

自我負責人格之法律

——Arthur Kaufmann的法律哲學

Verantwortetes Recht:
Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns

德漢對照

Neumann / Hassemer / Schroth 主編

劉幸義 陳顯武 秦季芳 江玉林 王鵬翔 陳志忠
吳從周 王效文 何賴傑 彭美英 李聖傑 蔡晶瑩 合譯

自我負責人格之法律

——Arthur Kaufmann的法律哲學

Verantwortetes Recht:
Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns

德漢對照

Neumann / Hassemer / Schroth 主編

劉幸義 陳顯武 秦季芳 江玉林 王鵬翔 陳志忠
吳從周 王效文 何賴傑 彭美英 李聖傑 蔡晶瑩 合譯

自我負責人格之法律：Arthur Kaufmann
的法律哲學=Verantwortetes Recht:die
Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns/
Ulfrid Neumann, Winfried Hassemer, Ulrich
Schroth著；劉幸義等合譯。——初版。——臺
北市：五南，2010.11

面：公分

中德對照

ISBN 978-957-11-6047-4 (精裝)

1.考夫曼(Kaufmann, Arthur) 2.法律哲學

580.1

99013732



1Q85

自我負責人格之法律— Arthur Kaufmann的法律哲學

Verantwortetes Recht: Die Rechtsphilosophie
Arthur Kaufmanns

作 者— Neumann/Hassemer/Schroth

譯 者— 劉幸義 陳顯武 秦季芳 江玉林 王鵬翔
陳志忠 吳從周 王效文 何賴傑 彭美英
李聖傑 蔡晶瑩

發行人— 楊榮川

總編輯— 龐君豪

主編— 劉靜芬 林振煌

責任編輯— 李奇羣 王政軒

封面設計— P. Design視覺企劃

出版者— 五南圖書出版股份有限公司

地 址：106台北市大安區和平東路二段339號4樓

電 話：(02)2705-5066 傳 真：(02)2706-6100

網 址：<http://www.wunan.com.tw>

電子郵件：wunan@wunan.com.tw

劃撥帳號：01068953

戶 名：五南圖書出版股份有限公司

台中市駐區辦公室/台中市區中山路6號

電 話：(04)2223-0891 傳 真：(04)2223-3549

高雄市駐區辦公室/高雄市新興區中山一路290號

電 話：(07)2358-702 傳 真：(07)2350-236

法律顧問 元貞聯合法律事務所 張澤平律師

出版日期 2010年11月初版一刷

定 價 新臺幣550元

This bilingual German and complex Chinese edition has been
translated from the original German publication:

Ulfrid Neumann/Winfried Hassemer/Ulrich Schroth (eds.)
"Verantwortetes Recht"

© 2005 by Franz Steiner Verlag, Stuttgart (Germany)

All rights reserved.

Vorwort

Am 10. und 11. Mai 2003 fand in München eine von der Deutschen Forschungsgemeinschaft unterstützte Tagung zum rechtsphilosophischen Werk ARTHUR KAUFMANNs statt. Die Veranstaltung, an der Wissenschaftler aus Chile, Deutschland, Japan, Südkorea, Österreich, Portugal, Spanien und Taiwan teilnahmen, war in einem ersten Teil den rechtsphilosophischen Grundlagen, in einem zweiten rechtsphilosophischen Anwendungen und in einem dritten Teil strafrechtlichen Konsequenzen von ARTHUR KAUFMANNs Rechtsdenken gewidmet. Die Anordnung der Texte in diesem Heft folgt dieser Gliederung und der zeitlichen Reihenfolge, in der die Vorträge gehalten wurden.

Wir danken den Redakteuren des Archivs für Rechts- und Sozialphilosophie, Frau Dr. ANNETTE BROCKMÖLLER, Herrn Prof. Dr. Dres. h.c. mult. WERNER MAIHOFFER und Herrn Prof. Dr. GERHARD SPRENGER dafür, dass sie es in Hinblick auf die außerordentlichen Verdienste Arthur Kaufmanns um die Deutsche Sektion und die Weltorganisation der IVR ermöglicht haben, die Ergebnisse der Tagung als Beiheft des ARSP zu veröffentlichen. Frau Assessorin URTE EISENHARDT (Frankfurt/Main) und Frau VERA SACHER gebührt Dank für Ihre wertvolle Hilfe bei der technischen Gestaltung der Manuskripte und der Erstellung der Korrekturen.

