

法 学 方 法 论

〔德〕卡尔·拉伦茨 著
陈爱娥 译

商 籍 中 书 馆

2004 年 · 北京

www.docriver.com
搜索商家 巨力电子书



商籍中书馆
PDG

图书在版编目(CIP)数据

法学方法论/(德)拉伦茨著;陈爱娥译. —北京:商务印书馆,2003
ISBN 7-100-03729-8

I.法... II.①拉... ②陈... III.法学—
方法论—研究 IV.D90-03

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第013211号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

FÀXUÉ FÀNGFĀLÙN

法学方法论

[德]卡尔·拉伦茨 著

陈爱娥 译

商务印书馆出版
(北京王府井大街36号 邮政编码100710)
商务印书馆发行
北京第二新华印刷厂印刷
ISBN 7-100-03729-8/D·314

2003年10月第1版 开本787×960 1/16

2004年1月北京第2次印刷 印张26 1/4

定价:43.00元

Karl Larenz

METHODENLEHRE DER RECHTSWISSENSCHAFT

Copyright © Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1960,

1969, 1975, 1979, 1983 and 1990, All Rights Reserved.

Translation from the German language edition:

Methodenlehre der Rechtswissenschaft by Karl Larenz

Copyright © Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1960, 1969, 1975, 1979, 1983 and 1991

Springer-Verlag is a company in the BertelsmannSpringer publishing group

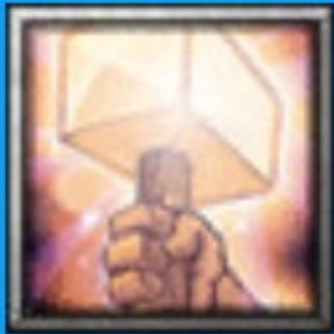
All Rights Reserved

本书译文为（台湾）五南图书出版股份有限公司授权北京商务印书馆
在大陆地区出版发行简体字版。



www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



献给我长年讨论的伙伴们：

**Claus—Wilhelm Canaris, Joachim Hruschka,
Detlef Leenen, Jürgen Prölss**



学生版序

正如第五版的“法学方法论”，六版也是以节略的“学生版”来发行的。节略的部分是论及历史、批判性部分的前四章，其主要处理十九世纪初到一次大战结束之间，德国的法律理论及方法论。缩简后的陈述始于介绍本世纪初的利益法学及评价法学。该章及继其之后的体系性部分，则未加变更的进入学生版中。

德国法学中的自明之理及其方法论上的进行方式，直到今天仍有很大的部分植基于 19 世纪的学术上，例如萨维尼，耶林及其后继者的理论。因此，对于深入理解（包括今日的）方法论上的努力者而言，其仍是不可或缺的。学生版主要是为了满足下述读者的要求：他们希望能比较迅速地获得一个梗概，因此有可能被远远“绕道”到 19 世纪的本书篇幅所惊退。全文版及学生版都各有其购买者，由此显示，对两者的需求都存在。

Olching, 1992 年春

卡尔·拉伦茨



《法学方法论》导读

——代译序

经典学术著作的作者常具有说理明畅的能力,因此通常不须导读为其蛇足,读者只须具有一定的耐力,平心静气读去,自能有得。K. 拉伦茨的《法学方法论》就属于这种经典之作。然则何以有此导读?一则因国内对此学科陌生,普遍有视为畏途的倾向,导读式的说明或许有助于缓减这种情况。二则因本书篇幅不小(虽然译本并非全文版,而是所谓的学生版),加上前述的陌生状态,初读者恐怕一时难以掌握要点,导读希望能指出主要的脉络。最后(但不是最不重要的)原因是:读者面对的并非行文流畅的原文,而是由一位(绝对算不上老练的)翻译者奋斗完成的译作,因此,读者恐怕需要更大的耐心,也需要更进一步的协助。虽然,导读之目的只在概述原作之主要意旨,译者并未掺杂己意于其中,此宜先述明者。

“引 论”

作者一开始就点明书名所谓的“法学”是指:以特定法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。这种学问的基本问题在于,在法律判断中经常包含价值判断,而一般认为,对于价值判断不能以科学方法来审查,它只是判断者个人确信的表达。然而,法律家仍须以一定的方法来处理法律问题,作者希望借本书指出,法学针对“价值取向”的思考也发展出一些方法,借助它们可以理解及转述既定的价值判断,对这些价值判断也可以作合理的批评。另一个考虑的重点是“法”本身。假使应该由法的特质出发来确定法学、法学方法论及其思考的方式的特征,就必须对法学的研究客体有更详尽的认识。

事实上,每种法学方法论都取决于其对法的理解。再者,因为法学必然涉及文字内容的理解,因此诠释学(=关于理解的理论)对于法学具有重大意义。借着简短的“引论”,读者事实上已经可以发现,法学方法论所涉及的问题,或许比刚开始想像得要广泛得多。

第一章 “现代方法上的论辩”

作者在本文的第一章描述并评论现代方法上的论辩,以此作为发展其本身理论的基础。作者首先指出,因本世纪初菲利普·黑克所倡导之“利益法学”的影响,“评价法学”的正当性在今日已无人争议。然而,“评价法学”也带来许多问题:

- 在许多案件中,法官的价值判断可能会取代立法者的价值判断,再者,可能无从依客观标准对这些价值判断作事后审查。就此,作者重点地评介了R. 齐佩利乌斯, H. 胡布曼, H. 科因, 比德林斯基的见解。其各自分别诉诸“在社会中具支配力的法伦理”、“符合人性自然之法”、“显现在法律原则中的,超越时代的价值内容”、“通过法的范畴筛选之通行的社会评价”,以之作为审查价值判断的客观标准。

- 在许多案件中,案件事实所拟归向的法规范本身须先经解释,质言之,须先确定该当法规范就该当案件的精确意义为何。于此即涉及“规范内涵及事实结构”间的关系。换言之,于此必须面对“当为与实存、价值与事实”能否截然划分的问题,或更进一步言之,“事物的本质”究竟能否(或者在何种程度上)有规范的作用。作者指出, F. 米勒及 R. 克里斯滕森在探讨,针对个案来具体化规范的一般结构时,应系以“眼光往返流转”之方式媒介规范与个案,惟其似有过分轻视法律本身的规范作用之嫌。A. 考夫曼则以为,实存与当为间有着不可分割的“结构交织”,其关键概念即系“事物的本质”,以此出发来思考,就必然会同时触及案件事实及价值。再者,“事物的本质”会指示我们留意——与抽象、一般的概念适相反对的——“类型”的思考形式,因为“类型”乃是相对比较具体的、事物的普遍性质。作者认为, A. 考夫曼就“事物本质”的

