

理性实践法律

当代德国的法之适用理论

张青波 著

PRACTISING LAW RATIONALLY

CONTEMPORARY GERMEN THEORIES OF

APPLICATION OF LAW AND RIGHT



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

理性实践法律

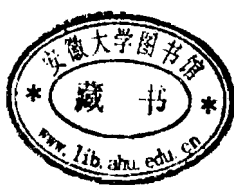
当代德国的法之适用理论

张青波 著

PRACTISING LAW RATIONALLY

CONTEMPORARY GERMAN THEORIES OF

APPLICATION OF LAW AND RIGHT



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

理性实践法律:当代德国的法之适用理论 / 张青波
著. —北京:法律出版社, 2012. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 3836 - 0

I. ①理… II. ①张… III. ①法律适用—法的理论—
德国 IV. ①D951.6

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 178254 号

理性实践法律——当代德国的法之适用理论
张青波著

编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 薛 晗
责任编辑 薛 晗
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 11.5
字数 269千
版本 2012 年 10 月第 1 版
印次 2012 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3836 - 0

定价:32.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

献给恩师

中国政法大学教授郑永流博士

**本书的写作和出版得到澳门基金会的资助，
作者谨致谢忱！**

自序

追求正义(公平), 可谓是法律人的崇高目标。然而在现代社会, 何为公平和正义, 却是众说纷纭, 莫衷一是。因此, 法律人输送正义, 要依据(大体可视为正当的)现行法律,^①而不能直接无忌惮地追求自己理想中的那种正义。正如学者所言, “实质正义——即使要实现它——绝不可能是具体法(实践)学的直接支点”。^②否则, 代替可检验之证立的将是任意的某种评价。^③正义要求法律人首先实践法律, 通过法律实现法律作为标准的平等对待, 来追求正义。法律人须将法律烂熟于胸, 形成一种从法律规范出发, 努力理解性地领会客观法的评价,^④

① [德]卡尔·拉伦茨:《法学方法论》, 陈爱娥译, 商务印书馆 2003 年版, 第 77、224 及下页。

② Werner Flume, Richter und Recht-Vortrag vor dem 46. Deutschen Juristentag, in: *Veröffentlichung des DJT*, Bd. II Teil K, München/Berlin 1967. S. 27.

③ Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien/New York 1991, S. 10.

④ Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1983, S. 147 f.

以分析和解决问题的思维方式,由此可以说法律人拥有了一种手艺。尽管这种手艺在不同国家里有很大不同,以致法律人留学之旅有更多艰辛;尽管它可能因应立法的变化而不断发展,促使法律人不能仅仅凭借司法考试证书就可高枕无忧;但这种手艺让法律人能够有信心面对其他行当的人,常常诘问后者:“你懂法吗?”法律人也由此拥有了安身立命之本,^①不致惴惴不安于丢掉饭碗后还有没有去处。

但是掌握法律还真不是一件简单的事情。虽然法律人能够下苦功背熟众多的法律条文,但是在用这些条文分析和解决案件时,总是会遇到很多的疑难。德国人将其总结为四类,^②它们在中国也不少见:

1. 法律语言较为模糊,难以判断待判案件是否属于法律规定的范围。或条文较为抽象,如警察利用自己的着装和枪支,私自夺取他人非法交易的黄金,是否属于《刑法》第382条中的“利用职务上的便利”;或概念外延不清,如《刑法》第263条第1项所规定的入户抢劫之“户”,是否包括学生宿舍;或用语具有歧义,如《刑法》第305条所规定的伪证罪,指的是故意违背记忆,提供证言,还是仅限于故意违背记忆,提供了与客观事实不符的证言。这类疑难是最为常见的:规范适用者主要的问题,是规范必然具有的一般性及每个具体事件的特定性之间的隔阂,具体化规范的任务正是媒介这两者。^③或者说,所有的规则都牵涉到要把某些情况认定或归类为一般性的语词所包含的事例。^④那么法律规范可否不使用这些一般、抽象、模糊、不清楚和有歧义的词语,而直接写下非常具体、一望便知、直接符合个案事实、容易操作的语词呢?恐怕是

① 郑永流:“安身立命 法学赖何”,载《法制日报》2001年1月14日。

② Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt/M 1991, S. 17.

