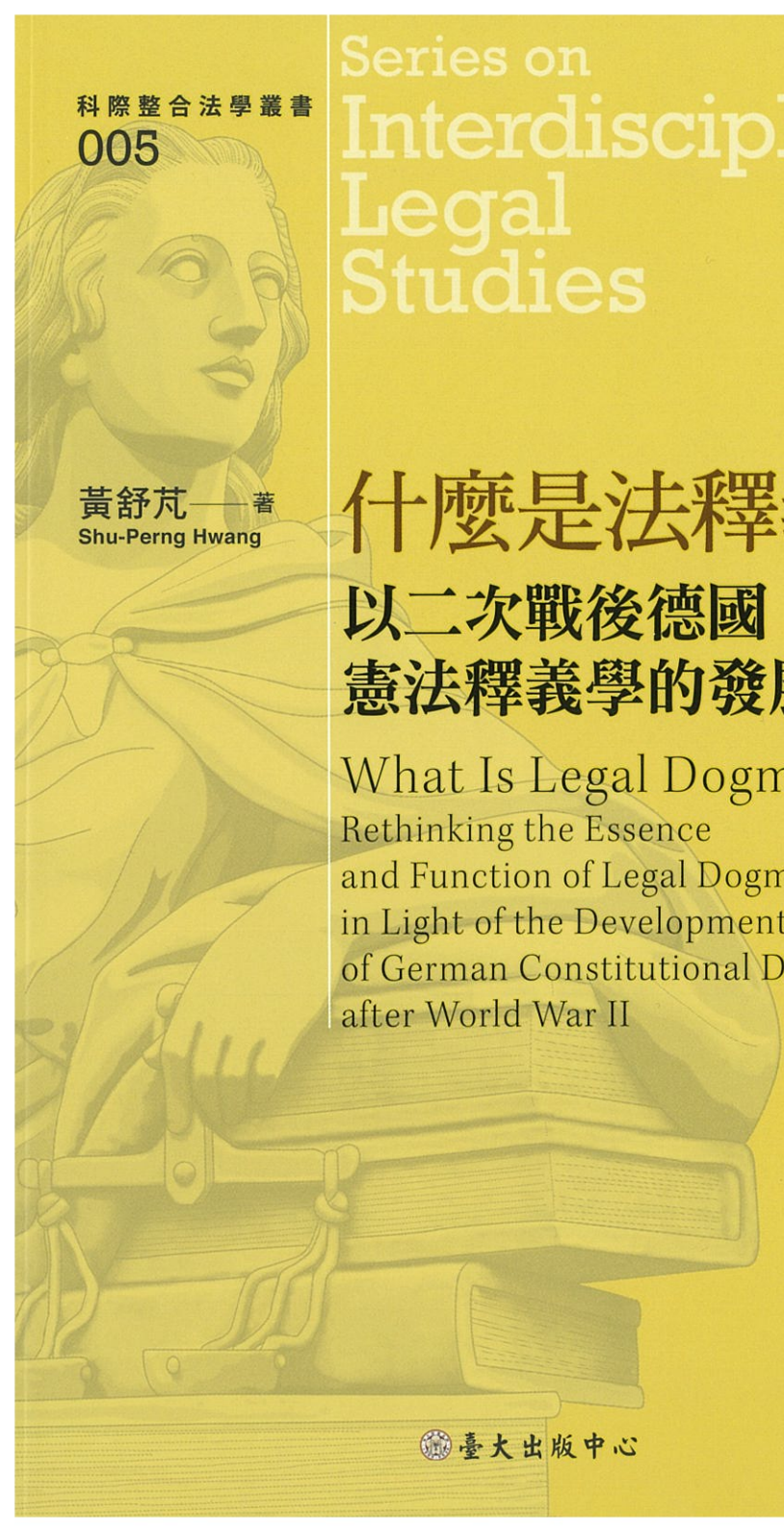
科際整合法學叢書
005

Series on
Interdisciplinary
Legal
Studies



黃舒芃——著
Shu-Perng Hwang

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

What Is Legal Dogmatics?
Rethinking the Essence and Function of Legal Dogmatics in Light of the Development of German Constitutional Dogmatics after World War II

