

法律原则在裁判中的角色研究之文献检索报告

王梦宇

【作者简介】王梦宇，浙江大学光华法学院法学理论专业 2011 级直接攻博生。

【指导教师】罗伟，美国华盛顿大学法学院。

【收稿日期】2012 年 6 月 12 日。

【版权声明】本网页内容为学生优秀成果展示，仅供浏览，未经许可，请勿转载，如需引用，请注明原作者及出处。

一、引言

（一）研究主题简述：

法的要素包括法律规则、法律原则和法律概念三种¹。法律原则是为法律规则提供某种基础性、综合性和指导性的准则。一般认为，法律规则是法律的最主要内容，其作为裁判规范性依据的地位无可置疑；而相对于法律规则，法律原则较为抽象模糊、涵盖面较宽且结构也不像规则那样严谨。虽然国内外的审判实践中运用法律原则进行裁判的案例时有发生，但对于原则在裁判中的角色地位和合法性论证仍略显不足；是故，本文希望对国内外相关法律规范以及法学理论与实例的研究分析，明晰法律原则在法官裁判过程中的角色和作用之定位。

The rules, legal principles and legal concepts are three elements of the law. The legal principles are to provide the rule some basic, comprehensive and guiding standards. It is generally acknowledged that the rule is the most important content of the law, and there's no doubt about its status as a referee normative basis. As opposed to the rule, legal principle is more abstract and fuzzy, widely covered, and have a structure that is not as strict as legal rules. Although using legal principles to adjudicate the cases in trial practice at home and abroad sometimes happened, there are still few argumentations about its role in the judicial judgment. Therefore, by researching and analyzing related legal norms, legal theories and cases, this article aims to make it clear that the role and function of legal principles in the process of the judicial judgment.

¹ 有些学者认为，除此之外还包括第四个要素，即法律技术性规定。参见陈金钊：《法律解释学——权利（权力）的张扬与方法的制约》，北京：中国人民大学出版社 2011 年版，第 168 页。

（二）关键词：

遵照罗伟老师课上教授的旨在准确、快速寻找到合适检索语言的“5W”分析法，笔者将搜索的关键词简要列示如下。

- 1、“WHO”：主要意指适用法律原则的主体，即“法官”(judge, justice; law-officer; judiciary)。也包括在法律原则的产生过程中可能涉及的主体，如“立法者”(lawmaker; legislator; Moses)、“社会大众”(commonalty; demos)等。
- 2、“WHERE”：主要意指研究问题所涉的场域，即“司法裁判(judicial judgment)”过程；或进一步引申至裁判的客观场所也是重要的国家机关之一——“法院”(court; court of justice; law court; courthouse)。
- 3、“WHAT”：什么是法律原则？法律原则和相关概念的界限？主要包括研究问题的客体“法律原则(Legal principle)”及其可能涉及相关的客体“法律规则(rule; regulation; statute; law)”、“政策(policy)”、“法律概念(Legal conception)”等。也可以包括法律原则的下属分类，如“公理性原则(recognized legal principle)”和“政策性原则(politico-legal principle)”等。因为本文的主体属于法学方法论范畴，故“法学方法(Legal Methodology)”也可进行适当搜索。
- 4、“WHEN”：法官在什么时候可以或应该适用法律原则？搜索词如“规则缺漏(absence of rules)”、“规则冲突(conflict (of) rules)”等等。
- 5、“WHY”：为什么要适用法律原则？以及为什么要研究法律原则的裁判角色地位？这就涉及到“司法裁判的合法性证成(Justifying the legality of the judicial judgment)”和“合理性证成(Justifying the rationality of the judicial judgment)”等等。

（三）阅读对象：

本文的读者群主要包括对这一法学方法论主题研究感兴趣的老师、同学们，从事法律实务的法律工作者，当然也包括教授本次课程的罗伟老师以及何老师和所有同学。

二、中国法律资源 (Chinese Legal Sources)

（一）一次资源 (Primary Sources)：

这部分的一次资源主要是选择了一些理论和实践中稍具代表性的法律原则：其中法律、

法律解释和案例部分例举的原则（如保障人权、言论自由、诚实信用、公序良俗、平等、公正公开、从旧兼从轻、一事不再罚等）大多是一些比较具有普遍性、相对概括性的公认原则；而行政法规、部门规章部分例举的原则就比较具体化，对应面相对窄，且公认度相比之下没有那么高。

1、法律（Statutes）：

(1) 《中华人民共和国宪法》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.1.51974）

第三十三条 凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。

中华人民共和国公民在法律面前一律平等。

国家尊重和保障人权。

任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。

第三十五条 中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。

(2) 《中华人民共和国民事诉讼法通则》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.1.2780）

第三条 当事人在民事活动中的地位平等。

第四条 民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。

第五条 公民、法人的合法的民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。

第六条 民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。

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，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。

(3) 《中华人民共和国刑事诉讼法》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.1.169667）

