CSSCI来源集刊



法律方法

Legal Method

第29卷



主　　编·陈金钊　谢　晖
执行主编·戴津伟

中国出版集团
研究出版社

需要全本请访问 www.ertongbook.com

图书在版编目 (CIP) 数据

法律方法 . 第 29 卷 / 陈金钊 , 谢晖主编 . -- 北京 : 研究出版社 , 2019.11
ISBN 978-7-5199-0692-4

Ⅰ . ①法… Ⅱ . ①陈… ②谢… Ⅲ . ①法律 - 文集
Ⅳ . ① D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 274357 号

出 品 人：赵卜慧
责任编辑：张立明

法律方法（第 29 卷）
FALV FANGFA（DI 29 JUAN）

作　　者	陈金钊　谢　晖 主编
出版发行	研究出版社
地　　址	北京市朝阳区安定门外安华里 504 号 A 座（100011）
电　　话	010-64217619　　64217612（发行中心）
网　　址	www.yanjiuchubanshe.com
经　　销	新华书店
印　　刷	河北赛文印刷有限公司
版　　次	2020 年 1 月第 1 版　　2020 年 1 月第 1 次印刷
开　　本	710 毫米 ×1000 毫米　1/16
印　　张	26
字　　数	547 千字
书　　号	ISBN 978-7-5199-0692-4
定　　价	85.00 元

版权所有，翻印必究；未经许可，不得转载

法律方法

(第 29 卷)

主　编

陈金钊　谢　晖

学术顾问

(以姓名拼音为序)

郝铁川　胡玉鸿　蒋传光　季卫东
李桂林　刘作翔　舒国滢　沈国明
孙笑侠　王　申　熊明辉　叶　青
於兴中　张斌峰　张继成　郑成良

编辑委员会

(以姓名拼音为序)

陈金钊　戴津伟　杜文静　黄　涛
金　梦　蒋太珂　刘风景　吕玉赞
宋保振　杨铜铜　杨知文　俞海涛

本卷执行主编

戴津伟

序　言

人们不能总是消费别人的信任而不断地进行压服，司法裁判只有阐明裁判结论的形成过程和正当性理由，才可能提高裁判的可接受性，实现法律效果和社会效果的有机统一。法律方法就是站在维护法治的立场上，把法律作为修辞进行说服的纠纷解决方法，其包括但不限于法律发现、法律解释、利益衡量、漏洞填补、法律推理以及法律论证。而法律方法论则是对法律如何被运用的一系列解释、论证和推理的技巧、规则、程序、原则的系统思考。由于对逻辑思维的轻视，我国法律方法论的研究起步较晚。但自 21 世纪初以来，随着对思维方式的体系化改造，法律方法论研究逐渐成为我国法学研究中的一门显学。

创刊于 2002 年的《法律方法》，迄今已经出版 29 卷，为法律方法论人才的培育，法律方法论研究的普及、深化、繁荣，提供了专业化的学术交流、切磋平台。多年来，幸赖学界同仁的支持、出版界同仁的合作，《法律方法》与学界同仁一道，共同推动了中国法律方法论的研究，见证了法律方法论研究的繁荣。

法律方法论研究的持续繁荣蕴含着研究契机的转换。随着裁判文书上网、案例指导制度的建立，学界越来越关注司法实践发展出来的教义规则及其方法支撑。法律方法论的研究正从以译介消化域外相关理论为特色的学说继受阶段，转向以本国立法、司法实践的教义学化为契机的本土化时代。面对这一新的发展趋势，我们认为，促进法治中国建设、生成法学教义规则，理应成为今日法律方法论研究的出发点和落脚点。法律方法论研究也应当在继续深挖法律方法的基础理论之上，提炼能够回应我国实践需求的命题。

