

利益衡量與刑法之犯罪判斷

高金桂 著

學術論文集



元照出版

內容簡介

法規範之創設，係在促進社會生活之利益及和平秩序，從憲法上之相當性原則或比例原則可看出端倪。人類社會生活中，無可避免地會發生利益之衝突，其創設的目的，即在各種利益權衡之考量下，釐清利益衝突。

本書係基於法規範之價值理性及目的理性的基本考量，介紹利益法學之發展、利益衝突與利益衡量、利益法學與刑事立法、利益衡量與構成要件該當性之判斷、利益衡量與阻卻違法事由及利益衡量與其他可罰性要件之關係。最後，由於基本權之無可避免的衝突，本書特別將利益衡量嘗試用於表現自由與人格權衝突情境之處理，使理論與實務能有所兼顧。實則，利益衝突之問題，發生於所有的法律體系，特別是刑事訴訟法，但由於本書議題之設定，因而探討與思索的範圍限於刑事實體法。

ISBN 986-99967-7-9



9 789869 996778



5D20GA

定價：320元



元照出版公司

地址：臺北市館前路18號5樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw

D90/306

2003

利益衡量與刑法之犯罪判斷



高金桂 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

利益衡量與刑法之犯罪判斷 / 高金桂著.-- 初
版.-- [嘉義縣民雄鄉]: 高金桂出版; 臺
北市: 元照總經銷, 2000 [民 90]
面; 公分

ISBN 986-99967-7-9 (精裝)

1.犯罪

585.14

90022916

利益衡量與刑法之犯罪判斷

5D20GA

2003年2月 初版第1刷

作者	高金桂
出版者	高金桂
總經銷	元照出版有限公司 100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網址	www.angle.com.tw
定價	新臺幣 320 元
訂閱專線	(02)2375-6688 轉 166 (02)2370-7890
訂閱傳真	(02)2331-8496
郵政劃撥	19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號: 局版臺業字第 1531 號

ISBN 986-99967-7-9

序

近代法律現代化及世俗化的過程，也就是法律規範目的及內容理性化的過程。人類的社會生活本質，即在追求利益，包括物質的利益及抽象或理想的利益，俾能提高生活的品質及品味。理性化的法律規範，必須正視人的需求及社會行為的本質，促使人民的社會生活在社會秩序中成為可能。刑法也不例外，雖屬干涉性及強制性極為強烈的法律，其規範設定之目的，是在保護法益。

由於利益之需求及分配狀態的差異，人們在追求利益的過程中，難免會發生衝突，法律之規制，即在預防利益衝突，或對既已發生之衝突公正地加以釐清，以便回復法秩序的和平狀態。這些目的，創設了法律，因此，若謂利益衝突為法律肇生根源，並不為過。而解決利益衝突，即經由利益衡量為之。

立法者於制定刑法時，即已在其能掌握之範圍內，將利益衡量引進構成要件該當性、違法性及其他可罰性要件，加以思考權衡，使刑法能維護最佳的利益。於法律適用階段，特別是違法性之判斷時，法律適用者（法官、檢察官、律師）常須就涉及利益衝突之案件，為具體的利益衡量。利益衡量是一種法學方法，其作用貫穿了整個法律體系，刑法自不例外。利益衡量之作用，最明顯的就是在違法性的判斷。經由利益衡量之考察，刑法學說及實務上尚發展出一系列之超法規阻卻違法事由。即使是在較晚近發展之客觀歸責理論，也隱約可以看到利

益法學之身影。

利益法學是對傳統概念法學及純法學理論之反動，並朝向目的法學及評價法學發展，其功能在於使立法者避免非理性的立法，使法律適用者能在違法性做實質的判斷，使法律貼近生活而免於僵化。本文之目的，即在論述利益衡量對刑法犯罪判斷之作用。實則，利益衡量對刑事訴訟法之構造亦有不可忽視的作用，但不在本文討論之內。作者對本文之內容，思考固已良久，但寫作倉促，內容難免不周，只祈有拋磚引玉之效。最後，要感謝學棣呂秉翰及巫嘉惠在打字、校對上之辛苦協助，以及元照出版公司的極力配合。

高金桂

2002年12月1日

於中正大學犯防系

作者簡介

高金桂

學 歷

臺灣師範大學教育學士
中央警察大學法學碩士
德國維爾茲堡大學哲學博士

曾 任

中央警察大學講師、副教授
國立中正大學犯罪防治研究所教授

現 任

國立中正大學犯罪防治系教授

目 錄

序

第一章 導 論

- | | | |
|-----|----------------|----|
| 第一節 | 法規範之理性化..... | 3 |
| 第二節 | 價值理性與目的理性..... | 7 |
| 第三節 | 理性原則之放射效力..... | 12 |

第二章 利益法學之發展

- | | | |
|-----|-----------------|----|
| 第一節 | 概念法學與純法學理論..... | 19 |
| 第二節 | 利益法學與目的法學..... | 27 |
| 第三節 | 法學上的杜賓根學派..... | 34 |

第三章 利益衡量之意涵

- | | | |
|-----|----------------|----|
| 第一節 | 法益之意涵..... | 39 |
| 第二節 | 利益之意涵..... | 47 |
| 第三節 | 利益衝突與利益衡量..... | 54 |

第四章 利益與刑事立法

第一節	利益及價值判斷與刑事政策	69
第二節	法益之發現與創造	75
第三節	法益之文化及價值關聯性	81

第五章 利益衡量與構成要件該當性

第一節	構成要件該當性與價值判斷	89
第二節	利益衡量與客觀構成要件	98
第三節	利益衡量與主觀構成要件	105

第六章 利益衡量與阻卻違法事由

第一節	違法性概說	111
第二節	利益衡量與法定阻卻違法事由	119
第三節	利益衡量與個別阻卻違法事由	128
第四節	利益衡量與超法規阻卻違法事由	137

第七章 利益衡量與其他可罰性要件

第一節	利益衡量與罪責	149
第二節	利益衡量與其他可罰性要件	152
第三節	利益衡量與訴訟要件	156

第八章 利益衡量之運用：以言論自由權與人格權之衝突為例

第一節	言論自由權之意涵	165
第二節	人格權之意涵	174
第三節	言論自由權與人格權之衝突	180
第四節	基本權限制之理論	188
第五節	利益衡量在實務上之運用	193

第九章 結 論

第一節	利益衡量之基本觀點	213
第二節	利益衡量之實用性	217

參考書目	221
------------	-----

名詞索引	227
------------	-----

第一章 導 論

第一節 法規範之理性化

- 一、人類生活之本質
- 二、法規範之理性化提升理論
- 三、與目的法學之關係

第二節 價值理性與目的理性

- 一、價值理性
- 二、目的理性
- 三、對韋伯法社會學理論之檢討

第三節 理性原則之放射效力

- 一、國家之目的與任務
- 二、法律之功能
- 三、理性原則適用於整體法律體系

第一節 法規範之理性化

一、人類生活之本質

「人的生活原則就是利。所謂利，就是好處。所謂好處，就是能夠使人覺得愉快的一種狀態。……問題只是在於，技術上如何使人生活得更愉快，以及價值判斷上如何分配人與人間爲了得到一個愉快的生活而應付出的成本。責任的分配，就是成本的分配，就是利益的分配。」¹這是刑法學者黃榮堅教授在其論著「刑法問題與利益思考」中所提出的基本思考模式，且此等思考模式似乎也貫穿了其所著之許多論述，隱約之中可看出作者有意將此等思考模式提升爲刑法上之法學方法，饒富意味。

德國法學文獻上，「法益」(Rechtsgüter)與「利」(Güter)常混合使用，而在涉及法規範內容或目的時，「保護之法益」(geschütztes Rechtsgut或Rechtsgüterschutz)與「保護的利」(Schutzgut)也常交互使用。²而在涉及權利、利益或義務衝突時，所發展出來的法律判斷原則，也以不同的概念出現，包括法益衡量(Güterabwägung)及利益衡量(Interessenabwägung)，³其中法益衡量，文義上是「利的衡量」，但觀諸文獻上對其意涵之解說，多以形式上法定刑之輕重及行爲所侵害之法益價值的優越性爲衡量的基準，故，「法益的衡量」與「利的衡量」實

¹ 黃榮堅：刑法問題與利益思考，月旦，1995，序言。

² Vgl. Jörn Ipsen: Staatsrecht II (Grundrechte) (4.Aufl.), 2001, S.66.

