

第四章 法律有效性內涵的探討

哈氏在追溯「現代性」的根源時，認為今日西方政治、經濟、法律的成果是理性化的結果，系統理性化或分化的前提和起點，是「生活界」的理性化，但他擔心經濟和行政系統的片面理性型態，入侵到生活界的行動領域，把「生活界」理性的增進，化約為「系統界」中「目的—工具理性」的增加，他憂心忡忡所擔心「系統界對生活界的殖民」，就是這種情形，如何經過重新詮釋，重建「理性」成為實質解決社會衝突的機制，用以處理關於現代性（Modernity）的問題，成了他的關懷核心。上一章提到哈伯瑪斯「生活界」與「系統界」的概念，藉此可觀察到當今社會的兩個領域，一個是具有正式組織形態並以法律規範所構成，比如經濟系統或官僚科層系統，其互動是由法律來規範、主導的領域；另一個則主要是通過法律以外的建制，來作為規範與互動的領域，比如家庭、鄰里關係或學校，在這些領域中，法律的存在僅僅是作為一種背景，只有當衝突發生時，才會被行動者意識到。

本章將借用哈氏的觀點來描繪現代社會的種種弊端，並進一步探討其迎接挑戰的方式。先就哈氏的觀點來看所謂韋伯「目的—工具理性」的概念，再談其如何重建韋伯的理性概念，瞭解其重建目的及重建方法。至於晚期資本主義社會的實際狀況，我們將分為兩部分討論—為社會制度的合理性與正當性危機探討，另一部份就法律化的歷史脈絡，來掌握晚期資本主義社會的困境，藉此觀照我們社會當前困境。

4.1 從工具—目的的理性的批判出發

哈氏觀察二十世紀六十年代末以來，西方國家引以為傲的理性主義，在社會福利國家的運作下，處境愈來愈尷尬，西方社會為了維持並穩定其系統的內在關係，愈來愈要求人們在社會心理及文化方面要付出額外的代價，甚至危害到民主

的精神，他認為惟有從理論上對這些社會現象加以探討，才能真正掌握從啟蒙傳統所建立的西方文明的精髓—理性主義，並以「理性」作為實質解決社會衝突的機制。

哈伯瑪斯用以論證「晚期資本主義社會」將出現正當性 (Legitimacy) 危機，主要是受到韋伯的啟發與影響，他把「正當性」當作問題的中心，來觀察晚期資本主義社會的弊病，其主張以理性來論證，也是受到韋伯社會理論的啟迪。韋伯重要著作「經濟與社會」(Economy & Society) 主要係分析在西方文明中「理性」是如何形成的，對於社會生活與經濟生活會產生什麼後果？是否會把現代人帶入「鐵籠」的困境中成為囚犯？韋伯認為現代社會的發展歷程，是一個理性化的過程，是啟蒙運動之後「現代化」的一個成果，他認為資本主義與現代法律，為什麼不在中國等其他地區產生，而會發生在歐洲社會就是一種明證，這樣的考據與推論是否正確，不是本文探討的重點，而是從中可以了解韋伯的想法，及對哈氏的影響。

以本文的角度來說，韋伯之所以不可忽視，主要是因為他與哈伯瑪斯一樣，都是針對資本主義社會的發展，作為其理論建構的基礎，韋氏認為不管在選擇研究題材，或說明社會人文現象，要選擇對我們有意義或重要性的部分。社會文化現象不只是觀察陳述，要進一步加以詮釋，瞭解背後的意義。他認為從方法論的觀點來看，實踐的效力評估及經驗事實的陳述真實性，兩者是不屬同一層次的問題，因此科學的研究，應將經驗事實的建立及實踐評估分開，因此他發展了「理念型態」(idea type) 分析方法⁷²，他認為任何一種歷史陳述或命題都無法窮盡含蓋所有的現實面，所有超越具體情況的陳述都屬「理念型態」⁷³，對現代社會發展的認知也是屬於「理念型態」的論述。

⁷²黃維幸，法律與社會理論的批判，頁 145，臺北：時報文化，1991 年

⁷³ 或稱之為「理想分析」(ideal type) 但與價值判斷上的理想無關，只是為了突顯文化現象的關係，作為一種知識手段的採用。

韋伯認為社會行為有四種：目的—工具理性行為、價值理性行為、情感性行為、傳統性的行為，大致可區分為理性與非理性的行為兩大類。「工具—目的理性」行為，是為了實現預期之功利，所展現的「目的理性」(purpose rational)，是「手段—目的」間的理性估算下的產物；「價值理性」行為則是基於行為人的價值、信念，雖與成敗的估計無涉，且無實用目的，但即使是基於宗教、倫理等價值，也是理性的行為，其餘的行為則屬非理性行為，同時，他亦提出四種正當性的秩序與上述行為對應，認為各有其「正當性」的對應基礎。

論述到具體法律發展的過程，韋伯關心重點在探討何種因素促進法律理性化的進程，他將上述「理性」與「非理性」兩大類行為，再加入「形式」與「實質」兩種標準，區分為以下四種情形⁷⁴：形式非理性、實質非理性、實質理性及形式理性。韋伯認為當法律受到超理性的控制手段引導時，如神諭，就是採「形式非理性」的方式；如果是根據每個情況，憑感情作出不同判斷及結論，則屬「實質非理性」的法律模式；但有意識地遵循某一種原則，如宗教或理論，則是屬於「實質理性」的法律模式；最後一種就是他所謂現代法律的特徵——「形式理性」的法律。「形式理性」的運作模式，不是根據個案來決定，而是法律在實體上或程序上都受制於一般普遍的確定形式，其「正當性」基礎是基於人們的自願協議，或基於合法權威的強制⁷⁵。

在韋伯的社會行為分析裡，他進一步把統治型態與法律思想型態作一緊密的結合，每一種統治型態都有其相對應、相配套的司法程序及法律判決的正當性基礎，這也就是韋伯所謂「合理統治」的理論。他認為世界上的統治類型莫過於三種：傳統型統治、魅力型統治和法律型統治。但是，不論是哪種形式的統治，統治者命令能否被服從，都取決於是否建立並培養了被統治者對統治的普遍信仰。只有被人們認為是具有某種正當理由的命令，才會獲得被統治者的追隨，從而具

⁷⁴李 楯，法律社會學，頁 88，北京：中國法政大學出版社，1999 年

⁷⁵高鴻鈞、馬劍銀編，同註 17，頁 314

有正當性。在韋伯看來，現代社會中，所謂的正當性的基礎就是合法律性，其基礎都是「一種規範的決定模式，是合乎法律，以及對有權發布這些規則者權力來源的確信」，是指對現存統治秩序的信仰，以及這種信仰指導下，對命令的自覺服從。

所謂「形式理性」的法律，也就是使用內在於法律體系的決斷標準（employing criteria of decision intrinsic of the legal system）⁷⁶，是符合邏輯的理性法，依照韋伯的假設這種形式理性法有下列幾個現象：

- (1) 每一具體的法律決定，都是由抽象法律命題適用於具體的情況；
- (2) 通過法律邏輯，從抽象的法律命題，可以為每個具體情況提供法律決定依據；
- (3) 法律制度必須建構一個「無瑕隙、無漏洞」的法條體系，或至少被當作無漏洞的體系看待；
- (4) 無法以法律語言理性詮釋的，就視為與法律無關，在法律問題決定過程中，是屬不相干的考慮；
- (5) 每個社會行動都可視為法律命題的適用、執行或觸犯、違逆⁷⁷。

傳統統治下，法律判決之特色，是以不變的傳統作為其正當性的基礎，是屬經驗性的（empirical）；魅力領袖統治下法律判決的正當性，乃出於統治者的異稟與才華，是屬個案性的（case by case）隨機；法律型的統治，則立基於邏輯嚴謹的形式理性（formal rationality），其正當性的基礎，是建立在法律統治的脈絡下，這就是現代法律與現代國家的特徵⁷⁸。韋伯分析大陸法系的成文法或法典化的模式，認為形式的法律有利於創造法律型統治。但因為韋伯確信法律的形式主義，將使得法律的操作，透過理性的作用，變得如同機器的操作一般容易，這也是哈氏對韋伯批評最甚之處。

⁷⁶高鴻鈞、馬劍銀編，同註 17，頁 186，採 David M.Trubet 對 formality 的解釋

⁷⁷參照高鴻鈞、馬劍銀編，前註 17，頁 188；及李楯編，前註 74，頁 89；以及黃維幸著，前註 72，頁 164

⁷⁸洪鑣德，同註 18，頁 193

哈氏認為韋伯雖然從人類學得到啟發，認為社會主體不僅要面對內在需求，同時也要面對外在需要，社會行動在過程中，不僅是純粹由習俗或利益立場決定其遊戲規則，其中追求理想理念的需求，不亞於追求物質，「理念」與「利益」是相互滲透的，但韋伯認為轉變為現代社會之時，功利的「工具—目的理性」已取代其他三種行為，成為主導性的行為，所以其「正當性」基礎應從其他基礎轉向法律。