因而，我们需要继续深挖法律方法的基础理论，拓展法律方法论的应用研究。

一是法律方法与法治的关系。法律方法依托于法治，没有法治目标，要不要法律方法都无所谓。基于何种法治立场、实现何种法治目标、讲述何种法治故事，是奠定法律方法论价值取向的前提性问题。如果忽略对这些问题的研究，法律方法的研究、运用必将沦为方法论上的盲目飞行。

二是法律方法与逻辑的关系。逻辑是思维的规律和规则。法律方法表现为各种具体的法律思维规则，法律思维规则构成了法律方法的骨架。如今，逻辑学经历了传统的形式逻辑向实质逻辑的转向。结合逻辑学的新变化，建构法律解释、法律推理、法律论证模型，对夯实法律方法论的逻辑基础，强化法律方法论的实践指向，具有重要的理论和实践意义。

三是回应实践需要提炼新的命题。面对法律供给不足的现实，我们应当坚持“持法达变”思维，把法律当成构建决策、裁判理由的主要依据，重视体系思维，将宪法中的“尊重和保障人权”原则融入到法律思维或者法律方法之中，以防止“解释权”的误用、滥用。这意味着，法律规范的供给不足隐含的是法律方法或者说法律思维规则供给不足。因此，面对法治实践的需要，应不断提炼出反映中国法治实践需要、满足中国法治实践需要的新的理论命题或者规则。

在法律方法研究重点发生转向的新时代，《法律方法》将“不忘初心，牢记使命”，继续秉持“繁荣法律方法研究，服务中国法治实践，培养方法论学术新进”的宗旨，为我国法律方法研究的繁荣，法律方法研究的实践取向，以及法律方法人才的培养，做出应有的贡献。同时也希望各位先达新进不吝赐稿，以法律方法论研究为支点，推动中国法治建设。

陈金钊

需要全本请访问 www.ertongbook.com

目　录　　法律方法　（第 29 卷）

序　言　　陈金钊／ I

域外法律方法论

方法论视角下的制定法解释　　［德］卢卡斯·贝克著　钱炜江译／ 3
法律拟制理论
——评费英格的假如哲学　　［奥地利］凯尔森著　俞海涛译／ 15
关系与规范　　［苏联］帕舒卡尼斯著　姚　远　丁文慧译／ 30
法律裁判中的比较推理　　［意大利］Damiano Canale 著　徐志强译／ 44
法律逻辑中的形式与非形式方面　　［波兰］沃伦斯基著　杜文静译／ 63
为什么法律推理必须是独特的　　［波兰］马西耶·科斯佐夫斯基著　王瑞超译／ 76

法律解释前沿

法律解释理论　　［美］查尔斯·W. 科利尔著　丁福金译／ 91
论澳门法律文本双语差异的解释
——以“重复提名案”为例　　王荣国／ 127
合同解释、合同补充与合同修正　　［德］耶尔格·诺伊尔著　时军燕译／ 143
条约解释中的拟制因素　　［英］朱利叶斯·斯通著　黄炎译／ 162
论《唐律疏议》中“轻重相举”的解释方法　　卢　勇／ 178

司法方法论

案例指导制度下的一般裁判规则构造 李姝卉 / 193
论指导性案例释法功能之完善 孙 跃 / 207
裁判文书中的“法理”：含义类型、基本态势及其启示 孙光宁 / 219
法律思维视角下的案例教学法 翟 磊 / 247
作为司法论证形式的威格摩尔图表法 童海浩 / 262

部门法方法论

本土化视域下竞争中性原则的诠释与构造 翟 巍 / 285
经济刑法中兜底条款的解释与适用 曲彦蓉 / 299
民法立法目的条款司法适用进路研究 齐 健 / 314
利益衡量在行政审判中的运用 黄 辉 / 330
互联网灰色产业的刑法规制检视 王 筱 / 345
推进京津冀立法协同的体系化机制 孙日华 / 358
强奸罪成立要件中“被害人不同意”的解释路径 骆 群 / 372
巴塞尔协议的适用方法及我国资产管理的法律构造 杨 帆 / 391

