

# 論適用法律的空間及司法獨立 ——以德國法為例

范劍虹\*

## 一、導言

由於德國的歷史教訓與德國的法學經驗，德國司法首先必須要表達的是憲法或者基本法框架下的國家的法律權利，而不是與國家的法律權利相偏離與相衝突的那部分政治權利。法官在適用法律時所面臨的問題非常複雜。其中，法官司法發揮的空間在不同的視角與理論下，不能一目了然。進一步須注意的是，法官與司法系統如何更好地保持法官職能上的實質獨立，如何保持法官就業條件與職業發展獨立，如何保持預算與人事編制獨立和法官的人格獨立，更是一個法治國家面臨的難題。一個英美法的學者或者法官也會就各種不同的角度去研究司法行為或者法官任職與社會制度的關係，這不但涉及法官的法條適用，也涉及司法獨立，更涉及司法行為對社會制度的影響，比如，2008年4月由哈佛大學出版社出版的理查·波斯納法官的《法官如何思考》(How Judges Think)一書，就涉及以上問題。可喜的是，此書已由蘇力教授譯為中文，並由北京大學出版社於2009年1月出版。相反，大陸法系的德國學者鑒於歷史原因也喜歡去研究這些問題，以指導審判實踐。他們會有許多想法與評論，以便探求法官面臨的發揮空間以及法官在這個空間中，在這個法治條件下的法官獨立與中立的問題。由於這個問題涉及三權之間的微妙關係，所以不同的法哲學與方法論的觀點的爭議煙如浩瀚，常常讓人興趣盎然，卻常感力不從心、望洋興嘆。

以下拙文，試圖對德國的法官適用法律所面臨的空間及其法治前提下的司法獨立作一梳理與探討，僅供參考，不妥之處，敬請指正。

## 二、適用法律所面臨的途徑

從法理學的角度，法官在法律適用問題上會面對三大途徑：

### (一) 解釋和適用法律

由於立法者沒有留出立法空間或者漏洞，也即立法者自己本身對所有情況已作出利益上的斟酌，所以法官就是將事實與法律進行印證，通過推理(subsumieren)來適用法律，也即按立法者的原意解釋和適用法律。<sup>1</sup>

### (二) 續造或者補充

正如Larenz所說：續造(Rechtsfortbildung)或者補充(Rechtsergänzung/Rechtsneubildung)立法者留下的空間，實質上“是對法律中揭示的新的法律思想的接受和發展，借助於司法判決來實現這種思想，就是超越了法律的最初計劃，是對這個最初計劃的或多或少的修改”<sup>2</sup>。德國聯邦憲法法院第34卷的Soraya判決中首次確立了法官擁有續造或者補充法律漏洞的權力。實際上，立法空間(往往是有意的)或者漏洞(往往是無意的)有不同的表現形式，比如：一個法條中缺少必要的成分；一個法規的許多法條中還缺少相應的條款(比如德國以前沒將C.i.C納入民法典，而僅僅作為一個習慣法)，或者法典中多出相應的條款；又比如：法典中的法規之間發生了衝突，或者一個法典中的法條與另一個法典的法條發生了衝突；又如：立法者沒有對一些法的領域(Rechtsluecke)或者領域漏洞(Gebietluecke)作出規定。<sup>3</sup>

實際上，在德國立法者“有意”留給法官續造或者補充途徑一般有以下幾種：

\* 德國弗萊堡大學法學博士、澳門大學法學院教授

### 1. 授權法理與司法

比如在勞工罷工法(Arbeitskampfrecht)領域，部分經濟行政法領域。在這些方面，立法者不做極為詳盡的規定<sup>4</sup>；而其他的一些傳統法律領域，德國法已規定得很邏輯，理論與司法也解釋的很系統、很科學。因而許多教授與法官希望在這些領域中體現他們的法學意志力與想像力。當然，在沒有授權時，或者立法者已明示不可介入時，就不能違反立法者的意志。

### 2. 不確定條款或者一般條款

比如“社會合理性”條款，民法典第 626 條第 1 款中的“具備重要原因”的條款。這些條款是立法者有意為了適應複雜的法律生活的發展而設定的。並讓法官去續造或者補充，以服務於不同時期法的政策目的。<sup>5</sup>

### 3. 立法者有思考的沉默

這一點似乎與上面的第一點相似。但是這一點與第一點不一樣，它是一種已有決定的沉默，不願司法修法的沉默，是立法的無形界限。但這些僅出現在規範漏洞(Normluecke, lacunas de regulamentação)中，而往往不出現在立法者忽視的整部法律中的漏洞與法的領域漏洞。比如，德國法經思考故意不規定兄弟姐妹間的撫養義務，但是如果法院認為這裏存在漏洞去進行補充或續造，那麼就違反了立法者的無形界限。<sup>6</sup> 與上面講到的第一點(授權法理與法官填補立法空間或者漏洞)不一樣，“授權法理與法官填補立法空間或者漏洞”是放任法學與判例對這些領域的創造，這也就是為甚麼許多法學家與法官醉心於勞工法、行政法以及經濟法的一些領域的一部分原因。當然，這樣的放任也受到基本法第 20 條第 3 款相關的規定的限制。<sup>7</sup> 但是這裏的立法者有思考的沉默實際上是一種反向推理(argumentum e silentio, argumentum e contrario)，它的沉默在規範漏洞(Normluecke, lacunas de regulamentação)的情況下是一種反對的表示。當然在法律漏洞(Gestzesluecke, lacunas da lei)的領域和法的漏洞(Rechtsluecke, lacunas do direito)或者部門法漏洞(Gebietssluecke)時，這種立法者的沉默不能看作是深思熟慮的沉默，而應該看作為立法者在立法當時的無法預見或者沒能預見的情況。

### (三) 法官違背法律的法(contra legem)

法官在探究文義、立法背景、法律目的與體系後發現，法律不是存在空間或者漏洞，而是存在錯誤。但是由於《德國基本法》中包含着權力分立與立法優先於司法的規則，所以司法修改法律的前提很嚴。按

