

法與道德——由一個法哲學的核心 問題檢討德國戰後法思想的發展

引論：方法的反省

壹、概念的初步釐清

- 一、道德與道德性（Moral und Moralität）
- 二、道德在當前問題形態中的意義
- 三、問題的重點在法概念的範圍

貳、初期的問題形態——戰後自然法復興運動的基本 思考模式

- 一、納粹統治的經驗
- 二、其思考的基本模式——存有論式的論證
- 三、賴德布魯赫公式的意義

參、自我指涉之體系存有論——法詮釋學、法學方法 論與法存有論

- 一、思想背景與理論目標
- 二、其基本的理論運作形態

三、共同結論：法判斷所需援用的價值乃內在於整體法秩序之內

四、七〇年代興起的批評

肆、法實證主義的問題

一、不同層次對法實證主義的定義

二、必要特徵與非必要特徵

三、Dworkin 對法實證主義的解析

伍、新的問題意識——由法規範之分析到法理性論的興起

一、Dworkin 對規則與原則的區別

二、Alexy 的見解

三、法體系之開放性與法體系之模式

陸、相關問題——由憲法主義與法制主義談起

引論：方法的反省

法與道德這個題目自始即為法哲學的核心問題。幾乎所有重要的法哲學家都必須對法、法律、道德、風俗、以及習慣等等屬於人類社會規範層面的種種現象作理論的探討與詮釋。但今天我們來看這個題目的時候，我們要做的卻不是將過去歷史中，尤其是思想史中各個時代，各個哲學家對此一問題的意見看法，或者說「陳述」，重新加以順序羅列整理，如同一般思想史課程或教科書的做法，將這些陳述加以濃縮整理，重新「報告」一遍。這種做法雖然是學術界的一種常規，甚至被認為是教學過程之必備，但這卻不是思想本身¹。

黑格爾在批評 Reinhold 的時候曾指出，任何在我們之前出現的哲學體系都不只是我們自己思考的練習（Vorübung）而已，每一個哲學體系，或說每一思想家的思想，都各自呈現了其獨特性，都組織表達了一種問題形態。這個問題形態一方面乃由其時代特色所出，另一方面卻又不局限於此一限制而具有問題脈絡之一貫性²。當然黑格爾有其一定之哲學立場，在此我們無法深入。重要的是，對法與道德這樣的題目如果不能掌握各個學說的基本問題形態，解讀其思考的基本點，則免不了仍然是哲學材料的報表，對思考意識的提

¹ 在這第一種方法之下，處理思想的人只是做一轉手的工作，從他人處拿來一些東西再轉交給第三者，因此也許可以將其稱之為報表法。所謂價值中立的研究或教學也隱含在這個架構之下。

² G. W. F. Hegel, Werke, neu hrsg. von Moldenhauer/Michel, Frankfurt a.M. 1971, Bd. 2., S. 19ff.

昇並無助益³。

另一種方法則是一種溝通、呈現的方法。我必須自己進行對一個問題的思考，這個思考並包括了對其他思想家看這個問題方式的思考，並進而對這些思想進行理論的重構，以自己的語言加以敘述呈現在其他人面前，以使大家藉由對話共同來思考這個問題。

如果用另一種方式來說，各個思想家的理論並不是一個外於言者與聽者之外的物品或商品，而由言者提供給聽者，彼此形成一種交換的關係。言者並進一步宣稱自己是以價值中立的立場提供給聽者一些素材內容，聽者可自行對所接受的訊息做價值判斷或選擇，一如在自由市場中選擇商品一般。這種交換式的言聽關係，至少就筆者的觀點而言，應轉換成一種共享式的關係，意即言者是將所思考的對象，透過語言的表達，呈現在聽者的意識當中，彼此共同形成一共同思索的場域，在一溝通共思的過程中，共同探討一個問題對象。簡言之，正如同藝術的創作者與藝術的欣賞者彼此的關係一般。藝術品可以是商品，具有某種交換價值，但它的交換價值與使用價值乃為不同層面考察下的雙重呈現⁴。在此我們所關心的乃是思考本身的呈現。

³ 黑格爾本人也曾對思想史的素材作過第一流的消化整理，頗值後人參考。此並非見於老年黑格爾的哲學史演講錄，而見之於青年黑格爾在 *Kritisches Journal der Philosophie* 所發表的三篇論文：*Differenz des Fichte'schen und Schelling'schen Systems der Philosophie* (1801); *Glauben und Wissen* (1802); *Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts* (1803)。三篇論文皆收錄於 *Hegel, Werke* Bd. 2。

⁴ 此等觀念間接來自於馬克思有關於「交換價值」與「使用價值」的區別，vgl. Karl Marx, *Das Kapital*, Bd. 1., Berlin 1988, S. 52ff, S. 56ff, insbes. S. 75。

第一種方法是以各思想家為單位的分割敘述法；第二種則是以問題為核心的共同思考法。以下作者自然是以第二種方法作為處理法與道德這個題目的指引。至於它是否成功，則有待讀者的判斷。

壹、概念的初步釐清

一、道德與道德性 (Moral und Moralität)

我們既然要探討法與道德之間的關聯，就必須試圖將這兩個概念做一初步的說明。此處先將「法」暫時擱下，先考察「道德」的意義。

道德可以有許多不同的意義。就一般語言的理解，它可以是傳統沿襲的價值觀念，是風俗習慣，是社會倫理之標準，或是公共善之意識。但我們首先要提出來討論的是「道德性」(Moralität; morality) 的概念。

此一道德性如果由哲學史的角度而言乃是一個近代的產物。對道德性所做最具代表性的哲學陳述，如眾所周知，乃來自康德。康德在純粹理性批判中，一方面嘗試回答先驗綜合命題如何可能的問題，另一方面又在其超驗辯證中說明了三大超驗理念的不可證明性⁵。道德性的意義可以簡單地解釋為道德主體對於善之純粹意志，其存在是無法透過智性加以證明，但卻是可透過行為實踐之身體力行加以表彰。此等善之純粹意志一方面證成了個人的自由，奠定了倫

⁵ Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B. 7, 19ff, 473ff, 561, 586f, 769ff.

理的基礎；另一方面也藉以顯現了人之尊嚴與價值⁶。

道德性的至高表現形態乃是「良知」（Gewissen）。良知在黑格爾的分析中顯現為近代市民文化發展的一種特殊心境形態，它的特色在於：至高無上，堅毅己念，不受外在權力的支配與檢查⁷。良知的問題在近代倫理學與法哲學中佔有十分重要的地位，但相關問題卻不是此處探討的對象，故不多做討論⁸。

二、道德在當前問題形態中的意義

以上所撮要敘述的道德性，是近代思想史中一個最重要的問題，但相關聯的觀念卻不一定在直接提及「道德性」的脈絡中加以探討⁹。而今天在「法與道德」這個題目下所指的道德，卻正好不是上述的道德性。德國當前一般討論法與道德這個題目所指的道德，乃

⁶ Kant, Kritik der praktischen Vernunft, hrsg. von K. Vorländer (phil. Bibil.), S. 3ff, S. 75ff.

⁷ 黑格爾曾對良知進行了深刻的分析與批判，其重點在指出良知的虛矯、空洞與不嚴肅，見 Hegel, Phänomenologie des Geistes, hrsg. von Wessel/Clairmont (phil. Bibil.), S. 415ff.; Die Philosophie des Rechts, Werke Bd. 7., § 137, § 273. 黑格爾的這個批評又引起了無數的爭議與反駁，尤其是關於良知與國家公權力的關係，請參考 E. Mock, Gewissen und Gewissenfreiheit, Berlin 1983, S. 47ff; A. Kaufmann, Das Gewissen und das Problem der Rechtsgeltung, Heidelberg 1990, S. 8f; H. Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, Göttingen 1990, S. 179; Yen Chuehan, Die absolute Sittlichkeit und die Freiheit in ihrer Erscheinung, München (Diss.) 1992, S. 154ff.

⁸ 筆者以為良知的問題宜置於法價值論與制度論中加以考察，但應與法效力論的問題區分。不過有些學者則正好相反地將兩者合一立論，請參見 Arthur Kaufmann, a.a.O., S. 17ff.

