

論Radbruch公式*

黃 忠 正**

要 目

壹、前 言	二、定義的內容
貳、Radbruch	(一)無法忍受命題
一、生 平	(二)否認命題
(一)納粹之前	三、內容的核心
(二)納粹之時	(一)法律安定性與正義的衝突
(三)納粹之後	(二)分離命題與聯結命題的對立
二、著 作	肆、Radbruch公式對當代的影響
(一)法哲學的著作	一、理論：法律思想上的定位
(二)法哲學以外的著作	(一)當代的類似思想與對立思想
參、Radbruch公式	(二)當代法哲學中的定位
一、公式的定義	二、實務：司法判決中的應用
(一)定義的原形	(一)二次大戰後的應用
(二)定義的精簡	(二)兩德統一後的應用
	伍、結 論

DOI : 10.3966/102398202013040132003

* 本文承蒙二位匿名審查人惠賜寶貴意見，謹此特致謝忱。

** 清華大學科技法律研究所助理教授，德國海德堡大學法學博士。

投稿日期：一〇一年二月十六日；接受刊登日期：一〇一年七月十九日

責任校對：阮玉婷

摘 要

Gustav Radbruch (一八七八年至一九四九年) 是二十世紀最有影響力的法哲學家之一，他在一九四六年發表的「制定法之不法與超越制定法之法」一文被譽為二十世紀最具影響力的法哲學著作，該著作的核心思想被命名為「Radbruch公式」。Radbruch公式主張：在實證的制定法與正義相衝突時，如法官決定取實質正義而棄實證法律，必須實證的制定法或是「無法忍受的不正義」（無法忍受命題），或是「有意否認正義的核心平等」（否認命題）。在Radbruch公式中，法律安定性對於正義只是相對優先，它代表法律與道德相聯結的聯結命題。理論上，它是自然法與法實證主義對立中的一種調解；實務上，它被德國聯邦最高法院與德國聯邦憲法法院多次引用。對於此二十世紀最具影響力的法哲學著作，中文世界的專門研究可惜尚不多見。本文研究Radbruch公式並建議以人權為核心來具體化Radbruch公式的實質內涵。

關鍵詞： Gustav Radbruch、Radbruch公式、制定法之不法、超越制定法之法、正義

壹、前言

在實證的制定法和正義相衝突時，法官——當然包括臺灣的法官——應該如何判決？法官應該取實質正義而棄實證法律，或是應該棄實質正義而取實證法律？簡單地說：法官應適用或不適用該不正義之實證的制定法？

德國的法官在二十世紀就兩次面對不正義實證法的極端案例：一次在納粹，一次在東德。要如何來解套這樣的困境呢？為了解決非法治國的（nicht-rechtsstaatlich）歷史困境所留下的法律問題，德國偉大的法律思想家Gustav Radbruch（古斯塔夫·拉德布魯赫）在一九四六年提出「制定法之不法與超越制定法之法」（Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht¹）的一篇論文，文中的思想被標誌為「Radbruch 公式」，其最為人所知的核心內涵之一為：當制定法違反正義到無法忍受的地步時，法律安定性必須讓步於正義，「制定之不法」必須讓步於「超越制定之法」，亦即此時「超越制定之法」可以取代「制定之不法」；文中的思想被德國聯邦最高法院以及聯邦憲法法院多次採用，就用來處理納粹以及東德

¹ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, S. 105-108. 此文現在也收錄入Radbruch全集的第三冊中（Gustav Radbruch Gesamtausgabe（縮寫為GRGA，下同），Bd. 3, S. 83-93）。關於„Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“一文之標題，本文中譯為「制定法之不法與超越制定法之法」，而非「實證之不法與超越實證之法」，亦非「法律之不法與超越法律之法」。之所以非「實證之不法與超越實證之法」，因為A. Kaufmann教授已經清楚指出，Radbruch所用之語一直是übergesetzliches Recht（超越制定法之法），而非überpositives Recht（超越實證之法）。之所以非「法律之不法與超越法律之法」，因為此譯之「法」與「法律」意義不一，恐生質疑。請見Kaufmann, Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht, NJW 1995, S. 85.

時期的不法；文中的思想不只在實務上影響了法院的判決，而且在理論上影響了當代的法哲學，該文也因此被譽為二十世紀最具影響力的法哲學著作²。

對於此一二十世紀最具影響力的法哲學著作，中文世界的專門研究尚不多見。本文研究Radbruch公式。本文將依序討論：

(一)Radbruch；

(二)Radbruch公式；

(三)Radbruch公式對當代的影響。

就Radbruch，本文將簡要說明其生平及重要著作。就Radbruch公式，本文將依序討論「公式的定義」、「定義的內容」以及「內容的核心」。就Radbruch公式對當代的影響，本文將於理論上討論其在法律思想上的定位，於實務上說明其在司法判決中的應用。在進行討論時，筆者將先分析概念，再澄清爭點，最後並就爭議和質疑提出筆者自己解套困境的建議和構想。在進行討論前必須說明的是：過去和現在不斷有人在處理Radbruch的思想，對Radbruch的研究在德國已累積相當的文獻，而任何單篇的文獻都無法處理完Radbruch公式中的所有爭點，本文當然也是。本文因此只處理論述主軸中重大的相關問題，至於其他的細節則留待日後以其他的論文補充。

² 請見 Dreier/Paulson, Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Radbruch, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, hrsg. von Dreier/Paulson, 2. Aufl., 2003, S. 248; Vest, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel, 2006, S. 18.

貳、Radbruch

一、生平

(一)納粹之前

Radbruch生於一八七八年十一月二十一日，死於一九四九年十一月二十三日。他是二十世紀最有影響力的法哲學家之一，作為法哲學家他在國際上有很高的聲望；他同時也是刑法學者和德國的政治家。以下簡要敘述Radbruch的生平和著作³。

Radbruch生於呂貝克（Lübeck），父親為商人，家境富裕。中學以「最優」（Primus omnium）的成績畢業後，他本來想當藝術家和詩人，但是後來為了滿父親的願而攻讀法律⁴於慕尼黑、萊比錫和柏林（一八九八年至一九〇一年，二十歲至二十三歲）。在柏林，他遇到了著名的刑法學者李斯特（Franz von Liszt），因此在通過第一次國家考試任候補法官不久，他就回柏林跟李斯特做博士論文（一九〇二年，二十四歲），之後再由李斯特介紹到海德堡跟李寧塔（Karl von Lilienthal）做正教授論文（一九〇三年，二十五歲⁵）。令人驚訝於他的早慧的是：他以四個月的時間完成博士論文（Dissertation），再以一年多的時間完成正教授論文

³ 關於Radbruch的生平，重要的文獻有他自己寫的自傳和別人寫的傳記。前者是：Radbrnch, *Der innere Weg: Aufriß meines Lebens*, 1951 (GRGA, Bd. 16, S. 167-297)；後者重要的有：Kaufmann, *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, 1987 (GRGA, Bd. 1, S. 7-88)；Kaufmann, *Gustav Radbruch: Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, 1987；Spendel, *Gustav Radbruch: Lebensbild eines Juristen*, 1967；Wolf, *Gustav Radbruch*, in: ders., *Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Aufl., 1963, S. 713-765.

⁴ 請見Radbruch, aaO., S. 19.

⁵ 請見Kaufmann, *Gustav Radbruch: Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, aaO. (Fn. 3), S. 44.

(Habilitation)。他的博士論文處理「相當因果關係之學說⁶」，正教授論文則處理「行為概念意義之對於刑法體系⁷」。之後，他先在海德堡大學任職講師(Dozent，一九〇三年至一九一〇年，二十五歲至三十二歲)；再之後，開始任法學教授於海德堡大學(Uni. Heidelberg，一九一〇年至一九一四年，三十二歲至三十六歲)、柯尼斯堡大學(Uni. Königsberg，一九一四年至一九一九年，三十六歲至四十一歲)、基爾大學(Uni. Kiel，一九一九年至一九二六年，四十一歲至四十八歲)，之後重回海德堡大學(一九二六年至一九三三年，四十八歲至五十五歲)。

(二)納粹之時

一九三三年納粹奪權。Radbruch是當時很少數反對納粹政權的德國教授，他也是第一位被納粹解職的德國教授。解職的依據是「專職公務員制度重建法」(Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, 1933)，解職的理由是「依其至今的政治經歷無法保證他任何時候都會無條件地支持民族國家⁸」。解職之後，

⁶ Radbruch, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, 1902 (GRGA, Bd. 7, S. 7-47).

⁷ Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, 1914 (GRGA, Bd. 7, S. 75-176).

⁸ Wolf, aaO. (Fn. 3), S. 742. Radbruch早年受到民主運動的影響，他在1919年(41歲)加入德國的社會民主黨(Sozialdemokratische Partei Deutschlands，簡稱SPD)，1920年至1924年(42歲-46歲)代表社會民主黨當選為帝國議會的議員，也因此1921年至1922年以及1923年兩次入閣擔任帝國的司法部長。社會民主追求自由的社會主義和民主，為解決在19世紀因為工業化和都市化所產生的社會問題，社會民主黨以社會主義的世界觀從事社會改革，而屬於左派的政黨。在右派的納粹奪權之後，左派的社會民主黨黨員因此成為政治迫害的犧牲者，這也種下了Radbruch被解除教職的原因。

不准他在國內教書，在此期間他因而轉向處理較無爭議的法律史問題，著名的「費爾巴哈——一位法學家的生平⁹」就是他在這個時期的作品。解職之後，也不准他到國外教書和演講，到牛津大學訪問研究一年是例外（一九三五年至一九三六年，五十七歲至五十八歲），在英國的這一年，他寫出另一名著：「英國法的精神¹⁰」。

（三）納粹之後

一九四五年納粹倒臺。納粹倒臺後Radbruch恢復教職，他重回海德堡大學任教並且擔任海德堡大學法學院院長。這段期間，他一方面重建海德堡大學的法學院，另一方面則持續以大量的著作影響德國法學的發展。一九四九年，Radbruch心肌梗塞，死於海德堡，葬於海德堡大學法學院後山的墓園¹¹，享年七十一歲。

綜而言之，Radbruch是法哲學家，是刑法學者，是政治家。作為政治家，在威瑪共和時期他曾任議會議員（一九二〇年至一九二四年，四十二歲至四十六歲）、制憲會議委員、司法部長（前後兩次，一九二一年至一九二二年，一九二三年，四十三歲至四十四歲，四十五歲）。任議會議員時，他提案「墮胎除罪化」（一九二〇年），雖然當時並未成功，但是他走在時代之先；任司法部長時，他最重要的貢獻是提出「德國普通刑法典草案」（Entwurf

⁹ Radbruch, Paul Johann Anselm Feuerbach: Ein Juristenleben, 1934 (GRGA, Bd. 6, S. 27-276).