照《德國基本法》第 100 條第 1 款，法院有義務向憲法法院提交違憲的法律。<sup>8</sup> 在德國，憲法法院的違憲審查的範圍不但包括案件中涉及的違憲法規，也可涉及案件無關的違憲法規。<sup>9</sup> 按照基本法第 97 條第 1 款，法院立法也受到限制。因而在德國，法院仍然是立法的助手，它只能對法律的秩序進行美化，而不能改變或者主宰法律秩序。德國著名法學家威斯特曼(Harry Westermann)有一句名言，即：“司法就其本質而言是法律的價值運用，而不是法官的獨立評判。”<sup>10</sup> 這裏法律對於法官的約束是強制的，它有助於通過事先表述的法律使具體的判決事先可以預測，同時由於事先的法律規範的統一性，使得可以平等與統一地對不同的案件作出判決，其中隱含着法律原則的具體法律規範，又可將一種指引內涵傳給判決、影響判決<sup>11</sup>，而這樣的法律規法的編纂也有利於法律學教育。然而，在法典約束法官的同時，大陸法系的現代司法又要求法官的獨立性。<sup>12</sup> 拉倫茨說：沒有法律能決定法院司法的發展，一旦法律被頒佈，法律的指令便受法官行為的支配。<sup>13</sup> 當然，這在英美法系並不存在問題。按照波斯納(Richard Allen Posner)在《法理學問題》中的觀點，普通法就是法官制定的法律，法官就是立法者。波斯納在《法官如何思考》(How Judges Think)<sup>14</sup>一書中表明，儘管大多數(常規)司法決定似乎都是法條主義驅動的，但法官絕不是“自動售貨機”，只是機械地適用已有規則或按既定法理推理模式決策的法條主義者，相反，其政治偏好或法律以外的其他個性因素，例如，法官個人特點以及生平閱歷和職業經驗，會塑造他的司法前見，進而直接影響其對案件的判斷。因而英美法的司法實踐及法治歷史已為法官跨越三權分立的界限提供了證詞。

## 三、司法的獨立

歐洲各國的法官在歷史上無獨立可言。在法國大革命之前，歐洲的許多國家，包括德國還沒有廢除官職買賣制。與深受人們尊敬的英國法官比較，他們的信譽如同政府的高級官員。<sup>15</sup> 法官的司法獨立開始於文藝復興(Aufklaerung)和理性法學(Vernunftrecht)。當時的德國的司法獨立受到法國與英國的影響。而孟德斯鳩(Montesquieu, 1689-1755)用 27 年的時間在 1748 年出版了他的著作：《法意》(De l'ésprit des lois)(或譯為《論法的精神》)，全面分析了三權分立的原則，從而為司法獨立奠定了理論基礎。法蘭西思想之父伏爾

泰(Voltaire, 原名: François-Marie Arouet, 1694年11月21日-1778年5月30日)誇讚《論法的精神》這本著作是“理性和自由的法典”。但是,德國司法獨立與法國等國一樣,在司法獨立方面是有一個歷史的發展過程。<sup>16</sup> 當時雖然有了三權分立,但是法典體系的建立目的就是為了建立統一的價值和清晰的規則,避免判例的繁多與混亂,其中最為重要的目的也是為了限制法官的權力。孟德斯鳩當時還主張:法官只不過是“法律的宣示者”(Les juges ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi),而羅伯斯比爾所主張的“制定明確的法律,判例就會歸於無用”的說法廣為流傳,使之法國等國輕視判例。<sup>17</sup> 雖然現代歐洲各國已都非常重視判例,從法官創造法律的權限角度,英美法系的法官造法的獨立自由度比大陸法系的法官還是要更大些。然而,德國是歐洲國家中非常重視判例的國家之一,編輯判例集一直可以追溯到12-15世紀的城市法時期。僅僅是1879年設立的帝國最高法院的民事與刑事判例集就延續了66年(1879-1945)。而西德建國之後的各個基本法律部門的判例集<sup>18</sup>均有164年的歷史。除上述提到的所謂“官方判例”外,在德國,還有法學雜誌收集的所謂“民間判例”,其中最為著名的是《新法學週刊》(Neue Juristische Wochenschrift),簡稱NJW。按照德國外國與國際刑法馬普學院院長Albrecht教授前幾年的判斷:“在法律和法院系統的關係問題上,當今德國的主流看法是孟德斯鳩太機械了,而沒能反映在司法決策過程中要做的事”。目前大陸法系的德國法官不是僅僅是法律次序的維護者與執行者。司法不僅僅受成文法律的拘束,而且可以超越成文法而受法的約束<sup>19</sup>,他們可以將法律、法的價值次序之中隱含的一般規則加以發揮,並加以續造。<sup>20</sup> 甚至他們追求獨立創造法律的自由度在某些時候也已到了被懷疑攫取立法權的程度。然而仔細觀察司法獨立,那麼司法獨立的含義不但並不限於以上的含義,而且也並不超過正當前提的司法獨立。以下,我們來探求一下司法獨立的前提、法官獨立裁判的空間以及法官的獨立性與中立性問題。

## (一) 條件

### 1. 法治

沒有法制,自然不必浪費時間談及司法獨立,因為這樣的司法獨立是失控的。但是僅僅有法制,也並不一定就自然會有良好的司法獨立。原因是這樣法制的存在,並不一定是符合其社會狀況或者它並沒有實際上的運作,因而也並不一定能達到基本的法治。所

以,司法獨立的首要前提條件應該是有法制又有法治。只有在法治的條件下,真正的良好的司法獨立才有可能。

當然,從廣義上講,法治也包括良好的法學教育體系。德國法學制度的特點主要是培養有優良基本功的法官。為了司法的需要,在德國,著名的法學教授均兼任憲法法院、聯邦法院與州一級法院的法官。但是,其在法學領域,專注於本國法的國家考試制度<sup>21</sup>,已影響培養更多懂外語與外國法的年輕涉外律師。然而,就培養高素質的法官而言,它顯然不但成為法官獨立判斷的資本,而且也是德國法治中的重要一環。

