

純粹法學如何看待規範與現實的關係？*

—— 以司法院釋字第728號解釋之檢討為例

黃舒芃**

摘 要

純粹法學（Reine Rechtslehre; Pure Theory of Law）主張「應然與實然的區分」，眾所皆知。然而，如果進一步追問：這個主張究何所指？其重點何在？又如何在法律世界當中彰顯其意義？則恐怕不只是無法得到清楚解答，反而還可能看見各式各樣的誤會和曲解。長久以來，純粹法學因為主張應然與實然的區分，而往往被認為是一種與現實脫節，因而耽溺於形式主義的象牙塔理論。然而這樣的論斷不僅暴露出對純粹法學的嚴重誤解，也往往忽略了主張「規範與現實密切結合」本身的盲點。有鑑於此，本文透過司法院釋字第728號解釋的案例檢討，指出在純粹法學觀點下，混淆規範與現實究竟會造成什麼樣的弊端，並藉此澄清純粹法學區分規範與現實的主旨與目的何在。

關鍵詞：純粹法學、應然與實然、規範與現實、祭祀公業、傳統、意識型態。

* 本文曾刊載於政治與社會哲學評論，56期，頁163-211（2016年）；框架秩序下的國家權力（二）——公法學術論文集，頁5-45（2016年）。
〔責任校對：黃品瑜〕。

** 中央研究院法律學研究所研究員。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/01312002.pdf>。



目次

壹、問題意識	斷標準
貳、純粹法學主張「應然與實然的區分」導致的常見誤解	二、規範不是現實因果法則下的必然產物，而是一種意志行為
一、純粹法學脈絡下的法規範與現實完全脫節	三、小結
二、純粹法學脈絡下的法規範只講求形式邏輯	肆、純粹法學觀點下的司法院釋字第728號解釋
參、純粹法學對規範與現實之間關係的理解方式	一、「尊重現實」的迷思
一、規範為現實提供一套區分「合法」與「非法」的判	二、無辜的規範？
	三、小結
	伍、結語

壹、問題意識

純粹法學（Reine Rechtslehre; Pure Theory of Law）主張「應然與實然的區分」，眾所皆知。然而，如果進一步追問：這個主張究何所指？其重點與目的何在？又如何在法律世界當中彰顯其意義？則恐怕不只是無法得到清楚解答，反而還可能看見各式各樣的誤會和曲解。時至今日，純粹法學雖已歷經無數與各種法律思想流派的辯論，吸引世界各地法學者的鑽研興趣，近十餘年來在德國更因所謂Hans Kelsen思想復興運動¹的推廣，而有再度蔚為風潮的跡象；

1 德國公法學界所謂「Kelsen復興（Kelsen-Renaissance）」運動或思潮，主要是由兩位著名的德國中生代公法學者Matthias Jestaedt與Oliver Lepsius提倡Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie*, 2006, S. VII (XI). 根據這兩位學者的說法，Kelsen復興運動在八〇年代晚期就已陸續展開。中文相關介紹，

但是，對純粹法學與Kelsen理論的誤解或一知半解，以及建立在這些誤解與一知半解之上的批評，卻從來不曾減少。以法學界而言，「應然與實然的區分」最常引發的誤解，往往出現在「純粹法學如何看待規範與現實之間的關係」這一點上。長久以來，純粹法學因為主張應然與實然的區分，而往往被認為是一種與現實脫節，因而耽溺於形式主義的象牙塔理論。尤其，許多人近年來不斷倡議「規範不能自外於現實」，臺灣法學界也不例外，這樣的呼籲似乎更顯現出與前述純粹法學被冠上的一般形象之間十足鮮明的對比。然而，純粹法學真的與當代法律發展趨勢格格不入嗎？

我國司法院大法官在2015年3月20日作成的司法院釋字第728號解釋，適足以作為反思這個問題的契機。因為在這號解釋當中，大法官宣告祭祀公業條例第4條第1項前段規定合憲的理由，包括尊重私法自治、法安定性，以及並非恣意造成不平等，若從前述「規範不能自外於現實」的立場出發，似乎都是值得肯定及讚許的。不過顯然，本號解釋不僅在作成之後，遭受學界及輿論幾乎一面倒的撻伐，甚至還有多位大法官撰寫不同意見書，表達對多數意見的反對看法。這個現象引發了筆者的好奇。因為：如果司法院釋字第728號解釋可以視作「強調規範與現實的結合」的表現，而「重視現實」又彷彿是許多人致力追求的目標，那麼為何它的論理終究無法令大家滿意呢？更進一步來說，基於其「強調規範與現實的結合」的特質，司法院釋字第728號解釋理應絕對有資格被拿來當作駁斥純粹法學的最佳例證，因為它正好反襯出純粹法學一再被批評的，「與現實脫節」及「形式主義」的面向。然而有趣的是，正是從本號解釋的論證缺陷當中，恰恰可以看出純粹法學之所以堅持應然與實然區分的理由；也正因如此，純粹法學反而有能力精準指出本號解釋問題所在。當然，要讓純粹法學發揮這樣的功能，首先自須對

可參考鍾芳樺，應然與實然之關係作為純粹法學的難題——論Hans Kelsen實證法理論的演變與分期問題，中研院法學期刊，4期，頁84-85（2009年）。

純粹法學究竟如何看待規範與現實之間的關係，有正確的瞭解。換句話說，前述所謂純粹法學「與現實脫節」與「只不過是形式主義」等刻板印象必須先被破除。唯有如此，司法院釋字第728號解釋的謬誤，乃至臺灣法學界許多關於「法律應貼近現實」之呼籲背後所隱含的盲點，才能從純粹法學的角度，從根本處釐清。

基於以上問題意識，本文將先指出一般關於「純粹法學如何看待規範與現實之間關係」此一問題最常見的誤解何在，並說明這些誤解之所以為誤解的原因（以下貳）。在藉此澄清純粹法學對規範與現實關係的理解方式（以下參）之後，本文將以前述司法院釋字第728號解釋為標的，從純粹法學的觀點進行分析與檢討（以下肆）。透過對本號解釋的批判，本文除了希望有效凸顯純粹法學之所以主張「應然與實然的區分」的重點及目的何在，也希望針對當代主張規範應與現實更密切結合的訴求提出反省（以下伍）。

貳、純粹法學主張「應然與實然的區分」導致的常見誤解

探討純粹法學脈絡下的「應然與實然的區分」，當然有很多種切入的方式與關注的面向。不過對法律人而言，純粹法學所指「應然與實然的區分」最為人所熟知的主張，不外乎：（一）強調規範與現實是兩個本質不同、也因此不應相互混淆的範疇²；以及（二）基於前者，所以認為規範不能從現實導出³。由於有這兩個基本主張，許多人因此望文生義，或者從自己的理解前提出發，對純

2 *Hans Kelsen*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Studienausgabe der 1. Aufl., 1934, 2008, S. 15 ff.

3 *Hans Kelsen*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Studienausgabe der 2. Aufl., 1960, 2000, S. 5.

粹法學提出各種批判。為了凸顯問題焦點，俾便後續討論之有效進行，本文將這些批判加以過濾，並彙整成下列兩項與前述純粹法學兩個基本主張相對應的主要論點：

一、純粹法學脈絡下的法規範與現實完全脫節

首先，純粹法學認定規範與現實截然二分的立場，經常被不假思索地理解成「規範與現實之間毫無關係」⁴，而這樣的理解更進一步導引出一種常見的詮釋，就是認為對純粹法學而言，規範不需要考慮現實，自然也不必跟隨現實而變遷。從這種理解與詮釋方式當中，論者進而對純粹法學提出批評，質疑規範如何能夠憑空建立？規範怎麼可能在沒有現實基礎的前提下產生？此外可想而知，出於「規範不能罔顧現實」的立場，擔心純粹法學恐造成「規範與現實脫節」後果的說法，更是屢見不鮮⁵。簡單地說，純粹法學所認定的「規範」與「現實」的二分，在批評者眼中，每每轉化成「漠視現實對規範的影響力」，因而經常遭受「與現實脫節」的攻擊。

如果光看這些批判論點所秉持的立場，那麼這樣的立場（「規範不能，也不可能與現實脫節」）本身絕對容易引起極大共鳴。因為法學發展走到今天，殊難想像還會有人振振有詞地主張：規範應該與現實脫節。反之，「法律不能自外於社會」，「規範與現實彼此

4 關於這種批評的簡要綜述，可參見 *Jestaedt/Lepsius* (Fn. 1), S. XIV f. 和下一段即將提到的形式主義批判相較，這種所謂「純粹法學忽略規範與現實關連」的批評固然與之密切相關（詳後述），但顯然更為直觀，也因此往往沒有或不需要涉及與純粹法學在方法論上的對立與交鋒。

5 值得附帶一提的是，在威瑪共和時期，這類批評往往也關連到當時新康德主義與新黑格爾主義這兩種哲學立場之間的辯論。關於這個脈絡的說明，以及此一脈絡之下對純粹法學所持上述批判觀點的彙整，可參見 *Axel-Johannes Korb, Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie* (1911-1934), 2010, S. 24 ff., 34 ff.; *Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl., 1968, S. 121 ff.; *Hermann Heller, Staatslehre*, 3. Aufl., 1963, S. 31 f., 54 f.

