

日本法學權威

長谷部恭男 はせべやすお 著

郭怡青 譯

如果法律是社會正義和道德的底線，  
我們是不是應該先想想，  
法律究竟是什麼！

法とは何か：法思想史入門

# 法律是什麼？

法哲學的思辨旅程

輔仁大學法律系 吳豪人 教授／審訂、導讀

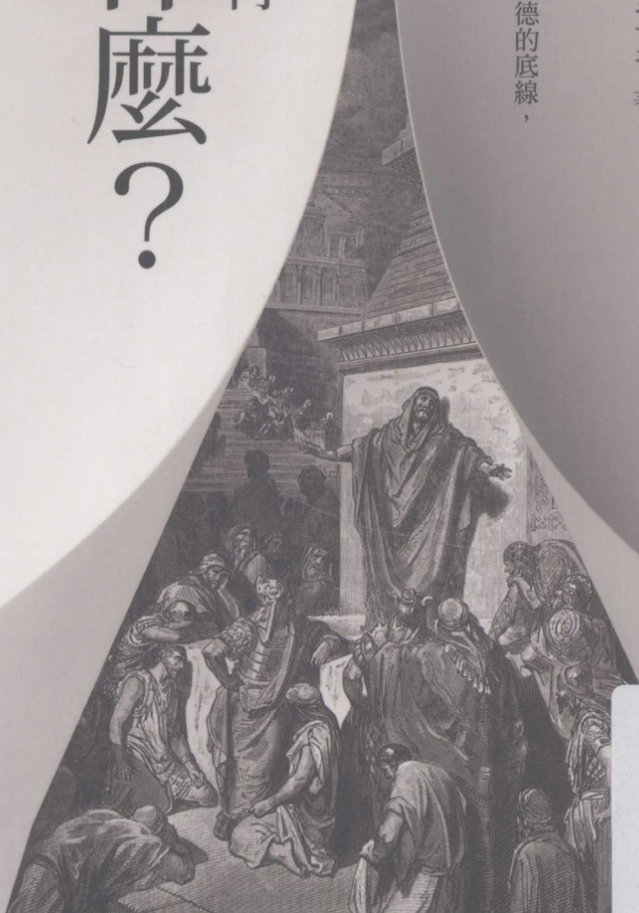
東吳大學法律系 周伯峰 助理教授／專文推薦

中研院法理學研究所 王鵬翔

政治大學政治系 林繼文 教授

台灣大學法律系 莊世同 教授

中研院法律學研究所 黃舒芃 具名推薦



如果法律是社會正義和道德的底線，  
我們是不是應該先想想，法律究竟是什麼！

蒙田問：昨天還熱烈被提倡，到明天就完全改觀的善、

與犯罪僅有一線之隔的善，到底是什麼？

盧梭說：遵循慾望衝動而活是奴隸，遵循自己制訂的法律才是自由。

康德說：頭上有燦爛星空，道德律在我心中。

世上是否存在普遍正確、良善的行為準則？  
究竟「法律」是什麼？道德又是什麼？

讓千年以來的哲學家為此爭論不休？

西元前三九九年，蘇格拉底因犯了「不信奉國家所承認的諸神，並且讓年輕人腐化」的罪，而被判死刑。

最後，蘇格拉底堅持遵從雅典國法，接受判決。

蘇格拉底的死，成了西方法學家不斷討論的主題：人是否有遵守法律的義務？即使是惡法，我們也必須遵守嗎？又是誰賦予法律強制力？

從霍布斯、洛克、盧梭到康德，這些形塑近代國家概念的思想家們，如何看待法律的源起與國家的存在？國家究竟為何存在？

國家的權威與個人的界線又在哪裡？

思考這些問題，無非是為了建構一個更良善的公民社會，法律是否能實現社會道德與正義？

ISBN 978-986-272-260-2



9 789862 722602

00280



cite  
城邦  
讀書花園

3J0069

定價280元

HK\$93



城邦讀書花園  
www.cite.com.tw

議陳列書區：法律思想史

法律是什麼？法哲學的思辨旅程/長谷部恭男著；郭怡青譯.-- 二版.-- 臺北市：商周出版：家庭傳媒城邦分公司發行，民101.11

面：公分。

譯自：法とは何か：法思想史入門

ISBN 978-986-272-260-2（平裝）

580.19

## 法律是什麼？法哲學的思辨旅程

原文書名 / 法とは何か：法思想史入門

作者 / 長谷部恭男

譯者 / 郭怡青

企畫選書 / 楊如玉

責任編輯 / 鄭雅青

版權 / 葉立芳

行銷業務 / 李衍逸、蘇魯屏

總編輯 / 楊如玉

總經理 / 彭之琬

法律顧問 / 台英國際商務法律事務所 羅明通律師

出版 / 商周出版

臺北市中山區民生東路二段141號9樓

電話：(02) 2500-7008 傳真：(02) 2500-7759