4 法学方法论

说明,有过分一般化之病。

- 另一项聚讼的焦点是如何寻找正当的个案裁判。于此,作者评介两位都曾经深入研究英美法思考方法(=判例法)的著者:J. 埃塞尔及 W. 菲肯切尔。J. 埃塞尔认为,为发现个案适法的解决方式,法官并非随即求助于法律文字,毋宁已先以其他方式发现解答,法律文字只是该解答的适当论据而已。而此之所谓“其他方式”则可求之于未实证化之法律原则以及法律外的评价标准。相对于此,W. 菲肯切尔显然较为强调法律本文的界限功能。他将真正的裁判规范称为“个案规范”,法律固然不能直接适用,但对于如何获得个案规范,它划定界限并提供指引。

- 关于应如何证明,在特定案件中此项决定恰恰是“正当的”,Th. 菲韦格认为,就此不能只凭借逻辑推论来达成,毋宁应采取“类观点”的方式:对法律问题从各种不同的方向,将由法律本身、由法律以外的领域中获得的,对问题的正当解答有所助益的全部观点都列入考量,希望借此使有关当事人能获致合意的讨论方式。“类观点”的思考中心是各该问题本身,“观点”的抉择标准为其作用:有助于问题的讨论。作者以为,单纯的收集法律上重要的看法,或者单纯的“观点目录”尚不足以充分裁判附具理由的要求。无论如何,Th. 菲韦格的“类观点学”导致日益增多的,对于法学论证的前提要件及规则的探究。M. 克里勒认为,每件裁判在法律上及理性上都必须正当化,讨论有助于此。理性上正当与否取决于:其是否优先保护“明显比较重要的利益”。相较于 M. 克里勒,R. 亚历克西对于各种传统的解释方法比较不抱猜疑的态度,他认为,借助论证理论可以指出,应以何种方式合理应用这些不同的解释准则。各解释准则在当下个案中,分别有何等的重要性,其最后必须取决于“合理的理由”,而惟有透过社会伦理性的讨论,才能获得这些理由。

- 对“评价法学”的转向、对逻辑涵摄模式的批评,促使学者关切法律拘束与涵摄模型之间的关系。为维持法律的拘束力,科赫/吕斯曼希望能尽可能坚守“古典的”涵摄模型,并使之更精致化。帕夫洛夫斯基则不然,他认为,对于作出正确裁判一事,涵摄模式帮助不大;毋宁应依据法律的不同作用,区分法院所受拘束及其从事法的续造之权限范围。

• 对“评价法学”的转向、对逻辑涵摄模式的批评以及偏向于考量个案正义及针对问题而进行的“论证”程序，它们在法学中重新燃起对体系建构之可能性及其益处的讨论兴趣。作者指出，K. 恩吉施，J. 埃塞尔及 H. 科英均明确要求应建构“开放的”、绝不可能是终结的法学体系，但其均未说明，应该用何等要素才能构筑一个这样的体系。卡纳利斯则明白区分以法律原则所构成之内部体系以及，由抽象概念所构成之外部体系；体系的“开放性”只有借助内部体系才能达成。帕夫洛夫斯基亦将规范所构成的以及原则所构成的体系加以区分，惟其用语与卡纳利斯适相反对。Fr. J. 派纳则对可否将法秩序解为一种统一的体系表示怀疑。

• 法官如何获得一项“正当的”裁判，这个问题在现代方法的论辩上占中心地位。然则，什么是“正当的”裁判，其取决于对“正义”一词的理解。关于能否以合理讨论的方式获得对正义的适切认识，在此项论辩中，Ch. 佩雷尔曼居关键地位，其最终认定：应以论证的理论来达成这项任务。A. 考夫曼基本上亦同此见解。就此持怀疑论者有：K. 恩吉施，R. 齐佩利乌斯。H. 里费尔则渴望能获得一种足以超越“绝对论”与严格的相对主义之对立的看法。他认为，关于正当性之陈述，固然绝不能主张其具有绝对的正确性，却可能可以主张：其较他种陈述更接近绝对的正确性。关于正义的内容，I. 塔姆洛研拟出一系列“正义的标准”。H. 科英所提出之“正义原则”的内容，则包括传统的交换正义、分配正义以及——其所提出，用以限制权力之——保护正义。H. 亨克尔则强调，正义原则绝非空洞的公式，假使由社会关系最一般的范畴逐步跨向比较特殊的范畴，于此，正义公式的内涵就会逐渐特定化，最后，针对具体的法律问题，方针就能具有一定的内容，虽然个案决定未必因此即完全确定。

第二章 “导论——法学的一般特征”

作者自第二章起开展本身的理论。在第二章，作者分七节来说明法学的一般特征，作者首先指出，学者可以从不同的角度，因此也用不同的观察方法来研究法规范，由此可以产生一系列不同的学科。法社会学研究的客体是作

为社会现象的法规范。法(教义)学上的法则属规范意义(=具有准则性及拘束性)层面。法史学的课题则是过往对于法的持续影响。法哲学则应探讨规范效力主张之根据及其界限何在的问题。目下具有争议的是,法理论学的具体涵义为何,尤其它与法哲学应如何区分的问题。法理论学究应如何理解,迄今仍属悬而未决的问题。在前述各种与法有关的学科中,法学居特殊地位,因其与法实务领域密切相关,法学原则上系针对当时、特定的法秩序,其论述的直接意义仅与该当法秩序有关。

法学系以处理——规范性意义下的——法规范为其主要任务的学问,其主要探讨的是规范意义。规范性效力系指:(据以衡量人的行为之)行为要求或标准所具有之准则性及拘束性。它与规范的实际效力不同。与法规范的有效与否及其内容有关的陈述,其并非针对——可察觉的,透过观察及实验可予证实的——事实所作的陈述。以理解事实上的牵连关系为目标的观察方式,与以掌握规范性意义为目的之考察方式,两者的不同表现在语言之中。同一词汇,视其出现于规范性陈述的脉络中,抑或出现在事实性陈述之内,可能会有不同的涵义。

法学要“理解”“既存”的法规范,及隐含其中的意义关联。“作为理解之学问的法学”是透过解释来理解语言的表达方式,及其规范性意义。解释某一文字系指:在诸多的说明可能性中,基于各种考量,认为其中一种于此恰恰是适当的,因此决定选择此种。适当与否的标准取决于解释该文字的目的为何。此外,因此等文字之为法律、法院裁判,抑或是法律行为,其于解释上将会有重大不同。此种理解程序中有所谓的“诠释学上的循环”之特点。简要言之,其意指:每个语词当下的意义只能透过整个文字的意义关联来取得,后者最后又须借助——构成它的——个别语词及语词组织的適切意义才得以确定。理解是以对向交流的步骤(“目光之交互流转”于规范之构成要件及案件事实间——K. 恩吉施)来开展的。其开端通常是一种意义期待。解释者带着“先前理解”来面对各该文字,亦惟有借助“先前理解”才能获得前述的意义期待。“先前理解”则涉及文字所拟处理的事物以及,言说事物时所运用的语言。“先前理解”是一种长期学习过程的成果。依J. 埃塞尔的见解,“先前理解”亦可形成法官

