

## 法律约束、个案正义与司法论证

——对自由法学的另一种解读\*

谢小瑶

**内容提要:**19世纪末的自由法学认为,实在法是存有漏洞的,法官的任务便是进行漏洞填补。为解决法官“法律约束”与“个案正义”难题,自由法学将法官裁判区分为“主观动机”与“客观论证”结构,并将法律约束置于“客观论证”层面,通过公开论理使暗含在判决中的法官“主观动机”以客观化的方式展示出来。对此,纯粹法学通过法位阶秩序理论予以批判,然该批判误解了自由法学的理论诉求,同时也就无法洞悉司法过程的真实状态。

**关键词:**法律约束 个案正义 主观动机 客观论证 公开论理

谢小瑶,浙江大学光华法学院博士研究生。

### 一 问题的提出及其界定

穿越历史时空的诡谲云翳,19世纪德国的法学方法论是由概念法学所主导的。其基本主张是,立法者所制定的法律是国家整体意义上法秩序的核心,且完备无缺。一切法律争议皆可“依概念而计算”,通过逻辑演绎操作获得解答。司法裁判的任务是法官借由具体个案,运用“逻辑涵摄”、“概念支配”等方式将法律传述出来。<sup>[1]</sup>于法官而言,就是“将其自身以及其思想、感受,委付于贫乏、呆板的实在法,成为法律机器中一件无意志的、无感情的零件。”<sup>[2]</sup>一如韦伯所比喻的,法官就像一台自动售货机一般,“投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的就是判决和从法典上抄下来的理由”。<sup>[3]</sup>在此影响下,在司法裁判界域,严格遵循“依法(实定法)裁断”(法官不应导入自己的价值因素)便成为其奉行的圭臬。

传统概念法学对法官活动的角色认定,在19世纪末,便遭到了一些法学学派如自由法

\* 本文获得国家211第三期建设项目“转型期法治的理论、制度和实验”的资金支持,是该项目的阶段性成果之一。

[1] 有关概念法学的基本主张,赫克(Heck)及埃利希等人曾经有过经典的归纳。参见 Philipp Heck, *The Jurisprudence of Interests*, in *The Jurisprudence of Interests*, trans. and ed. by M. Magdalena Schoch, Harvard University, 1948; [奥]埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第20页;吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索开展》,台湾大学博士论文2003年,第168-170页。

[2] Regina Ogorek, *Richterkvng oder Subsumtionsautomat: Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, 1986, S. 221.

[3] [美]刘易斯·A. 科瑟著:《社会学思想名家》,石人译,中国社会科学出版社1990年版,第253页。

运动根本性的挑战。一个有力的诘难是,生活中的个案纠纷通常是具象的、多维的,而为之提供裁判根据的法律规范却又是普遍的、抽象的,当法律规范不能为现实纠纷提供裁判依据时,法官且当如何?循此思路,自由法学认为,为求得一个客观妥适的个案判决或者说个案正义,法官所从事的绝非只是一种机械性的逻辑推演任务,而不可避免地会渗透进法官个体的价值判断。对此观点,批判者诘问道:在实现个案正义过程中,强调法官的意志因素是否会助推法官超越法律规范的约束,最终破坏立法与司法两权分立的宪政秩序?基于同样的理由,我国国内的许多学者在论评自由法学主张之际亦常颇有微词。<sup>[4]</sup>

## 二 “法律解释”还是“漏洞填补”<sup>[5]</sup>

比较传统概念法学及自由法学,两者所以对法官在司法裁判中究竟是否存有价值判断、自由意志上守持截然相对的主张,是因为导源于两者在法律体系是否完备性命题上产生了根本的分歧。早在1885年,布劳便在一篇论文中谈道,“纵使再精密的立法,亦无法为现实生活中所有的个案纷争提供答案”。<sup>[6]</sup>的确,法律在为人们提供行动便利的同时,也为保障社会秩序的安定提供了可能,因此,日常生活对法律秩序便存在两个理想:一为完全明确性的理想,二为完全适当性的理想。<sup>[7]</sup>但立法者在许多时候却无力满足这两个理想。一方面固然在于它关照能力的不足,无法预见现实复杂生活及变迁的社会所有发生的事实;另一方面亦是立法语言自身的有限性,无法将立法者的思想清晰完整地表达出来。此两方面形成合力带来的结果,“每个法律从一开始便存在空缺、模糊及矛盾”。因此,当法律规范无法为具体个案提供根据时,法官的裁判便不可能如传统概念法学所设想的仅仅只是从事机械性的操作,而必然渗透着法官的意志判断因素。就此意义上,法秩序与其说是由实在法建构的,不如说是由法律与法官共同缔造的。<sup>[8]</sup>

