

《歐美研究》第四十二卷第一期（民國一〇一年三月），83-165

© 中央研究院歐美研究所

<http://euramerica.org>

程序主義與反思（身）法典範之爭： 從哈伯馬斯對韋伯法理論之批判談起^{*}

李俊增

高雄大學政治法律系

81148 高雄市楠梓區高雄大學路 700 號

E-mail: chiun@nuk.edu.tw

摘要

在《經濟與社會》乙書中，韋伯討論現代法律隨著社會理性化出現之形式性質，並強烈質疑福利國家出現導致之法律的實質化。韋伯此一有關形式法律與實質法律之原創性的分析引發了此後數十年的論戰。面對福利國家法律實質化產生之問題，法律社會學家屠布涅亦從系統論之觀點，提出反思（身）法之法律形式，企圖以之取代實質法律。哈伯馬斯則提出程序主義法典範，希望能有效解決其中之論爭。本文從哈伯馬斯對於韋伯法社會學之詮釋、批判與回應為起點，進一步以程序主義法典範為中心，來探討程序主義與反思（身）法典範之論爭。

關鍵詞：形式法律、實質法律、反思（身）法律、程序主義法典範、社會法

投稿日期：99.8.27；接受刊登日期：100.10.6；最後修訂日期：100.11.8

責任校對：黃仁俊、陳昱之、汪盈貝

^{*} 本文為國科會專題研究計畫「哈伯馬斯法效理論再探——從法律社會學與法哲學結合之觀點出發」（2009）（計畫編號：98-2410-H-390-024）研究成果，特此感謝國科會。本文初稿曾發表於2009年10月中研院歐美所主辦之哈伯馬斯研討會。本文送審期間，曾獲三位匿名審查委員對本文之架構及內容非常寶貴之建議，謹表謝忱。

壹、前言

韋伯 (Max Weber) 之法律社會學可以了解為韋伯面對其所處時代國家與社會劇烈變遷的深刻反省、批判之作。當時西方正處於從十九世紀之自由主義法治國家轉變為二十世紀之行政／福利國家的時期。福利國家的興起，形成了規則取向之法律結構為目標取向之法律計畫取代之趨勢。這激起了韋伯極度不安，他以十九世紀之布爾喬亞 (bourgeois) 形式法律為標準，批判福利國家的興起造成上述「法律之實質化」、「法律之去形式化」，導致合法性與前現代道德概念之混淆，違逆了現代法律理性化之潮流。整個二十世紀，面對福利國家發展所導致法律形式與結構的重大變化，激起無數的論戰，右翼學者如 Carl Schmitt、Friedrich Hayek，左翼自由主義者如 Roberto Unger 壁壘分明，然而韋伯的立場幾乎已界定了雙方論戰的基調。

無論形式法律或實質化法律，哈伯馬斯 (J. Habermas) 認為均內含了特定之社會意象，他在《事實與規範之間》(*Between Facts and Norms*) 乙書中因此提出了法典範之概念。對於自由主義之形式法律與福利國之實質法律間之對壘，哈伯馬斯以自由主義法典範與福利國法典範之爭稱之。哈伯馬斯並認為此二典範均已不再能令人信服，他甚至對於 1980 年代屠布涅 (G. Teubner) 所提取代自由主義與福利國法典範之反思 (身) 法律模式 (典範)，¹ 亦抱持某種

¹ 屠布涅稱其所提之法律形式為 reflexive law，在此法律是 reflexive 意指它適用程序於次級系統之自我規制的程序。例如適用法律規定之程序於次級系統之協商與管理程序。這與哈伯馬斯程序主義法典範中之核心概念“reflection”並不相同，後者係指與法律管制相關之利害關係人之有意識地覺察注意 (Arato, 1998: 30; Cohen, 2002: 155-156, 159)。但另一方面屠布涅又強調藉由 reflexive law 來促進次級系統之內部反思 (reflexion)。所以本文為區隔起見，使用顏厥安教授之譯法，將 reflexive law 譯為「反思 (身) 法」，而將程序主義法典範中之 reflection 譯為反思。

程度的保留。因此他提出了程序主義法典範，一方面反省這些法典範之問題，另一方面，則回應提出解決之道。本文之主旨即是以哈伯馬斯之程序主義法典範為中心，探討程序主義法典範與反思(身)法典範間之論爭。程序主義法典範與反思(身)法典範分別立於不同之後設理論——溝通行為理論與系統理論，二者各自從其理論觀點對於韋伯所看到之法律實質化帶來之危機作不同的理解、詮釋，並提出其解決之道。本文分別討論二者之理論脈絡，釐清二者之理論差異，並分析其優缺點。整體而言，本文支持程序主義法典範，惟針對其缺點，則進一步探討一些學者關於反思(身)法典範之修正模式，以期補充程序主義法典範不足之處。

本文以哈伯馬斯程序主義法典範為中心，進行其與反思(身)法典範之爭的討論，為深入了解程序主義法典範有必要進一步探討哈伯馬斯之程序主義法律正當性理論，蓋前者係奠基於後者之上。另一方面，由於程序主義法典範及程序主義法律正當性理論均與哈伯馬斯對韋伯法律理論的重構及反省批判密切相關，因此有必要溯源對後者作探討。整體而言，本文認為以某個角度來看，哈伯馬斯之法律理論係以重新詮釋與回應韋伯之法律社會學關於法律理性化與法律實質化的論點作為起點。哈伯馬斯試圖批判回應韋伯關於法律之理性與正當性作功能主義的解釋及法律實質化導致法律理性危機等論點。這些問題均曾在哈伯馬斯之《溝通行為理論》(*The Theory of Communicative Action*) 與〈法律與道德〉(“Law and Morality”) 二著作中作過深入的討論，哈伯馬斯之專門法學論著《事實與規範之間》亦仍持續這些問題意識，其中第九章有關法典範之爭的探討更與這些問題直接相關。更重要的是，藉由對於哈伯馬斯有關韋伯法理論之重構及批判的探討亦有助於掌握哈伯馬斯法律理論發展之重要轉變，此一轉變對嗣後《事實與規範之間》中

程序主義法律正當性理論及程序主義法典範之建構具重要意義。不僅如此屠布涅之反思（身）法模式的提出亦受到哈伯馬斯之回應韋伯法理論的影響。因此本文探討程序主義與反思（身）法典範之前，溯源地先討論哈伯馬斯對於韋伯法理論之詮釋、批判與回應。

貳、哈伯馬斯對韋伯法理論之再建構及批判

哈伯馬斯之法律理論奠基在其溝通行為理論上。溝通行為理論主要係一有關理性之理論。隨著世界觀之多元化、經驗科學之興起等，巨型形而上學體系、歷史哲學與意識哲學面臨了強烈的質疑而趨於衰落，取而代之的是認知—工具理性觀點的崛起。與此密切相關的是立基於認知—工具理性上、功能分化之獨立次級系統（例如國家與經濟）的出現，儼然居於社會主宰的地位。如何挽救將理性化約等於認知—工具理性之貧乏的理性觀點，將吾人從以金錢交換為主之資本主義市場經濟，以及以權力控制為主之行政官僚國家統治之系統宰制中解放出來，即是哈伯馬斯之社會批判理論的核心課題。值得注意的是，哈伯馬斯雖然大致上接受系統論有關現代社會已發展出複雜之功能分化、形成多元中心的觀點，但與系統論不同的是，他堅持一種雙層的社會概念，將系統以外的社會再建構為生活世界。此外，為對抗認知—工具理性，他並提出溝通理性的概念。相對於系統係立基於認知—工具理性，藉由策略行為進行社會整合——系統整合。生活世界則立基於溝通理性，藉由溝通行為進行社會整合——社會性整合。面對多元化、去魅化與功能分化之現代複雜社會，哈伯馬斯承認系統整合為現代社會之整合所必須，這並促成了現代法律之出現；藉由現代法律形成由錢與權二媒介所引導之互動網路，成就了系統整合。但這也使得對於法律之理解陷於功能主義觀點之危機：將法律化約為類似國家與經濟之系統，僅僅指涉

認知—工具理性。面對此一系統—功能主義觀點，哈伯馬斯強調倘吾人在生活世界中能夠經由溝通行為獲致共識，從而形成具正當性之規範，並以此來協調、規範生活世界中之往來互動與共同生活，吾人即可對抗系統之宰制，實現個人之自由解放與社會性整合。據此，哈伯馬斯堅持現代法律仍須理性證立，仍須就規範之正確性進行實踐論辯；不能僅從功能主義觀點來理解法律。另一方面，哈伯馬斯亦認識到論辯理性之內在複雜性，不能將道德規範之證立完全地類比於民主立法之證立，因此他堅持道德之論辯原則與民主立法之論辯原則的區別，並在其道德哲學論辯倫理學之基礎上進一步發展提出其法律哲學——程序主義法律正當性理論。綜上可知，哈伯馬斯之法律理論與其社會批判理論及論辯倫理學緊密相關；其法律理論之目的即試圖闡論在複雜社會中法之規範性面向及其社會性整合力量，並藉此「對抗社會功能主義之系統控制，而完成他以溝通行動理論結合個人解放與社會整合之實踐哲學的雙重任務」(林遠澤，2010: 85-86)。

上述哈伯馬斯法理論之論旨不僅貫穿其程序主義法律正當性理論，以及立基於此一理論上之程序主義法典範中，最早亦已呈現反映於其對韋伯法理論之實證主義、功能主義取向的檢討批判上。按哈伯馬斯認為韋伯將法律之理性化，僅僅視為手段—目的關係之理性化，法律被化約等同於以目的—理性 (purposive-rational) 方式應用之組織的工具，而與道德—實踐理性切離；韋伯從功能主義的觀點將法律僅僅視為一功能性、工具性之實體。而這同時意味韋伯對法律採取實證主義的觀點；理性證立的概念從現代法律概念中排除，法律乃是政治立法者 (無論民主與否)，依合法之程序制定為法律者。再者，就韋伯而言，法律之理性化又指法律之形式化，形式法律是理性的。現代法律之所以能夠履行其上述功能正與此一形式

性質密切相關，而此一功能之履行亦正當化了形式法律本身。哈伯馬斯對韋伯此一功能主義與實證主義立場批判不遺餘力。他批判韋伯之法律觀忽略了法律需要理性證立之面向，並指出此種功能主義的立場無法充分說明法律在複雜社會中之整合力量。值得注意的是，哈伯馬斯對韋伯法理論之討論批判分散在《溝通行為理論》、〈法律與道德〉與《事實與規範之間》等論著中，而《溝通行為理論》、〈法律與道德〉與《事實與規範之間》對於韋伯法理論批判之切入點並不盡相同。尤其重要的是，《溝通行為理論》在批判韋伯之餘，區分作為媒介與作為制度之法律，並論證指出後者仍需要理性證立。在此基礎上，哈伯馬斯並進一步反思福利主義下社會立法作為媒介導致生活世界之殖民化，損及社會性整合。不過，在〈法律與道德〉及《事實與規範之間》等著作中，哈伯馬斯放棄此一區分。這些差異轉變不僅影響其法律概念與程序主義法律正當性理論之建構，更改變其面對福利國社會立法造成之病態現象的立場，而反映在其程序主義法典範之建構上。茲進一步論述哈伯馬斯對韋伯法理論之再建構及批判。²

對韋伯而言，官僚化是了解現代社會之關鍵。現代社會之特徵即在於一種新型態組織的出現：經濟生產及公共行政分別是以私企業及公共官僚的形式組織的。哈伯馬斯從系統——生活世界之雙層社會的概念重新詮釋韋伯之官僚化理論，他視官僚化為新層次之系

² 下文的討論審查人之一指摘質疑未引用韋伯之《經濟與社會》(*Economy and Society*)等原典之文本。惟這部分探討的既是哈伯馬斯對韋伯法理論之重構與批判，如同時引用韋伯原典之文本，即易產生混淆，讓人誤以為是直接針對韋伯法理論之討論。不過，審查人之指摘亦提醒吾人這部分的討論不一定是韋伯理論的原貌。哈伯馬斯雖被譽為韋伯之最偉大的詮釋者 (McCormick, 2007: 74)，但既是依其個人之理論觀點與需要而理解、詮釋韋伯，其與真實的韋伯難免有差距，甚至存在對韋伯之扭曲與誤解。舉例而言，哈伯馬斯對韋伯法理論之重構僅著重於對韋伯法律理性與理性——法律之正當性的分析性討論，但卻經常忽略甚至誤解其理論之歷史的面向。

統分離獨立的徵象。藉由錢與權之媒介，經濟與國家二次級系統從生活世界分離而出。從而作為生活世界要素之一的社會分裂成溝通地結構化之行為領域與正式組織化之行為領域；前者構成為生活世界，後者則獨立於生活世界脈絡。所謂「正式組織化」指的是所有位於為媒介所引導之次級系統中的社會關係。系統與生活世界分離，必須透過法律將經濟與國家從生活世界之分離獨立予以制度化；亦即正式組織化之行為領域係以布爾喬亞形式法律之形式直接構成的。進一步而言，私有財產秩序及韋伯所謂之「法律支配」(legal domination) 係直接以實證法之形式構成出現的；正式組織化之行為領域同時也是形式法律所構成之行為系統。在這些正式組織化之行為領域，法規範與倫理動機分離；法律之功能係作為劃定私法律人格者之正當選擇的領域，以及劃定官員之權限範圍之工具(Habermas, 1987: 309)。藉由現代法律經濟與行政行為得以制度化，甚至現代法律自始即係作為認知——工具理性之制度地具體化而出現(1984: 243)；亦即法律是組織經濟與國家此二次級系統之工具。

再者，構成正式組織化行為領域之法律並非源於先前存在之溝通結構；反之，係藉由法律而產生適於作為溝通媒介之交易形式與命令連結。換言之，藉由法律形成了由錢與權二媒介所引導之互動網絡，成就了系統整合；相對於溝通地結構化之行為領域係藉由獲致相互了解的機制而遂行社會性整合，在此法律形成之法律關係構成了系統性整合之行為領域。社會性整合依賴的是取向於有效性聲稱之語言溝通機制；係藉由普通語言之獲致了解機制，調和言說與行為主體之行為取向，而形成共識遂行整合。反之，系統整合藉助的是非語性、控制性之溝通媒介，依賴的不是相互了解機制，而是行為之效果，係經由行為之功能上的相互連結而形成行為調和，為

一種非規範性之整合 (1987: 179-187, 309-400)。

哈伯馬斯並進一步指出法律作為組織為媒介所控制之次級系統之工具的同時，實已與權與錢二媒介結合，從而法律本身即扮演引導性媒介的角色，法律是現代國家與現代經濟再生產的媒介，作為媒介之法律踐行調和策略性之社會行為的功能 (1987: 365-367)。據此，法律乃是奠基在權與錢之基礎上之社會系統的一部分；法律成為類似政治與經濟系統一般之功能性、工具性、技術化、去道德化的系統，其遵循系統之功能誠命——效能與生產力——而為一功能性實體 (Deflem, 1996: 9, 11; Habermas, 1987: 366)。

值得注意的是，現代法律之踐行上述功能或者作為一功能性、工具性、技術化、去道德化之系統與法律之形式性質具密切關係。依循韋伯之論旨，哈伯馬斯詮釋布爾喬亞之私法法律體系具三項形式性質：實證性、法律主義 (legalism) 與形式性。首先，現代法律被視為是實證地制定之法律。它不是藉由解釋神聖化之傳統而發展；它表達以法律之組織手段來規制社會事物之主權立法者的意志。其次，法律主義係指除了一般地服從法律之外，現代法律並不重視法律主體之道德動機；亦即不是因為具邪惡的意向而受處罰，而是由於行為乖違了法規範 (1984: 259)。

至於法律之形式性則包括了三個面向：(1) 一套清晰地分析化之法律命題的體系化，這使得法規範成為清晰明確的秩序；(2) 法律之抽象與一般化的形式，其規範的並非特殊的脈絡或特定人，這賦予了法律系統一致性的結構；(3) 嚴格受法律限制之司法與行政，這確保了法律之執行的可信賴性 (Habermas, 1988: 221-222)。此一抽象化、一般化、條件式且形式化之法律界定了道德中立之私行為領域，私個人在其中享有選擇的自由，個人可以以目的一理性之方式從諸既定價值中依一己之偏好選擇其目標以引導其行為。對

此領域中私人間的互動，法律只作消極地規制，只要法律不禁止的行為均被允許，而不是藉由具體的義務與實質的訓令作積極的管制(1984: 259)。換言之，國家僅是作為社會中相衝突之私行為間的仲裁者，並不積極地以其政策目標介入管制、引導社會。

上述實證性、法律主義與形式性界定了一行為系統，其中預設所有個人策略性地為行為；亦即預設法律主體以目的—理性之方式運用其私自主性。實證性、法律主義與形式性乃是策略性行為領域之具法拘力的制度化之一般性特徵，藉此現代法律得以履行市場經濟貿易之功能誠命(1984: 259)。據上，哈伯馬斯重新解釋了韋伯從目的—理性行為取向之制度化的角度來處理資本主義之出現與發展，以及在其中現代法律扮演之重要角色。

在韋伯看來，現代法律不只構成資本主義經濟之正式組織化，它在政治權力之組織與運用上亦踐行了重要功能。韋伯視現代西方之政治體系為「法律支配」之形式。韋伯強調現代法律之重要特徵之一即是公法與私法之區分。整體而言，私法規範的是非國家之私人的行為，它關注的是私人之權利，在調和私人間之行為。公法則是規範國家之行為，透過規則來引導、限制官員之行為，關注的是人民臣服於國家之條件。此外，某些公法之規則其功能係在協調不同之國家機關。換言之，藉由抽象化、一般化且與倫理動機分離之形式法律，一般性地劃定了各個行政機關與官員之權限範圍，從而使得目的—理性之行政行為得以制度化。對於此一形式法律與國家之官僚支配間的功能關係也是韋伯所強調的(Habermas, 1996: 73)。

在去魅化之現代，宗教與傳統已失其正當化力量，韋伯認為現代法律之正當性即來自法律之形式性質。形式法律何以是理性的，從而具有正當性呢？根據哈伯馬斯對韋伯觀點之詮釋，韋伯之道德

中立的形式理性包括了幾個意義面向：法律系統之規則取向的理性、作為達成目標之有效手段的選擇理性等。³ 就法律系統之規則取向的理性而言，法律規範之抽象化、一般化且清楚界定的規則結構，加上踐行嚴格適用、執行法律之司法與行政程序，確保了法安定性，使得國家干預人民之自由、財產具有可預測性。這符合可信賴地重覆生產之模式化行為的理性；行為之法律結果具可預測性對於資本主義市場社會亦起了重要的功能。就作為達成目標之有效手段的選擇理性而言，抽象化、一般化且假設上中立之形式法律也保障了私自主性領域，個人能夠以目的—理性方式追求其一己利益。這意味確保了個人之選擇的理性；個人之行為不再為盲目的效果或半自然之傳統所控制，而為其一己所選擇之價值偏好所引導，因此是理性的。進一步言之，在去魅化之現代，出現的是相敵對之價值與生命秩序間諸神的爭鬥，國家為避免陷入此一爭鬥之紛擾，必須保持中立，法律必須獨立於道德（或者更精確地說，價值），而自限於保障私個人自主地選擇一己之價值偏好。從而法律之形式性所以是理性的，正是因為它是道德中立意義的（1988: 223-224）。

從另一角度言之，現代法律藉由內在於本身之形式性，使得權力以形式—法律之方式來行使，從而也正當化了權力。如上所言，韋伯視現代西方政治體系為法律支配。法律支配之正當性係奠定在對於政治權力行使具合法性的信念上。更具體言之，國家權力之行使，無論是法律之制定或適用，執行只要踐行相關之程序規定，即是正當的；藉由程序之踐行，權力之行使即為之正當化（經程序而正當化）。蓋內在於法律之形式本身的理性，確保了以法律形式行使之權力的正當性。據此，韋伯宣稱正當性奠基於對政治權力行使之

³ 除了上述，哈伯馬斯尚指出對於韋伯而言，形式法律之所以是理性的，亦在於法律專家所運用之學術科學理性（1988: 224）。

合法性的信念上 (1984: 264-265, 1988: 219)。

綜上所論，可以發現法律之形式性質位於韋伯之法律理論的核心地位。藉由形式法律，目的—理性之經濟與行政行為得以制度化；資本主義市場交易秩序及政治秩序即直接以形式化之實證法律構成。在此法律履行了系統整合之功能。法律本身亦成為類似政治與經濟系統之技術化、功能性的系統。另一方面，韋伯亦認為法律藉由內在於其本身之形式性，即是理性的；法律因此獨立於道德，而擁有其自身之理性。此一內在於法律之形式本身的理性即確保了法律之正當性。法律之正當性不再求諸任何康德 (Kant) 或亞里斯多德 (Aristotle) 意義之道德——實踐理性，理性證立的概念在韋伯之現代法律概念中被排除。最後，內在於法律之形式本身的理性，亦確保了以法律行使之政治權力的正當性。整體而言，韋伯之法律觀表現了十九世紀德國之法治觀。