¹⁰ Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 1946 (GRGA, Bd. 15, S. 25-76).

¹¹ 該墓園長眠許多著名的海德堡大學的教授，其中包括著名的社會學家Max Weber（1864年至1920年），著名的刑法學者即Radbruch自己的老師Franz von Liszt（1851年至1919年），著名的公法學者Georg Jellinek（1851年至1911年）和Winfried Brugger（1950年至2010年）。兩位公法學者都是海德堡大學的教授，兩位公法學者都活了60歲而留下許多的著作，兩位公法學者的墓相鄰在一起。Brugger教授是筆者在海德堡大學時之博士論文的指導教授。

eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, 1922)，草案中落實的是他作為刑法學者的思考。作為刑法學者，Radbruch接續他的老師李斯特革新刑法的思想，他認為刑法的目的是使犯人能夠再社會化，他因此反對應報刑而改以矯正刑，反對死刑而改以自由刑；在「德國普通刑法典草案」中，他主張廢除死刑、監禁和在犯罪政策上沒有用的名譽刑，主張對出自政治信念和道德信念的確信犯給予特別處遇¹²；草案中的部分思想被之後的法典所採用¹³，草案中所表現的就是他作為法哲學家的人道主義思考。作為法哲學家，Radbruch的法哲學出自新康德主義：在海德堡任教期間（一九一〇年起），Radbruch受到哲學家拉斯克（Emil Lask）的許多啟發，並且進入以韋伯（M. Weber）為中心的學術圈，而接受新康德主義思想的影響，他是新康德主義海德堡學派（或稱西南德意志學派）在法學上的代表人物；在法學上他開展實質的正義學說，就開展在他法哲學的著作中。

二、著作

（一）法哲學的著作

為方便未來學者的繼續研究Radbruch，筆者以下簡要敘述Radbruch的著作。Radbruch的著作在他死後被編成Radbruch全集¹⁴，共二十巨冊，前三冊收錄Radbruch的法哲學著作，分別被標題為「法哲學第一冊、第二冊、第三冊」。「法哲學第一冊」與「法哲學第

¹² 請見Kaufmann, Gustav Radbruch: Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, aaO. (Fn. 3), S. 77-78.

¹³ 請見Stolleis (Hrsg.), Juristen: Ein biographisches Lexikon, 1995, S. 510.

¹⁴ Radbruch, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), hrsg. von Kaufmann, 20 Bände, 1987-2003.

二冊」收錄Radbruch最出名的二本代表作，「法哲學第三冊」則是Radbruch法哲學的論文集¹⁵。

「法哲學第一冊」收錄Radbruch的「法學導論¹⁶」一書（一九一〇年的第一版及一九二九年的第七版、第八版），此書被翻譯成多國語言，是Radbruch的代表作之一。Radbruch代表作的另一是「法哲學¹⁷」，「法哲學第二冊」就收錄「法哲學」一書（一九一

¹⁵ 「法哲學第一冊、第二冊」是Radbruch在納粹上臺前的著作，「法哲學第三冊」收錄的26篇論文中，11篇是他在納粹時期的著作，15篇是他在納粹倒臺之後的著作。其法哲學著作在納粹前後很明顯地多寡懸殊，筆者以為這是可以如下來理解的：首先，從Radbruch開始在海德堡任教起（1903年）到納粹上臺前（1933年），共有30年的時間，而從納粹下臺後（1945年）到Radbruch過世時（1949年），只有4年的時間，這所以他在納粹上臺之前的法哲學著作遠多於在納粹下臺後的著作。其次，納粹期間雖然有12年（1933年至1945年），但是Radbruch主要在處理較無爭議的法律史問題而非法哲學，這所以納粹時期的時間雖然較長於納粹下臺之後的時間，但是他法哲學的著作卻又相對較少。

¹⁶ Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 1. Aufl., 1910 (GRGA, Bd. 1, S. 90-209); 7. und 8. Aufl., 1929 (GRGA, Bd. 1, S. 211-405).

¹⁷ Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1. Aufl., 1914 (GRGA, Bd. 2, S. 9-204); Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 1932 (GRGA, Bd. 2, S. 206-450). 此書有許多版本，不同的學者在討論時引用不同的版本，頗造成研究時的困擾。為方便未來學者的繼續研究Radbruch的法哲學，筆者以下簡要說明此書的各版本之異：

1. 第1版、第2版（1914年、1922年）名為「法哲學的基礎」（Grundzüge der Rechtsphilosophie）。
2. 之後，Radbruch全新修改，直接名為「法哲學」（Rechtsphilosophie），為第3版（1932年）。
3. Radbruch過世之後，由Erik Wolf編輯出版，為第4版至第7版（1950年、1955年、1963年、1969年）。
4. 之後，由Erik Wolf與Hans-Peter Schneider再次編輯出版，為第8版（1973年）。
5. 之後，另有全集版（Gesamtausgabe）及學習版（Studienausgabe）。

四年的第一版及一九三二年的第三版），此書廣泛地全面論述法哲學的各個領域，也因此被譽為是「最後的古典的法哲學¹⁸」。「法哲學第三冊」所收錄的Radbruch二戰後的論文中，筆者以為較重要也是較常為其他學者所引用的有三：

1. 「五分鐘的法哲學¹⁹」（一九四五年），此文可視為Radbruch公式的初稿。

2. 「制定法之不法與超越制定法之法²⁰」（一九四六年），此文是Radbruch二戰後最重要的論文，也是筆者本篇論文所處理的對象。

3. 「法哲學先修²¹」（一九四八年），此文是Radbruch對自己二戰後之理論最完整的說明，其原為Radbruch在海德堡大學的課堂講義，由現在仍在海德堡大學廣場的Ziehank書店所出版。

5.-1. 全集版（即「法哲學第二冊」，1993年）由Arthur Kaufmann編輯，收錄的就是1914年的第1版和1932年的第3版。

5.-2. 學習版（1. Aufl., 1999, 2. Aufl., 2003）由Ralf Dreier和Stanley L. Paulson編輯，收錄的是1932年的第3版。

6. 全集版及學習版同時標明二種頁數，一為現在新版之頁數，一為當時原版之頁數，頗方便研究。

7. 至於第4版至第7版與第8版之間，第4版至第7版的頁數減去4頁即為第8版之頁數，例如：第4版至第7版的第100頁即為第8版的第96頁。

8. 至於第3版、第4版至第8版、全集版、學習版之間，沒有頁數對照，但有各章首頁的對照，對照表請見Radbruch, *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*, hrsg. von Dreier/Paulson, 2. Aufl., 2003, S. 236.

18 Kaufmann, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in: Kaufmann/Hassemer (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., 1994, S. 12.

19 Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, Rhein-Neckar-Zeitung, 12. September 1945 (GRGA, Bd. 3, S. 78-79).

20 Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 105-108.

21 Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948 (GRGA, Bd. 3, S. 123-227).

(二)法哲學以外的著作

除了法哲學的著作之外，Radbruch一生著作豐富而且內容廣泛。法學的著作除了刑法（全集，下同，第七冊至第十一冊）及憲法（第十四冊）之外，尚有比較法（第十五冊）與法律史（第六冊：費爾巴哈傳）。法學以外的著作除了文化政策（第四冊）及文學史（第五冊）之外，尚有政論（第十二冊、第十三冊）、傳記（第十六冊）、書信（第十七冊、第十八冊）與演說（第十九冊）。本文的討論聚焦在其法哲學，尤其是聚焦在代表其二戰後之法哲學的「Radbruch公式」。

參、Radbruch 公式

一、公式的定義

Radbruch公式是如何形成的呢？一九四六年Radbruch在「南德意志法學家報」（Süddeutsche Juristenzeitung）發表一篇名為「制定法之不法與超越制定法之法」（Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht）的文章，文章的核心內涵討論：在追訴納粹的犯罪時，要如何來確定實證的制定法與正義之間的關係。這個核心內涵，在一九四八年由Richard Lange命名為公式，「Radbruch公式」（Radbruchsche Formel）的名稱自此問世²²。必須注意的是：Radbruch公式的具體內涵在一九四五年以前並未見之於Radbruch的著作中。亦即：Radbruch因為納粹在二戰時的罪行而反思其自己之前的理論，Radbruch公式因此可以視為是Radbruch對納粹之不義政

²² Lange, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Süddeutsche Juristenzeitung 1948, S. 655 ff.

權的回應²³。

(一)定義的原形

Radbruch公式的定義如下：

正義與法律安定性之間的衝突將可在此被解決，即：實證的、以規章和權力來確保的法律依然優先，即使它在內容上不正義及不合目的。除非，實證的制定法違反正義已經到無法忍受的程度，以至於制定法作為「不正之法」而必須讓步於正義。而要在制定之不法與雖然內容不正卻仍有效之制定法的情況間劃出更明確的界線並不可能。可能明確劃出的是另一道界線：在根本不追求正義之處，在制定實證法時故意否認平等——它形成正義的核心——之處，在此，制定法不再只是「不正」之法，毋寧而是它根本就欠缺法律的本質。因為法律——包括實證法——只能定義之為：依其本義，確定有助於正義的秩序和規章²⁴。

由定義中可以看出，Radbruch公式志在確定「不正之法」在法律理論上的地位。

²³ 例如哈特就同樣持此種觀點。請參見Hart, *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, in: ders., *Recht und Moral*, 1971, S. 39 ff.

²⁴ Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107. 就公式的內容，Radbruch在「法哲學先修」(*Vorschule der Rechtsphilosophie*), aaO. (Fn. 21), S. 33中曾經有過不同的表達方式：
就在正義根本不被追求之處，從此而出的規定就只可能是權力命令，而絕不是法規……；如此，否定某些人之人權的制定法就不是法規。在此，法（Recht）和非法（Nicht-Recht）之間有一明確的界線，而有別於之前所示的：在制定之不法與現行有效之法之間的界線只是一程度的界線而已。

(二)定義的精簡

Radbruch公式追問：「不正之法在法律理論上的地位如何？」此一追問的尖銳化是下一追問：「極端不正義的制定法是否仍為法律概念中的法？」Radbruch公式因此被精簡為：「極端的不法，非法」（*Extremes Unrecht ist kein Recht.*），此一精簡定義在理論上和實務上廣被應用²⁵。茲各舉一例：理論上的使用極端的不法，例如R. Alexy教授認為「一般的不法」與「極端的不法」有別，而且「極端的不法」之相對於「一般的不法」是很清楚的（清楚論述Klarheitsargument²⁶）；實務上的使用極端的不法，例如納粹的屠殺猶太人，德國聯邦憲法法院在判決中清楚指出：「以種族為標準而消滅特定人民的意圖與法律和正義根本不能相容²⁷」。

就Radbruch公式，不管是定義的原形或是定義的精簡，共同都在追問：「不正之法」到底是不是法？「不正之法」到底有效無效？對這個法哲學長久以來的核心問題，Radbruch公式並沒有籠統地給出一個「是或否」或「有或無」的答案，而是在內容上區分不同類型的不正之法。以下筆者將試著拆解Radbruch公式的內容。

²⁵ 理論上的應用請參見Alexy, *Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, 1993, S. 4. 實務上的應用請參見BVerfG JZ 1997, 142, 144; NJ 2000, 139, 140.

