

(本文章之寫作與發表由財團法人中華法學研究院贊助)

價值法學：法體系及價值思考（上）*

陳 妙 芬*

【目 次】

Part 1

1. 導言：什麼是價值法學？
 - 1.1. 研究主題及方法
 - 1.2. 法學與價值思考
2. 法認識論及方法
 - 2.1. 價值客觀主義：方法一元論
 - 2.2. 價值主觀（或相對）主義：方法二元論
 - 2.3. 綜合的法律理念：朝向方法三元論

Part 2

3. 價值法學演進的六階段
 - 3.1. 效益主義 (ca.1780-)
 - 3.2. 目的法學及利益法學 (ca.1860-)：一件船舶案 (Reedereifall) 的啟發
 - 3.3. 新康德價值法學 (ca.1910-)
 - 3.4. 價值多元論及分析法實證主義 (ca.1960-)
 - 3.5. 法律詮釋學 (ca.1970-)
 - 3.6. 新近的價值法學 (ca.2000-)

Part 3

4. 核心命題：法律判斷的合目的性
5. 法律判斷中的價值形成、衝突及衡量
 - 5.1. 法體系的價值承諾 (commitment)
 - 5.2. 法律推理：區分一階及二階理由
 - 5.3. 法律漏洞和規範縫隙 (normative gaps)
 - 5.4. 法律目的解釋及補充
6. 結論

* 本文部分初稿曾以〈價值法學：法律判斷中的價值形成、衝突及衡量〉一文，發表於東吳大學法律學院第八回法理學研討會（東吳基礎法學研究中心主辦，2020年12月18日），特別感謝評論人許家馨教授的寶貴意見、以及與會的簡資修教授提供重要問題和思考。筆者研究價值法學的寫作，受到許多師長及同學的激勵，謹在此表達誠摯的謝意。

* 台大法律學院副教授、東吳大學法律系兼任副教授。

Part 1

1. 導言：什麼是價值法學？

1.1. 研究主題及方法

「價值法學」是一個集合概念，最早於 1931 年發明使用德語詞“Wertungsjurisprudenz”的史托爾（Heinrich Stoll, 1891-1937），原意只是提醒民法學要重視憲法價值秩序¹，尚未能預見 1945 年二戰後有關實證法與自然法的論辯 – 包括探討國際法的原則，「價值法學」這個詞被重新援引站上舞台，在德語、英語及法語等討論形成風氣，成為現今表徵「法學方法和法哲學結合」的關鍵詞，亦為德國重建至 1970 年代後司法實務的主要方法論依據²。

價值法學（德文為“Wertungsjurisprudenz”；法文為“jurisprudence des principes”，“jurisprudence des valeurs”；英文為“jurisprudence of values”，“jurisprudence of social values”）的集合，從外觀上可歸結出兩個特徵及一個分歧，共通的兩個特徵：(1)肯定實證法與「價值選擇」有必然的關連，(2)依合目的性的價值原則（法律原則）形成法律理由³。第(1)點是法學結合價值哲學的思考，這點使價值法學有別於其他理論路線。第(2)點為重視司法實踐的方法論 – 要求法律判斷的實踐理由（practical reasons），就這點有方法論的分歧：(3)多數承認法體系為開放體系（或半開放體系），僅少數認為法體系為完閉體系（有內在一致性），因此對法體系有無規範縫隙（normative gaps）或法律漏洞（gaps in the law, vides juridiques, Rechts- oder Gesetzeslücken）⁴、以及可能的補充方法（法律續造），存有

¹ Heinrich Stoll, “Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz”, in *Festgabe für Philipp Heck u.a.*, Beiheft zu AcP 133 (1931, S. 60-117), S. 67 Fn. 1, S. 75 Fn. 5; 引自 Thorsten Hollstein, *Die Verfassung als “Allgemeiner Teil”: Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey (1895-1968)*, Mohr Siebeck, 2007, S. 164; 參考 Hans-Peter Haferkamp, “On the German History of Method in Civil Law in Five Systems”, *German Law Journal*, Vol. 17, No. 4 (2016), p. 553。

² 參考 Ralf Dreier, “Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?” (1975), *Recht-Moral-Ideologie. Studien zur Rechtstheorie* (Frankfurt/M.: Suhrkamp, 1981), S. 20。

³ 因此，外語文獻有的將「價值法學」亦稱為「原則法學」。

⁴ 這裡英文“normative gaps”譯為「規範縫隙」，為價值學分析的用語，如 Joseph Raz 所用，英文“gaps (in the law)”則譯為「法律漏洞」（或「法律規範漏洞」，對應於德文“Rechts- oder Gesetzeslücken”，為法學方法論的用語，如 Lon L. Fuller, “The Case of the Speluncean Explorers”, *Harvard Law Review*, Vol. 62, No. 4 (February 1949), 616-45, at p. 635。中文「規範縫隙」用語，另外在顏厥安教授及其他學者專家的論文中出現，可能為不同脈絡的用法，參考顏厥安，〈由規範縫隙到規範存有 – 初探法律論證中的實踐描述〉，王鵬翔主編，《法律思想與社會變遷》（台北：中央研究院法律學研究所，2008 年 12 月），pp. 13-44。詳細說明參考底下 Part 3, 5.4。

分歧⁵。然而，這只是外觀上的特徵及分歧，探討價值的法哲學，有多種不同背景及觀點，方法也大異其趣，因此，價值法學的集合概念，其實藏有相當多樣的寶貴資源。

目前國際上價值法學研究，日益精細多元，表現於英美及歐陸法學理論和實務⁶，或許共通的體認就是：法學者若無法價值思考，恐養成巨大恐怖的怪獸。由於中文研究主要採自德語翻譯，並多引述二戰結束「歸零時刻（Stunde-Null, Zero Hour）後的德語文獻，這點或多或少影響對其理解和想像，筆者觀察國際和國內研究，希望從法哲學與法學方法論結合的角度，提出綜合和分析性的研究。

為了突顯價值法學有趣且複雜的集合，本文在研究方法上，採「綜合性」的理論詮釋，這裡「綜合」意指－文獻脈絡考察盡可能涵蓋各個理論面向，以我們熟悉的英美及歐陸法學而言，可發掘多種價值哲學交錯影響，而共通的起源可推至休謨、康德及邊沁等十八世紀哲學，從法哲學再到法學方法，涵蓋了非法實證主義及法實證主義，近年連結至分析價值學（axiology）趨勢－涵蓋倫理學、美學、政治學及社會學上討論的價值，值得重視。

觀察自二戰後至今逾七十年的發展，理論面向之多，固然豐富了價值法學，但也增加選取方法的疑難，因此本文在綜合性理論基礎上，結合近年趨勢，進一步「分析」價值法學關注的主題：法體系與價值思考，釐清價值法學的核心命題－法律的合目的性判斷，舉出經典判決範例如何創造「法律原則」、建構形成「法律理由」，以及時代更迭所遇到的新課題。

為了具體說明，筆者以近年文化及藝術法為例，舉出 1903 年美國法哲學家霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, 1841-1935）在聯邦最高法院判決理由中，創設了尊重創作人格的「美學不歧視原則」，這個原則至今通行各國及台灣，在價值原則不變的情況下，因科技傳播發達增加各式案件及論證疑難，因應著作權保障有結合

⁵ 早期少數意見代表有德國民法學家 Harry Westermann，他被視為二戰後利益法學轉向價值法學的關鍵人物，詳見本文底下 1.2 的分析，現今國際法原則普遍被各國承認及納入國內法，加上法學跨科際發展趨勢，少數見解已失影響力。但值得注意的是，類似的完閉體系論，近年在德沃金的整全法理論中似乎重現，本文底下 3.5 略有分析。

⁶ 例如新近研究 Richard K. Greenstein, "Toward a Jurisprudence of Social Values", *Washington University Jurisprudence Review*, Vol. 8, No. 1 (2015), pp. 1-34. Available at: https://openscholarship.wustl.edu/law_jurisprudence/vol8/iss1/1。近年關於國際法體系和價值的討論，如 Allen Buchanan and David Golove, "Philosophy of International Law", in: Jules Coleman and Scott Shapiro (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law* (Oxford University Press, 2002), pp. 868-934。此外，Ronald Dworkin 主張倫理學的個人主義（ethical individualism），他的法哲學及法理論亦被歸為一種價值法學，這跟德沃金採用詮釋學方法有關。德語的研究文獻，本文導論將有詳細說明。法語文獻在國際法的討論成果，例如 Guillaume Protière, "Les principes généraux dans la jurisprudence internationale: éléments d'une différenciation fonctionnelle", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger* (2008), p. 259-292。

民法（著作人格及自由）、刑法（法益保護）及行政法（專屬著作發明的權利有效性）為整體的必要，台灣也於 2008 年創設了「著作財產法院」（今年 2021 年 7 月即將改組為「著作財產權及商業法院」），專屬法院就已確立的「法律原則」於個案加以運用，是否及如何與時並進，本文對此提出初步研究，希冀拋磚引玉，使價值法學的理论研究及方法，均能更加精進。

1.2. 法學與價值思考

價值哲學有長久歷史，古代亞里斯多德就對「完善」（ἀρετή, arete, 或譯美德、卓越性、德性或德行⁷）、事物本質及目的做了分析，但這些與現代的價值學大不相同。在法學中，現代意義的「價值」（values, Werte）是一個很晚才出現的用語，價值衝突及衡量，更是晚近才被重視的法學議題⁸。

十八世紀中，個人主義倫理學興起後，價值思考被引入法學，並漸受重視。最初哲學家從個人「利益」（"interest"，亦包含「興趣」、「關注」之意）來衡量價值，最著名的是英國效益主義（utilitarianism）代表邊沁（Jeremy Bentham, 1748-1832）。邊沁受英國經驗論影響，認為快樂和痛苦的感受是建立「價值原則」的前提，或者直接說：價值原則來自於快樂和痛苦的感受⁹。

邊沁善於深入淺出分析，他於 1780 年發表《道德與立法原則導論》（*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789 年初版），一開始便分析英文書名使用「原則」（principle）一詞，源自拉丁文"principium"，為"primus"和"capium"兩字的組合，意指排在第一的思考、思慮，而什麼是第一重要的價值思考？不就是快樂與幸福感嗎？邊沁因此認為，可以帶來像是好處、愉悅或快樂的，便是有價值的

⁷ 希臘文“ἀρετή”（arete, virtue, goodness, excellence）的中文譯法，以及對亞里斯多德的相關研究，參考王志輝，〈亞里斯多德之責任理論：道德責任作為法律責任之基礎〉，《國立政治大學哲學學報》，第 19 期（2008 年 1 月），pp. 33-84, at p. 47, 註 17。

⁸ 2019 年新任英國牛津大學法理學講座教授 Ruth Chang（張美露），她的研究專長即是「價值衝突」。早在 1980 年代後，分析倫理學家便以「價值衝突」為一種倫理學方法，其重點是對理性論證的運用 - 在實踐問題上，提出補充或修正，早期著作參考 Bernard Williams, *Moral Luck* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981); 重要代表作為 Michael Stocker, *Plural and Conflicting Values* (Oxford: Clarendon Press, 1990); 晚近討論參考 Ruth Chang (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1997); Joseph Raz, *Engaging Reasons. On the Theory of Value and Action* (Oxford: Oxford University Press, 1999)。在楊日然教授關於整合法學的構思中，可見初步類似的價值思考，參考陳妙芬，〈人權與價值衝突 - 法律文化研究的基本問題和方法〉，《法律的分析與解釋》，楊日然教授紀念論文集（台北市：元照出版，2006 年），pp. 185-208。

⁹ Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (first published in 1789), A New Edition corrected by the Author, in two Volumes (London: W. Pickering, 1823).

(是好的、善的)，亦即具有效益(utility)，依此導出著名的「效益原則」(the principle of utility)¹⁰，做為對價值或利益衡量的第一思考。

邊沁的價值學說，促成 1830 年代英國「分析法實證主義」(analytical legal positivism) 誕生，此後英美法學有明顯朝向「價值多元論」及結合分析法實證主義的趨勢，法學因此與哲學（尤其是倫理學、價值哲學）的關係十分緊密。反觀另一方面，邊沁學說雖也傳至歐陸學界，但直到大約 1850 年以後才漸有影響¹¹，德國法學家耶林創立目的法學，就自承受到三個哲學巨人的影響－即萊布尼茲、康德及邊沁對價值的看法¹²，將這些雜多的思想資源鎔鑄於一爐，並帶入現代法學理論。在英美法學圈，耶林素有「德國邊沁」(the "German Bentham") 之稱¹³，可見其影響，他在《法的目的》(*der Zweck im Recht*, 1877-1883) 第一卷前言指出，法學理論的基礎是「權利」和「法律」兩個概念 (das Recht im subjektiven und objektiven Sinn)，權利的核心要素是「利益」(Interesse)，而放到整個法律體系來看，要實現權利必須探求法律的「目的」(Zweck)¹⁴。但耶林是個天才異數，他的學說發酵要再等半世紀。整個十九世紀到二十世紀初的歐陸法學，仍然受歷史法學主導，其研究重點是羅馬法體系化及釋義學方法(the method of legal doctrine, Methode der Rechtsdogmatik)。

1804 年歷史法學派大師薩維尼(Friedrich Carl von Savigny, 1779-1861) 發表巨

¹⁰ Bentham, *ibid.*, p. 3, footnote.

