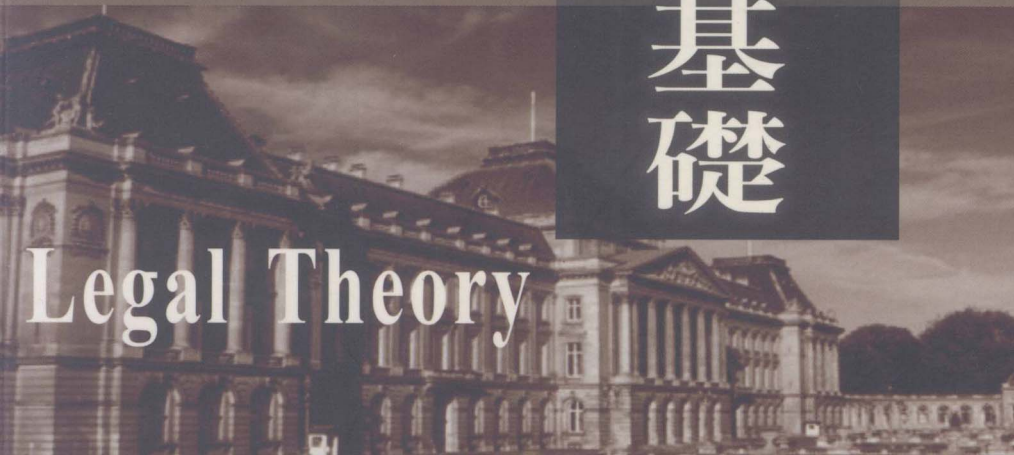


基礎法學叢書 1

法理論的基礎



Legal Theory

作者：Ian McLeod

譯者：楊智傑

法理論的基礎

LEGAL THEORY

作者：Ian McLeod

譯者：楊 智 傑

聲 明

此中譯本原書名為《法理論》，現革新重譯本更改書名為《法理論的基礎》，讀者除非經過評估，否則請勿重覆購買。



Weber Publication International Ltd
Since 1998 良知 品味 責任
將學術當成一生的志業

基礎法學叢書 LA01-001

法理論的基礎

版權聲明

Chinese Translation © 2005 Weber Publication International Ltd.
Copyright © 1999 by Macmillan Press Limited.
Published by arrangement with Macmillan Press Ltd.
through Bardon-Chinese Media Agency. ALL RIGHTS RESERVED

作者：Ian McLeod
譯者：楊智傑
發行人：陳坤森
出版者：韋伯文化國際出版有限公司
責任編輯：李佳蓉 陳美如
客服專員：陳玉蟾
營業事業登記證字號：13118544
住址：台北縣永和市永和路二段 285 號 6 樓
網址：<http://www.weber.com.tw>
Email：weber98@ms45.hinet.net
電話：(02)22324332
傳真：(02)29242812
革新重譯本：2005 年 1 月
ISBN：986-7557-48-4

◎個人郵政劃撥訂書一律九折優待，團體訂購另有優惠價格
郵撥帳號：19686241 戶名：韋伯文化國際出版有限公司
定價：250 元 版權所有 翻印必究

◎本書如有缺頁、破損、裝訂錯誤，請寄回本公司更換新書

序言

本書試圖結合英國的實際案例以及歐洲共同體法的合適案例，來介紹法理論或法理學課程中一般所觸及的主要議題。

為何要強調這種實際的應用，原因在於我個人的教學經驗使然。我在開授這門課時，受限於學期制和單元化的體制，先天上就沒辦法讓學生有餘裕可以優哉地思考和反省。但是，如果有較長時間的沉思和反省，他們之中至少會有一些人能將法理論和實體法律作連結。

接下來，我要開始表達對一些人的謝意，在本書寫作的過程中，我實在是得到太多人的幫助了，有些人甚至是不經意地幫上了忙。要將他們的名字全部寫出來會有點困難，但是，若如果只寫出其中某些人的名字，反而可能招致一些抱怨。不過，我還是必須特別感謝阿莫爾(Hamish Armour)，他對我的原稿提出了許多敏銳且有用的意見，當然，對本書殘留的種種錯誤、遺漏、混淆和不當之處，他是不必負責的。一如往常，最需要感謝的人，是我的妻子潔瑰(Jacqui)，她再一次地展現對我的忍耐與支持，尤其在寫作過程中諸如校對和編輯目錄這些厭煩的部分，都是她代勞的。我想她應該完全能體會羅馬詩人朱文諾(Juvenal)被問及「寫作是項藝術或是工藝？」此一問題時，他的回答是：「都不是，那是一種病」。她期待我有痊癒的一天。