第十二条 未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。

(4) 《中华人民共和国民事诉讼法》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.1.98761）

第八条 民事诉讼当事人有平等的诉讼权利。人民法院审理民事案件，应当保障和便利当事人行使诉讼权利，

对当事人在适用法律上一律平等。

(5) 《中华人民共和国行政处罚法》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.1.13910）

第四条 行政处罚遵循公正、公开的原则。

设定和实施行政处罚必须以事实为依据，与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。

对违法行为给予行政处罚的规定必须公布；未经公布的，不得作为行政处罚的依据。

2、行政法规、部门规章（Regulations）：

(1) 《国务院办公厅转发发展改革委、法制办、监察部关于做好招标投标法实施条例贯彻实施工作意见的通知》（国办发〔2012〕21号）（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.2.172268）

三、全面清理与招投标有关的规定。……（三）清理方式。按照“谁制定、谁清理”的原则，由制定机关或者牵头起草部门确定具体清理范围，并提出清理意见。各级发展改革部门要会同同级法制工作机构、监察机关，做好组织协调、督促指导等具体工作。在清理过程中，要广泛听取各方面特别是招标人、投标人、招标代理机构等市场主体及有关专家学者、研究机构、行业组织的意见，并以适当形式及时反馈意见采纳情况。

（2）《国务院办公厅关于印发“十二五”全国城镇生活垃圾无害化处理设施建设规划的通知》（国办发〔2012〕23号）（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.2.173207）

（二）基本原则。

政府主导，社会参与。强化政府责任，加大公共财政投入，完善财税优惠政策；引入市场机制，充分调动社会资金参与生活垃圾处理设施建设和运营的积极性；加强宣传引导，树立“垃圾处理、人人有责”的观念，鼓励全民参与生活垃圾分类和处理工作。

全面推进，重点突破。全面推进城镇生活垃圾处理设施建设，逐步缩小区域间基本公共服务差距，提升基本公共服务水平。以大中城市为重点，推进生活垃圾分类、存量治理等工作，发挥引导示范作用。

因地制宜，科学引导。考虑不同地区的实际情况，加强分类指导，坚持集中处理与分散处理相结合。按照“减量化、资源化、无害化”的原则，因地制宜地选择先进适用的技术，有条件的地区应优先采用焚烧等资源化处理技术。

城乡统筹，区域共享。通过以城带乡、设施共享等形式，逐步将生活垃圾无害化处理设施服务范围扩展至周边地区，鼓励跨行政区域共建共享处理设施。

（3）《放射性废物安全管理条例》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.2.164587）

第四条 放射性废物的安全管理，应当坚持减量化、无害化和妥善处置、永久安全的原则。

（4）《太湖流域管理条例》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.2.158289）

第三条 太湖流域管理应当遵循全面规划、统筹兼顾、保护优先、兴利除害、综合治理、科学发展的原则。

（5）《证券发行与承销管理办法》（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.4.174292）

第十八条 询价对象应当遵循独立、客观、诚信的原则合理报价，不得协商报价或者故意压低或抬高价格。

3、法律解释（Legal Interpretations）:

（1）《最高人民法院关于办理申请人民法院强制执行国有土地上房屋征收补偿决定案件若干问题的规定》法释【2012】4号（载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.3.171509）

第六条 征收补偿决定存在下列情形之一的，人民法院应当裁定不准予执行：……（三）明显不符合公平补偿原则，严重损害被执行人合法权益，或者使被执行人基本生活、生产经营条件没有保障；……

（2）《最高人民法院关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》（法释【2010】19号）

(载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.3.143267)

第三条 根据本规定确定适用有关法律违反国家法律的基本原则或者社会公共利益的，不予适用。

(3)《最高人民法院关于审理铁路运输人身损害赔偿纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释【2010】5号)(载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.3.128018)

第九条 铁路机车车辆与机动车发生碰撞造成机动车驾驶人员以外的人人身损害的，由铁路运输企业与机动车一方对受害人承担连带赔偿责任。铁路运输企业与机动车一方之间，按照各自的过错分担责任；双方均无过错的，按照公平原则分担责任。对受害人实际承担赔偿责任超出应当承担份额的一方，有权向另一方追偿。

(4)《最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》审判监督程序若干问题的解释》(法释【2008】14号)(载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.3.111063)

第四十条 人民法院以调解方式审结的案件裁定再审后，经审理查明申请再审人提出的调解违反自愿原则的事由不成立，且调解协议的内容不违反法律强制性规定的，应当裁定驳回再审申请，并恢复原调解书的执行。

4、案例 (Cases):

(1)“莫某某绑架、敲诈勒索案”【杭州市中级人民法院(2012)浙杭刑终字第152号】(载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.C.830408)

