

Kischel, Uwe: 好的法官論理：可能性及原則 [Die gute richterliche Begründung: Möglichkeiten und Grundsätze], 憲政時代  
[The Constitutional Review (Taiwan)] 38 (2012), 109 - 126

譯稿

## 好的法官論理：可能性及原則

Uwe Kischel 著<sup>一</sup>、楊子慧 譯<sup>二</sup>

### 要目

- |                |         |
|----------------|---------|
| 壹、作為嗣後合理化的論理？  | 二、論理明確性 |
| 一、裁判找法的詮釋學本質   | 三、論理真實性 |
| 二、論理作為裁判找法的紀律化 | 四、適時的論理 |
| 貳、好的論理四項原則     | 五、論理完整性 |
| 一、作為準繩的論理原則    | 參、總結    |

<sup>一</sup> 本論文係Kischel教授於2012年5月23日應司法院之邀，在司法院與大法官座談所發表專題演講之中文譯稿增修而成。

<sup>二</sup> 德國Greifswald大學公法、歐洲法暨比較法教席。

<sup>三</sup> 輔仁大學法律學系副教授。

責任校對：張詠婷

好的或至少是充分的論理當有極不同之樣貌。論理篇幅最短的紀錄保持者是一位德國聯邦憲法法院的法官，其所提出之不受理一項人民提請之憲法訴訟程序的完整書面審查報告內只有六個字：「本案無關緊要（本案毫無理由）」——署名。本人在此並非在排除此等簡短的論理在具體個案上確屬適切的可能情況——倘為法院向來熟知的，由常常自以為有理或愛抱怨之人<sup>1</sup>所提起的憲法訴訟程序，既是如此的不像話，以致於如對其細節詳研深究，事實上看來純粹是浪費時間罷了。再者，其只是一則法院內部的審查報告；原是程序不受理之裁定，卻遺憾如常<sup>2</sup>——全然未加以論理。然由此即可知，有關「論理」一詞所理解者何。而在刻度的另一端，卻亦有著論理鉅細靡遺的長篇裁判，以致於令人難以理解，再無人閱讀之，甚至即便連專業的法律人自己，亦經常僅識其特定摘錄片段而已。法院論理應呈現何等樣貌？就此即將先進入以下B部分。在此之前在A部分而言，有一根本性的問題：論理本來不就是文過飾非嗎？論理難道不過就是不適合的嘗試在嗣後以理性和法律忠誠的外衣，去美化一個完全以其他方法發現的結論嗎？

在此所言者，僅是有關「如何」論理，而非「是否」論理的問題，亦即不是法院裁判論理究竟是否必要的問題。由於「如何」有時建立在「是否」的基礎上，在此應先註記以此等先決問題為基礎的結論：特別是基於法治國及民主國之理由，幾乎所有法院裁判皆應為論理。即便終審法院裁判或合議裁判，亦包涵——違背德國實務的——例如聯邦憲法法院不受理之裁判，或法律審法院不受理之裁判或針對不得上訴至法律審法院之抗告。例外可承認毋須論理之情況主要在於，倘若裁判沒有超越當事人以外之意義時<sup>3</sup>，訴訟當事人得明示或默示放棄論理。

<sup>1</sup> 參閱Andrea Dinger/Koch Uwe, Querulanz in Gericht und Verwaltung, 1991, 14 ff., 45 ff., 100 ff.; Ludger Wellkamp, Querulanz vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Soziologie des Rechts, Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, 1998, 569 (569 ff.); 若干有趣的邊界案例參閱Udo Steine, Was Karlsruhe wirklich entscheidet, in: Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag, 2000, 95 (97 ff.).

<sup>2</sup> 對於此等實務的違憲性，參閱Uwe Kischel, Die Begründung – Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003, 208 ff.

<sup>3</sup> 全面詳盡的討論Kischel, aaO., 177 ff.; 個別案例204 ff.; 憲法上的肯認63 ff.

## 壹、作為嗣後合理化的論理？

依據法律的論理難道不僅是論者所言既定的嗎？不就僅是對於一個完全以其他方法所作成的裁判的嗣後合理化嗎？若然，則關涉論理及其內容的每一討論應遭受虛情假意的譴責了。因為倘如此，則論理乃是在告訴人民何以作成裁判的目的，將自然而然的不能達成了。

### 一、裁判找法的詮釋學本質

實際上對於嗣後合理化的懷疑乃可想而知。因為法官於裁判找法的內部過程，經常並不是基於規範而來的如何促使論理產生的單純的推導。此等認知無論如何適用於棘手的案例。例如，恐怖份子利用劫機作為武器，以之為目標明確的射擊，在憲法上是否容許？如同其他實務上常見之詮釋本質<sup>4</sup>之適用，裁判之找法立基於一案例事實與規範之間的來回觀照<sup>5</sup>，其間當然也脫免不了法感之影響<sup>6</sup>。此等機制，此等法藝術<sup>7</sup>，正是經驗豐富的法實務者有別於初學者之處<sup>8</sup>。反之，法律

<sup>4</sup> 參閱Karl Larenz, Die Bindung des Richters an das Gesetz als hermeneutisches Problem, in: Festschrift für Ernst Rudolf Huber zum 70. Geburtstag, 1973, 291 (291 ff.); Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. 4, 1977, 198; Emilio Betti, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: Festschrift für Ernst Rabel, Bd. 2, 1954, 79 (79 ff.).