對於韋伯強調工具—目的理性的概念，哈伯瑪斯提出兩個問題挑戰：

(一) 認為韋伯單從「工具—目的」理性的角度去研究行動的理性，並不足以描述和解釋現代社會的問題，不僅要從「工具—目的」理性的角度考量，同時也要從道德實踐和美學表現的角度去思考，廣泛分析行動體系的合理化問題。

(二) 韋伯提到的理性行為，不管是「工具—目的」理性或價值理性，都只在狹隘的「行動論」架構下解釋，不足以掌握社會理性化其他的層面。認為應從分析行動方向的矛盾面，轉移到分析社會整體原則的矛盾；理論的建構應從「個別行動」的理性，轉移到「社會系統」的理性，以因應時代趨勢⁷⁹。

韋伯從倫理、宗教、文化上出發，觀察現代化的進程，發現文化及價值領域間的功能劃分愈來愈細，這些領域各個變得愈來愈「自主」，他認為「現代資本主義…最主要是以計算為基礎，它必須以一套法理的和管理的體制，來維繫其存在」，這套體制的運作，是可以透過理性化的計算，以一些固定、普遍的公式為基礎，如同機器般可以重複相同的步驟，以得到相同的結果。基本上，哈氏同意韋伯的看法，這些的確是現代社會顯現的「理性」特徵。但是，他認為韋伯對二十世紀資本主義社會的演變，之所以會理解為只具負面意義的「鐵的牢籠」，是因為對於社會、政治與經濟的社會化與制度化的解釋，出現「既跳躍且逐漸窄化」的論證⁸⁰。這將現代化的進程，帶入一個幽暗的路徑，他認為韋伯無法解釋人群

⁷⁹ 黃嫺齡，慢性精神病患社區支持性就業的行動分析，東華大學族群關係與文化研究所碩士論文，頁1，1995年

⁸⁰ Pusey 著，廖仁義譯，哈伯瑪斯，頁62，臺北：桂冠，1989年

結合的目的，以及造成全社會團結的意義，無法進一步說明團結與社會之間連帶關係的價值何在？透過對韋伯理論的反省，哈氏認為晚期資本主義社會，國家透過行政科層組織與行政計畫的運作，大量介入日常生活領域，造成系統之間的整合失調，原因就是過度提倡「工具—目的理性」因而產生的結果。哈氏認為只有重建「理性」的概念，才能重新掌握韋伯理論體系的內容。

他認為韋伯的錯誤在於「單面向」的解釋整個發展趨勢，法律似乎淪為權力及利益服務的工具。韋伯認為現代化進程就是一種「解咒」的過程，就是排除情感的非人格化過程，是排除內在價值而彰顯「形式理性」的過程。韋伯一方面用他建構的「理念型態」來描繪他所認知的現代社會，對於資本主義社會所造成「鐵籠」的困境，卻感到憂心與百般無奈。

對於這點，哈伯瑪斯樂觀地認為，法律雖有可能為權勢服務，甚至發展為迫害異己的工具，但從十六世紀以來，文化及倫理的發展，已經具體實現了一種內在的邏輯，提供了一種「正當性」的基礎，並在法律化過程中呈現，背後文化與倫理的力量是不可忽視的。哈氏認為，法律作為一個中介，只要正確認識到它自身的重要性，是可以發揮正面的作用，也能使我們對「社會」有更好的理解。

雖然韋伯花了很大的力氣來說明西方法律「形式理性」的特質，認為現代法律主要的特徵就是「形式的理性」，也就是法條所沒有禁止的行為，就視為合法的行為，講究的是法律的形式條件，而不重視實質內涵。但這並不表示韋伯就同意這樣的發展模式，他對於資本主義社會「鐵籠」困境感到百般無奈，表達的就是對「形式理性」法律的憂心，哈氏對現代社會的關懷與企圖心，或許正好接續上韋伯畢生未完的遺志前進。

哈氏對韋伯的批判是否正確，對韋伯理論缺陷的理解是否允當，或只是為了凸顯自身理論的完整性，本文限於篇幅無法詳細論述，之所以提出哈氏對韋伯工具理性批判的目的，在期待透過哈氏對西方理性發展的理解，幫助我們反思自身

的社會。哈氏雖然是受到韋伯的啟發與影響，但他論證「晚期資本主義社會」的危機，卻是站在一個重新架構的基礎上進行。「重建」對哈氏來說，意味著將一個理論拆開來，然後提出一種更能達成原先目標的新方式，重新予以組合⁸¹。對韋伯及馬克思理論的重建，尤其是韋伯理性模式與社會的理性化過程的分析，在哈氏各種理論重建工作中具有優先性，他重新整理行動與理性間的關係，用來鞏固他所提出的「溝通理性」，做為晚期資本主義社會種種問題的解決之道。

4.2 重建理性的範疇

哈伯瑪斯受到當代的重視，是因為他除了提出深刻的批判外，還積極的建構新的理論，企圖找出合理的具「形式且實質」的法律典範。哈氏批判韋伯以「單面向」來解釋整個現代社會的發展趨勢，但單以「溝通理性」來抗衡主流的「工具—目的理性」是不足的，所以他一方面轉化馬克思所提出的——以經濟基礎來決定社會結構——「雙層理論」⁸²，同時借用胡塞爾「生活界」的概念，發展出他自己的「社會的雙層理論」——「生活界」(lifeworld)與「系統界」兩個概念。哈氏將社會的演進當成「生活界的理性化」，作為對韋伯理性化進程的重建基礎，他認為目前文化及倫理的發展已具備一種內在的邏輯，讓生活界在客觀的、社會的及主觀的各個向度，可以穩定的各別發展。隨著世界觀不斷理性發展的結果，愈來愈具有「反思性」和「批判性」，這不是文化內容或作用的表現，而是基於人類具有「解放」這種知識的需求旨趣，所以讓理性化的可能性不斷展現。

生活界的理性化，就是指文化知識的延續、社會整合和個人社會化等三個層面的符號延續。在文化層面，涉及的是生活界成員共用的生活方式、觀念、思想及習俗之傳承；在社會層面，社會整合就是互為主體的共通規範的遵守，使人際的關係合乎正當的秩序安排；以個人的層面來說，則是透過社會化過程，接受社

⁸¹ 同前註 80，頁 22

⁸² 馬克思認為任一社會結構都存在包含了意識型態的上層建築（典章制度），以及下層建築的經濟基礎（由生產力與生產關係所組成），法律被視為上層建築一環，是意識型態的一種，經濟決定了法律。

會的价值，獲得與他人互動溝通的知能⁸³。社會延續對生活界的貢獻試表列如下⁸⁴：

社會延續（再生產過程）對生活界的貢獻			
延續過程	生活界的結構		
	文化	社會	個人
文化延續	共識產生	正當性	自我形成具有影響力的行為類型與教育目標
社會整合	義務	具有合乎正當秩序的人際關係	社會成員的資格
社會化	解釋的成果	認同規範的行為動機	互動的能力

哈氏認為在我們的日常生活中，生活界的豐富，在於它根植於我們直接經驗的生活感受，是不固定、可滲透，但卻不易完全掌握，也正因如此，必須常常在各種關係的經驗網絡中，重新界定其主觀、客觀及社會規範的情境。由於生活世界不斷在溝通行動中被修正，所以行動者是在其生活界的視野（horizen）中不斷移動，但卻始終不會脫離這個視野⁸⁵。同時，哈氏也強調，雖然新的情境不斷出現，卻不會撼動人們對生活世界「存在那裡」的信賴，這種對「生活世界」的確定

⁸³ 洪鑣德，同註 18，頁 304

⁸⁴ 根據 Pusey 著，廖仁義譯，同註 80，頁 144，筆者重新整理。

⁸⁵ Habermas Jürgen, supra note 43, at 126

感，來自於人們總可以重複其先前做過的事，「生活界」之所以可傳遞某種「絕對的確定感」，乃是因為我們對它「一無所知」，這種悖論的吊詭性質，是因為我們對生活界的把握是屬於一種先於反思（prereflective）的認知，是一種「百姓日用而不知」的揭發。

「生活界」是由諸多背景觀念構成的，這些背景觀念雖不相同，但因為都儲存著前代人的努力，所以即便任何一次的交往過程，均存在著異議的風險，卻永遠有解決的方法。同時，作為一種背景的生活界，它扮演了一種保守的均衡力量，是參與的當事人，可明確設定其處境的泉源，在行動協調進行中，通過語言作為理性的媒介，經由可批判、可檢驗的「有效性宣稱」，當事人表明其肯定或否定的立場，展現事實性與有效性之間的張力，達成相互理解，最終「溝通行動」的主體，總是會在生活界的視野內找到共識。

