

新橋譯叢42

法律社會學

韋伯／著

康樂・簡惠美／譯

新橋譯叢 42

法律社會學

著者 / 韋伯
(Max Weber)

譯者 / 康樂・簡惠美

總主編 / 康樂

石守謙・吳乃德・梁其姿
編輯委員 / 章英華・張彬村・黃應貴
葉新雲・錢永祥

總策劃 / 吳東昇

允晨文化實業股份有限公司
台北市南京東路3段21號11樓

發行人 / 王榮文

出版・發行 / 遠流出版事業股份有限公司

台北市南昌路2段81號6樓

郵撥 / 0189456-1

電話 / 2392-6899

傳真 / 2392-6658

香港發行 / 遠流(香港)出版公司

香港北角英皇道310號雲華大廈4樓505室

電話 / 2508-9048

傳真 / 2503-3258

香港售價 / 港幣216元

法律顧問 / 王秀哲律師・董安丹律師

著作權顧問 / 蕭雄淋律師

2003年7月30日 初版一刷

2004年9月30日 初版二刷

行政院新聞局局版台業第1295號

售價新台幣 650 元

缺頁或破損的書，請寄回更換

版權所有・翻印必究 Printed in Taiwan

ISBN 957-32-5005-5

Ylib 遠流博識網

<http://www.ylib.com>

e-mail: ylib@ylib.com

總序

這一套《新橋譯叢》是在臺灣新光吳氏基金會與遠流出版公司合力支持下進行編譯的。其範圍廣及人文社會科學的幾個最重要的部門，包括哲學、思想史、歷史學、社會學、人類學、政治學、經濟學等。我細審本叢書的書目和編譯計劃，發現其中有三點特色，值得介紹給讀者：

第一、選擇的精審 這裡所選的書籍大致可分為三類：第一類是學術史上的經典作品，如韋伯(M. Weber, 1864-1920)和牟斯(M. Mauss, 1872-1950)的社會學著作，布洛克(M. Bloch, 1886-1944)的歷史學作品。經典著作是經得起時間的考驗的；作者雖已是幾十年甚至百年以前的人物，但是他們所建立的典範和著作的豐富內涵仍然繼續在散發著光芒，對今天的讀者還有深刻的啓示作用。第二類是影響深遠，而且也在逐漸取得經典地位的當代著作，如孔恩(T. Kuhn)的《科學革命的結構》(1970)，杜蒙(L. Dumont)的《階序人——卡斯特體系及其衍生現象》(1980)等。這些作品是注意今天西方思想和學術之發展動向的中國人所不能不讀的。第三類是深入淺出的綜合性著作，例如紀登斯(A. Giddens)的《資本主義與現代社會理論：馬克思、涂爾幹、韋伯》(1971)，帕森思(T. Parsons)的《社會的演化》(1977)，契波拉(C. M. Cipolla)主編的《歐洲經濟史論叢》(*The Fontana Economic History of Europe*)。這些書的作者都是本行中的傑出學人，他們鉤玄提要式的敘述則可以對讀者有指引的功用。

第二、編譯的慎重 各書的編譯都有一篇詳盡的導言，說明這部書的價值和它在本行中的歷史脈絡，在必要的地方，譯者並加上註釋，使讀者可以不必依靠任何參考工具即能完整地瞭解全書的意義。

第三、譯者的出色當行 每一部專門著作都是由本行中受有嚴格訓練的學人翻譯的。所以譯者對原著的基本理解沒有偏差的危險，對專技名詞的中譯也能夠斟酌盡善。尤其值得稱道的是譯者全是年輕一代的學人。這一事實充分顯示了中國在吸收西方學術方面的新希望。

中國需要有系統地、全面地、深入地瞭解西方的人文學和社會科學，這個道理已毋需乎再有所申說了。瞭解之道必自信、達、雅的翻譯著手，這也早已是不證自明的真理了。民國以來，先後曾有不少次的大規模的譯書計劃，如商務印書館的編譯研究所、國立編譯館和中華教育文化基金會等都曾作過重要的貢獻。但是由於戰亂的緣故，往往不能照預定計劃進行。像本叢書這樣有眼光、有組織、有能力的翻譯計劃，是近數十年來所少見的。我十分佩服新光吳氏基金會與遠流出版公司的深心和魄力，也十分欣賞《新橋譯叢》編輯委員會的熱忱和努力。我希望這套叢書的翻譯只是一個新的開始，從初編、二編、三編，不斷地繼續下去。持之以恆，人文學和社會科學在中國的發展一定會從翻譯進入創造的階段。是為序。