伊恩·麥克李歐得
(Ian McLeod)

誌謝

筆者和出版社想要感謝以下同意我們引用擁有著作權的單位：耶魯大學出版社(Yale University Press)同意我們摘錄富勒(Fuller)所著《法律的道德性》(*The Morality of Law*, 1969)的內容；「哈佛法學評論協會」(Harvard Law Review Association)同意使用霍姆斯(Holmes)的《法律之路》(*The Path of Law*, 1897)以及凱爾森(Kelsen)的《法與國家的一般理論》(*General Theory of Law and State*, 1946)；哈波柯林斯出版社(HarperCollins Publishers)同意使用德沃金(Dworkin)的《法律帝國》(*Law's Empire*, 1986)；諾頓公司(W. W. Norton & Company)同意使用甘寧(E. E. Cummings)所著《全詩集》(*Complete Poems*, 1904-1962)中「所有人類已知的祝福」(of all the blessings known to man)的句子；牛津大學出版社(Oxford University Press)同意使用《共和政體與法律》(*The Republic and the Laws*)、《法律的概念》(*The Concepts of Law*)(第二版)兩書中的段落。

國家圖書館出版品預行編目資料

法理論的基礎 / Ian McLeod 作 / 楊智傑 譯

-- 台北縣永和市 - 韋伯文化國際, 2005

[民 94]

面 ; 公分 (基礎法學叢書 : LA01-001)

參考書目 : 面

譯自 : Legal Theory

ISBN : 986-7557-48-4 (平裝)

1. 法律 - 哲學, 原理

580.1

目 錄

序言	v
誌謝	vii
第一章 法理論的本質：從法律規定到法律	1
壹、緒言	1
貳、法律和法理論	1
參、術語的問題：法理學、法哲學或是法理論？	2
肆、法理論的來源	5
伍、法理論作為特定文化主題	7
陸、法理論的分類	10
柒、為何學習法理論	11
摘要	14
第二章 法律的本質和功能	15
壹、緒言	15
貳、自然法和法實證主義	15
參、法律的功能	23
摘要	28
第三章 自然法傳統	31
壹、緒言	31
貳、古希臘時代	31
參、羅馬	41
肆、基督教的貢獻	44
伍、自然法的世俗化	48
陸、對自然法傳統的邏輯攻擊	53

柒、英國法與歐洲共同體法中的自然法與自然權利	55
摘要	67
第四章 英國分析實證主義	69
壹、緒言	69
貳、奧斯丁的法律命令理論	70
參、哈特的《法律的概念》	76
摘要	87
第五章 凱爾森的規範等級體系	89
壹、緒言	89
貳、純粹法學的本質和要素	89
參、基本規範的本質	93
肆、英國憲法的基本規範	101
摘要	109
第六章 自然法的復興：富勒與菲尼斯	111
壹、緒言	111
貳、富勒的《法律的道德性》	112
參、菲尼斯的《自然法與自然權利》	120
摘要	129
第七章 政策、原則、權利與解釋：德沃金的判決理論	131
壹、緒言	131
貳、將法律視為一個規則系統的不恰當	132
參、政策、原則和權利	133
肆、解釋：正當性與合致性	141
伍、在實際上確認權利的問題	143
陸、對德沃金的評釋	148
摘要	150
第八章 美國法唯實主義	151
壹、緒言	151
貳、美國法唯實主義的基礎	152
參、法律作為預言	153

肆、規則懷疑論	154
伍、事實懷疑論	157
陸、法律工作	159
摘要	164
第九章 對法律的批判觀點	165
壹、緒言	165
貳、馬克思主義	166
參、批判法學運動	168
肆、法理論中的女性主義	171
摘要	176
第十章 正義的理論	177
壹、緒言	177
貳、功利主義	178
參、法律經濟分析	183
肆、羅爾斯的《正義論》和《政治自由主義》	188
伍、諾齊克和最小國家	192
摘要	193
第十一章 道德的法律管制	195
壹、緒言	195
貳、十九世紀的爭論	196
參、《沃爾芬登報告》	198
肆、哈特 - 德夫林論戰	199
伍、威廉委員會的報告	203
陸、德沃金根據政治整合的論辯	204
柒、一些實際應用	206
捌、墮胎和安樂死	224
摘要	230
附錄：歐洲人權和基本自由保護公約的節錄	233
建議進階閱讀	239