³ Fritjof Haft: Strafrecht AT (4.Aufl.), 1990, S.87.

質上並無從區分。⁴由前述可知，法益與利的字根均為Gut，而該字根原含有占有、財產權、有價物、無非難之可能性、無倫理道德或法律上非難之可能性……等意涵。因而，法益應係指個人於社會生活中，於無倫理、道德及法律上非難可能性之下所能享有或主張之利益，這樣的利益，可為自己帶來快樂，也可能同時為他人帶來快樂（或利益），但至少不能對他人帶來痛苦。法規範，係針對人類行為之規範或引導之準則（含禁止規範或命令規範），其規範內容之合法性或正當性的基礎，即對個人及社會整體帶來利益，或至少維持損益之衡平性。

二、法規範之理性化提升理論

德國法社會學者韋伯（Max Weber）曾提出「法律理性化提升理論」（These von der zunehmenden Rationalität des Rechts），認為法規範之發展史，是從偉人魅力型之法律宣示、預言式的法律及神諭之法律朝向專業的法律發展，亦即：從原始之法律的非理性，歷經政教合一及父權社會之實質理性，而朝向邏輯理性（形式理性）發展，而法律之理性化及專業化之極致即是嚴謹的演譯方法（deduktive Strenge）及邏輯的化約（logische Sublimierung）之使用。⁵就此而論，韋伯似乎心儀邏輯實證主義之概念法學（Begriffsjurisprudenz），視其為法律理性化之最終目的，而與現今之利益法學或評價法學（Interessen- oder Wertungsjurisprudenz）有所偏離；但，其論述中有關形式

⁴ 德國帝國法院時期使用「法益衡量」之概念，但其後在實務及學說上多以「利益衡量」替代之。

⁵ Max Weber: Rechtssoziologie, hrsg. von J. Winckelmann, 1989, S.227.

理性與實質理性之對立狀態，對當今法學之啓示，即法律應有所彈性，但不得忽略形式上之法安定性（即法律適用之預見可能性），全然的形式理性不利於實質正義的需求，全然的實質理性則可能危及法安定性。⁶

就韋伯之見解而言，法律之理性化，是指法規範之去神祕化（*Entzauberung*）、世俗化（*Säkularisierung*）及常民化（*Profanierung*）。⁷韋伯又依法律之理性化程度之不同，區分為：（一）形式非理性（*formal irrational*），例如，立法者或法官只聽命於神示；（二）形式理性（*formal rational*），即法律全然立基於一般可理解的構成要件要素，一方面，於法條文句之適用時應回歸構成要件之外在特徵，另一方面，不能脫逸法律概念之抽象及邏輯的意涵；（三）實質理性（*material rational*），此與形式理性不同，指法律適用應參酌一般化的行為準則，又可區分為價值理性（*wertrational*）及目的理性（*zweckrational*）；價值理性，指法律適用應參酌倫理、美學、宗教及其他類似之價值；目的理性，指法律適用應具有目的，即針對他人的行為或特定事物加以影響，俾能有助於預期目的之實現。⁸依韋伯之論，法律史是朝向形式理性發展，形式理性（或概念法學）是法律理性化之終極，並將自由法學派（自由法理論容許法官造法）歸類為非理性主義者。⁹

⁶ Manfred Rehbinder: *Rechtssoziologie* (2.Aufl.), 1989, S.130.

⁷ Thomas Raiser: *Rechtssoziologie*, 1987, S.340.

⁸ Max Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1985, S.12 ff. Raiser, a.a.o. S.84.

⁹ Raiser, a.a.o. S.84ff.

三、與目的法學之關係

韋伯曾承襲了耶林 (Rudolf v. Jhering) 的目的法學思想，¹⁰ 並進一步加以發展。依耶林之論，法律之目的，在於維護社會生活之條件，其理論是屬於社會功利主義 (soziologisch-utilitaristisch) 的法學理論，以目的及價值理性 (Zweck-und Wertrationalität) 為主要特徵，而揚棄了邏輯及心理學角度之分析。¹¹ 韋伯有關法律實質理性之論點，與耶林的思想在精神上完全一致，但其又何以法律理性化發展之終極是形式理性 (強調法律之形式構成要件及抽象邏輯的意涵)？又韋伯為何不會試圖將形式理性與實質理性、實質正義 (個案正義) 與法安定性之間的矛盾加以調合？實為令人不解的問題。但無論如何，從耶林到韋伯之法學思想，將法規範之價值視為手段上之實用性 (instrumentale Nützlichkeit)，視為有意識之社會目的的實現，實為法學上值得深思的議題。韋伯將價值理性及目的理性加以切割，就法規範之理性化原則而言，似無必要。觀其內容，法規範之價值理性及目的理性實質上具有內涵上之同一性。毋寧說，價值理性及目的理性之內涵若同樣涉及價值關聯性，且同樣皆以維護社會生活之條件或社會成員之福祉為目的，則價值理性與目的理性可合而為一，且將價值理性視為目的正當性之實質內容。若經價值理性之檢驗合格，法規範之目的具有正當性，吾人仍應進一步檢驗，實現法規範目的所採取之手段，是否合乎理性原則。於此，吾人所應考量者，含：(→)手段是否

¹⁰ 耶林在1923年曾出版「法律之目的」(Der Zweck im Recht)一書。

¹¹ Arthur Kaufmann u. Winfried Hassemer: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (5.Aufl.), 1989, S.113.

有助於正當目的之實現；(二)目的實現所形成之利益與手段所形成之損害，經衡量之後，是否合乎功利主義之原則。就此而論：

1. 若目的不正當（例如有害無利），則任何實現該目的之手段均因違反理性原則而欠缺正當性；
2. 若目的具有正當性，但實現目的之手段，所形成之損害多於實現目的之利益，則該手段行為因違反理性原則而欠缺正當性；
3. 若目的具有正當性，且實現目的行為所形成之損害少於實現目的之利益，則該手段行為具有正當性。抽象之法規範的理性化，實係經由法益、利益或價值衡量原則而加以具體化。

第二節 價值理性與目的理性

一、價值理性

韋伯於法社會中所稱之價值理性，指法規範之設定及適用應具有價值的關聯性，即在於實現倫理、美學、宗教或其他價值（按：應可包括文化價值或社會價值）；而目的理性，指法規範之適用，應針對社會成員之行為加以影響，使其行為能有助於特定結果之實現，就此而論，目的理性也許較適用於說明立法內容的妥當性，亦即，立法不能脫逸社會價值，甚至於應積極實現社會價值，故立法者於設定法律時，應觀照法外之社會價值、文化價值或倫理價值。法社會學者艾爾利希（Eugen Ehrlich）認為法律是人類生活秩序（*Lebensordnung der Menschen*）之形構，而非決定於國家或法官，法律只是社會規範之一種特別形式（*Sonderart sozialer Normen*），法律絕對不

