




概念法学、利益法学 与价值法学：

探索一部民法方法论的演变史

◎ 吴从周 著

民事法学与法学方法



概念法学、利益法学 与价值法学：

探索一部民法方法论的演变史

◎ 吴从周 著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

民事法学与法学方法：概念法学、利益法学与价值法学：探索一部民法方法论的演变史/吴从周著. —北京：中国法制出版社，2011. 7

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2521 - 6

I. ①民… II. ①吴… III. ①民法 - 法的理论②法学 - 方法论 IV. ①D913.01②D90 - 03

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 260850 号

策划编辑：戴蕊

封面设计：杨泽江

民事法学与法学方法

MINSHIFAXUE YU FAXUEFANGFA

著者/吴从周

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2011 年 7 月第 1 版

印张/21.25 字数/607 千

2011 年 7 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2521 - 6

定价：60.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：66065921

市场营销部电话：66017726

邮购部电话：66033288

概念法学就跟一个魔术一样，
它只帮助相信它的人

Die Begriffsjurisprudenz gleicht einem Zauber,
der nur demjenigen hilft, der an ihn glaubt
(Philipp Heck, Rechtsgewinnung, S. 14)

在所有的改变中，方法的改变才是最大的进步

Von allen Änderung ist
die Änderung der Methode der größte Fortschritt
(Heck, Interessenjurisprudenz, S. 32)

致谢

本文得以完成，首先最要感谢的是我的指导老师颜厥安博士。和老师认识多年来一直在学问和生活上受到老师的启发与关照。2000年冬季学期在研究所修习老师的“法律与社会理论专题研究”课程，第一次接触及研读耶林的著作，因而受到启发，更让我决定要对耶林的法律思想一探究竟。此外，老师在百忙之中仍愿抽空指导，并配合学生毕业时程的急迫，且斧正论文章节及内容上的谬误与不妥之处，谨在此致上最高的谢意。

再要感谢的是极令我尊敬的王大法官泽鉴教授。大学时代旁听王老师的债法课程、读王老师的书，研究所硕士班时修习王老师的课，蒙老师启示甚多民法及法学方法论的知识。到博士班时的1998年夏季学期修习“民法与法学方法”课程，老师提示从概念法学、利益法学与价值法学的发展过程，更同时启发我对民法与法学方法论发展史的研究兴趣与这篇论文的撰写脉络。特别是2001年8月初至德国期间，蒙王老师对学生生活上的关心与帮助，学业上的鼓励与提醒，更让学生永志难忘。

台北大学的刘幸义老师，在我大学时代开设的法学德文帮我奠下法学方法论及德文的研读与思维基础，迄今仍让我受用不尽。口试时大至论文方向架构上的提示、小至论文引注上的订正，不胜感激。刘老师对我十余年来的提携与照顾，更令我由衷

感怀。

蔡明诚老师及政大陈惠馨老师，在论文口试时提示甚多具体且是我在撰写论文时未曾意识到的问题及改进意见，让我知道这篇论文的不足，也在此对两位老师的拨冗指导与鼓励致上感谢。

此外，还要感谢苏俊雄及陈爱娥老师的书面审稿意见，特别是陈爱娥老师对论文巨细靡遗的阅读，提供甚多具体深入的改进意见，并愿意掷还论文初稿上的文字订正供我参考，对我帮助良多。

不能忘记感谢的是王兆鹏老师。从修习老师在台大开设的刑事诉讼课程，嗣在“板桥地方法院”服务期间因着研究“板院”试行当事人进行主义而与老师相知，到后来临门一脚地督促我进修，老师对我亦师亦友的关怀与帮助，更不是我用言语能轻易表达的。

“国科会”与 DAAD 合作计划提供我一年半的奖学金赴德进修，让我可以在法兰克福 Max-Planck 欧洲法律史研究所 (Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte) 专心无虞地做研究，研究期间，蒙客座指导教授也是该所所长、当代公法史重要人物 Michael Stolleis 的接待、照料以及论文资料上的提示，在德期间“国科会”驻德科技组组长胡昌智博士、程芝小姐在生活的照料及研究进度上的关心，都是我论文完成的重要后盾。