③ 拉伦茨:《法学方法论》,第92页。

④ [英]H. L. A. 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第117页。

不行,原因有四:第一,不可能为每一个利益冲突制定一条特别的法律规范,以免规范的数量无法统计。^①例如,为了让法律完全控制判决和民众直接了解,《普鲁士一般邦法》以众多适用案例阐释它的一般概念,这种案例决疑式的风格,致使它拥有 19 194 条的宏大篇幅。^②故此,从一定数量的法条出发,裁判原则上无限数量之问题,并以规范文本加以证成之要求,对应着要求极度可解释的语言。^③第二,立法者不可能完全预见未来,过于具体的条款容易挂一漏万。第三,列举过于具体的事物,在事过境迁后,法律将面临更大的改变压力。第四,立法者甚至可能有意使用一些笼统的语句,或给予法官以衡平权,以防止法与正义之间的脱节。^④

2. 法律规范互相冲突,也不能用上位法优于下位法、后法优于前法、特别法优于一般法这样的准则协调,以致法律人很难知道应据哪一条规范裁判。比如商务部《摄影业服务规范》中所给出的示范合同第 3 项规定:“未选中的样片及底片恕不赠送,顾客加选另行付费。”而《浙江省实施〈中华人民共和国消费者权益保护法〉办法》第 22 条则规定:“摄影业经营者按照约定提供服务后,应当将全部照片、底片(包括数码相机的数据资料)交付消费者,不得自行保留,不得因此收取费用。”

3. 对于需要法律调整的事实,法律未做规定。如对于侵权行为致死者生前所抚养的人,《民法通则》第 119 条规定了其对加害人的生活费赔偿请求权,而对于死者的遗腹子,却并未规定该权利,遗腹子的生活费能否被赔偿依然是个问题。

4. 在特定案件中,规范有不合适之处,如果它不能被作为裁判的基

① [德]伯恩·魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社 2003 年版,第 92 页。

② [德]参见弗朗茨·维亚克尔:《近代私法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2006 年版,第 328 页;Stefan Meder, *Rechtsgeschichte*, Köln/Weimar/Wien 2008, S. 258 f.

③ Agnes Launhardt, *Methodenlehre aus rechtsrhetorischer Perspektive*, RTh 1, S. 151.

④ [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社 1984 年版,第 141 页。

础,如何裁判就成了问题。如某高校校规规定,男女学生同居者,一经发现,即行开除。如果被开除学生诉至法院,就有了法院寻找裁判标准的问题。

后三种疑难案件的出现,都是因为立法者也只是能力有限的人:这就导致了法律的不合目的性、不周延性、滞后性,^①他们不可能预知未来可能发生之所有可能情况的组合,^②而且法定规则源自不同的历史发展阶段,法秩序部分领域的评价也不能立即贯穿到另一个领域上,相互之间难免产生评价上的冲突。^③

在这些法律显得无能为力的情形下,法律人如何裁判呢?正义要求法律人理性地实践法律:对法律未给出清楚或妥当答案的案件,既不能随便地——如通过掷色子决定——做出一个裁判,也不能盲从自己的愿望、偏好、情感、心理、直觉。所以说,防止具体判断的主观性流于恣意,迄今仍是法律家不可推卸的责任。^④法律人无权将他们个人的评价强加于他人(除非不可避免),因为法律人所执掌的国家公器,不能仅仅依据法律人个人的道德观念来强制他人,^⑤而是要尽力发挥自己的理性,找到某种有道理的、有根据的、能够理性^⑥把握和验证的标准,说明

① 徐国栋:《民法基本原则解释》,中国政法大学出版社2001年版,第176~181页。

② 哈特:《法律的概念》,第124页。

③ 拉伦茨:《法学方法论》,第361页;vgl. Canaris, Systemdenken, S. 112。

④ 季卫东:“法律解释的真谛”,载季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版。

⑤ Bydlinski, Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 34, 265。

⑥ Delf Buchwald (Der Begriff der rationalen juristischen Begründung, Baden-Baden 1990, S. 279 ff.) 仿照阿列克西的内部和外部证成,分别核心和外围证立,前者中的理性为:逻辑推导的正确性、实证法或其允许的规范作为推导裁判的必要前提、含有特定化行为构成的事实描述、非循环性。后者中的理性为:核心证立之前提逻辑推导的正确性、核心证立中出现的实证法规范能根据更普遍的规范而被证立、核心证立用到的经验语句必须由普遍规律或统计性经验规律证立、用于证立核心证立之前提的或然规律依据最严格的现存信息并让各规律的运用条件满足、论据和裁判与法秩序的或其允许之道德的任何规范相容。被我斜体表达的条件涉及正文中理性概念。

