

第五章 由哈伯瑪斯之法律有效性觀點論首長特別費事件

立法者在立法之初，難以預見社會生活中不斷大量湧現錯綜複雜、各式各樣的情況，為了使法律滿足一個變動不羈的社會新需要，解釋者在面對某種嶄新的生活事實，總是要將生活事實和現行法規相對應，現實生活的事實成為解釋者面對法規時，必須反覆斟酌真實含義的最大動因；判斷者也是如此，在判斷之時，一方面要將生活事實與規範拉近，另一方面將規範與生活事實相拉近，只有在規範與生活事實、應然與實然，彼此互相對應時才產生實際的法律，但是要從哪一個視角切入？

在首長特別費事件中，我們可以清楚觀察到，面對現今台灣政治現況，不管事件最後的發展為何，事實上都會引起不同的評價，不僅是因為檯面上被告都是當今的政治人物，也不僅是因為政黨的對立，更因為我們這社會，長久以來對於行政與司法官僚體系的運作，都抱持著一種不信任的心態，對於這些官僚體系首長的道德操守也以一種懷疑的心態看待，所以事件的曝光，讓有心人有炒作的空間。事件中，民主法治國家「三權分立」的理念與實際運作、權能的承擔與角色的扮演，都受到極大的挑戰與考驗，對於形式的法律的「合法律性」、「合理性」與「正當性」如何？都有更寬廣地觀察角度，與深切的討論空間。

完備的法律是否就能徹底保證一個「一切都上軌道」的社會？一個法律密度愈來愈大的社會，到底是不是法治社會的必要手段？當我們致力於追求西方現代的法典、法律制度、司法審判制度，努力學習西方民主法治社會的典章制度的形式理性時，原有的傳統文化是否可以跟外來的、繼受的西方現代法律制度兩相調和？這些質疑也在首長特別費事件的發展中，讓我們有深思的機會。

在經過本文第二章事件的整理，第三章哈伯瑪斯法效理論的探討，第四章晚期資本主義社會法律化過程面臨的困境，及哈氏對當代法理論的批判後，本章準備回到本文的主題，就是以哈伯瑪斯的法律有效性觀點，來看首長特別費事件，

是否可幫助我們從事件中學習？對提昇司法品質與公信力有何啟示？

5.1 事實與規範之間—首長特別費事件中的觀察

在現今多元的社會中，全方位的世界觀與具有集體約束力的倫理規範已經瓦解，但是構成現代法律這個具有強制性、實證性，被認為是用來保障自由的規範系統，其背後的正當性基礎何在¹²¹？面對現代社會日益複雜的情勢，哈伯瑪斯強調現代法律只注重立法、司法與行政的技術面，忽略法律的正當性基礎，忽視其他規範所發揮的作用，這將危及法律的有效性，尤其無視道德的意涵，這也將導致法律與道德愈走愈遠。哈氏他認為法律需要道德標準的支撐，尤其表現在刑法之上，刑法的基礎，不管是犯罪的界定、與刑罰尺度，都與道德標準相關聯；犯罪偵查、判罪之輕重，因為涉及人民的生命、自由與財產的剝奪，都會引發道德的命題與論述。首長特別費所引發的爭議，其結果除了民主政治面向的考量外，對於我們社會道德標準的審視，也提供一個觀察的面向。

哈氏提出了法與道德之間的關聯討論，就是以法律理論的角度來論證現代法律只能從「自決」(self-determination) 這個概念獲得其正當性。對於法律與道德的關聯，基本上他不認同韋伯的看法，韋伯認為法律只需考慮涉及內存於法治形式裡頭的理性，以價值無涉的理性概念，提供法律進行統治所需的正當性¹²²，這個命題支持了實證論者的法律概念，而這種看法在首長特別費案件過程中，正好也得到一種檢驗的機會。實證論者認為法律正當性的取得和道德之間關聯性不大，法律僅僅根據自己的形式特徵與立法程序的正當就可為自己取得正當性，並僅就正當程序的實務操作，就可自我滿足，不需通過堅實的辯證，但從哈伯瑪斯生活界的觀點來看，一旦這些規範的有效性受到質疑，法律的正當性就已不足，正當程序的實務操作也就沒有意義，它們需要有堅實的辯證，因為它們原是屬於生活界的秩序，與非正式的行為規範，共同形成規範的背景。特別費的規定之所

¹²¹Habermas Jürgen, supra note 11, at 447

¹²²洪鑣德著，當代政治社會學，頁 266，臺北，五南出版社，2006 年

以受到多方的質疑，就是因為缺乏合理的辯證論述過程，實施多年以來僅在一個封閉的行政官僚系統中運作，與社會沒有對話的機會，這或是受制於威權政治文化的影響，或是官官相護的系統自我滿足，一旦曝光，就有許多與根植於民眾直接經驗的生活感受不一致的地方，尤其是牽涉到道德辯論的議題。

