

法律與政治、經濟間的辯證關係 ——從法形式主義與社會生活間的疏離 論當前法治不立的根源

蕭全政*

摘要

本文的主旨，在於從法形式主義與實存社會生活間的疏離，探討當前台灣法治所以不立的根源，並試論重建法治之道。

在討論法體系（或法形式主義）與實存社會生活間的理論上關係中，本文先從方法論角度檢討實證法學、分析法學及現實法學傳統的缺失，並試圖以政治經濟學觀點統合兩者間的辯證關係。其次，本文探討戰後台灣地區法體系的變遷與威權政經體制間的關係，其中特別強調：此法體系法源多元，但其形成、運作與變遷，卻受戰後威權體制的整流與制約，而威權政經體制的崩解所表示實存社會生活的失序，直接促成威權法體系的紊亂及所謂的法治不立。要重整合台灣法治，本文主張，須根據當前政經體制的特質及其發展趨勢，重新調整整體法體系的主要內容與結構才是根本之計。

* 國立台灣大學政治學系教授。本文原稿曾在中國比較法學會主辦，「我國法治乖常根源之探討」研討會上發表（民國八十一年十一月）；作者特別感謝王世榕教授的批評指正，及台大政研所楊德睿同學在資料蒐集與整理上的協助。

壹、導論

自一九八〇年代初以來，尤其是一九八七年解除戒嚴之後，台灣的政治、經濟、社會等不同層面，都出現相當普遍、激烈且快速的變遷。在這一般所泛稱的威權轉型過程中，隨著政治的民主化、經濟的自由化與社會運動的推展，國內整個法體系的運作，包括憲法、民刑法、組織法、程序法及行政命令等層次者，亦出現嚴重扞格不順的脫序現象，而被一般認為是法治不立的癥候。

台灣的法治為何不立？而我們又將如何重整法治？這是國內司法、法律學界素來最為關心的課題之一。然而，對於法治不立的診斷與處方，卻呈現各說各話的現象：多數人認為其病因在戒嚴與戡亂體制的扭曲，因而須回歸憲政主義（中國比較法學會，一九九一），有人認為問題出在法學教育（中國時報，民八十一年十二月二十七日，版七），有人認為病因在繼受法與傳統法間的衝突，故須加強文化面的共識（林端，一九九二）。面對這些多元而紛亂的診斷處方，中國比較法學會於今（八十一）年十一月中旬，特地以「我國法治乖常根源之探討」為主題，廣邀國內的法學和政治、經濟、社會學界人士參與討論。本文為該研討會所發表論文之一，而其主旨無非是希望從政治經濟學的角度，對此等問題做一嘗試性的分析。

法之所以存在與變遷的意義，基本上是在界定和規範實存的社會生活與發展。然而，由於實存社會生活的複雜性與變動不居，就算法律「多如牛毛」而且「朝令夕改」，亦不足以巨細靡遺地明確涵蓋所有社會生活的動態與變遷，而只能進行抽象化和形式化的界定和規範。整個法體系，從憲法、民刑法、程序法，甚至行政命令與司法判例，似乎都不例外，而使形式化的法體系和實存社會生活間，永遠存在一個無法完全消除的抽象與具體間之對立關係。然而，無論法治被理解為「依法而治」(rule of law)或「依法統治」(rule by law)，都表示整體法體系的「抽象」與整體社會生活的「具體」間，仍存在著一種對稱且平衡的關係，尤其是動態的對稱與平衡關係。法治所以不立的根源，就抽象但卻實存的角度看，即法體系與社會生活間出現疏離而破壞其間的動態對稱與平衡關係。

法體系與社會生活間所存在無法彌合的抽象與具體間之對立關係，

致使各種法學思想都有特定的存活空間。有些法學思想以法體系為主，強調法體系的單一、嚴謹性，並以之做為界定和規範社會生活的依據；有些法學思想卻，相對地，強調社會生活的優位性，而以之調整法體系的內容。這些不同的法學思想，自有其建構並維持法體系與社會生活間對稱與平衡關係的論證；換言之，他們對於法治，或法治不立的診斷與處方自有一套看法。

國內法學界向來對於法理學、法制史及法社會學，相對而言，較不重視；因此，對於當前法治不立的診斷與處方，難免即深受各主要法學思想的一般化影響，而較缺乏時空因果性。故在論述程序上，本文第二節將簡單討論三個主要法學思想流派的看法，並分析法形式主義與社會生活間的辯證關係，以為本文的立論依據。本文第三節將以戰後台灣的政經變遷及其法體系的運作與變革，說明我們的法治所以不立的根源；第四節則希望對於未來的法治確立提出一些建議。

貳、法體系與社會生活間的辯證關係

基本上，法體系是一套具有強制力的邏輯語言體系，其目的在普遍地規約特定範圍內的社會關係，且將對不同的客體產生不同的利害影響。此陳述表明法體系具有四個重要結構元素：

1. 是一套邏輯語言體系；
2. 具有強制力的實存權威支持法體系的運作；
3. 其目的在規範特定的社會生活與關係；
4. 其運作會對不同的社會客體產生不同影響。

對於此四個結構元素，不同的法理學派其實都有不同的強調重點或內涵，而且企圖以之統合或淡化其他結構元素，並連結法體系與社會生活間關係（羅斯科龐德，一九九一）。例如，國家主義者會由強制力的角度切入，並以主權者的理性和意志來統攝法體系之語言邏輯形式和人民福利的實現；反對國家權威者則由社會生活中權利義務關係的既存現實立論，強調自然權利或社會契約的上位性，而將國家主權納為社會強制之下位部分，並將成文法之概念與邏輯形式視為社會自生規範之特定展現樣態。本節將以法實證主義、分析法學和現實主義（實用主義）法學為焦點，並從四個結構元素的角度，略論其相關特質。

一、三派法學觀點的特質

法實證主義雖非國家主義觀點之極致表現，但卻是今日唯一仍受廣泛注意的國家主義理論。其代表人物凱爾森(Hans Kelsen)承繼新康德主義，以康德純粹科學之詮釋角度出發，樹立德國理性主義在法學界的最後堡壘(Friedmann, 1984: 297-309)。