选择做出某种裁判的理由,以使法律人仍能理直气壮地说,他的裁判依据的如果不是规定在法律中的正义,就是正义本身,它给出了某种正当标准来平等对待每一位当事人。^①如果说任何科学追求,通过它的各个语句可能有清楚和理性可检验的证立,把握它的对象,^②那么凭借能够理性论证的这种正义标准——虽说它未必能在所有待决案件中的任何工作阶段都存在(以致法官个人的主观信念和感觉有时也要发挥作用),法学也就多少有资格宣称它提出的命题,不仅是对实证法的复述,也是学识的成就。

法学可以研究法律问题及实证法对此等问题所提供的解答背后之特定法律思想(法律的理由)、其主导的法律原则、一定的事物结构,以及因此等结构而要求之差别处理,借助它们或者可以对前述解答提供根据(将之正当化),或者要求应提出新的解答。而只有大家理解待决的问题及其迄今的解决方式,才能真正了解新的解答。法学经常会追溯在其他法律状态中提出的解答,其故在此。^③

可见,现行法规范、实证法背后的法律理由、原则、思想所构成的无矛盾体系,能够对法律解答发挥审查作用:它不仅要符合逻辑,更要符合其他规范、法律目的,甚至在事理上恰当,^④方能被视为成立的法律命题。因此,法律人会有信心地认定自己掌握的这门学问或手艺,虽然不是自然科学或数学那样的严格科学,但多少具有独特的价值,它并不完全受不同国家不同时代政客和立法者的摆弄,也不会在立法者改动三个字后就变成废纸。毋宁说,制定法律必须有法学上的准备,它绝不会

① 法官不能因为某位女士有一个令人陶醉般的别致上翘的鼻子而同意她离婚,这在认可诉讼或同意离婚的体制内不被接受为好理由, see Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford 1978, p. 15。

② Nobert Horn, *Bedeutung der Topiklehre*, NJW 1967, S. 602.

③ 拉伦茨:《法学方法论》,第118页。

④ 拉伦茨:《法学方法论》,第328页以下。

因立法变动失去价值,而是在法的发展中被扬弃、变得丰满、成为解答问题的永恒储备;即使它如其他学科的知识一样可能老化,但如若不然,也不可能有任何进步。^①面对法律难以应对的疑难案件,如果法律人不去努力寻获审查法律解答之体系的内涵、实践体现于其中的正义标准、探讨实证规定之基础的法学知识,而是一开始就罔顾正义的要求,屈从于非理性的、不能正当化的个人偏好、愿望、心理、情感、直觉,他就没有理性地实践法律,这种裁判由于缺乏能被正当化的标准,也不符合正义的要求。

这种正义不能脱离于法律来理解,而是与法律有着密切关联:通过对法律中的评价做一贯性的思考,并借助由此获得的一般法原则填补漏洞,要比仅从实质正义证明某种法思想的约束性容易得多;由支撑法秩序之基本评价构成的体系论述通常也表达了实质正义,只在特殊情形下才得被后者突破。^②法律通常能够实现这种正义,但在法律因它必然的性质而不能时,这种正义可以作为裁判案件的标准。我们或可称这种正义为法,因为在欧陆的语言中,法和正当(的权利)用一个词(Recht, droit, diritto, derecho)表达。在欧陆,法不能先验确定并仅仅存在于法律规范中,对它的研究是所有法学家的任务,以在每个案件中达到符合正义的解决。^③所以,如果法律人要理性地实践法律,在分析和裁判案件时与其说适用法律,毋宁说适用法,以弥补法律的不足,从而实现正义。

那么,法究竟是什么?好在从古罗马算起,法学走过了两千多年的历史,前辈们对这个问题给我们留下了丰富和宝贵的解答。在当代西

① Canaris, Systemdenken, S. 31 f., Fn. 63.

② A. a. O., S. 100, S. 106 ff.