臺大出版中心

科技部人文社會科學研究中心補助出版

科際整合法學叢書
005

Series on
Interdisciplinary
Legal
Studies

黃舒芃——著
Shu-Perng Hwang

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

What Is Legal Dogmatics?
Rethinking the Essence
and Function of Legal Dogmatics
in Light of the Development
of German Constitutional Dogmatics
after World War II

科技部人文社會科學研究中心

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

自　序

法釋義學是一門許多人自認瞭解、但卻充滿誤解的學問。近年來，法釋義學更經常背上保守甚至落伍的負面形象，進而一再受到批評；國內許多法學者也因此往往強調自己的研究不屬於法釋義學，或者超越了法釋義學的格局，把法釋義學視為必須極力撇清的對象。這樣的背景，刺激我不斷反覆思考：自己長期以來所認識、學習，進而投注心力研究的法釋義學，究竟是一種什麼樣的知識領域？為什麼明明是一個致力於解決現實問題、而且講究與時俱進的學科，法釋義學在台灣卻越來越常成為落後的代名詞？經由這段反思的過程，我深刻體會到：澄清法釋義學的本質、任務與目標，對於破解當前關於法釋義學的諸多迷思與誤會、進而協助真正理解法律在社會中應該扮演的角色來說，有其正本清源而且刻不容緩的意義。正是這個體會，促成了本書的寫作。

本書得以順利完成，並由臺大出版中心出版，首先要感謝「科際整合法學叢書」主編王泰升老師的鼓勵與支持。寫作專書不比寫作單篇論文，更難與將單篇論文加以改寫後集結成書相提並論。要在繁忙的研究與行政日常中，專注產出一本學術專論，需要在時間安排上格外用心，更需要恆心與毅力，一鼓作氣地將作品完成。王老師不但積極督促我訂下「專心寫出一本中文專書」的工作目標，在寫作過程中，更對主要論點的發想和內容的形成，提供了具體的建議。也正因為與王老師的約定，使得我儘

科技部人文社會科學研究中心

管經歷寫作初期的躊躇與掙扎，但總算能夠突破各種關卡，甚至越寫越順，越寫越有樂趣與成就感，終於如期完成了初稿。此外，要感謝兩位匿名審查人對本書進行了細心的審閱，並提供寶貴的建議，本書內容也因此而有所增補。本書從通過臺大出版中心的學術審查到正式出版這段期間，經歷不少繁瑣的編輯與校對作業。在此要感謝臺大出版中心的編輯游紫玲小姐，以及我的研究助理梁振瑋先生與張德志先生，對諸多相關事務的協助。

如果沒有許多人在寫作過程中給予各種精神上的支援，本書這段從無到有的經歷，想必是更加艱辛。在這裡，我要特別感謝長年來的討論夥伴鍾芳樺老師，在百忙中仍不吝仔細閱讀我的各章初稿，和我逐章討論，而且提出了很多讓我受益無窮的修改及補充意見。此外，在寫作過程中，中研院法律所的多位同仁不時幫我加油打氣，並且不吝以他們的肯定與期待，促使我堅持下去，這些都成為幫助我心情穩定的力量，讓我心懷感激。最後，我也想藉著出版本書的機會，對我在學習法律這門學科的過程中，所有曾經在他們的課堂上，或者透過他們的作品，教導過我的師長，由衷地說一聲感謝。他們的引導與啟發，成就了我對法學知識的理解，也讓我更清楚確信法釋義學的意義與價值所在 。