隨著世界去魅化，西方法律逐漸脫離對於神聖法或自然法之臣屬關係。面對此重大變遷，法律之理性何在？法律之正當性為何？成了迫切的問題，韋伯藉由「形式的」與「實質的」概念之區分來解釋法律可以獨立於道德，而擁有其一己之理性，合法性之正當性藉此獨立之理性即可獲得解釋。然而，隨著福利國家之發展，管制性法律、社會立法大量出現，這類法律採取實質的法律形式，亦即法律為之去形式化、實質化（其強調實質正義或實質社會目標、價值的實現 [詳後述]）。衡諸韋伯之形式理性標準，這些法律即是不理性的，從而亦危及法律支配之正當性基礎。韋伯對此發展因而甚感不安。但福利國家之發展已不可能完全逆轉。面對法律實質化的浪潮，面對現代社會之複雜性，以及法律對社會生活控制更為綿密之趨勢，如何重新闡釋法律之理性，找到現代法律之正當性基礎，毋寧是重要議題，這也是哈伯馬斯之法律理論所要解決之難題，而

哈伯馬斯之法律理論的建構工程亦從對韋伯法理論之批判開始。

哈伯馬斯對於韋伯之法理論的批判攸關其法律概念與法律理論的建構；不僅如此，亦關係其面對社會立法所造成病態現象應如何因應的立場。如上述，哈伯馬斯在《溝通行為理論》與〈法律與道德〉對韋伯之法理論批判的切入點與相關回應中對法律概念的論點並不盡相同，其中之差異轉變對嗣後《事實與規範之間》中有關程序主義法律正當性理論及程序主義法典範之建構具關鍵重要性。故以下分成二部分分別論述：

(一) 在《溝通行為理論》乙書中，針對韋伯宣稱正當性奠基於對合法性之信念上，哈伯馬斯指出對於合法性之信念無法取代對於整體法律秩序之正當性的信念。畢竟如果合法性僅意味遵守既存之法秩序，而此一法秩序又無須經實踐一道德證立，則對合法性的信念將無法產生正當化的力量；這在法秩序係恣意制定形成時尤其明顯。哈伯馬斯堅稱只有當吾人預設法秩序是正當的，對於合法性之信念方能產生正當性 (1984: 265)。其次，哈伯馬斯指出現代法律之實證性、法律主義與形式性三項特徵對於市場經濟之交易行為固履行了重要功能，但此一功能並無法解釋現代法律這些結構性質本身何以可能。他強調現代法律這些結構性質意味著法律之有效性不再能依恃視為理所當然之道德傳統的權威，它需要自主的基礎，而這只有後傳統之道德意識才能滿足此一需求。從而現代法律之形式結構性質必須從其所具體化之後傳統道德意識結構的觀點予以解釋。哈伯馬斯並進一步強調後傳統道德意識蘊含法規原則上應受公評且有待證立、規範與行為之原則之區分，以及依原則產生規範之概念等觀念。獨立於道德領域之現代法律必須以奠基於原則之上的道德予以補充。後傳統之法律意識結構因此將證立問題尖銳化為原則問題。布爾喬亞憲法中之一系列基本權及人民主權原則即是此

一證立之表現；能夠賦予正當性之布爾喬亞憲法之基本制度可以了解為後傳統意識結構之具體化(1984: 260-261)。換言之，對於現代法律之有效性聲稱問題，哈伯馬斯拒絕採功能論的解決途徑，其仍須經實踐—道德證立，不過有待證立的是布爾喬亞憲法，形式性質之法律則是立基於憲法之上，根據業經證立之憲法所蘊含之原則而制定，並據此而正當化(1984: 262)。這與下述哈伯馬斯區分作為媒介與作為制度之法律恰形成呼應。值得注意的是，韋伯之所以將實踐—道德證立的概念從現代法律概念中排除，乃是如前述，韋伯認為在去魅化之現代，存在相對立之諸價值間的爭鬥，這種主觀價值偏好並無法進一步證立之故。同樣的，這也是為什麼韋伯對於法律實質化，視為破壞法律之形式性與道德中立，從而危及法律之理性與正當性。但哈伯馬斯卻認為韋伯將法律有待證立之需要與訴諸主觀價值相混淆，他指出前者涉及的是法規範之道德—實踐證立(即理性共識之形成須滿足)的形式條件，其與特定之實質價值不應相混淆(1984: 264, 267)。

簡言之，哈伯馬斯反對韋伯之法律觀，強調現代法律之理性化並非僅僅指涉認知—工具理性，從而完全理性化為去道德化之技術性、功能性實體；相反的，現代法律仍須道德—實踐證立，仍須就規範之正確性進行實踐論辯。必須注意的是，在《溝通行為理論》乙書中，哈伯馬斯並非認為現代法律無論為何均須經道德—實踐證立。反之，相應於系統與生活世界之區分哈伯馬斯區分作為媒介與作為制度之法律，以闡釋法律(作為媒介)之功能性與法律(作為制度)有待道德證立之必須性間之關係。作為媒介之法律即指法律作為組織次級系統之工具，大部分之經濟、商業與行政法律均屬之。如前所述，這些均為技術化與去道德化之法律領域，其與權、錢二媒介結合，以致其本身即扮演引導性媒介之角色；作為媒介之

法律與國家及經濟二系統一樣均是功能性、技術性的系統。這類法律形成之法律關係構成了系統地整合之行為領域。哈伯馬斯並且指出作為媒介之法律無須理性證立，其經由實證地指涉功能性之程序即為之正當化 (1987: 365-366)。不過，哈伯馬斯指出其他法律領域如憲法、刑法與刑事程序之原則等，法律則係作為制度。從溝通行為理論的觀點觀之，作為法律制度的這些法規植於較廣之政治、文化與社會脈絡，屬於生活世界之要素，與非正式之行為規範共同形成溝通行為之背景。這類法規經常會在日常實踐中受到質疑，因此需要實質的證立，無法僅僅藉由實證地指涉功能性的程序即獲正當化 (1987: 365-366)。值得注意的是，哈伯馬斯強調作為媒介之法律與作為制度之法律雖然遵循不同之理性化 (認知—工具理性與溝通理性) 路徑，但作為媒介之法律與作為制度之法律仍緊密相連；最終而言，前者之正當性仍有賴其立基於後者之上，根據後者蘊含之原則而生產。作為制度之法律因此賦予了權與錢之機制以規範性脈絡，對社會生活進行規範性的制度化，成就了社會性整合。

從哈伯馬斯討論有關現代歐洲之法律化 (juridification) 過程可以進一步了解上述法律作為媒介與作為制度之區分的意涵。哈伯馬斯指出一般地來看，法律化概念指的是實證法的擴張 (亦即更多的社會關係受到法律的管制，以及法律管制之益趨精細綿密。哈伯馬斯並認為現代歐洲之法律化可以依序區分為四波：布爾喬亞國家、憲政國家、民主憲政國家與民主福利國家。這四波之法律化在某一方面固然意味構成系統性整合行為領域之法律關係的精細綿密程度不斷增加，藉由法律此一媒介，國家與經濟系統不斷擴張。但哈伯馬斯強調另一方面，後面三波之法律化亦分別意味駕馭拘束行政系統與經濟系統以使二者之內在邏輯能與生活世界相調和，從

而護衛生活世界 (1987: 360-361)。這又代表它們分別標誌了新的法律制度，而這些新的法律制度均反映在日常實踐之法律意識當中 (1987: 366)。亦即後面三波法律化意味限制政治與經濟系統之內在邏輯以保障公民與私法律主體之自由與權利：保障市民權利以對抗主權國家；承認公民政治性權利，民主化政治系統；保障社會權以對抗經濟系統 (1987: 357-361, 366)。在哈伯馬斯看來，這四波法律化之發展過程顯示不應僅僅視憲法為反映取向於衝突解決或妥協之策略性誠命；反之，實意味憲法不僅促進了衝突的解決，亦制度化了經由論辯形成之共識，而當共識受到能夠予以證立之有效性聲稱的挑戰時，該制度化是可以改變的。換言之，憲法係法律制度——作為反映論辯形成之道德共識的制度。

上述法律作為制度之面向的討論，顯示出現代法律具社會性整合力量的一面。但值得注意的是，哈伯馬斯卻進一步指出如果法律作為媒介之面向過於擴張，則會導致生活世界之殖民化，從而破壞社會性整合。在哈伯馬斯看來，歐洲法律化過程中民主福利國家社會立法的大量出現正顯示此一病態現象。如上述，法律化同時意味藉由法律此一媒介國家與經濟二次級系統不斷的擴張，據此溝通地結構化之行為領域面臨了被系統性整合之行為領域取代的危險。哈伯馬斯強調錢與權二引導性媒介無法在文化再生產、社會性整合與社會化領域運作；在這些功能方面，它們不能取代取向於相互了解之行為調和機制。一旦經濟與國家以金錢及官僚之工具滲入生活世界之象徵的再生產，一旦生活世界之象徵的再生產被移置於系統整合的基礎之上，即不可避免地會產生病態的結果——即生活世界之溝通實踐遭到破壞 (1987: 322-323, 356-357)。哈伯馬斯指出民主福利國家的出現一方面固然意味拘束經濟系統以防衛生活世界，但另一方面亦產生了負面之結果，形成生活世界之殖民化：原本作為

媒介之法律僅僅使用作為組織國家與經濟二次級系統之工具，如今隨著福利國家的到來，卻跨越此一界限。福利國家之社會福利政策使用作為媒介之法律來管制那些屬於溝通地結構化之行為領域（即生活世界）的事務，從而破壞了這些領域之溝通互動的完整性。換言之，有些社會福利立法（例如補償性質給付之立法）意味原為溝通地結構化之行為領域的法律化，此一法律化伴隨了生活世界之核心領域的官僚化與金錢化，這固然創造了社會安全與社會利益，但也在私生活領域形成顧客關係（client relationships）網絡，產生新的依賴，破壞既有之連帶以及行為者自助與溝通地解決問題的能力。哈伯馬斯強調這些社會福利保障措施原本固然意在促進社會性整合，但藉由法律化行政滲入日常之社會生活關係，導致後者與取向於相互了解之行為調和機制分離，並被移轉至權與錢二媒介之上，這些保障措施反而因此促使了日常社會生活關係之去整合化（1987: 364）。在此意味當社會立法完全淪為國家補救修正資本主義市場之政策目標的工具，完全遵循國家系統之誡命，亦即當法律完全化約為媒介，化約為一功能性實體，則生活世界即被作為媒介之法律所殖民。

面對上述生活世界之病態現象，哈伯馬斯表示解決之道在於藉由法律自限於建立保障特定生活世界領域之外部建構（亦即藉由作為制度之法律）來取代作為媒介之法律。哈伯馬斯指出上述法律介入規制原本屬於溝通地結構化之行為領域的事務，不只出現在社會福利立法，家事法及學校法等領域亦發生類似情形，產生類似之正反結果。在這二個法律領域，法律化一方面固然意味基本法律原則之建立，亦即承認孩童對抗父母、妻子對抗丈夫、學生對抗學校等權利。但法律保障的擴張及基本權之行使亦意味家庭與學校中原為未正式組織化之行為領域受到官僚干預與司法控制之介入。在此同

樣的，法律作為引導性媒介，以非語言之行為調和形式（行政標準）取代自然語言之溝通，從而破壞了這些社會生活領域之溝通結構；亦即法律之制定、執行與相關利害關係人之生活經驗切離，片面地認定他們的需要與利益，病態地減低其參與政策之證立的能力，同時也破壞公民間彼此溝通的能力（1987: 369-372）。哈伯馬斯因此主張作為媒介之法律應由家庭或學校之外部建構（external constitution）（亦即外部框架）的法律制度化予以取代；換言之，即是法律自限於建立適於相互了解取向之行為結構的衝突解決程序——論辯式之意志形成過程與共識取向之協商與決策程序，在這些程序中所有利害關係人均被視為有能力代表一己之利益並自行規制自己之事務。哈伯馬斯強調據此才能保障那些經由價值、規範與共識形成而功能上依賴社會性整合之生活領域，保障它們免於臣服於系統之誠命（1987: 371-373）。總之，透過限縮法律於建立溝通地結構化之行為領域的外部建構，作為制度之法律促進了溝通過程，確保了這些領域溝通互動之完整性。雖然此一觀點，在《事實與規範之間》乙書有關法典範之討論中，並未被哈伯馬斯進一步深論而據為取代自由主義法典範與福利國法典範之替代品，但它卻啟發了屠布涅之反思(身)法律模式之建構，屠布涅並認為在現代高度功能分化之社會，應由反思(身)法律取代形式法律與實質法律此二法律形式。

（二）上文曾提及《溝通行為理論》乙書中，哈伯馬斯強調有待理性證立的是布爾喬亞憲法，形式法律則藉由奠基於業經證立之憲法而正當化。不過，此一論旨在〈法律與道德〉之演講文中，卻作了修正。該文中哈伯馬斯針對韋伯主張內在於法律之形式本身的理性確保了法律之正當性的觀點進行了犀利之批判。他指出形式法律之正當性實則並非來自韋伯所宣稱之「理性」特徵，而是來自奠基於特定經濟系統之結構與功能的經驗假設上之某種道德意涵。以形

式法律之規則取向提供了法律安定性而言，法律安定性只是與其他價值相競爭之一種價值，諸價值間何者優先，應從道德觀點決定。法安定性對於市場社會固履行了重要功能，但應否犧牲法安定性此一價值而採福利國政策，涉及對不同價值之道德評估，必須從道德觀點來決定。同樣的，不能僅因為抽象、一般性法律之語意學形式對於個人利益之私自主的、目的—理性的追求具重要功能，即正當化以此形式行使之政治權力，反之，此一正當化理由只有在每個人均享有平等接近市場之機會的條件下才成立。抽象、一般性之法律形式的正當性實係由於其較諸目標取向之法律程式更能滿足法律平等保障原則，甚至更能滿足實質平等原則（至少在受規制之事實實際上係一般性時是如此），從而抽象、一般性之法律形式僅能從道德上實質之原則證立為理性。但即使如此，哈伯馬斯仍強調並不能據此即認為只需此一形式之法律秩序即能滿足這兩項原則。總之，哈伯馬斯認為法律之形式性質只有在特定之社會條件下且只有這些性質在道德—實踐意義上是理性時，它們才能賦予合法性之正當性。換言之，哈伯馬斯堅持形式法律仍蘊含一道德核心。他並再一次指出韋伯之所以不承認此一道德核心，係因為他將道德洞見化約等於主觀價值取向，未能區分價值偏好與規範之道德應然性（1988: 225-227）。⁴

在此應注意的不僅是哈伯馬斯再一次強調形式法律之正當性不能從功能論觀點作經驗主義再解釋，堅持形式法律隱含地與道德具內在關連性的論點。就本文之核心議題程序主義法典範而言，尤其重要的是在《溝通行為理論》中，哈伯馬斯認為有待證立的是布

⁴ 哈伯馬斯此一道德與主觀價值取向之區分，後來在《事實與規範之間》乙書中進一步發展為正義問題與倫理問題、道德論辯與倫理論辯之區分，此一區分並構成其論辯之法效理論的重要支持（李俊增，2004）。

爾喬亞憲法，而非現代形式法律本身，透過憲法之獲得證立，依據憲法蘊含之原則而制定之形式法律即為之正當化，毋須再經理性證立。不過，如上述，在〈法律與道德〉中哈伯馬斯卻暗示形式法律之有效性應在具體經驗條件下，依道德觀點直接就其與社會福利立法何者優先，進行比較評估。此一論點加上哈伯馬斯在此講演文中又放棄作為媒介與作為制度之法律此一區分（詳下文），可以說預示了他所提程序主義法典範的觀點：政治立法者應依具體脈絡，反思地從相競爭之法律形式中選擇其一。

的確，在〈法律與道德〉之演講文中，哈伯馬斯不再討論作為媒介與作為制度之法律此一區分。反之，他進一步發展其對現代法律之理性結構的再建構，藉形成適當程序之標準，重新詮釋韋伯之經程序而正當化的觀念以使此一觀念變得可以接受（Guibentif, 1996: 57-58）。在該文中，哈伯馬斯承認在現代社會，如果正當性要奠定在合法性基礎上，則對於正當性的信念確實必須以某種方式奠定在法律之理性性質。但他認為此一法律之理性性質並非韋伯所認為之道德中立的、內在於法律之形式本身的理性。他指出由法規範規制之立法程序要求其決定伴隨著證立的義務，因此在此程序中不只存在加諸程序參與者互動限制之條件，亦存在法律論辯之形式。在哈伯馬斯看來，法律理性可藉由分析法律論辯之結構予以掌握；法律論辯本身即具有理性性質，可以以體系的方式予以再建構，是為程序理性。而法律論辯之結構性質只是道德論證之結構性質的一種，法律論辯必須遵循道德論證之邏輯。因此立法程序必須符合法規範之道德—實踐證立之形式條件；唯有制度化於立法程序之證立方式對道德論證開放，藉由立法過程道德理由進入法律，如此合法性方能產生正當性。據此，哈伯馬斯強調現代法律之正當性基礎，即在此程序理性；具正當化力量之法律的形式性質不是形式

法律之特定的語意學特徵，而是蘊含在民主立法程序中之程序理性(1988: 230-231, 237, 241-244)。嗣後哈伯馬斯更在其《事實與規範之間》乙書中建構其所謂程序主義法律正當性理論：透過民主審議之條件與預設的再建構確保民主立法程序之理性，進而證立遵循正確民主立法程序之結果是理性此一預設，從而顯示民主程序正當化力量之所在（詳後述）。

據上，哈伯馬斯放棄了先前法律作為媒介與作為制度之區分，並從其論辯之法律理論的觀點重新解釋了韋伯經程序而正當化之觀念，強調法律必須同時是功能性且是正確的(1996: 83)：只要遵循正確民主立法程序而制定之法律即是理性的、正當的。此一論點並解釋了為什麼《事實與規範之間》乙書不再視形式法律純粹只是功能性實體；而且面對福利國家之難題，哈伯馬斯也不再視福利國法律為行政官僚機構據以殖民生活世界、破壞社會性整合之機制，其所提之程序主義法典範亦因此不再堅持在社會福利立法等領域法律應自限於建立保障特定生活世界之外部建構。反之，強調的是私與公自主性之條件受法律保障且具體化於民主立法程序中，並經由民主反思依具體脈絡情境來選擇適當之法律形式（無論是形式法律、實質法律或反思[身]法律之法律形式）。

參、程序主義法典範

一、法典範之概念

如前一節所述，在《溝通行為理論》乙書中，哈伯馬斯從系統—生活世界之角度重新詮釋韋伯有關法律理性化發展的理論。其中哈伯馬斯接受韋伯之論點，認為形式法律之出現與發展預設且支持了資本主義經濟與官僚國家二次級系統；他強調法律發展與社會發

展間之緊密關係。另一方面，哈伯馬斯結合社會學與哲學，兼採功能分析與理性再建構之觀點；相應於系統—生活世界之區分，他區分作為媒介與作為制度之法律，亦即發展一種有關法律之巨視社會學觀點以發展其新的法律哲學。一方面哈伯馬斯正視法律所處現代社會之高度複雜性，肯認它是奠基於錢與權之社會系統的一部分，履行了一定功能。這使得其理論能夠避免將法律僅僅化約為人民道德生活之表現。另一方面，他亦未視法律為完全與錢及權同質之物，而強調法律與道德具內在關連性的一面，拒絕對固植於法律本身之規範性聲稱的問題採功能主義之解決途徑 (Eder, 2002: 167-168)。這意味哈伯馬斯之法理論在方法論上避免採取一種簡單之應然與實然對立的途徑。另一方面，透過此種結合社會學與哲學之方式，哈伯馬斯亦得以實現上述其法律理論之目的：闡論在複雜社會中法之規範性面向及社會性整合力量。

延續此一途徑，哈伯馬斯晚期有關法效理論之鉅著《事實與規範之間》乙書之核心的方法學上的考量，基本上亦在調和社會學與哲學，哈伯馬斯之再建構法律之有效性面向，結合了對於法律有效性問題之規範性以及社會學二種途徑；堅持再建構分析須同時包括參與者本身有關其法體系之規範性了解，以及社會學觀察者之經驗分析⁵ (1996: 69)。他強調規範性之法律概念不能獨立於有關社會複雜性之適當的描述以外而發展，並企圖建構能夠調和理性之規範性需求與複雜之經驗事實的法律概念。這意味再建構法律有效性之規