关于正当性的确信。作者反对此种看法,因其易使法官欠缺——必要时——修正自己先前见解的意愿。

G. 伽达默尔特别强调,所有“理解”都包含“适用”的要素,理解常已经是适用。作者则指出,G. 伽达默尔忽略了规范本身的准则作用。法律家视规范为一种准则,凭此可以衡量“案件”。问题在于:假使准则本身的内容直到“适用”程序始能终局确定,其如何能发生衡量的作用。假使想真切掌握法规范适用的辩证程序,就必须同时考量规范的准则作用,一再更新出现的解释需求以及,已然作成之解释或其具体化对未来的规范适用之“反作用”。

立法者借规范来规整特定生活领域时,通常受规整的企图、正义或合目的性考量的指引,而它们最后又以评价为基础。如是,要理解法规范就必须发掘其中所包含的评价以及该评价的作用范围;在适用规范时,应依据规范来评价待判断的事件。作者指出,特别是当立法者——相对于应用“概念”——运用“类型”来描述构成事实时,适用规范者所具有的评价空间更大。因为具体案件事实是否属此“类型”,并非——像在概念的情况——仅视其是否包含该当类型通常具备之全部要素;毋宁取决于:这些“典型”的因素在数量及强度上的结合程度,是否足以使该案件事实“整体看来”符合类型的形象表现。而促成类型成为统一整体的结合因素则是:立法者联结此种类型与该当法效果的价值观点。在针对具体个案作类型的归属时,必须一直同时考量此价值观点。在法律运用须填补的评价标准来描述构成要件或法效果时,特别需要运用价值导向的思考方式。“诚实信用”、“重大事由”都是此种标准的适例。作者并且认为,不仅在法适用领域,在法教义学的范围,法学涉及的主要还是价值导向的思考方式。J. 埃塞尔所描述的教义学特征,及其所认为的教义学所主张的“严密不可侵的权威性”,其只对“概念法学”的抽象概念体系有其适用,而不能完全适用于今日的法教义学。

关于法教义学在——作为社会之部分体系的——法体系中的作用,N. 卢曼曾提出下述问题:在既存社会结构的条件下,究竟能否细分法教义学以及应借助它达成的法体系,如果可能,应以何种方式细分。就此,作者认为,当而且仅当法教义学能够更成功地发展并应用价值导向的思考形式以及对流的思考

方法,才能维持其地位并实现其作用。

关于法学对于法律实务的意义,作者分别就法教义学及法院实务之相互关系以及法学对立法准备工作的三项任务来说明。在前者,一方面教义学提供实务界许多裁判基准;另一方面,司法裁判提供教义学大量的材料,由这些材料法学才能发展出新的基准。在后者,其所应执行的三项任务是:其一,将待决之务当作法律问题清楚地显现出来,并且指出因此将产生的牵连情事;其二,它必须与其他学科合作,研拟出一些能配合现行法的解决建议,供作立法者选择的方案;最后,它必须在起草技术上提供协助。

就法学(或法教义学)能否提供知识贡献的问题,作者倾向采取肯定的答复。透过解释或具体化的程序,澄清吾人既存的评价准则,使其可以应用并继续发展,此事仍属可能。再者,法学研究之客体(=实证法)虽然具有短暂性,但其所拟解决的问题却经常——稍微改变其形态——一再出现。因此,法这个事物的确有一些固有存在问题,或者更一般地说,确有法这个事物的存在。

在本章的最后,作者致力探讨法学方法论的任务及其地位;它是否是法学的部分,因此像法学一样受特定实证法的拘束,或者它是独立于法学之上的基础?作者认为,法学方法论借其与诠释学的联系,可以对法学适用的方法提出批判。依此,方法论之特征即在于,以诠释学的眼光对法学作自我反省。此外,方法论亦应考量,法秩序本身对法院的活动会有一些的要求。然而,反省必须与学科本身紧密相关,因此,法学方法论亦不能离法学而独存。

第三章 “法条的理论”

在第二章导论部分结束后,作者开始落实下来说明“法条的理论”。法条系指:要求受规整之人,应依其规定而为行为的法律语句(=法律规则)。法条具有规范性意义(意指:之于行为人,其系有拘束力之行为要求;之于裁判者,其系有拘束力之判断标准),因此,其与主张或确定事实的陈述语句不同。结合构成要件与法律效果的完全法条不是一种主张,毋宁是一种适用命令。制定法规范不是在陈述事实上如何如何,而是在指出法律上应如是,应予适用。

方法,才能维持其地位并实现其作用。

关于法学对于法律实务的意义,作者分别就法教义学及法院实务之相互关系以及法学对立法准备工作的三项任务来说明。在前者,一方面教义学提供实务界许多裁判基准;另一方面,司法裁判提供教义学大量的材料,由这些材料法学才能发展出新的基准。在后者,其所应执行的三项任务是:其一,将待决之务当作法律问题清楚地显现出来,并且指出因此将产生的牵连情事;其二,它必须与其他学科合作,研拟出一些能配合现行法的解决建议,供作立法者选择的方案;最后,它必须在起草技术上提供协助。

就法学(或法教义学)能否提供知识贡献的问题,作者倾向采取肯定的答复。透过解释或具体化的程序,澄清吾人既存的评价准则,使其可以应用并继续发展,此事仍属可能。再者,法学研究之客体(=实证法)虽然具有短暂性,但其所拟解决的问题却经常——稍微改变其形态——一再出现。因此,法这个事物的确有一些固有问题存在,或者更一般地说,确有法这个事物的存在。

在本章的最后,作者致力探讨法学方法论的任务及其地位;它是否是法学的部分,因此像法学一样受特定实证法的拘束,或者它是独立于法学之上的基础?作者认为,法学方法论借其与诠释学的联系,可以对法学适用的方法提出批判。依此,方法论之特征即在于,以诠释学的眼光对法学作自我反省。此外,方法论亦应考量,法秩序本身对法院的活动会有一些的要求。然而,反省必须与学科本身紧密相关,因此,法学方法论亦不能离法学而独存。

第三章 “法条的理论”

