



《高大法學論叢》

第 7 卷第 2 期(03/2012)，頁 1-40

論法律解釋的目標

林更盛*

摘 要

關於法律解釋目標的確認，不僅僅只是學術上的問題，對於法律解釋時所應使用的規則，也有其重要性。受到德國法學的影響，台灣在這方面的討論，有主觀說、客觀說與綜合說等不同見解；客觀說似乎是學理上的主流學說。近來德國法學對此再起論戰。參考他們的討論，我們認為：本問題並無放諸四海皆準統一的答案，而是取決於各個具體的法律制度，而這包含了下述種種考量：憲法（如法治原則、國會至上）、不同的法律領域（例如法官可擁有漏洞補充權限的民法 VS. 罪刑法定主義下的刑法）、以及不同法規範的特性（例如原則 VS. 規定）。

* 東海大學法律系教授，德國雷根斯堡大學法學博士

投稿日期：09/05/2011；接受刊登日期：12/13/2011

責任校對：廖紫喬

On the Goal of Statutory Interpretation

Geng-Schenq Lin^{**}

Abstract

How to determine the goal of statutory interpretation is not only an academic issue, but is also essential when deciding the preferences of different rules. In Taiwan, under the influence of German jurisprudence, there are three theories - subjectivism, objectivism and synthesis - regarding statutory interpretation; and the objectivism is the mainstream in current academic discussion. In recent years, the issue of statutory interpretation is greatly discussed again in Germany. After reviewing German's discussions, we conclude that there is no universal answer to the issue. Statutory interpretation shall depend on each and every concrete legal framework. And the discussion of statutory interpretation shall consider the following elements: the Constitution (for instance, the rule of law and the legislature supremacy), different fields of law (for instance, legal loopholes allowing judges to make new rules in civil law vs. *nulla poena sine lege* in criminal law), and different legal concepts with different types of legal norms (for instance, principles vs. rules).

^{**} Professor, College of Law, Tunghai University. Dr. jur. Regensburg University, Germany.

論法律解釋的目標

林更盛

目 次

壹、導論

貳、西洋法制史視野下的解釋的目標—以德國法為中心

一、羅馬法時期

二、疏證學派（Glossatoren）與註釋學派（Kommentatoren）

三、普通法（ius cummune）時期與之後的發展

四、「詮釋上的意圖論」（hermeneutische Intentionalismus）

五、Christian Thomasius

六、Anton Freidrich Justus Thibaut

七、Friedrich Carl von Savigny

八、主觀說與客觀說爭論的開始

九、德國民法草案與立法後的發展

十、納粹時期

十一、二次戰後的發展

十二、前東德對法學方法的討論

十三、當今學說概況

參、幾點反思—代結論

關鍵字：法律解釋、統一說、主觀說、法的續造、法學方法

Keywords: statutory interpretation, synthesis, subjectivism, extending building of law, method of jurisprudence

壹、導論

對於成文法的解釋，台灣向來受到德國法的影響。就法律解釋的目標（Das Ziel der Auslegung），德國法上有主張「主觀說」(subjektive Theorie)，即以歷史上的立法者之意志(Wille des Gesetzesgebers)、「客觀說」(objektive Theorie)，即以法律本身的意志（Wille des Gesetzes）、「統一說」(Vereinigungstheorie)，應兼顧前述二說的看法等不同的觀點；而一般論著在形式上多以客觀說為通說，類似的說法也反映在台灣的法學上。有趣的是，近來德國法學上對此一問題再起論戰。Rüthers 近來多次為文，採取以主觀說為主的觀點，批判客觀說的見解。相反地，德國司法實務上幾位重量級的人物則多表示採取客觀說。

對此問題，本文底下（貳、）擬首先從法制史的角度加以觀察。因為正如對科學史的觀察，有助於科學哲學的探討一般；法制史的認識有助於深入法學議題，這對於法律解釋目標的探討，亦復如是。由於我國法上的觀點多受到德國法的影響，加上相較於美國法、英國法、法國法，本問題的討論仍以德國法最為熱烈，因此底下法制史上的說明，係以德國法為主。最後（參、）提出本文的幾點反思，以期對本問題的釐清有所貢獻，並對未來的發展提供思考的方向。

貳、西洋法制史視野下的解釋的目標—— 以德國法為中心

有關西洋法制史的原文與二手文獻幾乎無法勝數，對於本議題亦累積相當的文獻。中文法學對此似乎欠缺有系統的說明。本文不揣簡陋，在有限的資料以及語文能力下，主要以德文專書及專書論文為主，希望能對此至少有一初步的描述，彌補此一領域的空缺。

一、羅馬法時期

西洋法制史的論述，多從羅馬法開始。對於成文法律解釋的相關問題，羅馬法學家並未發展出一套有體系的論述，其原因在於：制定法在法源上僅僅扮演了有限的角色、以及法學家務實而少作抽象理論思考的傾向¹。然而一般而言，其解釋法律，乃是從剛開始的嚴格遵守文義，轉變成較自由彈性的解釋方式；後者多以訴諸衡平（*aequitas*）、立法者意圖（*mens*）、（合理的）目的（*ratio*）等方式為之。羅馬法初期之所以執著於字義，或許是因為法律文化處於初始階段，亦或許是因為法律被視為是人民自由的限制，因此應從嚴解釋。其後因為受到斯多亞學派（*Stoa*）的影響，法律漸漸地不再被視為只是由片段的、個別的法律規定所組成，而是由價值體系／制度所構成的一個體系；從而，訴諸法規的意義與目的、類推適用等方式，才成為可能²。不過較具體地說，一直到羅馬法古典時期，法學家幾乎不探討，與當今主觀說看法相當的，歷史上的規範目的（*historische Normzweck*），這或許是因為當初的法規多只是針對個案而設，欠缺整體計畫所致³。又針對本文議題：解釋目標—主觀說亦或客觀說？羅馬法學家並未明確加以區分，當他們說到「立法者的意志」時，並非指著立法者實際上的意圖，而是「看起來恰當、合目的性的、有益的法律意義」⁴

至於對後世法律解釋的發展影響甚具者，則為查士丁尼（*Justinian*）法典中留下來有關於法律解釋的準則。例如：

強調文義的觀點：D 1, 3, 23：「在只會有一個明確的解釋時，當然就不應該改變解釋的觀點」；強調體系的觀點：D 1, 3, 24：「作成判決或表示意

¹ Melin Patrick, *Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland*, 2005, S. 175.

² Beneke Martina, *Gesetzesumgebung im Zivilrecht*, 2004, S. 9 ff.

³ Medicus Dieter, *Der historische Normzweck bei den römischen Klassikern*, in: Medicus/Seiler(Hrsg.), *Studien in römischen Recht*, 1973, S. 57 ff. (79 f.)

⁴ Stefan Vogenauer, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent*, Band I, 2001, S. 435.

見時，僅僅基於法規的特定部分，而不參考其整體，這並不符合專業法律人的習慣」；強調目的論的觀點：D 1, 3, 17：「認識法律，並非拘泥於其文字，而在乎理解其力量與趨勢」；D 1, 3, 19：「於法律規定涵義不明時，應優先採取能避免荒謬結果的解釋；特別是當藉此能同時確保法律規定的目的時」⁵。

區分文義與意義，並為後來脫法行為理論所常援用者，例如 D 1, 3, 29：「若有人作了法律不想任何人去作、卻未明文禁止的事，這就是規避法律。『文字』及其『意義』的區分，正是區分了對法律的規避及其牴觸」；關於類推 C 1, 14, 12：「所有的法官都應當知道：法律不僅對其直接公佈之案例、而且是對相類似的案例都有適用」⁶。

二、疏證學派（Glossatoren）與註釋學派（Kommentatoren）

當西羅馬帝國亡於蠻族之手，在原西羅馬帝國的區域，查士丁尼法典

⁵ 以上羅馬法規範，係參照 Watson 主編之英譯本 *The Digest of Justinian*, 1998, Philadelphia，其英譯文如下：

D 1, 3, 23 *PAUL, Plautius, book 4* : We should certainly not change points which have always had a single definite interpretation.

D 1, 3, 24 *CELCUS, Digest, book 8* : It is not lawyer-like practice to give judgment or to state an opinion on the basis of one particular part of a statute without regard to the whole.

D 1, 3, 17 *CELCUS, Digest, book 26* : Knowing law is not a matter of sticking to their words, but a matter of grasping their force und tendency.

D 1, 3, 19 *CELCUS, Digest, book 33* : When there is an ambiguity in an statute, that sense is to be preferred which avoids an absurdity, especially when by this method the intendment of the act is also secured.

D 1, 3, 29 *Ulpian, Edict, book 4*: Fraud on the statute is practiced when one does what the statute does not wish anyone to do yet it has failes expressly to prohibit. And what seperates “words from meaning“ seperates cheating from what is done contrary to law.

⁶ 本段係參考 Peter Rausch, *Juristische Methoden*, 1995, S. 16 的德文翻譯。C 1, 14, 12 : Alle Richter mögen wissen, dass das Gesetz nicht nur für die Fälle gilt, für die es erlassen ist, sondern für alle ähnlichen.