第 1 章

法理論的本質 從法律規定(laws)到法律(law)

壹、緒言

本章將從探討法律(law)與法理論(legal theory)的關係出發，緊接著澄清一些基本的專業術語和方法論的問題，然後以解釋「為何學習法理論是有所裨益的」作結尾。並從法律實務的觀點，以及更廣泛的法律學術研究脈絡等角度，來探討這些問題。

貳、法律 and 法理論

大部分的法律教學課程，觸及了整個法律體系中某一特定部分的内容分析。這類典型的課程除了讓你認識你正在學習的法律體系之基本術語，其課程名稱也相當精確地指出該課程的主題範疇。因此，英格蘭的法學家可從侵權行為(tort)的課程名稱，得知會有哪些法律原則(doctrine)的相關討論；同樣地，蘇格蘭的法學家也可從不法行為(delict)的課程名稱，知道他們將要學習的内容。而研究比較法的法學家都知道，大體上，這兩個主題其實是一樣的。

因此，不令人意外地，法律系的學生因而有所預期：他們所學的課程，及該課程所選用的教科書，會以法律的特定領域來界定。當然，探討法律內容的方式可以有許多變化。有些課程在教學上會扣合著相關背景，在真實世界中的社會經濟脈絡下來檢驗法律原則。有些課程會採取所謂的說文解字(black letter)方式，亦即針對含有法律原則的案例和法條，只做純粹的文義分析，而很少、甚至沒有論及那些原則在實際脈絡中的功能。

還可能有其他的變化。例如，課程的包裝和名稱可能會隨時間改變。原本是憲法和行政法的課程，可能改成公法。同樣地，契約法和侵權行為法的教科書，在加入回復原狀(restitution)後，也可能合併且擴充為義務法(obligation)；若再加入一些衡平法(equity)的內容，可能會更有活力且更為實用。然而，不論這些課程歸類、教學的方法如何，一般而言，整個法律系的課程是(至少被認為是)以個別的、理論一貫的法領域為單位來呈現。

法理論卻不同。一個顯而易見的差異是，法理論是在一個更大的油布上作畫；或者，將這個比喻改成更合適的說法，它是在問比較大的問題。例如，刑事法學者會問：「偷竊的定義為何？」這類的問題，相反地，法理學者會問：「是什麼讓禁止偷竊(和其他許多禁止誡命)成為法律的一部分，而其他許多不正直的類型卻被留在道德的領域？」

因此，簡言之，法理論乃是從學習法律規定，進展到學習法律本質。

參、術語的問題：法理學、法哲學或是法理論？

雖然這本書名為法理論(legal theory)，但你會發現許多在這個領域內的主題，有時被定義為法理學(jurisprudence)或法哲學(legal philosophy)，所以有必要試著去澄清這個主題上最基本的術語問

題。有兩件事是很清楚的。第一，這三個用語在使用上彼此的重疊程度很高。第二，不同的人可能會用它們來指涉不同的事情。

有些人可能會覺得法理學(jurisprudence)這個用語比較吸引人，只因爲它是一個「令人印象深刻的四個音節的字，(它可能)因爲聽起來悅耳，而常常被使用在語句中」(T. E. Holland, *The Elements of Jurisprudence*, 13th edn, 1924, p. 4.)。有些人同意蕭伯納(George Bernard Shaw)所說的「所有的專家皆會聯合起來欺騙一般人」，認爲會偏好法理學這個術語，是因爲它較不能從字面上猜出其真正的意義；而法哲學(legal philosophy)與法理論(legal theory)這兩個複合的詞彙，至少能包含那些容易被個別瞭解的要素，即使它們合在一起後會產生更多問題。

對於這三個概念，近代有一種看法如下：

「**法理學**……可能最好的方式是反面地定義為：包含各種關於法律論述的一般性且智識的探討，而非僅限於學說性的註釋或技術性的指導」；

再者：

「**法哲學**可以視為：包含所有以哲學方式(而非根據以經驗性為基礎的社會科學理論)去思索法律、或是與法律相關問題的論述」；

並且：

「**法理論**(可以)被視為：關於法律本質、法律規定或一般法律機構的系統性理論分析……(但是)……並不直接說明下述問題：正義作為一種普遍性概念的本質、涉及道德爭議的特定法律政策或政府政策(例如墮胎)的哲學辯護，或是法律應執行道德原則到什麼程度之一般性問題