⁵ 哈伯馬斯指出韋伯亦作與此相關之區分：法律觀點與社會學觀點之區分，前者涉及的是法律命題中包含之客觀意義，後者要問的是法律實際上被遵守之可能性問題。但韋伯較強調此二方法學觀點之對立面，而非二者隱含之關連性，其結果韋伯未能充分了解他的社會學途徑同時包含了此二觀點。韋伯因此未認識到對正當性之信念所預設之理想上有效性的條件構成了法秩序之社會有效性的必要條件 (1996: 69-70)。

範性基礎，不僅應思考法律之規範性面向，亦應思考其制度面向；法律必須調和哲學之正當性聲稱以及社會學有關制度化的論述，哈伯馬斯便是立於此一層次來探討「什麼賦予了法律有效性」的問題。簡言之，他要回答：在呈現為結構上分化之生活世界與功能上獨立之次級系統的複雜社會中，現代法律如何可能穩定化行為期待 (Rasmussen, 2002: 144-146; 另參見 Bohman, 1994: 905-906, 912-913; Rehg, 1996: xix)。哈伯馬斯對於法律有效性之回答以及與此相關而提出之程序主義法典範，主要在指出面對現代社會之複雜性，法律應該且能夠形成規範性之社會整合。

總之，哈伯馬斯之法理論的建構，方法論上均企圖避免採取一種過分風格化實然與應然之對立的途徑 (Scheuerman, 2008b: 105)。依循此一精神，哈伯馬斯在《事實與規範之間》乙書的第九章一開始，即論證指出需要一種可操作之概念工具，以描繪具規範性基礎之法體系與其特定社會環境間之關係被以如何的方式來理解。為此哈伯馬斯提出了「法典範」之概念。對哈伯馬斯而言，如寇恩 (Jean L. Cohen) 所指出的，法典範「並非是科學理論或法律原理——它是一套整合之認知的與規範的背景假設，這套背景假設提供了立法及司法解釋關於法律應該建立如何之國家與社會之關係以及法律管制應採之形式」(Cohen, 2002: 3, 143)。更具體而言，法典範指的是有關社會之基本假設，不同的假設啟迪不同之實現憲政民主理想的努力 (Rehg, 1996: xxxii)。哈伯馬斯強調如韋伯等法律史家均論證顯示不僅特定的法律模式係植基於社會脈絡，且從此社會脈絡中，司法裁判以及當時之法律原理亦獲得了滋養 (Habermas, 1996: 388)。法律學者間使用之「社會模式」、「社會理想」或「社會願景」等表達即指涉了內涵於一法體系之社會意像，指涉了特定時代之社會對於法律之典範性的了解。這些有關社會之

隱含意像的表達並且引導了法律之制定與適用 (1996: 392)；法官及其他法律專家不僅是立於法律文本之脈絡，而且是居於當時主流之關於社會的前了解來進行法律解釋；法律解釋同時是對於當時社會情境之挑戰的回應 (1996: 388-389)。哈伯馬斯指出十八世紀末西方憲法即揭示有關當時社會隱含之診斷；法國人權宣言之風格及用語即是回應其當時所受壓迫，追求解放之人民意志的展示；二次戰後，西歐憲法同樣指涉現代社會福利國家之發展。這些有關法律對於社會之關係的背景意像或典範提供了立法機關及法院日常實踐的背景，扮演引導性的角色 (1996: 389)。同樣的，寇恩亦表示有關防制性騷擾之立法應採何種形式的論爭背後即涉及自由主義與福利國二主流法律典範有關自由與平等之威脅來源以及國家與這些威脅間之關係的深層歧見。她並強調有關性騷擾立法管制所產生之負面效果及管制上之弔詭即來自立法者與法院錯誤地採取自由主義或福利國法典範 (Cohen, 2002: 142-151)。

法典範固然在法律專家之意識中扮演重要之引導性角色，但哈伯馬斯指出法典範的觀念不應誤解為是法官以及其他法律專家實踐上與規範上之互動作用。他指出像下述自由主義與福利國法典範之間的論爭，這種有關何者為對法體系之正確的典範性了解的爭議本質上為一政治上爭議。在憲政民主國家中，此一爭議攸關所有參與者，它不能僅僅由隔離於政治場域外之專家論辯決定。法官及其他法律專家以其專業經驗及知識在參與此一論辯上固有優勢。但他們並不能使用其專業權威強加其觀點於其他人民之上，公民最終必須能夠決定引導法律實踐之特定的法典範是否具規範上的可接受性 (1996: 395)。換言之，正確之法典範的論爭決定必須具備民主正當性。最終而言，只有民主公民才能正當地決定何種法典範應該引導立法者、法官與行政官員之行為。

二、自由主義法典範、福利國法典範與哈伯馬斯之批判

哈伯馬斯接著使用法典範的觀念對於十九世紀以來古典自由主義形式法律轉變至福利國實質法律之法律發展的歷史，進行創造性的重新解讀。哈伯馬斯之論述係以之前對於韋伯法律理性化理論（尤其福利國社會立法造成之病態現象）的重新詮釋與批判作為起點。然而亦進一步發展出一些洞見觀察以及理論上的轉變。整體而言，哈伯馬斯認為從自由主義法典範至福利國法典範之典範轉移顯示了面對社會脈絡之變遷，私自主性之實現須訴諸不同之方式。但另一方面，福利國家的發展卻產生了家父長主義（paternalism），以致矛盾地傷害了其所欲促進之私自主性。哈伯馬斯並指出福利國法律實質化之所以造成此一負面效果，乃是由於其忽略了私自主性與公自主性之內在關係。便是在這些反省批判上，他進一步提出了其程序主義法典範。

哈伯馬斯指出依古典的自由主義法典範，以私法形式而制度化之經濟社會係與國家分離，而依市場機制自主的運作；社會是自主力量運作結果的呈現，具有半自然的性格（1996: 401, 406）。換言之，古典私法法律確保法律主體之自主性，建立了供自主之經濟與社會行為運作的架構；此一私法構築之社會中，法律主體（尤其是作為市場的參與者）可以運用其消極自由，以目的—理性之方式追求其特定利益與善的生活。因此與古典私法相連結的是法律自由原則，此一原則要求個人在法律範圍內以及事實可能之條件下，享有最高可能的自由去追求一己之人生計畫（1996: 399）。依私法法律，此一個人之消極自由係由一組權利與制度所充分確保：「這不只包括個人權利以及免於侵權行為的保障，尤其包括契約自由（特別是勞務與物品的交換）與財產權（確保使用與處分，包括繼承），

以及關於婚姻與家庭之制度保障」(1996: 397)。據此，對古典自由主義者而言，對於自由之威脅的來源是國家；國家對於社會的干預永遠構成對於個人自由之威脅，因此要求國家之干預最小化以使個人最大化地運用其消極自由；或者換另一角度而言，國家行政限於維持經濟上自我規制之資本主義社會之秩序，原則上只有在此一秩序受到破壞，才需要國家行政的介入干預。既然自由的威脅來自國家，則如何最小化國家行政的恣意性成為要務。因此布爾喬亞私法法律採取前述之抽象化、一般化、條件式且形式化之法律形式。法律之形式性一方面最大化國家權力公正行使之可能性；另一方面亦在確保法律之功能限於清礎地界定個人自主行為之抽象領域，解決個人間行為之衝突，從而維持自我規制之資本主義社會之秩序(Cohen, 2002: 143; Habermas, 1996: 402, 430-431; Scheuerman, 2008b: 107-108)。⁶

但是隨著組織化資本主義之發展，以及經濟權力、社會情境不平等的擴大，古典自由主義法典範在法律思惟與法律實踐上漸漸失去其霸權地位，福利國法典範隨之興起、發展。上文曾述及在自由主義法典範中社會是自主力量互動結果的呈現，但從社會福利法典範之觀點觀之，社會失去這種半自然性格。蓋法律自由原則之實踐的結果產生了事實上的不平等；社會過程產生之社會權力的不均衡並無法不藉助國家的幫助而自行解消。從而積極的國家行為必須介入社會來修補社會團體間權力與地位的不平等所產生的不正義。哈伯馬斯指出此一背景了解包含二項要素：一方面浮現的是由功能專化之行為領域所構成之日趨複雜的社會意像，這些功能專化之行為領域將個別的行為者推向「顧客」(clients)之邊陲地位，受獨立運

⁶ 這部分的討論請進一步參考顏厥安教授對於哈伯馬斯之自由主義法典範的闡釋(2001: 12-17)。

作系統產生之種種問題隨機性地擺布。另一方面，則是在這種新的社會條件下，出現一種期待，期待這些獨立系統運作產生之種種問題能夠經由福利國家積極採取預防性或回應性措施而予以規範性地馴化 (1996: 404)。從而，相對於自由主義法典範中國家行政限於消極地維護經濟上自我規制之經濟社會秩序，在社會福利法典範中國家被要求積極地介入社會，作社會規劃與政治引導，這意味了法律之工具化。法律不再是提供社會與經濟自主力量運作之架構。反之，法律成為立法者透過再分配或穩定化控制等以滿足實質正義要求之立法政策的工具，成為社會規劃、達成政策目標之工具 (1996: 428-429)。然而，一旦社會福利國家之立法機關透過行政進行社會規劃與政治管制，則古典之形式法律即不再適於行政措施。蓋社會福利國家之給付行政與管制行為係未來取向且具積極擴展性格；此外，行政之干預在更為具體的層次上影響公民間與社會團體間之關係。從而現代行政措施展現高度的複雜性、情境依賴性與不確定性，以致於無法完全為立法者所預測，也因此無法在規範性層次上決定性地作出立法決定。伴隨而來的是前述之法律去形式化、法律實質化 (1996: 431)。相對於形式法律是道德中立意義的，實質化法律追求實質正義的實現，法律不再獨立於各種道德、意識型態、政治上的訴求等目的觀點。進一步言之，古典之形式法律係屬條件程式：「如果……則應該……」之結構的規則；法律實質化意味目標取向之法律計畫取代此種規則取向之法律形式，其結構特徵乃是目標居於主要地位，法律是實現目標之工具。伴隨此而來的是法律中大量使用界定模糊之標準或概括性條款。從而行政與司法不再是嚴謹地適用精確界定之法規範，以確定個人自主行為之界限，解決個人行為間之衝突，而是適用、執行模糊之標準或概括性條款，追求寬廣且具未來性之政策目標的實現，其中並涉及預測具

高度不確定性之未來後果，凡此不僅意味立法授與行政與司法廣泛之裁量權限，法律對於行政與司法拘束力之弱化，同時亦代表行政與司法係作決定於高度之不確定性中，從而自由主義法典範之核心要求——法安定性原則——受到嚴重破壞 (Habermas, 1988: 221-222, 1996: 430-431; 另參見 Willke, 1986: 292; 李俊增, 2009: 34-35; 張桐銳, 2002: 17-19)。此外，值得注意的是，如前所述，依條件程式之法律形式，只有特定生活事實該當某一法律之構成要件，方允許國家行為發動介入社會。然而，在目標取向之法律計畫下，有待國家達成之目標既寬廣且取向於未來，國家行為因此永遠地持續著。另一方面，法律實質化亦意味法律之特殊化；指涉特殊範疇的人或對象之特殊立法大量出現。以古典之一般性、抽象性法律形式建構之法律人格概念排除抽離相關之社會因素特徵；人被視為抽象的法律主體。如今這種法律形式被批判認為掩飾社會上實際的權力關係位置。法律實質化因此意味法律脫卸普遍性與非個人性 (impersonality)，法律將之前法律以外之社會相關因素特徵內化，法律針對社會、經濟地位弱勢者之特別需要作差別性的優惠待遇。抽象的法律主體因此讓位於中低收入戶、失業者、勞工、消費者等特定團體。換言之，出現新型態之基本權——社會權，權利不再是作為人及公民普遍享有之權利；反之，權利的主張者必須符合特定的範疇，該當特定的條件 (Habermas, 1996: 403, 431; Teubner, 1987: 15-16; 李俊增, 2009: 36-37)。⁷

綜上所述，誠如韋伯所憂心的，法律實質化確實意味韋伯所謂之獨立於道德、內在於法律之形式本身之理性面臨了重大威脅，從而危及法律之正當性以及所謂「法律支配」之正當性。哈伯馬斯在

⁷ 這部分的討論請進一步參考顏厥安教授對於哈伯馬斯之福利國法典範的闡釋 (2001: 17-21)。

《公共領域之結構性轉變》(*The Structural Transformation of the Public Sphere*) 乙書中對於法律去形式化所帶來的問題，並不特別關注，他主要的興趣反而是在指出去形式化法律之必要性與優點(1989: 178-180, 225)。然而，如上述，哈伯馬斯在《溝通行為理論》與〈法律與道德〉之演講論文中，哈伯馬斯正視並回應韋伯所謂法律實質化危及法律理性以及法律正當性的問題。在《事實與規範之間》乙書，他更透過對民主審議之條件與預設之再建構確保民主立法程序之理性，進而論證建構其程序主義之法律正當性理論(詳後述)。另一方面，在該書第九章，面對福利國家政府工作量的大幅增加與質的轉變，法律為之實質化，造成了法律對於行政拘束力弱化以及新形式之家父長主義，亦深入分析批判。首先，面對法律實質化導致立法機關邊陲化，法律對於行政拘束力弱化而危及權力分立的問題，與韋伯將它理解為「法律支配」之正當性危機不同，哈伯馬斯從其程序主義之法律正當性理論的觀點，指出這意味政策的採行並非遵循民主起源的條件，而僅僅披上法律之形式的外衣，從而行政與權利之實現失去了關係，喪失了評估政策之規範性標準，以致於效能行政之標準取代了法律規制之正當性標準(1996: 428-429, 436)。⁸

進一步言之，面對上述問題，哈伯馬斯雖然承認有一些制度上的努力以防止日益肥大化之行政成脫韁野馬，例如加強法律授權的要求以擴大司法對行政審查的領域(1996: 432)。但他認為這些並不足以彌補管制性法律之拘束力弱化的弱點。哈伯馬斯強調管制性

⁸ 法律實質化並造成法律對於司法裁判拘束力弱化之問題，對此哈伯馬斯之討論回應分別與法律詮釋學、法律唯實主義、法律實證主義、Ronald Dworkin 之法律理論以及批判法律理論(Critical Legal Studies)等進行對話(1996:194-237)，由於涉及層面既廣且深，故無法在本文中探討，只能另待他文專門討論。

法律拘束力之弱化，導致行政領域中官員之行為不再是規範性中立地、單純技術性地執行法律。蓋社會福利立法一方面追求實質正義的實現、成為政策目標之工具，另一方面，這些管制性法律大多是開放性之法律計畫，行政在執行過程中必須承擔政治立法的工作，自行發展其一己之計畫，從而必然涉及相衝突之目標、價值之衡量、選擇或調和。換言之，在古典權力分立下，面對及處理規範性理由者係國會立法者與法院，然而福利國家之行政必須自行決定如何證立及適用規範，而面對這些規範性問題，處理這類規範性理由，行政不可能是中立(1996: 432, 436, 440)。面對法律拘束力弱化之問題，有論者對法律作功能主義理解的立場，從而為行政之脫離法律拘束辯護。他們認為自由主義國家之任務係在對抗國家權力，從而要求法律明確性以有效拘束行政。相對的，福利國家之任務既在克服資本主義產生之貧窮、不平等而追求社會福利，則福利國家之管制工作依賴的是擴張性之貨幣資源與新的知識基礎，而為了適應行為之認知性基礎，福利國家之行政即必須與規範性法律保持距離。換言之，此種功能分析之觀點僅僅著重於效能行政之功能性條件的強調(1996: 434-436)。針對此，哈伯馬斯批判地指出行政複雜性的增加並不意味即從規範性轉移至認知性，行政即應因此完全依循認知——工具理性運作。哈伯馬斯強調福利國家行政既須承擔政治立法工作、面對規範性問題，這些規範性問題即不能從效能觀點決定；行政進行其立法工作時既不可避免地會訴諸規範性理由，即須理性地處理之。他批判地指出倘行政立基於認知性基礎，而經驗主義地再界定規範性問題，或從技術專家政治的觀點根本否定規範性問題，將導致欠缺合理標準的指引，而以機會主義或非反思的方式，恣意地調和其間相衝突之價值(1996: 436; 另參見張桐銳，2002: 570)。因此，哈伯馬斯堅持正當化問題不能化約為行政

效能問題；行政仍須受憲法原則拘束，行政並不能與憲法規範分離，仍必須探問在行政日趨複雜之條件下，權利體系之實現如何可能 (1996: 436)。他並提出程序主義法典範，他確信透過要求行政進行立法工作時遵行滿足憲法正當性條件之程序，可以有效解決此一問題。

法律實質化除了產生法律對行政拘束力弱化之問題，亦導致了新形式之家父長主義，而出現損及個人自主性之風險。如前所述，在《溝通行為理論》中，哈伯馬斯亦論及某些社會福利立法會導致私生活領域形成顧客關係網絡，產生新的依賴，不過對此他主要係從生活世界之溝通實踐將因此受到破壞的角度詮釋理解。然而，在此哈伯馬斯則是直接聚焦於社會福利受益人之私的自主性受侵害的問題。如前所述，與古典私法法律相連結的是法律自由原則，但哈伯馬斯指出隨法律實質化而出現之家父長主義導致了福利國法典範與法律自由原則不相並容之問題 (1996: 406-407)。福利國之社會立法原本固在為運用消極自由之平等機會提供事實上的條件以促進個人私的自主性 (詳下述)，但如今卻反而傷害了此一自主性。這是因為社會福利立法迫使其受益人之行為必須符合常規化之標準行為模式，或者必須接受行政或司法直接介入其生活之決定等，以致形成一種保護人式之監管，嚴重限制個人可以自主追求一己私生活計畫之領域 (1996: 407; 另參見顏厥安，2001: 19-20)。

值得注意的是，哈伯馬斯雖然批判實質化法律出現剝奪個人自主性之負面結果，但與 Hayek 等新自由主義者不同，後者視福利國社會立法之缺陷源於其奠定在與古典自由主義截然不同之規範性前提上。然而，哈伯馬斯卻認為社會福利模式之弱點在於其仍然過度執著於自由主義模式之前提 (1996: 407)。哈伯馬斯指出自由主義之古典形式法律與福利國家之實質化法律間具基本之規範性的

連續性。福利國法典範不是奠定在與自由主義法典範不同之規範性前提，而是奠定在對後者之規範性前提較為抽象的解讀 (1996: 402)。福利國法典範中，私自主性觀念的強調並未有絲毫改變，改變的乃係原本被認為是每個個人之私自主性得以在其中平等實現之社會脈絡 (1996: 400)。進一步言之，在哈伯馬斯看來，自由主義法典範之核心理想為平等個人自由之普遍權利；亦即哈伯馬斯將私自主性理解為平等個人自由之普遍權利 (1996: 401)。據此，他指出私自主性隱含普遍之平等權利，亦即隱含根據保障實質法律平等之規範而受平等待遇之權利，他並且強調每一個人可以在法律之框架內為其所欲為之權利只有在這些法律保障實質法律平等意義下之平等對待此一條件下，才是正當的。哈伯馬斯因此表示法律自由原則與普遍平等權利相互滲透，而且正是此一相互滲透賦予了下述規範性期待以理據：社會正義可以伴隨法律主體之消極法律地位之保障以及與此密切關連之法律之形式普遍性而建立 (1996: 401-402)。哈伯馬斯進一步指出這隱含地意味透過實際上行使自由之無差別條件的劃定，社會正義之期待即可以獲得實現。但是，此一期待背面實依賴某些社會理論上或事實上之假設；它主要依賴市場過程會自行形成均衡之假設，以及社會權力接近平等分配之社會學假設。然而這些假設很快地顯示根本經不起經驗上的批判；組織化之資本主義的發展以及經濟、社會權力不平等情境的不斷擴大，充分證明平等個人自由之普遍權利不再能藉由法律主體之消極地位而獲得保障 (1996: 402)。換言之，法律自由原則之運用實際上產生了事實上之不平等，以致事實上降低某些個人或團體使用其平等分配之個人自由的機會，從而與包含實質法律平等原則在內之平等法律對待的要求相違背 (1996: 414-415)。總之，在哈伯馬斯看來，自由主義法典範之規範性期待係可以同時確保高度且廣泛之私

