

判例的形式构成及其“成分”分析

——以德国法教义学为视角

李 剑*

目次

一、引 言

二、判例的形式结构

三、判例的“成分”分析

四、结论与展望

摘要 判例作为法律适用经验的原初形态,既是法律实践的直接经验来源,也是法学研究的重要对象。通过对德国成熟的判例文本之形式构成和实质内容进行定位分析,能为我们厘清判例这种“混合物”的不同成分,进而明确这些“成分”在法律实践中不同的功能与作用。依据德国法的特点,这些成分可以以“法教义学”为标准划分为“法教义学成分”与“非法教义学成分”。一方面弄清判例中的“法教义学成分”是我们应该着力的重点,但另一方面我们也不能忽视“非法教义学成分”。因为这些“非法教义学成分”有可能通过“教义学化”而被转化为法教义学因素。比如“法政策”因素,它在公法判例中的积极作用随处可见。所以对判例的成分分析需要根据不同的法律适用情景来具体讨论,从而规整出经验性的有效的分析范式。

关键词 判例 法教义学 法政策学 成分分析

一、引 言

德国司法实践之经验以判例为其血肉、以法体系为其筋骨、以法教义学为其灵魂。仅以个案之法律适用而言,与判例之价值相始终者以法教义学最为密切。法教义学在判例中的核心地位乃至于其在整个法学体系中的重要地位早已为德国法律人群体奉为圭臬。所以法律作为一种经验科学之下的工具理性已悄然通过法教义学而转化为法律人之共识。言其(法教义学)为德国法律人之意识形态亦不为过。而作为法教义学主要经验来源的判例,其重要性也不言自明。从某种意义上来说,判例是承载法教义学经验的重要容器。通过对判例的规整、分析从而提取出法教义学

* 慕尼黑大学法学院博士研究生。

意义上的经验范式已成为法律人理所应当的“本职工作”。所以法官对其判决的做出、法学者对判决的评价都应秉持一种教义学意识上的自觉,这样才有可能以判例为契机,积累出法律适用的有效经验,从而达至一种司法经验上的自我完善。对判例的重视,其实质是一种经验理性下对法教义学范式研究的自觉。这也是我国法律人应当建立起的一种基本共识,或可称之为“法教义学共识”。

就公法领域之判例而言,以法律适用为目的的法律解释之中还包含有大量的价值基准之权衡任务,甚至于针对法律漏洞的法律续造任务。故法政策学之面向亦至为重要。但所需明确的是,法政策上的价值考量与法律发现最终还是会以法教义学之经验范式的形态而保留于判例之中。换言之,就是需要法官在判例中对法政策上的价值考量加以法教义学化,或者说法律规范适用的经验化。由此可以认为,所谓的法官法就是起自法政策上之权衡而成型于法教义学上的经验范式。对此我们需要通过对德国判例之形式结构的描述以及法教义学内容与法政策学内容的“成分分析”来展现判例作为法律研究对象的价值与意义。同时,通过构建对判例的分析路径与框架来获致一种认识论上的厘清和方法论上的启示。

二、判例的形式结构

从法技术层面而言,德国的判例依照其通常的文本结构可以依次划分为判决主旨、判决事实、判决理由等三个构成部分。(当然判决理由中还会包含有附带意见之内容,但这在判决的文本体例中并不是独立部分。)从判决内容的性质来划分,又可以分为法教义学的成分与非法教义学之成分(比如法政策学成分),而这些成分交织在一起则构成了法官裁判规范的主要内容。^[1]当然,所谓“成分”只是一种便于理解的划分方式,具体到判例中成分与判例文本上的体例结构并非一一对应之关系,这样划分的目的只是为了便于分析。所以法教义学的成分与非法教义学成分在实践中会以一种“混合物”的形态出现。他们在判例中首先要为法官寻找个案正义、进行合理的法律适用这一目的而服务。为了便于分析这些成分,我们有必要先查明这些成分在判例文本中所在的大致位置,从而明确其在功能结构上的定位。这将有利于我们之后的判例成分分析。

1. 判决主旨

(1) 判决主旨的形式—技术功能

在具体的判例中,人们需要提取出那些具有高度启示性的论述及其结论来作为法教义学上的经验,从而对后续的法律适用活动进行指导。因此判决主旨(Leitsatz)作为一项裁判中的法律技术应运而生。在形式—技术功能上,判决主旨充当了判决主文的“剧情预告片”的角色。它的产生有利于人们对判例进行查询与归类,所以它也起到了一种“索引卡”的作用。

回溯判例发展的历史,判决主旨出现于19世纪30年代帝国法院的裁判文件中。它最初是以简短的问句形式将判决的主旨列于判决主文之前。^[2]但这种问句形式并不利于人们迅速地理解

[1] 本文所说的“裁判规范”采以下含义:裁判规范是指法律规范的具体化,是法官结合法律规范与具体案件情况运用法律解释、法律论证、法律发现和法律推理所构建的个案规范,或者在没有法律规范可以适用的情况下,法官自身根据良知、正义或利益所创造的个案规范。参见谢晖:《民间法与裁判规范》,载《法学研究》2011年第2期,第173~174页;宋旭光:《裁判规范的概念及用语辨析》,载陈金钊等主编:《法律方法》第13卷,山东人民出版社2013年版,第341页。

[2] Vgl. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1976, S. 274. 也可参见黄卉、朱芒等:《大陆法系判例:制度·方法——判例研读沙龙 I》,清华大学出版社2013年版,第145~146页。

主旨的内容,所以逐渐被淘汰。由此可见,在这之前判决中并没有判决主旨存在。所以从历史发展过程来看,判决主旨并不是判决的必要组成部分,它在判决中的出现是很晚的事情。正如马丁·克里尔(Martin·Kriele)教授所说,“判决主旨仅有的功能就是告诉相关的法学家,哪些法学观点能够发展为以及证成为判决理由。通过它会在文本中转化为有关该理由的核心语句,并且也包括了由更多语句所组成的结论。在这两种情况下,那些在判决主旨中被省略的各种保留、限制与前提条件都可以在判决理由中找到。所以判决主旨通常不过就是一种连接判决理由的桥梁,它仅仅是帮助我们找到判决理由,并在现有的案件中讨论规范标准所应接受的法律依据”。〔3〕 所以从某种意义上说,即使取消“判决主旨”也不会影响判决的内容完整性,更不会影响判决的法律效力。但“判决主旨”的出现的确在技术上给人们带来了方便,这就有了它存在的合理性。而判决主旨存在的另一个重要理由是它的制作水平确实达到了为人们所普遍接受与认可的较高水准,这才是“判决主旨”存在的实质意义和根本原因。〔4〕