²⁶ 對此「清楚論述」（Klarheitsargument）有不同意見。不同意見主要在指責Radbruch公式的論述不夠清楚，不符「清楚論述」的要求。R. Alexy為Radbruch公式辯護，認為「極端的不法」之相對於「一般的不法」是很清楚的，而且對極端不法的判斷是可以理性認知的。對此挑戰與回應，進一步請參見Hart, aaO. (Fn. 23), S. 45 f.; Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 105.

²⁷ BVerfGE 23, 98, 106.

二、定義的內容

分析Radbruch公式的定義，可以看出Radbruch公式區分三種類型的不正之法，而且各有其相應的效力：

(一)實證的制定法有效：即使它不正義和不合目的；

(二)實證的制定法必須讓步於正義：如果它違反正義到無法忍受；

(三)實證的制定法欠缺法律的本質而不再是法律：如果它根本不追求正義，如果它在制定時故意否認平等。

再進一步分析上文Radbruch公式的類型，我們可以歸納其效力如下：實證的制定法原則上有效(一)，例外則失其效力(二)(三)。再往前推一步：使實證的制定法失效的兩個例外(二)(三)可以看作是Radbruch公式為實證的制定法設下的兩個外部界限。這兩個外部界限稱為Radbruch公式的兩個命題：

1. 無法忍受命題（Unerträglichkeitsthese，又稱「無法忍受公式」Unerträglichkeitsformel），

2. 否認命題（Verleugnungsthese，又稱「否認公式」Verleugnungsformel²⁸）。

以下分析這兩個命題。

(一)無法忍受命題

實證的、以規章和權力來確保的法律依然優先，即使它在內容上不正義及不合目的。除非，實證的制定法違反正義已經到無法忍受的程度，以至於制定法作為「不正之法」而必須讓步於正義²⁹。

²⁸ Dreier/Paulson, aaO. (Fn. 2), S. 248.

²⁹ Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107.

Radbruch公式中的這段原文，被稱為「無法忍受命題」。「無法忍受命題」是Radbruch公式中最廣為人知的部分，也是法院判決中最常被引用的部分³⁰。依之，法官不受實證的制定法拘束，如其視之為無法忍受的不正義；此時實證的制定法之優先性退位，此時成文的規範必須讓步於不成文的實質正義。必須注意的是：「無法忍受命題」並沒有為了正義而完全拋棄法律安定性，它只是限定了法律安定性的適用範圍，它只是界定實證的制定法何時有效與何時失效。正如前文所說的：以「無法忍受命題」Radbruch公式為實證的制定法之效力設定界限³¹。

有人批評「無法忍受命題」，認為何時才是「違反正義到無法忍受」並沒有明確的標準可以用來檢驗³²，因為概念模糊³³，因此無法使用。就此批評，首先，筆者以為：對無法忍受命題的沒有明確標準，Radbruch自己不但很清楚，而且還說得更明白：無法忍受命題不可能有更明確的界限。Radbruch說：制定法違反正義到無法忍受，此時制定法為不正之法，必須讓步於正義；但「要在制定之

³⁰ Alexy, aaO. (Fn. 25), S. 2, Fn. 3.

³¹ 以無法忍受命題，Radbruch公式為實證的制定法之效力設定界限。實證法在傳統上與自然法對立，自然法要如何與實證法協調，德國法學在戰後有許多的討論。其中，對自然法與法實證主義在德國法學中之爭議，Winfried Brugger教授有一段很中肯的看法。Brugger教授認為：自然法自來作為正當性的標準，而在德國基本法第1條第1項、第2項之人性尊嚴和人權的規定中，基本法的立法者已經將重要的正當性標準整合入基本法而成為實證的憲法，依之，不再有實證主義的法律與道德之分離，依之，有的只是法律效果的類型和範圍之區分而已。請見Brugger, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, in: ders., Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, 1999, S. 382.

³² 請參見Apelt, Zum Kampf gegen den Rechtspositivismus, Deutsche Richterzeitung 1946, S. 174.

³³ 請參見Gropp, Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? - Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauerschützen“, Neue Justiz 1996, S. 393, 397.

不法與雖然內容不正卻仍有效之制定法的情況間劃出更明確的界線並不可能。」其次，筆者以為：沒有「更」明確的界線（*eine schärfere Linie*）並不表示沒有界線，不可能有明確的邊界也不表示不可能有明確的核心。而追求明確的核心以判斷「極端的不法」，允許不明確的邊界以容忍「一般的不法」，這樣的理解也同時相應於R. Alexy的理解：「極端的不法之相對於一般的不法是很清楚的」。也是因此，筆者以為：「無法忍受命題」的關鍵應該在如何具體化其核心。如何具體化其核心呢？筆者建議可以人權的內涵來具體化「無法忍受命題」的核心。原因是：第一，人權符合Radbruch的本意；第二，人權符合當代的思潮。

人權一來符合Radbruch的本意：因為有鑑於納粹的罪行，Radbruch在二戰後明白地宣示人權。Radbruch認為：就國家哲學而言，內在於每一國家秩序和法律秩序中的人權與基本權，就是政治意志的界限；就法律秩序而言，法律倫理的核心不容否認，這個核心歷經數百年來的努力就總結在人權的理念中³⁴。Radbruch因此說：「完全地否認人權即為絕對的不正之法³⁵」。人權再來符合當代的思潮：人權的理念以前表現在法律哲學和國家哲學；現在則見之於國際也見之於國內：國際見之於一系列的國際宣言與國際公約，例如世界人權宣言、公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約；國內則見之於無數國家的憲法基本權之清單中，例如德國基本法第一條至第十九條之基本權利、我國憲法第二章之人民基本權利。可以說，人權已是人類社會共同追求的目標。而，以

³⁴ Radbruch說：「數百年來的努力已經雕鑿出（法律原則）確定的部分，而且廣泛一致地認為就聚焦在人權和公民權利的宣言中。」Radbruch, *Gesetz und Recht*, Stuttgarter Rundschau, Januar 1947 (GRGA, Bd. 3, S. 96-100) (hier S. 99); 也請參見Radbruch, aaO. (Fn. 19)

³⁵ Radbruch, aaO. (Fn. 21), S. 28.

人權來具體化「無法忍受命題」，亦即以「違反被普遍承認的人權」來衡量「違反正義到無法忍受」；更清楚地說：「違反被普遍承認的人權」即為「極端的不法³⁶」。這樣的解釋同時也相應於Radbruch公式中的另一命題——否認命題——的主張，而使Radbruch公式的核心思想更具有有一致性。以下接著討論「否認命題」。

(二)否認命題

在根本不追求正義之處，在制定實證法時故意否認平等——它形成正義的核心——之處，在此，制定法不再只是「不正」之法，毋寧而是它根本就欠缺法律的本質。因為法律——包括實證法——只能定義之為：依其本義，確定有助於正義的秩序和規章³⁷。

Radbruch公式中的這段原文，被稱為「否認命題」。就「否認命題」，Radbruch舉納粹的法律為例：例如納粹一黨的占有國家全權；例如納粹對待人不以人，而以劣等之人（Untermenschen），而蔑視人權；例如納粹對待不同犯罪以同一刑罰，尤其是死刑。凡此種種，納粹的法律根本就不再具有法律的性質；它不是不正之法（unrichtiges Recht），而根本就不是法（überhaupt kein Recht³⁸）。

分析「否認命題」，可以看出兩個特點：第一，對Radbruch而言，法律的本質志在正義，法律的定義相關於正義。因為Radbruch定義「法律概念」為「現實性，其意義在於服務正義」（Recht ist

³⁶ 同樣的見解請參見BGH NJW 1994, 2708, 2709; BGH NJ 1995, 539, 541; Kaufmann, aaO. (Fn. 1), S. 81, 85 f.

³⁷ Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107.

³⁸ Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107.

die Wirklichkeit, die den Sinn hat, der Gerechtigkeit zu dienen.³⁹⁾，因此不追求正義的法律即非法律概念意義下的法律。這點至關重要，其重要性將在下節討論。第二，Radbruch將「法律的性質」聯結上「立法者的意圖」：在立法者根本不追求正義之處，在立法者有意地否認平等之處，法律即喪失法律的性質。更清楚地說：Radbruch將「法律的性質」取決於「立法者的意圖」。

有人因此質疑「否認命題」，認為：如不能確知「立法者的意圖」，則無法使用「否認命題」，而「立法者的意圖」幾乎不可能確知；亦即認為要證明立法者的有意否認正義原則，如果不是不能，就是很難⁴⁰。

筆者以為，這個問題的關鍵在於如何來解釋「立法者的意圖」。更清楚地說：「立法者的意圖」只能允許主觀解釋，或是也能允許客觀解釋？主觀解釋是解釋立法者在立法過程中怎麼想的主觀意圖，客觀解釋是解釋立法者在法律條文中所表現出的客觀意志。質疑者認為「立法者在立法過程中怎麼想的主觀意圖」很難證明，是因為質疑者的立論基礎是主觀解釋。筆者則建議以客觀解釋來具體化「否認命題」的前提，原因是：第一，客觀解釋比主觀解釋更符合Radbruch的法學方法論；第二，客觀解釋符合當代的法學思潮⁴¹。

³⁹ Radbruch, Rechtsphilosophie, aaO. (Fn. 17), S. 32.

⁴⁰ 請參見Dreier, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, Juristen-Zeitung 1997, S. 421, 423; Dreier, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDRGrenzgesetzes, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 57 f.; Evers, Der Richter und das unsittliche Gesetz, 1956, S. 82 f.

⁴¹ 也請參見Forschner, Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen „Mauerschützenurteilen“, 2003, S. 10 f.; Seidel, Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse, 1999, S. 176.