亦消失無蹤，一直到 11 世紀時才重新被發掘與研究。而一直到 19 世紀⁷，法律解釋的發展，主要是蒐集與整理羅馬法所流傳下來的相關見解。一開始所採用的乃是經院哲學（Scholastik）的方法。疏證學派（Glossatoren）在法典的頁邊，以數句寫下他們綜合與歸納相關問題的結果，這包括了他們所歸納的法律解釋的一般準則。之後的註釋學派（Kommentatoren）則對這些累積下來眾多的解釋準則，嘗試作較有系統的分類與整理。

當時針對法律解釋所歸納出的準則，例如有：法律的文句，應在考慮到「立法理由」（ratio legis）、「法規意義」（mens legis）下加以理解；解釋的結果不應當牴觸人的「天然理性」（naturalis ratio）；法律文義有疑義時，應作符合公正、衡平、正直的義務、善良風俗、宗教、國家的公共利益的解釋⁸。著名的學者 Bartolus de Saxoferrato 將解釋分成三種：擴張的（extensive）、限縮的（restriktive）以及闡釋性（deklarative）解釋；並認為法官擁有廣泛的解釋權限，得以法律不合理、不符合個案衡平而不予適用⁹。又值得注意的是：在此時期，學者之所以採取擴張解釋，其目的在於：擴大作為一個理想模範的查士丁尼法典的適用範圍，排斥與之相牴觸的各區域的地方性法規；而後者縱然是被認為與羅馬法有相同的規定，也應依羅馬法之精神加以解釋¹⁰。

三、普通法（ius cummune）時期與之後的發展

到了羅馬法繼受、即普通法（ius cummune）時期，法學家討論法律解釋的出發點是以「文字」（verba）與「意義」（mens）間的區分／對立作為

⁷ Stefan Vogenauer, in: Schmoeckel/ Rückert/ Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I, 2003, §§ 133, 157 Rn 7 ff.

⁸ Vgl. Peter Raisch, a.a.O. (Fn. 6), S. 26.

⁹ Hams Hattenhauer, Zur Rechtsgeschichte und Dogmatik der Gesetzesauslegung, in: Zimmermann/ Knütel/ Meinecke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 129 ff. (133 f.).

¹⁰ Peter Raisch, a.a.O. (Fn. 6), S. 25.

前提¹¹；當二者不一致時，多傾向以後者為準；頂多是加上了如下的限制：此一意義須以能從文字推演出者為限，而這同時也就是解釋的界限。之所以如此，其理由在於：「文字」只是「意義」的輔助手段，而「意義」才是法律、構成法律的直接內容，因此應以「意義」（*mens*）為準¹²。

其後法學人文主義（*juristische Humanismus*）時代的法學家則是放棄了「文字」（*verba*）與「意義」（*mens*）是區分／對立的思考方式，一方面多認為：「文字」乃思想／意義的表徵，而且在文字之外，並不存在著「意義」；另一方面則對從寬認定解釋的範圍。至於正義或衡平的考量，只以能在「法規意義」（*sententia legis*）之內獲得支持者為限，否則即不予考慮¹³。就法律的解釋，法學家仍然是沿用羅馬法的題材作為法律解釋的根據；並且對之重新安排，附加了聖經以及古代著作中的例證。例如荷蘭法學家 Nicolaus Everardus v. Middelburg，於 1516 年出版 *Loci argumentorum legales* 一書，幾乎達 800 頁，共蒐集了有關法律解釋的 131 個論點，從 1516 年到 1662 年為止，共刊行 28 版¹⁴。而 1613 年 Valentin Wilhelm Forster, *Interpres, sive de interpretatione juris libri duo* 一書亦蒐集數百條解釋的準則¹⁵；並且一直到 19 世紀仍被 Savigny¹⁶所引述，可謂影響深遠¹⁷。

¹¹ Maximiliane Kriebbaum, *Verba und mens in der Interpretationslehren des Humanismus*, in: Schröder (Hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik-Rechtswissenschaft*, Philosophie, Theologie, 2001, S. 47 ff.

¹² Jan Schröder, *Recht als Wissenschaft*, 2001, S. 56.

¹³ Kriebbaum, *Verba und mens in der Interpretationslehren des Humanismus*, in: Schröder(Hrsg.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik-Rechtswissenschaft*, Philosophie, Theologie, 2001, S. 47 ff(71).

¹⁴ S. Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 7) §§ 133, 157 Rn.8.

¹⁵ S. Fritz René Grabau, *Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation*, 1993, S. 52 f.

¹⁶ Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, 1840, Band I S. 318 Fn. b. (zitiert bei Das Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, abrufbar auf seiner Website unter <http://www.rg.mpg.de/de/bibliothek/digitalisierung-privatrecht/> (Letzter abruf: 10/30/2010).

¹⁷ Peter Raisch, a.a.O. (Fn. 6), S. 72.

值得注意的是：一直到 17 世紀初期為止，法學上缺乏一個單一的「解釋」(Interpretation) 概念；「解釋」一詞實際上是包含了二個不儘相同的概念：1.對法律原本的意義的理解、以及 2.對法律的調整或擴張¹⁸。而且立法者的意圖(主觀說)與法律的意志(客觀說)，一直沒有被明顯地加以區別。依論者之見，最先區分此二者為 Suarez；Suarez 早於 1612 年主張應區分「意義」(Sinn) 以及「理由」(Ratio)，並認「理由」只是尋找「意義」，立法者意志的表現，的一種輔助的手段而已；法律是立法者意志的決定，縱無理由，仍然有效¹⁹。

四、「詮釋上的意圖論」(hermeneutische Intentionalismus)

到了 Hugo Grotius 以及跟隨他想法的 Samuel Pufendorf 之後，學說上才多強調以立法者的意圖作為解釋的標準²⁰；有稱此為「詮釋上的意圖論」(hermeneutische Intentionalismus)²¹。例如 Christian Wolff 認為解釋在於：「獲知他人透過言語或其它符號所企圖表達者」(auf gewisse Weise schließen, was jemand mit seiner Rede oder mit anderen Zeichen anzeigen wollte.)。Christian Heinrich Eckhard 亦說到：「所有探求文字意義的解釋，其最高目標在於：將他人藉由文字所企圖令人理解的概念，歸諸於他人所使用的文字。」(Bei jeder Auslegung, die den Sinn der Wörter untersucht hat, ist es das höchste Ziel, daß wir diejenigen Begriffe den Wörtern des anderen zuschreiben, die er selbst mit ihnen verstanden wissen wollte.)²²

¹⁸ Jan Schröder, a.a.O. (Fn. 12), S. 56.

¹⁹ Jan Schröder, a.a.O. (Fn. 12), S. 143 f.

²⁰ Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 436.

²¹ Axel Bühler, Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung bei Friedrich Karl von Savigny, in: Schröder (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik-Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, 2001, S. 329 ff. (333f).

²² Axel Bühler, a.a.O. (Fn. 21), S. 329 ff. (333f.).

五、Christian Thomasius

之後，法律解釋理論上最值得注意的學者是 Christian Thomasius。Thomasius 將解釋界定為：「無非是對於他人在其文字裡所企圖令人理解的、雖然這在理解上是有困難或晦暗的，基於一個明確的或是可能的推論、所提出的一種說明」(nichts anders als eine deutliche und in wahrscheinlichen Muthmassungen gegründete Erklärung desjenigen, was ein anderer in seinen Schriften hat verstehen wollen, und welches zu verstehen etwas schwer oder dunkel ist)；亦即尋找、推斷出「他人的想法」(die Gedanken eines Menschen)、「他人的意見」(Meynung eines Menschen)²³。至於法律解釋的對象，基本上只限於作為人類意志產物的實定法(das positive Recht)；因為自然法是完美的，根本無需解釋。又因為解釋限於尋找立法者真正的意思；逾越此界線者，即非解釋，頂多是相當於當今所謂的法的續造(Rechtsfortbildung)的問題²⁴。

又重要的是 Thomasius 放棄了原先通用的「論證學」(Topik)的看法²⁵，將向來三種的解釋方法，統一地認為是一種對文義不明的文字的理解，因此應有統一的回答。氏提出影響後世深遠的觀點：將法律解釋二分為：「文義解釋」(grammatische Interpretation)，即透過文法以獲知其一般的意義，以及「邏輯解釋」(logische Interpretation)，即藉由邏輯獲知文字背後的基礎思想，用取代向來受到「論證學」影響、以解釋的結果作為區分的三分法²⁶。此種解釋二分法的觀點，後來由其學生以及在 Haller 大學的同事 Justus Hennig Böhme 所援用而廣泛地被接受²⁷，並影響後世約有 200 年之久²⁸。

²³ Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 436.

²⁴ Jan Schröder, a.a.O. (Fn. 12), S. 137, 139.

²⁵ Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 439.

²⁶ Jan Schröder, a.a.O. (Fn. 12), S. 134.

²⁷ Jan Schröder, a.a.O. (Fn. 12), S. 134; Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 439.

²⁸ Fritz René Grabau, a.a.O. (Fn. 15), S. 55 f.

法國法上迄今亦有採此分類者²⁹。

六、Anton Freidrich Justus Thibaut

之後值得一提的是 Anton Freidrich Justus Thibaut。Thibaut 受到笛卡兒（Descartes）以來對於哲學、自然科學的看法，和萊布尼茲（Leibniz）以數學作為所有科學（包括法學）模範的影響，此一想法藉由 Christian Wolff 及其門生引進而成為於 18 世紀中期德國法學的主流思想，認為所有的問題都應當有明確的答案³⁰；是以法學的最高目的，在於實現「法的確定性」（die Gewißheit des Rechts）、「法律狀態的確定性與穩定性」（die Gewißheit und Festigkeit des Rechtszustandes）³¹。Thibaut 是最先對於當初內涵尚屬含混的邏輯解釋（logische Auslegung）作深入分析的法學家。氏延續先前意圖論的觀點，認為解釋乃是「進入他人的思想裡，...獲知他人的想法。」（sich in die Gedanken anderer hineinzudenken,..., sich anderer Gedanken zu eigen machen）³²，並將解釋區分為文法解釋（grammatische Auslegung）與邏輯解釋（logische Auslegung）。前者所探詢的是法律的文義；惟氏又強調文義的歷史性，並且認為恰當的解釋必須包括認識到立法者的語言用法、價值及理念³³。後者又二分為依「法律的目的」（Grunde des Gesetzes）、立法者之意圖（Absicht des Gesetzgebers）為之³⁴。在法律解釋上，這些觀點的優先次序為：1. 文法、2. 依立法者之特殊、可辨認之意圖、3. 假設上、作為

²⁹ Eva Steiner, French Legal Method, 2002, p. 66.