在第二章导论部分结束后,作者开始落实下来说明“法条的理论”。法条系指:要求受规整之人,应依其规定而为行为的法律语句(=法律规则)。法条具有规范性意义(意指:之于行为人,其系有拘束力之行为要求;之于裁判者,其系有拘束力之判断标准),因此,其与主张或确定事实的陈述语句不同。结合构成要件与法律效果的完全法条不是一种主张,毋宁是一种适用命令。制定法规范不是在陈述事实上如何如何,而是在指出法律上应如是,应予适用。

用范围。

作者进一步说明法条应如何适用。他将法条适用的逻辑模式称为“确定法效果的三段论法”，在其中，一个完整的法条构成大前提，将某具体的案件事实视为一个事例，而将之划属于法条构成要件之下的过程，则是小前提。结论则意指：对此案件事实应赋予该法条所规定的法效果。作者进一步指出，前述推论程序的主要问题在于：如何正确地形成前提。作者先说明形成小前提的困难，关于大前提部分的说明，则见于第五、六两章中。形成小前提的困难首先发生在：案件事实是以日常用语来描述，而法律用语则包含许多抽象的专业用语及概念。此外，假使法条的构成要件系以类型或须填补的概念所建构，则其常不能作穷尽的定义，因此亦不能作真正的涵摄。前述三段论法，在“借结论导出法效果”的部分也会产生疑义。主要的困难在于，大前提中的法效果意指——被一般地描述的——抽象的法效果，反之，结论中的法效果则是该当案件事实的具体法效果，媒介两者，有时并非易事。总结来说，作者在本节希望清晰地交代法条适用的逻辑模式，借此指出此种模式的作用及界限。

第四章 “案件事实的形成及其法律判断”

关于如何形成“确定法效果的三段论法”中的小前提，除了前述的困难外，当然还存在许多根本的问题，就此，作者集中在第四章来处理。法条要适用在实际发生的案件事实上。为了能与法定构成要件要素比较，对于事实上发生的事件（=实际事件），判断者必须配合法律的用语将之表达出来（=作为陈述的案件事实）。时间上，不是形成（作为陈述的）案件事实以后，才开始评断案件事实是否符合法定构成要件要素，两者毋宁是同时进行的，因为在形成案件事实之时，就必须考量个别事实的可能意义。只有在考虑（可能是判断依据的）法条之下，作为陈述的案件事实才能获得最终的形式；而法条的选择乃至必要的具体化，又必须考量被判断的案件事实（K. 恩吉施：“在大前提与生活事实间的眼光往返流转”）。于此“未经加工的案件事实”逐渐转化为最终的（作为陈述的）案件事实，而“未经加工”的规范本文也转化为足够具体，而适宜

判断案件事实的规范形式。

作者进一步分别观察前述过程的个别阶段。就如何选择作为形成案件事实基础的法条,作者特别强调——由抽象的一般概念,依形式的归类观点所构成的——“外部”体系于此的重大实用意义。只有依靠这种体系,我们才能在某种程度上依据一定的方法,寻求可能应该援引的法条;熟悉体系的判断者能随即将案件划定范围,因为他能认识,可得适用的规范所属之领域。

作者指出,仍然很少人留意到,在判断案件是否符合法条的构成要件时,判断者需要作各种不同种类的断定。即使涵摄也是以一些单纯的(即:不能再透过推论求得的)判断(=断定)为前提,这些判断指出,规范构成要件中的某要素存在于此。法律上重要的事实,有些可以透过感知来确证。此外,大部分的人类行为是目的取向的作为,因此,在很多情况,还必须对有目的取向的事件作一注解。判断特定事实是否为法律构成要件所指称者,经常更需要借助社会经验,于此,“一般经验法则”常能帮助法官作成此类判断。

假使在将案件事实涵摄于法律规范的构成要件之前,必须先依据须填补的标准来判断案件事实的话,判断者于此就必须作价值判断了。于此,作者先澄清价值判断的意义。这一类的判断不只是一定要陈述判断者个人的评价如何,主要毋宁想指出:基于法律的观点,依法秩序的要求及评价标准,该当案件事实应当如何判断。问题只是:如何以及到如何程度,可以借着他人能够明了的,取向于法秩序的考量,来正当化这些主张。作者强调,“事件比较”及“类型化”的方法将有助于具体化此等标准。

不仅在具体化须填补的标准时,有时在依社会经验判断案件事实,在将案件归属某一类型时,都会有判断余地留给法官,就此法官不能再透过一些——足以说服所有人的——考量来填补,作者认为这是必须接受的“不确定的危险”。于此,作者并比较法官的判断余地、行政机关的行为裁量以及刑庭法官的量刑权之间的差异。

作者为民法学者,因此,其之特为着力于意思表示之解释,应无足怪。其指出,意思表示不仅是——法律可赋予一定法效果的——案件事实,反之,其内容本身亦同时指出:应发生此种或彼种法效果。意思表示依其意义,系以一

种适用的表示,一种以法效果被适用为目标的行为;因此,它和其他有法律意义的案件事实有重大的不同。在探求意思表示的内容时,法律性的判断已经有一定的影响,因为当事人双方系合意;在他们彼此的关系上,应适用特定法效果。作者进一步探讨,假使当事人对意思表示在法律上的标准意义有争议时,“法律行为的解释”应考量哪些因素。更进而强调,将债权契约归属法定的契约类型时,只要债权契约偏离法定契约类型的情事显然可见,或者法定的契约类型的定义不够精确,以致不能发挥作用,类型化的方法就必须出而取代概念的方法。

此外,还必须确认,作为陈述的案件事实,其恰当地反映了事实上发生的事件(=实际事件)。于此,作者分别说明在诉讼程序中的事实确定之困难,以及,“事实问题”及“法律问题”的区分之一不易。

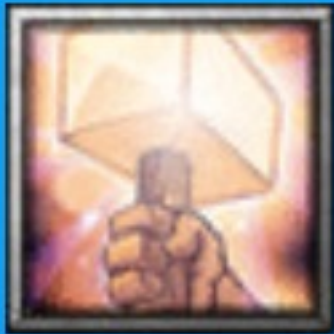
第五章 “法律的解释”

关于如何形成“确定法效果的三段论法”中的大前提,作者以两章来处理。其分别讨论对既存法规范的意义及效力范围的掌握(“法律的解释”)以及,在欠缺法规范时,“法官从事法的续造之方法”。在探讨法律解释时,作者先指明法律解释的任务在于澄清文字疑义、解明有竞合关系之多数法规范各自的适用范围如何界定,要之,其希冀适切的陈述规范的内容及其适用范围。然而,何谓“适切的陈述”,此则取决于解释的目标为何。就此,学说上有解释的目标为立法者的意志,抑或规范性的法律意义的讨论。作者认为,法律解释的最终目标只能是:探求法律在今日法秩序的标准意义,而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法,才有可能达成此目标。