《法律方法》稿约 / 406

域外法律方法论

方法论视角下的制定法解释*

［德］卢卡斯·贝克** 著　钱炜江*** 译

众所周知，方法论在法学的工作中占有非常突出的地位。它致力于解决制定法应当如何解释的问题。但解释与解释方法并非是事先确定并在细节上无法讨论的；相反，它们是涉及理论模式的，而这与其他精神科学并无差别。本文即致力于对其中的一部分理论加以研究。借此进一步理解：为何法律解释需要依赖这些在法学中占有确定地位的解释方法。

一、制定法解释作为法学的工作

法学的工作具有这样一种特征：它尝试从特定的事实构成要件和法律问题当中得出正确的解决方案。为此常常就必须要问：如何理解某一条制定法的某个具体特征。而法律人为了达成这一目标，就必须从事法律解释。是故，这种解释是法学工作方式的核心部分。① 按照萨维尼的话说："法律解释是一种科学的事务，是法学的开端与基础。"② 理论研究与法律实践在此处交融。法学研究所采用的方法也就是惯用的法律解释方法。这一核心领域的研究以及法学工作的质量就体现为其对于解释方法更为可靠以及有序的处理。

二、解释的目标

（一）寻找规则的含义

解释的目标就是查明制定法所表达的含义。通过解释查明制定法规定的内容。③ 因制定法就是规则，是故也就是要查清规则的含义。

---

* 基金项目：本译文系国家社会科学基金青年基金项目"大陆法系司法传统下的法律类推适用研究"（项目编号：17CFX053）的阶段性成果。

** 卢卡斯·贝克（Lukas Beck），黑森州法官，维尔茨堡大学法学院兼职教师。原文发表于《法学教育》（JURA – Juristische Ausbildung），2018 年第 4 期，第 330 – 338 页，原文为德文。

*** 钱炜江，男，浙江桐庐人，法学博士，浙江财经大学讲师，研究方向为法律方法、法哲学。

① BVerfG，NJW 1990，2457，2458.

② 萨维尼：《当代罗马法体系》第一卷，1840 年版，第 206 页。

③ BverWG，NJW 1973，1491，1494.

（二）规范目的查明只是整体解释工作的一部分

当提及解释的目标是查明规范含义的时候，很容易就认为人们是在找寻规范的目的：大家会问自己，规范的目的应当是什么。但当人们翻阅方法论书籍时就会发现，目的解释只是众多解释方法的一种。而这是基于如下的理论观点：目的解释仅仅是解释工作的一部分。它在法律方法理论中，是与其他解释方法并列的（例如体系、文义、规范发生史）。① 德国联邦最高行政法院（BverWG）在最近的判决中指出："解释乃是基于文义、体系、发生史以及意义和目的的整体图景。"② 总而言之，这些方法表明了规范的真正含义。③ 解释方法应当同时且并列地加以运用。④ 所以，法秩序并未给出不同解释方法之间的先后顺序（于此本文第四部分还将论及）。⑤ 这些方法只是相互补充。⑥

（三）目的导向的解释应当服从于对规范结构的考量

1. 概说

如果人们接受解释须基于不同解释方法所构建的整体图景的话，那么他们也必须接受解释的目标并非是查明规范目的。因为如若目的解释仅仅是众多解释方法中的一种，它就不能单独导出解释结论。

目的解释还需要基于对规范结构的考虑来加以填补——这就是说要探究为了达成目的，规范都采用了怎样的手段。目的与手段都有着相对独立的基础：目的并不必然高于手段。某个规范可能想要追求某个特定目的，但刚好缺乏有效手段。而目的也不是要尽一切可能来加以达成的。规范本身毋宁已经限制了为达到目的所能够运用的手段。根据规范目的对规范进行解释并不只是涉及立法者最初设置的目标，还要考虑达成这一目标的手段。这涉及目的与手段，目标与达到目标的途径。

2. 实例：公司法中的资本维持

例如，可以发现《有限责任公司法》第 30 条以及第 31 条所涉及的"资本维持"的目

① Mann：《法律操作技术导论》，2015 年第五版，§ 6 页边码第 240 页。

② BverWG，NVwz 2012，1250，1251.