³⁰ Gerhard Otte, Zu A. F. J. Thibauts "Theorie der logische Auslegung des römischen Rechts", in: Schröde (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik-Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, 2001, S. 196 ff.

³¹ Albert Kitzler, Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut, 1986, S. 61.

³² Ebd., S. 98.

³³ Albert Kitzler, a.a.O. (Fn. 31), S. 94.

³⁴ Anton F Thibaut, Theorie der logische Auslegung des Römischen Rechts, 2. Aufl., 1806(Nachdruck 2007), § 29, S. 124.

該規定前提的立法者意圖、4.依法律的目的³⁵。氏並強調：若立法者意圖明確可知，則應優先依該意圖、而非文義解釋之³⁶；至於法律以外的資料，則不應作為解釋的參考³⁷。又對於僅僅是依據法律目的所為之邏輯解釋，氏強調「原則上應受諸多的限制，因為這乃是將原本並非法律的、透過法律的適用提升成為法律，因此乃是一種如假包換的立法行為，僅當制定法特別授權時，法官方得為之」³⁸。這種看法，反映出 Thibaut 的解釋論一方面係以立法者之意圖為中心，具有實證主義的傾向³⁹，另一方面則有限度地允許法官為法的續造⁴⁰。

七、Friedrich Carl von Savigny

1802~1803 年，德國現代法學之父 Friedrich Carl von Savigny 在馬堡（Marburg）大學教授法學方法論。受到當時詮釋學之強調歷史的因素、價值中立與客觀的語言學上的理解⁴¹，早期的 Savigny⁴²認為：「真正的解釋乃是侷限於既有的文句；是要尋找文句內所蘊含、從中所可辨認的，並且獨立於所有其它的來源，除非它們能有助於對文句的理解」；藉此，Savigny 企圖令法官在解釋時受到較嚴格的拘束⁴³。惟其後，Savigny 轉向於從適用法律時的觀點來看解釋，賦予法官較為廣泛的解釋權限。在 1840 年所出版的現代羅馬法體系（System des heutigen römischen Rechts）第一冊的第 206

³⁵ Gerhard Otte, a.a.O. (Fn. 30), S. 192.

³⁶ Anton F Thibaut, a.a.O. (Fn. 34), § 29, S.125.

³⁷ Anton F Thibaut, a.a.O. (Fn. 34), § 9, S.29 f; §18, S.77.

³⁸ Anton F Thibaut, a.a.O. (Fn. 34), § 16, S. 59 f.

³⁹ Albert Kitzler, a.a.O. (Fn. 31), S. 93.

⁴⁰ Hager Günter, Rechtsmethoden in Europa, 2009, S. 21.

⁴¹ Jan Schröder, a.a.O. (Fn. 12), S. 214 f.

⁴² “Die ächte Interpretation beschränkt sich auf den gegebenen Text, sucht auf, was *in ihm* liegt, was *aus ihm* zu erkennen ist, und sie abstahiert von allen übrigen Quellen, außer insoweit sie zur Einsicht in *ihren* Text beitragen“. Zitiert Bei Jan Schröder, a.a.O. (Fn. 12), S. 215.

⁴³ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), 184 f.

頁以下，Savigny 承續先前啓蒙時代以來的「意圖論」(Intentionalismus)⁴⁴，認為法律解釋乃是尋找實際上真正存在的、而非假設上的立法者的意圖；後者並非解釋的範疇。氏說道：吾人應區分「我們解釋所獲得的想法實際上是立法者真正的想法，或者只是他貫徹該想法所應當有的想法。在後者，我們解釋的結果並不僅只是修正其表達方式而已，而更是修正該想法本身；這並不是解釋者的權限」⁴⁵。與解釋「相反地，法律的一般理由（例如衡平），並不足以認定表達方式是有誤的、應採取修正的解釋。因為此一舉動的性質與解釋不同，其本身具有法的續造的特性；因為我們並不問：法律所蘊含的思想究竟為何，而是問：設若立法者明確知悉的話，將會如何貫徹而納入立法者思想裡」⁴⁶。「修正文義以適應立法者真正的想法是屬於解釋的一部分；修正立法者的想法則是真正的法的續造」⁴⁷。Savigny 對法的續造，包括基於法律明確性等務實考量，則是持懷疑與保留的態度⁴⁸。另 Savigny⁴⁹提出了影響當今德國法律解釋最重要的四個解釋的觀點：（1）文法的（grammatisch）；亦即文義，即立法者所遵循的語言法則。（2）邏

⁴⁴ Axel Bühler, a.a.O. (Fn. 21), S. 329 ff. 關於解釋的目標，多數學說認為 Savigny 乃是採取主觀說，對此問題的討論；不同見解，s. Stephan Meder, Mißverstehen und Verstehen, 2004, S. 125 ff. (Meder 則是認為 Savigny 的看法既非主觀說、亦非客觀說)。

⁴⁵ System I § 37 S. 235 “ob in der That der Gedanke, der aus unserer Auslegung hervorgeht, der wirkliche Gedanke des Gesetzgebers ist, oder ob er es nur hätte konsequenterweise seyn sollen. In diesem letzten Falle aber würden wir durch unsere Auslegung nicht mehr den Ausdruck berichtigen, sondern den Gedanken selbst, und dass dieses nicht in der Befugnis des Auslegers enthalten ist, ...”

⁴⁶ System I § 37 S. 238 “Dagegen kann kann der generelle Grund eines Gesetzes (z.B. die aequitas) nicht zu einer Auslegung führen, wodurch der Ausdruck als unrichtig angenommen und einer Berichtigung unterworfen werden soll. Denn dieser Behandlung trägt schon ganz den Charakter einer von der Auslegung verschiedenen Fortbildung des Rechts an sich, da wir nicht fragen, was in dem Gedanken des Gesetzes enthalten ist, sondern was in denselben consequenterweise hätte aufgenommen werden müssen, wenn sich der Gesetzgeber dieses klar gemacht hätte.”

⁴⁷ System I § 50 S. 322.

⁴⁸ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 189.

⁴⁹ System I § 33, S. 213.

輯的 (logisch)，指一個規定的各部分之間的關係。(3)歷史的 (historisch)，即立法時對系爭法律問題的規範狀態。(4)體系的 (systematisch)，即促使相關法律制度結合成一個整體的內在關係。

綜觀 Savigny 的說法，他的創新之處在於放棄了向來對解釋所持的二分法，提出了四個解釋觀點；而在其中，又提出了體系的概念 (System)。另有關「法的續造」概念 (Rechtsfortbildung)，也主要是因為 Savigny 的提出，才逐漸成為德國法學上的共識。至於 Savigny 同時代的法學家，則多認為此四因素已經蘊含在向來的解釋方法中，因此對於是否採用薩維尼的見解，多採消極的態度。這一直到了 20 世紀初，才有所改變；因為比較上這種看法更能明確地因應新的立法情事、以及複雜多變的問題⁵⁰。現今通用的四種解釋觀點，則是在 Savigny 的基礎上，以目的取代邏輯的觀點，這主要是由 Forsthoff、Larenz 等人於 20 世紀中期所提出，而被廣被接受的⁵¹。

八、主觀說與客觀說爭論的開始

依論者之見，約於此同時，亦即 19 世紀開始，相當於現今的主觀說與客觀說爭論，才真正的開始⁵²。因為先前，特別是就涉及查士丁尼法典的解釋而言，由於歷史上的立法者之意旨難以辨認，因此所謂立法者意志與法律意志，或多或是被當作同義語而交替使用⁵³。但是到了 1815 年，Gottlieb Hufeland 已經開始明確地採取主觀說、排斥客觀說的觀點，氏寫道：「解釋唯一所要探尋的意義，僅僅是法律成為法律當時所可能具有的意義；因此每一種逾越此一界線、賦予法律只有現今才可能會擁有的意義的嘗試，都是應當嚴加拒斥的」⁵⁴。主觀說在一開始獲得優勢，並且在 19 世紀仍然保

⁵⁰ Fritz René Grabau, a.a.O. (Fn. 15), S. 57 f.

⁵¹ Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 441.

⁵² Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 437.

⁵³ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 181; Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 435.

⁵⁴ “Der Sinn, nach welchem die Auslegung ausschließlich zu forschen hat, ist einzig allein derjenige,

持主導的地位⁵⁵。雖然如此，Savigny 之後的「概念法學」（Begriffsjurisprudenz），一方面仍然繼續採用向來文義/邏輯解釋的二分法；另一方面對解釋的目標多採取主觀說，惟仍多同時加上客觀因素的考量⁵⁶。例如概念法學的代表人物、參與德國民法第一草案的起草者 Windscheid 說到：「解釋乃是確認立法者透過文字所要聯繫的意義，解釋者必須儘可能的完全沉潛到立法者的靈魂當中。」，又說：「縱然當立法者自身並不十分清楚：他想法的呈現方式是停留在與其真正的思想並不完全一致的狀態…；於此，解釋的最高及尊貴的任務乃是：幫助立法者，相對於他真正的想法、將他明文表現出來的想法加以實現」⁵⁷。

然而隨著法學／法律實證主義思想的影響，加上國家獨占立法的權限，現代立法又留下來廣泛的立法資料，於是立法者的意圖愈來愈明確，愈不容易再像以前一樣摻入客觀因素⁵⁸。也因此，「立法者意志」和所謂的「法律的意志」二者之間，變得比較容易區分。加上在人文科學詮釋學（geisteswissenschaftliche Hermeneutik）對詮釋看法的改變，不像自然科般地以原因（立法者意圖）解釋結果（法律），立憲主義以及民主主義的影響，

welchen das Gesetz zu der Zeit, da es Gesetz ward, haben könnte; es ist darum jeder Versuch geradezu verwerflich, der darauf hinausläuft, einen Sinn deshalb hervorzubringen, den die Worte des Gesetzes haben könnte, wenn das Gesetz erst jetzt gegeben würde.” zit. nach Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 437.