(2) 判决主旨的实质—价值功能

首先我们需要明确的是,判决主旨的实质—价值功能并不是来自它被称为“判决主旨”的这一名称,而是来自“判决主旨”自身的“制作”水准。通常认为判决主旨是从司法判决中总结出来的指导性规则,这种规则首先表现为个案规则,即法官针对相关案件做出的司法裁断。但同时,这种个案规则又具有普遍性的意义,对未来的同类情形具有参考性。在很大程度上,这就构成了传统意义上的法教义学经验。“判决主旨”作为一种指导性规则,它有可能是法政策上的权衡和决断,也有可能是法教义学上的论证说理。但这种界限在“判决主旨”中是不明确的,因为即便是一种价值决断,只要它在“判决主旨”中出现,那么它至少已经被提示为是可以被教义学化的,且至少是以追求成为“普遍性的价值标准”为目的的。此外,还需要注意的是“判决主旨”并不是法官的专利,而只是一种合理的可以证成的客观价值基准。所以既可以有官方的“判决主旨”,也可以有非官方的“判决主旨”。当然,在司法实践中一些高等法院的“判决主旨”也会因为其向来的高水准而被赋予法律效力,比如德国联邦宪法法院的判决主旨就被法律赋予明确的法律拘束力。

我们可以概括地将通过法律适用而形成法教义学内容的形式大致分为两类,即解释法律和事实与构成要件之关联性加以说明。〔5〕 但从对教义学经验形成的技术性角度着眼,更加细化的列举式的描述更有利于大家了解法教义学经验的实际形成过程。具体考察“判决主旨”的文句表达方式,我们可以列举出以下几种能够形成法教义学经验范式的典型的表述形式:〔6〕 (1) 以对法律原则的解释来给出具体化的价值基准;〔7〕 (2) 以法律决断的方式来体现法官的价

〔3〕 Vgl. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1976, S. 274.

〔4〕 对此拉伦茨有不同的观点,他认为:“要旨(主旨)不过是裁判理由中蒸馏出来的结晶,与案件事实密切相关,在很大程度上本身也需要解释。然而其表达方式类似法条,因此会引致下述印象:要旨本身可以独立于被裁判的案件事实之外,其具有——可适用于同类情况,并且已经确定的——规则的特征。可能会忽略:法官首先考虑的是他裁判的事件,相较于立法者,他比较不能预见他的‘要旨’未来可能适用的情况。”参见〔德〕拉伦茨:《法学方法论(学生版)》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第233页。

〔5〕 许德风:《法教义学的应用》,载《中外法学》2013年第5期,第951~952页。

〔6〕 需要注意的是,这种类型化的列举并不一定十分周延,有可能存在交叉重叠以及混合的可能性。但为了突出法教义学的个案—经验性特征,本文倾向于以列举的方式来展现真实的法教义学经验,而不是做抽象的理论概述。

〔7〕 比如 BVerfGE 108, 169 *Telekommunikationsgesetz* 案中的判决主旨:“立法者在以法律规范确定行政管辖范围时(根据《基本法》第30条与第83条及以下条文)必须注意基于法治原则的规范明确性与无矛盾性之要求,以便各州在联邦行政权渗透之前保障其行政保留之领域。”

值判断；〔8〕(3) 以法条评价的方式做出价值权衡；〔9〕(4) 以法条解释的方式指明应有的行为方式；〔10〕(5) 以法条解释的方式将相关内容或标准具体化。〔11〕

相比于判决正文中判决理由部分的内容，判决主旨更为概括。法官们倾向于在判决主旨中提供更多的可供普世化的准则，从而扩大判决射程。这样做可以使得判决主旨的提示性作用不仅限于本案，而且对之后可能出现的同类案件给予启示学上的意义。

2. 判决的事实

对案件事实的描述会占判决内容的很大篇幅。通常这一部分内容还可以具体细分为三个部分。一个是对案件事实的描述；一个是对原告和被告的诉讼请求和理由的说明；还有一个是对已有的诉讼过程的回顾。可以说这三个部分的内容是判决产生效力的重要构成部分。总的来看，判决这个部分就是对“相关争议事实”的梳理与认可。〔12〕

首先来看判决中的案件事实描述部分。诚如拉伦茨所说：

为了能够将生活事实如其所发生般地进行规范上的评价，评价者首先必须以陈述的方式将它表现出来，并在该陈述中，把一切在规范之评价上有意义的部分不多不少地保留下来。至于哪些事项在规范的评价上是有意义的，只能由对该生活事项可能有其适用性之法律规定探知。于是评价者必须以所闻之生活事实为出发点，去审酌哪些法条可能对它有适用性，然后取向于这些法条之构成要件，将该生活事实陈述出来。此际，若不能顺利地将该生活事实涵摄到该构成要件中，则该评价者必须取向于该生活事实中之具体情况，将这些法条具体化。以陈述的形态存在之生活事实，必须取向于评价者所将据之为评价标准的法条，才能被终极地描述出来。反之，这些法条也必须取向于所将评价之生活事实，才能被选出，而且于必要时能被进行适当的具体化。〔13〕

基于拉伦茨以上论述，对于判决中的案件事实描述应当如何看待其性质？第一种可能的解读是，此时的案件事实描述已经具有了法律事实的属性，否则它不会被法官在判决中“陈述”。

〔8〕 比如 BVerfGE 12, 354 — Volkswagenprivatisierung 案中的判决主旨：“法律的公布本身即始终是独立于其具体内容的基于 § 90 Abs. 1 BVerfGG 意义上的公权力执行。”“宪法条文中没有对转让联邦所属的纯粹经营性企业的一般性禁止。”

〔9〕 比如 BVerfGE 7, 377 — Apothekenurteil 案中的判决主旨：“立法者根据《德国基本法》第 12 条第 1 款第 2 句所享有的规范权限，同时覆盖从业与择业，但是强度存在差异。这一规范是赋予从业以权限，所以只能从这个角度来对择业自由进行限制。在内容上，一个规范越是纯粹地对从业行为进行规范，则这一权限越自由；而越是在同时涉及择业，则这一权限越受到限制。”

〔10〕 比如 BVerfGE 4, 7 — Investitionshilfe 案中的判决主旨：“经济引导性法律并没有违反平等原则，因为它改变的是整体上的竞争状况。该类法律也能对个别群体的利益加以限制，但这只能是为了公众健康之目的，并且在不在意忽略其他值得保护的价值的时方可为之。”“法律上对于管理措施的自由安排之干涉应与《基本法》第 2 条第 1 款协调一致，并且要为企业开展积极活动保留适当的空间。”

〔11〕 比如 BVerfGE 79, 127 — Rastede 案中的判决主旨：“《基本法》第 28 条第 2 款第 1 句的法律保留所包括的不仅是地方乡镇履行其公共事务时的种类与方式，而且同样包括了乡镇对这些公共事务的管辖权。”“鉴于乡镇的地方性事务有利于乡镇，《基本法》第 28 条第 2 款第 1 句在宪法上的任务划分原则所保障的核心领域之外，也要考虑到对立法者的权限划分。这一原则适用于专区所属乡镇以及专区自身。”

〔12〕 德沃金认为“任何一个诉讼都会引起三个争论：1. 有关事实的争论；2. 法律适用的争论；3. 如果做出判决，是合理公平的吗——道德争论”。参见〔美〕德沃金：《法律帝国》，李常青译，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 3 页。

〔13〕 Larenz, Canaris, Methodenlehre des Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2018, S. 272.