這種現象正好與韋伯理論的假設前提相反，韋伯認為法律自己擁有一種獨立、與道德分離、內在於法律本身之中的合理性，憂心取消法律與道德之間的分化，將構成法律合理性的威脅，認為將實質融入法律原則中，對形式理性的法律造成破壞，進而也會威脅以形式理性法律作為統治的正當性，首長特別費事件所呈現的事實正好相反，我們發現僅只具備形式理性的法律的規定，是無法證實取得正當性地位的。哈氏認為這是因為韋伯把道德理解為主觀的價值取向，所以會認為價值是無法進一步提供正當化的實質內容，韋伯沒有區分評估衝突的價值偏好與規範道德的應當性，這二個面向是有差異的。

哈氏不贊成馬克思以無產階級的地位來取代古代由宗教及神學等，外在於人的因素所支撐的正當性，也不贊成韋伯的獨尊工具—目的理性，他試圖在事實與規範之間找到一個平衡點，就是要在先驗與經驗之間找到一個均衡點，這表明了他對啟蒙的態度，也是其正當性理論的前提¹²³。法律詮釋學派將理性放置於歷史傳統脈絡中，用以解決正當性的由來，哈氏認為在複雜多元的現今社會中，並不能提供一個令人信服的理由，以作為法律判決有效性的根基，主要是因為現今社會，面對各種不同的信念及利益競爭，某人視為具有歷史確證的原則，對另一人來說，卻可能只是一種偏見或是意識型態，所以無法成為有效性的根基，這種看法，在首長特別費事件中正好有充分的見證。法律唯實論者的觀點，認為法律之外的因素，如利益、社會化過程、社會階級、政治態度及人格結構等背景，確實在法律判決當中，會發生某種程度的作用，而且也解釋了法官是如何填補自由裁量，此種論述，在現今高度缺乏信任感的台灣社會，正是法官最容易遭受批判、

¹²³高鴻鈞、馬劍銀編，同註 17，頁 376

質疑之處，也是本事件中司法面臨最大挑戰之處。這正是首長特別費所引發的爭議中，很容易陷入的迷思，究竟要從實質性的各種內容著手，或是形式上的證明？我們發現目前社會最缺乏就是一種從理性論述角度來進行辯證的過程。以實質和特定文化發展的「原則」論，尋求整全融貫的 Dworkin 理論，或許是本事件中最令人期盼的圓滿答案，但如哈氏的批評，Dworkin 的論點在於其容易落入「獨白」的觀點，缺乏與社會的對話。正當性證立及以此為基礎所建立的社會整體秩序，其有效性之確據不僅在實質性的內容呈現，更是證立的方式，也就是哈氏所強調的理性協商的過程及協商的假設性前提。

我們試著從媒體載體來觀察，本事件中傳統媒體如電視、報紙及雜誌等，網路媒體如新聞網站和網路論壇，對此熱門事件的發言都非常踴躍，除了電視政論性的節目提供民眾 CALL IN 機會，讓基層聲音有機會被聽到外（還必須假設不是刻意安排的前提下），所謂名嘴以及各家電視台新聞記者的緊迫釘人，形成傳播學中所謂「議程設置」及「沈默螺旋」的輿論塑造效果，而且發揮得淋漓盡致，但輿論對於意見整合的功能卻沒有成效，只見意見的分歧與對立的日漸加深。

網路輿論以其方便、快捷和資訊容量大的傳播優勢，反映在本事件中更是明顯，針對不同當事人的不同的起訴標準及判決結果，民眾反映相當熱烈，尤其利用個人的部落格抒發己見，形成巨大的輿論壓力¹²⁴；在檢調司法體系內部亦引發不同的聲浪，除了第二章所提針對檢察體系內非正式問卷調查，顯示相當分歧看法外，在檢察官改革協會網站，清楚的發現有非常不一致的意見，但網路上的輿論，缺乏的是有交集的對話與回應，大都是獨白式的發表，而且對話的前提假設並沒有充分懸掛，也沒經過有效性的檢驗過程，而且在匿名的問題尚無法妥善解決前，網路輿論的信度很難提高，這是目前網路輿論潮流下無可避免，值得觀察與面對的現象。

¹²⁴ 以「馬英九特別費」在 Google 搜尋共有 866,000 筆，以「四大天王特別費」搜尋有 976,000 筆（2008/3/6），不僅在台灣引起激烈辯論，在大陸同樣受到熱烈討論。

本事件當中社會輿論雖呈多元分歧的局面，大部份的輿論空間都被色彩鮮明的意識型態所籠罩，意見領袖整合社會的功能難以發揮，學者發表言論亦容易被冠上藍綠的標誌，筆者不禁要問，難道這就是正義轉型期民主的陣痛？我們果真坐等通過陣痛期，就可享受新生的喜悅？