余英時

1984年9月5日

編 序

《新橋譯叢》編輯委員會決定編譯瑪克斯·韋伯的經典著作，蓋認為將這些作品譯成中文，對國內人文與社會科學之研究，當大有助益。

編輯委員會經過多次討論，初步決定編譯一套《選集》，分別就政治、宗教及經濟史各層面選譯韋伯作品，俾初學者得有一入手把柄。其次，為韋伯若干最重要經典之全譯，亦即：《經濟與社會》(包括《宗教社會學》、《支配社會學》與《法律社會學》等)、與《宗教社會學論文集》(包括《中國的宗教》、《印度的宗教》與《古猶太教》等)，以便讀者得窺韋伯學術之全貌。藉此兩項工作，《新橋譯叢》希望能將韋伯學術有系統且較完整地呈現在國人面前。

韋伯學術之博大精深，其德文原著之艱深複雜，已為世所公認。編譯小組工作同仁雖務求於傳述原意方面達最可能之精確，格於學力，錯誤之處恐亦難免，至盼學界賢達先進不吝賜正，庶幾國人終能得有一更完善之韋伯譯本。

翻譯是一種事業，或者，套個韋伯慣用的辭彙，翻譯更應該是一種“志業”。《新橋譯叢》秉此精神從事譯述，並將成果貢獻給社會。是為序。

康 樂

1993年7月1日

目 錄

總序	余英時
編序	康 樂
1 實體法領域的分化	1
一 “公法”與“私法”	1
二 “請求權賦與法”與“行政法規”	6
三 “統治”與“行政”	6
四 “刑法”與“民法”	12
五 “不法”與“犯罪”	17
六 “公權力”、“權力限制”與“權力劃分”	21
七 “法律”與“訴訟”	25
八 理性的法律思维的諸多範疇	27
2 主觀權利的設定的各種形式	33
一 “法命題”的邏輯範疇、“自由權”與“授權命題”、 “契約的自由”	33
二 契約自由的發展、“身分契約”與“目的契約”、 目的契約的歷史淵源	43
三 “契約自由”的各種實際意義及其限制	69
四 契約自由、自律、團體的法人性格	88
五 法律共同體裡的自由與強制	150

3 客觀法律的形式性格	155
一 新的法規範的成立問題、“習慣法”	155
二 法發展的實際成因、利害關係者的行為與法強制	157
三 原始的紛爭解決之非理性性格	164
四 卡理斯瑪的法創制與法發現	168
五 作為法創制之擔綱者的“法律名家”	183
六 司法集會人團體的法發現	190
4 法律思维的類型與法律名家	199
一 經驗的法教育與理性的法教育：由律師訓練 或大學訓練	199
二 神權政治的法教育	206
三 歐陸的法律名家與中世紀的“法書”	213
四 羅馬的法律家與羅馬法的形式性質	218
5 法的形式理性化與實質理性化、神權政治的法與世俗的法	237
一 法律形式主義的意義及其一般條件	237
二 法律的實質理性化：宗教法	248
三 印度法	251
四 中國法	253
五 回教法	254
六 波斯法	261
七 猶太法	264
八 教會法	274
6 公權法與家產制君主的法制定，法典編纂	283
一 公權力	283
二 家產制君主法律之“身分制”結構與“家父長制”結構	292
三 法典編纂的各種推動力	301

四 羅馬法的承襲與近代法理論的發展	309
五 家產制法典編纂的類型	316
7 革命創制的法的形式性質，自然法及其類型	325
一 法國民法典的特質	325
二 作為實定法的規範性基準的自然法	329
三 自然法的類型，自然法與自由權	331
四 從形式理性的自然法到實質理性的自然法的轉化	334
五 自然法公理的階級關係性	336
六 自然法對於法創造與法發現的實際影響	340
七 自然法公理理論的解體，法實證主義與法律家階層	341
8 近代法律的形式性質	347
一 近代法律裡的法的分裂	347
二 近代法發展裡的反形式的傾向	352
三 現代的盎格魯·撒克遜法	364
四 素人裁判與近代法律家階層的身分傾向	369
譯名對照表	373
索引	403