生活事实所指称者,首先固然是人类生活上所发生之事项,惟欲使该事项在法律的适用上能被纳入法律适用之三段论法中进行处理,该事项必须被转为“陈述”(Aussage)的形态,盖人类借用语言(符号)进行思考,且法规范也借用语言表现出来。惟并不是一切与人有关之生活事项皆有规范上的意义。因此,在将人类的生活事项为规范之目的予以“陈述化”时,势须将其中之在规范上无意义者加以剪除,然后再进一步视所余部分之特征,评价其法律上的意义。当然,为了适当剪除生活事项中在规范上无意义的部分特征,评价者在为剪除之际,已必须就该部分为其是否有法律上意义之评价。^[14]

所以判决中的案件事实描述已经完成了生活事实向法律上的裁判事实的转变,从而完成了涵摄之中的小前提的整理。换言之,案件事实描述部分可以看作是其后的判决理由部分之法律事实的“储存库”,法官在判决理由中进行涵摄或法律解释时只是需要调用案件事实描述部分的“法律事实”。也就是说,案件事实描述部分所陈述的事实已经是“法律事实”。我们暂且把这种对案件事实描述部分之“事实”性质理解为一种广义上的“法律事实”,或者按照拉伦茨的说法这是一种“经过加工的案件事实”。

接下来我们来看对“法律事实”的一种狭义上的理解。从拉伦茨的论述中我们也可以推论出对案件事实描述部分的另一种认识。我们知道“法律事实是人们在诉讼过程中对客体事实的认识结果,这一认识开始于个别主体对客体事实的经验和感受。……真实性是法律事实形成的条件,而共识性应是法律事实的合理性标准”。^[15]由此可知,判决中的法律事实是由法官来加以认定的,而不是仅仅由法官来加以陈述的。而这种认定活动本身需要有一定说理活动,所以法律事实认定的过程大多数时候与法律解释活动交织在一起,所以它只能出现在判决理由之中。换言之,案件事实描述部分作为法律事实的“储存库”如果没有被法官用于“法律适用”(涵摄与说理)中,那么它就不是严格意义上的法律事实。因为它没有被运用到法官的司法评价活动中。虽然这种“事实陈述”作为一种“经过加工的案件事实”,它本身包含了最低限度的法官评价。

广义上的“法律事实”理解与狭义上的“法律事实”理解可能都存在着认知上的合理性。但从个案的角度出发,狭义上的“法律事实”理解在操作上更为可行,它可以避免广义上的“法律事实”理解中存在的一些歧义。事实上,判决理由中案件事实描述中的“事实”并没有进入到法官的考量范围内。甚至于有时候在案件事实描述中会对争议性事实进行陈述。所以对“法律事实”作狭义上的理解更能避免这些法律事实认定上的矛盾情况。广义上的“法律事实”理解有可能让人产生歧义的原因也许在于,因为案件事实在判决理由中会作为法律事实而被法官所认定,而在内容上案件事实有可能与判决理由中的事实陈述相一致,所以容易让人产生混淆。要明确的是,案件事实描述部分的“事实”仍属于“准法律事实”。^[16]即便它在内容上与之后法官在判决理由中认定的事实相一致也不能认为它也是法律事实,两者之间有着本质上的差别。

此外,还有一点需要注意的是,在高级法院的判决中案件事实陈述部分往往采用的是下级法院经过认定后的法律事实,所以从便于理解的角度这一部分事实陈述是可以认定为法律事实的。

[14] 黄茂荣:《法学方法与现代民法》,中国政法大学出版社2001年版,第190页。

[15] 李力、韩德明:《解释论、语用学和法律事实的合理性标准》,载《法学研究》2002年第5期,第3页。

[16] 许多案件的事实在其后的判决理由中并没有再次提及,也就是说法官有可能对某些事实不置可否,这些事实并没有进入到法官的规范评价范围内。所以,这部分事实也显然不是法律事实,但也不同于“法域之外”的生活事实,所以只能将其称为“非法律事实”。由此,我们可以界定“案件事实”是一个对法律事实与非法律事实的描述性概念。按照拉伦茨的观点,案件事实还可以分为“未经加工的案件事实”和“已加工的案件事实”。

但不在认定范围内的事实陈述也仅能视为“准法律事实”而已。当然还需要说明的是,不论对“法律事实”的界定采取何种标准,它都不会影响法官对事实与构成要件之关联性的说明。也就是说不管案件事实陈述部分的“事实”是不是“法律事实”,只有当它被法官在判决理由中进行说理或评价(法律解释)后,才能成为法教义学意义上的有效的法律适用经验。^[17]

其次,再来看对原告和被告的诉讼请求和理由的说明。该部分主要是对原告被告双方的诉讼请求和理由做出必要的陈述。对于上诉审法院而言这个部分主要集中在对原告被告双方的争论焦点问题的阐述上,对于下级法院已经解决的争议,在该部分通常可以加以省略,不再提及。

最后,来看对已有的诉讼过程的回顾。判决中法官会对之前的审判过程进行回顾,这是一个对过去审判程序的梳理与认可。对程序的回顾是一个典型的程式化要求。法官不仅要提及初审法院的裁判结果,还要提及初审法院的具体法律依据。需要注意的是,在对原被告的诉讼请求和理由说明以及对诉讼过程的回顾这两个部分会比较集中地呈现出判决理由中将会罗列出的法律要点。因为通常这种要点就是原被告双方的争议点与下级法院认定的法律要点。同时,对这些要点的列明也是判例在文本技术上的处理手段。

3. 裁断及判决理由(Ratio decidendi)

判决理由是法律适用的说理部分。它大致上又可以细分为以下几个部分的内容:首先是对个案的裁断;其次,是法律事实的认定以及法律适用(法律解释、法律获取以及涵摄);最后是有可能出现附带意见(不同意见)。此外,对于高审级法院而言,还会有对下级法院所作判决理由的评价。这三个部分都有可能形成法教义学意义上的经验积累,所以它是判决中最为重要的部分。

首先,来看对个案的裁断。个案的裁断其实是对诉讼双方之争议所给出的法律上的结论。作为一种个案的结论,个案的裁断往往是简单、明确的,并具有直接的法律效力。这也是判决理由中法官需要面对并决断的首要问题。判决理由是法官提供的对法律要点的裁定,因为在法官看来,法律要点对于证明他的特定判决的公正是必要的。这样的裁定是判案所依据的理由。它可以是在以前的案例中制定的法律规则,或被其他人视为具有约束力的法律规则。

其次,来看法律事实的认定以及法律适用。法律事实的主要特征就在于它必须符合法律规范结构中假定的情况。只有当现实生活中这种假定的情况出现时,才可能依据法律规范使法律关系得以产生、变更和消灭。上文已经讨论过关于“准法律事实”的认定问题。本文观点对法律事实之认定采用严格之标准,所以只认定“法律理由”部分,具体来说就是涵摄中的小前提部分的“事实”为严格意义上的法律事实。这里说的法律事实是法官依法认定的事实,是从终极性的角度来说的。参与事实认定过程的参加人除了法官以外,还包括当事人、证人、鉴定人等,刑事案件中还包括侦查机关等。但是,事实材料最终是交由法官依法进行决断,由法官享有法律事实认定的独断性权利,从而为法律推理的小前提做出法律评价与确认。

在这里需要明确的是如何界定是法律适用的问题。法律适用的主要形式首先是涵摄,涵摄用于解决大部分的法律适用问题。但在这一过程中,法律规范的适用并不都是理想情况(及可以直

