



法學的想像

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

[第四卷]

社科法學

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會

 元照

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14232>

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

法學的想像

〔第四卷〕

社科法學

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會 主編

 元照出版公司

一場兩岸法律人的雙向奔赴

華人世界自有現代法制以來，於今不過百年。然民初法制初備之際，國家即遭逢戰禍，法治蹣跚成長於兵火之間，法學自亦隨之。第一代法律人在大陸時期的諸多努力，盡數歸於承日襲德的訓詁注釋，其所願所成，也多在增益實務對外來法典的理解。法學在戰後臺灣獲得的成長與蛻變，幾與臺灣的經濟起飛相伴相隨，從民事法領域開始的判例研究，使得司法實務與法學研究真正開始有雙向的互動，從而塑造了繼受法學新的研究範式。而這些法學研究的成果，最終在數十年之間又一一回饋於法典的再造。另一端中國大陸的法制與法學，則在經歷了數十年法律虛無主義之後，也終於隨著市場經濟的轉型重新上路。法制的重塑與社會的改革相互震盪，使得法學從一開始就有馳騁想像的多元性格，兩岸法律人在相隔三十年後的再相逢，彼此所見的法學已是兩重世界。在兩岸法律人重逢多年後的此刻回首來路，過去三十年間，兩岸彼此的法學範式顯然又有了相當大的轉變，在匯流與趨同的路口遠眺華人世界未來法學的種種可能，最能當仁不讓的指路人，應該是幾乎全程見證戰後兩岸法治與法學進程的壽星蘇永欽老師。

以論文集的形式為傑出學者祝壽，是大陸法系的學界傳統。我們作為蘇老師的學生，從十年前就開始向老師提出編輯祝壽論文集的構想，但老師一直以各種理由婉拒。老師從2019年秋天開始，以「法學的想像」作為系列課程名稱，連續四個學期講授四個不同的主題：大民法典、部門憲法、跨域教義及社科法學，我們知道機會即將到來。在老師七十大壽之前，我們提出以祝壽論文來充實這四個主題，讓老師的祝壽活動，帶動法學的集體想像的構想，終於給老師一個不再拒絕的憑據。光是獲得老師同意，我們都像是中了大獎一般。

上述四個主題，是老師對法學長期創新構思的成果，目的在展現當代法律人的想像與法學的風華。我們決定讓每個主題的論文集成成

卷，再讓四卷合成一套法學的想像，並設定問題邀請海峽兩岸的法律學者分別執筆，彩繪他們各自心目中的法學想像的圖像，再將各個圖像按照原先的佈局，組合成為完整的巨幅畫像。這種想瘋了的祝壽方式，讓我們不敢驚動資深的前輩，而把畫筆交給在這一次集體想像之後，會迸放出更多想像力的年輕學者。有多位資深教授主動要求參與集體的想像彩繪，讓我們特別感動，因為想要釋放想像力的資深教授，都是和老師一樣的法學藝術家。

第一卷是大民法典。它的宏構早在三十年前老師反思物權法定主義時業已發端，物權自由化的構想，也曾在臺灣民法物權編的修改中留下伏筆。不過這一構想真正掀起一時理論颶風，卻是在本世紀初中國大陸民法典的起草過程之中，成長於那個年代的中國大陸民法學者，無一例外地銘刻上了這一印記。在本卷中齊齊登場的大陸八〇後的學者的論文，便是對這一宏構的致敬——在大陸民法典初成的時刻，用這種方式記述下另一種民法典體系構成的可能，也是為未來可能的體系解釋留作參考。

第二卷是部門憲法。它的發想原本來自於臺灣的憲政實踐進入深水區之後，老師對憲法理論混合繼受的憂心與反思。中國大陸的憲政實踐尚未至此一階段，但由於違憲審查的窒礙難行，這一發想與老師對合憲性解釋的研究成為推動大陸憲法走向規範化的兩足，從而備受大陸憲法學界的矚目，在海峽兩岸共成了一曲變奏的共鳴。

第三卷是跨域教義。公、私法的接軌是老師研究中用力最深也開創最豐的領域之一，轉介條款及憲法與民法權利關係的研究，在臺灣法學界均可謂開一時之風氣。對直面體制轉型、公私法關係更為交錯的中國大陸而言，跨域教義的研究更是最迫切的現實急需，因而也得到了大陸學者最多的響應——從繼受法學的本土化而言，法域介面教義學也是最可能產生本土特色教義學的法學領域。