假使不应该放任由解释者个人自由解释,而应以确实、可事后审查的方式来从事,那就必须提供解释者一些可作为准则的解释标准。法学方法论也的确发展出一些标准。第一种标准是“字义”。其意指一种表达方式的意义,依普通语言用法构成之语词组合的意义,或者,依特殊语言用法组成之语句的意义,于此,尤指该当法律的特殊语法。此处涉及的问题主要是:应以一般语言

www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



种适用的表示,一种以法效果被适用为目标的行为;因此,它和其他有法律意义的案件事实有重大的不同。在探求意思表示的内容时,法律性的判断已经有一定的影响,因为当事人双方系合意;在他们彼此的关系上,应适用特定法效果。作者进一步探讨,假使当事人对意思表示在法律上的标准意义有争议时,“法律行为的解释”应考量哪些因素。更进而强调,将债权契约归属法定的契约类型时,只要债权契约偏离法定契约类型的情事显然可见,或者法定的契约类型的定义不够精确,以致不能发挥作用,类型化的方法就必须出而取代概念的方法。

此外,还必须确认,作为陈述的案件事实,其恰当地反映了事实上发生的事件(=实际事件)。于此,作者分别说明在诉讼程序中的事实确定之困难,以及,“事实问题”及“法律问题”的区分之一不易。

第五章 “法律的解释”

关于如何形成“确定法效果的三段论法”中的大前提,作者以两章来处理。其分别讨论对既存法规范的意义及效力范围的掌握(“法律的解释”)以及,在欠缺法规范时,“法官从事法的续造之方法”。在探讨法律解释时,作者先指明法律解释的任务在于澄清文字疑义、解明有竞合关系之多数法规范各自的适用范围如何界定,要之,其希冀适切的陈述规范的内容及其适用范围。然而,何谓“适切的陈述”,此则取决于解释的目标为何。就此,学说上有解释的目标为立法者的意志,抑或规范性的法律意义的讨论。作者认为,法律解释的最终目标只能是:探求法律在今日法秩序的标准意义,而只有同时考虑历史上的立法者的规定意向及其具体的规范想法,才有可能达成此目标。

假使不应该放任由解释者个人自由解释,而应以确实、可事后审查的方式来从事,那就必须提供解释者一些可作为准则的解释标准。法学方法论也的确发展出一些标准。第一种标准是“字义”。其意指一种表达方式的意义,依普通语言用法构成之语词组合的意义,或者,依特殊语言用法组成之语句的意义,于此,尤指该当法律的特殊语法。此处涉及的问题主要是:应以一般语言

而对之作或多或少的修正。这种“超越法律的法的续造”当然也必须符合整体法秩序的基本原则,实际上,常是为了使这些原则能更普遍适用,才有法之续造的努力。

作者首先处理“法律漏洞的填补(法律内的法的续造)”。于此,作者先说明法律漏洞的概念及种类。作者指出,“法律漏洞”并非“法律的沉默”,毋宁是“法律违反计划的不圆满性”。因其为个别法条之不圆满性,抑或整个规整的不圆满性,作者分别名之为“规范漏洞”及“规整漏洞”。就特定类型事件,法律欠缺——依其目的本应包含之——适用规则时,即有“开放的漏洞”存在。就此类事件,法律虽然含有得以适用的规则,惟该规则在评价上并未顾及此类事件的特质,因此,依其意义及目的而言,对此类事件而言并不适宜,于此即有“隐藏的漏洞”存在。漏洞存在于限制的欠缺。考虑到时间的因素,我们可以区分自始和嗣后的漏洞。因技术、经济的演变而发生新的问题,其系立法者立法当时尚未见及的问题,如是即发生嗣后的漏洞。

填补“开放的漏洞”,尤其是透过类推适用来进行。类推适用系指:将法律针对某构成要件(A)或多数彼此相类的构成要件而赋予之规则,转用于与前述构成要件相类的构成要件(B)。转用的基础在于:二构成要件——在与法律相关的重要观点上——彼此相类,因此,两者应作相同的评价。将针对一个构成要件而定的规则转用于类似的案件事实上,作者称之为“个别类推”;将由多数针对不同构成要件而赋予相同法效果的法律规定所得出的“一般的法律原则”,转而适用于法律所未规整的案件事实上,作者称之为“整体类推”。就后者,作者有详细的论述。于此,作者更清晰界定何谓“举重以明轻的推论”、“反面推论”,以便进一步说明两者与类推适用的关系。

填补“隐藏的漏洞”,特别是透过目的论的限缩来进行。填补“隐藏的漏洞”的方式是添加——合于意义要求的——限制。借此,因定义过宽因此适用范围过大的法定规则,将被限制仅适用于——依法律规整目的或其意义脉络——宜于适用的范围,质言之,其适用范围即被“限缩”,因此,吾人称之为“目的论的限缩”。目的论的限缩有时是为配合规定的目的,有时是为了使另一法规范的目的得以达成,或是应法秩序中的原则之要求而为者。有时,法律

文字的修正也借其他方式来达成。例如,扩充过窄的字义,而非出之以类推适用的方式者,称为“目的论的扩张”。此外,假使规定的字义本身隐含矛盾,司法裁判即依规定的目的加以修正。作者并进一步说明,在不同的情况,漏洞的确认与漏洞的填补之间有不同的关系。

在探讨“超越法律的法的续造”前,作者别辟一节来说明借“法益衡量”解决原则冲突及规范冲突的问题。作者借诸多实例来说明进行法益衡量时应遵守的原则:首先取决于,于此涉及的一种法益较他种法益是否有明显的价值优越性,假使根本无从作抽象的比较,于此种情况,一方面取决于应受保护法益被影响程度,另一方面取决于:假使某种利益须让步时,其受害程度如何。最后尚须适用比例原则、最轻微侵害手段或尽可能微小限制的原则。即使遵守上述原则,法官仍然有很大的自为评价的判断余地。

在某些委实不能再认为是“违反计划的不圆满”之情形,司法裁判仍旧从事法秩序的续造。其或是鉴于法律交易上(无可反驳)的需要而从事的法的续造,例如担保让与、期待权等法制度的发展。有的是鉴于“事物的本质”而从事的法的续造;于此特须留意的是:在具体细节上,事物的本质仍然保留有作不同规整的可能性。因此,可不能轻率地在事物的本质与其中一种规整可能之间画上等号。最后也会鉴于法伦理性原则而从事法的续造。通常是因为法伦理性原则(或其新的适用领域)首次被发现,并且以具有说服力的方式被表达出来,才会鉴于此项原则作超越法律的法的续造。作者最后指出,只有在依单纯的法解释及法律内的法的续造的方式,不能满足交易需求上、事物本质上及法伦理上的最低需求时,才能从事超越法律的法的续造。而超越法律之法的续造的界限则源自立法权与司法权的功能划分。

