

112.8.25 最高檢察署 2023 法學論壇講座 「法學方法論在行政刑罰上之運用」專題演講 (一)

東吳大學法學院
陳清秀教授



2023
最高檢察署 法學論壇講座

專題演講
法學方法論
在行政刑罰上之運用
2023/8/25 (五) 09:30-12:00
陳清秀 講座

按行政處罰係於行為違反行政法上義務時對該行為之制裁，分為行政秩序罰及行政刑罰，前者乃針對一般性的違規行為，由行政機關以行政處分方式為之；後者則針對惡性重大之行為，性質屬刑事特別法，適用刑法總則相關規定，故不得由行政機關自行處理，而需移由檢察官偵查起訴、法院審理裁判，換言之，行政刑罰與檢察官職權直接相關，且需兼融刑事法與行政法之基本原則。本次講座特邀請對公法領域素有深入研究之陳清秀教授，以法學方法論角度深入解析行政刑罰及其相關運用，必有助於對行政刑罰之正確理解。

時間	內容
09:30-09:35	開場
09:35-12:00	專題演講與座談 陳清秀 講座 (東吳大學法學院辦理)

報名日期：8月18日(五)前截止
現場：50人 額滿：150人
法務部所屬(含學務司室)、司法院所屬、全國律師聯合會、大專院校畢業生人員

主辦：最高檢察署 駐東吳大學專任法律顧問
協辦：東吳大學法學院 法學論壇籌備小組
(地址：臺南市東區中山路91號)

聯繫電話：(02)23187981
傳真：02-23187981

按行政處罰係於行為違反行政法上義務時對該行為之制裁，分為行政秩序罰及行政刑罰，前者乃針對一般性的違規行為，由行政機關以行政處分方式為之；後者則針對惡性重大之行為，性質屬刑事特別法，適用刑法總則相關規定，故不得由行政機關自行處理，而需移由檢察官偵查起訴、法院審理裁判，換言之，行政刑罰與檢察官職權直接相關，且需兼融刑事法與行政法之基本原則。本次講座特邀請對公法領域素有深入研究之陳清秀教授，以法學方法論角度深入解析行政刑罰及其相關運用，必有助於對行政刑罰之正確理解。

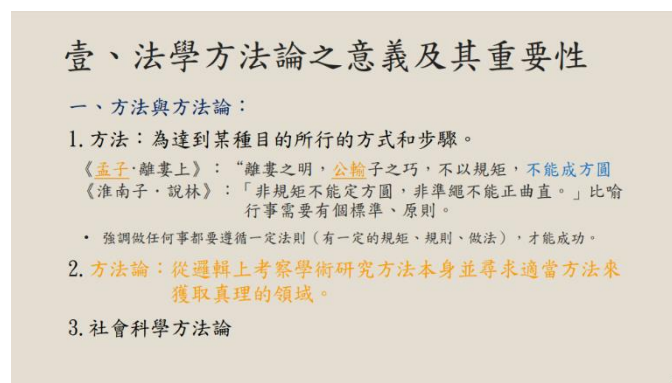
- 壹、法學方法論之意義及其重要性
- 貳、法學方法論之科學理論要求
- 參、法學方法論之學派理論
- 肆、「天人合一」之王道法學理論：融合各大門派法學理論

壹、法學方法論之意義及其重要性

因為以前都是研究實體法，我原來的博士論文是寫稅務訴訟的訴訟標的，是稅法跟行政訴訟法的一個結合。我也寫過稅法總論、各論、國際租稅法，因為有機會參與行政訴訟的立法、修法，所以還寫了一本關於行政訴訟法的教科書。因為自己工作關係，研究行政罰法，以前我在臺北市政府法規會工作，需要大量使用行政罰法，當時邀請多位老師合撰一本行政罰法，並請廖義男老師擔任主編，之後因為在工作上有一些心得，所以自己也寫一本行政罰法。實體法比較偏向技術性。民國 85 年間我在美國從事訪問研究，期間也閱讀了一些佛經，如妙法蓮華經，我很喜歡把佛經當中慈悲為懷、悲天憫人的精神運用在工作上。我第一次把這種精神運用到工作上，是在律師執業的時候，原先我都站在當事人這邊，為他好好辯護，閱讀佛經之後我發現：不對啊，如果當事人不是那麼的正派，我這樣會不會助紂為虐？因此後來慢慢調整執業的價值觀及工作內涵，就是我應該站在公平正義這一邊，如果當事人有道理，我據理力爭，當事人沒道理，我會勸他和解、勸他自首、自白。例如有一次我遇到一個逃漏稅案件，看到逃漏稅，我就勸當事人趕快自首，因為積欠國家錢，產生因果報應，才會有牢獄之災的法律風險，我勸他趕快把稅繳一繳，當時也遇到很好的法官、檢察官，給他從寬處理。還有一次，有一個會計幫助人家逃漏稅賣發票，我也勸他把幫助賣發票的錢繳交國庫，還請當事人準備一張「台支」的票，想請求法官就這部分宣告沒收，結果法官很仁慈，只判他緩刑也沒宣告沒收。其實賣發票損害到國家債權，但因為他不是納稅義務人，我沒辦法勸他去繳稅，只能勸他把這些犯罪所得繳交國庫。這些例子是用來說明，訴訟應該要情理法兼顧。後來我在辯護時，都

不只是從法律概念、法學推論去論證，我常常會從情理的觀點去發揮，盡量讓一件事情能情理法兼顧，這是我閱讀佛經後，將其哲學思想融入到工作中的體會。之後我到法規會工作，也是本著這樣的精神來處理，如果遇到市政府有法令不合理、合約或常用契約範例不合理的地方，我就邀請學者專家及業務機關的代表一起集思廣益，重新檢視後對於不合理、顯失公平的條文就刪除或讓它合理化。我覺得我們的政府應該是個講道理政府，不能政府自己不講道理，卻要老百姓講道理，政府自己都沒有伸張社會的公平正義，反而欺負老百姓，怎麼可以這樣呢？所以我當時有一個心願，希望公門好修行、希望有德行遍臺北市，因為我的轄區只有在臺北市，那就是我當時的工作理念。有次我的組長問我：「你是市政府公務員，為什麼不是站在市政府這一邊？」我說：「我為什麼要選邊站？如果要選邊站，我當律師賺的錢更多，我到市政府工作，薪水只剩下原來的 1/3」。當時我的律師業務其實越來越好，但也因此影響到生活品質，而且律師面對極少數的案件，可能是一個老客戶、老當事人，可能是一個親戚朋友，給你很多的壓力，你沒有辦法非常公正的處理，所以我選擇離開律師界，轉到法規會工作，我就是秉持著公門好修行、利益眾生的觀點從事公務，如果我只站在市政府這邊欺負老百姓，那我不應該當公務員，我是這樣把佛經的哲學理念運用在我的工作上。

一、在公部門工作，學習利益衡量方法



在臺北市政府工作時印象最深刻的是，我發現處理每個案子，都必須要考慮到當事人、利害關係人以及市政府或是社會大眾的公共利益，也就是說整個行政部門事務的處理就是一種「利益衡量」。比如今天要建設一個焚化爐，周邊居民會抗爭，建設焚化爐是基於市民社會公共利益所必要，可是會犧牲周邊居民的權益，這時候我們如何尋求一個中庸之道，讓各方的利益都能兼顧，居民的損失要給他補償，不能因為維護公共利益就為所欲為，然後讓當事人或利害關係人承受特別的犧牲。為什麼不能給當事人補償，讓他的損失減少，然後公共利益還是一樣維護到呢？所以我就摸索到，整個市政府的行政運作就是利益法學派，法理學中有一個利益法學派，都在談如何做「利益衡量」，後來我在法規會工作七、八年，摸索出利益的均衡就是儒家的「中庸之道」，這種「利益平衡」非常重要，因為這表示沒有人需要特別犧牲，每個人都可以過得好好地。在易經中也有一個觀點，就是「各正性命，保合太和」，它的意思代表我們要能夠讓百業欣欣向榮，「為天地立心，為生民立命」，創造每一個人都有一條活路，這個就是「共存共榮」的境界，而這種共存共榮的境界在華嚴經裡面也有提到，它代表一個意境，怎麼樣能夠讓每一個人都過得很好、讓每一個人智慧大開。我們為什麼要研究法學方法論呢？法學方法論其實就是一種思維的方法，社會科學裡很強調這種方法論的研究，所以大家可以看到坊間有很多談論社會科學研究方法的書籍。我們的社會

科學研究方法，比較多採取一種實證的考察，是對社會現象做一種實證的調查、了解及掌握，在法學上，我們可以把它的學派稱為「法實證主義」。在公共行政領域，如果提到要訂定一個政策、計畫，應該去考察一下整個實務的現狀，這個很重要，等於是「格物致知」。方法的研究，可以說是處理某一種事情的一個方法、步驟。其實孟子也有提到，「離婁之明，公輸子之巧，不以規矩，不能成方員」，意思是工欲善其事，必先利其器。要先有一個方法、一個手段、一個步驟，處理事情才會更圓滿。

二、法學研究方法論的重要性

過去法學比較沒有那麼重視方法論的研究，東吳大學曾經有一個其他科系轉來的在職班學生，他說：「很奇怪，我們法學研究領域怎麼不談方法論？其他社會科學都在大量研究方法論。」我數年前在某家銀行金控擔任獨立董事時，有一次那家銀行的美國分行受到美國金融檢查機關的檢查，被詢問洗錢的方法論在哪？銀行的洗錢防制如果沒有方法論是不及格的，所以他們分行提供一份洗錢防制報告，結果被美國主管機關要求補正，補正的重點在哪裡？就是要提出防制洗錢的「方法論」，連洗錢防制都需要方法論，那法學研究需要嗎？應該更需要。如果今天沒有方法論，我們就不知道自己是站在哪一個角度思考問題，方法論幫助我們瞭解自己研究法律問題的方式，在整個體系上的地位，比如我現在站在這裡，我看到大家是這個角度，假如我今天是站在半空中，看各位的角度就不一樣，如果是搭飛機，在飛機上看到大地的感覺更不一樣。所以站得越高、看得越遠，就可以高瞻遠矚。那麼站得越高，看得越遠代表什麼意思呢？代表你有宏觀的思考能力。站得越高越遠的時候，如同妙法蓮華經裡面提到的境界，說地球就像一個房屋，人類可以進出房屋，人類可以進出地球，意思是地球很小，人比地球還大，當人比地球還大的時候，你的心就打開，你的空間就打開。裡面有一個故事，說釋迦牟尼佛講經說法，地面上湧出很多的菩薩，弟子很奇怪想說怎麼有那麼多菩薩來聽經聞法？釋迦牟尼佛告訴弟子說，這些都是我的學生，他們已經修行成菩薩。代表什麼意思呢？釋迦牟尼佛說，我早就成佛，幾億年前我就成佛，我只是重新轉世，用人類的形態出現在大家面前。如果我們進入這個意境，就是穿越幾千年、幾萬年的時代，如果人類眼光可以放到幾千、幾萬年的時間，你的胸襟打開了，不只是高瞻遠矚而已，還可以心懷虛空，看到過去、現在及未來。換句話說，當我們的思維角度能夠把時間、空間拉開，再來看這個世界，心態會不一樣，這代表一種心靈境界，它會提升我們的思維方法、提高我們的智慧。

三、傳統概念法學理論的優點

我們傳統的法學研究有個優點，是一種法律概念的演繹推論，這個非常重要，因為它會提高我們對法的預測可能性，意思是有一個統一標準大家都要守法，觸犯這個法律規範就要處罰，所以這種「概念法學理論」是提高我們法學的精密度，有很高的價值，這個是它的優點。但是它也有缺點，缺點就是當我們進入很精密、很細微的角度去觀察、解釋法令的時候，如果沒有一個宏觀的角度思維，就容易誤入歧途，好像走入迷宮之後迷失了方向。等一下我會提一些案例，你會發現它有點走到迷失方向的一條路去。所以方法論的研究就是一種「統一思維的研究方法」，當然法理學困難的地方是百家爭鳴。最近東吳大學在基礎法中心舉辦一系列的研討會，邀請法學界的英雄好漢們大家齊聚一堂，發表一下民法、刑法、行政法、憲法及財稅法的研究方法是什麼，我們發現整理出來五花八門，各大門派都有，我們剛開始想這糟糕了，這樣要統一個思維方法、研究方法會很困難。但是你可以發現它有個優點，這種百家爭鳴，其實再把它歸納一下，就好像瞎子摸象，有人摸到大腿，有人碰到鼻子，沒關係，摸到大腿、摸到鼻子的你都可以把它放

到大象的圖像裡。所以大家不要以為說，這好像不對呀？不要用批評的角度說它不完整，從另一個宏觀的角度思考，摸到大象的鼻子就放到大象鼻子的位置，摸到大象腿就把它放到大腿的位置，等整個融合在一起的時候，一隻大象的圖像就出來了。所以我今天跟大家探討這個法學研究方法論，各大門派很多，我曾經整理在我的法理學這一本講義裡，雖然還不是那麼完整，就是研究各個門派理論它的體系重點在哪？它要突顯什麼觀點？你會發現到，把它融會貫通之後，其實萬變不離其宗。所以法學研究方法論的重要性就是，它讓法律的解釋適用有可預測性，可預測性的好處是讓大家有統一的理解，遇到一個法律問題，怎樣趨吉避凶？我以前在臺北市政府工作的時候，很喜歡去推動預防法學，什麼是「預防法學」呢？我希望提高法制作業的品質水準，避免去損害他人權益，所以我從上游解決，不是從下游等人家有不服的時候再來訴願、行政救濟，再來善後處理，不是這樣。我在上游階段就希望能夠依法行政，這樣下游就不會有那麼多的爭訟案件。王澤鑑大法官好幾次私底下跟我分享他的想法，他說德國法學研究的教育，他們課程有二個部分，第一個是理論體系的講座，第二個部分，他們會請助教放一些案例讓大家練習，然後練習的思維模式是有統一規格，比如說民法的契約，如何去定性他的法律關係，是買賣、租賃還是借貸？類似這樣，然後接著再展開它的法律關係的解析，它是有條理、有邏輯的，依條理順序來展開這個法律問題如何解決，就像我們的犯罪理論，你要從犯罪的構成要件看該當性，然後再看看違法性，有沒有阻卻違法事由，再來看看有責性，它是有體系的，是有統一規格的處理模式。德國發展這個理論，做法有個好處，就是提升法律方面的法治水準，大家統一有這樣的思維模式之後，在處理每一個法律問題就比較不會走樣。不然每一個問題大家見仁見智，方法也不一樣，到最後結論都不一樣，老百姓怎麼遵守？今天拿某個法律問題去請教有沒有違法？結果某甲律師說沒有違法，某乙說違法，某丙又說不一定，問了3個律師，答案都不一樣，當事人也想守法，可是他諮詢的律師意見每個都不一樣，為什麼？因為律師的思維角度都不同，這也是我們法學教育可能有失敗的地方。為什麼秦始皇要車同軌、書同文？如果車不同軌，每個地區都不一樣，那要買多少輛車子才能夠通行？這個成本很高。所以你會發現法學同樣有這個問題，法律的「整體法秩序統一性」很重要，因為整體法秩序統一，就如車同軌、書同文，不要民法一套、刑法一套、財稅法又一套，我們的國民要遵守中華民國法律，必須要準備三套。準備三套很麻煩，為什麼？依照民法，這個行得通；依照行政法，這個不行；依照刑法又好像可以，如果每一個法都各自為政、自私自利、沒有統一的話，遭殃的是老百姓，民眾沒有辦法過著一個安居樂業的生活，因為他的法律風險太高了。