⁹ 例如 Marx 的費爾巴哈論綱實也涉及了此一問題。簡單地說，就是 Praxis 與 Poesis 的問題。

是指自然法、理性法、價值準則、正義原則等等「非實證法」的價值理念或規範¹⁰。換句話說，此處所指的道德，是以「法」為出發點，來加以考察所有「法之外」的價值理念與準則¹¹。

三、問題的重點在法概念的範圍

由這樣的概念設定我們可以看出一點：「法與道德」這個题目的真正重點在於「法」。我們並不是在研究清楚法是什麼，道德是什麼以後，才進一步以實證研究的方法探討兩者的關係。任何實證研究其實都預設了法與道德兩者的某種關係。而我們問的正是：法與其他價值標準（道德）的關聯是什麼？這個問題的理論表述就是：「法概念」（Rechtsbegriff）的範圍是什麼？它的界限何在？它到底是以何種方式將道德包括在內或排除在外^{12, 13}？

¹⁰ 參考 Ralf Dreier, Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt a.M. 1991, S. 96。

¹¹ 此處所謂「法之外」僅僅是就問題的出發點而言，更正確地說，是指就直接的觀察而言，並不清楚是否屬於實證法的價值標準，法與道德的這種「內」或「外」的關聯正是本文以下將加以考察的核心。

¹² 法概念的問題是法哲學的核心問題，簡單地說，法概念問的就是：法是什麼？進一步說，法概念的問題必定要涉及「法效力」（Rechtsgeltung）的問題。因為對「法是什麼？」更精確的陳述乃是：何者是具有「法效力」的「規範」？蓋規範的種類很多，有道德規範，宗教規範，社會規範等等，甚至可以說，每個人隨其喜好，皆可自行設想各式規範。但是在這些形形色色的各種規範中，那些才是具有法效力的規範——也就是說，那些規範才是「法規範」，卻是一個極困難的問題。值得注意的是，解答這個問題的棘手處並不在「判斷」，而在「判斷的標準」。尤其困難的是，這個判斷標準本身是不是法規範？如果是，是何種法規範？如果不是，其性質又如何？筆者以為，決定一個法哲學或法理學論說之品級的最佳著眼點，端視其如何解決這個「判斷標準」的定性問題。

¹³ 由這個初步分析其實尚可看到一點：任何法社會學的研究其實都預設了某種法效力的概念，亦即，法社會學的法概念必定預設了某種法哲學的法概念。見此一說法的古典表述，Kelsen, The General Theory of Law and State (Harvard Uni-

二次大戰以後德國法思想的發展並不是在此一問題意識的清晰指導下變化，但是其主要進路仍脫離不了這個脈絡。以下將嘗試在這個問題意識的指引下，逐步分析幾個主要理論取向的基本特徵。

貳、初期的問題形態——戰後自然法復興運動的基本思考模式

一、納粹統治的經驗

從一九三三年到一九四五年的納粹德國，不但進行了史無前例，科學性的滅種運動，發動國際侵略戰爭，在其國內更是不折不扣的獨裁專制統治。在這段恐怖統治的時期，許多優秀的法律人——包括法官、檢察官、公務人員、律師、法學教授——不但沒有以其所學反抗專制統治，反而以其專業知識為各個納粹法律作辯護，做解釋，或者是被動地接受納粹立法為「法」，並應用於具體個案之中，而產生了許多非常不正義的結果¹⁴。

基於這樣的一種背景經驗，戰後德國的法學者及哲學家便展開一聯串的反省檢討。如果拋開那些趨炎附勢，純為納粹造勢宣傳的言論不談，有許多的問題是產生於具體個案中應用納粹立法的結果，也就是說，有許多的裁判或行政行為，就其發生的法律基礎來看

versity Press 1949), at 175 infra.

¹⁴ 參照 Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, München 1989, S. 35ff; Hinrich Rüping, *Zur Praxis der Strafjustiz im Dritten Reich*, in Dreier/Sellert (hrsg.), *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*, Frankfurt a. M. 1989, S. 180ff.

是完全「合法」的——如果我們暫以某種法實證主義的標準來看。在這樣一種背景下，戰後德國的法學者於是展開對普遍存在於法律人意識中的法實證主義思維方式之廣泛批判¹⁵，與此相應地也展開了各式各樣的自然法復興運動，各個不同的哲學立場都各自提出了自己的自然法主張。一時之間，樣式繁多的各種自然法主張紛紛出籠，尤如百花齊鳴，好不熱鬧¹⁶。

二、其思考的基本模式——存有論式的論證

(一) 四個共同特徵

欲了解這些哲學立場各不相同的自然法主張，我們不能陷入其紛雜的特殊理路，而必須歸納出一些共同特徵，以期能夠檢討他們共同的思考模式。以下筆者嘗試提出四個貫穿此一自然法復興運動的共同思考模式：

第一，自然法乃指外於、超越於實證法之外的「法體系」或「法原則」。

第二，自然法的基礎是某種特定的，既有的「秩序」。

第三，自然法的具體實施內容具有某種變動性。

第四，在一定的條件下，實證法會因違反自然法而喪失效力。

¹⁵ 反對法實證主義對納粹司法的影響見，Ingeborg Maus, "Gesetzesbindung" der Justiz und die Struktur der nationalsozialistischen Rechtsnormen, in Dreier/Sellert, supra note 14, S. 80-103, S. 84ff.

¹⁶ 參照 H. D. Schelauke, *Naturrechtsdiskussion in Deutschland*, Köln 1965, Drittes Kapitel, S. 102ff.

在此一情況下，此一實證法就不再具有法的資格¹⁷。

在這幾個特徵之中以第四個最重要，因為整個自然法復興運動的主要目標導向即在試圖說明，在何種情況下實證法不是法。這不僅是一個純理論的問題，在司法實務的運作上，此類思考也發揮了一定的影響力¹⁸。但真正的思考核心應在於撥開各個不同學派的立場差異以找出其理論論述的共同特徵。所有這些自然法理論的共同特徵，如果用一句話來說明可以稱之為：存有論的思維模式。

（二）雙重的存有論論述

所有的這些自然法論者都運用了一種雙重的存有論論述策略來解決他們所面對的「實證法的不法」（gesetzliches Unrecht）問題。第一個存有論的論述在於奠立法的真正客觀存有基礎，也就是上述所稱的「秩序」。這個秩序是客觀於人的主觀恣意之外，以某種「永恒」或「內在於事物」的方式存在。換句話說，自然法論者試圖透過對客觀法存有的分析，尋求「法」作為實證法的客觀，不隨人、地、時代而改變的標準，進一步在此一判準下，利用第二個存有論論述的策略（也可稱之為否定性存有論論述），將不合於此一判準的實證法律排除於「法」的範圍之外。

就眾多學說中舉其著例，例如事物之理（Natur der Sache）或事物邏輯之結構（sachlogische Struktur），或肯認原則（

¹⁷ 對自然法最典型之理解參照 Radbruch, Rechtsphilosophie, hrsg. von Wolf/Schneider, 8. Aufl., Stuttgart 1973, S. 102f.

¹⁸ 參照 H. U. Evers, Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, S. 241-248, 246ff.

Anerkennungsprinzip）等等。而被排出法之外的實證法最著名的當然是納粹的種族立法，或不依照罪責原則而制定的刑法¹⁹。

在這種思維方式下，學者總是在尋求一個判斷的「標準」，或說一個「東西」，一個可稱之為「法之存有基礎」的東西。自然法論者認為透過對此一存有基礎的分析，我們便可區分何者是真正真實的「法」，何者只是具有法之「表象」的規範，究其實僅只是權力的運作。這種對表象（現象）與本質的區分是歐洲哲學史的固有思想遺產，事實上也是所有科學得以成立的必要條件²⁰。自然法論者亦延用此一途徑以指出，某些實證法只具有法之表象，究其本質並不是法。

正在這一點上我們又可進一步發現，整個自然法復興運動的論述關鍵，就在於「是」這個字。更清楚地說，存有論述不可避免的出路（或說它有意的導向），就是將應然的規範問題與實然的存有問題做某種方式的結合。而且相較之下，可說實然面已占了上風，應然的問題已被解消於某種的存有分析之中。這是一個重要的關鍵，因為後自然法復興運動之法理論發展主流，也就是下述之法詮釋學與法學方法論，也仍然是在此一基本的論述負擔下進行理論建構的轉向²¹。

¹⁹ 一個代表性論述，見 H. Welzels, supra note 7, S. 237ff.

²⁰ 本質與表象之區別可上溯到希臘文化中真理（aletheia）的概念，參見 W. Nestle, Vom Mythos zum Logos. Die Selbstentfaltung des griechischen Denkens, Stuttgart 1975, Einleitung, S. 1-20.

²¹ 參見本文第參部分。

三、賴德布魯赫公式的意義

在所有自然法復興運動中最具代表性，也擁有最持久影響力的理論，當推賴德布魯赫公式（Die Radbruchsche Formel）。賴德布魯赫公式是由德國法哲學家賴德布魯赫在其著名作品「實證法之不法與超越實證法之法」中所提出的判斷公式²²。一如其他自然法論述，賴德布魯赫公式也是一個判斷在何種條件下實證法不再是法的標準。這個公式主要可區分為三項判準：

第一，實證法的法安定性原則上優於合正義性。

第二，當實證法違反正義的程度已達到無法忍受的程度時，此一實證法就不再是法，而只是權力的運作。

第三，為補充二，可提出另一項判準，即立法者若於立法時有意地否定正義的核心原則，即平等原則時，此一實證法即失去法的資格（也可稱之為法性，Rechtscharakter）²³。

由於法安定性原本即為正義的一部分，第一項判準基本上問題不大。它也可以說是對法實證主義的容納與和解。要點是在第二、三項判準。第二項判準可說是一種客觀性判準，當客觀上某個實證法違反正義已達無可忍受的程度時，此實證法就不再是法。第三項則為主觀性判準，在立法者主觀否定平等原則上著眼，以檢查實證法的「法性」。這幾個判準也構成了所謂「不法論述」（Unrechtsargument）的核心。此一論述的功能，一方面在檢查實證

²² Radbruch, gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in Radbruch, supra note 17, S. 339-350.

²³ a.a.O., S. 345f.