<sup>5</sup> 參閱Karl Engisch, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 3. Aufl., 1963, 14 ff.; 擴張至規範前提要素見於Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung, 2. Aufl., 1976, 197 ff.

<sup>6</sup> 對於法感之討論，參閱Heinrich Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1977, 534 ff.; Michael Bihler, Rechtsgefühl, System und Wertung, 1979, passim; Hermann Isay, Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, 85 ff.; Ernst-Joachim Lampe, Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 10, 1985; 批判的Johann J. Hagen, Zur Renaissance des Rechtsgefühls, DuR, 1987, 201 (201 ff.); 由法實務界觀點Willi E. Joachim, Judiz – Brauchen Juristen (Rechts) Gefühl?, ZVglRWiss 93 (1994), 343 (343 ff.).

<sup>7</sup> 參閱Arthur Kaufmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1997, 64; 就此亦參閱Rolf Gröschner, Die richterliche Rechtsfindung: „Kunst“ oder „Methode“?, JZ 1983, 944 (949); Alfred Söllner, Einführung in die römische Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 1996, 107.

之嚴格適用，即所謂涵攝規則，則是或多或少快速得出第二步驟，即作為檢驗裁判結果是否成立。只有在非常單純的案件中，始可能不需要運用經過訓練之本能直覺，而快速的找到裁判結果。

所有這些乍看之下，貌似充其量應判予法律一個次要角色。重要的卻是，此正關係到受過訓練的直覺。其絕非只是純粹主觀評價的呈現，而是透過訓練及實務增長與造就，即自行重又在法學上決定<sup>9</sup>。此等無非就是眾所周知的詮釋學循環，如同其已在所有科學領域內獲得證實一般<sup>10</sup>。誠如亞歷山大·洪堡（Alexander von Humboldt）之優美名言：「最初的意念，總是帶來（通往）最終的知識（理解）」<sup>11</sup>。法律人在此並不孤單。毋寧，在決定或認識（發現）已然存在，論理卻仍缺乏之現象，對每一位學者，特別是在純粹數學領域而言，絕不陌生。就此在科學理論上Karl Popper將之以「認識（發現）的脈絡」與「論理的脈絡」為區別描述之<sup>12</sup>。

<sup>8</sup> 參閱Hans-Martin Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl., 1999, § 73 Fn. 59; Helmut Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl., 1993, 279; 對經驗抱持懷疑見解者Friedrich Carl v. Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, 1840, 215 f.: 「在學者及著名的作家作品中，我們不時可以發現幾乎是難以理解的顛倒錯置解釋；然而，當我們將同樣的文字交由很有天賦的學生時，反而會發現他們所做的可能是正確的。」

<sup>9</sup> 參閱Gunther Arzt, Rechtsdogmatik und Rechtsgefühl, JA 1978, 557 (563); 亦參閱Joachim, aaO. (Fn. 6), 347, 350.

<sup>10</sup> Franz Horak, Zur rechtstheoretischen Problematik der juristischen Begründung von Entscheidungen, in: Rainer Sprung/Bernhard König (Hrsg.), Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten, 1974, 13 (16); 參閱，例如Albert Einstein, Mein Weltbild, 1953, 143: 「對於此等基本的法則沒有邏輯方法，而僅有基於同感而進入經驗的直覺。」

<sup>11</sup> 援引自Hans Meyer, Das Deutsche Volkstum, 1903, 406.

<sup>12</sup> Karl Raimund Popper, Logik der Forschung, 7. Aufl., 1982, 6 f.; 就此，由法學上之觀點討論者Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 1983, 282; Kriele, aaO. (Fn. 5), 162 f.; Stefan Brink, Über die richterliche Entscheidungsbegründung, 1999, 215 ff.; 批判的Gerhard Schurz, Das Problem der Induktion, in: Herbert Keuth/Karl Popper (Hrsg.), Logik der Forschung, 1998, 25 (27 f., 30 f.); Herbert A. Simon, Does scientific discovery have a logic?, in: Herbert Keuth/Karl Popper (Hrsg.), Logik der Forschung, 1998, 235 (236 ff.).

## 二、論理作為裁判找法的紀律化

事實上，正是在棘手的案例中，裁判之論理經常不是裁判找法過程的一個單純寫照。對此應無疑問，因為論理之任務，並非在於向人民解釋可能盤根錯節的，最後法官據以獲得心證的思維進程，而僅僅是，為什麼法官認為其裁判在結論上符合法律？從而，論理所呈現的亦絕非只是如論者所言將真實的理由掩藏於其後的托辭<sup>13</sup>或嗣後的合理化。因為論理的必要性，亦即與法律的連結，亦使「裁判之找法」有紀律。其不僅是別的方式所發現的結論的最終審查，更是一個重新的一——這次是介於裁判找法的內部過程與外部論理之間——始終是來回的觀照。所有的步驟和思想將一再受到是否符合法律、法律上的評價以及釋義上的結構之審查，並且受到可能的修正<sup>14</sup>。純粹主觀的或法政策上的請求因此可能在裁判之找法中浮現<sup>15</sup>——因為法官也是人——但是這些將會透過論理強制在最大可能情況再

<sup>13</sup> 對於托辭的責難，參閱如Kaufmann, aaO. (Fn. 7), 58 f.; Fritz Brecher, Scheinbegründungen und Methodenehrlichkeit im Zivilrecht, in: Festschrift für Arthur Nikisch zum 70. Geburtstag, 1958, insbes. 231, 246 f.; Peter Kauffmann, Akzeptanz von Gerichtsentscheidungen und richterlicher Autoritätsverlust, Recht und Politik 32 (1996), 149 (150 f.); 行政法上，而非方法論上所認為的動機與論理的區別係基於推選的理由而非基於裁判找法的過程，參閱Robert Alexy, Ermessensfehler, JZ 1986, 701 (707 f.).