作者在本章的最后一节处理“判决先例”对形成“法官法”的意义。作者指出,判决先例在法院实务中扮演重要角色。然而,即使是法院,其所受判决先例之“拘束”,无疑绝不同于其所受法律之拘束。然而,只要它变成习惯法的基础,固定的司法裁判也可以具有如同法律的拘束力。

第七章 “法学中概念及体系的形成”

法规范并非彼此无关地平行并存,其间有各种脉络关联。发现个别法规范、规整之间,及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并得以概观的方式,质言之,以体系的形式将之表现出来,乃是法学最重要的任务之一。为实现这个任务,法学上有各种可能性。依形式逻辑规则建构之抽象、一般概念的体系(=外部体系)只是其中之一。此种体系之形成有赖于:由——作为规整客体的——构成事实中分离出若干要素,并将此等要素一般化。由此等要素可形成类别概念,而借着增、减若干——规定类别的——要素,可以形成不同抽象程度的概念,并因此构成体系。此种体系可以保障,由之推演出来的所有结论,其彼此不相矛盾。至于要选择何种要素以定义抽象概念,其主要取决于该当学术形成概念时所拟追求的目的。借着——属于(外部的)体系,或可以毫不困难地植入体系中的——概念来掌握规整或契约模式的规整内容,此之谓法律上的“构想”。长期以来,它是法学努力的中心,并且是法学学术性的证据。于此,作者借诸多实例来说明其具体的形成过程。

许多法律构想具有“理论”的形态,然而,只有当“正当的”构想有争议时,才会用“理论”一词;另一方面,“理论”的提出也不只是用来解决构想的问题。实在很难说明法律“理论”意指为何;可以确定的是:理论之建构、批评及防卫乃是法学的主要工作,也总是涉及体系的形成。学术理论是由多数——彼此具有推论关系,而此种关系本身又可满足起码的一致性及可检验性的要求之——陈述所构成的体系。法学理论是由具规范性适用效力的陈述所构成的,其是否亦适用前述学术理论的定义?作者以为,其不仅须具备逻辑上之无矛盾性(=一致性),更要求其无评价矛盾存在。有问题的是另一要求:可检验性。就此,作者指出,因法学理论所指涉者系具有规范性效力之事物,因此,必须以现行法规范、被承认的法律原则以及部分体系为根据,对之为审查。

此种外部体系自亦有其缺陷:依逻辑法则,抽象概念的外延(=适用范围)愈宽,则内涵(=陈述的意涵)愈少,如是,抽象概念抽象化程度愈高,则其由法

第七章 “法学中概念及体系的形成”

法规范并非彼此无关地平行并存,其间有各种脉络关联。发现个别法规范、规整之间,及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并得以概观的方式,质言之,以体系的形式将之表现出来,乃是法学最重要的任务之一。为实现这个任务,法学上有各种可能性。依形式逻辑规则建构之抽象、一般概念的体系(=外部体系)只是其中之一。此种体系之形成有赖于:由——作为规整客体的——构成事实中分离出若干要素,并将此等要素一般化。由此等要素可形成类别概念,而借着增、减若干——规定类别的——要素,可以形成不同抽象程度的概念,并因此构成体系。此种体系可以保障,由之推演出来的所有结论,其彼此不相矛盾。至于要选择何种要素以定义抽象概念,其主要取决于该当学术形成概念时所拟追求的目的。借着——属于(外部的)体系,或可以毫不困难地植入体系中的——概念来掌握规整或契约模式的规整内容,此之谓法律上的“构想”。长期以来,它是法学努力的中心,并且是法学学术性的证据。于此,作者借诸多实例来说明其具体的形成过程。

许多法律构想具有“理论”的形态,然而,只有当“正当的”构想有争议时,才会用“理论”一词;另一方面,“理论”的提出也不只是用来解决构想的问题。实在很难说明法律“理论”意指为何;可以确定的是:理论之建构、批评及防卫乃是法学的主要工作,也总是涉及体系的形成。学术理论是由多数——彼此具有推论关系,而此种关系本身又可满足起码的一致性及可检验性的要求之——陈述所构成的体系。法学理论是由具规范性适用效力的陈述所构成的,其是否亦适用前述学术理论的定义?作者以为,其不仅须具备逻辑上之无矛盾性(=一致性),更要求其无评价矛盾存在。有问题的是另一要求:可检验性。就此,作者指出,因法学理论所指涉者系具有规范性效力之事物,因此,必须以现行法规范、被承认的法律原则以及部分体系为根据,对之为审查。

此种外部体系自亦有其缺陷:依逻辑法则,抽象概念的外延(=适用范围)愈宽,则内涵(=陈述的意涵)愈少,如是,抽象概念抽象化程度愈高,则其由法

第七章 “法学中概念及体系的形成”

法规范并非彼此无关地平行并存,其间有各种脉络关联。发现个别法规范、规整之间,及其与法秩序主导原则间的意义脉络,并得以概观的方式,质言之,以体系的形式将之表现出来,乃是法学最重要的任务之一。为实现这个任务,法学上有各种可能性。依形式逻辑规则建构之抽象、一般概念的体系(=外部体系)只是其中之一。此种体系之形成有赖于:由——作为规整客体的——构成事实中分离出若干要素,并将此等要素一般化。由此等要素可形成类别概念,而借着增、减若干——规定类别的——要素,可以形成不同抽象程度的概念,并因此构成体系。此种体系可以保障,由之推演出来的所有结论,其彼此不相矛盾。至于要选择何种要素以定义抽象概念,其主要取决于该当学术形成概念时所拟追求的目的。借着——属于(外部的)体系,或可以毫不困难地植入体系中的——概念来掌握规整或契约模式的规整内容,此之谓法律上的“构想”。长期以来,它是法学努力的中心,并且是法学学术性的证据。于此,作者借诸多实例来说明其具体的形成过程。

许多法律构想具有“理论”的形态,然而,只有当“正当的”构想有争议时,才会用“理论”一词;另一方面,“理论”的提出也不只是用来解决构想的问题。实在很难说明法律“理论”意指为何;可以确定的是:理论之建构、批评及防卫乃是法学的主要工作,也总是涉及体系的形成。学术理论是由多数——彼此具有推论关系,而此种关系本身又可满足起码的一致性及可检验性的要求之——陈述所构成的体系。法学理论是由具规范性适用效力的陈述所构成的,其是否亦适用前述学术理论的定义?作者以为,其不仅须具备逻辑上之无矛盾性(=一致性),更要求其无评价矛盾存在。有问题的是另一要求:可检验性。就此,作者指出,因法学理论所指涉者系具有规范性效力之事物,因此,必须以现行法规范、被承认的法律原则以及部分体系为根据,对之为审查。

