

# 权利推定的三个维度：价值、理性和经验

季金华

**内容提要** 权利推定是加强人权司法保护的重要手段。权利推定必须坚持价值选择原则,将维护所有公民的平等地位作为权利推定的前提,以增强公民的政治自主、拓展公民的自为范围和保障公民的自我实现为权利推定的目的。权利推定过程需要法律理性、认识理性、判断理性和选择理性的支撑,离不开立法经验、司法先例、司法职业经验和社交经验的支持。

**关键词** 权利推定 人权司法保护 司法先例

季金华,南京师范大学法学院教授 210023

随着社会的发展,一些权利要求通过立法程序转化法律上的权利,另一些权利要求则有待于司法判决转化为司法保护的利益。从某种意义上讲,法律体系的建立和发展的历程,是立法与司法互动的历史,是法院在适用法律的过程中不断地发现和确认权利的过程<sup>[1]</sup>。立法者通过法律对某些权利的确认,只是初步表述一定历史条件下公民身份的主体性诉求,表明这些权利对个人利益和尊严的维持和实现具有决定性的价值意义,许多发展中的权利诉求还需要司法机关在解决纠纷的过程中发现和推定。因此,法理学必然会面对和回答这样的问题:哪些权利要求属于一定社会生活条件下社会交往的主体性需求,哪些权利就应该通过一定的法律机制被确认为宪法权利,并由相应的法律规范将其具体化为法律权利,哪些利益诉求需要成为司法判决确认的权利。这就需要深入研究权利推定司法化的价值取向、理性支持和经验基础等问题。

## 一、权利推定的价值依归

制宪过程实质上是通过价值判断和价值选择活动确认基本权利要求的过程;将宪法权利演绎为

本文为江苏高校优势学科建设工程资助项目(PAPD)“权利推定的基本原理和机制”、国家社科基金重点项目“司法权威生成的文化机制研究”(12AFX002)阶段性成果。

[1]本文的权利推定是关于权利有无的推定,不是权利归属的推定。在某种权利之归属不够明确的情况下,根据一定的基础事实对该权利之归属做出的立法推定和司法推定均不在本文的讨论范围之内。

具体法律权利的立法过程,也是立法者运用价值推理手段将宪法价值具体化为法律价值的活动。但是,权利不限于宪法和法律的规定,法定权利不是权利的全部内容。任何完备的法律,在权利规定方面都存在无法穷尽的问题。抽象性的法律规则难以对权利的全部外延作出明确的列举式规定,“漏列的权利”和“剩余的权利”的存在是不可避免的;法律的滞后性难以预见正处于生成和发展过程中的权利,需要通过“新生的权利”的法律确认来保护处于发展状况中的利益;法律体系的开放性决定了立法者有时会通过法律原则、法律概念和法律义务等方式对某些权利作出概括性的规定,这就需要通过司法推定确认“默示权利”和“不证自明的权利”,为某些利益诉求的保护提供法律依据。权利推定是一种制度化的价值演绎活动,权利本位观念实质就是权利推定意识的集中反映,公民主张权利的过程也就是权利推定的过程;公民会从自己的公民身份来推定自己应有的权利,公民也会从现有的宪法和法律的规则、原则和精神来推定自己应该享有的权利,从而为权利的司法推定提供了价值支撑和观念动力。

### 1. 维护公民的平等地位

公民身份具有平等性特质,在逻辑上“要求它所带来的各种利益必须得到更加普遍和平等的分配”<sup>[1]</sup>,要求国家平等地分配经济利益、政治利益和社会利益。在现代民主法治国家中,利益分配主要是通过权利的制度化安排来实现的。由此,公民身份的平等也就更多地与权利联系在一起,与人们获取、利用经济资源、政治资源和社会资源的机会、资格、能力联系在一起,因而利益的平等分配也就相应地表现为权利的平等享有,公民身份平等也就转化为公民享有权利的平等。

公民身份平等是政治生活和社会生活中公民人格尊严的表征,公民享有平等权利是维护和实现公民人格尊严的基本前提<sup>[2]</sup>。能够充分获取和查阅政治方面的知识、信息,平等地利用政治渠道和政治资源,是公民能够平等参与政治活动、有效地影响政治决策过程和政治决策结果的前提条件。除了立法这样的主导性政治活动外,行政机关和司法机关制定行政公共政策和司法政策的活动也是非常重要的政治活动;行政主体处理个案的行政自由裁量过程和法官审理个案的司法自由裁量过程,属于调整权利义务的微观立法活动,本质上也是政治活动。因此,关涉公民政治尊严的获取政治信息的权利、参与决策的听证权利,应该是可以推定的宪法权利,应当为所有公民普遍、平等地享有。

主张公民地位平等,并不排斥合理差别的存在,权利制度的目的就是要通过机会的平等追求合理的不平等结果。故而,平等与差别是公民身份相互补充的价值,没有利益上的差别和冲突,也就不存在任何政治活动,政治的全部关切点在于寻找必要的妥协空间,创造共同的利益,建立起能够使差别和平共处的制度治理体系<sup>[3]</sup>。因此,要通过立法确认每个社会成员都享有平等的政治权利、民事权利和社会权利,保证社会主体能够在机会均等的条件下实现这些权利。同时,也要实施机会补偿原则,在提供最基本社会服务的基础上,为弱者提供特别的法律保护,确保所有公民都能平等地参与到政治生活与社会生活中去<sup>[4]</sup>。

