

法律方法与法治:以对纳粹司法的反思为中心

陈林林

摘要 纳粹政权在司法领域的工具和帮凶,是反形式主义的法律方法论和政治目的司法,而非法律实证主义。以“具体秩序”思维和“具体的一般性概念”为代表的纳粹法律方法论,突破了形式主义司法准则,并将纳粹意识形态和价值观提升为一种新的法律渊源和裁判规范。这种反形式主义法律方法论,是法治的一个陷阱。“去法制化”的纳粹司法表明:法律方法论若无视基本权利和普遍价值观,就可能沦落为当权者的作恶工具;法的形式价值和实体价值是唇齿相依的,要实现法治,二者不可偏废。

关键词 纳粹司法 法律方法论 法治

作者陈林林,法学博士,浙江大学光华法学院副教授。

一、纳粹司法:法律史上的一桩公案

以拉德布鲁赫为代表的德国法律界在二战后认为,法律实证主义是纳粹极权统治的司法帮凶。因为实证主义所持的分离命题,主张法律与道德相分离、法律的有效性独立于自身的道德内容。这使得德国法律阶层和普通民众在“法律就是法律”的思维下丧失了对纳粹暴政的抵抗。在西方法理学和法律史学者中,这个影响深远的命题是存有争议的。英美学者较早指出,拉德布鲁赫式指责不仅是出于误会,也是对事实的错误评估。无论在过去还是现在的盎格鲁-撒克逊世界中,法律实证主义一直有着极大的影响力,而民主的价值体系却获得了相当彻底的承认与实施,比起世界上任何其他地方都不逊色。^①就理论自身而言,法律实证主义的分离命题,绝无规范层面上强调“法律就是法律”并要求民众盲目服从的企图。实证主义与生活世界中人们对待法律的实际态度并无任何关系,“这种解释性法律理论对实际法律的影响,不会多于解释性动物学对青蛙行为的影响”。^②

拉德布鲁赫命题可以通过近距离的历史观察进行验真。欧陆晚近的法律史研究认为,战后将司法非正义归责于实证主义是错误的。^③拉德布鲁赫命题让法律实证主义成了纳粹恶法体系及其司法的替罪羊。纳粹时期的德国法律人,并不是法律实证主义者。在建立纳粹法律秩序的进程中,司法系统既非纳粹政权和法律实证主义的工具,更不是受害者,而是纳粹政权的旗手。^④他们通过依附纳粹意识形态的实质性考量,公然违背白字黑字的法律。纳粹时期法律秩序的嬗变绝大多数不是通过颁布法律达到的,相反,法院常常无视、曲解法律,以违背现行法的方式贯彻纳粹统治者的意志。

所谓的“司法”,实质是寻找国家社会主义的新法律渊源的转义解释过程,也是寻找“领袖意志”、纳粹党纲和“来自血统与国籍的自然法”的过程。^⑤在第三帝国时期,纳粹法学家的反形式主义法律方法理论和纳粹法官的“无限制的解解释”,将法律全盘转化成了纳粹意识形态的工具和帮凶。这说明法制堕落和司法变态的直接原因,并非法律实证主义,而是司法者的法律方法论。^⑥

事实上,实证主义是一种关于法律一般性质的理论,形式主义、现实主义或实用主义才是描述

司法过程及其法律方法的理论。因此诊断纳粹司法的最佳切题思路,是从实证主义转向形式主义。

形式主义(formalism)既能描述一国司法过程的风格和司法方法类型,也能描述其法治面貌,从而可以将法律方法、司法和法治贯通起来分析。本文尝试藉此进路,对纳粹法律方法理论和纳粹司法作一检讨,进而为法律方法和法治的关系、法治的基石等问题给出一个反思性结论。

二、对形式法治的“突围”:施密特和拉伦兹的法律方法理论

据德国学者考证,在希特勒短暂的统治期内(1933-1945),纳粹立法——集中在种族、婚姻和劳工领域——的数量实际是相当有限的。^⑦由法律人主导的德国传统法制,曾被纳粹党视为是纳粹运动的妨碍物,因而是一种反动势力。希特勒在和其党羽的系列餐桌谈话中,对法律和法律职业者的言辞充满了轻蔑和挑衅。^⑧不过,领袖的蔑视和没有充裕时间,并非纳粹当局未曾大规模立法的全部原因。更主要原因是,在篡权和战争时期,较之重新制定法律,依据纳粹意识形态来解释法律,被认为是一种更好的统治方法。这种办法既快捷,又有伸缩性:意识形态的模糊性所带来的操纵空间,可以让当权者为所欲为。纳粹党认识到接管整个旧法律体系符合自身的利益,号召“通过解释方法和概括性条款,把整个法律从法治国体制中夺过来”。^⑨法律理论界的纳粹分子、投机者和“软骨头”,及时迎合当局发起了一场声势浩大的“民族的法更新运动”:铲除形式法治国的自由主义、个体主义和民主式的思考方式,重建一个国家至上的、体现德国民族性的全新法律体系。其“更新”方法,是停止使用、解释旧的法律术语,引入新观念、新思维。所谓的新观念和新思维,就是转向以价值判断为基础的法律与法学。^⑩以施密特和拉伦兹为代表的纳粹理论家声称,实证主义是一种“颓废的”法律方法,因为它支持适用中立的法律原则,忽视了民族共同体的利益。更优的司法方法是突破法律框架,依据实质性考量对个人的法律诉求进行评估。^⑪就是“整个德国法律……必须完全地、惟一地接受国家社会主义的精神指导……任何诠释都应与国家社会主义相符。”^⑫为了突破形式法治的羁绊,将纳粹意识形态和掌权者意志粉饰为一种全新的法律渊源,施密特和拉伦兹各自提出了一套与时俱进的反形式主义法适用理论。