的自由，以及實質之社會正義。但十九世紀以來興起之現代資本主義社會的經驗現實卻重擊了此一期待。隨著社會結構之轉變，自由主義法典範之核心理想——平等個人自由之普遍權利——被認為僅能藉由福利國家，以及伴隨福利國家之法律實質化方能有效實現。換言之，哈伯馬斯認為福利國家法典範之核心理想即在提升平等使用法律自由之機會；透過實質化法律，提供使用消極自由之平等機會的事實條件，以提升個人之自主性，並幫助實現法律平等 (1996: 406-407, 415-416)。從而，就哈伯馬斯而言，古典自由主義之形式法律與福利國之實質化法律固有明顯之制度差異，但二者卻奠基在共同之規範性前提上，二者均聚焦於私自主性上，只是前者認為透過法律主體之消極地位的保障已足以確保私自主性，後者則強調必須透過社會權的保障方足以確保私自主性之源起的條件 (1996: 408)。

哈伯馬斯有關自由主義形式法律與福利國實質化法律具規範性之連續性的觀點有力地回應了新自由主義者對於後者之批判。新自由主義者堅稱福利國實質化法律代表了對於核心自由主義理想之放棄，而且其失敗亦源於此。但在哈伯馬斯看來，實質化法律雖然產生社會福利受益人之私自主性受侵害的問題，究其原因並非由於其背離了自由主義之規範性前提，法律實質化原初之目的即在提升個人之自主性。而且實質化法律雖有其缺陷並不代表即應重新回去擁抱自由主義法典範，蓋面對社會脈絡之變遷後者同樣無法確保每一個個人私自主性均得以平等實現。哈伯馬斯明白指出新自由主義所倡「回歸市民社會及其法律」之路已被阻塞 (1996: 409)。不僅如此，相對於新自由主義者認為福利國家之失敗係由於其放棄了自由主義之理想，哈伯馬斯卻強調福利國家模式之弱點正係由於其仍然過度執著於自由主義模式之前提；換言之，二者共享了資本主

義工業社會之生產者意像 (productivist image) (1996: 407)。依自由主義觀點，私個人利益的追求使得資本主義社會得以滿足社會正義之期待，因此國家是私行為者威脅之來源；而依社會福利觀點，則正是私個人利益的追求粉碎正義之期待，因此有賴國家介入規制私行為者。無論何者，關注的焦點均在於法律保障之消極地位在特定社會脈絡中如何起功能作用之規範性意涵 (1996: 407)。自由主義之法律觀及福利國之法律觀均獨聚焦於私自主性，而忽略了公自主性之核心地位；而且均將國家與私行為者間之關係描述為零和遊戲中之競爭關係，從而二者均將公自主性與私自主性對立，忽略了公自主性與私自主性間之內在關係，未能掌握它們彼此相互依賴的關係，也因此忽略了社群自我組織之民主意涵 (1996: 408)。基於上述對於福利國法典範弱點之根源的診斷，哈伯馬斯提出了其程序主義法典範，指出其能成功地「闡明自由平等公民組成之社群其自我構成此一原初的觀念」(1996: 393) (詳後述)。

總之，面對福利國興起法律實質化所產生之問題，韋伯、新自由主義與哈伯馬斯對於問題之性質及根源的了解各有不同。哈伯馬斯之法理論一方面既在回應韋伯有關實質化法律危及法律理性，從而危及法律正當性及法律支配之正當性的憂慮。另一方面亦在回應新自由主義有關福利國實質化法律背離自由主義核心理想從而應重新返回「市民社會及其法律」之批判。

三、程序主義法典範

上文曾提及哈伯馬斯之法典範概念指涉有關社會之基本假設，這些假設分別啟迪了不同之實現憲政民主理想的努力。的確，如前述，哈伯馬斯之法律理論蘊含社會批判與個人解放之理想。他忠於批判理論之傳統——忠於內在之社會批判 (immanent social

criticism) 的方法與觀點。亞瑞托 (Andrew Arato) 因此指出只有置於此一背景脈絡中哈伯馬斯之「程序主義法典範」的概念才能充分被理解 (1998: 26)。這首先意味它懷有關於當代社會之啟蒙的規範性計畫：權利體系最充分意義地實現 (1998: 26)。對哈伯馬斯而言，自由主義法典範、福利國法典範與程序主義法典範三者均指涉權利體系的實現，雖然各自強調的重點有所不同。哈伯馬斯強調程序主義法典範即預設福利國與自由主義法律模式從過於具體的角度來解釋權利之實現，並隱蔽了私與公自主性之內在關係 (1996: 437-438)。另一方面，這又意味法典範係一診斷形式，它尋求引導行為。哈伯馬斯指出法典範從實現權利體系之計畫的角度來揭示特定社會之水平。典範開啟了各種解釋的觀點，據此憲政國家原則依特定之解釋而與社會脈絡整體相關連；典範揭示了實現基本權之限制與可能性，而這又要求更進一步之解釋與精細的闡明 (1996: 437)。從而，自由主義與福利國法典範之建構均指涉受批判之社會整體。不過，此一批判並非只在顯示與規範性計畫間之差距，它並預設理性之要素已然存在於自由主義與福利國典範所指涉之社會：正義原則部分地植於現實制度中，現實的制度與正義之要素相連結。換言之，這是一種內在之批判。無論如何，對於先前典範之批判在新典範之建構中扮演了重要角色，新典範並尋求包含舊的典範 (Arato, 1998: 26-27)。哈伯馬斯即指出其程序主義法典範係在「更高的反思層次上」追求社會福利計畫的持續 (1996: 410)。在他看來，福利國法典範之建構固建立在對自由主義法典範之批判上，但也包容了其對於個人自主性與憲政國家制度的強調。同樣的，程序主義法典範則以批判、反思的方式追求延續福利國家平衡形式法律平等與實質 (事實) 平等的企圖；而且在哈伯馬斯看來，此一法律改革模式在某種範圍內亦已隱含在當代政治與法律發展

(如下述女性主義)之中，應然與實然間並非那麼絕然地對立。

程序主義法典範係以反思的方式追求社會福利計畫之持續。⁹ 整體而言，此一反思指向了相互關連的二個方向，並因此決定了程序主義法典範之特殊性。如上述，自由主義法典範與福利國法典範雖然均指涉權利體系之實現，但亦均執著於資本主義工業社會之生產者意像，因此未能對私自主性與公自主性之意義作適當之反思，以致將二者予以對立，視二者為零和遊戲中之競爭關係。故如亞瑞托所指出的，哈伯馬斯所謂之反思過程首先即導向公的與私的自由具同源性 (co-originality) 與互補性之了解 (1998: 28)。哈伯馬斯強調公與私自主性之相互依賴、相互增補即表現在有效性法律之民主起源上 (1996: 408)，這涉及了哈伯馬斯之程序主義法律正當性理論。

更深入而言，如上論，哈伯馬斯在回應韋伯有關法律實質化帶來法律之理性與正當性危機時，指出現代法律之正當性繫於內在於民主立法程序之程序理性。針對此一論點，《事實與規範之間》乙書作了深入而體系地論述，建構了宏偉之程序主義法正當性理論。在該理論中，哈伯馬斯強調制定法律之民主程序是法律唯一之後形而上的正當性根源。其中論證的核心關鍵點同樣置於程序理性上。他並論證指出法律之程序理性係由立基於其論辯理論之論辯原則 (discourse principle) 與具穩定行為期待功能之法形式的結合而推行出之民主原則所確保。按論辯原則¹⁰ 係推衍自哈伯馬斯之溝通行為理論中溝通行為者的預設，論辯原則同時是道德與法律兩種規範之

⁹ 這部分請進一步參考顏厥安教授對哈伯馬斯之程序主義法典範的闡釋 (2001: 21-28)。不過，該文之主要目的係從程序主義法典範出發，結合 Unger 之批判理論、盧曼 (N. Luhmann) 之系統論等，以發展其「社會立憲主義」。

¹⁰ 論辯原則之內涵為「只有那些行為規範是有效的，即為所有可能受該規範影響之人，作為理性論辯之參與者，均能同意的那些規範」(Habermas, 1996: 107)。

正當性判準。但在證立道德規範時，論辯原則採取普遍化原則 (universalization principle) 的形式 (李俊增，2007)。而就實證法規範而言，論辯原則不只是公民們判斷其所制定之法律是否正當的標準，因為論辯原則中要求之理性論辯所需之溝通形式必須被法制化，而當此項原則以法的形式呈現，它即轉化為民主原則 (Habermas, 1996: 108-109, 454-455)；亦即民主原則係來自論辯原則與法的形式之結合。進一步言，民主原則預設了論辯原則所給定的論辯理性 (discursive rationality)，並告訴吾人如何將此一理性制度化；或者說將可供「理性之意志與意見形成」之溝通架構制度化 (1996: 110-111)。因此哈伯馬斯所謂制定法律之民主程序是法律唯一之後形而上的正當性根源，這裡之民主程序係指由論辯原則所引導之審議民主程序 (1996: 305-306)。此一民主立法程序之特徵有二：一方面，它是進行溝通審議之理性的意志與意見形成程序；另一方面，遵循此一程序確保了其立法結果獲致具理據之共識的可能性。而後者又意味遵循此一民主立法程序之結果或多或少是理性上可接受的，而這些即是民主程序正當性力量之所在 (1996: 121, 151, 448)。再者，民主立法程序此二特徵條件也確保了「法律維持其與溝通行為之社會性整合力量的連結」 (Habermas, 1996: 111)。

哈伯馬斯並進一步論證指出所謂論辯原則以法的形式呈現而轉化為民主原則，係指權利體系的確立；亦即權利體系賦予論辯原則法的形式，而展現為民主原則 (1996: 121-122, 127)。此權利體系確立的邏輯如下：首先，制憲時公民們要解決的問題係：如果公民們想要以實證法的方式正當地規範其共同生活方式，或者說如果公民們想要自我建構成為自由且平等之成員所構成的法律社群，則公民們應相互賦予什麼權利 (1998: 215, 2001: 776-777)。據此，以法的形式呈現的規範要求賦予行動者自由，然據以判斷法規範之正

當性的論辯原則，則更要求賦予每個人均有權享有相互並容之平等的最大程度的自由 (1996: 123-124)。這些界定私自主性之消極自由僅係抽象的權利，並無具體內容，必須由公民們自行審議來解釋、明確化這些自由權利，因此又要求保障基本的政治權利，確保公民們的自主性 (1996: 126-127)。總之，論辯理性之法制化，要求法的形式以某種特定的結構呈現，亦即法的主體之私自主性必須予以保障，必須被界定為法律社群中之自由、平等的成員，這些自由權利界定了法律人格者之地位，確保了他們的完整性 (integrity)，並構成了政治自主性適當運用之能動性條件 (enabling conditions) (1996: 127, 2001: 767)。另一方面，社會成員只有在公民適當運用其公的自主性下，方能在實際上平等的享有平等分配給他們的個人自由 (2001: 767, 779-780)。換言之，充分保障之私自主性幫助確保了公自主性之條件，即如公自主性的適當運用幫助確保了私自主性之條件 (1996: 408)。因此，哈伯馬斯指出私的自主性與公的自主性具同源性，二者互相依賴，具內在關係。

據上所述，哈伯馬斯藉由訴諸法及法秩序之調和的角色，對於權利作互為主體性地解釋。在概念的層次上，權利指涉的並不是原子式個人之性質，或社群共享之價值，而是作為奠基在相互承認與自我立法上之法秩序的要素。另一方面，權利又係作為正當立法之條件而出現，在此條件下公民方能以自由且平等之公民的地位共同合作而制定實證法。以此意義，「主觀的」權利與「客觀的」法係同源地 (cooriginally) 出現 (1996: 88-89)。所以具穩定行為期待功能之法律呈現其自身為一權利體系 (1996: 133)；法律之功能同時是作為確保公民之私與公的自主性之構成性規則體系 (1996: 144)。

就較具體的層次言之，哈伯馬斯有關公與私自主性之相互依

賴、相互增補，彼此具內在關係的論點，與其對代議民主之獨特了解密切相關。按與自由主義法典範及福利國法典範之代議民主觀不同，程序主義法典範之代議民主觀並非以國家為中心。反之，它是二元的：它同時聚焦於生活世界之公共領域與私領域中非主體性、去中心化、非制度化之溝通，以及政治系統內制度化之審議與決策程序，並強調二者相互間適當之溝通形式。蓋具正當性之法律僅能在受憲法規制之權力循環之形式中再生產其自身，而後者又須為未受扭曲之公共領域的溝通所滋養，此一公共領域又藉由市民社會之網絡植基於無阻礙之生活世界之核心私領域中；換言之，法律之正當性來自於同源之公與私自主性能於其中充分表現之溝通形式(1996: 408-409)。這也就為什麼哈伯馬斯強調公與私自主性之相互依賴與相互增補即表現在有效性法律之民主起源上。

無論如何，如前所述，哈伯馬斯認為自由主義法典範與福利國法典範忽略公與私自主性之內在關係；二者間之爭論聚焦於作為法秩序適用對象之法律人格者平等地位的實現其前提條件為何。相對於此，程序主義法典範預設公與私自主性之同源性，二者具內在關係，並以追求同時確保公與私自主性為目標。哈伯馬斯強調實證法必須將法律人格者之自主性分離成為公與私自主性之互補關係，從而法律人格者可以同時自我了解為法律之制定者，而不只是法律之適用對象，也因此才是自主的(1996: 408, 417)。換言之，相對於自由主義法典範及福利國典範聚焦於法律系統之輸出面，程序主義法典範則強調立法之輸入面以及民主公民間之互動。據此，哈伯馬斯所謂之反思實深植於法律之民主起源(Arato, 1998: 28; Cohen, 2002: 160)。

程序主義法典範之涉及自我反思尚有第二層意義。從自由主義法典範與福利國法典範的觀點，「(形式)法律平等與事實平等之辯

證」顯得非常棘手。如前所述，前者對於權利體系的解釋，強調法律自由或者形式法律之平等，卻忽略法律自由原則之適用產生了事實上之不平等，以致降低了某些人利用其平等分配之個人自由的機會，從而侵害了其自主性。後者對權利體系之解釋則強調社會權之重要性，希望藉此提供使用消極自由之平等機會的事實條件，卻忽略了政治權力及法律管制介入社會對於個人自主性造成之傷害。換言之，無論是自由主義法典範或福利國法典範，其對於權利體系之解釋均是片面的、帶有矛盾的，從而無力解決「(形式)法律平等與事實平等之辯證」。因此哈伯馬斯心目中的反思的第二層意義即在企圖解決此一棘手難題。但如亞瑞托所言，哈伯馬斯解決方案——程序主義法典範——並未如福利國法典範般提出一套新的權利。程序主義法典範只是企圖使承繼自自由主義與福利國家之權利體系，能夠充分地發展其意涵(1998: 28-29)。同樣重要的是，哈伯馬斯強調從程序主義的觀點，在今日複雜社會之條件下，不能寄望於單一特定之法律形式而求權利體系之充分、一致地發展；面對相競爭之法律形式，亦應抱持反思的態度，而不能獨尊固執於其中之一。

的確，哈伯馬斯指出自由主義法典範與福利國法典範間之論爭已然變成反思的。哈伯馬斯注意到當代的法律專家較諸其前輩更為意識到他們對於「隱含之社會意像」的依賴，這些背景假設對他們而言不再具有一種類似自然的性格(Scheuerman, 2008b: 114)。由於對於典範轉移與相關爭論的注意使得任何典範性之法律了解不再能如僅僅直觀地引導吾人之背景知識一般地具類似自然的性格；典範性之法律了解要求自我批判之證立。有關正確之法典範的論爭已成專業法律評論中之明顯的議題。從而沒有任何法典範能再聲稱具主宰性(Habermas, 1996: 390, 393, 415)。據此，程序主義法典範的核心要素之一即在於反思地拒絕盲目地獨尊任何特定的

法律典範。哈伯馬斯指出在複雜社會之條件下，實現權利體系之途徑，不能再像自由主義法典範或福利國法典範獨尊形式法律或實質法律一樣，獨尊某一特定的法律形式。反之，政治立法者必須根據具體脈絡中須受規制事務的性質，以權利體系之充分地、一致地實現為目標，從相競爭之法律形式中反思地選擇其一（1996: 410, 438）。

值得注意的是，如前述，面對福利國家法律造成生活世界殖民化之病態，哈伯馬斯曾倡議透過限縮法律於建立保障特定生活世界領域之外部建構，以維護生活世界之溝通實踐。但在此哈伯馬斯卻改變立場，其程序主義法典範不再承認這種法律形式具任何優勢地位。換言之，哈伯馬斯僅承認下述屠布涅之反思（身）的法律模式是自由主義與福利國法律以外的另一可能選項；程序主義法典範允許政治立法者除了形式法律與實質法律二種法律形式以外，亦得以反思的方式選擇反思（身）之法律形式（1996: 410, 438）。進一步言之，一方面哈伯馬斯採取與下述屠布涅之系統理論不同的觀點理解反思（身）法模式，強調其中蘊含之民主意涵：政治立法者自限於非政府次級系統之內部建構化，建立供解決衝突之程序與組織形式，而將其他的立法權限移轉至系統的成員，由其經由協商達成共識，以管理其一己之事務。此一合作式意志形成方式意味了成員們享有準政治之參與權利，成為積極公民。從而強化了其積極之法律地位（1996: 412-413）。但另一方面，哈伯馬斯卻指出這種集體協商制度仍可能產生限制自由之常規化的效果。以勞資契約及工資協約為例，它們並非視受僱者為個人，而是視之為集體的一部分，加上契約或協約的形成往往為部分特定受僱者（如工會幹部）的情境所主導，而忽略個別受僱者之期待，其結果為了保障個別受僱者，卻同時建立了行為模式由上而下強加個別受僱者，導致個人之自我

決定為集體權力所損害，付出了個人自主性受限制的代價(1996: 413-414)。換言之，反思(身)法律形式與福利國法律形式類似，它產生了家父長主義之負面效果。據此，在哈伯馬斯看來，反思(身)法律形式與形式法律及實質法律二法律形式一樣，均只是可供選擇之可能的選項，並不具任何優勢的地位。立法者應依具體脈絡反思地決定何種法律形式是適當的。¹¹

更明確而言，程序主義法典範要求公民與立法者不偏愛特定之法律形式，反之，反思地審議眼前須受規制之事務，然後對於達成特定政策目標之適當手段作後設層次之決定：

反思地處理法律這要求國會立法者首先作後設層次的決定：是否他們應作決定；誰應優先決定；以及假設他們想要決定，則其範圍廣大之法律計畫之進一步正當的處置，結果會是什麼。(1996: 439)

當然，哈伯馬斯強調具體個案中對於法律形式之選擇，均須同時確保公民之私與公的自主性；無論所採之法律形式為何，均不應將公民化約為私市場中之參與者或福利官僚行政之受益人，反之，應有助於公民政治自主地參與基本權意涵之闡釋(1996: 410; 另參見顏厥安，2001: 24-26)。整體言之，程序主義法典範之反思的

¹¹ 當然，從另一角度言之，程序主義法典範並未如自由主義法典範與福利國法典範提出並獨尊特定之法律形式，這也意味前者與後二者如亞瑞托所言並非完全對應(Arato, 1998: 27)。不僅如此，哈伯馬斯討論自由主義法典範與福利國法典範時，曾深入分析形式法律與實質法律之社會背景假設，相對於此，程序主義者背後隱含之社會意像為何，哈伯馬斯卻未深入地討論發展，以致仍然相當模糊(Scheuerman, 2008b: 116)。不過，如前所述，程序主義法典範畢竟為一具解放意圖之社會批判計劃，也因此亞瑞托同情地指出即使程序主義法典範之某些要素已隱含在當代之政治與法律發展中，但畢竟其只能是一未來取向之計劃，是長期民主策略的一部分，所以上述這種不對稱毋寧是當然的(1998: 28)。

性質表現在其認為權利體系意涵之充分的發展，一方面要求國會立法者面對須受規制之事物，應依其性質反思地選擇適當之法律形式，另一方面此一法律形式之選擇應有助於公民參與權利意涵之闡釋。亞瑞托與寇恩進一步指出這意味應制度化反思與自我反思之民主程序，以使相關利害關係人參與闡釋權利之意涵，從而幫助立法機關、行政機關與法院更為融貫、一致地決定權利之意涵 (Arato, 1998: 29; Cohen, 2002: 160-161)。具體而言，使用消極自由之平等權利的內涵為何？是否以及在那些方面事實上之平等對於公民之(形式)法律平等是必要的？這類問題均應在各個個案中由相關利害關係人參與公共討論而為決定；唯有強化相關利害關係人在政治公共領域之地位，擴大對政治溝通形式之參與，使其能就確保私人之平等自主性之標準，亦即就特定時空下表述法律平等所需之事實條件的標準，進行公共討論，釐清界定平等地位之相關面向，方能避免法律規制產生形式法律之歧視或福利國之家父長主義，解決困擾著自由主義法典範及福利國法典範之「(形式)法律平等與事實平等之辯證」的難題 (Habermas, 1996: 414-417)。