葛舒芃

2020年3月3日於台北

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

科技部人文社會科學研究中心

目　錄

自序 iii

第一章　緒論 001

第二章　法釋義學為何與如何構成德國法學的重要內涵？ 009

第一節　德國法學界對法釋義學的功能定位與發展訴求 011

第二節　二次大戰之後的德國憲法釋義學 018

第三節　小結 024

第三章　納粹統治歷史對二次戰後德國憲法釋義學的影響 025

第一節　以「徹底告別納粹統治黑暗歷史」為職志的基本法秩序 027

第二節　戰後初期憲法釋義學的核心訴求 031

第一目　法治國的新典範 032

第二目　無漏洞的基本權利保護 041

第三目　完整而有效的憲法拘束 047

第三節　戰後初期憲法釋義學的發展軌跡 052

第一目　憲法學界主流的形成：政治法治化 052

第二目　聯邦憲法法院的貢獻 058

第三目　由憲法學界與實務界共同促成的憲法釋義學 066

第四節　戰後初期憲法釋義學的發展對基本法秩序內涵及走勢的影響 069

第一目　奠定基本權利的價值取向與多功能面向 069

科技部人文社會科學研究中心

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

第二目　鞏固聯邦憲法法院作為「憲法守護者」的中心地位……073
第三目　構成憲法實質化的開端……076
第五節　小結……082

第四章　基本權利與民主的緊張關係作為當代德國憲法釋義學的核心課題……085
第一節　從主張政治法治化到警覺基本權利與民主之間的對立……087
第一目　基本權利與民主的對立作為法與政治的對立……087
第二目　基本權利與民主的對立作為少數與多數的對立……093
第二節　從確保政治法治化到批評聯邦憲法法院的政治化危機……097
第一目　從法治國到司法國……098
第二目　從價值化到實質化……104
第三節　從追求政治法治化到保障立法者的政治形成空間……107
第一目　致力於緩解基本權利與民主間緊張關係的憲法釋義學……107
第二目　「政治形成空間」的訴求在理論與實務上的表現……111
第三目　憲法釋義學主流對實質化取向的依賴……120
第四目　持續被「聯邦憲法法院實證主義」籠罩的憲法釋義學……126
第四節　小結……131

第五章　基本權利與民主在歐洲化潮流下的統合：德國憲法釋義學對歐洲整合趨勢的回應……133
第一節　歐洲整合趨勢對基本法秩序的新挑戰……135
第二節　憲法釋義學因應歐洲整合趨勢的具體策略……143
第一目　從「國際法與國內法二元論」出發……144
第二目　堅持「國際法」與「歐盟法」的區分……149
第三目　「憲法同一性」概念的提出……156
第三節　基本權利與民主：從對立到合作的關係……161
第一目　統合在「憲法同一性」訴求下的基本權利與民主……162

科技部人文社會科學研究中心

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

第二目　統合在「憲法同一性」訴求下的「政治法治化」與「政治形成空間」……169
第四節　以捍衛憲法同一性為己任的憲法釋義學……173
第一目　藉由「憲法同一性」更上一層樓的聯邦憲法法院……173
第二目　藉由「憲法同一性」繼續實質化路線的憲法釋義學……178
第五節　小結……182

第六章　法釋義學落伍了嗎？兼評德國憲法學界對法釋義學的自我反省……185
第一節　從戰後德國憲法釋義學的發展軌跡看法釋義學的特色與挑戰……187
第一目　憲法釋義學的發展所彰顯的法釋義學特質……187
第二目　憲法釋義學的主流論述所凸顯的問題……195
第二節　當代德國憲法學界對憲法釋義學發展走向的反省……198
第一目　學術與實務的交流抑或混淆？法釋義學的「自我授權」功能凸顯的法學科學性與獨立性問題……199
第二目　體系與概念是解決問題還是簡化問題？法釋義學的「去脈絡化」暴露的反多元意識形態……208
第三節　本書觀點：以框架導向的憲法釋義學取代實質化導向的憲法釋義學……214
第一目　憲法釋義學的實質化傾向有何危害？……214
第二目　什麼是框架導向的憲法釋義學？……219
第四節　小結……229

第七章　結論……231

參考文獻……239

索引……289

科技部人文社會科學研究中心

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

第一章

緒論

科技部人文社會科學研究中心

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

什麼是法釋義學？望文生義，法釋義學很容易就會被理解成一種專注於「逐條釋義」的法學次領域。更具體地說，由於一般人對法律的印象，不外乎充斥著各種條文、概念術語和法院裁判，因此，法釋義學往往自然而然就和法律條文的解釋、法律概念體系的建構，以及判決評釋等等，劃上了等號。正因為法釋義學被認為是一門（只）關心法律如何解釋與適用的學問，所以長期以來，台灣法學界對於法釋義學，便形成了種種難以撼動的刻板印象。這些刻板印象包括：