能基於少數人之動機而加以創設，並從而強迫他人服從；換言之，法規範之內容，只有為多數人所認可時，人民方能自願加以遵守，此即「生活法」（*lebendes Recht*）之概念。¹²故法規範只有與世俗化或普遍化的社會價值、文化價值或倫理價值相容，方具有規範人類生活秩序之意義，也因而才能形成法之實效性（*praktische Effektivität*）。

二、目的理性

依韋伯的觀點而言，法律或社會行為之目的理性，是以目的（*Zweck*）、手段（*Mitteln*）及附帶結果（*Nebenfolgen*）為導向，甚至是在手段與目的之間、目的與附帶結果之間、及各種不同目的之相互間，相互為理性的衡量，而排除情感或神秘的色彩。在相互競合或衝突之各種目的及結果之間經由衡量而形成決定，可以以價值理性為導向，這樣的行為就其手段而言即合乎目的理性。價值理性之取向與目的理性之取向，可能存在變異性之關係，就目的理性之觀點而言，價值理性總是朝向「絕對的價值」而提升（*zum absoluten Wert steigert*），反而形成非理性；因為，絕對的價值只是純然考量純粹良知、美、絕對的利、絕對的合義務性（*absolute Pflichtmäßigkeit*）等之本然價值或內在價值（*Eigenwert*），而較少顧慮到行為之結果；就此而論，絕對的目的理性在本質上只是一種結構上的邊際案例。¹³

¹² Raiser, a.a.o. S.71.

¹³ Raiser, a.a.o. S.71.

Weber: *Wirtschaft und Gesellschaft*, a.a.o. S.13.

韋伯之法社會學思想，以法規範是否具有倫理、美學、宗教或其他價值之合目的性來界定價值理性，而以法規範是否以特定結果的實現為導向來界定目的理性，這樣的分析模式，在方法論上甚有價值。但，韋伯嚴格區分價值理性與目的理性，又承認兩者之間具有「變異性的關係」，似不無斟酌之餘地。價值，是人類社會形塑而成之有意義及追求實現之目標（抽象或具體），具有引導社會行為發展方向之作用，就此而論，價值就是社會生活之指引，也是社會制度及法律制度創設所欲實現目的，若價值與目的不可分，則區分價值理性及目的理性即無必要，吾人似可將價值理性與目的理性置於同一面向來加以思考，甚至將兩者合而為一。另一方面，法規範之創設，不能視其為自我目的（即為規範社會行為而創設規範），而應將法規範視為實現目的理性（含價值理性）之手段。於此，法規範是否以實現價值為目的，是法規範外部正當性之判斷標準，而法規範是否足以有能力實現價值（社會、倫理及文化的），則為法規範內部正當性之判斷標準。

三、對韋伯法社會學理論之檢討

韋伯之法社會學，認為法律之理性化，包括立法、法律思想及法律適用之世俗化（貼近人類社會生活），且法律除為保障經濟生活之利益，也經由其強制機制維護各種社會生活之利益。¹⁴法規範之價值，在於其工具或手段上之實用性（*instrumentale Nützlichkeit*），亦即，法規範是否足以有意識地

¹⁴ Dirk Käsler: Einführung in das Studium Max Webers, 1979, S.149 ff.

實現眾所公認之社會目的。¹⁵就現代國家成立之目的而言，目的理性的法律功能觀確實較貼近國民之生活現實及社會事實。而實質理性之法律功能觀，提示吾人法規範之立法及其適用不致脫逸倫理、美學、宗教價值及其他社會價值，使得法規範有靈肉，而不只是概念邏輯所組成之形式結構而已。

韋伯認為，法規範理性化的終極，是形式理性，即法規範是以構成要件要素為基礎，經由抽象化、邏輯化之概念結構所組成之概念數學“*Begriffsmathematik*”。亦即，法規範理性化發展之終點，是系統化的法律條文，而法律之適用，是由一批經由語文及形式邏輯之專業訓練的司法人員，以專業化的執法加以實現。¹⁶這樣的見解，強調法學之專業化，並非無見，但實不容於晚近之利益法學或目的法學之思想，甚至與其所主張之實質理性不相調和。

又，韋伯認為法律理性化最終目的是形式理性，而形式理性與實質理性之間的關係為何，並未有明確的交待，甚至認為實質理性（價值理性部分）因朝向「絕對的價值」提升，反而會朝向非理性發展。這樣的見解，似乎將實質理性與形式理性視為互斥（或至少不相容）的關係。實質理性與形式理性之差別，從韋伯的論述中無法得知。就法學之發展進程而言，係從純法學理論及概念法學朝向利益法學或評價法學發展，因而從實質理性往形式理性發展之主張，並非歷史上的必然。又，若實質理性所涉及之價值，是一種存在於社會生活或社會變遷中之實然，而形式理性是涉及抽象化概念之邏輯思考，從實質理

¹⁵ Reh binder, a.a.o. S.129.

¹⁶ Reh binder, a.a.o. S.128 ff.

性論 (materialistischer Rationalismus) 之觀點而言，思想與實然不可分的 (Identität von Denken und Sein)，¹⁷則將實質理性與形式理性嚴加區分，甚至視為不相容的概念，並無必要。

筆者認為，實質理性之內容即價值理性，法規範設定之目的，在於追求價值理性之實現，就此而論，法規範應合乎目的理性，而此目的理性，實即手段理性或工具理性。亦即，法律之創設本身不是自我目的，而是以實質法律價值（維護個人利益、增進共同利益、實現正義……）為目的，使得社會生活變得快樂而有意義。法規範是否合乎目的理性或手段理性，即在於其能否實現有意義之目的，且不能帶來較多的不利益。也因此，法規範之形式理性不能脫逸實質理性。

就刑法領域而言，刑法論理之功能，乃在於其為確保法律適用之透明性，有預測之可能性及可控制性之手段，用於維護法律適用之一致性（平等原則），因而，是一種促進法律理性及避免法律恣意適用之手段，¹⁸此乃法律形式理性要求之所在。而法律的內容，則不能脫逸社會價值及社會期望，此即法律實質理性要求之所在。¹⁹因而，刑法論理須嚴守兩個重要的

¹⁷ 實質理性論之代表者史賓諾沙 (Spinoza) 是以泛神論之世界觀 (認上帝無所不在地存在於世界、自然及所有事物) 為出發點，認為事物之本質是不可分的，事物之本質包含存在，事物之本質經由其屬性形成印象，事物之屬性即是思想，而事物為思想的對象。事物經由其屬性成為形式構造 (Gestalt) 及典範 (Modi)，實質的形體是屬性典範之擴張，觀念是屬性典範之思考，兩者不可分，因兩者有共同的原因，故，思想與實然不可分。Georg Klaus/Manfred Buhr: Philosophisches Wörterbuch (Heft 1, 14. Aufl.), 1987, S.359.

¹⁸ Heinz Zipf: Kriminalpolitik (2. Aufl.), 1980, S.10.