③ 达维德:《当代主要法律体系》,第145页。

方法治国家中,英美法系对实践法律的探讨似乎不大有力,也许因为那里传统的法律观不认为法律是法的正当表现方式,法律规范只有在法院实施和解释后,才被接纳,一旦可能,被引用的将不是法律条文,而是实施法律的判决,只有通过判决,才能懂得法律要说什么。^①

与此不同,在欧陆法系,自19世纪直至今日,法律在法源中占据优势地位,法律推理的出发点也是成文法,^②相应地,德国人从19世纪以来形成了众多享誉世界的学派——概念法学、利益法学、自由法学,对有关问题已经有了深入的探讨。当代的德国(及德语区)学者除了续写光辉的传统外,更因为德国《基本法》第20条第3款后半句规定的“行政权和司法受法律与法的约束”,系统并深刻地研究了与法律并列的法。这里,法官有义务不仅根据法律,也要公平和公正地判决;^③法规范的发现不等于法律适用,法官不仅须“正确”适用既定规则,而且应该努力做出一项“正当”的纷争裁判;^④而法律和法同一,法律没有漏洞,导致请求权只能在法律规定时才产生,也不被看做满意的结论;^⑤相反,承认与实证的法律并存着另一个法的层面:作为法律规范之基础利益评价的法律理由和法原则。^⑥这种努力不仅是学者们的智识成就,也强烈塑造了德国的司法实践,对此可以通过德国联邦宪法法院著名的“索拉娅”判决而略知一二:^⑦

法律与法虽然一般来说事实上、但不必然和总是相同。法并不等

① 达维德:《当代主要法律体系》,第359及下页、416页。

② 达维德:《当代主要法律体系》,第101、117、119及下页。方法论之受制于法状态和法秩序,以及相当的独立性,参见拉伦茨:《法学方法论》,第121页以下。

③ [德]赫尔穆特·科殷:《法哲学》,林荣远译,华夏出版社2003年版,第222页。

④ 拉伦茨:《法学方法论》,引论第20及下页、223及下页。拉伦茨(第84页)视法为规范性意义中的现行法,所有法规范的整体,必然包含与法律思想、法理念或法律原则的意义联系。

⑤ Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, Heideiberg 1999, S. 70.

⑥ Bydliniski, Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 246.

⑦ BVerfGE 34, 286 f.

同于成文法律的总体。相对于国家权力的实证设定,可能在法上存在更多东西,它在作为意义整体的合宪之法秩序中拥有其渊源,并能对成文法律发挥矫正作用,发现并在裁判中实现它,是司法的任务。根据基本法,法官未被要求,将立法者的指示在可能的文义界限内适用于个案。一个这样的要求将预设实证国家法秩序原则上的无漏洞性——作为法安定性的原则要求是合理的,但实践上不可实现的状态。法官的活动不在于认识和宣示立法者的决定。司法的任务特别要求,通过评价性的认知、却也不缺乏意志要素的行为,揭示并在裁判中实现,内在于合宪之法秩序、却没有或未完全表达在成文法律文本中的价值观念。在此,法官必须摆脱任意,他的裁判必须依据理性论证。必须能让人理解,成文法律未发挥其公正解决法之问题的功能,那么法官的裁判就根据实践理性的尺度和“共同体基本的一般正义观”填补这个漏洞。

可见,法律之外的法,在当代德国的学说和实践中,占有重要的地位,甚至可以说是当下德国法哲学的核心概念,它和关乎理性实践法律的法律方法论、法律论证理论之间也存在难解难分的关联。学者们的有关努力,正是希图让法律实践更多地被理性化,更多地以法和正义为依归。本书的目的,正是引介当代德国(德语区)学者对如何理性实践法律,法或正义如何在作出法律裁判时发挥作用所做的思考。因此命名为《理性实践法律——当代德国的法之适用理论》。

本书所引介的文献中,第3~10章是我觉得引起广泛关注和讨论、影响很大的、尚未译成中文的作品,它们的作者——埃塞尔、菲韦格、克里勒、菲肯齐尔、科赫、吕斯曼、比德林斯基、帕夫洛夫斯基、米勒、克里斯滕森,也都是声名显赫的一代学者,故将它们冠以“经典”之谓,成为本书的主干。有关法之适用理论的经典作品,如考夫曼、拉伦茨、阿列克西、科殷、恩吉施、魏德士等人的论著有一些已被译为中文,不必再费引介的笔墨。第1章是否收入本书,我曾颇为踌躇,虽然它对拉伦茨原