四、法律的友善融合理論：友善國民經濟活動

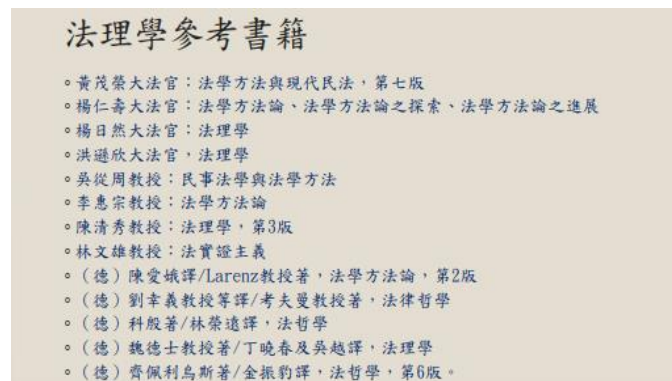
二、法學方法論之重要性：統一思維研究方法

- 一、提高法的預測可能性，保障人民安居樂業（法安定性、形式法治國）
 1. 法律之解釋及適用結果之可預測性（法界共識之案例解析方法）
 2. 人民生活安排與經濟活動之權利義務可預測性：友善經濟活動，避免法律風險
 3. 法院判決可預測性（a. 民事、b. 刑事、c. 行政法院判決之勝訴預測可能性：80-90%，70%，50%）
- 二、提高法的合理性，實現社會正義之要求（實質正義之法治國）
- 三、利益天下蒼生，福國利民，提升人類生活福祉（社會福利國）

我在研究租稅法時常常發現一個現象，臺灣的法律很奇怪，有甲說乙說丙說，採甲說天下太平，但財政部就採乙說，搞得大家吃不完兜著走。參考外國立法例也沒有這種情形，例如美國的稅法立法例，可以說是對國民經濟活動最友善的，最友善的意思是他不會故意找麻煩。我過去研究「員工認股選擇權如何課稅」，公司為了酬勞這些高級經理人對公司的貢獻，一方面留住人才，讓他們可以用很低的價格購買公司股票，這就是認股選擇權，你認股就賺到錢，可是什麼時候要課稅？這個就有問題，我把研究成果的文章發表在月旦法學雜誌，整理美國、德國、日本的立法例，發現美國立法例在這部分是最友善國民經濟活動，不會發生遵守民法卻違反稅法，或遵守稅法卻導致民法上受傷慘重的情形，為什麼不能夠互相友善呢？所以我在稅法提出一個理論 - 「稅法的融合理論」，這個法律融合理論就是希望能夠很友善地使各個部門法領域良性互動，例如財稅法與勞動法、社會法及我們的民法、刑法有良性互動。以犯罪所得要怎麼課稅為例，我們來想怎麼樣的良性互動可以營造雙贏，不要搞得大家雞飛狗跳，提升到最後就是一個合理性的問題，進入到大道理。我最近出版一本書叫做「『天人合一』的王道法律思想」，就是這個道理，最後歸納起來，我們老祖宗諸子百家的思想，都強調通情達理、天人合一的自然法思想，還是很有智慧的。我們保障人民在生活安排、經濟活動上的一種可預測性，可以避免法律風險並且友善經濟活動，友善經濟活動的好處，除了我們的經濟蓬勃發展，並排除不必要的法律風險障礙。就我個人從前執業律師的經驗，對於民事、刑事訴訟跟行政法院訴訟的判決，依勝訴預測可能性比較，民事案件大概可達 80%、90%以上，民事案件的可預測性是最高的，那代表什麼意思？代表民事法學理論體系進步，實務界的審判品質應該是第一、最好的。接下來就是刑事判決，刑事判決因為有法官對於犯罪事實的自由心證，就比較麻煩一點，自由心證必須符合論理法則、經驗法則，可是人不是神，難免推論的時候會有很多奇奇怪怪的現象出來。我發現我們法學的研究，並沒有教大家如何認定事實，也許實務界的前輩們應該寫這方面的書來研究怎麼認定一個爭議的事實，因為事實的認定其實是一門很高的學問。再來就是行政訴訟，行政訴訟事件裁判為什麼可預測性最低呢？因為我們的行政法學研究不發達，法規也不健全，民國八十幾年時，講到租稅法理大家都搞不清楚，連書都沒得看，我在臺大念書的時候，我去聽黃茂榮教授在日間部及夜間部有關稅法的課，他一個學期可能只講 3、5 個條文，當時他還沒寫相關的文章，現在他寫很多稅法的書，可以說是全臺灣最好的稅法的書。我當學生的時候，還沒什麼書可以看，文章也很少，所以只能看外國的，如果外文不太行，那幾乎沒有什麼資料可以接觸。當然現在不一樣，現在已改善很多，加上納稅者權利保護法施行之後，成立稅務專業法庭，稅務專業法庭的法官都必須參加一些培訓課程，然後寫心得報告，基本上法官的專業素養有大量提升，所以最近幾年財稅法判決的品質大量提升，也就是說，如果我們的專業不足，就比較沒有辦法做出讓人信服的裁判出來，所以法學的研究會帶動整個實務的發展，而實務的研究也可以帶動學術的發展，兩者可以達到一個良性循環。以這個為例可以看出，我們的法官如果專業素養夠，做出一流裁判沒有問題，否則有一流的法官，但是沒有一流的教科書可看，大家都像瞎子摸象一樣，還搞不清楚狀況的話，難免裁判品質就容易良莠不齊。我有一次遇到一位非常優秀的最高行政法院的法官，民間有一個稅法裁判的評選小組，那個法官的裁判常常被評選為最佳或者優良裁判，我有一次跟他交流，請教他如何讓裁判品質可以都保持相當高，他說他是基督教徒，所以他會比較容易以同理心、將心比心去思考一個當事人主張合不合理？所以我發現到，他的基督教宗教信仰、聖經的博愛思想，落實到審判工作裡，就比較能夠去考慮如何情理法兼顧，我的意思並不是一定要對當事人做出枉法的有利裁判，而是能夠做出一個合乎「情理

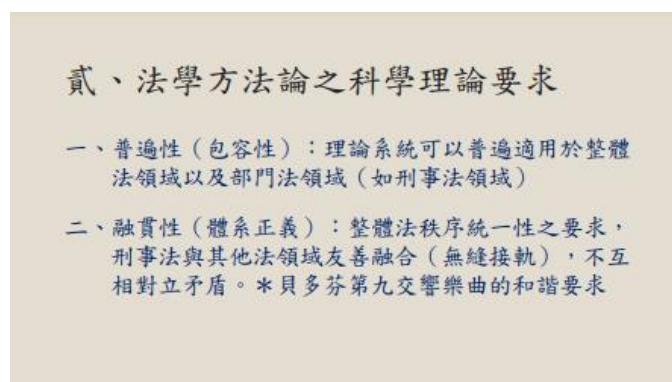
法兼顧」的裁判，因為法律不外乎情理。我在這裡是想跟大家報告，為什麼我會特別去強調這種博愛的哲學思想。

五、法學研究方法論，應以提高法治的合理性為目標



法學方法論研究的好處，在於提高法治的合理性（包括立法及執法、裁判之合理性），我們有一個研究方法就知道怎麼去處理法律問題是比較合理的，提高法治的合理性，也就比較能夠利益天下蒼生、福國利民，提高我們人類的生活福祉。現在國內有關法理學的教科書還蠻多的，例如黃茂榮老師的「法學方法與現代民法」，雖然他是談民法，但裡面也談了很多的價值法學理論、利益法學理論，所以蠻值得參考。楊仁壽大法官也寫很多。還有中國大陸翻譯一系列德國當代的法理學名著，Kaufmann 等幾本法理學講義，我聽說中國大陸準備要翻譯 50 本自然法思想的書，要把世界各國的法學名著翻譯成中文，這個工作很了不起，他等於吸收全世界一流的法學知識來融入他的本土法學研究，這樣一個雄心壯志，也是因為他們的翻譯人才夠多。我自己在研究法理學時，也是受惠於他們翻譯的書籍，如果他們把世界各國的自然法思想名著都翻譯成中文，對法學的研究會突飛猛進，因為我發現法學研究到最後，「自然法思想」是一個很大的關鍵，所以我一直很推崇自然法的思想，自然法思想就是事物本質、道法自然、道生法。

貳、法學方法論之科學理論要求



方法論首先要符合科學理論的要求，包含二個內容，第一個就是普遍性(包容性)：就是要可以涵蓋到整個法領域或者部分法領域，必須要有一個整體的、宏觀的適用，都要能夠涵蓋進去；第二個就是融貫性：就是整體的法秩序要能夠融合、無縫接軌。我嘗試拿貝多芬的第九號交響樂曲來做比喻，貝多芬的第九交響樂曲是由各種樂器演奏，還包括獨唱跟合唱，各種樂器就像我們的各個部門，民法、刑法、什麼法都有，

各個樂器演奏出來不能變成雜音噪音。現在我們的法學研究，或法律的實務界，各部門適用法律的結果會變成雜音、噪音，為什麼？我剛剛講過，遵守民法卻違反稅法或刑法，遵守稅法又違反民法，那老百姓要怎麼辦？就好像媳婦面對公公、婆婆，公公說要吃麵，婆婆說要吃飯，媳婦要到底要煮飯還是煮麵？你只能煮一種，如果煮兩種的話，是很勞民傷財的，而且有時候根本行不通。所以我們法律為什麼不能開創一條馬路是平坦的康莊大道，為什麼要到處充滿坑洞，充滿不可預測的法律風險？也就是說，我們要的馬路是很平整的，不要有任何法律風險的，今天我們法律制度的構造整個實踐結果是充滿著風險，表示馬路坑洞太多。古人勉勵人們要「造橋鋪路」，才能行善積德，就是要讓大家通行平安、交通安全，但我們今天的法律交通是不安全的，還有很多坑坑洞洞，這是我們法律人的責任，是學術界與實務界共同的責任。大家要造橋鋪路，把馬路鋪好，不要有坑洞。我們走在馬路上，如果坑坑洞洞，很容易就產生國家賠償問題，對不對？可是現在法學的坑洞，是沒有任何人要負責的，因為這個好像是不可歸責的，像歷史共業一樣，我們法學研究產生這種結果該怎麼辦？那是我們法律人的共同責任，是神聖的使命。所以我提倡「法律的融合理論」，希望這個融合理論能夠打開之後天下太平，打開之後未來馬路是平整的，不會有任何坑洞。這個法律融合理論，我後來發現其實西方法理學書裡面也有提出主張，他們叫做「融貫性」：integrated 或是 coherence。integrated 跟 coherence 就是融貫性，就是融合、無縫接軌。我們無縫接軌做得不好，為什麼？因為各個部門法領域大家各自為政、自掃門前雪，可是如果自掃門前雪，公共領域就沒有人掃，大家了解意思嗎？所以在這裡，我要跟大家介紹為什麼融合理論具有統一整體法秩序的重要性，就像貝多芬的第九號交響樂曲，希望最後彈奏出來的是賞心悅目的，可以讓大家生活得更好，而不是讓大家承擔很多的法律風險。

參、法學方法論之學派理論

參、法學方法論之學派理論 (一)	法學方法論之學派理論 (二)
<p>一、概念法學派與純粹法學派：建構嚴謹精密之邏輯演繹推論之科學體系。研究法律概念之意義適用範圍等、分析民法上法律關係之得喪變更，刑法上犯罪構成要件、違法性及有責性等理論。確保法體系之一致性與完整性。強調「法之概念」及「邏輯演繹推論」。科學化、精密化、可預測性、安定性（封閉性體系、自給自足體系）</p> <p>◦演繹法：法條適用之三段論法：大前提、小前提、推論結論</p> <p>◦歸納法：歸納出法律規則、法律原則</p> <p>法律適用三段論法：大前提、小前提及推論結論</p>	<p>二、自然法學派：道法自然，法應符合事物本性（本質）之道理（法應「通情達理」，國法應符合「天理、民情」。強調法之「合理性」。</p> <p>(一) 事物本質之觀察：格物致知，考察風俗民情</p> <p>(二) 法實證主義：實證調查研究生活事實及其特殊性、市場運作法則規律、交易習慣、其涉及之利益狀態。所謂「科研」、「調研」、「市調」等。對於規範對象或法律問題，進行系統、全面科學的現場考察研究（公共行政學、法政策學重視之環節）。</p> <p>(三) 自然法思想：遵循農林業經濟活動之自然法則規律，訂定生活法則規範。禮記的實證主義：考察國土環境進行類型化：水田、旱地、沙地、山坡地，適合不同種類農作物生長。避免「緣木求魚，水上行車。」</p>