¹⁹ 於特殊例外之情況下，即便容許以法律為強制手段，去實現特定的價值或

規準：(一)合乎實質正當性之個案判斷原則（*sachgerechte Einzelproblemlösung*）；(二)維持體系內之無矛盾原則（*intrasystematische Widerspruchfreiheit*）。違背實質正當性之要求，法律將遠離實質正義及社會現實；違背體系內之無矛盾原則，法律之一致性（*Rechtseinheit*）原則及法律之明確性（*Rechtsgewißheit*）原則將難以確保。²⁰因而，爲了兼顧法安定性及實質正義之維護，形式理性及實質理性之間應兼容並顧。

第三節 理性原則之放射效力

一、國家之目的與任務

有關國家目的之理論，是憲法及政治學領域之重要議題，國家目的（任務）理論之變遷，必然也影響到法律之目的觀，甚至影響到法律之結構及其創設之內容。理性原則對整體法律體系之放射效力，與國家目的觀具有不可忽視之關聯性。

絕對的國家目的理論（*absolute Staatszwecklehre*），認爲國家設立之目的或功能是先驗的、無時空之差異性。包括：(一)道德理論：認爲國家之任務，在於實現既存之風俗及道德上的理想；(二)宗教理論：認爲國家之目的在於將上帝之旨意實現於

改變社會行爲，而形成法價值與社會現存價值不一致之情形，此即「超前立法」之問題；但超前立法絕對不宜過度，致替代「確認立法」（*Anerkennungsrecht*），而成為常態，否則不免有恣意立法之嫌，甚至朝向獨裁政治發展。

²⁰ Zipf, a.a.o. S.10.

世界；(三)福利理論 (Wohlfahrtstheorie)：認為國家之任務，在於追求最大多數人之道德、宗教及物質上之福利，因而容許國家介入私生活領域，形成警察國家；(四)自由法治國之理論 (Theorie des liberalen Rechtsstaates)：由於對警察國家絕對主義之反動，認為應限制國家之公權力干涉，以確保國民之自由及財產，從而維護國民之自由 (國家最少干涉原則)，國家應被動地處於事後監督者之角色 (Nachwächterstaat)。²¹前述之國家目的理論，或淪於價值觀與世界觀之僵化 (宗教理論及道德理論)，或淪於擴張國家公權力 (福利理論)，或淪於放任強者享受自由而犧牲弱者 (自由法治國理論)，故已不足採。

相對的國家目的理論 (relative Staatszwecktheorien) 則為當前之通說，放棄絕對的、無時空差別性之國家目的觀，認為國家之目的，應參酌變遷中之需求及多數人之世界觀及政治立場之現狀而加以調整，認為國家之基本目的在於「促進公共福祉」 (Förderung des Gemeinwohls)。相對的國家目的理論，強調國家之下述功能：1. 統治及和平的功能，認為國家之功能在於維護內部安全、外部安全及民主之政治結構；2. 法治國原則之尊重，法律應實現國家之秩序功能，國家應經由法律制度，確保自由之秩序、調和各種利益及釐清衝突；3. 社會福利國之建構，認為國家之目的，在於滿足文化、經濟及科技之需求，主動提升人民之共同福祉，實現社會共同生活之實質正義 (調和強者之自由及弱勢者之保護)，國家經由合乎正義之經濟、文化及社會政策，確保國民之自由及責任，調和個人利益及公

²¹ Alfred Katz: Staatsrecht (14. Aufl.), 1999, S.19.

共福祉，俾能實現社會生活之和平秩序。²²

二、法律之功能

現代民主法治之國家，已不再將國家視為目的，而是一種組織上之手段，用以確保人性尊嚴，國家所有的組織及行為，應以此為最終及最優先之目標。國家與人民之關係，不再居於統治者之地位，而是扮演服務者之角色，國家成立之理由及其正當性，在於為人民服務。國家是一種社會的組織形式，它並非基於自我目的而成立，而是為促進特定時空內人民共同生活之可能性的手段；它是社會共同生活之調整中心，並為確保所有人民的自由而承擔所有責任。²³

早期有關刑法之任務及刑罰理論並未引進國家理論加以思考，但兩者之疏離在晚近已成為過去。國家獨占刑罰權（*Bestrafungsmonopol*），刑罰權之行使是一種國家行為，刑事司法是國家功能之一部分；刑法理論也須以憲法上之國家目的觀、民主原則、法治國原則及福利國原則……為基礎，來加以發展，刑法因而是「具體化的憲法」（*Strafrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*）。²⁴國家既是一種組織上之手段，其目的在於保護國民之基本權利，使社會生活成為可能，憲法之拘束力，及於所有法律體系，則國家服務任務之功能觀，應及於所有的法律；亦即，國家所有的行為及法律創設之內容，應服膺於價值理性及目的理性（或手段理性）。

²² Katz, a.a.o. S.20.

²³ Zipf, a.a.o. S.35 ff.

²⁴ Zipf, a.a.o. S.36.

法社會學上所論及之法律功能，包括：²⁵

(一)反應功能 (Reaktionsfunktion)

即釐清衝突之功能 (Bereinigung von Konflikten)，指法律對權利義務之間的衝突，為事後反應，使衝突回歸平靜，俾維護團體生活之可能性；²⁶反之，無衝突亦無法律變革之可能性。法律，存在於衝突 (das Recht lebt vom Konflikt)。

(二)秩序功能 (Ordnungsfunktion)

法律經由評價規範對已發生之衝突做事後判斷，並經由決意規範 (Bestimmungsnorm) 對不特定之他人形成遵守規範之心理壓力，使社會成員之行為在順從 (Konformität) 及行為遊戲空間 (行為自由) 之間為合理的調整，產生法律對行為之引導功能 (Verhaltenssteuerung)。

(三)組織功能 (Verfassungsfunktion)

指經由法律，將社會支配力加以組織並使其合法化，亦即，將社會優勢或權威之價值觀或決定權力加以合理的分配及管制，避免成為弱肉強食的世界 (例如：容許公法適度介入私法)。

(四)計畫功能 (Planungsfunktion)

指經由法律建構生活條件，即立法要求國家應承擔積極的義務，創造有利於個人生活之條件，以實現實質正義及保障實

²⁵ Reh binder, a.a.o. S.134 ff.

²⁶ 德國刑法於1994年於§46a中引進加害人與被害人之和解制度 (Täter - Opfer - Ausgleich)，亦有釐清衝突，使加害人與被害人、加害人與社會之間形成精神與物質上之和解，回復和平社會關係之用意。

質的自由，最典型者即為社會法及給付行政。

(五) 監督功能 (Überwachungsfunktion)

司法並非法律之本然功能，而是法律經由司法實務運作，實現法律應有之功能。亦即，法律及司法均是手段，實現法律功能才是目的。

三、理性原則適用於整體法律體系

就三大法域之基本任務而言，民法是在尋求當事人間利益之衡平，行政法是以防止危害、危險管理及促進公共利益為目的，刑法之目的在於保護法益並確保公共利益之規範效力。²⁷現代之國家概念，強調其為組織上之手段，用以謀求人民之利益、公共利益及公共福祉，以維護社會秩序，使社會生活具有可能性，國家之作用及行為，實為目的理性及價值理性之顯現，整體法規範之創設及其在司法與行政上之運作，亦屬國家權力行為之表現，應為實現國家目的之手段，自不能免於受到理性原則之支配。以刑罰為法律效果的刑法，其制裁或強制性效應最為強烈，國家刑罰權之行使，絕非形而上的事件，而是社會不完美的本質下（人亦是如此），所不得不採取之痛苦的必要性，就刑罰之秩序功能（目的）而言，刑罰是社會實用主義之表現（Ausdruck eines sozialen Utilitarismus）。²⁸

²⁷ Urs Kindhäuser: Strafrecht AT, 2000, S.27.

²⁸ Zipf, a.a.o. S.39.