1

實體法領域的分化

一 “公法”與“私法”

現今的法律理論和法律實務中最重要的一個劃分就是“公法”與“私法”¹。但是，關於劃分的原則卻充滿了爭議。

1. 依照社會學的劃分法，公法，就其在法秩序規定下的意義而言，可簡單定義為：約制國家機構相關行動(staatsanaltsbezogenes

¹ 韋伯此處所指的是歐陸的法學理論，特別是德國的法學理論。在那兒，公法與私法之分特別受到重視。在羅馬法裡，此種區分已相當清晰，尤其是烏爾比安(Ulpian)的定義，其界定公法為“與羅馬國家(公務)有關的”(quod ad statum rei Romanae spectat)法律，私法則為“與個人利益有關的”(quod ad singulorum utilitatem pertinet)法律。這樣的劃分對於某種政府別具實用的意義，亦即當政府雖有意針對公民本身的私人關係制定並保障一套牢靠的法律秩序，但卻雅不願將那些關係釘死在僵硬而毫不變通的規則上。這是羅馬帝國後期及近代絕對王權國家典型所見的情形。至於國家機構服屬法律條文到什麼程度這個問題，公法與私法之分已無關緊要，甚至只不過是某種法律條文的方便歸類，尤其只是為了法律書寫和教育的目的起見。

Handeln)的總體規範；所謂國家機構的相關性行動，是指使國家機構的各種目的得以維持、伸張和直接遂行的行動，而這些目的必須是根據法規或基於共識方為妥當。相對的，私法，就其在法秩序規定下的意義而言，可視為：約制與國家機構本身無關、而不過是受國家機構所規制的行動的總體規範²。這樣的區分不具形式性格，所以在運用方面似乎有技術上的困難。雖然如此，幾乎所有的其他劃分辦法也都還是以此種區別為其基礎。

2.這種區分經常與另一種糾纏在一起。我們可以將“公”法視同為“行政法規”(Reglement)的總體。所謂行政法規，就其正確的法律意義而言，是指單以對國家機關所下達的指令為內容——然而並不設定個人主觀既得權利——的規範，此種規範和那種主觀權利的“請求權規範”(Anspruchsnormierungen)相對反。不過，這樣的對反，首先必須正確加以理解。公法的規範，譬如有關總統選舉的規範，也可能設定個人主觀的、(儘管如此仍為)“公”法上的權利，例如選舉的權利。不過，個人的這種公法上的權利，如今，就法律上的意義而言，並不被視同為財產權那樣的既得權利——財產權原則上被認為即使是立法者自己也不能侵犯、並且正因此而為立法者所承認的權利。

個人在公法上的主觀權利，就法律觀點而言，事實上被視為個人主觀的管轄權(Zuständigkeit)，個人藉此成為國家機構的機關(Orgen)以達成明確限定下的目的。所以儘管帶有主觀權利的形式，事實上不過是行政法規的一種反射，而不能視為客觀

² 所謂國家機構的相關性行動，以及受國家機構所規制的行動，相關定義請參考顧忠華譯，《社會學的基本概念》(新橋譯叢34)，頁85-86，只消將文中的團體、組織解讀為此處的機構即可。

的請求權規範的結果。再者，存在於法秩序當中的、如上述第一點所指出的私法上的請求權，也未必盡然是“既得的”主觀權利。財產權一旦受到承認的內容，本身有可能是法秩序的“反射”，至於某種權利是否為“既得的”，實際上可歸結為，若加以排除是否會引起補償請求權的問題。因此，我們或可這麼認為，所有的公法，就法律觀點而言，無非是行政法規，但不能就此主張，任何的行政法規莫不是由公法所創造出來。因此，這樣的定義也不見得就對，因為，在某些法秩序當中，統治權被視為君主既得的家產制權利，或者反之，某些主觀的市民權被視為“既得的”私權(例如基於“自然法”)，所以同樣都是不可侵犯的。