(一)施密特:从“决断论”到“具体秩序”思维

施密特理论的出发点是“非常状态”,仅此一点,就足以展示他成为纳粹“桂冠法学家”的政

治资本。在1933年,希特勒正是以国会纵火案营造的“国家紧急状态”为借口、以三权分立会削弱国家力量为舆论,颁布了架空魏玛宪法、确立独裁统治的《保护人民和国家条例》及《授权法》。在施密特的理论中,“非常状态”是一种无法以概念规定的状态,它打破了一般的法律条文,同时揭示了一种特殊的法理因素——绝对纯粹的决断。虽然法律在这种状态中隐退,但非常状态本身并不是一种混乱无序的状态,而是超越法律秩序之外的另一种秩序。在此状态下,国家依然存在,所以终极意义上的秩序依然占主导地位。不过这是一种完全由主权者引导的秩序,不同于由法律维持的常规状态或规范状态。^⑬

由法律主导的常规秩序和“非常状态”下由主权者引导的秩序,代表了两种不同的权力运作模

式。依施密特之见,自由主义法律秩序看似限制、否定了任何特殊的权力,但那不过是把原本属于主权者的权力转移到了形式性的规范之中。它只是一种形式性的或表象意义上的权力,一旦遭遇非常状态,就立刻分崩离析。相反,主权者潜在拥有的不受规范限制的那种绝对权威,才是真正的权力。代言形式法治国的规范主义法学的“致命错误”,在于只抓住了这个权力的表象,而遗忘了权力的真正面相——直接的、个别的、绝对的权力。法律秩序只有依靠政治才得以成立,而规范法学所依赖的法律从来就不可能自动地生发出一种秩序,在法律适用的过程中,必然要求有一种权力,即权威的介入。如论者所言,施密特的“非常状态”和“决断论”,意在强调政治对法律的优先性,否定规范主义法律方法论所持的去政治化、去人格化因素的形式主义取向。○14

“决断论”并非施密特的原创。早期的普通法司法一直被认为是一种“决疑术”,施密特的论

敌、规范法学代言人凯尔森的“解释框架”理论,同样容纳了一种决断论思维——规范提供一个框架秩序,在此框架范围内,交由法官针对个案情境进行判断与选择。○15此外,“决断论”的个体化和随机化倾向也过于露骨,因此施密特进而开始倡导另一种基于“具体秩序”的法律思维。其进路是将法律思维分为“规范论”、“决断论”和“秩序论”三种模式,这三者分别将“法”理解为规则、决定或具体的秩序。○16“规范论”是19世纪形式法治国的主流法律方法论,“决断论”则是对“规范论”的辅助与补充。从“规范论”中的“决断论”成分来看,法律实证主义者引为基础的安定性、确定性和稳固性,实际上只是决断者意志的安定、确定和稳固性。但决断者意志参与法律适用,本身是一种制度或秩序安排,更重要的是这种决断必须基于具体情状、具体的生活秩序进行。法绝非一套规则的加总,而是一套具体的秩序;秩序产生规范,没有具体秩序充当坐标系,法实证论就无法区分法与不法,也无法分辨客观性与主观恣意。○17施密特同时声称,不同的民族和种族服膺于不同的法学思维类型;而特定法学思维类型的支配力,也可连接到对该民族在精神及政治上的统治权力。德国法所安身立命的“具体秩序”,乃是纳粹国家的政治、经济和社会制度——领袖原则下民族共同体的生活秩序。唯此,司法过程才能实现符合德国精神的“合乎事物本质的塑造”,实现向一种全新的、“能够顺应新世纪之共同体、秩序与型塑的”的法律思维类型的过渡。○18

“具体秩序”被后人批评为法律方法的“魔方”,因为它强调生活秩序优先于法律规范、具有产出、改变规范的功能,但“具体秩序”究竟是什么,却是隐晦、多义和模糊的。如此一来,法律秩序就保持了一种“易变性”,以期为将来的政治决定打开方便之门。○19正是借道“具体秩序”思维,元首、世界观、种族、忠诚、服从、纪律、荣誉乃至“对元首的热爱”○20都成为了纳粹政权的“法律概念”。如吕特尔斯所言,“具体秩序”的实质,是用花言巧语的伪装突破形式法治国的法律渊源论——将民族社会主义精、纳粹世界观打扮成了一种新的裁判依据、一种最高的法律渊源,将建立在意识形态之上的、法律之外的、具体的价值混入了现行法秩序之中。○21