一、概念法學理論應以自然法為基礎，通情達理

概念法學理論羅馬法時代就大量提倡，它的好處是法律概念適用範圍精密，當這麼精密的概念規範規定出來，我們只要照表操課就好，所以我們的法律適用三段論法，大前提、小前提、找出結論。大前提法規範是怎樣？生活事實是怎樣？生活事實涵攝進去大前提，結論推論就出來了。看起來很方便，這是概念法學很大的優點，整個法學研究其實大部分都投入到這個領域，這是非常好的，因為如同在打地基。可是想要瞭解概念法學的理論構造或是解釋適用，我們還必須從更宏觀的角度去思考，更宏觀的角度思考有三個面向我覺得最重要，第一個是法規範的設計要符合「事情的道理」。古代黃帝四經稱為「道生法」，什麼是「道生法」呢？他說法出於義，義出於理，義為什麼出於理呢？從道理上來講，按照道理，應該有所為、

有所不為，這就是正義，有所為、有所不為就是義。而理出於哪裡？理出於道，所以要講道理，所以法規範要講道理，立法者要講道理，這是第一個。第二個是執行的公務人員也要講道理，進行法規解釋的時候盡量讓法規合於道理，假設法規已經不合理，我們要想辦法讓他合於道理，也就是透過法學的運用，所謂的法律漏洞補充、類推適用，或目的限縮，讓它合理化。不要法律本來規定得很好，可是執行面卻偏差掉，變成執行面不講道理。所以首先，法規範整個制度設計要「通情達理」。

現代自然法觀念

- 自然法學理論特別重視「事物本質」之觀察探討，使法律規範內容符合規範對象領域之事物本質之合理性，有關法律之研究，也應重視法規範內容符合對象事物之合理性（符合事理），與事物本質融合。
- 法律規定應順應事物本質的合理性與自然法則，才能符合人類社會生存發展的自然法則（大道）（永續發展原則）與國民經濟活動（產業經濟）的發展需要，使百業欣欣向榮（聖人的境界），營造人民公平良善生存發展環境，而能「長利國家社稷，世利萬夫百姓」，永續發展。
- 理想的法規範應該能夠「通情達理」，符合社會生活之目的的秩序（正法）。法律規律人類社會生活事實，要能使規範合理，必須符合「事理」（事物的道理）。

12

我印象很深刻，記得在市政府工作的時候，我們有一個十一職等的消保官出缺，我心想是不是市長有什麼人選想要安插一下，我就去請教市長，結果他給我一個指示，他說高階文官用人必須注意他的人格特質，什麼人格特質？就是「通情達理」這 4 個字，我永遠記得。所以從事法規的研究，如果要變成法學大師，一定要「通情達理」，如果不通情達理，事情就難辦了。如果自己都不通情達理，如何能夠建構出「通情達理」的理論出來？而什麼是通情達理？就是你能夠了解這個事情的道理在哪裡並按照道理辦事，這樣就天下太平；如果不是按照道理辦事，就會窒礙難行，所以通情達理這幾個字很有意義。概念法學理論探討法學概念、法學理論，就是透過法律的概念、邏輯的演繹推論來建構法的體系，它有它的優點，但也有它的局限性，所以我今天跟大家介紹這幾個門派理論，就是期盼各位學長們在思考法律問題的時候，除了概念的邏輯推論思維以外，還要進入到黃茂榮老師所說的價值思維。也就是說，法律概念本身含有一個價值理念，你要從價值觀點去觀察，當然我這邊提到自然法思想，是從自然事件的道理本身去觀察。

二、利益法學理論，注重「興利與防弊」

利益法學派：

各方當事人、利害關係人、社會大眾及國家利益均衡兼顧，利益平衡理論，公平公正照顧全民利益。重視「實證調查」研究，強調法之「公平性」。法與人民社會風俗習慣融合。「交易習慣」係基於人民經濟生活之交易需要，互利滿足而產生，通常具有公平性或合理性。

13

利益法學派就是去考慮到各方的利益，很多的法規範或案件，可能涉及到各方的利益，我們要注意到各方利益並做利益的衡量、衡平。以行政法規來講，我們的行政法規有二個特色，一個是要「防弊」；一個是要「興利」，我們既要防弊也要興利。行政法規另外一個很大的特色，是要發揮成本效益，因為每個人

的時間有限，我們要用有限的行政成本發揮最大的功效，這時候就要做利益衡量。歐盟或 OECD 在推動一個叫做 Regulatory impact analysis，簡稱 RIA，是一種「政策、法規的衝擊影響評估」，去評估一項政策或法案的利弊得失，對於經濟發展活動、社會文化、教育、包括消費者保護、勞工保護以及環境保護等面向，可能會產生什麼衝擊影響，等於是全方位的評估，也就是如何發揮成本效益達到永續發展，所以利益法學理論到最後就會進入衝擊影響評估。我們可以看出法規衝擊評估是在法律立法階段的立法政策學，可是實際在執行階段我們訂定的一些行政命令、行政解釋令函、決定或行政處分乃至法院裁判，也會產生衝擊影響，我們也要注意到自己的所作所為可能產生什麼因果關係。另外一個說法是，法學研究的時候要注意「因果關係的觀察」，我們說「種善因得善果」，法規的訂定要如何能夠更良善以產生出好的結果，大家播種後才能夠有收穫；如何做出一個好的解釋，以促進整個產業經濟的活動發展，這就是一種利益法學理論。我們對於成本效益的評估是一種預先評估，訂定這個法規採甲案乙案丙案都各有利弊得失，你就要考慮怎樣兩害相權取其輕；兩利相權取其重，還有可以採行哪些配套措施？比如說採甲案可能有哪些副作用，所以必須要有哪些配套措施；採乙案有什麼優點，但可能要有哪些配套措施來降低它的副作用，在各有利弊時如何去權衡？這個權衡利弊得失的過程，等於也在做因果關係的考察。所以我在稅法理論，很強調這種因果關係的論述，因為我發現我們成本費用的認列是從因果關係的觀點來看，到底這個是當成本費用、所得的減項？還是只是基本生活費、滿足個人生活需要，那支出當然就不能當成所得的減項，所以這個到底可不可以放到所得的成本費用去扣除，還是從因果面向去觀察。

這個因果關係的理論，在立法學理論也是一樣的道理，要發揮成本效益，如何去興利、如何去防弊，其實就是在建設這個原因關係使將來產生一個好的結果。就興利部分，怎麼做會讓經濟活動可以蓬勃發展起來？財政部曾經有一個解釋，衍生性的金融商品因為必須有一些避險的證券交易，避險證券交易是為了防止虧損，好比偷雞的時候用米來引誘雞，那這把米可不可以當做成本費用？財政部的解釋是，稻米是種稻使用的，不能當成本費用扣除。可是人民說，我這一把米不是種稻使用，是用來偷雞的，為了引誘那隻雞過來，所以我才投這把米，這個就是因果關係的觀察，然後你會發現，財政部因果關係觀察錯誤，他把這一把米當成種稻使用，所以不能當成本費用扣除，結果如何呢？不能當成本費用扣除，如果衍生性金融商品賺二十塊，財政部所得的課稅也用二十塊計算，這代表什麼意思？因為避險證券交易損失的成本費用不給扣除，就變成虛增很多的所得，計算下來人民所賺的錢全部被政府拿去課稅，虧本生意沒人做，後來這個行業就凋零，衍生性金融商品有一段時間，全國總營業額不到十億元，後來把這把米當做成本費用扣除，將衍生性金融商品的避險證券交易損失當做成本費用扣除，以納稅者實際上真正賺到錢的部分課徵所得稅，修法之後，當年的營業額就衝到五、六十億，到了第二年，就變成好幾百億營業額，所以一個法令的解釋令函可以讓整個臺灣的經濟蕭條，而當法規修法合理化，也可以讓整個經濟活動蓬勃發展。好幾百億的營業額代表很多人從事這個交易、證券商雇用很多員工，勞工就有工作、有薪水，而營業活動產生很多所得，財政部也可以課到很多所得稅。大家了解這個意思嗎？以前是沒有人從事這個行業，所得歸零，稅收也歸零，採用一個「殺雞取卵」的解釋結果，就沒有人跟你玩這個遊戲，經濟就整個歸零、整個蕭條掉。

以前台北市政府也面臨一樣的問題，捷運聯合開發，市政府的投資契約說如果建商蓋到一半倒閉要全部沒收在建工程，定這個遊戲規則看起來對市政府百分之百有利，可是當廠商、投資人拿這個合約到銀行辦理貸款，沒有一家銀行敢貸款，為什麼？因為貸款後如果建商蓋一半倒閉，借貸款都沒著落，全部被市政

府沒收，等於市政府沒收的不是當事人的錢，而是銀行貸款的在建工程建設經費款項，所以沒有一家銀行敢融資貸款，整個聯合開發、幾十個工程就原地踏步。定這種遊戲規則，結果沒有人來跟你參加遊戲，怎麼辦？我們後來就把遊戲規則改一下，沒收的是投資廠商的自備款，約佔二、三成，銀行的貸款還是要給一個保障，銀行有保障就願意融資貸款。所以法規鬆綁後，臺北市的聯合開發就全部蓋起來，市政府跟地主訂定合約，說我要跟你聯合開發蓋房子，之後分給我一些，市政府是做免費生意你知道嗎？他不出錢，他只出人來協調邀請地主訂定聯合開發契約、邀請投資廠商締結投資合約，然後投資廠商來蓋捷運場站設施，由廠商出錢，市政府沒有出錢，地主拿到聯合開發的利益，市政府公共工程徵收補償費一毛錢都沒出，把捷運場站設施蓋起來，無償取得，然後可能還分到房子，類似這種概念。所以捷運局長有一次告訴我們，他說我們這個聯合開發制度很好，市政府沒有出錢（節省徵收補償費支出）反而倒賺（無償取得捷運場站設施以及聯合開發房屋），他是這樣講的。不過當然這個制度是有點以鄰為壑，因為找地主聯合開發，把那個土地畫得很大才比較有賺頭，這樣的話犧牲地主權利，成就市政府的利益或甚至是投資廠商的利益，所以大法官解釋把它宣告違憲。但是從這個案例可以看出來，訂定的遊戲規則如果顯失公平，就沒有人跟你玩這個遊戲，這時候是兩敗俱傷。所以我剛剛提的這個案例，本來市政府可能會變成對地主違約，為什麼？市政府承諾說要幫地主聯合開發蓋房子，結果隔了五、六年房子也沒蓋，地主說你跟我訂的合約為什麼違約？市政府是不是要負擔損害賠償責任？市政府說我找投資廠商，是投資廠商不蓋啊，然後投資廠商說不是我不蓋，我到銀行融資貸款，是銀行不願意給我融資貸款，最後變成市政府違約、地主拿不到房子、合作廠商無法興建，因為他的自備款沒有辦法拿出 100%，可能只能湊個二、三成，所以最後就變成各方都輸。現在遊戲規則一改之後，地主可以取得他的房子，市政府免費賺到捷運場站設施及其用地，投資廠商也有合理利潤，營造三方都贏的局面。

三、行政法規應能利人利己，兼顧公益與私益

利益法學理論：行政法規之特殊性

1. 行政法規目的：「防弊」與「興利」功能，提升人民福祉
2. 立法原則：成本效益分析，法規衝擊影響評估；立法者利益衡量（法益衡量）標準，執法者之利益衡量標準。
3. 行政法規之利益狀態：當事人、利害關係第三人及社會大眾或國家公共利益（參方利益）均衡兼顧，維持共存共榮環境
4. 行政法規解釋適用與法律漏洞補充：正義之法
 - (1) 立法從嚴（防弊），執法從寬（興利）問題。目的性限縮，圖利他人？
 - (2) 注重合理性，友善人民經濟活動，促進產業發展。

剛剛我舉這個例子是在說明，有時候法規合理化會讓產業欣欣向榮，法規不合理可能會讓整個產業凋零，這就是活生生的案例。我一直很強調我們處理事情應該要能夠「利人利己」，幫助別人也幫助自己。在大藏經裡面有一句話，釋迦牟尼說：你幫人家開一條路就是幫自己開一條路。這句話給我很大的啟發，你給人民一條活路，也就是給政府一條活路；政府給人民一條活下去的路，結果財政部的稅收不就得以永續發展了嗎？如果訂一個遊戲規則是讓老百姓活不下去，稅收也沒了，豈不是兩敗俱傷？所以我們整個的遊戲規則、法律制度的設計，進入利益法學狀態就在觀察，這個利益要能夠有福同享、大家共存共榮，不要自私自利，只考慮自己的利益，而不考慮別人的利益，剛剛講的合約的合理化，就是讓大家都可以活得下去。

現在公共工程委員會很多的解釋令函就是希望大家可以活得下去，比如有時候因為情事變更，砂石的物價上漲，要怎麼樣去合理調整，如果不合理調整，廠商可能就活不下去。我們總是希望大家能夠永續發展，過去實務上對於情事變更都採蠻嚴格解釋，其實我覺得情事變更時就讓事情合理化，讓大家可以活得下去的合理化，這樣利益狀態能夠比較均衡。

我們的行政法規有時候會有一個現象：立法從嚴，立法院可能是為了防弊；然後執法從寬，執法從寬就變成是目的性限縮，有時候是考慮到興利的問題。我最近在研究所得稅法，醫療費用到底可不可以當做成本、當做所得的減項？我發現各國有個有趣現象，立法者可能立法從嚴，但各國的財政部解釋令就執法從寬。可能是實際上人民有這個生活需要，但立法規定只是講一個原則性，比如醫藥費，是不是交給醫療院所的才叫醫藥費？可是我今天搭計程車去看病，車費可不可以當成本費用？假設住中南部的人要跑到臺大醫院看診，前天先來住在旅館，旅館費可不可以扣除？因為這是一個疾病醫療產生出來的成本費用。我發現美國規定得比較完備，在美國這些都可以當成本費用扣除，當成是醫療費用的一部分扣除，但在臺灣沒有，在臺灣只有交給醫療院所的醫療費才可以扣除，搭計程車的部分他會說誰叫你不走路去。類似這種概念，也就是說在一個合理範圍內，有關的費用可以扣除。在執法方面，像日本居然說因為治療疾病而按摩指壓的費用也可以當成本費用扣除，當然可能需要醫師的證明，證明是因為疾患而需要使用一些傳統療法或整脊整骨，大家如果到日本去就會發現他們到處都有那種整脊整骨的按摩院，但是需要執照，如果是因為疾病而去那邊整脊是可以當成醫療費用來扣除，日本法有這個規定，當然是在一個合理的範圍內可以這樣做，因為有時候立法太嚴執行不了，就只能稍微從寬。