3.最後，我們也可以下述方式來加以劃分。換言之，當法律事件是發生於法律意義上“同位格的”多數當事人相互對立的情況下時，即屬“私法的”法律事件，此時，這些當事人的權利領域必然會經由立法者、法官、甚至當事人本身(透過法律交涉)的行為而得出法律上“正確的”分界。另一方面，當擁有權威性命令權的優勢權力保有者，與在規範的法律意義下“服屬於”他的人，發生對峙時，即屬“公法的”範疇。不過，並非國家機構的任何機關皆具有命令權，而國家機關在公法規制下的行動也不一定就是命令。除此，規制數個國家機關之間的關係，換言之，對擁有對等的權勢者之間的關係加以規範，顯然本就屬於“公法的”內在範圍。進而，不止直接存在於權力擁有者和權力服屬者之間的關係屬於“公法”的範圍，連同權力服屬者之任命和監控權力擁有者的行動，也全都在“公法”所規制的行動範圍內。只不過，此種區分方式顯然又大步走回上述第一種區分

的軌道。換言之，並不是將任何權威性的命令權及其與服屬者之間的關係，盡皆劃歸公法的範疇。例如，雇主的命令權即不在公法的範圍內，因為此種權力乃是透過形式上“同位格者”之間的“法律行為”(Rechtsgeschäfte)而成立的。不過，即使是家長的命令權也還是屬於私法的權威，這顯然單只是因為唯有國家機構方為正當權力的來源，也因此，唯有以下的行為才是“公”法所關注的焦點，亦即，據其在法秩序所設定的意義下而言，那些行為是為了國家機構的維持，以及為了實現可說是由國家機構所直接經營的利益。至於哪些利益才是國家機構本身所真正追求的目標，至今顯然尚無定論。尤其，利益領域有可能刻意地被設定成受制定法所規制的形態，目的在於，創造出私人個別的請求權與國家機關的命令權或其他機能在同一事件上處於既競爭且并存的局面。

以此，公法與私法的領域至今仍未得出全然一致的分判。至於過去則是更加不明確。或許連劃分的可能性都沒有。譬如當所有的法律、所有的管轄權(Zuständigkeiten)、特別是所有的命令權同樣都帶有私人特權的性格時；此時，國家元首的特權多半被稱為“大權”(Prärogative)：諸如對特定的事項做出裁決、徵召什麼人去服兵役、或者在其他方面要求他人的服從，皆是其權限所在；正如同使用某塊土地的權限一樣，這些都成為某種“既得的”主觀權利，有時候更是等同土地使用權一樣，成為法律行為——讓渡或繼承——的對象。在此情況下，政治權力，就法的觀點而言，根本不具備機構(Anstalt)的結構，而是藉著各個主觀命令權力之擁有者或聲稱擁有者之間具體的結合體關係與妥協來展現。此時，政治的命令權和家

長、莊園領主、人身領主的命令權³在本質上並無不同，此即“家產制”的狀態⁴。法律的這種結構一旦存在——儘管未曾徹徹底底地實

³ 「當一個人所做經濟營運的土地並不是自己所擁有的情況下，他便是服屬於土地領主(即莊園領主, Grundherr)，當他的人身並不自由而是為他人所有時，他便是服屬於人身領主(Leibherr)」(M. Weber, *Wirtschaftsgeschichte*, S. 41)。不過，「中世紀時，人身支配往往低落到僅止於向幾乎可說是自由人課取地租權的地步，譬如西德與南德普遍見到的情形；在俄國，農奴事實上有移動的自由(儘管在法律上身分並不確定)，而領主實際上僅止於收取年貢金的情形是相當常見的(雖然不見得普遍如此)」(康樂、簡惠美譯，《經濟行動與社會團體》，頁101)。

⁴ 根據韋伯的分類法，“家產制”是“傳統型支配”的次發性類型，反之，其原始類型則為“長老制”(Gerontokratie)與“原始的家父長制”(primärer Patriarchalismus)。長老制是在非經濟的、非家族的團體裡由長老進行支配，而家父長制則是在經濟的、家族的團體裡由家父長來進行支配。這兩者之所以特別以“原始”的類型稱之，是因為，雖然長老與家父長的支配權確實是奠基於傳統而為其本身的固有權力，但是實質上帶有強烈的“伙伴權”(Genossenrecht)的性格，支配權乃是為了伙伴的利益而行使，而不是為了長老或家父長本身的利益而行使，這樣的意識毋寧是很強的。被支配者是首領的“伙伴”而非其“子民”，因此支配者本身也受到傳統嚴格的束縛。以此，決定性的關鍵在於：在此類型的支配裡，並沒有為了進行支配的“行政幹部”(Verwaltungsstab)存在。然而，「當傳統型支配開始發展出特別的行政機構及武裝力量，而這兩者成為支配者個人的工具時，家產制即可能發生。……只有到這時，團體中的“伙伴”才會被視為“子民”。原先支配者的權威明顯的是屬於團體所共有，現在則成為個人的權利，他把此一權威竊為己有，正如他佔有其他事務一樣。原則上，他可以利用其威權，正如同他可以處分任何經濟資產——出賣、典當或因繼承而予以分割。……藉著控制這些工具，支配者可以擴展其獨斷獨行的權力，破壞家父長制及長老制結構的傳統拘束而得以任意賞賜恩惠。當支配型態基本上還是傳統型時，儘管權力是依支配者個人意志行使，我們稱此種支配為家產制支配」(康樂等編譯，《支配的類型》，頁39-40)。另外，關於家產制支配的詳細內容，請參照康樂、簡惠美

