

第一章

緒論

擔任講授法理學的課程三十多年，我知道法理學並非法律系或法律學院中熱門的課程，其原因在於法律人大多對法理學有所誤會。所以在我講授法理學之前，必須先讓所有的法律人對法理學的誤會能夠獲得澄清。對於法理學的性格、功用、課題能夠更進一步明確的認識。

壹、對法理學的誤會與澄清

一、法理學是玄虛深奧、莫測高深、難懂難學的一門學科

的確，法理學並非一門很簡單的學科，因為凡是學問都不是簡單的，但是法理學並沒有比其他學科特別艱難的理由。至於玄虛莫測，是因為法理學是法的哲學。哲學的本義，從其希臘字的原文是 φιλοσοφία (philosophia)，也就是愛 (φιλος/philos) 與知 (σοφία/sophia) 的結合¹。換言之，哲學就是愛好知識、探討學問、追求真理的意思。除了全知全能的上帝和愚蠢自甘墮落的人不需要哲學以外，凡是愛好真理，而有不斷追求知識慾望的人都需要哲學。尤其是對於實證法 (positive law) 有一般了解和認識的各位，更會產生許多有關法律的根本問題。

¹ 參閱，長尾龍一，法理學講義案上，頁9（1968年）。據說此一解釋是蘇格拉底所為的。

好比：什麼是「正義」(justice ; Gerechtigkert)？自然法 (natural law ; Naturrecht ; lex naturalis) 是什麼？它有什麼機能？法律與道德的關係如何？法律有甚麼效力？國家和法有什麼關係？實證法的地位和價值如何？法學要用什麼方法來研究？諸如此類的問題。這些問題只有法理學才可能談論到。當然，對於熟悉於一般法條解釋學的學生，沒有哲學的基礎，突然進入探討法根本原理的法理學，不免偶而會發生適應不良的症狀。但這通過教師的教學方式與學生的認真學習，即可容易克服。

二、法理學的理论既無定論，又欠缺客觀性

的確，法理學常常可以在一種問題上，找到許多不同的答案，甚至出現恰正相反的答案。因為法理學的學派與學者，古往今來非常多，對於法的許多根本問題，難免有許多不同的看法。例如，正義是否有客觀的標準？就有蘇格拉底 (Socrates/Sokrates, 469-399 BC)、柏拉圖 (Plato/Platon, 427-347 BC)、亞里斯多德 (Aristotle/ Aristoteles, 384-322 BC) 等的肯定說與哲人學派 (Sophists) 的否定說。至於甚麼是正義？如何實現正義？其答案更是琳瑯滿目，應有盡有，依法學派的不同與法學家的不同而有各種不同的答案²；此種情形與哲學非常相似。主要是以人為主體，當面臨基本人生觀、世界觀的態度決定時，即有複數的選擇可能性。以此意義觀之，法理學可說係以哲學的方法來探討法學問題之學科。

如認為法理學欠缺客觀性，任何說法均可，此乃嚴重之誤會。雖然可能有這種法理學，但一般而言，法理學是哲學，也是科學，所以不可能欠缺客觀性，任意顛倒黑白。所謂可能有欠缺客觀性的法理學，我認為凡是以辯證法作方法的法理學，即可能出現這種狀況。例如黑格爾 (G. W. F. Hegel, 1770-1831) 認為國家是最高的道義形態，將其神聖化，賦與其無上的價值。但同樣使用辯證法的馬克思 (Karl Marx, 1818-

² 參閱，林文雄，法實證主義，5版，頁215以下（1993年）。
cf. KELSEN, WHAT IS JUSTICE?, p.11.

1883)，卻認為國家是惡魔的化身，資產階級壓榨無產階級的機構³。然而除這種例外以外，通常以經驗論為立場之法理學派與學者，無論其主張吾人贊成與否，均具有相當之客觀性，亦可加以驗證。例如，奧斯汀（J. Austin）的法理學，吾人可以批評，但卻不能抹殺其主張，因其言之有物，即「持之有故，言之成理」⁴。

三、法理學此學科無用，浪費時間，建議廢除

（一）有人因高考司法官律師考試不考法理學，而認為法理學是無用的，對此說法應值得商榷。在考試制度下，不要認為不考即屬不重要。因為很多有關人重要的體力、體能、品德、健康等等，無法以考試測驗出來，亦無此考試科目，但能說它不重要嗎？因此，重要與否，與考試是另外一回事，不能因考試不考法理學而說法理學不重要。

（二）有人認為法理學無法應用於裁判、起訴之中，故而認為其無用。

1. 其實若如此認為，乃是不知學科之性質所致，因學科有「基礎學科」與「應用學科」之分。法理學是屬於基礎理論法學的一門學科，當然並非直接用來適用判決引用之條文，其實用性不像法條那樣明顯。法理學是探討純理論的問題，如法的目的、法的理念、法的概念、法的效力、法的功能、法與社會的關係等。法理學和法律實務的關係，正如基礎醫學理論與實用臨床醫學的關係一樣，基礎醫學雖無直接授與如何直接應用於治療（如打針、手術、用藥），但卻是學醫之基礎知識（如生理學、病理學），輕言其無用，豈非荒謬可笑⁵。