⁵⁵ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 199; Stefan Vogenauer, a.a.O. (Fn. 4), S. 438.

⁵⁶ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 194.

⁵⁷ Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Padektenrechts, 8. Aufl., 1900 (Nachdruck, 1997): Auslegung ist “Feststellung des Sinnes, welchen der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden hat”, der Interpret muß sich möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineindenken. selbst nicht vollständig klar gemacht hat, dass er bei einer Erscheinungsform des Gedankens stehen geblieben ist, welche dessen wahren Gehalt nicht vollständig entspricht... die höchste und edelste Aufgabe der Auslegung, dem Gesetzgeber zu Hilfe zu kommen und dessen ausgedrücktem Willen gengenüber seinen eigentlichen zur Geltung zu bringen.” (§ 21, S. 82 f; § 22, S. 86).

⁵⁸ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 199.

立法者不再是君主（自然人）、而是國會（機關）⁵⁹，遂有客觀說得提出。1885／86 年 Wach、Binding、Kohler 三人幾乎同時提出了客觀說的主張，認為法律乃是一精神的有機體，其自身擁有意志——一種擬人化的想法，法律的解釋即在理解此一意志。例如 Kohler 說道：「法律的目的」（Wille des Gesetzes）指的並不是心理學上的意志，而是涉及一個「目的論意義上有機的、實現目的的意志」（im teleologischen Sinne als organisches Zweckstreben）。Binding 說到法律的「法意志」（Rechtswille），指的是「法律所想所要的，就是能理性解釋的民族精神從法律當中所能獲知的」（dass das Gesetz denkt und will, was der vernünftig auslegende Volksgeist aus ihm entnimmt.）⁶⁰。學說上之採取客觀說的原因，一部分是出於在和逐漸增多的法規之間，保持法學所應擁有、更多的彈性空間，以及強調法律應保有彈性、避免因立法而僵化⁶¹。客觀說在理論上迅速獲得迴響，甚至 Heck 於 1914 已將客觀說描述為主流學說⁶²。

九、德國民法草案與立法後的發展

德國民法第一草案第 1 部分第 1 條規定：「法律關係，本法未規定者，準用關於類似法律關係之規定；無此類規定者，應以從法秩序之精神所衍生的原理為準。」（Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, finden die für ähnliche Verhältnisse gegebene Vorschriften entsprechende Anwendung. In Ermangelung solcher Vorschriften sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgeblich.）。此一規定後來並為成為正式的法律規定。因此主觀說與客觀說間的爭議，仍留待法學解決。德國民法立法後，學說上也對概念法學派有所批判。自由法學派（Freirechtsschule）在消極方面，極力批評概念法學過度概念化、形

⁵⁹ Fritz René Grabau, Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, 2005, S. 60 ff.

⁶⁰ Zitiert bei Melin Patrick, a.a.O (Fn. 1), S. 201.

⁶¹ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 202 f.

⁶² Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 200.

式化、機械化的思考，強調法律有漏洞的存在，法官必須訴諸現行法以外的價值判斷。然而在積極方面，自由法學派內則有各自不同的說法⁶³。

同樣對概念法學派採取批判的態度，另一方面則是在方法論上成果豐碩的是利益法學派（Interessenjurisprudenz）。利益法學派視其自身為一種務實的法律適用之學（praktische Rechtsanwendungslehre），它探討的是：法官如何適用法律。利益法學派的代表者 Heck 以主觀說為出發點，探究歷史上的立法者如在相互衝突的利益所作的評價（氏亦稱之為利益 Interesse），因此其所探究的立法者意志，並非是心理學上的，而是一種價值判斷。在「常態案例」（Normalfälle），立法者就待解決的案例類型已提出適當的評價，法官只需將此抽象的評價援用到系爭案例即可。在「授權案例」（Delegationsfälle），立法者在制定法規時有意地不為（全部或一部）的價值判斷，因而授權法官自己形成評價，例如一般條款（Generalklausel），法官須在尊重立法者既已顯示的價值判斷的前提下，以合乎系爭案例的利益狀態作為補充。至於「漏洞」，這包括了法規自始不完整或不適當的「主要漏洞」（primäre Lücke），以及立法後因情勢改變「次要漏洞」（sekundäre Lücke），（針對前者）應在探求歷史上立法者已表達出來的一般的價值判斷的基礎上加以彌補（法律價值判斷的遠程效力，Fernwirkung der gesetzlichen Werturteile），或是（針對後者）將立法者透過其他相關法規所呈現的價值判斷、轉用到變動後的新情勢。利益法學派的見解，在學說上迅速地廣為接受。

十、納粹時期

到了納粹時期，依論者之見⁶⁴，方法論上的爭論主要是集中在：哪種

⁶³ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 210 ff.

⁶⁴ Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., 1997, S. 145 f, 175. 納粹時期司法部委託 Dahm、Eckfard、Höhn、Ritterbusch、Siebert 等學者所草擬、法學家年會所通過的「關於法官之地位與任務指導原則」（“Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters”），其中第 2 點說道「對於所有法源的解釋，其基礎特別是在於透過政黨綱以及領導人之指示意見

解釋方法最適合於將納粹思想貫徹到法律的適用上；就納粹執政前所公佈的法律（舊法），採取客觀說，似乎最容易將納粹思想置入舊有條文；相對地，對於納粹時代所發佈的法律（新法），主觀說則最方便法官去貫徹納粹領導人之意志。亦即，針對納粹革命前的法律，法官應審酌是否與納粹世界觀相符；相反地，對於納粹時代新訂定的法律，由於法律正是存在於領導人心中、活生生的共同意志的體現，因此自然不許法官對此有任何審酌之權。而司法實務大致上是趨向於採取客觀說。

又有論者曾提出底下值得深思的現象⁶⁵：在納粹時代，因為採取「領導者原則」（Führerprinzip），希特勒（Hitler）正是日爾曼民族的最高領導人，以致學說多傾向於主觀說、導致客觀說在理論上受挫。又例如德國 1934 年的稅捐調整法（Steueranpassungsgesetz）第 1 條規定：「稅法應依國家社會主義的世界觀予以解釋。」（Die Steuergesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen.）似乎傾向客觀說，但國家社會主義卻又是採取領導者原則，因此又同時滲入的領導者的主觀因素（法律不過是領導者的意志而已！das Gesetz war „Wille des Führers“.）

十一、二次戰後的發展

二次戰後德國法律解釋論的觀點，或許可說某程度上反映在 Enneccerus／Nipperdey 的重要著作：民法總則（1959 年的 15 版）。

針對解釋的定義，Enneccerus／Nipperdey 認為：「法律規定的解釋，意謂著闡述其意義，而且正是它對於法律生活、包括對於法官所下的判決

所展現出來的國家社會主義的世界觀」（Grundlage der Auslegung aller Rechtsquelle ist die nationsozialistische Weltanschauung, wie sie insbesondere im Parteiprogramm und in den Äußerungen des Führeres ihren Ausdruck findet.）第 4 點是「納粹革命前所公佈之法規，若其適用抵觸當今健全的民族情感時，不得為之」（Gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen sind, dürfen nicht angewandt werden, wenn ihre Anwendung dem heutigen gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würden.）

⁶⁵ Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., 2005, S. 113, 119 f.

的決定性意義」⁶⁶；另外 Enneccerus／ Nipperdey 雖然對法律解釋的目標採主觀說，認為解釋目標乃是立法者意志，亦即在國會通過法案時的主導性意志。氏並強調立法資料在此的重要性。針對客觀說的批評，氏反駁道：「客觀說混淆了法律解釋（Auslegung）和法的發現（Rechtsfindung 亦即法的續造）間的界限；客觀說對主觀說的批評：一個有意志的立法者並不存在，實誤解了：所應探求的立法者意志，並非心理學上的意義，而是透過立法行為所表現出來、具規範色彩立法者意志。又客觀說有將全新的意義與價值、「偷渡」（“unterlegt”）到法規範的疑慮。至於所謂的法律係以其公佈者為準的批評，則是混淆的法律的存在形式與法律內容之間的差別。這將導致毫無止境的「解釋」，不僅使法官在審判時不受法律的拘束，亦且導致法律的不安定性。」⁶⁷

然而就解釋的方法（Methode, Elemente），Enneccerus／ Nipperdey⁶⁸卻也或多或少滲入了客觀說的因素，認為解釋應從「法規文義」開始，即參酌文法（Grammatik）、語言的用法（Sprachgebrauch）、語句的結構（Satzbau），並考慮到體系（內在關聯、所在位置、與其他規定的關係、與當今主導思想的關係），以及歷史（立法前法律狀態、歷史發展、立法過程相關資料、個別規定或整部法律明確而可辨認的目的）的因素，又因為法律是文明整體的一部分，因此法律解釋所呈現的價值判斷，應儘量能切合社會生活以及文明發展之需求。

就法律漏洞的問題，Enneccerus／ Nipperdey⁶⁹認為所謂的漏洞，係指「依其呈現於制定法（Gesetz）以及習慣法（Gewohnheit）的形式來看，法

⁶⁶ Karl Martin/ Ludwig Enneccerus/ Nipperdey Hans Carl, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband I, 15. Aufl., 1959, § 53 I. „Einen Rechtssatz auslegen, heißt seinen Sinn darzustellen, und zwar den Sinn, der für das Rechtsleben, also auch für die richterliche Entscheidung der maßgebende ist.“

⁶⁷ Ebd., § 54 II 1.

⁶⁸ Karl Martin/ Ludwig Enneccerus/ Nipperdey Hans Carl, a.a.O. (Fn. 66), § 56.

⁶⁹ Karl Martin/ Ludwig Enneccerus/ Nipperdey Hans Carl, a.a.O. (Fn. 66), § 58.