現過，所有我們劃歸為“公”法範圍者，皆成為具體的權力擁有者之主觀權利的對象，就法理而言，與私法上的請求權一般無異。

二 “請求權賦與法”與“行政法規”

不過，法律的形成也可能具有和上述那種恰好相反的性格，亦即在我們今天劃歸為私法的許多領域裡，上面所說的那種“私”權完全付之厥如。換言之，具有賦與請求權的客觀的法、那種性格的規範，完全不存在；也就是，一整個行之有效的規範總體，就法理而言，具有“行政法規”的性格，亦即，所有的私人利益之所以享有被保護的機會，並非因其為受保障的主觀請求權之故，而端在於其為一種反射，反射行政法規之為妥當，如此而已。此種狀態一旦確立——儘管同樣未曾普遍貫徹，所有的法律便盡皆消融於管理的目的、亦即“統治”(Regierung)之中⁵。

三 “統治”與“行政”

“管理”(Verwaltung)決不只是個公法的概念。例如個人家計的管理或營利經營的管理，皆屬私人的範圍，而公家的管理則為透過國家機構組織或其他由國家賦與權限的他律性機構所實行的管理行為。

“公的”管理範圍，最廣義而言，包含三個部分：法創制

譯，《支配社會學》第3章〈家父長制支配與家產制支配〉。

⁵ 此乃集權國家的“理念型”描述，韋伯寫於其現代形態出現之前。

(Rechtsschöpfung)、法發現(Rechtsfindung)⁶與公家機構的活動中扣除這兩個部分後的其他部分，亦即我們此處所說的“統治”。“統治”可以法律規範來加以約束，也可以透過既得的主觀權利來加以限制。就此而言倒是統治與法創制和法發現互通之處。然而，這不過是意味著下面兩點：1.就**積極**面而言，統治本身的管轄權應有其正當性的基礎。近代的統治是藉著正當的“權限”(Kompetenz)而開展其活動⁷。此種權限，究極而言，通常被認為是奠基於國家機構的“憲法”規範之授權。2.就**消極**面而言，統治之受到現行法與既得權利的束縛，意味著其自由活動受到限制，而且必須甘受此種限制。

不過，統治的固有特質正在於：其目的並**不止**是要尊重和實現現行的法律——僅僅是因為現行法是妥當的、而且是既得權利的基礎；除此之外，它還希望能實現其他實質的目的，諸如政治的、倫理的、功利的以及其他種種性質的目的。對統治而言，個人及其利益，就法律觀點言之，毋寧是客體，而非法的主體。

近代國家倒確實有在形式上將法發現和“管理”(意指“統治”上的管理，即“行政”)拉近的傾向。換言之，在司法上，現今的法官被

⁶ 「就純粹類型的傳統型支配而言，法律或行政法規不可能經由立法程序制定。就算實際上是新創的法規，也只有宣稱其為“古已有之”(valid of yore)——如今只不過是經由“睿智”(wisdom, 古日耳曼律例中的Weistum)再度發現——的情況下才能取得正當性。此種“律例的發現”(Rechtsfindung)的立法方式只能求諸傳統文獻；換句話說，必須假先例及較早的判例行之」(《支配的類型》(修訂版)，頁31)。

⁷ “權限”是理性的近代官僚制的特徵性概念。法制型支配的基本類別之一就是：「有明顯範圍的權限(管轄權)。這包括：a.執行因系統分工而分化出來的特定功能的義務。b.賦予在職者某些必要的權力。c.有明確規定的必要強制手段；以及使用這些強制手段的明確限制」(《支配的類型》，頁13)。