法的法性，另一方面則試圖否定法實證主義²⁴。

對賴德布魯赫公式可以提出許多不同的解釋與理解，它在實務上也有一些應用²⁵。東德被統一後，也可能再度被提出來考量東德政府種種法令的法性。但不論我們怎麼解釋它，在賴德布魯赫公式中強烈地反映了上述的存有論式思維方式：實證法是法，但是在某情況下，它就不再是法。如果再進一步看，「不可忍受」與「有意否定平等原則」都是屬於實然層面的考察，賴德布魯赫公式正好是一個銜接實然與應然的嘗試。

參、自我指涉之體系存有論——法詮釋學、法學方法論與法存有論

一、思想背景與理論目標

在看完了自然法論的最主要代表性論述，即賴德布魯赫公式以後，我們可以發現，基本上戰後自然法復興運動的思維方式，由於其目標感太強（否定某些實證法的法性），使得在這個運動下所有的努力，雖然產生了不少哲學思考，但是這些哲學在納粹經驗逐漸淡薄，新問題不斷產生的時代裡卻日益失去吸引力²⁶。

差不多在同樣的年代裡，也就是五〇年代，另外的一種理論取

²⁴ a.a.O., S. 344.

²⁵ B. Schuhmacher, Rezeption und Kritik der Radbruchschen Formel, Göttingen (Diss.) 1985, S. 69ff.

²⁶ Dreier 認為自然法復興運動已屬於「歷史」，見氏著 Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt a. M. 1981, S. 188ff.

向也漸漸萌芽成長。這個理論發展後來在六〇年代逐漸茁壯成為一支法學思想的主流，也就是國內一般所謂的法學方法論，或者可稱之為價值法學（Wertungsjurisprudenz）²⁷。其主要的代表人物如 Esser, Larenz, Canaris, Bydlinski 等等都是法學界赫赫有名的學者。在這些主要的方法論作者之外，還有另一批主要屬於法哲學界的學者，致力於對新時代的法學思想與法律解釋做深入的哲學分析與探討。這批學者主要乃脫胎於自然法復興運動，但希望超越舊有的框架，開展新的視野。在這個努力下逐漸發展出一些法存有論的理論。其主要代表性學者如 Maihofer, Kaufmann, Hruschka 等。

在本論文中並不試圖，事實上也不可能對所有屬於這個理論思潮下的作品進行討論。重要的是，在這個大的思想脈絡下有那些元素是所有各理論的共同特徵，它們的基本運作形態，基本思考模式的關鍵何在，這是我們可以嘗試做一初步研究的對象。

首先我們可以先看看這整個思潮源起的背景與其運作目標。在此我嘗試將其歸納成兩個背景與一個目標。

（一）詮釋學的復興與轉化

第一個背景是詮釋學的復興與轉化。詮釋學如眾所周知並不是一個新的理論產品。但是它在二十世紀經歷了理論的復興與轉化。

²⁷ 法學方法論自然不能與價值法學等同視之，但是近三十年來的主要法學方法論述大多屬於此一取向。不屬於此一取向者，則常常也不使用法學方法論的名稱。這不僅只是一個名稱的問題，更是不同觀點的表現。在 Larenz 方法論第六版中，價值法學儼然已成為方法論之正宗，見 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a., 1991, S. 120ff.

在復興方面主要是義大利法學者 Betti 的努力²⁸；在轉化方面則主要歸功於哲學家 Gadamer 的貢獻。這其中最主要的突破在於將詮釋學由社會及人文科學方法論的地位提升至「理解的哲學」。在這個當中，理解（Verstehen）已不是一個方法的概念，而是人類生活的原初存有特徵²⁹。

詮釋學對法學的理論影響則可歸納成三個概念：理解（Verstehen）³⁰，先解（Vorverständnis）³¹與詮釋學循環（hermeneutischer Zirkel）³²。這三個概念經過多年的反覆引用，可說已成為口號般被許多學者所使用，國內也已耳熟能詳，故在此不再贅述³³。

（二）法律應用學思考的重整

第二個背景則比較少為人所提起，我將其稱之為「法律應用學思考的重整」。與第一個背景不同的是，第二個背景並不來自於某一特定的學派或哲學，而是源自於典型的法律人工作，也就是將抽

²⁸ Emilio Betti, Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften, Tübingen 1962, S. 11ff, S. 38ff.

²⁹ H. G. Gadamer, Wahrheit und Methode, Tübingen 1986, S. 264f. M. Heidegger, Sein und Zeit, Tübingen 1984, S. 142ff.

³⁰ 代表性論述，J. Hruschka, Das Verstehen von Rechtstext, München 1972, S. 30ff, S. 65ff; K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. Berlin u.a. 1991, S. 204ff.

³¹ J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1972, S. 10, 115, 173 und passim.

³² a.a.O., S. 134.

³³ 參見 Kaufmann/Hassemer, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 5. Aufl. 1989, S. 306ff.

象法規解釋、適用於個案。如此一種「個案意識」的重新提振，在戰後也許可首先上溯至奧國學者 Wilburg 的動態體系（bewegliches System）理論。在德國則以 Viehweg 對主題（Topik）研究法的提倡影響最為深遠³⁴。除此以外，在自 Esser 以降的各家方法論中，我們也可以清楚地查覺這樣的一種理論意識的重整³⁵。而這整個理論脈絡，如果我們用一個概念來加以把握的話，可以稱之為：個案問題之關聯性（Problembezogenheit）。

這一個概念中實際上含有多層的意義。第一是對三段論法以及邏輯演繹法在法學中應用的質疑；第二則是對解釋法律的主體在個案應用中發揮「創造性作用」的重視；第三，是對「個案正義」的強調，以及「個案規範理論」的提出。這些都可以說是在個案問題的關聯性這個理論意識下的結晶³⁶。

³⁴ Th. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, München 1972, S. 31: 「對主題學（Topik）的考察中最重要的一點就是，這是一種取向於問題（Problem）的思考技術（Techné）。」Viehweg 也認為 W. Wilburg 的代表作 *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Rechts* (1950)，表達了一種 Topik 的思想，見 Viehweg 前揭書，S. 105ff。但是 Canaris 對這點做了一些修正，參見 Canaris, *Bewegliches System und Vertrauensschutz im rechtsgeschäftlichen Verkehr*, in Bydlinski u.a. (hrsg.): *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York 1986, S. 103-116, S. 103。

³⁵ Esser, *Grundsatz und Norm*, Tübingen 1990, S. 183ff; Larenz, *Methodenlehre*, S. 137ff, S. 348ff; Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Berlin 1982, S. 135ff. Canaris 對 Viehweg 所提出之 Topik 思想在法學中之地位做了相當程度之限制。但是重點在於自 Viehweg 以降，個案問題意識已成為法思想不可迴避的一部分。

³⁶ 關於個案規範（Fallnorm），參見 W. Fikentscher, *Methoden des Rechts*, Bd. 4., S. 190ff, 288ff; 同作者，*Die Bedeutung von Präjudizien im heutigen deutschen Privatrecht*, in: Blaurock (hrsg.): *Die Bedeutung von Präjudizien im deutschen und französischen Recht*, Frankfurt a. M. 1985, S. 11-23, S. 18f。

（三）重新尋回法律解釋的客觀性基礎

簡短地檢視了兩個思想背景之後，再來探討所謂的一個目標為何。這個目標簡單地說，就是在否定了邏輯演繹法於法學中的地位後，重新尋回法律解釋的客觀性基礎。當我們認為邏輯推演對法學而言是一個不妥當理論模式時，我們就必須另外為法律的解釋適用找到一個客觀性的知識基礎。當我們認為，法律的解釋適用必定帶有評價的因素，而評價一方面不能免於主觀因素之介入，另一方面又不能只是評價者的主觀認定時，我們就必須為據以評價的價值標準找到另一個理論上的客觀根據。而這樣一個目標就其積極面而言，更帶有重新檢討「科學是什麼」，「法學之科學性」的目的³⁷。也因此其發展的年代與德國社會學之實證主義論戰相當也就不足為奇³⁸。

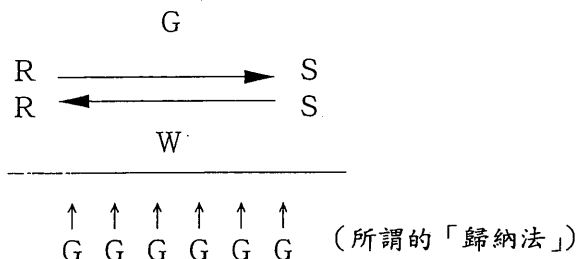
更清楚地說，由於這一理論思潮自始即預設了實證法規的不完整性，而且是一種雙重的不完整性，亦即一方面實證法無法窮盡所有的生活事實關係，另一方面，法規中的概念亦無從精確地界定其意義。在這種不完整性的前提下，解釋法律的人，尤其是職司裁判功能的法官，勢必要透過某些方式、某種觀點，以彌補法規不完整的缺點，以求抽象法規能妥善而具體地應用於個案之中。

³⁷ 關於法學的科學性質，參見 Larenz, *Methodenlehre*, S. 195ff。

³⁸ 參見 Th. W. Adorno, Karl Popper u. a., *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Neuwied/Berlin 1969, passim.; H.-J. Koch (hrsg.): *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Kronberg/Ts. 1976。

(四) 四個要素

這樣一種企圖如果放在法詮釋學的脈絡中來加以觀察，可以描述為：實證法規範（Gesetznorm, G）與「透過實證法所表達之價值因素」（Wertungen, W）的共同作用。而這正是法與道德問題的一種新表達方式。如果更進一步分析，其實還有另外兩個重要要素：欲待解決之生活事實關係（Sachverhalt, S），以及解釋適用法規範之法官（Richter, R）。它們的關係可以圖解如下：



