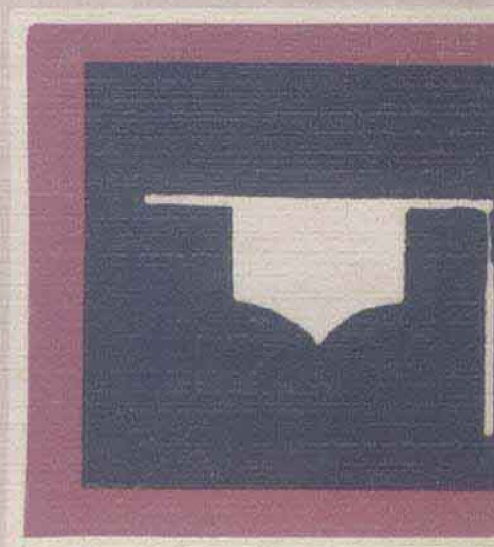


現代法律學研究的新方向

蘇俊雄著

青年理論叢書 第九輯
理論叢書編輯委員會主編
正中書局印行



目次

壹、導論——問題的緣由與研究方向·····	一
一、法律的發展概念與法律學研究的契機·····	一
二、法律理性化與法律學發展的方向·····	七
三、當前我國法律學的任務·····	九
貳、法律基本概念與體系之問題·····	一三
一、法律概念與法律機能·····	一三
(一)法律是當爲規範的體系·····	一五

(一) 法律是具有實效性的規範·····	二〇
(二) 法律是以解決法律糾紛爲特殊機能的法則·····	二五
(三) 法律是客觀化的規範體系·····	三二
二、體系概念的探討與法律學研究的運動·····	四一
(一) 法學的研究運動及其文化意義·····	四二
(二) 概念法學——注釋法學·····	四四
(三) 自由法學運動·····	四五
(四) 法律社會學·····	四七
(五) 價值論法學·····	五〇
(六) 純粹法學·····	五六
(七) 民主法學·····	六〇
(八) 現象法學與存在法學現象·····	七六

三、法律理論與法律實體·····	八一
四、法律的文化機能·····	八五
參、現代法律學方法論發展的新趨向·····	九七
一、動態法學方法論·····	九七
二、綜合法學方法論及其研究課題·····	九九
三、文化法理學·····	一〇五
(一)文化學的本質概念與任務·····	一〇七
(二)法律學與文化學之結構關係·····	一〇八
肆、法律實踐論·····	一一七
一、立法對於法律價值的實踐性·····	一一七
二、司法解釋對於法律價值的實踐·····	一二九
三、行政上對於法律價值的實踐·····	一二一

現代法律學研究的新方向

(四)

四、學術上對於法律價值的實踐·····	一一三
五、結論·····	一二三

壹 導論——問題的緣由與研究方向

一、法律的發展概念與法律學研究的契機

近世紀以來，就法律問題的探討，不難發現到一種日新月異的學術研究現象。這種現象的形成，不僅是導因於外在的社會變遷與法律理論本身內在的衝力，而且就整體人文暨社會科學的發展而言，受到現代法學思潮以及法學研究方法的發達的影響，也至爲深巨。其發展結果，亦引起在從來法律學的領域，產生了許多新的課題與發展的方向。在法學研究上，面對斯種變勢，如果沒有發展的目標意識與方針認識，吾人在主觀上難免會有不知何去何從的感覺，而影響到法律配合社會需要，及其發揮社會規範作用的實

踐機能。

從「法律的發展概念」(Entwicklungsbegriff des Rechts) ①而言，法學本身，乃一種帶有文化價值性的科學，這項屬性庶幾是為現代法學界所公認的法律定性。法律的發生，其演進變化，和現代發展的趨勢究竟如何？這是法律進化情形的檢討。由於法律乃是文物制度的一種，②所以它的產生與演變經過，都有它理論思想的背景，和社會事實的根據。我們為了解現代法學的主流及其理論契機，則對於影響法學的主要文化因素，不得不先做一番認識，尋本溯源，探討其概念的形成，及其規範意義之真旨所在，以達人類追求正義與公平秩序的理想。在人類文化以及經濟生活進展中，究竟有那些基本因素，影響到法律體系的形成？

從法律的演進過程而觀察，法律的演進大致可以分為四個時期，而分別受到四種主要因素的影響：③

(一) 神秘法時期：在原始社會，人類的生活尚未開化，社會組織也未健全。不但是

法制或者社會戒律，均較簡陋，未成體系。在這個時期，社會生活的維持，多賴宗教信仰和習慣，以敬天法祖的觀念，做為共同生活的法則信念。所以在法制上，法律幾乎寓於祭司、長老的神秘與權威之中。