哈氏認為現代社會主要是由二大系統所組成：一是經濟系統，即市場經濟或商品經濟；二是政治系統，即國家、官僚行政體系，彼此相互依存，缺一不可。這兩個系統各有其操控媒介，經濟系統的操控媒介是金錢；政治系統的操控媒介是權力。系統的存在和運作，有其正面社會功能，但目前所造成的困境，在於其運作是以某種非人性的邏輯為依歸，也就是違背了人們自始至終都依賴以作為調節行動的機制——「理解」的行動領域，換句話說，在這些系統運作中，理性所發揮的作用僅限於「工具—目的理性」，而缺乏「溝通理性」。

從行動的角度來觀察，「工具—目的理性」的行動觀，即使可以客觀的評量達成目的之手段，但對於主觀成分居多的行動者意圖、目的與價值觀，卻不見得能經由客觀的評量標準，來獲得他人的同意。但相對來說，「溝通理性」主張行動者的知識、意見及發言等之「有效性宣稱」，必須接受公開論述及批判，凡能獲致他人理解或同意，有充足理由作為行動之依據，這種行動才是符合實質理性

的要求，也就是由行動主體間的主觀理性，擴展到溝通雙方互為主觀的理性⁸⁶。

藉著「溝通行動理論」的建立，哈氏企圖推翻獨白式的自由主義及功利主義所衍生的個人主義，因為自由主義及功利主義的行動，是以追求成功的策略行動為中心，它的成功在於征服其他不同利益的對手。這種現實的社會行動取向，雖然也要透過語言這個媒介來溝通，但因動機不同，所以背後達成的目的也大不相同。如果整個社會的價值是由這種「片面性」或「單面向」狹窄的「工具—目的理性」類型所獨占，對於同以語言為仲介，以互動主體的「共同利益」為目標，追求整體「更大範圍理性」的可能性就被壓抑⁸⁷。鑑於「工具—目的理性」在現代社會的官僚體制、大公司的橫行，以及現代人對「策略理性」的盲目崇拜，哈伯瑪斯強調要透過彼此交往、自由辯論，以逐漸形成共識的「溝通理性」與之抗衡，才能避免獨尊一端之弊。

哈氏所謂「溝通行動」是指「透過」語言的一種互動，但它們「不等於」言說行動，它是一種朝向「溝通的」社會延續方向，行動者懷抱著隨時要接受衝擊、接受改變的準備，來面對愈來愈自覺與增長的溝通與理解能力。這種藉由溝通來達成同意的潛能，是人類與生俱來的發展能力，但在目前社會或組織結構中，經由權力和金錢的媒介，卻被剝削性的資本主義組織原理所扭曲，僅僅被選擇性的置於晚期資本主義中成為「樣版」。何以會發生如此境況？以下哈氏對晚期資本主義社會的觀察會有更詳盡的論述。

4.3 現代社會面臨的四種危機

通過批判理論，哈氏將馬克思的危機理論與韋伯的社會理論重新塑造，將現代資本主義社會的諸多困境綜合成一個整體來觀察，用以說明第二次世界大戰以來，西方社會愈來愈尷尬的處境，闡明資本主義社會的諸多問題，造成現代社會

⁸⁶胡夢鯨，同註 54，頁 48

⁸⁷ Pusey 著，廖仁義譯，同註 80，頁 107

困境的「四種危機」—乃是經濟危機、理性危機、正當性危機及動機危機。

哈氏認為資本主義發展的結果，最後會進入所謂「晚期」資本主義社會，也就是組織性資本主義社會。「晚期」這詞並非是指這個體系的衰老、崩潰，正確說「晚期」一詞的使用，主要是表示「發生變化」。哈氏曾於「法律作為媒介、法律作為制度」(Law as Media & Law as Institution) 這篇文章中⁸⁸，以晚期資本主義社會顯明的一些具體化徵兆，說明金錢和官僚行政體系為媒介的系統界(指經濟系統和政治系統)如何介入生活界延續的過程，也就是所謂的「系統界對生活界的殖民化」的情形⁸⁹：

—當傳統生活的各種形式已經崩離而導致生活界的構成元素(如文化，社會和個人)發生相當大程度的分歧時；

—當系統界和生活界之間的交換關係，如職場的雇傭關係、消費者的需求關係、政府與民眾的關係、立法程序的參與等，透過角色的分化重新被調整時；

—當抽象的概念被實質化後，相對人的基本權利(如受雇者的勞動權或選民投票權)，被容許以時間或金錢作為交換條件而受到影響時；

—上述這些情形根據社會福利國家模式，是以金錢作為補償的代價，資金籌措則由資本主義的社會中獲取，進而讓上述當事人被導入系統成為之中的角色，放棄原來在生活界的公共領域中自我實現和自決的期待，逐漸退縮公民的角色，替代的是消費者和民眾的角色。

⁸⁸ 哈伯瑪斯這篇文章收錄於 *Dilemmas of Law In The Welfare State*, ed. By Gunther Teubner, 1985, New York: Gruyter, p203-220; 其原載於 Habermas, Jurgen, *The Theory of Communicative Action*, v.2.: *Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, 所以本文以下引用將以原著之英譯版為參照

⁸⁹ Habermas Jurgen, *supra* note 43, at 356

以上這些資本主義社會的現象，是由於過分依賴「工具—目的理性」控制的技術所造成，哈氏認為晚期資本主義社會把科技當作新的意識型態，使經濟、政治與社會的系統中，存在著經濟、理性、正當性及動機等四種潛在的危機：經濟危機，主要是因為經濟系統不能產生出足夠的消費價值，來滿足人們的需求；理性危機，是因為行政系統沒有產生足夠數量的理性決策，來協調經濟系統發出的矛盾指令；正當性危機，是因為社會文化系統不能符合社會整合的需要，提供足夠的正當性，以確保社會成員對該系統的信任；動機危機，指社會文化系統不能使社會成員產生足夠的參與動機。

哈氏認為，如果單從馬克思觀點著手，強調經濟危機，在晚期資本主義社會是不足說明的，當前的危機與階級革命不一定有關。不僅是因生產關係而造成危機，他認為階級利益的矛盾，已變成了系統指令之間的矛盾，因為自由的資本主義已轉變為受國家調節的社會福利資本主義，政治—行政系統的獨大與壟斷，造成現代社會各種的危機。茲將四種可能的危機其發源點及形式表列如下⁹⁰：

發源點 \ 危機形式	系統危機	認同危機
經濟系統	經濟危機	—————
政治—行政系統	理性危機	正當性危機
社會文化系統	—————	動機危機

依照哈氏「社會的雙層理論」—「生活界」與「系統界」的觀點來看，經濟危機及理性危機是屬於「系統界」的危機，正當性危機及動機危機則是「生活界」認同的危機，後兩種危機涉及到社會成員的動機、詮釋、溝通、期望及同意，是

⁹⁰ Habermas Jürgen, supra note 15, at 45

由生活界的視野 (horizen) 出發的，也是哈氏所強調之危機理論的重心。

他採取系統論者的分析框架，認為任何系統都有「投入」與「產出」的部分，經濟系統要求「投入」勞動及資本，「產出」可消費的價值，晚期資本主義社會的經濟危機主要呈現在「產出」部分，也就是不能產出足夠的消費價值來滿足人們的需求，同時這種型態的經濟危機，還會從經濟系統移轉到政治—行政系統，政治—行政系統的「投入」部分是群眾的忠誠，「產出」部分為行政決策有效的貫徹執行，哈氏認為理性危機的產生，不僅是因決策者主觀上的失誤所引起，更是因「計畫模式」中存在著「結構性障礙」，也就是一方面要以行政計畫來確保資本實現的需求增加，但一方面又要讓私人擁有自主權，來支配生產的工具，如此一來，國家的干預就必須有限度不可過分擴張，且無法有計畫的來協調資本家之間利益的衝突，於是產生操控上的矛盾現象⁹¹。

在公共行政方面「理性的欠缺」，意味著國家機器不能充分的操控經濟系統；「正當性欠缺」則意味著用行政手段，無法維持或確立有效的規範。在資本主義的發展過程中，組織的理性不斷擴展，文化傳統卻相對受到損害或削弱，對正當性的取得，具有非常重要地位的文化傳統，是不可能用行政的手段再衍生 (be regenerated) 的，政府以行政手段來操縱文化事務，將會產生意想不到的副作用——使原先由傳統所確定、屬於政治系統範疇的意義及規範，反成為公眾議論的主題，不僅讓論述的意志形成 (discursive will-formation) 範圍擴大了，此舉也將動搖非政治的 (depoliticized) 公共領域結構，而這結構對延續該系統是至關重要的⁹²。

哈氏認為「正當性危機」是四種危機中最值得注意的一種，如果說政治—行政系統的「產出」危機是產生「理性危機」，那「投入」部分所產生的危機，就是「正當性危機」，政治—行政系統要求「投入」的是廣大群眾的忠誠，但如無