2. 大家皆知，如民法第一條所言：「民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者依法理。」。當欲以民法解決一般民事爭訟，卻苦無法條及習慣法時，即須尋找「法理」，而尋找法理即須學法理學，因法理學

³ 參閱，林文雄，前揭書，頁209。

⁴ 出於，荀子，非十二子篇。

⁵ 參閱，小林直樹，法理學（上），頁1（1964年）。

是法理最豐富之來源。換言之，法理學之法理即可作為法源來解決實際之民事難題。又例如在大法官解釋憲法時，很多憲法問題並無實體法規定可資依據，該如何？此時雖無條文，但卻須「超越法條」。因此大法官在釋憲時，時常用的就是法理。由此可知，法理是很重要、很有用的。亦即當重大問題無法以現行法予以解釋時，即須探知法律之精神、意旨，乃至法律之根本原理、原則。而將法律之根本原理、原則作為一探討目標者，即是法理學。因此，法理學實際上是很有用的。

貳、法理學的意義

一、中國

在中國，法理學雖為法律學系學生所必修或選修，但法理學是什麼？並無公認的意義，更無共同的內容。有學者認為，中國法理學的意義，在於研究中國戰國時代法治主義之學說（梁啟超著：中國法理學發達史論，1904）；也有學者認為，法理學的意義，在於「詮釋一般法律應有之原理原則，及其應有之趨勢」（李肇偉著：法理學）。前者以中國法家為中心的法律思想研究作為法理學的課題，而後者則以著者所意圖的法的理想——法律自治作為法理學的課題。總之，在台灣目前冠有「法理學」名稱的著作，其意義及內容也各有不同。

二、日本⁶

（一）形而上學的自然法論，於德川幕府末年由荷蘭傳入日本，日本學者將它譯為「性法」。這裡所指之「性」，乃受中國文化之影響，意指物之本性而言。所謂：「天命之謂性，率性之謂道」，所以「性法」係探究自然之法理，是為「自然法論」（theory of natural law）⁷。明治初

⁶ 參閱，尾高朝雄，法哲學，頁1（1961年）。

⁷ 參閱，矢崎光園，法哲學，收於：現代法學全集2，頁160（1975年）。

期，法律學校有一門課程，有的學校稱為「性法」，也有學校稱為「法科理論」、「法學理論」或「法論」。

(二) 穗積陳重博士(1856-1926)，於明治 14 年(1881 年)擔任東京大學法學部這一課程時，故意將「法論」改名為「法理學」。主要的理由是穗積博士的基本立場是英國的經驗主義，不喜歡「哲學」的用語所致。他說：「明治 14 年我擔任這一學科後，想到佛教有『說法』這種用語，因此，『法論』不無講解經典的味道，總覺得宗教氣氛太重，並且學科的名稱使用『論』一字也不順眼，所以我把它改成『法理學』。本來想把 *Rechtsphilosophie* 譯成『法律哲學』，不過，一談到哲學，往往有人就以為哲學僅限於所謂形而上學，為了使任何學派的人擔任這一學科，均不會發生困難，才選用法理學」⁸。

(三) 進入大正時代後，因受新康德學派的影響，日本法學界，討論法價值論或法學方法論的風氣非常興盛，於是「法理學」的名稱以外，法學者也很喜歡用「法律哲學」這個名稱。

(四) 進入昭和時代以後，昭和 10 年(1935 年)尾高朝雄教授(1899-1956)卻使用與以前不同的名稱：「法哲學」。他說：「不用『法律哲學』而再改用『法哲學』，並沒有特別深奧的理由，僅僅為了避免一談到法律就容易和國會制定的那種特殊型態的成文法混淆不清，並為了表明這一門學科是研究法的根本原理的學問，所以才使用法哲學這種名稱」⁹。

從以上說明可知，日本法理學的名稱也是經過一番變動的。由「性法」、「法科理論」、「法學理論」或「法論」，改用為「法理學」。然後，除「法理學」以外，尚有「法律哲學」與「法哲學」。就這一點來看，日本法理學的名稱至少有三種之多。然而一般而言，現在以「法哲學」的名稱占壓倒性之多數。

⁸ 參閱，穗積陳重，*法窗夜話*，9 版，頁 168 (1927 年)。

⁹ 同註 6

三、英美¹⁰

Jurisprudence 的意義。Jurisprudence 之拉丁文為 *jurisprudentia*。

(一) 語源的意義：可分為 = *juris* + *prudencia*，本意為法律知識 (knowledge of law) 或法律技巧 (skill in the law)。

烏爾比安 (Gnaeus Domitius Ulpianus, 紀元後二、三世紀) 在《民法大全》(Corpus Juris Civilis) 中的《法學階梯》(Iustiniani Institutiones) 曾言：「*Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*」。英譯：「Jurisprudence is the knowledge of things human and divine, the science of the just and the unjust」。