¹¹ 其實早在 1830 年，德國柏林大學哲學博士 Friedrich Eduard Beneke (1798-1854) 就與瑞士學者 Etienne Dumont 合力將邊沁譯著引入德語學圈，參考 Jeremy Bentham, *Grundsätze der Civil- und Criminal-Gesetzgebung; aus den Handschriften des englischen Rechtsgelehrten Jeremy Bentham*, hrsg. v. Etienne Dumont, bearbeitet v. Friedrich E. Beneke (Berlin E. Fr. Amelang, 1830)，這是邊沁的「利益衡量」("Abwägung von Interessen") 概念首次傳入德國；Beneke 是一位心理學及新康德哲學家，他於 1820 年即發表兩本反對黑格爾的著作－*Erkenntnislehre nach dem Bewusstsein der reinen Vernunft*，以及 *Erfahrungseelenlehre als Grundlage alles Wissens*，在英美學圈頗有名氣，但這也成為他申請柏林大學工作的阻礙，因為黑格爾對他的著作做出不利的審查意見，當時黑格爾在柏林大學握有實權，普魯士當局在未具理由的情況下斷然拒絕 Beneke 的申請，Beneke 後來到了哥廷根大學才得到發揮的機會，這段期間應是他研究邊沁的重要階段，直到他 1827 年重返柏林大學講課，並於 1831 年獲聘名義教授 (Titularprofessor)，他的學說在生前並未受歐陸學界重視，對此研究參考 Helmut Coing, "Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre", *ARSP. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 54, No. 1 (1968), pp. 69-88, at p. 70。

¹² Rudolph von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 2, S. 127-134。此外，耶林還引述 Thomas Aquine 的新亞里斯多德哲學，相關背景參考 Peter Landau, "Das substantielle Moment im Recht bei Rudolph von Jhering", *Die Ausnahme denken: Festschrift zum 60. Geburtstag von Klaus-Michael Kodalle*, Bd. 2 (Königshausen & Neumann, 2003), S. 247-56, at S. 247。

¹³ William Seagle, "Rudolf von Jhering: Or Law as a Means to an End", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 13, Issue 1 (1945), pp. 71-89, at p. 71.

¹⁴ Rudolph von Jhering, *Der Zweck im Recht*, 1877, Vorrede, S. V.

作《當代羅馬法體系》(*System des heutigen Römischen Rechts*)，率先提出體系化思考的方法，促使法學發展科學化的語言和推論，他的方法並非全無價值思考，因為價值是體系化的基礎，薩維尼自己也說－體系解釋 (*systematische Auslegung, systematic interpretation*) 就是哲學解釋 (*philosophische Auslegung*)。但是，薩維尼的理論語言較為抽象，在方法上尚未採取更精細的價值哲學，導致歷史法學走向概念化，催生了概念法學¹⁵，儘管有少數法學家反對並提出不同學說，例如前述耶林發展目的法學，但猶未撼動概念法學主導環境，不少法律人著重於概念的技術性分析、忽略對概念背後價值的思考與辯證，而失去價值判斷力，因而常被譏為法匠，這個現象至少持續到二戰前後，而且並非僅出現在德國¹⁶。

1945年5月8日午夜，在歷史上稱為德國「歸零時刻」(“Stunde-Null”)¹⁷，象徵二戰結束後開始新的世界秩序，以及新德國將重新開始，首要之務是啟動「去納粹化」的工程，法學首當其衝，國際和德國內部掀起反省聲浪。因為自1933年納粹黨掌權、極權惡法遂行，至少長達十二年期間，除了保守概念法學者消極淪為政治附庸¹⁸，另一種法實證主義茁長，兩者是助長極權鞏固的關鍵。當時知名法學家附和民族「法律革新」(*Rechtserneuerung*)運動、提出法律概念不應是抽象的，而是具體概念及「單純事實」(*blosse Faktizität*)，並倡議一套「具體的秩序」(*konkrete Ordnung*)理論¹⁹。這套反對概念法學的某種特殊法律現實主義，不可思議地與政治意識形態共生，又隨戰爭結束而墜沒。

¹⁵ 參考比較 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (München: Springer Verlag, 1960), 6., neubearbeitete Auflage (Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 1991), S. 15。

¹⁶ 參考 Michael Stolleis, “Hesitating to Look in the Mirror: German Jurisprudence after 1933 and after 1945” (Fulton Lectures 2001), University of Chicago Law School。

¹⁷ 國內學者黃舒芃將“Stunde Null”譯為「零時刻」，參見黃舒芃，《什麼是法釋義學？以二次戰後德國憲法釋義學的發展為借鏡》(台北市：國立台灣大學出版中心，2020年)，p. 26。

¹⁸ 這裡加上「保守」，因為「概念法學」是耶林於1859年用來自嘲與批判當時主流法學的用語，當時德國尚未完成國家法的法典化，薩維尼和早期耶林認為「法律制度」(*Rechtsinstitut*)為上層抽象概念，由此可演繹出底下各層的法學概念，這樣的法學在二十世紀初德國完成法典化之後，已被利益法學取代，因此納粹統治時期倡議「法律制度」及概念整體性思考，其實頗有走回頭路的意味，因此稱之為「保守的」概念法學較為適當。概念法學的方法論歷史背景，參考 Guido Sartori, *Rudolf von Jhering* (Diplomarbeit, Graz 2013), pp. 18-19。

¹⁹ 知名法學家 Carl Schmitt 和 Karl Larenz 是當時提出「具體的秩序」理論代表，例如 Karl Larenz, *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie* (Tübingen: Mohr, 1934)。按德國法哲學家 Arthur Kaufmann 的看法，Larenz 二戰後分別發表法學方法論及法哲學著作，但他的法學方法論將法律當成知識客體，與他討論價值的法哲學似欠缺交集，參考 Arthur Kaufmann, *Rechtsphilosophie* (1997)，《法律哲學》(德漢對照)，劉幸義等譯(台北市：五南出版，2000年)，p. 9。關於二戰前後德國法學的樣貌，參考 Michael Stolleis, 2001, *ibid.*；Arthur Kaufmann, “National Socialism and German Jurisprudence from 1933-1945”, *Cardozo Law Review* 9 (1988), 1629-1649。

慘痛的歷史教訓，促使二戰後自然法復興（*Naturrechtsrenaissance*）²⁰，被極權惡法完全屏棄的自然法價值，在法學歸零時刻，重新被放回討論視野，針對實證法與自然法的關係，無論英美或歐陸法學都參與論辯，至今未歇，德國當代著名法律史學家史托雷斯（*Michael Stolleis, 1941-*）在 2001 年的一篇英文演講中，提到他的研究觀察：

“在德國經歷『大災難』和『歸零時刻』[German “Catastrophe” and “Zero Hour”]，回歸理想主義及自然法的西方價值，被視為唯一可能之路 [a return to Western values of idealism and natural law was seen as the only possible path to take]。自然法本身似乎『足以提供法律去反抗政治力壓迫及赤裸暴力』[**”to provide law with a backup against the pressure of political power and naked violence”**]。事實有利於證明這點，即 1945 年重建德國在文明世界的立足之地，所依靠的唯一的最大組織，即是教會 – 特別是較少屈從政治力的天主教教會 [Catholic Church]。『法實證主義』[“Legal positivism”] – 差不多就像是法理論的魔鬼般 – 被認為已過時淘汰。這也意謂，對法實證主義的激烈批判，經歷過威瑪時期和納粹時期，[批判從當時至今] 仍持續不變。[二戰後至今] 唯一改變的是，批判理由中反猶太的觀點 – 像是以此攻擊凱爾森，已然消失。」²¹

上述文字，顯示史家的細膩觀察，文中引述對自然法的期待，出自 1947 年法學家科恩（*Helmut Coing, 1912-2000*）的著作《法律的最高原則：重新論證自然法》²²，但儘管時人戮力批判法實證主義，實際上支持和反對法實證主義的觀點並未消失，談自然法的價值回歸，就理論而言並非易事。後人挖掘納粹時期法學家的私下通訊及史料，愈來愈多發現指出，造成納粹司法暴政的因素複雜，並非單純歸咎於法律實證主義（或某種法律現實主義），況且法律實證主義還有其他選項及發展，在納粹時期遭解職的新康德法學家凱爾森（*Hans Kelsen, 1881-1973*）本身是堅定的法實證主義者，他認為：納粹的意識形態是反對法律實證主義的 [包括敵視凱爾森]，它跟自由主義的民主一樣，被打為敵人，而現在卻有一些有名的法律形上學家 [包括基督神學家 *Emil Brunner, Reinhold Niebuhr*] 主張某種自然法，紛紛指責法律實證主義填補了專制主義的空殼，這在邏輯上和事實上皆不成立。造成納粹專制的原因，不論是哪一種意識形態或法律實證主義，那都只是表層的結構，真正原因是社會和經濟的因素²³。

²⁰ Michael Stolleis, “Hesitating to Look in the Mirror: German Jurisprudence after 1933 and after 1945” (Fulton Lectures 2001), *ibid.*, p. 3.

²¹ Michael Stolleis, “Hesitating to Look in the Mirror: German Jurisprudence after 1933 and after 1945” (2001), p. 3. 這段引文中粗體字型，為筆者所加。

²² Helmut Coing, *Die obersten Grundsätze des Rechts: Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts* (Heidelberg 1947), S. 7.

²³ Hans Kelsen, “Foundations of Democracy”, *Ethics*, Vol. 66, No. 1, Part 2 (Oct., 1955), pp. 1-101, at pp. 54-62.

反省法實證主義固然重要，但自然法論眾說紛紜，如果自然法的內容無法確定、自然法的正義沒有一套標準，那自然法如何與實證法並存？如何可能達到正義？在戰後一切「歸零時刻」，法學重振對實證法的價值思考，1949年通過生效的德國基本法（Grundgesetz）有劃時代的意義，但它的內容一直到1960年代以後才被普遍接受²⁴，這段時間迄今，對於法學的轉型，價值法學扮演了關鍵角色。

「價值法學」（Wertungsjurisprudenz）這個詞，其實早在1931年就出現了，頗有先見之明的德國法學家史托爾（Heinrich Stoll, 1891-1937）為補充利益法學的觀點，而提議把利益法學改稱為「價值法學」。雖然如我們所知，利益法學創始者黑克談的「利益」也涉及「價值判斷」，他自己也曾一度考慮使用「評價利益法學」（wertende Interesejurisprudenz）一詞，但最後決定以利益法學為名，所重視的是立法者的利益（價值）衡量，而對於法官如何判斷－尤其面對法律規範漏洞時，利益法學並沒有令人滿意的答案，因此史托爾提出改以「價值法學」之名，同時更強調法官的價值判斷。²⁵

1939年法學家朗鄂（Heinrich Lange, 1900-1977）重提「價值法學」一詞²⁶，他也是二戰後自然法復興的代表之一，朗鄂、科恩及司普朗爾（Eduard Spranger, 1882-1963）等人的主張，雖被稱為「某種自然法論的價值法學」，但他們實質上走的是「揚棄某種自然法」（Abkehr von einem “Naturrecht”²⁷）的方向，也就是要揚棄古舊自然法（altes Naturrecht）－包括與基督神學藕斷絲連的自然法，另闢一條新路²⁸，例如朗鄂指出－古代自然法論提出「私法自治原則」，但民法沿用此一原則仍欠缺明確的立論。他們重省實證法之所以背離自然法精神，真正的問題不在制定法本身，而是對法律的解釋與執行，為解決實務問題，不能強渡古老不明確的自然法、任由法官憑自己的正義觀想像運用，如此只會帶來更多問題，而非解答。因此，要尋找法律的價值、確立法律原則，迫切需要方法。

事實上，法學自歸零時刻重新出發，每個被稱為價值法學的路徑，幾乎都要

²⁴ 德國最高法院於1952年適用Radbruch Formel，BGHSt 2, 234 (238)。參考Ilka Kauhausen, *Nach der Stunden Null: Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945*, a.a.O.; 比較黃舒芃，2020年，同上，p. 26。

²⁵ 詳見底下第三節。Thorsten Hollstein, *Die Verfassung als “Allgemeiner Teil”*: *Privatrechtsmethode und Privatrechtskonzeption bei Hans Carl Nipperdey (1895-1968)*, 2007, S. 164.

