

法律與

本書作者主張應在實證法的研究之外，注重社會理論中對法律的剖析。書中採取多種學科的研究取向，以孟德斯鳩、托克威、馬克思、涂爾幹、韋伯及帕森斯六大社會理論家的學說為軸，進一步探討社會科學及社會理論在新近的發展中對法學理論的影響。然後綜合比較西方社會理論與中國傳統儒法思想及八〇年代一度盛行的「系統法學」，給予一定程度的批判，提出一些較具原創性的看法。從本書可以窺見西方法學及社會科學界近一、二十年來的熱門課題以及這些爭論對中國法律思想的意義。

社會理論 的批判

黃維幸◎著



社會叢書⑨

法律與社會理論的批判

ISBN 957-13-0342-9

●黃維幸／著

社會叢書⑨

法律與社會理論的批判

著者——黃維幸

發行人——臧遠侯

出版者——時報文化出版企業有限公司

台北市1069和平西路二段二四〇號四樓

發行專線——(〇二)三〇六六八四二

讀者服務專線——(〇二)三〇二四〇九四

(如果您對本書品質與服務有任何不滿意的地方，請打這支電話。)

郵撥——〇一〇三八五四〇時報出版公司

信箱——台北郵政七九〇九九信箱

主編——孟樊

責任編輯——李濰美

校對——林玉琴・陳錦生

排版——正豐電腦排版有限公司

製版——成宏照相製版有限公司

印刷——華展彩色印刷有限公司

初版一刷——中華民國八十年十一月五日
定價——二五〇元



◎行政院新聞局局版台業字第〇二一四號
版權所有 翻印必究

(缺頁或破損的書，請寄回更換)

ISBN 957-13-0342-9

7C 159

黃維幸



台灣台北人。

六〇年代從台北建國中學及台灣大學法律系畢業。

先後就讀美國印地安那大學法學院，得法律專業學位(J.D.)，

及美國哈佛大學法學院，獲法學碩士(LL.M.)與法學博士(S.J.D.)學位。

專攻國際經濟法律及法律發展理論。

中英文論文散見《哈佛國際法特刊》、《文星》等。

現專業律師。

ISBN 957-13-0342-9(580)



9 789571 303420

BB9

NT\$250

社會叢書⑨

法律與社會理論的批判

ISBN 957-13-0342-9

●黃維幸／著

目錄

自序

第一章 導論

第二章 孟德斯鳩——社會理論的先驅

第三章 托克維爾——自由派貴族

第四章 馬克思——積極改變世界的大師

第五章 涂爾幹——提倡社會結合的理論大家

第六章 韋伯——典型分析的巨擘

第七章 帕深思——結構功能理論家

第八章 當代社會理論對法學研究的影響

第九章 法律社會理論與中國法律思想

附錄 名詞對照及索引

自序

本書的主要目的，在喚起對法律做為整體研究的興趣及關注，不期待對法律的社會理論有進一步的突破或創新。與其在發人之所未發，還在釐清己所未明。作者的陳義雖然不高，在寫作過程中，卻也得到許多專家學者的指教與鼓勵。尤其是在美國波士頓學院訪問的上海復旦大學哲學系陳京璇教授，在百忙之中，撥冗賜讀部分草稿，提供了寶貴的意見。不論本書是否接受了他們的建議，自然是由作者自負文責。第八章的部分內容，係一九九〇年秋，於南港中央研究院民族學研究所做學術報告改寫。在此一併向批讀的專家；參與該次討論的所有同仁；主持討論會的徐正光教授；民族學所莊英章所長；以及為安排出版事宜而奔波的老友林孝信及陳宏正兩先生，致最誠摯的謝意。

