

## 導讀「類推與事物本質」

### —兼論 Arthur Kaufmann 的法學方法論思想

吳從周/台大法律學院/20121002 於[台灣法理學會]法理學經典導讀系列

#### 壹、 本書在 Kaufmann 法學方法論中的地位

Analogie und “Natur der Sache”, 2.Aufl., 1982, =>

Rechtsphilosophie, 1997, 2.Aufl. =>

法律哲學中譯本第五、六章, 2000 年 7 月

Das Verfahren der Rechtsgewinnung-Eine rationale Analyse, 1999.

#### 貳、 導讀要旨

##### 一、 本書的主要脈絡——法律現實化的過程

誠如 Kaufmann 教授在本書第一版序言中所強調的，他在這篇文章中所要努力的，是致力於闡明「事物本質」在法律理論-方法論的面向上，對法學的重要性。因此，他所偏重的不是法律哲學面向上的討論，而是法律理論（方法論）面向上的討論。在這個方向上，Kaufmann 自然地將類推與事物本質放在法律理論的基本課題：如何從法律規範正確地得出判決？亦即法律發現的過程為何？加以討論。在本文中 Kaufmann 稱之為法律現實化 (Rechtsverwirklichung) 的過程。因此，法律現實化的過程乃成為本書的主要脈絡架構。（參見原著第五十九頁圖解，以下頁數同此）首先，Kaufmann 將法律現實化的過程區分為三個階段：第一個階段為法律理念的階段，這是指抽象、普遍、超乎實證的、超越歷史的法律原則而言，第二個階段為法律規範的階段，這是指具體化的、普遍的、形式的、實證的、有時期限限制的制定法而言（或習慣法、法官法而言），第三階段是法律判決的階段，這是指具體的、實證的、有歷史性的、實質意義的法律 (Recht) 而言（第十二頁）。這三個階段的關係是：無法律理念即無法律規範，無法律規範即無法律判決；但是只從法律理念得不出法律規範，只從法律規範也得出法律判決（第十三頁）。換言之，法律規範並非已圓滿地包含在法律理念中，法律判決（具體的法）也並非已圓滿地包含在法律規範中（第十七頁），法律理念與法律規範對法律判決而言，都只是法的可能性，要得到具體的、真實的法，還必須從具體的生活關係才能得出，也就是只有在規範與具體的生活事實、當為與存在相互對應、交互作用時，才能產生具體、真實的法。因此，Kaufmann 設定法律獲得的命題是：法是存在與當為的對應（第十八頁）。在法之中，當為與存在既非同一，亦非相異，而是類似地（對應地）聯繫在一起，因為類推的希臘文原義就是使一對話（對應）。法本來就帶有類推的性格。因此法律的認識一直都是類推的認識（第十九頁）順著「法

是存在與當為的對應」、「法帶有類推的性格」這樣的命題，Kaufmann 詳細地說明法律現實化的過程。法律理念與可能發生的、立法者思維上所預期的、擬加以規範的生活事實相互對應，這是立法過程；法律規範與現實的生活事實相互對應，這是法律發現（司法）的過程。這個過程從兩方向進行，以法律發現的過程為例。一方面生活事實必須與規範產生關係，必須「符合規範」，亦即，我們必須「將擬具體判斷的案件與法定構成要件中無疑地涵蓋的案件等同處置 (Gleichstellung)」，Engisch 把這種等同處置的過程稱為「固有的涵攝」（第三十八頁）；另一方面，規範也必須與生活事實進入一種關係，它必須符合事實，亦即，我們必須探求規範的法律意義，這就是我們所稱的「解釋」（第三十九頁）。綜合這個法律實現化的過程，Kaufmann 強調：（一）不可將這兩個進行的方向誤認為是分開的行為，相反地，它們是同時的行為，是一種「同時履行」( Zug um Zug) 地進行的、事實向者規範且規範向者事實自我開放的過程（第四十頁）。Engisch 說這是一種在規範與事實之間「目光往返來回」的「不斷交互作用」的過程（第四十頁），Larenz 則稱這是「規範」與「判決」間辯證的關係。（二）因此，法律發現決非只是單純的邏輯三段論法，單純的涵攝過程，而是一種逐步進行的，從存在領域探索前進至當為領域，以及從當為領域探索前進至存在領域，是一種在事實中對規範的再認識，以及在規範中對事實的再認識的過程（第四十一頁）。（三）不可因為存在與當為對立，就認為作者採取存在與當為對立的方法二元論，Kaufmann 在本文中將存在與當為對立，只是為了表示：從存在或從當為都沒有路徑可以「直達」具體的法（法律判決），必須從當為與存在彼此往返循環式的過程中，才能得出。當為與存在最後將在具體的法律判決中相適應 ( adaequatio )。（第七十二頁）這樣一個法律適用（或法律獲得）的詮釋學過程，才是 Kaufmann 所要指出的。