相互影響」，長期以來毋寧是各地法學發展的基本共識。然而正因如此，所以下一步要追問的是：「規範與現實完全脫鉤」真的是純粹法學的主張嗎？即使純粹法學是上一個世紀的產物，但早在它誕生的威瑪共和時期，所謂完全以機械形式角度來理解法律的看法也已經被推翻⁶。在這樣的背景之下，純粹法學果真是獨排眾議，堅持規範與現實無關，也毋須考慮任何現實因素嗎？

事實上，姑且先不論純粹法學是基於什麼樣的自我任務設定，主張應然與實然、規範與現實的區分，前述關於純粹法學導致「規範與現實完全脫節」的批評，顯然已經嚴重誤解純粹法學訴求「規範與現實區分」的意義。首先，純粹法學所指「規範與現實的區分」，意思並不是說規範和現實之間沒有關係，也不需要有關係，甚至不能夠有關係⁷。相反地，純粹法學正是因為意識到規範與現實往往相互影響，規範也經常出自對現實的考量，所以要特別強調：規範不能因此而被誤認為「只不過是一種現實」，否則將會因為根本誤解規範的獨特本質，導致規範無法發揮其不同於現實的功能。換言之，純粹法學所謂「規範與現實的區分」，指的是規範不能像現實一樣，用一種因果關係（「實然」）的方式來理解，因為規範是一種透過歸責（Zurechnung）的方式建構起來，用以區分「合法」與「非法」的判斷標準（「應然」）⁸。純粹法學認為，如果不

6 黃舒芄，憲法解釋的「法適用」性格——從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁183-206（2009年）。Shu-Perng Hwang, Vom Wesen der Richterlichen Rechtsanwendung. Eine Überlegung zur Freirechtsbewegung, *Rechtstheorie* 37 (2006), S. 215 (217 ff.); Shu-Perng Hwang, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht: Richterliche Entscheidung nach dem richtigen Recht oder der rechtlichen Rahmenordnung?, *Rechtstheorie* 38 (2007), S. 451 (452 ff.).

7 Hans Kelsen, Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkung, in: Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie. Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, 1992, S. 601 (602); Kelsen (Fn. 3), S. 6 ff.

8 Hans Kelsen, Der Staat als Integration: Eine Prinzipielle Auseinandersetzung, 1930, S. 13 ff. (以下簡稱：Kelsen, Der Staat als Integration); Hans Kelsen, Was ist die

能清楚辨認規範不同於現實的本質意義，就會誤以為規範的形成是一種因果律⁹。如此一來，所謂「規範與現實相互影響」或者「規範立基於對現實的考量」，便很容易會被曲解成「規範就等於現實」¹⁰。然而，這樣的曲解不僅無法解釋：如果主張「規範就等於現實」，那麼規範憑什麼同時可以提供現實究竟是合法或者非法的判斷標準？同時，更因為無法釐清前述「球員兼裁判」的問題，這種把規範與現實完全混為一談的曲解，自然也無法說明規範究竟如何藉由對現實的考察，建立區分合法與非法行為的判斷標準¹¹。從這一點可以看出，純粹法學之所以主張「規範與現實的區分」，並不是要宣稱「規範與現實毫無關係」，反而是為了更清楚解析規範與現實之間的關係。

更重要而經常被批評者忽略的是，從前述說明當中可以進一步得知，純粹法學之所以強調規範不等於現實，正是因為它充分認知現實的複雜性。所以，從體認現實複雜性的角度出發，純粹法學主張規範與現實的區分，其重要意義正在於提醒：任何規範都不可能反映現實全貌¹²。從純粹法學觀點看來，規範固然可能受到現實影響，也往往勢必會考量現實，但若因此而刻意忽視規範與現實在本

Reine Rechtslehre?, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 1, 1968, S. 611 (612 ff.) (以下簡稱：*Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre?*); *Kelsen* (Fn. 3), S. 93 ff.; *Kelsen* (Fn. 2), S. 18 ff., 31 ff.

9 *Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 2. Aufl., 1923, S. 7 ff. (以下簡稱：*Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*); *Kelsen, Der Staat als Integration* (Fn. 8), S. 13 f.

10 這類呼籲「規範應與現實充分結合」的說法或許會強調：它們並未主張規範就等於現實。然而不可否認的是，一旦認為規範必須儘可能貼近現實，才是一個比較合乎理想的規範，那麼這樣的理論勢必會以規範徹底反映現實為目標。更何況，所謂「規範應與現實充分結合」的看法，本來就不像純粹法學一般，認為規範與現實有本質上的不同。在此前提之下，將規範與現實劃上等號，毋寧是這種看法順理成章推演之後的結果。

11 關於純粹法學對這一點的積極論述，詳見本文以下第參部分第一節的討論。

12 進一步的分析，參見本文以下第參部分第一節的討論。

質上的不同，宣稱規範就是現實，不但容易導致對現實的過分簡化，更嚴重的是將會因此而塑造「規範內容就體現了所有現實」的假象¹³，造成讓某些意識型態假借規範名義，偷渡成為評價各種現實究係合法或非法的判斷標準，進而打壓不同意識型態的後果。

二、純粹法學脈絡下的法規範只講求形式邏輯

此外，純粹法學因為在強調規範與現實本質不同的前提下，主張「規範不能從現實導出」，所以經常被認為是一種只重視規範形式邏輯推演的法律思想¹⁴。基於這樣的認定，許多人除了延續前述批評，質疑純粹法學和現實完全脫節之外，更進一步主張：純粹法學一方面把法律簡化成法階層體系，漠視法律實務的實際運作究竟如何進行，另一方面更因為只講究規範的形式結構，而根本忽略了規範的實質內涵，忽略了規範必須致力追求正義的實現，也因此必須透過貼合現實，甚至反映現實，發掘正義之所在。總體而言，這類批評基本上就是把純粹法學及其「法階層說」貶抑成「只重視形式」、「只知道規範邏輯演繹」的形式主義法學¹⁵。也因為這樣，所

13 Kelsen在與許多人針對規範與現實關係辯論的過程中，經常強調這一點。例可參見Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, 2. Aufl., 1928, S. 205 ff. (以下簡稱：Kelsen, 1928); Kelsen, *Der Staat als Integration* (Fn. 8), S. 50 f.; Hans Kelsen, *Legal Formalism and the Pure Theory of Law*, in WEIMAR: A JURISPRUDENCE OF CRISIS 76, 78 (Arthur J. Jacobson & Bernhard Schlink eds., 2000).

14 Jestaedt/Lepsius (Fn. 1), S. VIII f.; Matthias Jestaedt, *Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, 2008, S. XI (XII ff.).

15 在所謂「精神科學方法」之潮流極為盛行的威瑪共和時期，幾乎所有持反法實證主義立場的公法學者（他們也因此幾乎都是Kelsen的理論對手），都對純粹法學提出這類批評。例可參見Erich Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in: *VVDStRL* 3, 1927, S. 11 f.; Smend (Fn. 5), S. 124 ff.; Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 6. Aufl., 1983, S. 8 f. 可想而知，這種對形式主義的批評，往往也會連結到前面提到過的，對純粹法學「罔顧現實」的批評。至於當代學者對純粹法學的質疑，雖然不一定使用「形式主義」一詞，但往往傾向於認為純粹法學太過空洞、沒有建設性，也因此對解決當今實

以純粹法學不僅毫無科際整合能力，甚至也不能真正掌握規範的本質與價值。

如果按照上述批評的思維邏輯，純粹法學不折不扣是一種落後的象牙塔理論。然而，這些批評一來再度是根本誤解純粹法學主張而來的結果，再者也顯現出與純粹法學對於法學任務大相逕庭的基本認知。首先必須指出，純粹法學主張「規範不能從現實導出」，重點係在強調：「規範的效力只能來自規範」。如前所述，由於純粹法學眼中的規範並非如同現實一般，是大自然因果法則下的必然產物，而是由人類精神活動建構而成的結果，因此，由因果律所支配的現實本身，不可能有辦法賦予規範的效力基礎。規範之所以有效，不是因為它符合了特定現實，而是基於另一個規範（上位階規範）的授權。這便是法階層說的理論根據¹⁶。

由上可知，純粹法學所指「規範不能從現實導出」，真正目的是在還原規範的效力來源，而不是在釐清規範的內容。正因如此，所以，以純粹法學主張「規範不能從現實導出」為由，批評純粹法學只不過是一種空洞的形式主義，自始就是對純粹法學此項主張的嚴重誤解，因為所謂「規範不能從現實導出」，根本尚未涉及「規範內容如何形成」的問題。事實上，純粹法學正是因為知道影響規範內容形成的因素非常複雜，而且必然挾帶規範制定者的意志要素，所以一開始就反對所謂「上下位階規範的關係，單純是一種內容邏輯推演的關係」的看法¹⁷。純粹法學認為，任何位階的規範，

際法律問題的貢獻有限。例如 *Christoph Schönberger, Kelsen-Renaissance? Ein Versuch über die Bedingungen ihrer Möglichkeit im deutschen öffentlichen Recht der Gegenwart*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre: Stationen eines wechsellvollen Verhältnisses*, 2013, S. 207 (215 ff.) 就其實質內容看來，這種質疑也形同將純粹法學貶抑成一種形式主義。

¹⁶ *Kelsen*, 1928 (Fn. 13), S. 94 f.; *Kelsen* (Fn. 3), S. 228 ff.; *Kelsen* (Fn. 2), S. 32 ff.

¹⁷ *Kelsen* 早在他的教授資格論文：「國家法學的主要問題（Hauptprobleme der Staatsrechtslehre）」一書當中，就已提出這個不同於當時（乃至於今日）主流見解的洞見。參見 *Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Fn. 9), S. 162 ff., 175

包括立法者制定的法律、行政機關的行為、法院的裁判等等，都是一種意志行動¹⁸，也因此不能夠被刻意簡化成「（只不過是）對上位階規範進行邏輯涵攝」的表現，任何規範的內容也因此當然都不只是形式邏輯的產物。從這一點看來，純粹法學不只是瞭解、甚至是預設了影響規範形成因素的複雜性，以及規範內容的多樣性，所以反而是徹底反對形式主義¹⁹。

儘管如此，論者或許會進一步追究：就算純粹法學明瞭規範內容的複雜性與多樣性，但是它顯然不關心規範究竟應該包含什麼樣的內容。這難道不（也）是一種形式主義嗎？這個問題一方面涉及純粹法學的自我定位，另一方面則必須回溯澄清：純粹法學究竟為什麼堅持「規範的效力只能來自規範」？首先，純粹法學的確不是以探討「什麼樣的規範內容才稱得上是好的規範或正確的規範」這個問題為職志。因為純粹法學的自我期許，就是要讓法學成為一種真正的科學，而真正的科學必須建立在客觀性的基礎之上。所以，純粹法學認為，它的任務在於客觀地認知規範的本質與特性，而不是宣示規範應該包含何種內容²⁰。由此可見，純粹法學並非認為規範實質內容的問題不重要或者沒有意義，而是認為這個問題不該由堅持客觀性的法律科學來回答，因為，究竟什麼是「好的」、「正義的」規範內容，並沒有一個在客觀上絕對正確的解答²¹。這裡除了

ff., 495 ff. 關於此一洞見在Kelsen純粹法學脈絡下的發展，詳見Shu-Perng Hwang, *Rechtsbindung durch Rechtsermächtigung: Ein topisches Verständnis der Reinen Rechtslehre zur Erläuterung des Verhältnisses von Richterbindung und Richterfreiheit*, *Rechtstheorie* 40 (2009), S. 43 (48 ff.).