公民身份的平等还体现在权利与义务的一致性方面。公民身份建立在互惠的理念之上,公民身份在赋予个人各种权利的同时,也意味着权利主体需要履行相应的义务,承担相应的责任。由此,公民身份为国家提供了一种公平分配和管理各种资源的方式和机制,使公民共同分享社会生活中的利

[1][3][美]基思·福克斯:《公民身份》,郭中华译,〔长春〕吉林出版集团有限公司2000年版,第3页,第83页。

[2]参见[美]莱迪·史珂拉:《美国公民权——寻求接纳》,刘满贯译,上海世纪出版集团、上海人民出版社2006年版,第3页。

[4]参见巴里·辛德斯:《现代西方的公民社会》,载[英]布莱恩·特纳:《公民身份与社会理论》,郭中华、蒋红军译,〔长春〕吉林出版集团有限公司2007年版,第28页。

益和负担<sup>[1]</sup>。因此,在利用司法机制推定宪法未列举的权利时,既要坚持维护公民平等地位的价值取向,也要考虑社会经济、政治和文化对权利实现成本的承受能力,逐渐地扩大宪法权利的内容和范围。

## 2. 增强公民的政治自主性

政治自主是公民在国家政治生活中确立主体地位的核心要素,是人民主权原则在权利分配和享有方面的集中体现。“这种自主性通过一系列政治权利得到反映,总是意味着承认权利拥有者的政治能动性”<sup>[2]</sup>。公民在政治生活中的自主性表明了公民身份的政治要素,意味着公民作为政治实体的成员,对公共权力运行和公共事务享有了知情权、参与权和决定权。

尊重公民的主体性地位,保障公民的人格尊严是建构宪法权利体系的价值基础和价值目标。公民身份的主体性要求和人格尊严的保护决定了现代社会法律的价值取向是通过权利义务的制度安排,最大限度地保障社会主体享有最为广泛的自由。一方面,国家要尊重公民的主体性地位和人格尊严,不能将个人视为权力统治的客体,肆意使用侵害公民人格完整的统治手段;另一方面,国家应当积极行动,为个人创造有尊严地生存和发展的基本条件。因此,公民的主体性或人格尊严必须通过基本权利的扩展而获得相应的发展。权利推定作为基本权利发展的重要手段,是确定公民身份、彰显公民主体性地位、保障公民主体地位的制度化选择,我们应当以公民政治自主性的强化为权利推定的重要支点。

人民运用宪法委托政府通过制定和实施法律来确认人们在公共领域和私人领域享有的基本权利,保护人们的生命、自由和财产的权利<sup>[3]</sup>。当然,宪法和法律确认的只是人们原来在自然状态下享有的部分权利,当人民保留的权利成为某种正当的利益诉求时,公民的政治自主性必然要在立法、行政和司法过程中有所体现,公民在必要的时候会直接行使立法提案权、公决权将利益诉求转化为法律权利,公民也可以通过参与行政过程将利益诉求转为行政法规保护的权利,公民还可以通过司法审查请求权启动司法程序修改已有的法律法规,通过司法推定将利益诉求转变为司法确认和保护的权利。

增强公民的政治自主性旨在扩大公民的选择性自由,不断提高国家政治生活的民主化程度。这就要求政治制度不仅赋予人民创制法律的权利,而且保障人民选择立法者和监督立法者的权利;要求国家通过辩论式民主制度架构为每个群体的成员能够对立法决定、行政决定和司法决定提出抗议保留必要的空间,确保他们可以借助程序性的、质询性的以及上诉性的平行资源来行使法律修正权,保证权利推定能够最大限度地实现社会公平正义<sup>[4]</sup>。因此,许多国家利用宪法判例推定公民应当享有知情权、政治结社权、法律创制权、公决权、罢免权等政治权利。

## 3. 拓展公民的自为范围

在人类进入政治社会以后,人的自为范围实质上就是私人领域与公共领域的合理划分问题,也是权利与权力的制度安排问题。显然,政府管理的公共领域范围越大,其拥有的权力就越多,私人自主的范围就越小,公民享有的权利就越少。基于这种认识逻辑,小政府和大社会的领域划分有助于实现权力与权利的平衡配置,有利于控制政府权力,从而最大限度地保留公民自主自为的权利。国家通过立法确认公民享有人身自由、信仰自由、言论自由、财产权、契约自由以及获得公平审判的权利,其目的是借助这些权利来保障个体拥有平等的社会成员的资格和个人尊严。在18世纪的英国,法院是保

[1]参见[美]基思·福克斯:《公民身份》,郭中华译,[长春]吉林出版集团有限公司2000年版,第4页。

[2][美]基思·福克斯:《公民身份》,郭中华译,[长春]吉林出版集团有限公司2000年版,第3页。

[3]参见[法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,[北京]商务印书馆1980年版,第23页。