律常常對許多問題未加解答，此即漏洞」；這包括了（我們現在所稱的）「不確定法律概念」（如善良風俗、交易習慣、衡平酌量）、「一般條款」（如誠實信用）、法律（包括因互相矛盾以致於無效）根本未提供任何答案、或是基於立法者合理地想像應不適用特定規定的情形。在此，法官即應自行根據法律的精神（*Geist des Gesetzes*）、一般原則（*Prinzipien*）以及相關規定的一般目的（*allgemeine Streben*en）、特別是其所呈現出來的利益衡量（*Interessenbewertungen*），以為「補充性的法律發現」（*ergänzende Rechtsfortbildung*）。

1970 年，有專書論著⁷⁰歸納當時主、客觀說各自的理由與對其批評見解如下：

主觀說所持理由主要是 1.法律乃立法者意志的表現，立法者藉此表現其想法與意圖；忠於法律意味著解釋時應和此一立法者的意志相呼應。2.立法者的意志乃歷史上的事實，可藉由立法資料得知，這有助於法律安定性。3.基於憲法上的考量、特別是權利分立，法官不應逾越其司法權限。

對主觀說的主要批評如下：1.立法者意志實難以確定；特別是當立法者並不是個人時，更是如此。2.惟有被公佈的法律文字才具有法律的權威，法規文字以外者則非法律。3.法律應依一般人所能理解、信賴的意義去解釋；參考一般人所能無法得知立法資料，將會影響法律的安定性。4.主觀說有礙於法的續造。

客觀說所持理由主要是 1.法律從公布後即與立法者脫離；立法者意志已經表現在法規文字。2.法律解釋以人民所能認知與信賴的文義為限，才能符合法律安定性的要求。3.客觀說允許法的續造，符合人民的一般利益。

對客觀說的主要批評如下：1.法律本身並無意志可言。主張法律脫離立法者的看法，實忽略了法律的歷史性。沒有表達文字的意志，文字將無

⁷⁰ Axel Mennicken, *Das Ziel der Gesetzesauslegung*, 1970, S. 21 ff; S. 24 ff.

意義。2.客觀說有拘泥於文字之虞，且使得解釋者得將其所認為適當的、任意填入法規意義之內，實甚主觀與恣意。3.客觀說弭平了解釋和法的續造之間的區分。4.客觀說與權力分立的憲法要求不符。

十二、前東德對法學方法的討論⁷¹

相對於西德聯邦的發展，前東德對法學方法則少有討論。惟同樣是繼受原德國法學方法的成果，前東德在不同的政治體制下發展出不盡相同的法學方法，值得注意。從一開始到 60 年代，前東德因為繼受了蘇聯 Wyszinski 的法律概念—法律不外乎是政治統馭的一種手段，因此將法律解釋定義成是一種「政治作為」（politischer Tat）。到了 60 年代中期之後，此一極端的見解漸漸式微，取而代之的是法律漸漸被視為是，不論是倫理上、實踐上或歷史演進上的，正義的體現、是作為政治及其他國家行為的標準，與之相對應的是：法律解釋就漸漸被視為是一種「對法律本質的確定」（Wesensbestimmung des Rechts），亦即確認法律針對社會需求、在客觀上所應當具有之內含。至於解釋的目標為何，則未明確地討論。而反映前東德司法領導體系的特色，就是廣泛地運用了「有權解釋」（authentische Interpretation）：這不僅包含了立法者（民族議會，Volkskammer）本身，更包括了最終審法院、以及作為部長委員會的國家契約法院（das staatliche Vertragsgericht）所作出、具有拘束力的解釋。至於後二者作成有拘束力之解釋，既未明確地獲得法律授權，其正當性亦從未明確地被討論。對於解釋時應考慮到的觀點的討論，多僅於援用原先 Savigny 所提出的四個解釋的觀點。值得一題的是：尋求法規範之意義與目的的「客觀—目的論的解釋」（objektiv-teleologische Auslegung），依據官方法律文獻的說法是被禁止的，因為這將導致引進法官個人價值判斷、容讓法官個人有判斷的餘地（Beurteilungsspielraum），進而影響法律的安定性。至於在歷史—政策的解釋（historisch-politische Auslegung），也不容許法官有上述的判斷餘地，

⁷¹ Karin Althaus-Grewe, Methodenlehre in der DDR-Rechtswissenschaft, 2004.

因為政黨之決議以及其他政策應如何理解、如何去實踐，其權限在於有權的政治機構、而非法官個人。至於所謂的法律漏洞，官方的法律文獻僅止於描述為立法之不完備；而法官的法律續造，基本上亦是被禁止的。

十三、當今學說概況

（一）統一說

1. 統一說的內涵⁷²

關於法律解釋的目標，當今學說雖然口頭上多以客觀說為通說⁷³，然而實際上卻是以統一說為通說⁷⁴。統一說（*Vereinigungstheorie*）認為須綜合主、客觀二說的觀點，方能適當地確定法律解釋的目標。最具代表性者為 Larenz 的說法：「依上所述，法律解釋的目標在於：探求法律在現今、法律上決定性的規範意義。而此一規範意義，只能在同時兼顧到歷史上立法者的規範意圖、以及具體的想像，而絕非對此加以忽略，才能加以決定的」⁷⁵。又例如 Zippelius⁷⁶亦認為：在一個間接民主政體下，立法者所作目的的決定，應作如下的解釋：當立法者作為共同體的代表所能夠、或是必須能夠獲得大家同意的想法。另採同結論者有 Bydlinski⁷⁷、Coing/

⁷² 對此，詳見 Karl Engisch, a.a.O. (Fn. 65), S. 108 ff.

⁷³ Vgl. Bernd Rüthers/ Christian Fischer, *Rechtstheorie*, 5. Aufl., 2010, Rn. 798 ff (m.w.N).

⁷⁴ So z.B. Dirk Looschelders/ Wolfgang Roth, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung*, 1996, S. 30; Holger Fleischer, *Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung*, AcP 2011, S. 317 ff, S. 325.

⁷⁵ Ziel der Gesetzesauslegung kann demnach letztlich zwar nur die Ermittlung des heute rechtlich maßgeblichen, also eines normativen Sinnes des Gesetzes, sein. Der rechtlich als maßgeblich zu erachtenden Sinn des Gesetzes ist aber nur unter Berücksichtigung auch der Regelungsabsichten und der konkreten Normvorstellungen des historischen Gesetzgebers, keinesfalls unabhängig davon festzustellen. Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., 1991, S. 318.

⁷⁶ Reinhold Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 9. Aufl., 2005, S. 23 f.

⁷⁷ Franz Bydlinski, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., 1991, S. 428 ff (436); ders., ebd., S. 19.

Honsell⁷⁸。類似的，Wank⁷⁹認為在較新的法律，應僅採主觀說；對較舊的法律（亦即整體法規範或法事實已經變更），應加入客觀說的觀點。又Engisch⁸⁰在結論上亦接近統一說，但更強調立法者之意志；認為解釋之目標應以主觀說為主，若逾越文義可能範圍之外、或與立法者明顯可辨認之意圖（der klar erkennbare Wille des Gesetzgebers）者，則已非法律的解釋，而為法的續造。

2. 法律適用的階段

依一般所廣泛採用的Larenz⁸¹見解，法律的適用可區分為底下的三階段：（1）「解釋」（Auslegung）係指法官適用法律的結果，在法規文義可涵蓋範圍。法官對於所有的法律領域，基本上都可採取此一解釋活動。在此之外，則為法律續造（Rechtsfortbildung）的問題。這又可分為：（2）「制定法內之法的續造」（gesetzesimmanente Rechtsfortbildung）；亦即根據立法者之意圖、法律客觀目的以及特別是平等原則所確定下來的立法計畫（Gesetzesplan），法律有應規定而未規定者（法律漏洞 Gesetzeslücke）⁸²，法官即可為漏洞的補充。在此，由於還在「立法計畫」範圍之內，因此司法者在此階段所為者，無非是彌補法規文義與立法計畫之間的落差（漏洞），貫徹原先的「立法計畫」，因此可被恰當地稱為「漏洞補充」或是「制定法內的法的續造」。當法律禁止（對當事人不利益的）類推適用時（例如刑法基於罪行法定主原則、稅法、行政罰法、民法的物權法定原則），法官基本上僅可從事第一階段、而不得從事第二階段的法律適用。除此之外，法官基本上仍得從事第二階段的法律適用。（3）在上述立法計畫之外所為

⁷⁸ Helmut Coing/ Heinrich Honsell, in: Staudinger, Julius von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2011, B. Rn. 60.

⁷⁹ Rolf Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., 2011, S. 27 ff (32 f).

⁸⁰ Karl Engisch, a.a.O. (Fn. 65), S. 123 (Fn. 47.).

⁸¹ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 320 ff, 370 ff, 413 ff.

⁸² 至於此一當今通說所接受的「法律漏洞」(Gesetzeslücke)的定義，主要是援引自 Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl., 1983, S. 16.

之法的續造，即「制定法外之法的續造」(*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*)。在此，由於法院所獲得的結果，既非法規文義、亦非立法計畫所能涵蓋，而是已經逾越制定法的範疇之外，而涉及侵入立法政策、亦即立法權限的問題，因此欠缺民主正當性的司法者，原則上不應為之⁸³。惟基於考慮到強烈的法律交易上的需求 (*Bedürfnisse der Rechtsverkehr*)、事物本質 (*Natur der Sache*)、亦或是法倫理原則 (*rechtsethisches Prinzip*) 的要求等等原因，可能例外為之。

同樣採統一說者，分類略有不同者，例如：

Bydlinski 在 1991 年第 2 版的 *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*⁸⁴ 以及 2005 年 *Grundzüge der juristische Methodenlehre*⁸⁵ 一書中只明確區分前二階段。

Engisch 在 2005 年第 10 版的 *Einführung in das juristische Denken*⁸⁶ 一書中在討論完前二階段之後，則是討論「對法(律)錯誤的修正」(*Berichtigung fehlerhaften Rechts, Gesetzesberichtigung*)。

Zippelius 於 2005 年第 9 版的 *Juristische Methodenlehre*⁸⁷ 一書中則是將「對法(律)錯誤的修正」(*Berichtigung von Gesetzen*) 列入法律漏洞的補充。

3. 法律解釋時應考慮的觀點

法律解釋時應考慮到的觀點，傳統上稱之為「準則」(*canon, Kanon*)。

⁸³ 關於立法政策錯誤並非漏洞，參閱 Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 347.