<sup>14</sup> 類似見解Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., 1972, 142 f.; Hans-Joachim Koch/Helmut Rübmann, Juristische Begründungslehre, 1982, 118; Coing, aaO. (Fn. 8), 278; Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991, 152 f.; Heino Garm, Zur Rationalität rechtlicher Entscheidungen, 1986, 22 f.; Jan Harenburg, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis, 1986, 251; Larenz, aaO. (Fn. 4), 297; Arzt aaO. (Fn. 9), 558; Bernhard König, Die Entscheidungsbegründung im österreichischen außerstreitigen Verfahren, in: Rainer Sprung/Bernhard König (Hrsg.), Die Entscheidungsbegründung in europäischen Verfahrensrechten und im Verfahren vor internationalen Gerichten, 1974, 155 (163); Brink, aaO. (Fn. 12), 218 f.; 同見解Joachim, aaO. (Fn. 6), 352; Isay, aaO. (Fn. 6), 174; 結論不同Bihler, aaO. (Fn. 6), 72 ff., 153 f., 將法感占優勢的可能性等同地視為超越理性所得出之裁判。

<sup>15</sup> 美國批判法研究運動的極廣泛的批評，認為乃眾多的法外因素決定了法律上裁判之找法，並因此嘗試例如基於政治的、心理學的或社會學的因素去分析及解釋裁判，就此簡短論述參閱Winfried Brugger, Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, 159, 161 f.; Mark Kelman, A guide to critical legal studies, 1987, passim.

度被篩濾出來。對此特別清楚的情況在於合議制之裁判，在其內部之討論中僅實質論據有效（作數）。

## 貳、好的論理四項原則

究應如何給出好的論理的單純知識，對於法官在實務上無甚更進一步的助益。因為一切決定性的問題經常是：什麼樣的論理？比如一句「裁決之撤銷為合法，聯邦行政程序法第48條第2項」，本項僅言及最終結果與相關規範，儘管也是呈現了一個論理，惟在各種情況下看來都不算充分。縱使是以史詩般的廣度篇幅進行解釋的論理，時常卻又分散了原本的重點，因而對人民瞭解裁判幾無更多幫助。對法條構成部分欠缺邏輯思維的適用可能導致荒誕的結果<sup>16</sup>。不過，不僅篇幅是個大問題：論理應在哪一語言水平範圍內呈現？是對於法律人或對於一般的門外漢應是可理解的嗎？亦可能以口頭表達嗎？旁論有意義嗎？當事人陳述應處理到何種程度？究應何時給出論理呢？

### 一、作為準繩的論理原則

#### (一) 論理原則的彈性

對前述問題之答案以及進一步之問題，本人在此以「作為好的論理之準繩」的四項論理原則總結：論理明確性原則、論理真實性原則、適時的論理原則以及論理完整性原則<sup>17</sup>。此外絕不可忽略的是，由於實務的多樣性，幾乎不能對於無以數計想像中可能的每一個案給予確切的指示。例如介於有關核能法上的許可程序

<sup>16</sup> 以行政法院裁判為例贊成及反對法條構成部分，參閱Christian Koenig, Der Begründungszwang in mehrpoligen Verwaltungsrechtsverhältnissen am Beispiel umweltrelevanter Entscheidungen, AöR 117 (1992), 513 (524, 536, 539); Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/Joachim Bonk/Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., 2008, § 39 Rn. 42; 一般論述Kischel, aaO. (Fn. 2), 379 f.

<sup>17</sup> 全面詳盡的Kischel, aaO. (Fn. 2), 335 ff; 對於論理錯誤之結果Uwe Kischel, Folgen von Begründungsfehlern, 2004, passim.

之判決或由於違規停車之罰鍰的判決之間有極大的差別。可作為好的論理之準繩的論理原則之特性提供了必要的彈性，以正確評價可能的案例情況中的各種各樣性，並避免在實務上發生僵化的制式束縛。

#### (二) 論理原則的拘束力階段

然而一個不可忽視的問題是，依據論理原則的各該拘束力階段：如為憲法上本質者，能針對相抵觸之法律而貫徹嗎？或如為一般法之本質者呢？或僅是一個善意並且可能甚至是合意的勸告呢？這些論理原則實際上能包含各該所有三個拘束力階段；由釋義上而言，其為一個標準情況，在此情況中，不同的規範之密度共同起作用並且能彼此強化<sup>18</sup>。當一個原則適用於具體個案時，在抽象層級的這些規範的彈性即告結束。在此必須並且能夠清楚的在各該情況指出，所言者正涉及那一拘束力階段，以使目光不致被隱沒於釋義的隨意喜好中。

### 二、論理明確性

第一個要求乃是：論理應是可理解的。只有可理解的論理能夠正確評價其闡明、解釋、控制和裁判被接受的主要功能<sup>19</sup>，並且履踐論理義務。難以理解的論理對人民而言猶如沒有論理，其既無法產生正當化作用，亦不能建立法定性及透明性。

#### (一) 法律上的最低確保：恣意禁止及思考法則

一個令人完全難以理解的法官論理，看來只有一個優點：從中既然可看出法院顯然違反恣意禁止，那麼提起上訴自然水到渠成。實際上案例所在多有。比如法蘭克福地方法院在一件鄰人爭訟案件中裁判道：依據系爭相關法律規定，2公尺以下的灌木叢，應該與土地邊界至少保持1/2公尺以上的距離，法院於是斷言，既然原告家的灌木叢是1.20公尺高，那麼就必須遵守3/4公尺寬的距離。

<sup>18</sup> 就此絕非僅限於國際法上的觀點者，參閱Eibe Riedel, Theorie der Menschenrechtsstandards, 1986, 260 ff.