“上诉人莫某某犯前罪时未满十八周岁，根据从旧兼从轻的原则，应依照刑法修正案(八)中对累犯构成的规定，因此，上诉人莫某某虽然在前罪有期徒刑刑罚执行完毕后，五年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪，但依法不能认定系累犯。”

(2)“曾又欢与信阳市人民政府劳动教养管理委员会劳动教养决定纠纷申请再审案”【(2012)信中法行申字第2号】《河南省信阳市中级人民法院驳回申诉通知书》(载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.C.838280)

“治安处罚和劳动教养是两个不同的法律概念，同时作出这两种《决定》的机构也不同，所依据的事实也不尽相同，因此，不存在违反一事不再罚的原则。”

(3)“焦作交运集团永通运输有限公司与河南昊邦肥业科技有限公司公路货物运输合同纠纷上诉案”【河南省焦作市中级人民法院(2012)焦民三终字第133号】(载《北大法律信息网》，引证号为 CLI.C.833675)

“在合同履行过程中，即使按照第三人所述“豫H78313车辆司机到达遂平后与接货方联系，接货方表示不知道拉有复合肥，司机又与信息部联系，并要求信息部与厂方协商处理办法未果”，该车辆运输的经办人也应及时与原告联系，取得解决问题的办法，减少损失的发生，但是，豫H78313车辆的承运经办人在

并未取得原告认可的情况下，擅自将货物拉回，并且并未将货物返回原告，而是占有该货物，该行为明显有失诚实信用原则；……”

（二）二次资源（Secondary Sources）：

1、图书（Books）：

（1）【美】罗纳德·德沃金：《原则问题》，南京：江苏人民出版社 2008 年版。

德沃金在该书中认为，法律制度并不必然具有逻辑一致性，很可能存在着内部冲突；而原则是社会主流政治价值的表达。在处理有争议的案件时，法官的判决应当是基于政治原则论证，而不是政策论证，即法官作出的政治判决应该遵循权利法治观。德沃金认为法官不能有自由裁量权，尤其是面对疑难案件时，法官应该依据道德原则等来对待法律问题。²

（2）朱颖：《“原则”的法理学：一种关于德沃金法学理论的考察》，北京：法律出版社 2010 年版。

该书将德沃金的“政治道德”原则通过更为整全的历史与逻辑两条线索的梳理方向，以逆向倒推的方式将“原则”的真实面目“还原”出来并对其理论渊源加以澄清。

（3）陈林林：《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》，北京：中国政法大学出版社 2007 年版。

该书第三章从“法律原则的识别”、“法律原则的适用前提”和“原则的权衡”三个维度对基于价值之合理性证成的原则权衡做了论述。

（4）陈金钊：《法律解释学——权利（权力）的张扬与方法的制约》，北京：中国人民大学出版社 2011 年版。

该书第八章从“法律原则对解释的指导与约束”、“对法律原则的阐释”和“法律原则的作用及意义”三方面对法律原则做了诠释。

（5）王夏昊：《法律规则与法律原则的抵触之解决：以阿列克西的理论为线索》，北京：中国政法大学出版社 2009 年版。

该书集中论述了法律规则与法律规则的抵触的三种解决方案，以及法律原则的内部证成和外部证成。

（6）蔡琳：《裁判合理性理论研究》，北京：法律出版社 2009 年版。

该书从裁判合理性的角度对法律原则进行了适当的阐述。尤其第二章中对法律原则进行

² 于芳：《<原则问题>书评》，载中国法律信息网，<http://www.law-star.com/cacnew/200911/300048165.htm>，2012 年 5 月 30 日最后一次访问。

了具体化与类型化，及其与规则和其他规范的说明。

2、硕博学位论文 (Dissertations):

(1) 李鑫:《法律原则适用的方法模式研究》，山东大学博士学位论文，2011年4月。

该文在论述法律原则的界定、适用的场域和条件、适用方法（包括类型化的方法和衡量的方法）等的基础上，构建一个适合法律原则适用的方法模式，即“类型—衡量模式”。

(2) 胡军:《原则裁判论——基于当代中国司法实践的理论反思》，西南政法大学博士学位论文，2009年6月。

该文鉴于国内原则裁判中司法实践先于理论的实际，对我国司法实践中原则裁判的现状做了一些实证研究，以期发现原则裁判中的中国问题和成因，进而寻找适合当前国情的对策，进一步完善原则裁判。

(3) 李传先:《从法律原则到裁判规范——论法律原则的发现》，山东大学硕士学位论文，2010年5月。

该文从法律原则的界定、发现情形、发现方法和发现目标等方面对法律原则到裁判规范的过程进行阐释。

(4) 马超:《论原则裁判的实践——基于〈最高人民法院公报〉的分析》，浙江大学硕士学位论文，2011年5月。

该文选择《最高人民法院公报》上选登的案例为研究范本，主要探讨了我国法律原则适用的现状，并对当前原则裁判出现的各种困境提出原因，以期对我国法律原则适用的条件和实务中如何规范的适用原则进行案件的裁判提出解决方法。