第四卷是社科法學。老師對民眾法意識的調查、對物權的經濟分析，都是華人世界社科法學的先驅之作，也是繼受法學真正本土化的路標。當這些作品在以教義學為中心的臺灣法學界逐漸有越來越多的

共鳴者與合作者之時，在社科法學甚具傳統的中國大陸，這些作品努力去示範的，是跨越法教義學與社科法學的鴻溝，使二者真正能夠合力，去創造一種新的法教義學典範。

以上四卷的基本架構，可謂均發端於臺灣，恢弘於兩岸，不僅記述了老師的學術生命的軌跡，也見證了兩岸法學界數十年交流中的種種激盪與徘徊。老師2019年開始「法學的想像」課程，兩岸眾多的頂尖大學都願意共同參與，跨越海峽、跨越世代、跨越法學的不同分野的兩岸法律人，也都在課堂中快意分享、討論甚至激辯。這四卷論文集的主題及子題，其發端與形成並非偶然，所有作者的志趣匯聚於此，更非偶然，我們對於編排的順序及方式，也因而僅著眼於體系安排，未參考傳統的輩分或兩岸分流。

法學的想像，或許對某些人來說，仍然難以想像。我們利用為老師祝壽的機會，為法學的想像，編輯這一套handbook式的祝壽論文集，目的是在化想像為具體的作品，讓想像從此落地生根，並期待以後開花結果。對於本套論文集的所有作者，以及在2021年3月27日，共同擘畫、執行及參與兩岸同步的祝壽研討會的所有同儕及先進前輩，我們在此要獻上誠摯的感謝與祝福。

今年因為疫情的阻隔，使很多作者無法在臺北當面為老師祝嘏，但盛大的宴席也總要散場，只有思想的激盪永不謝幕。就讓這四卷充滿想像的論文集，為老師未來法學的藍圖宏願，為學者們自由馳騁的思想冒險，也為跨越兩岸的這許多因緣際會，留下見證吧！

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會

2021年11月



元照出版

搶先試閱版

讓法學長出翅膀

幾位在兩岸教書的學生知道我怕任何形式的祝壽活動，但看到我最近連四學期開「法學的想像」系列課程，且因這些課都有兩岸中青年學者蒞課或遠距參與，累計有四五所大陸高校同學連線共襄盛舉，想打鐵趁熱用系列的四個主題徵文，讓想像真的起飛，徵求我的同意，我不佞有求的原形於是畢露，人生七十，何不小瘋一下？只是為什麼要開這樣的課，還是得簡單說說。

智力活動和想像的連結，從來不受質疑的就是藝術，藝術也是唯一可以啟發其他智力活動的想像者，此所以在未來機器人和生化人趴趴走的世界，公認有最大機會倖存的人類行業就是藝術家。但以自然世界為研究對象的各種自然科學，和以人類社會為研究對象的各種社會科學，因為事實的浩瀚和因果的交織，不論發現或解釋也都需要想像力爆發的瞬間，像阿基米德那樣忘我的從澡盆一躍而起。甚至抽離所有具象而無關乎直接發現或解釋的數學，也因為它的純淨、精確而能終局找出各種科學思維的盲點，在科學家看到的事物總和之外，指出大千世界的最大可能性，數學家絕對需要最多維的想像。

至於法學，基本上就是在法律條文之間（大陸法系）或法律案件之間（英美法系）不斷做比對，通過某種規範邏輯的連結去找出背後的原則，人為的law不像自然世界或者人類社會運轉的law那樣有待發現，不論良窳，這些強制人們遵循的規範在完成一定程序後就有了「效力」，法學家的主要貢獻是在層出不窮的社會衝突中指引這些人為法的有序運作，使其一方面有較高的可預見性，另一方面還保有一定的調適空間。但不論法律條文或事實型態的比對，都使法學的活動看起來更像一個匠人，蒐集足夠資訊和基本邏輯訓練是不可少的，但不是想像力。