18 進一步的分析，參見本文以下第參部分第二節的討論。

19 Kelsen本人也曾明白主張純粹法學「反形式主義」的本質。參見Kelsen, *Was ist die Reine Rechtslehre?* (Fn. 8), S. 627; Kelsen, *supra* note 13, at 77-79.

20 Kelsen, *supra* note 13, at 76-77; Kelsen (Fn. 2), S. 15, 25 ff., 29 f.

21 必須注意的是，純粹法學堅持法學科學性與客觀性，並不意味著它認為法學家不能有特定的意識型態立場，不能為自己的意識型態立場而辯護，或者不能根據自己的意識型態立場來批評法律實務，而只是要防止法學家利用法學客觀性的表象，把自己的主觀意識型態包裝成客觀上唯一正確的絕對真理。

表現出純粹法學為人熟知的「客觀主義」與「相對主義」立場²²，還進一步牽涉到純粹法學對法律實務和理論的區分²³：就純粹法學的立場而言，包括思考、探究規範應該包含什麼樣的內容，乃至於致力實現這些規範內容，都是法律實務工作者的任務。既然針對什麼才是「好的」、「正義的」規範這個問題，客觀上沒有唯一絕對正確的標準答案，法學者就不該以先知自居，披著學術客觀性的外衣，將自己的主觀意識型態和法律實務運作混為一談，進而遂行以其意識型態指導法律實務運作的目的（而非客觀認知法律實務運作）²⁴。從這裡也可以看出，純粹法學之所以不去過問及指示規範究竟應該包含什麼樣的內容，原因也包括它重視且希望確保參與規範內容之具體形成的各種角色（立法者、行政機關、法院，以及在民主國家中最重要的：人民），可以在不被預先強行給定一個關於「什麼是好的規範內容」之絕對標準的前提下，享有意志自由。

22 不論在規範理論、民主理論，或者國際法理論的脈絡下，純粹法學都清楚展現其客觀主義與相對主義的立場。參見Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., 1963. S. 98 ff.; Hans Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, 2., neudruck. der 2. Aufl. 1928, 1981, S. 319; Kelsen (Fn. 2), S. 150, 161 f. 不過，正如同前一個註腳所強調的，基於純粹法學的自我定位，以及對於「理論」與「實務」之任務應該清楚區分的認知，Kelsen也多次澄清：純粹法學始終儘可能不讓它自己的意識型態立場，影響它對實證法的客觀認知。例可參考Kelsen, *supra* note 13, at 80.

23 Kelsen曾在多處主張：許多人對純粹法學的誤解與批判，都是來自於對規範理論（亦即對規範的認知）與規範實務（亦即對規範的創制）這兩個層次的混淆。例可參考Kelsen對Heller的回應：Hans Kelsen, *Diskussionsbeitrag*, in: *VVDStRL* 5, 1929, S. 122. Kelsen在此澄清：純粹法學從未（如Heller所批評的一般）主張國會在立法過程當中，不能進行政治考量，而是要強調：這些政治考量是國會的任務，而不應該是法學者的任務。Kelsen, *Was ist die Reine Rechtslehre?* (Fn. 8), S. 620 f.; Kelsen, *supra* note 13, at 77-79.

24 Kelsen, *Der Staat als Integration* (Fn. 8), S. 51-59, 87 f.; Kelsen, *Was ist die Reine Rechtslehre?* (Fn. 8), S. 621 ff.; Hans Kelsen, *Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, Bd. 1, 1968, S. 817 (825 ff.); Kelsen, *supra* note 13, at 78-83.

以上討論於是進一步關連到前面的問題：純粹法學為什麼堅持「規範的效力只能來自規範」？如前所述，這項主張的批評者，以此攻擊純粹法學「只知道從形式邏輯的角度來理解和詮釋規範」。然而一方面，如同前面已經提到的，這種批評自始便誤會了純粹法學主張「規範不能從現實導出」的重點何在；另一方面，它也忽略了純粹法學之所以如此主張的理由。純粹法學究竟為什麼重視規範的效力來源？為什麼認為現實不能充當規範的效力依據？理由除了前面所指出的，規範與現實在本質上的歧異之外，也包括純粹法學基於對客觀性的堅持，反對任何意識型態對規範本質與特性的扭曲。如前所述，認定「規範的效力只能來自規範」，「規範不能從現實導出」，絕不意味著純粹法學認定規範不能也不需要受到現實影響，而是為了在認識規範、解釋規範的過程中，摒除各種意識型態要素的干擾，防止任何想要以規範名義偷渡特定意識型態的企圖（例如將規範的效力歸因於統治者的命令），進而徹底擺脫「人治」的典範²⁵。

參、純粹法學對規範與現實之間關係的理解方式

從以上的簡要說明與澄清可以得知，純粹法學所指「應然與實然的區分」，以及「實然導不出應然」，既未提倡或導致規範與現實的脫節，也不是一種只把規範看成形式邏輯的象牙塔理論。純粹法學對法學定位的堅持——不論稱之為「科學性」、「客觀性」或「純粹性」——並不是來自於對規範的認知太過天真無知。相反地，「規範與現實的密切互動與相互影響」，恰恰是純粹法學的預設前提：正因為規範和現實的關係是如此密切，導致許多人對規範的本質與特性產生誤會，甚至因而對規範的功能產生錯誤期待，或者利

25 關於純粹法學對這一點的積極論述，詳見本文以下第參部分第二節的討論。

用對規範和現實的混淆，扭曲規範的功能，所以純粹法學才會以還原規範的原本樣貌為職志，進而以凸顯規範有別於現實的獨特性，作為其整體論述的出發點。

不過，儘管上一個部分的分析應有助於釐清許多人對純粹法學的主要誤解，但是仍然尚未直接針對「純粹法學究竟如何理解現實和規範之間的關係」這個問題，提出具體說明。當然，前面已經提到，純粹法學顯然無法也不想否認規範和現實的關連與相互影響，但是光從這一點，恐怕還無法看出純粹法學看待規範與現實關係的方式及其特色究竟何在。換言之，就算純粹法學已經告訴我們：規範是由歸責方式所建立之區分合法與非法的判斷標準，而現實則由因果法則所支配，但這個說明還不足以澄清規範應該或不妨在何等程度上，透過什麼方式，考量種種現實因素，以便一方面保持與現實的互動，另一方面又能維持其相對於現實的自主性。有鑑於此，以下的討論將進一步指出：在純粹法學眼中，規範與現實之間到底是處於什麼樣的關係，又是在什麼情況下，會出現其所批評的，「混淆規範與現實」，以及「意圖從現實導出規範」的不當現象。

一、規範為現實提供一套區分「合法」與「非法」的判斷標準

首先，如前所述，從純粹法學的角度看來，作為一種以歸責方式建立起來的應然範疇，規範的意義及功能，就在於為現實提供一套區分「合法」與「非法」的判斷標準²⁶，而規範和現實的關係也由此建立。由此可知，純粹法學自始便是站在「規範與現實之間存有一定關連」的認知基礎上，展開它對規範的理解。更精確地說，正因為規範是透過「為現實提供一套區分『合法』與『非法』的判斷標準」，建立起它和現實之間的特殊關係，所以，純粹法學為了客觀分析這個關係，自然必須致力於探討：「規範究竟如何發揮它

26 *Kelsen* (Fn. 3), S. 34 ff.; *Kelsen* (Fn. 2), S. 37 ff.

為現實提供一套區分『合法』與『非法』之判斷標準的功能」這個問題。

基於前揭問題意識，純粹法學一方面如前所述，主張規範和現實的區分。就像前面提到的，「區分」不代表「無關」。相反地，正是因為必然有關，所以需要強調區分。從另一個角度來說，純粹法學毋寧是認為，正是為了讓規範和現實的關係能夠建立（也就是讓規範足以提供現實一套區分「合法」與「非法」的判斷標準），所以必須區分規範與現實，瞭解到「規範不可能、也不需要反映現實的全貌」。否則，不僅現實恐將有被簡化、甚至因而被扭曲或操弄的危險，更嚴重的是規範將根本無法發揮它「提供判斷標準」的功能，因為規範與現實完全混同或重合的結果，便是導致規範失去它為現實提供區分「合法」與「非法」之判斷標準的意義，也因此失去其存在的意義。由此可見，規範在現實上被違反的可能性，反而顯示出它作為現實究係「合法」或「非法」之判斷標準的功能；換言之，一個在現實上根本不可能被違反的規範，自始就喪失了它作為規範的意義²⁷。例如，假使將某個規範內容訂為：「人應該死亡。」這樣的規範就「現實上不可能被違反」的意義來說，可謂「完全貼合現實」，但是它顯然毫無意義可言，根本無法發揮規範的功能。

另一方面，上述立場促使純粹法學更進一步強調「效力（Geltung）」與「實效（Wirksamkeit）」的區分。純粹法學始終堅持，規範是否有效（效力問題），以及規範在現實上是否被承認或遵守（實效問題），是不同的兩回事。這項堅持也可以從上一段所

27 中文相關討論，可參考鍾芳樺，國家與法作為人民的自我組織：論威瑪時代 Hans Kelsen, Carl Schmitt 與 Hermann Heller 對法最終證立依據的分析，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，頁 123-124（2006 年）。Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Fn. 9), S. 53; Kelsen, 1928 (Fn. 13), S. 95 f.; Kelsen (Fn. 3), S. 219 f.; Kelsen (Fn. 2), S. 39.