3、法学评论文章 (Law review articles):

(1) 葛洪义:《法律原则在法律推理中的地位和作用——一个比较的研究》，《法学研究》2002年第6期。

内容摘要：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。

(2) 陈林林:《基于法律原则的裁判》，《法学研究》2006年第3期。

内容摘要：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；然而一旦步及到价值判断，裁判就有主观、恣意和片面的可能。

(3) 林来梵，张卓明：《论法律原则的司法适用——从规范性法学方法论角度的一个分析》，《中国法学》2006年第2期。

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。

(4) 陈林林：《法律原则的模式与应用》，《浙江社会科学》2012年第3期。

内容摘要：与法律规则的自主性特征和总括性特征相对应的，是法律原则的理性化模式和最佳化模式。这两种模式为法律原则的适用过程提供了一个清晰的结构分析，并表明法律原则的效力标准不是纯粹基于系谱的，也不是完全基于内容或道德论证的，它是独立于法律规则和道德原则之外的另一类规范依据——“裁判规范”。在遇有规则漏洞的疑案裁判中，作为“裁判规范”的法律原则保证了基于法律原则的判决推理，仍然是一种区别于普遍实践推理的、部分自治的推理模式，尽管这种源于普通法司法的推理模式在方法论和制度环境上遗留了一些有待澄清的问题。

(5) 郝立军：《当法律规则遭遇法律原则——以泸州遗赠案判决论证为视角》，《内蒙古民族大学学报（社会科学版）》2009年1月第35卷第1期。

内容摘要：针对2001年“泸州遗赠案”的判决，至今仍然为人们所争论。在有明确有效的法律规则存在时，是优先适用法律原则还是适用法律规则乃焦点所在。论文就案件判决的论证不足分别从理论角度与实证角度加以分析，认为在此种情况下，若要优先适用法律原则需符合严格条件，应当通过法益衡量来决定优先适用问题，使判决论证具有正当性和可接受性。

(6) 马驰：《法律原则的效力标准——基于系谱抑或内容？》，《浙江社会科学》2012年第3期。

内容摘要：法律的效力是法律存在的标志，因此法律原则的效力标准就是法律原则在自体论意义上的存在条件。德沃金主要借由法律原则在个案适用时相对于法律规则的特点，认定法律原则与规则之间的逻辑

辑差异。然而，并不能由此简单地说法律原则的效力标准只是基于内容或道德论证的。实际上，同样存在基于系谱或来源的法律原则。同时，如果将法律原则的存在与其在个案中的适用剥离开来，则法律原则的存在即便需要借助道德论证，这种论证的过程本身也有可能是基于来源或系谱的。因此，法律原则与法律规则在本体论上的差异不应该被夸大。

(7) 杨建，庞正：《法律原则之于司法能动的意义》，《浙江社会科学》2011年第10期。

内容摘要：司法能动这一术语需要多面向地、具体地、历史地理解，其本身并不构成司法裁判正当性的依据。原则裁判与司法能动在前提预设、先例对待、自由裁量以及价值导向这四个方存存差异。法律原则的重要性在于，它一方面限定了司法能动的界限，另一方面构成了司法能动的价值检验标准。对两者关系的梳理可以揭示出司法能动对制度结构与程序框架的依赖问题，同时也帮助我们避免误解甚至滥用中国法治实践中的司法能动。

(8) 董税涛：《论法律原则及其司法适用——基于对〈最高人民法院公报〉案例的实证分析》，《法制与社会》2011年07（下）。

内容摘要：中国特色社会主义法律体系的形成，标志着我国的法律框架基本搭建完毕，较于相对完备的规则适用理论体系，同为法律规范的法律原则在司法操作层面仍困难重重，国内目前的研究更多的是对其他国家理论和实践的介绍，中国本土性问题研究的不够充分。因此，本文以《最高人民法院公报》刊登的典型案为研究范本，用实证分析的方法探讨在中国司法环境下运用法律原则裁判的困境，并从方法论的角度分析造成这种困境的成因，最后提出完善原则裁判的方法，以期裨益于法律原则更规范地适用于司法实践。

三、外国法律资源 (Foreign Legal Sources)

(一) 一次资源 (Primary Sources):

和中国法律资源一次资源的选择类似，这部分一次资源也主要择选了一些美国法律、行政法规、部门规章和判例中稍具代表性的法律原则：其中法律和判例部分例举的原则是一些比较概括，相对具有普适性、广泛性的原则；而行政法规、部门规章部分例举的原则就主要针对一些具体事物，适用面窄。

1、法律 (Statutes):

(1) Federal Rules of Evidence Rule 702, 28 U.S.C.A.:

Article VII. Opinions and Expert Testimony

Rule 702. Testimony by Expert Witnesses

A witness who is qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify in the form of an opinion or otherwise if: "... (c) the testimony is the product of reliable principles and methods; and (d) the expert has reliably applied the principles and methods to the facts of the case."

