

# 以自由法運動背景出發：論 Hermann Kantorowicz 與 Gustav Radbruch 法理論之比較

曹祐瑄<sup>1</sup>

## 目錄：

一、	<i>前言：自由法運動的背景</i> .....	2
二、	<i>Hermann Kantorowicz 的法理論</i> .....	4
(一)、	法律科學.....	5
(二)、	法律的概念.....	7
(三)、	六種法律的區分.....	9
三、	<i>Gustav Radbruch 的法理論</i> .....	11
(一)、	法律科學.....	11
(二)、	法律的概念.....	12
四、	<i>結論</i> .....	13

## 摘要：

德國二十世紀初期的自由法運動（The Free Law Movement）對現今法學解釋方法產生了許多影響，一般認為，Hermann Kantorowicz（1877-1940）於 1906 年發表的小冊子—《為法學而鬥爭》（*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*），正式開啟了這場法學論戰，卻忽略了發起這場運動的另一個重要推手——Gustav Radbruch（1878-1949）對這場論戰的影響。因此，本文將藉由相關文獻，從自由法運動的背景出發，帶出 Hermann Kantorowicz、Gustav Radbruch 與這場運動之間的關係；接著整理 Hermann Kantorowicz 與 Gustav Radbruch 的法理論，試圖考察在自由法運動的背景之下，兩人作為「自由法學」倡議者（Freirechtler），分別發展出如何的法理論應對制定法法實證主義與概念法學的挑戰，最後於結論部分對兩人的法理論進行比較。

---

<sup>1</sup> 台灣大學法律研究所基礎法學組四年級，學號：R09A21010。

## 一、前言：自由法運動的背景

自由法運動 (Freirechtsbewegung) 是德國二十世紀初期的一場法學論戰，一般認為，自由法運動是由法學家 Hermann Kantorowicz (1877-1940) 於 1906 年發表了《為法學而鬥爭》(Der Kampf um die Rechtswissenschaft) 一文作為起始<sup>2</sup>，這場論戰批判了當時的制定法實證主義、概念法學 (Begriffsjurisprudenz) 的現象，以及「法律無漏洞學說」(Die Lückenlosigkeit der positiven Rechtsordnung)。<sup>3</sup>十九世紀德國主流的法學方法論，在當時立法權至上的背景下，一般認為，法律是完整、無漏洞的存在，在法認識與法適用的過程中，其他的法外因素不應參雜其中，除非經由立法者的決定將此些法外因素轉化至實證法內，否則如社會倫理價值、國民經濟、政治等等因素應被排除在外，法官所能做的只是純粹運用法條做出邏輯推論。<sup>4</sup>而在現實上，法律規範本身並無法完全涵蓋不斷變化的社會狀況與疑難案件，而為了配合「法律無漏洞」的普遍認知，在實務上發展出各種法解釋方法作為因應，試圖對法律的文義進行補充甚至改變法律的內容，在表面上宣稱依法解釋法律，實則在法適用的過程偷渡了法官的恣意在其中。<sup>5</sup>

Hermann Kantorowicz 於 1906 年以筆名 Gnaeus Flavius 發表了一本論戰性的小冊子—《為法學而鬥爭》(Der Kampf um die Rechtswissenschaft)<sup>6</sup>，然而，《為法學而鬥爭》一文中所包含的主要論點，最初都是來自 1903 年在柏林大學 (Berlin University) 一個由六人組成的非正式討論小組，所有成員都是刑事法學者 Franz von Liszt 的研討課學生，當時 26 歲的 Hermann Kantorowicz 在課程中與小他一歲的 Gustav Radbruch 結識，一起創立了這個討論小組，並自稱小組為「法學協

---

<sup>2</sup> Dietmar Moench (1971): Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart. Frankfurt am Main: Athenäum. S.17.

<sup>3</sup> Klaus Riebschläger, Die Freirechtsbewegung.: Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, Duncker & Humblot, 1968. S. 23.

<sup>4</sup> 周伯峰 (2013)，〈重訪民法方法學：論其主要命題及概念觀〉，《興大法學》，第 14 期，頁 9。

<sup>5</sup> 黃舒芃 (2009)，〈法律拘束與個案正義——自由法運動對德國法治國傳統下立法與司法權限分際問題的反思〉，《變遷社會中的法學方法》，頁 12，元照。

<sup>6</sup> Kantorowicz 於其 Some Rationalism About Realism 一文中，自謙自己非自由法運動的先驅者，指出自由法運動是受到了 Rudolf Jhering、Eugen Ehrlich, Ernst Fuchs, Max Ernst mayer, Gustav Radbruch, Theodor Sternberg 等人的影響。相關研究亦有提及，在 1906 年之前的一些法律著作，已經有對德國法學界的問題提出批評，這些批評與之後的運動具有高度連結，如：1885 年 Oskar Bülow 的文章：「就算是最完全嚴密的立法，也不可能預先為所有的個案紛爭提供答案或具體決定。」在 1872 年 Franz Adickes 已有提過「自由法」的論證和術語。而 Gustav Radbruch 在其 In memoriam Hermann Kantorowicz 一文中，則認為 1906 年《為法學而鬥爭》的出版促成了自由法運動，且這場運動是由 Kantorowicz 開創與命名的。參見 Gustav Radbruch(1988), In memoriam Hermann Kantorowicz, in: Gesamtausgabe, Bd. 16, S.73. Hermann Kantorowicz(1934), Some Rationalism About Realism,43 Yale L.J. 1240, p.1241. 黃舒芃 (2009)，〈法律拘束與個案正義——自由法運動對德國法治國傳統下立法與司法權限分際問題的反思〉，頁 11。Carter, F. (2006). Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two friends and book reflections on Gnaeus Flavius' der kampf um die Rechtswissenschaft (1906). German Law Journal, 7(7), p.663.