法詮釋學的基本運作形態可說不脫此四個要素：R 欲把握 S，必須由 G 著手；但是要妥善了解 G，又不能沒有 W 的輔助；W 則是透過對 G 的研究（常被稱作歸納法）所得出³⁹；而這個過程又必

³⁹ Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1983, S. 97; Larenz, Methodenlehre, S. 384. 將此一尋得一般原則的方式稱之為「歸納法」是錯誤的。第一，歸納法的基礎是不斷反覆出現的現象，並不僅只是由特殊到普遍。第二，歸納法所得出的，不過是假設而已，但法學方法論者卻認為可由此得到具有拘束力之一般原則。第三，由此亦可見法學方法論者對原則效力作用方式之誤解。由眾多（不論有多少）其他規範中我們所看到的某種原則，最多只是形成一個相對堅強的理由，並不當然構成一個標準答案。更何況方法論學者也未曾明白說明，到底至少要由「幾個」規範才能得出一個原則。也未曾處理，若有幾個規範顯示了一種原則，但同時又有幾個（或一個）規範顯示了另一原則時該如何解決。

須有 R 的創造性參與。因此各家理論可說完全是此四個基本要素的交叉辯證⁴⁰。

二、其基本的理論運作形態

(一) 自我指涉之體系存有論作為理論預設

在這樣一個解析下，我們可以進一步來看法詮釋學的理论預設是什麼。簡單地說，可以稱之為：自我指涉之體系存有論（die selbstreferierende Ontologie des Systems）。這個預設包含了三個意義：

第一，法是以某種總體性的、統一性的法秩序存在著。這種思想一直是德國法理論的一大主流，也並非始於戰後的發展。如果我們不考慮黑格爾以降德國哲學對法學的影響，則至少可追溯至戰前 Karl Engisch 的作品「法秩序之統一性」⁴¹。對國內讀者較熟悉的論述除 Larenz 的方法論外，應首推 Canaris 所著之「體系思想與法學中之體系概念」一書。Canaris 在其中指出：「法之內在秩序與統一性不僅是法學科學性之前提與方法論之預設，它更是法倫理之要求，根源於法理念（Rechtsidee）。」⁴²

第二，此一總體性法秩序主要是展現在一個「內在價值體系」當中。雖然 Larenz 在其方法論的結尾處才討論法之內在價值體系，

⁴⁰ 在方法論中常用的「事物之性質」（Natur der Sache）及「交易上之需要」（die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs），其實可歸屬於生活事實關係之下。

⁴¹ K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Neudr. Darmstadt 1987.

⁴² Canaris, Systemdenken, S. 16. 另參照 S. 11ff, 40ff.

但是此一思想，依筆者之見，應是價值法學之方法論的精華處。若無此內在價值體系的理論支柱，Larenz 與 Canaris 方法論之精采處——尤其表現在法之補充方面——就無從建立。Larenz 指出：

法倫理之原則對我們而言，是解釋法律的標準，並且在法之續造（法之補充，Rechtsfortbildung）時必得參考之。……（例如）法治國原則是一種指導性的思想，它是所有下層原則的基礎，並指示我們方向，……。重要的是，（由原則到次級原則的）思考並不是單向直線進行，反而經常是逆向進行。……建立一內在體系必須經過一交互闡明的過程，此一過程我們可稱之為『理解過程』之詮釋學結構。⁴³

由這段 Larenz 的引文，我們也可以清楚地看到內在價值體系與法詮釋學的密切關聯。

第三，所有的個案總是關聯於法體系的總體結構，而體系的整體又是由個別的規範所組成。換句話說，個別與總體兩者總是不斷地相互指涉。在這種思想下，每一個個體不但是總體的構成部分，它自己就是一個總體的表彰。在十九世紀中最強烈表達此種思想的是黑格爾。他曾經寫到：「要緊的並不是個體依附於總體，真正的要點在於，每一環節（獨立於總體）自己即是此總體。」⁴⁴在當代法詮釋學中，這種個體與總體的關聯性就表達於所謂詮釋學循環中

⁴³ Larenz, Methodenlehre, S. 474ff.

⁴⁴ Hegel, Werke II, S. 554.

，對之發生最大影響的自然首推 Gadamer，以及經由他所引介的 Heidegger。在此可以綜合提出的幾個重點是：一，這種關聯性是一種存有論之結構⁴⁵。二，這種存有論的結構帶有時間的面相，或者說帶有歷史性⁴⁶。因此傳統及與之相聯之當下具體生活形式亦結合於其中。三，此一結構因具體呈現於解釋主體之意識中，而與解釋主體形成一理解之場域。簡言之，即解釋主體之「歷史意識」⁴⁷。

（二）最主要的體系運作工具——類比（Analogie）與類型（Typus）

在這個理論預設下，我再嘗試提出一個法詮釋學最主要的操作工具：也就是類比（Analogie）。類比簡單地說就是相同還是相似的問題。當 Sa 與 Sb 兩個生活事實關係完全相同時，那毫無疑問地，應用於 Sa 的規範也必須應用於 Sb。只有當 Sa 與 Sb 相似而不相同時，真正的問題才出現。法詮釋學影響下的法學方法論之主要理論重點，就在嘗試妥當地解決各式各樣「相似而不相同」的問題。這其中包括例如目的性限縮或擴張；法官造法；漏洞填補等等。我們甚至可以說，一個學者如何在他的法體系中切下類比這一刀，基本上就決定了他的理論走向。例如 Kaufmann 切得很偏，對他而言幾乎除了數字，沒有相同的東西，生活事實關係含攝於法規範中，完全是一種類比性思考⁴⁸。Canaris 則將類比安置在漏洞的確定與填

⁴⁵ Gadamer, Wahrheit und Methoden, S. 270ff. Heidegger, Sein und Zeit, S. 142ff.

⁴⁶ Gadamer, a.a.O., S. 314.

⁴⁷ a.a.O., S. 305ff, 346ff.

⁴⁸ 參照 Arthur Kaufmann, Analogie und "Natur der Sache", 2. Aufl. Heidelberg 1982,

補⁴⁹。

而爲了讓類比的這個動作能妥當而不過分的運用，則又必須引進「類型」（Typus），以取代一般所用之「概念」（Begriff）。類型的意義是指無法窮盡所有特徵的概念，明顯的例子如民法第一百九十條之「動物」，刑法第三百二十一條第一項第三款之「凶器」等。甚至可以主張所有的法概念都是類型⁵⁰。類型的功能在於，在相似而不相同的情況下，能用類型解決的，就不需要使用類比。因此對類比的定位不同，也就影響其對類型的定位，反之亦然。當然有時也可將類比分類，使其與類型重疊，此端視各學者的理論架構而定。

三、共同結論：法判斷所需援用的價值乃內在於整體法秩序之內

整體而言，法詮釋學的共同結論其實並沒有跳出法與道德的問題脈絡。它認為評價是法律解釋適用中不可缺少的活動，而評價所依據的價值標準並不是法秩序之「外」的社會價值規範，而是內含於總體法秩序之內的價值體系。簡單地說，法不能沒有道德，但此

一道德是法秩序之內的道德。在這個意義下，我們可以說法詮釋學帶有一種「法全體主義」（der juristische Holismus）的傾向。

四、七〇年代興起的批評

針對法詮釋學的思考方式，在七〇年代初期逐漸有一批學者提出了他們的批評⁵¹。這些批評可以歸納成下面三點：

第一，對於一個總體性法秩序的存在固然不必全面反對，但這樣一個命題卻不是很重要的。比較重要的是具體而精密地發展出一套論證的規則，利用這些規則來檢查法學論述的合理性與可接受性。一個好的法學見解或裁判，它的標準不再是某種自然法的秩序或總體的法內在價值體系。關鍵在於它是不是一個合理論證過程的結果。或者說，我們不再關心一個法律的決定是如何產生的，而關心此一決定的「理由」（Begründung）何在⁵²。

第二，基於此一理論轉向，學者重新肯定了邏輯分析的重要性。單純的三段論法模式固然過分地簡化。但是六〇年代以降，主要環繞著價值法學所發展的各種方法論說辭，如果用 Kelsen 批評 Esser

S. 29f. 對 Kaufmann 來說，Typus 與 Analogie 的範圍可說是一樣的，只不過前者放在概念層次，後者放在思考層次。而 Analogizität 則屬於存有論層次。

⁴⁹ Canaris, Die Feststellung von Lücken, S. 24ff. 對 Canaris 而言，臨界點仍然放在「可能之字義」（der mögliche Wortsinn）。

⁵⁰ Kaufmann, Analogie, S. 46ff. Kaufmann 將所有的概念類型化，其實簡單地說，就是所有概念的內涵（Intension）與外延（Extension）都不能精確的確定。這也大可以用語義學的方式加以說明。Kaufmann 將這些問題存有論化，反而模糊了問題。

⁵¹ 兩個主要的文獻請參見，H. J. Koch (hrsg.): Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, Kronberg/Ts. 1976; Hassemer, u.a. (hrsg.): Argumentation und Recht, ARSP Beiheft 14, Wiesbaden 1980. 國內近年來已相當注意法學方法論以及法詮釋學，但是對於已於二十年前開始進行的「分析哲學之轉向」卻較少注意。這可能與國內一般常認為分析哲學已過時，太狹隘，太保守有關。但是至少就保守性來看，Heidegger 與 Gadamer 所帶出來的詮釋學，反而具有相當明顯而強烈的保守性。參見 Koch, Vorbemerkung, in Koch (hrsg.): Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie, S. 1-6, S. 2.