一、法釋義學是一種抽象的說文解字

既然法釋義學向來關注法律概念的分析與法律條文的逐條釋義，它說穿了就是一套「說文解字」的功夫。也正因為它的本質與主要內涵就在於說文解字，研究的對象就是法條、法律概念或法院判決的文字內容，所以它勢必專注於抽象思考，相對不在乎法律制度的形成條件、發展脈絡與社會影響，當然也不重視個案特質與個體差異，甚至根本不曾留意到個別情況彼此之間有所差異。因此，在法釋義學支配下的法學，也成為一種只重視條文、概念與學說抽象羅列和辯論的學科。

二、法釋義學與社會脫節

正因為法釋義學就是一種抽象的說文解字，持續發展的結果，只是讓它越來越成為與世隔絕的象牙塔之學。法釋義學雖然重視法律如何解釋與適用，但因為只對文字與概念本身有興趣，對抽象法律條文以外的其他現象或知識一無所知，所以它所引導的法律解釋和法律適用，往往與社會現實或大眾認知嚴重脫節，也連帶導致法律解釋與適用的結果，仍然無法解決實際社會問

科技部人文社會科學研究中心

題。由此可見，如果法學的發展只侷限在法釋義學，勢必導致法律無法回應社會需求；只重邏輯，而忽略經驗。

三、法釋義學無法與時俱進

由於始終自我滿足於抽象的說文解字，法釋義學不但勢必與社會脫節，也勢必成為一種靜態的學問，因而陷入保守落伍的困境。法釋義學既然只重視法律條文與法律概念，對社會變遷不感興趣，它的說文解字可想而知，往往無法跟上時代腳步，自然無法發揮法律的社會功能。因此法釋義學不免使得法律變得僵化而沒有彈性，固守現狀而不知變通，最終喪失對社會的管制能力。

以上這些刻板印象，在相當程度上，也與台灣法學界對德國法學的刻板印象息息相關。由於台灣的法律體系乃至於法學的建構與發展，持續深受歐陸法系與德國法學的影響，而德國法學在台灣又始終普遍被認為係以講究概念、體系與法典為特徵，因此，許多人在接受或傳布法釋義學種種刻板印象的同時，也認為法釋義學的這些刻板印象，就是德國法學的典型樣貌。事實上，德國法學界出版註釋書（Kommentar）的知名傳統，表面上確實也呼應了所謂「德國法學（主要）就是法釋義學」的看法[1]；再加

1 在德國法學界，註釋書往往也被認為是最能夠表現德國法釋義學特徵的一種文獻類型。持此看法者，例可參見Andreas Funke, Der blinde Fleck des Kommentars, in: A. Funke/K. Lachmayer (Hrsg.), Formate der Rechtswissenschaft, 2017, S. 61; Oliver Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015, S. 53 (57, 90); Matthias Jestaedt, Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis – , in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, 2012, S. 117 (119).

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

上台灣法學界對德國法學的理解和引介，往往大量仰賴德國的法典、註釋書與教科書，自然而然更加深了德國法學和法釋義學密切關連的印象。在這樣的認知基礎上，前述對於法釋義學的刻板印象，於是連帶形塑了台灣法學界看待德國法學的方式：既然德國法學主要就是法釋義學，而法釋義學又不可避免地是一種抽象、與社會脫節、無法與時俱進的說文解字，因此德國法學的發展，也難逃抽象、與社會脫節、無法與時俱進的命運。反過來說，台灣法學界普遍對於法釋義學的刻板印象，多少也反映出台灣法學界普遍對於德國法學的理解：正因為在台灣許多人眼中，德國法學充分展現法釋義學重視逐條釋義、概念辯證、說文解字的特性，所以對這些人而言，德國法學就是徹底表現法釋義學種種刻板形象的最佳案例。由此不難想見，台灣法學界對法釋義學的批評，往往也同時構成了對德國法學的批評。因此，當許多人主張：為了克服呆板的逐條釋義，擺脫抽象、與社會脫節、無法與時俱進的缺陷，法學的發展應該超越法釋義學的時候，其實也同時是在主張：台灣法學應該從繼受德國法與德國法學的舊典範中掙脫。