⁸⁴ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 428 ff, 472 ff.

⁸⁵ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S.11 ff, 55 ff.

⁸⁶ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 177 ff.

⁸⁷ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 64 ff.

Larenz⁸⁸稱之為「標準」(Kriterien)、「觀點」(Gesichtspunkte)，並且明列了五個。惟該五個觀點並非窮盡地列舉，因此實際上可能運用到的並不以此為限。他提出底下5個標準：(1)「文義」(Wortsinn)、(2)「法規的意義關聯」(Bedeutungszusammenhang des Gesetzes)、(3)「歷史上立法者的規定意圖、目的與對規範的想像」(Regelungsabsicht, Zwecke und Normvorstellungen des historischen Gesetzesgebers)、(4)「客觀一目的論的標準」(Objektiv-teleologische Kriterien)、(5)「合憲性解釋的要由」(Gebot verfassungskonformer Auslegung)。之後Larenz⁸⁹又另外單獨列了一個段落：「其他共同影響解釋的因素」(Die Auslegung mitbestimmende Faktoren)、底下包括了「個案的公平正義的追尋」(Die Streben nach einer gerechten Fallentscheidung)以及「規範狀態的變遷」(Der Wandel der Normsituation)二點。另解釋的觀點彼此之間若指向相衝突的結果時，氏認為在此並無一共認的標準、可據以決定哪一解釋的觀點應當優先被考慮⁹⁰。

然而隨著法律文化交流與歐盟法制的影響，統一說的陣營中，其他學說對於解釋的觀點至少又明確地提到了：法律的經濟分析(Economic analysis of law)、比較法解釋(rechtsvergleichende Auslegung)以及合乎歐盟的解釋(europarechtskonforme Auslegung)。例如：

Bydlinski⁹¹則是除了Larenz所提的前4個觀點外(在此，他將歷史解釋等同於主觀解釋)，並在客觀一目的論性質的解釋底下，特別提出1.「符合事物本質的解釋」(Die Auslegung entsprechend der “Natur der Sache”)、2.「避免荒謬論證的解釋」(Auslegung mit Hilfe eines argumentum ad absurdum)、3.「符合上位法律的解釋」(Auslegung entsprechend vorrangigem Recht)、並在此一最後分類底下納入a.合憲性解釋、b.合乎歐盟法解釋、以

⁸⁸ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 320 ff.

⁸⁹ Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 348 ff.

⁹⁰ Vgl. nur Karl Larenz, a.a.O. (Fn. 75), S. 345.

⁹¹ Franz Bydlinski, a.a.O. (Fn. 77), S. 36 ff.

及 c.比較法解釋。

Coing／Honsell⁹²則是除了提到 Larenz 所說的前 4 個因素外，另外並加上了 5.比較法的解釋、以及 6.就歐盟法的合乎歐盟準則的解釋（richtlinienkonforme Auslegung），並就 7.法律經濟分析（Economic analysis of law）單獨列一單元。惟值得注意的是：Coing／Honsell 以將司法過度政治化、違反權力分立原則、民主原則為由，反對一般所主張的合憲性解釋。

Zippelius⁹³認為解釋基本上是一個對於判決之正當化的問題，因此認為比較法的觀點，有助於獲得足茲贊同的正義的標準。

Wank⁹⁴則是提出了文義、體系、發生史、意義與目的四個觀點，並在體系-內在體系的觀點下，涵括了合憲性解釋與合乎歐盟的解釋。

（二）主觀說的再起

惟新近亦有不少學者採主觀說，而將客觀說所稱的因素列入法的續造的範疇。例如

1.Säcker⁹⁵採主觀說，主要理由是從語言學、語意學的角度，認為規範制定者的真實意圖（der reale Wille des Normautors）才是解釋的目標；並認許多最終審法院（包括聯邦憲法法院）的判決，雖然在用語上是採取所謂的探求法律客觀的意志（客觀說），可是仔細分析，它們實際上多著重歷史因素以及立法資料所蘊含的立法者真實的意志。至於法律解釋

⁹² Helmut Coing/ Heinrich Honsell, a.a.O. (Fn. 78), B. Rn. 53 ff; Rn. 68 f.

⁹³ Reinhold Zippelius, a.a.O.(Fn. 76), S. 58.

⁹⁴ Rolf Wank, a.a.O. (Fn. 79), S. 39 ff (57 f).

⁹⁵ Franz Jürgen Säcker, in: Säcker/ Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., 2012, Einl. Rn, 123 ff; auch abrufbar unter beck-online.beck.de (Letzter Abruf: 02/10/2012).

(Gesetzesauslegung) 所需的標準, Säcker⁹⁶則是主張採用(1)文義(邏輯—文法的解釋)、(2)歷史(發生上的 genetisch)解釋(尋找歷史上立法者之意圖)、(3)體系解釋(包括合憲性解釋)、(4)目的論解釋(尋找「法規目的」ratio legis), 以及(5)強調關於歐盟之法規應採取統一的、有助於整合(einheitlich, integrationsfreundlich)的解釋原則。

2.Rüthers/ Fischer⁹⁷主要是基於法官應受法律拘束、民主原則及權力分立原則, 以及基於方法論上的誠實(Methodenehrlichkeit)的考量, 認為應以規範目的(Normzweck)、亦即呈現於法規文字背後的立法者意志, 作為解釋的目標。Rüthers/ Fischer 並將法律適用應分成下列三個階段⁹⁸:(1)對系爭規定歷史上的法規目的的正確理解。在此應訴諸文義、體系(包括合憲性解釋、合乎歐盟法的解釋)、歷史的解釋。在此之外, 法官訴諸其它的價值判斷標準, 就是自行立法; 於此, 法官應公開表明其價值判斷、接受批判, 這才是方法論上坦承的作法。(2)漏洞的補充/法的續造; 其填補方式乃是藉由類推適用、反面推論、目的性限縮、事物本質、自由(創造性)造法。(3)最後再考慮到: 若立法後的社會事實、價值判斷已經改變, 或是原先規範對象已不復存在, 則法官在權衡法律安定性、交易上需求、合目的性或正義的考量下, 得為偏離法律目的的判斷。

類似地, Looschelders/ Roth⁹⁹認為主觀說才是符合基本法的價值秩序, 解釋應以「法規文義」(Gesetzestext)為出發點; 惟法規文義常有不明, 於此情形, 法官應以立法者意志為準, 從事文義之外的解釋(textexterne Auslegung), 方才符合民主國原則、權力分立原則。因此, 解釋實際上是二分為文義之內(textinterne Auslegung)/外的解釋(textexterne

⁹⁶ Ebd., Einl. Rn 135 ff.

⁹⁷ Bernd Rüthers/ Christian Fischer, a.a.O.(Fn. 73), Rn. 730 ff, 796 ff.

⁹⁸ Bernd Rüthers/ Christian Fischer, a.a.O.(Fn. 73), Rn. 717, 726 ff; Rn. 822 ff, 878 ff, 888 ff; Rn. 936 ff, 949 ff.

⁹⁹ Dirk Looschelders/ Wolfgang Roth, a.a.O. (Fn. 74), S. 31 ff, 130 ff.

Auslegung)，前者包含文義／體系解釋，後者包括了歷史／發生上的解釋（historische und genetische Interpretation）、目的論的解釋（teleologische Interpretation），這又包含「內在的一致性」（innere Kohärenz）、「外在的一致性」（äußere Kohärenz）、「利益衡量」（Interessenabwägung）。此外則是法的續造，又分成「修正性的法的續造」（abänderende Rechtsfortbildung）及「補充性的法的續造」（ergänzende Rechtsfortbildung）皆仍須顧及立法者之意志。

（三）最近學說上的爭議

最近德國學說上對法律解釋，再度掀起熱烈的討論。這特別是由主張主觀說的 Rüdgers 對 Hirsch 的看法的批判所引起的，而且該議題甚至在報紙上也引起熱烈的討論¹⁰⁰。

1. 2006 年當時擔任德國聯邦最高法院（BGH）院長的 Hirsch¹⁰¹表示：司法者與立法者的關係猶如鋼琴家（司法者）與作曲家（立法者），法官是法秩序的建築師（Baumeister der Rechtsordnung）。法官應依法律及（正當）法（Gesetz und Recht）加以審判（德國基本法第 20 條）；法實證主義這種對法律無條件服從的想法，已經被揚棄了。因此適用法律時，法官得自由選擇解釋的方法，以達成其企圖實現的結果。亦即：當法官認為忠於文義將導致「不公平或與違反事理之結果」（ungerechte oder sachwidrige Ergebnisse），則法官應為法的續造。在法律與（正當）法（Gesetz und Recht）相衝突時，法官應根據「超實證法」（überpositives Recht）加以審判。

2. 對此，Rüdgers¹⁰²近來多次為文，主張法學方法的問題，涉及憲法上

¹⁰⁰ FAZ vom 26.10.2006, vom 26.12.2006, Rheinischer Merkur Nr. 8 vom 19.02.2009, zitiert bei Daniel Gruschke, Zwei Modelle richterlicher Gesetzesauslegung, Rechtstheorie, in: Rechtstheorie 41, Nr. 1, 2010, S. 35 Fn. 3, Fn. 4.

¹⁰¹ Günther Hirsch, Zwischenruf- Der Richter wird's schon richten, ZRP 2006, S. 161.