(例如刑法是否適合背負這個任務)?」(Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence: A Critical Introduction to Legal Philosophy*, 1989, pp. 2-3)。

然而，這不過只是對這三個用語的其中一種看法。眾多看法中至少有一種，似乎認為法理學實際上等同於法理論，至少廣義來說，法理學通常被用來表示理論性地研究法律的用語：

「**法理學**乃針對法律與法律體系之本質、法律與正義和道德之關係，以及法律的社會本質等普遍性之理論問題的研究」(M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 6th edn, 1994, p. 4.)。

在最基本的術語上欠缺共識，可能會令人在剛開始學習這個主題時感到洩氣。不過，正因存在不同的用語，所以沒有必要將任何一個用語視為是「正確的」。這點讓我們可以進一步說：本書廣義地使用法理論這個用語，它不只包含對法律本質的檢視，也包含權利和正義的本質，還有法律和道德之間的關係。雖然我們承認為了某些目的，以其他的涵義來使用這個用語，可能也很合適，但這本書中所包含的主題，與法律的本質關係如此密切，因此相信所有的讀者皆會認同，將這些主題分開討論會是不切實際且毫無幫助的。

當考量到國際脈絡時，廣義地使用法理論此一用語，是有附加優點的。只有英語系國家會認為法理學或多或少與法理論相當。例如，法國用 *jurisprudence* 來指特定法院透過判決所累積出來的判例法，而 *théorie générale du droit* 這個辭，才與英語系國家的 *jurisprudence* 同義。既然，歐洲共同體法的機制保證要讓英美法傳統與大陸法體系彼此更加了解，那麼只要有可能，儘量統合法學論述時的技術詞彙，應該都是恰當的。

最後，我們必須時時謹記在心：法理論(隨便你愛怎麼稱呼)

的迷人之處，正在於其所顯現的意見分歧。有時候，這些分歧的確是意見上的不同；不過有時候這些分歧只是表面的，分歧的產生實則導因於問的問題互不相同。例如，本書將在第二章概略描述，以作為在後續章節探討一些主要理論分類的基礎——法實證主義和自然法之間的差異，就顯示出關於法律本質上深刻的歧見。換言之，可以用兩個不同的問題來代表這個歧見，亦即，一方問「是什麼使法律成為法律？」，而另一方卻問「是什麼使法律成為好的（符合道德的）法律？」以更一般的說法來說，仔細地去思考某個問題的理論家，可能會忽略其他同等重要的問題，只因爲那超出了他當前所欲探尋問題的範圍。因此，在這種情況下，堅持法理論的哲學地位是有用的。因爲史皮瑞局(T. L. S. Sprigge，譯者按：史皮瑞局是當代哲學家)曾論及：

「哲學之所以是一門卓越的學科，在於當我們清楚理解事物的特定面向時，將容易無視於事物的其他面向，因而我們應該積極嘗試去借助其他人的深入研究，以改善我們躊躇不前、且必然是個人式地(但不必然就是錯的)對事物的掌握」(*The Rational Foundation of Ethics*, 1990, p. 5)。

肆、法理論的來源

英國的主要法源是判例、法以及相關的歐洲共同體法，這當然是老生常談。誠如我們或多或少在本書會討論到的，法理論最重要的關懷點之一，就是：法律是不是只限於各種合乎形式的文本，還是有其他的法源？不過，以當前的目的來說，重點在於，立法和司法上的文本是法律原則的主要來源，說的實際一點，學者的工作不過是要輔助了解那些來源罷了。

另一方面，對學習法理論的學生來說，主要的來源通常不是

判例和通過的法案，而是法理學者的作品。甚至，法理學者未必是法律學者，因為研究主題無可避免地與哲學和政治學理論有關。如同佛利曼(W. Friedmann)所說的：

「所有法理論必然包含哲學的要素(亦即人對其存在於世上的反省)，而且從政治理論那兒得到色彩和明確的內容(即對於社會最佳形式的想法)」(*Legal Theory*, 5th edn, 1967, p. 4)。

特別是：

「在十九世紀以前……偉大的法理學者主要是哲學家、教士和政治家」。

而且：

「法哲學的新時代，主要源自於執業律師在法律工作上，面臨到社會正義的問題」。

「因而，無可避免的，早期法理論必然較傾向一般的哲學理論和政治理論，而現代的法理論，則更適合用法律人自己的語言及其思考系統來討論。然而，不同之處只在研究方法，和各自強調的重心。現代法學家的法理論，跟學院派的哲學家一樣，都是基於終極信念，這些終極信念的學感來自法律本身以外的事物」。(Ibid.)