⁵² 參見 U. Neumann, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986, S. 3ff.

的意見⁵³，只是找出了許多「影響」法律解釋的因素。價值準則（Wertungsmaßstäbe）、觀點（Topoi）、目的（Telos）、計畫（Plan）等，固然都是方法論中的精采工具，但是它們是不是法規範？具不具有法之拘束力？都未能有清楚的回答⁵⁴。如果這些因素並非法規範，則法官並無法律上之義務去考慮它們，違反這些因素所做出的判決，在效力面上也毫無瑕疵。在此一效力面相下，方法論者對「法律解釋」的理解，實與法實證主義者，如 Kelsen 的看法，並無區別⁵⁵。更嚴重的是，各種方法論的工具相互之間，並無法形成一組能被普遍接受的先後順序，這使得這些工具成為可為各式見解作辯護的美麗說辭⁵⁶。綜合言之，邏輯分析與結構，不但不該是被攻擊的箭靶，它反而才是將各個方法論工具「組織」成法論證規則的必要條件。而法詮釋學所使用的各種工具，如理解、先解、詮釋學循環、類比、類型等等，其實都可以透過分析哲學或語義學的工具，以更清析的方式加以表達⁵⁷。

第三，在逐步脫離了總體性法秩序的預設後，新的理論發展便

⁵³ 參見 H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Wien 1979, S. 92ff.

⁵⁴ 方法論學者經常使用「指導性思想」（leitender Gedanke）來描述這些工具，這表示這些工具主要是做為引導思考的因素，而非一種規範。

⁵⁵ Kelsen 對法律解釋的看法主要是認為，對法規範字義的解釋最多只能確認一個意義範圍，其中含有數種解釋可能性，然後「有權機關」可以從中任意選取一個作出解釋。這叫做有權解釋。參照 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, S. 346ff.

⁵⁶ 參照 Ralf Dreier, *Recht – Moral – Ideologie*, Frankfurt a. M. 1981, S. 110ff, S. 115.

⁵⁷ H. Rottluthner, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, in Koch (Hrsg.): *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, S. 7-30, S. 14ff.

逐漸轉向於規範論的解析⁵⁸。所謂規範論是指研究，規範是什麼，規範有那些種類，規範的邏輯結構為何，規範的效力結構為何等問題。這個規範論的問題取向對法與道德的老問題具有很重要的影響。為了了解這個新方向，必須先從它的主要批評對象，也就是「法實證主義」著手，先作一個了解。

肆、法實證主義的問題

一、不同層次對法實證主義的定義

一般在中文中所稱之「法實證主義」並不是一個內含清楚的名詞。有時也被稱作是「法律實證主義」或「法學實證主義」⁵⁹。針對法實證主義及相關問題應該另以專文或專書加以探討⁶⁰。此處則

⁵⁸ 規範論的研究其實擁有很長的歷史，其發展是與所謂規範邏輯（deontic logic）密切相關。在德語世界中，Hans Kelsen 就是一位重要學者。但是德國文化中一直帶有強烈反形式、反邏輯的傳統（這也與反猶主義相關，因為猶太人常被指責為破壞民族傳統的形式主義者。在法律思想中的代表性反猶作品，見 Carl Schmitt, *Über drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg 1934, S. 9f.），喜歡談「具體」、「實質」、「秩序」，連帶使得德國戰後一段時間不大重視規範論與規範邏輯。此等情形至七〇年代中葉後才漸漸改變。而規範論研究的興起，也代表了在認識論上由詮釋學向分析哲學的轉向。

⁵⁹ 例如洪遜欣就使用「法學實證主義」，見氏著，*法理學*（1982年12月），頁95以下。馬漢寶使用「法律實證主義」，見氏著，*西洋法律思想論集*（1977年1月），頁157。林文雄使用「法實證主義」，見氏著，*法實證主義*（1982年10月）。

⁶⁰ 國內學界一般而言傾向於反對法實證主義。但是到底反對法實證主義的那些主張，卻也並非全然清楚。更有甚者，有時雖然在理論上反對，但是一觸及具體問題時，卻又帶著強烈的法實證主義色彩而不自知。筆者以為在相關問題上有幾點可以注意，第一，惡法亦法雖然可以說是法實證主義的一個主張，但是黏

僅止於以德國學者 Walter Ott 的見解為基礎，對法實證主義做一綱要式的說明⁶¹。

首先將幾個中文名詞分別與德文名詞對應，以求敘述時的便利：

法實證主義 = Rechtspositivismus

法律實證主義 = Gesetzespositivismus

法學實證主義 = der juristische Rechtspositivismus oder der juristische Positivismus

法唯實主義，法唯實論 = Rechtsrealismus

（當然此處的用法是筆者個人的意見，如此使用固然有一定的妥當性，但並非絕對）

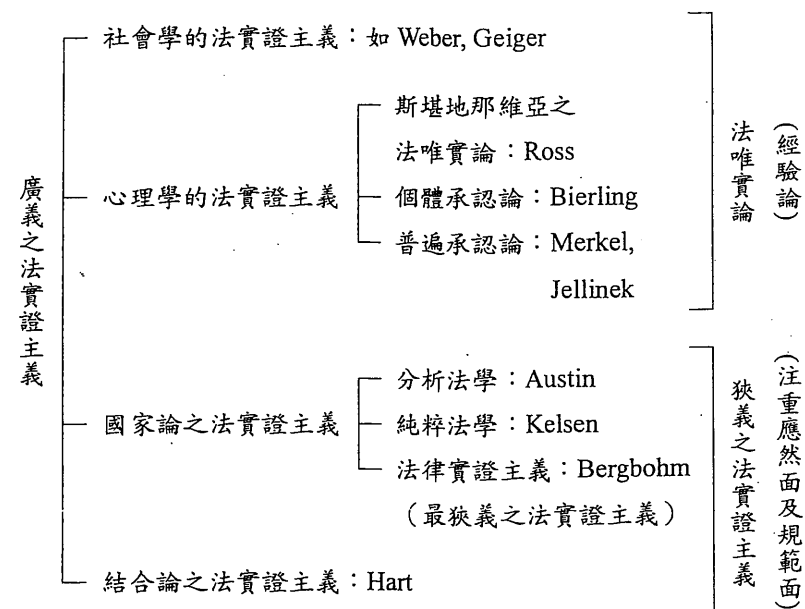
對法實證主義可以有各種不同的定義法，一種比較理想的方法，是在「實證」的不同層次上區分。在社會行為層次的定義，有社會學的法實證主義，例如 Weber, Geiger。在心理認知層次的定義，特別由心理上的「承認」來加以考察，有心理主義的法實證主義，例如 Ross, Merkel, Jellinek。社會學與心理學的法實證主義可合稱之

附於惡法亦法之上的道德指責卻與法實證主義無必然關係。第二，主張惡法亦法並不表示是在為當權者辯護，有時反而是批評此惡法的基礎。第三，很重要的是，如果反對惡法亦法，那麼反對的理由何在？在具體問題中應如何解決？嚴格來說，如果只是基於道德勇氣或良知信念而反對，那這種態度實與法實證主義相同。如果基於方法論反對，那可能是系爭之法律被錯誤地了解為惡法，與惡法亦法這個命題無涉。總而言之，要「反對」法實證主義比較容易，但是要在理論上推翻它卻不是一件簡單的任務。

⁶¹ Vgl. Walter Ott, Was heißt "Rechtspositivismus"? in Mayer-Maly u.a. (hrsg.): Das Naturrechtsdenken heute und morgen, Gedächtnisschrift für René Marcic, Berlin 1982, S. 413-425. Ausführlich, derselbe, Rechtspositivismus, Berlin 1976.

為經驗論的法實證主義。由權威層次出發，則有「國家論」的法實證主義，例如 Austin, Kelsen, Bergbohm 等。國家論的法實證主義，一般而言傾向於強調非經驗面的「應然」。結合經驗論與應然面，則有 H. L. A. Hart 的法實證主義（結合論）。一般狹義的法實證主義是指國家論的法實證主義與以 Hart 為首之結合論。而最狹義的法實證主義則是 Bergbohm 的法律實證主義。通常法學界所稱的法實證主義是指狹義的法實證主義。因此法學實證主義就是狹義的法實證主義。而經驗論的法實證主義，亦可統括在「法唯實論」的概念下。法實證主義之家族系譜可由下列圖表中一目瞭然⁶²：

⁶² Vgl. Ott, Was heißt "Rechtspositivismus"? a.a.O. S. 425. 筆者略加修改而成（加入了 Hart）。法實證主義近年來仍有新的發展，但無法含蓋在此一圖表中，以後當另行為文介紹之。



二、必要特徵與非必要特徵

(一) 常被歸屬於法實證主義的幾個命題

法實證主義的種類既然如此繁多，不同流派間的立場也是南轅北轍。那麼在批評法實證主義時，若不弄清楚對象，則不免自紮稻草人式的攻擊。Hart 曾經歸納出五個最常被看作是法實證主義的代表性命題⁶³：

⁶³ H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, in Harvard Law Review 71 (1958), p. 598ff. repr. in Hart: Essays in Jurisprudence and Philosophy, Clarendon 1983, p. 49-87, at 57, 58.