客觀解釋一來比主觀解釋更符合Radbruch的法學方法論：筆者茲舉三段文⁴²來證明Radbruch的法學方法傾向客觀解釋：首先，就立法者的意志，Radbruch說：法律中所要查明的並非法律創作者的意志，而是在時代變動中為因應新的法律需求與新的法律問題而產生的新的意義。其次，就法律的意志，Radbruch說：法律的意志存在於「法律的本身」（im Gesetze selbst），而不在於「法律的背後」（hinter dem Gesetz）；因為存在於法律的本身，所以只有法律內容的本身才能決定一切；因為不在於法律的背後，所以立法者加諸法案的動機並不是決定性的。再其次，就法律的解釋，Radbruch說：法律的解釋並不在找尋法律背後的個人思想，而是在探詢法律本身的意義；法律的解釋構造出或許連立法者都沒有實現過的思想進程，而創造出比立法者自身所知還更深刻的意義。無論是就立法者的意志、就法律的意志、就法律的解釋，以上三段文都清楚證明：Radbruch自己的法學解釋方法是客觀解釋方法。客觀解釋再來符合當代的法律思想：就此，德國聯邦憲法法院曾經說：「對法律的解釋而言，具權威性的是法律中所表現出來的客觀化的立法者意志，它出自諸如法律文句、意義關聯與可認知的規章目的⁴³。」亦即：對法律的解釋來說，重要的是表現在法律文句中的立法者的客觀意志，而非立法者在立法當初的主觀意圖。

以上分別討論「無法忍受命題」與「否認命題」的核心內涵，以下筆者分析二者之關係。首先，分而言之：如果實證的制定法違

⁴² Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 8. Aufl., aaO. (Fn. 16), S. 199-201.

⁴³ BVerfGE 1, 299, 312. 相同見解的還有 BVerfGE 10, 234, 244; 62, 1, 45; BGHZ 46, 74, 76; 49, 221, 223. 也請參見Kaufmann, Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Kaufmann/Hassemmer (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 6. Aufl., 1994, S. 137.

反正義到無法忍受的地步，則實證的制定法必須讓步於正義，可以看出：「無法忍受命題」否定的是法律的效力；而如果實證的制定法根本不追求正義，則實證的制定法根本不具法律的本質，可以看出：「否認命題」否定的是法律的本質。更清楚地說：「無法忍受命題」表述的是法律的效力，「否認命題」表述的是法律的概念，而法律的概念與法律的效力正是法律最核心的兩個命題⁴⁴。其次，合而言之：「無法忍受命題」與「否認命題」共同相關於實證的制定法，這兩個命題是Radbruch公式為實證的制定法設下的兩個外部界限。亦即：實證的制定法有效，但是當實證的制定法跨越由「無法忍受命題」和「否認命題」所標示出的極端不正義的門檻時，實證的制定法則例外失其效力。

由此可以看出，Radbruch公式所關注的，簡要地說，是「不正義之實證的制定法有效無效？」更簡要地說，是「法律與正義之間的衝突如何解決？」而這裡正是Radbruch公式的核心。

三、內容的核心

(一)法律安定性與正義的衝突

法律安定性與正義之間的衝突一直是法律哲學最核心的問題之一。Radbruch看出法律安定性與正義之間存在的衝突，Radbruch公式的核心就在解決法律安定性與正義之間的衝突。就此，以下將依序討論三個問題：

1. 如何理解法律安定性與正義之間的衝突？
2. 如何解決法律安定性與正義之間的衝突？
3. Radbruch如何解決法律安定性與正義之間的衝突？

⁴⁴ R. Alexy 1992年清楚表達其非實證主義之立場的著作，書名就叫「法律概念與法律效力」。Alexy, aaO. (Fn. 26).

首先，如何理解法律安定性與正義之間的衝突呢？「法律安定性」是法律的一種價值，「正義」是法律的另一種價值。兩種價值可能相互一致，即法律符合正義；兩種價值也可能相互對立，即二者之間存在緊張關係。法律安定性與正義之間的緊張，如果提問改為「法律是否必須內含道德？」就是法律與道德之間的緊張；如果提問改為「法律優先或正義優先？」就是法實證主義與自然法之間的緊張；如果提問改為「因為合法所以正當或是因為正當所以合法？」就是合法性與正當性之間的緊張；如果提問改為「違反實質正義的實證法律有效無效？」就是實證法律與實質正義之間的緊張。這種緊張，自古至今，在不同的時代，以不同的姿態，雖然時強時弱，但是未曾中斷⁴⁵。

那麼，要如何解決法律安定性與正義之間的衝突呢？在法律安定性與正義衝突時，到底要以「法律安定性」為標準或是以「正義」為標準呢？因為「法律安定性」擔保一切法律的效力，因此它也擔保不正義的法律的效力。如果衝突的解決只以「法律安定性」為標準，一個可能的危險是：「法律安定性」變成「不法的安定性」（Unrechtssicherheit⁴⁶）。反之，如果衝突的解決只以「正義」為標準，因為正義是一個不確定的概念，它可以有不同的內涵，一個可能的危險是：法官只依正義判決，不同的法官對正義有不同的理解，不同的法官對同一案件將有不同的判決結果，結果是有害法律安定性。另一個可能的危險是：以不同的意識形態來解釋正義的內涵⁴⁷，例如：對納粹來說，只要符合全民的意識形態就是

⁴⁵ 也請參見Horster, Rechtsphilosophie zur Einführung, 2002, S. 139.

⁴⁶ 請參見Saliger, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995, S. 8.

⁴⁷ 例如Carl Schmitt當時在「法律實務新的指導原則」中曾經說：「今日全部的德國法律……必須只受制於納粹主義的精神……任何的解釋都必須是在納粹主義之意涵下的解釋。」Schmitt, Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, Ju-

正當的，納粹的意識形態在當時符合全民的意識形態，納粹的意識形態因此是正當的，納粹的種族理論因此是正當的⁴⁸，結果是有害正義。如上，衝突的解決如果只有法律安定性或是如果只有正義，都有其內在的危險。

那麼，Radbruch如何解決法律安定性與正義之間的衝突？筆者以為，這個問題可以分成二個層次：一是Radbruch如何解決，一是Radbruch為何如此解決；前者為Radbruch怎麼想，後者為Radbruch為什麼這麼想。亦即：要真正理解Radbruch如何排序法律安定性與正義這兩種價值，就必須先理解Radbruch如何看待法律價值。以下因此先討論Radbruch如何看待法律價值，再討論Radbruch如何排序法律價值。

Radbruch如何看待法律價值呢？Radbruch認為法律秩序追求的價值有三，亦即法律理念的價值有三⁴⁹：

ristische Wochenschrift 1933, Sp. 2793.

48 請參見Dreier/Paulson, aaO. (Fn. 2), S. 251.

49 Radbruch出自新康德主義，新康德主義的共同特徵是區分實然與應然，Radbruch在實然與應然之外開立「與應然相關的實然」，亦即與價值相關的現實，對Radbruch而言，法律就是與價值相關的文化事實，而且Radbruch認為價值判斷只可能是個人的信仰而不可能是科學的認識，價值判斷是相對的，這也是二戰前Radbruch的學說被標誌為「價值相對主義之法哲學」的原因。價值相對主義是Radbruch之法律理念的基礎，由此基礎導出其法律理念。Radbruch的法律理念包含三個要素：

1. 作為平等的正義；
2. 合目的性；
3. 法律安定性。

三者合而為Radbruch廣義的正義，廣義的正義相對於狹義的正義，即三者中之「作為平等的正義」。在區分Radbruch的廣義正義和狹義正義的基礎上，才不致混淆其所謂的「法律理念之為正義的理念」，才可能理解其所說的「法律理念之為法律的價值」。法律理念為正義的理念，所指的是廣義的正義理念，也就是Radbruch所說的「法律理念只可能是正義，而不可能是以外的其

1. 正義 (Gerechtigkeit) ；
2. 法律安定性 (Rechtssicherheit) ；
3. 合目的性 (Zweckmäßigkeit) 。

三者之中，Radbruch指出「正義」與「法律安定性」的價值重要於「合目的性」，「合目的性」在三者中因此位階最低⁵⁰。「合目的性」指的是合乎公共利益 (Gemeinwohl) 的目的，亦即對人民有利。接下來的問題是：「對人民有利的就是法嗎？」或是「法是對人民有利的？」如果對人民有利的就是法，納粹的意識形態可以因此就是法，納粹的種族理論也可以因此就是法。所以絕非對人民有利的就是法，而是法是對人民有利的。為什麼法是對人民有利的？Radbruch說：因為法律追求正義而且產生法律安定性⁵¹。之於「正義」和「法律安定性」這兩種價值，其間的衝突Radbruch視之為正義內在的衝突，亦即正義和正義自己的衝突 (ein Konflikt der Gerechtigkeit mit sich selbst)。這就產生一個疑問：「正義」是正義沒有問題，為什麼「法律安定性」也是正義？理解的方式是：作為一種價值，法律的安定本身就是一種正義，此時此地與彼時彼地對法律為同等解釋和同等適用本身就是一種正義。作為一種價值，法律安定性也是實證法內在的價值，不只正義要求法律安定性，合目的性也要求法律安定性。又法律安定性雖然是法律內在的價值，

他。」法律理念為法律的價值，因為廣義正義所內含的三個要素正是法律秩序應該追求的三種價值。請參見Radbruch, Rechtsphilosophie, aaO. (Fn. 17), S. 29; Kaufmann, aaO. (Fn. 43), S. 108 ff., 111 ff.

⁵⁰ Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107.

⁵¹ 這樣的看法，在Radbruch的思想體系中，更早見之於早「制定法之不法與超越制定法之法」（1946年）一年發表的「五分鐘的法哲學」（1945年）一文中，而納粹就是在1945當年倒臺。請參見Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107; Radbruch, aaO. (Fn. 19).

但是並非法律唯一的價值，它與法律的另一種價值——正義——之間可能產生衝突。法律安定性與正義之間的衝突，從一個面向看，是「內容可議但卻制定的法律」與「內容正義但未制定的法律」之間的衝突，從另一個面向看，是「表象的正義」與「真實的正義」之間的衝突⁵²——亦即：正義和正義自己的衝突。接下來的問題是：如何解決這種衝突？衝突的解決在於為衝突的這兩種法律價值排出位階次序。

Radbruch如何排序法律價值呢？在正義和法律安定性兩種價值相衝突時，到底何者優先？如前所述，正義的絕對優先或法律安定性的絕對優先各有其困境。如何避免此困境？Radbruch公式中的優先因此並非「絕對優先」而是「推定優先」（*Prima-Facie-Vorrang*），Radbruch的解決衝突的規則因此並非偏向一方的絕對優先，而是有條件式的相對優先⁵³。簡單地說：法律安定性原則上優先⁵⁴，但此優先有其相對化的條件，就是不能違反正義到無法忍受，亦即以違反正義到無法忍受為法律安定性之優先性的界限，違反此界限則正義優先⁵⁵。原因呢？原因在於Radbruch認為「有這樣

⁵² Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107.

⁵³ Forscher, aaO. (Fn. 41), S. 14.