哈伯馬斯舉當代女性主義之政治與法律理論為例，證明當代之政治與法律意識呈現漸趨反思之趨向。他讚揚當代女性主義者對於自由主義模式之女性主義與福利國模式之女性主義改革的成功表現出反思的態度 (1996: 421)。她們敏銳地認識到即使表面上看似成功執行的計畫 (尤其是福利國家計畫) 亦呈現出矛盾的結果；福利國之實質法律從婦女的觀點看來通常是反效果的 (1996: 422)。哈伯馬斯強調無論自由主義法典範或福利國法典範均未視性別差異為有待解釋，反之，差異單純地推衍自被視為理所當然之男性的標準。遵循這些法典範，導致立法及司法對於不利的情境與不利的團體作過於一般化從而是虛假的歸類，以致只是鞏固既有之性別差

異的刻板印象；立法與司法製造這種「常規化結果」，而無法符合受其規制影響者之需要(1996: 423-424)。哈伯馬斯指出當代女性主義追求平等的奮鬥中對於既存法典範之反思的態度，導致了對於相關法律計畫之典範性了解的轉變。她們認識到制度所界定之性別刻板印象乃是社會建構，不能被理所當然地接受，反之，應以有意識、審議的方式來形成有關性別差異與性別關係這些社會建構。亦即她們能夠立足於互為主體之權利概念，強調自主追求個人生活之平等權利之具體形成，須經公共討論來釐清(特定之)女人與男人之經驗與生活情境間之差異對於使用個人自由之平等機會在那些面向上是相關的。當代女性主義對於福利國法典範反思地抱持保留態度的背後正是上述此種對於私與公自主性具內在關係之洞見(1996: 425-426; 另參見顏厥安，2001: 26-28)。

總之，程序主義法典範對於解決「(形式)法律平等與事實平等之辯證」的難題，並不獨尊固執於特定的法律形式，反之，強調以權利體系之充分地、一致地實現為目標；或者具體而言，以在具體脈絡中何種社會權的採擇是使用其他基本權所必要且不生相互衝突為目標，而從各相競爭之法律形式中作選擇。此外，在作此選擇時並應奠基於私與公的自主性具內在關係的了解上，從而要求須經所有相關之利害關係人參與之民主反思程序，來闡釋、決定權利之意義。

值得注意的是，面對前文曾論及之法律實質化危及權力分立的難題，哈伯馬斯同樣指出從程序主義的觀點，此一難題不應再被化約為某種法律形式取代另一種法律形式的問題。他強調不能如韋伯等一樣，認為形式法律是立法機關、司法機關與行政機關三者制度上分立的唯一支柱(1996: 438)。哈伯馬斯並從其論辯理論的觀點探究權力功能分立之邏輯，對權力分立原則從民主的角度作重新詮

釋。他認為言及立法、司法與行政意味一種為相關制度形式所誤導之過度具體的解讀，哈伯馬斯強調應在抽象的層次探究立法、法之適用與法之執行三種功能，並從論辯理論的觀點，分析指出這三種功能可以依不同之溝通形式及相關之論證模式而作區分 (1996: 192-193, 438)。據此，立法應了解為奠基在與規範之證立相關之溝通形式；當規範有待證立，立法者可以使用規範性、務實性 (pragmatic) 與經驗性理由；重點在於規範證立之說服力來自各種不同且 (理想上) 包含所有利害關係人在內之自由流通的溝通形式。相反的，法之執行屬目的一理性之決策，僅應奠定在受明確限制之策略理性之形式上，其限於使用務實性與經驗性理由，受法律所建立之規範性前提的限制，而不允許以建構或再建構方式處理規範性理由 (Habermas, 1996: 180-181, 192-193; Scheuerman, 2008b: 117)。但如前述，福利國家法律實質化使得行政不再侷限於單純法之執行，而必須承擔行政立法工作，面對規範性問題；行政執行開放性之法律計畫不可避免地會訴諸規範性理由。換言之，行政涉足了要求超越狹隘之策略理性的工作；從事於須具備來自非行政之溝通形式之正當性要求的立法工作。面對此一問題，程序主義法典範企圖透過程序法律而在行政之決策過程中建立一正當化之過濾裝置，要求行政遵循滿足憲法正當性條件之程序；換言之，上述立法應踐行之溝通形式應制度化於行政立法領域中，這意味行政之民主化。哈伯馬斯強調如此一來亦可彌補國會與司法對於行政控制之不足 (Habermas, 1996: 440; Scheuerman, 2008b: 117)。無論如何，當國會立法者經由反思作出後設層次的決定，欲制定實質化之管制法律來管制當前事務，以致行政機關執行開放之法律計畫而須承擔行政立法工作，立法者即須同步自覺地審思如何立法要求行政立法程序符合憲法之民主正當性條件。據此福利國法律不再是行政官僚系

統據以殖民生活世界，破壞社會性整合的機制。反之，透過此一方式法律使得公共論辯過程中產生之溝通權力得以影響、引導行政系統之權力的行使；藉此行政系統甚至擴大了溝通權力，而成為有效之社會整合力量。哈伯馬斯並列舉一些機制作為範例：行政聽證、監察使 (ombudspersons) 等 (1996: 440-441)。藉此，相關利害關係人能夠享有機會依其自身之情境及經驗反應一己對於權利的需求，從而協助行政機關更為融貫、一致地決定權利之意涵，行政因此與權利之實現得以連結。

肆、反思（身）法典範¹²

上文曾論及哈伯馬斯將肆應歐洲現代社會演變之法律發展稱之為法律化，並指出歐洲法律化過程可以區分為四波。他從系統一生活世界的角度來詮釋這四波之法律化，並指出民主福利國家這一波法律化一方面意味拘束控制經濟系統以防衛生活世界，另一方面卻帶來生活世界為作為媒介之法律所殖民之副作用。屠布涅則借用法律化一詞直接指稱韋伯所謂法律實質化之現象，並從系統論一功能論觀點作進一步闡釋。屠布涅指出法律化不僅指法律管制之量以及密度的增加，更重要的是法律化涉及了法律體系之功能、正當性、與結構的改變：功能上法律成為政治系統介入社會、引導社會

¹² 屠布涅對其所提之反思（身）法律，不曾使用法典範一詞稱之；反之，他稱之為法律策略模式 (strategic model)。他指出法律策略模式包括了法律之社會學理論，但將之轉變為法律對社會實在的建構。此外，它亦包括規範性評價與策略性考量 (Teubner, 1986: 300-301)。從某個角度觀之，法律策略模式似與法典範之意涵相當接近。學者寇恩亦以法典範稱呼屠布涅之反思（身）法律 (Cohen, 2002: 144)。但必須注意的是，屠布涅之反思（身）法律模式雖有其規範性面向，但如哈伯馬斯所批判指出的，此一規範性面向卻作經驗主義的再解釋，其根本欠缺哈伯馬斯法典範蘊含之批判—解放的意涵（詳後述）。

過程達成其目的的工具；法律之正當性取決於其管制社會所獲致之成果；結構上法律特殊化且政策取向化、結果取向化（1987: 14-19）。其次，哈伯馬斯將福利國家之病態現象理解為生活世界之殖民化；針對此一病態現象屠布涅則從系統理論觀點作重新詮釋，且進一步從該觀點擴大分析法律化所產生之負功能結果，稱之為管制三難（regulatory trilemma）。面對此一福利國家之病態現象，屠布涅與哈伯馬斯一樣拒絕新自由主義之解決途徑，但從系統一功能主義觀點提出反思（身）法模式作為因應之道。他並聲稱形式法律、實質法律與反思（身）法律三者之發展為一演進過程；面對社會分裂為功能分化之各種不同次級系統，唯今之計，應採行反思（身）法律形式方能有效解決困境。有趣的是，屠布涅與哈伯馬斯之理論途徑雖然大相逕庭（詳下述），¹³ 但如上述屠布涅提出之反思（身）法

¹³ 下文關於屠布涅之反思（身）法律模式之討論，請進一步參考洪謙德教授對於屠布涅之法律理論詳盡而完整的專文討論（2002）。必須注意的是，屠布涅之反思（身）法理論歷經修正。此一理論最早提出於1983年發表之〈現代法律中之實質與反思（身）要素〉（“Substantive and Reflexive Elements in Modern Law”）。該文係以盧曼之系統論為核心，納入哈伯馬斯及 P. Selznick 之某些理論要素，來建構其反思（身）法律理論。該文並從法律演進的觀點，證立反思（身）法係現階段應採取之法律模式。屠布涅之論點在1984年受到伯朗肯柏格（Erhard Blankenburg）之批判，後者從實證的角度指出反思（身）法律概念之核心理論預設（即演進論及程序論）欠缺充分的經驗基礎（詳見下文）。屠布涅在回應此一批判時激進化其系統論取向，而聚焦於法律系統之自我再製的性質，哈伯馬斯之理論的影響自此淡化。惟屠布涅之系統論的論點嗣後在1985年又受到盧曼的批判，後者批判其反思（身）法理論中之自主性、反思（身）性、自我規制等概念（見後註15）。在1989年《作為自我再製系統之法律》（*Law as an Autopoietic System*）乙書中，屠布涅回應盧曼之批判。惟至此屠布涅之反思（身）法律概念完全被包含於自我再製法律系統之理論當中，且大部分被化約為有關法律系統之管制能力的討論。由於本文係以哈伯馬斯之程序主義法典範為核心進行討論，因此不適合在正文中對於屠布涅上述之理論轉變作清楚交代，以免全文更形龐雜、混亂。從而本文選擇以屠布涅《作為自我再製系統之法律》乙書作為討論屠布涅之法理論的主軸，並據此與哈伯馬斯之理論作比較。

模式卻受到哈伯馬斯針對生活世界殖民化而提出之藥方——特定生活世界領域之外部建構的法律制度化的啟發。

如前所述，韋伯指出了法律二種相衝突之發展趨向——形式法律之發展，以及法律之去形式化、實質化的發展。屠布涅從系統理論觀點將此一衝突重塑為法律之社會功能（亦即法律益趨專化致力於生產符合整體社會期待之功能）與法律適應環境需求之管制性表現（regulatory performance）間的衝突（1983: 273, 1987: 19）。據此，屠布涅將形式法律之實質化重新詮釋為二個相衝突趨向同時強化的過程，一方面是法律「形式化」之增強；所謂「形式化」此處意指法律參與社會之功能分化，並發展其自主性，而形成為一自我再製之自我指涉（autopoietic self-reference）系統（1987: 19-20）。在此涉及屠布涅之自我再製理論。依據此一理論社會被了解為自我規制之溝通系統；其由溝通行為構成，這些溝通行為並產生進一步的溝通，形成自我指涉之溝通循環。由此一般性之社會溝通循環並發展出了各種專化之溝通循環，後者各自構成自主之溝通單位（1993: 69）。換言之，社會分裂成功能上分化之次級系統（如法律、政治、宗教、經濟），而且這些次級系統就其性質而言，「運作上是封閉的，但認知上是開放的」（1993: 69）。這些系統運作上是封閉的，因為它們所有運作永遠指涉其自身；其係經由系統本身之元素的互動而生產及再生產其自身的元素。從而定義上是一封閉的系統。就法律系統而言，它是由有關合法與非法之特定溝通構成之溝通系統；法律溝通同樣是自我指涉的，其溝通循環形成自我再製之封閉（1993: 33, 70）。這意味法律的有效性在定義上不再與任何法律以外的因素（如政治、道德、科學）連結，也不再從自然法的觀點證立；法律從而僅僅內在於法律地再生產其自身（1986: 308-309, 1993: 20）。系統運作上固然是封閉的，但自我指涉系統作為封閉系統，必然同時

也是具有邊界逾越過程之開放系統；系統與環境間存在交換關係。屠布涅強調此種內部化之自我指涉機制與外部化之環境交換機制間的連結使得自我指涉概念更有用也更複雜 (1986: 308-309)。

法律之實質化一方面固是法律之「形式化」的增加，形成一自我指涉系統，但另一方面則是由於伴隨著「形式化」的增強，法律之「實質化」亦為之增強。亦即當法律系統愈趨專化致力於生產符合整體社會期待之功能，它即愈趨發展未來取向之行為控制的規範與程序。屠布涅指出這可以以下述弔詭的方式予以表述：法律作為功能上自主的系統 (形式性)，漸趨依賴來自社會環境對其管制性表現的需求 (實質性)。就今日而言，這意味自主、實證、高度形式化與專業化之法律，當因為政治控制目的而工具化時，它即同時暴露於政治以及受管制之生活領域二者的特定需求 (1983: 273-274, 1987: 20)。

屠布涅指出上述這種法律愈趨自主並與環境愈趨相互依賴間之緊張不但解釋了現代法律化之必要性，亦解釋了其問題之所在。蓋當系統發展出高度的自主性以致於系統不只可以規劃其自身，而且可以排他性地回應其自身時，系統彼此之間即無法直接影響彼此，而只能相互地啟動自我規制過程。蓋系統外部的要求無法依刺激—反應直線因果律之方式直接轉變成內部的效果；反之，它係依特定之選擇標準經過過濾而進入系統，並且適應該系統之自主的邏輯 (1987: 20-21)。一個系統對於另一系統之影響僅能經由以該系統之適當語言的轉譯，才能為該系統所理解。進一步言之，在此屠布涅基於認識論之建構主義，指出溝通系統 (包括法律系統在內) 雖然認知上對於環境是開放的，但系統係經由觀察而接觸環境，與環境並沒有直接接觸。蓋資訊並非經由認知過濾，資訊是在系統內部生產。藉由內部生產之資訊，系統生產關於外部世界之內部模式。

且系統僅僅與此自己創造之實在互動 (1993: 77-80, 84)；「系統僅能處理其自身對於環境之內在的建構」(1993: 74)。舉例言之，社會實在在在法律溝通中被再建構；法律「創造」了經濟的意像，並依此意像形成其規範。法律對於外部之管制(如價格控制規範)變成只是自我觀察；法律只是觀察一己之運作，始終在想像經濟是以如此這般的方式在起功能運作。對於法律而言，外在環境之影響僅是製造了騷動，回應此一騷動，法律改變了一己之內在秩序。同樣的，經濟系統僅僅承認經濟規範為有效，法律規範對之而言只是系統外部之「騷動」，經濟系統必須依其成本效益計算之理性予以過濾與再建構。法律規範並未在經濟次級系統中創造秩序，而是經濟系統本身選擇性地處理法律規範以建構其一己之秩序 (1992: 1445-1446, 1993: 75, 78-79)。總之，由於環境本身係系統之內部建構，認知開放性並無法使系統脫離其運作上之自我封閉。雖然如此，由於屠布涅認為各次級系統之專化的溝通循環係由一般性之社會溝通循環發展而出，所有專化之溝通形式永遠同時是一般性社會溝通形式，因此屠布涅承認系統可以超越自我觀察；承認系統間經由相互干擾而形成連結 (coupling)，從而法律此一自我再製系統能夠管制其他系統 (1993: 82-90)。¹⁴ 不過，由於次級系統具高度自主性，管制因此存在著界限——三重之自我再生產的界限。只有在各自之自我再生產的界限被遵守，管制才是成功的；亦即管制必須維持進行管制之系統(法律與政治)其元素之自我生產的內部互動，而又同時能夠與受管制系統之自我生產的內部互動並容。此三重並容性關係

¹⁴ 這是屠布涅與盧曼理論的主要差異。盧曼批判屠布涅之反思(身)法理論，他將後者中有關自主性、反思(身)性與自我規制等概念與其嚴格之自我再製概念比較，強調前者之模糊性。盧曼並指出，沒有任何政治—法律計劃可以從後者推行而出；沒有任何系統能夠管制其他系統，對於自我規制之管制是不可能的 (Luhmann, 1992)。

屠布涅稱之為「結構性連結」(structural coupling)。他指出如果管制未遵守法律、政治與社會生活領域三者之「結構性連結」的條件，管制必定失敗 (1986: 310-311, 1987: 20-21)。管制失敗以三種方式呈現，屠布涅稱之為管制三難，而這正是今日福利國家之法律管制模式所面臨的困境：

(一) 法律、政治與社會之「不一致」：首先，這意味法律管制與受管制系統之自我生產互動不相並容——受管制之系統以不回應來回應法律管制。這是因為管制行為未依循受管制系統之適切性標準 (relevance criteria)，因此對於受管制系統之元素的互動變得不相干；法律無法改變行為，法律是無效能的。值得注意的是，這種自我生產組織維持聞風不動的情形不僅表現在社會對於法律管制相應不理，亦表現在法律對於政治之引導反應冷漠，這同樣因為政治未能符合法律之適切性標準，從而政治的重大改革在到達社會之前，已在轉化成法律之際消失了 (1986: 311, 1987: 22-23)。

(二) 社會「過度法律化」：哈伯馬斯所謂「生活世界之殖民化」，屠布涅稱之為社會過度法律化，不過他從系統理論作進一步的重新詮釋。他拒絕哈伯馬斯有關生活世界與系統之區分及其中蘊含之規範性意涵，將哈伯馬斯歸類屬於生活世界之受管制的社會生活領域亦視為一系統；此外，並將「殖民化」的概念一般化地適用於任何系統間之關係，而不限於受管制的社會生活領域 (1986: 315-316)。屠布涅指出在此法律作為福利國家之控制工具固發揮其效能，但由於法律管制遵循之功能邏輯與理性標準並不適於受管制之社會生活領域的內部結構，導致管制行為過於強烈地影響受管制領域之元素的內部互動，以致危及其自我生產 (1986: 311, 315-316, 1987: 24-25)。但不限於此，屠布涅強調此種崩解的效果亦會出現在哈伯馬斯歸類屬於「系統」之自我規制的社會領域，亦即經濟、

政治二系統同樣可能為法律化部分地癱瘓。

(三) 法律之「過度社會化」：這是指來自政治或社會對管制的的需求使得法律系統產生崩解的效果。法律為政治或受管制次級系統之目的所「擄獲」，亦即法律出現「政治化」、「經濟化」等情形以致其元素之自我生產變得過度扭曲。福利國家中法律之過度扭曲可能是法律被迫納入政治標準，法律政治工具化的結果；或者是法律被迫納入社會標準，法律「臣服於」社會其他次級系統之自主的邏輯而付出犧牲其自我再生產的成本；也可能是法律同時面對福利國家政策與受管制之社會生活領域雙重的要求而淪為夾心餅乾，以致危及其自我再生產之組織。總之，過度社會化之法律破壞了法律體系本身之自我指涉性 (1986: 311, 1987: 25-26)。

管制失敗除了源於管制未遵守法律、政治與社會生活領域三系統之「結構性連結」條件，也可能涉及所需之社會知識的欠缺。法律化意味著管制遵循直線因果律的簡單模式：「政治目標—法律規範—社會效果」。屠布涅指出此一模式需要關於自我指涉系統如何接收，以及如何依其自主的內部互動規則處理管制性資訊等社會知識。這意味法律必須儲備有關不同次級系統中一般自我指涉之循環性 (self-referential circularity) 以及個案中特定效果等社會知識，但這些知識即使是社會科學通常也無法生產。屠布涅因此指出直線因果律模式適用於自我指涉系統存在著重大限制 (1986: 311-312)。

屠布涅雖然批判福利國家法律管制模式之弊，但同樣反對新自由主義去管制化的訴求。屠布涅指出再形式化之策略固然增加次級系統(經濟)之自主性，但去管制化卻無法解決負面外部性的問題。形式法律的確促進了社會自主性，但法律完全摒除管制功能而退縮回純粹之形式性將無法應付社會次級系統自我再製結構所產生之問題；次級系統之理性固然因此增加，但隨之而來的可能是系

統與環境間調和上的重大困難。屠布涅堅持法律之功能不能化約為僅僅是自我規制結構的維持。反之，法律的一項重要功能係在調和不同自我規制系統彼此之理性。屠布涅強調此一功能不能因為自我規制系統抗拒直接控制即認為是多餘，它仍然是必須的 (1986: 309, 1987: 32)。換言之，法律之功能即在確保社會整合。