[17] 当法律事实是法官依法认定的事实的时候,特指的是纠纷产生后,当事人就事实的法律后果、法律意义的认识产生分歧并诉诸法院时,交由法官(个别情况下是仲裁机关)依据法定程序认定的事实。这种认定不外乎是关于事实的有无、多少、和规范的联系程度、与后果的因果联系、应当承担的责任等最终进行的权威性法律评价。

接适用法律的情况)。往往还需要对大前提、小前提中的法律要素进行解释(归纳、逆推),从而使达到可以进行涵摄操作的程度。而当更加特殊的情形出现而无法进行涵摄时(比如出现法律漏洞时),则还要采取法律获取(法律发现)的方式来进行法律解释。

4. 附带意见

法官在做出判决的过程中就某一与案件并不直接相关的法律问题所作的评论,它并非为本案判决所必要,因此不具有判例的拘束力。“附带意见是相关法律证成中的法律依据,但这种证成对司法审判权之裁判而言并非必要。”^[18]在判例法国家,法官裁判时所发表的一些附带的意见,也不会影响案件的最后判决。^[19]但附带意见也是法教义学经验的构成部分,它也是法官说理的过程,如果言之成理也会具有法教义学意义上的说服力。毕竟在技术层面上看,附带意见与判决理由一样也是一种法律解释与法律获取,只不过它是一种“不同意见”。

如何确认一个案件中的判决理由是一个根本性的问题。对于什么是理由以及如何发现它,存在很大的争议。不同的法官可能会持有不同的观点,以致一个原判的判决理由可能被上诉法院视为附带意见。^[20]而原判法庭中的附带意见则也有可能被视为判决理由。^[21]判断是否是附带意见的实质标准是看相关法律问题是否与案件直接相关。如果不相关,那么即使出现在判决理由中,也有可能被认为只是附带意见。当然,有时附带意见对此后的判决会发挥比原案判决理由更为重要的作用。因为有可能判决中的附带意见讨论的是一个与当时的案件没有直接关系但本身却十分重要的法律问题。无疑,这样的“附带意见”往往更具有长远的价值。

三、判例的“成分”分析

无论是将判例视为法律适用的司法成果,还是将其视为法学研究的重要对象,我们必须明确的是,判例是一种充斥着不同法律要素(Rechtselement)与法律材料(Rechtsstoff)的“混合物”。这种混合物中既包含着法政策意义上的价值基准,又包含着对法律事实的(主观的)认定,还包含着不同事实对应下的法律规范效力的具体呈现形态。所以从静态的角度来看,判例是一种承载着诸多法律现象的容器;而从动态的角度看,它又是一个司法审判过程中不同主体及其利益博弈的结果。总之,它是法律人对法律进行认知的重要对象。仅就德国法院的判例而言,其最为重要的成分一方面是法教义学意义上的各种经验范式以及针对个案的裁判规范;另一方面是法政策学意义上的价值基准与各种诫命以及他们在冲突状态下对价值标准进行权衡或评价所形成的具有普遍性的经验。

[18] Vgl. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1976, S. 282.

[19] 在判例法制度下允许法官公开个别意见,这是遵循先例原则中的一个重要方面。在英国的判决中,判决理由(ratio decidendi)创建先例,具有约束力;附带意见对法院未来判决没有约束力,但它有说服力。在美国,以联邦最高法院为例,法官意见类型有:全体一致意见(percuriam opinion)、多数人意见(majority opinion)、复数意见(plurality opinion)、附和意见(concurring opinion)、反对意见(dissenting opinion)。在非全体一致意见的场合,存在着法官的附带意见即个别意见(dictum)。可见,附带意见可能是反对意见,也可能是支持判决的意见。辨析它的关键在于:看看在本案中它是否是决定判决形成的理由。

[20] 在“邓肯诉坎迈尔·莱尔德有限公司案”(Duncan v. Cammell Laird & Co. Ltd, [1942] AC 624)中西蒙勋爵(Lord Simon)的一段判决理由在后来的Merricks v. Nott-Bower ([1965] 1 Q B 57)案中就被丹宁勋爵(Lord Denning)和萨尔蒙勋爵(Lord Salmon)认为是原案的一个附带意见。

[21] [美] E.阿伦·法恩斯沃思:《美国的判例法》,陶正华译,载《法学译丛》1985年第6期,第66页。

1. 判例中的法教义学成分

法教义学可以被理解为是法律适用的经验范式的类型化积累。^[22]所以可以说法教义学就是一门关于法律适用的学问。“法教义学首要的是运用在法律适用中,它以这种方式来厘清司法判决的含义并以此来支配其他与判决情况相同的案件。”^[23]而法教义学会涉及“经验范式”这个概念,它其实指的是围绕价值基准形成的反省性的经验。^[24]不同的法律适用活动所形成的各种“经验范式”,其实质就是一种有利于同类情况下做出判断的价值基准。但这些价值基准是具有反省性的,换言之它不是一成不变的,而是可以根据事物的发展而不断调整的。

对于法教义学而言,存在着一种重要的分殊化之可能性。那就是首先基于不同的领域,即司法领域与法学领域来将教义学划分为司法教义学与法学教义学。前者是依据法院的具体判决,后者是依据学理上的体系化归整来进行教义学上的经验范式的类型化积累。正如 Aßmann 教授所说:“行政法教义学是一种集体的成果——首先是司法实践与学界的贡献。两者起到了不同类型的作用:法院是通过具体的判决;学界则是通过系统化的归整。”^[25]也可以说法学教义学的任务就是由法学家指出法律解释上的问题并提出解决办法,从而为司法裁判做好准备;而司法教义学则是法官将法学上的结论适用于个案,从而检验这些结论。^[26]

此外,还有法律实践教义学与法律科学教义学的区分方式。“前者通过法律评注、教科书以及手册反映制定法和法官法的状况,以实现实证法的效力为义务;而科学意义上的法教义学任务则不止于此:其探究实践教义学的正确性和正当性,探寻新的体系化和新的教义学解决方案。”^[27]所以法教义学在个案中的存在形态体现为规范适用的经验描述和对裁判规范之获取。对于法律规范适用的经验描述是一个法律人共同体都可以广泛参与的活动,而对于裁判规范的获取则是一个严格意义上的司法活动,主要由法官来承担。而这也正好回应了司法教义学与法学教义学的分类标准。

(1) 规范适用的经验描述

如果将法教义学视为法律适用中广义上的法律解释之经验总和,那么我们就可以根据法律解

^[22] 法律适用其实就是法学方法论的运用,因此讨论法教义学的问题必然就会与法学方法论连接到一起。个案中许多有关法教义学的争议其实就是法学方法论上的争议。但这种法学方法论上的争议最终要转化为个案中的具体法律适用的经验性认识,从而以法教义学的形式沉淀下来。而“经验范式”的实质指的是反省性的价值基准,这涉及了法教义学的本质。不论是技术性的法学方法论,还是基于不同立场的价值权衡,其最终目的在本质上都是一种价值选择。不同的法律适用活动所形成的各种“经验范式”,其实质就是一种有利于同类情况下做出判断的价值基准。但这些价值基准是具有反省性的,换言之它不是一成不变的,而是可以根据事物的发展而不断调整的。“类型化积累”揭示的是法教义学形成过程的特点。法教义学总是表现为对某个法条的解释,因此法教义学类型化的基本形式就是依附于法条来分类。因此我们完全可以用“某某法条教义学”来指称有关这个法条的所有解释。这些解释既有来自法学家的,也有来自法官的。(这也就有了法学教义学与司法教义学的分野!)当然依据法条来对法教义学进行分类只是众多分类方式的一种,但这种分类虽然是最粗浅的,但也是最基本的。

^[23] Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr Siebeck 2013, S. 5.