无疑,布劳的“法律中必然存在漏洞”的论断奠定了自由法学的基点。在自由法学看来,传统概念法学所竭力维护的“法律体系完备无缺”主张只不过是一厢情愿,其试图构筑的“法律是头脑(意志),法官是嘴巴”的法治王国实际上是对司法裁判本质的误解,是一个理想的乌托邦。在具体的个案中,当出现法律漏洞情形,传统概念法学要么拒绝裁判,将漏洞的难题予以忽略,从而将它们归入一个无法的空间(笔者称之为“弱概念法学”);要么是借由各种技术性的法律解释方法迂回求得解决(笔者称之为“强概念法学”)。<sup>[9]</sup>这两种作法的结果,前者虽符合了法律完全明确性的理想,但导致了个案的不正义或不符合完全适当

[4] 关于自由法学的批判,国内相关的方法论书籍都会述及,且持相近观点。参见杨仁寿、梁慧星等学者有关著作。杨仁寿:《法学方法论》,中国政法大学出版社1999年版;梁慧星:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版。

[5] 应注意的是,自由法学所谓之“法律漏洞”采取的是广义概念,既涵盖了法律空缺的情形,亦包摄了法律模糊、冲突及悖反的情形。此与当下学界对法律漏洞专指法律空缺之含义不同,因此,如无特别说明,本文采广义概念。

[6] Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, abgedruckt in: W. Krawietz (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976, S. 124.

[7] Philipp Heck, The Jurisprudence of Interests, in *The Jurisprudence of Interests*, trans. and ed. by M. Magdalena Schoch, p. 25.

[8] Oskar Bülow Gesetz und Richteramt, S. 135.

[9] 弱概念法学是以D. Nettelbladt为代表的早期的概念法学。而多数概念法学者则持弱概念法学,此如萨维尼、普赫塔(Puchata)、温德沙伊德(Windscheid)等等。参见吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索开展》,第18-22页。

性的理想,因为其让那些值得保护的权益无法获得保护。后者,尽管纠纷解决达到了个案正义,但事实上并没有如传统概念法学所强调的只是忠实“传述”法律的目标,相反,它间接证明了“法律无漏洞”想法的不切实际以及法官裁判必然包含着法官意志的因素。诚如斯塔普所言,传统概念法学如此之作法,才是“法官藉由法律解释摆脱法律约束”的真正原因。<sup>[10]</sup>“在依法审判的外表下,概念法学所崇尚的法律解释理论其实根本是一种(法官的)恣意支配”,“概念法学的这种通过解释理论而对法律‘时而过分重视、时而过分轻视’的态度,难免使法官活动陷入无法自拔的自以为是境遇”。<sup>[11]</sup>是故,一套真正忠于法律的法学与法律适用,唯有站在自由法学的认知基础上方能成为可能。<sup>[12]</sup>至此,我们可看出,自由法学的理论诉求非但不在于脱离法律控制,反而是在承认法官审判中意志判断必要性的同时,呼吁法官对法律的真正尊重。

接踵而至的问题是,法官的主观意志,或者说创造性究竟如何体现出来?在自由法看来,为破解因无法可依导致个案争议搁悬这一难题,就需要法官不但有权、甚至有义务在个案裁判当中进行所谓“漏洞填补”<sup>[13]</sup>(以当下观点观之,即所谓“法的发现”)。既然司法任务被定位在解决个案争议,法官当然必须着眼于个案的特殊性,做出一个符合个案需求、正义的裁判。因此,当作为大前提之法律出现漏洞,诉诸法官活动的“漏洞填补”自是不言而喻的。<sup>[14]</sup>反过来,若将一切个案裁判活动只是视为法官简单的逻辑涵摄,那么司法将难免会忽略必须关照个案特质的属性。更甚者,它可能在逻辑涵摄的外衣下,包藏(不被概念法学所容许的)恣意。其次,就弱概念法学的理论主张而言,通过运用各种法律解释方法特别是由萨维尼创立的文义、目的、历史及体系方法来发现法律规范,其目的无非是要填补或改变已有的法律内容以契合个案妥当性的需求。而如此之进路,实际上本身就是从事“漏洞填补”工作。