第二章 利益法學之發展

第一節 概念法學與純法學理論

- 一、概念法學
- 二、純法學理論
- 三、對概念法學及純法學理論之評論

第二節 利益法學與目的法學

- 一、自由法理論
- 二、利益法學與目的法學
- 三、對自由法理論及利益法學之評論

第三節 法學上的杜賓根學派

第一節 概念法學與純法學理論

一、概念法學

十九世紀之概念法學 (Begriffsjurisprudenz) 是一種法律適用之方法，其基本思想，即認為法律是由諸多概念所構造之封閉性或完整性之體系，須以邏輯演繹之方法加以解釋，方得加以適用。¹影響概念法學發展之原因有三：(一)康德之哲學方法二元論，認為實然 (Sein) 與應然 (Sollen) 是兩個對立而平行的事物，法律是屬於應然規範，與本體論的實然無關；(二)自然法運動，認為整體法律是從抽象的價值形式導衍而出的；(三)薩維尼 (Friedrich Karl von Savigny)²之歷史法學派 (Historische Rechtsschule)，認為法律是歷史的產物，是歷史所形成的制度，法律於適用時，須結合歷史的方法及系統的方法 (Verknüpfung von historischer und systematischer Methode)，亦即，須考量到實定法之起源 (立法者之旨意) 及其形成之歷史條件，並將所有法規範以完整的結構體去加以理解。³對Savigny而言，法學之研究不只是在於比較事實與規範，而是以歷史所形成之組織化的「法律制度」 (Rechtsinstitute) 為出發點，吾人所適用的

¹ Carl Creifelds u. Lutz Meyer-Gossner: Rechtswörterbuch (9.Aufl.), 1988, S.151.

² Savigny曾將法律適用時之解釋方法，區分為文理的 (grammatikalische)、邏輯的、歷史的及系統的 (systematische) 四個要素。

³ Bernhard Dombek: Das Verhältnis der Tübinger Schule zur deutschen Rechtssoziologie, 1969, S.13.

法律，只是法律制度的一部分，經由法律制度的考察，方能得到吾人所適用之法律；法律制度，因而是一個上位的法學概念（*übergeordneter juristischer Begriff*），對個案的裁判具有重大的意義。⁴然而，何謂法律制度，則難以探知其內涵，但上位的法學概念，卻誘發了概念法學之發展。

Savigny之法學方法論（1802/1803），強調法律適用之解釋，除文理要素及歷史要素外，尚包括邏輯要素及系統要素；亦即，所有思考之單元經由邏輯關係相呼應，所有法律制度及法律規則經由系統之內部組合而成爲廣大的單一體。法律之主要的解釋規準是歷史上立法者之意思，此即主觀的解釋論；以法律目的或意義爲導向之客觀目的的解釋方法，Savigny認爲目的並非實定法之內容，因而不加以接受；也因此，他認爲在法律適用上不應容許擴張及限縮之解釋。⁵

Savigny之後繼者普希塔（Georg Friedrich Puchta），於其論述“*Cursus der Institutionen*”（1941）中，將法規範單一體之觀念，經由形式邏輯之思考方法，以「概念金字塔」（*Begriffspyramide*）之方法，對法規範之單一體加以闡釋；邏輯體系理想之實現，即在概念金字塔之頂端找到「最普遍的概念」（*allgemeinster Begriff*），此即主觀權利之最上位的概念（*Oberbegriff des subjektiven Rechts*），⁶其他的法律概念全都可以包攝在最上位概念範疇之內，此等經由概念之邏輯結合是法知識的泉源。概念金字塔之開展，是採邏輯上之演繹方法，從

⁴ Dombek, a.a.o. S.13.

⁵ Arthur Kaufmann/Winfried Hassemmer: *Einführung in Rechtsphilosophie u. Rechtstheorie der Gegenwart* (5.Aufl.), 1989, S.107 ff.

⁶ Klaus F. Röhl: *Rechtssoziologie*, 1987, S.44.

最普遍或最抽象之法概念，推論出次抽象或次普遍的法概念，而導衍出具體且內容確定的客體。⁷亦即，概念金字塔的層級，愈往上發展，其涉及之廣度愈小，愈往下發展，其涉及之廣度愈大。易言之，當涉及具體事實時，概念愈往上發展，其包攝之具體事實愈多，概念愈往下發展，其包攝之具體事實愈少。

Puchta之法學概念金字塔，認為法律的構造實即概念所形成的族譜，所有的法律概念，均來自於主觀權利（*subjektives Recht*）之上位概念，法律概念之邏輯關係，是法律知識之泉源。⁸法學的任務，在於探究法律條文之邏輯關係，從概念之族譜，以邏輯演繹方法去向下推衍其涵攝之範圍；又，法律條文，隱含了實定法之精神（*Geist des nationalen Rechts*），而非人民信念及行爲之顯現，亦非立法者旨意之顯現。⁹就此而論，概念法學並未如歷史法學派般重視立法者之旨意，且不承認法律與人民信念、價值觀或期待之關聯性，只是單純地認定法律條文是實定法精神之展現，而何謂實定法精神，又未能知悉其內涵，則概念法學最後難免陷入循環論證之吊詭。

與概念法學有關之法學理論，即十九世紀之「法實證主義」（*Gesetzespositivismus*）。法實證主義之主要論點，即「包攝推論理論」（*Subsumtionsdogma*），認為所有法律裁判，須以實定法為基準，經由邏輯上無矛盾之方式，加以推論而形成。法實證主義與概念法學結合之結果，形成「法秩序無漏洞理論」（*Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung*），即主張於

⁷ Dombek, a.a.o. S.13. Kaufmann, a.a.o. S.107. Kaufmann, a.a.o. S.109.

⁸ Klaus F. Röhl: *Rechtssoziologie*, 1987, S.44.

⁹ Dombek, a.a.o. S.13 ff.

實定法體系內應能就所有問題加以判斷。¹⁰

二、純法學理論

接續概念法學之發展者，為二十世紀前半葉之「純法學理論」（*Reine Rechtslehre*）。純法學理論之創始者，即法哲學家凱勒森（*Hans Kelsen* 1881-1973）。純法學理論之特點，是以數學之思考方式為出發點，認為法律之制定及適用，應以系統化之演繹方法（*systematisch-deduktive Methode*）為之。¹¹

純法學理論是以新康德學派之思想模式為出發點：應然（*Sollen*）與實然（*Sein*）是最終的、無法再行向上推導之範疇，實然與應然間之範疇上的差異，是法律理論之基礎。法學與規範及應然有關，而與實然無關。若將法律回溯到心理事實或社會事實，無異於將居於楚河漢界、無法跨越鴻溝的實然及應然再以混雜。應然的事物，只能從應然推導而形成；而且，從實然不能推論出應然。法秩序是一種規範之階層化構造的結構，其中低位階之規範，其效力基礎是來自上位階之規範。但向上位階規範之效力歸因（*Regreß*）歷程是不能無止境的，此等歸因歷程到了最終或最高位階之規範時，即告終止；最高位階之規範，並非以實定法的姿態出現，而是先於實定法而存在，亦即：吾人若謂實定法具有拘束力，必然是因吾人創設了先驗邏輯的條件（*transzendental-logische Voraussetzung*），基於這樣的前提，吾人創設了憲法，再依憲法而規制各種法律。至於法秩序最高位階之實定法外的規範，*Kelsen*稱之為基本規範

¹⁰ Röhl, a.a.o. S.44.

¹¹ Creifelds u. Meyer-Gossner, a.a.o. S.151.

(Grundnorm)。¹²

有關實定法外之基本規範，其實質內容為何，則難以探知。Kelsen在其相關的論著中，¹³曾說明「歷史上之首部憲法」(historisch erste Verfassung)之效力基礎是超越(先於)實定法而存在的：即基本規範。基本規範授權立法者制定首部憲法，再以憲法為效力基礎去建構其他的下位階之規範。若歷史上首部憲法是源自於習慣，則形成該習慣的個人或眾人，必也是經由基本規範的授權。¹⁴Kelsen又認為，無論道德或法律規範，其基本規範均非實證的規範，而是想像的規範；基本規範的意義並非真實的意思行動，而是「虛擬的意思行動」(fingierter Willensakt)。基本規範並非是假設，而是一種設定(Fiktion)，設定與假設之差別，在於設定是伴隨意識，或至少應伴隨意識，而與真實並不一致。¹⁵

純法學理論之純規範性的思考方式，其立論難以有效地貫徹。例如，政治革命之前的法秩序及憲法秩序，通常經由革命而朝向全新的局面發展，若革命前後的法律及憲法都是以基本規範為效力基礎，何以會有重大的差異，這顯然是純法學理論

¹² Reinhold Zippelius: Rechtsphilosophie, 1982, S.20 ff.

