



概念法学、利益法学 与价值法学：

探索一部民法方法论的演变史

◎ 吴从周 著

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店

内容不排斥 转载、转发、转卖 行为

但请勿去除文件广告宣传页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼

更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接

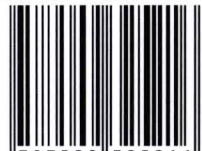
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



本书之研究重点,以耶林(Rudolf von Jhering,1818~1892)及海克(Philipp Heck,1858~1943)之思想为中心,企图透过此二位法学家的思想研究,串连从概念法学到利益法学这个法学发展的历史脉络。方法论大师海克曾自述唯一对其方法论思想有影响者,厥惟耶林而已。惟耶林之思想精深博大,其对后代法学之影响,如拉德布鲁赫(Radbruch)所说的,除利益法学外,遍及比较法学、法律社会学、自由法运动、李斯特(Liszt)的现代刑法学等思想。故本书拟以利益法学之思想作为发展线索,以海克的整体思想为体系,并上溯耶林思想中对海克之影响部分,企图借对二人关键思想之厘清,探寻一条民法教义学、法学方法论及私法学史的主要发展脉络。这样一条线索的串连,笔者认为在德国法学研究上亦未受到应有的重视,在文献上这算是一个新的尝试,至于成功与否则留待读者评价。

上架建议 民法·法学学术

ISBN 978-7-5093-2521-6



9 787509 325216 >

定价: 60.00元

概念法学、利益法学 与价值法学：

探索一部民法方法论的演变史

◎ 吴从周 著

图书在版编目 (CIP) 数据

民事法学与法学方法：概念法学、利益法学与价值法学：探索一部民法方法论的演变史/吴从周著. —北京：中国法制出版社，2011.7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2521 - 6

I. ①民… II. ①吴… III. ①民法 - 法的理论②法学 - 方法论 IV. ①D913.01②D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 260850 号

策划编辑：戴蕊

封面设计：杨泽江

民事法学与法学方法

MINSHIFAXUE YU FAXUEFANGFA

著者/吴从周

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2011 年 7 月第 1 版

印张/21.25 字数/607 千

2011 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2521 - 6

定价：60.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

网址：<http://www.zgfs.com>

市场营销部电话：66017726

传真：66031119

编辑部电话：66065921

邮购部电话：66033288

概念法学就跟一个魔术一样，
它只帮助相信它的人

Die Begriffsjurisprudenz gleicht einem Zauber,
der nur demjenigen hilft, der an ihn glaubt
(Philipp Heck, Rechtsgewinnung, S. 14)

在所有的改变中，方法的改变才是最大的进步

Von allen Änderung ist
die Änderung der Methode der größte Fortschritt
(Heck, Interessenjurisprudenz, S. 32)

致谢

本文得以完成，首先最要感谢的是我的指导老师颜厥安博士。和老师认识多年来一直在学问和生活上受到老师的启发与关照。2000年冬季学期在研究所修习老师的“法律与社会理论专题研究”课程，第一次接触及研读耶林的著作，因而受到启发，更让我决定要对耶林的法律思想一探究竟。此外，老师在百忙之中仍愿抽空指导，并配合学生毕业时程的急迫，且斧正论文章节及内容上的谬误与不妥之处，谨在此致上最高的谢意。

再要感谢的是极令我尊敬的王大法官泽鉴教授。大学时代旁听王老师的债法课程、读王老师的书，研究所硕士班时修习王老师的课，蒙老师启示甚多民法及法学方法论的知识。到博士班时的1998年夏季学期修习“民法与法学方法”课程，老师提示从概念法学、利益法学与价值法学的发展过程，更同时启发我对民法与法学方法论发展史的研究兴趣与这篇论文的撰写脉络。特别是2001年8月初至德国期间，蒙王老师对学生生活上的关心与帮助，学业上的鼓励与提醒，更让学生永志难忘。

台北大学的刘幸义老师，在我大学时代开设的法学德文帮我奠下法学方法论及德文的研读与思维基础，迄今仍让我受用不尽。口试时大至论文方向架构上的提示、小至论文引注上的订正，不胜感激。刘老师对我十余年来的提携与照顾，更令我由衷

感怀。

蔡明诚老师及政大陈惠馨老师，在论文口试时提示甚多具体且是我在撰写论文时未曾意识到的问题及改进意见，让我知道这篇论文的不足，也在此对两位老师的拨冗指导与鼓励致上感谢。

此外，还要感谢苏俊雄及陈爱娥老师的书面审稿意见，特别是陈爱娥老师对论文巨细靡遗的阅读，提供甚多具体深入的改进意见，并愿意掷还论文初稿上的文字订正供我参考，对我帮助良多。

不能忘记感谢的是王兆鹏老师。从修习老师在台大开设的刑事诉讼课程，嗣在“板桥地方法院”服务期间因着研究“板院”试行当事人进行主义而与老师相知，到后来临门一脚地督促我进修，老师对我亦师亦友的关怀与帮助，更不是我用言语能轻易表达的。