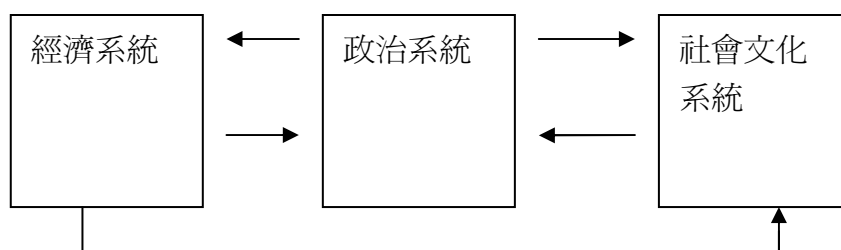
⁹¹Habermas jurgen, supra note 15, at 47

⁹² Habermas jurgen, supra note 15, at 47-48

法獲得，也就是說這社會不值得擁護，也就失去建構此系統的力量與理由，社會系統因而就會發生「危機」。

同時，政治—行政系統要求「投入」廣大群眾的支持，這是由社會文化系統所「產出」，「動機危機」是指社會文化系統不能讓社會成員產生足夠的支持與行動的意義，導致這種認同問題是源於文化的因素，晚期資本主義社會的正當性問題，事實上與社會文化密不可分。

哈氏運用系統理論的概念，抓住各領域「投入」與「產出」部分，某一領域的「產出」往往即為另一領域的「投入」，作為其分析現代社會的基礎⁹³：



不過對於系統論者，哈氏依舊持批判的態度，不認為系統可以經由自身的衍化取得結構的完備性，成功地避開正當性的追問並解決自身的危機。他認為系統論的分析架構，對環境的複雜性分析過於簡化，從權力擴張的單一面向，認定社會的演化只能由經驗的事件和狀態作為討論的範圍，把有效性的問題轉變為行為問題，忽略社會文化系統的危機，將生活上所必需的「有效性宣稱」—真理性（truth）、正確性（correctness）與妥適性（appropriateness）理解為控制手段，並與權力、金錢、信任、影響等其他手段，置於相同地位考量，如此一來，會使論述失去其正確性的意義（forfeit the sense of discursive redeem ability）⁹⁴。

⁹³ 這裡值得注意的是社會文化系統與經濟系統、政治系統不同，不能組織自己的輸入，因此不可能有社會文化系統「投入」的危機，它的危機都是「產出」的危機。

⁹⁴ Habermas Jürgen, *supra* note 15, at 6

社會文化系統從經濟系統及政治系統獲得的「投入」，其形式就是可購買的、用以滿足集體需要的商品及服務，如法律、行政規章、公共安全及社會保障等等。經濟系統及政治系統的「產出」危機，就是社會文化系統「投入」的失調所造成，並轉化為正當性的喪失。因為社會的整合是依賴社會文化系統的「產出」，也就是直接依賴它以正當化（legitimation）的形式，提供動機給政治—行政系統，也間接提供教育及就業系統履行的動機⁹⁵，事實上，各種危機是通過社會文化系統爆發出來的。

哈氏認為，在早期的現代社會，所謂自由的資本主義社會，雖然經濟的關係掩蓋了社會權力的關係，借助於自由市場和人人平等的意識型態，使得階級關係匿名化和非政治化，並在一定程度上，緩解了政治秩序正當性的壓力⁹⁶。在理性的法則下，國家為避免正當性的危機，行政部門藉由對經濟體系有效的管理，促進經濟體系的發展。經濟體系經由不斷的累積資本，輸出足夠的經費給行政部門，行政部門則利用經濟體系所投入的資源，發展健全的社會福利體系，當就業與公民權受到保障時，人民會以忠誠度來回饋行政部門，進而維持政府的統治正當性。

但由於這種自由經濟體制既存某種的矛盾，使得經濟危機仍不可避免，在晚期資本主義社會福利國家中，為避免經濟危機，政府的角色由消極的「守夜人」變為積極的「巡邏警」。由於政府的積極干預，在一定程度上，避免了自由放任的弊端，各種社會福利的措施，也紓緩了不平等境況所引發的衝突。但因技術與科學的高度發展，對生產力產生巨大的推動作用，技術與科學成為新的「意識型態」，資本家的利潤，主要不是源於剝削工人的剩餘價值，而是得益於科技發展所帶來的生產力提高，此種效應無形中減弱了資本主義統治的正當性危機：宣稱現行規範是正當的，以避免規範的有效性被檢驗，由於技術與科學意識型態的作

⁹⁵ Habermas *jurgen*, supra note 15, at 48

⁹⁶ 高鴻鈞及馬劍銀編，同註 17，高鴻鈞，範式法與合法性—哈伯瑪斯法現代性理論評析，頁 319

用，使統治者的特殊利益成為普遍利益。但長久下來，現行體制的溝通受到系統化的扭曲，社會文化系統將無法產生足夠的支持動機，正當性危機終究會形成。

在這宗教和普世價值體系解體，傳統社會整合機制喪失功能，文化及價值多元的時代，自利的個人失去了整體的方向，與社會聯帶關係為何？韋伯擔憂卻無力解決的現代「牢籠」中，社會團結所代表的意義為何？這些提問裡的危機和困境，回到哈氏所謂「系統界對生活界的殖民化」的觀點，就是生活界與系統界的「交會地帶」所陳現的問題，哈氏把導致資本主義社會「正當性危機」的原因，聚焦於「社會」，社會是人際互動以及規範生成及適用之處。經濟系統通過貨幣金錢為媒介，以市場的機制及契約的自由，將疏離的人們聯結起來；另一方面以權力為媒介的政治—行政系統，通過由上而下的官僚體制，扮演規範和協調人們行為和活動的角色，透過法律代碼的法律化（juridification），將生活界的社會關係加以物質化與制度化，雖然達成了社會整合的目的，但當系統過度發展的結果，法律變成用來迎合系統的功能需求，這就稱之為「生活界被殖民化」的病態結果，所呈現的困境，將危害社會的延續，茲試說明如下⁹⁷：

社會延續（再生產過程）中之危機			
發生的領域	生活界的結構		
	文化	社會	個人
文化延續	意義的失落	正當性的萎縮	目標與教育的危機
社會整合	群體認同的不安全狀態	社會混亂	異化
社會化	傳統的崩潰	動機的萎縮	心理病症

⁹⁷根據 Pusey 著，廖仁義譯，同註 80，頁 148，筆者重新整理

「危機」這個原屬於醫學用語的概念，普遍被運用在社會科學中是從馬克思開始，哈氏不否認受到馬克思的影響，但不同的是，哈伯瑪斯認為現代社會的危機，不單是由階級意識所引起的經濟危機。哈氏認為「危機」是剝奪主體在正常情況下，所擁有的自主權利，這意味著如果將危機解除，就會使被束縛的主體獲得解放。他強調，這個過程必須是主體在主觀上有涉入，才稱得上發生了危機⁹⁸，但陷入危機的主體，是無法靠主觀意圖自行來解決問題的。

從哈氏對「危機」的定義，可知他是從「解放」與「自覺」的觀點來切入，雖然哈氏強調正當性的主觀因素，但他不同意唯心主義者的危機概念，他認為因意識型態所產生的危機意識，與真實體驗的危機是不可混為一談的。但他認為系統論者往往只留意到結構功能的因素，對於系統控制能力的超載，也就是結構所解決不了的內在因素，未詳加考慮。社會系統中，並非所有的系統變化都會產生危機，如果是在可以忍受的範圍內，社會系統的目標、價值發生變化，不會危及該系統持續存在或喪失，也就不會被系統論的客觀的角度掌握。因為系統不是主體，所以只有當社會的成員，覺得結構變化威脅到存在的繼續性，才談得上發生危機。

他認為「危機」的產生有其客觀因素⁹⁹，是由未能解決掌控的問題（steer problems）所造成的，認同危機與掌控的問題緊密相關，即使主體在主觀上一時沒有意識到這些掌控問題的存在，但掌控所造成的一些繼發性問題（secondary problems）會以一種特殊的方式，影響人們的意識，危及社會的整合。他認為社會科學適用的「危機」概念，必須把握系統整合及社會整合間的內在聯繫，這兩種系統都非常的重要，當論及系統整合時，應考慮社會系統所主宰的複雜多變環境；當論到社會整合時，應同時考慮制度性的系統（systems of institutions），重要的是，如何論述兩者之間的相互聯繫。如果只把社會系統理解為生活世界，就會

⁹⁸ Habermas Jürgen, supra note 15, at 1-2

⁹⁹ Habermas Jürgen, supra note 15, at 3-5

忽略其掌控的問題，如果只理解為系統界，就會忽略社會存在的事實性，是由一種具有反事實性（counterfactual）的「有效性宣稱」達成的共識，來構成社會。對哈氏而言，晚期資本主義社會的危機，既不是管理形式的改變，也不是缺乏理性，而是制度缺乏必要的動機所造成的，這些危機是無法以國家行政力量來補救。