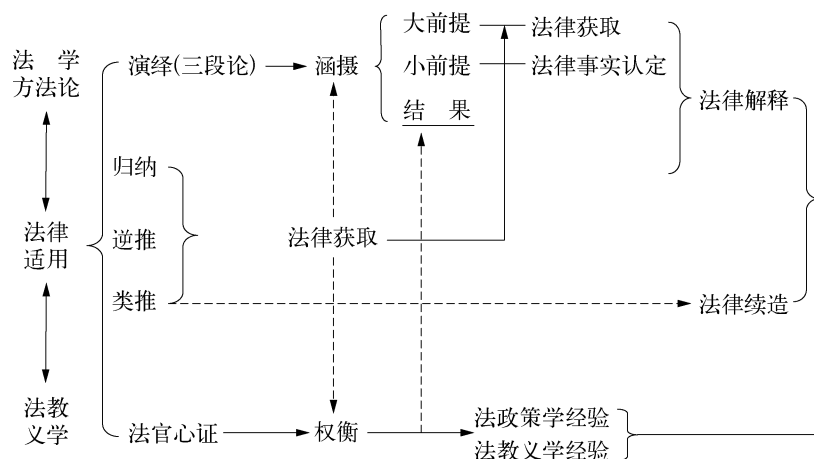
^[24] Schmidt-Aßmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Auflage. 2006 S. 3. 需要注意的是,价值基准的来源具有广泛性,它们可以是法政策学上的诫命,也可以是其他学科中的公理。但对这些价值基准的“反省”则会在个案中形成教义学上的具体经验。

^[25] Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Mohr Siebeck 2013, S. 3. 当然,需要注意的是在实践中能够参与法教义学经验构建的主体不只是法官与法学者,在行政法领域它还可能包括行政复议机关在复议活动中形成的法律适用经验以及法律评价经验。

^[26] 前注〔4〕,拉伦茨书,第195页。

^[27] [德]托马斯·维滕贝格尔:《法教义学与法学教育——德国视角下的基础研究与教义学》,查云飞、张小丹译,载《北航法律评论》2015年版,第3~16页。

释的强度划分出一个法律适用中不同方式(以方法论特征进行界定)与法律解释需求之强度关系的光谱。大致来看,法律解释会贯穿于涵摄、法律获取、权衡等多种法律适用的具体形式中。其中,理想状态下的涵摄对法律解释的需求最少,只有在疑难情况下特别是法律漏洞出现时,才须用法律获取等方式来对三段论中的大前提进行规整。此时对法律解释的需要最为强烈。



法教义学作为一种法律规范的适用理论,它在方法论上首先主要是依靠“涵摄”来为其构建起基本的法律适用模式。可以说涵摄是以前三段论的形式为法律适用提供了最基本的构架,而对于法教义学经验的形成而言,其重点还是在法律解释。法律解释的目的是在规则与事实发生冲突时,借助于法律技术,例如类推推理、法律发现以至于立法等手段来弥补那些在立法过程中没有被立法者所发觉的法律漏洞,从而起到一种调和作用,以期消除规则与事实之间的不同步。与此同时,借助法律解释方法还可以限制法官的自由裁量权,来填补因为规则的不确定性而出现的权力真空。

由于对于简单案件而言,涵摄很少存在争议;而对于复杂案件而言,涵摄之大前提、小前提都会涉及比较复杂的法律评价以及说理(begründen)需求,此时会涉及法律解释及其相关方法论的适用。因此这里才是法教义学经验形成的重要部分。换言之,在司法裁判活动中法教义学的首要功能就是帮助有效的法律规范进行具体化,就是以具体化的方式让法律规范的效力发挥出来。但这种“具体化”最终需要回到涵摄这一基本方式来实现。

A. 涵摄作为法律适用的基础模式

涵摄在方法论上是一种逻辑演绎性质三段论。“当人们说在一个案件中具体的事实被涵摄到抽象的法定事实构成当中时,人们即是把一个司法上的思维过程纳入了一个(肯定前提)推理的逻辑结构。”^[28]所以可以认为“涵摄的意义是把通过法律用语所指称的一般概念等同于具体情境要素”的过程。^[29]

对于法教义学的经验形成而言,涵摄提供了最为稳定的方法论手段。尽管涵摄的方式有其局限性,^[30]

[28] [德] 齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第140页。

[29] 前注[28],齐佩利乌斯书,第141页。

[30] 涵摄的局限性在于对于许多不确定法律概念(比如“正当性水平”)需要进行复杂的评价,对于这种难以形成清晰的构成要件的法律概念就很难进行简单的涵摄。或者说这些概念本身就不具有“涵摄能力”。可参见[德] 施密特·阿斯曼:《秩序理念下的行政法体系建构》,林明锵等译,北京大学出版社2012年版,第32页。此外,阿图尔·考夫曼认为:法律适用并不仅限于“将案件涵摄于法律规范之下”为形式的演绎。演绎是一种“纯粹的分析推论”,其本身无法拓展我们的认识,“它不带来任何新的东西”。但在法律适用中,却总是有新的东西产生。新事物的创造是纯粹的涵摄模式所不能掌握的。参见[德] 阿列克西:《阿图尔·考夫曼的法律获取理论》,王鹏翔译,载《自我负责人格之法律——阿图尔·考夫曼的法学哲学》,台北五南图书出版股份有限公司2010年版,第95页。

但就法的安定性而言,涵摄仍为法律适用之基础方式。“依照传统方法论的标准,个别构成要件的适用系依照解释、事实确定与涵摄三个步骤进行。这个简单的模型已经屡受批判。然而相对于这些批评,我们也必须顾虑到,法释义学的方法必须保证特别的安定性。论证结构不能变成混沌不明。……从法的观点考察,古典三段论乃执行法操控主张之基本机制以及其可靠性基础。”^[31]

在最宽泛的意义上,涵摄可以用于描述所有的生活事实与法律规则之间关系的形成过程。而广义的涵摄则是通常所见的法律适用中的三段论推论过程。而最严格意义上的涵摄则是待决案件之事实构成与法定构成要件之间的等置。^[32] 所以除了宽泛意义上的涵摄概念,涵摄总是与个案中的法律适用有关,“它首先关注的是把一个具体的案件置于制定法的事实构成之下,但不同时对一个案件群或案件种类这么做”。^[33] 在最严格的涵摄定义中,它的本质形式就是一种“对号入座”,所以狭义的涵摄只发生在司法裁判领域。但其实广义的涵摄范围极广,它是法律适用的重要逻辑形式。^[34] 所以在某种意义上我们可以把“涵摄”看作是一项法学方法论上的“原则”。^[35]