③ 参见 BverWG，NVwz 1973，1491，1494。

④ BverWG，NVwz 1973，1491，1494.

⑤ Larenz：《法学方法论》，1991 年第 6 版，第 345 页；萨维尼：《当代罗马法体系》第一卷，1840 年版，第 215 页；Mann：《法律操作技术导论》，2015 年第 5 版，§ 6 页边码第 245 页。法律解释要素之间的秩序仅仅被用于其自身运作的组织目的。（Mann：《法律操作技术导论》，2015 年第五版，§ 6 页边码第 245 页）；最近的观点参见 Walz 在《法学学习杂志》（ZJS – Zeitschrift für das Juristische Studium）2010 年版上的文章，482 页以及 486 页以下。

⑥ BverWG，NJW 1973，1491，1494；BverWG，NJW 1960，1563，1564.

需要全本请访问 www.ertongbook.com

的是保护公司债权人。[①] 为达到这一目的，公司所占有的资本不得返还给公司股东。这是一个很好的目的。而规范结构也表明了其运作方式（die Funcktionsweise）：不得将资本支付给其股东（第 30 条第 1 款第 1 句）；如果发生了这种给付，那么应当返还给该公司（第 31 条第 1 款）。而债权人对此并没有任何请求权。根据《有限责任公司法》第 31 条第 1 款，对此具有请求权的仅是该公司。是故，债权人并非得到直接的保护。他所能得到的保护只能通过（作为其债务人的）公司加以实现（同时也要承担该公司在取得款项后破产的风险）。保护债权人的规范目的并没有通过规范的运作方式而最终地加以达成。这种资本维持的模式是通过整合规范目的与规范的运作方式而得以实现：《有限责任公司法》第 30 条、第 31 条应当保护债权人利益（规范目的）。而其运作方式是：股东不得持有公司资本。至于这些资本是否用于对其他债权人的支付，《有限责任公司法》第 30 条、第 31 条根本没有触及——这些规定并不涉及公司向股东以外的人支付金钱的情况。

3. 小结

《有限责任公司法》中的资本维持能够很好地体现规范目的以及规范运作方式的协调：法律并不是不惜一切代价地追求规范目的（保护债权人）。这一目的也不能使得一切可能手段都得到辩护——所能采用的手段仅被限制在以公司财产向股东进行支付的情况。也只有在这种情况下，资本维持的手段才能够介入。如果人们能够将规范目的与运作方式协调，并考虑其他解释方法，就能了解规范的真正内容。关于资本维持，法律目的在于保护公司的债权人，而这一目的又是通过公司向股东提出要求加以实现的。

4. 对于前述结论的批判性检验

当然，前述思考是纯理论性质的——它做了很多的缩减。人们完全可以说，资本维持原则的目的并不只是保护债权人，而是以保护注册资本免受股东侵害的方式来保护债权人。那么此时以独立的规范运作方式为目标的解释就位于较次要的地位了——规范目的本身将成为研究的主要对象。事实上规范目的也常常被首先加以注意。在许多法学研究中，人们并不能对规范目的及规范结构做清楚的分类。然而，人们应当记住，这两者所表达的是不同的范畴，而这些范畴可以使困难的解释问题得到明确和适当的分析。

三、解释的标准

（一）制定法解释须依照法律实行

制定法是法律解释的对象——而法律解释方法则是解释的手段。但解释的标准并没有因此而得以确定。此处若考虑一下《德意志联邦共和国基本法》（以下简称《基本法》）

---

① Ekkenga：“德国有限责任公司法第 31 条评注”，载《德国有限责任公司法慕尼黑评注》2015 年第 2 版，页边码第 1 页。Fastrich：“德国有限责任公司法第 31 条评注”，载 Baumbach/Hueck：《德国有限责任公司法评注》，2017 年第 21 版，页边码第 1 页。