會」(The Society of Legal Science)。<sup>7</sup>「法學協會」當時討論了許多與法學方法相關的問題，針對 19 世紀法國、德國主流的法學方法，他們認為「將制定法視為自成體系，法官可以將其應用於可能出現的任何案件」的想法，已經無法因應社會的快速變遷與正義的要求，因此提出了日後被稱為「自由法主義」(free law doctrine)的理論雛形，並認為法體系中存在著「漏洞」(gaps)，法官應負責創造法律以填補這些漏洞。<sup>8</sup>

1904 年 Kantorowicz 赴義大利為他的博士論文《Albertus Gandinus 和經院哲學刑法》(Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik) 做文獻研究，他在給 Radbruch 的信中提到，他擔心 Radbruch 和他兩人都不在柏林，之前在學會中所推動的改革動力將會消散，Kantorowicz 對 Radbruch 說：「發布一份宣言，讓法學改變方向，否則我的優先事業就完蛋了」。<sup>9</sup>1905 年兩人在 Florence 見面，於之後的信件可以看出，當時兩人已經決定由 Kantorowicz 書寫一篇「宣言」指出主流方法論的問題，並認為這是實現方法論改革的最佳途徑。其後在 Kantorowicz 構思「宣言」時，他曾寫信詢問 Radbruch 對於改革口號的意見，Kantorowicz 於信中寫道：「以『自由法律』作為口號是否適當？或是使用『非立法法律』(non-statutory law) 更好呢？」從 Radbruch 的答覆可知，他其實對此口號並不滿意，Radbruch 在回信中寫道：「我仍然覺得用非國家法 (außerstaatliches Recht) 比自由法 (freies Recht) 更好。」<sup>10</sup>

1905 年 12 月 Kantorowicz 完成「宣言」(the Manifesto) 的手稿，將手稿寄給 Theodor Sternberg<sup>11</sup> 閱讀，並接受了 Sternberg 給予的修改建議，接著再將修改過的手稿寄給 Radbruch，Radbruch 針對手稿的幾個部分做了大幅度的修改，皆被 Kantorowicz 接受了<sup>12</sup>，Kantorowicz 在給 Radbruch 的信中說道：「毫不保留地批評它」，也提到了：「你知道我們的情誼是如此穩固，即使是一個不利的批判意見也不能動搖它們。」關於手稿的修改，Kantorowicz 只給了 Radbruch 大致的指導方針，並歡迎 Radbruch 提出任何修正，在一封信中 Kantorowicz 寫到：「我期望你刪除或修改任何你認為不負責任的內容；特別是任何讓人感覺對法律

---

<sup>7</sup> 除了 Radbruch 與 Kantorowicz 以外，討論小組的其他四人為：Felix Genzmer, Theodor Sternberg, Ernst Wolff 與 Ernst Delaquis。參見 Saliger, Frank (2007), Radbruch und Kantorowicz, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 93, No. 2, S.237. Fn.9.

<sup>8</sup> Carter, F. (2006). Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two friends and book reflections on Gnaeus Flavius' der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), p.663.

<sup>9</sup> *Id.*

<sup>10</sup> *Id.* at 666.

<sup>11</sup> 1903 年柏林大學 (Berlin University) 當時六人討論小組的其中一員。

<sup>12</sup> *Id.* at 671. 文中提到，Sternberg 和 Radbruch 修改的部分可以從手稿的筆跡上看出，甚至可以看出有幾處是當時出版商所做的修改。

實踐無知的內容。」並在將手稿修改完成後，為了保護作者的匿名性，而由 Radbruch 向出版社接洽出版事宜。<sup>13</sup>

《為法學而鬥爭》的出版，刺激了當時德國法學界出現大量的法學作品，針對主流法學方法進行反思，甚至討論的熱度到一戰時都仍持續著，這場運動的某些訴求也確實在法律實踐中被實現，雖然隨著一戰後學界對於自由法運動議題的興趣下降，到了 1925 年 Kantorowicz 自己也承認自由法運動無論在理論或實踐上都未獲得真正的勝利<sup>14</sup>，然而運動的成果仍然對其他國家產生了重要的影響。<sup>15</sup>而從《為法學而鬥爭》的構思到出版的過程中可以看出，Gustav Radbruch 與自由法運動有相當緊密的關係，甚至《為法學而鬥爭》手稿最後的修改與出版都是經由 Radbruch 之手，因此，我們應可認定 Radbruch 是推動自由法運動的核心人物之一，是作為一位自由法學者（Freirechtler），而 Radbruch 對 Kantorowicz 所設想的、關於「自由法」的基本想法是認同的。在此基礎之上，如果將兩人法理論的提出，視為自由法運動的一環，都具有反制定法實證主義與反概念法學的性質的話，進一步的提問是，Hermann Kantorowicz 與 Gustav Radbruch 的法理論又有何不同？以下即藉由相關文獻，分別針對兩人法理論中的主要論點進行整理。