在德期间，好友海德堡大学的张锬盛及袁美芬夫妇、庄适瑜、邱致伟，弗来堡大学的蔡圣伟，法兰克福大学的王效文及陈姿光夫妇，Mannheim 的卢致中及张嘉敏夫妇、我的德文老师 Fr. Yvonne Frankenstein，以及许多不胜枚举的法院同事、好友对我的帮助或关心，都在此一并致上我最深的谢意。

论文的行政作业上，沈静萍助教的费心协助，研讨会上曾文亮、李青筠、李君韬同学的协助亦一并致谢。

最后要感谢的是我的妻子陈丽玲法官，赴德一年七个月，如果不是她无怨无悔地帮我照顾家庭、两个幼子孟谦、孟原以及我年迈的父亲，就没有这篇论文的诞生。谨将这篇文献给她，聊表我内心无尽的谢忱。

这篇论文还有许多的不足，这是因为我个人有限的资质，但如果它还有点值得称赞的荣耀，则一切都要归给爱我、带领我的慈爱的耶和華上帝。

吴从周

本书导读

本书之研究重点，以耶林（Rudolf von Jhering, 1818 ~ 1892）及海克（Philipp Heck, 1858 ~ 1943）之思想为中心，企图透过此二位法学家的思想研究，串连从概念法学到利益法学这个法学发展的历史脉络。方法论大师海克曾自述唯一对其方法论思想有影响者，厥惟耶林而已。惟耶林之思想精深博大，其对后代法学之影响，如 Radbruch 所说的，除利益法学外，遍及比较法学、法律社会学、自由法运动、李斯特（Liszt）的现代刑法学等思想。故本文拟以利益法学之思想作为发展线索，以海克的整体思想为体系，并上溯耶林思想中对海克之影响部分，企图借对二人关键思想之厘清，探寻一条民法教义学、法学方法论及私法学史的主要发展脉络。这样一条线索的串连，笔者认为在德国法学研究上亦未受到应有的重视，在文献上这算是一个新的尝试，至于成功与否则留待读者评价。

文共分五编。

本文第一编绪论部分除先指出“概念法学”及“利益法学”的用语来源外，并讨论耶林与海克思想在德国以及在台湾地区的研究情形。其中，耶林的思想在德国法学界受到一致的肯定，耶林被定位为上个世纪与萨维尼并列的两大德国法学家之一，有人

甚至认为耶林比萨维尼还要重要，因为“没有第二个法律思想家像耶林一样，激发并影响我们今日对法律的理解以及法律思想”。耶林的思想对实务的影响直接而深远，透过利益法学及价值法学，延续到今日。1968年耶林150岁冥诞，1992年耶林逝世100周年，都陆续还有讨论耶林思想的国际学术会议在召开，从各个角度探讨耶林及耶林思想在世界各国的影响。在二次大战后甚至出现“耶林复兴”的现象，重要的法律史学家 Erik Wolf、Franz Wieacker、Helmut Coing、Okko Behrends、Ralf Dreier 等人可以没有萨维尼的专文，但都专论研究耶林的思想。

相对于此，海克的方法论思想则反而未受到应有的重视与评价。对耶林而言，并未在其转变后之“目的方法时期”，成功地将法律中之利益整理成一个通盘考虑过之概观体系或者发展成为一个实质的法学方法论。这个法学方法圆满化的工作是在海克的手中完成的。相较而言，耶林是一个思想的开创者，但并不是一个思想的贯彻者，甚至可以说他只是一个“过渡性的理论家”。如果没有海克对其思想的延续与推展，德国法学从概念的世界转向目的与利益的正确方向，将不可能如此顺利。特别是海克有关法律解释的学说，是一个公认体系彻底而圆满的杰作，解释原则超越世代，迄今仍为许多新法律解释学的核心。海克的法学方法，更是少数十九世纪的著作中，至今仍常被引用来解释现今民法学的问题的作品。可惜海克的思想因着纳粹时期的历史因素，迄今仍未受到应有的重视与评价。