一、法是命令。

二、法與道德間並無必然之連結，亦即法是什麼，與法應該是什麼，應分開處理。

三、對法概念的分析性研究是值得進行的，但它應與對法概念其它面向的研究，例如歷史的研究，社會學的研究，對法的評價等等，分開進行。

四、法律體系是一邏輯封閉之體系。法律裁判可以僅運用邏輯工具，不須參考社會目標、政策、道德準則等，直接由已預設之法律規則中演繹得出。

五、對於價值（道德）的問題是無法透過理性論證加以討論決定的，也就是價值的不可知論（noncognitivism in ethics）。

Hart 指出，Bentham 與 Austin 主張第一到第三個命題，但不主張第四與第五個。第四個命題常被歸屬於分析法學，但是 Hart 卻不知有任何分析法學者持這種看法。最重要的一點在於，這幾個命題是可以相互分離，分別成立。因此批評了其中一點，例如批評法是命令，並不同時批評了其他幾點。尤其常見的是，以為否定了第一（法是命令）或第四（法體系是邏輯封閉之體系）個命題，就否定了法實證主義。但是實際上法實證主義者往往不支持第一種命題，甚至還以之為主要批評對象，例如 Kelsen 及 Hart⁶⁴。至於第四個命題則主要是由概念法學的學者主張⁶⁵。一般以為 Kelsen 持此種看法

⁶⁴ Kelsen 及 Hart 都在其著作中以批評命令論為重要起點，see Kelsen, General Theory of Law and State, Cambridge 1949, at 30 infra.; Hart, The Concept of Law, Clarendon 1961, at 18 infra.

⁶⁵ 有關概念法學，請參照 Larenz, Methodenlehre, S. 19ff.

，並將其歸屬於概念法學的代表人物⁶⁶，是一個錯誤的歸類。相反的，由 Kelsen 及 Hart 所代表的法實證主義——這也是當代最重要的法實證主義理論之一，卻主張法體系的不完整性⁶⁷。

（二）「法與道德的分離」為法實證主義的必要特徵

在當代法理論的討論中，是將法實證主義區分為經驗論的法實證主義（包含社會學與心理學之法實證主義），與狹義之法實證主義，其中又以 Kelsen 與 Hart 最重要。而由於法學問題是以應然問題為核心，因此若無指明，則法學中所稱之法實證主義是指狹義之法實證主義。而以當前學界的共識來看，則只有第二個命題，也就是法與道德的分離（一般稱之為分離命題），才是法實證主義的核心特徵⁶⁸。而正也是針對「法與道德的分離」這一點，美國的法哲學家 Dworkin 提出了他對法實證主義的批評。

三、Dworkin 對法實證主義的解析

首先讓我們來看看 Dworkin 是如何以規範論的方式來分析法實證主義。這主要可歸納成四點：

第一，法是規則（Regeln; rules）的集合，由這些規則可以判

⁶⁶ 黃茂榮，法學方法與現代民法（1982年10月），頁70。

⁶⁷ 所謂法體系的不完整性（Unvollständigkeit），是指實證法規範無法解決所有可能發生之法律問題。法實證主義者於此時主張，只能經由法院（或其他有權機關）之裁決（discretion）加以解決。

⁶⁸ R. Dreier, Recht – Staat – Vernunft, Frankfurt a. M. 1991, S. 96; N. Hoerster, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, S. 2480-2482, S. 2480; R. Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg 1992, S. 39.

定，何種行為是國家所禁止、要求或允許的行為⁶⁹。

第二，規則與其它社會規則的區別標準在於一種特別的檢驗（Test），但不是檢驗一個規則的內容，而是它的系譜（來源、血統；pedigree, Herkunft）（或是它被接受、被發展的方式）。也就是說，我們是透過形式而非內容的標準來檢驗一個規則是不是法規則⁷⁰。（以下提到規則基本上是指法規則）

第三，當一個個案無法明確的由某一規則規範時，所涉及的就不再是法的解釋適用，有權裁判的機關此時必須作一裁量（discretion; Ermessen）。此一裁量所依據的標準卻不再是法規範，而是其它價值標準⁷¹。

第四，當我們說某人負有法的義務時，表示此一個案必定落在某一規則的規範範圍之中，缺乏此一規則，就無所謂法之義務，綜合第三點與第四點可知，當法官作一衡量時，他並非在針對該案件實現一法律⁷²。

我們可以看出，Dworkin 對法實證主義的解析已跳出了傳統上法與國家，自然法與實證法的討論窠臼，而專注於規範論的探討。Dworkin 主要是為了以他自己的規範論來批評法實證主義，並試圖澄清法與道德的老問題。由於 Dworkin 對法理學的影響很大，以下先簡短地分析他的規範論，再來看德國學者 Alexy 的修正意見。

⁶⁹ R. Dworkin, Taking Rights Seriously (TRS), 6th. impr. London 1991, at 17 infra.

⁷⁰ ibid.

⁷¹ ibid. et at 31.

⁷² Dworkin op. cit. at 17.

伍、新的問題意識——由法規範之分析到法理性論的興起

在規範論的研究發展中最重要的一個里程碑是對規則（Regeln; rules）與原則（Prinzipien; principles）的區別。對規則與原則做區別並不是一個新的意見。在戰後的德國至少可追溯到 Josef Esser 的大作《原則與規範》（Grundsatz und Norm）⁷³。由 Esser 的書中我們可看到，在歐洲各國的法制中，各式各樣對規則與原則的區別早已存在。而其他的學者如 Larenz, Canaris 也發展了一套原則與法律文句的見解⁷⁴。Arthur Kaufmann 則在法存有論的三層構造中區分法理念（含法原則）、法規範及法裁判⁷⁵。

重要的關鍵點在於，第一，這些學者都未能清晰地將規則與原則做一邏輯之區別。雖然 Esser 曾認為原則與規則有「質」的不同⁷⁶，但是他並未能就此點在邏輯上成功地澄清，反而在原則之內又做了許多不甚精確的分類⁷⁷。Larenz 則將原則等同於「指導性價值準則」（leitende Wertungsmaßstäbe），強調其在類型應用中的指導作用，並由此根本性地反對「歸攝法」（Subsumtionsmethode）。但是 Larenz 卻未曾說明這種作用是一種心理上的影響力，還是一種學

術上的說服力，亦或更具有一種規範上的拘束力。這就牽涉到第二個關鍵點。

Esser 等學者從未能在規範論之效力觀點下對規則或原則加以區別。Esser 曾指出原則是「實證法」，但是他又否認原則是直接的法源⁷⁸。Larenz 則反覆陳述原則需要具體化，需要填充⁷⁹，但是他也未曾明確地肯定原則也具有法規範的拘束力。造成這種現象的原因，可能是因為這些學者都不曾清楚地反省到底「規範」是什麼，都缺乏對規範論的檢討，因此不但在用語上混淆，例如 Esser 將 Grundsatz 與 Norm 對舉，好像 Grundsatz 並不是 Norm；更因此在理論上無法澄清一些基本問題。

最重要的是，以往的學說只是在具體不具體上區分規則與原則，卻未能意識到兩者分屬於不同的「思考層次」—前者是歸攝，後者是衡量。因此一個規範可以同時是規則也是原則，端視我們以那一個層次去思考它。真正朝解決這些問題發展的理論，是由美國學者 Dworkin 所提出。

一、Dworkin 對規則與原則的區別

（一）規則做為效力上全有或全無之規範

對 Dworkin 而言，法規範可以分成兩種：規則與原則。規則與原則有著邏輯上或說性質上的區別，他們是兩種不同的規範形式

⁷³ Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 1. Aufl. 1956; 4. Aufl. Tübingen 1990.

⁷⁴ Larenz, Methodenlehre, S. 214ff, 421ff.; Canaris, Systemdenken, S. 50ff.

⁷⁵ Arthur Kaufmann, Analogie, S. 12ff, S. 59.

⁷⁶ Esser, a.a.O., S. 50.

⁷⁷ a.a.O., S. 87ff.

⁷⁸ a.a.O., S. 132ff.

⁷⁹ Larenz, Methodenlehre, S. 125ff, 214ff.

⁸⁰。規則是以一種全有或全無的方式應用於個案當中（all-or-nothing fashion）。而這個全有或全無是放在效力論的觀點下加以考察。當一生活事實關係符合某一規範之構成要件時，此時只有兩種可能性：或者此一規範「有效」，此時即表示此一規範的法律效果至少必須由法官（裁判者）遵守並應用於此一生活事實關係中。第二個可能就是此規範無效，意即其法效在對此生活事實關係的裁判中毫無作用⁸¹。

Dworkin 所舉的例子是棒球規則中，當打者三次揮棒落空時必須出局，主審不能一方面承認三振出局的規則是有效的，另一方面又不判三次揮棒落空的打者出局。這種矛盾在規則的情況下是不允許出現的。規則必確定一種法效⁸²。

此時我們可看出規則的另一特性。以上述例子來看，有人會說：當第三次揮棒落空，但捕手漏接時，打者並不當然出局，他還可以跑壘。沒錯，這個規則形成了三振出局規則的例外。但是在 Dworkin 的觀念下，一個完整陳述的規則應該包括所有的例外，即使例外的數目很多，但這並不影響某一規範作為一個規則的性質⁸³。

清楚地說，當 A 與 B 兩個規則衝突時，只要 B 能被敘述成 A 的例外時（反之亦然），這就不是真正的規則衝突，B 只是一個更完整敘述的規則 A1 的一部分。而當 A 與 B 相互都無法敘述成對方

⁸⁰ Dworkin, TRS, at 24.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Dworkin, TRS, at 25.