## 二、 Hermann Kantorowicz 的法理論

在《為法學而鬥爭》之中，Kantorowicz 反駁了「法律無漏洞學說」，並指出制定法的漏洞問題，他提到：「...制定法到處存在著漏洞；人們甚至可以大膽地主張，在那裡漏洞並不比文字來的少。沒有一個概念可以被拆解為幾個(固定的)初始特徵，只有很少一些概念可以被定義，且這些概念只能在通過別的、本身不能被定義的概念來定義。...只有自由法...才能進行這種填補。」<sup>16</sup>這本由 Kantorowicz 書寫的論戰性小冊子，雖然於當時激起熱烈討論，但以另一種觀點來看，Kantorowicz 並未在其中對自由法運動提出一個統一的綱領性主張，也還沒有提出一個完整的「自由法理論」。在《為法學而鬥爭》中所提及的論點，可以說是其自由法理論未臻成熟的版本。而 Kantorowicz 於 1928 年的作品“Legal

---

<sup>13</sup> *Id.* at 673.

<sup>14</sup> Dietmar Moench (1971): *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*. Frankfurt am Main: Athenäum, S.8,19.自由法學派雖然也提出了眾多理論解決傳統方法論的困境，然而相較於同時期的利益法學派，自由法學派仍獲得較少的關注，作者認為其中一個原因在於自由法學者間並未提出一個統一的理論立場。

<sup>15</sup> Dietmar Moench (1971): *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*. Frankfurt am Main: Athenäum, S. 19. 於自由法運動陣營中，其中 Eugen Ehrlich 和 Karl Wurzel 的學說影響了奧地利，Francois Gény 和 Raymond Saleilles 在法國相當活躍。

<sup>16</sup> Hermann Kantorowicz (著)，陳磊 (譯) (2011)，〈為法學而鬥爭／法的定義〉，中國法制出版社 (簡體字版)，頁 15~16。

Science--A Summary of Its Methodology“，則完整書寫了為人所熟知的自由法理論，因此，以下將藉由此篇文章對其理論要點進行整理。

### (一)、 法律科學

於 1928 年 *Legal Science--A Summary of Its Methodology* 一文中，Kantorowicz 首先提到了對科學的定義。<sup>17</sup>他認為「科學」這個概念，是藉由超越所有日常使用的知識、創造出一套更高層次的知識的過程來完成的；且科學知識只有在消除所有基於個人所產生的信念、情緒、價值觀後，才能真正成為一種「理想知識」(ideal knowledge)，這樣的理想知識，必須具備一些性質，其中包括：普遍性、有效性、有序性、一致性、必要性、完整性、方法獲取 (method acquisition)、知識的純粹智性 (pure intellectuality of the knowledge)。<sup>18</sup>

除了上述科學概念的必要性質以外，還有一些對定義科學概念非必要、但值得探討的性質面向，其中包括了內容 (the contents)、認知對象 (the subject matters)、科學的不同形式 (the forms of the different sciences)、不同科學類別之間的關係 (the relation of a particular science and other sciences) 以及目的 (purposes)。Kantorowicz 認為，每一個認知對象 (the subject matters) 都可以從三個角度加以考察，亦即：經驗 (存在)、建構 (意義) 與批判 (價值)<sup>19</sup>，透過此種認識三元論 (Erkenntnistheoretischer Trilismus) 的方法，又可以將科學分為三個類別：現實的科學 (sciences of reality)、客觀意義的科學 (sciences of objective meaning (Sinn)) 與價值的科學 (sciences of value)。<sup>20</sup>首先，Kantorowicz 指出，現實的科學具有時間性、可變性和實效性的三個性質，Kantorowicz 採用康德的途徑，認為「現實領域」(The World of Reality) 涉及到人經由感官知覺到外在存有 (da-seiend)，把現實經由「範疇」(categories) 處理過後，變成經驗對象 (the object

---

<sup>17</sup>以下整理皆來自 Kantorowicz, H. U., & Patterson, E. W. (1928). *Legal Science--A Summary of Its Methodology*. *Columbia Law Review*, 28(6). 翻譯部分會參考 Hermann Kantorowicz (著)，陳磊 (譯) (2011)，〈為法學而鬥爭／法的定義〉，中國法制出版社 (簡體字版)，翻譯部分並經筆者調整。

<sup>18</sup> *Id.* at. 680. 本段完整原文：“The ideal of science, however, consists in creating a totality of this knowledge surpasses every-day knowledge by possessing the highest possible of knowledge. The sciences, as they actually are, do not attain the ideal, but they will do so in the same measure as they succeed in eliminating the personal equation. This means obtaining the qualities validity, order, consistency, necessity, completeness, method acquisition, and pure intellectuality of the knowledge, i.e., excluding influences of emotion, volition, and activity, as well as the different forms of creed.”