凱爾森及其追隨者構成的維也納學派將法體系與政治、社會基礎隔絕，把法學研究侷限於實定法之概念與邏輯結構的清晰、一致性，從而以國家主權為核心，將法體系依演繹邏輯編排而為完整的法的位階秩序。他們認為：國家主權在本質上即為法體系之擬制(*fictio n*)，基於邏輯之先驗推證，國家主權的存在是法體系的前提；由國家主權的命令或授權，公法、私法或契約才具有規範社會的法律意義，自然人或法人也才有享受權利和負擔義務的能力。因此，法實證主義是以具有強制力的權威為核心，依形式邏輯的理性演繹而建構法體系的位階秩序，否定國家造法之外還有任何法源存在，也否定人民權利的不可侵犯性，企圖以國家造法「強制性」地規範社會生活（林文雄，一九八九：一八一～二六四）。

以國家主權為中心的法實證主義，面臨兩種不同角度的嚴厲批判。首先，反國家權威論者指出：實存法體系中充斥著不會解決的矛盾，甚且在所謂基本規範的層次亦然；這些矛盾的安置與迴避均屬政治力的運作結果，而矛盾的法源根本即在於主權國家外的社會事實。其次，另些學者則從現代語意學角度，批判其實證主義的概念分析法。他們指出：法實證主義的語彙分析抽離時空系統，預設語彙意義之永恆確定性，完全落入自然法意識形態的窠臼，充分暴露其權威保守性格，具有脫離社會生活世界的結構性傾向。這兩種批判均指出法實證主義低估社會主體性及社會生活的重要性。

分析法學和法實證主義共同具有經驗主義和邏輯實證論的傳統，嚴格劃分實定法與當為法，認定實定法為一封閉自足的語彙體系，且具有嚴密的演繹邏輯貫穿其間；法律科學（被認為是一種純粹的經驗科學）的任務，便在於辨明法律語彙之指涉，並分析其間的邏輯推演過程，以求其一致性（博登海默，一九九〇：一二七～一四〇；Friedmann, 1984: 275-296）。

分析法學在德國的發展，例如耶里涅克(Jellinek)，因走上強調以國家強制力為唯一法源的立場，而接近於法實證主義。法國的分析法學將

自然法和倫理、道德哲學重新引入法律研究，企圖透過價值理念的重新發現、肯定，以容納基於社會變化之需求而產生的新立法、新判例與舊體系間的矛盾。美國的分析法學者更接受維根斯坦(Wittgenstein)對分析哲學的批判，將法律語彙概念的釐清由演繹分析法改為歸納綜合法，將法律術語之意義由抽象的思辯體系放回社會生活脈絡中觀察，因而大量吸納行為科學的方法與研究成果。

從德國、法國與美國分析法學的發展看，我們發現分析法學的根本困境，就在於語言邏輯體系本身對於實存社會生活的依附性與從屬性，因而使建基於其上的分析法學一旦深入發展，便趨向自身以外的領域：首先是法實證主義（國家主義），其次是自然法和倫理哲學，其三是行為科學或實用主義。尤其美國的分析法學強調從社會生活脈絡中觀照法體系的語言邏輯和語彙，便使法律概念隱含無限的流動性，加上法律推論的無窮可能性，更徹底使分析法學無助於判決的預測，也無助於對法體系的運作進行系統性的理解，除非借助於心理學、政治學等其他社會科學，但如此一來，分析法學等於自我否定。

現實主義（或實用主義）法學在近代的傳統有二，首先是歐陸的歷史主義，其次是英美的功利主義。歐陸的歷史主義由德國的薩維尼(Savigny)首開其宗，反對法國大革命所代表的反傳統的理性主義，而將法律視為歷史性民族精神的展現。歷史主義帶有進化論色彩，而且強調三個重點：(1)否定國家主權為至高之法源地位；(2)貶抑或否認社會規範與國家法律間的差距和位階關係；(3)反對國家立法權的過度擴張，強調社會群眾自治和主動造法的功能（博登海默，一九九〇：九七～一〇九）。

然而這種烏托邦式立場隨著社會改革呼聲的高漲和國家權力的擴張而漸式微，反國家權威主義者乃沿著邊沁和彌勒的功利主義轉進，而以「個人自私心的自由發揮可以促進社會全體之利益」之論點，持續抗拒國家干預主義。此論點在歐陸影響社會法學之出現，而在美國則與杜威的實用主義及行為科學方法合流，產生現實主義運動；他們強調現實的法、經驗的法，以對抗法的概念論（林文雄，一九八九：六九～七〇；陳適庸，一九八一：五～二九），尤其在一般所稱的法律與經濟，或法律之經濟分析的新潮中，更將經濟學視為是分析法律和法律制度的規範性與實證性功能的有效工具，且企圖以法律的經濟分析做為批判、改良和理論化法律和法律制度的重要基礎（柏士納，一九八九）。

現實主義者的功利原則和行為科學觀點特別突顯社會生活中的多元主義和相對主義，這對反國家權威陣營而言具有相當進步的積極意義。在方法論上，其以微觀分析和司法造法瓦解國家主權的集中性、一體性，又以現代語意學瓦解法律語彙和邏輯的確定性，最後將法律之形式（其邏輯語彙體系）和基底（國家主權的強制力）辯證地消融於其社會生活層面的諸種關係中；在實際主張上，法官造法和司法審查的權威壓抑了國家的立法權，而多元開放的民主體制則牽制著法律概念和邏輯形式的僵固化或激進化。然而，現實主義者仍未能規避兩項結構性困境：首先，他們過度掩飾國家行政和立法權擴張的事實，使現實主義法學成為國家支配階級或集團瓦解被支配者精神武裝的工具，尤其其所標榜的科學主義，更以專業外衣掩蔽許多政治偏差和判斷。其次，相對主義價值觀和司法過程的多元性觀點，使得廣大群眾無法透過政治過程推動社會改革，具有全局性視野的主政者亦因而對少數阻礙進步的既得利益束手無策；現實主義法學成為社會不平等現狀的守護神。