至于法官“漏洞填补”之方式,自由法学所言不多,亦无作统一的论述。爬梳该理论之发展史,其以“利益说”与“活法”理论最为典型。<sup>[15]</sup>简言之,前者系将个案争议还原为争执双方的利益之争,通过法官的价值评判权衡两者轻重,并返回到法规范体系内部予以识别。后者则依凭法官的直觉经验,“法感”认知,在法体系外或者“社会本身”中发现。比较之下,前者在方法的选择上更为精致,也更具操作性、确定性。然而,赫克认为,法内外体系分型只具有相对意义,一旦生活需求、利益在法规范体系内部未能找到,甚至与法体系所要保护的

[10] Ernst Stampe, *Gesetz und Richtermacht*, DJZ, 1905, S. 1018. 转引自吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索开展》,第16页。

[11] 转引自黄舒芃:《正确之法或框架秩序?——一个对“法官受法律约束”意义的方法论反省》, <http://www.iias.sinica.edu.tw/upload/book/book07/book07ch09.swf>, 2010年7月25日访问。

[12] 此为坎托罗维奇所言,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,法律出版社2004年版,第168页。

[13] 概念法学通过各种法律解释方法,迂回的发现法律规范,就此角度而言,实际上也是一种“漏洞填补”。

[14] Eugen Ehrlich, *Montesquieu and Sociological Jurisprudence*, 29 *Harv. L. Rev.* 585 (1916).

[15] 应注意的是,本文将利益法学视为自由法学的一个分支。理由是,在源头上,以耶林、赫克为代表所构建的利益法学其目的是为批判概念法学而生的,他们学术批判的基本观点以及基本主张与自由法学极为近似,只不过利益法学将自由法学所主张的价值评判对象凝结为“利益”。有关此方面的论证参见吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索开展》,台湾大学2003年博士论文,第216-222页。另外,埃利希所谓“活法”并非指的是法条中确定的法,而是支配生活本身的法。这种法的认识来源包括了现代的法律文件,其次是对生活、商业、习惯和惯例以及所有联合体的切身观察。参见[奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,舒国滢译,中国大百科全书出版社2009年版,第545页。

利益相冲突时,则势必要回到法官的个体价值作一衡平。<sup>[16]</sup>就此而论,在“漏洞填补”的“源泉”层面,“利益说”与“活法”理论两者并无本质的差异。只不过它们以不同的方式予以归结。尽管如此,由于法官据以“填补”法源的变动性,且缺乏相应的客观标准予以评判,致使人们对司法判决的预期性产生怀疑,故而,历来为诸多学者所诟病。不过,应注意的是,自由法学的诉求重点与其说是在为法官找寻一个实在法之外的适用依据,不如说是在如实地呈现法官赋予意志色彩与创造性的审判过程,从“法官活动的本质何在”出发,明晰“法官活动应如何受法律约束”的全息图。

### 三 法适用中的漏洞填补:司法论证的二分构造

自由法学将司法裁判视为从事“漏洞填补”之作业,突破传统概念法学仅从逻辑涵摄的角度来理解法官活动的固有成见,对人们了解司法运作的本质无疑起到了变革性的意义。但另一方面,如此之分析进路不免冲击当时主流的法治理念即立法与司法两权互为分立的认知模式。由于自由法学是在承认甚至正当化司法裁判过程中法官的意志要素的,这也就暗含着,立法及司法两权的区分不能透过法规范意志的“创造”与“传达”二分予以清晰界定。因此便引来一个问题:自由法学所主张的法官进行“漏洞填补”活动之任务,是否会颠覆传统法学方法论对于作为法制定活动的立法与作为法适用活动的司法两者之间的区分?如果不会,自由法学又通过什么样的方式来消解这一难题?