## 二、「類推」、「事物本質」與「類型」的難題

在這個架構下，Kaufmann 才指出本文標題中所標示的「類推」、「事物本質」、「類型」的難題。

首先是類推。Kaufmann 從整個哲學史的簡短觀察指出，「類推」一直是人類認識（包括法律認識）的重要方法，唯有在今日反而遭人遺忘，而在法學被貶抑成為填補法律漏洞的角色（第二十頁至二十四頁）。所有的法律認識，包括我們所說的法律解釋本質上都是一種類推，就像 Kaufmann 自己說的「**我主要是要證明：每個法適用或法律發現依其本質，並非形式的邏輯推論，亦非單純的涵攝，而是一種類推的過程**」（第六十一頁）。因此，解釋與類推並無任何性質上的區別或本質上的差異，只有程度上的不同而已，從而在刑法上罪刑法定主義中的禁止類推原則，將因此受到質疑，因為這個原則必須以法律解釋與類推間有區別和界定之可能為前提，既然二者間具有「原本性質上的不可區別性」，可見刑法上根本沒有或從來不曾有過嚴格的禁止

類推，亦即禁止任何一種創設或加重刑罰的類推。

瞭解 Kaufmann 對禁止類推的思想，絕不可只是斷章取義地誤解其根本懷疑刑法上的類推，而是必須在上述的前提下始可明其所以然。因此，Kaufmann 當然質疑通說向來採取的「可能的文義」作為解釋與類推的區別標準，他認為「不法類型」才是一條界定可容許或禁止的類推的可靠標準（第六十六頁）。接著，Kaufmann 乃不得不指出法律理論上「類型」之難題。基本上 Kaufmann 仍然師承 G.Radbruch 教授對類型的思想，認為一方面類型係與傳統的概念（或稱抽象概念、普遍概念、種類概念或分類概念）相區別的思維形式。抽象概念是封閉的，類型則是開放的，概念式的思維是一種「分離式的」、「非此-即彼」的思維，類型則流動的、無法嚴格界定界限的思維，因而可以適應現實生活「或多-或少」多樣性的變化。另一方面，類型亦與個別出現的具體事物不同，它是普遍與具體中間點（第四十七頁），它是反覆出現的事物，是 Goethe 意義下的原始事務或原始現象。在法學上它就是法律理念與生活事實的中間點。立法者的任務便是在立法過程中，去描述生活事實中反覆出現的各種類型，並借助抽象概念作為制定法建構之外形，將其制定成為法律規範，因此，規範類型乃成為制定法背後的存在基礎；而司法者則必須在適用法律時，在法律規範所意含的類型中掌握生活事實，以便對其加以正確評價，以刑法為例，法律判決的作成，就必須不斷地探求作為制定法（法律構成要件）基礎的「不法類型」，以求正確評價其所其面所面臨的生活事實。對 Kaufmann 而言，這是「類型」理論的重要意義所在。最後是事物本質。如前所述地，立法是法律理念與將來可能的生活事實相對應（同化），法律發現（司法）是使法律規範與現實的生活事實相對應，這種對應（同化）須有一個在規範與現實之間作為調和的第三者，這個第三者，代表了法律理念或法律規範與生活事實合而為一，這個第三者者就是「意義」，或者稱為「事物本質」。在此，Kaufmann 很明顯地係繼承其師 Radbruch 的思想遺產，把事物本質同樣作為溝通存在與當為儼然二元對立的橋樑，Kaufmann 說，事物本質是存在與當為相互遭遇，現實與價值彼此聯繫（對應）的方法論所在。從事實推論到規範，或從規範推論到事實，都是有關事物本質的推論（第四十四頁），也就是說它是存在與當為間類似地對應的關鍵點，因此它是類推過程的基礎。事物本質的思想，在 Radbruch 的法律哲學中，基本上是以「理念的素材確定性」與「素材的理念確定性」為核心概念；也就是說，理念是經由素材而確定，理念顯示在它的素材中，它是向著素材開放，在素材中使自己得以實現，因此，法律理念顯示在它與生活事實的關聯中；同樣地，素材也透過理念而被掌握，因此生活事實顯示在它與法律理念之價值關聯性中，也就是在它的類型性中，從事物本質，我們一直同時處於事實與價值中，我們經歷到了「存在與當為無法解開的結構交錯」，現實的類型性（第四十六頁），因此，事物本質是指向類型的（第四十七頁）

必須說明的是，雖然「事物本質」及「類型」均成為本書的核心概念，但基本上 Kaufmann 主要並非對它們的內涵提出其他創新的看法，相反地，他沿襲 Radbruch 的基本見解，但不同的是，他走出了 Radbruch 未走出的一步：Radbruch 將事物本質仍然只定位在法律漏洞填補者的角色，但他則是將事物本質、類型與類推完整地結合在整個法律適用（立法、法律發現）的過程中，重新指出法律發現之新思維。就像他自己說的：「類推」思維、「事物本質」的思維與類型思維，是相互處於一種反映 (reflektiv) 的關係中，因此，必須在一種關聯性上加以觀察」（第七十五頁），如果簡單地看，這本書的特色也在就在此。