二、三派法學觀點的檢討

從法體系的四個結構元素層面看，總體而言，法實證論者強調法的邏輯語言體系和國家強制力，並結合兩者而建構一套規範社會生活的法體系；分析法學者強調法邏輯語言體系的恆常科學性，但因其對社會生活的依賴性而使實存權威多元化；而現實主義法學者則以社會生活為上，以多元主義和相對主義肯定社會主導權和國家立法權，並以功利原則肯定國家的司法造法、行政造法並制衡不當的國家權威。其中，法實證主義和分析法學由於過度強調法的邏輯語言體系，使法形式主義和實存社會生活間存在著永遠難以對稱、平衡的鴻溝，而現實主義雖以民主政治的多元主義、相對主義和功利原則連貫社會和國家、生活和法律間的矛盾，但其民主政治、功利原則所隱含的理性社會、理性個人假設，卻淡化社會間及社會與國家間的衝突面，因而亦忽略生活與法律間的衝突，及其間之動態辯證過程。簡言之，現實主義者淡化法體系的第四個結構元素，而其他兩個學派卻完全忽略它。

三個學派所以出現上列問題的根源，在於他們哲學基礎上所承襲的原子論宇宙觀、理性歷史社會觀、原子式理性個人觀，及因而衍生的方法論個體主義。這些傳統使他們強調理性的個人、理性的社會歷史、理性的法體系，且以形式邏輯連結理性的法體系和理性的社會歷史，但卻

忽略個人的不理性與非理性面、社會中的非個人因素、社會中的衝突與歷史辯證間的因果關係，及法體系中反映社會衝突的邏輯上不一致，和法體系與實存社會間的辯證關係。

原子論宇宙觀以原子運動和組合方式的變化，賦予單一路徑 (*nomothetical*) 的因果律以本體論基礎，從而導出不具實存機制邏輯意義下的理性解釋模式和經驗實證主義的科學觀，前者由康德繼統而建成先驗哲學，後者則由英美邏輯實證主義宗其緒；在法學領域中則分別由法實證主義和分析法學兩大派別相互輝映。另外，與原子論宇宙觀理則一致的理性歷史社會觀和原子式理性個人觀，亦成為現實主義法學的根本基礎。三者在哲學層次的內涵具有非常密切的血緣性相關，以致於所面臨難以調和法體系和社會生活間關係對立的問題，其實只是程度上的差異。

法實證主義廣泛採用康德的先驗推證法，在實存法律中回溯推證，找尋基本法則，從而將法秩序表述為一靜態的演繹體系。為求理論之純粹性與一致性，法實證主義，一方面刻意忽略實存法體系中的矛盾，另一方面則利用原子論和形式邏輯，將國家與社會抽象化為法體系的前提和客體，抽離國家和社會的實存與主動性。兩個步驟使法體系成為靜態自足的封閉體系，看不到國家與社會流動的力量如何運用、相互激盪或創造具發展性的矛盾或虛空，才使法體系不斷發展變遷。

分析法學的方法論基礎是經驗主義和邏輯實證論，而後兩者的傳統一向堅持主客、理性與經驗二元對立論。他們認為：科學的活動是在於透過不斷的前提演繹、資料歸納和檢證分析，以逐漸建構一般化理論，此亦即證明或發現理性本身；法律概念、語彙的界定和相互間之連結，事實上即透過同樣的經驗實證過程，而建構法律科學。與法實證主義一樣，為維繫法理論體系的完整性，分析法學將政治權力、意識形態、社會公益，及超乎個人分析單位的各種歷史實存全部排除於法理論體系之外，以致於無法面對法體系的內在矛盾，也無法調適政治社會的變遷。另外，原子論宇宙觀不但使分析法學因強調一般理性而忽略實存的時空相對性，也使其因接受原子式理性個人觀所衍生的方法論個體主義，而在論述超乎個人層次的現象時必須藉用神諭、自然法、國家主權或社會聯帶等自相矛盾的語彙。

相對而言，現實主義放棄概念之確定性和形式邏輯之必然性，而聽任社會中諸種政經力量的多元競爭和相對主導，但此並不表示他們已跨

越理性主義和方法論個體主義的極限。首先，從薩維尼的歷史法學與比較法學的發展，進化論一直是兩者的核心，而此進化論的未來，事實上即是希望透過原子式理性個人的理性化行為，而達到理性社會和理性的法體系。後來，功利原則的發揮和法律的經濟分析之實踐，事實上又是以自然法傳統中「私利與公利調和論」的理性原則為基礎。姑且不論功利原則和自利原則間的理論與事實上的矛盾，現實主義者所隱含的理性主義假設和目的，其實已使其全然忽略社會生活間、社會與國家間，及社會生活與實存法體系間的衝突、矛盾現象。其次，現實主義者假設「法體系為諸多個人行為所構成之過程」，使其分析單位停留於個別的行為或多數個別行為的加總，不但忽略超越個人層次的分析單位，例如國家或政黨，亦使其忽略非人(*impersonal*)層面結構性因素的重要。這些盲點湮滅了政治社會體制透過法體系而建構隱含特定偏差的權力和資源分配模式的事實，因而使法學不能成為對現存法秩序進行結構性理解與批判的知識，只能追隨在政治社會的變遷之後亦步亦趨，而且永遠存在著一段時間落差。

此外，由於分別受到原子論宇宙觀、理性歷史社會觀、原子式理性個人觀等之影響，三派法學都呈現歷史意識的空洞化，即在法學理論與法體系中忽略歷史時空相對性及歷史因果連貫性。因此，法實證主義欲以「法的位階秩序」永恆地將國家主權和民間社會繫屬於上下關係中，卻面臨民間社會和國家機關不斷扭曲、破壞「法的位階秩序」的事實；分析法學想逃避政治力、經濟力和意識形態對於法秩序的曲解，以廓清法律概念和推理邏輯的一貫性，但卻在詮釋過程中滲入專業法律人的保守傾向和各自的立場，而使釐清法律概念與體系的工作變成政治性的戰場；另外，現實主義欲以多元開放的理性思維方式聯結個別和全體的利益，但卻使民間社會控制財富、權力或學術的少數人得以掌控司法，引起國家機關和群眾不斷以民族主義和改革社會的理想主義質疑現存法秩序的正當性。

三、法體系與社會生活間關係

任何的法律條文、法律慣例，或甚至整個法體系，無論其基礎是風俗習慣或法學理論，也無論其來源是國會立法、行政命令、司法造法或僅是民間活生生的習慣與禮儀（林端，一九九二：七～一一），都會隱含特定的價值取向或特定的利害關係，因而在其運作過程中，對不同的