显然,上述问题的解决,自由法学并不藉求社会学的传统力量比如惯习,或者道德上的说服,不仅如此,它还可能陷入问题的“解决者”反被“俘获”的危机。基于此情境,寻求法律论证的制度化控制便显现出来。既然法官对法律存在漏洞是在个案裁判中发现,并通过个案进行填补的,为使司法裁判的正当性受到完全的检验,最佳的方式莫过于让法官所为之的法律论证以公开的方式呈现出来。<sup>[17]</sup>换言之,在司法裁判中,要证明司法裁判是在法律规约下运作的,则必然要求法官清晰地说明据以漏洞填补之“法源”对个案的支配力,而为达此目标,这就需要法官在作出决断时必须公开展示法律漏洞是如何经由层层推论,在观照个案特性前提下得以填补的过程,从而来检验法官的决定。于此情形下,“法官在裁判中的论证,不但成为司法责任的依归,也成为考验司法是否受法律约束的文本依据”。<sup>[18]</sup>对于自由法学来说,法律对于法官活动的拘束似乎也仅限于此。这是由于,一方面具体个案的复杂性与多样性决定了法官在作出个案决定时不可避免会存在主观意志与价值评判;另一方面,法官的判定又必须要求忠于法律。要同时满足这两个要求,唯有办法便是将“法律约束”的含义予以重新阐释,或者说必须对法的结构功能作一转化。

与传统概念法学形成鲜明对比,自由法学眼中的“法律”已不再是提供一套事无巨细的行动规则,亦非法官在裁判过程中所应追求的的最高目标。相反,它在司法活动中所要发挥

[16] Philipp Heck, *The Jurisprudence of Interests*, p. 32.

[17] Ernst Stampe, *Rechtsfindung durch Konstruktio*n, abgedruckt in: W. Krawietz (Hrsg.), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*, 1976, S. 153.

[18] James E. Herget and Stephen Wallace, *The German Free Law Movement As The Source of American Legal Realism*, 73 *Va. L. Rev.* 403 (1987).

的是“最低限度”的防范功能。<sup>[19]</sup> 由此展开,这即意味着,无论法官在裁判过程中渗透进何种的价值判断,甚或是恣意,最终都必须在外论证上证明其个案决定可以在法律上站得住脚,并未逾越法律划定的边界即可。在此意义上,法律不再是防控一切法官意志或者杜绝所有法官恣意的一剂良药,而毋宁是一种用以证明司法裁判并未脱离法律约束的工具。对此,坎托罗维奇说道:自由法运动虽然否认所有判决结果都能经由法律的逻辑涵摄推导而出,但也恰是这样的否认,更加彰显出自由法运动对于司法裁判受法律约束的守持,表达出对法律的尊崇。<sup>[20]</sup> 埃利希也表达了与此类似的想法。法官活动,特别是在漏洞填补中固然是一种创造性的任务,且致力于个案正义的实现,但法官在判决中所表达出的论证内容却必须能被证明,且与法律意旨相一致。<sup>[21]</sup> 以此观之,自由法学虽一再强调法官漏洞填补的必要性,但显然它并未忽略法官活动“法适用”的本旨所在。

通过论域的转换,自由法学重新界定了“法律约束”含义,将“法律约束”的着力点置于法官判决公开的推论过程上,并强调只有在此情形下,法律作为裁判理性证立的意义与功能才凸显出来。用学者伊赛的话说,处于此时的法律实际上所起的是“事后追加”<sup>[22]</sup>的推导功能。具体地说,纵然法官在审判中会受到种种不可测的非理性动机的影响,亦不需指出推导出裁判的真正论据,但法官在判决中论证其内容时,无论如何都必须表现出理性推论的姿态,至少(事后追加地)表现出是建基在法律的基础上作出的。是非感总是在判决之前,逻辑的,表面的逻辑的证立只是随后发生,在证立中存在着一个将去如何证明的正确的思维。<sup>[23]</sup> 至此,我们可看出,自由法学显然已不再关心法官裁判背后的动机为何,从而在表象上让人形成一种“自由法学已放弃对法官的控制”的印象。但自由法学反诘道,当我们要求法官在判决论证内容中必须“表现出受法律约束的样子”时,其实不就已经构成控制法官活动了吗?<sup>[24]</sup> 恰恰因为是以这样的方式来理解“法官受法律约束”命题,自由法学所谓法律作为司法判决的论证依据,事实上只是一种“拟态”。而且这种“拟态”是在承认法官主观意志无从掌控的前提下,且是法治国传统的最低要求,所以它是法律控制法官裁判权力必须的,也是唯一的途径。就此意义而言,“法官受法律规约”命题充其量只要求法律在判决论述中,证明其判决能够被想象成是基于一定的法律基础,(经由漏洞填补)被推导出来的结果。如此才能真正理解自由法学所谓“法官服从法律”、“法官决定受法律约束”的真谛。