「法理學是有關人事與神事的知識，有關正義與邪惡的學問」，第一部分與第二部分沒有什麼關係，且除美麗的辭句以外，羅馬人並未進一步加以研究。

(二) 在 1832 年奧斯汀 (John Austin, 1790-1859) 之前，*jurisprudence* 並無特殊的、固定的意義，任何人只要喜歡的話，都可以賦予他自己喜歡的意義。如：

法律的一部分，e.g. *Equity Jurisprudence*。

有法律氣息的任何知識，e.g. *Dental Jurisprudence* (牙醫法學) . *Architectural Jurisprudence* (建築法學) . *Medical Jurisprudence*. (醫療法學)

至奧斯汀之《法理學領域論》(The Province of Jurisprudence Determined, 1832) 出版以後，*Jurisprudence* 之意義在英國是：實證法概念的形式分析。

(三) 十九世紀末葉，產生社會環境的變遷與思想的衝突，在法學理論也引起決定性的變化。法理學的意義與奧斯汀時代的意義大有不同。二十世紀法理學的意義是包含法的一般理論或有關法的一般理論，

¹⁰ cf. DIAS & HUGHES. JURISPRUDENCE. pp.1-6 (1957).

所以二十世紀以後的 Jurisprudence 變成兩種，一種是「Theory of Law」，即「法的理論」，另一種是「Theory about Law」，即「關於法的理論」。「Theory of Law」是法的內在理論；「Theory about Law」是法的外在理論。茲大致說明如下：

1. 法的內在理論—就是從整個法體系來探討法的概念和重要觀念，亦即對現行法概念的分析，例如奧斯汀的 Jurisprudence。
2. 法的外在理論—有關法的研究，換言之，就是從整個法的外表來探討法與其他知識領域的關係，例如：法與政治、法與社會、法與經濟，法與風俗習慣……法與哲學等等。

要言之，現代法理學的意義非常廣泛，除對法各部門加以技術性的說明以外，任何有關法一般的思想與論著，均可以說都是屬於法理學的範圍，均是法理學的著作。

例如 Economic Jurisprudence（經濟法理學）：從經濟角度探討法律問題，如受刑人對於其家族生計之影響。

Philosophical Jurisprudence（哲學法理學）：探討古代哲人對正義之看法。Psychological Jurisprudence（心理學法理學）：從心理學角度探討法律問題，如英國判例法之發展，如何受法官心理之左右？

（四）但是，有些學者對於奧斯汀之「Jurisprudence」或「the Philosophy of Positive Law」之定義不表贊同，且厭惡哲學之虛無，如龐德（R. Pound, 1870-1964）之「An Introduction to the Philosophy of Law」，反而採用其他名稱的不少，不能一蓋而論。例如：

Korkunov : General Theory of Law, (1909)

Jones : Historical Introduction to the Theory of Law, (1940)

Friedmann : Legal Theory, (1st. ed. 1944)

Stone : The Province and Function of Law, (1st.ed. 1946)

Paton : Textbook on jurisprudence, (1st. ed. 1946)

Cairn : Legal Philosophy from Plato to Hegel, (1946)

四、德國

法理學（Rechtsphilosophie）的名稱開始使用於十八世紀末葉，如夫果（Gustav Hugo, 1764-1844）、拜斯（Weiso）、舒馬爾茲（Theodor von Schmalz, 1760-1831）等學者均曾使用，除名稱比較統一以外，法理學之內容亦因時代與學者之不同，而有不同。詳細見以下法理學的課題介紹。

五、法國

在法國，法理學不能用 Jurisprudence。因為 Jurisprudence 來自拉丁文，而法文之 Jurisprudence 意指判例。Philosophie du droit 才是法理學。

六、結論

（一）法理學並無世界公認一致的名稱與內容，因為這門學科比較新，尤其是對於英、美、日本、我國而言。

（二）雖然，明確公認的名稱，有助於研究，但名稱的討論不應與研究對象的本身互相混淆。

（三）由目的決定內容，然後，選取法理學適當的名稱，因為法理學並無固定的體系。

我國的問題，不在於名稱，而在於內容。法理學之名稱在我國很統一，不必改，其理由如下：

1. 習慣不宜輕易更動，尤其是名稱。
2. 理論上，亦不必改，民法第一條的關係。

七、各國法理學一般使用的名稱

德：Rechtsphilosophie。

法：philosophie du droit。

西：filosofia del derecho。

意：filosofia del diritto。

日：法理學、法律哲學、法哲學。

英：philosophy of law, jurisprudence。

中：法理學。

參、法理學在法學上所占的地位

法理學是法學的一部分，然而法理學在法學上的地位如何呢？我們知道，自然科學在整個學問體系中算是最典型（model）的。自然科學可分為基礎理論性學科與應用性學科。一般來說，理學院的學科是屬於基礎理論的，如數學、物理、化學、動物學、植物學、地質學等等。工學院的學科是屬於應用（實用）性的學科，如土木工程、電機工程、化學工程、資訊工程、光電工程、造船工程等等。把基礎理論學科應用到生活上、產業上、國防工業上等等即成為應用（實用）學科，同樣地，法學如用這種方式來分類的話，即可知法理學在法學上所占的地位，列表如下：