[4]参见[澳]佩迪特:《共和主义:一种关于自由和政府的理论》,刘训练译,[南京]江苏人民出版社2006年版,第383-385页。

护这些权利的重要机构。

此类自由直接以人的自为性为基础,属于不受干涉的自我决定权利,是自我肯定和保存意义上的权利,关系到个人能够在多大程度上自主选择在一定时空里与他人结成特定的社会关系以满足自己的需要、实现自身的利益。这些诉求尽管受到社会生活条件和社会发展程度的影响,但却立足于人性的共同需要,因而是人的自主性的内在要求,应该成为客观法上确认的权利。美国联邦最高法院于1937年在 *De Jonge v. Oregon* 一案中确认集会自由是言论自由的内涵之一,是言论自由的衍生物<sup>[1]</sup>。联邦最高法院在1967年的 *Loving v. Virginia* 一案中判决禁止不同种族之间通婚的州法违宪,确认婚姻自由是自由人的基本权利<sup>[2]</sup>。此外,营业自由属于经济自由权利的范畴,应该属于宪法未列举的宪法权利。马歇尔大法官在1801年的 *Fletcher v. Peck* 一案中指出:签订契约是人们进行社会交往、结成一定社会关系的权利,这一权利不是政府赋予的;合同责任在本质上是根据当事人的行为产生的,而不是根据确定的法律协商产生的<sup>[3]</sup>。因此,法律不能取消当事人的合同权利,不管宪法是否确认契约自由权利,这个权利都可以从人的自然权利推定出来。有必要指出,公民拥有避免政府或他人干涉的隐私权,不仅是公民人格尊严和主体性的内在要求,而且是公民享有安宁生活的前提,因而也应该是一种公认的制度化价值。于是,大多国家在私法中确立了自治自律原则,这意味着私法主体可以在私人领域自由实施法律不禁止的行为,可以自由地通过契约结成各种社会关系实现自己的利益。

随着社会生活条件的发展,人们的社会交往方式、范围和空间会发生相应的变化,人们自由选择的机会就愈多,权利推定的范围就愈大,有些应然权利能够司法判决转变为实然权利。诚然,价值判断和价值选择是权利推定的实质要素,正是宪法规范结构中的具体性基本权利条款和概括性基本权利条款的价值联系决定了宪法具有扩展和吸收新的宪法权利要求的发展能力,由此赋予了宪法适应社会变化的巨大能量。

#### 4. 保障公民的自我实现

私人领域是公民自我实现和全面发展的社会交往场域。在自由资本主义社会,市场是资源配置的主要手段,契约是满足需要、实现利益的重要机制,然而市场机制并不能解决市场主体竞争能力的差别问题,建立在自由经济之上的代议制民主政治也就难免出现失灵的情形。因此,一方面要求法律确认公民的司法审查请求权,确保公民能借助于程序性、质询性、申诉性资源对政府既有的创制权进行修正,有效地防止政府在公共政策方面违背社会共同利益,促使政府制定增进无支配自由的政策;另一方面,需要政府进行必要的干涉,为经济领域的自由竞争和公民的某些社会自由提供必要的实现条件。因此,无支配自由既是共和主义公民身份追求的社会目标,也是保障公民自我实现的制度发展方向。

社会公民身份标注一个人在社会中的位置<sup>[4]</sup>,意味着一个人在社会交往中拥有的某种尊严,而“劳动和按劳取酬的机会是获得公共尊严的第一资源,因此也是一种社会权利”<sup>[5]</sup>,关系到公民的自我实现和全面发展。所以,许多国家都制定和实施了发展经济、促进就业的公共政策,为公民劳动权的享有

[1]参见 *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S.(1937)。

[2]参见 *Loving v. Virginia*.388 U.S.(1967)。

[3]参见 *Fletcher v. Peck* 10 U.S.(6 Cranch) 87(1810)。

[4]参见[美]莱迪·史珂拉:《美国公民权——寻求接纳》,刘满贯译,上海世纪出版集团、上海人民出版社2006年版,第4页。

[5][美]莱迪·史珂拉:《美国公民权——寻求接纳》,刘满贯译,上海世纪出版集团、上海人民出版社2006年版,第3页。

提供必要的制度条件。随着自由资本主义社会向福利资本主义社会的转变,公民身份权利的内容和类型也发生了巨大的变化,受教育权和最低生活保障权成为社会公民身份的权利内容。享有某种程度的经济福利与安全,享有社会遗产并依据社会通行标准享受文明生活的权利,也就成为公民身份的社会要素<sup>[1]</sup>。社会权利主要发展于20世纪,主要由教育体制和社会公共服务体系为之提供保障。社会权利直接受到社会发展程度和社会生活条件的影响,其保护和实现程度会因经济发展水平不同而有所差异,但也体现了人的尊严和公民身份的要求,因此也应该作出宪法宣示或宪法权利推定<sup>[2]</sup>。

随着社会经济和文化的发展,住宅权有了更加丰富的价值蕴涵,住宅权既是一项消极的自由权利,也是一种积极的社会福利权利。宪法不仅要求国家保护公民的住宅隐私和住宅选择自由,而且要求国家采取一定的措施来保障公民的基本居住需要的满足<sup>[3]</sup>。20世纪末开始出现环境公民身份,它承认每个人都有免于受环境干扰和毒害的权利,每一个人都有负有保护环境、不破坏环境和积极参与防止他人破坏环境的义务。这就意味着环境公民身份具有了责任和道德的色彩。于是,公民应该在良好的环境中生存、发展的权利诉求,逐渐成为国家保护的制度化价值,因此环境权是可以推定出来的宪法权利,理应属于宪法保护的范畴。国家应当利用司法推定机制,不断地扩展权利的内容、种类和范围,增强公民自我实现的能力,为人的全面自由和全面发展提供制度保障。