客體，無論是個人或團體，產生不同的作用和不同的利害得失。法律條文或慣例的這種特性，稱為特定的偏差(bias)；但此「偏差」的概念並不含價值判斷，而是敘述性(descriptive)字眼，用以表示對相關不同個人或團體的不同影響或利害得失關係（蕭全政，一九八九：五三）。例如刑法一百條無論修訂與否，其內容規定對於執法者、擁護國權者，或利用不同方式批評或企圖改變國權者均會有不同的利害影響關係，此不同的利害影響關係即屬刑法一百條的特定偏差。前面所提法體系四個結構元素中經常為一般所忽略的第四個元素，其實即表示任何法體系都隱含特定的偏差，會對相關的不同客體產生不同的利害得失關係。法體系所隱含的這種特定偏差，事實上也分別蘊涵於法體系以內的獨立法系，如憲法、民法、刑法，也體現於單一法規、法律條文，或甚至法的語彙與法理哲學中。

法律條文和慣例隱含特定偏差的事實，不僅見於法律或慣例的實踐運作過程，其實從形成、運作到變遷的每個階段，都存在有此特定偏差或其作用。從另一角度看，法條、法規或法律慣例的形成過程，即是形塑其特定偏差的過程；更明白的說，即是決定相關客體間誰得利、誰受害，而且分別得利或受害多少的動態過程。此事實見諸於制訂憲法、民法或其他各種法規與條文中，亦見於各種不成文法律慣例的形成過程中。其次，基於現代政治本質上並非人與人間，而是勢力(force)與勢力間相互爭鬥的事實，法規或法條中特定偏差的形成，大致上而言，正反映相關政經勢力間的強弱對等關係，此等政經勢力包括國家和民間社會中的各種力量，甚至也可能包括外來的國家與民間的政經力量。

各種法規或條文的實踐運作過程中，其特定偏差必然發生作用；而法體系要能在動態中界定且規範實存的社會生活，必須其所隱含的特定偏差大致上符合於動態社會生活中各種政經勢力間的結構特性和需要，否則此偏差將受到制約、扭曲或被迫調整，此見於各種實存政經勢力對於現有法規、條文與慣例的漠視、曲解或修改。整體而言，法體系的特性，正反映相關社會生活中的結構特質；法體系中可能隱含各種矛盾、衝突，而不必然是邏輯一貫，正如社會生活中可能存在各種勢力間的衝突、矛盾，而不必然都具同質性。法體系的形成、運作和變遷的過程，正反映相關社會生活中各種政經勢力不斷消長、聯合與衝突的動態過程；法體系與社會生活間存在著不斷的辯證關係。

若將近代法學派別和法體系發展史放在近代世界政經史的脈絡看，

更能瞭解法體系與社會生活間的辯證關係。根據Dyson (1980)的說法，自工業革命後，做為世界資本主義霸權的英國成為資產階級的代言人，經驗主義、功利主義和分析實證主義的法學理論，因而強化普通法體系的權威，保障以天賦人權為名的自由、財產權，合理化自由契約和財產私有的市場經濟體制。這一理論和制度相絞合的結構，終而體現為立憲主義，並隨大英帝國的海上霸權推展於各地，尤其是北美洲殖民地，而形成美國憲政體制的源頭。

大英帝國霸權對歐陸的擴張，危及列強間的權力均衡，引發歐陸各國的急速追趕運動，而有生產工業化、擴張軍備和統一運動，及官僚化行政機器的出現；國家對民族工業的保護與促進政策隨著貿易管制和金融革命而日趨強化。在此過程中，這些繼受羅馬法的地區，紛紛以日益集中、強化的官僚體系為中心，進行法典統一運動；對法典之註釋、分析、系統化、合理化工作，以及如何確定國家權力對國內外政經趨勢之主導（例如打破土地貴族特權以促進工業化發展），成為各國專業法律人、官僚和民族資本家共同關心的課題。法國的一般法學、分析實證主義和德國的民族主義、浪漫主義和新觀念論法學等即因而紛紛出籠。在此同時，歐洲與英國的舊貴族及既得利益者則強烈鼓吹歷史法學派和諸種以社會傳統為本的法學思想；這一反國家權威的傳統，隨後即為部分壯大的德法中產階級所承續，用以一方面抗拒國家權威的無限制膨脹，另方面則抗拒普羅大眾的革命行動。在此過程中，政權的部分開放和社會福利政策的實施，配合著急切的殖民地爭奪與工業化，體現為以國家立法和行政體制為軸心的成文法體系，國會主權取代立憲主義而為最新潮流；法實證主義即為此時政經體制與法體系關係的最佳詮釋者。

二十世紀前半葉，達到壟斷性資本主義和帝國主義階段的西方列強間爆發兩次霸權重整的世界大戰；結果，霸權移轉到原本偏處邊陲而以傳統立憲主義精神立國的美國。戰前德、義諸國的浪漫主義，隨納粹、法西斯政權的崩潰而消逝；法國的社會法學派經馬克斯主義的改造而輸入東歐、蘇聯等國家。美國則挾其勝利的餘威，利用軍經援助和軍事、貿易、金融、貨幣的國際合作體制，確立其霸權；在此基礎上，美式多元主義民主體制和行為主義科學觀也成為席捲全球的文化霸權，而強調多元競爭、功利主義和司法權威的現實主義法學，亦巧妙修正立憲主義和普通法體系的形貌，且成為美式資本主義的註釋者。

然而，西歐、日本及廣大的第三世界國家，在美國宣稱的自由、開

放之世界秩序下，從未放棄以國家統御力來輔助或主導其國民經濟參與全球性市場競爭；順著市場的開放與內外經濟的聯動邏輯，國家權力也就從各種層面影響或掌控國內經濟體制的運作與變遷，其最典型例子即見諸於統合主義(corporatism)、威權主義(authortarianism)，或一般所稱的新重商主義(neomercantilism)（蕭全政，一九八九）和凱因斯式政策中。此趨勢不僅未被中產階級強烈抵制，更常為資本家或一般大眾所歡迎；因此，軍事建設、公共投資、福利政策、策略性產業及金融、貿易政策等國家干預行為，成為各國國內政經利益的輻輳點，且為其法體系的重要焦點。國家不再是權力與利益競逐場邊的公正裁判或管理員，而是權力與利益的創造者、保護者和爭逐者；多元民主體制再也不足以說明各國政經體制的真象，亦不能說明法體系的形成、運作與變遷。但是，對這些國家的法界而言，如何掌握其法秩序的結構本質，並因應其政經結構的變遷而動態調整其法體系，似乎仍是兩項嚴肅的挑戰。