由上述可知,自由法学所放弃的,与其说是法律对法官的约束,不如说是法律对法官主观动机的约束。进一步说,自由法学是将法律约束的对象完全集中至外在作为上,至于法官内在心里究竟如何在所不问。由此可见,在自由法学的论述中,已然将法律论证过程区隔为法官内在的“主观动机”与外在的“客观论证”,<sup>[25]</sup>即在承认法官主观意志判断要素的同时,

[19] 富勒在《法律的道德性》一书中就法的内在道德层面谈到,法的内在道德的八个方面既可作为法的最高要求,同时亦为法之最低准据。参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版。

[20] Hermann Kantorowicz, Die Contra-legem-Fabel, Deutsche Richterzeitung, 1910. S. 353, 转引自吴从周:《从概念法学到利益法学——以耶林对海克之影响为线索开展》,第172页。

[21] Eugen Ehrlich, Montesquieu and Sociological Jurisprudence, pp. 587 - 590.

[22] Hermann Isay, Rechtsnorm and Entscheidung, Berlin, 1929, p. 177.

[23] [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,法律出版社2004年版,第169页。

[24] Hermann Isay, Rechtsnorm and Entscheidung, S. 177, 178, 179, 180.

[25] 有关“主观动机”与“客观论证”二分的重要性也表现在德国法律传统许多相关讨论中,当代讨论的可参见阿列可西的著作。参见[德]罗伯特·阿列克西:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版。

将法律对司法裁判的控制限制于其所划定的底线:法官无论如何都必须能在判决中证明裁判论证可以站在法律基础上被推导出,故而,法律的功用便仅限于提供法官证明其决定“受约束”的证据。诚如福克斯(Ernst Fuchs)与坎托罗维奇指出的,法官在个案审判过程中,固然要动用意志判断来为眼前个案寻找一个最能契合个案正义的解答,但与此同时,该解答仍必须与依据所使用法律规范体系相一致。<sup>[26]</sup> 因此,法律约束与否的检验,势必要回溯到法官在判决中所表现出的论证,而不需一味的追究法官心中动机或想法。

#### 四 批判与维护:纯粹法学与自由法学的一场争辩

为揭示司法过程的真实过程,自由法学一则彻底扬弃了传统概念法学将司法简单地等同于机械性涵摄的看法,但为防止法官恣意的发生又强调了法律对司法裁判的约束意义。为此,自由法学区分了法官审判活动内在的“主观动机”与外在表现的“客观论证”,认为法官在从事漏洞填补任务的前提下,只要能公开证明其在法律上站得住脚即可。至于法官内心究竟有何种想法则已无关紧要。同时,也由于此,才能真正地把握自由法学所指“法官受法律约束得到真正落实”的意义何在,也才能正确认识到:一般所认为并批评的“法官(超越法律之)自由”,事实上并未领悟自由法学的真实用意,当然也曲解了其理论诉求。从这个角度来看,凯尔森的纯粹法学对于自由法学所提出的批评,恐怕也正是忽略了自由法学这个论述特殊性的结果。

如同自由法学一般,凯尔森的纯粹法学自始至终否定概念法学对司法活动本质的理解,并认为司法的任务不过是根据当前发生的个案事实承担起对法律规范具体化的过程,法官的权力行使就是一种意志行为。<sup>[27]</sup> 尽管纯粹法学与自由法学都强调了法官在裁判过程中所不可避免的意志判断要素,共同扬弃了过去认定“法官受法律约束意味着司法裁判不允许带有任何法官主观意志”的固有成见,不过,对于在承认法官意志要素的前提下,如何具体实施“法官受法律约束”的要求,纯粹法学与自由法学采取了大相径庭的论证进路。