期許——部分來自實定的法規範，部分來自法學理論的要求——要依據實質的原則，諸如倫理、公平、權宜(視目的而定)，來下定奪的情形並不少見。此外，在行政上，現今的國家組織賦與個人——儘管原則上僅僅是行政的客體——保衛一己之利益的手段，此種手段至少在形式上和法發現的手段性質上並無二致，此即“行政裁判”(Verwaltungsgerichtsbarkeit)⁸。雖然如此，所有這些保障並不能去除司法與“統治”之間前面提及的根本對立。

另一方面，當“統治”放棄其隨時準備介入個案的完全自由處分，並且制定出處理典型事務之方式的一般行政法規，特別是在某種程度上甚至不覺得本身受到此種法規的拘束時，那麼，統治就和法創制相距不遠。畢竟，人們總是期待政府受到行政法規的約束而視之為常態，相反的，若是“恣意而行”，至少在習律上總是要遭到非難。

“行政”的原始擔綱者是家內支配(Hausherrschaft)。家內支配原本無所約制，在其中，權力服屬者相對於家長(Hausherr)並無主觀的權利，而家長對權力服屬者所採取的行為，若有所謂客觀的規範，也不過是來自於巫術性制約的他律性反射。最起初，我們看到的是，家長在家共同體裡原則上毫無約制的管理、氏族之間基於贖罪契約與證據契約的仲裁程序(Schiedsverfahren)⁹，這兩者並存的狀

⁸ 英譯者在此表示，一個英美的律師會認為此種訴諸行政裁判的權利毋寧是法律途徑中尋常所見的。但是，就一個大陸法系的律師而言，韋伯認為此種權利的保護乃交付於法國或德國那種特別成立的行政法庭手中。保障公民以防止政府濫權的這種做法，實有異於採行普通法(Common Law)的國家所慣用的途徑，不過倒也不能說是效果較差的一種。

⁹ “贖罪契約”(Sühnevertrag)相當於“訴訟契約”，「古羅馬時期在仇對的事件上，若當事者願依審判而和平地解決問題，首先由彼此締結“訴訟契

態。只有在氏族間的仲裁程序裡才論及“請求權”(Anspruch)，亦即主觀的權利，然後下判決；也唯有在此我們發現到明確的形式、時限和見證規則，總之，“法律的”處置之萌芽。至於其理安在，下面會談到。相反的，所有這些，在家長權力範圍內的處置程序裡，根本不存在。這正是“統治”的原始形態，正如同氏族間的仲裁程序是法發現的原始形態一般。兩者亦依運作領域之不同而區隔開來。即使到了古羅馬時期，司法權也得無條件地在家門口前止步。

後面，我們將會看到，家內支配的原理如何超出其原始的範圍而轉進某種政治權力裡——家產君主制；並且，也藉此而轉用於法發現當中。此種情形一旦發生，法創制、法發現與統治之間的界限通常就此打破。其結果可分兩種，一則是：法發現在形式上和實質上皆帶有“行政”的性格，並且如行政那樣沒有明確的形式和時限，在權宜和公平的觀點下，一逕以支配者的決定與命令加之於服從者身上。此種狀態從未徹底實現，除非是在極端的情況下；不過，類似的情形在“審訊”訴訟(Inquisitionen-Proze)和訴諸“職權主義”(Offizialmaxime)的過程中倒是可以見到¹⁰。反之，結果也可能是：

約”(Streitgedinge, 仲裁契約)。召喚亦由原告自身來召喚被告，而無所謂根據職權而召喚的手續存在。原告提起告訴之時，法庭方才開始活動(“無原告即無法官”，Kein Kläger, Kein Richter)。在訴訟過程中，完全沒有職權主義的要素存在；判決也未包含履行命令，因此宣判後，當事人改而訂立“判決履行契約”，此時亦無所謂強制執行，而只由原告自力扣押」(《經濟行動與社會團體》，頁223，註10)。

¹⁰ 德國和歐陸一般的訴訟理論將法律裁判區分為兩種，一是根據職權主義，一是根據協商主義(Verhandlungsmaxime)。若為前者，則審判由當職法官來主導，其功能在於確定實際發生的情形為何，因此只有或主要是他有權傳喚和檢驗證人，並要求他認為有必要的證明。若為後者，則審判主要是由兩造來主導，法官只擔任裁定者的角色。兩造的任一方都