的例外時，A 與 B 其中必有一規則為無效，而被排除於法秩序之外。

（二）原則的特性

就在這個規範的效力論觀點下，我們可以考察「原則」是什麼。原則是一種不同於規則的規範，它應用於個案中時並不對此一個案的決定產生確定性的結果，它只提供裁判的理由，以做為某一種裁判的依據，在具體的個案中，如果某一原則被排除（壓縮）其適用，這些個案便是此一原則的相對例示（counter instances; Gegenbeispiele），而不是此原則的例外，因此也無法如規則的例外般完整地列舉出來⁸⁴。

原則的第二個特徵在於它帶著強度的面相（dimension of weight; Dimension des Gewichts）。當兩個原則在具體的個案中衝突時，被認為強度較強的原則對該案之裁判具有指導性的作用，但另一原則並不因此而無效，也並不因此被排除於法秩序之外，因為在另一個案中，這兩個原則的強度關係可能會改變⁸⁵。

（三）Alexy 的批評

Dworkin 對原則以及規則的區分可說奠定了近十餘年來法律理論討論規範論的基礎。但是 Dworkin 的分類法並不是毫無問題。在德國對 Dworkin 的見解提出質疑的代表性學者是 Robert Alexy。

Alexy 質疑點的核心在於批評 Dworkin 對規則的定義。Dworkin

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Dworkin, TRS, at 26.

認為規則的主要定義之一在於其例外狀況至少理論上是可完整地列舉出來，而原則無法如此。Alexy 認為對這個定義可以有兩種解釋：第一種認為，所謂列舉所有的例外，乃指列出至某一時刻所有透過立法以及司法實務所出現的例外。但是 Alexy 認為只要在所涉及的法體系中並未禁止法官創設新的例外，而法官在面對一個案時，對於迄今為止的所有例外都不滿意，因此必須考慮是否應創造一個新例外，這第一種的解釋就沒有太大的意義⁸⁶。而第二種的解釋則認為應該包括所有未來可能出現的例外。但是 Alexy 指出，由於人類有限之知識能力，因此無可避免於未來某一個案中，必須基於理性之考量而創設新的例外。但是在創造例外的時候，就可能基於不同原則間的衡量，而為某一規則創設新的例外。亦即替規則尋求例外的過程中必須應用到原則的衡量。但是照 Dworkin 自己的說法，原則間衡量結果的具體應用個案卻是無法完整列舉的，這也就表示規則的例外也是無法完整地列舉的。這個結果違反了 Dworkin 對規則的定義。Alexy 因此嘗試提出一種對原則與規則新的定義方式⁸⁷。

⁸⁶ Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in N. MacCormick u. a. (Hrsg.): Geltungs- und Erkenntnisbedingungen im modernen Rechtsdenken, Stuttgart 1985, S. 13-29, S. 16ff.

⁸⁷ Ebenda.

二、Alexy 的見解

（一）原則是盡力實現之誡命

Alexy 認為原則與規則間的決定性差異點在於：原則是一種規範，這種規範要求某一法益在法律與事實的可能範圍內應盡最大可能性加以實現。因此原則乃是一種「盡力實現之誡命」（Optimierungsgebot）。這表示原則這種規範是可以不同的程度加以滿足的，亦即原則必須在個案中，就與之對立之原則的邊際尋求最高的實現⁸⁸。

而規則卻只能二擇一，或者是有效，或者是無效。當有效時，就必須完全依照其所規範的內容去做，不多也不少。換句話說，規則乃在法律與事實的可能範圍內具有「確定」的作用。

（二）原則與規則具有不同的顯示性特徵（prima-facie Charakter）

原則與規則的第二個重要區別在於兩者具有不同的顯示性特徵。在規範論的討論中，顯示性的特徵是相對於定義性的特徵（der definitive Charakter）而言。對 Dworkin 而言，所有的原則都具有相同的顯示性特徵，所有的規則都具有相同的定義性特徵。前者只指示規範的方向，後者則確定規範的內容⁸⁹。

Alexy 卻指出，由於基本上在聯邦德國的法律體系中，經常看

⁸⁸ Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, S. 19.

⁸⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a. M. 1986, S. 88; Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, S. 20.

到目的性限縮的例子，由此可知德國的法體系並不禁止對規則創造例外。而對規則的例外的決定無可避免會運用到原則的衡量，因此規則也並不僅具有定義性的特徵，它也具有顯示性的特徵。但規則的顯示性特徵與原則的顯示性特徵兩者的性質不同⁹⁰。

原則的顯示性特徵顯示在具體個案中，兩個相衝突的原則必須做法益的衡量，以決定何者在此一個案中強度較大⁹¹。但規則的顯示性特徵卻比較複雜。當法官可能基於某一原則 P 的關係，而思針對某一規則 R 創設一例外規則 R' 時，對 R' 的論證就不僅是 P 與在內容上支持 R 的另一原則 R.p 之間的衡量而已。P 也必須與在形式面支持 R 的原則 R.pf 作衡量。因為一個規則 R 擁有一種內容上之確定性（Festsetzung oder Festlegung）：相對的，一個原則 P 就不具有此種確定性⁹²。而所謂在形式層面支持 R 之原則，最重要的就是「由權威機關所設立之規則的確定性」。要為 R 創設例外 R' 時，不僅 P 要具有強過 R.p 的強度，P 還必須強過 R.pf。換言之，基於某一原則而要為一規則新設一個例外時，此一原則所提供的理由，其強度必須強到足以排除支持此規則的形式原則，尤其是確定性與權威性，而且在這種情況下，必須由主張例外的一方，也就是主張原則的一方，負舉證（論證）的責任⁹³。

⁹⁰ Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, S. 20.

⁹¹ Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, S. 20.

⁹² Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in W. Krawietz u.a. (Hrsg.): Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Rechtstheorie Beiheft 1, Berlin 1979, S. 78ff; Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, S. 20;

⁹³ Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 79; Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, S. 20.

（三）法秩序的硬度

由上述可看出，規則具有比原則強度大的顯示性特徵。此處所謂強度大的顯示性特徵表示，相比於原則，法官更不容易偏離規則所明顯規範的內容作出裁判。因此也可以說，規則形成了法秩序中堅硬的部分，而原則形成了柔軟的部分⁹⁴。所以當法秩序中，「受權威機關所設立之規範的拘束」這個原則的分量愈重，以及由規則所確定規範的範圍越大，法秩序的硬度也就越大。

法秩序的硬度越大，也就是在規範意義下的法安定性越大（在實證意義下的法安定性則不一定）。我們也可以進一步看出，法實證主義者所提出，以規則為唯一法秩序構成元素的模式，看起來好像其硬度很大，但事實上此一法秩序在缺乏原則的支持下，所能規範的範圍非常有限，它的硬度反而不大⁹⁵。

三、法體系之開放性與法體系之模式

在簡短地陳述了 Dworkin 與 Alexy 對規則與原則的區別後，現在可進一步考察這種規範論的研究到底對法與道德的問題有何種的影響。

（一）Dworkin 與 Alexy 對法體系開放性的看法

Dworkin 之所以對法實證主義進行規範論的分析，並提出規則與原則兩種規範形態的區別，正是想對法實證主義進行最基本的理

⁹⁴ Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 23ff.

⁹⁵ Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 23ff.

論攻擊⁹⁶。雖然 Dworkin 對規則與原則的區別方式仍有不理想之處，但是將法規範在邏輯上區分為規則與原則兩種不同的形態，已經是法理論界逐漸接受的通說。如果 Dworkin 的理論基本上是對的，那法實證主義的主張，法體系中只含有規則一種形態的規範，當規則無法解決眼前的個案時，法官僅能依自己的判斷作出裁量（discretion）⁹⁷，就遭到極大的挑戰。而如果法體系中一定包含有原則，而原則這種規範對裁判的作用必定要經過不同原則間的衡量，且原則的拘束力也是一種法的拘束力，此種見解即意味著法體系對外，尤其是對道德，具有「開放性」。在這種理論下，法實證主義所主張的「分離命題」—法與道德的分離，也就難以成立。Dworkin 認為—與一般傳統之英美法學者的看法不同—法學的問題基本上無法與道德的問題完全分開，他認為：「法學的問題就其核心而言，是一個道德的問題，而非法律事實或策略。」⁹⁸，而爭議性的案件，勢必要引進所謂社群道德（community morality）或政治道德（political morality）⁹⁹才能加以解決。而各種原則正是社區道德得以表彰為法規範的媒介。這些原則也並無法與法官或律師個人之道德與政治原則分離¹⁰⁰。在這個基礎上，Dworkin 提出「法作為道德整全體」（Law as Integrity）的觀念以說明法律實務運作之性質¹⁰¹。

⁹⁶ Dworkin, TRS, at 22.

⁹⁷ id. at 31.

⁹⁸ id. at 7.

⁹⁹ id. pp. 122-124.

¹⁰⁰ id. at 68.

¹⁰¹ Dworkin, Law's Empire (Harvard University Press 1986), pp. 64 infra.