## 二、权利推定的理性支持

法律是社会交往的规范化模式,交往关系的变化必然导致法律的变化,而法律往往落后于社会的变化,这就意味着再完善的法律也无法始终适应不断变化的社会权利需求,在法律规范之外必然存在一个未被法律囊括的权利世界,具体表现为各种争议案件中有关当事人的法权要求,因而权利推定不仅是利益保护的重要手段,而且是法律发展的重要机制。司法过程中的权利推定直接影响到当事人的利益保护问题,要求法官在理性的基础上进行价值判断和价值选择,这就需要法官通过与立法意图、现时民意和当事人的沟通形成司法的认识理性、判断理性和选择理性,在阐释法律理性的过程中,及时地将利益诉求变成司法确认的权利。因此,权利推定实质上是法官通过司法理性阐释和发展法律理性的价值选择活动。

### 1. 以法律理性为基础

在西方的文化传统中,法律被看做是自然规律、社会交往规律的理性载体<sup>[4]</sup>。理性总是与人的主体性联系在一起,主张权利、享有权利是主体性的集中表现,因而权利是社会交往理性化的组织手段,是现代法律制度的核心内容。“我们的时代是权利的时代”<sup>[5]</sup>,发现和确认新的权利诉求,不断将应然权利转变为现实权利就是立法理性和司法理性的实现机制。社会交往的实质是权利交换,利益冲突实质上就是权利冲突,因此,权利的司法救济要以权利的立法确认为逻辑前提。

法律是规则和原则的理性统一,尤其法官在处理疑难案件时,不能仅仅根据法律规则,更需要按照法律原则来阐述和适用法律<sup>[6]</sup>。立法理性在一定程度上反映了社会主体在社会交往中的利益关系

[1] See T.H. Marshall, *Sociology at the crossroads and other essays*. London Heinemann, 1963, p.74.

[2] 参见王广辉:《论宪法未列举权利》,《武汉》《法商研究》2007年第5期。

[3] 参见孙凌:《论住宅权在我国宪法规范上的证立——以未列举宪法权利证立的论据、规范与方法为思路》,《长春》《法制与社会发展》2009年第5期。

[4] 参见〔古罗马〕西塞罗:《论共和国、论法律》,王焕生译,〔北京〕中国政法大学出版社1997年版,第196页。

[5] 〔美〕L·亨金:《权利的时代》,信春鹰等译,〔北京〕知识出版社1997年版,“前言”第1页。

[6] 参见〔美〕罗纳德·德沃金:《法律帝国》,李常青译,〔北京〕中国大百科全书出版社1996年版,第14页下。

和权利要求,为权利的司法保障提供了形式合理性的基础和前提。权利推定的司法化既要以权利的理性立法为基础,但又不能机械地固守规则,只有这样才能发现和确认体现社会主体权利诉求的立法意志,发展和丰富社会的权利体系。社会发展的历史表明,权利体系的法律建构是立法、执法和司法共同完成的,英美法系国家不可能在毫无立法基础的情形下去通过司法理性来保障权利,大陆法系国家也不可能不借助司法理性来扩大权利的保护范围、完善权利体系。

## 2. 以认识理性为前提

立法理性不可能与利益诉求和权利要求同步,立法总是落后这种社会需求,需要司法来发现和确认新的利益和权利,因此司法理性是法律理性的实现和延伸。司法机制不仅是理性的纠纷解决机制,而且是创造性的权利救济和法律发展机制。在现代法治国度里,许多经济问题、社会问题和政治问题借助于法官的认识理性可以转化法律问题和 technical 问题,通过司法理性获得有效的解决。

法官可以借助法律理性思维对当事人之间的利益冲突形成一定的法律认识。法官的法律思维模式集中体现了司法职业理性的特质和专业化水平,因而法官的认识理性在一定程度上决定了司法的理性化程度。普通人习惯从道德、宗教和情感层面认识纠纷的事实和法律问题,而经过专业的法学教育和职业训练的法官,则善于从法律理性的角度认识当事人的利益诉求。法官的思维理性来源于长期司法实践中的职业熏陶和培养,属于“经验理性”的范畴<sup>[1]</sup>。在美国法学家斯托纳看来,法官的理性思维不是完全脱离经验内容的逻辑,而是结合了广博学识的逻辑<sup>[2]</sup>。法官群体基于共同的职业素养和专业技艺形成了自律的理性智识、价值理念和法律方式,能够最大限度地抵御常人喜好、情感等影响,对当事人之间的利益纠纷是否属于法律性质的问题、是否已经被现有的法律权利所覆盖、是否需要上升到法律权利的层面进行价值分析和价值演绎,进而对案件当事人的行为与后果的联系、权利与义务的分配进行理性分析和逻辑推理。

