

貧窮之訴 (*actio de pauperies*) ?

顏厥安*

如果法學是一種社會科學，那它就是最古老的一種社會科學。我們現在所繼受使用的西方法學，源自於羅馬法，雖然其最主要的法典「民法大全」(*Corpus iuris civilis*) 是第五世紀的產物，但是羅馬法的基礎至少可以追溯到公元前五世紀左右的十二銅表法。本文標題「貧窮之訴」，其實不能從字面「貧窮」(*pauperies*) 了解。簡單地說，這是「動物造成損害之侵權行為」之訴，一般認為其淵源就可上溯到十二銅表法。除了往前追，羅馬法(學)也仍對現代法學有積極意義與貢獻。Reinhard Zimmermann 就認為，當代民法遇有疑問時，往往可從羅馬法學家得到有用的法律意見。

但是我們千萬不能以為羅馬法歷經兩千多年都一成不變。事實上，它一直在改變。前述之動物致損害之訴，就是經歷了變化，才會在字義上已轉為「貧窮」的 *pauperies*，保留了「減損經濟生產力」的原本涵意。這是一種新價值或新理念嗎？

我們可以從很多不同的角度來考察，這個淵遠流長的法律／法學傳統在求新求變方面的努力與發展。Harold J. Berman 就曾指出，西方(歐洲)法在十二世紀晚期到十三世紀，曾經經歷了一場革命性的轉變。Berman 區分「法秩序」(*legal order*) 與「法體系」(*legal system*)，他認為在十二世紀之前，歐洲各地當然存在有某種法秩序，但是這些法秩序還談不上是一種法體系。除了回應社會經濟需求以及教會因素外，有幾個主要因素造就了其後法體系的出現：羅馬法文本的重新發現；建立了大學的法學教育；以及能辯證地建立個案與法律概念之關係，並得以消除不同官方權威矛盾見解的方法。其產物就是誕生了一種可超越國界的「法科學」(*transnational legal science*)，也就是沿用迄今，當前仍在教導研究的法學。由 Berman 的分析來看，法學之科學或學術地位的確立，以及其所運用的概念體系方法，應該是最關鍵的因素。不然單是發現古代文本或建立大學，也不足以產生影響深遠的歐陸法學。

* 國立臺灣大學法律學院教授

這種法學方法，當然不是後來自然科學或經驗實證科學所使用的方法。也正是在這個方法面向，法學也曾面臨另外一個問題。維柯 (Giovanni Battista Vico) 在 1708 年的一份著作裡，指出了當時兩種科學方法的對照：舊的方法，是由亞里斯多德的「論題學」(Topic; Greek: Τονικά; Latin: Topica) 承傳下來的「問題導向」方法，也可稱之為修辭學 (rhetoric)。維柯認為法學是論題學應用的一個主要領域，並認為法學是古典思想精神之結晶。維柯將另外一種新的方法稱為批判的方法，這主要是由笛卡爾所倡議的途徑，其主旨是由一個正確的 (排除疑點的) 前提出發，透過幾何學的演繹方法來得出答案。

雖然邏輯演繹或數理分析的方法，對包括法學在內的所有學術領域都造成重大衝擊，漸漸成為科學方法的主流，然而十九世紀的概念或形式主義法學、法實證主義，甚至西方理性法體系思考，都不曾讓演繹法完全主導。實則法學方法一直帶有多元開放性。例如耶林 (Rudolph von Jhering) 就將「目的」與「利益」發展為法學概念，成功建立起既有法概念體系與社會多元利益之間的關係。

當代美國法學最有特色的發展，是「法與其他」(law and **) 運動 (例如法與經濟、社會、哲學、文學等)，或稱之為科際整合法學。德國國家學術委員會在 2012 年針對法學教育研究之改革提出報告，建議應強化比較法、國際法、基礎法學、跨領域知識、實務能力之培養。在專業向度方面則建議除了司法工作能力外，也應該培養法律人的「法形成」與「法諮詢」之能力。

由前面簡要敘述的歷史可看出，法學悠久的理論概念體系，仍可面對社會現實發展，針對新價值理念，發展出因應的理論論述。然而後冷戰以來的政治經濟社會等局面已經產生深刻的改變，以下簡述幾個與法學相關的層面。首先是主權國家地位與能力的式微。Berman 區分的法體系與法秩序其實是依附於十七世紀以降的主權國架構，始獲得了理性化的結合實踐與發展。如今這個背景已經動搖，即使是強大如美國或英國，都無法如其所願地自行其是。其次，合法性 (legality) 與法治 (the rule of law) 的既有理念與實踐也難以維繫，民主正當性與司法審查已不足以應付日漸常態化的緊急狀態，法規愈益概括的授權，也只是肯認了行政權單極主導的必然趨勢。最後也是最關鍵的一點是，快速分殊複雜化的社會情勢與結構，不但使得司法以及各種創造合法性機制之決策都成為「風險決策」(要件不明確，後果沒把握)，也使得固有的問責機制失靈。

幾年前德國行政法重要學者 Schmidt-Aßmann 猶在書中強調，法釋義學旨在追求傳統觀點與新知識及新訴求的持續平衡。然而，為何不是基於新知識與訴求而調整甚至放棄傳統觀點呢？尤其晚近發展帶來之挑戰似乎遠超過法學過往

千餘年的經驗，法學仍可本於十三世紀建立的法體系基礎持續自我更新嗎？我認為是可能，甚至是無可避免的（因為無從誕生一全新體系），但是這也需要對法學概念體系可如何吸納新知識與新價值理念，進行更周延深入的二階觀察與分析批判。

2019/2/2