¹³ Kelsen (奧地利籍)之思想，晚期朝向規範理論的思考發展，1973年亡故，其未出版的遺著移交給日內瓦的學生Rudolf A. Métall，後者並同意在死後將文獻移交漢斯凱勒森研究所(Hans-Kelsen-Institut)保管使用。對這些遺著，Métall只能對大量的遺著做初步的整理及編排，即不幸於1975年去世。其後，該遺著移交漢斯凱勒森研究所，經Ringhofer及Walter加以整理、校訂、加註後，始出版問世。

¹⁴ Hans Kelsen: Allgemeine Theorie der Normen, hrsg. von Kurt Ringhofer u. Robert Walter, 1979, S.206.

¹⁵ Kelsen, a.a.o. S.207.

難以加以釋明的。¹⁶對此，Kelsen試圖加以辨明，認為：舊秩序之所以不再生效力（Geltung），是因其已不再被遵守；新秩序之所以具有效力，係因而具有執行的可能性，且人們也事實上加以遵守；法律與憲法秩序之效力的形成，在於規範之實效性（Wirksamkeit）及事實上被人們所遵守。¹⁷而法規範之實效性（實際上被法社會所遵行），決定於規範受到規範適用客體（人民）之承認（anerkennen）及同意（zustimmen）。¹⁸依Kelsen之論述，規範效力應屬規範形成之正當性、拘束力（verbindlichkeit）或合法性之問題；屬於應然的問題，為了解決純法學理論在運用上之困境，最後又將規範效力歸因於規範之事實上的執行效率（即規範實際被遵守），而規範之實際效率，又決定於人民對規範之承認或同意。而人民對規範的承認或同意、或規範之實際效率（貫徹力），是屬於實然面的事實；如此，前述論點不免有將應然歸因於實然之走向，此又與純法學以新康德學派立論（嚴格區分應然與實然）為出發點之立場存有矛盾。

三、對概念法學及純法學理論之評論

概念法學認為法律是由概念構造而成，概念是法知識之泉源，此種概念之邏輯體系，形成概念之金字塔，概念來自另一個概念，最後及最高位階的概念是「最普遍的概念」；法律之適用，是經由概念之演繹方法，最後方能確定其包攝之客體。純法學理論，亦以系統化之演繹方法，來分析法律之制定及適

¹⁶ Zippelius, a.a.o. S.21.

¹⁷ Kelsen, a.a.o. S.39.

¹⁸ Kelsen, a.a.o. S.33.

用，並經由法規範之位階體系，來確認法規範之效力（正當性、合法性及規範要求之拘束力），而最終極之法律效力的來源，是超實定法的（先驗的或設定的）基本規範。

概念法學、純法學理論及法實證主義，其主要的貢獻，在於強調立法者創設法律時，應維持概念定義之明確性，概念與概念間，經由邏輯關係而維持抽象——具體之系統關係（概念法學）；又，規範與規範之間，應經由系統化之邏輯演繹方法，以確定規範之位階體系，從而有效力檢驗之可能性（純法學理論）；此外，法規範之創設及適用，亦應經由邏輯包攝推論之方法，俾維持法規範之無矛盾、無漏洞之理想。法律概念之明確性及系統性、規範之間的位階系統性、法規範之無矛盾原則及無漏洞之理想，如能一一加以實現，實為法安定性原則及罪刑法定原則之一大勝利。就此而論，前述之法學理論，對法規範之形式正義而言，有重大的意義。

但，概念法學、純法學理論及法實證主義仍存有諸多值得批判的疑點，但這些疑點，不能全然否定其對法學思想上之貢獻。茲分述如下：

(一)極端的概念法學或結構法學，並未考慮到社會生活之永無止境的變遷，重視法規範的邏輯性、安定性，忽略法規範創設的目的，不容許目的解釋及法官造法，使法律有脫逸生活（*Lebensfremdheit des Rechts*）之疑慮。¹⁹

(二)對立法者而言，對概念之定義，很難達到高度的精準，故以抽象概念建構一套具有封閉性、完整性及無漏洞法律制度

¹⁹ Kaufmann, a.a.o. S.108. Heinrich Henkel: Einführung in die Rechtsphilosophie (2.Aufl.), 1977, S.319.

之理想，即使在概念法學全盛時期也無法完全實現。由於外部體系（社會生活事實）之變更，使得概念體系之內部的抽象思考有淪於意義空泛（*Sinnesentleerung*）之危機。²⁰

（三）概念法學及純法學理論強調概念之邏輯關係及規範之邏輯關係，這樣的內部封閉體系或應然體系，當追溯到最高點時，即面臨困境，而不得不訴諸「最普遍的概念」及「基本規範」，但兩者之來源及效力基礎為何，則難以說明。Klesien面對此一難題，將法規範之效力歸因於法規範之實效性（實際有效的貫徹及被遵守），且亦承認基本規範也可能來自習慣，如此，無異將實然導入應然，或將應然歸因於實然，而與其理論的基本出發點有矛盾。爲了避免這樣的矛盾，概念法學及純法學理論實不必堅持新康德學派之應然實然二元論的主張。

（四）概念法學及純法學理論籠統地認爲法律之制定及適用均應依邏輯演繹方法爲之。但立法者於創設法律概念時，通常是以經驗事實或預見之可能事實爲基礎，經由歸納方法形成抽象程度不等之概念，後再以演繹方法檢驗其適用之可能性，²¹這種程序，甚至應反覆爲之；而在法律適用時，通常是先經由演繹方法判定抽象法律概念是否適用於特定事實，有疑慮時，可能也要採歸納方法做進一步的檢驗。

²⁰ Karl Larenz u. Claus-Wilhelm Canaris: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (3. Aufl.), 1995. S.265 ff. u. S.282 ff.

²¹ 這是較周到之立法，期待吾國之立法者於制定法律時，也是這麼嚴謹。

第二節 利益法學與目的法學

概念法學與純法學理論有使法律思考陷於僵化之危險，²² 阻礙了法官之法律創造活動（法律續造或法官造法），而形成吾人所不願意見到之結果。與概念法學及純法學理論之立場相反的，即自由法理論（Freirechtslehre），認為應容許法官免於受到形式法律條文之拘束，針對個案加以評價及裁判，俾能獲得妥當之結果；但，自由法理論卻隱藏著法律適用恣意之危險，因而在法學及實務上均未被採行。繼概念法學及自由法理論之後，即利益法學（Interessenjurisprudenz）之發展，也成為當前法學之主流；利益法學是採個案分析及經驗之方法，以立法者之旨意及法條所立基之評價為基礎，並考量所有相關參與者之利益關係，經由所有利益觀點之衡量，對個案做判斷。²³ 本節將就自由法理論、利益法學及目的法學之發展及其學說之內容加以論述。

一、自由法理論

自由法理論之稱謂，亦常被冠以自由法運動（Freirechtsbewegung），其最主要之精神領袖是艾爾利希（Eugen Ehrlich 1862-1922），此外，尚包括福克斯（Ernst Fuchs 1859-1929）及康脫羅維茲（Hermann Kantorowicz 1877-1940）。

²² 因而，杜賓根學派批評概念法學是一種法律概念因果關係（Kausalität der Rechtsbegriffe）理論，此一批評如屬中肯，則純法學理論當可被視為是規範因果關係之理論。Vgl. Dombek, a.a.o. S.14.