第 20 条第 2 款的规定将会有所帮助。因该条规定，行政与司法受制定法以及法律拘束。这里的“受制定法以及法律拘束”显然不同于单纯受制定法拘束。当人们对“制定法”的理解产生疑问的时候，或是当人们认真对待前述所谓“受法律拘束”的时候，那么人们就必须把存有疑问的规范视为整体法的反映。（所谓整体法同样可以借助解释加以查明）

（二）查明成文法所表达的内容

体系解释作为一种经典的法律解释规则能够部分地达成前述任务。[①] 当然，这里并不涉及法的整体结构，而仅仅是在成文法秩序中相关规范如何理解的问题。根据联邦宪法法院的观点，“立法者对于实质性脉络关系的设想是，作为整体的规则具有能够理解的统一意义”。[②] 而被置于实质性脉络关系中的法条，在解释时，原则上应当予以逻辑性的协调。[③]

（三）查明不成文法的内容

《基本法》第 20 条第 3 款所谓“法官受法律拘束”也包括受不成文法的拘束。[④] 所以对于规范内容进行探究的尝试也必须考虑这一脉络关系。这一关系之所以有重大意义，一方面在于可以从中导出不成文法，另一方面也在于能够对于成文法提出修正。[⑤] 当法律解释符合处于整体关系中的法律时，这一解释才能够获得可接受的结论。然而，知易行难。许多时候，判断只能停留在某些合乎价值的思考上，而后者可能并不总是正确的，但提供了向正确靠近的可能性。最后，涉及的是这样一个问题：某个行为是否已经被纳入法秩序当中——或是被该法秩序所禁止，或是被该法秩序所允许。

人们似乎还想更进一步加重从事法律发现的法官的负担。《基本法》第 97 条第 1 款规定：法官只服从于制定法——而这也许为偏离第 20 条第 3 款的解释提供了基础。但实际上一般并不如此解释[⑥]或者至少并没有被当作问题对待[⑦]。对此，人们当然可以说，“服从”（《基本法》第 97 条第 1 款）并不等于“拘束”（《基本法》第 20 条第 3 款）。然而，联邦宪法法院已经用恰当的言辞更好地说明了法官不得逃避其职责：“寻找法律中那些与成文法对立的不成文法律并在判决中对之加以实现，乃是司法的任务。《基本法》绝非要求法官只在文义界限内适用制定法的命令——这种要求原则上是以实证的国家制定法秩序

---

① Mann：《法律操作技术导论》，2015 年第 5 版，§ 6 页边码第 235 页。

② BVerfG，NJW 1978，2499，2500.

③ BVerfG，NJW 1978，2499，2500.

④ BVerfG，NJW 1973，1221，1225.

⑤ BVerfG，NJW 1973，1221，1225.

⑥ Sachs：“基本法第 20 条评注”，载 Sachs：《基本法评注》2014 年第 7 版，页边码第 119 页：第 97 条第 1 款强调了司法受制定法以及法律的拘束。

⑦ Hillgruber：“基本法第 97 条评注”，载 Maunz/Dürig：《基本法评注》2016 年版，页边码第 26 页。

无漏洞为前提的，而这是不可能的……司法的任务特别要求阐明那些内在于宪法秩序但又未能形诸成文法或未能在成文法中得到完整表述的价值立场，并在判决中对之加以实现——虽然这一行为不可避免地带有主观任性的因素。”① 所以，法律适用的标准就是法律（《基本法》第 20 条第 3 款）——这包括根据不成文法所进行的法律解释。