凯尔森认为,自由法学所主张的,法官在法律存有漏洞的前提下从事的是“漏洞填补”活动这种看法,从根本上是扭曲了作为整体秩序的法律对法官活动的意义。诚然,法官所担纲的就是基于眼前的个案事实根据法律作出裁判,从法适用角度而言,这其实就是法律实施的具体化过程,但这种具体化的任务并非如自由法学所主张的那样,是法律出现“漏洞”的结果,而是来自法阶层体系由上而下的授权,是一种单纯从抽象到具体的过程。<sup>[28]</sup> 在凯尔森看来,这种看法忽略了:第一,事实上,当法律并未针对眼前个案提供特定答案之时,可能意味着它放任或容许眼前个案所涉及的行为,诚所谓“法不禁止即自由”。第二,即便在法律并未提供明确规定的情况下,法官适用法律在逻辑上仍是可能的,因为法官此时固然无法适用某一个特定的个别法律规范,但却仍然可以权衡立法者所铺陈的法秩序之意旨来进行裁判,从而得出适宜的决定。从另一层面来看,这恰是一个将抽象规范适用到个案争议的具体化过程,期间,虽必然包含法官的意志判断,但绝非如自由法学所言,是法官进行漏洞填补

[26] Ernst Fuchs, *Gesunder Menschenverstand, Neu-Wiener Begriffsnetz und französische "neue Schule"*, *Die Justiz*: IV 2 (1928/1929), S. 135.

[27] [奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法理论》,张书友译,中国法制出版社2008年版,第101页。

[28] [奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第165页。

情形。据此,凯尔森批评道:自由法学预设的漏洞观点,不但误解了法阶层结构的本质,更可能导致法官借漏洞填补之名,行脱离法律约束之实,势必造成法官权限的无限扩张,引发或强化法官逾越职权的危机。最终,司法与立法之间的界限也将岌岌可危。所谓“法官受法律约束”也必将无从谈起。<sup>[29]</sup>

由上述的一番批评来看,纯粹法学仍不免落入对自由法学隐藏内涵误解的漩涡当中。如上文所言,自由法学的目的是揭示法官活动本质——法官主观意志,以及如何落实法官受法律约束,为此,将法官活动区隔为“主观动机”与“客观论证”,并主张法律约束的对象并非是法官的主观意志,而是法官的外在作为,即司法裁判中的论证内容。当纯粹法学批评自由法学的漏洞理论将使法官的权力恣意凭借法官个人的主观认定而过分扩张之时,其实背后忽略的恰恰是这一方面的考量,而想当然地认为自由法学在放任法官主观意志的同时,已放任法官在判决中的论证。从本源上探究,纯粹法学之所以反对自由法学的主张乃是因为它从根本上反对法律漏洞的存在,以及法官进行漏洞填补的权限所致。对此,自由法学反驳道,恰是纯粹法学的这一作法才可能助推法律对法官活动约束的丧失。虽然纯粹法学与自由法学两者都将司法审判视为一种意志行动,强调即便在个案中出现缺乏具体法律规范的指引和裁判根据,法官仍可诉诸法的位阶秩序特别是上位法对下位法的约束原则获得化解。然而,不承认法律漏洞这一事实,纯粹法学便无法清晰地阐释:法官活动既然作为一种意志活动,其活动界限——特别是法律授予的界限——究竟何在?其次,由于纯粹法学否认法官漏洞填补的任务,而将其视为不过是法律实施的具体化过程,那么问题是,应运用什么方式,以及以何标准来判别法律对法官的最低限度的控制?最后,或许更为重要的是,正因为纯粹法学反对漏洞及漏洞填补理论的主张,所以其在论述法的位阶秩序观点及“基础规范”理论时所存系的疑虑(作为立法者的法官在对法律进行解释会大幅度地扩张法官的主观意志,将可能导致法官的判决超越法律权限<sup>[30]</sup>)事实上是无法得到释解。不仅如此,从另一层面来看,“法官受法律约束”原则之规范意义在一定程度上反而已被纯粹法学大为削弱了,而此与纯粹法学所追求的上位法对下位法的规范指引的观点恰又背道而驰。