²⁶ 參考Hans-Peter Haferkamp, 2016, p. 556（同上，註1）。

²⁷ 參考Ilka Kauhausen, *Nach der Stunden Null: Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945* (Mohr Siebeck, 2007), S. 70。即使針對古舊自然法，這幾位的理解及觀點亦頗多歧異，例如Spranger批評Coing所談的自然法是老調重彈，詳見Eduard Spranger, “Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts”, *Universitas*, 3 (1948), S. 405ff.; 近年研究參考Lena Foljanty, *Recht oder Gesetz: Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit* (Mohr Siebeck, 2013), S. 181。

²⁸ 同上，S. 82。

披荊斬棘，各家援引前人學說（如邊沁、康德、耶林等人學說）或拾取自然法資源時，各有不同方法和創造力，以致多數人對價值法學的起源、代表學說和方法論等，理解分歧²⁹。然而，這不影響它引領德國當代法學邁出大步，有不少卓然成就。迄今德國重大的政治決策及法律，只要涉及人民基本自由，都不免要通過價值的檢視，不僅實務上已建立司法審查的原則，近年科技發達也促成「德國倫理委員會」（Deutscher Ethikrat）設立，它的任務是對攸關社會及個人自由的自然科學、醫療、宗教及法律相關倫理問題，進行跨領域的專業討論及審查，並為政府施政提供具體意見³⁰。在德國以外，各國也引進和重視價值法學的研究，中文學界及台灣亦不例外。

今日要了解價值法學及方法，必須深入二戰及冷戰前後的社會歷史背景，唯有如此，才能掌握它蓬勃發展的動向。如德國著名法學家拉倫茲（Karl Larenz, 1903-1993）在《法學方法論》1960年初版序言中強調－要了解法學方法論的問題，必須先了解過往一百五十年左右的法理論及法學方法論歷史³¹。他的意思是說，法學方法之為方法，有它所要克服的現實難題，了解難題所生的思想脈絡，才能真正了解方法意義及其運用。

回顧二戰結束後的德國法學，當時首要克服的是法學自身的障礙，不可否認的是，前一代或同代的法學者曾支持制訂及執行惡法、並與納粹同謀或共生，其中不乏納粹掌權後留任和升職的法官及知名教授－卡爾·施密特（Carl Schmitt, 1888-1985）是最常被討論的例子之一³²。相反的，也有反對者像當時受聘於科隆大學法學院任教的凱爾森，他於1933年遭解職後返回維也納，以及著名法哲學家

²⁹ 例如，二十世紀初的新康德法哲學家如 Rudolf Stammler, Emil Lask, Gustav Radbruch 等人，將法律理解為文化現象、人群的價值表達，有關當時價值法學的背景，詳見 Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (1960), 6., neubearbeitete Auflage (Berlin/Heidelberg/New York: Springer, 1991), S. 96-99。

³⁰ 參考 Ethikratgesetz - EthRG ("Gesetz zur Einrichtung des Deutschen Ethikrats"), 2007 (BGBl. I, S. 1385), § 2。根據「德國倫理委員會」今年二月初的最新決定，在抗疫期間，接種 Covid-19 疫苗者不能享有免除自由權限制的「特權」，這項決定引發正反意見，也顯示社會關注法律的倫理問題，參考 Deutscher Ethikrat, "Besondere Regeln für Geimpfte? Ad-hoc Empfehlung" (Berlin, 4. Februar 2021)。

³¹ Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, "Aus dem Vorwort zur ersten Auflage" (1960), 1991, 同上, S. IX。

³² Carl Schmitt 成長經歷德國帝制時期、威瑪時期、納粹專政時期及二戰後西德等四種不同政體，他在1933年加入納粹黨，不久被任命為參議員，擔任納粹法學家協會大學教師組召集人，1936年因被納粹黨衛隊黑軍團指控，稱他早期著作曾批評納粹主義的種族理論，使他喪失黨職及公職。二戰結束後，施密特被剝奪大學教職，1945到1946年遭拘禁及調查逾十三個月，1947年再度入獄半年，並被列為戰犯在紐倫堡大審應訊，他的合作態度及提供專家鑑定報告，為主審法官 Robert Kempner 肯定，此後施密特幾乎隱居家鄉，直到辭世。參考 Carl Schmitt, *Antworten in Nürnberg*, hrsg. und kommentiert v. Helmut Quaritsch (Berlin: Duncker & Humboldt, 2000)；Schmitt, 《論法學思維的三種模式》，蘇慧婕譯（台北市：左岸文化，2007年）。

羅德布魯赫（Gustav Radbruch, 1878-1949）自 1933 年被解職長達十餘年³³，這段時間他重新補充 1932 年增修再版的《法哲學》（1952 及 1999 年經重編出版），1946 年發表探討納粹惡法之作〈制定法之不法及超制定法之法〉，文中提出鑑別實證法效力的判準，享譽國際有「Radbruch 公式」（“die Radbruchsche Formel”，“Radbruch’s Formula”）之稱。

昔日納粹政權麾下的學者官僚，少數在戰後紐倫堡大審中公開受審，甚至遭到極刑判決，但其餘大多數人噤口避談³⁴。然而，歷史痕跡仍在，該如何面對？二戰後著名法學家，有的至今還未能止息關於他們是否「去納粹化」（Entnazisierung）的議論，其中包括當時年輕一輩、戰後開始推動價值法學的民法學家拉倫茲³⁵、威斯特曼（Harry Westermann, 1909-1986）兩位教授，以及自稱因懼怕失去教職、不得不支持納粹違反「刑法禁止類推」的刑法學家韋爾澤爾（Hans Welzel, 1904-1977）教授³⁶。儘管歷史痕跡難以抹滅，法學家還是發揮各自的長處，勇於反省及批判，指出同時代法學的根本問題。

二戰剛結束的 1945-46 年間，韋爾澤爾仍續任哥廷根大學法學暨國家學院院長，1949 年他發表刑法的「目的行為論」（die finale Handlungslehre）³⁷，並於 1951 年出版《自然法和實質正義》一書，同時提出刑法及法哲學的著名模擬案例「火車換軌案」（Weichenstellerfall），此案把道德思辨引入刑法，開思想實驗先鋒，後來英美學界陸續出現類似版本，其中最知名的當屬 1967 年英國哲學家芙特（Philippa Foot, 1920-2010）描寫的「電車難題」（Trolley-Problem）³⁸。韋爾澤爾於 1952 年轉到波昂大學任教，並於 1962 年發表就職校長的演講稿〈自然法的真

³³ Radbruch 於 1933 年遭剝奪大學教職，並且被禁止出國講學，僅在 1935-36 年被准許到英國牛津從事研究一年，之後完成另一名作〈英國法的精神〉，相關研究參考黃忠正，〈論 Radbruch 公式〉，《政大法學評論》，第 132 期（2013 年 4 月，115-162），頁 120-21。

³⁴ 參考 Michael Stolleis, 2001, *ibid.*, p. 5。

³⁵ 對 Karl Larenz 這段納粹時期歷史的研究，詳見黃瑞明，〈納粹時期的拉倫茲：德國法學界的一頁黑暗史〉，《台大法學論叢》，第 32 卷，第 5 期（2003 年 9 月），頁 1-53。

³⁶ 詳見 Michael Stolleis, 2001, *ibid.*, pp. 8-9。

³⁷ 根據目的行為論，定義一項行為不是根據外在因果關係，而是根據行為人採取行動的目的，但此一學說難以適用於不作為犯（沒有行動及目的可言）。

³⁸ Hans Welzel 提出模擬案例，針對行為的目的思考 - 描述一輛火車行駛途中，原定軌道前方突然出現人群，軌道員為保全人群性命，緊急轉換火車軌道至另一方向，導致少數人迴避不及而喪命。後來芙特的版本延伸應用，為今日坊間流傳的道德哲學教材，Philippa Foot, “The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect”, *Oxford Review*, 5: 5-15. Reprinted *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, 2. edition (2002, first edition 1978), pp. 19-32。二戰後法哲學虛擬案例，最早是 1949 年由美國法理學家富勒（Lon L. Fuller, 1902-1978）提出的「洞穴奇案」，由一件虛構公元 4300 年美國最高法院判決，講述人食人的案例及道德難題，加上後經改編版本，被譽為法理學經典教材，詳見 Lon L. Fuller, “The Case of the Speluncean Explorers”, *Harvard Law Review*, Vol. 62, No. 4 (February 1949), 616。

理與界限〉一文³⁹。從二戰後的講學和著作，明顯看出韋爾澤爾重建刑法體系的企圖，而體系化的想像基礎，就在刑法所追求的正義價值與目的。

此外，民法學家亦不遑多讓，威斯特曼在 1955 年發表〈民事法官判決的本質和界限〉一文（後來單獨成書），提出「**每一個法規範，都是於實際情境之下，正義理念的具體化**」（"jede norm ist die situationsgebundene Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee"）⁴⁰，他對長期受利益法學影響的民法學，提出反省及批判，因而被學者視為戰後民法學家由「利益法學」轉向「價值法學」的第一人⁴¹。仔細推敲威斯特曼的文字，可以清楚看到，他說「**根據正義理念**」（der Bezug auf die Gerechtigkeitsidee）是法規範**客觀上必受拘束的內容（objektiv bindender Inhalt）**，但這個根據是內在於法體系的，所以既不是超制定法之法，也不是任何逾越憲法的價值形成（Wertung）⁴²，這個看法有特殊之處，它反映了傾向柔性法實證主義的立場－反對將法體系視為開放體系。在價值法學的理論光譜中，威斯特曼的理論因此被歸為「**法律內在的價值法學**」（rechtsimmanente Wertungsjurisprudenz），就法律的正義理論而言，價值法學與法實證主義並非互斥，了解這一點十分重要，對於理解日後法實證主義如何分析價值及正義，預留了線索。

相對於威斯特曼，另一位民法學家拉倫茲的理論則被歸為「**客觀的價值法學**」（objektive Wertungsjurisprudenz）。按拉倫茲的主張，法律內部體系（inneres System）是一個開放體系（offenes System）⁴³，所有根據正義理念的法規範內容，必然容許實證法以外的價值原則，否則無以形成新的且必要的「**法律原則**」，因此，他強調法學方法論應重視法哲學－尤其重視價值的哲學，這樣的主張幾乎完全脫離了黑克（Philipp Heck, 1858-1943）的利益法學，轉而在其他有力的學說中，另覓基礎。拉倫茲於 1960 年《法學方法論》初版的第一部分〈歷史及體系篇〉中，

³⁹ Welzel, *Wahrheit und Grenze des Naturrechts: Rede* (Hanstein, 1963).

⁴⁰ Harry Westermann, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht* (Aschendorff, 1955), S. 17; *Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen* (1954). Vgl. Westermann, *Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht* (1957), S. 6, 52f.. 另參考 Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks* (Mohr Siebeck, 2001), S 236。

⁴¹ 參考 Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks* (2001), S 236。

⁴² 參考 Ilka Kauhausen, *Nach der Stunden Null: Prinzipien Diskussionen im Privatrecht nach 1945*, a.a.O.; 不過，也有學者指出，威斯特曼的理論並未真的超出利益法學，因他分析案例時，仍指出正義理念的落實，實際上繫於法官的判斷，這點跟 Philipp Heck 的主張－正義理念的內容並不是客觀或獨立於法律判斷的，其實是一致的；參考 Heinrich Schoppmeyer, *Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks*, a.a.O.。

⁴³ 這裡拉倫茲所說的「開放體系」，是指法體系內在的開放性，與本文 Part 3 (4)所談的「開放的法體系」－指法體系對其他規範（或價值）系統保持開放，兩者意義不同。

便以顯著篇幅敘述新康德價值學派，以及這支學派對法哲學及法學方法論的重要性，此書後來再版時，增加了同樣深受新康德哲學影響的法律詮釋學。不僅如此，拉倫茲在 1972 年的《民法總則》援引康德的法哲學，主張民法體系就是建立在康德式的「倫理人格主義」(ethischer Personalismus) 之上 – 意指民法以相互尊重的人際關係為基礎，由此建構民法的三大基本原則 – 私法自治及契約拘束原則、信賴原則、契約平均正義原則⁴⁴，繼而於 1979 年發表《正確的法 – 法律倫理學》一書。從整個論著發展來看，拉倫茲傾向於調和實證法與自然法的二元論，一方面認為法學是歷史文化的產物，另一方面強調 – 法學方法論自薩維尼以來，對法律的體系化思考，源自自然法學⁴⁵，歷史法學派提出的法律解釋方法中，最重要的體系解釋(systematische Auslegung)，其實就是涉及價值的哲學解釋(philosophische Auslegung)⁴⁶。

由上面初步分析可知，價值法學並無一致定義，而且方法也各異，底下將有詳細探討。這裡先要指出，無論哪一種價值法學，它們均有一個共通之處：在概念上，價值思考與體系化，兩者相互定義，而在實務的方法上，更常見兩者彼此交涉。價值法學促使當代法學轉型、邁出大步，已是不爭的事實，不論法系或方法取向，價值研究蔚為趨勢，值得更多研究投入。筆者發現，光是就現有文獻及判決實例，就有極多待深入分析，以便清楚地呈現實務判決的價值形成，以及將價值轉化（具體化）為理由、進而做成判斷的推理 – 其中各種推理模式，可再區分為根據「法律內在價值」、根據「法律意識及法理念」、或根據「客觀價值」等價值法學(rechtsimmanente, bewusstseinsimmanente, oder objektive Wertungsjurisprudenz)⁴⁷，而且涵蓋「法實證主義」及「非法實證主義」的陣營⁴⁸，

⁴⁴ 拉倫茲提出這三大原則，主要強調它們相互關連，但並未就原則衝突時的解決方法，多做探討，僅指出原則係出自法律理念(Rechtsidee)、且必須經由價值衡量予以落實，因價值衡量實際上不受實證法約束，新的法律原則可能產生，也就是說，在實務上，每一個法官不因審級高低，都可能創造法律原則，因此實證法內在體系(inneres System)可被理解為一個開放的體系(offenes System)，相關討論參考 Ilka Kauhausen, a.a.O., S. 113, 124f.。

⁴⁵ Karl Larenz, 1991 (1960), 同上, S. 11.