⁵⁴ 必須注意的是：Radbruch二戰之前和二戰之後的立場有所轉變，法律安定性只是原則上優先而非永遠優先，只是相對優先而非絕對優先，這是Radbruch二戰之後的觀念。在二戰之前，至少一直到1932年，Radbruch仍認為不正之法也是拘束法官的法，仍認為法律安定性永遠優先。Radbruch在二戰之前說：法官必須為權威性的法律命令而放棄自己的法感，就是只問：被制定成法律的是甚麼，而絕不問：它是否也是正當的。Radbruch, *Rechtsphilosophie*, aaO. (Fn. 17), S. 83, 70 ff.

⁵⁵ 由此也可看出，Radbruch公式內含的解決衝突的規則要求實質正義，但是所要求的實質正義是最小限度的實質正義。也就是：對正義的要求應該儘可能不損害法律安定性。請參見Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000, S. 114. 相同見解也請見Frommel, *Die Mauerschützenprozesse – eine*

的法律原則，它強過法規，以至於制定法如果違反它，制定法就失其效力⁵⁶。」這個法律原則，就是Radbruch用來衡量法律的標準；這個標準，就是正義⁵⁷。因為對Radbruch來說，法律的本質就表現在法律以正義作為目的。在此，這一個問題的結論又導出下一個問題的提問：這是否代表了法律與正義相聯結的聯結命題？

(二)分離命題與聯結命題的對立

今日，法哲學的核心命題之一為：實證法與正義是否相關？如果是，又在如何的意義下相關⁵⁸？主張實證法與正義相聯結的為「聯結命題」(Verbindungsthese)；反之，主張二者相分離的為「分離命題」(Trennungsthese)⁵⁹。在今日此二對立的立場中，如何定位Radbruch公式呢？要定位Radbruch公式是分離命題或聯結命題，前提必須先分析分離命題與聯結命題的法律概念。筆者以下因此先討論分離命題與聯結命題的法律概念，再以討論的結果來判定Radbruch公式在今日法哲學爭議中所代表的法律立場。

分離命題表達實證主義的法律概念。法實證主義的願望是：儘可能清楚地確定法律概念，以便解決實際的法律問題。而為了達此目的，規範最好只問「是否為社會上真實有效的強制秩序」，而不問「是否與道德的要求相一致」。因此在確定現行法時，道德的考慮並不重要；因此也不問：在道德的觀點下，現行法是否值得遵

unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, in: Haft/Hassemer/Neumann/Schild/Schroth (Hrsg.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 89.

⁵⁶ Radbruch, aaO. (Fn. 19).

⁵⁷ Radbruch, aaO. (Fn. 19).

⁵⁸ Dreier/Paulson, aaO. (Fn. 2), S. 241.

⁵⁹ 關於「分離命題」與「聯結命題」的重要文獻，請參見Hart, aaO. (Fn. 23), S. 14-57; Alexy, aaO. (Fn. 26), S. 15 ff.

守⁶⁰。分離命題因而是法實證主義的共通命題，依之：法律與道德分離。亦即：法律與道德之間，並無必要的關聯；實證法與正義之間，並無必要的關聯；法律的是甚麼與法律的應該是甚麼之間，並無必要的關聯⁶¹。依分離命題，法律的概念就被定義為這樣的一切規範：它在形式上依立法程序制定出來，在社會上則現實有效。從這個定義正好可以分析出實證主義的法律概念有兩個特徵：一為制定，一為有效⁶²。分離命題今日的代表人物是H. L. A. Hart和N. Hoerster。

反之，**聯結命題**的法律概念包含道德要素。聯結命題今日的代表人物有R. Dreier和R. Alexy。Alexy就如此定義法律概念：「法律是一種規範體系……其由規範的全體組成，規範則隸屬於完全有效的憲法，而且並非極端的不正義⁶³。」法律不能是極端的不正義，極端的不正義就不是法律。在此，聯結命題的法律概念包含道德要素。因為，依聯結命題，所有的法律秩序都內在有這樣的一些原則，或因其結構⁶⁴，或因其效力⁶⁵，而有法律與道德上的必要聯結；論證法律秩序內在有這樣一些原則的，就稱為「原則論證」（Prinzipienargument）。原則論證所論證的法律原則，例如人性尊嚴、自由、平等等等原則，其決定法律價值而為國家的義務；又例如民主國原則、法治國原則、社會國原則等等原則，其形成法律秩序而為國家的目的。這些原則，是法律倫理中的重要原則，在實證

⁶⁰ 請參見Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, S. 2480 ff.

⁶¹ Dreier/Paulson, aaO. (Fn. 2), S. 243.

⁶² Alexy, aaO. (Fn. 26), S. 29.

⁶³ Alexy, aaO. (Fn. 26), S. 201.

⁶⁴ Dreier, Der Begriff des Rechts, in: ders., Recht-Staat-Vernunft, 1991, S. 103, 106 f.

⁶⁵ Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984, S. 81 ff.

法律空白開放而未規定的地方（*offenen Text*⁶⁶），在因之而生模糊空間（*Vagheitsspielräume*）和規範衝突（*Normenkollisionen*）的情形下，法官應該在衡量範圍內儘可能地依近這些理念而適用法律原則⁶⁷。依原則論證，這裡見出法律與道德的必要聯結；依聯結命題，實證主義的分離法律與道德很有問題⁶⁸。

在分離命題與聯結命題的對立中，如何判定Radbruch公式所代表的法律立場呢？以下依序討論「Radbruch如何看待法律與道德」以及「Radbruch是否分離法律與道德」。首先，Radbruch如何看待法律與道德呢？出自康德的傳統，Radbruch強調法律的外在性（*Äußerlichkeit des Rechts*）與道德的內在性（*Innerlichkeit der Moral*）。法律的外在性在於擔保道德義務的履行，道德的內在性則在證立法律的拘束力⁶⁹。此外在性的法律與內在性的道德相分離嗎？Radbruch公式代表分離命題嗎？依分離命題，法律與道德分離，法律概念因此不含道德成分，任何內涵的法因此都可以是有效的法，無法忍受的不法因此也是有效的法，極端的不法因此也是有效的法。在此，分離命題導出的結論與Radbruch公式明顯相悖，Radbruch公式不是分離命題。那麼，再來，Radbruch公式代表聯結命題嗎？這可以由Radbruch的法律概念與法律理念兩個面向來檢查。就法律概念，Radbruch認為法律「只能定義之為：依其本義，確定有助於正義的秩序和規章⁷⁰」。就法律理念，Radbruch認為「法律理念只可能是正義，而不可能是此外的其他⁷¹。」無論就法

⁶⁶ Hart, *Der Begriff des Rechts*, 1973, S. 173 ff.

⁶⁷ Dworkin, aaO. (Fn. 65), S. 54 ff.; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 71 ff.

⁶⁸ Dreier, aaO. (Fn. 64), S. 103, 105.

⁶⁹ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, aaO. (Fn. 17), S. 36, 39 ff.

⁷⁰ Radbruch, aaO. (Fn. 1), S. 107.

⁷¹ Radbruch, *Rechtsphilosophie*, aaO. (Fn. 17), S. 30.

律概念或法律理念，Radbruch的法律都與正義相聯結，Radbruch因此是法律與正義之間有必要聯結之聯結命題的重要代表人物⁷²。而Radbruch這樣的思想又如何影響當代呢？

肆、Radbruch 公式對當代的影響

Radbruch在「制定法之不法與超越制定法之法」一文中開展Radbruch公式，「制定法之不法與超越制定法之法」則被譽為二十世紀最具影響力的法哲學著作。其對當代的影響，不只見之於理論，而且見之於實務。就理論而言，Radbruch公式引起國際上對法律概念的重新討論。亦即：在定義法律時，法律概念中是否應排除「無法忍受之不法⁷³」呢？依法實證主義的法律概念，規範只取決於依程序制定而且在社會上有效，法實證主義這樣的法律概念是否須因Radbruch公式而被修正呢？這事實上是分離命題與聯結命題之

⁷² 相同見解請見Dreier/Paulson, aaO. (Fn. 2), S. 241. 學者K. Kühl認為Radbruch公式的無法忍受命題既非分離命題亦非聯結命題：既非分離命題，因為分離命題嚴格區分法律與道德，但是Radbruch公式並未嚴格區分法律與道德；亦非聯結命題，因為依聯結命題，自然法優先於實證法，但是依Radbruch公式，自然法的正義並不絕對優先於實證法，而只是相對優先。筆者以為：Radbruch公式並非分離命題的看法是正確的，Radbruch公式並非聯結命題的看法則有所誤會。Radbruch公式並非分離命題，為本文所主張，已如前述；Radbruch公式並非聯結命題的看法，則對自然法學說和聯結命題的關係有所誤會。自然法的學說主張自然法優先於實證法，而且由自然法的學說可以推出法律與道德有必要的聯結。聯結命題主張法律與道德有必要的聯結，但是由聯結命題卻推不出自然法必然優先於實證法。因此，由Radbruch公式的「自然法並不絕對優先於實證法」反向來判定「Radbruch公式並非聯結命題」，應是有所誤會。

⁷³ Kühl, Recht und Moral, in: ders. (Hrsg.), Juristen-Rechtsphilosophie, 2007, S. 19. 例如R. Alexy的法律概念就排除「無法忍受之不法」，Alexy定義法律為「一種規範體系……其由規範的全體組成，規範則隸屬於完全有效的憲法，而且並非極端的不正義」，已如前述。

間的爭議，這事實上也是實證主義與非實證主義之間的辯論。前者已分析於前，後者將討論於後。就實務來說，Radbruch公式被德國聯邦最高法院和德國聯邦憲法法院多次採用，被採用來處理納粹以及東德時期的不法，而形成了德國聯邦最高法院和德國聯邦憲法法院判決的法哲學核心。以下因此依序討論Radbruch公式在理論上和實務上對當代的影響。在理論上，先討論其在當代的類似思想和對立思想，因為這將有助於瞭解它在當代法哲學中的定位；之後再討論其在當代法哲學中的定位。在實務上，則就納粹倒臺後和東德倒臺後分別舉例說明司法判決中的如何應用Radbruch公式。

一、理論：法律思想上的定位

(一)當代的類似思想與對立思想

Radbruch公式在當代有類似的思想。Radbruch公式的思考是：「如何解決法律安定性與正義之間的緊張？」在Radbruch之前，也有人這麼思考；Radbruch公式的方法是：「解決這種緊張，但是不完全犧牲法律安定性。」在Radbruch之前，也有人這麼解決。在Radbruch之前，瑞士的法律思想家Hans Reichel就曾經構思：原則上法律安定性優先；但是如果法規違反普遍的道德感受（*das sittliche Empfinden der Allgemeinheit*），如果遵守法規比違反法規還更有損於法律的權威性，那麼法官就有義務要避開制定的法規⁷⁴。如何來解讀Hans Reichel的這段構思呢？Hans Reichel的構思可以被解讀為：原則上法律必須被遵守，即使其不正義也是；但是如果其不正義嚴重到違反當時代的道德意識，它就跨越了遵守法律的邊界。

⁷⁴ Reichel, *Gesetz und Richterspruch: Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart*, 1915, S. 142.