(二)拉伦兹:法理念和“具体的一般性概念”

拉仑兹发展自新黑格尔主义的评价法学,对二十世纪德国法律方法论的影响至深。但这样一位

举世公认的法律方法论巨擘,却有一页极不光彩的学术履历:在第三帝国时期,拉仑兹迎合纳粹政权积极参与“民族的法的更新运动”,提出了一套为领袖国家和纳粹意识形态张目的“具体的一般性概念”学说,这让他终其一生蒙受着无法摆脱的阴影。○22

拉仑兹的出发点,同样是批评形式法治国理念下的司法三段论模式,批评其未能展示法适用过

程的实质。拉仑兹认为,法律适用并不是一种由上而下的逻辑涵摄,而是一种辩证的过程,一种自始即被赋予在法规范和个案之间来回游走、以便最终激荡出“正确判决”之任务的权限。因为法官究竟如何理解规范的意义,要视其如何理解眼前个案现实而定,从而“法”本身彰显出一种“现实性”。藉此法官才能摆脱抽象性、形式性的窠臼,真正把握到规范的实质内涵,并让规范与具体现实充分融合,进而展现其实质意涵与拘束力。这意味着在司法过程中,“规范”与“现实”是相互影响、彼此交融的。据此,只要透过规范与现实之间不断的交互辩证,法官所发掘的“正确的法”便能彰显出蕴含于法秩序之中的“客观精神”,使法官做出一个呼应客观精神、符合正确之法的决定。○23 正是对“客观精神”和“正确的法”的推崇,使得拉仑兹的法律方法论,并不注重实证法对法官的拘束力,而是强调作为实证法精神根据的“超实证法的”价值基础——“法理念”——对法官的拘束和指引。鉴于“法理念”带有浓厚的价值色彩,所以其具体内涵的填充,事实上拥有无限的空间与可能性。○24 在纳粹时代,拉仑兹顺应时局把“法理念”的内涵导向了领袖原则和民族共同体,声称“领袖是宪法的守护者,也是民族的不成文的法理念”。○25

为了将上述“法理念”具体落实到个案司法中,拉仑兹认为旧有法律概念、法律规范的抽象性及其内容,已成为了具体秩序和传扬意识形态的障碍,因此需要发起一次针对一般性抽象概念的整体性解放,代之以“切合现实的概念”——一套“具体的一般性概念”。○26 在黑格尔法哲学中,“概念”被认为是“真正首要的事物”、“事物就是概念所约定的内在活动”,因此概念具有产生法的功能。“具体的一般性概念”学说,实际是将这种产生事实与法的概念移植到了法律方法论中。其策略是批判抽象的一般性法律概念忽略了各种生活事实的差异,从而把许多事实性本质不同的事物硬生生地归整到同一个概念之下,导致法律概念和规范不断趋于抽象化和空洞化。尽管“抽象的一般性概念”有减轻法官适用过程负担的功能,但为了让法规范的内容真正贴近现实,进而解决现实问题,就需要一套“具体的一般性概念”。因为规范本身是透过“具体”现实不断的影响来建立其“一般性”内涵的“实然与应然综合物”。具体和一般之间,不应被视为一种对立,毋宁是一种相互蕴含的关系。唯有用“具体的一般性概念”来充实规范体系的内涵,“法”才能够藉由对现实的开放,不断因应现实而彰显出合于现实的正确性,进而在每一个具体个案中,为法官提供正确的答案。○27 如此一来,“具体的一般性概念”就有了产生与改变法的功能,乃至可以无限活跃地、开放地、灵活地吸纳着新内容。这种开放性既适用于新的事实与生活关系,也适用于建立在政治/意识形态基础之上的新的价值观。○28 拉仑兹曾以“类型”和“类型系列”对“具体的一般性概念”作过进一步说明,但所谓的“具体”究竟何所

指,却始终语焉不详。不过,“具体的一般性概念”对既有法律规范的型塑或改造效果,却是明白无疑的。以《德国民法典》第1条“人的权利能力始于出生”为例,何谓该条规范中的“人”原本没有定义,盖此为自明之理。但以拉仑兹的“具体的一般性概念”观之,“人”这个概念过于抽象而完全忽视了规范所置身的时代状况。在以民族共同体为基础的领袖国家中,“法的同胞仅仅是民族的同胞,民族的同胞仅仅是具有德意志血统的人”。因此,《民法典》第1条规定的享有权利能力的“人”,仅仅是指那些具备德意志血统的德国人。至于“异族人”是否享有权利能力、享有多少权利能力,就要视领袖国家的种族政策而定。○29