<sup>19</sup> 對於論理的功能詳盡論述Kischel, aaO. (Fn. 2), 39 ff.

嚴重違反法官論理，在一般法上亦受到類似方式的保障，因為論理的內部矛盾乃抵觸思考法則，抵觸思考法則又是不正確適用法律的一種情況，例如上訴理由的思考法則<sup>20</sup>。此外，依據德國司法實務，不可理解的以及含糊不清的裁判理由，即完全的等同於裁判不備理由，並因此同樣能成立法律審上訴之理由<sup>21</sup>。

### (二) 無使任何人均得理解的法律義務

憲法上及一般法上僅保障最低限度的論理，然而超出最低限度保障的論理的可理解性，並非在法律上的誡命，而僅僅是一個好的法院實務的要求。最低限度的理解只是要求論理需是一般可理解的，卻非真正的要求論理必須使人人都能理解，亦即，並非必須使人民在脫離其知識與能力範圍外亦能真正瞭解該論理。人民是否瞭解一則判決，取決於多種因素，不僅取決於人民的法學素養，亦取決於人民其他方面的知識、與國家機關接觸的經驗、教育水準、語言能力或純粹是一般的聰明才智<sup>22</sup>。一則判決的撰寫，除了最簡單的案例情況之外，如要求使心智庸劣、未受教育並且全無法學經驗的人民能完全理解之，肯定是絕不可能的。同樣情況更清楚的適用於今日在德國的、絕非少數的，數目上已逼近大約4百萬名的只識單一字母或其姓名，而無法閱讀文章的功能性文盲<sup>23</sup>。

承前述，則論理乍看之下似乎至少需合乎一般程度人民的理解可能。如一般程度人民無法瞭解一則法院的論理，此時當可爭辯，是否該論理並未滿足其功能，在此意義下，或可認為此即等同於沒有論理而因此未履踐憲法上的論理義務。

務。反對此等應使一般程度人民均得理解的論理義務的決定性論據，即在於向律師尋求法律諮詢的可能性。律師可向人民解釋判決內容<sup>24</sup>。原則上諸如此類的專業諮詢對所有人是開放的，且由於有諮詢及訴訟費用的法律扶助之規定，因此也沒有費用上的問題。論理的眾多功能，如控制、意思形成或透明性，將會經由任一可能的必要過程毫無疑問的傳達給律師。從而律師需求對於未達一般程度水平的一部分人民而言，已是無可避免的了。

### (三) 任何人均得理解就是好的實務？——律師代理的影響

即便僅是在所企盼達成的明確程度範圍內之論理，律師的法律諮詢也應受到尊重<sup>25</sup>。首先適用在強制代理的案件。法律之所以規定律師強制代理，表示立法者肯定人民在各式各樣的法律爭議中至少有必要理解法律上關聯之需求，以便能自行妥為自己代理<sup>26</sup>。律師在此情況是法院與人民的中間人<sup>27</sup>，並且正是需要由律師向當事人解釋裁判結果的情況<sup>28</sup>。同樣的情況也適用在所有未規定律師強制代理的訴訟程序。在此類任意代理的訴訟程序之例，也不能確定，人民在沒有協助的情況下是否能理解其以自己名義遞交的訴狀。法院實不可能，在不使用任何專業用語，而以使任何人均得理解之裁定回覆以專業用語提出的訴狀，例如不可能由法院進一步去闡明由原告自己使用的專業概念。

只有當人民真正在沒有律師代理的情況面對法院時，才可能企盼法院致力於達成使一般人均得理解的論理，不過也不是法律上的強制。再者，此並非意指，

<sup>20</sup> Peter Raisch, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanones für die praktische Rechtsanwendung, 1988, 23. 有詳細說明。

<sup>21</sup> Vgl. BVerwG NJW 1998, 3290 (3290); BGHZ 32, 17 (24); 39, 333 (337); Ferdinand Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. Aufl., 2009, § 138 Rn. 27; Jörg Schmidt, in: Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 13. Aufl., 2010, § 117 Rn. 11a; Hans-Joachim Musielak, in: Hans-Joachim Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 7. Aufl., 2009, § 313 Rn. 15.

<sup>22</sup> 對於相關的經驗的研究，參閱Johannes W. Pichler/Karim J. Giese, Rechtsakzeptanz, 1993, 322 ff.

<sup>23</sup> 參閱Marion Döbert/Peter Hubertus, Ihr Kreuz ist die Schrift - Analphabetismus und Alphabetisierung in Deutschland, 2000, 29 ff.; 對於部分有不同的數據26 ff.

<sup>24</sup> 參閱，例如Musiak, aaO. (Fn. 21), § 313 Rn. 10.