这条规则描述了专家证人作证的方式与证词的可靠性依据，其中即包括“证词是可信赖的原则和方法的产物”或“专家可靠地将原则与方法运用于案件事实”。

(2) 5 U.S.C.A. §601:

Title 5. Government Organization and Employees

Part I. The Agencies Generally

Chapter 6. The Analysis of Regulatory Functions

§ 601. Definitions

Heads of departments and agencies should not include preemption provisions in codified regulations except where such provisions would be justified under legal principles governing preemption..

各（政府）部门和机构的负责人不应该包含成文法规规定的先占条款，除非这些条款在调整先占的法律原则下被证明是正当的。

(3) 9 U.S.C.A. §10:

Title 9. Arbitration

Chapter 1. General Provisions

§ 10. Same; vacation; grounds; rehearing

Judicial intervention against arbitration award is appropriate where arbitrators acted with manifest disregard of law, i.e. if: (1) applicable legal principle is clearly defined and not subject to reasonable debate, and (2) arbitrators refused to heed that legal principle.

当仲裁员明显无视法律时，对仲裁裁决进行司法干预是适当的，即如果：（1）适当的法律原则被明确界定并没有受到合理的论辩；和（2）仲裁员拒绝听取那样的法律原则。

(4) U.S.C.A. Const. Art. III §1:

Constitution of the United States

Article III. The Judiciary

Section 1. Judicial Power, Tenure and Compensation

Amendments to Indian Civil Rights Act (ICRA) which affirmed tribal court jurisdiction over all Indians, including those who were not members of tribe prosecuting Indian for crime, did not violate principle of separation of

powers; Congress legally exercised its power in passing ICRA amendments and had plenary authority over Indian affairs.

《印第安民权法案》的修正案肯定了所有的印第安人部落法院的管辖权，包括非部落成员起诉印第安人犯罪的案件，该修订并没有违反权力分立的原则；议会在通过该修正案时依法行使其权力并对印第安事务拥有绝对权威。

(5) 42 U.S.C.A. § 1983:

Title 42. The Public Health and Welfare

Chapter 21. Civil Rights

Subchapter I. Generally

§ 1983. Civil action for deprivation of rights

District court did not abuse its discretion, in §§ 1983 action alleging, inter alia, unlawful arrest, in declining to present jury with proposed instruction concerning the lawfulness of his arrest and the scope of the municipal ordinance he was charged with violating; jury was not asked to determine whether arrestee violated the ordinance, but whether the officers had probable cause to arrest him, and proposed instruction might well have confused jury concerning the question it was being asked to answer, and in any case the instructions the court did provide were correct legal statements and informed jury of the relevant legal principles that were to be considered.

法院应当为陪审团提供正确的法律声明和需要被考虑的相关法律原则。

2、行政法规、部门规章 (Regulations):

(1) 48 C.F.R. 931.205–33:

Title 48. Federal Acquisition Regulations System

Chapter 9. Department of Energy

Subchapter E. General Contracting Requirements

Part 931. Contract Cost Principles and Procedures

Subpart 931.2. Contracts with Commercial Organizations

931.205 Selected Costs.

931.205–33 Professional and consultant service costs.

(g)(1) Reasonable litigation and other legal expenses are allowable when incurred in accordance with 10 CFR part 719, Contractor Legal Management Requirements, if not otherwise made unallowable by law or provisions of the contract.

(2)(A) Cost reimbursement contracts involving work performed at facilities owned or leased by the Department for

an amount exceeding \$100,000,000 are covered by this cost principle and 10 CFR part 719.

(B) This cost principle and 10 CFR part 719 are applicable to legal counsel retained by the Department itself for litigation and other legal services where the legal costs over the life of the matter for which counsel has been retained are expected to exceed \$100,000.

(七) (1) 当符合CFR 第719 节“承包商的法律管理要求”的情形时，合理的诉讼和其他法律费用是允许的，只要不违背其他法律或合同规定。

(2) (a) 在该政府部门拥有或租用的设施中进行履行工作的、金额超过\$ 100,000,000 的成本偿还合同，包含在这一成本原则和CFR 第719 节中。

(b) 本成本原则和CFR 第719 节适用于该政府部门法律顾问的诉讼和其他法律费用，当关于该事项的生活费用预计超过10 万美元时。

3、判例 (Cases):

(1) Riggs v. Palmer (“里格斯诉帕尔默”案，1889年10月8日):

70 Sickels 506, 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188

Appeal from Supreme Court, general term, third department.

GRAY and DANFORTH, JJ., dissenting.

本案中，法官巧妙地运用法律原则，即“不应以本人的犯罪行为而获得财产”阻却了合法遗嘱的法律效力，剥夺了杀人者对财产的继承权。

(2) Argersinger v. Hamlin (“阿杰辛格诉汉姆林”案，1972年6月12日):

407 U.S. 25, 92 S.Ct. 2006, 32 L.Ed.2d 530

Supreme Court of the United States

Argued Dec. 6, 1971. Reargued Feb. 28, 1972. Decided June 12,.