雖然報紙媒體在現階段仍不免被冠上藍綠的標籤，且筆者因受現實因素的限制資料蒐集無法完備，但仍試著從報章的民意論壇，擷取法律學者發表的相關論述彙整，因某種程度上，這代表著社會某種理性論法的聲音，筆者認為在本文中呈現有它的價值，試羅列如下：

一、認為係因制度與規範不明確引起，應修法解決：主要係認為現行法令對首長

特別費的目的、動支程序與範圍，以及公款的認定，皆以位階最低的內規函釋加以規定，又欠缺明確性，難以刑法相繩。若違反函釋規定，僅生懲戒責任，建議修訂相關法律，以法律位階釐清特別費所引起爭議，譬如修訂審計法內容為「民國九十五年十二月三十一日前，以首長領據支領之特別費，為首長的薪資補貼，一經首長以領據具領，視為完成核銷。」並以統一之法律見解，作為法院判決之依據¹²⁵。另有學者認為，整個行政體系對於特別費性質究竟為何，未有一致見解，在罪刑法定的前提下，無法據以起訴¹²⁶。

二、從避免浪費司法資源的角度論述：認為法不治眾，涉及首長現今尚有六千多

位，如果放下其他貪瀆、刑案不去偵辦，而將全部資源投於偵辦特別費的不正義，不僅牽連甚廣、耗時甚久，且恐將陷文官體系於更大的危機之中，但如果只是選擇性辦案，則有傷平等的憲法原則，會造成更大的不正義¹²⁷。

¹²⁵ 詳見董保城，歷史共業修法解決，聯合報：A15版，96年3月14日

¹²⁶ 詳見孫遠釗，無罪上訴虛耗資源補刺追殺？聯合報：A15版，96年8月18日

¹²⁷ 詳見劉佩怡，制度未完善拖累司法，聯合報：A19版，96年8月15日；陳長文，特別費「馬標準」十年也辦不完，聯合報：A19版，96年5月2日；蔡茂寅，國務機要費與特別費相關法律問題之探討，臺北大學法學系演講紀錄，95年12月5日

三、**針對檢察官的箴貶角度論述**：認為檢察官「應掙脫僵固的檢察文化，超脫褊狹釋法、機械詮法，應敢言、不鄉愿，以符合人民情感的期許」，也有指責承辦檢察官辦案品質及道德問題，認為筆錄登載不實所凸顯的問題，就是傳聞法則的漏洞與弊端，起訴邏輯及標準不一致，認為這將傷害社會的正義，同時對濫權起訴、追訴與不起訴，認為該積極修法，將再議之權由檢察機關移轉給法院¹²⁸；對無罪之判決，尤其是政治性高的特殊案件，應禁止檢方繼續上訴¹²⁹。

四、**針對整個檢察體系的反思**：主要是針對檢察一體的是否合理，以及制度應如何落實的方向論述，認為只有走上制度改革一途才能進行結構性的改變，同時要避免檢察體系受行政權制約，淪為政黨附庸¹³⁰，所以應加強社會及司法上的制約。

五、**司法機關定位的反思**：對這部分有兩極不同的看法，有的認為當司法碰到政治事件時，宜儘量退避，不強求定紛止爭，所謂「司法消極主義」¹³¹，亦有認為一旦涉及政治爭議，司法無法閃避社會的輿論批判，所以很難避免涉入，而不得不對政治上爭議做出裁決，因為在現行體制下，憲法賦予司法相對的自主性及強制調查權，法院仍被期待為解決爭端的地方，且認為在現今公共監督與評判愈來愈多的情況下，具有政治影響力的司法機關，應負起民主責任，此可謂「司法積極主義」的代表¹³²。

¹²⁸ 詳見陳長文，檢察官覺醒掙脫籠中籠，聯合報：A15版，96年3月13日；陳長文，特別費檢察邏輯忽鹿忽馬，聯合報：A23版，96年9月29日；陳長文，關心陳雨鑫案的再議結果，聯合報：A23版，96年10月20日；林裕順，筆錄羅生門信錄音帶不信任，聯合報：A23版，96年7月21日