<sup>19</sup> Saliger, Frank (2007), Radbruch und Kantorowicz, *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 93, No. 2, pp. 236-251, S.246.

<sup>20</sup> Kantorowicz, H. U., & Patterson, E. W. (1928). *Legal Science--A Summary of Its Methodology*. *Columbia Law Review*, 28(6). p.682.

of experience) 的過程，因為涉及事實與經驗，作為一種經驗科學的領域，又可以分成自然科學與文化科學。<sup>21</sup>

第二，針對客觀意義的科學，客觀意義領域(The World of Objective meaning) 與理想、完善的事物(ideal things; Sinngebilde)有關，涉及數量大小(magnitudes)或是意義(significances; Bedeutung)<sup>22</sup>，本身不具時間性、可變性和實效性，客觀意義是不真實的存在(unreal)，人們卻必須藉由單一真實的事物(a real thing)才能夠想像到(conceive)這個事物所涉及的、客觀存在的意義系統，換言之，客觀意義領域必須依賴於現實領域作為其承載者(supporter; Träger)才能夠被辨識。事物在人們心靈中所產生的主觀概念與事物的客觀意義是不同的，人們必須透過理性範疇的運作將單一事物概念帶到客觀意義系統中，單一事物概念進而被融入了(assimilate)被客觀意義系統，透過這個建構(construction)的過程，人們才能夠對單一事物概念達成理解並進行詮釋，Kantorowicz 認為，處理客觀意義的科學是作為一種建構的科學(constructive sciences)<sup>23</sup>，可以進一步分為感知科學(Sinneswissenschaften)與理性科學。<sup>24</sup>

接著，在價值的科學的區分下，價值領域(The World of Values)涉及美學價值、倫理道德價值與正義，並且不具備時間性、空間性與時效性，價值領域是不具真實性(unreal)的理想性事物(the ideal things)，並且具備相對主義(relativism)的特徵。價值與現實兩者不同，卻會在之間產生關聯性，產生關聯性的方式是以一個價值應／不應被實現來呈現，價值的客觀效力來自於良心。價值與客觀意義也具備關聯性，價值需要依賴客觀意義作為其承載者(Träger)才能夠被辨識<sup>25</sup>，透過人們理性範疇的運作，首先理解了一個行為的客觀意義，接著才能夠判斷該行為的客觀價值。價值又可以依照研究對象是價值本身或是價值實現的過程而區分為義務論科學(The deontological science)或批判科學(The critical science)。

26

---

<sup>21</sup> *Id.* at 682-683.

<sup>22</sup> *Id.* at 684. Kantorowicz 在此處有舉例，在客觀意義科學之下，數量的科學(sciences of magnitudes)，例如：數學和邏輯；意義的科學(sciences of significations)例如：法律科學中的法釋義學。

<sup>23</sup> *Id.* at pp.683-684.

<sup>24</sup> Sebastian Silberg (2005), Hermann Kantorowicz und Freirechtsbewegung, Logos Verlag Berlin, S. 75.

<sup>25</sup> Kantorowicz, H. U., & Patterson, E. W. (1928). *Legal Science--A Summary of Its Methodology*, p.685 作者舉例說明，在還沒有理解(understand)事物的客觀意義之前，人們無法判斷一個命題為真，也無法判斷一件藝術作品具備美感。

<sup>26</sup> *Id.* at 684-686. 作者提到義務論科學(The deontological science)，包括了哲學中的倫理學、美學和認識論；批判科學(The critical science)，例如：政治科學與藝術批判。

而以上述的認識論三元論：存在、意義與價值，進一步將法律作為分析對象，Kantorowicz 提出了以下的區分<sup>27</sup>：

	建構性分支（涉及法律的客觀化意義） Constructive branches (dealing with the objective meaning of law)	經驗性分支（涉及法律的現實） Empirical branches (dealing with the realization of law)	義務論的分支（涉及法律的價值） Deontological branches (dealing with the value of law)
整體上對法律的體系性認知 (Systematic cognition of law in general)	一般法學 (General Jurisprudence)	法社會學 (Sociology of the Law)	法哲學 (Philosophy of the Law)
對特定法律的個別化認知 (Individualizing cognition of a particular law)	法釋義學 (Particular Jurisprudence)	法律史學 (Historical Jurisprudence)	立法學 (Legislative Jurisprudence)

以上簡要介紹了 Kantorowicz 對法律科學的理解，在了解他是如何以現實、客觀意義與價值三個概念對法學進行分析後，以下將接著考察 Kantorowicz 對法概念的定義。

## （二）、 法律的概念

Kantorowicz 認為法律是「規則」（Rules），此處所指的規則，其意義並非單指實證法而言，而是包含了形式法（formal law）與自由法（free law）的總和。進一步言之，法律規則是「規定外部行為並具有可塑性的社會規則之整體」，並可以依內容區分為：民法、刑法，依時間、地域分為：羅馬法、歐洲法。規則與自然法不同，並不僅僅描述發生了什麼，規則以其內容確認了某個行為應該在特定情況下發生，這樣初步的標準可以將法律與事實上的習慣（de facto habits）相