Reichel的構思（一九一五年）和 Radbruch的公式（一九四六年），二者的核心想法極為類似，對法律的影響卻大有差別：Reichel的構思既未引起法律理論的討論，亦未被接受為法律判決。真正的原因尚待法律史家的研究，筆者初步的看法是：一在納粹之前，一在納粹之後，納粹的經驗是關鍵的所在；因為Radbruch公式志在解決納粹不法的現存難題，因此切合當時而為時代所需。

Radbruch公式在當代也有對立的思想。Radbruch和Hans Kelsen的思想同屬經歷二十世紀時代考驗的學說，雖然二人都出自新康德主義，但是Radbruch的理論和Kelsen實證主義的純粹法學則相互對立。依Kelsen的純粹法學，法學應該純粹地獨立於倫理的考量之外，它因而與道德的觀念相區隔。Kelsen曾經明白地說：「不問內涵如何都可以是法」（Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein.⁷⁵），在Kelsen的基礎規範之下，因此不可能有不道德的「可恥之法」（Schandgesetz）。這與Radbruch的理論是相對立的，在Radbruch的理論之下，有可能有「可恥之法」，而且Radbruch認為：規範應該被遵守，除非其為「可恥之法」。亦即：非可恥之法，應該遵守；可恥之法，不應遵守⁷⁶。二人的這種歧異，最重要的關鍵就在於：Radbruch的定義法律關聯上法律的理念——正義，而Kelsen則反之，Radbruch的理論也因此被評價為反對Kelsen的最重要的理論⁷⁷。

⁷⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934, S. 63.

⁷⁶ 規範之被遵守以規範非「可恥之法」為附加條件，此即「可恥之法附加條款」（Schandgesetz-Klausel）。請參見Dreier/Paulson, aaO. (Fn. 2), S. 245, Fn. 31.

⁷⁷ Dreier/Paulson, aaO. (Fn. 2), S. 253.

Kelsen是當代嚴格的實證主義法律概念的代表人物，作為反對Kelsen的重要代表人物，那在當代要如何來定位Radbruch？

(二)當代法哲學中的定位

在當代的法哲學中要如何定位Radbruch呢？在法哲學的思想中，自然法和法實證主義自來對立，在此對立中，Radbruch是自然法的學者嗎？抑或Radbruch是法實證主義者？以下，將以之前所分析的Radbruch公式的概念來印證自然法和法實證主義的理念，以期在當代法哲學的座標中找出Radbruch公式的定位。

首先，Radbruch公式是法實證主義的嗎？以下分別就法律概念與法律效力兩個面向來分析。

先就**法律概念**來說：法實證主義者在意的是規範依程序而制定而且在社會上有效，法實證主義者不在意的是規範的內涵為何⁷⁸。更進一步推：只要以制定法的形式，立法者可以制定一切法律，而根本不問其內容為何，這就是所謂的「制定法實證主義」（Gesetzespositivismus⁷⁹）。在納粹政權的經驗之下，Radbruch公式首要就在反對制定法實證主義。對Radbruch而言，法之所以為法，不只形式上來自制定的程序，而且實質上還要相關於法律的最高價值：正義。依Radbruch公式，根本不追求正義的規範，根本就欠缺法律的本質。由法律概念可見，Radbruch公式很明顯的不是法實證主義。

再就**法律效力**而言：依法實證主義，實證的法律絕對優先於未實證的正義原則；而依Radbruch公式，實證的制定法雖然為了法律安定性之故也優先於正義原則，但是實證的制定法對正義原則的優先，只是推定優先而非絕對優先。也就是說：法律安定性優先，但

⁷⁸ 請參見Alexy, aaO. (Fn. 25), S. 4.

⁷⁹ 請參見Saliger, aaO. (Fn. 46), S. 10.

是法律安定性如果不正義到無法忍受，則法律安定性讓步於正義，則正義優先於法律安定性。更清楚地說：在面對極端的不法之時，決定法律效力的不再是實證的法律而是實質的正義，此時實質的正義可以排除實證的法律。由法律效力可見，Radbruch公式和法實證主義很明顯地並不相容。

無論自法律概念或法律效力來論，Radbruch公式都不是法實證主義的。那麼，其次，Radbruch公式是自然法的嗎？以下也分別就法律概念和法律效力兩個面向來分析。

先就法律概念來說：依古典的自然法，「不正之法，非法」（Ein ungerechtes Gesetz ist gar kein Gesetz.⁸⁰）；法律必須正義，不正義就不是法律。但是依Radbruch公式，並非所有不正義的法律都不是法律，而是只有極端不正義的法律才不是法律；如果未逾越極端不正義的界限，不正義的法律仍是法律，實證的制定法仍然優先。用一句提問可以明確看出二者之區別：「可不可能有不正義但有拘束力的法律？」古典自然法的推論是不可能，Radbruch公式則是可能。由此法律概念的分析可見，Radbruch公式很明顯不是古典的自然法。

再就法律效力而言：依Radbruch公式，只要不逾越極端不法的界限，法律安定性原則上仍然優先；亦即：實證的制定法原則上仍然優先，縱使其不正義；亦即：不正義的法律原則上仍然優先於正義。而依古典的自然法，不正義的法律不可能優先於正義。在此，Radbruch公式與古典的自然法二者相背。由此法律效力的分析可

⁸⁰ 此尤其是Augustinus和Thomas von Aquin。請見Augustinus, *De libero arbitrio*, hrsg. von Brachtendorf, 2006, I, 5. 也見：Thomas von Aquin, *Summa theologica*, Die deutsche Thomas-Ausgabe, übers. von Dominikanern u. Benediktinern Deutschlands u. Österreichs, 1933 ff., I / II Quaestio 95, art. 2.

見，Radbruch公式很明顯不是古典的自然法。

以上面的分析為基礎，反向來看，Radbruch公式之所以不是法實證主義，是因為它含藏自然法的特質；Radbruch公式之所以不是古典的自然法，是因為它外露法實證主義的表徵。Radbruch公式是自然法和法實證主義對立中的一種調解和妥協。也正是要在這個脈絡之下，才能真確理解來自各方的對Radbruch公式的評價：或是評價它內含超越實證的自然法（überpositives Naturrecht），或是評價它為超越制定之法形式下的實證法（positives Recht in der Form von übergesetzlichem Recht），或是評價它為超越自然法與實證主義（jenseits von Naturrecht und Positivismus⁸¹）。

二、實務：司法判決中的應用

Radbruch公式被多次應用在德國的司法判決中，首先是在二次大戰之後，再來是在兩德統一之後。在二次大戰之後，要如何來面對納粹時期無法忍受的惡法呢？在兩德統一之後，要如何來處理東德時期制定的不法呢？為了解決棘手難題，德國的聯邦最高法院和聯邦憲法法院多次在不同的判決中應用Radbruch公式⁸²。筆者以為不同的判決可以抽繹出共同的軸線：類似的棘手難題，一樣的解題方法。棘手的難題是：不論納粹或東德，當初的暴行依據的是當初的法令，當初的暴行可否以當初的法令這樣規定來辯護？解題的方

⁸¹ 請參見Kaufmann, aaO. (Fn. 43), S. 109; Kaufmann, aaO. (Fn. 1), S. 81, 85 f.; Alexy, aaO. (Fn. 25), S. 26, Fn. 59; Saliger, aaO. (Fn. 46), S. 7 ff.

⁸² 德國的違憲審查機制與Radbruch公式可以相應地來理解：德國的基本法將基本權視為絕對價值，一般立法所通過之法律雖然平常被推定為有效，但是一旦與基本權相衝突時則失其效力。而依Radbruch公式的無法忍受命題，實證的制定法原則上被推定為有效，但是當其違反正義到無法忍受時，則必須讓步於正義——其以人權為核心。

法是：在判決理由中應用Radbruch公式，或以當初的法令因為「違反正義的基本誡命或是違反關於人之價值和尊嚴的法律確信」而無效（無法忍受命題），或以當初的法令因為「根本不追求正義或是有意否認平等」而無效（否認命題），當初的暴行因此無法以當初的不法法令來辯護。以下筆者舉例判決來印證抽繹出來的此一思維軸線。

(一)二次大戰後的應用

Radbruch公式的影響司法實務，首先可以用納粹時期的告密案（Denunziationsfall）來說明：一九四四年，一位妻子想和她的先生分手，就去告發她先生，因為她先生從前線放假回來時曾經批評希特勒。她先生因此依當時的法律被逮捕（而且被判處死刑，但最後未被處死而是被宣告緩刑再送回前線）。戰後的法院應用Radbruch公式，結果是：當初逮捕所依據的納粹法律無效，妻子的告密行為沒有正當性理由。一九四九年，這位妻子被Bamberg的邦高等法院判刑為妨害自由的間接正犯（直接正犯為當初對先生判刑的法官），Bamberg邦高等法院在判決理由中說：當初依據的該法律「違反所有正直思考之人的公平感和正義感」（gegen das Billigkeits- und Gerechtigkeitsempfinden aller anständig Denkenden⁸³）。法院用的，就是Radbruch公式。

法院用Radbruch公式來判決告密案，法院的判決基礎是：納粹的法律違反人人的正義感而無效；是：規範違反道德，故非法律。在此，法律與道德相聯結。主張法律與道德應該分離的H. L. A. Hart對此則有所批評⁸⁴。Hart認為，對此案件，一個可能性是判妻子無

⁸³ OLG Bamberg SJZ 5 (1950), 207.

⁸⁴ Hart, aaO. (Fn. 23), S. 14 ff.