“国科会”与 DAAD 合作计划提供我一年半的奖学金赴德进修，让我可以在法兰克福 Max-Planck 欧洲法律史研究所 (Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte) 专心无虞地做研究，研究期间，蒙客座指导教授也是该所所长、当代公法史重要人物 Michael Stolleis 的接待、照料以及论文资料上的提示，在德期间“国科会”驻德科技组组长胡昌智博士、程芝小姐在生活的照料及研究进度上的关心，都是我论文完成的重要后盾。

在德期间，好友海德堡大学的张锬盛及袁美芬夫妇、庄适瑜、邱致伟，弗来堡大学的蔡圣伟，法兰克福大学的王效文及陈姿光夫妇，Mannheim 的卢致中及张嘉敏夫妇、我的德文老师 Fr. Yvonne Frankenstein，以及许多不胜枚举的法院同事、好友对我的帮助或关心，都在此一并致上我最深的谢意。

论文的行政作业上，沈静萍助教的费心协助，研讨会上曾文亮、李青筠、李君韬同学的协助亦一并致谢。

最后要感谢的是我的妻子陈丽玲法官，赴德一年七个月，如果不是她无怨无悔地帮我照顾家庭、两个幼子孟谦、孟原以及我年迈的父亲，就没有这篇论文的诞生。谨将这篇文献给她，聊表我内心无尽的谢忱。

这篇论文还有许多的不足，这是因为我个人有限的资质，但如果它还有点值得称赞的荣耀，则一切都要归给爱我、带领我的慈爱的耶和華上帝。

吴从周

本书导读

本书之研究重点，以耶林（Rudolf von Jhering, 1818 ~ 1892）及海克（Philipp Heck, 1858 ~ 1943）之思想为中心，企图透过此二位法学家的思想研究，串连从概念法学到利益法学这个法学发展的历史脉络。方法论大师海克曾自述唯一对其方法论思想有影响者，厥惟耶林而已。惟耶林之思想精深博大，其对后代法学之影响，如 Radbruch 所说的，除利益法学外，遍及比较法学、法律社会学、自由法运动、李斯特（Liszt）的现代刑法学等思想。故本文拟以利益法学之思想作为发展线索，以海克的整体思想为体系，并上溯耶林思想中对海克之影响部分，企图借对二人关键思想之厘清，探寻一条民法教义学、法学方法论及私法学史的主要发展脉络。这样一条线索的串连，笔者认为在德国法学研究上亦未受到应有的重视，在文献上这算是一个新的尝试，至于成功与否则留待读者评价。

文共分五编。

本文第一编绪论部分除先指出“概念法学”及“利益法学”的用语来源外，并讨论耶林与海克思想在德国以及在台湾地区的研究情形。其中，耶林的思想在德国法学界受到一致的肯定，耶林被定位为上个世纪与萨维尼并列的两大德国法学家之一，有人

甚至认为耶林比萨维尼还要重要，因为“没有第二个法律思想家像耶林一样，激发并影响我们今日对法律的理解以及法律思想”。耶林的思想对实务的影响直接而深远，透过利益法学及价值法学，延续到今日。1968年耶林150岁冥诞，1992年耶林逝世100周年，都陆续还有讨论耶林思想的国际学术会议在召开，从各个角度探讨耶林及耶林思想在世界各国的影响。在二次大战后甚至出现“耶林复兴”的现象，重要的法律史学家 Erik Wolf、Franz Wieacker、Helmut Coing、Okko Behrends、Ralf Dreier 等人可以没有萨维尼的专文，但都专论研究耶林的思想。

相对于此，海克的方法论思想则反而未受到应有的重视与评价。对耶林而言，并未在其转变后之“目的方法时期”，成功地将法律中之利益整理成一个通盘考虑过之概观体系或者发展成为一个实质的法学方法论。这个法学方法圆满化的工作是在海克的手中完成的。相较而言，耶林是一个思想的开创者，但并不是一个思想的贯彻者，甚至可以说他只是一个“过渡性的理论家”。如果没有海克对其思想的延续与推展，德国法学从概念的世界转向目的与利益的正确方向，将不可能如此顺利。特别是海克有关法律解释的学说，是一个公认体系彻底而圆满的杰作，解释原则超越世代，迄今仍为许多新法律解释学的核心。海克的法学方法，更是少数十九世纪的著作中，至今仍常被引用来解释现今民法学的问题的作品。可惜海克的思想因着纳粹时期的历史因素，迄今仍未受到应有的重视与评价。