台灣究竟應不應該（繼續）繼受德國法與德國法學，當然是可以討論的問題。然而，以「德國法學就是法釋義學」，以及「法釋義學是一種抽象、與社會脫節、無法與時俱進的說文解字」為由，主張德國法學不應該或不值得繼受，則恐怕是自始就誤解了德國法學與法釋義學。首先，德國法學本來就不只是法釋義學。光是從德國種類不勝枚舉的眾多論著當中便可發現，法釋義學從來都不是德國法學唯一熱中的研究取向，而且，德國暨德語世界的法學，向來也很重視不同研究視角和取向（包括法釋義學）各自的特點與功能，以及彼此之間的關係[2]。再者，更重要的是，一再被冠上前述各種刻板形象的德國法釋義學，從來都不

科技部人文社會研究中心

是一種「抽象、與社會脫節、無法與時俱進的說文解字」。相反地，德國法釋義學的發展，整體而言恰恰是為了讓法律能夠因應社會變遷，有效解決實際政治與社會生活中遭遇的各種具體問題[3]。也正因如此，所以它的範疇遠遠超過只專注於文字的法典釋義與概念解析，更不可能被簡化成說文解字。從這個角度看來，台灣法學界對法釋義學的刻板印象，無非是反映出台灣法學界許多人對德國法釋義學的偏頗認知。因此，台灣學界對法釋義學的批評，往往也是出自於對德國法釋義學的錯誤理解。

本書的主旨，就在於透過澄清德國法釋義學的本質與任務，回答「什麼是法釋義學？」這個問題。不過，本書並不打算以一種綜論式的、後設理論導向的論述，或者透過完整介紹德國法學界探討法釋義學意涵之各家專論的方式，來鋪陳本書的內容[4]。相

2 例可參見Thomas Vesting, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2015, S. 13-19（探討法釋義學、法哲學與法理論彼此的關連與區隔）；Winfried Hassemer, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik, in: G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, 2012, S. 3 (5-13)（區分法釋義學、法學方法論、法官法、法學與立法各自的任務）；Franz Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 2011, S. 84 ff.（探討法社會學如何改善法釋義學）；Michael Potacs, Rechtstheorie, 2015, S. 18 ff.（區分法理論、法哲學、法政策、法社會學與法釋義學）。

3 詳見本書第二章的討論。

4 德國法學界一方面固然經常把法釋義學當作面對實際法律問題時的具體操作工具，但另一方面也始終不忘在理論層面，分析並反省法釋義學的意義與功能。因此從過去到現在，直接以法釋義學為主題，專注探討法釋義學相關面向與問題的專論，一直屢見不鮮。較早期的著作，例可參見Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974; Jan Harenburg, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis: ein Beitrag zur Theorie der Rechtsdogmatik, 1986; Maximilian Herberger, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, 1981. 近十餘年來較具份量與系統性的作品，可參考Christian Bumke, Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, 2017;

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

對於此，筆者認為，藉由對德國法釋義學在特定領域發展背景與脈絡的解析，或許更能有助於展現法釋義學究竟為何能夠、又是如何透過持續不斷的發展，促進法律的演化，進而發揮它的社會功能[5]。換言之，筆者希望藉由詳細闡述德國法學在特定領域的具體發展軌跡，清楚呈現法釋義學的發展背景、發展緣由與發展動向，藉此說明法釋義學究竟在做些什麼？為什麼選擇特定的發展方向？又造成了什麼樣的影響？經由這樣的分析，本書期能清楚闡明：法釋義學的內涵與發展，既不是憑空創造，更不是為了自我滿足。不論從學術或實務的角度看來，法釋義學始終都是德國法之所以能因應與引導社會變遷的幕後功臣。

考量到筆者個人的研究專長，本書選擇以二次大戰之後，奠

Jannis Lennartz, Dogmatik als Methode, 2017; Martin Flohr, Rechtsdogmatik in England, 2017; Gregor Kirchhof/Stefan Magen/Karsten Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des öffentlichen Rechts?, 2012; Markus Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik. Von der rationalistischen Rechtsvorstellung zu einer rechtstheoretisch angeleiteten Dogmatik des Öffentlichen Rechts, 2007; Jan C. Schuhr, Rechtsdogmatik als Wissenschaft. Rechtliche Theorien und Modelle, 2006; Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, 2015; Horst Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018.