這樣的自我懷疑並不少見，業外對法學這種智力活動含金量不足的苛評更不用說。即使走過許多輝煌時代的德國法學，近年密集反思

教義學的發展現狀，普遍的結論也是實用教義學（主要功能在提高法的可預見性）和理論教義學（主要功能在提高法的可調適性）比重上已經明顯失衡—法匠過剩，大師稀缺。在法學的路似乎愈走愈窄的今天，我最近幾年的思考反而傾向於危機就是轉機，創新薄弱其實是法學研究自我封閉的結果，而不是原因。只要站在更高的位角去窮盡法學的各種可能性，應該不難看到大陸法系法學的遠景，尤其對從不同歷史起點先後走向法治的兩岸中國而言，告別繼受法學而建立新的議程，此其時矣！

在我看來，繼受法學正因為伴同法律直接繼受他國的法教義學，而使繼受者忽略了前手在教義形成過程的諸多創新努力，繼受者為克服法律移植無可避免的排斥性，其法學的重心也很自然的放在實用上，更不利於理論的創新。所以斯時斯地來談法學的想像，反而更要回到大陸法系法教義學的原點，強調我們需要的是更好而非更少的教義學：在民法方面，建議朝一個具有更大規範容量的大民法典去努力，在憲法方面，建議反過來從更能反映各國社會歷史條件的部門憲法出發去形塑總體的憲法教義；另外認為有必要從以法領域為教義學單位的傳統走出來，把法域間互動介面也納入體系化；社會科學已趨成熟的知識如能直接間接挹注於法教義學，更可縮短效力和實效的差距。這就是我所構思的大陸法系教義學的新議程。

兩岸學者回應的熱烈，至少說明方向沒有太大偏差，我對犧牲寶貴時間參與思考激盪的所有學者，心懷無限的感激。幾百年前的歐洲，羅馬法重註結合了人文主義和各民族法的精髓，大陸法系的法學何嘗少過創新！我輩若要看到昔日歐陸的風華再現東亞，何不一同繼續築夢，或許終能以最優質的法治連結兩岸？

蘇永欽



元照出版

搶先試閱版

目 錄

一場兩岸法律人的雙向奔赴

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會

讓法學長出翅膀

蘇永欽

基礎理論

法學知識的演進與分化

——以社科法學與法教義學為視角

陳興良

- 壹、法學知識的歷史演變..... 4
- 貳、中國大陸法學的知識轉型..... 7
- 參、法學的知識論..... 13

法盲何其多

——山寨「繼受法學」教育下的一點反思

黃維幸

- 壹、引言：法盲何其多？..... 20
- 貳、法律原則的解釋是抽象的具體落實
——很少是邏輯「涵攝」..... 21
- 參、解釋法律不是說文解字；結果必須妥適..... 22
- 肆、「法治反對解釋」..... 24
- 伍、據說是「侵犯」司法權和立法權..... 26
- 陸、法盲不是石頭裡蹦出來的！..... 29
- 柒、代結論：繼受法學者應該虛心聆聽一位真正法學家的反思..... 38

法教義學與後果取向

搶先試閱版

紀海龍

- 壹、法教義學：內在視角的法學..... 42

貳、法的創制：立法論和解釋論的分進合流	47
參、法的創制與後果取向	50
肆、不同語境下的後果取向：司法vs.法學	55
伍、代結語：認知開放的法教義學	60

只講科學性，不講規範性？

——立法的社會科學研究評述及追問	侯 猛
壹、立法研究的現狀概述	64
貳、立法的經驗研究：從規範出發	69
參、立法的社會科學：規範性的追問	73
肆、制度—組織視角的引入	78

法律哲學

人性尊嚴的崇高莊嚴與憲法文化涵養

——康德美學與當代憲政秩序的對話	江玉林
壹、前 言	86
貳、人性尊嚴與自由民主憲政秩序	87
參、康德批判哲學的三種心靈能力：知性、理性與判斷力	90
肆、判斷力批判：人性尊嚴與終極目的	93
伍、人性尊嚴的崇敬與涵養	96
陸、結 語	98
後 記	99

天下如何為公

——〈禮運〉大同篇與《世界人權宣言》的對話	李念祖
壹、前 言	101
貳、〈禮運〉大同篇	101
參、《世界人權宣言》	109
肆、兩者相似之處	112

伍、兩者相異之處	136
陸、成文的憲法典	148
柒、結語	153

科學語境下的法學

——淺談量子理論哲學意涵對法律科學的啓示	許政賢
壹、前言	157
貳、法學與科學的潛在纏結	157
參、現代科學的典範轉移	162
肆、法律科學的反思	178
伍、結語	183