(二) 權力法時期：經過部落時代以後，人類的社會生活逐漸發達，社會組織，甚致於邦國的設置，也愈形規模，於是有君主、領主等統治形態的產生；在君權神授，或聖人立法的觀念之下，君主的命令意旨，也逐漸取代宗教與習俗的權威；社會生活的規則，在君主代天行道的學說配合之下，庶幾掌握在統治者的權力之中。這是「人定法」的抬頭，是以權力為重心的法律時代。封建制度下的身分 (Status) 關係，采邑關係 (Lehnverhaetnis) 與禮教制度，乃形成這種法制的基礎。^④我國舊法律所謂：「出於禮者入於刑」這個時代的法律與道德禮教，並無絕對的分界，而是均以維護統治的秩序為主要任務。^⑤所以法律在這種情況下，多半注重於統治權術的運用，少有法理價值的追求。法學上亦較注重刑名法例之詮釋，正如唐律疏議中有一句話，可以代表這種見解：

『法者，蓋繩墨之斷例，非窮理盡性之書也。……今所注皆網羅法意，格之以名分，使用之者執名例以審趣舍，伸繩墨之直，去析薪之理也，詔頒行於天下。』^①在這個時期的法學，因為立法權專屬於君主或其所御用的聖者，所以法學的研究多半在於司法詮釋，以盡統治運用的功能，對於法律正義價值體系的探討，邏輯概念之建立，及各領域立法指導原理之探討，乃是權力法時期以後，才發展出來的任務。

(三) 權利法時期：近世紀以降，由於文藝復興以來，人類崇尚人性的解放，追求民權，高唱人格自由發展與自由平等的思想，而解除舊日專制的壓迫與身分的束縛；另外，在工業革命之後，由於工商業的抬頭，經濟發展上函須享有契約的自由與財產權的保障。於是法制上，身分的支配關係、服從關係或采邑關係的色彩，也逐漸退化，擷取自由平等為基本的理念，而轉化為以個人人格及權利為出發的法制時代，在私法方面強調契約自由，私法自治；在刑法方面，則主張罪刑法定主義原則，責任刑法，以及刑罰目的論，而在國家行政方面，則主張立憲行治，依法行政。這些原則乃奠定近代法治國

家的法理基礎。此種過程，也即是如梅茵氏 (Sir Henry Sumner Maine) 所謂：「由身分進至契約」 (From Status to Contract) 的時代。^④

自由主義思潮所催展的法律觀念，以權利的觀念為中心，形成近代法的特色。權利本位法律思想，確認個人不僅僅為政治、經濟社會的獨立單位，而且享有權利能力，享有直接參與法律生活，與他人發生權利義務（法律）關係。個人的法律地位，經過了歷史上漫長的過程，從文藝復興與人性解放之後，逐漸擴張而為近代法治國家的法律所確認，建立起自然人享有平等權利能力的原則。個人居於這種地位，享有財產所有權及自由締結契約的權能。權利能力的確認，邏輯上也即承認個人享有財產權及法律行為自由的法律前題。個人在法律上獨立的主體性，即是法律人格的極緻表現，誠是人類文化發達的結果。

(四) 協同法時期：協同法的思想，乃是現代民主福利國家思潮下的產物，強調以福利政策與社會安和樂利的理念，做為法律的指導原理。蓋根據近代權利法思想發展的結

果，個人之間難免因爲利益關係，而形成對立現象。實際上，個人的生存與發展，在工商社會進化中，更有互信互助的必要。從而，社會連帶的觀念，應運而行，認爲個人在法律上固然享有獨立的人格，但同時亦爲社會協同體的構成員。在人生哲學的理念上，人類社會生活關係，大率是人類爲完成其存在價值，以個人、社會，及國家間接協同融合爲基礎而形成的關係。因此，個人參與法律生活，應是一種法律協同關係（Rechts-gemeinschaft）結合，而不是權利對抗的意味。^①

協同法的思想，建立在權利法的基礎之上，但更強調權利與責任相當原則。個人在行使自由權利之際，必須也應同時認識其創設社會福利，維護國家安全及社會秩序的任務與責任，藉以實現個人人生存在的價值。法理上，誠實信用原則以及衡平正義：社會正義的理念，乃更受重視，形成現代法的最高指導原理。

就權利法的思想所強調「自由人格」而論，協同法的思想，不但承認其抽象理念價值，而且更進一步從實質的條件，去力求實踐，也就是進一步著眼於影響實際上自由人

格的貧富、強弱、賢愚等等差別的問題，尋求保障其生存能力，使每一個人均能自由發展人格，發揮其既有主體性，且有社會性的存在意義。從而，國家必須釐定增進國民福利與社會安全的政策！