本案中，美国最高法院裁决，得到律师协助的权利不仅适用于受到重罪指控的州和联邦的被告，而且适用于所有如被定罪将入狱服刑的受审判者。此后，不管罪行轻重，美国的穷人一旦因刑事罪被告上法庭，受案法院必须免费为其提供免费的公共辩护律师。为此，美国大多数城市和州都设立了由政府出资、专门为贫穷被告服务的公共辩护律师办公室，为穷人提供免费的律师服务。

(二) 二次资源 (Secondary Sources):

1、图书 (Books):

(1) Philip Hamburger, *Law and judicial duty*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2008.

该书通过讲解普通法的法律和司法责任理念来立论。一方面它展示了基于立法者权威来理解的法律和那些不能在法律场域被辨明的东西。另一方面，它表明了法官具有根据法律来决断的责任。这两个理念——法律和司法责任——共同设立并限制了法官可以做的。

(2) Theodore M Benditt, *Law as rule and principle: problems of legal philosophy*, Stanford, Calif. : Stanford University Press, 1978.

该书第四章从法律实证主义（尤其是奥斯丁和哈特）的角度来谈法律规则和法律原则，同时批判性检验了德沃金和哈特的论争。

(3) Richard S Markovits, *Matters of principle: legitimate legal argument and constitutional interpretation*, New York: New York University Press, 1998.

在美国这样一个自由、权利至上的国家中，道德原则的论争将是主要的合法性法律论争。该书讨论和分析了许多基本权利，比如教育权、隐私权、堕胎权、性自由权和安乐死的权利等等。

(4) Neil MacCormick, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, New York : Oxford University Press, 2005.

该书审查了“法律三段论”的角色和法律推理的普遍性，审视了结果主义和原则论争。

2、硕博学位论文 (Dissertations):

(1) Kim Alaine Rathman, *The “Common Heritage” Principle and the U.S. Commercialization of Outer Space*, presented to the faculty of the Graduate Theological Union in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, Berkeley, California, April 1996.

该文的论述涉及人类“共同遗产”原则和相关人权理论在外太空资源分配、使用上的指示和裁决作用。

(2) Jamie Michelle Angulo, *Legal Principles Utilized by the Supreme Court to Adjudicate Student Due Process and Freedom of Expression Rights in Public Schools*, submitted in partial satisfaction of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy, 2008.

该文论述了联邦最高法院在处理公立学校中的学生正当程序和表达自由案件时运用的法律原则及具体使用情况。

3、法学评论文章 (Law review articles):

(1) Gregory B. David, *Dworkin, Precedent, Confidence, and Roe v. Wade*, University of

Pennsylvania Law Review, January 2004.

152 UPALR 1221

152 U. Pa. L. Rev. 1221

该文批判性检验了德沃金裁判理论的可信度,并且着重对以下两个问题的回答提出了建议:什么因素构成法官对先例错误的确信?需要多大的确信才能推翻先例?

(2) Steven L. Schwarcz, *Distorting Legal Principles*, *Journal of Corporation Law*, Summer 2010.

35 JCORPL 697

35 J. Corp. L. 697

该文探究了一些十分重要但被忽视的扭曲法律原则造成的问题,尤其是基于商业的原因。比如从再抵押权引申出的“不能给予不属于自己的东西”原则,就产生了许多金融危机和潜在的威胁。

(3) Joseph Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, *Yale Law Journal*, April, 1972.

81 YLJ 823

81 Yale L. J. 823

该文主要针对德沃金教授的观点,主张从他的观点中并未显示出我们应当丢弃描绘法律限制的努力。相反,德沃金教授的主张引发了原则在法律中的重要角色。

(4) Eric Dorkin, *Debunking Integrity's Equality Advantage: the Absence of Coordination in Ronald Dworkin's Law's Empire*, *Iowa Law Review*, August 1998.

83 IALR 1071

83 Iowa L. Rev. 1071

该文挑战了德沃金通过表明法律作为整体如何无法产生合法化国家强制力所必须的“平等”而所谓的胜利——这种平等对于德沃金对抗其主要的理论竞争者来说是必不可少的。

(5) Larry Alexander & Ken Kress, *Against Legal Principles*, *Iowa Law Review*, March 1997.