提到的例子當中得到印證：純粹法學認為，某個現實行為違反某個規範，並不代表對此規範效力的否定，反而是預設並確證了這個規範的效力²⁸。不過，值得注意的是，純粹法學在區分效力與實效的同時，卻也強調這兩者之間的依存關係。除了指出「規範既不能是『在現實上完全不可能被違反』，也不能是『在現實上完全不可能被遵守』」，從而點出規範的效力終究必須繫於一個最低限度的實效性²⁹以外，Kelsen在他的晚期著作：「規範之一般理論（Allgemeine Theorie der Normen）」當中，更直接主張：規範的實效是規範的效力得以開展的條件³⁰（Bedingung）。很明顯地，Kelsen這裡的說法固然再度證明純粹法學絕非主張規範與現實之間毫無關係，反而是十分重視這個關係，但也容易挑起外界對於純粹法學究竟能否堅持「規範與現實之區分」，甚至「規範不能從現實導出」的質疑³¹。不過，如果完整關照純粹法學的論證，並且留意純粹法學的核心關懷（亦即著眼於前揭問題意識：「規範究竟如何發揮它為現實提供一套區分『合法』與『非法』之判斷標準的功能」），應可發現：純粹法學所謂「規範效力以規範實效為條件」，並不是指「規範必須先在現實上被遵守，從而具有『實效』之後，才能發生『效力』」，也因此並不是要一反過去見解，改稱「規範的效力『來自』現實」³²，而是要強調：由於規範的功能在於為現實提供區分「合法」與「非法」的判斷標準，所以，規範一開始自然必須預設它在現實上起碼

28 相關討論可參考Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Fn. 9); Kelsen, 1928 (Fn. 13); Kelsen (Fn. 3); Kelsen (Fn. 2)、鍾芳樺（註27）。關於純粹法學對效力與實效的區分，以及此一區分在純粹法學脈絡下的重要性，可進一步參見Kelsen (Fn. 3), S. 10 ff., 215 ff.; Kelsen (Fn. 2), S. 40 ff. 中文討論可參見鍾芳樺（註1），頁122-129。

29 Kelsen, 1928 (Fn. 13), S. 95 f.; Kelsen (Fn. 2), S. 69.

30 Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, S. 113.

31 關於這個質疑的相關文獻彙整與進一步解說，可參見鍾芳樺（註1），頁98-99。

32 基於主張「規範的效力只能來自規範」，因此Kelsen認為，規範必定是先（基於上位階規範的授權）生效之後，才有可能在現實上被遵守，從而發揮實效。對此詳見Kelsen (Fn. 30), S. 113 f.

有被遵守（也因此發揮實效）的可能性，否則它跟現實之間的關係根本無從建立，遑論如何在此關係基礎之上，發揮「為現實提供區分『合法』與『非法』之判斷標準」的功能。因此，和前面的例子相反，假使將某個規範內容訂為：「人不應該死亡。」這樣的規範根本不可能具有效力，因為它在現實上欠缺被遵守與適用的可能性³³。Kelsen固然也舉出其他的例子，認為規範就算在現實上有可能被遵守與適用，但如果自生效之後，始終完全被視而不見（例如：所有人一致抵制這個規範，導致從來沒有任何人遵守這個規範，也從來沒有任何法適用機關針對任何違反這個規範的行為，透過適用這個規範來加以制裁）的話，這樣的規範恐怕也會失去效力³⁴。不過，這樣的例子依然沒有打破規範與現實的區分及其必要性，而毋寧終究仍是為了強調：規範不能和現實處於毫無交集可能的兩條平行線，否則根本無從為現實提供區分「合法」與「非法」的判斷標準。就這個意義而言，不論是主張「效力與實效之間的相互依存關係」，或者「效力以實效為條件」，都不意味著純粹法學已隱然弱化甚至取消規範與現實的區分，反而是一再凸顯在此區分基礎之上，規範相應於現實所具有的獨立性，以及它與現實所建立之關係的特殊性。

二、規範不是現實因果法則下的必然產物，而是一種意志行為

從前面的討論可以看出，純粹法學之所以關心「規範究竟如何發揮它為現實提供一套區分『合法』與『非法』之判斷標準的功能」這個問題，目的並不在於宣示「區分『合法』與『非法』的判斷標準應該如何劃定？」，而在於指出：規範若要有能力建立這樣一套判斷標準，必須具備什麼樣的條件。因此，對純粹法學而言，欲釐清規範與現實之間的關係，重點始終在強調規範相對於現實的

³³ 這是Kelsen自己舉出的例子。參見Kelsen (Fn. 30), S. 114 f.

³⁴ Kelsen (Fn. 30), S. 114 f.

特色何在，也就是它憑什麼可以充當判斷現實行為合法或非法的依據。關於這一點，純粹法學除了如上一段所說，主張規範為了能夠替現實建立一套區分「合法」與「非法」的判斷標準，所以既不能與現實不分彼此地完全貼合，也不能毫無實現可能之外，更進一步主張規範作為應然範疇、作為現實判斷標準的本質特性，也就是積極指出：有別於現實，規範不是因果法則下的必然產物，而是一種意志行為³⁵。

純粹法學之所以強調規範是一種意志行為，一方面如前所述，是為了對傳統主流法學將規範視作涵攝邏輯的觀點提出徹底批判，另一方面也是為了更清楚呈現規範不同於現實的特質。純粹法學認為，規範是一種建構，而非因果法則下的必然產物。所以，規範當然可以考量現實因素，進而表達對現實的看法（亦即：為現實提供一套區分「合法」與「非法」的判斷標準），但規範不能因此而宣稱它在因果法則上的必然性，也就是不能以「參照現實」、「反映現實」為理由，宣稱它完全「來自」現實，是「從現實導出」，並且因此掩蓋了它實際上必然挾帶的意志要素。由此觀之，如果前面所說的「規範不可能反映現實全貌」，旨在提醒現實不能被過度簡化，那麼這裡對規範「意志」要素的強調，就是在提醒規範不能被過度簡化：由於規範是對現實的一種建構，是一種意志行為，因此它無從宣稱客觀上絕對、甚至唯一的正確性³⁶。這項立場無非意在指出：任何（基於各種目的）把規範刻意簡化成因果律下之必然結論的主張，反而都容易造成讓意識型態扭曲規範的後果，因為它們

35 必須注意的是：純粹法學固然強調規範（包括法律、行政決定和司法判決）的意志要素，但基於前述應然（規範）與實然（現實）的區分，這裡所說的「（國家）意志（Staatswille）」（歸屬於應然）截然不同於人類的「心理意志」（歸屬於實然），而再度是指規範透過歸責來進行對現實的建構，也就是提出並且在具體個案中落實區分「合法」與「非法」的判斷標準。詳見Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Fn. 9), S. 162 ff.

36 Kelsen (Fn. 30), S. 186 ff.

都在把規範包裝成客觀、必然之呈現的同時，掩蓋了規範作為一種意志建構的真正特性，進而導致許多人於是利用規範「中立」、「客觀」、「必然」的假象，以及作為區分「合法」與「非法」之判斷標準的權威地位，硬是把自己的主觀意識型態，扭轉成客觀上的絕對真理，以此根本否定其他意識型態與之辯論或競爭的空間。

由上可知，從純粹法學觀點看來，主張「從現實即能導出規範」最大的問題，就在於它掩藏了造就規範最關鍵的意志要素，從而塑造規範「就是來自因果法則」、也因此其所建立之區分「合法」與「非法」的判斷標準，再也沒有爭執空間的假象。然而，規範在現實世界中的意義與功能，本來就不是從制高點闡示絕對真理或正義之所在，而是要透過規範制訂者（制憲者；立法者；行政機關；法官等等）的意志行動，形塑出足以判斷現實行為為究係「合法」或者「非法」（而不是：究係「對」或者「錯」；究係「真」或者「假」；究係「正義」或者「邪惡」）的一套標準。因此，當純粹法學強調，規範必須經由現實行為（亦即前述實際上的規範制訂行為）而產生的時候，其意義不能被曲解為「純粹法學終於承認規範必須來自現實」，反而很明顯地是在更清楚凸顯規範本身必然挾帶的意志要素。一言以蔽之：規範不等於真理，自然也不能假冒真理。不難想見，純粹法學的這個立場容易引起一種相反的批評：既然認定規範是一種意志行為，純粹法學豈不是要主張規範只不過是規範制定者恣意妄為的結果，沒有任何客觀性及可預測性可言嗎？事實上，純粹法學的確因為主張規範當中必然挾帶的意志要素，而每每被誤認為它認可規範「要怎麼樣訂都可以」，規範制定者因此可以任意行動，不受任何拘束³⁷。不過，這樣的看法一方面忽略了

37 這種誤解直到如今都十分普遍，僅舉數例：*Jerzy Wróblewski*, Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System, in: Krawietz/Schelsky (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, S. 319 (327); *Ota Weinberger*, *Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre*, in: Krawietz/Schelsky (Hrsg.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans*

在純粹法學脈絡之下，之所以強調規範當中不可避免的意志要素，反而是為了凸顯規範和現實（因果律）的不同，藉以對抗任何想要把規範內容扭曲成「必然之理」、以此偷渡特定意識型態的意圖。另一方面，它顯然根本誤會了純粹法學的法階層說對於規範之框架（Rahmen）屬性的分析：對純粹法學而言，上下位階規範之間的關係，固然如前所述，不是一種單純形式邏輯演繹的關係，但這並不表示純粹法學承認甚至主張：作為意志行為的下位階規範（例如法院透過適用法律，『制定』出判決這個下位階規範），因為是一種意志行為，所以已經脫離上位階規範的拘束。相反地，純粹法學認為各種位階的規範，對於它的下位階規範來說，都形成一種框架；這個框架一方面為下位階規範提供效力基礎（亦即「授權」：上位階規範授權制定下位階規範），另一方面也因此形成下位階規範的拘束來源。至於這個拘束程度有多高，則須視上位階規範所設定的具體框架範圍而定³⁸。就這個意義而言，上位階規範對下位階規範的授權，並不是一種只放不收的權力讓渡，而是一種任務的交代。在此前提之下，作為意志行為的下位階規範，固然不是直接從上位階規範機械性地依照邏輯推演而來，但仍然必須受到上位階規範的拘束，因為它必須履行上位階規範所交代的任務³⁹。由此可見，純粹

Kelsen, *Rechtstheorie*, Beiheft 5, 1984, S. 425 (435); Robert Walter, *Der letzte Stand von Kelsens Normentheorie: Einige Überlegungen zu Kelsens „Allgemeine Theorie der Normen“*, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm (Hrsg.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, S. 295 (297).