“具体秩序”思维和“具体的一般性概念”的要点和共同点,在于打破传统法治国的形式主义

司法准则,强调依据现实“能动地”产出规范、改变规范,进而将纳粹意识形态和价值观提升为一种新的法律渊源和裁判规范。施密特和拉仑兹的方法论,客观上有助于纳粹政权用法律形式包装起非正义,让当局的暴虐行为看似受到了制约。因此学界认为,在迎合纳粹政权的学术创新中,此二人的成就最高。○30 不过,鉴于这两种方法论都会导致法律内容的高度不确定性,导向马克思·韦伯所言的一种形式非理性的司法,因此都难逃“非理性”的特征和批评。而纳粹时期的司法实践表明,它们能像变色龙那样出色地为纳粹政权和意识形态提供效力依据,即使后者是违反现行法的。相应地,整个法律秩序都可能随着这两种法律理论而嬗变。○31

三、无限制的司法：“去法制化”与“变戏法”的法官

1933年之后,德国法制在两方面发生了嬗变:一方面是魏玛宪法秩序的衰落和破坏:魏玛宪法

形式上仍然有效,实质上却被架空,宪法关于公民权利和议会政治的规定成了一纸空文;另一方面是树立起新的国家社会主义“法律原则”:民族共同体、领袖原则和人民运动原则。民族共同体旨在反对个体主义、否定基本权利、推进种族主义,其功能是对个人地位进行“集体化和去法律化”界定,并提供一个实质性的、内容含混不定的国家社会主义法律理念。领袖原则规定元首是真理和共同体意志的传授者、执行者。“通过领袖,民族共同体的那些实质性原则得到了实现。领袖让这些原则成为了民族全体事务的指导方针……他代表了作为一个客观实体的民族的全体意志”。○32 作为一条形式性原则,领袖原则是实质性的共同体原则的补充,二者涵括了国家社会主义法律的形式和内容。运动原则是一条动态原则,它正当化了国家紧急状态和纳粹党的统治。民族共同体和领袖原则对法律的内容和形式进行了“去法制化”处理,运动原则用来预防形式和内容再次法制化。民族共同体、领袖原则和运动原则的目标是搁置和摧毁既有法律,它们展示了国家社会主义法制的“非法律的”特性。○33 正是在这种“去法制化”的法律原则的指导下,司法独立、正当程序、罪刑法定、保护个体权利等司法原则,被当作十九世纪“形式主义时代”、“自由主义时代”的过时货而被扫地出门。将三权集于一身的希特勒自称,“我对德意志民族的命运负有责任。因此,我是德国人民的最高法律主宰”。○34 1942年的一项法律进一步强调:“元首必须拥有为赢得胜利而自由行动的权利。因而,就国家元首的权能而言……他必定是最高审判官、党的领袖,并始终处于不受规定程序约束的地位,可给予任何一个不能尽忠守职的德国人以应有的惩罚,而不必理会所谓的既有权利。”○35 希特勒对司

法持一种藐视和工具化的态度,在国会大厦纵火案中,他突发怒火赤裸裸威胁那些他认为判决过于宽大的法官。当法院因为证据不足释放了几名共产党被告人后,纳粹干脆自行建立了由纳粹分子主持的、臭名昭著的“国民法院”,来专门审理政治案件。这是一个准法律性恐怖机构,用来起诉和迫害政治反对者。在1937-1944年间,处死了5191名被告人。○36在1942年,纳粹司法部长又授权盖世太保自行设立政治法庭,更改它认为过于宽大的法院判决。从1942到1944年,数千犯人遭送到盖世太保政治法庭,并被集中处死。○37

素有保守主义和民族主义倾向的德国司法阶层,几乎没有任何抵抗就成为了“贯彻纳粹意识形

态的工具”。在1933年,约有1万名法官在最高法院门前行纳粹礼,集体宣誓“作为德国法官终身追随我们的元首。”法官被标榜为元首在法律领域的政治军队,致力于实现政府首脑和纳粹党的愿望。其司法准则用纳粹法律领袖弗兰克(Hans Frank)的话来讲,就是“国家社会主义意识形态,尤其是党官和元首讲话中所揭示的内容,是所有基本法律的基础。在国家社会主义中,不存在独立的法律”。弗兰克还直言不讳地教导德国法官该如何适用和解释法律:“在每一个判决中都自言自语,‘若元首在我这个位置上他会如何决定?’在每一个判决中都扪心自问,‘判决符合德国人民的国家社会主义是非观吗?’”○38法官被强力鼓动:只要发现被告人存在政治上不可接受的行为,即便没有违反白纸黑字的法律,也可判决有罪。因为德国法官的视界,必须超越既定法律。相应地,法官要积极区分法律和正义,认识到“国家社会主义运用实质过错理念,取代了形式过错概念。实质过错认为,任何破坏民族共同体利益、任何违背民族生活要求的行为,都是错误的。……法律不再是判断正确和错误的唯一渊源。判断正确与否,不光要从法律出发,更应从存在于法律背后的、法律未曾予以完全表述的正义观出发。”○39