⁴⁶ Karl Larenz, 同上。

⁴⁷ 由此可見，價值法學並無一致定義，而且方法也各異，例如，前述拉倫茲的理論，被歸為是根據「法律意識及法理念」的一種價值法學，這個分類說法參考 Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, 5 Bände (Mohr Siebeck, 1975-77), Bd. 3 (1975), S. 411；另按 Ilka Kauhausen 的說法，拉倫茲代表的是「倫理的價值法學」(ethische Wertungsjurisprudenz)，或亦可稱為「開放的價值法學」(offene Wertungsjurisprudenz)，參考 Ilka Kauhausen, a.a.O., S. 126。這裡要特別指出，本文分析「開放的法體系觀」，所使用的「開放」一詞是指「法體系對（相對性的）價值的開放性」，詳見底下 Part 3, 4。

⁴⁸ 關於英美分析法學中的價值法學，其分析重點在法官的人格、角色及任務，而歐陸法學的重點不止於此，詳見 Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd. 2, a.a.O., S.

可說集當代法哲學及方法論論辯，這也是本文研究的旨趣。在底下第二部分深入探討之前，有必要先就中文文獻，概括地呈現價值法學的面貌，俾使讀者易於掌握討論脈絡，有志研究者亦有軌跡可循。

如前面所述，法學社群見證紐倫堡大審的氛圍，不僅德國法學試圖重振，國際上對自然法回歸的議論，亦未曾歇⁴⁹。當時以威斯特曼及拉倫茲等人為主，研究以民法為重心，價值法學首先透過民法學說，傳進中文學界，留學德國的民法學家引介功不可沒，有不少研究都指出－民法體系與價值思考是不可分割的，至於該如何落實，則各有偏重，底下僅舉例說明。首先，王澤鑑教授在《民法總則》第五版序言揭示本諸價值法學，採請求權基礎的方法，藉著實例引導讀者發掘問題、思考問題及探求解決途徑。⁵⁰此書增訂新版以〈民法總則九十年〉為序，特別

136ff.；例如 Lord Radcliff, “Law and its Compass“ (1961), 就是一篇暢言價值對法律的重要性的宣言(“Plädoyer für die Rolle der Werte im Recht”), 引自 Fikentscher, a.a.O., S. 137。此外，英國法學家 Alfred Denning, Alexander G. Chloros, Julius Stone, B. A. Wortley 等人的研究，亦屬價值法學，參考 Fikentscher, a.a.O., S. 138-140；至於美國法學，1965 年以後有針對公民不服從的討論，參考 Fikentscher, a.a.O., Bd. 2, S. 438f.；另參考 Edgar Bodenheimer, „Decade of Jurisprudence in the USA, 1946 bis 1956“, 3 *Natural Law Forum* (1958), 44; Bodenheimer, “Modern Analytical Jurisprudence and the Limit of its Usefulness”, 104 *University of Pennsylvania Law Review* (1956), 1080; Bodenheimer, “Law as Order and Justice”, 6 *Journal of Public Law* (1957), 194。博登海默批評牛津學派的法實證主義，哈特則回應指出，分析法實證主義與價值法學並不互斥，對英美法學與歐陸法學的相互影響、比較與討論，參考 Arthur Lehman Goodhart, *Precedent in English and Continental Law* (Stevens, 1934); Review by Karl Llewellyn, *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 83, No. 3 (Jan., 1935), pp. 396-398; Julie E. Grise, Martin Gelter, and Robert Whitman, “Rudolf von Jhering’s Influence on Karl Llewellyn”, 48 *Tulsa Law Review*, 93 (2013)。關於美國法院實務的方法及發展，參考 Charles E. Wyzanski, *Whereas - A Judge’s Premises* (Boston, Toronto: Atlantic Monthly Press, Little Brown & Co., 1965)。在美國，新康德主義發展為一種實用主義哲學，參考 Ilmar Tammelo, “‘A Cartesian Turn’ in the Theory of Law”, 1 *Sydney Law Review* (1954), 214。價值法學的論辯如 Ronald Dworkin, “Philosophy, Morality and Law – Observations prompted by Prof. Fuller’s Novel Claim”, 113 *University of Pennsylvania Law Review* (1964), 668: “But we must not confuse strategy with justice, nor facts of political life with principles of political morality. Lord Devlin understands these distinctions, but his arguments will appeal most, I am afraid, to those who do not.”；Dworkin, “Lord Devlin, and the Enforcement of Morals”, 75 *Yale Law Journal* (1966), 986, 1002。部分文獻脈絡的考察，參考 Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, a.a.O., Bd. 2, S. 430f.。

⁴⁹ 隨著德國基本法及國際人權法的確立，大約 1960 年後「價值法學」在德國已茁壯成為「一支法學思想的主流」，例如顏厥安教授引述 Ralf Dreier 所言，指二戰後自然法復興運動已屬於「歷史」，似指漸為價值法學取代或融合；而在中文學界的討論，幾乎把價值法學等同於（現今的）「法學方法論」，主因之一是 Karl Larenz 的《法學方法論》譯介影響，比較參考顏厥安，〈法與道德－由一個法哲學的核心問題檢討德國戰後法思想的發展〉，《法與實踐理性》（台北市：翰蘆出版社，1998 年），p. 43，註 26，以及 p. 44，註 27。

⁵⁰ 王澤鑑，《民法總則》，第 5 版（台北市，2020 年），序言；王澤鑑，《民法總則》，

強調民法體系的價值理念：

「民法總則於民國 18 年（1929 年）制定於中國大陸，並自民國 34 年（1945 年）起適用於台灣，迄今已有九十年的歷史了。民法的制定源起於清末變法維新（1911 年），繼受德國民法，歷經政治、社會及經濟變遷，尤其是在台灣長達七十餘年的實踐，建構了一個維護人格尊嚴、個人自由平等，由民法與特別民法所形成的私法秩序與法治社會。〔...〕民法總則不僅是民法的總則，更是私法的總則，具有四個重要意義：1. 建構私法制度〔...〕。2. 體現以人為本的價值理念，私法自治、財產權保護及兩性平等的法律原則。3. 明定私法的法源及適用的順序。4. 民法總則是學習民法的入門，期望能藉助民法總則的教學研究，使初習法律者認識私法的價值理念，培養法律思維及法之適用的基本能力，增強學習法律的信念及熱情。」

重視實例的演練，是王澤鑑教授著作一大特色。二戰後法學論文以虛構案例激發討論，始自 1949 年富勒（Lon L. Fuller, 1902-1978）在《哈佛法學評論》發表〈洞穴奇案〉一文⁵¹，作者沒有提出自己的觀點，而是以虛構五位法官見解的分歧，來呈現價值的推論並不只一種。價值法學的虛構案例，其用法與實際案例法學（case law jurisprudence）有些不同：使用虛構手法和角色，重點是突顯不同經驗的價值衝突，在不要求解題或無解的情況下，激發讀者（法學者）想像力及判斷力。

此外，學者也注意到，價值法學是法學演進的趨勢，因發現及使用法律原則，必然涉及價值論證，黃茂榮教授在《法學方法與現代民法》中，有如下的分析：

「在依概念法學與利益法學從事概念或類型的建構時，其使用之概念或類型之共同特徵的加減，事實上已取向於由一定之法律原則或價值所決定之目的，只是當時還隱而未宣而已。因此，在概念法學與利益法學的發展慢慢到了盡頭，必須面對隱藏其中之法律原則及價值時，法律原則及價值在法律概念、類型及體系之建構上逐漸獲得重視。價值法學的發展從而自然展開：一方面用以說明在概念或類型之建構時，其共同特徵之加減的考慮標準，一方面用以彰顯存在於現行法中或在將來法應追求之法律原則與價值。〔...〕要在過失侵權行為責任之外，正確發展危險責任〔...〕，契約上及契約外之保護義務的統一，信賴責任的發展、誠信原則、比例原則及平等原則的具體化等皆受到價值法學之主張的啟發。」⁵²

法律原則的概念，即使已相當普及，但實務上如何運用得當？並非易事。如

增訂新版（作者出版，2020 年），p. 1。

⁵¹ 這是一個關於探險隊因山難被困於洞穴，在等待救援期間發生人食人的案件，由虛構的五個法官提出五種不同判決見解，詳見 Lon L. Fuller, “The Case of the Speluncean Explorers”, *Harvard Law Review*, Vol. 62, No. 4 (Feb., 1949), pp. 616-645。後來 Peter Suber 在 Fuller 原版另增九個虛構的法官，而構成十四種判決見解，參考 Peter Suber, *The Case of the Speluncean Explorers: Nine New Opinions* (Routledge, 1998)。

⁵² 黃茂榮，《法學方法與現代民法》，增訂 7 版（台北市，2020 年），頁 446-7。

康德所言，法律人需要範例以培養判斷力，法哲學有各式範例，因此為法學方法論所不可忽視的基礎。就戰後價值法學發展的關鍵，吳從周教授在《概念法學、利益法學與價值法學：探索一部民法方法論的演變史》書中，就特別提到法哲學對方法論的影響：

「『概念法學』與『利益法學』是建立在截然不同的理論前提，或者說主導性觀念之上，一個重在形式概念的體系演繹，一個重在生活利益的保護與生活價值的實現，一個是處在概念的天堂裡，一個是回到利益的人世間，二者有如天壤之別〔...〕。但『利益法學』與『價值法學』卻植基於同樣的理論基礎，作為生活需求或渴望之表現的『利益』仍然是利益衡量的對象，只是價值法學清楚地將『利益』界定為評價之對象，不再混淆其亦為評價之標準，並且將評價標準正確性的問題結合在海克〔**Philipp Heck**〕原先所排斥的法律哲學上討論而已。有人甚至認為『利益法學』原已包含『價值法學』在內。利益法學其實是透過法律哲學上評價問題的探討，獲得它的擴展與補充。從利益法學發展到價值法學，並不是價值法學『代替』了利益法學，而是對利益法學的『直接延續』（*direkte Fortsetzung*）而已；或者我們可以說，是價值法學將問題的討論從利益法學局限於方法論或法律理論的層面，延伸到法律哲學的層面。〔...〕**Arthur Kaufmann** 曾傳神地形容，耶林及利益法學法律理論的致命弱點（*Achillesferse*），是未回答『目的之評價來自何處？』（*Woher kommt die Bewertung der Zwecke?*），因為價值判斷最終從何而來以及在何處確定？這是一個法律哲學的基本問題，但卻無法與法學方法論切割開來不予聞問。」⁵³

如上面引述考夫曼教授所言，的確在二戰之後，法哲學更形重要⁵⁴。在刑法領域，除了考夫曼之外，前述刑法學家韋爾澤爾的著作《自然法與實質正義》（1955）⁵⁵及模擬案例，均可見刑法學與法哲學的緊密結合，例如，刑法對「行為」（*Handlung*）的界定，究竟應根據因果行為論、目的行為論或社會行為論等。按劉幸義教授分析：「由於文明進步，人權觀念提升，產生罪刑法定原則。要確實實現此原則，首先必須確定犯罪概念。」⁵⁶刑法釋義學分析犯罪概念，針對行為的歸責理論，引進倫理學、國家學及社會學等觀點，因此導出自由與應報、威嚇與預防或矯治與修復正義等構想，都回溯至價值哲學，由大量中文文獻及翻譯可見一斑。

同時，在憲法學領域，例如，張嘉尹教授〈論「價值秩序」作為憲法學的基

⁵³ 吳從周，《概念法學、利益法學與價值法學：探索一部民法方法論的演變史》，第2版（台北市：元照出版，2020年），頁246-7。

⁵⁴ 二戰後德國學者出版法哲學著作，為數不少，參考 Ralf Dreier, 1981 (1975), a.a.O., S. 17, 33。

⁵⁵ Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (Vandenhoeck und Ruprecht, 1955).