38 關於純粹法學框架觀點的完整發展，可逐一參見Kelsen (Fn. 30), S. 187 ff.; Kelsen (Fn. 3), S. 352; Kelsen (Fn. 2), S. 105; Adolf Julius Merkl, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, in: Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, 1993, S. 85 (98 ff.).

39 關於這一點的詳細討論與具體運用，可進一步參考Hwang (Fn. 17), 48 ff.; Shu-Perng Hwang, *Grundrechtsoptimierung durch (Kelsensche) Rahmenordnung: Zugleich ein Beitrag zur grundrechtsoptimierenden Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe am Beispiel „Stand von Wissenschaft und Technik“*, *Der Staat* 49 (2010), S. 456 (464 ff., 469 ff.); Shu-Perng Hwang, *Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen: Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht*, 2013, S.

法學雖主張規範是意志行動的表現，但始終都明確認定：這種意志行動不能是恣意，而必須是受（上位階規範給定的框架）拘束的。

三、小結

綜上所述，純粹法學對於規範與現實之間關係的理解與釐清，除了著重在規範作為合法與非法之判斷標準的功能，從而指出規範為了發揮這項功能，應該在何等意義上與現實有所區分之外，也積極凸顯規範的意志要素，強調規範為了發揮提供判斷標準的功能，不能被簡化理解成因果法則下的必然產物。若從這個角度看來，純粹法學顯然不反對規範在具體形成的過程當中，主動參照或被動接受各種現實層面與因素的影響。換句話說，為了界定現實行為「合法」與「非法」的判斷標準，規範自然必須對現實有一定的理解。然而純粹法學所強調的是，規範對現實的理解及掌握，無論如何不可能代表現實的全部，而只是對現實的一種建構方式（區分「合法」與「非法」）。正因如此，所以規範一方面不能被誤以為有能力（甚至有義務）宣示絕對真理之所在，另一方面也不該被當成單純因果法則支配之下不得不然的結果。

肆、純粹法學觀點下的司法院釋字第728號解釋

或許有人會認為，從以上分析看來，純粹法學關於規範與現實

85 ff., 139 ff., 165 ff.; *Shu-Perng Hwang*, *Freiheitsverkürzung im Namen des Rechtsgüterschutzes: Kritische Bemerkungen zur materiellen Grundrechtsvorstellung durch die neueren Entscheidungen des BVerfG zur Strafgesetzgebung*, *ZStW* 125 (2013), S. 209 (224 ff.); *Shu-Perng Hwang*, *Grundrechte unter Integrationsvorbehalt? Eine rahmenorientierte Überlegung zur Debatte um die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, *EuR* 49 (2014), S. 400 (410 ff.); 黃舒芃，法律授權與法律拘束：Hans Kelsen的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示，收於：《框架秩序下的國家權力——公法學術論文集》，頁6-30（2013年）。

之間關係的說明，並沒有什麼了不起的創新或洞見，甚至看起來不過就是覆述一些彷彿大家都已經視為理所當然的陳腔濫調。然而首先，不能忽略的是，純粹法學之所以引發前面第貳部分所指出的各種誤解，正是因為許多人一開始便誤認規範與現實之間的相對位置與相互關係所致。單從這一點看來，純粹法學的主張不僅顯然不是人人都知道的常識，甚至和許多直觀想法乃至於主流見解，都是背道而馳的。再者，前面第參部分所呈現的純粹法學核心論點，也進一步清楚顯示出純粹法學在規範與現實關係的問題分析上所展現的特色，強而有力地指出規範相應於現實的功能與侷限。如果說那些強調規範應該儘可能「貼近現實」、「來自現實」的主張，念茲在茲的是希望透過儘可能充分掌握現實，制定出可以更有效解決現實問題的規範⁴⁰，那麼純粹法學的貢獻，就在於精準指出這樣的構想為何注定會失敗。如同本文前言部分已經指出的，由於當今所謂「規範不能自外於現實」的呼籲，不論就法律實務或法學理論層面而言，都十分受到歡迎，彷彿這樣的呼籲本身就是一種進步的象徵⁴¹，因此在當代發展背景之下，純粹法學的提醒與批判，反而應

40 當今許多基於「理解現實」、「重視現實」之訴求而倡議法實證研究（empirical legal studies）的主張，或多或少都抱持這樣的期望，認為相較於既有之法學理論，法實證研究更知道現實為何物，所以更有能力以現實觀察為基礎來理解規範，制定規範，進而解決現實問題。如前所述，若根據純粹法學的觀點，這類主張的問題，除了在於往往把透過特定方法取得的現實資料，視作現實的全貌之外，更在於它經常誤以為：單憑上述現實資料本身，就足以提供規範的價值判斷基礎與正當化依據。論者或謂：法實證研究無意終局解決規範所涉及的價值爭議，而只是想提供制定或解釋規範時的參考指標，也因此並無取代既有之法學方法，宣稱自己可以「更有效解決現實問題」的企圖。然而如果真是如此，那麼當代各種法學理論（包括純粹法學）絕大多數本來就不排斥法學研究對規範經驗面向的探討，也不反對以這些經驗研究的成果，作為制定規範或解釋規範的參考指標。既然如此，論者又何需將自己的價值奠立在對既有之法學方法（特別是法釋義學）的批判之上？

41 知名法社會學者Niklas Luhmann對此現象也有類似評語。參見Niklas Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1981, S. 77:「肯認社會科學的重要性，就被認為是進步的象徵；反之，一旦否認社會科學的重要性，就被認為是一種保守的看法。於是，政治的二元對立取代了『法』與『不法』的對立。在這種觀念引導之下，大家關心的主要問題，就變

該引起更多的重視，促進更深入的反思。就這個意義來說，司法院釋字第728號解釋的出現，不僅提供了進一步反省規範與現實究應處於何種關係的機會，更因此而讓純粹法學的觀點得以透過實際案例的試煉，更清楚地展現。

司法院釋字第728號解釋，緣起於釋憲聲請人爭執系爭祭祀公業管理章程（以下簡稱系爭規約）排除女子宗祠繼承權的規定違反性別平等。針對本案能否受理的程序性爭議，大法官在本號解釋理由書第一段先行闡明：「本件聲請人對最高法院九十九年度台上字第九六三號民事判決（下稱確定終局判決）所引中華民國七十五年七月三十一日訂定之祭祀公業呂萬春管理章程第四條有違憲疑義，聲請解釋。查該管理章程非司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款所稱之法律或命令，本不得據以聲請解釋，惟確定終局判決係適用祭祀公業條例第四條第一項前段規定：『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。』（下稱系爭規定）為主要之判決基礎，而引用上開管理章程之內容，聲請人既據司法院大法官審理案件法上開規定（聲請書誤植為司法院大法官會議法第四條第一項第二款）聲請解釋，應可認係就系爭規定而為聲請，本院自得以之作為審查之標的，合先敘明。」因之僅以祭祀公業條例第4條第1項前段規定（以下簡稱系爭規定）作為本案審查標的⁴²。站

成了：法是否跟『老舊』劃上等號，而非：法是否跟『不正義』劃上等號。」

42 針對本案審查標的之界定，有多位大法官在協同或不同意見書中，提出有別於多數意見的看法。有些大法官主張：系爭規約應一併列入本案審查對象（湯德宗、葉百修等大法官意見書參照。不過，陳新民大法官則認為：本號解釋理由書實已將系爭規約「納入審查範圍」，從而「已經抵觸了大法官違憲審查乃抽象法規審查，不應及於私人的法律關係之中」。另外，黃茂榮大法官係從單純邏輯觀點，對多數意見排除將系爭規約納入審查標的之論證提出批評：「關於本件聲請案之審查標的應有兩種作法，第一，將系爭規定與規約結合作為審查之標的，對於本條例施行前已存在之祭祀公業，以其規約之約定，僅限男系子孫為派下員為理由，解釋其與憲法第七條關於男女平等之規定不符；第二，即現行多數意見所採之方式，僅以系爭規定為審查標的，不含限以男系子孫為派下員之規約補充空白授權部分。在此情形下，本席認為，合於邏輯之解釋結果

在這個形式認定基礎之上，解釋理由書第二段所進行的實質違憲審查，更清楚闡釋系爭規定之所以獲得合憲宣告的理由：

祭祀公業係由設立人捐助財產，以祭祀祖先或其他享祀人為目的之團體（祭祀公業條例第三條第一款規定參照）。其設立及存續，涉及設立人及其子孫之結社自由、財產權與契約自由。系爭規定雖因相關規約依循傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員，多數情形致女子不得為派下員，實質上形成差別待遇，惟系爭規定形式上既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則，況相關規約係設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為，基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治，原則上應予以尊重。是系爭規定實質上縱形成差別待遇，惟並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權。⁴³

應為：系爭規定與憲法第七條保障性別平等之意旨無涉，所以尚無探討憲法平等原則之必要。否則，依現行多數意見之結論，不免讓人產生系爭規定，究竟可能有何處應受憲法第七條平等權檢驗之疑惑。」）；有些大法官認為，祭祀公業條例第4條與第5條之全文規定，都應納入解釋範圍（湯德宗、葉百修等大法官意見書參照）；也有大法官自始反對受理本案（陳碧玉大法官意見書參照）。就本文的探討脈絡（釐清規範與現實的關係）與對本案的檢討重點（大法官是否及如何誤解規範與現實的關係）而言，以下關於本案審查標的之討論，將只聚焦在系爭規約應否一併列入本案審查對象的問題。針對這個問題，本文採取肯定見解。詳後述。