<sup>27</sup> *Id.* at 691.此表為原文作者 Kantorowicz 繪製，筆者只是進行翻譯。

區別。<sup>28</sup>接著，Kantorowicz 依效力基礎的不同，將法律規則進一步做出以下三種區分，同一個規則也可能同時屬於以下三種類型，此三種類型是：命令（Commands）、規誡(Norms)和教義（Dogmas）。

Kantorowicz 首先指出，在命令（Commands）的這一個類別中，命令的拘束力並非來源於內容上的正確或是公正性，而是來自於「一個公認權威的意志，即一個我們有義務去服從的人的意志。」規誡（Norms）的效力則是來自於規則的內容，一個規則的內容被良知肯認為正確，認為值得依其指示做成行動的拘束力，在這裡，良知是一種對義務的情感知覺（emotive consciousness）。教義（Dogmas）的效力是來自於：一個規則本身存在於一個自我包含的平衡系統中（a self-contained balanced system），在這個情況下，該規則「在邏輯上被包含於其他效力已然被認可的規則之中，其融貫性是其自身的保證。這一個過程是一種無窮盡的相互調適、完整化與排除的過程」，法律教義因為在邏輯上被其他有效的規則包含在內，被包含於一個「法體系」之中，而因此具備有效性。<sup>29</sup>

以上三種針對法律規則（Rules）而做的分類，分別對應到前述的科學認識三要素來看，Kantorowicz 認為命令與真實事物（real things）有關，規誡是涉及價值的，而教義則是與理想的事物（ideal things）、事物的客觀意義（objective meanings）相關連的，律師與一般人民每天遵守的實定法即屬於教義的層次，因為律師不需要考慮到一個法規背後的社会歷史來源，也不需考量法規本身是否正義的問題，只需要在思考法規的適用問題時，對法規的詮釋仍然能夠維持法體系的內在一致性即可；將實定法視為教義（Dogmas），有助於我們理解法體系的結構，而法律規則的「教義」層面是法律科學最重要的部分。<sup>30</sup>

要完整的描繪法律的運作，以上的三個面向似乎是不夠的，為了與宗教及道德規範相區別，Kantorowicz 認為法律規範的主要對象是人類的外部行為，而非人內在特定精神運作（a psychical conduct）<sup>31</sup>。故意、過失、錯誤等心理狀態雖然屬於重要的規範要素，但仍不屬於法律規則的規範對象（the object of the rules of law），因為我們仍然是以特定的外部行為來認定行為人是否具有特定的心理狀態。接著，由於社會習俗和法律都是拘束人的外部行為，因此 Kantorowicz 加上「是否具有可訴性」的判準區分兩者，社會習俗和法律的一個重要差別在於，法律能夠透過法官依照一套一般程序性規則對爭議案件作出具權威性的決定，而

---

<sup>28</sup> *Id.* at 687

<sup>29</sup> *Id.* at 687-688

<sup>30</sup> *Id.* at 688

<sup>31</sup> 例如：情緒或意志的運作。



社會習俗則不具有這樣的特徵。<sup>32</sup>Kantorowicz 提到，對法律的概念給出如此寬泛的定義，定義法律規則為「規定外部行為並具有可塑性的社會規則之整體」，是為了能夠讓「法律」涵括各種不同形式的規則，而這對法官在作出裁判時是相當必要的。在此基礎上，進一步的提問是，法官裁判時，具體會以哪些規範做為法源呢？接下來將介紹 Kantorowicz 所提出對法律來源的六種區分。

### (三)、 六種法律的區分

Kantorowicz 認為法律可以被分為兩大類：形式法( *formal law* )與自由法( *free law* )，兩者之間的主要區別在於，形式法是「已有經過並完成法的整合與形成程序」的法，而自由法則是「尚未完成法的形成程序」的法。兩者都可以被進一步分為顯性法( *explicit law* ; *gesetztes Rechts* )與隱性法( *implicit law* : *concludente Handlungen* )。顯性法是「被明確表述為法的規則」，隱性法則是「被重要的行動認可為法的規則」。<sup>33</sup>而「形式法」，便可以根據以上標準，分為以下兩種類型：

(1) . 形式顯性法( *Formal explicit law* )：所有由立法機關制定的法規屬之，如制定法、委員會命令、法庭規則、議事程序、規章、判例法等。

(2) . 形式隱性法( *Formal implicit law* )：習慣法屬之。

Kantorowicz 提到，在形式顯性法中，所謂「法的整合與形成程序」依各國相異的法律形式而有不同，法律形式包括了：立法程序、頒佈法令的形式、頒佈裁判先例、裁判先例被在官方與非官方報告被集中與接受的情況。而隱性法，即是一般所指的、因長期使用而產生法之確信( *opinio juris* )的習慣法，並認為習慣法是由司法體系中的法官、律師與公證人來共同形塑。<sup>34</sup>

而在自由法的這個類別上，Kantorowicz 認為除了可以分為顯性法( *explicit law* )／隱性法( *implicit law* )之外，又提出了初生法( *nascent law* )與期待法( *desired law* )的區分方式。在他看來，初生法是指「假如經過並完成程序（而不僅是進

---

<sup>32</sup> *Id.* at 688-691.