⁵⁶ 劉幸義，《法律概念與體系結構》（台北市：翰蘆出版社，2015年），頁146。

本概念》⁵⁷一文指出：「本文發現，我國大法官的釋憲見解中，對此〔價值秩序〕概念有三種用法：將基本權利視為價值體系；以價值體系來詮釋特定的憲法條文；將憲法的整體解釋為價值體系。將憲法或是憲法條文『價值體系化』之後，並以此為進一步憲法論證的基礎與出發點。〔...〕『價值秩序』概念僅作為推論形式，但是實質論證則要藉由『結果考量』來建立。」

憲法解釋與各法領域有密切關連，例如針對刑法猥褻罪的憲法解釋－釋字第417及第617號解釋，不僅引發社會兩極反應，大法官不同意見書及學者評論也反映分歧立場。黃舒芃教授在〈「價值」在憲法解釋中扮演的角色－從釋字第617號解釋談起〉一文，指出憲法解釋遭遇的問題：「本文將在初步觀察大法官歷來對「價值」概念的運用模式、並予以類型化之後，嘗試以作成之後廣受批評的釋字第617號解釋，作為探討「價值」在憲法解釋中之定位的重點對象，因為從本文觀點看來，釋字第617號解釋的謬誤，正是大法官誤解「價值」於其推論過程中應該扮演之角色而導致的結果。」⁵⁸

上述憲法解釋，涉及刑法第235條猥褻罪是否違憲，因此憲法解釋（包括與此相關的釋字第417號解釋）與刑法規範的價值或目的，具有密切的相關性。憲法解釋的問題，顯示出法律解釋的價值取向，因此格外受到法學者及社會各界關注。

總結上述觀察，價值思考對法學者來說，目前仍以邏輯為基礎，超出邏輯的問題則借助法律原則。德國法學家及法律人類學家費肯徹（Wolfgang Fikentscher, 1928-2015）在《法的方法－比較研究的闡述》（1975-77）⁵⁹共五大冊著作中，比較各種法學方法論，他認為就方法論而言，價值法學帶有一種主觀的傾向⁶⁰，但這裡的「主觀」（subjective）不是一種任意、隨意的主觀，而是指－根據內在於實證法體系的價值，費肯徹對此有一段描述：「價值法學的方法論構想，允許制定法之內的各種思考、或者存在於制定法內部的價值因素，以確保法體系能夠適應時代，跟上因時間和文化造成的價值變遷。」⁶¹按費肯徹的分析，無論在英美或歐陸法學，價值法學的理論大多反對自然法回歸，如博登海默或德沃金等人皆如此，他們看重及發展價值學（axiology），但也有像富勒或拉倫茲等人發展法律倫理學（Rechtsethik, legal ethics）。按費肯徹的看法，價值法學方法論的「主觀」傾向，清楚指明實證法的偶然性及變動可能性，而自然法的內容則是相對穩定的。

⁵⁷ 張嘉尹，〈論「價值秩序」作為憲法學的基本概念〉，《台大法學論叢》，30卷5期（2001/09/01），頁1-32。

⁵⁸ 黃舒芃，〈「價值」在憲法解釋中扮演的角色－從釋字第617號解釋談起〉，收於《變遷社會中的法學方法》（台北市：元照出版社，2009年），pp. 83-126，at p. 85。

⁵⁹ Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts in Vergleichender Darstellung*, Band I-V (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1975), a.a.O.

⁶⁰ Fikentscher, *Methoden des Rechts*, a.a.O., Band 1, S. 146；參考 Ilka Kauhausen, a.a.O., S. 126。

⁶¹ Fikentscher, *Methoden des Rechts*, a.a.O., Band 3, S. 414.

價值法學，因就自然法與實證法的關係有不同理解，造成兩派對立：法實證主義與反法實證主義，兩派主要爭議為：價值是否「客觀存在」？在抽象概念的層次上，兩派就維繫法秩序的基本價值－如自由、人權與安全等，不至於有太多爭議交鋒；在具體落實上，適用什麼樣的準則及方法，才有實質的爭議。如要依靠法律論證而解決，依目前兩派辯論相持不下，各有堅實立論，辯論最終可能指向沒有理性答案的價值衝突？或如凱爾森及拉茲所言的規範漏洞或縫隙（normative gaps）？法律推理有實踐目的，價值衝突必須衡量找出答案、適用於個案，法律原則的衡量及論證格外重要。

為釐清「價值是否客觀存在？」，兩派見解區分為：價值客觀主義（又稱絕對主義），以及價值主觀主義（又稱相對主義），這裡的客觀與主觀的用詞並沒有高下之分。兩派爭議問題是無限法領域的，法學的基本前提是－法律有工具性的價值（instrumental values），但對這個工具要實現的目的及價值，則因此產生兩派，發展出不同的法律論證模式。例如，堅守價值相對主義的凱爾森曾言：「法律不主張任何絕對價值〔no absolute value is claimed by law〕。」⁶²並說法律人「判斷某事物符合正義，其意義僅止於表達－遵守規範的相對價值〔the relative value of conformity to a norm〕。」⁶³就實踐推理，兩派爭執於：價值能否順利地（不假批判地）轉換為法律理由，新康德的批判哲學對此存疑，因而發展出精細的價值法學。接下來第二節將探討。

這裡要先說明的是，**實踐推理（practical reasoning）**，是一個方法論用語，意指探求價值及論證，為超出（法律）概念邏輯所要處理的，法律人因此由法釋義學進入法學方法論⁶⁴：要釐清價值來源（絕對或相對價值），探求價值是否（如何）為法律規範的理由。

法律實踐－就像醫生一樣，需要範例以累積知識和經驗、培養判斷力，這是康德曾給法學者的建言。筆者尋找範例發現，在將近一百二十年前，美國現實主義法哲學家霍姆斯（Oliver Wendell Holmes, 1841-1935）擔任美國聯邦最高法院法官期間，當時著作權法尚未發達，霍姆斯撰寫理由書的論證，將藝術史及美學理由帶進「法律推理」（legal reasoning），提出了著名的「美學不歧視原則」（"aesthetic

⁶² Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, translated by Anders Wedberg (Cambridge/Mass.: Harvard University Press, 1945). 這裡所說的絕對價值，在西方歷史上，除了指涉基督宗教神學引入法律的價值，還包括許多獨裁政權或封建保守制度底下將人為價值予以神聖化、絕對化。

⁶³ Hans Kelsen, *Introduction to the Problems of Legal Theory*. A Translation of the first edition of the *Reine Rechtslehre* or *Pure Theory of Law* (1997), p. 16; *Pure Theory of Law*, 2 ed., translated by Max Knight (Berkeley: University of California Press, 1967), pp. 66-67.

⁶⁴ 這同時意味著，法釋義學必須處理價值問題時，無法避免地必須有某個方法論為基礎，參考 Ralf Dreier, "Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation" (1976), in *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, S. 110-111。

non-discrimination”），通行至今，而法律原則在個案的具體化，有許多值得我們思考的地方，底下第三部分將仔細探討。

本文從法理學角度，對價值法學做綜合性及分析性的研究。第一部分第一節導言及第二節探討價值法學的法認識論，說明其對方法的影響，指出價值客觀主義的一元論，以及價值主觀主義（或相對主義）的二元論，在當代法學已漸被方法三元論所取代。接著，第二部分進入本文第三節，探討價值法學演進的六個階段，說明每一階段的特色，最終指出價值法學並無一致的定義，法學家不止有各樣價值觀點，連方法都有明顯差異。然後，第三部分進入第四節，探討價值法學的核心命題－法律判斷的合目的性，第五節進一步探究價值法學的方法論，以文化和藝術法為例，探求法體系的價值承諾，進而導出價值原則，但原則運用涉及一項爭議：法體系的開放性，即爭議法體系是否必然存有規範縫隙或漏洞？「司法判斷」（judicial judgment）為價值衡量（關於法律續造）有何界限？關於價值衝突及判斷，引進價值學（axiology）對法律實踐有重要意義，最後第六節為結論。

2. 法認識論及方法

「命令就是命令！」這句話是軍隊的統治原則，在納粹專政底下使軍人絕對服從，軍令如山，軍隊紀律嚴整、不容絲毫逾越，除了一個例外：按照當時德國軍事刑法第 47 條（MStrGB § 47），軍人所受命令若是犯罪行為，則免除軍人服從義務。

1946 年，德國法哲學家羅德布魯赫發表〈制定法之不法與超制定法之法〉一文，在這篇戰後最受矚目的文章開頭，他舉出上述軍事刑法，感嘆軍人服從義務尚且有例外，但「法律就是法律！」這句話，卻毫無例外的，在納粹統治時期，成為法律人的緊箍咒。羅德布魯赫引述同年德國威斯巴登地方法院（Amtsgericht Wiesbaden）的判決，這是戰後針對納粹不法的判決首例，判決理由說：「法律規定將猶太人的財產沒收為國有，這項法律違反自然法，應自其公布之日即無效力。」⁶⁵

援引自然法，顯示法院承認「超制定法之法」，認識法律不是法條，而是一種價值的選擇。只是，自然法的價值，或現代自然權利，其實在二戰前的威瑪憲法已有規範，但僅止於價值宣示，沒有確實保障自然權利的制度性設計，納粹惡法殷鑑促使戰後國際人權法明文規範，1949 年德國基本法將自然權利明定於憲法，這樣的做法，無疑使制憲者的主觀價值選擇，以客觀的法律形式，呈現於憲法文本之中。不僅德國如此，各國憲法制訂或修訂，大致都經歷類似的過程。

⁶⁵ SJZ, 1946, Wiesbaden Amtsgericht, 引自 Gustav Radbruch, “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“, *Rechtsphilosophie*, 2003 (1998), S. 211。

換言之，國際和國內法體系的價值秩序，在二戰後法理論和實務上，一步一步待確立，民主與修復正義有其難題，價值法學集合了各家的方法論，發揮可觀之力，綜合分析其發展，歸結出兩個特徵及一個分歧，共通的兩個特徵：(1)肯定實證法與「價值選擇」有必然的關連，(2)依合目的性的價值原則（「法律原則」），形成法律理由（實踐推理）。針對第(2)點的方法論，則有分歧：(3)多數承認法體系為開放或半開放體系，僅少數認為法體系為完閉（或特殊完閉）體系，因此對法律有無規範縫隙（或法律漏洞）及其補充方法－通稱為法律續造的方法，存有分歧。上述特徵及分歧顯示，價值法學的法律概念，介於自然法論和剛性法實證主義之間，概念的游移位置－傾向哪一邊，實際影響論證方法。

這節要先就特徵(1)肯定實證法與「價值選擇」有必然的關連，探討法認識論及方法論的背景。對於價值的認識－即實證法包含的價值因素，在價值學和美學尚未發達前，多以道德價值（ethical values）為討論核心，學說區分為(A)價值客觀主義（objectivism）和(B)價值主觀主義（subjectivism）兩種。(A)和(B)的方法論則對應於(AM)方法一元論（monism）和(BD)方法二元論（dualism）。

二十世紀後新康德價值學派在(B)和(BD)的基礎上，提出批判性的(T)方法三元論，強調價值本身與判斷的不同，價值是主觀性的，而做成價值判斷則是另一回事⁶⁶，特別是就法律判斷而言，無論是針對哪種領域的價值選擇，都會形成強制性的規範，因此法律判斷是普遍的道德實踐，必然受先驗的批判原則拘束，否則無法證成法律的規範性。在方法上，(T)也與現今廣泛被接受的價值多元論（value pluralism）相容，而且適於分析價值衝突（價值不可比較或共量）及論證。

為方便理解，這裡將三種認識論及方法，做精簡的表述如下：

(AM) 客觀主義/方法一元論：某事物 X 的價值，是依 X 的性質而定，因此價值是客觀的，並且有唯一正確的答案。

(BD) 主觀主義/方法二元論：某事物 X 的價值，是依認識者 Y 的感受而定，因此價值是主觀的，並且沒有唯一正確的答案。

(T) 新康德相對主義/方法三元論：某事物 X 的價值，是依認識者 Y 與 X 之間的特定關係而定，亦即價值是依附於經驗的，並且有合於目的性的主觀普遍性。

根據上述定義，在價值哲學光譜上，古典自然法論是價值客觀主義(AM)的代表，方法上傾向一元論，但必須注意這只是針對神學論證，不必然包括「實踐推理」（practical reasoning）⁶⁷。另一方面，法實證主義傾向價值主觀主義（相對主

