国家权力具有约束力,它们是法治国家的最高法源。”^[18]

法治应当坚持形式法治与实质法治的统一,但如同法的形式理性与实质理性,两者实难两全,必然会出现冲突的情形。从域外经验看,以德国为代表的大陆法系国家长期以来一直注重形式法治,强调法的普遍性、至上性,在法律职业中体现为精英化、职业化,而以美国为代表的英美法系国家则更加强调实质法治,在法律职业中则体现为精英化与民主化共存(陪审团制即是例证)。但二战以后,大陆法系国家基于形式法治所带来的教训,越来越重视实质法治的建构。“基于传统‘法治国’的概念存在重要的缺陷,战后的一些欧陆法学家们虽仍在继续延用德国‘法治国’的外壳,但是换上了英美‘法治’的内容,对‘法治国’进行了脱胎换骨的改造。尤其是战后德国的自由民主主义者与‘法治国’的传统作了彻底的决裂。因此,尽管‘法治国’的概念被继续使用,但需要分清的是,此‘法(律统)治’的国家已不是彼‘(依)法(而)治’的国家。”^[19]法治的内涵开始从单纯的追求法的形式理性而演变为更加重视法的实质理性。如“在德国著名的‘边界围墙守卫案’中,联邦宪法法院指出:‘法治国家原则不仅要求法安定性(Rechts-sicherheit),亦要求实质的正义(materielle Gerechtigkeit)’。”^[20]自此,我们可以说以德国为代表的大陆法系国家已开始逐渐从形式法治国走向实质法治国。从上述法治发展历程来看,“我们作为目标追求的法治国家显然是实质上的法治国家,而不是形式上的法治国家。”^[21]

尽管这种理念变化还主要体现在立法之中,但是在执法和司法过程中,也有学者指出“法治需要制定规则适用于一般的情况,也允许对特殊情况具体处理,不受规则的束缚,实现实质的正义,这本身也是唯物辩证法的要求。”^[22]因为法

治所需的规则由于人类自身认识的局限性,可能从一制定出来便已滞后于不断变化发展的社会现实了。也正因为此,法治不仅需要规则,还需要体现基本社会正义和伦理道德的原则以补充规则。这正是实质法治的要求。从这个意义上说,有利相对方原则作为法的形式理性和实质理性的纠偏器,由于其反对形式法治下法的僵化适用的立场,从而契合了实质法治的具体要求。

(三)诚实信用原则的“平衡”

尽管自从国家出现后就有公法规范,但从理论发展历程和学科建设角度来说,公法都晚于私法。在公法学理论的构建过程中,有大量的理论借鉴于成熟的私法理论,如私法中的契约自由、交易平等、等价交换等理念深刻地影响了公法理论的发展。而本文所主张的有利相对方原则在私法中也可以找到相关渊源。

众所周知,私法中的“帝王原则”是诚实信用原则。“从历史考察可以看出,诚实信用原则是作为对形式主义的纠偏而发展起来的。在大陆法系,诚实信用原则作为对以概念法学建立起来的抽象的法律体系的平衡器,是形式正义和实质正义的平衡器。”^[23]其解决的核心问题即是在私法运行中的法的形式理性和实质理性的冲突问题。

公法的发展较之于私法起步较晚,而各部门公法又往往各自发展,缺乏必要的联系和横向的研究,自然也就没有建立起这一“形式正义和实质正义的平衡器”。但“治理之发达,在法治之发达。法治之发达,在公法之发达。……法治既是一个公法问题,也是一个私法问题。但是,归根结底,是一个公法问题。”^[24]公法实施状况对于法治建设尤为重要。因此,对于这一私法业已建立并适用良好的形式理性与实质理性的“平衡器”,公法实则更加需要,因为公法的运行涉及的主要是国家与公民的关系、权力和权利的关系,若没有这一平衡器,公权力部门难免基于权力的天然恶性而侵犯公民的权利。如果说诚实信用原则是私法中法的形式理性和实质理性的“平衡器”,那么本文所尝试构建的有利相对方原则则是统一公法中法的形式理性和实质理性之间的“平衡器”。

另外,合同法中的格式合同不利解释规则可以说是有利相对方原则在私法中的反向表述。当格式合同出现歧义时应采对格式合同提供者不利的解释,而换位到公法中,法律是由国家制定或认可的,是由国家提供的,而且是公民必须要签约和无条件遵守的。法律亦即国家提供给公民关于公共生活的“格式合同”。那么当这一“格式合同”出现歧义或缺失时,根据私法精神自然应当采对提供者不利的解释,亦即应当采对相对方有利的解释。