E-mail: bwp.service@cite.com.tw

發行 / 英屬蓋曼群島商家庭傳媒股份有限公司城邦分公司

臺北市民生東路二段141號2樓

書虫客服專線：(02)2500-7718；2500-7719

24小時傳真專線：(02)2500-1990；2500-1991

服務時間：週一至週五上午09:30-12:00；下午13:30-17:00

劃撥帳號：19863813 戶名：書虫股份有限公司

E-mail: service@readingclub.com.tw

歡迎光臨城邦讀書花園 網址：www.cite.com.tw

香港發行所 / 城邦（香港）出版集團有限公司

香港灣仔駱克道193號東超商業中心1樓

電話：(852) 25086231 傳真：(852) 25789337

E-mail: hkcite@biznetvigator.com

馬新發行所 / 城邦（馬新）出版集團 Cité (M) Sdn. Bhd. (458372U)

41, Jalan Radin Anum, Bandar Baru Sri Petaling,,

57000 Kuala Lumpur, Malaysia.

電話：603-90578822 傳真：603-90576622

封面設計 / 李東記

排版 / 浩瀚電腦排版股份有限公司

印刷 / 高典印刷有限公司

總經銷 / 高見文化行銷股份有限公司 電話：(02) 2668-9005 傳真：(02)2668-9790

■2012年（民101）11月8日初版一刷

Printed in Taiwan

### 定價 / 280元

HO TO WA NANI KA- HO SHISOSHI NYUMON by HASEBE Yasuo

Copyright © 2011 by HASEBE Yasuo

Originally Published in Japan by KAWADE SHOBO SHINSHA LTD. Publishers, Tokyo.

Chinese (in complex character only) translation rights arranged with KAWADE SHOBO SHINSHA LTD.

PUBLISHERS, Japan through THE SAKAI AGENCY and BARDON-CHINESE MEDIA AGENCY,

Taipei

Traditional Chinese translation copyright © 2012 by Business Weekly Publications, a division of Cite

Publishing Ltd.