²³ Carl Creifelds u. Lutz Meyer-Gossner, a.a.o. S.151.

就艾爾利希之主要立論，認為法律發生漏洞時，即應引進生活法（lebendes Recht）。就福克斯及康脫羅維茲而言，法律最好是來自法官人格之創造行為，而法官應具備充分之社會事實的知識，或受過社會學及心理學之專業素養，使得其人格的判斷及法律的判斷足以受到信賴，此為自由法學派中之「決意表徵事實主義」（Voluntarismus），亦即：法官之意思決定應為實然及精神生活之表徵。²⁴

但法官如何發現自由法？自由法之「法」又來自何處？康脫羅維茲基於決意表徵事實主義回答這類問題：所有的應然均是實然（Alles Sollende ist ein Seiendes），因為應然是決意（Sollen ist Wollen）。持類似見解者，尚有依賽（Hermann Isay 1873-1938），認為法官之裁判並非來自實定法之演繹，而是一種決意行為、一種決定，於此種決意行為過程中，法感（Rechtsgefühl）出現在前，邏輯上的合理性思考發生在後。對於此等主張，阿圖考夫曼（Arthur Kaufmann）有相當中肯的批評，認為法感即使是一種以闡釋學之既成知識為前提所形成之意義關係的理解，也有可能只是一種非理性的法感，²⁵且自由法運動是對執著於邏輯形式主義之概念法學的一種非理性的反彈，並非典型的法哲學。²⁶

自由法之概念，乍看之下，似乎會讓人誤解為「免於實定法之拘束」，容許法官置實定法於不顧，甚至容許其違反實定

²⁴ Röhl, a.a.o. S.45 ff.

²⁵ Arthur Kaufmann, a.a.o. S.116.

²⁶ Arthur Kaufmann: Rechtsphilosophie (2.Aufl.), 1997, S.30.本書經劉幸義教授等，將其以「法律哲學」為書名翻釋成漢文，於2000年由五南出版問世，其中德漢對照。

法而作成判決。實則，自由法理論只容許當實定法曖昧不明或存有法律漏洞時，方容許法官造法；因為法律並非全然完整而封閉之體系，採用邏輯之方法無法補充法律漏洞。²⁷自由法學派之創始人及精神領袖艾爾利希，其所持的核心思想，是認為傳統法律適用採嚴格的邏輯包攝推論，無法面對實定法漏洞之問題，法官造法，是因為面對法律漏洞或高度抽象之法概念，方得加以容許，並非無限制的。²⁸其主要主張如下：(一)特定案件之裁判應依法律條文為之，若該條文是抽象化及一般化的規則（如概括條款），則適用於其他案件時，應重新為獨立之檢驗；(二)法官是法律續造之獨立責任的主體，但並非容許法官恣意判決，也不能免於實定法之拘束，法官應對實定法忠實（Gesetzestreue der Richter）；(三)只有當法律出現漏洞且既有之解釋方法無力解決時，法官方得依自己之判斷形成裁判；(四)由於正義是法律創設之來源，自由的法律發現應受到正義觀念之拘束；(五)自由的法律發現應與自由地一樣保守，因為自由意含了責任，而束縛則表示將責任轉嫁給他人。²⁹

從前述艾爾利希之自由法理論，可知自由法容許法官造法，或自由的發現法律，並非漫無限制，而是設有相當的條件及原則，且法官造法並非要取代實定法，而是實定法之補充。若謂自由法理論是對重法安定性、重形式邏輯或規範邏輯之傳

²⁷ Zippelius, a.a.o. S.201.

²⁸ 這點，可從Ehrlich之兩項著作中看出其端倪，即1903年之「自由的法律發現及自由法學」（Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft）及1917年之「以法條文為基礎之法官的法律發現」（Die richterliche Rechtsfindung aufgrund des Rechtssatzes）。

²⁹ Thomas Raiser: Rechtssoziologie, 1987, S.68 ff.

統法學之非理性的反動，似為過當。其實，艾爾利希最大的期望，是希望法律的制定及適用不要遠離社會生活的事實；因此，他特別強調「生活法」之概念，認為法律是社會規範之一部分，法律規範應從社會生活的規則去發現。³⁰

二、利益法學與目的法學

利益法學（*Interessenjurisprudenz*）或目的法學（*Zweckjurisprudenz*）就內容而言，應是同義字，故本文將以利益法學稱之。利益法學，其學說之發展早於自由法理論，但其流通卻較晚於自由法理論，這兩個法學理論（方法論）之基本立論上較為接近，且自由法理論之主張，是經由利益法學之發展而實現。

利益法學之發展，可追溯至耶林（*Rudolf v. Ihering* 1818 - 1892）。耶林早期亦服膺於其所稱的概念法學，但自1861年起，開始對概念法學產生質疑，因為發現採形式邏輯的概念法學在一些案例中無應用之可能性。1877年，耶林在其出版之論著「法律之目的」（*Der Zweck im Recht*）中，提出以下之核心主張：「目的創造了整個法律，無目的即無法律規章，目的是實踐的動機，是法律的起源。」³¹此種目的，是社會共同的目的，非法律自生的目的，亦非立法者的目的；此等目的所形成的共同效應，在於使每個人可以為自己，也可以為他人而行為，使社會共同生活具有可能性。

³⁰ Ehrlich於1911年發表「生活法之研究」（*Die Erforschung des lebenden Rechts*）。

³¹ Dombek, a.a.o. S.16.

利益法學之代表人，除耶林外，尚包括Philipp Heck (1858 - 1943)、Max von Rümelin (1861-1932)、Heinrich Stoll (1891-1937) 及Rudolf Müller-Erzbach (1874-1959)。利益法學對社會生活抱持開放之態度，因而創造了豐碩的成果，使法律適用超越了傳統以形式邏輯為方法之包攝推論，避免法律概念及法律適用淪於僵化，而能依法秩序所內含之評價標準，經由各種利益之評價，對複雜的案件作合理的權衡及判斷。³²在法學文獻上，目的及利益經常相提並論，兩者常被視為同義字而被使用。利益或目的，是決定人類行為動力之內容，也是立法者於創設法律前，所應先行加以掌握之人類社會生活事實；亦即，立法者於創設法律前，應先確定法規範所欲追求之目的為何；又，利益目的之追求，不限於實質的利益，也包括抽象或想像之利益 (ideelle Güter)。³³

由於現實生活世界並非全面處於利益和諧狀態，而是常出現利益分割或衝突之狀態，解決利益衝突，是法律最重要的功能之一，利益法學於是朝向「評價法學」(Wertungsjurisprudenz)發展。在利益衝突的情況下，法律的創設及適用應循「利益衡量」(Interessenabwägung)加以解決。依Heck之論點，法律是利益的產物，是利益衝突的結果，法律的內容，不只決定於優勝的利益，也決定於利益滿足的程度及挫敗之利益的重要性；依Müller-Erzbach之論，在利益衝突之情況下，須經由解釋及評價之程序 (Auslese-und Bewertungsverfahren)，來決定何者應

³² Arthur Kaufmann, a.a.o. S.114.

³³ Henkel, a.a.o. S.310 ff.