¹⁰² Vgl. nur Bernd Rüdgers, Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl? -Hypothesen zu einer Diskussion, ZRP 2008, S. 48 ff.; ders., Methodenfragen als Verfassungsfragen?, Rechtstheorie

司法權的角色；法官應受法律拘束而依法審判，這與權力分立、民主國原則、法治國原則密切相關。明確而有拘束力的解釋方法，有助於權力分立以及民主的確保。因此，Rüthers 認為 Hirsch 將法官比擬為鋼琴師的說法，其實是賦予法官依憲法所無的解釋空間，將使人誤認為法官得任意解釋法律。又 Rüthers 反對 Hirsch 的主張，認其不僅將納粹惡法錯誤地歸咎給法實證主義，且訴諸超實證法亦將鬆動法官依法審判的要求，導致「終審法院的法官實證主義」(Richterpositivismus der letzten Instanzen)¹⁰³、「菁英的法官國」(oligarchischer Richterstaat)¹⁰⁴。

3. 對於 Rüthers 的批判，實務界則有不少的回應。

聯邦憲法法院副院長 Hassemer¹⁰⁵認為：(a) 強化法官應當受法律拘束的要求，固然無誤，然而吾人實不應高估方法論的作用。因為既有的法學方法論，既未提出解釋時所有應注意的觀點 (Hassemer 認為至少應再加上合憲性、合乎歐盟法以及兼顧其適用結果的解釋方法；並強調解釋應盡量符合法釋義學以及與相關事物的一致性)、亦未能明確地界定各個觀點的具體內容，更是未能釐清其彼此間的關係。因此在解決法律解釋與適用的問題上，功用有限。法官受法律之拘束的前提是：法官在解釋方法的取捨上也必須受到拘束 (方法論上的拘束，Methodenbindung)，然而因為並不存在著確定各項解釋觀點的具體內容、及其 (在何種情形下) 優先次序的方法 (解釋準則的後設準則，Meta-Regel der Auslegungsregeln)，因此最終只能訴諸司法者的先理解、自我反省與批判。(b) 又各種解釋觀點間，其中文法的、體系的、歷史的觀點，都是可能加以反證 (Falsifizierung) 的。相對地，客觀的一目的論的方法，因為直接訴諸法官個人的確信，並且無

40 Nr. 3, 2009, S. 253 ff.

¹⁰³ Bernd Rüthers, Zwischenruf aus der methodischen Wüste: 'Der Richter wird's schon richten(?)', JZ 2006, S. 958 ff.

¹⁰⁴ Bernd Rüthers, Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ 2008, S. 446 ff. (451).

¹⁰⁵ Winfried Hassemer, Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP 2007, S. 213 ff., 215 ff.

法加以反證，因此更當應謹慎爲之；然而使用此一解釋方法既不致於違憲，也不是遺憾，反而是有益的、值得歡迎的。因爲在立法者沉默而未提供答案時，法官仍不得拒絕審判，因此必須使用此一解釋方法以解決法律爭端。

4. 曾擔任聯邦最高法院副院長的 Wenzel¹⁰⁶則綜合當初雙方的意見，認爲無爭論的是：法律解釋與法的續造應予區分；客觀的／目的論的解釋確有其危險，並會被法官濫用、藉以作出符合當權者的判決。然而在聯邦最高法院的判決中，歷史上立法者的意志／歷史解釋的觀點，事實上向來占有重要的角色。有爭論的只是：當法官訴諸客觀的解釋方法（objektive Auslegungsmethode）時，究竟是在解釋亦或法律續造的層次？司法實務在情事改變時，多訴諸客觀的／目的地論的觀點，藉以調整與修正既有法律適用的結果，並稱之爲解釋；相反地，主觀說則認此爲法律續造。至於此一解釋方法被濫用的問題，其癥結點不是出在方法論、而是法官人格與態度的問題。針對後者，依 Lautmann, *Justiz - die stille Gewalt*, 1972, S. 87 的調查結果，認爲從小孩子的社會化、法律人的養成到法官的培訓過程、社會上對法官角色的期待與法官的回應和自我期許，德國法官對法律的忠誠，是無庸置疑的。

5. 學者 Kriele¹⁰⁷一方面強調在法律適用時，判決先例扮演了重要角色；另一方面亦贊同 Rüthers 的觀察，認爲當有爭議時，最後一審級「以（德意志）民族之名」（“im Namen des Volkes”）所爲之裁判，實際上就是法律，不過 Kriele 亦認爲迄今並無更好的選項可以有效的解決此一問題

6. 學者 Gruschke¹⁰⁸認爲 Rüthers 實際上是將法官比擬成尋找既存的立法者意志的「考古學家」（Achäologe），然而立法者意志毋寧是解釋的結果。不然的話，法律即無須解釋了。此外，吾人實際上亦無任何標準足以判斷

¹⁰⁶ Joachim Wenzel, *Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht*, NJW 2008, S. 345 ff.

¹⁰⁷ Martin Kriele, *Richterrecht und Rechtspolitik*, ZRP 2008, S. 51 ff.

¹⁰⁸ Daniel Gruschke, a.a.O. (Fn. 100), S. 35 ff.

所找到結果是否真的是立法者的意志。對於 Hirsch 的「鋼琴家」(Pianist) 的比擬, Gruschke 批評說這誤認了: 對法律解釋的結果有接受/拒絕的情形, 不同解釋間在邏輯上也會互不相容, 這都有別於對音樂曲目的詮釋(鋼琴表演)。從法學論證的角度出發, Gruschke 認為: 好的法律解釋乃是: 以法規文字作為出發點以及歸結點 (Ausgangs- und Zurechnungsgröße), 並且在學說所發展出來的解釋方法的大架構下, 通過不同法院審級及學說的批判, 最終所能接受的解釋結果。在此, 兼顧主觀說與客觀說的主張與因素, 實為不可或缺。

參、幾點反思—代結論

從本議題在以德國法為中心的西洋的法制史上, 我們可以看到的是: 法學方法的發展—含本文所討論的主觀說/客觀說/統一說, 有其一定的條件, 且其答案可隨著不同的環境而有所不同。這涉及到:

一、解釋是甚麼? 其目標是否就是在於重現作者的意圖? 這固然涉及到一個普遍的問題: 什麼是對文本 (Text) 的解釋, 但吾人應注意到: 法律解釋有其一定功能, 因此其目標也就可能有別於其他種類的解釋。而這也影響到了例如最近德國法上的爭論: 法官是彈奏樂曲 (法律) 的鋼琴家, 或是美國法上 Dworkin 相接近的比喻: 法官是在既已寫出來的小說上、繼續創作長篇小說的作家-, 此一說法是否恰當的問題。

二、法律解釋的對象, 基本上僅限於人為制定的規範 (以下簡稱法律), 因此自然法或其他類似的規範、將被排除在法律解釋的範圍之外。

(一) 若吾人又認為法律的效力主要是依存於立法者之意志, 則主觀說的看法, 應當受到重視。從比較法的角度而言, 亦多有強調立法資料, 以及其所反映出來的立法者意志在解釋上的重要性:

法國法¹⁰⁹在下述三個條件下，承認立法資料（travaux préparatoires）足以作為解釋的參考：1.當法規文義不明。2.主要是限於新進的法案；至於較舊的法案，由於社會環境的變遷，立法資料的參考價值有限。3.立法資料的內容須足夠明確。

英國法¹¹⁰雖自 1769 年 *Miller v. Tayler* 以來，禁止援用國會辯論記錄（此即所謂的「排除準則」（the exclusionary rule）。但是到了 1992 年的 *Pepper v. Hart* 判決（UKHL 3）之後，英國最高法院的前身 House of Lords 在下述三個條件下，允許採用國會辯論記錄（Hansard）作為解釋的參考：（1）當系爭規範多義、模糊或可能導致荒謬的結果。（2）所使用的立法資料必須是部長或其他推動法案者所表明的看法，以及必要時其他有助於了解該看法的國會資料。（3）上述看法必須是明確的。

至於美國法¹¹¹上傳統對法律解釋乃是採取意圖論（Intentionalism）的觀點，亦即尋找歷史上立法者的意圖，此一見解並於上世紀 70 年代達到高峰。

（二）特別是在專制獨裁的政體下，立憲／民主主義之前德國法上主觀說的盛行，納粹時代主觀說-客觀說間的爭論與消長，前東德之禁止法官採取客觀-目的論的解釋、禁止法官造法等等現象，可說印證了此一看法：相較於客觀說，主觀說更能夠貫徹立法者的意志，排除法官自行判斷的可能性。

三、然而吾人若認為：法律並不能完全排斥自然法、正義、衡平或其他道德因素，則法官在審判時就不能只是考慮到立法者的意圖而已。因此法律解釋目標的爭論，涉及了司法者在審判時與法律（Gesetz）間的「距

¹⁰⁹ Eva Steiner, *supra* note 30, at 68.

¹¹⁰ Holger Fleischer, *Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung*, AcP 2011, 317 ff. (334 ff.).

¹¹¹ Melin Patrick, a.a.O. (Fn. 1), S. 116-126.