罪，另一個可能性是判妻子有罪。如判妻子無罪以符合當時的實證法，是為了法律安定性而犧牲道德原則；反之，如判妻子有罪，則是為了道德原則而犧牲法律安定性。Hart說：「生活強迫我們要在兩害相權中取其輕⁸⁵。」Hart所說的輕是不犧牲道德。Hart說：「如果我們曾經自道德的歷史中學到甚麼，那就肯定是：不應遮掩道德問題⁸⁶。」Hart因此主張處罰納粹中的犯罪，但是反對以Radbruch公式來處罰，因為「規範在道德上立不住腳就不是法律」將會陷入道德批判的迷惘中⁸⁷。Hart建議在事後立新法規來溯及既往地追訴犯罪，雖然事後變更法律違反不溯及既往的法律原則，但是可以在判決中公開說明這種溯及是禁止溯及的例外，而且這種公開說明還正是論證上誠實的表現⁸⁸。

在Radbruch公式的「可能陷入道德批判的迷惘中」和在Hart建議的「另立新法以溯及地追訴犯罪」二者中，如果也要兩害相權取其輕，筆者以為Hart的構思會是生命中不可承受的重。因為：如依Hart，新政權可以立特別法來違反法律不溯及既往原則，來宣告舊政權的法律無效，來追究不義的舊政權；設想要是一日政權再輪替，如何擔保不義的新政權不會同樣以立特別法的方式來追訴追求正義的舊政權？而依Radbruch公式，法律與正義相聯結，正義以人權為標準，亦即：舊政權必須以人權為依歸，新政權亦須以人權為依歸，雖然政權輪替，但是人權依舊。這是筆者為Radbruch公式的辯護，這是告密案的應用Radbruch公式。告密案之外，以下再舉例德國聯邦最高法院和聯邦憲法法院的應用Radbruch公式。

85 Hart, aaO. (Fn. 23), S. 44.

86 Hart, aaO. (Fn. 23), S. 44.

87 Hart, aaO. (Fn. 23), S. 45.

88 Hart, aaO. (Fn. 23), S. 44.

德國聯邦最高法院的應用Radbruch公式，第一次是在押解犯人的判決（Deportationsurteil）中。該案被告在一九四一年至一九四五年間為蓋世太保，在強擄猶太人時，其開列名單、預定火車而且隨車押送，因此為妨害自由的從犯。但是，其妨害自由出自當局的命令，當局的命令則出自當時保護民族和國家的規定；聯邦最高法院在判決中則認為納粹的這些命令和規定根本無效。判決中說：

規定，其根本不追求正義的，其有意否認平等思想的，其明白蔑視所有文明國家關於人之價值和尊嚴所共同的法律確信的，就不是法，相應於此的行為則是不法⁸⁹。

判決中所說的：規定因為「根本不追求正義」或「有意否認平等」而不是法，這是「否認命題」的內涵。很清楚地，德國聯邦最高法院在判決中應用的是Radbruch公式的「否認命題」。

德國聯邦最高法院的應用Radbruch公式，也見之於一九五一年其宣告國民衝鋒隊營長的開槍射殺逃亡者為違法。被告的開槍射殺逃亡者，依據的是當時的防災命令（Katastrophenbefehl），聯邦最高法院在判決中則認為：納粹的這個防災命令根本欠缺法律的性質。判決中說：

即使這個命令被公布為制定法或法規，它也沒有法律的拘束力。制定法的界限就在：當它違反國際法一般承認的規則或違反自然法（OGHSt 2, 271），或是當實證的制定法違反正義到無法忍受的地步以至於制定法作為「不正之法」而必須讓步於正義。而如果在制定實證法時根本就否認平等原則，制定法因此欠缺法律的本質而根本就不是法律（Radbruch, SJZ 1946, 105 [107]）。未經審判程序就不許剝奪人的生命，屬於

⁸⁹ BGHSt 2, 234, 238 f.

不可讓與的人權。1945年2月15日設立的臨時軍事法庭的規定（RGBl I, 30）也謹守這個法律原則。依此，那些所謂的防災命令並無制定法之力，它不是法律規範，遵守它在客觀上是違法的⁹⁰。

判決中所說的：制定法因為「違反正義到無法忍受……而必須讓步於正義」，這是「無法忍受命題」的內涵；實證法因為制定時「根本就否認平等原則」因此「根本就不是法律」，這是「否認命題」的內涵。很清楚地，德國聯邦最高法院在判決中同時應用Radbruch公式的「無法忍受命題」與「否認命題」。

除了德國聯邦最高法院，德國聯邦憲法法院也應用Radbruch公式。一九四一年納粹開始剝奪猶太裔德國公民的公民資格，使猶太人喪失德國國籍所依據的是一九四一年制定的帝國公民法第十一號規定（die 11. Verordnung zum Reichsbürgergesetz）；聯邦憲法法院在一九六八年的國籍判決（Staatsangehörigkeitsbeschluss）中則宣告納粹的帝國公民法第十一號規定無效。判決中說：

1. 納粹的「法律」規定可以被否定有法律的效力，如果它明顯違反正義的基本原則，以至於適用它或承認它法律效果的法官將會以不法來取代法。（……）

2. 1941年11月25日的帝國公民法第11號規定（RGBl. I S. 772）違反正義到無法忍受的地步，以至於它必須被視為自始無效⁹¹。

判決中所說的：規定因為「違反正義到無法忍受」而「必須被視為自始無效」，這是「無法忍受命題」的內涵。很清楚地，德國

⁹⁰ BGHZ 3, 94 (107).

⁹¹ BVerfGE 23, 98.

聯邦憲法法院在判決中應用Radbruch公式的「無法忍受命題」。

(二)兩德統一後的應用

德國聯邦最高法院的應用Radbruch公式，在兩德統一之後最主要聚焦在圍牆射殺的訴訟（Mauerschützenprozesse⁹²）中。當初，東德守衛邊界的士兵在值勤時射殺要由東德翻越柏林圍牆逃到西德去的人民，守衛士兵射殺逃亡者依據的是當初東德的邊界法（Grenzgesetz der DDR，第27條）；聯邦最高法院在判決中則認為：東德的邊界法根本無效而不足為射殺行為的辯護理由，射殺行為因此是無法被正當的故意殺人。判決中說：

允許以故意射殺非武裝的逃亡者來禁止離開東德，其執行優先於人的生命權，這樣的辯護理由無效，因為它明顯而且無法忍受地違反了正義的基本誠命以及違反了國際法所保護的人權。這裡，這種違反如此嚴重，它傷害了所有國家所共同的與人之價值和尊嚴相關的法律確信，在這樣的案件中，實證法必須讓步於正義（也就是所謂的Radbruch公式⁹³）。

判決中所說的：實證法因為「無法忍受地違反了正義的基本誠

⁹² 聯邦最高法院在圍牆射殺訴訟中的應用Radbruch公式，引起學界的許多討論。其中最關鍵的問題之一是：「禁止溯及既往原則」是法治國最基本的原則，而處罰當初的圍牆射殺行為是否違反禁止溯及既往的基本原則？在圍牆射殺訴訟中，此問題同時涉及刑法、憲法、國際法與法哲學的領域，對聯邦最高法院的判決因此有來自各方的意見，有支持者，有反對者；有質疑其推論有問題者，有質疑其結論有問題者。此問題因牽涉廣泛，必須以另文處理。重要的相關文獻請見：Dreier, *Juristische Vergangenheitsbewältigung*, 1995; Dreier, *Gustav Radbruch und die Mauerschützen*, aaO. (Fn. 40), S. 421-434; Alexy, aaO. (Fn. 25); Werle, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, ZStW 109, 1997, S. 808-829.

⁹³ BGHSt 41, 101/105.

命以及違反了國際法所保護的人權」而「必須讓步於正義」，這是「無法忍受命題」的內涵。很清楚地，德國聯邦最高法院在判決中應用Radbruch公式的「無法忍受命題」。

伍、結 論

Radbruch在一九四六年發表「制定法之不法與超越制定法之法」一文，文中提出Radbruch公式的命題。Radbruch公式的命題主張：在實證的制定法與正義相衝突時，如法官決定取實質正義而棄實證法律，必須實證的制定法或是無法忍受的不正義，或是有意否認正義的核心平等。

作為二十世紀偉大的法哲學家，Radbruch的重要性在於：在納粹政權倒臺之後，在法哲學因實證主義而受質疑之時，Radbruch為法哲學重建了實質的價值學說。就此：第一，他與法實證主義相辯論。他批判地評價法實證主義而且指出其界限。第二，雖然他與法實證主義相辯論，但是他仍護衛著法實證主義的基本思想；而且，因為使用「制定之不法」的概念會否定實證的制定法之法律性質，亦即會有害法律安定性，因此只有在緊急的情況下才使用，亦即只有在實證主義無力對抗極端的不法之時。第三，雖然他護衛法實證主義的基本思想，但是他也接受自然法的觀點；而且，以此來否定納粹不義政權中的法律原則。就此，Radbruch影響了當代法哲學在理論上的發展和在司法中的應用。

對於這樣一位二十世紀偉大的法哲學家，如果想要把握其法哲學的完整體系，筆者以為可以從三個面向下手：

- (一)Radbruch二戰前的法律思想；
- (二)Radbruch二戰後的法律思想；
- (三)Radbruch二戰前後的法律思想。

首先，就Radbruch二戰前的法律思想，核心為其法律概念與法律理念，二者之基礎則為其出自新康德主義的價值相對主義。於「法律概念」，應該究明Radbruch如何定義法律以及如何定位法律與道德之關係；於「法律理念」，應該追問Radbruch的正義、法律安定性、合目的性等法律理念之三要素，其究竟如何導出以及其位階如何排序。其次，就Radbruch二戰後的法律思想，核心為Radbruch公式，即本文所處理的主題。最後，就Radbruch二戰前後的法律思想，此涉及兩個因果相關的爭議。核心爭議為：二戰後Radbruch的法律思想對他二戰前的法律思想究竟是延續還是背離？二戰後的Radbruch批判法實證主義，要解決這個核心爭議因此必須先解決其前提爭議：二戰前的Radbruch是否法實證主義者？通說認為二戰前的Radbruch是法實證主義者，但是Radbruch定義法律必須有助於正義，Radbruch的法律與道德相互聯結（聯結命題），而聯結命題與法實證主義所主張的分離命題是相背反的，Radbruch因此真的是法實證主義者嗎？若要解決這個前提爭議就必須先解明其二戰前的法律概念與法律理念，亦即前述第一面向的問題。(一)(二)(三)，三個面向的問題因此環環相扣而值得進一步研究⁹⁴。

⁹⁴ 值得進一步研究的尚有「法律規範性」的問題。法律是一種規範，是一種應該或不應該這樣做的應然規範。法律出自依立法者意志而制定的事實，法律出自實然。作為應然規範的法律出自實然。問題是：實然能不能產生應然？如果不能，法律的規範性從何而來？當代對規範性理論有重大貢獻的兩位理論家是Hans Kelsen和H. L. A. Hart。Hart理解法律是一種規則，對Hart而言，法律的規範性就建立在法律規則的被承認和被接受。如本文所指出：Kelsen和Radbruch二人雖同出新康德主義，在當代卻為對立的思想，以下因此說明二人對規範性看法的異同。二人之同在於：Kelsen和Radbruch的法律體系都有位階構造，都認為法律秩序中存在規範金字塔式的位階構造，依之，法律規範的效力就導出自更高的法律規範。最高的法律規範Kelsen稱之為「基礎規範」，一切的法律規範皆可回溯自基礎規範，基礎規範是最高效力基礎，而法律