四、統合——政治經濟學觀點

基於上列對於各派法學及法體系變遷的討論，筆者認為要揚棄各派法學且掌握法體系與社會生活間的辯證關係，必須在哲學基礎上以相對主義代替單元原子宇宙論，以因果相聯的歷史社會觀代替理性歷史社會觀，以結構化的個人觀代替原子式理性個人觀，並在方法論上以全體性的結構分析(holistic structural analysis)代替方法論上的個體主義。其中，相對主義否定宇宙間和人類歷史社會間存在著絕對、單一、永恆、超時空的理性，也拒絕任何根據理性或一般化理論式的所謂科學演繹、推論而建構的體系嚴謹、邏輯一貫的法體系理論；它肯定法體系中存在著衝突、矛盾，因法體系只是反映人類歷史社會中的多元、相對與變遷，而更重要的是，它必須解釋法體系中的衝突、矛盾與社會生活中的多元、相對在從過去、現在到未來的時空脈絡中所以變遷的因果關係。而因果相聯的歷史社會觀和結構化的個人觀，正是用以串聯社會生活在過去、現在到未來的時空整體，且在表現此相對主義的多元、相對與變遷實況，並解釋法體系所以出現衝突、矛盾及變遷的基礎。

從方法論上看，方法論的個體主義強調以個人為基本分析單位，並以其理性行為做為分析焦點，而建構超越時空的法律科學理論或理性法體系；其中，它忽略個人以外的分析單位，例如國家與階級，也忽略人以外的非人因素，例如不同的經濟發展階段與國力，更忽略人與非人因

素互動下所出現在他們看來是不理性或非理性的現象，例如壟斷性資本主義與帝國主義的對外擴張，以及新重商主義政策的制訂等。方法論的個體主義因而導致歷史環節的嚴重喪失，並使法體系和社會活動態間嚴重脫節。全體性的結構分析強調個人之外還有不同層次的分析單位，各種不同的分析單位結合相關的屬人與非人的因素而形成網絡結構，個人即被結構化在此網絡結構中，而其理性（指工具理性）行為須從此由屬人與非人因素聯結而成的網絡結構中定位；網絡結構中的個人理性行為，改變結構所含屬人與非人的網絡結構關係，也同時改變其理性行為的時空內涵，此網絡結構的動態變遷終而聯成具有時空特性的歷史因果網絡。法體系從形成、運作到變遷的過程，事實上即屬人類歷史因果網絡的部分，且與社會生活的動態變遷同步發展。

過去涉及人類行為的社會科學理論，包括本文所檢討的三種法理思想，大都以超時空的人類特質，例如理性、偏好、預期、自利等純屬行為層面的特性為中心而展開。但是，假如社會科學理論的建構必須儘量立基於人類的重要一般化特質，就不該忽略「人是有生命的個體」這個事實。為維持生命的存在與延展，凡是有生命的個體都必須自體外汲取資源，才能補充生命本身不斷的耗損，並提供生命個體成長的元素。生命需要資源才能維生與發展的命題，適用於有生命的自然人，也適用於由自然人所組成但超乎個人層次分析單元的各種團體、組織或甚至是國家。

為自身的生存與發展，個人層次的任何行為者都會以自己的稟賦為基礎，而有自利性政治或經濟行為，以求在整體社會的再生和發展過程中汲取更多的資源。此政治行為，指行為者(actor)利用其稟賦，且根據權力邏輯，使其資源汲取儘量達到極大化境界(maximum)的行為；而經濟行為則指行為者利用其稟賦，且根據經濟化(economizing)邏輯，而企圖使其資源利用達到極佳化境界(optimum)的行為。兩者雖然途徑不一，但目的均在促成最好的生存或最好的發展（蕭全政，一九八八：四一～四二）。然而，在一個呈現多面向且組織或團體充斥的社會中，被結構化的特定行為者通常擁有各種相互重疊或衝突的不同角色與身份，例如除他自己外，又是家庭成員、黨員、國民等，故一般自利行為中所謂「對自己有利」的「自己」，其實經常不完全是「個人的自己」，還包括因是家庭成員、黨員、國民而對家庭、政黨與國家的不同程度認同。簡言之，行為者自利行為中所涉及的「自己」，不必然是「個人的自己」，

而是行為者在其所處網絡結構中因「安身立命」且將其所認同的各種角色與身份加權整合而成。此「自己」受到相關網絡結構和歷史變遷影響，故其自利行為的內涵決非超時空的，而是受到相對時空條件的制約。

實存社會生活中的行為者，包括自然人、法人及其他以組織型態出現而能表達組織意志的團體，例如各種利益團體、廠商、政黨、國家機關等。這些不同的個人、組織和團體共同構成一個社會權力體系的整體，而且分別在追求經濟合理化調整。同個人一樣，這些組織或團體亦都能擁有稟賦、表達意願，並追求利益，故仍可視為政治與經濟的分析單位。無可置疑的，任何超乎個體自然人的組織或團體，在意願表達、稟賦動員及利益追求的方式上，都可能不同於個體自然人，或此等自然人集體的特質(Olson, 1965)，但這並不礙於將此種組織或團體視為是行為者的事實，因為它們還是類似自然人一樣，能在政治與經濟過程中動員稟賦以追求自利(Olson, 1965; Block, 1977; Nordlinger, 1981)，例如新重商主義、帝國主義就可能是國家機關自利行為的表現。

總體而言，從社會生活層面看，實存的社會網絡結構包括很多不同分析單位層次的各種行為者；為了生存與發展，這些行為者都利用其屬人與非人因素的稟賦，發揮其稟賦所隱含的權力，而以政治行為（即極大化資源汲取的方式）和經濟行為（即極佳化資源利用的方式）的方式，以追求最大利益。從動態角度看，這些政治、經濟行為，使相關行為者因利害得失變化，而改變其在網絡結構中的地位，同時必須調整其下階段的理性政治、經濟行為；如此循環，即形成社會網絡結構在歷史動態中的因果變遷。