著作權所有，翻印必究

城邦讀書花園

www.cite.com.tw

日本法學權威

長谷部恭男 はせべやすお 著

郭怡青 譯

如果法律是社會正義和道德的底線，  
我們是不是應該先想想，  
法律究竟是什麼！

法とは何か：法思想史入門

# 法律是什麼？

法哲學的思辨旅程

輔仁大學法律系 吳豪人 教授／審訂、導讀

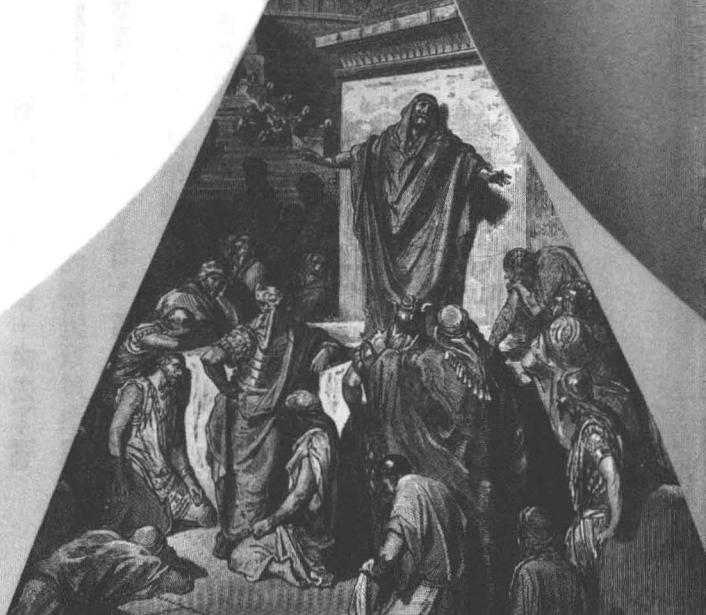
東吳大學法律系 周伯峰 助理教授／專文推薦

中研院法理學研究所 王鵬翔

政治大學政治系 林繼文 教授

台灣大學法律系 莊世同 教授

中研院法律學研究所 黃舒芃／具名推薦





〈出版緣起〉

為中國輸入法律的血液

何飛鵬

衡諸中國歷史，法治精神從未真正融入政治傳統，更遑論社會倫理和國民教育。現代國家以人民為「理性之立法者」的立憲精神，在台灣顯然是徒具虛文。法律和國家的基本精神一樣遭到政客和商人的任意蹂躪，國家公器淪為權力鬥爭的手段，司法尊嚴如失貞的皇后，望之儼然卻人人鄙夷，我們的司法體制真的與社會脫了節。近年來，台灣正面臨司法改革的轉捩點。然而長期以來，司法啟蒙教育被獨裁者的愚民政策所壓抑，使得國人普遍缺乏獨立判斷的法學教養，在面對治絲益棼的司法亂象時，失去了平衡全體制度及其社會脈絡的根據。改革之聲高唱入雲，而所持論據卻總是未能切中時弊，不是見樹不見林，就是病急亂投醫，國家之根基如此脆弱，豈不危乎殆哉。司法體制之矮化為官僚體制，連帶使我們司法人員的教育和考選，成為另一種八股考試，完全忽視了法律與社會互相詮釋的脈動。學生只知道死記法規和條文解釋及學說，成為國

家考試的機器人；至於法的精神和立法執法原則卻置之罔顧。如此國家所考選的司法人員知法而不重法，不是成為爭功諉過的司法官僚，就是唯利是圖的訟棍。在西方國家裡，法學專家與司法人員由社會菁英與知識份子構成，不惟力執超然公正的社會角色，甚至引導風氣之先，為國家之中堅。在歐洲，在美國，法律的歷史和社會變遷是息息相關的，布藍迪斯（Louis Dembitz Brandeis）大法官曾說：「一個法律人如果不曾研究過經濟學和社會學，那麼他就極容易成為社會的公敵。」我們希望法律人能夠真正走出抽象法律的象牙塔，認真思考社會正義與價值的問題，這才是法的精神所在。《人與法律系列》之推出，正是有感於法學教育乃至大眾法律素養中的重大缺陷，提出針砭之言，以期撥亂反正，讓法的精神真正在國人心中植根。我們想推薦讀者「在大專用書裡看不到的司法教育」，為我們整個司法環境中出現的問題，提供更開放的思考空間。選擇出版的重點，旨在（一）譯述世界法學經典；（二）就我國司法現況所面臨的問題，引介其他國家之相關著作，以為他山之石。（三）針對現今司法弊病提出建言。系列之精神在於突破學校現有法律教育之窠臼，致力司法教育與社會教育之融貫。就翻譯作品部分，計劃以下列若干範疇為重點：（一）訴訟程序與技巧；（二）法律與社會、政治的關係；（三）西洋法理學經典。卡多索（Benjamin Nathan Cardozo）大法官說過：