### 2. 禁止拒絕作出裁判

古典時代的羅馬陪審法官可以拒絕做出裁判。但是現代各國法官無權拒絕作出裁判。因此,法官的獨立裁判,並不能獨立到可以拒絕做出裁判。法官之所以不能因為沒有法律依據就不裁判,是因為如下的考慮:即裁判的必要性與緊迫性大於對立法的指責和大於因判決的暫時性所帶來的影響。法官必須遵守“禁止拒絕作出判決”(Rechtsverweigerungsverbot)的原則,這在歐洲已是通例了。不管是規範漏洞(Normluecke, lacunas de regulamentação)、法律漏洞(Gesetzesluecke, lacunas da lei)和法漏洞(Rechtsluecke, lacunas do direito)或者領域漏洞(Gebietluecke),也不管上述的這些漏洞是屬於初始的(沒認識到的)和延後的(已認識到的),對法院而言,在任何情況下都須適用禁止拒絕作出判決的規則。

此外,在私法中不禁止類推,否則就會造成拒絕裁判的內心理由,但是基本法第103條第2款禁止刑法上的類推,其兩大原因眾所周知,即:法律無明文規定不為罪(nulla poena sine lege)和有疑問時有利於被告(in dubio pro reo)。其中的法律無明文規定不為罪,實際上與禁止拒絕裁判一樣,從反面禁止法官在刑法明文規定之外的判決權力。

## (二) 裁判的空間

基本法第20條第3款規定:“行政與司法受法律和法的拘束”,因此司法的空間顯然不僅僅存在成文法中,也存在法之中,而“法”顯然不僅僅是成文法的全部。<sup>22</sup> 但是在德國問題並沒有這麼簡單,它需要作進一步的論證。

### 1. 解釋法律

任何法律在需要結合案情進行正確的適用或者執行時,均需要借助於法律解釋。而法官作出法律解釋的目的,主要是需要符合立法者規範目標。如果偏離

立法者作制定的規範目標，那麼法官必須陳述此案為特殊情況，並作出可接受的合憲的法律方法論的解釋。否則，法官就會違反了基本法第 20 條第 3 款的規定。德國的憲法的系列內涵表明，德國是一個權力分立，並以立法優先行政與司法的民主法治國家，因此，在解釋法律方法就變成了憲法問題，也即所有的各種解釋方法(philologische, systematische, historische und teleologische Auslegung)均需要合憲。

從上述可以發現，法官在適用或者執行法律時，需要借助於解釋，但在解釋時，法官至少有兩個空間：

第一，規範目的限制下的空間：由於法律的概念與數理邏輯及科學語言不同，在外延上並不非常明確，它是取決於許多因素的：比如，當時的情況、所涉及的人與事、表達的順序、標點符號，甚至在句中擔當的句子成分等等都會有所不同，從而為法官提供了解釋空間，而生活關係的變化多端，消除了某時空的“絕對正確的解釋”<sup>23</sup>，從而使法官不斷地有機會認識法律解釋的內涵空間，提出某時空的正確解釋。這裏主觀的解釋就是探求最初的規範目的，它實際上是客觀的。相反，“客觀解釋”反而是主觀的，在此具有非常大的爭議。<sup>24</sup> 總之，語義、體系解釋是有一定限制意義的，但是當他們有矛盾時，甚至用歷史的解釋也不能解決問題時，應優先採用立法者的規範目的論解釋。<sup>25</sup>

第二，規範目的不具有拘束力時，而在合憲性標準下的空間。那個空間就是：在背離規範目的時，強制作出可接受的合憲的法律方法論的解釋。法律解釋與法官造法是需要區分的。區分的目的就是為了堅持立法優先的民主法治國。否則，法官如果把自己想像為立法者，並借助於“大眾的意志”或者所謂的“客觀—目的標準”(在此似乎Larenz<sup>26</sup>與Ruethers<sup>27</sup>的觀點並不一致)、預見、事物本質、各種正義理論去排除現有的法律評價，並在方法上違背立法者的規範目的和合憲的解釋，那麼就不能得到支持的空間。因為只有法律保障的議會意志相對於其他而言，不容易被操縱，而上述提到的其他東西不如法律保障的議會意志更可靠一些。

## 2. 續造法律

所謂“有意”往往是解釋者的行為，如果法官本人從立法者着想，並從一個法官或者法學家將來的理想立法角度出發，就可能將立法者的這種有意的空間，理解為是一個立法者的疏忽，從而認為遇到了法律的漏洞，既然是漏洞，就無法理解立法者在其中的評價意圖，從而必須自己進行法官造法。但它仍然是

立法者留出的空間(不管是有意還是無意)，需要續造或者補充，甚至是發展。當然在無意留出的漏洞中的續造，法官造法的內涵多一些，當然這往往與法的意識導向有關，與法官是否理解了立法的思想，並進行續造有關。具體而言：

第一、從上面，我們已經發現立法者有思考的沉默是一個無形的界限。拉倫茨也談到法律的“有意義的沉默”。這種立法者的沉默是“不容許借司法裁判來創設(或者重新引入)這種法的制度到我們的法秩序中，因為法律於此並無漏洞”。<sup>28</sup> 比如，德國法經思考故意不規定兄弟姐妹間的撫養義務，但是如果法院認為這裏存在漏洞去進行補充或續造，那麼就違反了立法者的無形界限。<sup>29</sup> 在這個立法者有思考的沉默的一個無形的界限裏，法官的裁判空間十分有限。