权利推定依赖于法官对纠纷事实及其法律问题的理理解读。法官对案件事实进行法律解释,既要正确认识和理解立法者的意志,把法律规则和原则所内涵的精神通过法律适用而得以理性传达,也要理性把握法律规定赖以存在的社会文化取向和价值观念基础<sup>[3]</sup>。因为同样性质的社会关系会随着人们需求的发展而发生相应的变化,所以在法律解释者的视野中,法律不是内容固定不变的文本,立法的意图也会随着时代变化而发生相应的变化,因此,人们认识法律的过程乃是解释者与法律文本的原始创造者进行交流的过程,是多元角色视角冲突与融合的活动。也就是说,法律解释的产物只不过是多种思维方式碰撞的结果,正是立法者和解释者共同创造了现实的法律、确定了现实的权利内容和利益的存在方式<sup>[4]</sup>。毋庸讳言,解释法律的过程需要依赖于一定的经验事实和一定的价值判断,只有法官能够实现理性与经验的融合,从而使法律解释过程成为发现法律、建构事实、推定法律权利的活动。权利体系发展的历史表明,不管是奉行判例法传统的国度还是坚守成文法传统的国家,正是法院通过解释成文宪法和吸收习惯权利发展了权利体系,也正是司法的认识理性不断地将社会生活中的利益诉求确认为宪法和法律上的权利。

## 3. 以判断理性为支点

认识理性对案件审理中的事实认定极其重要,判断理性对案件中权利主张的支持和责任的分配

[1]参见李路曲:《经验理性及其分析方法的演进》,〔北京〕《政治学研究》2010年第6期。

[2]参见〔美〕小詹姆斯·R. 斯托纳:《普通法与自由主义理论》,姚中秋译,北京大学出版社2005年版,第36页。

[3]参见〔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,〔北京〕法律出版社2002年版,第51页。

[4]参见殷鼎:《理解的命运》,〔北京〕三联书店1988年版,第20页。

至为关键。裁判者必须依据既定实体规则和程序规则,对诉讼参加者行为的合法性和有效性进行判定。裁判者通晓规则、明辨事实是裁判的基础和前提,法官必须不偏不倚、排除任何干扰因素居中裁判,这是司法公正的基本要求,也是判断理性的集中体现。

裁判者的立场中立、身份独立是判断理性的基础。法官中立意味着其与双方当事人保持同等的距离,对案件保持理性、超然的态度,对事实与结论的判断保持中立、客观的立场。法官的判断理性要求法官必须排除一切非法、非理性因素的干扰。诚然,法官对案件事实的法律评价不可能完全排除价值评判和利益衡量,对法律规范的选择、解释和建构有可能受到当事人和社会公众的价值观念的影响,但法官必须始终尊重法律规范的价值追求,以法律原则和精神作为判断理性的基础。

司法的判断理性是建立在程序参与者之间的理性沟通基础之上的。判断理性意味着法庭不仅是法官阐释法律公共理性的讲坛,而且是当事人讲理的平台;判断理性还意味着裁判程序既是法官对案件事实进行法律判断的机制也是当事人对话的机制,正是司法的沟通理性为法官的判断理性提供了坚实的基础。权利的司法推定过程实质上是建立理性共识的过程。这个过程有法庭辩论程序中的当事人之间的平等对话,也有法院通过审判公开程序进行的法官与当事人之间的居间对话、法院与社会之间的间接对话。

在缺少法律明确规定的疑难案件的审理过程中,法律事实和审判规范的选择与建构都涉及相关权利的确认和分配,应该充分尊重和认真考量社会主流价值观念,使权利推定的司法理性和司法权威建立在深厚的民意基础之上。陪审机制作为审判民主的重要程序架构,在一定程度上能够保证人民广泛参与司法审理活动,有利于在法律事实建构过程中吸纳民众意见,为法官的判断理性提供民意支撑。司法听证也是保障司法判断理性的重要手段,是回应当下民意、弥补立法理性不足的权威机制。正是这些社会参与机制为法院确认和保护社会主体交往中的新权利提供了社会理性的支持。

由于争议的双方当事人的立场不同,对案件事实的法律判断所形成的观点需要交涉和表达,所以,司法裁判是交涉性判断与自主性判断相结合的过程。司法的判断理性建立在双方当事人的平等陈述权、辩论权、质证权基础上,司法的判断理性来自于沟通理性,而沟通理性来自于平等对话的话语权威。法官应主要依靠说理,通过对话来实现交涉和沟通,解决纠纷、保护权利。无论是法官与当事人之间关于案件事实的法律判断的交流,还是客观上形成的当事人之间有关诉求与观点的交涉,都构成了司法终局性判断的理性基础,从而为利益冲突的解决、权利内容的丰富与发展创造了有益的司法条件。

#### 4. 以选择理性为支撑

当成文法律和司法判例无法满足社会需要的时候,司法最终解决原则要求法官运用选择理性去寻找解决利益纠纷的法律依据和标准。为此,既要承认逻辑推理在司法过程的重要作用,也要承认价值选择在审判规范建构中的功能。在福利资本主义时代,“法律的终极原因是社会的福利”<sup>[1]</sup>,法官应将这些法律目标作为理解和适用法律的根本和宗旨<sup>[2]</sup>。无论是英美法系国家的法官通过案例识别来行使司法自由裁量权还是大陆法系国家的法官通过选择适用法律来行使司法自由裁量权,自由裁量在不同程度上体现了司法选择理性的能量。司法自由裁量过程在一定程度上就是法官对不同价值理念进行协调与选择的过程。因此,在自由裁量过程中法官会更加关注法律的实质理性,更多地考虑法律要实现的特定政治目标、社会功利或道德价值的要求<sup>[3]</sup>。显然,司法自由裁量过程实质上就是阐释