⁶⁶ 參考 Leo Strauss, *Natural Right and History*. The University of Chicago Press, 1953, p. 40；引用韋伯嚴格區分“reference to values” and “value judgments”。

⁶⁷ 例如鄧衍森教授亦強調，當代自然法論代表菲尼斯(John Finnis)主張－「自然法理論，無非是一種用好理由做選擇與行為的理論」，參考鄧衍森，〈自然法學理論〉，《法

義) (BD)，方法上傾向二元論。這兩個方向在二戰後，仍持續引導價值思考，我們有必要探知區分兩者，究竟就法的認識和方法有何實益，也才能深入了解，價值法學中新康德方法三元論，主張要推翻一元論，繼而補充修正二元論，究竟希望克服何種問題。

2.1. 價值客觀主義：方法一元論

(AM) 客觀主義/方法一元論：某事物 X 的價值，是依 X 的性質而定，因此價值是客觀的，並且有唯一正確的答案。

羅馬法承認自然法，自然法是哲學推論得出的，法的本質即其價值 - 正義、理性、和平。基督神學將古代倫理學知識，往宇宙論的方向推進，但在思考者的立場，古代的知識要如何與宗教並存？成為認識論上要解決的問題，即如何將古代知識鑲入宗教。

神學跟法學的緊密結合，可回溯至第四世紀。313 年羅馬帝國君士坦丁大帝 (Constantinus Magnus, 274-337) 和李錫尼結盟及頒佈《米蘭敕令》，正式承認基督教的合法地位，貫徹保護基督教的政策，380 年羅馬帝國頒佈《薩洛尼卡敕令》(Edict of Thessalonica, Cunctos populos) 將基督教立為國教，立法給予教會特權，當時法律施行近千年，甚至成為十三世紀設立宗教裁判所 (Inquisitio) 的法源依據。中世紀基督教的壯大，使教士開始把神學的方法論爭 - 柏拉圖主義或亞里斯多德主義，分別對應對話辯證法或自然觀察法 (dialogische Wahrheitsfrage vs. auf Naturbeobachtung gestuetzter Wahrheitsbegriff)⁶⁸，延伸套用於法律和國家體系，針對教會法和國家法的關係，就認識論及解釋方法而言，出現柏拉圖式一元論及亞里斯多德式二元論之爭。

直到十二世紀，長久方法之爭有顯著變化。法國神學家亞伯拉德 (Pierre Abélard of Le Pallet, 1079-1142) 在《是與否》(Sic-et-non, 1122) 一書分析 158 個問題，提出可能字義及不同答案，他的著作傳至英國，被視為一種哲學方法，因英國王權在十一世紀後穩固建立，而且兼具基督宗教的傳教者，因此教會和王權之間沒有任何顯著的緊張關係 (Investiturstreitigkeit-Spannung)，未產生如歐陸學圈內激烈的「奧古斯丁主義 - 阿威羅伊主義」(Augustinismus vs. Averroismus) 路線之爭。⁶⁹

十三世紀以後，英美法學已將習慣法納為英國法的重要內容，法學方法採的是「英國的柏拉圖式論證」(die normannisch-englische Platonik)，這是一門論證的

理學》，鄧衍森、陳清秀等主編 (台北市：元照出版社，2020 年)，第十章，頁 282。

⁶⁸ 參考 Wolfgang Fikentscher, a.a.O.。

⁶⁹ Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 386-7.

藝術，有「柏拉圖主義的英國式方法論」（Platonisch-englischer Denktradition der Methodik）之稱，主要將源於古代和中世紀的辯證術（Dialektik）－內容包含文法學、修辭學和辯證法三要素（Trivium）⁷⁰，運用於法學方法。

相對的，亞伯拉德在《是與否》（*Sic-et-non*）的辯證方法，在歐陸盛行亞里斯多德主義傳統下，日漸成為哲學主流，其運用目標是使信仰可完全被認識，用後來的二元論說法，歐陸當道的法學方法，就是將實在視為應然（*Sein als Sollen*）－指世界蘊藏上帝的智慧，從中可找尋及演繹出規範人類行為的規則。為發展自然法論，亞里斯多德的自然法被賦予基督宗教神學意涵，神學家身兼法學家，試圖從自然的目的論得出正確規範。因此，中世紀的神學自然法，成為價值標準的來源。如此，自然法這個詞，變成一個特定的哲學（神學）代號，失去它原有的方法意涵。⁷¹

大約在十三世紀後，英法法學與歐陸法學已各顯出特色。歐陸以義德法為代表來說，受羅馬法學長期影響，繼之又承受歷史主義，在十九世紀末引入分析法實證主義之前，法學通說是把法秩序理解為歷史的偶然產物，對法體系採一元論的分析：法律制度是客觀的社會事實，法律規範性來自社會道德的拘束力。對法律解釋及適用，也因採一元論（或稱一元主義）方法，並未嚴格區分實效與效力。

德國法學家費肯徹比較方法史，對歐陸（包括德國）法學的特色曾分析道：

「與英法法學圈的發展不同，歐陸法學在方法上的發展直到今天－或直到1945年，主要受基督教會傳承的古代知識所影響，如在中世紀經院哲學巔峰之作所呈現的，尤其是透過大亞爾伯〔Albertus Magnus〕及阿奎那〔Thomas von Aquin〕的著作。這是一種綜合的思考〔*ein synthetisches Denken*〕，即綜合了智性與信仰〔*Intelligenz und Glaube zusammengeführt*〕」。⁷²

由於近代自然權利論尚未發展，法律權威訴諸道德，一元論在歐陸法學取得先機，到了啓蒙時期，自然法學造就了立憲主義（*Konstitutionalismus*）⁷³，但法學仍受亞里斯多德主義經院哲學影響，論證是輔助，實務上較講究尋找真實（“*ein Tippen auf die Wahrheit*”）⁷⁴。儘管亞里斯多德的論題術（*Topik*）也是一門論證的藝術，但受限於神學一元論的世界觀，尤其自1555年奧格斯堡宗教和約（*Augsburger Religionsfriede*）結束天主教與新教諸侯的對立征戰，使一元論更加確立，歐陸經院哲學的主要成果，就是將教會權威與論題術結合，除鞏固了一元

⁷⁰ Gerhard Otte, *Dialektik und Jurisprudenz, Untersuchung zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt/M. 1971, S. 9.

⁷¹ Wolfgang Fikentscher, a.a.O., S. 376.

⁷² Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 375.

⁷³ Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 386, 400.

⁷⁴ Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 385.

論⁷⁵，也使法學教育傾向教導完美的法律論題術（解答），就正反觀點的推論證明，強調有一個正確答案。⁷⁶

直到 1830 年代，中世紀經院哲學將亞里斯多德與神學的知識整合，在歐陸學圈是相當全面和貫徹的，倫理學和神學（彼此雙向的）知識整合，致使方法上價值判斷（Werturteile）蘊含的可疑性（Zweifelhaftigkeit）特徵，完全失落。康德雖在 1804 年過世前提出不同的學說 – 引入方法二元論，但尚未有顯著影響，1820 年以後歷史主義及德國唯心論到達巔峰，盛行一元論（monism） – 就任何知識的真偽，均可由唯一判準來加以鑑別。⁷⁷知識的目的，變成追求唯一正確的價值判斷。在神學與哲學及政治的緊密聯合下，打破一元論是重大禁忌，這個現象直到 1945 年社會轉型之前，仍然鮮明地籠罩法學、禁錮法學思考。

上述觀察，對我們今日理解法學方法，十分重要。在 1945 年之前，貫徹歐陸法學的某種「自然法實證主義」（eine Art „naturrechtlicher Positivismus“），最重要的發源地就是法國，無論是否支持政教分離（Laïcité），法國的法學直到當代仍是自然法實證主義的重鎮。⁷⁸在法國以外，中歐地區（尤其德國）在十九世紀初雖開始受二元論哲學影響 – 主要源自休謨和康德，但也並未脫離自然法實證主義。⁷⁹正因歐陸傳統的自然法實證主義，帶有一元論神學色彩，二戰後自然法復興的主要課題，就在於方法論的更新。

1945 年以後，對於自然法，即使是法實證主義者，亦承認有「自然法的最低限度內容」（“the minimum content of natural law”）⁸⁰，學者大多不否認自然法存在，也不否定它的重要性，主要問題在於自然法跟實證法的關係，這不僅攸關法律與道德之辨，同時也延伸至「國際法」及「國家法」的優先性之爭。奧地利著名法學家凱爾森很早就對這個問題，預言發展方向，他在 1920 年發表《主權問題》書中，分析兩種對立的法律觀 – 主觀主義（國內法優先）及客觀主義（國際法優先），並預言將來客觀主義會取得優先地位，他寫道：

「主觀和客觀的法律觀〔Rechtsanschauung〕，是現今法學的爭論中心。尤其國際法理論，搖擺於兩種對立之間，徘徊不定，一邊是國家的個體主義，另一邊是人類的普遍主義，亦即一邊是把國家法秩序視為首要〔Primat staatlicher Rechtsordnung〕的主觀主義，另一邊是把國際法視為首要〔Primat des Völkerrechts〕

⁷⁵ Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 377-8.

⁷⁶ 參考比較 Schöffen Gerhard Otte, *Dialektik und Jurisprudenz, Untersuchung zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt/M. 1971, S. 7; Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 391。

⁷⁷ Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 375-6.

⁷⁸ Wolfgang Fikentscher, a.a.O..

⁷⁹ 參考比較 Wolfgang Fikentscher, a.a.O., Bd. 1, S. 377。

⁸⁰ H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (1961), Second Edition, with a Postscript edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz (Oxford: Clarendon Press, 1994), p. 191.

的客觀主義。不過，肯定的是，國際法理論會朝向某種客觀主義的法律觀〔auf dem sicheren Wege zu einer objektivistischen Rechtsanschauung〕。⁸¹

凱爾生的預言，在二戰後果然逐一實現，國際法的規範效力，在普遍欠缺國家強制力的情況下，只能訴諸客觀存在的法規範－某種普遍自然法。但問題是，在國家實證法之外，有何客觀普遍的自然法規範？站在國家法的主觀主義立場，法學接受法律權威一元論（即國家法的唯一權威），在此之外，若要承認國際法的效力，如此兩個不同法體系之間，若有任何衝突，我們該選擇服從國內法？抑或服從國際法？

凱爾森提出以「基本規範」（Grundnorm, basic norm）為前提，設想在這個前提底下，才導出所有法規範，則國內法和國際法可被建構為一個整體（unity），以追求「和平」為目的（價值）。眼尖的讀者不難發現，身為國際法理論的創造家，凱爾森使用方法二元論，嚴謹論證（建構）得出法的秩序。

2.2. 價值主觀（或相對）主義：方法二元論

(BD) 主觀主義/方法二元論：某事物 X 的價值，是依認識者 Y 的感受而定，因此價值是主觀的，並且沒有唯一正確的答案。

自然法的客觀價值，一如許多美好事物，其存在可被發現、被遮蔽、破壞或質疑。反對自然法及其價值，主要是基於方法的要求，而不完全是針對其理想或本質。

價值的相對主義，早已出現在古代智者（或稱詭辯學派）的哲學裡，但如前述基督神學的影響，直到十八世紀經驗論哲學興起，講求科學方法的價值思考，重視由「利益」（關注、興趣、選擇等）所反映的主觀價值，「感受」價值及衝突是實踐推理的前提，這些感受不僅出現在倫理、道德或法律問題中，也表現於藝術和品味。

然而，對於法律的感受－法感、是非感、道德感、正義感，究竟是否可被用於法律推理（legal reasoning）？試想，法感有可能是經驗累積而成的敏感度，也可能是習慣性誤解累積而成的偏執，能用以判斷一個人是否犯罪？罪責輕重？甚至用於排除惡法？簡言之，人有自然感受是事實（fact），而法律屬於規範（norm），兩者的知識屬性完全不同，因而用語言表達的方式也不一樣，如底下的例子：

⁸¹ Hans Kelsen, *Problem der Soveränität*, 2. Auflage, 1928, S. 319; 參考 Markus D. Fyrnys, „Primat des Völkerrechts – Die Völkerrechtslehre Hans Kelsens“, *StudZR* (2/2006, 237-262), p. 237; Nicoletta Bersier Ladavac, “Hans Kelsen (1881-1973) Biographical Note and Bibliography”, *European Journal of International Law* 9 (1998), pp. 391-400。