82 IALR 739

82 Iowa L. Rev. 739

该书认为法律原则是一项定位不明的裁判标准:1、法律原则在道德上可能并不“正确”,并且在适用上又含混不清,因此缺乏规范意义上的可取性;2、伪称法律可以做到全局考虑并平等对待。法律原则必须以某些价值(观)标准——例如平等——为支点,但平等自身却不是一个自足自明的概念,不同的道德理论和道德原则,都会提出不同的平等观并要求予以贯彻;3、溯及既往;4、缺乏规则所具有的优点;5、分量上的不确定性;6、识别上的困难;

7、在道德上不是多余就是有害的。³

四、国际法律资源 (International Legal Sources)

(一) 一次资源 (Primary Sources):

这部分的一次资源主要例举了一些其他代表性国家的宪法和国际性条约、组织规章中较为公认的法律原则，比如法律面前一律平等、人格尊严和自由、国家主权与和平等方面的原则。

1、法律或条约 (Statutes/Treaties):

(1)《日本国宪法》(1946年11月3日公布,1947年5月3日施行)(日文版载 Japan Institute of Constitutional Law 网站, http://www.jicl.jp/kenpou_all/kenpou.html; 中文版载百度百科“日本国宪法”词条, <http://baike.baidu.com/view/447279.htm>。)

第三章 国民的权利与义务

第十一条 国民享有的一切基本人权不能受到妨碍。本宪法所保障的国民的基本人权,作为不可侵犯的永久权利,现在及将来均赋予国民。

第十三条 全体国民都作为个人而受到尊重。对于谋求生存、自由以及幸福的国民权利,只要不违反公共利益,在立法及其他国政上都必须受到最大的尊重。

第十四条 ①全体国民在法律面前一律平等。在政治、经济以及社会的关系中,都不得以人种、信仰、性别、社会身份以及门第的不同而有所差别。

第十九条 思想及意志的自由,不受侵犯。

第二十三条 保障学术自由。

(2)《德意志联邦共和国基本法》(1949年5月23日公布,1953年3月15日施行)(中文版载百度百科“德意志联邦共和国基本法”词条, <http://baike.baidu.com/view/476744.htm>。)

第一章 基本权利

第一条 一、人之尊严不可侵犯,尊重及保护此项尊严为所有国家机关之义务。

第二条 一、人人有自由发展其人格之权利,但以不侵害他人之权利或不违犯宪政秩序或道德规范者为限。

二、人人有生命与身体之不可侵犯权。个人之自由不可侵犯。此等权利唯根据法律始得干预之。

³ 参见陈林林:《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》,北京:中国政法大学出版社2007年版,第146页。

第三条 一、法律之前人人平等。

(3)《大韩民国宪法》(1948年7月17日制定)(中文版载百度百科“大韩民国宪法”词条,
<http://baike.baidu.com/view/1418946.htm>。)

第二章 国民的权利和义务

第十条 所有国民拥有人的尊严和价值,并享有追求幸福的权利。国家担负确认、保障个人拥有的不可侵犯
基本人权的义务。

第十四条 所有国民享有居住、迁移的自由。

第十五条 所有国民享有选择职业的自由。

第十九条 所有国民享有良心的自由。

(4)《法兰西共和国宪法》(1958年10月4日制定)(中文版载百度百科“法国宪法”词条,
<http://baike.baidu.com/view/142976.htm>。)

第一章 主权

第二条 法兰西是不可分的、世俗的、民主的和社会的共和国。它保证所有公民,不分出身、种族或者宗教,
在法律面前一律平等。它尊重一切信仰。

第十二章 共同体

第七十七条 在依本宪法建立的共同体之中各成员国享有自治权;它们应当民主地、自主地管理自己,并且
处理它们自己的事务。

在共同体中只有一种公民资格。

一切公民,不问他们的出身、种族、宗教,在法律上一律平等。他们负有同样的义务。

(5)《关于执行外国仲裁裁决的公约》(1927年9月26日订于日内瓦)(载《北大法律信息网》,引证号为 CLI.T.6320)

第一条 凡在本公约适用的任何缔约国领土内根据一项为解决现有或将来争端的协议(以下称“仲裁申请”)而作成的仲裁裁决,如果此项协议是属于1923年9月24日在日内瓦公布的关于仲裁条款议定书的范围以内,该裁决应被认为有拘束力,并应按照请求履行该裁决当地的程序法规予以执行,但以该裁决是在本公约所适用的缔约国之一的领土内作成,并且是对在缔约国之一的管辖权之下的人作出的为限。

为获得上述承认或执行,此外还必需符合于下列条件:……(五)仲裁的承认或执行对请求承认或者履行该裁决当地所属国家的公共秩序或法律原则并不抵触。

(6)《公民权利和政治权利国际公约》(载《北大法律信息网》,引证号为 CLI.T.4582)

第十五条 二、任何人的行为或不行为,在其发生时依照各国公认的一般法律原则为犯罪者,本条规定并

不妨碍因该行为或不行为而对任何人进行的审判和对他施加的刑罚。

(7)《中华人民共和国和土耳其共和国关于民事、商事和刑事司法协助的协定》(1995年10月26日生效)(载《北大法律信息网》,引证号为CLI.T.224)

第六条 缔约双方提供司法协助适用各自的本国法律。缔约一方也可根据请求适用缔约另一方的程序规则,但不得违背其本国的基本法律原则。

2、规则或国际组织规章 (Regulations/Organizational Rules):

(1)《联合国宪章》(载联合国官方网站, <http://www.un.org/en/documents/charter/>)

Chapter I: Purposes and Principles

Article 2

The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.