¹²⁹ 孫遠釗，無罪上訴虛耗資源補刺追殺？聯合報：A15版，96年8月18日；林世宗，無罪判決應禁檢方上訴，聯合報：A19版，96年8月16日

¹³⁰ 詳見陳長文，特別費檢察邏輯忽鹿忽馬，聯合報：A23版，96年9月29日

¹³¹ 詳見鄭善印，司法也參選？藍綠大案都應停審，聯合報：A15版，96年8月19日

¹³² 詳見廖元豪，特別費案法律即政治？聯合報：A23版，96年9月22日

六、針對馬英九一審判決理由的論述：贊成一審判決的意見，不外持讚賞的態度，本文暫省略不談，蒐集不同意見如下：有認為臺北地方法院引用宋代「公使錢」將特別費定位為「實質補貼」是否妥適，而提出質疑？認為藉此而作為馬英九無罪判決之理由，係曲解「實質」的含意，認為首長若無支出「特別費用途」費用之「實質」，不得以「補貼」之名，「行圖利首長私囊之實」¹³³；亦有認為臺北地方法院合議庭，係曲扭了最高行政法院 91 年度判字第 1857 號行政判決，而認為無因公支出亦可領錢補助；亦有人投書認為因恐涉案人員太多、牽連太廣，後果難以收拾，解決之道是「總統宣佈大赦，或立法院修法將此犯行除罪化（但須將溢領公款繳回國庫），而不由個別法院宣佈無罪¹³⁴」。

由以上論述及一般社會大眾輿論來看，大部分民眾期待一個令人信服、適合於複雜社會，並能與憲法相維繫的規範性法律觀；與此相反的，也有人是完全放棄這種規範性法律觀的期待，期待另建構一個無強制力，以共同信念為整合力量的社會，或者期待藉著正義的轉型實現公義。但是，這些期待，目前似乎都沒有可著力之處，筆者認為真正讓我們擔憂的，反而是這社會，是否會因此逐漸喪失寶貴的「中間地帶」。

首長特別費事件演變至今，焦點都被導向高度抽象的政治議題，民間失去發言或制衡的空間，讓許多深刻值得探問的價值問題，陷入無法討論的困境，呈現社會無力、民主倒退的景況，一種憤世、遁世的犬儒心態似乎漸漸呈現，這才是真正令人擔憂之處。如何縮小這些鴻溝，或許就是我們該戮力的地方。哈氏認為現代法制史中，運用得最成功的法律典範，是今日依然相互競爭的兩種法律典範，一是中產階級自由主義為代表的形式法的典範，另一種是以社會福利國家為代表的實質法的典範，但哈氏認為這兩種典範都有所不足，所以主張要採取言說

¹³³ 詳莊伯毅，實質補貼≠補貼，自由時報：A15 版，96 年 8 月 15 日及同日記者賴人中、林俊宏的特稿

¹³⁴ 詳袁司法，扭曲一八五七，自由時報：A15 版，96 年 8 月 15 日

理論視角的第三種法律典範—程序法典範，來理解與解決二十世紀末出現的社會困境。

哈氏認為廣義的法律制度，應包括所有用法律來調節的行動系統，他同意盧曼把這種廣義的法律定義為「專事穩定行為期待的社會子系統」，這系統包括彼此對立的兩個領域，一個是具有正式組織形式，並以法律構成互動領域，比如經濟系統或官僚科層體制，其多數的互動都是由法律指導，並以法律作為行動的參考；另一個領域則是初具法律外表，主要由法律以外的建制，作為調節互動的領域，比如家庭、鄰里關係或學校，法律存在僅僅是作為一種背景，只有在衝突發生時，才會被行動者意識到，在哈氏所描述社會福利國家的一些現存的衝突矛盾現象，就鮮活的呈現這兩個領域的對立。

在憲政民主國家中，雖然立法被認為應站在樞紐的關鍵位置，但根據民主法治國「三權分立」的理念，法律的制定、適用和施行這些權能的角色，是由國家的「權威機構」—立法、司法和行政機關來承擔與扮演，這些功能彼此也應該相互分化與制衡，但在實際運作經驗中，參與「法律制定」功能的，不僅僅是政黨、選民、議會團體及政府首長，法院對法律的詮釋、行政機關的科層官僚對自由裁量權的廣泛行使，間接都參與及影響了「法律制定」的過程；「法律適用」也不限於法院內運用，且僅限於以法律學說，運用於相關的判決上，或者僅限由法律專家公開來行使。實務上，行政機關的科層官僚也悄悄地行使「法律適用」的功能；至於「法律施行」的功能，不僅為行政機關科層官僚的主要權責，法院間接也在行使，甚至愈來愈明顯的趨勢發現，政府部門愈來愈將「法律施行」的功能委託給半官方或非官方的組織來行使¹³⁵。

廣義的法律系統，包括所有法律的互動，不僅在產生新法律的行動上，也包括法律所有延續的互動過程，同時也包括法律授與所制定、適用和施行的次級

¹³⁵ Habermas Jürgen, *supra* note 11, at 195-196

規則，諸如首長特別費相關規定的函釋，都屬行政規則的範疇。從這個角度來理解法律系統，我們就可以不被「三權分立」這理論上的概念所限制，理解與觀察「首長特別費事件」的種種現象時會有比較清晰的看見。事實上，「首長特別費事件」的爆發，對幫助我們思索，法律在現今社會中的角色是什麼？在日常生活中，實際影響法律運作的因素又是什麼？是可以從正面來思考，它存在的意義與帶來的價值。