4.4 從法律化過程觀察法律的有效性

在本文緒論提到法效力時，曾引國內學者顏厥安的說法，認為哈氏的法效理論，除了突顯其欲透過語言結構，企圖與社會結構相互呼應外，一方面以批判自韋伯以來，獨尊的形式理性的法律型態，強調應結合實效與正當性，另一方面也強調，要從現代社會特性著手，來建構法效理論。也就是說，規範的法律有效性必須滿足二個條件：使用強制性的制裁使規範普遍被遵守的同時，對規則本身的正當性也必須滿足，使對法律產生尊重而讓遵守規範成為可能。

在晚期資本主義社會存在的危機中，要完成社會整合的功能，必須借助法律機制，透過法律代碼的法律化（juridification），將生活界中社會關係加以物質化與制度化，但過度依賴法律，反客為主去迎合系統的功能需求，反而會失去其正當性。本節將採哈氏詮釋法律化歷程的角度，說明法律不當運用，會造成現代社會的種種不良弊病。

所謂「法律化」指社會關係必須依靠更多的法律來規定，同時也涉及法律密度的增加，除了實證法律的擴張，法律的規定也更加綿密、細緻¹⁰⁰。「形式理性的法律」是十八世紀以來歐洲法典化編纂運動主要的樣式，這些命題構成了司法的基礎，哈氏以「社會雙層理論」的觀點勾勒，將歐洲法律化分為四個歷程來描繪，觀察生活界與系統界如何分化及脫鉤的狀況，同時觀察次級系統交互作用所

¹⁰⁰洪鑣德，同註 18，頁 312

產生的衝突情形¹⁰¹：

一、第一階段為「專制國家的法律化」：十八世紀歐洲這一波法律化興起主要的原因，是專制國家中的君王，一方面為了鞏固王權，另一方面又必須面對日漸壯大的中產階級的壓力，要求開放市場方便其貨物交易，於是就開始制定各種具普遍性、形式理性的成文法律，如財產法、契約法等，來規範私人間訂定契約的權利與義務，從這個過程，特別明顯可觀察到金錢貨幣與權力如何藉由法律這媒介，在制度層面取得特殊的地位，也就是取得正當性的地位，同時，經由法律的規範，人民從身分、職業、土地等絕對關係的封建社會中解放出來，國家成了唯一的執法機關，地位也因此更加鞏固。

二、第二階段為「君主立憲國家的法律化」：隨著中產階級人數的增加，更壯大市民社會的力量，展現在十九世紀的德國，就是進一步向君主要求對生命、自由、財產等個人權利的保障應列入憲法條文，經由憲法明文保障人民權利，法律的角色開始轉向約束國家的官僚機構，如果從正當性取得這個面向來理解，就是透過法律規範，人民取得追訴國家的權利。

三、第三階段為「民主憲政國家的法律化」：這階段以法國大革命之後的民主立憲為代表，天賦人權、全民投票、結社自由等權利的爭取，是這波法律化發展的重點，公民社會權、參政權的落實，不但展示了公民對政治秩序塑造的影響力，更確立三權分立制度的實施。但從另一角度來看，行政官僚體系也因法律明文規定，國家有擔負確保人民權利的責任，因而取得優勢的地位。在履行各種職能的同時，也逐漸產生一些對生活界具破壞性的副作用。

四、第四階段為「民主社會福利國家的法律化」：民主憲政國家接續的發展，

¹⁰¹ Habermas Jürgen, supra note 43, at 358-362

以自由保證作為法律化基本架構的民主社會福利國家，將原屬社會關係層面的網絡逐漸納入法律化的範圍，如對工作時數的規定、結社自由、勞資談判的限制，以及資遣勞工的權利保障、社會安全措施等等，這些之前屬於私人範疇，法律均無特殊限制及規範，但隨著社會福利國家的發展，都納入法律規範的領域。值得注意的是，官僚行政及經濟兩個體系，經由各自的內部交互作用而自我合理化，與生活界的實際需求愈來愈難取得一致。

在以上法律化的進程中，哈氏認為一個普遍存在於現階段社會福利政策之中，值得注意的現象，就是「自由保障」和「自由剝奪」兩者間的矛盾。早在第一階段的法律化過程，資本家和勞工間的矛盾心態，已出現於私法規範中，一方面想讓資本家自由發展，達到社會解放的目的，又怕會造成對勞動者的壓迫。在社會福利國家，法律保障的目的，是為了減緩勞雇緊張關係所帶來的社會衝擊，但是此種法律關係連結得愈緊密愈清楚呈現，其中的矛盾心理，這種負面效應是因法律化的形式所造成的，也就是說，保障自由的手段，又恰巧危及了受保障者的自由¹⁰²。哈氏觀察社會福利國家的法律，雖然對疾病、老年等貧民給予實質金錢照顧，與以往歷史相較有顯著的進步。但此種生活危機照顧的法律，隨著官僚體系的運作，以金錢支出的形態來呈現，卻要付出生活界不斷受干預為代價，事實上，在社會福利國家政策中，這種型態的法律結構占了絕大部分。

這種原是內嵌於生活歷史整體脈絡，及具體生活的規範內容，必須經過抽象化過程，才能納入法律條文中，才能夠在行政作業程序上被施行。行政官僚體系根據法律明文規定所賦予的權力，挑選社會福利津貼的施行項目，同時，為了配合政治—行政系統功能的需求，通常是以金錢津貼，採大量、集中及電腦化的實施方式來辦理社會福利政策。然而，此種金錢津貼的方式，往往無法滿足服務對象實際的需求，儘管政府會另外採取各種措施，如治療協助等來補救，卻造成被

¹⁰² Habermas *jurgen*, *supra* note 43, at 361

照顧民眾對政府更加的依賴，與期待能協助他們自立的社會福利政策目標，相互矛盾¹⁰³，這種矛盾現象在監獄、精神病患、成癮者以及行為偏差者的治療等補救措施上清楚地呈現著。

隨著社會福利政策的施行，愈朝向社會福利國家發展，經濟因素所造成的階級衝突雖然減緩，但國家與私生活領域的關係卻日趨緊密，法律化的負面效應變得更加明顯，行政官僚制度和金錢貨幣更加入侵生活界的核心領域。這種法律化是以社會干預作為制度的核心，使生活界原經由雙方協議，來協調彼此行動的機制，轉為以權力和金錢媒介來取代，這就是學者 R. Pitschas 所說：社會福利國家危機也就是社會整合的危機¹⁰⁴。

哈氏認為要就這些現象作實證分析，首先要能區分保障自由和剝奪自由的判準為何。以傳統的法律觀點來看，就是要區分出自由權和參與權的分際。目前成文法所面臨的兩難困境，就是法律不僅要消極的保障個人的自由權，還要積極提供參與制度制定的機會，與相關權益的保證。此種兩難的困境，不僅在現階段法律化的過程出現，在第三階段的法律化早就出現這種狀況，維護自由權的組織架構，反倒限制了意見和自由意願形成的可能性。政府無法說明，為何參與權的形成必須將自由權剝奪，反倒發現行政官僚體系的運作，剝奪了自由的權利。選舉制度與自由權保障之間的關聯，很少真正深入去討論；實現民主參與權的集會權、出版權和言論權等權利，在媒體的強大影響下，應如何有效運作，也是值得深入探討的議題。

藉由「社會的雙層理論」——「生活界」與「系統界」的觀點，哈氏將法律制定和辯證結合，描繪出現代法律的特性，這種結構一方面促使了實證主義辯證途徑的延伸，並使辯證難題中的道德問題得以確立。這種分析的架構將改變法律系統的基礎，經由這種法律結構，可以觀察到系統界與生活界的脫鉤現象，法律

¹⁰³ Habermas Jürgen, supra note 43, at 363

¹⁰⁴ Habermas Jürgen, supra note 43, at 364

被當作一種媒介，擺脫辯證的檢驗，只要通過形式上的正確程序就變成合法的實體；但從另一角度來看，法律制度是屬於生活界的社會必要條件，就像其他未被國家權力所規範的行為規範，它們可以在適當條件下變得合乎道德。雖然，改變正當性的基礎，不會直接影響到法律規範，但卻會促進現有法律的變遷，甚至在有些情況下會產生革命性的改變。哈氏認為實證主義的法律觀，是經由程序合法來作為正當性取得的依據，這種模式本質上是不足的，因為只符合了國家公權力正當性取得的辯證，對內容不斷擴充，數量也不斷成長的成文法，只經由正當程序的實務操作來自我滿足，不僅不能通過堅實的辯證，從生活界的觀點來看，這些做法也是沒有意義的，如在刑法及刑事訴訟法，以及其他牽涉到道德領域的法律規範，只要這些規範的有效性受到質疑，這些法律的正當性就不足。它們需要有堅實的辯證，因為它們原屬於生活界的秩序，與非正式的行為規範，共同形成溝通行動的背景。法律做為一種工具，其目的是組織由媒介所控制的子系統，當這些子系統的自主性，干涉到原應由雙方的理解，作為規範基礎的行動領域時，法律已經與權力和金錢這兩種媒介結合，取得操縱媒介的角色，法律成為一種媒介，同時又成為一種制度，兩者已密切結合¹⁰⁵。