在开始耶林的思想前，应先介绍的主要是概念法学之历史发展，因为它的发展巅峰在耶林。概念法学在十九世纪德国法学中

占重要地位，应上溯归因于康德哲学及自然法运动，因为康德试图从抽象的价值形式导出整体法律。一般认为，德国观念论哲学过度高估体系理想，特别在法学上圆满体系化的希望，是概念法学发展成巅峰的最重要因素。照康德的看法，体系的一致性，是“使我们对科学有最佳的共同认识”，康德又认为：“使立法简单化的秘密”就在于运用归纳的原则。此外，对康德而言，这种“体系的方法”对新知识的产生也极重要，因为根据回溯归纳的原则（regressiv-reduktives Prinzip）可以先从“许多确定的案件试验出一个可以从中流衍出这些案件的规则”，然后“基于该规则的普遍性”，从该规则演绎地“推演至该规则尚未包括的案件”。康德更在其“法学的形上学起源基础”§31中以此方法作一个实际运用；他从租赁权作为一种人格权的法律性质，在私法上推演出一个法律命题：“买卖破租赁”，他不管其他基于衡平的要求而主张的反对见解，一味地只作“概念法学的规范获得”而得出这样的命题，堪称树立了第一个概念法学操作的基本模范。从此以后，体系成为科学——法学亦同——的中心地位，演绎的体系成为法学科学性的代名词。概念法学因而也与体系思想息息相关。

在法学继受哲学家的研究成果上，萨维尼的“历史法学派”是概念法学的首要推手。历史法学派的要求在于将“历史的方法”与“体系的方法”相连结。因此也使得历史与体系这两个观点成为十九世纪的法学特征。“历史的方法”是要求考虑在特定的历史状态下法律的产生，而“体系的方法”则要求将法律规范整体理解为一个关联的整体。历史法学延续这样的体系思想，成为概念法学在法学上的立足起点。相应与此，萨维尼的“法律制

度论”（Lehre von den Rechtsinstituten）形同其体系思想的具体化。他要求在案件分析时，不可以只比较事实与规范，而是要从法律制度出发，因为法律制度是历史发展上有机生成的产物，因此必须注意到拟适用到事实的法律规范只是法律制度的一部分。法律制度成为一个上位的法律概念，对案件判断具有重要性。据研究，概念法学成为德国法学划时代的产物，是在萨维尼于1803年出版的“占有法”（Recht des Besitzes）一书。

接任萨维尼教席的 Puchta 则是着重以一种概念金字塔的方式（Begriffspyramide）依形式逻辑的规则来思考。当金字塔的最顶端是一个最普遍的概念，可用来包摄所有其他概念时，我们就可以从金字塔底部的每一点出发，透过一连串中间分支攀达到金字塔的最顶端，逻辑演绎体系的理想（das Ideal des deduktiven System）或者说演绎体系的概念金字塔（das Ideal des deduktiven Begriffspyramide）的理想，因此就可以完成。Puchta 使得概念法学完全成为德国的学说汇纂法学（Pandektenwissenschaft）之方法论原则。他以下这一段常被引用的话，将他的思想说得淋漓尽致：

科学现在的任务在于，在体系性的关联上去认识法条，认识这些彼此互为条件且相互衍生的法条，以便能够从个别的系谱学（Genealogie）向上追溯至其原则，并且同样地可以从这个原则向下衍生至最外部的分支。在这样的工作上，法条被带进意识里并且从隐藏在民族精神中被发掘出来，所以法条不是从民族成员的直接确信及其行动中产生，法条也不是出现在立法者的格言里，法条一直是在作为科学演绎的产物上，才能看得到。

这个金字塔的顶端概念是什么呢？照历史法学派的看法就是“民族精神”（Volksgeist）。“历史法学派有关法律根源于民族精神的说法，特别对概念法学推波助澜……民族精神形成了法律观念，法律概念，如财产、债务、法律行为等”。

Windscheid 则是德国普通法时代最后一位体系论者。Erik Wolf 形容他是“活在康德精神世界的最后晚霞中”。他延续并坚守萨维尼及 Puchta 的基本见解：法律是历史的事物也是理性的产物，更是体系加工的结果。实证法作最后的来源，他称之为“民族的理性”（die Vernunft der Völker）。对于法律漏洞的填补，他因此要求从“法律整体的精神”来作推导，就可以达成。这种法律整体的精神他认为是一种法条“原有的”精神，它就存在法律的概念当中。它是一种思维要素的综合，从这样的法律概念的完全掌握，就可以得出法条的关联性，也就是法律体系。

概念法学发展到极致，就出现在耶林于 1859 年思想转变前，也就是 1858 年出版的“罗马法之精神”第 II 册第 2 部分第 39 至 41 章，以“法律技术论”（Theorie der juristischen Technik）为题的描述中。