以我個人看法，如果這個從寬是有通案的處理模式，應該就不能說是圖利他人，因為這是基於人民有生活上的實際需要而通案去統一處理。我個人建議，行政機關在執法的時候，如果發現立法者當初可能沒有考慮到，法規已經太嚴格，那麼在行政規則或行政命令給法規鬆綁的時候能夠有一個統一的做法，應該就不是故意違背法令去圖利誰。否則公務員真的很難當，公務員如果全部按照依法行政而不能做法律漏洞補充的話，老百姓會死得很慘，公務員就變成酷吏。其實有沒有違法圖利他人，應該用有沒有「合法性」、以及有沒有「正當合理性」來當判斷標準，如果不合理又不合法，那應該就是圖利，如果可能不是那麼合法，但他的合理性蠻強的，我也覺得比較不適合用圖利罪來辦理，因為如果是這樣，臺灣社會就變成有理寸步難行，我們希望我們社會是「有理行遍天下」，想要有理行遍天下，法規要合理化，法規不合理，我們就透過解釋讓它合理。我們應該要有這個共識，這樣在執法的過程中，才不會好像不知不覺就變成「酷吏」。而法規的解釋如果進入到利益狀態去觀察的時候，或者進入價值的觀點去觀察的時候，要去注意怎麼做才能夠友善人民的經濟活動或生活。

四、價值法學理論，必須符合事物本質的道理

法學方法論之學派理論（三）

價值法學派：強調法之「正當性」。

1. 「法律概念」蘊含「價值觀念」與價值判斷，
2. 以各項倫理原則建立法之內在體系：法應受「倫理價值理念及各項法律原則」之支配。
3. 法內在價值、社會內在價值（道德融合）、超越社會價值，法與全體國民之倫理道德價值觀念融合，符合當地文化水準與一般社會通念

價值（評價）法學理論¹

- 一、評價法學研究法的體系，認為應以「價值導向」思考的理解方式，建立具有內含目的價值之法律概念，亦即法概念除了規範性、最低程度的社會實效性兩項要求外，尚必須包含倫理上最低程度的可正當化之性質。對於法律概念應該把握其價值的，或建立「功能性的法律概念」，以實現法律概念之功能目的。
- 二、法律概念之建構，除應取向於「規範目的」外，並應取向於「公平合理性」，將價值概念化，亦即將法律所要實現之價值，以法律概念之形式表現出來，而成為價值概念。有關法律概念的建構，除了處理對象特徵的捨捨外，同時也應有價值負荷的考量，以實現法律規範實現公平正義的使命。

價值觀點是從憲法基本人權保障的價值來看，很多法律的原理原則，例如私法自治、契約自由原則，或是刑法的罪刑法定主義、罪刑相當性原則，就是從價值觀點的思維進去，這個就是當代的價值法學理論，但我發現到價值法學理論有一個盲點，什麼盲點呢？每一個人心目中的價值不一樣，西方國家有提出一個理論叫作「價值相對主義」，這個價值相對主義會讓我們流入民粹思想，變成不講道理，認為反正我的價值是這樣，那我們取多數決就好，這時候它就會不講道理。拉德布魯赫 (Radbruch) 這個法哲學家，他是新康德學派的大師，他曾經講過一句話我覺得蠻有道理。一開始我並不欣賞他，因為我覺得康德的理論有問題，康德把存在跟當為、事實跟規範對立 (所謂二元論)，當把二者切割開來的時候會產生什麼問題？他沒有辦法道生法。我們老祖宗是要道生法，道生法是從「事情的道理」本身導引出法規出來，你把它切斷就變成不講道理了，所以康德的哲學理論，雖然在邏輯方面很強，但缺點是它不講道理，當一個法規理論不講道理時你認為這個規範會好嗎？這個理論會好嗎？這是很危險的理論。所以剛開始我對拉德布魯赫 (Radbruch) 不是那麼尊敬，不過後來發現，他曾經講一句話很有道理，他說價值法學理論是談價值原則，這個價值原則就是一種倫理性原則，而這個倫理性原則來自於哪裡？來自於事情的道理，他提到了事情的道理，那就跟自然法接軌。所以價值法學理論，一定要跟自然法則接軌後才會通情達理，所定的法規才會符合天理。我今天跟大家報告為什麼我對自然法思想特別崇拜，因為它是進入到「天人合一」思想的境界，天人合一是說人類所做所為要符合天地萬物之間運轉的道理，在我國古代尚書或聖經裡面是要符合「上帝的旨意」，符合因果關係、賞善罰惡。一個法令不賞善罰惡那就糟糕了，如果一個法律獎勵壞人、懲罰好人，這個法律一定是有問題的，這是殘害忠良，就像古代宋朝的岳飛被秦檜殺害一樣，如果一個法律不講道理，我們就要行使抵抗權，聲請大法官解釋，用憲法訴訟將它裁判違憲、或者推動修法，我們不可以助紂為虐。所以自然法思想就是一面照妖鏡，可以照出好人還是壞人，照出這個法理論是好還是壞。價值法學理論或實證法學理論，再怎麼變來變去也離不開要講道理。我看西方及美國的法理學者在研究實證主義的時候談了很多，但它有缺點，它一直在分析一些社會現象，但忘記分析這些現象最後的指導原則就是講道理，要摸索出一個事物本質的道理來，不要搞了半天道理沒有摸索出來，那這個法學研究到底要走向哪裡？你不能說多數決就好，多數決只是大家集思廣益，集思廣益的好處，剛剛講過像瞎子摸象，有人碰到大腿，有人碰到鼻子，把他們拼湊在一起就可以很好。

五、學者專家與研究發展機構集思廣益，以發見事理

我以前在法規會工作的時候，碰到疑難雜症的法律問題，首先一定要打電話去請教國內的行政法、民法等教授老師們，請問大家的意見來蒐集各方面的資訊，如果遇到更難的問題，我就召開學者專家會議，大家集思廣益，從甲說、乙說等中間摸索出折衷說，將各方面的理論、優點融合起來，這樣做可以提升我們法規會的解釋品質。

日本也是這樣，日本每個部會都成立「產官學組成的諮詢委員會」，以稅務為例就是財稅的政策法制諮詢委員會，用以回顧、檢討過去這些財稅法律有什麼缺失，同時展望未來應該怎麼發展？所以我到人事局服務的時候，我就邀請十幾個人事方面的學者專家當我的智囊團，一遇到什麼疑難雜症問題我就開會，大

概每個月開會一、二次，討論這些問題怎麼處理比較好，不是由我一個人做決定，我不是神，也不是人事的專家，我可能有很多的迷思，所以要打開心胸、接納萬物、接納這些賢良人才。

我聽說李模老師擔任政務委員的時候，私底下請 2 個老師每個禮拜開會諮詢，他請 2 個老師擔任諮詢顧問，這種概念我在康熙、雍正、乾隆的小說裡面也看過，康熙在治理國家的時候，他請了很多國策顧問，我們現在稱為國策顧問或資政，他很多問題都去請教他們，才知道公共事務怎麼處理會更好。明朝的朱元璋也是不恥下問，他也請了很多高人給他指導、當顧問，所以國策顧問、總統府資政這種角色就是要發揮智囊團的功能。韓國的智囊團是如何運作呢？韓國每個部會成立一個由學者專家組成的研究院，叫政策法制研究院，作為該部會的顧問、智囊團。日本只是臨時性任務編組成立一個產官學的諮詢委員會，結果韓國居然成立像中華經濟研究院、法律研究院、公共行政研究院、財政研究院、勞動研究院等，十八個部會均成立相當於行政法人或財團法人的研究院，裡面有幾十個博士，有教授代表當院長，幾十個博士做策略規劃研究，你看韓國的智囊團構造是這樣。除了智囊團，還有一個是人力資源的投資，韓國每年大量派遣留學生、公務員到海外留學，去學各國的一些精華回來做建設，我們以前也是這樣做，可是在民國 89 年這個制度廢止了，當時我在人事局當局長，我們只能派遣二、三十個公務員去海外留學三個月，還不是留學兩年，只是留學三個月。韓國派遣三百個公務員，我們只有三十個，韓國人口約六千多萬，大概是我們的三倍，依這個比例他們派遣三百個，我們這邊應該要派一百個，但我們才派三十幾個，然後人家留學一、二年，我們是留學三個月，留學三個月大概只能蜻蜓點水看一看就回來，這就是我們的人才培養及人力資源的開發，我們延攬人才不夠多，今天如果能夠邀請天下英雄好漢大家一起集思廣益，我們是不是可以做得更好？這個道理就是我們應該要打開心胸，才能容納萬物，才能夠提高我們的智慧。

肆、「天人合一」之王道法學理論：融合各大門派法學理論

<p>正義的法體系理論：上「通」天理 下「達」地理</p> <p>一個正義的符合法律社會一般可以接受的法律體系，必須植根於符合事理的（事物本質的道理的）價值判斷的基礎，此一價值判斷：</p> <ol style="list-style-type: none">1. 具有倫理價值理念：是由法社會的法律倫理的共識所產生，2. 符合事理：符合規律標的（規範領域）的事物本質（事物邏輯）構造，而具有事物本質的合理性。 <p>公正的法律乃是經由各項合乎事理的原則的體系所產生（內在的體系）（Das inneres System）。</p> <p>Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl., 2015, §3 Rz. 10.</p>	<p>肆、「天人合一」之王道法學理論： 融合各大門派法學理論</p> <ol style="list-style-type: none">一、以概念法學理論作為基礎（邏輯體系之嚴謹性、精密性）：法安定性二、自然法學理論（天理、天道、地道，道家思想）：法應符合事物自然法則規律。「順理」為善，「悖理」為惡。（法合理性）三、利益法學理論（順人心，公平照顧人民利益及生活需要）：各方利益均衡原則，中庸之道（儒家思想）。利益衡量符合人情義理（自然法）。（法公正性）四、價值（評價）法學理論：利益天下蒼生，普渡眾生（法正當性）（佛教思想），倫理價值理念，從事物本質之道理導出（自然法）。追求「法之合理性」「利益安樂眾生」作為共同目標。價值相對主義容易誤入歧途。五、天地人三合一：王道法學理論，融合自然法、利益法學及價值法學。 <p>易經：各正性命，保合太和。致中和（營造祥和社會）</p>
--	---

我認為法學研究方法論有三個學派可以進入到「天人合一」的境界，所以我就用這三個學派來說明：一個是自然法學派、一個是利益法學派、一個是價值法學派。價值法學派是當代德國最流行的一個學派，可以說是新康德主義的一種學說理論。我剛才提到，價值法學派如果再追本溯源，到底要追求什麼價值呢？可能大家心目中價值不太一樣，但是有一個共通性，就是憲法基本人權的保障價值，憲法的基本人權要如何來解釋適用呢？這個時候你心中必須要有一把尺，這把尺就是合理性，而合理性就是講道理，就是道法自然。道法自然之後再上去是什麼呢？我最近去日本東京參訪，在書店裡面看到日本教授寫中國哲學史、中國思想史，把諸子百家古代那些思想史融入，其中一段話讓我蠻感動，他說宋明理學的這些理論，根源

來自於華嚴經，華嚴經的理論就是一種「事無礙」，「理無礙」，亦即事圓融、理圓融，然後「理事無礙」，「事事無礙」。這四個境界是唐朝杜順法師詮釋華嚴經的時候提出來的，這個杜順法師據說是文殊師利菩薩轉世來弘法，有歷史的公案討論到這部分。他提的這個觀點讓我嚇了一跳，我沒想到宋明理學的這些理論根源是來自於華嚴經的註解、來自於杜順法師對華嚴經的體會，因為華嚴經裡面有些地方我看不是很懂，它裡面提到：一即多、多即一。因為菩薩可以一身變多身、千萬身，然後千萬身又復一身，我很奇怪怎麼一變成多、多變成一呢？一直參不透這裡面的學問，原來它就是如來的意思，如來的意思是，色即是空、空即是色。你不要執著在空，也不要執著在色相，表象不要執著，一旦進入空性，也不要執著在空性，兩邊都不執著就兩邊都可以往來。要能夠跨越，你一定要不執著在一個地方，大家了解意思嗎？所以不要執著在價值法學派，不要執著在利益法學派，不要執著在自然法學派，你就全部大小通吃，因為已經融合在一起。它其實就是一種融合理論，打破就可以融合，你不要執著在哪個地方。比如你執著身為檢察官就是來打擊壞人，那天底下在你看來都是壞人。聽說有一個調查局的長官，因為辦案關係常常就用有色眼光看老百姓，有一天就精神失常，因為他心目中看過去全部都是壞人，因此就疑神疑鬼，久而久之心態也就有問題。這裡告訴我們，雖然作為檢察官或作為法官，但要注意不要一直用單一角度看問題，用單一角度看問題的時候自己會受傷，而且你可能看不出真相，因為被自己的角度擋住了。所以我們如何打開思維的空間角度呢？這就是為什麼要跟大家介紹自然法思想，用道理、合理性這個觀點，用事件本質的觀點，自然法思想它的源頭是事件本質。自然法思想有三個學派理論，早年是亞里士多德。事件本質就是老莊思想中道法自然這個學派，這個學派才是正宗，之後另外第二個學派是中古世紀宗教的自然法，宗教的自然法就是從聖經裡面看出自然法思想，按照聖多瑪斯·阿奎那的講法，聖經裡面上帝創造萬物，上帝創造萬物都有他的一個規則，等於是一種規範，這是上帝創造萬物的宇宙空間運轉的規律、運轉的規範，而人類生活只是整個大自然、整個宇宙空間的一部分，所以人類生活的這些規範要與上帝創造的遊戲規則無縫接軌，要融合在一起，它等於也是有天人合一思想。聖多瑪斯·阿奎那的神學大全，臺灣有把它翻譯成中文版，大家可以上網參考，還可以免費下載他的電子書。我最近也在研究聖多瑪斯·阿奎那的法律思想，他把亞里士多德的倫理學、哲學理論，跟神學也就是聖經的思想做一個結合，假設聖經它是一種天道、天理的理論，那麼亞里斯多德倫理學是人道理論，等於天人合一思想，他把天道跟人類如何良性融合做一些闡明，這是聖多瑪斯·阿奎那神學大全裡面主要的論述重點，我覺得蠻有參考價值，如果大家是基督教徒的話，不妨可以看一看，他裡面把聖經的理論又闡明得更清楚，談的也是一種「天人合一」，神學的自然法思想。接下來第三個學派叫做「理性的自然法」，理性的自然法談的是人類理性所具體化出來的自然法思想，因為它以人類理性作為自然法的出發點，就切斷了道法自然（有人說這是「沒有自然的」自然法理論）。本來自然法思想的二個重點，一個是按照「人類的本性」，一個是按照「事物的本質」，來展開法規範的設計，那按照人類的理性去設計就會碰到一個問題，人類的理性怎麼樣來理解呢？孟子講人性本善，荀子講人性本惡，談到人類的理性，意思是說人有一種良心理性，一談到良心，黑格爾就講，每個人心目中的良心不一樣，所以按照理性的自然法會產生一個盲點，大家根據的理性、根據的良知所看到的事情道理可能不太一樣，所以老子道德經講一句話是最好的，就是「道法自然」，意思是道理要建立在事件的本質上面，是客觀的事物本質，而不是「主觀的認知」。「良心」已經進入到主觀的認知，而道法自然是客觀存在那邊，客觀的規律，我們要格物致知，做實證的調查以了解事情的道理在哪裡，要撇開內心主觀的套路，進