只要法律結合金錢與權力兩種媒介的功能存在，就會以成文法的型態來建構，延伸到正式組織的行動領域，但法律機制本身沒有制定的力量，只有管制的作用。法律是內嵌於一個廣闊的政治、文化及社會的脈絡中，位居於一個道德規範的連續體，並且被置於溝通行動的結構領域中，法律賦予一部分原屬非正式建構的行動領域，成為有約束力並得到國家認可的地位。從這觀點來看，哈氏認為要檢驗法律化過程是否取得正當性，可以根據法律是否連結到生活界的先前習俗，是否凌駕於社會整合的行動領域，或者法律化僅只是增加法律系統的密度。

隨著經濟與行政系統的複雜性逐漸增長，屬於與道德無關的技術法律領域的成文法，目前持續地大量成長，而且愈來愈依賴法律作為媒介，其檢驗的標準是

¹⁰⁵ Habermas Jürgen, *supra* note 43, at 365

按照功能的需要，檢驗其是否能和更高階的規範相符。當代法律化過程，主要是以新的法律機制——作為一種媒介的角色為其特徵，也只有此新設角色，在日常實踐的法律意識中需要被反思，規範性的評價問題才會被提出。

第一階段的法律化，將自由的保證落實於私法中，並以行政官僚體系來運作法律，這意味著人民從君主專制的威權與依賴中解放，隨後三個階段的法律化過程，除持續保障私主體的利益外，同時又以法律制度來規範行政官僚體系及經濟體系，但一步步朝向民主社會福利國家發展，這些經由組織型態呈現其功能的法律，卻扮演一種操縱的媒介，而不再只是作為增補生活界的必要制度。

有關自由保障或限制間的矛盾，如果不從生活界的視角觀察，就無法探究法律規範中，自由保障或是限制的本質，這不能化約為法律究竟是媒介或是制度的辨證，因為自由保障或限制的選項，必須經由生活界的觀點提出，也就是說它是關乎法律制度的問題。假設只把法律當成操縱的媒介，不需關心與生活界的關係，也不管生活界所提出實質辨證的需求，這種想法隨著社會福利國家干預政策的推展已無法成立，因為社會福利政策要確保社會參與和補償的原則，就必須面對溝通行動領域中的迫切需求，必須很精確的使用法律這媒介。

社會福利政策與勞資談判的法律結構不同，後者已經介入正式的組織領域，前者則是為了處理生活界緊迫需要的情況，屬於一種溝通行動的結構領域，但以目前社會福利國家的法律制度，只有將法律當作媒介，才能夠讓社會津貼的政策有效實施。從行動理論的觀點來看，法律作為一種媒介，社會福利相關的法律必須先被制定為一個合法的組織型態，才能以系統方式來架構，但它卻同時要適用於生活界中各種非正式的情境，這種法律結構本身就存在著矛盾。

敘述社會福利政策所遭遇的窘境，目的是為了闡明生活界內部被殖民的議題，經濟體系與官僚行政體系隨著資本主義的增長，愈來愈趨複雜，且愈來愈滲

透干預到生活界的延續過程。哈氏認為，若以社會學的角度觀察這窘境¹⁰⁶，已無法由傳統現代化的觀點來補強，文化延續的核心領域—社會整合及社會化，已被捲入經濟成長及法律化的漩渦中。這情況不僅發生在環境保護、核子反應爐的安全和資訊保護等範疇，在其他公共領域也有戲劇性的重大發現，原屬生活界非正式規範的領域，如休閒、文化、娛樂、旅遊等生活界的領域，被大量地納入法律化的範圍，受到消費主義的操作手法左右，被商業經濟牢牢掌握，這種現象愈來愈普遍。同時，中產階級的家庭結構的變化，很顯然地愈來愈遷就於就業市場的需要，學校的功能也愈來愈配合工作場域和生活的需求，這些都是生活界被系統界殖民的具體現象。

哈氏除了指出社會福利法的領域中，普遍發生的現象，另外亦舉出德國學校教育法與家庭法領域，也出現類似的矛盾現象，這些問題在德國已成為法律政策主要的討論焦點，確立親權、配偶關係，以及學生與學校、家長之間、老師與學校行政系統之間權利義務關係及基本原則，在法律化的手段中已成為論述的重點。在德國民法典中，父權地位被重新錨定在保障家庭其他成員的權利，和保障生活品質；政府與學校間的特別權力關係，經由司法判決、立法被移除，把學校重置在新的法律規範之下，重新訂定確保教學的程序及相關的行政措施，由於這些相關的行政措施，會牽連影響到學童日後的發展及家長的期待，司法行政部門於是要求立法機關，要將這些都納入司法救濟的管道。家庭與學校原不屬於正式組織的行動領域，必須透過法律建構才能成為正式的組織，但隨著法律化的趨勢，已紛紛納入法律的規範體系下。但隨著法規密度的增加，將會導致金錢和權力的重新分配，而且會改變社會關係的基礎，事實上，早於任何法律化之前，生活界的領域，基於相互理解的合作機制，規範與行動脈絡已經存在，所以這些領域的法律化，不應該增加正式法規的規範密度，而應超越法律之上，作為補充溝通行動脈絡的不足。

對參與者來說，家庭與學校關係的法律形式化，意味著把生活界中學校及家

¹⁰⁶ Habermas Jürgen, supra note 43, at 367-368

庭的社會交互行動調整為形式化的規範，以一種客觀化、以目的為取向的方式運作。哈氏支持學者 S. Simitis 的研究¹⁰⁷，認為應將法律描述成社會整合的行動領域中一種補充的角色，家庭法是一種與道德相關的社會行為規範的防護系統，甚至延伸為更嚴密的補充，學校也應如此，如同家庭中的社會化程序，是早於法律規範存在，這會影響法律的規範內容，同樣情形也出現在教學程序中。這些原經由溝通行為而形成的學校與家庭的運作程序，本應不受法律規範的支配，但因法律化的結構需要，行政和司法系統就不只將法律當作制度，補充入社會整合的脈絡，而是將它們轉換為法律的媒介，於是會發生功能上的干擾。這就是在法學與社會學的論述中，所強調的法律化負面效應。Simitis 的研究曾指出「當政府職權擴充成為不可或缺時，雖為家庭成員帶來實益，卻造成更多的依賴，家庭的解放是為了更完整建構自己成為一個獨立個體，乍看之下，政府的介入打破了原有家庭結構的支配，但進一步檢驗，卻證明其代價就是家庭成員必須向國家求助，導致另一種型態的依賴」。

在監護權判決方面所出現的窘境，是來自資訊的不充分，而且偏重物質上的考量，忽略精神上的考量，這種實務的判決缺失，並非是因法學的訓練不足所引發，而是需要以另一種型態的法律來妥適處理。造成之原因，部份是由於父母親本身，但更重要的原因是來自他們法律上的地位。因為在現行的法律制度下，他們（父母親）成了法院及青少年福利機構協商的客體，而非訴訟的主要參與者。不管在兒童溝通上的問題，或至關重要的兒童發展，很少看到法庭會運用其他特殊的法律手法處理。作為一種媒介，法律本身就違反兒童福利政策，應有的溝通結構。哈氏認為從溝通結構的觀點來看，攸關兒童權利的立法政策，國家的干預最好減至最低，讓法官處置權減低，法律的規範應避免範圍太廣，國家的介入，只是為了彌補常態的不足，而非由政府來監督父母親撫養權的實施。

關於學校政策基本定位的爭論，可被理解為對生活界被殖民化贊成與否的爭論，如僅限縮在法律化的層面考量，在學校所遭遇的矛盾現象，與家庭中遭遇的

¹⁰⁷ Habermas Jürgen, supra note 43, at 369

是不相上下的。哈氏主張公立學校的法律規範，也應儘量去法律化與去官僚制度化。他認為學校的諸種行政措施，如考試，學生、家長權利的保障，或對教育基本權的限制等法律化及行政的運作，付出的代價就是會滲透到教與學的過程中。政府對學校負荷過重的責任，就如現行兒童福利法在監護權方面，讓法庭有過重負擔，同時會造成規範與教學活動的嚴重衝突。

將教育納入法律規範下，將使學校原先的社會化功能，分解為各種瑣碎且具爭議性的行政法規中，在成就與競爭取向的體系下，以一種抽象的法律規範，切斷他們的經驗和生活中的人際網絡，不考慮人的需要，與實際權益，這不僅會危及教師教學的自由與創意，這種為了確保訴訟證物的評分制度，及對課程過度規範的法律制度，還會造成非人性化、阻礙創新、喪失責任感與僵化等各種現象。