Frankfurt-Main/München im Mai 2004 Winfried Hassemer

Ulfrid Neumann

Ulrich Schroth

序（漢譯）

劉幸義 譯

2003 年 5 月 10 日及 11 日在 München 舉辦亞圖·考夫曼法律哲學研討會，由德國研究協會贊助。來自智利、德國、日本、南韓、奧地利、葡萄牙、西班牙及台灣的學者，在研討會就三部分提出論文：第一部分法律哲學基礎、第二部分法律哲學適用、第三部分刑法結論。本書論文依照此一分類及報告順序排列。

我們感謝法律暨社會哲學文庫的編輯 Annette Brockmüller 博士、Werner Maihofer 教授及 Gerhard Sprenger 教授，鑑於亞圖·考夫曼的特殊貢獻，使法律暨社會哲學世界組織及德國分會得以將研討會論文作為 ARSP 叢書出版。也感謝 Urte Eisenhardt 及 Vera Sacher 二位女士在排版及校對的大力協助。

Frankfurt-Main/München im Mai 2004

Winfried Hassemer

Ulfrid Neumann

Ulrich Schroth

譯序

2002年4月8日至11日在台北舉辦追思考夫曼（Arthur Kaufmann, 1923-2001）逝世周年研討會後，隔年5月10日至11日在德國慕尼黑舉辦亞圖·考夫曼法律哲學研討會，紀念他八十歲生日，探討其法律哲學、刑法學的內涵、路線與結構。當年我參加慕尼黑的紀念研討會時，就有翻譯論文集的構想，與Neumann教授商談後，論文集未出版前，於2004年7月取得全書文稿電子檔，隨即展開尋覓適當人選的工作。

多人共同合譯有其優缺點，一方面可以看到多元、不同風格的譯文，但專業術語難免呈現混亂的現象。對此，基於以前翻譯考夫曼「法律哲學」一書的經驗，原則上以該書的譯詞為準，此外並不更動譯文，盡可能保留各翻譯人的文筆風格。合譯的另一優點是分攤翻譯的工作量，就如以前的經驗一樣，雖有人登記但卻空白未譯的章節，須另覓適當人選，最後則當然由我來填補，由原本的序文，另增二篇。

本書歷經五年多才出版，除了預期外有多位翻譯人變動，另一原因是出版社的交涉過程，長期處於不確定狀態，最後才由五南圖書公司出版。除了感佩五南圖書公司願意出版高學術性，卻高商業風險的著作之外，法學主編林振煌先生的熱忱及其同仁在國際事務接洽的高效率工作，是順利出版的主要原因。

本書德文及漢譯的出版是令人振奮，由考夫曼的學生及友人論述他的法律哲學與刑法思想，雖不是全部，但卻是他晚期思想的主要內容。希望漢譯本的出版，能為法學界注入一些新的、法律哲學反思的泉源。

劉幸義

2010.05.26.

譯者簡介 (依章節順序排列)

