

行政院國家科學委員會補助專題研究計畫成果報告

西方法律文明的形成：理論的整合

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC - 89 - 2414 - H - 040 - 001

執行期間：1999年8月1日至2000年10月31日

計畫主持人：王崇名

共同主持人：無

本成果報告包括以下應繳交之附件：

赴國外出差或研習心得報告一份

赴大陸地區出差或研習心得報告一份

出席國際學術會議心得報告及發表之論文各一份

國際合作研究計畫國外研究報告書一份

執行單位：中山醫學院通識教育中心

中華民國 89 年 10 月 31 日

行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告

題目：西方法律文明的形成：理論的整合

計畫編號：NSC-89-2414-H-040-001

執行期限：1999年8月1日至2000年10月31日

主持人：王崇名 中山醫學院通識教育中心

共同主持人：無

計畫參與人員：林亮如 中台醫護技術學院

一、中英文摘要

中文摘要

甚麼是西方法律文明？是本研究的重點。透過對於古典與現代社會理論、法學理論、法律經濟學等相關理論的反省後，發現如果個別理解這些理論，是不足以理解西方法律文明，我認為對於西方法律文明的理解，應該具有整體性的理解能力，也就將這些理論擺在一個整體的論述之下。

我所認為的西方法律文明是有其整體的發展特質，雖然福科等後現代社會理論，並不贊成這種整體的論述，比較喜歡片段與非連續性的論述，但是就中國文明對於西方法律文明的理解應該是要從整體的論述來理解，否則是無法看到那種，看來是不斷重構卻又是不斷再生的整體特質。基本上我認為西方法律文明是一種透過法律語言的論述，來實踐慾望、社會規範、心靈三者統一的過程，法律、權利與倫理之間有密不可分的關係。

關鍵詞：法律文明、宗教倫理、職業倫理、法律合理化

Abstract

What is the Western legal civilization? I try to answer it and it the main point of my research. I discussed classical and modern social theories, legal theories, Economic of law, and find that we could not understand the Western legal civilization, if just understand them by part. I suggest that we should integrate them as a whole in order to grasp her.

Although, post modernity theories do prefer discontinuity rather than general perspective, I think the Western legal civilization should be understood as a whole, special from a Chinese view. Otherwise, we could not understand the reproduction of Western legal civilization. As a word, I think the Western legal civilization is not only 'ruling by law', but also a kind of legal discourse, which never stop integrating the desire, the mind, and the norm, and law, right with ethics could not be divided to understand for catching the Western legal civilization.

Keywords: legal civilization, religious ethics, vocation ethics, legal rationalization

二、計畫緣由與目的

我認為西方法律文明有必要再被重新理解，過去對於西方法律文明的理解，雖不至於全然誤解，但是理解得並不夠徹底。一般以為「依法行政」或是三權分立制衡就是法治，就是西方的法律文明的精神。當前的蘇建和案、核四按、尹清風命案等三大案件做為代表，尚有許多日常發生的小案，在在暴露台灣對於西方法律文明的理解，並不深入。我的研究試圖透過整體史理論的建構，將西方法律文明的特色呈現出來，以供學界參考，並作為今年對於台灣社會法律合理化之經驗研究的理論指引。

三、結果與討論

從亞當 斯密之《國富論》與《道德情操論》對於自利與利他的兩難看法開始，古典政治經濟學與社會契約論的爭議，到康德的《法形而上學》與黑格爾的《法哲學》，再到古典社會學理論如馬克思、涂爾幹與韋伯等試圖對於兩者的調和，直到現代社會理論的突破與爭議的再現，可以說都是圍繞在這個議題上。就異文明的我們而言，看得眼花撩亂，缺乏整體體的觀點，常常隨便抓個理論來膜拜。事實上西方的社會理論的學術

發展是有一連串不停的討論(discourse)，大部分的中国學著似乎沒有耐心來跟著理解，而試著作出整體性的接觸。自中世紀向啟蒙以後的現代社會轉進時，傳統強調集體的社會生活，開始被逐漸強調私有財產權的個人權利穿透。在自利與他利之間掀起渲染大波：個人主義如何重新被安置在整體的社會秩序之下？就古典社會學而言，可以說都是在討論個人權利與集體權利之間的問題。但是這些問題從古典政治經濟學與社會契約論，到古典社會學理論並沒有真正解決，在這個問題上，若從現代社會的發展看來，我覺得韋伯的理性化理論有很大的突破。韋伯從宗教社會學入手，看到西方社會如何建構一種具有虛擬(系統化)特質的宗教社會，進而成為現代個人主義社會的基礎。韋伯的貢獻很可惜並沒有被真正理解過，反到是看到現代社會理論的發展，讓我有機會再次詮釋他的理論，也才真的懂韋伯理性化的理論，其及論西方理性化的意義，特別是法律理性化。這個議題從啟蒙到現在一直被爭議著，並沒有暫時停止過。如現代性理論的代表：吉登斯、哈伯馬斯，以及作為後現代性理論的代表：Baudrillard 與 Lyotard，他們是如何彼此針鋒相對。事實上，這一直是現代性理論或是後現代性理論探討的核心：「自我的情慾」如何運用理性去實踐。我們從 Giddens 的理論中瞭解到現代性中自我認同的意義。也從 Habermas 的理論中理解法律作為一種主體或自我之理性實踐的重要意義。當然布希亞的虛擬文化批判與李歐塔之知識資訊化的後現代理論，也警醒我們不要忽略調自我主體被符號化之社會複雜性切割與再製的意義，福科的理論更提醒我們要注意歷史與社會本身與重構過程的差異性創造，自我主體社會的發展是現代社會的特質，是過去社會很難想像的事，也不保證未來永遠是如此。這些理論分別點出西方社會現代性或所謂後現代性的問題，也點出西方社會當前的特質，特別是在網路工具開始發達的情況下，個人與社會之間的關係再度緊繃。現代社會理論最令我感到興奮的是福科的「性經驗史」，從歷史的發展經驗，將西方性經驗的歷史作一種醫學的解剖，我們可以清楚理解「性自我」的浮現。在論自我主體的形成，福科比吉登斯、哈伯馬斯、布希亞、李歐塔等有更清楚的說明。同時福科的「性經驗史」比哈伯馬斯的「事實與規範」更具社會學的特質，較少哲學抽象的論述，可以清晰看到自我慾望如何經由法律作為主體理性實踐的可能。但是不論是哈伯馬斯或是福科，甚至是「性經驗史」，我們還是有所困惑：個人的主體或是自我如何被安置或是整合在一個「集體」(實體？或是虛擬？)之下。這是古典社會理論的核心問題，似乎被現代社會理論忘卻了？真的被忘確了嗎？還是換了一種新的發問方式？在現代社會理論中，我們不難發現「論述(discourse)」成為重要的研究重點，甚至認為「論述就是社會，社會就是論述」，對於涂爾幹所稱的社會事實，那種深深影響結構功能論或是系統理論的社會實在論，在現象學與詮釋學的影響下，似乎被虛擬化為一種超現實自我想像的社會。然而一種論述的社會如何可能？論述是一種很簡單的社會生活，但是要將社會生活成為一種論述，就中國社會而言，並不簡單，特別是將日常生活透過法律作為一種具有公共性的論述，這是哈伯馬斯的理想，從交往行動理論的建構開始，他便大規模地反省古典與現代社會理論，試圖用互為主體性(intersubjectivity)，來重建被過度系統化的生活世界。哈伯馬斯看到二十世紀後期法律的發展，他承認法律作為主體之實踐理性的工具或場域。他很簡單地將二十世紀西方社會發展的成果，套用在他的交往行動的倫理學之上。他分析與批評了韋伯理性化與法律理性化的理論，卻沒有真正將他搞懂，很可惜。我如此激烈評擊理由很簡單但很重要：法律如何成為一種論述？又如何可以作為主體之實踐理性的工具。這是哈伯馬斯在《事實與規範》一書中無法回答之處(但是韋伯早已回答了，而且很精采)。在現代社會理論中，福科是最有可能論述出二十世紀的西方社會如何將法律作為主體理性實踐之工具的一位，很可惜他死得早，也過份苑囿於宗教的控制權力，而未竟其功。福科也認為法律就是一種論述，雖然在後期著作漸漸不再如此堅持這種觀點，也接受法律對於社會存在的重要性(Hunt, 1996: 55)，然而他主要還是將法律視為是一種統制(sovereign)的工具，法律還是殘存王權延伸的舊思想。在《性經驗史》中，他分析了希臘與羅馬的性經驗史，

也與當代的性經驗作了一番比較。他徘徊於享樂主義與禁慾主義之間，然而他沒有像清教徒般最後還是靠向禁慾主義。他雖未言明，但是還是可以從字裡行間看出，他對於羅馬社會那種沒有透過權力與知識混合的規範控制，而是出於適當的自我控制感到羨慕 (Best and Keller, 1999: 81)。很可惜《性經驗史》只寫了一半，只有三卷。在年鑑史學的《家庭史》，很成功地運用福科的研究，寫出羅馬家庭，也不諱言這是建立在福科的基礎之上。然而《家庭史》在某種程度接上了福科未竟其工之處。《家庭史》(第二冊: 131-222)在談到近代十七世紀宗教與家庭的關係時，特別是天主教與新教在處理離婚的態度上，作了相當精采的解釋：離婚是要經過教會法庭裁定宣佈，在這項規定上新教作了重大的突破，承認婚姻不是一件聖事，而是根據上帝的意願所締結的契約。《家庭史》說明了一項重要的事實：性經驗是經由教會法庭被論述出來的，這是福科有生之年尚未呼出的看法。現代社會的性經驗，表像看來是成為一種自由的關係，但是若細究，不難發現那是一種在法律上之性的論述的關係，透過在法律上的論述，性的權利被確立下來。換言之，性的慾望與自我透過法律的論述被確立下來了。但是這種在法律上論述出性主體，是如何可能？福科過份強調教會及國家或王權的統制特質，也過份強調法律作為一門學問所產生的知識與權力的混合特質。在個人主義社會強調性自由的當下，西方人是如何在倫理上一方面如實地享受慾望，一方面又不陷於縱慾而失去自我？福科試圖建立一種自我技術的倫理學，與哈伯馬斯一樣想建構出一種可以體現主體的實踐理性。但是福科並沒有辦法很具體與清楚地告訴我們，最後雖不至於像葛蘭西一樣，說是每個人都是哲學家，都有內在自我清明的批判特質，他認為這種自我技術必須是不停創造的結果，他發展系譜學就是要像尼采一樣從人本主義中破繭而出，建構一個能動 (creative) 的主體。但是他過份對於規戒 (discipline) 的批判，而忽略對於宗教倫理與職業倫理之間作系譜學的分析，讓他自己的學問成為另一種知識與權力的混合體。現代性經驗的主要界定者是布爾喬亞階級，這群人被認為是現代民主政治的創造者，現代法律的創造者 (Tiger and Levy, 1996)，是現代家庭制度的奠基者，當然更是現代資本主義的重要創造者。但是很多人都忽略他們也是西方基督教的承攜者，但是一般只理解到新教與布爾喬亞階級的關係，這是受到韋伯早期著作的影響。韋伯在晚期較成熟的作品中，在經濟與社會中關於宗教社會學這一章更清楚地說明西方宗教就是一種商人或職工的宗教。這群人在財務上支持了基督教的長期發展，也將基督教從巫術的性格帶向一種除魅化的特質或是系統化。這一點大家都很清楚，但是我們對於除魅化的理解也多僅只於去怪力亂神，其實在西方的宗教倫理中，自始自終受到職工或商人切事性的影響很大。這種切事性的特質讓西方的宗教成為一種論述的宗教，神的存在是在告解的論述中，或是進而發展為在教會法庭或議會中論述的宗教，神的存在是在論述之中。當實的韋伯並使用論述這個字眼，但是他強調宗教在系統化的過程，也架構出一種抽象的與虛擬的神的存在，不是像巫術性格一樣很強的宗教一般，需要經驗具體的接觸才信仰神。這種系統化與虛擬化的宗教其時也正在建構西方社會的特質，得以讓羅馬法成為一種可以作為主體之實踐理性的工具。福科與哈伯馬斯，甚至是李歐塔論公正，或是布希亞談「內爆」，都忽略這股「內聚」的力量，它不僅僅只是一種規戒，或純粹好辯的論述。現代社會理論不再像古典社會理論如此急切，想從直接的經驗來說明個體與集體之間的關係，那種關係是在於個體的實踐之中，不是獨立存在於個體之外或之內，而是被論述出來的，在論述中個體與集體之間昭然若揭。然而古典社會與現代社會之間，雖然是「個別」也有著對立，卻有一個整體圖像的基礎，可以藉此瞭解網路的世界。如果缺乏這個整合的圖像，Bourdieu 所說的「反思性社會學」的建構，是很難對中國社會發生積極的意義。我們對於網路世界的論述，很可能重蹈當年只能用馬克思主義來面對資本主義的，作出激情、泡沫的社會學論述，就此迷戀網路世界與虛擬世界的文化批判，而失去西方文明不斷再製其文明又使之不墜的建構機制。那麼這個整體的圖像是甚麼？從現代社會理論與古典社會理論的交錯與分離中，我們似乎可以看出一些端倪。

四、計畫成果自評

本研究最大的成果除了再次強化哈伯馬斯的溝通倫理學，強調法律做為主體之理性實踐工具外，也藉由對於現代社會理論的理解，重新理解韋伯法律合理化的意義，並找到哈伯馬斯的限制：無法解釋法律如何可能作為主體之理性實踐的工具。就韋伯而言，宗教倫理與職業倫理的關連，是作為法律合理化的重要基礎，如果沒有西方宗教那種從宗教倫理轉成的職業倫理，西方法律要成為一種實踐主體存在的理性，的確困難，而現代中國正面臨這個問題。我的研究助理在參與這此的研究中，她深刻學習到整體思考的困難與重要意義，最重要的是學習理論整合的技巧。

五、參考文獻

Berman, Harold J.

1993 法律與革命：西方法律傳統的形成，賀衛方等譯。北京：中國百科書出版社。

Best, Steven and Douglas Keller

1999 後現代理論：批判性的執疑，張志斌譯。北京：中央編譯出版社。

Baudrillard, Jean

1983 Simulations, New York: Semiotext.

Burguiere, Andre 等主編

1998 家庭史第一、二卷，袁樹仁等譯。北京：三聯。

Durkheim, Emile

2000 社會分工論，渠東譯。北京：三聯。

Foucault, Michel

1998 性經驗史，余碧平譯。上海：上海人民出版社。

Giddens, Anthony

1994 資本主義與現代社會理論，簡惠美譯。台北：遠流。

1998 現代性與自我認同，趙旭東、方文譯。北京：三聯。

Habermas, Jurgen

1996 Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, Translated by William Rehg. B.A.: Polity Press.

Hunt, Alan and Gary Wickhan

1996 Foucault and Law: Toward a Sociology of Law as Governance. USA: Pluto Press.

Lyotard, Jean-Francois

1979 The Postmodern Condition: A Report on Knowledge, Translated by Geoff Bennington and Brian Massumi. University of Minnesota Press.

Schluchter, Wolfgang

1981 The Rise of Western Rationalism: Max Weber's Developmental History. Berkeley University of California Press.

Tiger, Michael and Madeleine R. Levy

1996 法律與資本主義的興起，紀琨譯。上海：學林出版社。

Weber, Max

1996 宗教社會學，簡惠美譯。台北：遠流。

1998 論經濟與社會中的法律，埃德華 希爾斯與馬克斯 萊恩斯坦編譯。北京：中國百科全書出版社。

Zane, John Maxcy

1999 法律的故事，劉昕、胡凝譯。台北：商周。