（四）小结

在制定法解释时，若要使用单一的法律方法，则必须关注解释的标准问题。而这所涉及的并非对规范某种可能的抽象解释，而是在法秩序整体的背景之下对于规则内容的查明。

四、在法律解释中，对于解释要素优先顺位的保持

（一）概述

如前所述，取得可接受之判决结果的必要条件，是对于法律解释方法的恰当处理（参见第三部分第〈四〉点的论述）。而这种处理会涉及以下这个问题即（第三部分第〈二〉点已经有所提及）：不同的解释方法之间是否有一种具有拘束力的顺位？或退一步说，在特定的案件中是否可以找到这种顺位关系？对于前述问题，无论是实务界还是理论界的主流观点都倾向于给出否定答案。②

（二）文义作为最高的界限

在主流观点之外，也有采用确定的解释方法顺位的学者，他们提供了不同的论证方式。③ 一种观点认为，文义是优先级别的解释方法，④ 因其构成了解释的界限。⑤ 但这种界限在理论与实践上都难以确定，因为文义本身并没有被明确加以规定；而且对于在理论上由何种（语言学的）道路去获得文义本身就存在理论上的争议。⑥ 德国联邦最高行政法院对所谓“一般语言用法”提出疑问，但稍后即将之作为认识的渊源——而对于“何谓一般语言用法”这一问题，仅仅引用了两本字典，⑦ 而非借助社会学的方法加以分析，换言之，其并未诉诸相关的社会学专家。同样情况也发生在联邦最高法院身上——它在一件

---

① BVerfG，NJW 1973，1221，1225.

② 参见 BverWG，NVwz 1973，1491，1494 以及 BverWG，NVwz 1973，1491，1494。

③ 参见 BverWG，NVwz 1973，1491，1494。

④ 还可以参见 Larenz：《法学方法论》，1991 年第 6 版，第 342 页；Looschelders/Roth：《法律适用过程中的法律方法》，1996 年版，第 87 页。

⑤ Larenz：《法学方法论》，1991 年第 6 版，第 342 页；Hassemer/Kargl：“德国刑法第一条评注”，载 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen：《德国刑法评注》，2013 年第 4 版，页边码第 82 页以下。

⑥ Hassemer/Kargl：“德国刑法第一条评注”，载 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen：《德国刑法评注》，2013 年第 4 版，页边码第 82 页以下。

⑦ BVerwG，NVwZ 2012，1250，1251.

刑事案件中借助词典来确定一般语言用法。①

（三）文字以及立法者的沉默

持有文义构成解释最外部边界的人，须基于方法论视角对这一立场加以研究：就此，根本不可能将每个解释中的文义都确定下来。相反，只有针对清晰文义才能找到所谓的“文义界限”，但何谓“清晰”则又涉及了上文提到的界定问题。② 因为制定法不能以违反立法者全部的信赖与意志的方式加以理解——立法者的意志须被当作已经写入了法律一样加以对待。如果文义根本不能表达一种特定法律的理解，那么它也不能构成任何界限。这涉及对于制定法文义的解释。因为缺乏内容之处，法律文义往往也不能确定一个界限。虽然这种内容也有可能是故意付之阙如。加之在对文字的处理中，出现两种完全相反的结论也不是不可能的。当缺乏相关法律规定时，仅仅考虑字词是无法对于相关动机进行判断的——如果缺少了一个词，凭此是无法判断这种缺乏究竟是故意的还是无意的。③ 是故，在制定法沉默之处，文义相对其他解释方法并没有支配性的拘束力。

基于此理由，所谓的“暗示理论”（Andeutungstheorie）在这个领域也没有空间。该种理论认为规范的目的必须多少在规范文字中有所体现。④ 这种观点可能适用于更执着于文义的刑法及其近似领域（参见下文第〈四〉点的论述）。联邦宪法法院关于此有一个经常被误读的权威判例——其指出：“在法律解释中加以考虑的立法者意志，必须能够在制定法当中找到一种足够确定的表达（作为依据）。”⑤ 然而联邦宪法法院既未要求这种表达必须是“明确的”，也没有要求在规范中必须含有特定的字词。

（四）刑法及其相关领域的例外

只有在刑法及其相关领域，这一关于超出制定法文义进行解释的结论才必须加以修正。这里存在确定性原则（nulla poena sine lege 法无明文规定不处罚）的拘束，而该原则系出于《基本法》第 103 条第二款以及《刑法》第 1 条的规定。⑥ 是故，在确定刑事可罚

---

① BGH, NJW 2015, 2053, 2053.