43 司法院釋字第728號解釋理由書第二段參照。至於本號解釋理由書第三段之內容（「惟祭祀公業條例第四條第一項後段規定：『無規約或規約未規定者，派下員為設立人及其男系子孫（含養子）。』係以性別作為認定派下員之分類標準，而形成差別待遇，雖同條第二項規定：『派下員無男系子孫，其女子未出嫁者，得為派下員……。』第三項規定：『派下之女子、養女、贅婿等有下列情形之一者，亦得為派下員：一、經派下現員三分之二以上書面同意。二、經派下員大會派下現員過半數出席，出席人數三分之二以上同意通過。』等部分，已有減緩差別待遇之考量，且第五條規定：『本條例施行後，祭祀公業及祭祀公業法人之派下員發生繼承事實時，其繼承人應以共同承擔祭祀者列為派下員。』亦已基於性別平等原則而為規範，但整體派下員制度之差別待遇仍然

上面這段文字內容雖然簡短，但仍足以表現大法官對於本案的心證，也因此能夠大致凸顯大法官在本號解釋中，如何看待規範與現實的關係。由前段引述內容可知，大法官基於現存祭祀公業管理章程往往只允許男子為派下員的現實（「依循傳統之宗族觀念」），認定系爭規定所謂「其派下員依規約定之」，的確容易造成實質上性別不平等（差別待遇）的後果。不過，在這個認知基礎上，大法官隨即根據兩個主要理由，判斷系爭規定並未違反性別平等，也因此不構成違憲：第一，大法官認為，系爭規定涉及私人之間的約定（規約），因此為了維護私法自治，保障私人的結社自由與財產權，對這些私人之間的約定「原則上應予以尊重」。第二，大法官認為，系爭規定本身並未以性別作為認定有無資格擔任派下員的標準，而是著眼於法安定性的考量，因此縱然往往導致性別不平等的結果，但「並非恣意」。本文認為，若從純粹法學的觀點出發，以上這兩個主要論據，都暴露出大法官對於規範與現實之間關係的根本誤解。

一、「尊重現實」的迷思

針對本號解釋的第一個論據，首先需要釐清的是，大法官究竟

存在。按『中華民國人民，無分男女……，在法律上一律平等』、『國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。』憲法第七條及憲法增修條文第十條第六項分別定有明文。上開憲法增修條文既然課予國家應促進兩性地位實質平等之義務，並參酌聯合國大會一九七九年十二月十八日決議通過之消除對婦女一切形式歧視公約（Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women）第二條、第五條之規定，國家對於女性應負有積極之保護義務，藉以實踐兩性地位之實質平等。對於祭祀公業條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員認定制度之設計，有關機關自應與時俱進，於兼顧上開憲法增修條文課予國家對女性積極保護義務之意旨及法安定性原則，視社會變遷與祭祀公業功能調整之情形，就相關規定適時檢討修正，俾能更符性別平等原則與憲法保障人民結社自由、財產權及契約自由之意旨。」，雖花費相當篇幅，論述系爭相關規定未來應予檢討改進的理由與方向，但終究並未對前述理由書第二段的論證，造成任何實質影響，也絲毫沒有動搖本號解釋最終的合憲認定，因此就本文討論主軸而言意義不大。

是如何推導出系爭規定所指涉之規約「原則上應予以尊重」的看法。從前述解釋理由書內容看來，大法官顯然是先認知到「傳統之宗族觀念以男系子孫（含養子）為派下員」這個現實的存在，並且把系爭規約一併看成是私人之間根據這個現實而作出的約定，認定系爭規約乃「設立人及其子孫所為之私法上結社及財產處分行為」。由於大法官在這裡的論述十分簡略，單憑文字內容，無法論斷大法官一開始究竟是把系爭規約定性為「規範」抑或「現實」⁴⁴。不過，就算規約在本號解釋中沒有被直接等同於現實，它依然是被視為一種「反映現實的私人約定」，也因此仍然被當成是一種「現實上的既存現象」，或曰「傳統」、「習慣」⁴⁵。在這樣的認知基礎

44 如前所述，湯德宗與葉百修兩位大法官，均主張系爭規約應一併列入本案審查對象。由其個別論理看來，兩位大法官似乎都肯定系爭規約的「規範」屬性。參見湯德宗大法官協同意見書：「祭祀公業『管理章程』確非確定終局判決所適用之『法律或命令』，然確定終局判決所以援引該管理章程作成裁判，實由於祭祀公業條例第四條第一項前段規定（『本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之』）之結果。是為裁判國家關於祭祀公業之規範，是否已善盡其保護憲法所定男女平權價值之義務，自須以祭祀公業條例第四條第一項前段之規定為起點。祭祀公業條例第四條第一項前段爰屬與該具體事件（原因案件）相關聯且必要之法條，應列為本案解釋之標的。」；以及葉百修大法官不同意見書：「私人間之合意行為，固非本院解釋憲法之標的，但系爭規定透過法律承認祭祀公業規約之效力，其性質已非私人間單純之合約可比，應具有法律層次之規範效力。」。不過必須指出，葉百修大法官之所以認定系爭規約是一種規範，其所持理由似與本文不盡相同。如同本文隨後即將指出的，若從純粹法學觀點出發，規約既然是民法授權私人自行訂定的一種契約類型（亦即：規約是基於民法的授權，產生法律上的效力），它當然是一種規範。反觀葉百修大法官之不同意見書則似乎認為，系爭規約原本並不具有規範的性質，但因為系爭規定「透過法律承認祭祀公業規約之效力」，方才使得系爭規約「已非私人間單純之合約可比，應具有法律層次之規範效力」。

45 這一點可以在陳新民大法官所提協同意見書中，得到清楚印證。參見陳大法官意見書：「本席之所以採取贊同多數意見的見解，乃是肯認我國社會對於祖先的祭祀，已經類同宗教信仰，甚至有過之而無不及，即使是無任何宗教信仰之國民，亦皆有崇拜祖先的習慣與儀禮。顯示『祖先崇拜』的重要性與普遍性不亞於『宗教崇拜』。……祭祀公業規約既然是國民為了維繫其與後代子孫血脈與家庭姓氏相傳，所訂定的『家訓』，其本只有約束自家子弟的初衷，也是標標準準人民的『家務事』，既無教導後代子孫為非作歹，也沒有拘束本家以外其他家族子弟的效力。……不可諱言，本號解釋的確是觸及到憲法人權理念的神經線：傳統祭祀制度與姓氏血脈的連續 VS. 我國憲法世界潮流所推動的男

上，大法官於是認為，既然規約是把現實上的傳統觀念，落實成私人之間的約定，則面對這種私人之間的約定，「原則上應予以尊重」，理由是「基於憲法第十四條保障結社自由、第十五條保障財產權及第二十二條保障契約自由及私法自治」。儘管大法官在此並未清楚交代：究竟是憲法，系爭規定，還是大法官自己，應該尊重系爭規約；但不論何者，無疑都指向同一種標的：規範。換句話說，規約作為一種反映現實的私人約定，作為一種現實上的既存現象，原則上應該要得到規範的尊重，亦即「規範」原則上不應該干預「規約」這種「現實」。

表面上，大法官的確是以規範（憲法）當作判斷標準，進而得出「根據規範，所以現實應予以尊重」的結論。大法官認為，根據憲法對結社自由、財產權、契約自由與私法自治的保障，象徵私人間約定的規約，不應該受到規範的干預。然而，這樣的論證無疑是把規約直接和結社自由、財產權、契約自由與私法自治劃上等號，也就是只要是規約，就是一種私人間約定，就是一種私領域行為，也因此就理所當然受到結社自由、財產權、契約自由與私法自治的無條件保障。尤其，從大法官完全沒有進一步闡述前述憲法規範的保障內涵與範圍這一點看來，本號解釋顯然傾向於認為，規約的存在本身就是一種結社自由、財產權、契約自由與私法自治的表現。換言之，單憑憲法對結社自由、財產權、契約自由與私法自治的保障，就意味著憲法當然接受「反映現實」、作為「私法上結社及財產處分行為」之規約的存在。無怪乎大法官會主張，規約「原則上應予以尊重」：既然規約所彰顯的是結社自由、財產權、契約自由

女平等原則，兩者發生嚴重的衝撞。多數意見所認可的傳統見解合理化目前所採行的差別待遇，肯認傳統制度與見解的公益價值，足以凌越女系子孫享有參與祭祀公業所帶來的利益（包括財產利益在內）。這也是符合目前大多數國民之『民之所好』！在絕大多數祭祀公業成員的『法感情』（Rechtgeföhle）中，由男系子孫一脈相傳來祭祀之，正符合祖先的期待。也寓有避免影響嫁出去的女系子孫祭祀夫家祖先的習慣之意！」

與私法自治，任何規範對於規約的過問或干預，就會構成對結社自由、財產權、契約自由與私法自治的侵犯；反觀系爭規定既然要求：「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之」，以此直接認可規約效力，那麼它當然就是一種尊重規約、也因此尊重現實的表現。若從這樣的觀點出發，大法官其實並非主張：「根據規範，所以現實應予以尊重」，而是主張：「根據現實，所以現實應予以尊重」。根據大法官的論述邏輯，規約既然是一種反映社會現實（傳統宗族觀念）的私人約定，是一種現實存在的私領域狀態，那麼它當然就象徵個人的結社自由、財產權、契約自由與私法自治，從而必須受到「尊重」，也就是本於其憲法上的地位，不容法律干涉。就這個意義而言，規約所反映的社會現實，本身就足以宣稱其正當性，也因此沒有被挑戰的空間。簡單地說，「存在即為合理」⁴⁶；規約所反映的現實，就是對現實的評價標準。