第二、在法律技術上的不確定條款或者一般條款方面，需要區別分析。既然立法者不能也沒必要包羅萬象地將現在與將來的所有一切問題無重點地面面俱到地加以規範化，那麼就需要採用較為原則的規範來解決由此種情形產生的問題。從憲法的背景去觀察，對規範的結構與密度的處理，取決於立法機關在多大範圍中來控制法律運用機構，也即在多大範圍內來設定法治國家基本權利的要求。<sup>30</sup> 在此，法官雖然在此空間中有自由裁判的權力，但是法官有義務先檢查適用的不確定條款或者一般條款是否已被立法者部分具體化了，也就是說要尋找出哪些能使不確定條款或者一般條款具體化的法規法條。如果不確定條款或者一般條款的部分內容已被立法者具體化了，或者絕對化了，那麼法官在涉及這些部分內容時，需要注意先適用這些將不確定條款或者一般條款具體化的規則，而不能直接在不確定條款或者一般條款的空間自由行動。比如，法律規定一般解僱不能違反“社會合理性”，但是立法者已規定禁止按一般解僱方式解僱企業參議會成員、青年與培訓工代表等<sup>31</sup>，那麼法官就不能認為僱主的解僱是不違反“社會合理性”的，從而將上述人員申訴駁回。必須注意的還有：法官必須在做解釋的具體工作時，留意體現不確定條款與一般條款的多個具體條款的互補與互相限制問題。如沒有多個相應的具體條款，也要注意各個一般條款或者不確定條款之間的互補與互相限制，從而確定續造或者填補的空間，作出法益上的最好抉擇。這個規則也適用法律原則具體化以及衝突問題。

需要注意的是，在大陸法系，有些立法空間或者漏洞中完全是法官在作評價，但是法官卻認為僅是法律發現，僅是一種“客觀”解釋，而排除那是立法特

微的決斷行爲。我的導師 Franz-Jueregn Saecker 在其主編的《慕尼黑民法典評論全集》第一卷的導言中說：“如果認定爲是立法漏洞，那麼就需明示續造或者補充漏洞的標準從何處來。”換句話說，法官在司法實踐中如何具體地進行這樣的續造與補充應該明示，而且需要提出續造與補充的標準，並且找出一種合憲、合理的工具去開發一個標準。

第三、立法授權法學理論與司法實踐方面，法官的發揮空間最大。正因爲勞工法、特別行政法領域立法的邏輯性不能完全適合於變化的法的生活的發展，因而法官在此領域有極大的空間。這個空間很大，法官往往會適用判例群以及事物的本質等去支持他的判決。但是對這種做法的批評也不絕於耳：比如，法官對立法的空間範圍內所涉及的生活事實進行抽象性的分類是其解決問題時常常要做的事，它不同於典型的標誌性的判例。正如 Bernd Ruethers 認爲的那樣，我們可以認爲這種類型化並不能由此找到像自然科學那樣的從多樣性找到統一性，因而其做法還停留在表面之上，還需要去找到其中的事物的本質。但是事物的本質實際上又是參與者具有一致的法律確信。<sup>32</sup> Bernd Ruethers 問：關於事物的“本質是甚麼？”(what)“它從那兒來？”(where)和“誰有權利界定事物的本質？”(who)。按照 Bernd Ruethers 的結論，雖然遵循法律要調整的範圍中的相關事實、關聯性以及自然科學的法則是任何立法和法律適用的任務，但是這些預先需要確定的事實與狀態，不等同於“事物的本質”。既然事物的本質實際上是參與者具有一致的法律確信，那它以事實的本質和具體次序進行論證與法律適用無關，它是追求法政策的淵源與代名詞。因而案例類型或者典型的法律發現 (typologische Rechtsfindung) 或者轉義爲事物的本質的概念等均是法官進行造法不受限制的辦法。當然，在這裏立法者已授權法學理論與司法進行續造。那麼，這樣的判例評論只能給法官參考而已了。

### 3. 憲法法院

《德國基本法》中包含着權力分立與立法優先於司法的規則，所以司法修改法律的前提很嚴。按照德國基本法第 100 條第 1 款，法院有義務向憲法法院提交違憲的法律。<sup>33</sup> 在德國，憲法法院的違憲審查的範圍不但包括案件中涉及的違憲法規，也可涉及案件無關的違憲法規。它的判決不受制於其他法院的判決理由。它可以在其判決中確認某一法規與憲法不符，並宣佈其無效。這種宣佈應該對所有的憲法機構，對各級法院與行政當局均有法的拘束力。因而憲法法院的

法官的權限很大，有時當筆者閱讀德國憲法法院的判例集時，似乎覺得德國憲法法院的判例集是真正的大陸法系的判例法。

正如上述所提及的那樣，德國憲法法院擁有巨大的司法權。其中權力範圍體現在兩個方面：

第一方面是保護憲法規定的人的基本權利。這是由於國家相對於公民的地位的絕對優勢，因而法制國家必須保護公民的符合憲法的權利不受國家強制力的侵犯。憲法法院通過審查具體的法律的憲法性來保護公民的基本權利。

第二方面是保護國家機構的憲法地位。這種保護往往是指對國家憲法機構之間憲法性爭端的解決。具體地說，在國家層面上，有德國議會與聯邦政府在權利與義務交叉時的爭端，聯邦政府與州之間關係的爭端以及法規與規章司法覆審。憲法法院與行政法院的管轄是有區別的，行政法院是除憲法性爭議之外所有涉及公法的爭議，尤其是對行政行爲表示異議的案件。

但是，以上兩個方面的巨大司法權需要嚴格按照以下八個程序來進行的。在憲法司法中，憲法法院的管轄權不是因有憲法性質爭論就有管轄權，而是其管轄必須符合由憲法或國家法規明確規定的程序種類，也即：只有法律規定的憲法訴訟程序的許可條件符合，才有管轄權。<sup>34</sup> 其具體的程序是：