概而言之,纯粹法学在此环节上遭遇的内在困境,若以自由法学的立场观之,恰是因为其混淆了法官“主观动机”和“客观论证”这两个层次的区分使然。纯粹法学似乎认为,司法裁判一旦包含法官的意志要素,那么法律实施具体化的过程便无法预期,其结果也无从被检验;然而,这种观点未注意到,在落实法官受法律约束要求的过程当中,法官的主观意志如何、或者用何种方式影响了裁判结果,其实都不应成为被追究的对象。只要在裁判中,法官能证明其判决结果拥有法律上的根据,那么,此时的司法裁判便能经受法律约束的检验。在这样的基础上,即便法官基于其主观恣意,仍不至于影响法律对法官的约束力。就此看来,纯粹法学对自由法学的批评,一方面,在间接证明了二者在强调法官意志要素的同时,其实都着眼于法律的约束;另一方面,该批评从反面证明并凸显出法官漏洞填补权限承认对于法律约束要求的建设性意义。

[29] 参见[奥]汉斯·凯尔森:《纯粹法理论》,第99-106页。Bart Van Klink, Facts and Norms. The Unfinished Debate between Eugen Ehrlich and Hans Kelsen. Electronic copy available at: <http://ssrn.com/abstract=980957>.

[30] [奥]汉斯·凯尔森:《法与国家的一般理论》,第164-165页。

## 五 通向法官的美德,抑或美德法理学?

作为对传统概念法学法官裁判活动形式主义导向的纠正,自由法学主张,法官在裁判之际不应拘泥于形式正义和逻辑推论,还应在关照案件事实的基础上,借助个体的价值判断,从而推导出契合个案正义之判决。为解决“法律约束”与“个案正义”之间的紧张关系,自由法学将法官裁判活动区隔为“主观动机”与“客观论证”,并将法律约束置于“客观论证”层面,通过公开论理使暗含在判决中的法官“主观动机”以客观化的方式得以检验。在自由法学看来,也正因为法官在论证过程中被要求必须能清楚展现如何进行法律漏洞填补的,法官就不得不在考量个案的特殊性的同时,慎思个案事实与法律体系之间的融贯性,以便能在判决论理上,明确指出其法律依据何在,从而做到个案适用的“合法”,又可兼顾个案情境之“合理”。至此,不难发现,自由法学对于司法活动本质与界限的深刻观察,以及对司法与立法两权分际问题的看法,特别是对当时由概念法学主导下的学术研究及司法实践而言,无疑具有变革性意义。即便对当下司法裁判相关的讨论,尤其在安置法律与法官之间的复杂关系上亦不乏启发性。譬如,目前司法实务界与学界在司法裁判究竟应偏向法律效果,还是倚重社会效果问题上争执不休。<sup>[31]</sup>从广义上,如果我们将法律效果理解为法官在论证中必须遵循法条规范,反映的是法律约束基本要求,而将社会效果理解为法官必须更加关注具体个案事实,体现个案正义具体语境的话,那么司法裁判如何在法律效果与社会效果之间取得一个妥适的平衡,自由法学的上述思维进路无疑具有建设性的导引功能。

尽管如此,自由法学理论存在的弊端仍不容小觑,比如,在自由法学理论进路中,诉诸公开论证的认同似乎是架构起个案裁判“合法”与“合理”鸿沟的最佳证命,亦是控制法官审判恣意的唯一方式。但对于何谓论证公开,其判断基准为何,在论证过程中,法官需要遵循什么样的规则、程序等等,却又未能给出较为清晰的理论构图。让人欣慰的是,概观晚近的法律论证理论发展,阿列克西在吸纳哈贝马斯的真理共识论及埃尔朗根的实践商谈理论等有关成果的基础上,构建了普遍理性实践论辩理论,其理论可以说是对上述问题最完满的诠释。他试图构筑出一个理想的论辩结构,使法律论证一方面避免传统法教义学因强调“合法性论证”而遭致机械性法律操作之弊,另一方面亦免于因倚重“合理性要求”而滋生法官恣意之不足,并藉由一系列论辩规则的设置,比如有效性规则、可普遍性规则、坦诚性规则等,希冀在“合法”与“合理”(或实际上就是“法律约束”与“个案正义”之间关系)的共生与融通中获取新的路径。然而,过于理想化的“理性论辩”条件设置以及以“手段证明结果合理”<sup>[32]</sup>的论证方式,在现实的法律论证中,其适用空间究竟多大仍未可知。更何况,即便论辩可以获得共识,论辩结果的合法性与妥当性却未必由遵守论辩程序而获得保障。正如考