<sup>25</sup> 不同見解，例如Peter Hartmann, in: Adolf Baumbach, Zivilprozessordnung, 69. Aufl., 2011, § 313 Rn. 47; Rudolf Wassermann, in: Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung, 1987, § 313 Rn. 11 f.

<sup>26</sup> 清楚的例如Claus Meisner/Wolfgang Schenk, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt, 2011, § 67 Rn. 7.

<sup>27</sup> 對於律師作為立法者的口譯者之討論Egon Schneider, Der Formulierer, in: Hans-Martin Schmidt/Andreas Schmidt (Hrsg.), Juristen im Spiegel ihrer Stärken und Schwächen, 1998, 92 (104).

<sup>28</sup> 參閱，例如Hans-Joachim Musielak, in: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, 3. Aufl., 2008, § 313 Rn. 4.

在其他情況即允許難以理解的論理任意產生。反之，在專業用語上，清楚的文體、生動的語彙以及流暢的論述，排除套疊長句（連環套句：子句中套子句的長句），始終是使用專業語言之要求<sup>29</sup>。裝腔作勢矯揉造作的官方文體絕對是不受歡迎的<sup>30</sup>。此外如欲進一步追求論理的通俗易懂而使任何人都得理解，則應盡可能的讓法律語言轉化為日常生活用語。例如：避免使用拉丁術語，如締約過失（culpa in contrahendo）及外來語，如阻礙或破壞（konterkarieren）以及舊式措辭如侵占（Unterschleif舊字）。反之，如係援引其他裁判則是允許且合適的，裁判之援用甚至具有能告知人民法院是否明確秉持一貫法律見解的優點。

#### 四、書面性

與前述無關者是論理無論如何必須以書面形式呈現<sup>31</sup>。口頭論理太短暫粗略，而無法履踐論理之可受控制的、值得信賴的或者充分傳遞民主社會之訊息的目的。對於口述的判決論理單純作成紀錄，就如依據民事訴訟法第495條之1的裁量規範，對於特定的地方法院判決是可能作成的<sup>32</sup>，即可達成此等目的。

### 三、論理真實性

論理真實性原則的首要要求很簡單，法院必須確切的寫下理由，闡明其如何在確實衡量後作成如此，而非其他內容之裁判<sup>33</sup>。

<sup>29</sup> 參閱，例如Peter Siegburg, Einführung in die Urteils- und Relationstechnik, 4. Aufl., 1989, 93 f.; Wassermann, aaO. (Fn. 25), § 313 Rn. 11 ff.; Hartmann, aaO. (Fn. 25), § 313 Rn. 48.

<sup>30</sup> 反對官方文體者有Hartmann, aaO. (Fn. 25), § 313 Rn. 47; Wassermann, aaO. (Fn. 25), § 313 Rn. 11 ff.

<sup>31</sup> Matthias Ehrlein, Die Begründungspflicht für erstinstanzliche zivilprozessuale Beschlüsse im Erkenntnisverfahren, Jur. Diss. Tübingen, 1988, 369 ff.; Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 21), § 122 Rn. 7.

<sup>32</sup> 此等在早期甚至明文見於規範中的可能性，參閱Johannes Wittschier, in: Hans-Joachim Musielak, Zivilprozessordnung, 7. Aufl., 2009, § 495a Rn. 9.

<sup>33</sup> 參閱如Jürgen Brüggemann, Die richterliche Begründungspflicht, 1971, 129; Till Müller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, 5, 200; Brink, aaO. (Fn. 12), 362, 382.

#### （一）排除既定理由

如係基於其他的，所謂既定的理由在憲法上是不被允許的，因為以之為論理依據則無法履踐論理之目的。假設一所德國法院主張與聯邦憲法法院相反的見解<sup>34</sup>，認為對於婚姻應有不同之對待並因此認為同性伴侶關係是允許的，因為基本法第6條規制的婚姻乃要求給予同性伴侶較為不利之地位<sup>35</sup>。若然，那麼可想而知，該法院將會畏懼與聯邦憲法法院最新裁判見解對立，並因此在其判決中獨以其他事由合理化該不平等的對待，對該些事由法院卻非深信不疑。此等情況之法院論理即是違反了論理真實性。對於上訴的恐懼不能正當化謊言。

此外，論理真實性同時要求：對於一項論理是否充分的問題，並非取決於論理的內容是否能取信於公眾，以及論理是否足以支持裁判的結論，而是僅取決於，論理是否正確的重現各該法院的見解——縱使該見解經證明是為錯誤的見解。只有形式上正確，但是內容錯誤的論理，始能給予人民得辨識出法院的思維過程中的錯誤之可能，並對之提起上訴<sup>36</sup>。

<sup>34</sup> BVerfGE 105, 313 (348).

<sup>35</sup> 即便不是完全明確的，惟之前的通說視為直到那時為止的實務，如今亦為此等主張者，例如Martin Burgi, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 2007, Art. 6 Rn. 47; Hans Hofmann, in: Bruno Schmidt-Bleibtret/Hans Hofmann/Axel Hopauf, Grundgesetz Kommentar, 11. Aufl., 2008, Art. 6 Rn. 19; Arnd Uhle, in: Volker Epping/Christian Hillgruber, Grundgesetz Kommentar, 2009, Art. 6 Rn. 36; Johann Braun, „Ein neues familienrechtliches Institut“ – Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes, JZ 2002, 23 (25 f.); Peter J. Tettinger, Kein Ruhmesblatt für „Hüter der Verfassung“, JZ 2002, 1146 (1148); 亦參閱 BVerfG, 1. Kammer des Zweiten Senats, 2 BvR 858/06, NJW 2008, 209 (210) („Differenzierungsgebot“); 早期文獻參閱如Walter Pauly, Sperrwirkungen des verfassungsrechtlichen Ehebegriffs, NJW 1997, 1955 (1956); Detlef Merten, Eheleiche und nichteheliche Lebensgemeinschaften unter dem Grundgesetz, in: Freiheit und Eigentum, Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag, 1999, 615 (619); Rupert Scholz/Arnd Uhle, „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz, NJW 2001, 393 (398 f.).