入到客觀事物狀態去觀察，事件的特徵、事物的特殊性已經都客觀地存在那裡，我們只是想辦法去理解，一個人理解不了怎麼辦？我們就多幾個人集思廣益，看得會更清楚。

一、外國的立法例與判例、學說，可以協助我們發現事物本質的道理

如果國內學者專家集思廣益還是看不清楚事理，就找國外的大師來幫我們看，把外國的判例、學說、立法例拿來看，就像我剛剛講的，我們在做的員工認股選擇權是美國的制度，發源自美國，美國在員工認股選擇權的課稅上如何處理？把外國的立法例拿來看一看，就會恍然大悟，原來課稅的道理這麼簡單，原來事情的道理那麼清楚，那為什麼我們回到臺灣之後會格格不入，大家被財政部解釋的課稅方式搞得哀鴻遍野呢？原來在參考西方制度的時候，有一些好的東西沒有參考進來，只參考一半，另外一半好的沒有參考到，這樣就不好。所以如果我們要想一個投機取巧以發現事理的辦法，就是蒐集各國立法例，增廣見聞，來了解這個理論。我在人事局的時候，一上任我就先看看人事法令、公務員法令、世界各國的立法例是怎麼樣，我去查民國 83、84 年間銓敘部翻譯的一套世界各國人事法令彙編，我上任的時候已經是民國 97 年，當中已經間隔 15 年，15 年來沒有人在做這份工作，所以我一上任馬上指示同仁翻譯世界各國的立法例，來瞭解一下進步國家關於公務員的法律制度，包括退休、撫恤及整個權利義務關係都做個瞭解。比如司法院現在常常翻譯很多各國的憲法法院判決，例如德國聯邦憲法法院判決、美國最高法院的判例，或歐洲人權法院判決，這些判決其實對我們的法學研究或大法官解釋都有很大的幫助，參考人家對這個問題是怎樣去思維、怎麼處理，這個可以有很多的借鏡。我的意思是，進行比較法研究時要把重點擺在尋找「事情的道理」，當作是參考外國立法例的最高指導原則，而不是說哪個國家好、哪個國家不好，不是這個意思，要看那個國家的法律或者判例學說有沒有把事情的道理掌握得更好，如果掌握得更好，我們就可以參考。所以我們以自然法思想作為出發點，來瞭解事情的道理，而這事情的道理，有時候集思廣益也瞭解不了的時候，我們再去看看外國怎麼做，把事情的道理摸清楚，再制定出法規或法律解釋，我們做出的解釋就會更好。

二、法規應因時因地制宜，符合本土化的需求

當然有時候我們要考慮到本土化的問題，所謂本土化是指本國有特殊的國情、特殊的環境因素，有時候就不能將外國立法例或判例學說照單全收，事情的道理在一個大的國家中是這樣，在一個小國家中可能不太一樣，這個也有可能，像我看德國的立法例很精密，可是到了奧地利，因為奧地利是一個比較小的國家，人口好像不到 1,000 萬，小國的立法制度跟德國比較起來就大概打個六折，在德國很精關、規定得很細密，但我看奧地利的立法例寥寥幾句就簡單解決，為什麼？他可能沒那麼多人力、物力去設計這麼精密的東西，所以他的法律制度設計就會簡單化。我們大法官會議釋字第 275 號解釋，就是參考奧地利行政處罰法的故意過失問題，論證推定過失，那是奧地利的立法例，在德國立法例是行政機關舉證證明當事人的故意過失。所以我們要了解這個事情的道理，在整個實證研究的時候要注意到。

關於自然法思想，大家如果還搞不清楚，孟子講的一句話一看就清楚。孟子梁惠王篇裡面講：「不違農時，穀不可勝食也；斧斤以時入山林，材木不可勝用也」。意思是說，你要運用農業人口的人力物力，人家在春天耕種很忙的時候不要擾民，如果要徵用民力，也許可以利用農閒時期，不要在需要播種的時候把人民徵用去當兵、徵去做公共工程，結果沒有人種田，種田時機一過，當年豈不是要鬧饑荒。所以公共事

務的處理必須要無縫接軌，要跟農業的經濟活動無縫接軌。禮記裡面也有提到，古代的這些大官例如農業部長是如何處理？他要去考察山川地形、地貌，這個地方適合種植什麼作物？山坡地可能適合種植什麼作物？水田適合種植什麼作物？他去考察，把土壤的用途做一個使用分區的理解，瞭解各個地區的土壤性質適合種植哪些農作物，然後教導大家按部就班，等於他先做一個實證的調查分析，訂出農業的耕種規範，讓老百姓可以依此發揮更大的生產力。否則就好像我們說的「緣木求魚」，你到山上想要捕魚一定捕不到，因為魚不會在深山上。這個道理我們的老祖宗就摸索到，所以他們會先做一個實證考察，然後訂定農業的政策或是種植的規範。古代這樣的做法可以看出很有自然法思想概念，就是按照事情的道理來處理公共事務。（待續）

三、價值法學理論，應融入社會生活，並符合事理，以促進永續發展

法學方法論之學派理論（三）

四、價值法學派：強調法之「正當性」。

1. 「法律概念」蘊含「價值觀念」與價值判斷，
2. 以各項倫理原則建立法之內在體系：法應受「倫理價值理念及各項法律原則」之支配。
3. 法內在價值、社會內在價值（道德融合）、超越社會價值，法與全體國民之倫理道德價值觀念融合。符合當地文化水準與一般社會通念

價值法學理論強調法的正當性。法律概念有一些蘊含一種價值觀念、價值判斷，價值法學理論比較強調法的內在價值體系，法規應受倫理價值理念以及一些倫理性法律原則的支配。價值法學理論有三個學派，有一個學派是「法內在價值法學理論」，就法論法，德國法理學者拉倫茲（Larenz）教授，認為法律研究應就法論法，也就是在「法的體系內部」去談它的價值理論，跟凱爾森的理论很類似，凱爾森理論建構法規統一在整個憲法的規範體系架構裡。法律人對拉倫茲(Larenz)教授這個理論都蠻可以接受。另外一個學派是「社會內在的價值法學理論」，這是德國法學者葉瑟（Esser）教授的理論，他認為法是一個社會規範，所以應該放在整體社會裡面去觀察法的位置，意思是法的制度、解釋適用應該要跟社會價值、社會通念、社會生活習慣及交易習慣無縫接軌，跟社會的倫理價值觀來無縫接軌，所以葉瑟（Esser）教授的這個法的價值理論，變成一個「社會中之法」，社會中的法律就是把法律放到社會裡面，等於社會規範的一部分。

最後是「超越社會的價值法學理論」，這是齊佩利烏斯（Zippelius）教授的理論，。這個教授的理論就有點進入「天人合一」思想，他說這個價值理念不只進入社會觀察，要進入到整體的宇宙空間去觀察，所以會變成超越社會，德國有學者把它稱為超越社會的價值法學理論。超越社會的價值法學理論已經進入到宗教哲學、進到心靈層次，宗教是一種心靈的修煉，這個已經是用人類的自然社會跟靈界的互動關係，把宗教思想的倫理價值理念融入到法的價值裡面來，所以這個理論就進入到天人合一思想，雖然他沒有使用天人合一這四個字，但是他所描述法的價值理念的境界是進入天人合一思想。

我最近研究諸子百家的法律思想，發現歸納出來，諸子百家不管是韓非子、荀子、孟子或者老莊，到最後有一個共通性，都在談「天人合一」。這個價值的三個理論，其實也代表著我們在看問題時要打開心胸跟眼界，心目中不要只看到這個法條，不要只看到刑法，還要看到民法、憲法，看到憲法還不夠，要看到整個國家社會的需要是什麼？能不能福國利民？還要看到上帝的旨意，意思是這樣。雖然我不是信仰上帝，這只是個比喻，你要看到上帝的旨意在哪裡，也就是整個宇宙空間、人類社會要能夠共存共榮，它的合理性在哪裡？到最後就是現在企業所推動的 ESG（ESG 分別是環境保護（E，Environmental）、社會責任

(S · Social) 以及公司治理 (G · Governance) 的縮寫，是一種新型態評估企業的數據與指標)。企業的永續發展，它裡面很多理論就是「天人合一」思想，天人合一思想在企業經營的價值理念運用，也就是說，企業要講究道德，而這個道德要能跟社會融合，不要危害社會，企業不要生產黑心食品來危害大家，賺該賺的錢，但不要傷害到別人，是吧？如果共存共榮，企業生產商品提供給消費者使用也是在做功德，滿足大家的生活需要也是很好，但要賺合理的錢，不要變成黑心商品，不要虛偽的不實標示，在商品上標示什麼天然的，然後實際上都是人造的。我們希望大家做事情要講道理、要有倫理，這個是企業倫理。我們法律倫理也是如此，我一直認為我們的法律倫理學有點走偏，法律倫理學一直在談迴避利益衝突，那已經是芝麻蒜皮小事，更重要的是這個法律倫理，整個法規範的構造要符合天人合一思想、要符合整體人類社會合理發展的方向，這個才是法律倫理的最高境界，而不是只談論要不要迴避利益衝突。如果是一個公正的人，就是利益衝突不迴避他也可以很公正的處理；如果碰到不公正的人，就算沒有利益衝突，他照樣處理不公正。所以我的意思是，迴避利益衝突，不是不重要，但重要性沒有強化到那麼重要。整個法規範、法秩序，包括立法面、執行面，還有司法審判、律師執業，整個法界的秩序，應該要營造一個合理化、倫理的方向。所以天人合一思想其實是一種倫理學，是一種法的倫理學，或者是一種跟整體人類社會能夠共存共榮、永續發展的倫理學。這個是我們在談論價值法學理論，討論這些倫理價值的時候，不要忽略「道法自然」這個方向，這些價值還是要進入到倫理的境界。

這個價值導向思維，比如說租稅法定主義、罪刑法定主義，還有責罰相當原則、罪刑相當原則，許多價值理念背後有它的道理，所以在研究價值法學理論時，如果只談到這個價值就結束那還不夠，還要再深入探究背後的道理，這個價值法學必須要建立在利益法學上，利益要衡平，然後還要進入到自然法的合理性、事情道理的合理性。

社會內在之評價法學：本國文化價值觀融合

1. 社會中之法：與人類社會文化相融合，符合人類社會生活需要之法（龐德：社會法學理論），日本政教分離之判例：政府參與一般性宗教活動，如果屬於「社會民俗文化」與「風俗習慣」之一環，應予以尊重；
2. 習慣導向之法：行政法規解釋尊重當地文化與交易習慣，避免與之對立、矛盾。人類生活習慣，常反應人民生活正當需要

有關社會內在評價法學，最近看日本最高法院一些裁判，日本因為憲法規定政教分離，但日本很多中央或地方政府的官員，有時候會去參加一些宗教儀式活動，人家就質疑是否違反政教分離原則？日本最高法院裁判認為：如果這些宗教性的活動只是整個社會文化生活的一部分，例如民俗節慶活動，這些政府官員去參加，也只是參加一種世俗的節慶活動而已，所以並沒有違反政教分離原則，這是從社會的一般通念，認為這是社會的一種生活文化習慣、一種民俗節慶活動，等於是參與一個文化活動，用這個角度來觀察這個法規範如何解釋。法規範可以從嚴解釋，也可以從寬解釋。日本最高法院的判決，就是從社會文化、風俗習慣、節慶文化等活動角度以及一般社會通念，來觀察這個法規範如何解釋，它在某種程度也是進入到葉瑟(Esser)教授所談的社會中之法。法規範不是獨立存在，並不是純粹的邏輯解釋而已，還要從社會文化、

生活習慣來觀照。我們的最高法院也有創造出一些判例、判決，提到「社會相當性原則」阻卻違法，符合社會相當性，在法律上的評價等於是合理的範圍，在合理範圍就不要繩之以法。日本最高法院這個判決讓我印象很深刻，他們在思考法規範解釋並不是純粹就法論法，而已經進入到社會文化、生活的面向來觀察法規範應如何跟社會文化融合、無縫接軌，這個是蠻有意思的。

價值（評價）法學理論2

- 憲法基本人權及價值理念
- 各個部門法領域（或個別法律）之指導原則
- 事物本質導出之倫理性原則

法學方法論之學派理論（四）

- 法教義學（法釋義學）理論：融合「概念法學派」與「價值法學派」理論
- 一、概念論證：法律規範及法律概念之精確適用（概念法學）
 - 二、體系論證：建立金字塔之法體系
 1. 以邏輯觀點進行類型化、系統化與體系化，建立法之「外部體系」（外在形式美）
 2. 以基礎法律原則（倫理性價值原則）建立法之「內在體系」（內在美）。
 - 三、理論特色：融合「概念法學派」與「價值法學派」理論協助解決個案問題，「結果導向」、「因果關係」之法學（功利主義），以利益眾生，伸張正義。

價值法學理論就是一種社會內在的評價法學，我的一本法理學的書有整理剛剛提到的三個學說，拉倫茲(Larenz)教授的法內在評價法學；葉瑟(Esser)教授提的社會內在評價；還有齊佩利烏斯(Zippelius)教授的超越社會的評價法學。評價法學理論如果把它具體化，有三個面向，基本人權的價值，各個部門還有一些法律的指導原則、事物本質的一些倫理性原則，還有一個法理學理論叫做法教義學、法釋義學，法釋義學大概是融合概念法學跟價值法學理論，一方面建構一個精密的法律概念、法律規範、條文，一方面建構一個金字塔的法律體系，以這個倫理價值的原則來建立法的內在體系，它融合了概念法學跟價值法學，依此解決個案的問題，當然也希望能夠有一些通案透過這個法體系去發展創造新的法則規律，這個就是當代德國的法教義學。

四、概念法學理論，應與價值法學理論及自然法思想融合

正義的法體系理論：上「通」天理 下「達」地理

一個正義的符合法律社會一般可以接受的法體系，必須植根於符合事理的（事物本質的道理的）價值判斷的基礎，此一價值判斷：

1. 具有倫理價值理念：是由法社會的法律倫理的共識所產生，
2. 符合事理：符合規律標的（規範領域）的事物本質（事物邏輯）構造，而具有事物本質的合理性。

公正的法律乃是經由各項合乎事理的原則的體系所產生（內在的體系）（Das inneres System）。

Tipke/Lang, Steuerrecht, 22. Aufl., 2015, §3 Rz. 10.