在开始耶林的思想前，应先介绍的主要是概念法学之历史发展，因为它的发展巅峰在耶林。概念法学在十九世纪德国法学中

占重要地位，应上溯归因于康德哲学及自然法运动，因为康德试图从抽象的价值形式导出整体法律。一般认为，德国观念论哲学过度高估体系理想，特别在法学上圆满体系化的希望，是概念法学发展成巅峰的最重要因素。照康德的看法，体系的一致性，是“使我们对科学有最佳的共同认识”，康德又认为：“使立法简单化的秘密”就在于运用归纳的原则。此外，对康德而言，这种“体系的方法”对新知识的产生也极重要，因为根据回溯归纳的原则（*regressiv-reduktives Prinzip*）可以先从“许多确定的案件试验出一个可以从中流衍出这些案件的规则”，然后“基于该规则的普遍性”，从该规则演绎地“推演至该规则尚未包括的案件”。康德更在其“法学的形上学起源基础”§31中以此方法作一个实际运用；他从租赁权作为一种人格权的法律性质，在私法上推演出一个法律命题：“买卖破租赁”，他不管其他基于衡平的要求而主张的反对见解，一味地只作“概念法学的规范获得”而得出这样的命题，堪称树立了第一个概念法学操作的基本模范。从此以后，体系成为科学——法学亦同——的中心地位，演绎的体系成为法学科学性的代名词。概念法学因而也与体系思想息息相关。

在法学继受哲学家的研究成果上，萨维尼的“历史法学派”是概念法学的首要推手。历史法学派的要求在于将“历史的方法”与“体系的方法”相连结。因此也使得历史与体系这两个观点成为十九世纪的法学特征。“历史的方法”是要求考虑在特定的历史状态下法律的产生，而“体系的方法”则要求将法律规范整体理解为一个关联的整体。历史法学延续这样的体系思想，成为概念法学在法学上的立足起点。相应与此，萨维尼的“法律制

度论”（Lehre von den Rechtsinstituten）形同其体系思想的具体化。他要求在案件分析时，不可以只比较事实与规范，而是要从法律制度出发，因为法律制度是历史发展上有机生成的产物，因此必须注意到拟适用到事实的法律规范只是法律制度的一部分。法律制度成为一个上位的法律概念，对案件判断具有重要性。据研究，概念法学成为德国法学划时代的产物，是在萨维尼于1803年出版的“占有法”（Recht des Besitzes）一书。

接任萨维尼教席的Puchta则是着重以一种概念金字塔的方式（Begriffspyramide）依形式逻辑的规则来思考。当金字塔的最顶端是一个最普遍的概念，可用来包摄所有其他概念时，我们就可以从金字塔底部的每一点出发，透过一连串中间分支攀达到金字塔的最顶端，逻辑演绎体系的理想（das Ideal des deduktiven System）或者说演绎体系的概念金字塔（das Ideal des deduktiven Begriffspyramide）的理想，因此就可以完成。Puchta使得概念法学完全成为德国的学说汇纂法学（Pandektenwissenschaft）之方法论原则。他以下这一段常被引用的话，将他的思想说得淋漓尽致：

科学现在的任务在于，在体系性的关联上去认识法条，认识这些彼此互为条件且相互衍生的法条，以便能够从个别的系谱学（Genealogie）向上追溯至其原则，并且同样地可以从这个原则向下衍生至最外部的分支。在这样的工作上，法条被带进意识里并且从隐藏在民族精神中被发掘出来，所以法条不是从民族成员的直接确信及其行动中产生，法条也不是出现在立法者的格言里，法条一直是在作为科学演绎的产物上，才能看得到。

这个金字塔的顶端概念是什么呢？照历史法学派的看法就是“民族精神”（Volksgeist）。“历史法学派有关法律根源于民族精神的说法，特别对概念法学推波助澜……民族精神形成了法律观念，法律概念，如财产、债务、法律行为等”。

Windscheid 则是德国普通法时代最后一位体系论者。Erik Wolf 形容他是“活在康德精神世界的最后晚霞中”。他延续并坚守萨维尼及 Puchta 的基本见解：法律是历史的事物也是理性的产物，更是体系加工的结果。实证法作最后的来源，他称之为“民族的理性”（die Vernunft der Völker）。对于法律漏洞的填补，他因此要求从“法律整体的精神”来作推导，就可以达成。这种法律整体的精神他认为是一种法条“原有的”精神，它就存在法律的概念当中。它是一种思维要素的综合，从这样的法律概念的完全掌握，就可以得出法条的关联性，也就是法律体系。

概念法学发展到极致，就出现在耶林于 1859 年思想转变前，也就是 1858 年出版的“罗马法之精神”第 II 册第 2 部分第 39 至 41 章，以“法律技术论”（Theorie der juristischen Technik）为题的描述中。

因此，第二编中就接着探讨耶林之法学方法论部分的主要思想，除先浏览耶林早期及晚期著作之精髓外，并特别着重于：

第一，一个方法：也就是耶林早期思想中有关“建构方法”这种法律技术。

耶林赋予这种“法律技术”两个任务：简化法律（Rechtsvereinfachung）及确保法律实用性（die Sicherung der Praktikabilität des Rechts）。这种技术包括三个操作阶段：法律的分析