進一步而言，屠布涅使用自我指涉概念作為判準批判地指出福利國法律管制模式之困境，同樣的，他認為必須設計一種足以回應自我指涉系統之基本需求的法律，此一基本需求包含了三個面向：自主性、外部化及調和。具體言之，在他看來，法律之管制干預必須消極上不致破壞其他次級系統之自主性。但另一方面，屠布涅強調自我指涉是一危險的結構，它永遠處於自我封閉之危險中；自我指涉系統往往選擇性地依其語言來運作，從而忽視其對環境造成之結果，沒有能力將這些結果重新轉譯為自己的語言。換言之，系統本身沒有能力發展足夠的外部化，所以需要外界的壓力加諸系統一種避免自我封閉的結構。法律即是這種可以補償系統之自我指涉的機制之一：在不傷害系統之自我生產與自我再生產之條件下，將環境之需求整合入系統。最後，不僅次級系統構成自我指涉系統，整體社會亦然；政治、經濟、法律等功能次級系統間之互動可以視為更大系統之元素自我生產的互動。就此而言，法律之功能即在於解決次級系統間之衝突，調和不同次級系統相異之目的與理性使能彼此相容，從而有助於整體社會此一系統之自我指涉的維持 (1986: 313-320, 1987: 33-34)。

總之，社會分裂成功能分化之不同次級系統，以及系統之自我指涉性質導致了整合與管制的需求。但不僅如此，系統之自我指涉性質亦限制了達成整合之管制方式；有效能之法律管制必須遵守法律、政治與受管制之次級系統三者之「結構性連結」之條件；必須

使不同次級系統之內在邏輯能維持並容的關係。這意味法律必須承認自我再製之自我指涉系統之運作上的封閉性，並善用其認知上的開放性。屠布涅因此提出反思(身)法模式。他指出對抗次級系統之負面的外部性，對抗其自我封閉而對於環境不負責任的態度，方法在於培養次級系統內部反思的形式。法律因此不是對於社會領域直接進行管制，而是間接地對於次級系統之自我規制過程進行控制。法律不是直接管制社會行為，不是加諸實質目的，試圖控制其他次級系統之決策的實質結果。而是經由對其他次級系統之組織、程序之管制，以及經由對權能(competence)作再分配，以改變利害關係人之份量地位，並確保系統之整體決策過程對於決策之副作用保持敏感性，據此為其他次級系統之自我規制提供結構性前提(1983: 274-275, 1987: 33-39)。無論如何，對於次級系統內之自我規制過程作管制的目的，在於培養系統內部的反思(亦即系統之自我意識)，迫使其將外部的衝突內部化於其本身之決策結構，以對其最大化內在理性之企圖的外部效果保持敏感度、培養社會責任感，並發展出有效的內部控制結構(1983: 278, 1986: 316-319)。屠布涅強調：「法律就其為其他次級系統內之反思過程提供結構性前提而言，實現了其自身之反思取向」(1983: 275)。

比較而言，反思(身)法典範預設了有關國家與社會關係之新的了解。它視當代社會為去中心化，由高度自主性且內部複雜之徹底分化的次級系統所組成，每個次級系統均自行創建一己之規範與秩序，但均無法發展必要的控制能力來直接規制其他系統；換言之，不同社會次級系統(包括政治、法律在內)之橫向異態結構(heterarchy)取代了國家—社會／個人之階層結構，從而與自由主義法典範及福利國法典範形成明顯對立。進一步言之，反思(身)法典範與自由主義法典範均強調社會自主性，但二者對此的理解卻大

相逕庭。前者關注的是系統的自主性，後者則是關注個別行為者之私自主性，以及因此形成之半自然的市場經濟社會。後者強調國家／法律干預之最小化以維護自主社會力量運作形成之半自然的私的秩序，法律僅在提供自主社會力量運作之架構，因此應遵循法律形式主義，但前者則企圖藉由法律之間接管制來創造一種「受管制的自主性」。

另一方面，反思（身）法典範亦拒絕福利國法典範有關國家與社會融合的預設。由於強調並要求尊重系統的自主性或自我指涉性，它拒絕福利國下實質的、細密的干預手段，法律不再是規劃、引導社會的工具，而是對社會自我規制之一般化的控制形式。在此法律不再居於統攝社會的地位，呈現的法律關係不是國家—社會／個人間之階層結構關係；反之，法律是社會不同功能系統間水平的調和者，調和國家、市場與其他次級系統。面對功能分化之複雜社會，福利國法典範企圖透過實質化法律實現中心化之社會整合；相對於此，反思（身）法典範由於承認系統之自主性，認為這種中心化之社會整合已不可能，實質化法律只會導致社會退化性的去分化而非社會的再整合。於今之計，只能藉由反思（身）的法律形式來達成去中心化之整合（1983: 272）。此外，福利國法典範企圖藉由實質化法律介入管制社會以調整或修補社會團體間權力與地位不平等所產生的不正義，但這項規範性的關懷卻不是反思（身）法典範之焦點。的確，屠布涅雖然強調反思（身）之法律形式係藉由對社會次級系統之組織、程序的管制與經由對權能作再分配以調整、改變利害關係人之份量、地位，但他同時指出其主要目標不在於權力的平等化（1983: 278）；或者說權力的平等化本身並不具重要價值。反之，反思（身）法典範關注的是藉由程序性與組織性規範降低權力之不均衡而促使次級系統之反思性。換言之，其規範性關懷

焦點是次級系統(包括法律系統)與整體社會系統之自我指涉性質的維持;或者更精確地說,面對次級系統之自我指涉性質,法律應採取如何的管制方式才是有效能的——亦即有助於整體社會系統之自我指涉的維持,達成其整合功能。的確,論者即指出當反思(身)法理論立基於自我再製之假設,其規範性關懷即聚焦於次級系統之運作的封閉性,以及面對此一封閉性的難題法律形式應儘如何改變才是有效能的(Smismans, 2005: 103; 另參見 Rogowski, 2001: 181)。

就與前述哈伯馬斯之法理論比較地來看,如上述,屠布涅之反思(身)法概念被包含於自我再製之系統—功能理論下,其規範性關懷實已化約為法律之管制效能問題。屠布涅認為法律之發展過程最終係法律實證化成為一自我再製之自我指涉系統而獲得獨立性;他視系統之自我指涉性質為不可避免之社會事實,關心的只是為適應此一事實法律之管制形式應作如何的改變才是有效能的。誠如哈伯馬斯所指出的,在此法律之規範性面向被作為經驗主義的再解釋,認知性期待被視為是規範性的,從而除去了規範性之有效性(normative validity)的本務論(deontological)面向,亦因此除去了應然陳述與這類陳述之規範性支撐之依言而行的意義(illocutionary sense)。據此,從抗拒學習的角度來界定規範性期待。其結果法律系統之規範性的自我了解被抹除,法律與道德及政治之所有內在關連性被切斷(Habermas, 1988: 252-253, 1996: 49-50)。相對於此,哈伯馬斯對功能主義、法律實證主義批判不遺餘力,堅持即使現代法律也不能與道德分離。他藉由分析法律論辯之結構,闡釋法律之程序理性,強調法律與此程序理性蘊含之道德之內在關連性。

屠布涅法律觀中之所以所有的規範性意涵均被剝奪殆盡與其從自我再製理論推衍而出之溝通的概念密切相關。如前所述,就屠

布涅看來，各次級系統之溝通只是該系統自我生產之基本要素。據此，法律溝通陷於其自我再生產中，僅能建構一己對於外在世界之內部意像並與此意像互動。從而，來自法律系統環境之正當化的要求對法律系統而言只是騷動，法律系統必須以一己之語言予以過濾與再建構才能回應處理；法律系統只能回應一己之問題——雖然這些問題是系統外部引起的，它並無法看到或處理整體社會的問題 (Habermas, 1996: 51)。

進一步言之，誠如哈伯馬斯所批判指出的，當法律客觀化為自我再製系統，法律實已被剝奪其社會性整合之意義。在自我再製理論中，作為積極行為主體之個人為之消失；其完全抹除了以行為者之自我了解為出發點之行為理論中指引進入社會之詮釋學軌道。互為主體共享之生活世界因此成為不可能；所有意向性整合之成就亦隨之消失。其對於法律溝通之描繪，使用的是客觀主義地忽略行為者之自我了解的語言；法律規範與法律行為喪失了與法律社群中基於理性動機之獲致了解過程此一假設的所有關連性，法律論辯中提出之有效性聲稱與理由，喪失了其內在價值，不再具備內在於理性動機的力量。反之，基於其功能主義之觀點，法律論辯擁有的是以言取效 (perlocutionary) 之策略性意義：法律論證之意義僅限於降低動機存於他處之法院判決的驚異價值 (surprise value) 與提升其顧客對於判決之實際上接受度此一功能 (1996: 50-51)。¹⁵

¹⁵ 以上關於法律失去與道德之內在關連，法律系統只能回應一己之問題，以及法律論辯不具備內在於理性動機的力量等哈伯馬斯之批判，雖係針對盧曼之系統論，但對於屠布涅之法律理論仍然適用。蓋屠布涅之法理論立基於系統一功能論立場，基本上仍接受盧曼之系統係自我再製、運作上是自我封閉的論點。雖然屠布涅為解決運作上封閉此一觀點難以說明系統間之影響此一難題，修正了盧曼理論，承認系統間經由相互干擾而形成連結，但如下述此一修正並未絲毫改變其運作上封閉的觀點。

當然如上述，屠布涅強調各次級系統之專化的溝通形式永遠同時是一般性社會溝通形式。社會次級系統使用一般性社會溝通之流並從中汲取特別溝通作為新的要素；就社會次級系統而言，新的要素固然確實會出現，但它們本質上仍然是社會溝通，它們仍然屬於相同之現象領域：社會 (1992: 1447, 1993: 87)。從而法律與其環境間存在著相互干擾，法律與環境能進行真正的接觸；干擾係一搭橋機制，由此社會次級系統超越自我觀察，而藉由同一之溝通事件彼此連結 (1993: 86)。換言之，次級系統彼此能夠相互「溝通」。然而，屠布涅之干擾概念並不代表他對於運作封閉理論有所退縮；不同論辯 (discourse) 間依然構成相互無法穿透之溝通循環，彼此間詮釋學式之轉譯關係依然不可能。其干擾概念只是指出面對次級系統運作上之封閉性，法律管制其他次級系統之可能性。屠布涅依然否定溝通行為參與者均預設之互為主體共享的背景 (即生活世界)、共同之反思程序，以及可普遍適用之論辯道德的存在可能性 (1983: 275)；¹⁶ 他堅持法律與其他社會論辯間存在著干擾並不意味它們融合為一多面向之超級論辯 (superdiscourse)。蓋各種論辯 (包括道德論辯、倫理論辯、法律論辯等) 各自有其內在邏輯，從而各種論辯間之衝突無法尋求單一核心之後設論辯，存在的只是多元的、去中心化之各種後設論辯，這些後設論辯各自以其特殊的語言重新表述衝突 (1998: 181)。另一方面，干擾也不意味資訊在法律論辯與其他社會論辯間係以直線之輸入／輸出關係傳遞。干擾僅僅意味二個溝通事件之同時性 (simultaneity)，但資訊仍在每一論辯之內被重新構成 (1993: 87)。從而屠布涅指出法律之整合社會係經由

¹⁶ 在哈伯馬斯看來，屠布涅企圖說明系統間之影響此一難題而對系統論所作之理論修正，除非隱含地預設溝通行為參與者之觀點，亦即預設系統論原本排斥之溝通行為，否則其難題無法解決 (1996: 54-56)。

法律論辯馴服 (enslave) 其他論辯而達成。法律論辯無情地追求平等／不平等 (亦即是否符合既存法規範) 之判準，過程中法律論辯自由地從其他論辯借取觀念、規則與原則，利用汲取道德、倫理與策略論證等，但均使之馴服於決定法律平等／不平等之基本程序。屠布涅強調其中沒有不同論證自由地交互作用，只有上述法律追求程序之嚴格的規訓。經此法律馴化，原本導向不同意義面向、不可共量之理性變成為可共量、可比較——當然僅僅在法律邊界之內 (1998: 183-185)。據此，法律論證被化約等於法律系統之特殊溝通，在此溝通中僅係經由理由的交換分派合法／非法之符碼，以解決相衝突之意見。如哈伯馬斯所批判地，法律論證已喪失依言而行之意義，擁有的是以言取效之意義；法律之解決衝突的能力只是單純之系統能力，經由法律所達成之社會整合也因此變成一種客觀的、非意向性之調和；法律溝通被剝奪了其社會性整合之意義 (1996: 47-48, 50-51)。

總之，屠布涅以系統為中心之溝通的概念與前述哈伯馬斯以行為者為中心之溝通行為概念明顯對立。後者係指所有相關之言說及行為主體均毫無保留地追求依言而行之目標 (illocutionary aim)，以獲致理性動機下之同意所形成之共識。相關言說與行為主體即藉此獲致了解 (即獲致共識) 之過程而調和彼此之行為。此一語言調和機制的關鍵則在於言說行為之依言而行的效力。在此哈伯馬斯視規範 (包括法律規範) 為規範性之有效性聲稱，並運用形式—語用學分析規範性之有效性聲稱之依言而行的效力。根據其分析此一依言而行的效力即在於有效性聲稱潛在上具令人信服之理由；原則上能夠透過論辯性的討論來加以兌現。在共同合作測試假設性之有效性聲稱的溝通條件下，論證具有理性動機的力量，有效性聲稱可藉由論證予以兌現，從而具有互為主體之拘束力。規範性之有效性聲稱

之依言而行的效力解釋了法律規範何以能在日常生活之溝通實踐中調和相關言說及行為主體不同之行為取向(1979: 59-67, 1984: 297-302, 1987: 273-337; 另參見黃瑞祺, 1998; 李俊增, 2007)。便是在此理論基礎上, 哈伯馬斯主張法律能夠成就社會性整合。

整體而言, 屠布涅與哈伯馬斯之溝通與社會概念存在著下面的差異: (1) 屠布涅拒絕哈伯馬斯有關生活世界與系統間之區別及其中蘊含之規範性意涵, 視溝通只是系統自我生產之基本要素, 否定共同之反思程序的存在, 從而堅持社會已分裂成功能上徹底分化、性質上自我指涉之各種次級系統。哈伯馬斯一方面固然接受系統論的觀點, 承認社會分裂為功能高度分化之不同次級系統, 但另一方面, 則肯認作為溝通行為參與者互為主體共享之背景的生活世界之存在; 視溝通行為為生活世界中相關言說及行為主體經由獲致了解而調和彼此不同之行為取向。(2) 屠布涅立基於認識論之建構主義來分析溝通之性質。哈伯馬斯則運用形式一語用學來分析言說之依言而行的效力, 並進而建構論辯理論; 論辯理論乃是哈伯馬斯之程序主義法典範的後設理論。(3) 屠布涅之法律溝通欠缺社會性整合之意涵。哈伯馬斯所謂作為制度之法律則遂行社會性整合; 在《事實與規範之間》乙書中哈伯馬斯更進一步論證指出法律為「轉譯者」, 其將生活世界之溝通語言轉譯為行政國家與經濟之策略性語言, 從而履行社會性整合之功能(詳後述)。

屠布涅與哈伯馬斯之溝通與社會概念的差異已比較分析如上述, 不過, 值得注意的是, 屠布涅最早建構其反思(身)法概念時, 卻將之與民主概念相連結。他指出「社會次級系統內之反思, 只有當民主化過程在這些次級系統內創造了論辯性結構, 才有可能」(1983: 273)。而反思(身)法之角色即是在次級系統之層次「設置、矯正與再界定民主之自我規制機制」(1983: 275)。但另一方面, 屠

布涅卻又指出次級系統之民主化的主要功能「既不在增加個人的參與，也不在中立化權力結構」，而是在次級系統之內部的反思（1983: 273）；亦即民主本身並不具重要價值，民主化係為了促使次級系統對於其最大化內部理性之企圖的外部效果保持敏感（1983: 278）。即就整體觀之，民主的問題在屠布涅之法律理論也居於邊陲地位，其所謂之「民主化次級系統」的意涵並未進一步發展。毋怪乎論者批判指出屠布涅之提及民主化似（主要）將之理解為反思，形成了同義反覆（Smismans, 2005: 103-105；另參見 Black, 1996: 49）。更何況鑑於其基礎理論——自我再製理論，以及立基於此理論上之溝通概念，屠布涅亦明白指出在複雜分化社會中，不能再期待可普遍適用之論辯道德或普遍之正當化結構或共同之反思程序。從而寇恩亦批判指出，屠布涅之程序法論實被化約為特殊主義之次級系統的反思（系統之自我意識），其並無法產生普遍主義之民主正當性（Cohen, 2002: 156-157）。相對於此，民主概念卻位居哈伯馬斯法理論之核心。如上述，哈伯馬斯之程序主義法律正當性理論指出現代法律之正當性繫於內在於民主立法程序中之程序理性。他所提出之程序主義法典範，其核心觀念即是自由平等公民組成之社群之自我構成，強調的是立法者經由民主反思選擇適當之法律形式。即使在「溝通行為理論」中哈伯馬斯討論福利國家之病態現象，強調法律應限縮於建立保障特定生活世界領域之外部建構時，哈伯馬斯重視的同樣是此一法律制度之論辯民主的意涵，以及相關利害關係人參與、溝通之重要性。哈伯馬斯在《事實與規範之間》乙書亦曾討論有關集體協商過程之非政府次級系統之內部建構化的立法，在論及其優點時，強調的依然是其中蘊含之民主意涵（1996: 412-413）。相反的，屠布涅早期建構反思（身）法概念而論及建立次級系統之民主自我規制機制時，固曾引據哈伯馬斯限縮法律於建立外部建構

的概念，但如上述屠布涅不僅未對次級系統之民主化的意涵多作闡釋，反之，甚至將之等同於自我再製理論下之反思概念來理解。

屠布涅與哈伯馬斯法理論另一重要差別在於二人對於演進論的觀點有本質上的不同。如所周知，哈伯馬斯為社會演進論者。他將社會演進分成三個階段：前規約的、規約的 (conventional) 與後規約的。相應此於，道德與法律意識亦呈現前規約的、規約的與後規約的三個階段之演進；這三個演化階段就規範從事實分化以及論證形式之發展方面，代表了規範性結構實際上的發展 (1979: 156)。屠布涅即借用哈伯馬斯此一洞見發展其社會與法律相應演進發展的原則。在他看來，形式法律、實質化法律與反思(身)法律三者之發展為一演進過程。面對後現代社會之功能高度分化、次級系統內部高度複雜，以及次級系統之自我指涉性，他認為形式法律與實質化法律二種法律形式已然過時，並嘗試性地回答指出：反思(身)法律可能成為後現代之主流的法律形式 (1983: 246, 1986: 321)。然而，屠布涅此一演進論卻受到嚴厲的批判，伯朗肯柏格 (Erhard Blankenburg) 批判指出哈伯馬斯之演進論指涉的是法律(後設)理論之演進，屬於巨視演進理論，但屠布涅之演進理論則指涉法律實踐(法律形式)之演進，屬於微視演進的假設，二者分屬不同層次，但屠布涅卻混淆了它們 (Blankenburg, 1984: 273, 278-279)。伯朗肯柏格並強調歷史上法律形式係並存的，新的法律形式並未取代舊的法律形式，而是新增的法律形式與舊的法律形式並存。演進的是法律形式不斷地增加 (1984: 280, 283-284; 另參見 Cohen, 2002: 175)。相對於屠布涅之理論立場，哈伯馬斯之程序主義法典範強調面對當前之複雜社會，有關權利體系之實現不應獨尊某一特定之法律形式，反之，政治立法者應依具體脈絡，選擇適當之法律形式。換言之，在哈伯馬斯看來，反思(身)法律並非如屠布涅所認為的，

較諸其他法律形式具有演進意義上之本質地規範性優越地位，哈伯馬斯對於法律實踐的立場並未陷於演進論之泥沼。

此外，屠布涅與哈伯馬斯法理論對於法律實質化下法律大量使用概括性條款及一般性之模糊標準的評價，亦存在差異。如前所述，哈伯馬斯認為如此一來造成了法律對於行政之拘束力的弱化，政策採行未能遵循民主起源之條件。若未能面對解決此一問題，勢將導致行政在進行立法工作時欠缺合理標準的指引恣意地處理規範性理由。但屠布涅之反思（身）法典範卻相當正面地解讀這類立法。他指出「誠信」或「公共政策」等一般性條款可以解釋為法律系統刺激非法律次級系統內部自我規制過程之指令，從而使用這類一般性條款以彌補市場機制內或契約當事人具體互動間之不平等乃是反思的（1983: 277）。