因此，第二编中就接着探讨耶林之法学方法论部分的主要思想，除先浏览耶林早期及晚期著作之精髓外，并特别着重于：

第一，一个方法：也就是耶林早期思想中有关“建构方法”这种法律技术。

耶林赋予这种“法律技术”两个任务：简化法律（Rechtsvereinfachung）及确保法律实用性（die Sicherung der Praktikabilität des Rechts）。这种技术包括三个操作阶段：法律的分析

(juristische Analyse)、逻辑的集中(logische Konzentration)及体系的建构(systematische Konstruktion),依序于《罗马法之精神》第Ⅱ册第2部分第39、第40及第41章加以介绍。这事实上是一种对法律素材或法律条文先分析,再综合,最后作体系分类的过程。这种过程因为是师法自然科学的方法,耶林称之为“自然历史的方法”。且制作过程符合体系要求的实证性、无矛盾性(或一致性)及完美性。这样的法学才是经过“转换”(Transponieren),而从单纯法条堆积聚合的“较低层次的法学”,脱胎换骨成为“较高层次的法学”或“建构的法学”或“法律体系”或“法律身体”。对耶林而言,向来的法律解释只是一种“较低层次的法学”,它要经过“自然历史的方法”才能变成法律概念与法律体系之“较高层次的法学”。(参见页101图表二)

耶林早期的这种建构的方法虽然不是唯一或最重要的方法,但却是解释必要的辅助工具。因为“尽管制定法应与目的紧密相连,尽管必须要注意法律事实以及国民的法律感觉,但法学永远都仍是一种技术,一种思维的技术”。这种概念操作的解释或类推的方法论,不仅耶林本人未曾放弃(耶林从未将其前期此部分之思想,在思想转向后加以删除),而且仍是法学方法与思维的基本工具。海克后来自己也说道:

反对技术性的概念法学,并不一定是反对法律的概念形成,或反对法官受现行法的拘束。更不是反对科学性的概念形成。没有概念不可能思考。法学当然也要形成概念。

甚至推荐他的学生应该要花费时间去读耶林这部分建构法学方法的描述。相较于海克的思想,耶林这部分的论述成为概念法学

的巅峰代表作，亦成为海克批评概念法学是“颠倒方法”的起源。

第二，一个事件：也就是耶林思想由概念法学转变到注重利益思想之事件缘由（所谓“大马士革”之经历），因为这个事件代表德国法学一个关键性的转折。

耶林从原来“概念法学”的时代背景，到转向重视“利益”与“目的”的探求，其首要关键在于他因着一个实际“个案”的冲击，而造成他的理论思想转向之“大马士革的经历”，使得他从重视概念的“法学技术”操作，到注意“目的”才是法律的实践动机。

1844年，耶林曾在其著作《罗马法论文集（Abhandlungen aus dem römischen Recht）》中讨论过一个问题：依照罗马法，一物二卖（双重买卖）之出卖人，于该物因不可抗力而灭失时，能否对两个买受人同时请求价金？耶林当时就这个问题，引述了罗马大法学家 Paulius 的见解。Paulius 曾主张：有人将同一个奴隶出卖两次，后来奴隶在交付前死亡时，危险应归买受人（Periculum est emptoris），因此出卖人可以对两个买受人同时请求价金。耶林完全赞成 Paulius 所说的此一罗马法之法则：“买卖标的物在交付以前，如因非可归责于出卖人之事由而灭失者，出卖人仍可取得价金”，因此认为在一物二卖之情形也应该适用此一法则。但在15年后即1858年的冬天，耶林面对一个案例，涉及一艘价值高昂，却于双重买卖后因不可归责于出卖人之事由而灭失的船舶，出卖人是否可向两个船舶买受人同时请求价金。耶林面对这个标的价值高昂的案件，认为结论应采否定见解，但却因此与他以前确信

的法则与结论相冲突。他的内心抗拒以前上开的旧见解，因为以前的结论与他“自然的法律感觉”相违背；最后迫使耶林必须放弃他原有的见解。终于，在1859年之《论买卖契约之危险负担》(Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract)一文中，他公开收回他的旧理论，重新深入证立新理论，并且在该文中自陈他在该文发表前，期间心理煎熬的过程。他说：