(juristische Analyse)、逻辑的集中(logische Konzentration)及体系的建构(systematische Konstruktion),依序于《罗马法之精神》第Ⅱ册第2部分第39、第40及第41章加以介绍。这事实上是一种对法律素材或法律条文先分析,再综合,最后作体系分类的过程。这种过程因为是师法自然科学的方法,耶林称之为“自然历史的方法”。且制作过程符合体系要求的实证性、无矛盾性(或一致性)及完美性。这样的法学才是经过“转换”(Transponieren),而从单纯法条堆积聚合的“较低层次的法学”,脱胎换骨成为“较高层次的法学”或“建构的法学”或“法律体系”或“法律身体”。对耶林而言,向来的法律解释只是一种“较低层次的法学”,它要经过“自然历史的方法”才能变成法律概念与法律体系之“较高层次的法学”。(参见页101图表二)

耶林早期的这种建构的方法虽然不是唯一或最重要的方法,但却是解释必要的辅助工具。因为“尽管制定法应与目的紧密相连,尽管必须要注意法律事实以及国民的法律感觉,但法学永远都仍是一种技术,一种思维的技术”。这种概念操作的解释或类推的方法论,不仅耶林本人未曾放弃(耶林从未将其前期此部分之思想,在思想转向后加以删除),而且仍是法学方法与思维的基本工具。海克后来自己也说道:

反对技术性的概念法学,并不一定是反对法律的概念形成,或反对法官受现行法的拘束。更不是反对科学性的概念形成。没有概念不可能思考。法学当然也要形成概念。

甚至推荐他的学生应该要花费时间去读耶林这部分建构法学方法的描述。相较于海克的思想,耶林这部分的论述成为概念法学

的巅峰代表作，亦成为海克批评概念法学是“颠倒方法”的起源。

第二，一个事件：也就是耶林思想由概念法学转变到注重利益思想之事件缘由（所谓“大马士革”之经历），因为这个事件代表德国法学一个关键性的转折。

耶林从原来“概念法学”的时代背景，到转向重视“利益”与“目的”的探求，其首要关键在于他因着一个实际“个案”的冲击，而造成他的理论思想转向之“大马士革的经历”，使得他从重视概念的“法学技术”操作，到注意“目的”才是法律的实践动机。

1844年，耶林曾在其著作《罗马法论文集（Abhandlungen aus dem römischen Recht）》中讨论过一个问题：依照罗马法，一物二卖（双重买卖）之出卖人，于该物因不可抗力而灭失时，能否对两个买受人同时请求价金？耶林当时就这个问题，引述了罗马大法学家 Paulius 的见解。Paulius 曾主张：有人将同一个奴隶出卖两次，后来奴隶在交付前死亡时，危险应归买受人（Periculum est emptoris），因此出卖人可以对两个买受人同时请求价金。耶林完全赞成 Paulius 所说的此一罗马法之法则：“买卖标的物在交付以前，如因非可归责于出卖人之事由而灭失者，出卖人仍可取得价金”，因此认为在一物二卖之情形也应该适用此一法则。但在15年后即1858年的冬天，耶林面对一个案例，涉及一艘价值高昂，却于双重买卖后因不可归责于出卖人之事由而灭失的船舶，出卖人是否可向两个船舶买受人同时请求价金。耶林面对这个标的价值高昂的案件，认为结论应采否定见解，但却因此与他以前确信

的法则与结论相冲突。他的内心抗拒以前上开的旧见解，因为以前的结论与他“自然的法律感觉”相违背；最后迫使耶林必须放弃他原有的见解。终于，在1859年之《论买卖契约之危险负担》(Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract)一文中，他公开收回他的旧理论，重新深入证立新理论，并且在该文中自陈他在该文发表前，期间心理煎熬的过程。他说：

在我的生命中从来没有一个法律案件像这个案件一样让我陷入情绪激动——说是陷入窘境还不足形容——，如果理论的错误应受到惩罚，那么这个处罚绝大部分应该归给我。所有在我里面的法律感觉及法学脉动都断然地起来反对我，再适用我自己以前的、也是被对此有兴趣的当事人所采用的见解。另一方面，我却又数个星期之久找不到可以让我的法律良知平静下来的解决之道。

如果当时我能够不是纯理论地，而是实务地必须去解决一个实际案件，像我不久前必须去解决的案件一样（笔者按：就是指这个他要作成鉴定意见的案件），或许当时我就已经突破而找到正确观点了。不管法条所引起的结果与不幸，一味地纯理论的顺应它或适用它，这事实上是一件没有价值的事。

他因此透过目的探究的方式，探究支配这个案件的上开罗马法的法则——出卖人在物灭失之后，仍可向买受人请求价金——其目的何在？然后再去证明，对出卖人双重给付与此目的不合，因此，应该将文义在此范围内加以限缩，进而解决这个问题。