[1][2][美]本杰明·卡多佐:《司法过程的性质》,苏力译,[北京]商务印书馆1998年版,第39页,第63页。

[3]参见[英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,[北京]华夏出版社1989年版,第190页。

法律意义、弥补法律漏洞、发展法律的过程<sup>[1]</sup>。当然法官应该尽可能地在成文法律规则、原则和社会公平正义的框架内进行价值选择,寻找和建构适用于具体案件的审判规范。

除了自由裁量体现司法选择理性外,司法审查也是司法选择理性发挥重要作用的场所。法院对立法行为和行政行为的合宪性审查,旨在防止议会和行政机关通过法律、法规过度地限制公民的自由,侵犯公民所保留的权利<sup>[2]</sup>。由独立的法院通过解释宪法来裁决国会立法行为和政府行为的合宪性问题,既解决了具体的案件争议,也借助价值选择创设了权利规则、填补了法律空白或漏洞。因此,司法审查过程时常是法院的价值选择和权利推定过程,也是法院确认和保护宪法、法律未列举权利的过程。法院利用司法审查制度承担起发展权利体系的重要使命,为未列举权利的保护开别了一条重要的渠道。

在通常情况下,通过司法判决确认或推定的权利最终会借助于修宪和立法程序转化为宪法权利和法律权利。在这里,正是司法的选择理性为权利体系的发展创造了有利的法律条件。然而,权利的宪法化和法律化,都不是权利保护的终点,而是在新的条件下进行权利推定和保护起点。对于社会主体追求利益最大化过程中造成的各种具体利益的冲突和纠纷,只有通过独立公正的司法才能进行有效的调整和救济,法院也只有通过体现价值选择理性的权利推定才能合理划分权利的界限,实现权利的协调和整合。利益冲突实质上就是权利冲突,权利乃是制度化的价值,权利冲突就是价值冲突。司法的选择理性要求法院在解决不同价值位阶造成的权利冲突和利益纠纷的过程中,坚持社会主流价值和社会整体效益优先原则;在处理同等价值位阶引起的权利冲突和利益纠纷的时候,应该遵守共同抑制原则尽可能地实现利益的平衡;在消解不同位阶价值引发的重大利益不平衡冲突的情形下,应当遵循社会正义原则,优先保护个人的生存权、人格尊严权和人身自由权,优先保护弱势群体的生存权和发展权。

### 三、权利推定的经验基础

从某种意义上讲,法律是社会交往的经验凝结,而社会的变化又总是超乎立法者的预期,因而更需要法院借助于司法知识和司法经验来保持法律与社会的良性互动。

#### 1. 立法经验的指引

在一般情况下,利益诉求只有通过政治程序转化为政治意志,进而通过立法审议和表决程序后转化法律意志和国家意志,才能最终取得法律权利的形式。立法机关在形式上总是强调依据宪法制定部门法,而立法过程实质上是一个价值推演和权利推定的过程。部门法的创制过程绝对不是一种单纯宪法规范的逻辑推演活动,而是对各种社会利益关系所内含的价值进行评价、推理和选择的结果。

无论是法律文本确定的权利还是法律文本没有记载的权利,都在不同程度上表达着人们价值选择的经验成果。随着社会交往方式和内容的日益丰富,规范行为、调整利益关系的价值选择经验终究会通过法律权利来表述和传达。人类每一时期的法律规范,既是对前一阶段价值选择和权利保护经验的总结,也是未来阶段价值选择和权利保护的起点。因此,法律文本构成了理解和认识权利的核心和基础,立法过程中有关价值认识、价值判断和价值选择的经验为权利司法推定提供了可资借鉴的资源。

当然,立法经验体现的是人们对普遍价值的选择和普遍权利的制度化安排方面的认识和智慧,而

[1]王泽鉴:《法律思维与民法实例》,[北京]中国政法大学出版社2001年版,第198页。

[2]参见[美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,[北京]商务印书馆1980年版,第392-393页。

法院从事的权利发现、权利确认的推定活动只是为了解决特定利益纠纷所进行的价值认识、价值评价和价值选择活动,司法裁判所确定的制度化价值需要通过反复的宣示和适用才能为社会所普遍接受,进而有可能发展成为具有普遍意义的法律权利。众所周知,特殊性寓于普遍性之中,权利的司法推定不能完全取代权利的立法确认,权利的司法推定必须建立在立法经验的基础上,必须接受权利立法过程中的价值选择经验的指导。在部门法制定活动中,立法机关对哪些利益具有法律保护意义、利益背后的哪些价值属于法律价值范畴、哪些利益必须上升到法律权利层次的判断,对法官进行的权利推定活动具有非常重要的启迪意义。法官无论是采用形式逻辑、辩证逻辑还是采用归纳分析等论证手段,价值选择及其法律拟制仍然是权利推定的核心环节。法官在进行权利推定时,习惯于通过法律拟制手段,将不同的事实、行为、利益赋予相同的法律意义,归属于同等的价值范畴,确认为同等的价值位阶。立法机关的法律创制与司法的法律拟制的一些共同属性意味着法院的权利推定与立法机构的权利安排具有相同的经验基础。法官拟制法律、推定权利的主要场所是在没有法律规定的争端中填补漏洞,在有法律规定的争端中区别前例,因此,法院推定权利的能量和范围又是极为有限的,法院在很多情况下的权利推定乃是在立法经验的基础上对个案的利益纷争及其价值诉求继续进行价值评判和选择而已。