在這裡對二十世紀以前所作的分析，可從霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)對十九世紀最重要的英國法理學家奧斯汀(Austin)的批評中得到一些支持：「奧斯汀的困境在於他對英國法律的認識不足」(*The Path of the Law* (1897) 8 Harv LR 457, at p. 475. 奧斯汀的法律命令理論放在第四章討論)。

針對許多法理學者並不是法律人的這個事實，最實際的結果是，那些需要一點專業技能才能閱讀和評估的非法律學科之資料，對於那些因長期研讀法律文本，而習於將事物概念化、並對語言及其使用者有所期待的法律系學生而言，可能不是一件簡單的事。相較於法律，其它學科擁有的一項特徵可能是，它們十分依賴柔性的概念(soft concept)，它的意思是：概念依其本質，無法成為精確的語意上的公式，因而不可能輕易地界定其正確內容和界線。正因如此，某些習於嚴格的概念(harder concepts)(嚴格指要求精確的意義)的法律系學生，將會發現他們需要時間來適應法理論中所涉及之學科的相關知識。不過，這樣的適應，是教育中開拓心智過程的一部分，我們應該視為是珍貴的學術挑戰，這也正是這個主題所要呈現的。

伍、法理論作為特定文化主題

法律體系的存在是所有人類社會的特徵之一，因此，在某種程度上，法理論是跨文化的(trans-cultural)，但很明顯地，所謂的權利、自由與正義，仍然會因文化的不同而有實質上的差異。

「每個承認權利的法律體系，不論是透過權利法案或是一般法律的方式，都必須決定哪些權利必須相互調和，及如何調停相衝突的權利，或是否要給予某個權利較高的位階，以及是否將特定權利視為絕對的權利」(Claire Palley, *The United Kingdom and Human Rights*, 1991, p. 159.)。

即使在單一文化內，對法律的看法也會隨著時間的經過，而歷經重大的轉變。在 *Bird v. Holbrook* (1828)案中，原告因彈簧槍受傷而起訴時，最高審判長說：「基督教教義……一直以來都被

當作英國法律的一部分」。例如十九世紀下半葉，英國財政法院會議判決認為，一個人雖然同意出租房間，但當他發現這個房間被利物浦反教協會用來發表質疑基督教義的演講時，他有權拒絕續約。法院判決的基礎是，既然基督教義是英國法的一部分，那麼該使用房間的意圖，即屬於違法的目的〔*Cowan v. Milburn* (1867)〕。然而，在二十世紀初以前，法院的看法已經改變，在 *Bowman v. Secular Society Ltd* (1917)案中，一個社團得到一筆遺產，這個社團的宗旨是「促進……人類行為應該根據自然知識而非超自然信仰的原則，而且所有的想法和行動都應該以世界上人類的福利為宗旨」。而上議院亦支持其合法性(legality)。更特別的是，薩姆訥(Sumner)法官在討論到前面提到的 *Bird v. Holbrook* 案時指出「彈簧槍確實被禁止，但不是基於基督教教義，而是根據國會的法案」他說：「『基督教教義是英國法的一部分』這句話不是真的法律，那只是辯辭」。他解釋法律原理的演變如下：

「可能危及社會的文字，就如同行為一般，有時依實際上社會的安定與否，而有所變遷。或者在開放批評的情況下，社會中理性的成員，也可能會相信這些文字。在今天，集會和遊行已經是合法的，而在一百五十年前，這麼做會被視為是參與煽動。這不是因為法律變弱了或是法律改了，而是因為時代改變，社會比以前更強健。今天，理性的人不必擔心社會會崩潰或沒落，因為只要不是以造謠中傷的方式，抨擊(基督)宗教已是公開的活動」。

看起來，對那些持有強烈個人觀點的學生(不論是基於宗教信仰、種族背景，或個性)來說，法理論的特定文化面，可能會引起問題。然而實際上，所有你所須具備的不過是：你必須瞭解自己可能有的任何偏見，還有你必須用理性的批判方式來討論所有可能的觀點。你也不需要擔心學術討論會改變你那有穩固根據的個人信念與情感確信，因為不會有太多關於終局觀點的爭論