“具体秩序”思维和“具体的一般性概念”的政治底色及其用武之地,至此已昭然若揭。拥有“去法制化”意识形态指导和“反形式化”方法论支持的德国司法界,鼓动法官应当更为关注“实质的公正”,而不是法律规则的明确性;应当运用法律隐含的意识形态意旨,来创造性地解释法律;应当以一种“健康的偏见”处理案件,以“做出符合纳粹法律秩序与政治领导阶层的价值判断”。

法律中的概括性条款和不确定概念,首当其冲成了纳粹意识形态的“进出口”。法院贯彻纳粹意识形态的步伐,在某些领域甚至比立法机构更为超前。例如在1935年,纽伦堡种族法起草者卢森纳(L. Sener)放话既有德国家庭法“在某些方面停滞不前”,因为当时已有不少法院已开始依据纳粹意识形态宣告跨种族婚姻无效,并声称只要配偶一方提出离婚或信奉纳粹意识形态,婚姻登记机构也可据此拒绝给予登记。鉴于这些都发生于种族立法出台之前,因而在某种意义上,司法机构既非纳粹政权和法实证主义的工具,更不是受害者,而是纳粹政权的旗手。○40这种旗手职能,集中表现在刑事司法领域。纳粹从一开始就认识到了刑法突出的政治功能,故而大面积运用刑法威吓反对者、镇压异己,甚至不惜在自己的支持者中营造恐惧,以胁迫民众追随民族共同体和领袖国家。藉由导入新的刑法概念,例如“实质违法”、“社会害虫”和“破坏种族纯洁”等,严格的刑法规范和犯罪类型沦落成了恣意解释的对象和肆意运用的专政工具:佩戴假纳粹党党徽的行为,被法院判决构成了“欺诈罪”;破坏纳粹基层组织的行为,构成了“破坏人民福利罪”;牧师要求教众为被羁押的教会成员进行祈祷的行为,构成了“扰乱秩序

罪”；对纳粹和希特勒的不满言论，不管是公开还是私下发表的，皆属“帮助且讨好”敌人的犯罪行为。○41 在涉及犹太人问题的刑事司法中问题尤为严重。

为确保与“德意志血统”妇女有任何瓜葛的犹太人都受到惩罚，纳粹最高法院主张犯罪企图即构成犯罪行为。据此，一个犹太电工因与旅馆的女招待调情被送入了监狱；一个犹太商人因接受女按摩师按摩被判入狱两年。在 1943 年，一犹太男子因为与雅利安妇女发生了性关系，被指控触犯了《血统保护法》。由于跨种族性关系并不构成死罪，法官于是将判决依据转向了“危险惯犯法”：裁定这名犹太人的恋爱史构成了“危险的习惯”，并判处他死刑。○42 法律与政治、法官与谋杀者的界线就这样被模糊了，一如战后德国联邦最高法院承认的那样，纳粹法院正是以这种方式揭示了自己作为恐怖主义工具的本质；纳粹法院的所作所为实际上与“司法”已经毫不相干了。

事实上在纳粹党人的眼里，司法不过是贯彻意识形态价值观和展开政治斗争的工具。纳粹司法部长居内特，曾将国民法院的法官定性为“和威胁帝国内外安全的势力做斗争的特种部队”；高级检察官帕里西乌斯称，法院的目标不是司法公正，而是“消灭国家社会主义的敌人”；国民法院副院长恩格特则明确要求：“法官首先要当好政治家，其次才是法官”。○43 这种极端的工具主义和唯目的论，使得法官一味迎合当权者的想法，乃至像“法律解释的杂技演员”那样，公开地从不变的法律条文中“变戏法似地”变出了后者想要的答案。纳粹司法的实际运作过程表明，反形式主义的政治目的司法，而非实证主义，才是狂热的种族主义者和反人类分子手中的利器。○44 概括地讲，无所不至的意识形态，形同虚设的宪法，不确定的法律规则（尤其是刑法），奴颜婢膝的法官，见风使舵的法学家，任意摆布的法律程序，无限制的法律解释，以及不可预见的司法决定，共同营造了面目狰狞的纳粹司法。究其根本，是在“去法制化”体制下的法官应向元首而不是法律本身效忠，而恪守法律条文的形式主义，必将限制极权政府和独裁者的权力。

四、法律方法与法治的陷阱：概括检讨

“具体秩序”思维和“具体的一般性概念”，无疑是一种为纳粹意识形态张目、为政治司法判决涂粉的法律方法论。因此即便不能确定施密特和拉仑兹对纳粹司法的具体贡献，但理论和实践、法律家和当局的“合谋”和“共犯”结构却是不容否定的。纳粹法律方法论和法官枉法裁判的真相，说明法律方法可以成为“一种背叛正义的伎俩”，而不纯粹是“一条通往正义之路”。是故一个初步的结论是：法律方法即可以用来维护法律，同样可以用来破坏法律。“具体秩序”思维和“具体的一般性概念”这样的反形式主义法律方法论，可以构成法治的一个陷阱。进一步考察施密特和拉仑兹的法律方法论，发现其超实证法的价值导向和本质思维，在今日司法过程中仍有一席之地。以拉仑兹为例，在纳粹垮台之后，他将法理念的内涵和媒介转而导向了“法律原则”。不论是“领袖原则”还是“法律原则”，其宗旨均指引法官发掘法秩序所蕴含的“唯一正确决定”。是故拉仑兹的法律方法论，可视为是德沃金“整全法”和“原则裁判”理论的欧陆版本，并能再次和战后德国宪法法院所做的、具有价值导向的宪法判决“交相辉映”。○45 原因有二：