然而,承认立法经验对法院权利推定活动的重要意义,并不否认法官在立法经验发展方面的作用,并不否认法院在权利推定活动中的创造性和发展性。交往经验的发展性、延续性和复杂性,决定了个体的权利要求会逐渐演变成公认的、普遍性的权利诉求,在无数个案中发现、确认和推动这些权利的法律化进程乃是法院发展法律、完善权利的功能之所在。

## 2. 司法先例的启迪

在很多情况下,法官必须通过法律解释进行权利推定。司法解释的目的是寻找和确定能够为当事人和社会公众所接受的裁判适用规范,而先例所承载的前期司法经验有着广泛社会基础,顺应了社会价值观的发展要求,因而能够为法官提供裁判类似案件的参考性法律理由,满足法官对司法确定性的期待。一方面,法官在权利推定的过程中运用司法先例经验既可以在一定程度上形成法律共同体的价值选择共识;另一方面也能在客观上起到限制和约束法官个人成见因素的作用。在现有法律对权利的边界规定不清楚的情况下,司法先例就成为法官确认和发展权利的经验基础。在胡克看来,法律的创制不能看作一个由公民选举议员组成议会为法院提供法律适用规范的单向度过程,日益复杂的法律和变动不居的社会已经使得这一图式成为严重脱离现实的教条,在议会作用的相对减弱的同时,更多地依靠法官的司法创造性,更多地发挥宪法法院和超国家法院的法律发展功能,乃是权利体系发展的必然要求<sup>[1]</sup>。无论司法先例是否被确认为正式制度,它所确立的价值选择经验已经被两大法系国家的法官和社会公众普遍认可和接受,在法律适应社会发展的进程中起着不可或缺的作用。

在权利保护领域,司法先例的影响和作用已经超越国界,有些地区的宪法法院持续地表现出其与外国司法经验进行对话的兴趣,时常在司法判决中援用外国判例中的原则、价值、法律精神等进行法律判断<sup>[2]</sup>。欧洲法院也非常重视成员国的宪法判例和法律判例的经验借鉴功能,欧洲法院试图通过判例规则和判例原则实现基本权利保护的司法化。欧洲法院在20世纪70年代通过司法判例申明人权原则蕴涵于欧洲共同体法中的一般原则中,这类基本权利必须在共同体结构和目标框架内得到保证,

[1]参见[比]马克·范·胡克:《法律的沟通之维》,孙国东译,[北京]法律出版社2008年版,第17页。

[2]参见[意]安乔内达·斯贝尔蒂:《宪法法官与法律比较》,童德华译,[武汉]《湖北警官学院学报》2009年第5期。

此后欧洲法院又通过一系列人权判决确认了人权原则的宪法地位,使之成为欧洲联盟法中有约束力的宪法原则,最后被《欧洲联盟基本权利宪章》所吸收。依据欧洲人权公约赋予的司法解释权,欧洲人权法院可以通过权利推定在欧盟区域最大限度地履行权利保护的司法义务。欧洲人权法院通过对公约中所有权利的建构性阐释,确立了对缔约国具有普遍约束力的判例法体系,从而为欧洲法院审判人权案件提供了权威的参考依据。显然,欧洲人权法院有关人权的判例性原则和欧洲相关人权公约及其议定书一起成为区域性的权利救济依据,区域司法先例成为权利推定和权利制度化的重要前提。最高人民法院精心遴选各地法院的经典裁判案例,作为一种司法先例的形式,也是我国法官司法经验的载体,同样能够给法官审理相关案件提供价值判断、利益衡量和权利推定的经验参照。

### 3. 司法职业经验的支持

法律作为一个规范体系,是逻辑推理和经验预测有机结合的产物。在英美法系国家,法官遵循判例、依照先例、创造判例的活动,都离不开司法实践理性的指引和司法经验的推演。法官在对每一个具体案件事实进行准确认定后,便要根据同类案件相同对待的原则做出最终的司法判决。但是,历史不会精准的重演,法官审理的案件与判例中的案件既有类似的地方也有不一致的地方,因此在判例类推的过程中,法官必须运用其自身的司法经验来认定具体个案的事实及其法律意义与判例事实及其法律问题的相似度。在大陆法系国家,法官没有英美法系国家司法者那样的造法权能,在没有法律规定的情况下仍然要受理具有法律意义的纠纷,并根据法律原则、法律精神、风俗习惯和社会公平正义观念审理和裁判案件。虽然依据法律原则、公平正义观念、相关法律规定建构的审判规范也具有一定的逻辑理性,但更多的是司法职业经验的凝结。