第一、侵犯人的基本權利的訴訟程序<sup>35</sup>；

第二、國家機構爭議程序<sup>36</sup>；

第三、聯邦與州政府爭議程序<sup>37</sup>；

第四、抽象法規審查程序<sup>38</sup>；

第五、具體的法規審查程序<sup>39</sup>；

第六、黨派禁止程序(Parteiverbotsverfahren)<sup>40</sup>；

第七、公訴程序(Anklageverfahren)，例如議會和參議院對總統的指控<sup>41</sup>；議會對聯邦或州法官的指控<sup>42</sup>；

第七、選舉審查程序(Wahlprüfungsverfahren)，例如：指控議會關於選舉有效性的決議<sup>43</sup>；

第八、定性審查程序，主要是涉及國際法條約作爲聯邦法組成部分的定性審查程序(Verfahren der Qualifikation von Regeln des Voelkerrechts)。

雖然有程序上的限制，但是憲法法院在保護人的基本權利和國家機構的憲法地位兩個方面，擁有巨大的司法權力空間。甚至可以說有些憲法判例具有法律效力。憲法判例作爲對具有最高效力的《德國基本法》的解釋，因而對整個司法裁判中產生了巨大影響。因此，著名的 Hans-Joerg Albrecht 教授在與大家討論時陳述這樣的信息：由於德國憲法法院擁有巨大的權力，法學界開始爭論，憲法法院的法官在解釋憲法方

面，是否應該並且必須避免成為凌駕於議會和普通法院體系之上的“政治超級大國”。

此外，鑒於憲法法院地位與功能的特殊性，以及憲法法院法官擁有的巨大權力，法學界除了討論是否應該防止其凌駕議會和普通法院體系之上外，還對憲法法院法官的選舉規定得非常嚴格。這種嚴格並不限定法的專業領域，也即不限定只有憲法專家才能任憲法法院的法官。<sup>44</sup> 但因其政治意義，其組成應體現其中的主要關係。從聯邦國家的體制角度去構建組成成員，那麼其中一半法官應由議會選舉，一半法官由參議院選舉，因為這樣才能體現聯邦體制的必然結果。選舉可採用差額選舉，應當有 2/3 以上多數(包括 2/3 多數)通過才能當選。任期為 12 年。德國憲法法院法官的連任受到限制，以保證其法官工作的獨立性。

### (三) 法官的獨立性與中立性

法官能否能夠不顧恐懼、命令和其他的影響，包括內心的獨立(*innere Unabhaengigkeit*)<sup>45</sup>，依法作出裁判，是法官中立且獨立的具體象徵。

法官的獨立往往被分為實質的獨立(*sachliche Unabhaengigkeit*)和個體獨立(*persoenliche Unabhaengigkeit*)。而法官的獨立又與法官的中立有密切聯繫。

#### 1. 實質獨立

實質獨立(*sachliche Unabhaengigkeit*)主要是指在司法的活動中，除了法律與良心的約束之外，不受各種影響司法活動的命令的影響。就像美國聯邦最高法院建築上所刻的字“法律之下同等公正”(Equal justice under law)一樣，美國法官也要求受法的約束。雖然法官受制於公認的職業監督條款，但是首先涉及是司法活動之外的獨立行為。按照德國法官法(DRiG)第 39 條(維護獨立性)中規定：法官在其職業內外活動中，也包括政治活動中，必須不讓其行為損害他人對其獨立性的信任。<sup>46</sup> 因涉及法官職業的獨立性，法官公開對政治問題的表態在現代已引發不少問題。對此，將在下面論述。在職業之內，職業監督條款僅對不履行工作義務的行為做出監督，如無故不出庭等等。但是每個法官，只要他認為對她(或他)實施的監督懲罰措施是損害其司法獨立性時，均可以依照法官法第 26 條第 3 款向法官職業法庭(Richterdienstgericht)提起申訴。

#### 2. 人員獨立

在德國的專制年代，法官不具有人員的獨立性，法官與其他行政官員一樣處在一個“忠實及服從的人

員關係”(persoenliches Treue-und Unterwerfungsverhaeltnis)之中。它是專制君主的代理審判員(*iudex delegatus*)。法官那時可以不需依照程序與調查而隨時按照“*dependentia ministrorum a summo*”的原則被解除職務。在納粹時期，法官可以因為非過失的枉法而被判刑。人員獨立是指法官不可以違背其意志而被上級調職、解僱。法官也不能直接地，通過業務分配或者指派做另外的工作，而被邊緣化或者坐冷板凳。除了有證據證明法官有故意枉法情況之外，法官在被刑事<sup>47</sup>或者民事追究之前，其司法活動受到保護。人員獨立(*persoenliche Unabhaengigkeit*)主要保證法官的就業條件與職業發展是自由的，不受行政的控制的。

#### 3. 中立性

中立性原則非常重要。中立性能夠保證被任命法官的裁決的無派別性與實質上的距離。因為如果法官不獨立於政治集團，那麼法官在審查與政治相關的案件的時候，就會出現自己人審自己人或者自己人審判其他人的派別衝突。從而被認為是一種政治審判。<sup>48</sup> 因此，為了維護中立，如有以下的情況的常常會被認為破壞了中立性，從而使法官依法不得執行任務(依法回避)：①直接涉及法官個人的利益的事件。比如：法官是當事人或與當事人是共同權利人、義務人；②爭議事項涉及個人的關係人。比如：案件是法官配偶的案件，婚姻關係已解除也同；又如：案件的當事人之一是法官的直系親屬或者直系姻親，或三親等內的旁系血親，或者二親等內的旁系姻親；③法官有可能涉及先入為主的境況。有如：在案件中，法官現在受任為或者曾經受任為當事人一方的訴訟代理人或者輔佐人，而現在或者曾經具有為當事人一方的法定代理人的權限，有如：法官曾經作為證人或者鑒定人而受訊問。此外，還有在當事人提出不服的案件中，法官曾參與其前審或者仲裁程序中的裁判，但是僅執行受命法官或者受託法官的職務者不在此限。