劉幸義

現職：國立臺北大學法律學系教授

刑法研究中心主任

學歷：德國慕尼黑大學法學博士

專長：刑法、法理學

陳顯武

現職：國立臺灣大學國家發展研究所專任教授

學歷：德國慕尼黑大學法學博士

專長：憲法、行政法、法學方法論、社會科學方法論

秦季芳

現職：玄奘大學法律學系兼任講師

學歷：國立臺灣大學法律研究所碩士

專長：身分法、法理學、法學方法論

江玉林

現職：國立政治大學法律學系教授

學歷：德國海德堡大學法學博士

專長：法理學、國家學、德國近代憲法史

王鵬翔

現職：中央研究院法律學研究所籌備處助研究員

學歷：德國基爾大學法學博士

專長：法理學、法學方法論

陳志忠

現職：臺灣彰化地方法院公設辯護人

學歷：德國科隆大學法學博士

專長：生物科技法、科技行政法

吳從周

現職：國立臺灣大學法律學系助理教授

學歷：國立臺灣大學法學博士

德國科隆大學博士候選人

專長：民法、民事訴訟法、法學方法論

王效文

現職：國立成功大學法律學系副教授

學歷：德國法蘭克福大學法學博士

專長：刑法、法理學

何賴傑

現職：國立政治大學法律學系教授

學歷：德國杜賓根大學法學博士

專長：刑事訴訟法、刑法

彭美英

現職：東吳大學法律學系副教授

學歷：德國慕尼黑大學法學博士

專長：刑法原理

李聖傑

現職：國立政治大學法律學系助理教授

學歷：德國雷根斯堡大學法學博士

專長：刑法

蔡晶瑩

現職：輔仁大學法律學系副教授

學歷：德國雷根斯堡大學法學博士

專長：民法、國際私法

序	i
序（漢譯） 劉幸義 譯	ii
譯序 劉幸義	iii
譯者簡介	v

I. Rechtsphilosophische Grundlagen

法律哲學基礎

I. 1. Einführung	
導論	003
作者：Ulfrid Neumann	
譯者：陳顯武（Hsien-Wu CHEN）	
I. 2. Die Person als Bezugspunkt des Rechts. Zu Kaufmanns „Personaler“ Rechtsphilosophie	
人格作為法律的關聯點——論考夫曼的「人格」法律哲學	019
作者：Enrique Barros	
譯者：秦季芳（Chi-Fang CHIN）	
I. 3. Arthur Kaufmanns Gerechtigkeitslehre und die Grundlagen der Ethik	
考夫曼的正義論與倫理學基礎	037
作者：José de Sousa e Brito	
譯者：江玉林（Yu-Lin CHIANG）	

- I. 4. Arthur Kaufmanns „Dritter Weg“ zwischen Naturrecht und
Rechtspositivismus. Eine Skizze
亞圖·考夫曼介於自然法與法律實證論間的「第三路徑」——概述 073
作者：劉幸義（Shing-I LIU）
譯者：秦季芳（Chi-Fang CHIN）
- I. 5. Arthur Kaufmanns Theorie der Rechtsgewinnung
亞圖·考夫曼的法律獲得理論 093
作者：Robert Alexy
譯者：王鵬翔（Peng-Hsiang WANG）
- I. 6. Das tertium comparationis im Recht. Variationen zu einem
Thema von Arthur Kaufmann
法律的中介比較者——Arthur Kaufmann 主題之各種變體 145
作者：Friedrich Lachmayer
譯者：陳顯武（Hsien-Wu CHEN）

II. Rechtsphilosophische Anwendungen 法律哲學之應用

- II. 1. Einführung
導論 173
作者：Winfried Hassemer
譯者：劉幸義（Shing-I LIU）
- II. 2. Das Recht der Person auf ihren Tod. Suizid und Euthanasie
in Kaufmanns „personaler“ Rechtsphilosophie
死亡的權利——依考夫曼法律哲學評價自殺及安樂死 195
作者：上田健二（Kenji Ueda）
譯者：陳志忠（Chih-Chung CHEN）

- II. 3. Toleranz als Rechtsprinzip. Kommentar zur Arthur Kaufmanns Theorie
寬容作為法律原則—亞圖·考夫曼理論之評釋 229
作者：竹下賢 (Ken Takeshita)
譯者：秦季芳 (Chi-Fang CHIN)
- II. 4. Das Recht zum Widerstand in Arthur Kaufmanns Rechtsphilosophie
亞圖·考夫曼法律哲學中的反抗權 245
作者：Hermann Klenner
譯者：劉幸義 (Shing-I LIU)
- II. 5. Die Rolle der Richterpersönlichkeit bei der Rechtsfindung
在法律發現過程中法官人格扮演之角色 273
作者：Andrés Ollero
譯者：吳從周 (Chung-Jou WU)

III. Strafrechtliche Konsequenzen 刑法結論

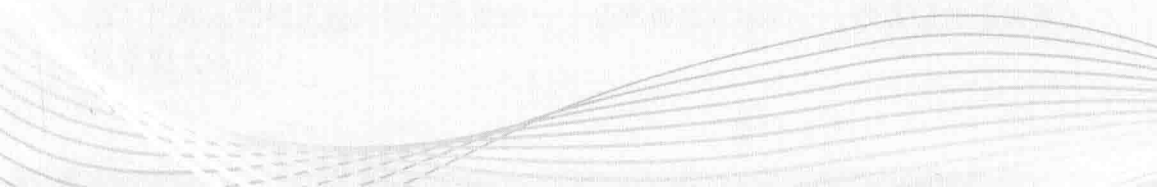
- III. 1. Einführung
導論 291
作者：Ulrich Schroth
譯者：王效文 (Hsiao-Wen WANG)
- III. 2. Schuldprinzip und Strafgerechtigkeit in Arthur Kaufmanns Personaler Rechtsphilosophie
亞圖·考夫曼人格法律哲學中的罪責原則與刑罰正義 311
作者：Felix Herzog
譯者：秦季芳 (Chi-Fang CHIN)