作者謹識

一九九一年二月一日於美國波士頓

【第一章】

導論

經典社會理論中的法律

在社會理論大師的傳統經典著作中，對於法律的討論，或以法律做為社會現象的研究，佔了相當大的比例。但是由於社會理論的分工日密，當代的社會理論不一定去討論法律現象。社會學說也成了比較精細的學科，很多時候不太再以整個社會的現象做為論述的對象。而以法律做為社會現象的研究，一概推給法律社會學，以社會學（尤其是實證社會學）的特殊角度去研究法律制度。近年來，所謂宏觀理論雖然再度風行，但是像經典社會理論中對法律殷殷注意的現象，已不復再現。另一方面，大部分對經典著作的研究，往往把經典中的法律部分，匆匆帶過，甚或略而不談。法國社會學家阿洪(Raymond Aron)，在他的兩巨冊名著《社會學說的主要思潮》中^①，討論了托克維爾(de Tocqueville)、涂爾幹(Emile Durkheim)、及韋伯(Max Weber)的許多社會理論，唯獨對他們的法律見解，三言兩語，支吾而過。舉韋伯為例，他的主要著作《經濟與社會》^②裡，有關法律的討論極為詳盡。根據賴因斯坦(Max Reinstein)教授的收集，僅僅是關係法律的部分，就達三百五十頁之多^③，幾佔全書的三分之一。而阿洪的書中，為宗教、政治等分立專章，竟爾不涉及法律，著實令人吃驚。而韋伯討論德國法律哲學家史丹木勒(G. Stannler)的專著^④，就幾乎從未在後人對這位社會理論大師的研究中提及。

此種忽略，對於鑽研社會理論的專家學子，固然是一種遺憾，對於法律專業人士而想一窺社會理論堂奧者，更是一大缺失。尤其是後者，由於機緣不巧，或是時間不足，無法直攻社會理論大師的原著，許多珍貴的見解，往往失之交臂，甚為可惜。

產生這種現象的原因可能有幾點：分工日精之後，鑽研社會理論的專家，一般極少受過正式的法學訓練。對於歐洲由法律專業訓練出身的社會理論家，如孟德斯鳩(Montesquieu)、托克維爾、馬克思和韋伯等人理論中，法律氣息過濃的部分，通常比較沒有興趣，也比較不易接受。美國當代一位專門研究德國現代社會學家哈伯瑪斯(Jürgen Habermas)理論的馬克錫教授，坦承他在翻譯哈氏一本著作中的法律部分，困難重重，無法不藉助法律專家的幫助。⁵

另一方面，由於法律專業人員往往將法學研究，視為純粹的職業訓練。他們的興趣，常常局限於對個人、公司、或其他經濟實體的法律實務，很少將整個社會做為執業的對象。即使對所謂公法有興趣，注意力也往往放在對政治哲學的研討，而不太注意經典的社會理論。

極少數研究法律社會學的學者，雖也注重社會理論的鑽研，整個趨向也在實證經驗的探討。一般學者就算對社會理論有餘力涉獵，由於時間難於分配，也容易趨向以第二手資料，做為瞭解社會理論的捷徑。如此，經典著作中對法律的討論，不幸就被湮沒了。

目前法律職業訓練的缺憾

攻研法律的學子，如果打算在法學院畢業之後走入實務的路子，他們所面對及所關切的法律問題，絕大多數是實證法的問題。法律實務既是一種專業，從事法律事務，就是在實證法內找出解決問題的規定。由於法律實務的分工也日益細密，法律實務所面對的問題時常也是類似事件的反覆；而所面對的法律，也時常是同樣一套規定，或是對同樣一些法律，依不同的事件做不同的解釋或不同的適用。法律實務要求如

此，法學教育也就偏重實證法的研究。法律專業學生受到的訓練，頂多是法條分析、判例解析、邏輯推理、法條適用等等一些反覆的技術性訓練。此外，不過是對一些人為規則的熟悉記憶而已。總的來說，這些都是相當低程度的智力活動。

法律專業人士在日常的實務上，很多的精力及時間都花費在學習法院或國會的新決定。例如美國的執業律師，一定要使用大概百分之廿的時間，研究新的判例，分析新的法條，對於專業份內的新發展，一定要「先睹為快」。可是以法院的判決而言，很難得有幾個案件真正具有創見，或帶有劃時代的意義。由於法官本身的法學訓練就是以實證法的技術分析為主，他們的意見雖不至於像中國人所說的刀筆匠式的深文周納，也以比較釋義為多。嚴格地說，法律專業人員的精力及時間，很多是浪費在這種二三流水水平的平庸之言之上。

另外一個現象，是法學訓練與很多其他專業教育共具的困境：專精的訓練，使法律專業人員不但不能從其他角度去分析問題，形成法律本位主義；而且甚至不能從法律的整個制度去審度情勢，形成法律末節主義。十九世紀末二十世紀初的一位德國歷史哲學家狄爾泰(W. Dilthey)曾經批評這種職業分工的現象。他說：