<sup>33</sup> *Id.* at 692. "Law is either formal law, i.e., law having undergone and completed a definite process of formation or integration, or "free law," i.e., law which has not completed these processes. In both cases it is either explicit law (*gesetztes Recht*), i.e., a rule which has been explicitly declared to be law, or implicit law, i.e., a rule which is recognizable as la by significant actions (*concludente Handlungen*)."

<sup>34</sup> *Id.* at 693.

入這個程序），就可以變成形式法」的法，期待法則是「那些被適用他的人期待成為正式法」的法。<sup>35</sup>根據四個標準，又可以將自由法區分成以下四種類型：<sup>36</sup>

(3) . 初生顯性法 (*Nascent explicit law*)：立法準備階段的材料（包括立法動機、在研擬法規過程的辯論）、公布但尚未生效的制定法。

(4) . 初生隱性法 (*Nascent implicit law*)：包括隱含於商業慣例或其他習慣中的規則、制定法與司法裁決暗指的規則<sup>37</sup>，以及尚未形成法之確信，但已經可以初步與政策和習慣區分開來的規則。

(5) . 期待顯性法 (*Desired explicit law*)：包括法官剛好同時是立法者時會制定的法（瑞士民法第 1 條），法官對一規範的詮釋，脫逸該法規範文字意義許多，透過該詮釋，法官心中所期待的法。

(6) . 期待隱性法 (*Desired implicit law*)：包括法官期待通過對法規範的詮釋加上司法實踐，期待其變成正式隱性法（習慣法）的規則、作為司法先例基礎的規則（包括法官心中期待上下級法院可以遵循的見解）。

接續以上針對自由法的討論，Kantorowicz 接著指出在形式法中存在漏洞（*The Gaps Problem*），當法律漏洞出現時，就要以自由法來做填補。法律的漏洞可以分為文本漏洞（*textual gaps*）與實質漏洞（*material gaps*）兩種類型，文本漏洞是指一個事態真正缺少法律規定，實質漏洞則是指當一個法條文字不足以完整表述其立法目的的情況。文本漏洞要透過「自由詮釋方法」（*free interpretation*）來解決，所謂自由詮釋方法，即是首先將法條的文義，在認知上做出最寬廣與最狹窄的理解，接著考量條文目的（*purpose*），選出最符合條文目的的最佳解釋。此處條文目的（*purpose*）的發現，則需要由個人設想該規範普遍適用於社會，社會成員皆期待（*desirable*）該規範所能夠發生的社會效果，並以該社會效果作為條文目的（*purpose*），而無需考量立法者的主觀意圖，或是該條文上位抽象法律原則。實質漏洞則需要透過自由法的適用，並輔以法哲學原則來填補，法哲學原則包含了：確定性（*legal certainty*）、穩定性（*stability*）、平等（*equality*）、客觀性（*objectivity*）、連貫性（*consistency*）、精確性（*precision*）、權威性（*authority*），

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Id.* at 693-697.

<sup>37</sup> *Id.* at 696. 例如：善良風俗、誠實信用、事物本質、緊急避難、衡平、正義...等等。

Kantorowicz 認為這些概念僅僅是作為一種「標準」（*standards; Blanksttbegriffs*），必須搭配實質的規則才能加以適用。

而自由法是依照：初生法優先於期待法、顯性法優先於隱性法的順序來適用，因此，就法律適用的優先順序而言，即是依照前段數字安排：（1）形式顯性法→（2）形式隱性法→（3）初生顯性法→（4）初生隱性法→（5）期待顯性法→（6）期待隱性法。<sup>38</sup>

以上簡要介紹了 Hermann Kantorowicz 的自由法理論，接下來則要針對 Gustav Radbruch 的法理論要點進行整理，最後則會針對對兩人的理論進行比較。

### 三、 Gustav Radbruch 的法理論

#### （一）、 法律科學

根據研究，Radbruch 雖然曾經歷理論思想上的轉變，但其始終站在支持自由法的陣營當中<sup>39</sup>，是作為一位「自由法學」倡議者（Freirechtler），在此基礎上，Radbruch 提出其對於法律科學的定位。Gustav Radbruch 在其《法哲學》第一章中，提出了他所謂「法哲學的一般哲學性前提」，藉由說明價值與現實之間的關係，將科學的概念重新做了定位。他認為如果人們要理解現實，一定必須透過價值作為中介。Radbruch 舉例說明，當我們要尋找一個桌子的定義時，最適合的定義方式應是從這個桌子對人類的用途和功能性價值下手，因此，Radbruch 認為：「一個無視人類作品價值的思考是不可能成立的，因此對法律的，或者對任何一個個別的法律現象的無視價值的思考也都是不可能成立的」、「沒有任何一個人類作品既不涉及理念而又能被人所理解」<sup>40</sup>。

在這樣的基礎上，Radbruch 提出了四種理解現實的方式，他們分別是：價值盲目的態度（the value-blind attitudes）、評價價值（the value-evaluating attitudes）的態度、涉及價值的態度（the value-relating attitudes）與超越價值的態度（the value-conquering attitudes）。首先，從價值盲目的態度切入現實，我們能夠從混亂的現實中得出「自然領域」（the realm of nature），也就是自然科學的範疇。從評價價值的態度切入，精神便可以「意識到到了評價的尺度、規則，以及他們之間的相互關係，並把自然視為一個價值領域」，從中我們可以得出邏輯、倫理學與美學的範疇。接著，Radbruch 提到，在價值盲目與評價價值的態度之間，還存在著

---

<sup>38</sup> *Id.* at 701- 705.