- III. 3. Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung
法外空間與自我負責的決定 323
作者：Bernd Schünemann
譯者：吳從周（Chung-Jou WU）
- III. 4. Unzeitgemäße Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im
Strafrecht?
刑法罪責原則是不合時宜之觀點？ 355
作者：金永煥（Young Whan Kim）
譯者：何賴傑（Lai-Jier HER）
- III. 5. Zu Arthur Kaufmanns Kritik der Todesstrafe
關於亞圖·考夫曼對死刑之評論 383
作者：宮澤浩一（Koichi Miyazawa）
譯者：彭美英（Mei-Ying PONG）
- III. 6. Das Recht der Person als Grenze des Strafrechts. Zu
Arthur Kaufmanns Kritik paternalistischer Strafbestimmungen
以人格體的權利作為刑法的界限——亞圖·考夫曼對於父權式刑
罰決定的評論 405
作者：山中敬一（Keiichi Yamanaka）
譯者：李聖傑（Sheng-chieh LEE）、蔡晶瑩（Ching-ying TSAI）

I.

Rechtsphilosophische Grundlagen

法律哲學基礎



I. 1. Einführung

導論

作者：Ulfrid Neumann

德國法蘭克福大學刑法、刑事程序法、法律哲學及法律社會學教授

譯者：陳顯武（Hsien-Wu CHEN）

國立臺灣大學國家發展研究所教授

Im Vorwort zu seiner “Rechtsphilosophie” von 1997 schreibt Arthur Kaufmann: “Nachdrücklich möchte ich darauf hinweisen, dass es mir sehr wesentlich um eine inhaltliche Rechtsphilosophie geht. Ich rede über ‚Sachen‘. Es gibt heute nicht mehr viele Rechtsphilosophen, die ebensolches tun ... Soweit die Gerechtigkeit erörtert wird, geschieht dies fast ausnahmslos unter Verkürzung auf das formale Gleichheitsprinzip.”^[1] Kaufmann stellt dieser Reduktion der Rechtsphilosophie auf eine allgemeine Theorie rechtlicher Strukturen sehr entschieden sein Konzept einer normativ gehaltvollen Rechtsphilosophie entgegen, die durchaus beansprucht, der Gesetzgebung und der Politik in zentralen rechtsethischen Fragen den Weg zu weisen. Er wiederholt in diesem Zusammenhang, die Inhalte der Gerechtigkeit seien “viel zu wichtig ..., als dass man sie ausschließlich den - notwendig parteiischen - Politikern überlassen dürfte”^[2].

亞圖·考夫曼在其 1997 年「法律哲學」一書的序言中寫道：「對此，我想特別強調指出，實際上對我而言，在此涉及到的是一種實質內容的法律哲學，我稱之為『事物』。現今，已沒有多少法律哲學家這麼做了……。只要在正義的問題被提出來討論時，它幾乎毫無例外的被簡化為形式平等原則。」^[1] 考夫曼非常明確地將這種將法律哲學化約為一個法律結構的一般理論，與他自己的一項規範上富有內容的法律哲學構想對立起來，這個法律哲學完全要求下面這件事，亦即為立法與政治在法律倫理學的核心問題中指引一條出路。在這個脈絡下，他一再的提及正義的內容（按考夫曼的話來說）是：「（正義的內容）比起人們把正義只能完全委由——必然會有立場的——政客這件事而言，是重要太多了……」^[2]。

Es geht also in Kaufmanns Rechtsphilosophie um nichts weniger als um Gerechtigkeit^[3]. Die Art und Weise, in der Kaufmann dieses Thema ausarbeitet, verleiht dieser Feststellung allerdings einen spezifischen Akzent. Denn im Zentrum steht nicht die Gerechtigkeit, sondern die Ungerechtigkeit. Kaufmann spricht in diesem Zusammenhang mehrfach von einem “negativen Utilitarismus”^[4]. Anlass für die Frage nach der Gerechtigkeit ist das Erleben von Ungerechtigkeit.