我們可以將社會比擬為一個很多人操作的機械廠。一個在這些活動之中受到單一項目訓練的人，不論如何精通了那一部門的工作，總是一輩子葬送在那單一項目的勞工。他不知道整個工業活動的動力，也不瞭解其他部分，以及其他部分對整個企業的關係。^⑥

涂爾幹也認為：各部門研究專業化之後，學者的研究範圍變得非常狹窄，導致他所謂的各自為政的社

會分工現象。^⑦

研究經典社會理論，在某種程度上可以改變上述這些實證法掛帥、法律本位主義及法律末節主義的傾向，開濶法律專業人員的視野和胸襟，脫離專注繁瑣枝節、說文解字的活動和興趣，與真正第一流的心智相通。

為何研究經典著作

但是，為什麼一定要研究社會理論的經典著作？首先，也許可以說是基於作者本人的一項基本信念：這個信念認為法律是一種社會現象，法律的活動及發展在於社會本身。就像廿世紀初歐洲社會法學家艾立希(Eugen Ehrlich)所說：「不管在什麼時代，法律發展的重心，不在立法活動，不在法律科學，不在司法判決，而在社會本身。」^⑧研究社會理論，就在了解社會發展本身，學習經典社會理論，在理解社會理論大師如何分析法律的社會現象。

我們不說法律社會學，而說社會理論，因為在實證主義影響之下，社會學模仿自然科學的傾向，使現代社會學的主流，丟棄了經典社會理論裡從哲學、歷史、政治、文化等等多角度的研究方法。流風所及，現代的社會學一度汲汲以研究社會客觀事實，構建社會發展的規律為尚。但是社會人文科學與自然科學不同，社會人文科學比較缺少一致的共同取向。實證主義者認為只有以觀察事實的方法，從經驗中發現客觀的規律，才是社會科學正確的進路；詮釋現象學派則認為只有解釋社會人文現象，了解現象對人及社會的（主觀）意義，才是社會科學研究的取徑。自然科學可以研究經典著作，但是經典著作只有極狹義的歷史

意義。有時整個科學的前提假設完全改變了，自然科學的經典理論不僅可以不顧，有時更應該放棄。只有揚棄經典理論，才能有新的創意。我們很難想像現代物理學的發展，要求物理學家去研讀亞里斯多德的物理理論。我們也看不出來，現代化學或醫學從業人員，有鑽研《抱朴子》的需要。但是人文社會科學則不然，由於共同的前提假設難於建立，對於經典理論的討論，至少還可以有某種程度的共同基礎。固然經典理論的解釋，可以見仁見智，也更應該賦予現代的詮釋意義，但這些典範理論也許可以做為大家再出發的基礎^⑨。不但如此，人文社會科學的經典著作，時常有日久而彌新的現代意義。研究社會人文現象，而不試圖去了解亞里斯多德的看法，不能不說是很大的缺憾。而接觸經典社會理論著作，更是在拾回以多角度觀察社會現象的寶貴傳統。

還有一個更重要的理由，經典理論是人類重要的文化遺產，不僅應該發掘，更是無法排斥。如果說我們對自然及社會的認識，必須通過範疇及語言，那麼範疇也許是先我經驗而已存在的形式，語言則是社會上遺留下來最重要的傳統。一方面人文社會現象及事物，絕大部分是由象徵符號構成，他方面在人的成長過程中，不斷地學習語言，也就是不斷地將傳統內化，以認識人文社會現象。這樣說並不是否定對傳統的認識可以採取評估、批判，及創新的態度。而只是指出在認識社會人文現象時無法離開語言，也因此就不能不經過傳統而了解傳統。在五·四前後，只有錢玄同對這個問題算是最有領悟。所以他知道，不廢除漢文，就談不上推翻傳統文化^⑩，因為傳統文化已經通過漢文成為我們的一部分。經典社會理論也是傳統的構成部分，已經是我們價值和思想的一部分。

這樣的說法必須與了解傳統文化中的某一部分，或精通某部分的傳統文化，分別開來。我們對傳統中國文化中的詩詞可以沒有很高深的認識，這不代表我們沒有或不必接受傳統文化。一個中國作者，儘管討