一是施密特和拉仑兹方法论的学术出发点——解决法律规范和个案事实之间的紧张关系——至今仍是疑案裁判中法官要面对的难题；二是反形式主义的法律方法论，几乎可以为任何政权的意识形态价值观提供合法化论证。这说明

法律方法论与法哲学不同,它自身不具备实质性的正义标准。法律方法是將法律规范转化为社会和政治现实的有效工具,但它只是转化了立法中现有的价值判断。对于法官来说,倘若没有基本价值的指引,最精致的法律方法论不过是一套找不到固定坐标、无从计量的测量器和计量仪,最终不免重蹈施密特和拉伦兹“在方法论上盲目飞行”的覆辙。○46

纳粹司法作为一个反面典型,展示了一种法律方法论、一种司法和一种法律秩序倘若无视不可放弃的基本权利和普遍价值观,就可能沦为统治者的作恶工具。法体系中的基本价值秩序,既是法律方法论的运作坐标,也是一国法治的评价指标。在二战后,以保障基本权利为核心的实体价值体系,开始在全球范围内获得了民主国家的宪法和法律保障。不过,鉴于独裁者也懂得一条基本政治规则:公诸于众的(包括法律),只能是那些能讨好或迷惑民众、至少是不会激起民愤的内容。因此在具体到司法运作层面,各个国家基本权利的保障或实现程度是程度不一、乃至有天壤之别的。

当法律明文规定的基本权利在司法判决中被随意架空、克减时,法官使用的必定是纳粹法官所偏爱的反形式主义法律方法,或者说,法官必定背弃了法的形式价值。法律上的基本权利和意识形态价值观、乌托邦理念之间的差别,在于一种“形式合理性”的法律体系和司法过程的配套保障。学界经常谈论纳粹对法的实体价值的毁弃,但对纳粹法制在民族共同体、领袖原则和运动原则左右下总体呈现出来的“非法律的”特性,却疏于深究。○47 纳粹司法有明显的“形式非理性”倾向,法的安定性、一致性和可预见性等形式价值,同样遭到了当局的粗暴践踏。根由是专制政权和独裁者皆希望自己能免于任何约束,即便是“一致性”这样的形式要求。因此在实体价值尚未嬗变时,形式主义的法律体系和法律方法,是对抗法西斯主义、乃至任何专制统治的一种威力巨大的武器。○48 纳粹司法印证了这一事实:在一个国家/民族的生活中,法的形式价值和实体价值是相互影响、唇齿相依的,一方的恶化几乎不可避免地会导致另一方发生恶化。○49 相应地,要实现“法治”,法的形式价值和实质价值皆不可偏废。这是法治的两块基石,缺失了任何一方,都可能构成法治的陷阱。

【主要参考文献】

- 1· [德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版。
- 2· Michael Stolleis, *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*, translated by T. Dunlap, The University of Chicago Press (Chicago & London), 1998.
- 3· [德]卡尔·施密特:《政治的神学》,载《政治的概念》,刘小枫编,上海人民出版社2003年版。
- 4· Robert Aitken, *Hans Frank: Hitler's Lawyer*, 29 *Litigation*, 2002-2003.
- 5· [德]卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,左岸文化2007年版。
- 6· 黄舒¹¹凡:《正确之法或框架秩序?一个对“法官受法拘束”意义的方法论反省》,载《法律思想与社会变迁》2008年。
- 7· 黄瑞明:《纳粹时期的拉伦兹:德国法学界的一页黑暗史》,载《台大法学论丛》第32卷第5期(2003)。
- 8· Oliver Lepsius, *The Problem of Perceptions of National Socialist Law*, ed. in Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh, *Dark Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford: Hart Publishing, 2003.

(责任编辑:余履雪)

(原文注释非常规范)

—156—

*注释:

①

②

③

本文系司法部国家法治与法学理论研究项目“裁判方法比较研究”(06SFB3002)的研究成果。

See Dennis Lloyd, *The Idea of Law*, Penguin Books Ltd (New York), 1981, p. 112. 类似的批评参见 Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals” (1975-58), 71 *Harvard Law Review*, p. 618.

See Frederick Schauer, “Positivism as Pariah”, ed in *The Autonomy of Law: essays on legal positivism*, by Robert P. George, Clarendon Press (Oxford), 1996, p. 33.

Vivian G. Curran, *Formalism and Anti-formalism in French and German Judicial Methodology*, ed. in Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh, *Dark Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 205.