初探「新法律唯實主義」(New Legal Realism)

——美國法學與社會科學跨領域研究的晚近發展	劉宏恩
壹、緒論	188
貳、「(舊)法律唯實主義」與「法律與社會運動」	190
參、「新法律唯實主義」的內涵與訴求	195
肆、結語	198

解釋方法

進化的部門原意主義

——美憲罪刑相當原則之例	林超駿
壹、前言	202
貳、美憲第八增修條文Cruel and Unusual Punishments條款 之源起與演變	205
參、原意主義就Cruel and Unusual Punishments條款辯論重點： 是否包含罪刑相當原則	212
肆、進化的部門原意主義及其蘊含之重要問題	225
伍、結論	236

知識產權法與兜底條款關係的認識論重構	蔣 舸
壹、向兜底條款逃逸的現象與原因	239
貳、創新激勵的高度複雜性	242
參、圖式提供的認知經濟性	244
肆、知識產權法與兜底規範關係的再認識	247
結果取向方法作為競爭法的思考框架	謝長江
壹、大陸法系的社科法學與結果取向方法	252
貳、結果取向之法律解釋方法簡介	255
參、結果取向方法作為競爭法之思考框架	256
肆、結 語	265

經濟分析

經濟分析作為法教義學	
——以物權應否法定之爭為例	簡資修
壹、前 言	270
貳、物權應否法定之經濟分析	272
參、法律科學vs.經濟計算	277
肆、法律體系vs.經濟效率	281
伍、法經濟分析vs.法經濟學	286
陸、合約法學：法律作為合約安排	287
柒、餘 論	288
物權自由與大民法典	
——基於科斯經濟學的理论辨析	艾佳慧
壹、問題何以提出？	291
貳、物權類型最適量理論正確嗎：邊際最優化模型之反思	294
參、新古典範式下的物權自由和物權法定	303
肆、物權法定VS.物權自由：一種科斯經濟學的理论解讀	317

伍、作為大民法典之基礎的物權自由	324
陸、簡短的結語	331
需要何種理論？為何需要理論？	
——再議比例原則	戴 昕
壹、「最小主義」(minimalist)的比例原則？	337
貳、什麼是「成本收益分析」？	341
參、「結構性決策」(structural decision-making)為什麼不如 「開放權衡」(unconstrained balancing)？	345
肆、代結語：說服別人，還是感動自己？	349
比例原則的精確化及其限度	
——以成本收益分析的引入為視角	劉 權
壹、空洞的比例原則應「退位」？	354
貳、比例原則精確化的必要性	360
參、比例原則的精確化：成本收益分析的引入	362
肆、比例原則精確化的限度及其克服	371
伍、結 語	375
擔保人內部追償權之向死而生	
——一個法律和經濟分析	賀 劍
壹、引言：延續至民法典時代的一道經典價值判斷難題	378
貳、規則定性：合同約定闕如時補充適用之任意性規定	381
參、最大多數擔保人的意願：肯定擔保人之內部追償權	384
肆、最大多數擔保人的意願與自由、公平等價值之關係	389
伍、最大多數擔保人的意願與效率：一個成本收益分析	396
陸、民法典中的擔保人內部追償權：一個法教義學方案	402
柒、結 論	409



論內線交易之因犯罪獲取之財物或財產上利益

計算方法

——最高法院108年度台上大字第4349號

刑事大法庭裁定法律鑑定意見書

陳彥良

壹、前 言	412
貳、案件事實	412
參、法律問題爭點	412
肆、法律問題一：證券交易法（下稱證交法）第171條第1項 第1款之內線交易罪，因犯罪獲取之財物或財產上利益 （下稱直接利得），應如何計算？	413
伍、法律問題二：計算內線交易直接利得範圍，應否扣除 證券交易稅及證券商手續費等稅費成本？	433
陸、結 論	439

逸脫法學想像乎？

以成本效益分析取代比例原則之商權

陳冠廷

壹、前 言	442
貳、導 論	442
參、成本效益分析的奇怪判斷	446
肆、rule of law的拘束性與實踐差異命題	448
伍、在拘束性與正確性之間：簡述比例原則與形式原則 的幾種可能關係	454
陸、結 語	458

算法契約內在自治限制之類型化表達

——跨學科視角下的教義學解釋

唐嘉佳

壹、特殊限制的教義學辨析	461
貳、事實要素的語義學提煉	465
參、程序限制的倫理學推演	472
肆、實體限制的經濟學計算	481
伍、特殊限制的類型化表達	483