離」為何？擁有多少自行判斷的餘地。這可再細分為：

（一）如何解決法律（Gesetz）與（正當）法（Recht）之間的關係。論者早有主張¹¹²：解釋目標的爭議，同時涉及此一問題；此一見解誠為正確。最近德國法上的爭論，也同時涉及到了此一觀點。當然，從德國法在納粹時代的經驗來看，不論是主觀說或客觀說，都無法擔保法官能作出合乎正當之法的判決；這固然是屬於法哲學的領域，更是個人良心、道德與意志的問題。

（二）此外，在「單純」只是適用法律時，法官權限為何？這特別是涉及法官得否為法律解釋之外的法的續造的問題？若答案是肯定的，其前提又如何？因此，所謂法律**解釋**之目標，此一名稱不盡正確；因為正確地說，它同時包括了法的**續造**的問題。

（三）這同時意謂著：如何回答此一問題，取決於吾人最終如何看待司法權/法官審判權限的問題。因此，1.這固然涉及了法律解釋與法的續造的區分、「法律漏洞」如何的界定、不同解釋觀點間的優先次序等等傳統方法論的問題，2.但是更重要的是：它也涉及了依法審判、權力分立等憲法上的問題。最近德國法上的爭議就是集中在此一層次的問題上。3.當然，法官從事法的續造的問題，另外也跟吾人對法律的看法有關：法官有此權限以及有行使該權限的需要，基本上和法律是全面的、完整的體系此一看法息息相關，而這也正是歐陸法典化運動時的理想的法典。反之，若法律被視為只是片段的、只針對特定問題而設，特別是它又干涉人民自由，則法官儘可在成文法未規定時，直接根據其他法源（例如依據被認為貼近人民公平正義感情的普通法，common law）審判，如此，法官即無從事所謂漏洞補充／法的續造的必要。這似乎可以解釋古代羅馬法之嚴格遵守法律文義的解釋方式，以及英美法的強調文義準則（literal rule）的現象。

¹¹² Axel Mennicken, a.a.O. (Fn. 70), S. 78 ff.

四、關於法律解釋的目標，究竟應採何說？對此，Engisch¹¹³說的好：「我的意見是：整個問題到目前為止尚未終局地被解決，而正像所有真正的基本問題，它也是永遠無法被終局解決的」（“Ich bin vielmehr der Meinung, dass das ganze Problem noch nicht endgültig gelöst ist und sich wie alle echten Grundlageprobleme nie endgültig wird lösen lassen.”）。本文認為這正反映了德國法上的討論現狀。不過，吾人或許可以嘗試反向思考地問道：這究竟是一個會有對錯、有答案的真實的問題？亦或根本是不會有答案的假象問題（Scheinproblem）？本文以為，綜觀前述 參三（一）、三（三）的說明，本議題實涉及多數個、而非僅僅是單一的問題。因此，在吾人對此多數個問題未有統一的答案以前，法律解釋的目標究竟為何？此一爭論恐將繼續延續下去。解決之道，或許是在於將上述問題分開處理、個別回答。

（一）例如，單就法官適用法律（亦即包括法律解釋與法的續造）時所應參考的觀點來看，統一說應當可以從比較法的觀點獲得支持。在 MacCormick/Summers, *Interpreting Statutes, A comparative study*, 1991 一書中，收錄了當時對於阿根廷、西德、芬蘭、法國、義大利、波蘭、瑞典、英國、美國等國家法律解釋的研究。Summers/Taruffo¹¹⁴總結與比較了該研究結果，認為對成文法的解釋，共用通用的有 11 種論證的觀點，包括 1.語言的通常意義（ordinary meaning），與 2.專業／技術意義（technical meaning），3.脈絡一致化（contextual harmonization）的論點，4.訴諸判決先例（precedent），5.法規的類推適用（statutory analogies），6.邏輯—概念的觀點（logical-conceptual argument）（從公認的法律概念所擁有的內容加以推論），7.訴諸一般的法律原則（general legal principles），8.歷史的觀點（history），9.立法目的（statutory purpose），10.實質的理由（substantive reasons），11.立法意圖（intention）。此一結果，實近似於統一說的結果。

¹¹³ Karl Engisch, a.a.O. (Fn. 65), S. 123.

¹¹⁴ D. Neil MacCormick/ Robert S. Summers, *Interpreting Statutes, A comparative study*, 1991, pp. 461-510 (p. 464 sq) .

（二）另外值得考慮的是否分別就具體的法律領域、法規範的特性，作出不同的回答。

1. 例如在刑法領域，法官自行判斷的空間較小，因此採取客觀說的可能性就相對的少。例如「竊」電、「竊取」他人電磁紀錄，縱然依照一般人觀念可能構成竊盜，所涉及的利益狀態也和竊盜相似，卻非刑法第 320 條所規定的竊盜罪。相反地，在民事法領域，法官自行判斷的空間較大，因而就比較可能適用客觀說。例如關於舊民法第 195 條所保護的人格權，立法者採列舉規定的方式，顯係有意限定特殊人格權的範圍；然而法院卻透過「擴大」人格權的界定，據以保護夫妻/親子間的身分法益；此一作法雖然不符合立法者意志，卻顯然符合社會一般通念，並於 1999 年民法第 195 條修訂時，成為法律明定的內容。

2. 又就各別法律規範的特性而言，例如當涉及一般法律原則（如誠信原則）、不確定法律概念（如善良風俗、顯失公平）、裁量時，因為立法者對該類法規應如何適用的想法相對地不明確，因此基本上可認為是授權法官在一定程度上、得斟酌個案情形，援用社會公認／通行的價值判斷據以作成判決。故就此類規定而言，法官斟酌的空間、以及適用客觀說的情形，就可能較大。

參考文獻

一、德文部分

- Althaus-Grewe, Karin (2004). Methodenlehre in der DDR – Rechtswissenschaft, Lohmar, 2. Aufl., Berlin.
- Bühler, Axel (2001). Rechtsauslegung und Rechtsfortbildung bei Friedrich Karl von Savigny, in: Schröder (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik-Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, Stuttgart.
- Bydlinski, Franz (1991). Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien.
- Bydlinski, Franz (2005). Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1983). Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl., Berlin.
- Daniel Gruschke (2010). Zwei Modelle richterlicher Gesetzesauslegung", in: Rechtstheorie 41, Nr. 1, S. 35-52.
- Dieter, Medicus (1973). Der historische Normzweck bei den römischen Klassikern, in: Medicus/ Seiler (Hrsg.), Studien in römischen Recht.
- Engisch, Karl (2005). Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl., Stuttgart.
- Ennecerus, Karl/ Martin Ludwig/ Hans Carl, Nipperdey (1959). Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Halbband I, 15. Aufl., Tübingen.
- Fleischer, Holger (2011). Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, Archiv für die civilistische Praxis, 317-351.
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.) (2012). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., München.

- Grabau, Amadeus W. (2005). Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, Tübingen.
- Grabau, Fritz René (1993). Über die Normen zur Gesetzes- und Vertragsinterpretation, Berlin.
- Gruschke, Daniel (2010). Zwei Modelle richterlicher Gesetzesauslegung, Rechtstheorie, 41, S. 35-52.
- Günter, Hager (2009). Rechtsmethoden in Europa, Tübingen.
- Günther, Hirsch (2006). Zwischenruf- Der Richter wird's schon richten, ZRP, S. 161.
- Hassemer, Winfried (2007). Gesetzesbindung und Methodenlehre, ZRP, S. 213-219.
- Hattenhauer, Hams (1999). Zur Rechtsgeschichte und Dogmatik der Gesetzesauslegung, in: Zimmermann/ Knütel/ Meinecke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg.
- Kitzle, Albert (1986). Die Auslegungslehre des Anton Friedrich Justus Thibaut, Berlin.
- Kriechbaum, Maximiliane (2001). Verba und mens in der Interpretationslehren des Humanismus, in: Schröder (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik-Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, Stuttgart.
- Kriele, Martin (2008). Richterrecht und Rechtspolitik, ZRP, S. 51-53.
- Larenz, Karl (1991). Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin.
- Looschelders, Dirk / Roth, Wolfgang (1996). Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung, Berlin.
- Martina, Beneke (2004). Gesetzesumgehung im Zivilrecht, Mohr Siebeck.
- Mennicken, Axel (1970). Das Ziel der Gesetzesauslegung, Bad Homburg.
- Otte, Gerhard (2001). Zu A. F. J. Thibauts "Theorie der logische Auslegung des römischen Rechts", in: Schröder (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom

- Humanismus bis zur Romantik-Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie, Stuttgart.
- Patrick, Melin (2005). Gesetzesauslegung in den USA und in Deutschland, Tübingen.
- Raisch, Peter (1995). Juristische Methoden: vom antiken Rom bis zur Gegenwart, Karlsruhe.
- Rüthers, Bernd (1997). Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., München.
- Rüthers, Bernd (2009). Methodenfragen als Verfassungsfragen?, Rechtstheorie 40 Nr. 3, S. 253-283.
- Rüthers, Bernd (2006). Zwischenruf aus der methodischen Wüste: 'Der Richter wird's schon richten(?)', JZ, S. 958-960.
- Rüthers, Bernd (2008). Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl ? -Hypothesen zu einer Diskussion, ZRP, S. 48-51.
- Rüthers, Bernd/ Fischer, Christian (2010). Rechtstheorie, 5. Aufl., München.
- Rüthers, Bernd (2008). Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ, S. 446-451.
- Savigny, Friedrich Karl (1840). System des heutigen römischen Rechts, Band I, Aalen.
- Schmoeckel, Mathias/ Rückert, Joachim/ Zimmermann, Reinhard (Hrsg.) (2003). Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Tübingen.
- Schröder, Jan (2001). Recht als Wissenschaft, München.
- Staudinger, Julius (2011). von (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin.
- Thibaut, Anton Friedrich Justus (1806, Nachdruck 2007). Theorie der logische Auslegung des Römischen Rechts, 2. Aufl., Düsseldorf.
- Vogel, Stefan (2001). Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Band I, Tübingen.

Wank, Rolf (2011). Die Auslegung von Gesetzen, 5. Aufl., München.

Wenzel, Joachim (2008). Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW, S. 345-349.

Windscheid, Bernhard (1900, Nachdruck 1997), Lehrbuch des Padektenrechts, 8. Aufl, Frankfurt am Main.

Zippelius, Reinhold (2005). Juristische Methodenlehre, 9. Aufl., München.

二、英文部分

MacCormick, D. Neil/ Summers, Robert S. (1991). INTERPRETING STATUTES. Aldershot: Dartmouth COMPARATIVE STUDY. Aldershot: Dartmouth.

Steiner, Eva (2002). FRENCH LEGAL METHOD. New York: Oxford University Press.