—157—注释:

④

⑤

⑥

⑦

⑧

⑨

○10

Matthias Mahlmann, *Judicial Methodology and Fascist and Nazi Law*, ed. in Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh, *Dark Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 232-233.

[德]魏德士:《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第219-210页。魏德士(Rüthers,又译“吕特斯”、“吕特尔斯”)是研究纳粹法学的当代权威,著有《无限制的解释》、《不入流的法》等反思纳粹法制和法律理论的作品。

本文所言“法律方法”,是指法律适用的方法——司法上的法律发现、法律续造和判决论证,即所谓的狭义之“法律方法”或“法学方法”,相当于英语中的 *legal method* 和德语中的 *Juristische Methoden*。

有学者指出,从1933年到1945年,纳粹把持的国会只通过了7项正式的法律。See Oliver Lepsius, *The Problem of Perceptions of National Socialist Law*, ed. in Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh, *Dark Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 26. 持相同观点的著述还有: Rüthers, *Die unbegrenzte Ausle-*

gung, 5 Aufl., Heidelberg 1997, S. 277 f.; f. Walk, Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat, 2 Aufl., 1996. 中文资料参见同注⑤, 第 219 页。黄瑞明:《纳粹时期的拉仑兹:德国法学界的一页黑暗史》,载《台大法学论丛》第 32 卷第 5 期(2003), 第 25 页。

Michael Stolleis, Reluctance to Glance in the Mirror: the Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and Post-1945, ed. in Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh, Dark Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions, Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 1.

H. K. Ridder, "Vom Grund des Grundgesetzes", Juristenzeitung, 13 (1958): pp. 323-324. cited from Michael Stolleis, The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany, trans. by Thomas Dunlap, Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 13.

See Michael Stolleis, The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany, trans. by T. Dunlap, The University of Chicago Press (Chicago & London), 1998, p. 65.

—158—注释:

○11

○12

○13

○14

○15

○16

Vivian G. Curran, Formalism and Anti-formalism in French and German Judicial Methodology, ed. in Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh, Dark Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions, Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 24.

卡尔·施密特语,转引自[德]英戈·穆勒:《恐怖的法官——纳粹时期的司法》,王勇译,中国政法大学出版社 2000 年版,第 63 页。

[德]卡尔·施密特:《政治的神学》,载《政治的概念》,刘小枫编,上海人民出版社 2003 年版,第 12-14 页。

参见林来梵、郑琪:《有神论的政治宪法学——对施密特的解读之一》,载《同济大学学报·社会科学版》2006 年第 2 期。

可能所据文献有限,该文执着于“决断论”和“规范论”之间的对立,未注意到施密特理论的后续发展。在《论法学思维的三种模式》中,施密特明确论述了“决断论”和“规范论”之间的联系,并将 19 世纪的法律实证主义视为是“规范论”和“决断论”的综合体。[德]卡尔·施密特:《论法学思维的三种模式》,苏慧婕译,左岸文化 2007 年版,第 50、79 页。

Cf. Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Max Knight trans., University of California Press, 1970, pp. 3-4.

同注○14, [德]卡尔·施密特书,第 48、52 页。

—159—注释:

○17

○18

○19

○20

○21

○22

○23

○24

同注○14, [德]卡尔·施密特书,第 80 页。

同注○14, [德]卡尔·施密特书,第 50、105-106 页。

Cf. Michael Stolleis, *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*, translated by Thomas Dunlap, Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 65.

Robert Aitken, *Hans Frank: Hitler's Lawyer*, 29 *Litigation*, 2002-2003, p. 55.

同注⑤,第 254-255 页。

同注⑦,黄瑞明文,第 3 页及以下。

Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, S. 15ff. 转引自黄舒⁺⁺凡:《正确之法或框架秩序?一个对“法官受法拘束”意义的方法论反省》,载《法律思想与社会变迁》2008 年,第 316-319 页。

同注○23,黄舒⁺⁺凡文,第 322 页。

—160—注释:

○25

○26

○27

○28

○29

○30

Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, 1934. 转引自同注⑦,黄瑞明文,第 20 页。

同注○19, p. 69.

Larenz, *Zur Logik des konkreten Begriffs*, S. 297. 转引自同注○23,黄舒⁺⁺凡文,第 326、327 页。

同注⑤,第 258 页。

参见同注⑦,黄瑞明文,第 20 页;同注⑤,第 257 页。拉伦兹式推理的奥妙之处,是将“种族”用作了“种类”的同义词,而不是传统意义上的“种族”,其实质是运用一种修辞策略,在概念上界定犹太人的“非人地位”。See Vivian G. Curran, *Formalism and Anti-formalism in French and German Judicial Methodology*, ed. in Christian Joerges & Navraj S. Ghaleigh, *Dark Legacies of Law in Europe: the Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 213.