法社會學

理解法律多元

——行動者視角的分析框架

王曉丹

壹、前 言.....	490
貳、多元規範下，法律現代性何去何從.....	490
參、法律多元文化：行動者視角的分析.....	500
肆、一個法律多元的個案分析：陳爸爸的老人照顧與 財產事件.....	504
伍、結 語.....	513

論知識經濟時代的人才流動競爭秩序

范建得

壹、背景緣起.....	517
貳、人才流動競爭秩序的維護不應侷限於營業秘密保護.....	518
參、知識經濟的崛起與人才流動秩序 ——以美國矽谷之經驗為例.....	522
肆、不當獲取營業秘密與不公平競爭的競合：人才流動與挖角... ..	527
伍、以追求公平競爭的公共利益來建構科技人才流動的新秩序... ..	534
陸、結論與建議.....	540

我國網路兒少性剝削立法之回顧與展望

高玉泉

壹、前 言.....	545
貳、網路兒少性剝削之態樣.....	546
參、兒少性交易條例時期（1995-2015）.....	548
肆、兒少性剝削條例時期（2015--）.....	551
伍、結 語.....	555

從「交易安全」到「尊嚴老化」的成年監護法

——台灣法社會的人權挑戰

施慧玲

楔 子.....	557
壹、前 言.....	557

貳、成年監護法在台灣高齡社會中的發展趨勢.....	558
參、「尊嚴」作為台灣法社會發展的推力	582
肆、結論與展望	598
民法教義學與法學方法的系統觀	湯文平
壹、法教義學的系統觀	601
貳、法教義學視域中的法學方法系統觀	605
參、教義學與非教義學的分辦和調諧	612
肆、對朱蘇力教授暨「社科法學」的回應	618
伍、民法教義學的當前任務.....	626
陸、結語	630
走出合理隱私期待的「死胡同」 ——社會學研究的借鏡？	劉定基
壹、問題的提出	632
貳、社群網路理論及隱私即信任	633
參、社會（科）學研究是隱私法的指南針？——代結論.....	642
無償行為的社會類型與法學典範	章程
壹、問題的所在	645
貳、禮物的文化人類學解釋.....	645
參、其他學科視野中的禮物交換	658
肆、禮物交換的社會類型與法學視角	666

實證研究

損害賠償之債 ——5,800筆判決的實證社科法學研究	張永健
壹、前言	674
貳、導論	674
參、行為——損害賠償的優先手段？	680

肆、結 論	686	
伍、附錄：最高法院判決探討	686	
走過必留下痕跡		
——同性婚姻憲法辯論之參與歷程與觀察感想	廖元豪	
壹、參與釋字748號解釋言詞辯論之前	689	
貳、政治脈絡——政治部門於司法院大法官釋字748號解釋 前後之行動	692	
參、結論：觀察與評價	702	
臺北市府「同性婚姻」憲法法庭言詞辯論爭點意見書	704	
公司法的實證研究方法		
——以美國公司治理研究為例	林郁馨	
壹、前 言	744	
貳、美國公司法的實證研究	747	
參、公司治理的實證研究設計	753	
肆、結 論	760	
立法研究		
法制後發國家的思維		
——從台灣行政罰種類及範圍之立法政策談起	吳志光	
壹、問題意識	765	
貳、以裁罰性不利處分為核心之行政罰概念——爭議的開端	767	
參、裁罰性不利處分範圍之界定及爭議問題	768	
肆、裁罰性不利處分概念重新界定的嘗試	789	
伍、結 論	792	
初探日本立法學之立法政策論		林孟楠
壹、前 言	795	
貳、立法政策論之體系定位	796	

參、政策之法律制度設計.....	800
肆、政策之憲法評價基準.....	803
伍、政策之行政實現過程.....	805
陸、立法政策論之啟示——代結論	807
從STS視角看金融科技監理的初嘗試	臧正運
壹、前 言	811
貳、金融科技監理的領域特色與研究重心	814
參、STS視角與金融科技監理.....	816
肆、結 語.....	824
新興法領域的社會科學研究運用 ——以金融法為中心	繆因知
壹、法教義學和社會科學研究方法在法學研究中的 「占地」邏輯	826
貳、新興法領域研究中的法教義學與社會科學方法的複雜 關係：以金融法為中心.....	828
參、從個體金融法到總體部門法：「教義v.社科」之立法執法 分際思維.....	835
行政立法的法規影響評估程序 ——以防疫法規命令為例	紀和均
壹、前 言	841
貳、法規影響評估程序的法定定位	843
參、行政立法下的行政裁量.....	847
肆、防疫命令的檢討（代結論）	855
後 記.....	859