- 1、*The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.*
- 2、*All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.*
- 3、*All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.*
- 4、*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.*
- 5、*All Members shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action.*
- 6、*The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.*
- 7、*Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.*

为求实现第一条所述各宗旨起见,本组织及其会员国应遵行下列原则:

一、本组织系基于各会员国主权平等之原则。

二、各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务，以保证全体会员国由加入本组织而发生之权益。

三、各会员国应以和平方法解决其国际争端，俾免危及国际和平、安全及正义。

四、各会员国在其国际关系上不得使用威胁或武力，或以与联合国宗旨不符之任何其他方法，侵害任何会员国或国家之领土完整或政治独立。

五、各会员国对于联合国依本宪章规定而采取之行动，应尽力予以协助，联合国对于任何国家正在采取防止或执行行动时，各会员国对该国不得给予协助。

六、本组织在维持国际和平及安全之必要范围内，应保证非联合国会员国遵行上述原则。

七、本宪章不得认为授权联合国干涉在本质上属于任何国家国内管辖之事件，且并不要求会员国将该项事件依本宪章提请解决；但此项原则不妨碍第七章内执行办法之适用。

(2) 《国际统一私法协会章程》(1940年3月15日订于罗马，本章程于1940年4月21日生效，1986年1月1日对中国生效)(载《北大法律信息网》，引证号为 CLIT.3516)

第七条(2)……三、对法庭之裁决不得上诉；裁决适用章程条款、规定及一般法律原则，当当事各方协议授予法庭裁定公平与正义之权时，它即可做此种裁定。

(3) 《关于仲裁程序的规则范本》(1958年联合国国际法委员会通过)(载《北大法律信息网》，引证号为 CLIT.6788)

第十条(一)在当事国未就应适用之法律达成协议的情况下，法庭应适用：

1. 确立诉讼当事国明确承认之准则的一般的或专门的国际条约；
2. 已证明其为通例、并被接受为法律的国际习惯；
3. 文明各国承认的一般法律原则；
4. 作为确定法律规则之辅助手段的司法判决和各国最有权威的公法学家的学说。

(二)假如当事国之间达成的协议有所规定，法庭亦可依公平与善良原则裁判。

3、判例 (Cases):

(1) Westpac Banking Corporation v. 789Ten Pty Ltd (2005年9月)

NSWCA 321

Court of Appeal of the Supreme Court of New South Wales

法律职业特权原则中最基本的元素即交流的主要目的必定是有特权的。而该案中的目的是促进关于 Flemington Markets 交易的法律建议条款。

(2) 日中旅行社案 (1969年)

(日本) 昭和 44.12.26 劳民集 20 卷 6 号

该案中被告日中旅行社以政治观点取舍雇员，其对原告人所作出的解雇决定违反了民法

第 90 条的公序良俗条款，因而无效。

(二) 二次资源 (Secondary Sources):

1、图书 (Books):

(1) 【德】卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆 2005 年版。

拉伦茨在该书中将法律原则描述为“在从事法律规范时指示方向的标准，依凭其固有的信服力，其可以正当化法律性的决定”，“其系法理念在该当历史发展阶段中的特殊表现，并借助立法及司法而不断具体化”。⁴该书将法律原则区分为两种类型，一是“法条形式的”，一是“开放式的”。

2、硕博学位论文 (Dissertations):

(1) Vincent Kazmierski, *Something to Talk About: Applying the Unwritten Principle of Democracy to Secure a Constitutional Right to Access Government Information in Canada*, submitted in conformity with the requirements for the degree of Doctor of Juridical Science, Faculty of Law, University of Toronto, 2008.

该文论证了不成文的宪法民主原则提供了承认获取加拿大政府信息之宪法权利的基础；也即，民主原则可以用于填充宪法成文条款的“缺口”。

3、法学评论文章 (Law review articles):

(1) Zheng Yunrui, *Perspectives on Contemporary Legal Developments in Chinese Law Studies on Certain Issues of the General Principles of Contract Law*, Singapore Journal of International and Comparative Law, 2003.

7 SINGJICL 28

7 Sing. J. Int'l & Comp. L. 28

该文主要阐述的是近年来中国合同法基本原则的一些发展变化。

(2) Dan Meagher, *The Common Law Principle of Legality in the Age of Rights*, Melbourne University Law Review, 2011.

35 MELULR 449

35 Melb. U. L. Rev. 449

该文主要阐述的是权利时代的普通法的合法性原则，包括它的历史、内容和范围等。

⁴ 【德】卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，北京：商务印书馆 2005 年版，第 348 页。