從政治經濟學角度看，法體系的形成、運作與變遷，都具有明顯的政治與經濟意義，而且反映與社會生活及其動態間的辯證關係。進一步而言，社會生活中各種個人、團體與組織，為追求最大利益而從事的各種政治與經濟的聯合與衝突，直接促成法體系（或特定法規與法條）的形成；該法體系（或特定法規與法條）的運作，將對相關行為者產生不同的政治與經濟意義，並因而影響其政經結構地位或社會生活的變遷；接著，社會生活中的相關行為者又將以類似的政治、經濟行為，促成法體系的變遷。

從結構元素的角度看，法體系要能界定且規範社會生活，必須合乎下列條件：一、特定法體系只適用於特定時空範圍的社會生活，而其範圍的大小與內容，則由相關行為者或政經勢力因其稟賦或權力的大小折

衝、制衡而定；二、法體系中具強制力的權威特質，正反映該社會生活中各種相關政經權力或勢力間的制衡與均衡狀態，若此等權力間均衡關係一旦改變，該權威特質亦須相應調整；三、法體系內所含各種偏差及其變遷，須符合實存社會生活中政經權力結構關係與動態政經變遷過程；四、法體系所含語彙與邏輯結構，須符合實存社會中政經結構與政經變動方向的整體特質，而非超然的自成體系。就法體系所涉及的範圍而言，此四條件廣泛涵蓋文化傳統特質、社會生活實況、經濟發展現狀、政經勢力的組合模式、政府與民間的互動關係、及該社會的對外政經關係等。這些不同的領域，當然對法體系的不同部分會有不同的相互影響關係。

從上列四條件看，只要其中一個條件不能滿足，即可能逐漸出現法體系與實存社會生活間的扞格、疏離，而有法治不立的現象。從此四條件我們亦可理解，在文化傳統、社會生活、政經活動及政府與民間關係上，較崇尚個人主義、自由主義、經驗主義和邏輯實證論的英美社會，分析法學和現實主義法學可以有廣闊的發展空間，而且可以確立他們的法治關係；相對而言，在戰後偏於以共同體主義(*Communitarianism*)為主要社會生活方式、經濟活動與發展模式，並組合政府與民間關係的日、德社會(Lodge, 1990)，法實證主義和甚至比法實證主義更強調國家主權的行政法學，會比分析法學和現實主義法學更受歡迎，而且發展出他們自己的法治關係。

參、台灣法治不立的根源

誠如上列所言，法治不立的根源，在於法體系與社會生活間喪失動態對稱的辯證關係。台灣的法治所以不立，亦須從戰後台灣的法體系特質和實存社會生活與變遷中去探討其根源。戰後台灣的法體系源自多門，有來自日本殖民時代者，有來自大陸時代承襲中國傳統，或學自德日、英美者。但是在國府撤台前後的威權鞏固中，此紊亂的法體系逐漸受到整流，並統一於以戒嚴法和各種戡亂法規為中心的威權法體系。爾後威權體制的運作，一方面強化威權法體系的發展，卻也另方面因政經的發展而使威權法體系受到挑戰。一九八〇年代中期後，威權體制因內外政經變遷與挑戰，而面臨大規模政治民主化、經濟自由化與社會運動的壓力，且因其調整失當而面臨公權力、公信力與公能力衰落現象；以威權政府為中心的威權法體系，亦因而喪失其界定和規範社會生活的功能，

法治不立的窘境亦緣此而生。

一、威權體制的鞏固與威權法體系的建立

二次戰後，國民政府於一九四五年十月二十五日接收台灣；這個接收涉及中日兩國政府對台灣的管轄權及所有權的移轉。根據國民政府公布之「台灣省行政長官公署組織條例」，台灣省行政長官公署係台灣省的最高行政機關。該公署係訓政時期的臨時組織，故其組織特質與各省人民政府略有不同。該條例第二條規定：「台灣省行政長官公署，於其職權範圍內，得發布署令，並得制定台灣省單行法規」；第三條規定：「台灣省行政長官公署，受中央之委任，得辦理中央行政。台灣省行政長官，對於台灣省之中央各機關有指揮監督之權」（台灣省行政長官公署，一九四六 a：四～五）。行政長官公署一開始顯然即以「威權政府」的姿態，完全承受日本殖民政府的管轄權與行政權；相關的行政法規，甚至是反映戰時體制的法規，亦同樣被承襲。

在產業與財產接收上，至一九四六年底，接收總值達台幣六十一億多，其中包括土地三六六・五六甲及企業九百四十九單位（台灣行政長官公署，一九四六 b：八三）。殖民政府所壟斷的鐵公路交通運輸、電話電報通訊系統，及獨占的菸、酒、樟腦等專賣事業，亦一併收歸國營或省營。另外，又透過銀行的公營與貿易的壟斷，行政長官公署完全控制台灣的企業、金融與貿易；相關的法規亦緣此而被修訂或制訂。

一九四九年五月的上海淪陷，直接促成戰時體制在台灣的復活。面對中共的挑戰，政府於當年五月二十日宣布戒嚴；同時，在大陸時代國共鬥爭中宣布的戡亂體制和戡亂法規，亦於當年十二月國府的撤台而引入台灣。在戡亂戒嚴體制下，政府的主要政策目標，在政治上，是維持內部安定、準備反攻大陸及贏取國際的支持；在經濟上，則是應付國內嚴重通貨膨脹壓力及國際收支的不平衡。因此，在政治上，政府嚴格執行戒嚴以維護社會治安，並繼續土地改革，且增加國防支出；在經濟上，則對內進行貨幣改革、設立專責經濟計劃與管理單位、整頓國內經濟秩序、嚴格控制利率、物價、通貨發行與銀行貸款等，對外則採取進口管制、配額、外匯管制、高關稅及多元匯率等措施。另外，政府又透過農會與工會系統，加強對於農民與工人的社會控制和動員；而執政黨也透過黨、政、軍、青、特系統的改革與強化，以鞏固其政權基礎。在戡亂戒嚴體制下，人民的基本人權和公民權受到限制，政治上的民主僅限於