涵摄是一种典型的法律适用的知识化模式,而其间又不可避免地要采用法律解释这样的经验化模式来处理各种疑难情况。当然,从法律人对法律现象的认知过程来说,知识性的错误是不能被容许的,但这并不是问题的关键。关键的问题在于权衡判断中的经验如何获得并保持其(广义上的)“有效性”? 因为对经验的评价已超出了知识性的对错判断,而是在寻找最佳化的诫命。从这个意义上来看,涵摄的局限性必然导致对权衡、类比等其他法律适用方式的需求。

B. 权衡作为法律适用的特殊模式

根据上列图谱我们可以获知,与涵摄相比权衡是为了在目的论上获得一个价值选择,在司法领域它以法官自由心证的方式获得一个预设的结果。在实际的操作中(对争议性案件),往往是法官心中首先形成了一个价值判断上的结论,然后才是以法律技术手段开始论证这一结果。

权衡作为一种法律适用的方式也包含着论证需求和方法论应用,因此也可以形成相关经验。但这种经验既有可能是法教义学上的,也有可能是法政策学上的。换言之,权衡既有可能形成技术性经验,也有可能形成价值性经验。根据阿列克西的观点,权衡针对的是一种原则冲突。

原则是一种要求某事在事实上和法律上可能的范围内尽最大可能被实现的规范。因此,原则是最佳化命令(optimization commands)。它们能以不同的程度被实现。实现的强制程度不仅取决于与其相冲突的原则和规则。相反,规则是一种仅能以被遵守或不被遵守的方式来实现的规范。如果一项规则是有效的,它就要求人们不多不少地实现它所规定的内容。因此,规则在事实上和法律上可能的范围内构成一种决断。它们是确定性命令(definitive commands)。^[36]

事实上,与其说权衡针对的是原则的冲突,不如说它针对的是以原则冲突的形式出现的价值选择。所以权衡的实质是一种对价值进行选择的技术。但阿列克西所讨论的原则冲突下的权衡侧重的是对技术的讨论,而法教义学意义上的权衡关注的则是权衡在个案运用中所形成的具体经

[31] 前注[30],施密特·阿斯曼书,第54页。

[32] 雷磊:《规范、逻辑与法律论证》,中国政法大学出版社2016年版,第212页。

[33] [德]卡尔·吉恩斯:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2009年版,第61页。

[34] 除了涵摄,法律适用存在其他方式。比如依据组织法的规定来组建各种法人主体就是一种非涵摄的法律适用模式。但在司法实践中绝大部分时候关注的是以涵摄为适用方式的法律适用。

[35] Vgl. Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 1976, S. 47 ff.

[36] [德]阿列克西:《法:作为理性的制度化》,雷磊编译,法制出版社2010年版,第132页。

验。一个是方法论上的权衡,一个是法教义学上的法律适用之经验。所以权衡的经验性在于判例中的法律规范具体化的实际语境之中。

C. 方法论与说理

法教义学上的问题与方法论上的问题通常总是会纠缠在一起。虽然“说理”需要对方法论进行运用,但法教义学首先关注的并不是方法论本身,而是通过运用方法论而形成的具体个案中具有普适性的经验。这种法教义学上的经验是价值权衡和价值判断的经验,但借以形成这类经验的方法论之运用本身也会形成法律解释的技术经验。^[37] 所以判例中的法律解释会形成两个面向上的经验,一个是方法论层面的技术经验,一个是法教义学性质的价值经验。或者说也可以说形成了对法教义学经验范式的两种观察视角,一个是从方法论上来观察经验范式,一个是从价值基准上来观察法教义学经验范式。“总的来讲,法律解释是一个论辩性的选择和决定过程。这一过程常常需要照顾到不同的,相互竞合的目的,并且原则上要努力在相互竞合的不同利益之间达成让人认为是公正的妥协,并且在这一前提下实现效益的最大化。”^[38]

法律证成是在法律内部的说理过程,为了保障法律的安定性,法律证成具有一定的封闭性。所以从法的安定性的角度来看,它能形成严格意义上的法教义学经验。与法律证成不同,法律论证具有更大的开放性,或者说是一种“形而上学”的倾向。它有时甚至超出了法体系,需要寻求不同的法律要素,甚至是法体系之外的环境之中的非法律要素来为自身的论证提供支持。所以“法律论证”具有多元化与跨学科性的特征。其目的在于还原出法律现象背后的“元命题”,从而探讨法律问题的“前结构”。所以法律论证往往会成为一种跨学科的共同命题。

(2) 判例中的裁判规范之获取

判例中的裁判规范之获取是法官的主要任务。Heck 就认为典型的法律获取主要就发生在法官要填补法律漏洞而进行的法律续造时。“这一方向所导向的认识结果就是法官从目的论的角度填补法律漏洞,所以法官不仅是要进行涵摄,也要补充性地进行创造。”^[39] 在判例中进行法律获取的“方法论”我们还可以参法拉伦茨关于“目光流转”的论述。

在拉伦茨看来,首先目光流转对于大前提形成的作用在法律解释中能够得到很好的体现,它一方面能够通过“个别词语与语词组织间目光的往返流转”形成一个封闭的流转体系;另一方面眼光流转于规则和原则之间可完成法律的续造。即将规则一般化而发现原则,再以此原则为基础做出裁判、目的论的限缩。^[40] 因为法律解释的过程不是单向递进的,毋宁是在一种思想往返中循环递进的,而且这种思想循环的上一级主体未必是递进的原始出发点,而可能是递进过程中的每一个阶段性的主体。

与拉伦茨的观点稍有不同,M. Kriele 教授认为判例中的裁判规范之获取首先需要考虑的是人们要面对一个两难境地。一方面我们需要找到那些在判决中可能会涉及的法律规范来作为裁判规范,但另一方面这些法律规范的具体适用却尚存争议。所以 M. Kriele 教授认为“目光流转之过程”是一个对“规范假设”(Normhypothese)的求证或反驳的过程。^[41] 而判例中的法律获取所遵从的就是这样一种认知结构,一方面是规范假设与生活事实的比较;另一方面是规范假设与判例中的具体裁判之比较。当然,这种结构需要以理性的程序为前提,并且要注重规范性结论在经验层面上的归类与积累。

[37] 这里的法律解释具体是指对法律规范的解释。

[38] [德] 齐佩利乌斯:《法哲学》,金振豹译,北京大学出版社 2013 年版,第 85 页。

[39] Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, Bad Homburg v.d.H., Gehlen, 1968, S.9.

[40] 前注[4],拉伦茨书,第 272 页。

[41] Vgl. Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 1976, S. 271 ff.