正義的法體系、良好的法體系，要上通天理，下達地理。上通天理是說，假設人類的人性尊嚴的價值、基本人權的價值裡面有天理的一個精神色彩的話，那麼下達地理就是要符合事物本質的規律。這個正義法體系的理論，在德國稅法的權威教科書有提及，我稍微整理它的條文內容，就是一個正義的、符合大家可以共同接受的法體系，這個體系的立論基礎必須要符合事理的價值判斷，這個價值判斷有二個，一個是符合倫理價值理念，一個是符合事情的道理。我記得黃茂榮教授上課時候曾說過，我們念法律的人要「上『通』天理，下『達』地理」，就是「上通得了天、下著得了地」，念法律的人最怕的是懸在半空中，

上通不了天，下也著不了地，浮在半空中。概念法學就是浮在半空中，因為概念法學一定要再融入到價值法學才上通得了天，融入到自然法學才能夠著得了地，要跟事物本質連結就對了，意思是說「樹頭站得穩，就不怕樹尾颳颳風」，樹頭站得穩就是法一定要融入跟事件的道理結合，所以法一定要建立在情理的基本之上。我以前當律師做辯護的時候，除了談法律，我更常從情理的觀點、從利益狀態的觀點去分析為什麼當事人是有道理的，他的利益狀態、價值理念是什麼？或者從量能課稅的觀點來看，當事人沒有獲得所得，要課所得稅的錢從哪裡來？錢不可能從天上掉下來，一定要賺到錢才繳稅，如果一個遊戲規則說沒有賺到錢也要繳稅，那就有問題了。

肆、「天人合一」之王道法學理論： 融合各大門派法學理論

- 一、以概念法學理論作為基礎（邏輯體系之嚴謹性、精密性）：法安定性
 - 二、自然法學理論（天理、天道，地道，道家思想）：法應符合事物自然法則規律。「順理」為善，「悖理」為惡。（法合理性）
 - 三、利益法學理論（順人心，公平照顧人民利益及生活需要）：各方利益均衡原則，中庸之道（儒家思想）。利益衡量符合人情義理（自然法）。（法公正性）
 - 四、價值（評價）法學理論：利益天下蒼生，普渡眾生（法正當性）（佛教思想），倫理價值理念，從事物本質之道理導出（自然法）。追求「法之合理性」「利益安樂眾生」作為共同目標。價值相對主義容易誤入歧途。
 - 五、天地人三合一：王道法學理論，融合自然法、利益法學及價值法學。
- 易經：各正性命，保合太和。致中和（營造祥和社會）

我覺得德國這個稅法的教科書，由 Tipke 教授與 Lang 教授合寫的教科書，也摸索到「天人合一」的道理，當然沒有使用天人合一這四個字表達。那我自己將這四個門派，以概念法學理論做基礎，那個邏輯體系是很嚴密的，然後融合自然法學理論、利益法學理論、價值法學理論，融合後變成天地人三合一。天地人三合一就是一個「王」字，這就是「王道法學理論」，另一種表達是「天人合一的思想」，因為天地人三合一太長，所以簡化成天人合一思想。

法律解釋、適用之方法論概說

- 一、法律解釋方法論（解釋過程）：文義、體系、歷史、目的、合憲性因素
- 二、法律漏洞補充方法論：類推適用、目的性限縮、擴張，舉輕明重、舉重明輕
- 三、法律適用方法論
 1. 行為時法原則
 2. 行政法規實體從舊、程序從新原則
 3. 信賴保護原則：不溯既往原則與過渡期間條款（釋字第525號）
 4. 從舊從輕原則（刑罰）、從新從輕原則（秩序罰）
 5. 不真正溯及既往理論：概念法學思維模式，法規構成要件「全部實現時」之法律為準

「結果導向」之法律解釋方法論

解釋之衝擊影響評估，合理化：

1. 解釋結果對於國家社會之良善發展引導作用
2. 解釋結果對於經濟發展、社會教育文化等各面向、環境保護永續發展之影響
3. 符合成本效益（法律經濟分析）
4. 確保解釋結果之合理性、正當性
5. 掌握充分資訊，調查了解各方利益狀態，事件合理性（實質政策分析與制定，扮演立法者角色）
6. 大法官解釋、指標性重大案件之解釋、通案性行政函示

法律解釋適用裡面，有所謂的文義解釋、體系解釋、歷史解釋、目的解釋、合憲性解釋。陳愛娥老師翻譯的拉倫茲(Larenz)教授的書裡有提及，當代德國現在最流行的解釋方法論就是這幾個。法律漏洞補充、類推適用、目的性限縮、擴張解釋、舉輕明重、舉重明輕，這些大概也都有。有一個是不真正溯及既往，這個稍後再講。另外一個解釋方法論叫做「結果導向的解釋方法」，剛剛講過，結果要能夠利益眾生，並福國民民，要符合成本效益及合理性。我個人贊成這個解釋方法論擁有這麼多的要素，裡面有一個很重要的部分是「結果要合理」，不管怎麼解釋，如果解釋的結果是傷天害理就不對，應該要有這種合理性。拉倫茲(Larenz)教授是用合憲性做控制標準，意思是解釋的結果不要違憲。另外一個講法就是，不但不違憲，

還要合理。那合理當中，我覺得客觀目的解釋很重要，因為客觀目的解釋代表它上通得了天、下走得了地。客觀目的解釋有兩個要素，一個是它符合整個法的價值體系的倫理原則；第二個是符合事物的構造、事情的道理，就好像莊子庖丁解牛，庖丁解牛的故事給我們一個啟發，就是做事情如果符合道理就會很順暢。莊子的庖丁解牛是說，按照牛的構造將牠解剖，刀子都還可以保持鋒利狀態，並沒有受到任何傷害，那代表什麼意思呢？你不會去到切骨頭，因為他按照牛的構造去處理，這個就是無縫接軌，是刀子的無縫接軌，讓肉可以很自然地分離，刀子不會受傷，這是很高的境界。所以我覺得莊子的理論思想已經進入到金剛經的境界，進入到般若心經的境界，大家看般若心經如果看不是很懂，看金剛經看不是很懂，你回頭去看看莊子，再回來將兩者印證一下，你會發現到，莊子已經進入到金剛經的思想境界。所以我們研究道家的理論，要用佛經的理論來看它；看佛經的時候，要用道家理論來看它，就會看得更清楚。儒家思想後來為什麼能夠往上提升？在漢朝的時候，很多儒家思想的大師是接受並吸收道家理論之後，才讓儒家思想更豐富起來，所以在漢朝時很多的名著，例如黃帝內經等一些思想理論也是吸收道家的思想。你看孔子不是有一次還去拜會老子跟他請法，所以孔子也是老子的學生，老子給他傳法之後，讓孔子的思想境界往上提升，因為孔子的思想就是在人類的倫理學範圍，可是人類倫理學還有更高的指導原則，那個指導原則就是道，就是老子傳的那個道，道的更高指導原則就是佛經講的成佛之道的境界，是菩薩的境界。

「利益法學理論」導入法律解釋、適用之方法論1.

- 一、對等正義：雙務契約之交易正義、等價（對價）原則、受益負擔原則、損害賠償，不當得利之返還
- 二、數個利益（法益）衝突時之比較衡量
 1. 各項基本人權相互衝突時，進行利益衡量：新聞自由與隱私權之保障之衝突：新聞採訪者於有事實足認特定事件屬大眾所關切並具一定公益性之事務，而具有新聞價值，如須以跟進方式進行採訪，其跟進倘依社會通念認非不能容忍者，即具正當理由，而不在首開規定處罰之列（釋字第689號解釋）。
- 三、法律適用之整體性及權利義務之平衡，不得任意割裂適用（釋字第385號解釋）
- 四、實質課稅原則（按照實質經濟利益課稅原則）、量能課稅原則
- 五、罪罰相當原則、責罰相當原則：應報主義
- 六、衡平法理：避免發生顯失公平結果

立法學的導論，以契約來講有對價、等價、損害賠償這些，當利益衝突的時候，要做利益的衡量，就權利義務要做一個利益平衡的兼顧。最近研究黑格爾的法律思想，他在談處罰的罪罰相當時，黑格爾主張：犯罪行為人侵害的法益有多嚴重，處罰也要對等，這是罪刑相當原則或稱責罰相當原則。就是當你傷害人家的法益有多嚴重，那自己的處罰也要相當，所以殺人為什麼要償命？你殺害一條性命，當然要用一條命換他，所以殺人償命是天經地義、符合天理的，因為利益法則衡平的結果就是殺人要償命，所以不要殺人就不用償命，如果不是殺人就不要判處死刑，不是殺人卻要判死刑，這個就有點過度。所以它是一種對等關係，對等關係在佛教裡面就是因果報應，種什麼因得什麼果，有時候你會發現佛教講因果報應的關係還蠻可怕的，種一個很小的因，就得一個很大的惡果出來，因果報應的循環有時候真的超出可預測範圍，有些人做一件小的壞事，居然產生很大的因果報應結果出來。所以佛教強調要種善因，盡量避免種惡因，因為可能產生無量無邊的、不可預測的結果。當然我們的刑法理論採相當因果關係，不會有無量無邊的結果跟懲罰，它透過法規管制，透過評價法學理論之後，通過價值、通過可歸責性來界定它的相當因果關係

及要承擔處罰的責任範圍。所以承擔處罰責任範圍這個部分又進入到評價法學，評價這個人的可歸責性到哪裡，處罰就只能到那裡。法律的責任跟宗教的道義責任並不相同。

五、政府應注重道義責任

如果從宗教的道義責任來看法律，尤其像民法，比如說你傷害到人，應該要損害賠償；你不當得利，總應該返還。以前國家賠償法規定五年即消滅時效完成，如果採權利絕對消滅說，那時效完成後政府連一毛錢都不用賠償；所以我們採「抗辯權說」來衡量，如果你自知理虧，確實有鐵證如山證明你是加害人，就應該承擔起道義責任，而不要行使抗辯權，所以抗辯權的設計是符合人世間的公理正義，符合上帝的法則及因果關係的規定。如果種一個惡因傷害別人，結果請求權兩年期間超過就不理會你，那當事人就產生損害，所以我比較主張我們政府要負起道義責任，如果政府都不講道義，那老百姓更不講道義。一個社會如果不講道義，那是資本主義社會的弱肉強食，這不是人類和諧社會應該看到的現象。所以政府要講道義，不要行使抗辯權並給予人民賠償，我覺得這是合理的，如果事證很明確，政府就不要行使時效抗辯，所以國家賠償法採取抗辯權說是有道理的。德國行政程序法，人民對政府的公法上請求權不是採權利絕對消滅，而是採取抗辯權說，所以德國的行政程序法是講道義的。臺灣的行政程序法不講道義，它採權利絕對消滅主義，時間經過就對不起、不理你。採權利絕對消滅說應該是政府對人民，例如政府對人民課稅，不能因為老百姓不知法律、不知採取時效抗辯，你就向他收稅，如果他知道時效抗辯你就不收稅，這對老百姓不公平。所以在德國的租稅通則，政府對人民行使租稅債權是採權利絕對消滅主義，可是反過來，老百姓對政府的公法上請求權，德國行政程序法的通說是採取抗辯權主義，跟民法一樣。因為抗辯權主義代表你雖然沒有法律責任，但你有道義責任，你有道義責任的時候，就要摸著良心看看，是不是這個案子多少要部分賠償，不要說一毛錢都不給，明明人家確實是受害人。我們的轉型正義在談過去幾十年的案子也要給予賠償，這個就是一種道義責任，轉型正義是種道義責任，但是反過來不應該人民已經死亡還繼續追查，曾經我們有一個條例說年資可以併計，現在卻追查過去黨職併公職、公職併黨職的退休金，這個是惡法，這是法律追溯既往對人民做出不利的處理，違反現代法治國家人權保障的基本原則，法律怎麼可以追溯既往沒收人民財產呢？追溯既往必須有正當性、合理性。如果是重大侵害人權那要追究，回歸道義責任，但這給公務員利益哪有侵害人權？那是黨國一體時代延攬人才並讓人才流通的做法，這個做法本身沒有什麼對錯，甚至以人力資源管理的角度上來看才是對的，人才的流通有助於國家社會，以時代的角度來看，當年這個法律制度的設計有善用人力資源的優點。我當然認為黨、國應該要分開，不要結合在一起，但那是事後價值判斷的改變，你不能否定過去它確實是一個好的制度，這種價值觀的改變不能追溯既往。我記得德國的行政法院或是聯邦憲法判決曾提到，價值觀改變時，如果對人民有利，就用最有利的觀點來處理過去案件。我的行政訴訟法書籍裡有引用到這個裁判基準時理論，到底應該適用行政處分做成時，或是裁判時的觀點？原則以裁判時為基準對當事人更有利，因為人權觀念不斷地推陳出新，對人權的保障更卓越，用新的觀點對當事人是比較有利，所以認為應該採裁判基準時，以裁判時的見解來處理案件。