<sup>39</sup> 參見 Vivian Grosswald Curran (2001), Rethinking Hermann Kantorowicz: Free Law: American Legal Realism and the Legacy of Anti-Formalism, in: Rethinking the Masters of Comparative Law, p.86. Frank Saliger (2007), Radbruch und Kantorowicz, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 93, No. 2, S.250.

<sup>40</sup> Edwin W. Patterson (Ed.)(1950), The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin, Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, Translated by Kurt Wilk, pp.51-52. 以下譯文皆參考 Gustav Radbruch (著)，王樸 (譯) (2005)，《法哲學》，北京：法律出版社（簡體字版）。

兩種「起中介作用」(intermediary)的立場，分別是涉及價值的與超越價值的立場。<sup>41</sup>

從涉及價值的態度切入現實，能使我們理解文化科學(the culture sciences)。Radbruch 指出「文化雖然不是價值實現，但文化是一種現實，這種現實有意義、有意識地去實現價值，或者用 Stammler 的話來說就是對正確的追求。這樣，我們就證明了，涉及價值的立場是文化科學方法論的立場。」<sup>42</sup>並且，法學只能夠在涉及價值的態度下才有被理解的可能。從超越價值的態度切入，則會帶出法律宗教哲學，而宗教在此處是作為對價值與非價值的超越來看待的。最後，統整以上四種觀點，Radbruch 認為：「一個有四種形式的現實：存在(exsistence)、價值(value)、意義(meaning)和本質(essence)，就符合了以上四種立場」<sup>43</sup>，並總結：「三種對法律可能的思考向我們表明：涉及價值的思考，是作為文化事實的法律思考—他構成了法律科學的本質；評判價值的思考，是作為文化價值的法律思考—法哲學通過他得以體現；最後，超越價值的法律思考，是本質或無本質的空洞性思考，這是法律宗教哲學的一項任務」<sup>44</sup>。

## (二)、 法律的概念

接續以上的討論，我們可以發現在 Radbruch 對科學概念的定義中，法律的概念和法律的觀念是密不可分的，他指出：「法律的概念是一個文化概念，也就是說是一個涉及價值的現實的概念，是一個有意識服務於價值的現實的概念。法律是一個有意識服務於法律價值的現實，因此，法律概念直接指向了法律理念。」<sup>45</sup>他認為，法律作為有意識服務於正義的現實，這種現實的產生，需要一定的心理學本質作為輔助，心理學本質與價值的結合，使得法律概念同時具有實證性與規範性的內涵，Radbruch 提到，法律是「一種特別的現實，是理念和其他現實之間的中間產物：他屬於現實的心理學事實，並且當他衡量現實、對現實提出要求的時候、同時也超越了其他的現實」。<sup>46</sup>法律的概念必須藉由法律的觀念才能夠推導出來，從另一個角度來看，法律概念的是先法學的(vorjuristisch)，因為法律科學的關係具有先驗的本質。<sup>47</sup>

法律的觀念指的是正義，而正義的內涵是平等。Radbruch 指出，平等可以有不同的形式，可能是絕對或是相對的平等，而按不同的能力給予不同對待、按照

---

<sup>41</sup> *Id.* at 49- 50.

<sup>42</sup> *Id.* at 50.

<sup>43</sup> *Id.* at 51.

<sup>44</sup> *Id.* at 52.

<sup>45</sup> *Id.* at 73.

<sup>46</sup> *Id.* at 76.

<sup>47</sup> *Id.* at 77.

負擔能力徵稅，這種分配正義的模式，給予所有社會成員相同的交換能力和社會地位，因此，Radbruch 認為「分配正義是正義的原始形式，法律的概念也必然指向它」<sup>48</sup>。而除了正義之外，法律理念還有另外兩個組成部分：合目的性與法安定性。合目的性涉及到在不同的法律觀之間利用相對主義做出權衡；法的安定性則涉及法律的實證性與法律的實用性，法安定性與和目的性之間，更可能發生矛盾的狀況，Radbruch 認為：「法的安定性不僅要求能夠限定國家權力、必能夠以實際實施的法律原則的有效性，他還對其內容、對法律可操作性的可靠性以及法律的實用性提出了要求；法的安定性給法律刻上了很多種特徵，而這些特徵則與適應個體需要的和目的性有矛盾之處，比如，在生活的各種流暢的過度中劃分明確的界線，或者在事實情況中用外部特徵代替原來所指向的內部真相。」<sup>49</sup>在此基礎上，Radbruch 認為，正義、合目的性與法安定性共同構成了法律概念的內涵，而相對主義不僅是合目的性原則本身，也是當三個元素發生衝突時，決定他們之間優先順序的準則。