此种外部体系自亦有其缺陷:依逻辑法则,抽象概念的外延(=适用范围)愈宽,则内涵(=陈述的意涵)愈少,如是,抽象概念抽象化程度愈高,则其由法

并不是一种规则(=案件事实可以涵摄其下的法规范)。其毋宁须被具体化。诸多原则可能彼此矛盾。因此,与规则的适用不同,原则只能以或多或少的方式被实现。原则与其具体化之各阶段的关系不是“直线式”的,毋宁总是“对流”的:原则惟借其具体化阶段,后者又惟与前者作有意义的联系,始能明了。该体系的基准点在于“开放的”原则以及,原则中显现的评价基准。而只有在考虑其不同程度的具体化形式,并且使这些形式彼此间有一定的关系,如是才能由之建构出“体系”来。

原则及抽象概念之间的媒介者是“规定功能的概念”。这些概念必须可以将——作为规整基础的——其与决定性原则间的意义关联,以浓缩但仍可辨识的方式表达出来。至于抽象概念与“规定功能的概念”之关系可概括说明如次:前者系可供为涵摄目的之技术性概念,后者虽不适宜涵摄,惟足以说明其实质基础及结构。

由前面的说明可知,内部体系绝非是封闭的,而毋宁是一种“开放的”体系。作为“开放的”体系,它总是未完成的,也是不能完成的。此外,因为内部体系不能将所有规范或规整集合成一体,就此意义来说,它也是“不完全的”。

在翻译的最后阶段,译者正好读到莎士比亚的一句话:“我们历尽了千辛万苦,终于在乱麻中采获了这朵鲜花”,感受极深。深恐译文晦涩,阻止读者寻求原作馨香的勇气,此导读所以作的主因之一。现在但愿导读本身不是另一团乱麻。最后,愿将这本译著献给译者担任教职以来结识的一群年轻伙伴;和他们一起学习、问难,才使译者真正体会学术的严肃及温馨。

陈爱娥 谨识

1996年11月

PDG

引 论

每种学问都运用一定的方法,或遵循特定的方式来答复自己提出的问题。然则法学是运用何种方法呢?本书所称的“法学”是指:以某个特定的,在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限,借以探求法律问题之答案的学问。以法秩序为研究客体的学问尚有其他,例如法史学及法社会学。显然,法史学运用历史学的方法,法社会学则应用社会学的方法。然则狭义的法学又如何呢?

大概在一百年以前曾经有过那么一个时代,当时不论就法律事件的解决,或是就研究整个现行法而言,法学家们根本不怀疑他们拥有适当的方法,他们相信,以对于法学的要求为标准,他们的方法相较于其他学问的方法毫不逊色。今日则不然。大家会提及“法学思考的确信之丧失”¹,会认为选择何种方法多少具有任意性,不再要求恰当的答案,只要“尚可接受”或“可被同意”就够了,有些法学家甚至认为,只有社会学才能提供他们有关的知识。这些主张一方面隐含下述认识:在法律判断中经常包括价值判断,例如决定特定行为是否有过失。当法官决定采纳类推适用的方式与否时,当法官“衡量”相互冲突的法益或利益时,或者,当法官考量生活关系的新发展及改变时(与以前相比,法官作此种考量的机会要多得多),他们都须要以价值判断为基础。而一般认为,对于价值判断不能以科学的方法来审查,其仅是判断者个人确信的表达,因为它们不像事实判断是以感官的知觉为基础,因此也不能以观察及实验的方法来证明。假使推论过程中包含有一些以价值判断为基础的前提,那么正确的逻辑推论也不能保证结论在内容上的正当性。此外,大家也扬弃了长久以来的通说见解——法规范如果不是全数,至少也是主要存在于法律之中。设使大家还采取此见解,那么对于法律解释、将被“恰当地”解释的法律适用于个别案件,以及由法律素材中塑造出概念并予应用等方法,法律家们应该就可

以满意了。但是我们今天已经了解,大部分的法律都是经过不断的司法裁判过程才具体化,才获得最后清晰的形象,然后才能适用于个案,许多法条事实上是借裁判才成为现行法的一部分。无论如何,法规范地发现并不等于法律适用。法学方法论必须把这项认识列入考量。

但这并不是说,法律家可以不依一定的方法来处理问题,也不是意指,迄今被用过的方法全都变得不堪使用²。一如往昔,法律在我们的法律生活中仍扮演重要的角色;当案件事实适合法律规定时,法官必须将法律适用于该案件。如若不然,则法律将不能“贯彻”,亦无法达成其于团体中之引导任务。因此,仍然须要解释法律;而因为借解释是希望使立法者——在考量规定的目的及受规范的事实关系之下——合理的意愿或命令得以实现,所以解释者不应恣意而为。我们不能轻率地接受法官的裁判,特别是当它们包含有价值判断时,我们必须审查它们与其他裁判以及一般承认的原则是否相符,它们在事理上是否恰当。然而,这些要求全都无法达成,假使我们不尊重一定的方法的话。就评价、解释以及说明人的行为(例如:将之解释为意思表示、同意或舍弃)而言,认为只有在逻辑学和数学的领域,或者只有对可以借经验来证实的事实才能作“恰当的”陈述,这种学术概念不仅是对法学,同样地对其他科学来说也是太狭隘了。本书将指出,法学针对“价值取向”的思考也发展出一些方法,借助它们可以理解及转述既定的价值判断,而进一步的评价行为,其至少在一定的界限内,必须以此等先决的价值判断为准则。就此而论,评价行为是可审查的,对之亦得为合理的批评。然而大家必须了解,以此种方式获得的结论,其可靠以及精确性,绝不可能达到像数学上的证明及精确的测量那样的程度。虽然如此,还是可以认定法学是一门学问,只要我们把学问理解为:一种为获得知识而进行的,有计划的活动。与其不假思索地将一种——对于其他学科而言或者是恰当的——狭隘的学术概念转嫁到法学上,进一步因其不能满足此概念的要求而否定法学有获得知识的能力,“倒不如尝试由法的特质出发,来确定法学的特征”³。