Dworkin 的理論可說由總體的觀點提供了一個「外於法全體論」（des juristischen Holismus extern）的法概念，亦即法體系對於一般之道德原則及理論開放，法學的問題本質上是道德理論的問題¹⁰²。Hart 認為這是一個劃時代的理論貢獻¹⁰³。而 Alexy 則更進一步指出，這一理論進路不能僅停留在援引總體面相之社區道德，而必須發展一套實踐或道德論證理論，以及一套法論證理論，並將後者奠基於前者¹⁰⁴。Alexy 認為這樣一種法論證必須立基於：法體系必定含有原則；法問題的解決，無法完全避免原則間的衡量；原則間的衡量，則無法避免將引進一般之道德原則。因此對 Alexy 而言，法體系是一含有規則與原則兩種規範形式，並隨時向道德（價值）原則開放之規範體系¹⁰⁵。

（二）法體系的可能模式——法實證主義終結了嗎？

Dworkin 與 Alexy 兩人都認為法實證主義之分離命題是不對的，並且也各自提出了相當有力之反駁論證。但是法實證主義自此終結了嗎？法與道德的老問題就以肯定說收場了嗎？至少以德國的發展來看並非如此。Göttingen 大學之青年學者 Sieckmann 在重新檢討法體系之三種可能模式——規則模式（Kelsen, Hart），規則與原則模式（Dworkin, Alexy）以及原則模式（Sieckmann）——時指出

¹⁰² Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 86.

¹⁰³ H. L. A. Hart, 1776-1976: Law in the Perspective of Philosophy, in Hart: Essays in Jurisprudence and Philosophy, (Clarendon 1982), pp. 145-158, at 148.

¹⁰⁴ Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 87.

¹⁰⁵ Alexy, Zur Kritik des Rechtspositivismus, in Dreier (hrsg.): Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, ARSP Beiheft 37, Stuttgart 1990, S. 9-23, S. 21ff.

，就法官的觀點而言，一種單純原則模式反而較為理想，因為這種模式賦與法官即使在應用規則時仍有衡量原則之義務（包括內容原則與形式原則）¹⁰⁶。而如果我們主張：「在法體系中，形式原則優於內容原則」本身就是一個法原則時，那麼一種較為和緩之法實證主義仍然可以成立¹⁰⁷。自然法之永恒回歸恐怕還是免不了法實證主義之永恒回歸的理論辯證。

（三）法理性論之必然性

對法之規範論，法體系之開放性與法體系之模式之檢討，也反應了另一個法理論之重要發展趨勢：對「法理性」（die juristische Rationalität）的研究。這代表了幾個意義：第一，法哲學與法理論的核心問題是一個法效的問題，亦即何種規範是具有法拘束力之規範。第二，法效的問題是一個法認識論的問題，亦即我們如何去認識或認知（包括確定及確認）有效法規範之效力來源，效力方式與規範內容。第三，法認識論的問題，終究是一個「法認識能力」（das juristische Erkennens-vermögen）的問題。因此誓必要檢討我們認識價值問題之理性作用方式與界限。這個問題如果以康德的說法，就是實踐理性批判¹⁰⁸。

¹⁰⁶ J. R. Sieckmann, Regelmodell und Prinzipienmodell des Rechtssystems, Baden-Baden 1990, S. 254; derselbe, Rechtssystem und praktische Vernunft, in Akten des 15. Weltkongresses für Rechts- und Sozialphilosophie, Plenarreferate, S. 217-235, S. 231ff.

¹⁰⁷ Sieckmann, Regelmodell und Prinzipienmodell, S. 257.

¹⁰⁸ Kant, Kritik der praktischen Vernunft, ed. Vorländer, S. 168ff.

很明顯的，這是一個康德式的問題意識¹⁰⁹，但是對其回答之嘗試以今日的理論發展來看，卻不再能局限於康德。社群主義、德行（倫理體）論、決斷論、價值語言分析等發展，已使我們可經由對亞里斯多德、黑格爾、霍布斯、維根斯坦、詮釋學等經典之研讀，而大大擴展了我們對價值理性（包括法理性）的了解。其中一個關鍵在於：這已不再是一個個人之理性能力問題，而必得涉及相互主體與社群之語言溝通、交涉與理解的架構問題，以及對行動模式之檢討。理性能力之批判問題因此免不了將發展成社會結構之批判問題¹¹⁰。

陸、相關問題——由憲法主義與法制主義談起

最後我嘗試簡短地討論一下上面所談的規範論對法學可能產生如何的影響。我們可以從憲法主義（Konstitutionalismus）與法制主義（Legalismus）這兩種法思想談起¹¹¹。

¹⁰⁹ Kant, Kritik der reinen Vernunft, B 6 ff.

¹¹⁰ 依筆者之見，在這個社會結構與理性能力的互涉問題中，蘊涵了社會理論，尤其是馬克思主義傳統，與法哲學相互連結的最佳可能性（包括承襲、轉化、批判與重構）。由於規範（包括法規範）是透過某種表彰媒介（例如文字）所表示之應然陳述，因此我們如何理解、如何描述這個世界，就決定了我們如何形成對此一世界之「應然命題」。

¹¹¹ 以下的想法主要來自於 R. Dreier 的一篇文章：Konstitutionalismus und Legalismus- Zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat, in E. E. Dais u.a. (hrsg.): Konstitutionalismus versus Legalismus? ARSP Beiheft 40, Stuttgart 1991, S. 85-97. 但是 Alexy 應該是這一對觀念在德語世界中的創造者，參見 Alexy, Rechtssystem und praktische Vernunft, in Rechtstheorie 18 (1987), S. 405-

憲法主義，也可稱之為憲法的實質價值主義，主張一種原則性較強，開放性較大的憲法解釋。司法機關也據此擁有相對於國會與行政機關較大的權力。而法制主義則主張一種規則性較強，較為保留自制的憲法解釋，司法機關必須尊重立法及行政兩權的自主性¹¹²。

由這兩種法學思想，我想指出下面的幾點：

第一，法制主義指責憲法主義將使憲法變成「價值的專制」，基本權變成法官衡量的主觀觀點。他們認為憲法主義一方面造成了司法機關解釋上的沉重負擔，也將引起憲法及法律解釋上意識型態化的危險，憲法轉變成自然法與理性法。這些指責在方向上是正確的¹¹³。

第二，但由於社會變遷過分快速，立法機關也經常藉一般性條款來立法。而且由於法官負有論證其裁判理由的義務，這些因素都使得一個純粹的規則模式不適用於憲法乃至一切法領域。原則層次的衡量是任何的法學工作不可缺少的部分。排除了原則層次，就等於拒絕了正義¹¹⁴。

第三，基於這些原因，使得我們必須採取如 Alexy 所建議的規則／原則的混合模式來作為法秩序的妥當模式。以憲法解釋為例，

419, S. 405.

¹¹² Dreier, a.a.O., S. 85.

¹¹³ a.a.O., S. 88f, 91, 94. 「價值的專制」(Tyrannei der Werte)一詞乃來自於 Carl Schmitt 的著名作品, Die Tyrannei der Werte, in: Säkularisation und Utopie, Festschrift für E. Forsthoff, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967, S. 32-62.

¹¹⁴ Dreier, a.a.O., S. 93.

我們必須盡量透過司法實務以及法學研究，來加強各個原則間優先關係的規則性，也就是盡量確定在什麼條件下，某一原則應優先於另一原則¹¹⁵。

第四，特別針對台灣的情形，我認為我們應更加自覺地區分法規範中的原則與規則。而且由於具重大爭議的案件往往牽涉了幾個原則間的衝突，司法機關應更充分地衡量兩造所提出的各項理由與觀點，並更清晰地論證、說明，在一個裁判中為何一個原則要優先於另一個原則。這些工作都是裁判機關的「法義務」，它的不足或缺失，都構成了裁判的瑕疵。

後記：

本文表達的是筆者對德國戰後法哲學與法理論發展之綱要式了解，其中每一部分都可個別獨立出來進行更廣泛更深入之研究。但是關鍵恐怕在於，法哲學並不是外於法學，所謂「屬於哲學的一部分」(這是 Radbruch, Kaufmann 等人一貫的說法)。法哲學就一個較直接的層次而言，主要係針對「法理性」(特別是法理性之內在超驗結構)做檢討；就一個較深刻的層次而言，法哲學則傳達了一個社會之中，其成員對基本社會組織、社會公共規範架構以及核心價值準則之理性表述。因此法哲學的衰弱與不振，正反映了社會成員對這些基本問題的含混與模糊，或說對核心價值問題的冷漠與無所謂。也因此，法哲學絕不是僅屬於「研究法哲學者」的冷僻科目，它其實是所有社會秩序形塑過程之參與者(其中自然包括所有的

¹¹⁵ a.a.O., S. 95.

法律人)的必要觀念——只不過我們通常並不明顯地意識而已。而法哲學的一個重要任務即在於，將這些不明顯的潛存觀念拉高至可清晰討論的層次，並建構發展一組討論的規則、概念與範疇。所以如果我們認為社會組織的建立與改革，社會價值共識的形成，都必須依循某種「理性」的標準時，那法哲學的研究便成為不可或缺的重要學術領域。

※本文原載於《政大法學評論》第47期，1993年6月，頁1-30。

中國法制史與其他法學課程的關係 ——以法理學為例檢討中國法制史 的研究對象

壹、中國法制史與其他學科的兩種可能關係

一、結合關係

二、回饋關係

貳、結合關係——對中國法制史研究對象的檢討

一、中國法制史的研究對象為何？

二、法制史研究中的法概念問題

參、回饋關係

一、正面影響

二、負面檢討

肆、結語