建立合理化之各種社會制度，協助個人之發展。學者亦稱之爲「從契約邁向制度」(From Contract to Institute)的發展趨向。^⑨

二、法律理性化與法律學發展的方向

法律的發展，雖然受到外界因素的影響，但是內在方面，有何催動力量？社會哲學家馬克斯·韋巴氏 (Max Weber)，曾以理性化 (Rationalization) 的觀念來觀察一般法律的進展，而相應地認爲有四個階段：^⑩

- (1) 神法階段：由法律先知者，啟示聖法，從事超人之治 (Charismatic Legal

Revelation)。

(2) 聖法階段：由法律哲人依據理性經驗，創造禮教，建立法則，做為人類行為的準繩。

(3) 世法編纂階段：由世俗律士學者或職掌神政者，就社會或宗教的法律規則，加以編整，從事立法。

(4) 法律系統化及法務專業化的階段：由受法學與法務訓練的人，加以司職，行使法治。

從以上法律發展的過程加以觀察，我們可以體認到法律理性化的精義之所在。當今，法律學已經過一番學術整理，不再是一門神秘的權術法寶，而是具有一系列邏輯概念體系與文化價值體系的規範。然而，法律體系的形成，其內涵實際上蘊寓於垂傳的文化，經過多層，從哲學、社會、文化基因而到今日人類文明生活種種因素的激盪，精鍊而成。並且，法律也無時不跟隨社會的變遷，而在日新月異的進化之中。因此，如何以

有形的、有限的法規，適應予變化多端的世態，使其完成維護社會安定秩序、保障人權，實踐正義的任務。這庶幾是當前法學發展的新方向，也是本文所欲加探討的中心課題。

三、當前我國法律學的任務

法學家 Oliver W. Holmes 嘗言：「法的生命，不在於邏輯，而是在於經驗」。當前，我國法律學的研究，尚應注意到我國現代法制發展的經驗。近世紀以來，西學東漸，中國在政治、社會以及文化架構上，面臨西方科技與民主自由思想的衝激，而發生許多制度上的震盪。孫中山先生創導國民革命，推翻了數千年的中國專制傳統，建立民主國家。從而中國的法律體制，也隨着政治文化的變遷而改弦易轍，以民族、民權、民生主義思想為基本指導原理。清末民初的變法，五四運動以來，西方民主與科學理念

的引發，固有法律思想體系的重整，更爲所趨。誠然，我國模仿西歐國家所建立的法制體系，經過半世紀以來的培植灌溉，已經在自由國土上呈現相當的法治豐果。然而，我們爲了進一步了解法律的本質機能，以及其文化價值的核心問題，在今日研究法學時，除應注目於法律概念，規範教義的形成，以及立法、司法及行政上實踐法律的有關學理以外，更有進一步探討與現代法理具有關連性的學說，重整中國合乎時代的法律精神命脈的必要。

雖然，現行法律的體系結構，是承襲西方法制的方式，對於固有法制的延續而言，是有欠缺『繼續性』的遺憾；但是，不可否認，法律是一種具有思考及價值判斷能力（理性作用）的人類營社會生活所不可缺少的有效規範；因此，法律的基本結構與機能，應時時與社會、文化的實在性相結合，方能呈現出具體的妥當性與法律的文化價值。尤其是，中國傳統價值觀念體系，對於現代中國社會生活，仍有根深蒂固的影響。例如：中國傳統家庭觀念及家庭財產觀念，仍流行於現實社會生活之中。天理、人情、

國法的觀念，仍然高度支配着國民的法律感情。因此，我們在研究法律學，對於這些法律理念，如何去加以理解，明瞭其本質、把握其概念內涵，藉於在立法、司法、及行政方面，適用法律，衡斷事理時，配合現代法制體系的民主、倫理與科學觀念，尋求有效的應用，這庶幾是我們當前可在國內研究法律學，應刻意致力的方向。

附 注

- ① 關於「法律的發展概念」，請參照拙著：刑事法學的方法與理論，民國六十三年，環宇出版社，第一二四頁。
- ② 參照林紀東著：法學緒論，民國六十七年，五南圖書出版公司第一四三頁以下。
- ③ 同上注，第一四七頁以下。
- ④ 例如唐律中，以德禮為政教之本，刑罰為政教之用，是這種法制的理論表現。
- ⑤ 見唐律疏議序文。

⑥ 見唐律疏議，進律疏表。

⑦ 見拙著：契約原理及其實用，中華書局，民國五十八年，第一頁以下。

⑧ 關於協同法律思想的哲學基礎，詳見⑦，第八頁⑤。

⑨ 我國憲法，基於三民主義，民生福利的理念，制定基本國策做為發展經濟、社會立法的指針，這也是協同法思想憲法化的趨向。

⑩ Reinhard Bendix: *Max Weber, an intellectual Portrait*, 1962, p. 391.