② 联邦宪法法院的判例 BVerfG, NJW 2007, 1193, 1993. 也是针对这个问题的。而联邦最高法院的判例 BGH, NJW 2015, 2053, 2054. 也是同样的标准。而在解释欧盟规范以及总检察官的最终意见时也是如此，对此可以参见 BeckRS 2016, 81392 Tz. 44 以及 EuGH, DB 2010, 1571 Tz. 33。

③ 详细论述参见：Säcker：“导论”，载《德国民法典慕尼黑评注》2015 年第 7 版，页边码 117 页以下。

④ 因此，仅仅根据文义是没有办法决定是否存在法续造的必要。因为只有规范内容本身是确定的。而特定规范内容的法律是否需要加以续造才能加以确定，并不仅仅取决于文义，而是取决于整个解释。Larenz 就认识到这一点，而 Sauer 则追随 Larenz 也持同样看法。Larenz：《法学方法论》，1991 年第 6 版，第 322 页；Sauer：《合宪性解释的文义界限》，2006 年版，第 5 页以下。

⑤ BVerfG, NJW 1960, 1563, 1564.

⑥ 此处刚好同样涉及宪法法院案件 BVerfG, NJW 1960, 1563, 1564. 还可以参见 BVerfG, NJW 2005, 2140, 2141。

性的法律解释中不允许采取制定法未提及的事实构成要件。[①] 刑事规范的文字必须被认为是决定性的且不能承认其存在未知的漏洞。

（五）法院实践拒绝了任何关于解释要素顺位关系的结论

尽管如此，从法院的实践中导不出任何解释方法之间理论上的必然优先关系。在某个案件中某个最高法院的法官可能引用立法者意志对其判决加以证明，但另一个法官则不然；甚至还存在这样的情况：在同一个判决中，一会儿引用文字，一会儿引用规范目的。[②] 以上种种都使我们难以得出一个确定的结论，就此也不会存在错误的法律适用。至于评论者主张的所谓法院根据自身动机不同而做出不同判决，[③] 也并不如其提倡者所想象的那样令人惊讶。因为司法裁判只在裁判依据之处包含法律思维（参见《德国民事诉讼法》第313条第3款）。这使得许多非关键性的思考可以在判决中加以省略。（民事）判决在方法论上不可能是终局性的。从判决书的文字出发只能理解：何种法律思考才刚好引向了这样一个判决。[④] 所以只将对判决起决定作用的方法行诸文字，是可以接受的。何种解释方法可以指向具有说服力的结果这样的问题（参见本文第五部分第〈五〉点），是无法通过计算的方法加以严格衡量的，因此法院出于不同的动机选择不同的论证是完全正确的。[⑤]

五、对于法律方法的正确处理与正当的结果？

（一）运用方法来发现合理的结果

首先要指出的是：联邦宪法法院要求在法律适用中正确处理解释的方法，并非借此要获得一个正确的结果，而是要获取一个合理的结果（ein begründbares Ergebnis）。[⑥] 它要探求的也不是制定法客观真实的规范内容，而是一种可行并且“可接受的”（vertretbaren）规范内容。而法律解释的一般科学特征即以此为依据：因为“解释具有对话的特征，对之而言方法论上没有任何疑义的作品并非是那种绝对正当且专业人士也无法对之提出反对意见的作品……”。[⑦] 对一种理解而言，某些理由是有效的，而对另一种理解，也可以“陈述另一些理由”（作为支撑）[⑧] ——以上种种都属于对话（中的正常现象）。这也符合经典