5 本書的匿名審查意見認為：「本書雖然申明不打算採取『後設理論導向的論述』來鋪陳其內容，然而作為本書核心問題的『什麼是法釋義學？』不折不扣的就是一個對於法學而言後設理論的問題，即使本書所採取的研究方法或取徑，藉由對於德國法釋義學在憲法領域發展背景與脈絡的分析，來探究法釋義學的概念與意義，亦無法迴避『後設理論導向的論述』。」不過，從本書在這裡的論述前後脈絡當中應可看出，此一審查意見對本書所指「後設理論導向的論述」似有誤會。因為本書於此意在指出：本書在研究進路上，有別於當代許多對法釋義學的學科理念、內涵、方法與任務提出後設性理論反省的著作（如上註所示），也因此並不像這些著作一般，採取一種對法釋義學的發展進行後設性反省的論述格式。但這並不表示本書無意從特定的問題意識與觀察角度，切入對戰後德國憲法釋義學的理解與批判。相反地，這一點恰恰吻合本書的自我定位與期許。

科技部人文社會科學研究中心

立在基本法秩序基礎之上的德國憲法釋義學，作為討論的標的。具體而言，本書將透過對德國憲法釋義學從二次戰後至今主流發展動線的論述，指出德國憲法釋義學在基本法秩序各個發展階段，面對什麼樣的問題與挑戰，又分別以什麼樣的方式，因應或解決這些問題與挑戰。為了有效凸顯德國憲法釋義學在不同時空背景下的發展內涵、訴求與效果，本書將把德國憲法學從二次戰後至今的發展，依照時間順序，大致區分成：致力於建立全新憲政秩序的「戰後初期（Nachkriegszeit）」，介於戰後初期與兩德統一之間的「波昂共和（Bonner Republik）」發展穩定期，以及兩德統一之後的「柏林共和（Berliner Republik）」時期等三個主要階段，並依序討論憲法釋義學在這三個發展階段扮演的角色。本書的目的，就在於透過對二次戰後至今，德國憲法釋義學發展歷程的分析與闡述，展現法釋義學的本質內涵及任務功能，進而澄清台灣法學界基於前述刻板印象，對德國法學與法釋義學歷來抱持的種種誤會。藉由此等釐清，本書一方面希望能夠還原法釋義學一個比較完整的樣貌，另一方面也期許台灣法學界對於是否繼受德國法學的問題，能夠建立在正確理解德國法學與法釋義學本質及功能的基礎之上。

為了讓整體討論能夠充分聚焦，本書雖然選擇以闡述二次戰後德國憲法學發展軌跡的方式，呈現法釋義學的具體內涵，但仍將在正式進入這個主要部分的討論之前，先行簡要說明：法釋義學在德國法學當中，為何與如何始終佔有一席之地。不可否認，儘管如前所述，德國法學並不能與法釋義學劃上等號，但是法釋義學確實構成了德國法學的一個重要部分。有鑑於此，指出法釋義學對於德國法學的重要意義何在，不但足以初步釐清法釋義學究竟是為了什麼而發展，以及到底在做什麼，更將有助於進一步理解：二次戰後的德國憲法釋義學，何以能夠、又是透過什麼方

臺大出版中心
NATIONAL TAIWAN UNIVERSITY PRESS

式，發揮它回應政治及社會發展、解決實際問題的能力。基於此等考量，本書將在接下來的第二章，先簡要闡述法釋義學為何與如何構成德國法學的重要內涵，並在此基礎上，說明本書如何理解憲法釋義學對德國憲法發展的意義，又將以何種方式及視角，切入對二次戰後德國憲法釋義學發展歷程的探討。之後在第三章到第五章，再依序探討德國憲法釋義學從二次戰後至今的發展主軸與具體影響，及其揭示的意涵。最後，為了完整呈現德國當代憲法釋義學的發展現況，本書將在第六章的討論當中，一併關照德國憲法學界近年來對當代憲法釋義學提出的若干批評或反省。這部分的探討，一方面固然將凸顯法釋義學本身的侷限，以及某些法釋義學發展路線的可能缺失，但另一方面，也將更有助於澄清法釋義學的本質與任務究竟何在。

科技部人文社會科學研究中心