因此，考夫曼的法律哲學所涉及的就是正義^[3]。然而，考夫曼在處理正義這個議題時所採用的方式，卻是以一種特定的論斷來把正義確定下來。因為，其思考中心並不在於正義，而是在於不義。在此種脈絡下，考夫曼多次地提及「反面的功利論」^[4]。對正義的探詢的驅力，來自於對不正義的體驗。

Denn die Rechtsphilosophie Kaufmanns ist geprägt durch die Erfahrung von Unrecht in totalitären Staaten. Das ist in einem biografischen Sinne, aber auch im Sinne eines solidarischen Miterlebens und Mitleidens der Unterdrückung anderer zu verstehen. Kaufmann war nicht nur in jungen Jahren in eigener Person von einer menschenverachtenden Diktatur betroffen, er war “betroffen” auch von den zahllosen Fällen von Gewaltherrschaft in anderer Staaten in anderer Zeit. Für ihn war es deshalb die zentrale Frage der Rechtsphilosophie, wie Recht, Rechtsgeltung, Rechtssetzung und Rechtsanwendung gedacht werden müssen, um dem Missbrauch des Rechts durch die Macht Widerstand leisten zu können. Diese Frage bestimmt Kaufmanns Position im Streit zwischen Rechtspositivismus und Naturrecht^[5]; sie leitet die Auswahl entrainer rechtsphilosophischer Themen wie Toleranzgebot^[6] und Widerstandsrecht^[7], und sie steht hinter seiner Theorie der Rechtsgewinnung, die es dem Richter verwehrt, sich einfach auf die Autorität des Gesetzes zu berufen, indem sie die Eigenverantwortlichkeit des “Rechtsanwenders” für seine Entscheidung betont^[8].

因為考夫曼的法律哲學是經由經驗極權國家中的不法所建構出來的。這是在一種傳記式的意義下來被理解，但同時也是在一種他人受到迫害的集體的共同體驗與同情的意義下來被理解。考夫曼個人不僅在年輕時期曾遭受蔑視人性的專制獨裁之害，也曾「遭逢」在不同的時期的另一些國家所發生的無數的暴力統治事件。因此，對他而言，法律哲學的核心課題，就如同在法律、法律效力、法律制定以及法律適用中必須被思考的一樣，就是在於對那種藉由權力對

法律的濫用能夠提供反抗。該課題明確了考夫曼在法律實證論與自然法爭論中的立場^[5]；該課題引導著對於法律哲學核心問題的選擇，諸如：寬容誡命^[6]及反抗權^[7]；而且，該課題亦支撐了考夫曼的法律獲得理論，此理論禁止法官僅自命為法條的權威，藉此該權威只強調「法律適用者」對其判決之自我責任^[8]。

Die Erfahrung von Unrecht bildet nicht nur den Hintergrund der Rechtsphilosophie, sie wird an bestimmten Punkten zum validen rechtsphilosophischen Argument. So wird Kaufmanns Haltung gegenüber dem Rechtspositivismus bestimmt durch die Überzeugung, dass die These von der uneingeschränkten Verbindlichkeit jedes formal korrekt verabschiedeten Gesetzes durch die Erfahrung der Perversion des Rechts in totalitären Staaten “quasi experimentell” widerlegt sei^[9]. Das bedeutet nicht, dass man den Rechtspositivismus historisch für die planmäßige Verletzung von enschen-rechten etwa in der NS-Diktatur verantwortlich machen könnte; diese fragwürdige, nach 1945 verbreiteten Schuldzuweisung hat Kaufmann in späteren Arbeiten deutlich relativiert^[10]. Es bedeutet aber, dass man die rechtliche Geltung des Gesetzes - und nicht nur seine moralische Verbindlichkeit - unter einen materialen Vorbehalt stellen muss: rechtsverbindlich ist nur ein Gesetz, das nicht in unerträglicher Weise der Gerechtigkeit widerspricht. Zu diesem von seinem Lehrer Radbruch entwickelten Kriterium hat sich Kaufmann zeit seines Lebens bekannt; und er konnte sich bestätigt sehen durch die später einsetzende Diskussion zur Bedeutung des “Unrechtsarguments” im Streit zwischen Rechtspositivismus und Rechtsmoralismus wie auch durch die Übernahme der “Radbruch’schen Formel” in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anlässlich der Strafverfahren gegen DDR-Grenzposten wegen tödlicher Schüsse an der innerdeutschen Grenze^[11].

對不法的經驗不僅構成考夫曼的法律哲學的背景，在某些特定的點上，其也成為有效的法律哲學論證。因此考夫曼是藉由以下的信念來確立其反法律實證論的立場的，亦即（照考夫曼的話來說）：藉由在極權國家中所受到的法律變態的經驗來「準實驗地」對於每一個在形式上正確被頒布施行的法律底無限拘束力這樣的論題去予以反對^[9]。這並非意味著，人們就能要求法律實證論對於歷史上有計畫地對人權所進行的侵害——例如納粹的獨裁——負責；考夫曼在其晚期的作品中，對於上述這種自 1945 年以後流傳的有問題的歸責的見