如果法官依法不得執行職務時，或者法官有不公正的可能時，當事人的任何一方均可申請法官回避。在訴訟法上，法官因違反中立性將依民事訴訟法第 41 條<sup>49</sup>不得執行其職務(依法回避)。而按照民事訴訟法第 42 條<sup>50</sup>，對法官有偏見與袒護的擔憂時，也即有不公正的可能時，法律甚至給予訴訟雙方拒絕權，也即可以申請法官回避。懷疑法官有不公正的理由的成立，甚至可以取決於所存在的客觀情況，足以能夠合理地引發對法官中立的懷疑。當然，如果當事人在開庭之後(也即當事人已在法官前進行了辯論)，又提出以法官行為可能存在不公提出回避時，須附加申明其提出

回避的理由是發生在事後，或者發生在事前，而不是事後知道的。

同樣，法官在其司法活動之外，人們也必須注意法官公開參與討論法律問題的情形，尤其是當法官公開表述，對某個法律問題的相反理由是不可接納的話，那麼法官的中立性就受到了損害。

除了上述的實質性獨立與個體獨立，還包括集體與組織獨立(指預算和職員編制方面的獨立)、人格獨立(指單個的法官應當獨立於同一法庭上和上級法院的同事)、內心的獨立(在相關的案件裏，一定程度上需要避免受到出身、所受教育與培訓和周圍環境的不良影響)。

#### 4. 其他問題

法官獨立的原則能否保證司法的合法性與中立性呢？這個問題至少在“政治法官”的視角(unter dem Gesichtspunkt des politischen Richters)裏，至今仍然爭論不休。而在魏瑪共和國早已論述過的法官內心獨立(innere Unabhaengigkeit)的程度是否是一個附加的影響，同樣引人注目。其他的還涉及法官受到媒體的影響，尤其是不斷地將法官受法律拘束置於爭論地步的法官法(Richterrecht)的問題，仍在不斷地出現。<sup>51</sup>而實際上，眾所周知，法官法的自我發展同樣不是沒有麻煩的。

## 四、結論

### (一) 法官在法律適用問題上會面對三大途徑

法官在法律適用問題上會面對三大途徑：①按照立法者的原意解釋和適用法律；②續造或者補充立法者有意留出的空間；③法官違背法律的法。基本法第20條第3款規定：“行政與司法受法律和法的拘束”，法官在面對三大途徑時會有發揮法律的空間。在法治與不拒絕裁判的條件下，其發揮的空間不同。

#### 1. 在按照立法者的原意解釋和適用法律方面

(1) 法官在適用或者執行法律時，需要借助於解釋，在各種解釋方法出現分歧時，就涉及權力分立的憲法基本目的問題。法官只有在立法者的主客觀的規範目的限制條件下，有其空間。

(2) 在規範目的不具有拘束力時，法官在合憲性標準下有其空間。因為只有法律保障的議會意志(並體現在憲法中的意志)，相對於其他的“大眾的意志”或者所謂的“客觀—目的標準”而言，更不容易被操縱。

#### 2. 續造或者補充立法者有意留出的空間

在此，有三類情況：

(1) 在勞工罷工法(Arbeitskampfrecht)領域和部分經濟行政法領域，議會授權法理與司法進行續造或者補充，在此司法在合憲的方法論前提下，發揮的想像空間較大。

(2) 填補不確定條款或者一般條款。從憲法的背景去觀察，對規範的結構與密度的處理，取決於立法機關在多大範圍中來控制法律運用機構，也即在多大範圍內來設定法治國家基本權利的要求。法官有義務先檢查適用的不確定條款或者一般條款是否已被立法者部分具體化了，並檢查具體化的條款是否有各種可能。法官必須在解釋的具體工作時，留意他們的互補與互相限制。如沒有任何具體條款，也要注意一般條款或者不確定條款之間的互補與互相限制，從而確定續造或者填補的空間。

(3) 不妨礙立法者有思考的沉默空間。立法者有思考的沉默是一個無形的界限。不容許借司法裁判來創設(或者重新引入)到法秩序中，因為法律於此並無漏洞。在這個立法者有思考的沉默的無形界限裏，法官的裁判空間十分有限。

### 3. 法官違背法律的法

《德國基本法》中包含着權力分立與立法優先於司法的規則，所以司法修改法律的前提很嚴。按照《德國基本法》第100條第1款，法院有義務向憲法法院提交違憲的法律。在德國，憲法法院的違憲審查的範圍不但包括案件中涉及的違憲法規，也可涉及案件無關的違憲法規。它的判決不受制於其他法院的判決理由。它可以在其判決中確認某一法規與憲法不符，並宣佈其無效。這種宣佈應該對所有的憲法機構，對各級法院與行政當局均有法的拘束力。但是憲法訴訟需要遵循一定的程序：第一、侵犯人的基本權利的訴訟程序；第二、國家機構爭議程序；第三、聯邦與州政府爭議程序；第四、抽象法規審查程序；第五、具體的法規審查程序；第六、黨派禁止程序；第七、公訴程序；第七、選舉審查程序；第八、定性審查程序。

由於德國憲法法院擁有巨大的權力，憲法法院的法官的司法空間很大。法學界開始爭論，憲法法院的法官在解釋憲法方面，是否應該並且必須避免成為凌駕於議會和普通法院體系之上的“政治超級大國”。

### (二) 法官的獨立性與中立性

法官必須獨立而又中立：

#### 1. 實質獨立

實質獨立主要是指在司法的活動中，除了法律與良心的約束之外，不受各種影響司法活動的命令的影

響。損害其司法獨立性時，可以提起申訴。

## 2. 人員獨立

人員獨立是指法官不可以違背其意志而被上級調職、解僱。法官也不能直接地，通過業務分配或者指派做另外的工作，而被邊緣化或者坐冷板凳。法官的就業條件與職業發展是自由的，不受行政的控制的。