MichaelStolleis, Reluctance toGlance in theMirror: the Changing Face ofGerman Jurisprudence after 1933 and Post-1945, ed • in Christian Joerges&NavrajS • Ghaleigh, DarkLegacies ofLaw inEurope: theShadow ofNationalSocialism andFascism overEurope and itsLegal Traditions, Oxford: HartPublishing, 2003, p • 10 •

—161—注释:

○31

○32

○33

○34

○35

○36

○37

同注⑤, 第 258-259 页。

OliverLepsius, The Problem ofPerceptions ofNationalSocialistLaw, ed • in Christian Joerges&NavrajS • Ghaleigh, DarkLegacies ofLaw in Europe: the Shadow ofNationalSocialism and Fascism overEurope and itsLegalTraditions, Oxford: HartPublishing, 2003, p • 26 •

同注○32, pp • 27-28 •

JoshuaM • Greene, Hitlers' Courts: Betrayal of the Rule ofLaw in NaziGerman, 196MilitaryLaw Review, 2008, p • 158 •

Reichsgesetzblatt1942, no • 44, Part1, p • 247 • Cited from R • C • van Caenegem, AnHistory In troduction to Western ConstitutionalLaw, CambridgeUniversity Press (Cambridge), 1995, p • 285 •

Moshe Zimmermann, 'Foreword ' toTheLaw under theSwastika: Studies on LegalHistory inNazi Germany, trans • byThomasDunlap,

Chicago: TheUniversity ofChicago Press, 1998, vii •

同注○34, p • 159 •

—162—注释:

○38

○39

○40

○41

○42

同注○20, p • 55 •

同注○20, p • 55 •

MatthiasMahlmann, JudicialMethodology and FascistandNaziLaw, ed • in Christian Joerges&NavrajS • Ghaleigh, DarkLegacies ofLaw in Europe: the Shadow ofNationalSocialism and Fascism overEurope and itsLegalTraditions, Oxford: HartPublishing, 2003, p • 233 •

参见同注○12, [德]英戈·穆勒书,第89页及以下。

[英]萨达卡特·卡德里:《审判的历史》,吴懿婷译,商周出版2007年版,第267页。同注○12, [德]英戈·穆勒书,第104页。

—163—注释:

43

○44

○45

○46

同注○12, [德]英戈·穆勒书,第129页。

也有学者认为,纳粹德国有一个双轨式的司法方法体系,一部法律该如何适用,取决于它是在希特勒当权之前还是之后颁布的,因此反形式主义和形式主义都是纳粹司法的面孔。不过鉴于希特勒当权之后颁布的法律为数极少,仍可以认定纳粹司法总体上是“反形式主义的”。Cf • Vivian G • Curran, Formalism and Anti-formalism in French and German JudicialMethodology, ed • in ChristianJoerges&Navraj S • G haleigh, Dark Legacies ofLaw in Europe: the Shadow ofNationalSocialism and Fascism overEurope and itsLegalTradi-tions, Oxford: HartPublishing, 2003, p • 225 •

德国宪法法院在1958年的经典判决Lüth案中明确指出,基本法(特别是基本权利)蕴含了一种客观价值秩序,在此秩序结构之下,法官必须根据基本法第20条第3款规定,遵从“法”所根植之价值标准。学界认为,宪法法院所持的法律方法论,显然归属于拉伦兹的评价法学。

参见同注○23,黄舒^卅凡文,第323页。

同注⑤,第422页。“方法论上之盲目飞行”的评语,出自德国学者吕特尔斯。按吕特尔斯的认识,曾为纳粹法学精英的

拉伦兹从未虚心地检讨法学与纳粹主义的关系,所以他的《法学方法论》也无法提供法律人在面对政权递嬗时的思考指南,特别是不能使其免于沦为极权体制的工具。即便把拉伦兹所建构的那一套方法论全部弄通之后,法律人恐怕还是不免寅缘附势,乃至成为统治者的走狗。如此一来,“正确的法”究竟如何追求,自然也无异于缘木求鱼。因此,吕特尔斯批评拉伦兹的《法学方法论》一书也就难逃“方法论上的盲目飞行指南”之讥。Rüthers, Anleitung zum fortgesetztenmethodischen Blindflug? NJW 1996, 1249 ff • 参见同注⑦,黄瑞明文,第43页。

—164—

○47

○48

有一种观点认为, 纳粹德国是一个“形式法治国”。高鸿钧等:《法治:理念与制度》, 中国政法大学出版社 2002 年版, 第

1185-1186 页。这无异于一种奇谈怪论, 因为只需回顾纳粹架空魏玛宪法、搁置基本权利、否定权力分立和议会民主的事实, 回顾

民族共同体、领袖原则和运动原则这三项基本法律原则的“去法制化”功效, 回顾纳粹法律实施过程中的“非法律化”和政治化特

色, 就不难认识到无论在实质内容还是外部形式上, “非法律的”纳粹国都不构成一个“法制国”, 更遑论“法治国”。

Guido Calabres, i “Two Functions of Formalism”, 67 U • Chicago Law Review, 2000, p • 482 •

这里借用了富勒对法律的内在道德和外道德之关系的论述, see LonL • Fuller, Positivism and Fidelity to Law: Reply to Profes-

sor Hart, 71 Harvard Law Review, 1957-8, p • 645 •