受到法律之保護。³⁴Henkel認為，立法者評價行為之實施，須基於合目的性及正義之考量（Zweckmäßigeits-und Gerechtigkeitserwägung），將相互衝突之利益置於價值判斷之下，因此，立法之內容，實即評價之結果；此外，優勝的利益本並非評價之標準（而是評價之客體），它仍須借助其他適格之評價標準，方能判斷其是否值得法律加以保護。³⁵

三、對自由法理論及利益法學之評論

自由法理論容許法官對法律之續造，以彌補法律漏洞並解決抽象法律規範適用之難題，並認為法規應為一種生活法，其內容應從社會生活中之規則（社會規範）去找尋，法律是社會規範的一部分，其正當性及實效性決定於社會之承認（即承認理論Anerkennungstheorie）。自由法理論果真加以實現，法律規範當會更貼近社會生活，而法律適用也不致於僵化。這樣的優點，也適用於利益法學。

但自由法受到質疑者，在於若容許法官續造法律，造法自由空間難以界定，則不免有危及法安定性之疑慮，艾爾利希雖有指明，於自由造法時仍應受到正義理念之拘束，但以此一高度抽象的法理念來限縮法官造法，以免淪於恣意，恐力有所未逮。又，自由法理論之生活法的主張，有將應然決定於實然之虞，法規不能忽視實然，而與社會脫節，但法規若全然決定於實然，則對社會上已積非成是之利益，是否亦應加以保護，

³⁴ 同前註，S.313 ff.

³⁵ 同前註，S.314.

不無疑問。³⁶

有關利益法學之優點，前已述及，其超越自由法學派之處，在於確認法律之目的性，在於追求利益，這是法律理性原則之展現，這樣的立論，於今已普遍被接受，刑法於適用時，如各種解釋方法都難以竟其功時，最後就是訴諸目的解釋，這是極具重要性之刑法解釋方法，³⁷這是利益法學發展之成果。但有關利益在法律上是否值得予以保護？或利益衝突時，其衡量之判斷基準為何？又利益究竟是判斷的客體，或判斷的基準，或竟是兩者皆具的綜合體？關於這些問題，利益法學並沒有提出令人滿意的說明，也許仍有待學理上進一步去發展。

阿圖考夫曼認為，吾人可能基於權力、意志、利益、期待、行為習慣、人際角色或其他社會屬性，未經價值之檢驗而直接將之用於構造法律；但，「事實即規範」（*Normativität des Faktischen*）是不存在的（不具容許性），事實只有與價值發生關係時，才有可能成為合於道德的權力、理性的意志及有價值的利益。³⁸亦即，利益必須合乎價值的期待，才具有法律保護之必要性，換言之，利益須以價值為基準，加以評價後（利益為評價客體），方能形成法益。Larenz強調法律之客觀目的，在於維護和平、公平裁判爭端、衝突之利益間的衡平，並應發展出合乎事物本質（*sachgemäß*）之規制，若立法者於立法時有加以考慮，於法律適用時方能就個案做妥當的判斷。而客觀目的論的解釋規準，包括下列兩項：(一)有關規制事物之結構、事

³⁶ 如此，以法律來改變積非成是之社會行為（如過度泛濫的賄選文化）的可能性，將被排除。

³⁷ 林山田：刑法通論上（六版），1998，頁46。

³⁸ 劉幸義等譯前揭書，頁93。

實上的屬性，是立法者無法加以改變者，於制定規制時應理性加以考慮；(二)有關法律倫理之原則，必須參照法律理念，方能說明其意義關係，立法者於制定規制時應將之形成於意識。客觀目的之解釋規準，是來自於法律之客觀目的，尤其是來自於正義，評價，必須符合正義之要求，才能避免評價之矛盾 (Wertungswiderspruch)。³⁹

第三節 法學上的杜賓根學派

1931年，杜賓根大學法學院為Max von Rümelin，Philipp Heck及Arthur Benno Schmidt出版一本祝壽論文集 (Rümelin時值七十歲)，Heinrich Stoll在前言中，首先使用了私法理論之杜賓根學派 (Tübinger Schule) 這樣的概念。杜賓根學派之共同特點，在於其學術討論之根源及內容涉及「利益」之概念，也因而被稱為利益法學。杜賓根學派與利益法學可說是同義字，只是前者後來較少被提到。杜賓根學派之理論是一純粹的法學方法論，既非一般法律理論，亦非法哲學或法倫理學，它是基於對概念法學之反動而形成，是一種社會學的法學 (soziologische Jurisprudenz)，因而與經驗的法社會學 (empirische Rechtssoziologie) 有所不同。⁴⁰

杜賓根學派之要角雖大多曾任教於杜大，但也有少數未曾任教於該校 (如法社會學之要角Rehbinder)。該學派雖有許多主要人物被視為領導人物，但多數人認為Heck是主要的代表

³⁹ Larenz u. Canaris, a.a.o. S.153 ff.

⁴⁰ Dombek, a.a.o. S.11 ff.

人，即利益法學之代表人。利益法學，雖被認為是私法的方法論，但也有Hegler將其引用到刑法，Triepel也將其引用到公法領域。⁴¹這也不足為奇，因為，利益法學之思想，若屬法學方法論之領域，自可相當程度地將其適用到其他法律領域，利益目的思想，即成功地轉型為刑法之目的解釋，利益衡量之原則，亦成功地導入刑法之犯罪判斷、公法上之比例原則及憲法上之相當性原則。

利益目的之實現及利益之衝突的解決，是法律創設之原因，利益衝突，也成為利益法學之核心。利益是一個不確定的法律概念，杜賓根學派所指稱之利益，不限於物質上之利益，尚包括想像的（理念的）、國家的、宗教的及倫理上的利益，也包括私利益及公共利益。⁴²針對利益思考的作用，杜賓根學派又將之區分為「原生的利益理論」（genetische Interessentheorie）及「創設的利益理論」（produktive Ineressentheorie）。所謂原生之利益，是指對法規範之形成具有原因力之利益，亦即立法者係基於利益目的之實現而創設法律，此為因果的法律思想（Kausales Rechtsdenken）；又，利益是評價客體，也是評價標準，做為評價標準，即顯現於「利益衡量」或「利益比較」（Interessenvergleichung）。⁴³創設的利益，指法官應依實定法

⁴¹ 同前註，S.18.

⁴² 其中有關想像利益，杜賓根學派認為是利益評價之標準，而沒有必要再嚴格區分評價標準（Bewertungsmaßstab）及評價客體（Bewertungsobjekt）。

⁴³ 杜賓根學派有時認為想像利益（抽象利益）可同時為評價客體及評價標準（如前註），有時又認為所有利益均具有此雙重作用。可見，利益法學雖廣被接受，其立論上仍不免有心虛心之處。這也說明法學不是全能而萬無一失的，習法者宜含蓄而謙卑地看待各種立論。

去創造新的判決，原則上應受到實定法之價值判斷的拘束，即經由歷史之利益探究，依立法者所確認之利益的位階形成判決；只有當法定的價值判斷欠缺時，方得依法學通說上之價值判斷及法官之獨立的價值判斷，形成判決，其中法官之法感扮演重要的角色。⁴⁴

杜賓根學派之利益法學，是一種以法學為導向的法社會學，也是一種社會學的法學（但與經驗的法社會學不同），它是法律論理的補充科學，其原生之利益理論，從因果概念衍生為功能的概念。利益的衡量，應分別兼顧質與量，而利益之量的衡量也顯現出利益主體權力之衡量；但利益之質的衡量，則應經由價值尺度去衡量所欲追求之利益。⁴⁵從法學之文獻加以觀察，利益法學可說是當代法學之主流，但利益之正當性及利益衝突時應如何加以衡量，仍是法學上難以實現之夢魘。如何解決這些難題，尚有待法學界的努力。

⁴⁴ Dombek, a.a.o. S.19 ff.

⁴⁵ Dombek, a.a.o. S.90 ff.