第三，是一个概念：也就是这其中作为连贯耶林前后期思想的关键点——耶林“利益”概念的提出。亦即，转向后的耶林著

作思想中如何由《罗马法之精神》一书对“主观权利”之定规采利益说，影响到其在《法律中之目的》一书对“目的”实践思想的论述。

根据研究，耶林的利益观是受到功利主义者 Bentham 的主要影响。如前所述在 1858/1859 年间，正值耶林的法律理论思想处于转向时期，他因为一个实务个案的光照，正要离开概念法学转向目的论之观察方式。但仅有“内在的”光照还不够，他还必须为他的洞见寻找“外在的”理论基础。此时他读到了英国功利主义者 Bentham 的作品《民事与刑事的立法原则》一书之德文译本，Bentham 的思想进到了耶林在 1877 年的著作《法律中之目的》一书。

Bentham 曾说：

决定法律与非法律（die Entscheidung über Recht und Unrecht），只能根据一个对所有的利益——物质的与精神的、暂时的与永存的、现在的与将来的、个人的与普遍的等利益——谨慎的衡量，才能达成。每一个特有的法律关系都是透过这个利益特有的团体而创设下来的……这样的思想，长久以来一直是我的……基本思想。

Bentham 所采的广义的利益观深刻影响耶林，因此，耶林的利益概念，也是采取广义的内容。耶林说：

用处（Nutzen）、财货（Gut）、价值（Wert）、享受（Genuß）、利益（Interesse）……等概念绝对不是仅指经济上的（ökonomisch）概念而已：亦即仅指金钱及金钱价值而已；财产并不是人类必须被确保的唯一权利，在这些财产之上还有其他更高伦理形式的利益

(andere und höhere Güter ethischer Art): 人格 (Persönlichkeit)、自由、名誉 (Ehre)、家庭关系 (Familienverbindung) ——没有这些利益, 外部可见的利益将根本毫无价值。

罗马人将财货 (Gut) 的概念局限在经济意义下之利益, 亦即货物 (Glücksgüter, bona), 而认为货物始构成权利的内容——这种不采广义利益概念的权利定义, 我认为是错误的。……价值概念与利益概念都不局限在财产上 (Vermögen) ……虽然实际的利益本身必须可以以金钱加以表达, 但自由、生命、名誉是无法以金钱加以衡量的 (inästimabel)。

也就是这个广义的“利益观”后来深刻地启示了海克的利益法学。海克一贯地定义利益法学的“利益”这个词说:

利益法学使用利益这个词……只有这种包括理想利益在内的最广意义, 对法学方法的目的才是有用的, 它也只有在这样的意义上被使用。我必须强调, 任何一种对这个词所作的质的限制 (qualitative Einschränkung) 都必然会造成而且也已经造成了对这个方法彻底的误解。

海克称之为“起源的”利益论, 并且自己进而在这样的基础上开展出“生产的”利益论。值得注意的是, 耶林“广义的利益观”一直是放在“目的”之后加以讨论。

我们可以说耶林早期思想中主观权利中受保护的实质要素, 亦即广义的“利益”概念, 化身成为后期思想中客观法律中国家以强制力所欲确保之社会“生活条件”。“利益”成为贯穿《精神》一书中的“权利”, 与《目的》一书中的“法律”二者之桥梁, “利益”之确保与实现成为整体法律创造之目的。“法律之目

的”在于确保社会生活条件（= 确保利益），“利益”成为法律形成之动力。

利益是权利的核心，法律是权利的外壳。“权利的概念是以法律上对利益之确保为基础，权利是法律上所保护之利益”。（参见页 117 图表三）

因此，在法律的领域内寻找目的，是法学的最高任务——不管是在教义学上或法律史上。

现在问题是什么是法律的目的？我以前曾经针对这个问题：什么是生物行动的目的，提过以下的回答：是为了实现它的生存条件。现在，我要将它衔接上来，将法律的内容定义为：透过国家的强制力量所获得的，确保社会生活条件之形式。

所有在法律之泥土上的一切，都是被目的所唤醒的，而且是因为某一个目的而存在，整个法律无非就是一个独一的目的创造行为。

耶林思想的关键词是：“目的”、“利益”、“建构”、“生活”、“具体事物”（Konkretheit）、“社会”以及“争战”（Kampf）等等，强调这些关键词中的任何一个，都可以拟定出一个法律学说，而情况也确实如此，这就是耶林思想成为二十世纪德国法学发展的渊源之原因所在。从“概念法学”发展到“利益法学”是德国法学发展的主流路线，基本上也是耶林思想中“利益”一词启示的结果。

最后是一个思想。我们可以说耶林的思想中心是一种“发展式（或进展式）的法律思想”。透过这个进展式的法律思想，通说认为耶林前后期的思想只是“强调重点的转移”，而不是“思

想内容的转变”，耶林的思想因而获得极大的一致性。透过这个“透过罗马法，超越罗马法”而探求出来的、向着未来有效的普遍法律理论，也超越时空地“进展”到“利益法学”，浇灌其萌芽、成长、茁壮，最后汨没在新的主流思潮“价值法学”里，继续向前“发展”。