法院與學校組織在運作結構上有相當大的差異，這些結構性的差異很難在形式的法律中得到改善，這會讓老師處於不安的狀態，並引發不良的反應，有的人會因過度重視法令，行動完全受其牽制，有的人卻對法令抱持陽奉陰違的態度。雖然，學校與國家之間已脫離特別權利關係，但經由法律與行政機關的控制，與教育資源的分配，不知不覺中學校變成社會福利政策的執行機構。

哈氏認為理想的法律規範下，學校的架構是經由以共識為取向，作為解決衝突的決策程序，他認為教學程序中，所有的關係人，均有足夠的能力能夠代表自己的權益發言，也有能力規範屬於他們自己的事物¹⁰⁸。溝通行動領域的法律化，不應該超越依法行政的原則，也不應該超越家庭或學校。法律當作一種媒介，要以一種能解決衝突的程序呈現，也就是由相互理解的言說程序，導引適當行動結構，來達成協商與決策的過程，這種要求是私領域，如家庭所能接受的，也和中產階級的教育方向一致。

從以上家庭、學校、社會福利等領域的分析，可以很容易理解並發現司法上的矛盾架構，但重要的是，要如何來維護這些依賴價值觀、規範、共識等社會化原有功能，來完成社會整合的生活領域，避免法律成為凌駕一切的操縱媒

¹⁰⁸ Habermas Jürgen, *supra* note 43, at 372

介，避免讓生活領域成為經濟及官僚體系下的犧牲品。

總之，哈氏是以社會理論角度來觀察法律的功能，認為法律是用來履行其他層面所無法達成的社會整合功能。法律以抽象且具約束力的方式，將人們熟知的鄰里間的互動交往，所產生的相互承認結構，通過法律將類似傳送帶般傳向匿名、以系統為媒介的陌生人。法律同時確保了另一種相互承認的結構，那就是抽象的個人主觀權利擁有者，彼此之間的認可，背後隱藏的意念，哈伯瑪斯認為就是對「團結」的期待。

4.5 法律的不確定性與裁判理性

哈氏認為法律取得其正當性，事實上與溝通行動之間具有相似性的結構性，所以力主引進「溝通理性」，作為法規範產生及運用的構成基礎。但從法律理論的角度來看，哈氏認為現代法律秩序要從「自決」這個概念獲得其正當性，而且公民應從論述或審議的模式（discursive or deliberative model）切入，以取代社會契約論（the contract model）的角度，同時把自己理解為所要服從的法律的承受者及創制者¹⁰⁹，哈氏對裁判理性這問題，曾針對四種具代表性的不同法律理論見解提出批判，主要為法律詮釋學、法律實在論、法律實證論，以及 Dworkin 的融貫理論，最後他提出自己所主張的程序法典範的法律觀。在這當中法與道德關聯性的釐清，仍是不可避免的範疇，但重點不在道德而在法律，也就是裁判理性的問題。

哈氏認為裁判理性的問題在於，如何讓法律的運用，既具有內部融貫性（internal consistency）又具有合理的外在論證（rational external justification），同時保證法律的確定性（the certainty of law）和法律正確性（rightness of law）¹¹⁰。這對以現行法律作為思考的法律理論來說，是一個很好的研究起點，也就是

¹⁰⁹ Habermas Jürgen, supra note 11, at 449

¹¹⁰ Habermas Jürgen, supra note 11, at 199

表現於法律有效性的兩個向度—事實性與有效性之間如何形成張力。以國家制裁為後盾的現行法律，本身一方面要確保法律的確定性；另一方面，也在制定、適用法律的正當程序中，確保這法律是值得遵行與服從，這兩種保證必須在司法決策層面上同時得到兌現，法庭的判決必須滿足判決的一致性（內部融貫性），和合理可接受性（合理的外在論證）這兩個條件，才能實現法律秩序的社會整合功能及法律的正當性主張，當兩種不同法律主張之間有衝突的時候，僅僅在聽證之後，以一種具有實際約束力的方式加以裁決，是不夠的，這種現象特別明顯的正反映在首長特別費實際案件中。要將判決的一致性及合理可接受性兩者調和並不容易，這兩套標準必須在司法實踐中得到調和，達成妥協，取得一致¹¹¹。

過去立法和司法決定，或是習慣法等種種傳統，對現行法律的構成都會產生影響，法律種種的建制歷程構成每個「當代」判決的背景，也反映在法律的實證性中，一方面要求判例與過去類似案例相同處理，又要與現行法律制度相符合，而另一方面基於取得正當性的要求，有關問題應得到合理論證，讓所有參與者都能夠認為它是合理的而願意接受，在判決中法官要如何踐行法律的確定性與正確性呢？哈氏認為現階段除自然法學派（natural law）所強調必須將成文法置於超實證的標準之下，還有法律詮釋學（legal hermeneutics）、法律唯實論（legal realism）及法律實證論（legal positivism）等不同觀點的法理論，都對法律的確定性與正確性這核心議題有所處理。所以在此一背景下，哈氏檢討了除自然法學派外，上開三個法理論以及 Dworkin 的建構理論，為他自己所提出的法律論述鋪路。

哈氏認為法律詮釋學是通過情境主義的方式，將理性置入歷史傳統脈絡關聯中，用以解決正當性由來的探求。法律詮釋學派認為規範是根據其自身所定的相關標準，有選擇地吸納複雜的生活界情境來構成規範內容，而只有運用前理解（preunderstanding）在規範和事態間確立一種聯繫與關聯之後，規範的具體意

¹¹¹Habermas Jürgen, *supra* note 11, at 198

義才會發生。此種前理解是受到倫理傳統情境的影響，並根據歷史確證的種種原則，來協調規範和事態之間的相互聯繫，也就是說對於司法判決中，所提出的正當性主張是根據先於法律的法理睿智。對此派所提出的看法，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，來作為法律判決有效性的根基。主要是因為在現今社會，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。

哈氏認為法律唯實論者對於法律詮釋學派的觀點，雖不否認詮釋學在敘述（descriptive）的方法論上，的確有它的存在價值，但對作為引導詮釋過程的前理解卻有不同的評價。法律唯實論者是從功利主義或福利經濟學的角度出發，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，此派學說認為判決不是由內部的邏輯所決定，而是由程序、案例、法律根據等的選擇來決定。哈氏認為面對激進的懷疑論者（radical skepticism），法律唯實論者既不採納法律詮釋學派觀點，以歷史的確證為原則，調合規範和事態相互之間的關係，用以支持法律判決的正當性，又無法提出強而有力的論述，來詮釋法律系統履行其功能的必要性。除非他們認為法官要像政治家一般，以一種未來取向的方式，根據他們所認定的價值來進行判決，不然要取得法律判決的正當性有實際上的困難。但法官果真以一種未來取向的方式來進行判決，那麼過去的種種立法和司法決定，或是習慣法等對現行的判決，就成為法官自由裁量的範圍，無法產生支配（dominance）的意義，即便法官們有合理的政治目標支持他們的想法，法律也可能淪為一種行為控制的工具，更有可能被赤裸裸的權力所掌握。哈氏認為如此一來，等於撤回對法律確定性的保證，意味著法律體系必須放棄法律作為穩定行動的功能預期。

法律實證論，如 Kelsen、Hart 等，與法律詮釋學派、法律唯實派剛好持相反

的觀點，他們強調一個有效的法律體系，應有其封閉、自主的系統，不受法律外因素的影響，其理論主要闡明法律規則的內在規範性質，與規則體系的系統結構，這樣的自主法律體系主要區分為規範行為 (regulating behavior) 的初級規則，以及自我指涉地產生規範 (self-referential production of norm) 的次級規則。哈氏認為，法律實證論者對法律規範的有效性，是根據是否遵守法律所規定的立法程序來衡量，對於規範內容的合理論證反而不重視。對實證論者而言，只要能「指出」基礎規則，法規範的效力問題就解決了，法律規則之所以有效，是因為它是由「有資格的制度」(competent institution) 恰當的制定，對於法律秩序的正當性，移轉到這個秩序的源起 (genesis)¹¹²。

法實證論者如 Kelsen 認為要認識法體系，必須預設其「基本規範」，所有法規範的效力，都來自於有權創設該規範的機關的授權，如此層層相扣，會形成法規範體系的層級性，每個法規範的內容，及產生的方式均取決於一個上位規範，而其本身又是下位規範的效力依據，「基本規範」是最高位階的規範，為法秩序的最終效力依據。至於「基本規範」的最終依據是什麼？卻是 Kelsen 「基本規範」理論所無法回答的。Hart 則是企圖由「承認規則」的角度，來解決這個困境，他認為一個法律體系效力的極終基礎，是來自該法律社群的法律人，透過慣習或實踐的表現，共同承認與接受某種鑑別標準，來作為該法律體系內有效規範的標準，這種效力的鑑別標準就構成了「承認的規則」。