这种司法职业经验是法官在长期司法实践过程中积累的司法经验,在反映法官个体思维特性的基础上,相当程度上体现了法官群体共同的法律思维方式以及价值判断和价值选择方面的经验。因此,司法职业经验是法律共同体在运用法律解决实际问题过程中共同总结、不断思考和反复运用的整体化经验,是历经数代人的实践和尝试而达到的成就。普通法规范系统的内容主要是历经数代的法官发现、解释或陈述的结果,包含着超越任何个人所能拥有的丰富经验,即使人们没有透彻认识和把握这些规范系统,亦不会妨碍它们促进社会正义的实现<sup>[1]</sup>。这种整体化的司法经验包含着思考、反省、分析的各种过程,在文化传承基础上内涵着法律创新意义和整体性的价值诉求。法官共同体的司法经验是历代法官在继承和发展法律文化传统的基础上,通过典型案件的法律事实和审判规范的建构活动而形成的司法理念和价值判断智慧,从而成为回应新的权利诉求、推动法律发展、适应社会变化的宝贵资源。

法律发展的历史表明,当习惯权利发展成为普遍性的权利诉求时,不是个别法官的司法经验而是法官群体的整体性司法经验推动了习惯权利的法律化进程。当然,在审理案件时,法官不能采用不合理的习惯进行权利推定,而应该依托整体性司法经验赋予合理的习惯以法律效力。

### 4. 社会交往经验的借鉴

社会的经济结构规定了社会关系的种类、内容和性质,决定了人们可以主张的权利和必须履行的义务之种类和内容,建构起社会公认的价值体系,形成了共同体的文化交往经验和文化意识形态。因此,权利不是纯粹意志的法律幻想<sup>[2]</sup>,权利是社会交往经验的价值诉求,是存在于社会生活之中的习惯性主张。

[1]参见[英]弗里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上册),邓正来译,[北京]三联书店1997年版,第66页。

[2]参见《马克思恩格斯选集》第1卷,[北京]人民出版社1995年版,第133页。

习惯作为人类长期生产、生活经验的积累和总结,在历史的延续过程逐渐获得了一定理性特征。社会成员在社会交往过程中形成的共同行为方式,内涵稳定的情感因素、价值判断标准和经验性的期待。这种作为经验载体的群体习惯对案件的审理和判断有着极其重要的影响。普通法系国家法律成长的历史说明,权利体系在很大程度上是法院依据习惯权利进行权利推定的结果。在法官对权利进行司法推定的过程中,交往习惯确定的行为标准往往成为习惯权利能否为司法判决所认可的关键因素。在丽贝克·布朗看来,“传统标准已经日益成为是否作为新的基本权利的试金石。对于诉讼人来说,如果不能运用这一标准证明新的基本权利,那么将导致失败。”<sup>[1]</sup>戈登堡大法官在格里斯沃尔德案的协同意见中指出,在决定哪些权利是基本权利的时候,法官不能不受约束地依照自己的概念决定案件,而应该基于人民的传统和公共良知来判断某些原则是否根植于核心价值观念,能否归属于基本权利。如果某项权利具有这样的特点,我们就不能剥夺此项权利,因为剥夺了这项权利,也就同时侵犯了那些扎根于我们所有法律制度中的基本自由和正义原则<sup>[2]</sup>。显然,诉诸传统惯例已经成为美国联邦最高法院进行权利推定、认定基本权利的标准。依据普通法传统,合理性乃是某一惯例具有法律效力的要件之一,如果社会成员坚信某种习惯是实施权利与义务的渊源,事实上也是足以产生强制性权利与义务关系的行为规范,那么该习惯可能成为法院认可其权利主张的有力依据<sup>[3]</sup>。在法律实践中,职业习惯、商业习惯和其他一般性习惯不仅在非诉讼程序中仍然规范着人们的行为,而且还在诉讼活动中起着建构审判规则的作用,为法律规则的适用提供了某些行为标准。法院在确定某一行为是否是疏忽行为时,必须关注有关适当职业行为的习惯性方式,必须确定理智正常的人所遵守的习惯性谨慎标准是什么<sup>[4]</sup>。因此,权利推定应该建立在社会生活和司法实践的经验积累基础之上。

[责任编辑:钱继秋]

## Three Dimensions of Right Presumption: Value, Reason and Experience

Ji Jinhua

**Abstract:** Presumption, as an important mechanism for the judicial protection of human rights, must adhere to the principle of value selection. Protection of the citizen's equal status is the premise of the presumption, strengthening citizen's political autonomy is the basis of presumption, expanding the scope of citizens' literature is the purpose of the presumption, ensuring citizens' self-realization is the goal of the presumption. Right presumption relies on legal rationality, cognitiverationality, rational judgment and rational selection. It is also based on legislative experience, judicial precedent, judicial professional experience, and social interactive experience.

**Keywords:** right; presumption; value; reason; experience

[1]Rebecca L. Brown, Tradition and Insight, 103Yale Law Journal 201(1993).

[2]Griswold v. Connecticut, 381 U.S.479(1965).

[3][美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,[北京]中国政法大学出版社1999年版,第471页。

[4]参见[美]E·博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,[北京]中国政法大学出版社1999年版,第472-473页。