在我的生命中从来没有一个法律案件像这个案件一样让我陷入情绪激动——说是陷入窘境还不足形容——，如果理论的错误应受到惩罚，那么这个处罚绝大部分应该归给我。所有在我里面的法律感觉及法学脉动都断然地起来反对我，再适用我自己以前的、也是被对此有兴趣的当事人所采用的见解。另一方面，我却又数个星期之久找不到可以让我的法律良知平静下来的解决之道。

如果当时我能够不是纯理论地，而是实务地必须去解决一个实际案件，像我不久前必须去解决的案件一样（笔者按：就是指这个他要作成鉴定意见的案件），或许当时我就已经突破而找到正确观点了。不管法条所引起的结果与不幸，一味地纯理论的顺应它或适用它，这事实上是一件没有价值的事。

他因此透过目的探究的方式，探究支配这个案件的上开罗马法的法则——出卖人在物灭失之后，仍可向买受人请求价金——其目的何在？然后再去证明，对出卖人双重给付与此目的不合，因此，应该将文义在此范围内加以限缩，进而解决这个问题。

第三，是一个概念：也就是这其中作为连贯耶林前后期思想的关键点——耶林“利益”概念的提出。亦即，转向后的耶林著

作思想中如何由《罗马法之精神》一书对“主观权利”之定规采利益说，影响到其在《法律中之目的》一书对“目的”实践思想的论述。

根据研究，耶林的利益观是受到功利主义者 Bentham 的主要影响。如前所述在 1858/1859 年间，正值耶林的法律理论思想处于转向时期，他因为一个实务个案的光照，正要离开概念法学转向目的论之观察方式。但仅有“内在的”光照还不够，他还必须为他的洞见寻找“外在的”理论基础。此时他读到了英国功利主义者 Bentham 的作品《民事与刑事的立法原则》一书之德文译本，Bentham 的思想进到了耶林在 1877 年的著作《法律中之目的》一书。

Bentham 曾说：

决定法律与非法律（die Entscheidung über Recht und Unrecht），只能根据一个对所有的利益——物质的与精神的、暂时的与永存的、现在的与将来的、个人的与普遍的等利益——谨慎的衡量，才能达成。每一个特有的法律关系都是透过这个利益特有的团体而创设下来的……这样的思想，长久以来一直是我的……基本思想。

Bentham 所采的广义的利益观深刻影响耶林，因此，耶林的利益概念，也是采取广义的内容。耶林说：

用处（Nutzen）、财货（Gut）、价值（Wert）、享受（Genuß）、利益（Interesse）……等概念绝对不是仅指经济上的（ökonomisch）概念而已：亦即仅指金钱及金钱价值而已；财产并不是人类必须被确保的唯一权利，在这些财产之上还有其他更高伦理形式的利益

(andere und höhere Güter ethischer Art): 人格 (Persönlichkeit)、自由、名誉 (Ehre)、家庭关系 (Familienverbindung) ——没有这些利益, 外部可见的利益将根本毫无价值。

罗马人将财货 (Gut) 的概念局限在经济意义下之利益, 亦即货物 (Glücksgüter, bona), 而认为货物始构成权利的内容——这种不采广义利益概念的权利定义, 我认为是错误的。……价值概念与利益概念都不局限在财产上 (Vermögen) ……虽然实际的利益本身必须可以以金钱加以表达, 但自由、生命、名誉是无法以金钱加以衡量的 (inästimabel)。

也就是这个广义的“利益观”后来深刻地启示了海克的利益法学。海克一贯地定义利益法学的“利益”这个词说:

利益法学使用利益这个词……只有这种包括理想利益在内的最广意义, 对法学方法的目的才是有用的, 它也只有在这样的意义上被使用。我必须强调, 任何一种对这个词所作的质的限制 (qualitative Einschränkung) 都必然会造成而且也已经造成了对这个方法彻底的误解。

海克称之为“起源的”利益论, 并且自己进而在这样的基础上开展出“生产的”利益论。值得注意的是, 耶林“广义的利益观”一直是放在“目的”之后加以讨论。

我们可以说耶林早期思想中主观权利中受保护的实质要素, 亦即广义的“利益”概念, 化身成为后期思想中客观法律中国家以强制力所欲确保之社会“生活条件”。“利益”成为贯穿《精神》一书中的“权利”, 与《目的》一书中的“法律”二者之桥梁, “利益”之确保与实现成为整体法律创造之目的。“法律之目