## 3. 中立性

法官的中立性能夠保證被任命法官的裁決的無派

別性與實質上的距離。法官違反中立原則依法不得執行職務或者依法回避。同樣，法官公開參與討論法律問題也需注意遵循中立原則。

## 4. 問題

法官獨立的原則是否能夠保證司法的合法性與中立性，至少在“政治法官”的視角至今仍有爭論。法官是否內心獨立以及內心獨立程度如何、法官受到媒體的影響、法官法等問題還存在討論的空間。

## 註釋：

- <sup>1</sup> Bernd Ruethers, *Rechtstheorie*, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.828 f, derselber' Fussnoten: Ph.Heck, *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*, AcP 112(1914),S.19 ff.
- <sup>2</sup> Larenz's Worte eingefuehrt von Bernd Ruethers, *Rechtstheorie*, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.831f
- <sup>3</sup> Bernd Ruethers, *Rechtstheorie*, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.846 f, derselber's Fussnoten: K.Engisch, *Einfuehrung ins juristische Denken*, 9.Aufl.,Stuttgart 1997, S. 176ff.
- <sup>4</sup> Bernd Ruethers, *Rechtstheorie*, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.835 .
- <sup>5</sup> Bernd Ruethers, *Rechtstheorie*, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.836 .
- <sup>6</sup> Bernd Ruethers, *Rechtstheorie*, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.838
- <sup>7</sup> 在民主的國家秩序的問題上，基本法第 20 條第 3 款明顯地表示：司法受法律和法的拘束，也即受法律的價值抉擇 (gesetzliche Wertentscheidung)所拘束。
- <sup>8</sup> Bernd Ruethers, *Rechtstheorie*, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.827
- <sup>9</sup> 范劍虹：《德國憲法法院關於侵犯人的基本權利的訴訟程序》，載於《海外法學》，第 2 期，2005 年。
- <sup>10</sup> Harry Westermann, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Muenster 1955.
- <sup>11</sup> Larenz, *Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*, in: *Festschrift fuer Ernst Rudolf Huber*, 1973,S. 291 ff. Hassemer, in: Kaufmann, Arthur(Hrg.), *Einfuehrung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A-4 ff.,C.F.Mueller Jueristischer Verlag 1994.
- <sup>12</sup> Kaufmann, Arthur, *Richterpersoenlichkeit und richterliche Unabhaengigkeit*, in: *Enheit und Vielfalt des Strafrechts*, *Festschrift fuer Karl Peters zum 70. Geburtstag*, 1974, S. 295 ff.
- <sup>13</sup> Larenz, *Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem*, in: *Festschrift fuer Ernst Rudolf Huber*, 1973,S. 291 ff.
- <sup>14</sup> 此書由 Harvard University Press 於 2008 年出版，參見理查·波斯納著，蘇力譯：《法官如何思考》，北京：北京大學出版社，2009 年。
- <sup>15</sup> [日]大木雅夫著，范愉譯：《比較法》，北京：法律出版社，1999 年，第 291 頁。
- <sup>16</sup> 關於法官獨立的歷史可參閱：Eckert,Joern, *Historische und theoretische Entwicklung der richterischen Unabhaengigkeit*, in : *Conference Presentation and Proceedings in Chinese and German Law in Kiel, Germany*, 27-30/08/2003
- <sup>17</sup> 同註 16，第 274 頁。
- <sup>18</sup> 即 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts(BVerfGE), Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ), Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG),Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE), Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSG), Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (BFHE)。在西德基本法制定之前，比較重要的判例集有：

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt), Entscheidungen des Preuschen Oberverwaltungsgerichts (Pr.OVG)。