事实上“法教义学的形成以法律规范的权威性为出发点,以获取具体案件中可适用的法规范(Rechtsgewinnung)为目的,以通过解释、整理、加工法律文本、司法判决,拉近规范与现实为其基本活动。因此,法教义学的操作过程在本质上亦即法律获取的过程”。^[42]阿图尔·考夫曼则进一步指出“法律之获取程序依其性质,并非逻辑推论,而是一种比较”,“法律获取的核心乃是类推(比较)”。^[43]考夫曼还认为“无论是涵摄还是续造,总是一种对事实和规范的比较和调适,都显示出类比的结构。所有的法律发现都是一种运用类比的过程。同时,解释与类比并没有本质差异,只有制定法外延程度的差别。因为:解释是一种探求规范之法律意义的活动。这种意义并非隐藏在制定法和抽象的法律概念之中。相反,为了探求此种意义,我们必须回溯到有关的具体生活事实。只有将法条和概念置入案件事实的‘关联情境’,在大、小前提之间不断地进行目光巡视,才能确切地理解其意义。而这正是运用类比的过程”。^[44]

概括地来看,判决中规范获取的实质就是法官“通过自身的社会经验”^[45]并基于案件事实而将法律规范加以具体化。对法律的理解需要一定的经验来把握住对法律规范的“具体化”,并从中找出可能存在的矛盾。但这种矛盾并不是逻辑上的矛盾,而是生活事实与法律规范之间的差异。这里存在着一个“目光流转”的过程,在这一过程中人们需要一方面对案件事实进行法律评价,另一方面是验证规范之于案件事实的合理性。而这两个向度之间的交叉与循环会形成知识与经验之间的循环往复之结构,同时也构成了法律规范获取的主要过程。

2. 判例中的法政策学成分

法政策学是针对法律的内在价值冲突在法律制定与法律适用的逻辑起点上对各种价值进行界定、权衡以及取舍。通常来说,法政策学的功能在于提供反省性价值基准,以便对价值冲突进行选择与平衡。由此,法政策学要将批判性的实证法与明确的法律原则以及实际情况加以比较。法政策学的功能在于审查实体法是不是以最好以及最优的方式实现了目的与手段之间的匹配,并且这种匹配要符合并回应现有的社会公共问题。

政策与法律之交互关系不仅发生在司法层面,也广泛地发生在立法层面与行政层面。从政策的角度观之,法律亦不过是政策执行之手段。比如法律上具有宪政重要性之民主原则、法治国原则在很大程度上即为一种国家基本政策。故这类根本性之价值基准必有政治层面相当之动因。不同于立法与行政,司法领域对法政策之考量往往需要法官以法律解释的方式渗透到法教义学经验之中,才能使政策转化成为法律适用之经验。故研究判决中的法政策学成分离不开对法教义学经验的对照,也离不开对两者之关系的定位与把握。

(1) 价值基准:通过权衡的价值发现

涵摄与法律获取解决的是法律适用的合法性与正当性问题,而无法解决法律适用的合理性与正确性问题,更不能解决合目的性问题。这些需要用权衡的方式来加以解决。从某种意义上来说,涵摄与法律获取是基于法律(当然,很多时候需要法律解释)来对法律事实进行一种法律的评价,而法政策学上的权衡则是基于价值标准来对法律结果进行评估。

如果说法教义学在法官裁判活动中的作用过程是为司法裁判提供经验范式,以类型化的思维

^[42] 蒋毅:《在规范与个案之间——法教义学的立场、方法与功用》,载《北航法律评论》2015年第1辑,第201页以下。

^[43] 参见前注[30],阿列克西文,第129页。

^[44] 雷磊:《类比法律论证》,中国政法大学出版社2011年版,第36页。

^[45] Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 104 ff.

方式为法官提示法律适用存在于以往的经验类型,那么,法政策学则提供经验范式中本质性的反省性价值基准。虽然法政策学并非这类基准的唯一来源,但就公法而言其重要性毋庸置疑。特别是对于那些没有法教义学经验可供参考的疑难案件而言,法官需要直接对法律事实进行评价,这时法官所要做的是否是一种直接的价值权衡,也就是要通过法律续造的方式进行法官法的创设。此时的法政策学在法律适用经验的形成中就会扮演重要角色。

自司法裁判活动之始,法官即会受到自身对固有事务之“前见”与“前理解”之影响,而对案件已有内心之价值预设或倾向。此种价值预设之重要一端即是对各类政策标准的内心肯认。如果将法律视为政策执行之工具,那么法政策学则为法律适用开启了一种合目的性视角。^[46]法官此时的内心角色已不再中立,其在司法裁判中要做的不过是以“法律语言”进行说理,从而使判决结果导向自己内心所认可的政策价值目标上。此时,法官所代表的司法的力量即具有了形塑社会之积极意义。

事实上,法教义学所提供的经验范式中就包含有价值基准。但法教义学提供的是与个案密切相关的经验形态的价值基准。而法政策学上的价值基准是一种意志决断形态的价值基准。换言之,法教义学提供的是加工处理过的即经过法律论证的价值基准,其在法体系中的功能是明确的;而法政策学提供的是没有加工处理过的即未经法律论证的价值基准,也就是说这种基准还缺乏一个规范化的过程,(对于法体系而言)它只具有一种提示的可能性(vorweisbar)。可以说,不经过法教义学化这一过程,法政策学中的政策性要素就还只是游离于法体系之外的环境之中。如果说法政策学是处于法体系与政治—行政体系之交集领域,那么政策性要素只是两种体系所共有之要素,充其量它也只是“法材料”而已,它还无法成为法体系所独有之法要素。所以法政策学的教义学化成为一种必然的趋势,否则它也无法在严格意义上的法学体系中具备(法体系之内的)功能性。

(2) 法政策的法教义化

其实法教义学与法政策学有着密不可分的关系。“法政策学之研究目的,可以用两句话表达出来:从政策之观点看法律,从法律之观点看政策。从政策之观点看法律,着眼于法律之工具性以及合目的性,探究如何使法律能够顺利达成其所代表的政策。从法律之观点看政策,重点在政策之适法性以及可行性。”^[47]所以法教义学可以被理解为是一种“固化的”法政策学。尽管法官法(法律续造)与立法(包括行政立法)都属于法政策学的范畴,但立法者更多的是一种政治意志的决断。所以它并不涉及法教义学化的问题。而法官法则属于一般的法律适用。在“法律适用”阶段,法官通过法律续造获得了发现法律甚至是创制法律的机会。当然这样的转化过程并不是随意的。它还必须与法教义学的功能与结构相适应,而这就是一个所谓的法教义学化的过程。

(3) 法教义的法政策化

法教义学的进一步发展及变迁有赖于法政策上的推动。对法政策的参与意味着所有的参与者都要对他们的行为结果负责。它也同样地适用于法官法上的规范制定与法学上的革新建议。但是相关的法学上的分类标准或者是法学教育上的相关专业领域却至今未建立起立法学与法政策学这样的理论。另一方面,我们需要注意到的是,法教义学上所形成的经验范式本身也可以成为一种司法政策意义上的“诫命”。

在传统上法学并不首先被理解为制定正确的法的科学,或者是作为正确立法的科学。它首先应该是正确理解和正确适用有效法律的科学。其核心在于法教义学。但这是一个含糊不清的、多意的概念。就像所有的法律核心概念一样,它也会随着社会与政治的变迁而变化,所以法教义学

[46] 如果说法政策学为法律提供了合目的性论证,那么法教义学为法律提供的则是合法性论证与正当性论证。

[47] 陈铭洋:《法政策学》,台北元照出版社2011年版,第6页。

往往具有鲜明的时代特性。特别是在公法领域,法政策学提供了价值权衡的政策要素。也就是说,法律是作为执行政治意志的特殊的重要手段,它需要通过法政策上的价值要素进行考量,从而在具体的个案中发现隐藏在法规背后的政治意图。更为重要的是,透过法的安定性原则法教义学所积累形成的经验范式本身也能成为司法政策上需要加以考虑的价值基准。比如在德国司法中心化的语境下,许多立法草案的讨论本身就要对相关的法教义学经验加以参看,以避免与司法可能的冲突。这一点恰好体现出法教义的政策化趋势。