第三编则全盘述评海克的思想体系。特别是以法律史的发展为贯时性的介绍，包括利益法学之产生、其在威玛共和时期之全盛、纳粹时期之没落及当时方法论之论战、二次大战后之复兴及汨没，最后注入于当代价值法学之思潮中。

在海克的思想体系部分，除了其学说的第一个阶段“起源的利益论”外，特别置重在其学说的第二个阶段“生产的”利益论部分。照海克自己的说法，“生产的利益论”包括了“对法官的案件判断”（即指法律解释及法律漏洞填补等法律适用论而言）以及“科学的工作形成”（即指概念形成与体系建立而言）。

在法律解释论部分，海克强调“历史的”解释方法，提出解释的出发点是：“法官应受制定法拘束”这样的要求，法官是立法者的助手与仆人，但这样的地位要求法官的不是“盲目的服从”，而是为“主人利益状态”设身处地思考的“思考式服从”。法官要作的是对立法者的利益衡量进行“利益探究”的工作。

以下这段话最能简要代表海克的思想精髓：

出发点是，立法者依据价值判断界定人类的利益，而法官则有任务透过他的判决去实现这种终局目的。最近的一条路则是：法官适用法律诫命，将事实包摄到法律诫命所包含的法律概念中，也就是服从制定法。但是立法的困难造成了，这种包摄并非

一直都能达成上开之法律目的。因此，法官的任务就不能只是局限在逻辑包摄，它应该去探究立法者所考虑的利益状态。对法官所要求，不是一种盲目的服从（ein blinder Gehorsam, ein Kadavergehorsam），而是一种“思考的服从”（ein “denkender Gehorsam”）。不是要求单纯逻辑地适用概念，而是要求一种考虑到利益评价（Interessenwertung）……一种考虑到“法律之精神与意义”（Sinn und Geist des Rechts）的判决。当然，这样的判决是以一种正确的法律解释为前提，这种解释是超越字义而扩展到诫命观念（Gebotsvorstellung），也就是扩展到法律概念；以及超越概念并借助概念，扩展到法律所观照到的利益状态，扩展到法律的价值判断与价值理念。

因此，法律字义就只是法官认识立法者意思的一个重要辅助工具而已。而法律体系，若是海克所称的外在体系，则并不适当作为一个解释的标准。相对于此，海克则极重视立法资料，因为它可以极具启发性地帮助我们探究立法者的意思。

本文认为，海克是第一个认识到法律解释的问题是权力分立，也就是宪法问题的人。方法的问题就是宪法的问题，海克的命题：“法官应受制定法拘束”是彻底符合宪法要求的。

法官这种探究立法者意思的方法，就是海克极为强调的、在法律解释及法律漏洞填补都占重要角色的“利益探究”的步骤。

在漏洞填补论（海克称为“评价地形成诫命”）的部分，海克基于立法者预见能力的有限性以及立法语言本身的局限性肯定法律漏洞的存在必然性：“每个法律从一开始就是有漏洞、欠缺及矛盾的”。而“利益探究”成为漏洞确定的方式，也成为漏洞填补的首要工作。更重要的是，海克强调法官同样要受到“从制

定法得出的价值判断”所拘束，这就是海克学说中著名的、也是现代方法论上仍然使用的“制定法的远距作用”。

制定法不仅在一个法律诫命透过包摄可以直接适用时，具有重要性，它可以说也有“远距作用”。它对于法官超过包摄工作而形成新的诫命时的法官活动，也具有重要性。这种制定法的远距作用，当然只有透过历史的利益探究才有可能。

法官形成法律诫命的主要方式，也就是类推，是透过它紧密地依赖于一个制定法的价值判断，而获得它的面貌特征的。

远距作用也延伸到法律秩序的消极内容上。立法者在决定法律评价的利益冲突时已经排除的观点，不可以在未规定的案件中再加以考虑。

因此，漏洞填补的原则就是：

按照利益法学的原则，评价地形成诫命是这样进行的：必须要由法官先掌握到与该判决相关的利益，然后对这些利益加以比较，并且根据他从制定法或其他地方所得出的价值判断，对这些利益加以衡量。然后决定较受该价值判断标准偏爱的利益获胜。

在科学的工作形成方面，海克首先提出的影响深远之体系分类：外在体系与内在体系之分类，最为重要。外在体系只是为了纯粹描述的目的（海克称为描述利益），为了能够对法律素材概观地掌握而还原现存思维的一种整体秩序。也就是说它是为了概观以及运用上之容易的需要而来的，外在体系是透过秩序概念的编排而成的，它是为了使内在体系更清晰可见而形成的。