(F) 絕大多數人，都無法忍受滅絕種族的法律。

(N) 滅絕種族的法律應該消失。

上述(F)語句表述事實，(N)語句表述規範，這兩個語句各自獨立，彼此沒有邏輯推論的關係。通常，我們看到一般的語言狀況，大多可分類成這兩大類－講述事實（實然語句），或講述規範（規範語句、應然語句）。法律是針對生活事實的規範，因此不但要仔細釐清事實，又必須做出規範上的判斷，在方法上必然有嚴謹的要求。今日法學方法論，強調嚴謹檢視「實然－應然問題」（"is-ought problem"），做為學習方法的第一步，而這個問題正是二戰後方法論辯的核心，從上述(F)和(N)的例子，不難看出「事實」存在或許無疑，但要證明「規範」－應該加諸規範於事實之上－則需要理由（reasons）。重視法律理由，進而重視法學者的價值判斷，促使二戰後價值法學的興盛。

在探討價值推理之前，要先釐清什麼是「實然－應然問題」（"is-ought problem"），這是由十八世紀蘇格蘭哲學家休謨（David Hume, 1711-1776）提出的，坊間常見簡化他的說法，以至造成誤解，其實休謨並非反對事實與規範有關，他關心的是推論方法。

在《人性論》（*A Treatise of Human Nature*, 1739）第三卷〈論道德〉（"Of Morals"）一開頭，休謨引述古羅馬詩人盧坎（Marcus Annaeus Lucanus, 39-65）的戰爭史詩：「愛好素樸道德之人，你現在至少要問道德在哪，要求一窺她善美的真貌。」（"Durae saltem virtutis amator. Quaere, quid est virtus, et posce exemplar honesti."）⁸²針對戰禍的善惡根源，休謨提出要以實驗性的推理，探討道德為何物，並指出常見問題：

「在所有的道德體系中－就我所接觸過的，我總是注意到寫作者採取一種習慣的推論，無論設定上帝存在，或者對人類生活事務的觀察，我驚覺發現，寫作者提到平常『是』與『否』〔is, and is not〕的關係語詞時，其說詞都會連帶地帶入『應該』與『不該』〔an ought, or an ought not〕的字眼。這樣語詞改變，是不知不覺的，但卻發生決定性效果。由於加入『應該』或『不該』，表達的是另新的關係或肯定，這有必要被覺察和加以解釋，同時，也要給予理由，否則無法讓人理解－究竟這個新的關係如何從前者導出，畢竟兩者完全不同。可是，寫作者往往不夠嚴謹，我強烈推薦讀者要注意；從注意這個小地方，我相信會翻轉所有通俗的道德體系，而且我們將看到，惡與善的區別，絕非只是在客體〔objects〕找到的某種關連區分，也非依靠理智〔reason〕所能察覺。」⁸³

由休謨的原文可知，他在意的是如何解釋道德規範、給出理由，這才是談論道德善惡的重點。同樣的，法律的規範，在方法上必須重視理由，而不能僅有事

⁸² Lucan, *Pharsalia*, Book IX, 560.

⁸³ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1739, Book 3: Of Morals, Part 1, Section 1, p. 319.

實觀察 – 也就是事實的存在，要與其規範理由分開思考，這就是著名的知識及方法二元論 (epistemological, and methodological dualism)。休謨認為，「理由」的產生，表達的是主觀感受的「價值」(value)，也就是基於人「自然」或「真實」的情感。由此，我們才可正確理解休謨名言：「理性是情感的奴隸，而且只應如此，理性絕不能僭越本分，亦即只能順從於情感。」(“Reason is, and ought only to be the slave of the passions, and can never pretend to any other office than to serve and obey them.”)⁸⁴。不同於一般認為人應該運用理智、不受情感左右，休謨所要談的是：人性順從自己的情感，而去尋找理由。情感真實存在，若情感與理智違背，必定是情感之外的因素所造成；情感無關對錯（無關理由成立與否）指的是 – 就情感本身的感受性，如其所是的呈現並沒有對錯可言。換句話說，理性順從情感，並不會出錯，而用以解釋情感的理由與判斷，才有對錯之分⁸⁵。

類似休謨的思路，在古代及中世紀哲學便已存在，但僅是基督神學中枝微末節的一頁，直到十八世紀休謨的經驗論哲學崛起，才大幅進展⁸⁶，邊沁首將它帶入英美法學，他同樣採取二元論方法，對於探求「法律的價值」，特別強調探求立法者應遵循的原則，即廣義的道德原則，是使法律能實現最大多數人的「快樂」（福祉），亦即以實現福祉最大化的「善」為目的⁸⁷。邊沁提倡效益主義，有當時為求改革英國普通法「陋習」的社會背景，亦即要打破長期影響普通法解釋的「不明確的自然法」，力促採用明確的效益原則 – 實現最大多數人的最大快樂，才是人類行為的唯一正確的、適當的、又普遍欲求的目的(“the only right and proper and universally desirable end of human action”)⁸⁸。經過邊沁和奧斯丁的努力，大約自1832年奧斯丁接續出版牛津大學法理學講義，因社會接受度頗高，此後英美法學明顯大步邁向法實證主義，主張法律與信仰分屬不同的領域 – 法律是知識，而非信仰，在方法上徹底揚棄宗教神學的一元論，改採二元論 (dualism) – 區分規範與事實為兩個範疇，趨向接受多元的價值觀，更積極發展日常語言哲學的分析方

⁸⁴ David Hume, *A Treatise of Human Nature*, 1739, Book 3: Of Morals, Part 3, Section 3.

⁸⁵ “In short, a passion must be accompanied with some false judgment in order to its being unreasonable; and even then it is not the passion, properly speaking, which is unreasonable, but the judgment.”

⁸⁶ 英國早期的經院哲學家 Anselm von Canterbury (1033-1109) 及後來奧坎 (William Ockham) 受柏拉圖和新柏拉圖主義影響，這兩位都對英國法學方法產生影響。

⁸⁷ 邊沁於 1822 年《道德與立法原則導論》一書的修訂再版，增加一處註腳指出，英文使用「快樂」(“happiness”) 比「效益」(“utility”) 更容易令人瞭解，所以「效益原則」(“the principle of utility”) 亦被稱為「最大化快樂原則」(“the **greatest happiness principle**”)，還特地使用粗體字予以強調，參見 Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (first published in 1789). A New Edition corrected by the Author (1823), *ibid.*, p. 6, fn. 1。

⁸⁸ Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1823 (1789), *ibid.*

法，使價值思考趨於細緻化。

二戰後自然法復興，牛津分析法實證主義的代表哈特（H. L. A. Hart, 1907-1992）為效益主義法學辯護，他在 1958 年發表〈實證主義以及法律和道德的分離〉一文，指出法實證主義的方法，具有「清晰」的優點，價值論證所需「想像力」亦有之，他說：

「〔...〕首先，我想說明，為什麼即使霍姆斯〔Oliver W. Holmes〕在美國的聲名可能起起落落，而我卻認為，他在英國人眼中永遠是法學的英雄人物。原因在於，霍姆斯很神奇地結合了兩個特質：一個是想像力，〔imaginative power〕，這是英國法學思考經常欠缺的；另一個是清晰〔clarity〕，這是英國法學思考通常具備的。英國的法律人讀霍姆斯的文字，會發現他認為有理和穩定的見解，真的總是一直發揮影響。這個發現，同時引人注意他的說詞，可能未必令人贊服，甚至感覺牽強，但從不會晦暗不明。就像我們的奧斯丁〔John Austin〕一樣－霍姆斯跟他有許多相同的理念和思想，霍姆斯有時也明顯錯誤；但正如奧斯丁一樣，當犯錯時，霍姆斯總是**錯得很清晰〔wrong clearly〕**。這就是法學的至高美德〔**This surely is a sovereign virtue in jurisprudence**〕〔...〕法學在許多議題邊緣，因不確定而害怕，以至於總是要有人－用邊沁的話來說，勇於『**揭開神秘者的面具**』〔**“to pluck the mask of Mystery”** from its face〕。」⁸⁹

哈特同時指出：

「『**法實證主義**』〔“Legal Positivism”〕這個詞不是貶義的，就如在知識戰場上大多數常被當飛彈一樣使用的語詞，它變成許多讓人困惑的罪惡集合體，其中一項罪名，無論是真的、或被加上的，都跟－如邊沁和奧斯丁所做的－堅持主張『**法律事實上是什麼，以及法律應該是什麼，兩者的分離命題**』〔“the separation of law as it is and law as it ought to be”〕有關。」⁹⁰

上述引文，簡潔扼要地道出法學採方法二元論，嚴格區分“**law as it is**”和“**law as it ought to be**”，也就是區分「事實」（fact）和「規範」（norm），分析法實證主義堅守此一區分，宣告了基督神學與法學的徹底分離，其貢獻是促成法學方法更新，法學不再以經院哲學的邏輯學為宗，也不以神學預設的唯一客觀真理為目的，轉而重視法律論證，二戰後實證主義的價值法學，將在下一節討論。

當經驗論哲學促使英美普通法現代化，德國的工業化在 1850 年代後才剛起步，比英法等國晚了約一世紀，進展雖相當神速，但打破舊有道德及羅馬法權威，取而代之的國家法，尚未成熟，不足以擔起社會重任，只能靠法學的智慧填補空隙，耶林及同時代的人倡議二元思考，求取自然法與實證法之間的調和互補。為

⁸⁹ H. L. A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, Vol. 71, No. 4 (Feb., 1958), pp. 593-629, at pp. 593-594; 引文中粗體字型，為筆者所加。

⁹⁰ H. L. A. Hart, 1958, *ibid.*, p. 595.

了證立國家法的權威，十九世紀法學方法論有長足進步，耶林正好處於這個浪頭之上，早年研究羅馬法的他開始反省歷史主義，一方面對普世的自然法論有新的看法，另一方面接受邊沁效益主義及二元論，把價值思考帶入當時歐陸法學。

原為歷史法學派健將的耶林，轉向目的法學，對於法學發展極為關鍵，羅德布魯赫曾說，若無耶林，即無法想像德國的法學理論。耶林認為，對於法律的理解，有三個步驟：法律解釋、法律建構、法律體系化。同樣地，羅德布魯赫（Gustav Radbruch）在《法學導論》中提到法學方法的三層次：解釋（Interpretation）是針對個別的法律規範，建構（Konstruktion）針對法律規範的有機組合，而體系化（System, Systembildung⁹¹）則針對法規整體的秩序。在這三個步驟或層次當中，影響解釋、建構和體系化思考結果的，有兩個因素：（一）使用什麼概念範疇，以及（二）採取什麼價值及目的⁹²。

例如，刑法的某一犯罪類型，解釋（interpretation）一開始使用犯罪概念，其次建構（construction）建立範疇，最後將範疇元素融入體系（system），這個法律「解釋/建構/體系化」過程並不是各自獨立，而是一個法規的詮釋過程，實際在想像中是交互進行的，為說明方便，以刑法處罰殺人罪為例，詮釋過程的簡要理解如下⁹³：

1. [解釋] 刑法分則規定殺人罪；解釋個案中行為人是否構成殺人、其行為動機、侵害生命法益的程度（例如，輕傷、重傷或致死等）及法律效果。
2. [解釋/建構] 刑法分則與刑法總則，建構成一個規範體系；總則規定的正當防衛、緊急避難等，如何適用於具體個案（例如，根據犯罪概念的三階層理論、或二階層理論）。
3. [建構/體系化] 刑法體系與其他法律（如憲法、民法...）構成一個法體系（法秩序）；體系化思考刑罰要實現的價值或目的，具體個案的法益衝突及衡量（例如，採刑罰應報理論、或預防理論，相關法律的價值原則及論證）。

耶林所說的方法論三步驟，在後人的法學方法論中一再重現，儘管說法有些不同，但三者的方法目的，大致是一樣的⁹⁴：

⁹¹ Ralf Dreier 使用“Systembildung”一詞，此字易突顯體系化的動態、建構，參考 Dreier, “Zur Problematik und Situation der Verfassungsinterpretation” (1976), in *Recht-Moral-Ideologie*, 1981, S. 112, 132 Fn. 31。

⁹² 參考 Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (1952), hrsg. v. Konrad Zweigert, 13., durchgearbeitete Aufl. (Stuttgart: K. F. Koehler Verlag, 1980), S. 283; Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 2003 (1998), S. 113。

⁹³ 有關刑法的犯罪概念，學者區分三階層理論和二階層理論，以及各有不同價值思考，參考黃榮堅，《基礎刑法學（上）》，4版（台北市：元照出版社，2012年），pp. 179-187。

⁹⁴ 相關討論參考陳愛娥，〈法體系的意義與功能－借鏡德國法學理論而為說明〉，收於鄧

- 1.〔解釋〕理解法律的文本。
- 2.〔建構〕形成法律的理論。
- 3.〔體系化〕達成法律適用的一致性（價值一致性）。

但是，「體系」畢竟是一個非常抽象的概念，並不像法學者通常以為的理所當然。因法體系隨文化而有不同，所以法學的體系思考，也被精準傳神地稱為**文化的建構**，例如刑法體系的性犯罪和歸責，明顯因地域文化有別。即使英美普通法與歐陸法有共通的羅馬法和自然法淵源，兩大法體系的價值和方法，亦不盡相同。