定期舉行的地方性選舉；而在經濟上，政府容許市場價格機能自由運作的程度相當有限；在社會上，人民的集會、結社、遊行一概禁止；而在文化上，政府亦透過大眾媒體、教育及其他資訊管道的控制，而掌控意識形態的塑造與過濾。這種種政治、經濟、社會、文化上的特質，構成典型的「剛性威權主義」(Winckler, 1984)。

隨著「剛性威權主義」的形塑與發展，台灣系出多源的混亂法體系，逐漸配合剛性威權政經體制的特質與需要，一一被整流、重構。其中，不符合威權政經體制之特質與需要者，則被修改、凍結或漠視；符合者，則被保留、強化或特別突顯；而不足者，則重新制訂或增補。例如，憲法中某些條文被凍結，另外制訂且修訂動員戡亂時期臨時條款以補不足，而一百五十種左右的各類戡亂法規亦於焉產生。結果，台灣的法體系即以戒嚴法和戡亂法規為中心而發展；其所反映的是威權政府控制整體政經體制，而且主導其發展方向。

二、威權轉型與法體系的崩解

一九六〇年代後，台灣的戡亂戒嚴體制本質上並沒改變，但為刺激景氣並紓緩國際收支壓力，政府在美援單位建議下，將進口替代工業化政策改為出口導向工業化政策，容許局部經濟自由化，但涉及稅務、貸款、金融、匯率、投資獎勵、儲蓄等之十九點財經措施、獎勵投資條例，加工出口區管理辦法等政策與法規紛紛出現。這些政策與法規直接促成民間私人資本的擴張及台灣經濟的起飛。七〇年代後連續外交挫敗及石油危機，直接促成政府的行政革新和以中央民意代表的增選與重用青年才俊為中心的局部政治民主化，但另方面卻也導致以十大建設為中心的國家權力擴張。

相應於民間經濟力的擴張，國內民間各界亦在七〇年代初的連串外交挫敗中，普遍要求政治民主化，經濟、司法及其他改革。七〇年代中期後，台灣政論、夏潮、這一代、美麗島、八十年代等政論性雜誌陸續出現，和鄉土文學論戰，更顯示民間社會已普遍從省籍權力分配、階級利益分配，及政經主體性等實際結構和意識形態層面，向威權體制挑戰。八〇年代後，逐漸興起的組織化政治運動和社會運動，顯然使威權體制面對更大壓力。

八〇年代中期後，由於日圓大幅升值的影響，以美國出口為主的我國迅速累積大量順差，導致外匯存底巨幅膨脹，並造成國內游資氾濫。

地下金融、非法信託投資、股市投機、房地產狂飆，乃至大家樂、六合彩的盛行、大量熱錢進出等，頓時使台灣成為超級的賭場，不但影響國內生產意願，也惡化生產條件。另方面，美國也要求進行雙邊經貿諮商談判，逼迫台灣對輸美產品採行自動設限、配額管理，並要求降低關稅與非關稅障礙，以進口美國菸酒、農產品，也要求保護智慧財產權、保障勞工權益、開放美國金融服務業投資等。內外的經濟壓力使政府在八〇年代中期後，逐漸採行各種經濟自由化與國際化措施。

美國的新保護主義不但促成台灣的經濟自由化、國際化，也加速台灣的政治民主化。自一九七七年中壢事件後，美國國會和行政部門亦逐漸以人權的關懷為由，聲援國內的政治反對運動；透過各種聽證會與各國狀況報導(Country Reports)，國會與國務院在八〇年代對台灣的戒嚴批評特別厲害(Lin, 1990)。一九八四年的美國貿易與關稅法案要求保障勞工權益，否則取消關稅優惠待遇，此不但直接影響國內勞動基準法的草率制訂，對於工運更有助長效果。

面對強勁的內外政經壓力，政府於一九八七年宣佈解除戒嚴，並於一九九一年五月，宣佈結束戡亂；此無異表示四十年來以戒嚴法和戡亂法規為核心的威權法體系已徹底崩解。但是伴隨戒嚴解除而擴大的政治民主化、經濟自由化和社會運動，至今並沒重構能代替威權法體系的法秩序，以致於連造法與執法的國家機關（包括行政、立法與司法部門）之公權力、公信力和公能力都大不如前，甚至還在憲政改革過程中陷入「蟑螂與垃圾」之爭，又豈能不讓民間的金牛、黑牛橫行無阻？法治又將從何而生？總之，台灣當前法治所以不立的最重要根源，在於八〇年代中期後快速、激烈且普遍的政經變遷，已使威權法體系和實存政經體制的特質和需要產生嚴重落差，以致於斷裂其間的動態辯證關係，而出現各種脫法、脫序與失序的現象。

肆、重建法治的關鍵

一般以為重建台灣法治的關鍵，在於配合民主政治的發展，推行法治教育，或是根據憲政主義確保人權、公民權的精神，制訂或修訂憲法、刑法等。這些論點確實也有部分的道理，因為假如法治的要件是法體系的特質必須配合實存社會生活的特質與需要的話，政治民主化確實是當前台灣的一股重要發展趨勢，而當前台灣的政經國際化趨勢，亦將使憲

政主義者根據自然法、經驗主義和實證論的普遍理性而主張的普遍化人權、參政權適合台灣的未來需要。但是，就如同分析法學和現實法學一樣，這些論點的基本先驗假設是原子論宇宙觀、理性歷史社會觀、原子式理性個人觀及方法論上的個體主義。他們根本忽略台灣做為一個共同體在當前時空脈絡中所面臨的生存與發展危機和契機，也忽略在此危機和契機下所有的個人和超乎個人層次的各種團體或組織所可能面臨的互生與互剋關係，因此，他們的法秩序觀有可能使台灣的法治更難以確立，因為他們沒充分考慮當前台灣社會生活層面的內外政經動態和未來需要。真正要能確立法治的關鍵，在於必須以共同體的概念出發，分析台灣當前的內外政經動態而掌握其發展趨勢，並以之調整實存政經體制結構和威權法體系，而此須先瞭解威權體制的轉型和特質。