Radbruch思想的研究對法理學的理论以及法官判決的實務能提供不同的思維而有正面的影響，對臺灣的法理學和臺灣的法官判決亦然。正義與法律安定性的衝突是法官面臨的困境，當然也包括臺灣的法官。筆者的建議是：Radbruch公式的理论要在司法實務中——包括臺灣的司法實務——變得更易於應用，必須不斷具體化公式的實質內涵，而公式內涵的具體化可以人權為核心，這是筆者在本文中的主張，是德國法院判決的傾向，也是值得更進一步研究的議題。亦即：可以「超越制定之法」為最小限度的自然法，就限制在擔保基本人權；亦即：「制定法之不法與超越制定法之法」如果要用一句話來解題，筆者的題解是：以基本人權為「超越制定之法」來解套「制定之不法」。

秩序被視為經由基礎規範而正當，只要它經立法制定且實際上有效。實際上有效是實效（Wirksamkeit），是一種事實上的實然，法律應該有的效力（Geltung）則是一種應該的應然，實然與應然不同，實效與效力有異。對於法律的實效與法律的效力，Kelsen既否認二者同一，又否認二者無關。亦即：二者雖不同但有關，關係在於：實效（和制定）雖非效力的根源，但為效力的條件。（效力的根源是基礎規範）。Radbruch也以基礎規範來證立法律的效力，Radbruch的基礎規範是自然法的原則。依Radbruch，實然導不出應然，應然必須來自於另一應然的授權，亦即規範性必須來自於另一規範的授權，此「另一規範」對Radbruch來說就出自其相對主義的價值哲學。換言之：實證主義認為法律出自制定的權力，Radbruch則對此「實證主義的權力理論」賦予「價值哲學的基礎」，以之，對「事實」賦予「規範性」，對「實然」賦予「應然」。Kelsen與Radbruch之別因此在於：Radbruch視基礎規範為自然法的原則；Kelsen則反對自然法的學說，而視基礎規範為使法律成為可能的條件，為法律之先驗的邏輯條件。請參見Kelsen, aaO. (Fn. 75), S. 215 ff.; Radbruch, Rechtsphilosophie, aaO. (Fn. 17), S. 81, 82, 182.

參考文獻

1. Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, 1985.
2. Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, 1992.
3. Alexy, Robert, Mauerschützen: zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit, 1993.
4. Apelt, Willibalt, Zum Kampf gegen den Rechtspositivismus, Deutsche Richterzeitung 1946, S. 174-175.
5. Augustinus, Aurelius, De libero arbitrio, hrsg. von Brachtendorf, Johannes, 2006.
6. Brugger, Winfried, Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte, in: ders., Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, 1999, S. 381-410.
7. Dreier, Horst, Gustav Radbruch und die Mauerschützen, Juristen-Zeitung 1997, S. 421-434.
8. Dreier, Ralf, Der Begriff des Rechts, in: ders., Recht-Staat-Vernunft, 1991, S. 95-119.
9. Dreier, Ralf, Gesetzliches Unrecht im SED-Staat? Am Beispiel des DDRGrenzgesetzes, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, 1993, S. 57-70.
10. Dreier, Ralf, Juristische Vergangenheitsbewältigung, 1995.
11. Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L., Einführung in die Rechtsphilosophie Radbruchs, in: Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, hrsg. von Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L., 2. Aufl., 2003, S. 237-253.
12. Dworkin, Ronald, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984.
13. Evers, Hans-Ulrich, Der Richter und das unsittliche Gesetz, 1956.
14. Forscher, Steffen, Die Radbruchsche Formel in den höchstrichterlichen „Mauerschützenurteilen“, 2003.
15. Frommel, Monika, Die Mauerschützenprozesse – eine unerwartete Aktualität der Radbruchschen Formel, in: Haft, Fritjof/Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/

- Schild, Wolfgang/Schroth, Ulrich (Hrsg.), *Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 81-92.
16. Groppe, Walter, *Naturrecht oder Rückwirkungsverbot? - Zur Strafbarkeit der Berliner „Mauerschützen“*, *Neue Justiz* 1996, S. 393-398.
 17. Hart, Herbert L. A., *Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral*, in: ders., *Recht und Moral*, 1971, S. 14-57.
 18. Hart, Herbert L. A., *Der Begriff des Rechts*, 1973.
 19. Hoerster, Norbert, *Zur Verteidigung des Rechtspositivismus*, *NJW* 1986, S. 2480-2482.
 20. Hofmann, Hasso, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, 2000.
 21. Horster, Detlef, *Rechtsphilosophie zur Einführung*, 2002.
 22. Kaufmann, Arthur, *Gustav Radbruch – Leben und Werk*, 1987 (GRGA, Bd. 1, S. 7-88).
 23. Kaufmann, Arthur, *Gustav Radbruch: Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, 1987.
 24. Kaufmann, Arthur, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., 1994, S. 1-29.
 25. Kaufmann, Arthur, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in: Kaufmann, Arthur/Hassemer, Winfried (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 6. Aufl., 1994, S. 30-178.
 26. Kaufmann, Arthur, *Die Radbruchsche Formel vom gesetzlichen Unrecht und vom übergesetzlichen Recht in der Diskussion um das im Namen der DDR begangene Unrecht*, *NJW* 1995, S. 81-86.
 27. Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934.
 28. Kühl, Kristian, *Recht und Moral*, in: ders. (Hrsg.), *Juristen-Rechtsphilosophie*, 2007, S. 9-23.
 29. Lange, Richard, *Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische*

- Zone zum Verbrechen gegen die Menschlichkeit, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1948, S. 655-660.
30. Radbruch, Gustav, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902 (GRGA, Bd. 7, S. 7-47).
31. Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 1. Aufl., 1910 (GRGA, Bd. 1, S. 90-209).
32. Radbruch, Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*, 1914 (GRGA, Bd. 7, S. 75-176).
33. Radbruch, Gustav, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 1. Aufl., 1914 (GRGA, Bd. 2, S. 9-204).
34. Radbruch, Gustav, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 7. und 8. Aufl., 1929 (GRGA, Bd. 1, S. 211-405).
35. Radbruch, Gustav, *Rechtsphilosophie*, 3. Aufl., 1932 (GRGA, Bd. 2, S. 206-450).
36. Radbruch, Gustav, *Paul Johann Anselm Feuerbach: Ein Juristenleben*, 1934 (GRGA, Bd. 6, S. 27-276).
37. Radbruch, Gustav, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, *Rhein-Neckar-Zeitung*, 12. September 1945 (GRGA, Bd. 3, S. 78-79).
38. Radbruch, Gustav, *Der Geist des englischen Rechts*, 1946 (GRGA, Bd. 15, S. 25-76).
39. Radbruch, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, S. 105-108 (GRGA, Bd. 3, S. 83-93).
40. Radbruch, Gustav, *Gesetz und Recht*, *Stuttgarter Rundschau*, Januar 1947 (GRGA, Bd. 3, S. 96-100).
41. Radbruch, Gustav, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948 (GRGA, Bd. 3, S. 123-227).
42. Radbruch, Gustav, *Der innere Weg: Aufriß meines Lebens*, 1951 (GRGA, Bd. 16, S. 167-297).
43. Radbruch, Gustav, *Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA)*, hrsg. von Kaufmann, Arthur, 20 Bände, 1987-2003.

44. Radbruch, Gustav, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Bd. 1: Rechtsphilosophie I, 1987.
45. Radbruch, Gustav, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Bd. 16: Biographische Schriften, 1988.
46. Radbruch, Gustav, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Bd. 3: Rechtsphilosophie III, 1990.
47. Radbruch, Gustav, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Bd. 2: Rechtsphilosophie II, 1993.
48. Radbruch, Gustav, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Bd. 7: Strafrecht I, 1995.
49. Radbruch, Gustav, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Bd. 6: Feuerbach, 1997.
50. Radbruch, Gustav, Gustav Radbruch Gesamtausgabe (GRGA), Bd. 15: Rechtsvergleichende Schriften, 1999.
51. Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, hrsg. von Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L., 1. Aufl., 1999.
52. Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, hrsg. von Dreier, Ralf/Paulson, Stanley L., 2. Aufl., 2003.
53. Reichel, Hans, Gesetz und Richterspruch: Zur Orientierung über Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Gegenwart, 1915.
54. Saliger, Frank, Radbruchsche Formel und Rechtsstaat, 1995.
55. Schmitt, Carl, Neue Leitsätze für die Rechtspraxis, Juristische Wochenschrift, 1933, Sp. 2793-2794.
56. Seidel, Knut, Rechtsphilosophische Aspekte der „Mauerschützen“-Prozesse, 1999.
57. Spindel, Günter, Gustav Radbruch: Lebensbild eines Juristen, 1967.
58. Stolleis, Michael (Hrsg.), Juristen: Ein biographisches Lexikon, 1995.
59. Thomas von Aquin, Summa theologica, Die deutsche Thomas-Ausgabe, übers. von Dominikanern u. Benediktinern Deutschlands u. Österreichs, 1933 ff.
60. Vest, Hans, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen? Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel, 2006.

61. Werle, Gerhard, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109, 1997, S. 808-829.
62. Wolf, Erik, Gustav Radbruch, in: ders., Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte. 4. Aufl., 1963, S. 713-765.

A Discussion on Radbruch's Formula

Chung-Cheng Huang^{*}

Abstract

Gustav Radbruch (1878-1949) was one of the most influential law philosophers in the 20th century. His essay "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law," published in 1946, is regarded as the most significant work in the philosophy of law. The core theory of the essay is named "Radbruch's Formula." Radbruch's Formula argues that when statutory law is incompatible with justice "to an intolerable degree," or when statutory law is obviously designed in a way that deliberately negates "the equality that is the core of all justice", the judge must disregard statutory law in favor of the justice principle. According to Radbruch's Formula, legal stability is superior to justice, but, only conditionally. It represents a necessary connection between law and morals. Theoretically, it is a solution for the conflict between Natural Law and Legal Positivism. In practice, the formula has been applied to numerous cases by the German Federal Constitutional Court and the Federal Court of Justice since its first publication in 1946. Nevertheless, in the Chinese-speaking world, very little research on this important work of legal philosophy has been carried out. My research aims to discuss the

^{*} Assistant Professor, Institute of Law for Science and Technology, National Tsing Hua University; PhD, University of Heidelberg, Germany.

Received: February 16, 2012; accepted: July 19, 2012

fundamental ideas of Radbruch's Formula and suggests that we should exam it with respect to Human Rights.

Keywords: Gustav Radbruch, Radbruch's Formula, Statutory Lawlessness, Supra-Statutory, Justice