從立法機關的角度來看，特別費只是預算法規範下的一個預算科目，與其他多如牛毛的預算相比，其金額並不特別顯著。它編列與刪減的原則，在彰顯立法機關對行政機關預算的決定權，但通過之後，如何控管與執行，立法機關使不上力，事實上似乎也無須如此費力，因為相較其他龐大的年度預算，實在不起眼，除非遇上像本次偶發事件的引爆，又恰巧與「政治因素」相牽連，否則只要經過預、決算的合法程序通過，是很少有機會被拿出來檢視。

另從行政機關的角度來看，規範特別費的相關規定在法律位階上，是行政院主計處針對各行政機關所定之內部行政規則，其規範目的與其說是為了合乎其編列與使用目的，不如說是為了因應層出不窮的「實際案例」。這些行政規則一方面要與過去類似案例處理方式比較，又要因應新產生、尚待解決之現況，同時又必須考量現行法律規範，最重要的還要成功解決行政首長的實際需要，以達到「因公支出」的目的。在層級節制、上下隸屬階級關係嚴明的行政體系中，雖然因分層負責的授權，首長未必親自具領特別費，但首長的「決策權」卻往往是考量的關鍵因素。不過，在此事件中，我們也可發現龐大行政官僚體系中的行政官員，對於「依法行政」四字的解讀，竟有如此大的裁量空間，或許是因長官的授意，也可能是出於對上意的揣摩，但更可能是出於「想當然耳」的慣性所使然。

延襲「行政慣例」成了本案最大的「歷史共業」，長期以來的執行過程中，龐大行政官僚體系對於一般社會大眾的觀感，是否與行政官員的解讀相同？反而

是其次的考量，或是從未加以考量！也無怪乎事件爆發後，會引起社會的譁然與議論。由小窺大，從「首長特別費事件」中，我們觀察到「法律適用」不僅限於紛爭發生時，由法院的法律專家行使，行政機關的科層官僚，對整個法律體系的運作，居然有如此大的彈性空間，而且具有如此大的影響力。行政機關科層官僚不僅僅參與了「法律執行」，對「法律制定」過程的參與，不管是直接、間接，都發揮很大的影響力。比比皆是有許多習焉不察的現象，與其說是包庇或苟且，不如說行政機關長期以來缺乏與社會對話機會與場域，除此之外，官僚體系彼此之間，也因組織的防衛等種種限制，缺乏真正的溝通。

對於司法機關來說，在本案件中其窘迫情況更是明顯可見，姑不論承辦檢察官與承審法官的心證是如何形成，缺乏進一步探詢的機制，僅就社會輿論的壓力，社會一方面期待法官能發揮定紛止爭的職能，一方面卻對「獨立審判」抱持不信任的態度，這種情況下，司法體系要如何發揮社會整合的功能？另一方面，因檢調單位的表現，與社會大眾期待有落差，引發對其角色與地位的信任問題。在本案中，更加突顯檢察體系的角色有討論之必要，作為代表國家行使起訴權力的檢察官，獨立行使權力辦案，但其界線何在？當濫權起訴或不起訴的事件一再發生時，檢察一體的功能又應如何發揮？如果眾所矚目的本案，都難以避免出現不實筆錄，或斷章取義的偵訊內容，不懂法律程序、不識法律術語的一般老百姓，面對國家機器又應如何來保障自己法律救濟的權利？事實上，這些所引發的疑慮與討論，比案件本身的判決結果，更應得到社會的關注，因為其影響所及的正是法律本身的正當性，這也是法律有效性的基礎。

哈氏認為身處現代法律系統內同一法律共同體的每一個成員，應含括立法者、行政者、法律人，以及作為公民的每一份子，但除了這種廣義的法律系統外，哈氏認為還可以從「法律理論」的角度切入，也就是從狹義的法律系統來觀察。「法律理論」的角度，其關心的焦點是具體的法律秩序，除了法律條文、判例、法律學說、立法情境、法律的歷史淵源等原始法律元素外，對於法律與政治權力

之間的內在聯繫，也就是國家政權如何在法律允許下，運用所謂「合法暴力」這種強制力的行使，也是關心的焦點；在狹義的法律系統所關注的是，司法領域中有關司法的理論，及法律論述的理論，也就是法律的確定性原則與對法律合法運用（也就是作出正確的或正當的判決）之間的張力的探討¹³⁶。