耶林的價值法學，在方法上與英美分析法實證主義相近，都認為法律規範性不可能來自道德，因為道德並沒有這樣大的力量，社會中固然存在道德權威，但在現代國家法秩序當中已不足產生實質效用，實證法的權威（**authority**）是另一個新的課題。新康德價值法學的法認識論，立足於反對歷史主義的一元論（**monism**），傾向於經驗主義的二元論（**dualism**），而後再將二元論予以細緻化，而發展出方法三元論（**methodological trilateralism**）－指出認識對象分為三個範疇，除了應然和實然（**Sollen, Sein**）之外，還存在「價值」（**Werte**）。迄今總結而言，不論站在哪一種學派立場，在討論法體系時，均無法忽略價值的前提，二十世紀後面對價值衝突的課題，法學勢必另謀方法出路。

2.3. 法的理念：朝向方法三元論

- (T) 新康德相對主義/方法三元論：某事物 X 的價值，是依認識者 Y 與 X 之間的特定關係而定，亦即價值是依附於經驗的，並且有合於目的性的主觀普遍性。

從上述休謨提出著名的「實然－應然問題」（“**is-ought problem**”）之後，「實然－應然」問題如何過渡？形成重要問題意識，因此導向一種方法二元論。但二元論者如果不停留在只是區分兩者差異，還希望應然與實然有所連結，這樣的連結有兩種方向：

- (**BD-1**) 尋找應然和實然背後共同基礎－回到先驗基礎。
 (**BD-2**) 尋找應然和實然之間的中介可能－價值。

方法二元論者的兩種尋找過程，並非俯拾即得，如英美或歐陸法學找尋實證法的規範基礎時，遇到各種難題並嘗試加以克服。例如，方法二元論的捍衛者凱爾森（**Hans Kelsen**），本身是堅定的法實證主義者，他的純粹法學就採取了(**BD-1**)方式，而凱爾森提出的方法論－預設有一先驗的基本規範（**Grundnorm, basic norm**）

為法體系效力來源，其精細的分析方法，使哈特甚至表示：凱爾森其實不算是法實證主義者，而是一個分析家（*analyst, Analytiker*）。⁹⁵

從方法論的角度來看，哈特此說頗有道理，因為二戰前後的新康德哲學家，為了克服二元論遇到的困難，在方法上創新康德語彙，如凱爾森的「基本規範」論，運用了康德「先驗」哲學（*”transzendente” Philosophie*），格外吸睛，至於他是否堅持法實證主義的分離命題，對「基本規範」已確立的論證強度，絲毫沒有影響。凱爾森在二戰後論述國際法，採取的立場介於價值主觀主義及客觀主義，他闡述國內法與國際法的一體性、同時容納一元論與多元論觀點，至今引發迴響與討論⁹⁶。

方法二元論遇到的瓶頸，不外乎就是事實與規範的嚴格區分，造成規範理由無法自事實導出，那麼理由從哪裡來？新康德價值學派，對這個問題提出解方為（*BD-2*），也就是尋找應然和實然之間的中介可能－價值，德國當代著名法哲學家羅德布魯赫（*Gustav Radbruch, 1878-1949*）是重要代表。

按照德國法哲學家德萊爾（*Ralf Dreier, 1931-2018*）的看法，羅德布魯赫雖以新康德主義的方法二元論為基礎，但受到韋伯和社會主義的文化及歷史哲學影響，他的法哲學基礎是方法三元論，而且這個方法立場在他早期的著作中確立，一直到戰後都未曾改變。因此，他的法哲學不屬於法實證主義，也不屬於自然法學傳統，而是一種與時並進的價值哲學。

事實上，青年時期的羅德布魯赫，很早就有自己一套世界觀和人生哲學，認為人文比法律更重要，更能引起他的興趣，而寧可整天抱著歌德的作品不放，也不肯乖乖坐在法律系課堂上，一般法律的書籍也引不起他的興趣，當他聽說刑法學界有個令人頭痛的傢伙時，他反而對這個人的東西好奇、並想要去接觸，這個人就是日後他的老師李斯特（*Franz von Liszt*）。

在方法上，新康德學派探討判斷力的作用。判斷力（*Urteilkraft*，英譯為“*power of judgment*”）是康德美學的一個重要概念，在語用上，必須注意區分判斷的過程（*act of judging*）及判斷結果（*judgment*）。沿襲康德美學的看法，判斷過程遠比結果重要：只有能夠揭示判斷的理由（推理），才能保證一項判斷雖然是「我的主觀」判斷、但卻基於普遍「客觀」的判準（主觀的普遍性），而非僅傳達未經反思的主觀感受－例如只是「我覺得，我的感受是...」美、善或平衡等，而非具

⁹⁵ H. L. A. Hart, “Kelsen Visited”, 10 *UCLA Law Review*, 709 (1962-1963), at p. 723；參考 Wolfgang Fikentscher, *Methoden des Rechts*, a.a.O., Bd. 2, S. 339。

⁹⁶ Hans Kelsen, *The General Theory of Law and State* (New York, 1945), Part Two, Chapter VI, C: “The Unity of National and International Law (Monism and Pluralism)”, pp. 363-388；參考 Aliprantis/Olechowski (Hrsg), *Hans Kelsen. Internationale Tagung an der Akademie von Athen* (Wien, 2014)。

客觀性的價值表述（價值判斷）及可推己及人的反思美、善或公平。

這裡要說明，羅德布魯赫命題的哲學基礎，是建立在方法三元論（Methodentriismus）上。首先，按新康德學派的觀點，出於認識的必要，在方法上，嚴格區分實然與應然判斷，才不會混淆兩種截然不同的事物（認識對象），因此在推理中，不能從實然判斷導出應然的判斷，亦即方法二元論從休謨、康德到新康德學派，在立場上並未改變。儘管對於方法二元論，另有富有創意的質疑和修正，但二元論的基本立場從未動搖。

羅德布魯赫所屬的海德堡學派（西南學派），也是在二元論的基礎上，重新反省實然（Sein）與應然（Sollen）的關係，提出一種新康德主義的價值哲學，主張價值（Werte, values）是實然與應然的中介，由此發展為方法三元論。根據方法三元論，實然是出於現實的描述，應然是道德的陳述，這兩者都是真實的。也就是，這兩個範疇分別涵蓋兩種真實經驗與判斷－我們一方面經驗自然界和社會的一切現實，另一方面也體驗道德的規戒，前者教我們認識事物，後者教我們正當的行為。

除此之外，還有一些事物游移於兩者之間，也就是無需規範，可供我們自由選擇，例如過什麼樣的生活算是好的？喜歡和什麼樣的人交往？喜好什麼樣的環境？希望如何分配自己的時間和金錢？許多這樣的選擇都是源於價值取捨，沒有簡單的對錯或一致的善惡美醜標準，亦即這類判斷的基礎（根據）往往是出於相對的、分歧的價值。

因此，按新康德價值學派觀點，必須區分三種認知的形式（the three forms of cognition）－實然、價值、應然。價值，居於前後兩者中間，它是實然與應然的中介。而法律判斷為「實然－價值－應然」的規範性命題。羅德布魯赫的方法三元論，強調價值的獨立範疇（就認識而言），與他所主張的價值相對主義（Wertrelativismus）立場是密不可分的。換句話說，價值像是我們探索應然的媒介，既有相對的價值存在，那麼應然判斷必須能夠打通（說服）眾多價值的圍籬，才可能樹立而不搖、並經得起時間考驗。

就法律的規範性，由此可區分規範性判斷的兩個層面（two levels of judgments）：一是理論層次（doctrinal level），即就法律概念（Rechtsbegriff）而言，為有關文化價值的規範性判斷；另一是基礎層次（fundamental level），即就法律理念（Rechtsidee）而言，為有關應然的判斷。這一組區分用於理解法學研究取向，便可得出方法三元論所對應的三個方向：（一）法社會學，為針對實然，觀察和分析法律的現實；（二）法哲學，為針對應然，探索法律的根本價值；以及（三）法釋義學，為針對價值，探討個別法律的解釋與適用。

法學因對於法體系的描述、評價和規範，在方法上強調重點不同，根據方法二

元論和三元論，要求法律判斷不可混淆三種語句命題 – 描述性（**descriptive**）、評價性（**prescriptive, or so-called empirical**）和規範性（**normative**）的命題，而介於描述性和規範性兩種語句之間的，就是評價性（又稱經驗性）語句的範疇⁹⁷。這個區分也被認為有助於理解：一個法學理論，究竟預設了何種法體系觀點？其重點放在提供法體系的描述，抑或表達法體系的內含價值、甚至表達法體系的規範性要求？因此，法理論又被區分為三種類型：描述性、評價性、或規範性的法理論（**descriptive, prescriptive, or normative legal theory**）⁹⁸。法體系的⁹⁹理解不同，並不影響法學共通的一個方向 – 法律判斷必帶有價值，並必然要對法規範提出理由。

法釋義學必須重視法哲學，原因即在於應然的規範性判斷，是哲學性的工作。在認識論及方法更新的背景下，價值法學（德文為“**Wertungsjurisprudenz**”，法文為“**jurisprudence des principes**”或“**jurisprudence des valeurs**”，英文為“**jurisprudence of values**”，晚近也有“**jurisprudence of social values**”）的哲學基礎，即使排除神學及古典自然法⁹⁹等一元論，仍然十分多樣，因此很難被簡化歸為一類。正因為「價值」概念及論證方法（價值學）的多樣及發展，價值法學逐漸發展成一個跨學科的法學研究取向。

根據這節的分析，初步了解其認識論與方法論背景，歸結價值法學的形成及發展，大致可分成六個階段：（一）大約自 1800 年邊沁的效益主義，首先影響英美法學，（二）大約 1860 年後，有德國邊沁之稱的耶林創立目的法學，延伸產生後來的利益法學，（三）二戰之前約 1910 年後，歐陸的新康德價值學派，（四）二

⁹⁷ 按價值學的分析，規範性與評價性的語句（以及命題）有不同意涵，兩者要加以區分，例如說：「這是一部好車。」（評價性語句），跟「開車要禮讓行人。」（規範性語句），前者並不蘊含行動指引（**guide, or directive**） – 價值陳述或可暗示某種意思，但非必然有指引之意，而後者則蘊含行動指引 – 規範陳述的特性，所以規範性語句也被稱為指引性陳述（**directive statement**）。特別要指出這點，因為也有學者把評價性語句視為規範性語句的一種，例如「[...] 我們的規範論述，除了包含『應該』之外，還包括了各種評價概念，如，『好/壞』、『美/醜』等。『應該』與『好壞』的對照，也就是一般所謂的『指引性論述』與『評價性論述』[eg. David Wiggins, 1976:95-96] 的區分。[...] 這兩種論述顯然有別於描述性或事實性論述[...]，那麼它們之間有什麼共同點，為什麼都算是規範論述？很自然的答案是：（真正的）應該和價值都蘊涵理由。[...]」，詳見吳瑞媛，〈導論〉，謝世民主編，《理由轉向：規範性之哲學研究》（國立台灣大學出版中心，2015 年）（pp. 1-77），at pp. 18-19。

⁹⁸ 參考 Brian H. Bix, “Types of Legal Theory”, in *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (Living Edition), eds. Mortimer Sellers and Stephan Kirste (Springer Link, first online: 06 June 2017)。Kent Greenawalt, “Prescriptive Equality”: Two Steps Forward”, *Harvard Law Review*, Vol. 110, No. 6 (April, 1997), pp. 1265-1290。

⁹⁹ 有關價值來源、規範與理由的論證分析，參考陳妙芬，〈人性化的活動-人文價值的意義與規範性〉，《政治與社會哲學評論》，第七期（2003 年），pp. 1-40。國內學界相關研究脈絡及觀點，參考謝世民主編，《理由轉向：規範性之哲學研究》（國立台灣大學出版中心，2015 年）；何宗興，〈評謝世民主編《理由轉向：規範性之哲學研究》〉，《東吳哲學學報》，第 36 期（2017 年 8 月），pp. 133-144。

戰後約自 1960 年，加入英美分析法實證主義，延續邊沁學說及價值多元論，(五) 1970 年代加入法律詮釋學，(六) 以及晚近加入分析法學的「價值衝突」研究取向。

在這六個階段中，價值法學各有不同特色：新康德學派傾向價值相對主義，部分看法接近柔性法實證主義，詮釋學則強調不同話語（來自不同學科、歷史文化背景等）之間差異形成的解釋衝突，而尋求一種中介方法加以折衝，詮釋學方法因此自成一格，難以被劃歸實證主義法學或自然法學，而分析法實證主義、其他分析法學及晚近價值研究的加入，更大幅展開了價值法學的光譜，在與時俱進的變化中，現今談論價值法學，有必要了解討論背景及對象。