以上的分析無疑凸顯出大法官所謂「尊重現實」的迷思。首先，如前所述，本號解釋始終把系爭規約看成是「現實的產物」，是「基於現實認知而來」、也因此「反映現實」的私人約定；此外，由於規約並非司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款所稱之「法律或命令」，乍看之下不能直接構成違憲審查的標的，本號解釋因此更理所當然地把系爭規約歸入純屬私領域的範疇，甚至進一步賦予其「結社自由、財產權、契約自由與私法自治」等「憲法頭銜」，奠定其不容挑戰的地位。然而，這種從現實角度理解規約的立場，自始就忽略了規約的「規範」屬性。從前面關於純粹法學的討論當中已可推知，規約並不是一種單純的現實因果法則，而是基於法律的授權，對現實所進行的一種應然建構。既然規約也是一

46 關於這一點的批評，亦可參見林秀怡、秦季芳，淪為父權代言人的大法官是阻礙性別平等的絆腳石，自由評論網，2015年3月25日，<https://talk.ltn.com.tw/article/paper/865922>（最後瀏覽日：2015年11月10日）。另可一併參照李震山與葉百修兩位大法官個別於本號解釋所提不同意見書。

種規範，那麼它當然就必須受到上位階規範的拘束，而不是「要怎麼訂都可以」，或者「不管怎麼訂，（上位階）規範都只能照單全收」⁴⁷。更何況，規約既然都已經被納入系爭規定的規範內容（「本條例施行前已存在之祭祀公業，其派下員依規約定之。」），更沒有理由在系爭規定的違憲審查過程中，硬是被排除在違憲審查範圍之外。

這一點於是帶出一個更重要而根本的問題，也更進一步凸顯本號解釋的迷思：姑且不論大法官究竟是否完全忽略規約的規範本質，本號解釋都嚴重誤解了規範與現實的相對位置，誤以為規範必須「接受現實」，才算是「瞭解現實」、「貼近現實」、「重視現實」。正因如此，所以大法官才會從「規約有它的現實依據（傳統宗族觀念）」這一個認知基礎出發，進而把這個「現實依據」自動提升為「正當性依據」，就此形同將現實視作評價標準，也因此認定現實「應予以尊重」。很顯然地，這樣的論述邏輯忽視了規範「為現實提供區分『合法』與『非法』之判斷標準」的功能，因為它根本是把現實（傳統宗族觀念）直接當成規範（結社自由、財產權、契約自由與私法自治）來看待，讓現實「球員兼裁判」，也難怪可以得出「應予以尊重」的結論。就這個意義而言，本號解釋看似十分強調的結社自由、財產權、契約自由與私法自治，其實只不過是一再重複「『規約』作為現實上的既存現象（私領域），不容國家法規範（公領域）介入」此一核心觀念。不幸的是，一旦這些憲法規範透過這種方式跟現實劃上等號，成為單純替現實背書的工具，其後果正如前述純粹法學的論證所指出的：這些憲法規範恐怕再也沒有能力提供據以認定現實究係合憲與否的判斷標準。換言之，從純粹法學角度看來，本號解釋不但不能彰顯所謂「規範結合現實」被期待發揮的優點（亦即如前所述：希望「透過儘可能充分掌握現實，制

47 關於這一點亦可參見陳榮傳，不問祭祀問繼承——祭祀公業和釋字第七二八號解釋，月旦法學雜誌，243期，頁18（2015年）。

定出可以更有效解決現實問題的規範」)，反而充分暴露「規範與現實的混淆」所導致的弊病：本號解釋並不足以展現對現實情境的完整認知，而只是讓規範根本喪失（透過區分「合法」與「非法」、「合憲」與「違憲」的方式）解決現實問題的功能。

二、無辜的規範？

本號解釋的第二個論據，同樣可以從純粹法學的角度，進行精準的觀察與批判。大法官認為，系爭規定雖在一定條件下，授權以立基於重男輕女現實的規約作為行為準則，從而往往造成實質上的性別差別待遇，但是系爭規定本身「既未以性別作為認定派下員之標準，且其目的在於維護法秩序之安定及法律不溯及既往之原則」，因此「並非恣意，尚難認與憲法第七條保障性別平等之意旨有違，致侵害女子之財產權」。換句話說，大法官旨在強調：系爭規定並未「積極」、「刻意」造成性別不平等的結果，而只是因為不帶偏見地把傳統規約納入規範內容，剛好維持了性別不平等的現實狀態。更進一步來說，大法官在此顯然認為，系爭規定之所以不至於違反憲法第7條對性別平等的保障，就是因為它根本是一個「中性」的規範：既沒有直接以性別作為認定派下員的標準，也不是以造成男女差別待遇為其規範目的。既然性別不平等的情況，不是系爭規範故意造成的，那麼本身「並非恣意」的系爭規範，就不應該被認定係「違反平等」、「違憲」的規範。

有趣的是，在大法官強調系爭規定「並非恣意」，也因此不能算是「性別不平等之加害人」的同時，直接反映傳統（重男輕女之）宗族觀念、也因此似乎應該為性別不平等狀態負更多責任的系爭規約，不但沒有強調現實傳統文化因素的重要性，反而拿國家公權力來為其男女差別待遇背書。本號解釋之釋憲聲請書中所引用的系爭規約第4條前段即明白指出：「登記在案派下員亡故時，其直屬有權繼承人公推一名為代表繼任派下員，惟依照政府有關規定，凡

女子無宗祠繼承權。⁴⁸」與大法官在本號解釋中為系爭規定的辯護兩相對照，頗顯突兀與諷刺。若參酌前述系爭規定內容的意旨，再回到本號解釋所稱「並非恣意」，則綜合觀之，豈不表示本案所爭執的性別不平等現象，既非國家公權力所促成，也不能歸咎於私人規約？果真如此，那麼祭祀公業性別不平等的加害人究竟是誰？或者，以上這些規定與論證都只是在告訴我們：性別不平等，不能怪任何人，要怪只能怪歷史、怪時代，再不然就是怪本號解釋最「倚重」、也最「尊重」的「現實」，亦即「傳統宗族觀念」？然而弔詭之處恰恰在於：如果本號解釋對系爭規定的「善意」解讀，係暗指作為現實的「傳統宗族觀念」最該為性別不平等的狀態負責，那麼何以大法官卻又回過頭來呼籲「尊重現實」？這難道不是再次顯示出混淆規範與現實所導致的問題嗎？

若根據純粹法學的觀點，大法官在這裡強調系爭規定「並非恣意」，固然不至於把系爭規定簡化成單純形式邏輯演繹的結果，也沒有明白主張系爭規定直接來自現實因果法則，但是它顯然刻意忽視系爭規定作為一種規範所必然挾帶的意志要素，刻意將系爭規定解釋成「只是為了維護法安定性與法律不溯及既往之原則」而形成的「中性」行為。換言之，系爭規定欠缺塑造性別不平等之故意，因此尚難認定其違反憲法上的平等保障。同時，指出系爭規定旨在考量法安定性與法律不溯及既往之原則，更進一步強化系爭規定「體認現實」、「尊重現實」、進而「重視現狀保障」的意涵，也因此更進一步鞏固系爭規定「客觀」、「中立」、「基於現實而不得不然」的形象。就這個意義看來，本號解釋對系爭規定意志要素的忽略所形塑的效果，其實已與「將系爭規定理解成現實因果法則下的必然產物」相去不遠，因為它根本認為系爭規定就只是單純接納、吸收現實狀態而來的結果，而非任何歧視意志蓄意驅使所致。就算大法

48 粗體字為筆者所強調。

官在這裡所強調的「並非恣意」，不只是為了掩蓋系爭規定的意志要素，同時也象徵其進行平等權審查的過程與結果⁴⁹，但一併觀察其總體論證，終究很難不得到本號解釋想要藉由宣稱系爭規定的中立、客觀與必然，直接了當地奠定系爭規定於憲法上之正當性的印象。然而，如同前面對純粹法學的分析所指出的，這種論證策略最大的盲點與危險，就在於誤以為規範就是「來自現實」，可以「直接從現實導出」，從而把明明是一種意志行為的規範，曲解成依據現實而不得不然、也因此不容挑戰的中性規定。實則，系爭規定並不單純是因為現實上大家都遵循素有重男輕女傳統的規約，所以不得不無奈接受這個現實，不得不把規約納入其規範的一部分，而是有鑑於前述現實，決定在一定條件之下（「本條例施行前已存在之祭祀公業」），授權規約作為現實行為之準則。因此，系爭規定對規約所進行的授權，本身就是一種對現實的意志建構，也就是基於其意志行動，為現實存在的祭祀公業，確立區分其設立及管理究係「合法」或「非法」的判斷標準：「依規約」。基於這個作為現實之判斷標準的屬性與任務，系爭規定一方面不能以所謂客觀中立的藉口，主張其所確立之判斷標準乃「事理之必然」；另一方面，也正因為是一種意志行為，所以系爭規定不能以「只不過是接受了現實」為理由，擺脫違憲審查。如前所述，系爭規定所彰顯的意志行為，來自上位階規範——亦即憲法——之任務授權，也因此必須受到上位階規範的拘束，接受上位階規範的檢驗。由此觀之，本號解釋僅以系爭規定並未刻意造成性別不平等為由，認定系爭規定並非恣意，進而直接以此宣告系爭規定合憲，顯然根本未經實質意義的

49 本號解釋提出「並非恣意」之用語，固然容易引發大法官在此是否動用所謂「恣意禁止」之原則（陳新民大法官於司法院釋字第689號解釋協同意見書；陳春生大法官於司法院釋字第698號解釋協同意見書參照），來進行平等權審查的聯想。不過，從本號解釋之解釋文、解釋理由書，乃至於諸多大法官個別意見書，似乎均未特別指出大法官係以「恣意禁止」為本案審查基準看來，所謂「並非恣意」究竟是否蘊含、或蘊含多少平等權實質審查之意涵，恐怕都值得懷疑。