政治分析

轉型政府與行政法治	鄭春燕
壹、引言：深嵌時代脈絡的行政法治	864
貳、「精兵簡政」與行政法制的初構	866
參、「職能轉變」明晰依法行政的目標	869
肆、「公共服務」拓展法治政府的價值	872
伍、國家治理形塑新型行政法治	875
陸、結語：政府定位與行政法治的良性互動	879
從促進市場競爭保障消費者權益， 論NCC的有線電視的管制政策	莊春發
壹、緒論	882
貳、經濟學競爭理論的回顧	883
參、消費者權益內涵討論與實證	893
肆、NCC花蓮有線電視市場的管制政策	899
伍、結論與建議	901
中國大陸民法典編纂的政治學	魏磊杰
壹、中西之爭：民法典何以本土化	903
貳、保守與前衛之爭：民法典編纂的話語與現實	909
參、學術與政治之爭：如何評判立法的政治化	914
肆、結語	920

原始發想

法學爲體，社科爲用 ——大陸法系國家需要的社科法學	蘇永欽
壹、前言	926
貳、規範思考與結果思考的衝突	928

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID=14232>

參、法教義學何以構成特別障礙.....	932
肆、法學為體社科為用的新法學.....	935
伍、融入法學或前置配套於法學.....	940
陸、結語.....	944



元照出版

搶先試閱版

基礎理論



- 法學知識的演進與分化
——以社科法學與法教義學為視角 陳興良
- 法盲何其多
——山寨「繼受法學」教育下的一點反思 黃維幸
- 法教義學與後果取向 紀海龍
- 只講科學性，不講規範性？
——立法的社會科學研究評述及追問 侯 猛



法學知識的演進與分化

——以社科法學與法教義學為視角

陳興良*

摘 要

當前中國大陸法理學界存在社科法學與法教義學之爭，這一爭論實際上涉及法學知識論的問題。法學知識是不斷演進與分化的，中國大陸法學知識隨著法治建設的進程取得了長足的進步。政法法學、社科法學和法教義學的承接與遞進，可以勾劃出中國大陸法學知識的演變過程。法學的知識性質，在很大程度上取決於其研究對象和研究方法這兩個要素。法作為一種規則體系，學者可以採取不同方法，從不同維度進行考察，據此將法學知識區分為社科法學與法教義學。在這個意義上說，社科法學與法教義學之間並非對立的關係，而只不過是法學知識的兩個不同面向。

* 北京大學博雅講席教授、博士生導師，中國人民大學法學博士。

關鍵詞：法學知識、社科法學、法教義學

更多相關文獻，請上月旦知識庫<http://lawdata.com.tw/tw/>。

4 法學的想像（第四卷）：社科法學

社科法學與法教義學，是蘇力教授對中國大陸法學知識演進過程中兩種不同法學知識形態的概括。這種概括主要是以法學方法論為依據的：採用社科方法對法進行研究的，屬於社科法學。採用教義學方法對法進行研究的，則屬於法教義學。除了社科法學與法教義學，蘇力還提出了政法法學的概念，以此描述中國大陸上個世紀80年代的法學研究狀況。當然，在中國大陸法學界產生影響的是社科法學與法教義學這兩個概念，甚至引發了所謂社科法學與法教義學之爭。這種爭論最初是在法理學界，此後波及部門法學，因而是一個具有法學一級學科影響力的問題。在我看來，社科法學與法教義學之爭並不僅僅涉及方法論和價值論，而且是、或者更主要涉及知識論。因此，應當從知識論維度對此進行考察。

壹、法學知識的歷史演變

法學是隨著法律的產生而出現，是建立在法律基礎之上，並且與法制發展相同步。可以說，只有發達的立法與司法，才能為法學的興起與繁榮提供源頭活水。古代意義上的法學，亦即法律之學，都是以法律規範為中心的解釋學。