3. 判例的“法效力”成分分析

对于判例而言,狭义上的法效力成分是指法官运用裁判规则对法律事实做出的结论。这种效力是一种个案的司法效力。而从广义上看,法律至少包含有三种效力概念:法学的效力概念、社会学的效力概念以及伦理学的效力概念。这三者对应着阿列克西所说的法概念的三个要素,即“权威的制定性、社会的实效性和内容的正确性”。^[48]阿列克西对法效力概念的讨论显然已经超出了法体系之外。事实上对应到判例中,阿列克西的“法效力”概念更为准确的表达应该是判例中的法效果成分构成。本文认为,司法判决的效果成分根据其所影响的范围(射程)和作用形式可以区分为个案的司法效力、法教义学上的说服力以及法政策上的影响力。这三种效果围绕个案的司法裁判结果逐步对案件当事人、法律人、社会大众产生由直接到间接的影响力。

(1) 个案司法效力:裁判规范的拘束性

个案司法效力具体来说就是裁判规范的拘束力。它是指法律规范在司法裁判中针对具体时空范围内特定对象的拘束力。司法裁判活动一方面有可能是对法律规范效力的发现,另一方面也有可能是对法律规范效力的创造。个案中司法裁判的有效性是规范的有效性与事实有效性的统一。司法判决的规范有效性,也就是司法判决的正确性。司法判决的事实有效性,也就是司法判决的确定性。司法判决的事实有效性具有优先性,规范有效性具有统摄性,二者具有同等的重要地位。但在德国法上,个案司法效力与法教义学上的说服力有时候并不一致。换言之,事实的有效性与规范的有效性发生了错位。一方面个案的司法效力依据其国家权威性,它当然能取得个案的司法裁判的确定力;但另一方面,一个错误的判决或者说不能在法教义学的经验层面上获得法律人共识所认可的判决却很难获得规范上的有效性。因为这个判决很可能被其后的判决所推翻。所以在经验层面上,法官也会有教义学上的自我审查与约束,以免其判决不具有法教义学上的说服力。

(2) 法教义学上的说服力

除了裁判结果之外,判决中的其他成分并无司法意义上的法律效力。但合理而充分的论证可以获得法教义学上的说服力或启示力。这是一种基于法律人群体共识的说服力。也可以说是一种基于主体间性的共识观念。判例中获得法律人共同体所认可的法教义学经验在司法实践中具有事实效力。这种事实效力能够对法官的司法判决以及其他司法活动产生约束。

对于这种法教义学上的说服力,帕夫洛夫斯基称之为“教义性的拘束”。这种“教义性的拘束”所关心的是“法律所选择的教义学上的构想。……只要还没有更好的构想存在或被承认,那么遵循法律所选择的构想是合目的的,因为其他法院亦将如此,如是,则又最能确保平等处理了”。^[49]

[48] 参见 Alexy, Rechtsbegriff und Rechtsgeltung, 2008 S. 13-19, S. 85-88. “当我们要判断一个规范是不是法律或者是否具有法效力时,‘权威的制定性’关切的是它是否为某个有权机关按照一定程序所制定,即规范的形式来源问题;‘社会的实效性’则以规范实际上是否被遵守,违反时是否会施加制裁作为判断标准;‘内容的正确性’涉及了规范是否在道德上可被正当化,即规范的实质内容是否合乎正义的问题。”

[49] 前注[4],拉伦茨书,第40页。

或者说,这种法教义学意义上的“效力”从个体性上来说是一种主体基于自由意志的内心确认,从主体间性来说就是一种基于群体自由意志的集体的内心确认。当然,这种法教义学上的效力仍然是具有实证法性质的法效力。法教义学上的这种说服力类似于一种意识形态所发挥的作用。所以从它形成之初就具有封闭性、保守性的特点,遵循这种法教义成了法律人的一种惯例。

(3) 对行政与立法的政策影响力

判例也可以成为一种司法政策的工具,比如我国最高法院推行的指导性案例制度。^[50] 这种模式启发我们一种将法教义学经验“司法政策化”的思路。但法政策的影响力应当以说服力为其基础。换言之,它需要一种教义学经验的良性的积累机制。德国向来有“司法中心化”的传统。在这一传统的影响下,司法上的重要裁判会成为立法和行政不得不自觉遵守的“规范”。因为这些判决以其高度的说服力而成了对社会政治生活具有实际约束力的标准。同时,在法律制度上,德国联邦宪法法院作为司法判例政策化的重要机关,其通过违宪审查权以及对基本权的扩张性解释使得其对立法与行政产生了实质性的影响。这种影响力不仅是一种法教义学上的说服力,更是一种直接的司法效力。所以与中国“以行政化的方式介入司法裁判”的方式不同,德国恰恰是以司法经验“政策化”的方式在介入行政和立法,从而使得司法成了形塑社会关系的重要力量。

四、结论与展望

德国法判例制度之精髓即在于法教义学经验范式的积累,而法学研究的核心任务也就是围绕这些经验范式进行分析、评价以及为未来的经验范式之建构提供理论依据。事实上对判例的成分分析还存在着技术分析的经验分析的不同路径。前者将会使得判例分析导向法学方法论的研究,后者则会导向法教义学的研究。如果我们把“法律适用”比作一件武器,那么法学方法论的研究重点是“武器”的构造原理;而法教义学研究的重点则是“武器”的使用方法以及它实际的杀伤力。这两个不同的观察取向把“法律适用”带入“经验化”与“概念化”的紧张关系之中。这也随即给我们这些在德国法之外观察德国法现象的“第三方”提出了一个根本问题:我们应当如何借鉴德国的判例经验?这种经验是否以及在何种程度上具有可借鉴性?一言以蔽之这就是关于“德国法教义学的习得性问题”。当德国的法律适用经验被“知识—概念化”之后(甚至是学理化之后),这种“经验—知识”具有了习得性。但同时为了传播的需要,在知识的概括化之后,其固有的“经验性面向”必然会被遮蔽。所以,对法教义学的习得不可能仅仅借助知识化的习得,还需要还原到经验层面的语境中加以把握。因此,对德国法判例的研究构成了对德国法教义学(特别是所谓司法教义学)更为原初形态的习得路径。换言之,作为德国法域之外的“第三方”,我们对德国法教义学之习得的难点即在于如何经验化地理解法教义学,而不仅仅只是知识化的理解。而这种“经验化”理解中的“经验”基本上是我们自身的本土经验,所以德国法教义学这种“域外知识”在我们“本土经验”下的“语境还原”本身就可能已经超出了一种描述性理解之范畴,而是开启了一种建构性理解之范畴。如果是这样,那就让我们从判例开始!

(责任编辑:宾凯)

[50] 张骥:《再论指导性案例效力的性质与保证》,载《法制与社会发展》2013年第1期,第95页。我国在“行政兼理司法”的制度传统下,司法行政化的特色渗透到了司法裁判的各个方面。所以有学者指出,最高院指导性案例就是以一种“开会”而非“开庭”的方式来由行政主导司法。