關於當前台灣地區威權體制的轉型與未來，筆者曾在他處專文討論（蕭全政，一九九一）。基本上，筆者認為，此威權體制的轉型，必然同時涉及整體政經體制和政府與民間社會間關係的調整，也涉及整體政經體制與國際政經網絡間的關係。在同時兼顧國內外複雜政經網絡的情況下，筆者特別指出，台灣地區威權轉型的最合理方向，將是能表現由全體國民支配整體政經權力體系且主導整體政經體制合理化發展的國民主義(*societal nationalism*)。

在體現國民主義的過程中，除近年來一直進行中的憲政改革、中央行政體制的調整、中央與地方權限及財政劃分，和文官改革等政治層面的努力外，如何重建和諧且具活力的國民經濟體制，並發展適當的對外政經關係，也一直是該努力的關鍵。國民經濟體制的基本精神，對內而言，在於強調全體國民經濟利害的一體性，而以溝通、談判、妥協化解各種經濟、社會團體間的衝突，並改善政府的政策制訂與執行能力，以提昇整體資源的有效利用和公平分配；對外而言，則希望因強化經濟主體性與整體性，而有效對抗外來壓力，或促成對外發展。在政策層面上，政府必須配合整體的未來需要，對有限國土進行空間再規劃；對沒效率的公營企業和各種特許的壟斷性經濟特權，應該取消或開放市場競爭；另外，中央政府的預算應該配合共同體的生存和發展需要，如調整國防經費以減少浪費，增加教、科、文經費，以提昇人力品質並強化國際競爭力，增加社會保險與福利支出，以確保弱勢團體的生存和社會安定，增加交通、工業區開發等公共投資，以促進經濟的發展。這些相關政治、經濟與社會制度和政策的調整，幾乎涉及整個法體系，從憲法、民刑法、

組織法、程序法到各種行政命令的調整。

整體而言，當前台灣的威權轉型涉及國家機關的改革和政府與民間關係的全面調整，也涉及整個共同體對外政經關係的全方位調整。此政經結構的全面調整與發展，是未來台灣法體系的實存社會生活基礎，亦是決定台灣能否確立法治，及所要的是什麼樣的法之重要根據。依照國民主義政經體制的特質推斷，未來的法體系仍包含部分以個體為分析單位，且具普遍性的內涵，如人權與參政權；但更重要的是，它所要包含以共同體為分析單位，且具台灣特殊時空性的部分，例如各種經貿法規，因為它們是確保共同體成其共同體的主要憑藉。當然，就專業領域而言，如何設計符合我們社會整體與長期需要的法體系，仍有待法律學界的努力；而就筆者所瞭解，特別是戰後台灣地區法制史的變遷、法社會學觀點的因果分析，及法理學上的創新，都是急待努力的重點。

參考文獻

一、中文部分

- 中國比較法學會 一九九一。戡亂終止後法制重整與法治展望論文集。
台北。
- 台灣行政長官公署 一九四六 a。台灣省行政長官公署三月來工作概要。
台北。
- 一九四六 b。台灣省行政長官公署施政報告。台北。
- 林文雄 一九八九。法實證主義。台北：三民書局。
- 林 端 一九九二。中西不同法律觀的頡頏—繼受過程中的台灣法治。
中國比較法學會主辦，「法律與發展—我國法治乖常根源之探討」研討會，民國八十一年十一月十四～十五日，台北。
- 柏士納 一九八九。法律之經濟分析，唐豫民譯。台北：台灣商務印書館。
- 陳適庸 一九八一。現實法學之形成及其思想方法之研究。台北：三民書局。
- 博登海默 一九九〇。法理學：法哲學及其方法。結構群編譯自 Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*. Massachusetts: Harvard University Press。台北：結構群公司。
- 蕭全政 一九八八。政治與經濟的整合。台北：桂冠圖書公司。
- 一九九一。「國民主義：台灣地區威權體制的政經轉型」，政治科學論叢（台大政治系），第二期，頁七一～九二。
- 羅斯科龐德 一九九一。法律史解釋。結構群編譯自 Roscoe Pound, 1930, *Interpretations of Legal History*, London: Cambridge University Press。台北：結構群公司。
- Ermacora, F. 1986。一般國家理論要義。林信和譯。台北：國民大會憲政研討會。
- Friedmann, W. 1984。法理學。楊日然等譯。台北：司法週刊雜誌社。
- Pennock, J.R. 與 John W. Chapman. 1985。憲政主義。李國雄等譯。台北：國民大會憲政研討會。

二、英文部分

- Dyson, Kenneth H.F. 1980, *The State Tradition in Western Europe*, New York: Oxford University Press.
- Lin, Cheng-Yi. 1990. The U.S. Factor in Taiwan's Political Development, 1979-1989. Paper presented in the Conference on "U.S.-R.O.C. Relations Since 1979: Reviews and Prospects," held by the Institute of American Culture, Academia Sinica, January 4-6, 1990. Taipei.
- Lodge, George C. 1990. *Perestroika for America: Restructuring Business-Government Relations for World Competitiveness*. Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press.
- Winckler, Edwin A. 1984. "Institutionalization and Participation on Taiwan: From Hard to Soft Authoritarianism?" *The China Quarterly* 99:481-499.

The Dialectical Relationships between the Law system and the Politico-economic Reality: Alienation of the Legal Formalism from the Social Life as the Primary Cause to the Failure of the "Rule by Law"

Chyuan-Jenq SHIAU

Abstract

Taking the alienation of the law system from the soical life as the primary cause, the writer tries to analyze the failure of the "rule by law" in Taiwan and discusses the ways to restore the legal order.

In discussing the relations between the law system (or the legal formalism) and the real social life, the writer first criticizes the traditions of legal positivism, analytical jurisprudence and legal realism from the perspective of methodology and then attempts to integrate the dialectical relationships between the two, based upon a viewpoint of political economy.

Moreover, this article anatomizes the causal relations between the changes in the law system and the authoritarian rule in postwar

Taiwan. The writer argues that the formation, operation and change of the law system has been attuned and conditioned by the authoritarian rule, although the system developed from many different sources. When the collapse of the authoritarian rule in the mid 1980s led to the disorder of the social life, the law system was also disturbed. The hope to restore the legal order should be anchor on the reestablishment of the politico-economic order and the corresponding adjustments of the law system.