著袭取过甚,但它毕竟以较小的篇幅给出了一个一百五十余年方法论的历史梗概,而大陆学人素来仰慕的陈爱娥教授也为她的译作提炼出过导读,因此第1章的文字并非多余,或可为当代的相关理论展现纵向历史的深度;而第2章中帕夫洛夫斯基写就的导论,则以非常小的篇幅、极为宏观地导引了有关法律适用的问题,在涉及法律方法之纵向发展的同时,也少见地提到法哲学、法社会学,而能为法之适用理论说明横向学科间的联系。因此我把这两章文字归并成“背景”作为第一部分。第11~14章所涉作品,都是较晚近的博士论文,和我的论文直接相关,当年阅读它们,正是为了写作博士论文,然而它们涉及的主题也都常被提到,不单单和我当年关注的后果取向相关,从中读者朋友也许能了解有关主题较新的讨论状况,其作者德歇特、诺伊纳、阿肯、里姆也都是正当年的法学教授,所以我称它们为“新锐”,放在第三部分。在各个部分引介的作品,我都按照最后一版出版的时间排列,期能展现理论发展的脉络。

需要说明的是,对应本书反复涉及的法(正义)与法律之间的差别,为了避免混淆,我在本书中将 *Gesetz* 一概表述为法律:形式意义上的法律是由专门立法机关(议会)按照正式程序设定(*setzen*)和公布的决定,也包括按照正式程序制定的宪法;实质意义的法律是含有对不确定之多数人普遍具约束力之规整的任何国家命令,包括形式意义之法律(类似预算法那样不具规整特征的除外)、行政机关和自治团体有权自主或依据授权制定的法规命令和规章;本书所提到的法律,是广义、实质意义的法律,也可称为成文法、制定法。*Recht* 翻译为法,它不仅涵括法律,还包括法律之外的国际法、欧盟法、习惯法,以及从中可推导或归纳出的(不成文)思想、原则、理念、价值,甚至实证法规则之外的超实证正

义要求(自然法、神法、理性法),这些标准能够补充甚至纠正法律。^①此外,尽管在实务上有重要意义,在尚未成为习惯法之前,司法实践(法官法、判例)却不能称为严格意义上的法,没有法的约束力和强制力。^②这同样也适用于公认学说。相应地,Legalität 则译为合法律性,Legitimität 则根据脉络称为合法性或正当性。

是为序。

① 引入超实证标准,一方面应对了实证法律可能有的问题(详见下文第13章),另一方面否定了法实证主义的分离命题(法律与道德之间并无必然联系,法是什么和法应该是什么的问题,应该分开处理),却不但不会导致法律因个人价值观念的不同而变成游移不定的行为标准,而且还会使得法律由此丧失权威性。参见陈景辉:《法律的界限》,中国政法大学出版社2007年版,第75页以下、316页。

② Vgl. Canaris, Systemdenken, S. 69 f.

目 录

自序 / 001

第一部分 背景

第1章 法学方法论前史 / 003

1.1 萨维尼的方法论 / 003

1.2 概念法学 / 006

1.3 实证科学概念影响下的法律理论 / 009

1.3.1 比尔林的心理学法律理论 / 009

1.3.2 耶林转向实用法学 / 010

1.3.3 早期利益法学 / 011

1.3.4 自由法学 / 013

1.3.5 转向法社会学 / 014

1.3.6 凯尔森的纯粹法理论 / 015

1.3.7 魏因贝格爾的制度法实证主义 / 017

1.4 20 世纪前半期脱离实证主义的法哲学 / 018

1.4.1 施塔姆勒的“法学理论”和“正法”学说 / 018

1.4.2 “西南德意志”的新康德主义和价值理论 / 020

1.4.3 客观理想主义和辩证法 / 024

1.4.4 现象学法理论 / 028

1.5 总结评论 / 030

第2章 法哲学 法社会学 法律方法论 / 033

2.1 法律方法论为何需要法哲学与法社会学? / 033

2.2 哲学进路与法学立场 / 034

2.3 作为法之适用的法律人之业 / 038

2.4 法律方法论之发展与现状 / 041

2.5 法与法哲学 / 047

2.6 法与法社会学 / 049

2.7 总结评论 / 050

第二部分 经典

第3章 前理解与法律方法论 / 059

3.1 理论梗概 / 059

3.2 法之发现工作的对象和涵摄过程 / 063

3.3 法律理解与从法律中发现法 / 070

3.4 解释、正确性信念与法之续造 / 074

3.5 法官在法之发现过程中的自由与约束 / 086

3.6 总结评论 / 087

第4章 论题学与法学 / 096

4.1 两种思维方式 / 096

4.2 论题学要点 / 097

4.3 法史中的论题学 / 100