因此，对海克而言，法律体系是法律概念综合的结果，其真正目的只在于概观（Übersicht）、整理（Ordnung）与描述

(Darstellung)。在时间顺序上，第一任务是先形成概念，以获得法律规范 (Normgewinnung)，作为法律适用之大前提。体系之问题是在概念形成与规范获得之后，只是第二任务。“在科学研究的操作上，先是确定与补充规范。然后才是综合。不是在研究的一开始，而是在研究的最后，才将其整理到体系内”。换言之，海克方法论的原则是：“规范化的难题” (Normierungsproblem) 先于“体系的分类整理” (systematische Einordnung) 或者说先于“表述化的难题” (Formulierungsproblem)。“先确定了所有规范之后，才有考虑将其分类整理到体系中的问题”。

海克批评概念法学的想法刚好与利益法学“颠倒”。它是先建立一个完整的法律体系，用耶林的方法来说就是透过“自然历史的方法”，将原停留在较低层次的法学（即单纯法律条文的累积）提升成为较高层次的法学（完美的法律体系）。透过法律体系再从上位概念“因果地”演绎推导出下位概念。

在此，概念法学“先体系，后概念”的方法，刚好与利益法学“先概念，后体系”之程序“颠倒”。或者说，概念法学的错误是“先归纳，后演绎”，与正确的利益法学是“先演绎，后归纳”相较，它把程序想反了 (umgedacht)。“一个归纳而产生的体系，被想反了而成一个演绎的体系。”这就是海克学说上称呼概念法学为“颠倒方法” (Inversionsmethode) 的由来。

至于内在体系则是一种由利益冲突的实质判断，所自动产生的具有前后一致性的内容关联。因此，内在体系是一种冲突决定的体系，它与外在体系的差别就在于：内在体系不是透过整理而产生的，而是一种无意产生的结果。

最后要强调的则是从“利益法学”到“价值法学”之间的理论连贯性。有学者认为“从利益法学到价值法学”，是一种不同方法典范的变迁，本文则认为这忽略了二者之间的内在连贯性。事实上，“利益法学”与“价值法学”均植基于同样的理论基础，作为生活需求或渴望之表现的“利益”仍然是利益衡量的对象，只是价值法学清楚地将“利益”界定为评价之对象，不再混淆其亦为评价之标准，并且将评价标准正确性的问题结合在海克原先所排斥的法律哲学上讨论而已。有人甚至认为“利益法学”原已包含“价值法学”在内。利益法学其实是透过法律哲学上评价问题的探讨，获得它的扩展与补充。从利益法学发展到价值法学，并不是价值法学“代替”了利益法学，而是对利益法学的“直接延续”（direkte Fortsetzung）而已；或者我们可以说，价值法学是将问题的讨论从利益法学局限于方法论或法律理论的层面，延伸到法律哲学的层面。二者事实上有着血缘之亲，因此，Wieacker就正确而传神地形容价值法学是利益法学“高贵的儿女”（die nobilitierte Tochter）。

第四编则以德国民法第 181 条（相当于我国台湾地区现行“民法”第 106 条）自己契约的争论为例，观察利益法学在德国实务上之影响，并以民法上重婚为例，探讨利益法学之方法在“大法官会议解释”242、362、552 中之实践，及其在方法运用步骤上之忽略产生之问题，最后则以 1993 年间轰动一时的“游日正违反选罢法当选无效案”的民事判决为例，分析法院判决是否利益法学之“历史的解释”将得出完全不同的结论。

第五编结论则在上开贯时性的探索后，简单共时性地总结比

较耶林思想对海克的影响。

科隆大学教授 Norbert Horn 曾经指出：“今日在法学及法律实务中所使用的法律适用的方法，都是由利益法学所形塑而成的”。从概念法学到利益法学，更精确地说是从耶林到海克，实在是一条最值得我们探索的德国民法教义学、法学方法论及法律史之发展线索与轨迹。笔者相信，研究利益法学在上个世纪法律思想中的重要性，足以提供今日我国台湾地区法学及实务亟需之思想养分。

简目

本书导读 /1

第一编 绪论

第一章 问题在德国之讨论现状 /3

第二章 问题在台湾地区之讨论现状 /17

第三章 研究动机、范围与方法 /25

第二编 概念法学：以耶林法律 理论之思想发展为中心

第一章 在耶林之前的“概念法学” /31

第二章 耶林生平 /48

第三章 概念法学的巅峰：耶林建构方法时期的法学思想 /72

第四章 从概念逻辑到目的思想的提出：耶林目的方法时
期之法学思想 /106

第五章 还原耶林作为一个法律理论者之图像 /144

第六章 本编结论：耶林的影响 /165

第三编 利益法学：以海克之 方法论思想为中心

- 第一章 海克之生平与人格特质 /173
- 第二章 在海克之前关于利益法学之基础研究与其影响 /199
- 第三章 海克的利益法学体系 /217
- 第四章 海克之利益法学方法论的发展与影响 /363
- 第五章 本编结论：评价与检讨利益法学之方法论
成就与当代意义 /431

第四编 概念法学与利益法学在民 事实务上之观察与印证

- 第一章 海克与 Müller-Erzbach 论德意志帝国法院民事
判决中利益法学之思想 /460
- 第二章 利益法学与德国联邦最高法院之民事判决：以
德国民法第 181 条自己契约之争议问题为例 /470