---

① 以下宪法法院的案件是正确的：BVerfG, NJW 1995, 1141, 1142 以及 BVerfG, NJW 1986, 1671, 1672。

② 相关例子参见 Wälz，《法学学习杂志》（Zeitschrift für das Juristische Studium）2010年，第486页以下。

③ Kaufmann：《法学教育》（Juristische Ausbildung）1992年，第297页以及第300页。

④ 这点在以下案例中得到清晰的体现：BAG, NJW 2014, 2382, 2383；此外同样观点还可参见 Musielak，“德国民事诉讼法第313条的评注”，载 Musielak/Voit，《德国民法诉讼法评注》2016年第13版，页边码第15页。

⑤ Kaufmann：《法学教育》（Juristische Ausbildung）1992年，第297页以及第300页。

⑥ BVerfG, NJW 1990, 2457, 2458.

⑦ BVerfG, NJW 1990, 2457, 2458.

⑧ BVerfG, NJW 1990, 2457, 2458.

的对话理论并且富有哲理性。

（二）“可接受的”与“不可接受的”

可以发现的是，法学所要求的并不是正确和错误，而只是推导出隐藏在司法当中的“不可接受的”（观点）。许多法律人间或会在某些考卷或家庭作业的角落里发现此类观点，偶然也会在批改者模糊的评论中发现类似阐述。“不可接受的”这个术语在这里往往并没有更多值得探究的内容，也没有什么帮助。因为所谓“不可接受的”只是“没有任何实质内容”，以及“在任何法律观点下都无法理解”的论证。[①] 任何在方法论上有根据的（论证）都是可接受的。它只在这个意义上是“正确”的，并且也不会因为最高法院的观点与此不同而成为“错误”。[②] 这门学科并不使用诸如“正确”“错误”这样的范畴进行思考。它只对法律方法的正确条件感兴趣，所以它所运用的范畴是“可接受的”与“不可接受的”。

（三）“错误”以及“不可接受的”

程度性范畴（Zwischenkategorien）在这个体系中并不存在。我们常在考卷或家庭作业的角落中读到“难以接受的”理由（»schwer vertretbare« Begründung）这样的表述——这其实是不存在的。要么方法得到恰当小心的运用因而法律适用是正确的，要么在适用中存在错误。当这种错误存在时，相应的结果并不是“难以接受的”——因其方法没有被正确使用，这应是“不可接受的”。当然，研究者可以对特定的观点做出不同的评价。一个法律适用者可以在探求规范内容时给予规范历史方面更多的重视，而他的对手则可能刚好相反。这里没有谁对谁错，两种观点都是可接受的。因为每个定性研究都具有如下内在特征即：其结果强烈依赖于研究的价值评价。[③] 而评价并不会使得研究变得错误和不可接受。

（四）不恰当的处理

只有当研究者在历史解释中所考虑的观点与历史背景毫无关系时，才属于错误的法律适用。历史环境不仅能被描述，还能被解释与权衡。[④] 那些在发生史思考中虑及德国民法典原型（例如普鲁斯一般邦法，巴登一般邦法等）的行为无疑是正确的。这些法律所包含的规则塑造了德国民法典成型时代的德国法制，并且因此对于德国民法典的内容产生了影响。而 1890 年生效的大日本帝国宪法及其内在的价值立场就对于德国民法典的产生没有

---

① BVerfG, NJW 2016, 861, 863.

② 参见 BVerwG, BeckRS 2001, 23593. 参见 Staake,《法学教育》（Juristische Ausbildung）2011 年，第 177 页 – 178 页。

③ Brüsemeister:《定性研究》2008 年第 2 版，第 32 页；Raithel:《定量研究》2008 年第 2 版，第 44 页。

④ Engisch 持类似观点，参见 Engisch:《法律思维导论》，1983 年第 8 版，第 97 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com