因為所有的法律交往，最後都會指向可訴諸法律行動的主張，基於方法論的需要，法院的決定往往對法律系統的分析，提供了一種無可取代的視角，特別是關於法官的角色。「說理論證」向來就被認定是法律人主要的工作，所謂「說理論證」就是提出理由，來證立（justify）某個主張或行為的行動。它必須受到法律規範的拘束，法官必須適用或援引法律規範做為其判決的理由，這是依法審判的基本要求，法律規範提供證立某個特定法律主張所需要的理由，法律論證乃是運用規範的說理，規範、理由與法律論證之間的關係，是法理學重要研究課題之一¹³⁷。但往往我們只看到法院（或行政機關）衡量的結果，卻看不到衡量的說理過程。更重要的，法律的合法性不僅僅取決於存在的形式，還取決於規則產生的方式是否公正，是否通得過「正當性」的檢驗，這正是在首長特別費事件中最缺乏的部分。

5.2 從溝通理性建立的角度出發

哈氏認為應將理性（特別是溝通理性）與同意（特別是人群透過商量而建立的共識）加以聯繫，哈氏採用語言學的理論來建構它的溝通理論，主要目的在重建我們基本的直覺，這種直覺認為合理性的基本特徵，在於提出理由的「取」與「給」協調過程，把過去啟蒙時代以來，所重視賦予主體個人（或其社群）之理性，焦點轉向人際間的交往、協議與溝通，不同於向來講究策略、功能、工具（目標與手段）的理性，不同於事先定一個目標、一個目的，然後要別人遵循，

¹³⁶ Habermas *jurgen*, supra note 11, at 195

¹³⁷ 王鵬翔，同註 116，頁 75

論述過程得到的共識，是參與者（說者與聽者）「取」與「給」間、「贊成」與「反對」間所得來的理性體現。

根據哈氏的看法，藉著溝通行動可以達到理解與共識，因此「有效性」只有透過理想化（idealization）、理念化的過程來完成，這都是根植於日常生活相互並存的經驗性的理解中，也就是在語言結構所產生的事實性與有效性的張力中，必須不時將事實性與有效性並列比較，也就是在理想、現實或反現實（與事實有出入）之間考量，進而從中獲得動態平衡的力量，法律也在此刻扮演穩定、整合的角色。

對於哈氏的「溝通理性」批評者最大的疑惑是，面對一個已遭破壞的結構，即使有意願選擇以溝通理性作為對話基礎，這些溝通的參與者應如何開始？如何確保參與者都願意放下他們「手中的武器」真誠面對？尋求彼此的理解與共識？他們認為哈氏不斷談論觀點、理論及程序，但對此現實問題卻較少著墨，對此哈氏的回答是：我們必須相信民主制度。他認為每一個想為未來提供綱領或社會結構的企圖，都已預設且肯認了願意在各種理性動機下互動，而這種互動能夠實際運作，是因為它是獲得同意的惟一根源。

哈氏所提出的程序典範的法律觀，乃是一種過程觀，此種過程可以確保在法律及事實上都平等的公民，他們的私人自主與政治自主能夠同時落實。哈氏認為要讓合法律性取得正當性的基礎，在法律規範產生程序中，必須承認且兼顧道德實踐是有意義的，在程序上也是合理的；也就是說，法律的形式屬性，只有根據合乎道德內容的原則，才提供賦予正當性的理由，但這些法律的形式屬性，不是具體固定於某些特定的語義特徵上，而是把進行論證的要求，及滿足這要求的辯論程序加以建制化。

程序性的法典範不是單從政治立法的過程，或司法的過程中尋找，要使規範的論證與規則運用的公平性觀念，在現行法律、立法程序與司法程序之間有建構

性的聯繫，把法律的道德實踐，在意義上的合理性顯現出來，把道德辯論本身理解為合理意志形成的過程。合法律性之所以會產生正當性，是因為隨著法律實證化而產生的論證中，相關參與者能自由平等的參與一種合作的真理追求過程，一種能受到道德論述影響的法律決策程序，因而獲得建制的形式¹³⁸。道德與法律都具有調節人際衝突的功能，且都應該保護所有參與者及相關人平等的自主性。但是，法律在結構上比道德更複雜，因為法律一方面釋放了取決於每個人價值和利益的行動自由，另一方面又限制了此種自由，同時，又因為它容納了集體的目標設置，因此不允許僅僅從道德角度進行論證。

道德的自決是各人依據自己的判斷，自認有約束力的規範；但公民的自決，包括私人自主（private autonomy）及公共自主（public autonomy）兩部分，從法律的觀點看自主（autonomy），還可進一步區分為能夠理性決定的選擇自由，及能夠進行倫理決定的個人自由。法律與道德兩者之間的關係何在？哈氏指出「法律的實質正當性，既不得與道德效力混為一談，亦不應將法律與道德斷然割裂」。法律最好被理解為對於弱勢後傳統道德的一種有效補充與配合。