[31] 时下,司法实务界及学界就司法裁判的法律效果与社会效果展开激烈的讨论。参见王胜俊:《妥善处理影响较大案件 实现法律、社会效果的统一》,载 [http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/zq/201003/11/t20100311\\_21102233.shtml](http://www.ce.cn/xwzx/gnsz/zq/201003/11/t20100311_21102233.shtml), 2010年7月25日访问。奚晓明:《努力实现法律效果与社会效果的统一》,载 <http://www.chinalawedu.com/news/16900/178/2008/9/zh6427959201329800211033-0.htm>, 2010年7月25日访问。孔祥俊:《论法律效果与社会效果的统一——一项司法基本政策的法理分析》,《法律适用》2005年第1期。江必新:《在法律之内寻求社会效果》,《中国法学》2009年第3期。

[32] Richard H. Gaskins, *Burdens of Proof in Modern Discourse*, New Haven and London: Yale University Press, 1992, p. 79. 转引自陈林林:《裁判的进路与方法——司法论证理论导论》,中国政法大学出版社2007年版,第242页。



夫曼所言,虽然在规范的领域中,真实性(正确性)并不只是经由论辩程序产生,但却非常可能在论辩程序中产生。<sup>[33]</sup>

在另一层面上,也是自由法学在论证中不自觉预设的但却为其所忽视的,正如埃利希所言,“法律如何被理解、适用于个案这个任务与权力始终掌握在法官的手中”。<sup>[34]</sup>在整个论证过程中,法官自始至终处于“支配者”的角色,也由此决定了其说理仍不免于“独白式”的宣称。这不仅体现在对案件事实的认定和规则的适用,更表征在法官的自由裁量空间中。不论论辩性的程序设计所带来的压力有多大,法官作为论辩程序问题决定权之主持者,仍然只松散地受到判决之程序正当性压力的约束。<sup>[35]</sup>于此情形下,诚如老生常谈的,在许多时候,法官裁断依凭的并非是法律、理性与程序,而是良知。就此而言,与其说法官论证之“技术理性”获得了普遍认可,毋宁说是蕴含在其背后的职业伦理本身无可非议。以美德法理学的视角观之,此职业伦理即体现为法官的美德。当然,是不是苛求每个法官都像德沃金眼中的赫拉克里斯那样美德?显然不是,事实上,也不可能。于是,问题在于,法官在裁判中究竟应具备何种美德?在法官行动及内心的信念指向上,法官的美德是否应有区别?以及在现实的司法实践中,又是通过何种方式可以获得?等等。在此方面,新近之美德法理学的一些理论主张或许能给我们一些有益的启示。<sup>[36]</sup>

---

[Abstract] At the end of 19th century, supporters of free law school argued that there were loopholes existed in positive law, and judges' role, thus, was to fill up those loopholes. In order to solve the tension between "legal restraint" imposed on judge and "justice for individual case", judgments made by the judge had been distinguished into two types by free law school: "subjective motive" and "objective reasoning". With legal restraint being subject to "objective reasoning", the "subjective motive" of the judge implied in the decision-making process could be revealed in an objective way through open reasoning process. The pure theory of law criticized this by relying on the theory of hierarchy of legal norms. However, their criticism misunderstood the theoretical arguments upheld by free law school, and accordingly, was not in a position to know clearly the actual status of judicial process.

---

(责任编辑:天 支)

[33] [德]考夫曼:《法律哲学》,刘辛义等译,法律出版社2000年版,第392页。

[34] [奥]欧根·埃利希:《法社会学原理》,第5页。

[35] [美]米尔伊安·R.达玛什卡:《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》,郑戈译,中国政法大学出版社2004年版,第151页。

[36] Lawrence B. Solum, Virtue Jurisprudence: A Virtue-centred Theory of Judging, *Metaphilosophy*, Vol. 34, Nos. 1/2, Jan. 2003.