「法律就像旅行一樣，必須為明天作準備。它必須具備成長的原則。」對我們而言，成長或許是明天的事，但今天，我們期待這個書系能為中國輸入法律的血液，讓法律成為社會表象價值的終極評判。



## 〈審訂序〉

## 法律是什麼？法哲學的思辨旅程

本書《法律是什麼？法哲學的思辨旅程》，日文原題為《法とは何か——法思想史入門》，作者長谷部恭男（Yasuo Hasebe）生於一九五六年，現任日本國立東京大學法學部憲法教授。

以上簡要至極的資訊，其實已經透露了商周出版「人與法律」系列叢書何以選擇本書進行中譯的具體理由。浮面諧謔想當然耳的也許是：「入門書」（現在的學生不愛看艱澀鉅著）、「東大」（亞洲第一名校）教授。再動動書名，順風搭一下哈佛名嘴桑德爾的商業奇蹟暢銷書／影集《正義——一場思辯之旅》（正義的思辯居然可以跨國熱賣，是謂奇蹟）的便車云云。從商業，不，推廣的考量而言，這些理由其實蠻正當的。不過，還可以挖得更深一點。

無論戰前戰後，日本法學都是台灣法律近代化的第一推手（姑且不談其影響是正面

的還是負面的），然而近三十年來台灣對於日本（憲）法學界的重要著作，卻甚少有系統的引進。除了一九八〇年代李鴻禧教授曾譯介小林直樹教授的名著《國家緊急權》之外，我想不出還有哪一部思想性的日文法學名著曾經被翻譯成繁體中文。當然，這或許是因為台灣的法學界已經獨立自主，無須附庸——至少無須經由日本提供二手資訊，直接向歐美取經。

不過，亞洲第一個痛下決心「脫亞入歐」的日本，對於接受、詮釋與實踐啟蒙主義以來近代性的各種嘗試，在戰前影響近鄰諸國至深至遠；然而敗戰後劇烈的民主轉向，卻並未以相等的力道再次影響近鄰諸國。換句話說，包括台灣在內的東亞近代國民國家的基礎理念中，還有甚多戰前的殘渣餘孽留存至今。這是一個弔詭的現象：中華民國打败了日本，戰敗國日本變成民主國家，戰勝國中華民國／中華人民共和國卻停留在納粹時代。一九四五年這個關鍵的分歧點，祝福了日本，卻詛咒了台灣與中國。

這是一齣悲劇，而悲劇源自於東亞近代國家的想像，都追隨日本模式，全盤接受了普魯士第二帝國的國家與民族想像——一種由上而下、少數菁英主導的 nation-building。這是一種翻轉社會契約論的建國運動，不是先有公民社會（civil society），再由公民社會授權創制國家機器；而是先有國家機器，再創造國民，然後寄望假以時

日，國民能成長為公民，形成公民社會，並追認國家權力來源的正當性與合法性。這種翻轉社會契約論的建國運動，起初是迫不得已的選擇，完全值得原諒。但是政治權力永遠難以抵擋掌控國民的誘惑，所以「軍政—訓政—憲政」的理想很快的淪陷，實際的情形則是「軍政—訓政—再訓政—又訓政」，國民永遠是國民，國家用盡全力阻擋國民成為積極主動的公民，阻擋馴服的國民社會成長為有能力承認、中止、變更社會契約的公民社會。這樣的國家經常可以觀察得到的共通現象很多，例如：

- (1) 客觀民族主義與集體主義所創造的「國民」（≠公民）∥「國家優於國民」「民族（集體）優於個人」「國權優於人權」
- (2) 大學教育部化∥國家壟斷歷史記憶並檢閱知識形成
- (3) 特別權力關係∥國家排除軍公教與學生於公民社會之外
- (4) 普魯士文官制度的影響∥行政優於司法的傳統
- (5) 納粹∥「理性獨裁」「雙重國家」神話的起源∥啟蒙諸價值的反命題（資本主義價值例外）