<sup>36</sup> 對於實體上正確論理義務之欠缺，詳盡的討論參閱Kischel, aaO. (Fn. 17), 3 ff.; 就行政處分不同見解Peter Baumeister, Der Beseitigungsanspruch als Fehlerfolge des rechtswidrigen Verwaltungsakts, 2006, 160 ff.

### (二) 論理可信度，特別在於合議制機關

論理真實性的一個下位概念，是所謂的論理可信度，其內涵是：論理必須事實上來自於裁判主體。它可以防止，諸如誤將依據裁判內容所改寫的新聞稿，當作是取代或補充真正論理之現象發生。

某些問題可能出現在合議制法院的裁判上，因為該等裁判必須重現多數合議庭法官之意志，而非庭長或受命法官個人之意志。如果法官們對於裁判結果沒有異議，但是對於通往結論之方式有不同意見，這時候最好的作法，毋寧是將論理限縮至最小公約數，也就是只提出所有法官都同意的足以支持判決結果的特定論證即可。當然，合議庭法官雖對結論有共識，但卻堅持只有自己的方法才是唯一正確的選項，其他成員的方法皆是錯的，此等眾人皆醉唯我獨醒之狀況，在理論上雖屬可能，但實務上誠難想像。在此，論理的真實性將能阻止那種本來不存在共識，卻硬是拼湊出共同論理的現象發生。在某些情形下，確實可能對爭點問題刻意置之不理，例如契約上合意之報酬請求權足資肯定，但卻不去認定究竟是本於買賣或承攬契約為基礎。在其他狀況下，亦有可能索性公開內部的衝突，也就是同時臚列多個不同的論理選項。誠然，如此之現象無疑會使民眾對於「毫無疑問之法院裁判」的期待與想像落空。然而，這應該是民主法治國下的人民所可以接受的，同時也應認符合論理義務之要求。道理在於：雖然合議庭法官彼此所本之論理有所歧異，但只要結論一致，則合議制法院要不就當然得以裁判，而且亦可加以公開，若不然，倘彼此歧異之論理無法作為適當的裁判基礎，那麼就根本不應作成裁判，也就不致於產生外部的論理問題。如欲在法律上承認裁判找法的特定方式，卻想在論理上有意隱諱之，則不符民主法治國之基本思想：此即康德在他的「公法先驗公式」中所說的：「所有涉及到其他人權利之行為，如其原則不相容於公共性，那麼這個行為必然是不正義的。」<sup>37</sup>

<sup>37</sup> Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden, 1795, in: Kant's Werke, Bd. 8, Neudruck 1923, Nachdruck 1969, 343 (381).

## 四、適時的論理

### (一) 再製，非重建

在此僅簡短的探討第三個論理原則：適時的論理<sup>38</sup>。此原則要求判決與論理之間需有若干時間上的關聯，因為只有當對外公佈論理時，始能達成其目的。判決與論理如有些許時間上的拖延尚不致於阻礙目的之實現，而僅是稍稍延遲其效力，尚在可忍受範圍，並且由法院審判權的效能觀點而言有其正當化事由。

較為嚴重的問題在於延誤的論理，即是當法官無法再充分的記得對於他而言乃是起決定作用的理由。此等論理將無法再製真正的理由，而是充其量嘗試去重建真實的理由<sup>39</sup>。如此即已違反論理真實性。一位法官的記憶力至何時即不再充分可信，僅能由法官工作的實際經驗中判斷之。就此而言，在德國聯邦最高法院的聯合法庭所作成的極少數裁定中，曾出現一則相關的裁定，其以5個月為上限<sup>40</sup>。遲而作成的論理已不再符合憲法上的要求。

### (二) 立即宣判的危險

並非來自法律上，而係來自實際上觀點，適時的論理原則告誡不得作成立即之宣判，此類裁判意指法官直接在言詞審理之後立即公布裁判。誠如有豐富經驗的法實務者所述，延遲的論理經常產生嚴重的問題，因為時常在紀錄之後才能找到案件原來的法律上或事實上的困難點<sup>41</sup>。最後在此被限制的是，一開始時所描述的介於裁判之找法的內部過程以及外部論理之間的來回觀照，也就是論理的自我控制功能。除了在相當簡單的案例之外，對於人民較為有利的，是當言詞審理結束時並非立即公布裁判，而是確定了裁判公布之日期。

<sup>38</sup> 就此詳盡的Kischel, aaO. (Fn. 2), 364 ff.

<sup>39</sup> 參閱BVerwGE (GmS-OGB) 92, 367 (376); 亦參閱Ehrlein, aaO. (Fn. 31), 379, 380.

<sup>40</sup> BVerwGE (GmS-OGB) 92, 367 (376); 進一步精確化在BAG NJW 2000, 2835 (2835).