- <sup>19</sup> 德國基本法第20條第3款的原文是：“Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden”。有的中文翻譯將最後的“an Gesetz und Recht gebunden”這個譯為“行政與司法應遵守正式法律和其他法律規範”是不妥的。因為其他法律規範的德文是“andere gesetzliche Regelungen”而不是“Recht(法)”。而法明顯不同於成文法律的總稱。按此翻譯，法官的權力就被限制在成文法中了。所以應該翻譯為：“行政與司法受法律和法的拘束”為宜。
- <sup>20</sup> 參閱最高聯邦法院民事庭判決和憲法法院判決：BGHZ11, 35h, BGHZ3, 315, BGHZ 4, 157, BGHZ 17, 275; BVerfGE 3, 242, BVerfGE 13, 164.
- <sup>21</sup> 古典的法學教育模式在德國的大學改革中並沒有得到徹底改變。在2005年11月11日基社黨、基民黨與社民黨的聯合協議中認為：新的改革不與法學教育制度改革接軌。2005年司法部長也確認：“Bologna聲明”在歐洲法意義上沒有拘束力，而實施“Bologna聲明”目標而進行的法學教育改革目前不能實行。但是同時表示將關注“Bologna聲明”的進程。德國的司法部長的秋季會議已委託相關委員會最遲在2011年之前，就學士—碩士學制不同模式結構的可能性與結果提出報告。參閱：《2008年11月20日關於法學教育的決議全文》(Beschluss vom 20.11.2008 zur Juristenausbildung im Volltext)。
- <sup>22</sup> 其中基本法中的97條第一款更加明確司法權相對於立法權的助手地位。關於法律與法的緊張關係可參閱：Dreier, Ralf, “Der Rechtsstaat im Spannungsverhältnis zwischen Recht und Gesetz”, NJW 85, 353f.
- <sup>23</sup> [德]卡爾·拉倫茨著，陳愛娥譯：《法學方法論》，北京：商務印書館，2005年，第193-195頁。
- <sup>24</sup> 著名的Ph. Heck的客觀解釋學因在公法與刑法中有助於擺脫立法規範目的與破壞憲法規定禁止刑法中類推的原則而遭到大量的批評，所以客觀解釋學僅在民法等私法中被推崇。客觀解釋法不用在公法中。
- <sup>25</sup> 同註24，第219-220頁。
- <sup>26</sup> 同上註，第2221-222頁。
- <sup>27</sup> [德]伯恩·魏德士著，丁小春、吳越譯，《法理學》，北京：法律出版社，2003年，第345-356頁。
- <sup>28</sup> 同註24，第249頁。
- <sup>29</sup> Bernd Ruethers, Rechtstheorie, verlag.C.H.Beck OHG, Muenchen, Rn.838
- <sup>30</sup> Hermann Hill, Einführung in die Gesetzgebungslehre, Heidelberg 1982, P.106
- <sup>31</sup> § 15KSchG
- <sup>32</sup> Bernd Ruethers, Rechtstheorie, Verlag C.H.BeckOHG, Muenchen, Rn920
- <sup>33</sup> Bernd Ruethers, Rechtstheorie, Verlag C.H.BeckOHG, Muenchen, Rn827
- <sup>34</sup> 在德國稱之為：Enumerativprinzip。
- <sup>35</sup> 參閱相關著述與判例：Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 2. Aufl., Heidelberg 1995, S. 287, Rn. 1129; E 32, 365/368; BVerfGE 10, 303/306; BVerfGE 10, 377/389; 54, 53/64ff; Ruprecht von Kraus, Der Grundsatz der Verhältnismaessigkeit in seiner Bedeutung fuer die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht, Hamburg 1995, S. 18; Peter Lerche, Uebermass und Verfassungsrecht, Koeln-Berlin-Bonn 1961。
- <sup>36</sup> 參閱德國基本法 Art. 93 Abs.1 Nr.5 GG; 德國憲法法院法 Art. 93 Abs.1 1 Nr. 1 GG, Art 13 Nr. 5, 63 ff. BVerfGG。參閱德國憲法法院判例：BVerfGE 62,1; BVerfGE 70,324; BVerfGE 67,100,126; BVerfGEuGRZ 86, 21,27; BVerfGE 70, 324; BVerfGE 68, 1, 77。
- <sup>37</sup> 參閱德國基本法 Art.93 Abs.1 Nr.3 GG), 聯邦憲法法院法 Art.13 Nr.7, 68ff.BVerfGG。
- <sup>38</sup> 參閱德國基本法 Art.93 Abs.1 Nr.2 GG; 憲法法院法 Art.13 Nr.13, 76 ff. BVerfGG; Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., Muenchen 1982, Art. 10 IV.
- <sup>39</sup> 是指因對法規的有效性發生爭議而對法規進行審查。某一法規違憲就不予適用，這種違憲的法規除了實體法，也包括程序法。法院即各級政府均有義務使適用的法規與憲法保持一致。這並不意味當一法規被確認或被懷疑是違憲時就可以隨便地不予遵守，本文作者認為：原則上法律制度追尋三個往往是不同方向的目標，即：正義，目的與安全，並使之相協並存。倘若某一地方法院認為某一法規違憲就不予遵守，那就無法律的安全性可言，也忽視了以合法與民主的程序建立

的立法者的決定，忽視了立法者對法的憲法性的理解與判斷。基於這個原因，對違憲法規的取消權在德國就集中在聯邦憲法法院手中。然而，這種在具體法規審查中的取消權也有其前提條件。參閱基本法 Art. 100 Abs. 1 GG，憲法法院法 Art.3 Nr.11,80 ff. BVerfGG。

<sup>40</sup> 參閱基本法第 21 條第 2 款第二句，憲法法院法第 13 條第二點，第 43 條下(Art.21 Abs 2, S.2 GG, Art 13 Nr2, 43ffBVerfGG)。

<sup>41</sup> 參閱基本法第 61 條第 1 款，憲法法院法第 13 條第 4 點，第 49 條下(Art.61 Abs1, GG, Art 13Nr4, 49ffBVerfGG)

<sup>42</sup> 參閱基本法第 98 條第 2 款，憲法法院法第 13 條第 9 點，第 58 條下(Art98 Abs2GG, Art13Nr9, 58ff. BVerfGG)以及基本法第 58 條第 5 款，憲法法院法第 13 條第 9 點，第 62 條與 59 下(Art98 Abs5GG, Art13Nr9, 62i.V.m. 59ff. BVerfGG)。

<sup>43</sup> 具體參閱基本法第 41 條第 2 款，憲法法院法第 13 條第 3 點，第 48 條(Art41 Abs2GG, Art13Nr. 3, 48BVerfGG)。

<sup>44</sup> 比如明斯特大學(Universitaet Muenster)的著名民商法學家漢斯·布勞克斯(Hans Brox)是德國憲法法院的法官。

<sup>45</sup> 這裏涉及法官是否以及在多大的程度上不受其出身、教育培訓和周圍環境，參見：Eckert, Joern, Historische und theoretische Entwicklung der richterischen Unabhængigkeit, in: Conference Presentation and Proceedings in Chinese and German Law in Kiel, Germany, 27-30/08/2003

<sup>46</sup> 參閱原文：“§ 39 Wahrung der Unabhængigkeit, Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhængigkeit nicht gefhrtet wird.”

<sup>47</sup> 對法官的刑事與民事追究的相關條款有：刑法典第 336，331-335 條；民法典第 839 條第 2 款。

<sup>48</sup> 參閱：美國經典的憲法訴訟案：1803 年的“午夜派職案”。

<sup>49</sup> 也可參閱相關的憲法法院、聯邦法院的判例：BGH, Urteil, 01.04.2008, X ZR 150/05；BVerfG, Beschluß, 15.06.2007, BvR 1073/07；BGH, Urteil, 12.01.2006, VII ZR 207/04；BGH, Beschluß, 24.09.2004, IXa ZB 10/04。

<sup>50</sup> 也可參閱相關的聯邦行政法院等的判例：BGH, Beschluß, 13.11.2008, IX ZB 231/07；BVerwG, Beschluß, 23.10.2007, BVerwG 9 A 50.07；BVerwG, Beschluß, 02.10.2007, BVerwG 4 A 1009.07。

<sup>51</sup> 參閱：Eckert,Joern, Historische und theoretische Entwicklung der richterischen Unabhængigkeit, in: Conference Presentation and Proceedings in Chinese and German Law in Kiel, Germany, 27-30/08/2003