「先創造國家，再創造國民」的弔詭以及根深柢固的傳統亞洲文化，與啟蒙人權思想產生衝突是可想而知的。明治日本的作法，採取的是顯教（傳統天皇主權）／秘

教（從少數統治菁英過渡到大量近代國民的創造）的二元主義。而作為國家意識形態的生產者與解釋者的最高學術機構——東京大學法學部憲法講座，也必須同時顧及顯密二教的形式主義。因此從一開始，東大的憲法講座就有兩個傳統：國體派（穗積八束、上杉慎吉、寬克彥）與立憲派（一木喜德郎、美濃部達吉、宮澤俊義）。這個傳統雖然因為軍部的抬頭（顯教勝出），以及敗戰後的強制民主轉型（密教勝出）似乎中斷，此後五十年，東大憲法教授個個自認人權派。但是就我極為個人的觀察，我認為維持了半世紀之久的護憲派主流（尤其是憲法第九條永久放棄戰爭），已經出現鬆動。原本就是權威主義橫行，容易與國家勾搭的東京大學法學部，現在又出現了不少識時務的俊傑——其中甚至還有醉心Carl Schmitt的少壯派。維護民主和平的現行憲法，如今已經不再是討好而政治正確的勾當，而且這個現象也延燒到其他大學。而在這個戰後以來最艱難的時刻，抵擋傳統右翼與新自由主義、負責護憲重責大任的東京大學憲法學家，就是本書的作者長谷部恭男教授。

從這個國家想像／憲法詮釋的歷史變遷過程看來，很顯然的，日本這個非自願民主轉型的民主國家，因為百年前的宿債，現在正面臨前所未有的憲政危機。而根據長谷部教授的見解，所有的危機都根源自日本公民社會不夠茁壯。因此以一個憲法學者，撰寫

這本法律思想的歷史，我們可以發現：除了第二部屬於正統法理學的探討之外，他最關心的就是古典社會契約論思想的復權，而其關鍵字正是公民社會（日文稱為市民社會）應如何抵抗國家權力、抵抗不義的法律。這是一本很不像法思想史的法思想史，對於羅馬法以來的市民法（現在的法律系誤為「民法」的那個東西！）傳統幾無毫著墨，卻不斷探討（在民法上沒什麼貢獻的）希臘哲學家們的政治哲學，以及啟蒙主義思想家的社會契約主張。他強調的法「思想」，其實是公法版耶林的思路，是一種「法律就是權利保護，而權利的獲得與維護需要（與國家權力）鬥爭」的、戰鬥的法思想史。他用淺顯的文字，嘗試說服大多數甘於被動的「國民」，再度翻轉明治以來的國家思維，使之重回社會契約論的正軌。而本書許多篇幅，都從最基礎的法「權利理念的重建，顛覆長期盤據於公民社會之上的訓政國家（乃至於帝國與資本）的御用神話。舉一個最簡單的例子：如果沒有自由公民就沒有民主國家，那麼近代憲法就一定是個人主義憲法，所以國家以「公益」為理由徵收公民的土地，法理上就必須負完全的舉證責任。這個時候，國家，甚至地方政府還敢隨便徵收山林、海岸、農地、甚至祖墳去蓋他撈什子的什麼水壩、核電廠、科學園區、觀光飯店嗎？

長谷部教授的公民社會論，無論在日本或台灣，都有很重要的當代意義。原因之

一，是因為如今的公民社會所面臨的敵人，並不只是戰前般無所不至的國家權力。冷戰結束之後的新秩序，使得現代國家，幾乎毫無例外的必須在帝國主義與跨國資本的雙重箝制之下，放棄相當部分的主權。愈缺乏政治文本、公民社會愈不發達的國家，讓渡給帝國與跨國資本的主權愈多——此處所謂的主權讓渡，說穿了就是讓渡公民的各種權利。像台灣這種轉型正義形同兒戲的準國家，其國家權力更是自我作踐到淪為帝國與跨國資本的保全公司（我在「保全公司」和「看門狗」兩個修辭之間迷惘了許久），而且其讓渡主權對象之一的帝國，還不只是近代文明病態極致的美利堅帝國，居然還包括前近代文明極致的中國帝國。因此，如今若要以公民社會的茁壯作為抵抗權力暴走的基礎，那麼這個公民社會就不能侷限於古典國民國家的領域之內，而必須建立互通聲氣的跨國公民社會。畢竟，唯有強大的跨國公民社會，才能力破早已淪為保全公司、卻又顛頂地死守陳腐近代國民國家邏輯的聯合國思維。而且，台灣才能夠從獨立／統一二律背反的陷阱裡，殺出一條辯證性的活路。