姑且不論屠布涅與哈伯馬斯上述理論上之差異，純就屠布涅之理論立場觀之，屠布涅強調的是面對系統之自我指涉性質，唯有採取反思（身）的法律形式，才能有效地達成社會整合。然而，包含於自我再製之法律系統理論下，反思（身）的法律形式是否真的能夠有效能地促使其他次級系統對於環境具有充分的敏感性，從而調和不同的次級系統使其彼此相容？卻受到論者強烈的質疑（Black, 1996: 49; Cohen, 2002: 156-157; Cohen & Arato, 1994: 484-485）。的確，屠布涅之反思（身）法典範建立在自我再製理論上，預設的是一徹底分化之複雜社會。屠布涅不承認不同論辯融合為一多面向之超級論辯的可能性；不承認可以普遍適用之論辯道德。他不承認適用於整體社會之共同的反思過程，堅持各次級系統之反思（身）過程應依各該次級系統之內在邏輯而不同。他強調在各次級系統內設置自我規制機制，建立論辯性結構，但卻不曾提及後設系統之論辯過程。雖然承認各次級系統之專化的溝通形式永遠同時是一

般性社會溝通形式，但他仍堅持認識論之建構主義，從而每個次級系統只能回應一己之問題，無法看到或處理整體社會之問題，而既然無法認識整體之社會問題，自然也不可能形成整體社會之目標。然則，面對各次級系統此種高度自主性，藉由同為次級系統之反思(身)法律建立其他次級系統之反思，是否真的即能自動地調和各次級系統不同之內在邏輯，實不能令人無疑。如果所有來自環境的要求對各級系統而言，均只是騷動；如果所有資訊均在次級系統內部生產，均在不同論辯內部重新構成；如果回應騷動之系統之內部反思必然採取這種立基於認識論建構主義上之轉譯形式，而這種性質之轉譯不可避免地必然是一種「誤譯」(Cohen, 2002: 157)，然則，如何可能期待各次級系統之內部反思過程實際上會對環境問題保持敏感？如何可能期待藉由其內部反思各次級系統即能如屠布涅所論地負起「社會責任」，「回應人的需要」(Teubner, 1986: 316-318)？即能夠產生對整體社會而言規範上是可欲的結果？這些問題僅就屠布涅之系統理論途徑，實難給人令人信服的答案。毋怪乎反思(身)法遭指責具強烈的新統合主義(neocorporatism)傾向，蓋屠布涅所提之反思(身)法無法確保能夠產生可接受之平等的結果(Arato, 1998: 30; Cohen, 2002: 162)；反思(身)法甚至被批判可能淪為新形式之私有化：國家將其管制與決策責任授與私菁英階層，以致強化其權力與優勢，進一步破壞公平原則(Cohen, 2002: 169)。

伍、對程序主義法典範之批判與回應

面對福利國來臨韋伯所謂法律形式理性之危機，哈伯馬斯與屠布涅分別從溝通行為理論與系統論觀點，重新理解詮釋此一危機，並各自提出解決之道。上一節已比較二者理論之差異處，並論及哈

伯馬斯等對屠布涅法理論之批判。本節將進一步討論哈伯馬斯程序主義法典範的問題點，主要仍係從哈伯馬斯與屠布涅二者理論之比較的角度進行此一討論。其中的重點在於強調程序主義法典範雖然承認反思地追求福利國之平衡形式法律平等與實質平等之理想時反思（身）法律形式亦是一選項，但面對社會複雜性仍未對反思（身）法律形式賦予應有之重視，同時亦未針對反思（身）法律可能對社會產生負面結果提出具體之回應（雖然哈伯馬斯確實也認識到此一問題點）。不過，在此之前先就哈伯馬斯有關自由主義法典範及福利國法典範之背景社會假設的分析之問題點進行探討。

依程序主義法典範政治立法者應按照具體脈絡選擇形式法律、實質法律等法律形式，但哈伯馬斯之分析形式法律或實質法律均奠定在特定之背景社會假設上，而且在哈伯馬斯看來這些背景假設均有其問題，因此如謝爾曼 (William E. Scheuerman) 所論，形式法律與實質法律為何能夠成為改革的、更具反思性之福利國所應採之程序主義法典範的適當工具，即變成問題。畢竟哈伯馬斯在討論描繪自由主義法典範與福利國法典範之基本特徵時，其各自之背景社會假設被視為具關鍵決定性；甚且哈伯馬斯之引進「法典範」概念即為聚焦批判這些假設。然則形式法律與實質法律為何能夠輕易地即認為與程序主義法典範相容 (Scheuerman, 2008b: 118-119)? 換言之，如前述，在哈伯馬斯看來，自由主義法典範企圖藉由形式法律以維持免於國家干預之自我規制的資本主義社會，並維護個人之私自主性；而福利國法典範則企圖藉由實質法律，使得國家得以介入社會，引導、規劃社會，以提供個人行使私自主性之平等條件。然則如果形式法律與實質法律分別與哈伯馬斯所批判之古典資本主義社會及保護監管式之國家有緊密不可分之關係；如果此二種法律形式均僅有助於私自主性之追求，而忽略公自主性之核心地位，

「程序主義」立法者如何可能利用它們？因此謝爾曼強調有必要說明這些法律形式如何可能與以前立基於其上之有問題的社會假設正當地分離 (2008b: 119)。

謝爾曼對於紐曼 (Franz Neumann) 之法律理論的研究有效地提供了此一說明。與韋伯一樣，紐曼分析西方法律理性化之歷史，並且讚揚此一法律形式化之發展，但卻獲致與韋伯相當不同的結論。他指出「布爾喬亞」形式法律實際上並不只是布爾喬亞的法律。一般化、形式化法律雖然在歷史上某一關鍵時刻支持了資本主義，但二者之間實存在了緊張關係。他強調一般化、形式化法律蘊含了自然法傳統之解放的、普遍主義的特徵；它具有超越歷史之倫理功能，一方面它提供了法律安全 (亦即基本的法律保障)，另一方面它亦蘊含有法律平等之普遍主義的觀念，此一觀念即與資本主義所產生之深層的社會、經濟不平等具基本之緊張關係。因此他確信法律形式化之發展在布爾喬亞之社會經濟秩序範圍內注定停留在不完全之狀態 (Scheuerman, 1994: 102-112, 2008a: 69-74)。不僅如此，紐曼亦指出真正民主社會需要高度之法律規律性與可預測性以成就自主、不受壓制之政治審議與行為。法治 (包括基本權保障、獨立之司法以及一般化、形式化法律) 乃是真正自主之民主意志形成過程之重要的預設 (Scheuerman, 1994: 195, 2008a: 76-77)。延續紐曼之觀點，謝爾曼亦強調清晰、可預測之法規範幫助確保了政府之透明性、責任性以及公民得以免於恣意國家行為侵害之有活力的市民社會。據此，謝爾曼指出對於形式法律之防衛應與其原初之背景經濟假設分離 (2008b: 120)。哈伯馬斯接受韋伯之論點，堅持形式法律與資本主義經濟社會有必要的連結關係因此是有問題的。

同樣的，寇恩亦指出可以將實質法之法律形式與福利國家過度簡單化之社會模式分離；將實質法之法律形式與由行政形塑偏好、

控制結果之國家主義幽靈分離 (2002: 176)。此外，對於實質法律與公自主性之關係，謝爾曼亦引支持社會福利國之學者 T. H. Marshall 的論點，指出只有社會福利國家最終能夠確保基本之市民自由與政治自由，從而完成自由—民主政治革命；福利國乃是支持市民自由與政治自由之必要機制 (2008b: 120)。其實對於社會福利國家法律之有助於民主參與，哈伯馬斯實應了然於胸。蓋如前所述，哈伯馬斯在《溝通行為理論》中固然批判社會福利國家之法律化導致了生活世界之殖民化；公民因此變得政治上失能而傷害了參與。但不可忘記的是，哈伯馬斯亦指出這一波的法律化亦意味對於經濟系統之駕馭拘束，以使經濟累積過程之內在邏輯與生活世界相調和，從而強化現代生活世界。觀諸哈伯馬斯之二元民主觀，制度化之決策有賴於生活世界中非正式、去中心化之溝通流，然則社會福利法律既強化了生活世界，必然亦有助於民主參與之擴大。換言之，在哈伯馬斯看來，社會福利之實質法律對於民主參與具有正反兩面之效果；前者對於後者之擴大實現仍有密切關係。這也就是為什麼哈伯馬斯強調程序主義法典範係以反思、批判的方式追求社會福利計畫之持續。

總之，如謝爾曼所論，形式法律與福利國實質法律均與民主參與之擴大、深化有密切相關，二者均奠基於對公自主性之實現的願景上，從而只要適當地制度化，形式與福利國法律潛在上均能有助於更民主之福利國家。另一方面，就反思（身）法律而言，亦同樣存在與公自主性之實現（從而與程序主義法典範）是否相容的問題。如前所述，屠布涅將之奠基在自我再製理論所形構之徹底分化社會的背景假設上，拒絕哈伯馬斯有關生活世界與系統二者間之區別，否認普遍之正當化結構、可普遍適用之論辯道德，以及共同之反思程序等之可能性。然則倘拘泥於屠布涅之自我再製系統理論，

反思(身)法律形式根本與哈伯馬斯立基於生活世界中之溝通行為的審議民主概念難以並容。從而亦與哈伯馬斯之程序主義法典範無法相容：既否定一般性、含蓋社會整體之民主論辯的可能性，即無民主反思選擇法律形式(包括反思[身]法律形式)的問題。更何況如上述屠布涅以系統而非行為者為中心之理論取向亦使得個人參與權利的增加非其理論關懷之焦點。

不過，觀諸哈伯馬斯有關所謂「反思(身)法律」之討論，實非立足於系統論，反之，係採行為論之取向。屠布涅關注各次級系統之理性、特定符碼之完整性，企圖藉由反思法以建立次級系統之反思性，從而調和各次級系統不同之理性。相對於此，在《溝通行為理論》中，哈伯馬斯對於屠布涅後來稱之為「反思(身)法律」之法律形式的詮釋，關注的是生活世界自主溝通過程之維護，強調藉由法律自限於建立保障特定生活世界領域之外部建構，可以維護生活世界中以行為者為中心之溝通互動的完整性。在《事實與規範之間》中，哈伯馬斯對於「反思(身)法律」之理解，亦認為此種法律形式使得相關團體之成員享有準政治參與權利，但強調其同時可能損害個人之自我決定，均可看出哈伯馬斯傾向立足於行為論立場來理解所謂之「反思(身)法律」。這也是為什麼他並不覺得其程序主義法典範與「反思(身)法律」之法律形式有何格格不入之處。

雖然哈伯馬斯從行為論取向理解反思(身)法律，但在《事實與規範之間》乙書中，相較於形式法律與實質法律，對於反思(身)法律並未作深入之討論，更遑論就其在今日高度功能分化之複雜社會中是否具有或者具有如何之特殊意義加以探討，如此之理論態度不禁令人懷疑哈伯馬斯是否充分關注及屠布涅所提次級系統之理性，以及由此引發之次級系統間調和的難題。實則面對屠布涅提出

之難題，哈伯馬斯在該書中係企圖經由公共領域之公共論辯而產生之溝通權力，影響國家立法，再藉法律由上而下地調和與引導不同次級系統。進一步言之，如上述，哈伯馬斯對於現代社會的理解相當程度上接受系統論有關現代社會為「多元中心」之描述；亦即現代社會高度複雜與功能分化以致沒有單一之權力中心（1996: 54-55）。但另一方面，哈伯馬斯又拒絕系統論之以功能主義的描述完全取代規範性立場的企圖；他認為功能主義無法說明法律之規範性面向，從而僅聚焦於現代法律之系統整合功能，無法說明複雜社會中法律之社會性整合力量。他指出法律之社會性整合力量來自於法律與普通語言相連結。蓋各次級系統之功能分化固係經由特殊符碼的引進而進行，藉此功能分化次級系統並從生活世界之「社會」此一要素發展分離出去。但另一方面，生活世界係經由普通語言構成其自己。普通語言傳布流通於社會所有領域，擁有可以轉譯（translate）所有符碼之反思結構。它並非僅與單一符碼連結，其本質即是多重語言的；特殊符碼對於不同的、外來的語言置若罔聞，普通語言則不會如此。普通語言形成一普遍之了解的水平，原則上能從所有語言轉譯任何事物。而且普通語言以其在解釋及流傳範圍方面之實踐上的無限制能力，它為高度分化之次級系統的外部成本提供了共鳴板，因此能對影響社會整體之問題保持敏感。但問題是引導次級系統之符碼不僅從普通語言分化，且與之分離，因此當生活世界溝通之迴路進入錢與權之媒介之際即為之中斷，此二媒介對於以普通語言所傳達之信息置若罔聞（1996: 54-56）。哈伯馬斯指出在此同時開放於生活世界與系統之法律即在這二者之間扮演了連結樞紐的角色。法律不只駐足於普通語言中，它也接收以普通語言傳達的信息，並將之轉變為行政國家與經濟等次級系統之特殊符碼所能理解的形式。就此而言，法律在流通於系統與生活世界之間而

涵蓋整個社會之溝通上，扮演了轉譯者 (transformer) 的角色，踐行了社會性整合功能 (1996: 56, 81)。換言之，哈伯馬斯區分由普通語言構成之生活世界與由特殊符碼構成之系統，視法律為生活世界與系統間之調和者，為將生活世界之溝通語言轉譯為系統之策略性語言的轉譯者，從而成就了社會性整合。哈伯馬斯此一論點根本地挑戰系統論否定公共論辯之可能性的論點，並拒絕有關次級系統 (包括法律) 詮譯學地自我封閉於一己之符碼，隔絕於公共論辯的觀點。

法律之社會性整合力量除了植基於法律本身之普通語言此一要素，亦來自於哈伯馬斯之法律論辯理論下的憲政民主觀。據此觀點，依憲法而組織之政治系統固是諸多次級系統之一，但藉由以正當法律而制度化之意見及意志形成與非正式之公共溝通過程的交互作用，此一系統確保了社會性整合得以達成。哈伯馬斯並強調政治系統之所以能夠成功達成此一任務，係因透過奠基於市民社會之公共領域，政治系統植基於為自由政治文化及相關之社會化模式所型塑之生活世界脈絡 (1996: 437)。換言之，哈伯馬斯對於法律社會性整合力量之解釋，除了訴諸普通語言此一涵蓋整體社會之溝通工具，尚求諸其分散、遍布於公共領域之去中心化的溝通概念，以及二元之民主決策模式。

然而，哈伯馬斯此一經由涵蓋整體社會之民主反思影響國家立法，再藉法律由上而下地為社會性整合的論點，是否真的能有效解決次級系統之理性，以及由此引發之次級系統間調和的難題，即使對哈伯馬斯之理論一向抱同情立場的學者，亦表質疑。寇恩即指出哈伯馬斯面對社會高度複雜性所提出之社會整合論點，僅聚焦於立法之輸入面 (民主正當性)，完全未論及能夠促動次級系統之責任感的法律管制形式。寇恩批判哈伯馬斯忽略誘發次級系統學習與對不

同論辯保持開放之機制的重要性，將導致民主公眾承擔過重的負荷。再者，欠缺對次級系統提供誘因的機制，也使得正當制定之法律無法引導次級系統之行為者的行為 (2002: 163-164)。

哈伯馬斯對於反思 (身) 法未給予適當的重視與討論，確實引起相當多學者的批判。同樣對哈伯馬斯之理論抱同情的亞瑞托亦指出哈伯馬斯之程序主義法典範低估了反思 (身) 法律作為改革福利國之機制的潛在優點。他強調反思 (身) 法律代表一種特別適合結合三項優點的法律形式：非強制性、後管制性之管制；維護法律媒介完整性之革新的形式結構；規範上可欲之自由與管制的結合 (Habermas, 1998: 35；另參見 Scheurman, 2008b: 118)。的確，自屠布涅提出反思 (身) 法模式以來確實已引起很多不同法律領域之學者廣泛的迴響，認為具有回應這些法律領域出現之管制挑戰的潛力。¹⁷

反思 (身) 法在現代複雜社會固有其值得重視之潛力，但不可忘記的是前文所述立基於自我再製系統理論之反思 (身) 法理論的問題點：單純藉由反思 (身) 法建立次級系統之反思性很可能無法確保產生對整體社會規範上積極的結果。哈伯馬斯雖亦認識此一問題，但並未深入探討提出解決之道，但反思 (身) 法律形式既是政治立法者民主反思重要的選項之一，則對此即不能不處理。為此下面將探討威爾克 (Bielefeld H. Willke) 與寇恩所提修正屠布涅之模式，冀能彌補反思 (身) 法律形式對社會可能生產之負面作用。首先，威爾克試圖突破自我再製系統之理論觀點，不再完全將次級系

¹⁷ 反思 (身) 法之法律形式在勞動法領域所獲迴響最大 (Rogowski, 2001; Rogowski & Wilthagen, 1994)。其他法律領域亦有學者討論：環保法 (Orts, 2001)、國際商務法 (Fitzpatrick, 2001)、性騷擾防制法 (Cohen, 2002)、公共線上爭議解決機制 (Chen, 2007)。

統視為自我封閉於一己之內在邏輯中。一方面，他固然承認現代社會中次級系統之發展到達了相對的自主性與自我產生之高度複雜性，從而與屠布涅一樣，認為外部管制應採立法自我限制之方式，限於促進次級系統之自我規制過程。但與屠布涅不同的是，威爾克指出反映整體社會需要之「共同目標」、「一般性利益」、「共同利益」存在的可能性，並認為為避免現代複雜社會之瓦解，各次級系統之自我規制過程有必要受「共同目標」等之調和與引導。當然他也認為面對社會之複雜性，國家作為一次級系統不適合權威性地為各種不同形式的自我規制設定共同目標，而必須依賴使用與激發相關社會行為者之權力、資訊處理與解決問題能力以獲致適當的決策與政策執行。因此他提出橫跨不同次級系統間之論辯性、去中心化的決策系統之概念；亦即藉由法律使利害直接相關之次級系統程序上被引導、鼓勵，建立互動、溝通之論辯機制，自主地形成、發現共同目標、一般性利益 (Willke, 1986: 290-294)。¹⁸ 總之，威爾克之反思(身)法計畫(關係計畫)與屠布涅之觀點不同，他不認為僅僅藉由立法建立各次級系統之自我規制過程，促進其反思性，即可調和不同次級系統，應付社會之複雜性。其反思(身)法計畫尚包括藉由反思(身)法建立跨系統間之論辯過程，由各次級系統自主地形成共同目標，進行社會引導，以促使分化之次級系統反思性地再整合 (1986: 297)。

不過，威爾克之提議仍只限於不同次級系統間溝通、論辯的機制，從哈伯馬斯之理論的角度觀之，其論辯性決策過程中公共領域

¹⁸ Eric W. Orts 亦曾提議建立「橋樑」，將不同社會結構連結在一起致力於共同之環境問題，並認此與自我再製理論的洞見相一致。Orts 舉的例子包括由企業代表、環保人士、科學家、學界共同集會商討共同的重要環境議題，以對於應採之行動獲致某些共同的基礎 (2001: 175)。

並未扮演任何的角色，完全忽略了生活世界中非專家之公民公眾的參與。其所提之論辯機制未包括受次級系統之外部成本直接影響之公民公眾於其中陳述其生活情境中之具體經驗，排除相關社會運動團體、公益團體參與批判、訴諸規範與價值，如此一來能否真正形成符合整體社會需要之公共目標、公共利益，實不能令人無疑。因此威爾克之模式必須作適度的修正，將來自生活世界以普通語言傳達的聲音納入此一跨次級系統間之論辯性決策過程中。

此外，值得注意的是，威爾克之模式中將國家的角色化約為建立跨次級系統間之制度化論辯機制的誘因提供者，以及此一論辯機制中與其他次級系統地位平等之參與者（或者如威爾克所言利害關係之一方當事者）（1986: 294）；亦即國家喪失了權威性決策者或仲裁者的角色。然則，單憑此種尊重次級系統之意願欠缺法律強制性之論辯機制是否足以克服反思（身）法律可能產生之特殊主義與不公平，仍不免令人質疑。對於此種國家角色之社會團體化，哈伯馬斯亦從民主正當性的觀點，強烈批判指出在此種機制中，次級系統在相當程度內抗拒法律之誡命而僅受說服性工具的影響。國家化約淪為與社會同一層次，政策由國家與有力的私組織團體交易協商形成。其結果後者涉入政治權威之行使卻迴避了因此之正當化的要求，而且亦可逃避加諸政府權威上之通常的責任，使得憲政國家之結構遭受損害（Habermas, 1996: 433-434, 441）。針對這些問題點之解決，即使如上述修正威爾克之模式，納入受次級系統直接影響之利害相關人民、社會團體等參與此一跨次級系統間之論辯機制，雖有助益但恐仍相當有限。蓋此一修正模式中生活世界對於次級系統仍僅限於說服性之影響力，從而實過於微弱而有限。