德國有時候也會採行政處分時說，按照行政處分當時觀點來判斷它的合法性，但我記得在驅逐出境案件，德國是從人權保障觀點來看，採裁判時說來保障這個當事人的權益。所以通常法律追溯既往，是要糾正過去的不公不義，不是拿轉型正義來侵害人權，而是要回歸社會的公理正義，所以我們轉型正義有些地方是做過度的，不應該這樣處理，不能追溯既往。追溯既往就違反價值法學理論、違反法律不溯及既往原則，

法律不溯及既往原則的唯一例外是對人民有利時才可以追溯既往。另外一個例外就是面對傷天害理的事，這個是替天行道，但像是過去退休金的計算並不算是傷天害理的事。如果是傷天害理的事，我們才突破時效而去追溯，等於是一個道義責任，面對道義責任都要補償，所以對於 228 事變的受害者需要補償，還有戒嚴時期有些因為匪諜條例的受害者要補償或改判無罪，還他們一個公道，這是對當事人有利的。如果是對當事人不利，還是需要慎重一點，古代面對人神共憤的案子，即使那個人已經死亡也要鞭屍一下，如果不是這種人神共憤的案子，應該還是要回歸到法的安定性，因為已經沒有所謂的正義可以追求，當然這算是一種利益衡量，有時候我們的利益衡量可能有些偏差，也許是因為政治的考量而不是純粹從法的觀點來衡量。

六、行政法規應注重各方利益平衡

「利益法學理論」導入法律解釋、適用之方法論2.

- 行政處罰之利益衡量論：處罰效果愈嚴厲，對應構成要件行為侵害法益之危害性愈重大（衡平法理）
- 法益侵害之比較衡量：抽象危險犯、具體危險犯、實害犯
- 處罰必要性：比例原則，刑罰謙抑原則，一行為不二罰原則
- 罪刑相當原則：責任程度原則。因果關係之可預測性以及可非難性
- 違法搜集證據有無證據能力：人權保障與公共利益之比較衡量（91台上2905）。

從利益法學理論的利益衡量來看，處罰效果如果越嚴厲，那表示其構成要件所指涉的法益危害性也要越大，以使法益平衡。我們不要用大砲打小鳥，以符合比例原則。過去在看利益衝突迴避法，有些案例就是法重情輕，處罰可能達到 100 萬，但案子的違規情節其實非常輕微，這樣要罰 100 萬其實罰不太下去，想想公務員一個月薪水才多少，罰 100 萬豈不是要他一年都不要吃飯嗎？所以我們廉政署也蠻悲天憫人的，就說因為你不諳法令，我可以漸減到罰 1/3，我覺得蠻好，當時在行政院訴願會看到這案子，我都覺得蠻值得同情，所以我覺得廉政署做得很好，當然有人會質疑，難道他真的不知法律嗎？但是從另外一個角度思考，處罰那麼嚴厲的目的是在釣大魚，所以理論上如果處罰很嚴厲，構成要件的解釋就不可以無量無邊的擴張，應該要限縮解釋。法律規定既然這麼嚴厲，對應的構成要件危害性，也就是損害公益或侵害法益也要很高，如此才能對等，否則比較容易傷及無辜，過去對於傷及無辜的案例會將處罰打個折，例如 100 萬的 1/3 折是 33 萬左右，假如公務員月薪 7 萬元，也罰到超過 4 個月的工作薪水；有些過失犯，例如打考績，打考績都是例行公事，只是忘記哪個地方不要蓋章，一蓋章就值 100 萬，這個法規是不是太嚴苛了？這時候我們就透過構成要件的解釋讓法規鬆綁，不要綁那麼緊，綁太緊就變成酷吏。所以如果從價值法學理論來看，根據保護法益的價值有多高、侵害法益的價值有多高，構成要件也應該要有一個合理的調整，這樣的處罰跟構成要件才會合乎比例，所以處罰的時候要注意到比例原則。比如這個案子可以用行政秩序罰來處罰，就不一定要移送法辦以刑事來制裁，因為有些案件類型，其實是情有可原，它可能只是程序瑕疵，惡性沒有那麼重大，損害的法益也很輕微，或者根本沒有發生損害法益的情況。在這裡利益法學理論其實讓我們再去回顧一些法律概念的制度設計，有些地方可能沒有那麼周延，可能就需要讓法規鬆綁一下，如果綁得太緊就會造成不合理，而一個法如果規劃不合理，遵守起來就很困難，這個是處罰的必要性。

七、不真正溯及既往理論，應符合憲法基本價值以及利益平衡

「價值法學理論」導入法律解釋、適用之方法論

1. 客觀目的解釋：導入倫理性原則以及事物本質之道理
2. 法律漏洞補充：平等權要求類推適用、舉輕明重、舉重明輕、目的性擴張。
憲法上比例原則目的性限縮
3. 法律之適用原則：信賴保護、利益衡量
 - a. 行為時法原則、從舊從輕原則：期待可能性及信賴保護之要求
 - b. 不真正溯及既往理論之界限：利益法學及價值法學思維模式。公益與私益平衡，兼顧人民信賴保護利益
 - c. 行政法規變更之過渡期間條款（釋字第525號解釋）：行政法規變更，公益與私益平衡，兼顧人民信賴保護利益，設定過渡期間條款。信賴保護原則之要求。
 - d. 解釋令函之變更與信賴保護：視捐稽徵法第1條之1

「概念法學」與「利益法學及價值法學」觀點之差異：以不真正溯及既往為例

- 一、概念法學思維模式：釋字第620號解釋理由書：「新法規範之法律關係如跨越新、舊法施行時期，當特定法條之所有構成要件事實於新法生效施行後始完全實現時，則無待法律另為明文規定，本即應適用法條構成要件與生活事實合致時有效之新法，根據新法定其法律效果。」
- 二、利益法學及價值法學之思維模式（德國聯邦憲法法院見解）
 1. 繼續性事實或繼續性法律關係，如具有可分性，應「分段適用」新舊法，以衡平新舊法之當事人利益，無人佔新法或舊法之便宜（不當得利）。
 2. 如具有不可分性，必須「整體適用」時，應依據「信賴保護原則」以及「期待可能性原則」，判斷新舊法何者應優先適用，進行比較「利益衡量」：舊法之信賴利益與新法之公共利益之比較衡量。

價值法學也一樣，價值法學理論就是客觀目的解釋，剛剛講的法律漏洞補充，還有像是大法官的不真正溯及既往理論。關於不真正溯及既往理論我覺得過去實務有點偏差，我們用概念法學思考新舊法規範，當繼續性事實關係或者法律關係橫跨新舊法的時候，當構成要件於新法施行後完全實現時，就全部適用新法，這是概念法學的思維模式，包括有關年金改革的大法官解釋就是採取這個思維模式，但這個思維模式其實是有問題的，為什麼？如果從利益狀態觀察的話，這個法律關係、事實關係具有可分性，那新舊法應該要「分段適用」。比如大法官釋字第 620 號解釋是針對夫妻財產制，夫妻財產制度新法跟舊法不一樣，最高法院及最高行政法院採分段適用，採分段適用比較合理，就是在舊法時代就用舊法去算夫妻財產，新法時代就按照新法來計算，採分段適用。退休金也一樣，假設退休金法律修改，過去的退休金就按照舊制，新制的費用就按照新制，也就是新制開始施行後的勤務關係、勞動契約關係才按照新制，新舊制分段適用，這樣雙方當事人都沒有誰佔便宜或誰吃虧，現在採一個不真正溯及既往，一輩子的退休金把它追溯既往，這就顯失公平。如果是對人民有利那還好，假設是對某一方不利，他又不是上帝，怎麼知道三十年後會變成這樣？所以我覺得大法官對於年金改革的解釋，使用概念法學的思維模式認為構成要件全部實現的時候就全部適用新法，顯失公平。以稅法為例，我們年度所得稅是在當年 12 月 31 號晚上 12 時發生，構成要件全部實現是在這個時點，假設今天立法院到 12 月間修法說要增加很多的納稅義務，那人民生活的期間大部分都在舊法時代，怎麼到新法時代才隔幾天，就要不真正溯及既往，這就顯失公平。所以現在德國聯邦憲法法院已經不採這個看法，我們大法官解釋的看法是德國聯邦憲法法院所不採納的、舊的見解。我們臺灣在繼受外國立法例的時候，繼受到陳舊的見解，現在沒有人這樣講。在我的稅法總論那本教科書，引用德國聯邦憲法法院 2010 年的裁判，裡面提到不真正溯及既往還要進行利益衡量，當事人的信賴利益或是維護適用新法的公共利益，二者要衡量，大部分情況下新法的公共利益沒有強到要超越人民的信賴保護。稅法講的只是一個年度，今天年金改革是三十、五十年，人家一輩子工作三十年退休，現在才講說對不起，以前講的全部都不算，弄一個不真正溯及既往來正當化，實際上就是溯及既往，傷害人民的善意信賴保護，公務人員的生命沒有辦法從二十歲再重新活起，這個部分已經無法回復原狀，而信賴保護就在談論，人民的生活安排已經沒有辦法恢復原狀，所以要保護他既有的利益，因此年金改革可以進行，但制度的設計應該要漸進性，或採用剛剛講的分段適用，分段適用是假設過去二十年是舊法時代任職期間就按照舊法，在新法時代任職期間就依照新法，這樣的話就算想再換個職業也還可以，不能人家工作一輩子都退休，才來改革，採用不真正溯及既往來正當化全部，世界上沒有這種道理。我在東吳法律學報發表過一篇文章：「行政法上實體從舊與程序從新原則及法律不溯及既往原則」（東吳法律學報 / 第 31 卷 第 2 期 / 1-45

頁) , 討論實體從舊、程序從新原則, 以及法律不溯及既往, 探討不真正溯及既往理論, 整理德國跟日本的判例、學說。

這個不真正溯及既往的理論, 某位前任大法官極力主張, 因為我的見解跟這位大法官完全不一樣, 有次私下我請教這位老師的理論是從何而來? 她說拉倫茲(Larenz)法學方法論的教科書有寫, 也就是陳愛娥老師翻譯的那本, 可能是我自己學藝不足, 沒有看到。不過基本上不真正溯及既往的理論, 是「概念法學」的思維模式, 還要再進入到「利益法學以及價值法學理論」, 利益法學就在談論「利益衡量」, 談論信賴保護利益與公共利益之爭, 兩邊如何兼顧, 如果時間拉長, 人民的信賴保護利益就會很強。這也涉及價值法學理論中的憲法上信賴保護原則。我記得日本有一個判決, 說如果今天立法者是三月公布新修正的所得稅法而要追溯到元旦適用, 因為不真正溯及既往期間只有三個月, 考量一年有十二個月, 十二分之三還沒過半數, 所以還可以忍受。所以時間公布的越晚, 人民的信賴保護就要越強, 也就是說, 新法時間公布的越晚, 信賴保護就會大於公共利益。過去財政部的做法還不錯, 是採「分段適用」, 過去所得稅法曾經就退休金給付課稅修法, 例如在六月修法, 他說六月以前退休的部分照舊法, 六月以後退休的部分照新法, 採用分段適用盡量不要誰占誰的便宜。所以不真正溯及既往違反利益衡平理論, 還有違反信賴保護原則, 因為信賴保護原則是憲法原則, 不能違反憲法的原則, 所以不真正溯及既往理論有它的瑕疵。這個理論是有危險的, 而且現在德國聯邦憲法法院判例也沒有採納這個理論, 我們在跟國際接軌時, 自創一個不真正溯及既往理論來正當化一切, 實質去追溯既往, 這個是有問題的。

八、概念法學的思維方法, 仍須依賴價值法學理論導正

「概念法學」與「利益法學及價值法學」觀點之差異：
以緩課股票拍賣所得之計算為例

法規範：未分配盈餘轉增資發行股票，股東暫緩納入所得課稅，將來股東轉售該股票時，再按照轉售價格課稅，如轉售價格低於面額時，以轉售價格為準。

案例：某甲取得乙公司發行未分配盈餘股票，面額三億元，某甲於取得年度暫緩課稅，數年後乙公司倒閉，甲亦倒債，其持有之股票被法院查封（存放集保公司保管）並拍賣，拍賣金額2千萬元。某甲之所得應如何計算？

1. 概念法學理論邏輯推論思維模式：「查封時」轉讓股票與集保公司保管，此一「集保寄託」並非「買賣」，故應以股票面額三億元計算所得。應納所得稅額一億元。（侵犯生存權或財產權之「絞殺性課稅」）
2. 利益法學及價值法學思維模式：本案被「拍賣」股票，其銷售價格為二千萬元，某甲實際上僅獲利 2千萬元，故應以拍賣金額（市價）為準，以符合實質課稅及量能課稅原則。

概念法學的思維會有一些盲點, 我這邊舉個例子 - 未分配盈餘轉增資的緩課股票, 這個緩課股票面額有 3 億元, 然後立法者很善意地規定, 如果緩課股票將來轉讓出售的時候低於面額, 就以買賣交易價格為準。這個案子有趣的地方是, 因為該公司倒閉, 緩課股票被查封拍賣, 只賣得二千萬元, 如何課稅? 過去曾經有判決認為應以查封時 (轉讓集保公司保管) 作為課稅基準日, 結果查封時沒有買賣所以沒有交易價格, 因此就解釋認為應以面額 3 億元計算所得, 應課徵所得稅 1 億 2 千萬元。實際上這個案子的事物本質不在查封, 其目的是在拍賣, 查封的目的是要拍賣, 所以拍賣等於是買賣的一種, 既然是買賣的一種, 拍賣的交易價格是 2 千萬元, 你就用 2 千萬所得課徵所得稅, 現在你用 3 億元計算所得課稅, 所得稅要繳納 1 億 2 千萬元, 等於拍賣的價額全部送給國稅局還不夠, 這在德國稅法上有一個名稱, 叫做「絞殺性課稅」, 簡單來講就是把人民財產全部沒收充公, 是一種過度侵犯人民財產權的違憲課稅方式。這個案子, 沒收充公還不夠, 人民還要傾家蕩產來繳稅, 就是「顯失公平」。一個法律解釋到顯失公平, 代表我們的法律或