違憲審查，其論理之說服力恐有不足。

三、小結

以上關於司法院釋字第728號解釋的分析與檢討，一來再次凸顯純粹法學主張應然與實然、規範與現實之區分的道理何在，再者也多少反映出當今許多主張「規範與現實密切結合」之立場的共同迷思。誠然，完全漠視或不瞭解現實情況的規範，不可能具備評價現實、進而解決現實問題的能力；不過，企圖反映現實全貌，或者企圖透過宣稱反映現實全貌、鞏固自身正當性的規範，則不僅同樣是一種漠視現實的表現（因為規範根本不可能反映現實全貌），甚至還因此而容易導致讓特定意識型態假借現實之名，建立不容挑戰之絕對權威的後果（因為這種規範往往把特定意識型態包裝成「並非主觀意識型態如此，而是客觀上必然如此」，進而利用規範作為現實評價標準的地位，塑造「存在即為合理」的假象）。由此看來，司法院釋字第728號解釋的問題，不只在於它讓規範變得毫無對抗現實的能力，更在於它還因此認為這樣的規範無從苛責。由此看來，本號解釋作成之後，引起眾多爭議與批評，實在不令人意外。

伍、結語

本文透過司法院釋字第728號解釋的案例檢討，指出在純粹法學觀點下，混淆規範與現實究竟會造成什麼樣的弊端，並藉此澄清純粹法學區分規範與現實的主旨與目的何在。對於如今經常主張規範應該更貼近現實、呼應現實的臺灣法學界來說，司法院釋字第728號解釋的「貢獻」，或許就在於提醒一件事，亦即：瞭解現實，重視現實，並不等於有能力解決現實問題，反而往往容易在一頭栽進現實，把全副精力投注在摸索現實的同時，遺忘了規範相對於現

實的獨特功能。司法院釋字第728號解釋的多數意見，難道不正是因為十分瞭解祭祀公業當中性別不平等的現實，反而更以為自己可以理直氣壯地無能為力嗎？

基於這層體認，本文認為，純粹法學對司法院釋字第728號解釋盲點的揭露，除了凸顯區分規範與現實的意義與重要性之外，也有助於重新反省法學在當代社會中的任務。如前所述，近年來的臺灣法學界不斷出現強調規範與現實結合的呼聲。不過，這類主張的問題往往在於：它除了一再強調規範不能忽視現實，強調掌握現實對於理解乃至於制定規範的重要性之外，鮮少具體說明：規範究竟如何與現實「結合」？什麼樣的規範才算是「反映現實」、「呼應現實」，以致於「有能力解決現實問題」？如同本文的分析所指出的，事實上，這類主張真正的目的，往往是要批評規範與現實脫節的現象，也因此面對純粹法學時，往往不假思索地將之貶低為漠視現實的形式主義法學。然而，透過本文對純粹法學的說明與澄清可以發現，純粹法學一方面從未主張規範與現實無關，或者兩者之間不可能也不應該相互影響；相反地，純粹法學自始就預設了規範和現實彼此之間的關連，也正是從這個關連出發，理解規範在現實世界中的獨特功能。另一方面，在這樣的認知基礎上，純粹法學所強調的「應然與實然」、「規範與現實」的區分，自然也不是要呼籲規範就此脫離現實，反而是為了更具體釐清：規範必須在何等條件下，才能發揮並保持它「為現實提供一套區分『合法』與『非法』之判斷標準」的功能。正因為能夠清楚指出這一點，所以，與看似對現實情境有充分體認，也看似想要更尊重現實、以便更貼近現實的司法院釋字第728號解釋兩相對比，純粹法學非但絲毫不顯陳舊過時或自我封閉，甚至更成功凸顯出規範與法學在現代社會中應該扮演的角色。

參考文獻

1. 中文部分

陳榮傳（2015），不問祭祀問繼承——祭祀公業和釋字第728號解釋，月旦法學雜誌，243期，頁5-21。

黃舒芃（2009），憲法解釋的「法適用」性格——從德國公法上法學方法論傳統對「法適用」與「法制訂」的區分探討聯邦憲法法院解釋活動的本質，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁179-244，臺北：元照。

——（2013），法律授權與法律拘束：Hans Kelsen的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示，收於：框架秩序下的國家權力——公法學術論文集，頁3-48，臺北：自版。

鍾芳樺（2006），國家與法作為人民的自我組織：論威瑪時代Hans Kelsen, Carl Schmitt與Hermann Heller對法最終證立依據的分析，國立臺灣大學法律學研究所博士論文。

——（2009），應然與實然之關係作為純粹法學的難題——論Hans Kelsen實證法理論的演變與分期問題，中研院法學期刊，4期，頁81-150。

2. 外文部分

Heller, Hermann (1963), Staatslehre (1934), 3. Aufl., Leiden: Sijthoff.

Hwang, Shu-Perng (2006), Vom Wesen der Richterlichen Rechtsanwendung. Eine Überlegung zur Freirechtsbewegung, Rechtstheorie 37, S. 215-241.

——（2007），Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht: Richterliche Entscheidung nach dem richtigen Recht oder der

rechtlichen Rahmenordnung?, *Rechtstheorie* 38, S. 451-477.

—— (2009), *Rechtsbindung durch Rechtsermächtigung: Ein topisches Verständnis der Reinen Rechtslehre zur Erläuterung des Verhältnisses von Richterbindung und Richterfreiheit*, *Rechtstheorie* 40, S. 43-70.

—— (2010), *Grundrechtsoptimierung durch (Kelsensche) Rahmenordnung: Zugleich ein Beitrag zur grundrechtsoptimierenden Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe am Beispiel „Stand von Wissenschaft und Technik“*, *Der Staat* 49, S. 456-476.

—— (2013), *Bestimmte Bindung unter Unbestimmtheitsbedingungen: Eine institutionelle Analyse zur Funktion der unbestimmten Rechtsbegriffe im Umwelt- und im Telekommunikationsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck.

—— (2013), *Freiheitsverkürzung im Namen des Rechtsgüterschutzes: Kritische Bemerkungen zur materiellen Grundrechtsvorstellung durch die neueren Entscheidungen des BVerfG zur Strafgesetzgebung*, *ZStW* 125, S. 209-233.

—— (2014), *Grundrechte unter Integrationsvorbehalt? Eine rahmenorientierte Überlegung zur Debatte um die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte*, *EuR* 49, S. 400-419.

Jestaedt, Matthias (2008), *Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen: Mohr Siebeck, S. XI-LXVI.

Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (2006), *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie: Abhandlungen zur Demokratietheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. VII-XXIX.

- Kaufmann, Erich (1927), Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung, in: VVDStRL 3, Berlin: Walter de Gruyter, S. 2-24.
- Kelsen, Hans (1923), Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- (1928), Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 2. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- (1929), Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5, Berlin: Walter de Gruyter, S. 122.
- (1930), Der Staat als Integration: Eine Prinzipielle Auseinandersetzung, Wien: Springer.
- (1963), Vom Wesen und Wert der Demokratie (1929), 2. Aufl., Aalen: Scientia.
- (1968), Naturrechtslehre und Rechtspositivismus (1961), in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 1, Wien: Europa, S. 817-832.
- (1968), Was ist die Reine Rechtslehre? (1953), in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, Bd. 1, Wien: Europa, S. 611-629.
- (1979), Allgemeine Theorie der Normen, Wien: Manz.
- (1981), Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, 2., neudruck. der 2. Aufl. 1928, Aalen: Scientia.
- (1992), Zur Soziologie des Rechts. Kritische Bemerkung, in Paulson (Hrsg.), Hans Kelsen und die Rechtssoziologie.

- Auseinandersetzungen mit Hermann U. Kantorowicz, Eugen Ehrlich und Max Weber, Aalen: Scientia, S. 601-614.
- 2000. Legal Formalism and the Pure Theory of Law, Pp. 76-83 in *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, edited by Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink. Berkeley, CA: University of California Press.
- (2000), in: Jestaedt (Hrsg.), *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Studienausgabe der 2. Aufl. 1960, Wien: Österreich.
- (2008), in: Jestaedt (Hrsg.), *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Studienausgabe der 1. Aufl. 1934, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Korb, Axel-Johannes (2010), *Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934)*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Luhmann, Niklas (1981), *Ausdifferenzierung des Rechts: Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M: Suhrkamp.
- Merkel, Adolf Julius (1993), *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, in: Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, Berlin: Duncker & Humblot, S. 85-146.
- Schmitt, Carl (1983), *Verfassungslehre (1928)*, 6. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Schönberger, Christoph (2013), *Kelsen-Renaissance? Ein Versuch über die Bedingungen ihrer Möglichkeit im deutschen öffentlichen Recht der Gegenwart*, in: Jestaedt (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre: Stationen eines wechselvollen Verhältnisses*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 207-222.
- Smend, Rudolf (1968), *Verfassung und Verfassungsrecht (1928)*, in: ders., *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 2. Aufl.,

Berlin: Duncker & Humblot, S. 121-154.

Walter, Robert (1979), Der letzte Stand von Kelsens Normentheorie: Einige Überlegungen zu Kelsens „Allgemeine Theorie der Normen“, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtslehre, Beiheft 1, Berlin: Duncker & Humblot, S. 295-300.

Weinberger, Ota (1984), Logik, Wirklichkeit und Positivität in der Reinen Rechtslehre, in: Krawietz/Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtslehre, Beiheft 5, Berlin: Duncker & Humblot, S. 425-444.

Wróblewski, Jerzy (1984), Dilemmas of the Normativistic Concept of Legal System, in: Krawietz/Schelsky (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtslehre, Beiheft 5, Berlin: Duncker & Humblot, S. 319-333.

The Relationship between Norm and Reality from the Perspective of the Pure Theory of Law:

A Methodological Critique of J. Y. Interpretation No. 728

*Shu-Perng Hwang**

Abstract

The Pure Theory of Law has long been recognized as one of the most significant and influential legal theories in the world. Nevertheless, the way it looks at the relation between norm and reality has invited so many misunderstandings that its well-known argument for a clear distinction between norm and reality has repeatedly been criticized for isolating legal norms from the real world. Through a critical analysis of the reasoning of J. Y. Interpretation No. 728, this essay purports not only to illustrate why and how numerous misunderstandings of the Pure Theory of Law have occurred, but also to clarify the relationship between norm and reality in light of the Pure Theory of Law.

KEYWORDS: Pure Theory of Law, is and ought, norm and reality, Ancestor Worship, tradition, ideology.

* Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica.