

第二章 法律及法律發展的討論

當代社會科學理論及體系分類日益精細，但要理解學科的本質及發展，首要就是對其定義進行了解，例如什麼是法？什麼是律？法律和其他控制人類生活秩序的規範有何不同？法律和道德、習慣的差異為何？不同文化的法律發展歷程是否一致或相似？諸如此類的問題，提供人們思索各種社會科學所涵蓋範疇的知識空間。雖然有關法律的理論常常宣稱其放諸四海皆準，往往卻因各地區或各民族文化與歷史的特定性，要真正提出一個普遍的解釋並非一件輕而易舉的事，例如西方社會有極其深厚的法治傳統，古羅馬的法律實踐就產生了一個獨立的法律家階層和獨特的法律科學，這與中國古代所謂的禮法，強調皇權至上為象徵的價值體系就截然不同，驗證了不同社會的法律傳統有其在地文化的特殊性。

再從研究非西方社會法律的經驗得知，若直接沿用西方的概念，容易造成一般人認識上的誤解，因為這些學者容易依循西方社會的本位立場，不自覺地忽略被觀察社會的原有法律體系特徵，往往找尋到的僅是在形式上或功能上類似其所傳承的西方規範和制度。但這不意味著吾人不能藉由西方法學的方法論提供研究觀點，因為透過西方法學的方法論，讓法律及其發展的討論得以有一共同的立論基礎，所以要對日治時期泰雅族習慣法發展歷程進行討論，必須在認識法律及法律發展的前提下，方能獲得一個令人滿意的解釋。

本章將回顧不同學者對法律概念及其發展模式的論述，如此方能在恰當的知識背景上，找尋泰雅族習慣法發展的詮釋空間。同時在回顧這些學說後發現，即使在西方社會，法律這個概念集合也早已被賦予許多複雜的文化涵義。當然，本文的解釋並非企圖直接尋求普遍的意涵或唯一的定義，因為除了立基於倫理感覺或經驗事實等外在標準外，沒有一個定義有真假之分。也不僅僅是找尋一個刻意符合預設理論的定義，而是希望能在前人研究的基礎上，找尋一個適切的立足點。因為唯有在適當位置與共同理解的基礎上，方能對泰雅族習慣法發展脈絡有正確認識。特別是泰雅族所繼受或移植的法律規範，就是源自於近代西方國家所建構的法律文化體系之中，所以仍要依循西方法學史的發展歷程進行討論。

第一節 法律的概念

從語意的分析來看，任何字詞都有其字源上的原始意義和基本內容，潛在地反應人們最初對其的認識。例如「Law」的語意就是漢語的法律，但歐陸其他民族的詞彙就較為複雜，都可以發現一組廣義之法律和狹義之法律的對應詞，用以表示哲理意義上的法與法律之分，例如拉丁文的「*Jus/Lex*」、法文的「*Droit/Loi*」、德文的「*Recht/Gesetz*」、義大利文的「*Diritto/Legge*」、以及西班牙文的「*Derecho/Ley*」等，前一組的字彙含有抽象意義上的法、權利、公平和正義等具有道德意涵的含意，而後一組則表示具體的規範或規則，是指制定法而言。

而在古代漢語中，「法」與「律」本是分開使用且涵義有所不同，後來發展為同義之字，並稱為法律，據《說文解字》解釋，法的古體寫作「灋」，「灋，刑也，平之如水，從水；廌，所以觸不直者去之，從去。」從這段話可看出法的三種面貌：(1) 在古代中國，法與刑是通用的。(2) 水不僅有公平的象徵含意，而且有裁判的功能含意。(3) 法含有明斷曲直之意，據說在審判時被灋碰觸者即被認為敗訴或有罪之人，即借助神意來判斷某人是否犯罪。而律是一致遵循的格式、準則，所謂「律者，所以范天下之不一而歸於一，故曰均布也」。從時間順序上看，我們今天稱之為古代法的在三代是刑，在春秋戰國是法，秦漢以後則是律（梁治平，1998：366）。這表明在中國古代，刑、法、律三字可以互換，它們之間雖有一定差別，但還是可以互通共用的。

從不同民族的解釋中發現，不同的法律語言反映了彼此的文化差異，致使難於找到一種精準的法律定義，但關於法律的精神與概念還是取得共通性認識，都有權利、正義與公理之意義。雖然法律的概念並不同於法律的定義，定義僅僅是標示出一個事物區別於其他事物，由於語言本身的侷限性，一個事物的實然往往超出其定義所能指稱的範圍。但概念應當是一種視野（*Scope*）和一種範式（*Paradigm*），它具有對所指涉現象的包容性、描述的精確性、以及對現象變化的說明和把握。不同思考途徑會導向不同結果，在把握概念的同時，也許我們首先需要注意的是獲得一個概念的思考途徑。本節就是企圖從那些導引當代法理學與法律史的思考中，找尋出探討習慣法變遷的立論基礎。

一、自然法學派 (*Natural Law*) 的理解

自然法是淵源於古希臘的一種思想，柏拉圖 (*Plato*) 和亞里斯多德 (*Aristotle*) 早在西元前三百多年就提出「正義／理性」這同時具有哲學、政治和法律涵義的一組概念。而所謂的理性就是可以探討事物的原理原則，但並不是僅存於自然界的事物之中，人類的論理共同生活亦有其適用，所以自然法就是法律的本質，它的研究對象是從一個重要政治生活的政治社群—城邦政治 (*Polis*)，在具體的實踐過程中透過歷史經驗的累積而產生各地不同的法律。因此他們將「正義／理性」視為形上的、超驗的、神諭的理念，並從中探討法律的本質、特徵與功能。

亞里斯多德 (*Aristotle*) (1990) 認為自然法 (*Natural Law*) 是基於自然狀態而產生的秩序，人定法 (*Human Law*) 則是人們有意制定的規範，自然法是人定法的制定標準和依據，人定法則是自然法的實現，這兩種法律分別體現自然正義 (*Natural Justice*) 和法律正義 (*Legal Justice*)。他指出所有的法律都是政治 (城邦) 性的法律，並共同形成城邦的秩序，此秩序又是城邦本質的展現。自然正義規則在任何地方都具有同效力，並不取決於人們是否接受，而創設法一旦透過成文表述 (包括個案裁決) 就有特定具體之內容。他接著強調，要建立和維護城邦的穩定必須實行法治，且法律不是對自由的奴役而是對正義的拯救，是理性的具體展現，但關鍵在於是否有一個好的法律制度，因為人們必須擁有並遵守一個好的法律制度，才能脫離獸性獲得真正的自由。

古代自然法論的系統化，首見西塞羅 (*Marcus Tullius Cicero*) 於西元前五十二年所寫的《論法律》 (*De Legibus*) (1999)，他主張法律的產生並非基於人類的偶然意志，乃是由自然所制定，在各民族制定的法律之上，有一個更高的且適用一切民族的自然法。自然法是遍及宇宙的支配性原則，是立基於人類善良本性的道德規範，是衡量一切人定法是非的唯一標準。他還將法律、理性與正義聯繫起來，認為正義與理性均源自於自然，自然法則是理性和正義的體現。所謂的良法是合乎正義的法律，所謂的惡法則是違悖正義的法律，而法律變遷的方向和目的，就是要不斷調整法律與理性之間的協調一致。

中世紀的西方法律是與基督教神學融為一體，使自然法逐漸脫離泛神論的前設，認為法律淵源於神的智慧與意志，是人們作為或不作為的準則，人定法只是人們把自己理解的神意加以書面化、規範化。在這樣的時代背景下，奧古斯丁（*Augustine*）（1971）以基督教教義為依據，認為法律的目的在於維護和平與秩序。他將法律分為神示法（*Divine Law*）和人定法（*Human Law*）二類。神示法係體現上帝意志的法律，是永恆不隨時間改變且主宰一切，人定法則是成文法和風俗習慣，必須努力滿足神示法的要求。托馬斯·阿奎那（*Thomas Aquinas*）（1963）則以上帝的意志和理性作為區分標準，認為宇宙是由神、理性、政治權威這三重秩序組成。法律分為永恆法（*Eternal Law*）、自然法（*Natural Law*）、人定法（*Human Law*）和神示法（*Divine Law*）四類，自然法再也不是像古希臘或古羅馬那樣居於最高層次，只是反映神與人的關係而已。

霍布斯（*Thomas Hobbes*）是現代自然法論的主要奠基者，其思想受當時自然科學發展影響頗深。在一六五一年出版的《利維坦》（*Leviathan*）（1995），他捨棄目的論改以因果論的觀點來研究法律，並創造了自然狀態的概念，認為在此狀態下的每個人為單獨且處於戰爭狀態的情境，相互為了生存而爭奪資源，人們為了自保的權利，認為與其在自然狀態中繼續征戰，不如組成穩定的機構，透過契約組成社會，用以保障生命與自然的權利。他以人性本惡且應由社會控制的思想來論述自然狀態、自然法與社會契約等互動，進而推演出社會契約與國家存在的必要性，此論述啟發後來邊沁（*Jeremy Bentham*）與奧斯丁（*John Austin*）等人的實證主義與分析法學理論的思考。

在一八二一年出版的《法哲學原理》（*Grundlinien der philosophie des rechts*）（1985）書中，黑格爾（*Georg Wilhelm Friedrich Hegel*）將整各社會看成精神統一的整體，這個整體就是所謂的客觀精神，指出不同歷史時代的理性會表現成不同形式，而且其內容也是不斷變化。所以法律的種種表現都是一個進化過程的產物，此過程呈現一種正題、反題、合題（*Thesis*、*Antithesis*、*Synthesis*）的反覆辨證，是絕對理性—邏輯、自然和精神—的相互辨證。他對實在法與自然法也提出區別，認為實在法是法的體系，自然法則是法的理念，作為理念的法是自然存在的精神和通過人類意志所體現之精神世界之間的統一。

十九世紀後，由於國家權力的高度集中，以及基於特定歷史經驗的反省，透過國家機制運作而產生的法律制度越來越重要，法律改以國家體制建構的實體法為核心。因此當代自然法論述逐漸接近道德（*Morals*）、正義（*Justice*）與理性法（*Law of Reason*）的概念，開始探討法律體系或個別規範是否符合正義、符合理性，是否有道德的基礎。在簡述自然法學派的發展及代表人物後，僅將本學派對法律概念的理解歸納如下。

首先，自然法論者不是從歷史與傳統的角度，是從理性的假定與邏輯的推理來論證法律。他們認為自然法是絕對有效、不證自明，是理性的反映，其本質是一種客觀規律。他們也假定人類社會中存在著一種自然狀態，在此狀態下，人人擁有一定的自然權利並服從自然法的支配，並通過訂立社會契約、建立國家、以及制定法律，用以克服自然狀態中的不便。而這樣演繹出來的法律必然是關於財產的、自由的與平等的法律，這樣推導出來的國家必然是民主的、法治的國家。

其次，作為一種遍及宇宙的普世力量，人們通過理性就可以發現放諸四海皆準，並對所有人都有約束力的理性法/自然法。作為宇宙自然的一分子，人類本質上就是一種理性動物，服從理性的過程就是服從自然法，尊重自然法也就是尊重人自身的理性，人們願意遵守自然法，是因為法律以理性為基礎，自然法體現人們內在的理性和自然界的理性。

再次，法律的目的在於公平和正義之實現，自然法之所以高於人定法，是因為自然法體現公平，人定法之所以屈服於自然法，是因為人定法不可能對所有人實現公平，但是人定法應盡可能實現公平。只有當法律是建立在公平基礎之上的一種和平秩序，人們才願意信仰、服從法律，才會將爭議提交給仲裁者裁判。公平的觀念及精神不僅是一種理念，更是法律的靈魂，是法律存在的正當根據，每個人在社會中都應享受到他所應得的權利和平等地承擔義務。

最後，法律應與人們的價值觀、道德觀一致，因為自然法具有理性，具有永恆的生命，而這個理性的法律充分體現公平正義，得到所有人的認同，它的生命歷程才得以延續。事實上，「自然法理論就是一項主張，主張可以拿一個終極的尺度，一套理想的法律，來檢驗一切法律的效力，這個終極的尺度，這套理想的

法律，可以比一切現有的法律更確切地被評價，自然法是人類尋求正義之絕對標準的結果（李日章譯，1984：96）。」

自然法雖在中世紀曾與神示法的觀念緊密結合，但它預設一個普遍的正義及權利體系之存在，此體系可與人類的法令、規範與判決區分開來，其內容可從人類理性作用中發現，為體現此理念，人為的法律應當符合自然法，但人定法並非始終能貫徹此一理念，人定法也可能是不合正義的。因此服從自然法當然是人們的義務，因為它是尋求正義的唯一手段。受自然法思想影響的學者也相信，一個理想的法律秩序與社會生活，可由國家立法者基於理性，有意識地、有目的地予以規劃和設置，這樣的思想在歐洲掀起一股理性法律改革與法典編纂運動的熱潮，例如一八〇四年公佈的《法國民法典》，就是以啓蒙運動和理性法所確立的信念為基礎，並以普遍適用和反映理性要求的法律規則，取代各種地方或傳統的習慣和慣例而制定的。

二、分析法學派（*Analytical Jurisprudence*）的理解

十九世紀初，英國產生一種法律與主權的命令說，反對超驗的理論，攻擊自然法思想既不科學又以神秘本質為基礎，並混淆法律和道德。此派可稱為實證法學派或分析法學派，其興起原因有三：（1）國家權威的集中和絕對化。（2）宗教的分裂和革命。（3）經驗主義（*Experimentalism*）和實證主義（*Positivism*）的興起。此派論者認為法律最重要的特徵，就是一個在法律上有無限權力的主權者對統治人民所頒布的命令，而人民被假定為具有服從的習慣，有義務服從這個不可抗拒的命令。此派反對法學家試圖辨識和闡述超越現行法律制度經驗現實的任何企圖，試圖將價值考慮排除在法學的研究範圍之外。

奧斯丁（*John Austin*）（2002）倡導概念分析的法理學，致力於發掘現存形式的法律體系所確實應用的主要理念。他提出法的命令說，法律被認為是主權者的一種命令，亦即只有統治者所制定公佈的命令（*Command*）才是法律。他主張法律應與道德絕對分開，法律正義只存在於主權者的命令內，只有實在法才是法學研究的唯一範圍，而法律有三個主要的組成要素：（1）權威的設立。（2）承認和接受。（3）行為的遵守與服從，以及對不遵守者的有效制裁。具體的說，一個

社會的法律就是主權者為管理社會成員而發布的命令，以指示人民可做或不可作某些行為，違反時就要制裁。

受到新康德學派影響的凱爾森 (*Hans Kelsen*) (1945)，致力排除法實證主義理論中的事實要素，試圖建構法律語法學在規範面 (*Normative*) 的意義，主張應然和實然是截然不同的領域，將法律界定為人類行為的一種秩序 (*Order*)，提出一種純粹法學 (*Pure Theory of Law*) 的實證法 (*Positive Law*) 分析。他抨擊自然法思想的分析是一種主觀的價值判斷，確信作為一門科學的法律，應僅研究「實踐上是這樣」而非「應當是這樣」的法律結構。他將法律視為人類行為的一種秩序和社會組織的特定技術，所以得到法律學的研究與社會、經濟、政治、心理和道德等因素的互聯關係無關的結論。

在一九六一年首度出版的《法律的概念》(*The concept of law*) (1994)，英國法學家哈特 (*Herbert Lionel Adolphus Hart*) 提出法律就是決定什麼行為會產生效果，以及為什麼要接受懲罰的特定規則 (*Rule*)。在他界定法律於其他規範的不同時，他將法律描述為本質為具有內在規範面向的社會規則，是由(初級的)義務規則 (*Primary Rules*)，以及(次級的)認可、變更和裁判規則 (*Secondary Rules*) 所組成的體系，而認可規則為辨別有效法律規範的最終判準與依據。他強調一個只具有初級義務規則的社會無法構成一個完整體系，而且社會中並無有意識地通過清除舊規則或引進新規則，並使規則適應變化中的社會的手段，所以為了維持這些規則的社會壓力是分散且無效率的 (許家馨等譯，2000：119-128)。因此必須引進次級規則來面對這些問題，也只有結合初級規則與次級規則的才是法律。

分析法學派的興起，本來就是出於準確認識和理解現實的法律實施，主張科學知識來源於經驗性資料的觀察，反對任何先驗性的假設，強調法律的普遍與自治，認為法律是經由邏輯思考即可推演的規範體系，是在每個人可以感知的社會中客觀存在，並不是憑藉主觀預測和價值預設所產生的。指出自然法學派所倡導的理性、道德或正義等價值，往往會因時、因地、因人而異，如果這些不斷變動的價值觀念成為法律的標準，必然會使法律內容永遠無法達成秩序上的共識。在這樣的認知上，可將分析法學派的論述歸納如下。

首先，著重分析嚴格意義的法律，認為由國家確立的規範才是法律，法律必須由立法者制定而非自然產生，由於這種法律能為人們經驗所感知、分析並真實存在，因而也稱實在法，至於所謂的自然法只是一種比喻，不值得研究。

其次，法律是由規則所構成，是一個法律規則或規範體系，是人類行為的秩序，是具有吾人理解為體系統一的系列規則，如果僅將注意力侷限於個別孤立的規則，就無法瞭解它的性質，而規則往往是以規範性的法律文件形式來表示，展現其對人類行為模式普遍意義的明確規定。

再次，法律是純粹技術和工具性而不涉及價值判斷的，法的本質就是注重法律的外在表現和結構，至於政治道德或社會內容等價值觀念與法律並無必然的聯繫，因此不能從其他學科來進行法的評價，也無法考慮其規範是否正義。

最後，一個由立法機關所制定的法律規則體系，即形式上合理性的法律規則是以解決各種社會問題為目的，執法者只要遵循規則就可以審理各種案件，不應採用道德或政策論據，也不能有任何的自由裁決權。

在分析法學指導下的西方法律實踐，讓西方法學迅速發展成為一個龐大的法律體系，幾乎涉及人類一切生活的領域，擺脫過往自然法論者僅討論法律的外部關係，例如法律與宗教、法律與道德的論述，轉而說明法律規範的內部結構、範疇體系、邏輯推演等理論。但將法律視為一種邏輯推演和演繹的抽象規則，卻忽略法律與政治、道德或其他事物的聯繫，這樣一種純技術的工具分析，不討論法律規範的價值內容，導致惡法亦法的窘境，且此種在法學領域中排除各種歷史或論理的要素，使此派陷入所有法律制度都是以西歐君主國家作為典型的謬誤。

三、歷史法學派（*Historical School*）的理解

對薩維尼（*Friedrich Karl Von Savigny*）（1999）而言，法律是一個社會緩慢漸進、有機發展的結果，源自於普遍的信念、習慣和民族共同意識，並深植於民族歷史之中。法律的功用與規則表現在民族情感與民族意識的相互調適，是由民族精神所決定的。他打破將法律視為一個封閉體系的成規，透過法律與社會的互動分析，提出一套系統的歷史研究方法，探討不同的法律概念、原則和技術，如

何經由不同歷史進程而成爲現實法律制度的有機組成部分。他發現法律與事實之間存在一種歷史性的相互轉化關係，許多現在的法律設計在過去都是先作爲事實而出現的。從這個觀點加以詮釋，習慣（*Custom*）的不同運用會促成法律的漸進發展，只有對這些習慣認真進行研究，人們才能發現法律的真正內容。

梅因（*Henry Sumner Maine*）（2002）強調法律的歷史因素、民族因素和文化因素，嘗試以普遍性的詞語，將人類社會法律的產生、型態、發展和基本模式予以通則化。在對古希臘、古羅馬和古印度社會法律的歷史考察與實證比較，發現社會從以血緣爲基礎轉變到以地域爲基礎的過程中，集體家產制式微而個人私產制興起，人們關於不法行爲（*Wrong*）的看法也有改變，某些不法行爲不再被視爲侵害權利的行爲（*Torts*），而轉變成犯罪行爲（*Crime*），大部分影響人的法律也從身分（*Status*）關係轉變爲契約（*Agreement*）關係。因此法律是持續進化的發展過程，是人類社會歷史朝向一個穩健方向前進的產物，一些進化模式會在不同社會秩序與相似歷史情勢下不斷重現。

馬克思（*Karl Marx*）的法律理論是以經濟生產與其發展所構成的社會關係爲前提，此前提構成的社會關係決定國家與法律的存在或消失。而法律是特定的社會現象，始終與階級和國家的歷史命運相聯繫，當生產關係使得某一個階級取得支配權力，並且得以使用特權剝削其他階級時，國家與法律便成爲不可或缺的剝削工具，並利用法律與國家所虛擬出的秩序，將階級衝突納入此種符合剝削階級利益的秩序之中。換言之，他認爲法律只是一個歷史的範疇，所以原始社會並不存在任何的律，各種爭論最終都以和解、仲裁或命令的方式解決，只要被壓迫階級戰勝敵對階級時，法律就會停止存在，因爲個人和集體的利益就會自動地完成協調，法律純粹只是一種暫時的制度，最終註定要被廢除，因爲法律制度本身最後會走向滅亡（廖天美譯，1990）。從這些討論中，發現歷史法學派側重時間縱深的連續發展，強調法律的特徵如下。

首先，法律是歷史發展所形成的文化現象，將法律的產生和發展寓於歷史的演進過程之中。認爲法律就如同語言、風俗、詩歌或宗教，不是訴諸人的理性就能有意識地塑造出來的，是貫穿於歷史發展過程中的內在力量緩慢地、逐漸地產

生，是民族長期發展所形成之種種習慣不斷適用而逐漸形成的規則，是整個民族生活中的一種功能，是民族精神世代相傳、因襲不斷的歷史必然結果。

其次，法律制度具有明顯的民族特性。真正的法律是來自深植於民俗民情中的習慣法，成文法典儘管具有嚴密的邏輯性和系統性，但它們都帶有人工的痕跡，無法與根植於遙遠過去傳統中的民族精神相符。此派論者厭惡制定法，對法典化的發展持保留態度，但他們並不是反對一切立法，只是反對編纂那種無所不包並普遍適用的法典，認為立法是對世代相傳之習慣法的記錄和整理，傾向於對傳統與習慣的強調，關注個人的社會化與法律實踐在法律機制中的作用。

最後，歷史法學派也許是促使人們重新關注歷史的最重要因素，在此學派興起的世紀，世界各國（尤其是德國）都對原始社會和早期社會的法律歷史進行詳盡的研究。雖然從某個角度來看，此學派對國家法律與習慣並沒有找到一個真正的科學歷史研究法，這個只注重歷史取向並從唯心的方法來解釋法律的學派，花費在歷史研究的精力和所取得的成果顯然很不相稱，但此舉卻大大豐富吾人認識早期社會法律制度發展所必須的知識，並提供了一個努力的方向。

顯而易見，歷史法學派著重於歷史傳統和社會文化意識，注意到法律的進化來自於民族內部，強調法律發展所依恃的民族精神及法律背後的社會因素。相反地，此學派對人類理性力量對法律所產生的作用提出了疑問，認為法律不能也不是人類理性的產物，以正義規則約束道德實體方面的內在力量不足以支持法律發展，設想能夠憑藉人類普遍理性建立一部適用於全人類之法典是荒謬絕倫的虛構，法律必須從社會環境與民族歷史之中才能發現。

四、社會法學派（*Sociological School*）的理解

此派首開風氣之先就是埃里希（*Eugen Ehrlich*）（1936）的活法（*Living Law*）理論，提出法律是事實上被遵循，並決定社會群體成員行為的規則集合，而且只存在於人們具體的行為模式之中，反對成文法是唯一法律淵源的說法，也不贊同國家是法律存在的必要條件。他將法律區分為兩類，一種是國家制定的法律，另一種則是社會秩序本身，而社會秩序本身不僅是法律的最初形式，也是其基本形

式。他將裁決糾紛而制定的審判規範 (*Norms of Decision*) 與那些產生於社會並決定一般民眾行為的組織規範 (*Norms of Organization*) 進行比較後發現，與其說人們履行法律義務是一個有意識思考的問題，不如認為是一個無意識使自己習慣於周圍人的情感和思想的問題。

韋伯 (*Max Weber*) (1954) 從社會變遷的歷史過程出發，將法律實效納入法學研究內，認為法律是一種秩序，是制度化的規範實施，必須藉由某種強制機關採取強制手段，以保證秩序的被接受或被遵守，目的是使一個社群能夠強行其規範，但人們遵守規範的動機，不一定是因為這種強制機構的強制作用，反而可能是心理的作用。因此法律不只是一種單純的規範，而是一個社會事實。他進一步提出研究法律的三種方法：(1) 道德的途徑，集中在分析法律的道德基礎，討論法律與外在倫理或道德價值之間的一致性。(2) 法哲學的途徑，集中在法律之獨立自主，研究法律內部規則和原則的邏輯之一致與否。(3) 社會學的途徑，研究法律與社會行動之關聯，討論法律對社會之作用 (洪鑣德，2001：4)。

龐德 (*Roscoe Pound*) (1942) 從文明、社會控制 (*Social Control*) 和法律三者的互動，說明法律是通過政治組織的強制力而實施的社會控制工具，是在對人們行為進行安排而滿足或實現人們需求的情形下，能以付出最小代價為條件，盡可能地滿足文明社會生活要求、需要和期望的社會制度。根據此觀點，他認為道德、宗教和法律這三種手段在社會控制中的地位經歷相當複雜的變化過程。在原始法階段，法律與道德、宗教是合而為一的，原始社會的群眾常常使用相同辭彙來表達宗教禮儀、倫理習慣和城邦的法律，但自十六世紀以降，法律從其他社會規範中獨立出來，成為社會控制的最高手段，而現代法律的成熟化和社會化，促使法律與道德形成了一種新型的有機體。他明確地否定法律即權力或將法律設想為一種權威價值準則的命題，認為法律是對權力的一種限制。

霍姆斯 (*Oliver Wendell Holmes*) 大法官從變化觀點來探討法律本質，認為法律的標準是人們對各種社會價值的選擇結果，法學的研究不是從抽象理性，也非按照既定的原則出發。他多次強調法律的生命始終在於經驗而不是邏輯，法律並非一成不變，是在社會進步力量的推動下不斷演進，法律的發展並非完全來自

於歷史或來自於自身邏輯的推理，而是來自於執法者自身的經驗。卡多佐（*Benjamin Nathan Cardozo*）大法官強調法律就是社會生活本身，司法必須與社會現實相互適應，法學研究必須與其他社會學科結合，在對形成和影響法律的社會與經濟因素有充分認識的前提下，才能對法律進行詮釋（*Bodenheimer*, 1962）。在討論不同學者的觀點後，可將社會法學派的特徵歸納如下。

首先，法律的本質是一種社會秩序，埃利希（*Eugen Ehrlich*）認為社會是由不同層次的群體所組成，一個社會群體是多數人的聯合體，彼此之間存在相互聯繫，認同一些有約束力的規則，且會根據這些規則來決定自己的行為。依據他的活法理論，法律必須經由社會實踐—即使它是未被立法機關制定的法律規則—才能理解。法律必須在觀察法的具體運用過程中才能發現，對法律的分析不能自我限制於國家制定法的範疇之內，更應當關注社會本身對法律的影響。因此法律發展的重心不在立法、不在法律科學，不在構成審判機構決定的基礎，更不在它為這些決定帶來多少的強制力，社會實踐才是法律真正的生命泉源。

其次，法律與國家之間並無不可分的關係，並非經由國家或立法機關制定與實施的才是法律。法律的最根本特徵並不在於它是否為國家所創造，或它是否構成審判機構決定的基礎，更不在於它為這些決定帶來強制力，思考法律的出發點應當是一種秩序。韋伯（*Max Weber*）雖然將國家、權力和支配（統治）作為既存的社會現象來加以分析和闡釋，但他認為類似法律的規範（*Law-Like Norms*）也能由許多社會團體加以保障，而非僅能由國家行之。

最後，法律並非只是規則的體系，而是由規則、原則、政策等多種複雜要素所構成，法律的功能在於調適各方面複雜的社會關係，法律的任務乃是一種社會工程，為使法律在這個任務中達成科學效用，社會法學的研究不能侷限在規則的討論上，應綜合考察由各種社會領域及現存法律制度、學說對社會的衝擊。

社會法學論吸收十九世紀以來科學進步的結果，其觀點是以法律實際運作為研究對象，聯繫法的內容、目的和作用來理解法律，揭示法律生於社會之中，目的是消解彼此利益之間的矛盾、衝突與對立，以平衡各種利益關係。此學派除了開拓法學研究的新視野，促使法律探討從應該是什麼的同時，也開始注重法律的

功能與效果，使法學研究從靜態走向動態，對象更為廣泛、內容更加深刻，並從政治、經濟、社會、哲學、宗教、習俗、傳統及心理等因素著手，對於法律的文化背景、形成機制、發展方向，以及有關其運作的作用和影響等問題，進行周全的考察、調查、分析與論證，讓吾人得以明瞭在沒有政府組織的小型社會系統中維持其秩序的方式，也擴張了對非西方社會法律制度研究的領域和視野。

五、法律人類學派 (*Anthropological Jurisprudence*) 的理解

作為社會運作重要功能之一，法律自然引起許多人類學者的關注，伴隨著十九世紀後期的比較法學和民族法學研究，法律人類學派逐漸發展起來。與上述從西方社會發展作為探究基礎的法律學說不同，此時期研究受到進化論的影響，學者側重於從非西方民族的研究進行法的比較，試圖構建從原始法到現代法的進化模式。因為研究對象皆屬沒有文字的民族，這些出身西歐法律傳統的學者在嘗試用舊有方法來分析非西方社會之規範或秩序的動態變遷時，往往會對該社會是否存在一種法律文化或法律制度產生疑問，甚至不自覺地尋找到的只是在形式上或功能上可類比於其自身傳承的西方規範和制度。隨著功能人類學者與民族學者對非西方社會進行的研究日漸增多後，法律人類學家充分擴張現有的知識體系，主張要以在地觀點進行研究，才能明白該社會秩序的形成與規範的運行。

此學派開創的先驅人物與論述，一般多以英國的梅因 (*Henry Sumner Maine*) 於一八六一年發表的《古代法》(*Ancient Law*) (2002)，以及美國的進化論者摩爾根 (*Lewis Henry Morgan*) 於一八七七年出版的《古代社會：從蒙昧、野蠻到文明》(*Ancient society : researches in the lines of human progress from savagery through barbarism to civilization*) (1999) 為先，這兩位對原始社會法律制度進行研究的學者都具有法學背景。而人類學家正式進入法律人類學領域，首推涂恩瓦 (*Richard Thurnwald*) 的法律民族學 (*Ethnologie Juridigue*)，以及馬凌諾斯基 (*Bronislaw Kaspar Malinowsk*) 的功能主義人類學為先。⁶

⁶ 馬凌諾斯基 (*Bronislaw Kaspar Malinowsk*) 出版的《原始社會的犯罪與習俗》(*Crime and custom in savage society*) (1926)，就被視為第一部法律民族誌。

後起學者亦因不同的訓練背景而有不同的研究重心，例如波斯皮斯爾（*Leopold J Pospisil*）（1971）、葛魯克曼（*Max Gluckman*）（1955、1965）、霍貝爾（*Edward Adamson Hoebel*）（1954、1960、1966、1976）、以及盧埃林（*Karl Nickerson Llewelly*）等人主張用西方法學觀念來解釋原始社會法律。而包漢勒（*Paul James Bohannan*）（1957、1963、1967）、羅勃士（*Simon A. Roberts*）（1979）、格利佛（*P. H. Gulliver*）（1968），以及娜德（*Laura Nader*）（1978、1997、2002）等人則主張放棄用西方法學觀念，應從原始社會群眾的文化背景去了解他們的法律背景。雖然論述的重點有異，但這些學者都在部落中展開研究，透過直接進入當地社會所收集的一手資料，他們提出一系列對不同民族法律文化具有普遍適用的見解，而原始社會的糾紛研究隨即也成為法律人類學的關懷核心。

馬凌諾斯基（*Bronislaw Kaspar Malinowsk*）（1926）從初步蘭島（*Trobriand island*）調查的具體事例，認為在原始社會的群眾和在當代文明社會的我們並無不同，他們並非無意識或心甘情願地接受各種與人性相抵觸的規定與約束，原始社會群眾願意履行義務、遵守禁忌與服從規範，是因為這個規範建立在一個強制的「互惠」基礎之上，此因素確保建立在相互讓步並為共同目的而犧牲之基礎上的合作，因為如果我不服從，我和其他人互動所建立的經濟、社會、感情和政治的交往平衡就會被打破，其他人就會逐漸割斷與我的交往，從而使我孤立，讓我所熟悉的生活不可能繼續下去。因此互惠是整個原始社會的基礎，因為互惠的利益誘導，人們願意遵守伴隨一定拘束義務（*Binding Obligation*）的規範，這些規範調節初步蘭島上的人際互動、經濟關係、權力關係和巫術施行等。

在這個沒有任何立法機構、官僚、警察或法庭的南太平洋上的初步蘭島，縱使法律並不是一套完美的規則，也不是建立在已發展成一致的系統基礎之上，甚至是相互矛盾的法律制度，馬凌諾斯基（*Bronislaw Kaspar Malinowsk*）仍將觀察到的規範稱為法律，並提出原始社會存在明確的所有權和財產權之規定和觀念的原因為：（1）人們遵守這些可認同的規則以組成自己的生活。（2）當某人違反某條規則時，其他人的行為會明確表明違反者必須得到糾正。（3）這些規則不會讓社會分裂成無法控制的野蠻人的幫派。上述的三項證據讓他相信，法律是由一組調整部落生活大多數方面的有約束力的規則組成，這些規則是無條件的、具有靈

活性的、並仍有約束力的種種義務，由於把這些規則定義為法律，不但使不文明的島文化獲得尊敬，更表明秩序在原始社會中是可能存在的。

馬凌諾斯基 (*Bronislaw Kaspar Malinowsk*) 的研究顯示，他所注重的法律概念是由具體行為模式中抽象出來而成的。他認為原始部落社會的法律存在於一系列相關的義務之中，這些義務是一組涉及廣泛利益和日常活動的長時間相互幫助，並指出法律對社會結構的相互性和公開性之依賴與聯繫。換言之，原始社會群眾會依法行動，是因為他所處的社會關係使得法律具有強制性，而「交易－互惠」在其中產生了重要的作用。當然，這個認為從原始社會的罪與罰到現代社會的治理結構都具有法律秩序的觀念，自然也存在一種缺陷，就是如何將法律現象從各種社會現象之中區分出來？因為這個概念容易將法與宗教、倫理、習俗、道德、禮俗等混淆混和在一起。事實上，他的法律概念過於寬泛，並不能在各種社會關係義務性的一面中作出區分，雖然他有注意到這一問題，但並未定義出一個可以明顯區分的標準，到最後也似乎放棄了這種努力。

霍貝爾 (*Edward Adamson Hoebel*) (1954: 93-99) 在對愛斯基摩人部落的考察中發現一種解決爭端的形式－「歌鬥」，是用來解決除殺人以外的一切正常生活秩序所發生的怨恨和糾紛。其形式大致是當一個男人覺得自己受到他人的欺騙或虐待時，他就編歌舞辱罵對手，他和他的對手在主持人面前對峙，邊唱歌邊嘲笑對方，這些歌不僅表示侮辱也表示他們要求在衝突中的公正，聽眾的反應非常重要，因此有些人會請著名的作者為他們寫歌。「歌鬥」本身並不認定任何人是否有錯或是無辜，也不強迫他們向對方賠償損失，但在公眾面前嘲笑的這種形式給社會提供一種工具，用來解決紛爭和恢復部落內衝突雙方的正常關係。

霍貝爾 (*Edward Adamson Hoebel*) (1954) 從不同民族的原始法比較中，認為法律是無法從人類行為方式中截然分開的，是依照文化的基本前提（價值觀）被選擇出來的，因為不論在已開發社會或未開發社會中都有一套法律制度，都有一定的法律前提，這些都必須從社會的法律事實之中加以區分與挖掘，才能找出法律的內容與形式。他從愛斯基摩人的例子再次得到證實，雖然當地沒有正式的法律或執法者，也沒有現代法學意義下的法官、警察、律師，但卻存在著一個解

決爭端、平衡社會關係的方式，這就是原始社會存在法的有力證明，這樣的證據也使他確信，原始社會的法學研究必須以案例（*Case*）為核心的方法。

那到底什麼規範是法律呢？霍貝爾（*Edward Adamson Hoebel*）（1954：58）認為法律規範就是在它們被違反時，違規者在一般情況下會受到具有社會認同的權威者制裁。根據對這些越軌或不法行為制裁的強制性、執行標準、以及社會認同，就可檢驗此規範是否屬於一種法律的規範。亦即法律規範係指那些被違反後，違規者將會受到強制性機構制裁的規範，而其他規範僅僅是道德的、習慣的或宗教的規範而已。這個見解雖然揭露了法律與國家關係的密切、專門法律強制機構的必要性、以及制裁的重要性，但必須要指出的是，他並未將法律的概念與範圍限縮在國家法的框架之中。

波斯皮士爾（*Leopold J. Pospisil*）（1971）從義務原理的詮釋與劃分的概念出發，指出任何社會都不是只有一個單獨或一致的法律制度，在每個社會中都存在組成該社會所必要的次群體，如家庭、世系、社區等。因此法的領域是包含習慣、政治決策，以及其他彼此交錯重疊的性質，它們是社會的組成部分，而且社會中有多少次群體就有多少法律制度，每個次群體都由自己的法律制度調整內部成員關係。此外，法律不僅是社會現象的展現，更需在一定時間內存在下列四種屬性，方能構成法律的型態：

1. 權威（*Authority*）：法律判決是受權力所保障的，不論是個人或團體都必須擁有足夠勢力，以保證爭訟的雙方遵守其判決。
2. 普遍適用性的意圖（*Intention of Universal Application*）：即權威者的裁判並非政治性，而是法律的裁判，所以它有一定的標準。
3. 當事人間的權利義務關係（*Obligation*）：在一個紛爭事件中，權威者為解決此事件所做的判決內容，必須包含當事者的權利與義務，如果在裁判時沒有顧及這兩樣規定，那就不能將其視為法律。
4. 制裁（*Sanction or Punishment*）：它包含法律應有制裁的性質程度。

隨著越來越多學者考察非洲與拉丁美洲的部落社會居民的文化和法律後，指出殖民社會存在著多種文化以及相應的多元法律體系共存的狀態，一方面，西方

殖民者帶來現代西方的文化和法律，強加於當地居民身上；另一方面，這些被統治的群眾並不完全接受外來法律文化，在多數情形中仍然習慣於本民族的法律文化，仍然借助自己原有解決紛爭的機制，所以在這些被殖民國家裏同時存在或有效運行著兩種以上不同的法律。後來更進一步發現，法律多元的狀況不僅僅在殖民地社會存在，而是在所有社會，包括西方資本主義社會都普遍存在。亦即法律這種現象無論在文明或野蠻社會都存在，即使在擁有國家制度的現代社會中，除了國家法外還有各種不同法律形式存在，不僅任何社會都有法律，而且所有社會的法律制度都是多元的。在這樣的理解基礎上，可將此派的觀點歸納如下。

首先，法律具有地方性或民俗性，是一種在地知識（*Local Knowledge*），強調法律是由不同人群在不同時間、地點和場合，基於不同意見、想像、信仰、好惡和偏見而創造的觀念，表達不同文化選擇和意向。雖然世界法律文明存在某些共同的、普遍適用的規則、原則和精神，但法律仍會因不同民族文化類型而有其特殊性。從認識的立場來說，社會生活的秩序在任何時候都不可能、而且也不應當僅僅是由國家制定的法律構成，法律要在實際的運作中才能被發現，只有從地方化的語境或文化背景之中，我們才能獲得對法律意義的深刻且真實的理解。

其次，法律具有多元主義特徵。任何社會都有多元的法律秩序，國家體系的出現僅是為法律提供更多的強制性、權威性和統一性。但作為規則的法律並不僅限於國家法，而是包括習慣、慣例等。因此舉凡規範人們生活、形成一定社會秩序的都可視為法律，所以法律可被理解為一種使人類行為受規則統治的體系。亦即實際運作的法律包括人們的立法、裁決、執行和談判，它也是分配權利和義務並藉此解決衝突和創造合作渠道的一個生活過程。

最後，法律必須具備權威、普遍適用意圖、當事人之間的權利義務關係與制裁等要素，不同文化背景的社會現象。在一定時間同時具有以上屬性而成為法律，這些屬性可以清楚地界定法律現象和其他非法律的社會規範的範疇。

從法律人類學的視角來理解法律，經由觀察非西方社會的秩序維護，特別是在沒有政府組織的原始社會或口授文化（*Oral Culture*）系統中，得以明瞭維持其社會秩序與協商爭議的方式。這顯示任何社會都有自己的規範，都有廣泛意義

上的法律，不能僅以現存的概念和形態去衡量原始社會的法律制度。所以涂恩瓦（*Richard Thurnwald*）指出：「法律並不是社會力量的直接反映，而是對政治與社會關係的組織的需求與努力，在特定人群的腦海裡呈現出來的；因而，法律是受到思考方式與心靈狀態以及祖先們的規則習慣所限定的。我們必須根本上認定：整個文化是法律的背景（林端，1994：50）。」

從非西方部落社會到殖民地民族國家，再到現在本土研究中的弱勢群體，隨著越來越多的田野考察資料問世後，學者對法律現象的認識與把握更為深刻，儘管從「異地」到「本土」，但人類學研究方法的整體觀（*Holism*），讓學者將法律當作社會整體文化體系中的一環，並將其視為文化的內容之一。在這樣的發展脈落下，法律人類學者不僅關注法律現象本身，更著重法律在社會運轉、人們日常生活與文化維持等方面的作用。同時，受到相對論與比較觀的理論影響，使得學者的研究並不侷限於單一社會的法律之中，反而是將不同社會文化背景下的法律制度進行比較，以探求法律的共同本質，以及具體社會文化中的不同特質。雖然法律人類學家對於法的理解並不全然一致，但透過大量研究非西方社會特別是原始社會的調查，除拓展法律的研究視野外，也同時注意到法律的在地性與共同特徵，讓其成為普遍的概念並具有跨文化比較之價值，有鑑於此，本文談論泰雅族習慣法發展的前提就是以法律人類學的理解作為依據。

第二節 法律發展的模式

法律的發展與社會、經濟、政治、文化和自然因素的關係密不可分，不同地域的演進會呈現不同式樣。西亞兩河流域在西元前二一一〇年的烏爾第三王朝出現世界上最古老的成文《烏爾南姆法典》（*Code d'Ur Namma*），古希臘的《德拉古法》（*Draconian Laws*）則產生於西元前六二一年，而古羅馬直到西元前四五〇年才出現《十二銅表法》（*Twelve Decemviral Tables*），至於中國最早的成文法典—《刑書》—也是於西元前五三六年編撰。從中外歷史上的法典編寫過程，表明法律的形成和發展是複雜多樣的漸進過程，在世界各地根本不可能尋找到一種超越民族、地域和時代的相同歷史。不同地區的發展途徑，使得學者都渴望找尋

一種能涵蓋各種文化體系的法律變遷模式，但當他們提出一種相對應的理論架構時，往往忽略各地普遍存在法律多元的現實，也忽略法律的地域性和民俗性。

事實上，法律變遷也存在著歷史傳統、形式結構或法律淵源等差異，例如不同地域國家的互動，法律文化的流傳和繼受也就無法避免，在某些地區就有可能以某一地域國家（如印度、中國、古羅馬）的傳統基礎，產生形式特徵不同、風格各異的法系，這些法系就是由各種法律文化相互碰撞、衝突、融合的產物。而且，由於法律發展的起點和社會背景不同，要求一切國家重複西方世界自十七世紀以來的法治歷程是不可能的。那麼究竟什麼才是法律發展的可能道路？其實是各種不同的法律文化決定不同的發展道路，因為法律文化才是建立個人群體信任法律制度的真實性。換言之，法律的研究必須考慮不同民族的文化特徵、地方屬性和演化多元的事實，才能依據在地觀點指出當地法律制度的演進。本節就是企圖從不同學者的解釋中，探討法律發展的不同認識。

一、傳統法學家的觀點

法律不僅因空間不同而異，亦隨著時空流轉而變，這種變化與人類不同的生活方式相聯繫。例如一個從事商業與航海之民族的法典，絕對比一個只滿足於農耕的民族所需要的法典範圍要廣的多，從事農耕的民族比那些以畜牧維生的民族所制定法典的內容要多的多，從事畜牧的民族比以狩獵維生的民族所需要的法典那就更不在話下了。由於社會生活的多樣性，因而造就各民族、各地區、乃至各國多有殊異的法律制度。因此「在法律的進化過程中，沒有一條筆直的發展軌跡可循，作為社會進化一部分的法律進化，就如同生物界中各種生命形式的進化一樣，並不是呈現一種不偏離正軌的單線發展態勢（Hoebel，1954：288）。」

在一七四八年首度出版的《論法的精神》（*L'esprit des lois*）（1998）對法律定義的探討，孟德斯鳩（*Charles de Secondat baron de Montesquieu*）將近代思想中的理性主義精神運用到法律研究中，指出法律是由事物的性質產生出來的必然關係，法律和國家的自然狀態有關係，和寒、熱、溫的氣候有關係，和地理、土地質量、形勢和面積有關係，和農、獵、牧各種的生活方式有關係。法律應該和政制所能容忍的自由程度有關係；和居民的宗教、性癖、財富、人口、貿易、風

俗、習慣相適應。最後法律和法律之間，法律和它們的淵源、法律和立法者的目的，以及法律和為其建立基礎與事物的秩序也有關係。應該從所有這些觀點去考察法律。法的精神就是這些關係的綜合（張雁深譯，1998：6）。

梅因（*Henry Sumner Maine*）在一八六一年出版的《古代法》（*Ancient Law*）（2002）書中，注意到法律經歷一個不同歷史階段所構成的連續過程，每一階段的法律都是對前一階段法律的超越與進化，其特點是依附家族的逐步消滅，取代的是個人義務的增長。他從古代法律追溯到他所在的十九世紀法律，歸納法律初生的特徵就是以家族－團體為核心，權利義務存在的法律單位是家庭，不是個人，法律的形成本就是要適應這樣一個獨立團體的制度，而權利義務的分配決定人們在家族－團體中的身份與地位，等級觀念成為法律規範和法律關係的基礎和實體內容。隨著政治、經濟及社會制度的轉變，家族－團體的重要逐漸被個人所取代，法律轉以個人權利為重心的時代，契約成了新的統治原則。一切法律關係產生於個人之間自由協議的新社會秩序時期。所以他得到一個經常被人所引用的結論，就是所有進步社會的法律發展都是一個從身份到契約的運動。

梅因（*Henry Sumner Maine*）（2002）還特別分析「*themis*」的字義，發現此字是一種神的觀念，原意是荷馬史詩中宙斯的審判官，後來演變為萬神廟中的司法女神，希臘人將之象徵法律，因為希臘人是宗教有神論者，他們把司法審判權交給國王或上帝的神聖代理人，就是「*themis*」。這個概念的特點表現在「*themis*」的複數用法「*themistes*」，「*themistes*」意指審判的本身是由神授予法官的，在談到國王時，好像他的手中有著豐富的「*themistes*」隨時可以應用（方孝獄等譯，1932：3-5）。他認為法律形式經歷一個由判決到習慣的發展過程。現代意義的法律產生前，法律只能以判例形式出現，只是後來出現類似案件被參照適用，通過不同判例的產生和積累，進而形成習慣，後來才會產生習慣法和習慣性法典。

涂爾幹（*Emile Durkheim*）（1933）認為法律是社會連帶關係的外在表徵，目的在指示社會凝結的本質與程度。原始社會因為分工簡單，社會準則對所有人大致是共同且普遍的，群眾關係是由機械聯帶（*Mechanical Solidarity*）所凝聚（這種凝聚力是基於文化的同質性和社會單位的同一性），原始社會群眾在共同道德

意識與集體主義精神下會產生自動遵守的意識，因為違反這些規則會危害社會團體的基礎，所以壓制形式的懲罰性報復（*Punitive Retribution*）是原始社會的法律特色。而凝聚複雜社會的則是建立在社會分工和差異互補系統（*System of Complementary Differences*）上的有機聯帶（*Organic Solidarity*），由於社會分工程度的增加、職業的專業，以及生活的複雜，相互依存程度甚高的人們逐漸透過契約安排彼此的社會關係，並以補償正義（*Restitutive Justice*）來處置這些不當行為的損害，法律也從強調壓制（*Repressive*）的刑法轉移到強調復原（*Restitutive*）的契約法。

在《社會分工論》（*The division of labor in society*）（1933）一書中，涂爾幹（*Emile Durkheim*）闡述了一種法律發展理論。他認為原始社會沒有或很少勞動分工，規則和社會準則對所有人都大致相似，是共同且普遍的，並且促成了一種社會凝聚力的作用。違反規則或準則會威脅社會團結的基礎本身。所以早期社會的法律多半是刑事方面的，是簡單和壓制性的，沒有專門機構，整個社會直接或通過代表整個社會的機構執行法律。另一方面，現代社會是由有機聯帶所維繫著，即由自願行為產生的相互依賴和勞動分工。社會是複雜的，各部分高度專門化。因此現代法律最重要的是契約，人們透過契約安排安排他們無數的複雜關係。由於契約和契約法是社會的中心，所以法律處罰大部分是民事的、恢復原狀的，而不是懲罰。為了調整許多微妙關係，社會建立了各種機構和法庭。

韋伯（*Max Weber*）認為法律的發展、變化、成熟與完善是一個有規律的動態過程，但他並沒有提出任何嚴格的法律發展理論。他是依據形式（*Formal*）與理性（*Rational*）的知識類型對法律進行分類，認為法律只能通過制度及執行制度的行動者去理解。他將法律分為四種類型（參見表 2-1），即理念型（*Idealtypus*）的法律，這些類型不僅代表法律的內在特徵，某種程度也描繪法律發展的歷史變遷。當然，現實社會中的法律制度都較其中任何類型所具備的特徵，有更多、更複雜的內容，不過仍舊借用這四種法律體系進行法律發展的描述。

其一，形式非理性的法。代表神法階段，指法律的裁決，是依靠祭司或先知的決定。這個階段是非理性的，因為包括以巫術為基礎的法律程序，當裁判者決

在闡述理性與非理性立法的區別後，韋伯（*Max Weber*）指出法律的演化是依循形式非理性→實質非理性→形式理性→實質理性的不同階段前進，並逐漸朝法律理性化（*Rationalization of Law*）發展。這些法律類型都是理念型（*Idealtypus*）的一種，而現實社會中的制度都較其中任何類型所具備的特徵有更多、更複雜的內容，沒有任何一種法律制度是純粹邏輯的、形式的、理性的，同一個法律制度也許會同時存續這四種法律類型。在論述法律發展的過程中，他認為法律發展不可與社會變遷分離，不僅需要注意其內部因素，同時也應討論外在的宗教、政治與經濟因素，說明西方法律理性化的過程係多面向的多重因果關係理論，方能對法律發展的歷史進程能有正確的認識。從上述幾位學者的討論中，可簡略地將傳統法學家的觀點歸納如下。

首先，從簡單到複雜是第一個規律。人類的法律不論是數量或內容在歷史上都經歷由少變多、從簡單到複雜的演進歷程，這種變遷在此刻仍不斷發生。古代雖然也產生了一些立法技術高明的法律，例如羅馬法和中國唐律，但從總體來看，近代以來的立法技術比之古代立法技術要進步得多，現今的法律比古代法律的結構更合理，文字更明確、精準，其規範化、系統化、協調化的程度更高。

其次，從習慣法到成文法的演進是第二個規律。由於原始社會關係的單純及立法經驗的缺乏，最初作為行為指引的習慣，往往只針對特定的個人或具體的事物進行規範，使得原始法大多表現為不成文的習慣法，但是隨著社會進步和智識增長，習慣法逐漸被整理彙編，並改以成文法型態出現。

再次，法律的編撰結構由並存到專門分類是第三個規律。古代立法形式少而簡單，近代立法形式多而複雜。因此越是古老簡單的法律越容易出現諸法匯集的情形，但隨著知識體系的發展，專門的法律分類亦迅速地出現，於是刑事的、民事的、行政的、訴訟的法律就從同一部法典分離出來，成為專門獨立的學科。

最後，法律與宗教或道德的分離是第四個規律，在原始社會的社會控制主要依賴道德、禁忌、神話等來規範人們的生活，在開始有法律的時候，這些不同層次的約束是不加以區分的，所有的一切通通被視為一個整體，後來隨著社會的發展，法律逐漸與宗教或道德分離。

二、當代法學家的觀點

從一九七〇年起，由於法律人類學的興起，以及認識到在後殖民地地區廣泛存在的多元法律制度及其重要性，西方學者開始擺脫過往以西方法律體系為中心的觀念，轉而提出可以包含、涵蓋和解釋各種文化體系的法律發展規律。在《現代社會的法律》（*Law in modern society : toward a criticism of social theory*）（1976）書中，昂格爾（*Roberto Mangabeira Unger*）從世界法律文化發展的角度概括當代西方法的趨勢，將社會發展分為部落社會、貴族社會與自由主義社會三類，而與這三種社會階段相適應的法律制度分別是習慣法、官僚法與法律秩序。根據他的觀點，這三種類型不論在邏輯或歷史上都意味一種進步，我們時代的問題就是調和自由與社群（*Freedom & Community*）之間的不一致。以下就從昂格爾的分析切入，作為當代學者對法律發展看法的起點（王佳煌譯，2000：184-211）。

首先，習慣法又稱互動法（*Interactional Law*）。從最廣義的角度來看，法律只是個人核團體重複發生的互動方式，這樣的互動模式產生相對的行為期望，而作為互動關係的法律概念，必須滿足這個期望。這樣的法律就是習慣法，是由反覆出現的慣例所組成，是個人和群體之間相互作用的模式，適用於部落社會的形式。它並非公共或實證的，是由潛在的行為標準所組成，而不是成文的規範，只適用於狹義的人際關係間，它的規則與人們的行為沒有明確的界線，也不存在專門的法律機構，但它是一種自發形成的相互作用的法律。

其次，官僚法又稱管理法（*Bureaucratic Law*）。是適用於貴族社會的，由統治者所制定並專屬於統治者，它與習慣法不同之處在於，它是由國家機關經過審議施行的法律，而不是社會自然生成的。國家的誕生和社群的解體是官僚法的基礎，這個變遷和社會的分工化和階級化有關，由於社會區分為統治者和被統治者二種階層，階層衝突會產生一種新的社會秩序，統治者關心的是如何維持他們的統治地位，官僚法的特徵正好反映統治者的這種要求，法律不再是模糊不清的原則或概念，而成為明確的成文規則，法律就是君主的命令、統治的工具，但是此種法律雖有公開性和實在性，但缺乏自治性和普遍性。

最後，法律秩序又稱法治或司法體系。這是非常狹義且嚴格的法律概念，是隨著現代歐洲的自由社會所出現的。在這個階段，法律的形式得到充分的發展和實現。它的存在有三個前提：(1) 團體組織的多元性，社會不僅有統治與被統治階級之分，且階級內部也分裂為許多相互競爭的集團，如何設計一套法律體系來調解衝突的利益，防止任何階級的人宰制其他階級就成為最重要的事，法律不再成為維護某一特殊集團利益的工具，而為了要滿足上述要求，就必須創造普遍且自主的法律體系，故法律會表現出更高的普遍性與獨立性，適用所有人並凌駕於相互競爭的政治力量之上。(2) 對自然法的信念來自於位階更高的法律或超越性宗教信仰的觀念，這在西方社會變化為教會的力量，從而成為制約世俗權力的最重要思想與武器。(3) 自由主義社會的出現。這些前提所孕育的法律秩序不僅有官僚法的特徵，同時也是普遍自治的法律。

昂格爾 (*Roberto Mangabeira Unger*) 認為法律是朝向不斷獲得自治性和普遍性的道路發展，當代西方國家已從自由主義社會走向後自由主義社會，法律形式則從法律秩序轉向為「福利—合作國家」(*Welfare-Corporate State*)，其形式的特徵為：(1) 立法、行政和司法經常使用開放性標準和一般條款加強國家對社會的干預，並從形式主義轉向目的性或政治性導向的法律思維，按照程序和實質的原則對社會利益進行分配或交換，從而擴大執行者的自由裁量。(2) 合作主義的出現促成一種規則體系的成長，從而打破國家與社會、公共與私人領域間的傳統差異，且這種傾向還表現在私人組織的國家化、法律化，私人組織的官僚化正形成一種與國家相對的權利中心。

在一九七八年出版的《轉變中的法律與社會：邁向回應型法》(*Law and Society in Transition : Towards Responsive Law*)，諾內特 (*Philippe Nonet*) 和塞爾茲尼克 (*Philip Selznick*) (2001) 做出新的努力。他們藉由考察社會中存在的各種法律現象，從法律強制力，法律與國家、道德、秩序的關係，法律適用中規則、自由裁量權和目的等作用，以及公民的參與、合作和服從等條件，通過探求法律是如何適應社會需求、解決現實問題的理論宗旨，建構「壓制型法—自治型法—回應型法」三個理想型，認為法律是一種制度化的社會控制，而三個理想型的建構旨在解釋法律的演變，並提供一個切入的視角。

科特威爾（*Roger Cotterrell*）將西方社會法律規則歸納為：（1）自由裁量規則（*Discretionary Regulation*），特徵是在立法、行政、審判中採取任意標準和一般條款，政府行為不再注意法定規則的適用，而要盡可能地表明公民的權利、自由和義務，並在實施政策時有更大的裁量權、變通性和靈活性。（2）機械規則（*Mechanical Regulation*），針對法院審判量的加重來簡化案件的處理，拋棄法律上某些責任證據的複雜要求或運用標準化的刑法，將司法程序導入常規程序的規則。（3）特定規則（*Particularized Regulation*），針對特定主體或特別限定範圍的案件，當代西方立法的趨勢就是民法典、刑法典等作用日益下降，取而代之的是各類單行法或特別法，傳統法律能概括包含所有內容的概念受到挑戰，此規則主張將規則變為具體的命令，就像指導官僚機構及其運作的手冊的詳細目錄一樣（結構編輯群譯，1991：211-220）。

因此科特威爾（*Roger Cotterrell*）認為從法律發展的歷史來看，當代法律制度變化可視為規則支配與自由裁量、形式與非形式、法規與政策之間不斷循環的過程。再與十九世紀的西方法律模式所引起的作用—法律統治、法律國家—比較來看，許多學者特別重視從法律統治到官僚主義行政管理的變遷過程，他認為這是法律與其意識形態的危機，因為法律、政策和行政糾纏在一起無法區分，如果國家要維護現行的社會、經濟和秩序，必須要求政府擺脫法治原則所框架的束縛，採用更靈活地、更有針對性的規則來面對。

布萊克（*Donald J. Black*）（1976）則用研究自然現象的方式來探討和解釋法律，建立一個不參與法律評價、不干預法律生活的方法和理論，使法律成為可以進行數學性處理的變量（分別為：分層、形態、文化、組織性與社會控制）。他整理並分析存在於各地的法律，提出法律是政府實施的社會控制，是由可觀察行為（*Conduct*）構成的純粹法學。他認為法律與分層、文化、組織性成正比，與社會控制（除法律之外）成反比，與形態成複雜的相關關係。並將法律樣式劃分為刑罰的、賠償的、治療的與調解的四種類型，這些樣式會隨時空變化，會因法律關係、主客體、環境、法庭和案件的不同而變化，更會因社會生活的分層、形態、文化、組織性和社會控制而變化，所以法律應當只能通過人們表現於外的行動，而非僅賴不可靠的心理去理解。

第三節 衡量法律發展的標準

從以上的討論容易讓我們導向一種認識，即找尋一個正確的法律概念是進一步研究法律發展現象的前提，然而法律概念的型態往往取決於吾人的視角。有的學者嘗試用社會控制的概念，去涵蓋所有西方與非西方社會的法律現象，惟此概念也是一種建構的工具，在面對非西方社會時，容易陷入一種循環的論證，有的學者重視法律的實體化，但此概念的建立帶有更濃的西方中心色彩。從這些爭論可以帶給我們一種啓示，即他們探討的法律是在一種特定語境中所形成的，其本身就帶有地方性，並不能自然而然地在另一種法律文化中找到對應。換言之，所有法律的定義都含有約定俗成的成分，定義是好是壞，充分或不充分，端賴定義的目的而言，但無論是何種解釋，法律的概念都不能脫離它的目的，如果僅將法律適用單純地視為一種邏輯的操作，將無法體現其真義。

毫無疑問地，法律是維護既定秩序的力量，更是實現社會變革、建構理想社會關係的工具，社會變革的觀念會通過法律途徑轉換為社會現實，而社會制度的嬗變也會促使法制的相應變化。在法律發展的過程之中，許多法學家就萃取和選擇古典理念加以重組，將這些經過改革的典範與新的方法、資訊、甚至成見結合起來，應用於法律研究工作。那麼是不是存在一種標準，既能反映法的成長，又能做為法律發展階段的劃分標準，既能觀察法律發展規律，又能體現法律作為一種文化現象與該社會的有機聯繫和整體性呢？

事實上，將上述古典與當代學者的討論綜合起來，就可以找到一個反應人類不同文化、不同時空、不同階段的發展標準。當然，觀察法律的發展，必須觀察法律和所處社會間的互動關係，發展是事物不斷前進的變動過程，法律的發展是一個法律功能逐漸分化與獨立的過程，這是使法律與道德、宗教、文學、藝術或實踐理性分立的過程，此過程也是一個社會複雜性增加的過程，法律發展的獨立與能動性就是來自於這種複雜性的增加，而法律功能的分化，創造了多樣化的選擇規範，促使法律日漸抽象化以適應社會的複雜化。

首先，從哲學上的認識來看，法律發展是多種因素綜合的作用，即使在原始社會，由於社會分工和生產力的發展，使得人與人或與自然之間的關係可以獲得

更多的自由，原有的權威或社會控制都是從屬於社會的工具，但隨著社會發展的多樣與複雜，就不得不求助於表面上凌駕於社會之上，充當社會衝突調停者的法律。西方學界的結構功能論者就從社會結構的角度來解釋此一問題，認為法律是在其他社會控制機能減弱不足以維持社會秩序的整體所發展的。衝突論者則從社會衝突角度來分析，認為法律是社會精英建立和維持對其他階級的統治而發展的策略。事實上，結構形式和衝突行為是緊密相連並共同構成社會的現實情況。

其次，觀察法律發展標準應是法律屬性的增加。例如涂爾幹（1933）就指出社會與法律的互動是從簡單演變到複雜，這是由社會組織成員的社會互動所顯示出來的，由於個人受社會分工精細化的影響而日趨專業化、專門化，法律也會越來越擴散，越來越專門。格理費斯（*John Griffiths*）則以社會控制的分工來考察法律的概念，認為每個民族都有其社會控制體系，所有社會都有一套複雜的行為方式與制度化的機制做為他們控制工具的應用。同時，在社會控制分工的發展過程（參見圖 2-1），法律性（*Legalness*）（即社會控制分工程度）亦會隨之增加。

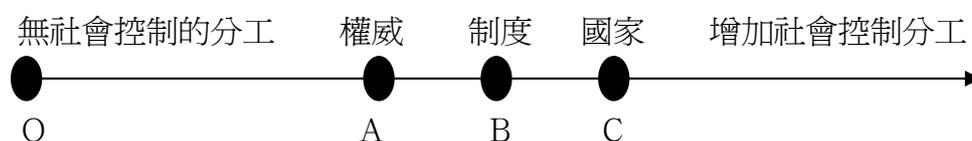


圖 2-1：法律性（*Legalness*）增長示意圖⁷

資料來源：張冠梓（2000），《論法的成長：來自中國南方山地法律民族誌的詮釋》，頁 45，北京市：社會科學文獻。

⁷ 這個關聯集合上的每一個點都代表當代西方法社會學家或法人類學家們的一種法的定義。(1) O 表示不存在社會控制分工的社會，如果認為那就是法律的話，那麼這種法律就等於一切的社會控制。(2) A 表示存在權力的社會控制的社會，這時從社會控制的整體中已分化出運用權力的形式，這種法等同於一種運用權力的社會控制。(3) B 表示存在制度化的社會控制的社會，這時權力的使用已經制度化。(4) C 表示國家的社會控制，它隨著社會控制的分工繼續發展，例如國家權力按其功能分化為立法機構、執行機構和司法機構，專門從事法律工作人員的特殊化、固定化、專業化。

再從某種意義上來講，法律的發展過程就是不斷依據社會變化以適應社會實際需要的過程，所以法律並不是指朝向一個方向發展。各國法律史都表明法律發展與社會發展基本上是同步的，而且這個過程是法律自身的發展，表現為法律內在價值增進與外在形式及操作技術進步的統一進程，這過程儘管與社會變革有著相互聯繫，但其評價、判斷標準卻來自於法律自身，來自於對法律價值與法律形式、技術運動變化的分析與觀察。

韋伯（*Max Weber*）認為在人類早期社會的歷史，習慣曾經一度是唯一的規則型態，至於習慣何時成為慣例，具有外部約束機制的法律又在何時出現，他並未給出一個明確的回答。但他從所掌握的歷史材料中發現，促使社會秩序變遷的方式和動力，以及習慣和慣例逐漸讓位於法律，有四個重要的社會原因：（1）傳統以及對傳統之神聖性信仰的解體。（2）社會階層的日益分工化以及階級利益的逐漸多樣化。（3）現代商業交易的步調，要求有一套能夠快速作出反應、有助於增強人們有效預期的形式化制度。（4）市場的發展。在這些因素的作用下，法律在人類社會的規則體系逐漸占有主導地位，這也是現代社會區別於傳統社會的重要特徵。雖然現代社會法律已經取得越來越重要的地位，但這並不意味習慣和道德的消失，相反地，現代社會往往通過法律來支持或強化社會的固有道德，亦即任何具有重要社會意義的道德或習慣，或遲或早都會成爲一種法律。

涂恩瓦（*Richard Thurnwald*）從社會學角度出發，提出「相互性」是原始社會法律的基礎。此觀點和馬凌諾斯基（*Bronislaw Kaspar Malinowsk*）考察初步蘭島的庫拉（*Kula*）儀式，認爲互惠是原始社會結構基礎的看法一致。在法律立基於相互性原則之下的分析被接受後，要如何將其展現在法律體系之中？包漢勒（*Paul James Bohannan*）作了嘗試，透過制度化的分類方法，他區分初級社會制度（*Primary Social Institutions*）（如風俗），以及次級社會制度（*Secondary Social Institutions*）（如法律）。他認爲在原始社會的法律發展過程中，法律是個次級制度化的現象，是由初級社會制度發展出來的。因此他將法律視爲一個動態過程的產物，所以社會規則可以譜成一個連續體（參見圖 2-2）（林端，1994：65）。



圖 2-2：社會規則發展歷程

資料來源：林端（1994），《儒家倫理與法律文化：社會學觀點的探索》，頁 66，台北市：自刊。

現代與傳統法律文化的衝突雖然不在上述討論之中，但可看出現代國家法與傳統習慣法有一個重要的區別，就是習慣法來自於歷史、習俗或傳統之中，而國家法則是立法者有意識地制定的理性規則。這個從傳統法向現代法轉化的過程可以說是一個法律現代化的過程，但這並不表示筆者贊同法律發展的單線史觀，因為法律發展除了是從舊事物演化而來的新秩序外，更是以人類的理性認識所建構的，即使在非自願情形下繼受的法律文化，人們也會在對理想社會的憧憬和嚮往下，憑藉理性選擇接受一個符合自己需要和利益的社會。