假使应该由法的特质出发来确定法学、法学方法及其思考方式的特征的话,就必须对法学的研究客体有更详尽的认识。显然,每种法学方法论事实上

目 录

学生版序	1
《法学方法论》导读——代译序	2
引论	19
第一章 现代方法上的论辩	1
第一节 由“利益法学”到“评价法学”	1
第二节 关于超越法律之评价标准的问题	6
第三节 规范的内涵及事实的结构	12
第四节 寻求正当的个案裁判	18
第五节 类观点学与论证程序	25
第六节 法律拘束与涵摄模型	33
第七节 关于体系的问题	42
第八节 法哲学上关于正义的讨论	50
第二章 导论：法学的一般特征	72
第一节 法的表现方式及研究此等方式的学科	72
第二节 作为规范科学的法学、规范性陈述的语言	77
第三节 作为“理解的”学问之法学	85
第四节 法学中的价值导向思考	94
第五节 法学对于法律实务的意义	112
第六节 法学在知识上的贡献	116
第七节 方法论作为法学在诠释上的自我反省	119
第三章 法条的理论	132
第一节 法条的逻辑结构	132

2 法学方法论

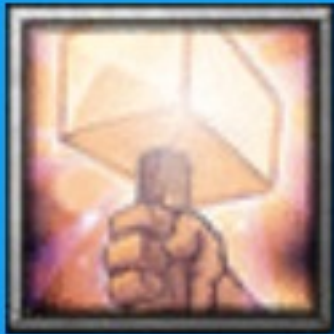
第二节	不完全法条	137
第三节	法条作为规整的组成部分	144
第四节	多数法条或规整的相会(竞合)	146
第五节	法律适用的逻辑模式	149
第四章	案件事实的形成及其法律判断	160
第一节	作为事件及作为陈述的案件事实	160
第二节	选择形成案件事实之基础的法条	163
第三节	必要的判断	165
第四节	意思表示的解释	177
第五节	实际发生的案件事实	184
第五章	法律的解释	193
第一节	解释的任务	193
第二节	解释的标准	200
第三节	影响解释的因素	223
第四节	若干解释的特殊问题	228
第六章	法官从事法的续造之方法	246
第一节	法官的法的续造——解释的赓续	246
第二节	法律漏洞的填补(法律内的法的续造)	249
第三节	借“法益衡量”解决原则冲突及规范冲突	279
第四节	超越法律计划之外的法的续造(超越法律的法的续造)	286
第五节	“判决先例”对形成“法官法”的意义	300
第七章	法学中概念及体系的形成	316
第一节	外部的体系(或称抽象概念式的体系)	316
第二节	类型及类型系列	337
第三节	“内部的”体系	348
简写表		369
文献详目		372

中德词汇对照表	380
人名索引	384



www.docriver.com

搜索商家 巨力电子书



第一章 现代方法上的论辩

第一节 由“利益法学”到“评价法学”

20 世纪之初,菲利普·黑克所倡导的“利益法学”至少在私法领域上获得不凡的成就。依其见解,法律规定主要涉及:为保护特定社会上的利益,而牺牲其他利益。然而,他对于利益的见解时有不同,有时是促使立法者立法的原因,有时是立法者评价的对象,有时甚至是其评价准则。利益法学的追随者也逐渐承认此种多义性的存在。哈里·韦斯特曼就强调,必须将利益此一概念“限制在指称——努力想取得有利的法律结论之——争讼当事人所具有(或必须具有)的追求欲望”,此意义的利益概念,应与法律所规定之评价准则严格区别¹。他认为后者已经不是利益,而是立法者“根据正义的理念所作一连串推论”的终点。司法裁判“依其本质应适用法律规定的评价准则,(法官)不得自为独立之评断”²。依其见解,至少在私法的领域中,法律的目的只在于:以赋予特定利益优先地位,而他种利益相对必须作一定程度退让的方式,来规整个人或社会团体之间可能发生,并且已经被类型化的利益冲突。“赋予优先地位”本身即是一种评价的表现,对此,立法者可以有各种不同的动机。除了被评价的个人利益或团体利益之外,立法者无疑尚须考虑一般的秩序观点(例如在规定法定方式,或确定期限时)、交易上的需求及法安定性的要求。在该当规范脉络中,立法者如何评价不同的利益、需求,其赋予何者优先地位,凡此种都落实在他的规定中,亦均可透过其规定,以及参与立法程序之人的言论,而得以认识。借此所认识之立法者的评价,其对于法律解释、对于法律未直接规定但应为相同评价之案件的裁判,均可供作推论的基础。

2 法学方法论

前述见解乃是一种“评价法学”³,时至今日,已无人再争议其正当性,司法裁判尤予认可。但是它也产生一些问题。在很多案件中,法官显然不能仅由法律,或仅借由法律可得认识的立法者的评价决定,就可以获得裁判。一旦法律应用所谓的不确定概念或概括条款,就会发生此种情形。于此,法律只界定一般的框架,在个案中法官必须另为评价,来填补框架的空隙。与此类似的情况尚有:立法者尚未表达立场的新问题出现;立法评价的前提要件消失;规范与规则竞合,而对于法官必须裁判的案件类型,立法者欲赋予何者优先地位实无从认识。于此,法官是否必须诉诸个人的价值感受、他在司法经验中获得的判断力(其司法感受),或者他的“意见”;或者,还有法律之外,或超越法律的价值标准存在,其足以并且也应该作为法官的裁判基准?如果大家认识到下述事实,则问题将更形严重:很多我们以往认为,只须以单纯涵摄的方法,将已经确定的案件事实,归属到先经必要解释的法律规范之构成要件之下,即可解决的案件,事实上,当我们将该当案件事实理解为法律构成要件所指涉的事实时,已经带有价值判断的性质,或者,其本身已然是一种有评价性质的归类行为。将“评价”视为一种个人立场抉择的行为,对之无从为合理的论证,这种意见在学界迄今仍居支配地位。依此见解,将不能避免下述结论:在很多(而不仅是在若干临界)案件,法官的价值判断会取代立法者的价值判断,对之亦无从依客观标准作事后审查。对法学而言,其意谓:在许多案件中,法学只能在有限的范围内以“科学的方法”作事后审查,一旦法官必须作价值判断时,法学不能提供许多助力。

问题还不只是这样。如前已述,在许多案件中,案件事实所拟归向的法规规范本身须先经解释,质言之,须先确定,该法规规范就该案件之精确意义为何。与所有理解他人见解的过程相同,法律解释的过程,也不能完全满足实证科学概念的严格要求。解释亦须确定事实,例如须确定文字内容或其他与解释有关的情事。此外,它还必须遵守逻辑法则。解释如不符合逻辑法则,其因此已是错误的解释。但是解释的特点——掌握一个规范脉络中特定文字或语句的意义,对于解释的要求尚多于此。明智的考量亦属必要,经验上的确证或反证,其至多只能在极小的范围内可行,有时根本做不到。就此而论,“主观的”