法律執行有問題，如果我們的法律沒有問題，那就是財政部的解釋令函、行政法院的判決有問題，為什麼一個法律見解不採拍賣時說，而採查封時說呢？查封本身，不會實現所得，所得是買賣之後才會進來，查封只是交付集保公司「保管寄託」而已，怎麼會產生所得？比如東西放在倉庫裡都沒賣，怎麼會有所得？所以這個裁判解釋的邏輯演繹推論「明察秋毫，不見輿薪」，違反所得實現原則以及量能課稅原則。這個查封移轉法律概念的操作、邏輯推論是有問題，所以為什麼說概念法學有危險性，當純粹用邏輯推論的時候，會不知道推論到哪裡去，這是典型的概念法學派，推論進入死胡同，沒有通情達理，這個地方我覺得是有問題的。

九、故意違反已經知悉的法律上義務，才成立故意犯

行政法上義務之認識

- 一、行政法規多如牛毛，人民尤其營業人有知悉「法規」義務，並無知悉解釋令函（行政規則）之義務。
- 二、諮詢專家義務：
- 三、選任監督義務：防止違規之義務
- 四、不知法規所課予之義務，導致違法性認識錯誤
 - (1) 阻卻故意：德國聯邦最高法院刑事判決：對於海外所得不知有納稅義務，漏未申報，阻卻故意犯罪
 - (2) 可能有可歸責之過失：秩序罰鍰

逃漏租稅罪之犯罪故意

美國立法及最高法院判例：

1. 納稅義務人已經知悉負擔稅法上納稅義務
2. 意圖違反此一納稅義務，構成故意

Willfulness simply means a voluntary, intentional violation of a known legal duty.

-United States v. Pomponio, 429 U.S. 10(1976)

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/10/>

最後，有關犯罪的故意理論，受到德國部分學說影響，但這個理論有一點問題，違法性的認識在行政法上是違反行政法義務，所以必須是故意違反行政法上義務，那要故意違反行政法上義務之前提，人民必須要先了解這個義務，知道有這個義務才有故意違法。我看美國及德國的判例都強調這個違法性認識，義務的認識是故意的要件。在臺灣，我們用一般刑法理論認為這個違法性認識不是故意的內涵，比如以所得來講，有一筆所得並未申報，在臺灣依照一般刑法理論，可能會認為就是故意沒有申報，就是故意犯罪成立。可是德國跟美國判例不一樣，他們認為人民要知道自己有所得稅的納稅義務而沒有去申報，才是故意違反所得稅的納稅義務，才構成犯罪，二者並不相同。一個是自然事實的狀態，有這一筆所得是自然事實，知道有一筆所得沒有申報是一種自然的事實，在我們的刑法理論就變成是故意，而違法性認識，對於義務有沒有認識，那只是可歸責性，要不要減免的問題。但是我看德國、美國判例的理論，把違法性認識納入故意的要件，人民必須要認識這個行政法規，負擔有行政法上義務的認識，故意違反法律上義務才會構成犯罪。這代表什麼意思呢？代表你要知悉法規的義務、知悉所得稅法、知悉有課稅、納稅義務，比如說公共拆遷補償費，你想這個是損害賠償應該免稅，可是國稅局說不行，公共拆遷補償費還是要納入所得課稅，計算成本費用之後列入所得還是要課稅。有些當事人可能不知道損害賠償或損失補償也要課稅，當沒有認識到法律上義務這件事情時，就不能用故意犯罪來處罰。那當然可能有過失，有過失的時候我們使用行政秩序罰，刑法跟秩序罰不太一樣的地方是，秩序罰多了過失的部分，刑法是處罰故意犯。我們現在比較麻煩的地方是有一些行政法規只有規範到刑法的處罰而沒有秩序罰的部分，只有罰或不罰的區分。德國則有折衷辦法，例如雖然沒有故意，但是因為違規而產生的不當得利還是要沒收，德國的行政罰法有這個規定，雖然可能沒有故意，但是因為違規而產生的不法利得還是可以沒入，等於追徵不當利益，這是一個折衷辦法。我也特別去查過美國的判例，美國 2022 年所得稅教科書裡面，提到一個字"willfulness"，實務上認

為"willfulness" simply means a voluntary, intentional violation of a known legal duty。意指故意逃漏稅行為是指故意違反已經知悉的法律上義務責任 - legal duty，人民要了解這個納稅義務，而故意違反這個義務。另外我也引用德國聯邦最高法院的刑事判決，這個判決認為如果人民不知道海外所得要申報所得稅而沒有申報，人民的納稅義務、租稅債務認知錯誤，就成「構成要件錯誤」，不成立故意的逃漏稅行為。

我認為在操作此處時，如果是新康德學派、價值法學派的話，因為談價值一定是論評價，當評價一個行為有沒有構成犯罪、有沒有故意，是不是也應該考慮到當事人對於這個義務的違法有沒有認識。如果是刑法的一般自然犯，不能殺人放火是基本常識，你不能講說我不知法律，因為這說不過去；可是行政法規多如牛毛，就算是法律專業人也不一定搞得懂。

十、諮詢專家意見，仍然違法性認識錯誤，應不成立故意犯罪

112年憲判字第5號判決

中華民國91年2月6日修正公布之證券交易法第175條規定：「違反……第43條之1……第3項……之規定者，處2年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣180萬元以下罰金。」第43條之1第3項規定：「任何人單獨或與他人共同預定取得公開發行公司已發行股份總額達一定比例者，除符合一定條件外，應採公開收購方式為之。」第43條之1第4項後段規定：「……前項之一定比例及條件，由主管機關定之。」（上開3項條文，嗣經修正，現行法僅微調文字，規範意旨相同）及公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第11條第1項規定：「任何人單獨或與他人**共同預定於50日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之二十以上股份者**，應採公開收購方式為之。」結合上開四規定，係對違反應公開收購規定者，科以刑罰制裁，與刑罰明確性原則均尚屬無違。

預定「於50日內取得」20%股份之解釋

案例爭議問題：

甲公司訂立「一次股份買賣契約」，預定購買20%以上之股份，但約定分批次履行移轉取得股份合計20%以上，分次移轉避開「於50日內取得」之要件，是否違法構成犯罪？

1. 締約前：詢問主管機關主辦人員，表示應無違法。
2. 締約前諮詢兩家律師事務所律師：法律諮詢意見認為既然並未「在50日內取得」20%股份，構成要件不該當，應無違法。採取「物權移轉」理論。

法院判決：

故意「規避犯罪構成要件」之實現，不符合應公開收購之立法目的，仍應處罰。採取「債權」移轉理論，違反民法及公司法之「股權移轉」採取物權說之理論。

憲法法庭判決：

似乎採取「經濟上所有權」移轉理論，法律上股權雖未移轉，但事實上處分權應已經移轉（買賣契約約定：股東權益之行使，應聽從買方指示辦理）。

概念法學：

法律上所有權移轉，本案似乎改採經濟上所有權移轉之概念，超越一般法律專業者之法律理解範圍。如要採取「經濟上所有權」移轉理論，應以法律特別規定為依據，預測可能性。

我們來看這個股份公開發行的案例，當事人諮詢兩家大型律師事務所，也打電話去詢問主管機關的承辦人確認做法是否合法？大家都認為沒有問題，結果後來檢調有不同意見，這個案例涉及證券交易法，說如果預定在50日內取得公開發行公司百分之20以上股權的話，要公開收購（按公開收購公開發行公司有價證券管理辦法第11條第1項規定：「任何人單獨或與他人共同預定於50日內取得公開發行公司已發行股份總額百分之20以上股份者，應採公開收購方式為之。」），當事人會規避這50天內取得股份，以避免違反行政法上義務之構成要件，所以約定買賣是一次買，但分批履行債務，也就是分批取得，讓時間超過法定的50天，因為分段執行就避開50天內取得百分之20的規定。這個取得什麼意思呢？蔡明誠大法官有所謂的債權說及物權說，想取得股份，如果只是買還沒有過戶的話，還不算取得，因為取得是一個物權行為，物權行為需所有權要移轉才算取得，一定要所有權移轉才算取得。如果是概念法學，應該可以這樣理解。現在實務認為，明明買的時候就超過百分之20，應該要公開收購，這種做法是故意規避犯罪要件的該當，如果是故意規避犯罪要件該當，要不要視同是犯罪要件該當？我們今天「視同」是要件該當，這其實在法理學理論上，就是一個「犯罪事實的擬制」或法規的「類推適用」，另一種法律解釋叫做「目的性擴張」，根據立法目的，這種類型也應該要公開收購，履行公法上義務。以這個案子來說，當事人去諮詢兩家大型律師事務所，律師又打電話跟主管機關承辦人請教這樣的行為到底有沒有違法？大家都認為沒有違法，所以他們才進行交易。連律師都不知道這樣違法，結果我們的大法官認為從事這個行業應該知道這個法規，律師說明連主管機關的承辦人員都不知道，這個案子如果還認為當事人行為是不合理的，是不是應該用秩序罰或是不法利得去處理，而不要做成有罪判決。因為做成有罪判決，變成是類推適用，已經

超越文字意義的可能性範圍，取得股份就是要所有權移轉才叫取得，否則買了還沒過戶怎麼能叫取得？那只是債權請求權，一個股份移轉的請求權，當請求權還沒實現的時候還沒有取得。我們概念法學的思維會認為這個是構成要件不該當。我今天採取一個法律關係規避犯罪構成要件，構成要件該當才構成犯罪的處罰要件，構成要件不該當要怎麼處罰呢？只能類推適用，只能目的性擴張，所以我們實務上就採目的性擴張處罰人民，這樣並不妥適。另外一個觀點是，如果要處罰，至少可歸責方面研究是不是可以減免，因為連律師、主辦機關都認為沒有問題，當事人除了經公司內部的法務室確認過，還諮詢外部兩家國內知名的律師事務所，連國內知名律師事務所得出的答案都認為沒有違法，行政機關最後卻說這個是違法的，那老百姓該怎麼辦？所以美國最高法院有個判例，說當事人不諳法律，要諮詢專業律師，如果諮詢專業律師有錯誤，那不可歸責於當事人，沒有故意過失而免罰。我所著「稅法總論」提到：在秩序罰的部分有討論是可以免罰的，因為沒有故意，連過失都不該當。但這個案子，我們是用刑法去處罰，所以當事人嚙不下這口氣，提起憲法訴訟，憲法法庭裁判（112年憲判字第5號）認為當事人從事這個行業應該要知道法律上義務，但就是大家都不知道，不要說當事人不知道，連律師都不知道，連主管機關承辦人都不知道。我們行政法院的判決常認為不知道的時候應該去問國稅局，但要問國稅局哪個人？我問國稅局某甲，某甲說的算數嗎？某乙說的算數嗎？國稅局可能會說，這個要簽給賦稅署解釋，解釋還沒出來前誰敢保證他說的一定算數？就算是法學教授講的，就算法官私下諮詢也不能算數。所以我們的法規要有可預測性，讓大家能夠遵守，法規的構成要件要具體明確，能夠有共同的遊戲規則，不然這種各說各話價值判斷就很麻煩。

十一、故意規避行政法上義務，與違反行政法上義務，兩者構成要件不同，不應「類推適用」處罰人民，以符合罪刑法定主義

租稅規避與逃漏稅之區別

稅法處理模式：
國際稅法因應方案：友善企業經濟活動

1. 可能認定尊重當事人契約自由，但甲乙公司間之關係人交易價格不合常規偏低，應依「TP移轉訂價稅制」予以調整為90元。
2. 乙公司為甲公司所控制之外國公司，應適用CFC稅制，乙公司之「保留盈餘應強制分配」，歸屬甲公司所得課稅。
3. (稽徵機關見解) 濫用民法之契約關係安排，規避課稅要件之該當可能認定乙公司之存在，欠缺合理商業目的，純為規避租稅，應否認乙公司之法人格調整補稅或加以處罰緩（納保法第7條）。
4. (少數實務見解) 認定乙公司為虛設行號，以詐欺或不正當方法逃漏稅捐罪（稅捐稽徵法第41條）。

我舉上述這個例子也是蠻同情這個當事人，李建良教授曾經在憲政時代發表一篇文章談這個案例，他也覺得應該是構成要件不該當，因為尚未取得所有權。如果說他規避，稅法上也有相同問題，有人會利用成立人頭公司規避納稅義務，那規避納稅義務算不算詐欺？或是以不正方法逃漏稅捐？這也是蠻大的問題。國際上，租稅規避有一套理論規則在處理，我們臺灣現在跟國際接軌，基本上也導入國際稅法的處理模式，但少部分還是會用詐欺、不正方法逃漏稅捐這種方法查辦。有些人其實是租稅規避案件，就是故意不要落入課稅要件該當，故意不要落入犯罪構成要件的該當，我們如果採構成要件該當性理論，構成要件不該當就不能處罰，雖然覺得他很可惡，但是構成要件就不該當，構成要件不該當可能要靠修法來處理。我們現在納稅者權利保護法有一條規定，濫用法律形式故意使課稅的構成要件不該當還是要補稅。你有揭露義務

而沒有揭露，還是可以處罰，但那是秩序罰，還沒有提升到犯罪的程度，這個地方的界線有時候是很模糊，如果有一些虛偽、假造的東西那當然另當別論，有沒有虛偽假造我們說自由心證，有時候也是很麻煩。



「法學方法論在行政刑罰上之運用」
陳清秀教授專題演講



刑檢察總長致贈「2023 法學論壇講座」琉璃法秤