五、结 语

统一公法学的建立不是一蹴而就的事情,而是一项需要每个公法学人孜孜追求的事业。本文所尝试构建的有利相对方原则正是笔者为建立统一公法学所做的微观层面的论证。有利相对方原则适用于在公权力的运行中所发生的法的形式理性和实质理性的冲突时的价值选择过程之中。它所调整的主要对象是在

公权力运行的过程中国家公权力与公民权利之间的关系。有利相对方原则不仅是一项统一公法原则，而且还是统一公法中的基础性原则、首位原则。并且，作为形式理性和实质理性的平衡器，有利相对方原则可以避免因形式理性而导致公法滑向“恶法”的倾向，使公法之正义与善良之剑永远发光。从这个意义上说，它是天使而被称为“帝王原则”。〔25〕

注释：

- [1][8]袁曙宏：《论建立统一的公法学》，《中国法学》2003年第5期。
- [2]袁曙宏：《现代公法制度的统一性》，北京大学出版社，2009年，第1-2页。
- [3]尽管胡建森教授主编的《论公法原则》一书冠以“公法原则”之名，但从该书的研究对象、研究目的和研究方法上看，此“公法原则”根本不是统一公法语境下的公法原则，实则是宪法和行政法基本原则的罗列式介绍。具体参见胡建森主编：《论公法原则》，浙江大学出版社，2005年。
- [4]沈宗灵主编：《法理学》（第二版），高等教育出版社，2004年，第46-47页。
- [5][德]韦伯：《经济与社会》（下卷），林荣远译，商务印书馆，1997年，第140页。
- [6]吴增基：《论现代法治的形式理性价值取向——兼与罗峰先生商榷》，《法学评论》2003年第2期。
- [7][古希腊]亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆，1983年，第184页。
- [9]前者可参见林来梵著：《从宪法规范到规范宪法——宪法学的一种前沿》，法律出版社，2001年；后者可参见郝铁川：《论良性违宪》，《法学研究》1996年第4期。
- [10]如在二战结束后德国“告密者”案中，法院判决该妇女有罪即是实践意义上自然法学重新振兴的例证。而德国著名法学家拉德布鲁赫自二战后由分析实证法学向新自然法学的学术转变表明了实证法学在理论上的败退。另外，英美法系国家由于其普通法传统而一贯坚持实质法治观。因为判例法传统和违宪审查制度正是使规则不断适应社会发展的极好途径，其通过“法官造法”和违宪审查可防止因规则的僵化和缺乏而导致法的形式理性与实质理性的冲突。
- [11]我国素有重实体轻程序的传统。历史上，包青天是中国人的正义化身，但在刑事诉讼中包拯是集侦查权、公诉权、审判权于一身的集权者，连最基本的司法中立都做不到，谈何程序正义，但包青天作为正义的化身深受民众喜爱。现在尽管法学界越来越重视程序公正，但民意还是以实体公正为主，这在刘涌案、李昌奎和吴英案等案中均得到真实的反映。
- [12]“应当说，我国当前的腐败不是个别性的腐败，而是一种结构性的腐败。……结构性腐败是一种体制性腐败。”参见陈兴良：《何以止“腐”》，《法学家茶座》（第5辑），第5页。
- [13]孙笑侠：《中国法治的现实目标选择》，《法律科学》1996年第3期。
- [14]陈光中主编：《刑事诉讼法学》（第二版），北京大学出版社、高等教育出版社，2005年，第12页。
- [15][英]马丁·洛克林：《公法与政治理论》，郑戈译，商务印书馆，2002年，第1页。
- [16]俞可平：《政府：不应当做什么，应当做什么——自由主义与社群主义的最新争论》，《政治学研究》1998年第1期。
- [17]邱兴隆：《有利被告论探究——以实体刑法为视角》，《中国法学》2004年第6期。
- [18][20]王卫明：《东欧转型时期的形式法治与实质法治难题》，《求索》2009年第1期。
- [19]刘军宁：《共和·民主·宪政》，上海三联书店，1998年，第156页。
- [21]卓泽渊：《论法治国家》，《现代法学》2002年第5期。
- [22]胡建森主编：《论公法原则》，浙江大学出版社，2005年，第236页。
- [23][25]江平主编：《民法学》，中国政法大学出版社，2007年，第34页。
- [24]夏勇：《法治与公法》，《读书》2001年第5期。

[责任编辑：禾平]