無論如何，對於反思（身）法律形式除非完全拘泥於屠布涅般嚴格之自我再製系統理論地解釋，否則應承認即使面對現代社會之

複雜性，仍有形成公共目標、共同利益之可能性。甚至在這種高度功能分化之複雜社會中，固然為顧及次級系統之自主性，反思(身)法之法律形式是一值得重視之立法選項，但藉由反思(身)法對自我規制之規制，公共目標或公共利益的適當引導仍然是其中不可或缺的要素。不過，欲透過跨次級系統間之論辯機制自主地形成公共目標，以引導、調和不同次級系統，克服反思(身)法律可能產生之弊端，仍有其局限性與問題點，即使含括納入來自生活世界之聲音於此種論辯機制中亦然。從而，由國家形成公共目標、界定公共利益而加於社會之中心化決策模式仍然不可或缺。換言之，修正之威爾克的去中心化模式只能補充中心化模式，而無法取而代之。

的確，面對新統合主義損及憲政國家結構之危機，哈伯馬斯即指出對於攸關社會整體之政治決策，國家仍必須一如以往能夠覺察公益，必要時且應斷然主張之。即使政治立法者採行反思(身)法之法律形式，亦然如此。蓋可以對抗次級系統之獨立的、不正當的權力而守護自由者，唯有影響國會從而能確保正當法律產生泉源之流動的、保持警覺的、知情的公共領域，沒有其他驗方(1996: 441-442)。對於哈伯馬斯此一論點，寇恩並進一步深化。一方面她在某種程度上接受系統論的觀點而關注次級系統之內部理性的問題，因此肯認反思(身)法律形式在現代複雜社會中之價值。但另一方面她拒絕反思(身)法律形式與徹底分化社會此種背景假設之連結關係；反之，她基本上接受哈伯馬斯生活世界一系統雙層的社會觀，從而肯認含蓋整體社會之民主反思的存在。據此，她指出民主立法不只應誘導次級系統建立自我規制程序，也應制定規範性原則，對於次級系統之自我規制提供一般性引導。她強調唯有藉由含蓋整體社會之公共論辯影響國會立法，形成具民主正當性之普遍主義的原則，來規制次級系統之自我規制，才能確保其產生符合整體

社會需要之結果 (Cohen, 2002: 162, 168-169)。從而，哈伯馬斯程序主義法典範所強調之民主反思，不只表現在經由反思、批判以選擇法律形式，亦表現在當採擇反思 (身) 法律之際，應經民主反思形成一般性規範以引導次級系統之自我規制。

值得注意的是，寇恩之提議不只是經由反思 (身) 法設定誘因而誘導次級系統自主地遵從上述規範性原則而進行自我規制，它尚依賴某種法律制裁 (例如金錢損害賠償訴訟) 作為後盾。此外，寇恩指出這些原則係目標性地，並不涉特定結果的決定。不過，雖然是目標性原則，但寇恩強調應作一定程度地清楚界定。在此，寇恩接受毛斯 (Ingeborg Maus) 之見解。毛斯雖然認同屠布涅所提之反思 (身) 法模式，但卻批判屠布涅輕忽古典法治德性 (尤其是法律之明確性) 將使其反思 (身) 法模式易於受到占優勢地位之社會及經濟利益的利用。特別是當立法涉及對立之經濟利益，模糊、開放性的法律規範經常為占最大經濟優勢者所操弄，成功地將其對該法律規範的解釋強加其他居較弱地位的一方。因此毛斯指出唯有觸引次級系統自我規制之程序性與組織性規範符合明確性，才能有效地控制居優勢之經濟利益 (Scheuerman, 2004: 215-217; 另參見 Cohen, 2002: 172)。寇恩贊成毛斯此一論點，強調必須保留某些形式法律之要素，反思 (身) 法律才能有效反制恣意與特殊主義。她因此指出規制次級系統之自我規制的規範性原則固應足夠寬廣，容許各種特定遵從這些原則之方式，並容許依具體的脈絡來發展這些原則之內容，但這些原則並非完全不明確，無論如何解釋，它們必須能夠規制自我規制；它們雖然並未決定特定之結果，但並非任何結果均符合這些原則之要求 (2002: 177-178)。¹⁹ 當然這些原則均

¹⁹ 寇恩此一對於屠布涅之反思 (身) 法的重新建構，除了引據哈伯馬斯之理論，亦受 P. Selznick 的影響。後者雖然與屠布涅一樣均重視培養次級系統之自主性的規制形

係推衍自憲法之自由、平等或社會國原則。²⁰

總之，面對高度複雜分化之現代社會，程序主義法典範必須充分認識反思(身)法律形式之重要性。另一方面，一旦依程序主義法典範，反思地選擇了反思(身)法律形式，為避免反思(身)法律形式造成負面效果，民主立法者亦應同時慎重考量本文所提修正之威爾克的模式，以及寇恩結合哈伯馬斯理論修正屠布涅之模式，以補反思(身)法律形式之缺失。

陸、結論

隨著自由主義法治國家逐漸轉變為行政／福利國家，實質化法律大量出現，形式法律趨於式微，導致韋伯所謂之形式理性的危機。面對此，哈伯馬斯與屠布涅分別從溝通行為理論與系統理論觀

式，但不同的是，他更關注屠布涅所忽略之規範性層次。他提出了回應法之觀念，一方面強調維持次級系統之自主性，另一方面則主張法律對於次級系統之自我規制的規制應著重於促進制度之內部道德的制度設計 (Cohen, 2002: 169-171)。此一觀點深深影響了寇恩經由民主立法制定規範性原則來規制次級系統之自我規制的論點。國內學者中對於寇恩理論之探討最為深入者為陳起行教授 (Chen, 2007)。陳教授在該項討論中並進一步將寇恩之提議運用於發展公共線上爭議解決機制。

²⁰ 德國聯邦勞動法院對於勞僱雙方經由協商而合意訂定之契約條款，亦進行「衡平性控制」：由法院以其「實質合理」的觀點或標準審查該契約條款之「衡平性」。其衡平性控制之依據或基礎並不一致：或者直接依據民法如「善良風俗」(德民法第 138 條)，「誠實信用原則之權利行使」(德民法第 242 條)；或者基於基本權之第三人效力的法理，間接適用基本權條款 (林佳和，2005: 520-521)。比較而言，相對於德國之法制，寇恩主張直接經由民主立法制定相對明確之規範性原則以對次級系統之自我規制提供一般性引導，毋寧較能符合法治德性——法律明確性——的要求。不過，值得注意的是，德國有學者卻認為法院之衡平性控制的焦點應置於「雙方當事人間是否存在結構上的不平等」，亦即前提上必須存在一定程度之勞資雙方當事人地位的不平等，法院方得對形式上合法的合意約定作衡平性控制，而認該契約無效或判令另為適當之契約內容 (林佳和，2005: 520-522)。此種論點無疑較尊重次級系統之自主性。

點重新理解、詮釋此一危機，並各自提出解決之道——程序主義法典範與反思（身）法典範。本文分別深入探討了此二法典範之背景理論及意涵，並比較二者之差異及優劣點。

整體而言，程序主義法典範與反思（身）法典範之不同，最終在於二者所隱含社會與溝通概念之不同。後者堅持現代社會已分裂成功能上徹底分化、性質上自我指涉之各種次級系統，法律不過是諸次級系統之一；其採以系統為中心之溝通概念，視溝通為系統自我生產之基本要素。哈伯馬斯對於現代社會的理解固然相當程度上接受系統論的觀點，認現代社會高度複雜與功能分化而呈多元中心。但與屠布涅不同的是，他堅持一種雙層的社會概念，將系統以外的社會再建構為生活世界，生活世界立基於溝通理性；其採以行為者中心之溝通概念，視溝通行為為生活世界中相關行為主體經由獲致了解而調和彼此不同之行為取向。據此，哈伯馬斯拒絕屠布涅之系統論對於法律完全以功能主義的描述來取代規範性立場。哈伯馬斯之法律理論的建構因此試圖調和社會學與哲學，嘗試闡論在複雜社會中法之規範性面向及其社會性整合力量，並藉此對抗社會功能主義之系統控制，實現個人之自由解放。

本文原則上接受哈伯馬斯立基於上述理論企圖而建構之程序主義法典範，不過本文亦批判指出哈伯馬斯對於社會複雜性仍未能賦予足夠的關注，從而也未能充分正視促動次級系統自我規制之法律管制形式（亦即屠布涅所提之反思【身】法律形式）的重要性。本文因此主張依程序主義法典範，民主反思地追求實現福利國之平衡形式法律平等與實質平等之理想時，必須更為正視現代高度功能分化之現實，從而更加重視反思（身）法律形式此一選項之重要性（雖然它與形式法律、實質法律二法律形式同樣只是民主立法者之選項之一）。另一方面，本文並認為為避免反思（身）法律形式造成負

面效果，產生特殊主義與不平等，一旦經由民主反思依具體情境選擇了反思(身)法律形式，則民主立法者必須同步自覺地思考選擇建立跨次級系統間之制度化論辯機制(同時並納入受次級系統直接影響之利害關係人民或公益團體等)，由其自主地形成公共目標；或選擇由立法者本身自行形成一般性規範，以引導次級系統之自我規制，彌補反思(身)法律形式之缺失。本文相信經由這些修正，將使得反思(身)法律形式更能與哈伯馬斯之程序主義法典範相容，從而亦更符合哈伯馬斯程序主義法典範中對於公自主性實現的強調，以及哈伯馬斯建立法律理論之目的——實現個人之自由解放。

參考文獻

- 李俊增 (2004)。〈多元分歧與正當性：對 *Habermas* 程序主義法理論之檢證〉，《政治與社會哲學評論》，11: 83-127。(Lee, C.-T. [2004]. Diversity and legitimacy: On Habermas's proceduralist paradigm of law. *Societas: A Journal for Philosophical Study of Public Affairs*, 11: 83-127.)
- 李俊增 (2007)。〈對哈伯馬斯論辯倫理學中普遍化原則之證立的檢證——兼論此項原則之有效性的限度〉，蔡英文、張福建 (編)，《現代性的政治反思》，頁 289-331。台北：中央研究院人文社會科學研究所。(Lee, C.-T. [2007]. Examination on the justification of the principle of universalization in Habermas's discourse ethics: On the limits of the principle's validity. In Y.-W. Tsai & F.-K. Chang [Eds.], *Political reflections on modernity* [pp. 289-331]. Taipei: Research Center for Humanities and Social Sciences, Academia Sinica.)
- 李俊增 (2009)。〈法律、規訓與治理——現代權力關係中之法律形式〉，《政治與社會哲學評論》，30: 1-59。(Lee, C.-T. [2009]. Law, discipline and government: The form of law in the modern relationships of power. *Societas: A Journal for Philosophical Study of Public Affairs*, 30: 1-59.)
- 林遠澤 (2010)。〈論哈伯馬斯溝通理性建築學的法權定位〉，黃瑞祺 (編)，《溝通、批判和實踐——哈伯馬斯八十論集》，頁 83-124。台北：允晨。(Lin, Y.-T. [2010]. On the location of legal right in Habermas's architectonic of communicative rationality. In R. R.-C. Hwang [Ed.], *Communication, critique and praxis: An anthology on Habermas at 80* [pp. 83-124]. Taipei: Asianculture.)
- 林佳和 (2005)。《勞動關係去管制的憲法界限——以德國法為中心之國家學嘗試》。台北：台灣大學法律研究所博士論文。(Lin, C.-H. [2005]. *The constitutional limit of the deregulation in labor relations: An attempt of the German state theory*. Unpublished doctoral dissertation, College of Law, National Taiwan University, Taipei.)
- 洪謙德 (2002)。〈從反思法到自生法——屠布涅法律社會學之解析〉，《問題與研究》，41, 3: 1-43。(Hung, L.-T. [2002]. Gunther Teubner on the evolution of law, reflexive law, and autopoietic law. *Issues and Studies*, 41, 3: 1-43.)

- 張桐銳 (2002)。〈合作國家〉，翁岳生教授祝壽論文編輯委員會(編)，《當代公法新論(中)——翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 549-580。台北：元照。(Chang, T.-J. [2002]. Cooperative State. In Editorial Committee on Festschrift in Honor of Prof. Dr. Yueh-Shen Weng's Birthday (Ed.), *Modern theories of public law revisited: Festschrift in honor of Prof. Dr. Yueh-Shen Weng's 70th birthday* [pp. 549-580]. Taipei: Angle.)
- 黃瑞祺 (1998)。〈理性討論與民主：哈伯馬斯之溝通理論的民主涵義〉，蕭高彥、蘇文流(編)，《多元主義》，頁 337-377。台北：中央研究院中山人文社會科學研究所。(Hwang, R. R.-C. [1998]. Rational discourse and democracy: The democratic implication of Habermas's communicative theory. In C. K. Y. Shaw & R.-N. Su [Eds.], *Pluralism* [pp. 337-377]. Taipei: Sun Yat-San Institute for Social Sciences and Philosophy.)
- 顏厥安 (2001)。〈溝通、制度與民主文化——由哈伯馬斯的法理論初探社會立憲主義〉，《台大法學論叢》，30, 3: 1-48。(Yen, C.-A. [2001]. Communication, institution and culture—A preliminary study of social constitutionalism base on Habermas's legal theory. *National Taiwan University Law Journal*, 30, 3: 1-48.)
- Arato, A. (1998). Procedural law and civil society: Interpreting the radical democratic paradigm. In M. Rosenfeld & A. Arato (Eds.), *Habermas on law and democracy: Critical exchanges* (pp. 26-36). Berkeley, CA: University of California Press.
- Black, J. (1996). Constitutionalizing self-regulation. *The Modern Law Review*, 59, 1: 24-55.
- Blankenburg, E. (1984). The poverty of evolutionism: A critique of Teubner's case for "reflexive law". *Law & Society Review*, 18, 2: 273-290.
- Bohman, J. (1994). Complexity, pluralism and the constitutional state: On Habermas's faktizität und geltung. *Law & Society Review*, 28, 4: 897-930.
- Chen, C. (2007). The new legal paradigm of Jean Cohen and its implication for public online dispute resolution. *EurAmerica*, 37, 4: 513-533.
- Cohen, J. L. (2002). *Regulating intimacy: A new legal paradigm*.

- Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Cohen, J. L., & Arato, A. (1994). *Civil society and political theory*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Deflem, M. (1996). Introduction: Law in Habermas's theory of communicative action. In M. Deflem (Ed.), *Habermas, modernity and law* (pp. 1-20). London: SAGE.
- Eder, K. (2002). Critique of Habermas's contribution to the sociology of law. In D. M. Rasmussen & J. Swindal (Eds.), *Jürgen Habermas* (Vol. 2, pp. 161-173). London: SAGE.
- Fitzpatrick, P. (2001). *Abiding the world: Globalism and the lex mercatoria*. In J. Přibáň & D. Nelken (Eds.), *Law's new boundaries: The consequences of legal autopoiesis* (pp. 249-264). Aldershot: Ashgate.
- Guibentif, P. (1996). Approaching the production of law through Habermas's concept of communicative action. In M. Deflem (Ed.), *Habermas, modernity and law* (pp. 45-70). London: SAGE.
- Habermas, J. (1979). *Communication and the evolution of society*. Boston: Beacon.
- Habermas, J. (1984). *The theory of communicative action* (Vol. 1). Boston: Beacon Press.
- Habermas, J. (1987). *The theory of communicative action* (Vol. 2). Boston: Beacon Press.
- Habermas, J. (1988). Law and morality. In S. M. McMurria (Ed.), *The Tanner lectures on human values* (Vol. 8, pp. 217-280). Salt Lake City, UT: University of Utah Press.
- Habermas, J. (1989). *The structural transformation of the public sphere: An inquiry into a category of bourgeois society*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Habermas, J. (1996). *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Habermas, J. (1998). Struggles for recognition in the democratic constitutional state. In C. Cronin & P. Greiff (Eds.), *The inclusion of the other: Studies in political theory* (pp. 203-238). Cambridge,

- MA: MIT Press.
- Habermas, J. (2001). Constitutional democracy: A paradoxical union of contradictory principles? *Political Theory*, 29, 6: 766-781.
- Luhmann, N. (1992). Some problems with “reflexive Law”. In G. Teubner & A. Febraro (Eds.), *State, law and economy as autopoietic systems* (pp. 389-415). Milan: Giuffrè.
- McCormick, J. P. (2007). *Weber, Habermas, and transformation of the European State: Constitutional, social, and supranational democracy*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Orts, E. W. (2001). Autopoiesis and the natural environment. In J. Pribáň & D. Nelken (Eds.), *Law’s new boundaries: The consequences of legal autopoiesis* (pp. 159-178). Aldershot: Ashgate.
- Rasmussen, D. M. (2002). How is valid law possible?: A review of between facts and norms by J. Habermas. In D. M. Rasmussen & J. Swindal (Eds.), *Jürgen Habermas* (Vol. 2, pp. 140-160). London: SAGE.
- Rehg, W. (1996). Translator’s introduction. In J. Habermas, *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy* (pp. ix-xxxvi). Cambridge, MA: MIT Press.
- Rogowski, R. (2001). The concept of reflexive labor law: Its theoretical background and possible applications. In J. Pribáň & D. Nelken (Eds.), *Law’s new boundaries: The consequences of legal autopoiesis* (pp. 179-196). Aldershot: Ashgate.
- Rogowski, R., & Wilthagen, T. (Eds.). (1994). *Reflexive labour law: Studies in industrial relations and employment regulation*. Dordrecht: Kluwer Law and Taxation.
- Scheuerman, W. E. (1994). *Between norm and the exception: The Frankfurt school and the rule of law*. Cambridge, MA: MIT Press.
- Scheuerman, W. E. (2004). *Liberal democracy and the social acceleration of time*. Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press.
- Scheuerman, W. E. (2008a). Neumann v. Habermas: The Frankfurt school and the case of the rule of law. In *Frankfurt school perspectives on globalization, democracy and the law* (pp. 69-86). New York & London: Routledge.

- Scheuerman, W. E. (2008b). Prospects and perils of proceduralist law. In W. E. Scheuerman, *Frankfurt school perspectives on globalization, democracy and the law* (pp. 105-121). New York & London: Routledge.
- Smismans, S. (2005). Reflexive law in support of directly deliberative polyarchy: Reflexive-deliberative polyarchy as a normative frame for the OMC. In O. De. Schutter & S. Deakin (Eds.), *Social rights and market forces: Is the open coordination of employment and social policies the future of social Europe* (pp. 99-144). Brussels, Belgium: Bruylant.
- Teubner, G. (1983). Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, 17, 2: 239-285.
- Teubner, G. (1986). After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law. In G. Teubner (Ed.), *Dilemmas of law in the welfare state* (pp. 299-325). Berlin & New York: Walter de Gruyter.
- Teubner, G. (1987). Juridification—Concepts, aspects, limits, solutions. In G. Teubner (Ed.), *Juridification of social spheres: A comparative analysis in areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law* (pp. 3-48). Berlin & New York: Walter de Gruyter.
- Teubner, G. (1992). The two faces of Janus: Rethinking legal pluralism. *Cardozo Law Review*, 13, 5: 1443-1462.
- Teubner, G. (1993). *Law as an autopoietic system*. Oxford & Cambridge: Blackwell.
- Teubner, G. (1998). De collisione discursuum: Communicative rationalities in law, morality and politics. In M. Rosenfeld & A. Arato (Eds.), *Habermas on law and democracy: Critical exchanges* (pp. 173-189). Berkeley, CA: University of California Press.
- Willke, H. (1986). Three types of legal structure: The conditional, the purposive and the relational program. In G. Teubner (Ed.), *Dilemmas of law in the welfare state* (pp. 280-298). Berlin & New York: Walter de Gruyter.

Disputes over Proceduralist and Reflexive Paradigms of Law—Analysis of Habermas’s Critique of Weber’s Legal Theory

Chiun-Tseng Lee

Department of Government and Law, National University of Kaohsiung
No. 700, Kaohsiung University Rd., Kaohsiung 81148, Taiwan
E-mail: chiun@nuk.edu.tw

Abstract

With the emergence and development of the modern welfare state, classical liberal conceptions of the legal norm have been undermined to a great extent. This trend has provoked a heated debate between sociologists, political scientists and legal scholars. Since publication, Max Weber’s famous discussion of antiformal tendencies in modern law, in *Economy and Society*, has defined the terms of the debate over welfare state law. In response to the problems resulting from the law’s materialization, G. Teubner proposes a reflexive law model. J. Habermas offers his proceduralist paradigm of law and hopes it will satisfactorily answer the debates between the liberal, social-welfare and reflexive models. This paper hopes to show that Habermas’s paradigm proves to be a creative force while raising some questions.

Key Words: formal law, deformed law, reflexive law, proceduralist paradigm, social law