## 〈推薦序〉

## 為什麼你需要去思考「法律是什麼？」

任何對於法理學或法律哲學有點認識的人都曾思考過「法律是什麼？」這個問題，正是這門學科的終極關懷之一。但好像也因為如此，「法律是什麼？」常被認為是喜歡法理學，或是某些「高深學問」的人，才需要去認真思考的問題。至於「非以法理學為志業」的法律人，似乎只要能夠弄清楚在具體個案中該用那個法條，或者那個最高法院見解，然後做出決定就夠了，不需要去論述「法律是什麼」這種大題目。而對於一般人民而言，「法律是什麼？」好像也不是這麼切身實際。但真的是這樣嗎？

其實，法律人就個案所進行的任何爭論，其實都涉及法律人自身對於「法律是什麼？」這個問題的想法，只是不一定每個法律人都很清楚的意識到這點。也正是因為如此，當他認為他的見解、決定是正確的，但受到拒絕、批判時，他通常會抱怨批判者不懂「法律」！雖然彼此批判的人，同樣都是以法律作為專業的人。美國重要的法理學家

德沃金曾說，法理學其實是什麼法律決定的「無聲前言」，指的就是如此。而法律人只有透過將這個「無聲前言」變成「有聲」的過程，也就是確實的思考，對自己而言「法律是什麼？」這個問題，才有可能再衡量與再判斷自己與其他同業者關於「爭議」的真正問題點。而不是變成以權威來壓迫，或只抱怨對方不懂法律。

至於一般人民則更是要去思考法律是什麼。為什麼呢？為了可以讓你在國家機關以「法律」為名，進行各種讓人覺得反感乃至於不正義的舉措時，能夠具體提出抗辯。與大眾或個人生活息息相關的政策，如任意調漲油電費率、不公平的社會保險安排、不合理開發案的強徵土地、過份的警察權行使等等之類的作為，一般民眾除了抱怨或無奈感嘆以外，還可以具體的跟國家機關爭論，說它的措施跟作為根本就不是依照「法律」，只是單純的暴力手段罷了。換言之，思考這個問題是一種培養公民力量過程，而透過思考批判的能力培養過程，公民才不會淪為國家機關以「法律」為名進行奴役的對象，才夠格當一個國家主人。

但該怎麼思考「法律是什麼」？最簡單的方法，就是看看別人怎麼思考。日本東京大學長谷部恭男教授的《法律是什麼？法哲學的思辨旅程》就是從這個角度出發來討論。本書的第一部份，由霍布斯、洛克、盧梭、康德等歐陸啟蒙思想家出發，討論在



現代意義下，國家作為人群的集合如何才能取得正當性。在第二部份，則透過介紹凱爾森、哈特、德沃金等本世紀英美語系中最重要法理學家的見解與爭議，來討論法是什麼、法與國家的關係、法治的意義等等核心問題。最後，透過上面思想史的介紹、討論，來檢討民主政治的意義是什麼，以及遵守法律的道德義務由何而生。

本書的內容包含了許多重要的議題，而且深入淺出，非常適合作為有興趣開始思考「法律是什麼」的讀者的入門書。

如上所述，思考「法律是什麼」這個問題，不單只是想要研究法理論或法律哲學者的責任，也是從是法律實務工作者必須反思的問題，更是現代公民要做個夠格國家主人的必修課程。

東吳大學法律系助理教授 周伯峰