第五编 结 论

- 一、耶林之“目的”论对海克“历史”的解释理论
之影响 /481
- 二、耶林的“利益”学说对海克之启发与海克的发展 /483
- 三、“从法律哲学到法律理论”之具体式思维的影响 /486
- 四、耶林“法实证主义”立场对海克法律哲学立场之默化 /488

五、“法律感觉”作为确保“目的”实现与“利益”

受保护之机制 /490

参考文献 /492

附录一：耶林著作传记全览 /520

附录二：Helmut Coing 原著之《耶林之法律体系概念》

一文翻译 /566

附录三：Philipp Heck 原著之《利益法学》一文翻译 /603

详目

本书导读 /1

第一编 绪论

第一章 问题在德国之讨论现状 /3

第一节 “概念法学”与“利益法学”的用语来源 /3

第二节 耶林与海克在德国法学上之地位 /6

第一项 耶林在德国法学上之重要性被公认 /6

第二项 海克在德国法学上之重要性被忽略 /12

第二章 问题在台湾地区之讨论现状 /17

第一节 不患“概念法学”，患“没有概念”？ /17

第二节 三个特征 /21

第三章 研究动机、范围与方法 /25

第一节 从“概念法学”到“利益法学”作为
“典范的变迁” /25

第二节 研究之范围与方法 /26

第二编 概念法学：以耶林法律理论之思想发展为中心

第一章 在耶林之前的“概念法学” /31

第一节 “概念法学”之起源与历史发展 /31

第一项 起源与发展过程 /31

第二项 “概念法学”形成的两个原因 /39

第二节 “概念法学”作为现代法学之负面评价语 /40

第三节 批评“概念法学”≠否定“法学概念” /42

第四节 “概念法学”的三个关键特征 /44

第五节 一个例子：萨维尼对“人格权”保护之 见解印证概念法学之值得批判性 /46

第二章 耶林生平 /48

第一节 家世背景与求学阶段 /48

第二节 初期之大学任教（1844~1851年） /52

第三节 基森大学任教时期（1852~1868年） /54

第一项 此一时期之学术成就 /54

第二项 “大马士革的经历”与思想之“转向” /56

第三项 “海德堡事件” /64

第四节 维也纳大学任教时期（1868~1872年） /67

第五节 哥廷根大学任教时期（1873~1892年） /68

图表一：表列回顾 /69

第三章 概念法学的巅峰：耶林建构方法时期的法学思想 /72

第一节 概述：两个时期之区分 /72

第二节 建构方法时期 (Die konstruktionsmethodische Phase) /74

第一项 罗马法之精神第 I 册 (1852 年): 追求
一个“普遍法律的自然学说” /74

第二项 我们的任务 (1857 年) 作为第一次之自我批判: “自然历史的方法”之规划 /80

第三项 罗马法之精神第 II 册 (1854 ~ 1858 年):
“法学建构”方法之巅峰 /84

第一目 “法学建构”方法作为概念法学之极致 /84

第二目 “法学建构”技术方法的描述 /85

第一款 技术之任务与其达成目的之方法 /85

甲、素材的体系整理 /86

乙、法学术语 /86

第二款 法学技术的三个基本操作 /87

甲、法学之分析 (Juristische Analyse) /87

乙、逻辑的集中 (Logische Concentration) /89

丙、法学的建构 (Juristische Construction) /89

1. 较低层次的法学 (Niedere Jurisprudenz) /90

2. 较高层次的法学 (Höhere Jurisprudenz) /91

3. 法学身体探究的主要问题点 /93

3.1 概念、结构 /93

3.2 法学身体的特性与效力 /94

3.3 法学身体的生命现象 /94

3.4 法学身体与其他身体的关系 /94

4. 建构之法则 /94

4.1 “涵盖实证素材”之法则 (Gesetz der
Deckung des positiven Stoffes) /95

4.2 “无矛盾”之法则 (Gesetz des Nichtwid-
erspruchs) /95

4.3 “法律完美性”之法则 (Gesetz der jurist-
ischen Schönheit) /96

5. 法学建构之用处 /96

5.1 实证的现存素材实际上最完美的形式 /96

5.2 体系作为新的素材永不枯竭的来源 /97

图表二：图解耶林“自然历史的方法” /100

第四项 论当今法学之秘笈 (1861~1863年) 作为第二
次之自我批判：“法学上之诙谐与严肃” /102

第四章 从概念逻辑到目的思想的提出：耶林目的方法时期 之法学思想 /106

第一节 罗马法之精神第Ⅲ册：以“权利”中之利益
概念作为“法律”中之目的思想的衔接 /106

第一项 耶林的“权利”之概念——利益说 vs.
意思说 /109

第一目 权利概念之“实质”要素 /111

第二目 权利概念之“形式”要素 /116

图表三：图解耶林“权利”概念之结构：“利益”
作为核心 /117

第二节 目的方法时期之著作综观 /117