中國古代以刑律為主要研究方法的律學，萌芽於戰國，產生於秦漢，定型於魏晉，隨著唐宋明清刑律的一脈相承而興盛一時。從律學到法學的概念轉換，是清末沈家本完成的。沈家本的《法學盛衰說》一文率先採用法學這個概念，以法學取代了律學。¹在中國古代，法和律這兩個詞本來就並用無忌。而且，法的使用還要早於律。戰國時期李悝著《法經》，此後商鞅改法為律。自秦代以後，以律代法，尤其是刑事規範統稱為刑律。因此，法與律是相通的。正如《唐律疏議》指出：「法亦律也」。相應地，律學就成為採用刑律註釋而形成的知識體系。中國古代的律學是以探尋律義為目標的。律學的主要方法是語義分析，使用的是語言學方法。晉代杜預、張斐注律，對晉律中的故、失、謾、詐、不敬、鬥、戲、賊、過失、不道、惡逆、戕、造意、謀、率、強、略、群、盜、贓等20個法律術語作出了解釋，例如「知而犯之謂之故」，「意以為然謂之失」，「二人


¹ 關於從律學到法學的演變，參見何勤華：《中國法學史》（第一卷），法律出版社2000年版，第13頁。

對議調之謀」，「取非其物謂之盜」等，對後世產生了重大影響。唐代的《唐律疏議》則將律文與疏議合為一體，直接指導法律適用。明清時期律學達到高峰，出現了大量律學著作，並且總結出律學分析方法。例如「律眼」和「律母」，實際上是解律的關鍵詞。清代律學家王明德還在《讀律佩觿》²提出讀律八法，包括扼要、提綱、尋源、互參、知別、衡心、集義、無我，都是解律的經驗總結。以語言學方法為主的律學對古代刑律使用的文言文的依賴性。「律母」中的以、准、皆、個、其、及、即、若，「律眼」中的例、雜、但、並、依、從等字，都是語言學中的虛詞（副詞、介詞、助詞、語氣詞、連詞、代詞）。王明德指出：「律有以、准、皆、個、其、及、即、若八字，各為分注，冠於律首，標曰八字之義，相傳謂之律母。」王明德還引用宋儒蘇子瞻的話，將八字稱為讀律之法，指出：「必於八字義，先為會通融貫，而後可與言讀法。」然而，隨著近代新文化運動，文言文被白話文所取代，因而律母與律眼這些文字在中國大陸現代法律中已經不再使用。在這種情況下，律學的實用價值不復存在。及至清末法律改革，引入大陸法系的法制體例，改律為法；同時亦引進了法學的概念。沈家本最先採用法學一詞，以此代替中國流行了二千多年的律學。在《法學盛衰說》一文中，沈家本描述了中國古代刑律的演變過程，也就是法學的盛衰過程。

在西方，古羅馬法的法學家以解答和評註方法完成其解釋法律的工作。古羅馬的法學家在解釋的時候，必須嚴格遵循它們所依據的法律文本。³因此，將古羅馬法學稱為註釋法學是完全正確的。在歐洲大陸中世紀的教會法法學中，註釋（*glossae*）是基本的法學研究方法，重視法律文本。⁴由此可見，無論中外，古代社會的法學都是以法律文本為中心的註釋法學，在某種意義上也可以說是法教義學。這種古代的法教義學的特點是將法學限制在對法律條文進行語義解釋的窄小範圍內，因此，古代法學的內容是封閉的而非開放的，方法是單一的而非多元的。