法律的作用，在使金錢和權力等駕馭性媒介運作具有制度性和穩定性，使之能從生活界獨立出來營作，使經濟體系和政治體性可以順利行使其社會功能，從另一角度看，法律職責就是扮演規範（norming）的角色，從歷史的回顧，不管是處於專制時代的「公使錢」、「養廉錢」或民主憲政時代的「首長特別費」，其制度的設計，不外就是讓官僚體制下的「長官」其金錢和權力的運作能在法律媒介下被規約，一方面首長能藉此取得一種權力，得以自由運用金錢，發揮其角色應有的功能；一方面又能在法律的規範下，不致過分濫權，假公濟私無限制的揮霍公帑。至於是否需要說明使用的用途，應從其規範目的與實務運作的期待可能性探討，再來檢視制度設計是否合理。

¹³⁸ J.Habermas 著，童世駿譯，事實與格式，附錄一（法律與道德—1986年泰納講演）頁476，臺北：台灣商務譯書館，2003年

如果從哈伯瑪斯對法律職責理解來看，「首長特別費」作用無非使金錢與權力靠著司法的定位，在體系界找到一個位置便於管控後，就可大大方方與生活界分家，是為了管控的目的，才需要會計與審計的制度來輔佐。但金錢實際的使用，卻是在生活界運轉，用途的說明主要是為與相關的證據搭配，佐證其在生活界中的流向，會計的記帳與支出的核銷，其目的就是要使金錢和權力等駕馭性媒介的運作，具有制度性和穩定性，兩者之間的分際如何拿捏，是立法上的問題。如果不思及其背後根源，片面為了管控的目的，不斷添加更多的補充規定，其規範目的凌駕「首長特別費」原始設計目的時，原本應關注的重點，是首長角色及效能的發揮，卻被細微末節所網綁，「首長特別費」制度設定的初始目的就容易被遺忘。檢視歷年「首長特別費」的函釋，只見對支出的時間、支出項目與支領對象、金額不斷有補充的規定，且傾向留著彈性運用的空間，其原因為何？這或許正是問題的關鍵所在，卻不見被擺到檯面上討論，留下許多揣測的空間，才是值得我們深思之處。如果因本案的爆發，未經充分討論就因噎廢食，片面加強管控，或驟然將制度改弦更張，不啻是埋下另一未爆之地雷，對於法律的「有效性」造成更大的戕害。

藉法律而展開的行政權力，必須建立在公正的制度基礎上，而公正的制度正是溝通權力的體現。過去，因受制於形式的一理性的現代西方法律思想，將過往「情、理、法」的法秩序扭轉為「法、理、情」的法秩序，視為邁向法治國的重要象徵，但其中忽略的是，應該進一步去思維，所謂的「法」其內涵究竟所指為何？其正當性的基礎又何在？在中國傳統文化之中，果真是個缺乏法治的落後國家？還是僅因為它的存在不符西方文明的標準？主客體二元論，主宰我們的世界觀，讓我們陷入更多的紛爭與衝突，我們被宰制但卻不自知？在檢討韋伯對西方獨有之形式的一理性的法律型態，是否適用於複雜的晚期資本主義社會之時，我們對自己過往的法律體系認識有多少？看到西方社會的學者，認真檢討他們社會發展的來時路之際，或許我們也應該認真思考法、理、情三者之間的關聯性？三者果真能截然劃分？楚漢之界的分際是否必要？如何察覺並縮減「系統界對生

活界的殖民」？或許，這就是哈伯瑪斯「溝通理性」所要發揮之處！

5.3 期待促使社會文化相互對話的制度

法律的討論如果未朝著「建制」的向度討論，不把法律看作經驗性行動系統，就會落入空談，但如果始終堅持要由外在客觀化的眼光，對只有從內部參與才能產生意義的觀點，視而不見或麻木不仁，那樣的社會觀察，就始終會出現一些看不到的盲點。建制化的行動，是在種種情境制約下所選擇的文化價值，從哈氏「溝通行動理論」的觀點看來，「合法秩序」的法律是具反思性的，這個行動系統是屬於生活界「社會」這個成分，它是經過「文化」與「個人」一起通過溝通行動而得到延續。

法律行動同時也是一種「中介」，通過這個中介法律制度得以建制，法律傳統、法律解釋與遵守也得到延續，成為較高層次的合法秩序，所獲得的能力，也會體現在「文化」與「個人」這兩個部分的生活界¹³⁹。哈氏與系統論者盧曼的看法不同之處，在於哈氏不認為複雜的現代社會，可以單單採取從外部切入的研究途徑，因為它無法陳現與說明法律體系內有效性需求的存在，這種途徑頂多只能從法律辯論的過程來解釋其有效性，這與韋伯只重視形式過程的合理性，結果是相同的¹⁴⁰。