在法律有效性的問題中，Radbruch 認為法律可以分為—命令（imperative）與規範（norm）—兩個面向來談論，「規範」指的是法律的內容，涉及法律的意義與道德性，命令則要求實效性，關乎人們外在行為的配合，Radbruch 提到：「規範要求出於合乎規範的動機的合乎規範的行為，而命令一如既往，是通過動機明確的、合乎命令的行為來滿足的。換言之：規範要求道德性，命令要求合法性。」<sup>50</sup>除了道德性作為法律規範性的來源之外，Radbruch 同時也認為，法安定性價值可以作為實證法規範性的來源，他引用歌德的話：「比起忍受無規則，我更願意經受不正義」，指出法律的第一任務是法安定性，第二任務是正義，認為「法的安定性也是一種價值，由實證法來滿足的法安定也能賦予不正當的法律和目的的法律以有效性。」<sup>51</sup>

#### 四、 結論

在前述 Hermann Kantorowicz 與 Gustav Radbruch 的法理論中可看出，在方法上兩人的共通點在於價值相對主義的基本立場，不同點在於，Radbruch 以新康德西南學派為基礎，Kantorowicz 則在西南學派方法二元論的基礎上，提出了新的認識三元論方法。Radbruch 從方法二元論出發，將文化當作是「存在」與「當為」之間的中介概念，因此，Radbruch 的法律概念是一種非實證主義式的法律概念，法律概念是作為一個涉及價值的文化概念，法律概念是為了實現法律理念。

---

<sup>48</sup> *Id.* at 75.

<sup>49</sup> *Id.* at 109.

<sup>50</sup> *Id.* at 82-83.

<sup>51</sup> *Id.* at 118.

<sup>52</sup>對 Radbruch 而言，法學是以涉及價值的態度對現實進行判斷才能區分出來的，要從現實中辨識出法學，就必須從價值出發，在 Radbruch 這裡，「價值」似乎是作為一種「如何對現實進行判斷的視角」，價值的「地位」高於「現實」，與 Kantorowicz 所指出的、「法學同時存在於三個領域」，且「現實」、「客觀意義」與「價值」具平等地位的觀念不同。

而 Kantorowicz 則採用了認識三元論方法，在 Kantorowicz 的觀點下，雖然也有存在與當為兩個領域的區分，然而在這兩個領域外，Kantorowicz 創造了第三個領域：客觀意義（The World of Objective Meaning），客觀意義是作為觀察認知對象的其中一種方式之一，獨立於價值與現實的領域之外，對另外兩個領域不具有中介意義。因此在 Kantorowicz 的法律概念中，倘若觀察者是從客觀意義或現實的角度切入觀察法律，會得到的是一種純粹實證主義、現實主義、一種不涉及價值的法律概念，因為從這兩個角度切入觀察，我們可以得到的是與理念無關的法釋義學或法史學領域。<sup>53</sup>經由對於 Hermann Kantorowicz 與 Gustav Radbruch 法理論的比較，可以了解兩人皆以新康德西南學派作為法理論方法的基礎，本文認為，正是此基礎作為兩人化解概念法學與制定法實證主義的關鍵。

---

<sup>52</sup> Frank Saliger (2007), Radbruch und Kantorowicz, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 93, No. 2, S.247

<sup>53</sup> Saliger, Frank (2007), Radbruch und Kantorowicz, ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Vol. 93, No. 2, S.247

## 參考文獻

### 一、 中文參考文獻

周伯峰（2013），〈重訪民法方法學：論其主要命題及概念觀〉，《興大法學》，第 14 期，頁 1-36。

黃舒芃（2009），〈法律拘束與個案正義——自由法運動對德國法治國傳統下立法與司法權限分際問題的反思〉，《變遷社會中的法學方法》，頁 7-38。

Hermann Kantorowicz（著），陳磊（譯）（2011），《為法學而鬥爭／法的定義》，中國法制出版社（簡體字版）。

Gustav Radbruch（著），王樸（譯）（2005），《法哲學》，北京：法律出版社（簡體字版）。

### 二、 外文參考文獻

Carter, F. (2006). Gustav Radbruch and Hermann Kantorowicz: Two friends and book reflections on gnaeus flavius' der kampf um die rechtswissenschaft (1906). *German Law Journal*, 7(7), 657-700.

Curran, Vivian Grosswald (2001), Rethinking Hermann Kantorowicz: Free Law: American Legal Realism and the Legacy of Anti-Formalism, in: *Rethinking the Masters of Comparative Law*, pp.66-91.

Kantorowicz, H. U., & Patterson, E. W. (1928). Legal Science--A Summary of Its Methodology. *Columbia Law Review*, 28(6), 679-707.

Kantorowicz, Hermann (1934), Some Rationalism About Realism, 43 *Yale L.J.* pp.1240-1253.

Moench, Dietmar (1971): *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*. Frankfurt am Main: Athenäum.

Radbruch, Gustav (1988), In memoriam Hermann Kantorowicz, in: *Gesamtausgabe*, Bd. 16.

Riebschläger, Klaus (1968), *Die Freirechtsbewegung.: Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule*, Duncker & Humblot.

Saliger, Frank (2007), Radbruch und Kantorowicz, *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* , Vol. 93, No. 2, pp. 236-251

Silberg, Sebastian (2005), *Hermann Kantorowicz und Freirechtsbewegung*, Logos Verlag Berlin.

Patterson, Edwin W. (Ed.) (1950), *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin*, Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, Translated by Kurt Wilk.