不管是 Kelsen 或是 Hart 基本上認為所有法規範的效力，來自於有權創設的機關的授權，所以不能或不需要繼續追問效力的問題，這種不可質疑性，一方面顯現法實證論者，對於最終法體系效力依據的無解，同時也顯示隱藏在其背後的某種權威性（不管是來自權威機關或權威地位），對法實證論者而言，只要能「指出」基礎規則，法規範的效力問題就解決了，但對於自然法或理性法論者而言，

¹¹² 有關法律實證論者法規範效力的問題，在本文第三章中亦有相關論述

這正是問題展開的第一步¹¹³，除了對個別規範的合理性要尋求證立之外，更要揭露隱藏於基礎規則之後的權威並嘗試去證立。

哈氏對於法律實證論者最大的批評，在於把法律的有效性與它的源起綁在一起，雖然這條規則賦予了其他規範的正當性，本身卻無法作合理的論證，只能置於歷史之下，作為生活形式的部分而與以確定，這將導致對司法判決的理解，過分重視確定性的保證，而忽視了正確性的保證，尤其是面對高度爭議的疑難案件（hard case）¹¹⁴，更難以取得正當性的基礎。哈氏在他的法律論著「事實與格式」中，特別對致力於疑難案件處理的 Dworkin 的理論加以論述與批判，或許就是出於一種「殊途同歸」的期待吧。

Dworkin 與 Hart 為當代法實證論深具影響力的兩大陣營，彼此長期進行辯論。Hart 強調法與道德分離，為當今法律規範提供了基礎，並發展出以描繪社會實踐，來建立一個道德中立且具普遍性的規則論；Dworkin 則以實質（substantive）和特定文化發展所謂的「原則」論。

哈氏認為 Dworkin 所努力的方向，就是為瞭解決上開三種法理論中安定性與正確性之間的不平衡，所造成的司法理性的不對稱，也就是以一種「義務論」的權利概念（deontological concept of right）來解釋司法判決，如何能夠同時滿足法律確定性要求和合理可接受性要求，Dworkin 是從合理重構現行法律的融貫關係出發，對具體判決進行論證，建構有效的法律原則和立法政策，從本質方面對具體的法律秩序進行辯護，進而使個案判決都能成為一個融貫整體。就是要發現一套「按照公平的要求」的融貫原則，來論證一特定法律體系之制度史，是非常具理想性的理論。

¹¹³ 顏厥安，同註 9，頁 79

¹¹⁴ Habermas Jürgen, supra note 11, at 202

Dworkin 在他的著作「法律帝國」(Law' Empire) 中，創造一個媲美希臘神話中 Hercules 角色般的超人法官來圓滿達成任務，Hercules 法官一方面從過去法律的論證中，尋求融貫的答案，同時，也必須不斷擴展他的理論基礎，包括論證到最後，可能揭示出該歷史的某部分是錯誤的，不過，Hercules 法官絕不能將自己「重構」現行法律的理論家角色，混淆為「建構」法律的立法者角色。法官必須對向他訴訟的各方作出一種新的判斷，但這些權利是在過去政治決定中所反映的，而不是站在它的對立 (oppose) 面，創設新的權利¹¹⁵。Dworkin 企圖透過 Hercules 法官的理論，把經過合理重構的過去判決，與當前合理可接受性的主張協調起來，把法律秩序的實證性與可訴諸法律行動的主張協調起來，借助於整全性 (integrity) 的概念，他企圖說明法律為何應該要持續被詮釋，在疑難案件 (hard case) 中不同法律構念 (conception) 的辯論，其實是指向法律概念 (concept) 本身的辯論，這也是他用來批判 Hart 的規則論忽略了法律原則 (legal principle) 的原因。

Dworkin 借助「規則」和「原則」之間的區分，說明 Hart 其「自主性」法律觀的缺陷。Dworkin 認為「規則」是具體的規範，其內容的明確足以使它運用到典型的案例，如訂立遺囑的規定；而「原則」代表有待詮釋的普遍的法律標準，如人權或平等對待，「原則」可以作為支援判決或法律主張的理由，但不是一種決定性的理由，只是一種初步性的理由 (prima face reason)，它所支持的結論有可能被其他更堅強的理由所推翻，它只是指出一個方向，法官在判決時必須考量到其他相反方向的「原則」，才能夠決定個案中的法律效果。但規則適用只要確定系爭的案例事實，符合了規則的構成要件，除非出現例外，否則就可以直接推導出「規則」的法律效果。「規則」作為一種決定性理由，意味在適用「規則」時，我們通常不必去考量隱藏在「規則」背後的「初步性的理由」，「規則」不但是是一種決定性的理由，同時還是一種排他性的理由 (exclusionary reason)，也

¹¹⁵ Habermas jurgen, supra note 11, at 213

就是可以理解為「排除衡量的理由」¹¹⁶，當然，這並不表示沒有進行衡量的可能，且重新衡量的結果，也有可能得出與原「規則」的法律效果相反的結論，但什麼條件下，原本被排除的初步性的理由會重新再被考慮？這是 Dworkin 所要強調的重點。

Dworkin 用整全性的想法，來表達一個政治理想，那是基於共同體成員相互承認為平等的、自由的基礎下，承認支配他們的是同樣的法律原則，而不僅僅是在政治妥協中推敲而成的規則。Dworkin 認為「法律原則」的模式可以滿足在正義和公平方面，彼此有不同意見的共同體成員，當一個社會成員相信他們是在平等、自由的基礎下，承認支配他們的法律原則，憲法的制定就意味著，共同體成員授予自己一個確保私人自主和公共自主的權利體系，同時，也期待自己加入一個可以爭論應當接受哪些「法律原則」的舞臺。Dworkin 與 Hart 所關心的重點不同，Dworkin 認為論證是法律人的志業，但對 Hart 來說基本上認為法律本質是一項社會實踐，「規則」的承認與適用必須在被法院接受並實踐之後才存在，因為兩人的出發點不同，自然會引發裁判層面的爭論¹¹⁷。

批判法學者對 Dworkin 的批判，主要是認為他的理論過於理想與事實不符，認為法官也是血肉之軀，無法自外於政治態度、意識型態或其他外在因素影響，法官判決的選擇，事實上係取決於他的立場或利益，根據「原則」或政策的立場僅僅是隱藏其偏見，合理化其決定而已。對此，哈氏採取支持 Dworkin 理論的立場¹¹⁸，他認為 Dworkin 是以兩百多年的美國憲政歷史，作為實踐的背景與基礎，強調在司法裁判中，應該是具道德內涵與法規範效力的政治權利的一種實現，尤其在疑難案件中，應透過對當事人權利的衡量 (weight)，來建構對權利、制度史及法治國政治結構之最佳解釋，Dworkin 以樂觀、學習的態度來建構美國法律

¹¹⁶王鵬翔，規則、原則與法律說理，月旦法學教室第 53 期，頁 75-78，2007 年 3 月，關於「排它性」的經典論述可參照 Raz, Practical Reason and Norms 35-48, 55-84 (3rd.ed.1990)

¹¹⁷ 陳起行，由裁判理論的觀點析論 United States v. American Library Association，政大法學評論第 96 期，頁 26，96 年 4 月

¹¹⁸陳起行，同前註，頁 34

發展的藍圖，他人即便不具信心，或者因處於不同的政治或法律制度史的脈絡，而認為 Dworkin 這種理論觀點不可行，但不必因此就放棄以理想性作為引導（如創造 Hercules 法官）的想法¹¹⁹。從參與者的角度來看，司法的判決如果沒有「可以根據現有法律為一致及合理可接受的判決」這種理想化的預設，對法律抱持懷疑，所導致的不堪後果是顯而易見的¹²⁰。

哈氏對 Dworkin 的理論雖也提出批判，但基本上對 Dworkin 由融貫出發，建構完整詮釋的論點並不反對。哈氏對 Dworkin 的批評在於其融貫理論的建立是出於一種獨白的觀點，因為在法律帝國中，法官是在一種當下的未來（present future）視域中，以合法的「規則」和「原則」主張其判決的有效性。在法律文本中所透露出那種隱含的時代訊息，特別是憲法基本權利的部分，不是法律學者們以專業方式提出或改進的那些法律，而是要體察社群前後一致整全的要求，擬人化的社群應如整全的個人般前後一致，但因缺乏對話層面的考量，自然會落到做為擬人社群道德媒介的法官身上，最終其整全性將寄託在一個理想法官的人格上。哈氏認為要改變此一獨白化的困境，只有將其理論導向一程序性的法典範。

¹¹⁹ Habermas Jürgen, supra note 11, at 215

¹²⁰ Habermas Jürgen, supra note 11, at 200-201