只是到了近代以後，社科研究方法開始引入法學領域。其中最為著名

² 參見[清]王明德：《讀律佩觿》，何勤華等點校，法律出版社2001年版。

³ 參見[英]H.F.喬洛維茨、巴里·尼古拉斯：《羅馬法研究歷史導論》，薛軍譯，商務印書館2013年版，第117頁。

⁴ 參見彭小瑜：《教會法研究》，商務印書館2003年版，第33頁。

6 法學的想像（第四卷）：社科法學

的是黑格爾的《法哲學原理》。法哲學是採用哲學方法對法進行考察，這是超越法律文本的形而上的研究。黑格爾所說的法，其實並非規範的法而是指理念的法。因而黑格爾指出：「法的基地一般來說是精神的東西，它的確定的地位和出發點是意志。」⁵在該書中，黑格爾把犯罪界定為一種否定的無限判斷，而又把刑罰界定為對犯罪的揚棄，是對不法的否定之否定。這些論述都是對犯罪與刑罰現象的觀念性的描述，具有抽象性與哲理性。因此，黑格爾的法哲學是以哲學思辨方法對法本體的思考。黑格爾的法哲學對德國法學留下深刻的影響，以至於法教義學，包括刑法教義學也同樣具有濃郁的哲學氣息。例如，德國刑法學家帕夫利克提出了「古典哲學基礎上的德國刑法學」的命題，明確地指出：「刑法學應當是教義學，而哲學在這裡並無一席之地，這是一種膚淺的見解。在德國，從哲學汲取養分的刑法學具有悠久且輝煌的歷史，但這條路還沒有走到盡頭。」⁶

隨著社會學的產生，又出現了法社會學，它採用社會學方法對法律進行考察。例如孟德斯鳩的《論法的精神》⁷一書將法律置於社會分析框架之中，尋求實在法的存在根據，實現對實在法的超越。孟德斯鳩本人就是近代社會學的先驅，其對法律精神進行的社會學考察可以說是法社會學的一個範本。孟德斯鳩所說的法的精神是指客觀事物之間的必然關係，完全不同於法教義學所推崇的法律文本的含義。中國古代律學將法律文本含義稱之為律義，其對應於律文。從律文推導律義，也就是所謂疏議，是解律的必由之道。在孟德斯鳩之後，以對法社會學貢獻而論，首推德國社會學家韋伯。在《法律社會學》⁸一書中，韋伯對法律與政治、經濟、宗教等社會要素的關係，並將形式理性的學術進路引入對法律的研究，採用法的形式理性與實質理性的分析框架，描述不同類型的法律。隨著經濟學帝國主義的學術殖民，採用經濟分析方法對法律進行研究的法經濟學成為法學與經濟學的一種跨學科研究路徑，產生了重大影響。

⁵ [德]黑格爾：《法哲學原理》，范揚、張企泰譯，商務印書館1961年版，第10頁。

⁶ [德]米夏埃爾·帕夫利克：《目的與體系：古典哲學基礎上的德國刑法學新思考》，趙書鴻等譯，法律出版社2018年版，第1頁。

⁷ [法]孟德斯鳩：《論法的精神》（上冊），張雁深譯，商務印書館1961年版。

⁸ [德]馬克斯·韋伯：《法律社會學》，康樂、惠美譯，廣西師範大學出版社2005年版。

購書請至：<https://www.angle.com.tw/book.asp?BKID14232>

國家圖書館出版品預行編目資料

法學的想像. 第四卷, 社科法學: 蘇永欽教授七秩
華誕祝壽論文集 / 蘇永欽教授七秩華誕祝壽
論文集編輯委員會主編. -- 初版. -- 臺北市:
元照, 2022.01

面; 公分

ISBN 978-957-511-668-2 (精裝)

1.CST: 法學 2. CST: 文集

580.7

110022652

蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集

法學的想像〔第四卷〕社科法學

5D621HA

2022年1月 初版第1刷

主 編 蘇永欽教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會
出 版 者 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 28 號 7 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 1200 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

搶先試閱版

ISBN 978-957-511-668-2

法學的想像

[第四卷]

社科法學

過去數十年間，社會科學與法學的互動多見於美國，傳統大陸法系國家則因其法教義學體系思考之強固，始終將社科法學置於邊緣地帶。兩岸因各自繼受法治發展進程不同，在社科法學的接受度上雖各顯其異，但於大陸法系法教義學的主流亦概莫能外。然而，儘管多數人同意二者並非完全互斥，對於合作卻又裹足不前，蘇永欽教授認為癥結即在未能明確認知社科之法與社科法學為兩種體用關係的典範，無法也無需捨棄法教義學的大陸法系國家，最佳選擇應該還是後者，也就是使社會科學知識若非直接融入法教義學，就是前置於教義學或為其配套，社科之法難以克服的雙高門檻必可大幅降低，而快速改變目前合作始終處於只聞樓梯響而未見具體成果的窘境。本卷論文集匯集了兩岸社科法學的中堅力量，由不同領域的學者各揚其長，已朝此方向邁出第一步。

ISBN: 978-957-511-668-2



9 789575 116682



5D621HA

定價：1200元



元照網路書店



元照讀書館



元照出版公司

地址：臺北市館前路28號7樓

電話：(02)2375-6688

網址：www.angle.com.tw