<sup>41</sup> 參閱Max Vollkommer, in: Richard Zöller, Zivilprozeßordnung, 28. Aufl., 2010, § 310 Rn. 3: 「立即公布之判決在後來的論理上經常已造成無法克服的問題」。

## 五、論理完整性

### (一)重要理由之告知

論理完整性原則之重點在於，論理必須使人民與公眾得以瞭解，為何法院會作成如此，而非其他內容之裁判，而且如何回歸法律的規範基礎。這個完整性可多可少：在德國，我們對於何謂「必要的最低內容」，有著符合相應之共識：論理必須告知（透露）使法官做出該當判決之重要的、事實的與法律的理由；一定程度的簡略雖非當然不可，但絕不能犧牲完整性的要求<sup>42</sup>。誠然，這樣的描述相當抽象，但既然個案判決的論理之具體範疇，無疑乃取決於諸多因素，那麼想要做出具體的指向導引，即無異緣木求魚。舉一簡單的問題為例即可知：起訴之合法性要件，究竟該於何時在判決明確中提出。如果起訴為不合法，則通不過合法性之審查，當然就必須列舉之。反之，如果起訴為合法，例如在明顯合法之情形下，那麼單純的如此確認或已足夠，並不需要其他進一步的說明。至於何時存在如此明確，又何時本於相當之懷疑而需要更進一步之論理，就須端視各該訴訟法釋義學上之內容與狀態而定。某種程度的個體因素亦可能造成決定性之影響，蓋對於特定問題，按照個人經驗及法律見解，對某甲可能是清楚且明確，對某乙卻可能是滿懷莫大的疑惑。至於何謂一個論理的必要內容，我們可以提出如下之普遍的客觀上最低標準的表述：當在特定的問題點上，依據實體與爭議標的之狀態，存在一定要加以正視處理之疑問，那麼，論理即屬必要。

<sup>42</sup> 參閱，例如Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 21), § 117 Rn. 14, § 108 Rn. 30; Michael Dawin, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt, 2011, § 108 Rn. 119; Berthold Clausing, in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt, 2011, § 117 Rn. 18; Musielak, aaO. (Fn. 28), § 313 Rn. 8, 10 f.; Vollkommer, aaO., § 313 Rn. 19; Schmidt, aaO. (Fn. 21), § 117 Rn. 12 f.; Michael Kilian, in: Helge Sodan/Jan Ziekow, Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Loseblatt, 2011, § 117 Rn. 84; Peter Kothe, in: Konrad Redeker/Hans-Joachim von Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl., 2004, § 108 Rn. 9; Raisch, aaO. (Fn. 20), 23 f. (其對此使用論理飽和的概念); Müller-Ibold, aaO. (Fn. 33), 196 ff., 200 f.

### (二)論理的個別性：當事人陳述之角色

可從此原則中部分獨立的是下位概念的論理個別性，亦應受到尊重。論理個別性要求對於各該具體個案的深入探討，據此應尊重當事人之陳述。換言之，應特別考慮由訴訟參與人所提出之論據，尤其當該些論據是由處於劣勢之一方所提出。僅是單純描述法院訴訟程序之論理是不足的。在憲法上受到確保的特別是關於基本法第103條第1項請求法律上公平審判的核心領域的要求，此等原則不僅課予法院有聆聽當事人陳述之義務，更要求法院應考慮衡酌當事人所陳述之意見<sup>43</sup>。在此所指者，乃是完全接近實務的，涉及當事人陳述之重要核心<sup>44</sup>，而非個別的小評論及個別細節<sup>45</sup>。法院如未深究判決之論理，即表示違反了法律上公平審判之權。

此外，有若干在個案中有意義的重要觀點<sup>46</sup>，僅以簡短的舉例探討個別的觀點。

### (三)干預強度的重要性？

判決在實際上的效力強度，不影響例如涉及費用多少、個人全部的職業上的生活條件或其執行職業的細節<sup>47</sup>。法律上或事實上簡單的裁判，不需要長篇大論的論理，僅因為該些簡單的裁判對於關係人而言特別重要，相反的，如係出於企盼所形成的影響深遠的判決內的詳盡論理，始得盡可能的提高受判決拘束之對象的接受度。

<sup>43</sup> 詳盡的Kischel, aaO. (Fn. 2), 100 f.

<sup>44</sup> 參閱如Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 21), § 138 Rn. 13, § 117 Rn. 14, § 108 Rn. 31; Dawin, aaO. (Fn. 42), § 108 Rn. 153; Dieter Leipold, in: Friedrich Stein/Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2008, § 313 Rn. 68; Musielak, aaO. (Fn. 28), § 313 Rn. 11; Wassermann, aaO. (Fn. 25), § 313 Rn. 34; 較不明確Clausing, aaO. (Fn. 42), § 117 Rn. 18.

<sup>45</sup> 對此的邊界案件參閱Kischel, aaO. (Fn. 2), 380 ff.

<sup>46</sup> 參閱BVerwGE 22, 215 (217); 38, 191 (194); 72, 1 (6); 74, 196 (205); 84, 375 (388); Müller-Ibold, aaO. (Fn. 33), 196, 202; Ehrlein, aaO. (Fn. 31), 362.

<sup>47</sup> 在結論上不同見解Müller-Ibold, aaO. (Fn. 33), 217 ff.