哈氏認為正當性的基礎，在於對規範有一種自主性保證的期待，相信這些規範將平等的保證法權人的自主性，這種正當性的期待與立法、執法的事實性交織，也將反映在法律的有效性的模糊態樣中。也就是當國家同時可以確保以下兩者：一、確保法律規範被普遍遵守，必要時以制裁來迫使遵守；二、保障這種規範正當性產生的建制條件，讓人們出於對法律的尊重願意遵守時，法律的規範將具有有效性。

¹³⁹ Habermas Jürgen, supra note 11, at 80

¹⁴⁰ 洪鑣德，同註 122，頁 267

哈氏雖然對 Dworkin 的理論提出批判，但兩人的理論都有值得重視的共通之處，他們同時都由「民主憲政」，這當代普世價值出發。當哈氏論到法律體系是否具有獨立自主性，他認為要視制度化的立法程序，與合法的審判程序是如何訂定的，這些程序必須能保障意見與意志能公平的形成，進而使道德程序的理性得以進入法律與政治當中，凡未能落實民主，就談不上有獨立自主的法律¹⁴¹。

但哈氏他也同時強調，我們不應該將民主制度等同於它的形式結構——如選舉、代議制、法規、工會等其他形式的設施。民主制度意謂著即使有策略性行動者之間的妥協存在，但這種協議只在次要層次或是依附性的結合，民主制度最終必須是經由真正「追求理解」的一種行動來完成，也就是一種「共同學習的過程」¹⁴²。因此，他反對任何企圖將行動化約為結構控制的範圍，因為此種企圖「由外而內」決定我們生活，想依照任何公式，使問題的複雜性減少到最低程度，企圖為未來提供綱領或社會結構，都會使得原想解決的問題變得更為複雜，在複雜的社會結構中，每一個干預措施，都會產生各種無法預見的結果，因為它阻礙了所有參與者的參與，使他們無法在理性的動機下參與行動。

試想，當我們與其他個體互動之中，如果這個體具有壓制我們的權力，一切都是依照他的目的進行，把我們當作達成目的的工具，置於策略的層次時，我們會如何因應？即使是不得以的一時順服，下次又會如何進行？策略無止境的運用，會造成什麼樣的後果？用哈氏的話來說，就是當我們的「生活界」承受來自「系統界」的壓力，無限制的增加時，會發生什麼情況？

法治與民主的關聯，乃是法律平等與事實平等的辯證發展，在首長特別費諸多涉及的當事人中，是否被置於一個「平等」的原則下論斷？成文法不能放棄道德的基礎，但民主原則與道德原則各有所本，不可混為一談，這就是法治與民主兩者之間的內在關係的辯證。哈氏認為社會正義諸原則間彼此的衝突，是實質

¹⁴¹ 洪鑣德，同註 122，頁 266

¹⁴² Pusey 著，廖仁義譯，同註 80，頁 160-161

的考量，與法律形式性的精準與可計算、可預測不可視為同一件事，必須靠道德觀點來解決，法律產生的過程本身，要與道德、實踐過程的理性的獨立規範相一致，也就是不只是形式上的立法過程而已，必須看重公共論域的發揮與討論品質。不同的法律典範所反映的，可能是不同權利體系，及不同的法治國的原則的具體展現；但也可能是經由不同的方式，來實踐相同的權利體系與法治國原則。

無論如何，經由特定的法律典範，一方面決定了權利體系與法治國原則的實施方式，另一方面借助特定的法律典範，我們可以去理解那個社會的獨特環境¹⁴³，哈氏認為不管是企圖對法律作概括抽象詮釋的法律理論，或是把法律當作調節互動的行動系統用以觀察社會情境，對所有參與者來說，背後都隱含著把法律系統與社會情境連接起來的意義¹⁴⁴。他認為法律專家對單個規範命題的詮釋，不僅要從整套法律的語境出發，也要從居主導地位的，同時代的社會前理解的視域出發，對法律的詮釋，事實上就是以一定的方式，來感受社會情境的挑戰，並給予適當的回應。

談到國家的運作，也是在事實性與效力性雙軌間運作，國家運作靠權力，權力分為行政權力與溝通權力，法律可以視為溝通權力轉化為行政權力的媒介，藉法律而展開的行政權力，必須建立在公正的制度基礎上，而公正的制度正是溝通權力的體現，法治國的維持是靠社會權力效果的達成，也就是現實的種種衝突陳現與解決中達成法治國的理想。首長特別費所帶來的社會衝擊，轉換為正向的力量，是讓我們更去思維，如何創造一個公平且能相互對話的法治制度與社會環境。

¹⁴³ Habermas jurgen, supra note 11 , at 194

¹⁴⁴ Habermas jurgen, supra note 11 , at 388