#### 四 單純引據法規範？

另一個別論點在於論理必須恰適合於相關的法規範而毋須其他解釋。不同於某些在文獻中的見解<sup>48</sup>，論理絕對能夠是充分的。此等意指當法律效果能直接由事實及規範條文的反證得出時。最典型之例是在裁判中普遍之措辭：「由行政法院法第154條第1項得出訴訟費用的決定。」此等情況是：敗訴的一方受到應負擔訴訟費用之裁判。此例適正得以確切的，毫無誤解的由所引用之規範的法文所得出<sup>49</sup>。

#### 五 說服力

最後，在可期待達成的等級上，容對於說服力一項再為辯護。超出法律上必有的最低限度的論理無疑能提高可理解性。但此等絕非必要或說是通常情況。正是簡短、集中於最重要事項的論理始能經常得出最大可能性的理解。數量常常不等於同於質量。長篇大論可能對讀者要求過苛。一個簡明扼要的論理反而能使問題的核心以及裁判的重點更清楚明確<sup>50</sup>。附帶的說服力很弱的論點可能戕害具說服力的論點。過度精確的論述亦可能造成難以理解或甚至可笑的反效果。在此背景審視下，有些目前的下級審以及上級審法院的判決，呈現的無非是過度鑽研枝微末節的樂趣，非但無甚助益，毋寧是不快與麻煩。從而，有些法律人寧願閱讀德國聯邦憲法法院的新聞稿或之後出版的判決評釋更甚於閱讀裁判本身，估計應非總是某種心智上喜好速食傾向的象徵，毋寧，莫不是對於法官的一種警訊。

同樣較不能被接受的是，在不同法院內的一些法官，深入的在論理內研究在案件中雖然貌似有關問題，因為那些法官對於此些問題特別有興趣或對他們而言

<sup>48</sup> 反對單純列舉法條者Brüggemann, aaO. (Fn. 33), 175; Wassermann, aaO. (Fn. 25), § 313 Rn. 35; 探討聯邦憲法法院裁判者Jörg Lücke, Begründungszwang und Verfassung, 1987, 201; Rüdiger Zuck, Der Zugang zum BVerfG: Was läßt das 5. Änderungsgesetz zum Gesetz über das BVerfG von der Verfassungsbeschwerde noch übrig?, NJW 1993, 2641 (2646) (少能建立信賴的措施); BT-Drucks. 12/4842 v. 3.5.1993, S. 12 (對於提起憲法訴訟人毫無意義); 類似此處而加以區分者Ehrlein, aaO. (Fn. 31), 356, 364 f.

<sup>49</sup> 行政法院法第154條第1項規定：「敗訴之一方應負擔訴訟費用」。

<sup>50</sup> 參閱Ehrlein, aaO. (Fn. 31), 367; 全面的亦見於Schmidt, aaO. (Fn. 21), § 117 Rn. 13.

需要澄清<sup>51</sup>，但是對解決案例問題最終毫無重要性。其中存在的是一種純粹的資源浪費。當然輔助論理和旁論在若干案例上也可能是極有意義的。如法官可能對於訴之無理由提出不止一個，而是多個理由，而原告儘管認為核心的論理有問題，卻可能認為輔助論理有說服力，因而得以阻擋原告提起多餘的上訴救濟。同樣的特別是在行政訴訟程序中，旁論常有助於釐清行政行為類型，並協助阻擋未來的訴訟程序。每一個案的細節，如同經常在論理內容的範圍內，由於各式各樣的實務，在此恕無法細究。僅以一則案例說明此等實務上的多樣性：在聯邦憲法法院1996年的一則裁定中，程序上裁決不受理法院訴請的法律違憲審查程序；卻緊接著對於該案的實體問題做了完整的審查，並且以消除敵意之前導句而謂：「本審判庭認有責任，指出如下問題」<sup>52</sup>。細究之，此等看來毫無意義的舉措證明了是對於法律和平的傑出成就。因為該案實質上涉及第三帝國的猶太強迫勞動者的可能賠償。相關訴訟程序，包括向聯邦憲法法院訴請裁判之程序，已持續經年，因而原告已垂垂老矣。透過聯邦憲法法院此等本身完全是多餘的對於實體問題的闡釋，使得之後都可免於再提起相關的法院訴請法律違憲審查案件。對此實體問題之闡釋，更大大的縮短了之後的程序進行期限，並且——可視為附帶的效用，緩和了既是道德上也是政治上的一個棘手尷尬的局勢。

## 參、總 結

總結來說，法官的論理，非常適合用來紀律化毋寧屬於詮釋性質的裁判之找法，絕非只是提供嗣後的合理化服務，我們可以藉由論理而告訴人民，為什麼法官認為如此之裁判是本於法律所要求的（本文壹）。至於法院應如何論理的具體問題，基於其多樣性，恐怕有極強烈的個案導向。即便如此，我們還是能找出一般的準繩，它既可以圓滿的掌握法律上的必要性，也同時得以符合實務上的需求性，進而提供法官如何作出好的論理之基本規則（本文貳、一）。而所謂的論理明確性（本文貳、二）、論理真實性（本文貳、三）、適時的論理（本文貳、

<sup>51</sup> 亦參閱Schmidt, aaO. (Fn. 21), § 117 Rn. 13.

<sup>52</sup> 參閱BVerfGE 94, 315 (328).

四），以及論理完整性原則（本文貳、五），就是這裡的基本規則。這些規則在不同的拘束力階段中，提供各自不同的說理服務，不論是憲法上所強行規範的、個別法上所要求的，亦或是實務上所企盼達成的事項。